

# “虐待被监护、看护人罪”司法认定的 规范化研究

魏 康

(华东政法大学 法律学院,上海 200063)

**摘 要:**《刑法修正案(九)》新增了“虐待被监护、看护人罪”,将我国宪法对于弱势群体的保障具现化,符合刑事立法对于弱势群体加强保护的立法趋势,有效弥补了社会上广泛发生的非家庭成员之间的虐待行为。虽然法条中没有明文指出,但是从条文之间的内在逻辑,以及虐待被监护、看护人罪和虐待罪有着亲情因素考量的不同,其犯罪主体范围应排除“共同生活的家庭成员”,类似的“情节恶劣”的行为定性也宜比虐待罪的认定更加严厉。可以参照虐待罪的认定标准,但应考虑到公众对于一般社会的监护、看护的认同度普遍低于亲情之间的生活关系,宜适度放宽认定标准,以达到对虐待被监护、看护人罪从严规制的效果,主要体现在持续时间和造成身体和精神损伤的程度标准应当予以适度降低。对于未成年人、老人、患病的人和残疾人的标准来说,出于对被害人的有效保护宜采取较为宽松的认定标准,并且注意在条文中用“等”作了一个概括性的规定,因此应当认定本罪的犯罪对象包括但不限于上述四种类型,而是延伸至所有受监护、看护但是部分或者全部丧失生活能力的人。从而可以有效规制随着社会形态和社会关系的转变,而出现新的严重危害社会稳定性的虐待行为,在避免出现处罚漏洞的基础上保持刑法的稳定性。

**关键词:**虐待被监护、看护人罪;立法肯定;主体认定;犯罪对象;情节恶劣;司法解释

**中图分类号:**D924.34;DF624 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-8580(2016)06-0074-11

## 一、问题提出

刑法由于其惩罚措施残酷性,定位上成为了其他部门法律的保障法。在其他部门法律不足以有效遏制一种危害社会现象的发生时,便需要刑法的有效介入。因此,刑事立法的过程既

---

**基金项目:**华东政法大学与上海市安全局合作课题(C-6901-16-081)

**作者简介:**魏康(E-mail:ahthwk@126.com)

要保持着谦逊的态度,又要时刻与社会实际相结合。在一种危害特定群体的社会现象频发,其他法律由于惩戒措施的局限性无法有效规制,而且通过刑法解释亦不能合理将其纳入刑法规制范围之时,便会出现要么在刑法罪刑法定的铁则之下出现处罚漏洞而有损刑法权威,要么利用解释强行扩大刑法处罚范围以维护刑法的权威,而违背了罪刑法定的基本原则。为了有效协调二者之间的矛盾,就需要考虑通过刑事立法来加以有效解决。

近年来我国发生的非家庭成员之间的虐待案件越来越多,尤以幼儿园、养老院、医院工作人员等虐待被监护、看护的儿童、老人、病人的现象最为显著。然而《刑法修正案(九)》(以下简称《刑修九》)出台之前我国刑法对于尚未达到轻伤以上后果虐待行为的规制仅有 260 条的虐待罪,将主体限定在了家庭成员之间。对于其间频发的非家庭成员之间情节恶劣的虐待行为并不能有效规制,尽管有学者提出可以“寻衅滋事罪”或者“侮辱罪”处罚,但是寻衅滋事罪强调行为人为人行为具有出于寻求精神刺激的随意性,对公共秩序的破坏。侮辱罪要求公然实施的对他人人格、名誉损害的行为,是自诉案件。而对于发生在封闭场所之内的轻伤以下的虐待行为,如幼儿园、养老院等,无论是公共秩序的要求亦或者公然性的要求都不能满足,显然不符合两罪的构成要件。如果出于个体正义的考虑,强行用刑法进行规制,则无异于在刑法罪刑法法定铁则之下开了一个缺口,反而为日后司法认定的恣意性提供了先例。

诚如事物的发展总是前进性和曲折性的统一,刑事立法也不是一开始就十全十美的,而且社会现实日新月异,我国采用了刑法修正案的形式不断加以完善。为了对于这种非家庭成员之间情节恶劣的虐待行为进行有效的刑法规制,《刑修九》第 19 条直接规定:“对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人,情节恶劣的,处三年以下有期徒刑或者拘役”。这一规定是否必要?是否为法律向社会舆论的妥协?以及虽然这一规定于一般人而言并没模糊不清而让人无以为是,但是没有相关司法先例<sup>①</sup>的发生以及司法解释的出台,对于“未成年人、老年人、患病的人、残疾人”的有效认定应该采用哪种标准?对于“监护、看护职责”应当如何有效界定?对于“情节恶劣”如何规范化理解,以及和虐待罪的量刑均衡等司法认定的问题,无论是一般的刑法学习者亦或受持法槌的判案法官都要进行填充式的理解,进而明确立法的必要性与合理性,厘清相应认定问题,这也是刑法明确性原则得以贯彻,法条得以准确适用的基础。

## 二、虐待被监护、看护人罪立法必要性的肯定

法律不是嘲笑的对象,尤其是对于司法工作人员来说,在司法工作中更是要坚定这一信仰。因此在《刑修九》刚正式生效一年未余的情况下来讨论其立法必要性似乎有点不合时宜或者多此一举,但是法律的信仰是理性的信仰,对于虐待被监护、看护人罪设立必要性的肯定也是对法律信仰基础的肯定,由此司法工作人员在司法适用中才能毫不犹豫地以法律为准绳。

以当前社会广发的幼儿园虐待案件为代表的非家庭成员之间的虐待行为越来越受到社会大众的关注,在《刑修九》出台之前对于这一系列情节恶劣的行为只能以行政拘留加以处

罚,显然过于宽容,不仅对于身心都受到严重伤害的儿童、老人、患病的人、残疾人等而言无法做到责行一致,而且也无法收到预防这一行为继续发生的社会效果。根据调查显示,中国约4成的儿童曾受到过不同形式的虐待,有4.4%受到过多种严重虐待<sup>①</sup>。根据统计2008—2013年6年间,仅媒体公开报道的未成年人遭受家庭暴力案件就有697例<sup>②</sup>。面对如此严峻的现实形势,社会大众对于以虐童为代表的虐待行为入刑的呼声也越来越高。2012年10月29日,一项网络调查显示,95.6%的网民支持使用刑法规制虐童行为,以刑罚的方式震慑、惩戒施暴者<sup>③</sup>。学界也不乏支持的声音,主张借鉴日本的“暴行罪”<sup>④</sup>,而将我国《治安管理处罚法》第43条关于“殴打他人或者故意伤害他人身体的”纳入到刑法罪刑体系中来<sup>⑤</sup>。但是,也不乏相应的反对声音,认为,增设“虐童罪”将助长当前社会存在的“刑事立法狂躁症”<sup>⑥</sup>。在这样的大背景下,《刑修九》新增了虐待被监护、看护人罪。此时,不免会引起一定的疑问:此罪的设立是否有违刑法谦抑原则,是否受到舆论影响而有情绪性立法之嫌。笔者认为此罪名的设立既是符合社会现状的需要,同时也有着坚厚的法理基础,是合理而又明确的。

首先,本罪的设立是对于宪法权利保障的具体化,是切合我国宪法理念的。我国《宪法》第49条规定:婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护;禁止破坏婚姻自由,禁止虐待老人、妇女、儿童。而且相应颁布的《中华人民共和国老年人权益保障法》《中华人民共和国残疾人保障法》《中华人民共和国未成年人保护法》等更是将对于这一弱势群体的保护纳入了法律的范畴,是对宪法规定的具体化表现。根据宪法和相应部门法律的规定,对于未成年人、老年人、残疾人等的保护并没有限制在家庭范围之内,而是扩大到了全社会的一种职责和义务。但是这些法律受到其惩戒措施的局限性,在虐待行为高发而且情节多数恶劣的情况下,并不能有效发挥其引导功能。因此,便需要刑法这一保障法的介入。故而本次《刑修九》对于虐待被监护、看护人罪的新增不是仅仅受到社会舆论的影响,更是对于以宪法为代表的部门法律规定的实质性保障,是对于刑法规定漏洞的一个补充,是有着内在的宪法精神的指引和形势政策的考量。

其次,从我国刑事立法的发展历程和趋势来看,本罪的设立是我国刑事立法在既定轨道之上的又一大进步。任何事物不可能一开始就是完美无缺的,法律亦如是。社会现实日益纷繁复杂,各种危害社会行为的层出不穷,犯罪手段和犯罪工具的更新换代等,无不对刑法的适用而不断提出挑战,数十年前制定的法律不可能准确预测出未来的社会现状。而我国作为一个成文法国度,严格奉行着禁止类推的罪刑法定原则,不可能对法律条文做出超出其语义可能涵摄范围的解释。因此为了发挥刑法预防和打击犯罪的作用,维护刑法的权威,在某一社会危害现象已经不能被其他部门法所调整,而刑法解释学也已发挥到极限之时,便需要采用立法直接将其纳入刑法体系之内。这也是我国建国以来通过了九次刑法修正案的根本原因。

纵观前八次的刑法修正案,我们可以发现,有一个立法趋势是逐渐关注到了对社会弱势群体尤以未成年人为代表的保护。主要包括了增加对于侵害未成年人犯罪的处罚范围、惩处力度和适度减轻了未成年人犯罪的处罚力度。从刑法修正案(四)第4条增加雇佣童工从事危

重劳动罪,刑法修正案(六)第 17 条增加组织残疾人、儿童乞讨罪,刑法修正案(七)第 8 条增加组织未成年人违反治安管理活动罪,刑法修正案(八)第 37 条增加规定摘取不满十八周岁的人的器官,依照故意伤害、故意杀人罪定罪处罚等;到刑法修正案(八)第 6 条规定不满十八周岁的不构成累犯,第 11 条规定不满十八周岁的人符合缓刑条件的应当宣告缓刑,第 19 条规定十八周岁以下的被判处五年以下刑罚的免除前科报告义务等<sup>⑨</sup>。

由此我们反观刑法修正案(九)的许多更改更是切合了这一趋势。如第 8 条将“从事校车业务或者旅客运输,严重超过额定乘员载客,或者严重超过规定时速行驶的行为”规定为危险驾驶罪的情节之一,第 13 条规定猥亵儿童罪依照猥亵妇女罪从重处罚,第 42 条规定组织强迫未成年人卖淫的从重处罚。乃至本文主要讨论的第 19 条,扩大了虐待行为入罪的范围,直接新增了虐待被监护、看护人罪,都是对于以未成年人为主要代表的弱势群体保护的必要。

而刑事立法的这一发展趋势也是紧贴着社会现状的更新,国家的经济在高速前进,对于青壮年劳动力而言则是越来越大的工作和生存压力,尤其是区域经济一体化进程的加快,使得劳动人口的地域流动也大大加强,由此对于未成年人、老年人乃至家庭里其他丧失劳动能力的人的人文关怀也越来越少,无法起到其本应有的保护作用。作为社会上的弱势群体,便不可避免的成为易受到侵害的对象,由此便不得不动用法律来对其加以保护。

面对弱势群体所受到的人文关怀越来越少,易受侵害性越来越明显的现状,国家有必要介入对其的保护。不仅国民对于国家有维护的义务,国家对于每一位国民,尤其是对于缺乏足够自我保护能力的弱势群体而言,也有保护的职责。对于未成年人,老年人,残疾人,患病的人而言在传统社会里由于交通不便,人口流动性不大,以及乡村安土重迁思想的浓厚,与家庭联系较为紧密,能够受到家庭的有效保护。而随着社会的发展,人口流动频繁和工作压力越来越大,这一群体在幼儿园、敬老院、福利院乃至医院等社会监护、看护机构中生活的现象越来越普遍,但是毕竟这一群体的自我辨识和控制能力较差,生活中容易产生很多不便,而相应的工作人员与其缺少亲情关系,很容易在监护、看护工作中为了减少麻烦而采用如打骂、捆绑、冻饿、不予及时医疗等许多情节恶劣的行为以使其有效接受管束,此时便需要国家来充分履行自己相应职责,加强对这一群体的保护。

最后,从犯罪预防的角度来看,本罪也有着相当的设立必要。根据特拉斯勒的学习理论,犯罪人的犯罪行为是通过条件反射学习并作出的,如果其在幼年时期有过不恰当的经历,就极有可能对其产生不正确的条件反射学习,从而使其出于趋利避害的本能而实施犯罪行为<sup>⑩</sup>。因此受到虐待的未成年人也很有可能受到不良的诱导,而走上犯罪的道路。推而广之,其他受到虐待的弱势群体也极有可能在自己的能力范围之内实施一定的犯罪行为。可见,这一行为不仅导致以未成年人为代表的弱势群体受到侵害,而且也极易诱使其实施侵害他人的行为。预防犯罪要远比惩罚犯罪重要得多,本次《刑修九》增设的虐待被监护、看护人罪,不仅仅有着惩罚犯罪行为的作用,更起到了预防这一虐待行为的继续发生,以及预防被虐待群体进一步实施犯罪的效果。

综上所述,虐待被监护、看护人罪的设立是完全必要而且必须的。虽然至今仍未有适用这一罪名的案件出现,但是结合出台以前大量虐待行为的发生,也恰恰说明了这一立法实施以后收到的良好社会效果。而且一项犯罪行为的发生总有着一定的社会基础,不可能忽然消失。这一立法威慑了潜在的虐待行为以及能够有效适用日后犯罪行为的发生。但是对于这一新增罪名如何规范化认定也有待进一步讨论。

### 三、虐待被监护、看护人罪的内涵明确

#### (一)主体范围的认定

首先,需要明确的是本罪的犯罪主体应当是排除“共同生活的家庭成员”之外的“负有监护、看护职责的人”。修改之前的刑法第 260 条<sup>③</sup>将虐待罪的范围限定在了家庭成员之间,从这一罪名的修法历程来看,本罪的设立就是为了弥补虐待罪对于虐待行为之刑法规制的不足。虽然一开始也有学者提倡对虐待罪主体进行扩大解释,即为对被虐待人负有照顾、保护或者指导、教育责任的人<sup>④</sup>。但是笔者认为二罪虽然都是对虐待行为的规制,却有着本质的区别。虽然 1997 年刑法调整将虐待罪从“妨碍婚姻家庭罪”一章划入“侵犯公民人身权利和民主权利”中,但是其所蕴含的家庭政治属性并不能完全消失<sup>⑤</sup>。中国奉行传统礼制数千年,亲亲尊尊原则在生活中深入人心,家庭关系和普通的监护、看护关系也受着严格的区分,个人对于家庭的依附观念极其深厚。也正是这种观念使得在家庭之中出于“利他”思想的虐待行为广泛发生,亦或者因无法判定是非的生活琐事纠纷而引发情节严重的暴力行为,此时被害人可能依然有共同生活下去的意愿,我们并不能就仅仅因此而完全破坏一个家庭的结合,断绝双方当事人互相谅解的途径。也正是因此,“虐待罪”归属为了自诉案件,而“虐待被监护、看护人罪”则没有这种考量,无论是监护、看护机构或者个人和被监护、看护人之间就缺少一种天然的血缘纽带,亦或者说完全是可替代的,其面对缺失部分或全部生活能力被监护、看护人作出情节恶劣的虐待行为时,往往是一种出于管理方便或者自我发泄式的,对此应当由司法机关及时介入以有效惩戒这种行为。因此笔者认为出于虐待罪与虐待被监护、看护人罪法益保护和政策考量的差异,应当在此基础上将“共同生活的家庭成员”排除出后罪的主体范围。

其次,就是对于“监护、看护”职责的规范理解问题。就“监护”而言,这里所指的“负有监护职责的人”和民法上的专有名词“监护人”是有所区别的,民法上的监护人的定义要更加广泛,指的是对无民事行为能力人和限制行为能力的人的人身、财产和其他合法权益负有监护和保护责任的人。其中大体可以分为法定监护人和指定监护人两大类<sup>⑥</sup>,包含了“共同生活的家庭成员”,而想要将其排除出去首先要明确家庭成员的范围。在虐待被监护、看护人罪出台之前曾有大量学者主张扩大对家庭成员的认定以有效规控社会上的虐待行为,如认为家庭成员是指基于婚姻、血亲关系或非血亲的赡养关系以及非婚同居关系在同一家庭中一起长期共同生活的人<sup>⑦</sup>。然而在新增虐待被监护、看护人罪之后,已经可以弥补刑法规制空白这一难题,即不对于家庭成员的解释应当回归到文义本身。再结合虐待罪之前属于“妨碍婚姻家庭罪”一章,笔

者认为可以参照婚姻法第三章“家庭关系”来认定家庭成员的内涵:即要求成员间具有夫妻,父母与子女(包括了婚生或非婚生子女、以及合法的养、继子女),和祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女、兄姐与弟妹共四类关系。因此,本文所讨论的“负有监护职责的人”应当是基于社会职责而对被监护人负有监护义务的除了包含前述四种关系的家庭成员以外的监护人比较合理。就“看护”而言,虽然我国尚无相关法律明文使用“看护职责”这一名词,但是我们依然可以从其文义本身加以理解,强调的是对于被看护人正常生活和人身安全的保证。笔者认为主要应该分为两种类型:一种类型是基于契约或者委托所产生的看护义务。主要包括了社会上的一些培训机构、幼儿园、养老院,以及受雇看护的护工、保姆等,以及基于临时委托的短时间看护等等。一种类型是出于社会责任或者法律义务规定自发型的承担看护责任,主要包括了国家设立的福利机构如孤儿院、社会救助站等,以及民间自发组织的收容孤儿、缺失行为能力流浪人员等的慈善爱心机构。

另外值得注意的是,本罪的设立明确规定了“单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,按照前款的规定处罚”。可见单位是可以构成本罪主体的,但是也应当根据单位人员职责分工不同和单位结构差异加以区分,对于单位内部的其他非监护、看护人员,例如清洁工、门卫等这类人员对被监护、看护人实施了虐待行为,对于清洁工、门卫等自然人是否定本罪要分情况讨论。如果在其完成其原本的清洁、看守的职责的本职工作期间对被监护、看护人员实施了虐待行为,此时并不构成本罪,因为他们并没有对被监护、看护人员负有监护、看护的义务和职责,可以通过其他的罪名对其进行处罚。单位如果对此类人员的行为明知而纵容其行为的发生,那么单位此时应当是可以构成本罪名的。如果单位存在内部人员人手不够,将清洁人员、保卫人员也在平时偶尔指派他们去对被监护、看护人员进行照料的时候,此时上述类人员对被监护人实施虐待行为,他们则可以构成虐待被监护、看护人罪,因为此时的清洁工、保安等人的职责范围已经扩大到了监护、看护的职责。同时,如果单位对其行为放任而不阻止补救的话则也构成虐待、被监护、看护人罪。

## (二) 犯罪对象的标准厘清

关于虐待被监护、看护人罪的犯罪对象,刑法规定为“未成年人、老年人、患病的人、残疾人等”,首先是对于未成年人与老年人而言主要是以年龄为划分标准,在我国,未成年人是指未满18周岁的公民,因此对于未成年人的理解应该没有任何困难。但对于老年人,刑法中涉及到了不同的划分标准。首先,从一般理解来看,老年人在中国传统中一般是指60周岁以上的公民。其次,从犯罪主体角度来看,由刑法第17条之一:“已满75周岁的人故意犯罪的,可以从轻或者减轻处罚;过失犯罪的,应当从轻或者减轻处罚”,刑法第49条第二款:“审判的时候已满75周岁的人,不适用死刑,但以特别残忍手段致人死亡的除外”以及刑法第72条第一款对于已满75周岁的符合缓刑条件犯罪人应当适用缓刑的规定,我们不难看出,刑法对于老年人犯罪人的保护一般是针对75周岁以上的老年人<sup>[9]</sup>。笔者认为按照60岁作为本罪老年人的年龄标准较为合适。前文关于老年人以75周岁作为刑罚限制适用的年龄标准主要是在老年人作为犯

罪人的角度所进行的考虑,是出于老年人认识和控制能力大大减弱,所余寿命不多,其再次犯罪的可能性与社会危害性不大,特殊预防必要性不高的考虑。因此有必要严格适用标准,以防出现放纵犯罪,有损刑法权威的现象。而本罪中的老年人主要是处于被害人的角度,是对其人身安全保护的考量,没必要提高年龄适用的标准,只要是需要被监护、看护,行为能力明显减弱即可。因此以我国社会默认的60岁作为标准较为适宜。

对于“残疾人”而言,可以参照全国人大常委会于1990年12月28日通过的《中华人民共和国残疾人保障法》第2条的规定:残疾人是指在心理、生理、人体结构上,某种组织、功能丧失或者不正常,全部或者部分丧失以正常方式从事某种活动能力的人。残疾人包括视力残疾、听力残疾、言语残疾、肢体残疾、智力残疾、精神残疾、多重残疾和其他残疾的人<sup>[1]</sup>。而“患病的人”虽然没有明确的标准,但是在刑法261条也使用了“患病”这一术语<sup>⑤</sup>,在这两罪都由对于患病人士正常生活和人身安全保护的考量,笔者认为可参照遗弃罪的相应标准,以“是否具有独立生活能力”来认定是否属于本罪中“患病的人”。

但是本罪犯罪对象并没有采用穷举的方式,而是以“等”作了一个概括性的规定,因此应当认定本罪的犯罪对象包括但不限于上述四种类型,而是延伸至所有受监护、看护但是部分或者全部丧失生活能力的人。以防随着社会关系的不断更进,出现新的虐待行为类型而无法找到有效的刑法规制。

### (三)情节恶劣的明确

对于虐待被监护、看护人罪客观行为的明确,主要是对于其中“情节恶劣”这一模糊标准的认定问题。“情节恶劣”并非伴随着本罪名而新使用的词语,这一情节限制在其他罪责体系中作为罪与非罪的重要区分也非常多见,如刑法131条规定危险驾驶罪的一种行为模式为“追逐竞驶,情节恶劣的”、刑法293条规定寻衅滋事罪的一种行为即“随意殴打他人,情节恶劣的”等等。因此,虽然没有明确的司法解释出台,但是我们依然可以参照其他相似罪名的司法实践来加以明确,其中最具有参考价值的莫过于虐待罪规定的“虐待家庭成员,情节恶劣的”,本罪的设立初衷也是为了弥补随着社会关系的变化虐待罪对于其他虐待行为规制的乏力而产生的。2015年3月2日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部出台了《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第17条规定:采取殴打、冻饿、强迫过度劳动、限制人身自由、恐吓、侮辱、谩骂等手段,对家庭成员的身体和精神进行摧残、折磨,是实践中较为多发的虐待性质的家庭暴力。具有虐待持续时间较长、次数较多;虐待手段残忍;虐待造成被害人轻微伤或者患较严重疾病;对未成年人、老年人、残疾人、孕妇、哺乳期妇女、重病患者实施较为严重的虐待行为等情形,属于刑法第260条第一款规定的虐待“情节恶劣”,应当依法以虐待罪定罪处罚。对于虐待行为的认定直接采用前半部分的标准没有什么问题,是对于刑法“虐待行为”的一个通用解释。然而虐待罪有一个亲情因素加于其中的考量,如果直接将“情节恶劣”的标准运用到虐待被监护、看护人罪之中则无法在司法认定中有效区分这一差别,立法将其明确区分的意义也会荡然无存。因此,笔者认为可参照虐待罪的认定标准,但是考虑到公众对于一般社会的监

护、看护的认同度普遍低于亲情之间的生活关系,宜适度放宽认定标准,以达到对虐待被监护、看护人罪从严规制的效果。主要体现在持续时间和造成身体和精神损伤的程度标准应当予以适度降低。

#### (四) 量刑均衡的考量

值得我们注意的是,虐待罪与虐待被监护、看护人罪规定了不同的法定刑。虐待罪一般为“二以下有期徒刑、拘役或管制”,虐待被监护、看护人罪则是“三以下有期徒刑或拘役”,从刑罚强度上来看,虐待被监护、看护人罪要重于虐待罪。从二罪保护的客体来看虐待罪不仅有公民人身权利还有传统的家庭伦理的“亲亲”关系的考量,而虐待被监护、看护人罪除被害人的人身权利外至多是有一种监护、看护职责的契约关系的考量。从两罪所保护的法益来看,对传统家庭伦理的侵犯是明显要重于对订立监护、看护契约的违反的。但是前罪的基本法定刑却低于后者的法定刑。在此,笔者认为出于对于家庭关系的恢复性考量。家庭是社会的基本构成单位,在这个基本单位内生活着的具有特殊关系的个体之间互相依靠、互相宽容,从而使家庭充满依赖感。共进退的精神在家庭中被表现得淋漓尽致、社会在这么一个个基本单位的良性运作推动中不断向前发展。然而,当同室共居、朝夕相处的家庭成员间发生了犯罪,亲人反目、亲情泯灭时,家庭作为社会的基本单位出现了病态和产生了变异。亲情犯罪需要刑罚的应然,但更需刑罚的适然,选择以最恰当、最有效的处遇方式给予亲情犯罪的罪犯以良好的矫正,使之能很好地复归社会、再返家庭<sup>[2]</sup>。而且对于个人而言,没有比自己的家庭更合适生活、凭借的地方。在虐待罪中,对行为人的处罚相对应的也会影响对被害人以后的生活。而相对于虐待被监护、看护人而言,虐待行为则意味着对于既定的监护、看护职责的违反,其间所存在的信赖基础已经崩坏,被害人以后再和其订立相应契约关系的可能性也大大减少。看因此,笔者认为正是基于虐待被监护、看护人罪没有虐待罪这种种引导或者恢复、教育性的考量,因此其基本的法定刑较重。

然而,虐待罪规定了“致使人重伤、死亡的为二年以上七年以下有期徒刑”这一加重情节,虐待被监护、看护人罪则没有相应规定,一方面,对于后罪中“情节恶劣”是否就此认定包含了“虐待致人重伤、死亡”的情形。因此在二罪与过失致人死亡或者故意伤害等罪的界定与处理中应有所区别。根据刑法第 260 条规定:有第一款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。而对于虐待被监护、看护人罪则没有相应规定。如果借此认定虐待被监护看护人罪中的情节恶劣包含了“致人重伤、死亡”后果的话,则会出现明显的不协调问题。对于陌生人之间致人重伤、死亡的尚处三年以上有期徒刑甚至死刑,而对于有监护、看护义务人之间致人重伤、死亡的却仅三以下有期徒刑。因此,笔者认为对于虐待被监护、看护人罪中的情节恶劣不应当包括“致人重伤、死亡的”后果。

而且虐待被监护、看护人罪更多是一种持续状态,而故意伤害、杀人罪则多是一次性行为。在这种持续状态中一方面可能出现一次性的明显超出虐待行为范围的伤害或者杀人行为,造成他人重伤或死亡的,我们认为应当依据刑法第 260 条之一第三款,构成其他犯罪,按照处罚



较重规定的定罪处罚,即按照故意伤害罪或者故意杀人罪认定;另一方面在长期虐待后也可能出现带着明显伤害故意的一次性伤害行为,此时行为人明显是有着两个犯罪故意的分离行为,此时应数罪并罚。

#### 四、余论——兼谈司法解释的审慎适用

随着日后司法实践中对虐待被监护、看护人罪的适用,对于其犯罪主体范围的界定,对于犯罪对象中未成年人、老年人年龄标准的选择,对于残疾人、患病的人程度如何认定,对于“情节恶劣”如何把握等等会出现更多问题,无不对刑法文本的适用提出新的挑战,本文经过初步的研究探讨提出了浅见。但是笔者深信对于罪名适用并没有一套机械、僵化的标准来固定的加以套用。随着社会日益纷繁复杂,公众理念、社会关系也会不断发生改变,虐待被监护、看护人的具体情形也会和当下不尽相同。因此在对此条文的真实含义也应当随着社会关系的转变而适当加以调整,以使刑法有效适应社会生活的变迁。然而,在司法实践之中却经常出现司法工作者将司法解释奉为圭臬,将司法解释的效力等同于刑法文本。甚至于在社会关系变更,刑法用语语义也早在社会观念的转变之下而变化时,无视这一改变,依然将刑法文本的涵摄范围囿于司法解释之内。此时,便会出现刑法适用无法有效与社会变更相协调的假象,社会上也会出现修法的呼声,不利于刑法稳定性的保持。

由此,在通过理性分析得出合理结论的情况下便没有很大的必要再去寻求司法解释的出台。根据《立法法》的规定,最高人民法院、最高人民检察院有权对法院审判工作中具体应用法律、法令的问题进行解释,解释一旦做出,即具有法律效力,下级法院和检察院必须遵守<sup>[13]</sup>。如此便使得基层审判法官的自我判断能力极大限缩,不利于实现个案正义。如张明楷所言,我们也可以作如此大胆的假设,如果我们通过理性分析能得出合理结论的情况下,司法解释的出台反而会使得当前刑法体系的臃杂和混乱,而且近年来的司法解释中,有一部分内容并不是为了应对难以适用刑法的现象,而是为了在刑事政策上发挥作用。换言之,对一些案件的处理或许没有解释的必要,之所以做出司法解释,主要是为了引起下级司法机关的重视,同时通过媒体的宣传,告诫一般国民不要实施犯罪行为,从而发挥一般预防的作用<sup>[14]</sup>。再者如果我们通过有效的学理分析也不能得出合理结论,那么司法解释的出台显然也不能有效地解决这一矛盾,强行规制的话难免会有违背罪刑法定原则之嫌。再者说来,虽然司法解释的出台有着高效、便捷的优点,但正是因为其程序的简便性,相较于刑法文本而言,其不合理因素存在的可能性也会增大,而且司法解释往往是针对一个或者一类具体问题而做出的单独解释,容易缺乏体系性考虑而与其他罪名之间产生不协调的地方。当司法解释存在不合理的地方之时,由于《立法法》规定的限制,下级司法机关也往往会将错就错,导致司法实践中不合理因素的增加。

而且刑法用语的含义也不是固定僵化,一成不变的。随着社会生活和人们观念的变更,语义本身的含义也会随之而变。如果过于追求具体、详尽的司法解释,结局往往会使得刑法无法

适应社会生活<sup>①</sup>。就刑法本身的规定而言,用语越具体,则所能辐射的外延就会越狭窄,这也是刑法抽象性和概括性规定要求的原因。司法解释亦如是,如果动辄寻求司法解释的出台则会封闭刑法用语的这种开放性,如此一来处于适应社会需要而是刑法用语抽象性的优点反而被司法解释所摒弃。故而笔者主张应当充分发挥司法工作者的积极能动性,积极开展司法实务界与学术界的理论交流,充分发挥刑法解释的功能,从而在刑法文本的适用中及时与社会变化相贴合,保持刑法的稳定性与权威性。但是需要指明的是,笔者并不是主张废弃司法解释这一模式,基层法院审判总会产生适用标准不清的问题,为了量刑均衡,防止不合理“同案不同判”的现象出现,此时才有必要出台相应司法解释予以统一,但是应当采用穷尽列举式的方式,以防止完全封闭刑法用语的其他可能。

### 注释:

①截至2016年10月26日笔者搜索“裁判文书网、北大法意”等公开性网站未找到相关案例,以及经过走访上海市人民检察院、上海市普陀区人民检察院被告告知检察院内网也没有虐待被监护、看护人罪的相关记录。

②日本刑法第208条规定:实施暴行而没有伤害他人的,处两年以下惩役、30万日元以下的罚金或者拘留或者科料。

③原刑法第260条规定为:虐待家庭成员,情节恶劣的,处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪,致使被害人重伤、死亡的,处二年以上七年以下有期徒刑。

④《民法通则》第16条:未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的,由下列人员中有监护能力的人担任监护人:(1)祖父母、外祖父母;(2)兄、姐;(3)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。第17条:无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人,由下列人员担任监护人:(1)配偶;(2)父母;(3)成年子女;(4)其他近亲属;(5)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

⑤中国刑法第261条规定:对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。

### 参考文献:

- [1] 王梦婕,李丽,陈菲菲.专家:虐童罪入刑条件成熟,杜绝虐童应始于家长[N].中国青年报,2012-10-30.
- [2] 李逢静.记者调查:南京虐童案再度敲响儿童保护警钟[EB/OL].(2015-04-07)[2016-11-05].[http://china.cnr.cn/yxw/20150407/t20150407\\_518240454.shtml](http://china.cnr.cn/yxw/20150407/t20150407_518240454.shtml).
- [3] 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[J].法律科学,2013(3):75-83.
- [4] 刘宪权,吴舟.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):6-12.
- [5] 刘子刚.刑法修正案(九)第十九条司法认定问题研究[J].财经政法资讯,2016(3):22-28.
- [6] 吴宗宪.西方犯罪学:第2版[M].北京:法律出版社,2005:288-289.
- [7] 徐文文,赵秉志.关于虐待罪立法完善问题的研讨——兼论虐童行为的犯罪化[J].法治研究,2013(3):103-108.

- [8] 沈玮玮,赵晓耕.家国视野下的唐律亲亲原则与当代刑法——从虐待罪切入[J].当代法学,2011(3):36-43.
- [9] 高仕银.传统与现代之间:虐待罪“家庭成员”概念新论[J].浙江工商大学学报,2011(4):18-24.
- [10] 周光权.刑法修正案(八)的深度解读[J].中国司法,2011(5):41-44.
- [11] 孟庆华.组织残疾人、未成年人乞讨罪适用解读[J].山东警察学院学报,2007(1):45-49.
- [12] 高仕银.传统与现代之间:虐待罪“家庭成员”概念新论[J].浙江工商大学学报,2011(4):18-24.
- [13] 刁冠杰.刑法犯罪数额问题探析[D].广西师范大学,2014.
- [14] 张明楷.简评近年来的刑事司法解释[J].清华法学,2014(1):5-26.
- [15] 张明楷.刑法分则的解释原理:第2版[M].北京:中国人民大学出版社,2011:7.

责任编辑:万东升

## The Standardization of Judicial Determination of Crime of Abusing Person under Guardianship and Caregiver

WEI Kang

(Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200063, China)

**Abstract:** The Amendment IX to the Criminal Law of the People's Republic of China added the crime of abusing person under guardianship and caregiver. This is in line with the legislative trend of strengthening the protection to vulnerable groups in legislation and effectively makes up for the abuse behavior commonly occurred between non-family members. Although the law does not expressly state, from the inherent logic between the provisions and the different family factors considerations between abusing person under guardianship and caregiver and the crime of abuse, the scope of the subject of crime should be excluded from the "family members of common living". Similar behavior qualitatively "bad plot" also should be more severe than the identification of the crime of ill-treatment. Consulting standard of abuses and considering the public recognition to general social care and custody generally lower than the living relation of affection between family members, the standard should be moderately lowered down to achieve the effect of strict regulation to abusing person under guardianship and caregiver. the effect of the caregivers. As for the standard for the minors, the elderly, the sick, and the disabled, a looser recognition policy should be adopted considering the effective protection to the victim. In the provision, a word "etc" is used to have a recapitulative regulation. Therefore, it shall be deemed as the crime object of crime including but not limited to the above four types and covering all guarded and cared persons of fully or partially losing living ability. Therefore, it can effectively regulate the new serious abuse of harming social stability with the transformation of social form and social relations and guarantee the stability of the criminal law based on avoiding punishment loophole.

**Key words:** crime of abusing person under guardianship and caregiver; legislative affirmation; subject identification; crime object; bad plot; judicial interpretation