

残疾儿童刑事保护之立法完善^{*}

——以流浪乞讨儿童为中心

赵军 彭志刚 许晓娟

【提要】现行刑法中关于“组织残疾人、儿童乞讨罪”的一系列条文设计不利于流浪乞讨残疾儿童的权利维护。应以《联合国残疾人权利公约》中的相关精神为指导,充分关照这一极度弱势群体的特殊需要,正确处理社会秩序与个人权利、形式平等与特别保护、尊重自决与最佳利益的关系,这也是完善相关立法的关键。

【关键词】残疾儿童 乞讨关联犯罪 人口交易犯罪 虐待罪 遗弃罪

〔中图分类号〕D924 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000—2952(2009)04—0090—07

残疾儿童在心理、生理和人体结构等方面的缺陷,为其实现权利设置了诸多障碍,导致了他们在社会生活中事实上的弱势。处于流浪乞讨状态中的残疾儿童,是这一弱势群体中尤为弱势者,他们的权利更易于遭到侵害,也更难以得到保护。1989年联合国通过了《儿童权利公约》,2006年又通过了《残疾人权利公约》(下称《公约》),尊重残疾儿童的权利、加大对他们的保护力度,已成全球性的时代话语。以此为背景,检讨现行法,特别是检讨作为“补充法”、“保障法”的刑法对这一极度弱势群体的保护力度,尤显必要。

一、缺陷——保护力度

现实中,弱势群体因其边缘化的社会地位,往往难以实现其在形式上和法条上所“享有”的、与他人“同等”的法律权利。鉴于此,立法者一般会在制法过程中通过某些特别条款对弱势群体施以特别保护,以平衡其边缘性、促成实质正义之达成。然而仔细梳理相关法条就会发现,现行刑法对残疾儿童,尤其是对流浪乞讨残疾儿童的保护力度却明显不足。在某些方面,刑法对此极度弱势者的保护甚至还不如普通人,这显然与公平原则相悖。

(一) 关于乞讨关联犯罪

《刑法修正案(六)》第17条规定,“以暴力、胁迫手段组织残疾人或者不满十四周岁的未成年人乞讨的”,构成组织残疾人、儿童乞讨罪。从维护残疾儿童权利的角度审视,这一与《残疾人保障法》、《未成年人保护法》等法律相衔接,以保护残疾人、儿童为专门任务的特别法,存在一系列重大缺陷。^①

首先,本罪以“组织”为要件,以暴力、胁迫手段强迫两名,特别是一名残疾儿童乞讨行为的构成要件符合性存有疑问。现实中,以暴力、胁迫手段控制一名或两名残疾儿童乞讨,是通常情形,其对被害人的侵害程度并不一定轻于组织三名或三名以上被害人乞讨的情形。基于此,少数学者立于“目的论的解释

* 基金项目:教育部哲学社会科学重大课题攻关项目《未成年人犯罪问题研究》(项目批准号:06JZD0010)。

① 为集中探讨流浪乞讨残疾儿童的刑法保护问题,本文有意回避了所涉法条在其他方面所存在的缺陷。譬如,对老年人的保护问题,对14至18岁未成年人(相关国际公约上“儿童”)的保护问题,对妇女的保护问题,等等。

方法”，^①认为“立法者并没有对本罪的对象的人数加以限定，以暴力、胁迫手段组织一个或两个残疾人或者不满14周岁的未成年人乞讨的，是可以构成本罪的”。^②然而，“组织”的本来含义毕竟是安排分散的人或事物使其具有一定的系统或整体性，“如果对象仅为一人，则很难用组织一词加以概括”。^③在目前立法语境下，为有效保护受暴力、胁迫侵害而被迫乞讨者的人身权利，将本罪的“组织”对象扩展至两人，特别是一人，尽管是基于实现刑法法益保护机能的善意，但却在不利于被告的方向上明显突破了社会平均人对法条语词理解的通常限度，有损害国民预测可能性的危险，不利于刑法人权保障机能的实现。从这一点考量，多数观点否认强迫单个被害人乞讨成立本罪，在解释论上应予支持。但在立法论上，否定这种行为成罪的观念却值得质疑：同样的人身权利遭到侵害，同样的自我决定权被剥夺，遭到行为人暴力、胁迫而被迫乞讨的残疾儿童，为什么只能在其他被害人也遭到行为人相同方式的侵害时（满足“组织”要件），才能得到刑法的保护？否则，就要被排除在刑法的保护范围之外？^④从保护被害人权利的角度看，现行法的立场值得商榷。

其次，本罪采列举方式将手段明确限定为暴力、胁迫，以其他排除被害人意志的方式强迫残疾儿童“乞讨”能否成罪，也有疑问。如，以喂食安眠药等麻醉方法致残疾儿童长时间昏睡，将处于昏睡中的残疾儿童作为“道具”行乞，便与本罪构成要件所限定的暴力胁迫手段存有一定距离。^⑤与强奸罪、抢劫罪的法条设计不同，本罪未将与暴力、胁迫具有实质相当性的“其他手段”纳入构成要件，若在解释论上将麻醉理解为本罪构成要件所涵盖的特定手段，则罪刑法定原则的贯彻便成为问题。但另一方面，类似的“其他手段”对被害人的身心伤害未见得亚于暴力、胁迫，其对被害人自决权的侵害更与暴力、胁迫无二，在立法上不将之入罪并无实质理由。质言之，现行法将那些被麻醉而在无意识状态下被迫充当乞讨工具的残疾儿童排除在刑法保护的 range 之外，大致相当于主张麻醉抢劫、麻醉强奸不为罪，在社会观念上难以接受。

再次，本罪对犯罪手段的不当限制，将许多虽未排除被害人意志，但对残疾儿童这一特殊弱势群体具有相当危害的乞讨关联行为排除在犯罪圈外，使得该群体的权利难以得到有效维护。尊重国民的自律判断、不干涉不涉及他人利害的自我决断，是现代各国所普遍接受的法治理念。^⑥对于具有判断能力的成年人来说，只要没有使用暴力、胁迫等排除自由意志的

特定手段，即便存在教唆、引诱乞讨或剥削乞讨所得的情况，通常也不必由刑法介入。但残疾儿童较为特殊，他们虽具有一定的意思能力，也享有一定的自决权，但受心理、生理、人体结构、年龄、知识等方面的限制，往往难以作出基于自己利益的选择。譬如，非基于被害人的利益，利用扶（抚）养、监护、受托看管或监管等特定关系、地位利用残疾儿童乞讨；唆使、引诱判断能力欠缺的残疾儿童乞讨；对缺乏判断能力和自我保护能力的残疾儿童的乞讨所得进行剥削；如此等等，都是对残疾儿童受抚养权、受教育权、财产权等项权利的侵害，不利于他们的身心健康、人格养成以及未来发展。现行法未考虑到残疾儿童的这些特殊性，依通常标准将表面上欠缺暴力、胁迫等排除被害人意志手段的乞讨关联行为一律排除在犯罪圈外，明显不利于残疾儿童的权利维护。

最后，本罪的罪状设计没有对因严重精神残疾、智力残疾或年龄过于小而无意思活动能力者予以应有关照。现实生活中，利用无意思活动能力的严重精神残疾者、严重智力残疾者或婴幼儿行乞是较为常见的。这其中，又以利用无意思活动能力的残疾儿童行乞更为通常。以暴力、胁迫手段强迫被害人实施无义务实施的事项，其前提是被害人必须具有意思活动的 ability。^⑦否则，行为人的暴力、胁迫就无法通过被害人的意思活动产生“恐怖心”，并继而依据行为人的意思为一定行为。利用无意思活动能力的残疾儿童行乞，既无实施暴力、胁迫的必要，也无法通过暴力、胁迫使被害人产生“恐怖心”，从而欠缺强迫手段或在强迫手

① 日本学者町野朔即指出，在进行刑法解释时，结局是必须考虑刑法是为了实现何种目的，必须进行适合其目的的合理解释。文理解释、体系解释或者主观解释，不能给予合理的意思解释时或者即使暗示了某种解释时，必须由目的论解释来最终决定。刑法解释方法与其他解释方法的不同，只是刑法的目的与其他法领域的目的不同而已。参见[日]町野朔《刑法总论讲义案1》，信山社1995年版，第68～69页。

② 付立忠：《论刑法修正案（六）新增设的组织残疾人、儿童乞讨罪》，《中国人民公安大学学报》2007年第4期。

③ 康均心：《组织残疾人、儿童乞讨罪若干疑难问题研究》，《长江大学学报》（社会科学版）2008年第2期。

④ 至于行为人的手段行为在具体的个案中能否成立故意杀人、故意伤害、非法拘禁等其他犯罪，与此无关。

⑤ 熊永明：《也论组织乞讨罪》，《法学论坛》2007年第6期。

⑥ [日]曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005年版，第57页。

⑦ [日]大塚仁：《刑法概说》（各论），冯军译，中国人民公安大学出版社2003年版，第85页。

段与危害结果之间无从建立起刑法上的因果关系。如此,当行为人非基于被害人的利益,利用无意思活动能力的残疾儿童行乞时,其行为就不能成立组织残疾人、儿童乞讨罪。然而,无意思活动能力的残疾儿童同样需要,在某种意义上更需要刑法的有力保护。

(二) 关于人口交易犯罪

受传统子嗣观念的影响,收买儿童自养、尤其是收买男童自养的现象在我国一直都不鲜见,拐卖儿童因而屡禁不止。为此,刑法将拐卖儿童、收买被拐儿童均规定为犯罪,并为拐卖儿童设定了一个较为宽泛的犯罪构成,即:“以出卖为目的,有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转儿童的行为之一的”。若仅从保护普通儿童免遭拐卖这一点评价,这些规定是较为有效的,尤其是“以出卖为目的”的要件设计更可谓切中肯綮。在以普通儿童为对象的人口贩卖市场中,供需双方的行为都是围绕儿童买卖展开的,不发生实际的人口买卖或不以人口买卖为最终目标,相关行为对被害人的侵害就难以达到拐卖犯罪所要求的程度。抓住了这一点,也就抓住了由收买儿童自养这一典型性诱因所引发的拐卖儿童犯罪之要害。然而,当我们将视角转换至残疾儿童的权利保护时,现行法有关拐卖、收买儿童犯罪的要件设计就有些失之过窄了。

生活中,极少有人愿意收买残疾儿童自养。相应地,以出卖为目的拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转残疾儿童的犯罪较少发生。不过,残疾儿童的弱势很容易博得人们的怜悯同情之心,具有某种乞讨上的“优势”,由此就在“乞讨行当”中产生了针对残疾儿童的特殊需求。与普通儿童收买自养这种较为单一的市场需求不同,除购买残疾儿童行乞之外,租用残疾儿童乞讨也是一种较为常见的交易模式。在该模式中,残疾儿童被当作乞讨工具以出租、租用的形式流转,其境遇相较于被收买自养的普通儿童更为悲惨。因出租、租用残疾儿童的双方均不具“出卖”目的,不能成立拐卖儿童罪;而单纯的租用行为又不能等同于收买,收买被拐卖的儿童罪亦无从成立。现行有关拐卖犯罪的条款无法规制这类人口交易行为,其他法条也很难“替补”适用。在许多实际案例中,因无从查明租用方对残疾儿童的暴力、胁迫行为,或因租用方所控制的残疾儿童不足三人(不成立“组织”),租用方控制残疾儿童行乞并加以剥削压榨的行为就只能作为无罪处理;即便能够查明租用方为强迫乞讨而对残疾儿童实施了暴力、胁迫,出租方也往往因欠缺暴力、胁迫的共同故意而不能作为组织残疾人、儿童乞讨罪的共犯处理。^①

很明显,现行法拐卖儿童罪、收买被拐卖的儿童罪之锋芒所指主要是以普通儿童为侵害对象的人口贩卖市场,其打击重心是以收买自养为导向的儿童买卖活动。在流浪乞讨这一特别领域,由“乞讨价值”所诱发的出租、租用残疾儿童以剥削、压榨其乞讨所得的侵害行为,并非立法之初的关注点。在此立法背景下,以出租、租用形式将残疾儿童作为乞讨工具进行交易,将他们置于流浪乞讨状态并对之进行剥削和压榨,很难得到刑事法层面的有效遏制。这就意味着在人口交易这一特定领域,残疾儿童不能得到与普通儿童同等力度的刑法保护,其权利状况因而更加恶化。

(三) 关于虐待、遗弃犯罪

现行刑法规定:“虐待家庭成员,情节恶劣的”,构成虐待罪;“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”,构成遗弃罪。在虐待罪的犯罪构成中,犯罪对象被限定为“家庭成员”,犯罪主体“必须与被害人之间具有一定的亲属关系和扶养、赡养关系,而且是在一个家庭内共同生活的成员……非家庭成员的虐待行为,不能构成虐待罪”。^②与此相似,遗弃罪的犯罪主体被限定为对被遗弃人负有扶养义务的人,否则,遗弃者不成立现行法上的遗弃罪。在我国,家庭成员的范围以及扶养义务由婚姻法、亲属法等相关法律确定,在刑法上并无太大的解释余地,发生在丈夫与妻子、父母与子女等特定关系之外的虐待或遗弃行为不成立现行法上的虐待罪或遗弃罪。这表明,现行法设立虐待罪和遗弃罪的主要目的是保护家庭成员间的权利义务关系或曰被害人的家庭生活利益,其立法基点并不全在于国民的身心健康或生命、人身安全。^③尽管现行刑法将此两罪规定在“侵犯公民人身权利、民主权利罪”当中,但考虑到其构成要件所反映出的实际罪质状况,仍有主流刑法学者参照79刑法的体例安排,将它们定位于“妨害婚姻家庭罪”展开研究。^④

① 存在出租方发现租用方对残疾儿童施暴后报警的案例,这样的出租人虽明知承租方利用被害人乞讨的意图,但并不具有对被害人实施暴力的共同故意,将之认定为组织残疾人、儿童乞讨罪的共犯有悖常理。

② 周道鸾、张军:《刑法罪名精释》,人民法院出版社2003年版,第424页。

③ 至于对家庭成员间的权利义务关系或被害人家庭生活利益的保护将有益于其身心健康及生命、人身安全,那是另外的问题。

④ 苏长青、阴建锋:《侵犯公民民主权利和妨害婚姻家庭罪》,中国人民公安大学出版社2003年版,第355~374页。

客观地说，目前虐待罪、遗弃罪的要件设计对于普通人在通常状态下的人身权利维护还是相当有效的。通常状态下，普通人很难遭到家庭以外的虐待或者非扶养义务者的遗弃，但处于流浪乞讨状况中的残疾儿童就不同了。流浪乞讨残疾儿童中的相当部分并不与家庭成员或扶养义务人共同生活，实际控制他们乞讨者既非他们的亲属，也不对他们负有法律上的扶养义务。正是在这种缺乏亲情维系的利用关系中，处于绝对弱势的残疾儿童更容易遭到控制者的虐待和遗弃。

在许多实际案例中，受控残疾儿童出于基本的生存需要，在是否乞讨的问题是“自愿”的，控制者无需为此施行暴力或胁迫，不会因而触犯组织残疾人、儿童乞讨罪。但在这种欠缺亲情维系的共同生活中，控制者可能因其他方面的原因对被害人心中不满而虐待被害人，也可能为发泄某些与被害人无关的消极情绪而对被害人施以虐待。无论属何种情况，施虐者皆因不具“家庭成员”这一特定身份无法构成虐待罪。

在另一些案例中，当残疾儿童因重病或其他原因失去利用价值、成为控制者的负担时，控制者往往会遗弃他们。流浪乞讨状态中的残疾儿童受制于能力上的局限，原本就在生活上对控制者具有较强依赖。当他们因疾病或其他原因陷于更大困境时，这种依赖也会变得更为强烈。在具体情势中，控制者的遗弃行为甚至会导致被害人死亡、重伤等极其严重的后果。将类似案件作为间接故意的、不作为的杀人罪、伤害罪处理，疑问颇多，比较接近的罪名是遗弃罪。^①从一般法理分析，控制者支配、利用被害人乞讨这一先行行为，在特定情况下能够产生特别的救助或扶助义务，尤其是当被害人的生命完全依赖控制者的扶助时，更是如此。因而，从“实质的解释论”出发，类似行为似乎存在成立遗弃罪的余地。^②然而，因行为人的先行行为及被害人生命法益之完全依赖所产生的扶（救）助义务，毕竟不能等同于法定的扶养义务，而行为人具有扶养义务却正是成立现行法遗弃罪的前提。在否定故意杀人罪成立可能性的情况下，基于此类行为应然上的可罚性，转而肯定遗弃罪之构成要件符合性，其以解释促成法条贴近正义的本旨值得赞赏，但因明显突破了现行法为遗弃罪所设构成要件的限定，其结论难以支持。以现行法为据，不具扶养义务的控制者，为摆脱负担而遗弃受其控制的、失去利用价值的流浪乞讨残疾儿童，不构成遗弃罪。

可见，现行法虐待罪、遗弃罪的要件设计导致了这样一种法律实效：普通人以家庭为主要生活场所，其遭受虐待、遗弃的危险更多源自家庭成员或扶养义

务人，当他们遭到虐待或遗弃时，通常能够得到刑法的有效保护；与之相对，流浪乞讨残疾儿童并无正常的家庭生活，其遭受虐待、遗弃的危险往往源自那些控制他们乞讨的非家庭成员或非扶养义务人，这导致相当部分被虐待、被遗弃的流浪乞讨残疾儿童无法得到刑法的保护。刑法对流浪乞讨残疾儿童这一极度弱势群体保护力度的不足，在虐待、遗弃两罪的构成要件上表现得甚为突出。

二、根源——立法观念

一定意义上，法律是社会观念的反映，某一行为被犯罪化抑或被非犯罪化取决于人们的价值判断，而不取决于构成要件的技术要求。^③现行刑法在保护流浪乞讨残疾儿童方面的缺陷是系统性的，而非技术性的。因而，问题的关键在于立法观念，而非立法技术。

（一）关于社会秩序与个人权利

在基本价值取向上倾向于社会本位、秩序主义，还是个体本位、权利主义，往往决定着人们对待某些具体行为的态度。立于前者的立场，乞讨行为因有损城市形象、存在破坏社会治安秩序的危险，具有相当的可罚性。即便未直接侵害他人的具体利益，或未使用暴力胁迫等侵害手段强迫他人，单纯以乞讨为业的“常习乞讨”、非暴力胁迫的组织乞讨也应予犯罪化。^④而从后者的立场出发，流浪乞讨作为国民陷入困境时的自救手段或生活方式，在不涉及他人利害的前提下明显属于公民的权利或自由，^⑤不可罚；一旦超出此前提，乞讨及其关联行为便具有了可罚性。

以2003年“孙志刚事件”为标志，我国在流浪乞讨领域的立法思路开始由前者向后者倾斜。在此前

① 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第143页。

② 同上，张明楷教授认定成立遗弃罪的案例是这样的：“甲驾车过失撞倒他人后，在旁人的要求下，拦一辆出租车，请求出租车司机乙协助将被害人送往医院抢救。去医院途中，甲谎称买烟送给医生而乘机逃走。乙见甲逃走，在行驶的途中将被害人拖下出租车，没有送往医院，被害人因失血过多死亡。”

③ 至于在社会观念和价值判断的背后还隐藏着怎样的物质生活条件，那是另外一个层面的问题。

④ 柳志卫：《〈中华人民共和国刑法修正案（六）〉第17条之检讨》，《法商研究》2007年第5期。

⑤ 乞讨是一种权利，抑或仅仅只是一种非权利的自由？法学理论上存有争议，但这并不影响我们对该问题的实质理解。参见缪金祥《流浪乞讨人员的治安管理》，《江苏警官学院学报》2005年第1期。

的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》中，流浪乞讨人员被视为潜在的犯罪者，出于维护城市形象和社会治安的考量，收容遣送“被设计成”或曰“被执行成”一种针对流浪乞讨人员、乃至“三无人员”的强制性惩罚措施；^①而在由“孙志刚事件”所催生的《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》中，流浪乞讨人员被当作陷于困境的社会成员，仅只为了保障他们的“基本生活权益”、并在自愿的前提下，才能对他们施以救助。两年后，立法者在《治安管理处罚法》中进一步将单纯乞讨这一从前的“灰色行为”明确排除在“违法圈”外。“反复纠缠、强行讨要或者以其他滋扰他人的方式乞讨”，“胁迫、诱骗或者利用他人乞讨”这些被“违法化”的乞讨及其关联行为，均具有明显的法益侵害性或具有法益侵害的可能性。紧接着《刑法修正案（六）》出台，未使用暴力、胁迫手段组织他人自愿乞讨的行为被排除在刑法规制之外。这表明，立法者在流浪乞讨领域的首要考虑已由从前的城市形象、社会秩序等整体主义价值开始转向公民个人自决、身心健康等个体主义价值。

毫无疑问，立法上的这些变动应和了尊重人权、重视个体价值、强调个人自由的世界潮流，是当代中国社会观念进步的表现。但从保护流浪乞讨残疾儿童这一极度弱势群体的视角观察，立法观念仍需检讨。以组织残疾人、儿童乞讨罪的要件设置为例，立法将强迫单个残疾儿童乞讨的行为排除在犯罪圈外，当然不是因为该行为对被害人权利的侵害轻于组织三名或三名以上被害人乞讨的犯行。立法者的真实考虑在于，强迫单个残疾儿童乞讨对社会秩序、城市形象的危害相对有限，难以达到组织乞讨的程度。换言之，立法者规定此罪的意图并不全然在于被害人自由决定权及身心健康的保护，对社会秩序和城市形象的维护亦是重要的价值诉求。本来，对后一价值的追求并没有错，但问题是这种追求不能以损害刑法对个人权利的保护力度为代价，尤其是不能以牺牲本已极度弱势的残疾儿童的权利为代价。《公约》规定，“缔约国应当采取一切必要措施，确保残疾儿童在与其他儿童平等的基础上，充分享有一切人权和基本自由”；“在一切关于残疾儿童的行动中，应当以儿童的最佳利益为一项首要考虑”。刑法在以残疾人、儿童为特定保护对象的专门条款中，为强调社会秩序价值而加入“组织”要件，不当损害了被强迫乞讨的单个残疾儿童的利益。对照公约所谓采取“一切必要措施”确保残疾儿童权利、“以儿童的最佳利益为一项首要考虑”的要求，现行法尚存相当距离。

（二）关于形式平等与特别保护

自1789年法国《人权宣言》确立“一切公民在法律面前一律平等”的原则以来，平等便成为近现代各国法律所追求的重要价值目标。《公约》规定：“在法律面前，人人平等，（残疾人）有权不受任何歧视地享有法律给予的平等保护和平等权益”。在我国，罪责刑相适应、法律面前人人平等已成为刑事立法与刑事司法的重要指导原则，相同法益同等保护的现代刑法理念得到普遍认同。在一般意义上，我国刑法给予残疾儿童的保护与普通人是平等的。在相同情况下，侵害残疾儿童与侵害普通儿童在法律评价上并无实质差别，两者的法律后果在理论上完全相同。但问题是，理论上的形式平等不等于现实中的实质平等。

残疾儿童、尤其是流浪乞讨残疾儿童所面临的生存境况与普通儿童截然不同，相应地，其被害模式也与普通儿童被害模式迥异。被出租、被租用、被榨取乞讨所得，被家庭成员以外的实际控制人虐待，被支配自己乞讨的非扶养义务人遗弃，诸如此类难以发生在普通人身上的侵害行为，对于流浪乞讨残疾儿童来说却是不得不时常面对的危险。现行法有关拐卖、虐待、遗弃等犯罪的条文均以普通儿童被害为设计蓝本，难以规制这些更多发生在、甚至几乎只会发生在流浪乞讨儿童身上的特殊侵害行为。这样，形式上平等保护每一个公民的法律条文，却在实质上给予流浪乞讨残疾儿童以差别化和歧视性的立法对待。

而另一方面，残疾儿童的自身条件也具有相当的特殊性。部分残疾儿童因严重精神残疾、智力残疾或年龄过于小等原因而没有意思活动能力，对“参与”流浪乞讨无所谓认识或决断。控制并利用他们进行乞讨，无须施加任何侵害意志自由的行为。此时，若依统一的、“平等的”立法标准，将未使用暴力、胁迫等侵害意志自由手段的乞讨促成行为一律非犯罪化，就会放任对流浪乞讨残疾儿童中无意思活动能力者的侵害，造成对他们实质上的不平等保护。^②

很明显，立法若不考虑流浪乞讨残疾儿童被害模式的特殊性及其自身的能力缺陷，那么法条上的形式平等往往意味着对他们实质上的不平等、甚至歧视。

^① 该《办法》最初的收容对象仅为城市中的流浪乞讨人员，带有一定的救济性质。1992年国务院《关于收容遣送工作改革问题的意见》出台之后，收容对象被扩大到所谓的“三无人员”（无合法证件、无固定住所、无稳定收入），成为一种限制外来人口流动带有一定惩罚性的强制措施。

^② 这大致相当于承认对精神病、痴呆者或幼女等性防卫能力欠缺者实施“和奸”不为罪。

为帮助特殊弱势群体实现实质意义上的平等，立法上适当的特别保护是必要的。正如《公约》在第5条“平等和不歧视”中所规定的——“为加速或实现残疾人事实上的平等而必须采取的具体措施，不得视为本公约所指的歧视。”可见，从法律上对残疾人予以特别保护，确保他们不仅在形式层面获得平等对待，更在实质层面获得“事实上的平等”，才是《公约》的精髓所在。

（三）关于尊重自决与最佳利益

一般说来，“具有判断能力的人，最清楚自己的利益，会采取合理的行动”。以这种尊重自律判断的假说为基础，即便在完全知道现在的危险行为将来会对重大利益或者自由造成损害の場合，原则上也不允许国家对他的行为进行干涉。^①《公约》规定，“尊重固有尊严和个人自主，包括自由做出自己的选择，以及个人的自立”；“缔约国应当确保，残疾儿童有权在与其他儿童平等的基础上，就一切影响本人的事项自由表达意见”。既然残疾人、包括残疾儿童，有权“就一切影响本人的事项”（包括选择流浪乞讨作为生存方式）“自由表达意见”、“自由做出自己的选择”，那么在原则上，只要得到了“被害人的承诺”，未使用暴力、胁迫等侵害意志自由手段的乞讨促成行为和利用乞讨行为，就不能作为犯罪追究。我国刑法组织残疾人、儿童乞讨罪的要件设计，将非暴力、非胁迫的组织乞讨行为排除在犯罪圈外，可以说是尊重国民自决理念的具体贯彻，与国际公约尊重残疾人、残疾儿童个人自主的精神是一致的。

然如前所述，残疾人、尤其是残疾儿童，在判断能力上毕竟与普通存在很大差异。在某些情况下，法律在形式上对其自决权的“尊重”，反而会在实际上为其带来极为不利的后果。尊重国民的自律判断，需以国民的判断能力为前提。当特定弱势群体在某些事项上严重缺乏基于其自身利益的判断能力时，如何在尊重国民自决与保护弱势群体实际利益之间保持适当平衡，成为一个较为棘手的立法问题。为此，《公约》为我们展示了一种平衡对待特定弱势群体自决权及其实际利益的新理念。《公约》规定：“在一切关于残疾儿童的行动中，应当以儿童的最佳利益为一项首要考虑”；“残疾儿童的意见应当按其年龄和成熟程度适当予以考虑”。也就是说，对于欠缺通常判断能力的残疾儿童，保护其“最佳利益”是“一项首要考虑”，其意见应当在与“其年龄和成熟程度”相当的范围内予以“适当”考虑。而这个“适当”的标准，只能是其“最佳利益”。易言之，对残疾儿童自决权的尊重，须以其

判断能力和最佳利益为限度。突破此限度的自决，国家应适当干预，这不同于法律对待正常成年人自决权的通常标准。在这一点上，《公约》很好地把握了尊重残疾儿童自决与保护其最佳利益这两种价值之间的平衡，为我国相关立法的改造提供了新思路。

三、建言——立法改造

理清了观念，对立法缺陷的修补、完善也就顺理成章了。从流浪乞讨残疾儿童权利保护的角度看，现行刑法相关条文的改造至少应从以下两方面着手。

一方面是对组织残疾人、儿童乞讨罪这一以残疾人、儿童为专门保护对象之“特别法”的改造。首先，应去除该罪的“组织”要件，将以暴力、胁迫手段强迫单个被害人乞讨的行为规定为犯罪，这是保护公民人身权利的当然要求；其次，将本罪的犯罪手段扩充至麻醉等其他侵害自决权的行为方式，类似行为对被害人自决权和身心健康的侵害与暴力、胁迫无异；再次，将唆使、引诱判断能力欠缺者（如残疾儿童）进行乞讨的行为规定为犯罪，以体现按年龄和成熟程度适当考虑残疾儿童意见以维护其最佳利益的理念；^②最后，将非基于残疾儿童利益，利用残疾儿童乞讨牟利的行为规定为犯罪。这种行为虽未介入暴力、胁迫等侵害自决权的手段行为，也未对判断力缺乏者实施唆使、引诱以不当影响其自由判断，但出于将儿童的“最佳利益”置于“首要考虑”以及“保护残疾人在家庭内外免遭一切形式的剥削”的双重考量，亦有犯罪化之必要。^③但这里所要强调的是，为了残疾儿童本人的利益，出于救助身处困境的残疾儿童的目的，促成或“利用”残疾儿童乞讨的行为，是不能被犯罪化的。^④否则，便不合公约之“最佳利益”原则的要求。从这个角度分析，《治安管理处罚法》将“利用他人乞讨”的行为一概违法化的做法，也值

^① [日] 曾根威彦：《刑法学基础》，第57页。

^② 如《法国刑法典》规定：“直接挑动未成年人行乞的，处两年监禁并科45000欧元罚金”；又如《俄罗斯联邦刑法典》规定：“引诱未成年人经常饮用酒类、吸食麻醉药、从事卖淫、流浪或乞讨的，判处180至240小时强制性工作，或者1年以上2年以下劳动改造，或者3个月以上6个月以下监禁，或者4年以下剥夺自由”。

^③ 如澳门地区《刑法典》规定：“利用未满十六岁之人，或在精神上无行为能力之人行乞，而剥削之者，处最高三年徒刑。”

^④ 例如为救助无生存能力的残疾儿童，“利用”该残疾儿童乞讨。

得商榷。

另一方面是对规制人口交易、虐待、遗弃等其他犯罪之“普通法”的改造。对于人口交易犯罪来说,重要的是在出卖(目的)、收买儿童之外,增加出租(目的)、租用儿童为新的选择性要件,以同等力度规制这种几乎只会针对残疾儿童实施的人口交易行为。对于虐待、遗弃犯罪而言,核心的问题在于彻底改变其“妨害婚姻家庭罪”的性质,将保护法益定位于生命和身体安全,将犯罪主体扩展至共同生活的家庭成员及扶养义务人以外,使更可能遭受非家庭成员和非扶养义务人虐待、遗弃的流浪乞讨残疾儿童,得到与普通儿童同等的刑法保护。

不过,这里还存在一个极易引发争议的理论问题需略作说明。现行刑法遗弃罪的犯罪主体限于扶养义务人,而扶养义务由婚姻法、亲属法明确规定,作为义务依法确定即可。若依本文设想对遗弃罪进行改造,则救助义务、扶助义务或保护义务的确定就成为问题。对此,不妨借鉴日本刑法的做法。为保护“因年老、年幼、身体障碍或者疾病而需要扶助的人”,日本刑法以三个条款分别规定了单纯遗弃罪、保护责任者遗弃罪和遗弃致死伤罪。其中的单纯遗弃罪需以“作为的形式将需要扶助者移置到对其生命有危险的场所”,不存在作为义务问题;而保护责任者遗弃罪既能以作为的遗弃方式实施,也能以“对需要扶助者的生存不给予必要保护”这种不作为的方式实施。对于后者,“法令、契约、事务管理、习惯、常理、先行行为等方面”都是寻求保护责任的根据。^①按照这一思路,控制残疾儿童乞讨者以作为方式将残疾儿童移置到危险场所自不必说,以不作为方式不予残疾

儿童以必要的保护,也会因其控制被害人乞讨之先行行为所产生的保护义务而成立保护责任者遗弃罪。如此,便恰到好处地保护了包括残疾儿童在内的需要扶助者的生命和身体安全。

结语

总之,相关刑事立法应以残疾儿童的“最佳利益”为首要考虑,切实从残疾儿童、尤其是流浪乞讨残疾儿童的判断能力、自我保护能力、被害模式等特征出发,充分关照这一极度弱势群体的特殊需要,以适当的特别保护措施实现其“实质上的平等”。顺着这一思路走下去,现行法律对虐待、侮辱等亲告罪的规定对缺乏告诉能力的残疾儿童的影响,对强迫残疾儿童进行恐怖、残忍乃至一般性表演与强迫职工劳动罪、雇佣童工从事危重劳动罪等的衔接,诸如此类的问题都应当进一步深入研究。

本文作者:赵军是北京师范大学刑事法律科学院讲师、法学博士;彭志刚是中国社会科学院研究生院法学系教授、法学博士;许晓娟是中国社会科学院研究生院法学系2007级博士研究生

责任编辑:赵俊

① [日]西田典之:《日本刑法各论》,刘明祥、王昭武译,武汉大学出版社2005年版,第24页。

Improvement of Laws about Protection of Disabled Children within Criminal Justice System

—Focusing on Vagrant and Beggar

Zhao Jun Peng Zhigang Xu Xiaojuan

Abstract: The provisions about “organizing the disabled and children to beg” in current criminal law is not suitable to protect the rights of disabled vagrant and begging minors. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* should be employed as guidance for caring for the special needs of this extremely disadvantaged group. The key to improve relevant laws is balancing the relationships between social order and individual rights, formal equality and special protection, as well as respect for self-decision and optimal interests.

Key words: disabled children; begging-related crimes; human trade crimes; crime of abuse; crime of abandonment