

· 社会福利 ·

福利还是保护?

——中国《儿童福利法》立法问题研究

姚建平

[摘要] 在《儿童福利法》立法过程中,如何处理儿童保护与儿童福利之间的关系非常关键。本文首先从理念、对象、供给主体和模式等方面对儿童保护和儿童福利之间的异同进行比较,在此基础上分析我国儿童法律政策中的保护和福利内涵,最后提出我国《儿童福利法》立法应该采用综合模式,并在普惠性理念的基础上满足儿童健康成长过程中的基本需求。

[关键词] 福利; 保护; 立法取向

在当前我国《儿童福利法》立法的过程中,理论和实务部门的工作者经常问这样一个问题:既然有了《未成年人保护法》,为什么还要立《儿童福利法》?一些人认为儿童保护应该包含儿童福利,也有一些人持相反的观点。那么,儿童保护与儿童福利到底有什么联系和区别呢?本文试图先理清儿童保护和儿童福利的概念,在分析我国儿童法律、政策基础上,提出《儿童福利法》的立法取向。

一、儿童保护与儿童福利的异同

什么是儿童福利?什么是儿童保护?这些概念深植于法律、政治、专业话语、日常语言、文化和与时间相关的语境中,因此试图以严格的方式对其进行定义往往失败。^①因此,理解儿童保护和儿童福利概念必须放在特定的情境中。在中国,儿童保护有广义和狭义之分。尚晓媛认为广义的儿童保护制度和广义的儿童福利制度的含义类似,指现代福利国家为改善儿童状况,促进儿童福利的所有制度安排。狭义的儿童保护是一个有特定法律含义的概念,指国家通过一系列的制度安排,包括社会救助、法庭命令、法律诉讼、社会服务和替代性养护等措施,对受到和可能受到暴力、忽视、遗弃、虐待和其他形式伤害的儿童提供的一系列旨在救助、保护和

[作者简介] 姚建平,华北电力大学人文与社会科学学院教授。研究方向:儿童福利。

[基金项目] 国家社会科学基金项目“全面小康视角下中国农村可持续扶贫机制研究”(18BSH051)。

① Philip Graham, et al., "Research Issues in Child Abuse," *Social Science & Medicine*, 1985, 21(11).

服务的措施,使儿童能够在安全的环境中成长。^①一些其他中国学者也有类似的观点。广义的儿童保护针对所有18岁以下儿童的生存权、发展权、参与权等各项权益,促使其身心健康发展、提供其公平的成长发展环境,契合于广义的儿童福利概念。狭义的儿童保护是指对孤残儿童、受虐儿童、流浪儿童、留守儿童、家庭监护缺失或者监护不当的儿童等提供的一系列旨在救助、保护和服务的措施,使其免受伤害。^②我国儿童福利概念同样也有广义和狭义之分。徐月宾认为,广义的儿童福利是指“政府或社会针对全体儿童的普遍需求,为促进儿童生理、心理及社会潜能的最佳发展而提供的各种服务”。狭义的儿童福利是指“政府和社会为有特殊需要的儿童及其家庭提供的各种支持、保护和补偿性服务”。^③陆士楨也认为,“广义的儿童福利指的是一切针对全体儿童的,促进和保障儿童生理、心理以及社会潜能得到最佳发展的各种方式和设计。狭义的儿童福利是指面向特定儿童和家庭的服务,特别是在家庭和其他社会机构中未能满足其需求的儿童,如孤残儿童、流浪儿童、留守儿童、受虐待儿童等。”^④

儿童保护和儿童福利都有广义、狭义之分。有人认为广义的儿童保护类似于广义儿童福利。例如,前文中的尚晓援等都持这种观点。但也有人认为儿童保护包含广义的儿童福利,其理由是儿童福利(尤其是狭义的儿童福利)本身是对儿童的保护。还有人认为儿童福利包含儿童保护。例如,吉尔伯特在一项研究中将儿童福利概念的区分为三大功能方向,即儿童保护、家庭服务和儿童发展,并对10个国家的儿童福利制度进行了比较分析。^⑤那么两者之间到底有什么联系和区别呢?这可以从以下几个方面来理解。

第一,理念。“儿童保护”一词的起源可以追溯到20世纪60年代对“受虐婴儿(battered babies)”的医学发现和治疗。到20世纪70年代和80年代,理解和应对“虐待儿童(child abuse)”的疾病模型在英国和其他地方发展起来的,并引发了一系列的关于虐待儿童死亡的公众调查。此后,“虐待(abuse)”一词在儿童保护论述中被广泛使用,并扩展到几乎所有可能对儿童产生不利影响的方面。^⑥到20世纪后半叶,儿童虐待(children maltreatment或child abuse)通常分为四种主要形式:身体虐待、性虐待、情感虐待和忽视。^⑦今天,联合国儿童基金会(UNICEF)认为,儿童保护是帮助最脆弱的儿童,包括残障儿童,接受替代性照料的儿童,因冲突、贫困和灾难而背井离乡的儿童,可能成为童工或被贩卖的儿童,以及可能被武装团体招募的儿童。儿童保护体系优先考虑儿童的身体、精神和社会心理需求,以保护他们的生命和未来。^⑧今天的英国、

① 尚晓援:《儿童保护制度的基本要素》,《社会福利(理论版)》2014年第8期。

② 赵川芳:《我国儿童保护体系建设刍议》,《社会福利(理论版)》2017年第9期;刘文等:《我国儿童保护的现状及影响因素》,《辽宁师范大学学报(社会科学版)》2013年第4期;杜雅琼、杜宝贵:《中国儿童保护制度的历史演进》,《当代青年研究》2019年第3期。

③ 徐月宾:《儿童福利服务的概念与实践》,《民政论坛》2001年第4期。

④ 陆士楨:《建构中国特色的儿童福利体系》,《社会保障评论》2017年第3期。

⑤ Neil Gilbert, "A Comparative Study of Child Welfare Systems: Abstract Orientations and Concrete Results," *Children and Youth Services Review*, 2012, (34).

⑥ Gordan Jack, "Discourses of Child Protection and Child Welfare," *British Journal of Social Work*, 1997, 27(5).

⑦ Adam M. Tomison, "A History of Child Protection Back to the Future," *Family Matters*, 2001, (60).

⑧ UNICEF, *Child Protection: Every Child Has the Right to Live Free from Violence, Exploitation and Abuse*, <https://www.unicef.org/protection>, 2021-9-24.

美国和许多其他国家一样，都有一个复杂、专业的儿童保护系统。国家不仅要对儿童暴力事件作出反应，也要预见和防止对儿童造成严重伤害。这个系统由成千上万的社会工作者、医生、护士、法官、律师、警察、公务员、学者和许多其他人构成。^①由此可见，儿童保护主要是防止儿童虐待和忽视，并在大多数情况下使用的是其狭义概念。

儿童福利理念应从社会福利的角度进行解释更为恰当。福利经济学认为福利指个人获得某种效用或满意感，他们来自对财物，知识，情感，欲望的占有和满足，而所有社会成员的这些满足或效用的总和便构成了社会福利。^②因此，福利的本质就是需求满足。艾斯平·安德森认为，“非商品化”是区分社会福利的关键。根据这一标准，他将西方福利国家分为自由主义模式、保守主义模式和社会民主主义模式。^③按照这种理解，社会福利是一种公共产品，享受者可以免费（或优惠）来获取。很明显，儿童福利具有公共性。为了满足儿童成长过程中的基本需求，政府和社会应为其提供现金、物质或服务等方面的支持。1959年的联合国《儿童权利宣言》涵盖儿童9个方面的基本需求，即姓名与国籍、母亲的保护、营养、居住、娱乐和游戏、医疗、特殊矫治、社会保护等。由此可见，与儿童保护主要关注防止虐待和伤害不同，儿童福利主要关注儿童成长过程中的需求满足。

第二，对象。儿童保护的對象主要是受到和可能受到暴力、忽视、遗弃、虐待和其他形式伤害的未成年人。由于每一个未成年人都有可能遭受暴力或伤害，因此广义儿童保护的對象是所有儿童。狭义的“儿童保护”对象主要指那些遭受虐待和忽视较为严重的儿童，他们往往需要国家司法力量介入，或需要家庭之外的社会工作服务或替代性养护服务（包括家庭寄养、收养或机构养育等）。儿童福利主要是满足儿童生存和发展过程中的基本需求，具体包括营养、健康、教育、游戏、受保护、社会参与等需求。广义的儿童福利对象是所有儿童。例如，发达国家普惠性儿童福利津贴为所有养育儿童的家庭提供支持。狭义的儿童福利对象是部分特殊困难儿童，他们的基本需求无法在家庭中得到满足，因此需要国家或社会的介入。计划经济时期，我国儿童福利对象是孤残儿童，他们由政府创办的儿童福利机构提供照料。目前我国的儿童福利对象主要是困境儿童，包括因家庭贫困导致生活、就医、就学等困难的儿童，因自身残疾导致康复、照料、护理和社会融入困难的儿童，以及因家庭监护缺失或监护不当遭受虐待、遗弃、意外伤害、不法侵害等导致人身安全受到威胁或侵害的儿童。^④孤残儿童和困境儿童都是狭义的儿童福利对象。

广义的儿童保护与儿童福利对象都是所有儿童。狭义儿童保护对象是那些遭受家庭虐待和忽视较为严重的儿童，而他们一旦进入司法程序则有可能会被带离原生家庭转而接受收养、寄养等替代性养护，同时也成为了狭义儿童福利的对象。因此，狭义儿童保护和儿童福利对象存在明显的交叉。

第三，供给主体。《中华人民共和国未成年人保护法》（2020年第二次修订）第六条规定，

① Chris Becket, *Child Protection: An Introduction*, Sage, London, 2003, p. 7.

② 庇古：《福利经济学》，华夏出版社，2007年，第12页。

③ 考斯塔·埃斯平-安德森著，郑秉文译：《福利资本主义的三个世界》，法律出版社，2001年，第2-3页。

④ 《国务院关于加强困境儿童保障工作的意见》（国发〔2016〕36号），国务院官网：http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-06/16/content_5082800.htm，2021年9月26日。

未成年人保护是国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业组织、城乡基层群众性自治组织、未成年人的监护人和其他成年公民的共同责任。因此，所有社会组织、家庭和个人都是未成年人保护的主体。广义儿童福利的供给主体与广义儿童保护类似，都是家庭、政府和社会力量，其中家庭是第一责任主体。但是，儿童保护主体的主要责任是让儿童免受虐待、忽视等暴力伤害，而儿童福利主体的主要责任是满足儿童各类基本需求、保障其健康成长。

狭义儿童保护是一个有特定法律含义的概念，特指国家通过制度安排对受到和可能受到暴力、忽视、遗弃、虐待和其他形式伤害的儿童提供的救助、保护和服务。因此，狭义儿童保护的供给主体是国家，特别是指为儿童提供司法保护的公安机关、人民检察院、人民法院等司法行政部门，以及提供替代性监护的未成年人救助保护机构。狭义儿童福利主要是为孤残儿童、困境儿童等提供替代性养育或支持，其供给主体主要是未成年人救助保护机构、儿童福利机构以及相关民政部门。但是，狭义儿童福利除了服务供给之外，还要给困境儿童及其家庭提供现金补贴（如孤儿基本生活费等），这一点与儿童保护有明显区别。

第四，模式。儿童保护制度在历史发展过程中，形成了三种主要类型：一是以儿童为中心的英美模式，以美国、英国、澳大利亚和加拿大为代表。此模式强调个人的权利和责任，只有当父母触犯了照顾孩子的最低标准时，才允许儿童保护机构介入。二是以家庭为中心的欧洲模式，以法国、德国、瑞典和意大利为代表。这种模式将为父母、孩子间关系提供支持性服务作为制度核心，司法体制在儿童保护制度中起到调解和斡旋的作用。三是以社区照料为中心的模式，以加拿大本土（土著居民）、新西兰和非洲为代表。这种模式主要依靠社区内的凝聚力或强大的价值观来影响人们的行为，影响儿童保护。^① 儿童保护模式还有二分法。吉尔伯特等学者将欧美儿童保护分为两种类型：一种为儿童保护取向（child protection），代表国家为美国、英国、加拿大等英语系国家。这些国家主要关注一小部分高风险的儿童，强调政府通过司法途径对高危家庭进行干涉，保护儿童免受伤害。此种模式下，政府干预与父母表现为对立关系。另一种为家庭服务取向（family service），代表国家包括瑞典、丹麦、芬兰、比利时、荷兰、德国。家庭服务取向，国家将儿童不当对待视为家庭功能失调的结果，可以由国家通过对儿童和父母提供支持性、自愿参与的治疗性服务加以修正。此种模式下，国家与父母为合作伙伴关系。^② 可见，儿童保护模式主要按照国家、家庭和社区等在儿童保护过程中发挥的作用差异来进行区分的。

儿童福利模式分类划分大都沿袭了平可（Pinker）的“机制说”和“残余说”。残余模式认为随着经济增长和社会繁荣，贫困现象就会减少。社会福利将目标有选择地集中在一群残留的、人权不断减少的少数需求者身上。社会福利的机制模式强调产业结构和人口趋向给社会带来的危机，这些问题的存在决定了在大范围内普遍地提供机制化服务的必要性。^③ 研究者将这一理论运用到儿童福利领域，就形成了补缺型儿童福利模式和普惠型儿童福利模式。补缺型儿

① Gary Cameron, Nancy Freymond, "Understanding International Comparisons of Child Protection, Family Service, and Community Caring Systems of Child and Family Welfare," in Nancy Freymond, Gary Cameron (eds.), *Towards Positive Systems of Child and Family Welfare: International Comparisons of Child Protection, Family Services and Community Caring Systems*, University of Toronto Press, 2006.

② 李莹、韩文瑞：《我国儿童保护制度的发展与取向：基于国际比较的视角》，《社会建设》2018年第4期。

③ Robert Pinker, *Social Theory and Social Policy*, Heinemann Educational Publishers, 1971, p. 99.

童福利的对象是孤残儿童、遗弃儿童、流浪儿童、困境儿童等极少数失依儿童，普惠型儿童福利对象是面向包括困境儿童在内的所有儿童。^①在西方发达国家，儿童福利对象是所有儿童，因此属于典型的普惠型儿童福利模式。例如，二战结束后，瑞典建立的儿童津贴是一种针对所有16岁以下儿童的福利，它实行统一标准，且不附带任何有关家庭收入情况调查的规定。^②对于发展中国家来说，由于财力不足等原因，通常只能采取残补型的儿童福利模式，其政策对象主要是那些最贫困、难以得到家庭保护的儿童。在中国，改革开放以前的儿童福利对象是孤儿和弃婴等失去家庭保护的儿童，是典型的补缺型儿童福利制度。进入21世纪，我国开始探索建立适度普惠型儿童福利制度，并逐渐形成了面向困境儿童的社会福利体系。^③由此可见，儿童福利模式主要根据受益对象的范围来划分的。

从前文分析可以看出，儿童保护与儿童福利（不论是广义还是狭义）并不相同或类似，两者在定义、理念、对象、供给主体、内容和模式等方面有明显的区别。由于儿童保护、儿童福利都有广义和狭义之分，彼此之间均存在交叉（见图1），再加上一些研究者和实务部门的工作人员总是交替使用，这导致了两个概念看上去很难区分。那么两者之间是什么关系，又是如何协调与分工合作呢？这可以从以下方面来分析。

第一，保护和福利相互促进。有研究发现，在家接受儿童福利服务的非白人儿童比没有接受服务的非白人儿童有更低的青少年矫正风险。这项研究也证实，家庭儿童福利服务能够减少少数民族家庭未来报告儿童虐待的可能性。^④笔者21世纪初到新疆做流浪儿童调查发现，由于当时流浪儿童违法犯罪现象严重，当地一位相关政府部门工作人员谈到流浪儿童救助保护时曾经说道，“今天多建一座流浪儿童救助保护中心，就是今后少建一座监狱”。由此可见，提升儿童福利水平能够减少儿童遭受暴力侵害的风险。同样，加强儿童保护可以减少需要司法介入的儿童数量，因此也能降低替代性儿童养护的需求。

第二，先福利后保护。在社会经济发展程度较低的时期，满足儿童的基本生存需求并让儿童能够存活下来往往会得到政府优先关注。因此，儿童福利总是先于儿童保护进入政府公共政策视野。纵观美国历史，与关注虐待和忽视对儿童发展的影响相比，早期美国政府采取的干预措施更加关注满足儿童的照顾需求。随着公众对儿童虐待和伤害的关注增加，儿童保护的重要性也越来越受到政府官员的关注。^⑤中国的情况与此类似。在经济发展水平程度很低的历史时期，儿童虐待问题往往会被当成家庭内部的事情被政府忽视。当社会经济发展到一定阶段时，儿童保护问题才受到政府的重视。例如，我国在新中国成立初期就建立了儿童福利院制度和“五保制度”，收养和救助城乡孤儿和弃婴。但是，我国一直到1991年才通过《中华人民共和国未成年人保护法》，标志着政府正式介入儿童保护。

① 万国威、裴婷昊：《迈向儿童投资型国家：中国儿童福利制度的时代转向——兼论民政部儿童福利司的建设方略》，《社会工作与管理》2019年第4期。

② 丁建定、李薇：《西方国家家庭补贴制度的发展与改革》，《苏州大学学报》2013年第1期。

③ 姚建平、刘明慧：《改革开放以来中国儿童福利制度模式研究》，《社会建设》2018年第6期。

④ Gordan Jack, "Discourses of Child Protection and Child Welfare," *British Journal of Social Work*, 1997, 27(5).

⑤ Kasia O'Neill Murray, Sarah Gesiriech, *A Brief Legislative History of the Child Welfare System*, Washington, DC, Pew Charitable Trusts, 2004, pp.1-6.

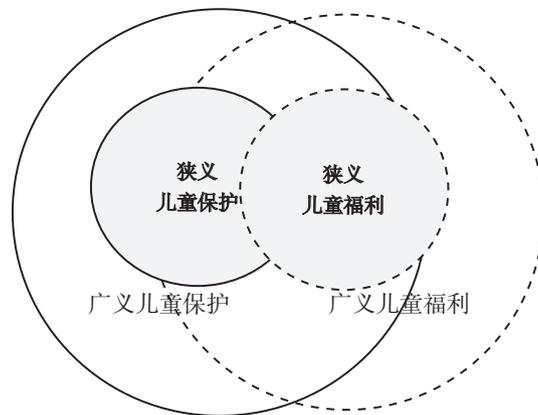


图1 儿童保护与儿童福利关系示意图

二、中国儿童法律政策中的保护与福利内涵

我国与儿童相关的法律政策可以分为宪法、法律、行政法规、规划纲要、部门规章和政策文件五个层次。这些相关法律政策有的侧重防止儿童伤害，有的侧重满足儿童需求。以下从保护和福利两个角度对我国儿童法律政策进行分析。

（一）宪法和法律

宪法和法律都是全国人大及其常委会制定的，其特点是适用性广且约束力强，也是其他法规和政策制定的依据。第一，宪法。宪法是国家的根本法和其他法律依据，也是儿童立法基础。宪法第45条包含对残疾儿童、重病儿童获得物质帮助权、参与权、受教育权的规定。第46条规定了儿童的受教育权。第48条明确了男女童的平等权利。第49条明确了儿童的受保护权、抚养权，规定禁止虐待儿童。总体看来，《宪法》中儿童保护和儿童福利的内容都有明显体现。

第二，法律。法律也是由全国人大及其常委会颁布实施的，可以分为专门性和非专门性儿童立法。一是专门性儿童立法，主要包括四部。其中1991年制定《未成年人保护法》（2020年第二次修订）、1999年制定的《预防未成年人犯罪法》和1991年制定的《中华人民共和国收养法》（2006年修订）主要是为了防止儿童遭受暴力和伤害，是保护倾向的立法。1986年制定的《义务教育法》（2006年修订）主要为了保障儿童能够接受义务教育，满足儿童接受教育的基本需求，可以看成是福利倾向的立法。二是非专门性儿童立法。非专门性儿童立法不是专门为儿童制定的，但其中包含了儿童保护和福利的相应条款。《中华人民共和国民法典》中涉及儿童监护和收养两个方面。在监护方面，民法典明确了民政部门的兜底监护职责。在收养方面，民法典婚姻家庭编对收养关系的成立、收养的效力、收养关系的解除作了规定。收养和监护对象是那些失去家庭的儿童，兼具儿童保护和儿童福利特征。其他涉及儿童的立法包括《中华人民共和国母婴保健法》《中华人民共和国教育法》《中华人民共和国残疾人保障法》等主要是满足儿童的保健、教育、就业等方面的需求，属于福利倾向的立法。《中华人民共和国继承法》《中华人民共和国反家庭暴力法》《中华人民共和国人口与计划生育法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国食品安全法》等，涉及到与儿童相关的计划生育、食品安全、社会保护、司法保护等领域，主要是为了保护儿童的基本权利及免遭侵害，可以看做是保护倾向的立法。

(二) 行政法规、规划纲要和部门规章

行政法规、规划纲要和部门规章是由国务院及其相关职能部门制定的,其特点是可操作性较强。第一,行政法规。行政法规是指国务院依据宪法和法律制定的规范性文件。一是专门性儿童行政法规,包括《幼儿园管理条例》(1989年)、《学校卫生工作条例》(1990年)、《校车安全条例》(2012年)和《禁止使用童工规定》(2002年)等。前三个主要涉及学校保护,后一项主要是禁止企业雇佣童工,都可以看做是保护倾向的立法。二是包含儿童保护条款的其他行政法规。其中,《农村五保工作条例》(2006年)、《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》《疫苗流通和预防接种管理条例》(2005年)主要是保障基本生活和健康,可以看成是福利倾向的立法。《法律援助条例》(2003年)、《互联网上网服务营业场所管理条例》(2002年)、《出版管理条例》(2011年修改)主要保护儿童免受伤害,可以归为保护倾向的立法。

第二,国家规划纲要。1992年发布的《九十年代中国儿童发展规划纲要》是中国第一部以儿童为主体,促进儿童发展的国家行动计划。2001年和2011年,国务院分别颁布了《中国儿童发展纲要(2001—2010年)》《中国儿童发展纲要(2011—2020年)》,从儿童健康、教育、法律保护和环境四个领域提出了儿童发展的主要目标和策略措施;2021年9月,国务院又颁布了《中国儿童发展纲要(2021—2030年)》,从健康、安全、教育、福利、家庭、环境、法律保护七个方面提出了儿童发展的主要目标和实施措施。从历次发布《中国儿童发展规划纲要》的内容情况来看,体现的是保护和福利并重的理念。

第三,部门规章及政策性文件。国务院各职能部门制定的规章和政策性文件很多,大多称为意见、通知、办法、规定等。这些规章和政策文件大体可以分为以下几类。一是救助类儿童政策,主要包括针对孤儿、事实无人抚养儿童、流浪儿童、残疾儿童、重病儿童的政策保护。在孤儿救助方面,2006年3月民政部等十五部委发布了《关于加强孤儿救助工作的意见》。2010年11月民政部、财政部发布《关于发放孤儿基本生活费的通知》,决定自2010年初起为全国孤儿发放基本生活费。2019年,民政部等12部门联合印发了《关于进一步加强事实无人抚养儿童保障工作的意见》,规定各地事实无人抚养儿童发放基本生活补贴标准按照当地孤儿保障标准执行;在流浪儿童救助保护方面,2006年,民政部发布《关于加强流浪未成年人工作的意见》、国务院发布《关于加强和改进流浪未成年人救助保护工作的意见》《流浪未成年人救助保护工作机构基本规范》等;在重病儿童救助保护方面,2009年3月民政部发布《关于进一步加强受艾滋病影响儿童福利保障工作的意见》,对受艾滋病影响儿童的生活保障、教育、医疗、就业和生活服务、安置方面做了规定。2012年,民政部、财政部发布《关于发放艾滋病病毒感染儿童基本生活费的通知》,规定具体标准参照当地孤儿基本生活费;在残疾儿童救助方面,主要有妇联、残联《关于进一步做好救助贫困失学残疾女童工作的通知》(1998年)等。这些救助类的儿童政策大都由民政部门发布实施,主要是保证各类困境儿童的基本生活,可以看成是福利倾向的政策。流浪儿童政策除了要保障儿童的基本生活之外,其保护特征较为明显。

二是儿童收养和寄养方面,相关政策主要有《中国公民收养子女登记办法》(1999年)、《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》(1999年)、《家庭寄养管理暂行办法》(2003年)、《关于进一步做好弃婴相关工作的通知》(2013年)、《家庭寄养管理办法》(2014年)。

这些政策一般由民政部发布,主要是规范收养、寄养的流程和条件,相关责任和法律关系等,儿童保护倾向较为明显。

三是儿童教育方面,主要有国家教委《关于印发全国幼儿教育事业“九五”发展目标实施意见的通知》(1997年)、财政部、教育部《关于加大财政投入支持学前教育发展的通知》(2011年)、教育部《关于开展0到3岁婴幼儿早期教育试点的通知》(2012年)等。这些政策主要是规范和发展学前教育,满足家庭对学前教育的需求。在残疾儿童教育方面,国家教委发布《关于开展残疾儿童随班就读工作的试行办法》(1994年)、国家教委、中国残疾人联合会制定《残疾儿童少年义务教育“九五”实施方案》(1996年)以及教育部等八部门《关于进一步加快特殊教育事业发展的意见》(2009年)。这些政策主要为了保障残疾儿童能够正常接受教育。在保障流动儿童接受义务教育方面,相关政策主要有国家教委印发了《城镇流动人口中适龄儿童、少年就学办法试行》(1996年)、国家教委、公安部发布《流动儿童少年就学暂行办法》(1998年)、国务院办公厅转发教育部等六部委《关于进一步做好进城务工就业农民子女义务教育工作的意见》(2003年)、教育部发布《关于做好2011年秋季开学进城务工人员随迁子女义务教育就学工作的通知》(2011年)。从国务院各职能部门发布实施的教育政策来看,主要是针对学前儿童、残疾儿童和流动儿童等,福利倾向明显。

四是营养健康方面,主要有国务院办公厅发布《关于实施农村义务教育学生营养改善计划的意见》(2011年),教育部印发《中小学心理健康教育指导纲要》(2012年),卫生部发布《城乡儿童保健工作要求》(1986年)、《关于做好入托、入学儿童预防接种理证查验工作的通知》(2005年),教育部、卫生部发布《关于进一步加强和规范学生健康服务工作管理的通知》(2009年),卫生部发布《预防艾滋病、梅毒和乙肝母婴传播工作实施方案》(2011年)等。这些政策涉及到儿童营养、健康、免疫、疾病预防等领域,主要满足儿童健康需求,属于儿童福利领域。

五是儿童安全和司法保护。儿童安全方面,主要是教育部针对校园安全、学生安全出台的政策:包括《学生伤害事故处理办法》(2002年)、《中小学幼儿园安全管理办法》(2006年)、《关于禁止组织或介绍未成年学生外出务工的通知》(2007年)。此外,2016年国务院还印发了《关于加强农村留守儿童关爱保护工作的意见》,以防止留守儿童出现心理健康问题、意外伤害、不法侵害等问题。在儿童司法保护方面,主要包括最高人民法院颁布的《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》(2001年)、《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2006年)、最高人民检察院颁布的《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》(2006年),2014年12月最高人民法院、最高人民检察院、公安部和民政部颁布的《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》等。这些政策和规章主要是保护未成年人安全、维护其合法权益、避免暴力和伤害,因此可以归属为儿童保护。

三、中国《儿童福利法》的立法取向

《儿童福利法》立法过程中的难点之一是如何处理好与《未成年人保护法》的关系,即保

护和福利之间的关系。同时,也要考虑已有的儿童立法基础和社会发展状况。具体来说,当前《儿童福利法》立法应重点处理好以下三个问题。

(一) 保护还是福利?

目前的《未成年人保护法》包含了一些儿童福利的内容,《儿童福利法》立法也不可能完全没有儿童保护的内容。《儿童福利法》应在尽量避免与《未成年人保护法》重复的基础上,重点关注如何满足儿童健康成长过程中的各类需求。

第一,我国目前的《未成年人保护法》已经非常完善。2020年修订的《未成年人保护法》从家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护、司法保护六个方面,对于儿童保护具体措施和法律责任已经做了详尽的规定。因此,《儿童福利法》立法不可能将重点放在儿童保护相关内容上,而应当将立法的重点放在基本生活、生育、养育、教育、健康、家庭支持、替代性监护等基本需求的满足上。

第二,我国目前儿童保护的相关法律政策体系比较完善且立法层次较高,而儿童福利相关立法主要是民政部的部门规章和政策。对于儿童的健康成长来说,福利和保护同等重要。只有将儿童福利做好,有效满足儿童成长过程的基本需求才能真正实现对儿童的有效保护。因此,我国急需加强儿童福利方面的立法,尤其是尽快出台位阶层次较高的《儿童福利法》。

第三,长期以来,孤残儿童是社会福利各类法规和政策关注的重点对象。尽管近年来儿童福利对象已经扩大到困境儿童,但普惠性福利很少。在当前中国“老龄少子化”的时代背景下,普惠性儿童福利制度对于鼓励生育具有重要的作用。我国有些地方开始探索普惠性的儿童津贴制度。例如,2021年12月,我国四川省攀枝花市公布了《攀枝花市关于促进人力资源聚集的十六条政策措施》,对按政策生育二、三孩的攀枝花户籍家庭,每月每孩发放500元育儿补贴金,直至孩子3岁。^①这是我国普惠性儿童福利政策的重要探索。从儿童福利的发展趋势来看,探索建立普惠型儿童福利是《儿童福利法》立法的重要方向之一。此外,我国已有困境儿童相关法规政策的福利供给水平较低。因此,《儿童福利法》立法也应关注如何提升福利项目的保障水平,以促进困境儿童健康成长。

(二) 适度普惠还是普惠?

新中国成立后一直到改革开放初期,我国一直采取狭义的儿童福利,救助保护对象主要是孤残疾儿童。进入21世纪以后,儿童福利对象逐渐聚焦于困境儿童,国家提出建立适度普惠型儿童福利制度。2013年6月,民政部下发《民政部关于开展适度普惠型儿童福利制度建设试点工作的通知》(民办函〔2013〕167号),将我国儿童福利制度定位为适度普惠型。一般认为,适度普惠型儿童福利是介于“残补型”和“普惠型”之间的一个过渡阶段。^②但问题是,我国目前是不是到了建设普惠型儿童福利的阶段,当前的《儿童福利法》立法应以“适度普惠”还是“普惠”作为基本理念。这个问题可以从以下两个方面进行分析。

^① 中共攀枝花市委办公室、攀枝花市人民政府办公室:《关于促进人力资源聚集的十六条政策措施》,攀枝花市人民政府官网:<http://www.panzhihua.gov.cn/zwgk/fggw/zfbwj/1940680.shtml>,2021年7月29日。

^② 姚建平:《从孤残儿童到困境儿童:适度普惠型儿童福利制度概念与实践》,《中国民政》2016年第16期;戴建兵、曹艳春:《论我国适度普惠型社会福利制度的建构与发展》,《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2012年第1期。

第一,从学术研究角度来看,一些学者认为我国已经到了建设普惠型儿童福利的阶段。郑功成认为,我国“少子高龄化”在向深度发展,如何维护人口均衡增长已成为国家的重要战略目标任务,发展儿童福利来降低育儿成本是必要且重要的举措。更重要的是,改革开放40年使我国从低收入国家快速步入中等收入国家行列,这为建设普惠型儿童福利奠定了经济基础。^①也有人基于儿童投资的角度来阐明当前建设普惠型儿童福利的重要性。万国威认为,中国补缺型的儿童福利制度已经越来越难以适应改革开放40年至今的巨大经济社会变革。因此,应当通过扩大儿童福利投资来实现从“家庭为主”到“家庭为本”育儿理念的转向:包括各级政府应当将相关经费纳入政府的年度财政预算中,提升儿童福利在财政投资中的占比和中央财政在儿童福利投资中的占比,提高儿童福利的覆盖范围和补贴标准等。^②陆士桢认为,依据中国国情和快速发展状况,应加快建构全面普惠型儿童福利制度,建立健全城乡一体化、保障制度化、组织网络化、服务专业化、惠及所有儿童的儿童福利制度和服务体系。^③

第二,从《儿童福利法》立法的角度来看,也有学者主张要采取普惠型儿童福利立法。易谨认为,现阶段我国儿童福利事业正处于“补缺型”福利向制度型、“普惠型”福利转变的阶段,我国《儿童福利法》立法既要解决不幸儿童、特殊儿童的各种问题,又要着眼于全体儿童的发展。^④从现有的儿童福利立法基础来看,适度普惠型的儿童福利法律政策较为完善,针对孤儿、流浪儿童、贫困儿童、残疾儿童等的福利立法已经比较完备。在普惠型儿童福利方面,也有一些基础。例如,我国的义务教育、国家免疫计划等福利服务很早就面向全体儿童。目前,普惠型儿童福利的短板主要是在儿童津贴(育儿津贴、托幼津贴等)等现金转移支付项目方面。随着一些地方政府开始探索普惠型儿童津贴以及低生育率的压力不断增大,普惠型儿童福利应该成为当前《儿童福利法》立法优先考虑的方向。

(三) 分散模式还是综合模式?

儿童福利立法主要包括综合模式和分散模式两种情况。综合立法模式将所有儿童福利项目纳入一个法典予以规定,如瑞典、日本和我国台湾地区。这种立法模式具有内容全面、法律地位特殊、法律名称特定、立法难度大等特点。分散立法模式将单个的儿童福利项目单独进行立法规制,如美国。分散立法模式具有法律数量多、“一事一法”、灵活性较大、立法技术要求高等特点。^⑤两种立法模式各有优缺点,中国应该选择何种立法模式应该立足于已有的立法基础。

第一,儿童福利立法层次较低。我国儿童法律层次包括国家立法机构(全国人大)颁布的法律、中央人民政府(国务院)颁布的行政法规、国务院相关部门颁布的规章制度等几个层次。目前我国儿童福利政策体系主要依据是民政部门的规章,具体工作主要依靠“通知”“意见”“办法”“规定”“实施细则”等来运行。儿童福利涉及国家、社会、企业、个人多方面的责任。

① 郑功成:《中国儿童福利事业发展初论》,《中国民政》2019年第11期。

② 万国威、裴婷昊:《迈向儿童投资型国家:中国儿童福利制度的时代转向——兼论民政部儿童福利司的建设方略》,《社会工作与管理》2019年第4期。

③ 陆士桢:《建构中国特色的儿童福利体系》,《社会保障评论》2017年第3期。

④ 易谨:《我国儿童福利立法的几个基本问题》,《中国青年政治学院学报》2014年第1期。

⑤ 吴鹏飞:《中国儿童福利立法:时机、模式与难点》,《政治与法律》2018年第12期。

资金筹措、管理和使用与服务供给及质量评估等很多方面的事务,如果仅靠政策和规章维持的话,其权威性和可持续性不强。

第二,儿童福利法律法规零散,缺少统一规范。我国现有很多儿童福利法律法规散见并依附于其他成人的法律法规中,未能形成系统的、专门的、独立的儿童福利法律体系。当儿童权益受到侵害时,虽然有不少法律条文涉及,但究竟应该由哪个部门来处理、根据是什么、处理到什么程度等,往往不够明确。由于我国至今仍然没有出台统一的、权威的儿童福利法,一定程度上造成了儿童福利资源的割裂,亟待通过立法统一整合。

第三,儿童保护立法和儿童福利立法需要协调。从立法经验看,中国形成了以《未成年人保护法》为主干,《预防未成年人犯罪法》为主要分支的儿童保护法律体系。以《义务教育法》为主体,我国儿童教育福利体系立法也采取统一的立法形式。但是,儿童福利立法主要是民政部门针对困境儿童出台的规章和政策。由于困境儿童涉及孤儿、事实无人抚养儿童、残疾儿童、流浪儿童、贫困儿童、受艾滋病影响儿童等很多类型,可能同时涉及儿童保护和儿童福利(例如,替代性监护)。目前各类困境儿童政策之间存在一定的重叠和冲突。因此,急需统一的《儿童福利法》予以协调和规范。

基于以上分析,本文认为综合立法模式既能克服分散立法模式不全面或立法冲突的难题,又能更好地体现儿童福利法律体系的权威性和统一性。同时,综合式立法可借助儿童福利法配套的单行法律法规来提高其灵活性。因此,当前我国《儿童福利法》立法应采取综合立法模式,即制定一部统一的《儿童福利法》作为统领全国儿童福利领域事务的法律。

Welfare or Protection? Research on the Legislation of China's Child Welfare Law

Yao Jianping

(School of Humanities and Social Sciences, North China Electric Power University, Beijing 102206, China)

Abstract: In the legislative process of the Child Welfare Law, how to deal with the relationship between child protection and child welfare is of great importance. This paper first compares the similarities and differences between child protection and child welfare from the various aspects of concepts, suppliers, beneficiaries and models, then analyzes the connotations of protection and welfare in China's child laws and policies, and finally makes the proposal that the legislation of China Child Welfare Law should adopt a comprehensive approach to satisfy the essential needs of children's healthy growth with universal benefits.

Key words: welfare; protection; legislative orientation

(责任编辑:李莹)