

我国《意见》在第1条中规定,该意见所称的性侵害未成年人犯罪,只包括刑法所规定的针对未成年人实施的强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪、猥亵儿童罪、组织卖淫罪、强制卖淫罪、引诱、容留、介绍卖淫罪、引诱幼女罪、嫖宿幼女罪等,连我国刑法中的传播淫秽物品罪都没有被包括。可见该《意见》关注的只是强奸、猥亵等直接性侵未成年人的犯罪行为。而日本不但关注此类犯罪行为,还比较重视一些间接性侵未成年人和性侵未成年人的周边违法行为,显然其规制的范围比我国要大。虽然斡旋、劝诱买春儿童的行为不能直接侵害未成年人,但其会促进性侵未成年人案件发生,此外,提供儿童色情物的行为,也会助长性侵未成年人犯罪的发生。因此,我国不应该仅仅是重视直接性侵未成年人的行为,在未来也应该考虑参照日本的作法,即通过立法来加强规制处罚这类性侵未成年人的周边违法行为,以期更为有效地预防性侵未成年人犯罪。

第四 加强平等保护男女未成年人。日本的《买春儿童、儿童色情处罚法》规定,儿童是指未满18周岁的人(第2条)。我国《未成年人保护法》第2条规定,未成年人是指未满18周岁的公民。所以,日本法律中的“儿童”相当于我国法律中国的“未成年人”,其范围远大于我国刑法中所规定的儿童(未满14周岁)的范围。可见两国力图通过法律规制加强保护的對象是一致的。但是,由于我国法律规定存在局限性,未能给予男女未成年人完全相等的保护。比如,在猥亵犯罪方面,强制猥亵妇女罪的保护对象为妇女,猥亵儿童罪的保护对象为不满14周岁的幼男和幼女,对于猥亵超过14周岁未满18周岁的男性未成年人的行为,我国法律则不能像日本那样给予有效规制。虽然《意见》第22条规定,对已满14周岁的未成年男性实施猥亵,造成被害人轻伤以上后果,符合《刑法》第234条或者第232条规定的,以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。但是,依据本条只要没有造成轻伤以上后果,猥亵已满14周岁的男性未成年人则不构成犯罪。显然,这对于已满14周岁的男性未成年人的保护不如同一年龄段的女性,有失法律保护公平原则。因此,今后我国应该通过修订刑法或者制定新的专门立法为男女未成年人提供平等的保护。

性侵未成年人犯罪中“负有特殊 职责的人员”之界定

康相鹏* 孙建保**

【内容摘要】“负有特殊职责的人员”的外延不应当仅限于六类特殊群体,而应当从开放的意义上加以理解。拓宽其外延,以适应社会生活的实际需要,其内涵则应当着重从“职责”一词上来加以理解。这种“职责”的具体内容及其来源与不作为犯中“义务”的内涵及来源基本相仿。当然,对于负有“特殊职责”的主体范围,应当适度把握,考虑宽严相济刑事政策的实际需要以及刑法的谦抑性,也不能过于宽泛,具体认定时有必要遵循若干基本准则。对于与此相关的疑难问题的认定,宜从实际出发,视具体情况而区别对待。

【关键词】 未成年人 性侵害犯罪 特殊职责

在最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部(以下简称“两高两部”)新颁行的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》(以下简称《意见》)中,出现了一个新的概念——“负有特殊职责的人

* 康相鹏,华东政法大学博士研究生,上海市徐汇区人民检察院未检科助理检察员。

** 孙建保,上海市高级人民法院法官,法学博士。

员”,亦即那些对未成年人负有监护、教育、训练、救助、看护、医疗等特殊职责的人员。《意见》对于这类特殊群体的操作设定了更严格的要求。按照《意见》的规定,对幼女负有特殊职责的人员与幼女发生性关系的,以强奸罪论处;对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员,利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地,迫使未成年被害人就范,而与其发生性关系的,以强奸罪定罪处罚;对未成年人负有特殊职责的人员实施强奸、猥亵犯罪或者组织、强迫、引诱、容留、介绍未成年人卖淫等性侵害犯罪的,在从重处罚的基础上再依法从严惩处。由此,这类对未成年人负有特殊职责的人员作为性侵害犯罪中相对特殊的一类群体,其主体身份的有无不仅关系到量刑问题,更可能关系到构成何种犯罪的问题,因而,如何恰当、准确地认定“负有特殊职责的人员”的主体身份便显得尤为重要。本文拟就与此相关的若干问题加以探讨。

一、“负有特殊职责的人员”的外延

在《意见》颁行之前的相关法律及司法解释中未曾出现过“负有特殊职责的人员”这一概念。其实,“负有特殊职责的人员”的准确称谓应当是“对未成年人负有监护、教育、训练、救助、看护、医疗等特殊职责的人员”,“负有特殊职责的人员”只是《意见》为简化条文而临时新设的一个概念而已。《意见》在界定“负有特殊职责的人员”外延时列举了六类人员,但在六类人员之后,还附加了一个“等”字。众所周知,中文语法中的“等”字通常可以在两种意义上加以理解:一种是“等”字前的内容尚未列举穷尽;另一种则相反,意指“等”字前的内容已经列举穷尽,前者的外延是开放的,后者的外延则是封闭的。显然,如何理解这里的“等”字,必然会存在着见仁见智的争讼。笔者以为,这里的“等”字应当在外延开放的意义上来加以理解。

首先,立法的简洁性喻示这里的“等”字应当在开放意义上加以理解。法律条文的表述应当简洁明了,没有多余的字、词、句,这是立法技术的最基本要求之一。如果条文拟定者的本意是要将主体限定为六类特殊群体的话,则完全可以表述为“对未成年人负有监护、教育、训练、救助、看护、医疗职责的人员”,而完全没有必要加入“等特殊”三个字,删除“等特殊”三个字后,丝毫不会有损条文原意。从善意的角度揣测,条文拟定者不会犯下如此低级的错误,其之所以在条文中保留“等特殊”三个字,正是要昭示我们,其本意并不在于将主体只限于六类人,除此之外还包括了其他特殊主体。事实上,立法者在法律条文中先是列举部分对象,继而以“等”字结束,并在“等”字后面加上一个概括性概念的表述方法屡见不鲜。例如,以《刑法》第68条关于立功的规定为例,“犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件等立功表现的,可以……”。这里所列举出来的“犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件”的情形均属立功。但我们知道,刑法中的立功并不限于这两类行为,司法解释还确立了其他若干立功的情形,而立法者在刑法关于立功的条文中只是列举了两类之后便以“等”字收尾,在“等”字后面又以“立功表现”这样一个概括性概念对此前的列举做出归纳。这也就表明,两种立功情形之后的“等”字并没有尽穷所有的立功情形,立功的具体情形有待于司法解释的进一步细化。如果认为上述所举立功之例还不足以支持笔者结论的话,不妨再看一例。《刑法》第286条第3款在关于破坏计算机信息系统罪的条文中规定“故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序,影响计算机系统正常运行,后果严重的……”。这里在“破坏性程序”前只列举了“计算机病毒”一种情形,此处的“等”字显然应当毫无争议地理解为包括两种以上对象,否则绝不需要“等”字来加以指称,而是完全可以将“等破坏性程序”六个字删除。通过如上列举可以发现,“等”字后面的概念往往为一种概括性概念,而其前面所列举的情形与其后面的概括性概念属于个别与一般的关系,是一种种属关系,为方便起见,姑且将立法中的这种情形称之为“列举型概括”。尽管刑法尤其强调罪刑法定原则,但这种列举型概括无论是在刑事实体法,还是刑事程序法,抑或是司法解释中,均比比皆是,如《刑法》第56条第1款、第151条第3款、第177条第1款第2项、第180条第4款、第185条之一第2款、第194条第2款、第229条第1款、第244条之一第1款、第262条之二、第281

条第1款、第319条第1款、第342条、第351条第1款、第360条第1款、第364条第2款、第375条第3款、第405条第2款等条文中均存在类似情形。^①笔者认为,《意见》对“负有特殊职责的人员”的外延界定所采用的其实正是这种列举型概括的方式。

其次,在开放意义上理解这里的“等”字可以回应当前社会生活的现实状况。应当说,六类特殊主体已经涵盖了当前涉及对未成年人负有特殊职责者的常见范围,但笔者以为,尚未全部涵括,在当前仍有相当一部分主体可纳入“负有特殊职责的人员”范畴之列。例如,按照《上海市未成年人保护条例》(第5条)的要求,市和区县、乡镇人民政府以及街道办事处应当设立配备必要工作人员的未成年人保护委员会,其职责在于根据法律、法规的规定以及上级人民政府的要求和部署,做好未成年人保护工作。显然,该委员会及其工作人员对未成年人所履行的实际上是一种保护职责,将这种保护职责归入到上述六类情形中的任何一类似乎均有所不妥,但却又有必要将其纳入到特殊职责范畴之列。从《意见》所列举的六类特殊主体来看,其与特定的未成年人之间之所以能够形成监护、救助、医疗等某种特定的关系,或者源于法律的规定——如监护,或者源于此前的某种民事法律行为——如医疗等。尽管这种关系有时并不因特殊主体个人而生,而是由于其隶属的单位以及其本人履行某种职务或业务等因素综合所致,但无论如何,作为特殊主体的一方,无论是从特殊主体个人还是从其所属的单位来看,其与未成年人之间实际上是平等民事法律主体之间的关系。这一关系存在于双方之间,不需要外力介入,是一种“私对私”的关系;而未成年人保护委员会作为政府机构下设的部门,具有“公”的性质,其职责本在于对前述“私对私”的关系加以监督。若“私对私”的关系没有解决好,则其作为具有“公”的性质的第三方可以依职权主动介入,履行相应的监督乃至处罚职能。此时,无论其与特殊主体一方,还是与未成年人一方,均属一种“公对私”的关系。从合理性角度而言,作为“私”的特殊主体一方对未成年人实施了侵害行为尚且需要予以惩处,则在某种意义上而言,其职责本在于预防与禁绝这种“私”主体侵害行为的“公”主体反倒实施了同种侵害行为,就如同抓贼者借着抓贼的名义干起了贼的勾当,这种行为岂非更恶劣?试想,当未成年人受到某类特殊群体人员的侵害,向未成年人保护委员会求助,但负有保护职责的工作人员却倒行逆施,对未成年人实施性侵害,让本欲求助的未成年人受到二次伤害,处于雪上加霜的境地,这种行为的社会危害性岂不更大,岂非更有打击必要?就如同“举轻以明重”的处刑法则一样,如果不将这类群体列入“负有特殊职责的人员”范畴之内,显然不够妥当。当然,还可以转换思路,为针对这类特殊主体的刑法惩处寻求理论依据。因为受未成年人保护委员会的性质所决定,当未成年人向其求助之际,未成年人与该委员会(工作人员)之间已经建立起一种保护与被保护的直接关系,二者的关系已经特定化,只不过从其性质与内容来看,这种特定的保护关系不宜视作六类关系中的任何一类罢了。再如,仍以《上海市未成年人保护条例》为例,其第28条明文规定,“各级妇女联合会应当会同教育、卫生等行政管理部门和其他有关社会团体开展家庭教育指导,组建和培训家庭教育指导队伍”。这种指导队伍如果组建,那么其性质如何?其成员是否亦可以视作负有特殊职责的人员?贸然给出否定答案恐怕并不妥当。由此,从实践中的情形来看,将“负有特殊职责的人员”的外延仅仅限定于既定的六类特殊群体,难言妥当与合理。

最后,在开放意义上理解这里的“等”字可以使相关的法律条文被赋予一定的前瞻性,从而更具适应性。客观地说,即便不认同笔者的上一条理由,而是认为相关的部门不属于保护性组织,其工作人员不属于“负有特殊职责的人员”,当前的社会生活中也不存在六类人员之外的主体,那么从逻辑上来说,也不能由此得出将来不会出现其他的保护未成年人的专门机构,或者其他与六类特殊职责性质类似的职责群体的结论。恰恰相反,社会生活每天都在给实证的法律提供着鲜活素材,即便某种预料中的情况当前不存在,也难保其今后不会出现。在1997年《刑法》制定过程中,想必没有多少人会想到婚内强奸

^① 例如《刑法》第351条第1款中的“罂粟、大麻等毒品原植物”、第319条第1款中的“护照、签证等出境证件”、第360条第1款中的“梅毒、淋病等严重性病”等,考虑到行文篇幅及必要性,此处对相关条款不再多作详举,读者可自行查阅相关条文。

或组织男性卖淫的情形,但时隔不久,这两种情形便相继出现了。如果恪守形式的罪刑法定主义,认为组织男性卖淫的行为不构成组织卖淫罪,认为婚内强奸不构成强奸罪,则只能对刑法加以修正,才能将这两种社会危害性丝毫不亚于组织女性卖淫以及普通强奸的行为认定为犯罪。与其大动干戈,动用、消耗大量的立法资源去修改法律条文,不如以合理的法学方法对相关的条文加以实质解释,将新情况、新现象通过解释分析,涵摄于既有的法律概念、法律条文之内。在经过短暂而激烈的争论之后,如今,组织同性卖淫亦为组织卖淫,婚内亦可存在强奸的观念已为多数人所接受。从罪刑法定的角度来说,刑法当然应当尽可能地保持其稳定性,并具有最大的明确性,但社会生活永远处于流变之中,新情况、新现象不断涌现,如果机械地固守形式的罪刑法定主义,则刑法很快便会因其僵化刻板而对社会生活无能为力,成为一部“死法”,这几乎是一条无需论证的“公理”。我国当前以近乎两年一次的频率在不断推出新的刑法修正案,这一事实既表明了社会生活变动之快速,以致法律不得不因时因势地加以修正,同时也启示立法者,如果能够通过立法技术来保持法律的适度前瞻性,尽可能地保持法律的稳定,减少修正频率,将何其可贵!在开放意义上理解本论题中的“等”字,其实正是一种前瞻性立法技术的体现,是保持法律稳定性的可取之道。

二、“负有特殊职责的人员”的内涵

毫无疑问,诸如未成年人的同住监护人、未成年人就读学校的授课老师这类主体明显属于“负有特殊职责的人员”,但在某些情形下,界定某一类主体或某一特定的主体是否属于“负有特殊职责的人员”并非清晰可辨,可能会存在一定的争议。例如,未成年人救助机构、儿童福利机构的在编人员都属于这里所探讨的特殊主体吗?对于直接接触未成年人且对其进行救助、抚育的工作人员的主体资格应当没有异议,但机构内的临时工或者清洁工呢?恐怕就不能一概而论了,否则在特殊主体的把握上可能失之过宽,有将特殊主体泛化之虞,从而不当扩大打击面,有违设定这一主体范围的初衷。那么,应当如何把握特殊主体的范围呢?这里其实涉及一个关键问题,即如何理解“特殊职责”的问题,在何种条件下才能认为某类主体或某个主体对未成年人负有特殊职责呢?对此,有必要首先从“职责”这个特定的概念入手,“职责”的问题解决了,人员范围的问题其实也就迎刃而解了。^①

(一)“职责”的内涵与来源

如果按照词典的解释,职责即“职务和责任”,^②同时包括了职务和责任两层含义,二者的关系是并列、并重的。笔者以为,“负有特殊职责的人员”中所强调的“职责”与词典中的这种职责的含义应当有所不同。“负有特殊职责的人员”所担负的职责主要应当从“责任”这层含义上加以理解,更多的时候是与身份联系在一起的,主要是基于人身关系、身份关系而产生的一种责任,未必需要有“职务”的存在,“职务”并非必要条件。例如,在监护关系中,监护人与被监护人之间是一种亲情、亲属关系,将其视为一种“职务”似乎不够妥当,毕竟,职务是“职位规定应该担任的工作”,^③其中心词是“工作”,而并非某种特定的身份关系。当然,如果在某些情形下要求有“职务”的话,也应当是在“职务”基础上的“责任”,重心仍然应当落在“责任”上。将这里的“职责”与词典中的“职责”概念略作区别对待并无不妥,并不存在逻辑上的悖论,一如域外学者所言,“某一个特定的日常用语所包含的内容到底如何,往往是有争议的。某一条特定法律规定是否适用的争论往往产生于此。法律一旦采用了某个字眼,它的含义

^① 笔者认为,“职责”前的限定词“特殊”一词其实并无特别含义,无非是意指某类特定的职责,该职责与其他职责并无二致,只不过因存在于特定的当事人之间而特定化而已,或许,用“特定”一词来形容更为合适。当然,无论采用“特定”还是“特殊”加以限定,均无碍于“职责”含义的理解。

^② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第1750页。

^③ [日]日本法务省综合研究所编《平成25年版犯罪白書のあらまし》第4页,载日本政府网站: <http://www.moj.go.jp/content/000115818.pdf>, 2013年11月14日访问。

就应被看作与日常用法有所不同”。^①

那么,这种重心应当落在“责任”上的“特殊职责”到底应当如何理解呢?不妨先从《意见》出台的背景来加以考察,由于“去年(指2012年——笔者注)以来,全国多地发生未成年人遭受性侵害事件,刺痛着人们的眼球和神经,也引发了全社会对加强未成年人保护的反思和讨论”,^②为依法从严打击性侵害未成年人犯罪,全方位保护未成年人,“两高两部”遂适时出台了《意见》。结合《意见》的出台背景来看,笔者以为,“负有特殊职责的人员”对未成年人所担负的“特殊职责”其实可以在“义务”的视角上来加以理解,亦即要求若干特定的主体不得针对未成年人做出有违其身份及职业伦理的不法举止,当然,由于义务是与权利相对的一个概念,因而带着浓厚命令性规范色彩的“职责”与“义务”又并非完全等同的概念。如众所知,按照通说,在不作为犯中,行为人的义务来源主要有四个方面:其一,法律明文规定的;其二,职务或业务上要求的;其三,法律行为引起的;其四,先行行为引起的。^③而就《意见》所列举的六类特殊职责来看,监护显然是来自于法律的明文规定,至于其他五类,则多为职务或业务上要求的义务,但也不排除这一义务来自于法律规定或者当事人的约定等。由此,这里的“职责”来源,主要可以在三层视角加以考察:其一,因法律的明文规定而生;其二,因职务或业务上的要求而生;其三,因当事人的约定而生。但其中有交叉重叠部分,如教育,既有法定的因素,也有职业要求的因素。总体而言,职责的形成着眼于民事法律关系的视角,是因出于特定的民事目的而在平等主体之间形成、产生的民事法律关系,尽管作为“因”的特定前行为可能是双向的,双方之间互享权利,互负义务,但作为“果”之一的“职责”却只是一种“负有特殊职责的人员→未成年人”的单向性义务。

(二) “职责”的条件限定

“职责”的有无直接决定了“主体资格”的有无,故而认定“负有特殊职责的人员”的范围,在某种意义上其实就是如何看待这里的“职责”的范围,“职责”的认定在其中至关重要。由于具体情况千差万别,复杂多变,想要明确、精准地断言某一类主体对于某些特定的未成年人是否负有某种特殊职责几无可能,但有必要设定若干基本要件对“职责”的范围加以大致的勾画。笔者认为,如下几个要件应当得到遵循。

第一,这种职责须存在于特定的当事人之间。无论何种职责,维系于职责两端的行为人必须是特定的,亦即“负有特殊职责的人员”必须基于法律规定或者民事法律行为的约定等而与特定的未成年人形成某种关系。例如,医生的职责是救治病人,但这种职责是一种宽泛意义上的泛指,是针对任何不特定的病人而言的,具有抽象性。《意见》中所要求的职责必须要有特定的指向对象,这种职责必须是针对某一特定的对象而言的。例如,如果某医生虽与出于钱色交易且自愿的幼女发生性关系,但该幼女并非该医生或其所供职的医院的病人,则该医生与该幼女间并未形成特定的医疗关系,该医生的行为并不一定构成强奸罪,仍有构成嫖宿幼女罪的可能。

第二,这种职责应当与未成年人的人身安全有关。《意见》之所以要限定特殊主体具备职责要件,在很大程度上是因为保障未成年人的身心健康本身就是特殊主体所应担负的职责内容之一。通常情况下,特殊主体与未成年人建立某种特殊关系的本意并非在于专门保障未成年人的身心健康,而是出于其他某种目的,例如传授知识或培训技能等,但一旦二者形成这种特定关系之后,便会衍生出保障未成年人身心健康这一附随的职责。如果某类主体与未成年人之间形成的具体法律关系并不包括这种人身安全的保障,那么这种关系便不包含本文所要讨论的“职责”内容。

第三,在以单位职能为中介的情况下,这种特殊主体的范围应当适当限缩,不宜放得过宽。从《意见》所列举的六类特殊主体来看,除监护职责明显是因亲权而产生的以外,其余几种情形下的职责,一

① [英]彼得·斯坦、约翰·香德《西方社会的法律价值》,王献平译,中国法制出版社2004年版,第81页。

② 人民法院报特约评论员《司法利剑护佑未成年人成长》,载《人民法院报》2013年10月25日第1版。

③ 高铭暄、马克昌主编《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第67-69页。

般不会直接在主体与被害人之间所形成,而需要借助主体所供职单位的职能为媒介才能形成。以教育职责为例,需要借助于学校这一媒介,具有教师资格的人被招聘到学校任教,幼女因到了适龄阶段而到学校就读,是具有办学资质的学校将老师与求学的适龄幼女联系起来,教师与幼女之间在通过学校这一平台认识之前,往往并不认识。这里的问题是,学校作为教学机构,教师固然是主体教学资源,但通常情况下,学校里不仅仅只有老师,还需要其他辅助教学的人力资源,例如需要行政管理人员、保洁人员、保安人员等,这类起辅助作用的勤杂人员是否可以视为对未成年人负有特殊职责的人员呢?在这个问题上,笔者的观点是,无论是针对医疗、教育、训练机构,还是救助、看护部门等,对其内部工作人员主体范围的认定都不宜放得太开,因为从宽严相济刑事政策的实际需要来看,当前实践中发生的性未成年人案件来看,行为人都是一些典型的特殊主体,这部分人才是需要“从严”惩处的对象,才是打击的重点。另外,由于《意见》刚刚颁行,从稳妥性的角度考虑,也不宜将打击面放得太开,有必要对犯罪主体适度把握,通过考察《意见》实施后实践中的类似情形是否得以有效遏制等,再适时根据刑事政策的需要,对主体范围的拿捏尺度作出适当调整也为时未晚。再则,无论何时,刑法的谦抑性仍然要秉持,不能不分具体情况而一味地从重,否则难免会让人产生仿佛又回到了“严打”时代的错觉。因此,笔者认为,此时应当对“负有特殊职责的人员”的主体范围加以限缩,将主体范围限定在教师身上。如果仅仅因为学校负有对未成年人的教育职责就将学校内的所有工作人员都认定为“负有特殊职责的人员”并不妥当,这样的主体范围过于宽泛。例如,幼儿园里的食堂厨师或者辅佐班主任老师照顾幼儿起居的带有保姆性质的“阿姨”等就不应当被认定为特殊主体,因为其职责只是做好服务工作,而非保障幼儿的人身安全。并且,从工作的稳定性、连贯性来看,该类勤杂人员的工作具有很大的流动性,随时可能因某种原因而离开岗位,有的岗位的勤杂人员与未成年人接触得并不多,甚至难得接触,因而,这类主体即使具有学校正式在编人员的身份,也不宜将其认定为特殊主体。

三、“负有特殊职责的人员”中的若干争议问题认定

应当说,围绕“负有特殊职责的人员”的争议问题非常之多,很多问题在当前情况下不会有定论,笔者不揣孤陋,拟就其中的三则争议问题抛出拙见,期望能以此达致抛砖引玉之效。

(一) 对特殊职责持续的时间是否应当有最短期限的要求

从《意见》所列举的六类职责来看,其往往均会持续较长的时间,从实然情形来看,特殊主体对未成年人性侵害的行为也往往发生于特殊主体履行职责的过程中,是在与未成年人较为熟悉之后才发生的,那么,是否应当对职责形成之后所持续的时间提出一定的要求呢?如果某种职责刚刚形成,便将履行该职责的行为人视为特殊主体,而恰好行为人在职责形成之初便与未成年人发生了性关系,由此不问未成年人是否存在自愿的卖淫行为,均将行为人的行为认定为强奸,这种职责认定或者说主体认定,对行为人而言是否有些过于苛刻呢?笔者以为,这种疑虑大可不必,职责持续的时间长短不应当成为认定职责是否存在的羁绊,不影响职责是否存在的认定。理由在于:其一,从逻辑上来说,某种法律行为完成,职责即形成,并不需要以此后持续的时间长短来加以验证这种职责是否存在。职责的形成,或者说,职责的有无与职责存续的时间是两个概念,二者之间并没有必然的关系,有的职责可能会持续很长时间,而有的职责持续的时间可能很短,但无论如何,其存续的时间是长是短对职责的形成并不产生影响。相反,职责产生在前,存续时间在后,前者是后者存立的前提与基础,前者的有无决定着后者的有无,而后者对前者并不存在这种决定性作用。其二,如最高人民法院周峰庭长所言,严惩对未成年人负有特殊职责的人员的原因在于“负有特殊职责的人员对未成年人实施性侵害,既违背了其本身肩负的职责,也严重挑战着社会基本伦理道德。同时,该类性侵害犯罪更为隐蔽,持续时间通常更长,一般人难以发现,未

成年被害人更难以抗拒和向有关部门揭露,社会危害更大”。^①一般来说,最高人民法院作为《意见》起草者之一,其部门负责人的相关言论在某种意义上可以视为“立法原意”。显然,特殊主体的性侵害行为违背了其职责且挑战到了基本伦理道德才是严惩的关键,至于职责持续的时间并非必要要件。虽然说,如果特殊主体在其职责持续相当一段时间之后才对未成年人实施性侵害,相较于职责甫一形成即实施性侵害,后者可能很快被揭发,而前者可能实施性侵害的次数会更多、持续的时间会更长,由此前者的社会危害性更大一些。但换个角度来看,如果特殊主体一旦对特定的未成年人形成某种职责,便马上对未成年人实施性侵害行为,这更反映出该特殊主体的不称职及其主观恶性之深,其行为的危害性未必逊于在与未成年人熟识之后发生的性侵害行为。

事实上,特殊主体之所以能够有机会实施性侵害行为,职责上的便利条件固然是重要因素之一,但其实还有另外一个深层次因素,即在特殊职责形成之后,特定的未成年人往往在心理上对特殊主体形成了一种信赖关系,相信特殊主体会尽心尽力地完成其职责,而不会做出对未成年人不利的举动。这种信赖关系是一种单向的心理信任,未成年人自己也许并未意识到,但却潜藏于未成年人的内心深处,是一种实然存在。特殊主体往往正是利用了未成年人的这种特殊的信赖关系才能够顺利得手,或者才能够将性侵害行为长时间地加以遮掩。当然,这里应当明确的一点是,无论职责持续的时间有多长,性侵害的次数只要有一次即可,不需要作“多次”的要求,此乃不言自明之理。

(二) 履行同类性质职责者的主体身份是否可以区别对待

显然,从实质合理性的角度来看,通常情况下,认定某类群体是否属于这里的特殊主体,无论是给出“是”或“否”的结论,对于履行同类性质职责者而言,其结论一般来说应当是相同的,但这条结论应当绝对化吗?易言之,是否应当不分具体情况而作“一刀切”式的认定?笔者以为,答案应当是否定的,负有同样职责者在不同的情境下,其地位作用未必完全相同。以保安工作为例,同样是保安,中小学的保安与医院的保安就有必要作不同认定。宜将中小学的保安纳入“负有特殊职责的人员”范围,因为其本身有职责保证未成年人的人身安全。而医院的保安则不宜纳入“负有特殊职责的人员”范围,因为在中小学校园,未成年人往往脱离家人照料而与同龄人共处,学校保安所负的安全保障责任更加重要,而在医院,就诊往往是由成年人陪同,极少会由未成年人独自前往医院就诊,此时未成年人的人身安全保障主要是由陪同的成年人来加以保障,而非由医院的保安来加以保障,医院保安的职责主要在于维护医院正常的医疗秩序,主要侧重于医院公共秩序的维护,而非门诊病人个人人身安全的保障。而中小学校园保安的职责则不然,其虽然也要维护学校正常的教学秩序,但其职责并非仅仅侧重于校园公共秩序的维护,还要同时兼顾未成年学生的人身安全,防止无关人员进入学校,防范来自校外的暴力侵害到校内未成年人的人身安全。

(三) “负有特殊职责的人员”是否可能包括“国家工作人员”

“负有特殊职责的人员”的外延未有定论,而“国家工作人员”则是刑法中较为明晰的一个概念,其外延相对而言较为明确,那么,从《意见》的角度来看,“负有特殊职责的人员”与“国家工作人员”两者之间在职责的外延上是否可能存在交集?

按照《意见》第25条的规定,“对未成年人负有特殊职责的人员、与未成年人有共同家庭生活关系的人员、国家工作人员……”。针对未成年人实施强奸、猥亵犯罪的,要在从重处罚的基础再依法从严惩处。从形式上来看,《意见》将“负有特殊职责的人员”与“国家工作人员”并列,二者之间似乎属平行关系,没有交叉重叠部分,因而,“负有特殊职责的人员”与“国家工作人员”两者之间在职责的外延上不可能存在交集。但笔者以为,这种理解未必妥当,将“负有特殊职责的人员”与“国家工作人员”之间的关系定位为交叉关系可能更为妥当。其一,从字面含义来看,虽然条文中将两者并列,但这种并列并不

^① 《严惩性侵害未成年人犯罪 切实保护未成年人合法权益——最高人民法院等四部门有关负责人答记者问》,载《人民法院报》2013年10月25日第3版。

意味着二者之间是绝对的排斥关系,二者之间完全可能存在着交叉关系。从立法学的视角来看,甲、乙两个概念分别包含何种含义,属于语义范畴的问题,概念的内容在某种意义上来说,往往具有一定的客观性;而采用何种方式将这种概念所要表达的内容在法律条文中贴切地表述出来,则属于立法技术问题,取决于立法者的主观睿智程度。从某种意义上来说,这种立法思维与立法取舍具有一定的主观性,概念的内容与表述这种概念内容的方法并非相同的概念,采用何种方法并不会对概念的本原内容产生影响。立法者之所以将两者并列,其本意并不在于明确二者之间属互斥关系,而只是意在尽可能地将所有情形都涵括于内。详言之,如果某条文将甲、乙两个概念并列,并不绝对意味着甲所包含的只是A、B,而乙所包含的只是D、E。事实上,完全可能存在着甲包含A、B、C,而乙所包含的则是C、D、E的情形,甲、乙之间完全可能存在着交叉重叠的内容。对此,立法中的实例并不罕见。就以《意见》第25条为例,将“对未成年人负有特殊职责的人员”与“与未成年人有共同家庭生活关系的人员”二者同时并举,但事实上,这二者之间完全可能出现重合的情形,例如监护就同时涵摄于二者的外延之内。^①由此,就能武断地断言“对未成年人负有特殊职责的人员”绝对地排斥“与未成年人有共同家庭生活关系的人员”吗?其二,从现实情况来看,确实存在着需要将国家工作人员视为特殊主体的情形。如前文所论及的未成年人保护委员会,其下设于市和区县、乡镇人民政府以及街道办事处,人员组成多具有国家工作人员的身份,“公”的色彩浓厚。笔者认为应当将该委员会工作人员视为特殊主体的理由前已详述,在此不再赘述。其三,从刑事政策的需要来看,有将国家工作人员视为特殊主体的必要。《意见》所秉持的立场是对性侵害未成年人犯罪行为的“最低限度容忍”与对未成年人的“最高限度保护”,从《意见》全部条文内容来看,其从严惩处特殊主体对未成年人实施性侵害犯罪行为的意图非常明晰。应当说,几乎任何具有刑事责任能力的人都有可能成为“负有特殊职责的人员”,无非是某些群体因其身份或职业缘故,成为特殊主体的机率更高些罢了。客观地说,《意见》明确列出的六类特殊群体其实属于“典型主体”,而包括国家工作人员在内的其他群体则属于“非典型主体”,没有理由将这种“非典型主体”排斥于主体圈之外。

^① 当然,可能会有观点认为,这里的“与未成年人有共同家庭生活关系的人员”应当仅仅只限于监护人之外的其他家庭生活成员。笔者认为,这种理解并没有充足的法理依据,并不令人信服,至少,笔者不认同。