

## 未成年人人性侵害及被害防治

主持人 张鸿巍[暨南大学少年及家事法研究中心教授,博士生导师]:针对未成年人的性犯罪,从一些官方数据来看,近年来虽有所控制,但绝对数量、犯罪手法、被害后果等仍令人相当忧心。刑事司法机关予以打击的力度与效度亦有所提升。这突出反映了社会各界对此类犯罪零容忍的统一态度。然而在持续严厉打击儿童性侵执法和司法实务层面,亦出现了一些适用规则亟待厘清和细化的客观需求,比如儿童言词证据、“性同意年龄”规则等。

针对当前相关刑事司法实务存在的一些困境,张鸿巍教授、于天姿博士生的《论“猥亵儿童罪”认定中儿童言词证据适用困境及出路》与江勇博士的《“性同意年龄”规则的分级再造与体系完善》两篇论文聚焦未成年人人性侵害及被害防治,结合当前法律修订,分别从性侵儿童证据审查规则、“性同意年龄”规则等不同视角提出了完善建议,部分观点或可为我国未成年人司法特别是未成年被害人司法进一步完善提供若干理论诠释与立法建议。针对猥亵儿童罪司法认定中儿童言词证据适用所面对的诸多困境,张鸿巍等提出应采取不同于成人司法证据审查标准,逐步建构和健全“以儿童证言为中心”的证据审查规则,以实际行动践行“儿童最佳利益”原则。围绕《中华人民共和国刑法修正案(十一)》新增从严打击性侵未成年人犯罪的条款,江勇对“性同意年龄”的立法沿革进行脉络梳理,从多维度提出了对“性同意年龄”规则进行分级再造的建议。

### 论“猥亵儿童罪”认定中儿童言词证据适用困境及出路

■ 张鸿巍 于天姿

(暨南大学 少年及家事法研究中心,广东 珠海 519070)

**【摘要】**在猥亵儿童罪的司法认定中,儿童言词证据时常面临真实性存疑、单一证据适用困难、适用法律依据不足等困境。应采取不同于成人司法的证据审查标准,逐步建构和健全“以儿童证言为中心”的专门性、针对性、实操性证据审查规则;依托“一站式”询问机制及时固定儿童言词证据,避免

DOI:10.16034/j.cnki.10-1318/c.2021.03.015

收稿日期:2021-02-12

作者简介:张鸿巍,暨南大学少年及家事法研究中心教授,博士生导师,美国 Sam Houston State University 刑事司法学博士,主要研究法律实证及定量犯罪学、少年家事法、比较刑事司法;  
于天姿,暨南大学少年及家事法研究中心研究助理,法学院/知识产权学院博士研究生,主要研究比较刑事司法、少年家事法。

基金项目:本文系国家社科基金重点项目“《未成年人司法法》立法建议稿”(课题编号:18AFX010)、广东省高校哲学社会科学专项研究项目“全面依法治国背景下推进社会治理重心下移与基层治理研究”(课题编号:2019GXJK018)、中央高校基本科研业务费项目“留守儿童社会适应促进与反社会预防评估”(课题编号:19JNZX213)的阶段性研究成果。

对儿童重复询问、诱导性询问以保障儿童言词证据的真实性,增加相关证据线索的补强,平衡未成年性侵被害人保护及被告人质证权,及时有效对猥亵行为进行立案、起诉和判决,以实际行动践行“儿童最佳利益”原则。

【关键词】猥亵儿童罪 儿童言词证据 以儿童证言为中心 证据审查规则

## 一、问题提出

近年来,全国性数据和区域性数据皆显示猥亵儿童案件量有较快增长,其在侵害儿童类案件中占比显著升高。比如,最高人民检察院在2020年6月1日发布的《未成年人检察工作白皮书(2014—2019)》中披露:相较于2017年,2019年猥亵儿童罪的犯罪人数大幅上升;猥亵儿童罪提起公诉的案件量占比8%,在侵害未成年人犯罪案件中排第三位,仅次于强奸罪及寻衅滋事罪<sup>①</sup>。通过对广州市两级法院2013—2020年29份猥亵儿童罪判决和裁定书(一审判决书19份,二审裁定书8份,再审裁定书2份)的梳理<sup>②</sup>,亦发现类似趋向。不仅如此,在上述判决中,一审被告人认罪案件16件,皆被判决构成犯罪;被告人不认罪案件3件,其中2件判决构成犯罪,1件判决证据不足不构成犯罪。二审裁定中,被告人上诉后撤回上诉案件2件,皆被裁定准许撤回上诉;检察院抗诉后撤回抗诉案件1件,被裁定准许撤回抗诉;被告人上诉案件5件,皆被裁定驳回上诉,维持原判。再审裁定中,被告人申诉案件2件,法院皆予以驳回<sup>③</sup>。通过解读上述案件,在被告人不认罪情形下,猥亵儿童罪未能定罪的主要原因在于检控多仅有被害人陈述以及其亲属转述证据,除此之外案件事实多无其他证据予以证明,即陷入未成年性侵被害人陈述与被告人供述“一对一”的尴尬境地<sup>④</sup>。

在“猥亵儿童罪”司法认定中,因延迟披露、案发地点隐蔽、直接证据少、实物证据固定困难等原因导致犯罪证据大多仅剩被害人陈述;而包括被害人陈述、未成年证人证言在内的儿童言词证据皆可能因年龄等问题导致其真实性存疑。因仅有儿童言词证据较难形成证据印证,致使大量猥亵儿童行为得不到及时、有效立案、起诉或判决。故在猥亵儿童案件中,为实现准确打击犯罪以保障未成年人合法权益,基于儿童言词证据尤其被害人陈述的重要性,保障儿童言词证据真实性、逐步建构和健全“以儿童证言为中心”的专门性、针对性、实操性证据审查规则,展开对相关证据的审查,或可突破当前儿童言词证据的适用困境。故本文将对以上内容展开论述。

## 二、缘起:猥亵儿童罪中儿童言词证据适用基础

### (一)以“儿童最佳利益”原则为指导

“国家亲权”法则系未成年人司法重要的理论根基<sup>[1]</sup>、核心指导原则<sup>[2]</sup>,而“儿童最佳利益”原则深根于“国家亲权”法则,直指为未成年人的健康、精神、道德等内容获得全面发展的机会和便利<sup>[3]</sup>,是涉及儿童事务的基本准则。在未成年人司法实务中,该原则较多体现为司法机关

① 参见 [https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202006/t20200601\\_463698.shtml#1](https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202006/t20200601_463698.shtml#1)

② 数据来源于中国裁判文书网。中国裁判文书网中收录的猥亵儿童罪判决案件时间范围为2013—2020年。因公开的判决书数量有限,故数据可能有一定局限性。

③ 其中一份再审裁定书与二审裁定书案件内容重合,其余案件皆未重合。

④ 参见中国裁判文书网上的邓志兴一审刑事判决书,(2020)粤0112刑初33号。其余判决(裁定)书中皆有其他证据相互印证。

充分考虑未成年人需要,最大限度降低司法活动所带来的不利影响。该原则最早可以追溯至1959年联合国《儿童权利宣言》<sup>①</sup>。其后经不断重申,“儿童最佳利益”原则在世界范围内普遍被接受为指导原则,并成为国内法律条文的支撑与依据<sup>[4]</sup>。该原则在《中华人民共和国民法典》中体现为多次规定的“最有利于被监护人原则”;在2020年修订的《中华人民共和国未成年人保护法》中亦明确规定“儿童最佳利益”原则;而在最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》中虽无“儿童最佳利益”的具体表述,但其中反复提及对未成年人予以“特殊保护”“优先保护”的司法理念,皆含对儿童最大利益指导思想的贯彻,均体现了对儿童利益最大化考量的原则性规定。

经过近四十年探索与发展,我国未成年人司法逐渐取得较大进展,是践行“国家有权利和职责来确保儿童的健康、安全及福利”理念的结果<sup>[5]</sup>。但因整体脱胎于成人司法,我国未成年人司法当前在实体和程序方面仍受成人司法影响。而与成人司法不同之处在于,未成年人司法以“儿童最佳利益”原则作为核心指导理念,在该原则指引下对未成年人的综合保护、特殊保护、比例原则运用等均得以衍生实践。在实体及程序方面,我国正积极探索与成人司法相区分的未成年人司法。而在性侵未成年人案件中,我国亦在“儿童最佳利益”原则指引下,采取了诸如保障被害人权利、“一站式”办案机制、多元综合救助等举措,对被害人进行有效保护。

针对前述猥亵儿童案件儿童言词证据的适用困境,未来或可以“儿童最佳利益”原则为指引,对儿童言词证据真实性进行专门性保障,对成人司法证据审查规则在未成年人司法中不适应之处进行必要更迭,以建构未成年人司法“以儿童证言为中心”的证据审查规则,更好践行“儿童最佳利益”原则。

## (二)证据审查规则的反思与启示

刑事证据审查规则指对证据材料的证据能力及证明力大小的审查判断必须遵循的准则,需经历单独审查、对比审查、综合审查三个步骤,确保证据材料具有证据能力及证明力,使证据间相互印证,使其满足客观性、合法性、相关性三个基本特征,以对案件事实达到排除合理怀疑的证明标准<sup>[6]</sup>。如前所述,基于未成年人案件,尤其猥亵儿童等性侵案件的特殊性,其取证方式等与成人案件有所不同,故或可针对性侵未成年人案件制定区别于成人司法的证据审查规则。正如史卫忠表示,检察机关未成年人检察部门将适时推行建构“以儿童证言为中心”的审查证据规则,进一步规范侵害未成年人案件证据标准<sup>②</sup>。

2013年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第20条对性侵未成年人案件进行了证据收集固定的规定,强调依法定程序,及时、全面收集固定证据。2018年,最高人民检察院公布的第十一批指导性案例<sup>③</sup>对性侵未成年人犯罪案件的证据审查判断标准进行了总结,指明性侵未成年人案件的证据审查应有别于成年人的标准。2021年,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《解释》)对未成年人案件证据审查规则进行了积极探索。例如,《解释》第90条规定询问未成年人的瑕疵证据情形;第94条规定讯问未成年人的非法证据情形;第556条第2款规定性侵未成年人案件询问未成年被害人、证人时应同步录音录像且尽量一次完成等。

基于儿童言词证据在性侵未成年人案件尤其猥亵儿童案件中的重要性,结合儿童言词证据所面临的现实困境,应建立区别成人司法、有针对性地保障证据真实性、兼顾公平与效率且实操性强的证据审查规则。下文将对此逐一进行论述。

① 《儿童权利宣言》原则二对儿童最佳利益原则进行明确规定。

② 参见 [https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/201912/t20191220\\_450819.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/201912/t20191220_450819.shtml)

③ 参见 [https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/201811/t20181118\\_399377.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/201811/t20181118_399377.shtml)



### 三、困境:猥亵儿童罪中儿童言词证据适用探索

#### (一)儿童言词证据真实性存疑

##### 1.时间影响

既往研究表明,即使学龄前儿童对性侵的事实陈述亦具有准确性<sup>[7]</sup>。时间对儿童言词的负向影响主要体现在两个方面:一方面,随着时间推移“动态证据”减少甚至丧失。动态证据又称即时性证据,是在特定的场景中难以固定的动态行为,表现为肢体语言、神态语言等<sup>[8]</sup>。在猥亵案件中,时间愈久儿童言词伴随的肢体语言、神态动作等皆相应减少。另一方面,时间愈久,儿童言词真实性受其他事件影响下降。若出现被害人或未成年证人与其他被害人沟通的情形,可能使得其相互影响,以至将事实描绘得较为荒谬<sup>[9]</sup>。在猥亵儿童案件中,延迟披露或家长为了保护未成年性侵被害人名誉而选择不报案等因素,将导致儿童言辞证据真实性因时间影响而存疑。

##### 2.暗示与年龄影响

既往研究亦表明,当被问及一周前所经历的事件时,学龄前儿童比年长的儿童更易受暗示性提问误导<sup>[10]</sup>。儿童言词真实性受年龄与暗示影响主要体现在两个方面:一方面,年长的儿童不易因暗示性提问而改变对事实的陈述。域外研究发现,学龄前儿童比学龄儿童或成人更容易受到暗示的影响而歪曲事实<sup>[11]</sup>。另一方面,年幼的儿童在回忆案件事实时,自发性回忆较少,需借助稍加引导的提问方式启发记忆<sup>[12-13]</sup>。因此,年长比年幼的儿童更易自发回忆案件事实而不受暗示性提问的影响,但因年幼儿童记忆诱发的非自主性,引导性提问将必不可少。基于年龄与暗示对儿童言词证据真实性具有不同程度的影响,若询问人员的询问方式不恰当将导致儿童言辞证据真实性存疑。

##### 3.反复询问影响

既往研究亦表明,若对学龄前儿童重复描述一件未发生的事情,一段时间后对该儿童进行询问,绝大部分儿童相信这件伪造的事件发生过并做出虚假的陈述。即他们会将该事件植入到自己的记忆中,形成“合理”记忆<sup>[14]</sup>。故在猥亵儿童案件中,无论对被害人还是未成年证人,若反复对其进行某项诱导性发问,可能导致未发生的事件以合理方式与儿童其他记忆形成嫁接,导致儿童对诱导性内容深信不疑,从而影响儿童言词证据的真实性。

#### (二)单一证据适用困难

##### 1.猥亵儿童罪客观物证不足

联合国《儿童权利公约》第19条规定,缔约国应采取一切措施使儿童免受性侵等伤害<sup>①</sup>。在诸多防治措施中,对猥亵儿童罪追诉力度与准确度体现出未成年人司法底线。猥亵儿童罪的客观构成要件是以刺激或满足性欲为目的,表现为性交以外的诸如抠摸、舌舔、吸吮、手淫等淫秽行为,且该行为与未成年性侵被害人身心健康、人格尊严等被侵犯具有因果关系;其主观构成要件为故意,且不存在违法阻却事由或责任阻却事由时,可认定行为人构成犯罪。而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》中,第72条规定了需要运用证据证明的案件事实,其中包括对实体法方面诸如犯罪构成、从轻减轻免除处罚等事实的证明,也包括对程序法方面诸如回避等事实的证明。

“未成年人被侵害案件普遍存在客观物证少、直接证据少,言词证据采集、固定、审查困难等问题”<sup>②</sup>。因其隐蔽性特点,猥亵儿童案件中实物证据诸如物证、书证、视听资料、电子数据等

① 《儿童权利公约》第19条对此进行了明确规定。

② 参见 [https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/201912/t20191220\\_450819.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/201912/t20191220_450819.shtml)

大部分情形下难以甚至无从获得。导致这些现象出现的原因较多:(1)延迟披露致使证据收集困难。在猥亵儿童案件中,行为人通常威胁被害人保守秘密<sup>[15]</sup>,故被害人因恐惧、羞耻或尴尬而延迟披露案件事实的情形时常发生<sup>[16]</sup>。相较虐待、故意伤害等侵害未成年人案件,多数猥亵儿童案件不会对儿童身体造成伤害;若发生伤害,通常为可较快愈合的轻微伤害<sup>[17]</sup>;若在性侵后72小时内对儿童进行检查,发现受伤可能性高,反之,可能性低<sup>[18]</sup>。(2)猥亵儿童的行为方式导致证据收集困难。美国一项研究表明,仅有不到5%的儿童性侵案件能获得医疗证据,实务中检控主要依赖儿童证言<sup>[19]</sup>。相较于强奸行为或其他暴力行为,猥亵儿童行为通常表现为抚摸儿童性器官等方式,一般不会存留其他物证。故言词证据在猥亵儿童罪证据中发挥了重要作用<sup>[20]</sup>。

与实物证据相对应,言词证据为人证,其表现形式为人的陈述<sup>[21]</sup>,反映内容为直接感知或间接感知的客观事实<sup>[22]</sup>。基于被害人陈述在猥亵儿童案件中的重要性,及未成年证人证言与未成年性侵被害人在真实性存疑等方面具有相同特点,故本文所探讨的猥亵儿童罪言词证据范围为被害人陈述及未成年证人证言。如前,因儿童言词真实性存疑,猥亵儿童罪中在客观物证不足的情况下,保障儿童言词证据的真实性或应成为首要考量因素,此亦为建立“以儿童证言为中心”的证据审查规则的前提。

### 2.成人司法证据审查规则影响

如前所述,未成年人司法中证据审查的方式、规则等或与成人司法有所区别。在成人司法中,证据是否相互印证是证据链是否闭合、是否达到排除合理怀疑的判断标准。刑事诉讼法学者龙宗智将我国刑事证明模式概括为印证证明模式<sup>[23]</sup>,引发国内激烈探讨。他指出,“印证”概念应当把握证据的非单一性和信息的同一性两个方面<sup>[24]</sup>,前者是指证据的相互印证须存在至少两个信息源独立的证据,即单一证据难以形成印证;后者是指不同证据的信息内容和指向同一。因印证证明以证据客观、全面、相互印证为特征<sup>[25]</sup>,符合事物存在、司法认识规律<sup>[26]</sup>,强调证据间的相互支撑、互为印证易形成证据链的闭合<sup>[27]</sup>,被一些学者及实务界专家认同。随着印证模式不断被提及,2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》中,亦规定了“证人证言之间以及与其他证据之间能否相互印证”等内容的印证规则。

但在未成年人司法中,印证证明模式在特定情形下较难发挥及时打击犯罪的实效。在猥亵儿童案件中,有研究表明虽然儿童不太可能对性侵害撒谎,但因此类犯罪具有隐蔽性,通常不会有确凿证据<sup>[28]</sup>,儿童言词证据大部分情况成为案件的单一证据。因印证证明模式过于强调证据间的相互支撑,单一证据不能定案成为其内在要求,导致性侵未成年人案件出现定罪难的困境<sup>[29-30]</sup>。故或应探索区别于成人司法的未成年人司法独有的证据审查规则,尤其是针对性侵未成年人案件的证据审查规则。

### 3.被告人与未成年性侵被害人权益保护博弈

虽然缺乏权威实证研究证明猥亵儿童案件中虚假指控的普遍性,但不能认为虚假指控永不发生。追究犯罪者的责任固然重要,确保无辜者不因未犯的罪行而受到惩罚亦同等重要。例如在一案例中,未成年性侵被害人受其祖母强迫,指证母亲男友对其实施了猥亵行为,该男友因此锒铛入狱。若干年后,被害人出面澄清犯罪者并非其母亲男友,而是祖母的孙子。祖母当年亦因祖孙关系迫使被害人作伪证<sup>[31]</sup>。

当仅存儿童言词证据此单一证据时,被告人权益保护——疑罪从无亦成为猥亵儿童案件无法及时立案、起诉的原因,导致儿童言词证据无法得到有效适用。故在性侵未成年人案件尤其猥亵儿童案件中,应以“儿童证言为中心”的证据审查规则为依托,同时平衡被告人权益保护。尤其当被告人与被害人均未成年时,该平衡更具实际意义。

### (三) 儿童言词证据适用法律依据不足

我国对儿童言词证据的相关规定除前文提及的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》外,亦包括《中华人民共和国民事诉讼法》《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布)、《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》(最高人民法院发布)等。儿童言词证据适用的法律依据不足体现在成人司法的证人证言收集固定过程与未成年人不同,性侵未成年人案件“以儿童证言为中心”的证据审查规则尚处于积极探索阶段,而对性侵未成年人案件尤其猥亵儿童案件中儿童言词证据的证据能力及证明力等深入规定的不足,是导致儿童言词证据在何种程度上符合证据收集固定标准、在何种情形下应当认定为瑕疵证据或非法证据予以排除等无适用标准的原因。故针对儿童言词证据呈现的特点及适用难的现状,或可进一步完善相关法律依据,以规范儿童言词证据及猥亵儿童案件证据审查标准。

## 四、出路:“以儿童证言为中心”证据审查规则的建构

### (一) 儿童言词证据适用前提:儿童言词证据真实性确保

#### 1. 证据及时固定

儿童言词证据受时间影响较大,“动态证据”易丧失,故证据及时固定包含固定与及时两个方面。在证据固定方面,美国、日本、韩国及我国台湾地区等皆设立了专门取证场所,在对被害人提供医疗、心理等救助的同时,使被害人轻松陈述<sup>[32]</sup>。而自我国建立性侵未成年人案件“一站式”办案机制以来,各地检察机关推进检医合作、检警合作等集取证、救助于一体的机制建设,部分城市检察院亦联合相关单位共同签署与“一站式”办案相关的办法、意见等,以实现证据固定及被害人保护的平衡<sup>[33]</sup>。在“一站式”询问过程中,一方面要重视“动态证据”不易固定且具有时效的特性,尤其在第一次询问过程中,应合理使用摄像设备等对未成年性侵被害人的神情、肢体语言等进行固定。在此过程中,应对儿童解释摄像设备存在的合理性,以放松其面对镜头的紧迫感,下文提及的美国国家儿童健康与人类发展研究所(National Institute of Child Health and Development, 简称为NICHD)的调查性访谈协议<sup>①</sup>(Investigative Interview Protocol)开篇便对摄像头的存在予以解释,或可对解释过程予以借鉴。另一方面,应重视儿童易受暗示、反复询问的影响,采用摄像设备对询问过程予以记录,以证明儿童言词证据未受暗示与反复询问的影响,用以证明其真实性。而在及时性方面,在《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见(试行)》之后,新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称《未成年人保护法》)亦规定了侵害未成年人的强制报告制度,以此为基础应进一步完善司法机关、学校、社会组织等全方位多平台联动的案件发现机制,为及时固定证据奠定基础。

现阶段“一站式”询问机制仅包括对未成年性侵被害人的特殊保护,但基于未成年证人证言与被害人陈述具有相同特点,亦基于对未成年证人的心理关注,故或可考虑在猥亵儿童罪中,将未成年证人纳入“一站式”询问机制中,以及时固定证据,同时证明未成年证人证言的真实性。

#### 2. 证据内发呈现

因儿童言词容易受到暗示影响而改变,故司法人员、医护人员、父母或其他监护人等以询

<sup>①</sup> 参见 <http://www.doc88.com/p-7039757976912.html>



问者身份询问儿童事实经过时,应最大限度地利用开放式问题而非暗示性问题,即应减少“是不是”语句的发问。但鉴于年幼的儿童需启发性询问,故可用“试着回忆这个(内容)”此类的语句进行询问<sup>[34]</sup>。在询问过程中,应当注意利用询问技巧辨别儿童的陈述是否进行了夸张的演绎。

而对于询问技巧,或可借鉴经实证研究和验证的,美国国家儿童健康与人类发展研究所(National Institute of Child Health and Development, 简称为NICHD)的调查性访谈协议<sup>①</sup>(Investigative Interview Protocol)。该协议主要包括开场白、与儿童建立信任关系、训练儿童回忆特定情节、侦讯本案事实、调查犯罪、休息、使儿童讲出前面未提及信息(包括对儿童未讲出提及的信息应该如何询问)、事实是如何被揭露的、以中性话题家常并结束询问9个大部分,询问过程首先确保儿童知悉事实与虚假的区分,在此基础上以询问日常事件的方式逐渐过渡到案件事实。该访谈协议较为翔实地对询问人员提出合理指引,包括常用提问句式、是否停歇的提示等。《未成年人保护法》第102条规定,在办理未成年人案件时应当使用未成年人可理解的言语和表达方式,故可在儿童理解能力及判断能力的统计研究基础上,结合我国国情制定专门访谈协议模板,以确保询问的科学性。

### 3.非重复询问儿童

建立“一站式”询问机制,减少询问次数,一方面可以避免重复询问对未成年性侵被害人记忆产生影响、污染儿童证词,另一方面可以避免未成年性侵被害人回忆案发事实引起二次伤害。减少询问次数不仅指减少司法人员对儿童的询问,还包括减少父母、医生、心理专家等在内的所有询问者的询问。亦有学者指出,当儿童多次接受非暗示性采访时,通常表现得很好<sup>[35]</sup>。故在不可避免要对儿童进行多次询问时,最应当保证儿童言词未受暗示性询问的干扰。

综上,或可破解儿童言词证据真实性存疑的困境。建议在修订未成年人相关法律及司法解释时,一方面将儿童证言“一站式”询问机制、多元综合救助、强制报告制度、询问技巧方案等内容进行规范、整合,以确保儿童言词证据(包含未成年性侵被害人陈述及未成年证人证言)的真实性,并增强确保“以儿童证言为中心”的证据审查规则中儿童言词证据真实性的针对性;另一方面明确规定若儿童言词证据受诱导性、反复询问影响真实性难以确定时,应当排除该证据的适用。

#### (二)儿童言词证据适用关键:未成年人司法的证据审查规则

因大部分猥亵儿童案件皆呈现出仅有未成年性侵被害人陈述一项实质证据的客观事实,若按照成人司法的印证证明模式,较难形成证据链闭合。正因如此,向燕指出,性侵未成年人案件呈现出“以被害人陈述为主要证据的特殊证据构造”,其通过与实务专家访谈了解到,实务中对性侵未成年人案件采用“较为宽松的印证模式”:一方面允许未成年性侵被害人的陈述存在合理出入,另一方面扩大对案件线索的审查,辅助未成年性侵被害人陈述的真实性<sup>[36]</sup>。但实务中,辅助未成年性侵被害人陈述真实性的其他线索,诸如未成年被害人与行为人之间以及其家庭之间有无矛盾等,并非我国法定证据形式之一,实质证据仍然仅有未成年性侵被害人陈述一项,较难形成“印证”。故应明晰何为“宽松的印证模式”。在成人司法中,印证指证据间相互印证,即印证前提为证据须成为法定证据形式之一。但基于未成年人司法尤其性侵未成年人案件的特殊性,宽松的印证模式或可将证据内容予以宽松化,即不同证据间的相互印证或可意为儿童言词证据与其他证据、证据线索(诸如是否有构陷可能、品格证据的适当适用、动态证据、被害人心理测评报告等)的相互印证。故在猥亵儿童案件中,以儿童言词证据为中心展开证据、证据线索的收集、审查,将更多猥亵儿童案件纳入侦查、审查起诉范围,避免出现因证据

<sup>①</sup> 参见 <http://www.doc88.com/p-7039757976912.html>

不足导致诉讼过程停滞,以更好地保护儿童身心健康,践行“儿童最佳利益”原则。为避免过分强调保护被害人而导致“隧道视野效应(Tunnel Vision)”<sup>①</sup>引发刑事错案,应在保障儿童言词证据真实性的同时保障被告人的质证权利。综上,一方面将印证内容宽松化,另一方面保障被告人质证权,由此最大限度保障效率与公平,增加“以儿童证言为中心”的证据审查规则的实操性。

结合前文,具有区别成人司法的专门性、证据真实性保障的针对性、兼顾公平与效率的实操性强的“以儿童证言为中心”的证据审查规则或可实现构建。故在修订未成年人相关法律及司法解释时,建议进一步细化未成年人司法的相关规定,尤其性侵未成年人案件的证据审查规则,将相关证据线索纳入印证范围,以进一步佐证儿童证言的真实性及排除合理怀疑,为性侵未成年人案件的证明标准提供依据。

## 1.相关证据、证据线索的采纳

### (1)品格证据

品格证据指特定行事方式及既往特定履历等<sup>[37]</sup>,包括优秀和不良的品格证据(诸如有威信、诚实、既往犯罪事实、他人不良评价等),涉及被害人品格证据亦涉及被告人品格证据<sup>[38]</sup>。有实证研究发现,就某些犯罪而言,行为人先前犯罪的事实对其后的犯罪具有统计学意义上的关联,例如盗窃;但某些犯罪行为先前犯罪的事实对其后的行为影响无统计学意义,例如故意杀人<sup>[39]</sup>。亦有学者指出,根据统计数据,先前被判强奸罪的人更易再犯强奸罪<sup>[40]</sup>,故在特定犯罪中,与此次犯罪行为相关的先前品格证据或可成为佐证此次犯罪行为发生的依据。诚然亦有学者提出反对观点,认为品格证据的证明力可能被高估,由此引发因被告人先前行为对其予以惩罚的后果,亦增加了被告人诉讼成本<sup>[41]</sup>。基于品格证据的争议较大,故品格证据在英美法系国家的适用范围较小,仅有当品格证据与案件事实有高度相似性且其证明力影响大于对行为人格偏见的影响时才予以适用<sup>[42]</sup>,例如在性侵案件或猥亵儿童案件中品格证据作为可采性的例外<sup>[43]</sup>。而在猥亵儿童犯罪中,域外有判例主张,品格证据反映了被告人不良品格或从事不法行为的性格,这种性格倾向于证明被告人为追求自己的性欲而行动<sup>[44]</sup>。

我国现行法律中虽无对品格证据的直接规定,但学者对其争议并未停息。在猥亵儿童犯罪中,有的学者建议通过品格证据来证明被告人与被害人接触的动机,弥补证明困难<sup>[45]</sup>;亦有学者指出,基于对特殊被害主体保护的考量,可设定品格证据的排除例外<sup>[46]</sup>。实务中亦有对品格证据予以适用的情形,在“张喆勇猥亵儿童罪二审刑事裁定书”中,法院认为上诉人先前曾因猥亵儿童罪判刑,结合其约见被害人的情形,证明其有再次侵犯儿童的犯罪动机<sup>②</sup>。综上,品格证据在证据不足的性侵儿童案件中或可发挥作用,从侧面佐证儿童言词证据的真实性。

本文认为,因品格证据并非我国现行法定证据形式之一,或可将其认定为证据线索,但将其认定为证据线索时应当谨慎使用。第一,先前犯罪的品格证据与再次犯罪的动机不能等同。虽有相关统计分析证明部分犯罪(例如强奸等)的行为人先前的犯罪事实对其后的犯罪具有统计学意义,但抽样分析的归纳推理结果反映了整体的分布趋势,不能应用于某个具体案例,故不能过度强调品格证据对犯罪动机的证明力。第二,品格证据的不当运用或导致对儿童的额外伤害。因品格证据不仅包含被告人的品格证据,亦包括被害人以及未成年证人的品格证据。若儿童的不良品格证据经由控辩双方质证,不管其是否能动摇儿童言词证据的真实性,无疑将对儿童产生额外伤害。第三,品格证据分为不良品格证据、优秀品格证据两种类型。不

① 隧道视野效应是人的自然倾向,在这种效应的影响下,司法人员易将注意力集中在特定结论上,通过该结论过滤证据,从而刻意关注证明该行为人“有罪”的证据而忽视其“无罪”的证据,易致错案发生。参见 Keith A. Findley, Michael S. Scott, Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases, the Wisconsin Law Review, 2006, (2).

② 参见张喆勇猥亵儿童罪二审刑事裁定书,(2014)穗中法刑一终字第234号, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=b07b5768dbcf48f4b9afa07b2fb9332>



能仅强调被告人不良品格证据而忽视其优秀品格证据,应在证据线索收集时做好对不同品格证据的权衡。第四,过分强调品格证据或将导致错案发生。司法工作人员可能基于犯罪嫌疑人先前犯罪的不良品格影响,陷入“隧道视野效应”引发错案。故针对被告人可能存在不良品格证据的性侵案件,或应增派经验丰富的司法人员参与,避免引发错案。

## (2)动态证据

在证据分类中可将证据分为静态证据和动态证据。前者指可被固定和保留的实物证据,例如杀人行为的凶器,后者指仅在特定场景中呈现出来的、难以固定和保留的即时性证据,例如证人作证时的神情、语气等<sup>[47]</sup>。证词可信度是在庭审中观察证人和聆听证言的基础上,结合不同的事实版本所形成的印象,这些印象是依靠证人言语和非言语行为综合形成的<sup>[48]</sup>,而非言语行为(诸如神情、肢体动作等)的动态证据是对言词证据真实性的补强。除此之外,性侵导致未成年性侵被害人出现诸如与精神压力相关的焦虑、抑郁、自尊心差等症状,与身体压力相关的身体呈现早期发育特征(例如尿床)、头疼、胃痛等创伤后应激障碍等症状<sup>[49]</sup>,庭前儿童被询问时的神态举止等动态证据亦可成为其言词证据真实性的补强<sup>[50]</sup>。

虽动态证据在补强儿童言词证据真实性方面发挥积极作用,但应当注意以下五个方面:第一,未成年性侵被害人被询问时伴随的动态证据并非必然为被告人猥亵的行为导致。第二,儿童陈述案件事实时伴随的动态证据不一定是被告人导致,如被害人作伪证的情形<sup>[51]</sup>。第三,无动态证据时或对被害人或证人产生额外伤害。实证研究中发现,侦查人员认为掺杂哭泣和绝望情绪的陈述最可信<sup>[52]</sup>,未成年性侵被害人表现出明显痛苦情绪性陈述比较少情绪的中立性陈述更可信<sup>[53]</sup>。但亦有实证研究表明,若未成年性侵被害人流露过多情绪将对法庭判决产生负面影响<sup>[54]</sup>,且大多数受害儿童在陈述被害事实时都很冷静,仅有少数儿童在访谈中具有情绪化表达<sup>[55]</sup>。若过分强调动态证据的呈现,则无动态证据的儿童将面临其陈述虚假的怀疑或攻击。第四,因猥亵儿童罪有延迟纰漏的风险,而时间越长动态证据丧失可能性越大,使动态证据固定困难。第五,司法机关工作人员不能受动态证据过度影响,否则易陷入“隧道视野效应”而较难保持公正。

而上述五点需注意的情形可在“一站式”询问机制的依托下将动态证据予以适时固定,且通过部分技术性方法,例如通过被告人质证、及时发现案情且询问未成年性侵被害人、聘请微表情心理专家分析被害人潜在的表情语言等方式消除其不良影响。在因时间长动态证据被消磨或因儿童自身动态证据少而较难实现动态证据固定时,亦可结合儿童的微表情语言评估、心理状态评估等方式,将其转化为证据线索予以适用。

故建议在修订未成年人相关法律及司法解释时,对品格证据,应作为证据线索审慎使用。对动态证据,一方面,在案件发现及时及儿童动态证据充足的情况下,依托“一站式”询问机制转化为视听资料、电子数据进行证据固定;另一方面,在案件发现较晚动态证据丧失或儿童动态证据少的情况下,或可将动态证据转化为儿童之微表情语言评估、心理状态评估等材料作为证据线索使用,由此既补强了儿童言词证据真实性且形成相互印证,又增强了性侵未成年人案件中证据审查规则的实操性。

## 2.被告人质证权保障

被告人质证权侧重保护被告人权利,赋予其与证人交叉询问的机会,以揭示证人证言的虚假之处,用以发现案件事实<sup>[56]</sup>。质证的支撑理论包括防御权理论、真实性理论、防止政府滥用权力理论、增进对国家权力的信任理论等,包含证人到场、证人宣誓、面对面询问、交叉询问四项要素<sup>[57]</sup>。在域外相关判例中,为保护儿童免受被告人在场造成的潜在情感创伤,采用避免未成年性侵被害人与被告人面对面的形式(例如使用屏风遮掩或者闭路电视),以平衡儿童在

法庭诉讼中的利益保护<sup>[58]</sup>。而此类举措亦引起争议,有意见认为此类替代性举措侵害了被告人的质证权,亦有意见主张需要在不同利益保护面前做出让步。质证是保证证言还原案件事实、避免错案发生的重要环节。因此,法院需在被告人的质证权和保护儿童免受创伤之间做出平衡。

虽然《中华人民共和国刑事诉讼法》及其司法解释规定未成年被害人陈述应参照证人证言出庭经控辩双方质证,但根据相关法律文件<sup>①</sup>以及实务经验,未成年证人、被害人一般不出庭。在儿童不出庭的情形下,通过交叉询问发现言词虚假的可能性降低。但若质证将对儿童造成二次伤害,则应当优先实现儿童利益最大化。基于质证环节的重要性,或可采取如下方式实现两者平衡。开庭前,对未成年性侵被害人心理状况进行专业评估,若评估结果为现阶段心理状况很差不适合出庭,则采用庭前的询问录像作为质证依据,使其成为传闻证据规则例外;若评估结果为出庭面对被告人有二次伤害风险,则可借鉴前文提及的出庭单向作证方式,使用屏风或闭路电视等工具避免儿童与被告人直接接触,聘请心理专家等专业人员作为中间人实现间接质证;若评估结果为出庭面对被告人对儿童不会造成二次伤害,则儿童可出庭参与质证。

故在修订未成年人相关法律及司法解释时,针对儿童证言,建议以践行“儿童最佳利益”原则为指导,以未成年人心理状况评估为前提,进一步细化儿童是否出庭质证的情形,以实现儿童利益保障与被告人质证权间的平衡,增强性侵未成年人案件中证据审查规则的实操性。

## [ 参 考 文 献 ]

- [1] 张鸿巍:《“国家亲权”法则的衍变及其发展》,载《青少年犯罪问题》,2013年第5期。
- [2] 张鸿巍:《少年司法语境下的“国家亲权”法则浅析》,载《青少年犯罪问题》,2014年第2期。
- [3] 王雪梅:《儿童权利保护的“最大利益原则”研究(上)》,载《环球法律评论》,2002年第4期。
- [4] 段小松:《联合国〈儿童权利公约〉研究》,北京:人民出版社2017年版,第54页。
- [5] Roberson Cliff. Exploring Juvenile Justice, Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning, 2000, p.8.
- [6] 富鹏 张冲:《证据审查规则的内容及采信证据的适用规则》,载《辽宁公安司法管理干部学院学报》,2009年第3期。
- [7] Sue Bidrose, Gail S. Goodman. Testimony and Evidence: a Scientific Case Study of Memory for Child Sexual Abuse, Applied Cognitive Psychology, 2000, (3).
- [8] 周洪波:《比较法视野中的刑事证明方法与程序》,载《法学家》,2010年第5期。
- [9][14][16][18] Dana D. Anderson. Assessing the Reliability of Child Testimony in Sexual Abuse Cases, Southern California Law Review, 1996, (6).
- [10] Stephen J. Ceci, Maggie Bruck. Suggestibility of the Child Witness: A Historical Review and Synthesis, Psychological Bulletin, 1993, (3).
- [11] Maggie Bruck, Stephen J. Ceci. Amicus Brief for the Case of State of New Jersey V. Michaels Presented by Committee of Concerned Social Scientists, Psychology, Public Policy and Law, 1995, (2).
- [12] Nurcombe Barry. The Child As Witness: Competency and Credibility, Journal of the American Academy of Child Psychiatry, 1986, (4).
- [13] Leslie Rudy, Gail S. Goodman. Effects of Participation on Children's Reports: Implications for Children's Testimony, Developmental Psychology, 1991, (4).
- [15] Karla Ogradnik Borens. Syndrome Testimony in Child Abuse Prosecutions: The Wave of the Future, Saint Louis University Public Law Review, 1989, (1).
- [17][34][35][49] John E. B. Myers. Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation: Consensus and Confusion, UC Davis Journal of Juvenile Law & Policy, 2010, (1).
- [19] Stephanie D. Block, Linda M. Williams. The Prosecution of Child Sexual Abuse: A Partnership to Improve Outcomes, 2019,

①《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第29条第二款指出,公诉人一般不提请未成年证人、被害人出庭作证。

<https://www.ncjrs.gov/App/Search/SearchResults.aspx?txtKeywordSearch=The+Prosecution+of+Child+Sexual+Abuse%3A+A+Partnership+to+Improve+Outcomes&fromSearch=1>

- [20] Mike McGrath, Carolyn Clemens. The Child Victim as Witness in Sexual Abuse Cases, *Montana Law Review*, 1985, (2).
- [21] 樊崇义:《证据法学》,北京:法律出版社2001年版,第135页。
- [22] 法学教材编辑组:《证据学》,北京:群众出版社1983年版,第116页。
- [23] 龙宗智:《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》,载《法学研究》,2004年第2期。
- [24] 龙宗智:《刑事印证证明新探》,载《法学研究》,2017年第2期。
- [25] 左卫民:《“印证”证明模式反思与重塑:基于中国刑事错案的反思》,载《中国法学》,2016年第1期。
- [26] 李建明:《刑事证据相互印证的合理性与合理限度》,载《法学研究》,2005年第6期。
- [27] 张少林:《刑事印证初论》,载《人民检察》,2007年第7期。
- [28] Kathleen Kohlman. Child Testimony: Delicate Balance for the Courts, *Law Now*, 1992, (4).
- [29][36] 向 燕:《性侵未成年人案件证明疑难问题研究——兼论我国刑事证明模式从印证到多元“求真”的制度转型》,载《法学家》,2019年第4期。
- [30][42][45][50] 向 燕:《论性侵未成年人案件的证据运用》,载《青少年犯罪问题》,2020年第5期。
- [31][51] Emma Charlene Lubaale. Taking the Incidence of False Child Sexual Abuse Allegations Moreseriously, *De Jure*, 2016, (1).
- [32] 樊荣庆 钟 颖等:《论性侵害案件未成年被害人“一站式”保护体系构建——以上海实践探索为例》,载《青少年犯罪问题》,2017年第2期。
- [33] 王晓青 单旭丹等:《未成年被害人“一站式”办案模式专家论证会综述》,载《青少年犯罪问题》,2019年第3期。
- [37] 易延友:《英美法上品格证据的运用规则及其基本原理》,载《清华法学》,2007年第2期。
- [38] 黄土元 吴丹红:《品格证据规则研究》,载《国家检察官学院学报》,2002年第4期。
- [39] Ian Donaldson. Character Evidence, *Advocate (Vancouver Bar Association)*, 1996, (2).
- [40] Jill Hunter, Aparna Rao. Character Evidence in the Criminal Trial, *International Journal of Evidence & Proof*, 2016, (2).
- [41] Justin Sevier. Legitimizing Character Evidence, *Emory Law Journal*, 2019, (3).
- [43][46] 俞 亮:《品格证据初探》,载《中国人民公安大学学报》,2004年第5期。
- [44] Jerry Gornik. Child Molestation Admissibility and Competency, *Journal of Juvenile Law*, 1984, (2).
- [47] 周洪波:《比较法视野中的刑事证明方法与程序》,载《法学家》,2010年第5期。
- [48] Connolly Deborah A., Price Heather L., et al. Judging the Credibility of Historic Child Sexual Abuse Complainants: How Judges Describe their decisions, *Psychology Public Policy and Law*, 2009, (2).
- [52] Guri C. Bollingmo, Eellen O. Wessel, et al. Credibility of the Emotional Witness: A Study of Ratings by Police Investigators, *Psychology, Crime & Law*, 2008, (14).
- [53] Karl Ask, Sara Landstrom. Why Emotions Matter: Expectancy Violation and Affective Response Mediate the Emotional Victim Effect, *Law and Human Behavior*, 2010, (34).
- [54] Jonathan M. Golding, Heather M. Fryman, et al. Big Girls don't Cry: The Effect of Child Witness Demeanor on Juror Decisions in a Child Sexual Abuse Trial, *Child Abuse & Neglect*, 2003, (27).
- [55] Liat Sayfan, Emilie B. Mitchell, et al. Children's Expressed Emotions When Disclosing Maltreatment, *Child Abuse & Neglect*, 2008, (32).
- [56] 樊崇义 王国忠:《刑事被告质证权简要探析》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2006年第5期。
- [57] 陈永生:《论辩护方当庭质证的权利》,载《法商研究》,2005年第5期。
- [58] Cynthia Baasten. Creating Uniformity for Child Testimony Given through Alternative Methods: Enabling States to Effectively Protect their Children, *Children's Legal Rights Journal*, 2003, (1).

(责任编辑:崔 伟)