

论性侵儿童案件中被害人陈述的审查判断

向 燕

内容提要:性侵儿童案件的证据往往呈现以儿童被害人陈述为主的证据构造,其陈述真实性的审查判断对事实的认定起到了决定性的作用。由于性侵儿童案件被害人主体具有特殊性,一般的经验常识会妨碍对案件事实的准确认定。由此,英美法系国家开始就遭受性侵的儿童被害人的创后症状以及对儿童被害人采取的询问程序和方法这两者对于被害人陈述真实性的影响展开了研究,又称社会科学研究。从其立法与司法实践来看,此类研究成果已被广泛地运用于性侵儿童的诉讼中,为审查判断儿童被害人陈述的真实性提供了科学依据。因此在借鉴社会科学文献与域外法律制度的基础上,应在对我国性侵儿童案件中证据的审查判断规则作出以下改革措施:其一,引入专家证言辅助裁判者对被害人陈述进行审查判断;其二,对遭性侵的儿童被害人延迟揭发犯罪事实、撤回指控以及陈述不一致、缺乏细节等现象要区别对待;其三,对使用具有强暗示性询问方法获取的儿童被害人陈述予以排除。

关键词:被害人陈述 性侵儿童 专家证言 证据能力 证明力

向燕,西南政法大学法学院副教授。

一 引 言

性侵儿童犯罪的事实认定是各国司法实践中的普遍难题。由于儿童被害人缺乏保护自己的认知能力与行为能力,致使这类犯罪案发时间较长、客观证据很少获得保全,案件往往呈现以被害人陈述为主的证据构造。^[1]尤其是在零口供的案件中,被害人陈述真实

[1] 据实务部门的调研报告,“性侵未成年人案件中,被害人由于年幼、心智不成熟或受到威胁、利诱等因素往往都没有及时告知其监护人,导致未能及时报案,延误了侦查取证的最佳时机,犯罪现场被破坏,最能反映性侵的痕迹、分泌物等相关物证已经灭失,由于时间间隔,医院专业检查已无法得出最真实的结论。除了陌生人实施的为猥亵儿童犯罪报案及时可以进行鉴定、介绍容留卖淫等案件外,其他的仅70件强奸案件的直接证据多处于‘一对一’的状态,特别是发生在熟人实施性侵害行为持续较长时间的案件中比较突出”。参见浙江省嘉兴市人民检察院课题组:《性侵未成年人案件办理实务问题研究》,《中国检察官》2016年第11期,第220-371页。

性的审查判断对事实的认定起到了决定性作用。但是,在审查判断儿童被害人陈述的真实性时,司法实务工作者往往面临着诸多证据运用的困惑。例如,儿童在受到侵害后出现了过去未曾出现的夜惊和噩梦等异常情状,是否能够作为证明儿童受到性侵犯的证据或者证明被害人的指控具有真实性?儿童被害人出现了撤回指控和陈述反复的情形,是否如前后陈述不一致的证人证言及被告人供述表明该儿童的被害人陈述不可信?年幼的被害人作出的陈述概括且缺乏细节是否意味着该被害人的陈述有欠真实性?根据我国司法实务的经验,撤回指控、陈述反复及陈述概括且缺乏细节这三种情形往往构成否定被害人陈述真实性的不利因素。然而在儿童遭受性侵的案件中,被害人陈述往往是案件的核心证据。若被排除,则会使得这些原本证据相对薄弱的案件更加难以获得有效的追诉和惩罚。

从英美法系国家的立法与司法实践来看,由于性侵儿童案件的被害人主体和证据构造具有特殊性,因此社会科学研究成果被广泛地运用于此类案件被害人陈述的审查判断中。事实上,依据证据进行事实认定的过程就是从证据到案件事实的一系列推论活动。而社会科学研究成果能够帮助裁判者审查“推论”依据的“概括”强度。例如,“被害人撤回指控”对案件事实发挥证明作用就依赖于从证据事实到推论事实的概括,即如果被害人撤回了指控,那么其指控很大程度上可能是虚假的。概括是对人类行为的粗略评估,在事实推理中发挥了作为三段论推理的大前提的作用。^[2]而概括的强度(盖然性程度)直接关系证据的相关性和证明力:如果推论链条中的概括是完全错误的或是确定性程度较低的,那么证据与案件事实之间就不具有证据法意义上的关联性;如果概括不具有普遍性,也必定会削弱据其作出的推论性事实的证明力。

人们忽略“概括”,是因为概括往往是事实判定者根据一般经验常识依直觉而作。毫无疑问,由于经验常识并不能提供给我们关于事物之间联系的准确知识,倚赖“似是而非”的经验常识可能会蕴含事实误判的风险。在办理性侵儿童案件时,儿童被害人撤回指控、陈述反复或是缺乏细节是否会减损被害人陈述的可信性,便涉及到事实推理过程中概括的盖然性问题,即受到性侵的儿童有多高的概率出现上述情形?如果相较类似的成人案件,这样的概率呈现出统计学上的显著差异,我们就需要进一步了解,儿童被害人在作出真实陈述时出现这一反常现象的原因。如果儿童被害人群体在遭受性侵后出现这样的行为反应,并非因其撒谎,而是有着完全不同的个体性原因,就不能依据一般的经验法则一概否定其陈述的可信性。

然而,“儿童被害人的行为反应”是一个关于社会事实的实证问题而非规范问题。在社会科学的逻辑中,实证研究提供对行为实然状态的理解,规范研究建立应然的理想目标,规则研究寻找从实然到应然的路径。缺乏对人类行为方式真实状态的理解,规范理论可能只是空中楼阁,规则设计也会沦为无的放矢。^[3]对社会事实的概括进行准确

[2] 参见[美]罗纳德·J.艾伦等著:《证据法:文本、问题和案例》(第三版),张保生等译,高等教育出版社2011年版,第152页。

[3] 参见葛岩:《法学研究与认知—行为科学》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2013年第4期,第21页。

评价的知识并不能在法学学科内部获得,而需要从其他学科中汲取养分。关于人类知识的分类观点众多,但通常认为知识可以划分为三大部类——自然科学、社会科学和人文科学。^[4] 就办理性侵儿童案件而言,研究侵权行为与儿童事后行为的联系,解释儿童在性侵后出现的诸多行为反应,通常属于行为科学和发展心理学的研究对象。这些研究普遍地使用了经验研究的方法,要求理论假说获得实验或调查的验证,从而能够为对儿童行为方式的真实状态提供基础资料。行为科学和发展心理学本身就是由自然科学和社会科学形成的交叉领域,但就其在法律领域的应用而言,它们主要“研究的不是物与物的关系,而是人与物或人与人的关系。它(社会科学)研究人的行为,目的是解释由行为带来的无意的或未经设计的结果”,^[5] 因此,在英美法系国家的法律文献中,多将这些领域的研究成果统称为“社会科学”。

我国的刑事司法实务同样面临在性侵案件中如何对儿童被害人陈述的真实性进行审查判断的难题。在我国,由于行为科学和心理学相关领域的发展相对滞后,加之理论界对儿童被害人的研究缺乏关注,导致该特殊领域的规则研究和实证基础都极其薄弱。下文将首先对性侵儿童案件中引入社会科学研究成果的必要性进行论证,然后再对英美法系国家在性侵儿童犯罪中运用社会科学研究成果审查判断证据的现状及其立法进行评介,最后结合我国的司法现状,对如何汲取相关研究成果,确立性侵儿童案件中证据的审查判断规则提出改革建议。

二 运用社会科学研究审查判断证据的必要性

由于性侵案件犯罪隐蔽且往往缺乏间接证据对性侵事实加以印证,因此法官时常需要依据辅助证据对被害人陈述的真实性作出推论。比如从事发过程及事发后被害人的行为表现,被害人陈述是否以暴力、威胁等非法方法收集等推导被害人陈述的真实性。我国办案人员在总结办案经验时也称,“对于强制猥亵妇女罪与猥亵儿童罪,一般应当依托司法实践,结合日常生活经验,考察数种行为在发生的概率、逻辑以及关系上是否具有关联性”。^[6] 然而,办案人员容易忽视的是,在性侵儿童犯罪中,日常生活经验并不能构成有效概括的基础,反而可能成为准确认定事实的妨碍。因此在办理性侵儿童案件的过程中,有必要引入社会科学研究成果辅助裁判者作出正确的事实推论。

首先,对儿童被害人事后行为进行推论所依据的“概括”,属于不为普通人知悉的特殊知识,需要社会科学研究予以揭示。有学者对 274 项“妨害性自主”判决的实证研究表明,在性侵成年人犯罪中,法官作出推论所依据的经验法则主要包括以下几点:(1)被害人与被告人平日的互动关系;(2)以事发前的情境推测事发当时被害人的意愿;(3)事发当时有无积极呼救、抗拒或逃跑的情形;(4)有无外伤显示遭受过强制力;

[4] 参见李醒民:《知识的三大部类:自然科学、社会科学和人文科学》,《学术界》2012 年第 8 期,第 5-33 页。

[5] [英]哈耶克著:《科学的反革命——理性滥用之研究》,冯克利译,译林出版社 2003 年版,第 17 页。

[6] 中华人民共和国最高人民法院刑事审判庭一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(第 98 集),法律出版社 2014 年版,第 51 页。

(5)被害人事后的情绪反应;(6)被害人没有在第一时间将事情予以揭露或报警、验伤;(7)被害人事后与被告的互动关系会影响法院对于事实的认定,尤其是是否尽力避免和被告接触与离开现场;(8)被告有无其他与犯罪无关的因素促使被害人作出指控;(9)其他不合理情状。^[7]

尽管儿童与成人性侵案件的证据种类大体类似,但司法实践表明,性侵儿童案件中运用的经验法则与性侵成年人案件并不完全相同。例如,“被害人是否在第一时间揭发犯罪或报警、验伤”,在性侵犯罪中往往被视为评价被害人陈述真实性的因素。然而,在性侵儿童犯罪中,揭发迟延的现象却很突出。从学者对北京市性侵未成年人犯罪的实证研究来看,在65个案例的96个被害人中,对加害行为性质缺乏认知的被害人有19人,占全部被害人人数的22.1%。其中,仅有32人在被害后主动告知遭受侵害,占37.2%。仅遭受1次加害行为的被害人占全部被害人的58.1%,而遭受1次以上加害行为的占38.4%。^[8]可见,有相当比例的被害人在受到侵害后没有意识到侵害行为的性质,没有及时揭露犯罪事实并制止犯罪行为的发生。

此外,由于儿童不理解侵害行为的性质,容易受到诱导和强制,也往往导致低龄儿童不会在“事发当时积极呼救、抗拒或逃跑”。性侵儿童案件中“被害人事后与被告的互动关系”与成年人的事后反应也存在差别。在大量熟人关系尤其是发生在家庭内部的性侵犯罪中,被害儿童在受到性侵后常常还会和被告人进行接触和交往,在此期间遭受连续的性侵。贵州省安顺市中级人民法院办理的一起性侵儿童案中,被告人张某某利用其担任某小学教师的便利条件,采取金钱引诱的手段,于2007年7月至2011年6月四年间先后在某小学后面的山上等处5次骗取该校4名女学生与之发生性关系,直至2013年一名被害人无意中向其家人透露才案发。^[9]从该案案情来看,性侵成年人案件中常用的经验法则在性侵儿童犯罪中几乎全部“失灵”。可见,办理性侵儿童犯罪案件,不能完全照搬办理性侵成年人案件适用的经验法则。

其次,询问方法对儿童被害人陈述真实性产生的影响无法依据经验常识进行判断,需要社会科学研究予以揭示。询问方法是审查言词证据真实性的重要方面。不当的询问方法可能会导致虚假的陈述。但是,相同的询问方法对成年人与未成年人的影响具有显著不同。发展心理学的相关基础研究结论表明,儿童和青少年具有不同于成年人的生理和心理特点。他们的认知和心理尚不成熟,集中体现为冲动性决策、对长期后果缺乏考量能力、易从事冒险行为、容易屈服于外部施加的消极影响等。这些使得儿童与青少年在面临刑事司法中的讯问和询问时处于弱势地位。已有数量众多的以法庭科学为导向的研究表明,未成年人(包括犯罪嫌疑人、被告人和证人)在法律制度中有着与其年龄相关的局限性。在专门针对侦查审讯进行的研究中,许多研究运用了多种方法,一致得出结论称虚假

[7] 参见林志洁、金孟华:《“合理”的怀疑?——以女性主义法学观点检视性侵害审判之偏见》,《政法法学评论》第127期,第30页。

[8] 参见徐剑:《性侵犯罪未成年被害人实证研究——基于北京市未成年人遭受性侵案件的分析》,《青少年犯罪问题》2015年第4期,第26、29页。

[9] 参见李婷、王仁高:《性侵未成年人犯罪案件中的证据审查》,《人民司法》2015年第24期,第19-21页。

供述的风险在儿童与青少年中比成年人更高。讯问和询问的方法对未成年人的陈述具有更大的影响。在一项实验中,研究者以 5 至 8 岁的儿童为受试对象,研究积极和消极的强化刺激对他们的影响。结果表明:在具有强化刺激条件下,52% 的儿童作出了知道自己犯错的虚假陈述,而 30% 的儿童作出了目击犯罪的虚假陈述(而这仅用了 3.5 分钟的时间),反观对比组的儿童,其相应比率仅为 36% 和 10%。^[10] 可见,在通过审查判断询问方法的适当性以确保儿童陈述的真实性和证明力这一点上,有必要寻求社会科学研究成果的辅助。

最后,实务部门积累的办案经验无法替代社会科学研究成果以对证据的审查判断提供科学、普遍的指导。从我国司法实践来看,办案人员已经意识到性侵儿童犯罪中证据运用的特殊性,试图发展出适应该类型犯罪的解决对策。为缓解该类案件所具有的隐蔽性强、证人少、物证少、供证矛盾的事实认定困境,办案人员十分重视间接证据的收集和经验的运用,强调“通过收集案发现场相关信息、双方交往情况、证据的来源、双方品格调查等间接证据来判断作案动机、作案的可能性、行为的性质、供述的真实性”。^[11] 与此同时,司法实务部门也在积极确立特殊的程序规则,例如,多地办案机关正在探索建立性侵未成年被害人的“一站式取证”制度,设立未成年被害人专用询问场所,并加强对询问人员关于未成年人心理、询问技巧的培训。

现阶段的举措和探索对缓解性侵儿童犯罪中事实认定的困难无疑具有积极意义,但同时也出现了不少争议和问题。

第一,由于缺乏支持辅助证据证明力的科学依据,实务部门无法突破既有的司法惯例,扩大“证据”的外延。譬如,办案人员在审查判断证据时,注意到一些被害幼童出现了做噩梦、不敢出门、不敢和陌生人说话、尿床等症状,认为能够印证被害人陈述的真实性。倘若能够运用该类证据来认定案件事实,无疑能缓解性侵儿童犯罪证据先天不足的问题,提高追诉的成功率。但由于缺乏社会科学的理论支持,办案人员普遍对这类辅助证据能否在诉讼中作为“证据”持有疑问。依照目前的做法,这类证据可以写入审查报告作为支持检察官心证的依据,却无法作为证据写入起诉书。^[12]

第二,对一些违反一般经验常识的被害人行为,如儿童陈述前后矛盾、儿童在性侵多年后才揭发犯罪事实、儿童在受性侵后仍然会在假期探视生母与继父(犯罪嫌疑人)等,办案人员无法根据这些辅助证据对被害人陈述的真实性和证明力作出合理的评价。这些儿童被害人的行为表现与其他证据结合在一起,为办案人员审查判断证据带来了不少困惑。很多办案人员表示,在性侵儿童犯罪案件中对“印证”规则的要求会相对宽松,但不

[10] 参见 Saul M. Kassir et al., *Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations*, 34 *Law & Hum. Behav.* 3, 8, 19, 21 (2010)。

[11] 浙江省嘉兴市人民检察院课题组:《性侵未成年人案件办理实务问题研究》,《中国检察官》2016 年第 11 期,第 30 页。

[12] 信息来源于 2018 年 1 月笔者与昆明市某基层人民检察院的调研座谈;2017 年 8 月笔者对重庆市某基层人民检察院未检科检察官的访谈。

会对性侵儿童犯罪与成年人犯罪适用的经验法则作出区分。^[13] 这显然对采信儿童被害人陈述,保护未成年被害人的合法权益不利。

第三,司法实务中对询问儿童被害人的机制创新侧重保护儿童被害人免受二次伤害,并不关注或很少关注询问方法对儿童陈述真实性的影响。侦查人员在对性侵被害幼童进行询问时,仍时常面临着“不得不进行诱导性询问,否则无法获得对案件有意义的陈述”的棘手问题。^[14] 通过诱导性询问获得的儿童陈述是否具有可靠性,是否应当排除,当前国内的理论研究及法律解释尚处空白状态,导致司法实务操作莫衷一是。总的来说,实务部门对性侵儿童案件中证据审查判断的探索尚停留在对个别办案经验初步总结的层面,由于理论研究的缺位,这类辅助性的事实即使受到了办案人员的特殊关注,对事实认定和裁判结论的作出也几乎不会产生实质性影响。

由此可见,仅仅是基于个案经验积累的证据审查判断方法无法对性侵儿童案件的办理给予有效的指导。性侵儿童案件诉讼中迫切需要引入社会科学研究成果,对裁判者依赖的直觉和经验常识的盖然性作出科学的评价,从而为该类犯罪的核心证据——儿童被害人陈述的审查判断提供理论依据。

三 社会科学研究成果运用的域外经验

近年来,英美法系国家在性侵儿童犯罪的诉讼领域大力拓展专家证言的适用范围,确立了相关的证据规则或颁布证据指南,使社会科学研究的成果能够透过专家证言、法官指示或证据指南等形式影响裁判者对证据的评价。依据其社会科学研究的內容不同,这类成果可以分为两大类:第一类是对遭遇性侵儿童被害症状的研究,主要包括“创伤后应急障碍”和“遭性侵儿童被害适应性症状”。第二类是询问儿童的程序和方法对被害人陈述真实性影响的研究。

(一) 遭遇性侵儿童被害症状及其司法运用

遭遇性侵儿童被害症状是指在性侵案件中存在于被害儿童群体的特殊行为现象。它主要包括创伤后的应急障碍症状、遭遇性侵儿童被害适应性症状以及其他被害儿童常出现的典型行为特征。

1. 遭遇性侵儿童被害症状

(1) 儿童被害人由于心理压力引起的行为反常

性侵行为是对信任感的根本背叛,因为成年人应当保护儿童而不是剥削他们,因而

[13] 信息来源于2018年1月笔者与昆明市某基层人民检察院的调研座谈;2017年8月笔者对重庆市某基层人民检察院未检科检察官的访谈。

[14] 信息来源于2018年1月笔者与昆明市某区公安分局及其下属派出所警察的调研座谈。据警察介绍自己办理的猥亵幼童某个案件,所作的笔录几乎全篇都是“你/他是不是……?”这样的包含有答案的诱导性问题,儿童的回答基本都是“是”或“否”,因为警察觉得如果不这样问的话,“根本就问不出来细节”,“最后儿童说来说去就成了做游戏”。

从本质而言,性侵行为是一种心理虐待。^[15] 性侵行为会引起一些压力关联的症状,包括噩梦、退步到发展前期阶段(例如已经能自己上厕所的孩子尿床)、抑郁、自我轻视、在家或在学校有恶劣行为、身体的不适反应(如头痛、胃痛、焦虑、过度警惕和害怕)。^[16] 很多受到性侵的儿童会出现部分“创伤后应急障碍”的症状。创伤后应急障碍最早作为独立的诊断类别是在 1980 年由美国心理学协会的官方杂志第 3 版正式列出。它包括以下因素:有某个经验或事件可能“对几乎任何人都存在显著的痛苦”;在创伤事件发生后“重新体验这样的创伤性事件”,例如重现有关该事件的痛苦梦境,对该事件有着反复的、痛苦的回忆;“避免与该事件存在关联的刺激或是整体性的反应麻木”,如尽力避免任何能够触发该创伤回忆的活动或情境,不能回忆起关于该创伤事件的重要方面,以及感觉与他人隔绝与疏远等;“出现持续的、增加的焦虑感”,例如入睡或持续睡眠存在困难,易怒或会爆发性的愤怒,出现注意力集中困难等;出现上述症状至少长达一个月的时间。^[17] 有研究表明,大概三分之一的遭遇性侵儿童满足创伤后应急障碍的所有标准。^[18]

然而,如果将被害儿童出现的创伤后应急障碍的症状作为性侵行为发生的实质证据,又存在实际困难。因为,这些由心理压力而导致的症状并不仅仅出现在被性侵儿童群体中。如果某个症状只在被性侵儿童身上才出现,通过该症状即可诊断出性侵事件是其成因。但是,没有任何一种症状仅仅在被性侵儿童群体中发现,也没有任何心理测试能够确诊该儿童受到了性侵。^[19] 也就是说,目睹家庭暴力发生的儿童也可能会出现这些由于心理压力带来的症状。被忽视但并未受到性侵的儿童也常常出现精神健康问题。家庭关系的不协调、贫困、吸毒酗酒等问题也都常常对儿童和成人造成压力。即使在正常家庭成长的儿童也可能会有焦虑和一些心理症状(如做噩梦),这通常被认为是成长经历的正常过程。^[20]

(2) 儿童被害人迟延披露或撤回指控

在行为科学领域,“遭性侵儿童被害适应性症状”最早于 1983 年由心理学家罗兰·赛姆特(Roland Summit)提出,在学术界获得了普遍认可并具有广泛的影响力。他将受到性侵的儿童在受害后呈现的行为特征概括为五项:秘密的,无助的,受陷并适应,对犯罪的

[15] 参见 John E. B. Myers, Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation: Consensus and Confusion, 14 *U. C. Davis J. Juv. L. & Pol'y* 1, 25 (2010)。

[16] 参见 Jennifer J. Freyd, Frank W. Putnam, Thomas D. Lyon, Kathryn A. Becker-Blease, Ross E. Cheit, Nancy B. Siegel, & Kathy Pezdek, The Science of Child Sexual Abuse, 308 *Science* 501 (2005)。

[17] 参见 Lisa R. Askowitz, Michael H. Graham, The Reliability of Expert Psychological Testimony in Child Sexual Abuse Prosecutions, 15 *Cardozo L. Rev.* 2027, 2045 (1993)。

[18] 参见 John E. B. Myers, Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation: Consensus and Confusion, 14 *U. C. Davis J. Juv. L. & Pol'y* 1, 26 (2010)。

[19] 参见 Sonja N. Brilleslijper-Kater, William N. Friedrich & David L. Corwin, Sexual Knowledge and Emotional Reaction as Indicators of Sexual Abuse in Young Children: Theory and Research Challenges, 28 *Child Abuse & Neglect* 1007 - 17 (2004); Gail S. Goodman, R. E. Emery & J. J. Haugaard, Developmental Psychology and Law. The Cases of Divorce, Child Maltreatment, Foster Care, and Adoption, in I. E. Sigel & K. A. Renninger (Eds.), *Handbook of Child Psychology*, 4 *Child Psychology in Practice*, pp. 775 - 874 (1998)。

[20] 参见 John E. B. Myers, Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation: Consensus and Confusion, 14 *U. C. Davis J. Juv. L. & Pol'y* 1, 27 (2010)。

揭发往往是延迟的、相互矛盾且不可信的,撤回指控。赛姆特本人也指出,提出性侵儿童被害症状的目的并不是用以识别该类犯罪或是提供犯罪相关的证据,只是由于性侵儿童犯罪的证明具有困难性,关于儿童被害人受到侵害后的行为所体现的社会科学表征才常被引入到该类犯罪的刑事指控与审判中,尤以上述第4和第5项特征,即延迟报案与撤回指控为甚。^[21]

遭遇性侵被害人是否及时揭发犯罪事实往往是裁判者评价犯罪行为是否违背被害人意愿的因素。尽管“被害人同意”并不是性侵儿童犯罪的构成要件,但被害儿童揭发是否及时也被作为评价其陈述是否真实的因素。自从赛姆特提出遭性侵儿童被害适应性症状理论以来,世界范围内诸多实证研究表明,迟延揭露犯罪的现象在性侵儿童犯罪中十分突出。西格尔(Siegel)等人的研究发现,16岁以前受到性侵的149名被害人中,46%的被害人报告其童年受到过一次以上的侵犯,23%的被害人报告说他们童年受到了持续的侵犯。对于后者,被害人开始受到性侵的年龄平均值是8.5岁,而性侵行为持续时间的平均值是4.7年,性侵实施者大约一半是亲戚,一半是熟人。很多儿童在长达数年的时间内都没有揭发事实,与儿童和性侵行为人的关系、性侵行为人的行为模式存在着密切联系。在一项对23名性侵儿童进行的调查中,几乎所有的被害儿童都报告称,行为人采取了某种形式的强制以获取他们的配合或者防止他们揭发事实。大多数被害人受到了威胁,包括以死亡、虐待或遗弃进行威胁,以及以家庭破裂、性侵实施者会受到惩罚、提供贿赂或以其他人会怎样去看待被害人进行情感威胁等。^[22]

被害人撤回指控会损害被害人的信用,也常常被辩方用来证明被害人指控的虚假性。“遭性侵儿童被害适应性症状”理论表明,性侵被害儿童有撤回指控的情形发生。然而,撤回指控可能是性侵儿童适应性症状中最具有争议的一项特征。一些批评者依据1996年布拉德利(Bradley)和伍德(Wood)获得的4%的撤回指控率的研究结论,认为性侵犯罪的儿童被害人很少撤回指控,而琳赛·C.马洛依(Lindsay C. Malloy)在2007年的研究中却得出了23%的撤回指控率的结论。根据马洛依的研究,在250个已有确实证据的性侵儿童案件中,约有1/4的儿童在某种程度上都撤回了指控。但并没有证据表明撤回指控的发生是因为指控是虚假的。该研究还发现,“被扮演家长形象的人侵犯的儿童更容易撤回指控,因为这些儿童的合法照顾者对儿童缺乏支持”。^[23] 尽管有大量有力的实证研究支持了被害儿童撤回指控的特殊现象,但也有研究者指出很多关于撤回指控率的实证研究存在着方法上的瑕疵。因此,一个稳妥的结论是“儿童撤回指控不应被解释为其陈述必然是虚假的”。^[24]

[21] 参见 Roland C. Summit, *The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome*, 7 *Child Abuse & Neglect* 177 (1983)。

[22] 参见 Anne Cossins, *The Hearsay Rule and Delayed Complaints of Child Sexual Abuse: The Law and the Evidence*, 9 *Psychiatry Psychol. & L.* 163, 167, 169-170 (2002)。

[23] 参见 Lindsay C. Malloy et al., *Filial Dependency and Recantation of Child Sexual Abuse Allegations*, 46 *J. Am. Acad. Child Adolesc. Psychiatry* 162, pp. 165-166, 2007。

[24] Michael D. Stanger, *Throwing the Baby out with the Bathwater: Why Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome Should Be Allowed as a Rehabilitative Tool in the Florida Courts*, 55 *U. Miami L. Rev.* 561, 570 (2001)。

(3) 儿童被害人陈述内容的特点

性侵儿童犯罪中被害人陈述是案件的核心证据,也往往成为辩方质证的重点。被害人陈述的反复、修改、遗漏等现象,往往成为辩护律师否定被害人全部陈述真实性的争点。研究表明,性侵案件中经历了创伤、抑郁与创伤后应急障碍的被害人往往会经历记忆的减损。

在被害人是儿童的情形,儿童尚未发展完全的交流能力还会对被害人陈述的完整性产生更大的影响,“他们可能很难将在较长期间内发生的事件用一种内在一致的方式进行描述,会省略掉他们认为不重要的事件,会有相对较差的时间观念,并很难用成人的语言去表述差别”^[25] 在经历长达数月甚至数年的长期侵害后,性侵案件的儿童被害人会很难区分各个侵害事件。因此,他们往往会将这些个别的分散的事件整合为一个长期的经历,在某些因素的触动下,可能会想起具体的事件。尤伊尔(Yuille)和戴伦(Daylen)用“剧本记忆”来解释儿童陈述的不一致现象。“剧本”是指通过对类似经历重复的经验而提取或抽象的记忆形式。“受到重复性侵害的被害人更有可能回忆起‘剧本’。如果某一些具体的情节被回忆起,很可能情况是这些情节是对剧本的违反。也就是说,这个情节会成为特别的记忆是因为它是对这类事件的通常模式或称剧本的显著改变和背离。”实际上,剧本记忆的理论很好地解释了遭性侵儿童的被害人陈述常常呈现出情节概括、缺乏细节的特点。

另一方面,遭性侵儿童被害人在揭发犯罪事实时往往面临着真实且严重的后果。性侵者往往会利用儿童的害怕心理对其施以威胁和恫吓,以防止性侵事件的暴露。因此,当儿童在叙述他们的经历时常常是试探性的。当他们觉得自己受到了信任、获得了支持,或是被否定、被惩罚时,他们叙述的内容会发生变动。例如,儿童在最初可能不会说出全部的事实真相,而是一次透露一点,从而试探成人的反应。^[26]

2. 遭性侵儿童被害症状的司法运用

在英美法系国家,专家证人出庭作证是社会科学研究成果进入刑事诉讼并得以运用的重要形式。专家证言对遭性侵被害儿童症状提供的意见,可以区分为以下三种不同的证言类型。

一是对性侵儿童的一般性症状进行描述。该类型的专家证言仅对性侵儿童犯罪中审查判断被害人陈述的“违反常识”的特殊经验法则进行说明,以消除事实裁判者对性侵被害人形成的固有偏见与刻板印象。

二是作证证明某具体案件中,儿童被害人的行为与遭受性侵儿童通常的行为表现一致。专家证人通过比较遭遇性侵儿童的典型症状与案件被害人的症状,得出二者一致的结论。

三是基于对儿童行为的评估,作证称被害儿童的陈述具有可信性,或是直接作证称该

[25] Louise Ellison, Closing the Credibility Gap: The Prosecutorial Use of Expert Witness Testimony in Sexual Assault Cases, 9 *International Journal of Evidence & Proof* 239, 245 (2005).

[26] 参见 Louise Ellison, Closing the Credibility Gap: The Prosecutorial Use of Expert Witness Testimony in Sexual Assault Cases, 9 *International Journal of Evidence & Proof* 239, 246 (2005)。

儿童实际受到了性侵。从对遭遇性侵儿童症状的一般性描述直至对“性行为发生”这样的要件事实作出结论,专家意见与案件事实的关联程度逐渐增强。

从域外的法律实践来看,各司法管辖区对以上三种不同的专家证言类型的态度可做如下归纳。

就第一种类型而言,很多司法管辖区都认可专家证人出庭解释性侵儿童的典型症状,以防止事实裁判者对受害儿童的行为作出不公正的推论。^[27] 在美国,如果辩方律师因为被害儿童的行为表现而攻击儿童证人的信用,一些法院容许专家证人作证,证明性侵儿童犯罪的被害人延迟披露、陈述不一致或撤回指控并非罕见现象。^[28] 新西兰的判例法承认解释创伤后应急障碍的专家证言可以在性侵儿童的审判中采纳,即“只要该症状可能与被害人揭发犯罪的行为存在直接关联”。^[29] 澳大利亚正在进行的法律改革也开始认可专家对影响性侵被害人行为的社会、心理和文化因素作出解释,指出这些因素可能导致对性侵事实的延迟披露。^[30]

就第二种类型而言,专家证人作证称具体案件中的被害人行为与被性侵儿童通常的行为表现一致的做法,也获得了很多法院的支持。在美国,许多州法院允许专家证人作出意见称该案儿童的行为症状与受到性侵的症状一致。法院愿意承认这种就“一致性”发表意见的方式,因为专家并未直接对案件的最终事实给出意见,而是容许事实裁判者得出自己的结论。^[31] 根据新西兰《1908年证据法》第23G条(2)(C)的规定,专家可以根据其执业经验或者其知悉的专业文献,指出证人所描述的被害人的行为与“受到性侵的同龄儿童的行为一致或是不一致”。^[32] 尽管专家证言可以帮助陪审团审查被害人陈述的可靠性,但专家证言不能用于描述被害人是否真实地遭受性侵,也不能直接或间接地评论被害人的可靠性。

就第三种类型而言,司法管辖区大多都拒绝采纳通过对儿童的行为评估而证明该案儿童实际受到性侵,或据此评价该案被害人陈述具有可靠性的专家证言。^[33] 法院不愿采纳的原因主要有以下两点:(1)科学界对于心理学专家是否能够得出可靠的结论尚存争议。有权威的心理学家指出,对受到性侵与未受到性侵的儿童进行症状评估主要依靠经

[27] 参见 Penney Lewis, Expert Evidence of Delay in Complaint in Childhood Sexual Abuse Prosecutions, 10 *Int'l J. Evidence & Proof* 157, 162, 167 (2006)。

[28] 例如,威斯康星州法院认为,“撤回指控是明显超出了陪审团或其他事实裁判者日常经验的常识,因此,它属于能够帮助事实裁判者理解证据或者决定某项事实的‘专门性知识’”。State v. Shomberg, 709 N. W. 2d 370, 382 (Wis. 2006)。

[29] B [2003] 2 NZLR 777 at 28.

[30] 参见 Penney Lewis, Expert Evidence of Delay in Complaint in Childhood Sexual Abuse Prosecutions, 10 *Int'l J. Evidence & Proof* 157, 162, 174 (2006)。

[31] 参见 United States v. Charley, 189 F. 3d 1251 (10th Cir. 1999); State v. Crespo, 292 Conn. 917 (Conn. Ct. App. 2009); Hubert v. State, 676 S. E. 2d 436 (Ga. Ct. App. 2009); Bishop v. State, 982 So. 2d 371, 381 (Miss. 2008); Hobgood v. State, 926 So. 2d 847 (Miss. 2006)。

[32] Penney Lewis, Expert Evidence of Delay in Complaint in Childhood Sexual Abuse Prosecutions, 10 *Int'l J. Evidence & Proof* 157, 162, 170 (2006)。

[33] 关于美国上诉法院的判例可参见 Peterson v. State, 450 Mich. 349, 537 N. W. 2d 857 (1995); State v. Streater, 673 S. E. 2d 365 (N. C. Ct. App. 2009); State v. Cressey, 628 A. 2d 696 (N. H. 1993)。新西兰的判例可参见 W [1995] 1 NZLR 548 at 556, NZCA; B [2003] 2 NZLR 777 at 251, NZCA。

验常识,精神医学专家并没有更多的专业技能可以运用。此外,精神医学专家主要依赖儿童陈述得出其是否遭受性侵的结论,因此这样的诊断不过是根据儿童是否如实陈述所形成的薄弱意见。^[34] 有心理学专家在对少量样本进行实证研究后发现,评估专家针对性侵行为特征作出诊断性意见的准确率很低,从而削弱了症状评估作为证明性行为发生的证据的实际证明力。^[35] (2)法院担心专家证言的意见太接近案件的终局事实结论,从而剥夺了陪审团认定事实的权力。在英美法系国家,终局问题规则是决定意见证据可采性的重要规则。不论是普通证人还是专家证人,都不得对应由法庭决定的事实问题发表意见。“终局问题规则不允许专家就被告人有罪、无罪这样的案件基本争点发表意见,因为那是陪审团的职责,否则就是侵犯了陪审团对事实问题的裁判权”^[36]

简言之,从英美法系国家的判例法实践来看,几乎没有法院会允许控方使用性侵被害人症状证据来证明性侵事实的发生,即专家证言不能作为实质性证据证明性侵犯罪事实。一些司法管辖区允许专家证言通过性侵儿童被害人症状证明可能存在性侵,但是专家证人主要采取“具有一致性”的表述方式,可以“通过暗示的形式提供性侵的证据,但不能就性侵行为是否发生提出明确的意见”,得出终局事实结论的权力仍由陪审团享有。法院最为经常运用的专家证言形式是通过解释性侵儿童被害症状来恢复儿童被害人陈述的信用,即传授给裁判者作出推论所依赖的特殊背景知识,避免其对被害人陈述的真实性做出不公正的推论。^[37]

此外,一些国家如英国还采取了颁布指南的形式,辅助办理性侵儿童案件的检察官对儿童被害人陈述的证明力作出正确的评价。例如,英国皇家检控署 2013 年制定的《关于追诉性侵儿童犯罪的指南》规定,一些在过去被视为不利于儿童和青少年的因素,如今却不妨碍性侵案件被害人的信用。这些因素包括:没有在性行为实施后及时报案,被害人的陈述前后不一致,根据观察被害人看上去同意了性行为,被害人在过去对其他事项的陈述不实,并且被害人曾经或现在酗酒或吸毒。^[38]

(二) 询问程序的社会科学研究及其司法运用

美国臭名昭著的 1984 年麦克马丁 (McMartin) 学前儿童性侵事件,暴露出警察采用不适当的方法询问幼童时获得虚假陈述的严重问题。由于儿童的智力程度、记忆能力、关联

[34] 参见 Gary B. Melton, John Petrila, Norman G. Poythress & Christopher Slobogin, *Psychological Evaluations for the Courts: A Handbook for Mental Health Professionals and Lawyers* (3d ed.) (New York: Guilford Press, 2007), pp 515-516, 508; John E. B. Myers, *Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation: Consensus and Confusion*, 14 *U. C. Davis J. Ju. L. & Pol'y* 1, 36 (2010)。

[35] 参见 Steve Herman, *Forensic Child Sexual Abuse Evaluations*, in Kathryn Kuehnle & Mary Connell (Eds.), *The Evaluation of Child Sexual Abuse Allegations* (New Jersey: Wiley, 2009), p. 247; See id., at 37。

[36] 参见 [英] 詹妮·麦克埃文著:《现代证据法与对抗式程序》,蔡巍译,法律出版社 2006 年版,第 204 页。

[37] 参见 Cylinda C. Parga, *Legal and Scientific Issues Surrounding Victim Recantation in Child Sexual Abuse Cases*, 24 *Ga. St. U. L. Rev.* 779, 788-789 (2008)。

[38] 参见 *Child Sexual Abuse: Guidelines on Prosecuting Cases of Child Sexual Abuse*, 资料来源: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/child-sexual-abuse-guidelines-prosecuting-cases-child-sexual-abuse#a01>, 最近访问时间 [2018-11-10]。

事件的知识储备和监控信息来源等认知能力存在局限性,^[39] 儿童相较于成年人更容易接受暗示。因此, 侦查人员如果运用具有强烈暗示性的询问技巧, 很可能使幼童作出虚假的指控和陈述。研究表明, 具有强烈暗示性的询问方法包括: 在同一个询问程序中进行多次重复的询问, 有成见的诱导, 指导下的想象治疗,^[40] 同侪压力, 选择性加强等。数量众多的研究表明, 当儿童接受这些具有强烈暗示性的询问时, 其错误陈述的概率会显著提高甚至会超过 50%。^[41] 根据刑事司法实务中询问技巧的使用情形, 选择性加强与重复性的询问方法尤其值得警惕。

选择性加强的询问方法是指询问人员对儿童作出的与询问人员设想一致的陈述比不一致的陈述给予更多的鼓励信息或积极反馈。根据塞纳·盖文(Sena Gaven)等人的研究, 当询问人员运用了选择性加强的询问方法时, 被试儿童出现了 58% 的错误陈述率, 而在运用具有较弱暗示性的询问方式时, 错误陈述率为 17%。其他的研究也表明, 当运用了这些具有高度诱导性的询问方法时, 儿童作出虚假陈述的概率很高。^[42]

大量社会科学研究表明, 询问人员在同一程序中重复询问也易导致虚假的陈述。在布鲁克(Bruck)等人的研究中, 三岁的儿童被重复地询问具有强烈暗示性的问题, 如“在这个玩偶娃娃上指出 F 医生触摸你的生殖部位”。尽管并未遭受触摸, 仍有 50% 的女童作出了不实陈述。斯图尔特(Steward)等进行了类似的研究, 研究人员在 3-6 岁的儿童参观访问了某儿科诊所后进行了四次询问。每一次询问后, 儿童做出虚假陈述称肛门附近被触摸的比率逐次增加。至访问后 6 个月的第四次询问, 超过 1/3 的儿童都虚假地报告了受到触摸的事实。^[43]

对儿童被害人进行暗示性询问而引起的虚假陈述问题在美国获得了特别的关注, 并将相关的理论研究成果实际地运用于诉讼领域。1990 年, 美国最高法院在其判例 Idaho v. Wright 中就提出警告, “公然的诱导性提问”和“对儿童应该披露的内容已经存有前见的人员”进行询问, 可能会造成年幼儿童虚假的或是不可靠的记忆。^[44] 根据一些州的判例法, 警察对遭遇性侵儿童被害人使用强烈诱导性的询问方法, 可能导致法官排除被害人陈述。^[45] 如果辩方律师申请心理专家就“警察的询问方法构成暗示”作证, 却遭到初

[39] 在麦克马丁案中, 学前学校的七名员工被指控实施了 208 起性侵儿童犯罪。控方花了七年时间追诉犯罪, 对 400 多名儿童进行了询问, 但陪审团最终做出了无罪判决。使儿童易受暗示的认知因素, 参见 Maggie Bruck et al., External and Internal Sources of Variation in the Creation of False Reports in Children, 9 *Learning & Individual Differences* 289, 113 (1997); Amye R. Warren; Dorothy F. Marsil, Why Children's Suggestibility Remains a Serious Concern, 65 *Law & Contemp. Probs.* 127, 137-138 (2002)。

[40] 指导下的想象治疗是指治疗师与儿童一起做想象的游戏, 比如假设由于撞车, 儿童与被告人困在一起。

[41] 参见 Stephen J. Ceci, Richard D. Friedman, The Suggestibility of Children: Scientific Research and Legal Implications, 86 *Cornell L. Rev.* 33, 54 (2000)。

[42] Stephen J. Ceci, Richard D. Friedman, The Suggestibility of Children: Scientific Research and Legal Implications, 86 *Cornell L. Rev.* 33, 99 (2000)。

[43] Stephen J. Ceci, Richard D. Friedman, The Suggestibility of Children: Scientific Research and Legal Implications, 86 *Cornell L. Rev.* 33, 55 (2000)。

[44] Idaho v. Wright, 497 U. S. 805, 813 (1990)。

[45] State v. Michaels, 642 A. 2d 1372 (N. J. 1994)。

审法官的拒绝,在上诉审中则可能导致原审判决被推翻。^[46] 最引人注目的当属新泽西州最高法院确立的“污染听审程序”规则。在美国著名的 *State v. Michaels* 一案中,在学前教育学校工作的被告人被指控猥亵了 20 名学龄前儿童。由于警察在询问遭受性侵的儿童被害人时,使用了具有强制性与强烈暗示性的询问方法,该有罪判决被新泽西州最高法院推翻。在该案中,辩方律师提交了由 43 名研究人员其中不乏当今著名的心理学家具名签署的法庭之友书面意见,指出警察在该案中的询问方法对儿童的记忆造成不可逆的影响,并最终获得了法庭的支持。由于该案,法院确立了在性侵儿童案件中适用“污染听审程序”规则的先例。“污染听审程序”规则并非旨在排除儿童证人的作证资格、能力与信用,而是要解决对具体案件的儿童被害人使用的询问技巧,是否“充满了无尽的危险和可变因素,从而可能严重地甚至实质性地损害了公正的审判”。^[47] 专家证人可以被传唤出庭,通过解释警察所用的询问技巧具有的强制或暗示性质,帮助陪审团评价被害人证言的证明价值和证明力。如果辩方有证据证明被害人陈述是暗示性或强制性询问的产物,即可启动该程序,促使法庭对询问程序和方法的适当性进行调查,排除通过这些询问方法获取的不再具有可靠性的被害人陈述。与普通的非法证据排除不同的是,不仅听审程序中被排除的儿童被害人的审前陈述不能使用,而且儿童被害人也很可能因为记忆受到污染而不能在法庭审判中出庭作证,除非控方以清楚而令人信服的证据证明该陈述是可靠的。^[48]

综上所述,域外社会科学研究成果在性侵儿童犯罪中的运用主要有以下两种途径:一是通过引入遭受性侵的儿童被害人症状的专家证言,使事实裁判者了解该类型犯罪中的特殊经验法则,从而能够对儿童的陈述内容和行为作出正确的事实推论。二是以社会科学研究成果为基础,对儿童被害人审前询问的程序和方法进行审查,排除受到不当询问方法污染而真实性存疑的被害人陈述。归根结底,社会科学揭示了司法裁判中事实推论所依赖的社会事实发生的盖然性,诸如受到性侵的儿童是否几乎一定/大多数/少数会迟延揭发犯罪事实,是否几乎一定/大多数/少数存在被害压力的症状,从而有利于裁判者对遭受性侵的儿童被害人陈述的真实性作出更准确的判断。在我国性侵儿童犯罪中,对被害人的陈述审查判断仍然沿用成年人案件的经验法则,这显然已经脱离司法实际。不论是理论研究还是司法实践都已表明,应当在该类诉讼中引入社会科学研究成果,帮助裁判者准确地认定事实,保障儿童被害人的合法权益。

四 我国性侵儿童案件办理中引入社会科学研究成果的构想

(一) 引入社会科学研究成果的前提

1. 社会科学研究成果的准入门槛

社会科学文献中也充斥着伪科学和垃圾科学。如果相关的社会科学研究在方法论上

[46] 参见 *United States v. Rouse*, 100 F.3d 560 (8th Cir. 1996)。

[47] 参见 *State v. Michaels*, 642 A.2d 1372, 1382 (N.S. 1994)。

[48] 参见 *State v. Michaels*, 642 A.2d 1372, 1384 (N.S. 1994)。

有缺陷、缺少相关性以及结论错误等,不仅不会增强裁判者对事实和证据的理解,反而会导致刑事误判的发生。因此,在引入社会科学时,有必要对其准入门槛进行限定,通常包括必要性与可靠性两个方面。

第一,就必要性而言,几乎所有英美法系国家对科学证据在诉讼中的运用都有某种程度的必要性要求。在英国和威尔士,专家意见仅仅在满足以下目的时才是可采的,即有助于为陪审团提供科学信息,该科学信息很可能是在其知晓的经验和知识范围之外。^[49]《美国联邦证据规则》第702条也作出了类似的规定,专家证人的知识、技能或其他专业知识将有助于事实裁判者理解证据或裁断有争议的事实。可见,进入司法裁判的社会科学研究成果应当满足两个基本条件:一是该社会科学成果是事实裁判者缺乏的知识,二是其将对裁决事项具有帮助作用。

在性侵儿童的犯罪中,儿童被害人的行为与陈述特征并不在普通裁判者的知识和经验的范围之内。不论是引入儿童被害人行为症状的科学研究,还是倚赖询问方法对被害人陈述影响的研究成果,社会科学扮演着“填补裁判者背景知识遗漏、矫正经验常识的误区”的角色。2005年英国内政部在其发布的研究报告中指出,在英格兰和威尔士,怀疑和不信任已经持续地成为成功追诉性侵犯罪的障碍。在这种“怀疑的文化”下,性侵案件的被害人在刑事诉讼程序中的每一个环节都在努力争取获得信任。^[50]同样,为了对抗对性侵儿童犯罪被害人行为的传统误解与偏见,防止儿童被害人陈述因为不切实的审查标准遭受排除,不论是检察官还是法官都应当获得适当的指导和帮助,从而使这些看上去不符合逻辑与常情的被害人行为获得理解,使取证行为与言词证据真实性的因果联系得到正确的揭示。

第二,就可靠性来说,证据是否真实可靠,在传统上属于陪审团对事实认定的权限。但鉴于科学证据的复杂性,现代英美法系国家的证据法普遍要求法官事先审查科学证据的可靠性并对其可采性作出裁定。关于可靠性的标准,依据2000年《美国联邦证据规则》第702条确立的三项因素,专家证言必须要同时满足以下条件:(1)专家证人的知识、技能或其他专业知识,将有助于事实裁判者理解证据或裁断有争议的事实;(2)证言具有充足的事实或数据作依据;(3)证言是可靠的原理或方法的产物;(4)专家证人将这些原理和方法可靠地适用于该事实。^[51]在澳大利亚,专家意见必须属于“大量知识或经验的一部分,这些知识或经验必须是足够有体系或是已经被接受为可靠的知识或经验”。^[52]需要注意的是,社会科学与自然科学有所区别。自然科学的经典研究方法是,通过控制实验来找到两个或者两个以上因子之间的确定性关系,并将该关系上升为理论的方法。所谓控制实验,就是通过各种方法对其他可变因子进行控制,然后考察若干个(通常是两

[49] 参见 *Turner* [1975] QB 834, CA。

[50] 参见 L. Kelly, J. Lovett and L. Regan, *A Gap or a Chasm? Attrition in Reported Rape Cases*, HORS 293 (London: Home Office, 2005); Louise Ellison, *Closing the Credibility Gap: the Prosecutorial Use of Expert Witness Testimony in Sexual Assault Cases*, 9 *International Journal of Evidence & Proof* 239, 2005。

[51] 美国联邦最高法院多伯特案涉及对702条规则的阐释,因此也属于美国下级法院在审查专家证言可采性的法律渊源。参见 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 108. 509 U. S. 579 (1993)。

[52] *Velevski* (2002) 187 ALR 233 at 82.

个)未被控制因子之间的关联及其背后原因。^[53] 然而,控制实验在社会科学运用的难度较大且适用范围和意义有限。很多社会科学研究都是基于经验观察的方法得出,如调查研究法、定性的实地研究、非介入性的资料收集与评估研究。^[54] 鉴于二者的区别,科学证据的可靠性标准应当能够同时适用于实验科学与经验科学,如运用科学的原理、方法或程序获得知识并且该知识能够进行重复检验或者基于大量经验性观察等实证方法获得的可靠结论,并且获得了相关领域科学共同体的普遍接受。

行为科学与发展心理学领域已经历了一个多世纪的发展,其关于性侵儿童被害症状和询问儿童方法的研究已有丰富的研究成果,并获得了科学界广泛的承认。就其在性侵儿童犯罪中的应用而言,反对将性侵儿童被害症状作为证据使用的最常见理由是“这类症状不是诊断性的”,这意味着即使发现性侵儿童被害人存在上述症状,并不能排除是由性侵行为之外的其他原因导致。^[55] 该观点依据的事实虽正确,但却混淆了理论应用与理论本身。大多数司法管辖区都拒绝采纳诊断性的专家证言而接受解释性的专家证言,即解释性侵儿童被害人令人迷惑的行为与陈述,据此,裁判者不会武断地将这些与一般经验法则相悖的特征归咎于儿童捏造事实,而是可以依据这些背景知识作出理性的推论。可见,科学证据是否可靠,不仅与其科学研究本身的可靠性有关,还与依据科学证据得出怎样的结论存在密切联系。专家证言只能在其知识与经验范围内提供意见,而不能超越该范围作出事实的推论,否则不仅篡夺了事实裁判者的权力,也容易导致科学证据从“科学”走向“伪科学”。

2. 社会科学研究成果引入的形式

社会科学研究成果进入诉讼的实质是使裁判者掌握和理解事实认定所需要的背景知识。知识的传播与接受可以有多种途径,因此,社会科学研究成果在司法领域的应用也具有以下不同的形式。

一是在诉讼中允许引入专家证言。这是英美法系国家在其司法实践中引入社会科学成果的最主要的形式,同时也是赋予裁判者运用科学证据较大自由裁量权的方式。为获得裁判者的支持,双方当事人可能会申请各自的专家证人出庭,形成竞争性的意见证据,由裁判者作出是否采信的决定。

二是通过立法及司法解释确立证据能力规则与证明力规则。证据能力规则(或称可采性规则)中的非法证据排除规则在我国早已耳熟能详,但事实上,非法证据排除规则,仅是“旨在以诉讼经验和传统为基础保护裁判庭(尤其是陪审团)不受错误说服的”可采性规则体系的一部分。^[56] 基于预防刑事错案的考虑,英美法系国家证据法发展的一个新

[53] 参见赵鼎新:《社会科学研究的困境:从与自然科学的区别谈起》,《社会学评论》2015年第4期,第4页。

[54] 参见[美]艾尔·巴比著:《社会研究方法》(第十一版),邱泽奇译,华夏出版社2009年版,第220-371页。

[55] 参见 David Feige, Stupid-Syndrome Syndrome: Yet More Junk Science to Confound the Legal System, 资料来源: <http://www.slate.com/id/2116324/>, 最近访问时间[2018-11-10]。

[56] 参见[英]威廉·特文宁著:《反思证据:开拓性论著》(第二版),吴洪淇等译,中国人民大学出版社2015年版,第74页。

趋势是吸收社会科学研究结论,确立保障证据可靠性的可采性规则。^[57] 前述美国新泽西州最高法院确立的“污染听审程序”中,法官可以裁定排除受到警察询问污染的儿童被害人的陈述。又如鉴于辨认证据存在较大的错误风险,2011年新泽西州最高法院在 *State v. Henderson* 案中,根据 200 多篇研究成果,7 名在目击证人辨认问题上负有盛名的专家证人证言等 360 项证据,对辨认结果的可采性审查标准作出了重要的变革。^[58] 英国和加拿大等英联邦国家更多地采取了法官对陪审团作出警告或指示的形式。法官警告或指示往往依据成文法或判例法确定,因而在相关案件中法官负有必须作出指示的义务,不过,陪审团是否遵守指示对事实做出认定则不具有强制性,因此这类警告或指示在性质上类似于参考性的证明力规则。^[59] 在性侵案件中,加拿大最高法院在 2000 年的判例中裁决,初审法官应当对陪审团作出如下指示:“关于诸如性侵等受到创伤的被害人是如何行为的尚没有确定不疑的铁律。一些被害人会立即报案,另一些会延迟披露性侵事件,而还有些被害人可能从不再提起……仅仅根据延迟揭露犯罪事实本身,不能对被害人的信用作出不利的推论。”^[60]

三是通过常规的教育途径实现对裁判者背景知识的补充。鉴于普通陪审员在理解和评价复杂的甚至是反直觉的科学证据中存在困难,因此对裁判者进行常规的教育和培训成为英美法系国家理论界应对科学证据的主流主张。一种代表性的观点是从教育程度较高的人群中挑选“特选”陪审员,消除普通陪审员对理解和评价科学证据可能存在困难这一难点。^[61] 但是,特选陪审员制度与陪审团应当广泛地代表社会各阶层的成员的根本观念相悖。相较于陪审员,职业法官更适理解并接受技术性的、较为复杂的科学证据,并能够通过重复审判的实践练习逐步积累所需的技术理解力,甚至可以接受有关法庭科学方面的基础培训。^[62] 一种更为大胆的改革提议是创设专门的科学法庭来解决涉及复杂科学证据的案件。作为专门法院的科学法庭,审判组织是在自然科学、应用科学、技术、工程等各专业领域内经过广泛遴选的具备专门知识的法官代替普通法官,对案件中争议的科学证据进行评价并做出裁判。^[63]

以上三种方式都能实现社会科学知识向裁判者的传播,但在具体运用时如何选择,则需要对以下几个方面加以考虑。

第一,诉讼制度的差异。当事人主义的诉讼模式和职业法官—陪审团的两分式裁判模式构成了英美法系国家诉讼制度的显著特点,从而决定了在英美法系国家,在法庭审判

[57] 在我国也是如此,司法实务中,排除不可靠的证据甚至比排除非法证据占据更为重要的地位。参见向燕:《论不可靠证据排除规则》,《江苏行政学院学报》2017年第6期,第125-132页。

[58] 参见 *State v. Henderson*, 27 A. 3d 872 (N. J. 2011)。

[59] 此种参考性的证明力规则区别于法定证据制度,后者对证据的证明力的大小作出事先的严格规定,法官必须加以遵守,而前者只是规定了指导性的原则,允许事实裁判者依据案件具体情形进行裁量。

[60] DD [2000] 2 SCR 275 at 1651, SCC.

[61] 参见 Michael A. Fisher, *Going for the Blue Ribbon: The Legality of Expert Juries in Patent Litigation*, 2 *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.* 1 (2000-2001)。

[62] 参见[美]米尔健·R. 达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第202页。

[63] 参见 Andrew W. Jurs, *Science Court: Past Proposals, Current Considerations, and a Suggested Structure*, 15 *Va. J. L. & Tech.* 1, 19 (2010)。

中引入社会科学知识的形式上特色。例如,在对抗式诉讼模式之下,专家证人是作为控辩双方的一方证人出庭作证并接受交叉询问,而我国实行的是职权指定的鉴定人和控辩双方聘请的专家辅助人相结合的制度。在实行小陪审团制度的英美法系国家,职业法官对证据的可采性作出裁判,而证据的证明力问题通常由小陪审团依据自由心证原则评价。对于因“概括”与常识相悖而需要确立特殊证明力规则的情形,往往是通过确立法官警告/指示或是证据能力规则的形式予以实施。我国实行参审制,证据法亦确立了证据能力规则与证明力规则,但这些规则对职业法官与人民陪审员具有同等的约束力,因而在传统上并没有法官指示陪审团这样的规则形式。^[64] 不过,这样的制度细节差异,并不会对不同法系国家在诉讼中借鉴和运用社会科学知识产生重大的影响。究其根本而言,借助社会科学知识辅助证据的审查判断,本质上属于司法证明科学的领域。依据威格摩尔所言,它主要关注的是“大脑处理证据事实的自然过程”,而不是“英美陪审团制度所特有的那些人为的法律规则”,因此宜吸收心理学、逻辑学及一般经验等其他学科的洞见对证据进行分析处理。^[65] 显然,这样的司法证明科学具有普适性,它虽然依附于一定的程序和证据机制才能得以实现,但并不会过多地受到一国诉讼制度传统的影响。社会科学研究成果在司法领域应用的三种基本形式,在我国皆有法律依据和实践基础,只是具体的实施方式会有所差异而已。

第二,裁判者对社会科学知识的遵从程度不同。专家证言与教育培训的方式往往不具有强制性,尤其是控辩双方都聘请了具有专门知识的人帮助时,裁判者可以根据自己被说服的程度选择遵从。相较于前者,上升为法律规范的证据能力规则与证明力规则对裁判者科以了更强的遵守要求。不过,通过合理的立法技术也可以使裁判者获得更多自由裁量的空间。例如,确立审查判断被害人陈述真实性的各项因素,制定参考性的证明力规则或是裁量性的证据排除规则,或是通过最高司法机关发布证据指南和指导案例的形式,阐释司法实务中证据运用的典型情形。

第三,成本不同。由于科学领域涉及的范围广,遴选专业法官建立科学法庭将耗费过高的司法成本。专家证言仅适用于控辩双方有此需要的诉讼中,这样能够有效节约司法资源,但不足之处是会将诉讼成本转移给刑事案件的当事人。对于那些经费紧张的基层司法机关与经济困难的被告人,将会更少地利用到专家资源,反而导致社会科学成果难以进入法庭。我国素来有职业法官审理的传统,采取裁判者进行定期的教育培训的方式似乎更符合我国国情。即便如此,对全国相关业务部门的检察官、法官进行培训依然是一个耗资巨大的工程。因此,对于具有充分依据和普遍接受的科学研究结论,更适宜采取证据规则或证据审查判断指南的形式,对其他情形,则可以通过定期培训的方式加以补充。

(二) 我国证据审查判断规则的改革与完善

1. “证据”的外延

由于性侵儿童案件中容易出现证据不足的问题,因此办案人员在这类犯罪中往往扩

[64] 主要是因为新《人民陪审员法》规定了审判长在合议庭评议时,有一定的解释说明义务。

[65] 参见 William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, (Chicago: Northwestern University Press, 1994), p. 41.

大了证据的收集范围,将那些不能直接证明案件事实的外延性证据纳入到审查的视野,如案发经过、被害人压力性症状证据(如噩梦、拒绝社交等)、被害人延迟揭露事实的证据。不过,这类证据往往不能作为证明案件事实的实质证据使用,仅能作为审查判断被害人陈述真实性的“因素”,在我国最高人民法院颁布的《关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》中,将这类事实材料称为应当着重审查的“内容”。^[66]显然,这类“因素”或“内容”具有准证据的地位,能够影响办案人员对被害人陈述是否真实的心证,倘若不将其纳入“证据”的范围,势必导致辩方无法知悉该类证据的存在并提出有效的质证,容易导致裁判者心证的“黑箱”。

本文建议法律或司法解释明确规定上述外延性证据的“证据”地位。不过,由于“没有任何单独或一组症状能够确定地表明性侵行为的发生”,^[67]被害人的压力性症状证据不能作为证明性侵犯罪事实的实质证据使用,但可以作为佐证被害人陈述真实性的补强证据使用。从英美法系国家的实务经验来看,一些司法管辖区允许专家证人就性侵儿童被害人的压力性症状出具“具有一致性”的证言,而是否能够从这类症状中推论出被害人陈述的真实性则由裁判者自由裁量。需要注意的是,仅仅依据被害人陈述和被害人压力性的症状证据不能独立地认定性侵事实,被害人压力性证据也是源自被害人,因而无法杜绝被害人伪装症状的风险,实现补强被害人陈述真实性的目的。鉴于被害人症状证据对于评价被害人陈述真实性具有一定证明力,笔者认为,在核实相关鉴定意见所依据的事实基础的前提下,应当允许专家证人就涉案儿童被害人的症状进行说明和解释,辅助裁判者对被害人陈述的审查判断。

2. 证明力规则

被害人延迟报案、撤回指控等情形,在我国往往作为不利于认定被害人陈述真实性的因素。在英美法系国家,如果辩方将这类证据作为攻击性侵儿童被害人信用的弹劾证据使用,控方可以引入专家证人加以反驳,或者由法官对陪审团作出指示,以防止陪审团对一般经验法则的误用。这些机制的实质作用是使裁判者理解,在真实的世界中,受到性侵的儿童存在较高比率的延迟报案的现象,也可能存在着撤回指控的情形,但这并不意味着儿童的陈述是虚假的。我国可以采取以下途径实现该社会科学知识对裁判者的普及:一是由儿童心理学家等相关领域的专家对办理性侵儿童案件的检察官与职业法官进行定期培训。二是确立指导性的证明力规则。英国皇家检控署2013年制定的《关于追诉性侵儿童犯罪的指南》即采取了此种方式。

需要注意的是,与延迟揭发犯罪事实不同,撤回指控是否属于遭受性侵儿童被害的一般性症状,在科学界尚存争议。在个案中,的确也有作出虚假指控的儿童在数年后撤回指控的情形,因此应当根据具体情形区别对待。根据美国学者马洛伊(L. C. Malloy)的研究,性侵案件儿童撤回指控的几率与“儿童—侵害者的关系,在揭发事实后未实施侵犯行为

[66] 该解释第74条规定了对证人证言应当着重审查的内容,第79条规定了被害人陈述的审查与认定,参照适用证人证言的相关规定。

[67] John E. B. Myers et al., Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation, 68 Neb. L. Rev. 1, 72 (1989).

的照顾者的支持程度,儿童的年龄以及揭发事实后儿童的处境”有着密切的关系。在这些因素中,来自家庭的压力最能够使现实中受到性侵害的儿童撤回陈述。^[68] 在我国司法实务中,也出现过儿童受到来自父母的压力改变了“爷爷对其猥亵”的事实陈述。^[69] 以及女儿在诉讼期间前后证词矛盾,否认了对父亲强奸指控的案例。^[70] 建议我国增加司法解释或确立证据指南,明确规定,性侵儿童被害人延迟揭发犯罪事实的情形,不应作为否定被害人陈述真实性的因素。性侵儿童被害人撤回指控的情形应当结合儿童—侵害者的关系,在揭发事实后照顾者的支持程度,儿童的年龄,揭发事实后儿童的处境,侦查人员运用的询问方法和技术等情形进行综合审查与判断。不过,即使认定儿童被害人撤回指控是因外界压力等原因导致,被害人的先前陈述也需要有其他证据加以补强才能获得定罪。

对于性侵儿童被害人陈述的前后不一致、缺乏细节的现象,仍要区分情形看待。首先,与迟延披露与撤回指控相同,儿童被害人陈述出现的矛盾、不具体的问题,符合部分性侵儿童被害人陈述的特点,并不能因此全部否定被害人陈述的真实性。其次,对于儿童被害人陈述内容的审查判断,应当与儿童被害人的年龄及其相应认知水平、理解程度与表达能力相适应。尤其需要注意的是,受到长期侵害的儿童容易形成“剧本记忆”,因此对于重复进行的类似性侵行为很可能只能作出概括的叙述,而对于特殊的个别经验可能才能够作出具体的描述。最后,儿童被害人陈述前后出现较大的变化,很可能与儿童被害人的处境(尤其是儿童受到犯罪嫌疑人的威胁、引诱等情形),儿童照顾者的支持态度,儿童与询问者的信任关系的变化,询问方式技巧的改变等因素存在相关性,因此在审查判断儿童被害人陈述的真实性时,应当考察相关的外部因素。必要时,可以邀请儿童心理专家参与证据研判,或聘请鉴定人、专家辅助人出庭作证、质证,对性侵儿童被害人陈述的特点进行说明与解释。鉴于儿童陈述内容的审查判断需要面对实践中复杂多变的各种情形,在具体案件的办理与认定时具有相当大的灵活性,不宜采用司法解释加以限制,而适宜采取引入专家证言或颁布指导性案例的形式,供办案人员予以参照。

3. 证据能力规则

刑事诉讼法典规定的非法证据排除规则仅排除以暴力、威胁获取的被害人陈述,显然已不能满足排除虚假的儿童被害人陈述的司法需要。在性侵儿童案件的办理中,应当借鉴既有科学研究的成果,对使用强烈暗示性的询问方法获取的儿童被害人陈述予以排除。具有强烈暗示性的询问方法包括:在询问程序中几乎完全采取包含答案的限答式的提问,同一询问程序中多次重复的提问,针对儿童的回答进行了选择性加强的询问。审查证据的检察官和法官应当根据具体案件中侦查人员询问的强度、问题的复杂程度、儿童被害人的年龄等情形进行综合的判断。另一方面,新的证据排除规则应当相应地带来侦查程序

[68] 参见 Lindsay C. Malloy et al., *Filial Dependency and Recantation of Child Sexual Abuse Allegations*, 46 *J. Am. Acad. Child Adolesc. Psychiatry* 162, 163, 167 (2007)。

[69] 信息来源于 2018 年 1 月笔者与昆明市某基层人民检察院的调研座谈。

[70] 被害少女在诉讼期间改变了其父对其性侵的证言,在二审时称“现在不希望爸爸被关,否则家中经济变差,我和弟弟也会变孤儿”。转引自陈祐治:《刑事诉讼与证据法系列之三——经验法则与论理法则》,《法令月刊》第 59 卷第 8 期,第 86 - 104 页。

的调整。除了确立禁止诱导性询问的规则之外,还应进一步完善询问儿童的调查措施,加强对询问主体、询问程序、询问方法和技巧等相关社会科学领域的研究,促进儿童心理学家从立法和司法层面参与未成年人犯罪案件询问程序的改革,最终确立儿童询问程序的最佳做法指南。

五 结 语

正如拉伦茨所言,法学对于法律实务的意义不仅止于对司法裁判提供助力。其最重要的任务之一是发现现行法尚未解决的法律问题,借此促成司法裁判或立法的改变。新发生的法律问题通常不会立刻呈现,在一段相当长的时间内,仍旧以并不适宜其特质的评价观点来处理它。^[71]显然,随着性侵儿童案件证据运用问题的日益突出,儿童被害人陈述的审查判断已经成为我国刑事司法程序中亟待解决的新问题。

“经验法则与论理法则”是证据思维的核心,这是法官在认定案件事实时不得不倚赖的社会背景知识。数十年来社会科学研究成果与司法实务经验的积累越来越清晰地显示,性侵儿童犯罪由于其犯罪的隐蔽性、被害主体与罪犯行为模式的特殊性,依据一般经验常识审查判断证据已经无法适应司法实践的需要,获得新的解决方案需要社会科学的参与。社会科学研究的本质是产生社会知识的过程。比起其他方法,社会研究是个更讲求结构、组织和系统的过程。从其他方法诸如权威、传统、常识、媒体的神话、个人经验中获取的知识常常是对的,但根据社会研究而来的知识,更可能是正确的,更能减少错误的产生。^[72]引入社会科学的主要目的是增进裁判者对事实与证据的理解,尤其是那些反直觉、反常识的背景知识,更是需要社会科学的指导。除了性侵儿童犯罪中被害人供述的审查判断之外,研究者还可以探索和发掘与口供、目击证人辨认、未成年犯罪嫌疑人陈述、性侵成年女性被害人陈述等特殊类型的证据相关的心理学、统计学、修辞学等领域的研究成果,汲取可靠的研究结论作为审查判断证据与认定事实的参照因素。

必须看到,社会科学在事实认定中的运用对传统的证据法制度提出了新的挑战。根据理性主义的传统,裁判中所主张事实真相的建立是一个典型的概率问题,缺乏完全的确定性。经验常识在我们的事实认定中扮演着基础性角色。时至今日,我们对社会科学在诉讼中的运用仍很小心谨慎,仅是将其作为经验常识的补充或矫正。但在人工智能崛起的未来社会,我们很可能可以通过科学获得概率性的准确知识,甚至是完全的确定性。比如,同时具有若干事实特征的犯罪嫌疑人有99.99%的概率是毒品犯罪的走私者。不过,这样的事实认定与传统的事实认定存在着很大的不同:前者是量化的规律性,而后者涉及的是独特的事件;前者表达的是特定的相互关系,而后者则要求给出因果式的解释。^[73]科学的发展趋势注定将在“以事实认定为中心”的证据法学领域乃至法律制度的安排上

[71] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第113页。

[72] 参见[美]劳伦斯·纽曼著:《社会研究方法:定性和定量的取向》(第5版),郝大海译,中国人民大学出版社2007年版,第5页。

[73] 参见[美]米尔健·R.达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第204页。

产生深刻的影响。达马斯卡在 1977 年就大胆地预言,“随着科学在日常生活的各项事务中持续不断地证明自己最适合担任最终裁判者的角色,我们将会逐渐地失去与科学洞见相对抗或予以批判的那份信心。因此,科学发展不仅会将宗教从现实世界彻底驱逐出去,而且还会将经验常识从事实认定中彻底清楚,并由此走向自己的末路”。^[74] 传统的事实认定方法是否将随之发生根本改变,经验常识的丧钟是否将敲响,现阶段尚且不能做出准确的预判,但可以肯定的是,科技时代的法律工作者必须广泛吸收科学的最新成果并对科学与法律的融合保持密切的关注。

[本文为 2017 年度司法部国家法治与法学理论研究“性侵未成年人犯罪证明疑难问题研究”课题(17SFB3023)的研究成果。]

[**Abstract**] The statement of the child victims often constitute the main evidence in cases of child sexual abuse and the examination and determination of the truthfulness of such statement plays a decisive role in the identification of facts in these cases. Due to the special characteristics of the victim in child sexual abuse cases, general experience and common sense will hinder the accurate identification of the facts in these cases. In view of this fact, countries of the Anglo-American legal system began to study the impacts of post-invasive symptoms and the procedures and methods of inquiry on the authenticity of the statement of the victim of child sexual abuse. Such study is also known as social science research. Judging from legislative and judicial practice, the results of such studies have been widely applied in cases of child sexual abuse, providing a scientific basis for the examination of the authenticity of child victim's statement. China should, on the basis of drawing on the social science literature and the experiences of foreign legal systems, take the following measures to reform the rules on in the examination and determination of evidence in child sexual abuse cases: first, introducing expert testimony to assist the judges in the examination and determination the victim's statement; second, giving differential treatments to the delay in the disclosure of criminal facts, withdrawal of allegations, and inconsistent statements made by victims of child sexual abuse; and thirdly, excluding statements by the victim of child sexual abuse obtained through inquiries with strongly suggestive methods.

(责任编辑:郑佳)

[74] [美]米尔吉安·R. 达马斯卡著:《比较法视野中的证据制度》,中国人民公安大学出版社 2006 年版,第 44 页。