

## 冲突与平衡： 未成年被害人作证保护与被告人对质权行使

尹泠然

**内容提要:**性侵案件未成年被害人作证保护与被告人对质权行使之间的冲突关系与平衡方式是一个不断演进的过程。未成年被害人出庭作证的实践效果及其检验结果符合认知功能理论下未成年人与成年人信息处理能力与方式的差异,从而将作证保护的特殊程序探索推上司法实践的舞台。美国平衡冲突的经验表明,对质权让位于作证保护的过程也是不断强化被害人保护的过程,但二者之间的冲突关系实际上在一轮又一轮的争论与博弈中始终保持着某种微妙的平衡。在不断产生冲突与不断形成新的平衡过程中,作证保护与对质权的关系也渐趋明晰,并形成新的标准以应对实践发展。我国对质权虚置的司法常态,造成这一冲突被长期掩盖。排斥对质权的介入而倾斜作证保护,反而会减损作证保护的实际效果。在刑事审判要兼顾国法与人情的现实下,对质程序前置与侦查询问程序重构可能是平衡冲突的一种有益探索。

**关键词:**性侵未成年人案件 被害人作证保护 对质权 侦查询问

尹泠然,中国政法大学刑事司法学院讲师。

### 一 问题的提出

近年来,侵害未成年人<sup>[1]</sup>犯罪多发高发,性侵害未成年人问题突出。据统计,2017年至2020年,检察机关起诉侵害未成年人犯罪在未成年人检察案件中所占比例分别为44.34%、46.51%、50.67%、51.04%,2019年以来已超过受理审查起诉未成年人犯罪数量。<sup>[2]</sup>

[1] 在国际上,通常采用“儿童”这一称谓指代18岁以下的任何人,我国在实体和程序法律规范中一般使用“未成年人”这一术语,由于两者内涵和外延大致相当,为尊重国内使用惯例及有效对接相关法律制度,本文采用“未成年人”这一称谓。

[2] 参见最高人民法院《未成年人检察工作白皮书(2020)》, [https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202106/t20210601\\_519930.shtml#2](https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202106/t20210601_519930.shtml#2),最近访问时间[2022-07-15]。

性侵未成年人案件数量的增长使越来越多的未成年被害人被裹挟进入刑事司法程序中。被害人固有的诉讼地位边缘化、诉讼权利形式化等问题投射在未成年人身上容易产生叠加放大的负面效应,导致“二次被害”的程度更深、影响更远,危及作证的效果及其陈述的质量。实践中,相当多的性侵未成年人案件存在客观证据少、被害人报案不及时、作证资格受质疑、陈述存在瑕疵等特殊证明问题,呈现出以被害人陈述为主要证据的特殊证据构造。<sup>[3]</sup>显然,这种“一对一”证据案件需要被告人行使其质证权,与被害人充分对质以揭露虚假的陈述;但此类对质又很难经由出庭作证这一传统的发现真实的方式来实现,未成年被害人因作证所产生的压力可能影响其陈述的可靠性,<sup>[4]</sup>同时会削弱对未成年人的特殊保护与优先保护。

在刑事证人出庭作证与庭审实质化紧密勾连的中国语境下,作为广义证人的未成年被害人虽然也承担出庭作证的义务,但考虑到其特殊性,司法解释确立了“不出庭为原则,出庭为例外”的作证规则。<sup>[5]</sup>未成年被害人通过提供书面陈述或相关笔录的方式代替出庭作证,确有必要出庭的,法庭会根据案件情况采取不暴露外貌和真实声音,通过视频播放未成年人的陈述、证言等保护性措施。<sup>[6]</sup>但是,这样可能会导致被害人的陈述难以得到被告人的有效质证。在性侵未成年人案件中,被害人保护与被告人对质权的行使并非截然对立,作证保护更有助于将被告人的质证活动纳入合法、规范的制度环境内,在减轻未成年人作证压力的同时避免对质权的滥用及其可能导致的伤害。

本文试图从三个方面对性侵案件被害未成年证人的保护和被告人对质权行使的问题展开分析:其一,从遭性侵未成年被害人出庭作证的实践效果出发,以认知功能理论为框架阐释未成年人与成年人在信息处理能力和方式上的差异及对其作证的影响;其二,围绕美国相关判例中未成年人作证保护与被告人对质权行使的争论,探讨平衡二者冲突的思路与方式;其三,如何在制度安排上最大程度地实现二者平衡,是尊重未成年人司法规律与兼顾程序正义无法回避的现实问题。所以需要探究冲突在我国的表现形式及其被掩盖的原因,寻找平衡之道。

## 二 未成年被害人出庭作证的实践效果与理论解释

现有的以成年人为模板创设的司法系统,不仅对作为性侵案件被害人的未成年人的需求漠不关心,不信任其陈述案件事实的能力,而且在他们诉诸正义的道路上设置特殊障碍。<sup>[7]</sup>

[3] 参见向燕:《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》,《法学家》2019年第4期,第160页。

[4] See Matthew J. Holcomb & Kristine M. Jacquin, Juror Perceptions of Child Eyewitness Testimony in a Sexual Abuse Trial, 16 *Child Sexual Abuse Journal* 79, 93 (2007).

[5] 《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》第558条:“开庭审理涉及未成年人的刑事案件,未成年被害人、证人一般不出庭作证;必须出庭的,应当采取保护其隐私的技术手段和心理干预等保护措施。”

[6] 参见2013年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合颁布的《关于依法惩治侵害未成年人犯罪的意见》第18条。

[7] See David Lloyd, The President's Task Force on Victims of Crime, Final Report 51 (1982), quote from Paula E. Hill & Samue M. Hill, Videotaping Children's Testimony: An Empirical View, 85 *Michigan Law Review* 809, 810 (1987).

未成年人的身心、认知与情感发展的不成熟特性常常使其在法庭上的陈述显得不那么可靠,这给被告方通过对质来质疑其陈述的可信度留下了余地。

### (一) 未成年被害人出庭作证的实践效果及其检验

在性侵未成年人案件中,由于通常缺乏物证且被害人往往不愿或无法指认被告人,发现性侵行为并对侵害人进行定罪非常困难。遭受性侵害的许多重要迹象可能是心理和情感上的,而不是身体上的。<sup>[8]</sup> 加拿大儿童保护中心指出,除了生殖器创伤和出血等身体指标外,遭受过性侵害的未成年人可能会表现出行为变化,例如变得孤僻、抑郁、黏人、好斗或“自我毁灭”。<sup>[9]</sup> 这些症状不仅短期内会难以识别,也可能被归因于性侵犯和性虐待以外的问题。即使有可靠的证据表明未成年人被性侵,也只有 5% 到 15% 的未成年人会遭受与性侵相一致的生殖器损伤。<sup>[10]</sup> 因此,在 85% - 95% 的案件中,未成年被害人基本上必须在法庭上作证,否则侵害者将被无罪释放,因为未成年人的证言通常是证明被告人有罪的唯一证据。然而,在作证压力下,一些未成年人的行为水平可能会退回到低于实际情况的不成熟的阶段。例如,在家中聪明、口齿伶俐、自信的未成年人,在法庭的正式环境中可能会表现出语言障碍和记忆困难。<sup>[11]</sup>

#### 1. 出庭作证对未成年被害人显著且持续的影响

未成年被害人在面对侵害者并在有许多旁听人员在场时作证,不仅负面影响较成年人被放大,其遭受的创伤在庭审结束后也会长期持续。加州大学公共政策研究中心主任盖尔·古德曼(Gail S. Goodman)进行过一项研究,通过审判前、审判中和审判后对未成年被害人的访谈、观察作证及问卷调查,揭露出庭作证对其带来的负面影响。<sup>[12]</sup> 这项为期两年的研究跟踪并调查了 218 名遭受性侵害的未成年人,他们向有关机构报告遭遇性侵害的年龄在 3 至 17 岁之间,首次报告时超过 55% 的未成年人未满 10 周岁。研究发现,许多未成年人出庭作证面临很大压力,且往往伴随着未成年人及其照料者的不满情绪。作证结束三个月后,出庭作证与未出庭作证的未成年人在行为和情绪方面似乎都有同等程度的改善,但在七个月后,与未出庭作证的未成年人相比,出庭的未成年人表现出更多情绪障碍,行为改善较少。这种显著且持续的负面影响还源于未成年被害人与被告人的面对质所产生的恐惧感。即使被告人被判处重刑也只会进一步加剧其恐惧,因为被告人通常会因为未成年人作证及其与检察官的合作而更加愤怒,这导致未成年人害怕被告

[8] See Jenny Coleman, Tip Sheet: Warning Signs of Possible Sexual Abuse in a Child's Behaviors, Stop It Now!, quote from Madeline L. Porter, From on the Stand to on Tape: Why Recorded Child Victim Testimony Is Safer, More Effective, & Fairer, 22 *UC Davis Journal of Juvenile Law and Policy* 37, 43 (2018).

[9] See Child Sexual Abuse: It Is Your Business, Canadian Centre for Child Protection, 35 (2014), quote from Madeline L. Porter, From on the Stand to on Tape: Why Recorded Child Victim Testimony Is Safer, More Effective, & Fairer, 22 *UC Davis Journal of Juvenile Law and Policy* 37, 43 (2018).

[10] See Renee Williams, Real Crime Profile, National Center for Victims of Crime (17 February 2021), <https://victimsofcrime.org/media/reporting-on-child-sexual-abuse/child-sexual-abuse-statistics>, 最近访问时间[2022-03-20]。

[11] See John E. B. Myers, Karen J. Saywitz & Gail S. Goodman, Psychological Research on Children As Witnesses: Practical Implications for Forensic Interviews and Courtroom Testimony, 28 *Pacific Law Journal* 3, 70 (1996).

[12] See Gail S. Goodman, Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims, 57 *Monographs of The Society for Research in Child Development* 63, 94, 126 (1992).

人出狱后会报复自己。

出庭作证对未成年人的负面影响同样在另一项实验研究中得到证实,该项研究旨在检验未成年人的作证效果因环境而异这一假设。<sup>[13]</sup> 实验分为两个阶段,第一阶段安排未成年人观看一段模拟父女“对峙”的录像,第二阶段则将未成年人带至两处不同地点接受询问。其中一半未成年人在有两面单向镜及天花板装有麦克风的小房间接受询问,<sup>[14]</sup> 另一半将出席法庭,由法官确认未成年人能否区分真相与谎言,询问撒谎导致的后果及能否尽其所能回答问题。研究结果表明,未成年人出庭作证可能受以下因素的综合影响:法庭空间大,座位距离父母远,旁听人员在场,陌生人询问,法官身着长袍且距离很近,面对录像中的男子且距离很近等等。出席法庭的未成年人出现了拉扯头发、颤抖、哭泣及试图在庭审结束前离开证人席或法庭等状况。实验结束后,出庭作证的未成年人普遍表示再也不想作证了,而在小房间里作证的未成年人则表示以后更愿意参与类似的程序。

## 2. 出庭作证对未成年被害人陈述准确性的影响

辩护律师在庭审期间的大部分提问已被研究证明是超出未成年人语言能力发展阶段的。多项研究表明,许多未成年人会误解法庭上常用的法律术语或语法习惯,还有可能无法理解法庭质询的内容。<sup>[15]</sup> 此外,他们有时也难以判断自己是否理解了某一问题,对于没有理解的问题也很少寻求澄清,并且可能会试图回答复杂甚至荒谬的问题。<sup>[16]</sup> 在沃特曼(A. H. Waterman)等人的研究中,未成年人回答这种问题的意愿可能取决于问题是开放式的还是封闭式的,其结果显示5至8岁的未成年人试图回答75%的荒谬的封闭式问题,如“箱子比膝盖还响吗”,但只有一小部分荒谬的开放式问题得到了回答,如“砖块吃什么”,当要求的回答仅为“是或否”时,未成年人更有可能做出回答。

未成年被害人陈述的准确性还可能受到法庭上交叉询问的消极影响,辩护律师会利用各种询问策略增加未成年人的困惑与不安,进而引导其作出不准确的陈述或在陈述的可信度方面给陪审团留下误导性印象。<sup>[17]</sup> 首先,辩护律师善于提出引导性问题,在这些问题中提出期望的答案或假设有争议的事实。心理学研究表明,提出特定答案的问题越多,答案可能越不可靠,这对未成年人的影响相较成年人更甚,并且年龄越小越明显。<sup>[18]</sup> 其次,以攻击性或恐吓性而非支持性的方式质疑未成年人可能会产生破坏性的结果。<sup>[19]</sup> 如果一个未成年人被指责为说谎者但其所说的是真话,可能导致其陷入压力状

[13] 该项研究的受试者年龄在七到九岁之间,分别为十七名女孩和二十名男孩。See Paula E. Hill & Samuel M. Hill, Videotaping Children's Testimony: An Empirical View, 85 *Michigan Law Review* 809, 813-817 (1987).

[14] 这种设备与装置高度还原了性侵未成年人案件中录像作证的场景。

[15] See L. S. Snyder & D. E. Lindstedt, Children's Courtroom Narratives: Competence, Credibility, and the Communicative Contract. *Topics in Language Disorders* 15, 16, 29 (1995), quote from Rachel Zajac, Julien Gross & Harlene Hayne, Asked and Answered: Questioning Children in the Courtroom, 10 *Psychiatry Psychology and Law* 199, 200 (2003).

[16] See Rachel Zajac, Julien Gross & Harlene Hayne, Asked and Answered: Questioning Children in the Courtroom, 10 *Psychiatry Psychology and Law* 199, 200 (2003).

[17] See Adrian Keane, Cross - Examination of Vulnerable Witnesses-Towards a Blueprint for Re-Professionalisation, 16 *International Journal of Evidence & Proof* 175, 180-182 (2012).

[18] See J. Spencer & R. Flin, *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*, Blackstone Press, 1993, p. 271.

[19] See L. Ellison, *The Adversarial Process and the Vulnerable Witness*, Oxford University Press, 2001, p. 361.

态,在这种状态下他们常常无法集中注意力,甚至有可能仅仅为了结束提问而承认对自己的责难。<sup>[20]</sup> 最后,交叉询问会削弱未成年人提供可靠和有效陈述的能力。辩护律师在交叉询问中提出问题的方式是对他述说的信息进行结构化和控制,而未成年人所依赖的结构性线索,如表明询问主题发生变化的线索,很少在交叉询问中出现。当被问及复杂、不恰当的问题时,未成年人一般不会直接表达自己无法理解该问题,而是尝试去回答,但却远不如对简单问题的回答准确。<sup>[21]</sup> 此外,未成年人在作证时越害怕被告人,他们就越不可能完整、连贯地回答辩护律师提出的问题,即使是在支持未成年人的检察官直接询问时也是如此。前述实验研究也发现,与出席法庭的未成年人相比,在小房间接受询问的未成年人在自由回忆中往往涉及更多核心信息,对具体问题的正确回答更多,回答“我不知道”或未做回答的也明显更少。

## (二) 未成年被害人作证效果的认知功能理论解释

研究表明,未成年人可以和成年人一样完成某些记忆任务,而且与成年人在短期或长期记忆保持方面几乎没有区别。<sup>[22]</sup> 然而,尽管未成年人可以与成人一样回忆起存储在记忆中的信息,但他们检索信息的方法却与成人不同,并会在对抗制诉讼环境中受阻。

### 1. 未成年人与成年人信息处理能力的差异

未成年人处理信息的能力主要取决于个体的认知发展阶段、推理能力以及应对创伤与压力的具体方式。<sup>[23]</sup> 随着个体的成熟及其经验的累积,未成年人对过去事件的陈述会越来越全面,但在受到当下所处情境的影响时,某些情境特征会促进或削弱未成年人的记忆功能。成年人虽然对特定情境也较为敏感,但他们不太容易受到情境的影响。<sup>[24]</sup> 所以,如果未成年人既不熟悉庭审程序,又对出庭作证压力较大,就会导致作证效果不佳。

### 2. 未成年人与成年人信息处理方式的差异

未成年人与成年人信息处理方式的差异主要体现在专注于特定任务的能力上。未成年人可能会将注意力集中在眼前的特定任务上,几乎完全忽视周围的一切,也可能处于精神游离的状态,会注意到许多细节但并不深入,后者被称为“偶然学习”。关于未成年人“偶然学习”对目击某一事件及其后作证的影响,有两种观点。一种观点认为,注意看似无关紧要的细节在某些案件中可能会有所帮助;相反的观点是,未成年人过于关注细节会导致无法像成年人那样整合信息。<sup>[25]</sup> 然而,这种发展差异可能使未成年人提供更准确的

[20] See J. Schuman, N. Bala & K. Lee, Developmentally Appropriate Questions for Child Witnesses, 25 *Queen's Law Journal* 251, 273 (1999).

[21] See Carter C. A., Bottoms B. I. & Levine M., Linguistic and Socioemotional Influences on the Accuracy of Children's Reports, 20 *Law and Human Behavior* 335 - 358 (1996), quote from Rachel Zajac, Julien Gross & Harlene Hayne, Asked and Answered: Questioning Children in the Courtroom, 10 *Psychiatry Psychology and Law* 199, 200 (2003).

[22] See Johnson & Foley, Differentiating Fact from Fantasy: The Reliability of Children's Memory, 40 *Journal of Social Issues* 33, 50 (1984).

[23] See Susan C. Somerville, Henry M. Wellman & Joan C. Cultice, Young Children's Deliberate Reminding, 143 *Journal of Genetic Psychology* 87, 87 - 90 (1983).

[24] See Karen J. Saywitz & Rebecca Nathanson, Children's Testimony and Their Perceptions of Stress In and Out of the Courtroom, 17 *Child Abuse & Neglect* 613, 613 - 622 (1993).

[25] See Paris & Lindauer, The Role of Inference in Children's Comprehension of Memory for Sentences, 8 *Cognitive Psychology* 217, 225 (1976).

证言,因为如果他们记住的是细节而不会据此推断出有效或无效的关系,就可能还原“真实”的情况。相比之下,成年人可能会推断特定情况下通常发生的事情,并且在无意中填补记忆空白,即将其看到的与设想的信息结合起来,但实际上所“回忆”的内容并没有发生。但是,过于关注细节同样会将未成年人的注意力引向作证场所与在场人员,作证场所的设施、布局、气氛,在场人员的数量、性别、服饰、位置等细节,导致其回忆与陈述回忆的能力和意愿受到消极影响,甚至危及作证后恢复正常生活的水平。

### 三 作证保护与对质权行使之冲突与平衡的美国经验

出于对遭性侵未成年被害人因作证压力导致的创伤及其所提供陈述准确性的担忧,很多国家都规定了未成年被害人作证的特殊方式,其中最常见的方式是让未成年人在看不见被告人的情况下作证,例如在双方之间设置屏障、在未成年人作证时将被告人带离法庭、通过声像传播的方式作证等。<sup>[26]</sup>然而,在历来重视程序正义的美国司法实践中,关于这些特殊的程序设置是否侵犯了被告人与未成年被害人对质的权利争议颇多。在解决二者冲突关系的过程中,美国逐步形成了平衡冲突的经验与思路,并在相关司法判例中显示出国家对待该问题的态度:至少在某些案件中,保障性侵未成年被害人身心健康的利益诉求会超越被告人在法庭上与其对质的权利。

#### (一) 作证时设置屏障

美国宪法第六修正案规定:“在所有刑事指控中,被指控者有权……要求与不利证人进行当面对质。”<sup>[27]</sup>强调与不利证人当面对质的权利主要有三方面功能:首先,确保证人在宣誓下作证,以作伪证可能受到惩罚的后果来防止其说谎;其次,迫使证人接受交叉询问,这是发现事实真相的“最伟大的法律引擎”;第三,陪审团得以观察证人作证时的举止,从而评估证人的可信度。<sup>[28]</sup>质证权的核心目的是确保交叉询问的机会。

被告人与未成年被害人对质的权利是否因在双方之间设置屏障以保护后者而受到侵犯,在科伊诉爱荷华州一案(Coy v. Iowa)<sup>[29]</sup>中成为争议焦点。该案中,被告人被指控性侵两名13岁女孩,初审法院允许未成年被害人作证时使用屏障遮挡以防止其看到被告人,但被告人质疑初审法院的做法违反了美国宪法第六修正案中被告人与不利证人面对面对质的权利。爱荷华州最高法院认为,由于被告人与证人的交叉询问没有受到屏障的影响,因此并不违反对质权条款。案件上诉至联邦最高法院,最高法院的大多数法官认为,设置屏障导致被告人在审判中与证人面对面这一对质权的核心要素缺失,但奥康纳(O'Connor)大法官强调,面对面对质的权利在适当的情况下可能会让位于其他竞争利益,如未成年证人的保护,如果国家能够证明该程序促进了重要的公共政策利益,则该权利可能存在例外情况。<sup>[30]</sup>

[26] 参见张吉喜:《论脆弱证人作证制度》,《比较法研究》2016年第3期,第112-118页。

[27] U. S. CONST. amend VI.

[28] California v. Green, 399 U. S. 149, 158 (1970).

[29] Coy v. Iowa, 108 S. Ct. 2798 (1988).

[30] Coy v. Iowa, 108 S. Ct. 2803 (1988).

最终,联邦最高法院认定爱荷华州防止未成年人遭受创伤的利益诉求过于笼统,无法超越宪法第六修正案赋予被告人的对质权。<sup>[31]</sup>

在科伊案中,为避免未成年被害人直面被告人作证而采取的特殊保护方式(设置屏障)是否可以作为被告人行使对质权的例外,是寻找平衡二者冲突关系方式时的焦点。该案中,平衡冲突的需要与努力受到了一定关注,但如若将被告人与未成年被害人面对面作为行使对质权的核心要素,不仅类似冲突在所难免,实际上也限缩了对质权的实现方式。首先,虽然当面对质是审判中提供证言的首选方式,但即使被告人没有与证人当面对质,确保交叉询问证人的机会也可以满足对质权条款的要求,因而当面对质的优先性并不是“绝对的、没有弹性的”,而是允许例外存在的。<sup>[32]</sup> 其次,在性侵未成年人案件中,对质权条款并不要求未成年被害人与被告人之间进行“眼球对眼球”的接触,保护未成年被害人免受进一步的创伤是更为迫切的政府利益,使用特殊的作证方式代替传统的面对面对质,不应该被认定为侵犯了被告人的对质权。<sup>[33]</sup> 最后,联邦最高法院曾指出,不应从字面上教条地解释被告人与证人当面对质的权利,对质权条款并不保障被告人享有绝对的在审判中与证人当面对质的权利。相反,对宪法条款文字的技术性遵守有时可能会超出对被告人公正保护所必须的范围,也超出了公众安全所保证的范围。<sup>[34]</sup>

## (二)使用闭路电视作证

随着信息技术的发展,美国许多州允许在法庭中使用单向或双向闭路电视将未成年被害人作证的过程实时传输到法庭,以实现被告人对质权行使与未成年人作证保护的平衡。在这一程序下,未成年被害人被安排在法庭之外的单独房间内作证,允许父母或其他支持人员一人在场陪伴,法官、陪审团、被告人及双方律师等则留在法庭,通过闭路电视向未成年人提问并观察其作证的情况。这种方式避免了未成年被害人直接在法庭之上面对被告人并在其他人员在场时作证,降低致使其产生心理创伤的风险,但同时也受到了来自被告人行使对质权的挑战。马里兰州诉克雷格(Maryland v. Craig)案<sup>[35]</sup>再次将二者冲突推上了司法实践的舞台。

该案中,初审法院允许未成年被害人通过单向闭路电视作证,这一举措受到该州上诉法院的支持,因为对未成年人个体情况的调查表明,被迫在被告人面前作证会使其遭受情感创伤。但马里兰州最高法院对此予以否决,认为对该案特定的未成年证人需要使用闭路电视作证的证明并未达至科伊案要求的“高门槛”,因为初审法院法官仅依靠专家证言而不是直接观察而引入该程序。<sup>[36]</sup> 案件上诉至联邦最高法院,在五比四的裁决中,法院认为虽然被告人与不利证人之间的对抗并非“面对面”,但被告人受宪法保护的权利并未

[31] Coy v. Iowa, 108 S. Ct. 2798 (1988).

[32] See Douglas v. Alabama, 380 U. S. 415, 418 (1965); Commonwealth v. Ludwig, 366 Pa. Super. 361, 365, 531 A. 2d 459, 461 (1987).

[33] See Commonwealth v. Willis, 716 S. W. 2d 224, 227-31 (Ky. 1986); Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 U. S. 596, 607 (1982); State v. Johnson, 240 Kan. 326, 729 P. 2d 1169 (1986).

[34] See Mattox v. United States, 156 U. S. 237 (1895); Mancusi v. Stubbs, 408 U. S. 204 (1972).

[35] Maryland v. Craig, 497 U. S. 836 (1990).

[36] Craig v. State, 316 Md. 560, 567 A. 2d 1120 (1989).

通过争议程序被剥夺,多数人认为对质权条款并不能保证被告人在审判中与不利证人面对面的绝对权利。奥康纳大法官指出,先例只是确立了“在审判中面对面对质的优先性”,这种优先性必须偶尔让位于公共政策考量和每个案件的特殊需要。如果国家能充分证明保护未成年人免受作证带来的创伤这一利益足够重要,就足以证明未成年证人在没有与被告人在面对面的情况下作证的特别程序是合理的。<sup>[37]</sup>

然而,克雷格案也引发了另一个问题,即如何认定未成年人可能遭受的创伤。联邦最高法院对此采取保守态度,认为如果未成年人因在法庭上作证可能遭受严重的情绪困扰,以至于“无法合理地沟通”,则无须通过对未成年人的直接观察而允许使用特殊程序。但也有人指出,并不是对未成年人可能造成创伤本身就足以证明使用特殊程序是正当的,创伤必须对未成年人提供可靠证言的能力产生某种预期的影响。<sup>[38]</sup> 最终,联邦最高法院通过克雷格案确立了允许未成年人在被告人不在场时作证的必要性证明标准。首先,必要性的认定必须针对特定案件,须依据证据确定是否有必要使用单向闭路电视程序来保护特定未成年证人的福利;其次,未成年证人会受到创伤不是因一般性的出庭导致,而是因为被告人在场;最后,未成年证人在被告人在场时作证所遭受的情绪困扰超过了最低限度,即不仅是紧张、兴奋或不愿作证。<sup>[39]</sup>

克雷格案试图在未成年人作证保护与被告人对质权行使的冲突中寻求一种新的平衡方式,但同时也确立了一系列证明标准以限制特殊作证程序的适用范围。这说明,法院对于减少被告人与指控证人面对面的情形持谨慎限制的态度,也意味着未成年人作证保护面临的来自正当程序的挑战仍在继续。

### (三) 录像作证的持续探索

几乎在同一时期,美国许多州允许在审判中使用录像证言代替未成年人的当庭证言。此类程序改革的出发点倾向于将未成年人从法庭中“解救”出来,减少在诉讼程序中重复陈述的次数,但因过分强调平衡被告人的对质权,低估了未成年人可能遭受的心理创伤,再次展现出二者的冲突。事实上,作证场所的差异与是否和被告人面对面对质对未成年人作证效果的影响是难以进行人为割裂的,很难说在法庭上看不到被告人的情况下作证和在小房间但被告人在场的情况下作证,对不同案件的不同未成年人个体来说孰优孰劣。

#### 1. 平衡作证保护与对质权行使的具体方式

录像作证通常在控方起诉阶段前进行,录像的主要内容为未成年人的初始陈述。之所以采取这种方式,首先是由于在大多数案件中初始陈述发生于侵害事件后不久,降低了未成年人的记忆力随着时间推移而衰退的可能性;其次,减少未成年人回忆与重复陈述其遭受侵害的次数,使其承受更少的创伤;第三,初始陈述难以得到演练,证言会有更高的准确性,而多次询问往往会失去陈述的自发性和即时性;第四,对于发生在家庭内部的案件,

[37] Maryland v. Craig, 497 U. S. 836, 844 - 850, 860 (1990).

[38] See Nancy Walker Perry & Bradley D. McAuliff, The Use of Videotaped Child Testimony: Public Policy Implications, 7 *Notre Dame Journalistic Ethics & Public Policy* 387, 396 - 399 (1993).

[39] See Mark A. Small & Ira M. Schwartz, Policy Implications for Children's Law in the Aftermath of Maryland v. Craig, 1 *Seton Hall Constitutional Law Journal* 109, 115 (1990).



未成年人因来自家庭成员的压力而撤回指控的可能性会降低,因为录像的方式会缩短其承受这种压力的时间。<sup>[40]</sup> 美国各州在未成年人录像作证方面的探索主要有三种途径,均强调对被告人质证权的保障。第一种是将录像视为未成年证人的审前证言,并进一步要求在录像期间进行交叉询问。例如南达科他州、科罗拉多州和加利福尼亚州适用这种方式。第二种方式允许审判时采纳录像证言作为证据代替被害人的庭审证言。这种程序为被告人提供了两次交叉询问的机会,因为法律规定被告人在录像期间以及在庭审中均可以在场并对未成年人进行交叉询问。相较仅仅在审判时作证,这种方式因对未成年人的伤害更大而饱受争议。新墨西哥州、阿肯色州和威斯康星州都采用了这种程序。第三种方式允许采纳未成年人在录像期间未经交叉询问的证言,但同时也要允许被告人在庭审中对未成年人进行交叉询问;如果被告人有机会在录像期间进行交叉询问,则不能要求未成年人出庭作证。这种方式使未成年证人不至于面对两次交叉询问带来的双重威胁。肯塔基州和德克萨斯州采取了这种方式。<sup>[41]</sup>

## 2. 平衡作证保护与对质权行使的实践问题

录像作证将未成年人作证的场所从法庭转到法官的办公室或类似环境,作证阶段也前置于控方起诉前,这不能不说是一种进步,但从各州规定来看,适用录像作证的条件较为严苛。大多数州规定,只有在法庭认定未成年人公开作证会造成严重的情感创伤时,才允许制作录像或在审判中将录像作为证据。仅个别州规定,如果在法庭上公开作证将使未成年人遭受情绪或精神压力,或者进一步拖延会损害回忆相关指控罪行事实的能力,可以对被害人采取录像作证的方式。<sup>[42]</sup>

即使在允许适用录像作证情况下,各州在录像作证中平衡被告人对质权的做法反而会打破平衡,不利于保护未成年人与获取准确的证言。许多州明确要求被告人录像时在场,有些州要求将未成年人隐藏在被告人的视线之外,以缓和面对面对质的问题。但无论如何,被告人均有机会对未成年被害人进行交叉询问。一方面,与被告人面对面对未成年人的记忆力有明显的不良影响,会损害证言的可靠性、质量,甚至证言的真实性。<sup>[43]</sup> 所以,即使在压力较小的环境中通过录像作证的方式代替出庭作证,被告人的在场也会引起未成年人的焦虑并降低其证言的价值。另一方面,处于交叉询问的敌对环境时,回忆的准确性和效率会降低,更可能产生不准确的证言。这种状况在小房间、近距离并且通常没有支持人员在场时只会更为糟糕。因此,许多人开始质疑,录像作证中平衡对质权的实践做法带来的麻烦是否超过了其价值。

[40] See Kee MacFarlane, Diagnostic Evaluations and the Uses of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases, 40 *University of Miami Law Review* 135, 141-142 (1985).

[41] See Paula E. Hill & Samuel M. Hill, Videotaping Children's Testimony: An Empirical View, 85 *Michigan Law Review* 809, 828 (1987).

[42] See John A. Stephen, Preserving the Child Sexual Abuse Victim's Testimony: Videotaping Is Not the Answer, 2 *Detroit College of Law Review* 469, 473-477 (1987).

[43] See Dent & Stephenson, Identification Evidence: Experimental Investigations of Factors Affecting the Reliability of Juvenile and Adult Witnesses, *Psychology, Law and Legal Processes* 195 (1979), quote from Paula E. Hill & Samuel M. Hill, Videotaping Children's Testimony: An Empirical View, 85 *Michigan Law Review* 809, 829 (1987).

### 3. 平衡作证保护与对质权行使的其他方案

2011年9月1日,德克萨斯州在其刑事诉讼法中通过了第38.071条(以下简称“第38.071条”)作为传闻证据规则的具体例外。<sup>[44]</sup>当法院确定在侵害未成年人案件中实际发生的事实已由一名中立的个人以独立的方式进行全面和公正的调查以寻求事实真相时,可以使用调查期间未成年人所作陈述作为证词。根据第38.071条的规定,控辩双方可以在调查中提交各自问题,由法医调查员询问未成年人,未成年人所做回答将接受双方审查,并可以继续向其提出其他问题,直至所有人满意为止。当未成年人“无法”作证时,原始录像和后续录像可以一并提交法庭,并被作为传闻证据规则的例外情况。<sup>[45]</sup>是否“无法”作证通过以下因素来确定:被告人与未成年人的关系、被指控罪行的性质和持续时间、未成年人的年龄、成熟度和情绪稳定性、自指称的罪行以来经过的时间,以及未成年人是否由于心理伤害可能无法出庭作证等。<sup>[46]</sup>第38.071条是对美国传统规则中关于证言、对质和传闻精心设计的例外,它允许对未成年证人进行公平的交叉询问,同时保护其免受过度的创伤和痛苦,从而在作证保护与对质权行使中保持平衡。一方面,辩方根据第38.071条提交的问题与审判中所允许的类型和范围完全相同,未成年人对这些问题的回答在审判中可以完全接受,而辩方在提交这些问题时的动机与他们在庭审中的动机也是相同的。另一方面,获取未成年证人口中真相的最准确和最有效的方法是由中立的、受过专门训练的法医调查员进行询问。在 *Coronado v. State* 案中,辩护律师甚至承认法医调查员在询问未成年人方面更有能力也更有效。<sup>[47]</sup>

#### (四) 平衡冲突的整体思路

美国司法实践在性侵未成年人案件中平衡作证保护与对质权行使之冲突的思路主要取决于两个方面,一是被告人在场与公开作证可能对未成年人造成创伤的严重程度,二是对质证权条款的具体解释。

在对作证时设置屏障、利用闭路电视作证以及录像作证等手段的持续探索中,对未成年人施以作证保护的前提即可能遭受的创伤,从最初限定为因面对被告人而产生,进一步拓展至公开作证,从通过直接观察认定到依赖于专家证言,显示出逐步放宽作证保护适用的趋势。同时,未成年人作证空间从法庭之上转移至法庭之外,作证时间从庭审阶段前置于控方起诉之前,这都在一定程度上体现了在传统对抗制审判中平衡未成年人作证保护与被告人对质权行使的思路。

为确保作证保护不至于侵犯被告人对质权行使而在二者之间达成一种新的平衡,美国通过相关判例对质证权条款进行的解释,使各州在实践探索中逐步形成了有效的平衡思路与方式。对质证权条款由三项要素组合而成,即被告人与证人面对面,被告人有机会对证人交叉询问,事实调查者能够观察证人的举止。<sup>[48]</sup>克雷格案已表明,审判时没有绝对

[44] See TEX. CODE CRIM. PROC. ANN. art. 38.071 (2011).

[45] See TEX. CODE CRIM. PROC. ANN. art. 38.071 § 8 (a) (2011).

[46] See TEX. CODE CRIM. PROC. ANN. art. 38.071 (2011).

[47] See *Coronado v. State*, 351 S. W. 3d 315, 343 (2011).

[48] See *California v. Green*, 399 U. S. 149 (1970).

的面对面要求,面对面作为对质权的核心要素也存在例外。早期判例之所以反对使用录像证言,可能是由于 19 世纪的法官无法预见技术发展已经可以做到即使不用面对面也能进行交叉询问和对质。平衡未成年人作证保护的需要,恰恰要求在适用对质权条款时具有灵活性,特别是要求未成年被害人与被告人面对面时,应当优先考虑适用录像作证。亚利桑那州等法院已经在一些案件中裁定,使用性侵害未成年人的录像证言可以满足对质权条款,而无须与被告人面对面。<sup>[49]</sup> 对质权条款所保证的主要利益是交叉询问权,即使在没有当面对质的情况下,足够的交叉询问机会也可以满足该条款的要求。<sup>[50]</sup> 交叉询问的实质是检验证人证言的真实性,如果可以通过其他可靠的方式做到这一点,那传统的交叉询问就没有必要了。<sup>[51]</sup> 比如德克萨斯州在录像作证基础上探索的经由专门训练的中立的法医调查员进行询问。这类程序事实上没有限制交叉询问,只是改变了传输问题和答案的方式,满足了质证的求真功能。无论是通过闭路电视作证还是录像作证,均能确保事实调查者观察证人的举止。一些州法院和联邦法院也指出,录像证言因能够捕捉到足够的行为举止从而满足了对质权条款的要求。例如,通过录像提供证言的过程“不会显著地影响信息流向陪审团”,因此录像证言满足了对质权条款的“广泛目的”,录像是在审判中提供证据的一种公平可靠的媒介。<sup>[52]</sup>

#### 四 我国作证保护与对质权行使之冲突转化与平衡方式

美国司法实践中作证保护与对质权行使的关系之所以引起持续不断的争论,源于对抗性诉讼模式下被告人与不利证人当面对质的权利观念,而我国的诉讼实践对被告人质证权的重视程度不足,导致二者的冲突在某些方面、某种程度上被遮蔽了,转而以另一种新的形式呈现出来。如弗里德曼(Lawrence M. Friedman)所言:“社会力量塑造了法律秩序,法律制度是社会的一部分,它要符合社会,就像手套要符合手一样。”<sup>[53]</sup> 既然社会力量扮演着更为重要的角色,在中国语境下探究冲突的表现形式及其被掩盖的原因就显得非常重要了。只有找到渗透其中的关键因素,平衡二者冲突才成为可能。

##### (一) 对质权的虚置

一直以来,我国司法实践中盛行的“案卷笔录中心主义”赋予证人的书面证言以更高的效力,以庭前书面证言定案而不采信当庭作证的证言,是刑事诉讼中经常发生的情况。<sup>[54]</sup> 同时,关键证人出庭率低,即使出庭,由于“法官控权”的侵袭,也在一定程度上削弱了被告人及其辩护律师询问证人的机会。<sup>[55]</sup> 这表明,我国没有准备好也不太可能如西方国家那样建立起一种充斥着诉讼技巧的“唇枪舌战”式的对抗制审判制度。种种迹象

[49] See *Alexander v. State* 692 S. W. 2d 563 (1985).

[50] See *Pointer v. Texas*, 380 U. S. 415, 418 (1965).

[51] See *California v. Green*, 399 U. S. 149, 166 (1970).

[52] See *People v. Moran*, 39 Cal. App. 3d 398, 114 Cal. Rptr. 413 (1974).

[53] See Lawrence M. Friedman, *Private Life*, Harvard University Press, 2004, p. 11.

[54] 参见龙宗智:《刑事庭审人证调查规则的完善》,《当代法学》2018 年第 1 期,第 4 页。

[55] 参见尹冷然:《刑事证人出庭作证与庭审实质化》,《华东政法大学学报》2018 年第 1 期,第 180-184 页。

之下,被告人与证人对质的权利经常被虚置成为中国审判实践的突出特征之一。

在司法实践中,被告人的对质权利益可能会与未成年被害人作证保护、诉讼效率等多重因素发生冲突,曾在2018年轰动一时的汤某兰案将这一冲突展示无遗。<sup>[56]</sup> 该案中,被告人之间互相印证的口供是定罪的主要依据,但在庭审阶段几乎所有被告人都推翻了先前的供述,称有罪供述是在遭到刑讯逼供的情况下做出的。此案唯一的物证,用于观看黄色录像的501型奇声牌影碟机的购机时间、来源存疑;汤某兰与他人的一段电话录音显示其指控可能受到其他因素的干扰;一份“未怀孕”、一份“子宫内有胎儿症状”的阴阳B超单,统统表明该案可能存在疑点。然而,被告人无论在庭前还是庭审中均未获得与被害人对质的机会,作为定案根据的证据也没有经过充分的质证。随着刑满释放者接连申诉上访引发媒体对此案的关注,及至挑起舆论的轩然大波,汤某兰案才第一次被推到公众视线的焦点上。而社会情绪也将愤怒与不满一股脑地倾泻于对被害人隐私的曝光、新闻伦理、媒体与司法的关系等问题的关注上,却忘了案件本身之所以出现冤情与被告人对质权的虚置休戚相关。也正是由于该案所背负的公众效应过于浓烈,一些原本更为重要的问题反而被忽视了。冲突不仅在司法场域内被掩盖,也淹没于公众的激愤之下。

## (二) 作证保护效果的内在冲突

与其他刑事案件不同,性侵未成年人犯罪案件常常由于缺少实物证据或者实物证据灭失,而在被告人与被害人双方各执一词时呈现“一对一”证明情形,证据之间难以相互印证,未成年被害人陈述往往成为定罪的关键证据。但被害人陈述不是“万能”的。一方面,未成年人认知、记忆与表达能力的局限性,言词证据本身的复杂、多变特征,导致陈述的真实性与稳定性欠佳。另一方面,想要通过询问获得真实有效的陈述,既需要硬件设施的配备供给,如专门的询问场所、同步录音录像设备等,也需要软件设施的协调运作,如社会支持体系的配套搭建以及办案队伍的专业化建设等。因此,实践中推动探索的未成年被害人“一站式”询问机制逐渐成为处理此类案件的主流方式,从案件介入、调查取证、综合救助全方位贯穿未成年被害人的权益保护,最大程度提升作证保护的实际效用。

然而,无论从《未成年人刑事检察工作指引(试行)》的具体规定还是实践状况来看,当前“一站式”办案模式都倾斜于作证保护而未能有效平衡被告人对质权的行使。但如果意识到被害人陈述并非“万能”,作证保护在追求尽量避免多次询问与尽量获得完整、准确的被害人陈述的过程中,同样迫切需要被告人行使其对质权,就会发现二者之间被掩盖的冲突以另一种形式转嫁到了作证保护之上。从程序上看,如果对质权缺位导致案件事实或证据之间存在矛盾或疑点,可能导致办案人员多次就同一事实进行询问,要求未成年人反复陈述或确认,这反而背离了作证保护尽可能减少询问次数的初衷,使未成年人产生心理压力,造成二次伤害的严重后果;从结果来看,反复询问还可能对未成年人产生暗

[56] 2008年,不满14周岁的汤某兰(化名)举报称,自己从六岁开始长达七、八年的时间里,遭到亲属、乡邻等数十人的侵害。经过当地司法机关四年的调查审理,最终包括汤某兰父母在内的11人获刑。此后,屡有被告人的亲属和刑满释放者喊冤申诉。

示,导致陈述的准确性下降,同样使作证保护探求事实真相的积极效果在一定程度上被削弱。而一旦陈述失实,定案证据本身出现裂痕,被告人就有遭受冤狱的风险。

当对质权虚置以牺牲作证保护的的实际效果为代价,作证保护与对质权之间的冲突就转化为作证保护预期效果与实际效果的内在冲突:排斥对质权的介入而倾斜于作证保护,实际上恰恰减损了作证保护的效果。虽然美国经验表明,对质权让位于作证保护的过程也是不断强化被害人保护的过程,但二者之间的冲突关系实际上在一轮又一轮的争论与博弈中始终保持着某种微妙的平衡。在不断产生冲突与不断形成新的平衡的过程中,对质权与作证保护的关系也渐趋明晰并形成新的标准以应对实践发展。反观我国,长久以来对质权的虚置根源于对案卷笔录的充分信赖,这种不以双方当庭对质来发现案件真实的裁判方式,在性侵未成年人案件中似乎更有适用的理由——当庭对质反而不利于未成年人的保护与事实真相的发现。但以牺牲被告人对质权来成全被害人作证保护,并不是解决二者冲突关系的良方,恰恰相反,它打破了平衡,失掉了程序正义的底线,也终将因违背司法规律而承担应有的代价——冲突必定会以一种新的形式卷土而来。

### (三) 平衡冲突的程序运作

萨维尼指出,法律是“内在地、默默地起作用的力量”的产物,它深深地根植于一个民族的历史之中,而且其真正的源泉乃是普遍的信念、习惯和“民族的共同意识”。<sup>[57]</sup> 这在作证保护与对质权行使的冲突关系与平衡方式的认知及实践中得到充分展现。美国各州与联邦法院此消彼长的争论蕴含着人们关于正义、自由、人权观念理解的不断深化,从出庭保护到录像作证的持续探索也在一定意义上反映了这一认识的实践变迁。而我国的法律传统要求刑事审判也要兼顾天理、国法与人情的现实,导致了对质权虚置的司法常态,美国式的冲突自然就没有发生的“土壤”。但如前所述,冲突有可能以另一种形式出现,同样需要去努力平衡。

#### 1. 美国经验与中国现实

美国平衡作证保护与对质权行使之冲突的经验,实际上是在其对抗制诉讼模式下要求被害人与被告人“面对面”对质的过程中,探寻不断虚拟化和前置化的作证方式。核心思路是既要实现控辩双方的对抗,又要照顾未成年被害人脆弱、敏感的身心特征。为此,在具体方式上将作证场所从法庭转向更加柔和、私密的空间,将面对面对质替换为通过闭路电视或录像作证,将对质程序前置于控方起诉之前,从而在作证保护与对质权行使中达至平衡。与美国不同,无论从法律文本抑或司法实践来看,我国从来都不像西方国家那样强调被告人与证人“面对面”对质的权利。在传统职权主义诉讼模式下的中国审判实践中,控辩双方法庭之上的对抗性始终处于较弱的状态。性侵未成年人案件中被害人原则上不出庭作证,则有继续弱化这种对抗性的趋势。但冲突的转化恰恰说明在我国作证保护的实践探索中需要嵌入一种对抗性程序,以平衡作证保护效果的内在冲突。

#### 2. 对质程序前置

美国在审判阶段虚化对抗性要求与对质权行使,而前置于控方起诉前加以实化的方

[57] 转引自[美]E. 博登海默著:《法理学—法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第82页。

式,同样是我国需要探索的重点领域。将对质程序前置到侦查询问阶段,融合于目前的一站式询问程序中,同时基于作证保护的要求在一定程度上限制未成年人与辩方当面对质,可以成为平衡二者关系的一种探索。

对质程序前置到侦查询问阶段的一个重要出发点,即为兼顾未成年被害人保护与获取完整、准确的陈述,同步录音录像对于实现上述目标起着举足轻重的作用。实践中,被害人进入司法程序后经常被迫接受来自办案人员多次、反复地询问,主要原因不外乎案情本身的复杂性、言词证据的不稳定性、不同办案机关的利益诉求多样化等等。同时,询问被害人同步录音录像缺失现象严重,通过询问笔录记载未成年人的陈述又存在简略化、成人化,难以如实反映陈述等问题。由检察机关提前介入侦查程序,引导侦查取证,与辩护律师共同参与侦查询问,辅以同步录音录像记录、固定未成年人的陈述,对于减少询问次数和提高询问质量均有重要意义。

在具体操作上,询问前应当由侦查人员与检察人员、心理学专家等共同制定适合于未成年人的询问提纲,特别是对案情有疑点、证据不充分、报案时陈述前后矛盾的,尽可能将问题设计精准、得当、详尽,避免“返工”。可以由一名有经验的女性侦查人员对未成年人进行询问,询问场所应当配备摄像头并在询问开始时同步启动录音录像功能,将询问未成年人的视频画面同步传输至另一监控房间以供观看与观察。应视情况安排合适成年人询问时在场陪同未成年人,考虑到此类案件中存在父母为侵害人或干扰作证等情形,由经验丰富的社工在场更为适宜。辩护律师通过视频观察作证过程的同时应记录用以质证的问题,检察人员等可以将询问中需要修改、补充的问题、不适当的提问方式、态度、语气等记录下来,在询问暂停、中间休息时与侦查人员共同商议,及时调整后续询问方向与内容。质证问题也需要巧妙设计、融合于其中,再由侦查人员返回询问场所继续询问。遇有突发状况时,检察人员可以通过用以沟通的耳麦要求暂停询问并到监控房间共同商议。侦查人员询问、暂停、商议、再询问的过程可以重复进行,直至询问各方均不再有问题为止。但应注意,暂停次数不得过于频繁,商议时间也不宜过久,总体上应以心理学专家的现场建议为准,以未成年人接受询问时的情绪状态为限。询问结束后应当妥善保存录音录像,不得剪接、删改并随案移送,且可以作为被害人陈述直接被法官采纳。原则上这一询问程序只进行一次,未成年人其后不得再接受任何询问,除非出现了新的事实、证据或者在案证据之间存在矛盾但此前没有发现,需要进一步询问未成年人以查明案件事实。

### 3. 侦查询问程序重构

将对质程序前置到侦查询问阶段,实质上就是对侦查询问程序在这种特殊案件中进行的全方位重构,涉及询问场所、询问方法、询问人员等方方面面的问题。就询问场所而言,当前各地探索施行的“一站式”办案区设有专门的询问场所,室内布置温馨、舒适,同时配有录音录像设备记录询问过程,取得了一定的办案效果。在一些办案条件有限的地区,即便无法设置专门的询问场所,也应对现有成年人讯问场所进行适度改造,尽量消除影响未成年人作证的负面因素,如放置沙发、玩偶、沙盘等。

长期以来,我国较少关注询问方法对未成年人陈述真实性的影响,侦查人员对遭性侵犯的未成年被害人询问时也经常面临着“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。<sup>[58]</sup> 但相关研究表明,当运用具有高度诱导性的询问方法时,未成年人作出虚假陈述的概率很高。<sup>[59]</sup> 在对质程序中可以借鉴美国在此类案件中询问的特殊规则,如采取以开放性问题为主、封闭性问题为辅的“漏斗型提问方式”、禁止多次询问规则、适度追问规则、适时暂停询问规则等。<sup>[60]</sup> 同时,对于通过诱导性询问获得的陈述应当建立裁量性排除规则,由法官依据经验与理性作出符合其心证的裁判。

无论制度机制设计得多么完美,最终还要依靠办案人员及其相互间的配合协作予以落实。一方面,我国在开展一站式询问过程中亟待建立起检察引导侦查的常态化模式。当前各地虽然出台了一站式询问中检警应互相配合的相关规定,但是对如何配合、如何分工等并没有统一的指导,造成实践中性侵未成年人案件一站式询问检警分工混乱。<sup>[61]</sup> 由检察人员提前介入侦查,与侦查人员共同商讨制定科学、合理的询问提纲,针对个案确定具体询问方式与询问内容,同时在询问程序中发挥监督与指导作用,有助于提升侦查人员取证质量与办案效果。在检察引导侦查模式下平衡作证保护与对质权行使,检察人员主要以监督者的身份兼顾对质程序的一方主体介入侦查程序,而侦查人员则是在检察人员指导下具体开展询问的主体,需要提升其专业化办案能力与素质。目前各地少年警务尚未形成独立的业务类别,涉及未成年人的案件分散于治安、刑侦、经侦、禁毒等多个业务部门,难以形成专业化队伍。大部分侦查人员存在根深蒂固的成年人办案思维,缺乏与未成年人接触、沟通的经验,往往导致询问既抓不住要害又无形中造成了二次伤害。我国《未成年人保护法》《刑事诉讼法》都对办理未成年人案件的专门机构或专业人员有明确规定,当务之急是建立专门的少年警务队伍。一是在顶层设计上赋予少年警务正当性地位。明确少年警务的职能定位与受案范围,特别是设计针对性侵未成年人案件有权适用的程序与采取的措施,建立选任、考核、培训与监督等机制。考虑到性侵案件中由女性侦查人员询问通常更为适合,专门队伍中的女性人员数量、比例不宜过低。同时,应就询问方法和技巧开展长期培训。二是注重在实践探索中形成相对固定的办案方式。目前已经有一些地区开始推动制定性侵未成年人案件的询问指引,相较逐步积累的个人经验,指引将普遍的询问经验集合汇总并上升为具体的规则,有助于尚未办理过此类案件或者办案经验不足的侦查人员参考,也体现了实务部门对此类案件处理的高度重视。这一方式可以继续推广,待时机成熟可以将作证保护与对质程序融合的有益经验作为补充纳入指引中,进一步强化侦查人员的专业化办案理念与办案方式。

[本文为作者参与的 2019 年度国家社会科学基金青年项目“未成年人司法规律视野下罪错行为分级处遇体系研究”(19CFX031)的研究成果。]

[58] 参见向燕:《论性侵犯儿童案件中被害人陈述的审查判断》,《环球法律评论》2018 年第 6 期,第 137 页。

[59] See Stephen J. Ceci & Richard D. Friedman, *The Suggestibility of Children: Scientific Research and Legal Implications*, 86 *Cornell Law Review* 33, 99 (2000). 转引自莫然、龙潭:《未成年证人侦查询问程序实证分析及构建》,《青少年犯罪问题》2017 年第 4 期,第 23 页。

[60] See G. S. Goodman, A. Sharma, S. F. Thomas et al., *Mother Knows Best: Effects of Relationship Status and Interviewer Bias on Children's Memory*, 60 *Journal of Experimental Child Psychology* 195, 195-228 (1995).

[61] 参见刘颖琪、袁崇翔:《性侵害未成年人案件一站式询问检警关系探究》,《四川警察学院学报》2022 年第 1 期,第 124 页。

---

[ **Abstract** ] The empirical test for the juvenile victims of sexual assault to testify in court shows that testifying in court not only has a significant and sustained negative impact on the juvenile victims themselves, but also is not conducive to ensuring the accuracy of their statements, and may have a negative impact on the fact-finding and judgment results of the case. The result of testimony is not satisfactory if a juvenile victim is not familiar with the trial procedure and under great pressure when testifying in court. Based on this, many countries have stipulated special ways for juvenile victims to testify. Whether these special procedural settings violate the right of the defendant to confront the juvenile victim in court has led to considerable debate in the judicial practice of the United States, which has always attached importance to procedural justice under the adversarial litigation mode. In the process of solving the conflict, the United States has gradually formed the experience and idea of balancing the two conflicting interests by continuously virtualizing and repositioning testimony. A main line that runs through this mode is to not only realize the confrontation between the prosecution and the defense, but also take into consideration the vulnerable and sensitive physical and mental characteristics of the juvenile victim. The legal culture in China have created the reality in which equal importance is attached to natural justice, state law and human relations and a judicial normality in which the right of confrontation exists only in name. The “one-stop” mode of handling sexual assault cases explored in the current practice, which tilts toward the protection of testimony, fails to effectively guarantee the defendant’s right of confrontation and may also reduce the actual effect of the protection of testimony. As a result, the conflict between the protection of testimony and the right of confrontation is transformed into the internal conflict between the expected and the actual effects of the protection of testimony. China may explore the solution of this internal conflict by placing cross examination procedure at the investigation and inquiry stage, integrating it into the current one-stop inquiry procedure, while at the same time limiting the face-to-face confrontation between the juvenile and the defense to a certain extent based on the requirements of witness protection. In the specific operation, procuratorial organs should intervene in the investigation procedure in advance, guide the investigation and evidence collection, participate in the investigation and inquiry together with the defense lawyer, and supplement it with synchronous audio and video recording to fix the statements of juveniles, which is of great significance to reducing the number and improving the quality of inquiries. At the same time, the application of investigation and inquiry procedures in such special cases should be reconstructed in an all-round way, so as to continuously promote the practical exploration of witness protection in the aspects of place, method and personnel of inquiry, and balance it with the right of confrontation.

---