

本书为2010年浙江省哲学社会科学规划课题

《刑事诉讼视野中性犯罪被害人的权利保护》的最终研究成果

本书获浙江工业大学法学院刑法重点学科出版资助

刑事诉讼视野中 性犯罪被害人 的特别保护研究

——以强奸案被害人作为主要视角的分析

杨杰辉 袁锦凡/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书获浙江工业大学专著与研究生教材出版基金资助

刑事诉讼视野中 性犯罪被害人 的特别保护研究

——以强奸案被害人作为主要视角的分析

杨杰辉 袁锦凡/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼视野中性犯罪被害人的特别保护研究 / 杨杰辉, 袁锦凡著. —北京: 法律出版社, 2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4949 - 6

I. ①刑… II. ①杨… ②袁… III. ①强奸—刑事犯罪—被害人—权益保护—研究—中国 IV. ①D924. 344
②D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 096673 号

刑事诉讼视野中性犯罪被害人的特别保护研究
——以强奸案被害人为主要视角的分析
杨杰辉 袁锦凡 著

编辑统筹 政务出版分社
策划编辑 张瑞珍
责任编辑 王莹
装帧设计 友信文化

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

开本 A5

总发行 中国法律图书有限公司

印张 8.25

经销 新华书店

字数 198千

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

版本 2013年6月第1版

责任印制 沙磊

印次 2013年6月第1次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址/www. lawpress. com. cn

销售热线/010-63939792/9779

电子邮件/info@lawpress. com. cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

重庆公司/023-65382816/2908

深圳公司/0755-83072995

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4949 - 6 定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

Content

引 言	/1
一、问题的提出	/1
二、研究现状与资料概述	/3
三、研究的方法	/7
第一章 性犯罪被害人的界定与类型	/8
第一节 性犯罪被害人的界定	/8
一、性犯罪的概念与范围	/8
二、被害人的概念与范围	/13
三、性犯罪被害人的概念与范围	/16
第二节 性犯罪被害人的分类	/19
一、真正强奸案被害人(Real rape)	/20
二、非真正强奸案被害人(Non-real rape)	/21
第二章 性犯罪被害人特别保护的理论基础	/29
第一节 女权主义法学	/29
一、女权主义法学的发展历史	/29
二、女权主义法学的方法论和内容	/32

三、女权主义法学与性犯罪被害人的特别保护	/38
第二节 犯罪被害人学	/45
一、犯罪被害人学的产生	/46
二、性犯罪被害人遭受的侵害	/47
三、社会对性犯罪被害人的态度	/51
四、性犯罪被害人在诉讼中的处境	/59
第三章 性犯罪被害人特别保护的国别考察	/77
第一节 西方国家对性犯罪被害人的特别保护	/77
一、美国对性犯罪被害人的特别保护	/77
二、英国对性犯罪被害人的特别保护	/97
三、澳大利亚对性犯罪被害人的特别保护	/102
四、德国对性犯罪被害人的特别保护	/103
第二节 亚洲国家和地区对性犯罪被害人的特别保护	/106
一、日本对性犯罪被害人的特别保护	/106
二、韩国对性犯罪被害人的特别保护	/109
三、我国台湾和香港地区对性犯罪被害人的特别保护	/111
第三节 域外性犯罪被害人特别保护的评析	/116
一、针对性犯罪被害人的特点进行保护	/116
二、以性犯罪被害人的创伤恢复为保护的出发点	/119
三、对性犯罪被害人从诉讼程序和司法行为两个方面进行保护	/121
四、注重性犯罪被害人的权利与被告人权利保护的平衡	/122
第四章 性犯罪被害人特别保护的内容	/124
第一节 诉讼程序上的性犯罪被害人的特别保护	/124
一、在诉讼程序中赋予性犯罪被害人特别的参与权	/124

二、禁止对性犯罪被害人进行不当询问	/136
三、允许性犯罪被害人采用特殊的作证方式	/153
四、引入强奸创伤综合征的专家证据	/158
五、设置特殊的取证程序	/168
六、赋予性犯罪被害人获得精神损害赔偿和国家 补偿的权利	/171
第二节 司法行为上的性犯罪被害人的特别保护	/188
一、由专门的人员办理性犯罪案件	/189
二、设立特殊的性犯罪被害人询问与候审室	/197
第五章 我国性犯罪被害人的特别保护	/199
第一节 我国性犯罪被害人保护的现状及评析	/199
一、我国性犯罪被害人保护的现状	/200
二、我国性犯罪被害人保护现状的评析	/215
第二节 我国性犯罪被害人特别保护的完善	/227
一、我国性犯罪被害人特别保护完善的指导原则	/227
二、我国性犯罪被害人特别保护完善的具体措施	/229
结 语	/241
参考文献	/243

引言

一、问题的提出

20 世纪四五十年代,战争创伤使人类对自身权利的状况产生深深忧虑,人权问题开始得到国际社会最普遍的关注。联合国从成立伊始,便不遗余力地推动人权保护相关法则的订立与完善,1945 年通过的《联合国宪章》首次承认了国际人权,它在序言中宣布:“欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言的战祸,重申基本人权、人格尊严与价值,以及男女与大小各国平等权利之信念”,把尊重人权及基本自由作为宪章的宗旨之一。根据这一宗旨,联合国大会于 1948 年 12 月 10 日通过了《世界人权宣言》。为使《世界人权宣言》规则法律化,1966 年 12 月 16 日又通过了《经济、社会、文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》以及《公民和政治权利国际盟约任择议定书》。涉及各个层面的权利公约相继公布,并且在很大程度上得到各国的签署与遵守。

但就刑事司法而言,学者首先关注的是犯罪嫌疑人、被告人在诉讼中的权利保护问题,并期望以此促进国家履行国家责任并规范公共权力的合理行使,刑事被告人作为刑事诉讼中的弱势群

体在这种潮流中渐渐建立起明确的诉讼主体地位,在诉讼中享有非常丰富并得到保障的诉讼权利。但遗憾的是,与刑事被告人诉讼权利充分、保障制度具体完备相比较,犯罪被害人在愈演愈烈的被告人权利保护运动中却慢慢被边缘化。“在所有个人权利中,最重要的是平等的权利,也就是关怀和尊重的平等权利。政府必须不仅关怀和尊重人民,而且要平等地关怀和尊重人民”,^{〔1〕}刑事被告人、被害人在诉讼中权利保护的明显不平衡引发人们对刑事法律向背的质疑。

20世纪六七十年代,刑事被害人保护进入到学术研究关注的视野,形成一系列被害人保护的学说。学者从各个方面探究保护被害人权利的理论基础,提出了诸如秩序公正价值理论、个人权利与国家权力关系理论、刑事救济多元化理论、被害人保护层次性理论等,这些理论从不同角度解读刑事被害人保护的正当性根据与方向。理论的深入研究对立法产生了直接影响,很多西方国家都先后制定旨在针对刑事被害人保护的法律(如法国于1977年在《刑事诉讼法典》第4卷增设第14编,确立了对被害人的国家补偿制度,之后又于1981年、1983年和1985年对1977年增设的法条进行了修改。德国于1986年制定了关于改善刑事被害人地位的《被害人保护法》。美国在1979年首次将被害人权利写进法律后,又制定了《1982年被害人及证人保护法》,对刑事被害人保护作了重大变革。英国1988年《刑事审判法》把国家补偿作为被害人的一项法定权利等),制定了一系列细致有效的保护措施,对被害人的保护得到了来自立法机构的积极回应。

在对被害人保护已经较为成熟的立法司法基础上,由于考虑到不同类别的犯罪对被害人所造成的损害有根本性的不同,这些

〔1〕 [美]罗纳德·德沃金等:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第253页。

国家又根据被害特点、针对一些特定犯罪被害人进行特别保护,性犯罪被害人尤其是强奸案被害人成为这个特别保护的首选对象。

为何在一般刑事犯罪被害人保护的大前提下,要对性犯罪被害人予以特别关注与特殊规范?特殊保护有何重要意义?性犯罪损害究竟有何不同于一般犯罪损害的个性化特点?这些特点又在何种层面上激发立法、学术研究的强烈反应并最终促成特殊保护制度的出台?

凡此种种,再反观我国在特殊被害人保护上的“相对不作为”^{〔1〕},已有足够理由将性犯罪被害人的保护作为有意义的命题进行探讨。

二、研究现状与资料概述

对犯罪被害人保护与对被告人保护研究一样,沿袭了从实体法到程序法、从国外到国内的路径。国内对被害人权利保护的研究始自20世纪80年代末90年代初,刑法学者中的犯罪学学者首先将被害人问题作为研究对象,他们从刑事被害特点、被害原因、被害人责任、对被害人赔偿、实体程序权利等多方面探讨被害人问题,形成了已经比较成熟的“被害人学”,有一系列的译著、研究论著成果,如张智辉、徐名涓编译的《犯罪被害者学》(群众出版社1989年版);汉斯·施奈德主编、许章润等翻译的《国际范围内的被害人》(中国人民公安大学出版社1992年版);赵可、周纪兰、董新臣三人合著的《一个被轻视的社会群体——犯罪被害人》(群众出版社2002年版);杨正万著的《刑事被害人问题研究:从诉讼角度的观察》(中国人民公安大学出版社2002年版);许永强著的《刑事法治视野中的被害人》(中国检察出版社2003年版);麻国

〔1〕 此种不作为在立法、司法层面都有明显表现。

安著的《青少年被害人援助论》(中国人民公安大学出版社 2005 年版);刘东根著的《刑事损害赔偿研究》(中国法制出版社 2005 年版);张鸿巍主编的《刑事被害人保护问题研究》(人民法院出版社 2007 年版)。

与刑法学者对被害人的研究相较,诉讼法学者对刑事被害人在刑事诉讼中的权利保护的关注要迟滞的多,至 20 世纪 90 年代末才陆续有诉讼法学者专门就被害人在诉讼中的权利保护问题进行研究。但在研究过程中,多数研究者所涉及的视野比较单一,“点”上的研究较多,系统性“面”的研究较少,如《论刑事被害人的知情权》、《论被害人获得国家补偿的权利》、《被害人的参与权研究》、《刑事被害人免受二次受害的权利》,^[1]全面系统性或针对性的研究成果较少,直至杨开湘著的《刑事诉讼与隐私权保护的关系研究》(中国法制出版社 2006 年版)、房保国著的《刑事被害人的刑事程序保护》(法律出版社 2007 年版)、田思源著的《犯罪被害人的权利与救济》(法律出版社 2008 年版)、田圣斌著的《刑事诉讼人权保障制度研究》(法律出版社 2008 年版)、陈彬等著的《刑事被害人救济制度研究》(法律出版社 2009 年版)等著作的出版,才有以论著方式出版的被害人保护著作,但与实体法的昭昭成果比较,程序法的相关研究是势弱的。在这些研究成果中,房保国的研究很具代表性,他甚至提出以被害人参与建构四方诉讼构造,以区别于通说的三方结构,但很明显,这种构造方式也许在其他类别犯罪的诉讼中有实现可能,而在性犯罪诉讼中,却非常不现实。^[2]

[1] 这些成果都是各法律院校硕博论文,载查知网(CNKI)硕博文库、万方数字化期刊等。

[2] 这种不妥主要是由性犯罪特点决定的,几乎没有办法使性犯罪被害人坦然出现在刑事诉讼程度中而不必担心名誉受损。而如果性犯罪被害人不出庭,所谓的四方构造将无法建构。

但国内无论实体法、程序法学者,尽管对被害人问题在研究方法上已有重大调整,比如从纯理论到与实践结合、方法和方向都直接或间接来源于各种犯罪和被害调查,并且研究也有本土化、区域化的转变,但其研究都主要立足于刑事被害人的一般状况、一般权利研究,较少涉及具体的特殊被害人尤其是性犯罪被害人的理论界说,因此这方面的研究成果较少,这些少量的研究成果主要表现为两种形式:一种是对性犯罪被害人的专门研究,如对我国性犯罪被害人诉讼保护的研究(《我国性犯罪被害人保护的现状及评析》、《论我国对性犯罪被害人特别保护的完善——基于现状的分析》)、对性犯罪被害人二次被害的研究(《论性犯罪被害人免受二次被害的权利》、《完善性犯罪被害者诉讼保护及防止二次被害的措施》)、对性犯罪被害人精神损害赔偿的研究(《试谈女性被害人及其损害赔偿》、《刑事被害人的精神损害赔偿研究》);另一种是在对其他问题的研究中涉及该问题,如在对性别与法律、女性被害人的权益救济的研究中,都涉及了性犯罪被害人的保护问题。这些研究虽然认识到了对性犯罪被害人进行特别保护的必要性,但是研究仍然非常滞后,研究成果较少。

相比较而言,域外对于性犯罪被害人特别保护的研究却非常成熟,也取得了丰硕的研究成果。综观这些研究成果,其研究内容主要集中于以下几个方面:一是性犯罪被害人的处境。学者们主要采用实证的研究方法从性犯罪被害人遭受侵害的特点(Mary P. Koss, Mary R. Harvey, 1987年)、社会及司法系统对待性犯罪被害人的态度(Colleen A. Ward, 1995年)等方面,分析了性犯罪被害人的处境。二是性犯罪被害人特别保护的理论解说。学者们主要从女权主义理论(苏珊·布朗米勒, 2006年;朱迪斯·贝尔, 2010年)、标签理论(Gary LaFree, 1989年)等方面,分析了性犯罪被害人不利处境的根源及保护的指导思想。三是性犯罪被害人保护的法律改革及其效果。学者们对美国(Susan Caringnella,

2009 年)、英国 (Temkin Jennifer, 2002 年)、法国 (Georges Vigrarello, 1998 年)、我国台湾地区 (谢协昌, 2005 年) 等有关性犯罪被害人保护的法律改革及效果进行了实证研究, 指出这些改革并没有达到预期目标。四是性犯罪被害人保护的完善。学者们提出的完善措施主要包括更加严格的限制询问被害人的性品格 (Estrich Susan, 1987 年)、由法官而非陪审团审理性犯罪案件 (Susan Caringnella, 2009 年)、引入强奸创伤综合征专家证据 (R. M. 霍姆斯, 1989 年)、对司法人员进行有关性犯罪知识的专门培训 (Colleen A. Ward, 1995 年) 等。这些研究大大推动了对性犯罪被害人的特别保护, 许多国家和地区都为此制定了专门保护性犯罪被害人的法律, 比如美国的“强奸盾牌条款”(即联邦证据规则第 412 条), 英国的《性犯罪法》, 德国的《性犯罪与其他危险犯抗治法》, 韩国的《性犯罪惩治及其被害人保护法》、《性犯罪被害人询问指南》, 我国台湾地区的“性侵害犯罪防治法”、“检察机关侦办性侵害犯罪案件处理准则”、“法院办理性侵害犯罪案件处理准则”等。但是, 域外的研究也存在不足之处, 都只集中于审判阶段, 而性犯罪被害人的保护应该贯穿于诉讼的整个阶段, 因此在研究的广度上有待扩大。

国内外对性犯罪被害人保护的上述研究为本书的写作打下了良好的基础, 本书将在吸收和利用这些材料的基础上, 在研究广度上进一步扩展, 在研究深度上进一步深化, 具体来说, 笔者在本书写作中, 基于国外对特殊被害人——性犯罪被害人——的研究所具有的成熟、完整、具体的特点,^[1] 在资料的运用、观点的视角上, 有较多的借鉴。

[1] 比如, 在国外有《性犯罪被害人学》、《性犯罪被害人心理学》等, 对特殊犯罪、特殊心理进行理论研究。

三、研究的方法

由于性犯罪被害人保护问题研究并非单纯的法学问题,而是涉及心理学、刑罚学、犯罪学、社会学诸多领域的反映,本书对相关问题的分析必然会在上述不同学科间进行必要的转换;并由于性犯罪被害人特别是强奸罪被害人在现实世界的待遇是支撑对其进行特殊对待的关键要素,所以本书写作中有适当的为论证所需的实证调查(也包括公开渠道记载的典型事例),但因条件与智识所限,实证的力度还有相当不足,当然,理论的探讨也有很多不尽如人意之处。

第一节 性犯罪被害人的界定

一、性犯罪的概念与范围

刑事诉讼对性犯罪被害人的特别保护是指针对性犯罪被害人的特点,采取有别于一般被害人保护的特别保护方法,因此明确性犯罪被害人的概念与范围,是研究性犯罪被害人特别保护问题的前提和基础。

在人类社会的发展过程中,性起着特别重要的作用,它既是人类的一种本能,又是人类繁衍的必经途径,因此维护性的秩序对人类社会的发展至关重要,但是从人类的发展历史来看,性犯罪却是人类社会一种历史悠久而又相当普遍的社会现象。在人类对性的态度上,由于长期以来在性问题上存在各种禁忌,性一直是个敏感的话题,对性的研究曾经受到很多限制。西方是较早对性进行研究的地区,但是即便在西方,纵观西方几千年的文明史,我们也可以发现他们在性的研究上同样在许多时代都受到限制,在这些时代,性被认为属于个人隐私,不允许公开讨论,谈性色变,人们视性学研究为邪恶和不务正业,这些时代从事性学研究的人寥寥无几。随着社会的发展,人类渐趋文明,人们不再视

性为洪水猛兽,社会开始将过去那些对于性的陈腐偏见扫进了历史的垃圾堆,人们对性的研究热情逐渐高涨,性学研究者迎来了春天,他们获得了前所未有的解放,毅然打开了这积年尘封的学术禁地,从各个角度对性问题展开了研究。在性的研究领域,最早涉足的是具有悠久历史的医学,其次便是生理学、生物学,最晚的算是社会科学包括心理学、犯罪学、社会学等,尤其是从犯罪学的角度来考察性问题,则更是近几十年的事情。从20世纪50年代起,国外的学界开始掀起了对性犯罪问题研究的高潮,有关性犯罪研究的著述如雨后春笋,如埃利斯等1956年的《性犯罪心理学》、贝利1956年的《性犯罪和社会惩罚》、古特马赫1951年的《性罪》、卡普曼1956年的《性犯罪及其性犯罪》、本杰明·克伯曼1954年的《性犯罪及其罪犯》,这些研究大大推动了性犯罪的研究。^{〔1〕}相对于国外来说,我国对性犯罪的研究起步较晚,直到20世纪80年代我国才开始比较集中的关注性犯罪问题。

(一)性犯罪的概念

在性犯罪的研究中,国内外学者通常都会对性犯罪的概念进行定义。美国学者卡普里奥和布雷诺在《性行为》一书中指出,性犯罪包括强奸、奸杀、同性恋、乱伦、对少年儿童的性骚扰、各种猥亵行为、裸露癖等刑法规定的犯罪行为,和其他刑法没有规定的不轨的性行为。日本学者菊田幸一认为,性犯罪通常称为风俗犯罪,如强奸、猥亵和公开散布或贩卖猥亵性质的书刊图画以及其他如卖淫、重婚等与性欲有关的犯罪行为,而在刑法上未构成犯罪的某些性行为,如同性恋、近亲相奸、兽奸,则不是性犯罪。^{〔2〕}我国台湾地区学者周光琦在《性与犯罪》中指出,在性生活上,常

〔1〕 [美] R. M. 霍姆斯:《性犯罪与刑事审判体系》,张继宗等译,群众出版社1989年版,第2~4页。

〔2〕 康树华主编:《犯罪学通论》(第2版),北京大学出版社1996年版,第11页。

常发生种种的罪恶与纠葛而构成犯罪的事实,所以在性欲生活方面,往往违反法律的规定,而伤害风化与紊乱治安,构成种种性的犯罪,普通为性的享乐而引起的罪恶,统称“性的犯罪”。〔1〕我国大陆地区有的学者认为性犯罪是基于个人性的冲动,性需要的满足而不择手段地侵犯他人人身权利、危害社会秩序、破坏人与人之间关系的各种违法犯罪。〔2〕有的学者认为性犯罪就是反映在性生活方面侵犯公民人身权利、妨碍社会秩序、破坏社会主义人际关系的故意犯罪。〔3〕有的学者认为性犯罪是指以满足性欲为目的或者以营利为目的,实施性行为,强迫、引诱、容留他人实施性行为,而侵犯他人性权利或妨碍社会风化所构成的犯罪。〔4〕

综观上述国内外学者关于性犯罪概念的各种观点,可以发现,对于什么是性犯罪,上述观点之间既存在共性,也存在差异,共性主要体现在上述观点都主张性犯罪是关于性方面的犯罪,既然是性犯罪,肯定是与性有关的犯罪,因此这一点不存在疑问,问题是是否所有与性有关的犯罪都属于性犯罪?对于这一问题的不同回答,也就是上述观点的分歧所在,具体又体现为两个方面:一是性犯罪是否仅限于刑法明文规定的犯罪,是否包括那些在刑法上没有明确规定但违反性道德的性越轨行为?二是是否所有与性有关的犯罪都属于性犯罪,是否只有与性有某些特殊关系的犯罪才属于性犯罪?这两个问题的答案不一样,将导致性犯罪的范围不一样,比如第一个方面,通奸是一种与性有关的行为,但是许多国家在刑法上并没有将通奸规定为犯罪,因此如果认为性犯

〔1〕周光琦:《性与犯罪》,正中书局1943年版,第32页。

〔2〕阴家宝主编:《新中国犯罪学研究综述》(1949~1995),中国民主法制出版社1997年版,第540页。

〔3〕阴家宝主编:《新中国犯罪学研究综述》(1949~1995),中国民主法制出版社1997年版,第540页。

〔4〕欧阳涛主编:《性犯罪》,河南人民出版社1990年版,第17页。

罪只限于刑法规定的犯罪的话,那么通奸就不属于性犯罪,反之,如果认为性犯罪不限于刑法规定的犯罪的话,那么通奸就属于性犯罪。再比如第二个方面,虽然强奸罪和贩卖淫秽物品罪都是与性有关的犯罪,但是强奸罪是直接涉及性欲、性行为的犯罪,而贩卖淫秽物品罪则并不与性欲的满足和性行为的进行有关,因此如果认为所有与性有关的犯罪都属于性犯罪的话,那么贩卖淫秽物品罪和强奸罪一样,都属于性犯罪,反之,如果认为与性有关仅限于与性欲、性行为有关的话,那么贩卖淫秽物品罪就不属于性犯罪。

对于上面两个方面,本书均采用狭义的看法,认为性犯罪仅限于刑法明确规定的犯罪,刑法没有明文规定为犯罪的,不属于本书的性犯罪,同时认为性犯罪并非包括所有与性有关的犯罪行为,而只包括与性欲的满足和性行为的进行有关的犯罪行为。本书之所以做这些限制,是因为:(1)本书是从刑事诉讼的角度来研究性犯罪的,而刑法又对刑事诉讼起着指导作用,^{〔1〕}如果一项行为没有在刑法上规定为犯罪,那么无论其危害如何严重,都是不可能启动刑事诉讼程序的,因此本书的性犯罪限制为刑法明文规定为犯罪的行为;(2)本书将性犯罪限定于与满足性欲、进行性行为有关的犯罪,将那些仅仅是间接与性有关的行为排除在性犯罪范围之外,主要原因是遭受以满足性欲、进行性行为犯罪侵害的被害人,与遭受一般犯罪侵害的被害人相比,其心理上、精神上所受伤害程度更深,因此需要采取不同于一般被害人的特殊保护措施,而只是遭受间接与性有关的犯罪侵害的被害人,这些特征并不明显,因此没有必要采取特殊的保护措施。综上所述,本书认为性犯罪是指刑法明文规定的与性欲的满足和性行为的进行有关的

〔1〕〔日〕小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第19页。