



现代法学前沿问题研究丛书

刑事被害人保护 问题研究

Studies on Victim Protections

主编 张鸿巍

副主编 黄莹 赵若辉

人民法院出版社

——现代法学前沿问题研究丛书

美国福特基金会资助项目

刑事被害人保护问题研究

主 编：张鸿巍

副主编：黄 莹 赵若辉

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事被害人保护问题研究/张鸿巍主编. —北京: 人民法院出版社, 2007. 3

(现代法学前沿问题研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 440 - 5

I. 刑… II. 张… III. 被害者 - 刑事诉讼 - 研究 - 中国
IV. D925. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 027935 号

刑事被害人保护问题研究

张鸿巍 主编

责任编辑 张维炜

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250572 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市恒艺印务公司

经 销 新华书店

开 本 850 × 1168 毫米 1/32

字 数 252 千字

印 张 10. 125

版 次 2007 年 3 月第 1 版 2007 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 440 - 5

定 价 22. 00 元

版权所有 侵权必究

前 言

《刑事被害人保护的理念、议题与趋势》是美国福特基金会资助项目——《刑事被害人保护研究》的阶段性成果。该项目在实施过程中，得到基金会官员刘晓堤博士的大力支持与帮助。

随着我国社会主义民主法治建设的不断深入和健全，社会各界对被害人保护的重视程度亦不断攀升，国内学术界对被害人保护的探讨更日趋重视，相关成果逐渐刊行于世。为此欢欣鼓舞的同时，我们亦希望为我国被害人权利的保护和被害人学的推广倾一份心、尽一份力，于是便有了编辑这本书的初衷。幸得多位海内外专家、学者与青年才俊惠允，拨冗赐稿，结合各自研究所长，分别从法理学、诉讼法学、犯罪学、犯罪统计学以及被害人学等多角度阐释其对被害人保护的理解与主张，本书所辑论文均为其中佳作之选。特别需要一提的是，数位海外及我国台湾地区学者以比较法视角呈现的被害人保护的理论与实践为我们了解大陆以外最新相关动态提供了宝贵的第一手资料。

在诸位同仁全力支持下，2006年6月30日在广西大学成功举办了“刑事被害人权益保障”国际研讨会。本书所收集论文的部分作者欣然与会，与广西专家、学

者以及政法界人士会聚一堂，共同探讨被害人保护的
国际趋势、中国被害人保护的应对策略以及被害人学的最
新学科发展及其对中国学术界的冲击与机遇等问题。

原收录论文集中有《民事保护令于美国反家庭暴力
之应用》、《日本刑事被害人保护的多视角分析》、《英国
刑事被害人保护的法律、政策与实践》、《澳大利亚刑事
被害人的保护与救助》以及《韩国刑事被害人保护现
状》五篇英文论文，现已由广西大学法学院硕士研究生
吴迪、唐庆东、赵雅琪、滕艳军、李霞以及韦林欣等同
学协助译为中文。吴迪、顾清和韦林欣等同学亦校对有
关文字。此外，人民法院出版社林志农、张维炜等编辑
同志为本书的出版付出大量辛勤工作，在此一并致谢。

编者 谨识

2007 年 2 月

编者：

张鸿巍：广西大学法学院教授，（美国）山姆休斯敦州立大
学刑事司法学博士，（日本）龙谷大学犯罪矫正研究中心博士后

黄莹：广西大学法学院副教授

赵若辉：（美国）内布拉斯加大学奥马哈分校刑事司法学博
士候选人

目 录

前言	(1)
----------	-----

理念篇

国际人权法视野下刑事被害人权利保护的 法理透视	
----------------------------	--

..... 强昌文 汪闻敏	(3)
---------------	-----

刑事被害人权利保护的诉讼法视角探析	
-------------------	--

..... 郭天武 刘晓光	(20)
---------------	------

恢复性正义理念下的被害人权利保护	
------------------	--

..... 秦 策	(34)
-----------	------

论本土刑事非诉纠纷解决机制之建构——	
--------------------	--

兼论我国刑事被害人对恢复性司法的期待	
--------------------	--

..... 张品泽 吴晓红	(53)
---------------	------

酌定不起诉中被害人的“二元化困境”	
-------------------	--

..... 雷小政 刘晓东	(63)
---------------	------

女性刑事被害人与修复性支助	
---------------	--

..... 冯建仓	(85)
-----------	------

综述家庭暴力案件中对女性被害人的保护	
--------------------	--

..... 钟 华	(100)
-----------	-------

刑事附带民事诉讼之改造——从家庭暴力	
--------------------	--

被害人保护的角度	
----------	--

..... 吴小英 (120)

借鉴篇

民事保护令于美国反家庭暴力之应用	张鸿巍 (141)
日本刑事被害人保护的多视角分析	 Koichi Hamai, Tamaki Yokochi, Kazuya Okada (164)
英国刑事被害人保护的 法律、政策与实践	 Chris Lewis, Tom Ellis (201)
澳大利亚刑事被害人的保护与救助	 崔永康 (227)
韩国刑事被害人保护现状	 宋主映 (250)
论香港特别行政区的罪行被害人权利及保护问题	 崔永康 付 欣 (267)
台湾地区“犯罪被害人保护法”释义	 黄兰嫒 (298)

理 念 篇

国际人权法视野下刑事被害人 权利保护的法理透视

强昌文* 汪闻敏**

引 言

随着被害人保护理念和实践的发展,自20世纪六七十年代以来,被害人权利保障问题越来越为人们所重视。联合国、其他区域性国际组织及有关国家和地区已经努力并正在加强这方面的探索,而且取得了实际性的效果。相比国际被害人权利保障的理论和实践,我国立法在此方面还存在一些缺陷和漏洞。本文从国际视角对被害人权利保护的理念与实践的发展以及我国现行的相关制度进行比较分析,以此提出我国被害人权利保护的完善措施及法理依据。

一、刑事被害人权利保护的概述

刑事被害人权利保障的思想观念自古有之,在不同的国家有不同的表现;不同的阶段也有不同的表现形式。综观各国被害人

* 安徽大学法学院教授、吉林大学法学博士。

** 安徽大学法学院法理学硕士研究生。

权利保障思想和制度发展史，大致经历了私力—公力—公力与私力救助相结合三个阶段的发展。

在古代社会国家产生之前，由于生产力水平极端低下，生产方式极其落后，人们过着氏族社会生活，基本没有形成公共权力机构的概念，因而被害人受到侵害都是靠被害人自己的力量加以救济，即所谓“私力救济”。在国家产生后，形成了公共权力机构，统治者为维护其统治，主张“法治”，声称“君权神授”，把犯罪看成是违背神的旨意，国家代表神对犯罪加以惩治。在这个过程中，“私力救助”过渡到了“公力救助”。

在近代社会，由于古典主义自然法的影响，社会主张人的自由与平等，主张个人权利的神圣不可侵犯。个人以与国家订立契约的形式把这些权利交给国家，由国家承担保护其权利的责任，因此，当其权利受到犯罪侵害时，国家理所当然地要承担起保护个人权利的责任，避免私人报复。正如贝卡利亚认为的：“刑罚的重要作用之一就是对私人复仇的阻断与否定，国家与法律就是通过刑罚的方法来避免社会陷入复仇和相互侵犯的恶性循环之中的”。^① 在现代社会，法治理念逐渐由“社会本位主义”取代“国家本位主义”，刑法的作用不仅要惩治犯罪人而且要保护被害人，保护的主体不仅局限于国家而且包括社会其他群体甚至被害人自己。同时受利益主义法学派的影响，为了保护被害人的利益，各国立法和司法实践均规定和体现了对被害人的赔偿、补偿和援助制度。对被害人的救济形成了公力与私力救助相结合的方式。

二、国际人权法与刑事被害人的保护

权利概念和权利学说早已有之，有学者认为，“古代人权包

^① 张筱薇：《比较外国犯罪学》，百家出版社1996年版，第37页。

括终极权威观念、平等人格观念和本性自由观念的逻辑结构”。^①但是真正使人权获得社会的普遍承认和尊重的还是源于近代的思想启蒙运动及其影响下的资产阶级革命。特别是第二次世界大战以来，人权获得了国际社会最普遍的关注。由于在第二次世界大战中法西斯国家给世界人民带来灾难，战后建立的世界性国际组织——联合国制定和公布了一系列有关人权保障的条约。其中最主要的有《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》及其《任意约定书》、《经济、社会、文化权利国际公约》等。此后，由于对特殊群体和专门领域人权保护的需要，联合国又先后制定和通过了一系列人权公约，如《防止惩治灭绝种族公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《消除对妇女一切形式歧视国际公约》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》。1985年，联合国大会又专门通过了有关被害人保护的《为罪行和滥用权力行为被害人取得公理的基本原则宣言》（以下简称《宣言》）。

（一）国际人权公约与刑事被害人的保护

《世界人权宣言》第1条明确规定：“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。”而《公民权利和政治权利国际公约》第26条也明确规定：“所有人在法律面前平等，并有权受法律的平等保护，无所歧视。”这宣告了被害人应当与被告人一样享有平等的人权，包括获得法律援助的权利、上诉权和获得赔偿与补偿的权利等。《世界人权宣言》第3条和《公民权利和政治权利国际公约》第6条、第9条规定了对生命权和自由权的保护；《世界人权宣言》第17条规定了对财产权的保护；《世界人权宣言》第26条以及《经济、社会、文化权利国际公约》第13条、第

^① 夏勇：《人权概念起源》，中国政法大学出版社1992年版，第86页。

15 条规定了享受教育而获得发展的权利。这样,在最主要的国际人权公约中规定了最基本的五种人权——生命权、自由权、发展权、平等权和财产权。同时,《世界人权宣言》第 8 条、第 12 条,《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条、第 17 条均规定了公民的这些权利在受到侵害时可获得法律保护和诉讼上的补救。在《公民权利和政治权利国际公约第一任意议定书》中甚至还规定了缔约国个人有向人权事务委员会直接申诉的权利。

(二)《欧洲人权公约》与刑事被害人的保护

作为区域性国际人权公约代表的《欧洲人权公约》于 1950 年 11 月在罗马签署,并于 1953 年 9 月生效。在公约刚开始生效的时候,公约对普遍人权的保护,还存在局限和不足。与《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》相比还存在着一些遗漏,如对没有规定财产权和发展权,只是后来通过议定书的方式对公约进行了弥补;在有关专门的刑事被害人权利的保护方面涉及较少,除《欧洲人权公约》第 13 条规定的有效补救权外,很少有涉及。而对被告人权利保护却有不少专门条款的规定,如其第 6 条规定了无罪推定和公正审判;第 7 条规定了免受刑事司法溯及既往等。在后来的议定书中,有关被告人权利保护的条例也不断出现,如第 7 议定书规定了刑事案件中被告人的上诉权、对于误判的刑事犯罪人给予赔偿的权利、任何人不应在同一国家司法管辖权内就同一犯罪在刑事诉讼中再次受到审判或惩罚的权利等。此外,对废除死刑的规定,在实践上比《公民权利及政治权利国际公约第二任意议定书》早 6 年。

(三)传统刑事被害人权利保护的不足与《宣言》的产生

1. 传统国际人权法对刑事被害人保护的不足

国际人权公约与《欧洲人权公约》中有关被害人权利的保

护大都是一些原则性的规定,很少涉及具体制度。而其他的一些国际人权公约,除一些涉及特殊群体或专门领域被害人的保护,如女性被害人、有色人种被害人、儿童被害人等,也鲜有有关被害人权利保护的专门性国际文件。笔者认为,国际人权公约与《欧洲人权公约》及其他一些国际性人权公约,在刑事被害人保护方面,确立了人权保障的基本原则和指导精神,为各国被害人人权立法和有关被害人权利保护的实践提供了指南。但是,由于具体制度的缺乏,公约条款对被告人权利保护偏倚等不利因素的存在,各国的立法和实践中出现被害人与被告人人权保护的失衡现象。更由于以下一些理论和实践问题,对刑事被害人权利保护力度的加大,成为当今世界各国的共识。立法上,应加强和细化对被害人权利保护规定,具体表现在:

(1) 被害人与被告人权利保障平衡的要求。在以往各国的刑事立法和人权立法中,大都关注被告人、犯罪嫌疑人的人权保护,立法规定了被告人享有比被害人广泛得多的权利。如有的国家只规定了被害人在诉讼中仅有证人的地位。^①这样,被害人与被告人的权利严重失衡,不符合“比例公平”的原则。

(2) 犯罪活动及其对被害人权利的侵害性。一些恶性犯罪给被害人的身心带来巨大的痛苦。因而,必须加强对被害人的保护,如对受到强奸侵害的女性被害人及其隐私的保护等。

(3) 西方国家犯罪矫正的实际效果并不明显。西方国家矫正犯罪在改造犯罪人方面没有取得理想效果。应对这种情况,人们应转换思路,将角度转向被害人权利保护的视角去保护被害人。

^① 张振高、梁卫东:《论犯罪被害人的权利保护》,载《法学》1997年第4期。

2. 《宣言》与被害人权利的保护

由于人们在刑事被害人权利保护认识上的趋于一致性以及各国在这方面出现的问题,联合国大会于1985年11月29日第40/34号决议通过了《宣言》。《宣言》是一部有关被害人权利保护的专门性国际文件,包括以下四个部分:取得公理和公平待遇、赔偿、补偿和援助。《宣言》从具体制度和实际可操作性上专门规定了被害人权利的保护。反映了被害人权利保护的要求和维护社会稳定的需要。为各国被害人保护立法提供了可行的标准,被各国刑事和人权立法所吸收和采用,有力地推动了世界范围内的被害人权利保护的立法和实践活动,促进了国际社会的人权保护。

三、被害人权利保护的新发展与法理探析

近些年来,由于国际社会对被害人权利保护的关注,有关被害人权利保护的理论和实践有了新的发展。如有的国家已经采用和即将采用禁止双重危险规则的例外和恢复性司法制度来加强对被害人权利的保护。

(一) 禁止双重危险规则的例外

1. 人权法的发展与禁止双重危险规则的例外

禁止双重危险规则(the rule against jeopardy),即通常刑事诉讼中的一事不再理规则,其设立是为了更好地保护被告人,是被告人在刑事诉讼中据以抗辩国家追诉的资格和理由。这在《公民权利和政治权利国际公约》第14条第7款和《欧洲人权公约》第7议定书中均作了规定。

随着近年刑事司法政策从偏倚保护被告人到兼顾被告人与被害人利益的平衡,很多国家在其国内司法理论和实践中已经建立和即将建立该规则的例外情形。同时,这也是人权法发展的体

现,在《公民权利和政治权利国际公约》和《欧洲人权公约》中亦作了补充规定。例如,1984年的联合国人权事务委员会针对《公民权利和政治权利国际公约》第14条发表的第13号“一般评论”(general comment),即可看做是对该人权事务委员会并不否认禁止双重危险规则的例外。^①此外,在《欧洲人权宣言》第7议定书第4条第2款明确规定了禁止双重危险规则例外的两种情形,即:如果有新的或新发现的事实证据,可能影响案件的结果;以及在原诉讼中存在根本的瑕疵,可能影响案件的结果。

2. 禁止双重危险规则的例外存在的理论依据

禁止双重危险规则的例外作为禁止双重危险规则的突破,有其存在的法理依据,笔者认为主要表现在:

(1) 利益多元化与利益的兼顾保护。刑事司法中存在着多元利益,如在刑事诉讼中会涉及犯罪人、国家和被害人的利益。在以往的刑事司法理念中,受传统的二元诉讼结构模式的影响,人们关注的重点是国家和被告人的利益,会有意无意地形成对被害人权利的漠视。但是刑事诉讼中的多元利益应均衡保护,不能顾此失彼。既要保护被告人和国家的利益,也要保护好被害人的利益,甚至被害人的利益更应优先保护。因为在进入刑事诉讼之前,其利益就已经受到侵害,如不注重对其保护,就有可能导致其权利再次受到侵害。

(2) 惩罚犯罪与保障人权的价值选择。禁止双重危险主要是从保护被告人的角度去设置的。但任何权利都不是绝对的,是绝对性与相对性的统一。禁止双重危险规则也同样如此,应是被告人人权保障与让有罪之人受到应有惩罚的统一。如在原诉讼中

^① 张毅:《刑事诉讼中的禁止双重危险规则论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第317~318页。

出现的可能影响裁判结果的因素而影响最终裁判,这是不公正的。而刑事诉讼最根本的价值选择就是公正,所以对禁止双重危险规则的突破就是对价值选择终极目标的追求。同时,人权保障是均衡的,既包括犯罪人,也包括被害人,要兼顾保护,就应该允许对旧的规则理念有所突破,以实现人权的均衡保护。

3. 有关国家立法对禁止双重危险规则例外的规定

目前,规定有《公民权利和政治权利国际公约》和《欧洲人权公约》中禁止双重危险规则例外的国家主要有德国、俄罗斯、芬兰和丹麦等。而英国在其近年的刑事司法改革中,也逐步确立了对禁止双重危险规则的例外规定。^①而在规则的适用条件上,以上国家大都确立了与《欧洲人权公约》第7议定书相类似的条件,即“新证据例外”和“根本性程序瑕疵例外”。但有其各自的特点,如在发现新的事实或证据申请再审的范围上,德国规定,基于事后发现的原审法院所未发现的证据和事实申请再审时,法院不予支持;还有在申请再审所涉及的犯罪性质的程度上,也有不同的规定;而在提起再审的请求期限上,俄罗斯规定为1年(《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第414条第3款),相同的规定还有芬兰等国家。

(二) 人权保护理念下的恢复性司法制度

1. 恢复性司法制度

恢复性司法是在以国家起诉为标志的现代刑事司法模式和以监禁刑为中心的现代刑罚结构带来许多问题,许多国家的刑事司法学者对此进行反思的背景下产生的。^②在2002年4月16日至

^① 陈光中主编:《21世纪域外刑事诉讼法的最新发展》,中国政法大学出版社2004年版,第180~181页。

^② 陈和华、叶利芳:《刑事司法学》,中国方正出版社2004年版,第130页。