

诉讼法文库(2011)(3)



总主编 樊崇义

刑事被害人作证制度研究

兰跃军 著

A STUDY ON THE SYSTEM OF
CRIME VICTIM TO TESTIFY

本书运用比较研究、实例分析、历史考察等多种方法,对被害人作证的基本原理(包括概念、适格性、必要性、局限性及其与证人作证的差异)、身份、席位、内容、证据形式、程序、特殊方式、援助和保障进行了系统研究,通过回答被害人为什么作证,被害人如何作证,以及如何保障被害人作证三个问题,构建了一个以“本土资源”为基础的“相对合理”的被害人作证制度,填补了我国刑事作证制度研究乃至刑事诉讼制



中国人民公安大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事被害人作证制度研究/兰跃军著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 4

(诉讼法学文库 / 樊崇义主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0396 - 8

I. ①刑… II. ①兰… III. ①被害人—举证责任—研究—中国 IV. ①D925.213.4
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 057994 号

诉讼法学文库

刑事被害人作证制度研究

兰跃军 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2011 年 4 月第 1 版

印 次: 2011 年 4 月第 1 次

印 张: 22.5

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 404 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0396 - 8

定 价: 58.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsui.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

“诉讼法学文库”总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，直接决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治、文明与野蛮的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈道，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”。^①

我国1999年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理，才能构建较为完善的诉讼制度，才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时，对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识，不能不予以重视，也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响，诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一：司法

^① 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第25期。

机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如,刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具,忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用,忽视了刑事诉讼所具有的独立品格和价值。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋,已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐,而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面,必须在宏观法律观念上作一个大的转变,同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验,加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握诉讼原理,可以帮助我们全面地认识司法机关的功能,并对各种不同的诉讼模式及规则进行正确的取舍,从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式及规则。由此制定的法律,将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之,如果不能正确把握诉讼原理,对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择,立法活动就可能要多走许多弯路,甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件,就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识,将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释,从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会,由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和,所以对基本诉讼原理的认识,还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时,能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,保障诉讼活动的公正进行,也必须认真研究诉讼原理,把握诉讼规律。当前,我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题,如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等,并已取得了一定的研究成果,这有力地推动了人们法律观念的变化,并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的来看,我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距,还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨,缺乏对一般性诉讼原理的全面和系统的探讨。因此,随着我国法治进程的推进,探讨一般性诉讼原理已经成为我国

诉讼法学界必须研究的课题。

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究，同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响，并对司法实践工作有所帮助，中国政法大学诉讼法学研究中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目，面向国内外专家、学者开放，凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著，以及对公安、司法工作有指导意义，对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

“诉讼法学文库”自 2001 年面世以来，得到了诉讼法学界专家、学者、实务工作者的热情支持，现已出版发行专著 60 多部，这些成果深受广大读者的青睐，已有多部著作获省部级以上的奖励，在这里特向广大读者和作者致以诚挚的谢意！由于编辑工作的需要，该文库从 2006 年起，每年以入选先后另行排序。特此说明。

中国政法大学诉讼法学研究中心名誉主任



2007 年元月于北京

序

自从检察机关取代被害人行使公诉权后，被害人在公诉案件中除了告发犯罪之外，绝大多数情形下基本上处于证人地位，被害人陈述也通常被归入证人证言之列，并未引起学界的广泛关注和研究。随着世界范围内被害人权利保障运动的兴起，人们逐渐认识到，在犯罪行为发生时，被害人不仅“身临其境”，具有作证的适格性，而且“身受其害”，其作证又存在许多局限性。被害人作证与证人作证既有一些共同之处，又存在诸多差异，两者不能混同。因此，有关国际公约和域外立法与实践越来越重视被害人作证过程中的权利保障，规定了一系列有利于保障被害人权利的作证程序和制度，以期最大限度地保障被害人的“正当程序权”，有效避免被害人在作证过程中遭遇“二次被害”。

我国1979年《刑事诉讼法》将被害人确立为一种独立的诉讼参与人，被害人陈述被作为一种有别于“证人证言”的证据种类。1996年《刑事诉讼法》将被害人纳入“当事人”的范畴，以示对被害人地位的重视。然而实际上，“被害人证人化”的状况并未得到根本改变。不仅《刑事诉讼法》第100条保留了“询问被害人适用询问证人的规定”，而且司法实践中也没有区别被害人陈述与证人证言的举证和质证规则；最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部2010年联合发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第17条也对被害人陈述与证人证言的审查判断做了完全相同的制度安排。本书作者敏锐地意识到这一问题，选择“刑事被害人作证制度研究”作为其博士论文题目，综合运用刑事诉讼法学、证据法学和被害人学的基本原理，主要沿着两条并行的主线对被害人作证制度进行了系统研究：一是被害人作证的身份仍然是被害人（当事人），而不是证人，被害人作证与证人作证存在许多本质上的差异；二是被害人作证既有必要性，又有局限性，被害人作证程序和作证方式的设计不仅要遵循刑事诉讼法和证据法上的作证原理，而且要遵循被害人学所倡导的被害预防原理，在充分发挥被害人作为证据来源的证明价值的同时，还要尽可能地避免被害人作证过

程中可能遭遇的“二次被害”。

本书是在作者博士学位论文的基础上修改而成的，共五章，除了对被害人作证的基本原理（包括被害人作证的概念、适格性、必要性、局限性及其与证人作证的差异）进行研究外，还结合我国刑事司法体制，先后对被害人作证的身份、席位、内容、证据形式、程序、特殊方式、援助和保障八个方面进行了全面的研究。全书立论新颖，论证有力，思路清晰，体系完整，通过回答被害人为什么作证、被害人如何作证以及如何保障被害人作证这三大问题，构建了一个立足于本国国情的“相对合理”的被害人作证制度，从某种意义上说填补了我国刑事作证制度乃至刑事诉讼制度研究方面的一块空白。相对于单纯强调被害人权利保护的研究现状而言，本书具有相当的开拓性和创新性，其学术价值和应用价值值得充分肯定。

当然，该书对某些问题的论述还不够深入，书中提出的一些观点和设计的某些程序规范也值得推敲，有待作者进一步研究。希望作者继续努力，在今后的学术研究中取得更大的成绩。

西南政法大学副校长、博士生导师 孙长永
2011年1月18日

前 言

选取“刑事被害人作证制度”这一跨刑事诉讼法、证据法、被害人学等学科的问题作为博士论文的研究对象，是笔者在主持国家社会科学基金项目“刑事被害人人权保障机制研究”（项目批准号：06XFX015）过程中逐渐形成的一个想法。在该项目研究过程中，笔者发现，不仅《联合国反腐败公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、《国际刑事法院罗马规约》及《国际刑事法院程序与证据规则》等国际公约都对被害人作证作出了特殊规定，而且德国、日本、英国、美国等许多国家（地区）刑事立法都将规范被害人作证作为加强被害人人权保障的一种新趋势。而综观我国刑事司法理论与实践，尽管1979年和1996年刑事诉讼法都将被害人陈述规定为一种独立的法定证据种类，最高人民法院、最高人民检察院在1982年《关于审理强奸案件应慎重处理被害人出庭问题的通知》中就明确要求慎重处理强奸案件被害人出庭作证问题，承认被害人与证人具有平等的作证主体资格，但是，刑事诉讼法至今没有对被害人作证作出任何特别规定，没有明确被害人出庭作证的身份和席位，也没有在审判阶段设计被害人作证的程序，导致法学理论界对被害人是否应当出庭作证和被害人作证的身份一直存在争议，大多数学者都将作证的被害人视为证人（“特殊证人”或“实质证人”等），从而使被害人作证长期遮蔽在证人作证的阴影之下，缺乏系统研究；而司法实务界由于欠缺被害人出庭作证的可操作性规范，认为被害人出庭作证对于他们控制庭审进程反而是一个麻烦，几乎一致主张被害人不出庭作证。这就使得被害人作证与证人作证一样，在司法实践中成了一种罕见的例外。然而，根据笔者在重庆、湖南、江苏等地公安司法机关调研得知，在司法实践中，大多数被害人都想出庭作证，期盼通过自己的努力将被告人定罪量刑，见证司法公正的实现过程。另外，也有许多人因为害怕出庭作证给自己造成“二次被害”，不敢出庭作证，或者只愿意在庭前向警察、检察官作证。

近年来，国内外媒体报道的几起被害人作证的典型案例，也引起了笔者对该问题的深度反思。2007年4月，我国台湾地区某纪姓女子遭到网友性侵

害，她在接到法院的传票后，因为害怕出庭作证而被迫卧轨自杀。2006年，美国NBA著名球星科比强奸案中，正当陪审团的遴选工作还在大张旗鼓地进行时，由于被害人不愿在正式庭审阶段出庭作证，主审法官不得不突然宣布因性侵犯证据不足而取消案件，致使科比逃脱法网。在我国，2007年震惊全国、骇人听闻的贵州威宁“教师强迫学生卖淫案”审判时，一审法院在没有采取任何特殊保护措施的情况下安排多名未成年被害学生出庭作证，迫使许多家长不得不带孩子（被害学生）离开当地。2007年4月，上海市一男子为使亲戚逃脱法律制裁，威胁被害人出庭作虚假陈述而受刑，等等。这些案例既印证了笔者上述调研结果，帮助笔者解释了域外刑事立法特别重视规范被害人作证的新趋势，也极大地激发了笔者对被害人作证制度的兴趣。最高人民法院、最高人民检察院近年来的司法解释再次重申被害人与证人、鉴定人及侦查人员一样出庭作证的必要性，我国刑事诉讼法对被害人作证制度规范的缺失，以及国内外理论界对被害人作证制度研究的空白状况，也使得笔者坚定了选择此项极具挑战性的跨学科问题作为自己的博士论文选题的决心。

笔者认为，研究被害人作证制度具有四个方面的理论和实践意义：

第一，它是我国履行国际公约义务的需要。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》是于2003年和2005年先后生效的两个重要国际公约，我国已经批准加入这两个公约。按照“条约必须信守”的国际法原则，我国有义务保障这两个公约在国内得以有效实施（我国提出保留的条款除外）。而《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第24条和《联合国反腐败公约》第32条都以相同的内容规定了被害人作证的保护措施，包括允许以确保被害人安全的方式作证的取证规则。而我国刑事诉讼法对于被害人作证制度没有作出任何特殊规定，显然不利于保障两公约在国内实施。因此，研究被害人作证制度，构建符合公约要求和我国国情的被害人作证机制，有利于我国履行两公约的要求。一旦我国将来批准加入《国际刑事法院罗马规约》和《国际刑事法院程序与证据规则》，也将面临同样的问题。因为这两项国际法律文件对被害人作证制度的规定更加全面、细致。

第二，它是完善我国刑事作证制度和刑事诉讼制度的需要。虽然我国刑事诉讼法没有明确规定被害人出庭作证的身份和程序，只是在第100条规定，侦查程序中询问被害人适用询问证人的各条规定，但是，最高人民法院和最高人民检察院的司法解释已经多次提及被害人作证问题。最高人民法院、最高人民检察院1982年《关于审理强奸案件应慎重处理被害人出庭问题的通知》规定：“人民法院开庭审理强奸妇女和奸淫幼女案件时，对于被害人依

照刑事诉讼法的规定，愿意出庭向被告人发问、陈述作证和发言辩论的，可以通知被害人到庭；对于被害人不愿出庭的，可不通知其到庭。被害人是否愿意出庭行使诉讼权利和履行作证义务，人民法院应当在开庭前征求被害人的意见，并将被害人的意见告知提起公诉的人民检察院。对强奸妇女和奸淫幼女案件，如果需要以被害人的陈述作为定案证据的，人民检察院在审查起诉时和人民法院在开庭审理前，都应当查证属实。在被害人不愿出庭的情况下，人民法院开庭审理时，可依照刑事诉讼法第一百一十六条的规定，当庭宣读被害人的证言笔录或亲笔证词。对于被害人与被告人素不相识的，在当庭宣读被害人的证言笔录或亲笔证词时，应参照刑事诉讼法第六十条的规定，不公开被害人的姓名。如果合议庭认为案件证据不充分，或者发现新的事实，需要进一步向被害人查证的，可以依照刑事诉讼法第一百二十三条的规定办理，也不要通知被害人到庭作证。”最高人民法院1994年《关于审理刑事案件程序的具体规定》第110条规定：“被害人出庭陈述的，审判人员先查明被害人身份，告知诉讼权利和义务，然后由被害人就案件事实作全面陈述。审判人员对被害人进行询问后，公诉人、被告人、辩护人经审判长许可，也可以向被害人发问，但审判长认为发问的内容与案件无关时，应当制止。”最高人民法院、最高人民检察院2006年《关于死刑二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》第13条规定，二审人民法院开庭审理死刑上诉、抗诉案件，具有下列两种情形之一的，应当通知被害人出庭作证：一是对被害人陈述有异议，而且该被害人陈述对定罪量刑有重大影响的；二是合议庭认为其他有必要出庭作证的。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2007年《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》第32条进一步明确了被害人不出庭作证的法律后果，即在下列两种情形下，人民法院应当通知被害人出庭作证：一是人民检察院、被告人及其辩护人对被害人陈述有异议，而该被害人陈述对定罪量刑有重大影响的；二是人民法院认为其他应当出庭作证的。经人民法院依法通知，被害人应当出庭作证；不出庭作证的被害人的书面陈述经质证无法确认的，不具有证据能力，不能作为定案的根据。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部2010年联合发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》不仅再次重申了上述内容，而且对被害人陈述与证人证言的审查判断做了完全一致的制度安排，即“对被害人陈述的审查与认定适用前述关于证人证言的有关规定（第17条）”。笔者认为，该规定虽然在一定意义上弥补了被害人陈述的审查认定规范，但其合理性还值得探讨。除此之外，最高人民

法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第135条至第138条和第146条、《人民检察院刑事诉讼规则》第331条和第333条也规定了庭审询问被害人和对被害人书面陈述进行质证的要求。北京、上海等地公安司法机关联合制定的有关规范性文件（如京高法发（2007）417号、沪高法〔2006〕397号等）也明确要求被害人出庭作证。从这些规定可知，一方面，我国被害人作证已经有一定法律依据，不存在完全“类推”适用证人作证制度规范的问题。另一方面，在我国，被害人与证人、被告人、鉴定人、侦查人员一样，都是一种独立的刑事作证主体。我国刑事诉讼法仅仅对证人、被告人、鉴定人出庭作证制度有所规定，而对被害人和侦查人员出庭作证的程序和规则几乎是一片空白，这是一个明显的立法疏漏，亟待补充完善。笔者在调研过程中与许多刑事法官讨论时得知，他们不通知被害人出庭作证的一个重要原因，就是立法缺乏这方面的规定，担心被害人出庭作证可能扰乱其庭审计划，致使庭审复杂化。而从国内理论研究来看，目前对其他三个刑事作证主体的作证制度都有博士论文或重点课题进行过系统研究，并且出版了有价值的专著，^①唯独被害人作证制度缺乏研究，至今还很少有这方面的论文。因此，笔者认为，研究和构建被害人作证制度，探讨被害人作证的程序规则，旨在解决刑事司法实践中的这一制度缺失问题，是完善我国刑事作证制度和刑事诉讼制度的需要。它既是一项“补白性选题”，也是一项应用型选题。陈光中先生在总结我国“十五”期间刑事诉讼法学研究的主要进展和成果，展望“十一五”期间刑事诉讼法学科发展趋势时，将“被害人权利保障研究”列为尚待研究的十一大重点课题之一，认为特定被害人出庭作证问题是其中一个重要方面，今后需要加强研究。^②龙宗智教授在主持国家社会科学基金项目“中国刑事诉讼法再修改研究”时指出，被害人作证的质证问题，即在被害人自然陈述后是否应当设置询问被害人的程序是我国刑事审判中有关被害人的法律制度比较突出的两个问题之一，应当认真研究

① 关于证人作证，有何家弘教授主持的国家社会科学基金项目：《证人制度研究》（人民法院出版社2004年版）和王进喜教授的博士论文：《刑事证人证言论》（中国人民公安大学出版社2002年版）；关于鉴定人出庭作证，有郭华博士主持的司法部科研项目：《鉴定意见证明论——司法鉴定人出庭作证规则研究》（人民法院出版社2008年版）；关于侦查人员（警察）出庭作证，有王超博士的专著：《警察作证制度研究》（中国人民公安大学出版社2006年版）。欧卫安的博士论文《被害人陈述问题研究》（法律出版社2009年版）主要从证据法的角度对被害人陈述的若干问题进行研究，其中部分内容涉及被害人作证，但许多观点还值得商榷。

② 陈光中、刘根菊等：《“十五”期间刑事诉讼法学研究的回顾与“十一五”的展望》，载陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》（第11卷），法律出版社2006年版，第105~106页。

解决。^①

第三，它是顺应刑事案件和刑事司法发展趋势的要求。有关研究表明，刑事案件发展的一个重要趋势是隐蔽性越来越强，犯罪嫌疑人往往具备相当高的反侦查能力，在作案时充分运用各种高科技手段来逃避侦查，致使侦查人员能够收集的证据尤其是物证非常有限。而现代刑事司法发展的一个重要趋势又是加强诉讼人权保障，实行证据裁判主义和不强迫自证其罪原则，强调保障言词证据陈述人的自由陈述权。再加上司法实践中各国证人保护制度的不完善，证人恐吓大量发生，致使许多适格的证人拒绝出庭作证，这就决定了除非各国采取更加严厉的处罚措施，否则，证人证言的获取可能将越来越困难。在这种情况下，如何充分挖掘刑事司法内部资源，包括鼓励被告人自愿认罪（获取被告人口供）和保障更多的被害人出庭作证（获取被害人陈述）将成为刑事司法机关的一种必然选择，否则，许多刑事案件就有可能因为证据不足而不得被撤销、不起诉或宣告无罪。相比较而言，鼓励被告人认罪的成本比保障被害人作证要大得多，而且存在许多不确定因素。尤其是在诸如性侵犯之类的“一对一案件”中，多数情况下只有被告人和被害人双方在场，侦查人员往往很难收集到其他证据，如果被害人不主动报案并作证，被告人是极少主动认罪的。因此，研究被害人作证制度，构建有利于保障被害人作证的一系列程序规则，是顺应刑事案件和刑事司法发展趋势的必然要求。

第四，它是实现被害人人权保障与被告人人权保障动态平衡的需要。在我国，被害人与被告人作为“刑事上的对立者”，他们既是刑事案件当事人，又是刑事诉讼当事人。保持被害人人权保障与被告人人权保障合理的适当的平衡，已经成为国内外学界和司法实务界的共识。任何人不受强迫自证其罪原则在本源意义上平等地适用于所有的言词证据陈述人，包括被害人和被告人。然而，现代法治国家传统上往往只是强调该原则保障被告人自由陈述权，承认被告人以证人或当事人身份作证的适格性，并设置了一系列程序保障机制，促使被告人自愿放弃沉默权而作证陈述案件事实，却忽视了被害人作证时自由意志的保障，这显然是不公正的。域外立法加强被害人作证的规范与保障就是纠正这种不平衡状态的体现。我国相关司法解释要求被害人出庭作证，而刑事诉讼法却未规定任何特殊保障措施，在这种情况下，笔者认为，

^① 龙宗智主编：《徘徊于传统与现代之间——中国刑事诉讼法再修改研究》，法律出版社2005年版，第291～293页。

被害人即使出庭作证,也很难保障其陈述的自愿性和真实性。因此,研究被害人作证的援助和保障机制,保证被害人作证的自由陈述权,既是刑事司法国际准则“底线正义”的要求,也是实现被害人人权保障与被告人人权保障动态平衡的需要。

美国前总统克林顿在1997年签署《被害人权利解释法》时解释,作为被害人,他或她应当“处于刑事司法程序的中心,而不是站在程序外窥视”。^①在我国刑事诉讼中,被害人陈述尽管属于一种独立于证人证言的法定证据形式,但在法庭调查方面,则基本适用证人证言的证据规则。例如,被害人作为“控方证人”,一般要由检控方首先发问,辩护方随后经审判长同意,也可以向其提问。又如,与询问证人一样,控辩双方对被害人的询问也要与案件事实有关,不得以诱导、威胁或损害人格尊严的方式发问。而且,与证人证言一样,被害人陈述普遍也是以书面形式出现在法庭上,并接受各方的质证和辩论。因为刑事法庭普遍不传唤被害人出庭作证(除非被害人作为附带民事诉讼原告人),而是直接宣读被害人在法庭外向检控方作出的书面陈述。其一,由于被害人陈述在绝大多数场合下都属于“控方证据”,也就是不利于辩护方的证据,因此,这种书面的调查方式,直接剥夺了被告人、辩护人对被害人当庭发问和质疑的机会。而且,被害人在我国刑事诉讼中具有当事人地位,拥有与被告人基本相同的庭审参与权。刑事法庭如果不传唤被害人出庭作证,不仅剥夺了被害人的作证权利、免除了被害人的作证义务,而且将其作为当事人的诉讼权利也一并剥夺了。^②这显然不符合正当法律程序的基本要求。其二,虽然中共中央政法委员会经与全国人大常委会法制工作委员会研究,并征得最高人民法院、最高人民检察院同意,于1997年就下发了《关于实施修改后的刑事诉讼法几个问题的通知》,要求各级法院刑事审判庭在公诉人席右侧设置被害人席,但据笔者调研所知,绝大多数法院刑事审判庭至今都没有设置专门的被害人席位,即使被害人出庭作证,也只能与证人一样在法庭外等候,在作证时传其出庭,让其站到证人席上,视同证人接受法庭询问,作证结束后即被隔离,从而剥夺了他们的庭审在场权。其三,立法没有界定被害人作证的内容和构建被害人陈述的证据能力和证明力规则,也没有明确被害人作证的程序,全国各地法院做法不一,虽然大多数

① William J. Clinton, *Proclamation on Crime Victims Rights Week* (released Apr. 15, 1997), available at <http://www.clintonfoundation.org/legacy/041597-proclamationon-crime-victims-rights-week.htm>.

② 陈瑞华:《刑事证据规则之初步研究》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第6卷),中国检察出版社2003年版,第210~211页。

法院还是继续沿用刑事诉讼法修改前司法解释的规定，但也有一部分法院借鉴域外国家（地区）做法进行改革创新，这不仅有损刑事诉讼法作为国家基本法律的权威性，而且违反程序法定原则。其四，我国至今还没有成立专门的被害人援助组织，也没有组建专门保护被害人的机构，为被害人作证提供各种援助或保障。立法也没有制定被害人尤其是性侵犯被害人和未成年被害人等“易受伤害被害人”作证的特殊方式，在司法实践中，有的被害人作证后被迫自动从人间“蒸发”，不敢继续在当地生活；有的被害人因为害怕造成“二次被害”而不敢出庭作证，或者受到各种威胁、引诱、恐吓等不得不作虚假陈述，从而导致被害人再次被害或“二次被害”；等等。这些立法疏漏和司法不足也凸显了研究被害人作证制度的重要性和紧迫性，分析和解决这些问题既是本书研究的主要内容，也是其出发点和归宿。但由于笔者才疏学浅，加之占有资料有限，笔者对相关问题的分析和提出的对策还是肤浅的，有待今后进一步研究深化。

该论文有幸被评为西南政法大学 2010 年度优秀博士论文，论文选题和写作得益于导师孙长永教授的悉心指导。在攻读博士学位期间，龙宗智教授在许多方面给予笔者提携和引导。在论文答辩时，陈瑞华教授充分肯定该选题的意义并给予笔者极大的鼓励。樊崇义教授多年来一直给予笔者各种关心和支持，等等。在此，一并致谢！

目 录

前 言	(1)
第一章 被害人作证的基本原理	(1)
一、被害人作证之界定	(1)
(一) 作证	(1)
(二) 被害人作证	(5)
(三) 被害人作证与被害人陈述	(9)
二、被害人作证与证人作证	(12)
(一) 目击证人记忆的形成过程	(12)
(二) 被害人记忆与证人记忆的差异	(15)
(三) 被害人作证与证人作证比较	(17)
三、被害人作证的适格性	(24)
(一) 被害人的作证资格	(26)
(二) 被害人的证明能力	(30)
(三) 被害人作证的准确性	(35)
四、被害人作证的必要性	(37)
(一) 被害人作证与刑事证明模式	(37)
(二) 被害人作证与法官正确量刑	(44)
(三) 被害人作证与被害人被害恢复	(46)
(四) 被害人作证与证人、鉴定人作证	(48)
(五) 被害人作证与犯罪嫌疑人、被告人人权保障	(49)
五、被害人作证的局限性	(50)
(一) 隐私权与被害人作证	(50)
(二) 人性论与被害人作证	(56)
(三) 主体性与被害人作证	(59)
第二章 被害人作证的身份与席位	(64)
一、被害人作证的身份	(64)

(一) 被害人作证身份之一: 证人	(66)
(二) 被害人作证身份之二: 当事人	(79)
(三) 被害人两种作证身份的差异及成因	(84)
(四) 我国被害人作证的当事人身份	(90)
二、被害人作证的席位	(99)
(一) 法庭席位的符号学意义	(99)
(二) 法庭席位设置的域外视角	(103)
(三) 我国法庭被害人作证席位的设置	(113)
第三章 被害人作证的内容与证据形式	(123)
一、被害人作证的内容	(123)
(一) 刑事证明对象的范围	(123)
(二) 美国和德国被害人作证的实例分析	(132)
(三) 我国被害人作证内容的合理界定	(146)
二、被害人作证的证据形式	(155)
(一) 被害人陈述的分类	(157)
(二) 被害人陈述与被害人影响陈述比较	(159)
(三) 被害人陈述的证据能力	(168)
(四) 被害人陈述的证明力	(177)
第四章 被害人作证的程序与特殊方式	(188)
一、被害人作证的程序	(188)
(一) 传唤被害人	(189)
(二) 被害人宣誓问题	(196)
(三) 被害人首先作证规则	(201)
(四) 被害人陈述的引出方式	(209)
(五) 被害人陈述的质证	(213)
(六) 被害人庭前书面陈述的调查	(234)
二、被害人作证的特殊方式	(237)
(一) 视频作证	(242)
(二) 电话作证	(249)
(三) 屏风作证	(250)
(四) 录像作证	(253)
(五) 秘密作证	(257)
(六) 审前法官询问	(260)

第五章 被害人作证的援助与保障	(267)
一、被害人作证的援助	(267)
(一) 被害人作证前的援助	(270)
(二) 被害人作证期间的援助	(276)
(三) 被害人作证后的援助	(283)
二、被害人作证的保障	(288)
(一) 被害人作证的安全保护	(289)
(二) 被害人作证的经济补偿	(303)
(三) 被害人虚假陈述问题	(311)
结 语	(325)
主要参考文献	(328)