

被害人陈述问题研究

欧卫安 著

广州大学人权研究中心人权研究系列 ●
人权研究博士文库

主 学术顾问 罗豪才 董云虎
编 李步云 郭道晖

被害人陈述问题研究

欧卫安 著

感谢广州大学人权研究中心资助本书出版！

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

被害人陈述问题研究 / 欧卫安著. —北京: 法律出版社,
2009. 8

(广州大学人权研究博士文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9722 - 7

I. 被… II. 欧… III. 被害者—陈述—研究 IV. D917.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 115922 号

广州大学人权研究
博士文库

被害人陈述问题研究

欧卫安 著

责任编辑 田会文
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 / A5

版本 / 2009 年 8 月第 1 版

出版 / 法律出版社

总发行 / 中国法律图书有限公司

印刷 / 北京北苑印刷有限责任公司

印张 / 8 字数 / 196 千

印次 / 2009 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 / 学术·对外出版分社

经销 / 新华书店

责任印制 / 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9722 - 7

定价: 25.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

“人权研究博士文库”是由广州大学人权研究中心主持编辑出版的。这个中心成立于2004年7月,是直属于广州大学、专司人权研究的科研机构。2007年,经广东省教育厅批准,该中心成为广东省高校人文社会科学重点研究基地,这在全国尚属首例,这也充分体现了党和国家对人权理论研究的重视。编辑出版这套丛书,是该研究中心的诸多任务与成果之一。

“人权研究博士文库”就其命名,有两个关键词:人权研究与博士文库。前者是其内容,后者为其形式。

改革开放30年的实践表明,人权观念已经获得了广泛认同和传播。2004年“国家尊重和保障人权”的重要短语载入宪法。这是历史的进步,是中国人权事业发展的重要标志。今天,全社会都在贯彻以人为本的科学发展观,国家更迫切需要年轻一代中国学者在人权理论学科建设和研究方面做出重要贡献。青出于蓝,人们喜见老一辈学者为人权研究开辟的道路,现今已有许多青年学者接踵而

至。其中有些博士论文也以人权为主题,做出了颇有理论深度和现实意义的研究成果。我们编辑出版“人权研究博士文库”,就是期望后起之秀能有发表和传播其学术见解的机会,有为我国人权研究事业施展才华和抱负的平台。

近年对人权理论的研究方兴未艾,出版了一些研究人权的专著和人权法学教材,有些高校还建立了人权研究中心,开设了人权法学课程,人权已开始成为一门“显学”。抚今追昔,令人欣慰。值得指出的是,当代中国人权理论研究紧密结合中国社会发展实践,关注社会基层住房、医疗、教育、就业、司法公正等领域中存在的理论与制度障碍等方面的问题,开始进行颇有深度的专题探索和思想掘进。同时,它们也从理论上对中国人权建设事业的成就和经验进行了充分的阐述。收入本文库的首批博士论文的选题,就多有这种特点。

我们希望今后会有更多更好的人权专著出版,使我国人权理论和人权保障事业能迈上政治文明建设的新台阶。我们也相信年轻一代的学者们能够开拓视野、坚持解放思想,为我国人权事业的发展做出应有的贡献。

李步云 郭道晖

2008年8月

目 录

导言/1

一、研究动机与本书任务/1

二、研究背景与研究现状/3

三、研究方法与结构体系/5

第一章 概述/9

第一节 被害人陈述的概念/9

第二节 被害人陈述的特点/31

第二章 被害人陈述与证人证言之比较/39

第一节 被害人陈述与证人证言的共同制度 安排/40

一、作证义务的普遍性/40

二、审前证据调查程序的强制性与同一性/53

三、庭审质证程序的有限性/58

第二节 被害人陈述与证人证言的共同证据 特征/66

一、证据形式上的口头性与书面性兼容/66

二、证明力上的直接性与间接性兼容/69

2 被害人陈述问题研究

第三节 被害人陈述与证人证言的主要区别/71

一、陈述主体以及主体制度的不同/72

二、庭审作证程序的差异/76

三、证明作用的不同/78

第三章 被害人陈述的法律地位/81

第一节 被害人陈述是诉讼角色分派紧张下的诉讼证据/82

第二节 被害人陈述是独立的法定证据种类/93

第四章 被害人陈述的主体:作为证据方法的被害人/101

第一节 儿童、精神残疾者及自诉人作为被害人陈述之主体问题/101

一、儿童被害人作为被害人陈述主体的问题/101

二、精神疾病患者作为被害人陈述主体的问题/106

三、自诉人作为被害人陈述主体的问题/110

第二节 关于被害人证言特免权与作证豁免的思考/112

第五章 被害人陈述的证据能力与证明力/118

第一节 被害人陈述的证据能力问题/118

一、被害人陈述的证据能力概述/118

二、被害人陈述:意见证据的合理限制/120

三、被害人陈述:传闻证据的泛滥与应有之限制/129

第二节 被害人陈述的证明力问题/138

一、被害人陈述的证明力之概述/138

二、被害人陈述的证明力判断/143

三、被害人陈述的证明力与证据补强/148

四、对被害人可信性的攻击与被害人陈述的证明力/156

第六章 被害人陈述的调查/165

第一节 被害人陈述在法庭的提出/166

一、被害人陈述的法庭调查与被害人的出庭义务/166

二、被害人陈述的提出/169

第二节 被害人陈述之交叉询问/174

一、被害人陈述的应有质证方式：交叉询问/174

二、提示记忆等：对被害人进行交叉询问的辅助措施/186

第三节 对被害人的职权询问与对质/191

一、对被害人职权询问的合理保留/191

二、被害人陈述的应有质证方式：对质/195

第四节 被害人的人权保护：以特殊被害人的法庭调查与程序
保护为中心/199

第五节 被害人陈述的质证冲突与对策/209

第六节 被害人陈述的审前调查/218

主要参考文献/229

后记/242

导 言

一、研究动机与本书任务

被害人陈述是我国刑事诉讼法所明确规定的独立证据种类,与犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解、证人证言、鉴定结论等证据种类彼此独立,并共同构成传统意义上的言词证据。^{〔1〕}被害人陈述作为独立的法定证据种类,^{〔2〕}是超越传统证据分类方法而对于人证细分的结果。无论是大陆法系还是英美法系,都鲜有如此分类者。正因为如此,在我国刑事诉讼法将被害人陈述明文规定为独立的法定证据种类的情况下,难有比较法上的制度借鉴。虽然俄罗斯刑事诉讼法在继承前苏联刑事诉讼法的基础上也规定了被害人陈述的证据制度,但对于被害人陈述的证据能力、证明力及证明程序也甚少

〔1〕 言词证据或谓之陈述证据、人证等。对于此类证据之方法,从证据方法的角度,本书亦谓之实质证人。

〔2〕 龙宗智教授在分析我国证据分类制度时指出,我国法律中的证据分类具有具某种形式主义的倾向,即对证据形式的重视,以及必须将某类材料纳入证据形式的明确要求——如果未能纳入,该材料就缺乏证据资格。参见龙宗智:“证据分类制度及其改革”,载《法学研究》2005年第5期。

有原理上的澄清或者制度上的明确操作范式。在被害人陈述已经明确为独立证据种类的前提下,有关被害人陈述的证据原理及制度设计,都需要我国刑事诉讼立法的指引和进一步明确。问题是,我国刑事诉讼法并没有就此作出清晰的规范,也缺乏程序上的操作指引。在司法实践中,被害人陈述的证据方法是否存在着年龄、心智方面的要求,被害人陈述的调查、质证程序如何,如何认定被害人陈述的证明力等,都没有相应的规范;从而导致被害人陈述的泛定案证据化,即对其证据能力与证明力皆不做任何限制,只要被提出,就可以在无须质证的情况下直接认定其证据能力与证明力。这不仅有违诉讼证明的制度理性,也与现代刑事审判的基本原理和基本价值相悖。在理论研究的层面上,随着被害人保护运动的兴起,关于被害人或者被害人权益保护的专题研究方兴未艾,蔚为潮流,而关于被害人陈述的研究仍然乏人问津。因此,引起笔者兴趣的是,被害人陈述的证据能力与证明力究竟应当如何认定,在证据分类的理论层面和立法层面上究竟应当如何看待被害人陈述作为独立证据的合理性,被害人同时兼具的当事人角色和实质证人角色是否与现代刑事诉讼理论的职能分化原理背道而驰。上述种种问题,无不需要在证明理论上和诉讼理论上追根溯源。

限于研究者的视域、能力与研究对象本身的复杂性,本书并不准备对于被害人陈述的所有方面作出宏观的、全面的阐述,而是以被害人陈述的相关问题发现为着眼点,提出问题,并尝试去解释问题乃至提出解决问题的具体思路或者方案。因此,本书并未以被害人陈述研究为题,而是名之为被害人陈述问题研究。具体而言,如何区分被害人作为证据方法的陈述与被害人作为当事人或者实质当事人的陈述,是本书需要澄清的首要问题,即被害人陈述的概念问题。由于被害人陈述实质上是从证人证言中脱胎而来,无论在英美法系国家还是在大陆法系国家,被害人作证之陈述都是以证人证言对待之,故细致区分被害人陈述与证人证言是本书所不能回避之重要任务。由此而及的另一个问题是,被害人陈

述在法律上之地位究竟如何,即被害人陈述作为法定证据种类是否具有现实上的必要性与逻辑上的合理性。此外,被害人陈述的证据能力与证明力,尤其是被害人陈述是否需要适用补强证据规则,仍然是一个需要深入探讨的问题。由于本书的宗旨在于实践之指导,因此对于被害人陈述的调查,尤其是以交叉询问、职权询问、对质为方法的法庭调查,有深入研究之必要。

二、研究背景与研究现状

对于被害人陈述的研究不能离开我国《刑事诉讼法》对于被害人陈述的立法实践与司法实践。1979年《刑事诉讼法》制定之初,就直接规定了被害人陈述的独立法定证据种类地位,此后被害人陈述在刑事诉讼的立法和司法实践中一直都是作为独立的证据种类而被广泛应用。尽管如此,关于被害人陈述作为独立证据种类的原因或者合理性,一直鲜有论证;而且被害人陈述的具体举证、质证、认证之程序,仍然模糊不清。换言之,由于被害人陈述在我国刑事诉讼中的广泛使用,尤其是由于被害人陈述作为泛定案证据的使用,^{〔1〕}导致被害人陈述的相关证据问题以及程序问题在一定程度上被掩盖了。此前,学术界关于被害人陈述的研究一直处于待开发之状态,通常关于被害人陈述的探讨都是在有关被害人理论的研究中附带述及。^{〔2〕}随着1996年我国《刑事诉讼法》的第一次修正,以当事人主义为主、职权主义为辅的刑事诉讼构造得以确立,被害人陈述的法庭调查,尤其是被害人陈述的交叉询问成为无法回避的

〔1〕 在我国刑事诉讼实践中,由于被害人陈述在证明方向上的控诉性,以及被害人陈述并不需要以被害人出庭为条件,导致被害人陈述往往在没有充分质证的情况下直接作为定案证据使用。

〔2〕 相关专著见房保国:《被害人的刑事程序保护》,法律出版社2007年版;杨正万:《刑事被害人问题研究》,中国人民公安大学出版社2002年版;许永强:《刑事法治视野中的被害人》,中国检察出版社2003年版。类似的论文有刘根菊:“关于公诉案件被害人权利保障问题”,载《法学研究》2000年第2期;王若阳:“刑事被害人制度比较研究”,载《外国法译评》1999年第2期;魏彤:“欧美国家犯罪被害人在刑事诉讼中的地位”,载《中外法学》1996年第4期等。

实际问题。虽然被害人陈述仍然在一定程度上作为泛定案证据的使用,但其证据能力问题与证明力问题,尤其是被害人陈述作为传闻证据是否应当受到合理限制的问题,以及被害人陈述是否应当在一定条件下接受补强证据规则限制的问题,已经逐渐为人瞩目。更重要的是,被害人陈述在各国刑事诉讼中一般都是以证人证言的形式出现,而并无细分证据种类的需要。因此,各国关于被害人陈述的理论一般归入证人证言理论中进行研究。我国《刑事诉讼法》对于被害人陈述作为独立证据种类的规定至今亦未足30年,被害人陈述的相关研究也未能挣脱于证人证言理论的范畴之外,而证人证言的相关研究也常常主动将被害人陈述一并述及。^{〔1〕}事实上,无论是在证据调查,还是在证据运用方面,刑事司法实践中的被害人陈述与证人证言,都是适用几乎一致的证据规则和程序规则。

此前,国内尚无专门的关于被害人陈述之专门著作。自20世纪80年代以来相关论文亦不常见。^{〔2〕}所相关者,以特殊案件——主要是强奸案件中的被害人陈述问题——为多。其意义在于司法实践问题的技术性解决思路。^{〔3〕}孙孝福、兰耀军在《法学论坛》2004年第3期发表的《被害人陈述之比较研究》总结有限的国内资料,从比较法的角度以及与

〔1〕 参见王进喜:《刑事证人证言论》,中国人民大学出版社2002年版;洪冬英:“论儿童证人”,载《法学》2003年第5期。

〔2〕 截止到2007年9月,在中国期刊网上搜索以被害人陈述为篇名者,凡16篇,尤未删除重复发表者。王淑贤在《法律科学——西北政法学院学报》1984年第4期发表的“对强奸案中被害人陈述的初探”为最早,其后王建民在《政法论坛》1987年第4期发表的“试论被害人陈述”,杜茂筠在《宁夏社会科学》1987年第4期发表的“论被害人陈述”以及李忠诚在《中国刑事法杂志》1999年第1期发表的“论被害人陈述”分别就被害人陈述的实际运用问题作了前期探讨。

〔3〕 参见王淑贤:“对强奸案中被害人陈述的初探”,载《法律科学——西北政法学院学报》1984年第4期;隋丽波:“试析强奸案件中被害人的个性心理特征对其陈述的影响”,载《当代法学》1991年第4期;傅国云:“析强奸案中的被害人陈述”,载《浙江省政法管理干部学院学报》1996年第3期。

其他言词证据的比较角度,对被害人陈述区别于其他言词证据的特征作了非常有意义的研究。但对于被害人陈述的概念、被害人陈述的调查及其与正当程序之间的关系、被害人陈述的证据能力与证明力等基础理论问题,仍未有任何涉及。换言之,在有关被害人陈述的基础理论问题方面,仍然需要本书独立去探索。^{〔1〕} 不过必须要指出的是,在分析被害人陈述的法律地位方面,裴苍龄教授对于证据的三分法及其对于人证的定义分析,^{〔2〕} 对于本书的分析,有相当之教益。在综合考虑被害人陈述的法律地位时,所谓的当事人证据概念与封闭式的形式主义分类体系理论对于本书观点的形成亦是善莫大焉。^{〔3〕} 而龙宗智教授之于中国刑事庭审的理论,尤其是该理论中对于被害人陈述之质证程序缺失的立法溯源,^{〔4〕} 也为被害人陈述的调查程序研究构筑了一个可以合理借鉴的平台。

三、研究方法与结构体系

相对其他证据的研究来说,被害人陈述的研究是一个相对冷僻的课题。一方面,被害人陈述的国外资料相对稀少;另一方面,被害人陈述在中国的制度立法与制度实践也未足 30 年,其累积的案例与资料也很难透彻说明被害人陈述的本身制度原理。在如此情况下,本书的研究方法应当是多元的。具体而言,本书的研究采用了以下几种方法:(1)比较研

〔1〕 当然,也有个别文章对于被害人陈述的某一问题作过一定的探索。如陈娅发表于《检察实践》2004 年第 4 期的“应赋予单位被害人所陈述的证据效力”就对于被害人陈述的主体范围(证据方法)问题提出过建言,李大槐发表于《西南政法大学学报》2007 年第 1 期的“精神病被害人证人资格及其陈述的证明力探析”更对于被害人陈述的证据方法问题和证明力问题有过独具一格的阐述。

〔2〕 参见裴苍龄:“论证据的种类”,载《法学研究》2003 年第 5 期。

〔3〕 有关当事人证据理论参见裴苍龄:“论人证”,载《法学论坛》1996 年第 2 期;熊志海:“论刑事诉讼中的当事人证据”,载《河北法学》2006 年第 1 期。有关封闭式证据分类理论参见龙宗智:“证据分类制度及其改革”,载《法学研究》2005 年第 5 期。

〔4〕 参见龙宗智:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 323 页以下。

究的方法。作为一种较特别的言词证据,被害人陈述早已有之,但被法律确认为独立的证据种类,却为时甚晚。显然,被害人陈述与证人证言的关系最为接近。因此对于这些相似的言词证据进行比较性分析,对于澄清被害人陈述的概念、特征及其运用原理,是极其必要的。此外,俄罗斯刑事诉讼法对于被害人陈述的规范较我国立法更为完善,其历史渊源亦更为久远;而美国、澳大利亚等一些英美法系国家刑事诉讼中对于被害人影响陈述(victim impact statement)的规范亦有其独特之处,并与我国刑事诉讼中的被害人陈述制度在一定程度上相联系。尤为重要的是,一般现代国家刑事诉讼对于被害人陈述都是以证人证言的方式处理之,并在证据能力或者证据的适格性上有其严格的要求,而我国《刑事诉讼法》对此却疏于关注。因此,本书的所谓比较,也当然要包含比较法的制度比较。(2)逻辑分析的方法。作为一种法学研究方法,逻辑分析属于形式理性范畴,以形式的推论为主,主要是探求一般的法原理与法正义。〔1〕被害人陈述分离于证人证言,故其在概念上的疏理、在法律地位上的澄清、在证明力上的评估,都主要依赖于逻辑上的分析与推论。(3)实证分析的方法。实证分析的方法就是所谓经验事实的验证方法,属于实质理性范畴,以实质的推理为主,采用归纳法,以探求个别正义。〔2〕被害人陈述是一个比较独特的证据种类,其在司法实践中的运用究竟与其他言词证据有何不同,这种法律上的分类是否有实践运用上的特别意义,都需要具体的个案及其证明效果或者诉讼效果来说明。尤其是由于被害人作为当事人或者实质当事人的程序角色与被害人作为证据方法的程序角色所带来的双重角色冲突,在实践中是如何处理的;被害人如何在利益与公正之间作出相关诉讼证明的行为选择,都需要实

〔1〕李可:“法学方法基本问题研究”,载 http://www.fatianxia.com/paper_list.asp?id=22654,2009年6月14日访问。

〔2〕李可:“法学方法基本问题研究”,载 http://www.fatianxia.com/paper_list.asp?id=22654,2009年6月14日访问。

证分析的说明。(4)价值分析的方法。被害人陈述的独立法律地位以及被害人本身在刑事程序中的双重角色冲突,对于诉讼公平、尤其是对于被告人的个人正义与被害人的个人正义的实践有着及其重要的影响,因此,对于被害人陈述的研究不能离开价值分析,即对法律应然层面的判断。运用价值分析方法,更多的体现一种实践理性;法治理性重在追求实际效应的实践理性,体现的是法律在复杂的法益关系中的平衡感与判断能力。^{〔1〕}鉴于当今中国刑事诉讼制度与实践中被害人出庭义务的缺失,被告人丧失了与反对其利益的实质证人(被害人)当面对质之权利,这种价值分析的方法对于本书观点的形成尤为重要。除上述方法以外,解释与描述的方法、法律经济分析的方法也是本书需要借助的研究方法。

本书共分六章,具体结构体系如下:第一章概述。具体从被害人陈述的概念和被害人陈述的特征出发,寻求对于被害人陈述的基本理论问题做一个寻根溯源的梳理。其中对于一些与被害人陈述相关的概念,如被害人控诉、被害人影响陈述等,作简要的比较性阐述。第二章被害人陈述与证人证言之比较。从被害人陈述与证人证言的共同制度安排、被害人陈述与证人证言的共同特征方面,分两节对于二者之间共同的制度原理和技术特征,从外在和内在的角度分别进行归纳分析;同时又独辟一节,对被害人陈述与证人证言之间的作证程序差异及证明方向的差异进行了较为细致的比较。第三章被害人陈述的法律地位。从当事人证据概念和封闭式的证据分类体系这两个角度入手,论证了被害人陈述作为独立法定证据种类的意义及其合理性。第四章被害人陈述的主体。作为证据方法的被害人。从特殊被害人的陈述主体资格出发,论证了儿童被害人、精神疾患被害人及自诉人作为证据方法的合理性,并论证了

〔1〕 参见张建华:“价值分析方法的角色定位”,载 <http://www.lawfz.com/lunwen/other/20070501/265726.html>,2009年6月14日访问。

被害人作为实质证人而应享有的证言特免权问题与作证豁免问题。第五章被害人陈述的证据能力与证明力。其中对于被害人陈述的证据能力问题从意见证据的合理限制和传闻证据泛滥问题的解决这两个方面进行了论述,而被害人陈述的证明力问题则从被害人陈述的证明力判断、被害人陈述的证明力补强、被害人可信性的攻击与对策方面进行了较为全面的阐述。第六章被害人陈述的调查。这是全书着墨最多的地方,详细探讨了被害人陈述的提出、被害人陈述之交叉询问、对被害人的职权询问与对质、特殊被害人的询问问题、被害人陈述的质证冲突与对策、被害人陈述的审前调查等诸多技术性的程序问题。

第一章 概 述

第一节 被害人陈述的概念

作为我国刑事诉讼法上明确规定的证据种类,被害人陈述甚少为人关注,相关研究亦凤毛麟角。即使被害人陈述之概念,无论是在法律制度上还是在学理研究上,亦未能有一清晰之辨明,而有深入阐释之必要。需要前置性说明的是,除中国、俄罗斯等极少数国家外,绝大多数国家的刑事诉讼法并未将被害人陈述作为一种独立的证据种类予以细分,因而相关的比较法上之概念探讨显见缺乏充实的资料支撑。

与证人证言一样,由于我国刑事诉讼法并未承认直接言词原则,导致包括被害人陈述在内的相关言词证据的界定浑浊不清。在刑事司法的实践层面上乃至在相关刑事诉讼法的司法解释层面上,被害人陈述并未限定陈述之对象或陈述之有效时空;学理上关于被害人陈述的概念探讨亦殊少做进一步的合法性论证。举其例者,“被害人陈述是犯罪行为的直接受害者就其所了解的案件情况向公