

刑 事 诉 讼 法 学 中

几 个 有 争 论 的 问 题

苏 尚 智

自从贯彻党中央加强社会科学研究的指示后，法学理论界思想活跃，学术研究空气浓厚。对法学问题勇于探索、大胆争鸣，促进了法学理论的发展和繁荣，现就刑事诉讼法学中的几个有争论的问题综述如下，以供研究参考。

一、刑事证据的基本特征问题

近年来，法学界对刑事证据的基本特征，是客观性、关联性及合法性三特征还是客观性和关联性两特征，众说纷纭，莫衷一是。

(一) 关于证据的客观性。一种意见认为，证据具有客观性，它是指事物存在的客观事实，不是主观想象、猜测或捏造的东西。不管人们是否认识它，它都是独立于人的意识以外客观存在的，所以客观性是证据的本质特征。另一种意见认为，证据不仅有客观性，也有主观性。证据具有主观因素，证据是人提供的，是由人对客观事物作出断定，还需要审核证据的真假。证据体现主观性和客观性的统一，是以事实论据的判断形式出现的，所以证据属主观范畴。

(二) 关于证据的关联性（相关性）。一种意见认为，证据的相关性，是指作为证据的事实必须同案件有内在的联系。例如，是否发生犯罪，是否被告人所为，罪行轻重等这些有关的事实，与案件无关的事实不能作为证据。另一种意见认为，证据的关联性提法不全面，应该是证据具有证明性，证明性是指证据与案件的关系是证明与被证明的关系，证据对案件可起肯定作用也可起否定作用。

(三) 关于证据的法律性（合法性）。一种意见认为，证据具有法律性。作为证据的客观事实不仅是同案件有关的事实而且还必须经过司法人员依法收集认定后，才能成为刑事证据。没有经过司法人员依法收集认定，不能成为刑事证据。另一种意见认为，证据不具有法律性。证据的基本特征是由证据的本质决定的，不能另外附加其他条件。所谓法律性是外加进去的，不是构成刑事证据的基本因素，因为，我国刑法并没有赋予证据以法律性，并没有把必须符合法律规定作为构成刑事证据的基本因素；同时不能把合法收集（属于程序）和本质特征混淆。因为证据是客观事实，不能由主观意志任意决定，不管收集方法、手段、程序是否正确、合法，都不能改变证据的性质。

二、非法手段收集的证据材料能否作为刑事证据的问题

我国刑法明文规定，司法人员必须依法收集各种证据。但在司法实践中，时有发生用非法手段取证的情况，但有时非法手段取得的证据的确属实，但因其违反程序不合法，就产生了证据是否有效的问题。对此法学界有不同的认识：第一种意见认为，刑事诉讼法明文规定，收集证据必须依照法定程序，严禁刑讯逼供，所以采用非法手段所收集的材料，即使经过查证属实，也不能认定，必须予以否定，决不能作为刑事证据；同时还应对违法者追究责任，严肃处理。这样才能有效地消除刑讯逼供，杜绝非法行为，否则就会

助长刑讯逼供的歪风。第二种意见认为，刑事证据是一种与案件有联系的客观事实，采取非法手段所收集到的证据材料，如果经过查证属实，就可以作为证据使用。应该强调指出，我们反对非法手段取证，特别是刑讯逼供。并且要对违法者根据情节轻重予以行政处分或刑事处罚。但是必须把非法手段和证据加以区别，因为我国刑事诉讼法并未规定非法收集的证据不能作为证据，所以如果证据是真实的，就不应当排除不用，否则就会放纵了犯罪。也还有人提出采用非法手段取得的物证（赃物、凶器等）可作为证据，但刑讯得到的口供本身即使真实也不能作为证据。第三种意见认为，采用非法手段取得材料只是一种线索，而不能作为证据，即使这种线索是真实的，也必须根据这种线索，采取合法的程序重新查证，使它由线索转化为刑事证据，这样做既可以避免完全否定其证据的真实性，而放纵了犯罪，又可消除非法取证的不良影响。

三、同案被告人能否作为证人的问题

同案被告人是否兼作证人问题，也是一个诉讼参与人在同一案件中同时作另外诉讼参与人的问题。或者说一个诉讼参与人可否同时处于两个不同的诉讼地位。这个问题法学工作者和司法工作者意见分歧，大致有三种不同观点：一种观点是，同案被告不能互为证人。主要理由：（一）被告是诉讼参与人，根据诉讼参与人地位单一性的原则，被告人的地位只能是一个，所以被告人在充当被告的同时不能又当证人；（二）法律规定被告人和证人的权利与义务不同。比如证人享有公民的自由权利，而被告人的自由往往受到限制。被告人享有辩护权，证人则没有此项权利，证人故意作伪证或隐匿罪证要承担法律责任等；（三）被告是当事人一方，而证人是当事人的第三者。且证人和案件没有利害关系，而被告人是被追究刑事责任的人，与案件有利害关系。另种观点是，同案犯可以兼作证人。理由是：（一）刑事诉讼法规定，证人是知道案件情况的人，没有附加证人必须是第三者，也没有把同案犯排除在外；（二）刑事诉讼法还规定，被告人的供述和辩解可作为证据，同案犯是被告人，其供述和辩解既可作为证据也是对同案其他罪犯的举发，其地位就是证人；（三）被告人有义务如实回答，不应虚伪陈述或拒绝陈述，不存在强迫作证及被告与证人义务不同的问题；（四）刑事政策还鼓励同案犯检举揭发同伙的犯罪行为；（五）可以使用同案犯的口供作为定案根据，因为法律并未规定有利害关系的人不能作证；（六）审判实践有不少案例（“四人帮”反革命集团案）就使用同案犯的供述作为证人证言来定案。可见同案犯中的被告人既是被告人，又是证人，具有双重身份。共犯的供述可作为证据，又可以证人身份出庭作证。还有一种观点是，同案被告人可作为证人不能笼统地说，必须具备一定的条件。其条件有三：（一）被告人在正常情况下所作的交代，只要同案被告不出于挟嫌报复或者嫁祸于人的就可作为证人；（二）不是在刑讯逼供下所作的供述。如果是逼供、诱供的口供当然不能作为证据；（三）同案被告人的检举和同案被告人所供认的犯罪事实必须基本一致。以上三个条件是互相联系的整体，缺一不可。在共犯中如果没有其他证据，只要具备以上三个条件，同案被告人就可作为证人。

四、关于“疑案”如何处理问题

所谓“疑案”，也称“疑罪”。就是指在司法实践中某些犯罪事实因期限、条件限制，一时无法查清或证据不充分又难以收集到确实充分的证据而无法认定的案件。也有的案件既有无罪证据也有有罪证据，两者证明力各半，如果确定有罪，证据不足判不了，若是释放又恐放纵犯罪。如何处理这类“疑案”，意见不一，大体可概括为三种：第一种，既不能肯定又不能否定的案件，应作为无罪释放处理。如果以后收集到了确实充分的有罪证据，再追究其刑事责任。有人称此为“疑罪从无”的处理原则。第二种，对不能查清、证据不足的案件，作为无罪处理是资产阶级“无罪推定”原则的反映，这样做就放纵了犯罪，应当作为有罪认定，但可以依法从轻或减轻处理。这种办法有人称之为“疑罪从轻”的处理原则。第三种，对一时查不清的案件，既不能作有罪处理，也不能作无罪释放。由于事实不清、证据不足，发回补充侦查又有困难的，可以采取撤销案件或者终止诉讼的办法来处理。

五、刑事诉讼中证明责任的问题

刑事诉讼中的证明责任,是指在刑事诉讼活动中由谁来承担搜集和提供证据,证明被告人有罪、罪轻或罪重的责任问题。目前对证明责任问题有以下五种观点:第一种观点认为,刑事诉讼中公诉案件的证明责任由司法机关来承担。人民法院、人民检察院和公安机关是国家的专政机关,他们在刑事诉讼中代表国家行使审判权、检察权和侦查权,收集证据查明案件惩罚犯罪,这是他们的法定职责。刑事案件中的被告人不承担提供证据,证明自己有罪或无罪的责任。由于被告人在刑事诉讼中是被追诉的对象,对他还可能采取强制措施,限制其人身自由,因此他既没有收集证据的权利,也没有收集证据的条件。所以刑事诉讼中的被告没有证明责任。刑事诉讼中的自诉案件的证明责任则由自诉人和人民法院来承担。因为自诉人向人民法院提出控诉,必须提供证据,所以自诉人有证明责任。自诉案件中的被告人一般不负证明责任,但是被告人在诉讼中提起反诉,则对反诉要负证明责任。自诉案件中的人民法院是负证明责任的。这是因为人民法院审理案件,不受自诉人、反诉人提出的证据左右,有责任调查,全面收集证据查明案件。第二种观点:刑事诉讼中的证明责任只能由公安机关和检察机关承担。因为公安机关对刑事案件担负着收集、审查判断和提出证据的证明责任。但是公安机关所收集和提供的证据是否确实与充分,能否起诉或免于起诉,还要由检察机关决定,检察机关认为证据不足,可要求公安机关补充侦查或作出免于起诉的决定。公安机关对检察机关免于起诉决定认为有错误,还可以要求其复议或复核。检察机关除自己担负一部分案件的侦查外,还可对公安机关移送的案件证据不足的自行补充侦查。如果认为证据确实充分,则向人民法院提起公诉和支持公诉。可见检察机关也负担证明责任。而人民法院在刑事诉讼中不论公诉案件还是自诉案件都不承担证明责任。因为人民法院审理案件,收集、调取或自行调查证据是其独立行使审判权的表现,不能看作是证明责任。理由是:(一)审判人员审理案件不受控诉和辩护双方意志的左右。如果被告不构成犯罪,有权要求撤回起诉,如果被告提出诉讼要求,有义务查清核实,证据不足要收集调查,体现其充分的能动性。(二)人民法院独立行使审判权,注意控诉和辩护双方提出的证据材料,所有证据都要经过法院的调查核实,才能作为定案根据。第三种观点:被告人承担证明责任。被告的证明行为,既是权利,又是义务,具有两重性。理由:(一)从被告表明诉讼主张和实现诉讼主张来讲,被告的证明行为是权利,而从证明自己的诉讼主张和保障诉权与辩护权能实现来说,被告的证明行为又是义务。从被告的证明行为和司法机关的职权关系来看,被告认为控诉人的控诉有错误,提出证据反驳,被告这种证明行为是他的权利,被告对司法人员的讯问应如实回答,这又是被告的义务;(二)从权利与义务的关系来看。被告的证明责任,一方面是和自己的诉讼主张权、辩护权相适应的一种义务。如果不负证明责任,则被告的诉讼主张权、辩护权不仅成为无据可凭的狡辩,即使有理也难取得司法人员的相信;另一方面它又是和司法人员行使职权相适应的一种义务。如果被告不负证明责任,司法人员查明案情,将受一定影响。所以被告不能只享受诉讼主张权和辩护权,而不承担证明义务。第四种观点:刑事诉讼中公诉案件的证明责任由公安、检察机关承担,人民法院不承担证明责任。自诉案件的证明责任原则上由自诉人承担,但在一定条件下,人民法院也负证明责任。理由是:人民法院对公诉案件,是根据检察机关的起诉进行审理,只负责审查起诉的事实和证据以及辩护方提出的意见和材料,不承担收集和提出证据证明犯罪事实的责任,但对主要事实不清、证据不足的,在有能力自行查明案件时,也可收集调查证据,但这是人民法院行使职权的表现,不是应尽的义务。同时人民法院也无权侦查和检察,因不具备侦查条件,所以无法履行证明义务,但人民法院要对自诉案件负证明责任,这是因为自诉人收集证据有许多困难,自诉案件一般比较简单,有明显的被告人,不需要专门的侦查,人民法院只需作简单的调查,所以,人民法院有责任对自诉案件收集证据证明案件的事实。第五种观点:我国的刑事诉讼不应使用证明责任的概念。因为现在的证明责任,已不是过去的“谁主张谁证明”的老概念,而变为“提供、调查、判断证据的责任分工”的新概念。公检法三机关在刑事诉讼中的证明行为,是代表国家行使职权,不能理解为证明责任。另外,在刑事诉讼法中也没有证明责任的提法,证明责任于法无据,不可适用。

六、检查人员在二审的任务和地位问题

关于检察人员出席二审法庭的任务和法律地位问题，法学界认识上也有分歧，主要有三种不同意见。一种意见认为，二审案件不论是上诉案件，还是抗诉案件，检察人员的任务，都是对一审判决履行监督职责，其地位是法律监督机关的代表，而不是国家公诉人。理由：（一）一审案件和二审案件的诉讼主体不同，一审只有检察机关才能代表国家公诉，它是公诉案件的唯一的诉讼主体，二审上诉案件的诉讼主体则是不服一审判决的被告或其代理人以及自诉案件的自诉人，检察机关不出庭公诉和支持公诉。在抗诉案件中虽然原一审法院的同级检察机关提起抗诉，但该检察机关不能出庭抗诉，只能由二审法院的同级检察机关才能出庭支持公诉，所以原一审法院的同级检察机关不是国家公诉人，不是诉讼主体；（二）一审案件和二审案件的诉讼客体不同，一审是解决认定犯罪，追究刑事责任问题，二审是解决原审判决或裁定是否正确合法和上诉、抗诉是否有理的问题。另一种意见认为，检察人员出席二审法庭的任务和地位同一审一样，不仅是法律监督机关的代表，同时还是国家公诉人，具有双重身份。理由：（一）从审理原则看，一审和二审都进行实体审理；（二）从检察机关职能看，检察机关通过支持公诉或提出抗诉，都是实现法律监督和公诉的职能，只是在不同审判阶段的不同的表现形式；（三）从二审审判活动看，检察人员在二审法庭上虽然不宣读起诉书或公诉词，但其地位仍是国家公诉人，所发表的是支持原公诉的意见，其内容和提起公诉、支持公诉一样，如果发现原公诉错误要予以纠正，其在二审中也有检验起诉是否正确的职责，体现了法律监督和公诉职能实为一体，仍不失其为国家公诉人的地位。还有一种意见认为，检察人员在二审法庭的任务和地位，因案而异。对被告的上诉案件，既有支持公诉的任务也有法律监督的任务，其法律地位具有国家公诉人和法律监督机关代表的双重身份；对检察机关抗诉的案件，任务只是执行法律监督，其地位只是法律监督机关的代表，不是国家公诉人。理由是：因为上诉案件和抗诉案件两者性质不同而决定了其任务和地位的不同。由于上诉案件的原判决尚未生效，检察机关的公诉任务未完成，仍要通过二审继续完成其公诉任务，如果被告人提出上诉理由和根据正确，就要变更原认定的起诉，所以检察人员的活动仍不失公诉性质。但抗诉案件则不同，由于抗诉案件没有被告人对检察机关的控诉提出异议，不存在被控诉方，也就没有公诉的任务，所以其任务只是法律监督，只具有法律监督一种身份。

七、律师在刑事诉讼中何时参与辩护的问题

律师辩护制度，是我国刑事诉讼民主性的体现，也是防止冤错案件的重要保证。目前法学界对更好地发挥律师在辩护中的能动作用呼声很高。特别是要求扩大律师在刑事诉讼中的职权，加强律师在刑事诉讼中的制约作用。不少人认为现行刑法第110条规定的决定开庭审理后辩护律师参与诉讼，不能保证律师全面行使辩护职能，主张提前参与诉讼。对律师在诉讼中哪个阶段参与辩护，大体有三种不同意见：第一种意见认为，世界上不少国家的法律规定，律师自侦查开始就可参与诉讼，我国也应采取这种作法。理由是：律师在侦查开始就参与诉讼，可以较早地会见被告人，作必要的调查、写辩护状，还可参与预审旁听、鉴证、在讯问笔录上签字，认可侦查行为的合法性和真实性，从而可以防止错案，保证无罪人不受追诉，充分维护被告人的权利；同时还可配合公安机关，对被告进行认罪服法的教育。第二种意见认为，律师应当在侦查终结，作出相应处理决定或案件起诉前参与诉讼。因为这时律师参与诉讼，既可保证辩护有针对性，又能及时将错误纠正正在侦查阶段，同时也可避免侦查工作受到不必要的干扰。第三种意见认为，律师应在提起公诉开始参与诉讼。理由是刑事案件到了起诉阶段，说明经侦查后，对被告人的行为在事实上和法律上作出了终结评价，检察机关开始审查案件。这时律师参与可更深入了解具体案情提出质量更高的辩护意见，使辩护和审查起诉同步进行。公诉人也可对辩护的依据和意向有所了解，从而提高控诉质量，保证审查起诉的正确性；同时又可避免由于过早参与诉讼而引起的难以解决的实际问题。

八、高级人民法院对死刑复核程序和二审程序能否合并的问题

目前，最高人民法院将部分死刑案件的复核权授予高级人民法院行使，这就使高级人民法院对同一个

死刑案件既是二审机关，又是复核机关，也就是被判死刑的被告上诉后，二审程序与复核程序合并为同一程序，高级人民法院做出的维持原判的判决，既是二审判决，又是核准死刑的判决。司法实践中这种作法较为普遍，但在法学界对此有不同的看法：一种观点认为，高级人民法院对死刑复核程序同二审程序合并为一的作法，目前是可行的。这样可以简化诉讼程序，提高办案效率。因为高级人民法院对判处死刑的案件比较重视，一般都要经过承办人、合议庭、审判委员会等几道关，事实清楚、证据确凿才做出死刑判决，没有必要在高级人民法院内再设复核庭专管死刑复核。否则，程序繁琐、拖延时间，更何况在同一个法院内设二审程序和死刑复核程序，审级上容易混乱。一个案件经过高级人民法院判决死刑后，又经过同一个法院复核审，或核准或不核准死刑都是说不通的，现在各高级人民法院在死刑案件二审判决书的最后部分都写有“根据最高人民法院授权高级人民法院核准部分死刑案件的规定，本判决为核准死刑的判决”的字样，这样就使二审程序和死刑复核程序一起体现出来。另一种观点认为，死刑复核程序不能和二审程序合并。理由有二：（一）死刑复核程序是特别程序，而二审程序是普通程序，两者又都是独立程序，况且又处于不同的诉讼阶段，所以不能合并；（二）死刑复核程序和二审程序也无法合并。因为死刑复核程序必须在判处死刑案件的二审程序终结后才能进行，二审程序没有终结当然也就无法进行死刑复核。另外，死刑复核的依据是二审判处死刑的判决或裁定，如果没有这样的判决或裁定，就失去审查、核准的对象，也就无法去进行复核，所以死刑复核程序和二审程序不能合并。

九、法人是否成为刑事诉讼主体的问题

法学界对此问题，意见不尽一致，主要有两种意见：一种持否定意见，他们认为，法人是经济实体和组织实体，只是民事权利的主体和作为民事诉讼法律关系的主体参与民事诉讼；同时法人又不是犯罪主体，没有象自然人那样具有刑事诉讼的权利能力和行为能力，又不能承担刑事责任，所以法人不能作为刑事案件的被害人和被告人参与刑事诉讼。另一种持肯定意见的认为，法人也有刑事诉讼中的权利能力和行为能力；同时也是犯罪主体，具有刑事责任能力，所以法人既可以是刑事诉讼的被害人，也可以是刑事诉讼中的被告人。也还有人认为，法人在刑事诉讼中也可作为证人。持肯定意见的主要理由：（一）关于法人作为刑事诉讼中的被害人。在刑事诉讼中作为被害人必须具备两个条件，一是具有某种合法权益，二是其合法权益直接受到犯罪行为的侵害。合法权益包括人身权利和财产权利。法人是独立的经济实体，享有财产权利，当这些财产权利遭受犯罪行为的侵害，它就是实体上的被害人，因此就有资格作为被害人参与刑事诉讼，享有被害人的权利，承担相应的义务。法人的行为能力也同权利能力是一致的。由于法人是由法定代表人参与诉讼，法定代表人的诉讼行为，有直接法律效力，所以法人有参与刑事诉讼的行为能力。（二）关于法人作为刑事诉讼的被告人。法人是经济实体和组织实体，它的活动集中表现为法人的决策机构的行为。这种行为是通过法人代表来实现的，法人代表人的行为体现了法人组织的意志。当法人代表人作为被告参与刑事诉讼时，他的陈述和辩解就是法人被告的诉讼行为，具有承担刑事责任的能力。有人还认为，对法人组织也可适用强制措施。针对法人被告人享有的财产权能和组织活动能力，可采取限制、剥夺的方法。象冻结财产、停止法人活动等。就是运用强制力暂时封闭、隔断其对内对外的联系，在刑事诉讼终结后，如果不承担刑事责任，可“解冻”还原；如果承担刑事责任，则转入刑罚执行。（三）关于法人作为刑事诉讼中的证人。法人组织不象自然人那样，没有因生理上、精神上的缺陷、或年幼不能辨认是非，正确表达等问题的存在，只要知道案件真实情况就有证人资格，承担作证义务。但法人作证只要求提供本组织知道的案情，不要求它提供法人个别成员知道的与本组织无关的事项。法人作证方式，是法人代表人作为法人组织的活动。法人组织来往的信函、文书、合同、票据、帐册等作为书证更有重要的证明作用。

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）

责任编辑：王敏远