

147

915.315

758

中国刑事法学研究丛书

刑事辩护学

田文昌 主 编

陈瑞华 副主编

刘桂明

群众出版社

二〇〇一·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事辩护学/田文昌主编. —北京: 群众出版社,
2001. 1

(中国刑事法学研究丛书)

ISBN 7-5014-2360-1

I. 刑… II. 田… III. 刑事诉讼-辩护
IV. D915.35

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 79386 号

技术设计: 祝燕君

中国刑事法学研究丛书

刑事辩护学

田文昌 主编

群众出版社出版、发行 新华书店经销

北京地质印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 15.875 印张 384 千字

2001 年 1 月第 1 版 2001 年 1 月第 1 次印刷

ISBN7-5014-2360-1/D·1117 定价: 26.50 元

印数: 0001—3000 册

《中国刑事法学研究丛书》编委会

- 主任** 康树华（北京大学教授、中国犯罪学研究会会长）
- 编委**（按姓氏笔划为序）
- 王 牧（中国政法大学教授、博士生导师、中国犯罪学研究会副会长）
- 王作富（中国人民大学法学院教授、博士生导师、中国犯罪学研究会副会长）
- 王 岱（中国犯罪学研究会副会长）
- 王明迪（中国犯罪学研究会副会长）
- 王顺安（中国政法大学教授、中国犯罪学研究会副秘书长）
- 冯树梁（司法部司法研究所研究员、中国犯罪学研究会副会长）
- 白建军（北京大学法律系副教授、中国犯罪学研究会副秘书长）
- 田文昌（北京京都律师事务所主任）
- 皮艺军（中国政法大学副教授、中国犯罪学研究会副秘书长）
- 刘广三（烟台大学法学院副院长、教授）
- 刘生荣（最高人民检察院检察理论研究所副所长、研究员、中国犯罪学研究会副秘书长）
- 刘灿璞（上海大学法学院教授、中国犯罪学研究会副会

- 长)
- 刘家琛 (最高人民法院副院长、中国犯罪学研究会副会长)
- 姜小川 (中央政法管理干部学院副院长、教授)
- 孙 铤 (中国人民公安大学教授、中国犯罪学研究会副会长)
- 何秉松 (中国政法大学教授、博士生导师)
- 周 密 (北京大学教授、中国犯罪学研究会副会长)
- 陈兴良 (北京大学教授、博士生导师、中国犯罪学研究会副会长)
- 汪建成 (北京大学教授、博士生导师)
- 郑 禄 (中央政法管理干部学院院长、教授)
- 武 汉 (华东政法学院教授)
- 张晓秦 (北京大学出版社副社长、副编审、中国犯罪学研究会副秘书长)
- 胡康生 (全国人大常委会法制工作委员会副主任、中国犯罪学研究会副会长)
- 赵 可 (公安部四所副所长、研究员、中国犯罪学研究会副会长)
- 赵国玲 (北京大学教授、中国犯罪学研究会副会长)
- 郭 翔 (中国政法大学教授、中国犯罪学研究会副会长)
- 郝宏奎 (中国人民公安大学教授、中国犯罪学研究会副秘书长)
- 黄京平 (中国人民大学法学院教授、博士生导师、中国犯罪学研究会副秘书长)

总 序

在人类跨入二十一世纪的时候,我们回眸二十世纪的历程,在惊叹科学技术高速发展,人们生活日新月异的同时,亦为环境污染、毒品泛滥、青少年犯罪猖獗的一面扼腕。而此“三大国际灾害”或与犯罪有联系或直接就是犯罪或本身构成犯罪的的主力。我国改革开放二十多年来,取得了举世瞩目的伟大成就,可社会治安与犯罪问题,却叫人忧心忡忡。尽管我国政府竭尽全力打击犯罪,并采取了综合治理的措施,但结果还是不尽理想。这就有必要深入研究犯罪产生的根源,检讨治理犯罪的手段。

深入研究犯罪产生的根源,目的在于寻找作为社会病之一的犯罪发生的病根、病因,从而对症下药,有的放矢地治理犯罪。近二十年来,我国犯罪学界的同仁们殚精竭虑,对犯罪根源、原因展开了空间规模的研究,初步取得了共识。犯罪原因不是单一的,而是多元的;不是静态的,而是动态的;不是诸多致罪因素的简单结合,而是各种致罪因素相互作用、有机结合的多质多元多层次多变量的罪因系统。这就告诫我们,犯罪的存在是客观的、复杂的,也是长期的。

检讨治理犯罪的手段,目的在于寻找出控制与减少犯罪的最有效的方法。针对犯罪根源及原因的客观性、综合性,治理犯罪必须采取综合治理的方针。而综合治理的关键是预防和打击。过去,在司法实践中只重视了打击,忽视了预防,是不对的。为此理论与实践部门的同志对预防犯罪问题进行了深入研究,取得了一系列的科研成果,如前司法部部长、现最高法院院长肖扬主持

的国家哲学社会科学九五重点科研项目——《中国预防犯罪通鉴》。现在，在犯罪研究中，重视了预防，忽视了打击，也是不对的。因为打击与预防两手，均需要理论的指导，从某方面而言，打击更需要理论的指导。

基于上述的认识，结合我国犯罪学研究的进程，我们在系统研究出版了一系列有关犯罪学基础理论、犯罪原因和预防犯罪的理论著作之后，决定对治理犯罪中打击环节的理论问题进行研究。从犯罪学角度而言，“打击”犯罪的理论，即刑事司法机构——公安、检察、法院和监狱——运用刑事法律揭露证实犯罪、准确适用刑罚、惩罚改造罪犯的科学体系。由于此类学科理论研究的犯罪，严格局限在刑法典确立的法定犯罪之内，又由于此类学科理论研究的核心是如何科学地运用刑罚，以便充分发挥刑罚惩罚与改造罪犯的一般与特殊预防功效。此外，由于此类学科理论的研究既重点研究现行刑事法律（刑法、刑事诉讼法和监狱法），同时又不囿于此，更要研究如何制定、运用与操作刑事法律的刑事政策、刑事立法与刑事司法。因此，本丛书把上述各个方面的问题都归纳在内，构建了刑事法学的大体系。

关于《中国刑事法学研究丛书》的酝酿起于1996年，1997年，经学会会长、副会长、秘书长和副秘书长联席会议通过，将其列入中国犯罪学研究会“九五”重点科研项目。

《中国刑事法学研究丛书》，由11本书组成，分别是：《刑事法总论》、《刑事犯罪学》、《刑事政策学》、《刑事实体法学》、《刑事程序法学》、《刑事侦查学》、《刑事证据学》、《刑事检察学》、《刑事审判学》、《刑事辩护学》、《刑事执行法学》。本套丛书是从学术上整合研究刑事法律与实务的著作，要求一定要有学术的深度，同时还应有自己的特色。只有“深”与“特”，才可能有创造性。深，以各书所研究领域目前所达到的水平而定；特，则应从本套丛书的整体设计与各分册著作的内容特点而定。无论是哪部

著作，其体系均要求不是现有著作与教科书的翻版，同时，应在形式与内容上有所创新与突破。创新与突破，是本套丛书的特色，亦是本套丛书的生命。

编辑与出版《中国刑事法学研究丛书》，其意义是十分重大与深远的。

——从学术意义上看，《中国刑事法学研究丛书》的写作与出版具有开拓性、整合性与建设性。所谓开拓，是指新中国迄今为止还没有一套专门论述刑事法学的系列丛书。我们开展这项研究工作无疑具有敢为天下先的勇气和填补学术空白的气概。当然，本套丛中有些内容是已经开展过研究了，并已出版了专著。如《刑事政策学》、《刑事侦查学》、《刑事证据学》、《刑事检察学》、《刑事执行法学》等，但随着社会的发展，迫切需要更新。特别是将其组合在一起，前后呼应，深化研究，仍然具有创新意义。所谓整合，是指学科内容的整合与学科队伍的整合。刑事法学是一门研究刑事犯罪活动与防治规律的综合科学，其涵盖面涉及到一些与刑事犯罪作斗争的领域。从刑事法律而言，涉及刑法、刑事诉讼法、监狱法的全部内容；就刑事司法活动而言，涉及到侦查、检察、审判与执行的各个方面。如果对这些环节的研究不从整体上把握和系统上考虑，即便是对某一领域的问题研究透了也会存在协调上的问题与漏洞，因此需要运用多种学科知识、多种手段，多视角进行研究，并通过科际整合的方式，才能达到较为理想的结果。我们这次组织参加主编的同志，涉及到犯罪学、刑法学、刑事政策学、刑事诉讼法、监狱法学的专家学者，也涉及到公安、检察、法院、司法行政等部门的领导与专家，可谓刑事法学人才空前的大整合。所谓建设，是指对刑事法学理论体系的建构与刑事法学内容的建树。这套丛书共为11本，其内容是根据刑事法学应有的内容与规律设计的，比较全面，也比较科学。从我们所了解的中外刑事法学研究现状来看，如此大规模的系列丛书，还是没

有的。在内容上，我们力图有新意，从理论与实践上全面地对现有刑事法律与制度进行审视、检讨与学术修正。

——从实践意义上看，《中国刑事法学研究丛书》，具有吸纳性、操作性与导向性。所谓吸纳是指刑事法学研究能够将刑事司法实践中已经取得的成功经验叫结出来，并将已不适应现实生活的陈旧理论及观点予以扬弃。所谓操作，是指中国刑事法学研究不仅是理论上的研究与思辨，而且更强调学术研究的运用价值与可操作性。如刑事侦查学、刑事检察学、刑事审判学和刑事辩护学，主要是对刑事司法活动的可操作性研究，其主编也是此领域的负责人与专家。所谓导向，是指中国刑事法学研究对实践的指导及方向性指引的作用与价值。从1983年“严打”以来的中国刑事司法活动一再表明，面对现实中严峻的社会治安形势，离开了“严打”这一手段是不行的，但单纯在口头上讲综合治理，实践中还是强调“严打”的做法也是不行的。然而如何解决“打防并举，标本兼治，预防为主”的问题，主要还是理论上未能说清楚以及理论与实践相结合的问题。根本的一点是理论未搞透，同时正确的理论未能很好地得以运用。此外，我国整个刑事司法制度是否完善，是否就能承担现在乃至下个世纪初期的治理犯罪的艰巨任务，也是值得思考的重大问题，对这些问题的回答，涉及到未来刑事司法制度的走向与发展的重大课题，需要加强研究。《中国刑事法学研究丛书》，力争对此作出回答，并希冀能给予刑事司法工作的改革与完善作出理论性探索。

——从立法意义上看，《中国刑事法学研究丛书》具有检讨性、完善性与前瞻性。所谓检讨，是指刑事法学研究可以对近几年颁布施行的刑事基本法（刑法、刑事诉讼法和监狱法）在适用过程中存在的问题予以检验与研讨，从而提出具有针对性与科学性的处理方法。所谓完善，是指刑事法学研究通过对刑事法律及其适用过程存在的问题的研究从而达到不断修正与完善的目的，尤其

是对这些法律适用和实施细则的制定，都将会发挥重要作用。如《监狱法实施细则》的制定就迫切需要有关监狱法理论问题研究结果的指导。所谓前瞻，是指刑事法学研究对未来刑事立法活动的预测及其展望。如我国现已公布了《未成年人保护法》、《预防未成年人犯罪法》。在二十一世纪，我们应该着手研究与制定《未成年人刑法》、《未成年人刑事诉讼法》和《未成年人监管改造法》等。此外，在立法上的最大意义，还在于促进《中华人民共和国社会治安（或违法犯罪）综合治理基本法》的出台。

组织编撰与编辑出版大规模的《中国刑事法学研究丛书》是一项十分繁重的工程。我们要感谢各位分科主编及其参与撰稿的所有专家学者，这些分科主编及撰稿者，大部分是在该领域学术造诣很深，本职工作与科研任务很重的著名专家学者和实际部门的领导人，是他们无私的奉献与努力，才使得本套丛书的研究任务得以完成。同时，我们还要特意感谢出版社的领导与编辑，尤其是前副总编季青编审和本套丛书的策划编辑张忠华副编审，如果没有他们的慧眼赏识并列入群众出版社向国庆50周年献礼的重点图书规划，恐怕本套丛书的出版，不会有如此迅速。

打击与预防犯罪是一项长期而艰巨的工作，研究犯罪与防治科学理论任重而道远。江泽民总书记曾多次告诫政法部门的领导与同志们，要大力开展犯罪与犯罪心理科学的研究，搞好对违法犯罪行为的预防与控制。本套丛书的写作与出版，是中国犯罪学研究会以实际行动响应江泽民总书记号召的又一次重大举措与表现。但愿中国犯罪学研究会在二十一世纪为犯罪科学研究的繁荣，为国家长治久安的事业，作出更大的贡献！

编写说明

《刑事辩护学》一书，系一部系统论述刑事辩护的理论与实务问题的学术专著。本书由著名律师田文昌教授任主编，知名青年学者陈瑞华博士和《中国律师》总编刘桂明任副主编。全书由北京大学、中国政法大学的法学博士、硕士以及京都律师事务所从事刑事辩护业务的律师集体编写而成。

本书的写作分工是：

第一章 陈瑞华 俞嘉颖

第二章 刘 涛

第三章 锁正杰

第四章 锁正杰

第五章 刘 涛

第六章 刘桂明 刘 涛

第七章 许永俊

第八章 许永俊

第九章 程 璇

第十章 颜九红

第十一章 朱永锐

第十二章 马舒宁

第十三章 王 川

第十四章 田文昌

第十五章 田文昌

全书由主编、副主编统一审阅、定稿。由于参与编写的人员较多，时间较为仓促，不足之处恐难避免，敬请读者不吝指正。

本书全体编写人员

2000年7月1日

目 录

第一部分 一般理论

第一章 导言	(3)
第一节 辩护在刑事诉讼中的地位.....	(3)
第二节 刑事辩护制度中的主要研究课题.....	(9)
第三节 本书的主要框架	(14)
第二章 刑事辩护制度的历史沿革	(16)
第一节 外国刑事辩护制度的历史沿革	(16)
第二节 中国刑事辩护制度的历史沿革	(36)
第三章 刑事辩护制度的模式	(45)
第一节 英美法系辩护制度的模式	(46)
第二节 大陆法系辩护制度的模式	(62)
第三节 意大利和日本的混合模式	(71)
第四节 辩护制度的发展趋势	(79)
第四章 刑事辩护制度的理论基础	(89)
第一节 概说	(89)
第二节 刑事辩护制度出现的历史必然性	(91)
第三节 刑事辩护与案件事实之发现	(96)
第四节 刑事辩护与被告人的诉讼主体地位.....	(104)
第五节 刑事辩护与程序公正.....	(114)
第六节 刑事辩护与法治.....	(122)

第五章 辩护权与辩护人制度	(130)
第一节 辩护权.....	(130)
第二节 辩护人制度.....	(140)
第六章 辩护人的权利保障	(163)
第一节 辩护人权利保障的必要性.....	(163)
第二节 辩护人诉讼权利的保障.....	(165)
第三节 辩护人人身权利的保障.....	(175)
第四节 辩护人执业环境的改善.....	(190)
第七章 辩护人的法律责任与惩戒	(196)
第一节 建立辩护人法律责任与惩戒制度的必要性.....	(196)
第二节 辩护人的法律责任.....	(200)
第三节 辩护人惩戒的机构及程序.....	(209)
第八章 刑事法律援助	(225)
第一节 概说.....	(225)
第二节 刑事法律援助的性质.....	(237)
第三节 刑事法律援助制度之比较.....	(250)
第四节 中国刑事法律援助制度的特点和主要问题.....	(263)
第五节 中国刑事法律援助制度的展望.....	(277)

第二部分 刑事辩护实务

第九章 侦查阶段的辩护	(287)
第一节 侦查阶段辩护活动的意义和任务.....	(287)
第二节 侦查阶段委托律师的途径和方式.....	(292)
第三节 侦查阶段的辩护工作.....	(302)
第四节 存在的问题及解决途径.....	(309)
第十章 起诉阶段的辩护	(316)
第一节 辩护人在起诉阶段的工作.....	(316)
第二节 辩护律师的阅卷工作.....	(318)

第三节	辩护律师的调查取证工作·····	(339)
第十一章	第一审程序中的辩护·····	(350)
第一节	阅卷·····	(351)
第二节	与被告入联络·····	(355)
第三节	调查、取证·····	(361)
第四节	出席庭审·····	(369)
第十二章	上诉审和死刑复核程序中的辩护·····	(395)
第一节	上诉审辩护的重要性·····	(395)
第二节	上诉审中的辩护·····	(397)
第三节	死刑复核程序中的辩护·····	(409)
第十三章	特殊程序中的辩护·····	(413)
第一节	简易程序中的辩护·····	(414)
第二节	自诉案件中的辩护·····	(421)
第三节	附带民事诉讼程序中的辩护·····	(425)
第四节	再审程序中的辩护·····	(432)
第五节	刑事赔偿程序中的辩护·····	(438)
第十四章	刑事律师的基本素质及其在新刑诉法实施后 面临的新课题·····	(445)
第一节	律师辩护中应当具备的基本素质与条件·····	(446)
第二节	新刑事诉讼法实施后律师面临的新课题·····	(453)
第十五章	法庭辩论技巧·····	(463)
第一节	律师在法庭辩论中的位置和立足点·····	(464)
第二节	法庭辩论的主要技巧·····	(467)
第三节	赢得法庭辩论的理论基础和工作基础·····	(487)

第一部分 一般理论

第一章

导言

第一节 辩护在刑事诉讼中的地位

目前，北京正在实施名为“畅通工程”的城市道路改造计划，京城里又将要出现许多漂亮宽敞的大马路，这当然是一件好事情。但是，当我们看到那些因为要拓宽街道而被砍伐的大树横陈在我们面前，看到那些已经与树干永远分离的沾满潮湿泥土的庞大树根时，心里是否会有一些想法呢？当然，会有许多理由支持我们理直气壮地砍掉这些树，也可能有许多难处使我们选择“杀死”它们而不是移植它们，好让它们在别的地方继续活着。于是，那些已经在这条道路上生长了几十年的大树就这样“消声匿迹”了。

有的时候人的命运就和这些树的命运一样，在别人作出涉及你自身利益（财产、生命甚至自由）的决定时，根本没有考虑到要给你一个“为自己说话的机会”，让你“针对于己不利的内容进行论辩、反驳，来维护自己的权益”，也就是说不允许你为自己进行“辩护”。

但是，在我们这个现实社会中并不仅仅存在着一种价值、一种文化和一种利益，即便有一种利益是多数人都认可和追求的，它

的至高无上性也是需要论证而不是先天就存在的。因此，这个社会就应该给人们说话的自由，允许有不同的声音存在，让各种不同的利益和价值进行理性的交涉和对话，充分地主张和反驳之后再得出一个结论，这就会使得被涉及利益的人感到自己被作为“与其他人一样的人”对待，感到自己是被“说服”而不是被“压迫”的。

在刑事诉讼程序中，控、辩、裁三方进行的活动实际上就是为了共同解决主要的利益冲突——国家和个人之间的利益冲突。正是因为刑事诉讼中国家利益和个人利益是根本对立的，在程序没有产生结论之前，国家利益并不当然就是优先的，以国家名义提出的控诉也并不一定就是不容置疑的。所以，辩护的存在就是理所当然的。

刑事诉讼中的辩护以“控诉”为前提，没有控诉就没有辩护。辩护是控诉的对立面，如果只有控诉而没有辩护，那么，刑事诉讼活动就会成为“行政治罪活动”，国家权力就会形成一种垄断，此时整个程序就失去了“诉讼”的色彩，而带有类似军事镇压的“刑事专制”意味。

辩护能够发挥作用的关键在于刑事诉讼中是否有一个中立的裁判者。在人类早期出现的弹劾式诉讼中就已存在的“辩护”，到了控审不分的纠问式诉讼中就没有了存在的空间，因为“控告人如果成为法官，就需要上帝作为律师”。^①

由此可见，只有在一种宽容、文明、人道的社会环境中，只有在允许不同意见存在的民主国家里，只有在具备了完整诉讼形态（审者中立、控辩平等对抗）的刑事诉讼程序中，才可能有先进的辩护制度和活跃的刑事辩护律师群体。

^① 拉德布鲁赫著，米健、朱林译：《法学导论》，121页，北京，中国大百科全书出版社，1997。

那么，是不是只要存在控诉者和中立的裁判者，作为控诉方对立面的辩护就可以存在并发挥作用了呢？其实，上述所说只是辩护存在的必要条件，如果缺少就根本谈不上真正意义上的辩护。那么，什么是“真正意义上的辩护”呢？辩护的实质是被告人（以及审判前程序中的犯罪嫌疑人）及其辩护律师对刑事诉讼程序的“参与”。所以，真正意义上的辩护就是被告人及其辩护律师对刑事诉讼程度“富有意义的”、有效地参与。

“参与”是刑事诉讼程序具备“最低限度程序公正”的标准之一。其核心思想是“那些权益可能会受到刑事裁判或诉讼结局直接影响的主体应当有充分的机会富有意义地参与刑事裁判的制作过程，并对裁判结果的形成发挥其有效的影响和作用”。^①秉承康德的理想“永远把人类——无论你亲自所为，还是代表他人——当作目的而绝不要仅仅当作手段来对待”，新康德主义法学家德国学者施塔姆勒认为：“一个人的意志内容绝不能受制于他人的专制权力；在对任何人提出法律要求或实施控制时，必须使承担义务者保持其人格尊严。只有这样，才能将每一个社会成员都看作是一种目的，而不是仅被当作专横意志的对象和实现他人目的的手段。”^②

可见，公正的刑事诉讼程序就是期望通过确保当事人“‘富有意义地’参与”来使其内在价值和人格尊严受到尊重。美国学者萨默斯也曾指出，参与往往意味着公民能够自主地主宰自己的命运，尤其是对于被告人而言，获得参与的机会有助于使他的人格尊严受到尊重。被告人尽管不能像法官那样直接制作裁判，但他通过影响裁判内容，使自己拥有自主决定自己命运的权利。因此，在刑事诉讼程序中，“真正意义上的辩护”就是在表达这样一

^① 陈瑞华：《刑事审判原理论》，61页，北京，北京大学出版社，1997。

^② 同上书，74页。

种思想：要把被告人真正视为一个主体而不是一件物品，使他能够处于一种可与法官就如何对待他的问题进行协商的地位，即强调尊重程序参与者作为自主、负责和理性的主体地位。^①

上述论述其实同时也回答了另外一个曾经深深困扰我们的问题，那就是“辩护制度存在的基础是什么”。“参与理论”，也就是“程序主体性理论”就很好地回答了这一问题。在被告人独立成为法律主体，承担辩护职能这一事实的背后，存在着被告人主体性理论这一坚实基础，所谓主体性理论就是指“人应当拥有通过自己的努力而自由地决定、选择、支配其命运的能力，能够自主地处分维护其各项基本权利和利益，而不是被动地承受别人为此所作的安排。”^②正如黑格尔所言，人性里有天生的尊严。西方学者一般认为，尊重人的人格尊严和道德主体地位，是正义的基本要求；尊重刑事被告人的主体地位，就等于尊重他参与诉讼进程、影响诉讼结局、自主选择个人命运的能力，这是程序正义的核心内容。^③因此，承认了被告人的程序主体地位，就必然要承认被告人对程序自主、积极、有效的参与，即承认被告人拥有辩护权的合法性；同时，刑事诉讼程序要具备最基本的内在价值（程序正义），就应首先保障程序主体的参与，即为被告人行使辩护权提供充足的程序性保障。

刑事辩护制度存在的另一基础就是我们熟知的“无罪推定原则”，它是现代刑事诉讼的基石，离开它，刑事诉讼这座大厦就有随时倒塌的危险；而它更是被指控人享有辩护权的前提，没有它，现代意义上的刑事辩护制度将无处可寻。无罪推定原则本身就蕴含着这样的精神——“被告人在审判过程中应拥有为对抗国家追

^① 陈瑞华：《刑事审判原理》，77页，北京，北京大学出版社，1997。

^② 同上书，221~222页。

^③ 同上书，223页。

诉权所必备的程序保障”，辩护权就是这种程序保障的重要内容。由于“无罪推定原则设定了一种国家追诉官员与被告人一起通过举证、争辩和说服来影响裁判结局的具体环境。而在这一过程中，被告人不承担任何证明自己无罪或是有罪的义务，他所负的惟一义务是运用证据证明自己辩护主张的可成立性”，所以“他可以在庭审前进行充分的准备，从而能够提出具有实质效果的辩护理由、证据，并对控诉方的指控作出有效的反驳”。^①

到底什么是刑事审判？是不是像有些人认为的那样，警察抓住坏人，法官将他定罪量刑关进监狱就“大功告成”？日本学者棚濑孝雄却不这样认为，他说：“围绕对立的主张和观点进行争议的当事人中间存在着一个具有权威的第三者，通过这样的三方相互作用把当事人的争论引导或收敛到一个合理解决上的社会机制”^②，就是刑事审判。谷口安平也这样认为：诉讼在制度上以双方当事人对抗性辩论作为基本结构，双方以对等的力量展开积极的攻击防御才构成程序的实质性内容。在此，两位学者给我们描述了什么才是真正的“刑事诉讼形态”，他们都强调了辩护方的存在是刑事诉讼的必要条件之一。也就是，“审者中立、控辩平等对抗”的诉讼形态必然要求被告人能够行使辩护权，富有成效地影响法官判断的形成。所以，刑事诉讼形态即是刑事辩护制度存在的理论基础之三。

同刑法一样，刑事诉讼法也致力于建立一个法益尽可能少地受到侵害或者威胁的法秩序，但是，只有一个以每一个公民的权利和自由为价值目标的法秩序，才有可能较有效地得到尊重和保护。这是因为“正如国家本身不是目的，法秩序本身也不是

^① 陈瑞华：《刑事审判原理论》，152页，北京，北京大学出版社，1997。

^② 棚濑孝雄著，王亚新译：《纠纷的解决和审判制度》，225页，北京，中国政法大学出版社，1994。

目的。国家和法秩序之所以存在的全部意义，就在于通过它们每一个生活在其中的人的权利和利益会得到更好的尊重和保护。就是说，这里不能颠倒的是，并不是每一个单个的公民为了国家和法秩序而存在，恰恰相反，是国家和法秩序为了每一个公民的具体的权利和利益而存在。因此，公民的任何一个具体的权利和利益，只要它是法秩序所认可也就是合法的，就应当受到保护，而不论它是多么微小或是与某些社会价值观念不相符。”^① 刑事辩护制度的价值之一就是保障被告人（犯罪嫌疑人）的权益，防止政府权力（警察的侦查权和检察机关的公诉权）和司法权（定罪量刑权）的滥用。这也是法治国家的理念——保护每一个公民不受国家权力的不当侵害。

正是因为国家、政府以及法秩序本身不是目的，它们的合法性同样需要证明，被告人和他的辩护人才能在法庭上，以程序作为合法的武器，对政府提出批评，向法律发出挑战，并且确信这种批评能够成为“合法的批评”，这种挑战能够成为“合法的挑战”。这种对政府的批评和意见正是刑事辩护制度对整个国家的法律制度的特殊贡献，这种贡献是无法取代的，那就是“辩护并不以法律为理所当然，它运用完备的法律分析方法，其目的是：极力主张适用一项规则而非另一项规则，证明某种具体解释是正当的，以及作出有利于自身的事实重构。因此，它鼓励坚持己见和探寻对公认权威的批判。其长期效应就是把一种变化的动力注入法律秩序，并形成对法律灵活回应各种新的问题和需要的期待。”^② 正如边沁所主张的那样，人们对于法律应该“坚决地遵守，

^① 李海东：《社会危害性与危险性：中、德、日刑法学的一个比较》，载《刑事法评论·第四卷》，66页，北京，中国政法大学出版社。

^② 诺内特·塞尔兹尼克著，张致铭译：《转变中的法律与社会》，北京，中国政法大学出版社，1994。

自由而激烈地批评”，刑事辩护就具有这样独特的价值，神奇的效果——它通过对法律权威的合法挑战使得法律决定可以被人接受（令人信服），具有合法性；同时向法律补充新的内容，推动其向更好的方向发展。

第二节 刑事辩护制度中的主要研究课题

我国 1996 年新修订的《刑事诉讼法》和《律师法》以及《人民法院组织法》规定了我们国家的刑事辩护制度的基本内容。特别是新的《刑事诉讼法》进一步扩大了犯罪嫌疑人、被告人的辩护权，提前了辩护人和辩护律师介入刑事诉讼的时间，明确了辩护人的数量、资格，扩大了指定辩护的范围，建立了刑事法律援助制度，扩大了律师和其他辩护人的诉讼权利。与 1979 年《刑事诉讼法》和《律师暂行条例》相比，这都是很大的进步，标志着我国的刑事辩护制度开始沿着程序的轨道向科学化、理性化的方向迈进。

然而，修订后的《刑事诉讼法》实施以来，辩护制度在司法实践中的现状的确是不容乐观的。一方面，辩护人的权利大量得不到落实；另一方面，辩护人本人的人身权利也经常面临威胁。可以说，在刑事辩护方面，我国还有许多课题有待研究。

陕西省某律师事务所律师张某接受委托为被告人齐某辩护，前往看守所会见被告人。值班民警查看了张律师的证件，允许会见。但不到两分钟，一名女预审员闯入会见室，不准律师会见被告，区检察院两名公诉人也随后赶来，扣留了律师执业证、授权委托书、会见被告介绍信以及两份证据材料。随后，又把张律师带到一个房间内，从 9 时 40 分起限制张律师的人身自由，并逼迫他说出所掌握的证据材料，直到 13 时 55 分才被放出。

这是一个真实的案例，发生在新刑事诉讼法颁布一年后。分析其产生的原因，就要对我们国家刑事辩护制度从理论到实践进行全面的反思，不能总是停留在立法的一点点进步上，这也应该是目前刑事辩护制度研究的主要课题。

首先，尽管立法上取得了这样的进步，但是和其他国家相比较，尤其是以有关刑事辩护制度的国际公约以及相关法律文件中的若干标准来衡量中国的刑事辩护制度，就会发现它的缺陷比它的优点更加显而易见。更重要的是，刑事辩护制度是整个刑事诉讼制度的一个组成部分，它必然要受到其他更为关键的制度的制约和影响，如果其他制度不进行根本性的变革，那么，刑事辩护制度在立法上规定得再进步再完善，也只能是“穿新鞋，走老路”。

司法实践无疑印证了上述断言，刑事辩护活动在有缺陷的立法规定和有缺陷的司法制度的双重夹击下进退两难，有被逼入绝境的危险而不能自救。

当然，制定得再完美无缺的法律在它的实际执行过程中都会遇到各种问题以致会或多或少地偏离最初的立法目的，但是有着种种缺陷的立法在实践中甚至会“南辕北辙”。

有关刑事辩护制度最大的立法缺陷就是律师和法院、检察院的关系依旧没有理清，律师独立、自治的自由法律职业者身份始终没有得到立法的明确承认。虽然《律师法》颁布之后，律师不再是国家工作人员，也不再具有行政官员的身份，但是律师和政府的关系始终很模糊，认为律师应当隶属于“公检法司”中的第四者司法行政机关的观念依然存在。而《律师法》依旧规定对律师的惩戒权由省、自治区、直辖市以及设区的市人民政府的司法行政部门行使；《律师惩戒规则》也是由司法部制定的，这无疑使上述观念在人们脑海中更加根深蒂固。

其实，被法学理论界和实务界反复争论的“律师该不该拒绝

辩护”和“律师能不能揭发委托人未被公安机关掌握的罪行”问题就和“对律师身份的界定”问题密切相关。如果把律师看做是法官和法院的助手，那么，律师揭发罪行、拒绝辩护就不为过；如果把律师当成是“第二公诉人”，那么，律师和检察官在法庭上一道指控被告人（委托人）有罪也就不足为奇了。所以，在中国的刑事审判中，律师能够说出这样的话，“虽然我的委托人罪恶深重，但我依然要依据法律和事实为之辩护。”

1990年第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过了《关于律师作用的基本原则》，其中规定了律师的一项重要执业权利就是“律师对于其书面或口头辩护所发表的有关言论或作为职责任务出现于某一法院、法庭或其他法律或行政当局之前所发表的有关言论，应享有民事和刑事豁免权。”而在中国，律师的职业秘密特权和律师的言论豁免权都没有在立法上规定，使本来应受法律保护律师执业的正常行为，如律师为他的委托人保守秘密和隐私，在中国反而受到指责。

由于立法的缺陷，导致司法实践中律师的人身权利得不到保障，诉讼权利无法落实甚至被剥夺。近些年来，各地均有刑事辩护律师在执业过程中被逮捕、拘留，以“包庇罪”、“徇私舞弊罪”和“伪证罪”被起诉和定罪量刑的案件发生。

这和《刑法》第306条立法规定上的缺陷有着直接和间接的关系。这一条款直接把矛头指向辩护人和诉讼代理人，犯罪主体狭窄，而同样是妨碍司法公正的警察和检察官行为却不受刑法追究；更重要的是，罪状描述模糊简单，是一个典型的“口袋罪”，有违“罪刑法定”原则。

除了立法上的缺陷和司法实践中人为制造的障碍之外，司法制度本身的缺陷也迫使参与其中的人因而感到“英雄无用武之地”。司法不公正使得中国刑事辩护的大环境不佳，不存在一个相对封闭的能够让律师说理，用合法手段挑战官方权威的法律空间，

律师只能求助于一些特殊手段,才能获得胜诉。造成司法缺乏起码的正义的原因很多,有历史、传统文化观念乃至宪政基础上的,在此无法逐一论述,只想就具体司法制度设计上的缺陷作一些评析。

第一,中国流水作业的诉讼模式在侦查和起诉阶段(审判前阶段)不具备完整的诉讼形态,缺乏有效的司法审查,甚至连司法救济都无法诉诸。在审判前阶段,根本看不到法官的身影。所有的强制措施和搜查、扣押、冻结、窃听等强制性侦查措施都没有事前的司法审查和事后的司法救济,纯粹成为侦查方和被侦查方、起诉方和被起诉方之间的行政活动。所以,虽然法律赋予辩护律师针对警察和检察官的违法行为代为申诉的权利,但是没有—一个中立的裁判者存在,“申诉”活动就会演变成为“求情”活动,一切都取决于“被求情者”的意识和心态。此时辩护活动就完全脱离了程序和法治的轨道而被笼罩上了“人治”的色彩。

第二,中国的检察官在法庭审判进行当中行使法律监督权是中国刑事诉讼的一个特色。检察院处于法律监督者的地位上,某种意义上成为“法官之上的法官”。本来,由于现代刑事诉讼实行国家追诉主义,即便把公诉方设置成与被告平等的一方当事人(原告),形式上的平等也不能掩盖“实质上的不平等”,个人力量再强也无法与国家抗衡,控辩双方天然就力量悬殊。而我们国家连控辩双方“形式上的平等”(法律地位上的平等)也无法做到,在一个不具备公平规则的竞赛中,人们很难想像竞赛能够公正进行。在这样强大得仿佛都占据了道德优势地位的控方面前,辩护律师有时真的是很难做到“理直气壮”。

第三,中国刑事审判程序缺乏自治性,判决不能当庭产生,由于审判委员会的介入,使得整个程序完全成为摆设,是一种可有可无的东西。同时由于流水作业的诉讼模式,审判前程序取代审判程序成为整个刑事诉讼程序的重心和关键,法官常常依赖侦查终结移送审查起诉的卷宗来判案,以致在向“起诉书一本主义”转

变的改革之后法官都不会判案了，只好等着“庭审结束之后三日之内检察院移送全部卷宗”。当审判程序和结论没有内在的逻辑联系时，又怎能指望辩护律师通过参与程序，充分发挥其才能和技巧而对结论产生有效的影响？当法官的结论完全取决于侦查卷宗的结论，院长、庭长的批示，审判委员会的决定，上级法院的指示甚至某位行政官员的意见时，辩护律师在庭上“侃侃而谈”就往往成为缺少观众和评判者的表演。

第四，中国司法不独立、不自治与司法没有至上的权威是一枚硬币的两面。由于法院受到地方行政人、财、物的控制，就难逃“地方保护主义”的魔掌。在法庭这个本应是法官的王国中，法官却没有国王那样至上的权威。当法官受到权力意志和行政利益的干预不能抵抗时，他的中立性就值得怀疑，而此时实质意义上的有效的辩护存在的基础就开始动摇。

第五，基于“平等武装”思想，为了使控辩双方之间“形式上的平等”能够向“实质性的平等”过渡，许多国家都赋予辩护方一些特权，让控诉方承担一些特殊的义务，期望控辩双方能够在平等的层面进行一次理性的对话，而不是镇压者对被镇压者的压制。于是被告人的沉默权、非法证据排除规则、自白任意性规则、证人特权规则以及证据展示制度纷纷建立，这些规则和“无罪推定”一起成了辩护律师手中最有力的武器，使得他们的辩护成为对程序的真正参与，他们就凭借这些法律赋予他们的合法手段以及法律所没有禁止的行为方式和控方抗衡。

在现代化的过程中，个人观念和国家观念会同时得到加强，而形成政治和法制上的张力，在现代化的长期实践中，被变革的对象实际上是民众的行为方式，而不是国家的权威结构。^① 于是，

^① 棚赖效雄著，王亚新译：《纠纷的解决和审判制度》，10页，北京，中国政法大学出版社，1994。

法律不断地被制定、被修改，但是，仍然遭到“太多的法律，太少的正义”的批评。所以，对刑事辩护制度改革的宗旨应该是“把民众的行为摆到主体位置，把国家的权威结构作为变革的对象。”

第三节 本书的主要框架

刑事辩护制度是刑事诉讼制度的重要组成部分，尤其对于形成现代科学、文明、进步的刑事诉讼程序，辩护的意义更显重大，没有辩护，就不会有完整的刑事诉讼形态，这个道理已经不容置疑。但是，在我们国家，无论是理论研究还是司法实践中的辩护都显得苍白无力，特别是同“如火如荼”的刑事诉讼法修改和审判方式改革相比较，更是进展缓慢，甚至成为阻碍整个刑事诉讼制度发展的“绊脚石”。所以，本书从理论和实务这两个不同但又关系密切的角度对刑事辩护制度进行研究，希望能够通过研究，对这一制度作深入考察，进行观念转变、制度建设，二者双管齐下，探索出一条改进中国刑事辩护制度的出路。

上编为理论篇，分为十章。第一章导言论述了辩护制度在整个刑事诉讼中的地位 and 意义，着重分析了刑事辩护制度存在的理论基础和价值，也就是试图回答这样一个问题：“为什么要有刑事辩护，没有它，刑事诉讼能不能进行？”同时也分析了目前我国刑事辩护制度的现状，包括立法上的进步和缺陷以及司法制度的弊端给刑事辩护在中国健康发展造成的种种障碍，后者是当前研究刑事辩护制度的主要课题。第二章运用历史研究的方法，从中外两个角度介绍了刑事辩护制度的历史沿革，以期读者能够对这一制度的产生、发展和演变有一个历史性的宏观把握。第三章描述了刑事辩护制度的三种模式：英美法系的“自由辩护模式”；大陆

法系的“有限辩护模式”；意大利和日本的“混合模式”，并对之进行分析评价，又在此基础上介绍了各个模式的发展变化以及国际公约和相关文件的有关规定。第四章具体研究刑事辩护制度的理论基础，试图回答这样一类问题：“为什么要为有罪的人辩护？为什么要有辩护制度？”这一章是理论部分的核心，是整个辩护制度理论大厦的地基，以后的各章研究均要在此基础之上。第五章研究的是辩护权和辩护人制度。第六、七、八、九章分别细致深入地研究了辩护人的诉讼地位、权利保障、职业行为规则以及辩护人的法律责任与惩戒。第十章介绍了法律援助制度，并对中国的刑事法律援助制度作出了展望和设想。

下编为实务篇，描述了在刑事诉讼各个阶段（侦查、审查起诉、一审、二审和再审）和特别程序（简易程序、自诉程序、刑事附带民事诉讼程序、再审程序和刑事赔偿程序）的司法实践中，辩护制度是如何具体运作、发挥作用的。

第二章

刑事辩护制度的历史沿革

第一节 外国刑事辩护制度的历史沿革

一、概述

刑事辩护制度作为法律制度的一个组成部分，和法的起源并不同步。严格意义上的法的起源是伴随着奴隶制国家的产生而出现的。众所周知，世界上最早进入奴隶制社会的地区是埃及、巴比伦、中国、印度、希腊和罗马。奴隶社会在各个古代国家的发展是不平衡的，相应的法律制度在这些国家也各有其不同的发展道路和特点，发展的历史时期也参差不齐。综观世界各地早期奴隶制社会的法律制度，鲜见有刑事辩护制度的痕迹。在典型的东方专制国家古埃及，审判权由行政官员行使，判案的依据主要是物证、证言或通过刑讯取得的口供，被告人几乎没有权利可言。^①在以楔形文字著称的两河流域，无论是公元前 20 世纪的苏美尔法典、中亚述法典、埃什嫩那国王俾拉拉马法典、伊新国王李必特·伊丝达的法典，还是公元前 18 世纪楔形文字法典的集大成者汉谟

^① 由嵘主编：《外国法制史》，11 页，北京大学出版社，1992。

拉比法典,抑或公元前15世纪的赫梯法典,都没有关于辩护制度的任何规定。在印度河流域,约公元前6世纪的乔达摩法经、公元前3世纪的阿帕檀跋法经,以及公元前3世纪至公元前2世纪之间印度最具典型性、权威性的摩奴法典也见不到关于辩护制度的任何规定。^①倒是生活在叙利亚和巴勒斯坦一带的希伯来人,在其所创的希伯来法律体系中建立了逐级上诉的程序制度,^②从这一制度可依稀看出一些保障被告人权利的措施,但我们还不能就此认定希伯来法律中已经有了刑事辩护制度。

刑事辩护制度的历史可以追溯至公元前6世纪古希腊的雅典。这一制度的产生和发展同国家的政治和社会的历史文化传统密切相关。在西方国家经历奴隶制、封建制、资本主义制的社会演变过程中,刑事辩护制度也经历了深刻的发展变化。在上述三大社会形态下,刑事诉讼的模式分别表现出弹劾式、纠问式和现代西方混合式的诉讼特点,刑事辩护制度也随之呈现出不同的特点。

二、古希腊和古罗马的刑事辩护制度

在古希腊和古罗马的奴隶制社会下,刑事诉讼的形式主要表现为弹劾式诉讼。这种诉讼的特征是:诉讼实行不告不理,程序的启动取决于当事人;法官居中裁断,在诉讼中处于消极的仲裁者地位;当事人双方在法庭上的地位和权利平等,可以进行对质和辩论;审判一般公开进行。^③刑事辩护制度就在这种诉讼模式之下得以产生并进入了发展的雏形期。

(一) 古希腊的刑事辩护制度

古希腊的雅典是刑事辩护制度的发源地。雅典的法律没有严

① 《外国法制史资料选编》,北京大学出版社,1~115页,1982。

② 由嵘主编:《外国法制史》,11页,北京大学出版社,1992。

③ 王国枢主编:《刑事诉讼法学》,19页,北京大学出版社,1989。

格的刑民之分,诉讼过程视案件的具体情况,可能包含刑事内容,也可能包含民事内容,也可能二者兼有。因此,诉讼中的民事辩论和刑事辩护常常难有确定的界限。在许多情形下,当事人之间的辩论过程也就是被告方进行辩护的过程。刑事辩护制度之所以发轫于古希腊,与当地发达的民主意识和浓厚的辩论空气密不可分。雅典的历史上进行了多次著名的社会改革,使审判机构不断向民主化方向推进,为辩护制度的存在和发展创造了良好的司法环境。公元前594年的梭伦改革废除了以重刑闻名的德拉古法,推出了一种新型的审判组织——陪审法庭。公元前509年,平民领袖克里斯梯尼政权的改革则扩大了平民参加陪审法庭的机会,规定年满20岁的公民都有当选陪审员的资格。公元前443~前429年,民主派领袖克里伯利执政时期,继续深化民主改革,制定了一系列带有宪法性质的法律,其中包括增强陪审法庭民主性的一系列措施。陪审员从年满30岁的男性公民中抽签选出,法官由陪审员选举产生,设10个陪审法庭,共有5000成员,法庭可以不受原有法律的约束,依公正原则推理和创制新的法律。^①当时的审判组织除了陪审法庭之外,还有500人议事会和巡回法庭等机构,这些机构主要承担一部分案件的初审职能。^②

在雅典的审判组织向民主化推进的过程中,审判方式也在走向民主化,诉讼中广泛采用了辩论方式。当时雅典社会生活中的辩论已蔚然成风,以对抗为特色的诉讼更是如此。当事人可以通过辩论方式自己行使辩护权,也可以放弃辩护权进行自认,如被告人在判决之前可以宣布被放逐,以使自己免受刑罚。辩论还可以委托他人进行,例如雅典宪法规定,当村民满18岁进行公民登记时,如果被认为没有自由民身份,则该村民有权向陪审法庭申

① 由嵘主编:《外国法制史》,52~56页,北京大学出版社,1992。

② 《外国法制史资料选编》,124~130页,北京大学出版社,1982。

诉，村社则可以推出5人与之辩论。^①法律允许诉讼中的辩论，但在陪审法庭出庭发言必须有相当的修养，^②与此相应，在雅典的诉讼史上，曾涌现过一大批著名的雄辩家。梅因指出：“希腊法院中有着强有力的倾向把法律与事实混淆在一起，当时‘演说家’（Orators）的遗著，以及亚里士多德的‘修辞学论’（*Treatise on Rhetoric*）中所保存的法庭语录，显示出当时对纯粹的法律问题往往是用可能影响法官心理的各种理由来进行辩论的。”^③在现有关于希腊的散见的文献、著述中，还有许多雄辩家的法庭辩护词，这些雄辩家有伊塞奥斯（公元前420～前350年）、狄摩西尼（公元前384～前322年）、伊索克拉底（公元前436～前338年）、安提丰（公元前480～前411年）、埃斯基涅斯（公元前390～前314）等。^④

雅典的法律中对辩论的内容、时间、地点等问题也有若干规定。如果案件是私事案件，诉讼人发言的内容要以切合诉讼问题为限，如果是公事诉讼，则需要对辩论的时间加以明确。开庭审理前法庭先备有水時計，庭审开始后，水从小供水管注入水時計，以确定辩论时间的长短。每次辩论的时间视诉讼的标的和发言的次数而有所不同，标的大和次数少的，准许发言的时间较长，反之则较短。^⑤某些情形下，法律还规定辩论的地点。如当一个人犯了一种准许赔偿的罪，正在流放避难时又被控杀人或伤人时，要在佛勒阿托斯界内受审，并在一只泊近海岸的船上答辩。某些案件由王者执政官提出，法庭设在圣界之内露天的地方，当王者执

① 《外国法制史资料选编》，121页，北京大学出版社，1982。

② 康·格·费多罗夫著，叶长良、曾宪义译：《外国国家和法律制度史》，26页，中国人民大学出版社，1985。

③ 梅因著，沈景一译：《古代法》，43页，商务印书馆，1959。

④ 由嵘主编：《外国法制史》，49页，北京大学出版社，1992。

⑤ 《外国法制史资料选编》，142页，北京大学出版社，1982。

政官审理时，他脱去王冠，被告则进入圣界内进行申辩，而在此之前或之后的时间里，他都不得涉足圣界。^①

除了较为完备的法庭辩论制度外，雅典的法律中还有一系列与辩护制度有关的旨在维护诉讼公正、保障当事人诉讼权利的程序制度，如审判公开制度、上诉制度等。审判公开不仅包括法庭审理的公开进行，陪审法庭的表决和宣判也公开进行。陪审官每人有两个不同的投票球，一个中空，一个实心，分别代表双方当事人。投票时，陪审官先设法不让当事人看见自己所持的球是中空的还是实心的，然后将有效球投入铜瓶内，将无效球投入木瓶内，投票完毕后，侍者将有效票都倒在计票盘上，然后宣布票数，空心的投票球属于原告，实心的投票球属于被告，得多数票者胜诉，如果双方票数相等，则被告胜诉。^②

上诉制度也是雅典的一个重要诉讼制度。雅典宪法规定，公民未经陪审法庭判决不得处死，凡议事会通过的对公民的罪与罚的判决都必须由法官送交陪审法庭作出最终判决。议事会对官吏的不法行为的审判和对议员及九执政官的选任资格的审查也都可以被上诉到陪审法庭。^③另外，对于巡回法庭的审判，如果当事人不服也可向陪审法庭上诉。巡回法庭的公断人需将证据、答辩词、法律条文等案件材料交与法官，由法官提交陪审法庭进行终审审理和判决。^④

雅典的法律制度表明，当时的司法程序（包括刑事司法程序）已经具备了相当高的民主性，其完备的辩论制度使得刑事辩护制度在其萌芽之初的雏形期就已经得到了较为充分的发展。

① 《外国法制史资料选编》，135页，北京大学出版社，1982。

② 《外国法制史资料选编》，142~143页，北京大学出版社，1982。

③ 《外国法制史资料选编》，24~125页，北京大学出版社，1982。

④ 《外国法制史资料选编》，130页，北京大学出版社，1982。

(二) 古罗马的刑事辩护制度

古罗马的历史大致可以分为三个时期：王政时期（公元前 753～前 510 年）、共和国时期（公元前 510 年～前 27 年）、帝国时期（公元前 27～公元 565 年）。其中，后两个时期是罗马法完善、成熟和繁荣的时期。总体上，罗马法以其发达的民商法著称于世，并成为民法法系的奠基法律，对英美法系的形成也产生过深远的影响。但是，决不可因此而忽视诉讼法在罗马法中的地位。在某些古罗马法学家那里，法被分为人法、物法和诉讼法三大类，有人甚至将人法和物法算作一类，诉讼法算作与之对应的另一大类。这足以表明，诉讼法在罗马法中同样占据了重要的地位。古罗马的法律已有公法、私法之分，这往往成了现代研究者研究古罗马刑事诉讼和民事诉讼的依据。在笔者看来，刑事诉讼、民事诉讼未必和公法、私法呈一一对应的关系。诚然，古罗马诉讼法多调整的是私法内容。但以现代标准来衡量，当时的私法案件有很多在案件性质、处置手段等方面应当归于今天的刑事案件，如杀人、伤害、盗窃等，而公法案件的范围极其狭窄，一般只包括某些个人针对国家的行为，如叛国等，因此，笔者在这里将古罗马的刑事诉讼分为私法案件的刑事诉讼和公法案件的刑事诉讼。

1. 私法案件的刑事辩护制度。私法案件的刑事诉讼和民事诉讼适用的是同一种程序。古罗马的私法诉讼的发展经历了法定诉讼、程式诉讼和特别诉讼（也称非常程序）三个时期。

(1) 法定诉讼（1 世纪以前）。这一时期处于王政时期，国王独操司法权，共和国以后，改由执政官掌管。一般高级官员都有“统治权”或“谕令权”和司法权。法定诉讼的主要特点是，在诉讼中，诉讼的主动权完全在当事人而不在法官，法官处于被动地位，只是机械地按法律规定办事，有关传唤和执行等事务，仍由当事人自行办理。诉讼中实行严格的形式主义，表现为当事人需在诉讼中严格遵守法定的言词，同时实行严格的“一案不二讼”原

则，对同一案件不得再次起诉。具体讲，这一时期的诉讼特点主要表现为：实行不告不理。原告需有法律规定的诉权作为诉讼根据，法律按各种权利性质分别规定应履行的方式和诉权。原告对被告起诉，应亲自传唤。《十二表法》规定，原告一般可于公共场所，用法定语言通知被告在起诉日前到法官前举行诉讼，被告应即遵从原告的要求。如果被告拒绝，原告得请第三人作证，强制其前往。古罗马法最初法官只在听讼日审理案件，故原告只能在该日传唤被告出庭应诉。实行公开审理。审理分为法律审理和事实审理两个阶段，两个阶段都公开审理。庭审时，当事人一同到法官前，先由原告依照法定方式就讼争陈述意见并作出规定动作，如被告不加抗辩，则法官认定原告主张成立，允许其自行执行。如被告依法抗辩，则双方可以相互辩论。当事人需请求参加旁听的人作证，这是一种要式行为，称诉讼事实审理，由临时选定的承审员或常设法院审理。审理时，由承审员调查争议事实有无及其法律形式是否完备，当事人得提出有利于己的证人并举行辩论，且有权请辩护人协助。承审员对案件的审理以诉讼证明的情况为准，此后即使发生变化，也不予考虑。对证言的认定和取舍，则完全凭其自由心证。判决具有最终的法律效力，但无公力救济手段为后盾，如败诉方不履行判决，需由胜诉方自行执行。必要时可以拘押被告人。这一时期，辩护制度还不完备，没有形成完整的代理人制度，除了财产扣押（*pignoris*）外，当事人必须亲自到场，原则上不得由他人代理。例外情形仅有以下几项：公诉，凡是市民均可提起，无需受害人亲自到场；关于自由身份之诉，由于奴隶无法律上的人格，不能作为诉讼当事人，故只能由其他自由人作为“自由辩护人”（*adstori libertatis*）代其举行诉讼，以辩明其是否为奴隶；监护人得为被监护儿童的利益起诉，或其他市民对不称职的监护人起诉；当高级官吏涉讼时，为维护其尊严，也允许用诉讼代理人。在诉讼中，人们为了免受无代理人的限制，常常

采取一些规避法律的办法,如订立契约时加入“副债权人”(adstipulator),当自己不愿参与诉讼时,就可由副债权人来处理诉讼事宜。诉讼中的全部言词,不仅没有书状,也没有庭审记录,一切全凭人证,诉讼终结时,当事人需请人作证证明诉讼经过。执行当中,被告也有一定的自我防护措施。《十二表法》规定,普通债务到期时,债务人有30日的宽限期,逾期不还时,如有第三人愿为保证人,抗辩原告拘押不当时,原债务人的责任就免除,改由保证人和原告诉讼。被告被拘押期间,虽然丧失了人身自由,但并不丧失行为能力,仍可与债权人和解。如嫌饮食不好,还可自备食物。债权人还应该牵债务人到市场上寻求保证人,宣布应偿数额,使其亲友怜悯而代偿。但如果期满仍无办法,债权人则可杀死债务人或将其出卖为奴。总之,法定诉讼拘泥于形式,程序繁复,又不能使用诉讼代理人,以致聋哑、口吃、健忘之人,无法举行诉讼或需冒很大风险,而法官又不能发挥主动作用,兼之此程序只适用于市民,不适用外国人。共和国末叶,随着商品经济的发展和民间交往的增多,法定诉讼的不便日益明显,奥古斯都执政后,法定诉讼被废止了。

(2) 程式诉讼(1~2世纪)。程式诉讼和法定诉讼一样,也分事实审理和法律审理两个阶段,仍保持公力救济和私力相结合的传统。其革新之处主要表现在:当事人可以自由地陈述意见,不必遵守法定的言语和动作,放弃了严格的形式主义;由大法官作出程式书状作为事实审理的基础,改变了法定诉讼完全凭借言词的做法;大法官在诉讼中权限扩大,其地位已转为诉讼进程的指挥者,法官还可通过自由心证直接否决弃用过去的旧法;当事人一般可申请诉讼代理人参与诉讼,不必再亲自出庭;对不服判决规定了救济办法,改进了一案不二讼的原则;执行程序有相当大的改善,如财产委付、财产零售等;适用范围扩大,市民和非市民均可援用。程式诉讼审理案件时,原告和被告均需于开庭日

到场，不可缺席，但当事人可以委托诉讼代理人。在法官面前，原告先陈述起诉意见并可质询被告，被告如承认原告请求或保持沉默，或为不适当的防御如拒绝宣誓，不愿交保等，原告即胜诉。如被告进行争议，或直接否认原告主张，或提出抗辩以驳回原告请求，即双方各执一词时，法官就需审查诉讼条件是否完备，标的是否合法，然后根据原告请求和被告抗辩拟定程式，任命承审员，向当事人宣布程式，经双方接受，诉讼才正式成立。判决除了发生执行效力外，还发生“既决案件”的效力，即后世所谓的“一事不再理”，它源于法定诉讼时的“一案不二讼”的效力。程式诉讼中与辩护制度有关的制度主要有抗辩制度和代理制度。抗辩，即被告答辩，原告可“反辩”，被告可“再抗辩”，原告又可“再反辩”，依此类推，各自陈述有利于自己的事实和理由，直至无可答辩为止。诉讼代理制度则渊源于古代保护人有保护被保护人的责任。法定诉讼时期，除为了实际需要，原则上不允许诉讼代理，但可请辩护人协助。程式诉讼时期，诉讼代理逐渐普遍推行。由于法学家最初为当事人咨询办案、出庭辩护不收报酬，受到人们的尊敬。帝政以后，出现了专业的诉讼代理人或辩护人，也就是现代的律师。其费用由法官加以限制，称为谢礼或荣誉金。诉讼代理系大法官在诉讼实践中所创造，他们利用程式中的“原告请求”和“判决要旨”分为两个部分的情况，创设了“转渡程式”，列本人姓名于程式的请求，列代理人的姓名于判决部分。诉讼代理中，判付的金额，由出庭的代理人收受或支付。诉讼代理人分为“要式诉讼代理人”和“略式诉讼代理人”，他们代理本人出庭诉讼。二者的区别在于：委任方式上，要式诉讼代理人是当事人一方在他方前用法定的言词委任的代理人；略式诉讼代理人则不需要在对方面前，也不需要用法定形式委任。他们原为当事人的管家，在业务范围内来进行诉讼，不必经过特别授权。后来一般代理人也用这种简便的方式。随着形式主义的逐渐废弃，要式和

略式诉讼代理人的区别也逐渐消亡了。关于诉讼和代理的效力,要式诉讼代理发生完全效力,败诉时他方对本人可直接提起“执行诉”(actio iudicati),胜诉时本人对他方也一样。略式诉讼代理则发生不完全效力,如果代理人代理被告,则由其承受“执行诉”后果,如代理原告,非经本人承认其诉讼活动时,“执行诉”不转移于本人。后经多次改革,到 A·塞韦鲁斯帝时,两者的区别也已取消。程式诉讼中还规定了一些诉讼的救济制度,如抗诉、撤销、回复原状等。依罗马法习惯,长官对同级或下级官吏所作的决定,有否决和停止执行的权力。保民官除对独裁官以外,对其他所有官吏的决定,也享有同样的权力。故当事人如欲变更程式的内容或法官的裁定,可请求该法官向上级或同级官吏提出抗诉,但抗诉不适用承审员和法院的判决;如果败诉方认为对方有形式或实体的瑕疵,可提出撤销原判之诉;当事人因判决而蒙受损害的条件下,可请求大法官谕令“回复原状”,撤销原判,另行处理。总之,程式诉讼是由法定诉讼演变而来,前者对后者虽作了许多修改,但仍保留了法定诉讼的痕迹,故渐渐为新开设的非常程序的逐渐盛行而第次消灭。

(3) 非常程序(3世纪以后)。帝政以后,皇帝总揽大权,对行政和司法上的纠纷,多交给行政官员处理,不再遵从原来诉讼程序分法律审理和事实审理的办法,已完全摆脱私力救济而进入公力救济。因称“非常程序”,其结案快,效力大,较之程式诉讼程序更为优越。在帝政后期,已成为惟一通行的诉讼程序。非常程序的特征主要有:整个审判由法官全权为之,不再遵照私诉程序分为法律审理和事实审理两个阶段;诉讼程序不再拘泥于形式,既不遵守法定诉讼时期的法定的言词和动作,也不使用程式私诉时期的程式,审判也更侧重于查明当事人的真实意思;旧程序以私力和公力救济相结合,新程序以国家权力为基础;审判一般秘密进行,不若旧程序从审理到判决完全公开;书面材料在诉讼中

的地位日益重要，程式诉讼期间仅有法官拟的程式为书面，当事人在庭审时仍为口头陈述。帝政后期，当事人多聘请律师预撰诉状；不服判决的，共和国时期和帝政前期，当事人仅能申请诉讼救济，新程序则允许上诉。这些特征标明，非常程序已成为实行公力救济的比较完备的诉讼制度。非常程序的诉讼过程主要包括传唤、审判、上诉等程序。非常程序实行之初，传唤有口头传唤、公文传唤、公示送达三种方式。帝政后期，先采用原告经法官允许后发出诉讼通知的形式，后经书记官登记，由法院通知被告。到优帝一世时，由法官令执政员将诉状直接送达给被告，被告应于10日内（后改为20日）向法院提交答辩状。审判时，当事人双方或诉讼代理人（通常为律师）到庭，先后陈述诉讼要旨和答辩。陈述时，双方宣誓。律师也要宣誓，声明当事人的主张有理，事实确切，因而代理诉讼。陈述结束即为“证讼”，“证讼”以后，由当事人（通常是律师）双方进行辩论，提出答辩和反辩，法官根据双方的辩论和提供的证据作决定，可以判罚任何一方。审理沿袭行政程序，一般不公开进行。帝政以后，上诉制度得以开始实行，不服法庭判决，可以于宣判后由本人在2日内或由诉讼代理人在3日内上诉于上级法官或皇帝。罗马法规定，缺席者不得上诉。帝政后期，法官全部由皇帝任命。于是上诉遂成为下级法官判决的通常补救方法。依原则向上级上诉无审级限制，优帝一世时改为以二次为限，三审即终审。但对军政长官作出的判决不得向皇帝上诉。只能于其离任后申请皇帝撤销原判，交由新任军政长官重审。可以看出，非常程序虽然介入了更多的国家力量，但辩护制度并没有因此而被削弱，律师代理、辩论、上诉等制度仍继续存在和发展。

上述三种诉讼程序，反映了罗马法私诉发展的历史，除了这些私诉程序外，古罗马的公诉案件中，还有一些专门的刑事制度。

2. 公诉案件的刑事辩护制度。公诉不是诉权引起的，与私诉

的法律补救方法完全不同。“公诉”一般来说任何一个公民均可提起，其性质还要与适用的法律同犯罪事实来确定。刑法在罗马没有专门的法典，而是根据罪名颁布单行法规，与此相适应的，对这些案件的公诉制度也只能依据这些单行法规，根据事实进行审理，由普通法院或平民会议或元老院执行审判。

在共和国前期，对侵犯国家的犯罪（敌对行为），由城邦法官审理。后来产生出“向民众申诉”的制度，以限制法官的强权。其后又产生出一种新的普通刑事诉讼模式——刑事法庭程序，主要追究行政官员的索贿行为。随着索贿罪诉讼的发展，公诉制度出现了，依据这一制度，任何市民均可提出控告。裁判官在公诉中，也可以指派控告人。在这些案件中，被告人与原告人诉讼地位平等，被告人拥有辩护权，还可以请精通辩论的辩护人为自己辩护，在庭审中，必须进行两次辩论。公元1世纪帝政以后，原来的诉讼代理和辩论原则，逐渐发展为律师辩护制度。^①

三、中世纪的西方刑事辩护制度

（一）概述

中世纪的西方法律制度，主要指自5世纪中叶西罗马帝国灭亡到公元17、18世纪西方国家资产阶级革命开端前欧洲封建社会的法律制度。5世纪中叶，日耳曼各部落联盟在西罗马帝国的废墟上建立起一批封建王国，其中法兰克王国一度在查理曼时代统一了欧洲各国。帝国瓦解后，欧洲各国进入了封建割据时期。法律也随之分解为极端分散的地方方法。

欧洲大陆国家，包括西欧、东欧、北欧和拜占廷帝国。在中世纪仍然继承和发扬了罗马法的成文法典传统，编纂了一系列法典，形成了共同的法律传统。在封建的欧洲，一个突出的社会现象就是基督教会利用宗教把世俗国家政权神圣化，把宗教法律凌

^① 熊秋红：《刑事辩护制度研究》，12页。

驾于国家法律之上，深入和普及到每一个信教者家庭。宗教中心西部为罗马公教会，东部为君士坦丁堡的希腊正教会。两地教会都设有国际性的“宗教法院”，还设有专门镇压异端的“宗教裁判所”。教会法不仅规定教会本身组织制度和教徒生活守则，而且在教会与世俗政权关系、土地所有权、婚姻、家庭、继承、犯罪与刑罚、诉讼等方面都有规定。这一时期的刑事诉讼呈现出纠问式的特点，刑事辩护制度近乎中断。欧洲封建社会末期，随着资本主义生产方式的萌芽和发展，欧洲各国王权不断加强，实行中央集权制，对教权和贵族特权均予以一定程度的限制，并谋求司法制度的改革，出现了“罗马法的复兴”。

11世纪开始，英国迈上了与欧洲大陆各国不同的发展道路。1066年，诺曼底公爵征服不列颠以后，英国在特殊的社会政治条件下，形成了自己的法律传统和特点，成为普通法的发源地，这是西方两大法系的由来。

（二）日耳曼法时期

公元476年西罗马帝国灭亡以后的400年中，是日耳曼法时代，日耳曼法的性质是西欧封建制度形成的时期的法律。一方面表现出封建性法律特征，另一方面又保留了原始公社制的习惯法的残余。日耳曼法的一大特点就是对各种法律行为特别讲求形式、礼仪或以象征性动作表示某种行为，即所谓法律行为的“形式主义”。这种法律是一种世俗性法律，尽管也讲求神灵崇拜，也有某些原始宗教信仰的因素，如宣誓、神明裁判制度，但不和某种宗教联系。在审判方式方面，采取公开主义和辩论方式。

在日耳曼法中，诉讼制度分为侵权行为之诉和刑事诉讼两种，刑事诉讼的证据是神明裁决和决斗，整个程序应按严格的形式进行，原告传唤被告，在法庭上陈述要求，被告可以答辩，这些诉讼行为要配合一定动作和语言。在加洛林王朝时期，出现了法律诉讼代理人，即所谓的“代言人”。凡不懂法律知识的人，可以请

懂法律知识的亲友代为诉讼。当时有两种情况：一是当事人和代理人一同出庭，由当事人主诉，代理人从旁指点；二是当事人也出庭，但由代理人陈述。后来，这种代言人成为专职人员，即律师的先驱。

总之，日耳曼法的诉讼制度还带有浓厚的原始性，后随着封建中央王权的加强，在王室法院和巡回法院中，形成了纠问式程序的诉讼制度，查理曼帝国瓦解以后，纠问式程序的适用范围受到限制，逐渐废弛。中世纪晚期，这种诉讼制度才又得以在各国法院，包括教会法院中普遍采用。

（三）天主教教会法

欧洲进入中世纪以来，长期处于封建割据局面，法律制度极不统一，各地都适用地方习惯法或成文法。随着宗教法庭遍布一切领地，自树一帜，一方面以教会法为准绳，一方面以地方习惯法即日耳曼法处理宗教性案件。13世纪，教会法庭君临各国法院之上，教会法成为普遍适用的法律，管辖权日益扩大。15世纪，所谓“罗马城的法律”已成为欧洲各国所普遍采用的法律，也成为教会法规法的重要渊源之一。

教会刑法认为，刑罚是对破坏上帝秩序的犯罪者的一种惩罚，主要针对叛教、异端、巫术、亵渎上帝等犯罪行为而设立。1233年，教皇格里高利九世发布“通谕”，规定教皇审判异端法庭（宗教裁判所）可要求地方主教全力协助，此后，罗马教会法统辖地区普遍成立异端审判法庭，并且制定了严酷的审判条例。其内容包括：法庭上，被告人无权知悉控告人、见证人姓名；任何人，包括罪犯均可充当控告人、见证人。有两人作证，控告即成立，证人如撤回证词，视为与异端同谋犯；被告人如不承认“罪行”，就反复拷问，不仅要承认自己的罪行，还要供出同伙和可疑分子；一切有利于被控告人的证词均不成立，任何人从事有利于被控告人的活动，都要予以严厉的惩罚；任何人对被告人给予法律援助或

为他请求减刑，即予以革除教籍；被告人可以不经审判便被处死，如承认异端罪行，表示悔改，则判处终身监禁；被告人认罪之后，如果翻案，则不再审讯，可以烧死；被判为异端者，没收全部财产。

异端审判法庭存在了 500 年之久，其活动被宗教法学家加以理论化和系统化。被其审判的人不计其数，仅西班牙一国，先后被判异端的就达 38 万人。在宗教裁判所，没有任何辩护制度可言，惟有一点，教会法设置了上诉制度，如对大主教法庭、大修道院、皇宫礼拜堂所设立的专门法庭的判决不服，均可上诉至罗马教皇法庭，教皇法庭对上诉案既可授权当地教会裁判官按教皇训令审判，也可由教皇委派全权代表组成特别法庭判决。其诉讼制度基本承袭罗马帝国法院的诉讼程序法。在刑事案件中，采取纠问式诉讼。任何公民均有权提起诉讼，即所谓“公诉”，法官根据控告，亲自聆讯、查证、审问和判决。至于证据，13 世纪以后，神明裁判被废除了，宣誓形式仍得以保留，证明以人证、物证为主。

在教会法占统治地位的时期，西欧各国的世俗法律普遍实行纠问式诉讼。法兰克王国建立后，在民众法院之外，另设国王法院，国家权力也随之设入民众法院，官吏可依职权主动追诉犯罪。9 世纪法兰克王国分裂为德、法、意三国，法国在 14 世纪以前还存在神明裁判和决斗，封建专制时期，辩论程序被取消，为侦查程序所取代，被告人供述成为王牌证据。德国于 1532 年颁布《加洛林纳法典》，仍采用纠问式刑事诉讼，在此制度下，刑事被告成为被审理调查之客体，毫无权利可言。诉讼中重视口供，不惜对被告施以酷刑，其第 1 部（103 条）是刑事诉讼法部分，具有纠问式特点：追究刑事责任的根据是有罪推定；秘密审理，书面记录；规定了形式主义的证据制度，口供被视为证据之王。在诉讼中伴以恫吓性的象征性举动；刑事诉讼分为正式侦查与公判审理，判决分为有罪判决、无罪判决、存疑判决三种。《加洛林纳法典》统治德国 200 年，在西方刑法史上具有重要影响。

在此期间，只有英国的刑事辩护制度得以保存下来，诺曼底征服以后，在刑事案件中，最初普遍实行司法决斗的审判方式，亨利一世时期，设立了中央王室法院，进行巡回审判，亨利二世时期，陪审团审理代替了司法决斗。1215年，英国颁布大宪章，规定禁止未经可靠证人证明而只凭口头告诉便使人受法院审判。但同时也规定，除依据平等人的判决和国家法律以外，一律不得对自由民加以逮捕、监禁、剥夺财产、宣布不受法律保护、放逐等。爱德华一世时进行了大量改革性立法，建立了由陪审团在威斯敏斯特法院事实审的制度，设立理财法院，并成为所有法官和高级律师开会决定疑难问题的机构，严格了辩护制度，同时对陪审团的职权予以确定和限制。在英国还建立了伦敦律师学院，青年学生通过实践学习法律，取得律师资格是进入王座法院的惟一途径。

四、西方近代刑事辩护制度的普遍建立与发展

欧洲中世纪以后，12~16世纪，开始出现了罗马法的复兴。18世纪，法国资产阶级革命以前，出现了一批伟大的启蒙思想家，如孟德斯鸠、伏尔泰、卢梭等。他们提出了一系列资产阶级民主和自由的司法原则和制度。大革命以后，启蒙思想家的许多思想和学说被付诸了立法实践。1789年的《人权宣言》第1条明确宣布：“人们生来并且始终是自由的，在权利上是平等的，社会的差别只可以基于共同的利益。”第7条规定，“除非在法律规定的情况下，并且依照法律已经规定的秩序外，任何人都不受控告、逮捕或拘留”。第9条则规定了刑事诉讼法史上具有划时代意义的无罪推定原则，奠定了现代刑事诉讼的基石，规定：“任何人在被宣判有罪之前，都推定为无罪，即使断定必须逮捕时，不是为了确保其人身所必须的一切严酷行为，都应当受到法律的严厉禁止。”这标志着法律向民主化、人道化前进了一大步。1808年刑事诉讼法典确立了一系列资产阶级刑事诉讼原则，如公开审判原则、直接言词原则、辩论原则等，被告人享有辩护权，实行陪审制，但预审阶

段是秘密侦查，律师不能介入，直到 1879 年以后，法律才允许辩护人参加预审。但在司法实践中，预审中的辩护人往往受到许多限制。

德国走上资本主义道路较其他欧洲国家为晚，19 世纪中叶，大多数德国前地方邦国内出现了一种“改革的刑事程序”，体现出立宪主义和资产阶级自由主义思潮，各邦订立的刑事诉讼法典大都明确规定了被告人可以通过某种确定的方式来为自己辩护的权利。德国 19 世纪的资产阶级革命并不彻底，1877 年颁布的刑事诉讼法典受法国影响，确定了折衷主义的诉讼程序的规则，律师只能在预审结束以后才能充分了解案情。此外，法典还加强了庭审阶段的告诉，受害者可以协同检察官，充当补充告诉人，这是其他国家的刑事诉讼法所没有的。英国 1648 年的资产阶级革命标志着世界近代史的开端，但资产阶级革命的不彻底性使封建时代的法律传统得以延续和发展。1679 年英国颁布了《人身保护法》，第 19 条规定赋予了被告答辩的权利。1695 年威廉三世敕令严重叛国案的被告人可以请辩护人，但长期以来又禁止辩护人在法庭发表演说。1836 年威廉颁令，不论任何案件的预审或审判，被告都享有辩护权。从此取消了对辩护人的种种限制。

美国由于其特殊的地理位置和产生的历史，其法律是由一群具有文明社会背景的人在一片未开化的土地上开创出来的，因此，处处体现出追求公平、正义、自由、平等的价值取向。1776 年通过的《弗吉尼亚权利法案》第 8 条规定：“在所有判处死刑或犯罪的诉讼中，被告有权要求知道他被控罪的原因和性质，有权与控诉者及证人相质证，有权提出有利于己的证据，有权要求他居处附近的公正的陪审团参加的及时审判，未经该陪审团全体一致同意不得判为有罪，不得强迫他提出于己不利的证据。除了国家法律或其同等的公民的裁判外，任何人的自由不应受到剥夺。”这个法案对美国本土和法国都产生过很大影响。1791 年的宪法修正案

第4条规定，人民有保护其身体、住所、文件与财产的权利，不受无理拘捕、搜查和扣押，此为不可侵犯的权利。第5条规定，“受同一犯罪处分者，不得令其遭受两次有关生命或身体上的危险。在任何刑事案件中不得强迫任何人证明自己的犯罪，未经正当法律手续，不得剥夺任何人的生命、自由或财产……”第6条则详细规定了被告人应享有的权利：“由发生案件的州或区域的公正陪审团予以迅速地公开审判，该区域当以法律先确定的，接受关于告发事件之性质与理由的通知，准予与对方证人对质，应以强制手续取得对于本人有利的证据，并受辩护人辩护之助。”

总体上讲，17世纪英国资产阶级革命以后，西方社会逐渐进入了资本主义时代，由于资本主义普遍宣扬自由、民主、公平、正义等价值，封建社会以刑讯逼供为特色的纠问式诉讼被取消，权利意识渗透到西方各国的法律中，刑事辩护制度也随之得以复兴和发展。

需要指出的是，由于法律传统和历史进程的区别，西方社会逐渐形成了大陆法系和普通法系的分野。大陆法系以法、德等国家为代表，而普通法系则以英国、美国为核心。这两大法系在法的渊源、诉讼结构、基本制度、原则和概念、法律职业者地位、作用等方面存在许多方面的差异性。由于历史发展和传统的缘故，西方两大法系在诉讼上存在着比实体法更为广泛和深刻的差异。这些差异既表现在诉讼程序在整个法律体系的地位和作用上，也表现在对诉讼过程的具体设计和各种规则上。

普通法系以判例法为主要的表现形式，在法律的发展中，法官具有突出的作用，常常具有某种程度上的造法功能，法律体系庞杂，缺乏系统性，非常注重程序，实行诉讼中心主义。程序的主要特征是对抗性，有完善的陪审制度和律师制度，其对抗制渊源于中世纪英国的诉讼程序，明显区别于欧洲的纠问式。对抗制诉讼又称当事人主义诉讼或辩论式诉讼。在诉讼中，当事人双方

通过法庭辩论和询问证人澄清事实，法官处于中立地位，进行消极裁判。在诉讼中，当事人陈述和辩论至关重要。因此，当事人一般都聘请律师，法庭审判和庭审中的辩论对于案件结果往往有决定性的影响。在刑事案件中，允许被告在被传讯和逮捕前聘请律师介入诉讼，在侦查阶段，对侦查人员的询问，被告有拒绝回答的沉默权；庭审中，先由公诉人或原告及其律师起诉，被告与公诉人或原告构成对抗双方，具有同等地位。由诉讼双方提出证据交叉询问证人，并在这之后进行终结性辩论，根据双方的陈述和辩论以及证人的证词，陪审团裁定是否有罪；如果认定有罪，法官依法作出判决。

由于对抗制诉讼实行口头原则和不间断原则，法官对案件事实在审前并不了解，因此，英美诉讼法在庭审之前，插入一个预审阶段，通过对抗较量，原告或公诉人与被告对双方争议问题的性质和范围都有初步了解。预审和庭审由不同的法官主持。六七十年代，英美国家广泛允许“辩诉交易”，在正式庭审之前，由检察官和被告律师谈判，如果被告满足对方条件，对方可撤销起诉或减轻起诉罪名。在辩诉交易中，被告一般以承认有罪为前提，以得到较轻罪名的指控和被判处较轻的刑罚为条件，谈判协议由法官批准。

大陆法系继承了罗马法的传统，实行法典化，强调制定法的权威。诉讼程序更多地被用来保护权利，同时也在一定程度上为发现实体服务。程序分为若干阶段，一般有调查、预审、审判三个阶段。在各个阶段中，国家司法机关拥有主导和指挥程序的职权，不采用陪审团听审的形式。因此，这种诉讼被称“职权主义”的诉讼。被告人享有辩护权，既可以自行辩护，也可以聘请律师辩护，但诉讼中控辩双方的对抗性不如英美法系突出。一般认为，欧洲近一个半世纪来的刑事诉讼程序已经朝着更为正义和人道的方向发展，其主要进步是通过调查和预审阶段进行改革

来实现的。这些改革有两个基本途径：其一，努力将公正客观地进行活动的检察官发展成为诉讼活动的核心。例如，在意大利，检察官是司法系统的成员之一，有着同法官同等的地位以及同等的不受外界干涉的自由。其二，采用大量的诉讼程序上的保护措施，以使被告能在预审阶段保护自己的合法利益。在这些措施中，主要是被告有权委托辩护人在整个诉讼中为自己的利益进行辩护。但这并不意味着辩护人可以不受任何限制地反复询问证人和提出证据。预审阶段仍然是在法官主持之下进行的，不过，被告的辩护人可以参加这一阶段的诉讼活动，为被告人提供咨询意见，并且可以要求法院注意某些事实，以保护被告人的利益。在审判阶段，大陆法系也呈现出与普通法系不同的特点。由于预审阶段的前期工作，在审判阶段中，证据已经收取，调查记录已经形成，这个记录对于被告及其辩护人以及对于起诉的成立都是有效的。审判阶段的作用在于把案件事实提交法官和陪审员审理，允许公诉人和被告辩护人就案件事实展开辩论。审判一般采用公开方式。

至于当事人主义和职权主义哪一种诉讼制度更为公正，我愿意借用一位西方学者的说法，即如果被告是无罪的，那么，他就宁愿在大陆法系法院受审，如果 he 是有罪的，他将选择普通法院法系，实际上我们所得出的结论是，大陆法系的形式诉讼制度更能准确地区分罪与非罪。^① 日本的刑事辩护制度先后受大陆法系和英美法系的影响而呈现不同的特色。明治维新后，开始引进以德、法为代表的大陆法系司法制度，但初期基本上不实行刑事辩护制度，只有特殊案件才可例外地让代言人依据《代言人规则》的规定进行辩护。1880年，日本颁布了最早的关于刑事诉讼程序的法典《治罪法》，禁止刑讯逼供，公诉实行国家追诉主义，私诉由

^① [美] 约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》（第一集），149页，西南政法学院法制史教研室、科研处编译室，1983。

被害人提起，以赔偿犯罪所造成损害为目的，允许被告有辩护人，并且对于重要案件，被告不选任辩护人时，裁判所为其选任“官选辩护人”，从此开始了日本的刑事辩护制度，这是日本人权史、律师制度史上划时代的规定。1890年，日本制定《刑事诉讼法》，废除了《治罪法》，但其诉讼程序原貌基本未变。一战后，1922年公布新刑事诉讼法典，修正旧法，被告在提起公诉后任何时间都可选任辩护人，有上诉权，上诉后大审院可自为审判，改变了旧上诉审只限法律审查之规定，不久通过《陪审法》，模仿英国的陪审制，但限制更严。

二战以后，日本参照美国宪法制定了新宪法，其司法制度也向普通法系靠拢。1946年11月3日的新宪法规定：“刑事被告人在任何场合都可以委托有资格的辩护人，被告人本人不能自行委托时，由国家提供。”1948年7月10日，日本通过了现行的刑事诉讼法，该法第四章专辟“辩护及辅佐”一章，对辩护人的选任、资格、诉讼权利等作出了详细规定，还规定了被告人由于贫困或不能选任辩护人时可依申请获得国选辩护人，在某些情形下实行强制辩护等。辩护人拥有会见、阅卷、抄录等广泛的诉讼权利，刑事辩护制度获得了显著的发展。

第二节 中国刑事辩护制度的历史沿革

19世纪，中国的封建统治走向衰亡，与整个中华法系一脉相承的清朝法律制度发展到晚清时，明显地凸现出紊乱和败坏的征兆，伴随着西方列强的入侵，晚清王朝开始对法律制度产生了危机感，从而开始了一系列的法制变革。刑事辩护制度就是在这一变革运动中产生的，并经历了近一个世纪的曲折发展。

一、清末的变法思潮

（一）清末的变法思潮

封建专制主义纠问式的诉讼制度到了晚清受到了普遍不满，对之提出改革的呼声十分高涨。清末，首先在波澜壮阔的变法维新的思想大潮中孕育而产生了法制变革思潮，继而在西学东渐的过程中，西方的法学知识飘洋过海传播进来，为清末的宪政思想提供了准备。包世臣素来对诉讼中习以为常的刑讯逼供极不赞成，他认为在严刑拷打逼取口供的情况下，“是非安得不颠倒”。他主张重视事实根据，重视证据的收集调查。王韬则对英国的诉讼制度推崇有加，称赞英国“其犯法者，但赴案录供，如得其情，则定罪系狱，从无敲扑管杖，血肉狼藉之惨。”何启和胡礼垣在愤怒抨击了清朝诉讼中刑讯逼供的惨无人道之后，对刑讯产生的原因进行了分析，并提出设立陪审制度和律师制度。他们说：“若夫人非险健，则于公堂对质，每多嗫嚅。人若奸顽，则虽三尺当前，犹能诡辩，使无律师以代伸委曲，则审司每为所愚。中国之问官司审，既于法律非所素娴，而所用之刑名幕客又于律学不轻传授，生死系其只字，枉直视其片词，稍有依违，则官司之前程难保，若无贿赂，则在讼之受屈必多。则何如明张其词，按律辩论之为得也。新政立，宜以状师辩案。”这是我国最早提出关于引进律师制度的建议。^①戊戌变法以后，清朝统治阶层内部也出现了改革传统诉讼的言论。光绪二十四年十月，曾禾上疏主张依照洋法修订清朝法律，他指出了洋律的十大有利之处，其中包括：“原被告各延律师及公正人，彼此当场辩白，不能任官袒断，官不致误，其利五。……平民见官则必跪，犬豕不如，若照洋律变通，则平民见官亦可不跪，免至相形见绌，其利七。官设律师，则向日为害之讼师，托足有所，自然转而讲义理之言，取无愧之费，立可化莠为良，其利八。官员不知律师，往往滥刑。照洋律变通审问之法，

^① 马作武：《清末法制变革思潮》，134页，兰州大学出版社，1997。

则刑具可以不用，其利九。”清末“新政”开始后，刘坤一、张之洞的“江楚会奏变法三折”中，也提出了诉讼制度方面的改革主张，“整顿中法”折中的“恤刑狱”一项，提出了“禁讼累”、“省文法”、“省形责”、“重众政”等主张，获得光绪皇帝的首肯，成为后来法律馆修律的重要思想来源。

光绪三十一年（1905年），沈家本、伍廷芳上《议复江督等会奏恤刑狱折》，赞同禁止刑讯逼供，并力主在实践中落实。沈家本除主张禁止刑讯逼供外，还主张在诉讼中区分刑、民二项，他认为，刑事诉讼中应实行陪审制度和律师制度。关于律师制度，他说：“按律师一名代言人，日本谓之辩护士。盖人因讼对簿公庭，惶怵之下，言词每多失措，故用律师代理一切质问，对诘、复问各事宜。各国俱以法律学堂毕业者，给予文凭补充是职。若遇重大案件，即由国家拨于律师，贫民或由救助会派律师代伸权利，不取报酬，补助于公私之交，实非浅鲜。”^①沈家本建立律师制度的另一理由是鉴于通常各埠的华人讼案与中外交涉纠纷均有外国律师参与，不但“扞格不通”，且导致“领事之外之权因之更形滋蔓”。从维护中国司法主权出发，沈家本也认为应当建立自己的律师制度。

晚清诉讼制度改革思想主要集中于上述几个方面，清末统治者从预备立宪骗局的政治需要出发，对这些改革主张大都予以了不同程度的支持和附合，从而使之在清末修律中得到了具体的贯彻。

二、近现代刑事辩护制度的立法活动

清末，随着修订法律思想的深入，修订法律的活动也在逐步展开。光绪三十二年（1906年），修订法律大臣沈家本、伍廷芳仿照西方国家的法律形式，拟定了《刑事民事诉讼法草案》，这是中

^① 《大清光绪新法令》第19册。

国法律史上第一个单一的诉讼法规。其中第四章第一节就专辟为“律师”一节，规定律师：第一，可以代被告僭具诉词，详细辩诉所控事件，并检齐有益于被告各证据以备呈上堂；第二，同被告上堂辩护其案及留心料理，使公堂审讯该案悉合证据，依律裁判；第三，代被告对诘原告及其证人；第四，原告及其证人供词已毕，该律师需将被告辩词陈其大略，然后传被告之证人上堂作证；第五，供证毕，然后该律师将被告辩词尽情援案例讨论，毋使屈抑。但是，因1907年各省督抚先后复奏，全盘否定《刑事民事诉讼法》并要求缓行，清廷便未予公布实施。同年公布《各级审判厅试办章程》，因其过于简略，1910年，清政府又推出了《民事诉讼律草案》、《刑事诉讼律草案》，第二章第二节是“被告人、辩护人及辅佐人”，规定了律师的资格及其阅卷、复制、会见、通信等权利。1909年，经宪政编查馆核议的《法院编制法》奏准颁行，第十五章规定了“法律上的辅助”。这些法律，因统治阶层一些顽固派的反对最终均未施行。

清政府在修改诉讼法的同时，也着手进行司法组织的改革。1906年官制改革时，清政府表示将打破原先的司法行政合一的审判体制，实行三权分立，改革司法审判机构，将刑部改为法部，作为司法行政机关，将大理寺改为大理院，并在地方设立各级审判衙门，专司审判事务。1907年，法部奏定《各级审判厅试办章程》。1910年，修订法律馆又奏颁《法院编制法》，根据这两个文件，诉讼分为刑事诉讼和民事诉讼，实行四级三审制，采用了辩护制度、陪审制度、回避制度、公开审判制度。这两个法律颁布以后，只在北京、奉天和直隶省天津府等地试行，没有在全国普遍施行。

1911年，辛亥革命爆发，清王朝覆灭。资产阶级临时政府组织湖北军政府进行了一系列法制建设，改革司法制度。11月9日，湖北军政府司法部发布第7号文告，揭露了清政府的立宪骗局，宣布设立江夏临时裁判所和临时上诉审判所。《江夏临时裁判所暂行

条例》第13条规定，除特别事件外，“诉讼之辩证及判断之宣告均公开法庭行之”。

1912年1月1日，南京临时政府正式宣告成立，3月11日，《中华民国临时约法》公布，新的资产阶级共和国在诉讼制度方面仍继续沿用清末的法律。3月20日前，司法总长伍廷芳呈临时大总统孙中山，提出“拟就前清制定之……刑事民事诉讼法、法院编制法……皆由民国政府，声明继续有效，以为临时适用”。参议院审议后，同意援用清末的《刑事民事诉讼法》、《法院编制法》等法律，在诉讼原则和司法制度上实行司法独立原则、辩论原则、公开审判原则、实行上诉制度，并提出禁止刑讯逼供及重证据不轻信口供原则。^①在司法组织上，中央设立临时中央裁判所，行使最高审判权，各省情况较为复杂，一些省份仍沿用清朝行政司法合一的审判机构，少数省区则实行了司法独立原则。

值得一提的是，辛亥革命后，苏杭两州的留学生率先组织了辩护士会（亦称律师总会），并制定了章程，这是中国最早出现的律师组织。接着，上海的留日学生也倡议组织中华民国律师总公会，拟定了总公会章程。南京临时政府内务部警务局长孙润宇鉴于苏沪律师组织“于都督府领凭注册，出庭辩护，人民称便”的情况，拟具了律师法草案，呈请临时大总统孙中山转咨议院议决施行。^②参议院虽未议决颁行，但南京临时政府颁布的《司法部分职细则》中已规定铨叙科负责掌管辩护士之身份名籍等事项，证明临时政府已承认全国各地的律师组织，并实行辩论原则。

北洋政府期间，政权为各派军阀轮番割据。法律还继续采用辩论原则，1921年11月14日颁布《刑事诉讼条例》，对辩护人和

^① 张国福：《中华民国法制简史》，90～93页，北京大学出版社，1986。

^② 《中国近代法制史资料选辑》第三辑，27页，西北政法学院法制史教研室，1985。