

教育部人文社会科学重点研究基地重大项目

刑事辩护的理论探讨与制度完善

王艳 等著

清华大学出版社
北京

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签，无标签者不得销售。

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目（CIP）数据

刑事辩护的理论探讨与制度完善 / 王艳等著. — 北京：清华大学出版社，2018
（诉讼模式改革丛书）

ISBN 978-7-302-48740-1

I. ①刑… II. ①王… III. ①刑事诉讼—辩护—研究—中国 IV. ①D925.210.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2017）第 272165 号

责任编辑：袁 帅

封面设计：汉风唐韵

版式设计：方加青

责任校对：宋玉莲

责任印制：刘海龙

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>，<http://www.wqbook.com>

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编：100084

社 总 机：010-62770175 邮 购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969，c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈：010-62772015，zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者：三河市少明印务有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：170mm×240mm 印 张：20.5 字 数：372 千字

版 次：2018 年 1 月第 1 版 印 次：2018 年 1 月第 1 次印刷

定 价：59.00 元

产品编号：075416-01

教育部人文社会科学重点研究基地重大项目

撰稿人：王 艳 王建林
张 曙 林劲松

作者简介

王 艳 浙江工商大学法学院教授，硕士生导师。本科和研究生分别毕业于中国政法大学和西南政法大学，兼任浙江省法学会诉讼法学研究会常务理事。主持完成浙江省哲学社会科学基金项目课题、省社科联和省法学会重点课题，主持承担浙江省精品课程刑事诉讼法教改课题的研究，主编浙江省应用型法学教材《刑事诉讼法》。出版著作、教材八部，发表论文三十余篇，代表性专著有：《新闻监督与审判独立关系研究》（独著）、《刑事诉讼的理论与实践》（独著）、《中国法官制度研究》（合著）等。

王建林 浙江工商大学法学院副教授，硕士生导师，诉讼法系主任。毕业于南京理工大学，获法学博士学位，兼任浙江省法学会诉讼法学研究会理事。参加国家社科基金课题两项，司法部课题两项，主持浙江省社科联课题和教育厅课题多项。发表（独著或合著）《司法能动的中国特色》《法律职业互动：现状、困境与出路》等论文二十余篇，出版专著（合著）《中国司法体制改革研究》《中国法官制度研究》《刑事证据规则研究》，主编《刑事法律实训教程》。

张 曙 浙江工业大学法学院副教授，硕士生导师。毕业于中国政法大学，获法学博士学位，兼任浙江省法学会诉讼法学研究会常务理事，为中国刑事诉讼法学研究会创始会员。主持国家社科基金、教育部、最高人民检察院、中国法学会课题各一项，参与国家社科基金项目一项和省部级课题三项。在《政法论坛》《政治与法律》《华东政法大学学报》等法学核心期刊上发表论文十余篇。独著《刑事司法公正论》，合著《现代司法理念研究》《律师参与辩护代理存在问题及对策》。

林劲松 浙江大学光华法学院副教授，硕士生导师。毕业于西南政法大学，获法学博士学位，兼任浙江省法学会诉讼法学研究会常务理事。主持和参与省部级课题五项，出版专著一部、合著三部，在核心期刊上发表论文二十余篇。

目 录

| | |
|-------------------------------|-----|
| 第一章 诉讼模式与辩护制度的关系 | 1 |
| 一、诉讼模式的基本类型及其演变 | 2 |
| 二、诉讼模式对辩护制度的制约 | 22 |
| 三、中国刑事诉讼模式的转型与辩护制度的发展 | 36 |
| 第二章 辩护制度的基本理论 | 45 |
| 一、刑事辩护的功能 | 46 |
| 二、辩护制度的理论基础 | 57 |
| 三、辩护权与辩护人 | 67 |
| 第三章 审前程序的辩护 | 85 |
| 一、审前辩护的价值及与审判辩护的关系 | 86 |
| 二、中国审前辩护的立法进步与制度缺陷 | 93 |
| 三、中国审前辩护制度的完善 | 101 |
| 第四章 审判辩护 | 113 |
| 一、新刑法审判程序改革与辩护功能的发挥 | 114 |
| 二、辩护律师对法庭的真实义务 | 121 |

| | |
|-----------------------------|------------|
| 三、律师独立辩护..... | 133 |
| 第五章 程序性辩护..... | 149 |
| 一、刑事程序合法性的证明..... | 150 |
| 二、程序性辩护的性质与功能..... | 160 |
| 三、程序性辩护的重点：非法证据排除..... | 163 |
| 四、程序性辩护的特殊方式：无效辩护..... | 171 |
| 第六章 量刑辩护..... | 183 |
| 一、量刑辩护的形态与内容..... | 184 |
| 二、量刑程序模式与量刑辩护..... | 187 |
| 三、量刑证明与量刑辩护..... | 198 |
| 四、量刑建议与量刑辩护..... | 208 |
| 第七章 律师辩护权..... | 213 |
| 一、律师的阅卷权..... | 214 |
| 二、律师的会见权..... | 231 |
| 三、律师的调取证据权..... | 240 |
| 四、律师的刑事辩护豁免权..... | 247 |
| 五、辩护律师的在场权..... | 258 |
| 第八章 指派辩护与刑事法律援助..... | 263 |
| 一、指派辩护与刑事法律援助的概念与渊源..... | 264 |
| 二、指派辩护与刑事法律援助的基本理论..... | 275 |
| 三、指派辩护与刑事法律援助的内容与模式..... | 280 |
| 四、指派辩护与刑事法律援助存在的问题与不足..... | 296 |
| 五、指派辩护与刑事法律援助制度的完善..... | 301 |
| 后记..... | 313 |

第一章

诉讼模式与辩护制度的关系

一、诉讼模式的基本类型及其演变

二、诉讼模式对辩护制度的制约

三、中国刑事诉讼模式的转型与辩护制度的发展

诉讼模式是指诉讼的样式或模型，能集中反映诉讼的结构状态和诉讼中各要素之间的关系。自 20 世纪 60 年代以来，国外对刑事诉讼模式的研究已有相当大的进展。随着 20 世纪 80 年代后期我国司法改革的开启，我国学者开始关注刑事诉讼模式，并进行了比较系统的研究，梳理了刑事诉讼模式的基本理论。^① 尽管对刑事诉讼模式的称谓尚有不同见解，有的称刑事诉讼模式，有的称刑事诉讼结构或刑事诉讼构造，但基本上认同刑事诉讼模式是控诉、辩护和裁判三方在刑事诉讼中的地位、关系及其形成的基本格局。^② 因此，应当说，刑事诉讼模式实际上反映了控诉、辩护和审判的基本关系。由此可见，刑事诉讼模式与辩护制度之间的关系自然也非常紧密，从刑事诉讼模式演变的角度研究辩护制度的变革具有重要的现实意义。

一、诉讼模式的基本类型及其演变

在人类法制文明史上，古今中外不同时期的刑事诉讼模式主要有古代的弹劾式诉讼、纠问式诉讼和近现代的混合式诉讼，^③ 但即使在同一历史时期，不同地区的诉讼模式也有差别。诉讼模式也因不同国家和地区政治和文化传统的不同而存在差异，而且一国诉讼模式也因政治、经济的发展而不断变革。近现代的刑事

① 自 20 世纪 60 年代美国学者赫伯特·帕克提出“犯罪控制”和“正当程序”两个刑事诉讼模式理论后，在美国刑诉法学界兴起了一波研究刑事诉讼模式的热潮，刑事诉讼模式研究得到相当大的发展。我国学者对刑事诉讼模式的研究也取得了显著成果，如李心鉴的《刑事诉讼构造论》（中国政法大学出版社 1992 年版），陈瑞华的《刑事诉讼原理论》（北京大学出版社 1997 年版），汪海燕的《刑事诉讼模式的演进》（中国人民公安大学出版社 2004 年版）、《我国刑事诉讼模式的选择》（北京大学出版社 2008 年版）。

② 参见汪海燕：《我国刑事诉讼模式的选择》，1 页，北京，北京大学出版社，2008；李心鉴：《刑事诉讼构造论》，7 页，北京，中国政法大学出版社，1992。

③ 在翻译国外法学著作时，国内学者也有把弹劾式诉讼译为控诉式诉讼、控告式诉讼、对抗式诉讼。参见 [法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》，罗结珍译，64 页、66 页，北京，中国政法大学出版社，1999；[美] 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，2 版，顾培东、禄正平译，133 页，北京，法律出版社，2004。在国内学者的著作中，也有把弹劾式诉讼称为对抗式诉讼的。参见陈瑞华：《刑事诉讼原理论》，300 页，北京，北京大学出版社，1997。

诉讼模式就因不同国家和地区的政治、经济和传统的不同而出现了当事人主义诉讼、职权主义诉讼、当事人主义与职权主义混合式诉讼。因此，考察刑事诉讼模式的演变，探究诉讼模式演变中辩护制度在控诉、辩护、审判三者关系中的变化，可以从动态的角度探究辩护制度变革的内在动因，从而把握诉讼模式演变与辩护制度变革之间的规律，正确处理刑事诉讼中国家权力与公民权利之间的关系。

（一）弹劾式诉讼模式

1. 弹劾式诉讼模式的形成

作为人类诉讼文明史上最早出现的一种诉讼模式，弹劾式诉讼模式起源于原始氏族社会调整氏族成员间社会冲突的习惯做法。在原始氏族社会中，解决社会成员间冲突的方式通常是氏族组织在公共道德、舆论、习惯支配下的仲裁。而在国家出现的早期，社会关系仍然相对简单，社会关系的维系也仍然依靠家族、氏族、宗教等进行调控，社会秩序对国家的依赖性不强。这一时期，尽管已经出现国家司法，但处于幼稚时期的国家对社会的控制能力较弱，国家权力分化程度低，司法权对社会纠纷的干预少。“弹劾式是在人类认识水平有限、国家与社会没有明显的分离、原始民主在诉讼中得以保留条件下产生的一种诉讼模式，其主要目的在于解决私人之间的纠纷或冲突，而非实现社会控制。”^①所以，这一时期弹劾式诉讼模式的出现和发展，是符合当时的社会实情的。在具体时间和地域分布上，弹劾式诉讼模式主要出现在古代希腊和罗马共和国时期、欧洲日耳曼法前期时代、英国的封建时期和古代中国、埃及、印度的早期。

（1）古罗马的弹劾式诉讼

古罗马在公元前 753 年建城，到公元 476 年西罗马帝国灭亡，历时一千多年，期间大致经历了王政、共和与帝政三个时期。^②《十二铜表法》是古罗马一切政治制度、法律制度建立的基础，从其内容来看，当时实行的是诸法合体、刑民不分、实体法与程序法混合的法律制度。

根据《十二铜表法》，犯罪行为被区分为“公犯”与“私犯”。相应地，刑事诉讼程序也被区分为“公犯之诉”与“私犯之诉”。“公犯”是直接针对城邦

^① 汪海燕：《刑事诉讼模式的演进》，12 页，北京，中国人民公安大学出版社，2004。

^② 王政时期从公元前 8 世纪中叶到公元前 509 年罗马共和国建立；共和时期从公元前 509 年到公元前 27 年罗马帝国建立；帝政时期从公元前 27 年到公元 476 年西罗马帝国灭亡。如果被称为拜占庭帝国的东罗马帝国在 1453 年灭亡计算，罗马国家的历史延续得更长。

或神明的“敌对行为”（perduellio），损害的是国家利益；“公犯”之外的犯罪是“私犯”，被作为对受害人个人的侵犯处理。据《十二铜表法》的记载，“私犯”范围远远大于“公犯”。《十二铜表法》第8表“私犯”有27条之多，主要包括伤害肢体、侮辱、盗窃、强盗、蛊术、伪证、杀人、非法集会等；而第9表“公法”仅6条。因此，大部分在近现代国家中被视为侵害国家利益的犯罪行为，在当时仍被视为是对个人利益的侵害而任之采取自力救济，只需以金钱补偿的方式解决即可。“国家在最早时代通过其法院而进行干涉，很少是由于国家受到损害这个观念……它所采用的程序，主要是模仿私人生活中可能要做的一系列的行为，即人们在生活中发生了争执，但在后来不得不把他们的争执提交和解。高级官吏谨慎地仿效着临时被召唤来的一个私人公断者的态度”。^①所以，“私犯之诉”按“侵权行为”处理，实行“不告不理”，诉讼的启动由当事人自己决定，被告人的传唤、诉讼进程的推进、甚至执行也由当事人自己完成。^②在审判过程中，双方当事人积极对抗，依次申辩。^③相反，法官在诉讼中始终处于消极仲裁者的地位，法官不会主动传唤证人或收集证据，也不会主动追究当事人的刑事责任。根据《十二铜表法》第1表第5条、第6条的规定，“如当事人双方能自行和解的，则讼争即认为解决”。“如当事人不能和解的，则双方应于午前到市场或会议厅进行诉讼，由长官（magistratus）审理。”与“私犯之诉”不同，在罗马王政时期，对于以国家为侵害对象的犯罪是“公犯”，且基本属于政治性犯罪，由国王任命的代表国家行使权力的“两人审委会”处罚。如果被处罚人对“两人审委会”的处罚决定不服，则可向“民众会议”申诉，然后，在民众面前由“两人审委会”的两名成员与被处罚人进行二对一的决斗。但在具有神明裁判色彩的决斗消失后，“公犯之诉”的进行转变为控方和辩方在由民众会议主持的审判中的互相辩论。但随着古罗马平民斗争的发展，“公犯”的范围逐步扩大，“私犯”逐渐萎缩，国家权力在诉讼中的影子愈加明显，“公犯之诉”的提起者“两人审委会”也逐渐被执法官代替。执法官向民众会议提出起诉书指控被控人，被控人在民众会议主持的审判中，针对执法官对自己的指控发表辩护演说，为自己辩护，民众会议则在听取双方意见后作出裁判。

① [英]梅因：《古代法》，沈景一译，211页，北京，商务印书馆，1959。

② 《十二铜表法》第1表第1条规定：“原告传被告出庭，如被告拒绝，原告可邀请第三者作证，扭押同行”；第2条规定：“如被告托词不去或企图逃避，原告有权拘捕之”；第5条规定：“如当事人双方能自行和解的，则讼争即认为解决”；第3表“执行”一章中规定的数种执行措施和步骤也完全由当事人自己实施，包括拘禁债务人、处死债务人等。

③ 《十二铜表法》第1表第7条规定：“若不能和解，则应在午前到市场或会议厅进行诉讼。出庭双方应依次申辩。”

古罗马的刑事诉讼除了“公犯之诉”与“私犯之诉”外，还有一种介于“公犯之诉”与“私犯之诉”之间的主要用于追诉索贿罪而发展起来的普通刑事诉讼程序，即刑事法庭程序。根据公元前123年的《索贿罪法》，刑事法庭程序应组成一个陪审团，由一位裁判官专门负责审判。从苏拉（Silla）时代起，陪审团成员从陪审员年度名册中以抽签的方式确定具体案件的陪审人员，当事人对陪审员享有申请回避的权利。根据这种制度，任何公民可以对犯罪提出控告，执法官对公民的控告请求进行审查后，决定是否受理。如果执法官接受公民的控告，则应在受理后组成陪审团，并在裁判官主持下由陪审团听取双方的辩论和审判中的证据调查，最后在诉讼结束时由裁判官收集陪审团的表决意见并予以宣布。因此，从诉讼结构上来看，在刑事法庭程序中，陪审团是作为仲裁者参加审判的，完全处于中立状态，双方当事人的地位也完全平等。

无论是“私犯之诉”“公犯之诉”还是“刑事法庭”程序，均脱胎于原始的纠纷解决习惯，诉讼中当事人双方的地位完全平等，诉讼不存在国家官员依职权进行的诉前调查取证，诉讼完全由当事人双方积极推进，裁判官仅仅是作为双方纠纷的仲裁者，被动中立地作出判断结论。

（2）古日耳曼的弹劾式诉讼

与古罗马类似，古日耳曼也把大部分近现代视为是犯罪的行为仅仅当作是一种侵害被害人个人利益或被害人血族团体的侵权行为，其目的是解决纠纷。而对少部分被认为是犯罪的行为，则处以死刑或放逐于部族或法律之外。

在古日耳曼，各部族都设有部族大会（Folkmoot），由部族中全体自由民组成，决定部族内包括对刑事案件审判等一切大事。而在百户区，则由区内全体自由民组成百户区大会决定包括审判刑事案件的一切大事。部族大会和百户区大会实际上担当着司法裁判的角色。而在部族大会和百户区大会解决纠纷时，解决方法主要是部落习惯中的如血亲复仇、同态复仇、武力械斗、神明裁判、公开审判、言辞辩论等，裁判由全体成员作出，但被害方也可接受赔偿。在诉讼程序上，其主要特点有：诉讼是否启动由原告决定，诉讼中原被告双方诉讼地位平等，被告的到庭由原告负责传唤；证据制度上实行神示证据制度，依靠神明裁判和决斗；部族大会或百户区大会对双方的纠纷不主动调查证据，只扮演消极仲裁者的角色，即使最后的裁判的结果是复仇，也只能作旁观者保持中立。因此，从古日耳曼解决刑事案件的诉讼程序看，与古罗马一样，同属于弹劾式诉讼模式。

（3）英国古代的弹劾式诉讼

在英国古代，公元407年罗马人撤离前，不列颠尽管隶属于罗马帝国，但受罗马法的影响极微。罗马人撤离不列颠后，作为英国法律文明始祖的盎格鲁-撒

克逊人不断涌入。盎格鲁 - 撒克逊人是生活在北欧地区的日耳曼人的一个分支，在入侵不列颠之前，其社会秩序维持主要依靠部族习惯。因此，盎格鲁 - 撒克逊人给不列颠带来了古日耳曼的习惯法，盎格鲁 - 撒克逊时期对犯罪行为的认识以及相关的诉讼制度，基本类似于同时期的欧洲大陆的诉讼制度。盎格鲁 - 撒克逊给英国带来的诉讼制度是早期日耳曼的集会式诉讼制度，到公元 9—10 世纪时，不列颠建立起了郡区——百户区——村镇三级行政区划体系和以郡法院、百户区法院为主体的地方居民体公共法院（Communal Courts）组织。^①到盎格鲁 - 撒克逊统治末期，英国已经形成了庄园法院、百户区法院、郡法院和贤人会议四类法院。各法院的诉讼模式与欧洲大陆同时期的诉讼模式相同，属于弹劾式诉讼模式。如郡法院的构成人员统称为诉讼人（suitor），一切案件的判决必须由全体诉讼人集体作出才能生效，郡长只是法院的主持人，无权单独做出判决。

2. 弹劾式诉讼的特点

从上述古代罗马、日耳曼、英国的刑事诉讼模式可以看出，弹劾式诉讼出现于国家与社会尚没有明显分离，刑事犯罪主要被视为是当事人之间私事的社会中，刑事诉讼的主要目的是解决纠纷。弹劾式刑事诉讼模式一般被人类学家认为是在社会进化过程中产生的第一个取代私人报复的制度。在这种刑事诉讼模式下，刑事审判就是在有作为仲裁人的法官的参与下，原告人和被告人之间的辩论。典型的刑事诉讼程序的进行是公开的、言辞的，之前没有任何官方（如司法或警察机关）所做的调查或搜集证据的行为。^②所以，从诉讼模式的角度而言，诉讼中裁判者和双方当事人的地位和相互关系一般有以下特点：第一，控诉和审判职能分离，遵循不告不理原则。诉讼的发动主要由私人提起，传唤证人到庭由私人执行，当事人有完全的举证责任。第二，双方当事人的诉讼地位平等，双方在法庭上可以互相对质和辩论。第三，裁判者只扮演仲裁者的角色，地位中立、消极，只听取双方提供的意见，审查双方当事人提供的证据，认定案件事实并作出裁判。第四，对于疑难案件，借助神明裁判、决斗等方法。第五，诉讼阶段上没有侦查，诉讼从原告起诉开始。^③

^① 程汉大、李培峰：《英国司法制度史》，6 页，北京，清华大学出版社，2007。

^② [美] 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，2 版，顾培东、禄正平译，133～134 页，北京，法律出版社，2004。

^③ 参见陈光中主编：《刑事诉讼法》，2 版，34～35 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2005；谭世贵主编：《刑事诉讼法学》，30～31 页，北京，法律出版社，2009；汪海燕：《我国刑事诉讼模式的选择》，11 页，北京，北京大学出版社，2008。

（二）纠问式诉讼模式

1. 弹劾式诉讼向纠问式诉讼的演变

随着王权的不断加强，早期国家对犯罪的认识发生变化，它们不再把犯罪视为仅仅是当事人双方的私事，掌握国家权力的统治者已经意识到犯罪是对国家利益和社会公共利益的侵犯。因此，犯罪也不是纯粹的当事人之间的纠纷，刑事诉讼也不能仅仅作为解决当事人之间纠纷的程序，国家应当在刑事诉讼中发挥更加积极、主动的作用，以惩罚犯罪，维护王权统治。

在古罗马，随着共和制被君主制代替，刑事诉讼制度受到的来自政府各部门的干预也越来越多。这样，在罗马王政和共和时期的“私犯之诉”“公犯之诉”和“刑事法庭”审判程序三种诉讼之外，出现了一种新的诉讼程序——非常审判程序。非常审判程序与原来的诉讼程序相比，主要有两点变化，一是当事人的诉讼地位大大降低。原来诉讼程序中诉讼的发动依赖于当事人的控诉，但在非常审判程序中，当事人的作用明显降低，当事人的控告仍然可以引发诉讼，但当事人的控告只能作为举报，政府官员对于举报还要进行调查。同时，除了当事人的控告外，政府官员还通过自己掌握的治安机构主动进行调查，发现犯罪并予以追究。诉讼已经从私力救济为主进入公力救济为主。二是诉讼中裁判官的地位大大提高。罗马实行帝政后，皇帝总揽大权，司法裁判者的权力来自于皇帝的授权，整个审判由审判者全权负责，原来共和时期诉讼中采用的陪审制被停用。许多原来属于“私犯”的行为被作为“公犯”对待，非常审判程序得到进一步的发展，“刑事法庭”审判程序已经消失，弹劾式诉讼被与集权制帝制政体相适应的纠问式诉讼所取代，罗马的刑事诉讼制度也发生了重大转型。

在古罗马，引起罗马刑事诉讼模式从弹劾式演变到纠问式的因素可能是多方面的，但其中的主要因素应该是两个：一个是罗马政治体制从共和体制转变为君主集权体制。政治体制的集权化，必然使民众权利趋于式微，反映到诉讼中，代表司法民主精神的民众会议与陪审制也必然因为与专制集权的要求格格不入而衰弱。而纠问式诉讼模式中国家权力的强化和干预，却正适应了政治集权专制的需求。根据梅因的研究，在罗马帝政时期的开始，皇帝把一种广泛的刑事审判权交给“元老院”（Senate），虽然事实上它在其中可能显得很卑贱，但在这个“元老院”中皇帝在名义上也和其余的人一样只是一个“议员”（Senator）。皇帝在开始时就主张要有某几种并行的犯罪审判权；这种审判权跟着对自由共和国的记忆日益衰退而坚定地扩大着，它占取了古法院的权力。逐渐地，对犯罪的惩罚权转移给

直接由皇帝委派的高级官吏。“元老院”的特权转移到“帝国枢密院”（Imperial Privy Council），“帝国枢密院”也就成了一个最后刑事上诉法院。在这些影响下，现代人所熟悉的学理在不知不觉中形成了，即君主是一切“公道”的泉源，是一切“美德”的受托人。帝国在这个时候已达到完善的地步，这不是不断增长的阿谀和卑贱的结果，而是帝国集权的结果。^①另一个因素是对犯罪认识的变化。弹劾式诉讼模式时代，人们把犯罪视为私人之事，属于私人之间的纠纷，应当通过私力救济。因此，尽管国家权力已经介入纠纷的解决，但国家的控制力不强。而当人们认识到犯罪不仅侵犯了被害者的私人利益，而且是对国家利益和公共利益的侵犯时，就意识到犯罪是对专制集权统治的侵犯。因此，国家公权力自然就积极主动地惩罚犯罪，诉讼自然也演变成以公权力为主导的纠问式诉讼了。

在古日耳曼，日耳曼人入侵西罗马帝国后，在公元3世纪到6世纪建立起了许多分散的小王国，其中建立于公元6世纪的法兰克王国逐渐发展成为最强大的国家，日耳曼人第一次获得了统一的国家权力。集权国家的建立直接影响了日耳曼人的法律制度。国家开始制定成文法；犯罪也不再被认为仅仅是当事人之间的私事，国家权力开始主动积极地追诉犯罪；“贵人会议”代替了部族大会，国家设立的国王法院与民众法院并存。日耳曼人的刑事诉讼模式也开始由弹劾式向纠问式演变。引起这种演变的原因，一方面是因为政治变革，王国政权建立了集权政体。“在大陆法系国家中，过分强调采用纠问式的审判方法，是由于罗马法的复兴和受教会审判程序法的影响所引起的。而最重要的原因，则是集权制国家的兴起。”^②另一方面是因为人们认识到犯罪不仅侵犯了直接受害人的利益，而且破坏了既存社会秩序和国家的政治权威。原来在程序上依靠当事人发动的弹劾式诉讼，已经不能达到有效追究和惩罚犯罪的效果，而国家官员主动追究犯罪的纠问式诉讼却能适应王国政权集权的需要。不过，在日耳曼，弹劾式诉讼模式被取代的过程是渐进式的，在很长一段时间内，法兰克王国中弹劾式诉讼模式与纠问式诉讼模式同时并存，但法兰克王国法律制度中的纠问式诉讼对日后欧洲大陆确立典型的纠问式诉讼模式意义重大。在12世纪末，纠问式诉讼模式在欧洲教会法中逐渐勃兴。1215年，第四次拉特兰宗教会议后，教会法中形成了以教皇职权为基础的刑事诉讼制度，据此修改的教会法规定了一种称为“纠问”的刑事起诉方式。在这种程序中，法官集控告者、起诉人、法官和陪审团的角色与职责于一身。并且，教会在镇压宗教异端的过程中，以镇压异端只是针对教士的诉讼，

① [英]梅因：《古代法》，沈景一译，222～223页，北京，商务印书馆，1959。

② [美]约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，2版，顾培东、禄正平译，135页，北京，法律出版社，2004。

是教会内部的丑闻，不宜外露为由，确立了诉讼程序秘密进行的制度。此外，基督教教会推崇神的存在，鼓励人们仿效上帝，在诉讼中要求法官依据良心和理性去调查和发现案件事实，而不是依靠超自然的神明裁判。在1215年第四次拉特兰宗教会议上制定了禁止教士参与神明裁判的法令，这样，13世纪教会法庭所实行的完全是纠问式诉讼，教会法庭不再采用神明裁判，并影响到世俗法院对神明裁判的适用。神明裁判在教会法院中的禁止适用，废除了神示证据制度，以法官良心和理性去发现案件事实的方法在教皇集权的基础上逐渐发展出了法定证据制度，并引出了刑讯在纠问式诉讼中的盛行。但在世俗法院，尽管纠问式诉讼在公元6世纪的法兰克王国的刑事诉讼中已经出现，但随着强大的法兰克王国在公元9世纪分裂为法、德、意三国，刑事诉讼又回到了习惯法程序。直到13世纪时，欧洲大陆的世俗法院才开始重新出现纠问式诉讼。从此，在世俗法院中弹劾式诉讼与纠问式诉讼并存。到14世纪，纠问式诉讼在世俗法院已经有了坚实的基础，重罪案件已经由法官负责启动追诉，积极追究犯罪已经成为法官的责任。随后，在法国刑事诉讼中确立了国王是控诉犯罪的唯一原告，法官只负责审判的制度。到14世纪中叶，法国刑事诉讼中设置了国王检察官，原本只是代表国王或领主处理其个人事务的检察官，被确定为独立的专门发动控诉犯罪的机构。到16世纪，由一方当事人提出控诉的弹劾式刑事诉讼模式的残余在欧洲消失，国王检察官成为唯一的控诉者。1539年，法国刑事诉讼赦令的颁布，标志着纠问式诉讼在欧洲大陆的完全确立。1670年，法国刑事诉讼赦令的颁布，标志着纠问式诉讼在欧洲大陆的系统、成熟和完善。^①法国刑事诉讼程序的改革，迅速影响到欧洲其他国家，最终使纠问式诉讼模式在欧洲大陆全面确立。纠问式诉讼模式适应了欧洲中世纪集权专制的封建政治体制的需要，强化了王权对司法的管辖，统一了国家法制，弱化了领主和教会的司法管辖权，强化了王权对诉讼中司法权的控制，相应的当事人在诉讼中地位和权利被弱化。

但在英国，尽管自1066年诺曼征服后，同样经历了中央集权的过程，但诉讼模式并没有向纠问式诉讼演变。威廉一世及其继任者也进行了中央集权的政治行动。他们通过分封制，削弱了贵族与王权对抗的实力。在政治管理上，在中央设立大议会，由国王控制；地方上通过控制对郡长的任命权和扩充郡长的权力，控制地方势力。同时加强对教会的控制，把教会的地位设置于王权之下。最终形成了强有力的中央集权国家。随着国王集权的进行，国王还扩大了所谓“国王安宁”和刑事管辖权范围。但是，在诉讼制度上，除了在都铎王朝初期设立的星座

^① 参见汪海燕：《我国刑事诉讼模式的选择》，48页，北京，北京大学出版社，2008。

法院实行过纠问式诉讼模式外，纠问式诉讼并没有在不列颠被广泛采用，相反，在欧洲大陆因法兰克王国分裂而被抛弃的陪审团审判制度却随着诺曼征服被带到了英格兰，并且得到了良好的成长。因此，在弹劾式诉讼后，英国并没有发展出像欧洲大陆那样的纠问式诉讼，而是走上了另外一条诉讼模式的发展之路，并在弹劾式诉讼模式基础上形成了当事人主义的对抗式的诉讼模式。

2. 纠问式诉讼的特点

与纠纷解决型的弹劾式诉讼相比，纠问式诉讼的目的在于加强社会控制，强化专制王权。“这种刑事诉讼是国家对被告人提起的诉讼。其程序是书面的和秘密的，被告人没有延请律师权。他通常被要求宣誓作证，刑讯是逼供取证的常用方法。法官不只限于扮演一个公正仲裁者的角色，而是诉讼活动的积极参加者，他可以决定诉讼活动的范围和性质。国王，作为国家的化身有权实行惩罚和赦免。禁止事后法的原则，法律面前人人平等的原则以及我们现在常常普遍提倡的人道和正义的主张等，都不对国王产生任何约束。”^①由此可见，纠问式诉讼模式在诉讼中控辩审关系上体现了不同于弹劾式诉讼的特点，^②主要有以下几点：

第一，司法机关主动追究犯罪，诉讼中侦控审不分，由法院统一负责。刑事诉讼的启动和推进不再取决于被害人的控诉，即使没有被害人的控诉，只要国家司法机关发现有犯罪发生，就有义务侦查犯罪，查获犯罪人，并对被告人进行审判。“由于指挥进行诉讼的不是诉讼的各方当事人，所以，法官在诉讼中所起的作用要积极得多。法官可以主动追查事实，必要时，可以自行受理诉讼并采取一切必要的手段，以达到查明事实真相的诉讼结果。”^③

第二，刑事诉讼实行有罪推定原则，对被告人刑讯逼供是获取被告人有罪证据的合法手段。被告人一旦被指控犯罪，就被推定有罪，被告人要承担证明自己无罪的责任。如果被告人否认有罪，就可根据法律对被告人实施刑讯，刑讯被告人获得的证据，可以作为认定被告人有罪的定案根据，刑讯逼供不仅合法，而且在刑事诉讼中已经制度化。被告人在诉讼中不享有辩护权，只是刑讯的对象，诉讼的客体。

① [美]约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，2版，顾培东、禄正平译，135页，北京，法律出版社，2004。

② 参见陈光中主编：《刑事诉讼法》，2版，35页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2005；谭世贵主编：《刑事诉讼法学》，31～32页，北京，法律出版社，2009；汪海燕：《我国刑事诉讼模式的选择》，12页，北京，北京大学出版社，2008。

③ [法]卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》，罗结珍译，77页，北京，中国政法大学出版社，1999。

第三，诉讼程序的进行具有秘密性、书面性和间接性。审判前的程序秘密进行，对被告人可以进行秘密逮捕；法庭的审理以侦查官员移送的书面记录为依据，审判只是对侦查官员移送的书面记录的核实，如果侦查的书面记录中没有记载，即使是实际发生的事实，法官也不予采纳，审判具有间接性。

第四，采用法定证据制度。诉讼中收集到的各种证据，由法律事先规定证据的证明力的大小和证据认定的规则，法官只能按既定的证据规则认定案件事实，无须发挥主观能动性，只要法律规定的证据已经具备，法官即可作出判决，即使判决结果与事实不符也在所不论。

纠问式诉讼突出地反映了人类社会从私人报复制度迈向文明社会门槛的又一重大进步。^①同时，纠问式诉讼确立的由国家机关追究犯罪的原则，是诉讼制度发展的必然规律，也使追究犯罪的效率大大提高。

（三）混合式诉讼模式

由于英国没有像欧洲大陆国家一样从弹劾式诉讼模式演变到纠问式诉讼模式，因此，英国与欧洲大陆国家的诉讼模式在向近现代混合式诉讼模式的演变中有着不同的路径，从而使近现代刑事诉讼模式呈现出多样性。

1. 职权主义诉讼

（1）法国纠问式诉讼模式向职权主义诉讼模式的转变

在欧洲大陆，纠问式诉讼在17世纪下半叶在以法国为代表的封建专制国家中随着集权制度的鼎盛而达到系统和完善。在这一时期，法国在路易十四的统治下空前强大，路易十四把国王的权力发展到了顶峰，法国成为欧洲君主王朝的典范。在政治上他崇尚王权至上，“朕即国家”，“君权神授”。对贵族实行高压政策，削弱他们的权力，把贵族变为其宫廷成员，听命于他。同时，他取消了巴黎高等法院对国王敕令的指摘权，拒绝召开王国三级会议，对敢于反叛的外省贵族无情镇压；军事上，穷兵黩武；在思想上，要求全体臣民一律信奉天主教。在经济上，推行重商主义。在生活上，路易十四极尽奢华糜烂之风。因此，到路易十四去世时，法国财政实际上已经濒临破产。路易十五执政后，法国封建王朝在政治、经济和思想文化领域爆发了全面危机。财政上的亏空使王朝政权趋于衰弱，

^① [美] 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，2版，顾培东、禄正平译，133～134页，北京，法律出版社，2004。

腐败奢靡之风使政权陷于混乱状态。在思想文化领域，封建政权与宗教机构互相勾结，实行思想禁锢和文化专制，镇压反对封建专制和天主教的异端邪说，遏制科学思想的传播。

同时，18世纪法国资本主义经济已经有了长足的发展，新兴资产阶级已经具备较强的经济实力，经济地位的上升使新兴资产阶级渴求获得相应的政治和社会地位，但现实社会中存在的封建行会制度和与封建生产方式相适应的社会制度束缚着新兴资产阶级的政治和社会诉求。这样，18世纪的法国社会中涌动着一股以资产阶级为领导的反封建、反教会、反专制的社会力量，这样的社会背景，为资产阶级思想启蒙运动提供了良好的社会和阶级基础。1640年，英国资产阶级革命的爆发，为欧洲大陆各国的社会变革直接带来了思想解放。孟德斯鸠、卢梭等启蒙思想家以理性和人性为核心的思想启蒙运动，批判了封建专制制度和极端宗教的反科学性、反理性、反人性，启蒙思想家们鼓吹的自然主义精神，鼓舞了广大人民起来同封建专制主义做斗争，为欧洲资产阶级革命的爆发打下了思想和理论基础，也为废除植根于封建专制政权的纠问式诉讼模式创造了政治和社会条件。在资产阶级思想启蒙运动和英国司法制度变革的影响下，特别是法国资产阶级革命的爆发，促进并加快了法国刑事诉讼的改革。从18世纪下半叶起，对纠问式诉讼提出的批评开始增多而且越来越激烈，出现了强调刑事诉讼领域改革应该向英国学习的呼声。1780年，法国废除了预审过程中习惯上实行的酷刑拷打。1788年，废除了“坐刑讯板凳”进行讯问的手段。1789年，废除了封建领主法庭，恢复了刑事法庭庭审公开的制度，并且允许被告人自核实证词以及与控诉方进行对质时开始，即可得到诉讼辅佐人的协助。1791年，法律规定对最为严重的重罪的审判开始实行陪审团审判。^①由此可知，法国刑事诉讼模式的改革选择了英国式的对抗式诉讼。在刑事诉讼模式向英国学习后，设立了治安法官，主要履行司法警察的职责。而设在行政县首府的法院法官，在接手案件后继续进行由治安法官已经开始的预审，听取证人证言，制作控诉书并召集“控诉陪审团”。“控诉陪审团”负责就追诉提出意见。在每省首府设重罪法庭，重罪法庭设有12人组成的审判陪审团，陪审团评议案件按照内心确信单独评议案件，法律对任何证据形式都不赋予法定的证据效力，也不要求陪审团的意见完全一致。而对于一般的轻罪案件，治安法官应当提交“轻罪治安法庭”处理。轻罪治安法庭由一名或数名治安法官或陪审员组成，实行言词审理，由12人组成的陪审团作出裁判。

^① [法]卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》，罗结珍译，83～84页，北京，中国政法大学出版社，1999。

但是，在法国革命时期，尤其是在督政府时期（1795—1799年）时期，犯罪发生率达到了令人吃惊的地步，而这种现象的发生，与当时所模仿英国刑事诉讼程序后实行的新刑事诉讼程序有一定关系，无论是那个程序中的控诉陪审团还是审判陪审团，都不能达到有力打击犯罪的目的。为此，法国于1801年对刑事诉讼作了改革，加强了预审，诉讼明显又回到了纠问式诉讼。^①1811年，拿破仑执政时制定的《重罪审理法典》生效。该法典在英国的对抗式诉讼和法国已经改进的纠问式诉讼之间作了一个折中选择，奠定了法国现代刑事诉讼模式的基础。根据该法典规定，一方面在审判法庭之前的整个诉讼阶段采取纠问式诉讼制度；另一方面，在法庭审理中则采取控诉式诉讼程序。这样，对犯罪进行查证、确认以及对棘手案件的预审，仍然采取书面形式、秘密进行，不实行对审。追查犯罪由司法警察负责，预审由预审法官负责，此后，对于轻罪案件由轻罪法院评议庭作出判决；对于重罪案件，在预审法官预审结束后，案件移送上诉法院提起控诉庭进行审查，如果审查决定要将案件移送重罪法院审判，再由检察院提出控诉。预审法官和上诉法院提起控诉庭的预审都是不公开的书面审理。但是所有案件在进入审判法庭开庭时，法庭实行公开、言词、对席辩论。审理后，轻罪案件由职业法官作出判决，重罪案件由陪审团作出判决。从根本上看，这种新型的刑事诉讼模式保留一些纠问式诉讼中的职权因素，但同时也贯彻了资产阶级革命中提出的权利自由、平等、人权保障的原则，体现了许多人权保障和规范权力的内容。诉讼结构上也遵循了资产阶级启蒙思想家提出的分权原则，实行追诉职权属于检察机关，预审职权属于预审法官，审判职权属于审判法庭。这样，法国近代刑事诉讼模式走上了以职权主义为特点的保留了弹劾式诉讼和纠问式诉讼特点的混合式诉讼模式发展之路。此后，虽然因政治和社会动荡使法国刑事诉讼有所反复，特别是第二次世界大战期间，维希专制政府的做法使法国刑事诉讼模式出现倒退，重罪法庭的陪审团审判也被改为参审制审判。但“二战”结束法国获得解放后，取消了维希政府期间的极端做法，刑事诉讼中的人权保障得到加强。1958年，法国颁布了新的《刑事诉讼法典》，该法典在修改《重罪审理法典》的基础上，强化了个人自由、司法官权威和司法效率，使法国刑事诉讼职权主义诉讼模式更具典型性。因此，尽管法国的职权主义刑事诉讼模式因保留了许多纠问式诉讼中的职权因素而与纠问式诉讼模式有许多相似之处，但体现时代精神的诸多人权保障、规范权力以及政治结构下的权力分离与法治先决条件的实现，决定了这两种诉讼

^① [法]卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》，罗结珍译，88页，北京，中国政法大学出版社，1999。

模式之间有着本质的区别。^①

在资产阶级思想启蒙和资产阶级革命的相同时代背景下，受走在前列的法国革命的引导，法国以外的其他欧洲国家包括德国、意大利、荷兰、比利时、罗马尼亚、俄罗斯、葡萄牙、西班牙的封建纠问制诉讼模式的根据也被摧毁，其刑事诉讼模式也经历了类似于法国刑事诉讼转型的历程，并继受了法国刑事诉讼模式。如在德国，1848年后大部分个别的邦国均制定了新刑事诉讼法，而所有这些新法也都为荣誉法官制（陪审法官或参审法官）、检察机关、审判程序之公开性、言词辩论以及自由心证，部分的个别邦国亦引进了由侦查法官所指挥的侦查程序，德国刑事诉讼开展了现代化的“改革的刑事诉讼”。^②除纳粹德国期间诉讼模式倒退到纠问式诉讼之外，“二战”结束后，德国刑事诉讼进一步加强了自由和人权保障的力度，提高诉讼中当事人和辩护人的地位，扩大诉讼权利。此后经过多次修改，尽管德国刑事诉讼发展出了许多不同于法国刑事诉讼的特点，也吸收了不少英美法系当事人主义诉讼模式的内容，但其混合了弹劾式诉讼和纠问式诉讼的近现代职权主义诉讼的基本模式没有改变。同样，欧洲其他国家的刑事诉讼模式的转型也基本类似于法国和德国的情况。

（2）俄罗斯职权主义为主诉讼模式的形成

俄罗斯的早期国家形成时，其历史条件与公元5世纪时日耳曼人在西欧建立日耳曼王国时期的历史条件极其相似，其刑事诉讼模式也属于弹劾式诉讼模式。中央集权国家产生后，国家加强了对社会的控制。从15世纪起，在一些重要的刑事案件，特别是在危害封建专制国家或君主安全的犯罪案件的诉讼中，为加强对于犯罪的镇压，采用了纠问式诉讼，强化了诉讼中国家职权因素。相应地，被告人的诉讼地位被客体化，诉讼模式从弹劾式诉讼演变为纠问式诉讼为主。1679年颁布的法令规定，一切案件（包括民事案件）均采用纠问式。1722年，沙皇政府设立了以总检察长为首的检察机关，总检察长直接听命于沙皇。亚历山大二世时期，国家检察机关的活动发生了根本性的变化，地位得到加强。^③这样，在19世纪末叶前，俄罗斯的刑事诉讼一直实行纠问式诉讼，证据制度属于法定证据制度。但在1864年亚历山大二世的司法改革中，通过了《审判条例》，其中规定了建立独立于行政部门的法院系统；确立了公开、言词、辩论原则；在刑事诉讼中采用陪审团制度；当事人有聘请律师的权利；按照英国建立了治安法院，专门负责审判刑事案件；按照法国的模式设立了预审法官，专门负责刑事案件审

① 参见汪海燕：《刑事诉讼模式的演进》，158页，北京，中国人民公安大学出版社，2004。

② 参见〔德〕克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，625页，北京，法律出版社，2003。

③ 参见张寿民：《俄罗斯法律发达史》，78～79页，北京，法律出版社，2000。

判前的调查；规定检察官的职责主要是负责起诉。^①这样，许多反映资产阶级因素的制度与原则在俄罗斯刑事诉讼中确立起来，俄罗斯的刑事诉讼模式从纠问式诉讼向职权主义诉讼转型。十月革命以后，建立了苏维埃政权国家，鉴于当时的政治经济形势、国内外环境，苏维埃政府废除了沙俄的法律制度，于1922年颁布了新的《刑事诉讼法典》，该法典把控诉职能和审判职能合一，较多地限制了被告人的诉讼权利，沙俄刑事诉讼中确立的公开审判、辩论原则被限制，而国家职权在诉讼中被强化，此外，刑事诉讼法规制之外的权力，尤其是苏联共产党的权力对刑事诉讼的渗透非常明显，而被追诉人的辩护权几乎被剥夺，这使苏联刑事诉讼中的权力因素比西欧国家职权主义更明显、更活跃，从而使苏联刑事诉讼模式体现出强职权主义的特征，但这种刑事诉讼模式又在一定程度上保留审判公开、被告人辩护权、规范司法权力等内容，因此又不同于纠问式诉讼模式。1961年，苏联颁布新《刑事诉讼法》，该法在1922年刑事诉讼法的基础上，适应时代发展需要，加强了对被追诉人权利的保障，扩大了被告人和辩护人的权利。但从诉讼模式上来看，仍然属于强职权主义诉讼模式。不过，该法在1991年苏联解体前后共作了54次修改，^②特别是苏联解体在国体和政体上的变化，使该法在苏联解体后的修改中发生了实质性的变化，弱化了刑事诉讼中的国家权力，并且对一些案件借鉴英美当事人主义诉讼的对抗式进行审理，使俄罗斯的刑事诉讼模式向以职权主义诉讼为主、多元诉讼模式并存的诉讼模式转变。2002年7月，俄罗斯颁布新《刑事诉讼法》，该法使俄罗斯刑事诉讼在向当事人主义迈进的同时，进一步加强人权保障，使俄罗斯刑事诉讼在对国家权力规制与对被追诉人权利保障方面与欧洲大陆其他职权主义国家相差无几，在诉讼模式上转变为以职权主义为主，职权主义和当事人主义并存的诉讼模式。^③

综上所述，在纠问式诉讼向近现代诉讼的演变过程中，以法国为代表的欧洲大陆各国走在前列，其诉讼模式中规制权力，保障人权已成为现代刑事诉讼模式的基本特征。俄罗斯在纠问式诉讼向近现代诉讼的演变过程中，经历了苏联的强职权主义诉讼模式，在苏联解体后，俄罗斯的诉讼模式在其传统法律体系特征的基础上，借鉴了当事人主义诉讼模式，从而形成了以职权主义诉讼为主，职权主义与当事人主义并存诉讼模式。

① 参见卞建林、刘玫：《外国刑事诉讼法》，53页，北京，人民法院出版社、中国社会科学出版社，2002。

② 参见樊崇义：《〈俄罗斯联邦刑事诉讼法典〉简介》，载《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，苏方遒等译，1页，北京，中国政法大学出版社，1999。

③ 参见汪海燕：《刑事诉讼模式的演进》，303～304页，北京，中国人民公安大学出版社，2004。

2. 当事人主义诉讼模式

(1) 英国当事人主义诉讼模式的形成

诚如上文所述，英国的刑事诉讼在弹劾式诉讼模式后的封建制社会中，除了在都铎王朝时期的星座法院中实行过纠问式诉讼外，普通法院的审判中，1166年的《克拉伦顿法令》将陪审团宣誓调查法适用于刑事案件的起诉，于是作为大陪审团前身的控诉陪审团产生了。1215年，第四次拉特兰宗教大会后，神明裁判被禁止适用于教会法院，并波及世俗法院。这样，审判陪审团作为代替弹劾式诉讼中的神明裁判逐渐发展起来，并在14世纪中叶形成起诉陪审团（大陪审团）与审判陪审团（小陪审团）相分离的制度，并且当事人有权要求即将参与审理的审判陪审团陪审员回避，这样，审判案件事实的陪审团逐步从“知情陪审团”转变为“不知情陪审团”。到15世纪末，审判陪审团完全变成了事实裁判者，陪审团的被动性日益加强。1670年的布谢尔案（*Bushell's case*）后，陪审团的独立地位得到了确认，而陪审团的中立性、被动性、独立性的增加，削弱了政府对他的控制。^①所以，尽管为了加强国王集权和社会控制，在13世纪设立了大陪审团、治安法官并加强警察制度，但在刑事起诉上英国保留了私人起诉的形式或以国王的名义起诉，证据的收集需要获得法官的令状，对被告人的刑讯被禁止，陪审团审判制度使得控审分离，法官相对中立，审判也公开进行。更重要的是，1215年国王签署的《大宪章》在保护封建贵族和教士的权利和自由的同时，也同样保护自由人的权利，对刑事诉讼中的权力进行了规范和制约。^②14世纪爱德华三世时期，英国议会先后颁布了6个法令，这些法令使《大宪章》上述规定中使用的“自由人”概念置换为“所有人”，于是《大宪章》所宣告的法治原则与普通法的实践结合在一起，^③这意味着普通法的形成。因此，可以说，对王权的限制和陪审团审判制，使英国刑事诉讼没有像纠问式诉讼那样完全成为社会控制和镇压异己的工具，在很大程度上阻止了英国刑事诉讼向纠问式诉讼的演变。但是，决定英国刑事诉讼转向当事人主义对抗式诉讼的关键是庭审审理的律师化。^④1641年，实行纠问式诉讼的星座法院被废除，意味着英国纠问式诉讼在英国刑事诉讼中的

① 参见李昌盛：《论对抗式刑事审判》，26页，北京，中国人民公安大学出版社，2009。关于谢布尔案的经过，也可参见该书第26页注释。

② 《大宪章》第39条规定：“任何自由人除经其同等者依法判决，或遵照国家的法律规定外，皆不得被逮捕、监禁、没收财产、褫夺法律保护权、流放或加以其他的损害。”第40条规定：“朕不得对任何人出售、拒绝或延搁其应享有的权利与公正裁判。”

③ 参见程汉大主编：《英国法制史》，223页，济南，齐鲁出版社，2001。

④ 参见李昌盛：《论对抗式刑事审判》，28页，北京，中国人民公安大学出版社，2009。

彻底退出。这样，英国当事人主义对抗式诉讼在弹劾式诉讼模式的基础上，在普通法对权力规制和人权保障的背景下，在18世纪末诞生，到19世纪初期形成，英国刑事诉讼也逐渐完成了向近现代当事人主义对抗式诉讼模式的转变。

对抗式诉讼充分尊重被追诉人的主体性地位，并强调更多保护其权利，相应地必然对国家权力有更多的限制，这也自然影响到对犯罪的追诉效率和对社会的控制。因此，进入20世纪以后，鉴于控制犯罪的需要，英国刑事诉讼在对被追诉人权利方面作出了一些调整，显著的变化是对沉默权的限制。1994年通过的《刑事司法与公共秩序法》改革了沉默权制度，规定在特定的法定情形下，对被告人的沉默可以作出对其不利的适当的推论。进入21世纪后，英国刑事诉讼进一步朝着削弱被追诉人的权利，加强对被害人权利保护以及加强程序对发现案件实体真实的方向改革。2002年，英国发表了《所有人的正义》白皮书。2003年通过了《刑事司法法》，对“禁止双重危险原则”作出了有“符合条件的令人信服的新证据”就可启动再审的规定。对品格证据规则和传闻证据规则也作出了新的例外规定。这些改革在一定程度上受到了大陆法系国家职权主义诉讼的影响也是英国刑事诉讼模式发展中的局部调整，但仍然是其本国条件决定的，从根本上看，英国当事人主义对抗式诉讼的基本形态没有变。

（2）美国对当事人主义诉讼模式的继承与发展

美国独立前殖民地的刑事诉讼深受英国普通法刑事诉讼的影响，但是美国独立以后，曾试图抛弃英国普通法的传统，然而，英国普通法中强调规制权力，强调正当程序，保障人权的诉讼制度实际上是符合美国独立的需求的，殖民地时期英国普通法中的陪审制、不受无理搜查、扣押等制度已经被作为与殖民者斗争的有力武器而深入人心。因此，美国独立后，其刑事诉讼沿袭了殖民时期英国普通法中的当事人主义对抗式诉讼。但是，一方面，美国是一个种族多元，思想异质的社会，很多人本来就是为了逃避镇压而来到美洲寻求自由的，再加上英国殖民者对他们的压迫，使人们对政府缺乏信任；另一方面是美国的宪法起草者对人性持悲观态度。因此，为了保护人民财产，为使人民免受政府权力的专横统治，他们受洛克自然法、自然权利以及分权理论的影响，在宪法中确立了三权分立、相互制约的宪政体制，强调国家权力行使的正当性。1791年通过的《权利法案》更是集中体现了美国正当程序的理念，并直接成为美国刑事诉讼的依据。尽管美国刑事诉讼借鉴法国的做法设立了检察制度，但美国检察官在刑事诉讼中的职权因素较弱，基本被当事人化，并且美国检察制度的设立并没有弱化被追诉人的权利。因此，美国当事人主义对抗式诉讼并没有因为检察制度的设立而改变。内战结束后，1868年，美国宪法第十四修正案通过，美国宪法中确立的刑事诉讼正

当程序扩展到各州，使建立在正当程序基础上的对被追诉人权利的保护在州刑事诉讼中逐步得到适用，这在美国刑事诉讼中起到了关键作用。20世纪初，随着美国经济的繁荣，美国人民对权利保障的渴望再度高涨，最终导致最高法院通过1914年的威克斯诉美国一案，确立了非法证据排除规则，进一步强化了正当程序在美国刑事诉讼中的落实。第二次世界大战后，尽管受冷战和朝鲜战争的影响，美国最高法院中保守派观点有所抬头，非法证据排除规则的适用受到限制，但20世纪50年代后在沃伦大法官的领导下，美国最高法院以1961年著名的马普诉俄亥俄州案(Mapp. v. Ohio 1961)为标志，开启了美国刑事诉讼的正当程序革命。这样，美国宪法修正案中有关正当程序的非法证据排除规则、反对自我归罪特权规则、禁止残忍和非常刑罚等规则适用于各州刑事诉讼通过最高法院判例得到确立。进入20世纪80年代后，随着犯罪浪潮对美国的冲击，最高法院修正了在非法证据排除规则上的强硬立场，确立了一些非法证据排除规则的例外。“9·11”事件后，为了打击恐怖犯罪，美国刑事执法部门的权力进一步扩大，特别是侦查中的窃听，可以不经法院允许即可实施。但上述这些变化并没有影响美国刑事诉讼作为当代当事人主义对抗式诉讼的典型代表。

3. 当事人主义与职权主义混合式诉讼

(1) 日本混合式诉讼模式的形成

在明治维新前，日本主要学习公元7世纪中国唐朝的法律，其刑事诉讼模式属于纠问式诉讼。明治维新后至第二次世界大战期间，日本学习了欧洲大陆法国、德国的法律，其刑事诉讼模式属于职权主义诉讼。第二次世界大战后，日本在美军的占领下，推行美国式宪政，日本刑事诉讼在保留自己传统的基础上，形成了职权主义与当事人主义相混合的诉讼模式。

第二次世界大战日本战败后初期，美军占领了日本，全面控制了日本社会生活的各方面，推行美国宪政。在美国的介入下，日本于1946年通过了《宪法》。该宪法以民主、人权、和平为基石，^①扩大了公民权利，强调保障人权。新增了许多有关刑事诉讼程序的规定。主要有：正当程序原则，强制处分的令状主义原则，禁止拷问及残酷虐待的刑罚，拘留、拘禁的有关保障，法院举行公正、迅速的开庭审理，限制口供的证据能力、证明力，一事不再审，刑事补偿。这些几乎和美国宪法有关刑事诉讼的规定类似。^②宪法的上述规定，直接影响了日本的刑

^① 参见何勤华等：《日本法律发达史》，24～25页，上海，上海人民出版社，1999。

^② 参见〔日〕松尾浩也：《日本刑事诉讼法的发展与现状》，载西原春夫主编：《日本刑事诉讼法的形成与特色》，41页，北京，法律出版社、日本·成文堂联合出版，1997。

事诉讼。1948年，日本制定了新《刑事诉讼法》。该法的制定也是在美国占领军的直接指导下完成的，基本与宪法确立的正当程序思想相一致。根据该法，在刑事侦查程序中，废除了预审制度，使日本刑事侦查在人权保障上从法国型转变为美国型；被疑人、被告人享有沉默权；将辩护制度扩充到侦查阶段，被疑人、被告人随时可以聘请辩护人。在起诉程序中，保留了起诉便宜主义，但规定对已过追诉时效和已被宣告无罪案件，不得再起诉。在审判程序上，庭审事实调查实行交叉询问制度，被告人享有沉默权，证人享有拒证权等，使刑事审判从法国、德国型转换到美国型。但是，该法在加强当事人主义的同时，也考虑了日本刑事诉讼的传统，保留了一些原职权主义诉讼的规定，日本刑事诉讼的实然状态也没有以证人为中心开展审判，在庭前材料利用与陪审团审判上也不同于美国，这使日本刑事诉讼发展成具有日本特色的当事人主义。^①1953年，日本修改了《刑事诉讼法》，限制了被追诉人的权利，更注重案件事实真相的查明。并且在实践中，刑事诉讼法规定的当事人主义诉讼保障被追诉人权利的内容往往被虚置或得不到执行，导致日本刑事诉讼更显示出原有的职权主义的特点。1997年，日本内阁设立了司法制度改革审议会，以期在21世纪的司法改革中发挥作用。该审议会在组织了一系列的海外考察、实务调研、公听会以及各种专题讨论的基础上，于2001年6月提出了最终报告即《日本司法制度改革审议会意见书——支撑21世纪日本的司法制度》（以下简称《意见书》）。《意见书》列出了司法改革三项任务：一是司法改革在于造就利用方便、通俗易懂、值得信赖的司法体制；二是改革司法队伍现状，扩大法律专业人员的规模，以建设一支从质到量都可依靠的司法工作者队伍；三是扩大国民广泛参与司法的制度性渠道，重点是引进参审制。2004年日本制定了《裁判员法》，大力推行裁判员参审制，建立了裁判员从选举人名簿中任意抽选并参加审判的参审制，具体做法是在刑事诉讼中由法官3人、裁判员6人共同审理重大刑事案件。这种做法更类似于欧洲大陆德国的参审制。同时改革刑事诉讼程序，创设庭审前整理诉讼中的争点和证据，充实庭审内容，提高庭审效率，加快审判速度；完善证据开示制度；在原有简易程序的基础上，增设了针对可能判处缓刑以下刑罚案件的即决审判程序等，使诉讼效率大幅提高。由此看来，日本刑事诉讼在以美国当事人主义诉讼为蓝本的基础上，既保留了原有职权主义诉讼的一些做法，在实际运作和改革中，又更多倾向于职权主义诉讼模式，从而发展成了有日本特色的当事人主义诉讼模式，实际上是当事人主义与

^① 参见[日]松尾浩也：《日本刑事诉讼法的发展与现状》，载西原春夫主编：《日本刑事诉讼法的形成与特色》，43页，北京，法律出版社、日本·成文堂联合出版，1997。

职权主义的混合式诉讼模式。

(2) 意大利对当事人主义诉讼模式的移植

在传统上，意大利的刑事诉讼属于职权主义模式。1988年，意大利通过了新的刑事诉讼法典，使意大利刑事诉讼转向当事人主义模式。为了能够实现向“自由民主型社会”的转型和摆脱积案成山的现实困境，1988年，意大利刑事诉讼法典以美国的刑事诉讼为蓝本，借鉴英美法系国家刑事诉讼中的一系列程序和技术，对传统的职权主义审问式程序进行了当事人主义的对抗制改造，成为意大利甚至大陆法系国家“20世纪最为重大的事件”。^①根据1988年刑事诉讼法典，意大利废除了预审法官制度，确立了检察官的当事人地位和对席调查原则，加强了被告人的辩护权；建立侦查卷宗与审判卷宗的双重卷宗移送制度，确保侦查与审判的分离；确立了传闻证据规则；庭审调查采用交叉询问规则，控辩双方成为庭审的主导者；创设了多种简易速决程序。但是，改革后的意大利刑事诉讼，并未实行起诉状一本主义，法官在庭审中的职权调查也有适当保留，辩护律师的权利仍没有等同于控方，简易速决程序也被限制在一定范围内。而且，意大利刑事诉讼的改革受到了来自宪法法院的抵制，有组织犯罪的猖獗、起诉法定主义和实体真实的传统理念，使在诉讼模式上转型后意大利刑事诉讼举步维艰。1999年，意大利修改了宪法的相关条款，从宪法上确立了刑事诉讼的正当性程序原则，为意大利刑事诉讼模式的转型确立了宪法基础。随后，通过对刑事诉讼法典的几次修正，在21世纪初，意大利完成了在吸收英美法系当事人主义对抗式诉讼制度的基本精神后，对其刑事诉讼的整体改造，形成了职权主义与当事人主义相混合的诉讼模式。

4. 混合式诉讼模式的特点

现代意义上的诉讼模式，无论是当事人主义诉讼、职权主义诉讼抑或当事人主义与职权主义的混合式诉讼，都是在吸收人类诉讼文明的基础上发展起来的，均实行控审分离、不告不理，司法独立，无罪推定，公开审判，直接言词，并保障被追诉人的辩护权。但是，由于不同诉讼模式在诉讼传统等方面的不同，仍然表现出各自的特点，对此，国内外诉讼法学界的基本看法是一致的。

(1) 职权主义诉讼的特点

第一，在理念上，职权主义倾向于利用职权查明案件事实以对案件作出正确的处理，注重的是诉讼程序的工具价值。

^① 参见李昌盛：《论对抗式刑事审判》，28页，北京，中国人民公安大学出版社，2009。

第二，在侦查程序中，侦查机关的权力较大，被告人的权利受到限制，侦查程序不公开，与当事人主义诉讼相比，对非法证据的制约较少，对被告人获得律师帮助的权利也有较多限制。

第三，在审查起诉程序中，实行起诉法定主义为主，遵循不变更原则。凡是认为有足够的证据证明有犯罪事实，且具备起诉条件，公诉机关必须起诉的，没有自由裁量的余地。如德国《刑事诉讼法》第152条第2项规定：“除法律另有规定外，在有足够的事实根据时，检察院负有对所有可予追究的犯罪行为进行追究的义务。”

第四，在审判程序中，法官处于主导地位，法官推进并控制着诉讼的进程，法官可以主动询问被告人、证人，有权调查证据；检察官和被告人、辩护人在审判中只处于次要和辅助的地位，主要扮演着协助法官查明案件事实真相的角色。

第五，在诉讼结构上，审判前程序是诉讼的核心，审判程序主要是对审前程序的核实和印证。

（2）当事人主义诉讼的特点

第一，在理念上，当事人主义强调控辩双方在公平竞争的基础上，让控辩双方在法官面前积极主动寻找案件事实，以便法官发现案件真相，注重的是发现案件事实程序的正当性。诉讼目的在一定程度上并非是为探究案件真相，发现案件事实，而是在形式真实的基础上解决控辩双方的纠纷。对此，当今当事人主义诉讼中通过辩诉交易解决案件的高比例就可说明这一点。

第二，在侦查程序中，强调对嫌疑人的保护，赋予其对抗侦查机关的许多权利，特别是沉默权。

第三，在审查起诉程序中，实行起诉便宜主义为主，采用变更原则，允许控诉方变更、追加、撤回诉讼，允许控辩双方辩诉交易。

第四，在审判程序中，法官保持中立地位，不主动依职权调查证据，控辩双方处于主导地位，不仅审判程序由控辩双方主导，由控辩双方控制并推进，连案件事实也主要依赖于控辩双方的举证、质证和庭审中的交叉询问制度去发现。并且，审判中证据的提出和交叉询问等诉讼活动是否违反法律程序等问题以及证据规则是否适用等，也要依靠控辩双方的主动提出才能适用相关法律规定。辩护活动基本由辩护律师进行，没有辩护律师，审判无法进行。而案件事实由陪审团判定。

第五，实行罪状认否程序。案件审判前如果被告人作出认罪答辩，则对案件事实无须进行举证和辩论，法官可以直接对被告人作出有罪判决。

第六，在诉讼结构上，审判程序是整个诉讼程序的中心，司法审查贯穿整个

诉讼程序。

(3) 当事人主义与职权主义混合式诉讼的特点

第一，在理念上，强调实体真实与程序正当的统一，以其充分发挥职权主义诉讼和当事人主义诉讼的长处。

第二，在侦查程序中，在强调依靠国家职权收集证据，查获犯罪人的同时，加强对嫌疑人权利的保护，但保护的力度不如当事人主义诉讼。

第三，在审查起诉程序中，实行起诉讼法定主义与起诉讼便宜主义相结合。

第四，在审判程序中，由控辩双方主导、推进审判的进程，控辩双方在法庭调查中实行交叉询问制度，但法官可以对证人、当事人补充发问，补充调查。

第五，在诉讼结构上，实行审前程序与审判程序分开制度，审判程序是诉讼的中心。

应当说，当事人主义诉讼是通过控辩双方平等对抗的互相作用，达到制约职权，并在双方对抗辩论中揭示案件事实真相的目的。职权主义诉讼是充分发挥职权的作用，利用职权的力量，去探知案件事实，避免控辩双方因受利益驱动而影响发现案件真相的弊端。职权主义与当事人主义混合式诉讼是在职权主义的基础上，吸收当事人主义的长处，以达到在激发控辩双方主动积极揭示案件事实真相的同时，利用职权探知被控辩双方忽视甚至隐瞒的事实的目的，既能制约权力又能保障人权，同时还能提高诉讼效率。这实际上也是职权主义诉讼和当事人主义诉讼在现代发展中互相借鉴、融合所追求的目标。

二、诉讼模式对辩护制度的制约

不同的诉讼模式决定了相应的诉讼结构和诉讼中控、辩、审之间的关系，也决定了辩护职能的地位、辩护权的内容和辩护权行使与保障的制度设计。因此，诉讼模式实际上对辩护制度具有制约作用。

(一) 不同诉讼模式中的刑事辩护

1. 弹劾式诉讼模式中的刑事辩护

在古罗马的王政时期与共和国时代，实行民主制度，国家权力的触角受到来

自公民权利的较大限制，不可能主动、积极地干涉过多的社会生活。相应地，在古罗马弹劾式刑事诉讼中，原被告双方当事人地位平等，享有同等的诉讼权利。原告控诉被告犯罪，被告可以针对控诉进行反驳。双方在法庭上以公开、言词的方式进行辩论。在王政时期，没有形成完整的代理人制度，原则上不允许诉讼代理，刑事辩护不完备，但当事人可以请辩护人协助。到了共和时期，与刑事有关的抗辩制度和代理制度已经建立，诉讼代理制度逐渐推行并普遍化。在诉讼中，被告人拥有辩护权，不仅可以自己为自己的权益辩护，还可以聘请精通辩术的辩护人（orator）为自己辩护。^①在由法官提起的“公犯之诉”中，法官提出证据以支持自己的控诉，而被控诉人则发表辩护演说，进行辩护。在罗马共和国的中后期，陪审制被引入刑事诉讼，“他们（陪审员）听取或收受口头或书面的证词以及双方当事人之辩护人的辩解”。^②到罗马帝政时期，出现了专业的诉讼代理人或辩护人，辩护制度渐趋完备。“当时法律顾问阶层已经出现，诉讼中律师有充分的发挥作用的空间。罗马的辩护者一般属于有地位、有财产的人，他们起初在法律诉讼中无偿地为朋友或者被保护人贡献才智，后来在案件审理结束时允许给予辩护者一定的酬金。”^③原来实行的诉讼代理和辩论原则，逐渐发展成为律师辩护制度。^④应当说，在古罗马社会中，简单商品经济高度发达，社会关系主要表现为契约关系，而契约关系要求尊重个人权利、利益和自由，这为刑事辩护在古罗马的产生起到了促进作用。

古日耳曼和盎格鲁-撒克逊时期的英国的刑事诉讼模式也为弹劾式诉讼，在部落大会和百户区大会的审判中，原被告之间可以公开互相辩论。“裁判由各地区之自由民集团所设之民会为之，属于典型的民众裁判。在审判方式方面，不仅采公开主义，且采当事人主义与辩论主义。”^⑤在公开、平等的审判中，被告通过与原告对质、辩论，维护自己的权益。

刑事辩护以保护被告人合法权益为宗旨，要求诉讼具有平等性和民主性。建立在古代罗马简单商品经济和原始民主基础上的弹劾式诉讼，诉讼中原被告双方地位平等，裁判者仅仅居中裁判，这为刑事辩护的产生提供了条件，也使罗马刑事辩护在古代弹劾式诉讼模式中相对完备。

① 参见[意]朱塞佩·格罗素：《罗马法史》，黄风译，263页，北京，中国政法大学出版社，1994。

② [美]莫理斯：《法律发达史》，133页，北京，中国政法大学出版社，2003。

③ 陈光中主编：《刑事诉讼法》，2版，34页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2005。

④ 参见熊秋红：《刑事辩护论》，28页，北京，法律出版社，1998。

⑤ 蔡墩铭：《刑事诉讼法论》，14页，台北，中国台湾五南图书出版公司，1993。

2. 纠问式诉讼模式中的刑事辩护

纠问式诉讼模式虽然适应了时代发展的需要，但与保留着原始民主性的弹劾式诉讼模式相比，在诉讼民主上则是倒退，直接的反映就是被告人不再享有辩护权。因为“从政治上看，中央集权国家的领导者很热衷于纠问式诉讼，尤其是在政治制度具有专制倾向时，以及把社会利益放在个人利益之前的情况下，更是如此。因为，纠问式诉讼所要做的正是要竭力防止由于过分尊重个人权利而不能确保对犯罪人进行追究的情形发生，况且一个坏人权利也不值得受到给予一个公民的全部保障”。^①在纠问式诉讼中，集侦查审职能于一身的法官在诉讼中占有绝对主导地位，被告人在诉讼中沦为诉讼客体，被刑讯的对象，更谈不上辩护权的享有与行使。在中世纪欧洲大陆的纠问式诉讼中，司法官对被告人的审讯秘密进行，对被告人实行刑讯逼供，被告人不能提出有利于自己的证人、不能聘请代理人自己辩护，也无权与控方证人对质；诉讼程序的秘密性、书面性和间接性，剥夺了被告人的辩护权，甚至连基本的辩论程序也被法律取消，被告人纯粹成为一个程序的客体，而被告人做出的有罪供述是证明被告人有罪的证据之王。“控告所引发的范围广泛的辩论失去了一切存在的理由，因此，辩护也变得不那么至关重要。”^②

总而言之，在中外纠问式诉讼模式中，被告人不享有辩护权，也就不存在相应的辩护制度。

3. 混合式诉讼模式中的辩护制度

（1）当事人主义诉讼中的辩护制度

当事人主义诉讼起源于英国，并随着英国殖民主义的扩张被移植到其殖民地，在美国得到发扬光大。与当事人主义诉讼模式在美国的发展相比，“英国虽然是对抗制的摇篮，但是她自己所抚育的后代，从来都没有长到远在大西洋彼岸的兄弟那么大的块头”。^③因此，当事人主义诉讼在美国的发展才真正达到了发达的程度，并且成为当事人主义诉讼的典范。

当事人主义诉讼是弹劾式诉讼在英国王权集权过程中，英国贵族与王权斗争的基础上，民权制约王权在诉讼程序上的反映。王权受制，诉讼中的权力就消极，

① [法]卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》，罗结珍译，76页，北京，中国政法大学出版社，1999。

② [意]朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，372页，北京，中国政法大学出版社，1994。

③ Graham Hughes, *English Criminal Justice: Is It Better than Ours?* 26 Ariz. L. Rev.507 (1984),p.568.

相应地，当事人在诉讼中的权利就得到充分展示，诉讼的进行就表现为以当事人主导为主。同时，弹劾式诉讼中当事人双方在若干名公正无私的公民面前发现真相、解决纠纷的制度得以保留，并逐渐发展成为陪审团审判制度，成为当事人主义诉讼的基石。很显然，当事人主义诉讼无论权力多么消极，法律设定的当事人权利多么充分，但仅靠在刑事诉讼中处于被追诉者地位的被告人自己，是无法与控方对抗的。因此，平等武装成了控辩对抗的当事人主义的基本前提，否则诉讼在任何阶段都只能是一边倒的态势。所以，在当事人主义诉讼的形成与发展过程中，辩护制度特别是律师辩护制度至关重要，当事人的权利主要是通过其辩护律师发挥作用的，所谓的控辩对抗也主要是代表政府控诉的控方律师（检察官）与当事人的辩护律师之间的对抗。

从英国当事人主义诉讼形成的过程看，职业律师在13世纪时就开始在英国出现。律师可以代为当事人进行诉讼行为，向陪审员解释其当事人的诉讼请求。^①但在英国刑事诉讼中，被告人享有辩护律师帮助的权利也经历了一个比较长的过程。在17世纪早期，在轻罪案件中，辩护律师出庭为被告人辩护已经是常见现象了。但在18世纪以前，英国刑事诉讼只允许律师从法律上为被告人提供帮助，不能参与案件事实认定的审判。直到17世纪末期和18世纪初期，英国叛国罪和重罪案件中的被告人仍无权聘请辩护律师为自己从案件事实上进行辩护。这造成了司法不公，并且在17世纪后期审判的重大叛国罪案件中集中造成了大量的冤案。于是，英国议会在1696年制定了具有里程碑意义的《叛国罪审判法》，确立了叛国罪案件审判中的律师辩护制度，允许被告人聘请律师为自己开展全面辩护。18世纪30年代以后，英国的法官开始允许辩护律师参与重罪案件的审判，但仅把律师参与审判的活动扩大到对证人进行询问和交叉询问，仍不得对证据发表评论，也不得向陪审团陈述案情。但在18世纪后期，交叉询问成为律师手中的一件利器，其激烈程度已经可以同当今英美法系国家刑事审判中的交叉询问一比高下。^②1836年，威廉四世颁布法令，规定“不论任何案件的预审或审判，被告人都享有辩护权”。辩护律师向陪审团陈述案情的限制被取消，辩护律师在重罪案件中才获得完全的辩护权。直到此时，对辩护权的种种限制才被取消。^③1964年，英国修订了《法官守则》，其中规定了警察在询问犯罪嫌疑人以前，必须口头告知被羁押的人有权获得律师的帮助。在英国一些拘留所的《被拘留人须知》

① 参见陈瑞华：《刑事审判原理论》，306页，北京，北京大学出版社，1997。

② 参见李昌盛：《论对抗式刑事审判》，47页，北京，中国人民公安大学出版社，2009。

③ 参见汪海燕：《刑事诉讼模式的演进》，174页，北京，中国人民公安大学出版社，2004；熊秋红：《刑事辩护论》，33页，北京，法律出版社，1998。

中写明，被拘留人有权免费与独立的律师谈话；免费在警署内与律师在任何时候谈话；在警署与律师见面；在警方讯问时可以要求律师在场，在律师到达前，警方不得讯问；等等。^① 被逮捕的人有权将他被逮捕一事和关押地点毫不迟疑地通知他的律师，警察不得拒绝律师介入，也不能拒绝嫌疑人与律师见面。对于非法证据的排除，根据 1987 年女王诉梅森案和 1988 年的塞缪尔案，上诉法院认为律师在场权是被告人最重要和最根本的权利，警察讯问被告人时拒绝律师介入，对被告人是不公平的，这样获得的被告人的自白应当被排除适用。并且，根据《欧洲人权公约》第 6 条第（3）款的规定，被告人享有保证有足够的时间及便利的条件为辩护做准备的权力；被告人可以自我辩护或通过自己选择律师获得法律援助，如果没有能力聘请律师，可以获得免费的律师帮助的权利；被告人可以询问对自己不利的证人，并具有要求证人出庭、接受询问的权利。如今，为了保障被告人的辩护权，英国建立了值班律师制度，当刑事案件的被告人需要律师帮助时，受社会资助的值班律师就会被召到警察局，与被告人私下见面，由政府法律服务委员会设立的刑事辩护机构为被告人提供法律帮助以及诉讼代理。^② 这样，英国律师辩护基本贯穿了整个刑事诉讼的全过程。

在美国，根据 1791 年宪法修正案第四条、第五条、第六条的规定，人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。任何人不得因同一犯罪行为而两次遭受生命或身体的危害；不得在任何刑事案件中被迫自证其罪；不经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由或财产。在一切刑事诉讼中，被告有权由犯罪行为发生地的州和地区的公正陪审团予以迅速和公开的审判，该地区应事先已由法律确定；得知控告的性质和理由；同原告证人对质；以强制程序取得对其有利的证人；并取得律师帮助为其辩护。但是，在美国历史上大部分时间里，美国宪法的前十条修正案并不适用于各州，在 20 世纪 60 年代以前，美国联邦宪法保障犯罪嫌疑人的律师帮助的权利也没有扩大到各州的刑事诉讼中。在 20 世纪 60 年代，美国最高法院通过一系列的判例，使宪法修正案中确立的被告人辩护权逐步在各州刑事诉讼中得到落实，美国辩护制度也得到了前所未有的发展。具体包括：马普诉俄亥俄州案的判决把排除非法证据规则的适用成功地推向各州；罗宾逊诉加利福尼亚案（*Robinson v. California* 1962）的判决把宪法第八修正案中被告人免受残忍的和非正常惩罚的保护推向各州适用；马洛伊诉胡干案（*Malloy v. Hogan* 1964）的判决使反对强迫自证其罪原则适用于各州；泼特诉

① 参见田文昌主编：《刑事辩护学》，47 页，北京，群众出版社，2001。

② 参见 [英] 麦高伟等主编：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，6 页，北京，法律出版社，2003。

得克萨斯案（*Pointer v. Texas* 1965）的判决则赋予被告人在州法院刑事诉讼中与作出对其不利之证明的证人的对质权；克罗佛诉北卡罗来纳案（*Klopfer v. North Carolina* 1967）的判决使被告人在各州刑事诉讼中享有不被拖延审判的权利。尤其是1963年的吉迪恩诉温赖特一案（*Gideno v. Wainwright* 1963），美国联邦最高法院把宪法第六修正案中被告人获得律师辩护权的规定解释为各州应当遵循的宪法第十四修正案“正当法律程序”的组成部分，从而使获得律师辩护权成为每个美国公民不可或缺的宪法权利，各州法院应当为被控刑事重罪的贫穷被告人免费提供辩护律师，在美国刑事辩护发展史上具有里程碑式的意义。在该案的判决书中，联邦最高法院大法官布莱克（*Hugo Black*）指出：“理智和思维要求我们认识到，在我们抗辩式的刑事审判体系中，任何一个被指控的人，如果因贫穷请不起律师，就不会受到公正的审判，除非法院给他指派一名律师。对我们来说，这是显而易见的真理。”因此，“在刑事法院，律师是必需而非奢侈”。^①吉迪恩诉温赖特案后，美国联邦最高法院在著名的米兰达诉亚利桑那州案（*Miranda v. Arizona* 1966）的判决书中确立了“米兰达警告”，要求警方宣读和告诫嫌犯的其中两条内容是：告诉嫌犯，在受审时有请律师在场的权利；告诉嫌犯，如果雇不起律师，法庭将免费为其指派一位律师。通过这一判决，联邦最高法院再次重申全国法院应为穷人免费提供法律帮助，这使美国刑事法律援助制度在司法上得到进一步确认，也使美国律师辩护覆盖全部刑事案件。

上述英美两国的刑事辩护制度集中反映了当事人主义诉讼中的辩护制度的基本特点，概括起来主要包括：第一，辩护权的全面性。一方面，被告人及其辩护人的辩护权贯穿整个刑事诉讼的始终；另一方面，辩护权几乎不受任何限制，特别是辩护律师的辩护权，只要遵守职业行为准则，具有很大的自由度。第二，辩护权与追诉权平等对抗。当事人主义对抗式诉讼的特点，决定了当事人主义诉讼的辩护方从诉讼一开始就进入与追诉方对抗的状态，享有与追诉方同等的权利，力求平等武装，公平对抗。第三，刑事诉讼中，辩护律师的作用突出。无论是律师在场制度、证据开示制度，还是正式审判中的交叉询问、辩诉交易中的控辩协商，都必须由辩护律师代理当事人进行。可以说，离开辩护律师，当事人主义的刑事诉讼就无法进行。因此，采用当事人主义诉讼模式的国家和地区基本建立了完备的刑事法律援助制度。因此，当事人主义诉讼中辩护制度和辩护人的地位和作用，反映了当事人主义诉讼的基本结构和控辩审之间的基本关系。反过来，当

^① 任东来等：《美国宪政历程：影响美国的25个司法大案》，265页，北京，中国法制出版社，2004。

事主义对抗式诉讼也制约着其辩护制度。正如美国学者对辩护制度职责所描述的那样，“这一职责只有一个焦点、一项责任和一种忠诚，那便是为我们的当事人服务，而无须考虑本案本身或我们的辩护行为所引发的任何其他后果”。^①这也应合了英国律师亨利·布劳母在1820年所说的被奉为英美法系国家和地区职业律师伦理的经典表述：“辩护士出于对委托人的神圣职责，只要受理该案就只对他一个人负责。他须用一切有利手段去保护委托人，使他免遭伤害，减少损失，尽可能地得到安全。这是他的最高使命，不容有任何疑虑；他不需顾忌这样做会给别人带来的惊慌和痛苦；这样做会招致的苛责以及它是否会使人毁灭。他不仅不必顾忌这些，甚至不要区分爱国之心与律师职责，必要时就得把赤子之心抛到九霄云外，他必须坚持到底不管后果如何，为了保护他的委托人，如果上天注定必要时把国家搅乱也应在所不惜。”^②辩护人职业伦理的如此定位，与当事人主义诉讼模式对辩护制度的制约有很大关系。

（2）职权主义诉讼中的辩护制度

法国资产阶级革命后，资产阶级启蒙思想家们提出的思想也在法国职权主义诉讼中得到体现。1789年法国《人权宣言》中明确规定了无罪推定原则，同年10月制宪会议颁布的一项法令规定：从追究被告犯罪时起，就允许有辩护人参加。1793年法国宪法规定国家设立公设辩护人。1808年颁布的拿破仑《刑事诉讼法典》规定了被告人享有辩护权的原则。但律师不得介入审判前的程序，法院开庭审判后可以参加诉讼进行辩护。1959年法国颁布了修改后的《刑事诉讼法典》，但该法典第11条仍然规定：“除法律另有规定以外，且不损害辩护方之权利，调查与预审过程中，程序保密。”据此，在警察行为阶段和初步调查阶段进行辩护的可能性仍被排除。^③1973年，法国批准了《欧洲人权公约》，这样，公约第6条关于辩护权的规定就适用于法国刑事诉讼。1993年，法国进行刑事诉讼改革，加强了刑事辩护权。法国宪法委员会作出裁决认为，“受到拘留的人在拘留期间与律师进行交谈的权利是一种辩护权。这一辩护权可以视案件之不同而进行调整，但是，不得取消”。^④根据法国现行《刑事诉讼法典》的规定，自拘留开始，当事人即可以请求与其律师交谈。如受到拘留的人不能指定律师或者无法联系其

① [美] 克里斯蒂娜·阿库达斯：《刑事辩护律师的职责》，载江礼华、杨诚主编：《美国刑事诉讼中的辩护》，22页，北京，法律出版社，2001。

② [美] 艾伦·德肖维茨：《最好的辩护》，唐交东译，导言，4页，北京，法律出版社，1994。

③ 参见[法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》，罗结珍译，102页，北京，中国政法大学出版社，1999。

④ [法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》，罗结珍译，111页，北京，中国政法大学出版社，1999。

选定的律师，可以请求由律师协会会长依职权为其指派一名律师；受指定的律师在保证谈话秘密的条件下，与受拘留人交谈。谈话结束后，律师可以提出书面意见。即使在延长拘留时间的情况下，自延长的时间一开始，当事人就可以与律师谈话（刑事诉讼法第 63-4 条）。在预审程序中，“除当事人明确放弃之外，只有律师在场或者按规定传唤律师在场的情况下，才能听取当事人陈述、进行讯问、令其对质”。“最迟应在讯问当事人或者听取其陈述之前 5 个工作日，用挂号信并要求回执，或者用电传并取得收据，对律师进行传唤，或者口头传唤并在案卷备注栏内注明。”“每次在讯问受审查人之前，最迟 4 个工作日，即应将案卷提交律师查用。受审人第一次到案后，案卷也应在所有工作日随时提交律师查用。”（刑事诉讼法第 14 条）预审法官应告知被审查人有权选任一名辩护人。辩护律师可以查阅案卷并与当事人自由联络、交谈。当事人只有在律师在场时才能表示同意接受询问，律师有权向预审法官提出辩护意见（刑事诉讼法第 116 条）。在重罪案件的审理中，如被告人不选任辩护律师，审判长或其委派的代表依职权为被告人指定一名律师。审理中，被告人可以自由同其律师交换意见。辩护律师也可以当场查阅各项案卷材料（刑事诉讼法第 274 条）。在轻罪案件的审理中，被告人有权聘请一名律师为自己辩护（刑事诉讼法第 390-1 条）；在适用简易程序处理案件后的轻罪法庭的对席审理中，被告人得有辩护律师协助，如被告人没有聘请辩护律师的，可以请求法庭为其指定一名辩护律师（刑事诉讼法第 495-3 条）。

德国作为职权主义诉讼的主要代表，规定了完备的辩护制度。在辩护人介入诉讼上，德国现行刑事诉讼法第 137 条第 1 款规定，被指控人在程序的任何阶段都可以委托辩护人为自己辩护。同时，根据欧洲人权公约第 6 条第 3C 款的规定，每个被告人有权选择辩护人，或者在无钱聘请辩护人的情况下，如果为司法所必需，则免费获得指定辩护人的帮助。但是，刑事诉讼中获得免费法律援助在德国是有限制的。一般能获得的免费法律援助是指法律咨询。根据德国刑事诉讼法第 140 条的规定，如果要获得免费辩护，主要是看有没有指定辩护的必要，而不是看被告人的经济状况。这说明德国刑事法律援助的标准是“出于‘理性’程序的制度需要：只有在被告人有智力缺陷无法进行自我辩护，以及或者定罪将对被告人造成严重影响时，审判长才需为其指派辩护人”。“对被告人获得指定辩护人权利的限制除了反映财政上的问题，还反映了德国刑事诉讼结构的特点：在对抗式制度下，在双方对抗的案件中为了收集证据和展示证据，专业辩护是必不可少的；而在审问式制度下，检察官和法院被要求客观查明事实真相，因此在一般案

件中，辩护人被认为是可有可无的。”^①同时，“在强制辩护的情况下，德国法律不承认被告人有自行辩护的权利”。^②对于会见权与通信权，除了涉嫌恐怖犯罪外，即使被告人已被羁押，被告人有权同其辩护人进行书面和口头的交流（刑事诉讼法第148条）。对于辩护人的在场权，犯罪嫌疑人在被讯问前，必需被告知有权同辩护人商议。如果他希望如此，讯问必须停止，讯问人有义务尽合理努力帮助嫌疑人确定辩护人。如果没有遵守这些规定，犯罪嫌疑人随后作出的陈述在其提出异议的情况下不能作为证据使用（刑事诉讼法第136条第1款）。但是，对警察人员所实施的调查，辩护人全然无权要求在场，甚至对被告所行之讯问也不得在场。而检察机关在准备程序中的调查原则上是秘密进行的，因此，在此程序中讯问证人或者在辨认过程中被告人与证人对质时，辩护人也无权要求在场。当然，在法官讯问被告人时，辩护人根据刑事诉讼法第168C条第5项的规定有权在场。^③在阅卷权上，辩护人享有充分的权利。对被告人的讯问笔录、专家陈述以及法院调查活动的笔录都可无条件地查阅。辩护人不仅有权将卷宗带回其办公地点查阅并复制（《刑事诉讼法》第147条第4款），而且还可以同当事人谈论卷宗的内容，甚至可以把卷宗副本给当事人。此外，辩护人还享有调查取证权、在被告人不明确反对情况下的上诉权，等等。

俄罗斯刑事诉讼在19世纪60～70年代进行了资产阶级性质的改革后，诉讼模式从纠问制转向职权主义，诉讼中确立了被告人的辩护权。十月革命胜利后，苏联废除了原俄罗斯帝国的刑事诉讼制度，新的刑事诉讼制度强调对犯罪的追诉与惩罚。尽管苏联1922年《刑事诉讼法典》规定了辩护原则，但在案件侦查和审查起诉阶段，辩护人不能参加。而根据1924年《关于法庭辩护》的规定，是否准许辩护，通常由法庭斟酌决定，二审则不允许辩护。被告人辩护权受到很大限制，甚至被剥夺。1961年，苏联颁布新的《刑事诉讼法》，规定了被告人享有辩护权。辩护人有权在侦查阶段可以会见被告人、了解案件的一切材料和抄录必需的资料；经侦查人员许可后，在讯问被告人或进行侦查行为时辩护人在场。辩护人介入诉讼的时间从提起控诉或侦查终结开始，等等。苏联解体后，俄罗斯1993年《宪法》通过，一些刑事诉讼原则得到宪法的确认。2002年俄罗斯颁布了新的《刑事诉讼法》，该法使俄罗斯刑事诉讼在向当事人主义迈进的同时，规

① [德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，54～55页，北京，中国政法大学出版社，2004。

② 同上书，59页。

③ 参见[德]克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，24版，吴丽琪译，169～170页，北京，法律出版社，2003。

定了辩护人参加诉讼的时间从原来的侦查终结时起提前到提起公诉时起，或者从犯罪嫌疑人被宣布逮捕或采取羁押措施时起；刑事诉讼实行双方辩论制；庭审中采用交叉询问制度；等等。从而进一步加强了俄罗斯的刑事辩护制度。

综上，从职权主义诉讼模式的辩护制度可以看出，辩护人在诉讼中的地位、职能和作用与当事人主义诉讼中辩护人的地位、职能和作用有明显的差别。“辩护人既不是被告人的纯粹的代言人，也不是中立的司法官员。他的特征应当表述为，是刑事司法制度中的独立机构，单方面忠实于被告人的利益。”“鉴于其地位，辩护人不是帮助被告人作出或接受有约束力的程序性指令的代理人。另一方面，辩护人的地位与法官、检察官也不同，表现在，辩护人没有义务甚至不被允许将当事人的利益同客观的‘公正利益’或团体利益进行权衡，而是必须偏向他的当事人，在法律允许的范围内做一切事情来保护当事人的利益。”当然，辩护人在对当事人承担着忠实责任的同时，也承担着对法院的诚实责任。“辩护人绝对不能向法庭撒谎或积极误导法庭，也绝对不能伪造文件或怂恿证人、被告人在审判中撒谎。”^①因此，职权主义诉讼中辩护制度的如此定位，也是与职权主义诉讼的基本模式分不开的。

（3）当事人主义与职权主义混合式诉讼中的辩护制度

日本在第二次世界大战后，刑事诉讼模式转变为当事人主义与职权主义相混合的状态，在辩护制度上也非常明显。根据1946年日本《宪法》第34条的规定，在押犯罪嫌疑人和被告人有委托辩护人的权利。任何人如不被立即告知其理由并立即予以委托辩护人的权利，均不得拘留或拘禁；无正当理由，任何人都不受拘禁，如本人提出要求，必须立即对此理由在有本人及其辩护人出席的公开法庭上予以说明。日本《刑事诉讼法》第30条和第31条规定：“被告人和被疑人，可以随时选任辩护人”，“被告人或者被疑人的法定代理人、保证人、配偶、直系亲属即兄弟姐妹，可以独立选任辩护人”。“辩护人，应当从律师中选任。”第37条第3款规定：“刑事被告人，任何场合都可以委托有资格的辩护人。”因此，日本辩护人介入诉讼的时间是从侦查程序开始的。对于律师的单独会见权，根据日本《刑事诉讼法》第39条规定，身体受到拘禁的被告人或被疑人，可以在没有见证人的情况下，与辩护人会见，或者接受文书或物品。检察官、检察事务官或者司法警察为实施侦查而有必要时，以提起公诉以前为限，对第39条第1款的会见或者接受，可以指定日期、场所及时间。但该项指定，不得适当地限制

^① 参见[德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，61～62页，北京，中国政法大学出版社，2004。

被嫌疑人进行准备防御的权利。从中可以看出，辩护人与被追诉者的会见自由是一般原则，公权力人员指定权的行使是例外，这种例外是出于社会防卫的考虑。当然，律师会见只要没有例外情况，即可自由会见，并且这些例外情形又规定得十分具体明确，极具操作性。并且，会见时侦查机关也不准派人在场。对于因经济贫困没有委托辩护人的被告人，依据日本《刑事诉讼法》第36条规定，“被告人由于贫困或其他事由不能选任辩护人时，法院依据被告人的请求，应为其选任辩护人”。因此，日本的指定辩护只适用于审判阶段，不适用于审前阶段。但是，日本律师界开展的值班律师制度活动，通过值班律师的自愿行动，保障嫌疑人的辩护权。因此，日本刑事诉讼法对侦查讯问时辩护律师的在场权没有规定，只规定了在查封、搜查、勘验、询问证人、鉴定时辩护人可以在场。同样，日本对辩护律师的调查取证权没有规定。在阅卷权上，日本的辩护人在侦查阶段没有阅卷权，但在审判前，辩护人可以通过证据展示制度查阅控方的证据。在法庭审判程序中，辩护人与公诉人享有对等的诉讼权利。

意大利在1988年移植当事人主义诉讼模式，但最终逐渐形成了职权主义和当事人主义混合式的诉讼。根据意大利刑事诉讼法第104条和第384条的规定，被拘留或逮捕的人有权自被拘留或逮捕时起要求立即会见辩护人，因此，嫌疑人可以随时委托辩护人。但第104条同时规定，在初期侦查过程中，当出现特殊的防范理由时，法官可以根据公诉人的要求命令推迟行使与辩护人会晤的权利，推迟的时间不超过7日；在逮捕或拘留的情况下，公诉人可以推迟被告人与辩护人的会晤，直至被逮捕者或被拘留者被移交法官处置时止。根据第64条的规定，如果未受到控告或者未接受调查的人员在司法机关或司法警察面前所作的陈述表明该人具有犯罪嫌疑，有关诉讼机关应当中断对他的讯问并告知该人这种陈述可能使他受到调查，同时要求他为自己指定一名辩护人。在此之前作出的陈述不得被用来支持对该人的指控；如果从最初就应当把该人作为被告人或者被调查人进行询问，不得使用该人的陈述材料。根据第350条、第356条的规定，司法警察可以通过询问从未受到逮捕或拘留的被调查人获得有助于侦查工作的概要情况，但在被调查人被询问之前，有权为自己指定一名辩护人，如果其自己没有指定辩护人，司法警察有义务为他指定辩护人，对司法警察的上述询问，司法警察应当及时通知辩护人，辩护人有在场权。如果辩护人未找到或辩护人没有出席，司法警察可要求检察官另行指定可立即出席的辩护人。根据第356条的规定，被调查人的辩护人在司法警察搜查、紧急核查、扣押时在场，有权出席经检察官批准的对邮件或信件立即拆封。根据第294条的规定，讯问被处于预防羁押的人，应当将活动的实施情况及时通知有权参加有关活动的辩护人。根据第364条的规定，

没有辩护人的被调查人应当被告知将得到一位指派辩护人的帮助，公诉人在对被调查人讯问、对质或者在检查、勘验工作之前，应当至少提前 24 小时通知被调查人的辩护人，辩护人有权参与公诉人的上述行为，即使在特别紧急的情况下，辩护人也有权参与；辩护人在参与上述有关活动时，可以由公诉人提出请求、评论和保留性意见，对此应记录笔录。为保障被告人的辩护权，意大利刑事诉讼法第 97 条规定，未委托辩护人的被告人或者没有辩护人的被告人可以获得一名指派辩护人的帮助。为了保障辩护的效果，意大利律师行业委员会事先准备好辩护人名单，并与法院院长协商一致后确定根据轮流原则指派辩护人的标准，以保障被告人能够及时得到辩护人的帮助。当司法人员违反被告人委托辩护人、律师在场权的规定所取得的证据的，该证据将被排除适用。根据第 466 条的规定，辩护人有权查阅控方为庭审准备的材料并取得副本，可以查看实物证据。在审判程序中，意大利的刑事辩护制度与日本基本相似。

从日本和意大利的当事人主义与职权主义混合式诉讼中的辩护制度看，其辩护制度比职权主义诉讼中的辩护制度更加充分地体现了保障被追诉人权益，辩护权的内容也比职权主义诉讼中的辩护权内容丰富，比如在审前阶段，混合式诉讼模式的辩护制度允许辩护律师开展调查，可以自由地与被追诉人会晤、交流。但没有像当事人主义诉讼那样从侦查就开始的控辩对抗。在审判程序中，职权主义与当事人主义混合式诉讼中一般也设置了交叉询问制度，比职权主义诉讼辩护人在庭审中的主导性强，但法官保留了职权查证的权力，辩护人在庭审中的主导作用又受到一定的限制。所以，职权主义和当事人主义混合式诉讼中的辩护制度实际上是吸收了两者的长处，兼顾了诉讼中权力与权利的平衡。

（二）刑事诉讼模式对辩护制度的制约

“作为刑事诉讼制度组成部分的刑事辩护制度必然与作为整体的刑事诉讼结构之间存在着一种共生关系，前者只能在后者的背景和框架内演绎，后者的历史类型直接影响和制约着前者的生成和发展。”^① 诉讼模式决定着权力与权利的关系和控辩审三者在诉讼中的地位和活动方式，自然也决定了辩护制度的形态。

1. 在诉讼观念和目的上，诉讼模式制约着辩护制度

从诉讼的价值观念和诉讼目的看，弹劾式诉讼出现在早期的奴隶制国家，其

^① 谢佑平：《生成与发展：刑事辩护制度的进化历程论纲》，载《法律科学》，2002（1），99页。

诉讼的目的主要是在国家的主持下引导人们解决纠纷，诉讼的观念也只是以原始的私人复仇为主，国家公共权力对社会冲突的介入并不深入。因此，在弹劾式诉讼模式下，刑事控诉主要是由被害人以私人身份直接向审判机关提起，控辩双方在诉讼中的地位平等、权利对等。同时，原始民主的遗风使诉讼程序保持了民主性和平等性，审判者在居中裁判的同时，平等保障控辩双方的权利，被告人在诉讼中的权利也相应有着较好的保障。尽管当时的辩护在今天看来至多只是一种对抗辩论，辩护权的内容无法与近现代的辩护权相比，更没有形成近现代辩护制度的基本特点，但在当时的诉讼模式下基本起到了保护被告人正当权益的作用。在古罗马时期，被告人甚至还可以聘请“辩护士”为自己代理。

纠问式诉讼模式是专制集权政治在诉讼领域的反映，惩罚犯罪，加强社会控制是其唯一的诉讼目标，也是封建专权者的要求。在诉讼观念上，专制政府把刑事诉讼作为实现其惩罚犯罪、控制社会目标的工具，强调的是刑事诉讼的工具性价值。这样，以保护被告人权利为宗旨的辩护制度自然无从谈起。中世纪欧洲宗教裁判所虽然允许被告人辩护，但这种辩护是在有罪推定的前提下要求被告证明自己无罪的辩护，实际上沦为对法官有罪认定的补遗。“虽然也允许延请辩护人，但受审人经常不延请辩护人，因为辩护人必然力求被告人招认而已。”^①因此，纠问式诉讼模式与作为保障被告人权益的刑事辩护制度之间存在一种内在的紧张关系，纠问式诉讼模式缺乏刑事辩护制度赖以存在的制度基础和观念前提。

资产阶级启蒙思想家提出“天赋人权”，“主权在民”，“法律面前人人平等”的响亮革命口号，主张用辩论式诉讼模式取代纠问式模式，赋予被告人辩护权，在审判中实现辩护原则。在资产阶级革命胜利后，英法等主要资本主义国家均以民主、平等、人权等价值理念对诉讼模式进行了根本改造，诉讼程序注重人权保障，在立法上赋予了刑事被告人自己辩护和延请他人辩护的权利，从而确立了刑事被告人在刑事诉讼中的主体地位。被告人被视为刑事诉讼的主体，诉讼确立了无罪推定原则，诉讼程序中加强了对权力的规范，从而形成了近现代的混合式诉讼模式，近现代刑事辩护制度也得以形成。当事人主义诉讼模式强调以保障人权为目标的正当程序，把被告人的辩护权上升为宪法性权利，强调辩护活动对当事人权利保障的重要性。对权力的不信任观念和以权利制约权力的观念，使其突出诉讼程序独立的内在价值，以程序公正保障实体公正。诉讼中逐渐形成了辩护权为核心的权利保障体系，辩护制度全面得到落实，辩护人可以充分运用不被法律禁止的手段，几乎可以毫无任何约束地全身心地为其委托人提供服务，辩护人唯

^① 转引自熊秋红：《刑事辩护论》，31页，北京，法律出版社，1998。

一的职责就是在刑事诉讼中运用自己的专业知识与技能去维护委托人的利益。职权主义诉讼模式认为刑事诉讼的目的在于发现案件事实真相，实现实体公正。信奉国家权力和注重社会利益观念，使其在诉讼中强调依靠国家权力发现案件真相，尽管在诉讼中也注重人权保障和对权力的规范，但案件事实的发现主要依赖职权探知，诉讼程序只是发现案件事实的工具，从而使其辩护活动没有当事人主义诉讼模式那样全面深入。当事人主义诉讼与职权主义诉讼混合式诉讼模式的设计是以发挥两种诉讼模式的长处，避免两种诉讼模式的短处为出发点，诉讼理念上实体公正和程序公正并重，既要保障人权又要惩罚犯罪，诉讼中力争权力与权利的平衡。从辩护活动的广度和深度来说，没有当事人主义诉讼中的辩护那样全面深入。如日本刑事诉讼中的律师扮演着双重角色，在维护被追诉者合法权益的同时，还负有协助公权力机关发现真实的义务，“在刑事程序上辩护人为维护被疑人、被告人的正当利益，有助于法院的真实发现，承担着协助刑事司法的任务。从这种意义上讲，辩护人有公的乃至公益的地位”。“辩护人不像检察官那样承担着完全的真实义务（客观义务）。在拥护被疑人、被告人的正当利益上不产生矛盾的限度内，负担着真实义务。换句话说，辩护人以拥护被疑人、被告人的正当利益为任务，在这个限度内为发现真实而协作。”^①又如，日本刑事辩护中，在针对被追诉者的讯问过程中，法律并没有规定律师在场的权利。

2. 在控、辩、审之间的结构关系上，诉讼模式制约着辩护制度

弹劾式诉讼模式中，诉讼从当事人起诉开始，诉讼程序也只有审判程序，国家权力也从接受当事人起诉并审判开始介入，辩护活动也只是在审判中发生。作为国家权力代表的裁判者只是充当双方纠纷的仲裁者，消极中立，居中裁判。诉讼的进行建立在双方完全平等的诉讼地位和辩论上，被告人的诉讼对手主要是提起控诉的被害人。因此，弹劾式诉讼中的辩护活动以原始民主基础上的辩论活动为主。

纠问式诉讼在诉讼结构上实行职权追诉，控审不分，使刑事被告人面对的对手不是与其平等的被害人，而是拥有无限权力的国家司法机关，诉讼中被告人的权利与司法机关的权力也就自然是此消彼长，控辩平等无从谈起，被告人从弹劾式诉讼中的诉讼主体转变为诉讼的客体，是司法机关刑讯的对象。纠问式诉讼中这样的控辩结构，实质上成了强大国家权力对弱小被告人的行政式的治罪，控审

^① [日]日本司法研修所编：《刑事辩护实务》，王铁城、秀义译，47页，北京，中国政法大学出版社，1989。

不分的诉讼结构更使诉讼呈现一边倒的结果，辩护制度萎缩甚至被取消也就顺理成章了。

资产阶级革命取得胜利以后，对纠问式诉讼模式进行了根本性改造，诉讼结构上实行控、审职能分离，强化了辩护职能，从而形成了近现代的混合式诉讼模式，近现代刑事辩护制度也得以形成。当事人主义诉讼模式在整个诉讼过程中都强调控辩双方的平等对抗，突出在控辩双方依法对抗中发现案件事实，审前程序中辩护人的参与度高，审判程序中辩护人通过积极参与交叉询问，与检察官对抗，对诉讼的推进起着主导作用。职权主义诉讼模式依赖司法机关的职权探知案件真相，强调国家机关特别是法院在诉讼中的职责和作用，审前程序中辩护活动受到限制，审判程序中法官依职权主导诉讼进程，辩护人的参与度有限。当事人主义诉讼与职权主义诉讼混合式诉讼模式在诉讼结构上以诉讼中达到权力与权利的平衡为目标，审判前程序中以国家机关的权力调查为主，也在一定程度上保障着嫌疑人的权利；审判程序中，基本由辩护人与检察官主导诉讼，但法官仍保留着主动依职权进行法庭调查的权力，以保障查明案件真相，正确适用法律。因此，总体上，职权主义与当事人主义混合式诉讼没有当事人主义诉讼中的辩护制度发达。

三、中国刑事诉讼模式的转型与辩护制度的发展

（一）中国刑事诉讼的模式及其演变

1. 弹劾式诉讼在古代中国的出现

公元前约 2500 年的中国古代尧舜时期，就产生了刑事诉讼。^① 但在中国最早的史书《尚书》第一章《尧典》中还没有“罪”和“罚”记录，只有“奸”和“讼”的记录，直到《舜典》一章才有了“罪”与“刑”的记载。这说明在国家出现的初期，虽有“不法”（即奸），并因之产生了争执和解决纠纷的问题，但不以“犯罪”

^① 参见茅彭年：《中国刑事司法制度》，先秦卷，7 页，北京，法律出版社，2001。

的方式处理。^①据《舜典》记载，“帝曰：皋陶，蛮夷猾夏；寇贼奸宄。汝作士，五刑有服。”皋陶是尧舜时的大臣，舜帝任命其为司法官“士”，也是当时的刑事司法机关。^②“士”的职责是对犯了“寇贼奸宄”罪行人施以“墨、劓、腓、宫、大辟”的刑罚。到夏商朝时期，已经有了中央和地方司法机关之分。地方的司法机关为“士”“理”，中央的司法机关为“大理”“司寇”，国家权力对司法的介入明显强化。因此，与欧洲大陆的古罗马、古日耳曼和古代不列颠相比，尽管我国早期国家处理刑事犯罪中也存在以神兽断案的现象，也显现了弹劾式诉讼模式的基本特征，但弹劾式诉讼模式在我国诉讼发展史中的地位并不明显，我国古代也没有形成像古罗马和古日耳曼那样典型的弹劾式诉讼，其存续的时间也没有像在古代欧洲盛行时那样延续得长久。因此，在中国古代奴隶制国家中，尽管在国家出现的早期出现过弹劾式诉讼模式的迹象，但政治上实行君主专制统治，因缺乏像古代罗马那样的民主社会形态，现有资料中也没有发现有关辩护的记载，刑事诉讼中也没有形成像古代罗马那样的刑事辩护。^③

2. 封建制国家中的纠问式诉讼

在古代中国，由于封建帝制开始的时间远远早于欧洲国家，结束时间又远远迟于欧洲国家，在诉讼模式上也形成了自己的纠问式诉讼模式，但这种诉讼模式与欧洲中世纪典型的纠问式诉讼仍有很大差别。在周朝时，我国刑事诉讼开始从弹劾式诉讼向纠问式演变。根据《尚书·吕刑》的记载，周朝时诉讼实行“两造具备，师听五辞”的制度。《周礼·秋官·大司寇》记载的“以两剂禁民狱，入钧金三日，乃至于朝，然后听之”。意思是刑事诉讼，控告方必须缴纳费用，案件才能得到审理。但西周的刑事诉讼中同时存在着由国家官员主动追究犯罪的情况。同时，据《周礼·秋官·小司寇》记载，“以五声听狱讼，求民情；一曰辞听；二曰色听；三曰气听；四曰耳听；五曰目听”。因此，西周时期法官审理刑事案件，通过“五听”断案。而《礼记·月令》中“仲春之月”“勿肆掠、止狱讼”的记载表明，法官除了以“五听”断案外，刑讯已经被用于诉讼中。进入春秋后，西周的法律制度被各国沿用。到战国时期，刑事诉讼中国家权力的介入进一步强化，国家鼓励老百姓告发犯罪，惩罚不告发者。《史记·商君列传》记载，“不告奸者腰斩，告奸者与斩敌首同赏，匿奸者与降敌同罚”。这说明统治者已经认识到犯罪对其统治秩序的危害，已经开始主动追究犯罪。而在李悝的《法经》

① 参见周密：《中国刑法史》，22页，北京，群众出版社，1985。

② 参见李交法：《中国诉讼法史》，3页，北京，中国检察出版社，2002。

③ 参见熊秋红：《刑事辩护论》，39页，北京，法律出版社，1998。

中专列的“囚法”和“捕法”，说明当时政府已经设有专门的法律制度积极追究犯罪了。从公元前 221 年秦始皇统一六国建立起中国第一个封建王朝，到清朝末年 1911 年辛亥革命两千多年的中国封建历史中，变化的只是朝代更替，不变的是封建专制统治。纠问式的刑事诉讼成为封建统治者惩罚犯罪、保障专制统治的工具。诉讼中司法与行政不分，审判案件的法官集侦查、控诉、审判于一身；刑讯逼供合法化，成为司法官办案的重要手段。

中国古代纠问式诉讼模式与欧洲大陆的纠问式诉讼模式基本类似，刑事诉讼已经不再遵循弹劾式诉讼模式中的“不告不理”原则，诉讼结构上，国家司法机关集侦、控、审三项职能于一身，诉讼中被告人只是诉讼客体，不仅不享有辩护权，反而成为被刑讯的对象，辩护制度更是无从谈起。“古代中国一直未能产生刑事辩护制度及律师制度，究其原因，可以说，中国古代政治上的专制统治、经济上自给自足的自然经济、文化上的礼法合一以及以血缘、宗法关系为纽带而建立的社会结构起了决定性的影响和作用。”^①

3. 强职权主义诉讼模式的形成及其转向

清朝末年的中国在内忧外患的困扰下，进行立宪变革，以图富国强兵。在沈家本的主持下，以 1890 年日本刑事诉讼法为蓝本，制定了刑事诉讼法草案等法律，使现代法制意义上的职权分离、禁止刑讯、令状制度、陪审制度、公开审判制度、辩护制度等第一次出现在中国法律文本中，中国刑事诉讼模式在法律文本上开始从纠问式诉讼向职权主义诉讼模式转变。尽管由于清政府的灭亡使得修订的刑事诉讼法没有得到实施，但此后北洋政府和国民政府等实施的刑事诉讼法与该草案的内容基本相同，而且由于历史背景条件的的原因，后来北洋政府、国民政府的刑事诉讼法也没有在实践中得到完全实现，反而有回到原来纠问式诉讼的倾向，但中国刑事诉讼模式转向近现代职权主义诉讼的进程已经不可阻挡了。

另外，在 1949 年中华人民共和国成立前，中国共产党领导的新民主主义革命中，无论是第一次、第二次国内革命战争时期，还是抗日战争、解放战争时期，鉴于革命战争的特殊环境，刑事诉讼的目的主要是镇压敌人，保卫人民政权，对刑事诉讼也没有系统完整的规定。但是，在刑事诉讼中也实行司法机关依法行使职权，禁止刑讯逼供，公开审判，被告人享有一定的辩护权等制度，特别是抗日战争、解放战争时期的刑事诉讼，形式上渐趋完整，内容上增加了不少保障人权

^① 熊秋红：《刑事辩护论》，40 页，北京，法律出版社，1998。

的内容，但是总体上看，更加强调权力因素，注重国家机关在刑事诉讼中的主导作用，被告人的权利几乎被忽视。因此，从诉讼模式上看，1949年前人民政权的刑事诉讼属于强职权主义诉讼。

1949年后，人民政府废除了国民党政府的法律制度，在1957年前相继颁布了《宪法》《人民法院组织法》《人民检察院组织法》等一系列与刑事诉讼相关的法律，规定了人民法院独立审判，只服从法律；对一切公民在适用法律上一律平等；公开审判；被告人有权获得辩护等。1957年开始的整风运动及此后的反右中，由于受“左”倾思想的影响，以阶级斗争为指导思想的群众运动破坏了中国的司法制度，而十年“文革”中更是彻底抛弃了法制，使中华人民共和国成立初期刚建立的新法制被彻底摧毁。1979年，新中国颁布了第一部《刑事诉讼法》。从该法内容看，我国的刑事诉讼实行以公诉为主、自诉为辅的诉讼启动原则；诉讼职能上实行公检法分工负责、互相配合、互相制约的原则；被告人诉讼中享有辩护权，在审判阶段还可聘请辩护人辩护；公检法必须依法办案，严禁刑讯逼供等。由此可见，该法确立的我国刑事诉讼模式具有现代职权主义诉讼的特点，但是，因受政权结构、历史传统、经济方式和苏联刑事诉讼模式的影响，与同时期国际上其他国家或地区的职权主义诉讼模式相比，我国刑事诉讼对国家权力的规制相对较少，对侦查权的司法控制几乎没有，审判权的行政化明显，权力因素在诉讼中活跃，被告人的主体地位明显弱化。因此，该法确立的刑事诉讼模式属于强职权主义诉讼模式。

但是，在1996年，中国对1979年《刑事诉讼法》进行了重大修改，弱化了刑事诉讼中的职权主义因素，一定程度上体现了中国民主法制发展所取得的成果，也借鉴了当事人主义对抗式诉讼的合理要素。在内容上，确立了未经法院依法判决对任何人不得确定有罪的原则；加强了辩护制度，律师介入诉讼的时间提前至侦查阶段，犯罪嫌疑人、被告人从案件移送审查起诉之日起可以聘请辩护人；确立了疑罪从无原则；取消了收容审查制度和免于起诉制度；加强了检察监督；实行法院庭前审查形式化；特别是在庭审方式上，改变了过去单纯由法官依职权主导审判进行的做法，法庭审理改为主要由控辩双方主导进行。因此，从法律规定看，该法确立的诉讼模式已使我国刑事诉讼从强职权主义模式向强职权主义诉讼与当事人主义诉讼混合的模式转变。^①

2012年3月，中国再次修改刑事诉讼法典，尽管修正案在内容上增加了尊重和保障人权，不得强迫任何人证实自己有罪，确立了非法证据排除规则，证人

^① 参见汪海燕：《刑事诉讼模式的演进》，447页，北京，中国人民公安大学出版社，2004。

拒证权也在一定范围内被认可，辩护制度的相关内容也有很大变化，但无罪推定原则仍未写入法条，司法审查制度仍未确立，犯罪嫌疑人应当如实回答侦查人员询问的内容仍被保留，并且，修改后的刑事诉讼法第172条把1996年刑事诉讼法第150条规定的公诉机关在提起公诉时移送“证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片”修改为“将案卷材料、证据移送人民法院”。应该说，2012年我国刑事诉讼法的修改，在诉讼模式上依然没有改变原来强职权主义诉讼模式的特征。

综上，我国在清末变法后，借鉴了职权主义诉讼模式，但在法律传统、政治结构、经济方式、社会观念的影响下，形成了强职权主义诉讼模式，在1996年、2012年刑事诉讼法修改后，吸收了当事人主义诉讼的合理因素，特别是在证据制度、辩护制度等方面的改革，使中国刑事诉讼模式向职权主义与当事人主义混合的诉讼模式转向，但在目前看来，其形态上仍属于职权主义诉讼模式。因此，在当今世界，典型的职权主义诉讼模式主要在欧洲大陆国家，中国的刑事诉讼模式尽管有当事人主义诉讼模式的影子，但在我们看来，基本上还应被归入职权主义诉讼模式范畴。

（二）辩护制度及其发展

中国强职权主义诉讼模式对辩护制度制约也非常明显。清末变法时制定的刑事诉讼法中规定的辩护制度尽管没有得到实施，但对民国时期的刑事辩护制度影响深远。1928年颁布的《刑事诉讼法》第165条规定，被告于起诉后得随时选任辩护人；第176条规定，辩护人得接见羁押之被告。同时规定对可能判处五年以上有期徒刑或高等法院管辖的第一审案件，如被告人的法定代理人或配偶没有为他委托辩护人的，审判长应当为其指定辩护人。^①但刑事辩护在司法实践中所起的作用非常有限。正如民国人士罗文干所言：“刑事诉讼法，予起草者也，今入狱三日，乃知昔日起草之精神与今日施行之实况，竟然不同也。”^②

1949年，新中国成立前，共产党领导的苏区政府、陕甘宁抗日边区政府和解放区政府，在各自的法律文件中就已经规定了辩护制度，被告人有权在法庭审判中可以委托辩护人出庭为自己辩护，但因律师制度尚未建立，辩护人未能由律

^① 参见熊秋红：《刑事辩护论》，46～47页，北京，法律出版社，1998。

^② 转引自熊秋红：《刑事辩护论》，47页，北京，法律出版社，1998；罗文干编：《狱中人语》，52页及以下，北京，北京民国大学出版社，1925。

师担任。^①1949年新中国成立后至1954年间,律师制度基本上是被否定的,因此,刑事辩护制度也可想而知。^②1954年,新中国第一部《宪法》颁布,在第76条规定:“被告人有权获得辩护。”同时颁布的《人民法院组织法》还规定了被告人可以委托律师辩护。这样,1955年开始,律师制度逐渐恢复。为落实上述法律对刑事辩护制度的规定,在1956—1957年上半年,国家立法、司法等机关先后出台了几个法律文件,规范刑事辩护中辩护人的资格、辩护人的会见权、阅卷权、调查取证权等权利,尽管由于刑事诉讼观念的原因,刑事辩护在司法实践中步履维艰,但辩护制度和律师制度的发展已经开始。但在1957年下半年至十年“文革”结束期间,刚刚起步的辩护制度被彻底破坏。

“文革”结束后,我国恢复了法制建设,律师制度也得以重建。1979年颁布了新中国第一部《刑事诉讼法》,1980年颁布了《律师暂行条例》,刑事辩护制度得到较为系统地规定。其确立的辩护制度主要有以下特点:第一,公诉案件在法院审判阶段,被告人可以聘请辩护人。第二,辩护律师在辩护活动中,可以查阅公诉机关移送给审判机关的全部案件材料,并有权与在押被告人会见和通信。第三,公诉人出庭公诉的案件,被告人没有委托辩护人的,法院可以为被告人指定辩护人;被告人是聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的,法院应当为被告人指定辩护人。第四,法庭审理过程中,辩护人可以申请审判长对证人、鉴定人发问,或者经审判长许可后直接发问;有权申请通知新的证人到庭,调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验;辩护人可以在庭审中发表辩护意见,并与公诉人展开辩论。但是,由于当时的刑事诉讼是在沿袭了1949年前缺乏司法民主的诉讼模式的基础上直接借鉴了苏联的强职权主义诉讼模式,因此,在这种诉讼模式下的辩护制度仍然非常有限。主要问题是:第一,审判前的侦查阶段、审查起诉阶段被告人不能聘请辩护人辩护。第二,法院指定辩护的范围非常有限。第三,辩护的空间非常有限。尽管辩护人可以查阅全部案件材料,但辩护是在实际上的“法官先阅卷定罪,后开庭审理”的情况下进行。第四,辩护在法官主导的庭审调查阶段基本上无法发挥作用,主要只是在法庭辩论阶段发表辩护意见。第五,在二审和死刑复核程序中,因案件不开庭或基本不开庭审理,辩护活动基本无法进行。因此,1996年刑诉法修改前的我国刑事辩护制度,因受强职权主义诉讼模式的制约,无论是制度功能上还是实际运作上,辩护制度的生存空间狭小。这正如日本学者田口守一所言,在由法官、检察官在刑事程序中担任主要角色的纯

^① 参见熊秋红:《刑事辩护论》,48~49页,北京,法律出版社,1998;田文昌主编:《刑事辩护学》,41~43页,北京,群众出版社,2001。

^② 参见田文昌主编:《刑事辩护学》,43页,北京,群众出版社,2001。

粹的职权主义诉讼中，维护被告人利益也是法官、检察官的职责。在这种意义上可以说，纯粹的职权主义是不需要辩护人的。^①

随着我国改革开放的深入，1996年修改后的《刑事诉讼法》在借鉴英美国国家当事人主义诉讼庭审方式的基础上，改革了我国的刑事庭审方式，加强了控辩对抗，刑事诉讼模式向以职权主义为基础的职权主义与当事人主义混合式转变，刑事诉讼中的人权保障也得以强化，辩护制度也相应地得到发展，同年制定的《律师法》对辩护制度作了与《刑事诉讼法》一致的规定。主要表现在：第一，侦查阶段，律师以受聘请律师的身份介入诉讼，为嫌疑人提供法律帮助；审查起诉阶段和审判阶段，嫌疑人、被告人有权聘请辩护人。第二，在审查起诉阶段和审判阶段，辩护人享有一定的调查取证权。第三，在审查起诉阶段有权查阅法律文书，在审判前阶段可以查阅公诉机关移送的证据目录、证人名单、主要证据复印件和照片。第四，在改为由控辩双方主导进行的庭审调查中，辩护方有权举证、质证。第五，扩大刑事法律援助的范围。对于被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护；被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护；被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。但是，这一次《刑事诉讼法》的修改，尽管诉讼模式的转向在审判阶段的庭审方式上有一些影子，但由于在侦查阶段和审查起诉阶段基本维持原有的做法，侦查阶段和审查起诉阶段的辩护仍然是在没有中立裁判者主持下的非诉讼形态下进行的，并且，即使在审判阶段的辩护，由于公诉机关改庭前移送案卷为庭审后移送，辩护律师的辩护因无法全面查阅案件材料，又无法调查证据，使辩护很难展开，辩护律师在诉讼中的会见权、阅卷权、调查取证权等权利受到很大限制，司法实践中的落实更是不尽人意，甚至还不如修法之前。这一方面是由于对辩护制度本身的规定不够全面，另一方面是因为没有规定与辩护制度相关的配套制度和措施有关。2008年颁布的《律师法》，尽管加强了辩护律师的会见权、阅卷权和调查取证权，但由于在实践中受到公安部门和检察部门的抵制，基本上没有得到执行。

2012年3月，中国立法机关再次修改了《刑事诉讼法》，在总则中规定了“尊重和保障人权”的原则；明确了刑事诉讼中不得强迫任何人证实自己有罪；确立了非法证据排除规则；被追诉人委托辩护人的时间和刑事法律援助的时间提前至

^① 参见[日]田口守一：《刑事辩护制度》，载[日]西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》，李海东译，436页，北京，法律出版社、日本·成文堂联合出版，1997。

侦查阶段；除危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪和特别重大贿赂犯罪外，辩护律师的会见权已基本不受限制；审查起诉阶段的阅卷范围从“诉讼文书和鉴定材料”扩大到“案卷材料”；辩护律师享有职业秘密权；死刑案件的复核中应听取辩护人的意见；等等。被追诉人权利的保障得到加强，辩护人的权利进一步扩大，辩护制度进一步发展。而且，得益于这次《刑事诉讼法》修改对非法证据排除规则和量刑程序的确立，使我国刑事辩护制度在辩护的形态上出现了程序辩护和量刑辩护。所以，尽管我国刑事诉讼所强调的查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪的基本宗旨没有因这次修法而改变，诉讼的基本模式也没有改变，中国刑事辩护在诉讼结构中的基本地位也没有改变，但辩护制度的巨大进步是有目共睹的。

第二章

辩护制度的基本理论

- 一、刑事辩护的功能
- 二、辩护制度的理论基础
- 三、辩护权与辩护人

一、刑事辩护的功能

诉讼模式制约着辩护制度，因此不同诉讼模式下的刑事辩护存在差异。弹劾式诉讼模式和纠问式诉讼模式下因缺乏辩护制度的生成条件，主要只存在以被告人自我辩护为主的辩护活动，刑事辩护也不可能与近现代意义上辩护制度的功能相比。资产阶级启蒙运动和资产阶级革命后，近代民主制度注入刑事诉讼，职业律师制度也已形成，辩护制度才逐渐得到建立。辩护制度的功能主要是刑事辩护在形成一项制度后所具有的本质属性，这种本质属性是辩护制度在刑事诉讼中所固有的，主要包括三个方面：一是为被追诉者辩护的功能；二是保障诉讼结构民主科学的功能；三是从有利于被追诉者方面督促国家机关实践其客观义务的功能。

（一）为被追诉者辩护的功能

1. 检察官的客观义务及其局限

在现代刑事诉讼中，各国家和地区的刑事诉讼法基本规定了作为刑事诉讼中公权力行使者的侦查人员、检察人员、审判人员应当以正当程序解决被追诉者刑事责任有无的问题，从而，客观上也保障了被追诉者的合法权益。

尤其是实行职权主义诉讼模式和以职权主义诉讼模式为主的国家和地区，明确规定了其检察官的客观义务。如《德国刑事诉讼法》规定：“检察院不仅要侦查证明有罪的，而且还要侦查证明无罪的情况，并且负责提取有丧失之虞的证据”（第160条第2款）；“检察院可以为了被指控人的利益而提起法律救济诉讼活动”，包括为被指控人利益提起上诉和申请再审（第296条第2款、第301条、第365条）；^① 检察官在庭审中如果认为证据不足以定罪，可以要求法官宣告被

^① 李昌柯译：《德国刑事诉讼法典》，78页、116页、117页、134页，北京，中国政法大学出版社，1995。

告人无罪。^① 检察官如确信被告人无罪,但上级有不同命令时,检察官无须服从。^② 在法国,检察官负有不同于当事人的权利、义务,不能把获得有罪判决作为唯一目标,而应从社会的立场出发,客观公正地按照事实和法律进行公诉,在检察官认为符合总体利益的情况下,可以要求对被告人免予起诉而不对被告人作出有罪判决。^③ 共和国检察官(检察院、检察长)对各类法院的判决无论是否生效,均可提出上诉,该上诉既可以不利于被告人,也可以为了被告人利益。如《法国刑事诉讼法》第 567 条规定,上诉法院预审法庭的裁定,以及重罪案件、轻罪案件与违警罪案件的终审判决,有违反法律之情形时,经检察院或权益受到裁定或判决损害的当事人向最高司法法院提出上诉,按照不同情况,应予撤销。根据刑事诉讼法第 33 条的规定,检察官对于上司要求起诉的案件,检察院要根据上司的指令提出书面的公诉意见书,但庭审时“可以自由地进一步阐述其认为有益于司法的口头意见”。^④

在实行当事人主义诉讼模式的英、美等国,虽然检察官被视为是诉讼一方的当事人,但也同样负有客观公正义务。如在美国,联邦最高法院常常引用在伯格诉合众国一案(Berger v. United States)中的如下一段陈述:“合众国律师(即检察官,作者注)不是争议的普通一方当事人的代表,而是主权的代表,他负有行使职权的义务,但同时也必须公正地行使职权。所以,他在刑事诉讼中的利益不是赢取案件,而是保证司法的公正。正因为如此,从一种特定的意义上说,他是法律的公务员。法律的双重目标既不能让有罪者逃脱也不能让无辜者遭受惩罚。”^⑤ 同时,美国检察官作为公职律师,应当遵守美国律师协会制定的《刑事诉讼准则》,其中也规定检察官不得提出或者追求在数量上或程序上超越法庭审理时证据能够合理支持的指控。在法庭审理中,如果检察官发现控诉证据不足以支撑有罪判决,检察官应当明确表示放弃追诉或者要求法庭宣告被告人无罪。^⑥

① 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,40页,北京,中国政法大学出版社,2004。

② [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,67页,北京,法律出版社,2003。

③ 参见[法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑事诉讼法精义》,罗结珍译,135页,北京,中国政法大学出版社,1999。

④ 参见罗结珍译:《法国刑事诉讼法典》,33页、351页,北京,中国法制出版社,2006。

⑤ [美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克:《美国刑事法院诉讼程序》,陈卫东、徐美君译,230页,北京,中国人民大学出版社,2002。

⑥ 参见孙长永:《检察官客观义务与中国刑事诉讼制度改革》,载《人民检察》,2007(17),20页。

在实行混合式诉讼模式的意大利、日本等国，检察官同样负有客观公正义务。如意大利 1988 年修改刑事诉讼法时，引入当事人主义对抗制诉讼模式。检察官与法官同属司法官员，在刑事诉讼中检察官既是当事人，又是公共利益的代表，负有客观公正、维护法律的义务。意大利《刑事诉讼法》第 358 条关于“公诉人应该核实对被调查人有利的事实和情节”的规定，第 629 条、第 632 条关于检察官可以提出对被判刑人有利的再审理求的规定等，^① 都是检察官客观公正义务的体现。

检察官客观公正义务不仅被多数国家法律所规定，而且成为一项普遍认可的国际准则，在有关国际文件中得到确认。如联合国《关于检察官作用的准则》的序言就开宗明义：该准则“所制定的下列各项准则，其目的在于协助会员确保和促进检察官在刑事诉讼中发挥有效、不偏不倚和公正无私的作用”。在具体条文中则明确规定了检察官客观公正义务的内容：“检察官应始终一贯迅速而公平地依法行事，尊重和保护人的尊严以及维护人权，从而有助于确保法定诉讼程序和刑事司法系统的职能顺利地运行”（第 12 条）；“检察官在履行其职责时应不偏不倚地履行职能，并避免任何政治、社会、宗教、种族、文化、性别或任何其他形式的歧视；保证公共利益，按照客观标准行事，适当考虑到嫌疑犯和受害者的立场，并注意一切有关的情况，无论是否对嫌疑犯有利或不利”（第 13 条）；“如若一项不偏不倚的调查表明起诉缺乏根据，检察官不应提出或继续检控，或应竭力阻止诉讼”（第 14 条）；“当检察官根据合理的原因得知或认为其掌握的不利于嫌疑犯的证据是通过侵犯嫌疑犯人权的非法手段，尤其是通过拷打，残酷的、非人道的或有辱人格的待遇或处罚或以其他违反人权的办法而取得的，检察官应拒绝将此类证据用于采用上述手段者之外的任何人，或将此事通知法院，并应采取一切必要的步骤确保将使用上述非法手段的责任者绳之以法”（第 16 条）。^② 《国际刑事法院罗马规约》第 54 条第 1 款规定，为查明真相，调查一切有关的事实和证据，以评估是否存在本规约规定的刑事责任。进行调查时，应同等地调查证明有罪和证明无罪的情节。第 81 条第 2 款规定，被定罪人或检察官可以基于程序错误、认定事实错误、适用法律错误，或影响到诉讼程序或裁判的公正性或可靠性的任何其他理由提

^① 参见黄风译：《意大利刑事诉讼法典》，21 页、127 页、223 页、224 页，北京，中国政法大学出版社，1994。

^② 参见杨宇冠、杨晓春编：《联合国刑事司法准则》，371～372 页，北京，中国人民公安大学出版社，2003。

出上诉。^①

中国 2012 年新修订的《刑事诉讼法》第 50 条规定，审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。这实际上也是规定了侦查、检察、审判人员的诉讼活动应遵循客观性原则。具体还包括：第 51 条规定，公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书，必须忠实于事实真相。故意隐瞒事实真相的，应当追究责任。第 113 条规定，公安机关对已经立案的刑事案件，应当进行侦查，收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料。第 243 条规定，最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力判决和裁定，如果发现确有错误，有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。

但是，尽管现代各国在法律上要求或规定了追诉犯罪的机关及其工作人员承担客观公正的义务，使被追诉者权益的保护有一定的保障。然而，客观上，“虽则检察机关及法院均必须对案情做广泛的调查，而虽已尽力调查，其仍不免在整个调查资料的搜集中，对被告有利的部分有所忽略了，或对有关部分的作用、影响力做了错误的判断”。^② 主观上，虽然说检察官比辩护律师更应责无旁贷地讲出案件事实真相，但检察官常常并不这样做，他们往往进行赤裸裸的欺骗，却依然信誓旦旦地保证在法庭上伸张正义。而那些出类拔萃的法官们，也会歪曲案卷内容和法庭记录，硬把政府证人的谎言当真话，无视辩护律师在法庭上提出的论据，颠倒案件的是非。^③ 因此，把对被追诉者权益的保障寄托在追诉者和审判者身上，这是不现实的。这一点，早在 18 世纪以前禁止辩护律师就案件事实问题展开辩护的英国刑事审判中就已经被揭示了。当时法官自称可以在审判中充当被告人的辩护人，王座法院著名的首席法官柯克还曾在 1613 年表示“法官应当代表国王，也应当平等地代表被告”。“对于嫌犯来说，有一个法官的帮助，比之有许多个辩护律师的帮助还要好。”^④ 但是，在当代西方学者约翰·贝蒂看来，所谓法官能够充当被告人辩护律师的说法，不过是当时法官压制被告人聘请辩护律师要求，对被告人不应有律师帮助的一种美妙表述而已。^⑤ 因此，要求司法警察、

① 参见赵秉志、王秀梅译：《批准与执行国际刑事法院罗马规约手册》，368 页、450 页，北京，中信出版社，2002。

② [德] 克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，148 页，北京，法律出版社，2003。

③ 参见 [美] 艾伦·德肖维茨：《最好的辩护》，唐交东译，8～9 页，北京，法律出版社，1994。

④ 参见程汉大、李培峰：《英国司法制度史》，320 页，北京，清华大学出版社，2007。

⑤ See John M. Beattie, *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, *Law and History Review*, vol.9, No.2, (1991), pp.221-223.

检察官、法官承担客观义务，这在法律上予以规定是做得到的，但在现实中的落实是困难的。司法警察和检察官是控诉方，侦查犯罪事实、查获犯罪人、控诉犯罪是其首要的直接任务，工作习惯、思维的定式在客观上使他们要据于客观义务保障被追诉人的权益成为神话，比较现实的是司法警察和检察官在法律授权的范围内依照法定程序办理案件，不违法侵犯被追诉者权益就已经是不错了，而且，这也是当今中外刑事诉讼法规定的重点。至于法官的角色，作为对控辩双方对抗、辩论的裁判者，本质上要求其不偏不倚地居中裁判，要求其站在控辩双方中间，而不能只站在被告人利益立场上。法官也不能像辩护律师那样，把维护被告人合法权益作为唯一的目标。因此，如果说法官能维护被告人的合法权益，至多是法官通过居中裁判来客观上依法保护被告人的合法权益，要求法官把保护被告人权益作为目标，那是与法官的角色相冲突的。因此，“一言以蔽之，单单客观性义务本身，并不足以有效保障被告的主体地位及防御权利”。^①“即使法律要求检察官和法院做到客观公正，被告人仍然需要有能力的法律工作者来捍卫他们的利益。”^②

2. 专为被追诉者设立的辩护制度

相对侦查制度、控诉制度、审判制度而言，刑事辩护制度的功能定位就是维护被追诉者的合法权益，为被追诉者辩护。

首先，建立辩护制度的直接目的就是为了保护被追诉者的权益。换言之，辩护制度就是专门为保护被追诉者权益设立的。无论是古代弹劾式诉讼中的辩护活动，还是近现代民主诉讼中的辩护制度，其出发点就是为被追诉者的权益服务。从其产生时起，刑事辩护就自然与被追诉者站在一起，维护被追诉者的权益。可以说，为被追诉者辩护是刑事辩护的固有功能。尽管各国法律禁止通过伪造证据、虚构事实进行辩护，但都没有明令禁止被追诉者故意隐瞒证据和事实真相，甚至也不禁止辩护律师隐瞒案件事实和证据。这主要是基于辩护制度所固有的制度功能。与侦查制度、检察制度、审判制度不同，辩护制度的功能设计不是揭示案件事实真相，辩护人也不承担客观义务。尽管辩护人不得从事伪造证据、妨害

① 林钰雄：《刑事诉讼法》，158页，北京，中国人民大学出版社，2005。

② 参见[德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，54页，北京，中国政法大学出版社，2004。

司法的行为，^①但对被追诉者来说，当其在进行自行辩护时，即使虚构事实，提供谎言，也无须承担法律责任。“在大多数国家，被告人只有在法官主持的讯问中，面对法官才存在是否有真实供述义务的问题，对于侦查机关的讯问并没有真实供述的义务。”^②而在德国学者看来，即使在面对法官的讯问时，被告人也在一定程度上有说谎权，“被告人不仅可以保持沉默，而且可以说谎或通过否认、歪曲事实真相以试图避免自证其罪或逃避受到定罪后果，并且在这样做时，被告人不会被指控犯有伪证罪而受到刑罚处罚”。^③至于辩护人在为被追诉者辩护中获悉被追诉者的秘密，西方国家和地区在律师法和刑事诉讼法中基本一致规定辩护人应当保守秘密。如《日本刑事诉讼法》第105条和第149条对律师辩护中获得的被追诉者的秘密有权拒绝提供的权利；意大利《刑事诉讼法》第200条规定了辩护律师“没有义务就因自己职务或职业原因而了解到的情况做证”的职业秘密权；德国《刑事诉讼法》第53条规定了辩护律师“对于在行使职务时被信赖告知或者所知悉的事项有权拒绝作证”。因此，即使辩护人知悉被追诉者有罪，也不得揭发，也不得在法庭审理中提出被告人有罪的证据或者作被告人有罪的法庭发言。2012年新修订的我国《刑事诉讼法》第46条规定：“辩护律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息，有权予以保密。”因此，西方刑事诉讼理论的观点也基本一致。“日本通说认为：辩护人的首要职责是通过维护委托人的权益来实现社会的正义和司法的公正，绝不能变成‘第二的法官’或‘第二的检察官’；因此如果辩护人自行发现委托人犯罪的证据，仍然可以以证据不足为由主张无罪。”^④德国学者认为，“辩护人被禁止提出有可能澄清事实但最终会损害其当事人利益的证据”。“辩护人必须得到当事人的完全信任，否则他就

① 如在德国，辩护人绝对不能向法庭撒谎或积极误导法庭，也绝对不能伪造文件或怂恿证人、被告人在审判中撒谎。参见[德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，62页，北京，中国政法大学出版社，2004；在英国，根据《律师行为准则》规定，辩护律师“不得帮助外行当事人伪造对其有利的案件事实”。“并且一定不能欺骗或故意地或鲁莽地误导法庭。”参见[英]麦高伟等主编：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，287页、343页，北京，法律出版社，2003；在日本，律师不得怂恿进行伪证或者虚假陈述，不得提出虚假证据。参见[日]松尾浩也：《日本刑事诉讼法（上卷）》，丁相顺译，34页，北京，中国人民大学出版社，2005；在中国，1996年修改的《刑事诉讼法》第38条规定：“辩护律师和其他辩护人，不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得威胁、引诱证人改变证言或者作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。”“违反前款规定的，应当依法追究法律责任。”2012年修改后的《刑事诉讼法》第42条基本保留了原有的规定。

② 参见孙长永：《沉默权制度研究》，77页，北京，法律出版社，2001。

③ [德]施密特：《德国刑事诉讼法概论》，转引自陈瑞华：《刑事审判原理》，276页，北京，北京大学出版社，1997。

④ 彭勃：《日本刑事诉讼法通论》，39页，北京，中国政法大学出版社，2002。

不能有效地工作，因而，德国法律规定其严格的沉默义务。辩护人绝对不能泄露从当事人处获知的秘密甚至表面看起来无伤大雅的信息。”“他如果告诉法庭他所知道的全部事情就会违反对当事人的责任。因而，诚实责任不能解释为强迫辩护人说话，而是要其保持沉默。”^①在美国，当被告人告诉辩护律师有关过去刑事行为的任何事和每件事时，律师必须道德地保守所有秘密。^②“被告辩护律师，特别是为确实有罪的被告辩护时，它的工作应是用一切合法手段来隐瞒‘全部事实’，对被告辩护律师来说，如果证据是用非法手段取得的，或该证据带有偏见，损害委托人的利益，那么，它不仅应当反对法庭认可该证据，尽管该证据是完全真实的。”^③我国台湾学者林钰雄认为，辩护人不负客观义务，而仅负低度的真实义务，因此，虽不得积极说谎，也不得帮助被告逃亡或灭证，但仍得消极隐瞒不利被告之事实，该种消极隐瞒，有时甚至是辩护人的义务。^④我国大陆学者认为，辩护律师的真实义务与法官、检察官的真实义务是有区别的。这种区别主要受到律师同时应当承担的两种义务的影响，一是维护当事人合法权益的义务。律师并不承担控诉和追究的责任，因此不需要在这方面做出努力。二是保密义务。因此，这种区别也表现在两个方面。一是全面性区别。法官、检察官所承担的客观、公正义务，要求他们既关注对被告不利的方面，也要求注意其有利的方面，而律师则主要是关注对被告有利的方面。二是程度区别。由于律师受到上述两种义务的限制，在某些情况下，当真实义务与维护被告权益及保密义务相冲突时，可能以后者为重，而无须仅求真实。^⑤由此可见，辩护制度的设立，无论是在刑事诉讼制度上，还是在律师职业伦理上，其直接宗旨都是通过辩护保护被追诉者的权益。

其次，与侦查、起诉、审判制度相比，只有辩护制度是从被追诉者角度保护被追诉者权益的。无论是自然意义上的被追诉者的自我申辩与自我辩护，^⑥还是职业律师为被追诉者进行的法律帮助意义上的辩护，其直接的出发点就是保护被追诉者的权益。这与承担着客观义务的侦查机关、检察机关、审判机关在保障公

① [德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，61～62页，北京，中国政法大学出版社，2004。

② [美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东、徐美君译，243页，北京，中国人民大学出版社，2002。

③ [美]艾伦·德肖维茨：《最好的辩护》，唐交东译，8页，北京，法律出版社，1994。

④ 参见林钰雄：《刑事诉讼法》，162页，北京，中国人民大学出版社，2005。

⑤ 参见龙宗智：《刑事庭审制度研究》，353～354页，北京，中国政法大学出版社，2001。

⑥ 自然意义上的自我申辩，是指被追诉者就追诉行为向追诉者的直接申辩，这种申辩因没有作为裁判者的第三方参与，缺乏诉讼形态，因此，是自然意义上的申辩。如果被追诉者的申辩是向作为裁判者的第三方提出的，则属于自我辩护。

正目标基础上给被追诉者带来的权益保障是不一样的。说白了，辩护制度对被追诉者权益的保护是专门的和直接的，侦查制度、检察制度和审判制度对被追诉者权益的保护是兼顾的和间接的。如美国当代最著名的辩护律师之一、哈佛大学教授艾伦·德肖维茨所言：“只要我决定受理这个案子，摆在面前的就只有一个日程——打赢这场官司。我将全力以赴，用一切合理合法的手段把委托人解放出来，不管这样做会产生什么后果。”^①“辩护律师宣誓要保护其当事人的权利时，他们可能也会感觉到公众的厌恶。然而什么也不能离间辩护律师对他当事人的坚定承诺。”^②因此，辩护律师在通过辩护活动保障被追诉者的权益时，需要考虑的只是其辩护是否在法律允许的范围内。只要辩护不违法，只要辩护有利于被追诉者的权益保障，哪怕其辩护不利于公正的实现，甚至有碍公正的实现，那也应该去做。“辩护权的行使旨在对抗控诉方的指控、抵消其控诉效果，辩护权是被指控人进行自我保护的一种手段。”^③可以说，辩护人应该是被追诉者权益的最忠实的捍卫者。如1979年、1996年、2012年的中国《刑事诉讼法》都规定，辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。^④在我们看来，对这一规定的理解应该是：只要辩护人的辩护是根据事实和法律进行的，就没有什么不可以做的。也就是说，辩护人的辩护是在事实和法律的前提下，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，从而抵消或对抗控诉。如果说这一规定同时说明辩护人在一定程度上也承担着协助司法发现真实的责任的话，那也必须在不与被追诉者的合法权益相冲突的限度内进行。所以，在事实和法律限度内，辩护人需要考虑的首先是被追诉者的权益。“辩护人是维护被告人正当利益的，所以不允许作出不利于被告人的行为。因而，不允许违背被告人主张无罪的意思而进行有罪辩论。”^⑤在德国刑事诉讼理论中，辩护制度也是从被追诉者的权益角度设计的。辩护人既不是被告人的纯粹的代言人，也不是中立的司法官员，而是刑事司法制度中的独立机构，单方面忠实于被告人的利益。辩护人最重要的责任是支持他的当事人，尽力争取案件有利于被告人的处理结果。只要辩护人不阻碍司法，就可以积极主张其当事

① [美] 艾伦·德肖维茨：《最好的辩护》，唐交东译，4页，北京，法律出版社，1994。

② [美] 小约翰尼·L. 库克兰：《你怎能对那些人的辩护呢？》，载江礼华、杨诚主编：《美国刑事诉讼中的辩护》，28页，北京，法律出版社，2001。

③ 熊秋红：《刑事辩护论》，7页，北京，法律出版社，1998。

④ 参见中国1979年《刑事诉讼法》第28条，1996年和2012年《刑事诉讼法》第35条。

⑤ [日] 田口守一：《刑事辩护制度》，载[日] 西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》，李海东译，440页，北京，法律出版社、日本·成文堂联合出版，1997。

人的权利。^①辩护制度是从被追诉者权益角度进行辩护的原则也得到了联合国《关于律师作用的基本原则》的确认。根据该原则第13条规定，刑事辩护律师对其委托人负有的职责包括：（b）以一切适当的方法帮助委托人，并采取法律行动保护他们的利益；（c）在法院、法庭或行政当局面前给委托人以适当的帮助。第15条规定：律师应始终真诚地尊重其委托人的利益。

（二）保障诉讼结构民主科学的功能

诉讼结构是诉讼中控诉、辩护、审判三方或三大诉讼基本职能的设置及相互之间的关系。不同诉讼模式的诉讼结构是有差异的。

在弹劾式诉讼中，实行刑民不分的诉讼制度，刑事诉讼也没有侦查制度，控告方起诉前只能靠自己收集控诉证据，没有国家追诉制度。起诉实行私人起诉，国家不行使起诉权。诉讼中控告人与被告人诉讼地位平等，双方都是诉讼主体，居于诉讼主导地位，代表国家裁判纠纷的法官则处于中立被动地位。因此，诉讼中控诉、辩护、裁判的基本职能和基本结构得到区分并呈现。诉讼中控告人与被告人都有权委托代理人，被告人享有辩护权，也可以请代理人为自己辩护，体现了弹劾式诉讼的原始民主性。但是，与国家对于犯罪不主动追究，只靠私人起诉的制度相对应，尽管弹劾式诉讼中的被告人享有辩护权，但辩护活动尚未形成制度。因此，一方面，弹劾式诉讼中存在的辩护活动反映了其原始民主性的一面，但国家追诉制度和辩护制度的缺乏以及对疑案以神明裁判和决斗的方式定案的做法，使弹劾式诉讼的结构不具有科学性。

纠问式诉讼模式突出强化了诉讼中的国家职权，国家主动追诉犯罪，诉讼中审判机关集侦查、起诉和审判职能于一身。被告人在诉讼中的主体地位丧失，他不仅不是诉讼主体，反而成为诉讼的客体和刑讯的对象。诉讼中，被告人不享有辩护权，至多只是自然意义上的自我申辩。因此，在纠问式诉讼中，一方面，刑事诉讼结构中控诉、辩护、审判三大基本诉讼职能中的控诉和审判职能不分，辩护职能缺位，刑事诉讼失去了诉讼的基本形态，整个诉讼成为实质上的对被告人的行政治罪，诉讼缺乏科学性。另一方面，纠问式诉讼中被告人没有诉讼主体地位，在富有司法经验的法官集侦查、控诉、审判职能于一身的情况下，剥夺被告人的辩护权利和机会，更不允许被告人获得辩护人的帮助，使诉讼结构在缺乏科

^① 参见[德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，61页、67页，北京，中国政法大学出版社，2004。

学性的同时也缺乏民主性。

资产阶级启蒙思想家们提出了民主、人权、平等、公开等思想，对纠问式诉讼展开了批判，宣扬辩护制度在刑事诉讼中的重要性。孟德斯鸠提出，刑事诉讼程序不应当仅仅只考虑到惩罚犯罪人，他还应当保护所有人的自由。刑事辩护制度是避免刑事法律成为压迫人民的工具的重要保障。对任何人的生命、财产和荣誉的剥夺，应当在国家为其行使辩护提供了各种可能性之后进行。伏尔泰对被告人得不到律师帮助表示同情，并认为“被告人像一个跋涉者被一群贼盗引诱到陷阱然后遭到袭击”，主张被告人应当获得辩护人的帮助。^① 资产阶级革命胜利后，无论是英国、美国，还是地处欧洲大陆的法国、德国等国家，在司法制度建设中基本贯彻了资产阶级启蒙思想家的主张。尽管英美国家采用的是当事人主义的诉讼模式，法国、德国等大陆国家实行的是职权主义的诉讼模式，但两种诉讼模式都肯定了刑事辩护在刑事诉讼中的重要性，刑事辩护制度得到确立。刑事诉讼中控诉、辩护、审判职能得到明确区分，控审分离、法官居中裁判的刑事诉讼基本结构得到确立，犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中的主体地位在法律上得到确立，被告人的辩护权得到保障。进入 20 世纪后，被告人的辩护权得到进一步的扩张，辩护律师辩护作为被告人辩护权保障的基本要求。在英美法系国家的当事人主义诉讼中，更是把律师辩护权利奉为当事人主义对抗制诉讼模式的基石，认为有专业律师为被告人辩护是诉讼程序的基础，也是保护被告人其他所有权利的工具。^② 而且，当事人主义与职权主义互相借鉴，根据各自的情况吸收对方的合理要素，特别是大陆法系国家，逐步减少在侦查程序中对辩护律师的限制，侦查程序中的辩护得到加强。二战后，更是出现了日本、意大利这样的在原来职权主义诉讼模式基础上结合英美法系当事人主义诉讼特点的混合式刑事诉讼模式，犯罪嫌疑人、被告人的辩护权在整个刑事诉讼程序中得到了较好的保障，辩护制度更趋完善。20 世纪 90 年代以来，俄罗斯、中国刑事诉讼制度的改革，使两国的刑事辩护制度得到进一步的发展。

综观近现代刑事诉讼的发展，辩护制度一直是刑事诉讼结构中三大基本诉讼职能中的重要一极，使刑事诉讼保持了控辩平等对抗、司法居中裁判的科学结构和良好的内在品质。从现代各国法律规定看，辩护权不仅作为被追诉者的诉讼权利在各国刑事诉讼法中得到明确详细的规定，而且在大多数国家已经上升为宪法性权利，得到宪法保障，并通过国际公约得到各国的认同。可以说，近代以来刑

① 参见汪海燕：《我国刑事诉讼模式的选择》，55～56页，北京，北京大学出版社，2008。

② 参见[美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东、徐美君译，65页，北京，中国人民大学出版社，2002。

事诉讼进步的历史，就是刑事辩护制度的发展史。正是刑事辩护制度的进步，被追诉者的辩护权才得以不断扩展，刑事诉讼中的人权保障才得以发展，刑事诉讼民主才得以提高。因此，刑事辩护制度是近现代刑事诉讼民主性的保障和体现。

（三）从有利于被追诉者方面督促国家机关实践其客观义务的功能

如前文所述，当今各国在刑事诉讼制度中都确立了国家侦查机关、检察机关、审判机关的客观公正义务。但是，无论是在当事人主义诉讼模式中还是在职权主义诉讼模式中，不管司法警察、检察官、法官在维护被追诉者权益方面做出多少努力，其诉讼中的地位决定了这种努力是受到一定限制的，甚至是非常困难的。相反，负责侦查的司法警察、负责刑事控诉的检察官和负责审判的法官因其总体上属于国家权力的性质，一定程度上可以说与属于私权性质的被追诉者权益处于对立的状态。而近现代刑事诉讼发展中控制权力、强化权利的总体趋势，也说明对刑事诉讼中国家权力的控制，光靠规定国家机关及其工作人员的客观义务是不够的，还必须通过在诉讼中与追诉制度处于相对方的辩护制度来制约国家权力，督促国家权力践行其客观义务。在英美当事人主义的对抗式诉讼中，尽管现代检察官已不是简单地被要求得到尽可能多的宣告有罪，而是被要求寻求公正。然而一旦指控成立，检察官就被期望作为抗辩一方要努力赢取案件。尽管法律要求检察官向被告方移交任何在审查案件过程中发现的为被告人开脱罪责或者那些可能有助于证明某个人是否清白的证据或证据资料，但并不期望检察官搜寻证明被告人无罪的证据。^①这样，以辩护权为核心的被追诉者的诉讼权利成了制约刑事诉讼中国家权力的重要手段。当然，以被追诉者诉讼权利制约国家刑事诉讼权力的途径主要是辩护律师为维护被追诉者权益的辩护制度。从这种意义上说，辩护制度具有从有利于被追诉者方面督促国家机关实践的客观义务。

在英美当事人主义诉讼中，刑事被告人除享有反对自我归罪特权、被无罪推定权、沉默权等重要权利外，由被告人享有的知情权、对质权和庭审中的交叉询问权利演化而来的控方证据开示制度和交叉询问制度，是确保辩护制度发挥作用的关键，被告人通过辩护律师在证据开示中获得的控方证据，特别是有利于被告人的证据，为被告人辩护，并通过庭审交叉询问对不利于被告人的证据进行质疑、驳斥，使辩护制度从有利于被追诉者的角度督促控方和审判者践行其所承担的客

^① 参见[美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东、徐美君译，61页，北京，中国人民大学出版社，2002；参见[英]麦高伟等主编：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，289页，北京，法律出版社，2003。

观义务。在法国、德国等职权主义诉讼国家和地区，刑法都明确规定了被告人的沉默权、律师帮助权、获知指控性质权、不受长期、非法羁押权、控方证据开示权等。其中，为保证侦控所获证据的真实性，律师可参与搜查、扣押、勘验、检查、鉴定及询问证人等过程。控方不仅要开示其证据，而且有关案件的全部卷宗材料和证据都要在审判前合理的期限内经辩方过目、了解甚至摘抄、复印。辩护律师的阅卷可以在侦查阶段进行，当案卷和证据被移交到法院之后，再集中全面查阅、了解。应当说，这些规定都属于辩护制度的内容，其目的就是在国家刑事司法权力的行使过程中，让辩护律师从有利于被告人的角度，避免控方只顾追诉犯罪，忽略保护被追诉者权益，督促控方客观义务的落实。在日本、意大利，刑事程序基本上保留了职权主义的特色。意大利的侦查程序中被追诉者抗衡侦控的权利主要有沉默权、接受讯问时律师在场权、律师帮助权、不受长期与非法羁押权、被告知指控性质权、证据开示权和一系列辩护权等。侦控方讯问被告人时必须通知其律师在场，否则讯问无效。其他侦查措施的实施律师也都可参与。证据开示由检察机关单方面进行。由侦控体制决定，控方有全面开示其所获证据的义务，辩方律师有权查阅其全部案卷材料。在日本，法律尽管没有规定讯问被告人时辩护律师有在场权，但规定了辩护律师在控方的搜查、查封、询问证人、鉴定时，有权在场，证据开示制度也得到确立。2012年修订的中国《刑事诉讼法》对诉讼中辩护方督促国家权力部门履行客观义务方面也作出了规定。第39条规定，辩护人认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料未提交的，有权申请人民检察院、人民法院调取。第36条规定，辩护律师在侦查期间可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助；代理申诉、控告；申请变更强制措施；向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况，提出意见。等等。综上可见，在刑事诉讼中，辩护制度在功能上可以从有利于被追诉者的角度监督国家的侦查、检察、审判机关，督促它们实践法律规定的客观义务。

二、辩护制度的理论基础

研究辩护制度的理论基础所要解决的问题是在刑事诉讼中设立辩护制度的正当性问题，也是回答“为什么要为有罪的人辩护？”这样一个人们经常问起的问题。对此，我国学者进行了卓有成效的探索。

20世纪80年代我国恢复刑事辩护制度建设后,我国诉讼法学界的共识是:“对立统一规律是我国建立刑事辩护制度的理论基础。”^①认为“由于法律明确规定了控告方与辩护方不同的权利与诉讼职能,因此,控辩双方对案件中某些问题的看法产生分歧和矛盾,是经常的和必然的。这种矛盾的运动促进案情的查证、核实工作,并将在‘以事实为根据,以法律为准绳’的原则下达到统一。”“对于人民法院,此种分歧和矛盾将有助于它防止‘只了解原告一方,不了解被告一方’的片面性错误,使之做到‘兼听则明’,保障对案件的正确处理。”^②马克思列宁主义毛泽东思想是构建我国刑事辩护制度理论基础,特别是马克思主义认识论、马克思主义哲学中的“对立统一规律”更具有决定意义。^③对此,熊秋红博士认为,仅从辩证唯物主义认识论的角度来分析我国建立刑事辩护制度的理论依据,会导致刑事司法实践中忽视刑事辩护制度的内在价值,影响刑事辩护制度功能的发挥,削弱辩护制度在现代刑事司法制度中的地位,也难以回答我国刑事辩护制度发展过程中所面临的一系列理论和实践问题。因此,应从刑事辩护制度理论基础多元论的视角展开研究,并提出“无罪推定原则、程序性主体理论以及对立统一规律则对建立刑事辩护制度的合理性予以了直接说明,他们共同构成赖以存在的理论基础”。^④这样的探索无疑对刑事辩护制度理论基础的研究作出了创造性的贡献。另有学者认为,程序公正是刑事辩护制度的理论基础。因为“刑事辩护制度虽然与案件事实的发现有密切的关系,但由于它对案件事实的发现并不总是有着积极意义。因此,刑事辩护制度的理论基础不可能仅仅建立在事实发现的基础上,相反,从刑事辩护制度产生的那一天起,它就是为保护被追诉人的合法权利服务的,而其保护的合法权利的核心,是诉讼权利,只有诉讼权利得到保障,实体权利才有保障。因此,辩护制度的理论基础如果不建立在程序公正的基础上,是无法得到完整而彻底的说明的”。^⑤龙宗智教授则认为,“相对制度”是刑事辩护制度的法理基础。^⑥还有观点认为,刑事辩护制度不仅是程序主体性理论和对立统一规律指导下的结果,更是民主原则——一种具有普遍意义的政治理念在现代刑事诉讼领域的集中体现。从某种意义上说,民主原则就是刑事辩护制度的灵魂。因此,程序主体性理论、民主原则和对立统一规律三者共同构建了刑事辩护制度的

① 熊秋红:《刑事辩护论》,104页,北京,法律出版社,1998。

② 参见陈光中主编:《刑事诉讼法学》,136~137页,北京,中国政法大学出版社,1990。

③ 参见陈光中主编:《刑事诉讼法学新编》,109页,北京,中国政法大学出版社,1996。

④ 参见熊秋红:《刑事辩护论》,109页及以下,北京,法律出版社,1998。

⑤ 参见田文昌主编:《刑事辩护学》,129页,北京,群众出版社,2001。

⑥ 参见龙宗智:《刑事庭审制度研究》,346页,北京,中国政法大学出版社,2001。

理论基础。^①陈兴良教授则认为,刑事辩护制度的正当性根据可以从三方面分析:价值论根据是人权保障,制度性根据是无罪推定,方法论根据是相对制度。^②

上述我国学者对刑事辩护制度理论基础的观点,从不同角度论证了刑事辩护制度的正当性,也反映了我国对刑事辩护制度研究的发展。但从刑事辩护的起源、制度形成与发展角度分析,尽管刑事辩护的生存必须依赖于民主原则或制度,刑事辩护也是民主原则或制度在刑事诉讼中的具体表现,但确切地说,民主原则或制度应该是刑事辩护的制度基础和政治条件,从刑事辩护的发展历史看,古代希腊、罗马的民主意识和民主制度为刑事辩护的产生提供了条件,但民主原则或制度尚不足以使刑事辩护作为一种制度得以形成;即便是近代资产阶级民主革命后,刑事辩护制度的形成与发展也参差不齐。因此,尽管民主原则或制度对刑事辩护制度的形成和发展很重要,但不是刑事辩护制度的理论基础。

程序主体性理论以尊重人的尊严为前提,把人作为目的而不是手段和工具,在刑事诉讼中强调被迫诉者是诉讼的主体,应当享有程序主体所应有的地位和权利,应当享有辩护权并履行辩护职能,这符合作为刑事辩护制度基础理论的条件。但是,随着刑事诉讼理论的发展,程序主体性理论已经发展到了程序正义理论,“程序主体性理论可视为程序正义理论的有机组成部分”^③,程序主体性理论已经被程序正义理论所涵盖,因此,再把程序主体性理论作为刑事辩护制度的理论基础,在表述上已经不够贴切。

无罪推定是资产阶级启蒙思想家提出的闪现人性和人权思想的重要理念,也在资产阶级革命后作为刑事诉讼的基石得以确立。尽管无罪推定原则的内容与刑事辩护制度相辅相成,但历史地看,无罪推定思想的提出和作为刑事诉讼原则在世界范围内的确立,与反对封建纠问制诉讼模式中的有罪推定、被告人的诉讼客体地位和刑讯逼供密切相关,其指向的目标是人权保障,与刑事辩护制度尚有一定距离。保障人权是资产阶级启蒙思想家和资产阶级革命提出的口号和高举的旗帜,是现代刑事诉讼制度的重要目标,也是刑事辩护制度的理论基础。

对立统一规律是马克思主义唯物辩证法的根本规律。根据对立统一规律理论,人们认识世界、分析问题,应当全面科学地进行。在对刑事辩护制度的分析上,根据对立统一规律,刑事诉讼中的控诉和辩护就是一对矛盾,互相依存,没有控

^① 参见欧卫安:《对刑事辩护制度理论基础的再认识》,载《广州大学学报(社会科学版)》,2002(6),83页。

^② 参见陈兴良:《为辩护权辩护——刑事法治视野中的辩护权》,载《法学》,2004(1),10~14页。

^③ 熊秋红:《刑事辩护论》,99页,北京,法律出版社,1998。

诉就没有辩护，而辩护也可以检验控诉。但是，对立统一规律在对刑事辩护正当性的论证上也存在不足。没有控诉也就没有辩护是正确的，但却不能反过来说，没有辩护权就没有控诉权，没有辩护就没有控诉。所以，在我们看来，从刑事辩护制度的形成和发展考察，其理论基础可以从人权保障理论、程序正义理论和相对制度理论三个方面分析。

（一）人权保障理论

人权指的是人作为社会个体为满足其生存和发展需要所应当享有的各种权利，是一个人唯其是人而具有的权利。法国哲学家雅克·马利坦说过：“人权的哲学基础是自然法。”“正是自然律给予我们最基本的权利。”因此，从原初意义上讲，人权属于应有权利、道德权利。人的生存权、人身自由权、健康权、追求道德生活完善化的权利、对私有财产的占有权，都是原初意义上的人权，不是如今人们所称的法律上的权利或公民的权利。因为，公民是从个体与政治的关系而言的，公民权利属于政治权利，是法律确认或赋予的权利。但公民的权利是以原初意义上的权利为基础的。正是人类在为人权而奋斗的过程中，产生了近代宪法和宪政国家。资产阶级革命以后，保障人权是各国宪法的重要内容和基本原则。现代国家把保障人权写入宪法，目的是强调人权保障的国家责任。也正是有了国家的保障，人权的内容除最基本的生存权、尊严权、健康权、自由权、私有财产权等自然权利外，还发展到政治、经济、社会、文化等领域的权利。

刑事诉讼作为现代国家人权保障的重要领域，涉及受刑事追诉者的生命、自由、尊严、财产等基本人权，以及被害人及其他诉讼参与人的权利。特别是对被追诉者人权的保护，直接反映了一个国家的人权状况。为此，当今世界的法治先进国家和地区在各自的宪法、刑事诉讼法中都对刑事诉讼人权保障作出规定，许多国际公约也对刑事诉讼中的人权保护做出了规定。并且，被追诉者人权成为刑事诉讼人权保障的核心。如美国宪法第4条修正案规定：“人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。除依照合理根据，以宣誓或代誓宣言保证，并具体说明搜查地点和扣押的人或物，不得发出搜查和扣押状。”第5条修正案规定：“无论何人，除非根据大陪审团的报告或起诉，不得受判处死罪或其他不名誉罪行之审判，……。任何人不得因同一罪行而两次遭受生命或身体的危害；不得在任何刑事案件中被迫自证其罪；不经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由或财产。”第6条修正案规定：“在一切刑事诉讼中，被告享有下列权利：由犯罪行为发生地的州和地区的公正陪审团予以迅速而公开的审判，

该地区应事先已由法律确定；得知被控告的性质和理由；同原告证人对质；以强制程序取得对其有利的证人；取得律师帮助为其辩护。”等等。德国《基本法》第1条规定：“人人有生命与身体之不可侵犯权。个人之自由不可侵犯。此等权利唯根据法律始得干预之。”“人人有自由发展其人格之权利”，“人之尊严不可侵犯，尊重及保护此项尊严为所有国家机关之义务”，等等；德国《刑事诉讼法》第137条规定：“被指控人在刑事程序的任何阶段都可以有辩护人帮助”，第140条还规定了强制辩护制度。《世界人权宣言》第1条规定：“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。”第3条规定：“人人有权享有生命、自由和人身安全。”第5条规定：“任何人不得加以酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。”第9条规定：“任何人不得加以任意逮捕、拘禁或放逐。”第11条规定：“凡受刑事控告者，在未经获得辩护上所需的一切保证的公开审判而依法证实有罪以前，有权被视为无罪。”《公民权利和政治权利的国际公约》第9条规定：“人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。”“任何被逮捕的人，在被逮捕时应被告知逮捕他的理由，并应被迅速告知对他提出的任何指控。”第14条规定：“在判定对他提出的任何刑事指控时，人人完全平等地有资格享受以下的最低限度的保证：……（乙）有相当时间和便利准备他的辩护并与他自己选择的律师联络。……（丁）出席受审并亲自替自己辩护或经由他自己所选择的法律援助进行辩护；如果他没有法律援助，要通知他享有这种权利；在司法利益有此需要的案件中，为他指定法律援助，而在他没有足够能力偿付法律援助的案件中，不要他自己付费。”等等。我国《宪法》第33条明确规定：“国家尊重和保障人权。任何公民享有宪法和法律规定的权利。”第37条规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”第125条规定：“被告人有权获得辩护”。我国《刑事诉讼法》第2条规定：“尊重和保障人权”，在第四章还规定了包括刑事法律援助在内的辩护制度。

因此，保障人权是国家的责任，是现代国家宪法的重要内容和原则，在刑事诉讼中尤显重要。而且，尽管国家通过刑事诉讼程序可以剥夺或限制犯罪嫌疑人、被告人的人权，但相关的国家机关必须根据明确的法律依据和严格的法律程序进行，并通过辩护制度对犯罪嫌疑人、被告人的人权予以特别保障。因为，“一旦刑事追诉成功，便会涉及对被告人的生杀予夺。在这种情况下，如果被告人的权利得不到保障，就会造成不可逆转的重大伤害”。如果没有辩护制度，仅靠追诉

机关的客观义务和审判机关公平审判义务的约束，无论在形式上和实质上，都无法满足刑事诉讼人权保障的要求。因此，近代以来，各国通过设立刑事辩护制度，对犯罪嫌疑人、被告人的权利给予专门化和专业化的保护，确保刑事诉讼中的人权保障。可见，人权保障是刑事辩护制度正当性的价值论根据。

（二）程序正义理论

程序正义理论作为刑事辩护制度的理论基础，首先是基于程序正义理论所涵摄的程序主体性理论。“刑事被告人的主体性，是指他在因涉嫌犯罪而受到追诉和指控，并与国家追诉官员和裁判者发生诉讼法律关系的情况下所拥有的一种道德上的主体性。这种主体性主要体现在：被告人在诉讼过程中与检察官和法官拥有同等的人格尊严，而没有身份、地位上的高低、贵贱之分；法官、检察官应将被告人视为平等的诉讼参与者、协商者、对话者，同他一起进行平等的理性交涉活动，而不能采取强制压服等非理性手段，迫使其接受某一行为、决定或裁判；被告人在诉讼中应拥有自己独立的实体权益与诉讼目标，并拥有为实现这一诉讼目标而进行积极、有效防御的能力和机会，甚至在必要时可以独立地选择、决定和处分自己的权益；被告人在诉讼中应拥有行为上的自主性和资源性，并受到人道的对待。”^①因此，刑事诉讼程序主体性理论的核心是被追诉者在刑事诉讼中被作为人对待，享有人格尊严，承担刑事辩护职能的独立的诉讼主体，不是追诉者和裁判者治罪的客体。

在古代希腊、罗马原始民主基础上形成的弹劾式诉讼模式中，诉讼程序由控方引发，控辩双方作为诉讼主体具有平等的诉讼地位，可以委托代理人为自己辩护，这为早期刑事辩护的产生创造了条件。

进入封建专制的纠问式诉讼模式后，被告人只是诉讼客体，被刑讯的对象，被告人在诉讼中不享有诉讼权利，自然就不享有辩护权，被告人不是刑事诉讼程序的主体，在刑事诉讼中只承担被刑事惩罚的义务，刑事辩护制度无从谈起。资产阶级革命后，纠问式诉讼模式被近代混合式的诉讼模式取代，无罪推定原则成为刑事诉讼的基石，刑事被告人作为人的主体性得到法律的确认，成为独立承担刑事诉讼辩护职能的诉讼主体。正是刑事被告人在诉讼中的主体性地位的确立，才有必要赋予被追诉者充分的诉讼权利，使其富有意义地积极参与整个诉讼过程，参与关系到自己基本权利的裁判结果的制作。而要保障被追诉者富有意义地参与

^① 陈瑞华：《刑事审判原理》，222页，北京，北京大学出版社，1997。

诉讼程序，确保被告人的程序性主体地位，辩护制度成为不可或缺的诉讼制度，刑事辩护制度也在此理论基础之上得以形成并进一步发展，刑事辩护人制度（特别是职业律师担任辩护人）的发展，则是更加有利于刑事被告人程序主体地位的加强，这一点，已经得到了西方法治先进国家刑事辩护制度的印证。

根据西方学者传统的观点，判断法律程序公正与否有两项原则，即自然正义原则和正当法律程序原则。早在古罗马时代，自然正义就已经被人们作为程序公正的标准所提出。自然正义的两项基本要求为：任何人不得做自己案件的法官和应听取双方当事人的意见。基于这样的要求，在当事人诉讼地位平等，法官居中裁判的基本诉讼构造前提下，由法官听取双方陈述和辩论意见，应当是符合自然意义上的程序正义的标准的。因此，在此基础上，古罗马的诉讼制度中出现了刑事辩护制度的雏形。封建专制制度下的纠问式诉讼中，诉讼构造上的控审不分以及刑事被告人的程序主体性地位的缺失，导致被告人成为被治罪的对象。即使在对抗制诉讼的发源地英国，尽管其刑事诉讼没有走向控审不分的纠问制诉讼模式，但在17世纪末和18世纪初，叛国罪和重罪案件中的被告人是无权雇请辩护律师的，整个审判好比是被害人及其证人和被告人之间的争吵。由于缺乏辩护律师的参与，法官担当了推进和主导审判的角色，法官直接调查案件事实，在某种程度上成为控诉人的助手，并同时还充当被告人的辩护人，法官实际上身兼数职，^①但没有来自被告人辩护人的意见。在此种诉讼构造下的诉讼程序是不符合自然正义的标准的，因此，也就不可能产生刑事辩护制度。资产阶级革命胜利后，美国联邦宪法修正案第5条和第14条规定确立了正当法律程序原则。通过美国学者和美国联邦最高法院的解释，根据正当法律程序的要求，辩护权以及获得辩护人帮助的权利是刑事被告人的当然权利，没有辩护人辩护的审判是违背正当法律程序的。因此，基于正当法律程序理论，为了防御并抗衡强大的国家侦诉机关，保障被追诉者权益的刑事辩护制度不可或缺。

进入20世纪后，特别是第二次世界大战结束以来，随着西方哲学和人权学说的不断发展，在自然法思想基础上发展出了抽象的正义论和人本主义。由此，刑事程序主体性理论也逐渐脱离自然法理论，与正义理论中的程序正义理论和其他价值理论结合在一起。认为尊重人的人格和主体地位，是正义的基本要求；在刑事诉讼中被告人的主体性地位，是刑事程序正义理论的核心内容。^②应该说，程序正义是法的公平与正义的一般概念在刑事诉讼程序中的体现。从内涵上说，程序

^① 参见李昌盛：《论对抗式刑事审判》，29～32页，北京，中国人民公安大学出版社，2009。

^② 参见陈瑞华：《刑事审判原理》，223页，北京，北京大学出版社，1997。

正义是一种“过程价值”，它主要体现在程序的运作过程中，是评价程序本身正义性的标准。刑事法律程序是否公正，要看它是否使那些受程序结果影响的人受到了应得的待遇，而不是看它能否产生好的诉讼结果。^①放眼当今世界，程序正义理论已经成为各国和国际公约所公认的刑事诉讼理论基础，刑事辩护制度作为刑事诉讼的基本制度也已经为各国和国际公约所确认，以保障被追诉者合法权益的刑事辩护制度已经成为国际公认的刑事程序公正的最低限度标准。

（三）相对制度理论

关于相对制度，美国法哲学家朗·L.富勒认为：

在广义上它的哲学适用于经过非正式程序而获致的决定，……。在人类的事业里，集体决定总是包含着至少有局部分歧的不同利益之间的一种妥协。例如，经营一家工厂可分下列各团体：（一）若干人的主要目标在求生产最大量货物；（二）若干人的主要利益在求发展一股心满意足的劳工力量，在完全符合尊严和大公无私的情形下进行工作；（三）还有若干人的主要要求是改进产品，即引致目前的效率发生某种程度的低落。这些团体每一个都是合理和适当的，可是每一个都必须承认其他的团体的合理要求。

除非每一个团体都充分了解其他团体的立场，不然就无法获得有效的一致意见。除非许可每一方面充分申述其本身利益是什么，并用群体性的热诚强调这种利益对整个企业的最根本的重要性，不然就不可能获得上述了解。同时，既然获得真正一致的意见是需要全部有关人士的谅解和甘心情愿的合作，任何一方面都不该只知替自己辩护而不去同情地了解其他不同利益人士的意见。此外所需要的是一种可以称为宽容的党派精神。那非但是指容忍相反的意见，而且也是指容忍他人以党派的热诚申述那些意见，因为假如不经过申辩那些意见就可能无从获知。

而狭义的“相对制度”涉及某种裁判上的哲学，道出了法庭内审判案件所应采取的进行方式的观念，也就是对于一项诉讼的判决里律师、法官和陪审人员所应负任务的看法。^②

^① 参见陈瑞华：《刑事审判原理论》，54页，北京，北京大学出版社，1997。

^② [美]哈罗德·伯曼编：《美国法律讲话》，陈若桓译，24页、33～34页，北京，生活·读书·新知三联书店，1988。

为了形象地说明诉讼中的“相对制度”，富勒运用了一个形象的比喻：

他（指律师，作者注）的职责不在判决而在说服。我们并不要求他以一种超然和毫不偏袒的方式报告案件，而是要求他处理案件使之显得最有利于他的诉讼委托人。他不是像一位珠宝商，慢慢地在光线之下转动钻石，使它的每一片小平面都能全部显露。相反的，律师好比把钻石稳定于一个角度，使它单独的一个面特别惹目。律师的职责是帮助法官和陪审员以利害关系的眼光来看该案件，因而同情于他的诉讼委托人在命运摆布之下的境遇。^①

我国学者龙宗智教授对“相对制度”的解读是，“所谓相对制度，是指无论某种观点看来多么有理，或某种主张看来多么正当，都允许另一方面的意见存在，而且提出主张者必须和认否主张的权威行使者分开”。“就诉讼而言，一方面，允许持不同主张的诉讼当事人都作为司法制度中的合理存在，而不允许‘话语霸权’——只让我说话，不让你说话；另一方面，还要求诉讼当事人，即使是代表国家的原告人（通常是检察官），必须和裁判官相分离，因为司法正义有一个基本的理念：任何人不能充当自己案件的法官。”^②

因此，“相对制度”理论基本含义大致可以理解为，在某一事项中，如果存在不同的利益主体，那么，不管利益主体的主张、要求或诉请是什么以及是否正当合理，都应当建立让各利益主体的主张、要求或诉请得到表达、体现的机制。这既是民主的一种体现，也是制度设计上的“相对”哲学。

现代社会，公平、公开、公正是诉讼制度的基本目标，也是社会对诉讼制度的基本要求。现代刑事诉讼作为国家对个体犯罪行为的追诉活动，涉及代表国家追诉或控诉犯罪的控诉方、被追诉的犯罪嫌疑人和被告人以及对被告人行为作出刑事司法评判的裁判者。特别是诉讼中作为控方的侦查、控诉机关和作为辩方的犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师，其所处的诉讼地位不同，诉讼立场和利益对立，但两者在诉讼中的力量对比强弱明显。如果不在制度上予以特别的考虑和安排，刑事诉讼必将成为一场行政式追究犯罪嫌疑人、被告人责任的“杀戮”。为了避免这样的“杀戮”，现代国家在刑事程序上设计了平衡控辩强弱和保障辩护方表达意见和利益诉求的各种特别制度和规则，如辩护制度、无罪推定、控方承担证明被告人有罪的证明责任、被告人享有沉默权、反对强迫自证其罪，等等。

① [美] 哈罗德·伯曼编：《美国法律讲话》，陈若桓译，25页，北京，生活·读书·新知三联书店，1988。

② 龙宗智：《刑事庭审制度研究》，346～347页，北京，中国政法大学出版社，2001。

特别是在审判程序中，为了让被告人得到公平、公正的审判，也需要从相对制度出发，设计或安排与控诉制度相对应的辩护制度，既让控辩双方的主张和意见得到表达，又让裁判者能了解控辩双方的主张和意见。因为，在司法审判中，“法官和陪审员都必须摆脱任何宗派成见。公平的审问必须慎重地顾及争执的双方，使双方都能获得同样的重视和评判。但法官衡量一项辩词的主要根据，必须先由不受司法职守限制的人以全力以赴的热诚向他陈词。要让法官知道一项辩论究竟有力到什么程度，必须让他先从殚精竭虑而申辩的人那里听取辩词”。^①

刑事辩护制度在刑事诉讼中作为与控诉制度相对的设计或安排，既符合自然正义规则，也是相对制度理论的要求。因为，一般而言，任何人受到来自他人的指责或指控，都有对指责或指控予以答辩或反驳的本能，为保障刑事诉讼具有基本的人性意义，辩护制度的设计或安排是不可或缺的。“相对申辩似乎是唯一有效对策，借以抵御人们借熟知事物对并未完全清楚的事物作过分轻率结论的人性之自然倾向。律师们的辩论等于使案件置于正反两方意见之间悬而未决。使案件的正确类属如此维持在未确定状态中，便有时间可以探索它的一切特性和微妙差别。”^②尽管辩护律师与控方在诉讼中是对手，但双方只是履行职务，从司法公平、公正的角度说，二者并无根本上的利益冲突，更不是你死我活的敌人。因此，“相对制度的价值在于它可以使个人的能力提高到某种阶段，以至能借别的眼睛来透视真实，能够在‘人情法理’范围内尽量变得大公无私和摆脱偏见的羁绊”。^③

从刑事诉讼的实际看，不管在哪一种诉讼模式下，被追诉者与追诉者的立场始终是相对的，即使不是出于偏见，不同的利益立场对同一事实或法律问题的看法或观点就会不同甚至相反。诚如约翰·密尔指出的，“在每一个可能有不同意见的题目上，真理都像是摆在一架天平上，要靠两组相冲突的理由来较量……总之，对于所有足以转变比重，足以决定一个全面理解者的判断的那部分真理，他们都是陌生的，而要真正知道那部分真理，只有兼顾双方，无所偏重，并力图从最强的光亮下来观察对方的理由的人们才能做到”。^④因此，刑事诉讼制度若要获得一个公正的处理结果，不仅需要从控方角度出发提出的证据、观点和意见，还要有从相对于控方的辩方角度出发提出的证据、观点和意见，这既能起到使裁

① [美]哈罗德·伯曼编：《美国法律讲话》，陈若桓译，25页，北京，生活·读书·新知三联书店，1988。

② [美]哈罗德·伯曼编：《美国法律讲话》，陈若桓译，32页，北京，生活·读书·新知三联书店，1988。

③ [美]哈罗德·伯曼编：《美国法律讲话》，陈若桓译，34页，北京，生活·读书·新知三联书店，1988。

④ 参见[英]约翰·密尔：《论自由》，程崇华译，38页，北京，商务印书馆，1959。

判方兼听则明的作用，还能监督相对方和裁判方依法进行诉讼活动，防止司法不公。正如富勒所言，公平的审问必须慎重地顾及互相争执的双方，使双方都能得到同样的重视和评判。^①而辩护制度正是在这种相对制度基础上，从被追诉者利益的角度，针对追诉方的追诉或控诉，提出有利于被追诉者的证据、观点和意见，制约追诉或控诉，促使控辩双方之间对立的利益诉求上升为一种不同法律理由之间的深入对话，让法官能从有利于被告人的角度和不利于被告人的角度全面获得案件信息，兼听两种不同甚至完全针锋相对的认定案件事实和适用法律的意见，作出公正的裁判。否则，如果没有建立相对于追诉或控诉制度的辩护制度，不允许被追诉方申辩和反驳，那么，追诉方或控诉方、裁判者很可能就无从获得被追诉者的意见。

所以，以相对制度理论为基础建立辩护制度，对控方来说，因为有来自处于利益对立方的辩护方的制约，有利于减少错误，更好地履行客观义务；对于辩方来说，能真正参与诉讼程序，并从自己利益的角度，反驳控诉，让裁判者听到自己的声音，并全力以赴地提供有利于自己的意见；对于裁判者而言，能够全面获得来自控辩双方的意见，促进司法裁判的公正。

三、辩护权与辩护人

（一）辩护权

辩护权是犯罪嫌疑人、被告人针对指控保持沉默，防止受到刑事处罚的权利；或者针对指控进行反驳、辩解，提出自己无罪、罪轻或免除刑事处罚的材料或意见的诉讼权利。辩护权是犯罪嫌疑人、被告人享有的最基础、最核心的诉讼权利。在我国，对辩护权的理解上，有广义和狭义之分。狭义的辩护权，是指犯罪嫌疑人、被告人自己享有的辩护权；广义的辩护权，是指除了狭义的辩护权外，还包括辩护人进行辩护活动所享有的权利。^②在我们看来，辩护权应当从广义上理解。

^① 参见[美]哈罗德·伯曼：《美国法律讲话》，陈若桓译，25页，北京，生活·读书·新知三联书店，1988。

^② 参见田文昌主编：《刑事辩护学》，131页，北京，群众出版社，2001；熊秋红：《刑事辩护论》，6页，北京，法律出版社，1998。

因为无论是犯罪嫌疑人、被告人的自行辩护，还是辩护人进行辩护，其直接目的都是通过辩护活动维护犯罪嫌疑人、被告人的利益。况且，如果没有犯罪嫌疑人、被告人的辩护权，辩护人的辩护权无从谈起。再者，辩护人在诉讼中的辩护也不能脱离犯罪嫌疑人、被告人的利益进行。因此，辩护权的内容应当涵盖犯罪嫌疑人、被告人和辩护人进行辩护活动所享有的所有诉讼权利。

1. 辩护权的基本内容

总体上说，辩护权的内容一般包括：回避申请权、沉默权、在场权、陈述权、选任辩护人权、获得法律援助权、庭审查问权、诘问权、对质权、调查证据申请权、辩论权、上诉权，等等。

(1) 现代不同诉讼模式中辩护权的基本内容

尽管当今世界不同国家和地区的刑事诉讼模式呈现出职权主义、当事人主义、职权主义与当事人主义混合式的多元性，但民主和人权保障的思想基本在现代不同诉讼模式的刑事辩护制度中得到体现。在实行当事人主义诉讼的英美法系国家，由于犯罪嫌疑人、被告人和辩护人享有的诉讼权利比较充分和广泛，受到的限制和约束较少，可以将这些国家刑事辩护制度的模式概括为“自由辩护模式”。在实行职权主义诉讼的大陆法系国家，其刑事辩护制度具有一些不同的特征，主要体现在犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人的诉讼权利在某些方面受到一些限制，不像英美法系那样无孔不入。因此，将其辩护模式概括为“有限辩护模式”。^①当然，在“二战”以后，在大陆法系职权主义诉讼模式与英美法系当事人主义诉讼模式之间出现了互相借鉴与融合的趋势，在此背景下，实行职权主义的国家和地区在刑事诉讼制度改革中，放宽了对刑事辩护的限制，但相对于实行当事人主义的英美法系的“自由辩护模式”而言，大陆法系的刑事辩护还是有限的，这种有限性，恰恰决定于大陆法系的职权主义诉讼模式。

在当事人主义诉讼模式中，辩护权的内容比较广泛。如在美国，根据联邦宪法修正案的规定，美国刑事被告人辩护权的主要内容有：不经正当程序不受搜查和扣押的权利，不被重复追究的权利，不被强迫自证其罪的权利，获得陪审团迅速和公开审判的权利，获得被告被指控性质和原因的权利，对质的权利，要求强制证人作证的权利，获得律师帮助的权利。此外，被告人还享有沉默权、要求律师在场权、上诉权。而美国刑事诉讼中的辩护律师为开展辩护活动，还享有广泛

^① 参见田文昌主编：《刑事辩护学》，46～62页，北京，群众出版社，2001。

的调查取证权、证据保全请求权、各种程序的动议权^①、庭审交叉询问权、上诉权、拒证权、豁免权等。如果犯罪嫌疑人被羁押的，律师还有几乎不受限制的会见权、通信权。

在职权主义诉讼模式中，被告人尽管也享有比较充分的辩护权，但与英美法系自由辩护模式中的辩护权内容相比，受到了一定限制。如德国刑事诉讼法规定，被指控人可以在程序的任何阶段委托辩护人为自己辩护，但在审理叛国罪或者危害外部安全罪的知情不举罪程序中辩护人不得参加诉讼；享有充分的与辩护人的会见权；但在某些犯罪案件中，与辩护人的通信权上，应把信件先交与法官审查；获得律师帮助的权利；被讯问前，有同辩护人商议的权利；主张非法证据排除权；沉默权；等等。辩护人有权查阅移送法院的案卷和官方保管的证据，但对侦查尚未终结的案件不能查阅；可以不受限制地查阅对被告人的讯问笔录、专家陈述以及法院调查活动的笔录；在法官讯问被告人、询问证人、鉴定人、勘验时，辩护律师有在场权，但在警察机关和检察机关讯问被告人时，律师无在场权，但实践中被告人可以通过主张除非允许其辩护人参加讯问，否则将保持沉默而间接“强迫”警察允许辩护人在场；辩护律师享有调查取证权；上诉权以及在法庭审判中的多种诉讼权利；等等。法国刑事诉讼法规定，受到拘留的犯罪嫌疑人可以要求以电话将其受到拘留的事由通知与其平常在一起生活的人、某一直系亲属、兄弟姐妹中的某一人，或者通知其雇主；受到拘留的嫌疑人有权要求警察或检察官指定的医生为其进行身体检查；自刑事诉讼的警察阶段开始，律师可以参加诉讼，但只有在拘留开始之后经过 20 小时的情况下，律师才能参与；当律师会见嫌疑人时，会见的期限、会见时的交谈内容等受到一定的限制；在警察讯问嫌疑人时，辩护人无在场权；在预审阶段，辩护人有查阅已经入卷的全部材料的权利；只有在嫌疑人同意的情况下，预审法官才能讯问；只有在辩护人在场的情况下，预审法官才能征求嫌疑人是否同意；在预审法官预审中，嫌疑人有权请求完成某一项预审行为或撤销某一项预审行为；辩护律师享有调查取证权；上诉权；在法庭审判中的多种诉讼权利；等等。

日本和意大利的职权主义与当事人主义混合式诉讼模式，是在职权主义诉讼模式的基础上，混合了当事人主义诉讼的因素，从而在其辩护权内容上也体现出混合式诉讼的特点。根据日本刑事诉讼法的规定，在侦查阶段，犯罪嫌疑人可以随时委任辩护人，司法人员有义务告知嫌疑人有权委托辩护人；嫌疑人的

^① 辩护律师常常提出的动议有证据排除、转换审判地点、要求回避、分开或合并、延期、隐匿证据、展示、精神检查。

诉讼权利包括与辩护人的会见权；请求告知羁押理由的权利；对羁押裁判提出准抗告的权利；沉默权；等等。辩护人在侦查阶段的诉讼权利包括会见嫌疑人的权利；在查封、搜查、勘验、询问证人、鉴定时的在场权，但在讯问嫌疑人时辩护人没有在场权；有申请法院保全证据的权利；调查取证权。在审判阶段，辩护人的诉讼权利包括请求证据开示的权利；辩护人有阅卷权（侦查阶段除外）；请求法院调查证据权；参加法庭调查权；辩论权（但无权参与法庭的量刑）；上诉权；等等。在意大利，刑事诉讼法规定嫌疑人有随时委托辩护人的权利；获得律师帮助的权利；会见辩护人的权利；请求排除侵害辩护权得到的证据的权利；沉默权；请求证据保全的权利；等等。意大利刑事辩护人的诉讼权利与日本基本相同。

（2）国际公约对辩护权内容的规定

现代刑事辩护制度建立后，得到了国际社会的大力支持，世界性和地区性的国际公约也对辩护权的基本内容作出了规范，促进了刑事辩护制度在国际范围内的发展。

1948年12月10日联合国大会通过并宣布的《世界人权宣言》第11条规定，“凡受刑事指控者，在未经获得辩护上所需的一切保证的公开审判而依法证实有罪以前，有权被视为无罪”。这一规定强调了被追诉者刑事辩护的获得及其保障，并且成为认定被指控人有罪的前提之一。

1955年通过的联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》第93条规定了未经审讯的囚犯获得律师辩护权及其法律援助保障、会见交流权及其保障。

1950年签署的《欧洲人权公约》第6条第3项规定，“凡受刑事罪指控者具有下列最低限度的权利：以他所了解的语言立即详细地通知他被指控罪名的性质以及被指控的原因；应当有适当的时间和便利条件为辩护作准备；由他本人或者由他自己选择的律师协助替自己辩护，或者如果他无力支付法律协助费用的，则基于公平利益考虑，应当免除他的有关费用；询问不利于他的证人，并在与不利于他的证人具有相同的条件下，让有利于他的证人出庭接受询问；如果他不懂或者不会讲法院所使用的工作语言，可以请求免费的译员协助翻译”。

1966年12月16日第21届联合国大会通过的《公民权利和政治权利公约》第14条第3项规定，“在判定对任何人提出的任何刑事指控时，人人完全平等地有资格享受以下的最低限度的保证，其中包括：有相当时间和便利准备他的辩护并与他自己选择的律师联络；有权亲自在场接受审判，自行或通过律师进行辩护，在他没有获得律师辩护时被告知这项权利。在司法利益有此需要的案件中为他指定律师提供法律帮助，并且在他没有能力支付律师费用的情况下，

免除他的费用负担。被告人有权亲自或间接讯问对方证人，也有权申请法院传唤本方证人在与对方证人同等条件下出庭作证；还规定如果被告人不能通晓或不能使用法院所用的语言，应当免费为其准备翻译予以协助”。这样，受刑事指控人的辩护权和法律援助权的基本国际标准在《公民权利和政治权利公约》中得到了确立。

1969年签署的《美洲人权公约》第8条对辩护权做出了规定，“被控告犯有罪行的每一个人，只要根据法律未证实有罪，有权被认为无罪。在诉讼过程中，人人都有权完全平等地享有下列的最低限度的保证：为准备辩护所需的适当的时间和手段；被告有权亲自为自己辩护或由他自己挑选的律师来协助，并私下里自由地与其律师联系；如果被告不亲自为自己辩护或者在法律规定的期间内未聘请自己的律师，他有不可剥夺的权利受到国家所派律师的帮助，并按照国家法律规定自付费用或不付费用”。

1975年通过的联合国《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第17条规定了获得律师辩护权及其保障，第18条规定了律师会见权，第23条规定了律师的阅卷权，第27条规定了非法证据排除规则以救济侦查辩护。

1981年通过的《非洲人权和民族权宪章》第7条规定，被告人“在由有管辖权的法院或法庭证实有罪之前，有权被视为无罪；有权为自己辩护，包括请由自己选择的律师辩护”。

1985年联合国《少年司法最低限度标准规则》第711条与第1511条则对少年刑事司法中的辩护制度作出了全面规定，从而确立了少年刑事辩护制度的国际标准。

而1990年在古巴首都哈瓦那召开的第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于律师作用的基本原则》，肯定了辩护律师在刑事诉讼中的作用，并把刑事诉讼中律师辩护制度确认为国际刑事司法的准则之一。《关于律师作用的基本原则》第1条规定了所有的人都有权请求由其选择的一名律师协助保护和确立其权利，并在刑事诉讼的各个阶段为其辩护；第5条规定了在侦查阶段有权获得律师辩护权告知，第7条规定了侦查阶段获得律师辩护权保障的时限，第8条规定了律师会见权，第20条规定了律师在诉讼中的言论豁免权，第21条规定了律师阅卷权。

这样，从1948年《世界人权宣言》，到1950年的《欧洲人权公约》、1955年《囚犯待遇最低限度标准规则》、1966年的《公民权利与政治权利国际公约》、1975年《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》，再到1985年《联合国少年司法最低限度标准规则》，最后到1990年《关于律师作用的基本原则》，

刑事辩护制度在国际公约中得到逐步强化，也得到了世界绝大多数国家和地区的认可。

应当说，上述国际公约中规定的刑事辩护内容，是经过世界绝大部分国家和地区认可的，既是国际刑事辩护制度的最低标准，也是各国刑事诉讼制度应当确立的刑事辩护标准。特别是《公民权利和政治权利公约》对刑事辩护的规定，为刑事辩护国际标准的最终形成奠定了框架和基础，在刑事辩护制度发展史上具有里程碑意义。此后的联合国文件中涉及刑事辩护的规定，基本上都是对《公民权利和政治权利公约》规定的深入阐发和具体安排。概括起来，上述国际公约规定的辩护权内容主要是三个方面：一是被追诉者的自我辩护权；二是对被追诉者的律师帮助权（包括保障律师开展辩护活动的律师权利）；三是被追诉者获得刑事司法援助的权利。当然，为了保障上述国际公约中确立的辩护权，与辩护权相关的知情权、语言文字权、反对强迫自证其罪权、及时接受公平和公开的审判权、被无罪推定权、非法证据排除权、对质权、上诉权以及为保障律师为被追诉者进行辩护的律师权利等，也被规定在这些国际公约中。

（3）我国辩护权的基本内容

我国在 1979 年制定第一部刑事诉讼法典后，经过 1996 年和 2012 年的两次修订，辩护权的内容得到不断扩展。根据 2012 年修订的刑事诉讼法典，犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利可以分为三类。一是防御性权利。包括使用本民族语言文字的权利；获知被指控的内容和理由的权利；不被强迫证实自己有罪的权利；自行辩护权；自第一次被讯问或采取强制措施之日起委托辩护人辩护的权利；拒绝回答与本案无关的问题的权利；与辩护人会见的权利；开庭 10 日前获得起诉书副本的权利；参加法庭审判的权利；法庭审判中享有陈述权、质证权、申请通知新的证人到庭权、申请调取新的证据权、申请重新鉴定或勘验权、法庭辩论权、最后陈述权；等等。二是救济性权利。包括申请回避权；对侦查人员、检察人员、审判人员侵犯其人身权利和人身侮辱行为的申诉控告权；要求解除超过法定期限的强制措施的权利；上诉权；对生效裁判的申诉权；等等。三是推定性权利。包括未经法院依法判决不被定罪权；获得公开审判权；不受刑讯逼供等非法方法的被讯问权；不受非法强制措施的权利；上诉不加刑权；依法获得律师法律援助的权利；等等。

辩护人辩护权的内容主要是：依法辩护权；与犯罪嫌疑人、被告人会见、通信的权利；申请回避权；自案件审查起诉之日起查阅案卷材料的权利；向证人调查取证权；经检察院、法院许可向被害人或其近亲属、被害人提供的证人调查取证权；申请检察院、法院调取公安机关、检察院在侦查、审查起诉期间收集的证

明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料的权利；获得诉讼进程、开庭通知的权利；对执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息的保密权；参加法庭审判并进行法庭发问、举证、质证、法庭辩论的权利；拒绝辩护权；经被告人同意的上诉权；等等。

应该说，尽管我国与西方法治先进国家因诉讼模式和法治进程上存在差异，刑事辩护权的内容也与西方国家有差异，但当今国际社会认可和国际公约中规定的刑事辩护权的基本内容，在我国已经基本得到立法的认可。因此，我国刑事辩护权内容上存在的问题，基本已经不是立法不完善，制度不健全的问题，而是在司法实践中的落实问题。当然，摆脱我国刑事辩护权内容只停留于法律文本意义上的尴尬局面，使其在司法实践中落地生根，从而使犯罪嫌疑人、被告人真正分享到我国司法改革和法制进步的成果，其关键是刑事诉讼中国家权力机关的观念转变，而决定这种观念转变的因素主要应该是国家政治民主的发展和人权保障制度的落实，而不能寄希望于刑事诉讼中国家权力机关的自我转变和对被追诉者的怜悯。

2. 辩护权的保障

(1) 从犯罪嫌疑人、被告人自行辩护到辩护人辩护

辩护权是犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利的核心，诉讼中犯罪嫌疑人、被告人的其他权利都是围绕辩护权展开的。纵观诉讼法的历史可以发现，近代资产阶级革命以前，被告人辩护权的行使主要靠自己。但近代以后，刑事辩护制度的本意已经不仅仅是被告人的自行辩护，而是由职业法律人担任辩护人的辩护，离开职业法律人的刑事辩护，就无所谓辩护制度。辩护人的辩护尽管缘起犯罪嫌疑人、被告人的辩护权，对犯罪嫌疑人、被告人的辩护权具有一定的依附性，但是，辩护人一旦接受委托或指派担任辩护人后，就获得了独立于犯罪嫌疑人、被告人的诉讼地位，不是犯罪嫌疑人、被告人的附庸。辩护人可以根据法律和事实，凭借自己专业的法律知识、丰富的司法经验和娴熟的法律技巧，开展维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的辩护活动。所以，要使犯罪嫌疑人、被告人的辩护权得到充分的保障，应当有职业的法律人为其辩护。究其原因，一方面，犯罪嫌疑人、被告人所处的特殊地位使自行辩护难以实现辩护目的。在通常情况下，犯罪嫌疑人、被告人往往被采取了某种刑事强制措施，甚至处于丧失人身自由的羁押状态，即使犯罪嫌疑人、被告人具有法律专业知识和司法经验，也难以为自己开展实质性的辩护，古今中外的许多法律人被指控犯罪后仍由辩护人为其辩护的事实已经说明了这一点；另一方面，在现代法治社会，法律的专业性和复杂

性日益强化，法律的专业分工越来越细化。无论是在大陆法系传统的国家和地区，还是英美法系传统的国家和地区，法律的形式渐趋多样化，既有成文法，也有司法判例。大量散在型的附属刑事法律存在于各种法律之中，判例的积累更是浩如烟海，非专业人士难以尽览。如果没有职业律师的帮助，犯罪嫌疑人、被告人自己完全会如坠云海。因此，辩护人辩护，特别是辩护律师辩护，是刑事辩护有效性的基本保障。

同时，辩护人辩护是《公民权利和政治权利国际公约》的基本要求，是衡量一个国家或地区刑事法治和刑事司法人权状况的重要标志，也是当今世界法治先进国家和地区的普遍做法，并成为法治后进国家刑事诉讼现代化的努力方向。

（2）从委托辩护到国家责任的法律援助

从犯罪嫌疑人、被告人自行辩护到委托辩护人辩护，这是刑事辩护制度的进步，也是辩护权得到保障的体现。但是，犯罪嫌疑人、被告人获得辩护人帮助的情况，要取决于一个国家或地区法律规定的犯罪嫌疑人、被告人可以委托辩护人的时间，犯罪嫌疑人、被告人聘请辩护人的经济条件或者获得刑事法律援助的机会。首先，不同国家和地区刑事辩护制度的发展状态决定了其在保障犯罪嫌疑人、被告人委托辩护人，获得辩护人帮助的时间上有所区别。如上文所述，当今西方法治先进国家和地区，一般都已经在其刑事诉讼法中规定犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼的任何阶段随时有权委托辩护人为自己辩护。但在法治后进或发展中国家和地区，犯罪嫌疑人、被告人委托辩护人，获得律师帮助的权利并不是从刑事诉讼一开始就有的。如在中国，1979年《刑事诉讼法》规定被告人可以委托辩护人，获得律师帮助的时间是案件到了法院审判阶段；1996年《刑事诉讼法》规定犯罪嫌疑人在侦查阶段可以聘请律师帮助，从案件审查起诉之日起可以委托辩护人辩护；2012年修订后的《刑事诉讼法》规定犯罪嫌疑人、被告人从侦查阶段起就可以委托辩护人为自己辩护。其次，在委托辩护人辩护，获得律师帮助上，还取决于犯罪嫌疑人、被告人的经济状况或者获得刑事法律援助的机会。如果犯罪嫌疑人、被告人的经济状况良好，可以自己委托辩护人获得辩护人帮助；如果犯罪嫌疑人、被告人的经济状况不良，要想通过自己的能力获得辩护人辩护就很困难，这样就只能通过刑事法律援助获得辩护人的辩护。因此，刑事法律援助是落实刑事辩护的重要保障，也是当今世界刑事辩护制度的发展趋势。

从世界范围来看，刑事法律援助的发展水平是不平衡的。在西方法治先进国家和地区，对犯罪嫌疑人、被告人的刑事法律援助一般由政府保障。如在美国，就法律援助而言，美国是西方文明史中第一个规定犯罪嫌疑人、被告人享有律师

权利的国家。刑事法律援助制度，也已经由过去的社会慈善、道义行为演变为一种政府维护公正司法的责任。美国最高法院指出刑事被告人应当被提供律师帮助的规定的重要理论基础在于，律师是确保公平审判所必需的许多被告人其他权利的必要保护。^① 获得律师权是美国刑事被告人的宪法性权利，也是美国刑事诉讼正当程序的基本要求。为此，美国设立了公设辩护人制度（律师直接受雇于国家），为犯罪嫌疑人、被告人提供免费的刑事辩护。在英国，根据《1999年司法准入法》（*Access to Justice Act 1999*）的规定，犯罪嫌疑人、被告人的刑事法律援助权已经得到确立，其内容包括在大多数指控犯罪案件中为被告人代理整个诉讼过程（含预审听证和有罪答辩），而且还包括在犯罪嫌疑人羁押于警察所时（包括警察讯问期间）可以广泛地获得建议和代理。^② 在德国，犯罪嫌疑人、被告人没有获得免费辩护的一般权利，刑事法律援助只限于接受建议，不包括代理。根据德国《刑事诉讼法》第140条的规定，刑事法律援助的根据不是据于被告人的经济状况，而是出于制度“理性”的司法利益需要。刑事法律援助的范围一般也只对在审判程序中，被告人被指控犯有重罪，或者由地区法院或州上诉法院为一审法院，或者需要进行精神鉴定或治疗，或者被告人已经被审前羁押至少三个月等八种情况；或者，案件事实或法律相当复杂，以及被告人显然无法自行辩护的情况。当然，根据《欧洲人权公约》第6条第3c款的规定，犯罪嫌疑人也有权获得法律援助，检察官有责任在审前程序中提出指定辩护人的申请，法院也有责任为犯罪嫌疑人指定辩护人。在日本，为了保障被告人的辩护权，设立了“国费辩护制度”，为没有经济能力负担自费辩护的被告人提供法律帮助。根据日本《刑事诉讼法》第36条的规定，被告人由于贫困或其他事由不能选任辩护人时，法院应当依据被告人的请求，为其选任辩护人。法院或审判法官为被告人选任辩护人的，费用由国家承担。而能够享有国费辩护的范围主要是三种情况：一是因贫困或其他制约条件没有委托辩护人的；二是被告人是未成年人的、年龄在七十岁以上的、被告人是聋人或哑人的、被告人是心智不全的；三是被告人可能被判处死刑、无期徒刑或者三年以上惩役或禁锢的情节严重，且社会危害重大的案件。日本律师协会联合会为了促进司法改革，使更多的犯罪嫌疑人、被告人获得法律援助，实施了值班辩护人制度（当值律师计划）。2004年，日本通过立法将国选辩护

① 参见[美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东、徐美君译，237～238页，北京，中国人民大学出版社，2002。

② 参见[英]麦高伟等主编：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，126～136页，法律出版社，2003。

延伸到侦查阶段，给原属民间性的值班律师制度以有力的国家财政支持。^①

在我国，1979年《刑事诉讼法》第27条就规定了刑事法律援助制度。在案件进入审判阶段后，法院可以为没有委托辩护人的被告人指定辩护人；如果被告人是聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，法院就应当为其指定辩护人。1996年修订的《刑事诉讼法》第34条扩大了刑事法律援助案件的范围，把被告人是盲人和可能被判处死刑而没有委托辩护人的案件列入应当给予刑事法律援助的范围，明确了法律援助的原因还包括因经济困难，提供法律援助义务的辩护人为律师，使我国刑事法律援助制度在原来的基础上得到了进一步发展，但把为被告人提供法律援助确定为承担法律援助义务的律师的责任，这使刑事法律援助的有效性受到一定的限制。2012年修订的《刑事诉讼法》第34条把刑事法律援助从原来的仅限于审判阶段，扩展到侦查阶段和审查起诉阶段，使我国刑事法律援助制度有了突破性发展；同时，把犯罪嫌疑人、被告人是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人和可能被判处无期徒刑而没有委托辩护人的案件增列到应当给予法律援助的案件范围；并明确因经济困难或其他原因没有委托辩护人的，犯罪嫌疑人、被告人本人及其近亲属可以向法律援助机构提出申请，法律援助机构认为申请符合条件的，应当指派律师提供法律援助；而对被列入法定应当给予法律援助的犯罪嫌疑人、被告人，人民法院、人民检察院、公安机关应当通知法律援助机构指派律师为犯罪嫌疑人、被告人提供法律援助。这样我国刑事法律援助从原来的承担法律援助义务的律师的责任，发展到由政府设立的法律援助机构指派律师提供援助的国家责任，使刑事法律援助制度得到了国家财政的保障。

可见，随着刑事诉讼制度的发展，刑事法律援助制度作为保障辩护权的重要制度，是刑事辩护制度发展的趋势。

（3）辩护权从刑事诉讼权利上升到宪法性权利

辩护权是刑事诉讼中犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利的核心，既是犯罪嫌疑人、被告人合法权益的保障，也是一个国家或地区刑事诉讼人权保障状况的反映。从国际范围看，随着各国人权事业的进步和刑事诉讼制度的发展，为了保障犯罪嫌疑人的辩护权，加强人权保障，在许多国家，辩护权已经从刑事诉讼权利上升为宪法性权利。

在美国，根据宪法第六修正案的规定，所有刑事诉讼，被指控者享有辩护律

^① 据日本2004年《修改刑事诉讼法等部分条文的法律》和《综合法律援助法》，在刑事诉讼法第37条强制国选辩护人规定下，增加了四个条文。对可能判处死刑、无期或一年以上监禁或惩役案件的嫌疑人，据具体情况，分别赋予强制国选辩护人或申请国选辩护人保障。参见宋英辉、刘兰秋：《日本1999到2005年刑事诉讼改革介评》，载《比较法研究》，2007（4）。

师帮助的权利。美国最高法院认为，在抗辩式诉讼制度中，律师辩护对一个公平的审判非常重要，宪法第六修正案享有律师的权利已合并成为第十四修正案正当程序条款内容的一部分。^①美国最高法院通过 *Gideon v. Wainwright* (1963) 等案件，把被告人获得律师帮助权的宪法性权利，推广至全美各州法院的审判中。《加拿大权利与自由宪章》第 10 条 (b) 款规定“人人有权在一旦被捕或被拘留时聘请律师和与律师联络而不应有任何拖延，他还应被告知享有这项权利”。

在日本，《宪法》第 34 条规定：“任何人，未直接告知理由，并未直接给予聘请辩护人权利时，不受拘留或者拘禁。”同时，《宪法》第 37 条第 3 款规定，“刑事被告人，不论任何场合都可以聘请有资格的辩护人。被告人自己不能聘请辩护人的，由国家提供辩护人”。日本宪法对刑事辩护规定的内容，一方面明确了任何人在人身自由受到限制时有权聘请辩护人；另一方面明确了刑事被告人不仅在刑事诉讼中有权聘请辩护人，而且如果被告人自己不能聘请辩护人时，将由国家免费提供辩护人辩护。

韩国现行《宪法》第 12 条第 1 款规定，^②“全体国民享有人身自由的权利。任何人非依法不受逮捕、拘捕、关押、搜查和审问，非依法和依合法程序不受处罚、保安处分及强制劳役”。第 12 条第 4 款规定，“任何人受逮捕、拘捕时，有委托辩护律师协助的权利，刑事被告如无力依法雇请辩护律师时，国家可为其指定辩护律师”。

《印度共和国宪法》第 22 条第 1 款规定：“不得剥夺被追诉人与其选定的律师商谈以及由本人选定的律师进行辩护的权利。”

意大利现行《宪法》第 24 条规定：“在诉讼任何阶段和任何情况下，辩护权均为不得侵犯之权利。应以特别法规保障贫穷者拥有在任何法院起诉和辩护的手段。”

《俄罗斯联邦宪法》第 48 条规定：“每个被逮捕、监禁或被控告犯罪的人，有权从被捕、监禁或被控告时起利用律师（辩护人）的帮助。”

在德国，尽管被指控人无限制地获得辩护人的权利在德国宪法中没有明确提及，但是是法治国家一般性的宪法观念的组成部分。^③并且，现行宪法《德意志联邦共和国基本法》第 104 条第 3 款规定，任何人被剥夺自由时有权抗辩。

① 参见 [美] 爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东、徐美君译，64 页，北京，中国人民大学出版社，2002。

② 韩国现行的宪法是 1989 年第 10 次修订后的宪法。

③ 参见 [德] 托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，52 页，北京，中国政法大学出版社，2004。

法国在 1789 年的《人权宣言》中就明确规定“无罪推定”原则，并规定“预审应公开，不得禁止被告人接受辩护人的援助”。同年 10 月法国制宪会议的一项法令规定：从追究被告人犯罪时起就允许有辩护人参加。1793 年法国《雅各宾宪法》进一步规定，国家要设“公设辩护人”。1995 年法国宪法委员会又援用无罪推定、辩护权以及法院是个人自由之保护人原则宣告刑事指令违宪。

1954 年，新中国第一部宪法规定“被告人有权获得辩护”，同年颁布的人民法院组织法具体规定：“被告人除自己行使辩护权外，可以委托律师为他辩护。”从宪法上对辩护制度予以了肯定。十一届三中全会后，我国宪法重新确立了刑事辩护制度，现行《宪法》第 125 条规定：“被告人有权获得辩护。”

由此可见，现代宪政国家，尽管因国情不同而宪法表述各异，宪政进程步伐也不一，但把被追诉者的辩护权写入宪法几乎成为通例，从而使刑事辩护权也从刑事诉讼权利上升为宪法权利，被追诉人辩护权的保障也得以强化。

（二）辩护人

1. 辩护人范围和资格

辩护人是指为犯罪嫌疑人、被告人辩护的人。辩护人身份的获得来源于犯罪嫌疑人、被告人的委托或者国家有关部门的指定。如上所述，辩护人辩护是犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权的主要方式，辩护人辩护的有效性也强于犯罪嫌疑人、被告人的自行辩护。因此，辩护人制度的设立可以弥补犯罪嫌疑人、被告人辩护能力的缺陷和国家司法人员对犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利保障的不足，促进诉讼公正的实现，也有利于法制宣传教育。^①因此，辩护人制度是辩护制度的核心内容，没有辩护人制度，就没有现代意义上的刑事辩护制度。^②

从当今世界范围来看，担任辩护人的人选在不同的国家和地区是有差别的。英美法系的国家和地区，其刑事诉讼实行当事人主义，诉讼依靠控辩双方积极推进，案件真相的发现也主要依靠控辩双方在法庭中的积极辩论。因此，辩护人要胜任辩护，需要其具有娴熟的诉讼技巧。在历史上，英国在 13 世纪就出现了职业律师群体，并成为近现代刑事辩护制度形成的重要条件。因此，当事人主义诉讼模式的特性决定了在英美法系国家和地区的刑事辩护人一般只能由职业律师担

^① 参见田文昌主编：《刑事辩护学》，140～143 页，北京，群众出版社，2001。

^② 参见熊秋红：《刑事辩护论》，14 页，北京，法律出版社，1998。

任，职业律师以外的人选因在法律知识、诉讼经验和诉讼技巧等方面的欠缺，基本不可能在当事人主义对抗制诉讼中有所作为。所以，英美法系辩护人的人选只能为职业律师垄断。而且，即使是职业律师，在英国传统上还分为专门在刑事法庭出庭为被告人辩护的出庭律师（barrister）和只能为出庭律师提供庭外辅助服务的事务律师（solicitor）。^①

但是，在大陆法系国家和地区的职权主义诉讼模式中，辩护人的人选就不仅限于职业律师，可以担任辩护人的人选范围除了职业律师外，还有非律师人员，包括犯罪嫌疑人、被告人的亲属及亲属以外的人。如德国《刑事诉讼法》第138条规定，“准许在德国法院执业的律师以及在德国大学的法学教师，可以被选任为辩护人；对其他人员，只有经法院同意，才准许选任为辩护人；在强制辩护情况中，如果被选任人不属于可以成为指定辩护人的那些人员时，他只准许与这样的一个人共同成为选任辩护人”。根据法国《律师法》第4条第1款规定，“非律师的任何人不得在法院、司法机构以及各种性质的惩戒机构内提供辩护”。但法国《刑事诉讼法》第275条规定，在重罪法庭审判中，“作为例外，审判长得批准重罪被告人请其一名亲属或朋友作为辅助人”。韩国《刑事诉讼法》第31条规定，“辩护人应当从律师中选任，但是，大法院以外的法院在特殊情况下可以许可选任非律师为辩护人”。俄罗斯联邦《刑事诉讼法》第49条规定，“允许律师作为辩护人。根据法院的裁定或裁决，除律师外，刑事被告人的一位近亲属或刑事被告人申请准许的其他人也可以作为辩护人。在和解法官办理的刑事案件中，上述人可以代替律师作为辩护人”。

日本《刑事诉讼法》第31条规定，“辩护人应当从律师中选任。在简易法院、家庭法院或者地方法院，经法院许可，可以选任不是律师的人为辩护人”。我国台湾地区刑事诉讼法规定，“辩护人应选任律师充之。但审判中经审判长许可者，亦得选任非律师为辩护人”。可见，现代刑事诉讼，无论在哪一种诉讼模式中，律师是充当刑事辩护人的首选，只有在特殊的情况下，经过司法机关的批准，才允许非律师担任刑事辩护人。这既是刑事诉讼模式构造上的考虑，也是有效保障被追诉者权益的考虑。

^① 不过这种传统已经被逐渐打破。1969年，英国事务律师协会在一份报告中要求大法官授予事务律师在皇家刑事法院出庭辩护的权利，这一要求在1972年得到大法官的部分同意。1990年英国议会颁布了《法院和法律服务法》（*The Court and Legal Services Act*）。根据这一规定，出庭律师可以直接接触某些当事人，可以与当事人直接订立法律服务合同；合格的事务律师可以被任命为高级法院的法官；允许一切“合格者”在所有法院出庭辩护，而不一定非是出庭律师不可。这样，初步打破了出庭律师垄断刑事庭审辩护的局面。

在中国，担任刑事辩护人的人员范围一直比较广泛。1979年《刑事诉讼法》第26条规定的辩护人范围包括：律师；人民团体或者被告人所在单位推荐的，或者经人民法院许可的公民；被告人的近亲属、监护人。1996年修订的《刑事诉讼法》基本保留了1979年《刑事诉讼法》规定的辩护人范围，只是把被告人的近亲属、监护人扩展到亲友，而“亲友”是一个无法从法律上加以界定的概念。因此，这一规定实际上意味着一切有诉讼行为能力的人均可担任辩护人。1996年《刑事诉讼法》还把正在被执行刑罚或者依法被剥夺、限制人身自由的人排除在辩护人的范围之外。2012年修订的《刑事诉讼法》基本保留了1996年《刑事诉讼法》对辩护人范围的规定，只是在第33条规定刑事诉讼侦查阶段中，担任辩护人的人选只能是律师。我国刑事诉讼法对辩护人的人选范围的宽泛规定，明确了我国不实行刑事辩护的律师垄断制度，这主要原因在于我国律师业不够发达、很多地方执业律师数量不够；另一个可能的原因与我国的法律体制及法律风格有关，因为我国法律属成文法，并且法律文本追求通俗易懂，因此，即使不经过专业训练，也可能熟悉法律，至少能看懂法律，或者自己认为能看懂法律。立法者也假定自己制定的法律是很容易明白、也很容易操作的，因此允许非法律从业人员担任辩护人。当然，立法目的是希望通过几乎不限制辩护人的人选范围的方式，尽量让犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中得到辩护人的帮助。但是，现实状况实际并非如立法者所希望的那样，自20世纪80年代初司法建设恢复以来，我国刑事辩护的实际状况并不令人满意，不仅犯罪嫌疑人、被告人获得律师辩护的比例很低，犯罪嫌疑人、被告人获得律师以外的辩护人辩护的比例更低。^①从我国刑事辩护的现实看，即使是职业律师担任辩护人，其辩护工作的开展也困难重重，那么，作为缺乏法律专业知识、诉讼经验和诉讼技巧的非法律职业人的辩护人，其开展辩护几乎是不可能的。现实中，担任辩护人的非律师人员几乎见不到。可见，尽管在立法上放宽担任辩护人的人选范围，以期达到提高辩护人辩护的立法目的，但非律师人员担任辩护人的实际现状表明立法目的落空是不争的事实。另一方面，在刑事辩护人的资格上，在职业律师之外，我国对非律师人员担任辩护人几乎是没有资格上的要求。实践中，最高法院通过司法解释对不得担任辩护人的情况作出了详细规定，算是对非律师人员担任辩护人的资格限制，具体限制包括正在被执行刑罚的人（指被宣告缓刑和刑罚尚未执行完毕的人）；依法被剥夺、限制人

^① 2011年11月30日，北京市律协首次发布《北京律师蓝皮书》。据该《蓝皮书》数据显示，全国范围内刑事辩护率逐年下降，北京的刑事辩护率更低于全国。2009年，北京律师人均办理0.53件刑事案件，只有全国平均值的1/3，北京80%以上的刑事被指控人没有律师的专业法律帮助。参见朱燕：《八成刑事被告人无律师辩护》，载《新京报》，A18版，2011-12-01。

身自由的人；无行为能力或者限制行为能力的人；人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的现职人员；承审案件法院的人民陪审员；与案件审理结果有利害关系的人；外国人或者无国籍人。但是，对于人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的现职人员以及承审案件的法院的人民陪审员，以及与案件审理结果有利害关系的人、外国人或无国籍人，如果是被告人的近亲属或者监护人，由被告人委托担任辩护人的，人民法院可以准许。^①另外，最高法院还规定，审判人员及法院其他工作人员的配偶、子女或者父母，担任其所在法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人的，人民法院不予准许。^②值得注意的是，其他国家和地区非律师人员担任辩护人的，需要法官的许可或批准，但根据我国刑事诉讼法规定，非律师人员担任辩护人，不需要经过法官的批准。委托非律师担任辩护人，既是我国犯罪嫌疑人、被告人的权利，也是符合法定条件的非律师人员的权利，法官至多进行非律师人员是否符合法定条件的审查，不行使其他国家或地区的批准或许可权。

2. 辩护人的诉讼地位和职责

从西方历史上首度出现专职辩护人的罗马时期，人们就已经在摸索辩护人的角色定位问题。在现代刑事诉讼中，不同诉讼模式的国家基本认可辩护人在刑事诉讼中有其自己独立的诉讼地位。英美学者认为辩护人在刑事诉讼中“既是客户的代理人，又有自己独立的人格，而且为法庭服务”。^③英国正式颁布的《律师行为准则》（第6版）中规定，“开业律师不得：（a）容许其绝对的独立、正直和免受外界压力干扰的自由受到威胁；（b）做有可能危及其独立性的任何事情（如接受礼物）；（c）为迎合其委托人、法院或者第三方而放弃职业标准”。“职务律师的独立性必须是第一位的”。^④因此，英美当事人主义抗辩制诉讼模式下，出庭律师要忠于其委托人，又要保持自己的独立人格，并且为法庭服务，必须慎重处理由于这些角色的冲突而发生的职业道德问题。在德国，尽管有部分学者认为辩护人其实就是受被告人指示控制的代理人，但大部分学者认为辩护人并非单方面为被告人利益之代理人，其也是一类“辅佐人”，立于被告之侧的“独立司

① 参见最高人民法院：《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》（1998年9月2日）第33条。

② 参见最高人民法院：《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》（2000年1月31日）第5条。

③ [美]皮特·莫瑞：《出庭律师的道德》，载江礼华、杨诚主编：《美国刑事诉讼中的辩护》，32页，北京，法律出版社，2001。

④ [英]麦高伟等主编：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，286页，北京，法律出版社，2003。

法机关”。^①所以，辩护人既不是被告人的纯粹的代言人，也不是中立的司法官员。而是司法制度中的独立机构，单方面忠实于被告人的利益。^②日本《刑事诉讼法》第41条规定，“辩护人，以本法有特别规定的情形为限，可以独立进行诉讼行为”。日本学者认为，辩护人承担保护被告人正当利益的任务。只要辩护人的诉讼活动是在行使刑事诉讼法明文规定的权利，就可以与被告人的意思“独立”出来，这是与作为被告人保护人的辩护人地位相适应的。但是，通过辩护人的活动受到保护的应当是被告人本人，因此必须尊重被告人本人的意思。^③

我国台湾学者认为，“基于辩护人担当一定公益功能并且独立于被告意思之外的自主地位，辩护人可谓整个刑事司法体系中自主的司法单元”。^④龙宗智教授则指出，“律师应当独立于当事人，这是律师执业准则的要求，尤其是对刑事辩护律师的要求。律师应当基于法律和事实，为维护被告人的合法权益，不受被告人意志的支配，独立地发表辩护意见”。^⑤辩护人除独立于当事人外，还独立于诉讼中的公安司法机关。“从辩护人与被指控人之间的内部关系看，辩护人原则上不受被指控人意志约束；从辩护人与公安司法机关的外部关系看，辩护人独立于公安司法机关之外起作用。辩护人的诉讼地位可以界定为：辩护人是刑事诉讼中具有独立诉讼地位的诉讼参与者。”^⑥因此，从理论上讲，辩护律师在刑事审判中具有独立的诉讼地位，独立于作为刑事追诉官员的检察官，独立于裁判官，独立于作为其委托人的被告人。^⑦另一方面，各国的刑事司法实践也表明，在刑事辩护中，辩护人作为被追诉者利益的最忠实的维护者，当然应当以被追诉者的利益为重，但是，现代各国法律和律师职业道德又要求辩护人不违背法律、不违背职业道德地维护被追诉者的利益。因此，辩护人不可能以维护被追诉者利益为唯一的目标，辩护人尽管不负有揭露案件事实的客观真实义务，但也不能违背事实和客观地维护被追诉者的利益。当然，辩护人独立于当事人的诉讼地位，在客观上维护了司法公正，但辩护人这种对司法公正的维护，也不能脱离当事人利益。

① 参见[德]克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，148页，北京，法律出版社，2003。

② 参见[德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，61页，北京，中国政法大学出版社，2004。

③ 参见[日]松尾浩也：《日本刑事诉讼法》上卷，丁相顺译，248～249页，北京，中国人民大学出版社，2005。

④ 林钰雄：《刑事诉讼法》，上册，总论编，161～162页，北京，中国人民大学出版社，2005。

⑤ 龙宗智：《刑事庭审制度研究》，351页，北京，中国政法大学出版社，2001。

⑥ 熊秋红：《刑事辩护论》，163页，北京，法律出版社，1998。

⑦ 参见陈瑞华：《刑事审判原理论》，279页及以下，北京，北京大学出版社，1997。

因此，司法实践中，辩护人的诉讼地位也是独立于当事人和司法机关，但又与当事人和司法机关有着紧密的关系。

至于辩护人的职责，现代各国的认识基本一致，并一般在刑事诉讼法和律师职业规范中都进行了规定。英美学者认为，“刑事辩护律师的职责是在法律允许的范围之内积极、有力且全面地为其当事人辩护”。^①“监督警察和政府，为被控者大声疾呼，为公正而战，抵抗不公正，这是刑事辩护律师的职责。”^②美国哈佛大学教授德肖微茨在强调其作为辩护律师全力以赴解救委托人时，也不忘记强调辩护律师使用的手段必须合理合法。^③根据美国律师协会制定的《律师职业行为标准规则》第3节第1条的规定，律师应当对法庭坦率，律师在明知的情况下，不得对法庭就有关事实和法律作虚假陈述，律师不得提供律师本人已经知道是虚假的证据；根据第3条规定，如果律师在提交证据时并不了解其虚假性，到后来才知道，那么，律师应采取适当的补救措施；律师可以拒绝提供他有理由认为是虚假的证据；等等。^④英国律协主席在其声明中规定，“当为受到刑事指控的被告人辩护时，无畏无私地向法庭为被告人提供辩护是律师的职责。判断辩护理由的真伪不是他的职责，也不允许他因辩护的个人意见左右自己的行为……律师对法庭和公众也负有责任”。^⑤日本通说认为：“辩护人的首要职责是通过维护委托人的权益来实现社会的正义和司法的公正。”^⑥德国学者认为，辩护人的职责是对法院诚实与忠于当事人，他不仅要获得并维持当事人的信任，而且也要获得法院的信任，以更有效地为当事人辩护。^⑦联合国《关于律师作用的基本原则》对包括担任刑事辩护人的律师的职责作出规定。第13条规定：“律师对其委托人负有的职责应包括：（a）对委托人的法定权利和义务，以及在与此种权利和义务有关的范围内，对法律系统的运作，提出咨询意见；（b）以一切适当

① [美] 克里斯蒂娜·阿库达斯：《刑事辩护律师的职责》，载江礼华、杨诚主编：《美国刑事诉讼中的辩护》，22页，北京，法律出版社，2001。

② [美] 小约翰尼·L. 库克兰：《你怎能对那些人为辩护呢？》，载江礼华、杨诚主编：《美国刑事诉讼中的辩护》，31页，北京，法律出版社，2001。

③ 参见[美] 艾伦·德肖微茨：《最好的辩护》，唐交东译，导言，4页，北京，法律出版社，1994。

④ 参见[美] 美国律师协会编：《美国律师职业行为标准》，俞兆平等译，135页，北京，中国政法大学出版社，1989。

⑤ 中国政法大学刑事法律研究中心组织编译：《英国刑事诉讼法（选编）》，71页，北京，中国政法大学出版社，2001。

⑥ 彭勃：《日本刑事诉讼法通论》，39页，北京，中国政法大学出版社，2002。

⑦ 参见[德] 托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，62页，北京，中国政法大学出版社，2004。

的方法帮助委托人，并采取法律行动保护他们的利益；（c）在法院、法庭或行政当局面前给委托人以适当的帮助。”第14条规定：“律师在保护其委托人的权利和促进维护正义的事业中，应努力维护受到本国法律和国际法承认的人权和基本自由，并在任何时候都根据法律和公认的准则以及律师的职业道德，自由和勤奋地采取行动。”第15条规定：“律师应始终真诚地尊重其委托人的利益。”我国《律师法》第3条规定，“律师执业必须以事实为根据，以法律为准绳。”2012年修订的我国《刑事诉讼法》第35条规定，“辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益”。可见，刑事辩护人的职责是立足犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，依法维护司法公正，但不能为辩护而参与作伪证、串供等干扰司法机关诉讼活动的行为。

第三章

审前程序的辩护

- 一、审前辩护的价值及与审判辩护的关系
- 二、中国审前辩护的立法进步与制度缺陷
- 三、中国审前辩护制度的完善

刑事审前程序是刑事案件起诉到法院之前的程序。在我国，侦查和起诉程序作为独立的诉讼阶段，尤其是侦查程序，担负着收集犯罪证据、查获揭露犯罪事实，为犯罪的起诉和审判作准备的重要任务，因此，审前程序追诉犯罪的功能越来越受强调。因此，将辩护权在审前程序体现，其价值不可小觑。在实体上，有利于保障犯罪嫌疑人的人权，维护其合法权益；在程序上，通过与侦诉机关的对抗，有利于维系诉讼结构的平衡；从制度上，完善了辩护制度的发展，使辩护功能从审判延伸至审前。

一、审前辩护的价值及与审判辩护的关系

（一）审前辩护的价值

1. 保障人权功能

刑事诉讼法以惩治犯罪和保障人权为己任。基于维护社会秩序的需要，国家赋予追诉机关在审前程序中强大的追诉权力以收集犯罪证据、查获犯罪嫌疑人。就各国审前程序的设计来看，侦查机关毫无例外地均有权对犯罪嫌疑人实施拘捕、搜查、扣押等强制措施，有权采取讯问、勘验、鉴定等查证活动。毋庸讳言，追诉机关的审前措施尤其是侦查权的行使势必导致犯罪嫌疑人的人身自由、财产权利在一定程度上受到限制或剥夺。这是因为，为了国家追诉权的顺利行使，必然要求被追诉人承担一定程度上的忍受义务或受侦讯义务。但是，国家追诉权在行使的过程中，很容易超越正当界限甚至滥用，会对嫌疑人的合法权益造成不当侵害。基于保障嫌疑人人权的考虑，各国在审前程序中采取了两条主线：一是通过司法审查机制，将剥夺公民人身权利的强制措施权力授予中立的司法机关（法院）；二是赋予嫌疑人辩护权，以维护其自身权益。就后者而言，各主要国家在立法中赋予了嫌疑人沉默权，以使其在接受讯问时有自由选择的权利，保障其供词出于自我意志。但除此之外，大多数嫌疑人行使辩护权却会遭受自然意义上的障碍。

在此种情况下，得到专业的辩护律师的帮助是不可缺少的。

在我国，犯罪嫌疑人在审前程序中权利受侵害的可能性更大。一方面，他们并不享有沉默权，却承担“如实回答”的义务。在侦查活动相对封闭的环境下，“如实回答”义务对嫌疑人的精神、心理造成了较多压力。而这一义务的不当强调也在现实中给刑讯逼供提供了可乘之机。另一方面，我国的侦查权力具有单向性的特征，即侦查机关有权单方采取绝大多数的强制措施。就立法规范看，侦查机关在逮捕前可以对嫌疑人控制14天之久，甚至有些情况下还可以延长至30天。如此强大的侦查权力，一旦行使不当确实会对嫌疑人的权益造成严重侵害。

辩护律师介入审前程序，有助于帮助嫌疑人正确地行使辩护权。在绝大多数嫌疑人不懂法律知识、无法有效维护自身权益的现实背景下，专业的律师可以为嫌疑人讲解法律，介绍定罪的法律构成要件，分析罪名成立的可能性，预测以后的量刑情况。此种法律咨询有助于消除犯罪嫌疑人心理上的紧张感和恐惧感，使其尽可能冷静地判断案情，客观地陈述有利于己的事实。另一方面，辩护律师参与审前程序，可以监督侦查机关严格依照法定程序收集证据。对于侦查机关采用的刑讯逼供等非法行为有权进行控告，对无辜的受到追诉的嫌疑人，及时从证据、法律方面提出辩护意见，从而保障犯罪嫌疑人权利不受侵害。

2. 平衡诉讼构造

刑事诉讼构造，是指刑事诉讼法所确立的进行刑事诉讼的基本方式以及专门机关、诉讼参与人在刑事诉讼中形成的法律关系的基本格局，它集中体现为控诉、辩护、裁判三方在刑事诉讼中的地位及其相互间的法律关系。现代世界各国，基于人权保障的理念和需要，防止追诉机关单方权力过于强大和犯罪嫌疑人权利过于弱小，基本上都建立了诉讼式的侦查构造。“无论是英美还是大陆法系国家，其侦查程序都呈现出以下几个方面的发展趋势：（1）普遍建立了针对侦查行为的司法授权和审查机制；（2）普遍建立了对审前羁押的司法控制机制；（3）被告人的沉默权和律师帮助权得到较为普遍的确立；（4）辩护律师在侦查中参与范围得到扩大；（5）普遍通过司法裁判程序对侦查活动进行制约。”^①的确，在现代刑事诉讼中，除了将司法（法官）的力量引入侦查程序以对侦查机关强大的权力进行制约外，犯罪嫌疑人的辩护权利得到加强也是维持侦查程序合理构造的一个重要方面。

刑事诉讼在本质上是犯罪嫌疑人、被告人和国家之间的一种争端。在这种争

^① 陈瑞华：《刑事诉讼前沿问题》，316页，北京，中国人民大学出版社，2000。

端的解决过程中，侦控机关（追诉方）代表着国家利益，具有国家的强制力，而犯罪嫌疑人、被告人（被追诉方）则无强力作为后盾，因此，在刑事诉讼开始进行时，控辩双方的力量就是不平等的。而力量上的不平等，容易导致较弱的一方合法权益被强者所侵害。为了改变这种实质的不平等状态，就有必要对侦控机关的权力进行一定的限制和控制，同时加大对犯罪嫌疑人、被告人的权利保护力度。其中，赋予犯罪嫌疑人在审前程序获得律师帮助的权利就是维持控辩双方地位大致平等的一个重要方面。辩护职能的最重要特征就是防御性及犯罪嫌疑人、被告人的利益性。所谓防御性，是指辩护职能是相对于控诉职能而存在的。没有控诉也就谈不上什么辩护。在英文中，“defense”一词既可以翻译为辩护，也可以翻译为防御。控诉职能的特征是攻击性，与此相对，辩护职能的特征则是防御性，其行使的目的旨在对抗、抵消甚至否定控诉，实现辩护权主体的自我防护。从侦查阶段律师能够从事的工作来看，律师可以为犯罪嫌疑人提供法律咨询、代理申诉、控告，犯罪嫌疑人被逮捕的，律师还可以为其申请取保候审。所有这些权利，其特征都是防御性。正是在这个意义上，辩护权又可以称为防御权。

为了保证辩护律师在侦查阶段能切实维护犯罪嫌疑人的合法权利，西方主要国家都赋予了辩护律师以广泛的诉讼权利。从各国立法来看，辩护律师一般享有以下权利：与犯罪嫌疑人会见、通信的权利；当侦查机关讯问犯罪嫌疑人时在场的权利；调查取证的权利；查阅案卷的权利；对侦查机关违法侦查行为向法院提出异议的权利等。赋予辩护律师广泛的诉讼权利，能够加强辩护方的力量，发挥辩护律师的实质性辩护作用，从而维持审前程序构造的大致平衡。由上可以看出，扩大审前程序尤其是侦查阶段律师的辩护权，应当成为我国完善侦查程序构造的发展趋势。应当指出的是，犯罪嫌疑人获得律师帮助的权利，属于犯罪嫌疑人辩护权的一个方面，提供法律帮助的律师与犯罪嫌疑人共同构成了侦查程序中构造中的一造：辩护方。因此，也可以说，侦查程序构造的完善，有赖于辩护方权利的强化。而辩护方权利的加强，则有助于辩护职能的强化。

3. 辩护的功能延伸

刑事诉讼的进化史就是辩护权发展的历史，此不无道理。一国刑事诉讼中辩护制度的发展程度，直接体现出该国刑事司法的文明、民主程度以及人权保障的程度。传统意义上的辩护仅限于法庭审判活动，并不涉及审前程序。我国1979年《刑事诉讼法》规定，律师只能在审判阶段才能介入，在此之前没有资格参与诉讼。1996年修改《刑事诉讼法》后，律师参与刑事诉讼的时间提前到侦查阶段，但由于律师的地位并没有明确为“辩护人”，因此立法并未承认审前的辩护活动。

直至2012年修改《刑事诉讼法》，明确赋予了律师在侦查阶段的辩护人身份。正如学者所言：三十年来，中国刑事辩护体现出来的一个重要发展脉络和轨迹是从审判辩护向审前辩护延伸。^①在美国，联邦最高法院认为：随着对抗式司法程序的启动，律师辩护权意义上的“刑事诉讼活动”也就开始了，一旦律师辩护权开始适用，它就不仅适用于审判本身，而且还适用于刑事诉讼中的任何“关键阶段”。而对于此类关键阶段，最高法院认为：“如果被指控人没有辩护律师的帮助，将会对被指控人的辩护活动造成实质性影响的任何审前必备程序。”^②

将辩护延伸至审前阶段，主要目的是为了帮助犯罪嫌疑人有效地行使辩护权。从侦查阶段起律师就介入刑事诉讼的立法理由之一是：犯罪嫌疑人被采取强制措施，特别是被刑事拘留逮捕后，本人及其近亲属迫切需要律师提供法律帮助。特别是随着社会活动内容的丰富，法律法规越来越多，公民想深入熟悉并运用各种法律法规越来越不可能，而多数涉嫌犯罪的公民又缺乏应有的法律知识，一旦遇到法律问题，需要律师指导。犯罪嫌疑人人身自由受到程度不同的限制，因此不便于收集有利于己的情况和证据。嫌疑人有的出于种种个人动机和目的而违心自首、坦白或供认犯罪。^③如果辩护律师无法在审前阶段及时介入，犯罪嫌疑人的诉讼权利就难以得到保障，同时追诉机关因没有与之对抗的相对方，便很可能造成公权力的权力扩张，最终侵害到被追诉者的利益。程序的基本对等是程序正义的重要因素。随着“程序正义”理念的深入人心，辩护的功能也必然从审判延伸至审前程序。

（二）与审判辩护的关系

1. 审前辩护为审判辩护奠定基础

审前辩护与审判辩护两者之间存在着紧密的联系。针对侦查程序的重要性，德国学者勃朗特·舒乃曼曾言：“对诉讼结果起决定作用的多数实质性证据都是靠侦查程序收集的，而在侦查程序中犯的误差是根本不能在公开审理阶段得到顺利修正的，其结果便是，对被告人的赌注完全被下在了侦查阶段而非公开审判阶

^① 陈瑞华、田文昌：《刑事辩护的中国经验》，12页，北京，北京大学出版社，2012。

^② [美]约书亚·德雷斯勒等：《美国刑事诉讼法精解》，吴宏耀译，596页，北京，北京大学出版社，2009。

^③ 陈光中、严端主编：《中华人民共和国刑事诉讼法修改建议稿与论证》，150页，北京，中国方正出版社，1999。

段……侦查程序是刑事诉讼的核心和顶点阶段。”^① 为了保障审前程序对事实认定的准确性，不至于发生冤枉无辜的现象出现，刑事司法机关必须具有客观公正的立场，收集有罪、无罪或罪轻的所有证据，以保障嫌疑人的人权。同时，让律师在审前阶段介入，发挥辩护律师的专业特长，及时有效地行使律师的诉讼权利，从而为侦查机关准确认定事实提供担保。如果所有的损害在审前阶段已发生，而律师仅仅在审判阶段介入，那么被告人在审判程序中聘请最好的律师也不会有太大的帮助。正是从这个意义上，日本学者明确地指出：没有侦查辩护就没有审判阶段的辩护，对于嫌疑人和被告人来说，侦查辩护更具有决定性意义。^②

从证据收集的角度看，侦查程序收集的证据往往作为审判程序认定案件事实的重要依据。在我国，由于没有传闻证据规则，审前阶段收集的证据基本上未经太多过滤直接进入庭审，最终作为定案的根据。我国台湾学者就认为，依据一般刑事案件侦办实务经验显示，审前侦查阶段距离案发时间较近，比较容易发现事实真相及搜集证据，审判阶段所依据的事实及证据大多是在侦查阶段建立或取得。而过去众多悬而未决的疑案、难案，其所以在审判阶段一再经上级法院发回重审而难以定罪，原因大多是因为审前侦查阶段没有详尽、合法搜集证据或保障被追诉者合法的权利，以致进入审判阶段时法院没有合法、真实的证据可以作为判决的基础。^③ 如果没有审前辩护，那么不具有证据能力和证明力的证据将十分危险地成为法官心证的基础。从这方面看，审前辩护具有保障庭审证据真实性和合法性的重要功能。

从法律适用的角度看，司法机关在审前程序中需要对嫌疑人的实体罪名进行认定，对其触犯的实体法律条款作出选择，因此面临着正确适用法律的难题。如果没有审前辩护，那么法律的适用就是一种指控机关单向性的活动，无法达到“双向沟通”的“情境”。而如果辩护方注重审前程序的法律适用问题，帮助指控机关准确地认定罪名，就可能取得良好的辩护效果，甚至直接终结诉讼，帮助嫌疑人彻底脱离刑事诉讼。如发生在深圳宝安机场的梁丽拾金案，嫌疑人是深圳机场的清洁工，其被指控将乘客装有价值 200 多万元黄金饰品的一只箱子带回家中。公安机关以盗窃罪将该案移送检察院审查起诉。嫌疑人的辩护律师在审查起诉阶段与检察院充分交换意见后，认为该案嫌疑人的行为不构成盗窃罪。后检察机关解除了对嫌疑人的强制措施，将案件退回公安机关，并建议公安机关将相关材料

① 转引自宋英辉、吴宏耀：《刑事审判前程序研究》，19 页，北京，中国政法大学出版社，2002。

② [日]佐藤博史：《刑事辩护的技术与伦理》，于秀峰、张凌译，56 页，北京，法律出版社，2012。

③ 李宜光：《两岸律师辩护制度之比较——以公正审判为中心》，中国政法大学博士学位论文，30 页。

转交自诉人，由受害人自行决定是否自诉。^① 该案也成为了律师充分重视审前辩护、取得良好效果的典型范例。

不过，在辩护实务中，除了申诉、控告、申请变更强制措施之外，律师进行审前辩护尤其是提出书面的辩护意见显得十分慎重。不少律师都不太愿意在审前阶段与侦控机关对案件进行沟通与交流。有些律师认为，与其提前将辩护意见告知检察官，使检察官进行相应的调查和补正，从而把材料坐实，最终不利于法庭辩护的发挥，还不如先把辩护意见藏起来，留在法庭上突然提出来，给公诉人一个措手不及，有利于庭审获得最佳效果，能够使法庭充分注意并得到采信。但是，也有些律师认为，要充分尊重和重视与检察机关的交流沟通。在审查起诉环节，要与公诉人充分沟通意见，运用法理和证据说服公诉人。律师如果取得相关证据，也应当及时移交给公诉人，让其充分调查，不要在法庭上搞突然袭击。^② 笔者认为，是否进行充分的审前辩护，取决于案件的具体情况与证据的收集情况。如果刑事案件属于一些处于罪与非罪“边缘”的新类型案件，理论界和实务界对其法律定性分歧较大，辩护律师完全可以与侦控机关进行充分的沟通，甚至提交书面的辩护意见进行充分阐释，以说服侦控机关，这样有可能达到撤销案件、不起诉或退回公安机关处理等相当于“无罪”的审前辩护效果。如果辩护律师收集了能够证明嫌疑人无罪、罪轻的书面证据材料，由于书证的客观性较大，基本上没有被补正或改变的可能性，那么律师应当及时在审前阶段进行提交并作充分的沟通。如果律师的辩护意见中涉及相关的证据极容易被补正的，那么律师在审前提交辩护意见需要谨慎，否则在庭审时可能指控方的证据体系已经因为律师的审前辩护而变得更加完整和圆满。因为，审前辩护毕竟是为审判辩护服务的，而不是为控方“查漏补缺”之用。

2. 审判辩护是审前辩护的检验

虽然审前辩护的功能日益为理论界和实务界所关注，但审判辩护仍然具有重要的价值与意义。综观辩护权之发展史，“辩护”从来与审判程序密不可分。在古罗马共和国初期，一种被称为“保护人”的人，在法庭上为被保护人进行辩护和代理，后来逐渐发展为一种高尚的“自由职业”。由于这些人能言善辩，因此也被称为“辩护士”。现代刑事诉讼更是强调控辩平等、裁判中立，即在审判程序中加强辩护权，在诉讼构造建立控、辩、裁的三角模型。尤其在英美法系当事

^① 有关梁丽案的详细情况，参见百度百科：<http://baike.baidu.com/view/3146502.htm>，2013-10-08。

^② 徐宗新：《刑事辩护实务操作技能与执业风险防范》，122页、124页，北京，法律出版社，2012。

人主义模式下，其庭审方式的精髓“主要表现在辩证法式的辩论和对抗上，通过当事人的对抗和辩论，使证据的一切属性得到充分展示，使各种意见得以提出和交锋，法官由此进行评判和取舍，认定事实。”^①在刑事审判中之所以要强调辩护的作用，这是因为控诉方和辩护方具有不同的诉讼职能，控辩双方对案件中某些问题的看法产生分歧或矛盾，是经常的和必然的。建立辩护制度，使被追诉方能够针对指控提出辩护意见，有助于审判机关客观公正地认定刑事案件的事实，防止出现“只了解其中一方”的偏颇，做到“兼听则明”，保障对案件的正确处理。

简而言之，审判辩护是对辩护权在审前程序行使的检验。庭审中辩护人根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，这些辩护意见最后的形成则基于律师在侦查起诉阶段通过一系列的会见、调查取证、阅卷工作而来。辩护方在庭审程序中的出示证据、质证、发表辩护意见均是对审前程序辩护权行使的检验。如果审前辩护工作细致、扎实和客观，那么审判辩护必然也将会条理清晰、逻辑分明，并且具有说服力。从结果论的角度看，最后的判决结果是审前辩护成果的一个成绩单。因为审判辩护的成败直接作用于判决结果，审前辩护权行使得当又决定了审判辩护的有理有据，两者环环相扣，关系密切。

3. 审前辩护和审判辩护在辩护内容上的共性——均有实体性和程序性辩护

实体性辩护和程序性辩护是辩护活动的重要类别。但我国历来有“重实体轻程序”之传统，在立法上更注重前者。我国1996年《刑事诉讼法》第35条规定：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”此条文强调的即是实体性辩护。2012年立法者修改《刑事诉讼法》时，将第35条最后一句话改为“维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益”。修改的主要原因在于，原先的条文过多强调辩护人的实体性辩护职责，对于诉讼程序上存在的违法问题、诉讼过程中侵犯被追诉人诉讼权利的问题如非法取证、超期羁押等问题，立法并未明确辩护人有程序性辩护的职责。而新法对此进行了完善。

实体性辩护主要是辩护人依据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见。而在程序性辩护中，辩护方通过促使法庭对侦查、公诉和审判行为的合法性加以司法审查，来要求法庭排除

^① 左卫民：《刑事程序问题研究》，4页，北京，中国政法大学出版社，1999。

非法证据或者宣告相关诉讼行为无效的辩护活动。在此种辩护形态中，辩护方既不是从有罪事实能否成立、犯罪构成要件是否具备等方面做出无罪的辩护，也不是从诸如被告人是否存在立功、自首、坦白、退赃等从轻或减轻的情节方面，就量刑问题所做的辩护。实体性辩护是辩护制度中的最基本形态，辩护方提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，目的就是进行无罪辩护、罪轻辩护，从而获得有利于辩护方的诉讼结果。这种辩护形态与辩护方参与刑事诉讼的目的直接相关。而程序性辩护是随着刑事诉讼制度的完善以及裁判方司法审查权力的加强而发展起来的。无论是被告人还是辩护人，他们进行此种辩护的最终目的，还是寻求法院宣告指控被告人有罪的证据不足，进行请求法院宣告被告人无罪的结局。因此，从辩护的最终目的来看，程序性辩护是实体性辩护的有益补充。

在审前辩护中，辩护方既可以作实体性辩护，提出嫌疑人无罪或罪轻的材料和意见，也可以作程序性辩护，提出申请变更强制措施、非法取证、超期羁押等程序性意见。在审判辩护中，辩护方可以针对指控方指控的犯罪，提出被告人的行为不符合犯罪构成要件，以及属于正当防卫、紧急避险、意外事件等，或者提出被告人是从犯、悔罪态度好、积极退赃等法定或酌定的从轻减轻量刑情节，建议法庭宣告无罪、判处较轻的刑罚等。也可以进行程序性辩护，针对追诉方的程序违法如非法取证问题，要求法庭进行非法证据排除，或者针对一审程序违法问题，要求二审法院撤销原判发回重审。具体采取何种方式，需要根据案件的具体情况，立足于取得最佳的辩护效果而定。

二、中国审前辩护的立法进步与制度缺陷

1996年《刑事诉讼法》实施之后的实践表明，刑事辩护这一传统的律师业务日渐萎缩，不少律师对刑事辩护失去信心转而从其他法律业务。相关的数据表明，近年来全国律师参与刑事案件的比例不足30%，有的省甚至仅为12%，且其中还包括法律援助案件。^① 律师不愿参与刑事案件的办理，与律师辩护权得不到保障、辩护意见不受重视有密切关系。就审前程序而言，侦查阶段律师的会见权受到重重阻碍，实践中很多案件都被侦查机关以“国家秘密”为由拒绝律师

^① 朱磊：《于宁委员：建议提高刑案律师参与率》，载《法制日报》，3版，2012-03-11。

会见。一些机关故意曲解法律对“安排会见”的规定，将其理解成在48小时内或5日内“安排”会见的时间，至于真正的“会见”，遥遥无期。^①即使已会见在押嫌疑人，侦查机关也“派员在场”，且随时制止、限制律师与当事人的谈话内容。这使律师的会见根本无法达到预期效果，律师有效的辩护意见难以形成。虽然法律规定辩护律师在审查起诉及审判阶段有查阅案卷的权利，但因阅卷范围受限、阅卷安排不及时和阅卷时间较短等问题导致律师阅卷权的行使亦成为一大难题。此外，律师审前辩护意见大多不受重视。以往，相关的实证调查显示，在律师所办案件中，发现侦查中有刑讯逼供等违法行为，向检察机关提出后的共有562件，经调查得到处理的为87件，处理率仅为15.5%；在检察机关在审查起诉阶段未听取律师辩护意见的次数多于听取意见的次数，两者之比为1.76。同样，在检察机关对无罪、罪轻辩护意见的处理结果中，坚持起诉并不作说明或解释不合理的占绝大多数。^②甚至有个别地方的检察院出台内部规定，在起诉之前不准见律师，与律师会谈需要经过特殊批准。^③

律师辩护权的行使遭受重重障碍，律师从事刑事辩护活动的积极性严重受挫，无疑会使刑事诉讼中被追诉人的权利保障受到严重影响。这也引起了立法机关的高度重视。2012年刑事诉讼法的修改，将辩护制度作为重点修改内容，目的就是通过对立法修改积极保障律师辩护权的行使，促进律师积极进行刑事辩护。

（一）审前辩护制度的立法进步

2012年《刑事诉讼法》修改在诸多方面均有重大进步，尤其在辩护制度方面，吸收了2007年《律师法》规定的部分内容，扩大了辩护律师审前阶段的诉讼权利，具有显著的进步意义。

1. 明确了侦查阶段律师的地位

1996年《刑事诉讼法》只是规定侦查阶段犯罪嫌疑人有权聘请律师，并未明确律师在侦查阶段的诉讼地位，致使理论上对律师的身份有“法律辅佐人”“法律帮助者”“辩护人”等诸多争论。新《刑事诉讼法》第33条第1款规定：“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托律师作为辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护

① 汪海燕：《合理解释：辩护权条款虚化和异化的防线》，载《政法论坛》，2012（6），26页。

② 参见陈瑞华主编：《刑事辩护制度的实证考察》，122～123页，北京，北京大学出版社，2005。

③ 参见张军、姜伟、田文昌：《控、辩、审三人谈》，91页，北京，法制出版社，2001。

人。”立法显然明确了侦查阶段律师的“辩护人”地位，结束了长期以来侦查阶段的律师“名不正、言不顺”的窘境。应当说，立法对侦查阶段律师地位的明确，有助于保障律师会见权、调查取证权、申请变更和解除强制措施等权利的及时行使，也有助于提高辩护律师在审前程序中的诉讼地位，从而增强辩护的对抗性。

2. 扩大了法律援助范围

修改后的《刑事诉讼法》第34条完善了法律援助制度。有利于进一步保障犯罪嫌疑人、被告人的辩护权和其他权利，充分发挥辩护律师在刑事诉讼中的作用。第34条第2款规定：“犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人，或者是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人，没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”第3款规定：“犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑，没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”这两款条文一方面扩大了法律援助的对象范围；另一方面扩大了法律援助的适用阶段，将原先仅能在审判阶段进行指定辩护修改为在侦查、起诉、审判阶段均可以提供法律援助。此外，考虑到《法律援助条例》规定了因经济困难或者其他原因应当提供法律援助的具体条件，并规定由法律援助机构进行审查，以及由法律援助机构对指定辩护律师进行选择的实际，第34条第1款将人民法院“指定辩护”修改为本人及近亲属向法律援助机构提出申请。这既符合我国刑事法律援助的实际，也更有利于保障犯罪嫌疑人、被告人辩护权的行使。

3. 审前阶段律师的辩护权限有所增加

本次《刑事诉讼法》修改的一大亮点在于扩大了律师审前阶段的辩护权，较大幅度地与2007年《律师法》做了衔接。其一，增设了辩护律师可以向侦查机关了解案情和提出意见的权利。新法第36条在原有提供法律帮助、代为申诉、控告的基础上，增加了向侦查机关了解案情权和提出意见权。并且，新法第159条的规定为律师提出意见权提供了实质性的保障，即“案件侦查终结前，辩护律师提出要求的，侦查机关应当听取辩护律师的意见，并记录在案。辩护律师提出书面意见的，应当附卷”。这也保障了侦查阶段律师提出意见的辩护权利。其二，增加了侦查阶段与在押嫌疑人的通信权。新法第37条第1款：“辩护律师可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可，也可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。”原先仅在审查起诉阶

段才享有的“通信权”延伸到侦查阶段。其三，增加了审查起诉阶段可与嫌疑人核实有关证据的权利。新《刑事诉讼法》第37条第4款规定：辩护律师“自案件移送审查起诉之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据”。长期以来，对辩护律师能否在会见时把案卷材料出示给犯罪嫌疑人、被告人阅览，理论和实务界看法不一。司法机关普遍认为，律师不得将案卷材料交予嫌疑人、被告人阅览，否则就有泄密之嫌，甚至实践中还出现过因此种行为而追诉辩护律师刑事责任案件。此次立法考虑到自审查起诉阶段起案件的事实已经查清，主要证据已经固定，辩护律师核实证据不致影响侦查活动的顺利进行，因此明确了律师与嫌疑人、被告人核对证据的权利。其四，扩大了审查起诉阶段案卷的查阅范围，新刑诉法第38条：“辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。”较原法条规定的“查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料”，辩护律师的阅卷权有明显扩大，有利于辩护人获得较为全面的案件信息，更好地为被追诉人辩护。其五，增加了律师申请调取无罪或罪轻证据的权利。新刑诉法第39条规定：“辩护人认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或罪轻的证据材料未提交的，有权申请人民检察院、人民法院调取。”由于法律修改后辩护人在审查起诉阶段的阅卷范围已经明显扩大，且律师有与犯罪嫌疑人核实证据的权利，因此，律师非常有可能发现侦控机关收集的无罪、罪轻的证据没有被随案移送，仍需要向司法机关调取证据。因此，此条规定对确保案件证据的完整性、保障案件的公正裁判有重要意义。

4. 完善了律师会见制度

为解决律师会见难问题，此次新刑诉法对会见制度做了重大完善。主要体现在四个方面：（1）对于一般性案件，律师持执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函即可无障碍会见在押的犯罪嫌疑人、被告人，吸收了《律师法》持三证会见的优点，防止侦查机关借故拖延或者拒绝等情形。（2）对于特殊的三类案件实行批准会见。对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件，在侦查期间辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关许可。此点虽与《律师法》“所有案件实行无障碍会见”不同，但立法机关认为，规定三类案件需经许可会见，是基于维护国家安全、公共安全角度的考虑。此外，《律师法》规定的律师无障碍会见在实际施行中困难重重，如此规定更有可操作性。（3）规定了看守所及时安排会见义务，明确了最长时间。即看守所应当及时安排会见，至迟不得超过48小时。按照司法解释的规定，辩护律师要求会见在押

的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所应当及时安排会见，保证辩护律师在 48 小时内见到在押的犯罪嫌疑人、被告人。（4）明确了律师会见时不被监听。律师与犯罪嫌疑人、被告人的谈话内容“不被监听”，保证了两者交流的保密性，符合国际通行惯例，也有利于辩护作用的发挥。“不被监听”既包括有关机关不得派员在场，不得通过任何方式监听律师会见时谈话内容，也不得对律师会见进行秘密录音。^①

5. 增加在侦查讯问或采取强制措施时告知嫌疑人委托辩护人的规定

新刑事诉讼法第 33 条第 2 款规定：“侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。”考虑到实践中绝大多数犯罪嫌疑人的法律意识淡薄，很多情况下在被讯问或采取强制措施时不知道自己享有哪些权利包括委托辩护人的权利。如果等到审查起诉阶段甚至审判阶段再告知其有权委托辩护人，犯罪嫌疑人在侦查阶段无法得到充分的法律咨询，对于非法取证、超期羁押等违法行为无法进行有效的申诉和控告，不利于维护其合法权益。因此，此条明确了侦查机关对犯罪嫌疑人的法定告知义务，这对于保障犯罪嫌疑人及时获得辩护人的法律帮助有重要意义。

6. 改变了追诉辩护人刑事责任的程序机制

新刑事诉讼法第 42 条第 2 款规定了追诉辩护人刑事责任的程序机制。第一，规定了“辩护人涉嫌犯罪的，应当由办理辩护人所承办案件的侦查机关以外的侦查机关办理”。即侦查辩护人所承办案件的侦查机关，不能再侦查辩护人涉嫌犯罪的案件，应当由异地的侦查机关进行侦查。这样规定，主要基于以下考虑：首先，防止本案侦查机关对辩护律师进行报复性追诉，滥用伪证罪的规定。其次，维护原侦查机关的形象和声誉。如果由原来的侦查机关立案侦查其所承办案件中辩护人涉嫌犯罪的行为，势必在外界产生其利用职权打击报复的质疑和担心，对侦查机关的形象和声誉显然不利。再次，降低辩护人的职业风险，促进律师辩护率的提高，维护司法公正。^② 第二，明确了追诉律师刑事责任应当及时通知律师所在的律师事务所或所属的律师协会。此种规定，也有助于律师事务所和律师协会及时进行调查、掌握情况，维护涉案律师个人的合法权益。

^① 朗胜主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，76 页，北京，法律出版社，2012。

^② 陈光中主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改条文释义与点评》，40 页，北京，人民法院出版社，2012。

7. 增加了辩护人的申诉控告权

新刑事诉讼法第47条赋予了辩护人以申诉、控告权：“辩护人、诉讼代理人认为公安机关、人民检察院、人民法院及其工作人员阻碍其依法行使诉讼权利的，有权向同级或者上一级人民检察院申诉或者控告。人民检察院对申诉或者控告应当及时进行审查，情况属实的，通知有关机关予以纠正。”从刑事辩护的实践来看，我国辩护律师在诉讼过程中常处于弱势地位，在履行辩护职责时，经常遇到“会见难”“取证难”“阅卷难”等障碍。为防止实践中律师权利受侵害却求助无门，必须给予其自身权利救济的申诉、控告途径。新法规定了在此种情况下辩护人可以向作为法律监督机关的检察机关申诉或控告，有助于保障律师的诉讼权利不被任意侵犯。

（二）审前辩护制度的规范不足

1. 侦查阶段律师的调查取证权未被明确

新刑事诉讼法第41条规定：“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。”从条文的形式看，该条与1996年《刑事诉讼法》第37条对律师调查取证权的规定并未二致。然而，因新刑诉法已经将侦查阶段的律师诉讼地位明确为辩护人，那么作为辩护人的律师是否在侦查阶段享有调查取证权，确实是一个值得探究的问题。

有意见认为，由于新刑诉法第36条已经明确规定了辩护律师在侦查阶段的诉讼权利，在该条中并没有调查取证的权利，因此侦查阶段律师不得调查取证，第41条之规定仅仅是针对审查起诉和审判程序而言的。并且，第41条前半段话是律师自行取证，后半段话是律师申请司法机关取证，因检察院、法院分别主持审查起诉阶段和审判阶段，检察院除自侦案件外并非侦查活动领导者，法院更是无权介入侦查，因此从第41条两款法条的整体性理解，侦查阶段律师没有调查权。也有意见认为，结合新刑诉法第40条之规定，辩护律师可以在侦查阶段收集不在犯罪现场、未达刑事责任年龄、不负刑事责任的精神病人的证据，如果没有调查取证权，则辩护律师无法收集这些无罪证据。如有学者认为，侦查阶段辩护律