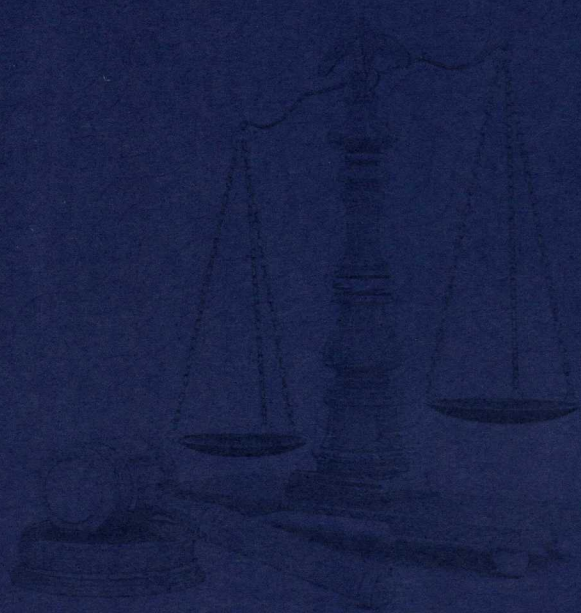


刑事辩护^的 专业化与精细化

刘绍奎◎著



中国政法大学出版社

刑事辩护的 专业化与精细化

刘绍奎◎著



中国政法大学出版社

2018·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑事辩护的专业化与精细化/刘绍奎著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 10
ISBN 978-7-5620-8676-5

I. ①刑… II. ①刘… 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(2018)第242825号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址	北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	保定市中画美凯印刷有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	21
字 数	340千字
版 次	2018年10月第1版
印 次	2018年10月第1次印刷
定 价	59.00元

本书法律文件全称简称对照表

序号	全称	简称
1	《中华人民共和国宪法》	《宪法》
2	《中华人民共和国刑事诉讼法》	《刑事诉讼法》〔1〕
3	《中华人民共和国刑法》	《刑法》
4	《中华人民共和国监察法》	《监察法》
5	《中华人民共和国律师法》	《律师法》
6	最高人民检察院关于印发《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》的通知	最高检《同步录音录像规定》
7	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部印发《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》的通知	两院三部《办理死刑案件证据规定》
8	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部印发《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的通知	两院三部《非法证据排除规定》
9	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部印发《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》的通知	两院三部《关于量刑程序规定》
10	最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释》	最高院《刑事诉讼法解释》
11	最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》	最高检《检察院诉讼规则》
12	公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》	公安部《刑事程序规定》

〔1〕 如无明确说明，本书中引用的《刑事诉讼法》是指现行《刑事诉讼法》。若引用的不是现行《刑事诉讼法》，会说明具体通过的时间，如 2012 年《刑事诉讼法》等。其他法律文件亦采取类似表述。

续表

序号	全称	简称
13	最高人民法院印发《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》的通知	最高院《防范冤假错案机制》
14	公安部关于印发《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》的通知	公安部《录音录像规定》
15	最高人民检察院、公安部《关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定（试行）》	检察公安《社会危险性规定》
16	《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》	检察院《羁押必要性规定》
17	最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》的通知	两院三部《电子证据规定》
18	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部印发《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》的通知	两院三部《以审判为中心意见》
20	最高人民法院印发《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》的通知	最高院《以审判为心实施意见》
21	最高人民法院于实施修订后的《关于常见犯罪的量刑指导意见》的通知	最高院《量刑指导意见》
22	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部印发《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的通知	两院三部《严格排除非法证据规定》
23	最高人民法院于印发《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》的通知	最高院《一审调查规程》
24	最高人民法院于印发《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）》的通知	最高院《庭前会议规程》
25	最高人民法院于印发《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》的通知	最高院《排除非法证据规程》
26	江苏省高级人民法院《〈关于常见犯罪的量刑指导意见〉实施细则》	江苏省高院《量刑实施细则》

序 言

PREFACE

就世界各国刑事诉讼法的发展过程来看，刑事诉讼法修改的历史就是辩护权不断得到扩大的历史。我国近年来修改的《刑事诉讼法》同样体现了这一特征。在我国法治不断发展的过程中，立法上给予了刑辩律师更多的辩护权。这种辩护权的扩大既体现了对辩护权的保护，同时更为刑辩律师增添了一份责任。刑辩律师只有充分利用法律赋予的权利为犯罪嫌疑人、被告人提供更加专业和优质的服务，才能不辜负犯罪嫌疑人、被告人的要求及立法期望。

近年来，连续出现在中国刑事司法领域的重大错案、冤案在社会各界引起巨大反响。从云南的杜培武到湖北的佘祥林、河南的赵作海和李怀亮、河北的李久明和聂树斌、湖南的滕兴善，再到浙江的张高平和张辉、内蒙古的呼格吉勒图等，直到2018年吉林的刘忠林。2018年4月20日，吉林省高院再审宣判刘忠林故意杀人案，宣告刘忠林无罪，被囚禁25年多的刘忠林已于2年前刑满释放，此时刘忠林已50岁。这些错案冤案涉及的地域范围很广，不仅出现在较偏远的内陆地区，也出现在经济文化较为发达的江浙地区；涉案的当事人不仅包括普通的百姓，也包括原在公安机关工作的警察。而且，这些重大错案冤案的刑罚基本涉及死刑。反观发现错案冤案的原因，很大程度上依靠的是“亡者归来”或“杀手重现”，而不是依靠在案件办理过程中发现错案，并启动事后的错案纠正机制。在考量司法机关的执法过程存在问题的同时，我们不仅要问：律师作为刑事司法环节中的重要一环，他们在哪里？律师的作用在哪里？刑辩律师如何通过提高自身的能力尽量避免冤假错案的发生是每一位刑辩律师都应思考的问题。

从我国的传统辩护情况来看，实践中的传统辩护与犯罪嫌疑人、被告人的要求和立法上的期待显然存在一定差距。按照陈瑞华教授的观点，传统辩

护的特征主要体现在以下方面：第一，传统辩护大多为粗线条的宏观辩护。在这种辩护方式下，往往以无罪辩护为第一要素，更加注重和强调从犯罪构成的角度对控方观点提出辩护意见。第二，传统辩护重实体辩护、轻程序辩护。这与我国司法环境中长期存在的重实体、轻程序的传统观念相关，也与司法裁判中对程序性的辩护意见采纳少的现状相关。传统辩护之所以存在前述特征，既有立法上的原因，也有实践上的原因，这也是我国向法治社会迈进过程中难以逾越的阶段。不过，正如前文所述，在法治不断发展和辩护权不断得到扩大的当今社会，传统的辩护模式已经不能适应法治发展的要求。作为刑辩律师，应当依据法律赋予的各项权利为犯罪嫌疑人和被告人提供更加专业化和精细化的服务。

刑事辩护必须体现专业性，刑事辩护绝非“形式辩护”。只有充分掌握和运用专业性知识和技巧，才能实现有效辩护，才能体现并实现刑辩业务的特殊性。社会分工对社会发展的促进作用在此不再赘述，在我国社会经济文化不断发展的今天，法律服务业同样蓬勃发展。我们可以极其明显地体会到诸如从事证券业务、知识产权业务、房地产业务、涉外业务甚至是公司破产业务的律师在专业化发展方面的快速步伐及其成果，普通律师如果没有涉足并经一定时间的锻炼，难以胜任其中的工作。但刑事辩护业务作为律师业务中最传统当然也是最重要的部分，其专业性并没有得到足够的认可。这与刑事法律作为基础的法律学科有关，所有律师在学习过程中均涉略过相关内容。当然，这也与许多律师在从事刑事辩护过程中，没有真正认识到刑事辩护的专业要求有关，只是自我感觉已通门径。刑事辩护业务之所以说是律师业务中最重要的重要组成部分，是因为其业务内容与人的生命和自由紧密相连。社会越发展，经济越发达，生命和自由的地位就越高。我们经常可以听到一些颇具经济实力的人士发出以下感慨：“只要不是人的问题，凡是钱能解决的都是小问题。”为了避免错误追究人的责任、避免错误剥夺人的生命和自由，法律从各个方面均规定了严格的条件，既包括实体上的条件，也包括程序上的条件。这些条件不是单一的，而是浑然一体的；这些内容不仅是表面的文字性、技术性立法，而是深层次地反映了对社会、对法学理论的认识态度和水平。以非法证据排除为例，这一制度的确立和发展过程既是对我国司法实践中存在的问题的总结，也体现出对人权保障水平的提高。其涉及的内容包括立法背景、条文规定、操作程序、操作技巧等一系列的刑事专业问题。对于类似

的专业问题，律师若没有经过对刑事法律的潜心研究和长期实践，是不可能切实为犯罪嫌疑人或被告人服务的，这与刑辩律师的要求必然存在差距，这就是刑事辩护的专业性。

为犯罪嫌疑人、被告人提供高水平的专业服务，应当落实在具体工作上，应当通过一项项的精细化服务体现刑事辩护的专业性。可以说，刑事辩护的专业性与精细化服务是本质与形式的关系，二者密不可分。如何实现刑事辩护业务的精细化，同样存在形式要求与内容要求两个方面。就形式要求来讲，就是指刑辩律师在处理案件过程中，在形式上应当完成的工作类型和内容。法律为我们规定了最明确的工作类型，这是刑辩律师从事辩护业务的最基本标准。刑辩律师如果没有完成这些工作，可以断定其提供的服务是不完全的、是没有达到刑辩律师从事业务最基本要求 and 标准的。本书的主线即是根据前述思路来展开的，梳理了刑事辩护中最基本当然也是最重要的工作类型。就内容上的要求来讲，刑事辩护律师在从事相关类型的工作之时，应当提高服务水平，而且应当达到最低的服务要求，达到精细的程度，这也是将本书定名为《刑事辩护的专业化与精细化》的原因之一。本书针对不同类型的辩护，提出了不同的辩护方法和要求，这些方法和要求必然应在辩护过程中得以运用并实现，否则同样达不到刑辩律师从事业务精细程度的要求。

本书的框架结构以侦查、审查起诉、审判等基本的刑事诉讼程序为主线，针对刑辩律师在不同的诉讼阶段应当从事的具体工作及工作方法和要求提出相关意见。为便于读者阅读和把握相关内容，作者在所在章节的开始部分以表格方式罗列出在相应诉讼阶段刑辩律师应当从事的工作概况。然后在随后的内容中就具有一定复杂性的问题作出具体解释和说明。在此说明，随后作出解释的内容，并不代表该项辩护工作相对于没有被解释的内容更为重要，笔者认为凡是表格中罗列的内容，每一项均是重要的、必不可少的，只是没有解释的内容，其相对较为简单，争议不大，因此不再说明，而且本书由于篇幅上的限制，也不可能对所有问题均一一说明。为进一步增强本书的实际操作性，书中包括部分具体的操作案例，这些案例大多是作者本人在从事刑事辩护中实际遇到的，出于相关原因，作者在撰写过程中，并没有使用真实的姓名或名称等，但相关事实均是真实的。

刑辩律师作为“为生命和自由辩护的职业”，其不仅仅是犯罪嫌疑人、被告人的利益保护者，更是公平正义规则的推动者和呐喊者。一切客观因素、

环境因素都不足以成为律师逃避参与刑事辩护的借口和理由。刑辩律师应当具有更高的追求，献身法治的理想与信念，通过积极参与改变现实境遇而不负律师作为“法律之师”的崇高使命。

刘绍奎

2018年5月7日初写

2018年6月28日改订于南京

目 录

CONTENTS

序 言	- 001 -
第一章 刑辩律师的角色定位和职业伦理	- 001 -
一、中国古代至清末时期的“律师”——讼师	- 002 -
二、“律师”作为法律工作者称谓的缘起	- 008 -
三、清末民初时期律师的产生与角色定位	- 010 -
四、新中国成立后律师制度的发展及刑辩律师的实践特点	- 014 -
五、刑辩律师角色定位的国际比较	- 027 -
六、我国刑辩律师的角色定位——地位平等的诉讼主体	- 030 -
七、刑辩律师的职业伦理具有“非道德性”特征	- 047 -
第二章 侦查阶段辩护工作要求与实施	- 059 -
一、侦查阶段辩护工作纲要	- 059 -
二、侦查阶段第一次会见犯罪嫌疑人的工作要求	- 060 -
三、就逮捕必要性向检察机关提出律师意见	- 075 -
四、就羁押必要性向检察机关提出律师意见	- 090 -
五、对犯罪嫌疑人进行心理疏导	- 098 -
六、在侦查阶段提出的综合性意见	- 099 -

第三章 审查起诉阶段辩护工作要求与实施	- 103 -
一、向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据	- 104 -
二、收集、调取与本案有关的证据材料	- 115 -
三、确定基本的辩护思路	- 129 -
四、向人民检察院提供综合性的辩护意见	- 130 -
第四章 审判阶段辩护工作要求与实施	- 135 -
一、审判阶段辩护工作纲要	- 135 -
二、围绕《起诉书》进一步审查案件的事实、证据， 梳理控方的逻辑主线	- 136 -
三、会见被告人，征求其对《起诉书》的意见	- 137 -
四、申请召开庭前会议	- 138 -
五、刑辩律师庭审辩护策略的基本原则	- 148 -
六、庭审中对被告人发问的方法与技巧	- 152 -
七、庭审质证的方法与技巧	- 160 -
八、辩护的分类与选择	- 162 -
九、法庭辩论的基本要求、方法和技巧	- 185 -
十、二审阶段的特点和辩护要求	- 192 -
十一、认罪认罚从宽处理制度中的有效辩护	- 195 -
第五章 非法证据排除规则在辩护中的运用	- 200 -
一、非法证据排除程序的相关规定及立法进程	- 200 -
二、非法证据与非法证据排除规则概述	- 207 -
三、非法证据排除程序的特征	- 210 -
四、非法证据与违法证据、瑕疵证据、真实性存疑证据和 资格待定证据	- 212 -
五、非法证据的范围和分类	- 217 -

六、是否构成非法证据的判断标准	- 219 -
七、认定非法证据的程序及效力	- 236 -
八、辩护人运用非法证据排除的其他问题	- 248 -
 第六章 审查证据的原则、方法与展开	- 251 -
一、审查证据的目的	- 251 -
二、审查案件材料的基本原则	- 252 -
三、审查卷宗材料的基本方法	- 255 -
四、对物证、书证的审查与判断	- 265 -
五、对证人证言、被害人陈述的审查与判断	- 269 -
六、对被告人供述和辩解的审查与判断	- 272 -
七、对鉴定意见的审查与判断	- 278 -
八、对勘验、检查、辨认、侦查实验的审查与判断	- 294 -
九、对视听资料、电子数据的审查与判断	- 297 -
十、审查诉讼文书、技术性材料的具体方法和应当注意的问题	- 302 -
十一、制作满足办理案件需求的阅卷笔录	- 305 -
 后 记	- 320 -

刑辩律师的角色定位和职业伦理

不同的人对刑辩律师^{〔1〕}会有不同的评价。比如，在一些公众眼中，刑辩律师就是一群拍好警察、检察官和法官的马屁，然后用社会关系“捞人”赚钱的人；在少数司法人员眼里，刑辩律师可能是一个不断制造麻烦、总是对案件吹毛求疵、影响案件正常进展的人；在许多律师眼中，刑辩律师收入低、风险高、办案过程难，是一个“看起来很美、说起来很麻烦、听起来很阔、做起来很难的职业”。刑辩律师作为一种职业似乎并不是看上去的那么幸福。

当然，我们在此考量刑辩律师的“幸福指数”并不是根本目的，其关键在于：在很大程度上，一个国家的刑辩律师的幸福指数在一定程度上直接反映了该国国民的幸福指数，反映了一个国家国民权利的保护状况，反映了一个国家民主和法治程度！分析刑辩律师存在前述问题的原因是多方面的，其核心与社会公众、司法机关工作人员以及律师自身，对刑辩律师的角色定位认识不清具有重要关系。^{〔2〕}厘清刑辩律师的角色定位不仅是司法机关维护社会公正的需要，还是律师自身生存与发展的需要。如果在程序设计中参与者在程序中的角色没有给出相对合理的界定，如果参与主体没有准确理解并把握自己的定位，就必然会增加运行成本。这不仅会影响预期目的的实现，

〔1〕 关于刑辩律师的称谓，本书一般会表述为刑辩律师，有时亦表述为辩护人、律师、刑事律师等，在本书基本属于同一含义，未作特殊区分。若由此给读者带来阅读上的误解，深表歉意。

〔2〕 关于律师的角色，可以从不同角度进行分析，比如律师是一个法律人的同时，还是一个文化人、经济人，甚至是政治人等。由于本书着重于说明刑辩律师在刑事诉讼过程中的角色及影响，因此对于其他问题未作研究。

而且会使该程序的运行偏离预定目标。角色定位是程序设计和运行的基础性工作,^{〔1〕}准确界定刑辩律师的角色定位并实现各界对刑辩律师角色以及对应的职业道德的认同,是刑辩律师脱离困境的基础性途径。

我们认为,分析刑辩律师的角色定位必须考查其历史演变过程,应与当时的政治经济、风俗习惯等密切联系起来。瞿同祖先生指出:法律是社会产物,是社会制度之一,它与风俗习惯有密切的关系,它维护现存的制度和道德、伦理等价值观念,它反映某一时期、某一社会的社会结构,法律与社会的关系极为密切。因此,我们不能像分析法学派那样将法律看成一种孤立的存在,忽略其与社会的关系。任何社会的法律都是为了维护并巩固当时的社会制度和社会秩序而制定的,只有充分了解产生某一种法律的社会背景,才能了解这些法律的意义和作用。^{〔2〕}霍姆斯同样认为,历史“犹如一面魔镜,我们看到其中所映射出的不仅有我们自己的生活,还有所有前人的生活”^{〔3〕}。与前述观点相对应,只有了解前人的生活,才能真正理解我们现在的状况。

一、中国古代至清末时期的“律师”——讼师^{〔4〕}

(一) 春秋战国时期的讼师

中国古代并没有严格意义上的律师,一般被称为“讼师”,讼师并非代现代意义上的律师,相当于“准律师”的角色。所谓讼师,是指古时精通法律、狱讼,替人写诉状及指点如何告状、陈词的专门职业人员。^{〔5〕}“讼师”的称谓最早见于《周礼·秋官·司寇第五·小司寇》,该书记载了郑国以邓析为代表的^{〔5〕}第一代讼师。他凭借着对法律知识的精通及能言善辩,进行的是“以非为是,以是为非,是非无度,可与不可日变,所欲胜因胜,所欲罪因罪”的

〔1〕 王九川:“论辩护律师在刑事诉讼中的角色定位”,载 <http://www.king-capital.com/templates/second/index.aspx?nodeid=46&page=ContentPage&contentid=1122>,访问日期:2014年8月19日。

〔2〕 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局出版社2003年版,第8页。

〔3〕 [美] 霍姆斯:《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》,明辉译,清华大学出版社2007年版,第186页。

〔4〕 本节内容主要参考①郭建:《獬豸的投影》,上海三联书店2006年版;②傅国涌:《追寻律师的传统》,北京联合出版公司2012年版;③党江舟:“中国传统讼师文化研究”,中国政法大学2003年博士学位论文。

〔5〕 李栋:“讼师在明清时期的评价及解析(上)”,载《中国法学》2013年第2期。

辩护。委托人想打赢官司他就有办法让他赢，想让罪名成立他也有办法使人身败名裂，弄得郑国“是非无度，而可与不可日变”。《吕氏春秋》记载了邓析的一个经典故事：一条河涨水淹死人，尸体被人打捞起来，以此要挟死者家属出高价。邓析对前来求教的家属说：一分钱也别多出，捞尸人除了能把尸体卖给你家，别人谁愿意出钱买？等着他着急吧。随后他又对来求教的捞尸者说，打捞费一分也别降价，除了能从你手里之外，家属到别处没法赎回遗体。同时他还传授法律知识，“与民有讼约者，大狱一衣，小狱襦。民之献衣襦而学讼者，不可胜数”。邓析还私自编纂了一部法典，刻在竹简上，史称《竹刑》，并提出“事断于法”的主张。^{〔1〕}郑国的执政大夫子产无法接受邓析这种拿他自己出台的法律来对付官府的行为，认为邓析的行为是“五公好之则乱法，百姓好之则乱事”，最终将邓析杀掉，从而郑国“民心乃服，是非乃定，法律乃行”。邓析的命运是中国古代讼师的命运缩影。梁治平先生认为：“在传统的社会里面，讼师素来受人轻贱，他们的形象……是贪婪、冷酷、狡黠、奸诈的，最善于搬弄是非，颠倒黑白，捏词辨饰，渔人之利。”^{〔2〕}

在战国时期占了上风的法家理论强调法律要公开，认为这样可以使官吏不能欺负百姓，老百姓知道法律可以因为害怕而躲避犯罪。不过法家似乎并不主张人们学习法律来为自己或别人提供法律的帮助。而是提倡见了违法的事要立即揭发，自己犯了法要赶紧认罪，不得反复争辩，意图脱罪，烦扰官司。与法家思想相左的儒家思想则认为，争讼本身就是件不值得提倡的事，像邓析这样教导人们如何去打官司，为蝇头小利争论不休，是毒化人们的善良天性，是使民风日薄的罪魁祸首，必须要予以严惩。因此在大多数问题上都是针锋相对的儒家和法家思想，在禁止邓析之流方面的意见却是高度统一的。^{〔3〕}

（二）秦汉至明清时期的讼师

后世的统治者仍然继续着这一思路，把这一行当称之为“讼师”，或者叫作“讼棍”“哗徒”，通过立法严禁或严加限制。秦朝以法为教的目的是使人民学法知法而守法，并不是知法而用法；以吏为师的目的是让人民停止向邓

〔1〕（春秋）邓析：“事断于法书《竹刑》”，载《河南法制报》2012年3月12日。

〔2〕梁治平：《法意与人情》，中国法制出版社2004年版，第275~276页。

〔3〕郭建：“《亨利六世》受诅咒的律师”，载《法律与生活》2008年第19期。

析之流学习，以免他们开启民智而不服统治。如果有人敢对法律议论或增减一字皆以重罪处罚，秦朝史无前例的文化专制实际上已经不可能使讼师存在了。^{〔1〕}汉朝董仲舒等人提倡《春秋》决狱，儒家思想被全面作为司法领域的指导思想，诉师的地位可想而知。《唐律疏议·斗讼》专门设有“为人作辞牒”的律条：“诸为人作辞牒加增其状、不如所告者，笞五十。若加增罪重，减诬告一等。”^{〔2〕}随着社会之发展，至宋代讼师有所发展，尤其是以诉讼为职业的代书人及写状钞书铺户，广泛地存在于宋代社会生活中，官方给予贬斥和约束的同时，也对其职业予以承认并规定了取得资格的条件和手续，确定了其注册和运作的规则。^{〔3〕}但宋朝法律对讼师的限制依然存在，宋朝法律直接规定代人诉讼为犯罪，景德二年（1005年）诏规定：各类人物告讼与己无关的事就要处以决杖、“枷项令众”十日。经常为人告讼、情节严重的，要上报皇帝，决杖后配军籍。除了直接替人诉讼外，向人传授诉讼的知识更被视为大罪，南宋绍兴十三年（1143年）敕规定：凡是聚集生徒教授辞讼文书者，处杖一百。再犯者，不得因大赦减免刑罚，一律要“邻州编管”。^{〔4〕}

元、明、清时期虽然在法律上规定了诉讼代理制度，但这种诉讼代理制度基本限于官吏和老废笃疾等对象，且代理者多为亲属和家人。《大元通制》规定：“诸致仕代官不得已与齐民讼，许其亲属家人代诉，所司毋侵挠之。”^{〔5〕}“诸老废笃疾，事须争讼，止令同居亲属深知本末者代之；若谋反、大逆，子孙不孝，为同居所侵侮，必须自陈者听。”明洪武元年（1368年）也仿元制，规定：“凡年老及笃废残疾之人，除告谋反、叛逆、子孙不孝，听自赴官陈告外，其余公事，许令同居亲属通知所告事理替实之人代告。”并规定：“诬告者，罪坐代告之人。”^{〔6〕}《大明律》规定：“凡教唆词讼及为人作词状增减情罪诬告人者，与犯人同罪。若受雇诬告人者，与自诬告同。受财者，计赃以

〔1〕 党江舟：“中国传统讼师文化研究”，中国政法大学2003年博士学位论文。

〔2〕 李瑞杰：“‘律师伪证罪’存废之我见——读‘为人作辞牒加状’条所想到的”，载《法制博览》2012年第4期。

〔3〕 党江舟：“中国传统讼师文化研究”，中国政法大学2003年博士学位论文。

〔4〕 霍存福：“宋明清‘告不干己事法’及其对生员助诉的影响”，载《华东政法大学学报》2008年第1期。

〔5〕 杨哲媛：“中西‘厌诉’与‘好诉’的文化实证研究”，湖南大学2008年硕士学位论文。

〔6〕 谢佑平：“差异与成因：中国古代‘辩护士’‘诉师’与现代职业律师”，载《比较法研究》2003年第2期。

枉法从重论。其见人愚而不能伸冤，教令得实，及为人书写词状而罪无增减者，勿论。”^{〔1〕}清代入关沿用《大明律》，在之后形成的《大清律例》中规定：“凡教唆词讼，及为人作词状，增减情罪诬告人者，与犯人同罪；若受雇诬告人者，与自诬告同；受财者，计赃，以枉法从重论。其见人愚而不能伸冤，教令得实，及为人书写词状而罪无增减者，勿论”^{〔2〕}明清的条例对讼师的处罚亦非常严重，如诬告强盗、人命重罪及“若系积惯讼棍串通胥吏，播弄乡愚，恐吓诈财，一经审实，即依棍徒生事扰害例问发云贵、两广极边烟瘴充军”^{〔3〕}。

虽然法律严禁或限制讼师的活动与发展，但人类社会中的纷争是不可能避免的。其间或有强权，更有冤屈，讼师在事实上仍然是解决纷争的不可或缺的一环。所以不管立法者如何打击、限制讼师的发展，讼师在民间、在事实上仍然贯穿于整个中国古代社会，成为中国古代法律文化中不可缺少的重要部分。但讼师的形象在不同的人眼中千差万别，既有人认为讼师满腔正义、为民除害、为百姓申冤；也有人认为讼师坑害百姓、助纣为虐，是“社会赘疣”，“对于社会的作用，很难是有益的”^{〔4〕}；当然还有很多人认为讼师的形象是灰色的，在黑白之间徘徊。

（三）中国古代讼师发展历程的基本原因

1. 中国原始商品经济的匮乏无法孕育出讼师得以生存的经济基础

由于我国特有的地理气候等环境，形成了中国古代自给自足的自然经济环境，原始商品经济并未形成，与商品经济紧密相连的契约精神、法治精神也无法形成。在此情况下，讼师缺少基本的生存基础。与此形成鲜明对比的西方，古罗马原始商品经济的形成和发展对契约精神和法治精神的形成起到了至关重要的作用，律师以法律为业，能够在商品经济秩序中为商品经济的主体提供法律咨询服务、维护其合法权益，并为诉讼各方提供必要的法律服务。而古代中国的宗法制注重君臣、父子、兄弟、夫妇之间的伦常关系，强调君仁、臣忠、父慈、子孝，古代中国通过这种制度来调节人与人之间的关

〔1〕 刘冰雪：“明清讼师及讼学文献研究”，载《法律文献信息与研究》2011年第3期。

〔2〕 张荣铮等点校：《大清律例·刑律·诉讼·教唆词讼》（卷三十），天津古籍出版社1993年版，第525~527页。

〔3〕 马建石、杨育棠主编：《大清律例通考校注》，中国政法大学出版社1992年版，第900页。

〔4〕 参见梁治平：《法意与人情》，中国法制出版社2004年版，第272页。