

“十一五”国家重点图书出版规划项目



6

【2009】

总主编 樊崇义

ON ADVERSARY CRIMINAL TRIAL

论对抗式刑事审判

◎李昌盛 著



中国人民公安大学出版社

“十一五”国家重点图书出版规划项目

●诉讼法学文库 2009 (6)

总主编 樊崇义

论对抗式刑事审判

On Adversary Criminal Trial

李昌盛 著

中国人民公安大学出版社

北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

论对抗式刑事审判/李昌盛著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 6

(诉讼法学文库. 2009. 6)

“十一五”国家重点图书出版规划项目

ISBN 978 - 7 - 81139 - 594 - 5

I. 论… II. 李… III. 刑事诉讼—审判—对比研究—英国、美国、中国 IV. D925. 218. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 092822 号

诉讼法学文库

论对抗式刑事审判

On Adversary Criminal Trial

李昌盛 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰铭印刷厂

版 次: 2009 年 6 月第 1 版

印 次: 2009 年 6 月第 1 次

印 张: 11.5

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 298 千字

印 数: 1 ~ 3000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 594 - 5/D · 502

定 价: 28.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zhs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

“诉讼法学文库”总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治、文明与野蛮的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈道，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”。^①

我国 1999 年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基

^① 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第 25 期。

础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理,才能构建较为完善的诉讼制度,才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时,对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识,不能不予以重视,也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响,诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是:司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如,刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具,忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用,忽视了刑事诉讼所具有的独立品格和价值。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋,已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐,而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面,必须在宏观法律观念上作一个大的转变,同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验,加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握诉讼原理,可以帮助我们全面地认识司法机关的功能,并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍,从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律,将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之,如果不能正确把握诉讼原理,对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择,立法活动就可能要多走许多弯路,甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法

律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件，就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识，将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释，从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会，由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和，因此，对基本诉讼原理的认识，还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时，能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，保障诉讼活动的公正进行，也必须认真研究诉讼原理，把握诉讼规律。当前，我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题，如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等，并已取得了一定的研究成果，这有力地推动了人们法律观念的变化，并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来，我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距，还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨，缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此，随着我国法治进程的推进，探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究，同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响，并对司法实际工作有所帮助，中国政法大学诉讼法学研究中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目，面向国内外专家、学者开放，凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著，以及对公安、司法工作有指导意义，对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

《诉讼法学文库》自2001年面世以来，得到了诉讼法学界专

家、学者、实务工作者的热情支持，现已出版发行专著 60 多部，这些成果深受广大读者的青睐，已有多部著作获省部级以上的奖励。在这里特向广大读者和作者致以诚恳的谢意！由于编辑工作的需要，该文库从 2006 年起，每年以入选先后，另行排序。特此说明。

中国政法大学诉讼法学研究中心名誉主任

樊崇义

2007 年元月于北京

对抗制的国际影响与中国的继受

（代序）

就历史渊源来说，对抗制（adversary system）最初是指以英美陪审团审判为代表的当事人主义审判模式，以区别于欧洲大陆中世纪后期专制集权制国家盛行的纠问制（inquisitorial system）审判模式。但是，在法国大革命以后，法国人借鉴英国的对抗制，建立了所谓“混合制”（mixed system）审判模式，这种模式在法庭审判阶段不仅导入了陪审制，而且实行了言辞直接原则和自由心证原则，废止了专制时代的书面审理原则和法定证据制度。后来，这种混合制审判模式风靡于欧洲大陆各国，以及远东的日本和法国在海外的殖民地。第二次世界大战以后，大陆法系在《世界人权宣言》和英美法的影响下，先后修改了宪法和刑事诉讼法等法律，刑事诉讼的理念、制度和技术层面进一步吸收了对抗制的因素，日本（1948年）、意大利（1988年）、俄罗斯（1993年）等国甚至在重罪案件的正式审判阶段，基本上转向了对抗制。因而在学理上，对抗制已经不能再简单地对应于英美的陪审团审判模式，尽管后者仍然是对抗制最为典型的代表。

对抗制不仅对大陆法系现代刑事诉讼制度产生了直接的影响，而且成为国际刑事诉讼程序的基本模式。第二次世界大战以后纽伦堡国际军事法庭以及远东国际军事法庭对战争罪犯的审判，采用了英美法的对抗制；20世纪90年代以后，卢旺达及前南斯拉夫国际临时刑事法庭所采用的审判程序，同样是对抗制；根据《国际刑事法

院规约》及其《程序与证据规则》，两大法系的法学家联合为常设于罗马的国际刑事法院所设计的审判程序，仍然是一种对抗制模式。尽管在审前调查程序以及上诉程序的设计方面，国际临时刑事法庭以及国际刑事法院的章程和程序规则都吸取了职权主义刑事诉讼的一些因素，但审判的基本模式是对抗制，应当是没有疑问的。

对抗制对中国的影响至少表现在以下三个方面：一是在中国的香港特别行政区，至今仍在适用英国殖民时期留下来的法制，其中包括对抗制；二是在中国的台湾地区，地方当局经过对传统的“职权主义审判模式”的反省，先后多次修改“刑事诉讼法”，诉讼模式逐步向对抗制靠拢，尤其是2003年修法以后，无论是在刑事诉讼的审前阶段还是在审判阶段，中国台湾地区都大幅度地吸收了对抗制的因素，刑事诉讼的理念和基本制度方面越来越接近于日本式的当事人主义；三是中国大陆在1996年修改《刑事诉讼法》时对所谓的“审判方式”进行的改革，其观念显然带有对抗制的影子，尽管在具体制度的设计上没有一处能够体现“对抗制的合理因素”。只不过，在此后的司法实践中，法律人越来越多地倾向于向对抗制学习，例如法袍、法锤乃至律师袍等象征性符号的“引进”以及司法解释中有关“交叉询问”的技术设计，大体都显示出最高司法当局在自觉地、审慎地向对抗制“看齐”。

对抗制为什么能够在近两百多年来横扫全球，威力波及主权国家、地区及国际刑事司法组织？对此，国内学术界很少有人研究过，相信真实的原因恐怕也很复杂。在我看来，对抗制虽然在形式上不过是以一套精密程序公平处理具体刑事案件的一种司法审判模式，但在本质上乃是化解政府与人民之间重大冲突的一种“高科技软件”，即以一种可以个别应用的程序化技术，在民主、法治的平台上以公众可接受的方式彻底解决了人治状态下社会长期不稳定的“官民矛盾”：一方面使得官方的权威得到维持，同时又使得普通民众的权利得到保障，而司法本身真正成为社会正义的最后防

线，社会的和谐和持续稳定因而得以维系。至于如何维持官方的权威，如何保障以犯罪嫌疑人、被告人为代表的普通民众的基本权利，如何使司法裁判具有至高无上的约束力，在“系统软件”（法治平台）中早已有框架性的安排（宪政秩序），对抗制只是利用这一平台而运行的“应用程序”而已。

这样一种“高科技软件”能够在中国应用吗？目前国内学术界多数人似乎持肯定态度，本人也曾对此抱有很高的期望。但是，仔细想来，具有大陆法系传统的国家和地区在学习和借鉴对抗制的过程中，普遍对它进行了本土化的改造，这至少表明，对抗制并不像市场经济那样可以同一套规则而通行于天下。在我国现有政治体制不变的条件下，这片处处以“中国特色”自居的古老大地对对抗制的继受，注定只能是极为有限的，其原因很多，但最主要的可能有以下几点：

首先，对抗制的运行需要有民主化的法治（democratic rule of law）平台，就像 office 或 WPS 办公软件的应用需要有 Windows 系统一样。民主化的法治莫基于一些根本性的宪政原则之上，如人民主权、分权制衡、政治多元、司法独立等，它承认有限的政府权力必须受到法律的约束，而人民的自由则必须获得真实的保障。在这种平台上运行的司法机制，必然要对政府权力的有效行使设置种种界线，而为人民寻求权利的适当救济提供种种便利。然而，迄今为止，我国尚缺乏这样一个平台，在可以预见的将来，这一平台究竟能够在多大程度上搭建起来，也还具有诸多的不确定性。

其次，对抗制的基本理念是“正当程序”，侧重于通过符合宪政原则的精致程序，公平合理地解决政府与人民之间的利益冲突。按照比较法学家达马斯卡教授的说法，它属于一种“纠纷解决型”的司法模式。这种司法模式的明显特征是“当事人处分主义”和“当事人推进主义”，无论在案件的实体处理上，还是在诉讼程序的推进上，均赋予控辩双方平等协商和处置的巨大权利；而司法的

显在功能仅仅在于维持程序的公平以及最后居中作出公正的裁断，司法运行的过程明显体现出“程序先于实体”的精神。“最后裁断”不仅意味着具体案件诉讼活动的了结，而且意味着具体的官民冲突在司法领域内完全被化解，任何一方无从在司法领域以外寻求更权威的力量改变司法裁判，尤其是官方。显然，上述理念和司法模式与中国的司法传统和司法现实都是不符的。因为中国的司法传统向来“重实体、轻程序”，在传统的司法观念中，“有罪推定心常在，正当程序从来无”。时至今日，刑事诉讼仍然保持一贯的“政策执行型”模式，它必须在全国范围内追求某种既定的“政治效果”和“社会效果”，以服务于“中心任务”的实现。因而在绝大多数刑事案件中，一旦犯罪嫌疑人“归案”，诉讼的结果其实就已经“预定”了，一切所谓的“程序”无非只是“手续”而已，随时可以简化或者变通；倘若某个案件的诉讼结果没有达到统一的刑事政策所欲追求的政治效果和社会效果，官方可以随时通过政治权力或行政化的司法权力指令司法机关“依法纠正”（如刘涌案或许霆案等），而不服司法裁判的被害人或者被判刑人也可以寻求司法以外的力量任意指责“司法不公”（上访、示威等）。既已宣誓“忠诚”而实际上又位居政治权力末端的司法机关即使主观上试图维持某种程序上的公平，往往也难以做到。在一体化的司法体制面前，任何以官方为一方当事人的诉讼程序，本来就已经被预设为权力的工具，何来“正当程序”？

最后，但不是最不重要的，对抗制的有效运转需要独立、自治的律师制度作为保障性的条件，民间律师与政府律师（检察官）至少在法律上享有平等的待遇，他们与法官一起构成法律职业的自治共同体，互相之间有共同的法治追求、共同的交流语言和职业伦理。而在我国现阶段，即使是在最为宽松的经济领域，民营经济的发展仍然受到种种政策限制，民营企业事实上无法与国有企业享有同样的国民待遇。与此相应的是，在政治、法律领域，非政府组织

的发展始终处于官方的严密监控之下。律师职业作为一种民间力量，不仅在组织运营方面受到司法行政部门的严格控制，在立法上受到多方面的限制（如《刑法》第306条关于律师妨碍作证罪的特别规定等），而且在依法开展的业务范围内，也受到官方机构的政策性或者习惯性排斥。就全国范围而言，刑事案件的律师辩护率多年在30%左右徘徊，辩护律师依法享有的会见交流权、调查取证权、阅卷权、申请取保候审权等，从未得到完全兑现。即使在2007年修订后的《律师法》实施以来，这种状况也没有任何积极的实质性改变。在相当一部分检察官、法官尤其是警察眼中，律师简直就是一帮拿了当事人的巨额佣金专门钻法律空子的坏家伙！毫无疑问，在律师制度发展的政策性障碍尚未解除，律师与检察官、法官在政治待遇和社会地位方面尚存在巨大反差的社会条件下，中国司法制度的现代化进程整体上必定是缓慢的，更不用说对对抗制的继受了。

我这样说，并不是要有意贬损对抗制对中国司法改革的借鉴意义。相反，在以审判方式改革为先导的本轮司法改革中，对抗制在理念、制度和技术上都对中国的法律界和学术界产生了一定的影响，这种影响或许将伴随着改革的深入而不断强化。在此过程中，学术界有必要就对抗制的一些基本问题做严肃、认真的研究，以使制度性的改革少走或者不走弯路，同时避免不必要的理论误解以及基于误解而产生的认识分歧。

据我所知，在我国大陆地区，从比较法的视野系统地研究对抗制，本书是第一部专著类成果。在这篇“大题小做”的博士论文中，作者对对抗式刑事审判制度在英国的产生及发展进行了较为详细的考察，并对意大利移植对抗制的艰辛历程进行了简要的评述，对英、美两国的刑事审判制度进行了深入的比较分析；在此基础上，从价值相对论的角度阐述了对抗式刑事审判的优点，从经济、政治和文化基础方面论证对抗式刑事审判的正当性；在最后一章

中，作者以40份庭审笔录为基础，辅之以《中国法律年鉴》、新闻报道、访谈记录等资料，对我国“控辩式审判”的运作现状进行了批判性的实证研究；接着，作者在力驳学术界关于对抗制的各种非议之后，论证了按照对抗制方向继续改革刑事审判制度，“建立适合中国的适度对抗制”的必要性和可行性，并提出了配套性的具体改革方案。作者关于对抗制的历史成因、英美对抗制的区别及其原因、对抗制的特殊价值的深入分析以及对中国刑事审判现状的实证研究，体现了作者敏锐的学术观察力和严密的逻辑思维能力；作者对中外文第一手资料的准确消化和选择性应用以及比较研究方法与实证研究方法的有机结合，也反映出一个青年学者扎实的理论功底和严谨的治学态度。其中一些观点，对于澄清国内学术界关于对抗制的误解，深化关于对抗制的认识，乃至指导司法实践中的技术改进，无疑具有相当的理论价值和实践意义。

当然，就我个人而言，作者如果能够在论证对抗制正当性时视野更加宽阔一些（全球化的视野），比如多考察几个转型的大陆法系国家，同时揭示对抗制对国际刑事诉讼程序的强烈影响；在分析中国刑事审判制度改革方向时，如果能够更加深入地透视我国社会自身的背景因素，包括中国社会整体的现代化进程等，则本书的内容将显得更加充实，相关的论证或许更加富有说服力。

我的希望对于一个年轻的博士生来说，可能显得近乎苛求。但是对于昌盛来说，却未必。因为根据我指导他学习、研究法律六年来的经验，我相信他有这个实力和潜力！

我期待着。

西南政法大学研究生部主任、《现代法学》主编

孙长永

2009年2月 重庆北碚·水天花园

目 录

绪论 对抗式刑事审判的多种面孔	(1)
一、字面意义上的竞技式司法	(1)
二、比较法意义上的普通法系审判	(4)
三、技术意义上的对审式 (adversary principle) 审判和 控辩主导式 (party - dominated) 审判	(8)
四、理想类型意义上的纠纷解决式 (conflict - resolving) 审判	(11)
五、对抗式刑事审判的界定	(15)
第一章 对抗式刑事审判的产生与发展	(19)
引言	(19)
一、决斗式审判——原始的对抗式审判	(21)
二、陪审团审判的诞生——抵制纠问 制入侵的堡垒	(25)
三、英国近代早期的争吵式审判：无律师的 被告人“说话式审判”	(29)
(一) 拒绝辩护律师的参与	(29)
(二) 法官的双重职能	(31)
(三) 被告人“说话式审判”	(32)
四、1696 年《叛国罪审判法》：辩护律师在 叛国罪审判中的出现	(35)

五、18 世纪初期控诉制度的变化：辩护律师在 重罪审判中的出现	(38)
(一) 控诉的律师化	(39)
(二) 悬赏和污点证人制度	(40)
(三) 辩护律师的出现	(42)
六、对抗式刑事审判的全面确立	(44)
(一) 沉默的被告人	(44)
(二) 积极的律师	(46)
(三) 消极的法官和陪审团	(54)
(四) 趋于完善的证据规则	(59)
七、对抗式刑事审判确立的历史条件	(64)
(一) “生而自由”的英国人	(65)
(二) 程序优先	(67)
(三) 成熟的律师制度	(69)
八、对抗式刑事审判在英国的衰落	(70)
(一) 衰落的表现	(70)
(二) 衰落的原因	(85)
(三) 对衰落的评价	(92)
九、对抗式刑事审判在意大利的移植	(96)
(一) 1988 年新法典下对抗制的引进	(97)
(二) 改革的有限性	(105)
(三) 向审问制的回归	(107)
(四) 对抗式刑事审判的重新确立	(114)
(五) 意大利移植对抗式刑事审判的启示	(118)
本章小结	(121)
第二章 英美刑事审判之比较	(124)
引言	(124)
一、英美刑事审判的共有特征	(125)

(一) 二分式的法庭构造和第二步式的庭审程序	(125)
(二) 以审查控方案件是否成立作为审判的焦点	(129)
(三) 控辩双方在审判中的主导性地位	(131)
(四) 严格区分控方案件和辩方案件	(133)
(五) 以交叉询问作为调查案件事实的主要手段， 辅之以书面证据和物证的出示	(135)
二、英美刑事审判的差异	(138)
(一) 空间、服饰和举止	(138)
(二) 陪审团遴选程序	(142)
(三) 庭审调查程序的不同之处	(146)
(四) 证据规则的宽严	(152)
(五) 法官的总结和评论证据权	(155)
三、差异形成的原因	(158)
(一) 律师制度的不同	(159)
(二) 法律价值观的差异	(164)
本章小结	(168)
第三章 对抗式刑事审判的是非之争和理论基础	(169)
引言	(169)
一、真实发现论 (truth - finding theory)	(170)
二、程序公正论 (procedure justice theory)	(177)
三、权利保障论 (rights protection theory)	(181)
四、对抗式刑事审判价值的比较法解剖	(185)
(一) 谁更有利于发现事实	(185)
(二) 谁的审判程序更公正	(190)
(三) 谁更有利于保障权利	(196)
五、对抗式刑事审判的理论基础： 英国古典自由主义	(200)
(一) 英国古典自由主义的基本观点	(200)

(二) 古典自由主义与对抗式刑事审判的 内在关联	(204)
(三) 对权力不同态度的历史根据	(208)
六、古典自由主义的衰落和对抗式 刑事审判的现代转型	(211)
(一) 新自由主义的兴起	(211)
(二) 对抗式刑事审判的现代转型	(214)
本章小结	(225)
第四章 中国“控辩式”刑事审判的现状及 未来改革方向	(226)
引言	(226)
一、实证研究资料说明	(227)
二、中国刑事审判的现状	(232)
(一) 趋于消极但不中立的法官	(232)
(二) 单方面主导审判的公诉人	(239)
(三) 作为法庭“主角”的被告人	(245)
(四) “说话权”受限的量刑辩护人	(255)
(五) 法庭调查的书面化	(261)
(六) 中国刑事审判的“双高现象”	(266)
三、为什么没有对抗和无法沉默	(269)
(一) 社会现实原因	(269)
(二) 诉讼制度原因	(276)
(三) 文化原因	(285)
四、中国刑事审判的未来改革方向	(288)
五、刑事审判制度改革的具体设想	(315)
本章小结	(324)
主要参考文献	(326)
后记	(346)