

一、辩论式诉讼制度

17 世纪后期至 19 世纪初的资产阶级革命，改变了整个人类的历史。资产阶级在猛烈抨击专横黑暗的封建司法制度的斗争中，提出一系列反映资产阶级意志、保障诉讼民主化的诉讼原则，并在政权建立后对原有的刑事诉讼加以扬弃和改造，确立了与纠问式诉讼有质的区别的新的辩论式诉讼制度，将诉讼法制推到一个新的阶段。

首先是资产阶级思想家、法学家根据自由、民主、人权的理念提出了丰富、系统的和具有进步意义的诉讼原则。如英国的平均主义派领袖李尔本(1614~1657 年)在其《人民约法》、《英国根本法和自由》等著作中较早地提出了“法律面前人人平等”，“诉讼程序必须是公开的、直接的、辩论的”，“被告人有权获得辩护”等主张。法国法学家孟德斯鸠(1689~1755 年)在《论法的精神》一书中指出封建专制制的要害，在于立法权、行政权和司法权的合一，提出了三种权力各自分开、互相制衡的“三权分立”学说，并把“司法独立”列为一项重要的原则，要求法官凭良心独立行使职权，不受任何方面意见的影响；同时明确提出要对被告人实行人道主义。而意大利法学家贝卡利亚(1738~1794 年)在其《论犯罪与刑罚》一书中，对刑讯逼供的野蛮性和形式证据制度的荒谬性进行了深刻的剖析与批判，并提出了著名的“无罪推定”原则，主张对任何人，在法院没有作出有罪判决之前，都应当被看作是无罪的人而受到法律的保护。这一系列思想和原则，尖锐而深刻地批判了封建专制的司法制度，为资产阶级的刑事诉讼奠定了基础。

资产阶级取得政权后，国家通过一系列立法来确保这些新的诉讼原则的遵行。1689 年及 1701 年，英国国会在其先后通过的《权利法案》和《王位继承法》这两个宪法性文件中，明确规定了司法机关不受行政机关干涉的“法院独立”原则和“法官终身职”制度。接着，英国法学家宾萨姆提出了主法和助法的理论，把规定权利和义务的实质的法称为主法，把规定保护权利、义务的手段或方法的法称为助法。此后法国和德国的法学家又将此理论发展为实体法和程序法的理论。1788 年，奥地利制定了历史上第一部刑事诉讼条例。1808 年，拿

破仑在法国编纂制定了《治罪法》（code d'instruction criminelle），[1]确立了具有大陆法系鲜明特点的职权主义诉讼模式。其他欧洲大陆国家，如德国、意大利以及亚洲的日本，也纷纷制定刑事诉讼法典。其中，德国于1877年制定了《德国刑事诉讼法典》，1879年生效；日本则先是于1880年仿照法国1808年的《治罪法》制定了《治罪法》，并于1882年实施，后又于1890年参照德国1887年的刑事诉讼法重新制定了《刑事诉讼法》。在这些国家的刑事诉讼法中，确立起一系列现代刑事诉讼的原则和制度，主要的有：司法独立，无罪推定，法律面前人人平等，控审分离，审判公开，辩护，陪审，平等对抗，口头辩论，等等，并据此建构起近现代刑事诉讼的系统框架。

大陆法系各国的刑事诉讼法相对稳定。直至第二次世界大战前，一些实行强职权主义诉讼模式的国家，如德国、意大利、日本等，由于战时任意破坏资产阶级民主，践踏资产阶级法制，使得原来许多重要的刑事诉讼原则与程序遭到破坏或废弃。第二次世界大战结束后，随着国际性人权保障运动的蓬勃发展，西方各国总结法西斯专制的惨痛教训并适应新的政治经济形势需要，相继开展刑事司法改革运动，纷纷修改或重新制定刑事诉讼法典。其中，德国于1950年彻底废除了纳粹时期颁布的法律，恢复了1877年刑事诉讼法典的效力，1965年又作了重要修改。法国从20世纪50年代以来，对刑事诉讼法典先后进行了十多次修改，其中以1958年的修改幅度最大。法、德两国修订后的刑事诉讼法，仍保持大陆法系职权主义诉讼的特点，但增添了许多加强诉讼民主、注意人权保障的内容。日本于1948年制定了新的刑事诉讼法典。该法典受美国影响很大，使日本的刑事诉讼制度在传统职权主义背景上揉合了强烈的当事人主义色彩。意大利在战后也对1930年颁布的刑事诉讼法典进行过数次大的修改，尤其是1988年对刑事诉讼法的修改，使其基本上从职权主义诉讼模式转向当事人主义诉讼模式。

英美法系国家刑事诉讼制度的发展与大陆法系国家有所不同。英国在封建时期就实行习惯法制度，法院判例是法律的主要渊源。英国没有编纂统一的、成文的刑事诉讼法典，所谓刑事诉讼法，不过是习惯、判例和单行法规的总称。英国关于刑事诉讼的法规比较零散，早期的单行刑事诉讼法规主要有：1679年的《人身保护法》，1879年的《犯罪检举法》，1898

年的《刑事证据法》，1907年的《刑事上诉法》等。第二次世界大战后，英国加强了刑事诉讼法律的成文化，先后制定了一批重要的刑事诉讼单行法规，主要有：1948年的《刑事审判法》，1952年的《治安法院法》，1965年的《刑事证据法》，1965年的《刑事诉讼程序（证人出庭）法》，1967年的《刑事审判法》，1968年的《刑事上诉法》，1974年的《陪审团法》，1985年的《刑事起诉法》等。

美国原来是英国的殖民地，独立后基本上仍沿用英国的法律制度，包括诉讼制度。美国至今没有一部统一的成文的刑事诉讼法典。联邦司法系统主要适用1945年制定的《联邦刑事诉讼规则》和1975年核准生效的《联邦证据规则》等。部分州，如纽约、加利福尼亚等，则有自己的刑事诉讼法典。美国刑事诉讼制度的最大特点，是把刑事程序中一些重要的诉讼权利和诉讼原则直接规定在宪法中，由国家根本大法为公民在诉讼中的人身权利、民主权利提供保障。美国的《权利法案》就规定了一系列刑事诉讼原则，概括起来为：公民不受非法逮捕、住宅不受非法搜查、文件和财产不受无理扣押；由犯罪发生地的公正陪审团予以迅速和公开审理；不得因同一犯罪行为而遭受两次生命或身体的危险；不得在任何刑事案件中被迫自证其罪；获得律师帮助为其辩护；应被告知被指控的性质和理由；以强制手段取得对被告人有利的证据；与对方证人对质；不得被科以过多保释金和过重罚金；不得被科以残酷和非常刑罚；获得平等法律保护等。特别是，美国宪法修正案第14条所谓“正当程序”条款，将现代刑事诉讼一些基本的人权保障和诉讼原则融会在“正当法律程序”的概念之中，强调非经“正当法律程序”不得剥夺任何人的生命、自由或财产，为其他各国在宪法性文件中对刑事诉讼提出基本要求和公民自由和人权提供基本保障作出了典范。

除美国外，其他一些原先为英国殖民地的国家和地区，如加拿大、澳大利亚、中国的香港等，也基本沿用英国的刑事诉讼制度。但加拿大的情况有些特殊，首先它拥有一部全国统一适用的刑事法典，该法典自1892年问世以来，已历经百余年，虽不断的局部更新，但整体上仍维系旧的框架和格局。其次，该法典融刑事实体法与程序法为一体，是一部综合性刑事法典，这显然与其他成文法国家刑法与刑事诉讼法分立的情况不同。再次，该法典虽然构成加拿大刑事立法的主干，但在适用时又直接受制于宪法，特别是《加拿大权利与自由宪章》，

由此又有别于那些在刑事司法中不直接适用宪法规定的国家所施行的制度。

综上，辩论式的刑事诉讼程序，较之封建纠问式的诉讼程序，其主要变革在于：

1. 起诉与审判职能分开，实行不告不理。刑事案件的侦查由公安机关或者由检察机关指挥警察进行，侦查终结后对犯罪嫌疑人的起诉由检察机关或者由检察机关委派公职律师进行。法院不再承担控诉犯罪的职责，而是专门负责对刑事案件进行审判。在起诉与审判的关系上实行不告不理原则。侦查是起诉的准备，起诉是审判的前提。只有经合法有效的起诉，法院才能开始审判活动，而且审理不能超出起诉书指控的范围。从而克服了纠问式诉讼中起诉、审判合为一体的弊端，保证了审判的客观公正。

2. 实行无罪推定原则，被告人享有广泛的诉讼权利。在被告人未经法庭审判正式确定为有罪之前，先假定其无罪。被告人不再是诉讼的客体，而是诉讼主体，法律赋予其以辩护权为核心的广泛的诉讼权利。被告人有权获得律师的帮助，有权保持沉默，刑讯逼供被禁止，被告人的人格尊严和诉讼权利得到法律的确认和维护。

3. 控诉、辩护、审判三角鼎立，构成刑事诉讼的基本结构。控诉人、被告人都是诉讼的当事人，与法院一起构成诉讼主体。公诉人或自诉人履行控诉职能，被告人、辩护人履行辩护职能，法院履行审判职能。控辩双方在平等的地位上互相对抗，法院在此基础上居中裁断。这就是近现代刑事诉讼的基本结构模式。

二、辩论式诉讼的两种模式

由于法律传统和法律文化的差异，欧洲大陆国家与英美等国在具有资本主义刑事诉讼基本结构共性的基础上，在历史演变的进程中各自发展形成了具有自身特点的诉讼制度。在诉讼法理论上，称大陆法系国家的诉讼模式为“职权主义诉讼”；称英美法系国家的诉讼模式为“当事人主义诉讼”（表 2-2）：

诉讼模式	基本特点	适用区域
“职权主义”或“审问制”	注重发挥侦查机关、检察机关、法院在刑	大陆法系国家

(Inquisitorial System)	事诉讼中的职权作用，特别是法官在审判中的主动指挥作用。	
“当事人主义”或“对抗制” (Adversary System)	强调双方当事人在诉讼中的主体地位，使其在诉讼中积极主动、互相争辩对抗，审判机关相对消极，形式上只起居中公断的作用。	英美法系国家

表 2-2 “职权主义”与“当事人主义”诉讼模式 [杨建广，2003]

具体说来，大陆法系职权主义诉讼程序的基本状况为：

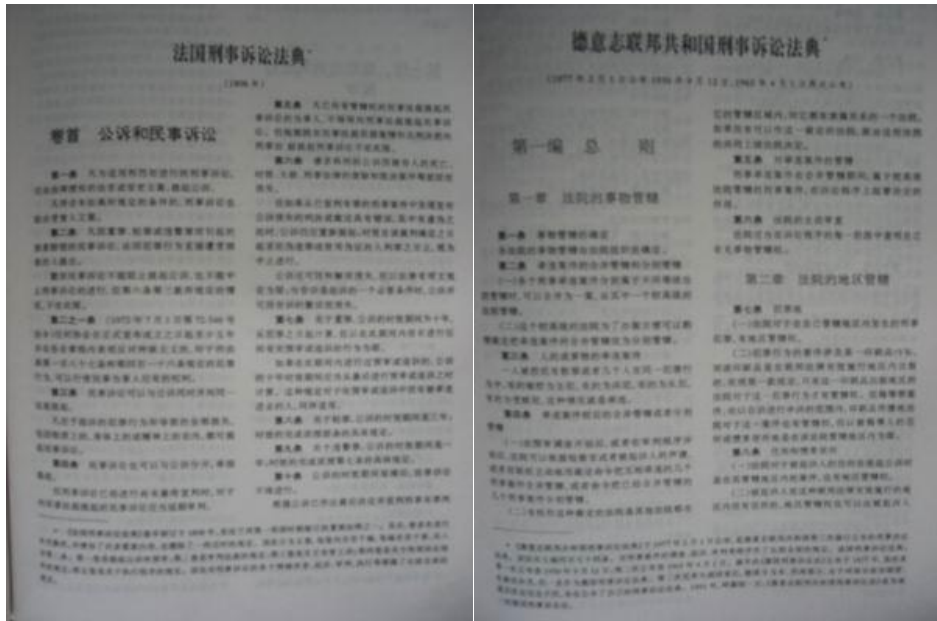
1. 警察、检察官和其他有侦查权的官员依职权主动追究犯罪。在大陆法系国家，对犯罪的侦查通常由检察机关进行，或者由检察机关指挥司法警察或刑事警察进行。《法国刑事诉讼法》第一编“负责公诉与预审的机关”明确规定，共和国检察官受理申诉和告发并作出相应的评价和处理，应采取或使他人采取一切追查违法犯罪的活动，为此有权指挥辖区内的司法警察的一切活动，有权决定采取拘留的措施；所有官员和公务人员在履行职责中知晓任何重罪、轻罪，都应毫不迟疑地通知共和国检察官，并向检察官移送有关情报、笔录和文件；司法警察在得知发生现行重罪时，应立即报告共和国检察官，并不迟延地到达犯罪发生地点，进行一切必要的查证工作。《德国刑事诉讼法》第 160 条规定：“当检察官通过报告或其他方式知悉一种可疑的犯罪行为的时候，就要去探查确实情况，以便决定是否应当提起公诉。”

2. 侦查和预审在刑事诉讼程序中居重要地位，侦查、预审不公开进行。例如，《法国刑事诉讼法》第 79 条和第 11 条分别明确规定：“重罪案件必须进行预审”，“侦查和预审程序一律秘密进行”。法律授权一切负责公诉和预审的机关，包括司法警察、共和国检察官、预审法官以及其他辅助人员，为查明犯罪可以进行一切必要的调查、预审、搜查、扣押等措施，可以询问证人、犯罪嫌疑人、被告人。《奥地利刑事诉讼法》第 199 条（1）项规定：“审讯前，预审法官应提醒被告，他须肯定、明确和如实地回答向其提出的问题。”虽然现在犯罪嫌疑人在侦查阶段可以获得律师协助，但总的说来，在侦查中控诉一方的地位要比被告人有利。

3. 在刑事案件的追诉上，一般采用公诉为主、自诉为辅的方式。德国、奥地利等国均实行公诉与自诉并存的追诉机制。公诉由检察机关代表国家提起。对于某些轻微的刑事案件，被害人可以直接向法院提起自诉，要求追究加害人的刑事责任。为保障自诉权的顺利行使，保护被害人的合法权益，检察机关必要时可以对自诉案件提起公诉，或者在自诉过程中担当自诉。法国规定：旨在适用刑罚的公诉，应由法官或者法律授权的行政官员（主要指共和国检察官）进行。任何遭受重罪、轻罪或违警罪直接损害者，有权提起损害赔偿的民事诉讼。符合刑事诉讼法规定的条件时被害人也可以提起诉讼。

4. 法官起主导、指挥作用的审判程序。大陆法系国家刑事诉讼中的职权主义，集中体现在审判阶段。法官在庭审中起主导作用，可以依职权主动讯问被告，询问证人；可以采取足以证明一切事实真相的证据，决定采取必要的一切证明方法；有权对当事人及其他诉讼参与人的申请作出决定。当事人则处于相对被动的接受指挥的地位。例如，《法国刑事诉讼法》规定：审判长有责任维持秩序，并指导审判。德国刑事诉讼法也规定：审判长指挥审判，讯问公诉被告人以及采集证据。

5. 确定的上诉和法律救济程序。大陆法系国家通常实行三审终审制。第二审从事实上进行复审，称事实审；第三审从法律适用上进行审查，称法律审查。为纠正已生效裁判可能存在的错误，大陆法系国家一般规定有两种特殊的法律救济程序，即发生新事实的再审程序，审查适用法律错误的监督审程序。



法国刑事诉讼法典

德国刑事诉讼法典

英美法系当事人主义诉讼程序的基本状况为：

1. 侦查主要由警察机关进行。在英美法系国家，刑事诉讼通常从逮捕或传讯犯罪嫌疑人开始，但刑事立法和传统理论一般不把警察的侦查活动纳入刑事诉讼程序。英美当事人主义的诉讼程序在侦查中注重对犯罪嫌疑人权利的保障，使犯罪嫌疑人具有对抗侦查机关的手段。凡采取限制或剥夺人身自由的强制措施，或者搜查、扣押犯罪嫌疑人的财产，必须取得法官签署的许可令状。执行逮捕后应无不必要迟延地将被告人带至签发逮捕证的法官面前接收聆讯，除法律有明确规定的以外，应当允许被告人交付保释。被告人有权保持沉默，被告人有权自被传讯或逮捕时即获得律师的帮助，如被告人因为经济原因不能委托律师时，有权免费获得法律援助。

2. 在起诉方式上，英国在历史上检察官、警察、政府机关、商号及公民个人都有起诉权，实际上，绝大部分案件由警察部门负责起诉。《1985 年刑事起诉法》在英格兰和威尔士设立统一的刑事起诉机构，从而改变了过去警察集侦查与起诉权力于一身的传统做法。英国过去还实行大陪审团制度审查起诉的制度，后于 1933 年取消，改由治安法院负责对以可诉罪向刑事法院起诉的案件进行预审。美国不存在自诉，全部刑事案件或者以检察官起诉书提出控诉，或者经大陪审团审查后以大陪审团公诉书提起公诉。美国宪法修正案规定，非经大陪审团提起公诉，人民不得被判处死罪或其他不名誉罪。这一宪法性保障主要适用于联邦刑事司法系统。

3. 诉讼双方当事人的抗辩集中体现在审判程序中。英美国家审理刑事案件，实行小陪审团制度，即由一名职业法官主持庭审，由12名非职业的陪审员组成陪审团负责对被告人是否有罪作出裁定。审理中，起诉方（检察官或者起诉律师）和辩护方（主要是辩护律师）在地位平等的基础上进行举证，按交叉询问程序对证人进行询问。控辩双方随时可以就证据的关联性、可采性提出异议，由主持庭审的法官当即作出裁断。审理中陪审团成员不得向证人发问，主持庭审的法官也不能主动调查核实证据。双方举证后进行终结性辩论，法官对陪审团作简短提示，然后陪审团退庭评议。认定被告人有罪必须由陪审团作出一致裁决。法官根据陪审团的有罪裁决进行课刑。西方法学家称此庭审模式为辩论主义诉讼，认为这种诉讼受双重危险原则的制约，控诉一方的上诉权非常有限。此外，如果第一审系陪审团审判，对陪审团关于被告人是否犯有指控罪行的裁决通常不允许上诉。但被告人可以一审适用法律错误或者违反法律程序为由提请上级法院审查。对已生效的裁判，同样因贯彻禁止双重危险原则，一般不允许进行再审，为被告人利益的少数情况例外。

总之，英美法系当事人主义诉讼模式强调通过当事人间的平等对抗发现“真实”，解决争议；而大陆法系职权主义诉讼模式强调运用国家权力查明事实真相，惩治犯罪。这两种诉讼结构的特征在庭审阶段最为明显。需要指出的是，第二次世界大战以后，随着世界形势的变化和人权运动的高涨，英美与大陆两大法系之间的出现互相接近、互相吸收、互相借鉴的趋向，两大法系之间的差距正日益缩小。例如，英美国家加强了刑事领域的立法工作，成文法逐步取代了习惯法，制定法逐步取代了判例法。又如，英国继1933年废除了大陪审团审查起诉制度后，又于1985年颁布新的刑事起诉法，仿效大陆法系国家在英格兰、威尔士建立起统一的刑事起诉机构。但总的说来，原大陆法系国家在推进刑事司法改革、改造本国诉讼程序的进程中，借鉴、吸收英美当事人诉讼的东西更多一些。具代表性的如日本和意大利。日本于1948年重新制定刑事诉讼法，在原职权主义诉讼的背景上，吸收了美国当事人主义诉讼的许多内容，形成日本式的当事人主义。如果说这是因日本战败不得已而为之的话，那么意大利则是自觉进行诉讼结构改造的典型。经过长期的争论和深入的比较，意大利终于在1988年颁布了新的刑事诉讼结构进行了重大改革。意大利的这一立法尝试，对其他大陆法系国家刑事诉讼制度的变革产生了巨大影响。

三、自由心证制度

在证据制度方面，资产阶级废除了纠问式诉讼时期的法定证据制度，代之以自由心证制度。自由心证证据制度的特征是，法律不预先规定各种证据的证明力和判断运用证据的规则。证据的取舍和证明力的大小，争议事实的认定，由法官或陪审员自由判断。法官或陪审员通过对证据的审查判断所形成的内心信念称作“心证”，“心证”达到深信不疑的程度，叫作“确信”。法官或陪审员只根据自己的内心确信来判断证据和认定事实。

最早提出在立法上废除法定证据并建立自由心证制度的是法国的资产阶级代表杜波尔。1791年1月，法国制宪法会议通过杜波尔提出的法案，发布训令，明确宣布：法官必须以自己的自由心证作为裁判的唯一根据。1808年法国《治罪法》第342条对自由心证作了详细规定：“法律对于陪审员通过何种方式去认定事实并不计较；法律亦不为陪审员规定任何规则，使他们据以判断证据；法律仅要求陪审员深思明察，并本诸良心，诚实推求已经提出的对被告不利和有利的证据在他们的理智上产生了何种印象。法律未曾对陪审员说，‘经若干名证人证明的事实即为真实的事实’；法律亦未曾说，‘未经某种记录、某种证件、若干证人、若干凭证证明的事实，即不得视为已有充分证明’；法律仅对陪审员提出这个问题：‘你们已经形成内心的确信否？’此即陪审员职责之所在。”这是关于自由心证的典型表述。现行《法国刑事诉讼法》第353条仍有类似规定，只是表述更为简洁。

英美法系国家同样要求法官、陪审员应当根据从全部法庭审理中所获得的内心信念来确定案件事实，对刑事案件的认定要达到“排除合理怀疑”。这一证明标准的适用范围包括被告人是否有罪的问题以及构成犯罪的每一要素。关于“合理怀疑”，引用得最为广泛的定义是加利福尼亚州刑法典中的表述：“它不仅仅是一个可能的怀疑，而是指该案的状态，在经过所有证据总的比较和考虑之后，陪审员的心里处于这种状况，他们不能说他们感到对指控罪行的真实性得出永久的裁决已达到内心确信的程​​度。”尽管英、美两国同样实行内心确信的证据制度，但对于证据的来源、形式和可采性等有一系列规则，以便引导陪审员正确地判断证据，作出裁决。

自由心证制度使审判人员在办案中可以按照自己的理性自由地判断证据，不受法定条条框框的束缚，有可能从案件实际情况出发运用证据认定事实真相。这与法定证据相比是历史

的进步。但是，外国许多学者认为，确信就是法官主观上相信自己判决的正确，法官对案件事实的认定没有而且不可能达到绝对真实，只能满足于最大限度的盖然性。显然，这种理论否认了认识案件客观真实的必要性和可能性。

注释：

[1]在国内的许多教材中，均把此法典意译为《刑事诉讼法》，尽管该法典的内容实质上是刑事诉讼法，但立法者却选择了不同的名称，这点从随后日本的刑事诉讼法的演变中也可发现。编者注。