

主编 任允正 刘兆兴

中国法学会「八五」期间法学研究重点课题

司法制度比较研究

司法制度比较研究

主编 任允正 刘兆兴

中国社会科学出版社

(京) 新登字 030 号

图书在版编目 (CIP) 数据

司法制度比较研究/任允正、刘兆兴主编. —北京: 中国社会科学出版社, 1996. 12

ISBN 7-5004-1990-2

I. 司… I. ①任… ②刘… II. 司法制度-对比研究-世界 N. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 22573 号

中国社会科学出版社出版发行

(北京鼓楼西大街甲 158 号)

北京怀柔中科印刷厂印刷 新华书店经销

1996 年 12 月第 1 版 1996 年 12 月第 1 次印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 10.125 插页: 2

字数: 250 千字 印数: 1—1 000 册

定价: 16.00 元

60661/04

总 序

1992年1月16日，中国法学会第三届常务理事会第二次会议通过了《中国法学会“八五”期间组织推动法学研究的选题规划》，选了100个重点课题。中国法学会给每个重点课题以一定的资助。目的是通过支持这些课题的研究，推动法学界坚持以邓小平同志建设有中国特色社会主义理论和党的基本路线为指导，紧密联系实际、研究和回答现实中的重大法学理论问题和实际问题，使法学研究更好地为领导决策服务，为实现党的总任务总目标服务。

为了实施这个选题规划，中国法学会专门组成了有各学科、各有关部门的知名专家、学者参加的评审委员会，确定了每个课题的承担人。经过两年多的艰苦努力，大部分课题都已胜利完成，并通过了验收。

在新的形势下，法学研究如何更好地服务于改革、发展和稳定，如何适应建立社会主义市场经济法律体系的需要，如何逐步把我国建设成为社会主义法治国家，是法学界面临的光荣而艰苦的任务。中国法学会今后将继续采取切实的措施，大力组织和推动法学研究工作，创造更好的条件，营造更佳的环境，使我国的法学研究不断迈上新台阶，涌现新成果。

中国法学会会长 邹瑜

1995年10月26日

前 言

司法制度是阶级社会的产物，是社会上层建筑的重要组成部分，是一定国家掌握政权阶级实现其统治和管理社会的重要工具，因此，是国家制度的重要组成部分。

纵观司法制度的产生和发展，是与国家和法律的产生和发展相伴随。但是，它的发展有其自身的特点，经历了由简单到复杂、由单一到多种、由与行政权合为一体到形成独立的体系等发展过程。远在奴隶制社会初期，国家职能尚未具体分工，以奴隶主掌握的军事官僚机构行使一切国家权力，国家的重要职能是惩罚犯罪。这样，由国家惩罚逐渐代替私人复仇，这就是最初形成的国家司法制度的萌芽。

无论是在东方或是西方，在漫长的奴隶制社会中，司法权与行政权是不分的，它们与立法和军事权皆集最高统治者于一体。后来，随着社会的发展，特别是国家机器的发展越来越趋于专业化，司法权便与行政权逐渐分离。最典型的，就是，自公元前3世纪之后，在雅典和古罗马共和国产生了具有独立管辖审判的法庭。但是，此时的司法制度也仅指审判制度。在中国奴隶制社会和漫长的封建社会中，司法与行政从来就是合为一体的。自从我国奴隶制社会设有“司寇”官职以来，直到后来封建社会中的“听讼断狱”、“决讼治狱”，都体现出我国司法制度的产生和发展，只是尚未正式用“司法”之词。

在西方，随着18世纪启蒙思想家们的“三权分立”理论学说的建立和资产阶级国家的诞生，才产生了现代意义上的司法概念，并且逐步建立和完善起与立法、行政相分离的独立的司法制度。在

我国，直至清代末年制定的《大清新刑律》、《大清法规大全·宪政部》等法律中，才正式运用“司法”一词。当然，当时的司法仍与立法、行政一起“总揽于君上统治之大权”。

现代意义上的司法制度与过去相比，有着新的含义和内容。无论是何种社会制度的国家，也无论是属于哪个法系的国家，都将司法与立法、行政相分离，并且司法制度具有更广泛的含义和内容。我们不可否认，对于司法权包括哪些方面这一问题，在法学家们或在司法实际工作者们之间，尚有不同看法。但是我们一般都理解为，司法权可分为审判权、检察权、侦查权等，与此相适应，国家建立的审判、检察、侦查和司法行政机关，即法院、检察院、公安（警察、安全）机关，以及司法行政机关。同时，与此相适应，又形成了律师、公证、仲裁和调解等司法方面的组织^①。由此可以看出，现代意义上的司法制度，不仅包括审判制度、检察制度、侦查制度、执行制度，同时还包括律师制度、公证制度、仲裁制度、调解制度等。当然，应当看到，由于国家制度和政治制度的不同，由于政体及各种具体情况包括历史发展、历史传统、环境以及其他方面的不同，不同国家司法制度的内容、组织机构和运作机制等诸方面也存在着各种差别。

毋庸讳言，现代西方国家司法制度无论从其司法立法、司法组织机构、司法人员的配备以及与之相适应的运行机制，都达到了一个比较完善的程度，尤其是两大法系国家的司法制度，都有比较系统的发展；与此同时，不可避免地暴露其某些弊端。在我国，具有中国特色社会主义司法制度正在逐步完善的过程中。新中国的司法制度继承和发扬了新民主主义革命时期革命根据地和解放区司法制度的经验和优良传统，建国后虽经周折，但在毛泽东法制思想和邓小平建立中国特色社会主义理论指导下，在近些

^① 参阅熊先觉著：《中国司法制度》第12页，中国政法大学出版社，1986年12月版。

年来，我国的司法制度显著地发展着，已经初步形成了包括审判、检察、侦查、执行等制度，以及律师、公证、仲裁、调解制度在内的比较系统的司法体系。

但是，我们还应当看到，随着我国社会主义市场经济的建立和发展，现行的司法体制还不能完全适应我们的需要，必须不断完善司法立法、司法制度的各种具体制度及其与之相适应的机制，特别是司法监督机制等。在这方面，我们应当吸收借鉴外国的某些经验，特别是西方两大法系某些国家的经验。

我们吸收和借鉴外国的经验，首先就应当在比较全面了解的基础上，进行深入的分析 and 比较研究。为此，我们撰写了这本《司法制度比较研究》。我们的目的就在于让各界读者、研究教学人员和司法工作者们对某些外国的具体做法，有一个比较全面的了解。本书虽然对一些国家的检察制度、审判制度、刑罚制度和律师制度进行了比较研究，与此同时，联系我国的司法实践和具体做法，作了专题性的分析并且阐述了作者的观点。需要指出的是，本书未对司法制度的其他一些具体制度进行研究，这有待于今后继续填补。

本书撰稿人分工为：第一章检察制度比较研究（刘兆兴）；第二章审判制度比较研究（李凌燕）；第三章刑罚制度比较研究（周叶谦）；第四章律师制度比较研究（黄列）。

本书是中国法学会“八五”重点科研项目，得到该会领导和有关同志的指导和帮助。在本书的撰写、出版过程中，得到了中国社会科学院科研局刘白驹先生、法学研究所高鸿钧先生和中国社会科学出版社王半牧先生的鼎力相助，在此一并致以衷心的感谢！

由于作者水平有限，不当之处必所难免，敬希读者指正。

作 者

1996 年 11 月

目 录

前 言	(1)
第一章 检察制度比较研究	(1)
一、检察制度的沿革	(1)
(一) 大陆法系国家检察制度的建立和发展	(2)
(二) 英美法系国家检察制度的建立和发展	(4)
(三) 中国检察制度的建立和发展	(7)
二、检察机关的性质和职权	(11)
(一) 检察机关的性质	(11)
(二) 检察机关在刑事诉讼中的职权	(14)
(三) 检察机关在民事诉讼中的职权	(31)
(四) 检察机关在行政诉讼中的职权	(39)
三、检察机关的组织系统和检察官的任免制度	(43)
(一) 检察机关的组织系统	(43)
(二) 检察官的任免制度	(48)
第二章 审判制度比较研究	(55)
一、审判制度的历史发展	(55)
(一) 奴隶制国家的审判制度	(55)
(二) 封建制国家的审判制度	(58)
(三) 资本主义国家的审判制度	(63)
(四) 社会主义国家的审判制度	(66)
二、审判制度的基本原则	(70)
(一) 独立审判原则	(70)
(二) 依法审判原则	(74)

(三) 平等审判原则·····	(76)
(四) 民主审判原则·····	(79)
三、法院组织系统·····	(81)
(一) 法院的性质和作用·····	(81)
(二) 法院的种类·····	(87)
(三) 法院的组织系统·····	(90)
四、审判工作制度·····	(101)
(一) 审级制度·····	(101)
(二) 陪审制度·····	(103)
(三) 合议制度·····	(110)
(四) 回避制度·····	(110)
(五) 审判监督制度·····	(112)
五、法官制度·····	(113)
(一) 法官的地位和作用·····	(113)
(二) 法官的任免·····	(116)
(三) 法官的培养·····	(123)
六、审判活动·····	(125)
(一) 民事审判活动·····	(125)
(二) 刑事审判活动·····	(130)
(三) 行政审判活动·····	(135)
七、审判制度的发展趋势·····	(141)
(一) 西方国家审判制度的发展趋势·····	(141)
(二) 建立健全和逐步完善我国的审判制度·····	(143)
第三章 刑罚制度比较研究 ·····	(146)
一、刑罚的原则·····	(146)
(一) 罪刑法定原则·····	(146)
(二) 罪刑相适应原则·····	(153)
二、刑罚的目的·····	(153)
(一) 报应论(惩罚论)·····	(153)

(二) 预防论·····	(154)
(三) 教育论·····	(154)
三、刑罚的种类·····	(156)
(一) 生命刑(死刑)·····	(156)
(二) 自由刑·····	(162)
(三) 身体刑(肉刑)·····	(180)
(四) 资格刑(和荣誉刑)·····	(182)
(五) 财产刑(和罚金刑)·····	(184)
四、刑罚的运用·····	(187)
(一) 量刑·····	(187)
(二) 数罪并罚·····	(189)
(三) 缓刑和假释·····	(191)
(四) 刑期的折抵·····	(194)
(五) 刑罚的易科·····	(195)
(六) 时效·····	(196)
第四章 律师制度比较研究·····	(198)
一、律师制度的起源和发展·····	(198)
(一) 外国律师制度的起源和发展·····	(198)
(二) 中国律师制度的起源和发展·····	(208)
二、律师的分类·····	(215)
(一) 英美法系国家律师的分类·····	(215)
(二) 大陆法系国家律师的分类·····	(221)
(三) 中国律师的分类·····	(231)
三、律师的资格·····	(235)
(一) 英美法系国家律师的资格·····	(235)
(二) 大陆法系国家律师的资格·····	(238)
(三) 中国律师的资格·····	(244)
四、律师的业务范围·····	(246)
(一) 法律咨询·····	(246)

(二) 法庭辩护·····	(254)
五、律师的权利和义务·····	(259)
(一) 英美法系国家律师的权利和义务·····	(260)
(二) 大陆法系国家律师的权利和义务·····	(263)
(三) 中国律师的权利和义务·····	(270)
六、律师的职业道德和惩戒制度·····	(272)
(一) 律师的职业道德·····	(272)
(二) 律师的惩戒制度·····	(284)
七、律师的服务报酬·····	(290)
(一) 英美法系国家律师的服务报酬·····	(290)
(二) 大陆法系国家律师的服务报酬·····	(294)
(三) 中国律师的服务报酬·····	(299)
八、律师的组织机构·····	(301)
(一) 英美法系国家律师的组织机构·····	(302)
(二) 大陆法系国家律师的组织机构·····	(306)
(三) 中国律师的组织机构·····	(311)

第一章 检察制度比较研究

一、检察制度的沿革

检察制度是国家基本法律制度的重要组成部分，它与整个国家法律制度一样，经历了一个历史发展过程。当然，检察制度的产生不仅大大晚于国家与法律的产生，而且在整个司法制度中，它也晚于审判制度的产生。

在人类社会产生国家和法律的初期，犯罪只被人们认为是侵害私人利益的行为。因此，国家没有专门设立审判机关，更没有专门的控诉和审判监督机关，而国家允许以私人报复的方式让被害人“惩罚”实施侵害的行为人。直到公元前6世纪，古希腊的城邦雅典开创了审判犯罪的先例。公元前594年，执政官梭伦进行了一系列立法和司法改革，正式设立了赫里埃（陪审法院），这是雅典最重要的司法机关。之后，在罗马共和国后期以及其他一些国家，都先后设立了审判机关。这就表明，以国家干预犯罪、行使刑罚权取代了受害方的私人报复方式。但是，由于在一个较长时期内，许多国家在追诉犯罪方面实行私人追诉主义，采取自诉方式，“不告不理”原则在实行控告式诉讼的国家中普遍实行，因此，这种追诉犯罪的司法制度仍然是不能充分体现国家惩罚犯罪的责任和职能。因为只依靠公民个人的力量、没有国家强制力作保障，真正实现公民的追诉犯罪的诉讼权是很困难的，而且随时都有使犯罪人逃避法律制裁的可能，从而使他们可以继续危害公民权益和国家政权。所以，从客观上需要国家设立一种具有其强制力作保障的、直接追诉犯罪的专门控诉机关。这就是说，对犯罪的起诉与审判要分离，前者作为国家的公诉，行使该权力的便

是检察机关；后者作为国家的审判，行使该权力的便是法院。当然，随着检察机关的建立和不断完善，公诉只是其职能的一部分。

（一）大陆法系国家检察制度的建立和发展

1. 法国检察制度的建立和发展

法国是世界上最早建立检察制度的国家之一。12 世纪末，法国国王在各地设立了国王代理人，这种代理人受国王委托为国王办理事务，为维护国王利益参与诉讼。1302 年，法国国王腓力普四世发布敕令，规定其代理人要和总管、地方官吏等一样进行宣誓。这样，国王代理人经宣誓后可以代表国王参加涉及国王利益的民事的和刑事的诉讼，这就意味着正式设置了检察官。

但是，法国在 14 世纪中期，国王代理人作为检察官并没有在成文法律中加以确定，而只是以惯例实行。直到 16 世纪，法国才以成文法律正式规定了检察制度。1522 年、1553 年和 1586 年，国王先后颁布敕令，将 13 世纪中期设置在巴黎“巴列门”（即中央最高审判机关）中的代理官正式更名为检察官，并规定了上下级的隶属关系^①。之后，按照法国国王路易十四于 1670 年颁布的刑事法律的敕令规定，在最高审判机关中设立总检察官；在各级审判机关中设立检察官和辅助检察官，对刑事案件行使侦查起诉权。这种检察官制度成为现代检察制度的起源。

1789 年法国经过资产阶级革命，建立了资产阶级政权之后，随着资本主义法制的建立和发展，其检察制度也不断变化和发展。法国 1791 年宪法第三编第五章第 25 条规定，国王派驻在法庭的专员“应就一切公诉发表意见，并且在预审过程中要求遵守法定程序，在审判前要求适用法律”。在这里，虽然从宪法中体现出资产阶级对封建国王的妥协性，但就检察制度而言，比以前更加法律化了。到了拿破仑掌握政权的时代，法国的检察制度进一步完

^① 参阅程荣斌：《检察制度的理论与实践》，第 20 页，中国人民大学出版社，1990 年 5 月出版。

善，例如，扩大了检察机关追究刑事案件的范围，增加了检察机关具体对民事诉讼的干预的职权。特别是法国 1808 年颁布的《刑事诉讼法典》，对检察官在刑事诉讼中的地位和职权都做出具体规定。这就形成了比较完善的资产阶级国家检察制度。法国现行《刑事诉讼法典》第二章专门规定了检察院的地位和职权，包括对检察院的一般规定、驻上诉法院检察长的权限、共和国检察官的权限、附设在违警罪法庭的检察院的权限等。

2. 德国检察制度的建立和发展

与法国同属大陆法系的德国的检察制度，是在 19 世纪中期依照法国检察制度的模式建立起来的。早在 1810 年，最先在普鲁士的莱茵邦（Rheinland）建立起检察机关；之后，相继于 1831 年在巴登邦（Baden）、1841 年在汉诺威（Hanover）等地也建立起这种机构。直到 1860 年，在德国大多数邦内都采用了法国的检察制度^①。德意志帝国在 1877 年制定的《刑事诉讼法》和《法院组织法》中明确规定检察制度是其司法制度的重要部分。按照德国 1877 年制定的《法院组织法》关于检察事务的规定，在各级法院内设检察事务署。在帝国法院设检察长一名，检察官一名或几名；在联邦高等法院、各地方法院分别设检察官一名或几名。检察事务署独立于法院执行职务。

第二次世界大战后，联邦德国的的检察制度进一步具体化。联邦检察机关隶属于司法部组织系统，各级检察机关及其性质、任务、程序等，主要规定在联邦法院组织法、刑事诉讼法以及其他有关法律中。从立法上确定检察制度这一点，与上个世纪德意志帝国的做法是一脉相承的。联邦德国的联邦检察官以及各州等各级检察官均设置在各级相应的法院。联邦最高法院设联邦总检察长和副总检察长，在高等法院和地方法院设检察官和助理检察官。

^① 参阅曾庆敏主编：《刑事法学词典》第 818 页，上海辞书出版社，1992 年 10 月出版。

3. 日本检察制度的建立和发展

翻开日本近现代司法制度史，我们无不发现，日本在司法机构的建立及其运作等许多方面皆效法于欧洲大陆法系国家的做法，当然，近几十年来，日本又注重了借鉴英美法系国家的若干做法。

1872年，日本模仿法国建立了检察制度。该年8月，日本制定了司法省职务章程，规定司法省的职权分别由裁判所、检事局、明法寮行使，并且在地方各级裁判所设立检事，专门执行公诉之职。之后按照日本1875年（明治8年）颁布的《大审院诸裁判所职称章程》的规定，司法省设立“卿”（大臣）和“辅”（次官），“统管检事、管理检务”，这就正式确立了检察制度。

19世纪末，日本着重考察和研究了普鲁士的各种立法和司法制度，于1889年2月颁布了宪法；直接参照德国的模式，于1890年颁布了裁判所构成法，并且依照该法律规定在各级裁判所内设置检察机关。在日本的大审院、控诉院、地方裁判所和区裁判所四级审判机关内分别设立检事厅。与此相适应，又分别在各级检事厅内设立检事，即大审院检事厅设检事总长、控诉院检事厅设检事长及检事、地方裁判所检事厅设检事正和检事、区裁判所检事厅设检事一名或数名。

二次世界大战后，日本对司法体制进行改革，借鉴了美国模式，较多地吸收英美法系国家司法体制的内容，最明显的就是实行审判与检察相分离，按照法院审级体系相应地设置独立的检察厅，从而改变了过去模仿法德等国的将检察机关设置于法院内的做法。随着日本于1946年新宪法的颁布，1947年重新颁布了《检察厅法》以取代1890年的《裁判所构成法》。此后，日本对《检察厅法》经过多次修改补充，以较完善的法律形式确立了现行的日本检察制度。

（二）英美法系国家检察制度的建立和发展

1. 英国检察制度的建立和发展

英国是英美法系的主要国家之一，其检察制度的起源和发展

较之与大陆法系国家相比，有其独特之处。英国的检察制度发端于国王的律师和法律顾问。早在中世纪的英国，国王为维护王室的利益，需要委托律师和聘请法律顾问，为其代理财产及其他方面的诉讼和经常讲解法律知识。1243年，职业律师劳伦斯·德尔·布罗克开始为王室出庭辩护。直到13世纪后期，国王选择最优秀的律师为王室的常设律师和法律顾问^①。1461年，国王律师更名为总检察长，并配有若干名助手；1515年，原来的国王法律顾问更名为副总检察长。19世纪初，英国的检察机关进一步完备，1827年增设了追究破坏王室利益以外案件的检察官。这样，检察机关的职能便冲出了长期以来只为王室利益而运行的范围，开始从国家利益的角度活动。1879年设置国家检察机关，总检察长代表国王对涉及到国家利益（包括王室利益）的重大案件或特殊情形的案件提起公诉。这就表明，英国的具有现代意义上的检察制度的形成。

早在19世纪80年代，英国依据1879年颁布的《犯罪追诉法》的有关规定，在地方设置了公诉处，行使检察机关的职权。近些年来，在英国，有一些人曾提出模仿法国、德国的做法，建立一个作为国家惟一公诉机关的检察系统。该种主张最后未能实施。英国政府不设司法部，没有一个统一的中央检察机关，中央检察权分别由内务大臣、国王的法律官员和公诉处长行使，也就是说，中央的检察权由不同的机关和官员行使。

进入本世纪80年代，英国的检察制度进行了重大改革。1985年5月，英国颁布了《罪行起诉法》，该法对检察机关的设立、对犯罪的检察和起诉等诸方面，都作了新的规定。按照《罪行起诉法》规定，在英国设立独立统一的检察机关，形成从中央到地方的独立统一的检察制度。具体地说，就是在中央建立一个以总检

^① 参阅程荣斌：《检察制度的理论与实践》，第28页，中国人民大学出版社，1990年5月出版。

察长为最高首脑的皇家检察署。皇家检察署在地方分级设置，例如，在英格兰和威尔士，下设4个地区检察署、31个区检察署和55个分署，这就形成了一个独立的上下统一的检察系统。显然，这种检察制度是对过去的检察制度的重大改革。

2. 美国检察制度的建立和发展

美国学者琼·雅各比在她的著作《美国检察官：对其身份的研究》（“The American prosecutor: A Search for Identify”）一书的绪论中指出：“在任何其他国家里，没有一个官员像美国的检察官那样行使着一半是司法的、一半是政治的那种特殊的混合的权力。美国的检察官是根据宪法或法令委任的政府在刑事诉讼中的代表，但又要直接对选举他的当地选民们负责。尽管美国的司法制度是从广泛综合欧洲的许多先例演变而成的，但检察官这一职务却完全是一种美国的制度；在英国或任何其他欧洲国家里都没有与它完全对等的东西”。^① 这里正是说明了美国检察制度产生和发展的独特性。

在美国，从检察制度的产生之时就没有设置过检察院、检察署之类的专门检察机关，而只是实行检察长（官）负责制，其他人员只作为他的助手。因此，检察官（长）办公的地方只是一种办事处，而不是类似其他国家那样的检察机关。我们研究美国的检察制度主要是研究检察官（长）的设立及其职权问题等。

在美国独立之后，按照1789年第一届国会通过的司法法令设立了司法部长的职位，并设立了美国的检察官；该法令授权总统任命一名总检察长。直到1870年，美国成立联邦司法部，司法部的首长由总检察长担任，美国的联邦司法部设总检察长、第一副总检察长、副总检察长和若干助理总检察长、检察官；各州设检察长；州属的县、区分别设检察官办事处。地方检察官办事处设首席检察官和助理检察官。

^① 《美国检察官研究》，第1页，中国检察出版社，1990年12月版。