

美国检察制度研究

第三版

张鸿巍
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

美国核察制度研究

第三版

张鸿巍
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国检察制度研究 / 张鸿巍著. -- 3 版. -- 北京 :
法律出版社, 2019
ISBN 978 - 7 - 5197 - 3180 - 9

I. ①美… II. ①张… III. ①检察机关—司法制度—
研究—美国 IV. ①D971.263

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 035667 号

美国检察制度研究(第三版)
MEIGUO JIANCHA ZHIDU YANJIU(DI-SAN BAN)

张鸿巍 著

策划编辑 似 玉
责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任校对 马 丽
责任印制 张建伟

编辑统筹 法研工作室
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 22.75
字数 330 千
版本 2019 年 3 月第 3 版
印次 2019 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 83938336

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 83938334/8335 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3180 - 9

定价:88.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

张鸿巍教授主要中文作品

《美国未成年人司法：体系与程序》，法律出版社即出

《美国检察制度研究》（第三版），法律出版社2019年版

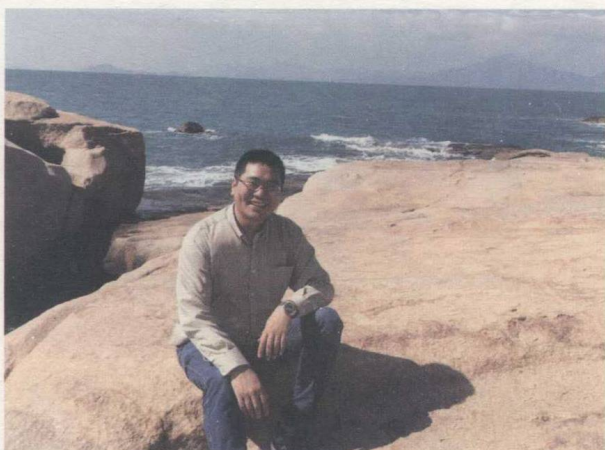
《法律的江湖》（第二版），上海三联书店2017年版

《少年司法的异乡人》，上海三联书店2017年版

《儿童福利法论》，中国民主与法制出版社2012年版

《少年司法通论》（第二版），人民出版社2011年版

《刑事被害人保护的理念、议题与趋势》，武汉大学出版社2007年版



张鸿巍

安徽合肥人，暨南大学教授、博士生导师，美国 Sam Houston State University 刑事司法学博士、武汉大学法学学士。现兼任 *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* (SSCI) 编委、*Journal of Family Violence* (SSCI) 编委，亚洲犯罪学学会主席团成员，亚洲药物滥用研究会理事，中国犯罪学学会副秘书长，中国刑事诉讼法学研究会理事，国务院妇儿工委办公室智库专家、最高人民检察院未成年人检察工作顾问，中国致公党中央法治建设委员会委员，广东省青联委员、珠海市政协委员等。

研究旨趣为少年及家事法、比较刑事司法及法律实证等。主持国家社科基金、省部级及国际合作课题研究十余项，于 *Justice Quarterly* (SSCI)、*Journal of Research in Crime and Delinquency* (SSCI)、*Police Quarterly* (SSCI)、*Policing: an International Journal of Police Strategies & Management* (SSCI)、*Crime, Law and Social Change* (SSCI)、*Criminal Justice and Behavior* (SSCI)、*Journal of Contemporary Criminal Justice* (SSCI)、*Deviant Behavior* (SSCI) 等中外学术期刊发表中英文论文七十余篇，在《法制日报》《检察日报》《法学家茶座》等发表法学随笔七十余篇，出版学术独著四部、随笔集三部，主编国家级“十一五规划”教材一部。入选省部级人才项目，获省部级社科成果二等奖一项、三等奖两项，暨南大学本科教学学校长奖，被中国法学教育研究会评为“优秀诊所课程教师”，获 Sam Houston State University 刑事司法学院“杰出校友奖”。

目 录

第一章 绪 论 / 001

第一节 导论 / 001

一、研究缘由 / 001

二、术语探究 / 004

第二节 检察制度的溯源与发展 / 012

一、北美殖民地时期的检察制度 / 013

二、美国检察制度的起源与形成 / 021

三、美国检察制度的发展与成熟 / 024

四、美国检察制度的问题与挑战 / 026

第三节 检察官行业组织与职业规范 / 028

一、检察官行业组织 / 028

二、检察官职业规范 / 035

第四节 美国民事检察制度 / 040

一、民事检察的设置 / 040

二、民事检察的范围 / 041

第二章 检察官的职权与义务 / 043

第一节 检察权属及裁量权 / 043

一、三权分立与检察权属 / 043

二、宪政下的美国检察权 / 046

三、检察裁量权内核外延 / 048

四、裁量权滥用及其限制 / 054

第二节 检察官定位与职权 / 056

一、检察官定位 / 056

二、检察官职权 / 057

第三节 检察官民刑事风险与豁免 / 064

一、检察官民刑事风险 / 064

二、检察官豁免权 / 065

第三章 检察官职业操守与法定义务 / 069

第一节 检察官职业操守与伦理规范 / 069

一、检察官职业操守 / 069

二、检察官义务 / 071

第二节 利益冲突与检察官回避 / 075

一、利益冲突与注意义务 / 075

二、检察官回避 / 076

第三节 检察官特定诉讼义务 / 078

一、案情公开义务 / 078

二、案情保密义务 / 080

三、证据开示义务 / 081

四、诉讼关照义务 / 086

第四章 与利益攸关者关系 / 089

第一节 与立法、司法及行政部门的关系 / 089

一、与立法部门的关系 / 090

二、与司法部门的关系 / 091

三、与行政部门的关系 / 095

第二节 与律师、被害人及证人的关系 / 103

一、与辩护律师的关系 / 103

二、与被害人及证人的关系 / 105

第三节 与新闻媒体及公众的关系 / 111

一、与新闻媒体的关系 / 111

二、与社会公众的关系 / 114

第五章 检察院组织架构 / 116

第一节 联邦及地方检察院设置 / 116

一、检察院设置与特征 / 116

二、检察院间分权与合作 / 119

第二节 联邦检察系统的组成与设置 / 126

一、联邦总检察院的组成与设置 / 127

二、联邦地区检察院组成与设置 / 140

三、合众国检察官执行局 / 144

第三节 地方检察系统的组成与设置 / 147

一、州总检察院的组成与设置 / 147

二、郡市检察院的组成与设置 / 149

第四节 独立检察官制度 / 152

一、独立检察官制度概说 / 152

二、独立检察官溯源发展 / 153

三、独立检察官职权与义务 / 156

四、独立检察官存废争议 / 158

第六章 刑事检察制度 / 161

第一节 抗辩制下的刑事检察制度 / 161

一、检察官与当事人主义 / 161

二、刑事诉讼基本流程 / 164

三、证明标准与举证责任 / 173

四、动物虐待案件检察 / 178

第二节 立案侦查阶段的检察职权 / 182

一、检察侦查权 / 183

二、侦查建议权 / 190

三、令状审查权 / 192

四、刑事豁免权 / 194

第三节 审查起诉阶段的检察职权 / 196

一、大陪审团检控权 / 196

二、检察官公诉权 / 204

三、双重危境与多重起诉 / 206

四、起诉裁量权 / 207

第四节 庭审阶段的检察职权 / 217

一、出庭支持公诉权 / 218

二、陪审团审理权 / 218

三、法庭辩论权 / 229

四、陪审团指示建议权 / 237

第五节 审后阶段的检察职权 / 239

一、量刑建议权 / 239

二、判决复议权 / 245

三、检察上诉权 / 246

第六节 辩诉交易 / 249

一、辩诉交易引论 / 249

二、辩诉交易裁量 / 251

三、辩诉交易争议 / 254

四、辩诉交易限制 / 259

第七章 恢复性司法与社区检察制度 / 261

第一节 恢复性司法 / 261

一、被害人保护与恢复性司法 / 261

二、检察官参与恢复性司法 / 266

第二节 社区检察制度 / 272

一、犯罪预防与生活质量犯罪 / 272

二、社区司法与社区检察 / 274

第八章 未成年人检察制度 / 284

第一节 未成年人检察制度 / 284

一、未成年人检察理念及溯源 / 284

二、未成年人检察设置与管辖 / 292

三、未成年人检察体系与程序 / 297

四、案件两元处理与检察应对 / 304

第二节 未成年人检察分流 / 308

一、未成年人案件分流 / 308

二、未成年人检察分流 / 310

三、检察裁量权与分流 / 315

四、检察分流违法处置 / 317

第九章 检察官制度 / 319

第一节 检察官选任制度 / 319

一、检察官任职条件 / 319

二、检察官任职资格 / 322

三、检察官选任程序 / 324

四、检察官的职业化 / 329

第二节 检察官保障制度 / 335

一、检察官薪俸制度 / 336

二、检察官福利制度 / 338

三、检察官绩效制度 / 339

四、检察官解职制度 / 341

第三节 检察官培训制度 / 343

一、法学与诊所教育 / 343

二、继续教育 / 347

第四节 检察官惩戒制度 / 348

一、检察官不端行为 / 348

二、检察官惩戒制度 / 351

三版后记 / 354

第一章 绪 论

比较研究……有助于我们看见我们法律制度的森林；通过提供一种开阔的视野，比较研究帮助法学家们更好地理解法律的局限性和法律的潜能。深入观察其他法律体系是如何处理某些问题的，不仅刺激法学家的想象力，而且揭示某些解决途径的强势和弱势。因此，比较研究有助于法律改革，亦有助于律师、法律人发现法律实务中所产生的一些问题并为创造性地解决问题而努力。^{〔1〕}

——[美]阿瑟·T.冯·梅伦(Arthur T. von Mehren)

第一节 导 论

一、研究缘由

作为国家法治不可或缺的组成部分，检察制度在各法域司法制度中起着无以比拟的重要作用。时下，各法域如火如荼的司法改革大都是以法院为中心推而广之。究竟检察权和检察院在整个国家权力和司法架构中的地位与

〔1〕 转引自[美]弗兰克·M.柯芬、道格拉斯·M.柯芳图解：《美国上诉程序——法庭·代理·裁判》，傅郁林译，中国政法大学出版社2009年版，第9页。

角色如何伴随社会变化而与时俱进,显然答案并不一定是唯一的。在开放的21世纪,各法域法治文明交流日益密切。在批判的基础上,合理借鉴与吸收各法域检察制度中某些有益成分为我国所用,亦不失为选择项之一。

人们总习惯以“他山之石,可以为错……他山之石,可以攻玉”^{〔1〕}这句妇孺皆知的成语来描述比较研究的重要性与迫切性。进入20世纪80年代以来,针对我国检察制度的质疑与非难不绝于耳,并有渐增之势,其中不乏来自中外检察制度差异性研究的声音。任何司法制度——包括检察制度——都有其生存与发展的特定土壤。德国哲学家戈特弗里德·威廉·凡·莱布尼茨(Gottfried Wilhelm von Leibniz)曾言,“世界上没有两片完全不同的叶子,但世界上亦没有两片完全相同的叶子”,看似悖论的哲学命题在很大程度上亦可说明检察制度的科学性、适用性及法治性既有符合国际惯例的普遍共性,亦有各国个案的成功实例。离开特定的政治制度、国民性格、法律文化甚至地理环境等内外因素的考虑,简单的法律移植或粗浅的本土化主张均不可取。

论及当前检察理论研究主要争议后,我国检察学者张智辉认为,“现有的许多观点分歧,与其说是因为门户之见,不如说是因为我们对有关问题的研究还不够深入和全面”。^{〔2〕}基于本土司法现状的实证分析与中外法律制度及文化的比较研究,乃是检察学研究及检察改革必不可少的两块基石。言至比较之重要性时,法国思想启蒙家查理·路易·孟德斯鸠(Charles louis de Montesquieu)在其不朽之作《论法的精神》(旧译《法意》, *The Spirit of Laws*)中一针见血地指出,“今夫国之盛明强大,比较之词也。是故言一国之强盛,以言其真实;乃增乎前,而言其比较,或以见增。此论国者不可不知也”。^{〔3〕}清末沈家本变法以来形成的大陆法系传统,使得我们长期以来对英美法系有若隐若现的理解。分权制衡下的检察制度研究不单单只是刑法与诉讼法的

〔1〕《诗·小雅·鹤鸣》。

〔2〕张智辉、谢鹏程:《现代检察制度的法理基础——关于当前检察理论研究学术动态的对话》,载《国家检察官学院学报》2002年第4期。

〔3〕转引自王弼主编:《严复集》,中华书局1986年版,第962页。

重要研究对象,而且还应是民主宪政研究的组成部分。孟子曰:“贤者以其昭昭,使人昭昭;今以其昏昏,使人昭昭。”^{〔1〕}长久以来,我国人对美国司法制度特别是检察制度颇有雾里看花之嫌。二百余年的西进南侵,历经独立战争、南北战争、两次世界大战以及“二战”后风起云涌的民权运动的洗礼,美国在民族融合、国力增进与文化发展上实力渐显。《独立宣言》(*The Declaration of Independence*)、《美利坚合众国宪法》(*The Constitution of the United States of America*)^{〔2〕}及《权利法案》(*The Bill of Rights*)等里程碑式法律的相继出台,俨然可谓人类法治发展史的一个个巅峰之作,西方诸国往往难望其肩项。^{〔3〕}这些成文法,会同判例法及行业规范,相互交错,深刻影响着美国检察制度的起源、发展、反复与变革,其经验与教训均可为各国提供难得的学习与借鉴模板。

检察权问题一直是吾国司法改革研讨过程中理论分歧最大、实务中又使人最为困惑的重大问题之一。^{〔4〕}检察权的合理配置及应用这一难题非吾国所独有,各国皆然。在简要概述中美法律文化差异后,美国学者马特·威廉姆斯(Matt Williams)认为,“通过接纳外国人民、接受他们的思想,弱小的美国才成长为强大的美国。只有通过对其他国家的了解,我们才开始看清自己”。^{〔5〕}同样地,姑且以美国检察制度这一顽石为例来钻研吾国检察制度这一“和氏璧”,通过两相比较,各自优缺点自当凸显出来。在科学、务实批判的基础上,美国检察制度中某些合理的内核、理念与制度有可能为我国所用;而其中的一些问题,亦可为吾国检察改革的前车之鉴。

〔1〕《孟子·尽心下》。

〔2〕为行文方便,下文中涉及《美利坚合众国宪法》如无特别声明,均以联邦宪法统称之。

〔3〕尽管联邦宪法对检察及检察官只字未提,但其对美国检察制度的建立及健全起到了重要作用。该宪法第2条第3款规定,总统应“负责使法律切实执行”。因总统担当联邦政府的行政首脑,上述宪法条款也常被理解为联邦行政部门应“负责使法律切实执行”。据此,美国犯罪学家约翰·L. 沃劳尔(John L. Worrall)认为,“执行法律的宪法性强制性责任(constitutionally mandated duty)通常落在检察官身上”。在他看来,尽管警方作为行政部门的组成部分亦担负执法责任,但因检察官决定是否对犯罪嫌疑人提起检控而使其拥有更大权威。参见 John L. Worrall, *Criminal Procedure: From First Contact to Appeal* (3rd edition), Upper Saddle, NJ, Prentice Hall, 2010, p. 310。

〔4〕石少侠:《检察权要论》,中国检察出版社2006年版,前言第1页。

〔5〕转引自张建伟:《司法竞技主义——英美诉讼传统与中国庭审方式》,北京大学出版社2005年版,序言第1页。

二、术语探究

美国宪法学家爱德华·S. 考文(Edward S. Corwin)指出,“这一时代的思考总是借助于一种特定的语汇,通过这种语汇,这个时代的人才被人们理解”。〔1〕 尽管吾国古代御史制度能否成为吾国检察制度前身学界尚有不同看法,但现代检察制度肇始于欧美当无异议。梁启超曰,“法律之文辞有三要件:一曰明,二曰确,三曰弹性。明确就法文之用语言之,弹性就法文所含意义而言”。〔2〕 汉语与英语中“检察”“检察官”及“检察院”诸词汇应在各自不同法律文化背景下仔细斟酌,避免理解上的南辕北辙。

(一) 汉语“检察”一词溯源

“检察”一词在汉语中古即有之,早在《后汉书》中即有记载“什主十家,伍主五家,以相检察。民有善事恶事,以告监官”。〔3〕 章太炎在《驳康有为论革命书》中写道,“今天下四万万人之材性,长素岂尝为其九品中正,而一切检察差第之乎?”〔4〕 这里“检察”均取检举稽查之意。而在《晋书》“时天大雨雪,宫门夜失行马,羣官检察,莫知所在”〔5〕 中,“检察”则有查找、寻找之意。这些含义与后世所取之意大相径庭。

吾国本无检察制度,其实为舶来品,始自清末宪政改革。光绪三十一年(1905年),载泽、尚其亨、李盛铎、戴鸿慈及端方〔6〕 五大臣出洋考察西方宪政,“以期择善而从”。在考察欧美诸国后,结论为“各国政体,以德意志、日本为近似吾国”,立宪应“远法德国,近采日本”。〔7〕 沈家本主导下的清末改

〔1〕 [美]爱德华·S. 考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1996年版,第59页。

〔2〕 梁启超:《论中国成文法编制之沿革得失》。

〔3〕 《后汉书·百官志五》。

〔4〕 章太炎:《驳康有为论革命书》。

〔5〕 《晋书·曹掾传》。

〔6〕 端方为满清重臣,字午桥,号陶斋,满洲正白旗人,历任工部主事、陆军部尚书、湖广总督、两江总督等要职,清廷追赠太子太保,谥忠敏。在代任两江总督期间,于1906年奏请清廷在南京鼓楼创办了暨南学堂(暨南大学前身),开创我国华侨教育之先河。其一度支持戊戌变法,鼓励学子出洋留学。在考察西洋宪政归国后,端方上《请定国是以安大计折》及《欧美政治要义》,对立宪运动多有裨益。

〔7〕 转引自刘方:《检察制度史纲要》,法律出版社2007年版,第164页。

制在很大程度上借鉴了欧美尤其是日本的经验,“举泰西之制,而证之以古”,尤其是邀请日本诉讼法学者来京专门讲授检察制度。

我国近代检察制度肇始于清光绪三十一年(1905年)。^[1] 光绪三十二年(1906年),军机处、法部、大理院就大理院官制向光绪皇帝(1874~1908年在位)上折,奏称:

臣等查阅官制清单,于院卿以下设推丞、推官分办民刑审判事项,设书记、录事分办文牒及庶务事项,附设司直一厅,设总司直及司直,办检察案证及调度司法警察事项。原拟职掌事宜及员司名缺,大抵远师法德,近仿东瀛,其官称则参以中国之旧制,亦既斟酌中外得所折中。查推官之名肇自有唐,相传甚古,然历代皆属外僚,不系京职。考宋时大理有左右推事之称。拟改推官为推事。司直官称,亦缘古制。惟名义近于台谏,尚与事实不符,拟改总司直为总检察厅丞,改司直为检察官,庶核实循名,人人易知其职守。^[2]

上述奏折为近代吾国就单设检控犯罪之“检察”及“检察官”之始。同年,满清政府颁行《大理院审判编制法》第7条规定,“大理院及直辖各审判厅局关于证据事件须调查者,可随时径由本院会商民政部所辖巡警厅单独或协同本院以下直辖检察官调查一切案件。平时亦可由本院会同该院委派警察官为司法警察官以备侦查之用”。^[3] 同为该年出台的《法部官制草案》特别注明,“第一条法部监督大理院并直省各厅局检察局、调度检察事物”。^[4] 这些可能是官方文献资料中较早出现“检察官”及“检察”词语的记录。1911年2月,《法院编制法》正式颁行。该法第十章专设“检察厅”,并首次使用“检察长”一词。^[5] 至此,西方检察制度在吾国得到较快引入,并与本土有关制度结合,几经辗转,逐步形成独具特色的中国检察制度。

[1] 刘清生:《中国近代检察权的检讨与启示》,载《中国刑事法杂志》2009年第4期。

[2] 转引自张建伟:《不该错过的百年华诞——检察百年感言(一)》,载《检察日报》2006年12月8日;闵钊编:《中国检察史资料选编》,中国检察出版社2008年版,第27页。

[3] 转引自闵钊编:《中国检察史资料选编》,中国检察出版社2008年版,第3页。

[4] 转引自闵钊编:《中国检察史资料选编》,中国检察出版社2008年版,第4页。

[5] 拘于时代所限,《法院编制法》中除了“检察长”和“检察官”称谓外尚充斥“典簿”“主簿”与“录事”等旧式官名。

对于清末检察制度特别是“检察”一词究竟系承袭旧制,抑或新药旧瓶,抑或另起炉灶,学者对此意见相去甚远。民国时期法学家耿文田对吾国检察制度之创建,不无感言道,

在前清末叶,吾国法制维新时代,政府能毅然采用最新发现之检察制度,已足为创造特殊文化之特性之表现,洎乎今日,检制已成为吾国旧物,为国家计,纵不能扩大其职权,亦当保存而改善之。为发扬文化计,亦当阐扬而更新之。断不可轻于废弃。^[1]

显然,耿文田主张“检察”乃满清政府“毅然采用最新发现”,与旧制之稽查或法律监督相距甚远。

就“检察”一词本身的溯源,除了可从古汉语中循迹外,主要还是受到清末改制的深刻影响。检察学者朱孝清认为,“检察”两字为沈家本等修法大臣由英文“public prosecution”翻译而来。在他看来,未将该词直译为告发、检举、指控、公诉而是创造性译为“检察”,其原因在于“西方的检察制度特别是清廷所主要借鉴的法国、德国、日本等国的检察制度,其检察官都履行对刑事案件提起公诉、监督、指挥警察侦查和监督法官审判等职能,这既与‘检察’一词所包含的‘检视、查验’‘检举、制止’的意思相近,又与吾国封建社会御史の职能具有一定的相似之处”。^[2] 检察学者刘方亦主张,清末司法改制时采用“检察”一词来表述检察制度承袭了吾国古代传统,与后者中的法律监督制度密切相关。^[3]

汉文“检察”一词作为舶来品显系新药旧瓶,赋予了该词更多现代意义的语境应来源于日本。鉴于中日政治制度历史上的相似度,加之对明治维新后日本裁判制度的现实考察及推崇,满清政府“最终决定采用日本裁判制度,从而引进了日本检察制度”。^[4] 而日本检察制度又源自法国及德国。台湾地区刑事诉讼法学者黄东熊所总结的,日本检察制度“依学者一致之见解,应

[1] 转引自张建伟:《几十年前争论的硝烟——检察百年感言(二)》,载《检察日报》2006年12月15日。

[2] 朱孝清、张智辉主编:《检察学》,中国检察出版社2010年版,第4页。

[3] 刘方:《检察制度史纲要》,法律出版社2007年版,第4页。

[4] 谢如程:《清末检察制度及其实践》,上海人民出版社2008年版,第25页。