河南省人文社科重点研究基地建设项目

法治评论

2009·下卷

FAZHI PINGLUN

主编 石茂生

总第2卷

郑州大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

河南省人文社会科学重点研究基地建设项目

法　治　评　论

下　卷

主编　石茂生

郑州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治评论. 2009. **下/石茂生主编** . **—郑州 :郑州大学出版社,** 2010. 8

ISBN 978 – 7 – 81106 – 521 – 3

Ⅰ. ①**法…** Ⅱ. ①**石…** Ⅲ. ①**社会主义法制 – 中国 – 文集** Ⅳ. ①D920. 0 – 53

中国版本图书馆 CIP **数据核字(**2010**)第** 038364 **号**

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 **号** **邮政编码 :**450052

出版人 :王　锋 **发行部电话 :**0371 – 66966070

全国新华书店经销

河南省公安厅文印中心印制

开本 :710 mm × 1 010 mm 1/16

印张 :16

字数 :331 **千字**

版次 :2010 **年** 8 **月第** 1 **版** **印次 :**2010 **年** 8 **月第** 1 **次印刷**

书号 :ISBN 978 – 7 – 81106 – 521 – 3 **定价 :**46. 00 **元**

本书如有印装质量问题,请向本社调换

编辑委员会名单

主　任　田土城

副主任　石茂生

委　员　（按姓氏笔画排序）

王长水　石茂生　田土城　刘向文　刘德法

肖国兴　沈开举　宋四辈　张秀全　苗连营

赵建文　程宝山　鲁嵩岳

作者名单

主　编　石茂生
副主编　魏胜强　张玫瑰

需要全本请访问 www.ertongbook.com

序

在神州大地，三十年来轰轰烈烈的改革开放取得了辉煌的成就。中国的进步和发展，令世人瞩目、赞叹，使国人豪情满怀、奋发向上。中国现代意义上的法学教育和法学研究虽发轫于20世纪之初，但法学教育与法学研究真正大发展、大繁荣是和国家改革开放同时起步的，至今不过短短三十年时间。改革开放之初，我国法学研究以译介苏联、东欧的法律和法学为主，西方为次，随着改革开放的深入和人们思想观念的变迁，法学界很快把研究视野扩至全球特别是西方法治发达国家的法律和法学；20世纪90年代，由对外国的法律制度、法学流派、法学观点的系统介绍，转到对西方法治和法学的深入分析、评判，进而开始用中国法的眼光透视外国法，用外国法的眼光透视中国法，把研究重点放在中国法治的现实问题上，并得出了必须依法治国、建设社会主义法治国家的科学结论。法治成为治国基本方略，法治国家的构建成为国人特别是法律人孜孜不倦的追求目标，当然也成为法学教育和法学研究的重中之重。

两千多年前，法学大师亚里士多德就提出“法治优于一人之治。”法治包括两重含义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该是良好的法律。”亚里士多德的法治理想被一代又一代的法学家、思想家、政治家们所继承，所呼喊，但法治由理想变为现实则经历了近两千年历程。中国古代思想家也曾提出法治，但法律始终是帝王手中的一种工具。历史和现实都证明：法治理想和法治实践是相互制约、相互促进、相辅相成的。没有人类对

法治的信仰和求索，就不会有现代文明进步的法治国家；没有人类社会对法治的迫切需要，就不会有现代博大精深的法治理念。尽管各个时代各个国家的思想家、法学家、政治家们在对亚里士多德这一经典定义普遍接受的基础上，不断阐释、探索、丰富、展开其内涵，求索法治之精髓，发掘法治之价值，但至今法治真谛是什么，仍然是没有完全解开的法律之谜。我们推出《法治评论》，只不过是探索法治理论的沧海一粟。

《法治评论》是郑州大学法学院《私法评论》的姊妹篇，旨在与学界同仁共同研讨，悟取舍之正道，得法意之真髓，通过对法治问题全方位探讨，找寻中国实现法治之道路，为法学研究献智，为法治建设出力。

郑州大学法学院法学理论学科基地
郑州大学法治研究中心
2009 年 3 月

目　录

司法研究/*1*

我国检察机关的检察权应是准司法权　马　岭/*1*

和谐社会语境下铁路检察管理体制改革的几个问题　姜新国/*11*

论法治进程中的警察权益保障问题　刘琳璘/*20*

侦查程序法治化构建初论　朱良好/*30*

理论探析/*44*

试论社会主义法治建设的历程及未来走向——以法治理念的递嬗为线索

管　伟/*44*

视角转换与中国的法律现代性　侯瑞雪/*53*

论我国中央与地方关系法律原则之建构　谭　波/*61*

法律解释权初探　魏胜强/*72*

各科专论/87

论行政责任追究制度的理论基础——以宪政理论为分析视角　钱继磊/87

中国民法解释研究述评　谢　慧/95

转型社会的和谐精神与宪政建设　吴礼宁/114

关于农民权益保护的法律问题探析　赵丽敏/126

法学教育专题/131

中国法学教育存在的问题及对策研究　崔自力/131

法科‘大鱼’的职责　郭春镇/142

全球化背景下我国法学教育的不足与完善　黄　烨/150

法律本科教育应摘下学术的光环　李振江/159

对我国法学教育发展中有关问题的新思考　王明锁/164

论社会转型中的法学教育的转型　杨连专/179

公司法本科课程‘应用化学习’教学探讨　张景峰/187

新人新作/196

法律概念的意义如何释放？——常用法律方法在法律概念解释中的张力　崔雪丽/196

论法律方法的法治立场　李鑫/208

文义解释与目的解释的冲突与协调——兼评‘上海绿城群租案’　孙光宁/221

和谐社会背景下的立法走向　王盈/235

我国检察机关的检察权应是准司法权

马　岭①

目次

一、检察权同时具有行政权和司法权的某些特点
二、检察权没有行政权的管理性，而具有司法权的案件性，这一点决定了检察权是准司法权而不是行政权或准行政权
三、检察权的准司法权定位符合我国宪法的规定，适应我国国情的现实需要

世界各国宪法或法律对检察权的定性并不统一。在英国、美国等英美法系国家检察权隶属于行政权②；在德国、法国等大陆法系国家，检察权是司法权；在日本检察权具有行政权与司法权的双重属性③；也有学者认为德国、法国、日本等国的检察权均为准司法权④。我国学界对我国检察权性质的认识也很不一致，有行政权说、司法权说、准司法权说、法律监督权说、立法权说、多重属性说等等。⑤笔者认为，我国的检察权应是准司法权。

一、检察权同时具有行政权和司法权的某些特点

检察权有一些行政权的属性，但不是典型的行政权，有一些司法权的属性，

① 马岭（1960－），女，中国青年政治学院教授。

② 邓思清著《检察权研究》，北京大学出版社2007年版，第23页。

③ 石少侠著《检察权要论》，中国检察出版社2006年版，第52、56－57页。

④ 同前引邓思清书，第25页。

⑤ 见前引邓思清书，第23－33页。李征著《中国检察权研究——以宪政为视角的分析》，中国检察出版社2007年版，第111－118页。石少侠著《检察权要论》，中国检察出版社2006年版，第45－60页。俞静莞编著《检察权的利益分析》，中国人民公安大学出版社2007年版，143－147页。

但也不是典型的司法权，而是兼有二者的某些特征。

（1）检察权同时具有行政权之主动性和司法权之被动性的双重属性。在检察机关的各项职权中，有的权力具有主动性，有的权力具有被动性。如公诉权是主动的，由检察机关提起公诉使整个诉讼程序得以启动，相对于法院“不告不理”的被动姿态而言，检察机关的公诉行为是主动的、积极的。但检察机关公诉前对案件的审理却是被动的，一般是由公安机关行使侦查权后才将案件移送到检察机关，检察机关是从公安机关那里“接手”案件的，这种“接手”在很大程度上是被动的，公安机关移送案件后检察机关才能接手，这实际上是一种“不送（移送）不理”。检察机关认为公安机关侦查的案件证据不足而退回去要求“补充侦查”时①，也是在审查后作出的决定，这种审查也是被动的。检察机关的职务侦查权也具有一定的被动性②，是先有案件发生，检察权才会发动，犯罪事实的存在或发现是一个前提，此后检察院才可能介入。而且在这类案件中，主要是在接到有关“举报”后才展开的，检察院不太可能对国家工作人员像行政机关对有关相对人那样主动地、定期地进行“大检查”；即使对国家机关工作人员有这样的检查，它也不属于检察机关的职权范围。因此，检察院对职务犯罪的自行侦查，也基本属于“不报（案）不理”的模式。在警检关系为检察官主导型的国家③，侦查权的启动也要依赖于案件的发生，不论是警察还是检察官都不可能主动创造一个案件，他们可以积极行动去发现案件，但被发现的案件也是已经发生的事实，有这个事实存在才能启动侦查权。这与典型的行政权是有区别的，如行政管理在很多时候不必有违法现象发生，不必有人报案，不必有相关部门的前期行为，行政机关可以主动检查。④

（2）检察权同时具有行政权的服从性和司法权的独立性。一方面，在检察机关内部是类似于行政机关的“上命下从”的纵向领导关系，各国检察机关基本上都是检察一体制模式，如在德国上级检察官对下级检察官之检察事务有“填补职

---

① 我国《刑事诉讼法》第140条规定：“人民检察院审查案件，对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查。”

② 我国《刑事诉讼法》第18条第2款规定：“贪污贿赂犯罪，国家工作人员的渎职犯罪，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，由人民检察院立案侦查。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件，需要由人民检察院直接受理的时候，经省级以上人民检察院决定，可以由人民检察院立案侦查。”

③ 在这些国家，“往往将侦查指挥权、侦查监督权集中赋予给检察机关，并在检察机关的统一领导下，由双方共同行使检察权。在侦查的整个过程中，检察机关处于主导地位”。如法国检察官享有司法警察的所有职权，德国的检察机关既有自行侦查权，又有指挥侦查权。郝银钟著《刑事公诉权原理》，人民法院出版社2004年版，第183页。

④ 行政权的这一主动性特点是“依职权的行政行为”的特点，而“依申请的行政行为”是必须有相对方的申请才能启动的，但“行政行为大部分是依职权进行的”（罗豪才主编《行政法学》，北京大学出版社199年版，第119页），因此其特点通常被认为是行政权的特点。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

能”；“也就是说对下级之检查事务可以亲自处理或移交，指定其他检察官代为处理”。法国规定“检察官就检察权的行使，不得违背上司的命令”[①]。我国《宪法》第132条第2款亦明确规定：“最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。”但是在与外部尤其是与行政机关的关系中，检察院又与法院类似，保持着自己的独立性，世界各国检察机关在整体上都独立于行政机关等其他国家机关。从我国宪法的规定来看，检察机关的地位、独立性与审判机关是基本相同的，如我国《宪法》第126条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”第131条规定：“人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”那么行政机关对外是否也是独立的？立法机关、司法机关、行政机关作为国家机关哪个对外不是独立的？实际上，议会制下的行政机关基本上都要受议会监督，如接受议会质询和调查，向议会汇报工作、议会有权倒阁等；在总统制国家，行政权的独立性要大一些（三权分立的结果），如行政机关不必向议会汇报工作、议会也无权倒阁，虽然总统可能被议会弹劾，但法官也可能被议会弹劾，因此行政权的非独立性（世界各国基本没有“行政独立”一说）主要表现在许多行政权的行使都要受制于议会，而审判权的行使则通常不受这种制约，因此法院是独立的。[②] 检察院对外的独立性取决于它更像行政机关与议会的关系还是更像法院与议会的关系，答案显然是后者（至少在我国是如此）。

笔者认为，司法独立应包括审判独立和检察独立，二者缺一不可，虽然审判独立在其中有更重要的位置，且审判独立的独立性较之检察独立更突出，更完整，法官独立的程度一般高于检察官（如德国“在人事任免上检察官被牢牢地控制于其行政上级手中”[③]）。但检察独立仍然是存在的、必要的。法院的“审判独立”有三个层次：一是法院相对于法院外部（如行政机关、立法机关）的独立；二是法院系统内部上级法院与下级法院之间的独立；三是法官独立。[④] 检察独立也应有这三个层次，虽然其第二、三层次的独立性显然不及法院，目前我国检察院的独立只具有司法独立的第一个层面（对外独立），而有的国家检察机关的独立性已经包括检察官独立，即在检察机关内部也承认检察官的独立判断和决定权，如在日本，“检察官在检察事务方面，是具有自己决定和表示国家意志的独立机构，

---

① 郭成伟、宋英辉主编：《当代司法体制研究》，中国政法大学出版社2002年版，第178页。

② 在议会制国家，内阁一般有权解散议会，这是否说明议会也不具有独立性呢？笔者认为，解散议会不是常态，当然议会倒阁也不是常态，但议会对政府的质询、调查听取汇报却是日常性的工作，且倒阁是议会主动行使权力，而解散议会却是内阁被迫的反击，是在议会倒阁时的一种自卫（尽管有防卫过当之嫌），内阁一般不能主动解散议会。

③ 同前引郭成伟、宋英辉书，第179页。

④ 贺卫方著：《运送正义的方式》，上海三联书店2002年版，第73页。

而不是唯上司之命是从地行使检察权”①。在德国“检察官行事时很少取决于上级的意旨,其独立性远远高于在行政部门工作的法务人员,更高于其他行政人员”②。

(2)检察权同时具有行政权的国家性和司法权的中立性。与行政机关在行使职权时往往代表着国家相似,检察机关在整个公诉过程中代表的也是国家,作为原告的检察院是代表国家起诉,这与法院代表的是法律有所不同。检察机关与行政机关在某种意义上都是公益代表人,都代表国家、人民、公众这样的整体,其工作目的最终都是为了保障人权,其工作对象都是个人这样的个体(行政对象还包括法人等团体)。行政机关在行使职权的过程中要从公共利益、国家利益的角度出发依法进行管理,既要为相对人服务,又不能损害公共利益,如果相对人的个人利益与公共利益发生冲突,行政机关首先要维护的是公共利益,要严格遵守代表大多数人利益的法律,在此前提下,照顾、平衡各方面利益。检察机关作为国家公诉人在法庭上要对被告侵犯有关被害人、侵犯公共秩序的行为提出控诉,以维护受害人的利益,维护公共秩序和社会稳定,维护国家法制的尊严。检察官在法庭上是当事人一方,这种自己为当事人一方、与对方当事人相对应的角色是行政权的特点,但这种控辩双方关系是一种有第三方在场(且第三方是裁判方)的双方关系,因此实际上是一种三方关系。典型的行政关系是双方关系,即使事后出现司法救济,救济方当时也不在场;审判关系是三方关系,法院居于当事人之外的审判地位;而检察权中有的权力关系是双方关系,如检察机关自侦的案件,有的是三方关系,如法庭上的公诉,但在这种三方关系中不是自己为裁决方而是自己为当事人。此外,检察机关在行使侦查监督权、审查公安机关移送的案件时,是站在类似法院的立场,力求全面发现事实真相,对被告有利和不利的情形都要予以关注,既要听公安机关的控告,也要了解被告的辩解,不能偏听偏信,在客观听取双方意见后决定是否起诉。检察机关此时与法院一样面临着控告方(警方)和被告方,在双方面前要保持公平公正,其立场不应偏向公安机关而应该是相对中立的,这种中立性甚至要贯彻到法庭上的公诉行为中去,公诉人不能像一般诉讼中的原告仅仅谋取自己的利益。③

综上所述,检察权同时具有司法权和行政权两种权力的某些属性,但应当指出的是,检察权虽同时具有行政权的服从性和司法权的独立性,但其独立性是

---

① 同前引石少侠书,第56页。

② 同前引郭成伟、宋英辉书,第179页。

③ 在日本,“检察官不单是一方当事人,还有准法官的地位”。参见前引郭成伟、宋英辉书,第182-183页。大陆法系国家一般实行职权主义诉讼,公诉人不是作为一方当事人,与被告不是对等关系,因此不仅要提供有罪证据,也要考虑有利被告之证据;英美法系国家实行的是当事人主义诉讼,公诉人与被告人在法庭上的诉讼地位平等,公诉人以驳倒被告人为目的。陈业宏、唐鸣著《中外司法制度比较》,商务印书馆2000年版,第119-120页。

（或应该是）更突出的，从世界各国检察权的发展趋势以及我国司法改革的前景来看，检察官的独立性将会得到强化。同时，检察权虽同时具有行政权的国家性和司法权的中立性，但其国家性中包含了客观公正性，国家性不排斥公共利益性，相反是为了保护公共利益，不能为了国家利益牺牲客观公正性，毕竟检察机关进行的是“公”诉而非“私”诉。还有，在行政权的主动性和司法权的被动性之间，也是先有刑事案件发生、公安机关移送案件等，然后才有检察机关的公诉行为，其公诉权的主动性是以发现、接受案件的被动性为前提的。从公诉权是检察权的核心权力来看，公诉权的独立性是比其服从性更重要的，其主动性也是以被动接受案件为前提的，其原告的国家代表性决定了“公”诉的角色定位中必然应含有公正性。因此，笔者认为检察权中的司法性多于行政性。

二、检察权没有行政权的管理性，而具有司法权的案件性，这一点决定了检察权是准司法权而不是行政权或准行政权

行政机关承担着对全社会的管理、服务职能，具有明显的组织管理性，事务庞杂，涉及面广。① 法院仅仅承担着裁决法律纠纷的单一职能，具有明显的案件性、审判性。检察机关与被告的关系和行政机关与相对人的关系一样是双方关系，但它不是行政管理关系，检察权与案件诉讼紧密相连，自始至终都围绕着案件的发生、侦破、控诉而进行，而不像行政权那样涉及社会生活的方方面面。检察权有案件性而行政权没有，这一点使它与行政权有了质的不同而与司法权接近，并成为将其归类为准司法权的最关键因素。毕竟在国家机关的各种元素中，权力性质是核心，而组织体系（如是否独立）、工作方式（如是否主动）、角色定位（如是否中立）都是由其权力性质决定的。行政权最重要的特征是管理，司法权最重要的特征是处理案件②，检察权在这一点上与司法权是相似的，它们都围绕着案件而展开，离开了案件它们将无从谈起。

当然，在案件性方面，检察院与法院是有区别的。法院对案件主要是审理和判决，是典型的司法权，而检察权只具有提起诉讼、开始案件的权力。检察权是刑事司法过程中的一种程序性权力，而行政权和审判权都是实体性权力，行政权

① 每个国家机关对本机关内部都需要管理，因而都有一定的管理职能，但行政机关的管理主要是指对外的管理，即管理社会，这是其他国家机关不具备的，典型的行政行为是外部行政行为而不是内部行政行为。

② 笔者认为，司法权最重要的特征并非终极性、中立性、独立性，而是案件性及其裁决性，司法权的终极性、中立性、独立性等都是由此决定的。

是管理性的、与案件无关的实体性权力[①]，审判权是与案件和诉讼有关的实体性权力。检察权的行使是刑事诉讼的启动，启动后的审判由法官掌控，没有公诉人的启动法官将无法审判，没有法官的审判公诉人的启动将没有结果，从这个意义上说我国公安机关的侦查权、检察机关的公诉权、法院的审判权都只是“刑事司法权”的一部分，它们共同构成了完整的刑事司法权，但其中的分量各不相同，刑事审判权是刑事司法权的主干。我国公安机关拥有的刑事侦查权（不是公安机关的所有职权）实际上是带有刑事司法性质的行政权，它涉及案件调查，具有案件性，这使它区别于一般行政权[②]；但它没有诉讼性，它为诉讼作准备，但不参与诉讼。公、检、法三机关的共同特点是都具有案件性，就一个刑事案件的处理来说，公安机关是启动者，法院是终结者，检察机关居中，承上启下。

司法权主要是审判权，审判权包括“审理”和“判断”两个方面。广义上的“审理”是公、检、法三机关都有的权力，但审理的特点不同，公安机关的审理是最初的审理，是直接面对犯罪嫌疑人的审理（审讯），往往具有单向性[③]，其工作特点是强调效率（当然以客观真实为前提）。而法院的审理是最终的审理，具有兼听原、被告双方的中立性，严格的程序性，以追求公平为使命（当然不能完全不顾及效率），因此较之公安机关的审讯具有更多的客观公正性。而检察机关的审理介于二者之间，它主要审查公安机关的材料，同时也提审犯罪嫌疑人，聆听受害人陈述[④]，期间形成的也是三方关系。司法权追求的主要是公平（兼顾效率），行政权追求的主要是效率（兼顾公平），而公、检、法三机关的公平性是依次递增的，其效率性是依次递减的。广义的“判断”也是公、检、法三机关都有的权力，公安机关的判断是最先出现的判断，但公安机关的任务主要是“寻找”罪犯，是“破”案，在此过程中需要判断，此判断主要表现在判断谁是罪犯，嫌疑人有无犯罪证据等方面；“警察负责侦查并调查犯罪以及逮捕罪犯。这些决策发生在司法过程的

---

① 行政权可分为行政立法权、行政执法权、行政司法权三个方面，其中行政司法权具有行政和司法的双重属性，行政司法权不是而行政执法权才是行政权的主要内容，所谓行政权的特点一般是指行政执法权的特点。

② 行政复议等是带有司法权性质的行政权，但不带有刑事司法性质，唯有刑事警察（不是所有警察）是刑事司法权的一部分。在美国，“司法诉讼包括三个部分：警察、法庭和矫正部门”。［美］罗伯特·兰沃西等著：《什么是警察：美国的经验》，龙小文译，群众出版社 2004 年版，第 20 页。我国有学者指出：应当“将承担侦查职能的刑警部门，即司法警察，从现行的管理体制中分离出来，使司法警察接受检察机关管理、指挥、领导、监督，才有可能有效地防止行政干预刑事诉讼顺利进行现象的发生，才能保障整个刑事司法体制持续高效率地运作”。参见前引郝银钟书，第 192 页。

③ 公安机关在审讯中往往与对方形成双方关系，但在整个破案过程中，也不能忽视被害人作为利益相关人的存在，期间也呈现出一定的三方关系。

④ 我国《刑事诉讼法》第 139 条规定：“人民检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人，听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。”

‘前端’”[①]。警察的判断面临着被检察机关否决的可能性，即使获得检察机关支持也还可能被法院否定。法院的判断是最后的判断，在它之前已经有警察和检察官的两次判断，它的判断是对前两次判断的终局判断，具有终极性的法律效力。而检察机关的判断是在警察判断之后、法官判断之前的判断，与公安机关的判断不同，检察官不是对事实的初步判断，而是对公安机关判断的再判断，这一点与法院相似，检察机关的‘审’是公安机关审讯之后的二‘审’，其‘判’是公安机关判断后的再‘判’，它实际上是对公安机关的工作进行复查。不论检察机关作出起诉还是不起诉的决定，都是检察机关判断的结果，都说明检察机关有一定的判断权。[②] 但检察官的判断也不具有终极性，它可能被法院否决。

也许有人会说行政权虽然不涉及案件，没有审理性，但也有判断性，行政机关作出的任何决定也是以自己的判断为前提的，甚至每个国家机关的权力都有一定的判断性。的确每一种国家权力的行使都需要作出判断，但判断的特点有所不同，立法权的判断是宏观的、全局的判断，行政权的判断是对所管理的具体事务的判断，但它们都不是对案件的判断，只有围绕具体案件的判断才具有司法性。行政权的主要功能是执行法律，它可以直接作出具有法律效力的决定，如果当事人放弃法律救济，该决定就具有法律效力的终极性（这是常态）。检察权的判断是与案件有关的判断，且不论当事人态度如何，该决定（公诉）一般都需要到法庭接受法官的裁决（这也是常态）。至于审判权则是典型的判断权，法院的主要职能就是对案件进行判断，先审理后判断，判断后作出裁决，裁决具有终极性。[③]

在一个刑事案件中，最先介入的国家权力是警察的侦查权，其使命主要是侦破案件，寻找犯罪嫌疑人，但案件移送到检察机关后，警察的身份就发生了变化，变成了控方，与犯罪嫌疑人对峙，检察机关此时扮演着准法官的角色，对案件进行初步审理，其审理和判断的依据是国家法律，具有‘适用法律’的特征。“对检察官和法官而言，事实的查明与法律的判断，应依同一目标行事”，此时检察官与法官有‘近似性’，检察权与审判权存在着‘接近度’。[④] 当检察官‘审’过‘判’过

---

① 同前引[美]罗伯特·兰沃西书，第20页。

② 不起诉决定不需要进入法庭，但这在数量上是相对较少的，我国《刑事诉讼法》第142条规定了“不起诉”制度：“犯罪嫌疑人有本法第十五条规定的情形之一的，人民检察院应当作出不起诉决定。对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。”第15条规定：“有下列情形之一的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪：（一）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；（二）犯罪已过追诉时效期限的；（三）经特赦令免除刑罚的；（四）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；（五）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；（六）其他法律规定免予追究刑事责任的。”

③ 严格地说，法院判决的终极性表现在终审法院的判决和不上诉的一审判决中，提起上诉的案件其一审判决也没有终极性。

④ 参见前引郝银钟书，第25页。

后将案件起诉到法庭上时，检察官的角色也发生了变化，转变为控诉方，作为原告与被告对峙，由法官进行最后的审理和判决。法官的“审”具有鲜明的中立性、审慎性、程序性（这些警察、检察官也都有，只是程度不同），其“判”具有终极性（这个警察、检察官没有），更重要的是法官自始至终都在担任审和判的角色，不像警察、检察官只在某个阶段具有审和判的功能——且不是其主要功能，不是其最终功能（其审和判都是为了实现破案、公诉的目的），因此只有法官行使的是典型的审判权，法院就是审判机关。

在民事、行政、经济等其他案件中，法院行使的审判权就是司法权，因为这些案件中的原告、被告是权利人（包括法人）而不是权力人，原告、被告即使是国家机关，它们在法庭上也只能行使权利（如辩护权、上诉权等）而不能再行使权力[①]，此时只有法官拥有审判权这样的国家权力。因此，严格地说，法院拥有的权力是审判权，在非刑事领域这一审判权就是司法权，在刑事领域这一审判权是司法权的主要内容，但不是其全部内容，除审判权外，还有检察机关的检察权、公安机关的侦查权，等等。[②]

三、检察权的“准司法权”定位符合我国宪法的规定，适应我国国情的现实需要

（1）依据我国《宪法》的规定，检察权的定位应是准司法权。我国《宪法》第三章“国家机构”中的第七节是“人民法院和人民检察院”，把人民法院和人民检察院放在同一节中说明它们是较为类似的国家机关，而法院的职权无疑是司法权。因此，在立宪者看来检察权与法院的司法权性质接近，而不是与立法权接近，否则“人民检察院”就应当放在立法机关一节[③]；也不是与行政权接近，否则它应放在行政机关一节。同时“人民法院和人民检察院”并列，说明它们是平行关系而非从属关系，是审检分离而非审检合署。分离后的审检之“检”并未划归行政，而是自成一家，既独立于审判机关也独立于行政机关。我国《宪法》第3条第2款规定：“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生，对它负责，受它监督。”其中“国家行政机关、审判机关、检察机关”都在人民代表大会之

① 在民事案件中，国家机关作为原告、被告通常只涉及本机关的利益，而不代表公共利益，因此不能再行使权力；在行政案件中，行政机关可能仍代表公共利益，但作为被告在法庭上也不能再行使行政权力，只是作为当事人拥有权利（如辩护权、上诉权等）。而刑事案件中的检察机关（原告）却拥有权力——公诉权是权力而不是权利。

② 在检察院介入的民事、经济等案件中，法院的司法权类似于刑事审判中的司法权。

③ 我国有学者认为检察权是立法权，参见丁军青：《论中国检察权的性质、职能及构建》，苏州大学2003年硕士论文；转引自李征著：《中国检察权研究——以宪政为视角的分析》，中国检察出版社2007年版，第117页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com