

明德青年法学文库



# 控审分离论

刘计划 著



法律出版社

明德青年法学文库

4

中国人民大学科学研究基金项目“控审分离原则研究”的最终成果

# 控审分离论

刘计划 著



法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

控审分离论 / 刘计划著. —北京: 法律出版社,  
2013. 5

(明德青年法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4887 - 1

I. ①控… II. ①刘… III. ①刑事诉讼—诉讼程序—  
研究—中国 IV. ①D925.218.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 084245 号



© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/17 字数/273 千

版本/2013 年 5 月第 1 版

印次/2013 年 5 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4887 - 1

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 《明德青年法学文库》编委会

主 任 朱景文 胡锦涛

委 员 (按姓氏笔画为序)

叶秋华 龙翼飞 何家弘 陈卫东

陈桂明 余劲松 杨立新 范 愉

周 珂 赵晓耕 郭 禾 徐孟洲

黄京平 韩大元 戴玉忠

## 《明德青年法学文库》编辑部

主 任 史彤彪

成 员 邵 明 姚海放

## 出版说明

中国人民大学法学院(以下简称人大法学院)是新中国成立后党和国家创办的第一所正规的新型高等法学教育机构,已走过60年历程。在国家教育部于2004年和2009年组织的两次一级学科评估中,人大法学院均位列法学学科第一名。高水平的科研成果和社会影响力是该评估的重要指标。这一排名,既说明了人大法学院教师具有雄厚的科研实力,也意味着人大法学院教师必须担负的社会责任与使命。

法学院之间的竞争实质上是青年学者之间的竞争。人大法学院拥有一支学术造诣深厚、具有良好学术品格的教师队伍,不仅要一如既往地关心、尊重资深老教授及中年教授,更要呵护、扶持和关心青年教师的成长。从某种意义上说,青年学者的学术竞争力决定着人大法学院的未来。

以现有学科优势为基础,人大法学院未来10年的远景规划是:以学科建设为中心,以提高人才培养质量为重点,以高水平的科研成果为平台,不断提高学科竞争力,构建合理的教师梯队,培养高级法律人才,建设国际化、现代化的法学学科。通过10年左右的努力,将人大法学院的法学学科建设成为世界一流的学科。

在此背景下,本着长远发展的战略眼光,着眼于未来,为保证持续性发展,人大法学院特与法律出版社合

作,出版一套开放式系列法学图书——《明德青年法学文库》。拟通过本文库的出版,达致以下目的:

第一,培养和发现一批青年法学才俊。本文库主要资助具有学术潜质并有一定学术影响力的青年学者。人大法学院的青年学者均具有博士学位,毕业于一流法学院,其中大多数毕业于国外一流大学法学院,具有非常好的学术素养和学术潜质。

第二,促使青年学者尽快成才。青年学者有志于学术研究,但有时缺乏出版学术成果的平台。希望通过本文库,既给这些在学术界已有一定知名度的青年学者施加一定的学术研究压力,也使他们能够在学术研究方面尽快成长起来。

第三,与法律出版社强强联合,共同打造人大法学院坚实的人才梯队。法律出版社是目前国内法律出版行业的第一大社,学术品位一流,具有良好的社会影响和社会评价,图书设计和装帧美誉度高。通过强强合作,共同打造一套高水准的学术出版物,有助于推动我国法治的发展与进步。

本文库由人大法学院负责组织,人大法学院学术委员会负责具体实施。本着“高品位、高水准、出精品”的出版目的,纳入文库的图书必须是既能够代表作者的最高学术水准也能够代表人大法学院水准的个人独著。文库入选著作采申请制,由作者向人大法学院学术委员会提出出版申请,并提交著作的初稿,供学术委员会图书质量初步审查之用。人大法学院学术委员会对书稿的初步审查主要针对书稿的体例和内容,确认其是否符合文库的学术定位。在初审的基础上,人大法学院学术委员会对拟纳入文库出版的书籍,交与相关专业具有重大学术影响的资深教授或外聘同行资深教授,就书稿内容的学术水准进行再审查。人大法学院学术委员会依据审稿教授的意见,最终决定是否将书稿交付出版。

本文库为开放式系列法学图书,每年出版3~4本学术专著,不出版主编著作、教材、论文集、译著等。

多年来,人大法学院与法律出版社之间形成了良好的合作关系,本文库即是这一良好合作关系的体现和进一步深度拓展。同时,人大法学院亦非常感谢法律出版社多年来的支持和帮助,感谢法律出版社对本文库的大力支持!

《明德青年法学文库》编委会

2010年9月10日

## 序

司法是现代社会解决纠纷的最终也是最具权威性的手段,而公正是司法的生命和灵魂,是司法最为基本的价值所在。司法的公正价值虽然表现为实体意义上的公正即结果的公正,但是在法治社会更表现为乃至首要表现为程序的公正。一则,程序先于实体,没有程序就没有结果,程序决定着实体公正的实现程度。二则,程序公正具有独立的价值,对政府而言,程序是判断其权力行使是否符合法治原则的规则标准;对当事人而言,程序则意味着对权利的保护。正如美国前联邦最高法院大法官威廉·道格拉斯所指出的:“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。”

在刑事司法中,公正显得尤为重要,因为刑事诉讼关涉人的生命、自由、财产、隐私等宪法基本权利。在刑事司法领域,似乎遵守了罪刑法定原则、罪刑相适应原则就足够了,然而实体法上的公正即定罪准确与量刑适当固然重要,而更为引人关注的是,被指控者的自由和权利在侦查程序和审判程序中受到怎样的对待。因此,刑事诉讼法在法律部门中的重要性尤为突出。正如清末修律大臣沈家本在给清帝的奏折中所述,“查诸律中,刑事法律尤为切要。西人有言:刑律不善不足以害良民,刑事法律不备,即良民亦罹其害”。这也正应了德国学者梅迪库斯所言:“在权利保护方面,由于刑法能以特别严厉的

方式损及受法律管辖的主体的利益,因此人们很早就认识到了提供有效法律保护的必要性……刑事诉讼法则是规定了最强程度的法律保障的诉讼法。”<sup>①</sup>

如何实现刑事司法中的程序公正,无疑是一个重大的理论问题,也是实践中的一个难题。因为现代刑事诉讼作为诉讼的一种,具有区别于其他诉讼的特殊性。这种特殊性包括,原告由公共利益的代表——检察机关充任,追诉权中的侦查权具有干预基本权的特征;原告相对于被指控者而言,在各种资源的占有上具有无比的优势。而作为被追诉者的公民个体则天然地处于弱势的地位,在诉讼过程中,时刻面临着自由等基本权利的被限制与被剥夺,且一旦被侵犯,很难获得等价的赔偿。

为了实现刑事诉讼程序的公正,人类进行了诉讼史上的不断探索。在不同社会形态下,刑事诉讼最基本的差异,也是最根本的变化,就是诉讼结构的形态。而在诉讼结构中,最显著的不同是,国家在诉讼中的角色和作用在不断发生变化。人类刑事诉讼史表明,实现刑事程序公正的最根本因素是合理的刑事诉讼结构,即必须从刑事诉讼内部的构造出发,实现控、辩、审三种职能之间合理的分配。而在现代刑事诉讼中,作为公共权力机构的检察机关与审判机关具有一定的亲密性,这是实现司法公正的障碍。为此,实现控、审的分离是一个至关重要的问题。

我国刑事诉讼欲进一步实现科学化,必须形塑合理的诉讼结构。我国虽有审判机关与追诉机关的分别设立,然而不可否认的是,刑事诉讼结构仍然存在一定的缺陷。最大的缺陷在于,控审之间仅有机构的分立而没有完全实现职能的分离,控审职能分离没有获得充分的实现。具体表现在,裁判职能的界限不明,审判权与追诉权尚未实现完全合理的配置,实践中存在警察职能司法化与检察职能司法化问题,同时又存在审判职能行政化等弊端,这些公权力异化现象使得本就弱小的辩护职能难以充分发挥作用。而解决这些问题,不仅需要进行刑事诉讼程序改革,更需要推进司法体制改革。

我国司法制度的发展经历了三个阶段:第一个阶段是恢复司法阶段。我国司法制度是1949年之后在废除民国政府的“六法全书”基础上,通过司法改造运动和制定“五四宪法”而奠定的。当代通常所说的司法改革,则以1978年的改革开放为起点。改革开放之后,法制和司法制度逐步恢复重建。从20世纪80年代中

---

<sup>①</sup> [德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,即建东译,法律出版社2001年版,第6页。

期到 90 年代中期,司法改革中法院的审判方式改革是主要内容。第二个阶段是司法改革阶段。1997 年,中共十五大报告提出“依法治国、建设社会主义法治国家”的治国方略,并正式提出“推进司法改革”的任务。第三个阶段是司法体制改革阶段。2002 年,中共十六大报告提出“推进司法体制改革”命题。2007 年,中共十七大报告则提出:“深化司法体制改革,优化司法职权配置,规范司法行为,建设公正高效权威的社会主义司法制度,保证审判机关、检察机关依法独立公正地行使审判权、检察权。”2012 年,中共十八大报告则要求“进一步深化司法体制改革”,“确保审判机关、检察机关依法独立公正行使审判权、检察权”。这意味着司法改革进入体制改革的深水区,而司法体制改革意味着各主体之间职权(权利)的重新配置。

对于我国刑事诉讼程序改革而言,实现控审分离无疑是一个具有重大理论和实践意义的课题。控审分离在我国刑事诉讼中的实现是一个正在发生的过程。我国 1979 年制定首部《刑事诉讼法》,确立了人民法院、人民检察院、公安机关之间“分工负责,互相配合,互相制约”的关系原则,并为现行宪法所确认。该原则与控审分离的要求存在抵牾。此后,我国《刑事诉讼法》历经 1996 年和 2012 年两次大规模的修改,刑事诉讼程序发生了大幅变化。1996 年《刑事诉讼法》修改,控审职能获得了进一步的区分,审判的中立性有所增强,2012 年《刑事诉讼法》的再次修改在控审分离的道路上也取得了一定的进展。不过,坦率地说,《刑事诉讼法》的修改及近年来进行的司法体制改革尚未触及刑事司法体制的根本,法院与检察机关、公安机关之间的权力配置关系并没有发生根本的变化,“分工”基础上的“负责”,使得侦查成为公安机关、检察机关行使侦查权的独断的舞台,也使得法院的审判在某种程度上成为独角戏。总之,控审分离原则仍未能得到充分贯彻。

可以说,宪法关于人民法院、人民检察院和公安机关在刑事诉讼中的关系原则的规定,关于人民检察院是国家法律监督机关的定位,关于人民检察院行使逮捕批准、决定权的规定,以及刑事诉讼法关于三机关职权划分的规定,关于检察机关审判监督权的规定,与控审分离原则在某种程度上存在冲突。在程序正义语境下,传统理论对于上述规定无法自治地进行解释,近十几年来引发了较大的理论争议。因而,需要探索理论创新,进而实现制度创新。

刘计划博士撰写的《控审分离论》一书,以控审分离为题,无疑敏锐地抓住了我国刑事程序改革和刑事司法体制改革的根本问题。作者在本书中对于实现控

审分离的相关理论和实务问题进行了全面、系统、深入的研究,对有关重大问题都给予了合理的回答和充分的论证。本书就控审分离原则展开的科学论述,深化了本领域的学术研究,对我国正在进行的司法体制改革和今后刑事诉讼法的修改具有重要的理论指导意义,是近年来我国刑事诉讼法学研究成果中的一部精品力作,颇见作者精深的专业功力。刘计划博士是我指导的第二个硕士研究生,于1999年7月硕士毕业时即留校任教,后来又在我指导下在职攻读博士学位,本书即是在其博士学位论文的基础上修改完善而成的。刘计划博士温文尔雅,不事张扬,踏实能干,值得信赖;工作认真负责,教学效果好,深受学生喜爱;在学术研究方面,专注于基础理论研究,取得了令人满意的研究成果。作为导师,我深感欣慰,祝愿并相信他能够在今后的学术道路上取得更加优异的成绩。

是为序。

陈卫东\*

2012年岁末于中国人民大学

---

\* 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师,中国刑事诉讼法学研究会常务副会长。

---

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 第一章 导论 .....                    | 1  |
| 一、控审分离的含义 .....                 | 1  |
| 二、控审分离的意义 .....                 | 4  |
| 三、控审分离的研究现状 .....               | 10 |
| 四、研究思路与框架 .....                 | 12 |
| 五、主要研究方法 .....                  | 13 |
| 第二章 控审分离的历史演变 .....             | 17 |
| 第一节 刑事诉讼模式与控审关系的演变 .....        | 17 |
| 一、弹劾式与私人追诉主义下的控审分离 .....        | 17 |
| 二、纠问式与封建专制集权下的控审合一 .....        | 19 |
| 三、混合式与国家追诉主义下的控审分离 .....        | 22 |
| 第二节 现代刑事诉讼中控审职能的科学划分 .....      | 25 |
| 一、刑事诉讼职能理论——以控、辩、审三职能说为线索 ..... | 25 |
| 二、现代刑事诉讼中控审职能的科学划分 .....        | 28 |
| 三、行使控诉职能与审判职能的诉讼主体 .....        | 30 |

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| 第三章 控审分离的宪政基础 .....               | 35 |
| 第一节 控审分离的宪政基础 .....               | 35 |
| 一、宪政的基本理念 .....                   | 35 |
| 二、分权与制衡体制下审判权与治理权的关系 .....        | 40 |
| 三、宪政体制中的法检机构及其关系 .....            | 44 |
| 第二节 我国宪政体制下的控审分离 .....            | 47 |
| 一、我国宪政体制的特点及其对控审机关的影响 .....       | 48 |
| 二、我国宪政体制改革的目标——国家权力的制衡 .....      | 51 |
| 三、我国宪政体制下控诉与审判的性质定位：行政权与司法权 ..... | 54 |
| 第四章 控审分离的理论基础 .....               | 59 |
| 第一节 正当法律程序与程序正义 .....             | 59 |
| 一、正当法律程序理论的发展 .....               | 59 |
| 二、正当法律程序与程序正义 .....               | 65 |
| 第二节 程序正义对控审分离的要求 .....            | 66 |
| 一、程序正义的要素 .....                   | 66 |
| 二、程序正义对控审分离的要求 .....              | 67 |
| 第五章 控审分离在域外刑事诉讼法中的贯彻 .....        | 69 |
| 第一节 侦查阶段的控审分离 .....               | 70 |
| 一、侦查阶段的司法审查 .....                 | 70 |
| 二、控审分离在侦查阶段的展开 .....              | 81 |
| 第二节 审查起诉阶段的控审分离 .....             | 81 |
| 一、公诉审查与预审程序 .....                 | 82 |
| 二、控审分离在审查起诉阶段的展开 .....            | 87 |
| 第三节 第一审程序中的控审分离 .....             | 88 |
| 一、审判程序中的控审分离概述 .....              | 88 |
| 二、诉因制度与公诉事实制度 .....               | 89 |
| 三、预断排除规则 .....                    | 92 |
| 四、法院变更指控罪名的规制 .....               | 94 |
| 五、法官庭外调查的规制 .....                 | 96 |

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 六、撤回公诉的限制 .....                 | 97  |
| 第四节  上诉审程序中的控审分离 .....          | 99  |
| 一、上诉审理的范围 .....                 | 99  |
| 二、上诉不加刑原则的适用 .....              | 100 |
| 三、发回重审的限制 .....                 | 102 |
| 第五节  生效裁判救济程序中的控审分离 .....       | 106 |
| 一、生效裁判救济程序概述 .....              | 106 |
| 二、生效裁判救济程序的启动 .....             | 107 |
| 三、再审审理的范围 .....                 | 110 |
| 四、禁止不利益变更原则 .....               | 111 |
| <br>第六章  控审分离在中国刑事诉讼法中的实现 ..... | 115 |
| 第一节  侦查阶段的控审不分及其矫正 .....        | 116 |
| 一、我国侦查阶段的诉讼结构及侦查权的司法化 .....     | 116 |
| 二、侦查阶段诉讼结构的改造:由纠问式向弹劾式转变 .....  | 120 |
| 第二节  审查起诉阶段的控审不分及其矫正 .....      | 138 |
| 一、我国检察机关审查起诉的非中立化与非诉讼化 .....    | 138 |
| 二、审查起诉程序的改革 .....               | 141 |
| 第三节  第一审程序中的控审不分及其矫正 .....      | 143 |
| 一、公诉审查程序的改革 .....               | 143 |
| 二、诉因制度的确立 .....                 | 151 |
| 三、审判阶段退回补充侦查制度的废除 .....         | 152 |
| 四、变更指控罪名程序的完善 .....             | 156 |
| 五、法官庭外证据调查程序的完善 .....           | 160 |
| 六、撤回起诉的规制 .....                 | 164 |
| 七、简易程序的完善 .....                 | 168 |
| 第四节  第二审程序中的控审不分及其矫正 .....      | 170 |
| 一、抗诉的性质之辨 .....                 | 170 |
| 二、全面审查原则的废除 .....               | 173 |
| 三、上诉不加刑原则的完善 .....              | 175 |
| 四、发回重审的改革 .....                 | 177 |

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 第五节 死刑复核程序中的控审不分及其矫正 .....      | 181 |
| 一、死刑复核程序的理论渊源 .....             | 181 |
| 二、死刑复核程序的缺陷——控审不分 .....         | 183 |
| 三、最高人民法院收回死刑核准权评析 .....         | 185 |
| 四、最高人民法院收回死刑核准权后死刑复核程序的变化 ..... | 188 |
| 五、控审分离的实现——建立死刑案件三审终审制 .....    | 192 |
| 第六节 审判监督程序中的控审不分及其矫正 .....      | 198 |
| 一、审判监督程序中的控审不分 .....            | 198 |
| 二、审判监督程序的改造 .....               | 199 |
| <br>第七章 控审分离的保障 .....           | 211 |
| 第一节 我国法检制度改革与宪法修改 .....         | 211 |
| 一、我国法检制度改革 .....                | 211 |
| 二、法检制度改革与宪法修改 .....             | 215 |
| 三、法院功能的再造——角色的转变与确立法院权威 .....   | 217 |
| 第二节 法官独立与法官中立 .....             | 219 |
| 一、司法独立与法官独立 .....               | 219 |
| 二、法官中立 .....                    | 230 |
| 三、司法伦理 .....                    | 232 |
| 第三节 检察官的当事人化与审判监督职能的诉讼化 .....   | 234 |
| 一、检察官的当事人化 .....                | 234 |
| 二、检察官的当事人地位与客观性义务 .....         | 237 |
| 三、检察机关审判监督职能的诉讼化回归 .....        | 245 |
| <br>主要参考书目 .....                | 251 |
| <br>后 记 .....                   | 257 |

## 第一章 导 论

### 一、控审分离的含义

控审分离是现代刑事诉讼的一项基本原则,是刑事诉讼结构理论和刑事诉讼职能理论的一个基本命题。关于控审分离原则的含义或者内容,国内刑事诉讼法学者们的表述不尽相同,这里列出几种具有代表性的观点:

1. 控审分离,是指控诉职能和审判职能必须分别由专门行使控诉权的机关或个人以及专门行使审判权的机关来承担,而不能把两种职能集中由一个机关或一个人来承担,如果没有法定控诉机关或个人的起诉,法院就不能主动审判任何案件,被动性是审判的一个重要特点。就是所谓不告不理原则。<sup>①</sup>

2. 控审分离,是指在检察机关和法院之间形成一种相互制约的机制,检察机关的纠举权或控告权受到法院审判权的限制,也就是所谓的“司法审查”(包括程序审查和实体审查);法院的审判权也要受到检察机关公诉权的限制。<sup>②</sup>

3. 控审分离原则是指,在刑事诉讼中,国家的起诉权

---

<sup>①</sup> 陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2002年版,第13页。

<sup>②</sup> 宋军:“公诉权与人权及审判权中的若干问题”,载《法学研究》1996年第1期。

和审判权必须由两个不同的机关分别行使,其中,检察机关行使起诉权,法院行使审判权,二者不得合一。具体含义表现为两个方面:一是不告不理,即检察机关的起诉是法院审判的发动器,没有起诉便不能启动审判程序;二是诉审同一,即法院的审判必须在检察机关起诉的范围内进行,法院不得随意变更诉因和被告对象。<sup>①</sup>

4. 控诉、审判分离原则的基本要求(内容)是:控诉与审判职能分离,控诉与审判职能分别由不同主体承担;未经起诉机关或个人起诉的事项,审判机关不得审判,审判机关审判的范围受起诉的制约。从未经起诉机关或个人起诉的事项审判机关不得审判,审判机关审判的范围受起诉制约这个意义上讲,该原则又体现为不告不理。<sup>②</sup>

5. 控审分离原则包括以下内容:(1)控诉职能和审判职能分别由国家不同专门机关承担;(2)控诉职能主要由检察机关承担,审判职能由审判机关承担;(3)不告不理,它是控审分离原则的核心。<sup>③</sup>

6. 控审职能分离是指,控诉和审判职能应分别由两个专门国家机构的代表独立承担,而不能集中于同一个机构或个人手中;裁判者应尽力避免实施任何带有追诉性质和后果的诉讼行为,也不得产生不利于被告方的追诉心理和趋向,从而保持基本的中立性;控诉一方不得越权实施带有裁判性质的诉讼行为,从而维护其追诉的效力。<sup>④</sup>

综合上述关于控审分离原则含义或内容的分析可以看出,对于控审分离原则,学者们是从以下三个方面进行解析的:第一,区分控诉与审判两种诉讼职能(在公诉案件中也是两种国家权力),实现这两种诉讼职能价值上的相互独立与分离,彼此之间不能混淆乃至互为代替;第二,国家分设检控与审判两种机构以分别行使这两种诉讼职能,实现分别行使控诉职能与审判职能的机构与人员即诉讼主体的分立,控诉与审判两种诉讼主体各司其职;第三,在控诉与审判两种职能的关系上,实行不告不理原则以及“告什么理什么”原则(即审判范围受控诉事实的限制),即以控诉职能约束审判职能,同时审判职能意味着对控诉职能的审查

① 陈卫东主编:《刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2004年版,第93页。

② 宋英辉:“建构我国刑事訴訟合理构造的理念与原则”,载《政法论坛》2004年第3期。

③ 宋世杰、彭海青:“论刑事诉讼中控审分离原则的理论与实践”,载《湘潭大学社会科学学报》2002年第3期。

④ 陈瑞华著:《刑事审判原理论》,北京大学出版社1997年版,第232页。

功能。

以上关于控审分离原则的解析,揭示了控审分离的基本要义。然而,笔者仍感有两个缺憾:一是未能明确揭示出,在现代宪政与法治社会,刑事诉讼中的审判职能对于保障犯罪嫌疑人、被告人人权的独特价值。控审分离实现的前提是,在现代宪政体制下,司法权获得独立的地位,出现了专门行使司法权的法院。司法权摆脱封建集权制中附属于行政权的附庸地位而获得独立的目的是功能,就是为了适用法律以解决各种诉讼案件,从而实现法治即法律的统治。正是在这个意义上,法院被称为“法律的帝国”,法官被称为“帝国的王侯”。<sup>①</sup>在现代刑事诉讼中,公诉案件中的控诉职能就是检控机关行使控诉权(属行政权范畴)的功能体现,审判职能就是法院行使审判权(等同于司法权)的功能体现,<sup>②</sup>即审查刑事指控、制约控诉权,保护被指控人免受不当与错误追诉的权力。只有明确了这一点,才

① [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第361~362页。

② 关于司法、司法权的性质和司法机关的范围问题,近年来我国法学界进行了激烈的争论。有学者基于对司法权与行政权本质属性的分析(前者具有被动性、中立性、终局性等属性,而后者具有主动性、管理性、非终局性等属性),得出司法权即审判权,法院即司法机关的结论,得到了学界较为广泛的认可。也有学者基于我国现行宪法将法院和检察机关共同规定在第三章第七节(“人民法院和人民检察院”)中,并规定检察机关为“国家的法律监督机关”,而将检察机关行使的权力即检察权和法院行使的权力即审判权同归于司法权,将检察机关和法院统归为司法机关。其实,后者是在混淆司法权的本质属性。在检察系统的理论研究中,“司法权”成为检察机关“力争”的权力属性,仿佛司法权是一个漂亮的标签,一定要贴上它,否则就找不到自己的位置。司法权的本质与含义是什么?审判权与检察权又如何区分?难道是用一个“监督权”和“审判权”相区分的吗?事实上,检察权不贴上司司法权的标签,并不影响其功能的发挥。贴上司司法权的标签,也不能成为检察机关行使逮捕权和庭审监督权的正当化根据。还有观点认为,检察权是与行政权、审判权并列的一种国家权力,或者认为是专门的法律监督权,可是将侦查权、公诉权(含审查起诉、出庭支持公诉、变更起诉、抗诉)等检察机关的主要职权归为法律监督权,无疑显得不伦不类。其实检察权属于行政权也好,属于准司法权也好,并不意味着行政部门就可以干涉检察机关,在现代国家尤其是英美法系国家,虽然将检察权归属于行政权,但并不意味着行政部门可以随意干涉检察机关的活动,而无一不是强调检察官办案的独立性。而即便国内有学者认为大陆法系国家的检察机关是司法机关,但事实上大陆法系国家将检察权与审判权作了严格区分,检察机关从来就没有批准或决定羁押的权力。我国宪法已经明文规定了人民检察院的独立地位,实践中检察机关的独立性受到侵犯,其原因并非该权力的属性未定位为司法权。而其独立性并不是依靠将其划归司法权就能实现的,也不是在理论上将其归于行政权就意味着行政机关理所当然地可以干涉检察权的行使。就如陈光中教授极力论证中国语境中的司法机关包括检察机关和法院,并认为意大利、俄罗斯立法规定司法机关包括法院和检察院;还认为德国罗科信教授、法国斯特法尼教授主张检察官是司法官员。但是在陈先生提到的这4个国家,都实行严格的控审分离原则,如检察官需向法官申请逮捕和羁押,并非以检察监督之名行使逮捕、羁押的决定权,因此,这种论证可能对我国刑事体制改革带来误导。参见陈光中、崔洁:“司法、司法机关的中国式解读”,载《中国法学》2008年第2期。