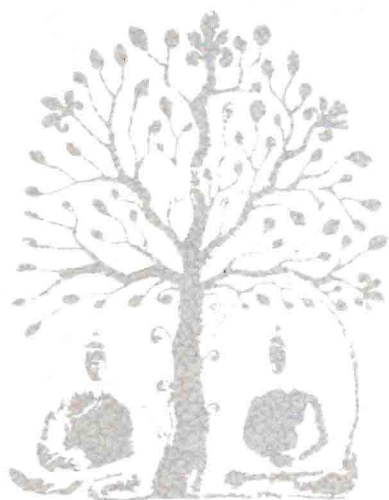




司改杂谈

SIGAI ZATAN

蒋丽萍◎著

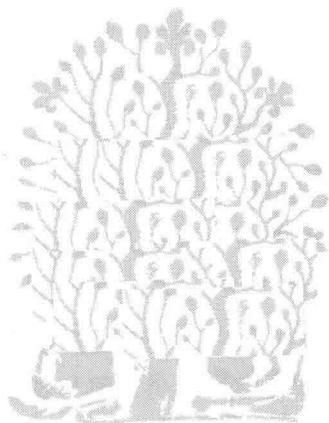


中国政法大学出版社

司改杂谈

SIGAI ZATAN

蒋丽萍◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

司改杂谈/蒋丽萍著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 8
ISBN 978-7-5620-6251-6

I. ①司… II. ①蒋… III. ①司法制度—体制改革—研究—中国 IV. ①
D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 198798 号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 7.25
字 数 170 千字
版 次 2015 年 8 月第 1 版
印 次 2015 年 8 月第 1 次印刷
定 价 26.00 元



前 言

这本书的上篇写于2014年10月至12月期间，对当前司法体制改革遇到的部分问题进行了分析和探讨。本书的下篇，是2011年时做的博士论文，谈的都是司法制度及改革设计的问题。

上篇的内容以谈法院改革为主，主要包括：

中国法官的产生和遴选委员会的组建。认为法官提名权是法院院长的法定权力，法官遴选委员会的设置是对法院院长提名权的制约，其制约性要建立在法院院长自愿同意遵守的基础上。

关于建立惩戒委员会的一些观点。认为法官惩戒条例必须经全体法官同意通过才有效，惩戒委员会可放在法官协会，成为法官行业职业自律的管理机构。

对司法责任制的探讨。认为司法责任是以法院院长为代表的法院对外对公众承担的责任；具体责任是法院院长加法官或合议庭共同担负，前者负政治责任，后者负技术责任；法官来自于法院院长的司法授权是同权平权的，不应以行政职务职级的不同而有所不同；司法责任要考虑法官任职时效，也要综合考虑政治、经济、社会因素和现实局限性等问题，不能简单一

概而论。

关于法院人财物省级统管和去行政化。认为司改要基于我国宪法和人民代表大会制度进行。要深刻理解人大制度与司法制度背后的法理原由、经济关联与管理原理。找准司法机关外部去行政化的关键点，建立单独系列的法官职级薪酬制度，修改公务员法中与宪法冲突部分，建立各级法院向各级人大直报预算核拨经费制度。

法院人员分类管理和法官员额制。认为法院人员应分法官和法院工作人员，为突出法官主体性和法院内部的去行政化，法院工作人员应逐步实行社会化招聘，以真正实现服务审判权为中心。法官员额制本应只对法官而言，员额制的确定要以本区域内司法事务为核定标准，司法辅助人员应以法官人数来确定，不应成为员额比的占有对象。

探讨法院院长、人民司法与司法责任的关系。认为基于选举产生的法院院长具有对案件的协调权，可以由非专业人士担任；中国司法具有人民性，这是中国经济发展，人文社会发展、多民族多宗教的要求，对公平正义的理解也具有司法人民性特征；司法责任要充分考虑到中国法制体系与当今法律制度，以及中国法文化的客观冲突性。

关于司法的本质。认为司法改革要将为公众提供更好的司法服务作为改革的目标，合理充足配置司法人力资源，确保司法作为国家公共服务的品质和供应保证。司法追求的是定分止争，作为最后救济途径的司法制度，也有其不能承受之重，一切矛盾靠司法来决断是不现实的。司法制度基础是人民代表大会制度，改革中的探索应遵循基本制度和司法法理规律。

下篇的内容是从宪法和国家权力体系的角度谈检察机关、检察权和检察改革，主要包括：

权力的起源和检察权的发展。重点阐述了权力的起源和监督形式,论证了监督权是国家权力组成的重要部分,不同的国家权力组织形式有着不同的权力监督体系等问题。从检察权和检察制度的起源和发展角度,从研究外国检察权、中国古代的御史制度、前苏联检察权的演变和近代中国检察制度,阐述了我国从清末开始形成的检察制度经过曲折发展到现今状况的历史背景和原由。

中国检察权的宪法地位分析。主要从宪法的角度探讨中国检察权的性质及职能。强调与西方法律的不同是:“法律监督”是社会主义检察权理论中的特有概念,是列宁检察理论的核心要素。“法律监督”在中国宪法中具有特定的含义,是特指由国家专门机关运用国家权力对法律实施情况进行的具有法律效力的监督。

检察权与法律监督权的关系。运用概念比较分析法对检察权和法律监督权进行分析研究,得出法律监督权就是国家出于维护法律的统一实施,赋予特定的国家机关,对法律运行全过程进行监督的,具有国家强制力的一项权力。而检察权一般为中国检察机关当前具有的实际权力。基本厘清了检察权与法律监督权的本质关系。本章末,还以权力的功能性视角,展望了检察权和法律监督权在司法体制改革中的发展趋势。

检察权的内部构件。主要内容是对当前检察机关具有的侦查监督权、公诉权、职务犯罪侦查权、民事行政检察权、监所检察权与执行监督权、检察建议权六大权力和职能进行现状描述和缺陷分析。

检察权对外制约机制和内部制衡关系研究。通过对检察权的实施主体与其他权力部门之间以及上下级之间的关系的分析,来研究检察权运行及发挥作用的载体和方式。

中国检察权的完善建议。从权力稳定模式的应然结构开始分析，论证了中国检察权应具有与法律监督性匹配的职权和行使职权所需的手段、能确保独立而完整行使职权的制度、符合检察权运作规律的管理机制和高素质检察人员的必要性，并从检察权微观与宏观两大角度出发提出具体的完善建议和前景展望。在篇末，还选取了广州市人民检察院自 2010 年来开展环境公益诉讼探索的情况纪实，清晰客观地呈现了在司法体制改革的大气候下，中国检察权在实操中的困境与困惑。同时，也为宪法理论界了解检察权的实际运作状况以及中国基层检察院的工作现状提供一点有用的素材。

本书是我近几年来对司法制度和司法工作的一点思考，由于水平能力有限，观点、论据、论证错漏难免，还望各位读者多批评、多争论、多包涵。

在此真诚致谢！

蒋丽萍

2015 年 9 月 13 日

目录 CONTENTS

前 言 / 001

上 篇 法院与法官

第一章 关于中国法官的产生和建立遴选委员会 / 003

第二章 关于建立惩戒委员会 / 008

第三章 关于司法责任制 / 011

第四章 关于法院人财物省级统管和去行政化 / 017

第五章 关于法院人员分类管理和法官员额制 / 023

第六章 关于法院院长、人民司法与司法责任 / 029

第七章 关于司法的本质 / 036

下 篇 中国检察权的宪法分析

第一章 权力的起源和检察权的发展 / 045

第一节 权力的起源和监督形式 / 045

第二节 检察权和检察制度的起源与发展 / 057

第二章 中国检察权的宪法地位分析 / 077

第一节 我国法律监督权设立的控权体现 / 078

第二节 我国法律监督权构造的控权体现 / 080

第三节 我国法律监督权表象的控权体现 / 082

第四节 强化法律监督权控权性的思考 / 085

第三章 检察权与法律监督权的关系 / 089

第一节 检察权的涵括范围 / 089

第二节 法律监督权的涵括范围 / 090

第三节 两项权力的区别与联系 / 098

第四节 检察权与法律监督权发展趋势 / 100

第四章 检察权的内部构件 / 103

第一节 侦查监督权 / 103

第二节 公诉权 / 108

第三节 职务犯罪侦查权 / 114

第四节 民事、行政检察权 / 120

第五节 监所检察权与执行监督权 / 124

第六节 检察建议权 / 128

第五章 检察权的对外制约和内部制衡关系研究 / 135

第一节 检察机关的外部关系 / 135

第二节 检察系统的内部关系 / 148

第六章 对完善中国检察权的一些思考 / 157

第一节 对中国检察制度缺陷的思考 / 157

第二节 对中国检察权应然性的思考 / 164

第三节 对中国检察权完善和改革的思考 / 170

主要参考文献 / 207

致 谢 / 218

后 记 / 220

上 篇
法院与法官



中国法官的产生与世界上大多数国家一样，是按法律规定的选举、任免方式产生的，但产生的形式、授权机构、人选确定则有很大的不同。在中国法官中，法院院长的产生，依据《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第 62 条：“全国人民代表大会行使下列职权：（七）选举最高人民法院院长”；法官的产生，依据《中华人民共和国法官法》（以下简称《法官法》）第 11 条：“法官职务的任免，依照宪法和法律规定的任免权限和程序办理”；最高人民法院院长由全国人民代表大会选举和罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由最高人民法院院长提请全国人民代表大会常务委员会任免；地方各级人民法院院长由地方各级人民代表大会选举和罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由本院院长提请本级人民代表大会常务委员会任免；在省、自治区内按地区设立的和直辖市内设立的中级人民法院院长，由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会根据主任会议的提名决定任免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由高级人民

法院院长提请省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会任免；在民族自治地方设立的地方各级人民法院院长，由民族自治地方各级人民代表大会选举和罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由本院院长提请本级人民代表大会常务委员会任免。”“人民法院的助理审判员由本院院长任免。”据此分析，中国法官产生方式有三种情况：一是选举式，即各级法院院长的产生；二是院长提名加人大任命式，即各级审判员的产生；三是院长任免式，即助理审判员的产生。

从权力上来看，选举产生的院长权力直接来源于各级权力机关（人大），也就是来源于人民。基于法理，只要人民信任的人，觉得其可以司控一方公正的人，让大家信服的人，都可以担任法院院长。法院院长对公众最大的表象是被信任、被认可有能力组织司法，至于他的专业能力、专业水平则是次位被考虑因素。故选举产生的法院院长可以是任何公民，也就是我们常争论的法院院长可不可以是不具备法律职业资格的人，按选举原理，是可以被允许的。选举最本质的含义，就是公民对自身权利的自愿性托付，只要多数人愿意托付某个人从事司法工作，该人的权力即来源于该区域公民，其（法院院长）作出的司法决定（判决），即应被该区域的公民所信服。选举强调的是被民众认同、信服，这是政治属性的一种。我国现行《法官法》作为《宪法》的下位法，对法院院长任职资格的衔接规定，不硬性要求具备法律职业资格，这并不是简单的基于中国目前法官队伍素质现状作出的妥协规定，而是符合人民代表大会制度中人民法院院长由人大选举产生的规定的。总之，在法院院长这一职位上，强调的是政治性高于专业性。

我国《法官法》对普通法官，即审判员和助理审判员的要求则不同。首先来看审判员，审判员的产生要经历两个必经程

序，一是法院院长提名，二是人大常委会任命，两者缺一不可。法院院长的提名权，来源于公民在选举中对他的托付，包括两大类权力，一是司法权，二是司法组织管理权，即组织司法活动而具备的对内行政管理权。这是两个权力，具有相互制衡性，人大常委会的制衡表现在可以否决法院院长的提名，但人大本身没有提名权，法院院长的制衡在于其享有主动的提名权，相反，法院院长也没有直接任命审判员的权力，必须由人大来任命。

法院院长提名谁做法官要受什么限制？从权力来源来看，法院院长的提名权是个次生权力，来源于公民对法院院长司法组织管理权的托付。故次生权力是要受到一定限制的，法理即是，法院院长要在不背叛公众信任的主旨下，基于公心、有利于司法活动公正开展等原则，负责组织司法体系以开展司法活动，这就包括法官的选任和内部司法权的运行等。若这些司法组织工作有另外的专门法律规定，必须遵循，也就是必须遵循我们的《法官法》、《中华人民共和国人民法院组织法》（以下简称《人民法院组织法》）等法律。因此，法院院长提名法官是必须遵守《法官法》对法官的要求的，即要有法律职业资格等。这也是对法院副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长的要求。简单的来说，除法院院长可不要求专业性第一，其他的法院司法人员必须要求以专业性为第一要求的选人方式。

从目前现有的法律法规来看，除《法官法》外，没有其他的强制性规定对法院院长的提名再作限制。当然，在现实操作中，还是有一些客观限制，如人员身份性质问题，从法律授权来看，法院院长是可以提名一个符合《法官法》，但不具有“干部”身份的人担任法官的，但我国目前的法官全部都是城镇居民身份的“干部”，都必须具有“干部”编制的现实决定了法

院院长只能在“干部”或类“干部”中提名法官。此外，还有一个限制是单位人员编制数量，任何一个法院院长不可以在超出法院单位编制数之外提名超出本级财政供养人数的法官，即不可能有聘用制法官、临时工法官等。

国外的法官遴选委员会，笼统地说分几种情况，一是其经国会或议会授权，直接遴选产生法官；二是经国家元首授权，遴选出法官候选人后，由国家元首或国会议会任命等等。包括国外一些首席大法官的产生方式，有的是元首委任、有的是国会议会委任。他们这些法官产生的程序，都是基于与他们国家的国家制度、国体政体相适应的法定程序，总之，司法制度是国家制度的一部分，是不可以脱离国体政体，割裂开来看的。司法制度的执行者——法官的产生也一样，必须是与法官所在国家的国体政体相一致的。在我国，法官产生的方式就是前面说的三种，人大选举产生（法院院长）、法院院长提名加人大常委会任命（审判员）及法院院长任命（助理审判员）。

本轮司改，我们要建立一个法官遴选委员会，应如何设计？首先我们要认识到，法官遴选委员会在我国目前的法定法官产生程序上是没有法律规定的；其次，法官遴选委员会的人员组成难以具有公允性或被广泛认可，即无论遴选委员会委员是怎样产生，都不及通过选举法产生的人大代表具有的代表性和公允性，也就不具有说服力；再次，法官遴选委员会的权力来自于哪里？除非是受法院院长委托，否则其不具有遴选法官、哪怕是法官候选人的合法性；最后，遴选委员会的遴选结果也不具有强制性，一旦与法院院长的法定权力有冲突（不一致），法院院长完全有权自行提名法官人选，而不必从法官遴选委员会推荐名单中挑选人选。因此，在清楚法官遴选委员会的性质和作用后，我们要知道，在目前的法律框架下，我们建立法官遴

选委员会，目的是限制法院院长对法官的提名权，也就是说这个程序设置的目的是对法院院长提名权的制约。这要解决两个问题：一是遴选委员会的权力来源于何，二是如何制约法院院长提名权，通俗地说，也就是如何让法院院长接受遴选结果。在目前没有强制性规定要求法院院长必须遵循的情况下，我们建议，采取法院院长联席会议联合决议的形式，共同约定同意法官遴选委员会对法院院长提名权的制约，也就是由本地域的法院院长缔结一个共同遵守的约定，同意在提名权前设置一个限制性程序，即同意先由遴选委员会推荐法官候选人，参加缔结共约的法院院长自愿同意从遴选委员会推荐法官候选人提名法官。这样，可以解决前面提出的两个问题，即权力来源于法院院长们的缔结共约（自愿性），制约性也可以在共约中约定，如不遵守会受到怎样的处罚或权力限制等。遴选委员会的成员组成（相对公平公正即可），也可以写入约定内，只要共约通过，即对缔结人具有约束力。

即使以上共约缔结后，仍应对法院院长的提名权预留空间，即提供选择提名法官的权力，也就是说法官遴选委员提供的法官候选人名单一般要多数于本轮拟提名法官人数，让法院院长在候选人中仍保有提名的权力。

 **小结：**中国法官的来源有三种，人大选举产生（法院院长）、法院院长提名加人大常委会任命（审判员）、法院院长任命（助理审判员）。法官提名权是法院院长的法定权力，法官遴选委员会的设置是对法院院长提名权的制约，其制约性要建立在法院院长自愿同意遵守的基础上。

法官惩戒委员会作出的一些规定，实际上是对法官责任的再要求，也就是除了法律法规规定的责任外，法官还要额外遵守一些规则和原则，否则就会受到处罚。当然法官也有他的职业伦理道德，但在其未上升为职业准则时，不能必然成为约束法官的强制力量，例如解除或限制法官某些人身或职业权利的规定，有可能成为干涉司法的因素。

目前，中国的法官要遵守的有法律法规、职业道德规范、最高法制定的规定、干部制度、党员制度等。这些是基于中国现实中法官的不同身份建立的管理制度，如公务员管理制度、干部监察制度等，一般的惩处是按内部行政管理规则作出的。如果我们的改革将法官的干部或公务员身份剔除，那么我们就不能再适用基于身份的相关管理规定，因此，建立一套与司法规则相适应的惩戒制度是有必要的。但问题是，谁制定，谁实施？一般认为应由人大来牵头，这就又涉及几个问题：一是从人大对法官或法院院长的权力判断，法定权力是任或免，两个极端，无中间状态。如要再增加，则要有法律授权；二是从选