

# 中国司法地方保护主义之批判

## ——兼论“司法权国家化”的司法改革思路

刘作翔\*

---

内容提要:司法独立作为一项人权原则和法治原则,已被国际社会广泛接受,并且已经形成其国际标准。中国在宪法和法律中,也对司法独立作了原则性的确认和规定。但是,由于中国司法存在着较为严重的地方保护主义,形成了“司法权地方化”的格局,破坏了法制的统一和司法独立原则的实施。中国司法地方保护主义有其深厚的体制性根源和思想文化根源。解决中国司法地方保护主义问题就需要彻底地改造形成“司法权地方化”的体制性因素,以“司法权国家化”作为司法体制改革的思路,并以此进行相应的司法制度设计。

关键词:司法独立 司法地方保护主义 司法权国家化 司法改革

---

中国目前所进行的司法改革,是一个全方位的、系统性的改革。它既涉及到司法体制内部的改革,也涉及到司法体制外部的改革;既涉及到司法制度层面的改革,也涉及到司法人及其司法观念层面的改革,等等。改革的最终目的是要实现司法公正和提高司法效率。要达此目的,就需要有一个适应这一目的的司法体制。因而,在司法体制层面,改革的目标就是要建立一个真正的独立的司法体制。司法独立作为一项人权原则和法治原则,已被国际社会广泛接受,并且已经形成司法独立的国际标准。中国作为国际社会的重要成员,在其宪法和法律中,也对司法独立作了原则性的确认和规定。但是,由于中国较为严重的地方

---

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。

在司法改革的讨论中,关于“司法独立”是不是一个改革目标,曾经引起很多争论。“司法公正与司法效率”作为改革目标和目的,虽有一些争论,但分歧不是很大。而对将“司法独立”作为一个改革目标,很多人有不同意见。其实,如果我们将“司法公正与司法效率”作为改革的最终目标和最终目的,而将“司法独立”作为司法体制的一个阶段性的体制性改革目标,这一分歧就会减少甚至消除。没有司法独立这样一个阶段性的体制性目标的达成,司法公正与司法效率这一改革的最终目标和目的也难以实现。

最高人民法院在近些年的司法改革讨论中,使用频率较高的是“审判独立”的概念。认真分析,我们会发现,从现行宪法和法律依据上,“审判独立”的概念较之“司法独立”的概念更具有宪法和法律上的依据。中国现行宪法第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。”但从司法体制改革的视角出发,我认为,“司法独立”的概念比“审判独立”的概念更加接近于改革的目标。“司法独立”的概念表达了一个体制性的概念,它既涵括了司法的内部体制,也涵括了司法的外部体制,它将司法体制看作为是整个国家政治体制中不可缺少的组成部分;而“审判独立”的概念则主要指向审判体制内部,即似乎成为法院系统内部的事情,甚至会缩小为审判程序的问题。

保护主义的存在,形成了“司法权地方化”的格局,破坏了法制的统一和司法独立原则的实施,进而对法治的实现带来破坏。中国司法地方保护主义有其深厚的体制性根源和思想文化根源,在案件的受理、审理和执行等方面都有许多具体的表现。解决中国司法地方保护主义问题就需彻底地改造形成“司法权地方化”的体制性因素,以“司法权国家化”作为司法体制改革的基本思路,并以此进行相应的司法制度设计。

## 一、司法独立的国际标准和宪法与法律 对司法独立原则的确认和规定

### (一) 司法独立原则国际标准确立的过程

司法独立国际标准的确立经历了一个由思想学说至各国宪法规定,再到形成国际法律文件的漫长过程。作为思想学说,它的提出者和倡导者首推法国启蒙思想家孟德斯鸠。孟德斯鸠不仅在洛克分权学说(洛克将国家权力分为立法权、执行权和对外权)的基础上,提出了著名的三权分立理论,即将国家权力分为立法权、行政权和司法权,更为重要的是他对三权之间的相互关系进行了论证,并导出了司法独立的重要价值。孟德斯鸠关于三权分立(包括司法独立)及三权制约的思想,成为其后资产阶级政体建立的思想学说,也为司法独立原则的确立奠定了理论基础。其后的许多思想家如美国的汉密尔顿在此基础上又进一步丰富和发展了司法独立的学说。

随着资产阶级革命的成功,司法独立由一种思想学说发展演变为一项宪法原则和宪法制度,被许多国家的宪法所确认。1789年的美国宪法规定,司法权只属于各级法院。1791年法国宪法规定,在任何情况下,司法权不得由立法议会和国王行使,也即司法权应当由法院独立行使。1919年和1949年的德国基本法规定,司法权赋予法官,司法权由法院行使,法官具有独立性,只服从法律。1946年日本宪法规定,法官依良心独立行使职权,只受宪法和法律的约束。1947年意大利宪法规定,法官只服从法律。

随着司法独立原则被各国宪法不断确认,它又开始了一个由起初的人权保护原则发展演变为国际法律文书(即国际标准)的路程。这一路程基本上经历了以下几个阶段:

第一阶段:1948年12月10日联合国大会通过的《世界人权宣言》第8条规定:“任何人当宪法和法律所赋予他的基本权利遭受侵害时,有权由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救。”第10条规定:“人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯,以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控。”

---

董云虎、刘武萍编著:《世界人权公约法总览》,四川人民出版社1990年版,第961页以下。在这里,我们应该注意到两个问题:第一,最早的“司法独立”原则是作为一项人权原则提出来的,即“人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯,以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控。”它是从案件当事人,主要是刑事被告人的角度对国家、对司法提出的一个要求。而如今,当我们提到司法独立的问题或概念时,我们已经不自觉地将它理解和演变成为司法机关的要求,很难将它同人权、同当事人的权利要求联系起来。这实际上是一种异变,已经违背了最初司法独立作为人权原则提出的初衷。我们应该恢复司法独立原则作为一项人权原则的原本含义。第二,任何受到侵害的权利都有权通过司法的途径得到救济的原则和观念,即“任何人当宪法和法律所赋予他的基本权利遭受侵害时,有权由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救。”而中国目前还未能完全做到这一点。中国宪法所确认和规定的基本权利受到侵害后,还不能得到完全的法律救济。2001年由“齐玉苓受教育权被侵害案”引发的所谓“宪法司法化”的全国性讨论,正好说明了我们的宪法权利的救济渠道还不畅通。因此,有必要深刻反省我们的宪法实施制度。

第二阶段:1966年12月16日联合国大会通过的《公民权利和政治权利国际公约》第14条规定:“所有的人在法庭和裁判所前一律平等。在判定对任何人提出的任何刑事指控或确定他在一件诉讼案中的权利和义务时,人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯。”

第三阶段:进入20世纪80年代以后,联合国开始了将司法独立由此前的作为一个人权原则过渡到制定为国际法律文件(即确立为国际标准)的努力。1982年国际律师协会在其第19届年会上通过了《关于司法独立最低标准的规则》。1983年6月,在加拿大的蒙特利尔举行的世界司法独立第一次会议上一致通过了《世界司法独立宣言》。1985年8月26日至9月6日在意大利的米兰召开的第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过了《关于司法机关独立的基本原则》。这一“基本原则”后经联合国大会1985年11月29日第40/32号决议和1985年12月13日第40/146号决议核可。基本原则对前几个法律文件中的大部分内容作了确认,较为系统地规定了司法独立的标准和保障规则。联合国经济及社会理事会又于1989年5月24日以第60号决议通过了《关于司法机关独立的基本原则 的实施程序》的文件,这个文件共包括15项内容,规定了各成员国的职责以及联合国有关部门和委员会的帮助义务,以便在国际社会更好地推行司法独立原则。至此,司法独立的国际标准得以确立。

### (二)司法独立原则国际标准的主要内容之解读

在当今世界,当人们谈到“司法独立的国际标准”这一概念和这一问题时,主要就是指联合国预防犯罪和罪犯待遇大会1985年8月通过的《关于司法机关独立的基本原则》这一国际法律文件中所规定的标准。联合国在制定这一基本原则时,有许多前提性的考虑和理由。这些前提性的考虑和理由体现在这一文件的前言部分,它们和司法独立都有着直接和间接的关系。

基本原则共有20个条款。分为以下几大部分:司法机关的独立;言论自由和结社自由;资格、甄选和培训;服务条件和任期;职业保密和豁免;纪律处分、停职和撤职。

在“司法机关的独立”一部分中,共有7个条款。这是关于司法独立最集中的内容。第1条规定:“各国应保证司法机关的独立,并将此项原则正式载入本国的宪法或法律之中。尊重并遵守司法机关的独立,是各国政府机构及其他机构的职责。”这一条款明确提出,要将司法独立作为一项宪法原则规定在宪法文本之中。并提出,确保司法独立,是一项国家职责。第2条规定:“司法机关应不偏不倚、以事实为根据并依法律规定来裁决其所受理的案件,而不应有任何约束,也不应为任何直接或间接不当影响、恫吓、压力、威胁、或干涉所左右,不论其来自何方或出于何种理由。”这一条款,是直接为司法机关独立行使职权而确立的权利条款和义务条款。它既是一项权利,也是一项义务。第3条规定:“司法机关应对所有司法性质问题享有管辖权,并应拥有绝对权威就某一提交其裁决的问题按照法律是否属于其权力范围作出决定。”这一条款提出了对司法问题进行司法管辖的专有权和排他权。当然,对哪些

前引〔3〕,董云虎等书,第975页以下。

对中国而言,有重要意义的国际文件还有1995年8月9日在北京召开的“第六届亚太地区首席大法官会议”通过的《司法机关独立基本原则的声明》(又称“北京宣言”)。

问题享有司法管辖权,取决于各国法律的具体规定,不好有一个统一的模式。第4条规定:“不应对司法程序进行任何不适当或无根据的干涉;法院作出的司法裁决也不应加以修改。此项原则不影响由有关当局根据法律对司法机关的判决所进行的司法检查或采取的减罪或减刑措施。”这一条款意在排除司法权以外的各种势力对司法权行使的干扰,维护司法裁决的权威性。同时,也提出了对司法判决进行监督的机制。第5条规定:“人人有权接受普通法院或法庭按照业已确立的法律程序的审讯。不应设立不采用业已确立的正当法律程序的法庭来取代应属于普通法院或法庭的管辖权。”这实质上是一项人权保护原则。接受正当法律程序的审讯,拒绝非正当的审讯,是司法独立的人权含义之一。第6条规定:“司法机关独立的原则授权并要求司法机关确保司法程序公平进行以及各当事方的权利得到尊重。”这一条款可以看作是对司法机关独立原则的约束条款,即程序公平及尊重各方当事人权利。第7条规定:“向司法机关提供充足的资源,以使之得以适当地履行其职责,是每一会员国的义务。”这一条提出了对司法独立的保障条款。充足的资源主要是指物质资源、财力资源,也包括人才资源。

以上七条中的前六条,是基本原则关于司法独立原则的最主要的内容。第7条以及其后的13个条款,是关于司法独立的保障条款和法官的权利、义务等条款规定。这些规定都是实现司法独立不可缺少的条件。第8条、第9条规定了司法人员的言论自由和结社自由权利。第8条规定:“根据《世界人权宣言》,司法人员与其他公民一样,享有言论、信仰、结社和集会的自由;但其条件是,在行使这些权利时,法官应自始至终本着维护其职务尊严和司法机关的不偏不倚性和独立性的原则行事。”也即法官个人的言论、信仰、结社、集会自由不能影响到其司法职务的履行。第9条规定:“法官可以自由组织和参加法官社团和其他组织,以维护其利益,促进其专业培训和保护其司法的独立性。”

第10条是关于司法人员的资格、甄选和培训的条款:“获甄选担任司法职位的人应是受过适当法律训练或在法律方面具有一定资历的正直、有能力的人。任何甄选司法人员的方法,都不应有基于不适当的动机任命司法人员的情形。在甄选法官时,不得有基于种族、肤色、性别、宗教、政治或其他见解、民族本源或社会出身、财产、血统或身分的任何歧视,但司法职位的候选人必须是有关国家的国民这一点不得视为一种歧视。”这是关于法官资格方面的条款。“获甄选担任司法职位的人应是受过适当法律训练或在法律方面具有一定资历的正直、有能力的人。”强调了法官作为一种法律职业所应具有的职业训练和职业背景。这已经成为当今世界包括中国在内选任法官方面的国际通例。

第11—14条是关于法官的服务条件和任期条款。第11条规定:“法官的任期、法官的独

---

美国在2001年“9.11”事件之后所设立的军事法庭之所以招致了包括美国人在内的人权人士的激烈批评,认为这是严重的侵犯民权,是“私设公堂取代法制”,就是因为它明显地违反了第5条的规定。参见《参考消息》2001年11月22日。

既保证法官作为公民个人身份所拥有的言论自由和信仰自由权利的享有,又要求法官在审理案件时保持中立,不因法官个人的言论自由和信仰自由而影响案件的公正审判,这对法官的素质是一个极高的要求,也是在两种相互矛盾的事物中寻求一种平衡。不过,我一直对此心存怀疑:尽管法律上可以作这样的规定,但要真正做到法官不因个人的信仰而影响案件的审理,是否可能?

立性、保障、充分的报酬、服务条件、退休金和退休年龄应当受到法律保障。”第 12 条规定：“无论是任命的还是选出的法官，其任期都应当得到保证，直到法官退休年龄或者在有任期情况下直到其任期届满。”第 13 条规定：“如有法官晋升制度，法官的晋升应以客观因素，特别是能力、操守和经验为基础。”第 14 条规定：“向法院属下的法官分配案件，是司法机关的内部事务。”以上几个条款，都是对保障法官能独立地行使职权而必备的条件保障。尤其是法官的终身制，是法官能独立行使职权的重要保障。

第 15—16 条是关于法官的职业保密和豁免条款。第 15 条规定：“法官对其评议和他们在除公开诉讼过程外履行职责时所获得的机密资料，应有义务保守职业秘密，并不得强迫他们就此类事项作证。”第 16 条规定：“在不损害任何纪律惩戒程序或者根据国家法律上诉或要求国家补偿的权利的情况下，法官个人应免于因其在履行司法职责时的不当行为或不行为而受到要求赔偿金钱损失的民事诉讼。”

第 17—20 条是关于法官的纪律处分、停职和撤职条款。第 17 条规定：“对法官作为司法和专业人员提出的指控或控诉应按照适当的程序迅速而公平的处理。法官应有权利获得公正的申诉的机会。在最初阶段所进行的调查应当保密，除非法官要求不予保密。”第 18 条规定：“除非法官因不称职或行为不端使其不适于继续任职，否则不得予以停职或撤职。”第 19 条规定：“一切纪律处分、停职或撤职程序均应根据业已确立的司法人员行为标准予以实行。”第 20 条规定：“有关纪律处分、停职和撤职的程序的决定须接受独立审查。此项原则不适用于最高法院的裁决和那些有关弹劾或类似程序法律的决定。”以上四条，都是保障对法官的有关处分要依法进行，这也是保证法官独立行使职权的必备条件。

### (三) 中国现行宪法和法律关于司法独立原则的确认和规定

在中国，关于司法独立原则，也得到了现行宪法和法律的确认。当然，在法律的表述内容上同国际文件的表述内容有差异。中国关于司法独立原则的宪法规定有下列一些内容：1982 年宪法第 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。”在中国，司法的概念包括审判和检察。因此，现行宪法的这两条规定是对司法独立原则的宪法确认，也可称之为宪法原则或宪法制度。

除了将司法独立原则作为宪法原则在宪法中予以确认之外，为了使这一原则能更好地落实和实现，中国又在人民法院组织法、人民检察院组织法和刑事、民事、行政三大诉讼法等相关的法律中，多次重申了这一原则：1983 年 9 月 2 日通过的修改后的人民法院组织法第 4

关于“司法”“司法权”“司法主体”“司法体系”等等概念，现在仍存在着很大的争议。司法到底如何界定？司法权的范围到底如何划定？中国的司法体系到底由哪几部分组成？“公、检、法、司”是不是司法体系的组成？从我国的宪政安排来讲，我国的司法体系是由人民法院和人民检察院两大系统构成，而公安机关和司法行政机关（包括监狱管理机关）是隶属于国务院的国家行政机关。但 1997 年修订后的刑法第 94 条的立法解释却使人新生困惑。该解释称：“本法所称司法工作人员，是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。”此条立法解释将有侦查、监管职责的工作人员定性为司法工作人员，那么，他们所在的机关是不是就成了司法机关？如果是，那么，是否意味着要改变现有的宪政安排？如果不是，那刑法第 94 条的立法解释又如何理解？有的学者用“大司法”概念和“小司法”概念来做解释；有的学者则从刑事诉讼的过程所涉及到的权力主体来解释。我认为，将侦查权、监管权定义为行政权，以及将有侦查、监管职责的工作人员定性为国家行政工作人员，并不影响他们的法律地位和法律职责的履行，还有利于宪政的统一。

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。1983年9月2日通过的修改后的人民检察院组织法第9条规定:人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受其他行政机关、团体和个人的干涉。1996年修改后的刑事诉讼法第5条规定:人民法院依照法律规定独立行使审判权,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。1991年4月9日通过的民事诉讼法第6条规定:民事案件的审判权由人民法院行使。人民法院依照法律规定对民事案件独立进行审判,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。1989年4月4日通过的行政诉讼法第3条规定:人民法院依法对行政案件独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。人民法院设行政审判庭,审理行政案件。

中国宪法和法律中的这些关于司法独立的原则性规定,为中国的司法独立确立了宪法原则和法治原则,提供了法制的保障。当然,在近几年司法改革的讨论中,也有许多学者对中国宪法和法律中的这些关于司法独立的原则性规定提出了意见,这些意见主要集中于宪法和法律中关于排除干涉的主体上。中国宪法和法律采用了罗列排除干涉主体的方法。这种罗列的方法是有缺漏的,其中所罗列的主体中,没有政党,没有国家权力机关,这样,就为政党尤其是执政党和国家权力机关对司法的干预留下了法律上的漏洞。几年来关于政法委的讨论和关于人大个案监督的讨论,就反映了这一宪法缺漏所带来的问题。许多学者主张,应恢复1954年宪法第78条的规定,即:人民法院独立进行审判,只服从法律。这应该作为中国宪法和法律中关于司法独立的法律表述语言。

## 二、中国司法地方保护主义滋生的原因分析

要使司法独立原则真正在现实中得到贯彻和落实,需要一系列制度上和条件上的保障。但由于我国现有的政治体制、行政区划所形成的司法的属地化和地方利益的存在等原因,在中国现实地客观地存在着司法上的地方保护主义倾向。这一倾向严重地影响着法制的统一和司法独立原则的贯彻和落实。地方法院演变成了地方的法院。这是我们要在政治体制改革以及司法体制改革中着重解决的问题。下面对司法地方保护主义滋生的原因作些分析。

### (一) 中国政治体制中的司法体系

根据中国现行宪法和人民法院组织法、人民检察院组织法的规定,中国现行司法体系由人民法院系统和人民检察院系统构成。人民法院系统又由地方各级人民法院、专门人民法院和最高人民法院组成。其中地方人民法院是数量最多、涉及地域最广、管辖权最广泛的一个层次。它分为地方基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院三级。基层人民法院设立在县、自治县、县级市、市辖区行政区。中级人民法院设立在省、自治区与县之间的行政区,即省、自治区直辖市,不设市的地区、自治州,中央直辖市内也设中级人民法院。高级人民法院设立在省、自治区和中央直辖市行政区。

专门人民法院也是我国人民法院系统的组成部分,它和各级人民法院共同行使国家的审判权。但专门人民法院在我国人民法院系统中又具有特殊性,即专门人民法院是在特殊部门

或对特定案件设立的审判机关,而不是按照行政区划设立的审判机关;就其管辖的性质而言,它受理的案件是与各该部门工作有关的或特定的案件,具有专门性。对专门人民法院判决和裁定的上诉案件和抗诉案件由最高人民法院审理。我国现有的专门人民法院种类有:军事法院,铁路运输法院,林业法院,海事法院等等。最高人民法院是国家最高审判机关。

人民检察院系统是由地方各级人民检察院、专门人民检察院和最高人民检察院组成。地方各级人民检察院包括:县、县级市、自治县和市辖区人民检察院,省、自治区和直辖市人民检察院。专门人民检察院有军事检察院,铁路检察院等。最高人民检察院是国家最高检察机关,统一领导全国的检察工作。

在以上人民法院和人民检察院两大司法系统中,地方人民法院和地方人民检察院这一级,按照宪法,由同级人民代表大会产生,并对其负责(检察院系统还要向上级人民检察院负责)。这样一种宪政安排,决定了地方司法系统隶属于地方的客观属性,地方司法系统的人、财、物大权,生存与发展,都掌握在地方手中,为司法上的地方保护主义滋生产生了条件。

### (二) 中国现行的行政区划体制

中国司法体系中的“地方司法”这一系统,是同中国现有的行政区划体制紧紧联系在一起的。根据宪法第30条,中国现行的行政区域划分如下:(一)全国分为省、自治区、直辖市;(二)省、自治区分为自治州、县、自治县、市;(三)县、自治县分为乡、民族乡、镇。直辖市和较大的市分为区、县。自治州分为县、自治县、市。自治区、自治州、自治县都是民族自治地方。这样一种行政区划安排,加上现行宪法规定的地方司法系统由地方产生,并对其负责,这就客观地为地方司法保护主义的滋生奠定了一个基础,提供了一种条件。每个地方都有其地方特殊的利益,为保护本地方的利益,地方的一切权力结构包括行政的、立法的、司法的等等,都会为维护地方利益而竭尽全力。

以上两个方面的原因,归结起来,就形成了地方司法的属地化特征。这种属地化是制度造成的。解决这一问题,就须从制度改造入手。属地化只是表象,在属地化的背后,其实质是地方割据和地方格局所形成的地方利益。

### (三) 中国经济体制变化(主要是财政体制)方面的原因

同地方保护主义相联系的地方利益主要是地方的经济利益,而经济利益又同经济体制相联系。《和讯财经》2001年5月15日有篇题为《中国地方保护主义的起源》的报道分析道:地方主义在中国抬头主要有两个原因,都与发展经济有密不可分的关系。一是1980年以来中央的财政改革,实行“税政包干制”,并进一步于1994年实行分税制,赋予地方政府税收自主权,同时也给予地方政府以自行决定投资项目、外贸及自由配置资源使用的权限,再加上乡镇企业的兴起,使得地方相对于中央的自主权大幅提高。光是在税收上,1979年以前,中央政府的税收占总税收的70%,地方政府只占30%,现在则几乎相反。第二个原因则是地区的非平衡发展,使得另一种地方主义兴起,各地区差距不断扩大。东南沿海地区与南方开放地区,由于经济连年高速增长,社会富裕程度已达到小康水平,而中西部一些落后地区则仍处于经济落后、低度开发的状况。在这两种因素的影响下,各地政府为保留更多当地的财政收入,因此莫不大显神通来推动当地经济发展,创造了在经济发展的基本取向下,以地方

利益为导向的地方主义,形成一种被称为“诸侯经济”的扭曲经济结构。在保护主义心态下,各个地方力求建立自主工业体系,结果不是创造多元互补的产业结构,而是资源浪费,恶性竞争及区域对立。不过,有学者认为,虽然中国的地方保护主义起源于经济,但最终解决恐怕不能只靠经济手段。

#### (四) 历史、文化、意识等主观性原因

除了来自制度层面的和地方经济利益方面的客观原因外,司法地方保护主义还有来自主观方面的原因。主观方面的原因我认为主要有:中国传统社会建立在地域文化基础上的乡土文化之影响,地方领导人对政绩的追求,对现代法治的愚昧、无知,以及知法犯法、公然违反法治等多方面的表现和原因。

产生司法地方保护主义还有一个很重要的原因,就是地方立法和地方政策制定中的地方保护主义。在目前,赤裸裸地在地方立法中规定地方保护主义不多见了,但通过地方政府规章、政策、行政命令等方式规定地方保护的,是很普遍的现象。

### 三、中国司法地方保护主义之具体表现

#### (一) 中国司法应对外部势力干扰的三种情况分析

在解读司法地方保护主义问题时,我认为有三种情况须注意:第一种是司法上的不得不为之。即由于当司法面临着司法之外的各种势力的干涉、干扰、影响时,司法不得不屈服于这种外部压力,而迎合其地方的需求。这种需求有时可能是个人的,甚至是腐败性的,但假以地方之名。第二种是司法上的自愿而为之。即并没有外界的压力,而是司法自愿、主动之行为。在各地方每年的人大开会或政府会议的文件中,都要求司法为本地的经济社会发展“保驾护航”。这是一个看似正当的、冠冕堂皇的理由,但其实质是要求司法要为地方利益服务,同时,也同一些地方司法官员为求升迁等而主动迎合有关。第三种是坚持司法法治,即不屈服于来自各方的压力,也不主动迎合地方需求,而是按照法治的要求、原则、精神去从事司法活动。这样的地方司法机关也是存在的,但往往承担着很大的风险(个人可能丢官,机构可能丢财),也往往要付出很大的代价。

#### (二) 中国司法地方保护主义之具体表现

在中国,司法上的地方保护主义主要表现在案件受理上的地方保护主义、案件审理中的地方保护主义、案件执行中的地方保护主义。下面分别对这几种表现作些分析。

##### 1. 案件受理上的地方保护主义之表现

有位学者李富金在《审判工作中地方保护主义的成因与对策》一文中,列举了案件受理上的地方保护主义的种种表现:对明知本地当事人会败诉的案件,以被告人无履行义务能力或下落不明、或者法院人手紧张工作繁忙为由,拖延立案。甚至曲解法律上关于管辖和主管的规定,拒不受理应该立案的案件。而对明知无管辖权的案件,只要本地当事人一起诉就予以受理。或者乱立被告或第三人,扩大选择管辖,与外地法院争管辖权。也有的钻法律的空子,只要对方当事人不提出管辖权异议,即认为审理是合法的。还有的将诉讼标的额分解或



故意降低,受理在级别上不该由自己管辖的案件。在诉讼费用的收取上,有的对外地当事人采取歧视政策,巧立名目多收费。另一位学者彭跃进也撰文罗列了立案中的地方保护主义的一些表现:不严把立案关,越权管辖。对当地诉外地的案件不做认真审查,争相立案,违反级别管辖的规定,越权管理应由上级法院管辖的案件;有的明知是经济犯罪,但出于保护本地当事人的利益,作为一般经济纠纷审理,充当了某种犯罪的保护神;有的违反地域管辖的规定,堂而皇之受理不属于自己管辖范围的案件,甚至一案多立,假若当事人对管辖权提出异议,则裁定驳回;有的更改案由,更改立案时间,规避法律,以诉前保全为由违法受案。

### 2. 案件审理中的地方保护主义之表现

彭跃进认为:审判中的地方保护主义是指审判机关或审判人员在办案过程中,利用权力故意背离案件事实或规避法律规定,偏袒本地当事人,损害外地当事人利益。<sup>[10]</sup>李富金将案件审理中地方保护主义的种种表现罗列为以下一些现象:对当事人的态度上“泾渭分明”,对外地当事人“冷、横、硬”,包括对外地当事人委托的律师处处设卡,在参加开庭、阅卷等方面不给方便;对本地当事人则热情周到,对本地当事人的代理人,即使手续不全,有的还没有律师执业资格,仍大开方便之门。对外地当事人诉讼的案件,久拖不审。或开庭之后,迟迟不下判。对外地当事人错用、滥用财产保全和先予执行措施,强迫外地当事人接受不公平调解协议。在证据的收集、运用上,有利于本地当事人的尽量收集、采用,不利于本地当事人的则视而不见。在法律的适用上,利用法律的幅度性规定等自由裁量权,对法律条文的不同理解甚至曲解法律,做出倾向于本地当事人的不公平的判决和裁定,在外地当事人申诉时,仍轻率地予以驳回。

彭跃进则从审判的综合角度对审判中的地方保护主义现象作了如下的“画像”:滥用强制措施,乱列当事人。强制措施成为地方保护主义的重要法宝。有的帮助地方当事人逃债,当外地法院到本地查封冻结时,本地法院知道后,即先行草率做出先予执行裁定,进行查封冻结,造成外地法院无法执行;有的在外地当事人无执行能力的情况下,将与案件毫无关系的第三者列为共同被告或第三人,判决其承担履行义务。这种第三者通常是企业主管部门。有的在外地执行时,乱查封冻结,迫使企业停工停产,甚至以扣押人质的方法来制约当事人履行义务。运用法律不公平。为了保护本地区当事人的利益,对外地当事人申请诉讼保全置之不理,或拖延时间,或理而不睬,使案件横生枝节,徒增难度,造成案件执行难。在经济纠纷案件中,利用法律的可塑性和法律允许的灵活度,在违约金、赔偿金、利息的计算和负担上内外有别,让外地当事人吃亏。对外地当事人诉本地人的案件,有人情关系就早办、快办,没有人情关系的就迟办、慢办,甚至拖着不办,即使办了也久拖不决。离开合法、自愿的前提,制定明显不利于外地当事人的方案,迫使其接受不公平的调解意见和裁判。相互扯皮,协助不力。对受委托送达的诉讼文书或执行案件,以人力、物力有限为借口,能推则推,能拖则拖,能退则退。在外地法院执行受阻时,袖手旁观,不予协助。当外地法院执行得心应手时,故意作梗,百般阻挠。明里协助,暗里串通。在经济交往中,明知本地当事人与外地人签

[10] 彭跃进:《为司法中的地方保护画像》,《华东新闻》1997年8月15日。

订合同有欺诈行为,执法人员不仅不予制止,反而为当事人出谋划策,争夺主动权。外地法院来执行时,执法人员向本地当事人报信,致使外地法院徒劳往返。<sup>⑪</sup>

### 3. 案件执行中的地方保护主义之表现

案件执行中的地方保护主义是司法地方保护主义表现的最为明显的领域。李富金对此描述道:对外地当事人申请执行案件,拖压不办,片面强调要申请人提供执行线索,让其填一大堆表格,否则不予执行。而对本地当事人的申请,却可能超范围执行。有的以本地被执行人无履行义务能力为理由随意中止执行,而一中止可能就是几年,最后不了了之。强迫外地当事人与本地当事人达成“执行和解协议”,而外地当事人为免予讼之累只得违心接受。也有的把质次价高、积压滞销、过期变质的商品“执行”给外地申请人,在执行标的的估价上也倾向于本地当事人。对外地法院委托执行的不予理睬,对要求协助执行的,不予配合,或横加干预,甚至为当事人出谋划策、通风报信,使执行受阻。

最高人民法院副院长沈德咏在讲到2000年全国法院的执行情况时透露:全国法院有三成案件无法执结。他说,1999年11月至2000年8月,全国法院共执结案件230余万件,同比增长16.31%;执结标的额2551亿元,同比增长57.74%;案件执结率72.45%,同比增长16.31%。他在分析执行难的原因时说:滥用权力,以权压法,阻碍、抗拒执行或有义务协助执行的单位拒绝协助或不予配合执行的情况还普遍存在;被执行人难找、被执行人财产难寻、应执行财产难动的问题以及地方保护主义和部门保护主义造成的执行难仍不容忽视。沈德咏说,法院执行管理体制改革的内容指:在纵向上,高级法院在辖区内建立统一管理、统一协调、统一指挥的执行工作新体制,新的执行机构统一行使行政领导和司法监督双重职权;在横向上,建立完善以委托执行为主的新的工作格局,为跨高级法院辖区执行案件最终实现全部委托执行打下坚实基础。<sup>⑫</sup>

邹宗山撰文分析金融案件执行难问题时也认为,地方保护主义是首当其冲的原因。他指出:金融案件执行难是个全国较为普遍存在的问题。在有的地区,得不到执行的金融案件竟达到50%。那么,金融案件执行难的症结在哪里呢?他认为有以下几个主要的原因:第一,地方保护主义。“银行的不良贷款是国家的,企业则是自己的。”这种观念是地方保护主义产生的根源。地方企业如果依法归还银行的贷款,就会减少可用资金,从而可能对地方的经济发展产生一定的影响。于是从地方保护主义出发,某些地方政府甚至执法机关对拒不执行法院判决的企业给予明的或暗的保护,而银行却束手无策。第二,司法不公。判决不能得到及时有效地执行的一个重要原因就是,司法部门的个别人贪赃枉法,不严格执行判决,对逃避债务、拒不执行法院判决的人听之任之,有的甚至姑息怂恿,致使抗法者逍遥法外。第三,缺乏有效惩治措施。法律是规范人们言行最严厉最有效的规范。对抗法者缺乏明确的惩治措施是导致执行难的重要原因,许多被执行人抱着“拖一天是一天的态度”,有钱也不还,反正也不能把我怎么着。强制执行不能达到应有的目的,从客观上说就是对抗法者的姑

<sup>⑪</sup> 前引[9]。

<sup>⑫</sup> 《中国三成案件无法执结》,《华声报》2000年11月3日。

息怂恿。他认为,要解决金融案件执行难的问题,首先,要树立法律的尊严。其次,要克服地方保护主义。地方保护主义的结果是恶化投资环境,直接影响本地区的招商引资和对外经济交往。真正关心地方经济发展的人,就必然是维护法律尊严的模范。一个地方经济发展的状况,也必然是法律执行状况的客观反映。再次,要加大打击司法腐败的力度,维护司法判决的纯洁性。同时,要借鉴国际经验,建立有效的强制执行措施。<sup>⑬</sup>

从案件执行的实践来看,地方、部门保护主义和行政干预是人民法院执行工作中最大的阻力。2001年9月20日,西安市中级人民法院开展了以克服地方、部门保护主义和行政干预为主要内容的执行专项行动,当天执行案件10起,执行标的金额近350万元。据悉,这是西安中院首次集中统一行动力克地方保护主义。这次执行的这10起案件,立案最早的在1999年初,按照最高人民法院关于严格执行案件审理期限的规定,这些案件大部分已超过半年时间的执行期限。它们诉讼标的虽然较小,但影响极大,10起案件中有5起涉及外省投资者,群众反映十分强烈。其中执行不了的共同原因是地方和部门保护主义作祟,个别人错误认为“基层法院是当地的地方法院”,因此人为非法阻碍法院执行,造成恶性循环,损害了法制统一,危害了法律尊严。为认真贯彻省、市优化投资环境的有关决定,力求冲破被地方保护束缚的局面,西安中院决定调集两级法院执行力量,集中开展以“执行风暴、力克保护、优化环境”为主题的专项执行行动。<sup>⑭</sup>

司法中的地方保护主义在司法实践中通过一些案例表现出来。下面有一个司法地方保护主义的典型案例:一村主任违法滥伐天然林,由于地方保护主义作梗,经历了4年的艰难曲折,经中央电视台《焦点访谈》曝光,国家林业局直接督办,最高人民检察院派员调查,才还森林法尊严。这个案件就是引起社会广泛关注的江西省婺源县中云镇方村特大滥伐林木案。案情为:1997年初,时任婺源县中云镇方村村委会主任的俞泉发,以发展香菇生产为由,未经林业行政主管部门审批,只凭镇党委书记梅瑞民的一张签批条,就组织村民无证采伐,造成滥伐天然林活立木923.677立方米的严重后果。事件发生后,镇长王爱民为掩盖事实真相,实施了一系列包庇行为。这是一起案情并不复杂的特大滥伐林木案,然而在1997年4月被森林公安机关立案侦查后,三名犯罪嫌疑人非但未受到法律追究,反而受到提拔和重用,引起了当地干部群众的强烈不满,纷纷向省地有关领导和有关部门举报。1999年,在森林公安局查清案情依法提请报捕、要追究犯罪嫌疑人的刑事责任时,却收到了有关部门关于俞泉发等3人的行为不构成犯罪,不予批捕的决定。2000年10月24日,中央电视台《焦点访谈》节目对此案予以披露。最高人民检察院立即派出调查组,赴江西省开展调查。11月4日,江西省人民检察院对此案作出复核决定:撤消上饶检察分院对俞泉发等3人的不批准逮捕书。俞泉发、梅瑞民涉嫌滥伐林木罪,王爱民涉嫌包庇罪,应予以批准逮捕。2000年11月10日,上饶市森林公安局对3名犯罪嫌疑人逮捕归案。2001年3月20日,上饶市中级人民法院开庭审理此案,这是建国以来上饶市中院受理的第一起森林刑事案件。并于4月6日作出一

<sup>⑬</sup> 邹宗山:《金融案件为何执行难》,《人民日报》2000年12月13日。

<sup>⑭</sup> 周秦:《西安中院掀强制执行风暴》,《华商报》2001年9月21日。

审判决:俞泉发、梅瑞民犯滥伐林木案,分别被判处有期徒刑2年和1年,王爱民犯包庇罪,被判处拘役6个月。婺源县中云镇方村特大滥伐林木案由于地方保护主义和行政干预,久拖难决,最终还是通过国家林业局森林公安局直接督办,中央电视台《焦点访谈》的披露和最高人民检察院派员调查,才还森林法尊严,使得本案得以正常诉讼,犯罪嫌疑人依法受到追究。<sup>⑮</sup>

## 四、克服中国司法地方保护主义的法律对策 ——以“司法权国家化”为主线的司法改革思路

### (一)司法权属于国家(人民)——“司法权国家化”改革的理论基础

在对中国司法地方保护主义的原因进行分析时,我们可以看到,产生中国司法地方保护主义的最主要的和最重要的原因是中国现行政治体制下的司法体制设计和安排。其中,最主要的是司法权的地方化。因此,要克服中国司法地方保护主义的现象,就应该从改革现行的司法体制入手,其中最重要的是改革司法权地方化的现行体制,建立独立的司法体制,把司法体制从地方体制中隔离开来,让司法权回归到国家专有权和专属权的本来地位。这一改革思路可以概括为“以司法权国家化为主线的改革思路”。<sup>⑯</sup>

在我们进行司法体制改革的过程中,我认为首先必须对一些重大的理论问题进行研究,这是我们进行司法改革的前提条件。其中最重要的就是司法权的属性问题。司法权到底属于谁?属于国家,还是属于司法机关,还是属于司法者个人?这是我们理解司法独立、司法权国家化改革思路的理论基础。

从理论上以及我们国家国体的性质上讲,司法权属于人民。这是一种民主理念和宪法宣示。我们可以先以现行宪法作分析。1982年中国宪法第2条第1款规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”这是人民主权原则在宪法中的宣示。这当中的“一切权力”自然包括司法权。当然,宪法的这一规定是从国家性质上来界定的。人民作为一个抽象性集合,不可能直接地、亲自地去行使国家权力,必须通过一定的方式来行使权力,于是,便引出了1982年中国宪法第2条第2款和第3款的规定:“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”宪法在第3条第3款中,又具体而明确地规定了“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”。这三个条款清楚地告诉我们,人民行使的是国家权力,人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方人民代表大会,人民行使国家权力还要通过各种途径和方式,具体又划分为行政权、审判

<sup>⑮</sup> 申黄、李菁莹:《地方保护主义作梗,江西一特大滥伐案4年方审结》,《中国青年报》2001年4月23日。

<sup>⑯</sup> 有的学者提出了“司法权中央化”的改革主张。但我认为,“司法权中央化”的提法更多地含有中央集权的涵义,有上下级等级隶属的涵义,会更加加剧原有的司法权行政化的弊端;而“司法权国家化”则体现了司法权属于国家的理念,较准确地表达了司法权的国家属性。

权、检察权等。这样,人民权力和国家权力这两个概念在这里重合和等同了。或者说,人民权力的概念被国家权力的概念所代替。司法权属于人民,就意味着司法权属于国家,国家权力代表着人民权力。至少在理论上和宪法的逻辑推导上是这样。<sup>①</sup>

解决了司法权属于人民,即属于国家的问题,并没有解决司法权的行使问题。国家也是一个抽象。它也不可能去直接行使司法权。它必须成立起专门的司法机关,来代表国家专门行使司法权。在中国,按照宪政的安排,这样的专门司法机关就是人民法院和人民检察院。1982年宪法对人民法院和人民检察院的性质分别作了如下的界定:“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关。”(宪法第123条)“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”(宪法第129条)人民法院和人民检察院是代表国家行使司法权的专门机关。这样,国家司法权就等于交赋给了司法机关,国家的司法权就演变成了司法机关的司法权,具体而言,就是人民法院的审判权和人民检察院的检察权(法律监督权)。这样,司法权属于国家就演变成了司法权属于国家设立的专门司法机关。

接下来的问题是,司法机关的司法权又要通过在司法机关工作的司法工作人员——司法者按照职权分工去具体行使。这是否意味着司法权也属于司法者个人?或者说司法者个人也拥有司法权?这是一个比较复杂的问题。依我之见,尽管我们在司法改革中强调要扩大司法者个人的权力,但并不意味着司法者个人也拥有司法权。司法权不属于司法者个人,而是属于司法机关,属于国家。法官、检察官的审判权、检察权从性质上是一种职权。职权的概念表明了它是一种来自职务的权力,或者说是一种同职务密切相联系的权力。有了这个职务,就有这个职权;没有这个职务或者失去这个职务,也就没有或者失去这个职权。并且,职权是不可以放弃的。这两点可以说是一切职权的特点,也是职权——作为国家公权力的存在方式之一与权利——作为公民私权力的存在方式之一之间的重要区别。法官、检察官的权力在中国现行宪法框架下,是来自于法律的授予,具体而言,是来自于同级国家权力机关(即同级人大)的授予。而同级国家权力机关(即同级人大)在任命某人为法官或检察官时,它总是具体地指明是某法院、检察院的法官或检察官,总是要附属于某一个具体的司法机构。设想,无论是一名法官,还是一名检察官,一旦离开他所在的法院或检察院,他还能行使司法权力吗?显然不能。法官、检察官是司法权的行使者,而不是司法权的享有者。因此,从这个视角出发,司法主体这个概念就需要分解,或者说需要做具体分析。司法主体可分解为司法权主体和司法活动主体。法院、检察院既是司法权主体,也是司法活动主体;法官、检察官则不能作为司法权主体,而只是司法活动主体,具体而言,是司法权和司法活动行使主体。一切权力属于人民,而不属于任何个人。公权力即国家权力不能个人化或私有化。这是我们的宪政理念,是人民主权的国家性质所决定的权力属性。法官独立应该理解为法

<sup>①</sup> 我们知道,国家和人民的关系问题是一个非常复杂的问题。我在这里只是依据宪法的规定作出的一个理论上的推导。这种推导反映了宪法的一种理念,或者说宪法的一种理想。这一推导并不涉及非常复杂的现实中的“国家代表不代表人民”的问题。

官独立的行使国家的审判权,而不是独立的拥有或享有国家的审判权。

在对司法活动行使主体进行分析时,理论界和司法界长期以来忽视了还存在着另一类司法活动行使主体,即陪审员。陪审员无论在外国,还是在中国,都是一个不能忽视的司法活动行使主体,因为陪审员也在实实在在地行使着司法权。陪审员按照法律规定可以参与审判活动,可以对案件的判决发表意见,最关键的是,可以对案件的判决有一人一票的投票权(至少在理论上和法律规定上是如此)。陪审员的陪审权同法官的审判权在权力的来源上、主体资格上和权力的存续时间上等有所不同。陪审员的陪审权来自于法律(陪审员法或陪审员条例)。从理论上和法律上讲,任何一个符合陪审员条件的公民,都可以做陪审员。而法官的审判权也是来自于法律,但他具体的是来自于同级国家权力机关(即同级人大)的授予,并且,并不是每一个符合法官条件的公民都能当法官,做法官都要经过法定的任命程序;陪审员的陪审权是一案一审,即他的陪审权只有在他作为陪审员身份参与陪审具体案件时才能行使和体现;而法官作为审判权的行使者,他的审判行使权则存在于他作为法官身份和法官职务的存续过程中。尽管有以上几点不同,但我认为两者具有一种最关键的同质性:法官的审判权行使,是在法院的审判活动过程中体现的,是法院的审判权的具体行使者。而陪审员陪审权的行使,也是在法院的审判活动过程中体现的,实质上是“人民审判权”的行使方式。从国际通例来讲,陪审员的物色、确定和组成,都是在法院的框架内管理和运行的。因而,陪审员的陪审权是密切地附属于审判机关的。它同审判权专属于审判机关、专属于国家是不矛盾的,是一致的。

还有一个问题:司法权和立法权、行政权的比较。虽然立法权、行政权和司法权一样,都是国家权力的表现,但立法权可以部分地转让,可以部分地授权,因而可以有地方立法,可以有授权立法,等等。行政权也可以部分地转让,可以有条件的授权其他主体行使,因而可以有地方行政,授权行政,等等。惟独司法权是不能转让的,是不能授予其他主体行使的,因而不能有“地方司法”,不能有“授权司法”。“地方司法”、“授权司法”是有违司法权的国家专有权性和国家专属性的,是有违司法法治原则的。这就是司法权同立法权、行政权相比所独具的国家专属性和专有权性。

以上关于司法权属性的分析,是司法权国家化改革的理论基础和宪法依据。司法权属于国家,是国家的一种专属权和专有权,因此,司法改革就应以此为据,来进行相应的制度设计和制度改造。同时,有必要说明,司法权国家化的理论论证和改革思路同我们在法学上所批判的国家主义的政治思潮是两个格格不入的不同属性的概念和观念体系。我们不可将司法权国家化望文生义地理解为是在倡导国家主义。

## (二)对司法权问题的宪法修改意见

通过对司法权属性及相关问题的理论分析,我们可以发现,要实现司法权国家化,就需要对现行宪法作相应的修改。1982年宪法已经实施了20年,其间经历了3次修正案。20年的法制实践表明有一些条款已经不适应改革和发展的需要。为此,我想就司法权及其相关问题提出有关宪法修改意见,供研究参考。

第1条修改意见:应该在宪法中明确规定:“中华人民共和国的司法权属于国家。”

这一条有两个意义:一是在宪法中专门和首次提出“司法权”的概念;二是明确规定“司法权属于国家”的司法权属性。这是针对现行宪法中存在着的“司法权地方化”的有关宪政体制安排而言的,同时,也是为防止“司法权属于司法者个人”的倾向而言的。这一条款体现的一个理念是:一切公权力、国家权力都属于国家,最终属于人民。公权力不能个人化,不能私有化。这是人民主权的民主理念的体现。

第2条修改意见:应该在宪法中明确规定:“国家行使司法权的专门机关是人民法院和人民检察院。”

这一条是为了纠正目前在我国存在的关于司法、司法权、司法体系、司法机关、司法主体等等概念和问题上所存在的混乱。尤其是1997年刑法第94条关于“司法工作人员”的立法解释所产生的混乱。

第3条修改意见:应该在宪法中恢复1954年宪法第78条的规定:“人民法院独立进行审判,只服从法律。”

这一条是为了体现司法独立的原则,以替换现行宪法第126条“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”的规定。理由已前述。

第4条修改意见:应将现行宪法第131条“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。”修改为“人民检察院独立行使检察权,只服从法律。”理由同第3条。

第5条修改意见:应该在宪法中明确规定:“人民检察院是国家的检察机关。”

这一条是为了修改现行宪法第129条关于人民检察院性质的规定。现行宪法第129条将人民检察院的性质规定为“国家的法律监督机关”。我认为这一定性不准确也不明确,存在重合。因为人大也是国家的法律监督机关之一,监察、审计等也是国家的行政法律监督机关。同时,在实践层面,检察机关行使法律监督权也存在许多体制性的障碍和自身职能的矛盾。

第6条修改意见:修改现行宪法中有关“司法权地方化”的相关条款。其中有宪法第2条第2款的规定:“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”这一规定从总的原则上没有问题,但缺乏对国家权力的理论分解,缺乏对国家权力一旦具体化后和进入运作过程后其不同性质和特点的科学界定。我们为了避免“三权分立”之嫌,拒绝对国家权力进行分解,坚持国家权力是不可分的。但如果我们将国家权力予以分解并加以分析,就会发现其中存在着问题。因为国家权力这个概念包括立法权、行政权、司法权、军事权等等,这四种权力具有不同的性质和特点。如前所述,其中的立法权、行政权可以有一个地方化的问题和有条件地转让的问题。而司法权、军事权这两种权力是不能地方化的,是不能转让的,是不能授予其他主体行使的,因而不能有“地方司法”,不能有“授权司法”,更不可能有“地方军事”、“授权军事”等。“地方司法”、“授权司法”是有违司法的国家专有性和国家专属性的,是有违司法法治原则的。而现行宪法第2条第2款的规定将“人民行

使国家权力的机关”规定为“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”这就暗含了司法权由地方产生也是人民行使国家权力的方式的观念。

除了这一条之外,建议修改宪法中有关地方司法机关由同级人大产生的相关规定。以“司法权国家化”作为司法体制改革的思路,来进行相应的宪法修改和制度设计,使司法权回归到国家所有,改变和消除司法权地方化的体制性根源。具体的内容涉及到很多方面,需要进行深入地研究和论证。

以上关于司法权问题的几条修宪意见,关键取决于我们对司法权的性质、司法权的属性等重大问题进行深入的研究并取得共识和结论。我们需要打破一个理论上的禁区:司法权属于国家和司法机关独立行使司法权,并不会影响“司法权属于人民”的国家性质理念,而且,可能还会更好地实现这一国家性质理念。还需要消除一个误解:对国家权力进行理论分解和分析,是为了更好地认识各个具体权力的不同性质和特点,即有的权力是可分的,可以地方化的;有的权力是不可分的,不能地方化的。由此在宪法上对各个不同性质的权力进行合理的制度设计和安排。它同“三权分立”理论不是同一层面的问题。

---

---

**Abstract** ;judicial independence , as a principle of human rights and the rule of law , has been widely accepted by the world community as an international standard. China has also confirmed and provided for the principle of judicial independence in its Constitution and laws. However , the serious problem of local protectionism in judicial practice has resulted in the “ localization of judicial power ” , which has undermined the unity of the legal system and impeded the implementation of the principle of judicial independence. Judicial local protectionism is deeply rooted in the political system , as well as in the ideology and culture in China. To overcome judicial local protectionism , China must thoroughly reform the institutional factors that lead to “ localization of judicial power ” , take “ nationalization of judicial power ” as the guideline for judicial reform , and design a new judicial system accordingly.

---

---