

法院的类型、创设权归属及其司法权配置

侣化强*

摘要 法院创设权分概括创设权和具体创设权,其归属和司法权配置受制于法院法定、管辖权法定的宪法原则。该原则源于17世纪英国,18世纪被法国采纳,其原旨乃反对肢解刑事司法权、禁止指定审判法官或设立刑事特别法院(庭)。宪法成文化运动致使其扩张至行民领域,但在司法科学化冲击下其重归原点,并成为法治国的内在要求。形式要件为法院创设权依重要性分别保留于宪法与法律,实质要件为刑事司法权绝对保留、行民司法权相对保留。司法权的外部扩张与内部分裂催生了多层次的法院类型。我国确立了该原则,但法院分类不科学,创设权下沉、司法权配置(如三审合一)等背离法治要求。2018年宪法和法院组织法修订不仅没有解决问题,反倒引发重大隐患,应予完善。

关键词 法院法定 管辖权法定 司法权配置 专门法院 特别法院 三审合一

一、问题的提出

自2013年启动修改,历时5年,《中华人民共和国人民法院组织法》于2018年10月26日正式通过(以下简称2018年《法院组织法》)。根据全国人大常委会说明,本次修改的主要目的是“根据改革开放以来人民法院的发展情况”,完善“法院的分类”,“规范人民法院的设置和职权”。〔1〕改革开放以来,我国法院类型呈现多元化趋势,除最高人民法院、地方各级人民法

* 华东师范大学法学院教授。本文写作得到中央高校基本科研业务费华东师范大学引进人才启动费项目(项目编号:2020ECNU-HLYT017)和重庆大学中央高校基本科研业务费项目(项目编号:2018CDJSK08YJ05)的支持。

〔1〕《关于〈中华人民共和国人民法院组织法(修订草案)〉的说明》,2017年8月28日发布。

院、军事法院、海事法院外,还有新疆建设兵团法院、森林法院、开发区法院;随着司法改革深入,知识产权法院(北京、上海、广州)、互联网法院(杭州、北京)、金融法院(上海)应运而生。除法院建制外,还有内嵌式法庭。1956年、1980年相继设立审判在华日本战犯和审判林彪、江青反革命集团案主犯的最高人民法院特别法庭。^{〔2〕}上世纪末,各地成立少年法庭。^{〔3〕}随着司法专门化运动兴起,环境审判庭和知识产权审判庭呈井喷趋势。法院(庭)类型多元化引发了三个根本性问题。

第一,部分法院因无法归类或定位不明而涉嫌违法。我国目前沿袭最高人民法院、地方各级人民法院、专门法院三分法。据此,经济开发区法院、新疆建设兵团法院、林区法院等,“既很难归入地方普通法院,又很难归入专门法院”,其合法性遭到质疑。^{〔4〕}为贯彻中央提出设置“跨行政区划人民法院”的精神,《中华人民共和国人民法院组织法(修订草案)》第24条规定“经全国人民代表大会常务委员会决定,可以设立跨行政区划人民法院,审理跨地区案件”,但2018年法院组织法将其删除,据全国人大宪法和法律委员会解释,“有的常委委员、人大代表提出,跨行政区划法院、检察院的定位不够明确”。^{〔5〕}

第二,法院创设权归属不明。以地方各级法院为例。依据1982年《宪法》第3条、第128条和1986年《法院组织法》第34条之规定,^{〔6〕}主流观点认为:“人大产生一府两院”,法院由同级人民代表大会产生。^{〔7〕}这一解释为跨行政区划设置法院以及省级以下人财物统管等改

〔2〕《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会关于处理在押日本侵略中国战争中战争犯罪分子的决定》,1956年4月25日全国人民代表大会常务委员会第三十四次会议通过;《第五届全国人民代表大会常务委员会关于成立最高人民检察院特别检察厅和最高人民法院特别法庭检察、审判林彪、江青反革命集团案主犯的决定》,1980年9月29日第五届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过。

〔3〕《最高人民法院关于办理少年刑事案件的若干规定(试行)》(法研[1991]3号),1991年1月26日发布;《中华人民共和国未成年人保护法》第40条,1991年9月4日发布;《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》第45条,1999年6月28日发布。

〔4〕关毅:“法院设置与结构改革研究”,《法律适用》2003年第8期,第12页;张泗汉:“改革、调整法院设置,完善法院组织体系”,《人民司法》1995年第4期,第31页;刘松山:“开发区法院是违宪违法设立的审判机关”,《法学》2005年第5期,第28—29页。

〔5〕《中华人民共和国人民法院组织法(修订草案)》,2017年9月4日发布;《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国人民法院组织法(修订草案)〉修改情况的汇报》,2018年6月19日发布。

〔6〕1982年《宪法》第3条第3款:“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。”1982年《宪法》第128条:“地方各级人民法院对产生它的国家权力机关负责。”1986年《法院组织法》第34条:“地方各级人民法院院长由地方各级人民代表大会选举,副院长、庭长、副庭长和审判员由地方各级人民代表大会常务委员会任免。”

〔7〕“地方人民法院……由同级人民代表大会产生”,刘作翔:“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”,《法学研究》2003年第1期,第89页;“各级人民法院由同级人大及其常委会产生”,韩大元:“人民法院的宪法地位”,载韩大元主编:《中国审判制度的宪法基础》,中国人民大学出版社2013年版,第300、318页。

革举措平添了合宪性障碍,^{〔8〕}以至于有学者指出:“若设置跨行政区划的法院和检察院,就必须明确哪级人大拥有跨行政区划法院和检察院的设立权”。^{〔9〕}其实,这一解读将法官选任权与法院创设权混为一谈,并忽视了1982年《宪法》第124条“中华人民共和国设立最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院”以及《立法法》第8条“下列事项只能制定法律:……(二)人民法院和人民检察院的产生”之规定。2018年《法院组织法》第3条规定,“人民法院依照宪法、法律和全国人民代表大会常务委员会的决定设置”,这一修改契合了《立法法》。

然而,原有的难题依然没有解决。首先,2018年宪法修正案第133条保留了1982年《宪法》第128条“地方各级人民法院对产生它的国家权力机关负责”之规定,这与2018年《法院组织法》第3条相抵牾。其次,未区分概括创设权和具体创设权,忽视不同法院创设权的位阶差异及其归属层次。具体创设权是指“设置”某个具体法院的权力,而概括创设权指创设“某类”法院的权力,这里的“类”并非宽泛、宏观的如“专门法院”,而是中观的如知识产权法院、海事法院。需要追问的是,宪法、法律、全国人大常委会分别拥有何种法院的概括创设权和具体创设权?最后,内嵌式法庭创设权下沉。按照此前的法院组织法,刑事、民事、经济审判庭的具体创设权保留于法院组织法本身,“其他审判庭”的具体创设权则授予中级人民法院。但是,2018年法院组织法将内嵌式法庭的创设权完全沉置于法院之手,后文将指出,在我国语境下,这一改变具有重大隐患。

第三,各类法院之间,新设内嵌式审判庭与原有刑事、民事、行政审判庭之间司法权配置的规则付之阙如。最典型的当属环境和知识产权司法中的“三审合一”。该模式之所以在国内盛行,与学界引介西方经验时的夸大不无关系。国内研究者主要依据美国丹佛大学教授乔治·普林2009年发布的报告,该报告称:“目前全球有41个国家成立了350个专门环保机构(ECT)”,其类型包括“法院(EC)和行政裁决机构(ET)以及其他争议解决机关”,其中“最多的是拥有行政管辖权……拥有刑事司法权的相当少”,而实行三审合一的有“瑞典、澳大利亚新南威尔士州、新西兰、巴西”。但是,国内将这一状况描述为:“截止到2010年,全球逾40个国家……陆续建立了350多个环境法院或环境法庭。”被普林教授视为例外的三审合一,却被国内夸大为普遍现象:“综观国内外,现有的环境法院或环境法庭在审判方式上均作了改革,实行称

〔8〕“跨区设置法院的主要宪法障碍在于……地方法院与相应地方人大的一一对应关系”,刘树德:“法院设置的宪法表达”,载《人民法院报》2013年12月22日,第7版;翟国强:“跨行政区划人民法院如何设立?——一个宪法解释学的视角”,《法商研究》2016年第5期,第4—5页;任喜荣:“国家机构改革的宪法界限”,《当代法学》2017年第4期,第21页;底高杨:“目标、限度与进路:跨行政区划司法管辖制度的宪法学思考”,《法商研究》2017年第1期,第52页;王广辉:“司法机关人财物‘省级统管’改革的法律反思”,《法商研究》2016年第5期,第11页。

〔9〕秦前红、苏绍龙:“深化司法体制改革需要正确处理的多重关系——以十八届四中全会《决定》为框架”,《法律科学》2015年第1期,第44页。

之为‘三审合一’的审判方式”。^[10]最近依然有学者倡导知识产权法院实行所谓的三合一审判。^[11]

后文将证实,无论环境领域还是知识产权领域,实行三审合一的国家根本不存在。相反,除军事法院外,知识产权、环境、税收、海事等法院有一个共相:刑事司法权阙如!这背后的原因何在?就我国而言,三审合一与依法治国的方略是否契合?中央提出“普通案件在行政区划法院审理,特殊案件在跨行政区划法院审理”,此处的“特殊案件”能否包括刑事案件?有学者提出,重大的电信网络诈骗犯罪、金融犯罪、涉恐涉毒涉黑案件应统一划归跨行政区划法院管辖。^[12]该主张是否妥当?此外,最高人民法院巡回法庭能否行使刑事审判权?其限度何在?

民事诉讼和行政诉讼的司法权配置也存在疑问。例如,民事诉讼方面,军事法院最初仅管辖刑事案件,但最高人民法院1988年授权军事法院指定若干基层军事法院开展审理经济纠纷的试点工作,并于2001年、2012年相继在全国军事法院推广军内民事审判。^[13]有学者指出,最高人民法院的这一做法侵犯了全国人大常委会的立法权。^[14]行政诉讼方面,最高人民法院先后于2008年、2013年授权地方人民法院实行“指定管辖”“提级管辖”,试行“集中管辖”。北京市、重庆市也出台类似规定。2014年《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》授权“经最高人民法院批准,高级人民法院可以根据审判工作的实际情况,确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件”。2015年最高人民法院发布《关于人民法院跨行政区域集中管辖行政案件的指导意见》,将集中管辖推向新阶段。^[15]类似的疑问是,法律授权最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院自行决定行政诉讼司法权配置,是否妥当?

其实,这一系列的问题,不仅是法院类型划分标准是否科学的问题,更重要的是,也涉及宪

[10] George Pring and Catherine Pring, *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*, 2009, pp. v, xii, xiii, 1, 11, 21-26, 27, <https://www.law.du.edu/documents/ect-study/greening-justice-book.pdf>, last visited on 24 September 2019. 王树义:“论生态文明建设与环境司法改革”,《中国法学》2014年第3期,第62、66-67页。

[11] 例如易继明:“构建知识产权大司法体制”,《中外法学》2018年第5期,第1282页。

[12] 参见尚立梅、杨超:“跨行政区划法院刑事案件管辖问题研究”,《法律适用》2017年第21期,第59-60页。

[13] 参见万鄂湘主编:《专门法院改革的路径与成效》,人民法院出版社2013年版,第13-29页;《最高人民法院关于军事法院管辖民事案件若干问题的规定》(法释[2012]11号),2012年8月28日发布。

[14] 参见陈思喜、刘松山:“最高人民法院指定军事法院试办军内民事案件的批复是否违宪”,载韩大元主编:《中国宪法事例研究(一)》,法律出版社2005年版,第322-326页。

[15] 参见最高人民法院《关于行政案件管辖若干问题的规定》(法释[2008]1号,已失效),2008年1月14日发布;最高人民法院《关于开展行政案件相对集中管辖试点工作的通知》(法[2013]3号),2013年1月4日发布;北京市高级人民法院《关于进一步加强和改进行政审判工作的指导意见》(京高法发[2014]88号),2014年2月27日发布;《重庆市第五中级人民法院行政案件交叉管辖办法(试行)》(渝五中法发[2013]117号),2013年12月6日发布;《中华人民共和国行政诉讼法》(2014修正)第18条第2款;最高人民法院《关于人民法院跨行政区域集中管辖行政案件的指导意见》(法发[2015]8号),2015年6月17日发布。

法视野下各法院创设权的位阶排序及其归属以及司法权配置的原理论,直接受制于宪法学说中的法院法定、管辖权法定之原则。截至2016年底,除实行君主制的沙特阿拉伯、柬埔寨、文莱外,193个国家的宪法中有包括我国在内的173个规定了法院法定、管辖权法定原则。^[16]遗憾的是,2018年宪法修正案和法院组织法的修订不仅没有解决上述问题,其相关条款的改动反倒引发了新的隐患。究其原因,主要是我们对法院法定、管辖权法定原则这一舶来品的历史起源及规范指向缺乏认知,而后续的演变又导致其原本的面孔逐渐模糊,导致我们对其实质知之甚少。

本文尝试从历史学、宪法学、比较法学等多重角度,挖掘法院法定、管辖权法定的原旨主义含义及其演变历程,总结其实质要件与形式要件,揭示其对现代法治框架下的法院创设权归属以及司法权配置的规范意涵;揭示司法权的外部扩张与内部分裂所分别导致的法院类型多元化趋势,明确法院分类标准。在此基础上结合中国实际,探讨我国法院类型的划分、不同法院的创设权归属及其司法权配置的基本原则和限度所在,为司法改革扫清不必要的认知障碍,进而使其符合十八届四中全会提出的“依法治国”的内在要求。

二、法院法定、管辖权法定的原旨主义

有德国学者曾指出:英国并不承认法院法定、法官法定原则,相反,该原则第一次出现于法国1791年宪法。^[17]本文将指出,不是1791年的法国宪法而是1641年的英国率先确定该原则。唯有透过英国历史的棱镜,才能窥视其本来面孔,揭示其精髓所在。

(一)君主制下的法院创设权归属及其司法权配置

中世纪以后,西方普遍实行君主制。根据神学政治传统,国家犹如人体,而作为国家头部

[16] 本文所涉国家的宪法条文和数据均依据孙谦、韩大元主编:《世界各国宪法》(全四卷),中国检察出版社2012年版。如无特别说明,后文所引宪法不再逐一注明。需要说明的是:第一,该书出版后有五个国家颁布了新宪法或宪法草案,包括利比亚过渡宪法草案(2011)、索马里宪法草案(2012)、坦桑尼亚宪法草案(2013)、突尼斯宪法(2014)和埃及宪法(2014),此外,还有被视为新西兰宪法性文本的《1908年司法法》《2003年最高法院法》《1947年地区法院法》和《2016年地区法院法》,本文涉及上述六国的宪法信息以Heinonline数据库“World Constitutions Illustrated”子库提供的为据;第二,基于学术严肃性考虑,本文作者制作了四个附件,分别为各国宪法法院法定原则一览表、环境专门司法一览表、专业法院和宪法情况一览表、知识产权法院和环境法院管辖权配置一览表,另附智利环境法院法官、哥斯达黎加法学教授、巴西联邦环境法院法官、巴西州环境法院法官应我请求就本国环境法院司法权配置情况介绍的回信,在提交给编辑部审阅的同时也留有备份,如有不同意见或质疑者,可向编辑部或本人索取。

[17] (德)卡尔·海因茨·施瓦布等:“宪法与民事诉讼”,载米夏埃尔·施蒂尔纳编:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第143页。

的国王，^{〔18〕}无论在欧洲大陆还是在英国，均被视为“司法权的源泉”，^{〔19〕}具有创设法院、任命法官、分配司法管辖权的当然权力。

为处理特定领域的案件，在常规法院之外，国王以授权令或特许状的形式创设了各种临时法庭、特别法院或专门委员会。例如后文将要提到的英国宗教高等委员会，创设它的授权令写道：“主权者国王……应当被尊为英格兰教会在世上至高无上的唯一头部”，他有权命令其专员调查宗教事务。在1591年的一份判决书中，法官说：国王或女王“作为国家身体的头部”，拥有教俗最高司法权，“可以创设这样的宗教委员会”。^{〔20〕}欧洲大陆亦然。法国国王和首相黎塞留在一系列的重大刑事案件中设置临时特别法庭，但“黎塞留的同代人从未怀疑王室”所拥有这一权力，因为，“国王乃所有司法权的源泉这一信念，完全排除了对国王有权按其喜好命令审判方式的任何质疑”。^{〔21〕}

（二）议会主权下的法院创设权归属及其司法权配置

这些特别法院或专门委员会一旦被赋予刑事司法权，便引发了一系列的历史悲剧。法院法定、管辖权法定原则之所以在英国确立，正是1641年废除两个特别法院——管辖世俗特别刑事案件的星座法院和管辖宗教刑事案件的宗教高等委员会——的结果，尤其是对后者的批判和反思，推动了法院创设权归属的转移，催生了司法权配置原则。

宗教高等委员会源于1535年王室授权格伦威尔组建的临时特别委员会，爱德华六世1549年授权令将其确立为常设机构。伊丽莎白时期颁布《君主至上法》和《礼拜仪式统一法》，原有教会法院因缺少世俗法院所拥有的罚金和囚禁权力，在实施这两部法律时力所不及。有鉴于此，1559年伊丽莎白一世以授权令的形式授予该委员会“对异端、宗教性错误和宗教分裂、宗教犯罪进行探视、整改、纠正、规范”的权力。实践中，这一行政调查权逐渐转变为刑事审判权，自1570年起，宗教高等委员会也被称为“法院”，1613年王室授权令正式承认其法院地位。^{〔22〕}

16世纪陆续有人对宗教高等委员会成员作为审判者的适格性提出质疑。^{〔23〕}17世纪始，

〔18〕 参见(德)恩斯特·康托洛维茨：《国王的两个身体》，徐震宇译，华东师范大学出版社2018年版；佘化强：“国体的起源、构造和选择：中西暗合与差异”，《法学研究》2016年第5期，第171—190页。

〔19〕 程汉大、李培峰：《英国司法制度史》，清华大学出版社2007年版，第48页；Nancy Lyman Roelker, *One King, One Faith, The Parliament of Paris and the Religious Reformations of the Sixteenth Century*, University of California Press, 1996, p. 68.

〔20〕 Roland G. Usher, *The Rise and Fall of The High Commission*, The Clarendon Press, 1913, pp. 139—140, 335.

〔21〕 William F. Church, *Richelieu and Reason of State*, Princeton University Press, 1972, p. 229.

〔22〕 Usher, *supra* note 20, pp. 20, 27, 35; G. W. Prothero (ed.), *Select Statutes and Other Constitutional Documents Illustrative of The Reigns of Elizabeth and James I*, 4th ed., Oxford University Press, 1964, pp. 227—242, 424—434.

〔23〕 Usher, *supra* note 20, pp. 136—142.

反对的矛头转向创设并赋予其刑事审判权的国王及其授权令本身,引领这一转向的是著名律师尼古拉斯·富勒(1543—1620)。在1607年为两名被宗教高等委员会处罚的当事人申请人身保护令的庭审中,富勒在西方历史上首次提出法院法定、管辖权法定的主张。

首先,富勒区分了国王授权令与议会法律的位阶差异,断然否定国王授权令创设法院的权力,坚称只有议会法律才享有该权力:“该教会委员会的设立并没有议会法律的权威……仅仅依据伊丽莎白一世授权令,而该授权令既没有也不能创设这一委员会。”他进一步指出行使司法权的机构必须是议会以法律形式创设的常规法院:“国王的这一所谓的高等委员会……并非一个长期存续的既定法院(settled court)……与王室法院的权威来源相比……该委员会既无法律效力,也没有得到法律的授权,除非它确实由议会法律创设。”其次,富勒坚称刑事司法管辖权的配置应由议会法律而不是由国王授权令确定:“由于事关对臣民的罚金和囚禁”,女王授权令“并没有赋予该委员会以任何生命和效力”,因此,“囚禁其当事人是非法的”,宗教高等委员会的刑事处罚权及其程序,由于“没有得到法律的授权,是错误和无效的”。他进而提出刑事管辖权法定原则:“指控臣民人身、土地或财产的此类授权令和任命书,既不合法也无效力,除非此类许可令和委任状由议会法律创设并赋予其效力。”〔24〕

富勒的主张在34年后成为1641年《废除宗教高等委员会的法案》《废除星座法院的法案》的核心内容:今后,“不得创设、组建新法院,也不得赋予类似宗教高等委员会所享有的权力和管辖权”;任何时候,国王所签发的“此类授权令、委任状、特许状”,其“授予的一切权力和管辖权”,或者“以此名义、以此为据的所有法律、法令”,均绝对无效。〔25〕光荣革命后的1689年《权利宣言》第3条重申,禁止设立刑事特权法院或委员会。〔26〕

临时特别法院(庭)的悲剧也在法国上演。黎塞留主政时期,贵族围绕王室婚姻问题密谋刺杀黎塞留,计划流产后,涉案的贵族被逮捕。1626年,为审判夏莱侯爵,路易十三世在黎塞留的建议下创设南特特别刑事法庭,开创了法国特别法庭的先例。在著名的1632年德·马里亚可元帅案和1642年圣马尔侯爵案中,黎塞留抛开常规法院的刑事审判庭,精心挑选法官和政务大臣另行组成特别委员会或特别法庭,〔27〕裁判结果毫无悬念地均为死刑。

作为反对理由,黎塞留时代有少数法学家“偶尔”提出被告人享有“由一个常设法院审判的权利”。〔28〕后黎塞留时代直到大革命,趋于保守的法学家群体从公法领域淡出转向私法领

〔24〕 Nicholas Fuller, *The Argument of Nicholas Fuller of Grayes Inne Esquire*, 1641, pp. 23, 32.

〔25〕 “The Act for The Abolition of The Court of High Commission”, in *The Constitutional Documents of The Puritan Revolution*, 3rd ed, Oxford University Press, 1962, pp. 186—189.

〔26〕 Lois G. Schworer, *The Declaration Of Right, 1689*, The Johns Hopkins University Press, 1981, pp. 65—66.

〔27〕 Church, *supra* note 21, pp. 181, 225—228, 328—333.

〔28〕 Church, *supra* note 21, p. 229.

域,与此相对的是,哲学家、政治家成为公法学的先锋,^[29]其中对刑事司法改革影响最大的当属伏尔泰。^[30]针对1642年的圣马尔侯爵案,他指出:“这一死刑判决不是法官签署而是特别专员签署,这一小撮人居然把整个国民都视为是无辜且值得尊敬的人士当作罪犯来处死。”^[31]政治家的理论很快演变为司法实践。1788年著名的财政改革违宪案中,巴黎高等法院通过谏净的方式做出“措辞激烈”的判决,庄严宣告“司法官不可撤换”,“任何公民均有权仅在法律指派给他的自然法官面前受审”,史称“基本法宣言”。^[32]需要强调的是,此处的“自然法官”意指“正常设立的各级法院的法官”。^[33]1790年8月16日,选民会议制订的司法改革方案规定:“管辖权的宪法秩序不得受到破坏,司法事项不得从自然法官手中转移至任何委员会。除由法律指定的法官审判外,不得将其转移至其他被召集或指派的任何人”。^[34]1791年法国宪法规定:“公民不得被排除于法律为其指定的法官的审判,不受特别法院的审判,也不受超越法律规定职权的审判。”1795年共和三年宪法规定:“任何人不得因特别法院……而被排除于法律为其指定的法官”。1814年6月4日宪章重申:“任何人不得被排除于普通法官的审判”(第62条),“不得创设特别法院”(第63条)。1830年8月14日宪章规定:“保留现存的普通法院,非依法律不得进行任何变更”(第50条);“任何人不得被排除于普通法官”(第53条);“不得以任何借口或者以任何名称创设特别法院”(第54条)。^[35]特拉西评论孟德斯鸠《论法的精神》时提出:主权者“从来不应当由自身,或者由其大臣,或者由特别法庭来裁决个体的利益,而应当始终由为此目的事先设置的法官来裁决……”。^[36]继英国之后,法国成为第二个确立法官法定、法院法定、管辖权法定的国家。

综上,法院法定、管辖权法定诞生过程中孕育了一对孪生姐妹,分别构成其实质要件和形式要件:禁止肢解刑事司法权、禁止设立刑事临时特别法庭,既是催生该原则的元驱动力,也是其精神和精华所在,为实质要件;而世俗政治权力的角逐所引发的法院创设权和司法配置权从国王到议会法律的转移,不过是其表象,为形式要件。

[29] William F. Church, “The Decline of the French Jurists as Political Theorists, 1660—1789”, *French Historical Studies*, Vol. 5, No. 1, 1967, pp. 1—40.

[30] Marcello T. Maestro, *Voltaire and Beccaria As Reformers of Criminal Law*, Columbia University Press, 1942; A. Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure, With Special Reference to France*, The Lawbook Exchange, 2000, pp. 360—369, 614.

[31] 《伏尔泰政治著作选》,中国政法大学出版社2003年影印版,第266页。

[32] 参见王建学:“政治性宪法审查批判:以巴黎高等法院的注册和谏净为中心”,《中外法学》2017年第2期,第363—364页。

[33] 王建学:《法国式合宪性审查的历史变迁》,法律出版社2018年版,第38页。

[34] Frank Maloy Anderson, *The Constitutions and Other Documents Illustrative of the History of France, 1789—1901*, The H. W. Wilson Company, 1904, p. 36.

[35] 参见周威:《法兰西宪法典全译》,法律出版社2016年版。

[36] (法)德斯杜·德·特拉西:“有关孟德斯鸠《论法的精神》的评论”,周威、高振华译,载高全喜主编:《法国革命时期法政文献选编》,清华大学出版社2016年版,第139页。

(三) 成文宪法时代法院创设权的归属

成文宪法的制定致使法院创设权归属再次转移:从议会法律收归宪法之手并由宪法授权议会分享其中一部分。1789年美国联邦《宪法》第3条第1款规定:“合众国的司法权属于最高法院以及由国会随时下令设立的低级法院。”第1条第8款列举了国会权力,其中包括“设立低于最高法院的各级法院”。〔37〕可见,美国宪法保留了联邦最高法院的概括创设权和具体创设权以及低级法院的概括创设权,并授权国会行使低级法院的具体创设权。

美国宪法开创的“宪法—议会分享”模式,被大部分国家效仿。189个国家中,仅采君主立宪制的不丹将法院创设权交由宪法和国王分享;〔38〕14个国家将法院的创设权绝对保留于宪法;〔39〕其余173个国家采用“宪法—议会分享”模式。“分享”模式并不意味着议会拥有独立于宪法的法院概括创设权。例如,巴布亚新几内亚宪法在保留最高法院、国家法院创设权的同时,授权议会“可以设立或规定……以外的法院”,但同时也将议会所能创设的法院之类型限定为“主要根据风俗或风俗程序处理事务的法院。”〔40〕可见,成文宪法时代,一项宪法学预设就是:宪法乃法院创设权的唯一归属者,只不过,宪法在保留其认为重要的法院之创设权的同时,将次要或低级法院的创设权明示或默示地授予议会法律。

目前有173个国家在宪法中规定法院法定原则,其立法体例有二:一是以个人基本权利面孔出现的法国式立法,常见表述为“人人有权……在依法建立……的法院面前,得到公正和公开的审判”“任何人均只受依据本宪法所设立的法院的审判”;〔41〕二是规定于“司法机构”章节的英国式立法,通常表述为“法院的设立只得依据宪法和其他法律”“法院的建制和管辖权由法律规定”。〔42〕还有国家兼采二者,提供双重保险。〔43〕

然而,各国宪法并未在刑事与民事之间做出区分,致使民事法院、民事司法权被裹挟进来,与刑事法院、刑事司法权一道构成了“法定”的外延。例如,智利宪法规定“民事、刑事案件的审判权……均专属于根据法律所设立的法庭”;西班牙宪法规定“任何形式的司法权……都要由法律确定的法庭和法院……行使”。〔44〕

〔37〕 美国《宪法》第1条、第3条。美国学界区分了国会依据第1条和依据第3条创设的法院。See Richard H. Fallon, “Of Legislative Courts, Administrative Agencies, and Article III”, *Harvard Law Review*, Vol. 101, Issue 5, 1988, pp. 915—992; Kenneth G. Coffin, “Limiting Legislative Courts: Protecting Article III from Article I Evisceration”, *Barry Law Review*, Vol. 16, Issue 1, 2011, pp. 1—26.

〔38〕 不丹宪法保留最高法院、高等法院、行政区法院、县法院的创设权,同时授权“国王不定期设置法院及裁判所”,不丹《宪法》第21条第2款。

〔39〕 例如捷克、葡萄牙、东帝汶、墨西哥、危地马拉。

〔40〕 巴布亚新几内亚《宪法》第172条。

〔41〕 黑山《宪法》第32条;斯达黎加《宪法》第35条。

〔42〕 蒙古《宪法》第47条第3款;斯诺文尼亚《宪法》第126条。

〔43〕 如芬兰、荷兰、意大利等。

〔44〕 智利《宪法》第76条;西班牙《宪法》第117条第3款。

三、现代法院的类型、创设权及司法权配置

(一) 法院类型多元化

20世纪兴起两股浪潮,分别引发了司法权的外部扩张与内部分裂,导致法院类型多元化,催生了相应的区分标准。第一股浪潮是“司法权界限”的消退。所谓司法权界限,是指排除法院审查的事项,包括统治行为、政治行为,宗教团体和政党的内部事务,^[45]以及属于议会职权的事项,如对公共预算和政府财政的审查、对政府首脑和高级法官的弹劾等。依据该理论,司法权不得介入政治问题,法院裁决事项被限于“法律争议”。随着政治除魅,政治问题逐渐转化为法律问题,司法权的外延得以扩张,结果,宪法法院或宪法委员会、审计法院、财政法院、弹劾法院、选举法院以及宗教事务法院等应运而生。^[46]这些新型法院可称为政治性法院;而司法权限界内的可称为法律性裁判权,相应地,传统法院可称为法律法院。

第二股浪潮即司法科学化导致原有司法权内部分裂。随着司法分工逐渐细化和法庭科学证据的使用,普通法官自身能力的短板日益突显,即无法精准地认定事实。这在知识产权领域尤为突出。为了实现精准司法,自20世纪中叶始,部分国家设立所谓的“科学法院”,^[47]原有的统一司法权被分割、让渡,从而出现了第二层次的分类,即以管辖权事项是否整全为标准,司法法院区分为全权法院与受限权法院。全权法院拥有刑事、行政、民事管辖权,管辖权是普遍的,又称一般管辖权法院或普遍管辖权法院,简称普通法院。受限权法院管辖权事项受限,如行政法院、^[48]军事法院、税收法院、知识产权法院、环境法院等。

为给科学法院铺就合宪性道路,有的国家在宪法中删除“禁止设立专门法院或特别法院”的规定,而更多的国家则是将科学法院定性为专门法院(specialized court),使之与特别法院区别开来。德国《基本法》第101条规定:“1. 不得设立特别法院;2. 只有依照法律才得设立审理专门案件的法院。”阿尔巴尼亚《宪法》第135条第2款规定:“议会可以在特定领域设立法院,但是在任何情况下都不得是特殊法院。”爱沙尼亚《宪法》第148条强调:“成立专门法院,由法律予以规定。禁止设立特别法庭。”摩尔多瓦《宪法》第115条规定:“可依照法律规定设立各种专门法院,但是,禁止成立特别法庭。”可见,各国之所以

[45] 参见(日)芦部信喜:《宪法》,李鸿禧译,月旦出版社股份有限公司1995年版,第296页;李惠宗:《宪法要义》,元照出版公司2004年版,第527页;杨建顺:“公共选择理论与司法权的界限”,《法学论坛》2003年第3期,第12页。

[46] 宪法法院的历史发展,参见胡建森主编:《世界宪法法院制度研究》,中国法制出版社2013年版。

[47] 科学法院的发展,see Andrew W. Jurs, “Science Court: Past Proposals, Current Considerations, and a Suggested Structure”, *Virginia Journal of Law & Technology*, Vol. 15, Issue 1, 2010, pp. 1-42.

[48] 参见胡建森主编:《世界行政法院制度研究》,武汉大学出版社2007年版。

对二者做出区分并给予不同对待,是在维护法院法定、管辖权法定的实质免受司法科学化伤害与实现精准司法之间予以平衡的结果。

因此,受限权法院又被区分为专门法院与特别法院,二者管辖事项均从普通法院划拨而来,但划拨的原因和目的不同。专门法院是为解决“精准认定事实”之难题,基于某类事项所固有的专业技术性而将其划拨至新设的受限权法院,如知识产权法院、海事法院。而特别法院是为实现特定的政治目的或实施特殊的司法政策,对原本属于普通事项的某些事项予以例外对待从而排除普通法院管辖。中华人民共和国第一个特别法院是1950年设立的“人民法庭”,根据设立它的法令,其政治目的是“保障革命秩序与人民政府的土地改革政策法令的实施”,使命是“巩固人民民主专政,顺利地完土地改革”,管辖权包括“违抗土地改革法律”的刑事犯罪和“土地改革中划分阶级成份的争执”,其性质是“县(市)人民法院之民事庭、刑事庭以外的特别法庭”。^[49] 审判在华日本战犯和审判林彪、江青反革命集团案主犯的最高人民法院特别法庭亦然。因保守军事机密而设的军事法院,实属典型的特别法院,日本宪法学教授芦部信喜就将其归为特别法院。^[50] 至于少年法院(庭)、家事法院、习俗法院、氏族法院和宗教法院,则因其实施特殊的司法政策而归于特别法院之列。

(二)法院创设权归属及其限制

宪法法院、选举法院等政治性准司法机关并不涉及原有司法权的分割,但其设置实属对既有政治秩序和国体政体的重大变动,故其创设权和职权配置均保留于宪法本身。因司法权内部裂变而产生的受限权法院,由于涉及原有司法权尤其是刑事审判权的分割和让渡,直接威胁到法院法定、管辖权法定的存亡,故而受到宪法秩序严格规制。

首先,遵循必要性原则。泰国《宪法》第198条规定:“在任何特别案件或特别指控的案件的审理和裁决上,当有普通法院依法存在并对此类案件有管辖权时,不得为此设立一个新的法院”。再如美国,罗斯福新政时期,效仿法国、德国建立不受司法控制的行政法院的呼声甚嚣尘上;^[51]随着环境污染的加剧,自上世纪七十年代起至今,成立联邦环境法院的呼声此起彼伏;^[52]“911事件”后,从权威媒体如《纽约时报》《华尔街日报》到政府官员甚至学者,均呼吁建

[49] 《人民法庭组织通则》,1950年7月20日发布。

[50] 芦部信喜,见前注[45],第306页;国内学者也将意大利军事法院归为特别法院,徐鹤喃:“意大利的司法制度”,《人民检察》2000年第5期,第61页。

[51] Daniel R. Ernst, “Dicey’s Disciple on the D.C. Circuit: Judge Harold Stephens and Administrative Law Reform, 1933–1940”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 90, Issue 3, 2002, pp. 787–812.

[52] Scott C. Whitney, “The Case for Creating A Special Environmental Court System”, *William and Mary Law Review*, Vol. 15, Issue 1, 1973, pp. 33–56; Richard E. Talbott, “Science Court: A Possible Way to Obtain Scientific Certainty for Decisions Based on Scientific Fact?”, *Environmental Law*, Vol. 8, Issue 3, 1978, pp. 827–850.

立“国内恐怖法院”或“国家安全法院”。^[53]但上述努力均无疾而终。必要性原则也体现在案件数量上,根据普林教授设定的标准,创设环境法院的条件是“每位法官年受理案件的数量至少要达到100件”。^[54]

其次,宪法和法律不得恣意创设刑事受限权法院。有68个国家的宪法禁止设立专门法院或特别法院,其中许多剑指刑事法院(庭)。东帝汶《宪法》第123条第2款规定“严禁设立专门的刑事法庭”;佛得角《宪法》第214条规定“不能存在拥有审判特定级别罪行专属权力的法院”;几内亚比绍《宪法》第93条规定“不得设立专门审理某类型犯罪的法院”;葡萄牙《宪法》第209条规定海事法院、税务法院、审计法院、仲裁法院等“可以单独或合并组成冲突解决法院”,但涉及刑事案件,除军事法院外,“禁止设立审判特定犯罪种类的专属管辖法院”;莫桑比克《宪法》第223条第6款规定“禁止设立针对特定类型犯罪享有专属审判权的法院,军事法院除外”。圣多美和普林西比(第128条)、墨西哥(第14条)、危地马拉(第12条)、智利(第19条)的宪法也有类似规定。

即使设立了受限权刑事法院的国家,近年来也逐渐对其加强限制。1982年土耳其《宪法》第143条创设国家安全法院,第145条创设常设军事法院。然而,2004年宪法取消第143条,废除了备受质疑的国家安全法院;2017年2月21日通过宪法修正案废除了常设军事法院,并在第142条第2款规定:“只有在战争状态下才能组建军事法院”。^[55]

再次,刑事受限权法院的(概括)创设权绝对保留于宪法本身,不得授予议会法律。允许设立军事法院的国家,除朝鲜、苏丹外,^[56]均将其概括创设权保留于宪法本身。弹劾法院亦然。阿尔巴尼亚宪法2016年修正案修改第135条,创设审判“共和国总统、首相、议员、宪法法院法官……的腐败犯罪、有组织的犯罪”的特别法院。^[57]挪威《宪法》第86条创设弹劾法院,审理“内阁成员、最高法院法官以及议会议员在违反宪法职责所犯下的犯罪行为或其他非法行为”。

最后,非刑事的受限权法院,如海事法院、劳动法院、商事法院、知识产权法院、环境法院、

[53] Stephen I. Vladeck, “The Case against National Security Courts”, *Willamette Law Review*, Vol. 45, Issue 3, 2009, pp. 505—526; Glenn M. Sulmasy, “The Legal Landscape After Hamdan: The Creation of Homeland Security Courts”, *New England Journal of International and Comparative Law*, Vol. 13, Issue 1, 2006, pp. 1—16; Amos N. Guiora, “Where Are Terrorists to Be Tried: A Comparative Analysis of Rights Granted to Suspected Terrorists”, *Catholic University Law Review*, Vol. 56, Issue 3, 2007, pp. 805—836; Amos N. Guiora, “Creating a Domestic Terror Court”, *Washburn Law Journal*, Vol. 48, Issue 3, 2009, pp. 617—632.

[54] Pring et al., *supra* note 10, pp. 33, 111. 而国内将其改为“环境法庭年受理环境案件的基本数量……百件左右”,王树义,见前注[10],第66页。

[55] Law No. 6771 Amending the Constitution.

[56] 苏丹《宪法》第127条:“根据法律,如有需要可建立其他国家法院。”朝鲜《宪法》第160条:“审判由最高法院、道法院、郡人民法院和特别法院进行。”

[57] Albania Constitution (as amended in 2016).

税收法院、部族法院、习惯法院,其概括创设权部分国家完全保留于宪法,^[58]部分国家由宪法授权议会法律。^[59]总的趋势和原则是:宪法保留受限权法院的概括创设权。例如,肯尼亚《宪法》第162条规定国会设立专门法院的类型为劳动法院和环境土地法院。^[60]再如德国《基本法》第101条第2款规定“只有依照法律才得设立审理专门案件的法院”,但在议会创设之前,1961年宪法修正案增设第96a条规定:“联邦可设立一个联邦法院审理保护工业产权案件。”^[61]

至于具体创设权归属,因法院属于授益型、侵益型或平益型之性质而异。侵益型法院(庭)通常对公民权益予以剥夺、克减,典型者如刑事审判庭。与其对立的是授益型法院(庭),通常对公民权益维护、增褒以及对公权力的限制,如行政法院(庭)、对未成年人特别保护的少年刑事法庭等。居于二者之间的是平益型法院(庭),其针对平等主体的私权利,通常不涉及公权力,例如民事审判庭、海事法院、知识产权法院等。侵益型法院(庭)必须同时满足形式要件和实质要件,而授益型的则相对宽松,其具体创设权下沉至法律甚至更低层次如最高法院,并不涉及实质违宪问题。至于平益型法院(庭),由于不涉及公权力扩张,不涉及刑事司法权的割让,其具体创设权仅需满足形式要件即可。

(三)司法权配置的宪法规范和司法规律

本文以环境和知识产权法院(庭)为例,探讨普通法院与专门法院、原有审判庭与内嵌式专业审判庭之间的司法权配置,其模式有六:

第一类,专门法院仅拥有行政诉讼管辖权,民事、刑事管辖权保留于普通法院。典型者是德国联邦知识产权法院和美国佛蒙特州环境法院。^[62]在设立知识产权法院的53个国家中,有德国、墨西哥、挪威、葡萄牙、韩国采取该模式,比例为9.4%;设立环境法院(庭)的22个国家中有奥地利、比利时、智利、玻利维亚、西班牙、芬兰、希腊、英国、美国佛蒙特州共9个国家(州)采取该模式,比例为40.9%。第二类,专门法院(庭)仅享有民事管辖权。知识产权领域,53个国家中有26个采用这一模式,^[63]比例为49%;环境领域,22个国家中仅巴基斯坦1个国家,

[58] 爱尔兰、卢旺达、葡萄牙、希腊、圣多美和普林西比、莫桑比克、马拉维、佛得角、汤加、玻利维亚、乌拉圭、乌克兰等。

[59] 德国、立陶宛、罗马尼亚、摩尔多瓦、吉尔吉斯斯坦、尼泊尔、亚美尼亚、多米尼加、塞浦路斯等。

[60] 肯尼亚《宪法》第162条。

[61] 1961 Amendment to the German Federal Republic's Constitution of 1949.

[62] Merideth Wright, "The Vermont Environmental Court", *Journal of Court Innovation*, Vol. 3, Issue 1, 2010, p. 204; An ICC Report on Specialised IP Jurisdictions Worldwide, 2016, p. 14; Daniel J. Meador, "Appellate Subject Matter Organization: The German Design from an American Perspective", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 5, Issue 1, 1981, pp. 46, 69.

[63] 阿塞拜疆、克罗地亚、捷克、丹麦、萨尔瓦多、法国、希腊、圭亚那、匈牙利、印度尼西亚、伊拉克、爱尔兰、意大利、牙买加、卢森堡、莫桑比克、巴拿马、罗马尼亚、卢旺达、塞尔维亚、南非、瑞士、叙利亚、坦桑尼亚、乌干达。

占比为4.5%。第三类,专门法院拥有民事、行政诉讼管辖权。知识产权领域有13个国家,^[64]环境领域有5个国家。^[65]第四类,专门法院仅被赋予刑事管辖权,知识产权领域仅秘鲁,环境领域有危地马拉、马来西亚、孟加拉国、冈比亚4个国家。第五类,专门法院被赋予刑事、民事管辖权,知识产权领域有泰国、菲律宾、摩洛哥和苏丹采用该模式,环境领域采用该模式的国家数量为零。第六类,专门刑事法院与专门民事法院分立,知识产权领域有奥地利、埃及、马来西亚和土耳其4个国家,环境领域采用该模式的国家数量为0。

可见,无论是知识产权领域还是环境领域,没有一个单一制国家或联邦制国家在联邦层面实行所谓的三审合一;赋予专门法院刑事司法权的,在知识产权领域仅有9个国家,环境领域仅6个。相比之下,192个国家中,刑事司法权保留于普通法院的,在知识产权领域有183个国家,在环境领域有186个国家,占比分别为95.3%和96.9%。纵使赋予其刑事管辖权的国家,近年来也有所改变。南非曾先后于2003年、2004年设立两个环境刑事法院,后来将其废止。^[66]曾实行三审合一的巴西联邦环境法院,近来被剥夺了刑事司法权。^[67]内嵌式专业法庭亦然。意大利《宪法》第102条规定:“不得设立特别法官或专门法官。仅能就特定事项在普通司法机关内设立专业审判庭(specialized section)。”^[68]据此,意大利议会通过了设立知识产权审判庭的法律,根据该法律,它仅享有民事司法权。^[69]

刑事司法权绝对保留于普通法院,确保刑事司法一体,这成为许多国家宪法的明文规范。津巴布韦《宪法》第81条第4款规定:“任何法律不应授予最高法院或者高等法院以外的法院或其他裁判机关以刑事案件的司法管辖权”。希腊《宪法》第96条、第97条授权警察处理“可处以罚金的违警罪”,但轻罪和重罪“均应归普通刑事法院管辖”。爱尔兰《宪法》第37条第1款授权法律创设专门法院,但它只能“对刑事问题以外的法律问题行使有限的职权”,否则因违宪而无效。特别法院亦然。马拉维议会可确定习惯法庭或地方法庭的管辖权,但《宪法》第110条为其设定了底线:“仅应对习惯法上的民事案件及轻微的普通法和成文法上的刑事案件进行管辖”。塞浦路斯当局可以建立部族法院,但是,《宪法》第160条将其管辖权限定为“涉及

[64] 澳大利亚、白俄罗斯、俄罗斯、巴西、智利、芬兰、日本、荷兰、瑞典、塔吉克斯坦、英国、美国(联邦巡回法院)、乌兹别克斯坦。

[65] 哥斯达黎加、印度、肯尼亚、瑞典、泰国。

[66] George Pring and Catherine Pring, *Environmental Courts & Tribunals*, United Nations Environment Programme, 2016, p. 94.

[67] 巴西联邦层面建立的 Curitiba、Florianópolis、Porto Alegre 环境法院,最初被“赋予民事、刑事、行政诉讼管辖权,但是,目前发生了变化,它们仅能审判民事和行政案件”。参见联邦环境法院的设计者 Vladimir Passos de Freitas 先生的邮件,回复时间:北京时间2017年3月13日上午9点59分。

[68] The Constitution of the Italian Republic.

[69] See LEGGE 12 dicembre 2002, n. 273(2002年12月12日第273号法令), DECRETO LEGISLATIVO 27 giugno 2003, n. 168(2003年6月27日第168号法令); Jumpol Pinyosinwat, *A Model for Specialized Intellectual Property Court in Developing Countries*, p. 14 (A Thesis Submitted for the Degree of Doctor of Law in Waseda University, 2010).

身份和宗教事务等民事争议”，不得包括刑事案件。

法院法定、管辖权法定因反对肢解刑事司法权而在 17 世纪中叶应运而生，18 世纪末至 19 世纪入宪运动致使行政、民事司法被裹挟进来并构成其边缘部分，在 20 世纪司法科学化大潮冲击下，该边缘部分被软化、侵蚀，至此，历经 300 余年，从终点回到起点，洗尽铅华的法院法定、管辖权法定尽显其本来面孔，现代各国从而呈现出一个普遍趋势：刑事司法权绝对保留，行政、民事司法权相对保留。知识产权民事司法权、环境行政诉讼司法权出于必要可划拨给专门法院（庭），而民事诉讼也允许协议管辖。^{〔70〕}管辖权法定的弱化程度在平益型与授益型中存有差异：为防止军内保护主义，法律不得将军事行政诉讼从普通法院划拨至军事法院；军内民事诉讼管辖权可由法律配置，但不可下沉至最高人民法院；相较之下，普通法院行政诉讼管辖范围的变更，可授权最高司法机关为之，至于高级人民法院、中级人民法院为之是否妥当，尚可探讨。

从域外知识产权法院（49%的仅被赋予民事管辖权）和环境法院（40.9%的仅被赋予行政诉讼管辖权）的司法权配置共性和司法规律来看，知识产权法属于民法范畴，是传统民法的一个分支，我国最高人民法院内设的知识产权审判庭被命名为“民事审判第三庭”即体现了这一点。而所谓的环境法，其本质上仍属于行政法范畴，近年来我国空气环境的显著改善主要得益于各地政府严格行政执法，与环境司法（专门化与否）关系不大；专业技术要求方面，环境司法不可与知识产权同日而语，环保法庭（院）数量井喷的现象背后是“法院及其组成人员的利益需求”，主要解决“人员超编和法官职级，……而非改善环境”；^{〔71〕}受案数量上，各级环境法庭普遍面临“无案可审”的尴尬，^{〔72〕}与法官人均年受理案件数量 100 件的通行标准相距甚远，因此，其专门司法的必要性并不存在。

四、我国法院的分类、创设权归属、司法权配置及其问题

我国 1978 年《宪法》第 41 条规定“人民法院的组织由法律规定”；1979 年《法院组织法》第 29 条规定“专门人民法院的组织 and 职权由全国人民代表大会常务委员会另行规定”；2000 年《立法法》第 8 条、2018 年《法院组织法》第 3 条正式确立了法院法定、管辖权法定原则。然而，在法院类型划分、创设权归属以及司法权配置方面，我国还存在着诸多问题。

〔70〕 参见刘仁山：“我国批准《选择法院协议公约》的问题与对策”，《法学研究》2018 年第 4 期，第 188—208 页；黄志慧：“欧盟协议管辖制度实施之保障研究”，《现代法学》2017 年第 6 期，第 142—155 页；王福华：“协议管辖制度的进步与局限”，《法律科学》2012 年第 6 期，第 163—169 页。

〔71〕 韩晓明：“环保法庭‘无案可审’现象再审视”，《法学论坛》2019 年第 2 期，第 131 页。

〔72〕 2013 年，北京、上海等 14 个省市的环保法庭当年结案量为 0，江苏 5 个环保法庭结案 5 件，浙江 2 个环保法庭结案 3 件，参见孙佑海：“对当前环境资源审判若干问题的分析和对策建议”，载《人民法院报》2014 年 9 月 17 日，第 8 版；2010 年至 2017 年，青岛某环保法庭共审理案件 81 件，“其中 7 件为同一案由反复起诉的环境民事纠纷，8 件为环境刑事案件，最多的是环境行政非诉执行案件”，韩晓明，见前注〔71〕，第 129 页。

(一)法院分类及其问题

法院分类标准不科学、类型单一,引发许多问题。

第一,法院的类型化标准与行政区划不适当地勾连。基于便利原则,按照行政区划来划分司法区并设置法院,是通常但不是唯一的做法。我国台湾地区“法院组织法”第31条规定“省、直辖市或特别区域各设高等法院。但得视其地理环境及案件多寡……将其辖区之一部划归其他高等法院或其分院,不受行政区划之限制”。美国1789年《司法法》将当时的11个州划分为13个司法区,1891年《司法法》还对司法区予以合并。^[73] 新民主主义革命时期《晋察冀边区法院组织条例》第5条规定:“县或市设地方法院,但视环境之需要,得合数县市设一地方法院。”^[74] 建国后,也正是出于“便宜行事”的考量,我国采用按照行政区划设置地方各级人民法院的模式。^[75]

然而,这一“便宜行事”的设置体例在我国变异为区分法院类型进而判断其合法性的标准。1982年,江苏省人大常委会就七个省属劳改单位设立专门人民法院向最高人民法院和全国人大常委会请示;1993年7月和1994年9月,江西省人大常委会就江西共青城开发区设立人民法院、河南省人大常委会就郑州矿区设立人民法院的事宜先后向全国人大常委会请示,在全国人大常委会和最高人民法院看来,上述法院显然不是专门法院,但由于与行政区划并不一致也不是地方各级法院,故认为其设置“没有法律依据”。^[76] 林区法院亦然。^[77]

同理,跨行政区划设置法院和省级以下人财物统管等改革举措遭遇所谓的“宪法障碍”,既有的新疆建设兵团法院、林区法院以及经济开发区法院也面临合法性质疑。^[78] 其实,除司法区与行政区不一致外,这些法院与地方各级法院并无任何差异,均在既定司法区内对所有案件行使民事、行政、刑事管辖权,^[79] 实属普通(全权)法院。因此,前述的人大代表对跨行政区划法院“定位不够明确”之忧虑是不必要的,2018年《法院组织法》据以删除相关条文的理由也不成立。

第二,混淆专门法院与特别法院。这是延续了前苏联的做法。基于特殊的政治军事目的,

[73] Judiciary Act of 1789, Judiciary Act of 1891.

[74] 《晋察冀边区法院组织条例》,1943年2月4日发布。

[75] 韩大元:“论审判独立原则的宪法功能”,《苏州大学学报(法学版)》2014年第1期,第5页。

[76] 分别参见刘树德:“关于《人民法院组织法》专门法院设置的若干思考”,《法治研究》2017年第4期,第5页;刘松山,见前注[4],第30-31页。

[77] 参见杨帆、黄斌:“试论我国林区法院的设置改革”,《法律适用》2011年第7期,第85页。

[78] 开发区法院的合法性“根本的取决于开发区能否成为一级行政区划”,刘松山,见前注[4],第31页。

[79] 《林业部、司法部、公安部、最高人民检察院、最高人民法院关于在重点林区建立与健全林业公安、检察、法院组织机构的通知》,1980年12月1日发布;油田法院的管辖权,万鄂湘,见前注[13],第131-132页。需要说明的是,新疆建设兵团法院的前身为建立于五十年代的“新疆军区生产建设兵团军事法院”,后者在性质上是刑事特别法院;1984年重建后至今,其管辖权涵盖刑事、民事、行政诉讼管辖权,与地方各级法院无异,同为全权法院或普通法院。《最高人民法院、最高人民检察院〈关于确定新疆生产建设兵团法院、检察院法律地位〉的议案的说明》,1998年12月7日发布;《最高人民法院关于新疆生产建设兵团人民法院案件管辖权问题的若干规定》(法释[2005]4号),2005年5月24日发布。

前苏联在“在对外国旅游者和苏联公民都宣布为不开放的地区……大的兵工厂、铀矿、原子能研究和空间中心”设置军事法院。^[80] 铁路运输法院也肩负特殊的政治使命，“消除恢复基本工业部门所必须的粮食、燃料和原料的恐慌”，“集中力量对盗窃铁路上社会主义财产的行为及铁路运输的紊乱现象作斗争”。^[81] 上述法院的管辖事项并不具有专业技术特点，但由于只有普通法院与专门法院两类，^[82]在敏感领域、敏感部门设立的军事法院、铁路运输法院等，只能被归为专门法院。

我国亦然。建国之初，铁路被视为“国民经济命脉和重要军事设施”，铁路法院也被视为准军事机关，肩负着惩处“破坏铁路”“贪污、盗窃铁路器材”犯罪的重任，^[83]由于立法和学理未区分特别法院和专门法院，^[84]铁路运输法院和军事法院只能被归为专门法院，但从理论上讲，应属于特别法院。其实，属于专门法院的，我国目前只有知识产权法院、海事法院和上海金融法院。至于互联网法院，在很大程度上是一个噱头。德国学者将本国所谓的电子法院和2003年德国司法现代化法案称为“形式改革，而不是实质改革”，仅仅是“信息数据储存媒介的更替”，^[85]普通法院也能做到这一点。

（二）法院创设权归属及其问题

从宪法、法院组织法以及单行法律观之，我国采用“宪法—法律分享”模式，最高人民法院的概括创设权和具体创设权以及地方各级人民法院和军事法院的概括创设权均保留于宪法。但是，专门法院或特别法院的概括创设权以及地方各级人民法院的具体创设权，存在着归属不明或下沉的现象。

1. 地方各级法院具体创设权下沉

通说认为，地方各级普通法院的具体创设权归属于地方各级人大。这一观点值得商榷。

首先，从历史上看，地方各级法院、专门人民法院的具体创设曾被视为司法行政事务而被归于司法行政部门。1954年《法院组织法》第2条规定：“高级人民法院和专门人民法院的设置，由司法部报请国务院批准；中级人民法院和基层人民法院的设置，由省、自治区、直辖市的司法行政机关报请省、直辖市人民委员会或者自治区自治机关批准。”1979年《法院组织法》第

[80] V. 伯格、Y. 鲁瑞：“苏联的专门法院：性质与活动”，《国外社会科学》1983年第9期，第46—47页。

[81] 黄毓麟：“苏联铁路运输沿线法院和铁路运输检察署概况”，《法学研究》1954年第3期，第59页；(苏)卡列夫：《苏维埃法院组织》，中国人民大学刑法教研室译，法律出版社1955年版，第145—150页。

[82] 卡列夫，见前注[81]，第145—150页；(苏)安·伊·杰尼索夫：“苏维埃国家的法院和检察机关”，《法学研究》1954年第4期，第30页。

[83] 万鄂湘，见前注[13]，第104页；《法学研究》资料室：“对于我国人民法院组织法和人民检察院组织法中一些名词的初步理解”，《法学研究》1954年第4期，第44页。

[84] 参见熊先觉：《司法学》，法律出版社2008年版，第97页；沈达明：《比较民事诉讼法初论》，中信出版社1991年版，第118页。

[85] Peter Gilles, “Civil Justice Systems and Civil Procedures in a Changing World: Main Problems, Fundamental Reforms and Perspectives”, *Russian Law Journal*, Vol. 2, Issue 1, 2014, p. 46.

42条规定：“各级人民法院的设置、人员编制和办公机构由司法行政机关另行规定。”1983年修改法院组织法时将该条删除，类似的表述未再出现。

其次，地方各级法院的“国家性”和司法机关的“一体性”表明，地方人大并无任何法院的具体创设权。学界对传统观点的反思始于对司法地方主义批判，分别提出司法权的“中央化”和“国家化”。〔86〕还有学者结合我国单一制国家结构的政治现实，对1982年《宪法》第123条“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关”之表述进行语义学解释，认为地方各级法院由“国家设立”，“只能是国家的法院，而不能是地方的法院”。〔87〕然而，为去地方化而转向“中央化”或“国家化”这一路径，可能引向另一个歧途：司法的“国家意志化”，〔88〕以及“行政化”。〔89〕有鉴于此，有学者提出审判权“一体化”的概念，即“宪法赋予人民法院的权限只是一个整体……既不具有中央性也不具有地方性”，“地方各级人民法院是宪法创制的国家审判机关”。〔90〕

再次，法官选任权并非法院具体创设权，〔91〕二者的重要性在宪法秩序中有位阶差异并分属不同主体。美国联邦最高法院由宪法创设，而首席法官、大法官则由总统提名、议会批准。我国最高人民法院的具体创设权保留于宪法，而院长、副院长和其他审判人员则分别由全国人民代表大会及其常委会选举和任命；同理，地方各级人大及其常委会选任法官的权力也不能被视为地方人民法院的具体创设权。

最后，对比法律的隐性条款和显性条款就会发现，地方各级法院的具体创设权归属于全国人大及其常委会。司法区划分权与具体创设权归属于同一主体，谁有权划分司法区，谁就拥有该法院的具体创设权。法律本应就各司法区划分、每个法院的设置做出详细规定，但由于地方各级法院的设置与行政区划高度一致，逐一列举就变得毫无必要，从而被立法者省略成为隐性条款。相反，与行政区划不一致的新疆建设兵团法院和专门法院，其设置和司法区的界定只能

〔86〕 王旭：“论司法权的中央化”，《战略与管理》2001年第5期，第28—36页；刘作翔，见前注〔7〕，第89页。

〔87〕 王贵松：“河南洛阳中级法院宣告《河南省农作物种子管理条例》无效事件”，载韩大元主编：《中国宪法事例研究（一）》，法律出版社2005年版，第289—290页；韩大元：《宪法学基础理论》，中国政法大学出版社2008年版，第382页。

〔88〕 周永坤：“司法权的性质与司法改革战略”，《金陵法律评论》2003年秋季卷，第36—39页。

〔89〕 廖中洪：“垂直领导：法院体制改革的重大误区”，《现代法学》2001年第1期，第70—75页。

〔90〕 王建学：“地方各级人民法院宪法地位的规范分析”，《法学研究》2015年第4期，第67—69页。

〔91〕 地方各级法院法官由地方人大选任、地方各级法院对产生它的权力机关负责这一制度安排，被学者用心良苦地解读为“便宜之计”：“在如此之大的中国，由全国人大来统一选举或任命所有的法官是不现实的。由地方人大及其常委会来选举任命产生法院，或许是一个可行的便宜之计，或许可以认为是全国人大通过地方组织法对地方人大的一种授权”。王贵松，见前注〔87〕，第298页。韩大元也认为，这“主要是考虑到实行民主政治的具体性和可操作性……可以理解为制宪者通过宪法将组织地方各级人民法院的权力委托给地方各级人大具体行使。”韩大元，见前注〔87〕，第382页。

明示于组织法或单行法律中而成为显性条款。^[92]可见,我国存在着两种不同的立法表述方式。正是显性条款让隐性条款浮出水面,进而,全国人大及其常委会所固有的具体创设地方各级人民法院、新疆建设兵团法院和专门法院的权力得以显现。此外,《立法法》第8条规定,“下列事项只能制定法律:……(二)人民法院和人民检察院的产生……”,显然,此处的“法律”不包括地方各级人民代表大会所制订的地方性法规。^[93]

2. 特别法院、专门法院创设权下沉

除军事法院外,我国历部宪法仅规定“专门法院”这一模糊概念而未进一步明确其具体类型,导致其他受限权法院的概括创设权脱离宪法之手,下沉至法院组织法甚至位阶更低的法律。1954年《法院组织法》第26条列举了军事法院、铁路运输法院、水上运输法院三种类型,保留其概括创设权,但1979年《法院组织法》第2条中的“其他专门法院”之表述,则导致其概括创设权进一步下沉。同样,1982年《宪法》第124条和1983年《法院组织法》仅保留军事法院的概括创设权。2018年《法院组织法》第15条规定“专门人民法院包括军事法院和海事法院、知识产权法院、金融法院等”,后三者的概括创设权得以提升但依旧脱离宪法控制;并且,“等”字致使其他专门法院的概括创设权脱离法院组织法控制。

特别法院、专门法院的具体创设权下沉。铁路运输法院成立的依据是1982年最高人民法院、最高人民检察院、司法部、铁道部的联合通知。^[94]《全国人大常委会关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》授权“海事法院的设置或者变更、撤销,由最高人民法院决定”。^[95]由于各种原因,军事司法区的划分、军事法院具体创设权的归属等重大事项,权力机关迟迟未制定法律。

(三) 司法权配置及其问题

根据1954年《法院组织法》,我国设立了19个行使刑事审判权的铁路运输法院和水上运输法院,1957年,上述法院被撤销,刑事管辖权重归普通法院统一行使。^[96]这一变动表明,除军事法院外,我国高层对专门法院或特别法院能否拥有刑事审判权的态度,从最初的肯定转变为一定程度上的否定。1979年《法院组织法》恢复铁路运输法院和水上运输法院的设置,此后,在水上运输法院的基础上组建海事法院。值得注意的是,除铁路运输法院“受理铁路运输系统公安机关负责侦破的刑事案件”外,^[97]根据1984年全国人大常委会发布《关于在沿海港

[92] 《全国人民代表大会常务委员会关于新疆维吾尔自治区生产建设兵团设置人民法院和人民检察院的决定》,1998年12月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过。

[93] 参见韩大元、王贵松:“中国宪法文本中‘法律’的涵义”,《法学》2005年第2期,第49—52页。

[94] 参见谢小剑:“法定法官原则:我国管辖制度改革的新视角”,《法律科学》2011年第6期,第115—116页。

[95] 《全国人民代表大会常务委员会关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》,1984年11月14日第六届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过。

[96] 《国务院关于撤销铁路、水上运输法院的决定》,1957年9月7日发布。

[97] 《最高人民法院关于铁路运输法院办案问题的通知》,1982年4月23日发布。

口城市设立海事法院的决定》，水上运输法院、海事法院“不受理刑事案件”。

刑事司法权保留于普通法院自身，也体现在其派出机构上。1954年《法院组织法》规定，基层人民法院“可以设立若干人民法庭。人民法庭……的判决和裁定就是基层人民法院的判决和裁定”。尽管从未有法律明文禁止，但作为不成文规则，自始至终，派出法庭不审理刑事案件。并非巧合，2015年最高人民法院设立巡回法庭，尽管其“作出的判决、裁定和决定，是最高人民法院的判决、裁定和决定”，但其审判权主要限于“重大行政和民商事等案件”以及授益型的刑事申诉和再审，并不涉及侵益型的死刑复核和最高人民检察院抗诉的案件。^[98] 这表明普通法院的派出机构不得分享其刑事审判权，是我国立法者默认的一项规则。

2000年《立法法》颁布，原有的默示规则上升为隐性的宪法性原则。根据《立法法》第8条，法律保留事项包括：“（二）人民法院……的职权；（五）对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；（九）诉讼和仲裁制度”。第9条禁止授权事项包括“对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等”。此处的“刑事处罚”“诉讼制度”“司法制度”共同指向一个对象：刑事司法权和拥有刑事审判权的法院。如果结合1982年宪法保留军事法院创设权这一重要宪法现象，那么，其叠加聚合效应就是原有的默示规则提升到宪法高度：首先，刑事司法权的配置、改变或让渡，只能由全国人民代表大会以基本法律的形式确定；其次，除宪法创设的军事法院外，专门法院或特别法院不得拥有刑事司法权。新设的专门法院也体现了这一点。2014年全国人大常委会创设的北京、上海、广州知识产权法院，北京和杭州互联网法院、上海金融法院，其管辖均限于民事、行政案件，^[99]不受理刑事案件。

当然，如以苛刻的眼光审视就会发现：1950年的“人民法庭”，全国人大常委会所设的审判日本在华战犯以及审判林彪和江青等反革命主犯的最高人民法院特别法庭，尽管符合法院法定、管辖权法定的形式要件，但违背了其实质要件。上述遗憾受法治发展阶段的局限无法避免。

自上世纪末，最高人民法院批准地方各级环境法庭和知识产权法庭（院）试行三审合一，2016年7月成立“三合一”工作小组、2017年4月发布《中国知识产权司法保护纲要（2016—2020）》，^[100]将该模式推向全国。鉴于上文分析，该做法严重违背了管辖权法定的形式要件和

[98] 《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》（法释[2015]3号），2015年1月28日发布。

[99] 《杭州互联网法院涉互联网案件起诉及管辖指引》，2017年8月18日发布；北京互联网法院管辖范围，<https://www.bjinternetcourt.gov.cn/cac/zw/1536301521905.html>，最后访问日期：2020年2月18日；《全国人民代表大会常务委员会关于设立上海金融法院的决定》，2018年4月27日发布。

[100] 《最高人民法院关于在全国法院推进知识产权民事、行政和刑事案件审判“三合一”工作的意见》（法发[2016]17号），2016年7月5日发布；《中国知识产权司法保护纲要（2016—2020）》（法发[2017]13号），2017年4月20日发布。

实质要件。三审合一之所以盛行,除环境和知识产权法学界误导外,还有以下原因:刑诉学界关注点局限于指定管辖,^[101]忽视了法院(庭)之间刑事司法权配置之于维护宪法秩序的意义,以致集体失语;环境、知识产权保护的不理性冲动让法院混同于行政机关,丧失了中立裁判者的定位,而立法者的不当授权也起到推波助澜的作用。

2014年全国人大常委会在《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》中规定:“知识产权法院审判庭的设置,由最高人民法院根据知识产权案件的类型和数量确定。”^[102]据此,2017年最高人民法院授权南京、苏州、武汉、成都市中级人民法院内设的知识产权审判庭受理刑事案件。^[103]全国人大常委会这一授权为最高人民法院策略性地采取“内嵌式专业庭”的建制肢解刑事管辖权进而推行三审合一提供了可乘之机,尽管规避了形式要件,但违背了法院法定、管辖权法定的实质要件。

如果说这一隐患仅限于知识产权领域的话,那么,2018年《法院组织法》则将其扩大到所有类型。此前的法院组织法将常规内嵌式审判庭的创设权保留于自身,同时授权最高人民法院根据“需要”、中级和高级人民法院根据“必要”自行设置“其他审判庭”,^[104]基层法院无权设置其他审判庭。2014年最高人民法院最先在环境领域突破了这一限制,规定“个别案件较多的基层人民法院经高级人民法院批准,也可以考虑设立环境资源审判机构”。^[105]这为基层人民法院设立环境审判庭并实行三审合一打开缺口,而2018年《法院组织法》则将之拓为通途,其第27条规定:“人民法院根据审判工作需要,可以设必要的专业审判庭”。这一修改意味着法院组织法彻底放弃了内嵌式法庭的创设权,将其完全沉置于法院之手。鉴于最高人民法院不当利用内嵌式法庭架空法院法定、管辖权法定原则的先例,这一下沉无异于移除了宪法设置的法治安全阀,据此,所有法院可将刑事审判权转移给新设的内嵌式审判庭。近日提出的“在高级人民法院和具备条件的中基层人民法院调整设立专门的环境审判机构”即是明证。^[106]

[101] 谢小剑,见前注[94],第115—116页;龙宗智:“刑事诉讼指定管辖制度之完善”,《法学研究》2012年第4期,第175—187页;张曙:“刑事诉讼集中管辖:一个反思性评论”,《政法论坛》2014年第5期,第167—175页。

[102] 《全国人民代表大会常务委员会关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》,1984年11月14日第六届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过;《全国人民代表大会常务委员会关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》,2014年8月31日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过。

[103] 南京、苏州知识产权审判庭被赋予刑事一审、二审管辖权,武汉、成都知识产权审判庭被赋予刑事二审管辖权,《最高人民法院关于同意南京市、苏州市、武汉市、成都市中级人民法院内设专门审判机构并跨区域管辖部分知识产权案件的批复》(法发[2017]2号),2017年1月5日发布。

[104] 1954年《法院组织法》第16条、第21条、第24条、第28条;1979年《法院组织法》第19条、第24条、第27条、第31条;2006年《法院组织法》第18条、23条、第26条、第30条。

[105] 《最高人民法院关于全面加强环境资源审判工作为推进生态文明建设提供有力司法保障的意见》(法发[2014]11号),2014年6月23日发布。

[106] 中共中央办公厅、国务院办公厅《关于构建现代环境治理体系的指导意见》,2020年3月3日发布。

巡回法庭也存在着隐患。根据2015年《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》，巡回法庭受案范围还包括“最高人民法院认为应当由巡回法庭审理或办理的其他案件”；该规定中“死刑复核……最高人民检察院抗诉的案件暂由最高人民法院本部审理或者办理”之表述，^[107]显示出最高人民法院的态度：死刑复核、刑事抗诉等侵益型案件迟早要交由巡回法庭审理。法院组织法修订草案二次审议稿第19条将巡回法庭的审理范围锁定为“跨行政区划重大行政、民商事等案件”，基本排除了刑事案件。遗憾的是，立法过程中“有的常委会组成人员、社会公众提出，巡回法庭审理案件的范围不应限于行政、民商事案件，实践中巡回法庭还审理了不少刑事申诉案件”，正式通过的组法改为“最高人民法院依法确定的案件”。^[108]据最高人民法院理解，“我院巡回法庭审理的案件不再限于‘跨行政区划重大行政、民商事案件’”。^[109]不难预见，巡回法庭的权力扩张指日可待。

刑事司法配置权下沉。早在1979年《法院组织法》就确立了专门法院职权法定原则，因历史遗留问题，立法机关迟迟未就军事法院、铁路运输法院的刑事管辖权做出规定。相反，铁道部、解放军总政治部、军事法院、铁道部和最高法院以“解释”“通知”“决定”的形式自我设定管辖权。^[110]2000年《立法法》颁布后，涉及铁路犯罪方面，铁道部退出但最高人民法院依然代行立法权；^[111]涉军案件方面，最高人民法院退出，^[112]但1998年的《中国人民解放军总政治部、军事法院、军事检察院关于〈中华人民共和国刑法〉第十章所列刑事案件管辖范围的通知》依然是目前最主要的依据。^[113]

五、结论

我国确立了法院法定、管辖权法定原则，但是，无论形式要件还是实质要件，无论宪法、法

^[107] 《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》(法释[2015]3号)，2015年1月28日发布。

^[108] 《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国人民法院组织法(修订草案)〉审议结果的报告》，2018年10月22日发布。

^[109] 《推动审判体系和审判能力现代化——最高人民法院研究室负责人就人民法院组织法修改答记者问》，2018年10月28日发布。

^[110] 例如，1986年《中国人民解放军总政治部保卫部、中国人民解放军军事法院、中国人民解放军军事检察院关于惩治军人违反职责罪暂行条例所列案件的管辖范围的通知》，1986年3月27日发布；《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(第20条、第21条)，1998年9月2日发布。

^[111] 例如，《最高人民法院关于铁路运输法院案件管辖范围的若干规定》(法释[2012]10号)，2012年7月17日发布。

^[112] 2012年刑事诉讼法修改后，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释[2012]21号)第22条仅笼统规定：“军队和地方互涉刑事案件，按照有关规定确定管辖”，2012年12月20日发布。

^[113] 《中国人民解放军总政治部、军事法院、军事检察院关于〈中华人民共和国刑法〉第十章所列刑事案件管辖范围的通知》([1998]军检字第17号)，1998年8月12日发布。

院组织法层面还是实践层面,与依法治国的要求均存在着差距。应当科学划分法院类型,以依宪治国、依法治国的思维布设我国法院体系,在未来修订宪法和法院组织法时,按照法院法定、管辖权法定之形式要件和实质要件的要求,规范创设权归属,确定其管辖权范围。

就法院类型而言,按照管辖权是否整全为标准,将法院分为全权法院(普通法院)和受限权法院。除最高人民法院外,全权法院包括两类:一是与行政区划相一致的地方各级人民法院;二是与行政区划不一致的新疆建设兵团法院、垦区法院、开发区法院等。受限权法院包括特别法院和专门法院,军事法院应当被归为特别法院之列,知识产权法院、海事法院、金融法院才是专门法院。至于改革方案中的跨行政区划法院,要么属于全权法院(普通法院)要么属于受限权法院中的特别法院或专门法院。

形式要件方面,按照法院类型,依其之于法治的重要性程度、刑事司法权的有无,确定其创设权归属层次。宪法保留最高人民法院的概括创设权和具体创设权,保留其主管事项或司法管辖范围的界定权;宪法保留军事法院的概括创设权,其具体创设权保留于法律。相较之下,由于海事法院、知识产权法院、金融法院属于专门法院且不行使刑事审判权,宪法保留其概括创设权的同时,可将其具体创设权交由法律或全国人大常委会决定。实质要件方面,秉持刑事司法一体化原则,坚守刑事审判权专属于普通法院之底线,这不仅是我国高层的默示规则和《立法法》所要求的宪法原则,还与国际上法院法定、管辖权法定之核心要求高度暗合,是依宪治国、依法治国的应有之义。历史经验和当下兴起的三审合一运动表明,只有将其明示于宪法,才能杜绝以各种方式肢解、转移刑事审判权的现象。

综上所述,建议将《宪法》第129条修改为:“中华人民共和国设立最高人民法院,地点在北京;在各级行政区划内或跨行政区划设立各级人民法院、军事法院和专门人民法院。仅在必要时设立审理行政案件或民商事案件的专门法院。专门法院包括海事法院、知识产权法院和金融法院。刑事审判权仅由最高人民法院、军事法院、各级人民法院的刑事审判庭行使。”这一表述能解决长期困扰学界和立法界的一系列问题:明确现存的新疆建设兵团法院、开发区法院、林区法院、矿区法院的普通法院(全权法院)性质从而解决了其合法性困境,同时也为未来设置跨行政区划法院预留了空间;去掉“地方各级人民法院”中的“地方”二字,将各级人民法院从地方人大和地方政府的束缚中解脱出来;将军事法院与专门法院区分开来,通过列举方式将海事法院、知识产权法院、金融法院的概括创设权提升至宪法;确立必要性原则;将刑事审判权锁定于刑事审判庭,消除以任何方式肢解刑事司法权的隐患。

鉴于《宪法》第133条“地方各级人民法院对产生它的国家权力机关负责”与《立法法》第8条、2018年《法院组织法》第3条相冲突并导致各级普通法院的具体创设权下沉,建议将其删除。删除2018年《法院组织法》中的“等”字以防止专门法院概括创设权下沉。废止《全国人大常委会关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》第1条第2款所规定的“海事法院的设置或者变更、撤销,由最高人民法院决定”及其第3条第2款所规定的“各海事法院管辖区域的划分,由最高人

民法院规定”等导致具体创设权下沉的相关条文。^{〔14〕}更为重要的是,全面废止三审合一。

鉴于军事法治改革正处于启动和酝酿阶段,较为可取的路径是由全国人大适时制定《军事法院组织法》,就军事司法区的划分、军事法院的具体设置和管辖事项等作出规定。鉴于铁路运输法院处于转型时期并被2018年《法院组织法》排除,可将其改造为两个类型:一,按照既有的改革路径转型为专门法院(例如知识产权法院);二,挑选“一带一路”区域作为单独司法区,^{〔15〕}将其转型为解决“一带一路”参与国民商事、行政纠纷的特别法院,实行促进“一带一路”建设的特殊司法政策。至于中央提出的“特殊案件在跨行政区划法院审理”,应当明确“特殊案件”应优先指向行政案件,民商事案件次之,但不得包括刑事案件。同理,最高人民法院巡回法庭不得受理死刑复核和最高人民检察院抗诉等侵益性刑事案件。

Abstract: The powers to create courts consist of the general and the special power, and who should have this power and how to distribute the jurisdiction among the courts are subject to the constitutional principle of the courts by law and distribution by law. This principle originated from England in 17th century and then adopted by France in 18th century, and its aim was to oppose dividing criminal jurisdictions, prohibiting designation of the judges in a given case or setting up the ad hoc criminal court. The constitutionalization movement made the rages of the principle enlarge into the civil and the administrative field, and then, under the tide of the court science, returned to the original point which is the requirement of the rule of law. The formal requirement is that the power to create courts is retained by the constitution and the law according to its importance, and the substantial requirement is that the criminal jurisdiction be absolutely retained in the common courts while the civil and the administrative relatively retained. The expansion outside and the division inside of the judiciary caused varied types of the courts at subordinate levels. China has established the principle, but the powers to create courts authorized to the juniors and the Triple jurisdictions over civil, criminal and administrative cases by the intellectual property courts and the environmental courts depart from rule of law. The 2018 amendment to the Constitution of the People's Republic of China and to the Organic Law of the People's Courts did not solve the problem. Instead, it has created potential problems. In the future, the two laws should be improved.

Key Words: Jurisdiction Distribution by Law; Judicial Power Allocation; Specialized Court; Ad Hoc Tribunal; Triple Jurisdiction

(责任编辑:彭 鐸)

〔14〕 《全国人民代表大会常务委员会关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》,1984年11月14日第六届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过。

〔15〕 参见王贵国:“‘一带一路’争端解决制度研究”,《中国法学》2017年第6期,第56—71页。