

司法独立诘问及其研究的平民化

——（上海）博源基金会童之伟教授《中国宪政之路探索》报告之感言

刘南平 博士

我跟童之伟教授应该算同门师兄弟。1987 年到美国耶鲁读书，1995 年到香港大学法学院任教，2002 年回到了国内成立了一家律师事务所，所以我跟陈有西律师是站在第一线的。

我今天不展开讲，我对童教授的两个观点比较感兴趣，让我想了很多事情。第一，他两年前开始改变研究方式，不再写纯理论的东西。我们在国内都受过教育的，教授们写的东西越理论化好像就越显学问，这是一个传统观念。童教授改变了，他说，这是有问题的。第二，中国的宪政突破口，江平说要先改宪法，童教授要改党章，我们也做了研究。我感觉对我们站在第一线的律师来讲，宪政的保障是司法独立，而且它可能是我们走向宪政的突破口。

博源很好，它实际上在资助一些有意义的学术项目，如果我没理解错的话。我从国内受法律教育直到今天，从纯粹西方学术的角度来讲，我可能没看到一篇真正从实证的角度来研究，为什么中国要司法独立的问题，基本上讲的是理论到理论，概念到概念的东西。我不知道对不对，今天想听听你们的意见。既然博源在这儿，包括学者和律师在这儿，我提一点建议：希望博源下面的课题涉及到司法这一块，能不能把题目做的具体一点。我们目前这个国家经过 30 年的改革，从执政党的观念到老百姓的接受程度，我们要不要司法独立，我希望看到这样一篇有实证的东西出来。什么叫实证，就是通过数据，通过例证，来说明我们为什么要司法独立，至今为止，我没有看到一篇。也可能是我孤陋寡闻。

我个人认为至少有三大问题：第一，为什么司法要独立？司法独立听上去好像挺有道理。但为什么要独立？它到底是一个正义伸张的要求，还是老百姓要寻求诉讼正义的需求，还是说目前我们国家的物质条件已经到了这一步了。我们的民营企业，我们的财产权要得到公平的保护，公民在行政诉讼中所遭受到的困惑和阻力，外国企业为什么不愿意通过行政诉讼解决政府机关滥权，普通公民如何有效地维权以抵制政府机关的权利滥用，以及我们国家下一步到底怎么走。我觉得要从这些角度展开讲，不是那些泛泛而谈的东西。

第二，我们目前整个法院的运作算不算独立，算不算符合我们国情的独立。我们只是讲法院的独立，没有讲法官个人的独立，这算不算独立？把这个题目展开讲，法院和人大常委会到底是什么关系？应不应该是这样一个关系，它跟政法委应不应该是这样一个关系，这个关系有没有国情的基础来支持？从内部来讲，我们有审判委员会，审判委员会还有没有存在的价值，为什么它没有价值，为什么有价值？我希望读到律师、学者通过实证的研究做出来的、有正反两方面的东西，有说服力的东西。还包括检察院，我们的检察院很特别，它是可以监督法院的。为什么检察院一定要有这个功能。这种情况全世界都不多。为什么它一定就符合我们的国情!?

第三，你说独立，怎么样的一种独立？如何独立？是哪一种模式？比如新加坡的模式，我不太了解，但据我所知，它的法院系统是独立的。台湾是一种什么样的独立模式，日本是一种什么样的独立模式，美国是一种什么样的独立模式，我们目前的国情适合哪一种独立模式？希望能突破理论上的困境。还有就是操作层面的问题。我们律师感受就很深了：一件案子从立案开始到审判，最后到判决的执行，都跟司法独立有关系。我最近出版了一本英文文章，是讲立案庭的。我们的立案庭可以拒绝你的立案申请，当事人既没有聆讯的机会，也见不到审判的法官。所以，论文的题目有讽刺的意味，说我们的立案庭是《Justice without Judges》。任何一个成熟的法治社会，都会给你

一个机会，让你讲一讲为什么到法院的故事。而我们的一些案子不给你与审判法官“见面”的机会，也不讲为什么不给你立案，一纸立案不受理，“Justice”就跑了出来。从程序上讲，这算不算 injustice 呢？这篇论文在美国今年年初发表，我和我的同事花了七年时间，都是我们办案子的经验和感受。可见，从立案开始，就跟司法独立有关系了。

另有一篇英文论文，题目更具讽刺性，叫做“Trick or Treat”。这是西方万圣节时，儿童们挨门挨户要糖果的敲门语。用来比喻我们的判决书说理部分不充分，或逻辑不连贯，从而给司法腐败造成方便和空间。如果 treat（施予好处给）法官，判决书的内容就是你赢了；如果不 treat 法官，判决书就有可能写的莫名其妙，让你感到被 trick（愚弄、忽悠）了一把。你把判决书一看，大概就清楚这里面有没有猫腻。这篇文章我交给了最高院一正四副。当然这个东西发表出来脸上有点难堪，但确实是我们存在的问题。后交给了广东省高院，恰好这个前后，广东省高院出来一个通知，意思是说，希望以后我们的判决书推理部分要写的细一点，不要给腐败留下空间。这个通知正好跟我要论证的东西是差不多的。

还有一篇英文论文我没带来，是说我们的判决到底有没有最终性（finality）的问题。我们的判决有最终性吗？我们的判决是没有最终性的。任何一个成熟的法律社会，法律程序走完了就完了，直至到最高院判了就完了。不可能说来一个即没有时间限制，也没有次数限制的再审制度，跟你没完没了的。那篇论文出来以后，我也交给了最高院。他们说，海外的学者对我们判决的终审性提出问题，因为这个终审问题实际涉及到我们的判决拿到海外能不能执行的问题。因为你没有最终性，人家不知道该不该执行你的判决。而我们国家跟 26 个国家和地区签订了相互承认与执行的条约，根据条约，人家的判决在我们国家是可以执行的，而我们国家的判决拿到其他国家没法执行，他说你的判决还没有终结，人家不可能像国内的法院来一个执行回转。连最高院的判决都可能遇到最高检的抗诉，你说我们的判决有什

么最终性？我们的判决用英文叫做 floating，在飘浮之中。尽管它在国内可以执行，但它不是最终的。后来最高院又改了一下，以后省一级的高院只能再审一次，但是最高院是不受限制的，他想什么时候审就什么时候审，任何时候都可以启动再审程序，这实际上涉及到我们司法权威和司法独立的问题。

上述讲的三篇英文论文，前后呼应：从立案、判决书到判决的终结性，从头至尾的司法程序都与司法独立有关系。所以，我希望博源基金会，希望在座的学者和律师，看能不能在这个题目上做一篇大文章好文章，让执政党领导人和老百姓一看就懂：我们到底要不要司法独立，我们要一个什么样的司法独立。这个司法独立是否符合我们国家的国情和未来的走势？**结言之，司法独立或审判独立其实与国际接不接轨没有关系，与照搬西方和三权分立也没有逻辑关系，它或许本身就是老百姓渴望社会正义且无奈之中的期盼和国情发展到今天的必然要求和结果。**

另外，我们司法独立的客观条件成熟了没有，这也是一个很实际的问题。学者讲了半天，执政党听不进去，他说你讲的东西跟我要的是风牛马不相及的。这个问题是不能回避的，我们的社会环境能够接纳司法独立吗？条件成熟了吗？如果成熟了，你告诉我怎么样就成熟了呢？

最后，如何研究的问题，从理论到理论的东西都是很高雅的，但我个人比较倾向于实证的研究，有说服力的研究，有数据和案例的研究。这种研究比较客观和有说服力。

2012年11月10日