

 使用大字体察看本文

阅读次数: 1777

## 中国司法传统与当代中国司法潜规则

范忠信

范忠信教授：各位同学，刚才听了你们侯书记（的介绍），有两个地方介绍的比较有意思，不知道你们注意没有。第一个是他介绍我说“涉猎面很广”，研究好多好多方面的问题，这个其实是对我的一个忠告。我理解为一个忠告。因为这个人一般的精力有限，你要是涉猎好多问题，既研究法制史，又研究刑法，还研究宪法，还研究台湾问题，那就说明你学无专长，什么地方都插一手，之后什么都搞不成。我基本上是这样一个人，所以书记对我的“保鲜性教育”的批评我非常接受。（笑声）另外一个呢，大家听到刚才书记念到我的学校的名字的时候，犹豫了一下，“中南财经（停顿）政法大学”。因为这个名字它不好念。我在学校已经呆这么多年，我念这个名字很少一次就念准确成功的。这个中南财经政法大学是两个学校合并以后，把两个学校的名字合并同类项，合并起来。现在我们学校有同学在网上发表声明，说要求把我们学校的名字改成叫“中南财经政法人文管理信息科技大学”（笑声）。为什么呢？因为你光说一个财经政法，那我还有人文科学呢，还有管理科学呢，还有其他科学你怎么不写？所以象这样一种名称，我们出去非常难堪。我们出去开会，很少有人把我们学校名字念准确，念对的。要么是中南政法，要么是中南法（发）财大学（笑声）。所以我中南法（发）财大学的人到这来了。我想你们可能因为这个原因对我的看法有点不一样。我们知道一般来说，这个学校的名字越长，表明这个学校档次越低（笑声），是吧。你看“厦门大学”就四个字，你看我们八个字。八个字和四个字大不一样。你看好大学，都是“北京大学”、“清华大学”、“复旦大学”、“厦门大学”。所以我后来跟他们讲，要为了表明我们学校的特色啊，我说我们其实可以改。最近我们学校因为改名这个问题商量了好多次以后，一直找不到一个妥善的方案。后来我给他提（了）个建议。我说这个“中南财经政法大学”要么简称叫“中南财法大学”，后来他们说不对，“中南财法大学”，财法加起来还是法，是财政法或者财经法。我说不行那就反过来叫“中南法（发）财大学”，这个好。他们说也不行，这个太俗（笑声）。最后我说这样的，我们学校的起源跟北京人民大学很相似，也是1948年，中原解放区成立的中原大学，我们的前身是它。是相当于人民大学的前身，叫华北公学的红色大学。我说这样，我们现在的风格像人大，我们的起源像人大，我说能不能叫“中南人民大学”，简称“南人大”（笑声）。那个北方就叫“北人大”，我们叫“南人大”。这个方案现在我们学校领导正在考虑，以后你们要出去听谁说“南人大”，那就是我们（笑声）。

三年以前，我在这个地方跟大家讨论一个话题，叫《中西法律文化的十大相通》。讲完以后，这个学校有同学给我发电子邮件，跟我说，你这个讲座讲完了以后，我们感到民族自信心大受鼓舞，既然说中国文化有十点跟西方相通，以前本来我没信心，现在我感到很自豪。那我说这样一种讲法，今天看起来应该说有些地方是有点牵强附会的。跟我今天要讲的话题比较的话，今天的话题刚好代表另外一种倾向——冷静的思考传统。所以我今天要讲的这个话题可能在座的同学看到了，觉得比较有兴趣。中国司法传统有哪些活在今天，今天我们想躲都躲不过的东西是什么。我想把这个跟大家作一个现场的交流。我这些年研究中国法制史，大家可能看过我的书，真正说看我书的同学可能有一个共同的印象——大而化之的研究，就是大而无当。这个大而无当呢，这样一个思路我目前还改不了。我现在还是在这样一个思路往前走。这个课题就是这种大而无当的产物。我想说的是什么意思呢？就是中国司法传统活在今天，我们躲都躲不掉，挥之不去。有点像什么呢？像他们说的烫手年糕，吃又吃不得，甩又甩不掉。烫的难受只有自己知道。那我们中国传统文化很多东西在今天对我们来讲就是烫手年糕。今天我想把中国当代的司法权力受中国传统文化影响的因素，（就）我能想到的跟大家交换一下意见。

要说中国法律传统对今天的影响，应该在很多方面有。比如说我把它总结为四个方面：（1）在司法权力方面有。就是谁掌握司法权，司法权是一个什么状况，这是一个影响我们今天司法权力的方面；（2）是影响我们的司法规则。就是我们司法引用什么来判案，司法的依据是什么，这个也受传统文化影响；

（3）是司法程序。就是我们中国的司法程序受到传统的影响很深；（4）是司法监督。司法监督受传统影响很深。那么我们说这四种影响，我今天只想和大家讨论一个方面，就是第一个方面——司法权力的观念和司法权力的构成、司法权力的运作受中国传统文化影响有多大。关于这个问题，我想从这样几个方面简单的跟大家作一个探讨。

我认为中国当代的司法权力要是用英文讲的话，就是那个司法的power，这个司法权力受中国传统文化的影响有这七个方面，有这七条线索，或者（说）七个系统。大家看：（1）是单极权力，就是国家的权力是单极的、一元的、独一无二的、至高无上的、不能分割的，这个对中国当今的司法权力的现状有影响；（2）讲的是最高权力在任何时候可以超越现行司法程序来审判案件，这个我等会要讲；（3）是家长权和“青天”的理念，我们的司法是在行使一种家长权的权威，然后想为老百姓当“青天”，为（他们）当家作主；（4），就是兵刑合一，（这个）我想我们大家可能更习惯了。大家知道前些年我们有个老师叫贺卫方，就是你们认识的贺老师，他专门写过一篇文章叫《复转军人进法院》，引起了军界的震怒。后来有人给贺老师写信说：“你想坏我钢铁长城。”这个事情跟这个观念有关。跟兵刑合一有关；（5）是中国的司法权分散掌管的体制，就是司法权有很多机关在参与，谁都在染指，不是一个专门的司法机关，而是随便一个机关都能参与，这是一个传统；（6）是司法的行政化；（7）是司法权的禁区有哪些。

我想从这七个方面（来）看，中国现在的司法权跟中国古代的传统有哪些是一脉相承，有哪些是一以贯之的传统。说到这里我想简单的回顾一下，大家知道我们中国法律的近代化，也就是从中华法系变到今天象现在这个样子的内陆法系，什么时候开始变的呢？一般说是从沈家本变起的。就是1905年左右开始变。但事实上我考察发现，中华法律真正开始变成现在这样一个法系，最早是从1842年变起的。1842年《中英南京条约》，开始了从西方引进法律制度。最早是国际法，国际公法叫《万国公法》，我们在座的，大家最熟悉的可能（就）是国际法（了），因为我们厦大是国际法的“重镇”。国际法刚传到中国，中国人感到非常陌生，这是传到中国最早的西方法制因素。从那以后，西方法律传到中国来，到现在是160年左右。这160多年，我们变了多大程度呢？我也写过一篇小文章，我认为这160年里面，我们中国法律的近代化，或者是现代化，它是在一个很浅的层次上进行的。所以下面这个讨论，大家会看到，我们浅层浅到什么地步。

（一）我想首先关于第一个问题，就是中国司法权的单极理念，也就是说司法权不是任何意义上的独立权，而是一个单一的，整体的至高无上的王权的一部分。我通过这两个表来作一个比较，大家看，左边这个是西方三权分立的理念，大家知道从古代希腊的时候，就有这样一种理念，也就是亚里士多德的《政治学》里面（讲到的），基本上把国家的权力分成三个部分，就是所谓的议事权、执行权、裁判权。（也就是）今天（所讲）的立法、司法、行政三权分立。那我们中国呢？实际上我认为中国这个权是一个完整的一体的权力，叫君父做主权。也就是说，皇帝是天下人共同的父亲，不管你认不认，他是国父，那么他的老婆就是国母，然后他的全家都是你的长辈。他的治国模式就是跟你家族的模式是一样的。这就是我们法制史上讲的“家国一体”。在这种情况下，我们有没有司法权呢？我的看法是没有司法权。我们中国历史上没有西方这个意义上的司法权，但是有另外一种三权就是决策权、执行权、督察权，也就是说皇帝的一个完整的权力分成三个方面，这三个方面是不可分的，只是说表现的时候职能有所区分。有分工但是没有分权。决策权讲的是国家重大事情谁来最后决定，谁来拍板，（是）拍板权；执行权就是谁来把这个东西推广到民间；最后这个督察权就是说如果我要违反决策，违反政令，该怎么制裁。好，这就有一个象战场上那个督战队（的权力了），就是我们现在说的鹰犬、爪牙督战的权力。所以我说这样一个意义上的三权，跟西方意义上的三权是大不一样的。我们是一个当家作主的混为一体的至高无上的整体权，人家是在人民自主的情况之下，人民要设自己的三个权。三个权平等并行，互相牵制，权力分立与制衡。关于这一点，在作过这样一个比较之后，我们对中国的司法权力就比较好理解了。因为我们现在写教科书啊，咱们在座的你们的周老师，周东平老师是法律史的权威，我们以前也经常在一起讨论这个教科书的问题。法律史的教科书大家看到，有一个最不好写的东西就是中国古代的司法机关。在座的各位你去看你们的教科书里面，讲中国古代司法机关的时候，这个书这样说，那个书那样说，好像有时候一个时代里面司法机关有好多种。说不出来哪个机关是司法机关。这个原因就来自这个地方。中国古代没有独立司法权的概念，司法权是不存在的，只是皇权下面的一个方面叫督察权。你干事干的不好，我大刑伺候，为的是让你执行我的政令，符合我的要求。关于这一点我记得我以前作了一个不恰当的比喻。我说西方的这个三权分立，和我们这个一元化的权力，它有这样一个比较。怎么说呢？西方这个三权分立，相当于政治制度设计的时候，是把这个国家的权力分成三块，交给三个自己最不可能相信的主体。也就是相当于我们拿一堆财宝，一堆金银，中国的方案是交给一个人掌管，这个人要是心肠坏的话，那么我这一堆金银财宝明天就是他的，那就不是我的了。但西方的方案是把这一堆财宝分成三堆，交给三个贼来掌管，三个贼之间要团结起来共同贪污这一堆金银财宝，它的可能性只有三分之一。但我们的可能性是他们的三倍。因为我们知道，坏人要团结起来作一件坏事，比好人团结起来作一件好事还困难。所以这是西方这种一个贼看住另外两个贼，一个小偷看住另外两个小偷（的理念），也这是他们的三权理念。而我们的理念是谁掌握权力谁就是圣人，谁就是英明领袖，谁就是大救星。那我们交给他就是我们文革时讲的，说“毛主席热爱我热爱，毛主席支持我支持，毛主席指示我照办，毛主席挥手我前进，把我这一生交给党”。这种情况下，就是我把这一百多斤交给他，他什么时候把我拿去卖了，我也没有办法。因为交给他的时候，你是无条件交给他。所以我觉得我们中国的司法权是建立在人民的一切无条件的托付给一个圣人这样的基础上的，在这样一种情况下谈司法，后面的一切就比较好说了。

下面我们讲中国古代关于这个单极司法的理念是怎么回事。大家看这个地方，这个单极司法权首先我在这个投影上讲的皇权一体化。司法是从属于皇权的，或者司法是皇权的一个小片断，一个小分支，是从这个意义上讲单极，没有多元，没有分权，没有制衡。你看第一句话，这是《尚书》里面的话，这个话就是我们讲的那个成语——作威作福的来源。也就是说，国家的任何奖赏，任何惩罚只能来自一个人，就是王者。只能他作威作福，任何其他人无权作威作福。如果其他人作威作福的话，那只能是得到王者授权，王者不授权，你就是大逆不道，就是大不敬。就是在这样一种背景之下，孔子说的这个话，管子说的这个话，商鞅说的这个话，李斯说的这个话，都是在讲国家的权力绝对不可以分割。如果谁要想分割这个权力，谁就是彻底的违背了圣人的教导。这样来讲，你说我们怎么可能建成西方那样的立法、司法、行政三权分立的那种司法权？还有什么说司法权是一个客观的、中立的、公正的，甚至是带有一种半社会半民间的权力，这些是在我们中国古代绝对不能理解的。所以你看最后这句话，这个李斯讲，说一个好的君主主要怎么样？要“独制于天下而无所制”。那么司法权就是那个王者的权力里面独制于天下，不受任何人牵制的一种权力。这种权力你要说单独把它分成三部分，其中一部分叫司法权，这个跟别的权同等大，这在中国人是不可想象的。这是（我们）讲古代（的情况）。

我们说中国当代，这样一种观念，这样一种传统有没有保存下来呢？我通过下面这个事实让大家跟我一块来判断。我认为是保存下来了。你看这个——党对司法的一元化领导，下面这几条，我认为这就是中国当代司法的潜规则。我们的宪法没有这样写，我们的很多法规里面没有这样的公开宣称，但事实上，党决定我们司法的方针，或者党的政策直接成为我们司法的依据。这目前还是一个事实。当然最近我在进行保鲜性教育，我在保鲜教育里有一次发了一个言，我说能不能让这个依法治党。后来我们的领导把我狠狠的批评一通说，你不懂中国国情（笑声）。我觉得这就是中国的国情，就是权力的高度集中，高度一元化的单极权力。再比如说，党的政法委协调司法，政法委书记实际上是在法院院长、检察长和公安局长之上的最高司法协调者。这个就是单极权力理念的产物。再比如说，法院里面那个党组和审委会。现在在座的各位同学可能有（人）对这个比我更了解。审判委员会的成员和法院党组成员，我问了一下，只有一两个不一样，一般都是基本上一致。那么也就是说，审判委员会谈论案件，跟法院党组决定案件基本上是一回事。而这样作是有意造成的，不是无意中碰到这样的。再比如下面，党管干部，现在我们党管司法干部。这一点，我们知道县法院的干部、市法院的干部是人大任命的，但是人大背后是党委，就是除了人事厅局系统的干部由政府来任命以外，其他所有的干部都是党委来任命（的）。而党委任命的干部重要，并且级别高。所以党管干部这个规则在司法里面尤其重要。下面你看还有重大案件要向党委汇报，由党委议决。我作为有关人员曾经亲自参加过有关党委议决重大案件的现场。那就是说办案人员把案子拿到党委会去汇报，我的感觉那个党委会的成员当时是把自己看成案件的合议庭，或者审判委员会了，这种事情在中国就是一个潜规则。再比如说，党委书记对重大案件的批示，这个在每一级都有。我有个学生在南京那边，他说：“我有一次办案子，发现后来那个案子的判决结果是要当事人赔偿对方经济损失3320元。那个案子当时人家申请的时候是要赔偿4000元，后来怎么判赔偿3320元？我一直弄不懂3320是怎么算出来的。后来有一次整理案卷，才发现是一个党委书记在上面批字说“叫他赔偿3320元”，我这才找到那个准确数字的来源是这个书记的批字。”因为我们要主张党对司法的绝对领导，所以才会有这样的事情发生。司法独立，权力分立与制衡，司法非党化，这是我最近看到的中共中央宣传部发的一个文件（里面提到的）。我在湖北省法学会开会的时候，给我发了一个文件，是中宣部最近发的一个文件，说要严格警惕政治学、法学界的自由化倾向，他们有人最近正在讨论以下问题，其中就有权力分立与制衡，司法独立，司法非党化。本来在会上我还想就此发个言，后来我吓的不敢说话了。因为毕竟胆子还比较小。这就是我们现代中国的单极权力的司法权理念。我把这些证据拿出来，没有时间更仔细的去考证现实的操作，但是这些潜规则是客观存在的，这是不能否认的。

（二）我要讲的是最高权力对司法的最高操纵。谁是最高权力的掌管者谁就是真正的司法长官，不管他叫不叫最高法院院长，不管他叫不叫大理寺的寺卿或者廷尉。也就是古代和今天，谁掌握最高权力，谁就是最高法院真正的院长，谁就是最高司法官。而这个传统，我这里面讲的这一段话，大家来看这个很烦琐啊，因为法制史上很多东西你要用我这种嘴一念啊，都听不清是什么内容了。这是一个案子，一个我们法律史上很辉煌的案件，讲的是汉朝的一个最高法院院长，（当时）叫廷尉，叫张释之。张释之审判一个案子，在案子里面他表达了这么个见解，就这个红字，这个见解讲的什么意思呢？就是皇帝超越法律的裁判权和最高法院院长的裁判权是个什么关系。他（要）说清这个问题。这个案子就是说当时有个人，侵犯了皇帝的仪仗队，把皇帝的马惊了，皇帝的马跳起来，差一点把皇帝摔到地上摔伤，后来皇帝很生气就派自己的卫队把这个人抓起来了，交给廷尉。他本来以为廷尉会很严厉处罚这个人，但是那个廷尉张释之就说这个人依法只能罚金，罚金四两。后来汉文帝就说这个人怎么只能判罚金呢？要不是我的马温和的话，我不就摔伤了吗？按照汉文帝的意思，应该给他处死刑。但是张释之就说了，说这个法是天下人和你我共同的法，不是你一个人的法。要守法我们大家一块守，你天子也要守法。但是在天子守法这个前提之下，他就说了这样一句话：如果当时那个犯你仪仗的人，被你抓之后，你就下令把他杀了，那我无话可说。但是你现在交给我廷尉了，我就要依法办事。这个话以后的意思就是，皇帝的超越法律的裁判权，永远是在国家正常的司法权之上，也就是说皇帝永远可以出法裁判。象张释之这样的清官，这样开明的法官，都承认这么一个道理。中国古代皇帝的“立诛权”，越法裁判权，这些都在中国古代有悠久的传统，根深蒂固的

传统。你看下面这就是古人怎么讲这个问题，他们讲这个问题的时候说：天子位在至尊，赏罚予夺，全部由自己操纵。赏罚予夺、生杀予夺全部是皇帝最后说了算。谁敢在这个上面分享皇帝的权力，谁就是大逆不道。所以皇帝有最高最高的最后的裁决权。超越法律的赏罚只有人主才有资格（作出）。别的人都没有资格。所以人主永远在法律之外，永远在法律之上。这样一个传统，如果要总结的话，可以总结为三句话，即最高权力审判案件，不受法律的限制，可以在三个方面体现出来：（1）出法赏罚，超越现行法律的规定；（2）他可以依法裁判，他不一定超越现行法。但是就依法裁判来讲，重大案件你也要报给我，哪怕我是依法裁判，你也要报给我，我来批。比如说中国古代的死刑案件，最后都要皇帝批。不象我们今天，死刑案件有时候下放到省级法院去判死刑，古代所有的死刑案件在一个和平年代，一定要皇帝批，当然动荡年代例外；（3）皇帝判决的案件，他有时候能把这个案件判决的结果变成永个。什么意思呢？也就是说他判决的结果变成以后永远遵循的刑事特别法，这就是三种方式。

我们来看看现代中国吧，大家看了这个以后，觉得你们对现代中国的评价是不是太苛刻了一点。我认为现代中国的最高权力在法律之上和法律之外，进行司法活动，有这样的两个方面。（1）你要从方式来看，中央总书记直接批示案件，到现在为止还是这么作的，他批示案件的时候从来没有说这是司法问题，我不便批示。我看中央总书记到目前为止，中国现代史上只有一个人曾经表演过一次。现在比如说，我们知道山西朔州假酒案，2001年江泽民总书记批示：“一定要从严惩处，决不宽待，最好多杀他几个。”（笑声）当然这是原话。实际上我就认为江总书记作这个（批示）的时候，他把自己当中国最高人民法院的院长了。他就没想到这是个司法问题。你再比如说我前面讲的杨小明的案子，这是八十年代的一个案子。这个案子当时中共中央总书记胡耀邦批了十六个字，这十六个字是这个案子后来翻案和最后判决的最高判决。所以这样的情况现在估计还存在。第二个是政法委直接审批案件；第三个是中央专案组直接督办案件。这个我认为就是最高权力行使司法权的方式。关于中央专案组直接办案，我后面举了个例子叫姚晓红案件。大家知道，前几年山西出了一个三盲法官：文盲、流氓加法盲。那个法官是复转军人进法院的一个人，先当司机，后来当办公室主任，再后来当法官，最后当了法院副院长。这个人呢听说他最大的本事就是打人，他五年里先后打了四百多人，其中打死两人，打伤几十人。这样一个人，一个县法院的副院长，县里有人告他，告到县长、县委书记那，处理不了；后来告到山西运城地委，运城地委处理不了；再后来告到山西省高院、省委省政府，（还是）处理不了；（只好一直）告到了中央政法委，中央政法委派人下去，第一次还没处理完，最后是中共中央总书记龙颜大怒，批示了以后，中央派专案组现场督办，中央专案组亲自派人去抓捕，这才把这个人抓到。关于这个我写过一篇小文章叫《读不懂的姚晓红》，我觉得姚晓红是一本书，我们读不懂。什么原因？这么一个（连）七品芝麻官都不是的人，要中央最高权力发怒了，还要派专案组去才能把这个案子办下来。关于这个的反思是另外一个事情。我的意思是说象这样一个案件，中央能够直接通过这种方式来办案，这是中国传统的一种遗留；（2）中国现在的最高权力来直接干预办案，对象有哪几种呢？前不久，河南省原副省长吕德彬因为家庭不合想离婚，他老婆以举报他受贿相威胁，后来他雇凶把他老婆给杀了。我后来听检察院的人讲，这个案子其实很早就有眉目了，有这个迹象的时候一直不敢动。后来河南省委书记、省长到北京亲自向中央最高领导请示，最后领导说可以开始调查了，这才回来调查。这就可见，我们中国的司法权对待一些人物的时候，一定要最高权力来决定才能启动，如果没有最高权力启动不了。这就是我的一个看法；在下面你看全国有重大影响的案件，象刘晓庆偷税那个案子，我了解的是中央政治局开会，曾经把这个作为议题之一。有人说她作为一个演员吧，又不是什么重要干部，算了，让她把钱交了就不要再真正关起来。后来听说政治局里有人说不行，她这个（案子）是一个风向标，如果把她放了，那么以后偷税漏税的就更多了。所以这样刘晓庆就为了配合中央的决策，所以就坐了一段时间的牢。（笑声）这是一个当时有重大影响的案件；再一个涉及国防和外交的。所以你看一个方式，一个对象，在这两个方面都能看到，最高权力作为司法权之外的真正的司法权，在中国今天还是在广泛的而且真正的起作用，这就是我们的最高权力权断。为什么叫权断呢？大家注意权断，这个权讲的是权衡利弊，随时因时制宜，因地制宜，可以超越法律，这样一个意思叫权断，权就是权变的意思，断就是判决的意思。

（三）下面我想讨论第三个问题，我觉得中国的司法权有一个最重要的概念，就是家长权的概念。一定要当家作主青天，为你我为百姓当家作主，这是我们中国司法权的一个重要的东西。所以大家看这第一句话，《尚书》说：“天惟时求民主”，这就是中国民主概念最早的起源。所以有人说中国有没有民主啊？有！早在《尚书》里面就追求民主，但这个民主和我们今天讲的民主风马牛不相及。那讲的是为人民当家作主：你们是蠢人，你们是阿斗，我为你当家作主。所以这样一种民主，这样一种观念落实到司法里面就叫青天观念。因此我们说中国的司法（就是）为人民当青天的这种观念。包青天、海青天，这样一种观念可以说在中国古代是长久的传统。你比如说台湾的作家柏杨，在他的杂文里面有一个概念，不知道大家注意没有。说中国的干部是三作牌的干部，什么叫三作牌啊？就是为老百姓作君、作亲、作师，就是说中国干部既要给老百姓作领导，又要给老百姓作家长，还要给老百姓作老师，就是作之君、作之亲，作之师，这叫三作牌的干部。就是什么都管，无所不在的干预你。你不想他管，他也管。就是在这样一种理念之下，才有中国古代所谓的司法权。我在这个地方讲中国古代的官民关系，两个方面大家看一下：从官对老百姓来讲，官对老百姓说我是你的父母官，我为民父母行政，我这引用《五代会要》里面的一句话，刺史县令为民父母，只应该对老百姓好好的哺乳，绝对不能让老百姓受伤，也就是把那个刺史县令看作老百

姓的妈妈，给老百姓喂奶的人，你要是残害老百姓，你就违反了你对负责本身的教育，所以你看《诗经》里面说，乐只君子，民之父母。这个君子讲的就是领导干部。父母官的（这个）概念在中国古代是一个长久的概念。下面说老百姓对领导干部怎么说呢？你看古代的概念就是这样的，我们老百姓要看望父母官，要写文书的话，要写青天老父台，古代老百姓要写我青天老父台谁谁谁，然后说老公祖，还要称爷爷，自己是子民、草民，小的不孝。我们知道说不孝啊，就是不称职、不好的意思，不孝子孙就是跟父母不相似，不能弘扬父母的志向。这叫不孝。那么老百姓说不孝，就表明我跟官员之间就是政治上的父子关系。所以我们中国的老百姓啊一到当官的面前，自然把自己当成当官人政治上的儿子了。政治父子关系，这种关系在今天可能我们很多老百姓还有这样一种潜在的情结。所以你看我们现在说当官不为民做主，不如回家卖红薯。其实这个当官为民做主的观念就是一种我要给你作青天，我来护着你，袒护你这样一种观念。这种观念在今天，我觉得还有很多表现。

大家看首先我们说我们党象太阳，照到哪里哪里亮，哪里有了共产党，哪里人民得解放。所以我们小时候，最幸福最幸福的时代就是我父亲跟我讲说世界上还有三分之二的人民没解放，美国人民受苦受难，英国人民受苦受难，他们现在都在水深火热之中。在我那时候饿的两眼冒金星，我父亲跟我讲说：“其实你很幸福，因为美国老百姓比你更饿。”（笑声）然后我就问，我说我们中国的粮食不能吃了？他说要支援美国人民的革命。因为如果我们不支持美国人民，那他们还不是吃二茬苦，受二茬罪（的问题），他们就要永远吃苦，永远受罪。那么这样一种说毛主席是大救星的观念，我觉得就是现代中国的青天观念家长观念。所以中国以前有，现在还有。你们现在打开电视，看抗洪救灾的时候，什么地方干部救灾救的比较好，那个老农民就跪在地上，感谢地方干部说，哎呀真感谢你，给我带来那么好的救济品，给我解决什么问题。这个时候那个地方干部如果不赶快说一句话的话，他就犯了政治忌讳。他要赶快说不要感谢我，要感谢党和毛主席，要感谢党和总书记。为什么呢？因为只有国君国父，君父才是最高的权力来源，谁要敢在他之外，说我自己作威作福，卖弄恩惠，谁就犯了最大的忌讳。所以中国古代最忌讳的就是地方长官在外面示恩，什么叫示恩呢？卖弄恩惠。关于这一点我们现在也学会了，比如说我们现在在学校，我那时候作科研，我要把什么事情办好了，老师感谢我，我说不要感谢我，要感谢吴校长。现在我们也学会了。这样一种青天观念，家长权的观念，在今天可以说比较好的继承下来了。再比如说父母官、县太爷的观念，现在还在广泛使用。比如我们要说一个人在外面当县委书记，我们说你是某某县的县太爷，我们当父母官应该怎么怎么样，不能怎么怎么样。我的老师，曾宪义老师，有一次在北京市委给他们讲课说，你们现在可不要用父母官这个话了，说这个话是一个封建的话。当时很多人马上给曾老师递个纸条说，我们经常这样说，大家都习惯了。这有什么错呢？我们就象父母一样照顾他们嘛，他们也很喜欢我们这样说啊！一个喜欢一个愿意说，那就是我们政治文化没有进步的一个标志。再比如说，法官办案不受诉讼请求的严格限制。这是父母官、家长制的一个典型表现。什么意思呢？就是说你办案，当事人诉讼请求说什么，你就把那个地方管下来，按照诉讼请求依法办事就可以了。但是我们知道，现在《人民法院报》登的很多法官的模范事迹，常常超越这个界限。比如说你不是当事人，你不是刑事被告吗，你犯法，我来判决你。判完了以后，发现那个被告还愁眉不展，后来问他怎么愁眉不展啊？他说你看我这坐牢了，我老婆最近还跟我要闹离婚呢，她说我这个不名誉。那法官就说了：“好！我帮你的忙！我马上到那去给你老婆作工作。他虽然坐牢了，但这个人本质不坏，你最好是等他几年，考察一下。”这个法官所作的事情，远远超出正常司法权的界限。当然大家说这是个刑事案件，其实在民事案件里面也有。中国古代有这样的案子，婚姻纠纷，两家到底哪一家应该娶这个女孩，就是一女两嫁，许两家。最后两家打官司打完了，法官判决，你这两家的婚约都是不合法的。按说这个法官判决两家婚约都不合法，这从诉讼请求来讲，应该说已经判完了。但中国古代的法官不愿意这样判，把这个婚约判无效以后，他还要当媒人，当主婚人。看到这个女孩非常可爱，然后我要当父母官，当青天。我在外面发一广告，看谁的诗才好，谁的文才好，然后以这个女孩为锦标，搞一个锦标赛。谁来献诗、献赋、献词，然后大家竞争这个女孩，竞争完了以后谁当女婿，我来主婚。主婚的时候我还给你送点礼品。这样的事情在中国古代不仅仅是文学故事，我还看到真实的案例。这样的情况在今天（还有）。比如说我知道现在有的地方，法官办案以后，老百姓的案子已经办完了，还要帮老百姓去解决各种问题：春耕物资很缺乏，老百姓家里没有牛，老百姓家里的小孩上托儿所没解决，我就帮他解决。完了以后《人民法院报》说你看，这是一个真正的好法官，真正把老百姓的事情考虑的最周到。这就是典型的父母官青天的家长制的概念。我在看电视看到了一个镜头。一个老百姓，法院帮他把手牛找回来，他就写一个锦旗：“现代包青天”。一送过去，就往地上一跪，这个法院院长马上把他扶起来说：“不要感谢我，要感谢党和领袖。”这个时候那个法院院长内心深处非常自豪，他就想我为人民当家作主，人民感谢我就象感谢包公、海瑞一样。所以这就是这样一种观念。我下面讲的这两个人，正是现在众所周知的现代包青天。一个是中纪委的副书记，现在退了，叫刘丽英，刘包公、刘青天；一个是河北省的纪委副书记，叫姜瑞峰，姜黑脸。后来中央电视台给他拍了节目叫黑脸姜瑞峰。你看姜瑞峰说的这个话，他自己说：“当官不为民做主，没脸回家卖红薯。”说“纪检干部应该有老包的脸，猎人的眼，海瑞的脾气，豹子的狠”。然后他说“人民把我当成青天，我觉得很幸福，是个很好的事情”。这说明这样一些人啊，我们党最好最好的一些干部，他们的思想境界跟海瑞、包公的境界基本一样。当然那要是差的干部就不用说了，你想让他到这个境界，他还到不了。

（四）第四个问题讲的是军事化的司法。就是中国的司法权有一种军事化的标志，军事化的特征。这

个军事化应该说是由来已久，我的第一段话讲的是中国古代的典籍《国语》里面的一段话，它说：“大刑用甲兵，其次用斧钺，中型用刀锯，其次用钻凿，薄刑用鞭扑。”在座同学学法制史，课本上有这样的话。这话说的是什么意思呢？简单说就是对敌国，对敌方的队伍用军队去讨伐，和我在刑场上对我们国家内部的被告处刑，本质上是一回事，没有本质区别。只不过那是大刑，这是中刑和小刑。只不过动刑的方式不一样，那个是在原野的动刑，这个是在菜市场动刑。就这点不一样。这样一种观念，汉人王充把它说成叫“罪人用法，诛人用武。武、法不殊，兵、刀不异。也就是说刑法和战争讨伐没有区别。而这样一种观念体现在我们司法官的（名称上），大家看，最早最早的司法官叫士，象棋里面将帅旁边的那个就叫士，有时候写成单立人的仕，其实这个士什么意思呢？就是天子身边，最高领袖身边的卫士。那么最早的法官就是（由）天子身边的卫士当的，这是个军官；然后叫司士，周代叫司士，司士也是军官，军官转为法官。军官慢慢的由王者交给他一些案子去处理，这个人就变成法官了。后来更典型叫司寇，什么叫司寇啊？在前线监视敌人，打击敌人叫司寇。到秦汉时候叫廷尉，我们知道廷尉这个职位最早可能就是相当于我们现在说的，叫什么呢？找不到这么个职位，像台湾以前国民党有个职务叫总统府参军长，就是在总统身边的那个卫队长叫总统府参军长。我估计这个廷尉最早（也）是这样一个人物。后来慢慢的天子把案子交给他去办，他（就）变成了一个法官。中国传统上是这么回事。

当今中国我觉得这种兵刑合一比较好的保存下来了。在座的各位一起来看看这个现象像不像。我们首先讲法院的军事化。这几个现象我认为毫无疑问是法院军事化的反映。第一：法院设政治部。我们知道中国以前，只有军队设政治部。后来国家机关里只有法院、检察院、公安厅局、国家安全厅局这几个单位设（政治部），除这几个单位以外其他单位都没有设政治部，都是人事处、保卫处。法院这个政治部实际上是跟部队那个政工人事保卫一体化的机关相关的；再比如说法官佩带枪支，还有法官享受干警待遇，现在我们同学以后要出去，你就要争取这个干警待遇，你要没有这个干警待遇，你还感觉不好意思。干警待遇比一般的国家公务员高15%，这也是法院军事化的一个标志。再比如说，我们现在讲政法战线，这个说法就是把法院当作军事化了。更不用说以前有大盖帽，有肩章。现在虽然取消了，但是听一个朋友跟我讲：“现在这个大盖帽、肩章取消了以后，我们出去好像没什么地位一样。（笑声）我们以前带着这个大盖帽，穿着这个警服、肩章，到街上哪个地方去都觉得很威风。现在你要把那个法袍穿出去，人家说你有点精神病。”（笑声）所以现在你看看这个法袍基本上就没有人敢穿到街上去，只敢在法庭上穿。这就是我们开玩笑说的，每到开庭之前大家问一问：今天下午穿不穿衣服啊，那个厅长就说了：穿！这样吧，因为桌子比较高，上身穿，下身不穿（笑声）。这就是现在我们的一种尴尬局面；第二个：运动式司法，就是把司法搞成运动，搞成严打的第几战役，第几阶段，一个战役接一个战役。这种总动员式、运动式、战役式的做法，就是一种典型的军事化的思路。只有当兵打仗才这样想问题。平常和平司法不应该这样想问题。但是我们一直这么想，什么意思呢？就是一到严打，一到运动，一到总动员的时候，所有的人为一个目标服务。说到这个，我突然想起来在我们学校的时候，我们那个学校因为档次比较低啊，老是贴标语。学校有一点事，都要大挂红标语。我那天一进学校看到一个标语，叫什么全民灭鼠，一律达标。我说消灭老鼠也要全民动员吗？那其他的事让谁去干呢？我们这个司法有时候就这样，一严打的时候就告诉你，说严打就是全体动员，干这一件事——重点打击刑事犯罪，打击严重刑事犯罪。所以一到严打的时候就要简化程序，简化手续，83年到87年的严打，小平同志明确下达了这样一个指示，就是对有些重大案件，要尽量简化手续，取消上诉，取消辩护，取消陪审。但后来又恢复了。就是在这个严打最紧张的时候，这些东西都被取消了，这相当于什么呢？相当于我们长征，后有国民党追兵，前有堵截，没有办法要赶快跑，把坛坛罐罐都丢掉。所以在我们看来资产阶级司法里面这一套程序是坛坛罐罐，随时可以丢掉的。这就是我们的一个理念。关于这样一种做法，我觉得现在还在搞。现在是严打的第几战役了？我都搞不清楚，是第几战役了，第五战役的第几阶段，这搞不清楚。反正总而言之这个战役啊，还会打下去。子子孙孙是无有穷尽的。下面你看司法机关的定位。我们对司法机关的定位叫什么？叫钢铁长城。什么什么卫士，什么什么保驾护航。我总觉得这样说我们司法机关实际上是在贬低我们。什么什么卫士，也就是你不配当主人，你只配当卫士，你只配保驾护航。我感觉现在我们人民法院在办案的时候，好多场合它的身份，它的作用象什么？说的好听一点象一个账房先生。比如说一个地方办案子，这个法院的作用是帮我这个地方的企业去讨债，如果要是我们本地企业和外地企业打官司，我的任务就是让外地企业败诉，本地企业胜诉。如果我要让本地企业败诉，那我就是吃里爬外。所以我为了避免领导说我吃里爬外，我一定要让它败诉，让我们本地企业胜诉。这种时候它扮演的角色就是人家老地主家里那个（戴着）瓜皮小帽，夹着个账本的先生。就是那样一个角色，这是说的好听一点叫账房先生。要说的不好听一点呢，那就是看家狗。就是你是一条狗，你给我们把门守好，别让别人从我家里偷东西出去。要偷东西，你一定给我把他扯住。就这么个角色。所以这就是我们对法院的定位。这种定位跟我讲的军事化的司法联系在一块。因为军事是干什么的？军事就是为保国家，当国家的鹰犬，保护国家安全的。再比如说这个复转军人进法院，我刚才讲的，贺卫方老师就为这个事情惹了一身官司。后来要不是我们国家进步了，他说不定现在自己也进法院了。听说《中国国防报》曾经准备起诉贺卫方老师，说他毁我钢铁长城。后来卫方老师有一次和我们座谈的时候，他说其实啊，你象我们这样的人怎么能毁钢铁长城，这就象把一个农民抓起来，说他是卖国贼一样，他连家都卖不了，还能卖国？这个复转军人进法院，大家注意，后面这句话说复转军人进法院是发挥专业的特长，这是小平同志的话。复转军人进法院这件事情是小平同志绝对提倡的，后来有人说复转军人进法院，去多了也不太好，他不懂法。后来小平同志说，你们不要考虑这么多，复转军人进法院可以发挥他的

专业特长。大家知道专业特长是什么，就是条敌立功，坚决服从命令，绝对服从上级，军令如山倒。这就是军人特征。所以小平同志就看准了我们司法的这个特征，最符合这个特征的就是复转军人进法院。所以你看《人民法院报》，上面报道了许多我们好法官的典型事例。有一本书叫《走向权利的时代》，那里面贺卫方老师写了一篇文章，专门讲这个《人民法院报》报道的司法英雄模范的事例。他总结以后发现，报道复转军人的典型事迹超过70%，也就是说只有复转军人在法院里面才是好干部，或者主要是好干部。其他像我这样的人到法院里面去，你很难当好干部。为什么呢？因为复转军人知道，第一绝对服从上级，领导叫干什么就干什么，党叫咬谁就咬谁。这个绝对是毫不犹豫，毫不含糊的。这就是我们平常说的“我是党的一条狗，生生世世跟党走。党叫咬谁就咬谁，说咬几口就几口”。（笑声、掌声）我们现在的司法权实际上就是这样一个状况。你要说我们所有的司法机关都是最高中央机关、最高领袖的一条狗，那倒还是一条高级狗，一个职称比较高的狗。现在的问题是我们的狗好多是地方领导的狗，是县委书记、县长的狗，这个时候就是职称比较低的狗了。可惜的是有时候这种狗当起来也很困难。这就是我理解我们现在的法院，说白了，好多都是这个状况。所以你看现在我们经常搞这个联合办公。一到严打的时候，我们就公检法联合办公。这个公检法联合办公的概念来自哪呢？就来自我们过去叫会同作战，集中精力打歼灭战。几个部队集中优势兵力，消灭一个敌人。这种观念影响到我们司法就是所谓的会审制，联合办公。这种情况也就是所谓重点突破，攻坚战，在今天实际上还在做。我们现在还有联合办公。公检法联合办公怎么办呢？在座的各位你们以后实习会看到，公检法坐在一个圆桌子上，那边公安局，这边法院，这边检察院。那边侦察，这边批捕，这边审判，一下子转过来，总共只要花五个小时。但是司法公正就在这个地方完全被牺牲掉了。最后大家看这个，说司法中张扬军事化的暴力，这也是我们兵刑合一的一个典型体现。我们今天还搞公审判大会，在公审判大会的时候，把那些已经软的象兔子一样的人五花大绑，四周架着机关枪，然后绑缚刑场，武警倾巢出动，还死囚游街示众。这种现象，现在你在很多地方还能看到。这个实际上是在张扬军事化的暴力。也就是说我们这个司法我不敢张扬我的公正，我只敢张扬你不敢惹我，只敢张扬我跟你比，我比你厉害，我有武力你不得不服从。只有再一个没有强调司法公正的社会里面，或者说没有实质司法公正的时候，才要特别强调司法背后的武力和暴力。这就是我们的一个特征。最后说到我们现在还有军队参与司法，这是另外一回事。

（五）下面我想讲的第五个问题，就是中国有这样一个多头司法的传统，司法不是一个机关不是一群人的事情，而是很多机关共同进行的事情。谁都可以插一杠子。这是中国的一个传统。所以我叫牵制会审，多头司法，法出多门，政出多门，司法多门，这种状况在中国古代如此，今天也是如此。这个状况在座的各位你要出去实习一段时间，你就会发现我说的这个情况可能还没有你看到的严重。那么这个在古代是怎么样的？秦汉以来，宰相一直有司法权，我们一想宰相是谁呀？宰相相当于我们今天的国务院总理，但他一直有司法权。直到明朝废除宰相之前都有司法权，你比如说这个御史台、都察院参与司法，我们一般理解，监察御史是一个监察机关，相当于我们今天的纪检监察，但事实上不是这样理解的。事实上监察御史在很多时候是直接参与审判案件，不仅仅是弹劾。再比如说明朝的锦衣卫，东西厂，政府司，清朝的什么八旗都统，满洲将军理事厅，还有什么盐法道，督粮道，转运使，参议道，这些在中国古代都参与司法。所以在中国古代你很难找到一个清白的司法机关，单独的司法机关，谁都可以在这个里面说自己能够掌管一定的司法。这种情况中国古代从来没有人想——就是能不能把这个事情理顺了呢？能不能改成只有一个司法机关呢？这个想都没人想过。这就是中国的传统。关于这个传统我觉得最典型的就会审制度。因为这个会审制度啊，实际上讲的就是司法多门，司法多头，你也可以司法，我也可以司法，那么皇上对谁都不放心，怎么办呢？最好的办法是让你们一块司法。大家一块搞，这就是我们今天对谁都不放心，让公检法一块办公，你也管，我也管，他也管，大家一块管。这就是没有独立司法权的一个典型表现。所以你看，唐代叫什么三司会审，三司推事，清代叫九卿会审，朝审秋审，都是会审。这种会审就是我们《法制史》教科书上写的，各个机关甚至根本就没有司法权的机关也参与司法。比如说我在讲清朝这个秋审，秋审里面有九卿，就是朝廷九个最大官员，然后还有什么军机大臣，内阁大学士，都参与最后的秋审大典。这种状况我觉得现在要理解都不好理解。凭什么内阁大学士也来参与啊？内阁大学士相当于什么？相当于我们今天的中科院院士，翰林院。还有什么詹事，詹事是什么？詹事是皇太子办公室的主任，皇太子办公室主任怎么能参与司法呢？再比如说九卿里面还有一个通政史，通政史是什么？通政史相当于我们今天说的中共中央办公厅主任。中央办公厅主任也能参与司法审判，这就是所谓的多头司法。从这个里面你能看出来中国古代是一个什么状况。中国古代这种状况我想总结为三句话：司法不是一个专权，不是一个专门权，是一个国家机关就可以司法，谁都可以来管，谁都可以管跟我有关的案件，这就是中国古代司法权的概念。只要跟我有关，比如说，我是国家的工部，工程部，要有一个案件是工程方面的事情，我也可以参与审判；要是我是吏部，有官吏犯法，我也可以参与审判。这是中国古代的状况。

当今中国这种司法多门的状况仍然存在。下面大家看，我们公安部门对案件可以不移送，通过取保候审，通过监视居住这些措施，公安机关实际上在行使国家司法权的一部分，或者是一方面。检察院可以利用自己的不起诉来对案件作出实际上的司法判决。尽管不是正式判决，但是我跟你说了，你这个构成犯罪，该不该起诉，要不要起诉，是我来定，你如果给检察院修一栋楼，我就不起诉了。这种情况现在也是常见的事情。我有一个同学就是因为一个经济案件，检察院最后跟他讲说，你这个案子，两可之间，也可以起诉，也可以不起诉。我们最近正在盖一栋楼，还差两百万块钱，你能不能出点钱，出点钱就算了。后

来我那同学乖乖出两百万。最后就没有被起诉。而这种情况实际是检察机关在行使司法裁决权。再比如现在江苏有的地方检察院，搞经济案件调解，经济方面的刑事案件它用调解的方式完成，比如金融诈骗。本来是个刑事案件，它说你们双方在一块，最后我们达成一个调解，你出多少钱，他出多少钱，检察院捞多少钱最后就了了。不当刑事案件（处理了）。这种情况实际是检察院在行使司法判决权。再比如说司法行政机关监狱里面，监狱里面这个权很大。大家要是不信，你到监狱里面去问一问。监狱里面那个决定，减刑、假释的那个机构，那些人权力大到可以说非常非常难以理解的地步，有时候有的罪犯在监狱里面就为了减少一年的徒刑，你让他把房子卖了，他都愿意。这实际上也是在行使司法权。后面再说什么联合办公啊，书记批案啊，信访机关信访处理啊，还有工商税务海关这个执法，这些执法权实质上都有司法权的含义。都不是严格意义上的行政权。都有西方那个司法权的范围或内容。后面再比如说，铁路、森林、水运、海事、农垦法院，这个加上我们各地方的地方法院，这是请大家注意的一个问题，就是我才前面讲古代一个传统叫什么？司法是我们本单位本系统自己的事情。今天就是这样的。本来中国的铁路系统是企业的，严格说是企业，可现在就有铁路法院，还有铁路检察院还有铁路公安局。也就是说它这个企业最后搞的象地方政府一样。这个我认为就是中国古代司法权的一个体现。再比如新疆生产建设兵团有自己的农垦法院，其实新疆生产建设兵团也是企业。但是新疆生产建设兵团也有法院。还有森林法院，原来有水上运输法院，后来改成海事法院。其实海事法院在某些意义上讲，它不仅光管海事案件，有时候还带有一种封建诸侯制的那种管辖范围。所以我说这个铁路、森林、水运、海事、农垦，还有地方法院都有一种什么意思呢？都有一种好像诸侯割据（的意思）。诸侯王国自己的事自己管，别人不能插手，这是我的势力范围，这是我的“封疆”。这种概念在今天还有。至于说军事法院，管军事里面的案件，其实有时候是军队里面的民事案件，它也管，它不让地方管，这就是军队系统。我管，不能你们插手。最后还有人大个案监督权，所有这些加起来，我就认为中国多头司法是很典型的。那么这个里面最典型的是什么呢？我要说最典型是党的纪检和监察部门在执法，在司法。纪检监察部门自己带枪，自己对人可以进行“双规”“两指”，让有些人失去自由。这时候纪检监察部门实际上已经变成一个司法机关，只是我们现在法律上没有这么写。这个在全世界的民主潮流看起来，是一个最不能容忍的事情。但是我们大家现在觉得习以为常。

（六）下面我们看一下这个问题，司法的行政化。这个司法的行政化跟前面的有点关系。但是这是换了一个角度。什么角度呢？大家看，从中国古代这就是司法行政化的一个标志，第一个就是说司法长官是各级行政长官。当然我们用这个话说起来都不合理，你说你要用司法官就是行政长官，行政长官为司法官。你这个话本身就带有行政权是行政权，司法权是司法权。司法权和行政权应该分立，应该有区分这样一种先入为主的概念。但在中国古代，这种先入为主的事情是没有的。所以我现在说中国古代行政长官当司法官，这是用现在的话强加给古人。其实古代没有这个意思。就是所有的官都是所有的官。所有的官所有的事都管，就是这样一种情况。所以说一个地方官他最大的两个职责：一个就是收税，一个就是听狱断讼，审判案件。所以这样来讲，一个官员在一个地方，掌当地的政令，决定地方案件，这是两个最大的职责。中国古代这样一种司法的行政化，我们今天已经保存下来。第二个我们讲，中国古代有没有专职司法官呢？我们的法制史教科书上讲有。比如说汉朝有所谓司法参军，司库参军。汉朝的州郡里面有什么决曹掾，司法员，这就说明古代也有专职的司法官。比如清朝有按察史，但是这个专职司法官是不是真正的专职司法官呢？我的意思是他不是，他只是地方头号长官司法方面的助手。他没有独立的司法权，没有真正的司法权，他的判决不是独立判决。他只能提出一个意见，最后判决的长官是自己的上司，是地方一号首长。是用他的名义判决的。这是第二方面；第三方面讲的是凡是国家机关，大都可以参与司法。这我前面讲过了。最后就是一个，这个我们今天也有。咱们法制史上叫什么？叫逐级审转制，就是每一级下级，任何一个下级审判的案件都不可能成为真正的终审判决。任何一个下级判完了以后，他绝对服从上级。他把自己的判决结果往上转，所以中国古代有这个逐级审转制。在座各位学法制史，课本上讲的有。所谓逐级审转制就是每一级审完了以后，你只能作出一个判词，也可以叫看语，但这是一个建议性的意见，这个意见往上报，报到上一级，上一级又依法审判完了，又判，判完了以后又报到上一级。最后死刑案件和流刑案件一定要报到皇帝那去审批，皇帝说怎么办才怎么办。所以这样来讲，我们说司法行政化的一个标志就是任何一级下一级司法者、司法权或司法官都不是我们现在意义上的独立的司法官，他都是上级司法长官的下级，是他的下属，他绝对服从上级意志，他是上下级的领导和被领导关系。他不是一种独立的审判关系。

这样一种传统，这样一种逐级往上报的权力服从传统，今天我们也保存下来了。就像到上一级法院起诉，要院长负责一样。他是他，我是我，凭什么我要对他的技术错误负责呢？再比如说我们现在从审判员，到合议庭，到庭长再到院长到审委会，这种层层把关的一种审判制度，就是一种典型的行政思路。还有我们现在下级法院经常向上级法院请示汇报。本来一个案子是疑难案件，我判决为了避免被改判的风险，我提前到上级法院请示说，这个案子我想这样判行不行。那法院说就这样判，最后那个被告跑去上诉，等于不用上诉了，两审变一审了。所以我们现在很多被告的上诉权其实被取消了。这就是一个行政思路造成的。按说这样做是严重违宪的。再比如下面，这个审判监督制度在中国被滥用，我们现在这个审判监督是无限审判监督，没有限制，随时可以监督，随时可以上告，上告到中央，上告到哪都可以。上一级法院对下一级法院随时可以提审，随时可以指令改判。这样一种做法实际上表明上级法院永远是下级法院的行政领导。它永远要服从我，这种情况在外国大概是（想也）不敢想的。还包括下面的指令管辖，这种



情况我觉得是法院内部办案思路上的一种严重的行政化倾向。这个现在我估计还有加强的倾向。比如派院长的这个事情，还有这个提审案件，指令管辖，这些现在应该很严重。

(七) 最后一个问题，我想讨论一下司法权有哪些禁区。通过司法权的禁区，我们来看看中国的司法传统和当代全世界的司法潮流是个什么关系。你看中国古代的司法权有这样一些禁区，也就是中国古代司法审判是不能问津这样一些问题的。比如(1) 皇帝，皇帝你不能问。就刚才我讲的张释之就说了，皇帝的我们不能问，皇帝的不能问指两个方面的不能问：第一皇帝的权力多大界限，皇帝权力大小，皇帝权力有没有搞错，这个不能问。司法绝对不能问；第二是皇帝个人我们不能问，皇帝个人有没有违法我们也不能问。比如说老百姓一夫一妻，皇帝一夫九妻，那个错不错我们不能问。因为古代经典说了，皇帝可以有八十一个妻子。当然后来最多的是三宫六院七十二嫔妃后宫三千佳丽三千。那这种情况下，你说皇帝违法没违法，我们说皇帝不存在违法的问题。(2) 你看中国古代的司法观念里面，从来没有人说法律的正当性要经过司法的认定，这是一个重要问题，也就是中国古代从来不存在对法律的司法复审问题。就是你们说的什么违宪审查，后来搞的叫司法复审。中国古代这是一个禁区。(3) 就是官僚贵族的事务好多是司法的禁区。只要是达官贵人，只要是高官显贵，皇亲国戚，他们的很多事情表面上看法律上规定很清楚，要制裁，但实际上，好多情况下你们不能问津，你们干瞪眼。(4) 民事案件好多是司法的禁区，司法不能管民事案件，民事案件只能管一部分。当然不是不能管，但只能管最严重的那一部分，而且是用刑法的方式来管。这是一个禁区。(5) 是涉及礼教纲常的评价这样的事务，也就是礼教纲常的信条，比如说三纲五常，父子孝，君君臣臣这些东西在生活中要怎么评价它的利弊得失，这个东西也是司法不能过问的。所以这样来讲，我下面有一个结论，一般来说司法不能管的事情越多，越说明中国古代没有真正意义上的司法权。因为中国古代司法不能管的事情太多太多，所以我说中国古代没有现在这个意义上的司法权。

那么我们看看现代。现代中国司法的禁区还照样存在。大家看这些，第一我们说我们的刑事案件和民事案件这是一个典型的差别。我们大致的感觉，当然现在可能变了一点。我以前印象是、记得以前我在法院实习的时候，我们院长跟我讲说，刑事案件没小事，民事案件没大事。这个就是司法权禁区的一个概念。就是刑事案件是为王者肃清乱臣贼子，所以我们用什么手段都不过分。但是民事案件是我们内部的事情，我们尽可能的大事化小，小事化了。这是一个。第二个官僚贵族的特权我刚才讲了，很多人现在实际上是法律管不着的人，或者即使管，管的跟你我不一样的人，所以那个山东省泰安市的市委书记，四年以前被逮捕枪决的叫胡建学的那个，在法庭判决完了以后，记者就问他说你这个人啊，你怎么这个糊涂呢。你怎么做了那么多违法乱纪的事情。胡建学就说了一句话，他说你这个话要早点跟我说就好了。其实我就感到我一当了市委书记以后，就觉得象我这种级别的人就没人管我了。这个胡建学说没人管这是个事实，你要看一般来讲，爬到这个位子的人要用正常的司法程序管他，事实上很困难。那么大家说，为什么这些人还是一个个落马呢？胡长青、程克杰为什么落马呢？我们知道，他们落马并不是司法权发挥作用，而是权力斗争发挥作用，行政权力发挥作用了。如果真正是司法权发挥作用的话，那么山西绛县那个三盲院长姚晓红绝对用不着中央政法委去办案。要是真正司法权起作用，县法院就能起作用了，地市州法院就能起作用。根本用不着中央派督办组。所以说这些重大的高官显贵的司法案件，最后真正被推上法庭的是政治权，是行政权而不是司法权。所以这就是我的一个基本看法。下面大家看第三个，一般行政行为不得起诉。我们现在讲《行政诉讼法》，行政诉讼法可以诉具体行政行为，但不能诉一般行政行为。但现在好像变了一点，说一般行政行为里面有少数（也可以起诉了）。这个我不懂，我是外行，在座的同学别笑话我。听说有一部分是可以起诉的。是吧。就是行政案件里面有一部分一般行政行为可以作为行政诉讼的对象。但是总体上讲，大面上是不能起诉的。那么一般行政行为不能起诉是什么意思呢？简单说就是中国古代我说的，对法律的正当性进行司法复审是司法的禁区。实际上还是这个传统。下面讲内部行政行为不得起诉。今天还是这样吧。比如说厦门大学，你要处分一个干部，那个干部到法院去起诉，法院就说这是内部行政行为。其实有时候我们知道，内部行政行为有些实质上干涉到了我们公民基本的宪法权利或是民事权利或者其他权利，应该说可以起诉。但是我们现在一刀切，不能起诉。这实际上也是司法的一个禁区。再下面说党的政策能不能起诉啊。政策行为我们绝对不敢起诉。还有宪法能不能诉讼啊？违宪能不能诉讼啊。我们今天还没有违宪诉讼。我们说中国今天还没有违宪诉讼，我们又可以说没有救济就没有权利，没有违宪救济就没有宪法。所以我简单说中国今天实际上没有宪法。因为我们伟大领袖毛主席已经给我们教导过，他说宪法是写给外国人看的。所以要写好一点。（笑声）所以你看最后这一条，党的一切权力活动实际上到今天还在司法管辖权之外。我记得前年在中南政法的时候，我在学校里面曾经发动学生准备提起一个行政诉讼，我在学校里面搞签名也有几百签名了。后来我们校长到我家里面来跟我进行严重的思想工作。是啥事呢？是这样一件事。经过武汉市人大选举，选了一个市长，叫周济。现在是教育部部长。这个武汉市市长周济从湖北省的科技厅长转到武汉市当市长，转到武汉市当市长是武汉市八百人的代表一致通过，全市人民觉得我们武汉人民拨开云雾见青天啊。是吧，总算有一个院士当市长，武汉有希望了。谁知三个月以后，把他调到北京当教育部的党组副书记，部长候选人。这样来讲，武汉市八百人的代表感到自己受欺骗受愚弄了：你早跟我说我就不投票了，后来有些人人大代表就跟我讲，说这个事情你们可以讨论。我一听到这个事情就在学校里面就写了一个意见书啊，我组织签名，准备提起行政诉讼。后来我们校长说你千万不要搞这个事情，我们正在报博士点，你要一搞，我们博士点就完蛋了。（笑声）说你等我们二级

学科博士点评完，然后再等一级学科博士点评完以后，你再告。可是我再想告，行政诉讼时效已经过了。（笑声）那这是什么意思呢？大家可以看到，这个周济调到北京，是中共中央组织部调的，中央组织部的行为是在法律管辖范围之外的，它是党的行为。可是党的行为已经剥夺了武汉市人民议机关的权力。也就是武汉市八百人代表的共同意志，武汉市八百万人民的意志比不上中组部的一纸调令。这个在我们现在还是一个法律的禁区。所以后来吴校长说你要真想告状可以，你最好从学校辞职，你就是一个散兵，散兵游勇可以。后来我说我这个饭碗我还不丢，所以算了。本来我还想当一把烈士，后来不敢当。所以这就是我看到的中国的法律传统，中国的司法传统对当代中国的影响。仅仅在司法权力的概念运作构成这个方面我刚才就讲了这七个方面。这七个方面我觉得我这个总结，我这个概括可能是比较浅显的，牵强附会的，我相信在座的老师和同学可能比我研究的更深刻，更透彻。所以今天我把我的浅显的意见贡献给大家，耽误大家的时间，谢谢各位！（热烈的掌声）

#### 问答时间

问：范老师，听了您的讲座非常钦佩您的真诚和直率，我想问一个问题，您的想法，其实和我们大家的想法有很多不谋而合的地方，可能我们说的不那么全面。那么按照您的想法，如果中国的司法想还原其本来面目的话，它有没有期限？如果有期限的话，那会有多远。

答：感谢这位同学的问题。他说还原其本来面目，还原中国古代那个面目？（笑声）我明白他的意思，就是要把中国的司法建设成全球司法权应该有的那个状况，还有多远。还有多远？这怎么象给李洪志提的问题一样？这是个算命的问题，但是我觉得应该说中国刚才我讲的这个传统啊，深深的影响我们。在我们的血管里面都有传统，你想简单的一笔勾销是做不到的。但是我觉得我能在这个地方讲这些大逆不道的话，本身就说明为期不远了。我可以这么说，因为要不然的话，要是再退回去三十年，我说这些话足够判死刑两到三次了。（笑声、掌声）

问：当今中国社会主义思想主要由三种思想交织而成。（1）西方市场经济的自由主义、个人主义；（2）毛泽东思想；（3）传统中国遗留下来的文化。毛泽东思想作为中国化的马克思主义是否脱胎于传统中国文化？如果不是，那么它为何为民众接受的程度如此之高，而且西学在中国水土不服。

答：这个问题我觉得是一个很深刻的文化学的问题。中国目前的思想意识形态由三种东西交织而成，这个我赞成，就是说传统文化、西方正宗思潮和西方的造反思潮。毛泽东思想是什么？是从苏联革命传过来的那个列宁主义演变到中国是毛泽东思想。而列宁主义从哪来呢？从西方的造反主义，从西方文化的造反者那来，从卢梭从巴黎公社那来。那我觉得如果这样三种思想在中国，确实都在影响中国当今的体制和我们的政治思路的话，按照中国目前的情况，说毛泽东思想是不是主要脱胎于中国传统文化，我认为，毛泽东思想的更大成分来自于中国传统文化。应该说表面看是来自苏联革命传统，但是更多的深层东西来自中国传统文化。可以说中国任何一个封建帝王做梦都不敢想有毛主席那样绝对专制的权威。绝对不敢想有毛主席那样万岁、万岁、万万岁，然后红太阳遍天下，他的语录本发到了每一个人的床头去。这个中国古代皇帝想不到。中国古代的皇帝从来没有一个人想，以自己的思想为全国人民脑子里的唯一指导思想。但是毛主席做到了。所以我说毛泽东思想的主要成分应该脱胎于中国文化，但是毛泽东又以中国文化最激烈反抗者的身份出现，这倒是一个非常奇怪的地方。为什么最激烈的反抗者最后倒是最坚定的中国传统文化的拥护者，这就是两个极端的反差，我到现在还没想通。谢谢。（掌声）

问：我们现行的司法体制受中国传统司法文化影响这个毋庸置疑，也是刚才范老师讲座的主要意思。但是我想问范老师的就是，我们中国现行司法体制有没有受苏联斯大林模式的司法体制的影响；纳粹统治下的德国，希特勒应该也是有生杀予夺的权力的，这说明中国现行司法体制存在的这些问题不单单是受中国传统司法文化的影响，可能还有一些其他更深层次的原因，我的问题就是这两个。

答：感谢这个同学的两个问题。这两个问题还确实是很重要的问题。他第一个问我，到底是苏联影响大，还是中国传统影响大。但是我觉得这个里面，苏联的影响可能是表面声称的那个方面比较多。你看我们现在的刑事诉讼法，《法院组织法》更多的像抄苏联革命时代的法律，但是应该说骨子里面，潜规则里面更多的受中国传统文化的影响。另外一个问题，刚才这个同学讲说，你光把西方看成铁板一块也不对，其实西方有很多时代不同。西方的传统也有很多支派。我刚才一开始就讲了，我是这种粗疏的，大而化之的笼统的研究，所以我只敢说一个大致的印象、感觉。应该说我现在讲的这些东西是和西方的一般情况来比较，你要说我比较的那个情况是不是西方一般情况，那个一般的情况到底要含百分之几十的含量才算一般，这个我目前还没有考证。所以这个应该是我空疏之处。谢谢提出来。（掌声）

问：范教授，你好。我就有一个问题想请教，明年我们新的《公务员法》就要实施了。在这个公务员法里面有一个很大的变化，就是把检察官和法官应该说是正式的化到公务员里面了。我在想，就国外普遍的认识，检察官和法官好像不是公务员。我们现在把他们化入公务员以后，是不是对以前的《检察官法》

和《法官法》的一种否定，或者说是在我们的司法进程受到了某种阻碍，或者说开始往后退了，或者另一个方面说是行政权的进一步强化。第二个问题是说我们现在的这种立法方式是不是一种法制的异化。因为我们现在《公务员法》实际上已经重新定义了，已经完全不是国外那种公务员的定义了。按照这样的立法进行下去的话，那我们法制的方向有没有跟国外接轨的可能。第三个问题是，你怎么看待《公务员法》把法官和检察官并入公务员队伍。

答：这位同学刚才说的三个问题，第一个问题和第三个问题其实是一个问题。就是《公务员法》现在把法官、检察官收录进去，这个到底该怎么评价。我觉得这是个很复杂的问题。但是我觉得把它看成法官行政化的更加强化，应该是没有什么问题的。我觉得这是法官身份行政化的更进一步强化。所以这是一个令人担心的事情。我们现在公务员定义可能是还是从中国古代传下来的这个定义，就是所有吃皇粮，为皇帝打工的那个定义。就是只要是吃皇粮，只要是吃国家薪水俸禄的所有的人都是公务员，所以这种情况下，我们党的干部，纪检干部，监察干部，工会，共青团妇联，全部是公务员，这个是这么来的。所以这样一种印象，这样一种概念跟西方那个公务员啊，那可以说是差别特别大，还不是一般大。这个问题我就回答到这。（掌声）

问：一个同学的纸条上说，上个世纪八十年代以来，学界对儒学的重新诠释推动了儒学的现代化。你认为儒学的现代化关键在哪，或者说现代化这个概念本身是我们应该反思的观念。

答：就是现代新儒学的问题怎么看，在座的同学要是对这个感兴趣，我觉得你们的档次就非常高了。因为一般同学感兴趣不到这个问题，这是一个大文化的问题。这个问题我也比较感兴趣，因为我的一个老师很感兴趣。在西南政法大学的时候，我的班主任老师，现在是现代新儒家的典型代表之一，他的名字叫蒋庆，在座可能有（同学）知道的。蒋庆先生写了一本书，叫《公羊学引论》，就是汉代有一个春秋研究大家，叫公羊先生，公羊家族，他祖孙三代研究春秋，后来他形成一个学派叫公羊学派。蒋老师写的这本书讲的就是儒学里面的这一个分支，叫公羊学的这一个分支对当代政治儒学、实践儒学的弘扬有什么重要意义。他写这本书，好早同学告诉我说，蒋老师写了一本好书，你赶快去找找看。我跟蒋老师联系，联系不上。后来上海开会的时候，我就到上海福州路图书城去找这本书，找了一上午，在法律的柜子没找到，文学柜子没找到，哲学没找到，宗教没找到，最后在哪找到呢？在畜牧兽医那个地方找到了。（笑声）我就问那个服务员，说你为什么把这个书放在这个地方啊？那个服务员就说：“这不是研究公羊的吗？说不定下面还有个母羊呢。”这也是当代学术的一个笑话。象这样的事情，也就表明我们今天对中国传统文化一些基本的东西，这么生疏，以至于上海图书城专门管放书的那些服务员都不知道。所以从这个意义上讲，我们要复兴儒学，让儒学到现代新儒学的阶段，要让儒学解决21世纪人类文明以前解决不了的问题，这个可能很多情况下是一厢情愿的，美好的愿望。但是做起来可能非常难。关于这个问题，我想如果有同学对现代新儒学里面的法律观做一个深刻的研究，这可能你就是现代新儒学法学方面的代表。你将来可能会进到现代新儒学那个叫列祖列宗的名录里面去了。谢谢各位。（掌声）

刚才有同学说要我公布一下我的电子邮件，要是有问题我们以后可以在电子邮箱里面讨论，我的电子邮箱就是我的名字“范忠信”三个字的第一个拼音字母，加上数字59，因为我是59年出生的。FZX59@VIP.SINA.COM。谢谢各位！（热烈的掌声）

## 发表评论

用户名：	<input type="text"/>	○（3-20个字符）
电子邮件：	<input type="text"/>	○
用户评论：	<input type="text"/>	○

发表评论

重置

## 用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者!

[中国法律文化](#) | [About law-culture](#) | [关于我们](#)

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com  
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720