

共和国六十年法学论争实录

江平/总主编

民为邦本

法治天下

诉讼法卷

卞建林/主编 | SUSONGFA JUAN

 厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

共和国六十年法学论争实录

江平/总主编

诉讼法卷



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

共和国六十年法学论争实录·诉讼法卷/卞建林主编. 厦门:厦门大学出版社,
2009.10

(共和国六十年法学论争实录/江平总主编)

ISBN 978-7-5615-3399-4

I. 共… II. 卞… III. 诉讼法-法学史-中国-1949~2009 IV. D909.27

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 188320 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门集大印刷厂印刷

2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:25 插页:3

字数:450 千字 印数:1~5000 册

定价:50.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



总主编：江平

执行总主编：柳经纬、齐树洁

编委会

编委会主任：朱崇实

编委会成员：(按姓氏笔画)

马怀德

卞建林

江平

齐树洁

曲新久

朱崇实

朱福惠

张恒山

陈福郎

柳经纬

蒋东明

韩大元

廖益新

秘书：施高翔



自1949年10月1日开国大典至今,新中国走过了不平凡的历程。六十年风雨砥砺,沧桑巨变。抚今追昔,展望未来,令人感慨万千。

新中国建立后,由于废除了国民党的“六法全书”,全盘学习苏联,建立了权力高度集中的经济体制和政治体制,民主法治缺乏必要的社会经济基础和政治基础,因而法律工具主义(实用主义)、法律虚无主义盛行。共和国前30年,民主法治建设遭受严重挫折,“文化大革命”期间甚至出现了“无法无天”的局面。1978年十一届三中全会之后,以市场化为取向的经济体制改革不断深入,为民主法治建设奠定了必要的社会经济基础,而依法治国方略的确立则为民主法治的发展提供了必要的政治条件,民主法治建设由此走上了正轨,呈现出欣欣向荣的景象。今天,我国的法律体系日趋完备,司法运行机制基本健全,公民法律意识普遍加强。但是,我们应当清醒地认识到,依法治国、保障人权虽然已经写进了宪法,但是离真正实现还有漫长的道路。

与社会主义民主法治进程相适应,我国法学理论发展大体上也以1978年为界分为前后两个时期:前一个时期的法学理论受到法律工具主义和国家意志主义的支配,具有浓厚的意识形态色彩。在那段时期,法律被认为是统治阶级意志的体现,是阶级专政的工

2 总序

具,人类社会创造的一切法律文化和法律文明都被视为剥削阶级的法学而遭受彻底的否定,正常的法学学术讨论变成“打棍子”、“扣帽子”的政治运动,大批法学教授被打成右派,成为阶级专政的对象,法学因此丧失了科学性而沦为一定意识形态的奴仆,法学园地一片荒芜。后一个时期的法学理论随着民主法治的进步逐渐得以重建与发展,从构建法学的基本理论开始,法学界以极大的热情投入到改革开放的伟大实践中去,研究改革开放过程中不断涌现的新问题,为解决实践中的难题提供理论支持,为社会主义民主法治建设献计献策,法学也从以往的“荒蛮之地”发展为日益繁荣的“显学”。近年来,我国法学理论研究彻底抛弃法律工具主义和法律虚无主义观念,逐渐摆脱了对特定意识形态的依附,有了对国家民主法治的独立的价值判断和理论追求,法学理论体系的框架初见端倪。法学不仅仅是一门“显学”,而且已成长为一门科学。然而,我国法学的成长并非一帆风顺。总体而言,我国法学的成长面临着两大问题:一是旧观念的束缚。新中国成立以后逐渐形成的特定的意识形态,如阶级斗争理论、法律工具主义观念等,是横亘在我国法学成长道路上巨大的理论障碍。法学研究必须摆脱这些旧观念的束缚,必须冲破这些理论樊篱,才能获得成长。二是由于在很长时期内,对人类社会一切法律文明都持否定态度,导致了我国法学严重的先天不足,相关知识匮乏,研究视野狭窄,理论水平低下,“幼稚的法学”曾是较长时期内人们对法学的基本评价。法学要发展,法律人就必须发愤努力,扩大理论视野,吸收人类社会一切法律文化和法律文明的知识养分,以后天的努力来弥补先天的不足,摘掉“幼稚”的帽子。

经过改革开放30年来所有法律人的艰苦努力,站在今天的角度,我们可以乐观地说,我国法学基本解决了上述两大问题,法学理论中的意识形态色彩逐渐褪去,法学不再是“幼稚”之学,我国法学成长起来了!

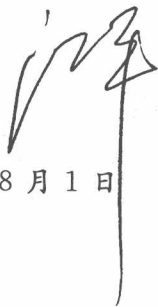
在共和国 60 年的历程里,虽然 20 世纪 50 年代即有关于“法的阶级性与继承性”的讨论,但是,这些论争的声音极为微弱,合理的意见和主张非但不能进入主流,反而被作为“反党反社会主义”的谬论加以批判。最能集中体现法学成长的当属改革开放以来发生在法学各个学科领域的一次又一次的论争。从 20 世纪 80 年代的“法的本质”的论争、“法治与人治”的大讨论、民法调整对象之争、无罪推定的争议,到 90 年代的公私法理论讨论、免于起诉制度存废之争,再到新世纪由北大法学教授的一封“公开信”引发的《物权法(草案)》“违宪”大论战,关于沉默权、废除死刑、死刑复核程序、辩诉交易、宽严相济刑事政策的争论等,无不引起全社会的关注。回顾共和国 60 年来尤其是改革开放以来法学的论争,其间既有事关国家法治前途的重大理论问题(如法治还是人治问题),也有改革实践中提出的具体实际问题(如国有企业改革问题),还有法学理论体系构建层面的一般学术问题(如民法学中的物权行为理论问题),可谓千姿百态。与五六十年代的动辄政治运动、上纲上线不同,改革开放以来的法学论争,主要是在学术层面上展开,基本做到了百家争鸣。这也从一个侧面表明我国法学理论研究趋于理性,日臻成熟。

60 年来,我国法学的发展如同唐僧西天取经那样,历经波折,备尝艰辛,其间的经验教训是一笔宝贵的财富,值得记录总结,留给后人评判。有鉴于此,《共和国六十年法学论争实录》试图以史家的笔法,以“实录”的方式,从学术史的层面上再现共和国 60 年历史进程中发生的一次又一次关于法学重要问题的论争,从一个侧面揭示我国法学从“荒蛮之地”走向“显学”,从“幼稚之学”走向成熟,与时俱进、不断开拓的历程。《实录》参照我国法学学科的划分,分为法理学卷、宪法卷、行政法卷、民商法卷、刑法卷、诉讼法卷、经济法卷和国际法卷,由一批具有较高学术成就的中青年学者担任主编。各卷的主编多是改革开放以来法学论争的见证者或参

4 总序

与者,他们的勇于担当,必将使《实录》的初衷得以更好的实现。读者不仅能从其间领略到我国法学成长过程的点点滴滴,同时也能真切感受到共和国60年民主法治与法学发展的艰辛历程。

以“实录”的方式再现共和国60年间发生的法学论争,这在我国法学学术史的理论研究方面还是第一次。民为邦本,法乃公器。我期待并且相信,《实录》的组织编写和出版必将有助于促进法治精神的传播,使法治精神进一步体现在民众的言论和行动中,落实到国家的法律政策中。法治天下,其日可待。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, fluid characters. The signature is positioned above the date.

2009年8月1日



总 序/江 平

第一专题

关于司法独立的论争	(1)
一、引言	(2)
二、新中国成立初期的司法独立争鸣	(5)
(一)“司法独立”的政治定位	(5)
(二)1951年暂行组织条例与“双重领导体制”	(8)
(三)1952年司法改革运动与“肃清旧法观点”	(13)
(四)1954年宪法与“独立进行审判”	(17)
(五)反右运动与党在审判工作中的绝对领导地位	(26)
(六)“文化大革命”与“砸烂公检法”	(30)
三、改革开放初期的司法独立争鸣	(32)
(一)“独立进行审判”与司法独立的关系	(34)
(二)“党领导下的审判独立”	(36)
(三)院长、庭长要不要审批案件的短暂插曲	(43)
(四)社会政治生活与审判独立的发展空间	(44)
四、“推进司法体制改革”背景下的司法独立争鸣	(46)
参考文献	(55)

第二专题

关于检察机关定位的论争	(59)
一、引言	(60)
二、检察机关与检察权的性质之争	(63)
(一)焦点一:检察权的性质之争	(64)
(二)焦点二:法律监督是否为检察权本质属性之争	(69)
三、检察机关的领导体制之争	(74)
(一)历史变迁	(74)
(二)领导体制之争	(75)
四、检察机关的职权之争	(80)
(一)概说	(80)
(二)职务犯罪侦查权	(80)
(三)批准逮捕权	(84)
(四)公诉权与审判监督权	(87)
参考文献	(93)

第三专题

关于无罪推定的论争	(97)
一、引言	(98)
二、关于无罪推定的历次论争	(99)
(一)第一次论争	(99)
(二)第二次论争	(100)
(三)第三次论争	(102)
(四)第四次论争	(103)
三、阶级性视域下的无罪推定论争	(104)
四、认识论视域下的无罪推定论争	(108)
五、诉讼法视域下的无罪推定论争	(112)
(一)关于“无罪推定”的名称之争	(112)
(二)关于无罪推定的表述之争	(113)
(三)关于无罪推定的要素之争	(115)
六、对现行《刑事诉讼法》第12条的理解	(117)
(一)肯定说	(118)

(二)否定说	(119)
(三)有限确认说	(120)
七、刑法再修改对无罪推定的确立和贯彻	(122)
参考文献	(123)

第四专题

关于刑事诉讼目的与构造的论争	(127)
一、美国——日本——台湾——大陆	(128)
二、年轻人的挑战——一对师兄弟	(131)
三、中国的问题——龙马之争	(144)
四、站在转折点——90年代中期的那场大论战	(148)
五、挑战挑战者——新世纪的新论战	(151)
六、评论与展望——人权将是不变的主旋律	(157)
参考文献	(161)

第五专题

关于免于起诉制度的论争	(165)
一、免于起诉制度的历史发展	(166)
(一)免于起诉制度的产生和巩固	(166)
(二)免于起诉制度的废除	(169)
二、关于免于起诉制度的争论	(170)
(一)关于免于起诉制度的存废之争	(171)
(二)免于起诉制度是否侵犯了人民法院的审判权	(183)
(三)是否违背了宪法和刑事诉讼法规定的制约原则	(188)
三、论争的结果和意义——对刑事诉讼法修改的影响	(190)
四、结语	(193)
参考文献	(194)

第六专题

关于死刑核准权的论争	(197)
一、引子	(198)
(一)死刑核准权收回前后的两个案例	(198)

4 共和国60年法学论争实录·诉讼法卷

(二)死刑政策——社会治安形势——死刑核准权	(200)
二、死刑核准权下放的历史沿革	(201)
(一)新中国成立初期至1966年死刑核准制度的创建	(201)
(二)1967—1979年死刑核准制度“名存实亡”	(204)
(三)1979—2003年死刑核准权的下放	(204)
三、1996年刑法、1997年刑法修改前后	
死刑核准权归属的论争	(211)
(一)旧法修改前对“双重核准制”的肯定与质疑	(211)
(二)旧法修改后对死刑核准权下放的否定与反思	(213)
(三)旧法修改前后对死刑核准权下放的支持	(214)
四、2000年后的死刑核准权上收活动	(215)
(一)契机:几起“枪下留人”案和冤案	(215)
(二)最高人民法院对死刑核准权归位的准备	(217)
(三)死刑核准权上收的原因	(219)
五、2000年后死刑核准权归属的论争	(220)
(一)法学家对死刑核准权收回的主张	(220)
(二)实务界对死刑核准权收回的主张	(223)
(三)中央高层和最高人民法院的推动	(224)
六、对收回死刑核准权的评价	(225)
(一)对收回死刑核准权的积极评价	(225)
(二)收回死刑核准权可望带动刑事司法全局变革	(226)
(三)对收回死刑核准权的担忧	(229)
(四)收回死刑核准权后改革的继续	(230)
参考文献	(233)

第七专题

关于民事诉讼模式的论争	(235)
一、模式论的提出与争鸣:职权主义 VS 当事人主义	(237)
(一)何谓民事诉讼模式	(237)
(二)民事诉讼模式的类型与划分根据	(239)
(三)我国民事诉讼模式的界定	(246)
(四)民事诉讼模式转化的向度	(248)

二、关于模式根源的思辨:马锡五审判方式	(252)
(一)马锡五审判方式的渊源与特征	(252)
(二)马锡五审判方式背后的争鸣	(254)
(三)对马锡五审判方式及其模式属性的辩证评价	(257)
三、模式论的未来:“协同主义”、“和谐主义”能否模式化	(260)
(一)协同主义 VS 协同主义	(260)
(二)协同还是不协同	(263)
(三)如何协同	(267)
(四)围绕和谐主义诉讼模式的争鸣	(268)
参考文献	(271)

第八专题

关于民事诉权理论的论争	(275)
一、1949—1979:革命的与破碎的	(276)
(一)苏联学者的二元诉权论	(276)
(二)诉权的湮灭与复苏	(277)
二、1980—1989:涅槃后的再生	(280)
(一)二元诉权论的传承与颠覆	(280)
(二)围绕诉权本质的争鸣	(283)
(三)诉权的现代化与诉讼民主化的呼声	(285)
(四)西方近代诉权学说的反思	(287)
三、1990—1999:改革中的激情澎湃	(289)
(一)保护诉权的热切呼声	(289)
(二)诉权基本问题再论证	(292)
四、2000—2009:新时代的新思考	(297)
(一)新诉权理论	(297)
(二)裁判请求权论	(300)
(三)诉讼权论	(302)
(四)诉权规制论	(303)
(五)全面开花的繁荣景象	(304)
参考文献	(308)

第九专题

关于民事裁判既判力的论争	(311)
一、引言	(312)
二、关于既判力的内涵	(313)
三、关于既判力的本质	(316)
四、关于既判力的客观范围	(319)
五、关于既判力的主观范围	(322)
六、关于既判力的基准时	(325)
七、疑问与反思	(327)
参考文献	(329)

第十专题

关于证据概念和属性的论争	(331)
一、引言	(332)
二、证据概念之争	(334)
(一)五六十年代的论争——一个正确而朴素的开始： 证据有真真假假	(335)
(二)七八十年代——一个被奉为真理的框架：证据是事实	(336)
(三)新一轮的质疑：四面楚歌的事实说	(343)
三、证据属性之争	(346)
(一)五六十年代的论争——证据是否具有阶级性	(347)
(二)1979年以来的论争——证据是否具有合法性和主观性	(348)
(三)争议最小的属性：证据的关联性(相关性)	(355)
参考文献	(357)

第十一专题

关于证明标准的论争	(359)
一、引言	(360)
二、证明标准概念之争	(361)
三、证明标准词语之争——等同说 PK 区别说	(363)
(一)等同说	(363)
(二)区别说	(363)

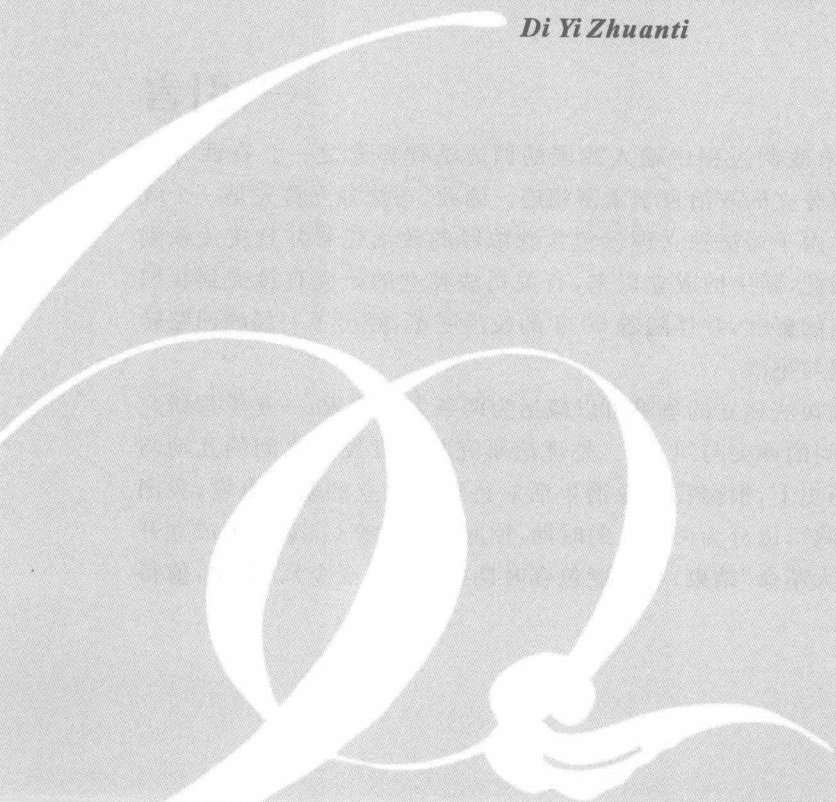
四、证明标准特点之争	(365)
(一)主观性 PK 客观性	(365)
(二)阶段性 PK 非阶段性	(366)
五、证明标准理论基础之争——客观真实说 PK 法律真实说	(367)
(一)客观真实说	(367)
(二)法律真实说	(368)
(三)客观真实论者的回应	(371)
(四)反思	(372)
六、我国证明标准之构建	(373)
(一)客观真实证明标准	(373)
(二)内心确信无疑证明标准	(375)
(三)排他性证明标准	(375)
(四)排除合理怀疑证明标准	(376)
(五)确定无疑证明标准	(377)
七、证明标准的多元化——二元制 PK 三元制	(378)
(一)我国现行的一元化证明标准体系	(378)
(二)二元制证明标准与三元制证明标准的提出	(379)
(三)民事诉讼证明标准	(380)
(四)行政诉讼证明标准	(381)
参考文献	(381)
后记	(384)

壹



关于司法独立的论争

Di Yi Zhuanti





司法独立,从来就不是一个单纯的法律概念,相反,它首先是一个政治概念、宪政概念。在新中国60年的历史上,有关司法独立的观念、研究与实践,更是透射出鲜明的政治色彩。因此,在新中国成立60周年之际,回顾我国关于司法独立的研究,揭示政治因素以及宪政发展状况对于我国司法独立的研究及实践的内在联系与影响,无疑具有重大的历史意义。本专题以历史时期为脉络,首先对新中国成立初期的几次大的政治运动及其对司法独立的影响进行了梳理,然后介绍了改革开放初期的司法独立争鸣,最后关注现今司法体制改革背景下的司法独立。透过对历史事实的清理,学界进行了广泛的论述与争辩,希冀能够对司法体制的改革与完善有所助益。



一、引言

司法独立是清末改制过程中输入我国的西方法律概念之一。在西方国家,司法独立与三权分立的政治哲学紧密相连。因此,司法独立首先是一个政治概念、宪政概念。由于司法独立理念包含着浓厚的政治色彩并直接关系到宪政的基本布局,因此,新中国成立以来,有关司法独立的研究直接受到我国政治生活、政治导向的影响,并伴随着60年的政治变革,经历了一场峰回路转的波折与磨难、机遇与挑战。

一般而言,有关司法独立的争鸣可以概括为两条大的线索:一是学理研究与政治立场正确之间的冲突与纠葛,二是理论与制度发展之间的互动与影响。在60年的历史上,根据我国政治生活对待司法独立的基本态度,我国有关司法独立的争鸣可以分为两个大的时期:彻底否定时期(自新中国成立开始至1976年“文化大革命”结束)与适度包容时期(1976年至今)。其中,值得