

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

宪法卷

韩大元/主编 | XIANFA 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

宪法卷

XIANFA JUAN



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·宪法卷/韩大元主编. 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 978-7-5615-3393-2

I. 共… II. 韩… III. 宪法-法学史-中国-1949~2009 IV. D909.27

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 184505 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:23.75 插页:3

字数:420 千字 印数:1~5000 册

定价:48.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



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

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的观念的束缚,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,历尽波折,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。



2009年8月1日



2009年是中华人民共和国成立60年,也是《共同纲领》颁布60周年、1954年宪法颁布55周年。在这一历史起点上,回顾新中国宪法学发展60年的历程,反思存在的问题,展望未来中国宪法学发展的走向是十分有意义的课题。

中华人民共和国成立后作为社会科学重要组成部分的宪法学,在内容、体系、方法等方面得到了长足的发展,其理论价值受到社会的普遍关注与重视。新中国宪法学的发展一般分为四个阶段:

1. 初创时期(1949—1957年)

《共同纲领》、1954年宪法的制定为宪法学的研究与发展提供了良好的环境。人民民主专政政权的建立、第一部社会主义宪法的颁布,实际上为中国宪法学的发展带来了根本性的变化。这一时期宪法学发展的主要特点是:出版了宣传、介绍1954年宪法的论文和著作;初步建立了宪法学课程体系;宪法学基本范畴与原理主要是参照了苏联宪法学的成果,对旧中国宪法学的遗产采取一概否定的态度等。尽管这一时期的宪法学研究存在其客观的局限性,但初创时期的宪法学研究成果初步奠定了现代中国宪法学的理论框架。

2. 曲折发展时期(1957—1965年)

1957年反右斗争给新中国宪法学研究带了灾难性的损害,刚刚起步的宪法学研究在人治思想、法律虚无主义思想的影响下受到冲击,宪法学作为知识体系实际上失去了存在的社会基础。当然,这一时期宪法学在某些领域也取得了一定的进展,如学者们发表了宪法学研究对象、国体、政体、宗教信仰自由等方面的论文。但总体而言,这一时期的宪法学的发展缺乏自身的科学性与学术性,具有浓厚的政治色彩。

3. 停止时期(1966—1976年)

“文化大革命”十年期间,宪法学研究处于停止状态,1954年宪法确定的基本原则没有得到遵守,整个社会陷入无序化状态,宪法失去了调整社会生活的基本功能。

4. 恢复与发展时期(1978年至今)

1978年后,尤其是1982年宪法颁布后中国宪法学研究进入了恢复与发展时期,并伴随着改革开放的伟大进程,取得了长足的进步,推动了社会发展与进步。1982年宪法的颁布是中国宪法学走向繁荣的重要契机。这一时期,宪法学家结合中国社会实际,一方面为修宪提供有益的建议,另一方面开始系统地研究中国宪法学理论与实践问题。随着宪法实践的发展,学者们探讨了宪法起源与宪法文化、宪法概念与属性、宪政体制比较、基本权利与义务、中西选举制度比较、宪法功能、宪法保障等问题。特别是进入20世纪90年代后,中国宪法学研究进入了新的发展阶段,社会生活中出现的大量的宪法问题促使学者们重新思考与反思传统宪法理论,积极探讨能够为现实问题的解决提供依据的理论体系。

在60年的新中国社会发展进程中,我们不仅初步建立了具有中国特色的理论体系,还使之逐渐成为形成和凝聚社会共识的知识体系。我国宪法是社会主义宪法,反映了党的政策主张和人民的根本利益。它与西方国家宪法在阶级属性、指导思想以及具体制度设计等方面存在着根本的差异。无视我国宪法的社会主义属性会导致宪法学研究严重脱离中国实际,与建设社会主义法治国家的目标是背道而驰的。60年来,我国宪法学工作者从中国实际出发,坚持马克思主义宪法学基本原理,为形成和维护社会主义核心价值观提供了有力的智力支持。可以说,中国社会发展,特别是30年改革开放所取得的每一项成果与宪法发展是分不开的,其中凝聚了宪法学者付出的艰辛的学术努力与贡献。

60年来我们不断探索适合中国国情的宪法发展道路,面对社会转型时期出现的各种社会冲突与矛盾,宪法学者通过宪法学的研究不断扩大社会共识,为实现“以人为本”的执政理念提供理论依据。科学发展观的核心是“以人为本”,而“以人为本”首先需要尊重人的价值和尊严,尊重和保障人权。特别是经历了30年的改革开放,人们都有一个共同的感受,即30年宪法的发展留给

我们的最大财富之一是,我们的社会更加深刻地感受到人的主体性价值。30年的发展中,人、人权、权利、基本权利、人的尊严等话语通过宪法学者的学术努力逐渐成为全社会共同追求的理念与生活准则。1982年宪法将“人格尊严不受侵犯”条款载入宪法,特别是2004年人权条款入宪,使得个人面对国家的主体地位逐步提升,人权价值得到普及。在60年的宪法实践中,体现人权价值的制度调整与改革呈现出逐步强化的趋势。

在60年的发展进程中,宪法学者不仅致力于宪法学理论体系的完善,为党和国家在社会主义民主法治建设中的重大决策发挥了重要作用。特别是在1982年宪法的修改过程中,老一辈宪法学者以对国家与民族高度负责的态度,以丰富的宪法学知识与政治智慧,直接参与了这部为改革开放奠定法律基础的宪法的修改工作。1982年宪法颁布前后,被沉寂了将近20多年的宪法学价值重新获得社会认可。在以1982年宪法为基础建立和完善社会主义法律体系的过程中,宪法学不仅承担了为社会转型提供合宪性基础的任务,同时强化了宪法学自身知识体系的自主性。在香港和澳门基本法制定以及实施过程中,宪法学者表现了丰富的学术智慧与政治远见,为“一国两制”成为具体的法律制度发挥了积极的作用。在60多年的宪法变迁中,宪法学工作者及时把握社会实践的变化,通过参与修宪和重大立法活动,促进了宪法制度的稳定、健康的发展。

在60年的宪法发展中,宪法学者始终以解释和解决中国面临的问题为其基本的学术使命,自觉地回到中国的逻辑,正视中国社会面临的现实问题,力求摆脱传统先验性的思考方式,表现了强烈的“中国问题意识”。在大量域外宪法学理论的冲击与影响下仍然坚持着学术的自主性,努力建立立足于中国,以中国经验为出发点的宪法学体系,合理地解决了由本土化与国际化冲突而带来的知识转型的难题,同时也为不同学科之间的学术对话以及寻求新的知识增长点作出了学术贡献。特别是近10年来,宪法学者基于建构知识共同体的社会责任感,在历来过分强调专业界限的中国法学界,率先同刑法学、民法学、法理学、诉讼法学、劳动法学、税法、行政法学等学科进行学术对话,为建构“以问题为导向的法学体系”进行了有益的学术尝试,其学术努力得到了学界普遍的认可。

新中国宪法学同时承担了普及宪法价值,提高社会成员宪法意识的责任,

通过各种形式的活动,参与普法活动,为提高全社会的法律意识作出了积极的努力。在“百名法学家百场报告”、“与农民谈宪法”、宪法知识竞赛等活动中,宪法学者付出的努力得到了社会的广泛好评。

经过60年的发展,我国的宪法学教育取得了积极的进展,宪法学的高等教育体系已经基本形成。宪法学被确定为高等法学教育的主干课程,同时成为整个国民教育体系的不可或缺的重要内容之一。法学教育的目的就是培养学生的基本法律素养,提高学生的法律意识,培养社会主义法治事业的维护者和建设者。在一定意义上,一个公民法律素质或者法律意识的高低首先体现在宪法意识上。因此,宪法教育是法律教育体系,甚至是整个国民教育体系的核心环节,是塑造高尚人格,认同国家和社会基本价值观的基础。基于宪法教育的重要性,我们在今后的法学教育中,必须将宪法教育放到一个突出的位置上,以彰显其在整个法律教育体系中的核心地位。

总之,经过60年的积累,中国宪法学的发展整体上已经步入正轨,进入了一个迅速发展的良性阶段,宪法学和社会发展之间也开始呈现出一种互动局面:中国社会的发展需要宪法学,而宪法学的发展同时也需要更加开放的社会环境;宪法学理论研究的深入为宪法实施提供了理论依据,而对宪法实践的阐释和论证反过来又促进了宪法学理论水平的提升。这种相互需要、相互支持的局面体现了宪法学的学术使命与功能,体现了宪法学鲜明的时代特征,为未来宪法学发展留下了有益的学术成果与广阔的发展空间。

当然,一门学科的产生与发展需要长期的学术积累与发展过程,而成熟的学科要保持其学术生命力,有必要认真地进行反思,要从社会发展中不断获取新的营养。在回顾新中国宪法学发展60年历程时,我们既要充分肯定宪法学发展的成就,同时也要进行必要的学术反思。当然,我们的学术反思首先要基于中国的历史与文化脉络。可以肯定,未来中国宪法学发展路径既不同于欧美等西方国家的发展道路,又不同于其他非西方国家的发展道路,是一条“立足于中国、以中国问题的解决为基本学术使命”的发展道路。

目前,新中国宪法学发展面临着许多新的挑战与机遇。在宪法实施中出现了许多新情况、新问题,违反宪法的现象仍然比较严重,宪法权威还没有完全树立。特别是宪法监督制度的发展现状离人民群众的期待还有较大的距离。切实维护宪法权威与尊严,进一步完善适合中国特色的宪法监督制度将

成为宪法发展中需要解决的重大课题。

完善宪法监督制度是未来宪法学问题,我们要以科学发展观为指导,认真学习和贯彻胡锦涛总书记关于宪法的一系列重要思想。胡锦涛总书记在现行宪法颁布 20 周年纪念大会上的讲话中指出:实行依法治国的基本方略,首先要全面贯彻实施宪法。全面贯彻实施宪法,必须健全宪法保障制度,确保宪法的实施;要抓紧研究和健全宪法监督体制,进一步明确宪法监督程序,使一切违反宪法的行为都能及时得到纠正;全国人大及其常委会,要从国家和人民的根本利益出发,在立法过程中充分保障宪法规定的公民的自由和权利,要切实担负起监督宪法实施的职责,坚决纠正违宪行为。同时提出,“要切实履行解释宪法的职能,对宪法实施中的问题作出必要的解释和说明,使宪法的规定更好地得到落实”。在 2004 年纪念全国人民代表大会成立 50 周年的讲话中明确指出:“依法治国首先要依宪治国,依法执政首先要依宪执政。”在全国政法工作会议上,胡锦涛总书记进一步提出“党的事业至上、人民利益至上、宪法和法律至上”的重要论断。这些论述是对社会主义法治理念本质的高度概括,也是对社会主义法治理念的丰富和发展。特别是“依宪执政”的论述对于加强执政党自身建设、提高依法执政水平和能力具有重要的意义。

在未来的中国宪法学研究中,特别是在完善宪法监督制度中我们要深入学习实践科学发展观,进一步提高对宪法重要性的认识,进一步繁荣宪法学研究,自觉地维护宪法的权威与尊严,为建设社会主义法治国家作出我们的贡献。

本书从宪法学说史的角度对新中国 60 年宪法学的发展进行梳理,将争论较多的问题分成 18 个专题,相对完整、清晰地反映了新中国 60 年宪法学的基本发展脉络。本书系厦门大学出版社“共和国六十年法学论争实录”之一,亦系韩大元教授主持的国家社科基金项目《中国宪法学说史研究》(07BFX071)的阶段性成果。



总 序/江 平 前 言

第一专题

宪法学研究对象之争	(1)
一、50—60 年代:短暂兴起的讨论	(2)
二、60—80 年代:法学的研究对象是国家还是法	(6)
三、80—90 年代:众说纷纭,走向深入	(8)
四、21 世纪:趋于理性,重视论证	(14)
五、宪法学研究对象的未来	(20)
参考文献	(21)

第二专题

宪法概念之争	(25)
一、“教导型”宪法理论中的宪法概念	(26)
(一)“正统性”问题——新中国宪法理论的语境	(27)
(二)阶级分析——50 年代宪法本质与概念认知的方法	(28)
(三)新生——50 年代宪法概念与理论的意义	(30)
二、“反思型”宪法理论中的宪法概念	(31)
(一)“正统性”问题的继续——80 年代宪法理论的语境	(32)

(二)“根本法”与“阶级性”——方法上的修正·····	(33)
(三)承启——80年代宪法概念与理论的意义·····	(37)
三、“重构型”宪法理论中的宪法概念·····	(38)
(一)“合理性”的追问——当下宪法理论的语境·····	(39)
(二)回归法学——当下宪法概念界定的方法·····	(40)
(三)变革——当下宪法概念之争的意义·····	(45)
参考文献·····	(46)

第三专题

宪政概念之争·····	(49)
一、新中国成立以来宪政概念的发展和争论概况·····	(50)
(一)新中国成立以来宪政概念的使用概况·····	(50)
(二)新中国成立以来宪政概念的发展概况·····	(52)
(三)新中国成立以来宪政概念的争论概况·····	(54)
二、宪政概念的基本谱系·····	(55)
(一)一要素的典型宪政概念·····	(56)
(二)二要素的典型宪政概念·····	(58)
(三)三要素的典型宪政概念·····	(59)
(四)四要素的典型宪政概念·····	(60)
(五)从要素角度探讨宪政概念的其他典型观点·····	(60)
(六)不从要素角度探讨宪政概念的其他典型观点·····	(61)
三、宪政概念的存废之争·····	(62)
(一)“宪政概念弃用论”的主要观点和理由·····	(62)
(二)“宪政概念续用论”的回应·····	(65)
(三)宪政概念存废之争的简单评价·····	(68)
参考文献·····	(69)

第四专题

宪法学的范畴之争·····	(73)
一、宪法学范畴研究的历史概述·····	(74)
二、宪法学的基石范畴是什么·····	(75)
(一)“权利和义务”说·····	(75)

(二)“公民权利与国家权力关系”说·····	(76)
(三)“法权(社会权利)”说及其与“人民主权”说的论争·····	(76)
(四)“人权—主权”说·····	(78)
(五)其他观点·····	(79)
三、宪法学范畴体系(范畴群)的结构是怎样的·····	(79)
(一)“单层结构”说·····	(80)
(二)“双层结构”说·····	(80)
(三)“三层结构”说·····	(82)
(四)“四层结构”说·····	(83)
四、具体的宪法学基本范畴有哪些·····	(84)
五、如何认识和确定宪法学范畴·····	(85)
(一)认识和确定宪法学范畴的方法是什么·····	(85)
(二)认识和确定宪法学范畴的切入点是什么·····	(86)
(三)对宪法学范畴,究竟是从整体上进行把握,还是从 单个(具体)范畴开始认识和研究·····	(87)
六、小结——争论还将继续·····	(87)
(一)称谓不统一·····	(88)
(二)对宪法学范畴体系的逻辑层次认识不一·····	(88)
(三)对宪法学范畴的认定、范畴体系的构建 与逻辑学、哲学之间的知识关联缺乏研究·····	(88)
参考文献·····	(89)

第五专题

宪法学方法论之争·····	(91)
一、阶级分析方法主导下的法律之阶级性与继承性之争·····	(93)
(一)阶级分析方法运用状况·····	(93)
(二)法律的阶级性与继承性之争·····	(97)
二、转型时期宪法变动的优先途径之争·····	(99)
(一)修宪优先说与释宪优先说·····	(99)
(二)两类观点的共识与分歧·····	(100)
三、多元方法初显端倪后的方法论争鸣·····	(102)
(一)宪法解释学·····	(103)

(二)规范宪法学	(105)
(三)法政宪法学	(106)
参考文献	(109)

第六专题

宪法序言的性质和效力之争	(111)
一、宪法是否必须要有序言	(112)
二、宪法序言是否具有法律效力	(116)
(一)无效力说	(116)
(二)有效力说	(117)
(三)部分效力说	(120)
(四)模糊效力说	(122)
参考文献	(125)

第七专题

宪法基本原则之争	(127)
一、建国初期对宪法原则的研究	(128)
二、80年代至90年代间的宪法基本原则之争	(130)
(一)宪法基本原则内涵之争	(131)
(二)宪法基本原则外延之争	(132)
(三)关于特定宪法原则之争	(134)
三、21世纪的宪法基本原则之争	(141)
(一)宪法基本原则内涵之争	(141)
(二)宪法基本原则的外延之争	(144)
参考文献	(146)

第八专题

宪法规范的稳定性与适应性之争	(149)
一、引言	(150)
二、官方话语对宪法稳定性的强调	(151)
三、“无形修改”与宪法变迁的论争	(154)
四、“良性违宪”之争	(159)

五、宪法解释与宪法修改方式优先选择之争	(164)
六、宪法的权威——宪法学者争论中的隐痛	(169)
参考文献	(171)

第九专题

“良性违宪”之争	(173)
一、“良性违宪”争论之始末	(174)
(一)郝铁川与童之伟之间的论战	(174)
(二)其他赞成“良性违宪”论的观点	(176)
(三)其他反对“良性违宪”论的观点	(177)
(四)对于“良性违宪”论战的总结性评价	(178)
二、宪法应该如何变动	(180)
三、余论	(186)
参考文献	(187)

第十专题

物权法与宪法的关系之争	(189)
一、物权立法中的违宪之争及其审查视角	(190)
二、物权法违宪说的基本观点	(192)
(一)“公私财产平等保护违宪论”	(192)
(二)“无宪法根据违宪论”	(193)
(三)“征收征用条款不当论”	(194)
三、物权法合宪说的基本观点	(195)
(一)郝铁川教授的实质合宪说	(196)
(二)焦洪昌教授的民事领域合宪说	(196)
(三)张千帆教授的“正当用途合宪说”	(197)
(四)韩大元教授的精神合宪说	(198)
四、宪法与民法的地位之争	(199)
(一)民法优位说	(200)
(二)宪法、民法同位说	(201)
(三)宪法优位说	(206)
(四)宪法与民法地位之争的立场评析	(210)