

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

法理学卷

张恒山/主编 | FALIXUE 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

法理学卷

张恒山/主编 | FALIXUE 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·法理学卷/张恒山主编. 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 978-7-5615-3372-7

I. 共… II. 张… III. 法理学-法学史-中国-1949~2009 IV. D909.27

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 182324 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 插页:3

字数:416 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

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!

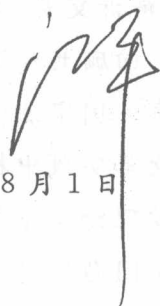
在共和国 60 年的历程里,虽然 20 世纪 50 年代即有关于“法的阶级性与继承性”的讨论,但是,这些论争的声音极为微弱,合理的意见和主张非但不能进入主流,反而被作为“反党反社会主义”的谬论加以批判。最能集中体现法学成长的当属改革开放以来发生在法学各个学科领域的一次又一次的论争。从 20 世纪 80 年代的“法的本质”的论争、“法治与人治”的大讨论、民法调整对象之争、无罪推定的争议,到 90 年代的公私法理论讨论、免于起诉制度存废之争,再到新世纪由北大法学教授的一封“公开信”引发的《物权法(草案)》“违宪”大论战,关于沉默权、废除死刑、死刑复核程序、辩诉交易、宽严相济刑事政策的争论等,无不引起全社会的关注。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。

本书以“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



总 序/江 平

第一专题

承续与再创——关于法的继承性问题之争论	(1)
一、革命后的法律:论争的背景	(2)
二、旧法问题:论争的缘起	(4)
三、百家争鸣:论争的展开	(8)
四、学术和政治:论争的转向	(21)
五、政治革命与法律变革:论争的实质	(26)
参考文献	(33)

第二专题

阶级与社会——关于法本质问题之争论	(37)
一、引言	(38)
二、80年代以前的争论	(41)
三、80年代以来的争论	(45)
(一) 质疑法的统治阶级意志论命题	(46)
(二) 对法的阶级意志论的坚持和完善	(60)
四、简评	(68)
参考文献	(70)

第三专题

法治与人治——关于法治问题之争论	(73)
一、引言	(74)
二、改革开放以前关于法治与人治的看法	(75)
三、改革开放初期的法治与人治大讨论	(78)
(一) 论战拉开序幕:一石激起千层浪	(78)
(二) 论争渐入佳境:法治论	(79)
(三) 不同声音:法治、人治结合论和取消论	(89)
四、世纪之交的法治与人治问题的讨论	(94)
(一) 市场经济是法治经济	(95)
(二) 依法治国,建设社会主义法治国家	(97)
(三) 法治的原则和法治的价值	(100)
参考文献	(104)

第四专题

平等与分层——关于法律平等问题之争论	(107)
一、引言	(108)
二、1978年—1982年:“法律面前人人平等”	
是否包括立法平等	(110)
(一) “法律面前人人平等”是否包括立法平等	(112)
(二) “法律面前人人平等”的“人人”的主体范围是什么	(123)
(三) “法律面前人人平等”与“平等的	
权利与义务”的关系如何	(126)
(四) 本次论争的结果及其对法学理论界的影响	(127)
三、1992年之后:市场经济与立法平等	(131)
四、21世纪之后:和谐社会与立法平等	(136)
(一) 重申1978—1982年大讨论中“公民在法律面前	
一律平等,不仅包括适用法律的平等,也应包括	
立法上的平等”的观点	(137)
(二) 对“适用法律平等说”(实施法律平等说)的质疑与批判	(139)
(三) 重构以“立法平等”为核心理念的法律平等理论	(142)
(四) 关于“构建社会主义和谐社会”与立法平等的关系	(143)

(五) 近些年关于“法律面前人人平等”原则的困惑与回应	(147)
五、结语	(152)
参考文献	(153)

第五专题

独立与附从——关于司法独立问题之争论	(157)
一、关于第一个历史时期(1949—1978年)	
的司法独立问题的争论	(158)
(一)1954年以前司法改革工作以及	
对“司法独立”观点的批判	(158)
(二)1954—1957年夏的“司法独立”主张	(160)
(三)1957年夏季之后的对“司法独立”的批判	(161)
(四)大跃进运动及其之后的对“司法独立”的彻底否定	(162)
二、关于第二个历史时期(1978—2008年)中	
“司法独立”问题的争论	(163)
(一)改革开放以后的宪法、法律、党的政策文件等为	
司法独立问题的重提和讨论提供了条件和依据	(163)
(二)改革开放以来关于司法独立问题的要点概述	(167)
三、对建国60年关于司法独立论争的总体评价	(187)
(一)司法独立之争从以“姓资姓社”为争论的焦点，	
转到以如何改善党领导司法的方式和改革我国	
政治体制为争论的中心问题	(188)
(二)党的文件放宽了司法独立的程度	(188)
(三)关于司法独立的争论有了国际视野和国际背景	(189)
(四)司法独立之争由过去的精英化、政治化，逐渐转变为	
“大众化”和“去意识形态化”	(189)
(五)关于司法独立的理论研究呈现出系统、全面、	
深入的特点	(190)
四、余论：客观认识司法独立之争	(190)
(一)主张司法独立观点的合理性	(190)
(二)完全照搬西方的司法独立是行不通的	(191)
(三)司法独立是一种理念、观念、理想，也是一个过程	(191)

参考文献 (192)

第六专题

本位与重心——关于法本位问题之争论 (197)

一、法本位问题提出的历史背景 (198)

二、“法本位”争论中的各派观点 (200)

 (一)“权利本位说”的主要观点 (200)

 (二)义务重心论的主要观点 (206)

 (三)关于法本位的其他观点 (214)

三、对“本位说”与“重心论”之争中的各观点的比较与评述 (220)

 (一)对“权利本位说”的评价 (220)

 (二)对“义务重心论”的评价 (225)

 (三)对“法本位”讨论中其他观点的评价 (226)

参考文献 (228)

第七专题

国情与普世——关于人权问题之争论 (229)

一、改革开放之前对人权的认识 (230)

二、改革开放初期的人权争论 (233)

三、90年代以后的人权讨论 (240)

四、小结 (268)

参考文献 (269)

第八专题

主观与客观——关于法律解释问题之争论 (273)

一、争论的由起及争论的形成过程 (274)

二、争论各方的观点分述 (278)

 (一)理论层面的客观主义和主观主义之争 (278)

 (二)实践层面的关于立法解释和司法解释的争论 (292)

三、对争论的简要评价 (301)

参考文献 (305)

第九专题

切分与融合——关于公法私法划分问题之争论	(309)
一、引言	(310)
二、公法私法之论争的各派观点	(312)
(一)否定论的主要观点	(312)
(二)肯定论的主要观点	(316)
(三)融合论的主要观点	(321)
(四)观点评析与辨正	(322)
三、公法私法之论争与中国法治发展	(331)
参考文献	(333)

第十专题

本土与移植——关于法律现代化道路选择问题之争论	(335)
一、前言：法律现代化——历史拐弯后的路径依赖	(336)
二、法律现代化的当代争论	(338)
三、围绕法律移植之争论	(341)
(一)法律可否移植之争	(342)
(二)法律移植的不可能理论：法律现代化的本土资源之争论	(346)
(三)法律移植的模式之争论	(348)
(四)法律移植的效果之争论	(350)
参考文献	(353)
后记	(354)

法学



第一专题

承续与再创

——关于法的继承性问题之争论

Di Yi Zhuanti





“社会科学本身正是在它所研究的社会世界中生产出来的。”

——布迪厄^①

法国思想家伏尔泰曾言，想要好法，先毁掉旧法。^② 人类法律史证明，伏尔泰所言并不完全为实。因为法律具有连续性。如同制度经济学上所言路径依赖，今天的法律是什么样的，取决于过去的法律是什么样的。但是，在政治革命的语境中，法律的连续性面临巨大挑战。革命意味着打破一个旧世界，创造一个新世界；革命意味着摧毁旧的法律，创设新的法律。面对革命，法律何去何从？法律人必须要作出回答。

发生在1949年的中国革命是20世纪人类历史上的重大事件之一。中国共产党人领导的中国新民主主义革命取得胜利后，新中国必然面临如何对待旧法的问题。其时，法学界关于法的继承性论争之发生就具有历史必然性。若置于整个20世纪的历史语境中看，这场论争则是在中国社会由传统向现代转型的历史时期，法律人关于中国法制如何走向现代化的一次思想交锋。



一、革命后的法律：论争的背景

“旧的必须彻底粉碎，新的才能顺利成长。”

——董必武^③

1949年10月，中华人民共和国的成立，揭开了中国历史的新篇章。

在建国前夕，围绕旧法统的地位问题，国共两党展开了一场政治斗争。

^① [法]皮埃尔·布迪厄等：《实践与反思》，李猛、李康译，中央编译出版社1998年版，第98页。

^② 转引自 Zenon Bankowski, *Revolutions in Law and Legal Thought*, Aberdeen University Press, 1991, p. 90.

^③ 《董必武法学文集》，法律出版社2001年版，第15页。

1949年元旦,蒋介石发表《中华民国三十八年元旦告全国军民同胞书》(即《新年文告》),提出国民党接受和谈的“最低要求”：“只要和议无害于国家的独立完整而有助于人民的休养生息,只要神圣的宪法不由我而违反,民主宪政不因此而破坏,中华民国的法统不致中断,军队有确实的保障,人民能够维持其自由的生活方式与目前最低生活水准,则我个人更无复他求。”蒋介石要求保全法统的《新年文告》发表后,《中央日报》于1月12日和13日接连发表两篇社论——《论法统》和《法统的形式与内容》,为蒋介石保全法统进行辩护。

针对蒋介石的《新年文告》,毛泽东发表了《评战犯求和》的文章,对蒋介石的法权要求进行逐条批驳,指出国民政府之所以怕“法统”中断,是因为怕“整个买办地主阶级将被消灭,国民党匪帮将告灭亡,一切大中小战争罪犯将被捉拿治罪”。^①1月14日,毛泽东代表中共中央发表《关于时局的声明》,提出了和平谈判八项条件,其中惩办战争罪犯与废除伪宪法、废除伪法统列为前三项,作为和平谈判的首要条件。

之后,为了进一步澄清革命队伍内的错误认识,贯彻落实毛泽东关于废除伪宪法和伪法统的指示,1949年2月22日,中共中央发出了《关于废除国民党〈六法全书〉和确定解放区司法原则的指示》(以下简称《指示》),宣布废除《六法全书》,摧毁旧法统。《指示》从马克思列宁主义的国家观、法律观的角度,指出了《六法全书》反人民的阶级本质。

法律是统治阶级公开以武装强制执行的所谓国家意识形态。法律和国家一样,只是保护一定统治阶级利益的工具。……国民党的全部法律只能是保护地主与买办官僚资产阶级反动统治的工具,镇压与束缚广大人民群众的工具。在无产阶级领导的以工农联盟为主体的人民民主专政的政权下,国民党的《六法全书》应该废除,人民的司法工作不能再以国民党的《六法全书》为依据,而应该以人民的新法律为依据。^②

当时最先响应中共中央废除六法全书指示的是华北人民政府。1949年3月31日,华北人民政府主席董必武签署华北人民政府训令——《废除国民党的六法全书及其一切反动法律》。该训令称：“反动的法律和人民的法律,没有什么‘蝉联交代’可言,而是要彻底地全部废除国民党反动的法律。”“旧的必须彻底粉碎,新的才能顺利成长。”^③

之后,1949年10月通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》第17条明

① 《毛泽东选集》第4卷,人民出版社1991年版,第1381~1384页。

② 中央档案馆编:《中共中央文件选集》第18册,中央党校出版社1992年版,第150~153页。

③ 《董必武法学文集》,法律出版社2001年版,第15页。

明确规定：“废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度，制定保护人民的法律、法令，建立人民司法制度。”这一规定使废除《六法全书》的指导方针由党内指示上升为法律规范，取得了形式上的合法性。

建国之后的一段时期，尽管政府倡导废除旧法观点，但社会上仍然存在旧法观点以及对旧法观点的错误认识。在1951年的一份文件中，中央指出：“根据收到的许多地方的材料看来，一部分司法人员——特别是一部分旧司法人员，对国民党的六法全书，至今依然是或者认识错误或者恋恋难舍。”^①有鉴于上述情势，加之建国初期接踵而来的土改、镇反、“三反”、“五反”等各项政治运动，司法改革被不自觉地推向了前台。经中共中央和政务院批准，政务院政治法律委员会从1952年6月至1953年2月，在全国司法系统发动了一场大规模的司法改革运动，目的是解决“三反”、“五反”运动中司法机关暴露出来的严重的政治不纯、组织不纯、思想不纯的问题。这场运动为后来“百家争鸣”期间关于旧法问题的讨论埋下了伏笔。

毫无疑问，围绕旧法统合法性的政治斗争及其后的司法改革运动对法的继承性论争产生了重大影响。《指示》所确立的理论和原则成为建国后研究法律、认识法律和学习法律的指导思想，直接影响了论争的论证范式。



二、旧法问题：论争的缘起

早春天气，乍晴乍雨，乍暖乍寒，是使人最难将息的时节。

——《早春》^②

经历了废除《六法全书》与司法改革运动，旧法似乎不再是一个问题。但是，在“双百”方针的鼓舞下，旧法问题再次成为一个问题。与以往不同，旧法这次不再是政治斗争的对象，而是成为法学研究的对象。

1956年4月，中共中央召开政治局扩大会议，确定在科学文化工作中实行“百花齐放、百家争鸣”的方针。稍后，在同年9月，中国共产党第八次全国代表大会召开，大会明确指出：“由于社会主义革命已经基本完成，国家的主要任务已经由解放生产力变为保护和发展生产力，我们必须进一步加强人民民主法制，巩固社会主义建设的秩序。国家必须根据需要，逐步地系统地制定完备的法律。一切国家机关和国家工作人员必须严格遵守国家的法律，使人民

^① 《关于目前司法工作的几个问题》，载《中央政法公报》第31期，1951年8月15日。

^② 《早春》，载《文汇报》1957年3月26日。

的民主权利充分地受到国家的保护。”^①在“双百”方针提出之前,中国的法学研究在“学术上自由讨论的风气还没有展开,批评和自我批评的习惯还没有养成,每个法律科学研究工作者的积极性和创造性还没有尽量发挥”。^②“双百”方针颁布和党的八大之后,法学界知识分子可以说是一片衷心拥护,兴高采烈,积极性高涨。沉寂已久的学术界,呈现出一片繁荣景象。有学者甚至说:“这种有组织的,利害与共的学术争鸣,必然会导致中国的‘文艺复兴时代’的到来。”^③

1956年第4期《政法研究》首先刊登了杨玉清撰写的《把“百家争鸣”的方针贯彻到法学研究工作中去》一文。紧接着,在第5期《政法研究》刊登编者的《关于在法学界贯彻“百家争鸣”方针的问题》一文。与此同时,1956年8月29日,中国政治法律学会召集了一次座谈会,到会者四十余人,讨论了关于在法学界如何贯彻“百家争鸣”方针的问题。9月14日,北京政法学院一部分教师举行座谈会,就在政法科学研究和教学工作中如何贯彻“百家争鸣”问题进行座谈。^④

当然,对于百家争鸣,当时的法学界在热烈欢迎的同时,也表达了隐忧。王革在一篇笔谈中指出:“在‘百家争鸣’中应反对乱扣帽子和感情用事、不研究对方的基本思想、不加具体分析的批评,这种做法对于法学的发展毫无益处。……在‘百家争鸣’中,必须反对机会主义、看风使舵的作风。那种专看权威人士的论断,不加思考辨别,便随声附和,采取‘墙倒众人推’的办法,只不过是学术上的应声虫罢了。”^⑤

如一篇小文中所写:“早春天气,乍晴乍雨,乍暖乍寒,是使人最难将息的时节。……最难将息的时节:一方面,生气像新枝一样正在冒头,一方面顾虑像残雪一样尚待融化。它交织成一支矛盾的交响曲。”^⑥在“双百”方针的鼓舞

① 《中国共产党第八次全国代表大会关于政治报告的决议》,摘自人民网,http://www.people.com.cn,登录时间:2009年6月15日。

② 转引自杨玉清:《把“百家争鸣”的方针贯彻到法学研究工作中去》,载《政法研究》1956年第4期。

③ 王革:《我对“百家争鸣”方针的几点认识》,载《教学简报》第20期。

④ “在争鸣的范围上,有的教师认为,社会科学应注意在争鸣时不要同当前的政治发生抵触;有的教师认为,只要不违法,任何问题都可以争鸣。对于现行政策、法律,是否可以讨论,多数教师认为是可以讨论的,即使是对当前的重大政策问题,也并不是绝对不可以讨论。关于哪些人可以争鸣的问题,所有发言教师的意见是一致的,大家认为,没有资格限制,不论是教授、讲师、助教,都可以展开争论。而且,学生与学生之间、学生与教师之间也可以展开争论。”《我院教师座谈贯彻“百家争鸣”问题》,载《教学简报》第19期。

⑤ 王革:《我对“百家争鸣”方针的几点认识》,载《教学简报》第20期。

⑥ 《早春》,载《文汇报》1957年3月26日。