

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

刑法卷

曲新久/主编 | XINGFA 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·刑法卷/曲新久主编. —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 978-7-5615-3392-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 184506 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

2010 年 9 月第 1 版 2010 年 9 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:25.5 插页:3

字数:465 千字 印数:1~5 000 册

定价:52.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

共和国六十年法学论争实录

江平 总主编





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

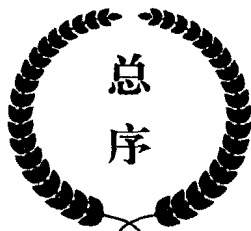
柳经纬

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的观念,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!

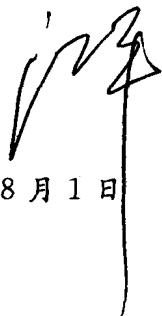
在共和国 60 年的历程里,虽然 20 世纪 50 年代即有关于“法的阶级性与继承性”的讨论,但是,这些论争的声音极为微弱,合理的意见和主张非但不能进入主流,反而被作为“反党反社会主义”的谬论加以批判。最能集中体现法学成长的当属改革开放以来发生在法学各个学科领域的一次又一次的论争。从 20 世纪 80 年代的“法的本质”的论争、“法治与人治”的大讨论、民法调整对象之争、无罪推定的争议,到 90 年代的公私法理论讨论、免于起诉制度存废之争,再到新世纪由北大法学教授的一封“公开信”引发的《物权法(草案)》“违宪”大论战,关于沉默权、废除死刑、死刑复核程序、辩诉交易、宽严相济刑事政策的争论等,无不引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



总 序/江 平

第一专题

罪刑法定原则之争	(1)
一、痛遭否定	(2)
二、顽强生存	(4)
三、确立之争	(7)
(一)罪刑法定与类推之争	(7)
(二)罪刑法定的本土资源	(10)
四、发展之争	(11)
(一)罪刑法定的表述	(12)
(二)罪刑法定与社会危害性	(13)
(三)罪刑法定的形式侧面与实质侧面	(14)
(四)罪刑法定与判例法	(16)
(五)罪刑法定与空白罪状	(17)
(六)罪刑法定与溯及力	(19)
(七)罪刑法定与明确性原则	(21)
(八)罪刑法定的程序机能	(23)
(九)罪刑法定原则的司法化	(24)
参考文献	(33)

第二专题

关于社会危害性理论的论争	(37)
一、苏联社会危害性理论及其引入	(38)
(一)苏联刑法中的社会危害性理论	(39)
(二)我国刑法对社会危害性理论的引入历程	(42)
二、社会危害性是否是犯罪独有的特征	(43)
(一)建国之初的废旧立新及对社会危害性理论的论述	(44)
(二)1957年反右之前关于社会危害性的讨论	(45)
(三)犯罪本质的讨论演变成犯罪矛盾性质的讨论	(48)
三、犯罪本质和定罪标准的社会危害性	(49)
(一)对于社会危害性与犯罪概念、功用、基本含义的论述	(50)
(二)对于判断社会危害性具体标准的讨论	(53)
(三)关于社会危害性是否属于故意认识内容的讨论	(55)
(四)1979年至1997年社会危害性讨论的小结	(57)
四、反思社会危害性与刑事违法性的冲突	(59)
(一)批判社会危害性的声音响起来	(60)
(二)改革派、保守派、改良派	(62)
(三)小结:对于社会危害性不同维度的思考	(70)
五、后社会危害性时代的刑法走向	(72)
参考文献	(73)

第三专题

关于犯罪论体系的论争	(77)
一、引言:什么是犯罪论体系	(78)
二、四要件说的一统天下(1949—1987年前后)	(80)
(一)犯罪构成理论的引入	(80)
(二)犯罪构成理论研究的复兴及一些独立性思考	(82)
三、第一次论争:“四要件说”基础上的改良	(85)
(一)关于犯罪客体要件的去留之争	(85)
(二)犯罪主体是犯罪构成要件吗?	(88)
(三)关于犯罪结果、犯罪对象、犯罪目的 犯罪动机等要素的争论	(90)

(四)小结	(92)
四、第二次论争:从平面体系走向阶层体系	(93)
(一)关于犯罪构成要件的排列顺序的争论:平面 VS 阶层	(94)
(二)关于正当化事由的体系性定位的争论:积极 VS 消极	(98)
(三)关于设立独立的责任、违法阶层的讨论:统一 VS 独立	(101)
(四)建构犯罪论体系几对关系的提出	(103)
(五)犯罪论体系多元论的提倡	(109)
(六)“四要件说”维护论者的反驳	(115)
五、第三次论争:渐熄还燃的战火	(116)
参考文献	(118)

第四专题

正当防卫之争	(123)
一、1997 年刑法前的主要争议	(124)
(一)防卫时间	(125)
(二)防卫起因	(127)
(三)防卫意图	(129)
(四)防卫限度	(130)
(五)防卫过当的主观心态	(134)
(六)人民警察的职务行为	(135)
二、修改与补充的主要争论	(136)
三、1997 年刑法后的主要争议	(143)
(一)刑法第 20 条第 3 款的理解	(145)
(二)防卫限度的再争鸣	(148)
(三)被抢后驾车撞人案件的定性	(149)
参考文献	(151)

第五专题

罪过的主要争议	(155)
一、定义之争	(157)
二、规范性评价因素的争议	(159)

三、罪过形式的争议	(163)
(一)复杂罪过说的争议	(163)
(二)关于复合罪过说的争议	(167)
(三)关于“客观的超过要素”的争议	(170)
四、严格责任之争	(172)
(一)严格责任是否与罪过对立	(172)
(二)我国刑法中是否、应否存在严格责任	(173)
(三)我国刑事立法中是否应当规定严格责任条款	(174)
五、期待可能性的争议	(175)
(一)我国刑法中可否引入期待可能性	(176)
(二)期待可能性的地位	(177)
参考文献	(179)

第六专题

法人犯罪与刑事责任理论与立法发展	(183)
一、法人能否成为犯罪主体的论战	(185)
(一)论战初起	(185)
(二)论战高潮	(188)
(三)肯定论强势,但论战余波未平	(191)
二、法人犯罪的犯罪论问题的争论	(192)
(一)关于法人犯罪概念的争论	(192)
(二)关于单位犯罪主体范围之争	(194)
(三)法人犯罪罪过之争	(200)
三、法人刑事责任与刑罚问题的争论	(203)
(一)法人刑事责任的理论根据	(203)
(二)法人犯罪存在几个责任主体	(205)
(三)双罚制的理论依据	(206)
(四)法人犯罪的刑事责任承担方式	(209)
参考文献	(210)

第七专题

刑罚目的之争	(213)
一、刑罚目的一元论	(215)
(一)预防论	(215)
(二)一般预防的对象之争	(217)
(三)对一般预防目的的质疑	(218)
二、刑罚目的二元论	(219)
(一)教育与惩罚说	(219)
(二)预防与消灭(消减)犯罪说	(221)
(三)报应与预防说	(222)
(四)报应与特殊预防说	(224)
(五)其他观点	(226)
三、刑罚目的层次论	(227)
(一)二层次论	(227)
(二)多层次论	(227)
(三)三层次说	(229)
四、刑罚目的系统论	(231)
五、其他观点	(232)
(一)刑罚目的综合论	(232)
(二)刑罚目的防卫论	(233)
参考文献	(234)

第八专题

关于死刑的论争	(237)
一、引言:传统的死刑和死刑的传统	(238)
二、革命年代的死刑:对敌人的专政和对人民的刑罚	(240)
(一)作为政治斗争工具的死刑——对敌人的专政	(241)
(二)作为刑罚的死刑——对人民的刑罚	(244)
(三)死刑政策的确立——保留死刑、坚持少杀、严禁错杀	(245)
(四)建国初期一些关于死刑存废的只言片语	(247)
三、由缓人苛的死刑立法:死刑扩张论与死刑限制论的对决	(247)
(一)1979年刑法宽缓的死刑立法	(247)

(二)1981—1993年死刑立法的急剧膨胀	(248)
(三)刑法修订前夕学界的死刑限制与死刑扩张之争	(253)
(四)1997年刑法修订维持现状	(257)
四、速废论、渐废论与削减论	(258)
(一)死刑速废论	(259)
(二)死刑渐废论	(261)
(三)死刑削减论	(274)
五、小结:死刑在中国的当代命运和未来走向	(275)
参考文献	(277)

第九专题

反革命罪——一个消失的罪名	(281)
一、镇压反革命运动政治化	(282)
(一)1951年“镇反”运动	(282)
(二)1955年“肃反”运动	(285)
二、镇压反革命运动扩大化	(285)
三、反革命罪法律化及主要争议	(287)
(一)是否需要反革命罪的一般概念	(287)
(二)是否将反革命目的作为反革命罪的必备条件	(288)
(三)反革命目的的认定问题	(291)
(四)反革命罪的既未遂问题	(293)
四、反革命罪的存废之争	(296)
(一)取消反革命罪的提起	(296)
(二)刑法修改稿以危害国家罪取代反革命罪	(296)
(三)是否取消反革命罪的论战	(298)
五、反革命罪——一个消失的罪名	(301)
参考文献	(303)

第十专题

投机倒把罪的流变	(305)
一、简要地回顾:前三十年之打击投机倒把	(306)

二、适用投机倒把罪法条的若干争议	(308)
(一)关于投机倒把罪的客观行为	(310)
(二)如何认定投机倒把的“情节严重”	(311)
(三)关于机关、企事业单位投机倒把的处理问题	(312)
三、为什么要惩罚投机倒把	(315)
四、废除“投机倒把罪”罪名之争	(320)
五、尾音:“投机倒把”概念的消亡	(327)
参考文献	(328)

第十一专题

流氓罪——一个并未消失的罪名	(331)
一、流氓罪的缘起	(333)
二、严打流氓	(337)
三、流氓罪的分解	(348)
四、并未消失的流氓罪	(350)
(一)寻衅滋事罪	(350)
(二)强制猥亵、侮辱妇女罪	(353)
(三)聚众淫乱罪	(354)
参考文献	(355)

第十二专题

贪污贿赂犯罪的论争	(357)
一、立法沿革	(358)
(一)1952年《惩治贪污条例》规定的贪污罪	(359)
(二)1979年刑法中的贪污贿赂犯罪	(359)
(三)1982年《严惩破坏经济的罪犯的决定》和1988年 《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》	(360)
(四)1997年刑法中的贪污贿赂罪及 相关立法解释、司法解释	(361)
(五)2009年《刑法修正案(七)》增设利用影响力受贿罪	(362)
二、主体身份的论争	(363)
(一)对国家工作人员范围的论争	(363)

8 共和国62年法学论争实录·刑法卷

(二)贪污罪中“受委托管理、经营国有财产的人员”的论争	(369)
三、受贿罪若干问题的论争	(371)
(一)“为他人谋取利益”要件的论争	(371)
(二)“贿赂”范围之争	(377)
(三)受贿罪既遂标准之争	(382)
(四)关于国家工作人员的家属构成受贿罪共犯的论争	(386)
四、贪污罪、受贿罪的刑罚之争	(388)
(一)贪污罪、受贿罪的死刑存废之争	(388)
(二)贪污罪、受贿罪的起刑点之争	(390)
五、论争之源及论争之解	(392)
参考文献	(392)
后记	(395)



罪刑法定原则之争

Di Yi Zhuanti