

*Post-doctorial Papers,  
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences  
Vol.1*

# 中国社会科学院 法学博士后论丛

## 第一卷

《论丛》编委会  
本卷主编 刘作翔



中国政法大学出版社



*Post-doctorial Papers,  
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences  
Vol.1*

中国社会科学院  
[法学博士后论丛]

第一卷

《论丛》编委会  
本卷主编 刘作翔

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国社会科学院法学博士后论丛/刘作翔主编. —北京:  
中国政法大学出版社, 2004. 3  
ISBN 7-5620-2562-2

I. 中... II. 刘... III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第022108号

\* \* \* \* \*

书 名 中国社会科学院法学博士后论丛(第一卷)  
出 版 人 李传敏  
经 销 全国各地新华书店  
出版发行 中国政法大学出版社  
承 印 清华大学印刷厂  
开 本 787×960 1/16  
印 张 27  
字 数 480千字  
版 本 2004年8月第1版 2004年8月第1次印刷  
书 号 ISBN 7-5620-2562-2/D·2522  
定 价 32.00元  
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088  
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)  
电子信箱 z5620@263.net  
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中国社会科学院法学博士后论丛  
编辑委员会

主任 夏勇

委员 (以汉语拼音为序)

陈 甦 陈泽宪 冯 军 李明德

刘俊海 刘作翔 马小红 莫纪宏

沈 涓 孙宪忠 唐广良 陶正华

王敏远 王晓晔 夏 勇 张明杰

张志铭 邹海林 周汉华

本卷学术秘书 赵承寿



## 编辑和出版说明

为了集中反映中国社会科学院法学研究所博士后研究人员的工作成果，展现博士后研究人员的学术风采和水平，优化学术资源，我们决定编辑出版《中国社会科学院法学博士后论丛》，并成立中国社会科学院法学博士后论丛编辑委员会。

作为一套系列性丛书，本论丛计划从2003年起，在已出站博士后的研究报告中，精选出符合论丛出版质量要求的研究报告，编辑出版一至若干卷。本论丛的编辑规范，执行的是由北京图书馆学位论文收藏中心和全国博士后管委会办公室1994年9月联合下发的《博士后研究报告编写规则》。此规则为目前中国博士后研究报告编写规则的国家标准。

本论丛所发表的博士后研究报告，是每位博士后研究人员在其博士后研究报告的基础上，重新编写的一篇约5万字篇幅的能够反映博士后研究报告概貌、理论预设、主题思想、创新点、理论贡献等精华内容的报告。因此，它不是简单地对原研究报告的浓缩，而是在原研究报告基础上的再创造成果。

博士后论丛是每位博士后研究人员在中国社会科学院法学研究

## 2 编辑和出版说明

所从事博士后研究工作期间学术生活经历的一段值得记忆的历史记载，是每位博士后研究人员学术水平和实力的展示，也是中国社会科学院法学研究所博士后学术水平整体实力的展示。

我们出版本论丛，也是希望得到社会各界对中国社会科学院法学研究所博士后研究工作的检验。我们热切地希望来自各方面的批评、评论和建议。

最后，我们要感谢中国政法大学出版社对本论丛的出版所给予的大力支持。

中国社会科学院法学博士后论丛

编辑委员会

2003年12月

## ／ 目 录 ／

|     |                               |
|-----|-------------------------------|
| 1   | 秩序与渐进<br>——社会主义初级阶段依法治国研究/郝铁川 |
| 63  | 检察改革论/孙 谦                     |
| 141 | 论权力的法治秩序<br>——以预防权力腐败为视角/许道敏  |
| 207 | 刑事公诉学原理论纲/郝银钟                 |
| 261 | 网络与电子商务的知识产权保护/徐家力            |
| 325 | TRIPS 协议下的我国知识产权保护/邓永杰        |
| 367 | 论国际刑事法院管辖的犯罪/王秀梅              |

## /CONTENT/

|     |                                                                                                    |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1   | Order and Gradualism<br>——Studies on Rule of Law at the Primary stage of<br>Socialism/Hao Tiechuan |
| 63  | On Reform of the Prosecutor System of China/Sun Qian                                               |
| 141 | Legal Order of Power<br>——from the Perspective of Preventing the Corruption<br>of Power/Xu Daomin  |
| 207 | Principle of Criminal Public Prosecution Science/Hao<br>Yinzhong                                   |
| 261 | Intellectual Property Protection of Internet and E - com-<br>merce/Xu Jiali                        |
| 325 | Intellectual Property Protection Under TRIPS Agreement in<br>China/Deng Yongjie                    |
| 367 | Crimes within the Jurisdiction of International Criminal<br>Court/Wang Xiumei                      |

·中国社会科学院法学博士后论丛·

# 秩序与渐进

——社会主义初级阶段依法治国研究

Order and Gradualism

——Studies on Rule of Law at the Primary stage of Socialism

博士后姓名 郝铁川

流 动 站 中国社会科学院法学研究所

研究 方 向 法学理论

博士毕业学校、导师 华东师范大学 吴 泽

博士后合作导师 李步云 刘海年 夏 勇

研究工作起始时间 2001 年 9 月

研究工作期满时间 2003 年 8 月



## 作者简介



**郝铁川**，男，汉族，中共党员。1959年12月31日出生于河南卫辉市，史学博士，法学博士后，法学教授，山东大学法理学专业博士生导师，上海交通大学宪法学兼职博士生导师。现任中共上海市委宣传部副部长（正局级）、中共上海市宣传党校校长。学术团体职务主要有：中国法学会比较法研究会副会长、中国法律思想史学会会长。1993年被评为上海市优秀青年教师，1998年享受国务院特殊津贴，2000年获上海市“好园丁”提名奖。

1978年9月至1985年1月在河南大学历史系读本科和硕士；1985年9月至1988年6月，在华东师大史学所读博士；2001年9月至2003年8月，中国社会科学院法学所博士后。

1983年以来，先后在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《中国史研究》、《求是》、《人民日报》等报刊杂志上发表论文百余篇，个人专著十余部。代表作是《论权利实现的差序格局》（《中国社会科学》2002年第5期）、《法治随想录》（中国法制出版社2000年版）。

## 合作导师学术评语

李步云

郝铁川同志撰写的《秩序与渐进——社会主义初级阶段依法治国研究》，是一篇很有份量的博士后研究报告。它的主旨是批评“法治浪漫主义”，论证在中国当前和今后很长一个时期里，必须强调社会的秩序性与法治的渐进性，进而提出推进依法治国的若干主张。

近十年来，在我国法学界，关于依法治国问题的研究方法，存在两种相反的倾向：第一种看法强调人类所共同发现与认可的法治的基本价值及普遍原则，但对法治实现的社会条件，对中国的具体国情考虑不够，因而在中国建设法治国家的进程与步骤上有些操之过急，提出种种目前我国显然还做不到的主张；第二种看法与此相反，过分强调中国的社会现实状况，对法治的基本价值与普遍原则重视不够，因而容易使人们在建设法治国家的奋斗目标与努力方向的认识上模糊不清，不去想和不去做那些应当做也可以做到的事情。我个人认为，这两种倾向都有失偏颇。

郝铁川同志的研究报告就是针对前一种倾向而作。这篇报告的重要学术价值主要表现为以下几点：第一，它对中国社会主义初级阶段的经济、政治与文化作了深入分析，并同世界上的发达国家作了对比，提出了我国在这一历史发展阶段上实行依法治国，只能以

保证“稳定的社会秩序”为前提，只能走渐进的道路，资料丰富翔实，论证充分有力。这是以往学者很少如此具体深入阐述过的。第二，提出并论证在中国实现依法治国过程中已经或将要出现的某些主要特点以及它们的内涵与成因，并提出种种推进依法治国的具体建议：如未来将形成“权利实现的差距格局”，认为它是“重视差距的市场经济与重视平等的现代法治相冲突的表现”；又如，对“坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一”作了系统分析，认为“坚持、改革和完善党的领导是关键”，并对“党总揽全局、协调各方”的“执政方式”提出了自己的各种具体改革建议；又如，通过实证研究，提出了中国式市民社会的内涵，指出“国家退出社会”、“党组织进入社会”，同各种社会组织的培育，将是一个并行不悖的过程；再如，“中央与地方职能和权限划分”问题，法学界过去很少有人深入研究，作者在充分论证的基础上，提出了“财权适度集中、事权适度下放”的原则，很有说服力。总之，这篇报告重视实证研究，观点有理有据，逻辑严密，没有任何空泛之论，其中不乏新颖的和有价值的见解。报告中的个别观点，我个人并不完全认同，也可能和多数学者的看法相悖，但作者的论证很充分，可见其治学态度是严肃和严谨的。我认为，我们国家非常需要各种不同观点都能充分发表的良好学术环境。

# 秩序与渐进

## ——社会主义初级阶段依法治国研究

郝铁川

**内容摘要：**本文作者认为近年来中国学术界对依法治国问题的研究，存在两个不足：一是忽视了我们社会主义初级阶段依法治国的阶段性；二是忽视了我们社会主义初级阶段依法治国的特殊性。经过初步研究，作者认为：中国依法治国进程的特征是渐进，中国依法治国的特殊性是离不开中国共产党的领导。有了中国共产党的领导，才能有依法治国的前提条件——稳定的社会秩序。秩序与渐进，是中国社会主义初级阶段依法治国的主要特征，是保证依法治国这一伟大事业正常进行的关键，也是作者研究中国依法治国问题之后得出的基本结论。

**关键词：**秩序 渐进 初级阶段

### 一、引言

每一代人都有每一代人独具特色的历史，每一时代的法治也都会打上该时代深深的烙印。目前中国的依法治国是社会主义初级阶段的依法治国，而不是中级、高级阶段和社会经济、政治关系相对成熟、平稳时期的依法治国。何谓初级阶段？1987年党的十三大报告首次对此作了系统的阐述。

10年之后，党的十五大报告再次重申了中国仍然处于社会主义初级阶段，其特征表现为：

“社会主义初级阶段，是逐步摆脱不发达状态，基本实现现代化的历史阶段；是由农业人口占很大比重，主要依靠手工劳动的农业国，逐步转变为非农业人口占多数，包含现代农业和现代服务业的工业化国家的历史阶段；是由贫困人口占极大比重、人民生活水平比较低，逐步转变为全体人民比

较富裕的历史阶段；是由地区经济文化很不平衡，通过有先有后的发展，逐步缩小差距的历史阶段；是通过改革和探索，建立和完善比较成熟的充满活力的社会主义市场经济体制，社会主义民主政治体制和其他方面体制的历史阶段；是广大人民牢固树立建设有中国特色社会主义共同理想，自强不息、锐意进取、艰苦奋斗、勤俭建国、在建设物质文明的同时努力建设精神文明的历史阶段；是逐步缩小同世界先进水平的差距，在社会主义基础上实现中华民族伟大复兴的历史阶段。这样的历史进程，至少需要一百年时间。”

又过了5年，党的十六大报告在我国实现了现代化建设“三步走”战略的第一步、第二步目标，人民生活总体上达到小康水平之后，又一次重申了中国社会主义初级阶段的基本内容：

“必须看到，我国正处于并将长期处于社会主义初级阶段，现在达到的小康还是低水平的、不全面的、发展很不平衡的小康，人民日益增长的物质文化需要同落后的社会生产之间的矛盾仍然是我国社会的主要矛盾。我国生产力和科技、教育还比较落后，实现工业化和现代化还有很长的路要走；城乡二元经济结构还没有改变，地区差距扩大的趋势尚未扭转，贫困人口还为数不少；人口总量继续增加，老龄人口比重上升，就业和社会保障压力增大；生态环境、自然资源和经济社会发展的矛盾日益突出；我们仍然面临发达国家在经济科技等方面占优势的压力；经济体制和其他方面的管理体制还不完善；民主法制建设和思想道德建设等方面还存在一些不容忽视的问题。巩固和提高目前达到的小康水平，还需要进行长时期的艰苦奋斗。”

“综观全局，21世纪头20年，对我国来说，是一个必须紧紧抓住并且可以大有作为的重要战略机遇期。根据十五大提出的到2010年、建党100年和新中国成立200年的发展目标，我们要在本世纪头20年，集中力量，全面建设惠及十几亿人口的更高水平的小康社会，使经济更加发展、民主更加健全、科教更加进步、文化更加繁荣、社会更加和谐、人民生活更加殷实。这是实现现代化建设第三步战略目标必经的承上启下的发展阶段，也是完善社会主义市场经济体制和扩大对外开放的关键阶段。经过这个阶段的建设，再继续奋斗几十年，到本世纪中叶基本实现现代化，把我国建成富强、民主、文明的社会主义国家。”

当前我国的依法治国就是在这样的基础上展开的，我们研究中国的依法治国问题要从这一实际出发：第一，中国当前的依法治国是从人均GDP二三百美元起步，并将经历人均GDP800~8000美元的现代化关键阶段的重要考验。也就是说，中国当前的依法治国是现代化起步阶段而不是现代化完成阶段的依

法治国；中国的依法治国不仅仅是从农业社会到工业社会转变时期的依法治国，还是计划经济体制到市场经济过渡时期的依法治国；中国的依法治国不是像早期西方国家那样的社会主导型（由社会力量推动）的依法治国，而是国家主导型（由国家力量推动）的依法治国；中国的依法治国不像西方那样，可以借助历史资源（古希腊和罗马的民主与法治）进行民主法治的复兴，而是不得不在封建专制主义的废墟上，从现实需要出发，一砖一瓦地构筑法治大厦。第二，中国的依法治国肯定离不开对西方法治成果的借鉴，但西方的法治也是经历相当长历史阶段之后形成的，中国究竟是要借鉴 18、19 世纪的西方法治经验？还是借鉴 20 世纪和当代西方的法治举措？抑或是实现跨越式的发展？这是一个史无前例的，需要我们创榛辟莽、凿破鸿蒙的大课题。

然而，纵览改革开放以来，特别是近年来中国学术界对依法治国问题的研究，明显地存在两个缺陷：第一，忽视我国社会主义初级阶段依法治国的阶段性，或者说，重视法治的共时态，忽视法治的历时态。也许是笔者孤陋寡闻，迄今尚未见到一篇或一部系统研究我国法治阶段性的论文和专著，而大都停留于西方当代法治的理念、制度和技术的研究介绍层面上。第二，忽视我国社会主义初级阶段依法治国的特殊性。对现阶段中国的生产力水平、人均受教育水平、社会变革对依法治国的制约关注不够，对中国共产党既是执政党、更是领导党，既要领导政权、又要领导社会等诸如此类的中国依法治国的特有内容关注不够——拿当代西方法治的模式，剪裁生产力水平落后于西方上百年的中国的现实，这就是不少学人的研究现状。这种研究很难不落入法治浪漫主义的窠臼。

世界上只有具体的法治，而无抽象的法治。一切法治都是历史中的法治，都是特定时空下的具体法治。法治史是法治的展开，而法治则是法治史长河中的一朵浪花。

因此，对中国当前的依法治国，一要注意研究它的阶段性；二要注意研究它的特殊性。经过初步思考，我认为：中国依法治国进程（阶段）的特征是渐进；中国依法治国的特殊性是离不开中国共产党的领导，因为没有中国共产党的领导，就会产生社会动乱甚至国家分裂。有了中国共产党的领导，才有依法治国的前提条件——稳定的社会秩序。

总之，秩序与渐进，是中国社会主义初级阶段依法治国的主要特征，是保证依法治国这一伟大事业正常进行的关键，也是笔者研究中国依法治国之后得出的基本结论。

## 二、中国依法治国的渐进性

改革开放时期的民主法治是以总结“文革”动乱教训为契机而启动的，每每想到那么多的公民在“文革”中经历了那么多不该经受的痛苦折磨，人们就迫切呼唤社会主义民主与法治。然而，一种倾向往往掩盖着另一种倾向，人们盼望民主法治的急切心情又可能导致从过去的法律虚无主义跳到法治浪漫主义。所谓法治浪漫主义，是指：第一，忽视法治的阶段性，企图毕其功于一役；第二，忽视法治的有限性，把法律看作是放之四海而皆准的灵丹妙药。法治浪漫主义主要是在依法治国的速度问题上出现的一种急性病。我认为，党的十五大和九届人大二次会议通过的宪法修正案所提出的“依法治国，建设社会主义法治国家”，是我们需要几代人、十几代人努力奋斗的伟大目标。实现这一目标，需要走渐进式的发展道路，这是因为：

### （一）社会经济发展水平的制约

法律不同于道德的一大特点，就是前者的实现比后者需要更多的经济成本。因此，极而言之，穷国无法治。一个国家法治水平的高低说到底是由社会的经济发展水平决定的，穷国可以产生优秀的文学作品，可以出现一些思想深邃的哲学家，但绝对不可能出现很高的法治水平。

按2000年世界银行的统计与划分，人均收入低收入国家为420美元，下中等收入国家为1140美元，上中等收入国家为4620美元，高收入国家为27510美元。我国GDP总量虽然位居世界第6，但人均GDP却仅排在第67位左右，属于中下等收入国家。值得注意的是，被法学界公认为法治水平比较高的国家，恰巧也是经济总量位居世界前列的国家。

根据世界各国、各地区经济发展的水平，如果简单地以人均GDP为量化指标，国际经济大概可以粗分为5个档次。在5个档次中，我国目前处在第2档次，要达到第5档次，显然还需要相当长的历史时期。我国的依法治国也许不必和这五个阶段一一对应，但断难摆脱这种阶段性的制约。

后现代法学认为，法律是一种地方性知识。抛开其原意不论，法律因在当前中国各地实施时所得到的经济支撑参差不齐，因而真地表现为一种地方性知识——这是因为中国各地的经济发展水平的差距相当突出。

地区间经济水平的差距必然影响到主要依赖地方财政支撑的地方法治水平；城乡居民和东、西部居民之间的收入差距，不仅影响了他们对法律需求的不同，更影响到了他们寻求权利方面司法救济的能力。法学界虽然没有对我国