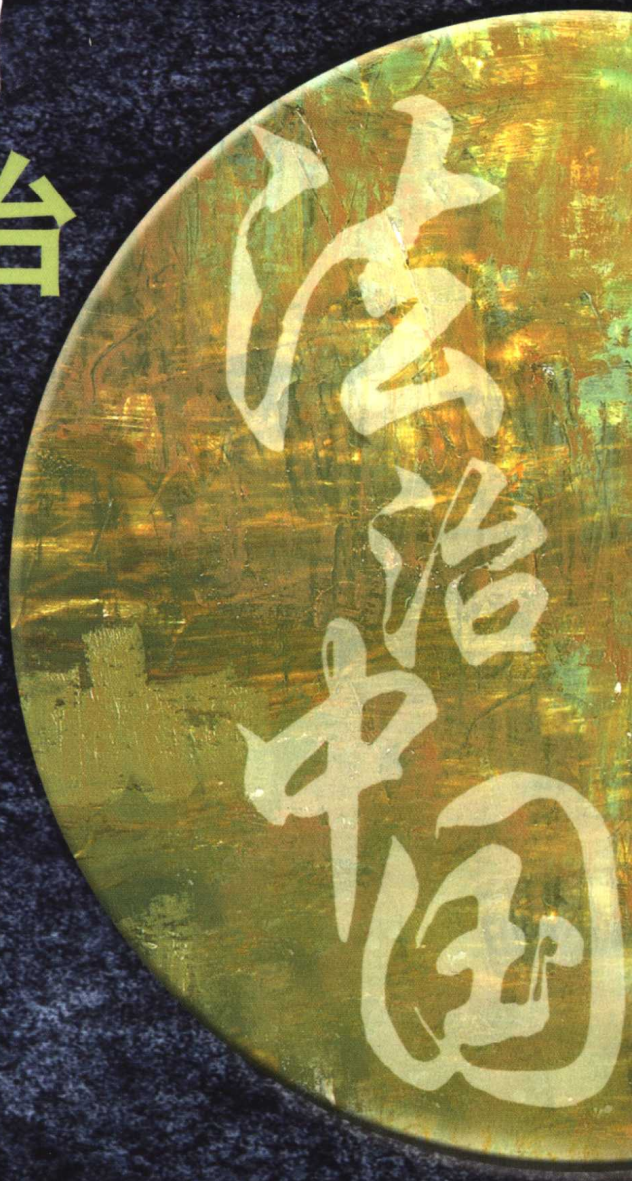


马天山 著

# 中国 的法治

和

法治的中国



中国人民公安大学出版社

# 中国的法治和法治的中国

马天山 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目(CIP)数据

中国的法治和法治的中国/马天山著.—北京：中国人民公安大学出版社，2004.7

ISBN 7-81087-835-2

I.中... II.马... III.社会主义法治—研究—中国 IV.D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 069188 号

中国的法治和法治的中国

ZHONGGUO DE FAZHI HE FAZHI DE ZHONGGUO

马天山 著

---

出版发行：中国人民公安大学出版社  
地 址：北京市西城区木樨地南里  
邮政编码：100038  
经 销：新华书店  
印 刷：河北省抚宁县印刷厂

---

版 次：2004 年 7 月第 1 版  
印 次：2004 年 7 月第 1 次  
印 张：10.625  
开 本：880 毫米×1230 毫米 1/32  
字 数：213 千字  
印 数：0001~3000 册

---

ISBN 7-81087-835-2/D·623

定 价：30.00 元

---

本社图书出现印装质量问题，由发行部负责调换

联系电话：(010)83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn



▲ 下乡途中。头顶蓝天，背靠群山，  
感悟像时光一样苍凉和久远。



▲ 在广州参加第二届全国检察理论研究年会。



▲ 与学界泰斗高铭暄老先生在湖南合影。



▲ 与学界泰斗马克昌老先生在广东合影。



◀ 向二级大法官、青海省高级人民法院院长钱应学教授请教司法审判当中的有关问题。

▶ 获得“第三届全国杰出中青年法学家”提名奖后，青海省人民检察院检察长、二级大检察官刘晓教授（左二）向本人颁发奖金（右为青海省人民检察院副检察长牛克林教授，左为青海省人民检察院马德良副检察长）。



◀ 与老法学专家张致弟研究员一同欣赏其新出版的著作。



◀ 与日本知名法学专家合影（左一为和光大学小林正典副教授；左二为日本一桥大学西村幸次郎教授；右一为内蒙古大学法学院芒来夫教授）。

▶ 《藏族部落习惯法研究丛书》出版后，编委会成员合影留念（前排右二为为本书作序的张济民先生；前排左二为《青海日报》社戈明副社长、副译审；后排居中、前排右一为青海省人民检察院的文格副检察长和辛国祥副检察长）。



◀ 2003年12月，青海省“首届优秀法学家”评选揭晓，评出“优秀法学家”3名（中为青海省高级人民法院院长钱应学教授；左为青海民族学院院长王作全博士；右为作者）。

## 志者事成

(代序)

张济民\*

我在工作之际,在掌握了大量调研资料之后,1992年开始主编《藏族部落习惯法研究丛书》<sup>①</sup>,由马天山同志承担编写该丛书的编务工作,自此我们相识,算来已有十多年了。他在完成习惯法研究任务的同时,还撰写了大量其他方面的文章,其中包括学术论文、影视剧作、诗歌散文等。我看过不少他的法学论文,感觉到他对许多法治宏观问题的阐述有很强的理论性、针对性和现实性,便建议他进行系统研究和整理,以便归纳成书,为我国法治建设这座宏伟大厦增砖添瓦。

2002年,《藏族部落习惯法研究丛书》自开始调研历时15年之后得以问世,马天山同志开始有时间进行自己专著的创作。现在《中国的法治和法治的中国》即将出版,我由衷地

\*原青海省人民检察院检察长,兼中国法学会理事、西北政法学院名誉教授等职。

①著者说明:《藏族部落习惯法研究丛书》是由原青海省人民检察院检察长张济民同志主编的一套(三本)丛书,2002年由青海人民出版社正式出版。该丛书首次对我国藏族部落习惯法进行了系统的挖掘、整理和研究,具有相当的史料价值和实践意义,填补了我国法学领域当中的一项空白。笔者也有幸参与其中。

志者  
事成



感到高兴。

我在解放前已工作了一些年,1954年进入中国人民大学系统学习法律。大学毕业后刚从事检察工作一年又改行了,“文化大革命”后重建检察院才归队。经历了社会主义法治的创建、法律虚无和党的十一届三中全会后法律重建三个时期,深切感受到法治建设的艰巨性和重要性,也看到了近年来我国法治发展中,广大司法实践者和理论工作者为此付出的艰辛努力。这些年来我国的法治建设虽然有了很大起色,但仍然面临着太多的问题,要建设一个真正的法治国家,任重而道远。因此,结合我国的司法实践,进行理论上的探索显得十分重要,这有助于我国进行正确的决策,因为来自实践的理论是行动的先导。

志  
者  
事  
成

法治改革是许多人都在研究的一个热点话题。我虽离休在京,也还时常浏览一些关于法治建设、检察制度和审判制度改革的文章,在观点纷呈之中,不乏真知灼见。理论上的探讨是法治改革的必然前奏和准备。《中国的法治和法治的中国》所涉及的绝大多数内容,是有关法治改革的本质问题或者说是关键问题。如从认识论的角度入手,分析的是法治改革的思想准备;从文化与比较的视野入手,阐述的是方法论问题;从腐败本质与“严打”政策入手,触及的是社会稳定问题;从西部开发与法治建设入手,关注的是国家平衡发展的问題;凡此种种。这本书论述的问题,在我看来也是较为全面和深刻的,对某些问题的探讨还有独特之处。

搞理论研究,需要付出很多艰辛,对于一个只能利用业

业余时间搞研究的人来讲,所付出的就更多。马天山同志给我的印象是踏实、勤奋、勤于学习、善于独立思考,能够写出《中国的法治和法治的中国》这么一本书,他付出了不少心血。我也相信,他的这种付出肯定会得到成倍的回报。

我国的法治建设事业,需要人们关注的问题很多,同马天山同志一样,关心我国法治建设事业的人也很多。我们有理由相信,我国法治建设事业的明天,会因为许许多多的人不懈地努力和付出而更加美好。

2004年初春于北京

志者事成

# 变革年代之法治 建设的积极探索

(代序)

赵秉志

2003年10月,在湖南长沙召开的全国刑法学研究会年会上,马天山同志将《中国的法治和法治的中国》的目录拿来请我过目,并请我写序。借此机会谈以下一些想法,以为序。

中国社会正处在一个剧烈变革的年代,法治建设作为变革的重要内容,怎么走、走向何处,为全国乃至世界法律人士所普遍关注。中国已经将前进目标定位于物质文明、精神文明和政治文明。在政治文明中,法治无疑是最重要的标准之一。从某种意义上讲,中国法治建设的程度不仅决定着中国经济发展的质量和速度,而且直接决定着中国的政治形象。

法治建设既是一个理论话题,又是一项实践任务。在不同的历史阶段,法治建设会面临不同的社会形势和社会需求,需要担负起不同的社会使命,因而法治建设不可能也无法一劳永逸,法治改革是必然的和长期的。中国社会已经从计划经济转向了市场经济,并且逐步融入国际经济大市场;

\* 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任,中国人民大学法学教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长,法学博士。

变革年代之法治  
建设的积极探索

与此相适应，中国法治建设也应当更多地转到关注民主、公平、正义、效益，关注法治的民族性和世界性上来。显然，这种关注只能在法治改革的层面上才能实现。

法治改革庞大而复杂，涉及的问题很多，宏观方面如法律制度与经济制度、政治制度、文化传统的协调问题，中观方面如司法权力的分配与制约、司法机关性质与职能的设定问题，微观方面如对某些具体行为的法律评价问题，等等，涉及相当广泛的学科领域。《中国的法治和法治的中国》在内容设计上没有求全，而是只选取了其中十个问题进行研究论证，以求对法治改革中人们所关心的理论和实践话题，阐述自己的观点。在第一章法治改革进程中的认识论问题中，本书从文化传承、比较法、国际一体化等多角度，对中国法治改革的特色予以剖析，回答了我国进行法治改革应当首先在观念上必须明确的一些问题。在以后的章节中，对此问题又有进一步的展开，探讨了现代法治理念、中国司法改革走势、刑事法治的历史与现实、腐败本质及其惩治、西部开发与民族地区的法治建设、“严打”政策以及依法治国中的监督等重大而现实的话题。应当说，本书选取的切入点，具有一定的典型性和代表性。

本书各部分既可独立成章，又统一于中国如何进行司法改革这一红线，从对中国传统文化和社会现实深刻而辩证地分析中，探求什么是中国特色和如何进行中国特色法治改革的结论，既不妄自尊大又不妄自菲薄。由于根植于丰富的本土文化和中国政治、经济、法治现状，本书包含着浓厚的情感

色彩,但又不乏对域外法治建设的理性思考,因而在具有相当亲和力的同时,又具有相当的论理性和说服力。应当说这是本书的又一特点。

本书在开篇处邀请多位国内外专家学者和其他人士发表对中国法治建设的看法,也算匠心独具。这种方式,一方面展示了各种观点,反映出了社会各阶层对中国法治建设的希望和评价,使本书在内容上更加全面和丰富,形式更加活跃。另一方面作者大约也以此表达本书仅为一家之言的想法。

基于广泛地选材、恰当地提炼和鲜明的针对性,本书读起来肯定会有收获,但它的学术价值到底如何,见仁见智,各不相同,相信读者诸君自有论断。

本书作者马天山同志是中国法学会刑法研究会理事,长期工作在司法第一线,多年来一直潜心于刑法理论和其他法学理论的研究。我对马天山同志出版本书由衷地感到高兴,因而为之作序也是一种祝贺。

2004年1月4日于北京

变革年代之法治  
建设的积极探索

## 法治建设十人谈

作为一个学术问题,中国的法治建设,从来没有像现在这样,引起学术界和实务界的广泛关注,各种观点、各种主张令人目不暇接。

作为一项制度建设,中国的法治问题,由于事关民主或者说是政治文明,也令社会各界充满遐想。

笔者于开篇之时,特地诚邀了一些资深的大法官、大检察官和国内外知名专家学者、律师、新闻工作者等各界人士,请他们畅谈对中国法治建设的希冀,同时又摘录了两位学者关于中国法治建设的方法论思考的部分内容。

这是一个观点展示和比较的平台,但主要还是期望在有限的容量中,感知社会各界的心声,使我们的认知全面、客观和富有现实启发性。

钱应学(青海省高级人民法院院长,二级大法官,西北政法学院等院校特邀法学教授,青海省优秀法学家):

党的十五大提出“依法治国,建设社会主义法治国家”,不仅确立了依法治国的基本治国方略,而且意味着党和政府和管理国家各项事务中领导方式和执政方式上的全局性转变。

法治作为一种治理国家、管理社会的方法原则,亚里士多德将其概括为“已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律”,即“普遍守法+良法”的法治公式。现代法治的内涵争论较多,但是其公认的基本要素,至少应包括完备的法律体系、普遍有效的法律规则、严格的执法制度、公正而独立的司法制度、专门化的法律职业阶层等。司法既是法治的重要组成部分,又是法治推行的基本保障。司法建设是法治建设基本的和核心的内容之一。

党的十六大报告指出,发展社会主义民主政治,建设社会主义政治文明,是全面建设小康社会的重要目标。要实现十六大提出的奋斗目标,必须深化司法体制改革,为推动法治建设进程,在全社会实现公平和正义提供保障。

依照现代法治观念推行的司法改革,必须坚持司法为民的宗旨,服从于建设社会主义市场经济体系的需要,并且尊重社会主义初级阶段的基本国情。

司法改革要坚持司法为民的宗旨。法治的目标之一是最大限度地实现社会主义民主,体现在司法上,就是要代表和实现最广大人民群众意志和根本利益,要服从于社会 and 人民群众。司法为民的宗旨,要求在司法改革的过程中强调人

民群众的参与,重视和吸纳社会各界的意见和建议;在诉讼制度的构建上强调以人为本,尊重寻求权利救济的当事人,让当事人感到司法程序对其权利救济的便捷和及时;同时,在强调司法的服务宗旨时,在具体措施的制定上要坚持司法固有的公正性、独立性、中立性、程序性和消极性。

司法改革要服从于社会主义市场经济体系建设的需要。党的十六届三中全会审议通过了《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》,市场经济体系的完善成为目前工作的重中之重。市场经济体系的完善,也必然要求与之相应的司法制度的完善。

首先,要求司法能够服务于市场资源配置的需要。目前我国实际存在行政权力过于膨胀而导致的不当行政干预、市场主体的垄断性经营以及经济犯罪等现象。司法应充分发挥其职能作用,保障市场价格对资源优化分配的基础性作用顺利实现。

其次,要求司法能够服务于经济增长的需要。现代经济的发展,依赖于信用关系、市场协作关系和层级管理关系。公正和权威的司法,能为这些关系的建立和维护提供强有力的保障。因而,司法改革应着眼于繁荣市场经济的需要。

再次,要求司法能够保护市场主体创新的积极性。市场经济发展的活力来源于不断地发明和创造。经济学家指出,没有创新的经济增长是最严重的粗放型增长。在转变经济增长方式的过程中,司法对知识产权的充分保护,是不可或缺的要害。改革知识产权审判制度,加强保护知识产权和打击



侵权行为的力度,是司法改革服务市场经济的必然要求。

司法改革必须尊重社会主义初级阶段的基本国情。依法治国,不仅仅是治国方略的改变,它要带给中国的,是从制度到观念的深刻变革。无论是制度变革的复杂性,还是观念变革的缓慢和艰难,都决定了这是一个渐进的、长期的过程。司法改革作为法治进程的核心内容和关键环节,也必然受到整体法治进程的制约和影响,不能奢望“毕其功于一役”。因此,充分结合中国现阶段的国情,在吸收发达国家先进司法制度的合理内涵时要注意本土资源的充分开发和利用,在加大改革力度的同时,要充分考虑司法队伍素质和民众接受能力等多种因素。

法治需要司法改革,司法改革推进法治进程。

刘晓(青海省人民检察院检察长,二级大检察官,青海民族学院等院校特邀法学教授):

当中国把依法治国确定为基本的治国方略的时候,也把一系列重大的问题摆在了人们面前。这一系列问题中,最应当首先回答的是:什么是法治?中国法治的现状是什么样子的,未来又应该是什么样子的?

关于法治,不同的时代会有不同的理念,其内容随时代的变化而变化。当代社会对于法治的理解,在一点上是共同的,即法治是保障公共利益、公共秩序的最有效的手段。公共