



Series of Legal Thoughts and Rule of Law

法律思想与法治丛书

主编：蒋传光

制度演进中的 法治生成

*The Creation of Rule of Law
in The Evolution of the Social System*

王耀海◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



Series of Legal Thoughts and Rule of Law

法律思想与法治丛书

主编：蒋传光

制度演进中的 法治生成

*The Creation of Rule of Law
in The Evolution of the Social System*

王耀海◎著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目、(CIP) 数据

制度演进中的法治生成 / 王耀海著. —北京: 中国法制出版社,
2013. 3

(法律思想与法治丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4402 - 6

I. ①制… II. ①王… III. ①社会主义法制 - 研究 - 中国

IV. ①D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 039034 号

策划编辑 陈兴 (cx_legal@163.com)

封面设计 李 宁

制度演进中的法治生成

ZHIDU YANJIN ZHONGDE FAZHI SHENGCHENG

著者/王耀海

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2013 年 3 月第 1 版

印张/20.25 字数/330 千

2013 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4402 - 6

定价: 55.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66017726

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66071862

邮购部电话: 010 - 66033288

“法律思想与法治丛书”总序

上海师范大学的法学教育目前已成为上海法学教育的重地之一，法学理论学科的建设近年来也取得了较为突出的成绩，教学与科研成果颇丰。展现在读者面前的这套“法律思想与法治丛书”，则是其中的成果之一。

依法治国，建设社会主义法治国家目标的实现，离不开法学理论的研究和法治理念的确立。理论来源于实践，正确的理论指导新的实践。法学研究与法治建设的关系同样符合这一认识规律。法学研究的根本任务是与法治建设实践相结合，促进中国社会主义法治建设事业的发展。因此法学研究应在深入了解国情的基础上，探索我国社会主义法治建设的发展规律，不断总结经验，为推动法治建设发挥理论指导作用。法学研究的繁荣既是法学发展的基本途径，也是促进法治建设的重要动力。重视法学理论研究的意义，在于其对法治社会建设具有以下独特的功能和价值。

1. 解放思想，法学启蒙

自改革开放以来，法学理论研究担当了法学与法治启蒙的任务。我国建国以后很长一段时间，法学界由于受“左”的思想的影响，思想不够解放，对法学界某些长期有争议的理论 and 实际问题，有的被视为禁区不敢涉足，有的被视为姓“资”而排斥，有的囿于陈说而不敢突破。现在法学研究的人为束缚虽然已大大减少，并取得了丰硕的研究成果，但在今天，法学研究担当的解放思想和启蒙的作用仍未消失，其任务仍未完成。

2. 为部门法的制度设计提供理论指导和价值标准

(1) 为部门法学提供一定的意识形态指向

在我国立法中，必须遵循一定的立法指导思想，坚持相应的立法原

则。因此，部门法在制定过程中不可避免地会遇到意识形态等政治因素问题。如何处理好法律制度和意识形态的关系，是法学理论研究必须重视的一个问题。

(2) 为部门法的制定和完善提供立法指导原则

在当前中国建设法治社会的实践中，随着社会阶层的日益多元化和各种社会关系的日益复杂化，面临着一系列的新情况、新问题。作为法学理论研究，应当关注这些社会现实问题，从而为完善相关法律体系提供理论上的指导和制度设计上的解决方案。

(3) 为部门法的制定提供正当性的理论基础

国家制定法律、建立法律制度的目的在于用它们来调整人类社会的生活关系。所以法学要研究社会现实与社会生活关系，通过从法律的角度对相关的社会现实或社会生活关系进行判断和评价，以断定社会现实与社会生活关系所具有的“法律制度的关联性”，从而为立法的必要性和可行性提供科学、合理、正当的评价标准。

3. 为法治建设提供相应的知识体系

无论从当下中国法律体系的构建和法治社会的建设来说，还是从中国特色先进法律文化的创造来说，其路径是，在重视学习借鉴国外先进法律经验的同时，有两个重要方面，一是关注中国的传统法律文化，一是关注当代中国的社会现实和社会实践。正是从这个意义上，国外的经验、中国传统法律文化和当代中国的法治实践，是中国法治建设的重要知识资源。这些知识资源的提供，有赖于法学理论的研究。

4. 为法学研究提供普适性的语言体系

法律与语言有着密切的关系。中国目前可以说存在四种法律语言体系，即意识形态化的法律语言体系、西方法律语言体系、中国传统法律语言体系、民间法律语言体系。这四种语言体系之间有知识上的交叉重叠，在理念上、内涵上也有很大的差异。如何构建具有普适性的中国法律语言体系，用一套类似西方自然法的语言把各种语言体系统一起来？中国的类似自然法的语言体系是什么？针对中国当代法律语言的多元化弊端，如何让中国民众与学者、民间与官方、大众与精英共享一套既能反映中国文化传统，又能表达中国法律现代化进程的语言体系，这是当

今法学理论研究要解决的问题。

5. 为司法实践提供方法论指导

法学是一门以实践为取向的科学，因此法学研究不能脱离现实的法律难题进行闭门造车，或以研究外国法为能事，而应关注中国司法实践中所存在疑难案件和法律漏洞。面对法律实务，法学理论研究应该能够为司法裁判提供法律解释的依据、方法和裁判的基准。

事实也证明，自1978年中共十一届三中全会以来，法学界乘思想解放的东风，逐渐打破法学禁区，全方位开展了立法和法学研究，形成了久违了的学术争鸣的局面。这种学术争鸣对于法学理论的进步产生了极大的推动作用，为新时期社会主义法治建设提供了强大的动力支持，具体地体现在以下方面：

1. 更新了人们的法观念，提高了人们的法律意识。改革、开放以来，通过对法的本体理论以及社会实践中重大法学理论问题，如法的概念和本质、人治与法治、法律面前人人平等、法与民主、法律与政策、法律监督、法的实现、法制与改革、法律文化、法的精神、法与人权与权利、司法公正与司法改革、法律解释、立法与立法体系、法制现代化、法与市场经济体制等一系列基本问题的研究，使人们对法是什么有了较为确切的了解，全社会的法治观念、依法办事观念、权利观念有了很大提高。人们法观念的更新与法律意识提高的水平，现在看来，尽管与建立现代法治社会的要求还有差距，但其对立法、法律适用和法律的遵守等方面所起的作用是无可疑的。同时，这也为实施依法治国方略，建立社会主义法治国家奠定了思想基础。

2. 促进了人们对法的功能与作用，特别是在社会治理中法的重要性的认识。关于法的各种基本理论问题的研究，从某种意义上说，都是为了准确地揭示并有效地发挥法的作用。同时法学理论和法律实践中的很多争论也往往都是围绕法的功能和作用而展开的。实践也已证明，许多社会矛盾和社会问题只有靠法治才能得到有效解决。正是这些理论的研究和法在实践中作用的显现，使人们对法的功能与作用有了全面的认识，并对法治有了渴盼与呼唤。我国确立了建立社会主义市场经济体制的改革目标以后，法学界对法在市场经济中的重要性从多角度、多层次进行

了论证。市场经济离不开法治的观念已深入人心。没有健全的社会主义市场经济法制体制的建立，也就不可能有繁荣、健康的社会主义市场经济，现已成为人们的共识。这种共识最终推动了依法治国，建设社会主义法治国家治国方略的确立。

经过30多年的不断努力，到2010年中国特色社会主义法律体系已经形成，依法治国、建立法治国家已由法学家讨论的学术问题，被写入到党的十五大报告中并上升为宪法原则，成为治国的方略并被付诸实施。实现这一历史性跨越，可以说是法学理论研究最突出的成就，也是法学界做出的一个重要贡献。

在当前我国建设社会主义法治国家的过程中，无论在理论层面还是实践层面，都还有许多问题需要深化研究和提供理论指导。展现在读者面前的这套“法律思想与法治丛书”，就是丛书的作者们对如何建设社会主义法治国家，如何走中国特色的法治之路，如何对待国外的法治经验，如何面对中国的传统法律文化，如何立足于中国的法治实践等一系列问题，进行长期深入思考的成果。希望这套丛书的出版，能为进一步深化法学理论的相关研究起到促进作用，能为中国法治社会的建设在思想上和知识上提供有益的启示。

在本套丛书出版之际，要特别感谢上海师范大学“法学理论校级重点学科”、上海市教委重点学科（第五期）“马克思主义中国化研究”（编号j50407）给予的资助，感谢上海师范大学社科处的大力支持。同时也感谢中国法制出版社的陈兴编辑在丛书编辑过程中提出建议和付出的辛勤劳动。

陈传光

二零一二年七月二十日于上海

序言

王耀海博士的博士学位论文修改稿《制度演进中的法治生成》（以下简称《制度演进》）即将付梓印行，我谨致以学术上的热烈祝贺！

《制度演进》一书坚持以马克思主义法律观为指导，着力探讨社会变革进程中法律治理的基本原理与实现机制，这对于全面推进依法治国，加快建设社会主义法治国家，无疑具有重要的理论价值与实践意义。我们知道，法治是人类社会在长期发展进程中探索形成的一种社会治理模式，是保证社会经济生活有效运作的体制条件，是人类社会文明进步的重要标志。法治把社会生活的一切层面都纳入依法规范的轨道，因而是以和平理性的方式实现国家和社会治理的最佳途径，是维护社会和谐稳定、实现国家长治久安的根本保障。我国社会治理方式的转变经历了一个历史的演进过程。在新民主主义革命时期，中国共产党领导中国人民进行社会革命，党在革命根据地的执政方式主要依靠的是政策、命令，而不是法律。新中国成立之初，由于当时法律法规不健全，我国社会治理的基本模式仍然是一个政策型的社会治理模式。在社会主义建设的探索过程中，党的政策发挥了主导作用。党的十一届三中全会之后，我们党通过总结历史经验教训，提出了发展社会主义民主、健全社会主义法制的历史性任务，国家和社会进入了从过去主要靠政策到现在靠法律和政策双重调整的历史时期。

改革开放三十多年来，我国社会治理的基本模式是法律和政策相互配合藉以进行国家和社会治理，法律和政策共同起到社会治理的有效作用。随着依法治国基本方略的全面实施，当代中国的国家生活、社会生活和经济生活进入了新的历史阶段。党的十八大报告强调，要更加注重发挥法治在国家治理和社会管理中的重要作用。这必然有力推动国家与社会治理方式的重大转变，法治在国家和社会治理进程中的基础性地位

愈益凸显，法律调整的主导性作用更加突出。因之，在加快建设社会主义法治国家的现时代，努力构建法治主导型的国家与社会治理模式，把国家和社会治理纳入法治化轨道，不断提高国家和社会治理的法治化水平，这是当代中国改革发展的必由之路。

我们正在走进法治时代。我希望王耀海博士在《制度演进》出版之后，继续深入研读，孜孜探求，努力取得新的法学学术成果，以期回应我们这个伟大时代的理论期待。

是为序。

公丕祥

2012年11月于南京

前言

本书贯彻马克思主义基本原理，针对法律治理，从制度视角入手，以利益集团和国家作为分析核心，运用历史唯物主义和制度分析等方法，探讨社会制度中法律治理的演变逻辑，寻找现代法治的确立规律，并比照中国当下的法治建设，探究中国法治实现的必然性和具体路径。本书基本观点：社会制度决定法律治理。随着社会制度的不断演进，法治必然出现。伴随社会制度的不断演进，中国的法治目标一定会实现。

整体而言，根据一定的分析视角提出理论假设，进而在基本的社会形态中验证，然后把经过验证的理论应用于中国当下。具体逻辑是，先把相关制度理论确立为全文的分析前提，进而从制度视角找到法律治理的制度关联。在此基础上，建立一个关于法律治理的制度框架。然后，把这个框架应用于基本的社会形态求得验证，探究不同社会形态下法律治理的演变逻辑。进而把这种得到验证的制度机理应用于中国当下的制度变革，得出中国法治必然实现的逻辑结论。

文章首先确立了作为分析前提的制度理论，梳理制度范畴、制度主体和制度演进。着重强调作为分析核心的制度主体和制度变迁中必然发生的制度倾斜和制度异化。然后探讨制度与法律治理的内在关联，认为法律治理是社会制度的产物，并确立经济制度和政治制度是考察法律治理的关键制度。

制度基因决定法律的基本限度。法律应制度需要而发动，经制度表达而生成，被制度推动而实施，又在不同的制度结构中具体演化，形成不同的制度结果。制度决定力决定法律治理与之匹配，法律构建力决定法律的具体形态，法律实施力则决定法律的实施状态。由此建立社会制度决定法律治理的基本框架，也为后文的具体应用奠定分析基础。

臣民社会以自然经济和专制政治为制度基础。在这样的制度结构中，

自足的经济催生的社会关联度很低，由此形成的利益集团简单化使专制政治必然专权。与之相适应，社会依附国家，权力支配社会。臣民社会中，法律需要分裂化、法律必然倾斜，在必然出现的垄断性利益集团的推动下，法律必然成为表达制度异化的恶法。随着垄断性利益集团因为没有外在的制约集团而不可控制，法律实施的民间推动和国家推动都必然弱势，从而使法律实施呈现自我削弱的趋势。恶法化的法律在权力支配法律的逻辑下不可能得到普遍遵守。恶法导致普遍违反，臣民社会中的法律治理必然人治化。

随着生产力发展带来的制度演进，臣民社会被市民社会替代。市民社会以市场经济和民主政治作为制度架构的核心。与之相适应，必须通过交换才能实现的市场经济造就了高度的社会关联，由此形成的利益集团多元化使民主政治必然分权。其结果，社会制约国家，国家服务社会。市民社会中，法律需要内在均衡，法律表达趋于平衡，垄断性利益集团带来制度倾斜却不能导致制度异化，从而使其法律成为反映和维护制度均衡的良法。垄断性利益集团虽必然出现但却因制约集团的存在而可控，法律实施的民间推动和国家推动也必然强势，从而使法律实施呈现出自我加强的运行。良法得到普遍遵守，从而使市民社会中的法律治理必然演化为法治。

前改革时代中国的法律治理是弱势的，不论法律需要、法律表达还是法律实施都比较薄弱。随着改革带来的社会转型不断深化，实现了适应制度转型的法治选择并取得了巨大成就。而既得利益集团催生的制度异化，对法治产生负面阻碍，中国法治建设陷入不足。但是既有的制度变迁不可逆转，随着二次创新的开启，法治的制度推动力必然越来越大，对阻碍法治的既得利益集团的修正必定完成，从而法治必然实现。

目 录

第一章 导论	1
第一节 问题缘起与研究意义	1
一、问题缘起	1
二、研究意义	6
第二节 研究综述与待研问题	8
一、研究综述	8
二、待研问题	14
第三节 研究方法 with 思路安排	15
一、研究方法	15
二、思路安排	18
第四节 可能的创新 with 研究不足	21
一、可能的创新	21
二、研究不足	24
第二章 制度视角：法律治理的制度关联	27
第一节 作为分析前提的制度理论	27
一、制度范畴	27
二、制度主体	35
三、制度演进	45
第二节 基于社会制度的法律治理	52
一、制度与法律	52
二、必要的法律治理	54

三、制度决定的法律治理	58
四、制度变迁中展开的法律治理	62
第三节 法律治理的分析视角	64
一、法律治理与法治	65
二、法律治理的考察中心	66
三、决定法律治理的关键制度	67
第三章 制度决定：法律治理的一般运动机理	73
第一节 制度基因：法律的基本限度	73
一、决定性的制度基因	74
二、制度基因框定的法律范围	75
三、制度基因限定的法律实施	76
第二节 制度需要：法律的动力机制	77
一、制度需要催生的法律需要	78
二、法律需要的主体整合	83
三、法律需要的基本取向	85
第三节 制度表达：法律的生成机制	90
一、通过法律实现的制度表达	90
二、法律表达的具体路径	91
三、法律表达的基本内容	95
第四节 制度推动：法律的实施机制	99
一、法律实施必需的制度推动	99
二、法律实施的具体路径	101
三、法律实施的基本推动	102
第五节 制度决定：法律治理的基本状态	106
一、制度决定力：法律匹配的内在根由	107
二、法律构建力：制度决定的法律形态	107
三、法律实施力：契合制度的法律实施	116
第四章 制度应用（一）：臣民社会中的法律治理	121
第一节 臣民社会：古代法律治理的制度环境	122
一、基本社会形态的选取	122

二、臣民社会概述	125
三、臣民社会的制度框架	128
第二节 臣民社会中的法律形态	135
一、臣民社会的法律基点	136
二、分裂的法律需要	142
三、倾斜的法律表达	146
四、趋恶的法律	160
第三节 臣民社会中的法律实施	163
一、消极的民间推动	163
二、弱势的国家推动	166
三、自我削弱的法律实施	170
四、必然的人治	176
第五章 制度应用（二）：市民社会中的法律治理	180
第一节 市民社会：现代法治的制度环境	181
一、制度演进：从臣民社会到市民社会	181
二、市民社会概述	186
三、市民社会的制度框架	191
第二节 市民社会的法律建构	196
一、市民社会的法律基点	197
二、统合的法律需要	202
三、均衡的法律表达	208
四、内生的良法	221
第三节 市民社会的法律实施	224
一、积极的民间推动	224
二、强势的国家推动	228
三、自我加强的法律实施	231
四、必然的法治	235
第六章 制度转型：当代中国的法治选择及其实现	241
第一节 制度僵滞：前改革时代的法律治理	241
一、封闭的计划社会	242

二、弱势的法律建构	245
三、低效的法律实施	248
第二节 制度转型：改革后的法治选择与不足	250
一、基于僵滞的制度变革	250
二、市民社会的初步形成	254
三、法治选择及其成就	257
四、社会转型中的法治不足	261
五、法治不足的制度原因	264
第三节 制度完善：现代法治的持续推进	272
一、二次创新：制度转型的不断完善	273
二、必然增强的法治动力	279
三、法治建设的推进方向和路径	285
结 论	293
参考文献	297
后 记	306

第一章 导论

依法治国战略在中国确立之后，法治建设成为时代的基本语境。现代法治生成的内在原因一直是研究者的关注焦点之一，法学研究者基于各种视角给出了深度各异的诸多解释。制度分析方法的出现和进展，提供另外一种分析框架，拓宽了研究法治的视角和思路。在其解释图谱中，可以看到社会制度中的法治生成，深化对法治必然性的理解，进而更加深刻地认知法治实现路径，以更有效推动中国当下的法治建设。

作为导论，本章着重说明几个问题：该课题的时代重要性、本文主要研究哪些问题、运用什么方法进行研究、研究思路安排以及研究得失。

第一节 问题缘起与研究意义

一、问题缘起

既然法治课题如此重要，确定研究视域尤其关键。这实际上面临一个两难选择：选择法治建设中具体的细节问题作为研究对象，容易得出较为精细具体的研究结果，但最终的结论也可能较为窄浅；而选择大范围的一般问题作为研究对象，受制于分析工具和资料宽深，可能会得出一些较为粗糙的成果，但最终的结论也许较为深刻，从而具有更强的启发性和指导性。更重要的是，发端于实践需要的探究必须直面深厚的未知。因此，基于探究的本质，我们选择从大范围的一般层次来进行大尺度探讨。而这个探讨与国家的法治建设密切相关。

正如公丕祥教授指出的那样，“每个时代的法哲学研究，都应当密切

关注自己的时代所提出的种种问题，使之成为时代精神的体现。”^① 伴随国家走入新世纪，当代中国的社会变革正以前所未有的广度和深度持续展开。与之同步，中国从传统社会向现代社会不断转型。在这样的一个大转型之中，国家遭遇了许多前所未有的问题。马克思曾经提出这样一个科学研究的方法论原则：“一个时代所提出的问题，和任何正当的因而也是合理的问题，有着共同的命运：主要的困难不是答案，而是问题。因此，真正的批判要分析的不是答案，而是问题。”^② 因此，每一个时期的理论研究，都应该密切关注自己的时代提出的需要理论思维予以解决的问题，并在研究的基础上提出解决思路。同样，法律理论也要关注中国当下正在发生的时代转变，思考研索这个转变，并力图对该转变进行自己的时代解读。

观之时代，当下中国正进行一场法制现代化的历史进程。运用法律治理当下的社会和国家，已经成为国人共识。在这种共识推动下，“法治”已经被确定为国家的发展战略。这决定了时代进程的基本目标之一，乃是坚持和实行依法治国，建设社会主义法治国家。从这个意义上，可以说社会主义现代化实际上就是法治现代化。故而，法治即使不是当代中国最重要的语境，也是最重要的语境之一。于是就必须面对一个核心的时代问题，当代中国到底能不能实现法治？

对于法治能否实现这个问题，有两种代表性观点。一种观点是“法治速胜论”，认为法治很快就能在中国取得胜利。这种观点在法治战略确立伊始比较多见，以学术界特别是长期不受重视的法界学人居多，表达了相关学科人对本领域新战略的内在期待。随着时代演进，这种观点少了，另外一种观点多了起来，即法治“失败论”和“不可能论”。这种观点认为中国的法治不可能实现，法治战略不过是做给民众看以获取存在合理性的政治展现。持这种观点的除了部分理性学者，更多的是在现实中因无法取得法律保护而失望的民众。政治腐败日趋蔓延，世风日下，二者相互加剧后的社会堕落使法律越来越成为金权附属物。特别是“陈良宇社保事件”和“黄松有案件”曝光之后，合拢近年来表征法律最后

① 公丕祥：《权利现象的逻辑》，山东人民出版社2002年版，第1页。

② 《马克思恩格斯全集》第40卷，人民出版社1982年版，第289页。