

苗延波法学文集

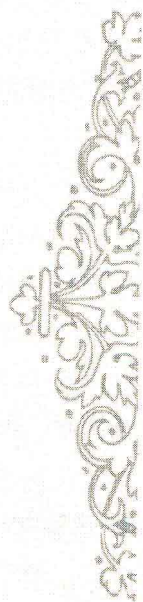
MIAOYANBO FAXUE WENJI



苗延波◎著

苗延波法学文集

MIAOYANBO FAXUE WENJI



苗延波◎著



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

内容提要

本文集汇集了作者 1991 年以来的 50 篇法学论文。这些论文囊括了法学理论、民法法学、商事法学、行政法学、经济法学等学科以及法学研究与法学期刊编辑等内容。其中有论文、演讲录和采访录等形式。基本上能够体现作者 20 年来法学研究的主要成果和学术思想。

责任编辑：纪萍萍

图书在版编目 (CIP) 数据

苗延波法学文集 / 苗延波著. —北京：知识产权出版社，2012. 5

ISBN 978-7-5130-1173-0

I. ①苗… II. ①苗… III. ①法学-中国-文集
IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 046482 号

苗延波法学文集

苗延波 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

责编电话：010-82000860 转 8130

印 刷：三河市国英印务有限公司

开 本：850mm × 1168mm 1/16

版 次：2012 年 5 月第 1 版

字 数：988 千字

邮 编：100088

邮 箱：hjb@cnipr.com

传 真：010-82000860 转 8240

责编邮箱：jpp99@126.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：43

印 次：2012 年 5 月第 1 次印刷

定 价：128.00 元

ISBN 978-7-5130-1173-0/D · 1443 (4052)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

自序

这本文集汇集了我自 1991 年以来的 50 篇法学论文。这些论文基本上能够体现 20 年来我的法学研究的主要成果和学术思想。这些文章如果按照学科可以划分为法理学、法史学、民法学、商法学、行政法学及经济法学等；如果按照文章的类型，可以划分为论文、演讲录、采访录等。

回顾 20 年来我自己的学术研究之路，基本上可以分为三个阶段。第一个阶段，20 世纪 90 年代的前半期，这个时期的研究主要是围绕我国当时的立法工作展开的一些对于国外立法、司法制度的研究、介绍，这方面的成果大部分已经被收录于 2001 年出版的《外国民商经济法选粹》（合著）一书中，那些文章大都用笔名于 1991 年至 1994 年发表于《法制日报》的国外法坛栏目；此外，还有一些是对于当时我国立法机关通过的法案的评介和分析，这部分成果主要发表于《法学杂志》等法学期刊上，本文集中收录了其中的四篇。第二个阶段，2001 年到 2009 年，这几年我把主要精力放在了民法学和商法学的研究上，尤其集中于商法的研究，不仅连续出版了诸如《中国商法体系研究》、《商法通则立法研究》、《中国民法体系研究》等专著，也发表了一些有关商法通则和商法基础理论的论文。在研究过程中，我将我在国内外的经商经历融汇其中，深感我国的商业环境与国外比较起来存在着较大的差异，尤其国内对于商的理念和法制环境引起了 I 深深的思考。我试图探寻中西方对于商的理念和法制环境的异同以及它们之间的联系和产生这种差异的文化历史背景和原因，试图找出一个有利于促进我国商业和商业法制发展的路径。对于商法通则的研究是我这一阶段研究的重心，也是我的研究志趣及方向。这项工作我至今仍在摸索和探寻中。第三阶段，2010 年至今，我的一些精力由纯粹探讨制度层面进而转向对于历史、文化、思想层面的研究，我的潜意识里是想通过对东西方历史文化的对比性研究，从中找出一条适合中国法治和法治建设发展的、有别于西方已经走过的、属于我们中国自己应当走的道路。我深知这个工程十分浩大，远非我现有的能力所及。但我始终认为，世界上本没有路，只要脚踏实地，沿着自己选定的道路走下去，就一定会开出一条属于自己的路，并有所收获。

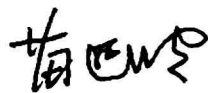
我国的法治建设已经走过了 30 多年的历程，我们这代人基本上可以算是中国法治建设的亲身经历者和见证者。我们的童年时代经历了十年的“文革”，我们的学生时代经历了“文革”后期的反击右倾翻案风、“四五”运动、粉碎“四人帮”、党的十一届三中全会召开等重大事件，我们走上工作岗位后更是直接地投身到了我国改革开放的伟大洪流中。在这期间，我们见证了始于 1979 年的以《刑法》、《刑事诉讼法》等法律颁布为标志的我国立法工作的开端，1982 年《宪法》的颁布，建设社会主义市场经济法治和实施依法治国的基本方略的确立。我们亲身体会到了中国如何从一个几乎没有法

治观念的国家逐步迈入依法治国的历程；如何从一个忽视人权的国家逐步走向了坚持以人为本、尊重和保障人权的国家；如何从盲目追求经济发展指标逐步确立了科学发展观，建设和谐社会的战略目标；如何从法律的虚无走向了完备的法律体系的形成的过程；如何从司法的荒漠走进了司法民主的殿堂；如何从法学教育的戈壁发展到年增三十万法学毕业生的惊人规模。但是，我们也看到，在法治建设飞速发展的同时，在中国这块热土上，法治建设仍然存在着诸多亟须解决的问题和新的挑战。

我的专业是法学，同时我也涉猎史学、文学、经济学、社会学等领域，我学习、研究过中国先秦史、中国近代文学史、欧洲近现代史、中外金融史等，出版或发表过研究郭沫若及中国近代文学及文学史的专著及文章，2011年以来开始在高校宣讲中外金融史的研究成果。早在少年时代我还写过几部关于商鞅变法、荆轲刺秦和楚汉相争的历史剧本，尽管现在看来那些剧本极其幼稚，但那毕竟是我的处女之作，灌注了我少年时代的梦想，也奠定了我今后的研究方法、志趣和方向。我总以为，若欲比较透彻地研究一个问题或者现象，绝对离不开对于当时历史状况的梳理和研究。一个看似十分现实的法学问题，其背后定然蕴含着深厚的历史文化渊藪，只要弄清了它的背后的历史文化渊源，这个问题自然会迎刃而解。因此，我特别注重对于中外思想文化史的对比性研究，我认为，只有通过这种充分的对比研究，才能得出比较接近于客观的结论，也才能总结出能够反映时代声音的、比较接近于现实需要的理论。

2013年是我来到这个世界的第50个年头，这本文集的问世，一来是想把自己20年来的研究生涯做一个小结，二来也是给自己一份生日礼物。在我50年的人生历程中，我首先要感谢养育我的父母双亲，他们身为国家干部，把自己一生的心血贡献给了伟大的祖国，他们也为哺育我们兄弟二人，呕心沥血。在此，我还要感谢曾经教育、培养过我的所有师长、前辈。在这里我还要特别感谢已经作古的中国社会科学院拉丁美洲研究所的沙丁教授、全国人大常委会法制工作委员会原副主任邬福肇先生，以及所有在我的成长道路上曾经给予我帮助的学长、朋友。在这本文集的编辑、整理过程中，我的夫人王美庆女士给予了我极大的鼓励和帮助，从决定出版这本文集，到文章的选择、文集的编排，都凝聚了她的心血。可以说，没有她的帮助和支持这本文集是无法顺利完成的。

人的一生是短暂的，人的学术生涯更是有限的。如何在有限的时间内创造出自己满意的作品，是每一个学者的最高心愿。学无止境，学术亦无止境。这本文集既是对我前半生的一个小结，更是我今后奋斗的起点和鞭策。



2012年4月16日于京

目 录

法 学 理 论

论法治、人治与德治的关系

——中国与西方人治、法治思想之比较	(3)
论我国特色法律体系的开放性暨后法律体系时代法律体系的拓展方向	(19)
中国传统文化与中国现代法律文化体系的构建	(36)
美国文化多元主义与美国法律文化	(44)
中国改革开放三十年法学的重大论争之回顾及启示	(63)
先秦时期民本思想初探	(92)
全国人大 1993 年立法工作回顾	(111)

民 事 法 学

中国民法法典化的思考	(115)
论中国民法的体系	(130)
中国民法总则编制定中的基本问题研究	(153)
人格权法制定中的焦点问题研究	(174)
浅谈我国产权确认制度	(185)
关于我国物权法中是否规定空间权的思考	
——兼评《物权法（草案）》中关于空间权的规定	(189)
论中国海域使用权的分类及其与其他物权、法律制度的关系	(199)
业主委员会——民间的非法人组织	
——《物权法》有关业主委员会规定内容的解读与适用	(211)
论我国归责原则体系	
——兼论我国侵权行为类型体系的基本构造	(221)
经营者对服务场所承担安全保障义务的类型及其内容研究	(228)
论环境污染侵权责任的归责原则及其具体类型	(252)
《侵权责任法》的特色及其创新	(265)
对《婚姻法司法解释（三）》第 5 条的分析与解读	(282)
专利法修改问答	(287)
目前中国农村土地流转中的主要问题分析	
——兼论农村土地流转法的制定	(289)
民法之路	(315)

商事法学

中国商事立法与商法学	(357)
论商法的独立性	(364)
中国商事立法模式的理性选择与构建	(378)
论中国商法的立法模式	
——兼论“商法通则”的立法问题	(384)
论中国“商法通则”的体系结构	
——附：中华人民共和国商法通则草案建议稿	(410)
制定“商法通则”的几个关键性问题的研究	(430)
“商法通则”三大基本制度研究	(444)
商事行为概论	(461)
我国一人有限责任公司的立法特点	(470)
中国保险合同中几个主要问题的研究	
——兼论保险法的第二次修改	(481)
浅析新《保险法》的特点	(489)
论中国金融机构破产制度的构建	(495)
论我国市场监管法律体系的构建与完善	(507)
我国海商法的特点	(519)
世界各国商事立法概况及其对我们的启示	(521)
商人精神是商法的生命力所在	
——访华中师范大学商法研究中心副主任苗延波教授	(549)

行政法学与经济法

私塾教育与义务教育法	
——从“孟母堂”事件谈开去	(555)
论我国渤海地区的环境状况及其环境立法的设想与完善	(564)
论我国住宅保障法的制定	(573)
论城市与法治的关系及城市法治精神的构建	(583)
谈《外商投资企业和外国企业所得税法》实施的意义	(593)

刑事法学

20 世纪世界各国死刑废除运动的回顾及评述	(599)
检察机关监督死刑复核程序的几个问题的研究	(608)

金融史学

东西方货币冲突的起因及历程	(619)
---------------------	-------

法学研究与法学期刊编辑

法学期刊：引领法学研究的航标灯 (661)

法学期刊与法学期刊编辑 (663)

法学研究的方法 (668)

后 记 (675)

法学理论

论法治、人治与德治的关系

——中国与西方人治、法治思想之比较

一、古代中西方有关人治与法治的探讨

（一）古希腊的人治与法治论

古希腊是西方文明的发祥地。法学界认为那里也是现代法治精神的摇篮。其实，只要我们仔细审查那段历史，不难发现当时也存在着人治与法治之争。

自梭伦变法之后，希腊趋向法治。但诸如雅典三十寡头政治的僭主现象，在当时各城邦还是时有发生。在古希腊的学术界，关于人治法治的争论主要表现为尊重法律与尊重智慧、法律统治与智慧统治的相互关系及其优劣良莠问题。

所谓“七贤”之一的毕达库斯是西方历史上第一个崇尚法治的学者。他建议将最高治权（主权）寄托于“法律”，因为治权者寄托于任何“个人”，都难免受感情的影响，“这就怎么也不能成为良好的政制”。因此，“人治不如法治”^①。朴素唯物主义者赫拉克利特也赞同法治，他倡导城邦法律，要求“人民应当为法律而战斗，就像为自己的城垣而战斗一样”。智者学派中的普罗泰戈拉同样主张保卫法律，但他又主张保卫风俗和传统道德，这可以看做是人治法治结合论的萌芽。

到了古希腊的苏格拉底、柏拉图和亚里士多德师生时代，上述思想被继承并加以发挥。苏格拉底认为“美德即知识”，“因此统治者应该是有知识的治国之才”。他把统治者比做老练的航海专家，而被统治的人民则相当于船的所有者及船上的一切其他人，他们都要服从于这个有知识的行家。他视帝王之术为最尊贵的才能，最高贵的才艺。其人治的一面展露得淋漓尽致，但他也重视法律，认为僭主政体不依法而依统治者的意志。他还指示人们前往“只需服从法律的城邦”去。为了捍卫雅典城邦法律的尊严，履行其认为应该履行的服从法律的义务，他宁愿接受不公的死刑判决也不越狱偷生。从这一点看，苏氏认为法治重于人治。而作为苏氏学生的柏拉图，受埃及等级制及好友“明君”阿启泰、狄翁的影响，在早期作品《理想国》中勾勒了一个由“哲学王”统治的理想社会，并表示出对法律的不信任，认为“不停的制定和修改法律——来杜绝商业及其他方面的弊端”，无异于“在砍九头蛇的脑袋”。“在哲学家成为城邦的统治者之前，无论是城邦还是公民个人都不能终止邪恶，我们用理论想象出来的制度也不能实现……”^②到了晚年，由于现实经历的打击（主要是身陷囹圄和好友狄翁被害），其思想自《政治

① 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭中译本，商务印书馆1964年版，第142页注释[1]。

② 柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆1986年版，第143、255页。

家》落笔时就从人治转向法治。到《法律篇》时,他开始认识到“人们必须为他们自己制定法律并在生活中遵循他们,否则他们会无异于最野蛮的野兽”。但他仍觉得好的独裁者与出色的立法者相结合是最完美的,“法律和规则”只能作为“知识”的“第二种替代物”^①。人治在柏氏心目中还是重于法治的。可他的得意门生却不赞同这种思想。亚里士多德从柏氏的法治理论入手,将其第二套治国方案加以吸收,提出了法律主治的思想。在《尼可马科伦理学》中,他提出“我们许可的不是人的统治,而是法律的统治”。在《政治学》中他进一步主张“法治应当优于人治”。他对这一命题加以论证后,又对法治的双重意义加以诠释:“对已成立的法律普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定良好的法律。”但亚氏在承认“法律是优良的统治者”的同时,并没抹杀人们尤其是政治家的智慧,认为“如果既是贤良政治,那就不会乱法”^②。他觉得有才德的人执政并由人民监督其依法治理的政体是最理想的。在这一点上,他与柏氏存在相通之处。

(二) 中国先秦百家对人治与法治的论述

人们通常认为儒家主张人治,而法家主张法治。其实并非完全如此。孔子一向被认为是一个人治论者。他曾说:周文王、周武王关于治理国家的方针政策和业绩,都记载在书本上。现在的问题是有没有能够执行文武之道的人,有了这样的人,国家就能治理好,没有这样的人,国家就治理不好。所以,他的结论是“为政在人”。他还认为“政”、“刑”的效果有限,只有“德”、“礼”才能从根本上解决问题。因而很多人以此就认为孔子崇尚人治,反对法治。但我们也不应忘了,孔子还说过:“礼乐不兴,则刑罚不中,刑罚不中,则民无所措手足。”^③他并不是根本不要法与刑。孟子也被大众视为人治论的代表。人们经常引用他的一句话:“劳心者治人,劳力者治于人;治于人者食人,治人者食于人”,^④并以此论证他是拥护君主专制的人治政体的。但他所谓的“惟仁者宜在高位”是建立在“徒善不足以为政;徒法不能以自行”的理论基础之上的。因而他实际上是一个主张贤人与良法并重的思想家。荀子是儒家集大成者,他一反孔孟的“人性本善”,提出了性恶论,但由于他提出国家的治乱决定于有没有贤人当政,而不在有无良好的法律,因此也被人们视为人治思想家。如果我们仔细研读他的文章,就会发现他在发挥人的作用的同时,也充分估计了法对国家统治者的重要。如“法者,治之端也”;只要具备法治、佐贤、民愿、俗善四个条件就可以称王。他从法治和人治相辅相成的观点出发,着重阐述了人本思想,“君子者法之原也”,“君子者治之原也”,^⑤“有良法而乱者有之矣,有君子而乱者,自古及今未曾闻也”。^⑥

法家相信人性本恶并以此构建其法治理论。管仲在中国历史上首次为法治、人治下定义:“以法役人谓之法治,以人役人谓之人治”,并认为“先王之治国也,不淫意于

① 柏拉图:《法律篇》,张智仁、何勤华译,上海人民出版社2001年版,第309页。

② 亚里士多德:《政治学》,吴寿彭中译本,商务印书馆1964年版,第168~171、199、271页。

③ 《论语·子路》。

④ 《孟子·滕文公上》。

⑤ 《荀子·君道》。

⑥ 《荀子·王制》。

法之外，不为虑于法之内也。动之非法者，所以禁止而外私也，威不两错，政不二门，以法治国，则举措而已”，^①“上不行法，则民不从”，^②“法律政令者，吏民之规矩绳墨”。^③但是，能否就凭这些言论就可以认为管仲为世界法治之鼻祖呢？这里还需慎重。因为，管仲也说过：“夫生于法者君也，守法者臣也，法于法者民也。”^④可见，法律只是君主用来实现“人治”国的一个手段。商鞅的确曾劝告国君要“不贵义而贵法”，“任法而治”，但他也并非根本不要礼与德，他说：“法者所以爱民也，礼者所以便事也。是以圣人苟可以强国，不法其故，苟可以利民，不循其私。”^⑤韩非曾提出一系列“法治”口号，如“以法为本”，“明法者强，慢法者弱”，“不务德而务法”，“明主治吏不治民”，“上法而不上贤”。^⑥但他和商鞅一样，都难以摆脱管仲法律工具论的影响。商鞅认为“法者，国之权衡也”^⑦，韩非则将“法”视为“帝之具”。^⑧由此可见，儒家虽重人治，也不忽视法治；法家虽重法治，也不轻人治。

二、古代中西方有关人治与法治的实践

（一）古罗马帝国

古希腊人关于人治与法治的理论很快就被征服他们的罗马人所接受。公元前510年，罗马进入共和国时代。在共和国初期，罗马存在一个问题，就是执政官的权力太大。因此，公元前462年，护民官阿尔萨要求制定限制执政官治权的成文法，并建议成立一个五人委员会为拟定法律作准备。公元前454年，罗马共和国派三人考察组前往希腊考察，研究梭伦法制和收集其他资料。考察组三年后回国，罗马即于公元前450年创立了十二表法。罗马自此进入“法治社会”。但罗马人的法律制度，只是形式上的“法治”。法律只保护奴隶主，唯有他们才是有充分权力的公民。奴隶主享有一切权利，而奴隶按法律规定却是一种物品，对奴隶不仅可以随便使用暴力，就是把奴隶杀死也不算犯罪。罗马共和国最著名的法学家、柏拉图法治思想的优秀继承人——西塞罗留给后人一句名言：“执政官是说话的法律，而法律是不说话的执政官。”他的本意是提高法律的地位，可由于此语的模棱两可，人们在实践中却把其误解为只要执政官是合法的，那么他就可以为所欲为。

因此，不论是罗马共和国的十二表法还是西塞罗等政治家为建立平衡政体所作的努力都没有能阻止罗马共和国的瓦解和帝国的兴起。公元前43年，西塞罗因反对三巨头之一的安东尼而被推上刑场，一个时代结束了。

公元前27年，屋大维开创了帝国的历史。形式上的法治也被彻底的人治所代替了。在屋大维死后的270年内，人治政体下的贤明君主，数得上名字得只有狄度、纳瓦尔、

① 《管子·明法解》。

② 《管子·法法》。

③ 《管子·七臣七君》。

④ 《管子·任法》。

⑤ 《商君书·更法》。

⑥ 《韩非子·忠孝》。

⑦ 《商君书·修权》。

⑧ 《韩非子·定法》。

图拉真、安东尼比阿、马克·奥勒留等几位，其余的都是有名的暴君。暴君卡里古拉曾当着众人的面说：“记住，我有权对任何人采取任何行动。”在一次丰盛的宴会上，他对谄媚地问他为何哈哈大笑的两位执政官说：“因为只要我一点头，你们两人的喉咙就能就割断！”尼禄比前者有过之而无不及。特拉塞亚受到了惩罚，因为尼禄觉得他长相阴沉，像一个教师爷。

帝国时代的君主们都以被人们称为“恺撒”而引以为荣。共和国末期的恺撒大帝历来被人们视为是一名贤君，可这主要是基于他的战功显赫，他的擅断政治也丝毫不亚于帝国时代的上述暴君。恺撒曾公开发表言论：“现在人们跟我讲话应当更慎重周到点，应当把我的话视为法律。”他经常引用欧里庇得斯的一句话：“如果人必须做坏事，那么为了王权而做坏事是最好的。”一次，面包师端给客人的面包和端给主人的不同，他竟给面包师戴上脚镣。这一形象，成为帝政暴君效仿的对象。

帝国时代的法学，由于统治者利益的需要，往往是屈从于政治的。卡里古拉一心想废除法学家的工作。他经常恐吓说，老天作证，他要留心不让法学家的任何解释违背他的意志。一位双目失明的法学家因其家谱中保存着恺撒的谋杀者卡里乌斯的肖像而被尼禄判为有罪。法学家彭波尼提出设立君主，就应该赋予他一项权力，即他制定的东西均需遵守。盖尤斯也指出：“君主谕令……具有法律的效力，因为皇帝本人根据法律获得治权。”这里，他所说的法律是《王权法》。乌尔比安也相信罗马人民通过该法赋予皇帝最高的权力。他主张“国王不受制于法律”、“皇帝的决定具有法律的效力”。帕比尼安以前拥护君主专制，在212年塞维鲁的两位皇子的争权斗争中，他转而反对皇子卡拉卡拉暗杀其兄弟，并拒绝为卡拉卡拉的可耻行为作辩护，结果被处死，成为政治斗争中的牺牲品。

直到帝国时代结束，罗马才恢复了一些法治气息。在《优士丁尼法典》中，曾记载了之前的帝国时代末期，罗马皇帝狄奥多西和瓦伦廷二帝告诉地方长官沃伦修斯说：“统治者应受到法律的约束，这是一个应享有至高无上权威的说法：因为，甚至我们的权威也取决于法律。而且，事实上，权力应服从于法律对政府而言是最重要的。”这可能是罗马帝国的皇帝们要求法治的唯一记载。^①

（二）中国封建社会

中国封建社会一直被大多数现代学者视为人治社会，但事实上，在中国古代，不仅存在占统治地位的人治，还带有一些法治成分。

先秦法家虽然并非主张西方意义上的法治，但他们却一向被习惯于人治的人们看做是力主法治的。秦代将其思想付诸实践，但在当时社会的种种条件下，很难让人们接受。和罗马共和国一样，秦朝的法律制度也是形式上的法治。首先，秦始皇超越任何“法”，“独断”一切，自无法治可言。其次，秦始皇习惯“任心而行”，秦朝中央百官处理政务只有看他的脸色行事，倚“上”不倚“法”。再次，秦朝虽有对地方官吏的法律约束，但这些法条都概括力不强，类似于《汉穆拉比法典》中的具体情况具体分析。因此很多律外情况只得让地方官吏另行决断。最后，由于当时经济不发达，交通闭塞，

① 以上部分主要参考程燎原、江山：《法治与政府权威》，清华大学出版社2001年版。

中央对地方、郡对县的监督控制都十分薄弱，这导致官吏们不同程度地进行人治。比罗马共和国严重的是，秦还将法推向了一个极端，动辄严刑峻法，赭衣塞路，终于使不甘受专制高压统治的人们揭竿而起，秦只存在了数十年就被推翻了。

秦以后的朝代，吸取了秦亡于酷法的教训，从汉朝采用董仲舒“罢黜百家、独尊儒术”的建议之后，人治在中国历史上一直占主要地位，“明儒暗法”成为维护统治的真实写照。人们在儒家人治思想的大前提下推行法家的法治，具体表现在：

第一，法律出自皇权，法律维护皇权，法律的权威源于政府权威。如西汉时，有人责备廷尉杜周不按法办案，只按汉武帝意旨治狱，杜周回答道君主的“所是”就是法令^①。

第二，司法隶属于行政，没有独立的审判权。自秦始皇以后，皇帝都喜欢亲自审案，如汉光武帝“常临朝听讼，躬决疑事”，宋太宗“在御，常躬听断，在京狱有疑者，多临决之”。

第三，贵族官僚地主在法律之上享有特权，“刑不上大夫，礼不下庶人”的等级划分，更是让其出了问题可以逃避责任。如三国时，曹操马践麦田，按军令他将被斩首，可在众人的劝诫及其私心的作祟下，他竟割发代首，破坏了自己定下的军法。之后魏律便规定“八议”制度。宋太祖的爱将李汉超借关南百姓钱财未还，抢民家姑娘作妾，老百姓告到皇宫时，这位贤明之主却为之说情^②。

第四，以思想、言词、文字论罪，施行野蛮、残酷的刑罚制度，在诉讼程序上实行刑讯逼供。如唐代时，武则天为排除异己，打击政敌，任用并授意索元礼、周兴、来俊臣等酷吏，滥施刑罚。明朝的嘉靖，其父生前并非天子，为了正名分，嘉靖违背封建礼制，将他下诏追封为“献皇帝”，并入太庙，对谏阻的大臣大用刑罚。清朝雍正时，为打击反清力量，大兴文字狱。

不仅如此，中国封建社会对法律的轻视也流露于各种言论中。在儒家“治人”高于“治法”思想影响下，伦理道德扮演了宗教的角色，人们对它的服从大于对法律的服从，法家式的严刑酷法被看做法律的唯一可能观念，法律是刻薄寡恩、不近人情的，而同态复仇、亲亲为相隐则在“春秋决狱”等非法律的做法下变得合情合理。西汉的刘安认为“弩虽强不能独中，令虽明不能独行”，重视“贤者”在治国立法中的作用^③。三国时卫凯说：“刑法者国家之所贵重，而私议之所轻贱。”^④宋代的范仲淹也认为“得贤杰而天下治，失贤杰而天下乱”^⑤。清初纪昀编撰四库全书，在其所收集的古今著作目录中，法律著作只收集了不到十之二三。他解释说：“刑为盛世所不能废，亦为盛世所不尚，所以略存梗概而已。”^⑥在民间，老百姓形成“和为贵”、“忍为上”的厌诉心理，“官司衙门八字开，有理无钱莫进来”、“一场官司十年仇”成为一种信念，

① 马振铎、徐远和、郑家栋：《儒家文明》，中国社会科学出版社1999年版，第156页。

② 朱寄云、孙庆明、金明烨：《中国古代执法断案史话》，吉林人民出版社1982年版，第211~212页。

③ 段秋关：《〈淮南子〉与刘安的法律思想》，群众出版社1986年版，第94~95页。

④ 《魏书·卫凯传》。

⑤ 曹刚：《法律的道德批判》，江西人民出版社2001年版，第209页。

⑥ 黄进、刘卫翔等编：《韩德培文集》，武汉大学出版社1996年版，第493页。

重情亲理，“关系网”成了礼拜的对象。

但不可否认，中国封建社会的少许法治成分还是发挥了一些作用。

首先，君主和官吏的教育不断加强。自宋代以来，开始设立“经筵讲读官”，定期向皇帝讲授儒家思想和历代统治经验教训。

其次，制度和法律逐渐周到完备。皇帝违法，常有群臣以法律和司法制度为依据进行谏诤，“王子犯法与庶民同罪”。

再次，儒家关于这方面政治思想的逐渐完备。如宋儒提出“存天理，灭人欲”、“法者天下之理”，这些言论被视为限制君权的理论武器。

以上三个因素使得秦之后的法治不但没有削弱，而且还在逐渐增强，当然前提是法治必须在人治占主导的大环境下发展与生存。这种法治显然是脆弱的。《大清律例》中原有一“律”曰：“父母在，子孙不许分财异居。”一日，清帝兴之所至，忽地援笔附“例”曰“其父母需令分析者听”，就这样，皇帝轻轻一笔，一个法条被捅破了。因此，中华帝国出现的盛世景象，往往是人治与法治的完美结合。如闻名于世的大唐“贞观之治”，就是由于唐太宗李世民，带头严于执法。他曾表示：“法者非朕一人之法，乃天下之法。”另外，他还大胆任用房玄龄、杜如晦、魏征、褚遂良等治世之才。

三、中世纪及其以后的西方思想家的法治思想和实践

（一）中世纪时西方思想家的法治思想

在晚期罗马世界，即中世纪早期，关于人治与法治的讨论并没有沉寂下来，只不过在神权和君权的面纱下变得比较模糊。米兰主教圣安布罗斯主张国王不受刑法处罚，但他也说：“皇帝制是为了法律，那么他应首先尊重法律。”圣奥古斯丁受他的影响，提出了有了法律，人就可以向他的激情宣战，同时又为罗马君主专制辩护，说：“服从君主是人类社会的共同准则。”塞维利亚的圣伊西多尔则告诫统治者：“只有他自己表现出对法律的尊重，他才能让法律约束所有的人。”在若干个世纪后法兰克的查理大帝的老师阿尔昆也表示了对法律的推崇。

到了中世纪后期，特别是1075年格里高利七世发动教皇革命，使罗马法成为教会法的一个“侍女”之后，“法律至上”还是“君主至上”进一步成为人治与法治论战的中心话题。12世纪意大利的格拉提安最先提出：“君主要受他们的法律的拘束并依据其法律而生活。”稍后，英国的约翰继承了西塞罗的法治思想，提出“对于践踏法律的人，法律应拿起武器反对他”。不久，英国的人治论者奈杰尔主教就对上述观点予以批驳，宣称统治者的行为“不应为其臣民评判和谴责”，“他们是上帝所批准的唯一管理其臣民的人”，其任命或引退取决于上帝而非人类的决定。

13世纪，意大利的阿库修斯说：“没有人可以判断国王的行为。”圣托马斯·阿奎那总结了前人的思想，提出在涉及法律的约束力时，统治者是高于法律的；而在涉及法律的训诫效力时，统治者对之是自愿并按照其规定行事的。他还提出：“统治者可以在适宜的情形下，在适宜的时间和场合改变法律。”另外，他还赋予统治者在特定案件中为求得正义而舍弃法律的权利。因此，我们可以认为，圣托马斯并非崇尚法治，而是提倡人与法的统一。而在1250年，英国大法官布雷克顿主张“法律高于国王”，他说

“国王本人不应该受制于任何人，但他却应受制于上帝和法。”后来这一名言时常被法治论者引用。同时代的法国人菲利普博马努瓦也是一个人法统一论者，他要求贵族必须守法并要监督其臣民守法，因为国王自己也是如此，但他的重心不是国王应受法律约束，而是极力维护和扩大王权。

14世纪，意大利的马西利在1324年完成的《和平的保卫者》中，反对神权，为王权张目。而巴尔托鲁和其学生巴尔都斯则认为统治者自己不受法律的约束。巴尔托鲁认为，但凡国王基于某种认识而为某一行为，他不应受任何法律的阻碍。巴尔都斯则主张国王充分享有权力，但凡他依据某种认识而为一行为，没有人可以对他说，你为什么做这些事情？15世纪，英国大法官福特斯丘为国王的权力作了界定和解释，并强调国王不能逾越法律，因为即使与国王的命令相违背，法官也必须依据法律作出判决。意大利的马基雅维利对此持中立态度，在《君主论》中，他主张君主为了达到政治目的，可以不择手段，而在《论李维的前十书》中，他又对法国限制君权的法律表示赞同。晚期的梅奥是一个彻头彻尾的人治论者，他认为国王的确有权发布违反法律的命令，只要他在形式上没有违反法律。

到了中世纪的最后时期16世纪，上述争论发展到了一个非常时期。1523年，马丁·路德在《论世俗权威》中，确认了上帝授予统治者惩恶扬善的绝对权力，他说，即便法律也不是高于统治者的，因为正如所罗门一样，国王可以寻求上帝的直接指示。而法国的让·布丹在1576年的《国家论》（六卷）中也提出：“君主无论如何不能受自己的法律命令限制。教皇不能自己限制自己，同理，主权者也不能自己约束自己，即使他自己愿意，也是不可以的。”主权的本质在于统治者不受法律的约束。但他又注意到王国应在“任何可能的情况下”，受制于法律，而非统治者的专横意志。上述理论得到了法国的黎塞留首相和图卢兹学派的支持，但也受到苏若茨，法国教士德塞赛尔，法国学者居雅斯、唐奈斯、奥特芒、贝托及西班牙人马利亚纳的反对。

总的来说，中世纪，特别是中后期的思想，为启蒙运动做好了理论准备。

（二）启蒙运动时西方的法治思想

启蒙运动时期，人治与法治的争论发展到高潮。在荷兰、英国、法国、美国及德国等国家，涌现出了一大批杰出思想家。

在荷兰，格老秀斯倡导和支持专制主义，在《战争与和平法》（1625年）一书中，他论述了君主主权论的思想：“有的人认为，最高权力永无例外地属于人民，所以只要他们的君主滥用权力，人民便可以起来限制他，惩罚他，我们却不能不反对这种意见。这种意见过去已经招致了什么祸事，如果人民一旦全部支持这种见解的话，将来还会继续发生什么祸患，每个明智的人都看得出来。”对于君主与人民的关系，他进一步指出，有一种看法也是不正确的：“当君主能善用权力时，人们应该服从他，而当他滥用权力时就该轮到他来听人民的话了。”因为人民没有“强迫或命令君主的权力”。格老秀斯极力鼓吹政府和君主的无限权力，认为人民必须无条件地服从政府和君主，因而招致许多启蒙思想家的批判。他的同胞斯宾诺莎就是其中一人。他主张最高掌权者应受法律约束，在未完成的《神学政治论》（1679年）一书中，他提到：“对于执政的最高掌权者来说，不可能一方面酗酒狎妓，赤身墨体，粉墨登场，公然破坏和蔑视自己颁布的