

华东政法大学65周年校庆文丛

法治的启蒙



何勤华 / 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

华东政法大学65周年校庆文丛

法治的启蒙

何勤华 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治的启蒙 / 何勤华著. —北京: 法律出版社,

2017

(华东政法大学65周年校庆文丛)

ISBN 978-7-5197-1318-8

I. ①法… II. ①何… III. ①法学—理论研究 IV.

①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第213529号

法治的启蒙

FAZHI DE QIMENG

何勤华 著

策划编辑 高山

责任编辑 韩向臣

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任校对 王晓萍

责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 14

字数 215千

版本 2017年10月第1版

印次 2017年10月第1次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792

咨询电话 / 010-63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782

西安分公司 / 029-85330678

重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636

深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-1318-8

定价: 45.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

华东政法大学
65周年校庆文丛编委会

主 任：曹文泽 叶 青

副主任：顾功耘 王 迁

委 员（以姓氏笔画为序）

马长山	王立民	朱应平	刘 伟	孙万怀
杜 涛	杜志淳	杨忠孝	李 峰	李秀清
肖国兴	吴新叶	何益忠	何勤华	冷 静
沈福俊	张 栋	张明军	陈 刚	陈金钊
林燕萍	范玉吉	金可可	屈文生	贺小勇
徐家林	高 汉	高奇琦	高富平	唐 波

崛起、奋进与辉煌 ——华东政法大学 65 周年校庆文丛总序

2017 年，是华东政法大学 65 华诞。65 年来，华政人秉持着“逆境中崛起，忧患中奋进，辉煌中卓越”的精神，菁莪造士，栢朴作人。学校始终坚持将学术研究与育人、育德相结合，为全面推进依法治国做出了巨大的贡献，为国家、为社会培养和输送了大量法治人才。一代代华政学子自强不息，青蓝相接，成为社会的中坚、事业的巨擘、国家的栋梁，为社会主义现代化和法治国家建设不断添砖加瓦。

65 年栢风沐雨，华政洗尽铅华，砥砺前行。1952 年，华政在原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学、上海学院、震旦大学九所院校的法律系、政治系和社会系的基础上组建而成。历经 65 年的沧桑变革与辛勤耕耘，华政现已发展成为一所以法学为主，兼有政治学、经济学、管理学、文学、工学等学科的办学特色鲜明的多科性大学，人才培养硕果累累，科研事业蒸蒸日上，课程教学、实践教学步步登高，国际交流与合作事业欣欣向荣，国家级项目、高质量论文等科研成果数量长居全国政法院校前列，被誉为法学教育的“东方明珠”。

登高望远，脚踏实地。站在新的起点上，学校进一步贯彻落实“以人为本，依法治校，质量为先，特色兴校”的办学理念，秉持“立德树人，德法兼修”的人才培养目标，努力形成“三全育人”的培养管理格局，培养更多应用型、复合型、高素质的创新人才，为全力推进法治中国建设和高等教育改革做出新的贡献！

革故鼎新，继往开来。65 周年校庆是华东政法大学发展史上的重要里程碑，更是迈向新征程开创新辉煌的重要机遇。当前华政正抢抓国家“双一流”建设的战略机遇，深度聚焦学校“十三五”规划目标，紧紧围绕学校综合改革“四梁八柱”整体布局，坚持“开门办学、开放办学、创新办学”发展理念，深化

“教学立校、学术兴校、人才强校”发展模式，构建“法科一流、多科融合”发展格局，深入实施“两基地（高端法律及法学相关学科人才培养基地、法学及相关学科研究基地）、两中心（中外法律文献中心、中国法治战略研究中心）、一平台（“互联网+法律”大数据平台）”发展战略，进一步夯实基础、深化特色、提升实力。同时，华政正着力推进“两院两部一市”共建项目，力争到21世纪中叶，能把学校建设成为一所“国际知名、国内领先，法科一流、多科融合，特色鲜明、创新发展，推动法治文明进步的高水平应用研究型大学和令人向往的高雅学府”。

薪火相传，生生不息。65周年校庆既是对辉煌历史的回望、检阅，也是对崭新篇章的伏笔、铺陈。在饱览华政园风姿绰约、恢弘大气景观的同时，我们始终不会忘却风雨兼程、踏实肯干的“帐篷精神”。近些年来，学校的国家社科基金法学类课题立项数持续名列全国第一，国家社科基金重大项目和教育部重大项目取得历史性突破，主要核心期刊发文量多年位居前茅。据中国法学创新网发布的最新法学各学科的十强排名，学校在法理学和国际法学两个领域排名居全国第一。当然我们深知，办学治校犹如逆水行舟，机遇与挑战并存，雄关漫道，吾辈唯有戮力同心。

为迎接65周年校庆，进一步提升华政的学术影响力、贡献力，学校研究决定启动65周年校庆文丛工作，在全校范围内遴选优秀学术成果，集结成书出版。文丛不仅囊括了近年来华政法学、政治学、经济学、管理学、文学等学科的优秀学术成果，也包含了华政知名学者的个人论文集。这样的安排，既是对华政65华诞的贺礼，也是向广大教职员工长期以来为学校发展做出极大贡献的致敬。

65芳华，荣耀秋菊，华茂春松，似惊鸿一瞥，更如流风回雪。衷心祝愿华政铸就更灿烂的辉煌，衷心希望华政人做出更杰出的贡献。

华东政法大学65周年校庆文丛编委会

2017年7月

法律人宣言*

(代序)

各位同学、各位老师、各位校友：

时间真快，一晃又过去了一年。在2015年即将到来之际，我代表学校，向广大师生和校友，向关心、支持学校的领导和朋友，致以诚挚的问候和衷心的祝福！

党的十八届四中全会决定全面推进依法治国，这对我们法律人是一个巨大的鼓舞，学界欢呼法治的第二个春天又来临了；同时也给我们法律人带来了一份沉甸甸的责任：法治建设任重道远。所以，今年的新年献词，我想发表“法律人宣言”，表明我们法律人推进依法治国的决心和信心。

中国是一个具有两千多年专制集权统治历史的国家，我们没有法治的传统，只有人治的习惯。自从大秦帝国实施恶法之治、汉王朝采用外儒内法的治国方针后，在中国就形成了“刑（法）为盛世所不能废，而亦盛世所不尚”这么一种法律工具主义、法律虚无主义的传统。在这样的一片土地上从事法治建设，法律人处境之艰难可想而知。

问题是，不仅在中国，就是在有着两千多年法治传统浸染下的西方，法治的真正实现也是一项艰苦的事业。英国是世界上最早进入法治的国家，800年前就颁布了著名的《自由大宪章》，过了40年又诞生了世界上第一个议会，但直至1945年第

* 本文是笔者所作2015年华东政法大学“新年献词”。

二次世界大战结束、在讨论惩罚纳粹战犯时，丘吉尔首相和西蒙大法官还坚持抓住德国战犯无须审判、马上处决的违反法治的主张。美国是1776年《独立宣言》和世界上第一部宪法的诞生地，但直到今天仍然未能处理好对构建法治社会极为重要的种族平等问题。德国于19世纪末在历史上首次提出了“法治国家”的概念，但不到50年，却出现了全面破坏法治、实施惨绝人寰之暴行的纳粹法西斯政权。

这一切表明，法治建设任务极为艰巨。这不仅仅在于法治是一个“知易行难”的问题；也不仅仅在于权力对法治具有天然的排斥性；还在于法治的本质强调的是规范、是程序、是社会公平与正义，而要实现这三项目标，需要巨大的社会成本，需要执政党的良好法律自觉，需要精密、周全的制度设计，也需要全民的真诚信仰。因此，从整个人类法律文明史的角度来看，十八届四中全会提出全面推进法治建设的方略，只是万里长征迈出了第一步，建设法治中国需要数代人乃至数十代人的持续奋斗。

对此，我们法律人应当有清醒的认识。我们要用自己的青春和生命，去践行法治的理想，推进法治的实践。

第一，我们要做法治政府、法治国家、法治社会的引领者。

第二，我们要做良法的制定者，为“善治”提供利器。

第三，我们要做法律实施的推进者，使每一项法律充满“生命力”。

第四，我们要做法治政府的建设者，让我们的政府廉洁高效、守法诚信。

第五，我们要做司法公正的守护者，“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。

第六，我们要做法治人才的培育者，让公平正义浸入每一个法律人的灵魂。

各位老师，各位同学，法治中国的建设，是我们整个中华民族的伟大事业，但我们法律人无疑起着中流砥柱的作用。只要我们持之以恒，前赴后继，“咬定青山不放松”，法治中国的宏伟目标就一定能够实现。

谢谢大家！

2014年12月31日

目 录

法律人宣言 (代序)	1
1.法治的启蒙	1
2.论法律至上	17
3.法治是人类文明进步的标志	33
4.法治与王权的博弈:布雷克顿的实践	38
5.《大宪章》成因考	56
6.宗教法本质考	81
7.大陆法系变迁考	106
8.法学发展规律考	
——以新中国法学的曲折历程为视角	132
9.依法治国理论的新拓展	
——十八届四中全会亮点解读	161
10.现代公法法治的变革	174
11.论中国特色社会主义法治道路	191
后 记	213

1.法治的启蒙

一、启蒙

在中国古代,有“启”,有“蒙”。前者来自孔子的教育思想,“启”和“发”两者连用:“不愤不启,不悱不发。”这句话杨伯峻先生解释为:“教导学生,不到他想求明白而不得的时候,不去开导他;不到他想说出来却说说不出的时候,不去启发他。”^[1]后者来自中国上古文献《易经》,是该书中的一卦:山下出泉,蒙。它的卦象是如清水从黑暗的大山腑内流出来。而其真正意义是童蒙:才开始学习的孩子。^[2]《周易本义》卷之一“上经·蒙”:“蒙,亨,匪我求童蒙,童蒙求我。”朱熹就“童蒙”解释说:“纯一未发,以听于人。”^[3]童蒙未开,所以有待于他人来启发,即对儿童逐渐培养之意。

中国古代虽然很早就用“启”、用“蒙”,但一直没有将“启”和“蒙”连在一起使用。至近代,在西学东渐的浪潮中,西方的“启蒙”一词才慢慢传入中国。当时的中国人,将“启”和“蒙”连用,来对应翻译德文的aufklärung(意为“澄明”)、法文的les lumières, le siècle des lumières(意为“启蒙”“启蒙时代”)和英文enlightenment(意为“光照”),表示“光喻”,表示向未开化的幼稚的民众或儿童灌输知识或真理的含义。换言之

[1] 杨伯峻译注:《论语译注》,中华书局1980年版,第68页。

[2] 邓晓芒:《西方启蒙思想的本质》,载《广东社会科学》2003年第4期。

[3] 《四书五经》(上册),朱熹注:《周易本义》卷一,《上经·蒙》,天津古籍出版社1988年版,第9页。

之,“启蒙”就是教育。有学者认为,这种翻译和解释从一开始就不是很恰当,因为这带有把民众当作儿童来引导和教育,而知识精英以民众的监护人自居的味道。^[1]

其实,在西方国家中,“启蒙”或“启蒙运动”一词具有更为丰富的内涵。比如,德国著名哲学家康德(Immanuel Kant, 1724—1804)在《答复这个问题:“什么是启蒙运动?”》一文中,对启蒙下了一个定义:“启蒙运动就是人类脱离自己所加之于自己的不成熟状态。”^[2]他认为,这种“不成熟状态”,是由于人的“自身过失”,而不是一个幼儿在自然成长过程中尚未发育到智力成熟的阶段。消除不成熟状态,就要运用理智,拿出决心和勇气。康德认为,由于社会上大部分人安于“幼年状态”,懒于或不敢自己动脑子,宁愿在理智上由别人牵着鼻子走,因此,就必然地出现了阴暗的后果,这样就需要进行启蒙。^[3]康德认为,这种启蒙,就是用理性对现存的一切观念和制度进行怀疑、批判(是否具有正当性和合理性的分析、考量)。

而在康德之前和之后,西方资产阶级的启蒙思想家对启蒙以及启蒙运动的描述和分析就更加丰富和繁杂了。如布兰维利埃(Boulainvilliers, 1658—1722)在其死后出版的《论贵族》一书中强调了对法国君主制的批判;费内隆(Francois Fenelon, 1651—1715)在《泰来马克的奇遇》中批评路易十四(Louis XIV, 1638—1715)的各项政策,赞扬了英国资产阶级的政治制度;笛卡尔(René Descartes, 1596—1650)、洛克(J.Locke, 1632—1704)、孟德斯鸠(C.L.Montesquieu, 1689—1755)、伏尔泰(Voltaire, 1694—1778)、卢梭(J.J.Rousseau, 1712—1778)、贝卡利亚(B.Beccaria, 1738—1794)和百科全书派等也都将抨击专横暴虐的旧制度、赞美英国的新政制视为他们所肩负的历史使命(启蒙)的重要内容。而这些启蒙思想家在进行这些除旧布新的思想运动时,其依据的就是理性。因为理性是“正确地作判断和辨别真假的能力”(笛卡尔语)。^[4]

虽然上述思想家关于启蒙的描述各种各样,但有些内容是相同的。如启蒙的核心概念就是理性主义,是依据理性对现实进行怀疑、批判,将人类从愚

[1] 邓晓芒:《20世纪中国启蒙的缺陷》,载《史学月刊》2007年第9期。

[2] [德]康德:《历史性批判文集》,何兆武译,商务印书馆1990年版,第22页。

[3] 邓晓芒:《20世纪中国启蒙的缺陷》,载《史学月刊》2007年第9期。

[4] 王养冲:《十八世纪法国的启蒙运动》,载《历史研究》1984年第2期。

昧中解放出来;科学和民主是启蒙思想的两面大旗,思想自由是启蒙的精神实质;争取政治自由和批评的权利,改变旧制度、建立新体制,反对教会权威、君主专制和等级特权,抨击一切不合理的东西,是启蒙的总目标;启蒙是一个社会的自我批判,是对传统的自我反省;启蒙是一场思想革命,是个体的自觉(觉醒),个性的张扬,是人本主义;启蒙就是反对专制,尤其是思想专制、话语霸权,就是宽容,核心是思想自由;启蒙是理性(自我批判和自我反思)活动,它的目标是争取自由(主要是思想自由),它是一个过程,永远不会完结,“在自由尚为问题的地方,启蒙就是必要的”;^[1]等等。

二、法治的启蒙

对启蒙的内涵作了简单概括和回顾之后,我们就可以对什么是法治的启蒙进行探讨了。虽然,到目前为止国内学术界还没有人直接回答过这个问题,但西方启蒙思想家在其作品中,已经多次间接地涉及了这个问题。

如荷兰法学家格劳秀斯(Hugo Grotius, 1583—1645)在其著作中,宣传了自由、平等、法治等新的价值观念;意大利法学家贝卡利亚在其著作中,抨击了封建专制制度对公民人权、思想自由的压制和摧残,提出了各项新的法治原则;英国思想家洛克在其作品中,也突出了自由、平等、民主与法治等各种新的理念,尤其是对财产所有权作了全新的诠释;法国启蒙思想家卢梭在其作品中,就更加集中地抨击了封建专制制度的不平等、不自由,揭露了这种制度对人性、人的基本权利的压制和摧残,强调了每一个人享有的自然所赋予的不可剥夺的基本权利,论述了主权在民、人民主权不可剥夺、不可转移的基本原理,提出了全新的“社会契约”的理论。

当然,就法治的启蒙而言,论述最多、最为集中深刻的,就数法国的另一位启蒙思想家孟德斯鸠了。孟氏在其代表作《论法的精神》一书中,首先确认“有一种根本理性”,“法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系,同时也是存在物彼此之间的关系”。^[2]他还把一般的法看作人类理性:“每个国家的政治法规和民事法规,应该只是这种人类理性适用于个别的情况。”^[3]在其另一

[1] 韩水法:《启蒙和理性》,载《哲学研究》2009年第2期。

[2] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1963年版,第1页。

[3] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1963年版,第6页。

本作品《波斯人信札》中，孟氏进一步对法国封建专制社会中的基督教、教会、司法审判制度、国王以及贪污腐败的社会风气等进行了揭露和批判，并要求宗教宽容、政府温和、臣民享有政治自由，提倡科学和技术。^{〔1〕}孟氏还对英国的政治体制进行推介，在此基础上，他提出了对资产阶级之后确立自己的统治至关重要的分权和制衡的理论。

总结上述思想家关于法治启蒙的论述，可以体会到，所谓法治的启蒙，就是以人类理性为指引，在政治法律领域里进行的一场思想解放运动。它以确立思想自由为宗旨，以怀疑、批判和反思不合时宜的政治法律观念和制度为表现形式，通过创立自由、民主、平等和法治的社会，来达到追求绝大多数人的幸福、限制公权力的滥用、切实保障公民基本人权、建立依契约讲诚信的社会秩序、实现社会的公平正义的基本目标。它是一场从法的等级到法的平等、从法的专横到法的民主、从有罪推定到无罪推定、从刑讯逼供到以证据为审判准绳、从滥施刑罚到罪刑法定、从义务本位到权利本位等的法律革命。其核心目标就是从人治到法治。

法治的启蒙是近代西方启蒙运动的重要组成部分，是人类对数千年法和法治实践的经验总结。正是在法的启蒙运动成功的基础上，在近300年的时间内，英、美、法、德、日等西方主要国家建立起了比较完善的资产阶级法治社会，并推动了整个社会文明的进步和进化。

在中国的语境下，法治的启蒙可以归纳为一句话：批判、否定和祛除人治，认同、敬畏、重视和信仰法治，并将此理念与诉求普及于每个国民。

三、法治启蒙的早期史

如果把法治的启蒙，理解为上述通过让全体国民认同、敬畏、重视和信仰法治，从而创立自由、民主、平等的法治社会，来达到限制公权力、保障私权利、建立契约和诚信的秩序，实现社会的公平正义的话，那么，这样一种运动虽然开始于17、18世纪的资产阶级革命，但其萌芽，则在公元前24世纪人类法律文明诞生之时就已经出现了。

公元前2378年，美索不达米亚地区苏美尔城邦拉伽什（Lagash）的国王

〔1〕 参见〔法〕孟德斯鸠：《波斯人信札》，梁守锵译，商务印书馆2009年版，第24封、第37封、第57封、第60封、第61封、第68封、第80封、第85封、第138封、第140封、第158封信件。

(酋长)乌鲁卡基那(Urukagina, 公元前2378—前2371年在位), 开始了立法改革, 颁布了迄今所知人类历史上最早的成文法律。^[1]这次立法改革, 以限制城邦国家的公权力、保障公民个人的私权利, 减轻公民的税赋, 将贵族霸占的神庙土地和建筑物归还给神庙, 反对土地兼并、防止城市公民两极分化, 撤销派往各地的监督官与税吏, 减轻手工业者的各项负担, 免除平民所欠王室之赋税、禁止以人身为债务抵押, 确立财产的私有制、保护城邦公民和依附民的私有财产和身份等为基本宗旨。而所有这一切改革, 都是以成文立法的形式向社会公布, 以法治的方式予以贯彻。因此, 有学者评议说: “乌鲁卡基那的改革法令是人类社会第一个明确确立私有制的国家法律。”^[2]

过了280多年, 另一位苏美尔城邦乌尔的总督乌尔纳木(Ur-Nammu, 约公元前2112—前2095)在夺取政权, 统一苏美尔地区的各个王国, 建立乌尔第三王朝以后, 制定颁布了迄今所知的人类历史上第一部成文法典《乌尔纳木法典》。^[3]无论在该法典的前言, 还是正文中, 都突出了用法律来规范、调整人们的经济和商贸行为, 处理各种婚姻、家庭、收养和继承以及财产问题, 处理各类契约与侵权纠纷, 强调通过法律来达到社会的公平与正义。乌尔第三王朝后期以及灭亡之后, 在美索不达米亚地区存在的几个王国的法律, 如公元前20世纪、前19世纪由拉尔萨王国颁布实施的《苏美尔亲属法》《苏美尔法典》, 前19世纪由埃什嫩那国王俾拉拉马(Bilalama)颁布的《埃什嫩那法典》, 伊新王国李必特·伊丝达(Lipit-Ishtar, 公元前1935—前1924年在位)国王颁布的《李必特·伊丝达法典》, 也都强调了以法律的方式来处理社会各阶层的民事交往活动。而公元前1765年由巴比伦王朝第六代国王汉穆拉比(Hammurabi, 约公元前1792—前1750年在位)颁布的《汉穆拉比法典》则以282条数量的法

[1] 乌鲁卡基那立法改革所颁布的成文法律, 现在已经由国际亚述学者翻译为英语、法语等多种西方语言, 中译文可以参见由东北师范大学日知(林志纯)先生翻译的《乌鲁卡基那改革》一文(载林志纯主编:《世界通史资料选辑·上古部分》, 商务印书馆1962年版, 第37~42页), 比较集中的评论, 参见于殿利:《巴比伦与亚述文明》, 北京师范大学出版社2013年版, 第286~287页、第318~319页、第323~324页。

[2] 美国学者威尔·杜兰也对其予以了高度赞扬:“乌鲁卡基那的改革法令被学者们称为‘我们现在所知之最古老、最简明、最公平的法律’。”参见于殿利:《巴比伦与亚述文明》, 北京师范大学出版社2013年版, 第324页。

[3] 最新考古发现的该法典前言遗失的部分表明, 这部法典, 其实是乌尔纳木的儿子和继任舒尔吉(Shulgi, 公元前2094—前2047)编纂和发布的, 舒尔吉青年时代曾在书吏学校学习过, 精通法律。参见于殿利:《巴比伦与亚述文明》, 北京师范大学出版社2013年版, 第135页。

律规定,对巴比伦社会的各项事务进行了系统全面的规范,使美索不达米亚地区的依法治国达到了一个最高的水平。

从乌鲁卡基那改革,到《乌尔纳木法典》《苏美尔亲属法》《苏美尔法典》《埃什嫩那法典》《李必特·伊丝达法典》,^[1]以及《汉穆拉比法典》,我们可以看到,在古代美索不达米亚地区,从公元前24世纪开始,至前18世纪,曾经经历了一个通过法律来治理国家、处理各种社会事务的重视法治、信仰法治的时期。学术界认为,美索不达米亚的这一法治实践(法治启蒙),得益于该地区对立法以及法律实施的高度重视,得益于统治者以及全社会对人本主义精神的追求,得益于立法传统、契约精神、诚信态度的普及。“法律文明和契约文明是美索不达米亚文明最重要和最显著的特征之一,可以说在人类早期文明中独树一帜。”“纵观古代美索不达米亚的历史,我们可以得出这样的结论,即法律意识和契约观念渗透到美索不达米亚人日常生活的方方面面,上到君王和廷臣,下到寻常百姓,离开了法律和契约,他们寸步难行,他们赖以生存的社会也就无法正常运转。”^[2]据英国学者萨格斯(H.W.F.Saggs)估算,在迄今所发现的楔形文字文献中,有关法律方面的内容在苏美尔文献中占了95%左右,在阿卡德文献中所占的比例也不会少很多。^[3]正是由于这一时期统治者和民众对法治的高度重视,最终铸造了古代美索不达米亚地区极其辉煌的文明,在人类文明史上独树一帜,留下了伟大的足迹。因此,我们称古代美索不达米亚地区的立法与法治实践是人类历史上的第一次法治的启蒙(萌芽),应该不会过吧。

传承美索不达米亚法律文明的是古代希腊和罗马,它们开启了人类历史上的第二次法治启蒙的早期实践。最早为此做出贡献的是亚里士多德(Aristotle,公元前384—前322),他提出了良法之治的经典定义:“法治应包含两重意义: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。”^[4]之后,经过雅典梭伦(Solon,公元前638—前559)、克里斯提尼(Cleisthenes,约公元前570—前508)和伯里克利(Pericles,公元前495—前429)等人的一系列改革,在雅典逐步建立起了宪政和法治。而罗马的

〔1〕 关于这些法典的详细内容,可以参见林志纯主编:《世界通史资料选辑·上古部分》,商务印书馆1962年版,第42~56页。

〔2〕 于殿利:《巴比伦与亚述文明》,北京师范大学出版社2013年版,第304页、第307页。

〔3〕 于殿利:《巴比伦与亚述文明》,北京师范大学出版社2013年版,第285页。

〔4〕 [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第202页。

执政者、思想家和法学家,又进一步发展了法治的理论和实践,如将古代希腊的自然法思想予以展开,并融入罗马的立法与司法实践之中;初步形成依法治国的思路,试图用系统完整的法律体系来治理国家;提出了法律实施的目标是追求社会的公平正义,并将法学定义为“正与不正”的学问;形成了保护公民基本权利(人权,主要是财产权),在法律上确立“私有财产神圣不可侵犯”的原则;等等。

正是在继承希腊、罗马法治遗产的基础上,17、18世纪的启蒙思想家在资产阶级革命的大潮中,开启了新一轮经典的法治启蒙运动,从而为在世界各主要地区确立现代西方法治,创建自由、民主、平等之共和国家奠定了基础。

四、中国近代法治的启蒙历程

中国古代虽然也很早就有了法治的思想和实践,如商鞅(公元前395—前338)、韩非(公元前280—前233)的法治理论,以及秦王朝建立以后的法治实践。但中国古代的法治,并不区分法的好坏,不讲良法和恶法,只要是国家推出的法律,就必须严格执行。而当时的法律,就是皇帝的个人意志,不仅随意、集权、专制,而且苛刻、严酷。在这种苛法的前提下,“法治”越坚持,带来的后果就越严重。最终,秦王朝苛刻的“法治”,成为其覆灭的原因之一。因此,中国古代法家的法治,在专制集权的大背景之下,有的只是人治、盲从、驯服以及愚民,并不包含启蒙的要素和成分。

中国近代法治的启蒙,始于1840年鸦片战争前后。当时,西方持续进行着的法治的启蒙运动以及其成果开始源源不断地输入中国,从而在中国也掀起了一场轰轰烈烈的法治的启蒙运动。这场运动,大概经历了四波浪潮。

第一波开始于1833年,德国传教士郭守腊(K.Gutzlaff, 1803—1851)在广州创办了《东西洋考每月统记传》,宣传介绍民主、平等、自由、法治等近代资产阶级的启蒙思想。

第二波是“鸦片战争”爆发以后,一批先进的中国人开始觉醒。林则徐、魏源、徐继畲、王韬、郑观应等,著书立说,宣传近代西方启蒙思想。

第三波是“戊戌变法”前后,康有为、梁启超宣传介绍西方的新知识、新观点、新方法,特别是将西方的法学观传入中国。尤其是梁启超,在《变法通议》(1896年)、《论中国宜讲求法律之学》(1896年)、《立宪法议》(1900年)等作品

中,进行了近代中国最早的法治的启蒙活动。

第四波是1901年沈家本受命变法修律,引入西方新法学观和法律制度,借以摆脱封建专制旧的法的迷信和法的偏见。近代西方法律启蒙之成果如司法独立、三权分立、无罪推定、罪刑法定、律师辩护、审判公开、刑罚的人道主义等都在这个时期作为观念和制度被引了进来。

中国近代法治的启蒙,是西方17、18世纪法律启蒙运动的继续和延伸,中国近代法治启蒙的内涵和范围,都没有超出西方近代法治启蒙的深度与高度。因此,中国近代法治的启蒙,虽然比17、18世纪西方启蒙运动晚了200多年,但仍然是西方启蒙运动的组成部分。正是这一场启蒙运动,给中国法和法学的近代化、中国法和法学的进步奠定了基础。正是在近代法治的启蒙之下,中国在20世纪30年代建立起了近代型的法律体系,并使中国法和法学的发展跟上了世界历史的发展潮流。

五、当代中国法治新启蒙的酝酿

如果说,前面所述四波中国近代法治的启蒙,在性质上,是与17、18世纪西方法治的启蒙一样,属于近代法治的启蒙运动之组成部分的话,那么,第二次世界大战以后,在中国就是1949年新中国建立以后,在世界历史发展的新情况下,所发生的又一次法治的启蒙运动,或者说法的思想解放运动,就是法治的新启蒙,是法治的现代启蒙。

这场启蒙,与近代的启蒙运动,虽然有一些差异,比如,近代的启蒙是以人类理性、以自然法为内容,所宣传鼓吹的法学观念和思想,核心就是契约自由、权利平等、私有财产所有权神圣等。而法治的新启蒙,则在更加广泛的视野下,强调社会福利,追求绝大多数人的幸福,讲究社会的实质正义,在坚持个人本位的基础上,更加强调社会的本位、社会的责任,强调社会的多元化价值。

更为重要的是,近代启蒙,主要是破旧立新,扫除封建迷信的法学观和法律制度,确立新的科学的法学观、法治原则和法律制度,而提出这些新的法学观、法治原则和法律制度的目的,在于保障公民的基本权利,限制政府权力的滥用。而现代启蒙,尤其是中国法治的启蒙,则是在近代启蒙的基础上,适应社会的新的巨大变迁,进一步将近代启蒙之后所确立起来的新的法学观、法治原则和法律制度,放在社会实践中检验,以确认其是否科学,是否符合保障公