



比较法文丛

主编/何勤华

14

先秦诸子政治法思想萌芽研究

任海涛 著



法律出版社

上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目
华东政法大学法律史学科建设项目



主编/何勤华

14

先秦诸子政治法思想萌芽研究

任海涛 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

先秦诸子政治法思想萌芽研究 / 任海涛著. —北京:
法律出版社, 2012. 3
(比较法文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3192 - 7

I. ①先… II. ①任… III. ①政治思想史—研究—中
国—先秦时代 ②法制史—研究—中国—先秦时代 IV.
①D092. 2 ②D929. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 032046 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杨红飞

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/14. 25 字数/260 千

版本/2012 年 4 月第 1 版

印次/2012 年 4 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)

电子邮件/info@lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www. lawpress. com. cn

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、子公司电话:

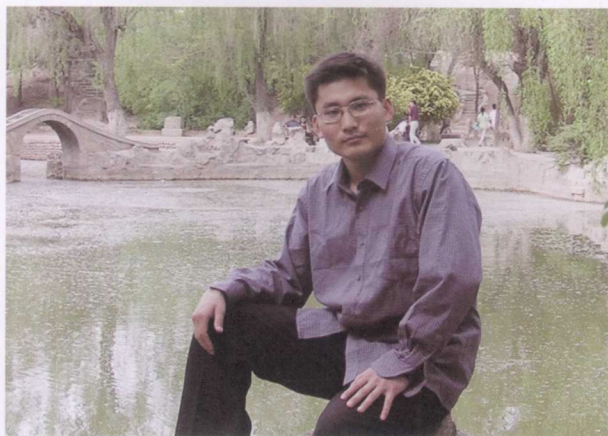
第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3192 - 7

定价:39. 00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



任海涛

1981年生，河北文安人。华东师范大学法律系教师。在兰州大学获法学学士与硕士学位；在华东政法大学获法学博士学位。

在《政治与法律》、《兰州大学学报》等刊物发表论文20余篇，出版各类著作8部。代表性作品：《中国法律史话》（专著）、《中世纪的法律与政治》（合译）。作为主要成员参与省部级课题3项。

总 序

自 1978 年改革开放以来,我国在外国法或西方法的研究方面取得了重大成就。这方面的系列丛书可谓琳琅满目,其中,影响较大的有:商务印书馆的“汉译世界学术名著丛书”(法学部分,1981 年)及“法学译丛”(2004 年)、中国大百科全书出版社的“外国法律文库”(1991 年)、中国政法大学出版社的“当代法学名著译丛”(1990 年)及“美国法律文库”(2001 年)、北京大学出版社的“比较法学丛书”(1998 年)、中国法制出版社的“西方法哲学文库”(2001 年)、清华大学出版社的“比较法学丛书”(2001 年)、上海人民出版社的“世界法学名著译丛”(2001 年)、北京大学出版社的“外国法与比较法文库”(2008 年),等等。

然而,在上述众多的系列丛书中,真正冠以“比较法”字样的丛书还不是很多。的确,在 20 世纪 80 年代到 90 年代期间,我国也先后出版了诸如:茨威格特和克茨的《比较法总论》(贵州人民出版社 1992 年版)、勒内·达维德的《当代主要法律体系》(上海译文出版社 1984 年版)、梅利曼的《大陆法系》(知识出版社 1984 年版)、大木雅夫的《比较法》(法律出版社 1999 年版)等比较法方面的经典。但是,出版这些著作大多都是当时一种零星的、偶尔的出版行为,并非系统策划的比较法系列丛书。

众所周知,21 世纪的中国已步入法治建设的攻坚阶段。今后,对于外国法的吸收、借鉴和移植将是我国一项大量的、经常性的任务。要顺利完成这一任务,离不开发达的比较法研究。而当下我国比较法著作缺乏出版途径的现状已严重制约了比较法研究的繁荣和发展。因此,加强比较法方面的

研究和出版,成为我国学界和出版界一项刻不容缓的工作。

鉴于此,法律出版社高瞻远瞩,勇挑重担,与华东政法大学共同策划、出版一套《比较法文丛》,以期为我国比较法的研究和出版开辟一个新的途径。本文丛以扶植中青年学者,尤其是法学博士、博士后,为这些法学新秀提供一个出版的平台为目的。为此,特选择一批国内最新且富有特色的比较法著作进行出版,同时,也可容纳部分纯粹的外国法方面的译著、专著。

本文丛的主要原则和特色是:在百花齐放、百家争鸣的前提下,坚持质量第一,宁缺毋滥,不定期出版的原则。具体将体现为以下三点特色:第一,本文丛的著作,应属国内学术界没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特色;第二,本文丛的著作,应是国内学术界都很感兴趣,但还没有系统研究或未及时挖掘的课题;第三,本文丛的著作,应具有比较高的文献史料价值,能为学术界进一步研究提供基础性的资料。我相信,《比较法文丛》的出版,一定会为我国比较法研究的进步与发展作出新的贡献。

本文丛的出版,得到了法律出版社沈小英分社长的全力支持和帮助,也得到了华东政法大学外国法与比较法研究院的建设经费资助。在此,特表示诚挚的谢意。



于华政人可居

2010年9月19日

目 录

中国古代政治法思想萌芽研究——以先秦诸子为中心	1
导 论	1
一、研究缘起	1
二、学术回顾	6
三、文献综述	11
四、研究方法	14
五、思路及创新	16
六、研究意义:重蹈覆辙还是理论升华	17
 第一章 基本概念界定	22
第一节 政治法的概念	22
一、政治法概念的提出	22
二、狭义:政治法是宪法的下位法	24
三、广义:政治法是宪法等法律部门的统称	26
第二节 综合的政治法观	27
一、确立综合的政治法观的意义	27
二、政治法思想的构成	28
第三节 政治法形态论	29
一、政治法现象的历史考察	29
二、政治法现象的各种形态	39
第四节 政治法思想的萌芽	42
一、政治法思想是人类文明的普遍现象	42
二、先秦时期产生政治法思想萌芽的条件	43

三、政治法的发展与民族文化	46
第二章 “人性论”思想萌芽	47
第一节 “人性善”思想萌芽	48
一、“人性善”思想的萌芽	48
二、“人性善”思想的系统化	50
第二节 “人性恶”思想萌芽	53
一、“人性恶”命题的提出	53
二、“人性恶”思想的系统化	56
第三节 中西比较视野下的“人性论”	59
一、“人性论”与人类社会的关系	59
二、“人性论”与政治法的关系	60
三、中西“人性论”思想比较	61
第三章 关于“政权根本问题”的思想萌芽	66
第一节 有关政权的产生与变更的思想萌芽	66
一、有关自然状态的思想萌芽	66
二、有关“自然法”的思想萌芽	67
三、有关法律、政权产生的思想萌芽	69
四、有关政权变更问题的思想萌芽	71
第二节 对现实治国方略的否定	75
一、顺道安民的“无为而治”思想	75
二、世界上最早的“无政府主义”思想	78
第三节 对现实治国方略的改良	81
一、以道德教化为主的治国方略	81
二、以刑法威慑为主的治国方略	85
三、代表平民利益的治国方略	90
第四节 综合百家之长的“新德治”思想	93
一、“新德治”范畴论	94
二、“新德治”要素论	98
三、“新德治”原因论	101
四、“新德治”体系论	103
第四章 关于“民主”的思想萌芽	109
第一节 “中国式民主”概念初探	110

一、“广义民主”概念之界定	110
二、“西方式民主”与文化冲突	112
三、“中国式民主”与本国资源	114
第二节 先秦“民本”思想的发展与沿革	115
一、从远古到西周时期	116
二、春秋战国时期	117
第三节 关于“民本”与“民主”关系的争论	120
一、近代以来的争论	120
二、当今学界主张二者冲突的主要观点	121
第四节 “民本”与“民主”思想沟通之可能	123
一、研究视角的扩大	123
二、民主的哲学前提:人格独立与人格平等	126
三、民主的基本价值:民意与民利	131
四、民主的追求目标:秩序与和谐	135
五、民主的未来走向:集体主义与个人主义互鉴	140
 第五章 关于“限制权力”的思想萌芽	148
第一节 以和平方式限制权力的思想萌芽	149
一、“天鬼监督”的思想萌芽	149
二、“舆论监督”的思想萌芽	150
三、“道、德监督”的思想萌芽	150
第二节 以暴力方式限制权力的思想萌芽	152
一、武力反抗暴政的思想萌芽	152
二、关于“人民反抗暴政理由”的思想萌芽	153
第三节 限制权力具体主张方面的思想萌芽	154
一、限制君权的思想萌芽	154
二、限制吏权的思想萌芽	156
三、限制政府权力的思想萌芽	158
 第六章 关于“保护权利”的思想萌芽	160
第一节 “人道主义”思想萌芽之产生	160
一、老子对神的价值之否定	161
二、孔子对个人价值之尊重	162
三、墨家对人民主体性之承认	163
四、孟子对“民为国本”之思考	164

第二节 各学派关于“保护权利”的主张	165
一、道家:依道保护权利	165
二、儒家:保护权利的完整体系	166
三、墨家:兼顾人民的政治与经济权利	169
第三节 保护具体权利的思想萌芽	170
一、保护自由权的思想萌芽	170
二、保护平等权的思想萌芽	172
三、保护民主权的思想萌芽	173
四、保护生命权的思想萌芽	173
 第七章 先秦诸子政治法思想萌芽的承继及影响	176
第一节 对前代思想的承继	176
一、“重视人事”的思想萌芽	176
二、重视人民权利保护的思想萌芽	177
三、接受“舆论监督”的思想萌芽	179
第二节 对后世思想之影响	179
一、人性论思想萌芽之影响	179
二、“政权根本问题”思想萌芽之影响	185
三、民主思想萌芽之影响	188
四、限制权力思想萌芽之影响	190
五、保护权利思想萌芽之影响	193
第三节 对后世政治制度和法律制度之影响	197
一、人性论思想萌芽之影响	197
二、“政权根本问题”思想萌芽之影响	197
三、民主思想萌芽之影响	199
四、限制权力思想萌芽之影响	200
五、保护权利思想萌芽之影响	203
 结 论	208
 参考文献	210
 后 记	217

中国古代政治法思想萌芽研究 ——以先秦诸子为中心

导 论

一、研究缘起

从人类产生至今,法律(规则)要解决三个基本问题:第一,如何防止和处罚最严重的暴力侵犯他人人身、财产及危害社会公共安全的行为;第二,如何调整人们之间关于财产所有、经济交往及婚姻家庭关系;第三,如何解决政权组织、权力运作、国家(共同体)管理社会、维护秩序、保护人民权利方面的问题。解决这三类问题的法律,今天分别被称为刑法、民法和政治法。

这三个概念,在古代中国都没有,但是对应的规则和思想却是存在的。学术界对于中国古代有关刑法、民法的制度和思想研究成果颇多。而对于中国古代政治法思想的关注还不多,主要原因是学术界认为政治法是西方的产物,研究中国先秦时期的政治法思想似乎不够妥当。但是,我们认为这个课题有研究的紧迫性和可能性。

有人会说,从中国传统文化中去解读西方的宪政、自由、人权、民主、法治等概念不是什么创新,在一百多年前就有人去做了。^①人们普遍认为:“近代中国,曾经有人以‘民本’诠释西方宪政文化中的‘民主’,这无疑是一种误读。这样的

^① 王人博著:《宪政文化与近代中国》,法律出版社1997年版,该书对近代知识分子的宪法思想进行了全面、精细的研究。

误读,还发生在法治、自由、权利等宪政文化的基本价值观上。”^①无论是以西方观念裁剪、阉割中国文化,还是以中国固有文化来诠释、误读西方政治法文化,都是一种幼稚的为学方法,在重重声讨中,如果笔者还去做这种工作,那么不仅是“冒天下之大不韪”,简直就是“食古不化、不可救药”了。

本选题是在对以上所述的研究方法(“裁剪、阉割”或“诠释、误读”)具有深刻认知的基础上展开的,因此绝不愿意重蹈其覆辙。^②有学者似乎也已经意识到了类似的问题,^③孙春增先生曾说过:“理论层面上,我们一方面在告诫自己要‘中学为体、西学为用’而不能全盘西化,另一方面大量的论文、论著甚至教科书,要么采取一种回避的态度和方法,少研究甚至不研究我们祖先留下来的宝贵理论财富,要么连篇累牍、不厌其烦地介绍来自西方的法律理论。”^④以这句话为引子,笔者从三个方面阐述本书研究的基本视角:

第一,引进西方理论和制度必须与本民族文化相融合。孙春增先生使用“中学为体、西学为用”这句话,其含义与其在洋务运动时期的含义是不同的,笔者将这句话理解为,西方引入的法律文化、法律制度,必须经过其与中国文化的“碰撞、交合、升华、创新”,之后,才能成为可以与我国文化国情相适应、能够真正符合我国国民现实需要的法律制度和法律文化。

没有经过中国文化“熏染、改造”的法律制度、法律文化,即使在国外被奉为圭臬,被移植到我国后总会让人感觉有“夹生饭”的味道。比如,西方盛行的“竞选制度”,在中国就很难有生长的土壤,中国传统意义上的君子多奉“温良恭俭让”、“文质彬彬”、“敏于行而讷于言”为言行准则,虽然这种文化在今天的影晌不像古代那么强烈,但是其潜移默化的影响还是存在的。

无可否认,有一些干部确实既具有真才实学、很强的组织领导能力,又具有很好的口头演讲和论辩能力,但是应该承认仍有许多的优秀干部虽然有很强的工作能力,但是其演讲口才、论辩能力不一定比一些培训机构的讲师(甚至是传销组织的讲师)更有感染力、煽动性。这些领导干部之所以没有像西方领导人那样可随时即兴发挥的演讲、论辩能力,不是因为他们智商低,而是因为我们传统文化中对“君子”、“人才”所应该具有的素质的认识不同,这些干部在成长过程中缺少对这类能力的培养意识和锻炼机会。同时,我们整个社会对于善于演讲、论辩的人也未必都认可其工作能力和领导能力。在这样的文化背景下,贸然实行“竞选制”,很难想象什么样

① 王人博著:《宪政文化与近代中国》,法律出版社1997年版,俞荣根序第4页。

② 能否实现这个目标是个人学术能力的问题,但是否有这个深刻的警醒则是学术视野和立场的问题。

③ 即研究中国古典文化的现代法学价值的重要性问题。

④ 孙春增著:《先秦法哲学思想研究》,山东大学出版社2009年版,第2页。

的人当选。

还有,一些民众的激情也是值得深思的,如果真的进行选举,估计许多很有人气的明星人物都有当选的可能。例如,2010年,就有国内某位年轻作家与国家领导人同时进入美国时代周刊主持的“影响世界100位年度人物”的名单,有专家分析可能是其庞大的“粉丝团”起了重要作用。^①在这种文化背景、这种人才素质观、这种民众激情状态的现实下,如何理解西方“竞选”在中国可能产生的“夹生饭”味道是必须正视的问题。因此可知,在处理“西法东来”的问题时,一定要做好消化和融合的工作。

第二,学者们大多不愿意去研究中国古典文化与西方法律文化的融合问题,是有原因的。孙春增先生的判断只道出了问题的现象(学者们只喜欢介绍西方理论,而很少有人去研究中国固有文化对于法学研究的意义),而没有揭示出其中的原因。许多学者不愿意去“研究我们祖先留下来的宝贵财富”,可能是害怕自己煞费苦心研究出来的成果会被人嗤之以鼻,被人说成是“生搬硬套、固守国粹、阉割误读”,等等。

现在学术界存在的这种批判的倾向是很强烈的,使许多人望而却步。但是,果真在“国粹”中发掘新知就一定是无价值的吗?在笔者看来,也未必如此,如我们说中国古代“民本”与西方“民主”有本质区别,不能从“民本”思想中找到与“民主”思想的联系,因此,我们去好好研究西方的“民主”思想就好了,没有必要去咀嚼“民本”思想了。这种基本判断是没错的,但是如果学术研究仅仅是对中西文化作出“有无”、“同异”这种判断,那么学术进步也就停止了,因为我们所研究的一切都是对既存制度、文化的一种描述而已。

关于“民本”与“民主”的问题,不能仅仅限于判断它们的同异,笔者也知道它们是有本质区别的,但是仅仅知道了这一点还不够。还要问,那么西方民主的本质是什么?这种民主真的是“放之四海而皆准”的普世价值吗?这种民主是手段还是最终目的?经由这种民主,我们要实现的目标是什么?这种民主有缺陷吗?这种民主与中国的“民本”不同,那么是不是与所有的中国思想都扞格不入?倘若这种民主真的与中国所有的文化因素都扞格不入,我们还能够引进它吗?我们在中国文化中有没有一种理念能够与这个民主实现共同的目标?等等。

这些问题可以一直追问下去,因此,对于“祖宗遗产”的研究,不是毫无可为,而是必须加以认真对待和深入研究的。

第三,以上笔者提出各种理由来论证自己选题的合理性,但是这种选题要做到什么样才能完美呢?笔者说,这样一个问题是刚刚出现的一个学术动向,我们称为

^① 笔者绝对不是否认这位年轻作家的入选,而是说民众(特别是年轻人)的激情、偏执、狂热,必须是我们考虑的一个因素。

“否定之否定”现象。

第一个被否定的对象是近代学者以及 20 世纪 80 年代一些学者的做法,他们携带着对西方的法律文化的“理解”去中国固有文化中寻找“相似物”,结果是或者“误读”西方法律文化,或者“裁剪、阉割”中国古代法律文化。比如,用现代西方部门法的观念去裁剪中国古代法律制度就是典型代表,^①这种研究方法遭到历史学界、法理学界、法史学界的批评和否定,这就是“第一次否定”。

第一次否定的结论是:不要用现代的法律部门去套用古代法律,不要用现代法律观念去剪裁古代法律文化。这种结论,从形式上看是没有问题的,也就是说不能用近代西方存在的法律概念、术语、法律部门、法律文化去套到中国古代文化身上去研究,否则就会出现“凿圆榫方,格格不入”的结果。但是如果从“精神实质”的角度来进行研究,是否可行呢?笔者认为回答是肯定的,且是必需的。

比如,西方政治法的基本精神之一是“自由”,中国古代思想中有一些提倡个人自由的思想,如论语中写的“三军可以夺帅,匹夫不可夺志也”;“岁寒,然后知松柏之后凋”,就是对个人人格独立的一种肯定。同时,儒家文化里也有一种浓厚的“集体主义思想”,也就是说,在儒家文化里面既包含个人自由,又包含集体主义思想的文化,这种文化与西方政治法文化中的“个人自由观”具有本质区别,但是哪种观念更适合中国国情呢?西方的“个人自由观”也是经历了许多阶段,有自由资本主义时期的绝对个人自由观、也有垄断资本主义时期的受社会利益限制的自由观,有保守主义的自由观、也有自由主义的自由观,我们到底学习和引进哪一种“自由观”好呢?

还是把我们的传统文化中关于“个人与家国关系”的思想与西方“自由观”相互碰撞、熔炼、提炼、升华,最后得到一种不同于西方也异于中国古代文化的新“法律自由观”才好。这个过程,很艰难,无异于把研究者放在“八卦炉”中与这两种文化一起熔炼,熔炼有可能成功,但是也有可能失败,因为经过这个作者自认为无瑕疵的过程得出来的结论,也还是有可能与中国的现实国情、人民需要不符。

即使出现了上述不尽如人意的结果,这种研究工作也必须做下去,关键是让大家看到了,“第一次否定”的禁区需要打破,我们需要对“第一次否定”进行“第二次否定”,只有经过这样一个“否定之否定”的过程,我们的研究才能够“螺旋式上升”。因为,有了这样的思考,我们才敢于向着学术界的“第一次否定”提出挑战,不管研究的水平如何,但笔者相信有了这样一种更高层次的思考和探索,单看研究视野、研究方法上的进步,也是一种有价值的尝试。

对于西方已有的制度和思想,还有没有必要去研究中国古代的“雏形”或“萌芽”形态呢?

^① 任海涛:“论法人类学方法在中国法制史研究中的运用”,载《内蒙古社会科学》2010 年第 2 期。

苏力教授认为,如果中国文化中的某种因素与外国的某种理论或者实践相同或相似,那么直接从外国照搬过来不就行了,为什么还要在祖宗的故纸堆里找呢?他认为,“从中国文化之中寻求所谓的‘萌芽’”的做法,似乎是一种“我们先前也有过的”阿Q精神。^①从这个角度来看,笔者选取的题目似乎是“顶风作案”,这个题目本身具有招致学术界“狂轰滥炸”的危险。那么,明知这条道路的艰难,为什么还要选择它呢?因为笔者认为,西方的政治法思想及其实践已经在西方出现了许多矛盾和问题,西方学者对西方宪政民主制度的批评已经很多,^②中国不可能走上西方式的“宪政之路”。任何民族都需要走与本民族文化相结合的“政治道路”,儒家文化、伊斯兰文化、非洲文化、拉丁美洲文化等概莫能外,^③这在西方学术界已经成为共识。笔者的基本观点是,中国可以也必须探索出一条适合本国国情、符合本民族感情、根植于本民族传统文化的“政治道路”。

虽然秦汉以降的封建思想中有许多维护“专制”的成分,但是先秦文化作为人类“轴心时代”^④重要文化的一支,其中蕴涵着可供今日研究政治法思想借鉴的思想精华,是可能的。许多人一提起中国文化,便认为其与宗法等级、社会不公、家族自治、专制腐朽等现象和思想相联系,但是这种认识只看到了中国文化的一面,而没有看到另一面。梁漱溟(1893~1988年)先生早就提出,研究一种文化时,不能只看其“呆面目而不留意其活形式——根本精神”。^⑤因此,在看待中国先秦文化的时候,如果能从其“根本精神”而不是从其“呆面目”入手,是有可能发现对今天研究政治法思想可资借鉴的思想精华的。比如,先秦诸子思想中已经出现了诸如对个人独立价值的重视、对专制暴政的痛恨和警醒、对人民权益的重视、对美好和谐社会的追求、对战争的批判以及有关仁恕、平等、自由、博爱等思想和精神,这些文化内核都值得我们去发掘和研究。

如果离开了中国传统文化,谈中国未来的政治法文化发展,似乎是行不通的。而如果要研究中国文化,就必须从其源头展开,先秦诸子思想几乎包含了中国文化的所有核心因子,因此笔者从这些思想开始研究。

① 苏力著:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,自序(什么是你的贡献?)第4页。

② 西方学者的“自我批判”能力非常强,中国学者对西方民主的批判较之西方学者的批判而言简直是“小巫见大巫”,西方学者的严厉批判详见佟德志著:《现代西方民主的困境与趋势》,人民出版社2008年版。这本书对于西方学者批判西方民主的研究正如该书封底上专家的评价那样“以翔实的资料为我们描绘了西方政治思想史上批判民主的线索”。

③ [美]霍华德·威亚尔达主编:《民主与民主化比较研究》,宁骚译,北京大学出版社2004年版。

④ [德]卡尔·雅斯贝斯著:《历史的起源与目标》,魏楚雄、俞新天译,华夏出版社1989年版,第7页。

⑤ 梁漱溟著:《东西文化及其哲学》,商务印书馆1999年版,第201页。

近年来,对于先秦简牍的研究成果也颇为壮观,对于先秦诸子的思想研究也有很多新成果,但是本书还是将注意力集中到先秦诸子的传世文献上,原因有五:第一,虽然从出土文献中已经产生了许多关于先秦诸子思想研究的新成果,但是这些零星研究并没有从根本上改变先秦诸子各自的思想体系,为了达到较为完整的研究结论,对于这些零星的新结论可能会无法与整个思想体系相协调,所以没有将之引入;第二,对于新出土的文献的研究成果,是非常需要时间考验的,这些新的成果在还没能密切融入传世文献思想之前,我们应尽量谨慎使用;第三,如果没有足够的时间、精力的投入,对于新出土的先秦文献进行研究是很难取得可靠结论的,鉴于本研究的视角非常宏观,笔者基本没有足够精力和能力去研究新出土的文献,与其研究不透,还不如暂且集中精力研究传世文献;第四,本书通过对先秦诸子传世文献的研究先建立一个基本框架,如果以后有精力和时间对出土文献进行研究,研究成果可以慢慢加到现在的体系中来,并且随时修正被证明是错误的结论;第五,近年来出土的先秦文献,有许多是发现于战国及其以前的墓葬,这些原始文献基本毁于秦始皇和项羽的大火,对于汉代以后文化影响较大的,可能是传世文献,从这一点来看,以先秦诸子传世文献为中心来研究中国古代政治法思想萌芽也有其历史合理性。

至于这种研究思路和成果能否对现代的法治建设起到实质作用,只能留待实践来检验了。虽然很难,但是笔者还是希望自己能够做到苏力教授所说的那样:“对自己的研究发现抱有一种不断反思,既勇于坚持自己的观点,又随时准备在有新的、有足够说服力的证据面前放弃自己的结论,接受更有说服力的理论、模式和观点”。^①笔者将在这种“既坚持自己观点又不害怕根据新证据修正观点”的思想指导下展开研究。

二、学术回顾

(一)国内学者对该问题的研究现状

大多数国内学者认为政治法现象就是近代西方的特产,近代之前的其他文化中从来没有任何形式的政治法现象。但是,近年来许多学者从更广阔的视角来研究宪法史(宪法是政治法的核心组成部分)时,却提出了不同观点,他们认为在近代之前的各个文明社会中都有不够成熟的、但又与近代政治法现象具有密切联系的政治法现象。

学界还没有人专门研究古代政治法的立法、实践和思想萌芽问题,但是已经有许多学者对于“宪法”及其思想进行了研究,鉴于宪法现象是政治法现象的重要组成

^① 苏力著:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,自序(什么是你的贡献?)第4页。

部分,而且在政治法最早产生的时期里,其与“宪法”是等值概念,笔者认为,学者们关于古代“宪法现象”的研究成果也是我们研究古代政治法现象的学术资源,是应该作为学术回顾的重点的。研究古代宪法现象的主要的观点有:

1. “古代有‘宪政因子’”说

何勤华教授在主持“西方宪法史”研究项目过程中,提出古代存在的“宪政因子”对近代宪法产生过重要影响的观点。首先,他提出必须在“放宽历史的视界”的史观指导下,许多以前“不具有宪法意义的事件或者事实”才可能被纳入宪法史的视野中来。其次,他认真梳理了古巴比伦、古希伯来、古希腊、古罗马和中世纪的宪法因素,其中最具特色的是对古代近东“宪政因子”的梳理,这在中外宪法思想史上是第一次。

在此基础上,何教授提出,虽然“成熟的西方宪法诞生于近代资产阶级革命时期,但是古代希腊以降的早期宪法思想、宪政实践,为西方宪法的成熟奠定了良好的基础。如果进一步追溯,不难发现,近东一带的政治法实践,对于西方宪法思想的产生和发展产生过重要的影响,这些早期的宪政因子对于西方宪法制度和宪政思想提供过重要的知识渊源”。^①

何教授从理论上提出古代有“宪政因子”的概念,又从这些地区的传世文献中系统考证了其内容体系,证明了自己理论的自洽性。同时,其所提出的“任何概念都有其萌芽、初具雏形、日渐完善乃至最终成熟”的观点,为本书中“政治法现象形态论”提供了直接启示。

国内研究西方宪法史的代表性著作是《西方宪法史》,^②在该书的序言中,何勤华教授指出在古代近东存在“宪政因子”并对该地区的“宪政因子”进行了具体研究,^③但是该书的正文中没有对古代宪法、宪政现象进行研究。

程乃胜教授在其著作《基督教文化与近代西方宪政理念》^④第一章中论述了“希伯来文化中的‘宪政因素’、古希腊宪政文化、古罗马法制文明”三者对基督教的影响,并且认为这些影响借由基督教又影响了近代宪政理念。程教授对于基督教文化对近代宪政理念的影响用了20余万字进行了论述。

何勤华、程乃胜二位教授的论证过程基本上可说是清晰梳理了古代宪政理念从古代近东、古希腊、古罗马影响基督教,又通过基督教影响近代宪政理念的历史脉络。对于非西方国家古代政治法及其实践雏形和思想萌芽的研究从此被提上日程,

① 何勤华:“关于西方宪法史研究的几点思考”,载《北方法学》2007年第1期。

② 何勤华、张海斌主编:《西方宪法史》,北京大学出版社2006年版。

③ 同上,第9页。何勤华:“关于西方宪法史研究的几点思考”,载《北方法学》2007年第1期。

④ 程乃胜著:《基督教文化与近代西方宪政理念》,法律出版社2007年版。