

· 2015 ·



LAW AND DEMOCRACY REVIEW

民主法治评论

第四卷

特辑：中国法治读本

胡水君 主编

中国社会科学出版社

• 2015 •



LAW AND DEMOCRACY REVIEW

民主法治评论

第四卷

特辑：中国法治评论

胡水君



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民主法治评论. 2015年第4卷: 特辑: 中国法治读本 / 胡水君主编. —北京:
中国社会科学出版社, 2015. 10

ISBN 978 - 7 - 5161 - 7211 - 7

I. ①民… II. ①胡… III. ①社会主义民主 - 中国 - 文集②社会主义法制 -
中国 - 文集 IV. ①D62 - 53②D920. 0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 282051 号

出版人 赵剑英
责任编辑 任明
特约编辑 乔继堂
责任校对 张依婧
责任印制 何艳

出版 **中国社会科学出版社**
社址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮编 100720
网址 <http://www.csspw.cn>
发行部 010 - 84083685
门市部 010 - 84029450
经销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版次 2015 年 10 月第 1 版
印次 2015 年 10 月第 1 次印刷

开本 710 × 1000 1/16
印张 21
插页 2
字数 389 千字
定价 68.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话: 010 - 84083683

版权所有 侵权必究

中国社会科学院法学研究所法理研究室主办

学术顾问

- 陈 甦 中国社会科学院法学研究所研究员
陈泽宪 中国社会科学院法学研究所研究员
高鸿钧 清华大学法学院教授
高全喜 北京航空航天大学法学院教授
景跃进 清华大学政治学系教授
李 本 美国哥伦比亚大学法学院教授
李 林 中国社会科学院法学研究所研究员
李 强 北京大学政府管理学院教授
刘作翔 中国社会科学院法学研究所研究员
莫纪宏 中国社会科学院法学研究所研究员
任 进 国家行政学院教授
舒国滢 中国政法大学教授
王振民 清华大学法学院教授
信春鹰 中国社会科学院教授
张恒山 中央党校政法部教授
张志铭 中国人民大学法学院教授

学术编辑

- 陈根发 贺海仁 黄金荣 刘海波 刘洪岩
冉井富 谢海定 余少祥 支振锋 邹利琴

投稿邮箱

ladr@cass.org.cn

本卷所刊各文只表明作者的个人看法，并不必然代表主办方以及作者所在机构的观点。

卷首语

2014年10月23日通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，在中国法治发展进程中引起了不小的波澜，也激发了法律理论界的关注和热情。这一决定，提出了一百八十多项新举措，显露出推进法治的务实态度。对于仍处于发展之中、仍在寻求现代化的中国来说，法治大厦的构建，既需要此种一石一瓦的务实累积，也需要总体而长远的宏观思量。也就是说，中国法治的形成，既要讲“一时之权”，也要讲“万世之利”。

关于中国法治的宏观考虑，自然也是有的。这从国家领导人的一些话语中，似乎可以直接看到或推导出来。例如，“法治是人类文明的重要成果之一，法治的精髓和要旨对于各国国家治理和社会治理具有普遍意义，我们要学习借鉴世界上优秀的法治文明成果”，这主要涉及中国法治可资借鉴的现代方面。再如，“中华文化积淀着中华民族最深沉的精神追求……中国特色社会主义植根于中华文化沃土”；“抛弃传统、丢掉根本，就等于割断了自己的精神命脉。博大精深的中华优秀传统文化是我们在世界文化激荡中站稳脚跟的根基”，这主要涉及中国法治难以割舍的传统底蕴。又如，“改革开放以来历次三中全会都研究讨论深化改革问题，都是在释放一个重要信号，就是我们党将坚定不移高举改革开放的旗帜，坚定不移坚持党的十一届三中全会以来的理论和路线方针政策”，这主要涉及中国法治必须坚持的现实原则。

总体来看，中国法治正处在传统、现实与现代之间，既需要延续中国文化传统，又需要在现实层面沿着改革开放路线向前开拓，还需要遵循现代法治原理努力实现现代化。鉴于此种思考，中国社会科学院法学研究所法理研究室编选了这样一部关于中国法治的论集，作为《民主法治评论》2015年的特辑。所选论文，各自从传统、现实和现代等视角，对中国法治做了观察、分析和阐释，适可被解读为一种正在形成中的“法治的中国理论”。论集按照一定逻辑顺序编排，作者不分先后排名。最后，谨向各位作者的应允和参与致以谢忱！

胡水君

乙未年秋

目 录

不能遗忘的文明：法治与中国文化	夏 勇	1
一 法治概念在中国的历史文化基础		3
二 自然法思想		7
三 儒家的法治主义		11
四 法家的法治主义		15
五 古代法治规诫		18
法治与国家治理现代化	李 林	30
一 法治与国家治理现代化的关系		30
二 通过法治推进国家治理现代化		35
三 法治中国与国家治理法治化		42
法治与宪法实施	高全喜	49
一 宪法实施：历史及波折		50
二 宪法实施的制度内涵		51
三 宪法实施与共识生成		57
法治与德治	梁治平	60
一 中国法治运动之发展阶段		61
二 中国特色社会主义法治		65
三 文明史视野中的德治和法治		75
四 中国法治与文明三波		91
中国近代法制的世俗理性主义	许章润	94
一 从全能的上帝到全能的立法者		95

二 世俗理性主义的法律价值取向	104
三 经验理性的法制实践进路	112
四 市民立法引发超验追问	124
五 建构道德—历史之维中的世俗理性主义	129
20 世纪中国的现代化和法治	朱苏力 134
一 悖论之一：变法和法治	136
二 悖论之二：法律与立法	138
三 悖论之三：国家与社会	140
四 悖论之四：理想与国情	143
五 悖论之五：普适性和地方性	145
六 中国法治的前景	147
中国的法治道路：正规化与非正规化视角	朱景文 152
一 法治化进程：从非正规化到正规化	152
二 纠纷解决机制：诉讼、调解与行政管理	163
三 中国法治模式：正规化、半正规化与非正规化的衔接	171
中国的法治难题	郑永流 177
一 “李约瑟难题”及其在法治上的移用	177
二 中国法治难题的原因分析	179
三 法治不彰与应激型现代化	181
中国的法治方式	季卫东 187
一 通过法治重塑权威体系	187
二 作为法治方式的“三审制”	196
三 落实法治方式的主要驱动力	206
法治转型及其中国式任务	孙笑侠 215
一 法治化的社会和法律因素	216
二 转型期法治的国情性因素	218
三 转型期法治的回应性因素	221

四 促使转型期法治蜕变的中国式任务	225
法治与社会的互动：司法视角	范 愉 234
一 司法环境及法与社会的互动	235
二 中国司法环境与难题	238
三 法律多元的解释框架	245
四 在全球化背景下实现法与社会的良性互动	250
司法：从广场化到剧场化	舒国滢 256
一 司法与广场空间	256
二 司法广场的“阳光”与“阴影”	260
三 法庭：“剧场”的符号意义	262
司法权国家化：中国司法地方保护主义批判	刘作翔 267
一 司法独立的国际标准和法律根据	268
二 司法地方保护主义成因分析	274
三 司法地方保护主义具体表现	276
四 克制司法地方保护之对策：司法权国家化	281
走向民主法治之道	王振民 287
一 “法治”的民主与“人治”的民主	287
二 作为“法律之治”的宪法政治	290
三 民主法治发展的两种模式	295
四 中国民主法治的路径选择	300
中国民主法治的价值构建	胡水君 305
一 法家政治的价值缺失	306
二 儒家政治的德性根基	310
三 权利政治的理性取向	315
四 迈向政治德性和政治理性	320

不能遗忘的文明：法治与中国文化

夏 勇^①

研究中国文化与法治，首先要面对的，是常常议论的一个话题：“中国古代有没有法治思想？”学者们——尤其是西方汉学界人士——多持有这样的观点：中国古代虽然出现过“法治”这个提法或者“法治”这个构词，但并没有所谓“真正意义上的”法治概念。理由是，中国古代的法治论在实质上是人治论，是为君主专制服务的。还有的学者直截了当地讲，法治是西方文化的产物，也是西方文明的特征，在小农经济和儒家文化占主导地位的专制主义中国，既不可能出现法治，也不可能出现法治思想。

可是，问题在于：什么是“真正意义上的”法治思想？“真正意义”的标准是什么？如果衡量是否为“真正意义”的标准是西方的，那么，为什么要以西方的尺度为标准？再进一步，为什么会提出“真正意义”这样的问题？

我想，这些问题的实质，是一个文化认识和叙述问题。我们在讨论中国文化与法治之前，最好先讨论一下究竟应该怎样认识和叙述文化。

在我们的时代，不仅法治成为一个西化的概念，而且文化本身也成为—一个西化的概念。这里所谓的西化，不是说文化的存在形式，而是说文化的叙述方式。通常，人们不但不否认在西方文化之外还存在形形色色的其他文化，甚至还打起文化多样性的旗号，强调本民族的文化特色或国情，可是，当他们叙述非西方文化的时候，秉持的却是西方文化立场，使用的却是西方文化概念，这是很荒唐的。因为，本着这样的立场和概念，他们所说的多样性，不过是多种异常的形态，是以西方文化为主流的人类文化色板上的边缘或点缀；他们所说的国情，不过是对某种现代标准暂时缺乏的历史性宽宥，是对自己作为另类的合理性论证，是对某种进步趋势的节奏性规避。这是一种典型的把不同文化之间的差异看作某种文化“缺什么”的观念，是西方文明中

^① 中国社会科学院教授。

心主义的反映。^① 在这里，文化之间的差异，首先被认作为某种重大的缺乏——缺乏西方文化已经拥有的、作为进入最先进时代之门槛的那些特征。随即，那些特征又逐渐成为评判的尺度或标准，于是，不具备某种特征，就被偷换成不符合某种尺度或标准，即特征概念偷换成标准概念。倘若某种文化不具备某种特征，它就是不“适格”、不合格的，这种文化里即便有再好的东西，只要不符合西方的标准，那就不是“真正意义上的”，或者就是无意义的。

这里的逻辑是经不起推敲的。倘若按照这样的历史观和文化观来叙述非西方的历史和文化，就不仅谈不上文化之间的交流和汇流，而且，更多的是把文化叙述变成了遗弃、忘却乃至消融非西方文化的一种活动，最后只剩得西方文化的一统天下。

不论是回顾西学东渐以来的中国历史，还是考察工业化和启蒙运动以来的世界历史，我们都可以看到，这类荒唐逻辑已然成为事实，成为当代文明的一种现象。平心而论，在比较文化研究中，研究者自身的文化眼光、偏好或倾向乃至文化立场，都是不可避免的。它们不仅可以宽宥，甚至应该给予鼓励。比如，西方的学者，大可用柏拉图、奥古斯都关于两个世界、两个城邦的眼光来打量中国的“天”与“人”、“入世”与“出世”等概念，中国的学者也不妨用儒家的或道家的眼光，来打量古希腊的伊壁鸠鲁派的快乐主义和斯多葛派的世界主义。但是，这丝毫不意味着，通过所谓文化叙述，任意而粗鄙地把别家的文化改头换面纳入自家的文化谱系，或者用自己的标准去裁剪别家的文化，是合适的、正当的。

在欧洲文明中心主义泛滥的今天，我们面临的一个最严重问题，恐怕还不是在不同的文明传统之间比较与穿凿是否合适、是否正当的问题，也不是文化眼光、偏好或倾向的问题，而是非西方文化区域里的人们尤其是学者，自觉地、主动地用偷换过的标准概念来叙述和评判本民族的历史文化。他们热衷对照西方的特征和标准，把本民族的历史文化描述为“无特征”“非标准”。这就好比拔起自己的头发，离开自己生长且熟悉的土地，然后再回过头来打量自己的家园，于是，就难免“认不得”自家的文明，乃至指鹿为马了。

^① 鲍曼认为，各种相竞争的现代性理论，总是与一种历史理论联系在一起，这一点上，它们的立场是共同的，即都是把在西方世界的各个领域中发展起来的生活形式，看作在二元对立中“直接出现的”“无特征的”一方，世界的其他地方和其他的历史时代相对而言则成为有问题的，“特殊的”一方。后者之所以能够被理解，不过是因为它们不同于被认为是常态的西方模式（鲍曼，2000）。

可是，问题又在于，西方文化的一统天下，恰恰是办不到的；本民族的历史文化，偏偏是改装不了的。历史是一个民族的生活经验，文化乃人文化成，凝集作为民族群体的人们生命体验和共同精神。本民族的历史文化是不宜用别的民族的生活经验来叙述的。别的民族的生活经验和关于生活经验的观念，即别的民族的历史及其历史观念，只能作为叙述的比较参考。所以，不管我们如何在主观上拔起自己的头发想离开自己的土地，却又偏偏离开了，也离开不得。在这个过程中里，始终与我们相伴随的，不仅仅是发肤之痛，更多的是心灵之痛，是无以逃遁的疑虑、紧张、失落与迷茫。

现在，让我们进入本题，讨论中国文化与法治。

一 法治概念在中国的历史文化基础

在西方文明的若干先进“特征”里，法治是最耀眼的内容之一。其实，作为治道，关于优质治理的理想，法治不过是一种关于必须用明确、公开的法律来约束人们的各种社会行为的观念和技术。所谓“明确、公开的法律”，是指由国家或主权者制定的普遍行为规则，而不仅仅是家族、企业或团体的内部规章。比如，对私法意义上的人，要立契履约、借债必还，婚娶有序、老幼有养，伤人必罚、杀人必偿等；对公法意义上的政治权力，在设置上要分门别类，明定权责，在运行上要中规中矩，加以规范和约束；倘若规则被违背，则由国家负责相关的纠正、救济或处罚。所谓“用来约束人们的各种社会行为”，是指法律能够管、应该管的，只是人们的外在行为，而不是人们的内心活动；只是人们的涉及社会关系、社会秩序方面的外在行为，而不是人们私下的衣食起居等。所谓“观念和技术”，是指在治理国家的若干种办法里，法治表达了一种对普遍的、外在的、低限的强制性行为规则的偏好，一种对稳定的、和平的、安全的统一性政治秩序的追求，同时，也代表着与这种偏好和追求相适应的治理手段和规则体系。正是在以上意义上，法治与其他的治道，如心治、德治等区分开来。

这样的治道，这样的关于优质治理的理想，这样的观念和技术，在不同文明传统、不同民族国家的历史上，都是存在的。所不同的，只是论证方法、表达形式、风格样式以及践行的空间和程度。在此意义上，我们可以说，法治不是哪个民族或哪个人的发明创造，不是西方文明的所谓“特征”，而是作为政治动物亦作为规则动物的人类的共同体验。这种体验，不单是一种关于治理的智慧或技术，它更是一种关于治理的伦理原则和政治实践，一种政治

道德,说到底,是一种对根本法则的体认和运用。在不同的文明传统、不同的民族国家,对法治的认知、表述以及运作,是千差万别的,但是,各类文明传统、各个民族国家都在不同程度上具备法治的历史文化基础。也因此,一种文化、一个国家总归要顺着自己的脉络、使用自己的语言、根据自己的实际、通过自己的创造,来养成一种可以称作“法治”的治理。

中国是注重治道的文明古国,法治是传统治道的重要内容。传统的治道理论所蕴含的丰富思想和学识,所包括的成功和失败的经验教训,尤其是中华民族所独有的精神气质、道德追求、思维逻辑、政治经验乃至语言风范,都是值得我们这些或许还能称得上后辈的人们虔心体会、认真学习的。我们可以讲中国古代的法律传统如何地不同于古代罗马法、教会法或日耳曼法传统。但是,我们不能否认,中国古代文明传统同样也包含着对法治的追求,包含着许多具有自己特色的关于法治的理论和实践。这些理论和实践迄今仍然富有启发和教益。

遗憾的是,最近一百多年来,我们对传统的治道尤其是法治思想采取了某种简单化的甚至粗鲁的态度,对本民族的思想传统,变得越来越不认得了。即便偶尔看上几眼,也是戴着变色的眼镜,贴上几道不明不白的标签,甚至给予全盘的否定。现在,法治在当代中国已然成为流行的话语,但迄今为止,我们在阐释法治的时候所使用的语言主要是翻译过来的西方语言,我们所援用的原理主要是翻译过来的西方原理。究其因由,一因西方法治先行,经验厚积,且学术经年,易成文化强势;二因法治乃人类共求之物,人类社会共通之理,故先知先述、多知多述者遂居语言优势;三因吾国近世灾难深重,学人难以从容梳理故旧,接应西学,且多患“文化失语症”。问题在于,翻译或许可以勉力做到所谓“信、达、雅”,而且“信、达、雅”的术语、概念、原则或许还可以在已经经过法律移植的新的制度环境里使用无碍,但是,倘若用它们作为工具来研究中国的历史,或者来表述一种已经成为历史的不同的法律经验,就会成为一件极易出错的事情。在这里,我们一方面要看到知识和语言的“地方性”;另一方面,则要真正下一番融会贯通的功夫。否则,我们的研究就只能是中西之间的一些简单的对照和褒贬。

我们不妨尝试避开笼统的文化判断和宏大的历史判断,着眼于通过对法治尤其是法治要素的历史分析,来考察法治在中国的历史文化基础。

比如,面对“中国古代有没有法治思想”这样的提问,我们不妨先向问者提三个问题。

第一,“你所说的‘法治’究竟指什么?”具体讲,是指柏拉图的作为哲

学王之治的替代方案的法治，还是指亚里士多德所说的作为神祇和理智之统治的法治？是指戴雪所说的包含法律主导、法律面前平等和个人权利先于法律而存在的法治，还是指拉兹所说的既包括法律确定、公开、明确和稳定、立法受制于一般法则，也包括司法独立、司法审查、诉讼简易、遏制自由裁量权以及遵循自然正义等要素在内的法治？或者，是指韩非所说的法治，还是仅仅指当下中国传媒所张扬的“依法治国”？

第二，“你所说的‘法治’里用以为治的‘法’指什么？”具体讲，是仅仅指国家的实在法，还是包括自然法、天法、神法之类的非实在法？或者，类似马克斯·韦伯所说的理想的权威类型？换言之，这里的法治是实在法之治，还是超越于实在法的，如自然法之治？

第三，“你所说的‘有’或‘没有’指什么？”具体讲，一种关于法律权威的观念到了什么时候、什么程度才能被看作一种合格的“法治思想”？在被认定为“法治思想”之前，它又算作什么呢？

我们还可以换一种路径，尝试从法治要素的角度来提出问题。曾有西方权威学者对法治概念作了如下归纳，这些归纳应该说是比较全面的：①法律必须是可预期的、公开的和明确的。这是一个最根本的原则。一个人不可能遵循溯及既往的法律，因为在他行动的时候该项法律并不存在；一个人也不可能遵循模糊的或不清楚的法律。②法律应该是相对稳定的。若法律变动过于频繁，人们便难以了解在某个时候法律是什么，而且不可能在法律的指导下作长远的规划。③应该在公开、稳定、明确而又一般的规则的指导下制定特定的法律命令或行政指令。^①④必须保障司法独立，否则便不可能依靠司法来适用法律，公民也因此不可能受法律的引导。⑤当法律不能够引导行为时，应该遵守像公开审判、不偏不倚那样的自然正义原则。⑥法院应该有权审查政府其他部门的行为以判定其是否合乎法律。此乃行政或立法行为的司法审查程序。⑦在法院打官司应该是容易的，这样，个人主张其法定权利的能力便不会因长期拖延或过度花费而耗尽。⑧不容许执法机构的自由裁量权歪曲法律（Walker, 1988）。

这样的归纳，是以富勒、拉兹等人对法治要件的归纳为基础的。其中，

① 这是拉兹提出的一个用来替代法律的一般性或普适性要求，也是哈耶克提出的若干要求中的一个。一般性对于任何关于法律面前平等的概念都至关重要，但拉兹认为这种平等概念是站不住的。他所论证的主张是，特定的命令应该只能在由更持久的并且对特定的法律所导致的不可预期性给予限制的一般法所设定的框架里制定。

虽然没有直接提到我们在谈论法治时经常提到的“法律权威”或“法律至高无上”，实际上，是把关于法律权威的概念建立在法治的各个要素的基础之上了，而不是把法治问题简单地化约为“权比法大”还是“法比权大”一类的问题。从法治的要素看，法律的至高无上的权威，一方面要通过法律的公开、明确、稳定、一般、可预期等品性或价值来体现。换言之，法律权威内在地在包含在公开、明确、稳定、一般、可预期等价值之中，这些价值又是法律用来规制行为以实现正义和其他目标的工具。另一方面，法律权威要通过关于立法、司法、执法的一套制度性安排来体现。如上述第三项至第八项所提到的，特定的立法必须在一种更恒久的、对不可预期性给予限制的一般制度框架里进行，司法要独立，打官司要容易，法院应有权审查立法或行政行为，执法的自由裁量权应予限制以及在法律无明确规定时应遵循自然正义原则。但是，我们不要忘记，以上两个方面的基本要素在不同的场境下，含义和要求是不同的，也就是说，怎样表述、怎样树立法律的权威，在不同的文化和制度背景下，有着不尽相同的路径和语式（discourse）。同时，对具体场境下法治模样的分类或解说也是开放的。^① 考察中国古代的法治思想，应该从具体场合下的法治要素入手。

既然法治是由若干要素组成的，那么，每一个要素无论在观念上还是在制度上都有一个形成的过程。回顾这样的过程，能够让我们依稀辨识前人留下的足迹，重温他们的探索与追求，知道他们究竟把握了哪些在我们今天看来属于法治构成要素的概念和原则，并且，在西方的语式尚未引入或尚未主宰的时候，他们是怎样用美妙、精练而流畅的汉语表达这些概念和原则的。这样的历史描述，不仅意味着一种新的关于法治的历史观，而且可以让我们清楚地看到，中国从前的思想者们的探索具有怎样的社会文化背景，处在一个什么样的历史位置，当前中国的法治理论和实践又具有怎样的社会文化背景，处在一个什么样的历史位置，从而明白我们今天究竟应该做些什么。

追溯法治的思想历程，我们首先要回到法律起源的久远年代。人类首先

^① 美国学者裴文睿（Randall Peerenboom）对法治类型做了很有意义的研究。他试图找出一个对非西方尤其是中国的法治问题给予合理叙述和解释的理论框架，例如，把法治概念分为“实质的、深度的”“形式的、浅度的”，前者与民主宪政和人权保障相联系，后者则不过是用客观的、普遍的法律限制政治权力的恣意行使和官员的裁量权，法律的操作有一定的可预见性，人民可以预见其行为的法律后果，并在此预期的基础上规划生活（Peerenboom, 1999）。关于形式法治与实质法治以及法治的不同形态和层次的研究还有很多（王人博、程燎原，1989；苏力，1996；高鸿钧，2000；梁治平，2000；刘星，1998；季卫东，1999；吴玉章，2002；张恒山，2000）。

的法律现象不过是对违反人所共知共守的规则的行为给予简单的裁判与惩罚。各民族早先的法律观念有更多的相似之处，从某种意义上讲，所不同的只是使用的语言，讲述的故事不一样。从可以查考和分析的史料来看，中国早先的法律意识和思想萌芽多是关于对裁判和惩罚的认知和思考，现在可以辨识的殷周时代的法律观念里，就包含了我们今天所谓法治的某些要素。这里略举四则。

一是自然法观念。例如，金文“灋”字，表现了假托神兽裁判是非曲直并施与惩罚的习俗。这一习俗背后所含蕴的法律观念是自然正义观念。也就是说，自然（神）被看作人间正义的一个重要源泉，人间法则需要自然法则的支持。

二是悯刑观念。华夏先民并不把惩罚看作目的，尤其是反对滥施刑戮。如《尚书·酒诰》：“毋庸杀之，姑惟教之。”即便施用酷刑，也不过是为了辅助人道与教化。此即《吕刑》所谓“惟敬五刑，以成三德”。因之，应当慎刑吝罚。

三是法律面前从平等的观念。既然法律在很大程度上被看作天则，又被看作道德教化的辅助手段，而每个人在敬畏神灵和承担道德责任方面又被看作是平等的，那么，每个人，无分长幼尊卑，在服从法律和接受因违法而应得的惩罚上就应该是平等的。《尚书·康诰》里所讲的“文王作罚，刑兹无赦”的道理就是这个意思。

四是容忍论争的观念。既然有审判，便有是非之争，曲直之辨。据《易经·讼·彖》，一方面，诉讼“上刚下险”“终凶”，是由于“窒”“惕”；另一方面，诉讼若符合“中”等要素，则是吉利的。《序卦传》曰：“饮食必有讼。”关于唐虞时代的传说里，诉讼似为尧舜所不责，贤人所不讳。因此，先民们并不像后人解说的那样“非讼”，追求“无讼”，他们只是认为诉讼应该适可而止（杨鸿烈，1931：39—45；黄寿祺、张善文，2001：65—66，646）。

下面让我们循着这个思路，逐一考察中国古代的法治思想。

二 自然法思想

自然法思想是最典型的法治思想，自然法原则是最重要的法治原则。自然法是这样一种观念：不仅人们的社会行为要遵守国家法律，而且国家法律本身，还要遵循一种普遍的、最高的法律，即自然法。作为政治伦理原则，法治不仅仅是指国家机关严格地依照法律来治理国家，更重要的，是指所有

的人都必须共同服从于一种普遍的规则。这种规则，并不是任何国家机关都必然能够制定和实施的，也不是必然能够通过现实的法律制度表现出来的。但如果没有对这种普遍规则的承认和认知，讲法治就没有多大的意义，甚至会导致比不讲法治更坏的后果。因为立法者想制定什么法律就可以制定什么法律，想怎么制定法律就可以怎么制定法律。这样的普遍规则就是根本法则。在不同的文化里，它有着许多不同的称谓。在现代政治法律哲学里，它通常被称为“自然法”，以表示同国家机关制定的或“人为的”法律相对应。

汉语“自然法”这个称谓是对英文“natural law”的翻译。在英文里，“natural law”也可以表示“本性的法律”，相似的还有“永恒的法律”“普遍的法律”“至上的法律”等。西方的自然法概念，在不同的历史时期和不同的学者那里，含义有所不同。古代汉语里的语词“自然”或“自然法”，与西语“自然”“自然法”是有差别的，它包含着“自然而然”（spontaneous）的意思。但是，总的来说，到了西学东渐一个多世纪后的今天，语词的问题已经不突出了。突出的问题是：中国古代哲学里究竟有没有自然法思想，或者说，有没有关于永恒法、普遍法、至上法的思想？这个问题的提出，与上述历史观、文化观方面的问题有着直接的联系。在我看来，如果把自然法观念界定为一种关于外在于或超越于人类实在法，但可以通过人类理性去认识和把握的客观法则或永恒法则的理念，那么，在中国古代是有自然法思想的。而且，正是这样的自然法思想，提供并丰富了关于根本法则的认识，使得关于法治的思想和主张，在逻辑上成为可能。

老子《道德经》一书推崇自然法。他说：“人法地，地法天，天法道，道法自然”；“天之道，不争而善胜，不言而善应，不召而自来，然而善谋，天网恢恢，疏而不失”。老子本着对自然法的体悟，揭示人间法的荒谬：“天下多忌讳，而民弥贫；民多利器，国家滋昏；人多伎巧，奇物滋起；法令滋彰，盗贼多有”；“民不畏死，奈何以死惧之？”庄子也是以自然法反对人为法，尤其是揭露“圣人之法”的虚伪与矛盾：“圣人不死，大盗不止。虽重圣人而治天下，则是重利盗跖也。为之斗斛以量之，则并与斗斛而窃之；为之权衡以称之，则并与权衡而窃之；为之符玺以信之，则并与符玺而窃之……故绝圣弃知，大盗乃止；擿玉毁珠，小盗不起；焚符破玺而民朴鄙；掊斗折衡而民不争；殫残天下之圣法而民始可与论议。”（《庄子·胠篋》）庄子还排列了一个从天道到人道、从天法到人法的次序：“是故古之明大道者，先明天，而道德次之；道德已明，而仁义次之；仁义已明，而分守次之；分守已明，而形名次之；形名已明，而因任次之；因任已明，而原省次之；原省已明，而是

非次之；是非已明，而赏罚次之；赏罚已明，而愚知处宜，贵贱履位。仁贤不肖袭情，必分其能，必由其名。以此事上，以此畜下，以此治物，以此修身，知谋不用，必归其天。此之谓大平，治之至也。故书曰：‘有形有名’。形名者，古人有之，而非所以先也。古之语大道者，五变而形名可举，九变而赏罚可言也。”（《庄子·天道》）

墨子看重世间的法度，但世间的法度要遵循天法：“天下从事者，不可以无法仪；无法仪而其事能成者，无有也。虽至士之为将相者，皆有法；虽至百工从事者，亦皆有法……今大者治天下，其次治大国，而无法所度，此不若百工辩也。……然则奚以为治法而可？故曰莫若法天。天之行广而无私，其施厚而不德，其明久而不衰，故圣王法之。既以天为法，动作有为必度于天。天之所欲则为之，天所不欲则止。”（《墨子·法仪》）墨子的天法是同正义、平等连在一起的。一方面，如上引文所见，墨子主张天法是因为天不会有私心，而人是有私心的，所以在天法面前人人是平等的；另一方面，天法包含着“兼相爱，交相利”等原则，是“一同天下之义”的终极凭借：“古者民始生，未有刑政之时，盖其语‘人异义’，是以一人则一义，二人则二义，十人则十义，其人兹众，其所谓义者亦兹众。是以人是其义，以非人之义，故交相非也。是以内者父子兄弟作怨恶，离散不能相和合；天下之百姓，皆以水火毒药相亏害；至有余力，不能以相劳；腐臭余财，不以相分；隐匿良道，不以相教。天下之乱，若禽兽然。夫明乎天下之所以乱者，生于无政长，是故选天下之贤可者，立以为天子。……察天下之所以治者何也？天子惟能一同天下之义，是以天下治也。”（《墨子·尚同上》）在墨子看来，天子作为负有“一同天下之义”之责的“政长”，不仅要是从天下选出来的“贤可者”，而且要顺天之意，循天之法：“故子墨子之有天之意也，上将以度天下之王公大人刑政也，下将以量天下之万民，为文学出言谈也。观其行，顺天之意谓之善意行，反天之意谓之不善意行；观其言谈，顺天之意谓之善言谈，反天之意谓之不善言谈；观其刑政，顺天之意谓之善刑政，反天之意谓之不善刑政。故置此以为法，立此以为仪，将以量度天下之王公大人卿大夫之仁与不仁，譬之犹分黑白也。”（《墨子·天志中》）

孔子不言“怪力乱神”，但儒家所说的道、德、仁、义、礼等，显然是一套超越统治者立法之上的理想法则，是衡量政治权威合法性的标准。儒家所致力于去做的，是融通天与人、理想与现实，通过德治教化，借助于君王，把理想法则和标准推行于现实的世界，但儒家并未因此丧失批判精神。相反，儒家仍然以天作为政治权威的来源，反对恶法亦法。例如，孟子不仅根据历