

全国专业技术人员培训教材系列之

传统文化与法治中国

石景光 著



新华出版社

传统文化与法治中国

石景光 著

新 华 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

传统文化与法治中国 / 石景光著. —北京: 新华出版社, 2015. 3

ISBN 978 - 7 - 5166 - 1598 - 0

I. ①传… II. ①石… III. ①社会主义法制—法制教育—中国—普及读物 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 064895 号

传统文化与法治中国

作 者: 石景光

出 版 人: 张百新

封面设计: 梁 静

责任编辑: 张 谦

出版发行: 新华出版社

地 址: 北京石景山区京原路 8 号 邮 编: 100040

网 址: <http://www.xinhupub.com> <http://press.xinhuanet.com>

经 销: 新华书店

购书热线: 010 - 63077122

中国新闻书店购书热线: 010 - 63072012

照 排: 新立风格

印 刷: 北京市兴怀印刷厂

成品尺寸: 160mm × 230mm

印 张: 14

字 数: 190 千字

版 次: 2015 年 4 月第一版

印 次: 2016 年 5 月第二次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5166 - 1598 - 0

定 价: 30.00 元

图书如有印装问题, 请与印刷厂联系调换: 010 - 69633432

【内容简介】本书以中国传统法律与道德文化中的精华为依托，以《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》为依据，分别从公民的权益保障、法治与治国理政、法律信仰的养成、依宪执政与保障民权、德治与法治的协合、先辈智慧与法治建设等方面，围绕与大家生活和工作联系密切的现实问题，通过案例展示、法理分析、历史评述、社会分析等多种方法，为社会各界朋友（特别是教育、科研、社会服务等专业人士）现代法治意识的开拓，提供雅俗共赏、积极向上的帮助。

【作者简介】石景光：自1987年从中国政法大学毕业后，一直从事教学工作，现就职于北京化工大学文法学院，并兼任北京恒源律师事务所特约顾问。授课之余，总主编《法律伴我行·公民普法系列丛书》（共20册），主编《公民与税法》、《公民与房地产法》、《公民与公证法》、《农民权益保护法》等著作，并参编和撰写论文200余万字。

前言

中国传统文化博大精深，蕴含着前人的诸多法律智慧。建设法治中国是关乎民族振兴、国家富强和人民幸福的伟大事业，不仅需要改革创新，而且也需要古今结合，古为今用。

大到治国理政，小到保护民权，法律自来就是人类生活的一部分，虽被定位于上层建筑，但绝非高深莫测之物。本书采用松散、漫谈的方式，从传统文化与依法治国结合的角度，对有关法律问题作些介绍，意在通过引发人们的法律兴趣，提示大家应当关心法律信仰的建立和自身权益的维护等现实问题。

* * * * *

2000多年前，在世界的东方，诸子百家展开了一场世界历史上少有的大辩论，有关治国理政的大辩论——《韩非子·有度》中提出“奉法者强则国强”；此时的西方，苏格拉底、柏拉图、亚里士多德也奠定了古希腊制度文明的基石。亚里士多德在他的《政治学》中得出的结论是：“法治应当优于一人之治。”

在新的形势下，我们党不仅担负着团结带领全国人民全面建成小康社会、推进社会主义现代化、实现中华民族伟大复兴的历史重任，而且面临着执政考验、改革开放考验、市场经济考验、外部环境考验等“四大考验”，存在着精神懈怠的危险、能力不足的危险、脱离群众的危险、消极腐败的危险等“四大危险”。能否经受住这“四大考验”，能否消解这“四大危险”，不仅要求全面提高党的建设的科学化水平，更需要通过核心价值观的构建和全面法治化的推行。

就社会现实看，层出不穷、屡禁不止、日益蔓延的“假丑恶”现象，也迫切需要我们党和政府“稳准快”地主动出击，拿出切实的行动予以铲除和纠正。否则，中华民族伟大复兴的“中国梦”就无从谈起。

1945年10月17日，毛泽东同志回到延安后，在干部会上作了《关于重庆谈判》的报告。在结束部分他以壮阔豪迈的语汇，表达了共产党人对于未来的预见和期许：中国发展的总趋势，也必定要变好，不能变坏。世界是在进步的，前途是光明的，这个历史的总趋势任何人也改变不了。前途是光明的，道路是曲折的。我们面前困难还多，不可忽视。我们和全体人民团结起来，共同努力，一定能够排除万难，达到胜利的目的。

苟日新，日日新，又日新。只要我们牢记中华民族伟大复兴的历史使命，勤奋而务实地从现在做起，从点滴的小事做起，那么，就没有任何力量能够阻挡我们与时俱进、追求公正的步伐！

* * * * *

自党的十五大提出依法治国、建设社会主义法治国家，强调依法治国是党领导人民治理国家的基本方略以来，已经经历了十七个年头，中国特色社会主义法律体系已经形成。但为何围绕“依法治国”的主题再掀高潮呢？

这是历史经验之使然，也是重大使命之使然。在腐败引起社会公愤的背景下，在经济的可持续发展、社会保障、收入分配、食品安全等严峻的挑战面前，如何实现全社会的公平正义，已经成为我们必须正面回答的严肃问题。对此，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》开宗明义：依法治国，是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障，是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求，事关我们党执政兴国，事关人民幸福安康，事关党和国家长治久安。

在时下的中国，任何一项关乎国计民生的建设事业，都应当以促进社会公平正义和增进人民福祉为出发点和落脚点。公平正义是

社会各阶层、各群体的最大公约数，也是改革的最大共识。而依法治国则是维护公平正义之根本。

这意味着什么呢？

中国的发展进步，应当使每个中国人都得到发展自我和服务社会的机会，都享有人生出彩和梦想成真的机会。

世上无难事，只要肯登攀。对于冤假错案的善后处理也是一样，只要我们拿出坚持“实事求是”的态度，在求真务实上下功夫，通过一件件具体案件的公正处理去燃起一簇簇的希望之火，毋庸置疑，一个正义之光照满人间的新时代一定将会来到！

* * * * *

作为我国改革开放政策的受益者，作为新中国近 30 年来法治建设的亲历者，作为奋斗在法学教育岗位上的一名普通教师，我能深刻地体会到法治工作在中华民族的伟大复兴中的意义和作用，同时，也能切实地感受到广大民众对运用法律武器维护自己合法权益的热切期盼。

我赞同德国学者魏德士在其所著《法理学》中说过的这句话：“研究法律和从事法律工作总是一种也要承担政治与道德责任的行为。”并且，我始终认为，民众法律意识的不断增强，是推进我国法治建设的重要因素；民众自觉而有序的维权行动，是推进我国文明化程度的重要力量。

义理之道彰，则暴虐、奸诈、侵夺之术息也。作为法律教育工作者，面对莘莘学子，我们有“传道授业解惑”之义务；而面对社会大众，我们也有“中理然后说”和“当义然后议”的责任。须知：公平和正义不仅要通过具体的个案裁处去彰显和发威，同时也需要我们的呐喊去张扬和助推。

“法律的宗教情怀和信仰，是全部法治建立、存在和发展的根本前提和保障。法律必须被信仰，否则它将形同虚设。”这两句话出自美国当代法学家哈罗德·伯尔曼（Harold J. Berman）之口。我以为这等真知灼见对于我们的法治建设事业颇有裨益，提示着每一个中

国人，在全面建成小康社会、实现中华民族伟大复兴的中国梦的历史进程中，不仅需要每个公民自觉地建立起坚定的法治信仰，而且更要切实地从生活和工作中的小事细节去践行法治信仰。

由于我国的立法和司法正处于大发展时期，加之本人水平有限，故书中疏漏、缺点与错误在所难免，衷心欢迎读者朋友们提出宝贵意见，以便再版时修正。

作者

2014年12月15日

目 录

第一章 依宪治国与民权保障	1
一、权利义务 ABC	1
二、法治语境下的权力与权利	5
三、依宪治国与民权保障	15
第二章 法治应当是善治	28
一、法律是我们摆脱不掉的规矩	28
二、法治多面观	33
三、治国理政的模式	55
四、良法 + 良吏 + 良民 = 善治	72
第三章 法治信仰与法治建设	90
一、有信仰就有力量	90
二、态度与信仰	95
三、法治信仰的养成	96
四、信仰意味着坚守和牺牲	112
五、用阳光为法治信仰去助长	116
第四章 德治加法治方为善治	123
一、法治国家也有道德危机	123
二、道德伦理之分解	126
三、道德规范的逻辑分析	134

四、道德的分类与层次	139
五、专家修德与依法治国	144
六、专家与道德修养	164
第五章 传统文化与法治建设	168
一、非祖弃宗是个坏选择	168
二、老药罐里也有好药方	170
三、文化遗产的“创造性转化”	184
四、悠久的吏治文化	187
五、教以化人的优良传统	196
附录 中国古代司法撷英	207
参考书目	213

第一章 依宪治国与民权保障

一、权利义务 ABC

首先，我们要清楚，权利和义务这些东西，绝非西方人的专利。过去有段时期，把法权（权利）一概视同资产阶级法权横加批判是值得检讨的。这不仅在制度建设上漠视民主化与法治化，而且在民众意识上，使其本来就稀有淡薄的权利义务观更趋弱化。总之，如果不能正视权利和义务，非但谈不上法治文明，就是连一般的人文建设也谈不上。因为即使是在任何一家的家规或者任何一家公司的章程里，如果找不到权利和义务的踪迹，这简直就是匪夷所思。

其次，我们要知道，中国古代人使用“权利”这样的词汇时，虽从字面上迥异于近现代法上的权利本意，但是，不能因此说我们的前辈们对权利和义务缺乏实质的认识，只不过他们是在用特有的语言和思维去做这件事情而已。

荀子在《礼论篇》中说：“人生而有欲，欲而不得则不能无求，求而无度量分界则争，争则乱。”而“定分止争”则源自管仲，且在法家学说那里常被提及。您可以体会一下，其中所指之意味，与现代所言的权利义务颇为一致。《管子·七臣七主》曰：“夫法者，所以兴功惧暴也；律者，所以定分止争也；令者，所以令人知事也。法律政令者，吏民规矩绳墨也。”这里阐释了法律令三种规范的作用与功能。其中，通过“律”去“定分止争”，意即对物确权是止争的重要前提。

对此，作了形象解释的是慎到（约公元前 390 年～公元前 315

年)。这位赵国人系由“道”入“法”的法家代表人物之一。《慎子·逸文》曰：一兔走街，百人追之，贪人具存，人莫之非者，以兔为未定分也。积兔满市，过而不顾。非不欲兔也，分定之后，虽鄙不争。

与慎子同时代的另一位法家代表人物商鞅（约公元前390年～公元前338年）也曾经拿这个例子去佐助其主张，如《商君书·定分》曰：法令者，民之命也，为治之本也，所以备民也。为治而去法令，犹欲无饥而去食也，欲无寒而去衣也，欲东而西行也，其不几亦明矣。一兔走，百人逐之，非以兔为可分以为百，由名分之未定也。夫卖兔者满市，而盗不敢取，由名分已定也。故名分未定，尧、舜、禹、汤且皆如鹜焉而逐之；名分已定，贪盗不取。今法令不明，其名不定，天下之人得议之。其议，人异而无定。

对于无主的兔子，人人争得而不为过也。可市场里的兔子却是有主的，别人买之则可，如抢夺则受到法律的制裁——打击侵犯物权的行为了。

慎到和商鞅的话后为《吕氏春秋·慎势篇》所引，并阐释得愈发明晰：今一兔走，百人逐之，非一兔足为百人分也，由未定。由未定，尧且屈力，而况众人乎？积兔满市，行者不顾，非不欲兔也，分已定矣。分已定，人虽鄙，不争。故治天下及国，在乎分定而已矣。

至此，我们可以清楚地看到，中国古人所谓“定分”即今日民法所云“确权”也。关于产权确定的意义，法律工作中的阐释颇巨，但说得透彻明了的却是那些“业外”人士。我国近代最伟大的教育家和伦理学家蔡元培先生曾说：财产者，所以供吾人生活之资，而俾得尽力于公私之本务者也。而吾人之处置其财产，且由是而获赢利，皆得自由，是之谓财产权。财产权之确定与否，即国之文野所由分也。盖此权不立，则横敛暴夺之事，公行于社会，非特无以保秩序而进幸福，且足以阻人民勤勉之心，而社会终于堕落也。财产权之规定，虽恃乎法律，而要非人人各守权限，不妄侵他人之所有，

则亦无自而确立，此所以又有道德之制裁也^①。

关于中国古人是如何在实质意义上去运用权利和义务的概念，古籍中也有成例。

比如，《荀子·劝学》曰：“权利不能相倾也。”《史记·魏其武安侯·附灌夫》载：“家累数千金，食客日数十百人，陂池田园，宗族宾客为权利，横于颍川。”从中国古文词学角度说，这两处“权利”是指“权势及货财”，与法律沾边不大。

《孟子·滕文公章句上》记载了这样一件事：滕文公使毕战问井地。孟子曰：“子之君将行仁政，选择而使子，子必勉之！夫仁政，必自经界始。经界不正，井地不钧，谷禄不平。是故暴君污吏必慢其经界。经界既正，分田制禄可坐而定也。”

就是说，滕文公又打发毕战来向孟子询问有关井田制的问题。孟子说：“你的国君要施行仁政，经过挑选才派你来，你一定要努力完成使命啊！实行仁政，必须从分清田界着手。田界没有划分清楚，井地的大小就不能做到均衡一律，作为俸禄所分的谷物就不公平，因此，暴君和贪官污吏总是不重视田地分界。田界既已理清了，分配田地，制定俸禄这两件事，就能毫不费力地确定。”从内容上看，这里的“经界”指的就是权利义务的划分。类似意思的词汇还有“兴功惧暴”、“定分止争”、“令人知事”、“分明”等。

在现代社会，由于权利和义务的构成和内涵极其丰富多样，因此，从来也没有一个统一的说法^②，仅是最普通、最基本的理解，就有至少八种以上的见解：

- 资格说：权利是行动的资格、占有的资格或享受的资格。权利意味着“可以”，义务则意味着“不可以”。

- 主张说：权利是主体为追求一定法律效果而实行的正当性、合法性、可强制执行的主张，义务则是被主张的对象或内容。

① 蔡元培著：《中国伦理学史》（外一种），2010年12月版，第172～173页。

② 张文显主编：《法理学》（第三版），高等教育出版社，北京大学出版社，2007年2月第3版，第141页。

- 自由说：权利是法律允许和保护的自由，包括意志自由和行动自由，主体在行使权利时不受法律上的干涉和不受他人的强使。

- 利益说：权利是法律所承认和保障的利益，义务是负担或不利。

- 法力说：权利是法律赋予权利主体的一种用以享有或维护特定利益的力量，义务则是对法力的服从。

- 可能说：权利是法律规范规定的有权人作出一定行为的可能性，要求他人作出一定行为的可能性以及请求国家强制力量给予协助的可能性；义务则是法律所决定的和用国家强制力来保证的一定行为的必要性。

- 规范说：权利是法律所保障或允许的能够作出一定行为的尺度，是权利主体能够作出或不作出一定行为，以及要求他人相应地作出或不作出一定行为的许可与保障；义务则是法律为满足权利人的权利需要而要求义务人作出必要行为的尺度，其未履行构成法律制裁的理由或根据。

- 选择说：某人之所以有某项权利，取决于法律承认他关于某一标的物或特定关系的选择优越于他人的选择。正是法律对个人自由和选择效果的承认构成了权利观的核心。

我们无意在理论上过多过深地去探讨概念性的问题，但这里我们认为，从结果上看，权利和义务就是损和益；从行为上看，权利是资格或自由，而义务则是受限制和担责任。比如，根据宪法关于“言论自由”的规定，你可以在网络等媒体上抒发你的见解和感受，这可能符合你的理念，发表出去后你会感到满足（甚至痛快，否则你也不会干此事）。这就是你的获益和自由，或者说，你在行使你的正当权利。但是，信口雌黄、造谣惑众或者败坏他人名誉这一类的东西你千万不能搞，否则，你可能要“触霉头”啦。

比如，根据2013年9月10日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百四十

六条第一款规定的“捏造事实诽谤他人”：（1）捏造损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布的；（2）将信息网络上涉及他人的原始信息内容篡改为损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布的；明知是捏造的损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，情节恶劣的，以“捏造事实诽谤他人”论（第1条）。而利用信息网络诽谤他人，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百四十六条第一款规定的“情节严重”：（1）同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上，或者被转发次数达到五百次以上的；（2）造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的；（3）二年内曾因诽谤受过行政处罚，又诽谤他人的；（4）其他情节严重的情形（第2条）。

附带说一句，如果你上网不守规矩，触犯了刑法第二百四十六条，应担的罪名可能叫侮辱罪或诽谤罪，后果是：以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。

请记住，现代社会里，稍不注意，你就可能招惹上侮辱诽谤的指控。轻者是担当民事责任，多以掏钱了事；重者就是定罪量刑，在履历表上留下“前科”。当然，不管是打的民事官司还是刑事官司，往往都不容易免掉“公开赔礼道歉”的难堪。

二、法治语境下的权力与权利

（一）公法与私法

法的分类有许多，如古代法和现代法、实体法和程序法、成文法和判例法、国内法和国际法、根本法和普通法、一般法和特别法、公法和私法，等等。其中，公法和私法这种分类其历史最久且影响颇巨。

公法和私法的划分源自古罗马。当时有一个叫乌尔比安（Ulpia-

nus, 170~228年)的法学家主张说,凡保护国家公益的法为公法,保护私人利益的法为私法。后来,该主张又被后人发扬光大,按照类似的思路,人们在具体的划分依据上各抒己见,据说在20世纪初,在该问题上相互冲突的学说已达17种之多。

一般民众了解公法与私法之分,掌握两点就足矣。其一是明白此分类的实质是两种法观念(即公法观念和私法观念)有别。其二是略知宪法、行政法、刑法、程序法等划归公法,而婚姻法、继承法、物权法、合同法、侵权行为法等划归私法。

补充一点,近百年来,人们在法的领域又发展出了新的一块,叫社会法。理据就是,人们看到有些利益如果划到公法或私法中去,都不太合适。于是,便把这又公又私的利益板块界定为“社会利益”,主张为保护此等利益之立法就是社会法。考虑来源及相互关系,人们又把这社会法顺便说成是继公法、私法之后的“第三法域”。

在2011年10月国务院新闻办公室发布的《中国特色社会主义法律体系》白皮书中,论及中国特色社会主义法律体系的构成问题,指出中国特色社会主义法律体系,是以宪法为统帅,以法律为主干,以行政法规、地方性法规为重要组成部分,由宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等多个法律部门组成的有机统一整体。在具体介绍“中国特色社会主义法律体系的部门”问题时,实际上就采取了上述的“三分类法”。例如,提到经济法是调整国家从社会整体利益出发,对经济活动实行干预、管理或者调控所产生的社会经济关系的法律规范;社会法是调整劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障等方面的法律规范。

【案例】2014年12月13日,来自河南周口的周秀云和丈夫向“龙瑞苑”项目讨要工资过程中,头发遭一名较胖民警(王文军)拖拽及踩踏,后在太原市公安局小店分局龙城派出所非正常死亡。12月30日凌晨,太原市检察院对涉案民警王文军以涉嫌滥用职权罪

批准逮捕。次日，涉案民警郭铁伟、任海波以同样罪名被立案侦查并刑事拘留。2015年1月3日，二人被批准逮捕。

【小评】这里，我们姑且不去评说这桩惨案的其他问题，仅从法律关系的角度去说明一下私法与公法的区分。“龙瑞苑”项目方拖欠周秀云等人的工资，从合同法或劳动法的角度看，属于私法或社会法所调整的关系。太原市公安局方面在执法过程中致使周秀云非正常死亡，则系公法（如行政诉讼法和国家赔偿法等）所调整的关系。区分公私法诉讼的一个简便标准是看被告（而非原告）的性质。在行政诉讼中的被告必须是公共机构（具体界定各国有所不同），而在民事或者商事诉讼中的被告则必须是私人身份。

附带说一句，公法与私法的分界不是恒定的，它们之间在现代社会中，也出现了相互融合的趋势，即“私法公法化”和“公法私法化”。

（二）两种观念形成两种精神

私利与公利在人间并存，私法与公法予以对应的保护。私法强调私人利益的保护，故以尊重私人自由为长处；而公法则着眼于国家和社会之大的利益，并且赖重于庞大而威权的国家机器，实质是通过限定私权而追求公益。

可以想象，如果在国家与私人间依循“做买卖”那样的平等性规则，通过“讨价还价”来收税的话，不用多说，这任务十有八九要落空，更别提什么修桥铺路盖学校了。

旧时代的公法观念认为，国家凌驾于社会和人民之上是天经地义的，国家利益是绝对至上的。如此观念下，治国理政必然是“管制主义”。过去，英国的皇帝就是这么想这么做的，结果他横征暴敛得太凶恶了，英国人民忍无可忍，干脆革命吧，于是，在世界舞台上自打1640年起，算是揭开了资产阶级革命的大幕。其实，当年的“北美十三州”之所以搞“独立战争”，一个重要的原因也是不堪忍受英王的税收盘剥。

从历史发展看，“管制主义”极易湮没人民利益，实行不好就容