有所思

编者按：十八届四中全会把“依法治国”定为核心议题，奏响了法治中国的最强音。应搞清中国传统法律文化的基本特征，同时弄清现代法治形成的历史源流，才能将二者结合，构建中国特色法治国家。

中西法律文化的特征

□李文静

在推进法治中国建设的进程中，传统法律文化究竟有哪些益和弊，一直以来众说纷纭。笔者认为，要探讨传统法律文化的现代意义，首先必须明确传统法律文化的特征和基本精神，在此基础上与现代法治文化进行比较，并结合我国社会发展实践进行分析。

我国传统法律文化的特征

与道德紧密结合。中国古代法律和道德的关系演变路径如下：分立——融合——分立。汉代之前，法律和道德是相互独立的，法即刑，是对外战争和对内镇压的工具；汉武帝罢黜百家、独尊儒术后，法律和道德开始逐步融合，经魏晋南北朝至唐，达致礼法合一之境界，此状态一直维持至清末；自鸦片战争始，清廷被迫变法革新，学习、借鉴西方法律体系和精神，传统礼法合一、出礼入刑之中华法系解体，法与道德又开始重新分立。

法之工具主义属性。我国的法起始于镇压异族血缘的战争，其主要内容为刑，这就决定了它以国家权威为后盾。我国最早系统阐述法家治国思想的《管子》一书对“法”的理解代表了古代社会的通识。其认为“尺寸也，绳墨也，规矩也，衡石也，斗斛也，角量也，谓之法”，将法视为衡量之工具。同时精辟地概括了法的作用，即“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”“威不两错，政不二门，以法治国，则举错而已”。

法并非最高权威。法的工具主义属性决定了其只是统治者管控国家的手段，在国家治理中并不具有最高权威。更为重要的是，我国古代社会国家政权产生的路径是战争，它不需要法的授权，“成王败寇”，法只是争夺权力胜利的一方，对另一方的制裁以及对其治下百姓的管控。《尚书·盘庚》中说：“听余一人之作猷”“唯余一人之有佚罚”。《管子》亦有“事督乎法，法出乎权，权出乎道”之语。宋徽宗更是明令宣布：“出令制法，重轻予夺在上。”在中国两千多年的封建社会中，皇帝始终是最权威的立法者和最大的审判官。皇帝的话是“金科玉律”，其言出则其法立。皇帝发布的敕、令、诏等，其效力高于法律。同时，皇帝拥有最高的司法权，凡重案、要案皆需上呈皇帝裁决。此外，封建皇帝拥有赦免大权，可以以种种理由赦免罪犯。

秩序为法之最高价值追求。作为社会规则，法本身即承载着分配、确认、保护秩序的功能。传统中国之法律亦不例外。只是古代中国之法要维护之秩序是有利于巩固皇权之秩序，稳定是法的终极价值追求，也可以说是法唯一的价值追求。在儒术上升为主流意识形态后，“三纲五常”等宗法等级秩序成为法要保护的内容。出礼即入刑，用法律严格规范和保障礼治秩序。此外，“无讼”作为社会和谐的标志，也成为统治者极力推崇的目标。

司法中重视实体正义。与现代法治程序正义至上的理念截然不同，传统中国司法的目标是实质正义，注重探求审判结果的正当性。这首先表现为，古代中国的实体法较为发达，而程序法的发展相对滞后。其次，司法实践中法官重实质，轻程序。程序性的规则得到遵守的并不多。为了寻求犯罪证据，法官可以刑讯逼供，各种法外刑讯手段层出不穷，屡禁不止。韦伯将这种司法模式称为“卡迪司法”，即所谓的实质非理性。这种重实体、轻程序的观念从某种程度上说否定了程序自身所体现的价值，“纯粹程序正义”的观念更是无从谈起。

兼顾情、理、法的司法文化。传统中国礼与法的高度融合，反映在司法实践中即兼顾情、理、法的审判艺术。日本学者滋贺秀三在评价传统中国的司法审判时亦指出：“无论口头上说与不说，情理经常在法官心中起作用。在这个意义上，应该说判语集都是充满这种情理的文章。国家的法律或许可以比喻为是情理的大海上时而可见的漂浮的冰山”。法律和情理其在本源上都是统一的，因此不存在适用上的冲突和矛盾。即使出现法无明文规定的情况，法官也能依照情理做出合法、合理、有公信力的判决。可以说，传统中国的法律制度和礼的文化的高度统一使得法律制度获得了民众心理上的认同和接纳，形成了司法权威的有力保障。

西方法治文化的特征

理性思维。韦伯认为，西方法律的思维是形式理性主义的思维，其要求为，“所有的法律决定必须是抽象法律命题之‘适用’于具体的‘事实情况’；所有的事实情况，必然能够通过法律逻辑而从抽象的法律原则做出决定”。从某种意义上说，法律是一种科学，有着严格的证成、推论公式。而传统中国的法律思维是经验性的，要与千变万化的事实相结合。学者杨逸淇认为，“中国法律思维不是缺乏抽象概念，而是一贯认为事实情况千变万化，不是任何抽象原则所能完全涵盖，因此要赋予抽象原则实质性的意义，必须通过实际具体例子来阐明，而法律所未曾考虑到的事实情况则可以通过比附类推方法来处理。相对韦伯提倡的从抽象到事实到抽象的思维方法来说，中国法律一贯使用的可以说是从事实到概念到事实的认识论”。

重视程序正义。程序正义是西方法律，尤其是英美法律文化的精髓。其源于人们共通性的认识：“正义不仅应得到实现，而且要以人们看得见的方式加以实现。”程序正义观念的发展源于三方面的原因。第一，陪审团裁判以及作为其前提的当事人主义诉讼结构。在英美法系国家，对于重大的案件，其事实部分是由陪审团做出的，而陪审团的裁判只给出结论而不提供理由，这就无法检验判决结果的客观真实性。因此，只能通过程序上的正义间接地使人们认识到结果的正当性。第二，遵循先例原则。这一原则要求法官要根据以往判决中的相似案例来审理案件、适用法律。因此，当事人及其律师的主要工作是尽量找到有利于自己的先例，并通过辩论说服法庭予以采用。第三，衡平法的发展。衡平法其实就是法官法定的自由裁量权。由以上三个原因可知，并不存在一种客观标准来判断审判结果是否正义，在此情况下，司法正义只能通过程序本身来体现。只要审判程序本身具备正当性、合理性，审判的结果也就具有了正当性和合理性，也就能够得到人们的认同。

法为最高权威。法的最高权威在西方社会不是一蹴而就的，而是有着漫长的发展历程和独特的历史缘由。总体而言，法的最高权威具有以下几方面原因：第一，宗教信仰传统。在所有的社会控制手段中，信仰是最为重要的手段。而西方法正是在宗教的深刻影响下不断发展的，许多法律来源于宗教教规，集军政大权于一身的国王也必须得到宗教领袖的认可，其统治才具有合法性。人们对法的态度不是畏惧，而是归属和依赖。第二，私法文化传统。早期商业文明的高度发展使西方社会很早就进入了公民社会，在这种形态的社会中，规范平等主体之间的私法是法律的主体。契约精神是西方人的主流意识形态。

现代法治的核心思想在于对权力的制约。从古希腊时期亚里士多德的“法治优于一人之治”，到古罗马时期西塞罗、乌尔比安主张的国家是一个法团，再到近世资产阶级的权力制衡理论，对权力的制约逐渐成为西方法治的核心思想。这一思想也是西方在经历中世纪国王、教会专权后所进行的反思。在美国，法治不仅是一种治国思想，更是治国的实践。杰弗逊、汉密尔顿等政治家主张国家的权力来自于人民的同意，“人民的意志是任何政府唯一合法的基础”，他们把法治载入《独立宣言》《宪法》和《人权法案》中，并在政府组建过程中，设计出复杂的相互制衡制度，以防止权力滥用进而侵害公民的权利。

构建中国特色的法治文化

我国法治建设经过三十多年的发展，现已形成了较为完备的社会主义法律体系，基本实现了有法可依。总体来说，我国的法治建设主要借鉴的是西方先进的法治理念，这也是我国由农耕文明转向商工文明的必然选择。但是，由于我国的国情和社会实践具有鲜明的不同于西方国家的特色，因此，在应用西方法治理念的同时更要借鉴和探索传统法律文化中依旧具有可适用性的内容，构建中国特色的现代法治文化。

在社会转型过程中，不能抛弃法治对秩序的追求。现代社会中法治所体现和保护的秩序具有新的内容，它不再是专制集团利益和差序格局的保护伞，而是保护公民权益和规范国家权力的有力武器。公民和国家都必须在法治框架内开展各自的行为，不得片面强调自己的权力、权利而侵犯他人和社会的权益。和谐、公正、稳定的秩序仍是法治的重要价值目标。

目前我国司法领域的困境主要是大众对司法审判的不信任，并由此而导致了对法的不信任，信“访”而不信“法”。因此，我国当前司法改革的主要举措为司法的独立和司法的公开、透明。这些举措在制度设计和操作层面上有助于保障司法程序上的正义。但是，法律信仰缺失的深层次原因在于传统法律文化和现代西方法治理念的冲突，以及法官过于严格甚至僵化地使用法律规定。司法审判是一门科学，它需要严谨的逻辑思维；同时，也是一门艺术，它需要法官在严密、规范的法律规定和纷繁复杂的社会关系和文化状态中找到一种平衡，其所做出的司法判决既要合乎法律的精神，又要合乎社会基本道德的要求，更要兼顾国家和社会发展的客观要求。可以说，传统司法文化中对情、理、法的衡平仍然具有重要的现实意义。此外，由于我国司法审判中人民陪审员发挥的作用十分有限，法官不仅要对法律适用做出裁判，更要对法律事实做出判断，因此，在努力实现程序正义的同时，我国司法还承担着继续追寻实质正义的责任。

尽管总体上来说，我国目前的法和道德是社会调控的两大体系，二者相互独立，但是，法作为社会规则，其从根本上仍无法与道德完全脱离。在目前社会主义道德体系和核心价值观未全面实现，甚至受到严重挑战的状况下，更需要法来保障和引导。这也是法自身的规范和引导功能的要求。已经取得良好社会效果的酒驾入刑就是一个很好的例子。酒驾从某种程度上是一种道德行为，但是任由这种行为发展，会给公共安全造成极大的损害。酒驾入刑实施后，人们从开始的不相信，到观望；从被动接受，到主动遵守。这一规定从法律的视角重新改变了人们的文化和认知。新加坡很早就开始实行的随地吐痰罚款，也有效地规范了人们的行为，提高了民众的道德素养。因此，在道德自身无法发挥有效作用时，充分发挥法的规范和引导功能，有助于重塑社会成员的行为和道德素养。

史　镜

理想与幻灭

——近代中国史上的城市新区建设

□王　煦

城市新区建设，是城市转型发展的重要途径，也往往是政府治理能力的展现。中国城市建设新区的历史甚早，除去1845年开始在中国城市中出现的外国租界不论，中国人自己开始建城市新区，大致是在19世纪末20世纪初，主要出于发展经济、维护利权的目的。其中，由中央政府决策设立，影响也较大的，当属民国初年首都北京的“香厂新市区”。这一项目由当时北洋政府内务部直接提出，以官方力量建设经营，从1914年立项动工，一直持续到1928年北洋政府覆灭。

北京香厂新市区

北洋政府能够在首都大张旗鼓地修建新区，与之前的经验大有关系。1902年袁世凯任直隶总督，驻节天津。当时天津号称“九国租界”。位于天津县城东南的租界区，不论占地面积、建设水平、经济规模，都已远超县城，成为事实上的市中心。袁世凯不满自己的治所被洋人控制，可又不敢直接对抗，于是就拿城市本身做文章，自1903年起在老城北部的河北地区建造“新市区”，修路建房，招商承租。几年时间，虽未把市中心从租界抢过来，但城郊原本荒凉之地，变成了颇具规模、引人瞩目的新城，成为袁世凯的一大政治资本。

袁世凯北洋集团掌握了民国大权后，自然就把他们在天津的成功经验，移植到了首都北京。清末的北京，环境破败，基础设施落后。“无风三尺土，有雨一街泥”仅是其惨象的一角。这种面貌不但为国人所诟病，也招致西方列强的轻侮。20世纪最初，面对列强交侵、民族危亡的险境，中国人愈发深入地学习西方，西方甚至成了“文明”的代名词。即便是政治上极为保守的北洋政府，也急于用政绩来展示“文明国家”形象，以证明他们的统治能力。北京的新区建设就是在这种背景下展开的。针对旧日都市的脏乱破败，当局认为需要“开辟市区以为全市模范”，使其中道路、房屋、卫生“无不力求完备”，不但能繁荣经济、改善市容，还可以作为市民效仿的“模型”，“渐次推行，不数年间，得使首都气象有整齐划一之观，市闾规模具振刷日新之象”。所以，新区建设将不仅是“美观瞻”，更是具有重大示范意义的“治国之要务”。

于是“新市区”项目很快启动。新区设于北京南城的香厂，规划占地约22公顷，原来都是低洼地，住户稀少，破烂不堪。新区建设带来了翻天覆地的变化。从1916年到1918年，区内新建、拓宽道路14条，总长约1.55公里（同期全北京道路修建只有5公里）。当时国内少见的柏油路面、人行道、路灯、行道树、街心广场，都陆续在这里出现。整个设计刻意效仿欧美城镇，并且直接聘用了欧洲建筑师。在新市区的土地开发方面，北洋政府特意于1915年制定了《土地征用法》，以准许当局有偿征用香厂私人土地。征得的土地由政府招商承租。当时商民招租相当踊跃，自1916年到1919年，香厂地区共标租地基70余亩，得租金银元7.7万余元。

很快，新区里就建起了连片的西洋式商住两用房。1917年，一座带屋顶花园的新式高层商业楼在新区中心拔地而起。新商场被命名为“新世界”，是当时北京南城最高的建筑，集商贸、餐饮、服务、娱乐于一体，一开业就吸引了“如云仕女杂流民”，繁华一时。1919年五四运动时，陈独秀正是在此楼上散发了著名的《北京市民宣言》并被捕入狱，轰动一时。环境的新颖，商业的发达，使不少人都乐观地称香厂为“北京最新式之商埠”，代表了“北京最近之进化”。

然而，好景不长，香厂的繁华并未持久。一个主要的原因，是新区功能定位失误。当局着力于实现理想，却忽视了现实的环境。香厂东北是前门大栅栏高端商业区，西北是琉璃厂文化消费区，正北是“八大胡同”娱乐区，南面则是天桥低端消费区。香厂位置居中，如果功能定准，当然是“八方枢纽”，定不准，则是“四战之地”。而政府在操作中恰恰只注意了基础建设，而没有注意产业布局。仅仅是把土地租出去，得了租金就万事大吉。结果香厂新区里高端的新式商场与低端的酒肆娼寮并存，经营门类与周边地区重复，面临激烈的竞争。

同时，政府在新市区选址上，也忽略了北京的社会文化因素。香厂位于广义的天桥地区，历来被认为是“下九流”聚集的卑贱之地。当时连北边“八大胡同”的名妓和伶人都以到南边居住谋生为耻辱。这种心态极大妨碍了高端商户和消费者向香厂地区的集聚。最后，香厂的发展得益于北洋政府的大力扶植，而1928年北洋政府覆亡、国都迁往南京后，香厂新市区也就不可避免地走向衰落。1930年新世界商场亏损倒闭，敲响了香厂的“丧钟”。之后，这里沦落为下等茶馆、戏园和妓院聚集之地，一代模范新区归于沉寂。

上海江湾新市区

香厂的衰落，并未阻挡中国城市新区建设的步伐，而它们悲剧性的命运，似乎也在近代不断重演。当香厂黯然落没的同时，新的新区建设大潮已经在南方开始。1927年南京国民政府建立后，立刻推出了雄心勃勃的城市规划，其中以南京《首都计划》和《大上海计划》为代表。这是更专业、更现代、更宏大的新一代城市建设方案。《大上海计划》中，提出了一个以江湾为中心的新区建设计划。而且这个新区不是一般的市区，它将是新的“市中心区”。江湾新市区的规模在当时是惊人的。第一期规划面积就超过6000亩，全区预计将征地27000亩。区内规划新建道路近300公里，干道宽度均在30米以上，主要道将达到60米，而当时租界最宽的南京路也不到30米。

如此宏大的建设规模背后，是对“政绩”的强烈追求。作为一个标榜民族主义的政党，国民党对仿制西方“文明”不大以为然，转而对“国权”“民族复兴”孜孜以求。

上海是近代中国最繁荣西化的城市，也是国家百年外侮的见证。面对横亘在市内的英法租界，国民党的市政府亦如30年前袁世凯一样，决定夺回市中心。方法，同样是新建一座中国人自己的市中心区，取租界而代之。只不过，国民党人赋予他们的规划以更崇高的意义。1933年上海市长吴铁城满怀激情地说道：“国人毋徒以依赖为乐，居住租界为安。何勿一思其民族之危机，自振其创造文化之精神，自谋其生活状态之改善，自辟其繁荣发展之园地，以自立其民族发展之基础乎？故上海市中心区之能否发展，并非单纯一市之问题，实乃我整个中华民族能否创造文化，能否自立、生存，能否革除其因循依赖偷安享乐劣性之试验。”为了彰显新市区与租界的差异，当时的规划甚至给所有大型建筑都加上了中国宫殿式的“大屋顶”。

然而，宏伟的计划并未取得预想的效果。新区设计过于理想主义，就像当时主持的上海市工务局长沈怡所说：“当初草拟计划的时候，好比穷人点菜，开菜单子，心里想着将来发了财，一定要点几只名贵的菜吃吃。”而实际上，江湾地处偏远，交通不便，设施匮乏，治安不佳。这种情况对于主要依靠土地出售维持资金运转的新市区来说，显然是灾难性的，它根本无力与租界巨大的吸纳力相抗衡。到1937年抗战爆发时，市政府先后投入了1000万元进行新区建设，但卖地收入却只有400万元。由于经费紧张，新区的大片土地始终是一片空白，只有新市政府大楼等几座建筑，孤零零几立在江湾的田野上。抗战时期，江湾新区几经破坏。战后，上海市政府搬到了新收回的租界里，对江湾新区的建设不再热心，战前的规划被废弃，连“市中心区”的名称也无人再提。沈怡战后故地重游，但见“满目萧然”，让人“无限地伤心感慨”。

今天，距北京香厂新市区开建已整整100年，离上海江湾建设也已80余年。无论香厂还是江湾，它们都曾风光一时，在中国近代城市史上留下过光彩的一笔。但宏大理想终究归于幻灭，中国近代城市新区建设的问题和教训，值得我们反思。搞建设、求发展，理想蓝图、雄心壮志固然重要，但实事求是、因地制宜、循序渐进、常抓不懈，同样也是成功的保证。而那些冲动发热的政绩工程，则是要特别警惕的。

狄仁杰生祠的命运

□张晓政

生祠，顾名思义，就是为活着的人立祠，以示感戴和崇仰之情。早在西汉就已出现了这一事物，汉文帝时，栾布为燕国相，燕、齐之地百姓为其立“栾公社”；汉武帝时，石庆为齐国相，齐人为其立“石相祠”。此后，生祠这一独特形式一直延续下去，以至于在唐代，国家不得不出台法令，对官员立碑立祠作出限制。到了明代，由于生祠泛滥，更是引发顾炎武无限感慨，“今代无官不建生祠，然有去任未几，而毁其像、易其主者”。

说到生祠，不能不提到明末各地为魏忠贤广立生祠的闹剧，这也是导致生祠在后世变得臭名昭著、声名狼藉的原因，但其实，历史上不少名人都曾被百姓立祠纪念。例如，苏东坡在出任登州、杭州知州时，两地百姓都曾为他建立生祠。狄仁杰在担任宁州刺史、彭泽县令、魏州刺史期间，三地百姓也都曾为其立祠，特别是有关魏州生祠立与毁的故事，更具戏剧性，也更引人深思。

公元696年，契丹攻陷冀州，为稳定局势，武则天下令将此前由于受人陷害被贬至彭泽县令的狄仁杰调任与冀州相邻的魏州刺史。狄仁杰到魏州后，果然不负重望，迅速稳定了军心民心。此后，他广行仁政、政绩斐然，不久被提拔为幽州都督，之后又调到中央，恢复了宰相职务。狄仁杰离任之际，魏州百姓感念他的功绩，继宁州、彭泽之后，为他建造了第三座生祠。

为狄仁杰建生祠，虽然在当时不是什么新鲜事，但显然也是一大美事，代表了百姓对他的感激与爱戴。但出乎意料的是，这一美事却在后来出现了戏剧性转折。

狄仁杰有三个儿子，最小的儿子叫狄景晖。这个狄景晖，后来也到了魏州做官，担任司功参军，掌管官员考课、祭祀礼乐等事务。可惜，狄景晖在魏州任上“贪暴为虐”，魏州百姓不堪其苦，“恨屋及乌”，竟愤而捣毁了其父狄仁杰的生祠。

当然，狄仁杰的生祠虽然被魏州百姓在激愤之下捣毁，但善良的魏州百姓在情绪宣泄之后，对狄仁杰并未忘记。开元年间，狄仁杰的生祠得以重修，此后又因安史之乱受到破坏，但在元和年间再次修建，其碑至今留存，成为珍贵的历史文物。

狄仁杰生祠的立与毁，给了人们很多感慨与思考，不少人更是将狄景晖作为古代“坑爹”的典型。清代赵翼在《廿二史札记》中特意辟条“名父之子多败德”，列举了包括狄景晖在内众多名人之后“坑爹”的典型。也有不少人分析造成这一现象的原因，不外乎这几点：一是过于优越的家庭地位和条件，却使子女不知如何承受，反而造成价值观扭曲、忘乎所以，成为飞扬跋扈的“衙内”；二是父母名高位重，反而无暇管教子女，或是过于溺爱，致使其放任所为；三是这些“官二代”“富二代”从小含着金汤匙长大，没有人生压力，不知生活艰辛，且缺少奋斗目标，反而陷入人生迷茫。古人曾说，“金玉满堂，莫之能守；富贵而骄，自遗其咎”，对比此类“富贵传家、不过三代”的情形，可谓发人深省。

但是，狄仁杰生祠的立与毁，除了狄景晖的因素，还有一个力量其实才是最重要的，这就是魏州的百姓。想当年，因为感念狄仁杰的功绩，魏州百姓满怀崇敬地为他建造了一座生祠；然而，仅仅由于狄仁杰儿子的胡作非为，魏州百姓又毫不犹豫地毁掉了这座生祠。百姓的力量，在此显现得淋漓尽致。

千百年来，人们其实一直都明白“水能载舟、亦能覆舟”的道理，但是，道理虽然看得透，能不能遵从却是另一回事。因为水的力量往往蕴藏在平静之中，平常人们看到的只是水的平静，却忽视了水的力量。而待到水波不宁、狂风骤来，却已为时过晚、不可弥补。另一方面，百姓又是最实际、最朴实的，小到一座生祠，大到一个政权，得到百姓的拥护，百姓就会不遗余力地捍卫它；而一旦失去民心，不管曾经多么强大，也摆脱不了一朝轰然坍塌的命运。纵览历朝历代兴衰，又有哪个统治者不是口口声声以民为天，又因为漠视百姓疾苦而仓皇辞庙？百姓的力量最可敬，也最可畏。这，正是狄仁杰生祠立与毁带给我们深刻的启示。

中华春秋