

法条与社会现实之间

马小红*

改革开放已经三十年，法律越来越贴近我们的生活。不知不觉间，法律开始逐渐成为人们的依靠，与以往依靠领导、社会关系或通过“告御状”的非常手段解决争端、维护公平相比，这种寄希望于法律的社会观念，不能不说是一个不小的社会进步。因为人们对法律寄予的希望越来越大，对法律的议论也就不免越来越多，“议法”也因此成为社会的普遍现象。本组论文可以说也是“议法”的一个集结，参与“议法”者精读了瞿同祖的《中国法律与中国社会》、黄宗智的《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，都深有感触：“条文的规定是一回事，法律的实施又是一回事”[1]的现象，古代社会中有，今日社会中也有；立法者的美好愿望在法律的实践过程中，似乎都很难尽善尽美的体现。但是，人类社会并不因此而废弃法律，相反，遏制恶法，实践良法成为社会日益关注的话题，也成为学界研讨不止的永恒课题。在“议法”的过程中，我们注意到古人的智慧与经验，数千年法对人情诉求的客观承认，缩小了法律表达与实践的距离，纳入制度体系的调解，使社会在秩序与公平中找到平衡。而且中西方的先哲在不同的社会法律实践中都考虑到了作为司法官所必备的“衡平”素养，已达到人情与法律间的融洽。当然，我们还试图借鉴古人的智慧，为今日法律在实践中所碰到的一些问题，比如环境保护面临的困境、城管执法面临的尴尬等等寻找解脱的途径。因此，本组论文的总题目就借用了黄宗智先生的研究成果，只是将黄先生“民法的表达与实践”换成“法律的表达与实践”。各位作者论证的问题也都是从各自专长出发，从不同的角度论述“法律的表达与实践”之间存在的“差距”、这些“差异”产生的原因以及是否可以通过一些调整缩小这些“差距”，使立法者的美意最大程度地在法律的实践中得以体现。

法律的表达与实践，即法律的制度与运作之间的关系，是古今中外法律实践和法学研究都面临的问题。这一问题涉及到三个方面，第一，法律制度的善恶。第二，良法在实践中能否顺利执行。第三，何种因素造成了法律制度与运作之间的“差异”或者“一致”。笔者专攻中国法律史，欲以“历史故事”对这三个方面进行简要论证。

第一，法有善恶之分，法律的目的是区分法之善恶的试金石。古今中外的良法，虽然在不同历史时期和不同地域空间有着不同的表现形式，但却有着一致的宗旨和精神，那就是对公正与正义的维护，尽管不同文化对正义的阐释并不尽相同。中国古人对此早有论述，西周时期《吕刑》就强调刑有“祥”、“虐”之分。以镇压民众，维护自己残暴统治为目的的“刑”就是“虐刑”，如蚩尤之刑；以维护民众福祉，体恤鳏寡孤独弱势群体利益，维护社会公正为目的的“刑”就是“祥刑”，如尧舜之刑。虐刑实施的结果必然会造成社会的动荡和民众的苦难，祥刑则可以建立并维护和谐的社会秩序[2]。明末清初的启蒙思想家更是具有了“权利”思想的萌芽，认为以天下人利益为宗旨的“天下之法”才是应当被遵守的良法，而以帝王利益为皈依的“一家之法”，不仅不应当被遵守，而且不应当将其称之为法，因为这样的法是失去了正当性的“非法之法”。其实，从启蒙思想家对良法恶法的论述中，我们已经看到了近现代社会“良法”的正义观——依法维护天下人的权利[3]。因此，

在关注法律运行的时候，我们首先要关注法律的善恶。历史经验告诉我们，恶法一旦运行，即使不能长久，也会造成灾难性的后果，如二战时期希特勒政权的法律。

第二，良法一旦能顺利地运用到社会实践中，将会成为社会稳定和繁荣的制度保障。就中国历史而言，政治清明、社会稳定发展的王朝初期，一般都是法律制度的制定和执行俱佳之时。沈家本如此总结历史上法律、法学兴衰与社会治乱的关系：法善而行以致天下大治之例有：汉初萧何造律，而有文景刑错不用之风；唐初武德修律，而有贞观之治。法善而不行的例子有：晋虽律学大兴，泰始之律颁行，但八王之乱作于下；北齐法学亦盛，北齐律为隋唐律之蓝本，但齐祚不永；恶法乱世的例子则有秦王朝行督责之术，法弊而亡[4]。历史经验告诉我们，法律能否顺利执行，并不是检验良法的唯一标准，有时即使把握了历史发展趋势的良法也需要在实践中不断完善。因为，良法不只是法条的堆砌，它更是一种精神的体现，是社会问题解决的一种导向。一句话，良法顺应时势，但更应当经得起历史发展检验。虽然良法未必能立竿见影地贯彻于实践中，也未必解决社会积累的一些矛盾和问题，但是因为其符合人类社会发展的根本利益和需要，良法最终会得到历史的承认。这其中最著名的例子莫过于汉文帝废除肉刑。今天，没有人对两千年前的汉文帝废除肉刑持有否定意见。但是，在汉文帝时期至唐代的近八百年间，有关肉刑废立的争论一直不断。实事求是地说，肉刑的废除对当时的执法也一度产生过很大的困扰，如魏晋时期的律学家刘颂认为，肉刑废除后，在“生刑”与“死刑”间缺少了“中间刑”，很难把握“罚当其罪”的原则，按以往法律当判处肉刑的犯罪，肉刑废除后，或处死刑，显然刑罚过重，有“滥刑”之虞，或判笞、杖、劳役等刑，却又明显过轻，削弱了刑罚的威慑作用，不足以禁奸邪[5]。虽然反对废除肉刑的论点并非全无道理，但是肉刑自唐代以后在中国律典中确实再也没有出现。这是因为废除肉刑不仅顺应了刑罚由野蛮向文明的发展趋势，而且其与中国古人“仁政”价值观指导下的正义理念相吻合。虽然在整个中国古代社会法律运作的具体实践中，肉刑并没有被完全禁止，但是废除肉刑所产生的历史意义和影响并未因为法律表达与实践的“差距”而削弱，因为律典对法律运作中的肉刑始终有着极大的遏制作用。总结历史的经验，我们发现良法在运作中并不会一帆风顺，甚至将良法完全付诸实践也许只是一种理想，但是我们不能由此而否定良法的导向作用，不能否定其中所蕴含着的人类社会所拥有的恒久的正义理念。

第三，良法运作的顺利与否，是一个颇为复杂的问题。一般来说，从法条方面来说，语言的表达是否准确，体系是否严密周详，对来自实践的经验教训总结得是否恰当，是否符合时势等等，都是良法能否顺利贯彻的重要因素。从法律运作方面来说，法官对法的精神的把握，对法律条文的理解，民众对法律的信念和认可，各个阶层利益的诉求在法律上的妥当体现等等，也都是良法在运作中是否能体现立法者“美意”的关键。当法律的表达与实践产生过大的“差距”时，尤其当一部良法在运作中受阻时，我们也许更应该注重到法律运作问题和社会法律环境的改造。例如，中国古代有官员“讲读律令”的规定[6]，这是因为人们注意到了“断狱”、“断讼”的人在法律运作中的重要作用。相同的法律由不同的人运作，常常会有不同的裁断方式和不同的社会效果，为使官员准确理解法律以及法律的宗旨，官员读律成为法条的规定。又如，社会整体的价值观对法律的运作也至关重要，这也涉及到传统文化的现实作用，传统文化常常是社会主流价值观形成的基石。在现实

中凡是有传统文化作为基础的法律制度往往能够比较顺利地执行，比如调解制度、综合治理等等。如果缺少传统文化的支持，缺少共同价值观的认同，法律将很难顺利执行，尤其当法律为维护社会长远利益而约束一部分人的眼前利益时，法律的执行就更为艰难，比如环境保护方面的法律执行就是如此。中国古代“天人合一”、敬畏自然、造福子孙的观念原本十分有利于环境的保护，数千年的历史发展也证明中国古人对环境的保护卓有成效，但是，近代以来人们抛弃了原有的价值观，在商品经济的诱导下，重利成为时尚，法的禁令无法阻止一些人对利益的疯狂追逐。

综上所述，法条与实际运作之间，正如瞿同祖在《中国法律与中国社会》中所指出的那样，有时“法律自法律，社会自社会”，当然，也有法律的制度与运作相吻合的时候。总之，“法律自法律，社会自社会”也好，法律与社会相吻合也罢，都是历史与现实的客观存在，这种现象还将继续存在，我们的责任是分析法律制度与运作之间“差距”的原因，并努力探寻将这种不可避免的“差距”限制在一定的范围内，避免“差距”变成“背离”。

* 马小红，中国人民大学法学院教授，博士生导师。

[1] 瞿同祖语，见《中国法律与中国社会·导言》，载《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社 1998 年版。

[2] 参见《尚书·吕刑》。

[3] 参见《明夷待访录·原法》。

[4] 参见《历代刑法考·法学兴衰说》，中华书局 1984 版。

[5] 参见《晋书·刑法志》。

[6] 参见《大清律例·吏律·公式》。