

许章润:一种平顺过日子的人类心智 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_AE_B8_E7_AB_A0_E6_B6_A6__c122_485682.htm 一 法律理性不是纯然书斋的话语，法学家顾影自怜的玩物，而是法庭实践的凭藉，法律从业者运思致用的套路。从个体的成长来看，科班训练的功能在于将法律从业者的意义定位、思维逻辑和工作语言悉予格式化，意味着将法律的价值、逻辑及其表意系统植入其脑，沁入其心，委诸其行。就晚近一般情形来看，经过四年大学法科训练，如此这般，即算初步兼具法律理性，具备法律从业者的基本素养，他或她由“人”变成了“法律人”。正常的情形是，后续的法律实践不是弱化，而是强化其亦已养成的法律理性。从发生论来看，法科学生之所以接受这一格式化，法学教育之所以能够完成这一格式化，根本原因还是在于法律理性虽为一种极具形式理性色彩的职业理性，却原是一种实践智慧，源于生活理性。其志在打理生活，其用也正在于能够打理生活，而适成一种平顺过日子的人类心智力量。它不仅是一种理解力，而且是一种判断力，并且必定是一种实践智慧。因而，将玄思落于尘世，行话换为白话，一言以蔽之，正不妨说所谓法律就是一种据大家的说法而过日子的活法；法律理性不是别的，即人世间凡此过日子的活法的常识、常理与常情。二 此话怎讲？我们知道，事实（physis）与规则（nomos）的互动是法学的基本问题，是法律领域一切问题所由发生的原点。事实者，生活本身也，匹夫匹妇、芸芸众生天天如此过日子，一向如此过日子，不可回避也无法回避的洒扫应对也。吃喝拉撒、生老病死，婚丧

嫁娶、迎来送往，做工务农、赚钱缴税，打打杀杀、爱恨情仇，这些是生活的基本内容，也是法律所要打理的基本事实。事实纷纭，总有其格局；生活之树花开花落，不离春夏秋冬的自然规律。基此才有人世生活，由此而为人间秩序。生活是不知不觉间自然而然形成的，已成格局，每个人总是置身一定格局，适应这环境，进而才有可能改造这环境。而“格局”也好，“秩序”也罢，不是别的，原不过人世的常态、常规与常例；缠绕其间、一脉流连的是人间的常识、常理与常情。舍此常态、常规与常例，难言“格局”与“秩序”，生活本身亦将不可能；背离常识、常理与常情，则人必不成其为人，生活本身同样不可能。生命的冲动超脱常态，可能是在创造一种新的常态；高妙的玄思，总不脱常识的轨道；法律理性纵然永远是一种少数精英的职业理性，可最后还不是要给人一个讲得通的“说法”才行吗！？因此，将此常态、常规与常例慎予梳理，对此常识、常理与常情细予体认，最终将它们复述出来，归纳起来，表达为法律的规则性存在和意义性存在，落实为程序操作和最终的“说法”，是法律的来源，法律理性的功用，构成法学的使命，而为全体法律从业者的职业担当。三何为人世的常态、常规与常例？何谓人间的常识、常理与常情？东西殊俗，体认有差别；南北异风，答案自不同；时移势易，变亦常也。要言之，大凡为吾侪绝大多数平常人过日子所不可偏废的流程，平常日子里维持生计之惯常，人之所以为人的基本心肠，即此之谓。漫漫岁月里，它们表现为习俗，落实为伦常，换形为传统，人人奉守，代代延续，非到积习成弊的地步，难言更革。因而，“观俗立法”遂成不二法门，也是保证规则反映事实的途

径；法律不得违背基本的人情之常，便是良法的前提，更是法意贯通于人心，从而获得合法性的条件。君不见，男欢女爱，生老病死，此为常态，也是常识；男大当婚，女大当嫁，父慈子孝，兄友弟恭，此为常规，也是常理；或四世同堂或分家别户，或长子继承或遗产均分，或办证入巢或未婚同居，此为常例，也是常情。文明类型奢异，其“常”有别；时代不同，其“常”亦不同。但是，其为该文明该时代之“常”，则无分别。否则，今天不知明天如何，大家无以措手足，极度张皇里是没法过日子的，还谈什么“理性”不“理性”。一个有趣的例子是，婚姻法规定法定婚龄，各时各地略有不同，但男女基本发育成熟，能够成家立业过日子，担当生儿育女之责，肯定是最为基本的考虑，而蔚为“法定婚龄”这一规则背后之“常”。沙俄旧法禁止年逾80的男女结合，意在言外；现代人青春期延长，自我享乐增加，婚龄后延，男大不婚女大不嫁，号曰拼事业，亦为常态常情，另当别论。也就因此，以生活中的实例为证，禁止已达法定婚龄的大学生结婚这一规定之为非法，根本就在于它违背此“常”，乖情悖理，而成恶规恶例；产妇临盆，母子命悬一线，县城里的“迎宾道”就是不许救人的“板的”通过，致使子亡母危，同样也是违背人命关天之“常”，而成恶规恶例，歪理戾情；而法官明辨慎判，确认追求真情，勇敢拥抱人间恩爱的农妇并未“重婚”，恰在于护持了这人伦之常，[1] 贫贱夫妻相互扶持，本分劳作，恩爱厮守，安宁生活，就是天理。天底下，什么理能大过这个理！也就因此，公民守法、纳税，相应地要求国家担当起守夜人职责，政府做好看门狗，乃是天经地义，此为现代民主政治之“常”。可倘若连伪

劣奶粉泛滥于市、连毙数命都不管，也治不了，却这不许说那不准讲，说明打更误警，劣犬待训。此亦一“常”也！职是之故，法律从业者对于习俗、伦常和传统的梳理，包括对于正在形成中的新的习俗和传统，逐渐为大家所理解和接受的新的伦常的肯认，就是对于生活的常态、常规和常例的肯认；对于待人接物、为人处事等等日常生活中的常识、常理和常情的体认，也就是对于法律理性的提炼和弘扬，或者说，有助于形成健全而符合人性的法律理性。无论是立法规定、司法程序还是判决理据，都不能背离人间常识、常理与常情，是世俗的实在之法兼具合法性的基础。尤其是法庭判决，作为凯尔森意义上的个别规范，既是一切法律运作的最终结果，更是针对具体事实而进行的法理阐发，而适成法律理性的具体结晶，更是直接面对常识、常理与常情的检验。人活一个情字，凡事讲个理字，这是人类通性。而之所以闹上法庭，利益的背后根本还是觉得情、理屈曲，不得已才请法律作个公断。此一一情、理，彼一一情、理，因此才要超然、中立的司法伸情述理，给个“说法”。能有什么“说法”？会有什么“说法”？一言以蔽之，积数千年人类经验，东西南北法律理性的智慧，落脚还不是一个“合情合理”。因此，“合情合理”，既是最低标准，实在也是最高标准。试问：古今中外，除了这四个字，还有什么比这更高的要求；除了这四个字，还有什么比这更高的评价；除了这四个字，还有什么比这更高的境界！而所谓情和理，总不外于人间常识讲得通、可接受者也。四肯定有人会说：“合法不合理，合理不合法；合法不合情，合情不合法”，这些难道不是常常发生的事吗？为什么立法言之凿凿，而常识、常理和常情

却难以接受；判决振振有辞，而大家心中却吞咽不下呢？笔者承认，也无法不承认，百年中国，这是常见的景象，也是困扰我们的难题。不但不怪，相反，正常得很。否则，反倒奇怪了。但是，它却并不足以颠覆前述命意。毋宁，它向我们展示了立法和裁判背离这一命意的恶果。读者诸君，刻下中国的法律，无论其作为一种规则体系还是一种意义体系，抑或一种逻辑体系，无一例外，总体而言，均为超逾一个世纪西法东渐的产物。一百年里，帝制条件下相沿不废、极度圆融的“律令格式”规则体系悉遭废除，与大规模法律移植联袂而来的是法制背后的逻辑，与逻辑比肩的意义。凡此“逻辑”与“意义”，构成法律之为法律的内在品质，而蔚为法律理性，不仅落实为纸面的法制，而且形诸关于法律的知识、理论、学说、思想和理念，乃至信仰。诸如法律推理与法律论证这类法律思维路数，一整套以“法言法语”一言以蔽之的法律表意系统，均不过此种“逻辑”与“意义”的呈现或者载体。中国文明于法律之治一端积弱积贫，至此大有长进。但是，问题在于，首先，虽说主要规则的移植在字纸层面已然完成或者正在完成，但规则所由产生、立基其上的事实却绝非一蹴而就，横向移植而来的规则因而不免成为空中楼阁。试想，没有市场经济这一事实却颁行股票交易规则，则股票交易终难交易。不见政党政治的踪影却举行所谓的选举，怎么可能是真正的竞选。而宪政之未见成功，实因“势”和“理”皆缺。[2] 事实即生活，生活本身自有其常与变，情和理，曲与直。而百年中国，当下的中国，很多时候，规则和生活却是两张皮，彼此爱答不理，敬而远之，太不相侔。置此情形，立法和裁判当然难免“合法不合理，合理不

合法；合法不合情，合情不合法”的窘迫了。其次，任何一套法制，既是一种规则体系，同时必为一种意义体系。前面说与大规模法律移植联袂而来的是法制背后的逻辑，与逻辑比肩的意义。的确，今日中国的法理及其逻辑，或源自欧陆法系，或采于英美法系，几乎无一不是移植而来的。可问题在于，法律是一个自足的规则体系，但却非自恰的意义体系。法律的意义，最为根本的意义，常常植根于法律之外，深蕴于习俗、伦常与传统之中；法的合法性非法律自身所能说明，而以道义性为基础，就特定人文类型而言，甚或不得不溯源于宗教叙事。正是在这里，联袂而来的法理及其逻辑，既有待于与之配套的意义随事实逐渐长成而后成，亦需与中国本有的意义善加调和，于蔚然一体中赋予法律以道义力量，才可能将规则与意义打成一片，才可望规则完全见效。一日无配套的意义，则一日无圆融自恰的法制，就一日不会根绝上述难题。“合法不合理，合理不合法；合法不合情，合情不合法”这类法制领域的精神分裂现象，自不可免。而且，规则和意义均需借助一定形式加以传达，始望见效。所以说现代法制是一项高成本的运作，就在于没有相应的物质设施传布规则，晓谕意义，同样不成。在一个急遽转型的社会 - 文化中，事实与规则、法意与人心之间的这些脱节或者背离，实所难免。出色的司法体系和杰出的法官对此总是有所弥补，这也是司法体系与法官们殚思竭虑的用武之地。就最近二十多年的实践来看，中国的司法体系在这方面贡献不多，根源在于养成司法者的法律教育和法学研究出了问题。我们知道，中国近代的法律教育是一种全盘西化的教育，讲解的规则及其法理均为移植而来的西方法律文明，与中国的

现实生活并不太搭界。特别是法科训练定位于职业培训，罔顾规则背后的事实，无虑事实深处的意义。结果是，经过四年法科培训的格式化过程，受训者于规则体系内自可循环论证、自圆其说，可一旦将规则与事实勾连，事实连带出意义，则如何将它们恰予缝缀，乃成难题，于是深为“课堂的书本知识没用”而困扰，重新引发出“理论为实践服务”这一居高临下的伪命题。这一问题在欧美并不突出，因为迄数百年工商社会的运作，彼土彼水的事实与规则、法意与人心之间的连缀工作已然完成，课堂传授的内容与现实生活之间无大隔阂。而在近代中国，隔阂既深，苦恼必重。本来，法律理性提炼自生活，而又脱离生活场景之后才成为一种职业理性，因而也就时刻处于疏离乃至悖离生活的危险之中。其严重者，过度殖民生活，变成自说自话，非法律人根本插不上嘴，已走向了反面。事实上，迄至目前来看，包括近世“西方”在内，仅仅因为法律从业者有此意识，小心维持，不断在事实与规则、法意与人心之间进行曲连沟通的工作，才避免了这一危险进一步恶化，大体维持着法律理性的健康。百年中国，总体而言，自清末、北洋和国共体制，一直寻求建立一个规则世界。其与近世“西方”不同处在于，问题不是规则世界已然过度“殖民”生活世界，而是这一曲连沟通的连缀工作正在进行，尚待完成。一日尚未完工，就一日不免隔阂。置此情形，法律理性背离常识、常理与常情，所谓“合法不合理，合理不合法；合法不合情，合情不合法”这类尴尬，怎么能避免？有什么可奇怪的！法律理性悖离常识、常理与常情，这是百年中国法制领域的一大难题，虽为不悦之事，预期之外，却属必然之举，意料之内。而且，

其来有自，非人力一时即可克服。其间的曲折，笔者曾以“法意阑珊，不得不然”一言以蔽之。[3]但是，毕竟，总不是个事。因而，它不但没有证伪法律理性即人间常识、常理与常情这一命意，相反，却更加说明了促使法律理性体贴生活本身的紧迫。也只有当这方水土的法律理性实即经过一番技术处理的这方水土的常识、常理与常情之时，上述种种尴尬与悖论，才有望缓解直至消除。五 最近几年中，中国各级法院审理的案件，年均六百万起左右。其中，由基层法院（包括派出法庭）审理的约占八成。自中级法院、省市高级法院至最高法院，案件数量逐级递减，大幅度递减。三千余基层法院和十二万派出法庭的工作量与重要性，由此可见。的确，现实中提请法院审理的大部分案件均为常案，所谓的“大案”“要案”，毕竟只是少数，而需最高法院亲审亲理的，更是微乎其微。基层法院（包括派出法庭）与中、高级法院面对的问题有别，担负的职责不同，在施行法律、适应程序等方面，自应有甚大区别，这是毫无疑问的。仅就本文语境立论，笔者观察，也常常在课堂上和会议中阐说，对于基层法院，尤其是基层派出法庭来说，在基本不违背法律规定的前提下，讲究一个将事情“摆平”，使当事人双方都觉得合情合理，基本公道，大家都能接受即可。过于严格的法条主义主张在现时代条件下有时可能无助于实现实质公正，反成虚饰。尤其是对于小额诉求案件和轻微刑事案件的审理，法庭尤需注重当时当地的习俗、伦常与传统。其与法律一旦出现矛盾，当慎予调和，经由“和稀泥”（并非贬义），求得一个大家都能接受的解决。而最后结局，不外还是以“合情合理”为最高追求。对于中、高级法院来说，法庭不仅要严

格奉守程序正义，而且，为了实现实质正义，应将法律规则与原则联系起来一并考察，将对具体规定的理解与立法旨意的考求结合一体，在诸如总则和分则、此法与彼法、根本法与基本法律、一般法律和司法解释的相互关联的视野中，由追绎法律体系的内在联系来寻求确切解答。同时，对于社会政策和社会利益的考量，关于法律的社会效果和意义层面的省察，关于上述各项的过去和现状的分析，亦为题中应有之义。此即司法的“历史眼光”和“系统观点”。而最后结局，同样不外还是以“合情合理”为最高追求。对于最高法院来说，由于审理的案件或为重大或为复杂（一些并不“重大”的民事案件可能恰恰是最为复杂的案件），常常于既有法律中难觅现成答案，法庭或者法官作为法律的隐含之义的宣谕者，脱节、扭曲、难以自圆其说的法律规定的修补者，法律空白的填补者，在此正可以并且应当运用法律理性，恪尽职责，展示才华。不仅要进行上述历史眼光与系统观点下的运作，而且，经由严谨的法律推理和法理阐释，将天理、人情和国法融为一体，联起来一起讲，讲出道道来。如此这般，大法官的判决本身即为法律，可能，也是弥补立法缺陷，防范法律理性悖离人间常识的较好选择。这样一来，能够担当此责的必然是也只能是“大法官”了。能够坐到最高法院大法官位置的，要么经由多年法律实践的历练，自律师而法官，先在野后在朝，阅世既广，道行必深，什么没见过。他们不仅对法律有精深理解，充盈着法律理性的光辉，而且，对于世态人情，亦有甚深体察，充盈着人性的光辉；要么学养极其深厚，法理造诣极为深湛，蔚为一代权威。他们对于人性怀持同情之了解，理解之怵惕，同样充盈着法律理性的

光辉和人性的光辉。讲究实用而悲悯为怀，充盈理性却不弃常识，洞悉世态因而恭敬持谨，凡此构成其人格特质的重要方面。而这样的人，人中之杰，数量必相当有限，或者，为了保险起见，必限定其数量。当今之世，环顾各国最高法院或者宪法法院，这种“活着的法律宣谕者”，或为七人，或为九人，多至十五人。他们口含天宪，言出法随，将天理、人情和国法联起来一起讲，而为人间世提供最后的是非判断。由此，司法过程成为法律的成长过程，杰出的大法官们的裁判成为法律理性体贴人性，沟通人间常识、常理与常情的桥梁。不过，如果最高法院可以称为“法官”的辄以数百计，今日一批复，明日一解释，而且，其制作者多数其实并无真实独立一线办案经验，也谈不上什么深湛学养，只不过碰巧“进了机关”，手中有权而已，天呀，叫人如何不心惊！兹事体大，说来话长，站着说话不腰疼，理论也服务不了实践，逸出了本文的话题，就此收笔吧！2004年5月8日，定稿于清华园明理楼注释：[1] 该案基本案情是：1995年11月，孙梅（化名）因不堪丈夫沉迷赌博，离家打工，途中被人拐到安徽省一个偏僻山村，嫁给五十多岁的男子秦斌（化名）。慢慢地，孙梅觉得秦斌对自己似乎更好一些，也就安心留下，和秦斌过起了夫妻生活。1997年7月，并诞下一男婴。2000年10月，丈夫陈升得知孙梅的消息后，在妇联的帮助下将孙梅接回，但两人感情再也无法好转。陈升的辱骂、对儿子和秦斌的思念，使孙梅于2002年10月悄悄回到秦斌处。妻子的再次离家，让陈升抬不起头，于2004年2月17日向法院提起离婚诉讼，并表示保留追究孙梅重婚的刑事责任的权利。法院判决孙梅不构成重婚，并调解二人友好分手。笔者以为，这

是一份极其出色的裁判。引自2004年4月20日《人民法院报》（北京）。[2] 这里借用梁漱溟先生关于宪政条件的论述，参详笔者《说法活法立法》（增订本）中“宪政：中国的困境与出路”一章，北京：清华大学出版社，2004。[3] 具体论述见笔者“法律：民族精神与现代性”一文中“法意阑珊 不得不然”一节，载《中外法学》（北京）2001年第6期。并参详拙文“以法律为业关于近代中国语境下法律公民与法律理性的思考”第4部分，载《金陵法律评论》（南京）2003年第1期。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com