

宋功德:法律与常识 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_AE_8B_E5_8A_9F_E5_BE_B7__c122_486194.htm 前些日子，我在一个学术会议上听到有人提起一个问题：在危急关头，到底是开枪还是不开枪，对于警察来说恐怕是一个问题。之所以是一个问题，主要不在于法律规定的开枪条件是否完备，而在于警察在危急关头能否沉着冷静，在瞬间内将复杂的法定开枪条件运用于不确定的现实，并迅速作出开枪或不开枪的决定。我最近一直为这个问题所困扰。经过百思，始得一解。我发现，这个问题恐怕只是“我们”的问题，而非“警察”的问题。尽管根据“我们”的常识，很难想象警察有能力如此而为，但根据训练有素、经验丰富的“警察”的常识，却未必就是一件很困难的事。我进而发现，这一问题能够带来更多启示：不同人具有不同的“常识”，常识与法律之间有可能存在错综复杂的关联性。显而易见，法律与常识不是一码事。一则，常识是指那些智力正常的人都应当具备的基本知识，而专门的法律知识之于平民百姓而言，却经常遥不可及。二则，常识要么是不言自明，要么是只可意会、不可言传。但法律规定通常应当一清二楚，含糊不得，必须对实施特定行为的条件、主体、权限、程序、后果等予以明确规定。三则，如同常识的形成通常历经日积月累一样，常识的习得也往往是边学边干，是一个个人感受与社会实践发生相互作用的过程。而获得法律知识的方式却有所不同，成为法律专家的典型方式是接受系统的法律教育。四则，尊重常识和服从常识这种行为指向，多半是潜意识或者下意识作用的结果

，反映出以常识为路标、与周围人群共进退的从众心理，而遵从法律则多半属于经过考量的理性行为，往往历经复杂的成本?收益综合分析。尽管如此，我们并不能据此认为法律与常识之间水火不容，否则就走得太远了。一方面，法治目标的实现有赖于多样化的法律制度，包括与常识比较接近的社会法和软法。在现代社会推行法治，必须打破“国家法?法治”与“硬法?法治”之间的机械对应关系，应当在建构有限政府的基础上确立一种多样化的规则竞争关系。因此，一旦我们将法律的疆域从国家法拓展至社会法、从硬法拓展至软法，改变传统的法律视野因其局限于国家法与硬法、并刻意与常识划清界限、保持距离的状况，那就会发现，法律与常识之间原来是如此接近，经常只是一步之遥。另一方面，常识往往不是普适的，我的常识未必就是你的常识，我过去的常识也未必就是我现在或者将来的常识。作为一个深受语境限制的概念，特定常识并非所有人在任何情形下实施每种行动都要服从的。大致说来，我们在实践中会碰到三种意义的“常识”，法律对它们作出不同反应：第一种是适用范围最为广泛、几乎人所共知的常识。例如，个人应当讲究卫生；人而无信、不知其可；应当尊重公共道德，尊重公序良俗；父母有抚养、教育未成年子女的义务，成年子女有赡养、扶助父母的义务。由于诸多此类常识不仅属于道德规范，而且还为法律规范所确认，因此，公民尊重常识、按照常识生活，在某种意义上也就是在遵从法律、按照法定方式行动。第二种是适用范围比较宽泛、主要指向私人行为的常识。例如，在朋友圈子内众所周知的故事或者规则；经商者所熟悉的“生意经”；学术研究的“专业槽”要求学者必须具备从事学

术研究和进行学术对话的基本条件。此类常识，是一种为特定圈内人所共知的常识，是一种为圈外人所不熟悉的专门性知识。法律对于这种常识，多半视而不见，任其自生自灭；少数奉行法律保留原则，通过禁止性规定捍卫法治底线；偶尔也作些干预，以免个人自主、行业自律和社会自治危及法治目标。第三种是适用范围比较有限、主要指向公务行为的常识。对于创制规则的立法者而言，审时度势地判断立法形势，具有全面权衡规则立改废利弊得失的能力，能够驾轻就熟地运用立法技术，等等，它们都属于立法常识。对于实施规则的执法者而言，合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责一致，有法必依、执法必严、违法必究，平等对待，不搞“选择性执法”，旨在寻求公共利益的最大化，等等，这些都属于执法常识。对于实施规则的司法者而言，独立、中立，不偏不倚，根据事实、依据法律判断是非曲直，秉公办案，不徇私情，等等，这些都属于司法常识。专业化的立法、执法与司法知识，应当属于公务人员的“常识”，尽管它们显然超出普通公众的常识之外。此类常识，通常都得“入法”，通过实现公务人员身份的获得条件、公共权力的行使方式、违法行为要承担的法律责任的法定化，要求相关公务人员掌握这些常识。由此可见，法律与常识并非势不两立，二者既可能各行其道，并行不悖，也可能是你中有我、我中有你，相互渗透。因此，我们只有厘清二者之间的盘根错节关系，才能避免出现法律的越位、错位、缺位和不到位。通常而言，对于人所共知的社会生活常识，例如讲究个人卫生，法律应当三缄其口，不必越位于常识；对于以专门性常识为主、以法律的禁止性规定为辅的私

人选择，例如市场交易，法律应当保持克制，不必伸手过长，以免造成对常识的错位；对于外部性明显、尤其是影响公共利益的个人行为，例如学术研究，法律应当有所作为，以弥补常识之不足或者不力，捍卫法治底线，但要适可而止，不能过犹不及，不必画蛇添足；而对于指向公务行为的公务常识，法律则应当加以明确规定，不给权力滥用留下空隙。尽管我们经常将法律与常识当作两个概念来对待，但我们其实或者生活在常识化的法律之下，或者生活在法律化的常识之中。法律无论是融于常识之中，或者隐藏于常识之下，或者伫立于常识之后，它通常都应当尊重常识，并依托常识的力量发挥作用。一旦法律违背了常识，那恐怕就难免要成为没有实效的“死法”了。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