

# 由事实迈向规范： 刍议情理的二大维度

郑志华\*

---

## 目次

- 一、问题的提出
- 二、“性”、“情”、“理”、“礼”与“律法”——“自然主义”及其反动
- 三、“情理”的结构：客观方面与主观方面
- 四、“情理”的维度：事实维度与规范维度
  - (一)“情理”的事实维度
  - (二)“情理”的规范维度
- 五、情理在当代司法实践中的表达
- 六、余论

**关键词** 情理 事实 规范 关怀

---

## 一、问题的提出

“情理”在中国司法传统当中一直占据非常特殊的地位，如“原情定罪”、“不能舍情理而别为法也”、“原情度事以得其理”等等，甚至有“原情而略法”<sup>〔1〕</sup>之说。可见“情理”甚至相对实证法，自成为一种重要的法源，时至今日，仍可寻出其中的蛛丝马迹。学者对于“情理”介入司法，以及“情理”在司法中的作用一直是充满疑虑的，甚至怀持一种非常矛盾的态度；“情理”是纠正成文法僵化、追求个案实质正义的利器；也可能成为司法者上下其手的便利通道。因为法制社会强调的是一体遵

---

\* 上海交通大学凯原法学院博士研究生。本文为国家社科基金重点项目(10AFX003)《中国特色社会主义司法制度研究》的部分成果。

〔1〕 汪辉祖认为：“故遇愚民犯法，但能反身自问，自然归于平恕。法所不容姑脱者，原不宜曲法以长奸；情尚可以从宽者，总不妨原情而略法。”参见汪辉祖：《学治续说·能反身则恕》。

循,法律面前人人平等;“情理”则似乎要求更多地关注个案的特殊性,以及设身处地地考量不同当事人的特殊主张,甚或兼顾其情感上的需求。〔2〕

关于情理的涵义和在司法裁判中的作用,学术界已经有了不少非常有价值的研究。有的着眼于情理的构成进行梳理,比如林语堂认为“情理”包括着“人情”和“天理”两个原素。“情”代表着可以活动的人性原素,而“理”则代表着宇宙之万古不移的定律。〔3〕徐忠明也认为,“情”的核心内涵是指“人情”,即“人的本性”或“本质”,具体到司法实践上来看,包括两造的主观动机、案件的特殊情节等等。而“理”则是表征宇宙秩序的绝对原则(根源)的天理,也包括物理、事理、常识,乃至隐含在案件中的是非错对的种种道理。〔4〕有的则基于东西方文化比较的视角,认为中国人的理性和西洋人的理性不同。如梁漱溟先生指出,中国人的理性是“平静通晓而有情”〔5〕的。他说,“宇宙间的理,我们可以粗分为二:一种是情理;一种是物理。情理出于人情好恶,偏于主观;物理存在于事物,经人考验而来,偏于客观”。〔6〕“然一切情理虽必于情感上见之,似动而非静矣,却不是冲动,是一种不失于清明自觉的感情。”〔7〕认识情理必有待于修身,情理是“中和”状态中产生的感情。滋贺秀三则基于对传统诉讼的考察认为,情理是“常识性的正义平衡感觉”,但这是一种“中国型的正义平衡感觉”,它是深藏于各人心中的感觉而不具有实定性,但却引导着听讼者的判断。〔8〕他进而指出,“律例本天理人情而定”。所以“法”在当时中国人的心中并不是与个别主义的情理不同的东西,“法”不过是得到了明确化和被赋予了强制性的“情理”核心部分。如果把“情理”比喻为水,则“法”就是其中固定冻结成冰的部分,换句话说,成文法不过是漂浮在“情理”大海中的一座冰山而已。在这样一个世界里,尊重存在于每个人胸中的“情理”就体现了“法”的精神,反过来看,作为“情理”的核心部分的法律在适用于具体案件时总需要根据“情理”来解释或变通,与“法”本身的要求绝不相悖。〔9〕寺田浩明则认为:“所谓情理,尽管构成了地方官处理纠纷的基本准则,但却不是对于万人同样适用的客观规范。情理,尤其是情,不过是地方官意图权威性解决纠纷时给自己提出的一般要求或规范性的心理感受而已。所以,实际做出的裁定总是根据具体情况而呈现出千差万别的状态。但情理要求的其实也就是不作一刀切或整齐划一的处理,每一个案件都有其特有的内容细节,而审判官的判断随着这种具体状况千变万化毋宁说正是情理这种基准所期望的结果。”〔10〕

〔2〕 现代法治社会的一个核心的难题是如何调和僵化的规则和动态的社会事实之间的紧张,减少人们实质正义诉求与法治社会形式正义主张之间的矛盾。这个矛盾在强调规则之治的现代法治社会可能更加突出,但是在传统社会中同样存在,尽管法律的普遍遵循度方面可能有所不逮,但这个矛盾仍然存在。所以这里采用更为广义的法制社会这个概念。参见季卫东:《法律程序的形式性与实质性——以对程序理论的批判和批判理性的程序化为线索》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2006年第1期。

〔3〕 林语堂将英文的 reanousableness 这个单词译做“情理”。但是,林语堂似乎将“情”、“理”割裂开来,这其中的“理”不单单是作为事物的原理、天理,也包含了人类的伦理和法理;也就是说这个“理”有拟制的因素、人性的因素;甚至可能是由人们对事件和情节的情感体验推演、提炼而来。参见林语堂:《生活的艺术》,华艺出版社2001年版,第398页。

〔4〕 徐忠明:《情感、循吏与明清时期的司法实践》,上海三联书店2009年版,第267页。

〔5〕 梁漱溟:《梁漱溟全集》(第二卷),山东人民出版社2005年版,第314页。

〔6〕 参见前注〔5〕,梁漱溟书(第二卷),第185~186页。

〔7〕 参见前注〔5〕,梁漱溟书(第三卷),第614页。

〔8〕 [日]滋贺秀三等著:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等编译,法律出版社1998年版,第13页。

〔9〕 参见[日]寺田浩明:《日本的清代司法制度研究与对“法”的理解》,载前注〔8〕,滋贺秀三等书,第124页。

〔10〕 参见前注〔8〕,滋贺秀三等书,第126页。

另外,还有黄宗智、季卫东、梁治平、张伟仁、霍存福、王志强、汪雄涛、崔明石等对于情理的内涵、结构,以及与社会道德伦理观念、中国传统司法裁判等的关系做了许多颇具启发意义的研究。<sup>[11]</sup>随着研究的深入,学术界也逐渐认识到“情理”兼具事实维度与规范维度<sup>[12]</sup>。但为何“情理”能够兼具“是”与“应当”两大维度?为什么在中国的司法裁判中,解决了事实问题,往往也就意味着解决了法律问题?以及如何定位“情理”在现代秩序建构中的功能?等等都值得我们进一步的研究。

## 二、“性”、“情”、“理”、“礼”与“律法”—— “自然主义”及其反动

在中国传统语境下,情、理既是独立的义项,但也是彼此关联、彼此相通的。从“性”到“情”到“理”到“礼”再到“律法”,是一个渐次递进、发展的关系。<sup>[13]</sup>

### 1. “天地之所生谓之性情”

《荀子》说,“性之好、恶、喜、怒、哀、乐,谓之情”。<sup>[14]</sup>《礼记》中指出,“喜、怒、哀、惧、爱、恶、欲,七者弗学而能”。<sup>[15]</sup>可见所谓的“七情”来自人性。汉儒董仲舒更清楚地指出:“天地之所生谓之性情。性情相与为一瞑,情亦性也。”<sup>[16]</sup>所以,当代新儒家徐复观认为:“在先秦,情与性,是同质而常常可以互用的两个名词。”<sup>[17]</sup>欧阳桢人指出,“情”的原形为“青”,是“生(性)”的显现形式。也就是说“情”从属于“性”,是“性”的表现形式,是自然而然的“真”、“实”。<sup>[18]</sup>这显然是一种“自然主义”的立场。<sup>[19]</sup>

[11] 黄宗智:《民事审判与民间调解——清代的表达与实践》,中国社会科学出版社1998年版。季卫东:《超近代的法——中国法律秩序的深层结构》,日本米内尔瓦书房1999年版。季卫东:《中国司法的思维方式及其文化特征》,载《法律方法与法律思维》2005年第1期。Zhang Wei-ren(张伟仁)有关“Traditional Chinese Legal Thought”的系列论文,分别见于《台湾大学法学论丛》,第20卷2期(1991年)、第21卷1期(1991年)、2期(1992年)、第22卷1期(1992年)、2期(1993年)、第23卷2期(1994年)、第24卷2期(1995年)、第25卷2期、3期、4期(1996年)。梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,中国政法大学出版社1997年版。霍存福:《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》,载《法制与社会发展》2001年第3期。王志强:《法律多元视角下的清代国家法》,北京大学出版社2003年版。郑志华:《试评情理法融会贯通的传统价值追求——对清代刑案裁判论证正当性的剖析》,载叶孝信、郭建主编:《中国法律史研究》,复旦大学出版社2003年版,第273~320页。柏桦、崔永生:《“情理法”与明代州县司法审判》,载《学习与探索》2006年第1期,第188~192页。汪雄涛:《“情法两尽”抑或是“利益平衡”》,载《法制与社会发展》2011年第1期。

[12] 崔明石:《事实与规范之间:情理法的再认识——以〈名公书判清明集〉为考察依据》,载《当代法学》2010年第6期。汪习根、王康敏:《论情理法关系的理性定位》,载《河南社会科学》2012年第2期。

[13] 相关考证参见徐复观:《中国人性论史·先秦篇》,上海三联出版社2001年版;蒙培元:《情感与理性》,中国社会科学出版社2002年版;以及欧阳桢人:《先秦儒家性情思想研究》,武汉大学出版社2005年版。

[14] 《荀子·正名》。

[15] 《礼记·礼运》。

[16] 《春秋繁露·深察名号》。

[17] 徐复观:《中国人性论史·先秦篇》,上海三联出版社2001年版。

[18] 参见欧阳桢人:《先秦儒家性情思想研究》,武汉大学出版社2005年版,第89~90页。

[19] 对于中国法律传统中的自然主义分析可参见朱勇:《中国古代法律的自然主义特征》,载《中国社会科学》1991年第5期。关于中国哲学中自然主义的源流,杜维明认为,道家哲学开启了中国哲学中的自然主义先河,儒家尽管注重人文,但是汉儒董仲舒以后,其“天人感应学说”明显融入了自然主义的特点。“道家批评儒家的礼仪,儒家批评道家的避世,都体现一种对话式的交互作用,它反映出两家之间存在着更深沉的一致。这并不是要否认两种精神传统的微妙差别,而是表明,尽管它们存在分歧,它们却属于同一个符号世界。”见郭齐勇、郑文龙编:《杜维明文集》(第叁卷),武汉出版社2002年版。

## 2. 七情与四端:自然情感与道德情感——“缘情制理”

《礼记》中有“礼缘人情而作”之说。《管子》亦云:“礼者,因人之情,缘义之理,而为之节文者也。故礼者,谓有理也,理也者,明分以喻义之意也,故礼出乎义,义出乎理,理因乎宜者也。”<sup>[20]</sup>礼虽然是“因人情”、“顺人情”,但是从“情”到“理”到“礼”是一个极大的飞跃,由自然情感、个人情感转向道德情感;从“事实”迈向“规范”,如何达成这一步?一直以来有不同的解说。<sup>[21]</sup>《中庸》称:“天命之谓性,率性之谓道,修道之谓教”,“喜怒哀乐之未发谓之中,发而皆中节谓之和。中也者,天下之大本也;和也者,天下之达道也。致中和,天下位焉,万物育焉”。再如孟子以“恻隐之心、羞恶之心、辞让之心、是非之心”等“四端”已经道德化的情感来解释人性。<sup>[22]</sup>相反则如荀子,“礼起於何也?曰,人生而有欲,欲而不得,则不能无求,求而无度量分界,则不能不争;争则乱,乱则穷。先生恶其乱也,故制礼义以分之,以养人之欲,给人之求,使欲不必穷乎物,物不必屈於欲,两者相持而长,是礼之所起也”。<sup>[23]</sup>无论是孟子的解释还是荀子的论述我们都看到从“情”到“理”/“礼”,实质是自然主义走向其反动的过程,由情感(Human feeling)演变到人情义务(Human obligation)——“礼”,事实因素逐步抽离,规范因素渐次增强,基本完成了从事实到规范的衍化。所以,《礼记》有“义”、“礼”治人情的说法。<sup>[24]</sup>

## 3. “律法”是“理”/“礼”的实定化

正如沈家本指出,法律“根极于天理民彝,称量于人情事故”。<sup>[25]</sup>儒家用以施行仁政、善治的“律法”是“理”/“礼”的成文化、法典化,也是“人情”的实定化。“王法本乎人情”而“因人情”、“顺人情”,此处的“人情”不再是杂乱、裸露未加修剪的“欲望”,而是与理相结合,是“人中和状态中产生的感情”。对“从心所欲而不逾矩”的圣人而言,“情”即“理”/“礼”,也就是“法”了,所区别者无非是一者蕴藏于心胸,一者宣诸纸面、施行于社会。

可见“情、理、法”实际上同出一源、相互递进,片面强调“情、理、法”相互分离的立场存在偏颇,尚不足以解释“情理”含义的全部。这在某种程度上也解释了为何在中国的司法语境中,一旦真相大白,案件也就基本了结;解决了事实问题,往往也就意味着法律问题很快尘埃落定。因为,情理之规范之维和事实之维最终是合二为一的。从这个意义上看滋贺秀三的论断(情理是常识性的正义衡平感觉,但这是一种中国型的正义衡平感觉,它是深藏于各人心中的感觉而不具有实定性,但却引导着听讼者的判断)是十分深刻的。但,滋贺借助于西方的话语“正义衡平感觉”来解释情理,却不免偏颇。因为,中国人并不热衷追求西方意义上的衡平正义,传统中国讲求哀矜折狱,是一种同情心、同理心、将心比心;而非简单地追求平等、正义此类西方价值。

## 三、“情理”的结构:客观方面与主观方面

无论是“情理”的客观方面还是主观方面均包含“情”的层面与“理”的层面。主观方面的“情”指喜、怒、哀、惧、爱、恶等情感体验;客观方面则指客观发生的事件和情节,如:事情、国情、行情、情势、情节、情形等。不难发现,主观之“情”系由客观之“情”(事件)所引发,而产生的一种内心体验。

[20] 《管子·心术》。

[21] 参见前注[13],蒙培元书,第198~202页。

[22] 《孟子·公孙丑上》。

[23] 《荀子·礼论》。

[24] “故圣王修义之柄,礼之序,以治人情。故人情者,圣人之田也。修礼以耕之,陈义以种之,讲学以耨之,本仁以聚之,播乐以安之”,见《礼记·礼运》。

[25] 沈家本:《〈唐律疏议〉序》。

当人们从“情感”(Human feeling)谈到“人情”(Human obligation),这时“情”已经发生了蜕化,“理”的因素掺杂进来了。如果人们将自身的情感体验借助于“理”来表达,就是个体在主观上认为是对的、正当的,这种主观上认为合乎情理的说辞,笔者将它称之为主观之“理”。所谓客观之“理”是指事物的内在结构和原理、公义,譬如:事理、伦理、法理、天理以及道等。具体参见下表:

	情	理
客观方面	事件和情节 (如:事情、国情、情势、情节、情形)	事件的内在结构和原理、公义 (如:事理、伦理、法理、天理)
主观方面	情感体验 (喜、怒、哀、惧、爱、恶、欲) 情欲、情面、情感	情感体验的外化和表达 (借助于理来表达)
	从情感(Human feeling)→向人情(Human obligation) 由事实→向规范的衍化	

必须指出,上述运用“主客二分”的西方哲学路径对于“情理”加以解构,实际上存在一定的风险,因为传统中国思想是“天人合一”、主客不分。<sup>[26]</sup>“情理”问题也不例外,无论是“情理”的所谓的客观方面还是主观方面,均是相互依赖、相互浸润、相傍而生,须臾不可分离。再者,中国传统的“理”也不同于西方哲学中的纯粹理性,它由情感演化而来,自始至终是带有情感内容的。正如蒙培元指出,“儒家的理性是情理,即情感理性而不是与情感相对立的认知理性……与西方哲学将情感与理性对立起来的二元论哲学以及视情感为纯粹私人的、主观的、非理性的情感主义伦理学相比较,儒家重视情感共同性、普遍性,因而主张情感与理性的同一”。<sup>[27]</sup>

## 四、“情理”的维度:事实维度与规范维度

### (一)“情理”的事实维度

#### 1. “情理”即情节

我们考察中国传统语汇,可以发现“情理已露”、“情理可恨”、“情理切害”、“情理极恶”、“情理重害”、“情理妨害”等用法。这里的“情理”都是指具体的情境、情状、案件情节。如,《魏书》“侯刚掠杀试射羽林”事件,“为御史中尉元匡所弹,廷尉处刚大辟。尚书令、任城王澄为之言于灵太后,侯刚历仕前朝,事有可取,纤芥之疵,未宜便致于法。灵太后乃引见廷尉卿裴延俊、少卿袁翻于宣光殿,问曰:‘刚因公事掠人,邂逅致死,律文不坐。卿处其大辟,竟何所依?’翻对曰:‘案律邂逅不坐者,谓情理已露,而隐避不引,必须捶挞,取其款言,谓挞挞以理之类。至于此人,问则具首。正宜依犯结案,不应横加捶朴。兼刚口唱打杀,挝筑非理,本有杀心,事非邂逅。处之大辟,未乖宪典。’”<sup>[28]</sup>另外又有“情理轻者释之”<sup>[29]</sup>、“以情理切害论其罪”<sup>[30]</sup>等说辞。

[26] 为了从不同的视角透视“情理”的结构,本文所采取的某些分析的进路只是方法论上的权宜,最终我们还是应当回到中国的语境中解释“情理”的内涵与外延。

[27] 参见前注[13],蒙培元书,第2页。

[28] 《魏书》卷九十三《列传·恩幸第八十一》。

[29] 《宋史》卷四十二《本纪第四十二·理宗二》云,“癸丑,诏悔开边,责己,其京湖兴、沔州军县镇见系囚情理轻者释之”。

[30] 《金史》卷十二《本纪第十二·章宗四》称尚书省奏,“河南府卢显达、汝州王大材所陈,言涉不逊,请以情理切害论其罪”。

可见,上述“情理”即情节,系有司用以说明犯罪情节描述情节轻重。同时,也不难看出说话者的主观态度也得到了充分表现,包含了他(们)的主观好恶。传统语汇中的“情理”主客融为一体,更难区分。<sup>[31]</sup>

## 2. “情理”作为经验法则,用作推论事实、形成事实

比如,日常生活中人们会这样表达:“我明白这个说法完全合乎情理”,“你说的不合情理”,“我看不懂这部电影,剧情不合情理”。<sup>[32]</sup> 此处的情理大体相当于特定社会的人们对于其成员行为倾向的认识和预设,但我们似乎也很难说明在什么地方有明文陈述和详尽解释,而是存在一个较为笼统模糊的潜在知识集。只有当援引此类“情理”做出判断时,它的部分内容才得到了命题化。此处的“情理”相当于“人的常情和事情的一般道理”。<sup>[33]</sup> 在司法实践中,所谓的“常情”和“一般道理”与诉讼法中所使用的日常生活中的经验法则大体相当。这种“情理”反映了人们对生活现象、人类习惯等的一般规律性认识。某个生活事实需要我们用“情理”来做出推测、解释,通常意味着我们对该事件的具体细节存在一定的盲区,因此才需应用“情理”来弥补其间的空隙。<sup>[34]</sup>

传统司法也有不少这样的例子,法官通过应用“情理”还原当时的情景,而得到事实的真相。比如清代的周道成失窃案:“周道成被盗之时,当遗有周道远帕子、鞋子等件,遂至误会周道远知情。细查周维贤诉词,据称帕子、鞋子,系伊子周道远晒在窗下,夜间未收。揣度其情,想系贼先将帕子等物窃去,欲偷周维贤屋,尚未得手,因转向周道成房内,被人惊醒,致将此帕子失去,是乃人情之常。”<sup>[35]</sup>再如西汉著名的“何武断剑”案:“沛县有富家翁,货二千万。一男仅数岁,失母,别无亲属;一女不贤。翁病困,思念恐其争财,儿必不全,遂呼族人为遗书,悉以财属女,但余一剑,云:‘儿年十五付之。’后亦不与。儿诣郡诉,太守何武因录女及婿,省其手书,顾谓掾吏曰:‘女既强梁,婿复贪鄙。畏贼害其儿,又计小儿正得此财不能全护,故且付女与婿,实寄之耳。夫剑,所以决断。限年十五,智力足以自居。度此女、婿不还其剑,当闻州县,或能证察,得以伸理。此凡庸何思虑深远如是哉!’悉夺其财与儿,曰:‘弊女恶婿温饱十年,亦已幸矣。’闻者叹服。”<sup>[36]</sup>后人议论,认为何武“原情度事得其理”。<sup>[37]</sup>

从这个角度,情理相当于波兰尼(Michael Polanyi)的一种默会知识(Tacit Knowledge)<sup>[38]</sup>或原则,即那些没有被明确定义的,但是确确实实由特定文化共同体中的成员所共享和共同承认的知

[31] 从历史角度来看,似乎古代汉语中“情理”更为偏重事实维度,而现代汉语则更为偏重规范维度。当然是否果真如此,还需要寻找更多的语汇加以对比分析。

[32] 以情理为关键字,搜索句酷双语例句库 www.juku.com,可以发现一个有趣的现象,即“情理”一词在英文语境下需要使用不同的英文表达方式,方可比较准确地表现其中文含义,从另外一个侧面,可以反映出情理一词含义的复杂性。例如“我明白这个说法完全合乎情理”。(That was, I realized, a perfectly rational explanation.);你说的不合情理。(Your story just doesn't hold water.);“我看不懂这部电影,剧情不合情理”(I couldn't understand the movie. The plot didn't add up.)。

[33] 《现代汉语词典》,商务印书馆2005年第五版,第1116页。

[34] 事实上“情理”不仅可以用于事后解释和理解,而且也可以用于对事件的预测。

[35] 熊宾:《三邑治略》卷四,“讯周道成一案”。转引自汪雄涛:《明清判牍中的“情理”》,载《法学评论》2010年第1期。

[36] 杨奉琨校释:《疑狱集校释·折狱龟鉴卷八》,复旦大学出版社1988年版,第386页。

[37] 霍存福:《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》,载《法制与社会发展》2001年第3期。

[38] Michael Polanyi, *The Study of Man* (University of Chicago Press, 1958), p. 12. 转引自郁振华:《对西方传统主流知识观的挑战——从默会知识论看 phronesis》,载《学术月刊》2003年第12期。

识。人们借助于这种实践的智慧(phronesis),可以对具体情境做出敏锐体察与推断。<sup>[39]</sup>在英美法中,陪审团制度在确定事实方面的功能确与情理的事实维度十分接近,由于情理系以特定文化共同体中的成员所共享和共同承认的默会知识为基础,进行推断事实,辨别真伪,这在某些方面恰恰起到了英美法中陪审团的作用。因为陪审团是当事人所在社群的代表,他们会(或者说是有能力)按照该社群的默认原则和知识来判断人们的行为选择,接近或发现事实的真相。由陪审团确定事实,某种程度上也可以防止法官做出违背特定社群共识的事实判断。所不同的是,英美法的法庭技术中发展出一套较为健全的证据规则,法官很大程度上可以根据这些证据规则来规范陪审团的事实判断。而在中国的语境下,“通情理”不仅仅指这个人分享了社群在某一方面的默认原则和知识,更指他具有根据情境灵活应用这类原则与知识确定事实或进行价值判断的能力,比如一个个体(如法官、居委会大妈),在特定文化习俗(convention)中,对一个特定情境下所做出的或应做出的反应;以及对一个特定情境将发生的或应发生的未来趋势的合理估计,他进行事实判定时所受的约束(主要是社会舆论的柔性约束),似乎比英美的陪审团要少许多。<sup>[40]</sup>

## (二)“情理”的规范维度

### 1. “情理”作为一种修辞策略

“情理”有指言辞的表达、说服、论证力量,亦即借助语言,从情感和理由这两个方面争取对方。这一用法的例子是:“自主陈国破家亡,不能报怨雪耻,泪下盈襟,声辞不辍,情理切至。”<sup>[41]</sup>再如,女曰:“天下无不可化之人。我苟无过,怒何由起?”柴曰:“不然。此非常之悍,不可情理动者。”<sup>[42]</sup>可以说,在这个义项中虽然“情”、“理”并举,但由于要争取对方的信服,所以首要地还是指“情”,故有“情理切至”的说法,也就是说,主要是通过诉诸对方的情感与情绪体验来打动他、说服他。

### 2. “情理”作为一种价值判断

“情理”作为法律价值的一般渊源,前文已有述及<sup>[43]</sup>。如,“原夫礼律之兴,盖本之自然,求之情理,非从天堕,非从地出也”。<sup>[44]</sup>又如,“今陛下以为尊卑之叙,虽焕乎已备,丧纪之制,或情理未安,爰命秩宗,详议损益”。<sup>[45]</sup>司法实践中有不少事例。比如《刑案汇览》中所载的“乾隆二十七年,裴秉若肆意殴逼妻妾仆婢,先后致死七命”一案。苏抚将裴秉若比照杀死缙功卑幼一家非死罪二人例,拟绞立决,具题。刑部认为:“此等残暴之徒,淫凶不法实出情理之外,仅拟缢首,殊觉法轻情重,若驳令该拟又未免稽迟时日,转使凶徒藉以苟延。应将裴秉若改照光棍例,拟斩立决,迅即正法,以快人心,以昭炯戒。”<sup>[46]</sup>本案的拟断,非常典型地反映了清代司法官的能动性以及情理在裁判中的法源性地位,当严格规则主义的裁判结果与法官的正义观念发生尖锐冲突的时候,法官就倾向依内心“情罪相当”的朴素正义感来裁判。再如,乾隆五十七年“张周氏逼媳卖奸不从,折磨自尽”一案。皇帝这样阐述他的裁判理由:“朕办理庶狱于姑翁致死子媳之案,无论其本有违犯教令、

[39] 参见马万东:《实践智慧(phronesis)与“技艺”(techne)之喻——由亚里士多德引发的现代思考》,载《现代哲学》2007年第1期。

[40] 笔者之所以能够察觉到这一点,受益于复旦大学王志强教授、吉林大学李大强教授(指舞如歌)以及网友chaque兄等极富启发性的指点与意见。

[41] 《隋书》卷八十《列传第四十五·南阳公主列传》。

[42] 《聊斋志异》卷七《邵九娘》。

[43] 相当于滋贺秀三所说的情理的海洋与律例的冰山之间的关系。参见前注[8],滋贺秀三书,第13页。

[44] 《宋书》卷五十五《列传第十五》。

[45] 《贞观政要》卷七《论礼乐第二十九》,中华书局2003年版,第401页。

[46] 《刑案汇览》卷三十四。

训戒不悛,以致毙命及伊媳并无过错,而姑翁性暴致毙其命者。其姑翁俱不加以重罪。原以谊属尊长,无抵偿卑幼之理。况系自缢身死,本不应将其姑抵罪。但此案张周氏逼令伊媳冯氏卖奸图利,因冯氏坚决不从,时加磨折。致冯氏被逼情急,投缳自尽,情节实属可恶。为翁姑者,当教训其媳勉以贞洁,自矢不愧为尊长之道。今张周氏欲令伊媳卖奸已属无耻,乃因其守节不从,辄关禁楼房,不给饮食,折磨殴逼,以致毙命,殊出情理之外。是其恩义已绝,即当以凡论,与寻常尊长致死卑幼者不同。此而不严加惩治,何以风节烈而儆淫凶。除冯氏照例旌表外。张周氏著改为绞监候,入于本年秋审情实办理。嗣后各省如有此等情节者,俱照此办理,庶使淫恶无耻之徒,知所敬畏,以示明刑弼教之意。”<sup>[47]</sup>可见,情理因素的引入,使得这种评判充满了热情和力量,但究其实质这样的论证和评判毕竟是从主体的价值需要出发的,因此表现为价值判断思维而不是逻辑推理型思维。裁判者一个基本的操作步骤是依据其对情节与事理的体验,以第一个层次的“情”和“理”为基础,再结合特定的情境、不同的视角,所做相互迥异的判断和诉求,正是在这样一种具体情境中发现有利于自身判断和主张的规范。<sup>[48]</sup>

这是一种重视情节和特殊条件、对具体情况进行具体分析的情境思维方式。清代良幕汪辉祖在《佐治药言》中曾指出,“幕之为学,读律尚已。其运用之妙,尤在善体人情。盖各处风俗往往不同,必须虚心体问,就其俗尚所宜,随时调剂,然后傅以律文,则官声得著、幕望自隆。若一味我行我法,或且怨极谤生”。<sup>[49]</sup>他还更进一步指出:“故神明律意者,在能避律,而不仅在引律。如能引律而已,则悬律一条以比附人罪一刑,胥足矣,何藉幕为!”<sup>[50]</sup>此处的“情理”和埃利希的“活法”有相似之处,即从具体情境出发的思考,甚至用事实为标准来检验和衡量一般性的规范或发现其中的另类规范,二者有异曲同工的地方。<sup>[51]</sup>

此外,在某种程度上,的确也可以将大陆法系中对于法律原则的运用与规范意义上的情理做类比,但由于情理可以涵盖特定社会的惯习、道德、风俗等特定社群的默认原则和知识,所以内涵与外延要比法律原则更广,比如情理可能涉及“风俗”问题,但是未必仅限于民法中的“善良风俗”。简言之,情理虽具有规范性,但是其规范性与法律原则相比可能相对要弱一些;而且欧陆法的法律原则绝大多数已经经由大量案例类型化了,而情理则缺乏这种类型化的作业,故此在规范的可预期性方面与法律原则相比还是较弱。

## 五、情理在当代司法实践中的表达

在当代的司法实践中,“情理”更多地作为日常生活中的经验法则来推断事实。比如江苏省南京市中级人民法院审理的“刘雪娟诉乐金公司、苏宁中心消费者权益纠纷案”<sup>[52]</sup>,法院认为:“消费者购买化妆品,其目的不是为了长期收藏,而是要用它来清洁、保护、美化肌肤。化妆品一旦变质,通过消费者肌肤的吸收、渗透,必将对消费者的身体产生伤害。因此,消费者真正关心的,不是化妆品在未启封条件下的保质期,而是启封后的使用期。产品质量法为确保消费者使用产品时的生

[47] 《刑案汇览》卷三十六。

[48] 参见前注[11],郑志华文,第273~320页。

[49] 汪辉祖:《佐治药言》,中华书局1985年版,第15页。

[50] 同上注,汪辉祖书,第9页。

[51] 埃利希强调国法之外的“活法”,认为法官在审判过程中有对法律规范地发现功能。参见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版。

[52] 该案二审判决书见《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第6期。



命和财产安全，才在第二十七条第一款第(四)项规定，限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标注生产日期和安全使用期或者失效日期。在海皙蓝 O(2 上标)时光嫩肤液的外包装上，被上诉人乐金公司仅标注了‘限用合格日期’，同时不说明该日期是指产品未启封状态下的保质期。乐金公司还在一审中将‘限用合格日期’解释为：‘在正常保管下正常使用，不要超过瓶底的使用期限，可以保证质量。’作为生产化妆品的专业人员，尚不能对‘限用合格日期’的真正含义做出正确解释。消费者不是专业人员，在无特殊说明的情况下，将‘限用合格日期’理解为其所关心的开瓶后安全使用期，则是情理中事。因此，仅标注‘限用合格日期’，不同时说明该日期真实含义的做法，不能使消费者正确了解该化妆品的安全使用期，对消费者有误导作用。”

对于化妆品“限用合格日期”何种解释合乎情理？未启封条件下的保质期，还是启封后的使用期？法官依靠情理来加以推导判断指出，“消费者真正关心的，不是化妆品在未启封条件下的保质期，而是启封后的使用期”。这是符合一般规律和人们一般认识的。至于乐金公司将“限用合格日期”解释为：“在正常保管下正常使用，不要超过瓶底的使用期限，可以保证质量。”尽管也符合情理，但是他不能证明或者说很难证明，消费者对于自己所有的物品未加正常保管、正常使用。推定对自己所有的物尽到妥善保管使之不至于败坏、浪费，符合人们的一般常识。这里的前提事实是“消费者自己的物品”，结论事实是“对于自己所有的物品正常保管下正常使用”，中间连接的桥梁就是作为人们一般共识的“情理”。<sup>[53]</sup>

再比如，上海市第二中级人民法院审理的“新亚公司与祁美公司买卖合同纠纷上诉案”。<sup>[54]</sup> 双方争议的是买卖标的物缝焊机设备被运回是因为设备本身存在质量问题还是由于买方祁美公司提出了新的修改要求。由于双方均提供不出证明力较强的书面证据，法院按照情理判断争议双方何者事实主张更具有可采性。法院认为，卖方新亚公司称祁美公司收货后对外观提出修改要求，一方面没有提供相应依据；另一方面本案标的物是缝焊机，功能是焊接物品，就缝焊机而言，外观并不影响其功能，如仅为美观的目的而对缝焊机这类标准产品的外观进行改动，似乎并不符合常理；合同约定的质量异议期为五天，新亚公司在交付后的第六天将设备运回新亚公司，时间上符合异议期间的规定；此外，新亚公司是自行将缝焊机设备运回本公司，如果是由于祁美公司要求另行更改外形，则祁美公司运回机器更符合情理。因此，本院推定系争缝焊机设备交付后又被运回新亚公司的原因是存在质量瑕疵。

这里法院运用情理想要说明：仅为美观的目的而对缝焊机这类标准产品的外观进行改动这种说法应该是假的，而卖方因为买方在合同约定的质量异议期内反映产品质量问题将设备运回，则具有比较高的盖然性，也更符合常理/情理。此处的常理/情理指，商业活动中愿意主动承担责任的，通常是理亏/违约的一方。

但需要指出的是，作为一般共识的“情理”并非是不证自明的，特别是在社会价值日益多元、社会转型尚未完成的当代中国社会，人们对于什么是社会生活的一般规律和人们的一般认识是会有不同认识的，需要审慎地鉴别和论证。南京“彭宇案”就是法官不当运用情理推论事实、形成事实酿成的恶果。南京市鼓楼区法院在其做出的一审判决中，称如果不是彭宇撞的老太太，他完全不用送她去医院，而可以“自行离去”，“但彭宇未作此等选择，他的行为显然与情理相悖”。<sup>[55]</sup> 这种解

[53] 张卫平：《司法公正与情理》，载《人民法院报》2001年12月28日第3版。

[54] 参见上海市第二中级人民法院(2009)沪二中民四(商)终字第22号二审判决书，见北大法宝数据库 vip.chinalawinfo.com，北大法宝引证码 CLI.C.162530。

[55] 江苏省南京市鼓楼区人民法院(2007)鼓民一初字第212号徐某诉彭宇人身损害赔偿纠纷案一审判决书，见北大法宝数据库 vip.chinalawinfo.com，北大法宝引证码 CLI.C.85983。

释或许符合现代社会很大一部分人的行为选择,但是如果说是人们在社会生活中的一般选择,甚至是一般规律,是“情理”,就与很多人的道德直觉相悖了。

此外,“情理”作为一种价值判断也不乏其例。在“黄金成等 25 人诉成都市武侯区房管局划分物业管理区域行政纠纷案”中,成都市中级人民法院认为:“被告武侯区房管局实施被诉行政行为时,依据‘中央花园清水河片区’建筑物规模较大、分属两个社区、不同时间建设的物业区域相对独立等事实,考虑了业主自主管理的不同愿望、物业区域的配套设施、社区居委会的管理活动等因素。上述事实证明,武侯区房管局实施被诉行政行为的动机,符合法律授予其行政权力的宗旨。被诉行政行为建立在正当考虑的基础上,行为的内容合乎情理,且具有可行性,符合行政行为合理性原则。”<sup>[56]</sup>这里就是以房管局的行政行为是否合乎情理,来作为判断行政行为是否具有合理性的一个主要标准。

我们可以看到,在司法实践中,作为正式规则的“律法”被相对化了。“情理”要求裁判者更多地关注个案的特殊性,更多地设身处地考量不同当事者的特殊主张,甚或兼顾其情感上的需求,“天地之间有杆秤,那秤砣就是咱老百姓……”<sup>[57]</sup>,秤相当于正式规范,虽然也可以用以衡量事件、臧否人物,但是它离不开秤砣,离不开众人的情理观念与“情境伦理”(situational ethics)。可见,“情理”某种程度上成为与正式规则并驾齐驱的裁判理由。传统的司法论证结构过于情境化、过于复杂,难免一事一例,造成法律碎片化以及同案不同判的现象。在某种程度上这也是造成中国社会治理经常往返于“刻板僵化”与“形骸化”、“具文化”的二极的重要原因。所谓“一放就乱、一统就死”,几乎成了无解的痼疾。<sup>[58]</sup>“规则的闭合与开放间的矛盾”在中国社会治理过程中反映得尤为突出。

## 六、余论

“情理”既有事实性,又有规范性。作为体验和表达基础的客观事件(情的客观方面)和客观的事理(理的客观方面)均有“是”的属性。已经发生的事件(案件情节)已经不可选择,以及个体出生前就已经存在的“理”(有些类似于习俗)<sup>[59]</sup>,无论当事者/判断者是否喜欢,它都不会迁就你。这印证了情理有“是”的属性。但当事者/判断者依据其对情节与事理的不同体验,对于不同情节与事理做出不同的排列组合,进而做出赞成或反对等不同解释与表达,则体现出了情理的规范性。需要强调的是,“情理”的判断往往是结合个案才得以命题化。“情理”尽管有一定的“确定性和客观性(或说是主体间性)”,但是不同的事案参与者往往会根据特定的情境、不同的视角,做出相互迥异的判断和诉求。

事实上,如果没有在个案裁决援用习俗、一般民众的伦理道德观念等因素,也就没有发现其中的“情理”,也就谈不上合不合乎情理、情理可不可恨等问题。所以情理某种程度上可以说是在适用和判断的过程中生成的。诉诸情理的论证模式是侧重“从是推出应当”,而非“从应当推出具体

[56] 四川省成都市中级人民法院 2004 年 12 月审结的黄金成等 25 人诉成都市武侯区房管局划分物业管理区域行政纠纷案二审判决书,见北大法宝数据库 vip. chinawininfo. com,北大法宝引证码 CLI. C. 67287。

[57] 这是歌曲《清官谣》中一句著名的歌词。王黎光作曲,张和平、晓城作词。

[58] 情理虽然也是碎片化的,但是这种碎片化和“习惯法、习俗”的地方化碎片化不同:1. 情理碎片化是在具体判断中形成的;2. 虽为“情境思维”,却有超验的根基,普遍的伦理道德是情理的来源之一,情理在中国社会具有某种普适性。

[59] 但是情理与习俗、习惯等不同,习俗、习惯更多侧重地方性,而中国传统下情理则有一种普世性的话语权。

事件是否妥当”(或合法、不合法)。情理提供了临时权衡的可能,也提供了无尽或者无度交涉的可能,而这种可能的空间似乎恰恰是现代社会的无穷无尽的上访、讨说法的根源。尽管情理的论证方式以事实为导向,却似乎有扭曲事实的危险。

情理的最大价值在于体现了对弱小者的关怀(Caring)。现代法治文明是以正义(Justice)——而非以关怀——的概念为核心,但中国传统情理世界的内核却在于关怀。从“原情定罪”到“哀矜折狱”,反映的是传统司法制度中父母官对子民的同情和关怀,表现为“便宜”与“从权”,是对于成文法僵硬的一种补救和纠偏,也体现冰冷秩序中的几缕温情。其次,听讼重要在于止讼,二造重归和解,胜过公平解决实际冲突。与西方注重法律形式主义,以演绎逻辑为主的思维方式不同的是,中国法律偏重经验、实用的思维方式,中国人长期以来以人际关系的和谐,而不是以个人权利作为思维的出发点<sup>[60]</sup>,近代从西方移植而来的权利逻辑并非必然的至高原则,社会和谐与社会连带思维等情理观念很大程度上是与个人权利并行生效的法则,所有人都负有维持其所处共同体相互间敦睦和谐的责任,这个责任和个人权利相比,大多数情形下更具优势,更能符合民众的普遍心理认同。所以,表面上律法是“经”,情理是“权”,实际上却恰相反,情理反而可能是“经”,而律法却是“权”。

但是,“情理”运乎之妙存于一心,可能是锄强扶弱,也完全可能阴阳颠倒为官员的枉法、徇私、舞弊、寻租提供绿色通道。回到文章开头所提的问题,情理的度在哪里?裁判论理,如何通人情却也不至于蜕变为过于人情化?在日趋法治化的社会,“情理”导向的论证策略的确已经逐步丧失其普遍价值。法治社会要求正式规则成为权力行为的唯一理由,尤其是司法裁判行为的唯一理由,其他诸如道德、情理、社会习惯等等均应当从裁判的考量中排除出去,道德、情理、社会习惯可能是一种二阶理由,但是决不能成为直接的一阶理由。<sup>[61]</sup>

现代社会是个价值多元的社会,刚性的正式规则如何回应人们多元的价值需求?无疑它既需要法律系统相对闭合,能够排除权力、货币对规则、原则的勾兑,同时也需要设置情理、舆论入法的特定通道;增加法律的反思性,弱化法律的刚性,将各种论争,尽可能地纳入到法律的范围内,提高可控性、增加透明度,从而保持“规范”与“事实”、“形式正义”与“实质正义”的一种反思均衡。<sup>[62]</sup>也许只有在这个意义上,中国才能创造出自身独特的法治文明形态。

(责任编辑:宾 凯)

[60] 《名公书判清明集》中所言:“词讼之兴,初非美事,荒芜本业,破坏家财,胥吏诛求,卒徒斥辱,道途奔走,狂狱拘囚。与宗族讼,则伤宗族之恩;与乡党讼,则损乡党之谊。幸而获胜,所损已多;不幸而输,虽悔何及?故必须果抱冤抑,或贫而为富所兼,或弱而为强所害,或愚而为智所败,横逆之来,逼人己甚,不容不一鸣其不平,如此而后与之为讼,则曲不在我矣。”见[南宋]真德秀等:《名公书判清明集》卷四《户婚门·妄诉田业》。

[61] See Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), p. 27.

[62] 郑志华:《寻求闭合的正式规则体系与开放的道德情感间的沟通之道》,载郑志华:《超越东西方的法哲学家:吴经熊研究》,浙江大学出版社2012年版,自序。