

# 个人独特性与法律普遍性之调适

胡玉鸿\*

**内容提要：**现代法律通过立法上的抽象化、典型化、身份化、角色化等技术确立了普遍性。但是，个人的独特性与法律的普遍性之间存在的冲突也昭然若揭：强调行为而忽略人的存在；注重平等而无视人的差异；突出客观而不考虑主观问题。这些都使得法律规则与真实的个人之间无法协调。为解决这一问题，法律应当保障个人私域空间的合理存在，保障个性自由；确定法律上的特殊弱者，为少数人提供特殊的法律保护；法律运作层面上，通过个别化的方式，根据人的独特性设定不同的法律规则和作出不同的法律裁决。

**关键词：**个人的独特性 法律的普遍性 法律个别化

## 一、个人独特性及其法律意义

人是社会性的动物，每个人和别人一样，都融合在社会之中，并以共有的情感、本性作为社会维系的纽带，使人与人之间的合作、交流得以可能。然而，对个人社会性的强调可能会导致对个人独特性的忽略。证诸理论与实践都可以发现，每一个人相对于他人而言，都是一种独特的存在。“人的唯一性、人的不可重复性是一个本体论的事实。”〔1〕一切社会制度的构建，都必须以此作为基础，才能真正造就出符合人的生存状况的规则体系与组织模式。在有些学者的笔下，独特性也以“个体性”称之。德国学者埃里亚斯将“个人心智功能的独具个性的形成和差异化”作为人的个体性的标志。〔2〕英国学者鲍曼认为，在当代社会，“个体性”是人类的一种普遍特性，“甚至可以说是人类诸多普遍特性中最具普遍性和决定意义的特性”。在鲍曼看来，“个体性作为一种价值，是对个体差异性和独特性的强烈关注，也是一种同时成为‘自我’和‘拥有’自我的强烈经验”。〔3〕个体性与独特性一样，强调的是每个人都具有独特的个性、经验、能力，每个人都以对“自我”的重视与维护作为其行动的根本。

\* 苏州大学法学院教授。

本文是国家社会科学基金重大招标项目“学习实践科学发展观重大问题研究——以人为本与中国法制发展”（课题编号08&ZD001）的前期研究成果。

〔1〕〔匈〕阿格妮丝·赫勒：《日常生活》，衣俊卿译，重庆出版社1990年版，第10页。

〔2〕〔德〕诺伯特·埃利亚斯：《个体的社会》，翟三江、陆兴华译，译林出版社2003年版，第26页。

〔3〕〔英〕泽格蒙特·鲍曼：《自由》，杨光、蒋焕新译，吉林人民出版社2005年版，第47页，第52页。

就思想渊源来说,个人独特性并不是随着社会的出现和哲学的形成就自然存在的命题,相反,在早期思想家的著作中,强调更多的是人的政治性、社会性。古希腊、古罗马学者的作品中,大多把人视为同质性的存在,人只有“公我”而无“私我”。人的定义最早与“角色”相连,也表征着这样一种意思:只有在公共场合中显现的“人”才是真正意义上的人,因为角色不过就是个人在社会中所装扮的某种形象;相反,退隐到私域的人不是真正意义上的人,因为他们不具有公共的品性,也不承载公共的职能。对个人独特性的忽略,在基督教出现之后才有所改观。按照意大利学者莫迪恩的追溯,“个人的独特性和不可重复性……是一个由基督宗教确认、主张和传播的原理。这个原理具有一种少有的颠覆性力量(和平的颠覆),渐渐地,当它成功地侵袭和渗透到非基督宗教文化中,它深刻地、实质性地改变了它,导致了中世纪和后来的现代文化的产生。”〔4〕在基督教的理念中,个人虽为上帝所造,但上帝对每个人并没有给予其宿命的安排,而是由人通过自由意志进行行为选择。换句话说,上帝创造了人类,也赋予了人类行动的权利;因为人有自由,所以人才能选择,从而成就其独特性。自此之后,人的独特性被承认为一个本体论的事实,并作为建构学术理论和组织政治国家需要首先考虑的问题。

对于现代社会而言,必须承认的一个基本事实是:每个人都是独一无二的存在,每个人在与其他人的比较中都是一个特殊的个体。在这个意义上,每个人都是世间的“惟一”,都是不可复制的“绝版”。个人的独特性当然为社会规范的确立带来了难题,但这也正是人文社会的特殊魅力所在:“在人文学者之中最流行的观念是强调人的独特性、变异性,以及心情、观点的不断改变。”〔5〕个人独特性所导致的人际社会的多样性、易变性,是国家与国家之间、地区与地区之间社会规范多元化的客观基础,也是一系列重要的哲学、社会科学命题的基础。

个人的独特性是人的尊严理论中最为重要的正当化论据。当今世界各国的法律制度,普遍以“人的尊严”作为最高的伦理总纲。一个普通的凡人,甚至是一个恶棍、罪犯,为什么也能享有这样一种尊严呢?这是因为,每个人都是独特的存在,不容替换。人与人之间不存在等价与否的关系,每个人在能力、潜力、个性、情趣、爱好方面都与别人不同,有着独特的价值,应当被珍视、被尊重。

个人的独特性是人权标准确定的根基。人权是作为人类社会中每一成员所应享有的权利,契合每一个体的需要是普遍人权正当性的基础。除去人类共同的社会生活所必需的人权类型,如人身权、财产权等,对于人权来说,保障个人独特性的存在、培养与发展,可以视为其最根本的任务。“每一个个体在某种意义上都是绝对的,不可还原为另一个体。这也许是人权这一现代问题最主要的推动力。人权捍卫个体的尊严,个体笼统地说与社会相对,具体地说则与国家相对。”〔6〕通过人权条款,可以保证个人既不受国家的压迫,也不受社会的同化,这样才能造就出一个个拥有个性、自主独立的权利主体来。将人的独特性排除在外,人权就可能成为一种许多人并不需要的奢侈品。美国学者米尔恩提出一种“最低限度标准”的人权观,“最低限度”标准“在消极的方面,要求人不能被仅仅当作手段;在积极的方面,则要求全人类在一切交往中始终遵循共同道德原则”。〔7〕每个人不能被作为手段对待,这是人的独特性的必然要求。

〔4〕〔意〕巴蒂斯塔·莫迪恩:《哲学人类学》,李树琴、段素革译,黑龙江人民出版社2005年版,第197页。

〔5〕〔美〕殷克勒斯:《社会学是什么》,黄瑞祺译,台湾远流图书公司1985年版,第83页。

〔6〕〔西〕雷蒙·潘尼卡、〔美〕哈里·詹姆斯·卡格斯编:《看不见的和谐》,王志成、思竹译,江苏人民出版社2001年版,第177页。

〔7〕〔英〕A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇译,中国大百科全书出版社1995年版,第7页,第153页。

个人的独特性为自由的价值提供了理论上的支撑。自由是人们为了寻求更美好的生活方式、更有利的生存条件所需的一种能力和资质。正因为每个人都有自己独特的价值追求,我们才需要政治上、法律上的自由,从而为自己的存在与发展奠定基础。“如果忽视人与人之间差异的重要性,那么自由的重要性就会丧失,个人价值的理念也就更不重要了。”〔8〕人的自由表现着这样一个结果:“可以从他身上期待未曾预料的事情,他能够完成不可能的任务”,而这一点之所以可能,“仅仅因为每个人都是独特的,每个人的诞生都为世界带来独一无二的新东西”。〔9〕自由是与人的独特性相伴生的东西:没有自由,人的独特性无从展现;没有独特性,人的自由就毫无意义。

个人的独特性对现代法律具有重要意义。然而,“法律的标准是普遍适用的标准。法律不将气质、智力和教育诸方面无穷无尽的变数作为某一给定行为的内在特质予以考虑,因为,这些东西在不同人的身上大相径庭。基于不止一个充足的理由,法律看待人时并不试图像上帝那样看待他们。”之所以需要如此,霍姆斯认为,大致包括两个方面的理由:一是“精细地测量一个人的能力和限度之不可能性”;二是为了确定法律责任,法律就“不可能承认性格上的微小差异”,相反,在法律上,“每个人都被推定拥有避免伤害他的邻人的正常能力”。〔10〕可见,以普遍的规则来实现对个别行为的调整,既是法律的必需,也是法律的无奈。

## 二、法律普遍性的理论证成

法律的普遍性大致意指,法律不考虑人的质的差别,不考虑时间、地域的差异,在法律所涉的范围内,将规则重复适用于不同的人 and 事。法律的普遍性是国家权威的必然,它彰显了国家的统治能力,也有利于人们将法律视为公共产品。法律之所以必须具有普遍性,对人与人之间的不同视而不见,可以作如下解释:

第一,社会共同体存在的需要。国家作为人的集合的共同体,不可能根据每个社会成员的需求来拟定不同的规则。无论是以社会契约论来解释国家的生成,还是以暴力论、神意论来诠释国家的存在,毋庸置疑的前提条件都是:作为一种人们生存于其中的集体组织,必须共守一种能为大家所遵循的共同规则。换句话说,每个人的欲望、追求及选择可能都是不一致的,而个人的愿望要得以满足,在资源有限这个根本的前提之下,必定会与其他人的愿望产生冲突。法律存在的根基,恰恰就在于人除了扩张性的本能之外,还拥有分享社会情感、提倡彼此合作的社会本能。就此而言,要使社会成为一个能共济群生的整体,就必须有最低限度的共同规则的存在。正因如此,国家通过法律为全社会提供一个共同的最低限度的行为标准,迫使人们克制相关的欲望,而按法律所昭示的共同标准行事。正是在这个意义上,拉德布鲁赫将法律规则的本质确定为“具有实证的与同时也是规范的、社会的与一般的本质的规则,且在这个意义上,把法律确定为人类共同生活的一般规则的总和”。〔11〕

第二,法律形式正义的追求。对于法律而言,实质正义虽为其必然追求,却是永远无法实现的目标;相反,形式正义不仅必要也有可能,这就在一定程度上催生了法律的普遍性。如恩吉斯所言,“正义要求尽可能地‘具体化’,即考虑人和情势的个别状态。相反,法的确定性要求尽可

〔8〕 转引自〔英〕弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》上册,邓正来译,三联书店1997年版,第104页。

〔9〕 〔美〕汉娜·阿伦特:《人的境况》,王寅丽译,上海人民出版社2009年版,第139页以下。

〔10〕 参见〔美〕小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第94页以下。

〔11〕 〔德〕G.拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第35页。

能从这些状况中抽象化”，<sup>[12]</sup> 否则即无法达成调控社会的目的。刚满 18 周岁的人与离 18 周岁差 2 天的人，在智力、能力上可能没有什么不同，然而在法律上所获取的待遇却是不同的（例如是否为完全行为能力人）。对于后者来说，法律的这种设定可能不公平，但这为实现形式正义所必需。立法需要在对年龄、时间、分数、身体状况、精神健康程度等涉及人的行为的评价方面进行界定时，就只能选择一个“大致如此”的标准。这就是形式正义的要求。为此，法律往往根据社会常识与社会公理来确定一个相对精确的尺度，以此度量人的行为的合法与否及决定利益的具体分配。这种“大致如此”的标准，只能建立在人们的共识上，而无法根据每个人的实际状况逐一作出确定的判定。

第三，应然规范的性质使然。“法首先应该接受人的真实的样子，并且预计到他的一切特性。但是同时，法不能到此为止而止步不前。它不能干脆让人的一切本能、直觉和激情放任自流。毋宁说，它必须遏制人的某些特性，鼓励促进另一些特性，并使它们发挥作用。”<sup>[13]</sup> 也就是说，一方面，法律必须对现实中的人有精确、真实的定位；另一方面，法律又必须规制人过于非理性的一面，以“应然”的标准来要求人们如何行为，从而使法律上的人成为一种必须依规则行事的人。

作为一种应然规范，法律告诉人们的是，在什么情形下以什么标准行事。而要达到这一效果，就必须以这样一类普遍性作为支撑：一是它必须针对全体社会成员定规立制，而不是下达给某个特定人的命令；二是它的标准不以现实中个别人的实际状况为准据，而是以共同体需求为基础。“规范”这一术语的惯常用法中，“并不含有对个别的情形做完全个殊性的特定处理的意思”。<sup>[14]</sup> 规范性、应然性与普遍性在某种意义上就是同义词。

法律的普遍性是法律所必须具备的本质属性。从立法的经验看，其普遍性的获取，主要通过如下四种立法技术来实现。

一是抽象化，即不考虑人与人之间存在质的差别，而把人视为同一、平等的主体的拟制方法。现实中的人虽然是各不相同的，但法律有意忽视这种差别。凯尔森言道：“整个法律秩序也从不决定从属这一秩序的人的全部生活，或影响他的所有的精神和肉体的功能。人只是在某种特定的行为或不行为方面才从属法律秩序；至少所有其他的行为或不行为方面，他与法律秩序就毫无关系。在法学思想中，我们只是在人的行为成为法律秩序的内容时才涉及他。因而只有那些有资格作为法律秩序中义务或权利的人的行为和不行为，才是与法律上的人的概念有关的。一个人只有在他‘具有’义务和权利时才存在，离开义务和权利，就无所谓人了。”<sup>[15]</sup> 从这段话可以看出：（1）法律生活并非人的生活的全部，人的行为只有在进入法律场景时，才有受法律规制的必要；（2）生活中的人成为法律上的人，是因为他与法律秩序的关联，当人的行为作为法律秩序的内容时，人即从现实生活中的人转变为法律上的抽象的人；（3）成为法律上的人的标志是其享有法律上的权利，承担法律上的义务。

将“生活人”抽象为“法律人”的立法技术，是剔除人的一切外在属性，而只从类的角度来对人进行规制和定位。哈贝马斯指出：“法所抽象掉的，首先是法的承受者的约束其自由意志的能力，而只考虑他们的自由选择。法还抽象掉各种有关行动计划的生活世界的复杂性，而局限于具有确定社会类型的行动者们彼此种种互动影响之间的外在关系。最后，如我们已经看到的那样，法还抽象掉服从规则的那种动机，而满足于行动对于规则的服从，不管这种服从是如何发生

[12] [德] 卡尔·恩吉斯：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社 2004 年版，第 206 页。

[13] [德] H·科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社 2002 年版，第 152 页。

[14] [美] E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 234 页。

[15] [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 106 页以下。

的。”<sup>〔16〕</sup>可见,法律的普遍性所要求的对人的抽象,无非就是忽视个人的能力、动机以及行为人所处的社会情境,而把所有的人视为等同、类似,或者将行为的环境看作相同、相近。

二是典型化。立法上要确立法律的普遍性,就必须把林林总总的个人及其行为予以归类,确定其典型的人的形象和行为样态,以此来作为人的行为标准和事实的标准要件。实际上,“法律是建立在对人类的典型性行为的一般化了的心理假设基础之上的”。<sup>〔17〕</sup>法律发展的历史,在很大程度上也就是寻求典型、确立标准的历史。

典型化的立法技术,就是以“标准人”的方式来确定人们行为的一般常态。例如,过错是当事人承担法律责任的必备要件,但什么情形下构成过错,这就有许多有关人的形象的不同定位。在法国,“过错实际上就是指行为人的行为没有达到一个善良家父所应达到的行为标准,它不考虑行为人的知识、技能和灵巧程度”。实践中将被告的行为同善良家父的行为加以比较的时候,法国司法并没有将善良家父的形象理想化,认为它是不食人间烟火的人,“而是将它放在与被告同种情况下来加以比较,司法要考虑在该种活动领域大多数人的行为标准,即参照那些与责任人同类性质、同类资质、同种能力和处于同样境况中的人的理性的行为标准”。这也就是英美侵权法所采取的理性人的行为标准。<sup>〔18〕</sup>美国学者西维指出:“标准人格将根据结晶成法律的社群情感来进行价值判断。所以,当行为人有意与社群认同的价值相悖时,他的行为将不可原谅;而且,即使他相信,除了个人的道德失误,自己的价值选择与社群一致,他亦不可被原谅。……而且,当事人偏离常情的行为有时被某些社群视为道德上可嘉行为,但如果他的行为给他人带来额外的负担,他亦无法免责。”<sup>〔19〕</sup>换句话说,标准人也就是行为合乎社会常规的不出格的人。如果一个人的行为背离了普通人会采取的行为方式和行为标准,那就成为可能追究其过错的诱因。

三是身份化。在一国之内,全体社会成员共享同样的公民资格,然而在实体法中,人又以多种不同的身份出现。例如,在家庭关系中,某人是父母的儿子,又是配偶的丈夫;在具体职业上,他可能是个职业教师;在医疗的场合,他属于法律上的患者;在消费领域,他又因购买日常生活所需的物品而成为消费者。法律中根据人的不同身份来设定人的不同权利与义务,本身就是鉴于人参与多种法律关系的基本事实,因而是正常的、合理的。正如德国学者施瓦布所指出的:“平等原则并不妨碍在人员群体中按事物性质进行合理区分。”以商法为例,“制定商法规范作为商人的特别法是与事物本身相关而不是与等级相关,因为在商业自由和经营自由的标志下,这些职业并未被表述为封闭性的人员群体:每个人都可以成为商人,并由此而同这些专门的职业规定打交道。”<sup>〔20〕</sup>换句话说,以身份作为法律主体的不同分类在如此情形下是合理的:身份代表着在具体法律关系中被人所知悉的职业或地位,而不是以意识形态作为分类标准或在政治地位上有所不同;身份是开放的,也即每一个人只要愿意都可以拥有该种身份;身份的存在与某种特定的关系或活动相连,前者如家庭关系中的子女,后者如合同关系中的甲方乙方。

一般说来,实体法通过两种方式来设定人的身份。第一种方式,是在统一的部门法律中,因为个人可能从事的职业和参与的活动不同,而确定人的不同身份。例如,在劳动法上,人被分解成“雇主、雇员、工人、职员等不同类型。之所以是雇主、雇员、工人、职员,只是因为他们的不

〔16〕 [德] 哈贝马斯:《在事实和规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第137页。

〔17〕 [德] N·霍恩:《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2005年版,第17页。

〔18〕 张民安:《法国侵权责任根据研究》,载吴汉东主编:《私法》第3卷,中国政法大学出版社2003年版。

〔19〕 [美] 沃伦·A·西维:《过错:主观抑或客观》,林海译,载徐爱国编译:《哈佛法律评论·侵权法学精粹》,法律出版社2005年版,第120页。

〔20〕 [德] 迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第86页。

同的身份背景”。〔21〕在这里，身份只是表明在法律关系中所处的位置，并不影响着作为实体的人所拥有的权利。第二种方式，则是对于法律上需要特别予以规定的身份关系，确立调整该类别、类型身份的专门法律，如法官法、检察官法、教师法、妇女权益保障法等等。

四是角色化。在法学上，将权利、义务的具体行使者称为角色。大致说来，角色的主要特点是：第一，角色是一种法律上的分派，什么样的人担当什么样的角色，是由法律来加以规定的。例如，把提起诉讼者称为原告，把被动应诉者称为被告。第二，角色代表着一种实际的法律运作过程。在具体的法律运行中，人们通过扮演某一角色来促成法律的运转。例如，没有原告的起诉，诉讼过程就不可能启动。第三，角色与角色期待是密切相关的。例如，主持案件审理的法官，我们有理由期待他保持中立、维护公正。第四，角色与人的实际个性不一定重合。换句话说，为了扮演的需要，一个角色承担者可以违反自己的本性来进行某种法律行为。

法律上的角色更多地出现在程序法、诉讼法中，甚至可以说，以实体的人（包括身份的人在）为调整对象和以角色的人为调整对象，本身就是实体法与程序法、诉讼法的根本差异之所在。具体说来，实体法上所规定的人是在社会生活中真实地存在的个人。例如人有自利的欲望，因而必须在法律上确定财产所有权制度和知识产权制度，以保障个人正当利益的实现。但是，程序法上的“人”更多地是“角色的人”，即往往不再考虑人的真实性情感，而是以“角色分派”的方式，来拟定每一个进入程序中的主体的权利与义务。例如一个对被告人充满厌恶的律师，也必须尽可能为他的当事人找到罪轻或者无罪的根据；同样，检察官即使对被告人深怀同情，也不宜在法庭上表露其仁慈与关怀。就此而言，实体法上的人可以尽其本性来进行法律上的活动，而程序法上的人则可能要戴上面具，扮演与其本性不同的角色。

通过抽象化、典型化、身份化、角色化四种立法技术，法律确保了普遍性的实现，使一个规范性法律文件能够适用于不同的个人之上，从而达成法律调控社会的根本目的。

### 三、个人独特性与法律普遍性的可能冲突

独特的个人应当适用独特的规则，如此才能真正体现法律与人性的契合。但是普遍性在一定程度上所反对的恰恰就是独特性：法律设想的人是同样的人、相似的人，因而以普遍的规则来统率千千万万个不同的个人。如此，个人的独特性与法律的普遍性之间不可避免地存在矛盾与冲突，法律的两难问题也由此得以呈现。

#### （一）关注行为而忽视行为人的存在

现代法律与古代法律的不同，在于仅以行为作为法律调整的对象。显然，这与现代法律的旨趣相合，一定程度上也代表着法律的进步。

首先，在人的存在意义上，“行为”是与“思想”相对应的概念。前者代表着人的一种外部动作，而后者则属于人的内心隐秘。从行为方面而言，一个行为可能对他人和社会造成影响时，就会成为法律关注的对象。现代法学理论的普遍认识是：“所有法律都是对人的行为的调整。法律规范所涉及的唯一社会现实是人们之间的关系。因而，法律义务以及法律权利的内容不是别的而只是个人的行为而已。”〔22〕这凸显了把“行为”与“思想”相区分的意义：思想世界是自由的，永远不会成为法律所调整的对象。一个人的所思所想，纯属于个人的自主活动，法律不能对

〔21〕 前引〔11〕，拉德布鲁赫书，第133页。

〔22〕 前引〔15〕，凯尔森书，第107页。

人的思想进行规制,也无法要求人们思想的统一。其次,仅把行为作为法律调整的对象,也符合现代法律对社会进行规制、调控的客观需要。现代法律作为一种规整社会的技术手段,需要凭藉计量、测算、权衡、比较等方式,才能对个人设定禁忌、确定责任。而人的行为是形诸于外的动作,可以归类、统计、度量,显然,这符合法律技术性的要求。也正因为如此,现代法律不再推究人的思想和心理活动,而仅就人的外部动作所可能造成的结果进行评价。与以往的法律相比较,当代法律中的行为必须是现实存在的,而不是可能发生的。一句话,社会不能借所谓防卫之名,把那些还没有对社会造成实际危害结果的人提前加以管束。再者,以行为作为法律的调整对象,也适应了法律普遍性的需要。人与人是不一样的,要对每个人安排适合于行为方式的法律,显然没有可能。但是,行为则是可以归类与比较的。法律上只要对行为加以正确的分类(例如罪名上的杀人、放火、抢劫、偷盗),就可以以此来统摄行为背后所隐含的各式各样的个人。可见,现代法律必定要以行为作为规制对象,唯有如此,才能够用这一技术手段来对社会进行有效的治理。

然而问题在于,当法律仅以行为作为规制对象时,我们失落了在行为背后所隐藏的个人。换句话说,在今天的法律中,我们所能见到的只是被类型化的行为,而见不到作出具体行为的法律主体。个人的性别、长相、身高、信仰、教育经历固然不再重要,就连人为何要进行此类行为、在什么情况下作出这类行为,也不再是法律所要关注的对象。为确保法律普遍性的实现,法律首先推定人人皆知法律。因而,即使存在认识能力上的差异,法律也以“法律认知错误”不能作为豁免的理由为由,追究行为人的法律责任。然而,在法律不考虑人在实际能力上的差别而进行所谓“平等对待”时,恰恰本身就是不公平、不合理的。正如学者在谈到法律责任时所指出的那样,“责任原则不仅仅以能够自由判断为前提,而且以能够作正确判断为前提。除意志自由外还必须具有评价能力。后者正是本源性的至关重要点,因为,若不具备该能力,人的决意则不可能由应当规范所决定。”<sup>[23]</sup>可见,由于人的能力上的差异,就会出现同样的结果可能会有不同的责任担当的情形。毕竟人不是一个模子刻出来的机械制品,具体的个人在认识能力、理解能力、判断能力上必定会存在差异,完全排斥法律认知错误作为免责理由的说法,是站不住脚的。

换个角度来说,一个行为在法律上是否具有意义,关键看其是否体现了行为人的自由意志。一个具有价值性、目的性、社会性的行为,才是真正意义上的法律行为。人的行为受思想意识的支配,其行为的方式与后果,在一定程度上是由行为人选择、判断的结果。脱离了行为人来谈论行为,显然使得对这种行为的评价会出现隔靴搔痒、不着边际的结果。针对法律制度中个人的缺失,日本学者野村稔指出:“法律学本来是关于人的学问,在刑法学中,这种性质特别明显。在论述犯罪、考察刑罚时,正确地认识作为犯罪行为的主体而且作为受刑对象的人所具有的意义是不可缺少的。”<sup>[24]</sup>德国学者耶塞克与魏根特也认为,虽然对于同样的危害结果应当给予同样的法律责难,但也存在许多不能非难行为人的情况,“主要有身体缺陷、理解错误、知识不足、经验欠缺、年龄的增加导致身体的衰退,以及存在行为人无法解决的特殊的情境困难”。<sup>[25]</sup>可见,对于不幸陷入法网中的个人来说,不考虑其生理上、心理上、能力上、情境上的存在种种问题,法律的执行就会极不人道。

强调个人在法律调整对象中的地位,并不是要抹煞将行为置于法律中心位置的意义,但是法

[23] [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书总论》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第496页以下。

[24] [日] 大塚仁:《刑法概说》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第54页。

[25] 前引[23],耶赛克等书,第714页。

律在注重普遍性的同时,也应当为个别性留有余地。正如日本学者大塚仁在谈到刑法的调整对象时指出的那样:“以符合自由主义要求的现实的行为为前提,同时一并考虑其背后的实施该行为的行为人,不仅是可能的,而且是极为必要的。因为在人格行为论的立场上,行为是行为人人格的现实化,是由其主体、作为其创造者的行为人自己实施的。脱离了行为人,就难以确定行为作为犯罪的要素所具有的具体意义。”〔26〕一句话,行为与特定人都是法律所要考虑的关键问题:没有行为的存在,人与法律即无关联;而没有人的存在,行为的合理评价则将失去依据。

### (二) 强调平等而无视人与人之间的差异

从权利的赋予上来说,现代法律对于每个社会成员都赋予平等的权利,这自然迎合了平等主义的社会理想,也的确体现了人的价值的平等尊重。但是,当代法律过于注重权利的平等赋予,却对权利行使的基础条件——行使权利的能力——缺乏足够的注重。法律上规定的权利仅是抽象的权利,要将其付诸实施,需要主体本身具有行使权利的条件。

### (三) 注重客观而对主观的有意回避

以实际存在的行为为评价对象,以客观的、外部的动作作为法律计量的基础,这已成为法律的普遍特征。在现代社会中,法律以外部行为作为评价人的标准,至于人的内心和其个人情趣,都不再是关注的对象。换句话说,现代的各种制度都抽掉了人的私密、精神层面,而把个人作为一个与其他人并无不同的“均值人”。这当然符合平等的理念,因为在公共的层面,人只因其为入就具有和别人相同的地位,拥有和别人相同的权能,一切内在素质和外在条件都不是公共评价的对象,客观的、外在的行为才是接受制度规制的唯一要素。正因如此,现代法律的生存与运作由于对形式理性的强调,使代表着人的观念、想法的内心世界成为多余的东西。德国学者克尼佩尔将生活中的“经验的人”与法律所拟制的人作了区分,“经验的人存在偏好、欲望和所有的‘主观原因’,具体的我,他想要这个或那个,有‘需要、情绪和念头’”,法律对于他们要提出“戒律或禁止的绝对命令,即外在的、法律的合法性、必要性,具体的我是不自由的”。〔27〕一句话,生活中的人们可能是多样化的、率性而为的,但法律作为一种应然的标准,要求所有人都要克制自己的愿望、需求、情欲,以法律的标准作为自己行为的标准。这样,法律作为一种公共行为规则,就达到了统一人们行动的目的。但是,这种统一是虚假的、应然的,而不是真实的、实存的。

以民法为例,“民法的一个基本原理是‘法律不问动机’。情感在民法中的意义基本上被剥离了。”〔28〕如果把情感广义地理解为人的一种内心的情状和独特的个性,那也就意味着,民法对于人们实际的动机、目的、能力、境遇不予过问,而只是以行为作为考量的唯一对象。以过失为例,在法学上,“过失是指疏于合理的注意。而合理的注意则是指一个合理的人会采取的合理的措施以避免那合理的人应该防范的风险”,这样,“被告本身并不是一个‘合理的人’,而只是一个笨手笨脚的人,或者是一个愚蠢的、健忘的人,这一事实本身是无关紧要的。被告是新手还是经验丰富的老手、是年轻人还是老年人、是智力有残障还是身体有残疾,凡此种种都无关紧要。甚至被告实际上不可能预见或避免损害,并且也是真心地赞成‘无过错即无责任’的原则,也是百分之百地拥护过错的客观性定义,凡此种种,也都无关紧要”。〔29〕由此可见,活跃于民事生活

〔26〕 前引〔24〕,大塚仁书,第102页。

〔27〕 [德] 罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第77页。

〔28〕 谢鸿飞:《论法律行为概念的缘起与法学方法》,载易继明主编:《私法》第4卷,北京大学出版社2003年版。

〔29〕 转引自胡雪梅:《“过错”的死亡——中英侵权法宏观比较研究及思考》,中国政法大学出版社2004年版,第92页。



中的法律主体,不再是具有情感的有血有肉的活生生的人,而只是一个个根据法律规则行事的角色,他们的好恶爱憎不影响法律关系的存续,其喜怒哀乐也不决定法律关系的内容。由于法律只对行为予以调整,所以行为背后的因素就不具有法律上的意义。同样,因为法律需要定量,所以一切法律上的结果都转换成利益来加以计算。正因如此,“当论及情感利益、非财产损害、侵犯人格时,在法律中不涉及机体内部的感觉,而是涉及以货币单位计量的客观价值,该价值使得受保护的法益成为可交易的商品,成为精神利益。”<sup>[30]</sup>换句话说,受到损害的人是不同的,其心理反应和实际遭受伤害的程度也不一样,但法律却对之不闻不问,只以同样的标准来确定对受害人利益的补偿。在这里,法律平等执行的目的是达到了,但法律的这种标准则未必会让人感觉公平。

刑法规制的对象是具有社会危害性的行为,然而法律上所称的行为,却是脱离于人的内心的外在动作。从生活的常态而言,人的行为都受思想意识、动机目的的支配,游离于人的主观意识支配的行为要么不存在,要么就是下意识的身体运动。然而,当法律要对人的行为以犯罪加以追究时,并不把主观的内心作为考量的对象。在刑法中,虽然也有犯罪动机、犯罪目的等术语,但更多时候却被所谓抽象的“自由意志”所替代,成为不具有个人化的官方术语。实际上,正如学者所指出的那样,“意志”与“动机”是有明显区别的:“动机指需要、欲望、意图,个人和社会的历史,有意无意地敦促行动,换句话说,动机使人们真实。另一方面,意志是与过错相关的虚假的建构,不考虑行为的原因和动机的责任归属。意志虽然是刑法中一个重要的范畴,然而在定罪时是完全不考虑动机因素……按尼诺的说法,‘法律忽略了人的行为的一般精神因素——动机’。”<sup>[31]</sup>简单地说,动机才体现了人的真实存在,因为某种动机正是当事人选择如此行为的根源所在,对动机不加考虑,自然也就难以对犯罪行为作出真实评价。实际上,动机不仅仅是审查犯罪情节时需要考虑的对象,它本身就涉及犯罪行为能否成立以及构成何种犯罪的问题。只有将过错与动机结合起来考虑,才能够真正确定某类行为是否构成犯罪以及在法律上是否要承担责任。对动机的遗忘,严格说来也就是对人的漠视。

主观和客观总是永恒存在着矛盾。过于强调客观,会使法律远离人的真实;但反过来也是一样,着重对主观方面的推测与探究,既可能放纵法官的自由裁量权,也会导致法律适用上的不平等。富勒将之称为法律所面临的“一道无解的难题”:“虽然一种超然的正义标准注定有时会显得过于严苛,但一种试图探测和把握私人世界之疆域的体贴的正义的标准却在情在理都无法做到不偏不倚。”在他看来,“法律不知道任何可以帮助它超越这种矛盾处境的魔法”,因此,“它不得不踏上一条不确定的中间道路,在处理某些涉及明显能力不足的案件时放宽适用理性人标准”。<sup>[32]</sup>也就是,对客观标准予以适度放弃,而通过主观方面的考虑来弥补法律所可能存在的不足。下面我们即根据立法和司法实践,来探讨这条“中间道路”的可能走法。

#### 四、个人独特性与法律普遍性的调适

怎样来解决个人的独特性与法律的普遍性之间可能存在的矛盾呢?本文认为,在现代法律中,可以通过以下几个方面的努力来缓解人与法之间所存在的固有张力。

[30] 前引〔27〕,克尼佩尔书,第72页。

[31] [英]科斯塔斯·杜兹纳:《人权的终结》,郭春发译,江苏人民出版社2002年版,第254页。

[32] [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第85页。

### (一) 在法律的调整范围上, 划定个人私域的范围, 确保个人不因社会化而被同质化

“公域”、“私域”是对人们参与社会生活的两个不同层面的简单称谓。前者即公共领域, 也就是公民参与国家管理与社会管理的活动领域。在这一领域中, 人们可以聚集在一起, 发表意见, 针贬时政, 从而体现公民的政治责任和社会使命。私域则是纯属个人的私生活领域, 大致包括个人的日常活动范围和家庭生活领域两个方面。从个人而言, 它们的内心世界、个人信息与私人圈子都属于典型的私生活的范围, 而家庭虽然也是常见的社会单位, 但更多地是聚集亲密个人的场所, 也属于私生活固有的空间。

个人在私生活上享有的自由, 是最为典型的消极自由。消极自由与积极自由是英国著名思想家柏林关于自由的一种分类。前者是一种“免于外在阻碍的自由”, 后者是一种“做某事的自由”。柏林的主张是: “对‘自由’这个词的每一种解释, 不管多么不同寻常, 都必须包含我所说的最低限度的‘消极’自由。必须存在一个在其中我不受挫折的领域。”<sup>[33]</sup> 简单地说, 必须划定一个专属公民个人自治的空间, 在那里, 国家和他人不得对权利人的权利与自由进行干涉和强制。个人在私生活上的自由, 借用这一观念可以作出如下诠释: 第一, 私生活上的自由是个人一种行为上的自主。它意味着每一个人都可以根据自己的意愿, 随心所欲地决定自己的人生规划和行动安排, 不受任何其他人的干涉。第二, 与国家通过法律进行管理不同, 私生活虽然也纳入法律的调整范围, 但这种调整只是保护、保障, 防止他人对别人私生活空间的不当干预。换句话说, 法律只能为私生活空间的存在提供一个不受干预的屏障, 并且这种范围的划定既约束其他人, 也约束国家自身。在个人私生活面前, 法律必须容忍与退让。第三, 对于不同的私生活空间, 法律以中立原则为指导, 加以平等的保护。可见, 对私生活的保护是对所有人私生活的保护, 国家不能对此设限, 干预人们自治的空间。

对于个人独特性的保障而言, 私域的确至关重要。个人的独特性源于每个人思想上的独立和生活上的体验, 而这些, 在喧嚣的公众场合并不能够达成。个人思想的成熟首先需要有外在的客观素材, 这意味着人必须参与社会生活, 感受社会发展的动态与情形。但是, 客观的材料只有通过主观心灵的综合乃至新的创造, 才能成为真正意义上的思想。相对来说, 人只有在安静甚至孤立的空间中, 才可能运用自己的心智, 锻造自己的思想。在那样一个空间里, 人可以沉思、体悟、比较, 从而消化外在的社会经验, 形成自己独特的人生感悟。可以说, 没有独立的不受他人控制的私人空间, 就不会有真正意义上的人的独特性的存在。

为保障人的独特性的落实, 法律需要明确界定私域的范围, 允许人们在其中自主、自治, 使人不至于完全地社会化, 以免人成为和他人完全一样的无差别的存在。“在人们的灵魂中, 有一条不与社会相通的小道。人们在这条小路上踽踽独行, 这是一个避开众目睽睽的私人世界。”<sup>[34]</sup> 这个世界能否存在以及是否能够得以维持, 是确定国家民主与否、法律宽容与否的标尺。同样重要的是, 私域的存在并不会妨碍公域的运作。在一定程度上, 公共领域的政治和社会活动能否得以正常、有效地运作, 取决于私域环境中所陶冶出来的个人的独特性。

### (二) 在法律的调整对象上, 承认弱者存在的事实, 为少数人提供补足能力的法律保障

法律追求平等, 然而各种自然的、社会的因素会加剧本来就具有独特性的个人在心理、生理、能力等方面的分化。停留于形式平等的法律无视这些分化, 在“平等”的名义下可能导致强者愈强、弱者愈弱的社会不公正结果。

[33] [英] 以赛亚·柏林:《自由论》, 胡传胜译, 译林出版社 2003 年版, 第 234 页。

[34] [美] 赫舍尔:《人是谁》, 隗仁莲译, 贵州人民出版社 1994 年版, 第 54 页。

根据弱者的不同成因，我们可以将弱者分为以下五类：

类型	心理上的弱者	生理上的弱者	能力上的弱者	机会上的弱者	境遇上的弱者
特征	缺乏自主性与进取心；恐惧与惶恐；依赖感强	体能、精神健康、身体状态较诸一般人为弱	缺乏理性和合理计划，无法确定自己的利益所在	命运不济，其失败与个人努力程度无关	在特定环境中处于孤独、依赖地位
典型人物	期待国家匡扶正义、保持社会公平者	儿童、老人；精神病患者；残疾人	智力较弱者；无法自主选择者；容易被蒙蔽或欺骗者	失业者；天灾人祸、意外事故的受害人	劳动者；患者；犯罪嫌疑人

上述表格反映的只是社会学意义上一般弱者类型的划分。对于真正的法律上的弱者来说，还必须同时具备几个相关条件：(1) 弱者是“自然剥夺”的结果，如天生的残疾。国家和法律在此时将他们视为弱者，不仅是人道主义的考虑，也是一种相对公平的做法。残疾的概率、事故的概率等如果是个定数的话，那么残疾人、不幸者就是“占有”了我们的份额的人。因而，对于社会上其他成员而言，通过纳税、捐款为他们提供帮助，这是合乎道义的。(2) 弱者已经付出了与普通人一样的心智和体力，然而由于能力较弱、运气不佳，最终变得在生存上无法维持。这不是要迁就人类的惰性，那些不思进取的人，本身就不能算作弱者。(3) 弱者的形成源于制度性和社会性的因素，如种族歧视、性别歧视等，这与当事人是否努力毫无关联。同样，如果弱者本身就是由国家通过政策和法律造成的，国家承担相应的救助责任也就是正当的。(4) 弱者的地位是短期内不可改变的，例如就业的员工和劳动者就是如此。按照学者的说法，这是一种“客观且贯彻始终的劣势”。其衡量标准有二：一是处于劣势的一方不拥有与处于优势的一方相抗衡的力量；二是处于劣势的一方与处于优势的一方彼此的地位是不可互换的。<sup>[35]</sup> (5) 弱者无法依靠自身的力量来自我补足。如果一个人在某些方面属于弱者，在其他方面却是强者，可以利用自己的优势来补足自身的缺陷，他同样也不属于法律所要关注的弱者。

对于弱者的保护，从宏观的层面上而言，是确定福利权这样一些社会保障权，为弱者的能力进行法律上的补足。在以往，社会福利往往体现为一种国家的恩赐，在人们遇到天灾人祸时，由国家扮演“扶贫济困”的角色。然而，现代社会已逐步向风险社会过渡。所谓风险社会，说到底，就是人无法控制自己的命运。“人口统计学显示，新的经济自身产生了一个问题。农业工人和工业工人对他们的生活和尊严都丧失了控制权，每天仅能维持基本生活，不知道什么时候就会被当作冗员而遭解雇。”<sup>[36]</sup> 在这样一种社会背景下，社会福利就不是国家的恩赐，而是人们的权利了。它意味着，国家为保障人的尊严，有义务为那些濒处困境的人们提供救助。毕竟，在某种程度上说，“尊严”意味着体面的生存。当人们竭其所能仍然不能获其生活所需时，国家就无法推卸自己的责任。“生活最低标准和通常的社会保险不是施舍；它是人们固有的权利，因为食物、住所和健康是行使自由的必要条件。自由本身意味着拥有多种选择。当然，饥饿、寒冷、疾病和贫穷本身是不幸的。除此之外，它们还是自由的敌人。”<sup>[37]</sup>

至于在具体法律场景中，对于未成年人、精神病人、残疾人所设定的特殊保障措施，大多是以人道主义精神，适度地减轻对这类人的能力要求。正如学者所指出的那样：“人们必须对被忽

[35] 参见洪艳蓉：《现代民法中的弱者保护》，《河南省政法管理干部学院学报》2000年第4期。

[36] [美] 马克·A. 卢兹：《经济学的人本化：溯源与发展》，孟宪昌译，西南财经大学出版社2003年版，第38页以下。

[37] [美] 弗里德曼：《选择的共和国——法律、权威与文化》，高鸿钧译，清华大学出版社2005年版，第77页。

视了的被告的具体特性予以谨慎地关注。这些特性可以划分成身体的和精神的。在每一种情形中，对于限制行为能力都须予以一定的考虑。首先，考虑一个人的身体缺陷。对于一个盲人只能依据一个合理、谨慎的盲人的注意标准去认定其过失，而不是依明眼人的标准。其次，对于儿童的过失不能以成年人的标准去认定，而应依与其同龄的、经验相当的儿童的标准认定。”〔38〕

（三）在法律的规定内容上，根据所涉事项的不同，区分普遍化和特殊化的不同规定方式

首先，在涉及年龄、时间、数量等需要计量的场合，可由法律作出统一的规定。在许多事项上，例如资格的确认、行为的评价以及责任的担当等方面，往往需要通过设定整齐划一的标准，对全体社会成员提出同样的要求。此时，就需要确定一个合理的界限，以此来决定是否赋予个人权利或要求其履行义务。诸如无行为能力者的年龄界限、诉讼时效的计算、结婚年龄的确定等等，表面上看，这些规定的确有些机械，没有考虑到特定人的特殊情况，但是，这种“一刀切”的规定又是可以理解的：第一，法律上所采取的标准大多都是“自然”的标准。相对于要作出法律上的推断、推理而言，这种规定具有客观性和可操作性，从而避免了法律必须对每一个人的独特性作出鉴定的困境。第二，这种规定同样也是综合社会经验及大部分人的实际情况所作出的。例如，18周岁作为人的成年的起点，可以说就是考虑了社会上一般人心智成长的普遍情形。第三，这种完全平等式的规定，对于法律的存在而言也是极为必要的。正如哈特所指出的那样，“近乎平等”这个事实，“最能彰显相互自制和妥协的体系的必要性，它是法律和道德义务的基础”。按照平等要求，有能力的强者也必须做到克制、容忍。“这样规定自制的社会生活，有时候会很无聊；但是较之让近乎平等的人类不受拘束地彼此侵犯，这种社会生活显得没有那么恶劣、残忍或粗鲁。”〔39〕一句话，为了社会的和平与安宁，法律需要扮演“抑强扶弱”的角色，在一定场合强行克制人的独特的个性。

其次，在立法上无需计量的场合，应当综合社会常理和普遍价值来对人的独特性作出是否可以考虑免责的决定。我们常将法律称为“最低限度的道德”，这意味着一个人的行为无论如何追求新奇、个性都不能动摇社会得以维系所需的底线，一个人无论有多少主观上的理由都不能用来对抗为社会一般人所公认的客观准则。霍姆斯曾指出，“人们生活在社会中，某种正常的行为，即牺牲个人超出某一点之外的那些独特性，对于普遍的福利而言是必要的。比如，一个人若生来就比较草率而笨拙，总是搞出一些意外，伤害他自己或邻人，无疑，在上帝的法庭上，是会宽恕他的天生的缺陷的，但他的失足带给他的邻居的麻烦，并不比邻人因为有罪的疏忽所遭受之麻烦更小。因而，邻人会要求他自担风险，符合他们的标准，他们所建立的法院也将会将他个人的因素考虑进去。”〔40〕当然，在某些特殊情况下，人的独特性又是可以考虑的。格劳秀斯认为，“当我们调整对于具有邪恶倾向的建议是抵御还是顺从时，应当考虑到个人的能力，包括判断力、处事能力、年龄、教育程度以及其他任何有关的情况”，例如，“危险就在眼前的想法会增加恐惧，而近期的、还未消减的痛苦会引起愤怒。在这两种情况下，理性的冷静控制都已经丧失了”。〔41〕这种类型的特殊境遇对人的心境和行动所产生的特殊影响是立法者必须考虑的。只有这样，才能使法律的规定真正与人的独特性结合起来。总之，法律要注重统一的标准，但法律又不是不近人情的机器。

再次，在同样的法律标准中，立法上可以根据主体的不同，采取区别对待的方式，从而使法

〔38〕 [美] 迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第267页。

〔39〕 [英] H. L. A. 哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社2006年版，第181页。

〔40〕 前引〔10〕，霍姆斯书，第94页。

〔41〕 [荷] 格劳秀斯：《战争与和平法》，何勤华等译，上海人民出版社2005年版，第300页以下。

律的运作更适合现实社会中的不同个人。在学者看来,标准与规则的结合,可以为法律的个别化提供保障:“一条法律规则,如果与某种标准结合在一起,就具有使自己适用于每一个案件的特殊情况的手段。根据法律规则,对某人的行为方式法律并没有明确的规定,但可以参考标准来进行衡量,那么,这个行为就能够产生确定的法律后果。”<sup>[42]</sup>当然,法律要保证其对社会的普遍调控,所设定的标准大多是抽象的,这固然为法律涵摄更多的事项提供了基础,但也存在着不可避免的弊端:一是标准越普遍、越抽象,就会与现实的个人及其行为离得越远;二是标准过于模糊或不确定,也会在一定程度上助长法官滥用自由裁量权。所以,在一定场合将抽象的标准类型化,可以将个人的独特性与法律的普遍性较好地予以结合。

#### (四) 在法律的实施方面,以衡平方式追求法律实施的个别化

普遍性固然是法律应有的追求,但是,“法律越是具有普遍性,它与具体行为相距就越远”,原因在于“事实的细微判别是无止境的,法律不可能涵盖所有这些细微的差别”。<sup>[43]</sup>正因如此,通过法律实施的个别化来保证个案公正的实现,确为法律运作的不二法门。萨维尼就曾指出:“法律规则都是为当事人所制定的,当事人的现实利益就是法律的公正目标的实现。因而当事人的利益不应该屈从于法律规则的统一性和一致性。”<sup>[44]</sup>可见,法律必须有一个“个别化”的过程。它意味着在统一的规则框架之下,法律实施过程里仍然要考虑个案中特定的行为人以及其所呈现的特定法律事实。这里以司法审判来说明这一问题。

为什么司法中的法律适用应当个别化?这首先与立法与司法的关系相关。大致说来,立法是一个由个别到抽象的过程,它在综合人们的共性和事态普遍性的基础上,确立起一套抽象的规则;但对于司法而言,情形则恰好相反,是将抽象的规则适用于具体的个案之中,而“个案”则既与特定的人有关,也与特定的事有关。在适用抽象的法律规则办理案件的时候,立足于个案中特定的人与特定的事,才可能使抽象的规则所包含的意义得以呈现。所以,“制定法和习惯法,可谓只是半制成品,它们只有通过司法判决及其执行才趋于结束。法律由此继续不断地重新创造着自己的这一过程,从一般与抽象走向个别与具体。它是一个不断增加个别化和具体化的过程。”<sup>[45]</sup>其次,这与个案本身的特殊性有关。每一个特定的个案,都是由特定的行为人引发的法律事件,而“法律是普遍的,应当根据法律来确定的案件是个别的”。<sup>[46]</sup>这就可能产生普遍与个别的矛盾:抽象的规则可能并不完全适用于个案所表征的具体现实,个案的特殊甚至可能颠覆既存的规则。加达默尔明确指出,在法律应用的过程中,执法者必须松懈法律的严厉性,“这倒不是因为法律本身有缺陷,而是因为相对于法律所认为的秩序来说,人的实在必然总是不完善的,因而不允许有任何单纯的法律的应用”。<sup>[47]</sup>这里所指的“不完善”,可以理解成固定的规则实际上无法完全量化大千世界中人的行为,因而必须通过对行为意义的阐释,来疏释法律的刚性,并使法律的相关规定能够真正适用于不同场合下人的行为。再次,司法对法律的个别化适用,也是个案正义的必然要求。对于具体的司法活动而言,其任务就不是去确定社会的整体正义应当包含哪些内容,而是要分析在某

[42] [英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第116页。

[43] [法]邦雅曼·贡斯当:《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文、刘满贵译,上海人民出版社2003年版,第248页。

[44] [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,法律出版社1999年版,第65页。

[45] 前引[15],凯尔森书,第152页。

[46] 马克思:《关于新闻出版自由和公布省等级会议辩论情况的辩论》,载《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1995年版,第180页。

[47] [德]汉斯-格奥尔格·加达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》上卷,洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第409页。

个特定的纠纷之中，正义为何受阻而没有得以完满地实现？显然，从司法方法论的角度来说，这时需要的就是将法律拟定的标准进行细化，确定在个案中“正义之要求为何，质言之，‘正当’的判决为何”。〔48〕一个针对特定个案所作的判决，在正义的实现上自然也应以个案所昭示的事实和相关法律规则为限。

法律适用的个别化，在司法审判的场合，就是法官要在法律的抽象规定之下，合理地考虑因人的独特性所进行的特别行为。“法律制度的任务首先是要解决冲突，而解决冲突的理智做法只能是，每个冲突都要依据其个案特点来解决，并且要与众多其他可以事先预见的相同或近似的冲突联系起来做出评判。”〔49〕所谓“个案的特点”，说到底也就是某一特定案件中由于人的独特性所产生的例外情况，比如与常人不一样的理解能力，生活和工作中的特殊际遇，所面对的特殊的受害人或者所处的特殊的行为场地，等等。人们常将法官与医生相提并论，因为两者都担负着治病救人的职责。医生从来不根据所谓“一般的疾病”来开具药方。他们必然要对一个病人在仔细观察、询问的基础上，因人而异，对症下药。同样的道理，法官也只有深入到个案之中，了解是否有独特性的因素使得案件的发生不可避免，如此才算是公正而人道的司法。德沃金指出：“政府可能为了某人或公共的利益而监禁该人，但是，这样做的基础只能是该人的行为，而且，必须从他的自我判断的同一角度去判断他的行为，即从他的意图、动机和责任能力。人们一般认为，他们的行为是他们的选择，但是，在特殊情况下如事故、被强迫、被威胁或在病态下，则不是自己的选择。”〔50〕换句话说，对一个人能否课以法律责任，关键是看在某些特殊的背景下，当事人的行为是否属于他自己的自由选择。不区分这种不同情况，刑罚的施行就是任意的、不人道的。哈特也举例说，一个人“在面对一个开着的钱箱时”应当具有自控力，毕竟这是别人的财产；“但在面对一个与人通奸的妻子时则不然”，正常的人在这时都会有过激的行为反应。这时，法官所要做的，是“询问一个‘有理智的正常人’在此情况下是否会丧失（譬如因为激怒）自我控制”。〔51〕可见，司法的个别化更多从特定个人的角度，来判断行为人作出该类行为的动机、目的究竟是什么，以便根据特定的案犯确定不同的法律责任。

司法过程中法律适用个别化的意义，国外学者作了很好的描述。以刑法为例：“从法律规定的刑罚到法官决定的具体的刑罚，个人化构成一种正义和衡平的方法，它赋予法官的判决行为以个体化性质。”其特殊的意义在于，通过刑法适用的个别化，一是追求“最适宜、最有效同时也是最公平的刑罚的可能”；二是“在决定刑罚阶段，刑罚个人化给予作出判决的法院在宣告被告人有罪后，思考刑罚原则的机会，即便法院并未适用刑罚”。〔52〕通过个别化，不仅在具体的个人与抽象的规则之间进行了有机的连接，同时也有助于实现同样情况同等对待、不同情况不同对待的公正要求。个别化对法律起着细化、补充并最终发展法律的作用，因而已成为一种基本的法律运作模式。正如庞德所指出：“对法律规范的衡平适用或个别化适用，已愈来愈为今日的法律所倡导。不管是对于行政还是司法，它都是管理活动的生命所在。”〔53〕没有法律适用上的个别化，就不会有针对不同的个人所作出的法律上的裁决。

有人可能担心，允许法官根据个案的当事人来实现法律适用上的个别化，会破坏法律规则的立法意旨，从而导致法官权力的滥用。实际上，将任何法律规则的意义“凝固化”，都是无视现实生

〔48〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第5页。

〔49〕 [德] 迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第12页。

〔50〕 [美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第26页。

〔51〕 [英] H. C. A. 哈特：《惩罚与责任》，王勇等译，华夏出版社1989年版，第32页。

〔52〕 参见 [法] 戴奥多雷·巴芭戴奥多鲁：《法国新刑法典中的刑罚个人化》，魏武译，《外国法译评》1998年第4期。

〔53〕 [美] 罗斯科·庞德：《法律与道德》，陈林林译，中国政法大学出版社2003年版，第80页。

活中不同的个人在不同的事态下所形成的案件的特殊性。在规范效力层次相同而内容相悖的情况下,对个体情境的最适用性则是规范适用的基本依据。在判例法中,具体情境的最适用性容易通过冲突事实同既往判决事实的比较得到确定。但在实施成文法的过程中,需要具体分析各规范的实际内涵以及冲突事实的本质,并参照法律规则的要求,在规范与冲突事实之间找出最佳的对应。如果放弃了对“个体情境”的探求,也就从根本上背离了司法的职责。严格说来,司法公正寄寓于个案公正的实现,法律的“大词”要落实于生活中的“小我”,桥梁需由法官架起。法官应该把法律看成是解决与调整问题的指导性框架。在这个框架中,法官们应运用自己的权力,以其自身的个性和活力自由地补充与充实法律的内容。

---

**Abstract:** The dilemmas of modern law are the contradictions and conflicts between the uniqueness of individual and the universality of law. For one thing, the uniqueness of individual is a fact and a kind of necessity. Natural talent, living environment and the capability of self-creation form the uniqueness of every individual which is different from others. For another, the existence of community, the law in quest of formal justice and the ideal nature of law, make law consider the common nature of man more than its uniqueness. Moreover, the unity of individual's nature, the openness of self and the similarity of individual's action ensure the public characters of law. Through abstraction, typification, identification and personalization of legislation, modern law finally establishes the universality of law. However, the conflicts between the uniqueness of individual and the universality of law are very obvious.

Firstly, the universality of law focuses on man's action and forgets his existence. In other words, the universality of law qualifies its regulating object on the action and neglects the subject who adopts the action. Secondly, the universality of law emphasizes equality and ignores differences of men, which does not consider the differences of capability, inner quality and so on among people at all. Thirdly, the universality of law stresses the objectivity and omits subjectivity. Emotion, desire, intention, purpose and so on are not the objects of law.

Because of these conflicts, the tension between the legal rules and real individuals cannot be reconciled. In order to solve these dilemmas, the law must protect the private sphere of individual and the freedom of personality so that it can provide a favorite institutional environment for the forming of the uniqueness of individual. And then, the modern law must determine the weak in law and give them special protection. At last, through the way of individuation, the modern law prescribes different legal rules and makes different adjudications basing on the uniqueness of individual in legislative and executive levels. Accordingly, the abstraction and rigidity of legal rules can be minified properly.

**Key Words:** uniqueness of individual, universality of law, individuation of law

---