

# “法律责任”概念之澄清

蔡宏伟

**【摘要】**面对当代中国法学对“法律责任”概念的混乱理解和中国社会“法律责任”观念的严重缺失,笔者尝试通过参考西方的法律理论和实践为“法律责任”提出一个清晰严谨的概念界定。通过借鉴庞德、霍菲尔德尤其是哈特的理论,本文将严格意义上的“法律责任”界定为“违法者在法律上必须受到惩罚或者必须做出赔偿”,亦即“存在于违法者和救济之间的必然联系”。不仅如此,笔者还根据哈特的法律责任理论,阐发其特殊的“法律责任观”,揭示出这种“法律责任观”同古典自由主义传统之间的内在关联。笔者甚至设想以哈特的“法律责任观”为指向,提出一种以有限政府观念为基础的“责任本位论”,以求克服“权利本位论”日益暴露出来的理论不足和实践缺陷,为消除社会乱象、解决疑难案件和推动法律理论创新注入智识动力,为法律精神的全面更新和法治文明的健康成长作出理论贡献。

**【关键词】**法律责任;有限政府;责任本位论

**【作者简介】**蔡宏伟,吉林大学理论法学研究中心、法学院讲师,国家“2011计划”·司法文明协同创新中心研究员。

**【原文出处】**《法制与社会发展》(长春),2020.6.85~104

**【基金项目】**本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“权利视野下法治政府建设的理论与实践研究”(16JJD820005)的阶段性成果。

笔者自20世纪90年代初进入法律之门,始终有一个萦绕心头而得不到解决的问题:“法律责任”这个术语所要表达的一般概念到底是什么?进而,“刑事责任”“民事责任”这些术语所要表达的具体概念又是什么?长期以来,中国法学所提供的现成答案主要是“第二性义务论”和“后果论”或“制裁论”;但是这些答案并不能令笔者满意,因为它们有使“责任”概念和“义务”概念或“制裁”概念相混淆的危险。经过长时间的文献阅读和对法律实践的观察,笔者似乎看到了解开心中心疑惑的曙光,希望本文的写作能为这一困惑了笔者将近三十年的问题提供一个至少令本人满意的答案。在本文中,笔者主张,严格意义上的“法律责任”对应的英文法律术语(term)是“liability”;其所表达的法律概念(concept)是:“违法者在法律上必须受到惩罚或者必须做出赔偿”,亦即

“存在于违法者和救济之间的必然联系”。这是一个起源于西方并经过长期发展而得到普遍承认的法律概念。<sup>①</sup>关于这个法律概念,可以有不同的法律观念(conceptions),笔者赞成哈特所阐发的一种特殊的“法律责任观”,这是一种同洛克以降的古典自由主义传统高度契合的“法律责任观”。

## 一、中国法学关于“法律责任”的认识现状

(一)中国法理学主流教材对于“法律责任”的认识近三十年不变

最新版的全国高等学校法学专业核心课程教材《法理学》(第五版)对“法律责任”有这样的陈述:“由于‘责任’一词在不同语境中具有不同的含义,加之其在法律文献中时常被按照不同的语义来使用,这就使得对法律责任的界定显得十分困难,以至迄今为止,在中国法学界乃至世界法学界尚没有一个能

够被所有人接受并能适用于一切场合的有关法律责任的定义。中国法理学者们通常把法律责任分成广义法律责任和狭义法律责任两类。按照这种区分,广义的法律责任就是一般意义上的法律义务的同义词;狭义的法律义务则是由违法行为所引起的不利法律后果。……越来越多的学者倾向于在狭义上使用‘法律责任’这一术语。”<sup>②</sup>该教材还列举了三种界定“法律责任”的方案,即法律的否定性评价、法律上的不利后果、一种特殊意义上的义务;并主张把“法律责任”理解为“由特定法律事实引起的对损害予以补偿、强制履行或接受惩罚的特殊义务,亦即由于违反第一性义务而引起的第二性义务”,即所谓的“第二性义务论”。<sup>③</sup>上述认识有以下优点:一是指出了“法律责任”的多义性,在不同语境中,“法律责任”往往具有不同的含义;二是指出了“法律责任”和“法律义务”作为同义词使用的情况;三是触及了本文所主张的“法律责任”概念中的一些基本内容,即对损害予以补偿或接受惩罚。但是,其缺陷也是很明显的:首先,上述认识虽然已经认识到了“法律责任”的多义性,但是没有对其在不同语境中的不同含义进行耐心细致的分析,只是采取了“广义”和“狭义”的粗糙分类;其次,无论哪一种界定“法律责任”的方案,都有把“法律责任”概念本身同归责后果相混淆的危险,最常见的概念混淆就是把“法律责任”同“法律制裁”尤其是“法律义务”在概念上相混淆。主流法理学教材虽然已经意识到“法律责任”和“法律义务”是两个不同的概念,并且也在努力探讨专属于“法律责任”的独特概念,但是仍然不能完全摆脱“法律义务”概念的干扰。即便是把“法律责任”定义为“特殊义务”或者“第二性义务”,其在性质上仍然被看作是“义务”。这显然既不能避免概念上的混淆,也不能对法律实践给出有效的理论解释。对比后文提到的西方把“法律责任”看作是“违法者在法律上必须受到惩罚或者必须做出赔偿”(亦即“存在于违法者和救济之间的必然联系”)的理解或者“必须服从法律能力的控制或支配”(亦即“作为与‘power’具有相关性的概念、与‘immunity’相对立的概念”)的理解,目前中国法学对于西方概念的继受是不准确的。如果说我们是在创造性地提出自己的概念,那么,我们的

概念也仍然没有达到西方概念那样的清晰严谨。我们当然可以有自己独特的法律概念,但是我们创造的法律概念既要同中国的法律实践相契合,又要方便与国际同行进行交流。尤其自清末修律以来,在近现代中国整体继受西方法律制度的背景下,我们最好还是在理解和尊重的前提下再行创造。对此,江平教授有清醒的认识。他明确指出:“近代以来,法治后进国家在其法制建设过程中或多或少地走了一条法律翻译、法律移植和法律本土化的道路。而中国的法制建设也无法离开对外国法和外国法学理论的学习、借鉴和吸收。”<sup>④</sup>

(二)中国刑法学和民法学主流教材长期沿袭陈旧的错误认识

陈忠林教授主编的《刑法总论》(第二版)关于“刑事责任”列举了七种代表性观点:法律责任说、制裁说(或刑罚处罚说)、法律后果说、否定评价说(或称责难说、谴责说)、法律义务说、刑事负担说、法律关系说。其中,前五种代表性观点基本上是对法理学教材相关内容的简单重复,该教材最终以“刑事负担说”为基础对“刑事责任”概念提出了定义。<sup>⑤</sup>唐耀尧教授指出:“虽然刑事责任已是我国刑事法律的专用术语,但有关刑事责任的内涵,由于缺乏权威的法律解释,国内刑法理论界意见不一,相关著作和论述也作了不同的表述……”<sup>⑥</sup>高铭暄教授直言:“在目前犯罪论、刑事责任论、刑罚论的三大理论板块中,刑事责任论的研究是最为薄弱的。一定意义上可以说,刑事责任的基本理论范畴还没有建立起来。”<sup>⑦</sup>

同样,中国民法学关于“民事责任”的基础理论研究也并不乐观,像中国刑法学关于“刑事责任”的基础理论研究一样,中国民法学关于“民事责任”的基础理论研究整体上还停留在中国法学三十年前的研究阶段,所谓的“后果论”和“第二性义务论”占据了主流论述。徐国栋教授所著的《民法总论》(第二版)这本新近出版的教材列举了五种关于“民事责任”的代表性观点:处罚说、后果说、责任说、义务说和担保说。其中,前四种观点均出自二十多年前张文显教授的专著《法学基本范畴研究》,而“担保说”也是三十年前梁慧星教授在《论民事责任》这篇论文中引用的我国台湾学界的观点。最终,徐国栋教授

关于“民事责任”的理解采用了张文显教授提出的“第二性义务论”。<sup>③</sup>可以毫不夸张地说,中国法学关于“法律责任”(包括“刑事责任”和“民事责任”在内)的基础理论研究总体处于严重停滞的状态,其具体观点不仅陈旧而且错误。希望本文能够为这种令人失望的研究局面打开一个小小的缺口。

### (三)中国学界对于西方“义务”概念和“责任”概念的混乱翻译和错误理解

在当代西方,尽管“duty”以及常与之交替使用的“obligation”有较为确定的意义,但是对于引进异域法律文化的中国学人来说,仍然存在着翻译上的困难甚至理解上的错误。各种中译本对于“duty”和“obligation”的翻译现状在一定程度上反映了中国学术界对“义务”概念和“责任”概念的混乱理解。以哈特(H. L. A. Hart)所著的《法律的概念》为例,中国译者在遇到“duty or obligation”这种表述时,将其翻译为“义务或责任”;<sup>④</sup>在遇到“obligation and duty”这种表述时,将其翻译为“责任和义务”,<sup>⑤</sup>这似乎给人一种印象:译者有意用“义务”严格对译“duty”,用“责任”严格对译“obligation”。其实不然。因为在该译著中遇到“duty”单独使用时有被翻译为“责任”的情况,<sup>⑥</sup>在遇到“obligation”单独使用时有被翻译为“义务”的情况。<sup>⑦</sup>由此可知,在该译著中,无论是“duty”还是“obligation”,同中文的“义务”或“责任”都没有严格的对应关系。这反映了对“duty”和“obligation”两个术语在概念上的混乱理解,更反映出了对西方语境中“义务”和“责任”这两个不同概念的混乱理解。同样性质的错误也存在于另一本重要的法学译著《认真对待权利》当中,当遇到“duty”和“obligation”同时出现在一个英文句子中时,中国译者有意进行区分性的翻译,把“obligation”翻译为“责任”,把“duty”翻译为“义务”;<sup>⑧</sup>遇到“obligation”在英文句子中单独使用时,既有翻译为“责任”的情况,<sup>⑨</sup>也有翻译为“义务”的情况;<sup>⑩</sup>遇到“duty”在英文句子中单独使用时,既有翻译为“责任”的情况,<sup>⑪</sup>也有翻译为“义务”的情况。<sup>⑫</sup>这种法学翻译的混乱局面在2017年出版的《牛津法理学与法哲学手册》(中译本)中仍然存在。<sup>⑬</sup>另外,这种混乱情况不仅存在于中国法学界,还存在于中国伦理学界。比如,在一本叫作《伦理学是什么》

的译著中,当“duty”和“obligation”同时出现在一个英文句子中时,中国译者有意进行区分性的翻译,把“duty”翻译为“责任”,把“obligation”翻译为“义务”;<sup>⑭</sup>当遇到“duty”在英文表述中单独使用时,既有翻译为“责任”的情况,<sup>⑮</sup>也有翻译为“义务”的情况。<sup>⑯</sup>也许受到笔者批评的上述中国学者会辩解称:正像中文有多义词一样,英文也经常存在一词多义的情况,而中国译者正是根据具体语境灵活调整了对“duty”和“obligation”的中文翻译。但是,这种辩解是不能成立的,因为在上述例子中,“duty”和“obligation”都无一例外地表达了西方的“义务”概念,而不是西方的“责任”概念。那么,西方的“义务”概念是什么呢?西方的“责任”概念又是什么呢?

### 二、根据西方经典法律理论和立法实践澄清“法律责任”概念

正如中文有多义词,西方的法律术语也存在一词多义的现象。“liability/responsibility”甚至“duty/obligation”也像“right”一样具有不同的意义。相对来说,“duty/obligation”较早取得了使用上的共识,这也为霍菲尔德对“right”甚至“liability/responsibility”进行概念分析提供了便利条件。如果我们仔细阅读霍菲尔德的相关著述,那么就会发现,他在分析复杂多义的“right”时采用了一个聪明的做法,那就是首先通过意义较为确定的“duty”来定位严格意义上的“right”。在本文中,笔者也将借鉴这一便利做法,并利用西方的代表性理论来帮助分析“liability”。

#### (一)西方关于“duty”和“obligation”的传统理解

霍菲尔德之所以能够借助“duty”去分析意义多变的“right”,是因为在他所处的时代,至少分析法学家们对于“duty”已经取得了比较一致的理解,但是这并不意味着,“duty”或“obligation”自始就具有比较确定的意义。根据庞德(Roscoe Pound)的研究,这个局面是到奥斯丁(John Austin)之后才形成的。庞德在其五卷本《法理学》的第四卷中,对“duty”和“obligation”作了详细的历史考察和语义分析。他指出,关于“duty”的一般观念起源于古希腊,具体来说起源于斯多葛哲学(Stoic),最初表达了控制自然冲动(the regulation of natural impulse)的观念。西塞罗(Cicero)以及追随他的罗马法学家从斯多葛学派创始人芝诺

(Zeno)那里引进了这个思想。在罗马法中,法律义务(legal duty)被看作是一种以政治社会力量为依靠的道德义务(moral duty),而所谓道德义务,就是受道德约束。犹太教关于道德性法律的观念最早表达了受道德约束的观念。法律由上帝宣告和实施,所有人受到上帝立法的约束便是每个人的道德义务和法律义务。该观念在基督教伦理中得到了充分发展,并以“obligation”之名成为自然法著作的一部分。显然,无论是“duty”还是“obligation”,都首先表达了一种受到道德约束或道德性法律约束的观念,并且主要是在自然法的传统中得以发展。到了19世纪的时候,伦理学家和自然法学家关于“义务”的传统理解不再被普遍接受,不同的法学家对“duty”和“obligation”给出了不同的定义。直到奥斯丁,英美法学家才一致地使用“duty”作为“right”的相关术语,而“obligation”在普通法中以一种被严格限定的意义与“duty”交替使用;“obligation”在欧陆民法中由于受到罗马法的影响,被专门用来指称因为对人权(a right in personam)而在当事人之间形成的特定关系。庞德明确指出:有表达强制性要求(exaction)或控制(control)的法律概念,比如在严格意义上被使用的“right”和“power”;也有表达不受约束(non-restraint)的法律概念,比如“liberty”和“privilege”;还有表达对强制性要求或控制予以服从(subjection)的法律概念,比如“duty”和“liability”。<sup>②</sup>也许正是因为“duty”和“liability”都表达了服从或受约束的法律概念,所以它们才常常被混淆。但是根据霍菲尔德的深入分析,我们知道“duty”和“liability”服从的对象是不同的,或者说,它们分别与不同的法律概念或术语具有相关性。

(二)利用霍菲尔德的概念框架帮助定位现代西方法律的“duty”和“liability”

在对司法实践中的常用法律术语作出经典分析的西方学者当中,霍菲尔德是比较突出的一个,且本文所关注的“duty”和“liability”恰好占据了八个基本术语中的两个,我们不妨借助他的研究成果来进行概念澄清的工作。霍菲尔德指出,“right”是一个意义宽泛的、被随意使用的术语,这个术语除了在最严格的意义上,即“claim”(要求)的意义上被使用,还常常被用于“privilege”(特权)、“power”(能力)、

“immunity”(免责)的意义。为了使模糊不定的“right”获得明确、恰当的意义,霍菲尔德首先借助意义更为确定且与“right”具有相关性的“duty”来阐明“right”的严格意义。在他的概念分析中,“duty”的作用就如同西方填字游戏中的提示信息,即通过“duty”的明确意义来锚定“right”的意义。<sup>③</sup>“一个义务(a duty)或者一个法律义务(a legal obligation)就是某人应该做或者不应该做。‘义务’(‘duty’)和‘权利’(‘right’)是相关性的(correlative)术语。在一项权利被侵犯的时候,一项义务就被违背了。”<sup>④</sup>假设说,Y负有一项应该远离X的土地的义务,就意味着X对Y拥有一项相关性的权利,即X“要求”Y远离自己的土地。这就是在最严格的意义上使用“right”这个术语的情况。<sup>⑤</sup>用霍菲尔德的话说:“……如果X对Y有一项权利,权利的内容是Y应该远离X的土地,与之相关的事项(以及同等的事项)就是Y对X负有一项义务,义务的内容就是Y远离X的土地。在这种被限定的、适当的意义上,如果我们应该为‘right’这个术语寻求一个同义词的话,……也许‘claim’这个词会被证明是最好的。”<sup>⑥</sup>霍菲尔德除了利用术语之间的相关关系,还利用术语之间的对立关系,由意义确定的“duty”界定出了“right”这个术语常被使用的第二种意义,即“privilege”,“a privilege”(一项特权)是“a duty”(一项义务)的对立面。根据霍菲尔德所使用的例子,鉴于X对Y有一项权利(a claim),权利的内容是Y应该远离X的土地,X自己有进入到那个土地上的一项特权(a privilege),也就是说,X没有远离那个土地的一项义务(a duty)。X进入到那个土地上的特权是对X远离那个土地的义务的否定。<sup>⑦</sup>尽管霍菲尔德分析的目标是“right”,我们反其道而用之,刚好把握到了“duty”的确定意义:即在一个特定的法律关系中,一方当事人自己享有做某事的特权,自己以外的其他人不能要求他不做该特定事项,也就是说,他对自己以外的其他人不负有不做该事项的义务;相反,他能够要求其他人不做该事项,其他人对他负有不做该事项的义务。概括地说,作为与“right”相关或与“privilege”相对立的概念,“duty”就是应该做某事或不应该做某事。

作为本文重点探讨的核心概念,“liability”同

“duty”是两个完全不同的概念。根据霍菲尔德的概念分析,“right”的第三个意义被称为“power”,“liability”和“power”是相关性的概念;“right”的第四个意义被称为“immunity”,“liability”和“immunity”是相对立的概念。在特定的法律关系中,一方被授予“power”,与之相关的另一方就负有“liability”;如果一方行使法律授予或认可的能力,那么,与之相关的另一方就必须服从能力的安排或支配。霍菲尔德举了很多民事法律关系的例子来说明“power”和“liability”。比如,在合同关系中,如果要约人A向受要约人B提供了一个要约,那么,这个要约就创造了B接受要约的能力。也可以理解为,A把接受要约的能力授予给了B,同时A就有责任或必须服从B接受要约所产生的相应的法律效果;也就是说,一旦B接受要约,那么,A就有责任或必须按照要约内容履行相应的合同义务。<sup>⑧</sup>他还以代理关系为例说明“power”和“liability”。被代理人P授予或创设了代理人A的各种能力,比如清偿P的债务的能力、接受产权证以使财产归属于P的能力等等。一旦代理人被授予代理权,那么,代理人就能代表被代理人创设、剥夺或改变严格意义上的“right”,以及创设或改变“duty”,甚至创设新的“power”(比如再代理的情况),被代理人就将受制于代理人对代理权的行使,必须接受代理人行使代理权所产生的法律后果。代理人的代理权和被代理人的责任实际上是一种支配与被支配、控制与服从的关系。这里需要注意的一点是,代理人的代理权是派生性的,是派生自被代理人的法律能力,是由被代理人授予给代理人的。显然,形成代理人与被代理人之间的能力—责任关系有一个前提条件,即被代理人具备创造代理人的代理能力的法律能力。因此我们可以认为,是被代理人行使自己的能力创造了代理人与被代理人之间的能力—责任关系。比如说,被代理人把签订合同的能力授予代理人,代理人签定合同所产生的合同义务将归于被代理人。<sup>⑨</sup>可见,在代理人被授予特定法律能力的同时,被代理人就有相关的法律责任产生,该法律责任使得被代理人必须接受代理人运用其法律能力所产生的相应的法律效果,或者说,被代理人必须服从代理人的安排或支配,这就是被代理人的法律责任。

当然,代理人行使代理权须以谋求被代理人的福祉为目的。这种关于“法律责任”的理解,同洛克(John Locke)所阐述的有限政府理论是相通的,即公民将原属于自己的一部分权利让渡给统治者(亦即受托人),并在这种信托关系中接受统治者的管理和支配。这是众所周知的理论,后文还将有所涉及,在此不赘。另外,尽管笔者没有看到霍菲尔德通过刑事法律关系的例子来说明“liability”这个术语,但是可以通过他涉及的其他公法法律关系的例子以及民事法律关系的例子所蕴涵的逻辑来推论他对于刑事责任的理解。霍菲尔德认为,公共官员(public officers)的能力类似于代理人的能力,比如,根据法院发出的执行令状,地方官员被授予出售特定财产的能力。<sup>⑩</sup>从逻辑上来讲,被出售财产的所有权人就承担了与之相关的责任,就必须接受财产被出售的法律效果。通常认为,民事法律关系中的双方当事人都是私主体,而刑事法律关系中的双方当事人是违法者和国家或国家的代表。于是,根据霍菲尔德分析民事法律关系和其他公法法律关系的逻辑,笔者推论:在刑事法律关系中,被固定地授予能力(比如实施刑罚的能力)的一方只能是国家或国家的代表,而固定地承担责任的一方只能是违法者。显然,霍菲尔德对责任给出了一个非常宽泛的理解:只要有能力存在,就有与之相关的受到能力支配一方的责任。

此外,霍菲尔德也注意到了“liability”经常被用作“duty”或“obligation”的同义词的情况。他自信地认为,立足于对大量司法先例的调查研究,“liability”的恰当内涵能够被充分说明。<sup>⑪</sup>而且,他明确指出,与“liability”最相近的同义词也许是“subjection”或者“responsibility”。<sup>⑫</sup>他举例说明:一个弗吉尼亚州的制定法规定,“所有21岁以上60岁以下的自由的男性白人必须作为陪审员提供服务,除非有以下规定的情况”。他认为,这个法律规定仅仅施加了一项责任(liability)而非一项义务(duty)。诉讼当事人和法庭官员被授予了挑选陪审员的能力,所有21岁以上60岁以下的自由的男性白人都有作为陪审员提供服务的责任。如果没有法定的例外情况,被选中的自由的男性白人就必须服从诉讼当事人和法庭官员的安排,进而履行作为陪审员的相应义务(比如,应当就

被告有罪还是无罪作出裁判)。<sup>③</sup>总之,根据霍菲尔德的分析,在特定的法律关系中,只要一方被授予法律能力,与之相关的另一方就必须服从拥有法律能力一方的支配,即为“法律责任”。前文提到有中国学者把“法律责任”理解为“第二性义务”,究其实质还是混淆了“责任”与“义务”。当特定法律能力被运用以后,服从能力支配会产生新的法律关系,在新的法律关系中,会有相应的法律义务,作为法律责任的后果的法律义务或第二性义务被当作法律责任本身,这显然是对西方“法律责任”概念的误解。

在霍菲尔德这里,我们得到了一个关于“liability”的宽泛理解以及复杂多样的法律应用。但是,正像霍菲尔德自己所坦白的那样,出于实践的目的,他只是给这个术语提供了一个大概的解释(an approximate explanation);他认为,一个太过严格的分析可能具有形而上学的性质,但是并没有什么实际用处。<sup>④</sup>也许出于他分析界定“right”的目的,也许立足于他的分析实证主义立场,对“liability”进行形而上学性质的分析是没有必要的或者是没有用的。但是,要想对“liability”有充分的理解和把握,除了像霍菲尔德那样立足于对判例、制定法以及一些学者的论述进行实证研究和逻辑分析,还必须对“liability”的多义性和模糊性以及与之相关的规范性问题进行深入探讨。我们将在下文借助哈特的理论贡献推进有关“法律责任”的概念理解。

### (三)利用哈特的理论定位“责任”概念

正如前文所言,霍菲尔德认为,与“liability”最相近的同义词也许是“subjection”或者“responsibility”。通过霍菲尔德的分析,我们基本可以把同样具有“subjection”概念内涵的“liability”和“duty”区分开来,但是仍然不能把法律上严格意义的“liability”和意义复杂的“responsibility”区分开来,而且霍菲尔德所定义的“liability”同我们直觉上普遍接受的“法律责任”概念相去甚远。对此,哈特的责任理论将会为我们提供重要的帮助。说到哈特,中国学者立刻会想到他的代表作《法律的概念》,却较少注意到他的另一本重要著作《惩罚与责任》。拉尔夫·林格伦(J. Ralph Lindgren)这样评价哈特及其责任理论:“直到相当晚近,关于刑事责任的讨论一直都被一些模糊

的和含混的看法支配着,这些看法来自有关自由意志的作品,这类作品首先出现在中世纪早期的基督教神学当中。……以赫伯特·哈特(1968)的贡献作为开端,关于刑事责任的讨论才有了重大进展。对于这方面的讨论,哈特作出了许多持久性的贡献,其中有两个特别重要的贡献。其一,哈特认为,就其基本意义而言,责任是一个可辩驳性概念(a defeasible concept)。到目前为止,这种看法已经被普遍接受。行为人被推定必须为其违法行为承担刑罚,除非具有宽恕事由。由此,近来关于刑事责任的讨论都是围绕宽恕条件(excusing conditions)而展开。其二,哈特的另一个重要贡献在于,坚信宽恕违法者的那些理由同施加惩罚的那些理由无关。这个观点已经成为当前正统观点的一部分。宽恕被看作是对惩罚程序所施加的限制,而不是努力对惩罚程序进行微调。”<sup>⑤</sup>有中国论者把“刑事责任”看作是规制刑罚权合理发动的“调节器”。<sup>⑥</sup>尽管这种理论在一定程度上触及哈特所强调的“法律责任”捍卫公民自由、限制政府和法律过度干预的面向,但是因为其理论的不彻底性,“调节器”一说仍然是哈特所不能完全认同的主张。

的确,哈特为关于“刑事责任”的讨论提供了上述两个特别重要的贡献,但是他为责任理论作出的持久学术贡献不限于上述两点。在笔者看来,他的首要贡献在于对“responsibility”的多重意义进行了严格分析,尤其是把法律上严格意义的“liability”(即他所谓的“Legal Liability-Responsibility”)同“responsibility”的其他意义区分开来。“responsibility”除了具有法律的意义,还经常在很多其他的意义(如社会的意义、道德的意义)上被使用。哈特在论述责任的时候曾经谈到过一个醉酒船长的故事,该故事尤其是在被克里斯托弗·库茨(Christopher Kutz)稍加修改以后,很能说明这个问题:

(1)作为一船之长,史密斯对其乘客和船员的安全负责。(2)但是他在最后一次航行中,喝得酩酊大醉,他要对那艘船的损失和乘客们的损失负责。(3)医生最初认为,史密斯的醉酒是醉酒性精神障碍的结果,但是后来认为,史密斯在醉酒时实际负有完全的责任。史密斯最初坚持主

张,异常的冬季风暴应该对船的损失负责,但是通过法庭审理,(4)他被认定对自己的疏忽行为负有刑法上的责任并被判处10年监禁之后,(5)他宣称任何法律上的惩罚都不能减轻自己的罪责,他要为自己的罪责努力进行赔偿。(6)然而那次海难中的一些幸存者宣称,他们想要忘了可怕的经历,并且原谅了史密斯。同时,游轮公司的总裁发表了如下陈述:“(7)尽管游轮公司必须对生命和财产的损失承担自己的法律责任,(8)但是我们个人不应该为那个灾难承担责罚(culpability),因为史密斯以欺骗的方式对我们隐瞒了他之前工作上的问题,我们的酒精检查也没有发现他饮酒。”<sup>⑧</sup>

上面这个故事向我们展现了,“responsibility”在日常的社会话语、道德话语和法律话语中有不同的使用方式。标明的数字使“responsibility”的不同意义或不同语境得以区分。根据哈特的观点,“responsibility”有四种主要类型:角色意义的责任(Role-Responsibility)、因果意义的责任(Causal Responsibility)、能力意义的责任(Capacity-Responsibility)、法律上使用“liability”这个术语时所指称的那种必然责任(Legal Liability-Responsibility)。哈特并不意图穷尽责任的全部类型,而是旨在对道德论者、法律人、历史学者和普通入最经常论及的责任种类进行严格分析。<sup>⑨</sup>哈特关于责任的讨论并没有像霍菲尔德关于责任的讨论那样仅仅局限于法律领域,而是拓展至道德理论、历史论述和日常语言,这将有助于我们辨析“responsibility”的复杂意义,尤其是有助于我们把法律上严格意义的“liability”同“responsibility”的其他意义加以区分。

首先,故事中的情况(1)是角色意义的责任(Role-Responsibility)。该责任是指,在社会组织中,一旦某个人占有特定的地位或职位,就会有特定的义务附随于这个特定的地位或职位,来为他人提供福利或者以特定的方式促进所属社会组织的目标。史密斯因其船长的身份,负有保护其船只和乘客的特定义务。哈特认为,一个人基于特定角色而从事的特定义务就是他的责任。这种意义上的责任,既可能是法律责任也可能是道德责任,比如父母抚养子女的责任;也可能既不是法律责任也不是道德责任,比如

裁判控制比赛选手的责任。哈特还提醒我们:基于角色非常严格的意义,一个人从事某种特定角色所负有的义务并不都被称为责任。比如,因为将军要来视察,一个士兵被指派保持军营的干净整洁,这就被看作是他的责任范围;但是,仅仅让士兵从将军要行进的路上拿走一张纸,这顶多就是他的义务。<sup>⑩</sup>

其次,故事中的情况(2)是因果意义的责任(Causal Responsibility)。该责任是指,某些有关责任的表达方式可被替换为因果关系的表达方式。史密斯船长的过度饮酒被视为导致船舶损失的原因。哈特举了一个例子:“首相的讲话对恐慌负有责任。”这句话中的“对……负有责任”(was responsible for)可能会被替换成“导致”(caused)或“产生”(produced)这些表达因果关系的词。他还强调指出,句子中使用动词的过去时态应该被注意。要是用一般现在时说“一个活着的人实际对某个灾难负有责任”,这就不是或者不仅仅是说因果责任,而是法律上使用“liability”这个术语时所指称的那种必然责任(Legal Liability-Responsibility)。反过来,要是使用动词的过去时态说“一个不再活着的人对某个灾难负有责任”,这既可能是因果责任,也可能是法律上使用“liability”这个术语时所指称的那种必然责任,或者二者兼而有之。<sup>⑪</sup>

再次,故事中的情况(3)是能力意义的责任(Capacity-Responsibility)。在我们说“一个人对他的行为负责”的时候,我们还常常表达了这个人具有某些正常能力的意思。正如库茨所言,“船长作出饮酒的决定不是一个病理学上的结果,也不是其他不能慎重考虑的因素介入到事件过程中而导致的结果,相反,船长作出饮酒的决定恰恰是他运用理性自决能力(a power of rational self-determination)的表现。在这个意义上,负责任只是具有自我管理能力(the competency of self-government)的一个问题”。<sup>⑫</sup>这些能力包含了理解的能力、推理的能力和控行为的能力。具备这些能力的人能够理解法律规则或道德规范要求什么样的行为,通过慎重思考作出相应的决定并使行为服从该决定。只有具备了这样的能力,我们才能说“一个人对他的行为负责”;如果这些能力有所欠缺,那么,行为人的法律责任就会被减轻甚至免除。要严格证明这些能力是否欠缺,将会面临难以想象的困难。

在法律上,能够被医学证明的精神病人或者低于一定年龄的年轻人是这种责任类型的典型例子,他们会被认定为能力欠缺而减轻甚至免除“法律上使用‘liability’这个术语时所指称的那种必然责任”。<sup>④</sup>

最后,故事中的情况(4)、(5)和(7)是法律上使用“liability”这个术语时所指称的那种必然责任。该责任意味着,违法者在法律上必须受到惩罚或者必须做出赔偿。情况(4)对应刑法上的责任,情况(5)对应侵权法上的责任,情况(7)对应合同法上的责任。<sup>⑤</sup>有论者主张,这种法律责任和道德判断之间有很强的联系,甚至主张,这种法律责任应该限于应受道德谴责的情况。哈特不同意这种理解。在他看来,道德谴责和这种法律责任之间可能以某种方式相联系,但是绝对不是以这种简单的方式发生联系。显然,哈特在这里坚持了自己的法律实证主义立场。<sup>⑥</sup>就法律责任与道德责任二分这一点而言,哈特和霍菲尔德保持了高度一致,但是哈特把对这种“法律责任”的理解仅限于“违法者在法律上必须受到惩罚或者必须做出赔偿”。这种理解较霍菲尔德所主张的“与能力(power)相关并受其支配的意义”更为狭窄,更易于把法律上使用“liability”这个术语时所指称的那种必然责任同“responsibility”在法律上的其他意义(即角色责任、因果能力和能力责任)区分开来。特别需要强调的是,“违法者在法律上必须受到惩罚或者必须做出赔偿”这样一种关于“法律责任”概念的严格定义,不仅适用于哈特所属的英美法系国家和地区,也适用于以德国、法国为代表的欧陆法系国家和地区。例如,《葡萄牙民法典》第483条规定:“因故意或过失不法侵犯他人权利或违反旨在保护他人利益之任何法律规定者,有义务就其侵犯或违反所造成的损害向受害人作出损害赔偿。”<sup>⑦</sup>《西班牙民法典》第1902条规定:“任何行为使他人受损害时,因自己的过失或疏忽而致行为发生之人对受害人负赔偿的责任。”<sup>⑧</sup>《德国民法典》第280条第1款规定:“债务人违反债之关系所生之义务者,债权人得请求损害赔偿。债务人就义务违反不可归责者,不适用之。”<sup>⑨</sup>德国教授迪特尔·施瓦布所著的《民法导论》第六编“债务关系的实现过程”的第八章“必须担责”部分有这样的论述:“在对债务关系的障碍中,损害赔偿义

务通常只因一项‘必须担责的’(zu vertretende)违反义务行为而产生(第280条第1款第2句)。同样,在其他规定中,法律效果也是取决于某个人对某种情况‘负有责任’(verantwortlich)(如第323条第6款、第326条第2款第1句)……依照第276条第1款第1句的基本规定,债务人必须对故意和过失承担责任……也就是说,从原则上说,债务人只在其对给付障碍有过错的情况下才必须承担责任。”<sup>⑩</sup>(强调为原文所有)葡萄牙、西班牙、德国等欧陆国家民法典的相关条文都表达了“违法者在法律上必须做出赔偿”这样一种关于“民事责任”的一般概念。至于主要欧陆国家(比如德国、法国、意大利等)的刑法典,也许不像民法典那样有用直接表达“法律责任”概念的条文,但是都有“故意和过失”“错误”“责任能力”等认定“刑事责任”的相关条文;除非具备宽恕事由,否则“违法者在法律上必须受到惩罚”的“刑事责任”概念在法律制度中得到了充分体现。<sup>⑪</sup>

### 三、哈特特殊的“法律责任观”与古典自由主义传统

(一)以捍卫公民自由、阻止政府和法律过度干预为基础的“法律责任观”

尽管西方(无论是英美法系还是欧陆法系)共享着关于“法律责任”的一般概念,但是不同的法律理论或制度实践可能会采取不同的“法律责任观”。20世纪五六十年代,<sup>⑫</sup>关于“法律责任”(主要是“刑事责任”),哈特与其他学者[主要是芭芭拉·伍顿(Barbara Wootton)]进行过一场影响深远的论战。当时,一些深受功利主义思想影响的激进学者主张对法律制度进行改革,废除“法律责任”的概念、原则及制度,用原来仅适用于少数情况的“严格责任”制度全面取代既有的法律责任制度。简而言之,行为人只要违反了法律所设定的行为模式,那么,就不再根据其实施违法行为时的精神条件[即犯意(mens rea)]进行严格意义上的“法律责任”的认定,而是根据对违法者的调查分析以及预测什么样的对待(treatment)能够有效防止其再犯来决定施加惩罚或处分,甚至从纯粹社会卫生学的意义上把惩罚或处分看作是对违法者的一种治疗,其目的只在于防止再犯和保卫社会。<sup>⑬</sup>

与惩罚理论中康德主义的报应论和边沁主义的

功利论对应,传统的责任理论也分成相应的两个理论阵营。哈特另辟蹊径,跳出报应论和功利论非此即彼的论辩窠臼,从捍卫公民自由、阻止政府和法律过度干预的立场来阐发自己的责任理论。在哈特看来,就惩罚理论而言,功利主义者对报应论的某些批判可能是有道理的,但是关注违法者行为时的精神状态的法律责任制度并不必然同报应论捆绑在一起。即便报应论因为功利主义的批判而式微,这也不足以导致“法律责任”的概念、原则及制度被一并抛弃,因为“法律责任”原则及制度具有一些独特的重要价值,这些价值不同于报应性惩罚所具有的那些价值,同时,对于主张以保卫社会为目标的功利主义者来说,这些价值也同样重要。“法律责任”原则及制度既有助于实现报应性惩罚的价值,也有助于实现功利性惩罚的价值;反过来,“法律责任”的独特价值并不因报应论和功利论的互相批评而受到削弱。哈特强调,对“法律责任”所进行的理论重构要关注那些有关公平或正义的普适理念以及有关个人自由之价值的普适理念。捍卫“法律责任”原则将立足于这样一个基本理念,即除非一个人有能力且有公平的机会或可能性去调整他的行为以适应法律,否则他就不应该被施以法律的惩罚。<sup>⑤</sup>哈特告诫我们:“现行法律使应受惩罚的责任以自由选择的行为(a voluntary act)为基础,其所要求的是对自我控制能力的运用,而不是完全成功地遵守法律。”<sup>⑥</sup>

为了说明“法律责任”原则的重要性,哈特让我们想象取消了“法律责任”原则并且所有法律责任都是严格责任的制度。在这样一种制度中,人们必将为自己因为错误(mistake)或意外事件(accident)而实施的行为承担法律责任、受到法律惩罚,阻止法律对自己未来生活进行干预的能力和预见法律干预次数的能力都将受到削弱。<sup>⑦</sup>在哈特的著作中,我们看到,这位法学家为保留和发展“法律责任”原则和制度提出了严密的分析和丰富的理由,其中最重要的一个理由就在于,“法律责任”有限制权力滥用、阻止政府借助法律过度干预公民自由生活的价值。的确,证明违法者在行为时的精神状态存在极大的困难,也许只有违法者本人才知道真相。我们是否要因为这样的困难而放弃“法律责任”呢?显然不能!

尽管存在证明上的困难,但并非绝对不可能。尽管代价巨大,甚至有使违法者逃避法律责任和惩罚的可能性,但是,为了捍卫公民自由和限制政府权力滥用,哈特仍然认为保留“法律责任”是值得的。无论是欧陆法系还是英美法系,尽管存在制度形式上的差别,或者通过“有责性”,或者通过“宽恕事由”等辩护理由,但终究都要通过对法律责任的认定来评价特定的违法者是否可以被施加法律惩罚或被要求做出赔偿。正所谓“无责任即无刑罚”,刑事责任制度有效地限制了国家刑罚权的滥用。基于同样的道理,在民事法律领域,如果没有对法律责任的认定,那么,也就不会有相应的赔偿甚至惩罚。概言之,严格意义上的“法律责任”主要是指“违法者在法律上必须受到惩罚或者必须做出赔偿”,亦即“存在于违法者和救济之间的必然联系”。且立足于“法律责任”的一般概念,哈特所阐发的这种特定的“法律责任观”强调,违法者和救济之间的必然联系须以自由选择的行为为基础,行为时违法者的理解能力、推理能力和控制能力是认定法律责任的必要条件。<sup>⑧</sup>与其说哈特是在捍卫“法律责任”的一般概念,不如说他是在捍卫一种特殊的“法律责任观”,只有贯彻特殊观念的“法律责任”才有捍卫的必要性和重要性。

## (二)肇端于洛克的古典自由主义传统

为了更好地理解哈特的“法律责任观”,笔者愿意在此简要重申洛克所开创的古典自由主义传统。有学者这样概括古典自由主义传统:“这是洛克、孟德斯鸠、斯密、休谟、麦迪逊、托克维尔、贡斯当(Benjamin Constant)等人开创的,奥地利学派的门格尔(Carl Menger)、米塞斯(Ludwig von Mises)、哈耶克(F. A. Hayek)和公共选择学派的布坎南(James M. Buchanan)、塔洛克(Gordon Tullock)、奥斯特罗姆夫妇(Elinor and Vincent Ostrom)以及弗里德曼(Milton Friedman)、诺齐克(Robert Nozick)等人继承和发扬光大的传统。这一传统强调私有产权、有限政府、自由市场、个人自由的重要性,强调设立政府的主要目的是保护每个人的权利和自由,强调建立一个有限政府的关键是分权制衡,强调经济自由(自由市场)与政治自由之间的密切关联等。”<sup>⑨</sup>根据洛克的论述,人们在同意组建或进入政治社会之前,处在一种他所谓

的“自然状态”,在其中,所有人都享有充分的自由和平等。<sup>⑤</sup>但是在没有公共的政治权威的“自然状态”中,平等自由的个人彼此又是潜在的猎物或侵犯对象,所以这又是一种“战争状态”。<sup>⑥</sup>为了谋求舒适的、安全的与和平的生活,为了安全享用自已的财产,以及为了以更大的安全保障来抵御特定政治社会以外的侵略,人们基于自己的同意(Consent)以协议的方式组建政治社会,将部分自然权利让渡给或信托给一个公共权威来管理公共事务,裁判和纠正违反自然法和实在法的行为,由此,人们也就从“自然状态”或“战争状态”进入到“政治社会”的状态。<sup>⑦</sup>组建政治社会和政府的目的在于保护人们的生命(Lives)、自由(Liberties)和财富(Estates/Fortunes)[洛克将三者统称为“财产”(Property)]。<sup>⑧</sup>因此,作为公共权威的政府从其一经成立,就受到前述目的的限制。任何政府为管理公共事务都会享有立法权、执法权甚至特殊情况下自由裁量的特权,但是无论行使何种权力,都要以谋求所有社会成员的公共福祉为目的,都不能专断地剥夺公民的生命、自由和财富(亦即私有财产)。<sup>⑨</sup>所以,洛克的古典自由主义理论从一开始就包含着“有限政府”的基本思想。洛克以降,虽然古典自由主义传统中的不同思想家各有发挥,侧重不同,但是自由至上(尤其是私有财产神圣不可侵犯)和有限政府这两个方面始终是整个传统的基石。正如理查德·爱泼斯坦(Richard A. Epstein)所言:“古典自由主义理论依次从私有财产和有限政府这两个密切相关的柱石(the twin pillars of private property and limited government)出发,寻求确保每项政府行为都能改善政府治下的社会成员的全部福利。”<sup>⑩</sup>而作为一位英国法学家,哈特强调对“法律责任”进行理论重构要关注有关公平或正义的普适理念和有关个人自由之价值的普适理念以及他尤为看重“法律责任”对于限制权力滥用、阻止政府借助法律过度干预公民自由生活的价值,高度契合了古典自由主义传统的重要命题。

### (三)西方法律责任制度在理论纠结中前行

当然,我们在重申古典自由主义传统对哈特乃至西方“法律责任”理论和实践具有深远影响的同时,也应该清醒地看到,其他对立思想传统同样发挥

着不可低估的影响。当我们观察西方的权利制度、惩罚制度、责任制度及其理论的时候,总能看到康德和边沁这两个魅影在其中游荡,并由此形成两个貌似对立的阵营。其实换一个角度观察,我们就会发现,看似分立的两个阵营实际上共享着相同的立场。对此,笔者曾在一篇比较分析“中西方权利理论”的论文中有过专门的检讨,其中有这样的表述:“在严格的意义上,‘意志论’和‘利益论’都属于哈耶克所谓的‘建构论唯理主义的个人主义’(constructivist rationalistic individualism)的思想传统;而‘权利本位论’则可以在卢梭开创的‘集体主义’传统中找到其思想来源。而且如同哈耶克所指出的那样:‘建构论唯理主义的个人主义’始终隐含有一种演变成个人主义的敌对面的趋向,亦即演变成集体主义的趋向。‘建构论唯理主义的个人主义’与‘集体主义’之所以有如此紧密的亲缘关系,实是因为它们共享着‘建构论唯理主义’这个思想基础。”<sup>⑪</sup>

正是因为不能彻底摆脱康德和边沁的纠缠以及他们共享的“建构论唯理主义”的诱惑,我们常常看到,西方国家在一些现实问题的解决上会作出非常不同的制度选择,比如有关醉驾入刑的问题、有关电子摄像作为交通违章证据的问题、有关刑事责任年龄的问题、有关安乐死的问题等等。相当一部分西方法律总是试图通过理性建构进行制度设计,以达到既要捍卫个人自由又要实现有效治理的目的,结果常常使个人自由陷于政府和法律过度干预的危险之中。与此同时,洛克以降的古典自由主义传统又像是一股潜在的暗流,始终与之相抗衡,为个人自由提供最大可能的保护。只要对西方法律制度作稍微深入一点的分析,我们就不难发现,现行制度实践及其理论并不完美,但是,这并不妨碍我们认真对待其经验教训,从中吸取营养。唯其如此,才能更有助于我们结合中国实际进行理论创新和制度发现。

### 四、中国“法律责任”制度的双重面向——继受性与独创性

以《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)和《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)为代表的民事立法和刑事立法,通过大量继受西方法律制度,充分体现了本文所定义的“法律责任”概念;

但是在个别条文的表述上又有不同于西方的独特之处,这在一定程度上反映出我国特殊的“法律责任观”。《民法典》第一百七十六条到第一百八十七条对“民事责任”作了集中规定,并且第五百七十七条和第一千一百六十五条对“违约责任”和“侵权责任”分别作了规定。这些规定总体上体现了“除非具有宽恕事由,违法者在法律上必须做出赔偿”的“民事责任”概念,同西方民事立法保持了相当程度上的一致性。但值得注意的是,《民法典》第一百八十五条规定:“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任。”这个条文赋予了“英雄烈士等”特殊的民事主体地位,并以公共利益作为其人格权的保护基础,这明显不同于以私人利益作为普通民事主体的人格权保护基础,强化了一种集体主义取向的“法律责任观”。尽管这个法律条文为中国《民法典》增添了独特性,但在不考虑其立法价值取向及其所体现的特殊的“法律责任观”的前提下,本文所定义的“法律责任”概念仍然是成立的。

再来考察我国刑事立法中的“刑事责任”。《刑法》第二章“犯罪”中的第十四条到第二十一条集中规定了有关“刑事责任”的内容,这些内容同西方刑事立法中有关“刑事责任”的条文表述保持了高度的一致性,都表达了“除非具有宽恕事由,违法者在法律上必须受到惩罚”的“刑事责任”概念。但是,独具中国特色的《刑法》第五条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这导致中国学者同西方学者在有关“刑事责任”的理解上发生了分歧。相当多的中国刑法学者认为:这个条文表达了“罪责刑相适应”原则,“刑事责任”成了与“犯罪”“刑罚”三足鼎立的概念,刑事责任论与犯罪论、刑罚论共同构成了中国刑法理论体系。按照这种理解,从形式上看,“刑事责任”似乎被赋予了更重要的地位,但实质上是被虚化和削弱了。因为将“刑事责任”作为一个空洞的概念独立于“犯罪”之外,不仅使原来用于认定“犯罪”的诸多主观因素失去了一个统摄性的概念,而且也使其自身成了一个冗余的概念。更重要的是,“刑事责任”失去了防止刑罚权滥用的功能,作为一种配置“刑罚”的“调解

器”,其很难真正起到保障人权的作用。在笔者看来,《刑法》第五条存在立法表述不严谨和中国刑法学者错误解释的问题。立足于本文所定义的“刑事责任”概念,笔者倾向于认为,该条文表达了“罪刑相适应”原则。条文表述中的“罪行”不是指称“犯罪”,而是指符合构成要件该当性和违法性的违反刑事法律的行为。如果该行为可归责于违法者,那么就应对其施加刑罚,且所施加的刑罚应该与有责违法者构成的犯罪相适应。按照笔者的重新解释,“刑事责任”是从属于“犯罪”的下位概念,这也很好地解释了前述有关“刑事责任”的条文为什么被集中规定在第二章“犯罪”当中。如果将来有机会对相应立法条文进行修改的话,笔者建议把《刑法》第五条修改为“刑罚的轻重,应当与有责违法者所构成的犯罪相适应”。刑法学者普遍认为,“罪刑相适应”是“罪刑法定”的子原则。“罪刑法定”原则以维护人性尊严为基础,以保障公民自由不受非法侵害为取向。既然《刑法》第三条已经确立“罪刑法定”这一基本原则,那么,就应该在刑事立法当中全面贯彻防止刑罚权滥用、保障人权的基本价值。澄清“法律责任”概念,确立哈特意义上的特殊“法律责任观”,有助于这一基本价值的实现。

转型社会在其发展过程中,既要向先行法治国家学习,大量继受经过长期实践检验的法律制度,同时也会因为自身国情呈现出独特的法律样态。正像前文所提到的《葡萄牙民法典》和《西班牙民法典》一样,没有哪一国是照搬照抄《法国民法典》《德国民法典》《意大利民法典》等别国民法典的;相反,都是在吸收、借鉴先进法律文化的同时,结合自身国情不断探索形成的。笔者相信,“实践是检验真理的唯一标准”,中国法律人秉持这一信念必将能够为中国乃至世界的法律制度和法律理论作出卓越的贡献。

### 结语

本文在借鉴西方代表性理论的基础上,重新界定了“法律责任”概念,深度阐释了哈特意义上的“法律责任观”;但这并不意味着,哈特的法律责任理论是绝对真理,笔者只是希望通过这种方式来激活中国学者对于“法律责任”的理论思考,促进有关“法律责任”的制度实践。哈特坦言,他为了反对取消“法律

责任”而提出的那些理由并非不可驳斥。但是,在这些理由被成功反驳之前,取消“法律责任”的大胆设想不应该成为未来理想社会的一部分。<sup>⑤</sup>哈特的法律责任理论和实践告诫对于“法律责任”概念被弱化和虚化的中国来说具有特别重要的意义。到目前为止,先行法治国家的“法律责任”制度虽然受到一定挑战,既有取消“法律责任”的理论诉求,也有越来越多的严格责任制度被设计为立法;但是重要的概念、原则和制度总体上仍然得以保留,以犯意为核心的“法律责任”认定仍然是司法实践中的重要环节。对于法治观念淡薄的中国公民而言,“违法者必须受到法律惩罚或进行赔偿”的观念仍然有待培养、巩固和发展;对于公权力过于强大的中国政府而言,“法律责任”仍能发挥捍卫公民自由、阻止政府和法律过度干预的积极作用。

在论文即将结束的时候,有必要回顾一下哈特对奥斯丁的批判。哈特认为,法律之所以不是“主权者的命令”,是因为法律不能等同于以威胁为后盾的命令(orders backed by threats),不能类比于持枪强盗胁迫的情境。法律虽然依靠有组织的暴力,但不等同于没有任何正当性基础的赤裸裸的暴力。<sup>⑥</sup>哈特强调,由第一性规则和第二性规则构成的成熟法律体系具有内在方面,该内在方面体现了受法律约束的社会成员作为一个整体对规则本身的规范性认可。要求服从法律所设定的行为标准是正当的,在违背这些行为标准时受到指责也同样具有正当性。<sup>⑦</sup>在对违反法律的特定主体进行法律归责,进而实施惩罚或要求其赔偿的时候,不仅要看到外在行为与法律规制的不一致,还要从主观上考察行为人是否存在违反法律的自由选择,行为时违法者的理解能力、推理能力和控制能力是认定法律责任的必要条件。对于一个自由民主社会而言,“法律责任”之所以重要,在于它是要求赔偿和行使惩罚权的正当性基础。正如哈特所指出的那样:如果违法者并非疏忽(without carelessness),而是在身体或心智上缺乏遵守法律的能力,或者因为不知道或不故意(unwittingly)而违反法律,那么他就应该被免除法律责任。正是有了这些被称为“犯意”的一般要求,并且作为“刑事责任”的一个重要组成部分,才能够确保那些不应该

被追究“法律责任”的违法者得到宽恕。如果一个法律体系不做这样的制度设计,那么就要受到严重的道德谴责,尤其是对于那些可能招致严厉惩罚的严重犯罪来说,更是如此。<sup>⑧</sup>如果本文所界定的“法律责任”概念以及哈特所阐发的“法律责任观”能够得到广泛认同,那么违法者作为一个“人”,其个人自由将得到最大限度的保护,2016年天津“气枪案”中的赵大妈和河南“兰花案”中的农民秦某将不会被追究刑事责任。如果本文的基本主张能够得到广泛认同,对于中国刑法学体系的重构、违约责任和侵权责任的概念澄清或许也能发挥一定的作用。笔者还设想以本文所严格限定的“法律责任”概念以及哈特特殊的“法律责任观”为基础发展出一种“责任本位论”。

当然,发展所谓的“责任本位论”可能会面临诸多困难,对此笔者有充分的心理准备。长期浸淫于自由主义传统的西方社会尚且受到“有为政府”或“全能政府”进行有效治理的诱惑,再加上罗斯福政府的实践样板和表率作用,更遑论有着两千多年帝制传统的中国社会。但是,只要我们还没有忘记欧洲国家在集体主义和全能政府理论指导下的实践恶果,只要我们的宪法还承认“私有财产不受侵犯”,那么,我们就应该强调捍卫公民自由,倡导一种以有限政府理念为基础的“责任本位论”。在“权利本位论”逐渐暴露出自身理论缺陷、日益难以应对社会乱象的今天,笔者期待“责任本位论”作为一种替代性的法律理论,<sup>⑨</sup>能够秉承“权利本位论”的理论初衷和制度愿景,为法律精神的不断更新和法治文明的健康成长作出理论贡献!

本文的写作受益于胡晓静、曹险峰、蔡立东、郑军男、李慕通、王充、张森、童德华、资琳、杨帆、朱振、刘小平、侯学宾、王小钢、李国强、孙良国、姜朋、王立栋、陶娟、柳冠名等诸位同仁的批评和帮助,在此一并致谢! 文责由作者本人承担。

#### 注释:

① 本文所言的“西方”,是指以德法为代表的欧陆法系国家和以英美为代表的英美法系国家;本文所尝试界定出来的

严格意义上的“法律责任”概念也主要适用于这些奉古希腊、古罗马为文明源头以及上承古希伯来文明之基督教文化长期浸淫的法治国家和地区。尽管有人认为,使用笼统的“西方”称谓容易忽视国别意义上的特定时空性;但是笔者认为,就本文所探讨的“法律责任”这样一个古老的基本法律概念,前述所定义的“西方”存在共同的理解,正如庞德溯源于古希腊、古罗马,历经中世纪和现代欧洲,所梳理出来的“法律义务”概念普遍适用于“西方”。

②张文显主编:《法理学》(第五版),高等教育出版社2018年版,第164-165页。

③参见注②,第165-166页。所谓的“第二性义务论”是三十年前中国法理学关于“法律责任”的研究成果,其最早可以追溯到张文显教授主编的《法的一般理论》(辽宁大学出版社1988年版),在张文显教授的专著《法学基本范畴研究》(中国政法大学出版社1993年版)和《法哲学范畴研究》(修订版)(中国政法大学出版社2001年版)中均有详细阐述,并被很多主流的法理学教材所采纳。

④江平:《西班牙民法典·序一》,载《西班牙民法典》,潘灯、马琴译,中国政法大学出版社2013年版,第1页。

⑤参见陈忠林主编:《刑法总论》(第二版),高等教育出版社2012年版,第254-255页。另参见《刑法学》编写组编:《刑法学》(上册·总论),高等教育出版社2019年版,第273-274页;张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,第379-385页。这两本教材均以“否定评价说”或“责难说”为基础对“刑事责任”概念提出了一个综合性的定义。此外,张明楷教授还区分了作为犯罪成立条件之一的“责任”(即他所谓的“就符合构成要件的违法行为对行为人的非难”)和作为犯罪法律后果的“刑事责任”两个不同的概念。参见张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第222页。但是,无论是英美法系还是欧陆法系,就严格意义上的“法律责任”或“刑事责任”而言,都只有一个统一的概念。值得一提的是,车浩教授对中国刑事责任理论的发展与变革作了一个比较详细的学术史研究,该研究有助于我们整体把握中国刑事责任理论的历史与现状。参见车浩:《责任理论的中国蜕变——一个学术史视角的考察》,《政法论坛》2018年第3期,第66-81页。

⑥同注⑤,陈忠林书,第254页。

⑦高铭喧:《论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持》,《中国法学》2009年第2期,第9页。

⑧参见徐国栋:《民法总论》(第二版),高等教育出版社2019年版,第98-103页。另参见王利明等著:《民法学》(第四版),法律出版社2015年版,第152-161页。这本教材将“民事责任”概念定义为“当事人不履行民事义务所应承担的民法上的后果”,采用所谓的“后果论”。甚至有些“民法总论”教材或

“民法学”教材的总则部分,也像前面注释提到的刑法学教材一样,关于“民事责任”的内容不设专门章节进行论述。参见崔建远等编著:《民法总论》(第三版),清华大学出版社2019年版;江平主编:《民法学》(第四版),中国政法大学出版社2019年版。值得一提的是,梁慧星教授通过参考林诚二、李宜琛、王伯琦、郑玉波、诸葛鲁等人的著作以及美国学者法斯沃斯、杨格、琼斯和柯宾等人著作的中译本,敏锐地把握到了“法律责任”和“民事责任”所对应的英文术语“liability”,对英美和欧陆的“民事责任”概念亦有所论及,但终因缺乏对西方一手文献的研究,而不能对西方“法律责任”或“民事责任”的概念内容做到完全准确的把握。郑玉波先生认为,“责任为违反义务者应受一定制裁之根据也”。这个理解同本文所澄清的西方“法律责任”概念是契合的。而佟柔先生认为,“民事责任,是指民事主体违反民事义务所应承担的法律后果”,“是对违反民事义务行为的法律制裁”。两相比较,从“责任是制裁之根据”到“责任是制裁”,差之毫厘,谬以千里!参见梁慧星:《民法总论》(第五版),法律出版社2017年版,第82-86页;梁慧星:《论民事责任》,《中国法学》1990年第3期,第64-70页;王作堂、魏振瀛、李志敏、朱启超等编:《民法教程》,北京大学出版社1983年版,第106-121页;佟柔主编:《民法原理》(修订本),法律出版社1986年版,第42-43页。

⑨英文原文为:“……rules of the second type provide for operations which lead not merely to physical movement or change, but to the creation or variation of duties or obligations.”H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Third Edition, Oxford University Press, 2012, p.81. 中译本译为:“……第二类规则提供了不仅引起物质运动或变化,而且引起义务或责任的产生或变更。”[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第83页。

⑩英文原文为:“It is, however, both true and important that morality includes much more than the obligations and duties which are recognized in the actual practice of social groups.”同注⑨, H. L. A. Hart书,第182页。中译本译为:“当然,既真实又重要的是,道德所包含的远不是在社会群体的现实实践中道德承认的责任和义务。”同注⑨, [英]哈特书,第178页。(强调为原文所有)

⑪英文原文为:“It might be said, at the cost of some inaccuracy, that whereas rules like those of the criminal law impose duties, power-conferring rules are recipes for creating duties.”同注⑨, H. L. A. Hart书,第33页。中译本译为:“如果不要求精确的话,可以这样说,刑法规则之类的规则是设定责任的,而授权类规则则是设定责任的方法。”同注⑨, [英]哈特书,第35页。

⑫英文原文为:“There is a difference, yet to be explained,

between the assertion that someone was obliged to do something and the assertion that he had an obligation to do it.”同注⑨，H. L. A. Hart书，第82页。中译本译为：“某人被迫(was obliged)做某事与他有义务(had an obligation)去做某事这两种断语之间是有区别的，此区别有待解释。”同注⑨，[英]哈特书，第84页。(强调为原文所有)

⑬英文原文为：“This does not even purport to define the specific duties such a special obligation entails, or to tell us what rights automobile consumers acquire as a result.” Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p.26. 中译本译为：“这句话甚至无意确定这一特殊责任所包含的具体义务是什么，或者告诉我们汽车用户因此享有什么权利。”[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45页。

⑭英文原文为：“Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give.”同注⑬，Ronald Dworkin书，第24页。中译本译为：“两套准则都是针对特定情况下有关法律责任的特定的决定，但是，它们的不同处在于它们所作的指示的特点。”同注⑬，[美]罗纳德·德沃金书，第43页。

⑮英文原文为：“The question will still remain why this type of obligation(whatever we call it)is different from the obligation that rules impose upon judges, and why it entitles us to say that principles and policies are not part of the law but are merely extra-legal standards ‘courts characteristically use’.”同注⑬，Ronald Dworkin书，第35页。中译本译为：“问题依然是，为什么此种义务(不管我们把它们叫做什么)不同于规则加于法官的义务，为什么我们有权说，原则和政策都不是法律的组成部分，而仅仅是‘法院独特地使用的’超法律标准。”同注⑬，[美]罗纳德·德沃金书，第56页。

⑯英文原文为：“Most would have said that it was his duty to take the measure of these principles and that the plaintiff was entitled to have him do so.”同注⑬，Ronald Dworkin书，第35页。中译本译为：“大多数批评者们会说，采取这些原则的措施是他的责任，原告人有权要求他这么做。”同注⑬，[美]罗纳德·德沃金书，第56页。

⑰英文原文为：“But I was concerned with what I took to be an argument about the concept of law now in general employment, which is, I take it, the concept of the standards that provide for the rights and duties that a government has a duty to recognize and enforce, at least in principle, through the familiar institutions of courts and police.”同注⑬，Ronald Dworkin书，第47页。中

译本译为：“但是我所关心的是，在一般性使用我的有关法律概念的情况下，我将这一概念定义为规定权利和义务的标准的概念，而且，至少在原则上，一个政府有责任，通过类似于法院和警察这样的机构承认并实施这些权利与义务。”同注⑬，[美]罗纳德·德沃金书，第72页。

⑱英文原文为：“Law is a realm of obligation and duty.” Leslie Green, “Law and Obligation”, in Julse Coleman and Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002, p.514. 中译本译为：“法的视阈中满是义务、尽是责任。”[美]朱尔期·科尔曼、斯科特·夏皮罗主编：《牛津法理学与法哲学手册》，杜宴林、朱振、韦洪发等译，上海三联书店2017年版，第567页。

⑲英文原文为：“We have a prima facie duty to do something when our obligation can be overridden, and a proper duty to do something when, all things considered, our obligation is not overridden.” Steven Luper, *A Guide to Ethics*, The McGraw-Hill Companies, 2002, p.152. 中译本译为：“如果我们的义务可以被推翻，我们就有一种做某事的显见责任；而如果经过全盘考虑，我们的义务没有被推翻，那我们就有一种做某事的适当责任。”[美]史蒂文·卢波尔：《伦理学是什么》，陈燕译，中国人民大学出版社2014年版，第205页。

⑳英文原文为：“Upon reading Kant’s response to Constant, one has to ask how the duty to tell the truth squares with our duty to respect the rational agency of others.”同注⑲，Steven Luper书，第151页。中译本译为：“读完康德对贡斯当的回应，有人必然要问，说实话的责任如何与我们尊重他人的理性主体性(rational agency)的责任相一致。”同注⑲，[美]史蒂文·卢波尔书，第203页。

㉑英文原文为：“Is Duty Respect for Humanity?”同注⑲，Steven Luper书，第141页。中译本译为：“义务是对人性的尊重吗？”同注⑲，[美]史蒂文·卢波尔书，第187页。

㉒ See Roscoe Pound, *Jurisprudence*, volume IV, West Publishing Co., 1959, pp. 165-169.

㉓ See Wesley Newcomb Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, Vol. 23, No. 1(Nov., 1913), pp. 30-31.

㉔同注㉓，第32页。

㉕中国法学界曾有“义务先定论”与“权利本位论”之争。这里的分析论述似乎表明，先有“duty”后有“right”，那么，二者的先后顺序到底应该如何呢？庞德的相关论述讲得比较清楚，他说：“逻辑的顺序是利益(interest)、权利(right)、义务(duty)、诉讼(action)、救济(remedy)。为了确保法律所承认和划定的利益，法律授予一项法律权利，该项法律权利通过施加一项相应

的义务得到保证。为了强制实施那项义务,法律允许一项诉讼,为了实现法律的目的该诉讼提供一个法律救济。但是历史发展的顺序是反过来的。例如,在英国法律中,某个人可以诉请国王签发一个提供救济的令状。因为那个令状,一个诉讼得以展开。在那个诉讼背后,人们终将看到一个能被强制实施的义务,并且法学家发现在那个义务背后存在一个相关的权利。近来,人们已经认识到,在那个权利背后是一个被法律所承认和划定的利益[要求(claim)、需求(demand)或愿望(desire)]。”同注⑳,第43页。

㉑同注㉑,第32页。

㉒参见注㉑,第32页。

㉓参见注㉑,第49-50页。

㉔参见注㉑,第46页。

㉕参见注㉑,第55页。

㉖参见注㉑,第53页。

㉗参见注㉑,第54页。

㉘参见注㉑,第53页。

㉙参见注㉑,第44页。

㉚ J. Ralph Lindgren, “Criminal Responsibility Reconsidered”, *Law and Philosophy*, Vol. 6, No. 1(Apr., 1987), p.89.

㉛参见刘源、赵宁:《刑事责任论的危局与解困》,《中国刑事法杂志》2010年第11期,第23-28页。

㉜ Christopher Kutz, “Responsibility”, in Julse Coleman and Scott Shapiro(eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002, p.548. Also see H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Second Edition, Oxford University Press, 2008, p.211.

㉝参见注㉜, H. L. A. Hart 书,第211-212页。

㉞参见注㉜, H. L. A. Hart 书,第212-214页。

㉟参见注㉜, H. L. A. Hart 书,第214-215页。

㊱同注㉜, Christopher Kutz 文,第549页。

㊲参见注㉜, H. L. A. Hart 书,第227-230页。

㊳除了情况(4)所涉及的刑事诉讼,在该诉讼中,由史密斯船长个人承担刑事责任并被判处10年监禁以外;情况(5)和情况(7)还涉及分别进行的民事诉讼,在这些诉讼中,史密斯船长和游轮公司分别对事故中的生命财产损失负有侵权责任和违约责任,必须对此进行赔偿。

㊴参见注㉜, H. L. A. Hart 书,第215-223页。

㊵《葡萄牙民法典》,唐晓晴等译,北京大学出版社2009年版,第86页。根据笔者对“法律责任”概念的理解,笔者倾向于把引用的法典条文翻译为“因故意或过失不法侵犯他人权利或违反旨在保护他人利益之任何法律规定者,必须(或有责任)就其侵犯或违反所造成的损害向受害人做出损害赔偿

。”另外,1966年颁布的《葡萄牙民法典》被译者唐晓晴视为德意志法系与拉丁法系结合的一次大胆的尝试,其实质内容更接近于法国民法或意大利民法。参见唐晓晴:《(葡萄牙民法典)简介》,载《葡萄牙民法典》,唐晓晴等译,北京大学出版社2009年版。

㊶《西班牙民法典》,潘灯、马琴译,中国政法大学出版社2013年版,第464页。西班牙马德里自治大学法学系终身教授卡洛斯·R·阿尔巴·特塞多(Calos R. Alba Tercedor)指出:1889年颁布的《西班牙民法典》作为大陆法系民法典大家庭的一员,在很大程度上受到了《法国民法典》的影响,还移植了德意志和普鲁士的法律思想,最终彻底打破了封建观念和教会法的垄断,树立了“个人最大限度的自由、法律最小限度的干预”的立法精神,标志着西班牙现代意义的法律体系建立起来。参见[西班牙]卡洛斯·R·阿尔巴·特塞多:《西班牙民法典·序二》,载《西班牙民法典》,潘灯、马琴译,中国政法大学出版社2013年版,第6-7页。

㊷《德国民法典》,台湾大学法律学院、台大法学基金会编译,北京大学出版社2017年版,第250页。

㊸[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第659-660页。

㊹参见《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第9-10页,本部分内容是“总则”第二章“行为”之第一节“可罚性之基础”(即第13条到第21条);《最新法国刑法典》,朱琳译,法律出版社2016年版,第7-10页,本部分内容是第一卷“总则”之第二编“刑事责任”(即第121-1条到第122-8条);[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈思林译评,中国人民大学出版社2004年版,第163-234页。德文版《德国刑法典》“总则”第二章之第一节的标题为“Grundlagen der Strafbarkeit”,可译为“可罚性之基础”;法文版《法国刑法典》第一卷“总则”之第二编的标题为“De la responsabilité pénale”,可译为“刑事责任”。

㊺大概在1957年至1967年的十年间。

㊻参见注㉜, H. L. A. Hart 书,第193-196页。

㊼参见注㉜, H. L. A. Hart 书,第180-181页。

㊽同注㉜, H. L. A. Hart 书,第182页。

㊾参见注㉜, H. L. A. Hart 书,第181-182页。

㊿在本文对“法律责任”所采取的最严格的定义中,违法者所实施的“违法行为”主要包括“犯罪”(即“刑事不法”)、“侵权”和“不履行债务的行为”(即“民事不法”),也包括“违反行政管理的行为”(即“行政不法”或“秩序不法”)。尽管有学者认为,“刑事不法”与“行政不法”很难在理论上进行界限划分,在实践中也常常变动不清,但这并不妨碍本文所界定的严格“法律责任”概念普遍适用于刑法、民法、行政法诸领域。参见林

山田:《刑罚学》,台湾商务印书馆1983年版,第27-36页。

⑤王建勋:《驯化利维坦:有限政府的一般理论》,东方出版社2016年版,第2页。

⑥See John Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, 1988, pp. 269-278.

⑦参见注⑤,第278-282页。

⑧参见注⑤,第330-349页。

⑨参见注⑤,第350-353页。

⑩参见注⑤,第355-384页。

⑪ Richard A. Epstein, *The Classical Liberal Constitution: The Uncertain Quest for Limited Government*, Harvard University Press, 2014, p. ix.

⑫蔡宏伟、何志鹏:《中西方权利理论之比较研究及其前

提批判》,载齐延平主编:《人权研究》(第二十一卷),社会科学文献出版社2019年版,第65页。

⑬参见注⑦, H. L. A. Hart书,第206-209页。

⑭参见注⑨, H. L. A. Hart书,第6-7页。

⑮参见注⑨, H. L. A. Hart书,第55-56页。

⑯参见注⑨, H. L. A. Hart书,第178页。

⑰“权利本位论”是在中国特定时空下提出的一种特殊“权利理论”,拟提出的“责任本位论”也是因应中国特定时空提出的一种特殊“责任理论”。以“责任本位论”代替“权利本位论”,不等于在抽象的一般意义上以“责任理论”代替“权利理论”,更不等于以“责任”代替“权利”甚至否定“权利”。至于“权利本位论”的具体缺陷,已有专门论文予以讨论,在此不赘。参见注⑬,第53-71页。

## Clarification of the Concept of Legal Liability-Responsibility

Cai Hongwei

**Abstract:** There are many confused ideas of the concept of legal liability-responsibility in the contemporary Chinese legal theories and there is almost not any conception of legal liability-responsibility in Chinese society, so it is necessary to try to define strictly the concept of legal liability-responsibility by referring to Western legal theories and practices. By making reference to the legal theories of Western jurists, such as Roscoe Pound, Wesley Newcomb Hohfeld and especially H. L. A. Hart, the concept of legal liability-responsibility should be strictly defined as the bond of necessity that exists between the wrongdoer and the remedy of the wrong, or to say that when legal rules require men to act or abstain from action, one who breaks the law is usually liable, according to other legal rules, to punishment for his misdeeds, or to make compensation to persons injured thereby. Moreover, according to Hart's theories, it is possible to elucidate a specific conception of legal liability-responsibility and explain the logical connection between this conception and the classical liberalism with the conception of limited government. By referring to this specific conception of legal liability responsibility, we can also try to put forward a new legal theory named liability-oriented theory that is based on the conception of limited government in order to take the place of the old right-oriented theory. The new theory can avoid the theoretical and practical defects of the old theory, provide intellectual force for decreasing social disturbance, deciding hard cases and creating legal theories, and contribute to a complete update of legal spirit and the healthy growth of the rule of law civilization.

**Key words:** Legal Liability-responsibility; Limited Government; Liability-oriented Theory