

法 律 责 任 论

周 永 坤

责任一词在中文里有两种基本含义。一是份内应做的事，指“职责”和“义务”，前者如“医生责任”、“厂长责任”。后者如“举证责任”，“应尽的责任”等。二是没有做好应做的事而应承担的过失。例如：应追究渎职者的责任。

常译成中文“责任”一词的英文单词有duty、obligation、liability、responsibility。其中duty的基本含义为“义务”，obligation的基本含义为来源于民法法系的“债”。英语中在提及刑事责任、民事责任、行政责任时，一般使用liability或responsibility，尤其是后者。哈特（H. L. A. Hart）在《惩罚与责任》一书中将“责任”的含义分为四种：地位责任、原因责任、义务责任和能力责任。地位责任相当于我们讲的职责，原因责任是一般意义上的因果联系，能力责任实为责任能力，只有义务责任与“法律责任”一词中的“责任”相通。他认为责任一词源于response，与希腊文“ἀποχρητέωσθαι”和拉丁文“respondere”之意相同，原意并非“回答问题”，而是“对指控或控告予以答辩或反驳”之意，而这种指控或控告一经确认，便包含着惩罚、谴责或其它不同处置的义务。据此，哈特将责任的基本含义确定为“未能驳倒一项指控的人应对其所为的行为承担受惩罚或谴责的义务”。^①哈特的结论与中文“责任”的第二种含义相通，这是“法律责任”一词中“责任”的基本含义。

一、法律责任的概念

在给法律责任以恰当的界定之前，有必要先检讨一下有代表性的几种定义的得失。一位苏联学者认为：“法律责任是一种国家强制方法，相当于法人或自然人根据苏维埃法律规范的规定，向国家或国家授权的社会机构对其违法作为和不作为承担的义务”。^②我国法学界给法律责任所下的定义与上述定义大致相同。《法学词典》（增订版）认为，法律责任是由于违法行为而应当承担的法律后果，它与法律制裁相联系。国家公职人员、公民或法人拒不执行法律义务或作出法律禁止的行为，并且具备违法构成要件，便应承担这种违法行为所引起的法律后果，国家依法给予相应的制裁。违法是法律责任的前提，法律制裁是法律责任的必然后果。各种法理学教材所下的定义大同小异，大致包含这样几层含义：法律责任是带有强制性的法律上的责任，是违法的结果，而违法又具备主观客观两方面、四大构成要素，法律责任必然导致法律制裁。这些定义正确指出了法律责任与国家权力之间的联系，我国法学界的定义并且正确地将“向国家授权的社会机构”承担的义务排除于法律责任之外。但仍然存

① H. L. A. Hart, 《惩罚与责任》，华夏出版社，1989年版第264页。

② （苏）巴格里，沙赫夫，《刑事责任与刑罚》，第10页。

在明显的缺陷：第一，定义中作为法律责任原因的“违法”，其内涵过于丰富，导致外延过窄，不能包容所有的违法现象，结果把大量应负法律责任的现象排除在外。违法四大构成要件的理论只是近现代的产物，在客观归罪的时代，思想和行为是唯一的违法要素，两者中只要出现任何一者，都会产生法律责任。而且违法构成理论有明显的刑法理论痕迹。即使在近现代，最多也只适用于刑事违法，许多行政违法和民事违法并不要求如此严格的构成。例如，许多国家交通法规规定骑摩托车要戴安全帽，驾驶汽车要束安全带，只要未按法律要求办，就构成违法就要承担法律责任，我们很难说不束安全带之类的行为有什么社会危害性；现代产品责任法规定，凡因产品质量不合格对消费者造成损害，就构成违法，生产者、运输者、销售者都要承担侵权责任，并不需证明是否存在过错。

第二，将法律责任产生的原因简单化。违法是法律责任产生的主要原因，而不是唯一原因。除了违法以外，法律责任还产生于：1. 违约。民事责任主要产生于侵权和违约，违约同时还产生行政责任。2. 不当行使权利、权力，不当履行义务。在法律有规定的情况下，上述行为对他人造成损害的，要承担法律责任。例如：行政主体的不当行为可能会承担变更决定，给予行政相对人以补偿的责任。3. 法律规定承担法律责任的合法行为。例如：1964年《苏俄民法典》第444条规定：在法律有规定的情况下，由合法行为造成的损害应予赔偿，美国《1973年土地补偿法》规定对合法侵害行为予以补偿。^①必须指出这里的“补偿”是法律责任而非义务，因为在补偿之先已有“侵害行为”，补偿是侵害行为的结果。

第三，将责任主体等同于行为人。责任自负是一般原则，但是有例外，在连带责任中，连带责任人的责任就是由行为人连带而来，在替代责任中，责任人的责任便是由行为人转嫁而来，在这里，责任主体便与行为人相分离。

第四，将国家排斥于责任主体之外。在古代，承担法律责任的主体只能是自然人（包括官员）、法人。现代民主制度、法治社会建立以后，法律责任的主体不再局限于“国家公职人员，公民或法人”，国家及其机关本身都必须承担法律责任。例如，行政机关如果通过了违宪的决定，必须承担“撤销决定”的宪法责任，行政机关就违法或不当具体行政行为必须承担行政侵权责任、行政违约责任、行政赔偿责任，行政补偿责任；司法机关也须承担冤狱赔偿责任等等。

《布莱克法律辞典》的定义避免了上述不足，法律责任是“因某种行为而产生的受惩罚的义务及对引起的损害予以赔偿或用别的方法予以补偿的义务”。^②但囿于英美习惯，未表明责任与国家权力的特殊关系，难于区分法律责任和法律义务。

分析了上述定义的利弊得失，对之扬弃之后，我们给法律责任以如下界定：法律责任是由于产生了违反法定义务及契约义务或不当行使权利和权力，不当履行义务的思想或行为，国家迫使行为人或其关系人或与损害行为、致损物体有利害关系的人所处的受制裁、强制和给予补救的必为状态，这种状态由法律加以规定。为了行文的简洁，我们可以概言之，“法律责任是法律规定的，义务之不履行所处之必为状态”，当然这里的“义务”包括法律义务、契约义务，“义务之不履行”包括“不当履行义务和不当行使权利和权力”。

法律责任与法律义务一样也是基本法律范畴，应当使之从法律义务中独立出来。美国法

^① 王名扬：《英国行政法》，第230—231页。

^② 《布莱克法律辞典》，第1179页。

学家霍菲尔德 (W.N.Hohfeld) 早已把权力——责任作为与权利、义务并列的基本概念。^① 刘清波先生也将责任与义务相区别：责任者，不履行义务在法律上所处之状态也，义务为不利益及意思上所受之拘束。义务之履行即为权利之实现。义务之不履行“即发生责任，故责任处违反义务而受制裁之地位，义务为当为，责任为必为”。^② 马克思则早在19世纪中叶已看到法律责任与义务出于不同的法律规定：“只有当这些规定（指法律，引者注）遭到破坏时，责任法才发生效力”。^③

我们主张将法律责任从法律义务中独立出来的理由有二点，第一，法律责任与法律义务有许多不同点，法律义务不能包容法律责任。从责任与义务同为某种受动的作为、不作为状态来说，责任为特殊的义务（就是在这点上说也是很勉强的，有时也说不通，例如说“某人有被杀头的义务、被断肢的义务”，就很勉强，因为这时已不是责任人的作为、不作为，而是加责人的行为，责任人只是被处置的客体），但是责任有其特殊性，足以使它区别于义务：1. 义务相对的是权利，责任相对的是权力，在权利——义务关系中，权利与义务是相互的，而在权力——责任关系中，责任是权力强加的，是单向的；2. 义务可因权利人弃权而不必履行，责任的相对人国家有关职能机关却不能弃权，否则构成失职（除非由确定法律责任的机关以外的其它机关依法予以赦免）；3. 义务之不为（如非权利人弃权），则由权力机关或行政机关认定法律责任或通过诉讼，以认定法律责任，而后导致国家强制，责任之不为则可以直接予以强制，或申请司法机关强制执行，而且强制本身就是责任的内容；4. 义务的实现必经义务人或其代理人的行为，而责任之实现有时却不必经责任人的行为，例如，强制拨款以赔偿损失。

第二，法律责任与法律义务同样古老，法律责任使一般社会义务转变为法律义务。任何有序社会的存在都需要个体对社会和他人承担作为和不作为义务（尽管人的早期没有义务的观念），任何社会义务要成为有效维护社会秩序的力量，必须对不履行义务者予以处罚，即科以一定的社会责任。这种社会责任最初源于社会的自发反应。一旦产生了这样一种公共权力，当人们受到侵犯时必须依据规则向这个机关告诉以认定责任的有无及实现责任，一般社会责任便上升为法律责任，由它保障的义务也就上升为法律义务。所以，法律责任的产生是一般社会义务嬗变为法律义务的动力和标志，最早的立法往往仅仅是关于法律责任的立法（例如中国的五刑）就是证明。

二、法律责任的内容

法律责任的内容与法律责任的种类不同。法律责任的种类是法律责任的不同表现形态，是依据不同标准对法律责任所作的划分，例如，依确认责任的机关以及规定责任的法律不同，法律责任可分为刑事责任、民事责任、行政责任等。法律责任的内容指法律责任的内部要素，即法律责任是由哪些内部要素构成的。法律责任的内容有制裁、补救和强制。

制裁。制裁就是惩罚，是国家使用强力对责任人的人身、精神所施加的痛苦或剥夺其经济利益及与经济利益相关的其它利益，使责任人感到痛苦和受到损失，直至剥夺生命。国家不能作为国内法制裁的对象。国家机关行使国家权力的行为即使有过错也不能成为制裁的理

^① 见 Dennis · Lloyd, 《法律的理念》，中文版第305页。

^② （台）刘清波：《民法概论》，第25页。

^③ 《马克思恩格斯全集》第19卷，第35页。

由,制裁的对象只能是国家及国家机关以外的自然人和团体人。制裁的作用主要是预防和矫正。许多法律关系受到破坏已无法挽回,无法使失衡的关系再次恢复平衡,立法者只能通过制裁表明秩序的不可侵犯性,以儆效尤,或通过制裁使为恶者失去继续作恶的能力直至从肉体上消灭他,或使责任人再社会化。制裁是最严厉的责任形式,它所表达的道德非难程度也最高,所以它曾经是古代法律责任的主要因素,甚至是唯一因素,它仍然是当今刑事责任的主要因素。制裁的手段有五种:1.对人身的制裁。包括剥夺生命(例如斩、绞、辮、烹、磔、火刑、枪决、电击等各种致人于死的手段)、摧残肢体(例如墨、劓、非、宫、刖、断腕、断脚筋、砍四肢、挖眼等)、施加各种肉体痛苦(例如鞭、扑、笞、杖等)、强制服苦役(例如充军、髡、完、谪戍等)、不同期限和不同程度的剥夺自由(例如有期徒刑、无期徒刑、拘役、管制、行政拘留、民事拘留、劳动教养、保安处分等)。对团体人的改组、责令关闭、停业、撤销组织类似对自然人的上述制裁。2.褫夺身份。包括降级、降职、夺爵、罢官、革职、开除公职、吊销城市户口、剥夺公权、籍没为奴等。3.限制行为能力。包括驱逐出境、迁、徙、编管、放、流、禁止从事某项活动、取消作证资格、^①吊销营业执照、吊销许可证。4.剥夺财产。包括罚款、罚金、降薪、没收财产、没收违法所得、没收违法工具、销毁违禁品。5.荣誉罚。包括取消荣誉称号、谴责、通报、训诫、责令道歉、具结悔过、警告、记过、记大过、强迫在社区进行公益劳动、枷号、明刑等。^②

补救。补救是责令责任主体通过不作为停止继续危害他人或社会,通过作为弥补造成的损失。补救的主要作用是制止对法律关系的危害以及使失衡的法律关系恢复平衡。补救的手段包括财产上的赔偿、补偿、精神籍慰以及对不法行为的否定。财产上的赔偿补偿是补救的主要手段,主要包括:返还财产、恢复原状、修理更作、交换、支付违约金、支付赔偿金、赔偿损失、对合法行为造成的损失给予补偿、强制购买等。^③精神籍慰主要是消除影响、恢复名誉、平反等。对不法行为的否定主要指停止侵害、纠正不当(例如宣告不当行为无效,撤销、变更不当决定、裁决、停止执行错误的决定)、排除妨碍、消除危险、返还权益等。

强制。作为责任内容的强制是当义务主体不履行义务时国家使用强力迫使责任主体履行义务,包括一个国家机关不履行法定义务时,另一有权国家机关命令其履行义务。强制的直接作用在于开通受阻的法律关系,使其恢复运转。必须将强制责任与下列相类似的概念加以区分:1.强制责任与法律责任的强制性的区别。法律责任的强制性指法律责任是国家单方面的意思表示,不为责任主体的意志所左右,即它的受动性和不可避免性(除非由于客观原因而无法实现,例如某承担金钱赔偿责任的人实际上一文不名,或者责任人失踪)所有的法律责任都具有强制性,它是指法律责任的属性或特征,而强制责任却是责任的内容之一。2.强制责任与履行法定义务的区别。从行为本身来看,履行法定义务与强制责任很相近,但是两者性质不同。履行法定义务是义务人的自觉行为,而强制责任则是在国家查明义务人不履行义务的前提下强迫其履行义务,是国家和社会对行为主体的否定。例如,某甲依法服兵役这是公民履行法定义务的光荣行为,受到社会褒扬,而国家使用强力迫使其服兵役则是在其拒绝服兵役后所加之法律责任,是社会和法律对他的否定性评价。3.强制责任与认定法律责任

① 例如罗马《十二表法》第八表第22款之规定,见周枏等《罗马法》第369页。

② 明刑,见《周礼·秋官司徒》,郑玄云:书其罪恶于大方版,著其背。犹文革之挂牌示众也。

③ 强制购买是英国《1971年城乡规划法》规定的对于合法行政行为造成损害的补偿办法,由国家买下公民因执行计划而不能利用的地产。见王名扬《英国行政法》第231页。

过程中必要的强制措施的区别。在认定法律责任过程中,为防止被告人、现行犯、嫌疑人逃跑、自杀、毁灭证据、继续为害,可以采取各种强制措施,例如拘留、逮捕等。从形式上看,它与强制责任很相近,其实两者的性质、目的、法律依据、发生的时间均不一样。强制责任是国家对责任人的否定评价,强制措施只是管理行为;强制责任的目的是开通受阻的法律关系,强制措施是为了查明责任,防止继续为害;强制责任的依据一般是实体法,强制措施的依据只能是程序法;强制责任发生在责任认定之后,强制措施发生在责任认定之前。当然,如果在认定法律责任过程中产生了诉讼义务,而有关当事人不履行诉讼义务,则可能产生责任,例如强制传唤、拘传,严重时构成蔑视法庭罪甚至可处以刑罚。但就是在此情况下,强制责任也是可以与强制措施相区别的。区别的依据在于强制的前提条件不同。认定法律责任过程中产生的强制责任以不履行诉讼义务为前提,而强制措施的前提则是被告、现行犯和嫌疑人的人身危险性。4.强制责任与强制实现法律责任的区别。强制实现法律责任是指在责任人拒绝实现法律责任时所采取的强制手段,主要的强制手段有强制拍卖、强制拆除等。两者的主要区别在于不同的性质和前提。强制责任是责任的内容,强制实现法律责任是实现责任的手段;强制责任的前提是义务之不履行,强制实现责任的前提则是责任之不实现。例如某甲不履行纳税义务,税务部门可课以加收滞纳金和强制扣缴责任,而某甲如被加以金钱赔偿责任而拒绝赔偿,国家机关可对其财产强制拍卖以支付赔偿金。强制拍卖便是从赔偿责任而来,是实现责任的手段,不是责任本身,我们不能说某甲承担了赔偿和强制拍卖两个法律责任。

强制责任包括间接强制和直接强制。间接强制主要是行政法上的代履行、执行罚。直接强制包括对人身强制、对财产强制、对机关行为方式的强制。对人身的强制有强制传唤、拘传、强制治疗、强制履行、强制戒毒等。对财产的强制有强制划拨、强制扣缴、强制收兑、强制检定。对机关行为方式的强制指在有关国家机关不履行法定义务的情况下,有权机关所下之命令,包括适法命令和禁止命令两种。例如英国法规定当行政机关不执行有关法律和命令时,法院可发布“执行令”;当行政机关继续执行错误决定时,法院可发布“禁止令”。

制裁、补救、强制三者构成法律责任总体,三者紧密联系,缺一不可。首先,三者构成阻却义务之不履行的防御体系或履行义务的担保体系,使任何类型的义务之不履行都受到相应的否定。对严重的不履行消极义务者可以予以制裁,对不履行积极义务者可予以强制,而对于给他人和社会造成损害者又可令其补救,当然,必要时可以双管齐下。其次,三者构成了道德(占主导地位的道德)评价的阶梯,一般来说,制裁遭到道德非难的程度最甚,强制次之,补救又次之,某些补救(例如合法行为的补偿)甚至不存在道德责难问题。再次,三者构成实现法律责任目的之总体。法律责任的目的一般可分为维持社会秩序(最终社会目的)、实现责任人的再社会化(直接社会目的)以及开通受阻的法律关系及恢复失衡的法律关系(具体目的)。制裁的作用主要是社会目的;而补救和强制的主要功用在于具体目的;三者的合力构成推进法制和社会正常运转的动力,三者缺一不可。

三、归责基础

一般地说,法律责任的归责基础是“义务不履行”,法律先确认繁复的权利义务体系,而后以“不履行义务”为基础规定各种任责。但是客观世界是千差万别、纷纭复杂的,

“是”与“非”之间存在许多中间状态,这就要求在认定“义务不履行”时有一定的标准、尺度、规格,才能使法律责任具有确定性,达到形式上的公正,这是严格意义上的归责基础。归责基础是责任擅断的对立物,两者长期并存着。法律发达史就是一部归责基础的制度不断完善的历史,也是它不断排斥、战胜责任擅断的历史。

早期立法并无严格的归责基础,随着立法和司法经验的积累,人们逐渐找到一些参数,以确定法律责任:心理状态、动机、后果等。例如,我国古代断案要求做到“情、理、法三合”,合情者主要是指应当考虑犯人的年龄、动机、罪过大小等具体情况。古印度法要求先“弄清真实的动机、地点和时间,并且考虑能力和罪过”,而后归责。^①这是早期归责基础在立法和司法中的体现。但是无论古代的东方或西方,归责基础都始终未摆脱责任擅断的困扰,始终未能取得一般法律原则的地位,只要统治需要,统治者即毫不犹豫地抛弃一切归责基础而对任何人科以莫须有的罪名。摆脱困境的契机终于随资产阶级启蒙运动而来到,首先在刑法领域里犯罪构成理论战胜了罪责擅断理论,在资产阶级建立、完善法制的过程中,归责基础的立法得到发展,最终战胜了责任擅断:不具备法律规定的归责条件不能科以法律责任。

决定法律责任有无的要素有哪些?个体对社会的作用是通过活动来实现的,法律所要否定的正是给社会带来不利后果的活动,所以,统治者在确认责任的有无时,首先注意的是有关人是否从事了不利于社会或他人的行为;其次考虑这种行为在何种心理状态下进行,从中找到否定的道德支柱;再次要考虑有无损害及损害之大小;如果有损害,则要考虑其与行为的联系方式。下面我们渐次考虑这些要素。

行为。行为要研究的是承担法律责任与其行为是否相关。行为指由人的意志控制的任何事件,通常限于人的身体活动。人的思想活动如果公开表露出来,有时也属法律上所讲的“行为”。有行为才有责任这是一般原则,但是存在某些例外,例如追究思想犯。

过错。过错研究的是承担法律责任是否以行为人的主观故意(Violation)或过失(Negligence)为前提。过错作为归责的重要条件之一,其重要性因时因地而异。

人们经历了长期的客观归罪阶段,才逐渐把过错作为从重处罚的情节。例如《书·康诰》云:“人有小罪,非眚,乃惟终,自作不典,式尔,有厥罪小,乃不可不杀。”^②成文法公布以后,过错作为归责条件逐渐在立法中得到体现。公元前451年颁布施行的《十二表法》已把过错作为承担某些法律责任的要件,而且区分故意和过失,^③《亚奎里法》还对“过错”作出解释。^④古印度法里“故意”是构成某些犯罪的必要条件,过错是许多民事责任的归责条件,损坏某人的东西要负严格责任。^⑤中国则迟至汉代中叶才逐渐把过错作为某些犯罪的条件,汉津中虽设“见知故纵监临部主之法”,但是对殴父这样的重罪是否以过错为条件,到西汉中叶仍然争论不休,最后由董仲舒引经义“原心定罪”之原则,问题才得以解

① 见《摩奴法论》第七章第16页,第八章,第126页。

② 式尔,式,《尔雅·释言》:“用也”;尔,如此。式尔,故意那样做。见王世舜《尚书译注》,第156页。

③ 《十二表法》第八表第十款谓:“烧毁房屋或堆放在房屋附近的谷堆的,如属故意,则捆绑而鞭打之……如为过失,则责令赔偿损失……”见周枏等《罗马法》第369页。

④ 查士丁尼《法学总论》第198页。

⑤ 详见《摩奴法论》第八章,第288页、第290至295页。

决。^①虽然“过错”日益受到立法者的重视，但是由于前资本主义法蔑视人的价值，直至资产阶级法制的确立，过错责任才成为一般归责原则，只是在事关社会保险和人民权利时，才以无过错责任作为补充。

因果关系。因果联系要解决的是，如果令某人就他人的损害承担责任，要不要证明行为与损害间的因果联系，或存在何种联系。所有法律都要求证明因果联系，认定法律责任的重要任务就在于证明因果联系。如果这里的“行为”仅指责任人的行为，那么，在承担连带责任和替代责任的场合，责任人并无行为，当然谈不上因果联系；如果把直接责任人的行为包括在内，则也必须先证明行为与损害的因果联系，而后将责任连带或转嫁给连带责任人或替代责任人。

世界是普遍联系的，因果联系的方式也不可胜数，法律上所讲的因果联系是特殊的因果联系，它不仅要求两种事物、现象存在一般的时空联系，而且要求一方导致和必然引起另一方的产生。法律上的因果联系包括直接因果联系和间接因果联系。直接因果联系即某人的行为导致了某种损害的产生，例如，甲盗窃乙的钱物，导致乙财产上的损害。间接因果联系指某人的行为与损害有关，是损害的必要原因。西方法律上以“必要条件”（Sine quanon）和“倘没有便不能”（but for）规则加以限制，而其直接原因则为替代的、后加入的原因或不可抗力。因果联系的方式不同，常常决定责任的轻重和有无，作为损害直接原因的行为原则上要承担法律责任，而作为间接原因的行为只有在法律有规定的情况下才承担法律责任。

法律上的因果联系是事实上的联系，但是有一个例外，在认识落后，科技不发达的古代，人们常常将想象中的联系视为事实的联系而令行为人承担法律责任，例如，东西方古代法律均追究巫蛊罪责，巫蛊者的行为与他人的损害并不存在事实上的联系，而法律却令其承担责任。^②

损害。损害即受到的损失和伤害，包括对人身的、财产的和精神的损害及其它方面的损害。财产损害包括实际损害、丧失所得利益及予期可得之利益。造成一定的损害是许多行为的归责条件。

哈特曾将上述四大要件加以组合，得出七种归责基础。^③我们现进一步将过错和因果联系分为两种情况，则得到行为、故意、过失、直接因果联系、间接因果联系，损害6个要件，将6要件组合，我们就得到5类11种归责基础。

第一，行为、过错、因果联系、损害四者必备的归责基础有四：1.行为、故意、直接因果联系、损害并存，即某人的故意行为直接给他人以损害，不论何时代，此种行为一般要承担法律责任；2.行为、过失、直接因果联系、损害并存，即某人的过失行为直接给他人以损害，这是过失违法的主要立法基础；3.行为、故意、间接因果联系、损害并存，即某人的故意行为间接给他人以损害。例如A欲伤害B，B在奔逃中被C所驾驶之车撞死，A对B的死亡承担责任。这种情况在法律有规定时才负责；4.行为、过失、间接因果联系、损害并存，即某

① 春秋断狱：甲（父）乙与丙争官相斗，丙以佩刀刺乙，甲即以杖击丙，误伤乙，甲当何论？或曰，殴父也，当枭首。论曰“……扶杖而救之，非所以欲诟父也。《春秋》之义，许止父病，进药于其父而卒，君子原心，赦而不诛。甲非律所谓殴父，不当坐。”见沈家本《历代刑法考》第1771页。

② 例《十二表法》第八表之第8款、第25款。我国汉律规定：巫蛊人及教令者，弃市。

③ 详见哈特《法律因果关系》英文版序言。

人的过失行为间接给他人以损害，例如，A疏忽将汽油洒在某仓库内，后因意外火星点燃，点火直接原因是不可抗力，A对火灾负有责任。

第二，不考虑心理状态即严格责任的基础，这是古代主要的归责基础，在现代刑法中只作为特例保存着，而在民法中却有扩大适用的趋势。严格归责基础也有二：1.行为、直接因果关系、损害并存，即某人的行为直接导致他人的损害，不管是否有过错即负法律责任；2.行为、间接因果关系、损害并存，即某人的行为间接引起对他人的损害，不管是否有过错，均负法律责任，这只适用于少数民事行为。例如，卖主未按约定及时交货，即使无过错也负严格责任，而且还要承担如果及时交货便不会灭失，而因未及时交货间接引起的货物灭失责任。

第三，只考虑过错、无需损害，即主观归责的基础有二：1.行为和故意必备，即某人的某种故意行为，不管是否造成损害即负法律责任，这主要适用于对社会有潜在重大危险的行为及部分民事行为，例如，故意占有危险武器、故意违反契约。2.行为和过失必备，即某人的某种过失状态中的行为，不管是否造成损害均负法律责任。例如，司机因过失违章。某人因过失而违约须承担法律责任。

第四，形式归责基础，即只要实施某行为，不管心理状态和是否造成损害都要承担法律责任。这是早期不发达法律制度中普遍存在的归责基础。现代法律中只对极少数行为适用。例如，英国刑法规定只要行为人出卖了变质食品，不论其是否知道食品变质，也不管是否对消费者造成损害，均负法律责任。

第五，无需上述任何要素出现的归责基础有二：1.思想。即只要存在危害统治的思想就应承担法律责任，这是前资本主义法和法西斯法中存在的归责基础。2.责任主体的社会角色，即责任人本身不具备上述任何应负责任的条件，仅仅由于特殊的社会角色，他必须对他人的有责言行或对他人的损害承担责任。这里又可分三种情况：一是由于与行为人存在某种关系，而承担连带责任或替代责任。连带责任是社会为了增强法律控制力度或增加法律关系履行的保险系数，当社会认为仅仅对行为人加责不足以震慑或保险时，在对行为人加责的同时对与行为人有某种关系的人所加之责。替代责任是在行为人无责任能力或因财力等原因无力承担责任而又必须恢复失衡的法律关系时对与行为人有某种关系之人所加之责（例如：无行为能力人或限制行为能力人对他人造成的损害，由其监护人承担责任，国家机关对公务员执行公务所引起之损害承担替代责任等）。引起连带责任和替代责任的基础是行为人和责任人的某种关系，这种关系包括：亲属关系、监护、被监护关系、上下级关系、相邻关系、人身依附关系、契约关系等。二是由于与损害行为存在利害关系而承担法律责任。此时往往是损害已经发生，不存在有过错的责任人，为了实现社会公正或社会保险而对相关人加责。例如1964年《苏俄民法典》第449条第三款规定：在紧急避险情况下造成的损害，法院根据情况可以责成为其利益而造成损害的第三人予以赔偿。这里第三人的责任便是由他与损害行为存在利害关系而产生。三是由于与致损物体存在利害关系而承担责任。例如：罗马法规定动物（马、牛等）违反本性（并非主人疏忽）而伤人，主人承担赔偿责任。^①在英美法中，当损害是由脱离某人控制的危险物引起的时（那怕危险物之脱离不能归因于他或他的雇员的任何作为或不作为），或者当有故障的机器给某人的雇员造成了损害，而该人不可能发现该机

^① 查士丁尼：《法学总论》，第223页。

器的不良状态,都应负赔偿责任,① 这里的责任便是由于责任人是致损物体的所有者而产生的。

以上是对5类11种归责基础的实证描述。除了思想归责已被大多数国家摒弃外,其余都存在于现代各国法律制度中。这10种不同归责基础的不同组合构成了当今世界各国各具特色的归责基础制度。法律的普遍性要求归责的齐一性,而外部世界的多样性又要求“区别对待”,这使得归责的“齐一性”最终是“种类内”的齐一性,这便是同一法律制度中何以存在如此不同的归责基础的原因。这造成了现代归责基础制度的个别化趋势:不同种类的法律责任要求不同的归责基础,不同的行为用不同的归责基础来评价。

最后要说明的是,上述归责基础只是课以法律责任的必备条件,而非充要条件。为了适应错综复杂的外部世界,立法者还要规定免责条件作为“但书”,以限制法律责任。只有具备归责条件又无法以免责条件为答辩者才具备了承担法律责任的充要条件。这些免责条件一般有:责任能力、损害程度、受害者本人的行为、正当防卫、紧急避险、责任主体、不可抗力、行为的地点、时间、方式等。详细研究它们超出了本文的研究范围。

(作者单位:苏州大学法学院)

责任编辑:秦 凤

我国宪法的涉外作用

孙笑侠

法律被运用到国际关系已有悠久的历史,今天它已成为国际交往的不可或缺的桥梁。

中国的发展离不开世界。同时我国领导人也多次强调在对外开放中要完备法制,发挥法律的作用。这一深邃的思路在今天已给国人以清晰的全局轮廓,也在我的头脑中勾划出这样一条线索:在对外开放中,我国国内法已显示出举足轻重的作用,而作为国内法体系中最终渊源的宪法,究竟该具有怎样的作用,又该怎样发挥其作用呢?本文试图以本国宪法为立足点,将这条思想线索作一次初步整理。

一、宪法的涉外作用及其国际趋势

将法的作用分为对内作用和对外作用,这在我国法理学上早有一定的理论共识。近年来,我们也常用“涉外立法”,“涉外司法”等概念。因而从法的作用上讲必然又有“涉外作用”。根据一般的法理,凡具有涉及外国因素的事务均可称为“涉外事务”。一些国内事务虽不直接同外国发生法律关系,但涉及或可能涉及外国、外国组织或外国人,尤其在今天对

① 参阅H.L.A.Hart:《惩罚与责任》第206页。