

公、私法责任分析

——论功利性补偿与道义性惩罚

孙笑侠

长期以来,我们在法律责任问题上没有区别对待私法责任与公法责任,致使私法责任亦带有惩罚或制裁的性质,有意或无意地使私法责任带有了公法责任的色彩。考察古代中国法我们会发现,民刑不分,民事司法与刑事司法合为一体,民事责任带有浓厚的刑事责任色彩。我国目前没有区分公、私法责任是否与传统有一定的历史联系?笔者以为私法责任是以功利为基础和特征的,公法责任是以道义为基础和特征的。变功利性为道义性,可以说这与中国传统的“轻利重义”倾向有着某种文化的联系。分析法律责任有必要区分“责任关系”与“责任方式”,进而区分“功利关系”与“道义关系”、“补偿方式”与“惩罚方式”,在归责问题上,还应当区分“归责基础”与“归责要素”,由此形成法律责任的四对(八个)基本概念。

一、责任关系与责任方式

在我们谈论“责任”问题时,实际上存在着这样两方面的语义:主体A对主体B负有责任(表示关系);主体A负有……的责任(表示方式)。这就是说,“责任”一词包涵两层语义:一曰责任关系,一曰责任方式。任何责任都存在于两个(或两个以上)主体之间,显然,当只有一个主体时就不存在什么责任问题,责任是以社会联系为前提的,所以责任首先表示一种社会关系。责任关系以何种具体方式实现?这就涉及责任方式问题。没有责任关系也就不会有责任方式的问题;没有责任方式,则无以实现责任关系。

从词义来说,汉语“责”字的基本含义可以纳入两个方面:第一,表示责任关系——“对…负责”、“对…所欠之债”。如《书·金縢》:“若尔三王,是有丕子之责于天”中的“责于天”即“对天负有责任”。与之相应的同义英文词汇为 responsibility,该词与 response(对…回答、应答)同出一源,是 responsible 的名词化,具有表示关系的语义。另外,古汉语的“责”通“债”。如《国策·齐策四》:“乃有意欲为收责于薛乎?”另,《汉书·淮阳宪王钦传》:“博(钦舅张博)言负责数百万”,其中“责”均为“债”,即对…所欠之债。与之对应的同义英文词汇为 obligation,它兼有表示“关系”的义务和债务之意。第二,表示实现责任的方式或手段——责备、责罚、加刑、索取、要求或监督。如《管子·大臣》:“文姜通于齐侯,桓公闻,责之姜”中的“责”为责备、谴责之意。《新五代史·梁家人传》:“(刘)崇患太祖庸堕不作业,数加笞责”中的“责”为责罚之意。《论衡·问孔》:“小过以大恶,安能服人”中的“责”为责罚、处罚之意。《左传·桓公十三年》:“宋多责始于郑”中的“责”为求、索取之意。《荀子·宥坐》:“不教而责成功,虐也”中的“责”为要求之意。从现代汉语的“责任”一词来看,它也同样表示了这两种语义。“责任”经常被理解为一种“份内应做”

事”,如“岗位责任”中的“责任”表示“关系”这一前提的存在。又如“追究责任”中的“责任”则侧重于指破坏上述“关系”而应承担的不利后果,它表示责任方式。

这两项语义在法律责任中同样存在,所不同的是这两项语义表现为法律责任的两项互为逻辑关联的层次:法律责任首先表示一种法律关系,其次表示责任方式。

法律责任所表示的责任关系实质上是一种法律义务关系。国内外法学界曾经在法律责任与法律义务的关系问题上存在两种截然不同的观点,一是认为法律责任就是法律义务,^①一是认为法律责任应当与法律义务区分开来。^②两种观点似乎都有道理。之所以会形成这样的对立观点,是由于法律责任与法律义务存在密切的联系。事实上,法律责任是以法律义务的存在为前提或前因的。关于这一点分析法学派的代表人物都曾作过论述,如凯尔森与哈特都曾论述过法律责任的概念是一个与法律义务相关连的概念。前苏联法学理论也存在同样认识,如雅维茨认为法律责任既是一种法律义务,又必然意味着承受某种痛苦。^③法律责任表示关系的那一层实乃一定的法律义务,因为任何义务都表明一种关系的存在。也就是说,任何法律责任的前提是一定的法律义务(关系)的存在,比如损害赔偿法律责任是以不得侵权的法律义务为前提的,这就是表示关系的法律责任。从法律规范角度来说也同样证实这一点,因为法律规范的行为模式(包括禁止……行为、必须……行为)是法律后果归结(包括否定式后果归结)的前提。没有法律行为模式中的义务关系就不会存在后果归结。可见法律责任不可能与一定的法律义务截然区分开来。法律的责任形式,是在法律义务关系前提下产生的。许多学者疏忽了第一层次的法律义务而只看到第二层次的法律义务,是片面的。

关于法律责任性质的理论纷纭错乱,莫衷一是。在不同层次上法律责任的语义是不同的,因而,法律责任的性质的理解也就出现分歧。大致上有四种,即处罚论、后果论、责任论和义务论。它们均有合理之处,都揭示了法律责任的某些特征,但都不够全面。除处罚论之外,其它三种定义均可以用作法律责任的中心指称范畴。但考察这三种定义,仍然能够发现它们的不足之处。四种理论都没有揭示为什么产生这种“不利后果”之原因,即没有强调该后果产生或存在的前提——责任关系。有学者主张“新义务论”,将法律责任作为“由于侵犯法定权利或违反法定义务而引起的、由专门国家机关认定并归结于法律关系的有责主体的、带有直接强制性的义务”,亦即由于违反第一性法定义务而招致的第二性义务。^④“新义务论”的优点在于,它揭示了法律责任的前因与后果关系,第一性义务是前因,第二性义务是后果,即说明了法律责任的责任关系(第一性义务是前提)之后又说明了责任形式(第二性义务是后果)。

笔者将法律责任的定义初步归纳为:因破坏法律上的义务关系而产生的法律上的不利后果。“义务关系”表示法律责任的第一层意义,实际上就是法律关系。“不利后果”则是法律责任形式。我们说法律责任是法律规范中否定性的后果归结,就是基于这一点而言。因此法律责任特点在于:第一,它具有内在逻辑性,即存在前因与后果的逻辑关系;其中责任关系是前因,责任方式是后果。第二,它是以行为作为对象进行规范评价的,因而具有客观性和规范性。第三,

① 比如《布莱克法律词典》解释“法律责任”说:是指“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”。又比如前苏联法学家雅维茨说法律责任“是违法者由于作出从法律的观点来看应受指责的行为而受到痛苦的一种特殊义务,而惩罚是对违法者适用法律的结果和法律责任的目的”。

② 如我国有学者指出“应当使之从法律义务中独立出来。参见《法学研究》1991年第3期周永坤《法律责任论》一文。

③ ④ 参见张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社,第186—187页。

它是一种否定性的后果,因而具有不利性。第四,从它的执行上分析,是由国家强制力保证执行的,所以具有强制性。但这不等于说一切法律责任的实现均由国家强制力介入,后文再予说明。

二、功利关系与补偿方式、道义关系与惩罚方式

布莱克斯通曾经把法律上的错误区分为私错和公错两大类型。他认为前者是对私有权或属于个人的民事权利的侵犯,因此常称为民事侵害;后者是对影响整个社会的公众权利和义务的违背与破坏,并被冠以犯罪和犯法这些更严厉的名称以示区别。据他的分析,民事错误是对个人所犯的错误,犯罪是对全体公众所犯的错误。^①事实上对个人所犯的错误并不一定是“私错”,比如故意伤害他人。虽然他的观点并不能完全令人信服,但也颇有启发。我们不妨换一个角度来认识:公错与私错之分不是以被侵害的对象为标准,而是以被侵害的社会关系为标准;它们分别侵害了两种不同的社会关系。

在人类生活的习惯上,判断是非或正义与否的标准大体上有两项,一是基于功利进行评价,它属于效率论据的范畴;一是基于道义进行判断,它属于伦理论据的范畴。“欠债还钱”这一习惯义务设定的理由是以功利为标准的,而“杀人偿命”这一习惯义务的理由是以道义为标准的。在责任关系的方面存在着功利性与道义性两种法律义务关系,我们称之为功利关系和道义关系。功利关系基于客观利益和效用而存在,能否满足当事人利益是衡量法律上的是与非的标准,比如法律上的“欠债还钱”的义务就是功利性之义务。前述“责”之汉语语义中“对…所负之债”就是一种功利关系。道义关系是基于主体对客观利益的能动认识而产生的,它不仅考察客观利益与效用,还考察并且着重考虑行为动机的“善”与“恶”。相对而言,它比功利关系更多地注重人的社会性以及公众评价。比如法律上的不得杀人之义务,是人们对生命利益认识的升华而产生的一种道义要求。再比如,不得偷盗之义务,虽然它也是以人们的客观利益为基础的,但它的功利性又涉及更重要的道义性,所以它上升为一种道义要求的表现。人们在评价偷盗行为时自然而然地首先对偷盗者从道义上予以谴责,而不会首先去担心被盗者财产能否得到恢复或补偿。在此,基于客观利益的法律义务已被基于道义的法律义务所吸收,功利性义务之重要性让位于道义性义务之重要性。

由于责任关系存在功利的与道义的两形态,因此在责任形式方面也存在补偿与惩罚两类。与功利关系相适应的是补偿形式的责任后果,与道义性关系相适应的是惩罚形式的责任后果。

关于功利与道义,实际上在约翰·斯图尔特·密尔的理论中已经论及。密尔与边沁不同,边沁将正义完全置于功利的命令之下,尽管密尔也认为正义的标准应当建立在功利之上,但他却同时认为正义感的源泉应该到两种情感中去寻找而不是到功利中去寻找,这两种情感就是自卫的冲动和同情感。密尔认为,正义就是“一种动物欲望,即根据人的广博的同情力和理智的自我利益的观念,对自己或值得同情的任何人的伤害或损害进行反抗或报复”。^②换言之,正义是对恶行的报复欲望,这也就是道义要求的根源。习惯的正义、是非标准,与法律的正义、是非标准并无二样。古代法上的法律责任是将功利与道义融为一体的,侵权行为责任中既带有功利因素,又具有道义色彩。原始的同态复仇到奴隶制的同态复仇,再到封建制的对血亲复仇的一定

① 参见[英]G. D 詹姆斯:《法律原理》,中国金融出版社1990年版,第29—30页。

② 转引自博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社版,第102页。

程度的保留经历了数千年的沿革之后,才在法律上把侵权责任的功利性与刑事责任的道义性给区分开来。现代法律上的是非标准如果不以功利与道义为标准就难以解释侵权行为与犯罪之间的区分,也难以解释民事的补偿与刑事的惩罚之间的区别。功利对于民法来说是再明显不过的了。现代侵权行为责任之所以以财产为主要形式并且只以损害赔偿为限,就是一个最好的证明。补偿损失虽然一定程度上与道义有联系,但是它毕竟首先是起弥补损失的功利作用。我们虽然不承认道义报应是刑罚的唯一根据,但是不能否认道义作为刑罚根据的重要意义。

补偿与惩罚的区别有四方面:第一,实现载体不同。补偿以财产为主,惩罚以人身为主。补偿与惩罚的载体有三种,一是财产,二是行为,三是精神,但是为主的大量使用的补偿载体还是财产。行为这一载体实际上也是以财产为条件的,没有财产作为法律关系客体也不会产生行为这种补偿方式。精神作为补偿载体比较少见,一般是在精神损害中使用,如对精神损失采取公开赔礼道歉、恢复名誉和平反等精神慰藉,但精神慰藉也采取金钱赔偿,虽带有一定成份的惩罚性,但它的实质不属于惩罚而是补偿。惩罚责任的载体主要是人身,它包括肉体、自由、名誉甚至生命,虽然也有财产形式的惩罚,如罚金、没收等,但主要还是人身惩罚。以人身为载体的惩罚是一种有悠久历史的惩罚方式。从原始人的同态复仇到现代刑法的从限制人身自由到生命刑的惩罚方式,无不带有人身惩罚性。这是因为基于道义的惩罚方式,通过财产惩罚是不足以达到道义上的目的。在多数情况下,人身惩罚比财产惩罚从道义效果上看要有效得多。第二,目的与效果不同。补偿的目的和效果是针对被害人的,而惩罚的目的和效果是针对责任方的。补偿手段的效果一般不是有意识地涉及责任人的精神,它主要通过赔偿、返还(交换)、恢复(修复)、抑止、精神慰藉等手段来实现。虽然客观上给责任人带来精神上的压力,但这不是补偿目的本身的内涵。而惩罚必然有意识地涉及责任人的精神,它是国家使用强制手段对责任人的人身(本身涉及精神)、财产利益所施加的痛苦和损失(法律在主观上也有意识地要造成责任人精神上的痛苦)。这也正是惩罚的报应与预防双重目的实现的基础。第三,成立基础不同。补偿与惩罚的成立虽然都是以客观行为为条件,但补偿成立的基础是以客观损害后果为主的,至于主观过错的恶性程度是次要的。所以民事法律对客观损失的关心程度要超过对主观过错的关心程度。而惩罚的认定基础主要是主观过错,惩罚虽然也考虑客观损害,但其考虑的目的是为了确定主观恶性程度。有时行为虽然不存在客观损害但可以根据行为的主观恶性来施加惩罚。第四,评价标准的道德因素差异。我们知道法律责任也是一种法律评价。补偿的评价标准以事实评价为主,道德因素较少介入或者道德因素只涉及补偿责任的外部,如大多数因损害他人财产引起的赔偿,在承担责任时基本上不考虑道德因素。惩罚的评价标准带有明显的、浓厚了道德评价色彩,如果没有道德因素渗透于其中,“惩罚”这一法律现象也就会失去其赖以存在的基础。因此,法与道德的共性、渗透与交叉关系大体上可以从惩罚与道义的相互关系中得以说明。“刑法中的恶性这个概念与道德义务有关,因此道德增强了法律的权威性”。^① 法律受公众支持(法律权威)的永恒基础或源泉也正是它与道德的这种密切联系。

由功利关系中派生出来的责任形式以补偿为核心目的。以民法为主的私法具有强烈的功利性,因而私法上的责任以补偿为核心目的。由道义关系中派生出来的责任形式以惩罚为核心目的。以刑法为主的公法具有浓厚的道义性,因而公法上的责任以惩罚为核心目的。用现代经

^① Dennis L Lord:《法律的理念》(The Idea of Law),台湾联经出版事业公司1962年版,第56页。

济观和法律观来分析,功利目的难以通过惩罚来达到,同样,道义目的也难以通过补偿来实现。就此我们称之为法律责任关系、目的与形式的二元论。

三、公法责任与私法责任划分之意义

功利性补偿与道义性惩罚并不是截然分离的。首先,在某些特殊情况下,功利标准是道义标准的基础,功利标准可以转变为道义标准。道义标准是以功利标准的存在为前提的,当在功利标准下补偿尚不足以达到目的,则用道义性惩罚方式。比如财产对于人来说是功利的,对财产的一般损害可以用赔偿、修复等予以补偿,当偷盗他人财产时就产生道义问题,使原来的功利问题上升为道义问题。其次,有时候某种社会关系不能被简单地认定为功利性关系或道义性关系。比如以人格权为内容的关系,它究竟属于哪一种关系?当侵犯人格权造成精神损害时,其责任方式究竟是补偿还是惩罚?由于功利与道义本身的界限具有不确定性,所以某些关系的属性就难以确定。另外,还有一种特殊情况,道义责任并不一定以惩罚方式承担责任,功利责任并不一定以补偿方式承担责任^①,补偿中与会夹杂着一一定的惩罚性,惩罚中也夹杂着一一定的补偿性。道义责任也可以用补偿方式,如侵害名誉是一种道义关系的破坏,但它以金钱方式承担责任,这时的金钱支付与其说是惩罚或兼具补偿与惩罚功能,不如说它是补偿更为准确。功利责任有时也可能采取惩罚方式,如合同法中的违约金,此时惩罚又具有补偿功能。概括地说,道义责任也可以与补偿方式相连接;功利责任也可以与惩罚方式相连接。因而,我们也不能绝对地把私法上的法律责任完全说成是补偿方式,把公法上的法律责任完全说成是惩罚方式。其实,私法上只是以补偿为主而已,它也存在惩罚方式,如违约金。公法上的责任也不纯粹是惩罚方式,如行政补偿。还有必要指出,除民商法与刑法之外,许多部门法的责任方式是结合了两类责任方式而形成的,如行政法和经济法的责任既包括功利性补偿又包括道义性惩罚,所以行政法、经济法的责任方式是溶两者为一体的。我们在上述责任二元论基础上得知,很有必要在行政法与经济法中把它们区分开来;同时借助于责任二元论也就比较容易区分两类责任方式。

既然私法的功利性补偿与公法道义性惩罚并不能被断然分离,那我们为何还要将两者区分开来呢?我们区分私法责任与公法责任的目的是和意义在于:

(一)区分两类案件当事人的自主权。补偿责任体现了私法自治原则。被害一方当事人对责任承担方式享有高度的选择权,正如他在商品交换中的意志自由一样;而作为责任主体一方当事人也相应地享有一定的自由权,比如协商权、要求调解权、对补偿方式有限的选择权等等。公法上的责任是不考虑当事人意愿的,即他没有自由选择惩罚方式的权利。至于刑事自诉,从实质上说它属于用刑法规定的私法内容。

(二)区分两类案件归责程序中的权力因素。私法补偿责任可以不通过甚至完全不通过国家权力,也就是说,补偿责任可以在当事人之间自行“私了”。我们说法律责任的国家强制性是从一般意义上说的,它对于私法责任而言,可以理解为:当责任主体不履行特定义务时,权利一方(受害者)可借助于国家强制力的帮助来实现权益。补偿责任归责的诉讼程序中较少参入国家权力因素,这集中体现在民事案件的“不告不理”原则,因而绝大多数民事诉讼程序是以一方起诉为起点的。与此相对应的还表现在权利主张与举证责任相对原则、法院不积极取证原则、

① 有些行为道德罪过轻微甚至谈不上道德罪过,被明文规定为犯罪,如违章停车。而另一些令人发指、道德罪过严重的行为却反而不受刑罚惩罚,如血亲相奸。参见陈兴良著《刑法哲学》,中国政法大学出版社,第27页。

自愿基础上的调解原则、减少民事判决方式原则等等。

(三)区分两类案件法官自由裁量的幅度。私法法官归责时较少涉及价值判断,因而补偿性归责的判决过程相对于惩罚性归责其法律适用、推理也比较单纯、机械。我们在不否认民事责任中的补偿责任也有某些方面涉及道德评价的同时,相对而言,公法上的惩罚的归责其难度要比补偿大得多,其涉及的道德性价值评价比补偿要多得多。因此,法官自由裁量权也表现得更为突出。比如在认定犯罪主观恶性、法定量刑幅度的选择等问题上,法官享有高度的自由裁量权。了解惩罚与补偿的区别也有助于我们重视对刑事审判权力特征的认识,并予以适当限制。

揭示私法补偿的功利基础以及公法惩罚的道义基础,其最终目的乃是贯彻私法自治原则并确保国家权力正当运用。在我们现实司法工作中,存在这样一系列相关的观念:混淆民事责任的功利性补偿与刑事责任的道义性惩罚;把民事司法等同于纯粹国家公权的运用;进而出现民事司法活动的过份干预,导致一种“超职权主义”倾向。具体表现为民事责任被“惩罚化”和“超强制化”,当事人的意志得不到充分体现。这种观念与市场经济的商品交换关系是极不适应的。民事司法虽然是以国家审判权运用为特征,但它不同于一般的公权的运用。它的独特性在于私法的自治性,私法案件应当以自治为基础。所以有必要阐述和强调补偿、私法与市场三者之间的本质联系。以补偿为责任形式的私法与市场机制的自发性有着一种天然的默契,因为市场主体强调效益(功利)的最大化,而不是以市场行为的道义性为目标。因而,市场主体会把纠纷以及纠纷的解决视为交换关系的延续,在处理纠纷时,首先要求的不是对加害人的惩罚,而是要求加害人对被害人的补偿,只要加害人补偿了损失,被害人对道义方面的要求通常是不那么关心的,因此,他可能在得到补偿后就满足了。这也就是产生不告诉不受理、调解、协商、私了、仲裁等解决纠纷方式的根据和由来。相反对加害人的惩罚并不能满足市场主体的效益要求。假设商人A被商人B侵权,通常情况下A首先希望B能够补偿他的损失,而不是首先要求国家对B进行惩罚。私法上的补偿性责任是私法意思自治精神的再现。而在公法上情况就不同了,代表国家权力的公法并不以当事人的意思自治为特征。以惩罚为主要责任形式的公法与国家权力的自觉性也有着密切的关系。公法上的责任是基于道义产生的,国家代表社会的道义力量从事评价活动,所以刑事诉讼是经过公诉的、不适用调解的、不允许私了的、诉讼结论中的责任是由国家专门机关予以强制执行的,等等。如果不从根本上把握私法、补偿与公法、惩罚之间的区别,则难以准确适用法律,因而也就无以发挥民商法在市场经济建设中的作用。基于上述分析,我们显然可以把法律责任的两类关系与两类方式作为私法与公法划分的另一项标准。

基于前述分析,法律责任可被定义为:因破坏法律上的功利关系和道义关系而产生的法律上的补偿和惩罚的不利后果。

四、归责基础与归责要素

在归责问题上,国内外法学家通常没有把归责基础与归责要素区分开来。从法律归责的严肃性、严密性、严格性特点出发,我们应当将归责基础与归责要素区分开来。

归责基础是追究法律责任的基础,它是指法律责任产生和存在的根据,它决定某行为是否有法律责任、何种性质法律责任等问题。通常所谓法律上的“是”与“非”判断就是归责基础的问题,正是因为“非”才对某行为予以归责。归责基础的意义在于说明追究法律责任的基本理由;它与法律责任的前提——责任关系或称义务关系是相对应的概念。有什么样的责任关系就会

有什么样的归责基础。归责基础根据责任关系分为功利要求与道义要求两种。归责要素又可称为归责要件,它是指具体法律责任认定的事实根据。它决定某行为该承担怎样程度的责任问题。归责要素的意义在于确定该行为是否必须追究,以及选择何种、怎样程度的具体责任方式。它是与法律责任的后果——责任方式相对应的概念。比如故意致人重伤行为,在法律上属“是”还是“非”、要不要追究责任、追究何种责任?由于该行为的“是非”不是涉及功利而是涉及道义问题,故以道义要求为理由,因而重点考察过错问题,它可能是故意伤害也可能是正当防卫,这就是归责基础所要考虑的;但是仅仅确定法律“是非”是不够的。法律上的“非”存在不同程度,况且法律上对“非”的行为规定的量刑标准是一般的,有幅度的,究竟对行为人处以多少年徒刑,就需要根据行为的具体情况,即归责要素来确定责任。

区分归责基础与归责要素的优点在于:归责基础与归责要素的划分直接影响法律适用的严肃性和准确性。这种划分等于把责任归结确定为两个阶段,即确定归责基础再认定归责要素,只有解决第一个阶段的归责基础问题,才能进一步解决第二个阶段的归责要素问题,这有利于法律推理的逻辑性。因为归责基础是归责要素的前提,不分归责基础与归责要素,也就无法区别对待功利性与道义性归责基础,影响不同性质责任的准确适用。特别是在遇到两种归责基础渗透的法律责任时,还有助于鉴别哪种归责基础占主要地位,比如债务案件、赡养费案件与违约金案件三者同样是支付之诉,但只有赡养费案件中责任人的法律责任既是功利性的又是道义性的,它存在三种判决结果:一是惩罚不支付赡养费的被告;二是责令被告支付赡养费,三是支付略高于应付标准的赡养费以示处罚。显然第三种结果是最合理的。但是,如果我们不区分归责基础,不确定它以功利为主还是以道义为主,那么就无法选择上述三种判决结果。相反债务支付就不宜采取第三种选择。区分归责基础与归责要素还便于解释一些免责规定,比如时效免责问题。为什么民事责任可以因超过诉讼时效而免除?这是因为民事责任的归责基础具有功利性——权利方当事人可自动放弃补偿。为什么刑事责任允许适用时效免责?这是因为刑事责任归责基础具有道义性——我们可以把它理解为:如果今天来惩罚一个人五年甚至十年、二十年前的过错,是不符合道义报应目的的原则的。

两种责任在归责基础与归责要素上存在三点区别:

(一)归责基础不同。私法上的补偿责任以功利为目标,所以其归责基础也体现功利性——从考察对象来说是着重考虑行为的客观损害后果,从归责目的来说是为了对物质性社会关系的补救;从归责结果来说,以是否补足损害(相对而言)为标准。这说明在一般情况下,只有造成他人功利方面的损害才是承担补偿责任的理由,只有从功利上进行补偿才算责任目标实现。公法上的惩罚责任以道义为目标,因而归责基础体现道义性——从考察对象来说着重考虑主体的道义恶性程度,从归责目的来说是为了对意识的社会关系的维护;从归责结果来说,以是否达到道义上的公正(如对被害人的籍慰、对责任人的报应)为标准。

(二)过错在归责中的地位不同。私法上的补偿责任以归责要素中的过错或主观恶性对于责任方式并无太大意义和影响,一般只有在无过错时才不要求承担补偿责任;法律上的无过错责任原则也以特殊的侧面说明了过错与责任并无太大关系——虽然无过错,但客观上存在对他人财产与人身功利方面的损害,因此需要承担补偿责任。至于公平责任(又称衡平责任),是在双方均没有过错的情况下由双方公平地各自承担损失或给予补偿,说明过错的次要性,它同样体现了注重结局的功利性。公法上的惩罚责任归责要素中的过错因素对于责任方式具有重大意义和影响。主观恶性主要体现于过错,当然也体现于客观损害,但惩罚责任是把客观损害

作为衡量主观恶性的一项参照物,没有主观恶性也就谈不上惩罚。因此,在刑法上有学者说,“道义报应的本质是将刑罚奠基基于主观恶性,它作为对已然之罪的一种回顾,着眼于犯罪人的主观恶性,予以否定的伦理评价”。^①

(三)免责条件不同。私法上的补偿责任的免责条件也充分体现了功利性。其免责条件和方式包括超过时效、对方不请求、有效补救、自愿协议等。权利主体方考虑问题更多地会注重成本问题,即功利问题。当事人一方可以把民事纠纷看成交换关系的一部分,是交换关系的延续。如果当事人一方从功利角度认为没有必要起诉,那么也就不存在诉讼问题。比如当事人从成本上考虑索赔所得尚不足以维持诉讼费用或者与其商业对手“打官司”将影响双方的正常贸易关系,这样一来他也就放弃补偿要求了。如果对方已经作了补偿(如修复、抢救等),或者与对方有了解决纠纷的协议(甚至交易,如权利方把免责作为今后贸易关系的一项条件),那么责任也就可免除了。相反,公法上的惩罚责任的免责条件却体现了道义性。其免责条件包括自首、立功等,而且这些条件的认定并不是象补偿责任那样由当事人决定,而是由代表国家立场的规范性法律规定并由特定机关认定的。如对立功人员采取刑事免责是由法律规定并由法院以裁决方式认定。

(作者单位:杭州大学法律系)

责任编辑:张少瑜

“中国法治之路”有奖征文

中国已将社会主义市场经济作为自己的目标模式。市场经济是法治经济,需要建立一整套符合市场经济规律要求的法律体系,创造与市场经济相适应的社会法律环境。这是一项宏大的社会工程,需要从理论上作充分的准备。为此,中国社会科学院法学研究所主办,并邀请《法学研究》等近二十家法学报刊社(编辑部)作为参加单位的全国性有奖征文——“中国法治之路”将于1995年1月至12月举行。

此次有奖征文的作者范围为年龄在45岁以下的法律专业大学生、硕士生、博士生,从事法律教学、科研和实务的人士以及法学爱好者,应征作品为学术论文。对应征论文的基本要求是:注意中国传统与现实国情及中国社会主义市场经济法治的特殊要求;注重理论分析和所提方案的可操作性。

此次有奖征文得到了关心中国社会发展与法治建设的日本大阪经济法科大学教授、著名律师、相马达雄综合法律事务所所长相马达雄先生的资助。

有关征文的详细情况,各参加单位将在1995年初的报纸和刊物上登载。

^① 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社,第277页。