分析法学对行为概念的重建

陈 裕 琨*

内容提要:民法学、刑法学及行政法学领域对行为概念的研究,为整个法学对行为概念体系的原理性构建提出了要求。分析法学,尤其是霍菲尔德的权利概念元形式的分析框架,提供了在法理学层面上构建行为概念体系的一种思路。按这一思路,行为概念有四种元形式:事实行为、法律行为、合法行为和违法行为。它们与霍菲尔德提出的四种权利概念元形式一起构成八个法律基本元素,共同体现了法律的逻辑推理结构。

关键词:分析法学　霍菲尔德　法律行为　行为元形式　司法推理逻

对行为概念的研究,大陆法系传统民法和刑法领域都已有了相当深厚的积淀。其中,民法领域最为卓越的贡献是法律行为理论的构建,而刑法领域最为卓越的贡献是违法行为理论的构建。此外,大陆法系行政法学领域在反省民事法律行为理论的基础上,又独具匠心地构建了"行政处分"概念。但是,所有这些研究最终都无法真正穿透各自所面对的几个关键性问题,从而无法在法理学层面上完成对整个法学行为概念体系的原理性构建。本文试图沿着霍菲尔德的权利概念的分析思路,以公法和私法为背景,进一步对行为概念展开分析,探寻分析法学方法论的基本规范,为司法推理提供精确的逻辑范式。

一、问题的提出

民法的疑难一:法律行为是否一定是合法或者有效的行为?这一问题实际上涉及两个命题:究竟是否要将合法或有效性作为法律行为的基本特征之一,还是仅以主观意思表示和设权性要素之关联关系作为法律行为的决定性特征?法律对行为事实的两种不同评价标准——有效性评价标准和合法性评价标准——之间能否等同?民法通则第54条规定将法律行为概念严格限缩在合法行为的界域内,即只要是法律行为就只能是合法有效的行为。并且,我国民法学者认为,"合法"即符合法律规定,"违法"即不符合法律规定。这样,同样都

* 浙江省高级人民法院法官。本文得益于张志铭教授、朱新力教授的指导,在此致谢。

符合法律规定,“合法”与“有效”就实质相同,“违法”与“无效”亦同,故“无效法律行为”这一概念因内在逻辑矛盾而不能存在,从而创制出“民事行为”这一中性的属概念,以“无效民事行为”概念代替“无效法律行为”。而大陆法系传统民法理论始终坚持“无效的法律行为”概念,认为“法律行为乃为应发生法律效力之法律要件,有发生与否之可能”,[①] 并且,他们往往避免对法律行为作合法性评价,尤其避免将无效法律行为在逻辑上纳入“违法行为”之列,如拉伦兹就认为不符合法定条件的法律行为“在道德上是中性的”。[②] 在他们看来,法律行为无论有效与否均属于“适法行为”,它们与严格意义上的违法行为必须相区别。[③] 但是合法性评价标准和有效性评价标准之间究竟该如何界分,他们仍存有疑惑。

民法的疑难二:违法行为属于事实行为的范畴吗?传统民法学者认为,事实行为是指“基于事实之状态或经过,法律因其所生之结果,特赋以法律上效力之行为”。[④] 事实行为以行为之法律效果与行为人之主观意图间不存在牵连关系而区别于法律行为。基于这一界定我们不禁要问:违法行为所产生的法律效果也是由法律强行规定而不问行为人的主观意图,那么,违法行为本质上是否属于事实行为的范畴呢?我国民法学者董安生持肯定的观点。他认为,法律对违法行为的调整采用的是典型的法定主义调整方式,故侵权行为等违法行为本质上都是事实行为,是“行为人主观上不具有设立法律关系的意图,但依照法律规定客观上能引起法律后果的行为”。基于这一认识,他进而构建出一种不同于传统民法理论的独特的行为概念分类体系。[⑤] 然而,我国传统民法学者史尚宽却认为,违法行为与事实行为应该属于不同的范畴,具有不同的本质属性。在他看来,事实行为与法律行为属于适法行为的范畴,而适法行为与违法行为是两个不同层面的概念,是共同的上位概念“法律上之行为(juristische Handlungen)”下的两个平行的种概念。[⑥]

行政法的疑难:法律行为理论在行政法领域中有无生存余地?传统民法学者认为,私法自治原则是法律行为得以存在的决定性根据。因此,行政法领域是否能够借用法律行为概念来诠释“行政处分”[⑦] 概念,这一问题深深困扰着大陆法系行政法学者。率先把民法上的法律行为概念导入公法领域来说明“行政处分”概念理论体系的是德国的柯俄曼,他提出的两者原则上并无差异的观点(1910 年)一度成为德国通说,但“近来德国行政法学者已逐渐拒绝采纳这种见解”。[⑧] 为什么呢?翁岳生教授分析认为,由于行政行为与民事行为存在以

---

① 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 306 页。

② 参见[德]拉伦兹:《德国民法原理(总则)》,第 412 页,转引自董安生:《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规律》,中国人民大学出版社 1994 年版,第 125 页。

③ 参见前引〔1〕,史尚宽书,第 273 页。

④ 同上书,第 303 页。

⑤ 参见前引〔2〕,董安生书,第 115 页以下。

⑥ 适法行为是“法律所许之构成法律事实之行为,如买卖(法律行为)、无因管理(事实行为)”;违法行为是“法律加于行为人以不利益结果之违法或有过失之行为,如侵权行为、违约行为”。参见前引〔1〕,史尚宽书,第 302 页以下。

⑦ “行政处分”是我国台湾学者对德国学界所采用的“Verwaltungsakt”一词的翻译,其概念的内涵相当于我国“具体行政行为”概念。参见余军:《具体行政行为与大陆法系行政处分概念之比较与借鉴》,浙江大学 1999 年宪法与行政法学专业硕士论文;[德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 181 页以下。

⑧ 参见翁岳生:《论行政处分之一般概念》,载《行政法与现代法治国家》,台湾大学法学丛书编辑委员会编辑,1984 年版。

下三方面之不同,故行政处分概念不能借用民事法律行为概念来构建:(1)国家与公共团体之优越地位导致行政行为的高权性、单方性、强制性;(2)行政处分本质是基于法令,行政行为恒受法律拘束,实际上无"自由"可言。即使享有裁量时,其裁量也应以公益为准绳,也无绝对自由可言;(3)即便在行政处分中能发现意思表示因素,但与民法上的意思表示不相同,对行政处分效力的判断,并非以作成处分的公务员的实际心理状态为准则,而应专依该处分外部的客观形态与法律的支配情况为凭,如无行为能力之公务员作出的行政处分仍有效。据此,翁岳生反对法律行为概念(连同事实行为概念)在行政法学领域适用,主张在"行政处分"概念中抛弃主观意思表示要素,但保留法律行为中的设权性要素,并以该要素构建出一个新概念——"法的行为"概念,由此确定"行政处分"概念的内涵。[⑨] 而大多数德国及我国台湾学者尽管在"行政处分"概念内涵的界定上与翁岳生相同,但他们更愿意使用"行政法律行为"概念而不是创建新概念,而仅以设权性要素构造的"行政法律行为"概念的内涵与民事法律行为的内涵已相去甚远。并且,他们还煞费苦心构建"行政事实行为"概念,认为"行政法律行为"概念是不以主观意思表示为要素的产生设权性法律效果的行为,而行政事实行为是对当事人产生事实上效果而非法律上效果的行政行为。不过,什么是"事实上的效果"学界却充满了争议和混乱,[⑩] 这一混乱在实务界突出地表现在行政诉讼的受案范围上:面对大量"未定型化行政行为"[⑪] 的出现,他们将所有暂时不能归入"行政处分"的行为丢入行政事实行为的概念中,从而排除在行政诉讼受案范围之外,以期保证作为诉讼管道的行政处分概念的稳定性。然而未定型化行为又确实会对公民的利益造成实际影响,于是出于保护民权之目的,通过对"法律效果"的突破来对行政处分概念作扩大解释,形成了只要行为对相对人造成实际侵害或不利影响就构成一个行政处分而纳入受案范围。这样的做法实际上已篡改了翁岳生的行政处分概念,使行政处分概念核心的设权性要素也发生动摇,行政法律行为和行政事实行为概念也因此陷入模糊不清。这一情形在我国台湾如此,德国、日本也如此,我国大陆更是如此。[⑫]

二、分析行为概念的理论准备——权利概念的分析

法律文本实质上就是一个有关权利的文本。因此,行为概念的分析必须从正确认识和分析权利概念开始。

(一)权利概念的横向分析

我国民法博士王涌根据美国分析实证法学家霍菲尔德的理论认为,权利概念只有在法

---

⑨ 参见前引[8],翁岳生文。

⑩ 如德国学者认为,行政事实行为是指以某种事实结果而不是法律后果为目的的所有行政措施。但"事实结果"这一概念具有极其不确定的内涵,因此,"事实行为被推向法律灰色地带,只要无法归类之行为或认为非属行政处分者,即冠上事实行为之名,甚至认为事实行为是法理论中之拖油瓶——事实行为无所不在,但难以妥善定位处理之困境"。参见前引[7],毛雷尔书,第 391 页。我国台湾学者见解更是复杂,详见陈春生:《事实行为》,载翁岳生主编:《行政法》,台湾翰芦图书出版有限公司 1998 年版。

⑪ 参见林明锵:《论型式化之行政行为与未型式化之行政行为》,载《当代公法理论》,月旦出版公司 1993 年版。

⑫ 参见[日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社 1999 年版,第 324 页以下;江必新:《中国行政诉讼制度之发展:行政诉讼司法解释解读》,金城出版社 2001 年版,第 28 页以下,第 91 页以下,第 106 页脚注 8。

律关系的框架中才能获得正确的理解和分析,法律首先通过直接的方式实现其限制"自然自由"[13]的目的,笔者称之为法定主义调整方式。即直接规定在……条件下,人们必须做什么或必须不做什么。这就是法律义务,而相对于法律义务承受方的另一方法律主体,则享有要求义务承受方去做什么或不做什么的权利,这就是狭义的法律权利。两者构成法律关系的第一个元形式[14]——"(狭义)权利—义务"关系。[15]这时,法律对以下两个方面的内容都作了明确规定:(1)法律关系的权利义务内容;(2)法律关系据以发生的条件(即构成要件事实)——事件或事实行为。"法不禁止即自由",所以,法律未作否定的自然自由就成为法律状态下的自由,即部分"自然自由"上升为"法律上的自由"。于是,我们就得出第二个元形式——"无权利—无义务(自由)"关系,它在逻辑上是前一元形式的反面。其次,法律还通过一种间接的方式限制自然自由,笔者称之为授权主义调整方式。[16]即授权某一法律主体,由它来规定或进一步确定人们必须做什么或不做什么,甚至由它再授权其他法律主体规定或进一步确定具体的法律义务。这时,法律规则表现出以下两个方面的特点:(1)法律关系的内容授权由法律主体自行创设或法律已有规定而授权法律主体具体确定其发生;(2)法律关系据以发生的条件(即构成要件事实)——法律行为。这里的"授权"之"权"就是法律权力。即法律权力方有权力(或有能力)通过自己的行为,创设、变更或消灭他与另一方法律主体之间的某一法律关系,另一方主体则就有责任承受这一权力行使的结果。于是,我们就得出了第三个法律关系的元形式——"权力—责任"关系,而其逻辑的对立面就是最后一个法律关系的元形式——"无权力—无责任(豁免)"关系。这样,两种基本的法律调整方式决定着权利概念可以被横向分析成四种基本类型:狭义的权利、自由(无义务)、权力、豁免(无责任)。[17]

根据以上分析我们不难发现,法律权力方行使权力的行为就是法律行为的基本骨架,法律为之构建的一整套具体操作规则就形成了法律行为制度,它体现了授权主义的法律调整方式;而在法定主义调整方式下,导致某一法定的具体法律关系产生的法律构成要件事实中的人的行为要件事实就是事实行为。据此,我们可以解释:法律行为存在的决定性根据究竟是什么?

在分析法学的立场上,法律行为就是一种为了具体实践授权主义调整方式的法律技术。

---

⑬ 法哲学家将法律出现之前的人类状态拟设为"自然状态",在这一状态下人们享有绝对的自由,此即"自然自由"。参见王涌:《法律关系的元形式——分析法学方法论之基础》,《北大法律评论》第1卷第2辑。

⑭ 法律关系的元形式,也就是权利概念的元形式,是指"最为基本的法律关系",可以比作是"法律中的化学元素"。参见前引〔13〕,王涌文。

⑮ 必须指出的是,狭义的权利与义务是相互共生的,不可能存在无义务方的权利或无权利方的义务,否则就是虚假的宣传意义上的权利或义务;并且相对于某一特定义务主体,其权利方主体的范围也是特定的,而对此之外的人,即便事实上具有一定利害关系,他们也没有要求该义务主体履行义务的权利,"法律上利害关系"与"事实上利害关系"两概念据此得以区分。比如,商标法规定的有关法律义务,只是对法律设定的权利方(法律上的利害关系人)而言才存在,而一般消费大众就不得以商标法为根据,对于审定商标提出异议或就商标侵权提出起诉,他们只能事实上享受商标法给他们带来的利益,大陆法系行政法理论将此利益称为"反射利益"是有一定道理的,但不能就此认为有无权利方的义务存在。参见前引〔7〕,毛雷尔书,第15页以下;陈清秀:《行政法上法律关系与特别权力关系》,载前引〔10〕,翁岳生主编书。

⑯ 英国分析法学家哈特以及我国民法学者董安生对此早有洞见。参见前引〔2〕,董安生书,第2页;[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81页。

⑰ 参见前引〔13〕,王涌文。

当法律在某些情况下,对某些领域无法进行直接调控或强行调控又有失正当时,它就被立法者使用以达到间接控制的目的。在这些领域中,光靠立法者的理性建构有可能造成立法与现实的严重脱节而产生"合法化危机",老子"无为而治"的政治理论同样体现了这一思想。[18] 因此,可以这么说,法律行为适用之处,就是法律需要通过被授权者的实践,在不断的试错、积累的基础上自然生长之处。[19] 从单纯的法定主义调整方式向法定主义与授权主义相结合的混合调整方式的转化,使立法者在观念上实现了从知到无知的转化,[20] 使实在法的制定和适用从一言堂变为多言堂,[21] 使法律得以克服其原有的不确定性、静态性和无效性的弱点。[22] 这样,从不堪重负的直接管事者的困境中解脱出来的立法者,自然就将其关注点转变为对授权行为的合理控制,转变为对授权规则的具体设计和规定,即如何设置授权行为的效力要件的问题上。这些就是法律行为得以存在的法理学上的根本理由。尽管传统民法理论认为法律行为的存在以私法自治原则为基础的见解与此相通,但就此将之局限于私法领域,显然过于草率。事实上,法律行为技术在私法和公法中均有适用,在逻辑上都体现出相同的授权主义调整方式的基本逻辑规律,其区别点在于,不同的部门法对各自的授权行为所持的控制理念是不同的。在私法中,立法者倾向于尽可能的放权,而在公法中,立法者倾向于尽可能的限权。这样,各部门法对其授权规则的效力要件也就进行了完全不同的设计,呈现出从私法到公法逐渐严格的规律。公法中限权的极端情形表现为,法律只授予行政主体根据具体情况决定是否通过作出某一具体行政行为而使某些法律事先已规定好的法律效果发生效力的权力,这种行为行政法理论称为羁束行政行为。事实上,即使仅就私法本身而言,法律行为的适用也有很大的差别。史尚宽就曾指出:"在物权法及亲属法,法律惟承认一定种类及内容之物权或身份关系,从而法律行为业已定型,当事人不得设立法律所未承认之物权或身份关系,而法律所认之物权或身份关系之效力,在法律上亦已确定,当事人不得以意思变更,故当事人亦惟有设定与否之自由。"[23] 所以,仅仅将私法自治原则作为法律行为存在的理由只是基于私法的考察,或者说私法自治原则只适用于指导法律行为在私法中适用时其效力要件如何设置的价值取向问题。事实上,这一价值取向在私法中还会随着社会的变

---

⑱ 无为政治事实上也就是一个多决定中心式的政治,因此,庄子说:"静则无为,无为也则任事者责矣。"参见石元康:《当代西方自由主义理论》,上海三联书店 2000 年版,第 115、127 页以下。自由主义经济学研究的理论起点,即"理性人"的假设(只有自己才是自己利益的最佳的判断者)也以此为据。

⑲ 现代社会学理论的研究认为,知识增长的一般规律(特别是有关社会制度的知识),是遵循一种自发的而不是理性建构的路径展开的规律。参见[英]哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店出版社 1997 年版,第一章至第四章。

⑳ 参见邓正来:《知与无知的知识观》,载《自由与秩序——哈耶克社会理论的研究》,江西教育出版社 1998 年版。

㉑ 季卫东认为,法的概念不能简单的理解为权力机关的强制性命令,不能只注意权力的作用和国家与市民之间的纵向关系,应该把社会中市民之间的横向关系作为主要视角,讨论社会的反馈式协调(自我反思)和法律过程的民主参与,从理论上的逻辑演绎进入对现实开放的社会实践的"交往理性"中去。国家强制力的实质只是为人们相互间的调整行为和合意的有效形成提供间接的、外在的保障而已。这并不意味着否定法律和职业法律家的权威性,而是为了强调通过实践性的讨论,防止国家机关和专家的法律判断明显地背离社会的正义感和常识,强调法律决定也要服从日常对话的合理性基准而不能超越于批评之外罢了。参见季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 339 页以下。

㉒ 哈特认为,由承认规则、改变规则、审判规则组成的第二性规则克服了法律的不确定性、静态性和无效性。参见前引〔16〕,哈特书,第 92 页以下。

㉓ 前引〔1〕,史尚宽书,第 305 页。

迁而不断的发生变化。[24] 如果立法者不经过严密的社会实证就对效力要件想当然地进行设置,就有可能导致对授权的不当控制而使法律行为在具体制度的运作中丧失正当性。例如对于合同效力的控制,合同法颁布以前的立法就有不是过严(如存在大量无效合同的规定)就是过宽(如放任当事人订立各种免责条款)的不良倾向。[25]

所以,由德国和法国得出的"私法自治原则——法律行为制度"应表述为"授权主义调整方式——法律行为制度",从而使法律行为技术(制度)得以贯穿整个私法和公法领域。在私法领域中,由于私法自治的需要使得法律行为效力要件的设置体现出最大程度的放权——以契约为典型;而在公法领域中(以行政法为例),由于依法行政的要求导致法律行为的使用体现出最小程度的放权——以具体行政行为为典型。私法中法律仅从民事主体的行为能力、意思表示的真实性、不违反法律或公共利益三个相对宽泛的效力要件来对授权进行限制,而公法中法律首先通过法律保留原则来严格控制法律行为这一权力的行使;其次,通过高密度的法律规定以及一般的法律原则来进一步控制法律行为的具体使用,即法律优先原则。[26] 因此,翁岳生提出的行政处分概念不能借用法律行为概念来构建的三点理由并不能成立。因为,法律行为究其实质是当法定主义调整方式无法承担调整任务时,立法者授权当事人就具体情况通过法律行为(法律权力)的行使来自行决定某一具体法律效果的发生,即授予当事人在具体情况下进行自由裁量的权力,而这种状况无论在私法中还是在公法中都会存在,[27] 只是由于私法和公法中立法者的价值取向不同,导致它们对法律行为(授权)的控制程度有所不同。所以,行政行为的高权性、单方性、强制性特色,[28] 亦或是依法行政的行政法基本原则要求,又或者是行政处分中意思表示主体和表意效果的客观性,这些理由都不能说明在公法中应该排斥法律行为技术的使用。恰恰相反,具体行政行为正是公法中最典型的法律行为形式,它仍由主观意思表示和设权性两个基本要素构成,而两者之间的关联关系显露了行政处分的真实面目——法律行为。设权性要素并不是法律行为而是适法行为概念的本质特征,只有行为的设权效果与法律主体的意思表示之间的关联关系才是法律行为的本质特征。所以,翁岳生建构的仅以设权性要素为基本内核的"法的行为"概念其实就是适法行为概念,用此来界定行政处分的本质属性是不正确的,而其他学者用"事实上的效果"来界定事实行为概念则更入歧途。

(二)权利概念的纵向分析

权利是法律为保护特定的利益而设定的,但法律为保护某一特定的利益并不只设定一

㉔ 民法基本观念的演变——现代立法对意思自由的限制正反映了这一问题。参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第37页。

㉕ 参见崔建远:《新合同法原理与案例评释》上册,吉林大学出版社1999年版,第166页以下。

㉖ 有关行政法中的两大基本原则——法律保留原则和法律优先原则的理论,参见前引〔7〕,毛雷尔书,第103页以下。

㉗ 行使权力(指霍菲尔德的权力概念)的主体既可能是公法主体,也可能是私法主体。参见前引〔16〕,哈特书,第31页。

㉘ 就此,我国民法学者王涌曾指出:"在当前的许多法学论文中,强制力被视为'权力',特别是'公权力'的本质特征,这是一个歧途:它将对权力这一法律概念的分析引到社会学的路途上了,却抛弃了法学自身的方法,即规范分析的方法,将一种法学上的规范关系变为一种社会学上的事实关系,实在有'张冠李戴'之嫌,因为规范关系纯粹是理念世界中的关系,不掺杂丝毫强制力的成分。"参见前引〔13〕,王涌文。

种静止的权利,而是设定一组前后相连的权利,前面的权利随着特定的法律事实(违法行为的产生)而转化为后面的权利。这一系列相互关联的权利根据其逻辑顺序可以分为原权与救济权。[29] 因此,救济权可以这样定义:它是法律为保护某一特定利益而设定的,它出现在与某一特定利益相联系的权利被侵犯之后,享有救济权的当事人可以直接请求国家司法机关对救济权的内容予以强制执行。它与原权之差异主要在于:

1. 救济权发生的逻辑前提必是原权利被违法行为侵害;救济权是原权被侵害的结果,原权是救济权启动的基础。它们之间的逻辑关系是,当原权利关系受到破坏时(如原权利关系受到侵权行为或违约行为的侵害),法律就强制性的用救济权关系来予以恢复(民事责任的主要特色)或制裁(刑事责任的主要特色)。所以,救济权关系又称责任关系。[30] 注意,这里的"责任"概念在内涵上完全不同于霍菲尔德的"责任"概念。由于违法行为与责任关系(救济权关系)的直接关联性,故而王泽鉴将调整违法行为并规定责任关系的法律规范作为请求权基础(即请求权的规范基础)来讨论。[31] 因此,救济权又经常被民法学者用请求权来称谓。必须指出的是,传统民法学者往往将请求权与(狭义)权利概念相混淆。尽管由德国法学家温德夏特创制的请求权概念的内涵与(狭义)权利概念基本一致,其意都是要求他人做什么或不做什么的权利,但是,"请求权概念主要侧重于它是因原权利受侵犯而生的一种救济性的权利,而不是侧重于它是一种独特的权利元形式……"[32] 所以请求权概念可以与救济权概念画等号,却不能与狭义的权利概念画等号。

2. 救济权的内容可以被直接强制实现,而原权的内容则不可以。救济权关系直接与公法上的诉权相联接,故而救济权才是真正可以为法律所强制执行的法律权利,而原权利不能为法律所强制执行。在司法实践领域的救济权(请求权)的法律推理中,原权利仅仅起着一种逻辑铺垫的作用,因此,有学者认为,从某种意义上说,只有救济权才是真正法律意义上的权利。人们从整个法律制度中最终能够兑现的只是救济权,而不是那些所谓的原权利,救济权才是整个法律机器所产出的最终产品;[33] 但是,在社会学意义上,原权利才是真正架构社会正当的法律秩序的法律权利,才是立法者得以实现其立法目的的真实载体。法律通过对原权利关系的具体规定,为人们预设了全套的立法者希望人们遵循的行为模式,而救济权则只是起着辅助的作用——保障和救济由原权利关系编织的社会法律秩序,或者说,只有当原权利关系遭到破坏时,救济权才能"粉装登场"。尽管存在上述差异,但在逻辑形式上,原权利与救济权却都只表现为(狭义)权利—义务和无权利—无义务(自由)两种形式。这是因为权力—责任或无权力—无责任(豁免)关系的存在仅仅是为了进一步的生产或消灭原权利以及救济权,故它们本身不属于原权利或救济权的范畴。

---

[29] 史尚宽也持同解,参见前引〔1〕,史尚宽书,第 29 页。许多西方学者在论述权利的分类时,也涉及了救济权的问题,如霍菲尔德所区分的初生权利和次生权利;《牛津法律指南》所区分的先行权和继起权。参见王涌:《私权救济的一般理论》,《人大法律评论》2000 年第 1 辑。

[30] 梁慧星先生对民事责任概念的界定,其实就是从原权利与救济权之间的关系这一角度来进行的。参见前引〔24〕,梁慧星书,第 75 页以下。

[31] 参见王泽鉴:《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 50、153 页。

[32] 参见前引〔13〕,王涌文。

[33] 参见前引〔29〕,王涌文。

基于以上分析,我们就可以获得一个建构行为概念体系的基本起点:一个法律规范的一般逻辑结构是由法律构成要件事实和法律效果两部分组成。无论是法律行为还是事实行为,亦或是违法行为均是法律事实要件行为。而法律效果在逻辑形式上,最终将只呈现为原权利关系与救济权关系两种不同形态。[34] 因此,法律规范也就可以区分出两个层面的构成要件事实,并相互紧密关联:一个是生成原权利关系的构成要件事实,另一个是生成救济权关系的构成要件事实。而后一个法律事实要件就是以行为对原权利法律关系造成破坏为条件构成的。因此,传统民法理论中适法行为概念有其存在的独特价值,即它概括了所有能生成原权利关系的行为的法律事实要件,具体又可分法律行为和事实行为。而违法行为概念则概括了所有能生成救济权关系的行为的法律事实要件,在民法中又可具体分为侵权行为和违约行为。可见,适法行为与违法行为是相互对立而存在的,是不同逻辑层面的概念。法律构成要件事实在两种不同层面的界分,解答了困扰民法学者的两个难题:

其一,尽管事实行为与违法行为作为法律要件事实,接受的都是法定主义的调整方式,但是,正是法律构成要件事实在生成原权利关系和生成救济权关系两种不同层面的区分,从而在法律逻辑上使得违法行为脱离事实行为范畴而获得独立的存在。因此,不能将违法行为归属于事实行为范畴。

其二,法律对行为的两种不同评价标准——适法性评价标准和合法性评价标准——之间能否等同?在具体的制度建构上,法律对法律行为和事实行为使用了不同的调整方式:对法律行为,法律通过设定有效要件来调整其法律效力,表现了授权主义调整方式的特点。因此法律对法律行为采用的是有效性评价标准,基于这一评价标准,法律行为可以分为有效或无效法律行为、可撤销或可变更的法律行为以及效力待定的法律行为;由于事实行为不含有意思表示与设权效果相关联这一牵连性要素,故对事实行为法律通过设定成立要件来决定某个行为在事实状态上是否构成一个事实行为,而不再规定有效要件。一经事实状态上构成即产生法律效果,是法定主义调整方式的必然表现,我们将法律对事实行为的这种评价称为狭义的适法性评价标准。但从根本上讲,法律对法律要件事实中人的行为这一事实的评价,都是采"是否符合法律规定的构成要件"这一评价标准的,即广义的适法性标准。符合要件的行为,则产生特定法律效果;如不符合,则不产生法律效果。因此,法律行为的有效性评价标准以及事实行为的狭义适法性标准均可以归属于广义的适法性评价标准,而与合法性评价标准相区别。因为适法性评价标准的适用对象是法律事实要件中的人的行为,而合法性评价标准则适用于评价法律效果所规制的行为。由于法律最终用来调整社会关系的只是"权利—义务"形式的法律效果,因此,如果人们做出的行为违反了"权利—义务"关系所规定的义务模式,则该当事人的行为就构成违法,即法律对该行为作了否定性的评价,并因此引导某个救济权关系的产生;如果行为符合该义务模式,则该行为就具有合法性,即法律对该行为作了肯定性的评价,这就是合法性评价标准的实质所在。显然,适法性标准是一个中性的概念,而合法与否的标准则是带有褒义或者贬义判断的概念。

因此,"违法"这一概念仅指对法律义务模式的违反,而并非是只要不符合法律规定就是

[34] 当然,法律效果并不仅仅表现为法律关系,如民事权利能力也是一种法律效果。参见前引〔1〕,史尚宽书,第298页。

违法。所以,“无效法律行为”并不意味着就是违法行为,不能用合法性标准来评价一个法律行为是否符合了法律规定的要件。当当事人做出的一个具体法律行为不符合法律规定的效力要件时,我们只能说,该当事人没有权力(或能力)通过该行为来创设某一法律关系,而另一方法律主体也就无责任承受这一法律关系,即豁免。这时,双方主体之间的法律关系就是霍菲尔德的“无权力—无责任(豁免)”的关系。这并不意味着法律对该行为作了否定性的评价,只能说当事人欲创设某一法律关系的愿望在法律上落空。如果此时将该行为看作是违法行为,行为人因此而需承担进一步的法律责任,则是完全错误的。[35] 总之,对法律行为和事实行为这两个法律构成要件事实行为,法律采用的是适法性评价标准,而有效性标准只是适法性标准中的一种特殊类型;对于“权利—义务”关系形式的法律效果规制下的行为,法律则采合法性评价标准。故不能将“无效”就等同于违法,“有效”就等同于合法。此外,笔者赞同传统民法学者的观点,即应从表意行为的设权意图来把握法律行为的决定性特征,而不能将有效性作为法律行为的基本特征之一。故法律行为之效力有实现与否之可能,存在无效或可撤销的法律行为,“民事行为”概念的构建没有必要。

三、行为概念的实证分析

正如前文分析,作为法律要件事实的行为事实,有些是导致原权利关系产生的要件事实,而另一些则是导致救济权关系产生的要件事实,据此,我们对行为概念作如下提炼:

首先,能够产生原权利关系的行为事实。基于前文分析,如果现实中发生某个行为事实,其事实特征符合法律规定的构成要件时,就直接产生法定的法律效果,而这一过程的实现,不为行为人的主观意图左右,即遵循法定主义方式而产生法律效果,那么,我们就将该行为事实,即在司法推理中遵循这一逻辑规律的行为事实称为事实行为,而该逻辑推理形式就被称为“事实行为”元形式。

如果现实中发生某个行为事实,根据法律规定,该行为将遵循授权主义方式而产生法律效果,那么,我们就说这一行为是法律行为,而这一由授权主义调整方式所规定的司法推理逻辑形式就被称为“法律行为”元形式,这样,我们对现实中发生的某个行为事实就其司法推理形式就有了第二个分析的维度。即:

当行为人作出某个意思表示行为符合法律规定的效力要件时,根据法律规定,行为将产生主要以行为人主观意图为转移的法律效果,即法律容认行为人的主观意图在法律上的效力,或者说,法律授予行为人某种权力,使其有权力(或能力)通过表意行为的行使来创设或确定某一法律效果。这时,法律主体之间的法律关系表现为“权力—责任”关系的形式。必须注意的是:授权主义并不意味着法律授权法律主体去自行创设所有的法律效果。事实上,授权主义还包括下述情形:行为事实的全部或部分法律效果在具体法律、法规中已有明确规定,法律只是授权法律主体根据具体情形去决定其是否发生效力。这种情形在公法中和私法中都有,只是公法中表现得更为明显,如所谓的羁束行政行为。而私法中则有“法律补充

[35] 参见前引〔16〕,哈特书,第 29 页以下。

当事人之意思,代当事人为适当之决定”[36] 的情形,如只要买卖合同一生效就产生法定的瑕疵担保义务。

当行为人作出某个意思表示行为不符合法律规定的效力要件时,则:(一)根据法律规定,行为不产生行为人所期望的法律效果,即行为人无权力(或无能力)通过某一表意行为的行使来创设或确定某一法律效果,这时,法律主体之间的关系表现为“无权力—无责任”关系的形式,此即法律上“无效”概念;或者,(二)产生这样一种特殊法律效果,即法律使对方当事人获得一个撤销权(或变更权),使他有权力通过撤销权的行使,使当事人之间的法律关系归于消灭。这时,法律主体之间的关系表现为双重关系的重叠:(1)“权力—责任”关系,即行为人 A 有权力通过表意行为的行使来创设某一法律关系,我们称之为法律关系 P,对方当事人 B 有责任承受这一法律关系,因此,当事人之间存在法律关系 P;(2)“权力—责任”关系,即对方当事人 B 有权力通过撤销权的行使,来使原来的那个由行为人 A 创设的法律关系 P 归于消灭。如果对方当事人 B 不行使该撤销权,那么,原来的法律关系 P 仍旧存在;又或者,(三)产生这样一种特殊的法律效果,即法律使第三人获得一个追认权,使他有权力通过追认权的行使,使两个当事人之间产生某一法律关系。这时,三方法律主体之间(第三人、无权力人、相对人)的关系表现为:(1)无权力人与相对人之间的关系是“无权力—无责任”关系,即无权力人没有权力(或没有能力)通过表意行为的行使,来为第三人与相对人创设某一法律关系 P,相对人也就没有责任承受这一法律关系;(2)无权力人与第三人之间的关系是“无权力—无责任”关系,即无权力人没有权力(或没有能力)通过表意行为的行使,来为第三人与相对人创设某一法律关系 P,第三人也就没有责任承受这一法律关系;(3)因此,第三人与相对人之间不存在法律关系 P;(4)此外,第三人与相对人之间存在一个“权力—责任”关系,即第三人有权力通过追认的表意行为的行使,使法律关系 P 在第三人和相对人之间产生,相对人有责任承受这一法律关系。(5)因此,如果第三人在法定期限内予以追认,则第三人与相对人之间存在法律关系 P。[37]

其次,能够产生救济权关系的行为事实。在分析实证法学看来,违法行为的本质就是对法律义务的违反,即对法律权利(原权利)的侵害,而不是其它任何东西。[38] 但从法律基本逻辑推理规律看,“违法行为”概念不仅仅意味着对法律义务的违反即破坏了由原权利关系编

---

[36] 前引〔1〕,史尚宽书,第 308 页。

[37] 梁慧星先生曾指出:“民事行为如仅属于程序上的欠缺,则使之效力未定,使有补正之余地。”参见前引〔24〕,梁慧星书,第 190 页。但笔者认为,从分析实证的立场上看,某一行为的法律效力要么不存在,要么之后随着追认权力的行使而使之存在,而不可能存在效力未定的情形。

[38] “(狭义)权利—义务”元形式揭示:一方对法律义务的违反必然意味着对另一方权利的侵害。所以,如果法官认定被告侵害了原告的权利,就等于认定了被告行为的违法性。对此,大陆法系传统刑法学理论却一直存在争论,即有关犯罪本质的争论。目前刑法学界解说犯罪本质的通说是在批评费尔巴哈的权利侵害说基础上形成的法益侵害说。参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆 2001 年版,第 149 页以下。笔者认为,这一批评难以成立。因为解说的立场不同结论必然会有所不同,自然法学、分析法学以及社会法学都会有自己独立并合理的回答,但是如果混淆立场,不区分方法论而试图给出普适性的结论,结果必然是不科学和徒劳的。在分析法学立场上,由费尔巴哈提出的权利侵害说作为解说犯罪这种特殊违法行为的本质仍然具有自身的科学性。因为尽管法律权利的实质是对一种利益的保护,但是利益是社会学的用语,而不是分析法学的规范用语。同样在法社会学的立场上,贝卡利亚提出的“犯罪使社会遭受到的危害是衡量犯罪的真正标准”的观点比后期的毕伦巴姆混淆方法论的法益侵害说更具有合理性。

织而成的法律秩序,更为重要的是,“违法行为”描述和指称着遵循某种特殊的司法推理逻辑形式而导向法律责任(救济权关系)的某类行为事实,当这类行为事实符合法律规定的特殊构成要件时,直接产生法定的法律效果,而这一过程的实现不为行为人的主观意图左右,这类行为事实就称为违法行为,而其所遵循的逻辑推理形式就被称为“违法行为”元形式。

“违法行为”元形式所指称的逻辑推理形式的独特之处在于:(1)导向的是救济权关系而不是如事实行为那样导向的是原权利关系;(2)调整违法行为事实的法律规范设置了具有独特逻辑结构的构成要件。民法中侵权责任构成要件理论与刑法中犯罪构成要件理论研究的就是这一结构问题。这些研究表明,这一独特的逻辑结构可以按照推理的先后顺序展开为:客观违法性要件和主观有责性要件。[39] 也就是说,在司法推理中,法官就是通过对这两个要件的认定,来最终认定某一违法行为在法律上是否构成一个民事、行政侵权行为或犯罪行为,从而引导一个具体的法律责任的产生。这一逻辑结构布局的形成本质上是以双重违法性原理为理论基础的。

立法者通过创设各种具体法律制度而架构的法律秩序,实际上包括客观的法律秩序和主观的法律秩序。前者是处于主体地位的秩序,这种法律秩序体现了立法者对侵害行为产生的客观危害结果是否予以保护的价值判断,故用“客观”二字来形容。立法技术上架构这种法律秩序的结果在字面上表现为各种“权利”制度(如人身权、财产权等),对这些权利的规定贯穿了宪法和各部门实体法,其逻辑特点是权利人方已由法律事先确定,而义务人方虽可以由各案具体确定,但在事先的法律规定中是不明确的。后者则是处于辅助地位的秩序,这种法律秩序体现了立法者对行为人实施侵害行为时的主观心态的一种要求,构成归责的另一基础,故用“主观”二字来形容。这种秩序必须附属于客观的法律秩序,否则它就失去了存在的逻辑基础。从立法技术上看,这种法律秩序是从对侵害方的行为进行限制的角度来设置的,设置的结果在字面上表现为“义务”的制度(如民法、刑法上各种有关过错或“注意义务”制度,行政法上用于认定行政机关过错的各种行政职责制度),其逻辑特点是义务人方已由法律事先确定,而权利人方虽可以由各案具体确定,但在事先的法律规定中是不明确的的。在分析实证立场上对过错的认定就是对行为在主观层面上的违法性的认定,即对违反主观法律秩序所确定的法律义务的认定。当然此处之“法”,不仅包括法律、法规、部门规章,而且还包括效力为法官所承认的用于确定行为人主观注意义务的行业内部的操作规程、规章制度以及注意事项等等。尽管上述两种秩序最终都呈现出相同的“(狭义)权利—义务”逻辑结构,但不同的立法目的和功能使两者得以相互独立。事实上,表现为过错制度的主观法律秩序的确立,是法制史上早期的结果责任原则向现代的过错责任原则变迁的结果。而过错责任原则又从主观过错最终发展成客观过错,[40] 从而使得对过错的司法认定,最大程度

---

[39] 这一布局思路来自大陆法系刑法理论的研究成果,民事侵权责任构成要件理论也是借鉴和吸收大陆法系犯罪构成理论而形成的。参见王泽鉴:《侵权行为法》第一册,中国政法大学出版社 2001 年版,第 88 页。大陆法系刑法理论将犯罪构成要件在体系结构上归纳为构成要件符合性、违法性和有责性的三层递进式的逻辑结构。但是,对这一来源于刑法的逻辑构造的研究,至今仍是极具挑战性的课题。参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社 1999 年版,第 74 页。

[40] Holmes 曾解释指出:“法律的标准是一般适用的标准。构成某特定行为内在性质的情绪、智能、教育等情状,层出不穷,因人而异,法律实难顾及。个人生活于社会,须为一定平均的行为,而在某种程度牺牲自己的特色,此对公益而言诚属必要。……由社会众人所设立的法院应拒绝考虑加害人个人的误差。”O. W. Holmes, The Common Law, pp. 107—110,转引自前引〔39〕,王泽鉴书,第 15 页。因此,尽管过错属于行为的主观方面,但这里的主观二字是就行为人而言;就社会而言,它所要加以考察、评价的某一行为却是一个客观的认识对象。

地摆脱了过分依赖法官的自由裁量。并且直到用于认定过错的各种注意义务制度的具体建立,才使得过错的认定在立法和司法实践层面上走向真正彻底的客观主义,而这一过程不仅依靠立法者的理性建构,而且更依赖于司法者的司法实践,随着各种判例的积累,表现为一个不断的从抽象概括到具体明确的过程。[41]

对上述两种秩序中的每一种秩序的破坏,都可以单独地对某行为作一次违法性认定,只不过一个是用于认定该行为的客观违法性(即对客观法律秩序所保护的权利的侵害),这时权利方明确而义务方不明确;而另一个认定的是该行为的主观违法性(即对主观法律秩序所确认的义务的违反),这时义务方明确而权利方不明确。两者结合起来,才使得权利方和义务方都得以明确,从而完成对一个(行政或民事)侵权行为或犯罪行为的认定,在司法推理逻辑上正确的导向一个法律责任。[42] 也就是说,从原权利被侵害到救济权的产生,实际上经过了两次违法性的认定,这就是双重违法性理论,它原理性地解释了"违法行为"元形式的逻辑推理结构:通过客观到主观的两次违法性认定,使得客观法律秩序中的义务方和主观法律秩序中的权利方相互关联而得以确定,才完整地在法律上构成一个侵权行为或犯罪行为。"违法行为"元形式这一逻辑推理形式具体展开如下:

首先是客观违法性要件的认定。其中具体包括以下两个步骤:

1. 客观的违法可能性[43] 的认定。这一认定过程包含了如下四个方面的具体认定:(1)实际损害后果这一客观事实的存在的认定;(2)根据法律规定或价值判断,如果该损害后果所涉的利益已经或值得法律保护,那么就可以认定一方法律主体的某个权利可能受到了侵害。注意这一权利是受侵害方所拥有的由客观法律秩序所确认的权利;(3)存在另一方法律主体,他的行为与该损害后果之间,即与受害方权利受侵害这一事实之间存在事实上的因果关系(无论是直接还是间接),这一认定可以根据"but-for"这一条件公式[44] 来进行;(4)行为事实状态的构成要件符合性。这一要件在刑事行为的客观违法性的认定中具有重要意义,

---

[41] 诸如罗马法"良家父"、普通法"合理人"这些客观标准其客观化程度因其不确定性和抽象性而很不彻底,需要法官根据经验、常识以及专业知识加以判断,在过错标准的立法上属于抽象概括主义模式。这实质上意味着法律通过这些不确定法律概念授予了法官在具体情况下的司法裁量权。但是所授司法裁量权越大就越有可能导致司法恣意,因此尽可能的通过立法具体明确这些不确定法律概念的内涵,使其彻底客观化、法定化、可操作化实属必要,而实现这一目标的重要途径就是通过法律、法规以及行业内部的操作规程、规章制度等规定具体客观的"注意义务",故立法者对过错标准逐渐采取具体明确主义的立法模式。因此,对过错的客观认定现代立法上实际上同时采取了上述两种模式,两者在动态互补的基础上获得了统一。当然,不尽合理的可能性始终存在,这就是一定社会科技水平下法律的局限性,是法治的一种必然代价。因此,一种始终开放性的动态的法律技术结构设计,将是法律维持其正当性姿态的根本出路。参见苏力:《法律与科技问题的法理学重构》,载《制度是如何形成的》,中山大学出版社 1999 年版。

[42] 笔者赞同陈兴良的观点,即犯罪构成与刑事责任之间是直接承转关系,在逻辑上前者是后者的充要条件,不存在所谓的某一行为尽管构成犯罪但却不承担刑事责任的情况。参见前引〔38〕,陈兴良书,第 214 页。当然,我们得承认在一个犯罪行为或侵权行为已被认定的前提下,两者之间应该存在着调整法律责任具体承担情况的量刑情节(区别于定罪情节);在民法中就是具体过错情节,如故意、重大过失、一般过失和轻微过失,显然该情节处理的是定量问题。

[43] "可能"这一用词是为了表明,要真正认定是权利受到侵犯,还必须考察是否存在违法性阻却事由。如果存在,则受侵害的利益就不能成为受法律保护的权利,而侵害方就有实施该"侵害行为"的自由。

[44] 该公式是英美法系刑法理论对事实上的因果关系的表达方式。在大陆法系刑法理论中,就是所谓的因果关系条件说。参见[日]大冢仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社 1993 年版,第 100 页。

而在民事行为的客观违法性认定中无需再进行这一要件的认定。这是因为刑事权利受侵害后产生的救济权形式是惩罚性而不是补偿性的,由此导致了罪刑法定原则成为指导刑事立法的基本原则。为了贯彻这一原则,立法者总是尽可能地对各种犯罪行为的客观特征进行明确规定,使刑法分则成为一个法定化的犯罪类型的目录和清单,从而杜绝在司法推理中进行裁量。因此,通过对行为具体事实状态(如时间、地点、实施的方式以及损害后果的严重性等形式性要件)的严格规定来最终确定刑事权利是否受到侵害(实质性要件),使得刑法显然不同于民法。后者只作抽象概括性规定,给司法推理中"法官造法"留下了足够的裁量空间,侵权法的发展史即是例证。

推理到此,司法人员已经可以认定该行为可能侵害了受害方的权利,也就是说,该行为就具有了客观违法的可能性。

2. 违法阻却事由。如果行为的附随状况中存在如:行为是依法令而实施、行为是一种正当的业务行为或行为是为了履行一个有效法律行为所创设的权利义务内容、行为是行为人自己侵害自己权利的行为、行为得到了被侵害人承诺等事实情况,[45] 那么,第一步所判断的违法可能性就被阻却,于是该行为就是一个合法的行为。如果不存在上述阻却事由,则该行为就具有了完整意义上的客观违法性,即构成一个真正的客观违法行为。

其次,完成了客观违法性要件的认定之后,我们然后(才能)进行对主观有责性要件的认定。这一认定过程需分两步走:第一步,损害结果与侵害行为之间事实上的因果关系,经过司法判断,由于认定其具有相当性,[46] 因而可以上升为法律上的因果关系。这样,该已被认定为具有违法性的行为就具有了归责的可能性;第二步,由于该侵害行为同时又违反了由主观法律秩序所确定的法律义务,因此可以认定实施该侵害行为的法律主体具有法律上的过错,即责任构成要件中的主观有责性要件得以认定。

经过以上两个要件的认定,一个具体的法律责任就得以正确产生。举一个国家赔偿法的例子就更清楚了:某公安局看守所关押了一批犯人,由于看守人员没有严格履行看管的条例和规定,疏漏了定时的安全检查,结果导致一个犯人用私自隐藏的锯条将牢门锯开而越狱逃跑。在这一过程中,另一犯人被该犯人杀死,于是,被害人的亲属向法院提起国家赔偿诉讼。根据本文之见解,可将本案引起的国家赔偿责任的推理过程分析如下:首先呈现在司法人员面前的是这样一个客观存在的损害后果——一个犯人被杀的事实。根据人身权制度的规定,可以初步认定被害人的人身权可能受到侵害。接着司法人员可以发现,存在另一个法律主体——公安局,根据"but-for"公式可以认定,该主体的看守行为与该损害结果的发生之

---

[45] 参见前引〔39〕,张明楷书,第 173 页以下。

[46] 在大陆法系刑法理论中,法律上的因果关系是以相当性为判断标准的,由此形成相当因果关系说。注意,相当因果关系作为一种法律上的因果关系,是建立在条件说所确定的因果关系之上的。在这个意义上,我们不能将相当因果关系说视为是对条件说的否定,而是在司法推理中事实上因果关系向法律上因果关系的转化。因此日本学者指出,相当说并非否定了条件说,而是以条件说所承认的条件关系的存在为前提,进而论及其相当性。前引〔44〕,大冢仁书,第 102 页。至于相当性如何认定,目前刑法理论界的通说采折衷说:凡是一般人所能预见到的行为与结果之间的逻辑上的条件关系,不论行为人是否预见,都认为存在刑法因果关系;凡是为一般人不能预见,但行为人能预见的,亦认为存在刑法因果关系。由于在相当因果关系的判断中引入了人的认识能力,因而出现了对此的批评,即是否否定了因果关系的客观性,从而导致了责任与因果关系相混同。参见前引〔44〕,大冢仁书,第 103 页。

间存在事实上的间接的因果关系,这样,客观违法性的认定就完成了一半;其次,根据本案案情,无违法性阻却事由存在,故该看守行为构成一个客观上违法的行为;最后,根据相当因果关系的认定标准(折衷说),该看守行为与损害后果之间的事实上因果关系可以上升为法律上因果关系;又由于该看守行为违反了看管条例而构成行政不作为,故可以认定公安局对该损害结果的发生具有过错,于是主观违法性得以认定。据此本案的国家赔偿责任成立,原告的诉讼请求应获得法院支持。可见,某个违法行为导向具体法律责任的司法推理过程的逻辑编排上与现实中一个违法行为发生的逻辑刚好相反:一个违法行为发生的逻辑结构是从主观到客观的过程;而在司法推理中,则是从客观违法性要件到主观违法性要件的依次展开。[47] 而且,这一过程必须严格按照上述步骤进行,其中任何一步被阻断都无须再进入下一步,直接可以认定行为人无需承担法律责任。

上述对"违法行为"元形式所指称的逻辑推理形式的分析中,提出了以违法性要件和有责性要件为逻辑结构的构成要件。但是这只是一种基本样态,在立法实践中,基于不同的立法政策或价值取向,还有可能出现另外两种修正样态的逻辑结构:一种是仅以违法性要件来型构整个构成要件,而不考虑有责性要件,这种构成要件结构形式在民事侵权责任理论中被称之为"结果责任"或"无过错责任";第二种修正样态是责任的构成要件在逻辑上虽然仍呈现出违法性和有责性的二元结构,但却不以造成实际损害结果为必要条件。如在民法中的惩罚性违约金制度中,法律认为合同一方的信赖利益值得保护而将之上升为原权利,故违约行为虽然没有对相对方造成实际损害,但仍侵害了其权利,因此应该获得救济权救济。既然调整违法行为的法律规范逻辑结构会呈现出这样不同的布局,那么,"违法行为"元形式所指称的司法推理形式事实上就不是单一的,而是有三种可能形式:违法性要件和有责性要件二元结构的基本类型、违法性要件一元结构修正类型以及无损害结果的二元结构修正类型。

与"违法行为"元形式所指称的复杂的逻辑推理形式相反,当某一行为并未违反由原权利关系设置的法律义务,而是恰恰相反,行为完全遵循了由原权利关系所设置的行为模式,这时由于社会法律秩序并未遭受破坏,法律也就不需要对该行为再进行调整,即不需要通过设置法律责任予以救济。显然,对这种行为事实进行司法推理的结果是不产生任何法律效果,这类行为事实被称为合法行为,而这种由于遵循了法律确认的行为模式而导向零法律效果的司法推理形式就被称为"合法行为"元形式。

至此,由于授权主义和法定主义两种法律调整方式的对立存在,法律对现实中发生的某一行为事实就有可能采用四种基本的调整方式进行调整和控制。在司法推理的逻辑形式上,这一调整过程表现为遵循四种不同的推理形式。其中"法律行为"元形式和"合法行为"元形式体现了授权主义调整方式,"事实行为"元形式和"违法行为"元形式体现了法定主义调整方式。而当实体法采用某种行为元形式如"法律行为"元形式所指称的逻辑形式来对某个行为进行调整和规制,我们就可以说这个行为具有法律行为的逻辑属性,或者说这个行为在司法推理中,将遵循"法律行为"元形式的推理形式在法律上产生特定的效果。事实上,对某个具体行为(如合同行为或行政处罚行为)法律可能会对之作多层次、多角度的调整和控

[47] 例如,犯罪实际发生的逻辑顺序与犯罪构成的逻辑结构的编排顺序恰好相反。参见前引〔88〕,陈兴良书,第218页以下。

制,因此,该行为在接受实体法以“法律行为”元形式所指称的逻辑形式进行调整和规制的同时,还可能接受实体法以其它三种形式进行调整和规制。这样,从分析实证的角度看,该行为可能同时又具有事实行为、违法行为或合法行为等多种属性。[48] 我们对作为构成要件的行为事实进行分析,就是为了得出该行为的具体行为元形式的组合,正如我们对法律效果(法律关系)的分析一样,目的是得出该法律效果的具体法律关系元形式的组合。因此,那种简单的将某个行为(如合同行为或行政处罚行为)仅仅认为是法律行为的看法无异于是“管中窥豹”。他们显然混淆了用于概括具体制度的描述性概念与揭示法逻辑规律的分析性概念之间的界限,如同将所有权概念与权利元形式概念相混淆一样。[49]

四、结　论

基于上面的研究,我们可以从两个层面上对分析法学的方法论及其意义作出归纳:

在理论层面上,首先,所有的法律现象都是八个“法律基本元素”的组合和演绎的结果。本文认为,四个行为概念元形式与四个权利概念元形式结合在一起,组成了法律最核心的八个基础元素,前一组四个元素表达了法律对行为事实进行调整的四种基本逻辑运行规律,是

---

[48] 我们可以以现实中的合同行为为例:现实中发生的某个合同行为,根据法律对合同行为成立制度的规定,如果该行为符合这些构成要件,即根据要约和承诺规则就合同主要条款达成一致,就可以认定一个合同行为在法律上成立,并继而产生一些法定的原权利关系形态的法律效果,如合同制度中的“不得欺诈的义务”。从这个角度看,该合同行为遵循的是事实行为元形式的逻辑推理形式,因而首先具有了事实行为的属性。进一步的分析显示,这些法律效果的内容其实又是法律根据“法律行为”元形式的逻辑形式对合同行为进行调整的那些效力要件,即“不得欺诈”同时又是合同的效力要件之一。如果该合同行为遵守了效力要件,则由于该行为符合了这些原权利关系,根据合法行为元形式的逻辑规律不产生任何法律责任效果;如果该合同行为不符合某个效力要件,如存在欺诈的事实,根据法律规定而认定其可撤销,即该合同行为又具有了法律行为的属性,可撤销结果的推理遵循的是法律行为元形式的逻辑规律。如果当事人根据该行为的意旨进行了实际履行并产生损害结果,那么该合同行为就会因与该损害结果之间存在事实上的因果关系而被认定侵害了他人权利(受法律保护的信赖利益),该表意行为的客观违法性得以认定(一方当事人行使撤销权而使得客观违法性不能阻却);接着根据相当性标准,法律上因果关系亦得以认定;最后,由于该表意行为违反了某个“效力要件”,而该效力要件作为事实行为所产生的原权利关系又恰恰型构了规制该合同行为的主观法律秩序,从而可以认定该表意人作出合同行为时具有主观上的过错,即认定该合同行为具有主观违法性。这样,我们根据违法行为元形式的逻辑推理规律就可以认定表意人的法律责任成立。通过以上分析得出,该合同行为事实上同时具有了事实行为、法律行为和违法行为三种属性,而分析结果之所以呈现出如此多样和复杂化,原因就在于作为分析依据的法律规范对行为事实进行了多个角度的复杂调整。

[49] 法律概念可以分为两类:一类是概括和描述现实中发生的某类法律现象共同事实特征的,如行政法中的行政处罚行为、行政强制行为、行政听政行为以及更为抽象的属概念具体行政行为和抽象行政行为等,笔者称之为描述性概念。这类概念满足了我们对现实中存在的繁杂的行为事实进行归类和命名的需要,并进一步与其它众多的、同样属于描述性概念的行为概念一起,型构该部门法的整个行为概念体系。如台湾学者林明锵以及大陆学者叶必丰提出的行政行为模式理论,就是用描述性概念建构整个行政行为概念体系方面的一种几近完美的演绎。参见叶必丰:《行政行为的模式》,载罗豪才主编:《行政法论丛》第 2 卷,法律出版社 1999 年版。这类概念的合理构建是源于 18 世纪德国罗马法复兴运动(“潘德克顿运动”)的概念法学的研究成果和贡献,它使得我们展开法律上的沟通以及实体法乃至法典的制定成为可能。同时,它也成为实证分析研究的分析对象和出发点;另一类则是揭示法逻辑推理规律的概念,笔者称之为元形式概念,如四个权利元形式概念和四个行为元形式概念。由于它们揭示了最为基本的法律推理的逻辑形式,使得这类概念成为了我们实证分析的工具,而描述性概念更多地只是揭示了某个具体法律制度的事实特征,故而无法满足我们在司法推理中正确适用法律的需要。因此,在司法推理中,我们必须借助元形式概念对描述性概念所指称的某一具体法律制度进行分析,从而使得法律适用的过程不再肤浅粗糙地停留在基本的三段论模式的逻辑推理格式上。

对法律动态一面的揭示;而后一组四个元素则表达了法律的四种基本运行结果,即四种基本法律关系效果,是对法律静态一面的揭示。而对现实中存在的各种法律问题和现象,只有将它们化约为上述基本的元素组合,我们才能对之进行正确地解释和把握,这就是分析法学方法论的基本规范。此外,通过这八个基本元素的提炼,我们可以把握法律内在的逻辑运行规律和作用机理,从而为各部门法理论体系的构建提供了精确的思维框架,同时也为其它法学研究方法如价值分析研究和社会实证研究提供了操作平台。

其次,它帮助我们深刻地认识法律的真实面目——一种静态和动态相结合的逻辑结构,这一结论从分析法学的视角解答了"法律是什么"这一基本命题,透视了法律现象的逻辑本质。实际上,法律规范有两个层面的面目:一个是所有法律规范都具有的抽象层面的逻辑结构面目,表现为构成要件事实——法律效果的构造,继而表现为由构成要件事实提炼出的四个行为概念元形式和由法律效果提炼出的四个权利概念元形式,体现了所有法律规范在逻辑结构上共性的一面;另一个是具体层面的呈现为各种各样具体规定的法律规范面目。这一面目体现了各种的具体法律规范丰富多彩的个性规定,而这个层面上的东西就成为我们分析现实中发生的各种法律现象的规范依据。这样,法律规范的基本结构就可以用这样的公式来表达(该公式在法理学层面上贯穿了所有的部门法领域):N = F(xy),其中N=法律关系元形式(法律效果),F=行为概念元形式(法律调整行为事实的基本逻辑运行规律),x=法律关系主体,y=现实中发生的某一行为概念(描述性)的具体实例,即某个行为事实。[50] 如果说对于波斯纳法意味着经济,对于昂格尔法意味着政治,[51] 那么,对严格的分析实证法学家来说,法律只是意味着这样一种特殊的逻辑推理结构。

在司法实践层面上:借助实证分析的结果,我们就可以对现实中发生的某类描述性行为概念的具体实例进行准确地司法推理,从而得出其可能产生的所有法律效果。复杂的司法过程据此简化为以下两个基本步骤:(1)某行为事实遵循何种逻辑推理形式(行为概念元形式)?(2)遵循某种推理形式产生的法律效果具体又如何(权利概念元形式)?显然,这对于职业法律家形成准确而严格的法律思维是非常重要的。

Abstract: The development of a discipline depends on the accuracy of the fundamental conceptions applied in it. Accordingly, jurisprudential studies must proceed from the analysis of fundamental legal conceptions. Only with those accurate legal conceptions can the legal theories be constructed reasonably, and the basic principles expounded adequately. Using the analytical structure provided in Hohfeld's meta-form of rights, this essay makes a in-depth exploration into the meta-form of legal act, and attempts to establish some basic norms for the methodology of analytical jurisprudence. It also tries to surmount the division between public law and private law, resolve some central problems of legal act encountered in each branch of the law, and anatomize the basic logical structure of judicial reasoning.

[50] 当然,用这一公式来表达全部法律现象还有两个缺口:1. 当构成要件事实不是人的行为事实而是一些自然事件时,这个公式不能适用;2. 当法律效果不表现为权利的变化时,这个公式也同样不能适用。

[51] 前引〔21〕,季卫东书,第335页。