

法律责任概念的形式构造

余 军 朱新力^{*}

内容提要：凯尔森的法律责任概念体现为不法行为与其所引起的规范效果之间的充分且必要条件关系。运用霍菲尔德的基本法律关系分析框架，这一法律责任概念的形式构造可以转换为不法行为是“狭义权利—狭义义务”或“特权—无权利”救济权法律关系的充分必要条件。这个分析结论可为法律责任机制的正当性提供规范意义上的解说，还可用于澄清学界在行政法、侵权法、国家赔偿法等领域对于法律责任、不法行为的诸多错误认识，从而在各种具体情形中捍卫作为规范性概念的法律责任的精确性与纯粹性。

关键词：法律责任 不法行为 救济权法律关系

一、问题及研究进路

长期以来，学界对于法律责任概念的认识一直聚讼纷纭。以基本法律概念分析见长的分析实证主义法学对法律责任概念的研究作出了令人瞩目的贡献。其中，新分析实证主义法学的代表人物哈特（H. L. A. Hart）以及纯粹法学的始作俑者汉斯·凯尔森（Hans Kelsen）的法律责任理论堪称在一般法理学的层面上完成了自足的、作为规范性概念的法律责任之建构。^{〔1〕}哈特运用语义分析的方法，从日常生活语境下“责任”一词所包含的多重涵义中提炼出法律责任概念的内涵，并详细地阐释了法律责任与日常用语中“责任”一词含义之间的关系。^{〔2〕}凯尔森的法律概念体现在他对不法行为与制裁之间关系的论述中。他认为，一个人在法律上对一定行为负责

^{*} 余军，华南理工大学法学院副教授；朱新力，浙江大学光华法学院教授。

本文系2007年度国家社会科学基金项目“行政法基础理论的改革”（批准号：07BFX022）的阶段性成果。

〔1〕 凯尔森是否可以归属于分析实证主义法学的阵营，学界尚有争议，因为凯尔森的实证主义并非是“分析的”，而是“规范的”（参见〔奥〕凯尔森：《纯粹法理论》，张书友译，中国法制出版社2008年版，“前言”，第16页）。然而，在法律责任概念的研究中，虽然凯尔森仍坚持其规范主义的立场，但其注重概念的逻辑分析之进路却具有典型的分析实证主义法学特征。

〔2〕 哈特通过一个虚构的沉船事件，理清了责任一词的四种含义，即：（1）角色责任（role-responsibility），是指担任或占据一定的职位、地位应负的责任；（2）因果责任（causal-responsibility），指人的行为成为某种结果的原因引起的责任；（3）法律责任（legal liability-responsibility），即违法者因其违法行为应受到的惩罚，或被迫赔偿；（4）能力责任（capacity-responsibility），是指某人对一定的行为负责，建立在他具有一定的正常能力的基础之上（思考、理解和控制行为的能力）。法律责任就是“因行为或伤害在法律上应受惩罚或被迫赔偿”，法律责任的成立是以其他三种责任为要件或基础的。角色责任说明主体的某种法律地位对于法律责任的意义，它说明了处于特定法律关系中的主体所应履行的义务，对这些义务的违反是法律责任发生的前提；因果责任为法律提供客观归咎的事实依据；而能力责任则是法律责任中主观归责的机制。See H. L. A. Hart, *Varieties of Responsibility*, 83 *Law Quarterly Review* 346 (1967).

或者承担法律责任，意味着如果作出不法行为他应受制裁。^{〔3〕}这大致勾勒出法律责任概念的形式结构——由不法行为引起的制裁之规范效果。

然而，诚如德沃金所言，法理学的一般理论“旨在阐释法律实践的主要特点和基本结构，而不是法律实践的某一具体方面或具体部分”，^{〔4〕}法律责任概念一般理论的建构尚不足以消除各种具体的法律陈述中的歧义，部门法学中的法律责任概念仍然充满分歧。对此，哈特曾指出，由于人们在各种场合中对“责任”一词的过度使用及其语义的复杂性，很容易导致各种具体的场景中法律责任概念的混乱。这种现象在当下中国的一些部门法学中亦时有发生。

例如，我国民法学中的法律责任概念虽然继受了大陆法系民法理论，在民事法律责任的形式构造方面形成了债和责任分离的主流学说，^{〔5〕}但学界关于民事法律责任概念的新见解却一直层出不穷。如有学者认为，侵权行为属于违法行为（法的“不当为”），法律对这种“不当为”的后果具有强制力，因此侵权行为后果的实质是责任而不是债。^{〔6〕}此种观点彻底抛开债这一环节，将侵权行为的后果直接定位于责任，可能将面对这样的疑问：民法以私法自治为基本原则，诸多因侵权行为而发生的权利救济均通过债法律关系以债务人自愿履行义务的方式完成，如果将侵权行为的后果直接定位于责任，忽略当事人通过债法律关系以自治的方式实现权利救济这一环节，则与私法自治之基本原则相悖。与此相关的争议还出现在制定侵权责任法的讨论之中，有观点认为“不法侵害他人权益并依法承担责任的行为是侵权行为”，而大多数人则认为，只要违法侵害权利就属于侵权行为，法律责任并非侵权行为的必然结果。^{〔7〕}另一个更为广泛的争议发生在侵权责任的构成领域，有学者认为，由于“定义违法行为概念十分困难”，且“违法可以被过错所吸收”，因而在侵权责任构成中应摒弃违法性要件。^{〔8〕}这些观点或争议关涉到如何界定不法行为、如何理解传统民事法律责任机制中债与责任的关系等问题，反映出对法律责任概念理解的分歧。

与民事法律责任相比，我国行政法学界对法律责任概念的认识更具有不确定性，一种颇具影响力的观点认为，行政主体承担的法律责任是指行政主体因行政违法或行政不当，违反法定职责和义务而应依法承担的否定性法律后果；在责任形式上，该观点将行政损害赔偿，行政行为的无效、撤销、变更均纳入其中。这仅仅是狭义的行政法律责任概念，“广义的行政法律责任”甚至包括行政法律规范要求行政主体在具体的行政法律关系中履行和承担的义务，它包含了岗位责任和行政责任两个方面。^{〔9〕}依照哈特、凯尔森的法律概念，将“行政行为的无效、撤销或变更”视为法律责任的形式显然是错误的，因为“行政行为的无效、撤销或变更”属于规范层面上对行政行为效力的否认，尚未涉及“惩罚”、“赔偿”或“制裁”这一法律责任的事实性要素。^{〔10〕}而“广

〔3〕 See Hans Kelsen, *Pure Theory Of Law*, Translated By Max Knight, University of California Press, 1967, pp. 119-120; [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65页。

〔4〕 [美] 德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第83页。

〔5〕 依照大陆法系的民法学说，法律责任的逻辑起点是不法行为，而不法行为的直接后果是债，债是指应为一定给付之义务，属于“法的当为”。债与责任不可混同，责任是指强制实现此义务（债）的手段、履行此义务之担保，属于“法的强制”。这一观点也是我国民法理论中的主流学说。参见王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社1997年版，第12页。

〔6〕 参见魏振瀛：《论民法典中的民事责任的体系——我国民法典应建立新的民事责任体系》，《中外法学》2001年第3期。

〔7〕 参见王胜明、王利明等：《侵权责任法的立法思考》，“中国法学创新网”法学沙龙栏目，<http://www.lawinnovation.com/html/rdjj/99826.shtml>，2010年1月28日访问。

〔8〕 参见王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社1996年版，第398页以下。

〔9〕 参见胡建森：《行政法学》，法律出版社2002年版，第461页以下。

〔10〕 依照哈特、凯尔森的标准，只有“行政损害赔偿”是以“强制”为后盾的制裁措施，属于法律责任的形式。这一认识也可以从西方各国的行政法上将行政主体的法律责任等同于行政赔偿责任中得以印证。参见古力、余军：《行政法律责任的规范分析——兼论行政法学研究方法》，《中国法学》2004年第5期。

义的行政法律责任”则使法律责任的外延无限扩大，并与另一个基本法律概念——“义务”概念相混同。这种混沌的法律责任观忽略了法律责任作为法学上的规范性概念之属性，是一种粗略的、接近于大众语境中的责任概念。

部门法学研究中关于法律责任的争论与困惑并非中国法学之特有现象，德国学者哈夫特曾因德国刑法学界对刑事法律责任研究之“乱象”作出过“运用法律技术无法把握法律责任”之悲观论断。^[11]从法学方法论的立场考察，哈夫特的论断或许过于悲观。诚如卡尔·拉伦茨所言，法学的实质乃是“法教义学”，是一门“认识程序必须受到——与此范围内不可再质疑的——法律规定的约束”之学问，^[12]因而对于法律责任——这个法学上的基本概念探究，实际上是一个受制于实证法规则的认知过程。这种基于特定时空或情势的知识探究过程并非是不能把握的，而往往具有确定性。

从法现象的角度看，一个理想的法规范概念当包含价值要素（内容正当）、规范要素（有效性）与事实要素（社会实效）三个层面。^[13]作为规范性概念的法律责任所应包含的价值、规范与事实三要素具体表现为“责任的根据”与“归责”、“救济权关系”、“强制”三个层面，这是法律责任概念的基础构造，也为本文进一步的分析提供了一个认知框架。

首先，“责任的根据”与“归责”是法律责任概念中的价值要素。“责任的根据”是对法律责任本体价值的思考。以理性哲学为基础的“道义责任论”、以经验哲学为基础的“社会责任论”为现代法律责任提供了双元的价值基础。^[14]“归责”是法律责任中的规范评价机制，即运用规范技术将作为评价标准的道德因素、社会因素予以客观化，使遭受侵害的权利或法益与造成侵害的原因相结合，进而将负担归属于特定的责任人。^[15]“责任的根据”与“归责”解决了法律责任的价值本体与价值评价客观化之问题。

第二，“救济权关系”是指法律责任中的规范性要素。法律责任的发生以权利或法益的侵害为前提。有权利必有救济，当某一法律事实导致权益侵害，必将引发一个规范意义上的救济权法律关系，救济权关系乃是造成权益侵害的特定法律事实所引起的法律后果。法律责任其实就是一种依靠强制力来保障救济权关系实现的机制。因此，在剔除价值与经验、事实要素后，纯粹规范形式上的法律责任的本质就是救济权法律关系。

第三，“强制”主要是指法律责任中的事实、经验性要素。在法教义学中，只有在公权力的强制作用下实现的权利救济机制才能被视为法律责任，当事人以自治或自愿的方式实现的对受损权利的补偿尚未进入法律责任的层面。如果忽视这一点来讨论责任，将与法律教义学所预设的法律责任概念相抵牾，从而进入非法律学的语境之中。在此意义上，强制是指“强制的方式”，即公权力机关可以通过“直接发动有形的物理力量”或者“以发动物理力量或实施其他惩罚措施为威胁”之方式，^[16]在事实上实现救济权法律关系。

另一方面，强制又可以在规范层面上进行理解。如凯尔森将制裁等同于强制，因此不法行为

[11] 参见冯军：《刑事责任论》，法律出版社1996年版，第9页。

[12] 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，台北五南图书出版公司1997年版，第119页。

[13] See Robert Alexy, *The Concept and Validity of Law*, London: Clarendon press, 2002, pp. 126-128.

[14] 道义责任论与社会责任论在具体的法律责任根据中均以复合的形式存在。任何一种责任机制中均含有道义、社会两方面的价值内容，但侧重点有所不同。刑事责任的根据以道义责任论为主而兼顾社会责任论，主张基于道义非难、社会防卫而对犯罪人适用刑罚，这决定了刑事责任浓厚的惩罚、强制特征；而民事责任的根据则以道义责任论与社会责任论并重，既主张基于过错（道义非难）的惩罚，也主张基于利益均衡的补偿，因此，其强制特征远不如刑事责任明显。孙笑侠教授将刑事法律责任与民事法律责任之间责任根据的差别精炼地概括为“道义性惩罚”与“功利性补偿”。参见孙笑侠：《法的现象与观念》，山东人民出版社2001年版，第193页以下；余军：《法律责任的双元价值构造》，《浙江学刊》2005年第1期。

[15] 前引[14]，余军文。

[16] Black's Law Dictionary (7th ed. 2006), p. 206.

的规范效果为“应当受制裁”。作为规范效果的强制（制裁）措施包括刑事处罚、民事赔偿与行政制裁。^{〔17〕}如果用法律关系予以解释，凯尔森所称的制裁（强制）措施就体现为规范层面上救济权法律关系的内容（如要求义务人支付赔偿、限制义务人之人身自由等）。作为规范效果的强制（强制的内容）在事实层面上的实现，须通过特定的“强制方式”。以特定的“强制方式”实现救济权法律关系标志着一个法律责任机制的完结。

一个完整的法律责任概念必然包含上述三要素，其中规范性要素处于轴心地位，其他要素均围绕规范性要素次第展开。在规范意义上，法律责任的本质就是因特定的法律事实侵犯权利或法益而产生的特定救济权法律关系。因此，对作为法学上规范性概念的法律责任的理解，必须围绕其规范性要素——救济权法律关系而展开。通过对其救济权法律关系的产生条件、内容以及实现方式的分析与界定，可以概括、提炼出法律责任概念的形式构造。所谓法律责任概念的形式构造，是指围绕其规范性要素——救济权法律关系的发生与展开所呈现的动态的、相互衔接的过程。这一构造有助于我们掌握、甄别具体情形中法律责任概念的形式要件，避免法律认知或理论研究上的误区，从而维护作为规范性概念的法律责任的精确性与纯粹性。

我国部门法学中关于法律责任概念的分歧，可归结于对这个规范性概念形式构造认识的模糊。如果说哈特的理论厘清了作为规范性概念的法律责任与日常生活语境中的责任概念之关系，那么，凯尔森则通过对不法行为及其规范效果的阐述，简练地指出了法律责任概念的形式构造。当然，在具体的法律适用中，凯尔森的理论尚需予以精确化，方能澄清部门法学中的相关分歧。尤其是在我国法学界普遍存在着对凯尔森的“不法行为”概念误解的情形下，必须首先取得对凯尔森理论的精确理解。本文尝试将美国学者霍菲尔德的权利概念分析框架运用于凯尔森的法律形式构造的分析之中，以期取得更为清晰、更具确定性的分析结果，从而厘清各种具体情形中与法律责任概念相关的分歧。

二、作为条件行为的不法行为及其规范效果的转换

凯尔森的法律概念可以简练地归纳为：由不法行为引起的制裁之规范效果。但在凯尔森的理论中，不法行为并不仅仅是引起制裁的条件，两者之间还存在着另一层重要的关系：一定的行为之所以是不法行为，就是因为法律秩序对这一作为条件的行为，赋予了制裁这个法律后果；并非行为不法遭致制裁，而是法律将受制裁的行为设定为不法。^{〔18〕}立法者预先将某些行为的后果设定为制裁，这些行为才成为不法行为，即“应当受制裁”→“不法行为”。这可以理解为：“不法行为”的“不法性”乃是基于整体法秩序的角度所作的正当性判断，这些行为被立法者所设定的法秩序所不容忍，才对其施以制裁这种严厉的规制手段。概言之，凯尔森理论中的“不法行为”与“应当受制裁”之间是一种“充分且必要条件”之关系——从“不法行为”可以推出“应当受制裁”这一结果，而从“应当受制裁”之结果也可以推出“不法行为”之条件，法律责任概念的形式构造可以完整地表述为：“不法行为” \Leftrightarrow “应当受制裁”。

需要指出的是，凯尔森所称的不法行为是一个规范层面上的概念，即法条中的条件行为（condition）——法条所设立的、被赋予制裁后果的条件。不能将不法行为与通常意义上的违法行为相混同，通常所称的违法行为是指与法律要求相悖的行为事实，两者分别属于规范与事实两个层面。^{〔19〕}正是在此意义上，凯尔森认为不法行为并非“违反法律”或“违反义务”的行为，不

〔17〕 前引〔3〕，Hans Kelsen书，第54页，第65页，第114页以下；前引〔1〕，凯尔森书，第56页。

〔18〕 前引〔3〕，Hans Kelsen书，第56页以下，第111页以下；前引〔1〕，凯尔森书，第57页。

〔19〕 参见陈景辉：《规范基础上的合法观念——兼论违法、不法与合法的关系》，《政法论坛》2006年第2期。

法行为只是法律条文中被设定了制裁之后果的条件行为，法律规范的效力丝毫没有遭到损害。凯尔森因而将“不法行为”称为“与义务相反的行为”，而不是“违反义务的行为”。^[20] 通常所称的违法行为实际上是一个事实层面上的概念，人们一般以“违反法律义务”、“违反具体的法规范”来界定违法行为。这个概念在法律上具有重要的意义：基于权利义务之间的“相依”（correlatives）关系，^[21] 违反法律义务意味着侵犯实质意义上的法律权利。根据“有权利则必有救济”之原则，违法行为因侵犯权利必将引起救济权法律关系之规范效果。因此，违法行为可以看作是侵犯权利而引起救济权法律关系的行事实。

如果从法律关系的角度进行分析，凯尔森所阐述的“不法行为 \Leftrightarrow 应当受制裁”之法律责任形式构造其实可以转换成救济权法律关系之陈述方式，即各种不法行为所引起的制裁之规范效果可用具体的救济权法律关系予以表述，因为法条中的“与义务相反的行为”（不法行为），其实是对事实层面上某些“违反法律义务”的行为（违法行为）的规范表述。当然，作为行为事实的违法行为尚必须满足引起制裁之规范效果（为整体法秩序所不容忍），才可归属于不法行为。例如，我国刑法第 232 条规定的“故意杀人”行为实际上是对事实层面上以各种法律所禁止的手段故意剥夺他人生命行为的规范性描述，但并不是所有的“以法律禁止的手段故意剥夺他人生命的行为”都可归属于刑法第 232 条规定的“故意杀人”行为，只有这些行为满足应受刑罚制裁这一规范效果时，才可归属于“故意杀人”这一不法行为。易言之，所谓法条中的不法行为，乃是对能够引起制裁之规范效果的行为事实（违法行为）之规范表述。违法行为因侵犯权利而产生救济权法律关系之规范效果，如果一个违法行为能够引起制裁之规范效果，那么救济权法律关系就是对其制裁之规范效果的另一种表述形式，而它同时也满足不法行为的条件。因此，不法行为的制裁之规范效果就可以用救济权法律关系之陈述方式予以替代。在此思路之下，“应当受制裁”这一规范效果所包含的具体的制裁措施就成为救济权法律关系的内容。按照凯尔森对制裁的解释，它可以是指民法救济权关系中的赔偿，也可以是刑法、行政法救济权关系中的惩罚措施。

这一分析结果可以将凯尔森的法律责任规范结构——“不法行为” \Leftrightarrow “应当受制裁”，转换为“不法行为” \Leftrightarrow “以制裁为内容的救济权法律关系”。这意味着，作为条件行为的“不法行为”与作为规范效果的“以制裁为内容的救济权法律关系”之间是一种“充分且必要条件”之关系，即：不法行为引起以制裁为内容的救济权法律关系之规范效果，而某一行为只要能够引起以制裁为内容的救济权法律关系之规范效果，即可归属于不法行为。同时，作为法律责任规范性要素的救济权法律关系也可以明确地转换成“以制裁为内容的救济权法律关系”。

三、法律责任概念的规范性要素

法律责任是一种以强制力为保障的权利救济机制，因此，在“不法行为 \Leftrightarrow 以制裁为内容的救济权法律关系”这一形式构造中，作为法律责任规范性要素的救济权法律关系（以制裁为内容的救济权法律关系）尚需满足在事实层面上可以通过强制方式实现这一条件。否则，“以强制力

[20] 凯尔森指出，必须区分作为规范层面上构成要件的“不法行为”与符合该构成要件的法律事实，如果我们说某一“不法行为”侵犯了权利，实际上是指符合“不法行为”构成要件的法律事实侵犯了权利，“不法行为”本身不会对规范意义上的法律权利构成侵犯。前引 [3]，Hans Kelsen 书，第 111 页以下。

[21] 相依关系是霍菲尔德基本法律关系分析模式中的一个重要因素，是指在具体的法律关系中，权利义务双方作为彼此存在的必要条件，一方的存在必然意味着另一方的存在，缺少对应一方即难以生成法律关系，而一方的被违反则意味着另一方被侵害。See Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, edited by David Campbell and Philip Thomask, Dartmouth Publishing Company and Ashgate Publishing Limited, 2001.

为保障”将成为一句空话，实在法中的法律责任规范的实效性亦无法得到保障。

那么，哪些救济权法律关系以制裁为内容并且可以通过强制方式实现呢？在大陆法系的民法学中，这似乎不成为问题，学者们常以请求权来指称救济权。在他们看来，请求权法律关系就是救济权法律关系，救济权关系是指当原权利法律关系遭受侵害时，法律用以恢复、补救原权利关系的强制性的法律关系，因此，救济权关系（请求权关系）无疑是可以强制方式实现的。^[22]而且，这种救济权关系的内容主要体现为要求义务人支付赔偿，亦完全符合凯尔森所称的民法上的制裁之标准。然而，如果从严格的法律关系逻辑形式的角度看，救济权法律关系并非仅限于请求权法律关系，以制裁为内容、可以强制方式实现的救济权关系亦非仅限于请求权法律关系。运用美国学者霍菲尔德的权利概念（基本法律关系）分析模式，^[23]我们可以展开进一步的分析。

（一）救济权的四种类型和以制裁为内容的救济权关系

霍菲尔德认为，通常意义上的权利和义务关系并非是对法律关系的最为精确的认识。他运用“逻辑原子主义”（logical atomism）分析方法将权利和义务还原（reduce to）为八个基本概念，即将权利概念还原为：狭义权利（right）、特权（privilege）、能力（power）和豁免（immunity），而义务概念则还原为：狭义义务（duty）、无权利（no right）、责任（liability）和无能力（disability）。这八个概念乃是“全部法律问题之原子”，霍菲尔德通过它们之间“相依”（correlatives）和“相反”（opposites）关系，完成了四个最基本法律关系的建构，即“狭义权利（right）—狭义义务（duty）”、“特权（privilege）—无权利（no right）”、“能力（power）—责任（liability）”与“豁免（immunity）—无能力（disability）”法律关系。

霍菲尔德认为，包括权利概念在内的所有法律因素都可以还原为这四个法律关系，它们是法律关系的“最低公分母”，是解释各种复杂法律现象的逻辑框架。^[24]这种“去实体”（deontic）化的思维方式剔除了法律现象中的价值和经验要素，在纯粹逻辑形式上对法律关系的构造作出了精确的规定。另外，霍菲尔德还从权利发生的角度，将权利（广义的权利）分为“初生的权利”（primary right）和“次生的权利”（second right）。“初生的权利”是因某一有效事实而不是因侵害产生的权利，而“次生的权利”则是因为“初生的权利”被违法行为所侵害而产生的权利，即通常所指的救济权。我们可以在霍菲尔德的四个最基本法律关系中解释救济权的具体形态，一般意义上的违法行为能够引起以下救济权法律关系：

1. “狭义权利—狭义义务”救济权关系。这是一种请求性救济权关系。在此法律关系中，权利人具有要求义务人实施特定的作为或不作为之请求权，而义务人则处于根据权利人的要求实施特定的作为或不作为之地位。表现为狭义权利（请求权）的救济权广泛存在于民法、刑法与行政法等各领域。我国民法通则与侵权责任法规定的“赔偿损失”、“支付违约金”等民事责任的形式，实际上就包含着一些请求性救济权，即“赔偿损失请求权”、“支付违约金请求权”等。民法上的请求性救济权关系是违约行为、侵权行为等所指称的行为事实引起的规范效果。行政法中的行政侵权行为所引发的行政赔偿请求权也是一种请求性救济权。

尽管在刑事责任研究中很少涉及救济权法律关系的分析，但这种分析方法的运用仍然可以使

我们获得清晰的认识。由于奉行“罪刑法定”之基本原则，刑法所保护的特定法益是否遭受侵害

[22] 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第37页；陈裕琨：《分析法学对行为概念的重构》，《法学研究》2003年第3期。

[23] 霍菲尔德关于权利概念（基本法律概念）的分析，可参见其于1913年和1917年发表于《耶鲁法律评论》的两篇题目相同的论文。这两篇论文经后世学者编辑、整合，往往以整体的形式再版。参见前引[21]，Hohfeld书；中译本参见[美]霍菲尔德：《基本法律概念》，张书友编译，中国法制出版社2009年版。

[24] 前引[21]，Hohfeld文。

须由法院作出认定，法院作出有罪判决意味着特定的侵害行为被归属于刑法意义上的不法行为（犯罪行为），同时也意味着司法权力创设了一个刑法上的救济权法律关系。这种救济权法律关系也是一种请求性救济权关系，作为特定法益代言人和维护者的国家就成为救济权主体，其内容为：国家具有要求犯罪人负担特定刑罚之权利，而犯罪人则具有负担特定刑罚的义务。^{〔25〕}行政法上由行政相对人的违法行为引起的救济权关系具有类似的特征与构造。行政相对人的行为是否属于对特定法益构成侵害的违法行为须由行政机关作出认定，当行政机关作出肯定性的判断后，即作出行政处罚等行政行为对行政相对人实施制裁，这意味着行政权创设了一个请求性救济权关系，其内容为：行政主体具有要求违法行为人承受特定财产、行为负担之权利，而违法行为人则具有根据行政主体的要求承受特定负担的义务。

需要指出的是，尽管在霍菲尔德的理论中，能力（power）是权利的一种形式，但在规范、逻辑层面上，公权力的属性也表现为能力，即创设、变更、消灭特定法律关系的能力。能力也可以体现为私法性质的权利（形成权）。对此，霍菲尔德指出，当能力被授予政府官员时，它是公法性质的权力，但它也可以是私法性质的。^{〔26〕}私法上的形成权与公权力的规范属性并无区别，都表现为创设、变更、消灭特定法律关系的能力。上述刑法、行政法上的请求性救济权关系实际上由司法权力、行政权力所创设。

2. “特权—无权利”救济权关系。在此法律关系中，表现为特权的救济权是指权利人可以针对紧急之侵害，自由地实施适当的行为以保护自己或他人的正当权益，而义务人处于不能要求权利人作为或不作为之无权利地位。这是一种赋予权利人一定行为自由的救济权。此类救济权的制度载体为“自力救济”，即自助行为、紧急避险和正当防卫。在法秩序运行的正常态势中，对于大多数情况下的权利侵害应当适用公力救济，“自力救济”一般仅适用于情况紧急、采用公力救济无法及时制止或预防侵害发生之情形。以正当防卫为例，当发生现时、紧迫之侵害时，权利人具有采取相当于攻击程度的防卫措施之特权（privilege），如商店的店员或顾客持木棍击伤抢劫的暴徒，被强暴的妇女为解除被侵害而咬伤施暴者的舌头，^{〔27〕}都属于表现为特权（privilege）的救济权之行使。在行政法上，表现为特权的救济权之制度载体是“即时强制”。所谓“即时强制”，是指行政机关对于现时发生之紧迫危害，针对特定行政相对人的人身、行为或财产采取的约束或处置性的强制行为。^{〔28〕}这种“约束或处置性的强制行为”就是特权的具体表现，与正当防卫行为、紧急避险行为性质相同。即时强制其实就是正当防卫、紧急避险在行政法上的特例，其适用条件与后者基本相同。^{〔29〕}即时强制的特殊之处在于，采取防卫行为或避险行为的主体乃是履行职务的行政公职人员。^{〔30〕}

3. “能力—责任”救济权关系。在此法律关系中，表现为能力的救济权是指救济权人依据单方之意思表示创设、改变、消灭特定法律关系之地位，责任是指义务人所负有的消极承受之地位。这种救济权又被称为形成性救济权或救济性形成权。民法上对具有意思表示瑕疵的法律行为

〔25〕 对此，也许有人会提出这样的质疑，刑法上的救济并不是国家“要求”犯罪人承受特定的刑罚，而在于“国家以强制方式对犯罪人处以刑罚”。笔者认为，“国家以强制的方式对犯罪人处以刑罚”属于刑法上救济权关系实现的环节（刑事法律责任的实现），此处仅从纯粹规范意义上分析此种救济权关系的内容，其内容属于请求性救济权关系。当然，这种救济权关系的内容确实需要通过强制的方式实现，但救济权关系的内容与救济权关系的实现是两个不同的环节。

〔26〕 前引〔21〕，Hohfeld文。

〔27〕 参见王泽鉴：《侵权行为法》第1册，中国政法大学出版社2001年版，第233页。

〔28〕 前引〔9〕，胡建森书，第326页。

〔29〕 如消防队员为防止火势蔓延，在来不及通知所有人的情况下强行拆除火源周围未着火的建筑，即为典型的“即时强制”，其原理与民法上的紧急避险相通。参见翁岳生编：《行政法》，台湾翰芦图书出版公司1998年版，第931页。

〔30〕 台湾学者将“即时强制”形象地称为“行政权之自力救济”，参见董保城、朱敏贤：《行政强制执行一般原理原则——兼论引进“代宣誓具结”及“义务人名簿”之考虑》，载杨解君、董保城主编：《海峡两岸行政（强制）执行理论与实务对话——2006年海峡两岸行政（强制）执行理论与实务研讨会论文集及实录》，中国方正出版社2006年版，第23页以下。

的撤销权就是一种形成性救济权，如当事人对因受恶意欺诈签订的合同之撤销权即属于表现为能力的救济权，通过能力的行使，当事人使对自己不利的合同之效力归于消灭。^{〔31〕}同样，行政法上对违法行政行为的撤销、变更或确认无效之权力，亦属于表现为能力的救济权，在此过程中，能力消灭了违法行政行为所创设的对权利人不利的法律关系，从而实现了权利救济。

4. “豁免一无能力”救济权关系。表现为豁免的救济权，是指当义务人实施违法行为意图创设、变更或消灭特定法律关系而造成权利侵害时，权利人的法律关系或法律地位不因义务人的行为而变化（权利人处于豁免之地位），无能力是指义务人不具有创设、变更、消灭权利人相关法律关系的能力。表现为豁免的救济权是一种免受他人控制力拘束的救济权。如民法上进入破产清算程序的企业为逃避债务无偿转让财产，该转让合同无效，债权人不受该合同的约束，享有豁免之权利；代理人超出代理权限的代理行为通常情况下对于被代理人无效，被代理人享有豁免之权利。在行政法的无效行政行为制度中，行政相对人具有不受无效行政行为拘束的权利也是一种表现为豁免的救济权。

通过以上分析，我们获得了救济权的精确而完整的形式，即特权、狭义权利、能力与豁免。它们是“最基本法律关系”中的救济权，是从规范角度解释制度层面上各种复杂的权利救济现象的基本单位。

同时，“狭义权利—狭义义务”与“特权—无权利”这两种救济权关系的内容可以体现为一定的制裁措施。“狭义权利—狭义义务”无论是体现为民法、刑法或是行政法上的救济权法律关系时，其内容均符合凯尔森的制裁标准：刑罚、民事赔偿与行政制裁。而“特权—无权利”救济权关系体现为行政法上的即时强制时，即时强制行为的内容就是对行政相对人人身、行为或财产的约束或处置，属于行政制裁的范围。“能力—责任”、“豁免一无能力”救济权关系则不具有这个特征。可见，“狭义权利—狭义义务”与“特权—无权利”救济权关系满足了“以制裁为内容的救济权法律关系”之标准。

（二）可强制实现的救济权关系与无法强制实现的救济权关系

救济权关系是一种规范关系，但判断其能否以强制方式实现的问题，则是一个事实、经验层面上的考察。公权力无论通过“直接发动有形的物理力量”或者“以发动物理力量或实施其他惩罚措施为威胁”的方式实现某个救济权法律关系，均以事实上特定物理形态的改变为内容（如财产的减少、行为的限制等）。这种事实层面上物理形态的改变其实是通过救济权法律关系当事人的特定行为（包括作为与不作为）达成的，由于救济权法律关系的当事人不履行该行为或权利救济处于一种急迫的状态之中，才导致公权力以强制方式实现该救济权法律关系。因此，如果某种救济权关系的实现取决于权利人或义务人的行为，那么，这就是一种可以通过强制方式实现的救济权关系。按照这个标准，在上述四种救济权关系中，只有“狭义权利—狭义义务”与“特权—无权利”救济权关系是可以强制方式实现的，而“能力—责任”与“豁免一无能力”救济权关系则无法以强制方式实现。

“狭义权利—狭义义务”救济权关系的实现依赖于义务人根据权利人的要求履行特定的作为或者不作为义务。如果义务人不履行义务，权利救济即无法实现。此时，公权力“以发动物理力量或实施其他惩罚措施为威胁”的方式给义务人施加压力迫使义务人作出特定的行为或者保持不作为，也可以采用“直接发动有形的物理力量”实现救济权法律关系的内容。例如，在民法请求性救济权关系中，大多数情况下“以发动物理力量或实施其他惩罚措施为威胁”的间接强制方式就可以实现权利救济。刑法上的请求性救济权关系则必然通过“直接发动有形的物理力量”的直

〔31〕 在大陆法系民法中，因受欺诈、非法胁迫而作出的法律行为属于“可撤销的法律行为”（参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第61页以下）。我国民法通则第50条将受欺诈、胁迫作出的民事行为之效力规定为无效。从法律关系的逻辑形式上看，无论是撤销还是确认无效，均属于表现为能力的救济权。

接强制方式实现，因为刑法救济权关系的内容乃是一系列剥夺自由、财产甚至生命的惩罚性措施，这些严厉的惩罚措施无法通过“间接强制”迫使义务人自己履行。

“特权一无权利”救济权关系的制度载体为正当防卫、紧急避险、自助行为以及行政法上的即时强制。该救济权关系的实现取决于权利人的积极行为（防卫行为、避险行为、自助行为以及即时强制行为）。当防卫行为、避险行为的主体为私人时，其性质属于凭借私人力量实施的“自我救济”，由于不存在公权力的强制作用，超出了本文法律责任的讨论范围。但是，当该救济权关系体现为行政法上的即时强制时，表现为特权的救济权是通过救济权人（行政机关的执法人员）实施积极的行为实现的，而这种行为本身就是紧急情况下直接发动物理力量的表现。因此，当“特权一无权利”救济权关系表现为行政法上的即时强制时，显然属于通过强制方式实现的救济权关系。

“能力一责任”、“豁免一无能力”救济权关系是两种无法也无需通过强制方式实现的法律关系。“能力一责任”救济权关系的实现取决于能力所产生的效果，能力无论体现为民法上对法律行为的撤销权或是行政法中对违法行政行为的撤销权、变更权等，其效果均在于：消灭或改变了对权利构成侵害的先前行为的效力。而“豁免一无能力”救济权关系的实现则在于法律对义务人行为效力的否认：义务人的行为旨在创设、变更、消灭关于权利人的法律关系，由于法律对该行为的效力予以否认，认为义务人不具有创设、变更、消灭关于权利人法律关系的能力（义务人处于无能力之地位），体现为豁免的救济权即已实现。可见，“能力一责任”救济权关系与“豁免一无能力”救济权关系的实现取决于特定法律效果的产生或否认，它们不可能、也不需要通过公权力的强制作用予以实现。

（三）作为法律责任规范性要素的救济权法律关系

通过以上分析可知，在救济权法律关系的四种类型中，“狭义权利—狭义义务”与体现为即时强制的“特权一无权利”不仅满足了“以制裁为内容的救济权法律关系”之标准，而且还是可以通过强制方式实现的救济权法律关系。因此，所谓作为法律责任规范性要素的救济权法律关系，其实就是指“狭义权利—狭义义务”、即时强制中的“特权一无权利”救济权法律关系。

需要指出的是，作为法律责任的规范性要素，“狭义权利—狭义义务”救济权关系广泛存在于民法、行政法和刑法领域，是法律责任规范性要素的最为常见、最具普遍性的形态，而“特权一无权利”救济权关系只有在制度层面上体现为行政法上的即时强制时，才以强制的方式实现。在行政法上，即时强制的属性可以视为行政相对人法律责任的特殊形式。^{〔32〕}“特权一无权利”救济权关系仅存于即时强制这种特殊的法律责任形式之中，是法律责任规范性要素的特殊形态。

四、结 论

基于以上分析，我们最终可以将从凯尔森的理论转换而成的“不法行为 \Leftrightarrow 以制裁为内容的救济权法律关系”之法律责任形式构造，进一步转换成：“不法行为 \Leftrightarrow 狭义权利—狭义义务”救济权关系或即时强制中“特权一无权利”救济权关系。

〔32〕 在行政法上，即时强制是一般行政强制执行的特殊形态，而行政强制执行正是行政相对人法律责任的实现机制。对于行政相对人的违法行为，一般由行政主体作出行政处罚等行政行为予以制裁，这意味着行政相对人法律责任的成立，同时，行政处罚等对行政相对人课以义务的行政行为也是行政强制执行的前提条件或“基础行为”。当行政相对人拒不履行义务、导致行政强制执行发动时，意味着公权力以强制手段确保法律责任的实现。从“基础行为”的作出到发动行政强制执行——这是一个典型的行政相对人法律责任确立并实现的过程。而即时强制与一般行政强制的区别仅在于：由于存在紧迫侵害，行政强制的发动来不及践行“课以义务的基础行为”以及行政强制执行的一般性程序等环节，而是立即发动“直接强制”。在理论上，即时强制可以看作是发生在“基础行为”与“强制执行行为”合一的条件下的行政强制执行，因此，即时强制也可以看作是行政相对人法律责任的成立与实现合一的一种特殊情形。前引〔29〕，翁岳生书，第931页以下；前引〔9〕，胡建淼书，第341页。

不法行为与“狭义权利—狭义义务”救济权关系或即时强制中“特权—无权利”救济权关系是一种“充分且必要条件”之关系：不法行为产生的规范效果为“狭义权利—狭义义务”救济权关系或即时强制中的“特权—无权利”救济权关系；并且，如果某行为事实能够产生“狭义权利—狭义义务”救济权关系或即时强制中的“特权—无权利”救济权关系规范效果，那么该行为即可归属于不法行为。

这一结论使得法律责任概念的形式构造更为清晰与细致，它将凯尔森所阐述的不法行为的规范效果（应当受制裁），转化为具体的救济权法律关系之陈述，无疑更具可操作性与确定性。这意味着：只有当权益侵害引起的救济权关系表现为请求性救济权关系或即时强制中的“特权—无权利”救济权关系时，才可能构成法律责任，受侵害权益的救济才可以通过公权力强制的方式予以实现。易言之，所谓法律责任，在规范意义上是指不法行为所引起的请求性救济权关系或即时强制情形中的“特权—无权利”救济权关系。^{〔33〕}而所谓不法行为，仅仅是指能够引起请求性救济权关系或“特权—无权利”救济权关系的条件行为，它与一般意义上的违法行为是两个截然不同的概念。一般所称的违法行为泛指违反法律义务的行为事实，根据所违反的义务内容之不同，它所引起的救济权法律关系存在多种形式，违法行为并不必然引起制裁之规范效果（法律责任）。

如果说哈特的语义分析在静态意义上澄清了作为规范性概念的法律责任与大众语境中责任一词的区别与联系，那么，凯尔森对法律责任概念形式构造的阐述则为动态的法律适用过程中这一概念的甄别提供了认知框架。本文以基本法律关系分析框架对凯尔森法律责任理论所作的处理，则使这一认知框架更为精致与清晰，它可以为法律责任调整机制之正当性提供一种规范意义上的解说，也可以在具体情形中有效地捍卫作为规范性概念的法律责任的纯粹性与精确性。

首先，法律责任——这种以强制力为保障的权利救济机制，其正当性基础可以从不法行为的性质中得以解释。作为法律责任条件行为的不法行为实际上是指——“为整体法秩序所不允许”、“在法律上不具有正当性”的行为。^{〔34〕}这一点可从凯尔森的立场——对不法行为的界定只能在“特定法律秩序”的基础上加以解答——得以验证。尽管在纯粹法理论的意义上，凯尔森认为立法者依据一定的标准将特定行为与制裁联系起来、将其设定为不法行为，乃是一个超越法学的道德、政治上的问题，但是在实在法理论中界定不法行为的标准显然是：为特定的法律秩序所不允许。^{〔35〕}这正是不法行为与一般所称的违法行为的根本区别所在——违法行为仅仅是指违反具体的法律义务（违反具体的法规范）之行为事实，而不法行为则是从整体法秩序的角度对行为所作的“不法性”评价。特定的违法行为尚需满足从整体法秩序的角度评价具有不正当性之条件，方可归属于不法行为。在具体的法律适用中，这种从整体法秩序角度所作的评价，在于考察造成权利侵害的行为事实是否具备整体法秩序意义上的正当理由（是否属于正当防卫、紧急避险、合法履行职务或行使合法权利的行为等等）。^{〔36〕}这也为不法行为设置制裁之规范效果提供了正当性基础：因为行为“为整体法秩序所不允许”而不具有正当性，对其施以制裁（强制）这种严厉的规制手段才具有法律上的正当性。在现代法律体系中，制裁（强制）实际上是一种由国家垄断的“合法暴力”，只能有节制地适用于某些极端的、迫不得已的情形之中。在凯尔森看来，制裁的功能在于促使人们实施由特定法秩序规定的、立法者认为必须的行为。当某一行为在整体法秩序上被认为是不正当的或“根据法律秩序的

〔33〕 当然，这只是从规范要素的角度对法律责任概念的认识。如果从事实性要素的角度看，正如传统民法理论所言，法律责任的本质是强制，关涉到以何种强制方式实现规范意义上救济权法律关系的问题，即权利救济的实现方式。

〔34〕 参见陈忠林主编：《违法性认识》，北京大学出版社2006版，第6页以下。

〔35〕 前引〔3〕，Hans Kelsen书，第55页以下。

〔36〕 以“特定法秩序所不允许”为条件界定不法行为，是凯尔森的不法行为概念与大陆法系刑法、侵权法的不法性概念之共同点，两者所称的不法概念其实具有同质性。尽管在大陆法系，“不法性”概念只是作为刑法、侵权法上三阶段的递进式犯罪构成、侵权责任构成的要素之一，但在凯尔森的理论中，“不法性”概念的意义并不仅限于犯罪构成、侵权责任构成之中，而是对于整体意义上的法律责任具有提供正当性基础之功能。

意图必须加以避免”，^{〔37〕}它实际上已经触及法秩序所能容忍的极限，那么，法律只能用制裁（强制）之规制手段予以调整。这也正是法律责任机制中公权力强制作用的正当性所在。本文的分析结果是对这种正当性机制的规范性表述：如果特定的行为事实在整体法秩序意义上不具有正当性或“不被整体法秩序所容忍”，那么它必将引起一个以制裁为内容、可以强制方式实现的救济权法律关系，该行为事实可归属于不法行为。从中亦可以得知，行为的“不法性”（不被整体法秩序所容忍）是法律责任调整机制不可缺少的前提条件。尽管在各部门法中，不法性并非所有法律责任形式的要件，但不以“不法性”作为责任的要件，并不表示在判断责任成立的过程中无需考量“不法性”因素。^{〔38〕}

其次，运用本文的分析结论，可以澄清我国学界在行政法、侵权法与国家赔偿法等领域的关于法律责任及其相关问题的诸多错误认识。

1. 根据本文的结论，我国行政法学界将违法行政行为的撤销、变更或确认无效视为行政主体法律责任形式的观点之所以错误，乃是因为撤销、变更或确认无效作为违法行政行为所引起的规范效果，在法律关系逻辑形式上表现为形成性救济权关系（能力—责任），这种救济权关系的实现是通过“能力”消灭或改变对行政相对人不利的违法行政行为的效力。如前所述，形成性救济权关系并非以制裁为内容，也无需通过公权力的强制方式实现，不属于法律责任概念的规范性要素。另一方面，从行为所引起的规范效果（形成性救济权关系）也无法推出违法行政行为属于不法行为之结论。在行政法上，行政行为的违法性判断是根据具体的法规范对行政行为效力的评价，而非基于整体法秩序所作的正当性判断。上述行政法学界的观点不仅使得法律责任概念的涵盖范围扩张并与大众语境中的责任相混同，而且还存在着理论上的风险——行政行为作为一种设权行为，如果将其无效、撤销或变更作为法律责任的形式，那么，同样作为设权行为的民事法律行为的无效、撤销、变更是否可以看作是民事法律责任的形式？这一推论将彻底颠覆传统的民事法律责任理论，显然无法让人接受。

2. 凯尔森所界定的不法行为概念可用于解释侵权法上的不法概念、侵权行为概念，从而可以澄清我国学界普遍存在的由于“不法”与“违法”不分而产生的许多谬误。汉语法学中的“不法”与“违法”概念源自于大陆法系，如在德国法上，表示“不法”概念的单词为 *rechtswidrig*，表示“违法”概念的单词为 *gesetzwidrig*。但在汉语的日常语境中，“不法”与“违法”两个词汇语义基本相同，这很容易使人们忽略其在法律语境中的不同涵义。例如，我国侵权责任法制定过程中发生的——“不法侵害他人权益并依法承担责任的行为是侵权行为”与“只要违法侵害权利就属于侵权行为，法律责任并非侵权行为的必然结果”——之争论，^{〔39〕}其症结就在于对“不法”与“违法”概念的模糊认识。传统民法理论中的不法行为、侵权行为的涵义与凯尔森的不法行为概念大致相同，侵权行为就是一种不法行为。^{〔40〕}这一点可从民法理论中关于侵权行为与债的关系中得以证实——侵权行为的规范效果为“侵权之债”，从法律关系逻辑形式的角度看，“侵权之债”实际上就是一种因侵权行为而引起的请求性救济权关系（狭义权利—狭义义务）。如前文所

〔37〕 前引〔3〕，凯尔森书，第56页。

〔38〕 以不法性为要件的法律主要体现为大陆法系德国法中的刑事责任和民事侵权责任，而德国法上的违约责任以及法国法、英美法系的侵权责任并不以“不法性”为要件。但这并不意味着法国法、英美法系的侵权责任构成无需考虑不法性因素，它们采用了以过失要件吸收不法性的作法，即过失不仅意味着主观上的应受非难性，而且包含了客观上的不法性。而在德国法上的违约责任构成中，虽不包含不法性要件，但契约乃是当事人自我约定的行为规范，其本质在于当事人“为自己立法”，违反法律与违反约定在法体系中彼此平行同等，因此，违约行为实际上仍然包含了不法性问题，只是未在构成要件中予以讨论。参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2010年版，第59页；前引〔8〕王利明书，第396页。

〔39〕 前引〔7〕，王胜明、王利明文。

〔40〕 日本的侵权行为法甚至直接称为“不法行为法”。参见〔日〕我妻荣：《事务管理·不当得利·不法行为》，日本评论社1940年版；〔日〕加藤一郎：《不法行为》增补版，有斐阁1974年版。

述,这是一种可以强制实现并以制裁为内容的救济权法律关系。另一方面,能够引起侵权之债这一规范效果的行为必然是侵权行为。这完全符合本文所阐释的凯尔森的法律责任形式构造之特征。因而,侵权法上的不法行为、侵权行为可归属于凯尔森的不法行为概念,侵权行为(不法行为)是指能够引起请求性救济权关系之规范效果(产生法律责任)的行为,它显然不能等同于一般意义上的违法行为。因此,在上述争论中,认为侵权行为是“不法侵害他人权益并依法承担责任的行为”之观点大致是正确的,但更为精确的表述应该是:侵权行为是不法侵害他人权益并应当承担责任的行为。因为承担责任是侵权行为的规范效果(应然后果),并不表示责任在事实上必然发生,侵权之债可以通过当事人自治的方式实现。那种跳过债的环节、直接将侵权行为的后果定位于责任的观点正是忽略了侵权行为的后果中应然与事实的区分。^[41]

3. 将“不法”与“违法”概念相混淆的做法还出现在侵权责任的构成、国家赔偿责任的归责原则等研究领域。在传统的侵权法理论中,侵权责任的构成包括构成要件、不法性与有责性三个层次。其中不法性是指无正当理由侵害他人权利或法益,即从整体法秩序角度所作的正当性判断,不法意味着侵害权利或法益而无正当事由(正当防卫、紧急避险、自助行为等),其要旨并不在于强调对具体法规范的违反。但在我国民法学界,一些学者将“不法”与“违法”概念相混同,将侵权责任构成中的不法性判断误解为特定行为或事实是否违反具体法律规则的判断,认为“在很多案件中责任人到底违反了什么法律难以判断”,并得出“违法性要件作为一种归责的构成要件已经意义不大”之结论,进而主张在侵权责任的构成之中将“违法性”要件剔除出去。^[42]剔除“不法性”要件建构侵权责任构成其实无可厚非,这体现了与传统德国民法不同的侵权行为体系与思考方法。但我国学者作出的上述论断是建立在对不法性概念错误认识的基础上,它有可能导致完全否认不法性作为法律责任基础要素的倾向。正如前文所言,对权益的不当侵害(不法性)是法律责任这种以制裁为内容的调整机制发动的前提条件,侵害的不法性为制裁的适用提供了正当性基础,缺少不法性判断的法律责任构成在理论上是难以自圆其说的。

同样的错误还发生在国家赔偿责任的归责原则之认识中。按照传统的理论,大陆法系国家赔偿法上的“不法”概念是指侵权法上的不法性判断,由此构成了与侵权法一致的构成要件、不法性与有责性之三层次的国家赔偿责任构成。^[43]但在我国国家赔偿法上,此“不法”概念却被偷换成了一般意义上的违法行为概念,并产生了令学理与实务界“斩不断、理还乱”的所谓“违法”归责原则。由于未能把握“不法”与“违法”概念的区别以及“不法”概念在法律责任机制中的意义,含糊地将“违法”作为国家赔偿责任的归责原则,在不考虑行政主体是否有过错的前提下,将导致普遍性的无过错责任之结果。^[44]因为无论是“违法”或“不法”概念,实际上都是在不考虑行为人主观心理状态下对行为的客观评价:前者以具体的法规范为标准,后者则基于整体法秩序中的正当理由。以行为是否违法之客观状态作为国家赔偿责任的归责原则,违背了法律责任构

[41] 前引〔6〕,魏振瀛文。

[42] 参见王利明:《论侵权法的发展》,载于“中国法学创新网”讲座集萃栏目, <http://www.lawinnovation.com/html/jzjz/063511.shtml>, 2010年4月15日访问。

[43] 例如,日本等国家赔偿法以“故意、过失不法侵害权益”作为赔偿责任构成。传统理论认为,国家赔偿责任乃是侵权赔偿责任之特别法,故其中的“不法”概念与侵权责任中一致。但晚近学说与实务倾向于将“不法”概念解释为一般所称的“违法”。尽管如此,在日本的国家赔偿责任构成中,“违法”仍然是对行为客观评价,过失责任原则是其主要的归责原则,并未像我国的国家赔偿法将作为客观性评价标准的“违法”作为归责原则。参见叶百修:《国家赔偿法之理论与实务》,元照出版社2009年版,第160页以下。

[44] 从国家赔偿法的条文可以看出,国家赔偿责任的成立并不需要考虑行政主体的过错,因为“违法”归责原则要求以行为客观的“违法状态”为归责依据,这是我国行政法学界普遍的见解;而过错(故意和过失)只是行政追偿责任的成立要件。陈新民教授认为,以“违法状态”作为确定责任的依据,实际上产生了无过错责任的效果。参见陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第256页。

成理论中传统的“客观不法性”、“主观有责性”之二元构造，^[45]并在实践中将一些违法但无过错的行政行为纳入赔偿范围，造成个案中的不公正。这也与各国国家赔偿制度中以“过失责任”为主要归责原则的通例不符。^[46]解决这一问题的根本出路在于确立过错归责原则，让“不法”概念回归其法律责任构成中的应有地位。在新近修改通过的国家赔偿法中，尽管“违法”不再是国家赔偿责任普遍性的归责原则，^[47]但令人遗憾的是，“违法”归责原则的谬误并未引起人们的关注。

Abstract: From the viewpoint of legal phenomenon, an ideal legal normative concept includes three levels, that is, its value element (due content), its normative element (validity) and its fact element (social effect). Thus the foundation of liability (imputation), the redress relationship and the compulsion by public power embody the three elements of legal liability as a normative concept. The essence of legal liability is the specified redress relationship due to the specified legal fact which infringes right or interest. Therefore the comprehension of legal liability should centers attention on its redress relationship.

In Hans Kelsen's theory, delict is a sufficient and necessary condition of its normative effect (ought to be sanctioned). That is, the result of sanction can be inferred from delict, and delict can also be inferred from sanction. When analyzed from the view of legal relationship, such formal structure of legal liability can change its expression into the redress relationship, thus the normative effect of sanction due to delict can be expressed as the specific redress relationship.

In the four categories of redress relationship, the relationship between right and duty and the relationship between privilege and no right as in summary compulsion not only contain the content of sanction, but also can be realized by actual compulsion. These two categories of redress relationship can be the normative element of legal liability. The relationship between right and duty exists widely in civil law, administrative law and criminal law, and is the most common and universal form, while the relationship between privilege and no right exists only in summary compulsion, thus only a special form of the normative element of legal liability.

The analysis of this article deepens Hans Kelsen's legal liability theory in the analytical frame of basic legal relationship, and may provide a kind of explanation for the legitimacy of legal liability mechanism and safeguard effectively the purity and veracity of legal liability as a normative concept.

Key Words: legal liability, delict, redress relationship

[45] 即使是在现代侵权法主张“过失客观化”的趋势下（以行为客观上的违法推定过失的存在），也并不意味着可以像我国国家赔偿法规定的那样可以完全不考虑过失因素作为赔偿责任的要件。而且，“过失客观化”并不意味着所有的行为违法都可以成为推定过失的标准，只有当违法行为是对保护他人的注意义务的违反，才可以推定过失的存在。参见 [德] 马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社 2006 年版，第 92 页。

[46] 尽管自二战以后，无过错责任原则的适用范围在西方的国家赔偿制度中出现了扩张的趋势，但其始终扮演着一种附属的、补充的角色，自 19 世纪以来，过失责任原则的主导地位一直如同自然法则般地不可撼动，“无过错即无责任”仍然是侵权法、国家赔偿法上的“金科玉律”。See Francesco Parisi, *The Genesis of Liability in Ancient Law*, George Mason University school of law, Law and Economics Working Papers Series, 2001, pp. 1-27.

[47] 新通过的国家赔偿法第 2 条规定：“国家机关和国家机关工作人员行使职权，有本法规定的侵犯公民、法人和其他组织合法权益的情形，造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。”这一规定改变了原国家赔偿法第 2 条的“违法行使职权”之规定，这可能意味着“违法”不再是国家赔偿责任唯一的归责原则。但可以预见的是，在行政赔偿领域，以行为客观“违法”为归责原则的作法将得以延续。