

张越 著

法律责任设计原理

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

张 越 著

法律责任设计原理

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法律责任设计原理/张越著. —北京: 中国法制出版社, 2010. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1758 - 7

I. ①法… II. ①张… III. ①法律责任 - 研究 - 中国
IV. ①D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 029793 号

策划编辑 马颖

封面设计 蒋怡 周黎明

法律责任设计原理

FALU ZEREN SHEJI YUANLI

著/张越

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2010 年 5 月第 1 版

印张/20.75 字数/507 千

2010 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1758 - 7

定价: 55.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66034242

邮购部电话: 66033288

前 言

以法律为准绳的法律适用过程，常会遇到下列现象和问题：规定“行政机关应当……”的职责，但没有明确未尽职责的责任；规定“对直接负责的主管人员和其他责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分”的法律责任，但没有规定“由谁”启动、如何追究；许多法律、法规甚至连“行政机关应当……”的规定也没有，只有“国家实行……制度”，这些规定如何落实？实践中难以操作。

这些问题，长期困扰着执法实践一线的同志，更困扰着办理由此引发的行政复议、行政诉讼案件的同志。

这些问题产生的原因，不单纯是监督不力，也不仅仅是执法不严，更不是立法不公，而是法律责任制度本身体系不完整、机制不严密。从制度设计角度看，法律责任既要包括：为保障法律秩序而对违法者设定的违法行为的责任，也要包括为维护法律秩序而为管理者设定的违法管理的责任。前者主要惩治行政相对人的违法作为，后者则是督促管理者依法作为、避免违法作为。

能否从法治的目的出发，分析法律义务在设定、自觉履行及切实落实诸环节存在的问题的根源，在此基础上梳理当前及今后可能出现的问题，将既有研究成果中零散的想法和建议，归结为解决上述问题的体系化、结构性思路和建议，既是方法问题，也是立法、执法及司法诸领域都迫切需要解决的体制问题。

本书的目的，旨在从法律控制手段的选择、法律责任制度的设计出发，探寻法律责任立法所要建立的社会控制局面的实现状态、评价其实施效果，为进一步完善法律责任的制度体系提供总体思路。之所以从这个视角立论，主要基于以下三方面的考虑：

一是法律责任关乎正义。法律责任的实现与正义如影随形。一个正

义的社会，就是一个法律责任得到良好设计并有效落实的社会。在这样的社会，凡是非正义的，就是要承担法律责任的。

二是法律责任关乎公平。如果说正义体现为法律责任规范的实质精神的话，公平则体现着法律责任规范的程序要求。对此，法谚有云：正义不但应当实现（讲正义本身），还要以人们看得见的方式实现（讲公平的表现），更要以人们无可置疑的方式实现（既讲公平，又讲正义：无可置疑，形式上是公平指标，但与人们普遍的无可置疑联系起来时，就是公正、正义本身了）。

三是法律责任关乎法治。法律责任是法治的核心。法治未实现的原因，最终都可以归结为法律责任未得以落实的表现，具体可能表现为三个层面：（1）未形成一个完整的法制体系；（2）已形成的法制体系未建立良法的形成机制；（3）已形成的良法未有效落实。事实上，良法及其落实机制互为因果。评价是否有良法形成机制的标准，主要不在于能否形成良法，而在于能否形成一个良法得以制定、实施并有效运行的良性循环体系。良法的这种循环体系的核心，除了其立法决策机制外，法律施行体制具有同样、甚至更为重要的分量。在有些国家，如英国，虽然其民主立法体制的形成是社会普遍民主机制确立之后相当晚近的事情（英国妇女普选权在 20 世纪 20 年代才落实），但英国在此之前形成的以法官为中心的法律实施体制，很大程度上扮演着为世俗社会造良法的功能。这些“法官造法”中的绝大部分，特别是其中作为英国法治核心的部分，迄今仍在英国普遍施行，并流布世界各地。

本书的立论基础有三：（1）法律责任制度是一国法律体系的核心，其发展、完善是整个法律体系完善和发展的前提；（2）法律责任制度是一国完整法律系统的基本组成部分，其发展和完善有赖于整个法律体系的完善，不太可能单兵突进；（3）为了构建系统化、科学合理、操作性强的法律责任制度，必须运用系统设计的思路，从法律责任的设立、追究及监督三个方面全方位考虑，不能单纯围绕法律责任本身原地打转。

如果将法律体系理解为一个由法律规范组成的集合，则人类的历史早已证明，这样的法律体系的建立只有时间早晚、规模大小之分，没有实质性差异。要使这样的规范集合成为一个自治的有机体，凭其自身的

内在约束机制，经具有主观能动性的人启动后，即可自治运行，以实现所谓的“法律的治理”（rule of law），这个跨越，在世界上许多国家和地区仍未完成。

实现这一跨越的一个控制性衡量指标，是通过其立法体制流布世面的法律，是否通得过世俗社会的良法校验，进而得到社会中绝大多数“市民”自觉、自愿的遵守。如果能够通过这种校验，则对于该社会中绝大多数“市民”而言，尽管他们并未意识到新法已经出现，也没有感受到新政对自己生活的影响，但他们稍费一些心思，也完全可以读懂新法、新政的内容，并会由衷地表示：事理、情理本该如此。如此的良法运行的结果是，法律会自然地得到绝大多数人不自觉的履行，只有极少数人“恶意”地对此提出挑战。这种恶行的表现形式有三：（1）明知其行为违法而故意为之；（2）明知其行为不符合一般的社会道德标准、有可能触犯其本人未知的法律而故意或过于自信地为之；（3）因本人的道德修养没有达到社会基本水平，对于其行为是否违背一般的社会道德没有确切把握，也不想进一步探究其行为是否有可能违反法律的明文禁止。无论是上述哪种情况，只要行为人的比例足够低，法律实施体制中的执法者、司法者有足够的精力发现、查处、惩治之，法律责任就会得到及时追究，良法就会得到很好的实现，绝大多数守法公民及极少数违法者中的被惩治者，都会感受到正义切实得到了伸张。

法律责任的重要性，吸引了法学研究力量的广泛投入。尽管这些研究试图提供一些独特的研究手段，然而其核心，仍属于制度选择的尝试，鲜有用法律责任方面的立法实践及执法现实，检验相应的理论研究成果。既然是理论，就能够而且也应当在进一步的理论研究及法律实践中不断发展、不断接受检验。但目前的研究总是在泛泛地提出法律责任实施的控制确实存在的初步结论后，即草草收场。

为了在法律控制问题上取得研究方法的支撑，研究者似乎应当将注意力从控制是否存在这个简单问题上转移开来，转而考虑为实现法律控制所进行的制度设计和选择中潜在的诸多要素，即如何将这一领域以及更为广泛的法治方面的既有的人类共同经验，运用到法律责任设定、实施诸环节中，以期在控制机制选择、立法技术改良、实施效果提高等方

面,获取更有建设性的成果。

本书的目的,不是从语义逻辑的角度分析法律责任的法理学定义,而是探讨如何在立法及执法层面上设计并实现法律责任规范所要达到的效果。本书立论的基础,是法理学及法学诸部门对法律责任的一般理解或称共识,即所谓消极意义或狭义上的法律责任:因没有履行职责(或)义务而承担的不利后果或强制性戒惩^①。在此基础上,本书将重点放在探讨法律责任设计的实务问题及其落实环节中存在的困扰及解困之道上。

本书的核心,是法律责任的设计。因此,对法律责任的概念、特征等“理论”问题的描述被大大压缩,将重点放在法律责任的设计、运用及设定法律责任的立法宗旨的实现效果的评价上。笔者的一个基本出发点是,法律责任的设立总是为实现一定的社会目标,即立法宗旨。这一点决定了,法律责任设计的全部内容,不是法律责任规范本身的字面表达,而是这些表面性的规范如何在现实中得到实施并实现其效果,最终达到立法的预期目标。因此,法律责任的设计必须建立在国家既有的法律责任追究体制的基础上。或者说,法律责任的设计过程,同时也是一个法律责任追究制度进一步完善的过程。没有完善的责任追究体制,或者这种追究体制不能刚性地表达法律责任的立法本义,纸面上、条文中的法律责任,仍未融为一国法律体制的有机组成部分。

这也正是撰写本书的一个基本的现实的发现:法律责任得不到有效落实,法律就谈不上很好的执行,法治就无从实现。

尽管本书探讨的是非常具体的法律问题,但从行文上,本书是为从事法律工作,但又不仅仅把法律当职业的“知识分子”而写的“批判文化”的素材。因此,它需要一个在其研究的主题所属的学科的学者、专家们看来更为广泛的体系,以便包容其在后续的研究中所要罗列大量的资料与相关的内容。这些资料与内容在其讨论的问题所属的学科中通常是不被仔细研究的,或者仅仅作为一般的背景概括地关注。

^① 陈金钊第240页。本书所有引注用缩略形式表现,详见本书附录“引注缩略语表”。——编按

为此,本书从社会秩序、公共福利及个人幸福等目标着眼,考虑法律责任体系的设计,更看重管理者在整个法律责任体系及其运行机制中的作为,对管理者的督导性、推动型法律责任给予足够的关注。基于此种认识,对法律责任制度的研究,自然地分为三个层面:概念层的研究、形式意义的研究和实质意义的研究。

概念层次的研究,是从概念的角度对“法律责任”这一术语进行类似“名学”或“考据学”的分析,从该术语的内涵、外延、起源、演进、与相关概念的关系等方面对其进行分析、归纳。这一研究是当前法学领域“纯学术”的象征。但其实际价值,特别是就作为科学而非学科的法学而言,其科学性及其篇幅相比的科学价值,是令人狐疑的。因为研究生物克隆技术的书中,是不会出现有关克隆概念的大段考据的。

形式意义的研究,是研究法律责任的外在表现形式,主要从制度形态方面讨论其诸要素。其中包括对法理学界有关研究成果的介绍,对法律责任的形式、分类、要素与特点等的罗列,以及对法律责任与违法、义务、职责、制裁等概念及制度的相互关系的分析等。形式意义的研究的根本目的,是为实质意义的研究做辅垫。从研究对象的内在根本关系角度看,法律责任的形式仅在与其实质内容相依存时,才有其存在的终极价值。

实质意义的研究,是真正从制度设计角度所作的根本性研究,这既是本书的出发点,也是本书的落脚点。

以上三个方面,是本书的经,即统观全文时体会得到的立论、着墨的基本出发点和脉络。但如果按照这样的格局展开,要么失之于笔者驾驭文字能力之不逮,要么使最后的成文变为一篇庞杂而不实用的思辨论纲,均有违欲为实务界寻求解决法律责任设计与实施中的现实问题的答案的初衷。为此,本书主要内容分为三编(第四编作结):在第一编务虚性的理论铺垫之后,分别从法律责任的设定、实施两个方面,分析、探寻理论与实践、立法与执(司)法的横向联结点,由此构成本书的纬。

第一编为法律责任的认识论,即法律责任的目标群体对法律责任的目标、本义、烈度等的认识,这些认识形成法律责任实现其规范目标的

向心力。

第二编为本体论，即法律责任设计本身。该部分强调的重点是法律责任体系：法律责任并非仅仅是实体法中的条文，而是从其内容为受众所了解、理解、敬畏、规避直至法律责任追究及追究过程中的抗辩、救济的全过程。

本书的要旨，是法律责任的有效设定，即法律责任制度的合理设计。本编集中讨论法律责任设定的各个方面，其中与设定主体的所作所为关系最密切的是“设定法律责任的民主政治基础”。

第三编是实践论，即法律责任的落实过程中守法、执法、司法诸要素所扮演的角色。历史一再证明，徒法不足以自行。法律责任尤其如此。同样的法律责任的表述，在不同的时代、不同的民族、不同的法域效果迥异的主要原因，尽在于此。

泰拉尔·德·夏尔丹曾提醒人们：“每个历史时期的人们都自认为处在历史的‘转折点’”。^① 从一个民族当时的舆论中使用诸如“转折”、“复兴”、“盛世”之类用语的频率与历史上其他时期，特别是相近时期的比较中，可以看出当时的人们对于自己的期许是否高于其他时期的人们；用同一方法也可以检验该民族是否比其他民族，更倾向将自己置于其本民族甚至全人类的转折创造者的位置上。从历史的角度讲，这种自我定义或者暗示没有意义。翻开人类的历史，确实存在对不同历史时期的记录在篇幅上与其所处的时间段不成比例的情形，但有一点似乎是不变的：距当代越近、篇幅越长；在当时世界范围内的知名度越高、相应时期在其国内史上的篇幅也会越长。这恰恰说明，每个时代、每个民族共同的自我中心、自以为是倾向。

撰写本书，四年始成，上述提醒则反复萦绕在耳边，尤其在进度一筹莫展时，委实有勉为其难之感。在本书杀青之际，明知其远难称完善，但只能适时“抛砖”了：以此就教于学界之饱学者、就教于实务界中对法律责任的设定之有成者、对法律责任的施行之有感者。

^① 施瓦茨第296页。

目 录

前 言	1
-----------	---

第一编 法律责任的理论基础

第一章 法律责任概述	1
第一节 语义分析的局限	2
第二节 法理探究的境界	5
第三节 法律责任的要素与特点	11
第四节 法律责任的形式	12
第五节 法律责任与违法	13
第六节 法律责任与义务	15
第七节 法律责任与职责	16
第八节 法律责任与制裁	18
第九节 法律责任主体	18
第十节 法律责任的制度价值	20
第二章 法律责任的基本体系	22
第一节 法律责任的分类	22
第二节 违宪责任	23
第三节 行政法律责任的双重性	23
第四节 刑事责任	26
第五节 民事责任	26
第三章 法律责任的构成要件	27
第一节 法律责任构成要件的两重含义	28
第二节 法律责任构成要件的类别	29
第三节 追诉主体	31

第四节 违法主体	32
第五节 主观状态	33
第六节 违法事实	34
第七节 损害事实	34
第八节 因果关系	35
第四章 法律责任的归责原则	36
第一节 归责原则的涵义	37
第二节 绝对责任	37
第三节 过错责任	38
第四节 无过错责任(严格责任)	39
第五节 疏忽责任	43
第六节 归责原则的作用机制	46
第七节 归责原则的立法选择	48
第五章 法律责任的运行机理	51
第一节 法律责任运行的制度环境	51
第二节 责任是制度设计的核心	53
第三节 法律是责任的正当载体	54
第四节 法律体系的框架性作用	55
第五节 确认权利	56
第六节 厘定义务	62
第七节 明确责任	62
第八节 自愿守法	63
第九节 行政前置	63
第十节 司法最终	64

第二编 法律责任的设定体制

第六章 设定法律责任的决策体制	67
第一节 设定法律责任的民主政治基础	67

第二节	民意的归集	81
第三节	设定权限	85
第四节	设定机关	86
第五节	设定程序	87
第六节	决策公开	90
第七节	审议程序	91
第八节	专家立法	93
第七章	法律责任的设定原则	96
第一节	责任法定原则	96
第二节	责任自负原则	98
第三节	人权保障原则	102
第四节	过罚相当原则	104
第五节	惩戒结合原则	107
第六节	增进福利原则	109
第七节	促进发展原则	110
第八节	谨慎节制原则	112
第九节	程序保障原则	113
第十节	保障救济原则	114
第八章	民事法律责任的设定	116
第一节	民事法律责任设定的理论基础	117
第二节	民事权利的行政节制	123
第三节	民事权利的公力保护	128
第四节	财产法的理论基础	129
第五节	产权制度的运作机理	136
第六节	财产法律责任的设定	139
第七节	合同法的理论基础	143
第八节	合同法完善的制度条件	144
第九节	合同法的主要内容	148
第十节	不对称信息与信息披露	151

第十一节 弥补合同缺口的规则	153
第十二节 立约抗辩的主要类别	155
第十三节 履约抗辩的主要类别	156
第十四节 违约赔偿的选择	158
第十五节 预期损失的赔偿	160
第十六节 侵权法的理论基础	162
第十七节 个人风险行为的法律责任	165
第十八节 赔偿责任的事先约定	166
第十九节 侵权责任的协议落实	168
第二十节 侵权责任追诉权交易	168
第二十一节 民事侵权的行政救济	169
第二十二节 赔偿水平的限制	170
第二十三节 产品责任与医疗过失	170
第九章 行政法律责任的设定	172
第一节 行政管理的基本职责	172
第二节 行政权垄断的风险	186
第三节 制衡行政权的机制	188
第四节 行政活动的界域	190
第五节 行政应自我克制	191
第六节 公产的法律性质	192
第七节 公产的保值增值	193
第八节 公产与公益的统一	195
第十章 刑罚的设定	197
第一节 刑罚设定的理论基础	197
第二节 刑罚设定的原则	203
第三节 犯罪与经济发展	206
第四节 预防性羁押	210
第五节 违警罪与行政处罚	211
第十一章 法律责任形式与力度的选择	213

第一节	损害赔偿的理论基础	214
第二节	损害赔偿的计算	215
第三节	惩罚幅度的设计	217
第四节	威慑机制的设计	219
第五节	死刑的威慑作用	224
第六节	惩罚概率的设计	226
第七节	预防机制的设计	227
第八节	自卫机制的设计	230
第九节	刑罚与赔偿的选择	230
第十节	禁令与赔偿的选择	231
第十一节	监禁与罚金的选择	233
第十二节	惩罚性赔偿金	238
第十三节	改正违法行为	240
第十二章	设定法律责任的立法技术	241
第一节	立法技术概论	241
第二节	合理规则的探寻	242
第三节	立法前的规范梳理	243
第四节	立法表述的六项注意	244
第五节	立法表述的九大禁忌	246
第六节	立法后的系统清理	249
第七节	法律规范的法典化	251

第三编 法律责任的追究机制

第十三章	法律责任的追究原则	253
第一节	责任法定原则	254
第二节	依法追究原则	255
第三节	不溯既往原则	256
第四节	无偏私原则	260

第五节	适度裁量原则	261
第六节	程序保障原则	261
第七节	救济保障原则	262
第八节	司法最终原则	263
第十四章	法律解释体制与法律责任追究	264
第一节	法律解释的过程	265
第二节	解释法律的必要性	267
第三节	法律解释的主体	269
第四节	法律解释与扩权	272
第五节	法律解释与控权	274
第六节	法律解释与维稳	275
第七节	法律解释与立法	276
第八节	法律解释与执法	278
第九节	遵循先例的价值	280
第十节	字面解释	283
第十一节	立法意图解释	285
第十二节	系统化解释	286
第十三节	不确定法律概念	288
第十四节	学理解释	290
第十五章	行政执法体制与法律责任的追究	292
第一节	行政职权与行政职责	292
第二节	行政执法机构的设置	297
第三节	行政执法职权的授予	305
第四节	行政执法权力的委托	310
第五节	积极行政的两面性	313
第六节	执法者的素质与独立性	315
第七节	地方自治下的执法体制	318
第八节	行政责任体制的完善	324
第十六章	行政执法程序与法律责任追究	328

第一节	行政执法程序的制度价值	329
第二节	程序与效率	332
第三节	程序与监督	333
第四节	程序与救济	335
第五节	法定程序的确立	335
第六节	行政行为的形式	338
第七节	行政行为的成立与生效	339
第八节	行政行为的无效与撤销	343
第九节	行政咨询	343
第十节	公布与告知	345
第十一节	说明理由	347
第十二节	陈述申辩与听证	349
第十三节	程序违法的责任	351
第十七章	对行政执法的监督与法律责任追究	352
第一节	监督的必要性	353
第二节	行政执法的约束体系	359
第三节	法律的监督	364
第四节	层级的监督	367
第五节	财政的监督	368
第六节	程序的监督	374
第七节	对抽象行政行为的监督	374
第八节	对自由裁量权的监督	377
第九节	对行政权限争议的裁决	380
第十节	对行政终局裁决的监督	381
第十一节	舆论监督的边际效用	381
第十二节	监督机制的选择与效果评价	385
第十三节	行政复议与法律责任追究	387
第十四节	行政诉讼与法律责任追究	393
第十八章	司法体制与法律责任追究	394

第一节	司法的定位	394
第二节	司法权与分权	397
第三节	管辖冲突的化解	400
第四节	审级设置的理论基础	409
第五节	审级改革的基本构想	410
第六节	决策机制的设计	414
第七节	判决质量的控制	417
第八节	错案追究的利弊	419
第九节	司法体制改革	421
第十节	司法最终	424
第十九章	司法组织与法律责任追究	427
第一节	法院的设置	428
第二节	法院与司法行政	430
第三节	业务庭的设置	432
第四节	法官的素质	433
第五节	法官的教育	438
第六节	法官的保障	442
第七节	法官独立	443
第八节	代理服务	452
第九节	司法清廉	457
第二十章	陪审制的影响及前景	459
第一节	陪审制的运作机理	460
第二节	陪审制的功能定位	464
第三节	要求陪审的权利	468
第四节	陪审员的选拔及地位	470
第五节	法官的角色与作用	473
第六节	陪审团审理与表决	476
第七节	陪审制的成本	480
第八节	俄罗斯的最新尝试	481