

● 公法名著译丛 ●

罗豪才 主编



法律与道德中的责任

〔澳〕皮特·凯恩 著



商務印書館

THE COMMERCIAL PRESS

公法名著译丛

法律与道德中的责任

〔澳〕皮特·凯恩 著

罗李华 译

张世泰 校

商 务 印 书 馆

2008年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律与道德中的责任/[澳]凯恩著;罗李华译.—北京:商务印书馆,2008

(公法名著译丛)

ISBN 978-7-100-05783-7

I. 法… II. ①凯… ②罗… ③张… III. ①法律
责任-研究 ②道德-研究 IV. D911.04 B82

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 021133 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

公法名著译丛

法律与道德中的责任

[澳]皮特·凯恩 著

罗李华 译

张世泰 校

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-05783-7

2008年10月第1版

开本 880×1230 1/32

2008年10月北京第1次印刷

印张 14%

定价: 30.00 元



写给中国读者的话

皮特·凯恩

当罗李华发电子邮件问我是否允许她把《法律与道德中的责任》一书翻译成中文时,我感到非常意外,同时也感到非常高兴和荣幸。这本书在英语国家的法律人和哲学家当中引起一些关注,因此我受邀参加由中国社会科学院、英国皇家哲学院和澳大利亚社会科学院二零零四年在中国主办的哲学暑期班。这个活动后来因为禽流感而取消,最后推迟至二零零八年在太原举办。除此之外,我没有想到中国读者会对这本书产生足够的兴趣,值得翻译和出版。我的观点的基础之一就是最好用与时间、地点、语言和文化相关的社会实践来了解法律和道德。作为一个在英国生活了二十多年并且经常旅行的澳大利亚人,我对以英语为母语的西方社会和文化有一定的了解,但是我对中国文化的了解是非常肤浅的,并且不懂中国语言。我非常高兴能有这样一个机会与中国年轻的读者讨论这本书,加深对彼此文化中的责任和法律课责的概念的相互了解。

我的书从来没有被翻译成不同的文字。由于我不懂中文,整个翻译过程只能靠信任。李华做我的翻译,我感到十分幸运。

2 法律与道德中的责任

她的英文非常出色。我希望没有给她带来太多的麻烦。我听说李华的父亲建议她翻译这本书,我感到非常高兴。我对于她在完成作为一个跨国企业的资深律师的本职工作之余如此迅速地完成了这样一项工作量大且费时的项目感到惊讶,尤其是大多数工作是在她怀着她的第一个儿子陈力维期间完成的。李华,我对此深表感谢。

自从完成《法律与道德中的责任》一书后,我的一些观点已经有了新的发展。现在我认为有两个问题值得更加详细的讨论。一个是责任与法律课责之间的区别,作为本书的中心论点之一,它值得更加详细地讨论。另一个是法律与道德之间的区别。这个问题探讨的空间非常大,在这本主要讨论责任的书中当然没办法全面展开。在出版后的几年里,这本书对于我来说已经从阐述观点变成了引发更深层次的思考的资源 and 激励。我希望中国的读者也能这样来看待这本书,以此为跳板去探讨人类的基本概念。

目 录

前言	1
第一章 道德与法律责任	3
1.1 内容说明	3
1.2 法律与道德的制度	11
1.3 法律与道德的关系	21
1.4 道德推理与法律推理	26
1.5 总结	45
第二章 责任的性质和功能	46
2.1 责任的种类	46
2.2 责任和制裁	67
2.3 责任、证据和证明	69
2.4 作为人际现象的责任	76
2.5 责任实践的功能	86
2.6 责任、课责和法律的功能	92
2.7 结论	96
第三章 责任和应责性(culpability)	98
3.1 责任、课责和应责性	98
3.2 责任和运气	99

2 法律与道德中的责任

3.3	法律课责的标准	118
3.4	基于过错的严格课责的发生率	129
3.5	责任的法律标准的性质和功能	133
3.6	责任、过错和应责性	143
3.7	总结	168
第四章	责任和因果关系	169
4.1	因果关系、结果(consequences)和 后果(outcomes)	170
4.2	法律中因果关系的性质	173
4.3	事实因果关系	180
4.4	归属的(attributive)因果关系	191
4.5	法律和道德中的因果关系	204
4.6	结论	210
第五章	责任和人格	212
5.1	人格和责任的三个问题	212
5.2	处理人格与责任之间关系的进路	213
5.3	法律人格与法人	216
5.4	团体责任的法律原则	220
5.5	团体责任和劳动分工	236
5.6	团体责任的范围和功能	241
5.7	团体的法律与道德责任	243
5.8	修正的人文主义进路	246
5.9	分裂的精神(Divided Minds)	252
5.10	共同责任(Shared Responsibility)	256

5.11 总结	270
第六章 责任的基础和范围	271
6.1 基本论点和内容说明	271
6.2 责任、被保护的利益及法律的功能	272
6.3 责任、分配正义和法律的功能	279
6.4 受保护的利益、禁止的行为及分配正义	284
6.5 法律责任的基础	285
6.6 法律责任的范围	315
6.7 结论	336
第七章 实现责任	337
7.1 “书中的法律”和“行动中的法律”	337
7.2 和解	339
7.3 选择性的执行	357
7.4 法律责任的分担	361
7.5 结论	374
第八章 公法的责任	376
8.1 公法的范式	376
8.2 公法的制度框架	380
8.3 公法的范围	384
8.4 公法责任的基础	387
8.5 公法责任的界限	406
8.6 公法责任与“脏手的问题 (the problem of dirty hands)”	411
8.7 结论	415

4 法律与道德中的责任

第九章 思考责任	416
参考文献	424
索引	436
译后记	456

279	前世的转世来世五福分、分责	0.3
284	义五福分来世转世来世五福分	0.4
285	转世来世转世来世	0.2
212	转世来世转世来世	0.0
330	转世来世转世来世	0.3
331	转世来世转世来世	0.3
331	“转世来世转世来世”和“转世来世转世来世”	7.1
333	转世来世转世来世	7.2
327	转世来世转世来世	7.3
301	转世来世转世来世	7.4
370	转世来世转世来世	7.2
370	转世来世转世来世	7.2
370	转世来世转世来世	7.2
380	转世来世转世来世	7.2
384	转世来世转世来世	7.2
387	转世来世转世来世	7.4
400	转世来世转世来世	7.2
400	转世来世转世来世	7.2
400	转世来世转世来世	7.2
411	转世来世转世来世	7.2
412	转世来世转世来世	7.2

前 言

在《民事侵权法解析》一书里,我提出用个人责任的理念和原则的概念来了解民事侵权。西蒙·迪金和巴兹尔·马克森尼斯在论及这本书时写道,虽然课责险和替带课责的发展意味着个人很少支付侵权赔偿,人们仍然可以看到侵权律师愿意引用道德规则来证明侵权法律的规则(《民事侵权法》第四版(牛津,1999),第6页)。在这本书里,我更详细地探讨了法律与道德之间的关系。我在这个过程中也仔细考虑了法律推理与道德推理之间的关系,以及作为学科的哲学与法律之间的关系。在讨论替代课责的性质以及法律课责险对侵权法和侵权体系的影响时,我简单地假定以个人责任来审视侵权法(以及刑法、合同法、行政法等等)是有益的,更能够揭示一些非常复杂的法律和社会机制的真相。我必然要拒绝隐含在迪金和马克森尼斯的注解里的观点,即“管制非个人的法律实体或者无辜的缺席者可能遭受的法律课责”的法律规则不具备“道德”的意义。我的关于法律的道德性的最初假设是否能够幸免于迪金和马克森尼斯的怀疑主义,读者必须自己作出判断。

如果没有目前的工作给予我的足够的时间去阅读和思考,我就不能也不会写出这本书。澳大利亚国立大学社会科学研究

2 法律与道德中的责任

院的充满活力的多学科环境所给予我的启发也同样重要。我还应当向许多人表示感谢。托尼·奥诺雷关于责任的优秀著作引起我对这个课题的最初兴趣。他阅读了整个书稿并且提供了全面的、深刻的意见。奈基·莱西、德克兰·罗奇和一位不署名的审阅者给予我很大帮助,他们都阅读了整个书稿并提供意见。德克兰给予我很大鼓励。艾伦·比弗、托尼·康诺利、吉姆·埃文斯、德斯蒙德·曼德森和皮特·莫里斯分别在不同阶段对不同章节提出敏锐的意见。托尼·康诺利花了很多时间为我讲解哲学。我从和克莱尔·芬克尔斯坦、利奥·卡茨和简·斯特普尔顿的讨论中受益匪浅。安德鲁·阿什沃思在刑法的几个问题上给予我很大帮助。我只是希望这些朋友没有觉得浪费了他们的宝贵时间,并且我个人会对本书的成果负责任。

皮特·凯恩

2002年1月10日

堪培拉

第一章 道德与法律责任

1.1 内容说明

1.1.1 出发点和主题

与“权利”、“义务”和“财产”一样,“责任(responsibility)”是一个基本的法律概念,是法律思维和推理的一个基本构件。它比其它这些概念远为抽象,与比较具体的概念相比,它倾向于出现在法律推理链的后期。它在法律规则里很少是一个“活跃的成分”——侵权法里的“责任承担(assumption of responsibility)”这一令人困惑的概念是一个著名的例外。^①的确,人们的第一反应可能是想说“责任”根本不是一个法律概念。“法律课责(liability)”比“责任”更容易出现在法律思想里。但是这两个术语肯定

^① 参见第6.5.1.1节。

* 译者注:本书中作者大量使用 responsibility 和 liability 两词,在汉语中这两个词通常都被译为责任。但是,如果在本书中都译为责任,无疑会给读者理解造成极大

4 法律与道德中的责任

不是同义词。比如在侵权法里,一个人可能对因其过失而造成的损害负有责任,但被免除对损害的法律课责。在许多司法制度里,法官和证人享有侵权法律课责的豁免权,其原因与整个法律体制的运作有关。^①同样重要的是一个人可能承担法律课责,尽管他在任何意义上都不对引发该法律课责的事件负责(responsible)。一个无辜的、被动接受了一笔错误付款^②的人或者一次欺诈^③的受益者的赔偿课责就是一个好的例子。^④简言之,既会有无法律课责的责任,也会有无责任的法律课责。责任是法律课责的一个重要标准,但不是唯一的标准。^⑤换言之,法律课责是法律处罚和救济的引发者,而个人责任是法律课责的引发者之一(但不是唯一引发者)。

另一方面,与在法律话语中被用于表达作为责任和“法律课责”的基础的理念相比,“责任”在法律之外运用得更为广泛。因此我们通常说“道德责任(moral responsibility)”和“法律课责(legal liability)”。我认为我们这么做的部分原因在于,“法律课责”

的困难,甚至使理解变得不可能。而如果将 liability 译为义务又无法与本文中的 duty、obligation 等词进行区分。因此,为了方便理解起见,将 liability 翻译为法律课责,而将 responsibility 译为责任。作者在本段中已经对两词的差异作了初步的解释,在下文中将会有进一步的阐述。

① 凯恩(Cane, 1996),第228—233页。在一些法域中律师也享有因过失而产生法律课责的豁免:参见前书,第233—237页;但是注意 Arthur J.S. Hall & Co v. Simons 案,《世界法律报告》,2000年第3期,第543页。

② 弗戈(Virgo, 1999),第8章;伯罗斯(Burrows, 1993),第3章。

③ Foskett v. McKeown 案,《世界法律报告》,2000年第2期,第1299页。

④ 对所有权的刑事犯罪提供了其它的实例:阿什沃思(Ashworth, 1999),第111—112页。

⑤ 在本书第2.6节和第6.6节中有更多描述。

主要是指正式的、制度化的课征、制裁和处罚,这些都是法律与法律制度的特征,但不是道德的特征。相反,“责任”指引发这种反应的人的行为及其后果。但是,两个特定表达之间的区别并未表明责任这一概念在法律里没有在道德里重要。

“责任”一词在很多意义上被使用,确定它该被如何使用并不是我的计划的一个部分。本书从一个独特的法律的角度来阐述责任。因此,我的基本关注点所在乃是一个与受到制裁的观念紧密相关(但又有所区别)的责任概念。本书是一本法律著作,但不是哲学著作。虽然它不对法律的任何特定领域或任何法域(jurisdiction)的法律做详尽阐述,但它涉及的是法律的一些特定领域(责任理念在其中扮演重要角色)以及实存法律制度中的特定法律。它不是关于一般意义上的法律和法律制度,或者是“法律的理念”,甚或是“法律责任的理念”。

我决定写这本书的部分原因是两个偶然的观察和一个信念。一个观察是哲学家对于像责任之类的在法律和道德的实践推理^①中扮演重要角色的概念(我把这些概念称为“复杂的”概念)^②感兴趣,他们却不重视这些概念的法律“版本”。^③这可能是由学术领域的界线的人为性所造成的。但是我认为它也反映了关于法律的某种观点,在我看来这种观点似乎隐含^④于对复

① 例如:关于去做什么及如何做的推理。

② 很多的法律概念是复杂的。不复杂的法律概念有个例子:“侵权”。

③ 一个例外见沃特海默(Wertheimer, 1996),特别是第2章、第5章。

④ 有时是明确的。例如:第2.5节中对于刘易斯(Lewis)观点的讨论。内格尔(Nagel)被多次引用的关于严格课责“可能有其法律效用但是从道德的立场来看不合理”的陈述:内格尔(1979),第31页;见第2.3节,第70页注释2,维拉斯克斯(Ve-

杂概念的相当哲学化的分析之中。对于持这一观点的人来说,法律与法律概念通常似乎都是人为的、被设计出来的,是政治权力和相互对立的道德立场之间的无原则的妥协的产物,由旨在解决诸如证据等“实际”问题的武断规则所构成。相反,“道德”被视为是“自然的”,是平静地、理性地和有原则地反映世界的本质以及人类在其中的位置的产物。根据这一观点,道德在某些方面早于并且独立于通常的社会实践,尤其是法律实践。法律必然是一种社会的现象,是一种关乎惯例(convention)和实践的事物,道德则是非惯例性的(non-conventional)和批判性的,它为法律和其它社会实践的伦理评价提供最终标准。^① 乔尔·范伯格在他关于责任的论述中清晰阐述了这一观点:

“一种固执的感觉……即使在法律责任已被确定之后仍然有一个问题……留下:那就是被告是否真的对损害负责(而不是‘在法律上负责’)?”^②

这一观点认为道德的命题在某种方式下能够是“真实的(true)”,而法律命题则不能;道德责任在某种方式下能够是“确实的(real)”,而法律责任则不能。

lasquez)的陈述。

① 科迪(Coady, 1991),第375页;萨姆纳(Sumner, 1987),第90—91页(关于道德权利的演讲)。

② 范伯格(Feinberg, 1970),第30页(原文强调)。范伯格对这种考虑责任的方式的价值进行质疑。这种态度不仅仅针对哲学家,例如考虑“刑法和其它约束人们行为的方法的主要区别之一就在于刑事犯罪在法律责难的同时常常传达一个道德信息”的观点:阿里耐勒(Arenella, 1989),第61页。

第二个观察是许多理论学家宣称自己是“法律哲学家”，他们对复杂的概念有兴趣，他们通常为哲学家而不是法律人撰写作品。他们首先且主要致力于关于社会的、道德的和政治的哲学的讨论，而不是关于法律、法律政策和法律实践的讨论。他们的分析通常从哲学著作里的概念出发，这些哲学著作或多或少与法律无关，并且对法律也缺少了解，他们的主要目的是用“哲学”的理念和分析方式解释法律实践。关于侵权法中的矫正正义的一些更为抽象的理论化就是这种技术很好的例子。

激发本书写作的一个信念是，仔细研究责任的法律概念和相关的法律实践可以提供给我们不单是关于法律责任、而且也是关于一般意义上的责任的许多洞见。我的想法就是，从法律素材和关于责任的复杂概念的法律版本入手，我们能够补充和丰富关于责任的分析，这些分析或多或少地忽视了法律。我在适当的时候会提出，这是因为法律拥有能够令其补充法律以外的责任的规范与实践的制度资源，去影响法律以外的关于责任的思考，并且提供应对甚至解决法律之外关于责任的歧见的办法。

本书的分析有三个主要的、在某种程度上交互缠绕的主线。一个是关于法律和“道德”的性质以及它们之间的关系。我并不想使之像听上去那么雄心勃勃。我不准备分析法律的概念，或法律制度，或道德，而且我也不打算仔细论述它们之间的关系，或它们各自的目的和功能。但是我需要标明两个“规范性的领域”，一个是法律的，一个是道德的，目的是为了能够探索与它们相连的责任之间的异同。法律和道德的区别也能够使得“道德

推理”和“法律推理”之间形成比较和对照,作为产生关于责任的规范性结论的技术。

第二个主线更具有实质性:通过具体分析法律责任,我们对于一般意义上的责任有何领悟?我对于法律责任的分析将基于并且也会详细说明两个相关的论点。第一个是法律责任可以被理解成是一套服务于许多社会功能的社会实践。第二个论点是法律责任具有人际性(relational),它不仅涉及其行为引发责任的个人的境况,而且还涉及该行为对其他个体、以及更为广泛的对整个社会的影响。相反,关于责任的更为哲学化的分析则专注于行为入,其代价就是忽视了“被害人”和社会。

这种对行为入的专注的原因引出了我的分析的第三条主线。哲学著作里的一个普遍论点是,责任的本质在于它意味着行为入具有自由意志。根据这一论点,责任是行为入和自由意志的一个功能或一个方面;正确理解责任需要一个关于行为入和自由的“真相”的一个“自然主义”或“半科学”的论述。对于自由意味着什么,人类在恰当意义上是否自由,以及自由与责任是否相关,哲学家还存有分歧。这一点很重要,因为根据一种观点,如果行为是“有原因造成的”,在这种意义上人的行为是不自由的,那么人们对他们的行为“不负有责任”。但是,不管在法律上还是“道德”上,我们经常判定人们负有责任,并以我们关于责任的判断为基础,以某种方式对待他们。我们的责任实践独立于人类自由的“真相”而发展和繁荣。在本书中,我不关心是否有可能给责任一个自然主义的论述;或者如果可能,什么是关于责任的“真相”。我所关注的是责任实践以及作为它的基础的责