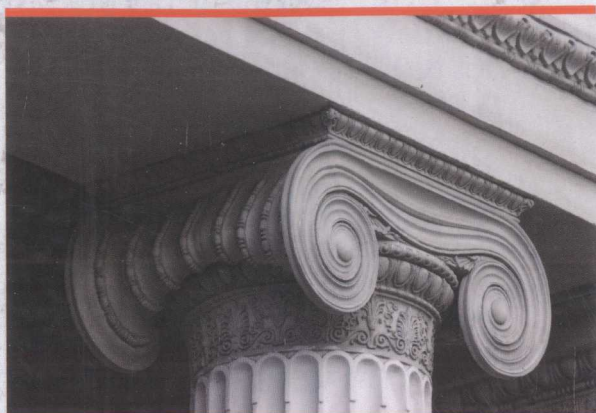


法律关系视角下的 行政赔偿诉讼



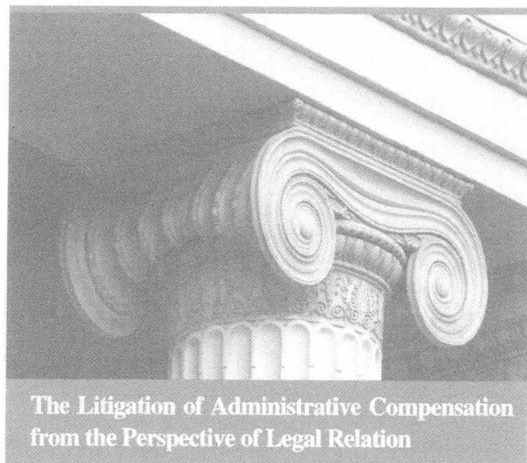
The Litigation of Administrative Compensation
from the Perspective of Legal Relation

陈国栋 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法律关系视角下的 行政赔偿诉讼

陈国栋 / 著



The Litigation of Administrative Compensation
from the Perspective of Legal Relation

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法律关系视角下的行政赔偿诉讼 / 陈国栋著 .

—北京：中国法制出版社，2015.9

ISBN 978-7-5093-6718-6

I. ①法… II. ①陈… III. ①行政赔偿—研究—中国

IV. ① D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 218765 号

责任编辑 马 颖

封面设计 杨泽江

法律关系视角下的行政赔偿诉讼

FALÜGUANXISHIJIAOXIADEXINGZHENGPEICHANGSUSONG

著者 / 陈国栋

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32

印张 / 9.125 字数 / 200 千

版次 / 2015 年 10 月第 1 版

2015 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6718-6

定价：39.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话：66026508

邮政编码：100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66034242

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926)

第一章 认真对待行政赔偿诉讼

——权利对行政的规范与行政赔偿诉讼的法治功能

002 一、当前依法行政机制的逻辑解构与构造剖析

002 (一) 当前依法行政机制的逻辑解构

007 (二) 当前依法行政机制的构造剖析

010 (三) 本节小结

012 二、当前依法行政机制的法治限度

012 (一) 规范范围有限

014 (二) 权利作为行政之规范地位的缺失

016 (三) 不利于尊重人权之行政文化与伦理的形成

018 三、权利对行政的规范

018 (一) 权利规范行政的法理逻辑及其意义

022 (二) 权利规范行政的制度建构

026 四、结论：行政赔偿诉讼的法治功能

第二章 我国行政赔偿诉讼向撤销诉讼的异化

031 一、行政赔偿诉讼撤销诉讼化之诸般表现

031 （一）被诉侵权行为定性的撤销诉讼化

035 （二）行政赔偿诉讼审判过程的撤销诉讼化

042 二、行政赔偿诉讼撤销诉讼化的弊端

042 （一）违法认定的偏差

051 （二）诉讼步骤违背赔偿诉讼逻辑

054 （三）违背赔偿诉讼举证责任之基本准则

057 （四）消解赔偿时效制度

058 （五）边缘化先行赔偿程序

060 （六）导致其他行政诉讼类型的滥用

061 三、撤销诉讼化之成因及其解决

062 （一）诉讼类型研究的不足

062 （二）对行政法领域行为的认识不足

063 （三）对行政法领域权利的研究不足

064 四、结论：撤销诉讼化的消解

第三章 域外行政赔偿诉讼之研究与镜鉴

066 一、域外行政赔偿诉讼制度

066 (一) 法国式

070 (二) 德国式

074 (三) 奥地利式

075 (四) 台湾式

077 二、域外行政赔偿诉讼之主观诉讼性质研究

077 (一) 主观诉讼的概念起源

079 (二) 行政赔偿诉讼的主观性质

083 (三) 主观诉讼视角下行政赔偿诉讼的制度构造

090 三、主观诉讼说对完善我国行政赔偿诉讼的启示

第四章 国有土地上房屋征收、补偿与拆迁之诉讼救济

——兼及行政赔偿诉讼与其他行政诉讼类型的界分

092 一、霍菲尔德法律关系学说之简析

097 二、城市房屋征收过程中的法律关系

097 （一）对征收过程的界定

099 （二）对征收过程中法律关系的考察与界分

109 三、城市房屋征收中所涉及的诉讼救济类型

109 （一）针对征收决定和确认建筑违法、超期决定的撤销诉讼

110 （二）针对补偿决定的给付诉讼

113 （三）针对拆迁行为的行政赔偿诉讼类型

114 四、对现实的考察与反思

116 五、结 论

第五章 行政赔偿诉讼的先行程序

118 一、先行处理程序的法律属性

123 二、先行处理程序的特性

124 （一）先行处理程序之自由化特性

127 （二）先行处理程序之规范性特征

129 三、我国先行处理程序之完善

- 130 (一) 加强先行处理程序的规范性
- 131 (二) 完善赔偿诉讼, 加强司法程序对赔偿义务机关的制约
- 136 (三) 增强先行处理程序的可协商性

139 四、结 论

第六章 行政赔偿诉讼审判对象之确定及其审判方法

——基于行政法律关系的分析

141 一、行政赔偿诉讼审判对象研究的回顾与反思

143 二、行政赔偿诉讼对象之界定

- 144 (一) 赔偿法律关系的产生: 权利—义务关系的存在及其被侵犯
- 146 (二) 行政赔偿法律关系的规范性分析
- 147 (三) 赔偿法律关系的消灭: 原被告之间的权力—责任关系
- 150 (四) 本节小结: 行政赔偿诉讼审判对象

151 三、行政赔偿诉讼审判对象对行政赔偿诉讼的作用: 以审判进程为中心

- 152 (一) 为什么要关注行政赔偿诉讼审判进程
- 155 (二) 审判对象与行政赔偿诉讼审判进程
- 157 (三) 行政赔偿诉讼审判进程

164 四、结 论

第七章 行政赔偿诉讼中“违法”的认定

167 一、问题的引出：本土行政赔偿实践中的违法

- 167 (一) 案情简介
- 169 (二) 基于本案解析行政赔偿实践中的“违法”

171 二、域外的考察：英、德国家赔偿上的违法

- 171 (一) 英国行政赔偿上的违法
- 173 (二) 德国行政赔偿上的违法

176 三、我国行政赔偿上的违法的再定位

- 176 (一) 域外行政赔偿上的违法对我们的启示
- 178 (二) 违法的再定位：合理职务注意义务的违反

179 四、“违法”的判断与适用

- 179 (一) 合理职务注意义务的两个维度

183 （二）违法的判断

187 （三）以本书所引案例来探讨“未尽合理职务注意义务”标准的具体运用

189 五、结 论

第八章 鼓励、还是限缩？

——行政诉讼附带赔偿诉讼适用范围之确定

190 一、引言：高适用率的中国行政附带赔偿诉讼

192 二、我国行政附带赔偿诉讼高适用率的原因分析

193 （一）违法确认制度客观上促成了行政赔偿诉讼被转化为行政附带赔偿诉讼

195 （二）现行附带诉讼制度无法有效避免行政附带赔偿诉讼制度的滥用

197 三、滥用行政附带赔偿诉讼的弊端

197 （一）架空行政赔偿先行处理程序

198 （二）滥用司法资源

199 （三）容易导致错误的赔偿判决

201 （四）本节小结：正确界定行政附带赔偿诉讼适用范围的必要性

202 四、正确界定行政附带赔偿诉讼的适用范围

202 (一) 从附带诉讼本质看行政诉讼附带赔偿诉讼的适用范围

205 (二) 行政附带赔偿诉讼的适用条件

208 (三) 行政附带赔偿诉讼起诉之处理

209 五、结 论

第九章 行政赔偿诉讼中的证明责任分配与举证期限

211 一、现行二元制行政赔偿诉讼证明责任分配体制及其批判

212 (一) 侵权行为为具体行政行为时行政赔偿诉讼中证明责任之归属

214 (二) 侵权行为为事实行为时行政赔偿诉讼中证明责任之归属

217 二、现行行政赔偿诉讼证明责任分配制度中的根本问题

218 (一) 如何与 2010 年《国家赔偿法》第 15 条对接

220 (二) 如何符合国家赔偿请求权的内在逻辑

224	三、行政赔偿诉讼证明责任分配制度之重构
226	（一）它更为符合法律规范所需要的内在的实质正义
227	（二）它确保证明规范所需要的外在的明确性和可操作性
230	四、对可能批评的回应
230	（一）被告对作为侵权责任免责性条件之一的具体行政行为的有效性承担证明责任
233	（二）表见证据在行政赔偿诉讼证明责任分配制度中的引入
240	五、行政赔偿诉讼中原、被告的举证期限问题
240	（一）先行程序与原、被告的举证期限问题
242	（二）被告在行政诉讼附带赔偿诉讼中补充举证问题
243	六、结 论

第十章 行政追偿制度的规范分析与制度建构

245	一、是行政追偿，还是公务员个人直接赔偿责任制
-----	------------------------

247 二、殊途而同源：追偿制与公务员个人直接赔偿 责任制的规范性分析

247 （一）追偿制与公务员个人直接赔偿责任制之简析

250 （二）追偿制与公务员个人直接赔偿责任制的规范性
分析

254 （三）追偿制与公务员个人直接赔偿责任制之合理性
分析

257 三、同源而殊途：两种责任制的各自优劣及其启示

258 （一）公务员个人直接赔偿责任制的优点

261 （二）追偿制的优点

263 （三）一点启示：设计兼顾责任追究与权利保障的公
务员个人责任制

265 四、两全权利保障与责任追究的追偿：从经济惩 戒转向程序规训

266 （一）为什么要从经济惩戒转向程序规训

268 （二）制度建构的基本方向与思路：尽可能糅合赔偿
程序与追偿程序

272 （三）相关制度的建构

275 五、结 论

第一章 认真对待行政赔偿诉讼

——权利对行政的规范与行政赔偿诉讼的法治功能

在当代中国行政法学研究和行政法制改革实践中，“依法行政”是一个频度最高的关键词，^①这一概念也成为中国行政法学理论界和法律改革者在过去三十年法制改革进程中，在行政法治改革领域所获得的一个“最大公约数”，^②学界也在人民主权这一基本规范下通过行政主体理论、具体行政行为理论与司法审查理论建立了一套依法行政的行政法学说体系。^③然而，这种依法行政机制及为了解决其困境而发展出的新行政法范式下的公共参与式行政、民主行政，^④是否就穷尽了行政法治的可能，就概括了行政所必须遵循的全部规范，就能实现对行政无漏洞的规范和对公民权益无漏洞的保护？

① 王静波：《行政法关键词三十年之流变》，《法学研究》2008年第6期。

② 王锡锌：《依法行政的合法化逻辑及其现实情境》，《中国法学》2008年第5期。

③ 参见袁曙宏主编：《〈全面推进依法行政实施纲要〉读本》，法律出版社2004年版，第2-3页。

④ 参见王锡锌：《行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架》，《清华法学》2009年第2期。

一、当前依法行政机制的逻辑解构与构造剖析

（一）当前依法行政机制的逻辑解构

要回答上述问题，得先解构我国当前依法行政机制规范行政的内在逻辑。对此，王锡锌教授对当前我国依法行政合法化逻辑与制度作了一番精确阐述，可以作为我们的分析基础：行政必须遵守法律；相应地，如果行政活动是依照法律而进行的，它就具有了“合法律性”（legality）；进一步讲，因为法律是由民意代表机构通过民主化程序而制定的，具备“合法律性”的行政活动便可以借由法律的民主正当性而具备政治意义上的“正当性”（legitimacy）。王教授就此进一步指出，这种合法化原理背后的逻辑，是一种使行政活动通过“合法化”而得到“正当化”的逻辑。^①

据此，我们可以依序做出如下几个基本推论。

第一，当前依法行政之制度与学说中的行政，是一种需要通过正当化机制加以规范并论证其正当性的统治行为。韦伯指出，“任何统治都表现为行政管理，并且作为行政管理而发挥其职能。任何行政管理都在某种方式上需要统治，因为行政领导总是把某些命令权力置于某个人手中。”^②也正因为行政管理行为是统治行为，所以

① 王锡锌：《依法行政的合法化逻辑及其现实情境》，《中国法学》2008年第5期

② [德] 马克斯·韦伯：《经济与社会》，林荣远译，商务印书馆1998年版，第271页。

才需要予以正当性辩护并运用正当化机制来加以规范。^①

第二，在现代民主社会，基于民主正当性的需要，行政机关必须服从作为人民主权代表的立法机关所制定的法律规则，即通过合法化来实现统治的正当化。^②细言之，行政机关必须依据立法规则来实行管理，在立法机关授予行政机关的权限范围内行事，并且遵循权力适用所需要的各项要件。如果超越了立法赋予的权限，行政就缺乏正当性依据，既不能得到被管理的公民的服从，也不能得到政治权威的支持。反之，如果没有逾越权限，那么行政就是正当的，政治权威会动用其所垄断的暴力加以支持，人民则必须服从，否则就要遭受国家暴力的强制。就此而言，在政治学意义上，依法行政机制实际是一种使具体的行政管理（统治）因合乎民主的法从而正当化进而为被管理者（被统治者）接受的技术，依法行政制度就是韦伯所言法理型统治在行政领域的表现。

第三，因为这种依法行政机制中的行政乃是统治行为，所以依法行政机制并不保护公民权益免受行政剥夺或限制，而只能保障它们免受越权行政的处分。比如公民提起司法审查要求撤销行政决定，法院却判决驳回请求，确认了行政决定的有效性，那么公民就只能容忍自己的权益被剥夺。在这种关系中，公民是没有资格要求

① 暴力的统治在现实生活中的确存在，但其之所以在韦伯那里没有被视为统治类型之一，就是因为它不需要、也没有规范性要素。换言之，统治类型都是包含着规范性要素并需要进行规范性论证与建构的。参见郑戈：《法律与现代人的命运：马克斯·韦伯法律思想研究导论》，法律出版社2006年版，第98-100页。

② 这就是为何传统的依法行政机制是传送带模式的原因所在。参见[美]理查德·B. 斯图尔特：《美国行政法的重构》，沈岗译，商务印书馆2002年版，第1-12页。昂格尔对此也有详细阐述，参见[美]昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章等译，译林出版社2001版，第178-185页。

行政机关不作为的。因此，这种依法行政机制其实是一方面肯定合法行政对权益的剥夺，一方面禁止越权行政对权益的剥夺。

第四，相应的，依法行政中的法，首先在客观上是用来处分公民的权利、设定其义务与限制自由的客观行政法。^①其本质是国家对公民的统治与被统治关系的法制化与程式化。其次，它是规范行政的法，体现着国家权力内部立法权力对行政政治权的规范和行政政治权对立法权力的服从关系。

第五，从严格的法律逻辑来讲，当前依法行政机制中的法，是英国分析实证法学大家哈特所言的第二性变更性法律规则，即基于权力来改变第一性规则所规定的权利义务关系的法。^②也就是说，规定公民与行政之间权利义务关系的第一性规则是第二性变更规则的调整、规范对象。在哈特这个自由主义者看来，公民的权益是这个世界第一性法则，谁都无权侵犯。但社会若总是停留在任何权益都无权变更的状态，社会也就静止不前了，因此，为了共同利益的需要，需要人民通过承认规则来确认国家这一立法机关的存在，进而由国家赋予行政机关管理权力。^③由此，通过行使第二性规则所授予的变更权力，行政机关得以免除此前自己不得侵犯公民权利与自由的义务，并生成公民对自己的义务，从而将自己与公民之间

①[德] 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》（第一卷），高家伟译，商务印书馆 2002 年版，第 502 页。

② See H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2nd), with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Oxford University Press, 1994, pp.95-96. 凯尔森称之为权力规范，区别于责任规范。参见[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 90-91 页。

③ See H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2nd), with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Oxford University Press, 1994, pp.93-97, chapter 6.