



中韩国家赔偿制度比较研究

——从借鉴的视角

吴东镐 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

卷一

中韩国家陪情制度比较研究

——以陪情官制度为中心

崔世昌 著

中国政法大学出版社

延边大学“十一五”“211工程”资助项目



中韩国家赔偿制度比较研究

——从借鉴的视角

吴东镐 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中韩国家赔偿制度比较研究:从借鉴的视角/吴东镐
著. —北京:法律出版社,2008.10
ISBN 978-7-5036-8860-7

I. 中… II. 吴… III. 国家赔偿法—对比研究—中国、
韩国 IV. D922.114 D931.262.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第153360号

© 法律出版社·中国

中韩国家赔偿制度比较研究
——从借鉴的视角

吴东镐 著

责任编辑 高山
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8.75 字数 260千

印次 2008年10月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8860-7

定价:23.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

国家赔偿制度是指因国家违法的行政行为而受损害的国民向国家提出赔偿请求，从而使其受害的权益在金钱上得以补偿的制度。过去，我们仅仅将公务员的合法行为视为国家的行为，而把公务员的违法行为排除在国家行为之外，于是，国家并不对公务员的违法行为负赔偿责任，公务员的违法行为造成的损害只能由该公务员自己承担赔偿责任。但随着时间的推移，很多人对此提出了质疑：在很多情况下，公务员的赔偿能力往往并不充分，而此时受害人将得不到救济。而且，赔偿责任的危险会萎缩公务员的行为，从而妨害适当的公务执行。于是，到了19世纪后半叶，对公务员违法行为的国家赔偿责任制度开始得以确立。在现代社会里，人们对国家赔偿制度理解也并不仅仅停留在（对国家的违法行为引起的损害予以赔偿的）所谓的“国家的高扬的民事责任”的层面上，国家赔偿不仅是救济受害国民的生

命、身体、财产权,从而实现宪法上的基本权保障理念的制度,而且是通过赔偿,恢复行政的合法性原则的所谓的实现法治主义的制度。从这个意义上讲,国家赔偿制度是一个国家的基本制度之一。国家赔偿的实质是国家机关应当遵守法律、国家机关违法侵犯公民权利应该承担法律责任。因此,国家赔偿制度的建立是一个国家从人治走向法治的重要标志之一。由此可见,有关国家赔偿制度的研究是法学研究领域里不可或缺的重要内容,尤其是在宪法与行政法领域里因具有重要的理论价值与司法价值而占有重要的地位。

中国自1994年颁布国家赔偿法以来,国家赔偿制度得以确立并得到运行,并已引起了人们观念上的巨大转变:很多公民已开始懂得运用这一法律手段来保护自己的权利;国家机关的工作人员也大多知道,如果违法行使职权,给公民造成损害,就有可能要承担赔偿责任。但从现实情况看,完全由各级财政支出的名副其实的国家赔偿案件之少,赔偿数额之低,获赔之困难,确已使不少人对这一法律制度深感忧虑。究其原因,有实施上的问题,也有认识上的问题,但更重要的是国家赔偿法本身存在众多缺陷,如范围窄、标准低、程序不合理等。要改变这些不利局面,不仅需要关注国情,而且应积极学习和研究国外的制度与经验。

在中国,有关国家赔偿制度的比较研究,多倾向于西方与日本的相关制度的研究。比如,王名扬所著的《美国行政法》、《法国行政法》、《英国行政法》中专门有对三个国家的国家赔偿制度的阐述。由杨建顺翻译的《日本行政法》(南博方著)、《行政法》(盐野宏著)中较系统地阐述了日本的国家赔偿制度。从论文的情况而言,刘兆兴的《德国国家赔偿法研究》(《环球法律评论》1996年第3期)中系统地阐述了德国国家赔偿制度及其立法的产生和发展,论述和分析了构成德国国家损害赔偿责任的必备要

件、造成国家损害赔偿的行为主体及其责任和追偿制度,以及德国国家赔偿的范围、内容、方式、主要原则和程序等。于安的《英国国家赔偿制度简介》(《现代法学》1998年第5期)中简要性地阐述了英国国家赔偿制度的产生历史、主要内容、特征等。杨泽延、姚辉的《美国国家赔偿制度纵横》(《比较法研究》1998年第3期)中对美国的国家赔偿制度作了概括性的论述。汤鸿沛、张玉娟的《德国、法国与中国国家赔偿制度之比较》(《人民司法》2005年第2期)中论述的德法两国的国家赔偿制度概况,并谈到了同我国国家赔偿制度的区别与参照意义。何峻的《日本国家赔偿法研究》(《华侨大学学报》1998年第3期)中系统地阐述了日本国家赔偿法的立法背景,对国家赔偿法的基本问题、国家合法行为的补偿责任、国家赔偿法在实践中的运用以及国家赔偿法的革命等进行了较详细的评析。邱之岫的《中国日本国家行政侵权赔偿制度比较研究》中以中日国家行政侵权赔偿制度之比较为切入点,对国家行政侵权赔偿制度的适用范围、公务员的内涵、违法行政行为的理解、执行公务的界定以及赔偿的范围等方面的完善进行了探索。

但中国学界对韩国国家赔偿制度的研究几乎空白。皮纯协主编的《国家赔偿法释论》(1996年版)的附录中曾刊载了韩国国家赔偿法条文的翻译文,但由于近几年韩国国内对国家赔偿法作了一些修改,已不能作为完整的参考资料而使用。实际上,考虑到两国之间具有共同性质——都经历过较长封建社会制度的历史、儒家文化都有根深蒂固的影响,近几年来两国之间的经济文化交流不断加深、地区合作越来越受世人瞩目的现实,关注与研究韩国国家赔偿制度具有重要的学术价值与现实意义。再者,韩国虽然在历史上也未经历过先进的法治文化熏陶,但较早地确立国家赔偿制度,并得到较好的运行,从中也积累了不少的理论及操作经验。因此,作为中国的法学学者有充分理

由关注和研究韩国国家赔偿制度,且相信会得到很多启示与借鉴。

笔者在日本攻读博士期间将研究课题定在行政争讼法制度比较研究上,并发表了以《中国的行政争讼法制度与行政救济——与日本法的比较研究》为题的博士论文。该论文虽然没有直接涉及国家赔偿制度,但其中已包含着共同的因素。因为,行政救济就其内容不仅包括行政争讼法制度也包括行政赔偿法制度,虽然上述论文中所考察的只是行政争讼法制度,而没有提及行政赔偿法制度,但这两种法律制度之间有着共同的理论基础,即行政救济理念。况且,对于两个法制度的研究共同构成完整的关于行政救济的研究体系。因此,此项研究是关于行政救济的比较研究的另外一个侧面和延续。

本书主要包括如下几个方面的内容:一是中国国家赔偿制度确立及特征,即从历史的视角,回顾了中国确立国家赔偿制度的具体历程,阐明了立法背景、宪法依据、基本内容、特色及存在的问题。二是韩国国家赔偿制度概述,即在考察韩国确立国家赔偿制度经过的基础上,对国家赔偿法所规定的两种类型的国家赔偿责任——该法第2条规定的公务员职务违法行为所致损害国家赔偿责任与该法第5条规定的公共营造物的设置或管理上的瑕疵所致损害国家赔偿责任——分别作了概括性的论述。三是中韩国家赔偿具体制度的比较研究,即采取以中国的具体制度内容作为论述的主线,以韩国的相关论述为辅线,先详细阐述中国具体制度及存在的问题,然后针对“存在的问题”有针对性地考察相关韩国的理论及实践情况,最后从比较法的视角,分析出一些可借鉴的内容的方式,比较了两国的若干个国家赔偿具体制度,具体包括对国家赔偿范围的探讨以及国家赔偿责任的性质,责任构成,赔偿标准,行政赔偿程序的探讨,两国在公共设施瑕疵所致损害赔偿制度的比较。通过比较得到了诸多启示:军事行为完全有

可能违法,并造成他人的损害,因此,没有理由将其排除在国家赔偿范围之外;不得不承认,在国家赔偿责任的构成要件上,中国的国家赔偿责任的成立比韩国要受到更多的制约;韩国学术界对具体行为范围的界定及其理由,对于我们确立“行为范围”上也有参考价值;将我们所说的犯罪行为统一归入行政职权行为的韩国的思考方式值得我们借鉴;国家赔偿与刑事补偿区别开来的做法也值得引进;应当反思将国家承担赔偿责任的“损害”限制在所列举的部分物质损害之做法;设置权利要件来增加受害人获得国家赔偿的难度是不合理的做法;在赔偿标准的设定上,韩国的灵活的赔偿方式值得我们借鉴;韩国公共营造物设置或管理瑕疵所致损害国家赔偿制度对于中国构建相关赔偿机制具有很多借鉴和参考价值等。

笔者相信,此项研究能够为中国国内学者的韩国国家赔偿制度研究提供参考资料,尤其是有关国家赔偿具体制度的比较研究将对中国国家赔偿制度的发展产生积极影响。另外,也希望此项研究能够为促进两国相互间的法律制度的了解、为构建化解各种法律纠纷的相应法律机制创造一个平台。

在本书的写作过程中笔者得到了很多人和机构的帮助。首先,向引导笔者走进学问殿堂的诸多老师、同事及学者深表谢意,尤其是笔者在日本留学期间得到了导师——小林节教授无微不至的关怀与照顾,他对教育、人生、学术研究的态度一直激励着我向着更高的梦想前行。可以说,父母的爱与教育一直陪伴着我,并成为我立足于现实的坚强的后盾。还有,深爱的妻子为我付出了自己的全部精力与心血,妻子与儿子使我处处感受家庭的温暖,并给了我事业上的鼓励与动力。在此,向他们深表无限的感恩之意。另外,本项研究得到了韩国高等财团的资助,而且以此为契机还得到了访问韩国继续深造的机会,在这一年的访问期间,笔者在生活、学习、文化体验等各方面得到了财团金在烈总

长、金泽部长、金京美小姐以及韩国延世大学校法科大学的洪井善教授、金正焕同学、成玫庆同学等众多友人的帮助。本书将献给每一位帮助过我的先辈与友人。

《中国书画函授大学肇庆分校建校二十周年纪念册》由肇庆分校建校二十周年纪念册编委会编，肇庆分校建校二十周年纪念册编委会编，肇庆分校建校二十周年纪念册编委会编。

2007年盛夏,于首尔冠岳山脚下的住所,为《李尔王》的演出做准备。图中为李尔王(左)和葛罗斯特伯爵(右)的剧照。

目 录

序论 国家赔偿制度的理论基础 / 1

第一章 中国国家赔偿制度的确立及其 特征 / 10

一、中国国家赔偿法的立法背景与宪法 根据 / 11

二、国家赔偿法的基本内容及其特征 / 17

三、国家赔偿立法中存在的问题 / 27

第二章 韩国国家赔偿制度概述 / 32

第一节 公务员职务违法行为所致损害赔偿 制度 / 34

一、国家赔偿责任的成立要件 / 34

二、国家赔偿责任的承担主体 / 40

三、赔偿标准 / 41

四、赔偿程序 / 41

第二节 公共营造物的设置或管理上的瑕疵 所致损害赔偿制度 / 43

一、赔偿责任的成立要件 / 44

二、免责事由 / 49

三、赔偿责任的承担者 / 51

第三章 中韩公务员职务违法行为所致损害赔偿制度之比较

(一)——对国家赔偿范围的探讨 / 53

第一节 国家赔偿类型的划分及其限定的比较法考察 / 53

一、分类概述 / 53

二、未确立“立法赔偿”形式的原因分析及韩国相关理论的启示 / 55

三、未确立“军事赔偿”形式的原因分析及韩国相关规定的启示 / 59

第二节 国家承担赔偿责任的“行为”范围的比较法考察 / 61

一、问题的提出 / 61

二、中韩两国国家赔偿法在“行为范围”界定上所采用的不同规定方式及本节的论述方式 / 63

三、两国国家赔偿法关于行政职权行为范围的界定 / 64

四、两国国家赔偿法对国家承担赔偿责任的刑事行为范围的界定 / 80

五、两国国家赔偿法对国家承担赔偿责任的非刑事司法行为范围的界定 / 91

六、国家承担赔偿责任的行为形态——“作为”与“不作为” / 96

第三节 我国国家赔偿法所规定的国家不承担赔偿责任的“情形”分析 / 101

一、国家不承担行政赔偿责任的情形 / 101

二、其他减免行政赔偿责任的情形 / 105

三、国家不承担刑事赔偿责任的情形 / 107

第四节 国家承担赔偿责任的“损害”之范围 / 116

一、精神损害赔偿问题 / 116

二、财产损害中的间接损害的赔偿问题 / 120

第五节 我国公民行使损害赔偿请求权的障碍——国家赔偿法对受害人被侵犯权利的限定 / 124

第四章 中韩公务员职务违法行为所致损害赔偿制度之比较

(二)——对其他基本制度的探讨 / 128

第一节 国家赔偿责任的性质 / 128

一、国家赔偿责任的主体 / 129

二、我国学术及实务界对国家赔偿责任之性质问题的讨论情况 / 129

三、韩国学术及实务界对国家赔偿责任之性质问题的讨论情况 / 132

四、结语 / 135	
第二节 国家赔偿责任构成要件的比较法考察 / 136	
一、加害行为主体 / 137	
二、职务执行行为 / 142	
三、故意、过失 / 147	
四、违法 / 148	
五、损害 / 150	
六、因果关系 / 152	
第三节 国家赔偿标准比较法考察 / 153	
一、确定国家赔偿标准的原则 / 153	
二、我国国家赔偿法关于赔偿标准的规定——同民法的相关规定相 比较 / 155	
三、针对不同损害的具体赔偿标准——同韩国法律规定之比较 / 157	
第四节 行政赔偿程序比较法考察 / 167	
一、行政赔偿纠纷的解决途径 / 167	
二、两国行政赔偿程序的差异之一：就非诉讼程序（行政程序）与诉 讼程序（司法程序）的衔接问题采取了不同的设计方案 / 169	
三、两国行政赔偿程序的差异之二：非诉讼程序（行政程序）的具体 内容不同 / 173	
四、韩国行政赔偿非诉讼程序上的特殊制度：先行支付赔偿金制度 / 179	
第五章 中韩公共设施瑕疵所致损害赔偿制度之比较 / 180	
第一节 公共设施致害的赔偿规则——对我国国家赔偿法相关立法说 明的考察 / 180	
一、法律文本的重大漏洞：公共设施管理者为行政机关时，谁是赔偿 责任主体？ / 181	
二、对法律文本的质疑：企事业单位是否为公共设施致害的赔偿责 任主体？ / 183	
三、对法律文本的质疑：公共设施致害的赔偿是否适用民法通则？ / 184	
第二节 韩国公共营造物瑕疵所致损害国家赔偿制度对我国的启示 / 189	
一、韩国国家赔偿法第 5 条的立法意图 / 190	
二、公共营造物致害赔偿责任的构成要件及启示 / 192	

三、赔偿责任主体确定制度及启示 / 200

四、赔偿标准之比较与启示 / 201

附录一：中华人民共和国国家赔偿法 / 205

附录二：人民法院赔偿委员会审理赔偿案件程序的暂行规定 / 213

附录三：最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定 / 218

附录四：司法行政机关行政赔偿刑事赔偿办法 / 224

附录五：最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的
解释 / 229

附录六：最高人民法院关于人民法院执行《中华人民共和国国家
赔偿法》几个问题的解释 / 233

附录七：最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件若
干问题的规定(试行) / 235

附录八：国家赔偿费用管理办法 / 240

附录九：韩国国家赔偿法 / 243

附录十：韩国国家赔偿法施行令 / 251

参考文献 / 265

序论 国家赔偿制度的 理论基础

通常,国家赔偿制度是指因国家违法的公务行为而受损害的国民向国家提出赔偿请求,从而使其受害的权益在金钱上得以补偿的制度。国家赔偿制度的创设,和近代国家的其他许多法制度的创设和完善相比较,是极其晚近的事情。人类历史上最早确立国家赔偿制度的国家是法国,其标志是1873年的勃朗戈判例。^①德国通过1919年的魏玛宪法确立了全面的国家赔偿制度,而英美两国,直到20世纪40年代,才创设了国家赔偿制度,其标志为1946年的美国联邦侵权赔偿法、1947年的英国王权诉讼法。

^① 法国纪龙德省国营烟草公司的工人开着翻斗车在作业时将勃朗戈的女儿撞伤。勃朗戈认为对于国营公司工人所犯的过失,国家应按民法的有关规定负赔偿责任。于是,向普通法院提起了诉讼。此案后由权限争议法院于1873年2月8日作出判决,明确承认了国家赔偿责任。

国家赔偿制度在各国的创设之所以比较晚是因为存在着如下法思想上的障碍:其一,绝对国家主权论的影响。该理论认为国家主权是不受限制和至高无上的,国家制定法律、设置法院,是权利赖以存在的基础,人民对国家应当绝对服从,故而绝无国家因其违法侵权行为而赔偿人民所受损害的道理。其二,国家无过失及不能违法论的影响。国家无过失论认为,国家是无生命体,其活动都是通过其官员进行的,因而国家不可能有过失。后来出现国家法人理论,国家被视为具有意思表示与承担责任能力的公法人,从而解决了国家能否有过错的问题。但此时又出现国家不能违法论,即国家和法律不可能授权官员违法,违法是官员的越权行为,应由官员自负其责。其三,国王不能为非的普通法原则的影响。“国王不能为非”(The King can do no wrong)是一项古老的普通法原则,按照这一原则国王不受其所属法院的审判,也不承担任何实体法上的责任。由于“主权在君”,控告国家即为控告国王,因而按照国王不能为非的原则,国家享有绝对的主权豁免。英美法等国家的国家赔偿制度迟至20世纪40年代后期才陆续建立起来。可以说,主要的障碍就是这一根深蒂固的普通法观念。^①

那么,为什么国家赔偿制度能够在19世纪中后期产生并发展起来呢?原因很多,其中一个非常重要的原因就是学者们对确立国家赔偿制度的必要性、合理性与紧迫性进行的理论论证。^②归纳起来,对国家赔偿制度的建立和发展有重大影响的理论观点和学说有以下几种。^③

① 参见皮纯协、冯军主编:《国家赔偿法释论》,中国法制出版社1996年版,第25~26页。

② 皮纯协、冯军主编:《国家赔偿法释论》,中国法制出版社1996年版,第16页。

③ 参见皮纯协、冯军主编:《国家赔偿法释论》,中国法制出版社1996年版,第16~23页。

1. 法国学者卢梭倡导的人民主权学说

16~18世纪的资产阶级思想家,包括卢梭在内,都认为主权是绝对的、至高无上的和不受任何限制的。然而,对于主权的归属,卢梭以前的资产阶级思想家布丹、霍布斯、格劳斯等人均认为主权在君主或者主权在国家。由于主权是绝对的,是一切法律和权力的来源,因此,18世纪之前的观点是:国家、政府和君主不可能承担任何法律责任。18世纪中期卢梭提出人民主权学说,认为“主权不能转让给私人,它永远属于人民”,“国家统治者只是人民的官吏,而不是人民的主人”,政府“就是在臣民与主权者之间所建立的一个中间体,以便使两者得以互相适应,它负责执行法律并且维持社会的以及政治的自由”。按照卢梭的学说,主权虽是绝对的,不受法律限制的,但主权归属于人民,国家、政府以及官吏不是主权的领有者,它们必须执行和遵守人民制定的法律并接受法律的制约,违法者应承担相应的法律责任。卢梭的人民主权学说为国家赔偿制度的建立和发展扫清了道路。当然,卢梭的学说为建立行政行为和司法行为的国家赔偿制度提供了可能,但按此学说,立法赔偿是不可能的。因为,议会是人民行使主权的机关,是法律的源泉,其权力是绝对的,不受法律限制的。可见,卢梭的学说在解决国家责任问题上有一定的局限性。

2. 狄骥的客观法理论

传统的国家主权理论无法解决国家最高权力也须受法律限制的问题,因为主权是国家的最高权力,主权受法律限制意味着在主权之上有一个更高的权力。因而从19世纪后期起这种理论受到越来越多的抨击并逐渐被新的理论所替代。在众多批评者中,19世纪末20世纪初法国波尔多大学著名宪法学家狄骥是最为出色的一位。按照狄骥的观点,法律包括两部分规范:一部分是客观法规范,这种规范不是由立法者制定的,而是客观存在的,它直接产生于社会协作关系;另一部分是实证法规范,这种规范