



华东政法大学校庆六十周年纪念文丛

行政赔偿归责原则研究

曾 刚◎著

EAST CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

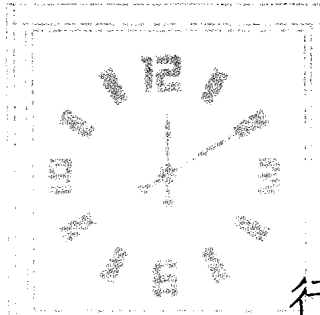


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

EAST CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

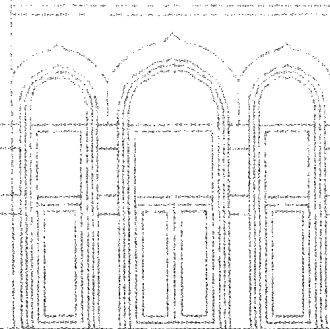
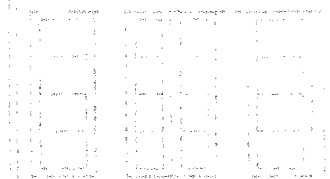


华东政法大学校庆六十周年纪念文丛



行政赔偿归责原则研究

曾 刚◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政赔偿归责原则研究 / 曾刚著. —北京:法律出版社, 2012. 6

(华东政法大学校庆六十周年纪念文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3678 - 6

I. ①行… II. ①曾… III. ①行政赔偿—研究—中国
IV. ①D922.114

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第144460号

华东政法大学校庆
六十周年纪念文丛

行政赔偿归责原则研究

曾刚著

责任编辑 黄琳佳

装帧设计  iloveee

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012年7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 9.5 字数 220千

印次 2012年7月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

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 - 5118 - 3678 - 6

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

沉舟侧畔千帆过

——华东政法大学校庆六十周年纪念文丛总序

沧海桑田,情怀依旧。六十年来,在逆境中崛起,在忧患中奋进,在辉煌中卓越,一代又一代华政人,将华政精神传承。从长宁旧居赏月苏州河畔,到松江新校读书玉泊湖旁,今天,华东政法大学迎来了六十周年华诞!六十年,华政为国家、为社会培养了大量优秀的人才,而他们,已经成长为国家的栋梁和母校的骄傲。

忆往昔,桃李不言,自有风雨话沧桑。1952年6月,经华东军政委员会批准,华东政法学院(现华东政法大学)由原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学等9所院校的法律系(法律学院)、政治系和社会系等合并组建成立。其后由于历史原因,学校曾于1958年和1972年两度停办,1979年3月经国务院批准复校。2007年3月,经教育部批准,华东政法学院正式更名为华东政法大学,2012年系华东政法大学建校六十华诞。

自1952年从苏州河畔的这片红墙绿瓦中走出

新中国第一批政法干部开始,六十年来,华政经历了三起两落的命运。昨日的历练成就了今日的辉煌,近十万毕业生勤勉工作,开拓进取,奋发向上,成为共和国法治建设及各项事业的骨干力量。复校以来,尤其是2003年于松江进行“二次创业”以后,华政在办学条件、办学规模、办学层次、队伍建设、学科建设、科学研究、服务社会等方面均取得了飞速发展。目前,学校设有长宁、松江两个校区,占地面积1300余亩,是“教育部依法治校示范校”、“国家语言文字规范化示范校”、“上海市文明单位”、“上海市市级建筑保护单位”、“上海市花园单位”。学校现设有16个学院(部),现拥有法学一级学科博士学位、硕士学位授予权,以及政治学、马克思主义理论、公共管理、应用经济学一级学科硕士学位授予权,建有10个博士点、25个硕士点、23个本科专业及法学博士后流动站。2002年、2008年两次教育部本科教学工作水平评估均被评为优秀。目前,学校法律史学科为国家级重点学科,法律史学、经济法学本科教学团队为国家级教学团队,外国法制史、中国法制史、经济法学、司法鉴定概论为国家级精品课程,法学综合实验教学中心为国家级实验教学示范中心,法学、侦查学为教育部高等学校特色专业建设点,“开放型国际法律人才培养模式创新实验区”为教育部建设项目。学校已被社会各界广泛赞誉为“法学教育的东方明珠”。

建校六十年来,华政披星戴月,风雨兼程,赢得桃李满天下,更在中国的法制现代化进程中,留下了浓墨重彩的一笔。华政的莘莘学子,肩负着建设法治社会的重任,同时也见证着母校各方面的长足发展。硬件方面,从“帐篷办学”到长宁校区的精致典雅,再到松江校区的恢宏大气且美仑美奂;软件方面,从实现华东地区法学博士点零的突破,到一举拿下法学一级学科博士点、获得非法学专业硕士学位授予权,再到填补上海市法学国家重点学科零的空白。2009年至2011年,学校国家社科基金法学类课题立项数连续三年名列全国第一,2011年又实现了国

家社科基金重大项目的历史性突破。2007年3月,华政更名大学的成功,标志着学校从此踏上了建设多科性大学的新的征程。

岁月悠悠,薪火相传,六十岁的华政犹如惊鸿一瞥。此番出版校庆六十周年纪念文丛,华政并未走“遍寻成功校友、为其寻章摘句并编撰成册”之路径,而想虚中求实,为青年教师提供出版著作、展示才华之契机。故而,入选本文丛的,绝大多数是尚未获得教授职称的青年学者。华政奖掖才俊、提携后学之美意,尽在其中矣!

值此华政建校六十周年之际,谨祝这颗法学教育的东方明珠更加光彩夺目!

华东政法大学校庆六十周年纪念文丛编委会

2012年6月

目 录

第一章 行政赔偿归责原则概述 001

第一节 行政赔偿归责原则的界定 001

一、行政赔偿的界定 001

二、行政赔偿归责原则的界定 013

第二节 行政赔偿归责原则的沿革 020

一、行政赔偿责任归责原则的产生 021

二、行政赔偿归责原则的确立 028

三、行政赔偿归责原则的发展 032

第三节 行政赔偿归责原则的种类 035

一、过错归责原则 035

二、违法归责原则 044

三、无过错责任原则 048

四、公平责任原则 051

五、其他归责原则 052

第二章 我国行政赔偿归责原则的解释论探讨 058

第一节 关于我国行政赔偿归责原则的争论 058

一、违法归责原则说 059

二、无过错责任原则说 061

三、过错归责原则说	063
四、有条件的结果归责原则说	064
第二节 我国行政赔偿归责原则分析	065
一、解释方法的选择	065
二、文义解释	066
三、体系解释	067
四、对《国家赔偿法》第2条功能的解释	068
 第三章 我国行政赔偿归责原则的立法论争议	070
第一节 赞成违法归责原则的观点	070
一、赞成违法归责原则的理由	070
二、对部分赞成理由的评价	080
第二节 反对违法归责原则的观点	087
一、反对违法归责原则的理由	087
二、变更我国行政赔偿归责原则的建议	099
第三节 争议核心的确定	109
一、对各种变更建议的筛选	109
二、过错还是违法：学说争论的焦点	125
第四节 评判两派观点的标准	129
一、从整体的角度进行选择	129
二、系统论视野下的行政赔偿归责原则	130
 第四章 过错归责原则不宜成为我国行政赔偿归责原则	135
第一节 过错归责原则的适用范围不够宽	135
一、选择适用范围作为判断标准的价值	135

二、过错责任的构成要件	137
三、过错责任中“过错”与“违法”的关系	149
四、过错归责原则的适用范围不够宽	158
第二节 过错归责原则不符合行政赔偿的性质	170
一、行政赔偿的性质	170
二、行政赔偿的性质对行政赔偿归责原则的影响	174
三、过错归责原则不符合行政赔偿的性质	176
第三节 过错归责原则与我国行政赔偿方式不协调	195
一、行政赔偿的方式	195
二、行政赔偿方式对行政赔偿归责原则的影响	196
三、过错归责原则与我国行政赔偿方式不协调	200
第四节 域外对过错归责原则的反思	202
一、问题的缘起和考察的目的	202
二、域外过错归责原则的地位和评价	205
第五节 过错归责原则的适用只是权宜之计	212
一、探源行政赔偿归责原则私法化的必要性	212
二、行政赔偿归责原则私法化的历史根源	213
三、过错归责原则的适用只是权宜之计	221

第五章 违法归责原则的证明 228

第一节 违法归责原则的理论证成	228
一、公法与私法的区分——确立违法归责原则的原因	228
二、违法归责原则的逻辑结构	236
三、违法归责原则与相关行政赔偿制度的契合	249
第二节 支撑违法归责原则的社会背景	250

- 一、支持违法归责原则的社会因素 250
- 二、给违法归责原则施加压力的社会因素 256
- 三、违法归责原则是各种社会因素综合影响的结果 261

第六章 违法归责原则的适用 263

第一节 违法行为的实施主体 263

- 一、违法行为实施主体的基本范围 263
- 二、学校侵权也应适用违法归责原则 264

第二节 职权行为的认定 266

- 一、职权行为中“行使职权”的认定 267
- 二、职权行为与公务员个人行为的区分 270

第三节 违法行为的认定 272

- 一、对违法中“法”的界定 272
- 二、“违法”认定标准的实施障碍 274
- 三、“违法”包括事实行为违法 279
- 四、判断违法与否的标准 281
- 五、不合理裁量行为的认定 282

参考文献 284

第一章

行政赔偿归责原则概述

第一节 行政赔偿归责原则的界定

一、行政赔偿的界定

在实行行政赔偿的各个国家,由于具体国情的不同,人们对行政赔偿的认识并不完全一致。在我国,关于行政赔偿究竟应当如何界定,也存在不同的声音。因此,在正式开始讨论行政赔偿归责原则之前,有必要对本书讨论的行政赔偿作明确的界定。

(一)关于行政赔偿含义的几种观点

我国行政法学界对行政赔偿含义的界定主要包括以下几种:

1. 制度说

制度说认为行政赔偿是一种制度。如行政赔偿是指“国家行政机关及其工作人员违法行使职权,侵犯公民、法人或其他组织的合法权益并造成损害,由

国家承担赔偿责任的制度”。^①“行政赔偿是指国家行政机关和行政机关工作人员在行使职权过程中对公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的,由国家向受害人承担赔偿责任的制度。”^②

2. 责任说

也有学者认为行政赔偿是一种责任,如“行政赔偿是指行政主体违法行使职权,侵犯相对人合法权益造成对其损害时由国家承担的一种赔偿责任”。^③“行政赔偿,是指国家行政机关及其工作人员,在行使行政职权的过程中,违法侵犯公民、法人或其他组织的合法权益并造成损害时,由国家承担的赔偿责任。”^④

3. 广义说

与前述两种观点差异较大的是“广义说”,该说将行政赔偿作了更广泛意义上的界定。如我国台湾地区学者陈敏主张将损害赔偿与损失补偿作为下位概念,纳入国家责任这一上位概念之下。^⑤杨小君教授赞成广义国家赔偿的说法,“我们通常所说的国家赔偿是不包含国家补偿内容的。其实,这是一种不正确的观念,在广泛意义上的赔偿责任,是应当包含赔偿和补偿这两种形式的”。^⑥高家伟教授认为,可以将学理研究和现行实在法制度设计区分开来,“在学理上借鉴德国将国家赔偿作为集合概念的做法,用广义的国家赔偿概念吸收国家补偿,以便学理上进行整体性研究”。^⑦这里,杨小君教授和高家伟教授表述的是广义

① 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第629页。

② 方世荣主编:《行政法与行政诉讼法学》,中国政法大学出版社2010年版,第531页。

③ 叶必丰:《行政法与行政诉讼法》,高等教育出版社2007年版,第351页。

④ 杨临宏:《国家赔偿法:原理与制度》,云南大学出版社2010年版,第107页。

⑤ 陈敏:《行政法总论》,三民书局1999年版,第920页。

⑥ 杨小君:《国家赔偿法律问题研究》,北京大学出版社2005年版,第110页,注释①。另参见应松年、杨小君主编:《国家赔偿制度的完善》,国家行政学院出版社2008年版,第60页。

⑦ 高家伟:《国家赔偿法》,商务印书馆2005年版,第12页。

上的国家赔偿。但是,行政赔偿是国家赔偿的基本组成部分之一,国家补偿的主要组成部分也是行政补偿。因此,他们认为行政赔偿和国家赔偿一样,都应当采取广义的说法,既包括人们常说的行政赔偿,也包括行政补偿。

(二) 界定行政赔偿含义的必要性

本书讨论的主题是行政赔偿的归责原则。对行政赔偿含义的几种观点是否需要区分以及应当如何区分应当围绕这个主题展开。如果区分对于行政赔偿归责原则的讨论没有足够的意义,那么,这种区分将丧失其价值,对行政赔偿含义的界定也将失去意义。

从上述思路出发,对“制度说”和“责任说”,本书不打算强调两者之间的差异。因为,不管是“制度说”,还是“责任说”,都强调行政赔偿针对的是国家机关及其工作人员违法行使职权、侵害相对人合法权益并对其造成损害的行为,它们之间的差别“仅在于考察角度的不同”。^①这种差异对于我们讨论行政赔偿归责原则并无明显的影响。

比较重要的区分出现在“制度说”、“责任说”和“广义说”之间。“广义说”认为行政赔偿应当包括行政补偿,这是“制度说”和“责任说”没有主张的观点。这种差异能够对行政赔偿归责原则产生巨大的影响。因为行政补偿针对的是行政主体合法行使行政权对公民、法人或其他组织造成的损害,并不以违法归责原则或者过错归责原则作为判断国家责任的依据。将行政赔偿界定为包括行政补偿的赔偿,还是不包括行政补偿的赔偿直接关系到讨论行政赔偿归责原则的平台应当如何搭建。出于以上考虑,本书认为,有必要先讨论行政赔偿的含义,便于澄清我们讨论行政赔偿归责原则的立足点。

① 高家伟:《国家赔偿法》,商务印书馆 2005 年版,第 1 页。

(三)对“广义说”的分析

1. “广义说”的思想基础

将行政赔偿界定为包括行政补偿的“广义说”有其自身的合理性。其合理性可以回溯至奥托·梅耶以来关于公平负担的思想。

奥托·梅耶认为：“为了使个人为共同体不得不蒙受的不利，在国家负担这一有组织的平均化的制度之中，由众人来负担，通过损失补偿，而转嫁给众人。”^①他强调将公平负担的原则作为行政赔偿和行政补偿统一的理念来认识。这一观点得到了很多学者的赞同。盐野宏认为，按照奥托·梅耶的观点，“侵害行为的合法、违法，被认为不应该置于问题的中心”。^②这种观点不仅在当时具有积极的意义，即便是在现在，也可以作为赔偿制度的理论基础，“该观点本身，即使在现代也依然是普遍适用的”。^③德国学者平特纳也继承了奥托·梅耶的思想认为：“作为赔偿给付制度的基本思想，必须考虑在国家中的平等和公平负担分配原则，应当根据不同原则对所有公民设定负担，任何人在无正当理由时不应作出特别牺牲。由此得出的结论是，公权力从个别公民得到不平等利益时，要么必须予以解除，要么通过赔偿给付给予补偿。在通过赔偿给付进行补偿时，引致损害的干预是否合法并不重要，因为个人在这两种情况下所承受的不平等并无两样。”^④杨小君教授正是在吸收了这样的观点后提出广泛意义上的国家赔偿概念的：“国家赔偿与民事赔偿是不同的，民事赔偿说到底还是个人责任，个人责任需要过错作为依

① [日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第444页。

② [日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第444页。

③ [日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第444页注释②。

④ [德]G.平特纳：《德国普通行政法》，朱林译，中国政法大学出版社1999年版，第190页。

据。国家赔偿则不是,不是由于国家的行为有什么过错,而是由于个人没有负担责任的根据,不能由个人承担责任,而应当由全社会承担责任。”^①

2. “广义说”的制度源流

将狭义的行政赔偿和行政补偿整合为广义行政赔偿的观点并不仅仅来源于公平负担思想的传播,很大程度上还与行政补偿制度、行政赔偿制度的发展历程有着极为密切的联系。对广义行政赔偿概念造成重大影响的行政补偿、行政赔偿制度变迁主要指的是德国行政补偿和行政赔偿的制度变迁。这一点在广义行政赔偿概念的来源以及我国学者主张广义行政赔偿所引用的论据中有着清晰地表现。有鉴于此,我们可以以行政补偿和行政赔偿的联系为线索,简要回溯德国法上行政补偿和行政赔偿制度的沿革,了解“广义说”究竟因何成为不少学者力主的观点。

(1) 征收概念的扩张——德国法上行政补偿与赔偿制度的首次重要联结

德国损失补偿制度可以追溯至十七八世纪的开明专制时期,特别是德意志民族神圣罗马帝国肇建之时。当时在自然法思想以及社会契约观念的影响之下,一般认为,国家对于个人所享有的权利,仅能基于特殊公益理由,且应给予补偿,才能予以剥夺或限制。1794年《普鲁士一般邦法》序章第74条和第75条首次以成文法的形式规定了德国的行政补偿制度。从产生时间上看,德国行政补偿制度比行政赔偿制度更早。及至19世纪中叶,损失补偿的思想与公用征收的概念相结合,进而逐步发展出公用征收损失补偿制度,即早期德国行政补偿针对的主要就是被称为“古典征收”的公用征收行为。

^① 杨小君:《国家赔偿法律问题研究》,北京大学出版社2005年版,第109~110页。

20 世纪初,随着《魏玛宪法》的颁布,征收概念开始扩张,开始不限于以满足公用事业需求为目的的征收,而是趋向于包括有利于一般公共利益的征收行为。我国台湾地区学者李建良在分析征收概念的这一变迁历程时,指出了 3 项主要原因。其中,除现代工业社会的发展以及福利国家形态外,第 3 项原因就是为弥补行政赔偿过错归责原则的漏洞。^① 具体而言,在行政赔偿以过错原则为归责原则的制度背景下,对于很多“违法无责”的公权力行为,尚缺乏救济的途径。为了弥补这样的漏洞,更好地保护普通公民的合法权益,行政补偿制度中的征收概念开始扩张。

德国法上行政补偿制度的这一发展历程可以很清楚地揭示,在 20 世纪初的那次行政补偿制度的大发展在一定程度上是以行政赔偿制度的缺失为引线的。行政补偿制度的发展过程告诉我们,行政补偿制度包括部分行政赔偿事项并不是因为行政赔偿的思想天然地应当适用于行政赔偿领域,而只是因为行政赔偿制度本身的缺失。如果当初德国行政赔偿制度中的归责原则及相应的规则体系已经得到完善,德国行政补偿制度的发展轨迹很可能就会产生重大的差异。

(2) 准征收侵害——德国行政赔偿与行政补偿的部分重叠

第二次世界大战之后,对于行政补偿制度,《德国基本法》第 14 条采取了与《魏玛宪法》大致相同的规定。在大框架未大幅变动的背景下,联邦德国普通法院承继了扩张征收概念。随后,自 20 世纪 50 年代起,联邦德国普通法院开始发展公用征收的衍生制度,创造了“准征收侵害”和“具有征收效果的侵害”等概念。其中,与行政赔偿制度有着直接关联的是“准征收侵害”。

准征收侵害针对的是违法的财产侵害,它是指“通过主权性措施直

^① 李建良:“行政法上损失补偿制度之基本体系”,载《东吴法律学报》第 11 卷第 2 期。

接违法侵害作为财产保护的法律地位的行为”。^① 准征收侵害的概念是由德国联邦普通法院在 1952 年提出的。德国联邦普通法院证成准征收侵害的基本方法是通过“举轻以明重”的法理,将原本仅适用于合法行为的补偿制度扩大至涵盖违法无责的公权力行为,即国家机关及其工作人员行使公权力的行为只要违法侵害公民一切具有财产价值的权利,并造成特别牺牲时,即使其间并无故意或过失,国家都应当承担补偿责任。在随后的岁月里,德国联邦普通法院一再扩大准征收侵害的概念,甚至将原本属于行政赔偿范围的违法且具有过错的公权力行为也涵盖在内。其结果是,“在此情形下,‘损失补偿’与‘国家赔偿’乃呈相互重叠之现象,其混合之程度比之魏玛宪法时期,犹有过之,国家责任体系趋于复杂,势所必然”。^②

(3) 水沙判决——德国联邦宪法法院对行政补偿体系的修正

德国联邦普通法院所发展的征收概念以及行政补偿制度自 20 世纪 80 年代开始,受到德国联邦宪法法院裁判的冲击,“根据联邦宪法法院 1981 年 7 月 15 日的水沙判决,准征收侵害补偿因没有法律依据而受到质疑”。^③ 德国联邦宪法法院强调,人民对于违法的财产权限制或征收,应当首先依照行政诉讼途径解决,争取撤销征收行为,而不是容忍侵害的存在,直接请求行政补偿。这实际上是否定了联邦普通法院直接引用《德国基本法》第 14 条推导出补偿请求权的做法。

水沙判决在德国行政补偿和赔偿制度的发展过程中具有重要的地位,产生过比较重大的影响。“此后不久联邦最高法院即不再明确以法

① [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 707 页。

② 李建良:“行政法上损失补偿制度之基本体系”,载《东吴法律学报》第 11 卷第 2 期。

③ [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 707 页。