

第一章 国家侵权赔偿责任概述

第一节 国家侵权与国家赔偿

一、国家侵权责任

众所周知，国家是由人创造并管理的，而人又都是有弱点的。正因为如此，“人本身具有的弱点不可避免地反映在国家管理中”^①。然而，在人类历史上相当长的时间里，国家权力掌握在少数人手中，统治者可以随意剥夺他人的人身自由、财产乃至生命，而这种剥夺在专制社会里都不认为是侵权，因为在那种体制之下，被统治者的人身、财产和生命均没有必要的制度保障，毫无权利可言。人们对英国法上著名的“国王不（可）能为非”原则的理解的变化，能够在一定程度上反映出人们对国家侵权的认识过程。封建时代，即存在“国王不能为非”这样一个法律原则，根据这一原则，英王不可能有侵权行为，它也和一般的雇佣人不一样，不对受雇人的侵权行为负责。既然英王不能为非，英王也就不可能授权英王的公仆实施侵权行为。一切侵权行为的责任只能由行为人自己承担。^②此后，我国学者多年来一直坚持上述理解。^③直至

^①马怀德主编：《国家赔偿法的理论与实务》，中国法制出版社，1994年版，第1页。

^②王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社，1987年版，第235页。

^③杨立新主编：《错案赔偿实务》，法律出版社，1997年版，第5页；房绍坤、丁乐超、苗生明：《国家赔偿法原理与实务》，北京大学出版社，1998年版，第4页。

1997 年，英国学者威廉·韦德爵士所著《行政法》一书中文版在中国大百科全书出版社出版，“国王不能为非”体现的一种非常进步的民主精神才为中国学者所了解。根据威廉·韦德爵士的解释，其真实意思是：“国王没有做错事的法律权力。他的法律地位……是法律赋予他的，法律并没有给他侵权的权力”。^①

如果承认人与生俱来就拥有一些基本的权利，那么可以断言，国家侵权是一种古老的社会现象。如果仅仅将权利视为一种受国家强制力保护的自由，那么，国家侵权应当与国家侵权责任同时产生。历史告诉我们，承认国家侵权进而承认国家应当对其侵权行为承担赔偿责任，是现代民主政治的产物。近代以来，各民主国家相继建立了国家赔偿制度，以法律的形式确立了国家侵权责任。然而，国家侵权现象并没有因为其被认为是非法而消失。我国历史上出现的两次平反冤案的高潮就是很好的例证。在行政领域，《行政诉讼法》正是针对现实当中存在的行政侵权现象而制定的，近年来行政诉讼案件的逐年递增也在一定程度上说明了追究行政侵权责任的必要性。在司法领域，1996 年修订的《刑事诉讼法》更多地体现了对人权的保障，也具有明显的针对性，其目的就是为遏制刑事司法机关侵犯人权的现象。1994 年公布的《国家赔偿法》全面确立了国家在行政、司法等领域的侵权赔偿责任。

二、国家赔偿与国家赔偿立法

（一）国家赔偿责任

尽管赔偿仅仅是国家侵权责任的一种形式，但它毕竟是对受害人的损失予以补救的主要途径。因此，国家赔偿制度在国家责任制度中占有极其重要的地位。

通说认为，国家赔偿责任，是“国家机关及其工作人员行使

^① 该书第 512—513 页。

职权时违法侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，国家应当承担赔偿责任”。^① 简言之，即国家对于行使国家权力的侵权行为造成的损害承担的赔偿责任。^②

通说采取的观点很大程度上反映了参与立法者当时的意图：国家机关及其工作人员行使职权时违法造成的损害由国家赔偿，其合法行为给公民、法人或者其他组织造成的损害，由国家补偿。立法参与者试图排斥民法上的无过错责任原则，意在充分保障赔偿请求人获得国家赔偿的权利，而排斥无过错责任原则主要是受两种因素的影响：一是国家主权豁免观念；一是考虑到国家补偿制度的存在。但问题是，既然民事主体可以对其特定的行为或物件致人损害承担无过错责任，国家为什么不能？况且，现行法律对行政补偿制度的规定是很不完善的，实务中公民、法人获得行政补偿的权利也没有得到充分的保护。同时，国家赔偿制度是针对国家侵权行为而创设的，国家侵权行为的复杂多样性决定了国家赔偿不可能仅仅局限于违法行为。本章第二节将专门分析国家承担赔偿责任的归责原则，此处不再赘述。

《中华人民共和国国家赔偿法》（以下简称《国家赔偿法》）第二章、第三章分别规定了行政赔偿和刑事赔偿的范围，明确了国家不承担赔偿责任的行政侵权和司法侵权行为，“未列入国家赔偿范围的民事错判、轻罪重判、公有公共设施损害，国家也不予赔偿”。^③ 历史地看，我们不能将国家赔偿范围的有限性归结为立法本身的局限性。国家侵权本身的特点和世界各国对国家赔偿范围

① 应松年主编：《国家赔偿法研究》，法律出版社，1995年版，第3页。

② 房绍坤、丁乐超、苗生明著：《国家赔偿法原理与实务》，北京大学出版社，1998年版，第43页；张步洪、王万华主编：《国家赔偿法例解与适用》，人民法院出版社，1997年版，第1页。

③ 应松年主编：《国家赔偿法研究》，1995年版，法律出版社，第6页。事实上，公有公共设施损害，并不是不产生赔偿责任，而是根据民事侵权赔偿规则予以赔偿

的限制，都对我国国家赔偿责任的范围产生了一定的影响。

（二）我国国家赔偿立法的历史沿革

在我国，国家赔偿制度几乎与共和国的法律制度同时产生。

1954 年 1 月《海港管理暂行条例》第 20 条规定：“港务局如无任何法令根据，擅自下令禁止船舶离港，船舶得向港务局要求赔偿由于禁止离港所受之直接损失，并保留对港务局的起诉权。”此后，我国 1954 年《宪法》也对国家赔偿责任作了原则性的规定。^① 根据该宪法规定的精神，国务院及国务院各部门曾就冤狱赔偿的问题作过一些解释或批复。例如，1956 年 8 月 4 日司法部根据国务院的批示就冤狱补助费开支问题答复新疆等省、自治区司法厅时指出：各级人民法院因错判致使当事人的家属生活困难时，可由民政部门予以救济；如果因错判致使当事人遭受大的损失的，根据宪法第 97 条规定的精神，需要赔偿损失时，仍应从司法业务费中开支。1963 年 3 月，财政部对待平反人员的政策是，一律不补发工资，对个别生活上确有困难者，酌情给予补助。同年 9 月，劳动部在给煤炭工业部的复函中提出如下处理意见：（1）对由于工作事故，被划为坏分子而判处徒刑，现撤销原判，改按一般责任事故处理的，其服刑期间的工资，原则上应全部补发，但在此期间，有关单位发给的生活费，应从补发的工资中扣除。（2）对处分错了降了级，平反后恢复原级别的，应补发降级后这一段时间原工资等级与降低后的工资等级的工资差额。（3）对拘留释放后未恢复工作，经甄别平反后才恢复原工作的，除拘留期间的工资给予补发外，其恢复工作前的一段时间的工资可不予补发，如果本人确实由于没有工作而造成生活困难时，可根据实际情况，予以补助。同年 12 月，最高人民法院则复函地方法院，冤错案件平

^① 该法第 97 条；1982 年宪法第 41 条第 3 款对 1954 年宪法的这一规定予以确认。

反不补发工资。

总起来看,20 世纪 60 年代以前,我国对冤狱赔偿问题没有统一的规定,各部门认识不一。至 80 年代初,虽然法律上仍然没有统一的国家赔偿制度,但是,各国家机关对于无辜受到刑事处罚的国家工作人员应予补发工资的问题已基本达成共识。

至 1986 年,《民法通则》第 121 条规定:“国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中,侵犯公民、法人的合法权益造成损害的,应当承担民事责任。”这一法律规定以民事责任的方式将宪法原则具体化,给受害人申请国家赔偿提供了明确的依据。1989 年《行政诉讼法》以专章对行政机关的“侵权赔偿责任”作了规定,将行政侵权赔偿责任与一般的民事侵权责任区别开来。此外,《治安管理处罚条例》等法律、法规对国家赔偿问题也有规定,但这些规定仍然很不统一,不便于操作。

《国家赔偿法》第 1 条开宗明义:“为保障公民、法人和其他组织享有依法取得国家赔偿的权利,促进国家机关依法行使职权,根据宪法,制定本法。”这只是关于国家赔偿立法目的的规定,它并没有具体说明为什么要制定《国家赔偿法》。国家赔偿是因国家机关侵犯公民、法人或者其他组织人身权、财产权而引起的法律责任,国家赔偿法属于侵权法的范畴,而侵权法历来是民事法律的重要内容。既然法治原则要求国家机关和公民一样遵守法律,对于国家侵权造成的损害同样应当承担赔偿责任,是否意味着国家赔偿可以适用民事侵权法上的规则?与此相联系的问题是,究竟有没有必要制定专门的国家赔偿法?在制定《国家赔偿法》的过程中以及该法颁行之后,学者们对国家赔偿的特性进行的分析,诸如侵权主体的特殊性、侵权行为的复杂性、责任主体的特殊性等因素,已充分说明国家赔偿应当适用特殊的归责原则和责任追究程序,制定单独的国家赔偿法是必要的。

三、国家赔偿法的渊源

法的渊源，即法的表现形式。国家赔偿法的渊源就是国家赔偿法的表现形式。国家赔偿本身的特点决定了我们不可能把涉及国家赔偿制度的所有规范都规定在同一部法典中。《国家赔偿法》只是狭义上的国家赔偿法，它规定的内容也不是处理国家赔偿争议所必须的所有规范。国家赔偿理论上研究的问题也不应局限于专门法的规定。这就出现了国家赔偿法的渊源问题。要全面了解和掌握我国的国家赔偿责任制度，首先也应当了解国家赔偿法的渊源。可以说，熟悉国家赔偿法的渊源，对于我们正确处理国家赔偿争议案件具有极为重要的意义。根据现行法律，我国国家赔偿法主要有以下几种表现形式：

1. 宪法

宪法是国家的根本大法，它具有最高的法律效力，是制定其他法律的基础。任何法律不得与宪法相冲突，与宪法相抵触的其他规范都应当被宣布为无效。我国 1982 年《宪法》第 41 条规定：“由于国家机关和国家机关工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。”这一宪法规定，成为后来制定《国家赔偿法》的立法依据。^①

2. 国家赔偿法典

现代国家大多制定了专门的法典来规范国家赔偿制度。我国于 1994 年 5 月 12 日由全国人大常委会通过了《国家赔偿法》。这是一部专门规定国家赔偿问题的法律，它详细地规定了国家赔偿的范围、国家赔偿法律关系主体、赔偿程序、赔偿方式和赔偿金计算标准等问题。但它不是规范国家赔偿行为的惟一法律。

3. 民法

^①胡康生：《关于〈国家赔偿法（草案）〉的说明》。

对于国家赔偿法与民法的关系，历来存有争议。

一种观点认为，国家赔偿法与民法是特别法与一般法的关系，民法对国家赔偿法起辅助作用。^①

另一种观点则认为，国家赔偿法是在借鉴民法原理的基础上发展起来的独立的法律部门，只是民法的某些原则适用于国家赔偿责任，二者不存在种属关系。正如肖峒先生所指出的，“如果我们深入地研究国家赔偿法，就会发现，渊源于民法的国家赔偿法却脱离了民法”。^②

尽管存在上述分歧，大家都认为，国家赔偿法律制度是随着社会的发展而逐步从民事侵权法律制度中独立出来的。而且大多数学者均认为，民法是国家赔偿法的渊源。^③

民法是国家赔偿法的渊源主要体现在以下几个方面：（1）国家赔偿法的原则基本上来源于民法。国家赔偿法上的有侵权必有救济、损益相抵等原则，都是民事侵权法的基本原则。（2）国家赔偿法所保护的权利从性质上讲属于民事权利，^④因此，在涉及国家赔偿对权利的保护时，“民法规定的赔偿概念和赔偿手段是国家赔偿法的渊源”。^⑤（3）《民法通则》第121条关于国家机关及其工作人员侵权责任的规定，在相当长的时期内成为处理国家侵权责

①房绍坤、丁乐超、苗生明：《国家赔偿法原理与实务》，北京大学出版社，1998年版，第17页。

②肖峒：《〈国家赔偿法〉的理论与实用指南》，中国民主法制出版社，1994年版，第38页。

③肖峒：《〈国家赔偿法〉的理论与实用指南》，中国民主法制出版社，1994年版，第36—37页。房绍坤、丁乐超、苗生明：《国家赔偿法原理与实务》，北京大学出版社，1998年版，第17—19页。

④马怀德：《国家赔偿法的理论与实务》，中国法制出版社，1994年版，第70页。马怀德教授认为，“全面保护民事权利需要国家赔偿法”，由此推断，国家赔偿法所保护的权利仍然属于民事权利。

⑤肖峒：《〈国家赔偿法〉的理论与实用指南》，中国民主法制出版社，1994年版，第37页。

任争议的重要依据。(4)除了《国家赔偿法》规定的国家赔偿责任外,有些性质上属于国家侵权责任的争议直接适用民法规范处理。胡康生在《关于〈国家赔偿法(草案)〉的说明》中指出:“关于邮电、医院等国有企业、事业单位,桥梁、道路等国有公共设施,因设置、管理欠缺发生的赔偿问题,不属违法行使职权的问题,不纳入国家赔偿的范围。受害人可以依照民法通则等有关规定,向负责管理的企业、事业单位请求赔偿。”其中列举的并非都不是国家侵权赔偿责任,而是这些侵权责任不适用《国家赔偿法》,而适用民法规范。

4. 诉讼法

诉讼法是规范审判权行使的程序法律规范。司法机关及其工作人员违反诉讼法,不仅会侵犯公民、法人的诉讼权利,而且会导致错案,以致侵犯公民、法人的实体权益。根据《国家赔偿法》,对任何一个诉讼法的违反都可能导致国家赔偿责任。因此,在处理司法机关及其工作人员职务侵权赔偿案件时,必然要涉及到司法机关及其工作人员是否违反了诉讼法规范。^①就行政赔偿而言,《行政诉讼法》是法院审理行政赔偿案件最主要的程序法规范,也是赔偿请求人提起行政赔偿诉讼的程序法上的依据。

5. 行政法

行政法是调整国家行政机关及其工作人员在行使行政职权过程中发生的各种社会关系的法律规范的总称。根据《国家赔偿法》所确定归责原则体系,行政赔偿责任主要根据违法标准归责。国家只对行政机关及其工作人员行使行政职权过程中的违法行为承担赔偿责任。实务中,要判断行政机关及其工作人员的行为是否构成违法,必须依据行政法规范加以判断。从这一意义上说,行

^① 有的国家直接在《刑事诉讼法》中规定冤狱赔偿问题,如意大利、法国、罗马尼亚、南斯拉夫等。

政法是处理国家赔偿争议的基本依据。此外，有的行政法律、法规中直接规定了国家的行政侵权赔偿责任。

6. 司法解释

司法解释是最高人民法院和最高人民检察院就有关法律适用问题所作的批复和其他规范性的解释，其授权法上的依据是全国人大常委会的特别授权。《国家赔偿法》施行以后，最高人民法院发布了一系列司法解释，以指导各级人民法院处理国家赔偿争议案件。最高人民检察院也发布了《人民检察院刑事赔偿工作办法（试行）》。这些司法解释作为一种依据立法机关授权所作的有权解释，对于处理国家赔偿案件的法院系统和检察院系统具有直接的指导作用，是国家赔偿法的重要渊源。

第二节 国家侵权的归责原则

一、国家侵权归责原则概述

归责是指行为人或物件所有人因其行为或物件致使他人损害的事实发生后，应依据何种根据使其负责。它是一个责任判断过程，其含义不同于国家侵权责任，后者是指国家机关及其工作人员行使职权的行为侵犯了公民、法人或者其他组织的合法权益而应依法承担的法律后果。责任是归责的结果，归责的目的在于为责任是否成立寻求根据，归责的标准是责任构成的最终要件，不符合归责标准的行为则不会产生责任。因此，归责并不必然导致责任的产生。

归责原则是归责的基本准则，是确定行为人的法律责任的根据和标准。归责原则不同于损害赔偿原则。后者是指在处理侵权损害赔偿纠纷、确定赔偿范围时所依据的准则。二者的主要区别体现在：首先，归责原则是解决责任问题的最终依据和根本要素，

归责原则不应从损害事实出发，而应从行为的某一要素出发；赔偿原则解决的是责任确定以后损害赔偿的依据问题。赔偿原则的着眼点在于损害事实，它受归责原则的制约，并且要求从客观事实出发来确定责任范围。其次，由于侵权行为责任不限于损害赔偿，故归责的确定不仅导致损害赔偿责任的成立，而且可适用其他责任形式；损害赔偿原则纯粹是指导确定赔偿范围的准则。最后，归责原则主要解决责任的承担问题；损害赔偿原则仅解决损害赔偿的范围问题。损害赔偿原则归根结底要受归责原则的制约和指导。^①

国家侵权的归责原则是确定国家机关及其工作人员职权行为侵权责任的根据和标准，是贯穿于整个国家侵权责任制度的指导思想，也是赔偿义务机关和法院处理国家侵权赔偿案件所应遵循的基本准则。

国家侵权行为形态具有多样化的特点，案情纷繁复杂。尽管法律主要采取列举的方式规定国家承担赔偿责任的范围，仍然有大量的案件很难直接援引现行法律的具体规定作出处理，因此需要借助于直接表现了国家侵权责任立法、政策和方针的抽象的归责原则来正确、及时地处理各种国家侵权赔偿争议。在国家侵权责任制度中，归责原则是解决国家侵权责任的核心问题，是整个国家侵权责任制度的基石。

与民事侵权行为相比，国家侵权行为的特殊性主要在于侵权主体的不同：一方面，国家侵权责任和民事侵权责任在很多方面具有共同性，在确定国家侵权的归责原则时，可以借鉴民事侵权法上的某些归责原则；另一方面，在国家侵权责任制度中，侵权行为人和受害人的法律地位不同，侵权行为人是行使国家权力的

^①王利明主编：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社，1993年版，第81—82页。

国家机关及其工作人员，受害人往往是作为行政管理相对人、诉讼当事人或者案外人的公民、法人或者其他组织。因此，国家侵权的归责原则应当充分体现国家侵权责任法的立法宗旨。

《国家赔偿法》是“为保障公民、法人和其他组织享有依法取得国家赔偿的权利，促进国家机关依法行使职权”（该法第1条）而制定的，因此，国家赔偿的归责原则应当能够最大限度地保障公民、法人和其他组织取得国家赔偿的权利。^①在国家赔偿立法的过程中，对归责原则问题一直存有争议。《国家赔偿法》颁布之后，大多数学者认为，我国国家赔偿立法采取了违法责任原则，^②把国家机关及其工作人员的职权行为违法作为最终归责要件和决定赔偿范围的标准。实际上，《国家赔偿法》主要采取列举的方式规定赔偿的范围，对应当由国家承担赔偿责任的侵权行为的各种形态全部列举出来。由于国家侵权形态的不同，法律对各种形态的侵权行为所采取的判断也是不同的。正是这些不同的归责标准，构成了国家赔偿的归责原则体系。

归责原则体系，是指各归责原则所组成的具有内在逻辑联系的系统结构。单一的归责原则难以解决复杂的侵权责任问题，由此必然导致归责的多元化。有的民法学者认为，多元归责体系是侵权法的发展趋势。

导致归责原则多元化的另一个原因是各个归责原则自身的局限性。在国家侵权责任中，无过错责任作为一项归责原则无法区分合法行为和违法行为，不利于体现国家侵权制度“促进国家机关依法行使职权”的功能，公平责任原则则会无限扩大责任范围。

①立法过程中还注意区分了国家机关及其工作人员的合法行为与违法行为。

②也有学者认为《国家赔偿法》采取过错责任原则，如《法学研究》1996年第三期刊登周汉华《论国家赔偿的过错责任原则》一文；有的学者则认为《国家赔偿法》采无过错责任原则，如张新宝著《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社，1995年版，第288—291页。

因此,《国家赔偿法》没有采取单一的归责标准,而是确立了违法责任、严格责任和过错责任所组成的归责原则体系。在整个归责原则体系中,就某一项归责原则来说,其适用范围具有明确的限定性。但是,各项归责原则相互作用和补充,它们所组成的体系具有普遍适用的价值。在这个归责原则体系中,违法责任是适用于国家侵权责任的一般归责原则,严格责任适用于根据违法责任难以归责的特殊情形,过错责任主要适用于至今仍然适用《民法通则》的公共营造物致害责任和追偿责任。

二、违法责任原则

在各国国家赔偿制度的形成和发展过程中,都曾不同程度地借鉴过民事侵权损害赔偿的理论成果,如有的国家沿用了民事责任的“过错原则”与“无过错原则”。但是,国家侵权赔偿制度是在民事侵权损害赔偿制度之外独立发展起来的,有其自身的特性:民事赔偿解决的是平等主体间的权利义务关系问题,应遵循民法的一般原则;而国家侵权责任要解决的是行使国家权力的国家机关及其工作人员因行使职权的行为造成被管理者权益损害时产生的权利义务关系问题。在前一种法律关系中,双方当事人都是为自身的利益而行为;在后一种法律关系中,作为当事人的国家机关是为公共利益而管理国家事务,行使国家权力。另外,国家侵权的责任主体是国家,赔偿义务机关是国家机关,而国家机关的职权行为往往以集体行为的形式表现出来,责任难以确定,要在每一国家侵权案件中确定国家机关及其工作人员的主观过错很困难,这就不利于受害人行使求偿权。国家侵权责任法律关系的特殊性决定了它不可能照搬民法上的归责原则,尤其是过错责任原则。

在我国,《国家赔偿法》颁布以前,没有建立起完备的国家侵权责任制度。但是,关于国家侵权责任的实践自共和国建立以来

从未间断过，只是过去不注意区分赔偿和补偿。在过去的实践中，只要是国家机关给公民造成的损害，不问是合法行为造成的还是非法行为造成的，统统由具有管理社会福利职能的民政部门负责解决，没有形成较为科学的赔偿与补偿制度。对于哪些损害应该赔偿，哪些不该赔偿，都没有明确具体的规定，常常造成该赔的不赔，不该赔的倒是赔了，引起公众的不满。我国的国情要求，在国家侵权责任制度中要注意分清合法行为与违法行为，区分赔偿与补偿。为此，《国家赔偿法》第 2 条规定：“国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。”据此，理论界和实务部门一般认为，国家赔偿法将违法责任原则作为国家赔偿的归责原则。^①

根据一般法理，在违法责任原则下国家赔偿责任的构成应当具备以下要件：

1. 受害人因国家机关及其工作人员行使职权的行为遭受损害

这里的“国家机关”既可以是国家行政机关、国家司法机关，也可以是受上述机关委托行使其职权的企事业单位、社会团体；这里的“国家工作人员”既包括上述国家机关中在编的工作人员，也包括受上述机关委托从事公务的人员。

2. 损害事实

受害人所受损害必须是实际存在的直接损失，既可以是物质利益的丧失，也可以是精神上的损害。目前世界上大多数国家在立法上以补偿性赔偿为主，很少有惩罚性赔偿的规定。因此，具有损害事实是构成国家侵权责任的必要条件。

^① 例如，金俊银：《国家赔偿法的意义、归责原则及构成要件》，载于《人民司法》1994 年第 8 期。

3. 损害事实与国家机关及其工作人员行使职权的行为之间有因果关系

损害事实是结果，行使职权的行为是原因，在通常情况下，一个损害事实的产生可能包括多个原因。从法律的观点而言，不是所有的原因都处于同等地位。法律上讲的原因是结果推出的直接原因，没有这一原因则不会出现这一结果，这一原因对结果的发生具有必然性的作用。因此，国家只对那些对损害事实发生有必然性作用的职权行为承担责任。由于受害人或第三人的原因造成的损害，不引起国家侵权责任。

4. 国家机关及其工作人员行使职权的行为违法

国家机关及其工作人员的合法行为即使给公民、法人和其他组织造成损害也不构成侵权，不存在承担侵权责任的问题。根据违法责任原则，对于国家机关的合法行为造成的损害，受害人只能请求补偿。只有国家机关及其工作人员违法行使职权的行为造成的损害，受害人才可以请求国家赔偿。因此，在违法责任原则之下，国家机关及其工作人员行使职权的行为违法是国家侵权责任的构成要件之一。

从违法责任原则下国家承担侵权责任的第三个要件看，又出现了国家侵权责任的第二个层次的构成要件，即国家机关及其工作人员行使职权的行为违法的构成要件问题。一般法理认为，违法是有社会危害性的、有过错的不合法行为。其特征是：社会危害性、有过错性和不合法性。构成违法所包括的法律事实有：（1）违法客体。（2）违法的客观方面。（3）违法主体。（4）违法的主观方面，即过错。

过错表现了行为人对其行为（作为、不作为）的思想态度和心理状态。因此，一般认为，仅有客观上的损害，而无主观过错，不是违法，没有过错的有社会危害性的行为不能成为法律制裁的对象。法律对行为人主观上的过错持否定态度，主要是由于这种

主观过错是其危害社会的行为的直接的主观原因。国家机关的大部分不合法行为（除滥用权力和失职外）往往是出于良好动机而实施的。即使是良好动机驱使下的行为，只要有过错的，都难以排除其不合法性。可见，根据一般法理，主观过错是违法的构成要件。在违法责任原则下，既然违法是国家侵权责任的构成要件，主观过错就成为国家侵权责任的第二层次的构成要件。如果把它和第一层次的要件同等看待，违法和过错就同时成为国家侵权责任的构成要件，这就成了过错违法责任原则。可是，如果不承认过错在违法责任原则中的必要性，从法理上讲不通，也无法区分违法责任原则和过错责任原则，以至无法区分国家赔偿责任与国家补偿责任，有悖于我国国家赔偿立法的本意。既然用传统的违法概念来解释违法责任原则行不通，我们不得不重新界定“违法”和“违法责任原则”。

一般法理上的“违法”理论，主要是针对在国家中处于被管理者地位的主体的行为提出的。若把这一理论用于衡量行使国家权力的国家机关的行为，其局限性就暴露出来了。国家机关及其工作人员的违法有其特殊的表现形态，因此在具体判断上应采取不同于公民、法人和其他组织违法的标准。

我国 1982 年《宪法》第 5 条规定：“一切国家机关……都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。”“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”这是对国家机关依法行使职权原则的规定。这一原则要求：任何国家机关及其工作人员必须依法行使职权；其行使职权的行为要有法律依据。在判断国家机关及其工作人员的行为的合法性时，有一个不言而喻的前提：国家机关及其工作人员熟知法律并能正确执法。这样，国家机关及其工作人员实施的任何一种不合法的行为都是有过错的，行为不合法本身就包含了一定程度的过错。国家机关及其工作人员的过错对于证明其行为违法就失去了意义。因此，当

我们把违法行为看作对行为人的外部行为在法律上的客观判断，即行为所表现于外部的事实与法律规定相抵触时，违法的定义应当是：行为人不符合法律的有社会危害性的行为。

国家机关及其工作人员代表国家行使权力，其权力受到法治原则的限制，而且其职权同时表现为职责，不履行职责即构成失职。因此，国家机关及其工作人员的违法包括国家机关及其工作人员行使职权的行为违反法律规定、没有法律依据以及不履行法定职责。这是广义上的违法。狭义的违法仅指上述第一种情况。在这里，我们是把法律作为一个整体来看待的，而不是局限于个别法律条文。从《国家赔偿法》的立法精神及具体规定来看，对该法第 2 条中的“违法”也应作广义的理解。

在国家侵权责任制度中，违法本身就包含了过错，过错本身也包含着违法，可以说，二者是相互包容的，违法责任原则和过错责任原则的区别在于它们所要求的不同的判断标准。前者采取客观标准，而后者则要求采取主观的判断标准。为了保证以过错责任归责时归责过程的正当性，有的学者提出了客观过错理论，尽管这种理论所要求的过错责任和违法责任原则具有共同之处，但其出发点仍然是从行为中去发现行为人的主观过错。

违法责任原则不同于过错推定责任。过错推定责任仍然以过错责任为基础，以主观标准为根据，仍然以过错为构成要件，而违法责任以客观标准为根据，仅要求判断行为的合法性。

基于以上分析，我们可以对违法责任原则进行这样的界定：国家机关及其工作人员的不合法的职权行为侵犯公民、法人和其他组织合法权益造成的损害，国家应当承担侵权责任。在这一原则下，国家机关及其工作人员职权行为的不合法性是国家侵权责任构成中首要的和最终的要件。国家机关能够排除其不合法性或根据一般常识能排除其不合法性的行为，不构成国家侵权责任。相反，如果国家机关及其工作人员不能证明其职权行为的合法性而

根据一般常识又不能排除其不合法性，国家机关就要承担行为不合法的法律后果，应认定其行为违法。

当然，违法责任原则并不是《国家赔偿法》的首创，也不仅仅适用于国家赔偿领域。它是整个国家侵权法上最重要的归责原则，适用于国家权力所涉及的众多领域，例如《行政诉讼法》规定，法院的生效裁判违反法律、法规规定的，应当再审。

法律原则不仅仅是以文字表述的形式，更主要是通过举证责任等一系列具体规定表现出来的要求和规则。违法责任原则与过错责任原则采取不同的判断标准。违法责任原则以行为的不合法性为标准，而过错责任原则要求以有无过错为标准，前者重在考察行为的外部特征，后者重在考察行为人对其行为后果的心理状态。在国家侵权责任中，违法责任原则不把行为主体的主观过错作为侵权责任的要件，解决了国家机关及其工作人员的过错难以认定时的国家侵权责任问题。这就是促使立法者取“违法责任原则”而放弃“过错责任原则”的最初原因。

实务中，追究法律责任的依据是法律对各种违法形态的法律责任的规定，而国家侵权责任正是法律责任的一种。理论界尤其是行政法学界对国家机关及其工作人员违法形态的研究成果对国家侵权责任中采取违法责任原则起到了基础作用。国家机关的职责在于依法处理社会事务，其职权由法律来规定，并且应当依法行使。根据实务与理论归纳，国家机关及其工作人员行使职权行为违法大致包括以下几种情况：

第一，不履行法定职责，包括由法律原则直接引申出来的职责。理由是，既然国家机关可以依据法律原则给公民、法人和其他组织创设权利义务，它自身也就有义务按照法律原则行事。任何违背法律原则的行为，都是违法行为。例如，法院将符合起诉条件的起诉人拒之门外，公安机关对处于危险状态的人拒绝予以人身保护。不履行职责，不是指国家机关什么也没做，而是放弃