

国家赔偿法的理论与实务

马怀德 著

中国法制出版社

(京)新登字 059 号

责任编辑:祝立明

封面设计:龚景秋

G01367/5
12

国家赔偿法的理论与实务

GUOJIA PEICHANGFA DE LILUN YU SHIWU

著者/马怀德

经销/新华书店

印刷/水利电力出版社印刷厂

开本/850×1168毫米 印张/9.125 字数 215 千

版次/1994 年 10 月北京第 1 版 1994 年 10 月北京第 1 次印刷

印数/3001—6000

中国法制出版社出版

书号 ISBN7—80083—172—8/D·163

(北京西城太平桥大街 4 号 邮政编码:100810) 定价:9.60 元

序

十年时间,怀德从学士、硕士到获得博士学位,寒窗苦修,一直在学业上拼搏奋进。我目睹他的成长,深感辛勤与成功之间的必然联系。他和他的同辈人一样,生活在一个美好的能充分施展才能的时代。但是,要在一个学科里取得显著的进展,还有赖于个人的发奋努力和正确的研究方法。怀德在学业上是刻苦的。治学态度严谨,思想敏锐,方法正确。他的成就是必然的结果。法学界一代新秀正在脱颖而出。怀德无疑是其中的佼佼者之一。

国家赔偿法是法学中的一个新领域。几十年来各国赔偿实践的发展超过理论的阐述。现在能看到的有关著述,或则借鉴民法理论,或则解释法律条款,还不能说已经形成国家赔偿法学的理论体系。由此给各国赔偿制度带来某些混乱也是必然的。实际上国家赔偿法虽然与民事、刑事和行政法律有众多联系,却确有其自身的特殊规律,应该形成为一门独立的法学学科。怀德的著作在这方面作了大胆而有益的探索。从国家赔偿法的理论基础、归责原则到具体的时效等问题,旁征博引,作了相当细致的考察,有许多独到的创见。至少,他已为国家赔偿法学的建立作了一个良好的开端!

怀德的这本著作,是在我国研究和起草国家赔偿立法过程中逐步形成的。他的一切立论都是立法实践的需要,都是为立法实践服务的。同时,从一定意义上说,本书广泛吸收了参与国家赔偿立法研究的所有同事们的思想和成果,因而他的这本著作反映了当

前这一领域研究的热点和成就,这也是一切与实践紧密结合的著作的共同特点。实践需要理论,实践激发理论的升华。怀德走的是一条正确的路。

中国的法学正在走向一个灿烂的时代。一切勤奋研究、深入实践、大胆探索的人,都一定会取得可喜的成就。衷心祝愿怀德以及一切有志于中国法学研究和繁荣的年青学者们,都能无负于这宝贵的机遇,无愧于这伟大的时代!

应松年

1994年4月于北京

目 录

第一编 绪论	1
第一章 国家赔偿责任	1
第一节 国家赔偿责任的产生	1
第二节 国家赔偿责任的特点	4
第三节 国家赔偿责任的性质	10
第二章 国家赔偿责任的基础理论	21
第一节 国家主权豁免理论与国家赔偿	21
第二节 国家赔偿责任的理论根据	32
第三节 国家赔偿与国家补偿责任	38
第三章 国家赔偿法	49
第一节 国家赔偿法的立法模式	49
第二节 国家赔偿法的法律地位和性质	58
第三节 国家赔偿法的渊源和构成	67
第四节 国家赔偿法的功能	76
第二编 行政赔偿责任及程序	81
第四章 行政赔偿责任的构成特征	81
第一节 行政侵权的主体特征	81
第二节 行政侵权的行为特征一	89
第三节 行政侵权的行为特征二	95
第四节 行政侵权的结果特征.....	104
第五节 行政侵权赔偿责任的法律特征.....	112

第五章 行政赔偿请求人和义务机关·····	115
第一节 行政赔偿请求人·····	115
第二节 赔偿义务机关·····	118
第三节 追偿·····	126
第六章 行政赔偿的范围·····	135
第一节 国家负责赔偿的行政侵权行为范围·····	135
第二节 国家负责赔偿的行政侵权损害范围·····	152
第七章 行政赔偿程序·····	159
第一节 行政赔偿义务机关先行处理程序·····	159
第二节 行政赔偿诉讼程序·····	169
第三编 司法赔偿责任及程序·····	185
第八章 司法赔偿概述·····	185
第一节 司法赔偿的涵义·····	186
第二节 司法赔偿的归责原则·····	192
第三节 司法赔偿的立法·····	199
第九章 司法赔偿的范围·····	206
第一节 刑事诉讼损害赔偿·····	206
第二节 民事、行政诉讼损害赔偿·····	222
第三节 司法人员的侵权损害赔偿·····	228
第十章 司法赔偿程序·····	234
第一节 司法赔偿的请求程序·····	234
第二节 司法赔偿义务机关和追偿权·····	239
第三节 司法赔偿的复议程序·····	245
第四编 国家赔偿实务·····	251
第十一章 国家赔偿的方式标准及费用·····	251
第一节 国家赔偿的方式·····	251
第二节 国家赔偿的计算标准·····	254

第三节	国家赔偿费用·····	262
第十二章	国家赔偿法的适用原则·····	266
第一节	国家赔偿法中的对等原则·····	266
第二节	请求国家赔偿不收取费用原则·····	267
第三节	赔偿金不征税原则·····	267
第四节	适用法律·····	268
附:中华人民共和国国家赔偿法	·····	269
参考书目	·····	279
后记	·····	283

第一编 绪 论

第一章 国家赔偿责任

第一节 国家赔偿责任的产生

一、国家侵权现象

外国一位思想家曾说过：“如果人是天使，也就不需要政府了，如果让天使来统治人，也就无须对政府采取内外部的控制。在组织一个人统治人的政府时，最大的困难在于使政府能管好被统治者的同时还要使政府管理自身。”^①正因为国家是由人创造并管理的，所以人本身具有的弱点不可避免地反映在国家管理中，可以说，国家犯错误是一种必然现象。正如美国学者舒克曾说的一样，导致国家犯错误的公务员个人弱点：理解错误、能力所限、动机不

^① A · Hamilton or J · Madison:《The Federalist No. 51, at 337》Yale University Press 1983 Modern Library ed 1937.

当、疏忽大意。^①事实上,从国家制定法律、政策,到公务员行使具体权力,每一环节都可能因个人的弱点发生错误,其损害范围和后果可能要远远大于个人侵权产生的后果。如警察使用过度强制力逮捕嫌疑犯或搜查住宅;儿童因国家强制性卫生计划而遭受伤害;司法人员滥用职权而使无辜公民身陷囹圄;国家监狱管理不善而导致犯人出逃伤人;国家兴建高速公路而使周围居民遭受环境污染等。事实证明,尽管国家是人类按照最美好的愿望设计创造的“庇护神”。但是,当国家本身具有的强制性和行使国家权力的个人的弱点结合在一起时,就难以避免各类侵权及不幸的发生,这是国家侵权现象产生的根源所在。

遗憾的是,在人类历史的很长一段时间里,国家被蒙上一层神秘的面纱,人们不愿承认国家侵权的事实,更无勇气指出国家承担责任的必要。曾盛行于欧洲大陆的“主权命令说”赤裸裸地认为:国家是至高无上的,政府执行国家的法律也是至高无上的。^②在这些人看来,主权与法律是两个不相容的观念,即使要以个人权利对主权加以限制也必须依靠法律,而法律又是主权者自己的意思表示,是国家制定的,所以不可能出现主权国家违反自己意志的事实,当然也不存在国家负责的问题了。直到1907年,美国联邦大法官霍姆斯还振振有词地说:“主权豁免,并不是依据什么正式的观念和绝对的理论,而是逻辑和实践的必然结论:不可能存在一种依靠主权制定的法律成立而又与主权相对抗的法律权利”。^③由于受主权豁免原则的影响,不仅国家的行为享受豁免,公务员个人的侵权行为也长期受到豁免。在他们看来,国家与人民的关系是权力服

① Peter H. Schuck:《Suing Government, Citizen Remedies for official wrongs》。

② 转引自刘清波:《冤狱赔偿法》,第22页,台湾商务印书馆1974年版。

③ Harper and James: The law of Torts (Boston 1956 Kawanankoa V. Polyblank, 205 U. S. 349, 353(1907))。

从关系,国家为统治者,人民为被统治者,统治者与被统治者之间,不存在任何赔偿问题,即使执行国家职务的公务员因故意和过失有不法侵害人民权利的行为,公务员立于国家机关地位之故。不适用侵权行为的规定而承担任何损害赔偿之责。即使后来有些国家对公务员行为及责任作了区分,但仍然主张国家不承担任何赔偿责任。“倘若此种行为是依照法律的,无论对于国家或公务员,都不发生责任问题。倘若此行为与法律相反,国家亦不负责,……假使法律没有施行或被人违反了,这不是主权国家的意志,而为公务人员自己的意志,那么只有公务人员个人负其责任。”^①

二、国家侵权责任

“有侵权,必有责任”,这是民事侵权法长期以来遵循的一条原则。早在罗马时期,民事侵权行为法就已初具规模了,后来经过大陆法系学者及实践的不断完善,至18世纪,已成为法律体系的最重要分支之一。17世纪时,自然法学家就提出:每一个人对他的过错所造成的损害必须负责。资产阶级革命后,随着工商业急剧发展和新型侵权的出现,民事侵权法再度受到人们重视。形成了形式众多的侵权责任,如雇佣人责任、法人责任、连带责任、辅助责任及无过错责任。可以说这些新型的责任形式孕育了早期的国家赔偿模式。以德国为例,民法中关于雇佣人责任和法人团体责任成为后来国家赔偿责任的依据,1900年德国《民法》第31条规定:社会团体对于理事会或理事会之一分子,或依规定的其他合法委托之代理人,于行使其权限范围内的事务时,由于应负损害赔偿义务的行为,加害于第三人时,应负其责任。”第89条规定,“第31条规定,于国库……准用之”。瑞士、英国、美国的赔偿立法也多少借鉴或适用了民事侵权赔偿的某些责任形式。

^① [法]狄骥:《公法的变迁》,第217页,徐砥平译,商务印书馆1934年版。

然而,国家侵权与民事侵权毕竟有着较大差别。世界上还没有哪个国家的政府像普通公民一样对其侵权行为承担责任。^①特别在国家自由裁量权急剧膨胀的 20 世纪,国家侵权形式的多样性与承担责任的消极性决定了普通民法侵权责任在孕育国家赔偿责任的同时,也阻碍了赔偿制度的发展。这种阻力来自传统民法理论与日新月异的国家赔偿实践之间的矛盾。如民事赔偿的归责原则以过错原则为主,而确定国家侵权责任则更多需要从国家行为的合法性考虑;再如民事赔偿并无最高数额限制,而国家赔偿往往要考虑国家负担能力,因而有最高额限制。此外在举证责任、程序规范等方面,传统民事侵权理论也不再适用于国家赔偿实践了。有人甚至认为,若将一系列民事侵权赔偿原则照搬到国家侵权行为中去,则可能出现影响政府公务效率,分化公务员与政府关系,扰乱司法程序等现象。^②由此观之,国家侵权赔偿责任是从民事侵权责任中分化出来的特殊法律责任,它是以国家侵权为基础,以有限的国家主权豁免为例外的一种法人责任或雇主责任。

第二节 国家赔偿责任的特点

现代国家的法律在对待国家和个人时,态度是不一样的。尤其在涉及个人责任和~~国家~~国家责任时,没有一个国家把政府完全视为个人来看待。尽管美国《联邦侵权赔偿法》第 2674 条规定:“美国联邦政府,依据本法关于侵权行为求偿之规定,应于同等方式与限度内,与私人一样地负民事责任。”但仍留了个尾巴,“其责任不及于

① John Bell Anthony · W · Bradley: Governmental liability: A Comparative Study, UKNCCL 1991.

② "International Encyclopedia of comparative Law, Volume XI, Torts (1983) · chapter 4. chapter 6. (以下称《国际比较法百科全书》第 11 卷,第 4 章,第 6 章)

判决前之利息和惩戒性之赔偿金。”特别在第 2680 条中,竟规定了 14 项例外条款,表现国家只负有限侵权责任的鲜明态度。英国《王权诉讼法》也规定了国家不承担赔偿责任的例外情形,如军事行为、邮政传递及司法职能等。在这两个国家,政府对自由裁量行为为不负赔偿责任,即使自由裁量权被滥用,也是这样。^①就连国家赔偿制度最为开明的法国,行政法院也通过判例创设了一些赔偿的例外,如因国家对批准条约等政府行为致害不负赔偿责任,对立法行为造成的损害也不承担赔偿责任。另外,从请求获得国家赔偿的程序和范围看,受害人比一般民事赔偿受到更多的限制。

为什么国家只承担有限赔偿责任?其原因十分复杂,我们将在第二章详细论述。概括起来,有二条。第一,传统上的主权豁免原则至今还影响着人们的观点和立法者的意识;第二,国家之所以不能像普通个人一样承担侵权赔偿责任是因为,它被假定为公众利益而非个人利益存在。绝大多数政府活动都将不可避免地对有些个人和团体发生不利影响,但由于它是为社会利益而服务的。因此,不能过分地限制和妨碍它。

国家赔偿责任与一般民事责任不同之处在于:它是一种双重责任,一方面,它是国家作为主权者承担的责任,另一方面,它像一般的民事损害导致的赔偿一样,是一种损害赔偿。前者导致了它与多年来形成的民事侵权责任是完全背离的,而后一种特性导致它更接近于私法解决办法。具体而言,国家赔偿责任有如下特征。

一、国家赔偿责任的主体

国家赔偿以“国家”为责任主体,这一点不仅是与一般民事赔偿的重要区别,也是国家赔偿制度的政治意义所在。无论是在普通

^① 周汉华、何峻:《外国国家赔偿制度比较》,第 44 页,警官教育出版社 1992 年版。

法系国家还是在大陆法系国家,国家赔偿制度的建立,都不同程度地抛弃了“主权豁免”原则和公务免责,“国王不能为非”等封建传统,将国家民主制度大大推进了一步。一度无所顾忌,不受任何约束的国家开始像个人一样承担一定范围内的法律责任,其深远的政治意义是不可低估的。国家作为责任主体不仅标志着侵权责任的民主化进程,而且也因此减少了公务员个人承担责任的顾虑,提高了国家机关执行公务的效率。

国家为赔偿责任主体意味着凡因国家机关或公务员违法执行公务遭受损害的个人或因公有设施致害的个人均有权向国家提出赔偿要求,即使是与国家公务关系有外在联系的公务员以个人身份或目的实施的行为,国家也有义务向受害属实的公民个人或法人支付赔偿金。尽管世界许多国家对公务员、国家机关的范围理解不很一致,有的甚至规定了公务员在特定情况下负个人责任,但都不影响这条原则的普遍效力。

国家作为赔偿责任主体并不排斥公共团体的赔偿责任。现代国家为了管理的便利,通常赋予公共团体一些管理职责。公共团体包括地方自治团体,其他公法人及营造物法人。^①它们的存在与实现国家目的,有着十分密切的关系,这些团体的职员执行职务违法侵犯公民权益的,一般由公共团体负责赔偿,由于费用来源不一,有些国家立法中将国家与公共团体并列规定,但实质上,多指同一性质的赔偿责任。

国家作为赔偿责任主体同样也不排除公务员依照民法承担的

① 地方自治团体,日本系指一地方的人民基于国家赋予的自治权,以办理地方事务为目的,而组织的有权体,通常包括省、市、县、乡、镇等。

其他公法人指是有法定资格的组成人员所构成的公法上的社团法人,如工会、农会、商会。

公共营造物法人,即公营事业,系指供一定行政作用所使用,具有法人资格之物及人的设备综合体。如国有企业、海港、学校、邮政电讯、铁路、自来水、电力、医院等。引自曹竞辉《国家赔偿法之理论及实务》第24页。

个人侵权责任和依以特别权力关系承担的赔偿责任。虽然国家责任与个人责任的界限十分模糊,但在大陆法系和普通法系,都将国家责任独立出来,使之与公务员个人责任有所区分。从国家赔偿制度的历史看,公务员个人责任与国家责任是现出相互消长的波动规律,即在国家责任建立之前乃至建立之初,都是以个人责任为主国家责任为辅的,均受民法约束调整。后来出现根据雇主与雇员负连带责任的理论确定的国家与公务员连带责任也大多服从民法规定。随着国家赔偿责任的全面确立,公务员个人责任已逐步为国家赔偿责任所取代。国家依据独立于民法的国家赔偿法开始独立承担法律责任。

国家虽为责任主体,但不参与具体赔偿事务,该事务由特定的赔偿义务机关负责。国家责任主体与赔偿义务机关是两个概念。国家只是作为名义上的赔偿责任主体而出现的,说它是责任主体,无非说明赔偿是以国家名义进行的,赔偿费由国库支付而已。至于承担赔偿责任参与赔偿程序,进行赔偿诉讼的赔偿义务人则多指实施侵权行为的公务员所在的机关,遇有公有公共设施致害赔偿,则由负有管理义务者为赔偿义务机关。确定赔偿义务机关,主要是为方便原告提起赔偿请求,不至于投诉无门。在英国,由于国家豁免传统的影响,国王虽为责任主体,便不做为诉讼被告。在国家赔偿诉讼中实行指定名义被告的办法,反映在《王权诉讼法》中,赔偿诉讼针对政府各部提起。如果不能确定有关部时,则针对总检察长提起诉讼。

二、国家赔偿责任的范围

民事侵权赔偿责任遵循“平等有偿”,“有损害即有补偿”弥补因侵权造成“损失”的原则,这些原则决定了民事赔偿的范围是不受特殊限制的。无论是身体自由侵权还是财产侵权、无论是何人实施的侵害都严格遵循赔偿实际损失与可得利益原则。然而,国家赔

偿责任却有其特殊性,在赔偿责任的范围上受到诸多的限制。

限制国家责任的理由很多,第一,传统的“国家豁免理论”排除了为数众多的国家侵权行为为所应承担的责任。该理论主张,政府为公益而存在,没有个人的目的,而是公众的福祉,即使造成了损害,也应由受害人作出特别牺牲,国家无需赔偿;第二,许多豁免于国家赔偿的行为是对普通公众采取的,而不针对特定人,受害人因此无权请求赔偿;第三,若允许公民对国家划定的豁免行为起诉,必将影响国家管理的效率和公务人员的工作热情;第四,国家有限的财力不允许完全采用民事赔偿原则处理国家赔偿事务;第五,对个人权益的法律保护是多方面的,遭受国家侵权的人可能通过其他途径获得补偿,此种情形下,国家不必承担赔偿责任。

国家豁免的领域主要包括:第一,因立法行为造成的损害只有在很少情况下由国家承担赔偿责任。在极少数国家,只有特定的个人或团体受到影响,国家才对立法承担赔偿责任,如法国,法国承担此种责任的依据是公务负担平等原则,而德国则是根据补偿与征收的理论确定国家赔偿责任。第二,因司法行为造成损害,各国承担的赔偿责任十分有限。在大部分英美法系国家,国家不予赔偿,在法国等少数国家,国家只承担小范围的责任,对最高法院不能提出这种控告。奥地利虽承担司法侵权赔偿责任,但最高法院行为除外。第三,国家统治行为始终无法进入国家赔偿范围。对诸如国防、军事、外交等行为造成损害,国家一般不承担任何责任,当然统治行为的范围随着各国司法实践及判例解释正趋于缩小,而且对统治行为划分也不断详细。其目的是扩大国家赔偿责任的范围。第四,对自由裁量行为,国家不予赔偿,在美国,即使滥用自由裁量权,国家亦不负赔偿责任。《联邦侵权法》第 2680 条第 1 和第 8 项即是明证。第五,对警察侵权行为,许多国家只在很小程度上负赔偿责任,其根据是警察行为的目的是维持整个社会的安全,由此而

生的侵权行为后果应由社会分担。第六,国家对侵犯个人自由和尊严的行为一般不承担赔偿责任,如奥地利《国家赔偿法》就体现了这一点。即便赔偿,也有最高额的限制。如美国。第七,国家对经济利益尤其是可预期利益的赔偿也十分有限,特别对侵犯营业权,违法拒发执照等行为造成的损失不予赔偿,对间接损失也很少赔偿。这些都是与民事侵权赔偿责任有严格区别之处。

三、国家赔偿责任的程序

鉴于国家赔偿责任本身的特殊性,各国立法对实现赔偿责任的程序也作了特殊规定,概括起来有五个方面:第一,国家承担赔偿责任实行短时效制度。与一般民事侵权时效相比,国家赔偿多实行短时效,就赔偿请求而言,自知悉损害之日起,奥地利为3年,德国为5个月,美国6个月,从损害发生时起算,分别为10、30、2年,追偿时效更短,奥地利为6个月。第二,国家赔偿一般要求“穷尽行政救济”手段,这在奥地利、美国、韩国、日本的国家赔偿法中有明确规定。其意义在于督促赔偿义务机关尽快解决赔偿争议,防止案件过分集中于法院。赔偿义务机关先行处理是赔偿诉讼开始的前提。第三,国家赔偿诉讼的管辖依各国司法体制和诉讼标的的变化。如在意大利、德国、比利时,国家赔偿诉讼由普通法院管辖,但涉及法律行为造成的损害,先由国家委员会(行政机关)裁决,然后由普通法院裁定赔偿额,法国国家赔偿案件由特殊的行政法院受理。在普通法国家,赔偿案件一律由普通法院管辖,不仅可以审查其合法性,而且可确定赔偿额。第四,国家赔偿程序中,证明责任一般由原告承担,但不必指认具体实施侵权行为的公务员。实践中承认“无名过错”。有些情况下,实行国家机关的过错推定制或举证责任转换,初步证明责任等制度。以保障举证能力受限制的原告一方。第五,国家赔偿责任不能强制实现。这在英、法、美、西班牙等国均如此,如加拿大法院就国家赔偿责任作出判决无强制执行力,仅仅是

劝说国家支付赔偿金,而且除宣告令外,阻止令、强制令都不得采用。

第三节 国家赔偿责任的性质

国家赔偿责任的性质是指国家赔偿与其他形式的赔偿责任相区别的根本特性。由于侵权行为的实施主体与责任主体往往不一致,而且国家与机关公务人员的联系程度有所区别,加之各国立法及判例制度的差异,学者们对各国国家赔偿责任性质的认识大相径庭。有的认为国家赔偿责任是国家自己直接责任,有的则认为是国家代替公务员承担的间接责任,还有人折衷两种意见,认为国家一般情况下承担直接责任,只有在公务员出现重大过失或故意情况下才承担代位责任。此外还有合并责任说,中间责任等论点。各种见解虽然有较大分歧,但主要争论的焦点,不外乎自己责任和代位责任说。

一、代位责任说

代位责任实际上是从民法上“雇用人责任”而来的。英、美、法称之为“Vicarious liability。”民法理论认为,雇用人就其受雇人因执行职务所加于他人的损害,应负赔偿责任。受雇人何以对自己执行职务中的侵权行为不承担责任而要由雇用人承担呢?通常理由是:“纯从理论言,损害的发生,系基于受雇人的行为,则被害人只能对受雇人请求赔偿,惟受雇人资力通常较为薄弱,向其请求,恐将有名无实。再者,雇用人因雇用他人扩张其活动,其责任范围亦应随之而扩大。基此理由,现代国家莫不规定雇用人就其受雇人,因执行职务所加于他人的损害,应负赔偿责任。”^①就他人行为负

^① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》,第1册,第1页。