

刘静仑 著

比较国家赔偿法

比较国家赔偿法

出版社

比较国家赔偿法

刘静仑 著

群众出版社

2001年·北京

图书在版编目(CIP)数据

比较国家赔偿法/刘静仑著. —北京:群众出版社,
2002. 1

ISBN 7-5014-2631-7

I. 比… II. 刘… III. 国家赔偿法—对比研究—
世界 IV. D912. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 091004 号

比较国家赔偿法

刘静仑 著

群众出版社出版、发行 新华书店经销

北京市白河印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 10.25 印张 226 千字

2001 年 12 月第 1 版 2001 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 7-5014-2631-7/D·1243 定价:18.00 元

印数:0001—5000 册

导 论

比较法首先是一种法学研究方法，其次才是一门法学学科。本书导论部分的目的在于介绍比较法研究的目的、比较法的方法论以及据此方法构建的本书的体系结构。

一、比较法的目的

正如哲学家阿·迈纳所指出的那样，方法在很大程度上是由目的和前提来决定的，所谓方法，就是在给定的前提下为达到一定目的而采取的行动、手段或方式。^① 因此，探讨比较法的方法论必须首先明确比较法研究的目的，这是一个根本性的问题。

概括起来，比较法研究的目的可以分为理论目的与实践目的。比较法研究的理论目的就是为了丰富本国的法学理论。法律自身的性质决定了它的国家性；法学以法律为研究对象，却不应只有国家性，而应兼具世界性、普遍性。通常所讲的法学都是指法律解释学。法学以法律解释学为其主要

^① [德] 阿·迈纳：《方法论导论》，5~7页。

内容是必然的，这是由法律实践的国家性所决定的。但是，如果法学仅限于法律解释学，那么，法律解释学自身的功能和方法就决定了它的创造性的不足，尤其是在创制新法、改进旧法、填补本国法律漏洞以及制定和修改国际法律规范等方面明显的力不从心，无法发挥法学对实践的理论指导作用，而这刚好是比较法的创造性所在。比较法研究可以为我们提供针对某类法律问题的“解决办法的仓库”，同时可以使我们发现本国法的优点和缺陷，有助于打破那种不加反省的民族偏见和国家主义观念，最终有利于本国法学和法律的进步。这是仅仅局限于本国的法律观念、原则和规则开展研究的法律解释学所不具备的益处。比较法研究丰富了本国的法学理论。

理论和实践总是紧密联系的。比较法研究的理论目的最终都服从和服务于它的实践目的。比较法研究的实践目的主要包括三方面：一是利用比较法研究所获得的成果来完善本国立法。任何一个国家的法制都不是十全十美的，总是存在这样或那样的缺陷或不足。这种缺陷或不足往往表现为本国现行法不能完全满足社会生活的需要，改进这种缺陷或不足可以采取总结自身经验的方式来进行。这是一种传统的方法。但在日益开放的世界社会里，无视其他国家的已有经验和教训，继续采取这种方法就显得不合时宜，也不明智。并且，这种保守方法有一个最大的弊端：社会必须为此付出高昂的代价，发展中国家藉此进行法律改革还将丧失宝贵的发展时机。相比之下，利用比较法的方法来完善本国立法，却是一种较好的方式。比较立法有两种具体方式：首先，直接移植外国法。移植外国法不应全盘照搬，而应针对本国的国

情作适当修改，然后予以引进。其次，采纳通过比较研究所获得的解决同类问题的最佳模式或办法。这种方式比直接移植某一外国法要复杂的多，因为它不是直接利用比较法所提供的现成的“解决办法的仓库”，而是需要综合比较许多国家的法律，然后构想出针对同类问题在本国的最佳解决模式或办法。二是在司法实践中利用比较法来填补本国法律漏洞和作出一般的法律解释。随着制定法完美自足性的教条被打破，法官造法在所难免，法律的比较解释是其中较为有效的方式之一。这种做法在各国司法实践中已被广泛作用。三是利用比较法来制定国际法律规范，促进国际交往与合作。随着世界经济一体化的程度日益加深，基于各国文化传统而产生的各自法律制度构成了国家间顺利交往、合作的障碍，甚至是风险。虽然许多国家通过比较立法使各国法律在某些方面具有相同性，但只要各国固守自己的国家主权，国际交往中的法律障碍就不可避免。同时，在某些方面，如环境、贸易、知识产权等方面，即使各国进行比较立法，也不能根本解决问题。制定国际统一实体法是消除各国间的法律障碍和解决某些全球性问题的一种有效的途径。为此，就必须进行各国法律的比较研究，寻求能为各国共同接受的法律概念、原则和规则。

二、比较法的方法论

任何一种专门的方法论都是以普通方法论为前提的，尽管不是同等地以其所有部分为前提。一个专门的方法论总是包括一般方法论的绝大部分，同时包括自己独有的方法。因

此，比较法的方法包括一般方法论和比较法的独有方法。

一般方法论的内容包括定义、区别、划分及关于论证的学说。比较法研究必然要运用这些一般方法，但一般方法论在形式逻辑或普通方法论中已有详细阐述，^① 这里不作赘述，本文仅研究比较法的独有方法——比较方法。所谓比较，是指将两种或多种抽象理解的内容联系起来，以确定它们的同一、相同、相似或不同。^② 比较法学运用的具体比较方法主要包括：

（一）宏观比较和微观比较

宏观比较是指对不同法系之间或不同国家的法律制度之间所作的整体性比较，微观比较是指对不同国家之间制定的法律制度的比较。前者如大陆法系和英美法系的比较、德国法和法国法的比较，后者如中日合同法的比较。

宏观比较和微观比较并不是孤立进行的，二者间有密切的联系：宏观比较是微观比较的基础；微观比较为宏观比较提供丰富的材料，也是宏观比较的深化。

（二）纵向比较和横向比较

纵向比较是指对不同历史时期的法律制度进行比较，又称历史比较。纵向比较的目的在于探究有关法律制度产生、发展的规律。横向比较是指对同一历史时期不同国家或地区的法律制度进行比较，其目的在于探究不同国家法律制度的异同点。

（三）描述性比较和分析性比较

① 参见金岳霖主编：《形式逻辑》；〔德〕阿·迈纳：《方法论导论》。

② 〔德〕阿·迈纳：《方法论导论》，146页。

描述性比较即“报告式”比较，是指对不同国家的法律制度进行客观的描述，不作评价，其目的在于取得有关外国法的信息。分析性比较即“批判式”比较，是指通过对不同国家的法律制度进行比较分析，对有关的法律制度作出评价和批判。对多个外国法平行地进行描述只是机械地堆积材料，不是真正的比较。所以，描述性比较不能称得上是一种真正的比较方法，它只是分析性比较的准备。只有分析性比较才能称得上是真正意义上的比较。

（四）规范比较和功能比较

规范比较是指对法律结构基本相同的不同国家的有关法律文件的比较。功能比较是指以不同国家存在相同或类似的法律问题为出发点，对不同国家关于该问题的解决办法加以比较。前者以规范作为出发点，后者以问题作为出发点，但二者并非完全对立的关系。功能比较找到相同或类似的法律问题后，同样要进行规范比较。

以上只是比较法常用的几种具体方法。这些方法发挥作用，实现比较法的目的还必须通过一个具体的比较过程。那么，这一比较过程应以哪一种方法为主导呢？法律只是解决问题的手段和方法，只有那些解决相同问题的法律才是可比较的，并且只有这样的比较才是有意义的。因此，功能比较方法应是比较法研究的主导性方法，它是全部比较法的方法论的基础，其他方法学的规则——比较对象的选择、探讨范围的确定和比较体系的构成以及描述性比较、分析性比较等方法的选择和运用都以此作为出发点。功能比较突破了规范比较对象范围的限定，在大陆法和普通法、资本主义法和社会主义法之间架起了桥梁，甚至可以把完全异质的伊斯兰法

和印度法纳入比较法的框架。自德国法学家茨威格特和克茨确立功能比较的方法以来，它已成为“给现代比较法带来决定性发展的理论”。^①但是功能比较方法并不是万能的，它也有自身的局限性：在那些处于不同的社会发展阶段或由于自然的、经济的等方面的原因而不具有相同的法律问题的国家之间，功能比较是无法进行的。描述性比较、分析性比较、规范比较等其他方法在一定范围和一定程度上都有其价值，它们和功能比较相辅相成，共同服务于比较法研究的理论目的和实践目的。

比较法的方法论除了具体的比较方法之外，还包括比较研究的过程。过程是对功能原则和比较方法的动态的综合运用。对法律比较研究的具体过程，我国学者也曾有过探讨，^②但失之简略且非以功能比较作为出发点。我们认为，以功能比较作为出发点，比较法研究应依下列顺序进行：第一，确定待研究的法律问题。比较法上研究问题的提出最为关键，问题的恰当提出直接影响到比较研究的效果。问题来自于从事法律比较研究的人员对本国法律具有批判性的通盘认识及经常研习外国法律。第二，选择进行比较的法律秩序。世界上每个国家都有自己的法律秩序，我们不可能对所有国家的法律秩序都进行比较，因此，我们必须要对进行比较的法律秩序有所选择，加以限定。在进行法律的宏观比较中，往往以母法秩序进行比较。如大陆法系和普通法法系的比较，分别选择德国法、法国法和英国法、美国法作为比较

① [日]大木雅夫：《比较法》，86页。

② 沈宗灵：《比较法总论》，5页。

的对象。在进行法律的微观比较中，则不一定局限于母法秩序或属于同一法系的法律制度，尤其是在具体法律制度的比较中，只要比较对象各自具有一定的特点和代表性就可做比较。第三，收集外国法和本国法的有关资料，包括立法文件、司法判例和法学学说等，并尽可能地丰富、全面。这一步是在做外国法研究。通过对外国法法渊的掌握，运用外国法的概念来获得对外国法的本来面目的理解与认识。外国法研究不同于本国法研究，所以，一般不能用本国法的概念、原则和规则来解释外国法，否则会误解外国法。外国法研究也不是比较法研究，它只是进行法律比较研究的一个准备性阶段。需要指出的是，我国有学者往往以“比较研究”为名研究外国法，采取的研究方法是分别就各个国家的法律制度进行描述，却不做任何真正意义上的“比较”。第四，建立一个比较研究的宽松体系。比较法学者如果从本国的法律概念出发进行比较，则往往无法顺利进行比较或难以获得有益的结论。他们必须超越本国法的精神和概念，建立一些宽泛的大概念，然后才能对同质的或异质的法律制度进行比较。如“法系”这一概念，就是在对历史传统有显著差别的法律制度进行世界范围内的宏观比较时提出的，在比较法研究中具有非常重要的作用。第五，比较不同国家的法律对同一法律问题的不同解决办法，分析它们之间的异同点，探究导致它们之间异同点的原因，并且作出批判性评价。这一步骤是比较过程的核心。前四个步骤都是作准备，只有这一步骤才是真正进行比较，它的关键是最后须做出批判性评价。所谓批判性评价，是指从法律政策的观点出发，对各国法律所提供的解决办法作出评判，确定何种解决办法最符合目的、最

适宜问题的解决。不进行批判性评价，就只是积累了成堆的材料而无法进一步加以利用，比较法的作用和目的也就无从发挥和实现。第六，如果可能和必要的话，提出改进本国法的建议、立法方案，或作出关于本国法的比较法解释，或提出能为各国共同接受的国际统一法方案等，从而实现比较法的实践目的。

三、本书的体系结构

本书除导论外，分为三编，共十一章。第一编，基本原理；第二编，实体比较；第三编，程序比较。

第一编 讨论了国家赔偿法的基本原理，内容包括国家赔偿法概述、国家赔偿法的演进、国家赔偿法的基础、国家赔偿责任和公务员的个人责任。第一章至第五章为第一编。

第一章讨论了国家赔偿法的概念、法渊、性质和适用对象。

第二章首先讨论了国家赔偿法演进的一般规律，然后分别介绍了西方国家、俄罗斯等东欧国家、中国国家赔偿法的演进过程。

第三章分别讨论了外国和中国国家赔偿法产生的理论基础和社会经济基础，重点探讨了中国国家赔偿法的理论基础。

第四章探讨了国家赔偿责任的概念、特征、意义、性质、归责原则及构成要件，重点探讨了国家赔偿责任的归责原则。

第五章分别讨论了公务员对受害人的赔偿责任和公务员

对国家的返还责任，对具有重要特点的法国公务员的赔偿责任作了专节评述。

第二编 对各国国家赔偿法的实体内容作了比较研究，内容包括：国家赔偿的范围；国家赔偿关系的主体；国家赔偿的方式、标准与费用。第六章至第八章为第二编。

第六章首先讨论了国家赔偿范围的概念、制约因素、立法例，然后就行为意义上的国家赔偿范围，分别讨论了外国国家赔偿的范围和中国国家赔偿的范围。

第七章讨论了国家赔偿关系中的请求权人和被请求权人。

第八章讨论了国家赔偿的方式、标准（即结果意义上的国家赔偿范围）及费用。

第三编 对各国的国家赔偿程序作了比较研究，内容包括外国国家赔偿的程序、中国国家赔偿的程序和国家赔偿的法律适用。第九章至第十一章为第三编。

第九章首先分别讨论了英美国家的国家赔偿程序和大陆国家的国家赔偿程序，然后对各国的国家赔偿程序作了比较分析，概括了各国国家赔偿程序的共同点。

第十章首先讨论了中国国家赔偿的行政赔偿程序和司法赔偿程序，然后对现行的国家赔偿程序进行了检讨和重构。

第十一章首先讨论了国家赔偿法律适用的概念、规则，其次分别就外国国家赔偿的法律适用和中国国家赔偿的法律适用作了介绍，最后探讨了国家赔偿法的适用范围。

除正文之外，在比较研究的基础上，针对中国现行国家赔偿法存在的问题，本书提出了修改稿，作为附录三附于书后。

序

在以往“君权神圣”的时代，国家有时迫于外部的强权要对其国际不法行为引起的损害承担国家赔偿责任，在国内法上国家具有最高的统治权，不对任何因立法、行政或司法引起的损害承担赔偿责任。但自 19 世纪末 20 世纪初以来，尤其是第二次世界大战之后，世界各国对社会经济生活由消极的维持秩序政策转为积极的干预政策，国家所代表的集团利益和公共利益与公民、法人的私人利益越来越频繁地发生冲突。在强大的国家面前，公民、法人往往成为受害者。加之有两次世界大战的惨痛教训，迫使西方国家开始检讨自己的人权和法治观念及其相应的法律制度。国家不负赔偿责任的观念开始动摇并逐渐被摒弃，以法国、德国、英国、美国等为代表的西方资本主义国家先后制定了本国的国家赔偿法。尤其需要指出的是，世界各国多首先在其宪法中放弃主权绝对观念、承认国家赔偿责任，然后才制定专门的国家赔偿法典，或在单行法中列专条规定国家赔偿责任，或适用其民法典中有关侵权责任的规定。这方面以 1919 年的德国魏玛宪法为最早，该宪法第 131 条第一次规定了国家赔偿责

任。据不完全统计,目前世界上已有 30 多个国家的宪法规定了国家赔偿责任。我国 1954 年宪法第 97 条首次以宪法的形式规定了国家赔偿责任,现行 1982 年宪法第 41 条第 3 款继承了这一规定。1994 年 5 月 12 日第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议还专门通过了《中华人民共和国国家赔偿法》。

法学研究中研究对象的确定是首要的工作,对同一个研究对象可以采用多种研究方法,常见的研究方法有解释学的方法、历史学的方法、社会学的方法、比较法的方法、价值论方法、经济学方法等。每一种研究方法都通过某种研究视角,而得到相应的结论。本书作者选取国家赔偿问题作为研究对象,这是一个很有价值的问题。在广泛收集国内外有关国家赔偿问题的法律文件和理论学说的基础上,作者选择了比较研究的方法,构建了一个比较完善的体系结构,探讨了国家赔偿法的基本原理、实体内容和赔偿程序。在比较研究的基础上,作者探讨了中国国家赔偿法在理论基础、归责原则、赔偿范围、赔偿程序等方面存在的一系列问题;还对中国国家赔偿法尝试进行了重构,提出了中国《国家赔偿法》的修改意见。这是一个可喜的尝试和努力。不可否认,作者在研究方法的运用上还是初步尝试,某些结论也只是作者个人的意见,但作者这种善于对学术问题进行探索和研究的精神,还是值得嘉许的。中国《国家赔偿法》的理论与实践,现在都值得深入地加以研究。

本书作者是一位勤奋好学的年轻人,大学毕业后长期从事法学教育与研究工作,目前正在攻读中国社会科学院研究生院的宪法学与行政法学专业的硕士学位。这是作者

奉献给读者的第一部宪法学专题研究著作。恭贺之余，特为序。

陈云生
二〇〇一年五月二十日

（陈云生，中国社会科学院法学研究所研究员、教授、博士生导师）

目 录

序	陈云生 (1)
导 论	(1)
一、比较法的目的	(1)
二、比较法的方法论	(3)
三、本书的体系结构	(8)

第一编 基本原理

第一章 国家赔偿法概述	(1)
第一节 国家赔偿法的概念与立法例	(1)
第二节 国家赔偿法的法渊	(5)
第三节 国家赔偿法的性质	(10)
第四节 国家赔偿法的适用对象	(21)
第二章 国家赔偿法的演进	(43)
第一节 国家赔偿法演进的一般规律	(43)
第二节 西方国家国家赔偿法的演进	(51)
第三节 俄罗斯等国家国家赔偿法的演进	(68)
第四节 中国国家赔偿法的演进	(77)
第三章 国家赔偿法的理论基础与社会经济基础	(82)
第一节 外国国家赔偿法	(82)

• 第二节 中国国家赔偿法	(93)
第四章 国家赔偿责任	(99)
第一节 国家赔偿责任概述	(99)
第二节 国家赔偿责任的性质	(105)
第三节 国家赔偿责任的归责原则	(113)
第四节 国家赔偿责任的构成要件	(127)
第五章 公务员的个人责任	(132)
第一节 公务员对受害人的赔偿责任	(132)
第二节 公务员对国家的返还责任	(136)
第三节 法国公务员的赔偿责任	(140)

第二编 实体比较

第六章 国家赔偿的范围	(147)
第一节 国家赔偿范围概述	(147)
第二节 外国国家赔偿的范围	(151)
第三节 中国国家赔偿的范围	(167)
第七章 国家赔偿关系的主体	(192)
第一节 请求权人	(192)
第二节 被请求人	(196)
第八章 国家赔偿的方式、标准与费用	(201)
第一节 国家赔偿的方式	(201)
第二节 国家赔偿的标准	(206)
第三节 国家赔偿的费用	(218)