



国家赔偿法学

The State Compensation Law

主 编 陈 红

副主编 张艺耀 徐风烈



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

国家赔偿法学

主 编 陈 红

副主编 张艺耀 徐风烈

撰稿人（按章节先后顺序）

余 军 徐风烈 杜仪方 陈雅丽 李春燕

张艺耀 史全增 石东坡 吕 鑫 张友连

Compensation Law

图书在版编目(CIP)数据

国家赔偿法学/陈红主编. —厦门:厦门大学出版社, 2015. 12

ISBN 978-7-5615-5851-5

I. ①国… II. ①陈… III. ①国家赔偿法-法的理论-中国 IV. ①D922.111

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 298400 号

出 版 人 蒋东明

责任编辑 甘世恒

封面设计 李夏凌

电脑制作 张雨秋

责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181253(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmupress@126.com

印 刷 厦门市金凯龙印刷有限公司印刷

开本 720mm×970mm 1/16

印张 18.5

插页 2

字数 324 千字

版次 2015 年 12 月第 1 版

印次 2015 年 12 月第 1 次印刷

定价 46.00 元

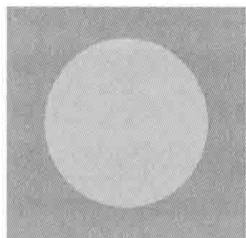
本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码



前 言

本书为浙江省高校重点建设教材,全面、系统、深入地阐述了国家赔偿法的基本理论和基本知识,主要包括:国家赔偿的一般原理,国家赔偿的定位,行政赔偿责任的构成要件,司法赔偿责任的构成要件,国家赔偿的主体,国家赔偿的范围,国家赔偿的程序,国家赔偿的方式、标准及费用以及域外国家赔偿制度的相关理论和知识。本书主要以我国国家赔偿法治实践和国家赔偿法学说为基本研究素材,同时也吸收、借鉴了国外,特别是西方发达国家的国家赔偿法治实践和国家赔偿法学研究的大量成果。

本书由陈红主编,张艺耀、徐风烈为副主编,全书撰写分工如下:

余军:第一讲;

徐风烈:第二讲;

杜仪方:第三讲;

陈雅丽:第四讲;

李春燕:第五讲;

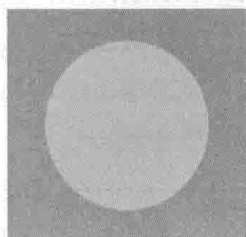
张艺耀:第六讲;

史全增、石东坡:第七讲;

吕鑫:第八讲;

张友连:第九讲。

全书由张艺耀、杜仪方参与审稿,最后由陈红统稿、定稿。在本书的写作过程中,得到了学界同仁的大力支持,在此表示衷心的感谢。



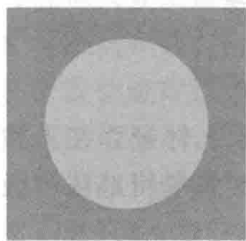
目 录

第一讲 国家赔偿概述	1
一、导言与案例	1
二、国家赔偿的理论基础	4
三、国家赔偿的制度变迁	14
第二讲 国家赔偿的定位	26
一、导言与案例	26
二、国家责任的多种形态	29
三、国家赔偿的界限	36
四、国家赔偿的性质	39
第三讲 行政赔偿责任的构成要件	49
一、导言与案例	49
二、行政违法的规范含义	52
三、行政赔偿责任中的行政违法	56
四、客观违法性	59
五、主观有责性	66
六、因果关系	69
七、行为主体及其责任能力	74
第四讲 司法赔偿责任的构成要件	76
一、导言与案例	76
二、司法赔偿责任的归责原则与构成要件	78

三、本书观点	81
四、司法赔偿责任的主体要件	83
五、司法赔偿责任的行為要件	85
六、司法赔偿责任的结果要件	98
七、司法赔偿责任的因果关系要件	99
第五讲 域外国家赔偿制度	102
一、导言与案例	102
二、英国的国家赔偿制度	103
三、美国的国家赔偿制度	114
四、法国的国家赔偿制度	120
五、德国的国家赔偿制度	132
六、日本的国家赔偿制度	140
第六讲 赔偿主体	153
一、导言与案例	153
二、赔偿主体概述	154
三、国家赔偿侵权主体	156
四、国家赔偿义务主体	164
五、我国的国家赔偿主体	168
第七讲 国家赔偿的范围	181
一、导言与案例	181
二、国家赔偿范围的确定依据	183
三、国家赔偿的免责范围	200
四、赔偿范围中的理论困境	208
第八讲 国家赔偿程序	215
一、导言与案例	215
二、行政赔偿程序	218
三、司法赔偿程序	234

第九讲 国家赔偿的方式、标准与费用	246
一、导言与案例	246
二、国家赔偿方式	249
三、国家赔偿的计算标准	254
四、国家赔偿的费用	269
五、国家赔偿的时效	272
附录 《中华人民共和国国家赔偿法》修正前后对照表	277

第一讲



国家赔偿概述

一、导言与案例

本讲旨在介绍国家赔偿的理论基础和制度,在回顾域外和我国国家赔偿理论的发展和制度变迁的同时,使读者对于国家赔偿制度有一个初步的直观认识。我国法制意义上的国家赔偿制度源自 1994 年《中华人民共和国国家赔偿法》(以下简称《国家赔偿法》)。虽然颁布至今才短短二十几载,但是在一些广为世人关注的案件当中,我们却能够不断看到国家赔偿法的身影。

2003 年发生在广州的孙志刚事件让媒体和学界在反思收容遣送制度的同时,也使国家赔偿的理念开始在民众中得以传播和普及。

【孙志刚案】

2003 年 3 月 17 日,湖北大学生孙志刚因无暂住证,被广州黄村街派出所错误收容并送至广州市民政局收容遣送中转站。2003 年 3 月 19 日晚因孙志刚大声叫喊求助,引起乔燕琴(救治站护工)的不满。乔燕琴便与吕二鹏、乔志军、胡金艳(均为救治站护工)将孙志刚从 201 室调到 206 室,并授意该室内的李海婴等 8 人(均为被收治人员)殴打孙志刚。2003 年 3 月 20 日李海婴等 8 人对孙志刚轮番殴打,致孙昏迷后经抢救无效死亡。2003 年 4 月 25 日《南方都市报》发表《被收容者孙志刚之死》。2003 年 4 月至 6 月,孙志刚的悲剧引起强烈反响,民众呼吁严惩凶手。最终,在《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》

废止的同时,无辜冤死在广州市收容所的孙志刚的家人获得了国家赔偿。^①

2005年曝光的湖北荆门的畚祥林案件真正使国家赔偿制度成为公众热议的中心。

【畚祥林案】

1994年1月2日,畚妻张在玉因患精神病走失,张的家人怀疑张在玉被丈夫杀害。同年4月28日,畚祥林因涉嫌杀人被批捕,后被原荆州地区中级人民法院一审判处死刑,剥夺政治权利终身。后因行政区划变更,畚祥林一案移送京山县公安局,经京山县人民法院和荆门市中级人民法院审理,1998年9月22日,畚祥林被判处15年有期徒刑。2005年3月28日,畚妻张在玉突然从山东回到京山。4月13日,京山县人民法院经重新开庭审理,宣判畚祥林无罪。2005年9月2日,畚祥林领取70余万元国家赔偿,该案在学界和公众中引起了有关国家赔偿的大讨论。^②

而2010年轰动全国的赵作海案以及2012年浙江杭州的张氏叔侄冤案,尽管公众关注的焦点在于案件所涉及的刑讯逼供、非法取证等非法行为,但案件处理结果亦必然与国家赔偿制度诸多环节发生关联,从而使得中国当下的国家赔偿制度获得了更为广泛的关注。

【赵作海案】

1999年赵作海因同村赵振响失踪后发现一具无头尸体而被拘留,2002年商丘市中级人民法院以故意杀人罪判处赵作海死刑,缓刑2年。2010年4月30日,“被害人”赵振响回到村中,2010年5月9日,河南省高级人民法院召开新闻发布会,认定赵作海故意杀人案系一起错案,宣告赵作海无罪,启动责任追究机制。赵作海听闻无罪判决后失声痛哭,并于2010年5月11日向商丘市中级人民法院请求120万元国家赔偿。^③

① 参见新浪新闻:<http://news.sina.com.cn/o/2006-12-19/081710807981s.shtml>, 下载日期:2010年6月28日。

② 参加百度百科:http://baike.baidu.com/view/163011.htm?fr=ala0_1_1, 下载日期:2010年6月28日。

③ 参见百度百科:http://baike.baidu.com/view/3591182.htm?fr=ala0_1_1, 下载日期:2010年6月28日。

【张辉、张高平案】

2003年5月18日晚,张辉、张高平驾驶货车送货去上海,17岁的同乡王冬经他人介绍搭乘车辆去往杭州。“二张”将王冬搭载到杭州后与其分手,随后驾驶货车前往上海。第二天早上,王冬的尸体在杭州一处下水道里被发现。在公安侦查审讯中,以聂海芬为首的杭州市警方办案人员在没有物证和目击证人的情况下,通过“突审”张氏叔侄,获得了该案“无懈可击”的“铁证”。“二张”交代,当晚在货车驾驶座上对王冬实施强奸致死,并在路边抛尸。就是这所谓的“突审”,被张辉、张高平一致认为是刑讯逼供,屈打成招。

二审后,张辉被判处死缓,张高平被判处15年有期徒刑。此后10年“二张”在监狱里不断喊冤,并反映该案办理过程中存在着不规范、不合法问题。其家人以及律师亦为之四处奔走。张高平还称,杭州另一起杀人强奸案中的凶手勾海峰系此案嫌疑人,而这可能的真凶,早已在2005年就被枪决。

2012年2月27日,浙江省高级人民法院对该案立案复查。2013年3月26日,浙江省高级人民法院依法对张辉、张高平强奸案再审公开宣判,认定原判定罪、适用法律错误,宣告张辉、张高平无罪。至此,两人被错误羁押已近10年。

2013年5月2日,张辉、张高平分别以再审改判无罪为由向浙江省高级人民法院申请国家赔偿,两人共申请国家赔偿金266万元。其中,限制人身自由赔偿金120万元,精神损害抚慰金120万元,律师费10万元,低价转让的解放牌大卡车赔偿15万元,扣押的两部三星牌手机赔偿1万元。浙江省高级人民法院同日立案。案件审查期间,张辉、张高平分别要求增加限制人身自由赔偿金5万元、精神损害抚慰金5万元,并增加3万元的医疗费赔偿请求。

浙江省高级人民法院听取了张辉、张高平的意见,依法进行审查后认为,张辉、张高平自2003年5月23日被刑事拘留,至2013年3月26日经再审改判无罪释放,共被限制人身自由3596日。根据《中华人民共和国国家赔偿法》第33条“侵犯公民人身自由的,每日赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算”之规定,决定分别支付张辉、张高平侵犯人身自由权赔偿金65.57306万元。同时,根据《中华人民共和国国家赔偿法》第35条的规定,综合考虑张辉、张高平被错误定罪量刑、刑罚执行和工作生活受到的影响等具体情况,决定分别支付精神损害抚慰金45万元。至于赔偿请求人张辉、张高平提出的律师费、医疗费、车辆转卖差价损失等其他赔偿请求,依法均不属于浙江省高级人民法院国家赔偿范围。2013年5月17日,浙江省高级人民法院对张辉、张高平再审改判无罪作出国家赔偿决定,分别支付张辉、张高平国家赔偿金

110.57306万元,共计221.14612万元人民币。

【问题意识与解决路径】

从上述案例中我们可以直观感受到国家赔偿制度已经在当下中国的社会生活与法律体系中发挥着举足轻重的作用。任何一个法律制度的确立和有效运行,首先要解决的是正当性问题。作为现代法律体系中的重要组成部分,国家赔偿制度的正当性问题必须在国家与社会、权力与权利、公益与私益等维度下予以解答,这就构成了国家赔偿制度理论基础的关注命题;同时,对于当下国家赔偿制度的解读与把握,必须从发生学的视角对其发展、流变的脉络进行梳理,因为国家赔偿的观念和制度并非一蹴而成,其经历了漫长的发展与变迁,其中伴随着社会观念和法制理念的变化和发展。本讲以下部分拟对国家赔偿制度的前提性问题,即国家赔偿理论基础的演进和制度变迁进行梳理和展开。

二、国家赔偿的理论基础

(一)国家赔偿理论基础的学说

国家赔偿的理论基础,涉及国家为什么要对其行为承担赔偿责任的问题,其理论依据是什么,也即究竟国家基于何种原因要对其行为所造成的损害承担赔偿责任。综括国家赔偿之理论基础,其明显源自于对一般私人人身与财产权的尊重和保障这一观念。尽管近代以来,法理上已确认国家为促进公共利益等必要,可对私人权利利益(主要指财产权)加以限制、使用及处分,私人有服从的理由与义务。但是,对私人权利利益因国家、公益而蒙受损失的,尤其是因国家公权力的违法、过错行使而导致损害的,站在公平、正义的立场上,也应由国家予以赔偿。这可谓国家赔偿理论的立足点、大前提。具体来说,当

代有关国家赔偿的学说可以分为以下几种:^①

1. 恩惠说

恩惠说存在于国家赔偿制度的早期。它强调国家统治权与团体利益的优越性,主张绝对的国家权力及法律万能与公益至上。该学说原则上认为国家没有向私人提供赔偿的必要与义务,个人没有与国家相对抗的理由,甚至完全否认国家对私人有提供损害补偿之必要。但是为了体恤人民起见,国家对其侵害的个人权利给予补偿,这可以被认为是国家的一种恩惠。该学说将主权豁免理论引入国家与人民的关系领域,将国家赔偿视为国家对人民的额外恩惠,显然与当下人权保障、权利本位之基本观念不符,系近代早期的国家赔偿理论,现已经被理论界所淘汰。

2. 既得权说

既得权说也是早期的国家赔偿理论,该学说将国际私法上的既得权理论引入国家赔偿制度,将国家的既得权类推适用于人民依据宪法取得的既得权益,从而用于解释国家赔偿制度的正当性。国际私法上的既得权理论由英国国际私法学家艾伯特·维恩·戴西(Dicey, 1835—1922)在1896年出版的《法律冲突论》中提出,该书被认为提出了国际私法基本理论的六大原则,其中第一个原则就是保护既得权。其主要观点为:凡依有效法律取得的任何权利,英国应该予以承认与执行,而非有效取得的权利,英国法院不应承认与执行等等。尽管既得权说在国际私法学界颇受非议,但将此学说予以改进用于解释国家赔偿制度,则可以认为,人民既得权既系合法取得,自然应予以绝对保障。保障一般公民的生存权、财产权,是现代宪法确立的根本原则、民主国家的首要任务。纵然在因为公益或公务之必须而使得人民既得权益遭受侵害时,国家亦有责任惩罚侵权人并使得受害人获得相应的赔偿,否则,难以体现公正和维护保障人民的既得权利。

3. 公共负担说

这一学说来源于法国大革命前的公法理论。该学说认为,国家行为是为了公共利益而实施,其成本应由社会全体成员平均分担。因此,当国家行为给

^① 参见江必新:《国家赔偿法原理》,中国人民公安大学出版社1994年版。皮纯协、何寿生:《比较国家赔偿法》,中国法制出版社1999年版。高家伟:《国家赔偿法》,商务印书馆2004年版。杨小君:《国家赔偿法律问题研究》,北京大学出版社2005年版。董保城、湛中乐:《国家责任法》,台湾元照出版社2005年版。[日]南博方:《日本行政法》,杨建顺、周作彩等译,中国人民大学出版社1988年版。

公民、组织的合法权益造成损失时,实际上受害人的损失不应由受害人个人承担,而应当平等地分配于社会全体成员,其分配方式是国家以全体纳税人缴纳的金钱来补偿受害人所蒙受的损失,进而在全民和受害者之间重新恢复平衡机制。20世纪30年代以后,日本东京大学的田中二郎,将始创自西方的这一学说引进东瀛,并以此奠定了日本有关国家补(赔)偿法的基础。详言之,作为国家赔偿制度理论基础的公共负担学说可以在公共负担的正当化(财产权利的社会责任)、公共负担的正当限制(公共负担平等原则)与公共负担平等原则的具体化(特别财产限制的补偿)三个方面展开。^①

首先,在公共负担的正当化(财产权利的社会责任)方面,主要是对古典自然法视个人财产和契约自由为人之永恒不变自然权利观点的修正。古典自然法理论为了保证个人财产和契约自由的绝对地位,在民法领域形成所谓私权神圣和私权自治理念,在公法上则确立有限政府理论,将政府权力严格限制在特定范围之内,政府的职责更多地限于秩序的维持而禁止其介入私权自治领域。经历了后放任主义时期一系列社会问题的洗礼,人们开始反思古典立宪主义下的形式主义法治。在国家与私人财产权利问题上,德国首先在立法上进行了回应,《魏玛宪法》第153条规定:所有权受保障,其内容及其限度由法律规定,征收只有为公共需要并且有法律明确规定才能进行;除联邦法律有特别规定外,征收必须予以适当的补偿,有关征收的诉讼由普通法院管辖;所有权负有义务,其行使应当有益于公共利益。依循着这一思路,现代宪法在财产保障体系的设计上提出了所谓财产权利及其社会义务合为一体的新思路,突破了财产权利神圣而受绝对保护的自由主义权利观。这一思想成为一战后各国宪法理论的共识,最为典型的如《德国基本法》,其第14条规定了财产权利及其社会责任以及对财产占有的补偿,由此确立所谓社会法治国家原则。社会法治国家原则倡导民忠于国,而国恤于民的理念,其最核心的思想是国家福利。社会法治国家原则要求一方面确立国家保障制度;另一方面转变私有财产权利神圣不可侵犯的传统个人自由主义观,并形成私有财产行使上的“公共福利”优先性限制。公共负担在上述社会福利国家浪潮下实现了其外在正当化。这一理论为现代宪法体制下,国家基于公共利益对私人财产的征收征用提供了正当基础。

^① 以下内容主要参考了何渊、徐健:《公共负担平等原则的具体化——论特别财产限制的补偿》,载《唐都学刊》2006年第2期。

其次,公共负担的正当限制(公共负担平等原则)方面,主要是强调以宪法上平等权为基本要求,对于国家课以个人的公共负担进行限制。平等权成为公共负担的正当限制,表明了国家基于公共需要而对私有财产权利予以限制的一种积极态度,并且在意念上肯定了该种态度的正当与合法性。然而这种定性本身却是抽象的、概括的和模糊的。公共负担的本质在于私有财产权利的公共限制,因而对该种私产的“限制”是毋庸置疑的,同时也成为宪治社会的宪法中财产权利对公权侵害的必然约束。由于宪法财产权相较于民法财产权属于消极权利,因而不具有扩张性,似乎从这个意义上说宪法财产权的边界是稳定的。然而事实上该种稳定性仅仅表明国家权力与私有财产的关系即国家必须谨慎地针对宪法财产权予以限制,不得越雷池一步。但它并不表明该种关系的边界是明确的。福利国家下财产权的社会义务是上述限制的理论基础,而支撑该理论的核心是“公共需要”,因而财产权保障的关键在于约束公共机构在“公共需要”解释上的恣意。

由于“公共需要”本身在含义上具有或然性,故而为含义的解说设定系列制度和原则是必要的。从程序角度而言,主要是设立听证制度,广泛地听取人民的意见,以确定是否确为“公共需要”。而从实体角度看,更多的是在于借公法原则的把握来实现“公共需要”的定位,其中尤以平等原则最为重要。平等原则以社会正义的实现为其落脚点,强调公共负担的公平承受;公共负担贯彻平等原则体现了宪法平等权和财产权保障的基本精神。《独立宣言》首次以国家的名义确认了平等乃天赋之人权及自然法之本旨权利,认为“人人生而平等”是不言而喻的真理;法国《人权宣言》进一步提出“法律面前人人平等”,该原则为近代民主宪法所继承。从性质上说平等是一种法律权利,又是一项法律原则。这种平等性质定位的合理性在于:一是平等可以说是从宪法具体权利义务中抽象出来的精神,具有内容的根本性和效力的贯彻始终性,在这个意义上,平等主要针对的是国家权力的行使,即无论是立法、执法还是司法,平等是一项指导性原则,须以之为准则,违反该原则的行为可能受到宪法上的质疑;二是平等也可以说是一项形式权利(或者说权利形式),有别于具体权利。平等本身并不创造权利,而是各项具体权利在个人平等享有上的保障措施,必须以可以参照的权利载体的存在为前提。相对于平等的原则范畴定位于宪法对国家权力的约束机制,平等的权利范畴在于“授予”个人以权利来约束国家权力的恣意。因为平等权的产生源于人人都享有因其本质所决定的权利,并且这种权利应当是等同的;立法者不能制定损害人与人之间平等的法律,因为这样的法律必然损害某些人的自然权利。从上述性质分析可以看出:平等无

论是原则还是权利,它的本质都在于确认平等是一项权利保障形式,而非权利本身,并且作为宪法上的原则或权利,该种保障指向的是国家权力的恣意可能对个人权利的侵害。对这一核心问题的理解有助于廓清在公共负担平等认识上的偏差,明确该原则的指向及本质。

在一定意义上说,公共负担平等是宪法平等原则和宪法财产权利的有机结合,宪法平等的本质不在于个人与个人之间的关系的界定,而在于国家对于个人的平等对待。宪法财产权与私法财产权是有本质上的区别的。宪法财产权是一项消极的人权,一方面,表明了其主要功能在于防范国家权力对其的侵犯;另一方面,也表明了宪法财产权是一种与人身紧密关联的资格,属于人权范畴,而私法财产权具有物的属性,在学理上可以称之为物权。因此,如果就私法财产权而言,个人财产权的平等是无法实现的,因为该权利的基础是财产的占有,占有数量上的多寡是衡量财产权利的标准,法律所能提供的仅仅是财产占有上的机会平等,然而宪法财产权却具有权利上的平等性。这是因为:首先,宪法财产权具有人格属性,而人格在文明社会是人人平等的,或许无产者的私法财产权可能很少甚至是零,但是宪法并不会放弃对无产者财产的未来取得的财产权利保障;其次,宪法财产权是消极的权利,即它是一种防御权,即排除国家妨碍或侵害的权利,因而可以对国家提出平等对待的要求。从上述分析来看,公共负担平等是宪法财产权的内在含义。基于财产被限制主体的区别,公共负担平等通过税务平等和特别财产限制的补偿来具体实现。税务平等表明社会成员在普遍性财产限制上的平等性,即按照法定的税率和征收对象承受财产上的负担;而特别财产限制的补偿,则是以部分社会成员承担了额外公共负担为前提,通过以公共资金进行补偿,实现负担上的平等。

最后,在公共负担平等原则的具体化(特别财产限制的补偿)方面,该原则主要强调国家对于公民特别财产限制的补偿,以区别于赋税这类普遍性的财产限制。特别财产限制是相对于普遍财产限制而言的。如果说普遍财产限制在对象上具有普遍性,比如税收,那么特别财产限制就是针对社会个别成员所施加的对其财产的限制。财产的普遍限制根植于国家权力产生的本源,因而该种财产限制对于社会而言已经具有国家原初权力的神圣性,并且具备了其存在的社会心理基础。事实上,从赋税的基础来看,它与民主权力的结合已然形成了其存在合理的理由。因为历史表明对国家权力的约束是以财产权的国家在先为基础的,以民主形式对国家权力进行控制的议会形式首先事实上是一个纳税人会议。在英国 15 世纪之前批准纳税几乎是议会唯一和最重要的

职能,即赋税这种对于私有财产的限制和剥夺已经不能被看作是针对个人拥有其财产自由的一种消极行为,而应当是作为私人财产权对国家权力的一种积极的约束。这也回答了一个疑问:为什么高扬私有财产神圣的自由主义国家对赋税的态度会是如此的宽容。而特别财产限制却恰恰相反。如果说普遍财产限制孕育了民主权利,那么在某种意义上说特别财产限制可能会成为民主的牺牲品。因为人是理性的,而这种理性更多地表现为一种利己心。议会就是一群利己主义者的利益争夺舞台,而且从公共决策与选择角度说仍然存在“搭便车”者,因而在结果上可能形成“多数人的暴政”。这也是法治国家多从宪法层面对特殊财产限制进行控制的原因所在。

特别财产限制从理论上说可以分为:其一,对私有财产的剥夺,即将私有财产转化为公有财产,或者将私有财产从物理上予以消灭。前者比如私有企业国有化,后者如公益征收中将私有房屋拆除修路。其二,对私有财产的权能进行限制,主要是对财产的使用和处分权予以限制甚至剥夺。但这种标准并不能穷尽划分,比如对私有财产的实质侵犯,即公共权力在该种限制上没有主观意思的表达,而是一种事实效果,比如1946年美国的一个案件中,由于联邦所属军机频繁低飞,致使地面养鸡场内的鸡群因惊恐而不能下蛋,造成实质上的损失。因此,以主观标准将特别财产限制划分公益征收和事实限制效果两类或许更具有合理性。

公共负担说原本旨在为公权力合法侵害私人财产的补偿制度提供理论基础,但随着实务的发展,其适用范围呈现出扩大的趋势。

4. 特别牺牲说

特别牺牲理论源自于德国,主要是由19世纪德国著名公法学者奥托·梅耶提出。他认为,任何财产权的行使都要受到一定内在的、社会的限制,当财产的征用或者限制超出这些内在限制时,即产生补偿问题。也就是说,公民有义务平等地承受一定的社会负担,但是某项负担需要个别公民所承受,那它即变成了一种特殊的牺牲,国家就必须对他进行补偿。易言之,国家使特定的、无义务的且无应课以该负担之特殊事由的人,造成其财产上或人身上的损害,这意味着使之为国家或公益而蒙受了特别牺牲。那么,这种牺牲不应由个人负担,而须由公众平均负担。办法是通过国家从公众的税收——国库中支付,给作出牺牲者一定的补偿。即以国家负担的形式,有组织地予以平均化、经由损害补偿而转嫁给国民全体,如此才符合自然法上公平正义之精神,并求得国家公益与个人利益之间的协调。综上,当国家行为对私人财产的伤害,其形态无论剥夺或者限制,如果是被强迫为公益而作出,则不问其行为是对个别人或

者一群人,只要与他人相比较显失公平并且超过可以忍受的程度,则可以被认为是特别牺牲,国家就应当对损害进行补偿。

特别牺牲理论原先用于解释针对国家的合法公权力行为导致人民损害而展开的救济制度。最典型的适用领域为公用征收制度,即国家为公共利益所需或公共事业所需得征收私人财产而给予的补偿,其法理基础即源于特别牺牲原则。上个世纪60年代以后,德国联邦最高法院基于特别牺牲原则所创设的“类似征收侵害”之概念,主要是针对财产权违法侵害的损失补偿。其构成要件除了公权力行为违法以外,尚需满足针对财产权之侵害、侵害行为是具有目的性之公权行为、侵害动机系基于公共福祉之需求、侵害结果已使相关人员发生违法平等对待之特别牺牲等。是故,特别牺牲理论的适用范围扩大至违法公权力行为的损害赔偿。随后,德国法院在一系列判决中不断扩大“类似征收侵害”的适用范围,如将原先构成要件中的“侵害行为是具有目的性之高权行为”扩张至“直接性侵害”;将原先用以判断特别牺牲的标准——是否违反平等原则,解释为只要公权力行为违法即可认定特别牺牲——违法本身就意味着对相对人产生了特别的、不可期待忍受之牺牲。这种发展趋势使得特别牺牲说逐渐成为为整个国家赔偿制度提供正当性基础的理论。

5. 结果责任说

该学说在日本较为流行。该说是日本为解决行政机关行政行为违法,但主观上并无过错而事实上又给行政相对人造成了损害应如何给予救济时提出的。其认为无论行政行为合法或违法以及行为人有无故意或过失,只要行政活动导致的损害为一般社会观念所不允许,国家就必须承担补偿责任,这一学说采取的是无过失归责原则,是一种基于结果责任的国家赔偿或者说补偿。

这种学说的基础在于将民事侵权法上的无过错归责机制引入国家赔偿领域,用以解释公法上的公权力行为致人损害的情形。产业革命之后,尤其是19世纪以后,以过错责任原则为指导的各国侵权行为法逐渐显现出其固有的弊端。由于先进的科学技术和生产工具在给社会带来巨大贡献之同时,亦生成了危及社会安全之副产品——工业灾害频发、环境污染加剧、经济活动规模激增、产品质量问题凸现等,都使传统的侵权法归责原则束手无策。因为某些高危活动、环境侵权案件之本身乃社会发展之必需,亦已得到特定许可或同意,在各方面均已尽足够谨慎和注意义务的情况下,很难证明加害者主观上有什么过错,这就造成了受害人实现损害赔偿的困难。但是,受害人的这种损害不应该由其个人承受,而应当由整个社会承担。而且在法律上,由于双方当事人事实上的不平等地位,受害方亦难以对加害方行为的不法性、主观过错加以