

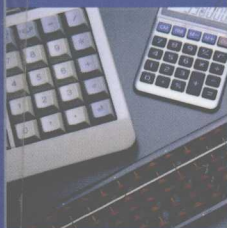
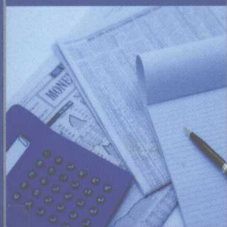
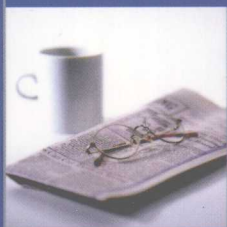
法治政府丛书



完善国家赔偿立法 基本问题研究

马怀德 主编

Study on Foundamental Problems
of Perfecting the State Compensation Law



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D922.114/18

2008

建设与法学理论研究部级科研项目成果

完善国家赔偿立法 基本问题研究

Study on Fundamental Problems
of Perfecting the State Compensation Law

马怀德 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

完善国家赔偿立法基本问题研究/马怀德主编. —北京:北京大学出版社,2008.1

(法治政府丛书)

ISBN 978-7-301-13300-2

I. 完… II. 马… III. 国家赔偿法-立法-研究-中国
IV. D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 199034 号

书 名: 完善国家赔偿立法基本问题研究

著作责任者: 马怀德 主编

责任编辑: 明 辉 邓丽华

标准书号: ISBN 978-7-301-13300-2/D·1961

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 35.5 印张 561 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 52.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

走向行政法治

(代总序)

改革开放二十多年来,我国的民主法制事业取得令人瞩目的成就。特别是随着依法治国,建设社会主义法治国家基本方略的实施,各项法治事业突飞猛进,行政法治领域取得的成果尤为显著。我们初步建立起门类齐全、职能明确的行政组织法与部门行政法体系,做到政府管理的有法可依;我们建立起了一套具有中国特色的行政行为法体系,包括行政处罚法、行政许可法,和目前正在起草的行政强制法与行政收费法等;同时还建立起比较完善的行政监督与救济法体系,不仅有行政复议制度,而且有行政诉讼与国家赔偿制度;公民的法治观念和意识也有很大提高。特别是2004年《国务院全面推进依法行政实施纲要》的出台以及行政许可法的实施,在各级公务员和领导干部中全面普及了依法行政的观念,为推进行政法治事业起到观念先导的作用。

但是,必须看到,行政立法体系的完善和法治观念的更新并不意味着法治时代的到来。从某种意义上来说,依法行政,建设法治政府的任务还远没有完成。如何应对今后的挑战和困难将是摆在所有行政法实务部门和学术领域的艰巨任务。就目前而言,我们面临的主要任务是:

第一,进一步改革政府机构,转变政府职能,控制行政权力的自我膨胀以及机构的升格冲动,将政府的行政职能真正转变到宏观调控、市场监管、社会管理、公共服务上来,最终实现行政职能与组织编制的法律化是目前最为紧迫的任务。

第二,完善立法与执法制度,使体现公平与正义的良法得到有效实施。要尽快实现立法与决策的民主化,切实反映民意,顺应民心。立法公

开透明与公众参与尤其重要,重点要解决立法中的部门利益与行业利益问题,将起草权交给更为中立和公正的人大与社会民众;要重点解决法律难以有效实施的问题,让法律自动运转而不是靠新闻舆论与领导个案批示推动法律的实施;还要解决行政机关超越职权、滥用职权以及不作为问题,防止人为因素影响执法与法律实施的效果,发挥法律在定分止争、监督政府、保障权利方面的作用;同时还应当重点规范国家公权力,提高执法人员的法律素质,健全执法程序,预防、减少和妥善解决各类社会冲突,构建和谐社会。

第三,健全行政程序,提高行政效率。行政机关缺乏统一的行政程序,容易造成行政腐败与效率低下,与经济社会发展要求也不相适应。为此,应当尽快健全会议制度、政务公开制度、行政时限制度、说明理由制度、听证与公示制度,在条件成熟时将这些制度上升为法律。

第四,完善激励与监督制度,改变传统的政绩观,强调正确执行与实施法律在公务员激励制度中的作用。逐步完善地方自治与民主选举制度,使官员对地方经济、社会、政治发展与法律实施负责。强化监督与救济制度,健全民间和行政的纠纷解决机制,消解各类矛盾,疏通现有纠纷解决渠道,减轻信访压力,减少越级行政干预,将冲突化解于地方。要适度发挥政策与非法律化纠纷解决机制的作用,逐步过渡到完全的法律纠纷解决机制。同时要重点解决司法裁判的公正问题,树立司法权威,使之成为解决纠纷的最终途径。

第五,进一步提高公民特别是领导干部公务员的法律素质和法治观念,通过日益广泛的法学教育和普法宣传,树立法律的权威。进一步完善法律普及与法律教育制度,重点做好权利与义务、权力与责任、上级与下级的均衡普法,鼓励公务人员通过实践掌握与运用法律。提高公众的素质,减少和抑制纠纷,鼓励公众通过合法正当的渠道解决争议。

与我们面临的任务相比,行政法治理论研究尚显薄弱,与建设法治政府的要求也存在一定的距离。一方面,行政法治的基础理论研究不够,我们对法治政府的宪政基础、基本内涵、要素、基本特征、价值以及法治政府的实现等基本理论问题,尚缺乏系统而深入的研究;另一方面,行政法学研究的现实应对性还不是很强,行政法学的研究广度还远远不能满足建设法治政府的需要。政府之间关系法治化、部门行政法等大量问题还没有受到行政法学界的高度重视。为此,不仅要行政法总论进行更深入

的研究,更需要关注具体行政领域中的法律问题。

有鉴于此,中国政法大学依托宪法学与行政法学的学科力量,组织一批专家学者对中国法治政府的理论与实践问题进行初步研究,编辑这套《法治政府丛书》,尝试构建适合我国国情的法治政府理论体系,为我国的法治政府建设尽绵薄之力。当然,构建法治政府是一个系统工程,并非朝夕之间可以达成。法治政府的理论研究也必须在深度和广度上不断拓展,以提高其对现实问题的应对与解决能力,为法治政府的实践提供理论支持,我们将对此进行持续性的关注和研究。

《法治政府丛书》的出版,是中国政法大学宪法学与行政法学学者和有关实务部门专家学者努力的成果,得到了中国政法大学“十五”、“211”工程建设项目“法治政府的理论与实践”的资助,也得到北京大学出版社的大力支持,在此表示诚挚谢意。

马怀德

2006年6月于中国政法大学

目 录

第一章 国家赔偿基础论	(1)
一、国家赔偿概念简析	(1)
二、国家赔偿产生的学理探究	(11)
三、国家赔偿理论学说	(27)
第二章 国家赔偿体系论	(36)
一、国家赔偿制度体系	(36)
二、国家赔偿制度分类体系	(58)
三、国家赔偿制度法律渊源体系	(63)
第三章 国家赔偿的归责原则	(74)
一、归责原则在国家赔偿法中的地位	(74)
二、我国现行国家赔偿归责原则	(76)
三、对违法原则的比较研究	(87)
四、构建我国国家赔偿归责原则体系	(95)
第四章 行政赔偿制度	(104)
一、行政赔偿责任的构成要件	(104)
二、行政赔偿的行为范围	(114)
三、行政赔偿请求权人	(142)
四、行政赔偿义务机关	(154)
五、行政赔偿程序	(162)
第五章 司法赔偿制度	(181)
一、司法赔偿制度概论	(181)
二、司法赔偿责任的构成要件	(190)

三、司法赔偿的范围	(206)
四、司法赔偿程序	(237)
第六章 公有公共设施致害国家赔偿	(265)
一、公有公共设施的含义	(265)
二、我国的现状与争论	(270)
三、域外制度及启示	(275)
四、公有公共设施致害赔偿应当纳入我国国家赔偿的 范围	(286)
五、公有公共设施致害赔偿制度的构建	(295)
第七章 国家赔偿的方式、标准和费用	(308)
一、国家赔偿的方式	(308)
二、国家赔偿的标准	(319)
三、国家赔偿的费用	(325)
第八章 行政补偿制度	(339)
一、行政补偿的界定与历史沿革	(339)
二、行政补偿的基本理论	(347)
三、行政补偿制度的建构	(358)
第九章 我国香港特别行政区的行政赔偿制度	(404)
一、香港的行政救济体制与官方诉讼	(405)
二、行政赔偿的类型与实践	(411)
三、行政赔偿的救济方式与相关问题探讨	(423)
第十章 德国国家责任法	(435)
一、德国国家赔偿法	(435)
二、职务责任	(443)
三、公法上的补偿请求权	(459)
四、公法上的返还请求权	(467)
五、后果清除请求权	(468)
六、公法性债务关系中的赔偿请求权	(469)
七、德国国家责任法的改革动议	(471)

第十一章 日本国家赔偿与补偿制度	(474)
一、概说	(474)
二、关于公权力行使的国家赔偿	(479)
三、关于公共营造物的国家赔偿	(491)
四、《民法》的适用及相关问题	(498)
五、国家赔偿诉讼的若干问题	(503)
六、损失补偿	(506)
七、国家补偿的缝隙及其弥补	(521)
第十二章 美国国家赔偿制度	(527)
一、美国行政赔偿制度	(527)
二、美国刑事赔偿制度	(541)
后记	(555)

第一章 国家赔偿基础论

对一个制度的讨论首先需要界定基本概念的外延和内涵,这是讨论的前提工作,否则各方的讨论将成为无的放矢。具体到国家赔偿课题,我们首先需要弄清楚:什么是我们所指的国家,什么是赔偿,国家赔偿制度是如何发展起来的等基础性问题。在此基础上,才能探求这一制度存在发展的法学机理,以及进一步的制度设计和改进的路向。

一、国家赔偿概念简析

(一) 国家赔偿概念的界定

1. 国家与国家赔偿主体

国家赔偿中的“国家”的具体含义是什么?国家这个概念在一个广泛的范围内被学者们所使用。在一个极端,是把国家等同于一种或多种非常具体的特征的论证,诸如有组织的警察力量、确定的空间边界或者正规的法院制度;而在定义的另一端则把国家只是当做政治互动的制度,没有指明具体的结构,国家被等同于社会并消失在普遍性中。^①国家在法律法规中被按照不同的方面进行了考虑。它是一个有序的集合体,是人民为在人类发展史中展示并发扬其特征而联合成的。国家活动的整体其

^① [美]斯科特·戈登:《控制国家》,应奇译,江苏人民出版社2001年版,第357页。

实是通常所说的三分论:立法、司法、行政。^① 这是就法律规范的层面来考虑国家概念时所含有的意义。

从“国家赔偿法”的字面来看,似乎只有“国家”这一个主体,实际上任何行使公权力的主体都可能承担赔偿责任。“国家”一词在这里只是表明了这一赔偿责任承担形式的公法性质以及这一制度发展的脉络,以区别于普通的私主体间的私法赔偿。“国家”并不能囊括所有的国家赔偿主体。

国家赔偿的责任主体与一国的行政主体理论的发展是密切相关的。在行政主体制度发达的国家,国家赔偿的主体实质上是国家和其他公法主体(比如德国、法国的公法人,英国的地方政府等),并且国家承担责任的历史可能要晚于这些公法主体。英国的历史就是实例。国家赔偿责任主体的多元化是现代国家赔偿制度适应行政主体多元化的一个趋势。除了国家之外,地方、行会、大学、社团等法律授权的公权力主体也是国家赔偿的责任主体。“国家赔偿”的“国家”一词,是公权力主体的代称。^② 从这个意义上来说,“公法赔偿”的概念要比“国家赔偿”概念更符合现代赔偿制度的实际发展。

由于我国的行政主体制度还不发达,以现代分权思想的主体理论为依据来判断我国的行政主体数量,可以说,我国只存在国家这一个行政主体。然而,随着分权的深入和社会自治的不断发展,我国行政主体的数量将会增加,在复数主体的情境下,区分国家和其他行政主体的责任承担问题是非常必要的。

同时,需要指出的是,这里所提到的国家和其他公权力主体,是从最终的国家赔偿责任承担的意义上来说的。就具体国家赔偿责任的发生、确认、履行和执行等程序而言,则需要区分更多的主体形式,包括侵权行为机关、赔偿义务机关、赔偿裁决机关等。^③

2. 损害

人类社会生活中,因人之行为,使他人财产或精神蒙受不利益,称为损害,例如,因交通事故,侵害他人生命、身体或健康,致被害人发生财产

① [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第1—2页。

② 高家伟:《国家赔偿法》,商务印书馆2004年版,第2页。

③ 同上书,第1—8页。

上或精神上不利益。损害发生后,为恢复原状,于不能恢复原状时,以给付金钱赔偿损害,称为损害赔偿。^① 损害最常见于民事领域,然而随着现代国家权力的扩张、对市民社会的侵入日深,社会对国家的期待、依赖也越发显著,以政府为代表的公权力对市民的侵权损害事件也日益增多。另外,从理论上而言,国家侵权也是不可避免的。政府是人创造的,人的创造之物自然不能不带有人自身的缺陷。正如古人所言:政府本身若不是对人性的最大侮辱,又是什么呢?如果人是天使,就不需要任何政府了。如果是天使统治人,就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。^②

因此,代表国家权力的政府,在它执行国家意志的时候发生侵权,给公民造成损害在所难免。从损害结果的承受来看,国家造成的损害对公民个人而言,与来自其他公民的侵害并无不同。从这个意义上讲,国家对这些损害给予赔偿至少是符合通常的正义法则的。这就是国家赔偿作为一种制度的现实要求。

从损害的对象而言,各国法制一般仅规定“因侵权行为致生损害之结果……”至于何者受到损害,极少明文订定或予以立法解释。通常系解释为法益受侵害所遭遇之不利益,谓之损害;包括基本权利如生存权之损害、人身之损害、财产及非财产之损害、积极或消极之损害,但反射利益或单纯情感上之损害,则不包括。至直接损害或间接损害,在非所问,依相当因果关系之原理,只须认为侵权行为与结果发生间具有客观上之关联性时,即为已足。^③

3. 承担责任的模式

国家侵权是不可避免的,那么侵权的责任最后由谁来承担呢?这就是责任模式要解决的问题。国家是一个抽象的实体,它的行为通过“政府”这一代言人来实现。政府通过雇佣公务员的方式来行使国家权力。这就形成了国家——政府——公务员三者之间的一种特殊关系。这种关系的存在给国家赔偿责任承担上的区分造成了难以想象的困难。其实从简单的逻辑出发,政府是国家在实体法上的体现,政府与国家在国家赔偿

① 曾隆兴:《详解损害赔偿法》,中国政法大学出版社2004年版,第1页。

② [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1997年版,第264页。

③ 城仲模:《行政法之基础理论》,三民书局1970年版,第625—626页。

的意义上是用两个概念指称相同的主体。但是这种说法仅在公法主体制度不发达的情况下存在。因为,随着公共行政主体的日益多元化,除了代表国家的政府需要承担公行政损害的赔偿责任,其他公行政主体也需要对自己的损害负责。然而,其他主体的公行政责任并不影响基本的赔偿责任的承担模式。所以,国家赔偿责任承担主要在国家(或其他公行政主体)和公务员两者之间进行分配,即存在以下四种逻辑排列:

(1) 公务员责任:即公务员个人责任。

(2) 国家责任:国家对公务员的侵权行为造成的损害后果直接承担责任。

(3) 代位责任:赔偿责任首先由公务员承担,但在一些情况下可以由国家代位承担。它与国家直接责任的区别在于国家的责任是第二位的,责任的主体是公务员,而国家只是出于效率或者其他政策性的考虑,代替公务员承担责任。

(4) 连带责任:公务员和国家相互承担连带责任。

鉴于国家和公务员的特殊关系以及两者间责任关系的复杂性,是否意味着最后由谁来承担责任只是一个处理技巧的问题?笔者认为它至少是一个既涉及公平又关乎处理技巧的问题。

4. 赔偿的方式

综观世界各国国家赔偿制度,主要的赔偿方式是金钱赔偿。从国家公权力自身的特性来说,它相对于私人而言,应该有更大的能量和可能性来充分全面地补救公民的损害。那么,为什么各国赔偿法不约而同地采用了以金钱赔偿为主的赔偿方式呢?这一问题的回答也正是国家赔偿区别于私法赔偿的特殊性所在。

其一,从国家赔偿的历史来看,在国家赔偿责任的相对承认阶段,这一责任被认定为国家的代位责任,即国家代替公务员承担责任。就代位责任而言,责任的本质主体是公务员,公务员作为一个个体,他是不享有公权力的,自然不能随意采取公权行为来补救他造成的损害。公务员无法用职权行为补救损害的前提,决定了替代承担责任的国家也不可能采取公权行为来补救受害人的损失。因为国家的介入、替代公务员承担责任只是考虑到公务员财力的不足以及为公务员的公务行为解除顾虑,并没有因此改变公务员侵害行为的基本性质,所以赔偿的主要方式只能是金钱赔偿。这只是解释了国家代位责任阶段赔偿方式的选择问题。那

么,在国家全面承认赔偿责任的时期,为什么还要固守金钱赔偿为主的方式呢?这主要是基于分权的考虑。

其二,司法权和行政权的分立和相互尊重的考虑是现代国家赔偿采用金钱赔偿的主要因素之一。国家赔偿不同于一般的民事赔偿。民事赔偿案件的审理中,司法居中裁判,代表国家正义裁决两个私主体之间的争议,由于争议双方的平等地位以及司法力量相对于双方的居中独立地位,法院裁判可以采取一切有利于保护受损方权益恢复的合法措施。国家赔偿案件的裁判却是另一种情形。它不仅牵涉到争议双方的争议,同时是国家司法权力对行政权力的监督。这种监督首先要遵循的原则是权力分立和相互尊重。如果司法裁判行政或者其他权力为一定的行为,则有超越权限、破坏国家分权平衡的可能,正是基于这个考虑,不适宜给司法普遍权力来裁决公权侵害赔偿的方式。

其三,公共利益的考虑。国家行为的正当性在于它是代表公益的。国家侵权行为有着这样一个特点,有时候出于重大公益的考虑,恢复原状会给公共利益造成极大的困难。用公益的重大损失来补救个别人的权利,这与通常的正义法则有违。因此,不可能用恢复原状的赔偿方式来补救个人的损失,只能退而求其次,用金钱来补偿个人的损失。

当然,金钱赔偿只是各国的主流,这并不排除某些情况下存在其他的赔偿补救措施。比如德国国家赔偿制度中的后果清除请求权就具有恢复损害之前的状态的效力,这相当于私法中恢复原状的救济。但从主要的趋势来看,考虑到公共利益等因素,金钱赔偿仍然是国家赔偿的主要方式。

总之,国家赔偿责任^①的基本范畴界定在以国家为首的公权力给公民权益造成损害的赔偿补救。至于这种责任是公法性质还是私法性质,责任承担的主体是国家代位还是国家自己责任,责任范围的宽窄,责任承担的方式等问题,则可以依据各国法制和历史等因素而有所不同。

^① 把国家赔偿界定为一种责任,参见高家伟:《国家赔偿法》,商务印书馆2004年版,第1—2页。

(二) 国家赔偿责任观念的演变

1. 西方国家的总体脉络

国家赔偿制度在各国的发展是不平衡的。然而,就宏观而言,还是存在一个总体的趋势。目前,学界的通说认为,国家赔偿的发展经历了三个主要的历史阶段。

(1) 国家无责任阶段

这主要是指 19 世纪 70 年代之前的历史。在奴隶社会和封建社会几千年的发展史中,社会处于专制统治之下。在这样的社会结构里,作为主宰者的国王掌握着国家和社会的一切,国家也只是国王一人的囊中之物。对于臣民而言,王权是没有限制的。如果说有限制的话,那么一方面就是对“主”和良心的责任,另一方面就是对目的性和可行性的理智权衡,当然还有其他并不可靠的东西。拥有权力的人就是权力的唯一限制,法律与之完全没有干系。^① 在这样的情景下,根本不可能产生国家赔偿的思想。

资产阶级革命陆续取得胜利以后,各国纷纷走上民主法治的轨道,然而在法治发展的初期,世界主要的几个发达国家仍然没有实行国家赔偿,究其原因主要有两个:其一,主观上受主权豁免理论的影响,法治的约束对象还没有完全冲破主权笼罩下的国家神话。法治的发展也有一个渐进的过程,并不是一开始就能够达到彻底和完美的法治。其二,客观上由于夜警国家的思想影响,国家的任务范围很有限,国家干涉还没有给公民造成难以忍受的困难。也就是说,国家侵权行为并没有发展到显著不公平的阶段。基于以上两个原因,当时并没有关于国家承担责任的法律规定。需要特别指出的是,我们这里所说的国家无责任阶段的国家是指一国中央政府代表的“国家”而言的,这也正是主权豁免理论的庇护所在。如果单单从公法赔偿的认识出发,我们就会发现,英国的地方政府和公法人组织早在王权诉讼法颁布之前就已经通过承担民事赔偿责任的形式来对其公权力行为负责了。法国地方团体没有主权,也按民法的规定负责,由普通法院管辖。^② 所以,所谓的国家无责任阶段只是指主权意义上的国家。另一方面,国家无责任往往意味着官吏个人的责任的存在。由于私法体

① [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆 2002 年版,第 42 页。

② 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1988 年版,第 711 页。

系的成熟和发达,官吏个人的过失不法行为往往成为其个人在私法上承担责任的原因。

(2) 国家承担部分责任阶段

19世纪末到20世纪初期,国家赔偿开始在各国家逐渐得到承认。其中的原因主要是由于国家行政任务、行政权力的膨胀,国家侵权行为对公民社会的影响已经不像以前那样只是个别的现象。国家侵权行为的激增,呼唤着制度化的解决途径来化解国家给公民造成的损害。因此,国家无责任论、主权至上的坚冰开始破解。在法国,1873年的布朗戈案是砸向冰面的第一块巨石。权限争议法庭宣称:国家由于其使用人在公务中对私人所造成的损害的责任,不能受民法中对私人相互间关系所规定的原则所支配……这个责任既非普遍性的,也非绝对性的,它有其本身的特殊规则。这些规则根据公务的需要,和平衡国家权利与私人权利的必要性而变化。^① 德国民法典采用国库理论,认为国家作为国库——即以私法形式出现时——必须同私法人一样,对由其“领导机构、领导机构的成员或其他宪法规定的代理人”对他人所作为的应予赔偿的损害行为负责。^② 通过为国家创造可适用私法的主体资格,从而实现民事赔偿同样也适用于国家的某些行为。

无论是法国那样力图区别与私法的民事责任,还是像德国那样给国家塑造出一个承担民事责任的法律身份,都可以看出,在这一历史时期,国家赔偿责任的部分承认,带有明显的私法印记。这说明了国家赔偿责任的是从私法责任发展而来的,它孕育于已经日渐成熟的民事赔偿体系。

(3) 国家全面承担责任阶段

第一次世界大战后,学说承认国家与人民之关系,已非从前之权力服从关系,而系基于社会契约所生之权利义务关系。故在学说、裁判以及立法例上均相继承认国家对公务员违法执行职务,不问是公法行为或私法行为所生之损害,均应负赔偿责任,是为全面肯定时期。^③ 第二次世界大战以后,国家赔偿更是广泛地发展起来。二战的残酷再一次严重打击了人们对国家权力的迷信,以人道主义保护为主旨的人权思想兴起,国家赔

^① 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第713页。

^② [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第185页。

^③ 翁岳生主编:《行政法》,中国法制出版社2002年版,第1552页。

偿理论以往存在的理论障碍可以说一扫而光。各国竞相制定国家赔偿法。国家赔偿法的制定成为一国民主法治发展的一个标志。从各国发展的趋势来看,这一阶段国家赔偿制度发展的成绩是十分突出的。

1919年德国《魏玛宪法》第131条规定:官吏行使属于其职务公权力,而违反对于第三人所负之职务义务时,原则上由任用该官吏之联邦或公共团体负赔偿责任。这是人类历史上第一次用宪法的形式肯定国家赔偿责任。从此,国家赔偿成为宪政制度中一项必不可少的内容,成为衡量一国法治发展水平的标尺之一。这一时期国家赔偿制度发展最为迅速,各国纷纷制定了自己的国家赔偿法,国家赔偿逐渐脱离民法体系,发展出独立的法律体系。

除了制定法上的肯定,国家赔偿的理论学说上也有突破性的进展。国家赔偿责任的定性逐渐从国家代位责任向国家自己责任转变,国家直接为其公权力行为造成的损害负责。这一方面有利于减轻公务员不必要的负担和顾虑,另一方面则更有利于受害人得到及时、全面的赔偿。相对于连带责任和代位责任的定性,国家直接责任更注重人权保障的思想。

2. 我国国家赔偿的观念演变

(1) 观念

在晚清之前,我国一直处于封建专制统治时期。封建的“家天下”的帝王思想、以忠君为特征的官本位传统一直占据着思想主流的地位。所谓“普天之下,莫非王土”,整个国家都是皇帝一人的私有财产。因此,即使皇帝给臣民造成了损害,百姓也只能忍耐,如果皇帝出于仁心愿意改正、或者给受害者以补救,那也只是皇帝的个人恩赐,与赔偿的观念扯不上关系。至于封建官吏扰民、伤民被发现,则有皇帝的律法制裁。官吏个人对百姓也不承担所谓的赔偿责任。我国古代法律是以权为本位,与西方法律以权利为本位的传统有着本质的区别,所以,这种传统下只有对官吏的惩戒,而无对百姓的赔偿。

在晚清的最后十年里,正统的儒家法文化逐渐让位于西方的近代法文化;专制主义一元化的国家体制逐渐开始向着君民共主、三权分立的国家体制过渡;以人治国的传统逐渐向着以法治国、尊重民权的方向演变;传统的律学终结了,而为西方的法学所取代;以刑为主的封建法律体系瓦解了,新的以大陆法系为范式的六法体系开始建立。因此,近代中国法律的发展是以移植和借鉴为主题的,这不仅仅关涉到法律制度的建设,同时