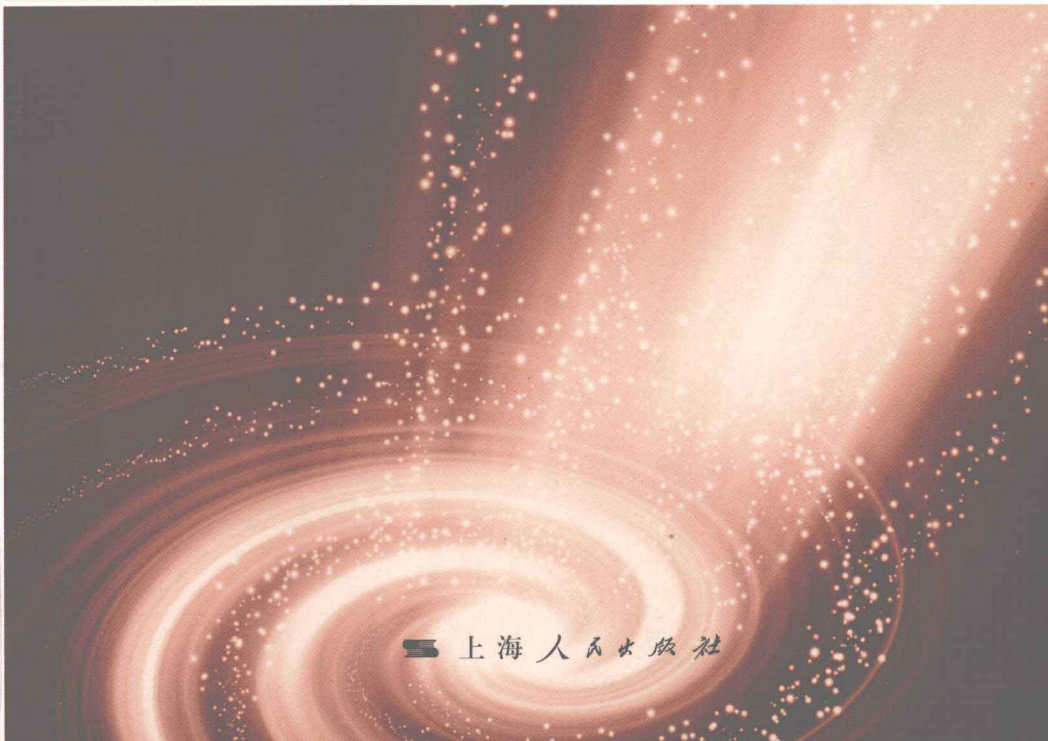


政府法治研究丛书

行政执法：挑战与探索

(2007～2009年研究报告集)

上海市行政法制研究所/编



上海人民出版社

政府法治研究丛书

行政执法：挑战与探索

(2007～2009年研究报告集)

上海市行政法制研

图书在版编目 (C I P) 数据

行政执法:挑战与探索:2007~2009 年研究报告集/
上海市行政法制研究所编. —上海:上海人民出版社,
2011

(政府法治研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 208 - 09979 - 1

I. ①行… II. ①上… III. ①行政执法—中国—文集
IV. ①D922.114 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 116700 号

责任编辑 曹培雷 解 钊

封面装帧 王斯佳

· 政府法治研究丛书 ·

行政执法:挑战与探索
(2007 - 2009 年研究报告集)

上海市行政法制研究所 编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行 常熟新骅印刷厂印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 33 插页 4 字数 603,000

2011 年 7 月第 1 版 2011 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 09979 - 1/D · 1882

定价 58.00 元

“政府法治研究丛书”编辑委员会

主 任:刘 华

副主任:顾长浩 张忠玉 刘 平 刘 剑 江子浩

成 员:王凤萍 刘建平 朱宏传 李 平

刘五生 赵卫忠

“政府法治研究丛书”编辑部

主 编:刘 平

副主编:赵卫忠

“政府法治研究丛书”简介

“政府法治研究丛书”系上海市行政法制研究所组织并编辑。该丛书每年将采撷一些较有质量和应用价值的研究成果结集出版,旨在进一步推动政府法治的理论与实务研究,为在政府法治部门营造务实、探索、创新的学术风气发挥应有的作用,为政府法制工作的实践提供有益的理论指导和经验范式。同时,也为上海市和兄弟省市的同行搭建了一个学术交流和成果展示的平台。

内 容 简 介

本书探讨的中心是行政执法的理论与实务研究。编委会在上海市行政法制研究所编辑的 2007—2009 年 36 期《政府法制研究》报告中选出的 19 篇文章,都是近年来在上海市同类课题研究中具有代表性、质量较高且理论与实践结合较好的成果,突出了上海在行政执法领域的探索与实践特点,对推动行政执法理论创新、提高行政执法能力和水平具有较好的参考价值。

目 录

行政执法中的谨慎义务研究

——以英美侵权法谨慎义务理论为视角…………… (1)

缺陷食品召回制度研究报告…………… (18)

美国 ADR 对完善我国非诉讼纠纷解决机制的借鉴意义…………… (40)

机场特许经营法律制度的理论与实务

——以上海机场特许经营实践为基础的研究…………… (62)

论公共利益的法律界定

——从要素解释的路径…………… (94)

查处违法搭建的相关法律问题研究…………… (112)

行政执法与刑事司法衔接机制研究…………… (142)

行政许可有效期若干问题研究…………… (168)

行政补偿制度理论与实务研究…………… (192)

上海地下空间开发利用综合管理研究…………… (214)

上海市行政执法体制改革发展趋势研究…………… (247)

不动产征收补偿比较研究…………… (272)

上海政府信息公开制度实施的社会评估…………… (303)

政府信息依申请公开实施过程中的若干法律问题研究…………… (344)

劳动合同法与劳动行政管理关系研究…………… (370)

物权法施行后城市旧住房改造若干问题研究…………… (394)

公共场所监控图像采集利用与隐私权保护研究报告…………… (428)

上海法治政府建设 30 年之历程转变…………… (462)

行政执法中被查封、扣押财产的处置研究…………… (495)

后记…………… (520)

行政执法中的谨慎义务研究

——以英美侵权法谨慎义务理论为视角

课题组组长 刘五生

改革开放以来,在加强社会主义民主和法制建设方针的指引下,我国先后制定了行政诉讼法、国家赔偿法、行政处罚法等约束行政权力、体现责任政府精神的法律法规,使得依法行政、侵权赔偿的观念不断强化,相关的理论研究不断深入和制度建设不断完善。然而,“摸着石头过河”的渐近式改革模式具有其固有的局限性。随着我国社会经济的发展、民主法制的完善以及与之相伴而生的权利觉醒,早期关于行政责任的立法在理念和制度上的不足开始凸现。现代行政责任制度对行政的控制已经从简单的合法性审查发展到对合法性、合理性的全面审查,法治行政也从合法行政延伸到合法合理行政。当前以行政合法性、合理性为支撑,行政复议、行政诉讼、国家赔偿为主要实现形式的依法行政原则显得较为粗糙和表层化。

现代行政的一个显著特点是鼓励行政机关积极行政,同时通过行政程序和责任制度,加强对行政活动合法性合理性的控制和审查,督促行政机关依法、谨慎地行政。行政机关不仅要依法行政,而且在行政过程中负有谨慎行事、避免不当地侵害他人权益的义务。现代法治国家通过对行政过错、谨慎义务和行政侵权责任的认定,对行政权力与社会权利之间的关系进行调整,不断地确认行政机关在行政活动中的义务边界,既要充分保障社会安全和社会成员的权利,又要合理界定行政机关违法行政、疏忽行政的责任限度,避免因责任过重而束缚行政机关积极行政的手脚。

我国行政法治建设的起点比较低,行政过错制度未得到充分发展,行政合理性审查制度和行政责任制度尚不健全。行政诉讼法确立了行政行为合法性审查为主的原则,行政复议法扩大了对行政合理性的审查范围,但因为缺乏对行政合理性审查的具体适用制度而缺乏可操作性。更为重要的是,根据国内传统立法,对行政侵权赔偿责任的归责原则为行政违法原则。这一责任原则早已饱受学者诟病,不宜继续作为行政赔偿责任的判断标准。长期以来,对行政机关在执法中

合理行政的标准以及行政侵权归责原则,囿于原有立法的简单表述,缺乏深入的讨论和总结,在实践中无法有效操作。依法行政、行政过错与行政侵权责任之间的关系没有理顺,严重影响了我国行政责任制度的完善,不利于有效地平衡权利保护与行政效率之间的关系。以下面两个实际发生的案件为例。

案例 1:后伏立交桥设计缺陷案

2002年12月5日,山东省枣庄市境内的枣木高速公路后伏立交桥入口处,一辆大货车因超限在当地交通稽查人员的押运下,调头逆行时与另一辆正常行驶的拉水泥大货车相撞,造成水泥车上2人死亡、1人重伤。事后法院对肇事司机和交通稽查人员进行了刑事处罚,共赔偿死者和伤者21万多元。这起重大交通事故的处理并未到此结束,因为死者亲属在事故处理中却发现了另外一个造成车祸的原因——这条高速公路的设计有缺陷。后伏立交桥双向驶入和驶离枣木高速的道口,都没有按照交通部1984年发布、1994年修订的《公路路线设计规范》的规定设计加速驶入或减速驶离的变速车道,从而形成重大安全隐患。事实上,此道口由于没有设计变速车道已经发生了多起重大交通安全事故。虽然枣庄市公路局已认识到这一问题,并在2004年将后伏立交桥列入改造计划,但该设计缺陷至今也没有消除。死者家属于是状告山东省交通厅、枣庄市公路局等部门承担连带赔偿责任,要求被告承担因道路设计缺陷造成死伤后果的法律责任^①。

按照现行国家赔偿法的规定,行政机关及其工作人员在行使行政职权时违法造成公民身体伤害或者死亡的,受害人有取得赔偿的权利^②。在本案中,事故的发生虽然与行政机关未合理履行法定职责有关,但受害人并非行政机关的相对人,损害也并非行政机关直接造成的。本案并不属于因行政机关行使职权导致违法侵权的情形,在此情形下,如何认定行政机关所负义务及应承担的责任?

案件 2:刘某跳楼受伤案

2000年9月2日晚,某公安局下属城关派出所巡逻队员对正在县电影院前游逛的刘某进行盘问、检查。因刘某身上携带有他人工作证并夹有现金,遂将其带至派出所,经所长批准后,对其继续盘问。约30分钟后,发现其精神并不完全正常。次日早晨,派出所民警将刘某带入隔壁另一个房间进行询问的过程中,刘

^① 《道路设计缺陷引发交通事故2死1伤,交通部门应否承担连带责任》,载《法制日报》,2006年7月5日第7版。

^② 《中华人民共和国国家赔偿法》第3条。

某趁其不备从二楼跳下,致使腰部扭伤,花费医疗费 5 000 元。案发前,被告曾有精神不正常的行为。

在公安局巡逻队员依法盘问刘某的行政活动中,刘某的跳楼也并非属于“行政机关及其工作人员在行使行政职权时违法造成公民身体伤害或者死亡的”情形。在本案中,公安机关对刘某的跳楼受伤行为应承担何种责任?

对于上述两个案件中的行政侵权责任问题,行政机关似乎都有一定责任,但按现有法律制度似乎都只能从扩大对合法性的解释找出路。而对行政机关是否负有责任、应负何种程度的责任以及责任根据等问题,则难以提供有力的分析工具。对行政执法机关在执法中谨慎行政的义务以及对构成违法、不当行为的过错认定,是追究行政责任的前提和基础,也是落实依法行政原则的核心之一。与发达国家的民事侵权法相比,我国的合理性审查制度和行政侵权责任制度虽然已经建立,但很不完善,尤其在行政合理性审查标准和侵权责任认定等方面,显得过于简单。源于英美侵权法中的谨慎义务制度对于我国认定行政执法人员在执法中的行政过错并确定其侵权责任的范围具有积极的参考意义。本文以介绍英美侵权法中的谨慎义务理论为起点,围绕我国在行政侵权责任制度方面的不足,提出借鉴英美侵权法关于谨慎义务制度的概念和规则完善我国的行政过错侵权制度,落实合理行政的要求。

一、谨慎义务理论溯源与功能

谨慎义务(Duty of Care)又被译为谨慎责任,在我国的法律法规中更多地被称为注意义务。谨慎义务是源于英美法系的一个重要法律概念,广泛应用于侵权法、合同法、商法等领域,是在司法实践中通过判例逐渐形成的规则。谨慎义务可以来自制定法,也可以来自以往的判例、习惯、行规、经验等。牛津大学出版社出版的法律辞典中将谨慎义务解释为:“一种为了避免造成损害而加以合理注意的法定责任”^①。过错(Fault)是英美侵权法中的核心概念,无过错则无责任是英美侵权法中根深蒂固的观念,而是否违反谨慎义务则是确定当事人是否存在过错的标志。法官在审理过失侵权案件中一般按照表 1 的审理程序确定当事人是否负有侵权责任。

因此,存在谨慎义务是确定侵权人(包括行政机关)承担过失侵权责任的前提和基础。正如 Esher 在 *Le Lievre v. Gould*[1893]1QB491 中所言:“一个人有权对整个世界任意疏忽地行事,如果他不对他们负有(谨慎)义务”。

^① A Dictionary of Law, by Oxford University Press(1994), p137.

表 1

Duty of care	是否存在谨慎义务
Breach of duty	是否违反谨慎义务
Damage	是否引起应赔偿的损害
Causation	是否存在因果关系
Not too remote	因果关系是否太远
Defences	是否存在抗辩事由

(一) 谨慎义务理论在英美侵权法中的发展

在 20 世纪之前,谨慎义务的设定受到判例法规则的严格限制,义务种类基于当事人之间存在某种特别关系,例如雇主和帮工、物业主和访客、承运人和旅客、医生和病人、旅馆主和房客。而在其他情况下,当事人之间则不存在谨慎义务。很少有新的一种关系能够被认为可以产生谨慎义务。此种个别性的发展路径存在经验主义的不足,欠缺权威性的指导原则,无法适应工业化社会带来的危险以及满足社会对安全保障的要求。进入 20 世纪以来,这种情况使得侵权法已经越来越不适应社会发展的形势。1883 年, Brett 第一次试图对谨慎义务的范围作出界定,他指出:“无论如何,只要具体情况将一个人置于与他人有关的某种位置上,而普通人一看到此人与其他人之间的这种位置后即可认为,此人如果在从事活动时不使用普通的注意和技能,就会对他人的 人身或财产造成危害或损害。此时,行为人即应承担运用普通注意和技能以避免此种危险的义务。”Brett 对谨慎义务的界定过于宽泛,容易妨碍行为人的积极作为。

1932 年 Atkin 大法官在 *Donoghue v. Stevenson* 一案中提出了具有划时代意义的“邻居原则”,实现了谨慎义务理论的现代化,大大拓展了谨慎义务的适用范围。在该案中,原告在喝了一瓶朋友买的姜汁啤酒后,发现半透明的瓶内有一只腐烂的蜗牛,并在喝酒后生病,于是向酒商索赔。法庭裁定啤酒制造商对作为消费者的原告负有确保其产品安全的谨慎义务。在本案中, Atkin 大法官在判词中确立了“邻居原则”(Neighbourhood principle),作为确认谨慎义务的一般原则,用以验证在什么情况下一个人会对另一人负有谨慎义务。根据这一原则,如果我们可以合理预见到我们的行为可能在合理范围内直接地、或在可预见的情况下对他人造成损害,那么我们便对他人负有谨慎义务。他指出,“你应当保护你的邻里的规则如果已经成了法律上的规则,那么你不应当损害你的邻居。你应当承担合理的谨慎以避免那些可以合理预见到有可能损害你的邻居的作为或不作为。问题在于,我的邻居是谁? 答案似乎是,当我在采取引起争议的作为

或不作为时,我应当预见到会受到我的行为影响的,同我有密切关系并会直接受到我的行为影响的人即是我的邻居。”邻居规则的提出大大拓展了谨慎义务的适用范围,使得谨慎义务理论从特定化向一般化发展。对此,大法官 Devlin 指出:“大法官 Atkin 的所作所为是使用了一般性概念来打开产生特定义务的案件类型……此种特定义务的扩展或者说是拓展了一种古老的义务类型或者说创设了一种新的、类似的义务类型。”^①

大量的判例开始援引这一理论。在英美侵权法中,传统法律虽然坚持义务仅对某些类型的损害适用,但英美司法一直以来都在寻求拓展谨慎义务的适用领域。20 世纪 60 年代,英国上议院通过对“邻居规则”的适用提供了更进一步的指导。大法官 Reid 在 *Dorset Yacht v. Home office* 一案中评述邻居规则时指出:“我们可以而且应当说邻居规则应当加以适用的时代已经来临,除非有某些正当理由或有效的解释使此种规则的适用得以排除。”Reid 的解释将排除邻居规则适用正当理由的举证责任强加在被告身上,认为如果被告能够证明存在限制经济损失责任或因不作为而承担责任的正当理由,则邻居规则所确立的谨慎义务不应适用,否则应适用。该规则在 *Anns v. Merton London Borough Council* 一案中得到体现。在该案中,大法官 Wilberforce 将谨慎义务和公共政策的考量结合在一起,提出了著名的“两步检验法”(two-stage test)理论。这一理论可以简化为两个问题:(1)当事人之间关系是否足够相近使处在被告地位的一个理性人能够预见到他的过错行为可能对原告造成损害;(2)是否存在有效的公共政策方面的理由来否认对原告所存在的谨慎义务。这种检验方法实际上是将邻居规则看成一个一般性规则,而将公共政策看做是对一般规则的限制。

谨慎义务的迅速扩张也带来了一些问题。许多人反对 Atkin 大法官的此种谨慎义务理论,认为它过于宽泛,无限加重了加害人的责任。许多法官坚持从传统经验主义的法律传统出发,主张对谨慎义务的一般化进行限定,使谨慎义务的适用范围按照类推的方式适度地逐步加以扩展。在后来的案件中,人们更倾向于对邻居原则的运用加以限制,防止适用注意义务的案件迅速增加。后来的法官进一步提出了“三步检验法”(Three-stage test)。根据此方法,除了可预见性以外,还有必要证明原告与被告是一种近邻关系,并且强加给一方的注意义务是“公平、正义和合理的”。

(二) 谨慎义务理论在大陆法系国家的发展

在大陆法系国家,谨慎义务在早期并未受到人们的关注,这和人们对过错的认识有关。人们倾向于认为过错是一种主观的意识状态,并非是对客观民事义

^① *Hedley Boyrne & Co. Ltd v. Heller & Partners, Ltd* [1964] AC465. 524, 525.

务的违反。这样,谨慎义务在大陆法系国家并无重要意义。然而,随着客观过错理论在大陆法系国家的加强,谨慎义务理论逐渐深入人心。在瑞士,根据主流观点,人们在责令被告承担责任时,应当像德国法那样区别过错和非法:过错是指行为人行为的主观方面,而非法是指该行为的客观方面。然而,瑞士学者普遍认为此种区分不能令人满意。因为在衡量行为人的过错时,也需要将其行为同某种客观的行为标准加以对照和比较。为此,应当借鉴英美法的过错侵权理论,将过错界定为具体案件中某种客观义务的违反。Werro 对此表示赞同,他认为,所谓过错,也就是一种客观的或合理的、注意的欠缺,实际上就是一种无法定免责事由的非法行为。损失应当予以赔偿,但其原因不在于某种特定利益的侵犯,而在于它是以一种反社会的方式所引起^①。

(三) 谨慎义务理论的主要特点与功能

谨慎义务理论最大的特点就是灵活性,能够及时地反映出社会形势和价值观念上的变化,通过类推和区别的方式渐进式地发展。谨慎义务作为英美侵权法中的重要工具,源于经验主义的司法模式,注重规则的实用性和个案处理中的公正性,能够根据不同类型的案件作出灵活处理。因此,从更广阔的视野来看,谨慎义务理论绝不只是一个单纯的法律工具,而是融合了经济效益、社会安全、权利观念等多种政策考虑在内的一个综合机制。例如,在一个因运输管理署错误发放安全证明导致买家经济损失的案件中^②,法院拒绝承认在此情况下,运输管理署向买家负有谨慎义务。因为设计这一法律制度的目的主要是提高航海的安全性,而不是告知潜在的买家关于船只的质量。但是如果损害不只是经济损失,而涉及人身安全时,情况就完全不一样了。在 *Perrett v. Collins* 一案中^③,飞行器安全局不当地颁发了飞机可以安全飞行的证明,一名乘客因飞机坠毁受伤,飞行器安全局被认为对乘客的人身安全负有谨慎义务。

谨慎义务的另一个特点是其边界的不确定性。与其灵活性相对应,谨慎义务制度具有很大的不确定性,需要在一般规则的基础上,根据个案的具体情况综合考量。由于谨慎义务中的概念,如合理的谨慎、合理人、危险的可预见性等大都属于比较宽泛的概念,个人的主观经验和判断不可避免地会影响对谨慎义务的理解,从而导致对于谨慎义务的界限并非可以清楚的划定,而对于新的案件类型,其结果往往具有一定的不可预测性。

谨慎义务制度作为英美法中确定过失侵权责任,调整社会活动松紧度的关

① 张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社2002年版,第299—300页。

② *Reeman v. Department of Transport* [1997] 2 Lloyd's Rep 648.

③ *Perrett v. Collins* [1998] 2 Lloyd's Rep 255.

键装置,可以归纳出以下三个基本功能:

第一,谨慎义务理论扩大了侵权人的责任范围,加强了对受害人的权利保护,体现了以人为本的理念。谨慎义务体现了安全第一、预防为主的理念,强调人们应对因自己行为对他人带来的可预见的危险积极加以避免,把对人身安全的保障放在首位。

第二,谨慎义务制度实现了过错的客观化,是当事人客观行为与主观过错之间的桥梁。过错是一个主观的心理状态,而对过错的认定则是一个客观推定的过程。谨慎义务从“你应爱你的邻人”这一宗教道德箴言出发,将疏忽大意的过错通过客观的理性人标准进行评判,推断出致害人是否有过错,实现了过错的客观化,也将侵权责任建立在有过错则承担责任的道德基础之上。

第三,谨慎义务理论使侵权法更好地发挥社会安全平衡器的功能。过错侵权责任的基本问题不外乎是一种利益平衡问题。谨慎义务理论实际上反映了对确保人们积极作为和确保对他人的安全采取必要谨慎措施的两种利益的协调。Wilberforce 大法官明确认可公共政策在限制谨慎义务中的作用。他认为:“如何确定一个人的过错侵权责任的范围,这是公共政策的问题。”^①

二、谨慎义务对我国行政执法的现实意义

(一) 深化对“违法”概念的认识,弥补行政违法原则的不足

我国对行政侵权没有采用过错原则,而是规定了违法原则作为确定行政侵权责任的客观标准。有专家解释,违法原则与“依法治国”、“依法行政”等原则保持了一致,与行政诉讼法的规定相一致,符合行政执法与司法审判的“以事实为根据、以法律为准绳”的传统^②。这样的一种立法初衷,显然对行政侵权制度所具有的丰富内涵缺乏足够深入的考虑。行政违法原则作为归责原则主要存在以下两方面的问题:

第一,基于我国“违法”概念的缺陷,行政“违法”原则适用范围有限,使大量的行政侵权行为缺乏处理依据,相对人要求赔偿的权利得不到充分的保障。中国是个成文法国家,在行政和司法实践中,“违法”一般被理解为违反具有制定法形式的法律、法规和规章。然而,制定法意义上的法定义务,并不能穷尽行政机关应当履行的所有义务。这种对“行政违法”的认识和适用大大缩小了国家赔偿的范围,将大量无法以“违法+损害”公式加以判断的自由裁量行为、事实行为以

^① Mc Loughlin v. OeBrain[1983] 1 AC410, 420.

^② 肖岫:《论国家赔偿立法的几个基本观点》,载《中国法学》1994年第4期。

及公用设施行为致害行为等排除在行政赔偿范围之外。这与我国致力于保障人权,建设责任政府的目标是不相符的。

第二,对“过错”概念的回避,使行政“违法”原则缺乏道义基础和说服力,缺少个案处理的弹性。行政违法原则为了实现责任追究的客观化而回避过错概念,阻碍了行政过错制度的发展,也阻碍了行政补偿制度的建设,是责任制度的倒退。从法的形式意义上看,过失责任所包含的精美醇厚的法律技术堪称人类法律文明的杰作。致害人之所以要对引起他人损害的行为承担赔偿责任,原因在于他在社会活动中没有合理地履行避免因自己的行为给他人带来危险的谨慎义务。一个人如果无法预料或不可抗拒危险的发生,则不应要求其承担赔偿责任。受害人应当通过自力救济和社会帮助分担损害后果。综观西方两大法系的国家赔偿制度,各国无不建立了以过失责任为主,以无过失责任为辅的归责原则体系。这个体系不仅基于“无过失则无责任”这一与人类理性和道义感相符合的侵权法原理,而且充分顾及了两大原则的社会现实机能。如果从整体上以无过失的“违法”原则取代过错责任原则,将使责任制度理论的积淀荡然无存^①。这些年来,我国司法实践在一些案例中开始运用谨慎义务理论,作为确定当事人过错侵权责任的根据。源于英美侵权法中的谨慎义务制度对于认定行政执法人员在执法中的行政过错和责任限度具有积极的参考意义,为合理地界定“违法”归责原则中的“违法”概念提供了认识基础。

(二) 促进合理行政要求在实践中应用,进一步推进依法行政

长期以来,我国依法行政主要强调合法性审查,对行政合理性的审查比较有限。1989年《中华人民共和国行政诉讼法》确立了以行政行为合法性审查为主的原则,仅对滥用职权、行政处罚显失公正、拖延履行法定职责的三种不合理行政的情形追究法律责任。1999年我国的《行政复议法》进一步扩大了对行政合理性的审查范围,要求具体行政行为应当行为适当,具体行政行为明显不当的要承担相应的法律后果。但何谓“明显不当”缺乏制度落实,实践中行政机关单纯因行为不当而被确认违法的情形也极少出现。2004年3月,国务院发布了《全面推进依法行政实施纲要》(以下简称“纲要”),提出用十年左右的时间,基本实现建设法治政府的目标。“纲要”汲取了现代法治行政的理念,对依法行政的原则、要求和制度建设的主要方面作出具体规定,使依法行政制度的内涵得以大大丰富。“纲要”把合理行政作为依法行政的一项基本要求,并归纳出公平公正原则、合目的性原则、比例原则、最小侵害原则等四项原则作为实现合理行政的具

^① 朱新力 余军:《国家赔偿归责原则的实证分析》,载《浙江大学学报(人文社科版)》,2005年3月第35卷第2期。

体规则。“纲要”对合理行政的要求对于指导行政机关合理行政,促进行政机关在行政立法、行政执法和行政复议中合理行政具有积极的意义。然而,“纲要”对合理行政原则的表述一方面过于简单,属于理念层面而非制度层面;另一方面,抽象的合理性标准虽然对于行政执法具有一定的指导意义,但并未从根本上解决对不合理行政的认定问题。行政不合理的判断标准和认定制度的缺失成为阻碍我国行政合理性原则落实的最大障碍。因此,可以借鉴英美侵权法关于谨慎义务制度的概念和丰富的规则完善我国行政过错侵权制度,促进行政机关在行政执法中的合理行政。

三、谨慎义务在我国行政执法中的依据和应用规则

(一) 依据

从道德价值层面上来讲,除了在工业化的危险领域,无过错则无责任符合人们道德上的正义观念。行政机关工作人员应当对其没有采取合理的谨慎方式履行职责过程中引发的损害承担相应的侵权责任,无论在这种情况下如此谨慎行政的要求有无法律的明确规定。反之,行政机关工作人员对其已经采取了合理的谨慎仍然发生的损害无过错,也不应承担赔偿责任。在相对人无法得到赔偿而又无力负担损失时,应由国家的赔偿制度、社会保险和救助制度予以保障。

从社会价值层面上,在行政机关依法行政的活动中引入谨慎义务的概念,是为了发挥谨慎义务的利益平衡功能。一方面,能够使行政机关在行使职权或提供公共服务的活动中谨慎地行动,避免对他人的权利、自由造成不当的侵害或限制;另一方面,只要行政机关以谨慎的方式履行职责,就不必对其活动引发的危险承担赔偿责任,从而鼓励行政机关积极的行政。

从更广阔的视角来看,谨慎义务是一个英美法中确定侵权责任的重要的装置。通过这一装置,过失侵权制度中所保护的利益范围能够被控制。尽管一般来说,在具体案件中是根据危险的可预见性和邻近性等原则来决定行政机关是否构成违法或不当的行政活动,但事实上谨慎义务的确定更多地受公共政策的影响。公共政策是一个不确定的概念,确定公共政策往往需要对各种情况加以考虑。在一些重要的判决中,法院是否会把谨慎义务扩展适用到某种活动或者某种关系,不仅仅从司法公正的角度,更多的是从商业、经济和社会的角度加以考虑。^①

(二) 确定谨慎义务的原则

行政机关对受害人负有谨慎义务是承担责任的前提条件。行政机关是否对

^① Rick Glofcheski, Tort law in Hong Kong, Sweet & Maxwell Asia, 2002, p113.

因其行政活动而遭受利益损害的当事人承担赔偿责任，首先是看行政机关是否负有谨慎义务。如果没有谨慎义务，则损害虽然与行政机关的行为有关，但行政机关并不承担赔偿责任。如在一个受害人家属诉警察局局长失职的案子里，原告 20 岁的女儿在晚上被犯罪分子在街上袭击受伤死去。袭击者此前已经制造了一系列谋杀，并多年来多次试图在该市同一区域类似的环境下谋杀年轻女性。在一次行动中，警察因疏忽大意放走了罪犯，原告要求负责犯罪地点所在区域治安的警察局局长承担赔偿责任，理由是警察在调查此前的犯罪时存在疏忽，没有能及时拘捕罪犯以避免对其女儿袭击事件的发生。^①虽然在本案中，警察对于放走犯罪分子有过错，造成了原告女儿的死亡。但被告并不对原告女儿的安全承担谨慎义务，因而本案以无诉由被法院驳回。因此，如何确定行政机关在特定情况下是否对他人负有谨慎义务是促进行政机关合理行政，确定其责任的关键一环。借鉴英美侵权法制度，我国行政机关在适用谨慎义务原则时应遵循以下基本规则：

1. 危险的可预见性原则

危险的可预见性原则是确定公务活动是否产生谨慎义务的一般原则。当某项行政活动存在某种可能导致他人的权益受到损害的危险，而这种危险可以被具有正常思维能力、专业知识和工作经验的普通公务人员合理的预见到时，该公务人员就对他人负有谨慎行事以避免危险的义务，除非有其他的限定原则或正当理由予以排除。如果该公务人员未能以合理的谨慎避免危险的发生而造成损害结果，就可能承担相应的侵权责任。

危险的可预见性原则主要源于侵权法上的邻居原则，“邻居原则”是 Atkin 大法官 1932 年在 *Donoghue v. Stevenson* 一案中提出的确定谨慎义务的一般原则。“邻居原则”以危险的可预见性为基础，突破了 20 世纪前对谨慎义务适用的严格限制，大大拓展了谨慎义务的适用范围。邻居原则将《圣经》上应当爱护你的邻人的规则转化为法律上的规则。你不应当损害你的邻居。那些同你有密切关系并受到你的行为影响的人即是你的邻居。你应当承担合理的谨慎以避免那些可以合理预见到有可能损害你的邻居的作为或不作为。如果因为你的行为可能导致你的邻居受到伤害，你就对你的邻居负有一个谨慎义务。“邻居原则”为谨慎义务的确定提供了一个一般的原则和基本框架，体现了人们追求社会安全和社会合作的基本理念。

危险的可预见性原则可以用现代法治下行政权力的性质来解释。行政权力源于法律的授予，权力行使的目的在于保障社会安全，促进社会福利，同时，基于

^① 参见 *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53