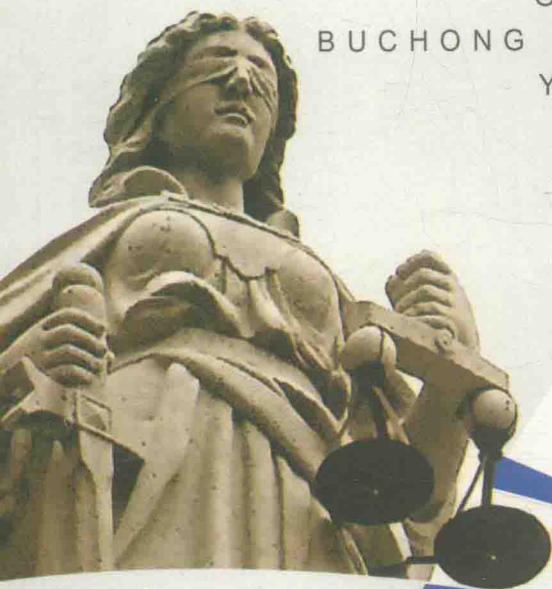


国家补充责任

GUOJIA
BUCHONG ZEREN
YANJIU

研究

陈恩才◎著



吉林人民出版社

教育部人文社会规划项目

(项目名称：国家补充责任研究；项目编号11YJA820003)

国家补充责任

GUOJIA
BUCHONG ZEREN
YANJIU

研究

陈恩才◎著



吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家补充责任研究 / 陈恩才著. -- 长春: 吉林大学出版社, 2016.7

ISBN 978-7-5677-7011-9

I. ①国… II. ①陈… III. ①侵权行为—民法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第167736号

书 名: 国家补充责任研究
作 者: 陈恩才 著

责任编辑: 王瑞金 责任校对: 王瑞金
吉林大学出版社出版、发行
开本: 787×1092 毫米 1/16
印张: 17.25 字数: 305千字
ISBN 978-7-5677-7011-9

封面设计: 刘瑜
长春惠天印刷有限责任公司 印刷
2016年7月 第1版
2016年7月 第1次印刷
定价: 69.80元

版权所有 翻印必究
社址: 长春市明德路501号 邮编: 130021
发行部电话: 0431-89580028/29
网址: <http://www.jlup.com.cn>
E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

序

从清末变法以来，我们一直在引入西方的法学理论和法律制度，总体而言，我国还处在学习、借鉴和消化阶段，创新之处并不多见。“补充责任”最先由学者在研究经营者的安全保障义务理论中提出，随后被 2003 年《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》采用，后来又被 2009 年颁布的《侵权责任法》认可，因此学术界认为补充责任制度在我国已经建立，而且是中国法律制度的一项创新。

补充责任是一种侵权责任形态，主要适用于经营者不履行安全保障义务而应该承担的法律后果，还适用于对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构以及被帮工的人对帮工等未尽安全保障义务而应该承担的法律后果。类似的法律责任在西方国家也存在，实际上他们提出类似的义务比我们还要早。通常认为，我国的安全保障义务来源于德国的“交易安全义务”，在美国则有“故意侵权预防义务”。无论是德国、美国等这些法治发达的欧美国家，还是中国这个法治尚欠发达的国家，在赋予不履行安全保障义务的经营者承担何种形式的法律责任方面遇到了同样难题，因为原有的共同侵权的责任形式，无论是连带责任还是按份责任在适用上都有不足，德国在司法审判中提出了“不真正连带责任”，美国扩张适用连带责任，我国则创造性地提出了“补充责任”。

补充责任虽然是承担侵权责任的形式，但是它的创设却有力地扩大了侵权责任的范围，把侵权责任从积极作为的侵权行为扩张到消极不作为的侵权行为，从而为保护公民、法人和其它组织的合法权益找到了更合理、更有效的途径。不过到目前为止，补充责任还仅仅是民事侵权领域的概念和范畴，实际上国家赔偿领域乃至整个公法领域也急需找到合理、有效的途径来扩展国家赔偿责任乃至国家责任的范围，因此，借鉴民事侵权法上的补充责任并创设“国家补充责任”是一个研究如何扩大国家赔偿责任范围乃至扩大国家责任范围有价值的路径，此选题获得教育部人文社会科学研究规划课题立项本身也说明评审专家对该选题的认可，我希望有更多的学者参与到

补充责任的研究中来。

在此研究成果出版之际，作为陈恩才的博士生导师，欣然为之作序。

王太高

南京大学法学院副院长、博士生导师

2016 年 1 月

前 言

关于本选题的来源，自己觉得应该做一个交代。在 2009 年入学之初，我就在思考如何扩大国家赔偿的问题，因为还没有进入到开题阶段，所以该问题只是不时地跳入脑海，没有找到合适的选题。后来阅读了英国学者卡罗尔·哈洛的著作《国家责任——以侵权法为中心展开》，书中提及多希特游艇公司诉英国内政部一案（Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd）给我留下很深的印象。在该案件中，一帮被关押在某座小岛上的一个教养院中的少年犯企图逃跑，偷盗了多希特游艇公司的游艇并在逃跑中撞坏了游艇，给多希特公司造成了损失，法院判决由内政部予以赔偿。该案件的判决结果在英国引起了很大争议，因为在该案中内政部并不是直接的侵权人，直接侵权人显然是逃跑的少年犯，当然内政部（管辖下的教养院）是有过错的，因为他们没有采取合理的措施防止少年犯出逃。多希特游艇公司诉英国内政部一案的判决把国家赔偿的范围扩大到了有过失的间接侵权人，如何找到一个合适的路径或者视角来解释这一做法引发了我长时间的思考。后来偶然看到《侵权责任法》上“补充责任”的规定，让我豁然开朗，这不正是我一直寻找的扩大国家赔偿责任的视角吗！既然民事侵权责任领域有“补充责任”，与此对应，国家侵权责任领域也可以有（甚至应该有）“国家补充责任”，于是我把论文题目定为“国家补充责任研究”。有了这样的选题，开题自然不成问题，所谓“好的选题是成功的一半”。该选题后来成为我 2011 年 4 月申报教育部人文社会规划课题的选题，并获得立项（项目名称：国家补充责任研究，项目编号 11YJA820003）。

关于英国学者卡罗尔·哈洛的《国家责任——以侵权法为中心展开》一书，我阅读中文版不止一次，不时有意犹未尽之感，很想阅读英文版，曾根据书上留有的译者邮箱联系译者本人，但是没能获得原版书籍，2014 年去美国访学时在图书馆终于找到了英文原版，算是完成一个心愿，也从原版书籍中一窥作者的思想。

关于补充责任，我国学术界一致认为它是我国法学理论和法律实践的一

个创新，国外没有相同或者类似的制度。事实未必如此，英美法上有“次要责任”（secondary liability）一说。“次要责任”是相对于“主要责任”（primary liability）而言的，是一种次要的、第二位的法律责任。在美国天普（Temple University）大学访学期间，我收集了次要责任的适用情形，我认为其与我国的补充责任在效果上有异曲同工之处，但是适用的领域却大不相同，我国的补充责任主要适用于经营者等违反安全保障义务的侵权责任，英美法中的次要责任主要适用于技术、作品的传播与使用过程中传播者、使用者的责任以及参与证券活动的机构和组织违反 1934 年证券交易法 section 10 (B) 应该承担的责任。我认为对英美法上的次要责任进行进一步的研究或许能扩大补充责任的适用范围，这为我以后进一步的研究提供了新的选题。

本书的出版得到扬州大学出版基金的支助，在此表示感谢。

摘要

“国家补充责任”一词在法学理论和实践中并不存在，是我们基于民事侵权责任中的“补充责任”概念创造的一个新词。在民事侵权责任的理论和实践中，为了解决侵权责任适用的难题，我国民法学者创造了“补充责任”这一新的责任形态。补充责任适用于经营者、教育机构等不履行安全保障义务致使第三人侵犯消费者、学生等的合法权益而第三人没有赔偿能力或者第三人下落不明的情形。我国的补充责任理论肇始于德国的交易安全义务，在我国称之为安全保障义务，即经营者应该履行安全保障义务免受第三人侵权事件的发生，如果经营者没有履行该义务则应该承担补充性的侵权责任。2003年《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）首次确立了经营者不履行安全保障义务的补充责任、教育机构未尽合理保障义务的补充责任、被帮工的人对帮工的补充责任以及受益人在受益范围内对提供帮助的人的补充责任。2010年实施的《侵权责任法》吸收了安全保障义务人的补充责任、增加了教育机构的补充责任和劳务派遣单位的补充责任。

“补充责任”虽然属于侵权责任的形态，但是却有效地扩大了侵权行为人的责任范围。国家侵权责任中存在着与民事侵权责任相同的问题——扩大国家责任的范围，这既是学界探讨的对象，也是普通民众的强烈要求。基于民事补充责任制度的经验，我们尝试创设国家补充责任制度，其目的是通过国家承担补充责任的方式扩大国家责任的范围，我们认为创设国家补充责任本身也为研究如何扩大国家责任找到一个新的、可行的视角。

本书共分为六章，依逻辑顺序展开：

第一章“研究的缘起与研究的制度基础”，共分为两节。第一节说明我们为什么要研究国家补充责任，主要介绍法律视域内国家责任的社会背景、制度背景。补充责任并不为大家所熟悉，同时国家补充责任的创设目的是为了扩大国家责任的范围，因此介绍国家责任及其社会背景和制度背景有助于帮助大家认识创设国家补充责任的价值。第二节介绍研究的制度基础及其述评。补充责任制度是私法上的一个创造，还没有引起公法学者的关注，因此在公法领域也就没有关于国家补充责任的研究成果可以进行介绍和评论，我们主要介绍民事侵权领域补充责任的研究成果并对它们进行评价。补充责任

本质上是一种责任形态，并无私法和公法性质的差别，只有在各自领域扩大责任范围的时候才涉及公法和私法的性质之分，从这个意义上讲，民事补充责任的研究成果对拟定中的国家补充责任的创设具有毋庸置疑的借鉴作用，我们选取的民事补充责任的研究成果也基本不涉及公法和私法性质之争的领域和问题。

第二章“国家补充责任的界定”，共分为三节。第一节介绍补充责任制度的产生，主要包括补充责任制度的产生背景、民事补充责任概念的形成以及民事补充责任制度的建立。第二节为“国家补充责任的内涵与外延”，主要内容是对国家补充责任的内涵和外延做出界定。第三节为“国家补充责任与民事补充责任的界限”，主要内容有两个方面，其一是分析国家赔偿责任所具有的浓厚的民事责任背景；其二是分析国家补充责任与民事补充责任的差异性。

第三章“国家补充责任的理论基础”，共分为两节。尽管从形式上看补充责任是一种责任形态，但是它意在扩大责任的范围，民事补充责任是如此，国家补充责任亦然。形式上的国家补充责任背后是内容上的国家责任。第一节阐述国家责任的理论基础，主要从法哲学的角度和法经济学的角度阐述国家承担侵权责任的正当性和合理性。第二节进一步阐述国家补充责任的理论基础，主要从民事补充责任和国家责任两个视域展开，民事补充责任已有部分研究成果产生，鉴于国家补充责任与民事补充责任具有相似性，借鉴民事补充责任的视域意在阐述补充责任的正当性和合理性，国家责任的视域意在阐述国家承担侵权责任的正当性和合理性。

第四章“国家补充责任的现实基础”，共分为两节。第一节阐述构建国家补充责任的必要性。首先对当下国家责任研究中存在的不足进行了分析，其次在此基础上提出完善国家责任的途径。第二节阐述构建国家补充责任的可行性。首先我们有民事补充责任的经验可资借鉴；其次是侵权责任法规定了教育机构的补充责任，我们认为教育机构在实质上具有公法性质和特征，因此教育机构的补充责任可以作为国家补充责任的先导，也是从民事补充责任过渡到国家补充责任的桥梁；再次是最高人民法院的司法解释肯定了公安机关失职的国家赔偿责任，该责任是实质上的国家补充责任；第四是域外国家对国家的间接侵权责任早有规定，只是没有采用补充责任的形式，而是用连带责任的形式加以涵摄。

第五章“国家补充责任的归责原则与因果关系”，共分为两节。侵权责任的构成要件通常包括侵权行为、行为的后果、归责原则以及行为与后果的因果关系。鉴于侵权行为和侵权行为的后果不太具有分析的理论价值，所以

本章主要从归责原则和因果关系两个要件展开。第一节从侵权责任的归责原则、国家侵权责任的归责原则和国家补充责任的归责原则层层递进加以分析。第二节阐述国家补充责任的因果关系，在分析民事补充责任因果关系的基础上进一步分析国家承担补充责任时因果关系的选择与适用。

第六章“国家补充责任的财政保障途径”，共分为两节。第一节分析国家承担侵权责任（包括补充责任在内）引致的财政压力，在此基础上提出化解财政风险的可行途径。第二节具体阐述化解国家赔偿财政风险的途径，具体包括建立和完善统一的国家赔偿基金、建立责任事故的赔偿基金和建立国家侵权赔偿的责任保险制度。

关键词：补充责任，国家补充责任，归责原则，财政保障，责任保险

ABSTRACT

The term, Governmental Supplementary Liability, or Governmental Secondary Liability, does not exist at present, both in theory or practice of law science. It is created on the base of supplementary liability in tort theory in this book. In the theory and practice of tort, supplementary liability of tort was created to meet the certain needs that joint and several liability and share of liability could not achieve. And business operators, educational institutions and other institutions alike should assume the liability when direct tortfeasors can not afford the damages or can not be found. Theoretically, transactional security obligations originated in Germany was the fundamental cause that supplementary liability of tort was created. Practically, supplementary liability of tort was stipulated firstly in the Interpretation of Trial on Personal Injury of Supreme Court of PRC in 2003, and formally established in the Law of Tort of PRC of 2009. In the Law of Tort, the supplementary liability of tort imposed to business operators in the Interpretation in 2003 was endorsed, and new kinds of supplementary liabilities imposed to educational institutions and to corporations where labor is dispatched, were newly proposed.

Although supplementary liability is a new form of liability assumed, it has played a big role in expanding the limitation of liability imposed to tortfeasors. As to governmental liability, there are the same issues with those being discussed in civil torts by legal professionals, that is, how to expand the limitation of governmental liability. Based on the experiences from supplementary liability of tort, governmental supplementary liability is being constructed to expand the limitation of liability. And this is a new and effective perspective for doing this.

The book is composed of six chapters. They are as follows:

The first chapter includes two sections. Section one: why to do this research. This section mainly introduce the research background, including social and institutional ones. Given governmental supplementary liability is

still not well-known, and it is proposed to expand the governmental liability, so it is useful to know the values of governmental supplementary liability by introducing the governmental liability and its background. Section two; the present research and its evaluation. Supplementary liability is a creation in civil law and few attention was paid by scholars in public law. Due to this, no research papers could be found in public law, so we have to begin from those papers in civil law. In essence, supplementary liability is a manner to resume liability, so there is no difference in nature between civil law and public law. Given this, the present research on civil supplementary liability is helpful and those researches which are not involved in nature of civil or public would be selected to introduce in this book.

The second chapter includes three sections, offering the definition and related theory to governmental supplementary liability. In section one, the backgrounds of supplementary liability is given. As to supplementary liability of tort, that how the concept is formed and system is established are given. In section two, the connotation and denotation are defined. In section three, the relations between civil and governmental supplementary liability are analyzed. One aspect is that governmental liability originated from tort, and the other is there are differences between them.

The third chapter includes two sections, analyzing the theoretical basis of governmental supplementary liability. In section one, the legitimacy and rationality of governmental liability are set forth from the perspective of jurisprudence and economics. In section two, the legitimacy and rationality of governmental supplementary liability are set forth from the perspectives of civil supplementary liability of tort and governmental liability, for governmental supplementary liability is composed of supplementary liability and governmental liability.

The fourth chapter includes two sections, analyzing the basis in reality of governmental supplementary liability. In section one, necessity of governmental liability is analyzed. The analysis begins from the defects in governmental liability, and then step in the approaches to how to perfect is proposed. Based on the necessity, in section two, feasibility is set forth; Firstly, civil supplementary liability would be borrowed; secondly, governmental supplementary liability for educational institutions has been

stipulated in tort law. Since educational institutions are a little characteristic of public nature, so they are the bridge from civil supplementary liability to governmental supplementary liability; Thirdly, in a specific Interpretation from Supreme Court of PRC, Public Security Organizations (Police Department) should assume obligations for not protecting citizens and their property from being violated by tortfeasors. This kind of obligations is fallen into governmental supplementary liability. Fourthly, indirect tort liability has been created abroad, not in the form of supplementary liability but of joint and several liabilities.

The fifth chapter includes two sections, interpreting the elements of governmental supplementary liability. This chapter focuses on the two elements: liability principles and causation. In section one, analyses are offered step by step on liability principles of tort, on liability principles of governmental liability, and on liability principles of governmental supplementary liability. In second section, causation—both on civil supplementary liability and on governmental supplementary liability—is analyzed.

The sixth chapter includes two sections, exploring approaches of the public financial support. In section one, risks may arise if the limitation of liability of government expands too broadly, so the risks should be recognized and feasible approaches on financial support should be found. In section two, practical approaches are offered. The approaches are those: establishing the unified governmental compensation fund system; establishing compensation fund for liability risks; establishing liability insurance applying to governmental tort.

Keywords: Supplementary Liability; Governmental Supplementary Liability; Liability Principles; Financial Support; Liability Insurance

目 录

第一章 研究的缘起与研究的制度基础·····	1
第一节 研究的缘起·····	1
一、法律视域内的国家责任及其社会背景·····	1
二、国家责任的法律制度背景·····	6
三、国家赔偿责任的两则案例及其启示·····	11
第二节 研究的制度基础与研究述评·····	15
一、研究的制度基础：民事补充责任制度·····	15
二、研究的方法与样本的选择·····	17
三、民事补充责任制度的研究述评·····	19
第二章 国家补充责任的界定·····	34
第一节 补充责任制度的产生·····	34
一、补充责任制度的产生背景·····	34
二、民事补充责任概念的形成与制度的建立·····	41
第二节 国家补充责任的内涵与外延·····	46
一、国家补充责任的内涵·····	46
二、国家补充责任的外延·····	52
第三节 国家补充责任与民事补充责任的界限·····	62
一、国家赔偿责任具有浓厚的民事责任背景·····	63
二、国家补充责任与民事补充责任的差异·····	69
第三章 国家补充责任的理论基础·····	82
第一节 国家责任的理论基础·····	82
一、国家责任的法哲学基础·····	82
二、国家责任的法经济学基础·····	97
第二节 国家补充责任的理论基础·····	111
一、民事补充责任的理论基础·····	112
二、国家补充责任的理论基础·····	122
第四章 国家补充责任的现实基础·····	131
第一节 构建国家补充责任的必要性·····	131
一、当下国家责任研究中的不足·····	131

二、完善国家责任的途径·····	140
第二节 构建国家补充责任的可行性·····	149
一、民事赔偿制度的可借鉴性·····	149
二、教育机构的补充责任分析——国家补充责任的先导·····	157
三、公安机关失职的国家赔偿责任——实质上的“国家补充责任” ·····	169
四、域外国家的“国家补充责任”——以连带责任的形式涵摄·· ·····	174
第五章 国家补充责任的归责原则与因果关系·····	180
第一节 国家补充责任的归责原则·····	181
一、侵权责任的归责原则概述·····	181
二、国家侵权责任的归责原则概述·····	191
三、国家补充责任的归责原则·····	202
第二节 国家补充责任的因果关系·····	206
一、民事补充责任中的因果关系·····	206
二、国家补充责任的因果关系·····	210
第六章 国家补充责任的财政保障途径·····	220
第一节 国内的现状与国外的经验·····	220
一、我国国家侵权赔偿的财政支出现状·····	220
二、国外国家承担侵权责任的财政保障途径·····	225
第二节 国家补充责任的财政保障途径·····	227
一、建立和完善统一的国家赔偿基金·····	227
二、建立责任事故赔偿基金·····	231
三、建立国家侵权赔偿的责任保险制度·····	237
结束语·····	247
一、从侵权责任形态的视角认识补充责任·····	247
二、通过国家补充责任的研究促进国家责任的统一·····	248
三、国家承担补充责任后的追偿权·····	249
主要参考文献·····	250
后 记·····	260

第一章 研究的缘起与研究的制度基础

第一节 研究的缘起

一、法律视域内的国家责任及其社会背景

无论是古希腊政治思想家的原始和朴素国家观,还是近代资产阶级思想家的社会契约国家观,尤其是当代新自由主义主导的福利国家观,都强调国家对公民的财产权和人身权的保护,比如近代资产阶级思想的开创性人物格劳秀斯就认为国家的主要任务是保护私有财产和个人安全。格劳秀斯给国家下的定义为:“国家是一群自由人为着享受公共权力和利益而集合起来的完善的团体。”^①随着社会的发展,国家义务和责任的范围呈不断扩大的趋势,在当下则和福利国家以及风险社会的现实相辅相成。在这样的背景下,我们通过法律的视角对国家责任进行更为深入的研究正好契合时代发展的背景和要求。

(一) 法律视域内的国家责任

关于国家的性质,古今中外的学者们有不同的观点。政治学家一般认为国家是一个由领土、人民和一套组织机构等要素构成的政治结合体,强调国家存在的合理性和国家行为的合法性,比如马克思认为国家是一个阶级统治另一阶级的工具。社会学家——尤其是政治社会学家,与政治学家的观点类似,他们强调国家统治的现实性和合法性,比如马克斯·韦伯认为国家垄断了“合法性暴力”工具——拥有合法使用暴力进行统治的权力。哲学家则更多注重国家存在的伦理性,也就是国家统治的正当性,比如黑格尔认为国家是伦理观念以及人类自由的最高表现形式。在法学家眼里,国家又是一幅什么样的图景呢?在法学范畴内,关于国家性质和国家责任的探讨显然属于公法学,尤其是宪法学的范畴。林来梵教授认为,“国家性质”不是严格意义上的宪法学概念,而是属于政治学概念。他总结认为:“法学的国家观是近代才产生的,代表性的观点有两种:一是德国法学家耶利内克的‘国家法人

^①应克复等:《西方民主史》,中国社会科学出版社1997年版,第126页。

说’——国家就是一个法人组织或者法人实体；二是奥地利法学家凯尔森的‘规范秩序说’——国家不是一个实体，而是一个由不同位阶构成的等级秩序。”^①

显然，政治学、社会学从现实的角度分析国家的存在，强调国家统治的合理性和合法性，因而政治学家和社会学家分析国家的价值倾向更多是其然性，对国家的角色定位更多集中在权力和秩序的拥有者和维护者方面。哲学则从道德和伦理的角度分析国家的存在，强调国家的统治不仅仅是现实性，还有伦理性和道德性，只有符合伦理性和道德性的统治才是合法和合理的，因而哲学家分析国家的价值倾向更多是其应然性，对国家的角色定位更多集中在权利的保护者和责任的承担者方面。关于国家责任的道德性，我国学者田文利认为，“国家的道德性和人的道德性具有同质性，就如同一个人不单单是权利实体一样，国家也不单单是一个权力实体，更是一个道德实体，这才是国家的本质。”^②

从林来梵教授的总结中我们可以得出下列结论：法学视域内的国家性质，介于政治学、社会学和哲学之间，既强调国家存在的现实性，也不否认国家存在的伦理性，国家既是权力的拥有者，也应该是权利的保护者，既是秩序的维护者，也应该是责任的承担者。从法学的视角看，国家统治具有合法性和合理性，同时国家对其统治行为造成的损害和不利后果也必须承担责任，我们把这种责任统称为国家责任。

如前所述，法律视角下的国家责任是应然价值和实然价值的结合，是随着社会的发展以及国家角色从单纯的国家统治向国家统治与权利保护过渡的过程中慢慢诱发出来的产物。人类社会早期的国家对自己的统治行为不承担责任，因为“主权国家不会犯错”或者“国王不能为非”（King can do no wrong）。后来，社会各界，尤其是知识界逐渐对国家的性质和功能有了新的认识，国家不仅仅是统治者，也是公民权利和利益的保护者，它不仅应该保护公民的权利和利益不受其他公民的非法侵害，也应该保护公民的权利和利益不受来自国家自身的非法侵害。换言之，国家既是社会秩序的维护者，也可能是公民权利和利益的侵害者，因此国家对其侵权行为应该承担责任。问题的复杂性在于：国家的行为有公法上的行为，也有私法上的行为；既有合法的行为，也有违法的行为；既有对外的主权行为，还有对内的统治行为，所有这些行为都可能对公民的权利和利益造成损害，但是这些行为在什

^① 林来梵：《宪法学讲义》，法律出版社，2011年版，第161—165页。

^② 田文利：《国家伦理及其实现机制》，知识产权出版社，2010年版，第9页。