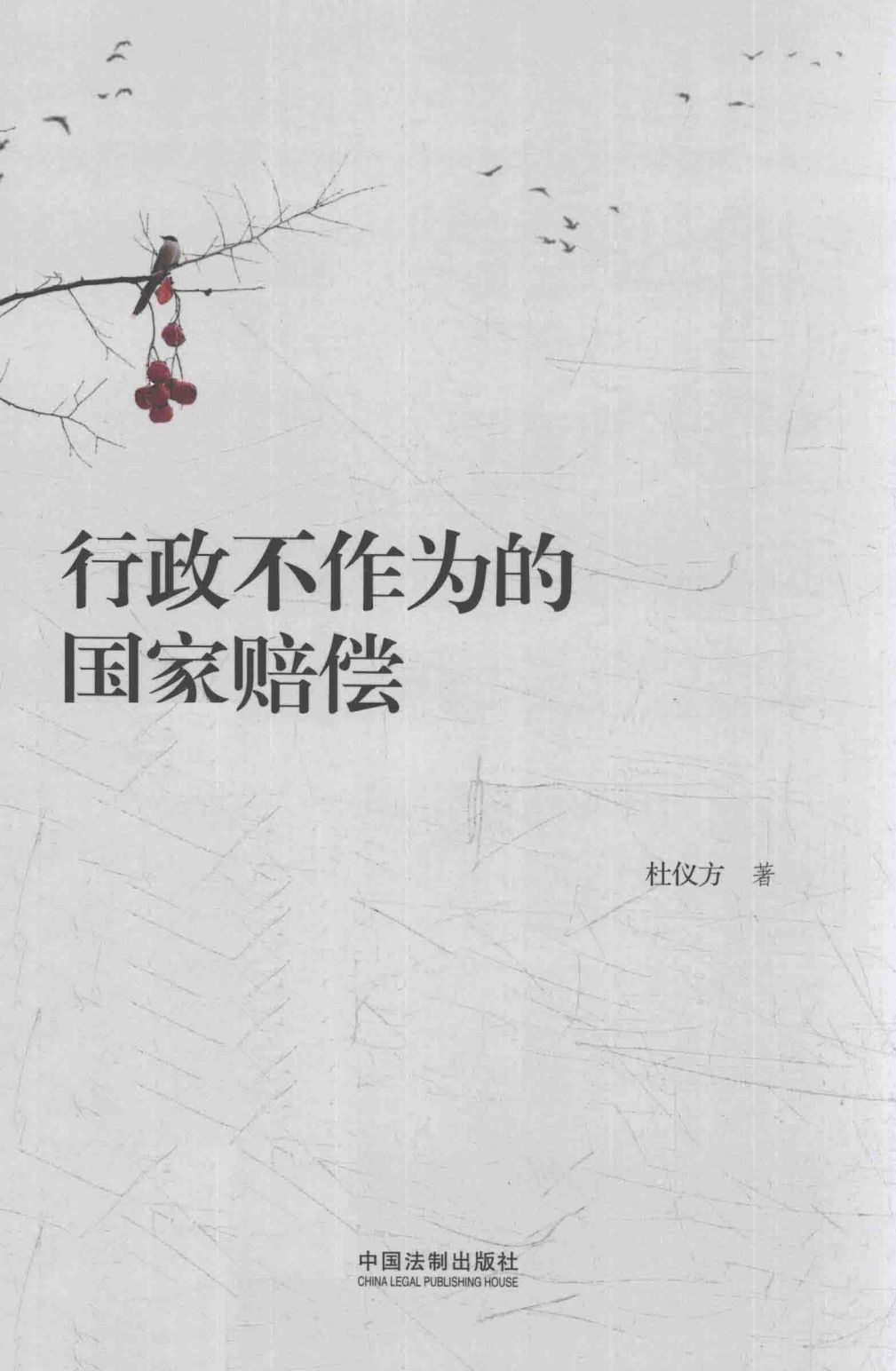




行政不作为的 国家赔偿

杜仪方 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

行政不作为的 国家赔偿

杜仪方 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政不作为的国家赔偿 / 杜仪方著. —北京: 中国法制出版社, 2017. 9

ISBN 978-7-5093-8856-3

I. ①行… II. ①杜… III. ①行政赔偿—研究—日本
IV. ①D931.321

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 244070 号

责任编辑 马 颖 王雯汀

封面设计 杨泽江

行政不作为的国家赔偿

XINGZHENG BUZUOWEI DE GUOJIA PEICHANG

著者 / 杜仪方

经销 / 新华书店

印刷 / 北京九州迅驰传媒文化有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

印张 / 11.5 字数 / 303 千

版次 / 2017 年 9 月第 1 版

2017 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8856-3

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码: 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66060794

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

前 言

行政不作为已经广泛存在于社会生活的各个方面并日益受到学界的关注。但是在充满现实问题的同时，却很难从我国现行的基本法律中找到对行政不作为国家赔偿责任所作出的具体而明确的规定。虽然最高人民法院在 2001 年 7 月 22 日起施行的《最高人民法院关于公安机关不履行法定行政职责是否承担行政赔偿责任问题的批复》（法释〔2001〕23 号）中指出：“由于公安机关不履行法定行政职责，致使公民、法人和其他组织的合法权益遭受损害的，应当承担行政赔偿责任。”但是由于该项批复规定较为简单，如同任何简洁立法所面临的任务一样，从批复到制度的实现仍然需要学界进一步的理论说明和解释。本书正是在这一背景之下，通过比较法的研究和对现有法律的解释，对我国行政不作为的理论基础、基本概念、责任构成要件、赔偿制度等加以探究，试图在我国现有法律制度之下构建相对健全的行政不作为国家赔偿制度体系。

本书虽然作为宪法与行政法博士论文的选题还属首次，但是却并不是国内首篇以行政不作为国家赔偿为研究对象的学位论文。因此，创新成为本书首先需要考虑的问题。本书拟以日本行政赔偿的

学说理论和制度实践作为主要探讨背景，同时借鉴其他大陆法系国家的经验，探讨我国当前在处理行政不作为赔偿问题时所应采取的路径取向。其中在对行政不作为赔偿的构成要件进行探讨时，所采取的日本经验的借鉴并非停留在制度表面，而是以大量案例作为分析对象，深入国家和社会结构之中，对行政不作为国家赔偿中真正存在的问题进行比较考察。同时，本书对于行政不作为概念的分析独辟蹊径，采取了从实体法律规范中归纳的方法。当前有关行政赔偿的法律法规在提到行政不作为时大都没有对其进行明确界定，但是有一些地方性法规规章对行政不作为进行了明确界定，这些地方性法规规章可以为我们研究行政不作为的概念并进而研究行政不作为为赔偿问题打开新的视角。本书立足于法律现实主义的立场，在作出制度分析之后结合中国的具体实例，对现实生活中行政不作为国家赔偿的制度运用加以探讨。

第一章题为“行政不作为赔偿的时代背景和基本理论”，指出国家为其行政不作为行为承担责任的前提和基础。从行政不作为赔偿的时代背景来看，随着时代变迁，国家理念、法律对公民权利的保护以及行政权的功能定位都发生了变迁，这些制度变迁导致了国家对行政不作为责任态度从奢谈走向赔偿。而公权理论和反射利益理论则分别构成国家承担责任的推动力量和阻碍元素，二者在德国和日本的理论演变和制度实践为我国的制度构建提供了可选之模本。

第二章题为“行政不作为的概念”，主要是以梳理行政不作为的学理概念为切入点，通过对实体规范性文件作出解读以及对《中华人民共和国行政诉讼法》和《中华人民共和国国家赔偿法》的相

关规定进行制度解释，重点介绍行政不作为在实体领域、诉讼领域和赔偿领域的现有概念，并在整理归纳的基础上，分析三者概念的区别以及各自的应有之义。

第三章题为“行政不作为赔偿的归责原则”，本章旨在实现论文整体的结构完整，并为后章的行政不作为赔偿要件提供思维前提。本章在归责原则的内涵和外延进行以借鉴为目的的分析之后，结合行政不作为的特性以及国家赔偿的功能定位，提出了行政不作为赔偿的归责原则。

第四章题为“行政不作为赔偿的构成要件”。当行为、损害结果和因果关系的三段论似乎已经成为老生常谈的时候，本书认为要实现行政不作为的赔偿首先要确定行政不作为行为的不法性，而不法行为的确定则必须要迈过反射利益和行政裁量两座大山。在对日本和德国的反射利益范围缩减、反射利益否定以及行政裁量收缩的不同理论和实践进行细致梳理和分析之后，本章又对我国所采用的方式进行预见并作出可行性分析。

第五章题为“行政不作为的救济制度”，本章仅就行政不作为所特有的诉讼和赔偿制度作出分析，与其他行政作为行为相一致的制度则不属于本章所讨论的范畴。本章重点探讨行政不作为诉讼的诉讼类型、行政诉讼和国家赔偿之间的关系以及怎样处理行政不作为侵权行为中行政不作为行为与民事侵权行为之间的关系和矛盾。

第六章题为“行政不作为国家赔偿实例——以三鹿奶粉事件中的行政不作为为分析对象”，以一种现实关怀的角度，将上文的理论探讨和制度实践适用于中国现状，分析三鹿奶粉事件中行政机关

的迟报行为和免检行为是否属于本书所言之不作为以及是否能够构成行政不作为的国家赔偿责任。

附录题为“行政不作为的司法审查：恣意进路”，是美国行政不作为司法审查研究的一篇经典论文的中译本，该译文对于美国行政不作为司法审查中所涉及的法律依据、问责理论等进行了深入的考察。

目 录

第一章 行政不作为赔偿的时代背景和基本理论

第一节 行政不作为赔偿的时代背景 / 2

一、国家理念：从警察、夜警到福利 / 3

二、权利的法律保障：无权利或者特权——保障自由权——保障生存权 / 8

三、行政的角色：从强权、消极到给付 / 12

四、行政不作为：从奢谈、美德到赔偿 / 16

第二节 公权理论 / 19

一、公权理论产生的前提条件 / 19

二、公权理论的演变历史——以保护规范理论为切入点 / 21

三、福利国家的公权理论——基于保护规范理论缺陷之上的发展 / 26

第三节 反射利益理论 / 32

一、反射利益概述 / 32

二、反射利益历史 / 33

第四节 公权理论和反射利益理论在国家赔偿领域的运用 / 34

一、德国 / 34

二、我国台湾地区 / 35

三、日本 / 36

四、小结 / 40

第五节 我国行政不作为赔偿的当代特殊背景 / 43

一、时代背景 / 43

二、制度背景 / 45

第二章 行政不作为的概念

第一节 行政不作为的学理概念 / 51

一、不作为的法理定位 / 51

二、现有行政不作为的学理概念梳理 / 53

第二节 行政实体领域的行政不作为概念 / 61

一、现有实体法中行政不作为的概念梳理 / 62

二、实体法上行政不作为的概念小结 / 78

第三节 行政复议领域的行政不作为概念 / 79

第四节 行政诉讼领域的行政不作为概念 / 85

第五节 行政不作为概念的应有之义 / 95

一、应当履行 / 96

二、可以履行 / 105

三、没有履行 / 107

第六节 国家赔偿领域的不作为 / 111

第三章 行政不作为赔偿的归责原则

第一节 归责原则的构建本质：正本清源 / 118

一、归责原则的价值内涵解析 / 119

二、归责原则的适用外延梳理 / 123

三、小结 / 126

第二节 国家赔偿责任的定位 / 127

一、国家赔偿制度的功能定位 / 127

二、“代位责任说与自己责任说”对应“过错原则与违法原则”吗 / 128

三、组织过错 / 130

第三节 行政不作为赔偿的归责原则 / 131

一、现有归责原则 / 131

二、国外行政不作为赔偿的归责原则 / 134

三、行政不作为赔偿归责原则的建构 / 136

第四章 行政不作为赔偿的构成要件

第一节 国家赔偿领域的行政不作为 / 141

一、反射利益理论 / 142

二、行政裁量理论 / 150

第二节 公民的合法权益存在实际的损害 / 180

第三节 因果关系 / 181

一、因果关系的学说 / 181

二、行政不作为赔偿中因果关系的特殊性 / 185

第五章 行政不作为的救济制度

第一节 行政不作为的诉讼制度 / 190

一、比较法上的简单梳理 / 190

二、我国现有制度评价 / 201

第二节 行政不作为赔偿制度 / 205

一、世界主要国家和地区的制度设计都采用了第一次权利保护优先原则 / 206

二、原理反思之一：在公共利益与个人利益之间取得平衡 / 213

三、原理反思之二：行政诉讼的判决内容对赔偿诉讼有既判力 / 219

四、小结 / 224

第三节 行政不作为赔偿中行政赔偿与民事赔偿的交织 / 225

一、行政不作为赔偿与民事赔偿交织案件中可能的责任分担形式 / 226

二、行政不作为赔偿与民事赔偿交织案件中的理论难点 / 234

三、行政不作为赔偿与民事赔偿交织案件中责任分担问题的解决 / 241

第六章 行政不作为国家赔偿实例——以三鹿奶粉事件中的行政不作为为分析对象

第一节 迟报行为不存在行政不作为赔偿的法律空间 / 248

一、是否属于行政诉讼受案范围和行政赔偿范围 / 248

二、针对个人利益和针对公共利益的法律规范比较 / 250

三、是否构成行政不作为 / 253

第二节 设立免检制度的行为不存在行政不作为赔偿的法律空间 / 254

一、免检制度出台的过程和问题的提出 / 254

二、设立免检制度的行为是否违反《产品质量法》 / 255

三、实施免检制度的行为是否存在行政不作为赔偿的法律空间 / 257

第三节 小结 / 260

附录 1 行政不作为的司法审查：恣意进路（译文）

介 绍 / 265

第一部分 行政不作为司法审查的法律依据 / 273

一、无审查能力原则 / 275

二、原告资格原则 / 281

第二部分 行政问责理论下的法律 / 289

一、无审查能力原则 / 293

二、原告资格原则 / 297

三、学者的反对 / 301

第三部分 恣意进路下的法律 / 303

一、重构行政不作为与司法审查之间的关系 / 305

二、行政法和宪法的重新整合 / 319

第四部分 结语 / 343

附录 2 日本行政不作为赔偿案件列表

后 记

第一章 行政不作为赔偿的时代背景 和基本理论

〔主旨〕

任何一种观念、理论和制度的形成与发展，都与其所处时代的历史、政治、经济、社会、文化等因素有着千丝万缕的联系。而对于与国家制度联系紧密的公法而言，当谈论行政目的、行政手段或者是行政法的制度构建等宏观问题时，更无法脱离其所处的时代背景。现代行政法从设立、形成到发展，经历了封建主义的瓦解崩溃、资本主义的蓬勃发展以及弊端呈现等各个不同的历史阶段，行政法的目的、原则和制度等也相应随之发生改变。引用美国行政法学家伯纳德·施瓦茨教授的名言：“行政法的首要特征就在于它是一个处于持续不断变化中的学科。”^①

与此同时，一项制度能够得以产生和实现，除与其所处之时代背景密切相关之外，更离不开基础理论的支撑。毕竟，时代的

^① Bernard Schwartz, Some Crucial Issues in Administrative Law, Tulsa Law Journal, Vol. 28, 1993, pp.793-794.

需求仅仅为制度提供了一种萌生的土壤，而当我们深入具体制度讨论时，依然需要将其置于完整的理论体系之下以考察其发展的前提基础和未来可能。尤其在公法领域，尽管近代公法理论一直致力于以社会现实为基础进而研究权力与法律之间的关系，然而公法理论发展至今依然未能完全脱离奥托·迈耶所构建的以行政行为为核心，以特别权力关系、公法上的权利、警察高权、财政高权、公物法、公共负担法、国家赔偿与补偿及行政组织法等为范畴的德国行政法体系。^①对于行政不作为赔偿而言，该制度要得以实现不仅要关涉行政实体法理论，也会涉及行政诉讼、国家赔偿乃至民事赔偿等相关理论。而在这之中，以下两项重要的理论又和行政不作为赔偿制度的联系最为密切，即公权理论和反射利益理论。

第一节 行政不作为赔偿的时代背景

现代行政法的发展至少历经了警察国家、夜警国家和福利国家等阶段。就公民权利而言，随着自由主义观念的普及，国家对于公民权利从开始的不予保障，转变为纯粹保障自由权，而后又发展为保障生存权。而公民对于国家行政要求也相应地由消极退出转为积极介入，由传统不作为转为现代作为。此时，行政不作为赔偿责任机制作为一项重要的国家行为监督机制就有了不可替代的作用。

^① 赵宏：《法治与行政——德国行政法在法治国背景下的展开》，载《行政法学研究》2007年第2期。

反观中国,随着《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)、《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)、《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)、《中华人民共和国国家赔偿法》(以下简称《国家赔偿法》)等一系列法律的出台,依法行政的概念逐渐被广大行政机关所接受并开始付诸实践。而正当这个时候,我国又不得不开始面对由“效率优先”到“和谐社会”的巨大历史转型,国家的生存照顾义务被提到一个前所未有的高度。将对行政不作为赔偿制度的研究置身于这样的社会背景中,也就具有了深远的理论意义。

一、国家理念:从警察、夜警到福利

(一) 警察国家的产生

相较于封建制度下的绝对集权而言,以民主为基础的现代国家理念在17世纪的欧洲已经开始萌芽。但是在当时的社会背景下,封建残余的专制体制一时难以完全转变,绝对君主权力的思想依然深入人心^①;另外,现代国家在建立之初又往往内忧外患不断,社会持续动荡。因此,新建初始阶段的现代国家往往会在“国家目的是为人民谋福利”的口实之下,尽可能伸张国家权力的同时限制个人自由。正如17世纪英国学者霍布斯所坚信的,强大的政府必然将

^① 例如,被誉为“近代政治学之父”的意大利政治家尼可罗·马基亚维利就在其著作《君主论》中大力宣扬君主的强权至上理论,并影响了后世许多政治家。参见[意]尼可罗·马基亚维利著:《君主论》,潘汉典译,商务印书馆2010年版。

带来法律和秩序，尽管以利维坦形象出现的国家权力压制了个人的自由意志、欲望或倾向，但是这些压制力量的最终目的是对于个人自由的保障而非实际障碍。^①

警察国家的制度起源源自 16 世纪的法国。根据彼时法国《警察法》的规定，除新教诸侯所拥有的教会行政权以外，所有的国家行政均可被称为警察。^②在当时的历史背景下，警察权所代表的强权行政不仅涵盖了社会中维持社会良好治安、保障国家正常秩序的功能，更包括了除外交、司法、财政以外的一切行政职能。尽管在这阶段公共福利和公共福祉也被认为是国家的任务之一，但基于警察国家理念，上述救助或福利只被认为是统治者的“恩赐”，国家对此并不承担法律或者政治上的义务。这一阶段在公法上被称为警察国家时期。^③

（二）夜警国家的建立

然而，伴随着民主理念的深入以及市场经济的勃发，警察国家所强调的国家利益高于个人利益、个人权利附属于国家利益之中的理念，以及以警察权为标杆所构建的积极的高权行政制度体系开始逐渐走向消亡。而与此同时崛起的，则是以法律严格限定国家权力而充分保障个人权利的夜警国家。

①[英]托马斯·霍布斯著：《利维坦》，黎斯复、黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版，第 165 页。

②[日]田上穰治：『警察法』，有斐阁昭和 58 年版，第 4 页。

③王和雄著：《论行政不作为之权利保障》，三民书局股份有限公司 1994 年版，第 2 页。