

TRIAL  
STUDY

《审判研究》编辑委员会 编

2009年 第一辑  
(总第三十二辑)

审判研究

焦 泉 / 论国家赔偿与国家补偿  
李 安 徐立帅 / 新的证据之司法认定  
奚 庆 / 商品房买卖中开发商的办证义务及相关法律问题研究  
林 峰 / 行政诉权与公共利益的冲突  
江苏省高级人民法院行政庭 / 工伤行政案件法律适用问题研究  
南京市中级人民法院课题组 / 人民法院对管理人的监管措施研究  
胡黔生 / 构建被告人认罪案件审判竞合程序初探



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

2009年 第一辑 (总第三十二辑)

---

T R I A L

**审判研究**

S T U D Y

---

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社  
LAW PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2009 年. 第 1 辑: 总第 32 辑/《审判研究》  
编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2009. 6  
ISBN 978-7-5036-0288-7

I. 审… II. 审… III. 审判—研究—中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 089861 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/15 字数/240 千

版本/2009 年 6 月第 1 版

印次/2009 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5036-0288-7

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

## 《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

|     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|
| 刁海峰 | 马 荣 | 马汝庆 | 马志相 |
| 帅巧芳 | 叶兆伟 | 叶晓颖 | 刘 华 |
| 刘亚平 | 刘媛珍 | 汤小夫 | 李飞坤 |
| 李后龙 | 时永才 | 吴立香 | 何 方 |
| 宋 健 | 张 屹 | 张培成 | 陆鸣苏 |
| 范 群 | 茅仲华 | 周茸萌 | 周晖国 |
| 屈建国 | 胡道才 | 俞灌南 | 姜洪鲁 |
| 贺强兴 | 徐清宇 | 蒋惠琴 | 谢国伟 |
| 褚红军 | 薛剑祥 |     |     |

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轶 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 轶（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 杨 鸣

# 目 录

Trial Study 2009 年第 1 辑(总第 32 辑)

## 专家论坛

- 1 焦 泉 / 论国家赔偿与国家补偿
- 10 李 安 徐立帅 / 新的证据之司法认定  
——兼评《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉  
审判监督程序若干问题的解释》第十条
- 19 奚 庆 / 商品房买卖中开发商的办证义务及相关法律问题研究

## 特 稿

- 32 林 峰 / 行政诉权与公共利益的冲突  
——我国香港地区的经验和教训

## 专题研究

- 42 江苏省高级人民法院行政庭 / 工伤行政案件法律适用问题研究
- 123 南京市中级人民法院课题组 / 人民法院对管理人的监管措施研究  
——兼论破产案件中审计、评估与拍卖工作的规范化
- 152 赵国华 / 刑事和解制度定位与立法选择

## 调查报告

- 159 苏州市中级人民法院民三庭 / 关于涉台民商事案件审理工作的调查报告  
——苏州法院六年的实践与思考

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| <b>各抒己见</b>                                     |     |
| 司法判决地方性因素之考量 / 卓 洋 甘德怀<br>——从某死刑判决引发的思考         | 174 |
| 构建被告人认罪案件审判竞合程序初探 / 胡黔生                         | 181 |
| 论电子资金划拨中当事人之间利益的平衡 / 郝 洁                        | 193 |
| 有限责任公司股东资格确认的困惑及路径选择 / 程黎明                      | 204 |
| <b>案例分析</b>                                     |     |
| 论未经仲裁达成的工伤待遇协议的法律效力 / 夏明丰 浦 峥                   | 214 |
| <b>审判参考</b>                                     |     |
| 江苏省高级人民法院关于保增长保民生保稳定的<br>司法应对措施                 | 221 |
| 江苏省高级人民法院 江苏省环境保护厅<br>关于环境污染损害赔偿纠纷案件调解工作的意见(试行) | 228 |

## 专家论坛

# 论国家赔偿与国家补偿

焦 泉\*

行政权的行使,有时会造成公民财产上的损失,国家必须给予公民适当而公正的赔偿,这种赔偿可分为两大类型:其一,是行政权违法行使侵犯人民财产权时,涉及国家赔偿的问题;其二,是行政权并未违法,但公民却遇到损失时,涉及国家补偿的问题。

—

国家赔偿的含义,可分为广义和狭义两种。广义的国家赔偿又分成国内法意义的国家赔偿及国际法意义的国家赔偿两种。

国内法意义的国家赔偿,指国家因为行政职权的行使,致使公民的权利遭到损害,由国家负担赔偿责任。国家侵权,可能来自司法权、监察权、行政权等方面。司法权力的违法侵权,如冤狱赔偿,这有争议。立法权的侵权,如因立法错误,侵害到公民的权利,国家是否也赔偿?这是近年来国际法学界经常讨论的议题。以法治国家尊重人权及国家权力应当“合宪”的看法,立法权有错用或滥用,也应当负起处理善后的义务,国家应予赔偿,由个别立法或解释程序,认定国家应负赔偿的责任。比如,美国曾在1990年制定法律赔偿当年在第二次世界大战期间,强制集中日裔美国人的法律所造成的损失。除此之外,对于国家元首基于元首统帅权以及紧急命令所造成的损害,属于国家公权力侵害的情况,依法理也应由国家负赔偿责任。

---

\* 南京邮电大学社科系主任,教授。

国际法意义的国家赔偿,是以国家为主体就国际事件所担负的赔偿。比如,战争结束后的战争赔偿,国家对外国国家的侵权所负的赔偿义务。这些属于外交意义上的国家赔偿,多为政治问题,不在行政法范围之内。

狭义的国家赔偿仅限于国家行使权力的侵权责任。主要是行政权与司法权的侵权,排除立法权的侵权在外,同时也限于国内法意义。

“我国《宪法》第41条第3款规定:“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,仍依照法律规定取得赔偿的权利。”我国《国家赔偿法》第1条规定:“为保障公民、法人和其他组织享有依法取得国家赔偿的权利,促进国家机关依法行使职权,根据宪法,制定本法。”

## 二

世界上有关国家担负赔偿责任的法理,流行着三种理论:

一是国家无责任论。这种理论盛行于18世纪,认为只有依法执行公务,才属于职务行为。如果公务员违法执行职务,属于违反“职务授权”,则处于没有具备公务员的身份,其行为被视为个人行为,因此国家没有必要承担责任。这种理论的优点在于公务员必须自负违法侵权行为的一切民事责任,唯恐承担自己负责的后果,公务员就会兢兢业业,违法行为较少发生,但是,这种理论的缺点也多。首先,比如什么是公务员违法执行职务,哪种行为才视为公务员的“执行职务”行为或“个人行为”,实际上难以区分;其次,公务员执行公务,本来并不是因执行公务而获取私利,如果全由公务员承担可能发生的赔偿责任,个人财产可能不能胜任;最后,从被侵害人的利益看,如果公务员个人赔偿能力有限,而国家却置之其外,将造成公务员无力赔偿,被害人无法获偿的情形。所以,国家无责任论有很大弊端。

二是国家代位责任论。此理论产生于19世纪末。针对上述“国家无责任论”所造成的弊端,主张公务员违法侵害公民权利,可由国家“代位”公务员承担赔偿责任,人民可以直接向国家请求赔偿。但是,为防止公务员以这种代位制度为其免责的护身符而滥用职权,所以认为国家承担赔偿责任的义务之后,就取得了“侵权请求权人”,即被害人的地位,可以向公务员求偿。然而,为了减轻公务员的实际负担,国家代位理论只针对公务员违法侵害公民的行为,只有在“故意或重大过失时,才能行使求偿权”。

三是国家无过失责任论。这是当代行政法理论的主流。认为公务员是替国

家终生服务的人员,只要公务员执行职务,一切利益与不利益的结果全归于国家。对于“不利益”而言,只要损害(不利益)是因执行职务所产生,国家就应该无条件承担起责任,不管该公务员在执行职务时,有无因故意或过失而造成损害的情况。这种理论又可称为“国家自己责任论”,是基于“公力分担”的理论,认为国家的财力比个人雄厚,承担赔偿责任是轻而易举的事。又因为,国家虽然不得对故意或重大过失的公务员追偿,但是公务员如果犯有上述故意或重大过失的侵权行为,已成为惩戒的理由,则贪污惩戒就足够了。况且,这种追偿权局限于公务员支付能力的薄弱,追偿制度往往缺乏实际支付的可能性,形同具文,干脆放弃这种追偿制度。

### 三

纵观各国的国家赔偿法,构成国家赔偿的要件有两种情形:一是公务员的违法侵权行为;二是因公有公共设施的设置或管理有欠缺的国家赔偿责任。现公述如下:

#### (一)公务员的违法侵权行为

公务员执行职务,行使职权时因故意或过失,不法侵害公民自由或权利时,或公务员怠于执行职务,致使公民权利遭受损害,国家应承担损害赔偿赔偿责任。由此可知有以下几个特点:

一是行为人是公务员,各国的立法解释都认为所谓公务员是依法从事公务的人员。不过依照我国《公务员法》所指的公务员,还包括各级人民代表、国有企事业单位的工作人员。还有受委托行使公权力的团体,其执行职务的人在行使公权力时,视同委托机关的公务员。受委托行使公权力的个人,在执行职务行使公权力时,也视同公务员。这是所谓“拟制公务员”,必须以受行政机关的委托的人员为限,至于该委托,必须依照法律的规定,并且以事实为必要,否则不能适用。

二是必须是执行职务,行使职权。所谓的“执行职务”是指公务员执行法律规定的职务行为。如果公务员所执行的并非职务行为,而属于私人行为,造成的损害,由个人负责。进一步问“公务员执行职务”怎样界定,有“实质说”、“形式说”两种。“实质说”认为公务员必须实质上执行或欲执行的是法定职务时,才构成国家赔偿要件。“形式说”者却认为,公务员执行职务,只需以“形式”认定就可以,也就是只要公务员的侵权行为,在外观上可以认为是在执行职务就可以,不必探查其“实质上”,该公务员的行为与所属机关的“内部职务关系”,非他

人,尤其是普遍公民所能够知悉。所以大多数国家为了保障被害公民的利益,多采用“形式说”。

公务员除了执行职务之外,还必须是“行使国家权力”的职务才可以。因为行使国家权力是国家基于统治权的优越地位对公民行使的权力,公民负有服从的义务。所以公务员执行职务,如果不属于由法律规定的“国家行为”时,一概不包括在内,即使各级人民代表行使质询权和立法权,也不符合国家赔偿的要件。

三是必须具备违法性。公务员因行使职务,致使公民受到损害,造成违法的结果。如果公务员“合法”侵犯公民的权利,如公安人员将拒捕的人犯击伤;工商行政管理机关吊销违法营业商店的执照,海关没收走私物品……都是合法的行政行为,虽侵犯了相对人的权益,但国家没有赔偿的必要。这里所谓的“不法行为”是指行为本质或“形式上”属于执行职务之外,在“实质上”必须是“不法”的行为,其中包括滥用权力,如明显地处罚不当,超越权限和违背职务、违背上级指示等。

四是行为人必须因故意或过失而侵权。这是指因为可以归责于公务员的事由,致使公民的自由、权利产生损害。既然是公务员因为故意或过失,侵害公民的权益,国家才承担赔偿责任。所以由于不可抗力,如天灾、战争这些不可归责于公务的原因,则国家也不必承担赔偿责任。

公务员是经过国家选拔的程序所产生,依《公务员法》的规定,公务员既然有忠于职守的义务,原则上,任何违反职务的行为,都可推定公务员有过失。然而,如果公务员是依上级命令而行事时,是否符合故意或过失的要件?这种情况下,对犯有故意或过失的人,是否绝对必须以行为人具备故意或过失要件为限值来研究。由于公务员有依法行政的义务,只有在此范围内才构成其执行职务的合法性。公务员有服从上级命令的义务,所以公务员虽依上级命令而行为,并不妨碍该行为构成违法性,可以认定该上级的命令属于故意或过失的侵权行为。因此,行政机关可以以行为的整体来看待。行政整体行为,既然有归责性,则可以符合故意或过失的要件。

公务员违法侵害公民的权利和自由,虽然多数以积极的行为来表现,但公务员消极的“不作为”也可能造成侵权的后果,所谓“不作为”则表现为“行政怠惰”的行为。

公务员的作为何时存在?在世界各国的行政法理论上,有“法定原则”和“权

宜原则”。所谓“法定原则”指公务员的公务行为,无论是作为还是不作为都受到法律的限制。例如,依《警察法》,警察有保障公民安全的义务,必要时,也可以使用警械来履行。如果公民在被歹徒伤害时,请求警察保护,警察置之不理,该公民被歹徒伤害,此时即构成公务员因怠于执行职责的国家赔偿责任。所以警察的任务是以法定原则为主,权宜原则为辅。

所谓“权宜原则”是指公务员在欲达到行政目的时,可以审时度势,决定采取行为的时机和方法。例如,警察对缉捕人犯可采取各种方式,由按兵不动到守株待兔,这又称为见机行事的“权宜原则”。这是行政机关可以享有自由裁量的职权。当公务员因故意或过失而不作为时,必须以公民权益遭受侵害为前提。有些前提存在,则“权宜原则”不予排斥,如前述公民向警察求助,警察不理,公民遭歹徒伤害,便是一例。

公务员因消极不作为所侵害的必须是公民的合法权益,并且是属于个人的权益,而不是社会公益,还必须是“财产权益”或是该权益可以转换为具有“财产价值”的权益。至于其他非财产价值及无法转换为财产价值的权利不属于国家赔偿的范围。比如参政权等,又如对申请国籍等公民权利的侵害和对申请举行限制等权利,即使被违法侵害,但没有造成财产损失,国家不予赔偿,但如果该等公法权利已具有财产价值时,例如对一限制的权利违法侵害,致使财产损失,即已租妥场地,因而闲置,则可请求国家赔偿。

## (二) 因公有公共设施的设置或管理有欠缺的国家赔偿责任

其构成要件如下:

首先,必须是公有公共设施因设置或管理有欠缺所致。所谓“公共设施”,是指供公众使用的公物,如道路、公园、桥梁、学校等及其附属设备。至于行政机关使用的公物,不属于公共设施,如果该公物也供人民使用,被认为符合“公共设施”的要件。所以,该公有公共设施,不以“专供公众使用”的公物为限。所谓“管理”,包括提供一切使该公共设施达到“设置目的”及维持这种目的的行为。这种行为应包括公共设施本,如道路、桥梁的维护、修理等行为。如果是该管理权设置看守维护有欠缺时,如航道口应配置看守人,国有游泳池应配置救生员,这些人员的配置有欠缺,也构成此要件,也可请求国家赔偿。

其次,适用无过错责任。与前述公务员违法国家赔偿要件不同,因公共设施的设置或管理欠缺的国家赔偿,不以侵害者的故意或过失为前提,适用国家赔偿无过错责任制度,只要是因为公共设施造成损害,可归责于该公共设施的设置或

管理有瑕疵者,即构成国家赔偿要件,如因洪水暴发,造成江堤因施工不良崩溃等。国家仍然必须因该公共堤防的设置或管理不当,而承担赔偿责任。所以国家不能以公共设施的管理人或设计人等主张“已善尽注意义务”为由,而免负责任。

最后,必须是公民的生命,身体或财产受到损害。比如,前述公务员违法行使职权,致使人民的“自由或权利”受侵害而言,这里仅指“生命、身体或财产”的范围,明显缩小了国家赔偿责任的范围。这里缩小国家赔偿责任的理由是基于国家无过错责任才缩小范围;在造成人民的损害时,仅仅局限于生命、身体及财产。事实上,只要任何权利受到影响,都可请求国家赔偿。比如,因公有电梯故障致使人民的行动自由受到拘束长达几个小时之久,也可以请求国家赔偿。当然如此是违背了立法者的原意,扩大了赔偿范围。不过为了补救过窄的保护对象,对所谓“财产权”概念作出了一切具有“财产价值”及可转换为财产价值的权利的认定解释,所以其他对公民的侵害,如果从财产论其价值,也可以受到国家赔偿。

另外,还有国家赔偿与行政诉讼的附带民事赔偿问题。在行政诉讼程序终结前,对违法的行政处罚而遭受损害的人,可提起附带请求损害赔偿之诉。损害赔偿之诉,在程序上适用行政诉讼,但事实上是民事诉讼,依民法规定。国家赔偿以民法为补充规定,而对赔偿的方法,也是依照民事赔偿的金钱赔偿。相比之下,国家赔偿的范围比行政诉讼的附带民事赔偿合理范围较宽。所以各国都把行政诉讼附带民事赔偿程序删除,否则公民可先进行行政诉讼,胜诉后,再进行国家赔偿的民事诉讼,这样行政诉讼的附带民事赔偿制度将形同虚设。所以,这两种制度同样都是国家赔偿义务的实现程序。

#### 四

以下是由国家承担的弥补公民权益损失的制度,即行政损失补偿的制度。它与国家赔偿的共同点在于都是由国家机关及其工作人员的公务行为损害了公民、法人和其他组织的合法权益。它们都是由国家承担的一种法律责任。但是二者也有区别:首先是造成损害的原因不同。国家赔偿责任中,受害人合法权益的损害由于国家机关及工作人员的违法行为所引起;国家补偿责任中,受害人的损害则是由于合法行为所引起。其次是承担责任的方式不同。国家赔偿责任以金钱赔偿为原则,但根据损害的对象、方式的不同,可以采取其他适当的责任承

担方式,如恢复原状、返还财产、消除影响等;而国家补偿责任多为支付一定数额的金钱。最后是请求补偿的时间要求不同。国家赔偿责任的前提条件是损害的实际发生,先有损害,后有赔偿;国家补偿责任既可以在损害实际发生前先行进行,也可以在损害发生后进行。

对于行政的损失补偿制度,可归结为下列征收补偿与准征收补偿两种制度来加以研究:

### (一)行政征收的补偿

行政征收是指行政主体根据国家和社会公共利益的需要,以强制方式无偿取得行政相对人财产所有权的一种行政行为。从我国现行法律、法规的规定来看,行政征收的主要内容有:税收征收、资源费征收、建设资金征收、打破常规费征收、行政规费的征收以及其他法定征收等。总之,财产的征收最为典型。国家或地方各级行政机关,为了公共利益的需要,为了实施经济政策,采取行政征收的办法。征收的结果使公民的财产权造成被剥夺的效果。这种征收带来的损害,必须是由于合法的行政征收行为,因此必须给予补偿。

### (二)补偿的额度

由于行政损失补偿是由合法并且因行政征收行为而发生的职务行为所导致,所以补偿的额度多数由法律规定,但原则上不能与国家承担责任的行政侵权行为即国家赔偿案件相比。纵观各国的有关法律规定,一般说来,行政征收补偿的额度,可分为全额、酌量与其他法定补偿三种情况:

一是全额补偿。全额补偿是比照民法损害赔偿的“返还财产”,对公民受到行政征收行为的实质损失,予以实质性的弥补,回复到未受侵害前的财产状况,故称为“实质补偿”。行政法对全额补偿的规定常常以“市价补偿”、“相等补偿”或“重置价格”等名称称之。

全额补偿是补偿公民在征收当时所受到的“实际损失”,因此,属于将来的损失不包括在内。民法损害赔偿范围还包括“预期利益”,而对于公民的“实质损失”的全额补偿,是否同时也包括公民在“重置”同样或类似的财产权过程所必须承担的费用?比如,征用土地应给予“土地补偿费”与“迁移费”,企业重新开业的开办费、登记费、广告费等是否属于补偿的费用?以全额补偿的法理而言,补偿的目的是使公民恢复权利的原貌,这些附随于“原状恢复”的必要费用,应包括所谓“全额补偿”之内。

二是酌量补偿。法律可以规定公民受到损害的补偿,不必一定以“全额”补

偿,而是根据公民权益受损害的程度、国家的财力等给予适当的补偿。这是较有弹性的制度,又可以分成:(1)明文规定的酌量补偿。在此行政机关负有自由裁量的义务,自选决定补偿的额度。(2)无明文规定的酌量补偿。这是指法律没有明文规定补偿的额度,仅授权由行政机关决定。对公民所遭受的损失“酌量”补偿,必须是“相当”或“适当”,不是给予市价或全额的补偿费,而要考虑到行政征收行为的目的,即公众的利益的重要性、公民损失的程度,作出公正的权衡之后决定。至于国家财力负担,不应列为主要的考虑因素。所以,酌量补偿必须适度,并符合社会的公平原则。至于补偿是否合乎公平与适当,可由法院利用比例原则审查裁量行为的方式予以审查。

三是其他法定补偿。法律针对特殊的补偿,不以金额、酌量的方式,而是直接规定计算补偿的额度方法。这种法定补偿标准,能否满足“公平”的要求,即涉及该法律的合宪性问题。不过,这种立法规定补偿的额度,多以偏低的方式规定。

### (三)准征收的补偿

国家赔偿责任是以公务员违法行使行政权力,对公民的权益造成损害,必须承担的赔偿责任。而行政征收的损失补偿,是以行政机关的合法行为行使职权,且为公共利益而侵害公民的权益。

可能有一种情形,是职权的行使是为了公共利益,但没有过错(如不可抗力)侵犯公民的权利。这种情形到底视为合法还是违法?比如,在警匪片电影中常出现的警车追捕人犯。这是为公共利益的职务行为。如果不可抗力的追撞涉及旁人,这是属国家赔偿还是损失补偿事件?这种情形之下,如果警车撞及旁人,并无过错。又如该警车行使过快或路况不佳致失控撞及旁人,理论上并不符合国家赔偿中的过错,即故意或过失之要件。但是,这个侵害公民权利的行为,也不是合法的侵害,因此也不符合征收的补偿要件。为此,由德国联邦普通法院,在20世纪50年代作出裁定,创造出另一种新式的行政补偿制度——准征收侵害,以针对这种介于国家赔偿与征收补偿两个概念之间灰色地带所发生的案件。准征收侵害的概念,也必须具备下列条件:

(1)必须是由违法的职权行为所侵犯。

(2)所侵犯的必须是公民的财产权益,或是具有财产价值的权利以及可以以财产价值来计算其损失者,如健康的损害等。

(3)职权行使虽然违法,但乃是从公共利益出发。

(4)被侵犯的公民,是个案的特别牺牲,其他一般公民并未遭到侵害,有违

公平原则。

(5) 公民损害的发生,是直接由该违法行为的职务行为所导致。这是强调违法职务行为所导致。这是强调违法职务行为的行使与损害结果之间,必须有直接因果关系。

(6) 公民因职务行为的侵害无过错,而无法获得法律的救济。

由准征收侵害的基本出发点,我们可知道这个由德国联邦普通法院所创造出来的制度,是在补救职权行为的违法,但是“意外”所造成的危险,如装甲车撞人民宅或森林起火的案件,才援引征收侵害的法理,将受损的公民,比照遭受合法征收侵害的公民——同样是为公共利益而牺牲的个案事件——给予补偿。而其中的差异,只是具有“合法”的侵害与否的问题罢了,准征收的补偿也可比照征收的规定,以填补“实质损失”为原则。

#### (四) 准征收与国家赔偿责任

准征收与国家赔偿责任的相同之处在于来自职权行为的侵害,都是违法侵害。区别之处在于国家赔偿是基于“有过错”,即过失或故意的侵权行为。且侵权行为只要是在“外表上”是行使职权行为就可以,公共利益的动机并不明显;而准征收的侵害,不以“有过错”为限。德国联邦普通法院对准征收的概念,本来只是针对“无过失”的职权违法侵权行为,正如上述,但是旋即再次扩大准征收的范围,不再局限在公权力“无过失”的侵权,并且及于“有过错”。这是把职权行为的责任,纯粹从职权行为的“后果”而论。只要有损害与违法侵害的后果,就是职权行为基于公共利益所为,否认故意或过失,甚至无过失而难免损害的发生,可以包括在准征收的侵害之内。

因此,一个职权行为,很可能会造成“国家赔偿”责任与“准征收”责任相互竞合的情形。在这种竞合的情形下,由于准征收的补偿不如国家赔偿来得优厚,公民自可选择后者为之。

综上所述,准征收制度产生之初的最主要目的在填补职权行为“无过错”的违法侵权行为没有法律救济的后果。以后虽然也有过侵权,但是主要强调职权行为是为公共利益而侵权,和国家赔偿案件相比,职权行为的行使常常并没有明确的“公益”考虑不同。这是国际上,特别是德国法律实务界形成的,在学理上比较精密的法律制度,但在我国除非法律有明确规定国家有上述补偿义务之外,我国对准征收概念模糊,也无法一概承认国家对准征收的侵害全部有加以补偿的义务。

## 新的证据之司法认定

——兼评《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉  
审判监督程序若干问题的解释》第十条

李 安 涂立帅\*

新的证据对案件事实的判断发挥着极其重要的作用,它是对先前认定事实的颠覆、变更与修正。裁判是基于法律对认定事实的适用而形成的一种法律后果。一般情况下,裁判一经形成,即具有稳定性,不允许轻易变更。但任何司法认知都是对过去事实的一种回溯认识,有限的证据是司法认知的素材,当有新的证据提交,意味着司法认知的素材有所变化,其结果自然是需要对案件事实作新的建构,而案件事实就像是裁判(大厦)的基石,自然是牵一发而动全身。司法的顺利运行有着多重价值追求,一方面不会也不容许因任何的风吹草动就将已经形成的裁判推倒重来,这样会没完没了,法律纠纷也永远无法解决;另一方面,如因出现的新情况足以让人们先前认定的事实产生合理怀疑,或无法容忍将裁判建立在已悉的错误事实(认识)之上,那么已形成的裁判也只能被撤销,司法程序重新启动。如果将前者的考虑归结为以追求效率为主的程序方面的追求,将后者归结为以追求发现案件真相为主的实体方面的追求,那么追求效率与发现真相之间需要均衡,如缺乏界分的标准,价值之间的分歧必将存在。为了消除过多的分歧,2008年11月10日最高人民法院审判委员会第1453次会议通过,并于2008年12月1日起实施的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审

---

\* 李安,浙江大学光华法学院博士后研究人员,杭州师范大学法学院副教授;涂立帅,杭州师范大学法学院硕士研究生。