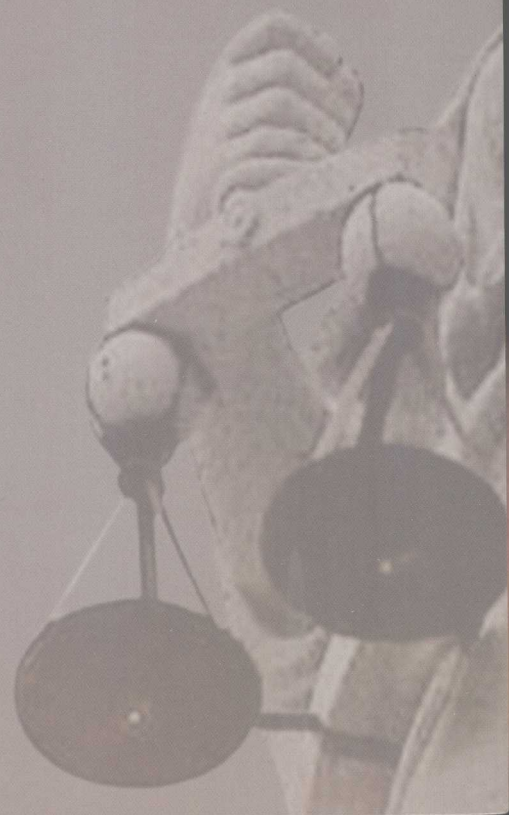


行政赔偿问题研究

周杏梅 著

新疆生产建设兵团出版社



行政赔偿问题研究

周杏梅 著

新疆生产建设兵团出版社

图书在版编目(C I P) 数据

行政赔偿问题研究 / 周杏梅编著, 一五家渠: 新疆生产建设兵团出版社, 2008.5
ISBN 978-7-80756-050-0

I. 行… II. 周… III. 行政赔偿-研究-中国 IV.
D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 052890 号

行政赔偿问题研究

出版发行	新疆生产建设兵团出版社
地 址	新疆五家渠市迎宾路 619 号
邮 编	831300
电 话	0994—5825298 5825226 5825228
传 真	0994—5822600
印 刷	五家渠印刷厂
开 本	787×960 毫米 16
印 张	18
字 数	300 千字
版 次	2008 年 5 月第 1 版
印 次	2008 年 5 月第 1 次印刷
印 数	1—2000 册
书 号	ISBN978-7-80756-050-0
定 价	26.00 元

自序

随着社会经济的发展,人们法治观念和人权保护意识的不断增强,当今世界各国的国家赔偿制度进入了全面深入发展的新时期,国家赔偿制度的建设得到越来越多国家的重视。是否确立了科学合理的赔偿制度已成为衡量一个国家民主与法治发展水平的重要标尺。

1994年5月12日颁布,1995年1月1日开始实施的《国家赔偿法》基本上确立了我国的国家赔偿制度,它是我国民主法制建设的重要成果,也是公民权利保护体系日益完善的标志,可是国家赔偿法的实际执行效果并不理想。环顾现实,赔偿案件之少,赔偿数额之低,获赔之困难,已经让不少人对这部法律失去了信心。公民、法人和其他组织在具体申请国家赔偿的过程中,赔偿义务机关往往不积极响应或拒而不赔或赔而不足或采取规避法定赔偿事项而选择私下“抹平”的方式,从而导致近年来国家赔偿法越来越被“束之高阁”,被许多学者称之为“可望而不可即的摆设或花瓶”。

究其原因,一部分属于实施中的问题,但同时《国家赔偿法》本身确实也存在着不少缺陷,如赔偿范围过窄、赔偿标准过低、精神损害不赔等。因此,如何针对我国国家赔偿法的规定以及制度设置上的缺陷,吸收《国家赔偿法》近13年历程中的经验教训,对其进行修改和完善,以使《国家赔偿法》之保障公民人身权利和财

产权利，促进国家机关及其工作人员依法行使职权，维护社会稳定和和谐的积极作用得以有效发挥是我们面临的一个重大课题。

行政赔偿制度是国家赔偿法的重要组成部分，本书从我国行政赔偿范围、归责原则、赔偿数额和标准等多个角度入手，提出目前所存在的问题并进一步寻求解决的途径，以求以点带面，使现行的国家赔偿制度更加完善、更趋合理、更富可操作性。喜闻《国家赔偿法》的修改已经列入十届全国人大常委会立法规划。我们热切地盼望《国家赔偿法》能够早日得以修改和完善。

水平有限，纰漏在所难免，敬请批评指正。

作者：周杏梅

2007年8月于郑州

目 录

第一章 行政赔偿制度基本原理·····	(1)
1.1 行政赔偿概述·····	(1)
1.2 行政赔偿的历史发展·····	(13)
1.3 行政赔偿责任的理论基础·····	(19)
第二章 行政赔偿的归责原则和构成·····	(23)
2.1 行政赔偿的归责原则·····	(23)
2.2 行政赔偿责任的构成·····	(37)
第三章 行政赔偿范围基本原理·····	(55)
3.1 行政赔偿范围概述·····	(55)
3.2 行政赔偿的侵权行为范围·····	(58)
3.3 行政赔偿的免责范围·····	(84)
3.4 行政赔偿的侵权损害范围·····	(92)
第四章 行政赔偿范围之检讨(一)·····	(95)
4.1 行政侵权损害赔偿范围的拓展·····	(95)
4.2 行政自由裁量行为的国家赔偿·····	(105)
4.3 抽象行政行为的国家赔偿·····	(108)
4.4 村民委员会等基层组织职务行为的国家赔偿·····	(116)
第五章 行政赔偿范围之检讨(二)·····	(119)
5.1 特别权力关系理论·····	(119)
5.2 内部行政行为侵权的国家赔偿责任问题·····	(124)

第六章 行政赔偿范围之检讨(三)	(129)
6.1 行政不作为概念辨析	(129)
6.2 行政不作为的类型	(140)
6.3 行政不作为的危害与成因	(144)
6.4 行政不作为的国家赔偿责任	(147)
第七章 行政赔偿范围之检讨(四)	(159)
7.1 行政公产概述	(159)
7.2 行政公产侵权的国家赔偿责任问题	(168)
第八章 行政赔偿请求人和赔偿义务机关	(173)
8.1 行政赔偿请求人	(173)
8.2 行政赔偿义务机关	(179)
8.3 行政追偿制度	(189)
第九章 行政赔偿程序研究	(201)
9.1 行政赔偿程序概述	(201)
9.2 行政先行处理程序	(205)
9.3 行政赔偿的复议处理程序	(212)
9.4 行政赔偿诉讼程序	(226)
9.5 行政赔偿程序的完善	(251)
第十章 行政赔偿方式和标准	(255)
10.1 行政赔偿的方式	(255)
10.2 行政赔偿的计算标准	(263)
10.3 行政赔偿的费用	(274)
参考资料	(281)

第一章 行政赔偿制度基本原理

行政赔偿制度,是国家赔偿制度的重要组成部分。就我们的国家赔偿制度而言,依照《国家赔偿法》的规定,分为行政赔偿和司法赔偿两大部分。就国家赔偿的实践来看,国家权力的行使,绝大部分是行政权力、给公民、法人和其它组织造成的损害也较多。所以,深入研究和探讨行政赔偿制度,不但具有理论意义,也有重要的实践意义。

1.1 行政赔偿概述

一、行政赔偿的概念

行政赔偿是指行政主体及其工作人员在执行职务,行使国家管理职能的过程中,因违法侵犯相对人合法权益并造成损害,由国家承担赔偿责任的制度。行政赔偿是国家赔偿的重要组成部分,它有几层涵义:

(一) 行政赔偿是国家责任之一种

行政主体由国家设立,其职能属国家职能,行政权也属国家权力,行政主体及其行政工作人员行使职权所实施的职务活动,是代表国家进行的,本质上是一种国家活动。因此,行政主体违法实施行政行为,侵犯相对人合法权益并造成损害的,应由国家承担赔偿责任,但正如行政主体代表国家行使职权一样,行政主体也是国家向受害人承担赔偿责任的代表即赔偿义务人。

(二) 行政赔偿是由行政主体及其工作人员行使职权的行为而引起

严格来讲,应当说行政赔偿是行使行政职权的组织及个人的职权行为引起的,因为实际上无论从法律规定来看,还是从行政活动的实践来看,行使行政权的组织和个人的概念,要远远大于行政主体及其工作人员,包括行政机关及其工作人员、法律、法规授权行使行政权的组织及其工作人员、受委托行使行政职权的组织及其工作人员、受委托执行公务的一般公民和接受行政主体指使实施违法行为的公民等。这些组织和个人,无论其职权的来源如何,他们都在代表国家进行某方面的管理,其行使公权力行为的后果,都应当由国家来承担,因此都可能成为行政侵权行为主体,只不过直接承担赔偿责任的赔偿义务机关

不同而已(该问题,本书在行政赔偿的主体要件部分将详细论述)。但由于习惯的用法,以及受委托人的行为后果由委托的行政主体承担,所以在理论研究中常常用“行政主体及其工作人员”或“行政机关及其工作人员”来表述行政赔偿的侵权行为主体。本书在论述中也是从广义上来使用“行政主体及其工作人员”或“行政机关及其工作人员”的概念的,即能够引起行政赔偿的职权行为是所有行使行政职权的组织及个人的职权行为,包括上述所有行使行政权的组织及其工作人员的职权行为。另一方面,只有上述组织及其工作人员实施的与行政职权密切相连的违法侵权行为,才能引起行政赔偿责任。因为行政管理过程中的侵权行为形式很多,既可能是违法行使职权所实施的侵权行为,也可能是合法行使职权行为引起的侵权行为,还可能是表面上与行政职务相关、实则无关的侵权行为。这些侵权行为都会引起赔偿责任,但不一定是行政赔偿责任,可能是行政补偿责任,也可能是民事赔偿责任,还可能是公务员个人责任等。

(三)行政赔偿因行政主体及其工作人员违法行政侵犯相对人合法权益并造成损害而引起

首先,行政赔偿产生的前提是行政主体及其工作人员的违法职务行为侵犯了相对人的合法权益。如果侵犯的不是相对人的合法权益,则不能构成行政赔偿;如果没有侵犯相对人的合法权益,如有利于相对人的违法减免税,不能构成行政赔偿;如果依法剥夺的是相对人的非法利益,也不能构成行政赔偿。其次,行政侵权造成了实际损害,如果违法行政行为未造成实际损害,未影响相对人的实体权利义务,或者该行政损害不是由该行政行为造成,如由于相对人本人过错造成,则不能构成行政赔偿。

(四)行政赔偿的责任形式是赔偿,即返还财产、恢复原状或金钱赔偿等行政侵权赔偿责任是行政侵权责任的一种。行政侵权责任除赔偿责任外,还有赔礼道歉、恢复名誉、消除影响等责任形式。

(五)行政侵权主体与直接责任主体相脱离

根据民事侵权赔偿原则,侵权主体与责任主体在通常情况下是一致的。而在行政赔偿责任中实施侵权行为的通常是行政机关工作人员或其他公务人员以及受委托的个人、组织,但承担赔偿责任的直接责任主体则是该公务员所属的国家行政机关和委托的行政机关。国家行政机关在其承担赔偿责任后,才能

责令有故意或者重大过失或者具有法定情形的公务员和受委托人承担赔偿责任的一部或全部，当然行政赔偿最终的、实质上的责任主体是国家。

二、行政赔偿与相关概念的区别

（一）行政赔偿与司法赔偿

司法赔偿是司法机关及其工作人员在行使职权过程中侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益并造成损害，由国家承担的赔偿责任。行政赔偿与司法赔偿都属于国家赔偿，许多方面是一致的，如赔偿损害的范围、计算标准、赔偿主体等，但两者之间也存在许多区别，表现在：

1. 实施侵权行为的主体不同。在行政赔偿中，实施侵权行为的主体是国家行政机关及其工作人员。在司法赔偿中，实施侵权行为的主体是履行司法职能的国家机关及其工作人员，包括公安机关、国家安全机关以及军队的保卫部门，国家检察机关，国家审判机关，监狱管理机关及在上述机关的工作人员。

2. 实施侵权行为的时间不同。行政侵权行为发生在行政管理过程中是行政机关及其工作人员在行使职权过程中实施的。而司法侵权行为发生在司法活动中，以司法机关及其工作人员在刑事诉讼中违法行使侦查权、检察权、审判权、监狱管理权以及在民事、行政审判中人民法院采取强制措施、保全措施以及执行措施为构成要件。

3. 追偿的条件不同。无论是行政赔偿还是司法赔偿都实行追偿制度，赔偿义务机关在履行了赔偿义务后，可以责令有关责任人员承担部分或全部赔偿费用。但是，国家赔偿法对两者的追偿条件分别作了不同的规定。行政追偿的条件是行政机关及其工作人员在行使职权的过程中有故意或者重大过失，这种标准具有明显的主观性。司法追偿的条件是司法机关工作人员实施刑讯逼供、殴打和以其他暴力方式伤害公民、违法使用武器和警械伤害他人和在审理案件中有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为。相比之下，司法追偿的范围要比行政追偿的范围窄。国家赔偿法划分这种区别，主要是司法机关及其工作人员面临的情况较复杂，法律规定了较大的裁量权，认定司法工作人员主观上是否存在故意或重大过失比较困难，而且追偿的范围不能过宽，否则很容易挫伤司法人员的积极性。^①

^① 薛刚凌：《国家赔偿法》，中国政法大学出版社1997年版，第139页。

4. 程序不同。行政赔偿的程序与司法赔偿差别较大。行政赔偿程序分为单独提出赔偿请求的程序和一并提出赔偿请求的程序。单独提出赔偿请求的程序实行行政处理前置的原则,行政赔偿争议在行政程序不能解决的,最终可以通过行政诉讼途径解决。司法赔偿程序没有单独提出赔偿请求和一并提出赔偿请求的划分,赔偿请求人对赔偿义务机关的决定不服的,要向其上一级机关申请复议,对复议决定不服的,向复议机关所在地的同级人民法院的赔偿委员会申请,由其作出最终的决定。可以看出,司法赔偿自始至终都是通过非诉讼途径来解决的。

(二) 行政赔偿与行政诉讼

行政诉讼是指公民、法人或其他组织认为行政机关的具体行政行为侵害其合法权益,请求人民法院对具体行政行为的合法性和合理性进行审查并且作出裁判的救济制度。行政赔偿与行政诉讼都是国家给公民、法人或者其他组织提供行政救济的法律制度,都包含着对行政机关及其工作人员的监督,但两者既有联系又有区别。

1. 行政赔偿与行政诉讼的联系

(1) 行政赔偿与行政诉讼共同构成完整的行政救济制度。当行政机关及其工作人员的职权行为违法给公民、法人或其他组织造成损害时,可以通过行政诉讼确认行政机关的行政行为违法或予以撤销,而公民、法人或其他组织所受到的损害则要通过行政赔偿才能得到补救。因为行政诉讼审查的是行政行为的合法性,对于损害赔偿则只能通过行政赔偿来解决。

(2) 行政赔偿请求最终要通过行政诉讼程序实现。受害人提起行政赔偿诉讼可以单独提起,也可以与行政诉讼一并提起,适用何种程序,我国《国家赔偿法》并没有作出明确规定。《行政诉讼法》第38条规定:“人民法院审理行政赔偿案件,除依照国家赔偿法行政赔偿程序的规定外,对本规定没有规定的,在不与国家赔偿法相抵触的情况下,可以适用行政诉讼的有关规定。”由此可见,行政赔偿诉讼适用行政诉讼法规定的程序。但行政赔偿诉讼毕竟不同于行政诉讼,在程序上还有很多例外。

2. 行政赔偿与行政诉讼的区别

(1) 标的不同。行政诉讼的标的是行政机关的具体行政行为,诉讼围绕行政行为的合法性审查展开。从本质上讲,行政诉讼是一种纠正违法之诉,通

过撤销违法的具体行政行为来达到对行政相对人一方的救济。而行政赔偿的标的是侵权损害事实,行政赔偿围绕损害是否实际发生,是否有违法的职权行为引起,是否侵犯了行政相对人的合法权益,损害的大小等问题展开。从本质上讲,行政赔偿是一种损害救济途径,主要通过支付赔偿金的方式,使受害人一方的合法权益得到补救和恢复。

(2) 受案范围不同。我国《行政诉讼法》和《国家赔偿法》分别对行政诉讼受案范围和行政赔偿的范围作了规定。《行政诉讼法》第2条、第11条规定将行政诉讼受案范围限于行政主体侵犯公民、法人或者其他组织的人身权、财产权的具体行政行为,除法律法规特别规定外,对涉及政治权利或其他权利的行政行为则排除于行政诉讼受案范围之外。2000年3月10日公布的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》扩大了行政诉讼的受案范围。其中第1条第1款规定“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服”可以提起行政诉讼,没有了“具体行政行为”和“人身权、财产权”的限制;第1条第2款第6项规定“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”不可诉,那么也就是说产生实际影响的行为应该可诉。从《国家赔偿法》第3条和第4条的规定看,行政赔偿限于行政机关及其工作人员违法行使行政职权侵犯行政相对人“人身权”和“财产权”的赔偿,不包括对侵犯其他权利如劳动权、受教育权等的赔偿。从这一点上讲,行政赔偿的范围比行政诉讼的受案范围要小得多。但从另外一个角度来看行政赔偿的范围不仅包括行政职务行为,而且包括与职务行为相关的事实行为。与职务行为相关的事实行为根据最高人民法院《关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第1条的解释,主要是指“与行政机关及其工作人员行使行政职权有关的,给公民、法人或者其他组织造成损害的,违反行政职责的行为”。从这一点讲,《国家赔偿法》所设置的行政赔偿范围又比行政诉讼的受案范围要大得多。

(3) 两者适用的程序不同。行政赔偿虽然在总体上适用行政诉讼程序,但有一些差别,表现在:第一,前置程序。单独提起行政赔偿诉讼的,赔偿请求人要先向赔偿义务机关提出。第二,是否适用调解。行政诉讼不适用调解,而行政赔偿诉讼适用调解。第三,举证责任的分配。在行政诉讼中,由被告负主要举证责任。被告逾期提供的,视为被诉具体行政行为没有相应的证据。而

行政赔偿诉讼中,我国国家赔偿法没有规定行政赔偿诉讼的证据规则,许多学者认为应当参考国外行政赔偿诉讼的经验,采用“初步证明”规则:即原告应当承担初步的举证责任,应当证明损害已经发生,并且该损害系行政机关及其工作人员的违法职务行为所引起;而赔偿义务机关要证明其行为的合法性或从未实施过该行为,要证明其行为属于免责范围,并可以提出自己的证据等。这种主张在最高人民法院的司法解释中有了体现,《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第5条规定:“在行政赔偿诉讼中,原告应当对被诉具体行政行为造成损害的事实提供证据。”第四,收集证据的规则。在行政诉讼中,被告行政机关及代理律师都不得自行收集证据。在行政赔偿诉讼中,被告同样不得就具体行政行为是否合法收集有利于自己的证据,但可以收集损害大小的证据,相对人所受损害的原因的证据,第三人过错和受害人自己具有过错的证据等。

(三) 行政赔偿与行政补偿

行政补偿是指行政机关及其工作人员在行使职权过程中,因其合法行为给相对人造成特别损失,由行政机关代表国家对行政相对人依法予以补救的制度。行政赔偿与行政补偿都是发生在行政机关及其工作人员行使职权的过程中,但两者有着很大的差别,表现在:

1. 前提不同。两者都是国家对行政机关及其工作人员在行政管理过程中损害公民、法人或者其他组织合法权益所采取的补救措施,但行政补偿因行政主体及其行政人的合法行政行为而引发;而行政赔偿则以行政违法为前提。
2. 程序不同。行政补偿可能是在损害发生之前由行政机关与公民协商解决、也可能是在损害发生之后由行政机关与公民协商解决。行政赔偿只能发生在侵权行为发生之后,由行政机关与公民协商解决。行政补偿和行政赔偿都可以适用调解,但是,公民因与行政机关对行政补偿不能达成协议而起诉的,适用一般的行政诉讼程序;与行政赔偿义务机关对行政赔偿不能达成协议而起诉的,适用行政侵权赔偿诉讼程序。
3. 程度不同。行政赔偿对公民、法人或者其他组织合法权益的补救程度不如行政补偿充分。国家赔偿法针对的损害限于人身权和财产权的损害,而行政补偿没有这种限制。而且,对国家赔偿法规定范围内的行政侵权行为所造成的损害,国家也并非全部赔偿,而是限于最低限度的直接损失。国家赔偿法

规定“计算标准”的作用之一为了限制赔偿的数额。行政补偿采取补偿实际损失的原则。

4. 依据不同。行政补偿的法律依据是有关的单行部门法律法规,而行政赔偿的法律依据是行政诉讼法和国家赔偿法。

(四) 行政赔偿与民事赔偿

行政赔偿是从民事赔偿发展而来的,特别是我国的行政赔偿最早就是在《民法通则》中规定的,两者之间有许多相通之处。《行政诉讼法》、《国家赔偿法》颁布之后,行政赔偿作为一种独立的责任形式得到了确立,与民事赔偿有了较大的区别,主要体现在:

1. 主体不同。行政赔偿是国家向公民个人承担的赔偿责任,形成的是国家与公民之间的法律关系;而民事赔偿责任是公民个人向公民个人承担的赔偿责任,形成的是公民与公民之间的法律关系。

2. 原因不同。行政赔偿的原因是行政侵权行为,而民事赔偿的原因是民事侵权行为。行政侵权行为是行政机关及其工作人员在行使职权过程中实施的侵害公民合法权益的行为,是国家权力的作用;而民事侵权行为既没有“行政机关及其工作人员”这一主体方面的限制,也无“行使职权过程中”这一限制。

3. 范围不同。民事赔偿的范围大于行政赔偿的范围。行政赔偿的原因行为,损害的范围由国家赔偿法作了限制,国家并不对所有的侵权行为都承担赔偿责任,也不对行政侵权行为所造成的所有损害进行赔偿,在我国,行政赔偿只赔偿行政侵权行为对人身权和财产权造成的最低限度的物质损失和直接损害。与此不同,民事赔偿存在于所有的民事侵权行为,民事侵权行为人不但要全额赔偿受害人的各种合法权益造成的直接损害,而且要赔偿一定的可得利益的损失和精神损害。

4. 归责原则不同。民事赔偿责任的归责原则以过错原则为主,危险责任为辅。而行政赔偿责任的归责原则多种多样,有的国家实行过错责任原则,有的国家实行公务过错责任原则,有的国家实行违法原则。

5. 程序不同。解决民事赔偿纠纷的程序是仲裁,民事诉讼,而解决行政赔偿争议的程序是行政处理程序,行政复议程序和行政诉讼程序。

6. 依据不同。行政赔偿是公法上的法律责任,其法律依据是行政诉讼法,国家赔偿法等公法法律规范;而民事赔偿是私法上的法律责任,其依据是民法

通则等私法规范。

三、行政赔偿责任的性质

行政侵权赔偿责任的性质是指国家为其公务员承担责任是代位责任还是自己责任。大陆法系国家和英美法系国家在立法和理论上并没有达成共识。即使是在同一个国家,由于历史传统、文化背景、经济和社会发展水平等诸因素的共同影响和作用,对这一问题的认识也并不一致。而这一问题却是国家赔偿法基础理论的核心组成部分,它决定了国家赔偿责任的构成要件、赔偿范围、归责原则等理论问题,也决定了国家赔偿的程序、赔偿费用的负担等制度性的问题,因此不同的认识也必将导致理论和立法上的诸多差异。因此,有必要加以理论上的研究和探讨。

(一) 行政赔偿性质的不同认识

1. 国家自己责任说和代位责任说

国家自己责任说认为公务员的行为造成损害,国家应直接负赔偿责任,而不是代替公务员承担责任。^①国家进行社会管理活动是通过国家机关及其工作人员具体实施,国家机关及其工作人员的职务行为代表的是国家的意志,由此产生的后果也有国家来承担。因为这些职务行为与官员的个人责任没有联系,它们直接表达的是国家的意志,当国家行使这些权力并使他人处于危险之中的时候,自然地要由国家为这些行为所造成的损害负责。日本学者南博方认为:“国家授予公务员的权限本身,会有两种结果,即合法行使的可能性和因违法行使导致损坏的危险性。国家既然将这种含有违法行使的危险性的权限授予公务员,便应该为此承担赔偿责任。”^②该学说强调了国家具有国家强制权,人民有服从的义务,那么国家就应该保证不为不法行为并承担因实施了不法行为所应担负的责任。日本学者今村成和,认为《国家赔偿法》的目的是要取消国家的豁免,强制国家为其公共官员的违法行为负担绝对的赔偿责任。从这个意义上讲,国家并不是为公共官员的违法行为负担替代赔偿责任,而是国家为公共官员的行为承担直接的赔偿责任。^③日本东京法院 1964 年 6 月 19 日的判

^① 房绍坤、毕可志编著:《国家赔偿法学》,北京大学出版社 2004 年版,第 80 页。

^② 参见[日]南博方:《日本行政法》,杨建顺、周作彩译,中国人民大学出版社 1988 年版,第 102 页。

^③ [日]今村成和:《国家赔偿法》,群众出版社 1990 年版,第 195 页。

决认为,国家赔偿责任“可以理解为不是规定替代公务员承担代位责任,而是规定了起因于公务员的行为而需要直接承担的自己责任”。^①

此说的特色:(1)国家赔偿责任是国家对自己违法行为的赔偿责任。(2)国家赔偿责任主体为国家,而不是公务员。(3)国家赔偿责任之成立与公务员有无故意过失、应否负责无关。^②

代位责任说认为,公务员的侵权行为造成损害,由国家代为承担赔偿责任,也就是说,国家承担的责任并不是自己本身的责任,而是代公务员承担责任。其主要论据是:第一,公务员执行职务行使公权力时,因故意或过失侵害人民之权利的,依一般侵权行为法之法则,公务员对被害人承担赔偿责任。但公务员个人财力有限,为确保受害人能获得充分赔偿,以贯彻保障公民权利和自由的目的,有必要使有偿付能力的国家对公务员执行公务所引起的损害进行赔偿。第二,由于公务员职务繁重复杂,有时难免疏忽而发生损害,如果因此即须向被害人赔偿,不免使公务员心生畏惧,遇事退缩,不敢负责,国家职能的实现因此而会大受影响,基于此问题的解决,国家出面代替公务员承担赔偿责任也在所必然。第三,国家在对被害人赔偿后,在一定条件下(公务员故意或重大过失时),对于实施该侵害行为的公务员保有求偿权。^③

国家在此理论中所承担的赔偿责任,“本质上乃系公务员个人赔偿责任之替代,故国家赔偿责任之成立,须该行为亦构成公务员个人赔偿责任为必要”^④,只是由于利害衡量后由国家代替该公务员承担而已。

此说的特色:(1)国家赔偿责任之本质系公务员个人赔偿责任之替代。(2)国家赔偿责任之成立,以公务员个人赔偿责任成立为必要。(3)被害人民不得直接向公务员请求赔偿,而应向国家请求。(4)国家在对被害人赔偿之后,仅在一定条件下,对该公务员享有求偿权。^⑤

2. 合并责任与中间责任说

合并责任说认为,国家赔偿责任的性质不能一概而论,应视公务员是否具

^① 参见李毅易:《试析日本国家赔偿法的宪法根据》,载《中外法学》1990年第6期。

^② 杨清民[台](国立中正大学法律研究所民法组):《公有公共设施瑕疵与国家责任--兼评南投地方法院94年度国字第3号》。

^③ 参见廖义男[台]:《国家赔偿法》,三民书局1997年6月增订版第六次印刷,第10页。

^④ 董保城[台]:《国家责任论》,神州图书出版有限公司2002年版,第47页。

^⑤ 杨清民(国立中正大学法律研究所民法组):《公有公共设施瑕疵与国家责任--兼评南投地方法院94年度国字第3号》。

有公务机关的身份而定。如果公务员具有公务机关的身份,则因其侵权行为所造成的损害,国家所承担的赔偿责任,系自己责任;如果公务员不具有公务机关的身份,仅具有受雇人的身份,则其侵权行为所造成的损害国家所承担的赔偿责任,系代位责任。两者依具体情形,择一适用。

中间责任说认为,公务员的侵权行为被认定为公务机关的侵权行为时,国家对公务员的侵权行为所造成的损害承担责任,是自己责任。如果公务员在实施侵权行为时主观上具有故意或重大过失,则该行为便失去了公务机关行为的性质,仅为该公务员个人的行为。国家本不应该对这种行为所造成的损害承担责任,只是为了保护受害人的权益而承担赔偿责任,这种责任系代位责任。

(二) 关于我国行政赔偿性质的认识

我国学者对行政赔偿责任的性质也存在着不同的看法,同样有代位责任说与自己责任说之争。但绝大多数学者主张行政赔偿责任为自己责任。尤其是我国《行政诉讼法》、《国家赔偿法》的颁布,更进一步确认了行政赔偿责任的性质是自己的责任。

有学者分析了《行政诉讼法》第68条的规定,认为作为国家赔偿重要组成部分的行政赔偿并不是代位责任。因为:第一,《行政诉讼法》第68条规定的追偿权只意味着行政机关为了惩戒有责任的公务员而使其支付部分或全部赔偿费用,支付赔偿费用与承担赔偿责任并不能划等号。也就是说,《行政诉讼法》第68条并没有使公务员直接地承担恒定的法律义务;第二,依此条的规定,公务员支付赔偿费用是有特定条件的,即有故意或重大过失,而这种条件又不是赔偿责任的条件。实际上真正承担赔偿责任的是国家,国家赔偿责任是否成立,并不以公务员主观状态为转移。可见,行政赔偿责任从性质上说是一种国家直接责任,而且是一种以违法与否为条件的无过错责任。公务员的过错程度只在赔偿后的追偿程序中才有意义,并不影响行政赔偿的“自己责任”的性质。

《国家赔偿法》颁布后,又有学者分析了《国家赔偿法》第2条的规定,认为《国家赔偿法》基本上采取了自己责任说,并提出了两点理由:一是国家负责赔偿的条件中并没有对公务员主观动机作出任何要求而采取了客观结果责任原则,如果受害人的合法权益遭到国家机关和公务员违法行使职权的侵害,只要法律有规定国家就必须予以赔偿。公务员的过错程度不影响国家赔偿