

职务侵权损害

民事责任的构成与限制

余能斌

《中华人民共和国民法通则》第121条规定，国家机关或国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任。

职务侵权行为是一种特殊的侵权行为。它的特殊性首先表现在侵权行为人的特定性。职务侵权行为人是具有“国家机关”或“国家机关工作人员”这样特定行政主体身份的人，而非作为一般的民事主体的法人或公民。其次是行为的行政性，就是这种行为总是同执行职务紧密联系在一起的。职务行为具有行政性质或叫公法性质，这就决定职务侵权行为也具有行政性质。因此有的直接把职务侵权行为称为行政侵权行为。但由于它造成民事权利损害后果，应当承担民事责任，所以仍适用民法调整。三是责任范围的限制性，职务侵权损害所应承担的民事责任，较之一般侵权损害所承担的责任范围不同，按立法通例，对职务侵权损害的民事责任多以法律规定加以限制。职务侵权的特殊性也决定了它的责任构成条件与一般侵权责任构成条件不同。即除须具备一般侵权行为的构成要件外，还须具备下列特别条件：

一、行为主体必须为国家机关或者国家机关工作人员

职务侵权行为主体，必须是国家机关或者国家机关工作人员这样具有行政主体身份的组织或个人。一般的社会组织或公民个人由于不具有“国家机关”或“国家机关工作人员”的行政主体身份，不能成为职务侵权行为主体。

这里所说的国家机关和国家机关工作人员，民法上并无定义。依通常解释，所谓国家机关，是对依法享有一定范围的权力，行使国家职能的国家权力机关、行政机关、审判机关和检察机关以及军事、警察等机关的总称。所谓国家机关工作人员，也称公职人员，即在一切国家机关中依照法律从事公务的人员，如果要给它下个完整定义，就是指在国家组织中工作，根据任命、选举或其他法定程序在其中担任职务，享有相当的职权，受国家委托以国家名义，为实际完成国家任务而进行活动并取得报酬的中华人民共和国公民。它包括接受国家机关委任、聘任或选任而负有执行职务，并有对国家机关忠实服从义务的文职或武职人员。其中文职人员既包括行政人员、司法人员，也包括专业技术人员。

党务机关并非国家机关，党务人员并非属于国家机关工作人员。但于执政党则不同。执政党的地位决定其领导机关的决议，不仅其下属组织和党员应当服从，而且对整个国家机关的活动具有普遍指导意义，起着决策作用。中国共产党的宗旨是全心全意为人民服务，对人民的利益负有高度的责任，正如毛泽东同志所指出的：我们的每句话，每个行动都要对人民负责。因此，如果某个党务机关或某个党务工作人员在执行职务中，由于重大过错（包括故

意和重大过失)侵犯了公民、法人的合法权益,造成损害的,除应受到党的组织纪律处分或刑事处分外,还应承担相应的民事责任。所以,我以为党务机关和党务人员可作为职务侵权行为行为的主体。

二、侵权行为必须发生在执行职务中

这一要件表明,国家机关和国家机关工作人员,只有在执行职务中所实施的侵权行为,才构成职务侵权行为。这里所说“在执行职务中”,应理解为依照特别法规定或接受某项特别指令,取得对公民或组织的活动进行组织和管理权力,为实际地完成国家任务而向特定的对象直接行使国家职能的活动过程。国家机关或国家机关工作人员,在执行职务活动之外发生的侵权损害,或是与职务完全无关的个人行为发生的侵权损害,都不属于职务侵权损害。如某税务机关或其工作人员(税务员)依法和遵照机关的指令,向负有纳税义务的公民或法人收税,这就是执行职务。如果他们在此过程中利用职权,或因故意或过失违反法律规定对应交纳税款的公民或法人多收或不收,这就发生对公民、法人和国家的侵权损害的问题。由于它是在执行职务中发生的,就属于职务侵权损害。但是,如果税务机关或税务员是在其他非执行职务场合实施与其职务无关的行为造成对公民或法人的侵权损害,比如税务机关非法占用公民或其他组织的房屋,税务人员个人向公民或法人敲诈勒索财物等,都不属于职务侵权损害。

值得注意的是,如果法律规定是国家工作人员应为预防或防止的事项,而其不为禁止反而参与其事项的行为,也认为是与其职务有关的行为,如果因此发生对他人的侵权损害,也应属于职务侵权损害。

三、行为必须是违背对于第三人应执行职务的义务

民法上对于国家机关或国家机关工作人员执行职务的义务未作具体规定,但根据我国的性质,国家机关和国家机关的工作人员既是依法行使国家职能的“官僚机构”和“官吏”,又是为人民服务的机关和人民的勤务员。似可统称他们为国家事务的管理机关和“管理人”。因此,他们应在执行职务中尽“善良管理人的注意义务”,即对人民的事业、人民的权利,要以最大的“注意力”和高度的责任心,特别地关心、精心地管理和谨慎从事。如果由于懈怠,未尽这种“注意”而造成损害,即应承担赔偿责任。但在具体立法上,如果规定国家机关或其工作人员在执行职务时都要尽最大的注意义务,承担高度的责任,也未必恰当,因为这样有可能使其在执行职务中过分拘谨,不利于发挥其执行职务的积极性和能动性,亦有碍于其大胆决断或独立判决,因而会使某些职务难以执行以至影响国家任务的完成,给人民事业带来更大的损失。所以国家机关和国家机关工作人员职务上的义务,依有关职务执行的特别法律规定,或由上级机关或本机关颁发的服务规章规定。如《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》等法律对司法机关及其工作人员和对检察机关及其工作人员要求的规定,《经济合同仲裁条例》对仲裁机关及其工作人员要求的规定,以及象《土地管理法》、《专利法》、《商标法》、《药政管理法》、《食品卫生法》等对相应的管理机关及其工作人员的要求规定就是。上述相应的机关或工作人员在执行职务的时候,严格遵守这些法律对职务执行的规定,也就是他们执行职务时应履行的义务。违反这些规定,就违反了执行职务的义务,也就是违反了对于第三人应执行职务的义务。

违反行为包括作为,也包括不作为。凡积极地执行职务而失当或滥用权利的,即为作为;凡对应执行的职务消极地不执行,就是不作为。前者如明知某人无罪而非法对其追诉、处罚;后者如明知某人有罪应该依法追诉、处罚,而无故使其不受追诉、处罚。其他职务上

的侵占，军、警人员执行职务时滥用武器伤害他人人身或财物等也都是这种行为。

需要说明的是上述所称第三人并非泛指其他人，而是指对其应执行职务的人，例如参加权利讼争的当事人、律师、证人、鉴定人等对于法院及担任审判工作的办案人员为第三人；合同当事人对于公证机关、仲裁机关及担任公证、仲裁的工作人员为第三人；遗嘱上的遗嘱继承人、遗赠受领人，对于遗嘱公证机关或公证人为第三人；企业、商标、专利等的登记申请人，对于登记机关及登记人员为第三人；纳税人对于税务机关或税务员，债务人或债权人对于强制执行机关或执行人都可为第三人。总之凡是与国家机关或其工作人员执行职务有着直接利害关系的人，都可为国家机关及其工作人员对其负有应执行职务义务的第三人。违背了对于他们应执行职务的义务而致损害的，即构成职务侵权损害，依民法规定应承担职务侵权损害的民事责任。

此外，作为一般侵权行为的构成要件如行为人须有过错和必须存在权利损害的结果等，在职务侵权中亦有其特殊的意义。

首先，在职务侵权损害中的过错，表现为国家机关或国家机关工作人员在执行职务时违反法律规定或职务规则的故意或过失。故意，即在执行职务时，明知或可得而知其行为违反了法律规定或职务规则，并已构成职务侵害，仍坚持为之的心理状态。对于权利的损害后果有无预见，在所不问。如审判机关或审判人员，明知裁判违反法律规定，或明知审判活动不合诉讼程序，仍坚持任意为之，就应认为是有职务侵权的故意；如果是对法规的明显误解，也认为有过失，但对规定本身在解释上有疑义的除外。在合议执行职务的场合，过错应归于故意或过失为违背职务主张的人。表明了正确意见的，不为有过错，但正确意见未表示或经明确表示放弃的，仍应认为有过失。机关的过错，一般通过作出违背法律和应执行职务的决议、指示、命令表现出来。它实际反映的是组成机关的领导集团或领导人违反法律或违背职务的故意或过失。特别是主张为违反法律规定和违背职务决定的决策者的故意和过失。

其次，关于“损害”，依民法通则第121条规定，要求首先必须是侵犯公民、法人的合法权益的行为，才承担民事责任。不是侵犯合法权益，不发生侵权问题，不承担责任。其次，必须是对合法权益造成了损害结果，才应承担民事责任。虽然有侵权行为，但未造成权利利益损害结果的，不承担民事责任。其三，被损害的合法权益，并不以财产权益为限，侵犯人身权如自由权、名誉权、秘密权等造成的损害，也可作为职务侵权的损害。最后，造成合法权益的损害，必须是违背职务的结果。也就是损害结果与职务的侵害要有相当的因果关系。与职务侵害毫无关系的损害，不构成职务侵权的损害。

以上是对职务侵权构成要件的分析。正确认识和掌握职务侵权的构成要件，不仅对于正确区分哪些属于职务行为，哪些属于职务侵权行为有着重要的意义，而且对于区分哪些是属于国家机关或国家机关工作人员所为的一般侵权行为，哪些是属于职务侵权行为，从而保证正确适用法律规范，也有重要意义。因为在法律上职务侵权损害与一般侵权损害承担的民事责任范围是不同的，职务侵权损害的责任受法律上的特别限制。法律限制表现在：

其一，要求国家机关承担职务侵权损害民事责任，应有专门法律对此作出明文规定。根据社会主义国家立法通例，国家机关承担职务侵权损害的民事责任，都要有专门法的明文规定。无专门法律明文规定的，只能依照侵权损害的一般根据承担责任，而不以职务侵权损害论处。如1922年苏俄民法典第407条规定：“机关对于所属公职人员，因职务上不当行为所致之损害，必须于法律特别规定之情形……始负责任。”1964年苏俄民法典第447条规定：

“对调查、侦察、检察机关和法院的公职人员，由于不正当的公务行为所造成的损害，相应的国家机关在法律特别规定的情况下和范围内，承担财产责任。”捷克斯洛伐克1964年民法典第426条规定：“国家机关或者被授予行使国家职能的机关，对于非法的决定所造成的损害，也应当依据专门法规的规定承担责任。”我国近年来制定公布的专门法律，如经济合同法、森林法、草原法、商标法、食品卫生法等也都对职务侵权行为规定了法律责任，但还不够，特别是这些专门法律规定的法律责任，往往偏重于行政法律责任或刑事责任，而几乎完全忽视了作为恢复被损害的权利和对受害者被损害利益的补救手段的民事责任。这显然是与《民法通则》规定的精神不适应的。因此，我认为今后制定或修改专门法律，应根据宪法和《民法通则》规定的精神，在明确规定有关国家机关及其工作人员执行职务义务的同时，还需规定违反应执行职务的义务所发生职务侵权损害的民事责任。

其二，对国家机关工作人员的“过失职务侵权责任”加以限定。一些国家的法律为了保证公务员在执行职务中能大胆、独立自主地判断，保证顺利地完成任务，大都在立法上对国家机关工作人员（或公务员）因过失所致职务侵权损害应承担的民事责任，规定以受害人不能依其他方法得到赔偿、补救为限。这里所说“不能依其他方法得到赔偿或补救”，是指在起诉当时无其他承担赔偿责任人或虽有而无支付能力，致使受害人所受损失得不到补偿或消除的情形。如果受害人能够依其他方法使所受损害得到赔偿或消除，由于民事责任作为恢复和补偿受害人被侵害权益的目的已经达到，因此允许工作人员可不再直接对受害人承担赔偿责任，但不排除工作人员依法应承担的其他法律责任（包括行政责任和刑事责任）。

依其他方法得到赔偿也应包括受害人从工作人员的所属机关得到的赔偿。至于机关因代为赔偿所受的损失，是否有权向有过失的工作人员追偿的问题，大都认为，由于国家机关工作人员同机关的关系是一种行政隶属关系，不同于民法上的一般委托、雇佣关系，因此自不应依一般委托、雇佣合同关系而向有过失的工作人员再为赔偿的请求，工作人员故意所为之职务侵权损害除外。

其三，规定受害人能依法律上的救济方法消除其损害，而因故意或过失在规定期间内不为者，国家机关或其工作人员可以不承担赔偿责任。比如法律上规定受害人能使用上诉、请求再审、反诉以及申请复议或提起无效、恢复原状之诉等足以使其所受损害除去的救济方法，而故意不使用或因过失未使用，超过规定期限的，国家机关或其工作人员可以不承担赔偿责任。但是，如果救济方法使用的可能尚不具备，或者即使使用也无济于事，职务侵权行为人仍不得免除责任。

其四，规定由多数人执行职务，或有第三人为共同侵权行为时，应承担连带责任。其中，任何人都不得以向其他人为请求而推诿责任。但在共同行为中有过失的人，可以诿责于有故意的人。

《民法通则》第121条对国家机关或者国家机关工作人员应承担的职务侵权损害民事责任的限制条件未作具体规定，这可能是受“通则”的局限。但我觉得这种限制是不可缺少的，否则，在实践中具体贯彻执行就会有困难。因此，我认为有必要在今后制定《实施细则》或有关专门法律时，对此作出补充性规定，以使我国的关于职务侵权责任的法律规范更趋完善、具体，从而保证《民法通则》的规定得到切实的贯彻执行。