

论国家赔偿的过错责任原则

周 汉 华*

几年前,中国行政法学界刚刚开始对国家赔偿立法进行研究,便非常迅速地对各国国家赔偿责任归责原则形成共识,即主要有三种归责原则:违法、过错、违法加过错。由于过错系一种自然人的主观心理状态,国家机关并不存在这种主观心理状态,而违法加过错双重要件没有必要,因此,我国理所当然地应采用违法归责原则。^{〔1〕}这一主流看法,不仅反映在国家赔偿法第2条的规定之中,而且,它实际上确立了国家赔偿的范围和大致框架。可惜的是,这种对各国情况的概括和由此得出的结论,几乎毫无事实根据,甚至可以说完全是一种莫大的误解。

古代法律采用加害责任,崇尚同态复仇,加害事实本身足以构成使行为人承担责任的充足理由,而不考虑行为人是否有过错。^{〔2〕}自罗马法以降,过错方成为赔偿责任的构成要件。罗马法中,不同种类的侵权赔偿责任并存,由司法机关根据侵害行为的特点和受到侵害的利益的性质来确定侵害者承担何种赔偿责任。但是,罗马法一直未能形成一条一般性的赔偿责任归责原则。^{〔3〕}

当代法律,英美法沿袭罗马法旧制,仍根据不同种类的侵权行为追究相应的赔偿责任,最为重要的侵权类型为过失侵权(negligence)。^{〔4〕}在法国大革命和自然法思想的鼓舞之下,法国学者坚信可以从传统的不同种类的侵权行为中,归纳出一条一般性的赔偿责任原则,这就是法国民法典1382条对过错责任原则所进行的高度概括:侵害人不仅要对其故意损害行为承担赔偿责任,也要对缺少注意(过失)所造成的损害负责。^{〔5〕}相形之下,德国民法典对侵权赔偿责任的

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

〔1〕 参见罗豪才、袁曙宏:《论我国国家赔偿的原则》,《中国法学》1991年第2期;肖岫:《论国家赔偿立法的几个基本观点》,《中国法学》1994年第4期;皮纯协、冯军主编:《国家赔偿释论》,中国法制出版社1994年版,第80页以下。

〔2〕 王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第433页。

〔3〕 Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law* (1987) Vol 2, P. 291—292.

〔4〕 过失作为一种独立的侵权赔偿责任根据始于十九世纪,源自侵害(trespass)之诉。后者在普通法的发展中逐渐只适用于故意侵害行为。

〔5〕 以一般性过错条款规定赔偿责任的还有普鲁士土地法第816条,奥地利民法典(1811)第1295条,瑞士债务法第41条,希腊民法典(1940)第914条,意大利民法典第2043条,葡萄牙民法典第483条。

处理——既不象法国民法典第 1382 条高度概括,又不象普通法过于琐碎——清晰地留下了时代的特征。十九世纪的德国,自然法思想在萨维尼的历史法学派的影响下大为消退,人们不愿见到法官在一般性的责任原则下行使过大的权力,加之德国民法典的起草者不是理想主义者、革命者,而是官员和教授,因此,法典并没有规定一条一般性的归责原则。但是,另一方面,在法国民法典的影响之下,人们又希望有一般性的条款去覆盖所有过错所造成损害的赔偿责任,以弥补对于侵权行为过于细琐的划分所造成的缺陷。基于这两方面的原因,德国民法典对侵权赔偿责任采取了折衷的处理办法,第 803 条第 1 款、第 2 款及第 826 条将赔偿责任划分为三块。

如果抛开上述形式上的差别,不难发现,当代各国法律都确立了过错责任的法律地位。如同耶林所说:“不是损害而是过错使侵害者负有赔偿义务。”〔6〕而确定这种过错是否存在,各国法律都以一种客观的标准与侵害人的行为进行比较,假设一个谨慎和考虑周到的人在同样的情况下会如何作为,而不是探求侵害人的主观心理状态。霍姆斯一百多年前便精辟地指出:“(陪审团的)先生们,这里的问题不是被告是否认为他的行为是一个谨慎的人该有的行为,而是你们是否这样认为。”〔7〕在法国法和德国法中,过错分为故意和过失。故意指有意侵犯受法律保护的权利,而过失则指一个有责任感的人在类似情况下不会作出损害行为。在普通法中,过失指侵害人违背了他的注意义务,即“具有一般谨慎的理智的人”在类似情况下不会造成损害。

在普通法和法国法中,违法(性)并不是侵权赔偿责任的构成要件。在法国法中,侵权赔偿请求的第一个要件是受害人必须受到损害;第二个要件是损害必须是侵害人的过错所造成;第三个要件是侵害人的过错与受害人的损害之间必须具有因果关系。在法国,法院和学者们并不明确区分违法(性)与过错,甚至不探讨违法(性)概念。〔8〕在普通法中,根据过失追究侵害人非故意造成损害的赔偿责任需满足三个条件:第一,侵害人必须对受害人负有注意的义务;第二,侵害人违背了他的注意义务;第三,请求赔偿的损害必须是侵害人欠缺注意行为的合理相关的结果。

德国民法典第 823 条第 1 款虽规定了违法(性)要件——侵害人以违法且过错的方式对法典明确列举的法律权益所造成的损害承担赔偿责任,但大多数德国学者认为,任何侵害上述权益的行为,只要不属于少数的几个抗辩理由,如正当防卫、紧急避险等,则符合违法(性)要件的要求。由此可见,违法(性)要件实际上不具有多大的实质性意义。根据德国学者的一种现代观点,某种行为侵害法律明确规定的权益,仍不构成第 823 条第 1 款所规定的违法(性),只有造成损害的人故意或过失行为才构成违法。这种观点实际上将违法(性)要件与过错要件融为一体,消除了违法要件的独立存在意义。在德国的司法实践中,侵害人如果尽了所有合理注意义务仍造成损害,不承担赔偿责任。

侵权法中,过错责任并不一定意味着非被告亲自实施欠缺注意的行为不可,如果第三人在为被告服务的过程中故意或过失地侵害了原告,则被告要为第三人的行为向原告承担赔偿责任,此所谓替代赔偿责任。在法国法和普通法中,雇主为雇员的行为承担赔偿责任只需满足二

〔6〕 转引自前引〔3〕,Zweigert and Kötz 书,第 325 页。

〔7〕 O. W. Holmes, Jr. *The Common Law* (1881), P. 107.

〔8〕 参见前引〔3〕,Zweigert and Kötz 书,第 313 页。

个条件:(1)造成损害的人是雇主的雇员,(2)损害发生于行使职务过程之中。^{〔9〕}因此,替代赔偿责任完全独立于主人的任何过错。同样,过错责任也并不一定意味着只有自然人才能具有。根据罗马法理论,团体没有意志,因此不可能有过错。1800年以前,受罗马法的影响,普通法采用公司责任豁免制度。以后,随着时代的进步,普通法采用的公司豁免责任制度难以适应现代社会的需要,从十九世纪早期开始,普通法开始将公司拟制为具体的个人,以达到追究其赔偿责任的目的。这种情况下的公司赔偿责任为直接赔偿责任,以可以归责于公司的过错为基础,与自然人无关。

同一般侵权赔偿责任一样,作为特殊侵权赔偿责任,国家赔偿制度基本上也建立在过错责任的基础之上,分别为替代赔偿责任和直接赔偿责任两种表现形式。

德国、日本和普通法国家,国家赔偿责任建立在侵权者个人过错的基础上,为替代赔偿责任。

十九世纪,德国法律不承认行使公共权力所产生的国家赔偿责任。后来,由于国家活动范围的扩大,国家继续拒绝承担责任很难再适应社会的需要,最开始的改革是允许根据民法典对官员个人提起诉讼。然而,由于官员个人财力有限,很难满足受害人的要求,因此,普鲁士和全德先后于1909年和1910年通过了赔偿法律,将民法典所规定的官员个人赔偿责任转移到了国家,由国家承担替代赔偿责任。1910年公布的《关于公务员之联邦责任法》第1条规定:“国家公务员在行使公共权力的过程中,因故意或过失违背对于第三人的义务时,国家代替公务员承担民法典第839条所定的赔偿责任”。在德国,追究国家的赔偿责任有五个要件,^{〔10〕}最主要的是两个,一是公务员所违反的必须是为保护特定的个人而设立的职务义务,确立是否存在这种职务义务,是司法实践中的一大难题;二是公务员须具备过错,如果在行使权力时,公务员尽到了必要的注意仍发生损害,可以免除国家的赔偿责任。

日本国家赔偿法第1条第1款除规定公务员的过错要件以外,还有“违法(性)”要求。据此,我国一些学者称之为“过错加违法”责任原则,而且,由于违法必然有过错,因此,它实际上是违法责任原则。这种看法不正确,理由在于:(1)我国学者此处所理解的违法,实际上是指司法审查中的违法,如滥用职权,违反法定程序等。在这种理解下,违法本身确实足以证明过错的存在。但是,在侵权法中,违法(性)的意义则有限得多,即使在将违法(性)作为赔偿责任构成要件的国家(如前述德国侵权法),它的独立意义并不大,过错要件已经将违法(性)要件包容在内,赔偿责任的基础仍是过错。(2)在侵权法中,日语中的违法(性)是德语中的违法(性)的字面翻译。德国民法典中所指的违法(性),基本上相当于法国民法典中的侵权(delict)或英美法中的侵权(tort),^{〔11〕}它与我国行政法学界所理解的司法审查中的违法是根本不同的两个概念。(3)与前述德国法中将违法(性)与过错融为一体,消除违法(性)要件的独立存在意义一样,日本学者主张“过错客观化”,将过错和违法(性)要件融合,建立一种比个人过错标准更高的管理标准。如果公务员的行为造成损害,并且低于抽象的管理标准,则被界定为过错。这种主张的意义在于从替代赔偿责任向直接赔偿责任过渡,以便在某些情况下(如行政不作为),更充分地

〔9〕 德国民法典第831条虽要求雇主本人有过错,但司法实践中法院往往通过各种方式保护受害人。参见前引〔3〕, Zweigert and Kötz书,第324页以下。

〔10〕 周汉华、何峻:《外国国家赔偿制度比较》,警官教育出版社1992年版,第67页以下。

〔11〕 前引〔10〕,周汉华、何峻书,第198页以下。

保护公民的权益。^{〔12〕}

普通法国家确立国家赔偿责任,通过将国家拟制为普通的个人来实现的,因此,政府赔偿责任直接适用一般侵权法的原则。追究国家赔偿责任,须首先在普通法或成文法中确立国家对于受害人的特定义务(普通法国家没有一般的政府义务存在)。然后确定政府雇员是否有过错,最后由国家替代有过错的公务员承担对受害人的赔偿责任。

法国、瑞士等国的国家赔偿责任由完全不同于民法的公法规范调整,为直接赔偿责任。

根据法国法,普通法院绝对不能受理对政府提出的诉讼,这样,行政法院所受理的国家赔偿诉讼不在民法典的调整范围之内,可以自由地创立国家赔偿责任原则。同时,因为行政法院的被告就是政府自己,因此,这种诉讼中确立的任何责任都是国家的直接责任。原则上讲,不能由国家替代他人承担责任。法国国家赔偿责任的最基本原则是公务过错原则,任何行为如果不能符合成文法或非成文法对公务的要求,则可能构成公务过错,由国家损害承担直接赔偿责任。为了确立是否存在公务过错,行政法院必须考虑公务的性质及其相伴的困难与危险,履行该公务所需要的自由度和主动精神,同时,也要考虑受到影响的个人权利的性质、重要性,需要保护的程度及受到损害的程度。根据这一原则,公务过错分为三类:特别严重的过错,重过错和一般过错。对于某些公务,如警察行使职权,必须具有重过错,国家才承担赔偿责任。在法国,如果公务员个人有过错,由受害人在普通法院对官员个人提起诉讼。^{〔13〕}在瑞士,政府赔偿责任是一种直接赔偿责任,不考虑公务员有无过错,而以国家机关违反对受害人的特定义务为前提,如果国家机关仅只违反一般保护社会整体利益的义务,不发生国家赔偿问题。显然,与法国法一样,这种赔偿责任仍然建立在过错责任原则的基础之上。^{〔14〕}

尽管过错责任构成了一般侵权法和国家赔偿法的基础,要解释其存在的根源和价值,则远非本文篇幅能及。通过以上讨论可以得出的结论是,在国家赔偿归责原则问题上,只有过错原则,没有违法原则或违法加过错原则,这是不容争辩的事实。我国学者所谓的违法归责原则可以说是误解的产物。^{〔15〕}

笔者认为,我国行政法学界之所以会得出世界各国主要有三种国家赔偿责任归责原则的结论,一是因为忽视了替代赔偿责任与直接赔偿责任的区别,错误地将瑞士这样的归责原则划为违法责任原则;另一原因则是混淆了侵权法中的违法(性)与司法审查中的违法的根本区别,^{〔16〕}望文生义,将日本这样的归责原则人为地划入所谓的违法加过错原则。

二

侵权法及归责原则的作用在于界定受害人的损害是否能够得到赔偿。现实生活中,在许多

〔12〕 我国有些学者将“过错客观化”视为弱化乃至取消过错在国家赔偿中的作用,实际上是忽视了过错责任有替代赔偿责任和直接赔偿责任两种表现形式。

〔13〕 Carol Harlow, Fault Liability in French and English Public Law 39 *The Modern Law Review* (1976), P. 516—526.

〔14〕 我国一些学者以“不问该公务员有无过错”为依据,断言瑞士为违法责任或无过错责任,实际上是一种误解。如前所述,直接赔偿责任与替代赔偿责任一样,都是过错责任。

〔15〕 民法学者对违法归责原则提法的攻击,参见张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社1995年版,第289页注〔2〕。

〔16〕 翻开任何一本外国行政法教科书,其国家赔偿责任的认定与行政行为合法性的认定,不但审查的内容截然不同,且结果也不同,一为赔偿之诉,一为撤销之诉。

情况下,这一判断过程与其说是一个法律技术问题,不如说是一个价值判断与政策选择问题。正是因为侵权法和归责原则的这种特点,不论是普通法国家还是大陆法国家,法律(成文法或判例法)只能规定一些最基本的原则,具体适用则由法官根据情况,综合考虑各种因素,创造性地进行政策选择。对此,霍姆斯写道,“侵权法的作用在于划定一条界线,以确定造成损害的人在何种情况下赔偿,在何种情况下不赔偿。但是,它决不能让侵害人确定地预测到特定情况下的特定行为是否会让他承担责任”。^[17]

侵权法及其归责原则的这种不确定性在国家赔偿中同样重要。^[18]与一般民事侵权责任不一样,国家赔偿责任不仅是一种侵害者与受害者之间的经济利益关系,更是一种管理者与被管理者,一种主权的代表者与权利的行使者之间的动态平衡关系,国家在什么范围内对其造成的损害承担赔偿责任,国家责任与国家工作人员的责任如何划分,怎样通过追偿权的行使加强国家工作人员的责任心而同时又不失其进取心,怎样既通过国家赔偿制度实现个别正义,保证受害人的损失能够得到补救,又实现一般正义,促进行政效率的提高,加速社会的进步,无一不是艰难的政策与价值选择问题。各国国家赔偿制度的发展历史表明,国家在具体的案件中是否应该承担赔偿责任,不能用一条不变的尺度进行界定,只能根据过错责任原则,进行政策选择。尤其在复杂的案件中,国家是否应该承担赔偿责任,只能由法官根据国家的发展状况,经过利益分析和平衡,作出最后的决定。这也许就是各国在确立了国家赔偿制度多年以后,国家赔偿责任的理论基础仍难以解决的主要原因。^[19]当然,从另一方面看,侵权法及归责原则的这种不确定性,也是它的最大魅力所在。

违法归责原则的不足首先就在于它缺少过错责任原则所特有的不确定性。

对于国家赔偿法第2条所规定的“违法”,目前虽无权威立法解释,学者之间也有些不同的看法,但基本上套用的是经过司法审查所确立的违法,如事实错误、超越职权、违反法定程序、滥用职权等。并且,学者一致认为,违法原则以职务违法行为为归责的根本标准,实现了认定标准的客观化,彻底摆脱了过错原则的主观色彩。

稍加分析,不难发现,这种对于过错原则主观性的攻击,实际上是对过错原则认识不深所致。过错原则虽以故意或过失为条件,但确立过错的过程从来就不是一个探索主观心理状态的过程:在一般侵权法中,它以一种客观的标准(理智的人该有的行为)与侵害人的行为进行比较;而在国家赔偿责任中,则以一种法律义务或抽象的管理标准与公务员的行为或实际管理过程进行比较。确立国家赔偿中的过错虽因必须考虑行使职权行为本身的状况及受损害的权益的状况而增加了其不确定性(行为合法性审查只需从行为本身进行程序、事实、适用法律等的审查),但绝不能据此判断这是一个与客观标准相对的主观过程。确立过错与确立违法一样,都是客观的。过于轻易地否定过错的客观性,实际上是对人类法律文明成果的漠视。而以违法代替过错,使整个赔偿法及归责原则失去了本该有的不确定性,这是违法归责原则的第一弊端。

从国家豁免到国家承担赔偿责任,是对传统的绝对国家主权观念的一次超越,它使受到国家侵害的个人与受到个人侵害的个人能得到同样的救济。因此,尽管各国在不同程度上仍有一定的保留,但总的看来,国家赔偿的范围是非常广泛的。国家不但要为过错行为承担责任,也要

[17] O. W. Holmes, Jr *The Common Law* (1881), P. 79.

[18] Harry Street, *Governmental Liability* (1953), P. 77.

[19] 各种国家赔偿责任理论可参见前引[10],周汉华、何峻书,第7页以下。

为无过错行为承担责任;不但要为公共权力行为承担责任,也要为国家的经济行为承担责任,还要为介入这两者之间的行为承担责任;不但要为作为承担责任,也要为不作为承担责任,不但要为法律行为承担责任,也要为大量的事实行为承担责任;不但要为国家职权行为所造成的损害负责,也要为国家所有物甚至自然灾害所造成的损害负责。而国家赔偿责任的这种广泛性,在很大程度上与过错原则紧密相联。正是过错原则使法院可以在广阔的空间里,根据社会经济发展的实际状况,灵活地调整国家利益与个人权益的关系。

违法归责原则的逻辑起点是国家职权行为的可被司法审查性,即只有经过司法审查程序被确认为违法的行为才有可能发生国家赔偿问题。国家职权行为与可被司法审查的国家职权行为在外延上有天壤之别,后者在我国实际上只是指行政诉讼法第11条所规定的侵犯公民人身权、财产权的具体行政行为及不在行政诉讼法定范围的侦查、检察、审判、监狱管理等行为。这样,违法归责原则实际上决定了我国国家赔偿的范围,除了政策性遗漏(如立法赔偿、军事赔偿)以外,必然将大量无法以违法标准加以判断的事实行为、抽象行政行为及带有技术特征的国家职权行为除在外。细考国家赔偿法对行政赔偿范围的规定,不难发现它是对行政诉讼法对受案范围规定的简单翻版。对此,已有学者不无道理地指出,“国家赔偿法在考虑与有关法律尤其是行政诉讼法相协调的同时……对于一些本可以取得的突破囿于行政诉讼法的规定,强求统一,成为对已有法律的简单注解和具体化”。^[20]违法归责原则及其必然带来的赔偿范围的狭窄性,是该原则的第二个缺陷。

违法归责原则的第三个,实际上也是最明显的缺陷,是它的不可操作性。^[21]

依据违法归责原则追究国家的赔偿责任,首先必须判明国家机关及其工作人员的行为是违法行为。国家机关及其工作人员的行为有两类,一类是依据法律规定进行的法律行为,可以以合法性标准加以判断,另一类是与行使职权有关的日常事实行为,根本不宜以合法与否加以衡量。这样,违法归责原则对于大量的事实行为所造成的损害,将会因无法确认其违法与否而难以适用。例如,警察驾车追捕凶犯途中误撞行人,海关检查物品过程中不慎损坏,办理证照机关丢失申请材料等,都很难用合法还是违法加以定性。对于违法归责原则的这种窘境,有的学者提出以违法与明显不当加以弥补,但是,“不当”在这些情况下实际上就是过错。舍弃现成的过错而用含义不清的“不当”,一则毫无必要,二则使违法归责原则变成了有些情况下(法律行为)违法归责,有些情况下(事实行为)过错归责的双重归责原则。

进一步分析,即使对依据法律规定行使职权的法律行为,在许多情况下,过错原则比违法原则更能科学地给国家职权行为定性。例如,法院在民事诉讼中依职权主动、合法地采取了查封措施,后证明决定有误并给被查封方造成了损害。这种情况下,法院之所以要承担赔偿责任,是因为它采取了本不应该采取的措施,有过错存在,而决不是因为法院的决定本身违法。如果法院在采取查封措施以前,考虑了所有应该考虑的情况,只是因为当时完全预料不到的新证据出现决定错误,则不应承担赔偿责任。这一推论的结论是,即使国家职权行为合法,如果因过错给当事人造成损害,仍要承担赔偿责任。

另一方面,所谓违法行使职权,是指国家机关及其工作人员未能根据法律规定,履行其职

[20] 前引[1],皮纯协、冯军书,第76页。

[21] 文明与落后的区别在于文明的操作是一种合理性的操作。由于违法原则欠缺不确定性,它发挥不了过错原则所具有的政策选择功能;由于违法原则实际上限制了国家赔偿的范围,它失去了过错原则所具有的潜在扩张功能。

务义务。根据各国惯例,国家机关及其工作人员的职务义务分为一般性的保护社会整体利益的义务和保护当事人特定权益的义务。国家机关及其工作人员若只违反一般性的职务义务,并不导致侵害赔偿问题,当事人只能提起撤销之诉。只有国家机关对当事人负有某种特定的职务义务,并且未能履行这种义务时,才发生国家赔偿责任问题。^{〔22〕}也就是说,并非所有违法行使职权都应承担赔偿责任。违法归责原则实际上将撤销之诉与赔偿之诉从交叉关系变成了重合关系,结果,既造成某些该赔的赔不了,又造成某些不该赔的可能得到赔偿。

三

国家财政承受能力一直是国家赔偿立法中考虑得最多的问题,也是违法归责原则的一条主要支持理由。以过错责任原则代替违法归责原则,首先需澄清人们的疑虑,证明过错责任原则并不会增加国家的财政负担。从本文分析中可以看出,以过错责任原则代替违法归责原则,并不是简单地扩大或缩小国家的赔偿责任范围,而是一种机制的转变。由于违法归责原则是一种确定性的规则,而目前国家财力又非常有限,因此,它只能以国家赔偿范围的确定性和计算标准的确定性为前提,否则将使国家财力无法承受。但是,这种解决办法无疑牺牲了整个制度的灵活性和应变能力,根本无法适应复杂现实生活的多种需要。这一点,可以从国家赔偿法实施以来,国家赔偿案件非常有限得到证明。与之相反,过错责任原则以创造性的政策选择过程代替不变的规则,既能为国家赔偿责任范围的扩大提供可能性,又可以在应该缩小国家赔偿责任范围的地方避免违法归责原则的不可操作性,完全由法院根据社会发展水平、国家承受能力、公民权益性质及国家机关执法水平等多种因素综合以后作出决定。这种过程,既不会增加国家的财政负担,又能满足个别正义的需要,无疑更加合理一些。

为补救国家赔偿法在归责原则上的缺陷,最理想的办法当然是修改法律,通过明确的法律规定,既能使人民法院有法可依,排除各种干扰,又能顺应各国立法潮流和人类法律文明成果。然而,理论上最可行的未必一定是最现实的,考虑到我国的实际情况,这一办法至少目前甚少可行性。因此,本文简要探讨如何通过司法实践,确立过错责任原则。

从法律渊源上看,人民法院可以据以确立过错责任原则的法律规定有两条:一是民法通则第121条规定,“国家机关或者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”;二是行政诉讼法第67条规定,“公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯造成损害的,有权请求赔偿”。由于行政诉讼法第67条只是对民法通则第121条的重申和具体化,因此,后者完全可以包容前者。本文只探讨适用民法通则的几个操作问题。

适用民法通则第121条,需回答以下三个问题:(1)人民法院审理国家赔偿案件,能否适用民法通则;(2)民法通则第121条确立的国家责任性质;(3)适用民法通则,如何确立国家赔偿责任范围、计算标准和赔偿程序。

当今各国,国家赔偿责任的规则体系主要有三类:在英美法国家及比利时、意大利、荷兰、丹麦等大陆法国家,国家赔偿责任基本上由民法规范调整;在德国、日本、奥地利等国,国家赔偿责任由特别法律予以规定,但普通法院享有案件管辖权;在法国、瑞士等国,国家赔偿责任基本上由公法调整,很少适用私法规定。由于我国法律并不严格区分公法责任与私法责任,因此,

〔22〕 参见前引〔13〕,HarLow文,第527页,第530页。

在我国制定国家赔偿法以前,民法通则第121条具有直接的法律效力,可以直接适用于国家赔偿责任(对当时的现实情况本文不予分析)。完全可以假设,即使不制定专门的国家赔偿法,我们仍可以与许多国家一样,根据民法规范建立我国的国家赔偿制度。当然,专门的国家赔偿法的制定,要求我们从理论上明确国家赔偿法与民法通则的关系,并用以指导司法实践。对此,可以有两种不同的理论解释:如果认为国家赔偿责任只能严格地建立在违法归责原则的基础之上,则国家赔偿法是一部完全不同于民法的公法规范,国家赔偿责任只能适用国家赔偿法,而不能适用民法规范,这种解释显然不是我们期望看到的;反之,如果我们将国家赔偿法所规定的国家赔偿责任只当成全部国家赔偿责任的一个组成部分,则国家赔偿法只是一部特别法律,它与民法通则是特别法与一般法的关系,对于特别法律不能解决的争议(即无法适用违法归责原则的案件),应适用一般法。第二种解释表面上是一种双轨制,容许特别法所规定的违法归责原则(或其他特别法律所规定的特殊归责原则,如无过错原则),与一般法所规定的过错责任原则并存,但在司法实践中,则可以通过扩大对过错责任原则的适用来弥补国家赔偿法的不足。考虑到我国现行立法并未明确规定国家赔偿法与民法的关系,上述第二种学理解释完全可以付诸司法实践。

根据民法通则第106条的规定,过错责任原则适用于一般的侵权行为,只有在法律特别规定适用无过错责任原则的情形,才不适用过错责任原则。民法通则第121条并未规定适用无过错责任,因此,适用民法通则所确立的国家责任是过错责任。问题在于:它是替代赔偿责任还是直接赔偿责任?由于民法通则第121条将“国家机关”与“国家机关工作人员”并列,国家机关可以为直接侵权人,因此,可以认定该条确立了直接赔偿责任。司法实践中,可以不考虑公务员的个人过错,直接依据有关法律确定国家机关是否履行了其法定义务。当然,另一方面,也可以通过民法通则第43条或第63条的扩张解释,引伸出民法的替代责任,^{〔23〕}然后,根据“国家机关工作人员”的个人过错,追究国家的赔偿责任。具体如何适用两种不同的责任原则,只有在每一个具体的案件中,由法院考虑各方面的情况,进行政策选择,假以时日,逐渐形成规则。

既然国家赔偿法适用于违法归责原则领域,而民法通则适用于过错责任原则领域,因此,根据民法通则审理的案件,完全可以不受国家赔偿法对于赔偿范围、计算标准和赔偿程序等规定的限制。这一结论,对于克服国家赔偿范围上的狭窄性、计算标准上的有限性及赔偿程序上的不可操作性,有极强的现实意义。人民法院可以根据具体案件中的情况,创造性地加以发挥。

另一种补救国家赔偿法立法缺陷的办法是重新界定该法第2条所规定的“违法”的含义,斩断它与合法性司法审查的关系,将它解释成为过错责任原则。受行政诉讼法的影响,目前理论及实务界大多从程序、职权、法律适用等方面解释违法,即仅从行为本身的性质来加以认定。要确立过错责任原则,须将违法解释为“违反法律规定的对受害人的特定义务”。这样,在判断国家机关及其工作人员是否违法时,须首先从法律规定及一般法律原则中确立是否存在保护受害人权益的特定义务,然后再判断国家机关及其工作人员是否违反了这种义务。这样,这种认定过程不仅要考虑国家职权行为本身的性质和特殊性,也要同时考虑受到影响的权益的状况,以确定作为或不作为是否违法。这种解释实际上是直接以过错的内容来解释违法。

〔23〕 对民法通则未规定“替代责任”的分析,可参见前引〔15〕,第84页以下。