

怠于履行公共职能的国家赔偿责任

林 卉^{*}

内容提要：怠于履行公共职能是指行政主体行使职权时，未尽合理的注意义务，产生行为之懈怠，导致法律期待的公共职能实现不能或不充分的公务过失行为。为使裁量性行政导致的公民权益受损得到有效的救济，督促行政主体在行使职权时竭尽全力追求公共职能的充分实现，需要将怠于履行公共职能纳入行政赔偿范围。这种公务过失在赔偿责任上适用过错责任原则，对其损害的认定应包括现实利益、精神利益和正当预期利益，在因果关系判断方面，除了要考虑行政主体拥有比一般社会理性更高的公务理性之外，还应该考虑其裁量性选择的正当性理由。

关键词：怠于履行公共职能 行政不作为违法 怠于履行行政义务 国家赔偿责任

矿难事故、不安全食品危机和不良药物反应事件频发引起了广泛的社会关注。在地方政府的支持下，企业迅速提高了对死亡矿工的赔偿标准，食品药品监管部门对不安全食品和不良药物的生产者、销售者作出了处罚，并为受害人提供免费治疗。就事件本身的各自处理而言，可以说，这些措施提供了比较妥善的安排。然而，从国家赔偿法的角度，这些事件中的受害人能否进一步提起国家赔偿诉讼，要求国家安全生产监管机关、食品药品监督管理机关或地方政府对其利益受损承担赔偿责任呢？根据现行国家赔偿法（1994年5月12日通过，1995年1月1日起施行）第2条第1款的规定，受害人取得国家赔偿的权利限于国家机关及其工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的情况，也就是说，如果不能认定这些事件中的相关部门存在“违法行使职权”的情形，则由于缺乏适用国家赔偿法的前提，受害人无权获得国家赔偿。而参照国家赔偿法第3条、第4条的规定，最高人民法院1997年《关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》对国家赔偿法第3条第5项“造成公民身体伤害或者其他违法行为”和第4条第4项“造成财产损害的其他违法行为”的解释，〔1〕以及最高人民法院2001年《关于公

* 浙江大学光华法学院博士研究生。

本文的写作得益于导师胡建森教授主讲“国家赔偿法学”课程的讨论与研习，并由衷感谢浙江大学朱新力教授、浙江工业大学余军、徐风烈等师友的意见和建议。本文的研究工作受到浙江广播电视大学科学研究项目基金资助（XKT-07G06）。

〔1〕 该规定第1条指出，“《中华人民共和国国家赔偿法》第3条、第4条规定的其他违法行为，包括具体行政行为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。”

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》,〔2〕“违法行使职权”包括积极作为的违法行使职权和不履行法定职责或者违反行政职责的违法行使职权,也就是说,如果行政机关及其工作人员未履行其法定监管职责或者违反法定监管职责,则可认定为“违法行使职权”,反之,如果事件中的相关职权部门证明了其没有违反法定监管职责的情况,则“违法行使职权”不成立。

本文认为,尽管最高人民法院的司法解释将“违反行政职责”纳入“违法行使职权”概念,使行政不作为违法的国家赔偿问题在司法实践中部分地成为可能,〔3〕从而相对扩大了国家赔偿法中行政赔偿的范围,但是受国家赔偿法违法责任原则的限制,以及裁量行政中认定“违反行政职责”存在着困难,行政机关很容易规避对此种国家赔偿责任的承担。出于节约行政成本或其他便利性的考虑,行政机关在很多时候可能只是机械地履行语义层面上的法定职责,却并不积极追求价值层面上所担负的公共职能的实现,结果是,行政机关采取了积极行动,却忽视和放弃了公共职能的实现。在现代福利行政的背景下,这种怠于履行公共职能的行为可能造成的诸如矿难事故、不安全食品和不良药物反应等恶性社会事件,不仅危害安定团结的社会秩序,更直接导致不确定人数的公民人身权利和财产权利受损,与“福利行政”理念背道而驰。因此,从更切实地保护和救济公民人身权利和财产权利的角度,有必要将怠于履行公共职能的行为纳入国家行政赔偿的范围。

一、从行政不作为违法到怠于履行公共职能

与最高人民法院通过司法解释将违反行政职责纳入“违法行使职权”概念扩大了国家行政赔偿范围相适应,行政法学界通过对行政不作为违法的国家赔偿责任问题的探讨,也在一直努力拓展国家行政赔偿的范围。1997年最高人民法院发布《关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》后,受20世纪末期发生的“山西假酒案”(1998年)和“綦江县虹桥垮塌案”(1999年)等事件的促动,关于行政不作为违法的内涵界定及其国家赔偿责任构成要件的讨论曾经一度成为国家赔偿法研究的热点之一。〔4〕

学者们拓展国家行政赔偿范围的理论努力,主要是通过将司法解释中的违反行政职责作为行政不作为违法的一种形式,并通过不断扩大行政不作为违法概念的外延来进行的。行政不作为违法通常被定义为,行政主体及其工作人员有积极实施法定行政作为的义务、能够履行而未履行(或者未正确履行)的状态。〔5〕有学者在对这一定义的进一步解释时指出,其中的“法定的行政作为义务”,从来源上看主要包括法律直接规定的行政作为义务,法律间接体现的行政作为义务,行政法规、行政规章以外的行政规范性文件规定的行政作为义务,先行行为引起的行政作为义务,合同行为引起的作为义务等。〔6〕而行政主体“未履行法定的作为义务”,则是指未履行法律期待的作为义务,“在判断未履行时我们不能简单地以行为形式(如身体在物理

〔2〕《批复》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。在确定赔偿的数额时,应当考虑该不履行法定职责的行为在损害发生过程和结果中所起的作用等因素。”参见《最高人民法院公报》2001卷,人民法院出版社2003年版,第107页。

〔3〕参见杨小君:《怠于履行职责的国家赔偿责任》,《国家行政学院学报》2005年第1期。

〔4〕具体参见石佑启:《行政不作为引起的国家赔偿责任探讨》,《行政法学研究》1998年第4期;石佑启:《试析行政不作为的国家赔偿责任》,《法商研究》1999年第1期;王鉴辉:《行政不作为违法的国家赔偿责任研究》,《现代法学》2000年第1期,等等。

〔5〕参见朱新力:《行政不作为违法之国家赔偿责任》,《浙江大学学报》2001年第2期;上引王鉴辉文。

〔6〕同上引,朱新力文。

上的动静)或行为动机的消极、积极为标准,行政主体未履行的义务是法律期待的作为义务。在某些情况下,行政主体事实上有身体的动静,甚至进行一定的作为义务履行,但这种作为并不是法律所期待的完整行为,所以仍构成行政不作为违法”。〔7〕很显然,通过对法定作为义务来源的扩大解释并附加“法律期待”的限制词,这种理解在两方面扩大了传统上行政不作为违法概念的范围:第一,“法定的作为义务”等同于“法律上的作为义务”,既包括法律上的明示义务也包括隐含义务,甚至要考虑包括不成文法渊源如习惯、法理上推导出的作为义务。〔8〕由此,不履行法定作为义务的行政不作为违法概念在外延上就被明显扩展,其中的“违法”不再仅仅指违反了明确的法律规范,还包括违反了由法律规范所隐含的、由法律原理或原则支持的甚至由行政习惯所推导出来的规则。第二,通过给作为义务附加“法律期待”这一限制词,行政不作为违法不仅包括在行为的客观形态上不采取积极行动的情形,也包括虽然客观上采取了积极行动但是并不符合法律期待的情形。

上述理解无疑在理论上扩大了国家行政赔偿的范围,然其问题在于,在内涵和外延上经过如此扩展之后,其能否还用“行政不作为违法”语词来表达?“法定的作为义务”能否等同于“法律上的作为义务”?在客观形态上存在积极行动的情形在何种意义上与“不作为”语词相契合?针对这些疑问,有学者指出,“就国家赔偿制度而言,不履行法定职责或不作为,不能准确概括这些现象的本质特征,不能全面包括诸如不按照标准作为、不尽心尽责、漫不经心、敷衍了事走过场、官僚主义等违法渎职失职的赔偿责任”,并以“怠于履行行政义务”概念取代“行政不作为”概念。〔9〕

怠于履行行政义务,是指相对于行政义务要求存在不同程度的不履行,在客观上没有实施义务所要求的行为或行为内容、程度等,在主观上没有尽到应有的注意义务。这一概念首先挣脱“义务法定”的束缚,直接将“法律上的义务”作为概念解释的核心,认为行政义务的主要来源包括:立法、行政职责、行政机关的自我约束性规定、行政约定、行政机关的先行行为以及有权机关的决定等。其次,“怠于履行行政义务”中的义务“包括作为行为形式的要求,也包括作为内容的要求”,具体指:作为义务;实施一定行为的义务,如行政执法机关对公共娱乐场所安全检查,不仅是要求实施检查行为或有一次检查活动或过程,更要求对发现的安全隐患要进一步采取有效措施,予以消除、改进;行政注意义务,即要求行政机关尽心尽责地履行职责、执行职务,以保护受害人的权益,实现其“防止危险责任”。再次,从与不作为概念的比较来看,“不作为,只是指没有实施积极的有形的‘行为’,而怠于履行义务,则既包括没有实施有形‘行为’的不作为,也包括虽然实施了有形‘行为’但仍然不够的作为情形;不作为,是以法律上的一个行为为‘单元’计算的,而怠于履行义务,则既可以以一个行为为‘单元’,也可以以行为中的部分内容为‘单元’计算;不作为概念所反映出来的要求,是一个‘粗糙’的标准,是起码的最低要求,而怠于履行义务概念所反映出来的要求,则是一个‘细密’的标准,是高要求标准,更符合严格规范行政、保护公民、法人、其他组织合法权益的宗旨;不作为概念是一个纯粹的客观标准,它是以是否有客观行为为判断的,而怠于履行义务概念则不然,既具有客观性质(义务或要求的客观性),也具有主观性质(注意义务的要求),是一个主客观结合的法律概念。”〔10〕

〔7〕 参见前引〔5〕,朱新力文。

〔8〕 同上文。

〔9〕 杨小军:《怠于履行行政义务及其赔偿责任》,《中国法学》2003年第6期。

〔10〕 同上文。

应该承认, 尽管上述两位学者在各自概念的内涵和外延阐述方面相当接近, 但就语词与概念的匹配角度而言, 怠于履行行政义务的概念比行政不作为违法概念更能准确地概括公务过失的这些现象。首先, 相较于不作为违法将“法定义务”转换为“法律上的义务”在扩大行政赔偿范围的同时坚持保留字面上的“违法”责任原则, 怠于履行行政义务不再去纠缠行为的“违法”性, 从而使概念的语词与内涵更为吻合、匹配。这虽然与现行国家赔偿法的规定不一致, 但是作为建设性的理论探讨是没有问题的, 更何况国家赔偿法以违法责任原则为行政赔偿的单一归责原则在理论上本身就存在极大的争议。其次, 不作为违法将行政主体的作为义务理解为“法律期待的义务”, 从而将一些客观形态上采取了积极行动但不符合法律期待的情形包括在“不作为”概念中, 而怠于履行行政义务通过对“义务”的形式和内容的区分、“注意义务”的引入和“怠于履行”这个语词, 将未能按义务要求的行为内容、程度履行义务的情形包括在概念之中, 省却了客观形态上的积极行动与“不作为”语词表述在词义面上的纠结。

不过, 就行政赔偿制度而言, 怠于履行行政义务概念在对“义务”的理解上, 与行政不作为违法概念一样, 只关注了义务的来源和义务的内容, 却并未关注义务所依存的法律关系结构。很显然, 并非行政义务的所有相对方都有获得国家赔偿的权利, 行政机关对其内部组织及工作人员承担的“内部法义务”并不应该包括在国家赔偿法意义上的“行政义务”范围内。这在我国行政赔偿制度中是如此, 在其他国家或地区的行政赔偿理论中亦为共识。例如, 德国公法结构中最初将“注意义务”区分为公务员对国家负有的“职务义务 (Amtspflicht)”与国家人民负有的“法义务 (Rechtspflicht)”, 形成两面三极的关系, 后为消除职务责任法与其他公法结构上的矛盾, 发展出职务义务之新定义, 又区分“内部职务义务”与“外部职务义务”, 其中“外部职务义务”与“法义务”内涵基本一致, 形成“(公务员) 违背其对于第三人所负之职务义务”作为国家赔偿的核心要件。在日本, 根据判例和学界通说, 国家赔偿法第1条规定的国家赔偿责任构成要件中“违法”一词, 是指公务员违背国家对人民的“公法义务”, 其定义与德国法上的“法义务”相同。^[11]以翁岳生、吴庚、董保城等为代表的我国台湾地区公法学者, 在借鉴德国、日本公法理论与实务的基础上, 对“怠于执行职务”和“未尽相当之注意义务”的国家赔偿责任所作的研究, 亦将“善良管理人社会生活上之注意义务”作为“过失”的客观判断依据。^[12]

事实上, 无论是法律所期待的外部法义务, 还是形式和内容一体的行为义务和注意义务, 它们所指向的均是法律所期待的公共职能的实现, 是对公民的权利和合法利益的保障。行政不作为违法概念在理解上之所以要在“义务”前面加上“法律期待”的限定词, 正是为了防范行政机关及其工作人员以表面的积极行动遮盖怠于履行公共职能的实质。而怠于履行行政义务概念之所以强调义务的形式和内容的一致性, 强调行政注意义务, 也不外乎是为行政主体能够充分地、尽心尽力地履行其公共职能。由此, 本文采用“怠于履行公共职能”一词, 用以表述行政主体行使职权时, 未尽合理的注意义务, 产生行为之懈怠, 导致法律期待的公共职能实现不能或不充分的公务过失行为。

[11] 林明昕:《“不法侵害人民自由或权利”作为“国家赔偿责任”之构成要件要素》, 载胡建森主编:《国家赔偿的理论实务》, 浙江大学出版社2008年版, 第73页以下。

[12] 吴庚:《行政法之理论与实用》, 中国人民大学出版社2005年版, 第454页以下; 翁岳生主编:《行政法》, 中国法制出版社2002年版, 第1153页。

二、怠于履行公共职能的概念构成

学理上以是否存在选择之可能为标准，将行政权力分为羁束权和自由裁量权；以行政主体的权力（职权）与义务（职责）在行政法上的对应性，将行政作为义务分为羁束性义务与裁量性义务。在理论上，对羁束性作为义务的违反，很容易作出判断，其所导致的公民权益受损情形亦能够在现行国家赔偿制度中用违法责任原则予以解决。但是对于裁量性作为义务，由于履行义务的过程需要行政主体在目标和手段之间、目标与目标之间、手段与手段之间进行考量和权衡，如果行政主体怠于履行义务，如不尽心尽责、敷衍了事，则将很难单纯从履行义务的行为本身作出判断，而其结果则是导致法律所期待的公共职能不能实现或实现不充分，且其所导致的公民权益受损结果在现行国家赔偿制度中亦不能获得救济。是故，为使裁量性行政导致的公民权益受损得到有效的救济，督促行政主体在行使职权时竭尽全力追求公共职能的充分实现，并考虑到现实中的绝大多数行政作为义务都具有裁量性，有必要将此种情形纳入国家赔偿制度范围内。鉴于怠于履行裁量性义务很难单纯从行为本身予以把握，需要以该种义务所对应的公共职能之实现情况为主要判断根据，并辅以行为形态和注意义务的考量来排除虽未充分实现其公共职能但已然竭尽心力的情形。为强调对怠于履行裁量性义务的公务过失行为应着重从目标、价值层面上予以判断，并避免前文所述的“义务”概念在内部法义务与外部法义务的不分之弊端，本文将此种公务过失行为称作“怠于履行公共职能”，其在结构上的构成主要包括未尽合理的注意义务、行为上的懈怠和未实现法律期待的公共职能三个要素。

（一）未尽合理的注意义务

“注意义务”（Duty of care）源于中世纪普通法上的损害赔偿之诉令状（assumpsit），通过长期判例累积，已成为过失侵权（negligence）的核心构成要素。近年来，大陆法系许多立法例亦通过判例发展“注意义务”理论，例如：德国通过“枯树案”、“撒盐案”和“炭疽病案”等判例发展出“一般注意义务”（Verkehrspflichten）并将其适用范围扩展到社会生活领域；^[13]日本学界则将注意义务从有责性要素推至违法性领域；我国台湾地区的“立法”亦对德国法上的注意义务予以参照。^[14]目前，“注意义务”理论不但成为欧洲侵权赔偿法的重要标准，也被世界大多数国家和地区的立法或司法所接受。在英国过失侵权诉讼中，当事人负有普通法上“注意义务”的前提条件有三：第一，对造成损害的预见性。从知识和普遍经验来看，一个客观理性的人认为损害的发生是有可能的或可预见的，则产生注意义务。第二，当事人之间存在充分的“近因性（proximity）”。近因性被认为是过失责任判断的核心。一般认为，对“近因性”很难进行精确定义，对其的表达也因案情而异，其焦点是原告与被告之间的一种直接或紧密的关联。为确认近因性，预见性往往具有重要功能：例如A的行为将损害B，则可确认A与B之间存在足以发生注意义务的近因性。^[15]第三，“注意义务”的存在符合合理性原则。英国法院在判断违反注意义务

[13] 德国法上与“一般注意义务”有关的判决最早作成于1397年，因土地所有权人未管理土地致翻车事故发生而承担赔偿责任；“一般注意义务”的正式形成则以“枯树案”、“撒盐案”、“炭疽案”三个代表性案例为标志。参见廖焕国：《论德国侵权法上的一般注意义务——以司法判例为主线的考察》，《武汉大学学报》2006年第3期。

[14] 廖焕国：《注意义务与大陆法系侵权法的嬗变——以注意义务功能为视点》，《法学》2006年第6期。

[15] 英美法将侵权行为法上因果关系区分为两类：事实上的原因（Cause in Fact）和法律上的原因（Legal Cause），后者也称为近因（Proximate Cause）；事实上的因果关系反映了行为与结果之间事实上的联系，而要使侵害人对其行为结果负责，除具备事实上的因果关系之外，还需具备法律上的原因。参见廖焕国、曾祥生：《论英美法上注意义务成立规则之演进》，来源：中国法院网；卢晓亮：《对英美侵权法近因关系认定规则的认识》，来源：北大法律信息网。

时,通常是分析被告的行为是否低于有理性的人面对同样情况时的行为标准,而就公共机关的决定而言,最终是否承担赔偿责任则取决于这一决定是否构成公法意义上的不合理(如韦伯内斯伯里不合理)。^[16]由于上述三个要素都具有一定的弹性,使得各种公法因素加入其中,并在公法上的过失侵权诉讼中得以适用。

值得一提的是,几乎所有的现行立法中都包含有授予行政主体政策性裁量空间的条款规定,这意味着行政主体除了可以作出“实施性决定”外,还可以作出大量的“政策性决定”。不难发现,行政主体所在公共职能领域所享有的法定权力中“实施性”性越明显,其注意义务也就越容易确定;反之,对于“政策性决定”的定性,却往往成为行政主体规避承担注意义务的缓和机制,在行政法庭的审判实践中尤其常见。应当明确,公法领域中的“注意义务”并不完全取决于立法的授权或公法上的合同等,也可能取决于特定行政主体享有的某项权力或活动领域,以及相对人、公务人员与行政机关之间的关系等因素。

(二) 行为之懈怠

现实情形中,行政行为或多或少都具有裁量空间。如果行政主体依法具有裁量权,但因故意、过失或过错而不行使其裁量权,即构成“裁量怠惰”。如有德国学者提出的,处于判断余地之裁量情况时出现的判断瑕疵,计划裁量时之考量瑕疵等。^[17]在我国台湾地区发生的“陆配遣返案”中,大陆配偶在邻居的面摊打工,帮助家计,因为没有工作许可,结果被遣送出境。台湾地区台北县诉讼愿委员会针对此案,判定警察机关“不符合比例原则”与“行政裁量怠惰”。^[18]

在国内学者的研究成果中,较少有对“裁量怠惰”或“行为懈怠”的深入探究,而是将其作为“行政不作为”的一种表现形式进行理解。总体而言,是以行为形式或动机的积极或消极状态为标准,认为“行为上的懈怠”是指对法定作为义务的形式不为,且以相对人之申请为前提要件,如拒绝履行、拖延履行、不予答复等。不过,前文所述以“法律期待之义务”的完成状态为标准,在内涵与外延方面均得以重构的“行政不作为”概念,以“义务”的形式与内容一致性构筑的“怠于履行行政义务”概念,均明显对裁量怠惰的情形有密切关注。

本文认为,依行政行为启动时的主动或被动状态为标准,“懈怠”可包括两类:一是依申请的行政行为,经相对人申请而拒绝、拖延或未予履行的“显性懈怠”;二是依职权的行为,虽有积极之行为形式或行为事实,却未完成法律期待之完整价值而形成的“隐性懈怠”。前者接近于目前学界对“行政不作为违法”的概括,后者则与大陆法系公法结构中的“公法上的权利”交叉。“公法上的权利”是指根据公法规定,赋予个人为实现自己的利益得请求国家为特定行为的法律上之力。根据“保护规范理论”,如果一个法规范不仅为公共利益而且也为个人利益之目的加以规定时,也可承认“公法上的权利”存在,其判断标准在于“法律目的所保护之利益”,包括法律明文规定的情形和通过法律解释确认的情形。日本学者宫崎良夫认为,“公法上的权利”概念适用于行政诉讼(尤其是撤销之诉)的原告资格确认时,应当从“法律上所保护之利益”扩张为“值得保护之利益”。^[19]可见,对“行为之懈怠”不能单纯理解为对“行为形式”或“行为事实”之懈怠,还应当包括对“行为价值”实现之懈怠。

[16] See *Caparo Industries v Dickman*, [1990] 1 ALL E. R. 568; *Barrett v Enfield LBC*, [2001] 2 AC 550.

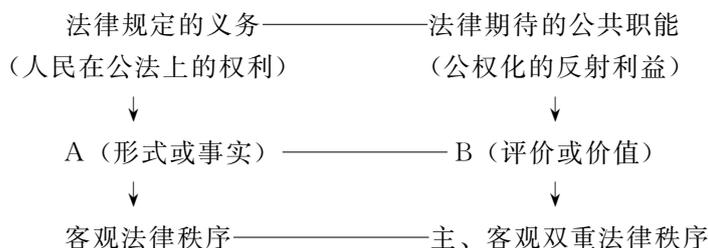
[17] 前引[12],吴庚书,第80页。

[18] 《台将修例,陆偶合法入境可工作》,大公网新闻 http://www.takungpao.com/news/08/11/21/_IN-993698.htm, 2009年3月13日访问。

[19] 与“公法上的权利”概念相对应,“反向利益”系指个人因公法法规而获得之事实上的利益不能单独对于行政机关有所请求。然而“反向利益”随着时代观念的改变,已逐渐限缩并呈现“公权化”趋势,而使“公法上的权利”范畴不断扩大。参见翁岳生:《行政法》,台湾翰蘆图书出版有限公司1998年版,第213页以下。

（三）未实现法律期待的公共职能

法律期待的公共职能，既体现在作为整体的法律制度设计中，也体现在法律规范的逻辑结构中。立足于行政法学领域，可以将法规范逻辑结构中的“行为模式”解释为下表：



根据使用法律解释方法中字面解释的方法能否穷尽涵义为标准，针对行政主体而言，“行为模式”被分解为“法律规定的义务”（A）与“法律期待的公共职能”（B）两个要素；针对人民而言，则相应转换为“公法上的权利”和“公权化的反射利益”。由于“法律规定的义务”多为规范所明定，而“法律期待的公共职能”则存在隐藏的情形（需结合其他法规范或立法原意、一般理性、公共政策目标等因素推导），因此将法规范结构影缩为矢量“A+B”。当且仅当行政主体的行政行为满足条件“A+B”时，才构成完整的履行行为C；当行政行为仅满足条件“A”时，构成“作为”层面上的“怠于履行公共职能”C1；当行政行为仅满足条件“B”时，构成形式上的“不作为”或“程序瑕疵”C2，此时除程序瑕疵导致要素B所对应的人民之“公权利”丧失外，不构成“怠于履行公共职能”；当行政行为对“A”和“B”均不能满足时，构成“不作为”层面上的“怠于履行公共职能”C3。

例如，食品安全法第26条规定：“食品安全标准应当供公众免费查阅。”这一法规范明文规定的行政机关的法定义务是“将食品安全标准提供给公众免费查阅”，结合立法原意和公共政策导向等，可推导出隐藏的“法律所期待的公共职能”是保证公众能够免费获取有关食品安全标准的信息，以防止误购误食不符合安全标准的食品导致人身和财产的损失。如果行政机关虽然履行了免费提供食品安全标准给公众查阅的义务，但由于使用的媒体、空间、方式不当等使公众产生信息获取困难，或信息内容有不完整、不清晰、错误等情形，则“法律期待的公共职能”并未完成，这属于上述C1的情形，即作为层面的怠于履行公共职能。而如果行政机关未采取任何措施，或者采取的措施违反法律本身的规定，则属于上述C3的情形，即不作为层面的怠于履行公共职能。

总之，“怠于履行公共职能”作为一公务过失类型存在于多种类型的行政行为（裁量）瑕疵之中，其具体表现为因违反合理的注意义务而导致法律预期的公共职能实现不能或不充分，与行政行为本身在形式上或事实上的履行状态并无绝对的关联。

三、怠于履行公共职能的国家赔偿责任

（一）怠于履行公共职能国家赔偿责任的归责原则

1995年实施的国家赔偿法将违法责任原则作为国家赔偿的唯一原则。该法颁布后，学者就这一制度设计提出了讨论和质疑。早在1996年，就有学者撰文指出，国家赔偿法所确立的违法责任原则是对归责原则误解所致，过错责任原则才是构成一般侵权法和国家赔偿法的基础，其内容包含了“违法”，也是国家赔偿责任的唯一归责原则。^{〔20〕}此后十余年间，学界对有关国家赔

〔20〕 参见周汉华：《论国家赔偿的过错责任原则》，《法学研究》1996年第3期。

偿归责原则的讨论热情颇高,有学者建议修改国家赔偿法,增加“明显不当”责任原则和结果责任原则;^[21]也有学者在实证分析的基础上,提出应从认识上扩大违法责任原则的适用范围,克服其局限性,以过错责任原则取代违法责任原则;^[22]近年来更有学者提出,违法责任原则在客观上限制了求偿申请人的赔偿请求,在重构国家赔偿归责原则时,应确立过错责任原则为主、无过错责任原则为辅的国家赔偿归责体系。^[23]2010年4月29日第11届全国人大常委会第14次会议通过了国家赔偿法修正案。修正后的国家赔偿法第2条第1款采用了“国家机关和国家机关工作人员行使职权”的表述,去掉了现行国家赔偿法第2条中的“违法”二字。有人认为,这一修正意味着新的国家赔偿法将不再以传统意义上的违法归责原则作为唯一的归责原则,国家赔偿归责原则开始走向多元化格局。然而,这一修正仅是针对刑事赔偿而言的,倘若就行政赔偿制度而言,结合该法第2条第1款和第3、4条关于行政赔偿范围的表述,修正后的国家赔偿法在行政赔偿领域仍然实行单一的违法责任原则。

立法上的缺陷并不影响理论上的探讨,而且,理论探讨的意义恰恰在于为弥补立法缺陷提供知识和智力方面的支持。针对单一的违法责任原则对行政赔偿范围的限制,行政不作为违法的研究通过借助为最高人民法院司法解释所承认的“违反行政职责”这一中介,以“法定义务”与“法律上的义务”的概念转换,试图在违法责任原则下拓展行政赔偿的范围。怠于履行行政义务的研究则通过对注意义务的引入,直接将过错责任原则纳入行政赔偿制度的设计之中。

怠于履行公共职能以未尽合理的注意义务为构成要素,在赔偿责任的归责原则上亦以过错责任为主。虽然具体形式不同,但无论从立法例、理论研究还是司法经验上来看,采用过错责任原则作为国家赔偿的主要归责模式是现代法治国的共同特征。与违法责任原则相比较,采用过错责任原则显然更符合“违反合理的注意义务”标准的适用。在现行国家赔偿制度中,“违法”被狭义地理解为违反制定法规范,这一认识很大程度上缩小了国家赔偿的范围,虽然制定法规范为行政主体设置了注意义务,却无法穷尽其应当履行注意义务的所有情形。事实上,对于“违法归责”原则中的“违法”也可理解为一种过错形态,即行政主体在履行权限时违反了合理的注意义务,而注意义务的设置并不局限于制定法规范,对实证法规范中设置的“注意义务标准(包括行业规范、社会习惯和基于一般经验的判断等)”的违反也可推定为存在过错。^[24]

对照前文从法律规范结构出发对怠于履行公共职能的解释,怠于履行公共职能在赔偿责任的归责原则适用上可作如下归纳:

- C = A + B —— 完整的履行行为 —— 不构成行政赔偿责任 —— 无归责原则适用
- C1 = A —— 作为层面的怠于履行公共职能 —— 构成行政赔偿责任 —— 适用过错归责原则
- C2 = B —— 不确定 —— 如存在程序瑕疵,可构成行政赔偿责任 —— 适用违法归责原则
- C3 = NULL ^[25] —— 不作为层面的怠于履行公共职能 —— 构成行政赔偿责任 —— 选择适用违法或过错归责原则

[21] 刘嗣元:《论我国国家赔偿法的归责原则》,《中国法学》2000年第2期。

[22] 朱新力、余军:《国家赔偿归责原则的实证分析》,《浙江大学学报》2005年第2期。

[23] 简海燕:《对我国国家赔偿违法归责原则的反思》,《国家行政学院学报》2008年第3期。

[24] 过错责任原则以行为的主观过失为其归责的依据,在责任的逻辑构造上,它首先必须满足客观法律秩序的违反,即造成损害;其次必须通过为行为人的“注意义务”设定一系列行为标准作为客观依据,在“过失的客观化”过程中确定过失的存在,以判断行为人对主观法律秩序的违反。过失责任的成立必须同时满足主观法律秩序和客观法律秩序两个条件。参见前引[22],朱新力、余军文。

[25] “NULL”原意为“零的;无效的;无价值的”,在这里表示因对法定义务和法律期待的公共职能均不能满足,行政行为无效果或无价值。

（二）损害的类型

有损害才有赔偿，损害的大小影响到赔偿数额的多少。有关“怠于履行公共职能”所造成的损害问题，行政诉讼法第11条、第67条和现行国家赔偿法第2条、第3条、第4条规定的内容，直接以我国宪法第41条第3款“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，有依照法律规定取得赔偿的权利”为其立法依据，可理解为涵盖了行政主体因怠于履行公共职能造成公民合法权益损害，应当承担行政赔偿责任的法律依据。^[26]从司法实践来看，这里的“损害”仅限于身体损害（伤害或死亡）和财产损害（直接经济损失）。

新修正的国家赔偿法第35条增加了“致人精神损害的，……造成严重后果的，应当支付相应的精神损害抚慰金”的内容。这一内容体现了对精神损害赔偿的认可，只不过采用“抚慰金”代替“赔偿金”概念，似乎混淆了“国家施惠”与“过失弥补”的本质。

除精神损害外，参照其他国家和地区的经验，合法预期利益的损害亦应予以考虑。英美法上的“合法预期”含义是“公共机关的承诺或政策指导可以证明某人期望受到的某种特定方式对待的正当性”。也有观点认为，“合法预期”是指“公共机关在行使某种裁量权时，承认某人享有比权利程度要低但比希望程度要高的有利地位”。不论对“合法预期”如何具体界定，他们都承认这一概念具有广泛的潜在意义，需要在具体情况中判断其指代的不同事物，如明确的承诺、已公布的政策、听证的权利和继续享受权益的权利等。^[27]英国上诉法院于2000年作出的著名的“考夫兰（Coughlan）判决”，^[28]就是一个典型的例子。该案中，原告Coughlan因交通事故导致严重残疾，长期（1993年至1998年）居住于地方政府卫生局管理的护理机构Mardon House，后卫生局以不符合经济效益为由决定养闭该护理机构，同时将包括原告在内的全残病人迁往地方社会服务机构，但仍然愿意继续承担原告的护理费用。法院判决认为，考虑到卫生局对原告承诺的重要性以及影响人数的特定性（原告及其他6名全残人士），卫生局的决定导致原告丧失了由地方政府承诺对其提供终身护理的信赖利益。“Coughlan判决”的一个关键点在于，正是依据政府对原告及其他病人的明确承诺（Mardon House将是他们永远的家），原告所遭受的正当预期利益损害才得以被法院确认。当然，除了明确的承诺之外，可以构成正当预期利益的还包括：已公布的政策、^[29]举行听证或咨询的行政惯例、^[30]继续享有某一权益的权利。^[31]从“Coughlan判决”中，我们可以获得以下三点启发：（1）行政机关改变作为合法预期指代物的公共政策导向时，应对改变的正当性以一般社会理性的标准进行考量；（2）行政机关在对与当事人有关的政策进行改变前应确保给予其程序上的正当利益保护，如听证等；（3）行政机关应承担对当事人合法预期利益的损害具有足以抵抗过失的公共利益的证明责任。此外，前文提及的我国台湾地区“陆

[26] 1989年实施的《行政诉讼法》就在第67条作了规定：“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。”该法第11条在划定行政诉讼受案范围时，也列举到了三类明显的不作为违法和“认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的”情形。1995年实施的《国家赔偿法》在第2条就国家赔偿责任进行了总则性规定：“国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。”同时，在第3条和第4条也规定，行政机关及其工作人员在行使行政职权时，有“造成公民身体伤害或者其他死亡的其他违法行为”和“造成财产损失的其他违法行为”情形的，受害人有权取得赔偿。

[27] 参见 [英] 彼得·莱兰、戈登·安东尼：《英国行政法教科书》，杨伟东译，北京大学出版社2007年版，第401页以下。

[28] See *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan*, [2000] 2 WLR 622.

[29] See *R v Secretary of State for Home Office, ex p Asif Mahmood Khan*, [1984] 1 WLR 1337.

[30] See *R v Secretary of State for Health, ex p United States Tobacco International Inc.*, [1992] 1 QB 353.

[31] See *Cinnamond v British Airports Authority*, [1980] 1 WLR 582.

配遣返案”中，法院判决警察机关“不符合比例原则”与“行政裁量怠惰”，亦可理解为，是对被遣返的大陆配偶对安定团圆的家庭生活的正当期待之信赖保护利益及其子女受到母亲或父亲庇护之正当期待利益的认可。

（三）因果关系判断

作为国家赔偿责任构成要件的因果关系，是指公务过失与公民所受损害之间的关联度。无论是私法领域还是公法领域，侵权责任的构成均需具备因果关系要件，对此，前人已展开了丰富的理论表达，如必要条件理论、相当因果关系理论、法规目的说理论、可预见性理论、义务射程论等。

“相当因果关系理论”自1888年由德国学者冯·克里斯在《客观可能性的概念》一文中首次提出，后经理论发展而被法院判决接受，并在大陆法系国家司法经验中得到认可，至今，在德国、希腊、奥地利等国仍处于主导地位。“相当因果关系理论”的基本观点是：事物之间的因果关系是客观而不以个人意志为转移的，但对因果关系的认识却要受制于人们的认知能力和信息条件，因此，因果关系的认定并不是一个逻辑过程，而是一种可能性判断过程。克里斯认为，当条件A是损害B发生的必要条件，并且条件A显著增加了损害B发生的客观可能性，即可构成相当因果关系。德国法院通过判例将“相当性”描述为“某一事件以一种并非无足轻重的方式一般性地提高了某一结果发生的客观可能性”，我国台湾地区则将其判断公式发展为“无此行为，虽不必生此损害，有此行为，通常足以生此损害者，是为有因果关系。无此行为，虽不必生此损害，有此行为，通常亦不生此损害者，即无因果关系”。^{〔32〕}

在英美法中占有重要地位的是“可预见性理论”。该理论最初由法国学者波蒂埃提出并由法国民法典确立，英美法系国家随后通过判例认可了该理论。“可预见性”在英美法上与“近因性”共属于合理的注意义务之构成要件，即：当损害具备可预见性时，行为就是损害的近因（proximate cause），因而成立法律上的因果关系。^{〔33〕}可预见性的判断是以一般理性为标准的。有学者认为，对于人身损害和财产损害的赔偿责任构成，应当适用不同的可预见性规则，在人身损害赔偿中，只需要预见损害的发生即可，而在财产损害赔偿中，必须适用更为严格的规则，即需要预见损害的发生及损害的程度。

“相当因果关系理论”和“可预见性理论”分属两大法系不同法律文化传统的产物。从判断方法上来说，前者更侧重在客观的行为事实与损害事实之间作可能性判断，后者更侧重对主观过错与损害事实进行比较。从对归责原则的适用来说，前者可以适用于单一的违法责任原则，也可以适用于结果责任原则或者过错责任原则，而后者则只适用于过错责任原则。

怠于履行公共职能在归责原则上以过错责任原则为主，因而上述两种因果关系的判断方法均可以采用。与私法领域中的因果关系规则不同的是，因为行政主体不仅具有完整的法规范的认识，也具备比一般社会理性更高的公务理性，且公务行动经验丰富，对可能发生的结果有较强的预知能力，行政主体对于自己所采取的行为的正当性及其与损害之间的关联性的判断应该强于侵权法中的“注意义务人”。由于行政主体在作出决定时具有裁量选择空间，需要在目标与目标之间、手段与手段之间、目标与手段之间作出裁量性选择，这就要求行政主体的裁量性选择必须具有正当性理由。例如，假设行政机关为实现目标G，可以采取的行动是A1或A2，A1或A2所指向的价值分别为V1和V2（可能是对立的），但该行政主体的首要职能是保护价值V1，此时行

〔32〕 参见王泽鉴：《侵权行为法》第1册，中国政法大学出版社2001年版，第191页。

〔33〕 叶金强：《相当因果关系理论的展开》，《中国法学》2008年第1期。

政机关必须做出选择，而这一选择是否具备正当理由（是否履行了担负的公共职能），是做出该决定与损害（D）之间的因果关系判断的前提。

（四）一个怠于履行公共职能的实例

管制行政向福利行政的转变，意味着行政主体在作出行政行为时需要满足更高标准的要求。将怠于履行公共职能的公务过失行为纳入行政赔偿的范围，既可以督促行政主体在行使职权时竭尽全力，更有利于切实保障和维护公民的合法权益。当然，由于法律期待的公共职能常常隐含在法律规范之中，需要结合立法背景、公共政策目标等因素推导，因而对怠于履行公共职能国家赔偿责任的认定，除了要确定权益受到损害的情况外，在行为与损害的因果关系方面还需要考虑行政主体作出裁量性选择的正当性理由。下面我们用一个实例来说明怠于履行公共职能国家赔偿责任的认定。

某市一所民营敬老院于2001年取得“社会福利机构开业许可证”后未进行民办非企业单位登记，许可证于2006年3月到期，该院重新申请许可未获批准，但在此后长达近三年的期间内均未收到任何处罚或停业通知（2008年底，该敬老院还根据消防部门整改要求对消防设施进行了重置）。2009年2月，地方政府民政局依据《民办非企业单位登记管理暂行条例》作出了取缔该敬老院并没收其“非法财产”的处罚决定，理由是非法经营以及不符合消防部门的整改要求，并勒令常年生活在该敬老院的30多位老人必须在一周内搬离。^{〔34〕} 民政局称，对安排住处有困难的老人，将由民政部门帮助安排一家新办的养老机构，但未提及承担相关费用。该敬老院经营者认为，在长达8年的时间内，行政机关未给予任何处罚或指导，致使他和居住在该院中的养老者对该院经营的合法性已经被认可产生了信赖利益，然而，政策指引的突然变向导致该院经营者和养老者财产和人身利益受到损害。

在传统管制行政模式中，民政机关延期作出处罚决定，可以被理解为存在程序上的瑕疵，但是并不违法。而且，从其最终作出处罚决定的行为来看，也难归入不作为范畴。但是，在福利行政语境下，由于民政部门的职责中包含对社会养老事务的服务和规范，这一职责指向下的政府功能和公共行政目标是保证老人处于良好的老年生活状态。该案中，虽然目前还没有全国统一的养老机构管理立法，但根据地方政府及职能部门出台的有关养老服务机构管理的规范性文件、公共政策导向和一般社会理性判断，民政局对该民办敬老院经营手续不全的情况已经知悉，并在足够长的期间内未采取任何行动，这属于行为懈怠。后来直接作出取缔、限期一周内搬离和没收非法财产的决定，导致部分老人老年生活之不稳定，以及对养老危机的恐惧和焦虑状态，这显然违反了比例原则和善良管理人的注意义务，在裁量性选择过程中存在裁量怠惰。最终，虽然在个案中完成了监督民办非企业单位合法经营的法定义务，却懈怠了法律期待的价值部分实现的完整性，构成政府公共职能履行不充分。

就该案中的损害来说，虽然民政局的决定直接针对的是民营敬老院及其经营者，但由于存在对“法律期待的公共职能”履行不充分，违反比例原则和合理的注意义务，对第三人——养老服务受益者原本对老年生活安定性的正当期待和信赖利益亦构成实质性损害（已有一名居住超过8年时间、90多岁的老人因被告知必须限期搬离该院后，情绪波动而死亡）。

从因果关系来看，没有民政局的处罚决定，敬老院中的养老者不会发生生活不稳定、恐惧和焦虑的情况，而该处罚决定一经作出，这样的损害按照一般理性来判断都是必定会发生的。作为负有保障老年人安度晚年生活之职责的民政机关应该更能预见这一决定将不利于该养老机构的继

〔34〕 具体案情参见《八年非法，一朝取缔——鄞州大福园敬老院怎么能说关就关》，《宁波晚报》2009年2月26日。

续运营和保障老人们养老生活的稳定性,并可能带来实质性损害(例如因情绪波动、环境改变或搬迁引起的身体疲惫等因素而导致的财产损失或健康指标下降)。而从其裁量性决定的合理性考虑,亦可认定其裁量性选择缺乏正当理由。民政机关为了达到安全保障目标,作出了关闭某个养老机构,并要求其中的30多位老人在没有过渡期的情况下搬离的决定。如果政府选择实行政指导或给予财政扶持等方式帮助改善安全性而使这一养老机构继续运营,对该养老机构的运营和老人们生活安定性造成损害的可能性会大大降低,但不利于政府财政支出的节约。这里,目标合理性与价值合理性发生对立,作出了关闭该养老机构的选择,缺乏正当理由,因为民政机关在养老事务上的首要公共职能是在不超出财政预算的情况下管理、监督社会养老服务和保障老年人安度晚年,而不是节约财政支出。

Abstract: The research of unlawfulness of administrative nonfeasance and its criterion based on traditional doctrine of liability can not meet the development of State Compensation Law in the background of welfare administration. To make correspondence between administrative duties and public welfare, and to fulfill the executive power's public functions in terms of value level, it is necessary to make an intensive study on failure to fulfill public functions as an independent form of administrative negligence in public duty. Failure to fulfill public functions means that, as the representative of the state, the administrative subject violates its duty of care when exercises its administrative discretion and is slack in its functions, which results in the failure to fulfill public functions expected by law.

In consideration of cost effectiveness or other conveniences, executive officials often choose to perform their statutory duties literally, rather than actively achieve their public functions in terms of value level. Although the Supreme People's Court has tried to remedy the defect of State Compensation Law by judicial interpretation, the executive officials may still evade state compensation responsibility through the defect of criterion of administrative nonfeasance itself. Fortunately, the amended State Compensation Law, which will come into effect in December 1st, 2010, has recognized diversified doctrine of liability instead of traditional unlawfulness only.

As an independent form of administrative negligence, failure to fulfill public functions can be both unlawful administrative action and nonfeasance, so the judgment of negligence should not rigidly adhere to the traditional classification of action and omission, but should adopt an independent criterion. The negligence can be determined by three essential factors, that is, to violate the reasonable duty of care, to be slack in behavior, and failure to achieve the public functions expected by law. Meanwhile, the judgment of damage depends on the recognition of the reasonable anticipative benefit of the counterpart, and the judgment of causation should correspond to reasonability and rationality.

Key Words: failure to fulfill public function, state compensation responsibility, State Compensation Law
