



## 职务侵权赔偿的法律适用： 游移在公法与私法之间

刘一纯

**摘要：**我国直接调整职务侵权行为引起的法律关系的法律或法律规范，既有属于公法性质的《国家赔偿法》，也有属于典型私法的《民法通则》。在职务侵权赔偿制度方面，大陆法系国家区分公私法而英美法系国家不区分公私法，但在救济公民权益这一目的上殊途同归。这启示我国在处理职务侵权赔偿问题时，应淡化公法与私法之区别。要基于尽可能救济公民权益的目的，在《民法通则》与《国家赔偿法》之间游移，进行合理的法律适用。

**关键词：**职务侵权赔偿；法律适用；公法；私法

“职务侵权赔偿”指公民、法人或其他社会组织因其合法权益（以下简称为“公民权益”）遭受国家机关或国家工作人员执行职务行为损害而应获得的恢复性救济。一般而言，侵权是引起民事法律关系产生的一种法律行为，属于典型的私法范畴。由于职务侵权行为是国家机关或国家工作人员执行职务的行为引起的侵权，与通常意义上的侵权相比，职务侵权具有在侵权主体身份和侵权行为性质上的不同之处。我国直接调整职务侵权行为引起的法律关系的法律或法律规范，既有属于公法性质的《国家赔偿法》，也有属于典型意义上的私法的《民法通则》。《民法通则》中直接规范职务侵权行为的具体条款是第一百二十一条。那么，在处理职务侵权赔偿问题时，如何在《民法通则》与《国家赔偿法》之间进行正确合理的法律适用选择？本文主要探讨这个问题。

### 一、《民法通则》与《国家赔偿法》是相提并论的并行关系

正确地认识《民法通则》的相关规定与《国家赔偿法》之间的关系是对其进行合理选择、加以正确适用的前提。在《民法通则》的相关规定与《国家赔偿法》之间关系的问题上，论者观点不一。一位学者将其归纳为一般法与特别法的关系、排斥关系、并行关系和竞合关系等四种观点；该学者赞同排斥关系<sup>①</sup>。一般法与特别法关系论认为，随着《国家赔偿法》的出台，按照特别法优于一般法、新法优于旧法的原则，该条《民法通则》第一百二十一条已不再有效。排斥关系论认为，这两者在法律效果上是互不相容的。并行关系论认为，这两者分别针对的是第三人发生的职务侵权和对直接相对人发生的职务侵权。竞合关系论认为，《国家赔偿法》是对《民法通则》第一百二十一条部分内容的具体规定，在《国家赔偿法》规定范围之外的内容仍然适用《民法通则》第一百二十一条。

笔者认为，讨论《民法通则》与《国家赔偿法》两者之间的关系，首先要确定这两者各自

<sup>①</sup> 黄芬：《职务侵权赔偿责任研究——从侵权法与〈国家赔偿法〉的关系切入》，法律出版社2009年，第78~92页。

的公法或私法属性。虽然公法与私法的划分标准尚无统一之论,目前主要有利益说、主体说、意思说和综合说等影响力较大的四大学说<sup>①</sup>。但是,无论按照哪一学说的观点来判断,《国家赔偿法》都被归类为公法,而《民法通则》当然毫无疑问地是私法。既然《民法通则》与《国家赔偿法》分别属于私法与公法,两者之间肯定不应该是一般法与特别法的关系。而排斥关系与并行关系应当是不矛盾的,或者说是针对同一个问题的不同说法。彼此排斥并不意味着对方不能存在,相反,恰恰因为都是不可否定地存在着的,才出现并行的情形。就竞合关系论而言,对于竞合关系本身可能存在的情形,有法条竞合说、请求权竞合说和请求权规范竞合说三种不同的观点<sup>②</sup>。其中法条竞合说指具有位阶关系的数个规范之间的竞合;请求权竞合和请求权规范竞合都是从请求人具有可选择性而言的竞合,确切地说,这不属于法律之间的竞合。因此,关于《民法通则》与《国家赔偿法》之间是竞合关系的说法本身是不能成立的。

笔者认为,《民法通则》与《国家赔偿法》是并行关系:其一,两者均直接依据《宪法》的相关条款而制定,均属于《宪法》之下的国家基本法律,在法律体系中具有相等的法律地位,逻辑上应当是并行关系。其二,《民法通则》第一百二十一条的具体规定是:“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。”这里非常明确地界定了其侵权责任的民事性质。而依《国家赔偿法》所承担的是完全不同于民事责任、刑事责任和行政责任的违宪责任<sup>③</sup>。从法律规范结构角度讲,两者的法律后果是并行的责任形态。其三,从《民法通则》第一百二十一条条文表述来望文生义地理解,这句话的重点在于表达只要是客观上造成了损害的,就应当承担民事责任这一意思,而至于发生侵犯时行为人主观心态上是否存在主观故意或过失在所不论。实际上,按照民法的基本原理,职务侵权行为就是属于依据无过错原则进行归责的特别侵权行为。而在《国家赔偿法》第二条关于“国家机关和国家机关工作人员行使职权,有本法规定的侵犯公民、法人和其他社会组织合法权益的情形,造成损害的,受害人有依照本法取得国家赔偿的权利”的规定和相关“本法规定”的各种情形中,作出侵权行为时有违法或有过错是追究责任所应当具备的一个重要条件。可见,即使新修订的《国家赔偿法》也并没有囊括职务侵权赔偿的所有问题。同时,还必须注意到的是,早在《国家赔偿法》修订之前,学界就有观点认为,《民法通则》第一百二十一条是在刚开始恢复法制建设之初、没有法律对职务行为赔偿进行专门规定时的权宜之计<sup>④</sup>。既然如此,那么,《国家赔偿法》的修订中就不可能漠视《民法通则》第一百二十一条的存在。然而,全国人大常委会既没有在立法中废止《民法通则》第一百二十一条,也没有就此单独作出说明。这也说明,《民法通则》第一百二十一条仍然有与《国家赔偿法》并存的必要性。

## 二、外国职务侵权赔偿制度的启示:淡化公法与私法之分

公法与私法的划分是大陆法系国家法律分类的传统,而在传承了普通法观念的英美法系国家,是不注重以公私法之别来看待法律分类的。普通法观念的内核包含着普通法主治的法治精神。因此,“如果有人建议在原则上,普通法不适用于国家或公共机构,英国的法律家将会震惊,他们的头脑中立即会闪现一种观念,即认为这是企图将这些机构置于法律之上和之外,违反了废除王室特权和全部公职官员的活动必须遵守‘法治’原则的光荣传统”<sup>⑤</sup>。由英国法学家戴雪首次阐述的这一“法治原则”的含义之一就是,包括政府官员在内的英国人,受且只受普通法的规范,“凡一切意思之含有官吏可不受治于普通法律及普通法院者皆被摒除”<sup>⑥</sup>。在职务侵权赔偿法律领域,现代英美法也同样沿袭了普通法传统,即只以是否构成普通法上的侵权为承担赔偿责任的要件,而无论行为主体是谁、行为性质或目的是什么。

在职务侵权赔偿法制建设领域,法、德两国走在英、美两国前面,并且严格地贯彻公法与私法的划

① 孙国华、杨思斌:《公私法的划分与法的内在结构》,载《法制与社会发展》2004年第4期。

② 王泽鉴:《侵权责任与违约责任的竞合 民法学说与判例研究》第1册,中国政法大学出版社1998年,第376~382页。

③ 根据全国人大常委会法制工作委员会研究室编审、中国民主法制出版社2000年出版的《中华人民共和国法律法规及司法解释分类汇编1,宪法及宪法相关法》,《国家赔偿法》属于宪法相关法。因此,违反《国家赔偿法》的责任应当属于违宪责任。

④ 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2005年,第989页。

⑤ 勒内·达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,清华大学出版社2002年,第100页。

⑥ 戴雪:《英宪精义》,转引自秋风:《法治二十讲》,天津人民出版社2008年,第251页。

分。1947年《王权诉讼法》和1946年《联邦侵权赔偿法》分别被认为是英、美两国建立起国家赔偿制度的标志性法律文件。这时距法国1873年通过布朗戈案件判决确立国家应承担侵权赔偿责任的观念已经过去了大半个世纪,距法国1903年通过戴雷案件确立包括行政赔偿在内的行政诉讼一律由行政法院管辖的司法双轨制也有近半个世纪之久。德国早在1896年民法典中就有关于公务员非权力行为侵权赔偿责任的规定,1910年公布的关于公务员的国家责任法和1919年魏玛宪法以纯粹公法的形式确立了国家赔偿责任,此后都保持着通过宪法、公务员法和国家赔偿法等纯粹公法来完善国家赔偿制度的一贯做法<sup>①</sup>。虽然法国和德国作为国家赔偿制度的先行国,在这个问题上形成了自己成熟的理论,积累了成功的经验,虽然确立国家的赔偿责任对于20世纪的民主国家而言是一项事关贯彻落实人民主权原则的立法活动,但对于德国严格实行公私法划分的做法,对于法国甚至将公私法的划分从立法领域贯彻到司法领域的做法,英、美两国并不在意。英美两国并未因为其建立国家赔偿制度的时间较晚,就抛弃自己的法治传统去追随法、德两国的做法。事实上,正如有学者指出的那样,英国1947年《王权诉讼法》“基本上是对普通法上侵权责任类型的确认与部分修正”,“并没有确定新的责任请求权或规范。”<sup>②</sup>而美国1946年《联邦侵权赔偿法》也“并没有创设一个责任基础,它只是从形式上放弃了对普通法上早已存在的一系列的侵权责任类型的国家免责。”<sup>③</sup>该法的有关规定表明,“政府依据该法承担赔偿责任的具体法律规则并不是来自《联邦侵权赔偿法》自身,而是行为发生地的侵权行为法,普通法是依侵权行为责任规则如注意义务的判断标准、因果关系、损害计算等决定着联邦对其职员职务侵权赔偿责任的承担。”<sup>④</sup>可见,如同在其他法制领域中只关注社会关系的调整方法和程序,而不注重其性质一样,英、美两国的职务侵权赔偿法制建设也主要是在寻求处理程序和解决方法方面进行努力。

从其起源和本质来看,公法与私法的划分是公私观念对立的现实在法制建设中的反映。古罗马把法律划分为公法与私法的分类法由大陆法系国家继承流传下来。到现代国家,其公法“维护国家的政体稳定,即维持统治的秩序”的功能逐渐演变为限制国家权力<sup>⑤</sup>。从现代国家公法更主要的功能在于限制权力这个意义上讲,公法与私法的划分对于贯彻主权在民和权力制约的宪法原则、对于有关规范公共权力的立法具有重要意义。而职务侵权赔偿制度的主要目的不在于限制国家权力,而在于救济被行使国家权力的行为所损害的私的权益。就这一目的来讲,虽然大陆法系国家区分公私法而英美法系国家不区分公私法,但其有关法制可以说是异曲同工,殊途同归。这启示我国在处理职务侵权赔偿问题时,应淡化公法与私法之区别。

### 三、基于权益救济的目的适用《民法通则》或《国家赔偿法》

在现实法律体系中,通过分别属于公法和私法的《国家赔偿法》与《民法通则》来调整职务侵权赔偿引起的法律关系,不仅给受害人在寻求维权依据和维权路径等方面带来复杂的判断和困难的选择,也给裁判机关处理职务侵权赔偿问题增加了法律适用选择上的难度。为此,既要尊重我国关于职务侵权行为调整的这一现实法制框架,根据不同的情形,对《民法通则》或《国家赔偿法》加以选择适用,又要从尽可能最大限度地救济公民权益的考虑出发,淡化《国家赔偿法》与《民法通则》之间的公私法区别。

《国家赔偿法》第一条关于“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,依据宪法,制定本法”的内容,开宗明义地明确表达了其作为公民权益救济法的宗旨。从该条行文意思的前后顺序来理解,“促进国家机关依法行使职权”应该是其间接目的,是公民取得国家赔偿权利之后产生的良好效应。同时,从《国家赔偿法》是围绕着公民在什么情形下、按照什么程序以及可以取得哪些范围和项目的赔偿而展开的具体内容来看,对公民权益的救济才是其直接目的。《国

①皮纯协、冯军:《国家赔偿法释义》,中国法制出版社2010年,第285~303页。

②黄芬:《职务侵权赔偿责任研究——从侵权法与〈国家赔偿法〉的关系切入》,法律出版社2009年,第34页。

③转引自黄芬:《职务侵权赔偿责任研究——从侵权法与〈国家赔偿法〉的关系切入》,法律出版社2009年,第36页。

④黄芬:《职务侵权赔偿责任研究——从侵权法与〈国家赔偿法〉的关系切入》,第35页。

⑤沈敏荣:《论公、私法的起源及其演进》,载《中州学刊》2000年第4期。

家赔偿法》虽然属于公法,但并不以限制权力为直接目的,相反,是以恢复被损害的私的权益为己任的。因此,在适用《国家赔偿法》来处理职务侵权赔偿问题时,要根据具体案情和证据情况,对有关规定作最能够实现救济公民权益的解释。对于公民权益确实遭受到国家权力行为损害却因法律规定所限而难以通过适用《国家赔偿法》来予以救济的情形,就可以适用《民法通则》的相关规定给予法律救济。

具体来说,对于行政权力行为、刑事司法行为以及人民法院在民事、行政诉讼中的司法行为引起的侵权,《国家赔偿法》明确规定必须是“有本法规定的侵权情形”,受害人才享有取得赔偿的权利,而本法规定的情形都要求具备行为的违法性要件;如果确实难以证明行政行为具有过错或违法性,或甚至行政行为本身不存在过错或违法,就不能适用《国家赔偿法》。笔者认为,这里只要查明受害人的损失是行政行为造成的,完全可以适用《民法通则》第一百二十一条的规定来救济受害人的权益。对于国家机关的立法行为,因《国家赔偿法》对于立法行为引起的侵权是没有加以规定的,而现实中也确实存在着立法行为导致的权益损失情形;从尽可能地救济权益的原则出发,这时也完全可以适用《民法通则》第一百二十一条的规定来实现权益救济。

执法与司法都属于法律适用活动,行政机关和司法机关享有在不同阶段上或不同程序中处理职务侵权赔偿纠纷的权限。赔偿义务机关和人民法院在行使其权限时都应当从尽可能地救济权益出发来适用相关法律,不应拘泥于职务行为是否构成违法或是否存在过错,不应因《国家赔偿法》没有规定而决定不予赔偿;同时,也不应以《民法通则》规定的是民事性质的赔偿责任、而职务行为及其侵权不属于私法性质为由不予适用。要认识到这两种法律及其规定的共同目的均在于救济受损害的权益,恢复公平正义。因此,应当淡化《国家赔偿法》与《民法通则》之间的公私法区别,在公法与私法之间进行以尽可能地救济公民权益为目的的合理游移,适当地选择法律加以适用。

把行为主体相同、行为属性相同、行为造成的后果相同的行为,分别用属于私法的《民法通则》和属于公法的《国家赔偿法》来加以调整,这种立法处理与我国法制逐渐发展、逐渐成熟的特点有着密切联系。如果能设置一个专门的法律部门,用一部基本法律对职务侵权行为进行统一和全面的规范,这种做法将更有利于救济公民权益。既然国家机关的权力来自作为根本法的宪法的赋予,并有组织法和行为法等宪法性法律加以专门规制,而权力的行使不可避免地会侵权、会导致损害,因此,同样应该有一个专门的部门法,对国家权力行使引起的侵权损害赔偿事务加以规定。各国民事法律中都有专门立法,对平等主体之间的损害赔偿关系进行专门调整,在我国这样一个重国轻民的传统深重、影响深远的国家,尤其需要对损害公民权益的行为进行专门立法规范,以高扬人权、切实保障人权。而对有关职务侵权赔偿进行专门规范,形成独立的部门法,更可以显示对于国家承担赔偿责任的高度重视,彰显现代国家人民主权的立国原理和现代国家服务人民、保障人权的宪政精神。从法理上讲,有关职务侵权赔偿的法制所调整的社会关系是国家机关行使权力行为引起的损害赔偿关系,这显然是一种独特的社会关系;按照合目的性原则和重点论原则等划分法律部门的原则<sup>①</sup>,使职务侵权赔偿法制成为专门的部门法,这将符合便于救济权益的目的、突出国家承担赔偿责任这一重点的原则要求。同时,也保障了相关法律适用的准确性。这是对职务侵权赔偿法制建设的一点愿望和期待。

■作者简介:刘一纯,华中师范大学政法学院副教授,武汉大学法学博士;湖北 武汉 430079。

■基金项目:2010年教育部规划基金课题(10yja820066)

■责任编辑:车 英

<sup>①</sup>沈宗灵:《法理学》,北京大学出版社2000年,第430~431页。