

我国《国家赔偿法》中的「违法」概念辨析

黄芸

指导教师：周刚志副教授

厦门大学

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：12020051300367

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

我国《国家赔偿法》中的“违法”概念辨析

——一种基于法律文本的规范分析

The study on Illegal's concept of State Compensation Law

——A Normal Analysis base on the legal text

黄 芸

指导教师姓名：周刚志 副教授

专业名称：宪法与行政法学

论文提交日期：2008 年 4 月

论文答辩时间：2008 年 月

学位授予日期：2008 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2008年4月

厦门大学博硕士学位论文摘要库

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

- 1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。
- 2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名： 日期： 年 月 日

导师签名： 日期： 年 月 日

内 容 摘 要

一般认为，我国《国家赔偿法》的归责原则是“违法”原则，但是对于何谓“违法”，却存在着不同的见解，这导致国家赔偿在适用范围上差异，也影响了违法归责原则价值功能的发挥。因此，科学地界定违法的内涵无疑具有极其重要的理论和实践价值。笔者试图以法律解释的路径出发，通过对现行法律文本中“违法”的相关规定的分析，进而厘清“违法”的概念，以“违法”概念为基础构建我国国家赔偿法的归责原则。

本文主要运用了法律解释的方法、比较分析法、历史分析法和价值分析等研究方法，其中解释学的方法是最为主要的、同时贯穿于全文的研究方法。

文章分为五个部分，第一部分分析了我国现行国家赔偿法的归责原则、“违法”概念的理论争议以及文章主要运用的研究方法。第二部分从现行法律文本中对“违法”的相关规定入手阐释“违法”的概念，主要探寻了宪法、民法通则、行政诉讼法等主要法律中对“违法”的阐述；第三部分对“违法”进行法理分析和功能定位，从历史维度和相关概念对比推演出“违法”的内涵；第四部分分析“违法”原则并不能等同于我国《国家赔偿法》的归责原则的原因，分别从主观方面、客观方面、客体等角度进行论述，并提出以“违法”概念为基础构建我国国家赔偿的多元归责体系。最后一部分对文章进行总结，主张在现代法治进程中应进一步发挥法律解释这一研究方法的作用，修补法律漏洞、澄清法律概念，以期为法律的正确适用提供坚实的基础，提高法律实施的可预见性，促进法律体系的完善。

关键词：违法 法律解释 归责原则

ABSTRACT

It's generally recognized in China that liability principle of state compensation Law is "illegal" principle. But there are different views about what is "illegal", which contributed to different practices of state compensation, and made it impossible to give full play to "liability principle" as well. Therefore, it's of vital importance to make a scientific and distinctive definition of "illegal". I attempt to illustrate the concept of "illegal" by analyzing the provisions of our law text related to "illegal" by the means of law interpretation, then try to build the liability principle of our state compensation law based on the my contemplation on the "illegal".

Methods of law interpretation, comparative analysis, historical analysis and value analysis are fully explored in this paper, among which law interpretation is of utmost study method.

With regard to structure, this paper is divided into five parts. The first part makes an analysis of liability principle in China, disputes on the concept of "illegal" and the major research methods used in the paper. The second part illustrates the concept of "illegal" by analyzing law provisions related to "illegal", mainly talking about those provisions in Constitution Law, Civil Law, Administrative procedure Law and other major laws in China. The third part dwells upon the juridical logic and functional location of the "illegal", then concludes the content of "illegal" from the historical dimensions and comparison between related concepts. The forth part justifies that the illegal principle is not be equated with the reasons of state Compensation Law involving the analysis of subjective, objective, component part, etc . Based on the concept of "illegal", the author strives to build our multiple liability system of our state compensation law. The last part concluded that the modern legal system should fully improve the role of the "law interpretation" method, minimize the legal loophole and clarify legal terms so as to lay a solid foundation for the law application, improve the legal system by making it more proactive of law application.

Key words: illegal; Legal interpretation; liability principle.

目 录

| | |
|------------------------------------|----|
| 前 言 | 1 |
| 第一章 《国家赔偿法》中的“违法”原则 | 2 |
| 第一节 研究现状 | 2 |
| 一、广义说与狭义说 | 3 |
| 二、结果违法与行为违法 | 4 |
| 三、“违法”的主客观标准 | 4 |
| 第二节 本文的研究方法 | 5 |
| 一、法律解释方法 | 5 |
| 二、研究路径 | 7 |
| 第三节 研究意义 | 8 |
| 一、《国家赔偿法》颁布前有关国家赔偿法归责原则之分歧 | 8 |
| 二、《国家赔偿法》颁布后对国家赔偿法归责原则的探讨 | 8 |
| 第二章 《国家赔偿法》文本中的“违法”概念与其他法律中相关概念的对接 | 11 |
| 一、《国家赔偿法》文本中的“违法” | 11 |
| 二、《国家赔偿法》与《行政诉讼法》的对接 | 12 |
| 三、《国家赔偿法》与《民法通则》的对接 | 12 |
| 四、《国家赔偿法》与《民事诉讼法》的对接 | 13 |
| 五、《国家赔偿法》与《刑事诉讼法》的对接 | 14 |
| 六、《国家赔偿法》与《宪法》的对接 | 15 |
| 七、小结 | 16 |
| 第三章 “违法”概念的法理内涵与功能定位 | 18 |
| 第一节 历史视角：“违法”概念的产生及其变迁 | 18 |
| 一、西方“违法”概念的发展 | 18 |
| 二、我国“违法”概念的发展 | 19 |

| | |
|---|----|
| 第二节 具体涵义：“违法”与其他概念之比较 | 21 |
| 一、“违法”与侵权 | 21 |
| 二、“违法”与过错 | 23 |
| 三、“违法”与合法 | 24 |
| 四、小结：“违法”的内涵 | 26 |
| 第四章 《国家赔偿法》文本中的“违法”能否作为 归责原则辨析 | 28 |
| 第一节 “违法”作为我国《国家赔偿法》的归责原则之思考 | 28 |
| 一、“违法”未能解释引起国家赔偿责任的所有行为 | 28 |
| 二、“违法”难以解释侵权行为之主观要件的存在 | 31 |
| 三、“违法”未能涵盖违法行政致害的客体 | 32 |
| 四、“违法”原则不具备“原则”的弹性要求 | 33 |
| 五、“违法”原则欠缺违法阻却事由 | 33 |
| 第二节 构建以“违法”概念为基础的国家赔偿制度的多元归责体系 | 34 |
| 一、过错原则的适用 | 35 |
| 二、无过错原则的适用 | 37 |
| 结 语 | 39 |
| 参考文献 | 40 |

CONTENTS

| | |
|---|----|
| Preface | 1 |
| Chapter1 General introduction of the illegal principle in State Compensation Law | 2 |
| Subchapter1 Research Status | 2 |
| Section 1 Broad sense and narrow sense | 3 |
| Section 2 Illegal according result and illegal according behavior | 4 |
| Section 3 Argument about the subjective standard and objective standard of illegal | 4 |
| Subchapter 2 Research methods | 5 |
| Section 1 Theory about law interpretation | 5 |
| Section 2 Path of study | 7 |
| Subchapter 3 Significance | 8 |
| Section 1 Divergence on liability principle before promulgation of the State Compensation Law | 8 |
| Section 2 Probe into liability principle after promulgation of the State Compensation Law | 8 |
| Chapter 2 The content of “illegal” in the State Compensation Law and other laws | 11 |
| Subchapter 1 “Illegal” in the compensation law text | 11 |
| Subchapter 2 The contact between the state compensation law and Administrative Procedure Law | 12 |
| Subchapter 3 The contact between the state compensation law and general principles of the civil law of the PRC | 12 |
| Subchapter 4 The contact between the state compensation law and Civil Procedure Law | 13 |
| Subchapter 5 The contact between the state compensation law and Criminal Procedure Law | 14 |
| Subchapter 6 The contact between the state compensation law and | |

| | |
|---|-----------|
| the Constitution law | 15 |
| Subchapter 7 Conclusion | 16 |
| Chapter 3 The illegal’s juridical logic and functional position | 18 |
| Subchapter 1 Historical dimensions: the emergence and changes of illegal’s concept | 18 |
| Section 1 History about the illegal in western country | 18 |
| Section 2 History about the concept of illegal in our country | 19 |
| Subchapter 2 Specific meaning: the concept of illegal in comparison with other relevant concept | 21 |
| Section 1 Illegal and tort | 21 |
| Section 2 Illegal and fault | 23 |
| Section 3 Illegal and legal | 24 |
| Section 4 The content of illegal | 26 |
| Chapter 4 Differentiate and analyze about the illegal liability Principle | 28 |
| Subchapter 1 Thought on the “illegal”, the liability principle of State Compensation Law | 28 |
| Section 1 Illegal have not conclude all behavior which lead to state compensation | 28 |
| Section 2 Illegal can not deny the existence of the fault | 31 |
| Section 3 Illegal can not contain the objective of administrative offence | 32 |
| Section 4 Illegal principle is lack in the elasticity of principle | 33 |
| Section 5 Illegal principle is short of illegal hinder matter | 33 |
| Subchapter 2 Build our multiple liability system of our state compensation law based on the concept of “illegal” | 34 |
| Section 1 Fault principle | 35 |
| Section 2 No-fault principle | 37 |
| Conclusion | 39 |
| Bibliography | 40 |

前 言

《国家赔偿法》自 1994 年出台以来，要求对其进行修改完善的呼声十分强烈，全国人大也将《国家赔偿法》的修订列入了立法规划，《国家赔偿法》的修改指日可待。但是对于《国家赔偿法》应怎么样修订，如何修订，学者们意见不一，特别是对国家赔偿的归责原则的选择上分歧更为激烈。在拜读了大部分学者对国家赔偿法应确立的归责原则的论文和著作后，笔者觉得受益非浅，但是在研究的进路上，笔者却有一些不同见解。目前，我国的法学研究较多采用比较分析的研究方法，在国家赔偿法制定之初，主要是通过分析国外的归责原则的理论和取向进而建立起对我国归责原则取向的建议。诚然，法律移植在最初制定法律时是十分必要的，成熟的外国理论和经验能为我们提供更为完善的法律构架，同时，比较法研究能帮助认识不同的规范模式，对于法律规定的解释适用和发展具有重大意义。但是，在《国家赔偿法》已经实施十余年后，单纯的移植和比较就无法解决我国法律实践中出现的各种问题。我国大部分学者认为我国国家赔偿的归责原则是“违法”原则，但是对于何谓“违法”，却存在着不同的见解，这导致国家赔偿在适用范围方面的差异，也影响了违法归责原则价值功能的发挥。因此，科学地界定违法的内涵无疑具有极其重要的理论和实践价值。沈宗灵先生曾指出：无论立法者多么高明，规章条文也不能网罗一切行为准则，不能覆盖一切具体案件。因此，在某种意义上可以认为：法律本身的天然局限性就是法律解释学的根源。反过来说，法律只有通过解释来发现、补充和修正，才会获得运用裕如、融通无碍的弹性。^①因此，笔者认为，对我国《国家赔偿法》的归责原则的建构，需要使用法解释学的方法，在对“违法”概念的分析的基础之上建构我国国家赔偿归责原则。

^① 沈宗灵.论法律解释[J].中国法学,1993,(5):58.

第一章 《国家赔偿法》的“违法”原则

我国《国家赔偿法》第二条规定：“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。”这一条款的内容在学界被认为阐释了我国《国家赔偿法》的归责原则即“违法归责原则”。

第一节 研究现状

归责是侵权法上的一个重要概念，一般认为它是一个复杂的责任判断过程，奥地利著名纯粹法学派法学家凯尔森主张，“归责的概念指的是不法行为与制裁之间的特种关系。”^①德国学者拉伦茨认为，归责是指“负担行为之结果，对受害人言，即填补其所受之损害。”^②台湾学者邱聪智发展了拉伦茨的观点，认为归责指归究法律责任之根源而言。详言之亦即损害“填补”之方式，使被害人之权益，因填补而获得相当保护之意。在法律规范原理上，使遭受损害之权益，与促使损害发生之原因者结合，将损害因而转嫁由原因者承担之法律价值判断要素，即为“归责”意义之核心。^③我国学者一般认为“归责是指行为人因其行为和物件致他人损害的事实发生以后应依何种根据使其负责，此种根据体现了法律的价值判断”，^④由此，归责原则是为了使损害后果（责任）能够归属于一定主体、使其对此承担责任的根据。虽然在制定《国家赔偿法》之初对国家赔偿法的归责原则有数种观点，但最终采用了“违法原则”，权威的观点认为这一原则与其他归责原则如过错原则、无过错原则、过错违法原则等相比更具有优势。

虽然对于什么是“违法”，各部门法存在着极大的争议，但学界仍主张“违法”原则为我国《国家赔偿法》的归责原则，其原因在于学者们认为“违法原则是客观归责原则，避免了过错原则在主观认定方面的困难，便于受害人取得国家赔

① 凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵译,北京:中国大百科全书出版社,1996.104.

② 王泽鉴.民法学说与判例研究(第五册)[M].台北:三民书局,1990.272.

③ 邱聪智.从侵权行为归责原理之变动论危险责任之构成[M].北京:人民出版社,2006.31.

④ 王利明.侵权行为法归责原则研究[M].北京:中国政法大学出版社,2003.15-16.

偿”。此外，罗豪才教授还认为，首先，违法原则与宪法的规定相一致，同时也与行政诉讼法的规定相协调；其次，该原则简单明了，易于接受，可操作性强；再次，避免了过错违法原则的双重标准。^①应松年教授则认为，违法原则较之过错原则等其他原则而言，具有四个优点：首先，违法原则与法治原则、依法行政原则及宪法规定相一致，与行政诉讼法也很协调；其次，违法原则简单明了，易于接受，可操作性强；再次，它避免了过错原则中的主观方面的认定困难；第四，它有利于保护公民、法人和其他组织的合法权益，有利于受害人行使国家赔偿请求权，原告无需证明侵权人主观上是否有过错，只要证明国家机关及其工作人员的行为客观上违反了法律法规，及因此而遭受的损害，就可能胜诉。^②

在什么是“违法”以及“违法”原则的适用范围等问题上，各部门法皆有诸多争议。有学者认为，违法，不仅包括实体上的违法，而且包括程序上的违法；不仅包括形式上的违法，而且包括实质上的违法；不仅包括作为违法，还包括不作为违法。另有学者认为，违法应指文义上的违法，除上述情形外，还包括具体行政行为不当。^③另外，有学者从具体分析出发，认为违法包含以下内容：违反明确的法律规范干涉他人权益；违反诚信原则、尊重人权原则及公序良俗原则干涉他人权益；滥用或超越行使自由裁量权，提供错误信息、指导及许可批准，造成他人权益损害；没有履行对特定人的法律义务或尽到合理注意。^④此外，还有学者认为，违法行为应与合法性审查相联系，不包括合理性审查。总的来说，对于“违法”涵义存在着以下几种理论争议：

一、广义说和狭义说^⑤

对违法概念的分歧有狭义说和广义说两种学说。持狭义说的学者认为行政违法是指行政主体（行政机关及其公务员）违反行政法律规范的行为。^⑥这种观点将违法的主体限定于行政主体，且客体仅为违反行政法律规范。持广义说的学者认为违法是指违反明确的法律规范干涉他人权益；违反诚实信用原则、尊重人权及公序良俗原则干涉他人权益；滥用或超越行使自由裁量权，提供错误信息、指

① 罗豪才,应松年.国家赔偿法研究[M].北京:中国政法大学出版社,1991.9.

② 应松年.国家赔偿法研究[M].北京:法律出版社,1995.83-84.

③ 许崇德,皮纯协.新中国行政法学研究综述[M].北京:法律出版社,1991.548-549.

④ 同本页注①,第84页。

⑤ 也有学者主张这是关于违法性本质的争论,即实质违法与形式违法之争。

⑥ 罗豪才.行政法学[M].北京:中国政法大学出版社,1989.258.

导及许可批准,造成他人损害;没有履行对特定人的法律义务或尽到合理注意^①。此处的“法”包括法律、法规、规章和与法律、法规、规章一致的其他规范性文件,也包括法定义务和合理注意。同时,持广义说的学者还认为“非法(行为)”、“暴力行为”也是指“违法行为”,尽管没有出现“违法”的限制字眼,仍然是违法行为。^②

二、结果违法与行为违法

结果违法与行为违法是近来关于违法的实质的又一激烈争论。传统的违法性理论采结果违法说,即认为凡侵害他人权益产生损害结果就是违法,除非在例外情形下因某种事由阻却其违法性。结果违法说将侵权行为法的首要目的理解为损害之填补,所以违法性是对法益的侵害,现实产生损害后果便具有重要意义。这种损害“结果”便是法律对侵害行为予以否定性评价的依据。从法律角度而言,加害行为之所以被非难而具违法性,乃是因为其肇致对权利侵害的“结果”。行为违法说主张不能仅仅因一项行为造成了他人法益受侵害的消极后果而直接推定该行为具有违法性,判断违法性要件满足与否时,还必须积极考察该行为是否违反了社会生活上的一般注意义务。如果行为并不违反此等义务,那么即便它造成了法益侵害仍属于合法行为。若该行为属于法律禁止的故意侵害他人法益的行为,除非存在违法阻却事由,该行为即属违法行为。^③就学理而言,结果违法说与行为违法说这两种观点的区别在于,二者对于违法性判断的根据有着不同认识,它们体现了不同的侵权行为体系与思考方法。在结果违法说中,由于不法性与过错被分离,原则上以加害行为产生的损害结果为判断依据,凡有权益损害之结果便征引违法性,不考虑行为是否有过错的问题;而在行为违法说中,则以加害行为本身为判断根据,并检视其是否违反应负的注意义务而认定违法性,违法性判断以过错的认定为前提。结果违法说以违法性、过错为侵权责任独立要件,行为违法说则将违法性与过错合在一起加以判断。

三、“违法”的主客观标准

史尚宽先生说过:关于违法的概念,因为主观的或客观的观察而有不同,前者着眼于行为人的行为,以法规违反之行为为违法,后者着眼于行为效力,以发生

^① 应松年.当代中国行政法[M].北京:中国方正出版社,2005.1856.

^② 同上,第1846页。

^③ 王泽鉴.侵权行为法[M].台北:三民书局,1999.261.

权利或法益侵害结果之行为为违法。^①据此,关于违法涵义的解释可形成“主观违法说”和“客观违法说”。“主观违法说”立足于行为人的行为本身,以行为人主观上是否具有应受非难性,是否违反注意义务为标准认定行为人是否违法。而“客观违法说”以行为的外形为着眼点,无论其内心状态如何,只要法律上对该行为给予否定性评价,则认定为违法。

第二节 本文的研究方法

一、法律解释的方法

自狄尔泰将施莱尔马赫的解释学用来解释世界,使解释学上升为人文科学的普遍方法论以来,法律解释也开始随着法律的不断世俗化、理性化、特别是法典化,逐渐地与传统的人文与神学解释传统相分离,从而日渐成为一门独立和专门化的学科。法律解释受到法学界的重视并被认为是基础的研究方法,在我国法学发展之初,解释学的方法在法学研究中大肆运用,以至于很多学者批评这种过分强调解释的概念法学的研究进路。然而正如陈金钊教授指出的,中国近现代法学是一个不断西化的过程,概念法学在中国的发展仍然得经历一个阶段。我们不可能跨越概念法学的昌盛而直接进入后现代法学。^②因此,在我国法律尚未健全的时期,法律解释仍是我们法学研究中必备的进路。一般而言,法律解释包含两层的含义:对法律的解释或者具有法律约束力的解释,本文所指的法律解释主要指的是前者,即对法律的解释。

黄茂荣先生将法律解释中需考虑的因素按其在解释上的主要功能分为范围性因素、内容性因素和控制性因素。^③范围性因素包括我们通常所指的文义解释和历史解释,也就是说,一方面法律解释应在法律文本范围内进行;另一方面,解释必须以历史上的立法者的意思范围为依据。内容性因素由系统解释和目的解释构成,其主要作用是在范围性因素所界定的范围内,进一步界定具体法律规定的内容。控制性因素即指合宪性解释。

^① 史尚宽.债法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.105.

^② 陈金钊.再论法律解释学[J].法学论坛,2004,(2):23-33.

^③ 学界亦有将法律解释分为文义解释、历史解释、体系解释、目的解释和合宪性解释,在此采用黄茂荣先生的划分方法,以解释的功能进行区分,并在此种逻辑基础上对文章进行分析。

具体而言，文义解释是指运用语法规则根据法律主要是法律文本所载明的意义来确定法律规定中有争议语词及事实的法律意义的解释方法。文字是法律条文的最基本构成，在进行法律解释时，文义解释优先于其他解释方法，只有在具有排除文义解释的理由时，才可能放弃文义解释。

历史解释是指通过研究立法时的历史背景资料、立法机关审议情况、草案说明报告及档案资料，来说明立法当时立法者准备赋予法律的内容和含义。法律解释需要结合法律制定时的历史背景，深入了解立法意图，探求某一法律概念是如何产生，如何被接受到法条中，某一个条文是如何被接受到法体系中，从而把握立法原意。

系统解释是指将需要解释的法律条文与其他法律条文联系起来，从该法律条文与其他法律条文的关系、该法律条文在所属法律文件中的地位、有关法律规范与法律制度的联系等方面入手，系统全面地分析该法律条文的含义和内容，以免孤立地、片面地理解该法律条文的含义。通常是在采用文义解释得到两种不同的解释结果时，才采用系统解释方法，根据法律内部的逻辑关系来判定哪一种解释结果更正确、更合理。

“目的是所有法律的创造者”，自耶林提出这一观点后，目的解释方法曾在法官处理具体案件时大肆运用，对概念法学造成了极大的打击。简言之，目的解释是指从法律的目的出发对法律所做的说明，任何法律的制定都具有一定的立法目的，根据立法意图，解答法律疑问，是法律解释的应有之意。但只有在文义解释无法得出合理的内涵时，才得考虑适用目的解释。

合宪性解释是指以较高或宪法规范的原则，解释较低的法律的方法。法律解释应取向于价值，合宪性解释即是指解释必须取向于“宪法”，也就是说，法律与“宪法”抵触者无效。合宪性解释的功能在于确保法律解释的结果，不超越“宪法”所包含的基本价值决定的范围之外。

总的来说，以上几大解释方法在适用时一般遵循以下顺序：文义解释是优先适用的方法，首先确定法律解释活动的范围。当文义解释未能达到解释的效果时，再适用其他的解释方法确定具体的涵义，通过历史解释的方法对解释内容的范围

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库