

# 论公安警务侵权的民法援救

马建文

(武汉大学,湖北武汉 430072)

**摘要:**在英美法系的国家,国家赔偿责任本身就是民事赔偿责任的一种。在大陆法系国家,虽然行政法与民法不同,是单独成体系的法律制度,但国家赔偿责任仍然是按照民事赔偿责任进行的。目前侵害公民利益的大多数行为是非警务活动以警务活动的表征出现,损害了相对人的合法权益,但绝少能得到公正的处理。因此,界定警务行为与非警务行为便成了适用国家赔偿和一般民事赔偿的分水岭,要严格警务行为的标准,相对合理地确定警务行为的边际,对确属警务行为者依国家赔偿法的法则解决,非警务行为者依民法的法则解决。

**关键词:**公安;侵权;援救

**中图分类号:**DF5;DF34

**文献标识码:**A

**文章编号:**1002-3240(2008)01-0076-04

## 一、现行警察行政赔偿制度的缺憾

在《国家赔偿法》之前,依《民法通则》第121条职务侵权赔偿责任之规定,人们受到精神损害时,可以得到赔偿。自从《国家赔偿法》施行后,在国家赔偿领域适用民事赔偿责任就被完全排斥,只能适用国家赔偿责任。其法律后果对受害人而言,受到的损失在民事赔偿责任中可以得到一定的弥补,而在国家赔偿责任中则无弥补可论。比对我国《国家赔偿法》和《民法通则》的规定而言,国家机关职务侵权行为的特殊性实则为民事赔偿责任没有包括的那部分侵权行为。主要是羁押、判刑和其他强制措施对人身自由进行限制和剥夺的侵权行为。其他对于身体、生命、财产的伤害、侵害和损害等侵权行为,与民事侵权行为并无不同。国家赔偿责任作为民事赔偿责任的特殊责任,应该是侵权行为范围的特殊性引起,是由于有些职务侵权行为在民事侵权行为中没有、民事法不包括,所以才有特殊的国家赔偿侵权行为和国家赔偿责任。<sup>[1]</sup>目前,《国家赔偿法》的规定不利于受害人的权益救济和保护。无论是国家赔偿还是民事赔偿,其实质仍然是对损害、损失的弥补。如果国家赔偿偏离了这个本质,就必须加以校正,使其回归本源。否则会极大地挫伤民众的法律情感。“法感情是整个大树的根,当这根不发挥任何作用时,它将在岩土和不毛的沙地上枯死,其它一切都将归于泡影”。<sup>[2]</sup>当人们感到民法不是“人

民自由的圣经”,而是权力者手中的魔杖时,人们就会不再“为权利而斗争”,而是尽力规避法律,寻求法外空间的世外桃源。<sup>[2]</sup>

《德国民法典》第839条规定,国家赔偿责任按照德国民法典的规定处理。《奥地利国家赔偿法》第1条明确规定官署之机关执行法令故意或过失违法侵害他人之财产或人格权时,依民事之规定由官署负损害赔偿责任。《日本国家赔偿法》第4条、《韩国国家赔偿法》第8条等都明确规定,国家赔偿责任除了适用国家赔偿法以外,还适用民法的规定。<sup>[1]</sup>从这些国家的制度、规定看,国家赔偿责任与民事赔偿责任并用或适用的制度,是各国通制。<sup>[1]</sup>在一些国家和地区的法律中,有规定适用国家赔偿法之外,对于国家赔偿法没有规定的部分,可以适用民事法的规定。如《日本国家赔偿法》第4条民法之适用规定:“国家或公共团体之损害赔偿赔偿责任,除前三条之规定外,依民法之规定。”第5条第(1)项还规定:“遗属一次性抚恤金或遗属年金等,不得再依本法及民法之规定请求损害赔偿。”《韩国国家赔偿法》第8条与其他法律之关系规定:“就国家或地方自治团体之损害赔偿赔偿责任,除依本法之规定外,依民法之规定,但民法以外之法律,另有规定者,依其规定。”通过以上列举可以看出,国家赔偿法只是规定特殊的部分,其他大部分内容与民事赔偿责任相同,适用或准用民事法的规定,无需再作特别的规定和要求。各国没有完全与民事赔偿法不同的国

收稿日期:2007-12-28

作者简介:马建文(1960-),河北井陉人,武汉大学2003级民商法博士研究生,广东警官学院教授、法学博士,主要研究方向为民商法学、公安学等。

家赔偿责任法。<sup>[1]</sup>在英美法系的国家,国家赔偿责任本身就是民事赔偿责任的一种。在大陆法系国家,虽然行政法与民法不同,是单独成体系的法律制度,但国家赔偿责任仍然是按照民事赔偿责任进行的。

“一个概念的技术含量越高,它就越远离日常生活而成为高度专门化的法律概念”。<sup>[2]</sup>民法应该具有高度的实践性,成为市民社会日常生活的一种行为预期。为了确保法律之为民族信念与民族意识的真实映象,成为适合民族生活状况,造福人世生活的人间规则,必须首先考察民族的现实生活,并在对于往日民族生活的历史考察中,今古观照,厘清一切立法之得立基的生命源泉所在。<sup>[3]</sup>

2006年7月27日,刚从广州回到河南信阳的打工者张元贵在看电视时,被五六名冲进房间的警察铐上带走。在派出所里,张元贵知道了事情的来龙去脉:2006年1月,海珠区官洲仓头泰东渔具厂发生窃案,经调查后发现,身份资料登记为“张元贵”的该厂员工有重大作案嫌疑,海珠区公安局遂远赴河南抓人。但后来,证人对张元贵进行辨认后发现,此“张元贵”非彼“张元贵”,是他人冒用了张元贵的身份材料进行了入厂登记。2006年8月9日,被错误拘留了13天的张元贵在广州获释。此后,张元贵向海珠区公安分局申请国家赔偿。2007年1月17日,海珠区公安分局作出刑事赔偿决定,按照“2005年职工日平均工资标准”赔偿张元贵952.9元。张元贵不服,向广州市中院赔偿委员会提出申请,要求海珠区分局赔偿其交通费、住宿费、精神损失费等共计4.5万元。由于《国家赔偿法》没有明文规定交通费、住宿费是否属于国家赔偿范围,在以往的案件中,该费用都最终没有被纳入国家赔偿。广州市中院赔偿委员会审理此案后认为,虽然《国家赔偿法》没有明文规定,但该法第二十八条第七项规定,“对财产权造成其他损害的,按照直接损失给予赔偿”,广州市中院最终认为,该案中产生的交通费、住宿费属于“对财产权造成的其他损害”范畴。市中院遂作出判决:公安机关赔偿张元贵人身权益损失费1087.58元(按照“2006年职工日平均工资标准”计算)以及交通费、住宿费415元。另外,张元贵关于精神损失费、误工费、生活费等其他财产权赔偿的请求因无法律依据,予以驳回。无端被错关13天,只判赔千儿元!作个换算,等于说丧失一天的自由,只换了80儿元,也就够买三几斤肉补身。至于心灵上的损害,一分钱也不赔,这充分显示国家赔偿的霸气。由于精神损害赔偿的缺失,几年前轰动一时的“处女卖淫案”受害者麻旦旦最后得到的赔偿金不过74.66元。麻旦旦身心俱疲,这点钱还不够她买套《心灵鸡汤》以寻求慰藉……因为没有精神赔偿,导致了个别执法部门合法的“错拘、错捕”现象。无罪的人遭受不白之冤,在提起国家赔偿请求时,拘人者往往能举出证据证明其有“犯罪嫌疑”,法院对此也没办法。此案典型折射出目

前国家赔偿制度的弊端及其寻求解决路径之急迫。解决这个问题的根本办法,就是把国家赔偿责任中真正特殊的部分与一般赔偿责任部分区分开来。国家赔偿责任中不能包含的部分范围,才是国家赔偿责任应当具有的特殊责任。国家赔偿责任已经包括的赔偿范围、赔偿项目、赔偿标准、赔偿归责原则等,都应当纳入国家赔偿责任范畴,适用民事法律规定解决国家赔偿责任。<sup>[4]</sup>

## 二、民法之力对现行警察行政赔偿的援救

### (一)目前警察行政赔偿所暴露的问题

有学者认为目前警察行政赔偿实践暴露的问题是:第一,包括警察行政赔偿在内的行政赔偿范围太窄,应当逐步突破。首先,赔偿原则确定为“违法”面太窄,应当在确定违法的同时,还应当有“明显不当”。其次,现在行政赔偿范围仅限于人身权和财产权。现在行政诉讼、行政复议中人身权和财产权的范围正在逐步突破,因此仅仅将赔偿范围锁定在人身权和财产权过于狭窄。第二,对所有抽象行政行为均不予赔偿的规定实际上限制了国家行政赔偿的范围。对于大量的类似公告这样的抽象行政行为造成的损害没有规定赔偿责任。由于我国法院没有对规范性文件的法定审查权,因此对于损害多数人利益的规范性文件没有了行政赔偿的救济途径。第三,赔偿标准过低,没有精神损害赔偿。我国国家赔偿法在确立赔偿标准时没有象一些国家那样采用惩罚性赔偿,也没有采纳民事赔偿的弥补性标准,而是考虑国家财政的情况确立了抚慰性赔偿,导致赔偿标准太低。对于行政执法机关故意或者重大过失造成当事人损害的可以考虑惩罚性的赔偿标准。我国《国家赔偿法》对精神损害赔偿规定了三种形式,即赔礼道歉、恢复名誉、消除影响,但没有任何保证条款,实践中难以操作,再加上没有精神损害的金钱赔偿,基本上与不赔偿没有什么区别。所以在国家机关侵犯公民人身自由和健康权的情况下,确立一定的精神损害赔偿。另外,国家赔偿采用直接损失的标准的规定也过笼统,所以对直接损失的理解往往过于机械。<sup>[5]</sup>

例:甄某是某监狱服刑犯,在2005年3月,像往常一样,按惯例早上6:00开始参加劳动改造,因其本人工作疏忽未在机器房立警示标志,便进入机器中维修,结果被不知情的其他服刑犯推上电闸而绞死。事后,家属要求按《工伤保险条例》或最高人民法院《关于审理人身损害赔偿》的司法解释予以十余万赔偿,监狱方则依据司法部颁发的《罪犯工伤补偿办法(试行)》在最大同情之下补偿4万元。因差距太大,不能达成一致,家属申诉到劳动仲裁机构被驳回,诉至法

<sup>[1]</sup>《羊城晚报》2007年7月30日第6版。

院不予立案,至今此案悬而未决。本案反映了目前我国相关法律的缺憾。监所既是刑罚执行单位又是生产单位。《监狱法》第73条规定:罪犯在劳动中致伤、致残或者死亡的,由监狱参照国家保险的有关规定处理。在押服刑人员的工伤补偿不适用《劳动法》及有关法规,根据《监狱法》和司法部下发的《罪犯工伤补偿办法》第十三条第一款的有关规定,在对其工伤医疗终结后,按照确定的伤残等级给予了一次性伤残补助金;司法部《罪犯工伤补偿办法(试行)》第五条规定:“省(区、市)监狱管理局负责本地区罪犯工伤补偿工作,负责办理罪犯工伤补偿业务”。对罪犯工伤补偿有争议的,难以找到司法救济的法律依据。

法律乃实现正义的工具。正义、公正、公道、公平这些词虽不同,但所表达的意思基本相同,都是人类所追求的一种理想状态,但这种理想状态到底指什么,不同的学派有不同的回答。“正义具有一张普洛透斯似的脸,变幻无穷,随时可呈不同形状,并具有极不相同的面貌。”<sup>[6]</sup>博登海默这段话说明:没有永恒的正义,正义是随着时代的变化而变化的。并且不同的人所追求的正义也很不相同。统治阶级最初设立警察的目的,与建立军队、监狱的目的一样,都是为了镇压反抗,维护统治秩序。当前的社会转型中,一个突出的现象就是违法犯罪现象严重,社会秩序混乱。在这样严峻的、暂时的社会治安形势之下,一些领导自觉或不自觉地将警察视作纯粹的“枪杆子”、“刀把子”、“专政工具”;认为警察执法宗旨就在于镇压犯罪,稳定和维护秩序。至于保障人权则可忽略不计。有的地方党政领导指示和安排了大量的非警务活动,以警务活动的表征出现,损害了相对人的合法权益,但绝少能得到公正的处理。有的地方公安机关也曾尝试不听从当地党委、政府的要求,拒绝从事非警务工作或者违法执行职务,结果往往导致工作陷入困境,具体表现为公安机关向党委、政府“汇报工作冷眼看你,请示工作冷语待你,请求支持不再理你,出了问题责任在你。”相反,那些违背法律出警从事非警务工作,出了麻烦以后还敢于承担责任的公安机关干警,则往往会受到党政领导的充分肯定甚至提拔。<sup>[7]</sup>进行正反两方面的比较后,公安机关往往只有选择服从党委、政府的指示,违反法律规定从事非警务工作以及其他活动。据报道,某基层派出所2001年从事非警务活动达96人次,占全年出警总数的20%。而且,从事非警务活动时,面对的矛盾往往比较复杂,容易将矛盾转移到自己身上,对警察形象的损害也较为严重,以致警察在正常出警时,得不到群众的支持、理解,甚至出现殴打、谩骂警察和暴力抗法等严重事件。<sup>[8]</sup>

## (二) 关于警务的边际与侵权解决之策

关于执行职务行为的范围确定,法学界有三种观点:第一,以行为人所隶属法人的意思为标准,即法人指

派、要求或者命令行为人从事的行为系履行职务行为;第二,以行为人的意思为标准,即执行职务行为原则上以法人指派、要求或者命令为原则确认,但行为人为法人利益从事的行为也以履行职务行为对待;第三,以执行职务行为的外部表现为标准,即执行职务行为原则上以法人指派、要求或者命令为原则确认,但行为外表系执行职务时应当认定为执行职务行为。以上三说虽然各有道理,但都不足以解决司法实践中出现的法人侵权问题。解决警务侵权的锁眼在于严格界定警务行为的边际,警务行为的水分岭一旦确定,其它问题的解决就会找到突破口。

### 1. 警务的特征

在我国,警察勤务是警察行为的一种重要的活动形态。警察的各项职能主要是靠警察勤务的实际活动来实现的。警察勤务是警察机关及人员为达成警察的目的任务,在岗位上的警戒状态和履行职责、行使职权的执行过程。它是警察人员运用国家法律赋予的职权依法调整社会关系的一个实现过程,是警察工作和警察行为的具体体现。警察勤务包括了警察进行刑事侦察、治安管理、预审、看守、保卫、边防、消防以及武装警察等方面的执法行为。

警权的国家性是警权最为重要的特征。首先,警权是国家权力的一个重要内容,而且是直接体现国家强制的一项重要权力。其次,警权是国家权力的重要组成部分,直接体现国家意志。警权的强制性,集中表现为拒绝或违抗警察权的实施,将要承担法律上的后果。警权的强制性是一种直接强制,不需要借助其他国家机关的力量,而由警察机关直接施加于相对人身上的一种特殊的强制。警权具有法定性。警权的法定性主要体现在:国家通过立法确定警权的权力范围;明确行使警权的主体,规范警权的运用;监督警权的实施;保障警权的实现等方面。在一个法治国家,警权不能存在任何的随意性和任意性。警权的范围、内容以及警权的实施、监督、保障,必须由国家的法律加以规定。其理论基础是国家权力的分工制衡学说,目的在于防止出现警察专制和警察专权。警察机关在行使职权的同时,必须承担义务。人民警察在履行职责、行使职权的过程中,必须始终处于一种负责任的状态,即对其行为产生的后果承担法律上的责任。<sup>[9]</sup>

警务行为与其他法律行为相比较,主要有下列特征:第一是警务行为的多样性。这个特征表现在两个方面:一是警察法律行为种类的多样性。既有行政执法行为,又有刑事司法行为。在行政执法行为中,既有程序性行为,又有制裁性的强制措施;在刑事司法行为中,既有侦查犯罪的行为,又有执行刑罚的行为。第二是警察法律行为适用范围的多样性。这种适用范围的多样性,几乎涉及到社会生活的各个方面。第三是警务行为的时效性。这个特征反映了警察法律行为在

时间速度和效率、效果上的统一要求。从火险隐患的限期整改到灭火救援、从危险物品管理中不安全因素的消除到治安灾害事故的救援查处、从侦查犯罪到案件侦破、从社会秩序的维护到突发治安事件的紧急处置,都要求在极短的时间内通过相应的警察法律行为,得到有效的控制或者保持安全有序状态,使治安灾害事故、违法犯罪活动和可能造成的人身伤亡或者财产损失减少到最低限度等。<sup>[9]</sup>

## 2. 警务行为的构成要素

警务行为是指公安机关及其人民警察为维护国家和社会治安秩序,保护国家利益和公民的合法权益,依法运用警察权力和手段,履行治安管理和惩治犯罪职责,并产生法律效力的行为。警务行为必须由以下要素构成: 目的要素。即警察法律行为必须是出于维护国家和社会治安秩序、保护国家利益和公民合法权益的目的。 权力要素。即国家法律赋予公安机关履行职责、实施警察法律行为方式、手段的警察权力。行为方式分书面、口头、普通、特殊等;手段包括命令、许可、禁止、取缔、检查、处罚、侦查、强制措施等。方式、手段是警权的体现和具体化;警权是履行警察职责的条件。 职责要素。即法定公安机关及其人民警察履行治安管理和惩治犯罪职责,实现警察法律行为所要达到的目的。 法律要素。即公安机关及其人民警察行使权力、履行职责、达到目的的警察行为,是由国家法律设定并受法律规范。<sup>[9]</sup>

## 3. 警务行为对象

警察法律行为对象是指公安机关及其人民警察依法实施的警察法律行为相对的人和具体指向的物、场所。

(1) 警务行为的相对人。依法律规定为警务行为相对的人,不仅是自然人,还包括法人和其他组织,具体说来,有下列4种情况: 第一,义务性相对人。又称警察法律行为一般相对人。是指依法享有自由与安全权利,但又必须服从治安行政管理、承担维护社会秩序与公共安全义务的公民、法人、其他组织。 第二,无责任能力的相对人。指实施了违反治安行政管理行为而又没有责任能力的人。根据我国有关法律的规定,无责任能力的警察法律行为相对人有两种: 一是精神病患者; 二是离家出走的呆傻人员。 警察机关对无责任能力的相对人实施的警察法律行为,通常是强制监护或者强制治疗,属于预防和保护的性质。 第三,违法性相对人。指违反了治安行政管理法律规定,对社会

或者他人权益造成危害而尚不够刑事处罚但应受到警察法律制裁的公民、法人、其他组织。 第四,犯罪性相对人。指触犯了刑律,正在侦查、追诉或者依法免于刑罚和正在服刑改造的人。 具体说来,犯罪性的警察法律行为相对人,大致有下列4种对象: 一是实施了犯罪行为而受到警察机关立案侦查或者被拘留、逮捕、监视居住、取保候审等刑事强制措施、接受审查的犯罪嫌疑人; 二是实施了犯罪、负案在逃,被警察机关通缉、追捕的人; 三是实施了或者参与了犯罪,按刑法规定不予刑事处罚或者免除刑事处罚而被警察机关依法收容教养的犯罪少年、劳动教养人员; 四是经过司法审判被判刑收入监狱服刑或者放在社会上监督改造的罪犯。<sup>[9]</sup>

(2) 警务行为的对象物。成为警务行为对象的物品,有三个因素: 一是与社会治安秩序和公共安全有直接关系; 二是与违法犯罪活动有直接关系; 三是有法律规定。作为警察法律行为对象的物品,主要有下列4种: 第一,违禁物品。这是指危害公民身体健康,败坏社会风气,诱发犯罪,扰乱社会治安秩序和公共安全,为国家法律禁止的物品。 第二,管制物品。是指物品本身具有杀伤、燃烧、爆炸、剧毒、放射等危险属性又是国民经济、社会生活需要的“两重性”,而为国家法律规定控制的物品。 第三,与违法犯罪相关物品。是指违法人员或者犯罪嫌疑人进行违法犯罪活动使用的工具(含交通工具和制造假币、淫秽物品的机器设备)、资本与造假产品以及违法犯罪活动非法所得财物。 第四,不明所有者物品。这类物品,大致可分两种情况: 一是公民的遗失物,由其他无关人员拣拾后移交公安机关处理的; 二是公安机关在办理治安案件、刑事案件时从违法人员、犯罪嫌疑人手中收缴来、尚未查明所有者的物品。<sup>[9]</sup>

界定警务侵权的边际可以依照如下原则: 造成损害的行为是否发生在警察执法过程中; 造成损害的行为是否发生在警察执行职务的工作场所; 造成损害的行为是否以完成警务为目的; 造成损害的行为是否为完成人民警察的任务而作出; 造成损害的行为是否为警察所属警察机关明示或知晓; 警察机关是否有权对警察所造成损害的行为进行监督和制止。 只有在对以上诸要素进行综合分析的基础上,才能相对合理地确定警务行为的边际,对确属警务行为者依国家赔偿法的法则解决,非警务行为者依民法的法则解决。

## 参考文献:

- [1] 杨小君. 国家赔偿法律问题研究 [M]. 北京大学出版社 2005.327- 342.
- [2] 刘旺洪. 依法治国与公民法律观念[J]. 法学家, 1998, (5): 10.
- [3] 张文显. 法理学[M]. 高等教育出版社, 1999.76.
- [4] 许章润. 民族的自然精神言说[J]. 读书, 2001, (12): 139.
- [5] 高文英. 警察行政法探究[M]. 群众出版社 2004.447- 449.
- [6] (美) E. 博登海默. 法理学——法哲学及其方法[M]. 华夏

- 出版社, 1987.240.
- [7] 朱普炉. 非警务活动之无奈[A]. 孙晓. 焦点话题[C]. 中国人民公安大学出版社, 2003.125.
- [8] 杨水辉. 想说“不”字很难[A]. 孙晓阳. 焦点话题[C]. 中国人民公安大学出版社, 2003.127.
- [9] 中国警察学会. 中国警察法学 [M]. 群众出版社, 2002.131- 142.

[责任编辑: 周玉林]