

# 对职务行为与个人行为界定标准的认识

——根据《国家赔偿法》第 5 条第 1 款展开

庆 丽

(东南大学 法学院,江苏 南京 211189)

**摘要:**因职务行为的认定直接关系到国家赔偿责任的承担,故此,学术界对职务行为与个人行为的界定有多种观点和学说,包括主观说、客观说、综合标准说等。然而从国家赔偿法第 5 条第 1 款的规定深入分析并结合其立法意图,不难发现职务行为界定的核心要素即是行使职权。

**关键词:**国家赔偿;职务行为;个人行为

**中图分类号:**D912.1      **文献标识码:**A      **文章编号:**1671-5322(2014)02-0020-03

## 一、案例之引出

**案例:**毛益荣等六原告不服衡阳县公安局违法行使职权及行政赔偿一案<sup>[1]</sup>。

原告毛益荣等六人诉称,2007 年 10 月 2 日晚,被告单位工作人员黄建新等在衡阳县西渡镇玉泉宾馆查嫖娼案时,被害人毛荣军与卖淫女黄桂花正在 503 房嫖宿。因黄建新等执行职务时的行为(敲门查房)致使被害人跳楼躲避,造成死亡的后果。原告请求法院依法确认衡阳县公安局工作人员黄建新在执行职务过程中违法侵权,并赔偿原告因毛荣军死亡而支付的医疗费 3547 元、死亡赔偿金和丧葬费 420020 元、被扶养人生活费 144102 元。

## 二、职务行为与个人行为的区分

### (一) 案例之回应

本案赔偿与否的争议焦点在于:一是黄建新等的行为是否为职务行为;二是该行为与被害人死亡是否具有因果关系。后者不是本文论述重点,故不予讨论。

本案中的被告衡阳县公安局辩称,被告工作人员黄建新滥用职权一案已经衡阳县人民法院作出(2008)蒸刑重字第 1 号刑事判决,且已生效。判决认定黄建新是滥用职权的个人行为,滥用职权与执行职务是二种明显不同的概念,执行职务是公务行为,而滥用职权是个人行为,不属于行政

诉讼受案范围,且判决确认毛荣军是自行跳楼不治身亡,黄建新的行为与毛荣军的死亡无必然的直接关系,对于滥用职权的个人行为,国家不承担赔偿责任。湖南省衡阳县人民法院后经审理认为,在本案中,被告衡阳县公安局工作人员黄建新在接到线人举报有人卖淫嫖娼时,不及时向领导汇报,私自出警与线人查房,违反法律规定的权限和程序,滥用职权,不正当执行职务,行为违法。但是被害人毛荣军是在黄建新敲门并喊“公安查房”的情况下自行跳楼的,黄建新尚未进入房内,其违法行为与被害人毛荣军的死亡无必然的直接关系,故衡阳县公安局对毛荣军的死亡不承担赔偿责任。

由此可以看出,本案最终的判决虽然不支持原告的赔偿请求,但是确认了被告的行为属职务行为。而职务行为侵权是国家承担赔偿责任的一个重要条件,也是区别于其他赔偿责任的重要因素。此种侵权行为即国家侵权行为,与公权力机关工作人员执行与职务有关,如果职务行为致人损害的,国家需承担赔偿责任;如果是非职务行为致人损害,则国家不需要承担责任。

### (二) 关于界定标准的学说分析

目前,对于职务行为与个人行为的界定标准,主要有三种学说。

一是主观说。该学说主张采用主观标准即行为人的主观意思表示判断行为的性质。英国和美

收稿日期:2014-03-10

作者简介:庆丽(1989-),女,江苏南京人,研究生,研究方向:宪法与行政法。

国倾向于主观说。也就是说,界定某一行为是否执行职务应当重点考察公务员主观上的意思,只要其行为意图、目的是执行职务,则认定为公务行为,而缺乏这种意图、目的,即使外人观之有执行职务之表征,也不能认定为公务行为。该标准因过于主观化,对行政相对人来说显得飘忽不定<sup>[2]</sup>。所以该学说的认定标准是不确定的,因为意图、目的往往是存在于行为人的内心,相对人无法从外部判断出来,以该标准界定职务行为缺乏一定的说服力。

二是客观说。该说认为造成侵权的执行职务行为,只须在形式上认定即可。易言之,只须在外观上以及社会一般观念认为是在执行职务即可,不必探查实质上该行政机关工作人员之行为是否为执行职务。日本、法国、瑞士、德国等都倾向于采用客观说<sup>[3]</sup>。笔者认为,客观说在一定层面上,存在绝对化的问题,它排除了行为人行使行为时的一些主观因素,虽然可以在客观上保护相对人的利益,但是由于其认定标准过于概括和笼统,往往无从适用,在社会上也并没有共通的标准,看似客观实则抽象,难以达到预期的效果。

三是综合标准说。目前我国国内学界普遍支持该学说,即认为在判断某一行为是否属于职务行为时,应综合考虑多种因素。主要包括以下几种:(1)时间要素。行政机关工作人员在上班和执行任务期间实施的行为,通常视为职务行为,而在下班和非执行任务期间实施的行为,通常视为个人行为。(2)名义要素。行政机关工作人员的行为是以其所属的行政主体的名义作出的,通常视为职务行为;非以其所属的行政主体名义作出的,通常视为个人行为。(3)公益要素。行政机关工作人员的职务行为涉及公共利益的,或者同公共事务有关的,通常视为职务行为;不涉及公共利益,与公共事务无关的,通常视为个人行为。(4)职责要素。行政机关工作人员的行为属于其职责范围的,通常视为职务行为;超出其职责范围的,通常视为个人行为。(5)命令要素。行政机关工作人员按照法律或者行政首长的命令、指示以及委托实施的行为,通常视为职务行为;无命令和法律根据的行为,通常视为个人行为。(6)职务标志要素。行政机关工作人员执行职务,佩戴或出示能表明其身份的职务标志,通常视为职务行为,反之则属于个人行为<sup>[4]</sup>。行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为给公民、法人或者

其他组织造成损害的,由该工作人员本人承担赔偿责任,国家不承担赔偿责任。

笔者认为,公务员行使行政职权行为的概念宜作宽泛的理解,不应附加过多的限制。就本案来看,黄建新等人的身份是警察,在接到线人的线索后赶到现场,向当事人表明身份,表示其在办案,要求查房。这无疑是一种执行职务的行为。但是如果用以上的综合要素来看,似乎不是完全符合,反而给判断增加了繁琐度和难度。一旦参考因素过多,往往会出现难以同时适用和相互矛盾的情形。因此,笔者认为,要判断一个行为是职务行为还是个人行为,必须抓住其本质的区别,不必过分拘泥于以上形式要素。

### 三、国家赔偿法的认定标准和方式

国赔法第5条规定:属于下列情形之一的,国家不承担赔偿责任:(一)行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为。该规定表明,行使职权是区分行政机关工作人员的职务行为与个人行为的标准。因此,若行为与职权有关,那么国家承担赔偿责任,即认定其为职务行为;反之,是个人行为,不赔偿。也就是说,行政机关工作人员的行为必然跟行政权力密切相关,行政权力对该行为的产生、过程以及结果都存在实际影响。因此,受到某种行政权力的作用和影响的行政机关工作人员的行为,即属于行使职务的行为,从本质上看,就是使行政职权发生作用和影响的过程。由此表明,行使行政职权的行为与行为的名义、时间、公益、职责、命令、职务标志等因素都没有必然的联系,往往在这些限制条件之外,行政机关工作人员也有可能行使行政权力,本案就是一个很好的例子,法院的判决也有力支持了这一观点。

从国家赔偿法的内容看,此处我们研究的职务行为并非指合法的职务行为,而是指那些有瑕疵的侵权行为。不过,虽然此种职务行为存在瑕疵,但是其与正当的职务行为具有共同的本质,那就是对行政职权的运用,这是职务行为区别于个人行为最根本的标志。这样界定以后,具有行使行政权力资格的行政机关工作人员所实施的行为只要包含有对行政职权的运用即可认定为职务行为,因此,个人行为即是那些排除了对行政权力的运用,与行使行政职权无关的行为。这种界定在国家赔偿法的其他条文中也可以看出,如第2条第1款和第3条等。

不难看出,在我国的国家赔偿制度中,区分行政机关工作人员的职务行为与个人行为的标准即是行政职权要素,笔者认为,这是职务行为与个人行为的本质区别所在。简而言之,行政机关工作人员的行为只要与行使职权相关即是职务行为,反之,若无关,则为个人行为。这个标准与当前综合标准说的深层含义其实是不谋而合的。从某种程度来看,时间、名义、公益、职责、命令、职务标志要素都是与行政权力的运用息息相关的,都是利用了行政权力的影响。然而综合标准说过于强调行使职权的外部表现,利用时间、名义、公益等严格界定职务行为,反而忽略了其最本质要素——行政职权的运用。

需要说明的是,行政职权并不限于行政机关工作人员所任职务上的职权,也不限于该公务员所属的行政机关的法定职权,而是指一般意义上的行政职权即行政权力<sup>[5]</sup>。即只要行政机关工作人员在行为过程中利用了行政职权,那么就可以认定为职务行为,这与该行为的发生时间、地点、目的等都没有必然联系。在这一点上似乎与主观说相类,但实际上是完全不同的,主观说是只要其行为意图、目的是执行职务,则认定公务行为,而此处的利用行政权力则既可以有主观的意图,也可以有客观的表现。

#### 四、理论、立法意图及实践的统一

上文的分析表明,职务行为和个人行为的本质区别在于对行政职权的运用。这与目前学界普遍的观点综合标准说并不相符。笔者认为,在限定国家赔偿的范围方面,综合标准说具有较大的合理性。因为,职务行为范围的大小跟国家赔偿的范围有直接关系。如果仅以单一的要素来判断职务行为成立与否往往会在一定程度上扩大国家赔偿的范围,从而增加国家的财政负担。而如果采用综合标准说,以多个要素来限定职务行为,那

么便可以把国家赔偿的范围界定在一个较为合理的区间内,以求得责任归属上的合理与公平。自国家赔偿制度建立以来,没有任何一个国家为其公务员的职务侵权行为承担全部责任。即使在职务行为的性质不存在任何争议的情况下,各国政府对公务员的职务侵权行为的后果所承担的责任也是有限的<sup>[6]</sup>。一般说来,国家是赔偿责任的主要承担者,但并不是唯一的承担者,国家往往对职务侵权行为中存在过错的行政机关工作人员予以事后追偿<sup>[7]</sup>。这种对于客观公平的追求是国内众多学者支持综合标准说的主要原因。

然而,我国的国家赔偿法并未采用这一学说。在实践中,行政机关工作人员如果私自运用职权处理私人事务,这种“私自”不是行政机关意志的体现,但是其处理私务的过程中不争的利用了行政权力,这与其获得委托而处理公共事务没有本质上的区别。要行政机关为其工作人员的此类行为埋单固然存在一定关于公平性的质疑问题,但是,从行政相对人的角度来看,其无从判断公务人员的行为是否具有法律依据和授权,能够实实在在看到的只是其侵权行为。笔者认为,行政法所追求的公平原则,并不应该只是客观上的公平,应该更侧重于从相对人的角度出发,考虑其权益。将国家赔偿责任控制在一个合理适当的范围内是值得肯定的,不过为职务行为的认定设置诸多要素并不是一个理想的方法。我国国家赔偿法的相关规定深刻体现出了保护相对人权益这一立法意图,这种对公民权利的保障无疑是宪法法律的应有之义。

综上所述,职务行为与个人行为的界定与国家赔偿责任范围的确定其实是一个问题的两个方面,前者的判断标准是一种客观认定,而后者的范围认定则是一种选择的过程,是一种关于个人责任、社会公益、公平合理原则等多种价值取向选择的一个过程。因此,必须正确认识立法意图与理论之间的关系,从而更好地指导实践。

#### 参考文献:

- [1] 司法库. 毛益荣等六原告不服衡阳县公安局违法行使职权及行政赔偿一案[EB/OL]. (2008-12-08)[2014-02-10]. <http://sifaku.com/falvanjian/39/zd0zfaa16ce3.html>.
- [2] 应松年. 国家赔偿法研究[M]. 北京:法律出版社,1995:72-73.
- [3] 陈新民. 中国行政法学原理[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:254.
- [4] 李飞. 中华人民共和国国家赔偿法释义[M]. 北京:法律出版社,2010:24.

(下转第 41 页)

## Difficulties and Countermeasures in Examining and Verifying the Authenticity of Capital Settlement

ZHANG Shuxia

(International Department of Huaian Branch, China Construction Bank, Huaian Jiangsu 223001, China)

**Abstract:** Open economy requires the administration of foreign currency should not only facilitate such economic activities as trading and investing for foreign - funded enterprises, but also remain alert to the impact of short - term international floating capital on domestic financial markets, so as to ensure financial stability. However, the present administrative measures of capital settlement are incapable of fulfilling this requirement. Therefore, this essay analyzes the main problems in examining and verifying the authenticity of current bank capital settlement. Moreover, specific countermeasures are proposed, including transforming the philosophy of supervision and establishing a long - term regulatory regime of capital settlement.

**Keywords:** capital; settlement; examine

(责任编辑:沈建新)

---

(上接第22页)

- [5] 胡宝岭. 论职务行为的界定标准[J]. 行政法学研究, 2005(3): 125 - 128.  
[6] 姚锐敏. 论公务员的职务行为与个人行为的本质区别[J]. 广东行政学院学报, 2005(17): 15 - 18.  
[7] 周汉华, 何峻. 外国国家赔偿制度比较[M]. 北京: 警官教育出版社, 1992: 200.

## The Definition of Power Behavior and Individual Behavior Standard ——According to the National Compensation Law Article 5 (1)

QING Li

(Law School, Southeast University, Nanjing Jiangsu 211189, China)

**Abstract:** The cognizance of duty behavior is directly related to national assume liability to pay compensation, therefore, power behavior and individual behavior have a variety of views and theories, including the subjective, objective, comprehensive standard said. However, from the national compensation law the provisions of the first paragraph of article 5 in - depth analysis and combined with the legislative intent, it is not difficult to find that duty behavior define the core elements of is to exercise their functions and powers.

**Keywords:** the state compensation; duty behavior; individual behavior

(责任编辑:沈建新)