

新 编

# 国家赔偿法 要义与案例释解

主 编 / 朱新力  
副主编 / 骆梅英

XINBIAN GUOJIAPEICHANGFA  
YAOYI YU ANLI SHIJIE



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

# 国家赔偿法

## 要义与案例释解

主 编  
副主编  
撰稿人

朱新力  
骆梅英  
朱新力  
高知鸣

骆梅英  
朱狄敏

罗利丹  
孙铭宗

高春燕



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

新编国家赔偿法要义与案例释解 / 朱新力主编. —  
北京:法律出版社,2011.1  
ISBN 978-7-5118-1411-1

I. ①新… II. ①朱… III. ①国家赔偿法—法律释解  
—中国 IV. ①D922.115

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 210607 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/独立项目策划部

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/廊坊市飞腾彩印制版公司

责任印制/张宇东

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/21.5 字数/482 千

版本/2011 年 1 月第 1 版

印次/2011 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1411-1

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 新编国家赔偿法要义与案例释解

主 编 朱新力

副主编 骆梅英

撰稿人 朱新力 骆梅英 罗利丹 高春燕  
高知鸣 朱狄敏 孙铭宗

## 前言

1994年5月12日,《中华人民共和国国家赔偿法》经第八届全国人大常委会第七次会议审议通过,这在我国民主法治建设史上具有里程碑的意义。自1995年1月1日施行至今,国家赔偿法作为一部保障人权、监督公权的重要法律,已经走过了16个春秋。这期间,我国在政治、经济、社会、文化和法制领域,无论是制度建设还是观念塑造,都经历或正在经历迅速的解构、革新与再造。作为“时代之镜像”的法律,尤其是公法,其适用、解释、修正乃至废旧立新,更是无处不感染、沐浴于转型社会的风气之中。尤其是随着公民权利保护意识的不断增强以及人民法院审理赔偿案件经验的逐步积累,国家赔偿法几乎是从其破冰之旅,便日益面临理论研究 with 审判实务不断要求其扩大救济力度的挑战。

“一个国家及其政府能够在多大范围内、多大程度上以赔偿的方式来承担其责任”,这确实是衡量一国公民权利保护和法治发展水平的标尺。而国家赔偿法作为一部救济法,这个标尺掌握在两类人手中:一是立法者;二是司法者。法律的与时俱进,主要也是通过两种途径来完成的:一是修改法律;二是解释法律,即所谓的“法官造法”。本书的写作正是以结合这两种元素为主线,故名《新编国家赔偿法要义与案例释解》。

第一,本书是对新修订的国家赔偿法的逐条释义。2010年4月29日,第十一届全国人大常委会第十四次会议表决通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国国家赔偿法〉的决定》,并将于2010年12月1日起施行。新修订的国家赔偿法与旧法相比,在归责原则、赔偿范围、正当程序和举证责任等方面,都更好地回应了实践的需求,具有进步意义。

首先是归责原则的厘清。确立了由违法性原则(过错原则)以及特定情形下的结果原则(无过错原则)组成的归责体系,为将来法官在具体适

用中,通过个案的利益衡量来拓展国家赔偿的权利保护功能给出了更多的空间。

其次是正当程序的引入。无论是收讫、告知、听证、协商还是说明理由制度的建立,抑或是除去“确认程序”的制度性障碍、简化赔偿义务主体的判定等,应当说,公民求偿渠道在此次修法后将变得更为顺畅是不争的事实。

再次是举证责任的明确。新法对特定情况下由被告对行为与损害之间无因果关系承担证明责任的规定,无疑是此次修法对社会公众热切关注的“躲猫猫”以及“喝水死”等反映被强制人、被羁押人非正常死亡事件的回应。

最后是赔偿范围的扩大。精神损害赔偿的确立,将在一定程度上缓解过去“国家赔偿法”因赔偿额度过低而一直被批评为“国家不赔法”之尴尬。

本书将通过条文疏议和法理解析,结合新法与旧法之间的对比,当然更不忽略每一条文在具体适用中可能存在之难点、立法背后之理论与精神等,进行阐释与说明,以期能够对新修订的国家赔偿法有一个全面的解析。

第二,本书重点更在于“以案释法”。所谓“律垂邦法为不易之常经,例准民情在制宜以善用”(清朝祝松《刑案汇览·序》)。通过典型案例的印证,通过对个案判决适用法律规范的评析,我们不仅想告诉读者,你看到的每一个“应然状态”的条文,在实然状态下究竟是怎么个“如此这般”法的,我们更要告诉适法者,对于法的最好定义,莫过于法官的判决,而在体现法官个案衡量的判决书的说理过程中,去发现、总结,哪怕是矫正法律意旨,正是国家赔偿法得以发展而常新的真正所在。

但是,我们坦率地承认,这样一本以案说法的书,在挑选适合的案例样本方面,是一个很大的风险和挑战。我国法学的案例研究并没有进入成熟的阶段,加之国家赔偿法条文适用上的整体性和难以分割,诸如“所选的案例是不是最具代表性的案例”、“还有没有更贴切的案例”、“反面案例、链接案例是否能起到补充说理的作用”、“这一案例本身的辐射范围有多广”等问题,经常困扰着我们。为了化解这些难题,本书在案例选取上,一是基本以行政判决书、赔偿决定书为基础,突出案例的权威性;二是尽量选取最高人民法院公布的典型案例、《人民法院案例选》中的案例、地方法院编纂的案例以及具有一定社会关注度的热点案例,如“余祥林案”、“赵作海案”、“麻旦旦案”等,并且试图通过新法的拟制适用,对法条做一个更好的诠释。

当然,囿于作者、编者的视野、学识,本书难免存在错误之处,加之新修订的国家赔偿法将自2010年12月1日起施行,故这本《新编国家赔偿法要义与案例释解》的不足之处,也就只能留待再版时不断等待以新的司法案例和理论来予以充实和补正。

编者

2010年8月31日 于杭州

## 目录 / Contents

|                                                          |           |
|----------------------------------------------------------|-----------|
| <b>前言</b>                                                | <b>1</b>  |
| <b>第一章   总则</b>                                          | <b>1</b>  |
| 1. 看“黄碟”夫妻获赔案<br>——国家赔偿的救济与控权功能                          | 1         |
| 2. 蒙冤杀妻错判 11 年,冤狱之后如何救济<br>——国家赔偿的含义、归责原则和构成要件           | 8         |
| 3. 违法迁移户口而发生房屋被他人出售的情形,派出所应负赔偿责任吗<br>——侵权行为与损害事实间因果关系的判断 | 15        |
| <b>第二章   行政赔偿</b>                                        | <b>20</b> |
| 4. 在派出所约束酒醒期间受伤,能否获得国家赔偿<br>——人身侵权的行政赔偿                  | 20        |
| 5. 受害人在派出所拘传期间脱逃受伤,能否获得国家赔偿<br>——人身侵权的行政赔偿               | 31        |
| 6. 在公路、堤塘等公共设施内受伤,国家应承担赔偿责任吗<br>——公有设施致害的行政赔偿            | 38        |
| 7. 工商局违法实施罚款和扣押,可以获得哪些国家赔偿<br>——财产侵权的行政赔偿范围              | 43        |
| 8. 违法扣押钢材,强制要求还债,公安局应赔偿<br>——财产侵权的行政赔偿范围                 | 52        |
| 9. 本案国土局收取的矿产资源费,能否要求退还<br>——财产侵权的行政赔偿范围                 | 60        |
| 10. “110”不出警,能否就被盗财产申请国家赔偿<br>——行政不作为的国家赔偿               | 68        |

|                               |            |
|-------------------------------|------------|
| 11. 醉酒的人在警察出警中死亡,公安局应负赔偿责任吗   |            |
| ——行政赔偿责任的豁免                   | 77         |
| 12. 被免职的法定代表人能否代表企业提起赔偿之诉     |            |
| ——行政赔偿请求人的确定                  | 82         |
| 13. 邮电局能成为行政赔偿诉讼的被告吗          |            |
| ——赔偿义务机关的确定                   | 88         |
| 14. 复议机关是否要承担国家赔偿责任           |            |
| ——复议情况下的赔偿义务机关                | 93         |
| 15. 行政赔偿诉讼是不是要经过先行确认程序        |            |
| ——赔偿请求人的程序选择权                 | 96         |
| 16. 强制拆迁案中的“共同被告”             |            |
| ——求偿人可选择赔偿义务机关                | 104        |
| 17. 公民可提起多项赔偿请求               |            |
| ——数项赔偿申请的提出                   | 111        |
| 18. 行政赔偿程序的启动                 |            |
| ——申请行政赔偿需要递交的材料及其补正           | 116        |
| 19. 行政赔偿程序的自我完善与相互衔接          |            |
| ——“行政赔偿先行处理”模式的细化             | 119        |
| 20. 在派出所传唤期间死亡,谁来承担举证责任       |            |
| ——行政赔偿的举证责任分配                 | 125        |
| 21. 国家赔偿后要向有过错的公务员追究责任吗       |            |
| ——行政追偿的要件、标准及程序               | 129        |
| <b>第三章   刑事赔偿</b>             | <b>133</b> |
| 22. 拘留期间因证据不足予以释放,受害人能否获得国家赔偿 |            |
| ——违法拘留的刑事赔偿                   | 133        |
| 23. 无罪释放后的国家赔偿:是没有犯罪还是不认为是犯罪  |            |
| ——错误逮捕的刑事赔偿                   | 138        |
| 24. 数罪中部分再审改判无罪,如何进行赔偿        |            |
| ——再审改判无罪的赔偿条件                 | 144        |
| 25. 国家赔偿岂能“躲猫猫”               |            |
| ——不作为的刑事赔偿                    | 150        |
| 26. 警察在抓捕中使用武器、警械伤及无辜,国家要赔偿吗  |            |
| ——违法使用武器、警械的刑事赔偿              | 155        |
| 27. 扣押非犯罪嫌疑人的财产,国家要赔偿吗        |            |
| ——侵犯财产权的刑事赔偿                  | 161        |
| 28. 公民自己作伪证导致被羁押的,还能获得国家赔偿吗   |            |
| ——刑事赔偿的免责情形之一                 | 166        |

|                                    |            |
|------------------------------------|------------|
| 29. 不满 16 周岁的未成年人因故意伤害被羁押可以申请国家赔偿吗 |            |
| ——刑事赔偿的免责情形之二                      | 171        |
| 30. 不追究刑事责任的人被羁押,国家承担赔偿责任吗         |            |
| ——刑事赔偿的免责情形之三                      | 174        |
| 31. 个人行为与职务行为如何区分                  |            |
| ——刑事赔偿的免责情形之四                      | 178        |
| 32. 受害人自杀可以获得国家赔偿吗                 |            |
| ——刑事赔偿的免责情形之五                      | 183        |
| 33. 警察合法使用武器致使无辜者受伤,无辜者可以获得国家赔偿吗   |            |
| ——刑事赔偿的免责情形之六                      | 185        |
| 34. 共同侵权谁来赔                        |            |
| ——刑事赔偿义务机关的确定                      | 189        |
| 35. 不再做自己的法官                       |            |
| ——刑事赔偿确认程序的修改                      | 196        |
| 36. 错判 11 年后无罪释放,国家赔偿应及时履行         |            |
| ——刑事赔偿的先行处理程序                      | 202        |
| 37. 复议是刑事赔偿的必经程序吗                  |            |
| ——刑事赔偿复议程序的适用                      | 207        |
| 38. 复议程序中的 30 日期限如何起算              |            |
| ——对复议程序的救济                         | 210        |
| 39. 服刑期间被“牢头”“狱霸”打死,应由谁来承担证明责任     |            |
| ——刑事赔偿的举证责任分配                      | 216        |
| 40. 刑事赔偿应采用什么样的审查方式                |            |
| ——刑事赔偿的审查方式                        | 219        |
| 41. 刑事赔偿决定需要多久作出                   |            |
| ——刑事赔偿的审查期限                        | 222        |
| 42. 人民法院的赔偿委员会如何设置                 |            |
| ——赔偿委员会的组成                         | 226        |
| 43. 赔偿委员会作出的赔偿决定有错误怎么办             |            |
| ——对赔偿委员会的监督程序                      | 230        |
| 44. 刑事赔偿后,国家应向违法办案的警察行使追偿权吗        |            |
| ——刑事追偿的要件、标准及程序                    | 234        |
| <b>第四章   赔偿方式和计算标准</b>             | <b>243</b> |
| 45. 国家赔偿方式只是支付赔偿金吗                 |            |
| ——国家赔偿的方式                          | 243        |
| 46. 侵犯人身自由的赔偿金如何计算                 |            |
| ——侵犯人身自由权的赔偿计算标准                   | 248        |

|                                            |            |
|--------------------------------------------|------------|
| 47. 致伤、致残、致死可以赔多少                          |            |
| ——侵犯生命健康权的赔偿计算标准                           | 252        |
| 48. 精神损害怎么赔                                |            |
| ——精神损害赔偿方式的适用                              | 262        |
| 49. 企业营业执照被撤销后,哪些损失能赔偿                     |            |
| ——直接损失赔偿原则                                 | 270        |
| 50. 公民如何申领国家赔偿金                            |            |
| ——赔偿费用的支付                                  | 279        |
| <b>第五章   其他规定</b>                          | <b>283</b> |
| 51. 人民法院违法保全、错误执行侵犯公民权益,也要赔偿吗              |            |
| ——民事、行政司法赔偿的归责原则与赔偿程序                      | 283        |
| 52. 公民遭错捕、错判,自何时可以提起赔偿                     |            |
| ——赔偿请求权时效计算                                | 289        |
| 53. 外国人在我国能否提起国家赔偿                         |            |
| ——对等原则在国家赔偿法中的适用                           | 295        |
| <b>第六章   附则</b>                            | <b>298</b> |
| 54. 请求国家赔偿不需要支付费用,取得赔偿金不需要缴税               |            |
| ——国家赔偿不得收费与征税                              | 298        |
| 55. 致害行为发生在国家赔偿法实施前,公民还能获得国家赔偿吗            |            |
| ——国家赔偿法的溯及力                                | 300        |
| <b>附录</b>                                  | <b>306</b> |
| 附录1 中华人民共和国国家赔偿法                           | 306        |
| 附录2 全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国国家赔偿法》<br>的决定 | 314        |
| 附录3 《中华人民共和国国家赔偿法》修正前后对照表                  | 319        |
| <b>后记</b>                                  | <b>334</b> |

## 第一章 总 则

### 1. 看“黄碟”夫妻获赔案

#### ——国家赔偿的救济与控权功能

##### 【本条主旨】立法目的

**第一条** 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,根据宪法,制定本法。

##### 【条文疏议】

国家赔偿,通俗地讲,就是国家违法致侵权所产生的损害赔偿责任,所谓“公家事,公家担”。以政府和公职人员为代表的国家,违法行使职权,造成公民、法人和其他组织的合法权益遭受侵害,如果国家不对此承担赔偿责任,将使受害人的无辜受害得不到救济,长期以来,社会公平正义将陷于崩溃,并且将进一步助长公权力肆虐滥用的气焰。国家赔偿制度的产生,正是公民权利保护、发展和完善的需要,是公平正义原则对公权力运行的理性控制的结果。

我国《国家赔偿法》第1条开宗明义地确立了国家赔偿的立法目的,包括两个方面:一是落实宪法上的人权保障原则,赋予公民在遭遇公权力侵害时的求偿权;二是“促进国家机关依法行使职权”,即控制公权力的行使在法律的框架内运行,更好地服务于民众,服务于公益。

【典型案例】<sup>①</sup>

2002年8月,陕西一对夫妻在家中看黄碟时被警方抓获,丈夫张某两次被警方以涉嫌妨害公务为由带走。在此后相当长的一段时间里,该事件在全国范围内引起了强烈的反响和广泛的讨论。2002年12月,事件发生4个月后,延安市宝塔区公安局纪检委书记向当事人道歉,经协议,执法部门一次性赔偿当事人29,137元,并承诺将对案件所涉的责任人作出处理。媒体评论这起纠纷的“圆满解决”使得遗憾没有带入新的一年,值得大书特书,还有评论认为“在中国的法治建设进程中,‘延安夫妻看黄碟’事件必将载入史册,成为中国当代文明发展史上的一个标志性和符号性的事件之一”。<sup>②</sup>

夫妻黄碟事件始发于2002年8月18日。当晚23时许,延安市公安局宝塔分局万花山派出所接辖区内居民举报称“有人在看黄碟”,于是派出所民警前往被举报的当事人张某所开的诊所,欲查处和收缴黄碟。在扣押机器和黄碟的过程中,双方发生冲突,张某将一名警察的手打伤,张某则称是警察先动手打人,当晚,张某被警察带往派出所留置并审查。

据张某妻子李某陈述,“那天晚上,我丈夫播放了邻居借给我们的碟,内容是一个外国女人在洗澡,画面上没有男人。看到一半时我们关了电视和影碟机睡了,这时候大概是10点40分左右”。“11点左右,有人敲门说要看病,公公在前屋睡觉,听见敲门,就起身开门,刚把门上面的插销拉开,门下面的暗锁还没来得及拉,就有四个人撞进来,把他推倒在靠墙的滑椅上,然后直奔我们的卧室。”“这四个人当时都没有穿警服,也没有出示警官证和搜查证。”

丈夫张某看到这些自称警察的人既没戴警帽,也没有佩戴警号和警徽,于是在民警收缴“黄碟”,暂扣电视机、影碟机时与之发生了冲突。据李某回忆,“我们当时睡得迷迷糊糊,屋里还亮着暗灯,一个矮个男人说:‘有人举报你们看黄碟,快起来!’当时我们都没有穿衣服,他上来就揭开被子,同时另外两个人去取碟,要抱走电视机和影碟机。张某拉过一条裤子穿了一半就赤脚下床阻止,一个高个男人就把他反剪着手抓住头发按在床上。”“高个男人和矮个男人对张某一阵乱打,张某挣扎中好不容易挣脱了一只手,抄起窗户旁一根约1米长的棍子抡起来,打伤了民警尚某的左手。”随后,张某被警方以妨碍公务为由带回派出所。8月19日,在缴纳了1000元暂扣款之后,张某被放回了家。据张某的母亲陈述,张某回来后,头上、胸口、腿上和背上都能看到被打过的黑红色伤痕。经延安大学医学院附属医院的诊断证明书确认为多处软组织挫伤(头、颈、两肩、胸壁、双膝)。

而万花派出所负责人在接受采访时则认为:“那天晚上派出所接到举报电话,说有人放黄色影碟了,你们管不管?民警就去了。我们接到举报就必须出警,再说,我认为那个

<sup>①</sup> “夫妻看黄碟案”,载余凌云、聂福茂主编:《警察行政法学案例评析》,中国人民公安大学出版社2005年版,第12~26页。相关评论,亦可参见林来梵:“卧室里的宪法权利——简评‘延安黄碟案’”,载《法学家》2003年第3期;余凌云:“亟待法律建构的警察裁量权”,载《法学家》2003年第3期;陈卫东、李训虎:“法治的胜利还是程序的失败——‘黄碟案’的刑事程序法解读”,载《法学家》2003年第3期;卢建平:“从‘黄碟案’看刑法的界限”,载《法学家》2003年第3期;张新宝:“从隐私权的民法保护看‘黄碟案’”,载《法学家》2003年第3期;叶传星:“在私权利、公权力和社会权力的错落处——‘黄碟案’的一个解读”,载《法学家》2003年第3期。

<sup>②</sup> 朱达志:“‘夫妻看黄碟’案责任只在派出所?”,载《厦门晚报》2003年1月17日版。

小诊所是公共场所,不能算是家。我们处理的不是夫妻看黄碟的问题,而是来收缴黄碟的。淫秽物品就应该收缴,放在家里不看也应该收缴。”

2002年8月20日,陕西当地媒体《华商报》以《家中看黄碟,民警上门查》为题,开始对此事予以报道,随后引起社会各界的广泛关注。消息见报后,法学界和全国多家新闻媒体展开了关于“夫妻在家中看‘黄碟’是否违法、公安机关是否有权上门检查”、“公权是否有权干涉私权空间”的大讨论。

与此同时,2002年8月22日,宝塔公安分局决定对张某打伤民警的行为以妨碍公务罪立案,并由分局治安大队调查。本以为事情已经过去了的张某在时隔两个月后的10月21日中午,又被宝塔公安分局治安大队带走,并被以涉嫌“妨害公务”刑事拘留。妻子李某无法接受这一处罚,拒绝在通知书上签字。

10月25日,宝塔公安分局向宝塔区人民检察院提请批准逮捕犯罪嫌疑人张某;11月4日,宝塔区检察院作出不予批准逮捕决定,并送达公安机关;11月5日,宝塔公安分局对张某变更强制措施为取保候审;一个月后,张某被解除取保候审,宝塔分局也撤销了此案。但两进两出公安机关的张某受到了强烈的刺激。从看守所回家后,张某变得寡言少语,整天浑浑噩噩,被延安大学医学院附属医院神经内科诊断为“急性应激性障碍”。

在律师的帮助下,李某一家决定向司法机关提起诉讼以维护自己的权益。在12月5日案件被撤销后,张某遂向公安机关提出了损害赔偿请求:有关人员赔礼道歉、补偿其医疗费及误工费,并对案件负有直接责任的领导和经办人员进行处理。随后,宝塔区政法委、政府办、信访局组成联合小组,对此事进行调解。12月31日,有关机关和当事人就赔偿事宜达成了调解协议:由宝塔公安分局向当事人赔礼道歉;一次性补偿当事人医疗费及误工费人民币29137元;对办理本案有关责任人员,按照有关规定作出相应处理;本协议为一次性处理协议,一经调解各方签字后即生效。

### 【法理解析】

这是一个备受关注的法治事件,引起了法学界关于公权与私权边界的广泛讨论。本案当事人最终以接受赔礼道歉、依法获得赔偿而获得救济,说明公权力介入普通公民的私生活必须遵循法律的严格限度,公权力部门在行使职权的过程中,如果违法干预了私权利的空间,则应当承担国家赔偿法上的责任。

#### 一、本案中警察执法行为的违法之处

从“黄碟”事件发生的时间来看,本案警察的执法行为以2002年8月22日为界,可以划分为两个阶段:之前是以“收缴黄碟”为主要内容的行政执法阶段;之后则是以“妨害公务”为主要内容的刑事侦查阶段。根据《行政处罚法》及《刑事诉讼法》等相关法律规范的规定,警察在本案执法过程中存在以下违法之处。

#### (一)行政执法阶段

##### 1. 警察在执法前未出示证件和表明身份

根据延安市、宝塔区两级检察院对张某妨害公务一案的案卷分析意见认为,本案中,没有任何证据证明民警向当事人张某出示过证件和表明了身份。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 陈杰人:“‘夫妻看黄碟案’再调查”,载《中国青年报》2003年1月20日版。

表明身份制度是行政程序法上的一项基本制度。执法人员在实施可能影响相对人合法权益的行政行为之前,应当通过相对人可以理解的方式,向其出示证件或佩戴执法标志以表明自己具有执法主体资格。<sup>①</sup>对于执行公务人员不表明身份的,相对人有权拒绝其任何要求。我国《行政处罚法》第37条规定:“行政机关在调查或者进行检查时,执法人员不得少于两人,并应当向当事人或者有关人员出示证件。”同时,《公安机关办理行政案件程序规定》第37条也指出:“公安机关在调查时,办案人员不得少于两人,并应当向被调查人员表明执法身份。”

表明身份制度的法理基础是行政公开原则,当事人享有知晓和辨认执法人员身份的权利,即当事人有权确认对自己所涉案件进行调查的人员是否具备法定资格。依法表明身份,可以防止被调查人员由于对办案人员执法身份不清楚而产生不必要的误解和冲突,同时也有利于防止少数不法分子冒充执法人员招摇撞骗或从事其他违法活动。

从本案的情况来看,民警在进入张某的卧室之前没有表明身份,也未佩戴必要的执法标志,“当时他们都没有穿警服,也没有出示警官证和搜查证”,是后来引起双方肢体冲突的一个重要原因。

## 2. 警察无权干预夫妻看“黄碟”行为

舆论关注也是学界争论的一个核心问题是,夫妻看“黄碟”是否属于违法行为?在本案中,警察是否应当或者是否有权干预(特指强行制止并给予处罚)夫妻看“黄碟”的行为?我们的答案是,相关法律明文禁止制作、复制、销售、传播淫秽制品等行为,但是对于在家中观看淫秽录像、电影等行为却并未评价。因此,在正式的法律体系中,应当认为观看淫秽制品的行为是不违法的;然而,为什么在相关执法人员的选择性执法中,观看淫秽物品的行为却受到禁止?有学者指出,这实际上是观看淫秽制品的行为在非正式法律体系中尚未完成除罪化过程的结果。<sup>②</sup>

第一,我国刑法以及案件发生时有效的《治安管理处罚条例》都未禁止公民在家看“黄碟”的行为。根据《治安管理处罚条例》,只有“制作、复制、出售、出租或者传播淫书、淫画、淫秽录像或者其他淫秽物品的”行为才受到严厉禁止,本案当事人仅属单纯持有和观赏“黄碟”的行为,自然不在所禁止之列。1985年国务院关于《严禁淫秽物品的规定》第10条中曾规定:“对观看淫秽录像、电影、电视的,应给予批评教育。对传看、传抄淫书淫画的,应予以批评教育,有实物的应交出实物;对屡教屡犯的,由主管部门给予行政处分。”但根据2001年国务院319号令发布的国务院关于《废止2001年底以前发布的部分行政法规的决定》,《严禁淫秽物品规定》已被废止。唯一可以查找到的关联依据是,1990年公安部有关“除六害”的通知,<sup>③</sup>其中规定:对在家庭成员中播放淫秽录像、录音而不属于制作、复制或传播的,应区别不同情况予以处理;对传看或偶尔传看并可通过教育悔改的,一般不予治安管理处罚;对于多次观看的,应给予治安管理处罚;到公民家中依法检查时,应该依法处理,不能采取断电扰民等方式。一方面,该通知在法律位阶上属于部门文件,不

① 朱新力主编:《行政法学》,浙江人民出版社2002年版,第191页。

② 易延友:“除罪化、程序法治与法的可预期性——以黄碟案为中心的法理透视”,载《清华法学》2009年第4期。

③ 公发[1990]9号公安部关于《严格依法办事,执行政策,深入开展除“六害”斗争的通知》。

具有法的形式,同时它是为配合国务院关于《严禁淫秽物品的规定》发布的,而主法已经废止,其效力存有疑问;另一方面,从该文件的内容来看,对张某夫妻的行为也不应采取强制措施乃至进行治安处罚,而应以批评教育为主。如此看来,张某夫妇的行为未有任何违法性可言。

第二,或许警察的干预是源于“群众的举报”,因而启动出警程序,但是根据延安市、宝塔区两级检察院对张某妨害公务一案的案卷分析意见认为,本案中,公安机关一直没有提供证明当晚有人向派出所打电话的记录材料。尽管事发后警方称出警“并非去干涉夫妻看‘黄碟’,而是去查‘黄碟’的来源”,但是警方不是前往调查、询问并记录夫妻二人关于“黄碟”来源的证词,而是未穿警服,也无警徽、警号,以看病为由闯进门就去掀当事人的被子,同时去搬电视和影碟机,存在严重的程序违法。之后,从派出所开具的《传播淫秽物品扣押清单》和以妨碍公务为由开具的罚单来看,也与警方所称“查黄碟来源”严重不符。<sup>①</sup>

## (二)刑事侦查阶段

### 1. 对张某妨害公务罪的立案调查违背了回避制度

根据延安市、宝塔区两级检察院对张某妨害公务一案的案卷分析意见认为,本案的案卷材料里,多数笔录都是万花山派出所的民警所取,但是在妨害公务案件中,万花山派出所已经成了冲突的一方,理应只是证人,不能作为办案人,因此,这种做法不符合刑事诉讼法关于回避的有关规定。

法律上的回避制度源于人类对应受公平对待的自然本性。普通法上有一条基本的规则,即“任何人不能做自己的法官”,程序的操纵者与程序的结果应当没有任何利害关系,否则,程序的操纵者可能会利用自己在程序中的优势地位,促使程序结果向有利于自己的方向发展。因此,程序公正的第一要义的法理基础是公正原则。

我国《刑事诉讼法》第28条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的,应当自行回避,当事人及其法定代理人也有权要求他们回避:(一)是本案的当事人或者是当事人的近亲属的;(二)本人或者他的近亲属和本案有利害关系的;(三)担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的;(四)与本案当事人有其他关系,可能影响公正处理案件的。”从严格意义上讲,宝塔区公安分局是妨害公务罪的一方当事人,张某是所谓的妨害公务者。由前者对后者进行立案侦查,将使结果的公正性受到严重质疑。尽管我国刑事诉讼法没有针对机关回避的专门规定,但是由前述第28条的精神我们完全可以推导出,在侦查机关作为案件的一方当事人时,基于客观公正的考虑,其应当将案件移送管辖。

### 2. 违法实施了强制措施

2002年10月21日,张某被刑事拘留,使得其本已平静的生活又起波澜,舆论不免猜测公安机关是在报复,这或许有点想当然,但每个人都会禁不住要问,公安机关有没有必要拘留张某?

我国刑事诉讼法第61条规定了符合拘留的七种情况,结合本案中张某违法行为的性

<sup>①</sup> 王会昌:“夫妻看黄碟案续:当事人的律师澄清案件三大疑点”,载《北京晨报》2002年12月23日版。

质和社会危害性来分析,从严格意义上看其行为不符合其中的任何一项规定。

首先,警方采取拘留的目的并非正当,刑事诉讼中强制措施目的在于保证刑事诉讼的顺利进行,而本案中,采取非羁押性强制措施足以保证达成上述目标。其次,公安机关在决定拘留张某时根本没有考虑张某的情节以及事后的表现。

10月21日下午宝塔区公安分局以妨害公务罪为由刑事拘留张某,但直到“11月5日下午3时56分,在办理了取保候审等相关手续之后,张某走出了宝塔区看守所”。张某竟然被拘留了整整15个昼夜。即使不考虑张某是否应当被拘留,依据刑事诉讼法的规定,张某最多只能被拘留14天。

另外,“10月21日,张某被送到宝塔区看守所,到了看守所总是不停地咳嗽。看守所的人就带张某去医院拍了片子,结果说是支气管炎。民警说,不是肺炎就可以放在看守所里”。<sup>①</sup>从张某的“犯罪”情节、事后表现以及身体状况来看,公安机关根本没有必要羁押张某。对此,有学者认为,深层次的原因在于公安机关对于强制措施的认识偏差。按照立法的初衷,强制措施的目的在于保障刑事诉讼的顺利进行,防止被适用对象可能实施的逃跑、隐匿、毁灭、伪造证据等妨碍刑事诉讼顺利进行的行为。但在本案中,似乎立法意义上的强制措施已经发生异化,已经流变为一种惩罚措施。<sup>②</sup>

## 二、张某依法获得赔偿的权利受法律保护

首先,通过上述分析,我们可以看出,本案中公安机关在对张某夫妻看“黄碟”行为进行执法的过程中,存在严重的程序违法。

根据我国国家赔偿法的相关规定,国家机关及其工作人员在行政执法过程中如存在违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施,违法对财物实施没收、查封、扣押等强制措施,以及在刑事侦查过程中,对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留,造成人身权和财产权受到损害的,受害的公民、法人或者其他组织有权要求赔偿。

其次,该违法行为造成张某人身权、财产权遭受侵害。事发当晚,张某被警察带往派出所留置并审查,回来后,经延安大学医学院附属医院的诊断证明书确认为多处软组织挫伤(头、颈、两肩、胸壁、双膝)。2个月后,张某又再次以涉嫌妨害公务罪被拘留,“两进两出公安机关的张某受到了强烈的刺激。从看守所回家后,张某变得寡言少语,整天浑浑噩噩,被延安大学医学院附属医院精神神经科诊断为‘急性应激性障碍’”。他们以黄碟夫妻出名后,宁静的生活从此被扰乱,后续生活一直“受歧视”,“生活几乎陷入绝境”。<sup>③</sup>可见,对张某及其家人来说,这个从天而降的灾难,给他们带来的不仅是生理上的痛苦,还有心理上的疲惫,他们由此遭受的损害应当受到赔偿。根据我国《国家赔偿法》的相关规定,国家赔偿以支付赔偿金为主要方式,能够返还财产或者恢复原状的,予以返还财产或者恢复原状。侵犯公民人身自由的,每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算;

① 王会昌:“‘夫妻看黄碟’续:张某首谈事件始末”,载《北京晨报》2002年12月19日版。

② 陈卫东、李训虎:“法治的胜利还是程序的失败——‘黄碟案’的刑事程序法解读”,载《法学家》2003年第3期。

③ “延安夫妻看黄碟被抓 受歧视生活陷入绝境”,载《现代女报》2006年12月17日版。

侵犯公民生命健康权的,应当支付医疗费、护理费,以及赔偿因误工减少的收入。张某由此所产生的被错误限制人身自由的损失、医疗费、误工费等属于合法的赔偿范围。根据《国家赔偿法》的相关规定,应当解除对被扣押的影碟机、电视机等设备的查封、扣押、冻结,造成财产损坏或者灭失的,应当给付相应的赔偿金。

当然,还要补充的一点是,新的国家赔偿法修正案增加了有关精神赔偿的相关内容,规定对于造成严重后果的侵害行为,应当支付相应的精神抚慰金,进一步扩大了赔偿的范围和救济的力度。

最后,张某可以就赔偿数额与公安机关进行协商。根据我国《国家赔偿法》有关赔偿程序的规定,受害人可以通过两个途径提起赔偿请求:一是单独提起赔偿程序,即向义务机关先行提出赔偿请求,在逾期不予赔偿或者赔偿数额不能达成一致时,向法院提起诉讼。二是一并提起赔偿程序,即在行政诉讼、行政复议的同时一并提起赔偿请求。本案中,公安机关的违法行为实际上已经在检察机关不予批捕后得到确认,根据《国家赔偿法》的规定,赔偿请求人根据受到的不同损害,可以同时提出数项赔偿要求。赔偿义务机关应当自收到申请之日起两个月内,作出是否赔偿的决定。赔偿义务机关作出赔偿决定,应当充分听取赔偿请求人的意见,并可以与赔偿请求人就赔偿方式、赔偿项目和赔偿数额等按照规定进行协商。

### 三、国家赔偿的权利救济和权力控制功能

上述案例典型地证明,我国国家赔偿制度的设立,一方面,能够落实宪法上的人权保障原则,赋予公民在遭遇公权力侵害时的求偿权;另一方面,能够监督国家机关依法行使职权,即控制公权力的行使在法律的框架内运行,更好地服务于民众,服务于公益。

首先,我国《宪法》第41条规定“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”,宪法对公民公法上的求偿权的规定是原则性的,需要在具体的部门法律中得到体现和细化,如果没有具体的法律条文,那么宪法的这一原则性的规定就不能转化为公民实实在在的、具有现实可操作性的权利。尽管我国在《民法通则》、《行政诉讼法》等法律中部分涉及了国家机关的侵权赔偿责任,但是这些规定或者适用范围有限,或者过于原则,或者为实体性规范,缺乏程序性规范的支持,因此,我们需要制定一部专门的国家赔偿法,使赔偿的归责原则、赔偿的范围、赔偿的标准和程序、赔偿经费的落实等有了统一和明确的规定,建立系统、全面的国家赔偿制度,才能使宪法赋予的求偿权得到真正的贯彻。

其次,建立起职务违法行为的责任追究机制,才能促使国家机关的公务执行水平不断提高,日益规范,这也是我国实现建设社会主义法治国家的宏伟目标的必然内容。在一个法制健全的国家,公权力的运行在遵循严格的法律规范的同时,存在有效的监督和制约机制,如行政诉讼、行政复议等,但是如果缺乏物质上的制裁措施,缺乏行之有效的责任承担,将使监督机制失去威慑而成为“没牙的老虎”。另外,通过国家赔偿制度的实施,反思和总结公权力运行中的遗漏和错误,反过来也可以为公权力的合理行使发挥纠偏和补漏的功能,进一步加强公务员“执法为公”的意识,推动整个国家的法治进程。