

诉讼策略与实例点评丛书

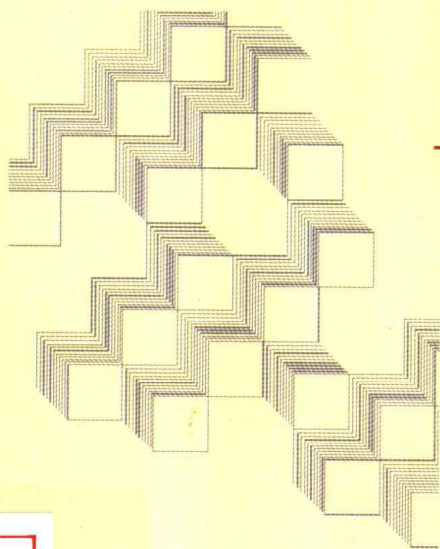
国家赔偿案件 诉讼策略与实例点评

胡肖华 倪洪涛等 编著

GUOJIAPEICHANGANJIAN

SUSONGCELUEYU

SHILIEDIANPING



115

湖南人民出版社

诉讼策略与实例点评丛书

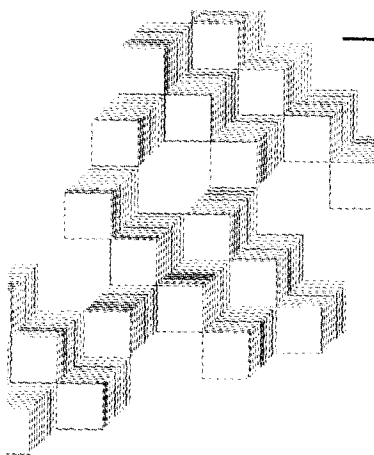
国家赔偿案件 诉讼策略与实例点评

胡肖华 倪洪涛 等编著

GUOJIAPEICHANGANJIAN

SUSONGCELUEYU

SHILIEDIANPING



湖南人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家赔偿案件诉讼策略与实例点评/胡肖华等编著.
—长沙:湖南人民出版社,2004.5
(诉讼策略与实例点评丛书)

ISBN 7-5438-3647-5

I.国... II.胡... III.国家赔偿法—行政诉讼—
案例—分析—中国 IV.D925.305

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 041490 号

责任编辑:曾赛丰

装帧设计:陈 新

国家赔偿案件诉讼策略与实例点评

胡肖华 倪洪涛 等编著

*

湖南人民出版社出版、发行

(长沙市营盘东路3号 邮编:410005)

湖南省新华书店经销 益阳资阳彩色印刷厂印刷

2004年5月第1版第1次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:12.25

字数:277,000 印数:1-5,000

ISBN7-5438-3647-5

D·585 定价:19.50元

出版说明

《诉讼策略与实例点评丛书》是一套由法学专家和资深律师告诉人们如何打官司的实用类图书。我们在策划和组稿过程中，着重对选题组织、内容安排、写作风格等方面做了方便读者阅读的合理化设计，希望能更好地服务于当事人，从而达到更好的普法效果。

第一，选题设计。官司可以分类，但各类案件有大小、多寡不同。我们不求面面俱到，只选取案件多发的刑事、行政、劳动、婚姻、房地产等与公民、法人生产生活密切相关的几个大类来组织书稿，分两辑先后出版。

第二，内容安排。书中有关诉讼基本知识的介绍，力求做到简明扼要。但对诉讼策略及其运用的全过程，如诉前准备、申请立案、庭审应变、举证质证、法庭辩论等所有程序的技巧，均不吝笔墨，有理论有实践，叙述非常详细具体，让读者于

诉讼的成败得失，均可了然于胸，并引以为鉴。

第三，编写风格。丛书基本具备法律通俗读物畅销图书的特点，行文流畅、生动，表达准确，有较强的可读性和实用性。

**湖南人民出版社
法律读物编辑室**

目 录

引论:揭开国家赔偿的“面纱”	/ 1
一 赔偿·补偿·追偿	/ 2
二 赔偿之“因”	/ 11
三 赔偿之“果”	/ 16
四 公权力的“矮化”史	/ 28

第一编 行政赔偿

第一章 权利奔走的“栅栏”	/ 40
一 “生命诚可贵”:人身权赔偿	/ 40
二 “财产意也高”:财产权赔偿	/ 69
三 “若为‘自由’故”:求偿权的限制	/ 89
四 亦应作探讨:特殊赔偿情形	/ 100

第二章 “权利”向“权力”说不	/ 111
一 由谁“叫板”:诉请主体	/ 112
二 向谁“叫板”:责任主体·侵权主体·义务机关	/ 122
三 共同义务机关的责任分配	/ 156

四	“慷”国家之“慨”的防止	/ 171
五	行政赔偿第三人	/ 176
第三章	赔偿“四步曲”	/ 190
一	赔偿“准入证”:确认程序	/ 191
二	行政救济:诉前请求程序	/ 206
三	最后屏障:诉讼程序	/ 217
四	赔偿程序的延伸:追偿程序	/ 224
第四章	实务技巧与方略	/ 231
一	“欲擒故纵”求妥协:调解	/ 231
二	“用脚投票”觅正义:管辖	/ 237
三	不二法门重事实:举证	/ 242
四	案件未结先得偿:先行给付	/ 255
五	两项原则保人权:免费·免税	/ 261

第二编 司法赔偿

第五章	向“冤狱”求偿	/ 267
一	刑事赔偿的边界	/ 267
二	刑事赔偿“游戏”的角色	/ 281
三	解析“职务行为”	/ 293
四	公安赔偿的“双面性”辨析	/ 302
第六章	民事、行政司法赔偿	/ 312
一	违法强制的赔偿	/ 312
二	违法保全的赔偿	/ 318

三	违法执行的赔偿	/ 324
四	事实行为的赔偿	/ 332
第七章	“权利”奋斗的历程	/ 337
一	确认程序:开启赔偿之门	/ 338
二	先决程序:谁侵权谁负责	/ 348
三	复议程序:系统内之矫正	/ 359
四	决定程序:司法公正之期待	/ 366
后 记		/ 381

引论：揭开国家赔偿的“面纱”

1873年，在著名的勃朗戈案中，法国权限争议法庭第一次明确判定国家对其公务活动所引起的损害，应当承担赔偿责任，从而开启了国家赔偿的先河，标志着世界范围内国家赔偿制度的诞生。我国已于1994年5月通过了《中华人民共和国国家赔偿法》（以下称《国家赔偿法》），并于1995年1月1日开始实施。这无疑是我国社会主义民主与法治建设道路上的一个重要里程碑，对于切实维护公民的合法权益，促进国家机关及其工作人员依法行使职权具有深远的意义。但是，由于国家赔偿制度的真正确立和不断完善，仰仗于一种全新的“国家—社会”模式和“权利—权力”观念，需要一种“对权力说不”的勇气和“为权利而奋斗”的锲而不舍的精神，而这种浓厚宪政文化的培育又不可毕其功于一役，因此，国家赔偿在制度层面上的构建，并不预示着该制度的真正有效运行和有“损害就有赔偿”原则的深入人心。正是基于上述考虑，我们在对一些具体个案进行详尽剖析之前，就有关理论问题作简约诠释，意在倡导一种“权利—权力”的平等观念。

一 赔偿·补偿·追偿

(一) 国家赔偿

1. 国家赔偿的概念

所谓赔偿是和“损害”相共生的一个范畴，从现象上讲，就是以加害者财产填补受害人所受的伤害，或者说，以加害者承受不利益去消除受害人所受的不利益；从实质上讲，赔偿就是在一定条件下，法律责成当事人承担的以财产等为给付内容的强制性义务。

而一旦在“赔偿”之前冠以“国家”一词，也就标示了一个崭新的法治时代的到来，以及公法与私法就赔偿问题的最终理论分野。国家作为责任主体的赔偿，无论赔偿数额、范围、条件，还是赔偿的归责原则、构成要件以及理论基础，都具有了与民事赔偿质的区别。在我国，国家赔偿是指国家机关及其工作人员（主要是指行政机关，法律、法规授权组织和司法机关^①）在行使职权过程中违法侵犯公民、法人或者其他组织^②合法权益造成损害，国家承担的一种补救性法律责任。

首先，国家赔偿责任是一种补救性法律责任。补救性法律责任是和惩罚性法律责任、纠正性法律责任、执行性法律责任

① 我国《国家赔偿法》采“大司法”概念，即司法机关不仅仅指法院，还包括履行刑事职责时的公安机关和检察机关，甚至狱管部门。当然，这里有许多值得探讨之处。

② “公民、法人或者其他组织”一语，一经《行政诉讼法》所采用，即成为一个法律概念，其实该不周延概念所隐含的意义是丰富的，其还应包括无国籍人、外国人等。

相对而言的^①，是指违法行为人依法承担的消除、弥补违法行为所造成的不法后果的责任形式，例如赔偿损失、恢复原状等。国家赔偿着眼于平衡国家和公民之间的利益冲突，旨在消除或者弥补国家侵权行为所造成的不法后果，而不是对国家的惩罚。

其次，国家赔偿的责任主体是国家。国家赔偿所展示的是公民和国家之间崭新的法律关系，国家既然是法律上的拟制人，具有法律人格，就应该遵循“法律面前人人平等”的原则，当国家的机关及其工作人员违法造成相对方合法权益损害时，当然，亦应由国家承担相应的法律上的赔偿责任。在此需要注意区别三个概念：责任主体、赔偿义务机关和侵权主体。在我国，国家赔偿责任主体是惟一的，即国家，国家是赔偿责任的最终承担者。根据我国《国家赔偿法》的有关规定，赔偿义务机关是指代表国家接受国家赔偿请求，参加国家赔偿程序，直接履行赔偿义务的机关。由于国家是一抽象的政治实体，受害人无法直接请求抽象的国家承担具体的赔偿义务，因而在许多国家立法中采取了“国家责任、机关赔偿”的做法，换言之，“机关办事，国家出钱。”而侵权主体则是指执行职务造成他人损害的具体机关及其工作人员。

再次，引起国家赔偿的原因是违法职务行为造成的损害。这里有三层含义：其一，引起国家赔偿的行为必须是国家机关及其工作人员在执行职务过程中做出的职务行为，而不是个人行为；其二，该种职务行为必须是违法的，合法的行为不引起国家赔偿，即使它造成了损害后果；其三，该职务行为的违法做出必须造成了相对方合法权益的实际损害，无损害也无所谓

① 参见高家伟：《国家赔偿法学》，工商出版社2000年10月版，第1页。

赔偿。

最后，国家赔偿是一项法律制度。国家赔偿是一个系统工程，不是单纯的法律条文，而是一项活生生的具体法律制度，由法律依据、主体、客体、程序等要素构成。作为一项法律制度，国家赔偿是一个由宪法、行政法和诉讼法相互交叉形成的特殊法律领域，既有宪政意义，也有行政法、诉讼法和民法意义。国家赔偿的存在，使我国的法律体系更加完善，使我国的法律制度更为文明。

2. 国家赔偿的分类

根据不同的标准，可以对国家赔偿作不同的分类。如广义的国家赔偿和狭义的国家赔偿，一般国家赔偿和特殊国家赔偿等。我们仅以引起赔偿的行为原因为标准对不同的国家赔偿作以简单的介绍。

①立法赔偿。因立法机关的立法行为所产生的赔偿为立法赔偿。在法国和德国，议会的立法行为给特定的公民、法人或者其他组织造成特别损害的，国家要依法承担一定的赔偿责任。

②行政赔偿。是指因行政主体及其工作人员行使职权过程中的违法行为所产生的赔偿责任。包括因抽象行政行为造成的赔偿责任，因具体行政行为造成的赔偿责任和因事实行为造成的赔偿责任三类。

③司法赔偿。是指司法机关（包括公安、国安、检察和法院）在履行侦查、起诉、审判等司法职能过程中违法侵犯当事人权益所造成的赔偿责任。我国目前的国家赔偿法律制度将监狱管理中产生的国家赔偿也纳入到了司法赔偿这一类，这在学理上是值得推敲的。

④军事赔偿。是指国家军事机关在履行国防职责过程中违

法侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益所承担的赔偿责任。

⑤公共设施赔偿。是指因公共设施设计或者管理不善而造成的赔偿责任。目前我国将此类赔偿纳入了民事诉讼的范围。

上述分类有助于明确世界各国国家赔偿的范围。法国和德国的国家赔偿包括立法赔偿，韩国和台湾地区的国家赔偿包括公共设施赔偿，英国和美国的国家赔偿不包括司法赔偿，而我国《国家赔偿法》规定的国家赔偿只包括行政赔偿和司法赔偿。

3. 国家赔偿的性质

对于国家赔偿的性质，大陆法系、英美法系国家的法律规定和理论认识不尽一致。即使同一法系国家，由于所处的历史条件不同，受政治制度、法律制度、民族文化和意识形态诸因素的影响，也远未达成共识。所谓国家赔偿的性质，是指国家赔偿所具有区别于其他赔偿的特性，它通常在两种意义上使用：其一，是指国家赔偿责任应归属于民事责任还是国家责任；其二，是国家赔偿责任究竟是代位责任还是国家自己的责任。

就第一个方面而言，英美法系由于无公法私法之分，民事责任说在这些国家较为流行。而以法国为代表的大陆法系国家，一般都将国家赔偿视为一种独立的国家责任，适用不同于民事责任的法律制度。我们认为，国家赔偿是从传统的民事责任分离出来的，现已发展成为一种独立的国家责任。事实上，《中华人民共和国行政诉讼法》（以下称《行政诉讼法》）、《国家赔偿法》的颁布标志着我国已从法律上确认了国家赔偿的国家责任性质，从立法上完成了从民事赔偿责任向国家赔偿责任的过渡。

就第二个方面而言，问题略显复杂，有代位责任说^①、国家自己责任说^②、合并责任说、中间责任说和折衷说等不同的学说。我国绝大多数学者主张国家赔偿责任为国家自己责任。尤其是我国《行政诉讼法》和《国家赔偿法》的颁布，更进一步确认了国家赔偿自己责任的性质。我们认为，对于国家赔偿责任的性质，既要从法律规定的角度来认识，更应从法理的学术角度来认识。代位责任和自己责任说之间的差异，其实质在于如何认识公务员与国家之间的关系问题。只有正确把握了这一关系，才能正确认识国家赔偿责任的性质。

（二）国家补偿

1. 国家补偿的概念及特征

国家补偿是指国家机关及其工作人员在行使职权的过程中，因合法行为给公民、法人或者其他组织造成特别损失，依法由国家相对方所受损失实行救济的制度。国家补偿主要存在于行政和军事领域，而且以行政补偿的制度化的程度最高。国家补偿有以下主要特征：

第一，国家补偿的前提是国家机关及其工作人员依法履行职责、执行公务的行为导致特定个人、组织的合法权益受到损失，或特定个人、组织为维护和增进公共利益而使自己的利益

① 该说认为，国家赔偿是公务员的侵权行为造成的损害，由国家代为承担赔偿责任。即，国家承担的责任不是自己本身的责任，而是代公务员履行责任，国家在实际承担了赔偿责任后，便取得了对实施侵权行为公务员的求偿权。

② 该说认为，无论公务员有无主观过错，只要损害发生在国家权力运作过程中，并由违法行为所引起，国家就应负赔偿责任。因为国家授予公务员执行公务的权限，本身就包含着被公务员违法执行之可能。也就是说，权限本身已具备了危险性，所以国家自己应当负担危险责任。

受到损失。如公民为防止大火蔓延到邻近的政府办公大楼而拆毁自家房屋。

第二，国家补偿的主体是国家。而具体补偿义务机关是国家行政机关、其他行政主体或者军事机关，任何个人均不负有自己财产给付国家补偿的义务。并且国家补偿不发生追偿问题。

第三，国家补偿对象是特定的公民或组织。补偿对象是特定的、具体的、而非抽象的。社会成员对国家和社会负有平等责任，如果社会成员的合法权益因国家的合法行为平等地受到损失（如依法向国家纳税，属于社会成员平等地对国家和社会承担责任），则不存在国家补偿问题，只有当个别或少数公民、组织因国家合法行为受到额外损失或特别损失，而其他社会成员因此获益时，才有国家补偿的必要。因而，对象的特定性是国家补偿的一个重要特征。

第四，国家补偿的依据具有多样性，除法律、法规外，也可以是政策。而国家赔偿则必须严格依照法律进行。

最后，国家补偿的方式是多种多样的，除经济补偿外，还可以是生产、生活和就业等方面的优待或优惠。

2. 国家补偿与国家赔偿

国家补偿和国家赔偿都是对公权力运行过程中造成损害（失）的补救制度。两者在方式、范围、实际效果和理论基础等方面有诸多相通之处。近年来，补偿特别是事后补偿制度与赔偿制度出现的合流趋势就是明证。但是，不容回避的是，它们也有许多区别，主要表现在：

首先，原因不同。国家赔偿和国家补偿最主要的区别在于引起补偿与赔偿的原因不同。补偿是由合法行为致害，而赔偿则是由违法行为致害。

其次，性质不同。国家赔偿是国家对其违法行为承担的一种法律责任，是对违法行为的一种否定和谴责；而在我国，国家补偿是国家对其合法行为给公民、法人或者其他组织造成的特别损害的弥补，是对合法行为的肯定和支持。

再其次，范围不同。国家赔偿适用的范围比较广泛，包括立法、行政、司法和军事领域；而国家补偿主要存在行政和军事领域。

再次，时间不同。国家补偿可在实际损失发生之后进行，也可以在实际损失发生之前，依照法律规定或依当事人双方的约定预先进行；而国家赔偿只能在损害发生之后进行，由于损害的发生对受害人而言是始料不及的，因而不存在当事人双方在损害之前达成赔偿协议并给付赔偿金的可能性。

最后，费用管理不同。国家补偿费一般不单独在国家财政中列支，也不实行集中管理，而由具体国家补偿义务机关分散管理；而国家赔偿经费单独列入国家预算，并且由国家财政机关实行集中管理。^①

（三）国家追偿

1. 国家追偿概说

所谓国家追偿是指国家在对受害人履行了国家赔偿责任后，要求实施违法行为的工作人员承担部分或全部赔偿费用的法律制度。在我国，国家追偿可分为行政追偿和司法追偿两种类型。

追偿制度是国家赔偿制度不断完善的产物。在主权豁免时代，受害人的损害被视为公务员个人行为所致，从而由公务员

^① 参见《行政诉讼法》第69条；《国家赔偿费用管理办法》第6条。

个人承担赔偿责任，当然也不可能存在追偿问题。随着人民主权理论的兴起，国家逐渐拟人化，被视为公法人，应当与一般公民那样遵守法律；在违法时亦应当承担法律责任，这样，向有关违法公务员追偿的制度也随之产生。关于国家追偿的法律性质有不同的学说：不当得利返还请求说、债务不履行赔偿请求说以及第三人代位求偿说。但是上述观点，或者以民法理论解释公法现象，或者无法脱离国家代位赔偿理论的窠臼，都或多或少地表现出了其局限性。我们认为，“追偿”一词的解释力已远不能适应现代国家追偿制度的全部内涵，而保留国家追偿制度的目的是为了平衡鼓励公务员积极性和抑制其违法行使职权这一对矛盾，即不但在国家和公民之间实现公平，而且要在国家和公务员之间实现权利义务的平衡。

国家追偿是国家赔偿中的一个必不可少的专门法律制度。一方面，追偿以赔偿为基础，没有赔偿，就没有追偿，追偿是赔偿的后续阶段，是国家机关进行自我管理，彻底纠正违法公权力行为的必要措施。另一方面追偿和赔偿在主体、范围和程序诸方面亦有许多区别。首先，赔偿是国家与受害者之间的法律关系，是国家对公民等承担的法律 responsibility，是对公民等的救济和对国家的违法行为的否定与谴责；而追偿是公务员向国家承担的法律 responsibility，是对公务员违法行为的否定与制裁，是国家内部的一种自我修复措施。其次，赔偿的范围由法律作了明确规定，而追偿的范围却由赔偿义务机关在赔偿的范围内结合公务员违法情况进行具体裁量。再次，赔偿有法定程序设计，而追偿的程序与受害人没有利害关系，法律没有明确规定。

其实就我国而言，目前追偿制度中最薄弱的环节就是程序的“缺席”，如追偿的具体步骤。被追偿人不服决定的救济程序以及追偿时效制度等等。另外，还应该建立追偿限制制度，