

中国法学会八五重点课题

应松年主编

马怀德 刘 莘

肖 岫 应松年 著

国家赔偿法研究

GUOJIA
PEICHANGFA
YAN JIU

 法律出版社

中国法学会八五重点课题

国家赔偿法研究

应松年 主 编

马怀德 刘 莘 肖 峴 应松年 著

法 律 出 版 社

(京)新登字 080 号

国家赔偿法研究

应松年 主编

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/丰台印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/8.5 字数/229 千

版本/1995 年 8 月第 1 版 1995 年 8 月第 1 次印刷

印数/0,001--1,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/3266781 3266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-1697-0/D·1346

定价:14.80 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

第一编 国家赔偿法原理	1
第一章 国家赔偿法概述	1
第一节 国家赔偿责任及其特征	1
一、国家侵权的产生	1
二、国家赔偿责任	3
第二节 国家赔偿责任的性质	9
一、代位责任说	9
二、自己责任说	10
三、合并责任、中间责任与折衷说	12
四、简单的分析及我国立法取向	13
第三节 国家赔偿法	18
一、国家赔偿法的渊源	19
二、国家赔偿法的构成	23
三、国家赔偿法的立法规律及特征	27
四、国家赔偿法的法律地位和性质	35
第四节 国家赔偿法的功能	42
一、保证宪法的实施,建立完备的法律责任体系	43
二、保护公民、法人和其他组织的合法权益	44
三、调整利益,实现社会公平	45
四、确保国家机关及公务人员依法行使职权	45
第二章 国家赔偿法的理论基础	47
第一节 国家主权豁免理论与国家赔偿	47
一、国家豁免原则的形成及衰退	47

二、国家豁免的范围	52
第二节 国家赔偿责任的理论根据	57
一、拟人化理论	57
二、公平负担理论	59
三、我国国家赔偿的理论基础	60
第三章 国家赔偿责任的构成	63
第一节 国家侵权行为的主体	63
一、国家侵权主体的范围及特点	63
二、我国国家侵权主体	67
三、几种特殊侵权行为主体	68
第二节 构成国家赔偿责任的侵权行为必须是行使职权 的行为	70
一、各国执行职务规定之比较	70
二、划分职务侵权行为与非执行职务侵权行为的标准	73
第三节 构成国家赔偿责任的侵权行为必须是违法行为	76
一、违法与过错在各国法律中的表述	76
二、过错与违法的含义及选择	78
三、违法或过失的特例	80
四、我国国家赔偿的归责原则	82
第四节 侵权行为造成损害结果是构成我国国家赔偿的 必要条件	84
一、损害的范围	84
二、损害的对象	85
三、损害行为与损害结果之间的因果关系	86
四、缺乏因果关系的事实	90
第五节 国家侵权赔偿责任的法律特征	91
第二编 行政赔偿	93
第四章 行政赔偿概述	93

第一节 行政赔偿的概念	93
一、作出侵权行为的主体是行政机关及其工作人员	93
二、受到损害因而请求赔偿的是公民、法人和其他组织	95
三、执行职务的违法行为侵权并造成损害	97
四、国家承担责任	99
第二节 行政赔偿的构成要件	99
一、关于侵权主体	99
二、关于行为	101
三、关于损害事实	103
四、关于因果关系	103
五、法律规定	103
第五章 行政赔偿的范围	105
第一节 概述	105
一、国家承担赔偿责任的侵权行为的范围	105
二、国家承担赔偿责任的合法权益的范围	110
第二节 侵犯人身权的赔偿	112
一、人身权的概念	112
二、人身自由权的赔偿	113
三、生命健康权的赔偿	115
第三节 侵犯财产权的赔偿	117
一、财产权的概念	117
二、行政处罚中的财产罚、行为罚的赔偿	117
三、财产强制措施的赔偿	121
四、征收财物的赔偿	122
第四节 特殊情况的赔偿	124
一、不作为行为的赔偿问题	124
二、对行政机关工作人员奖惩任免的损害赔偿问题	125
三、行政终局裁决行为的赔偿问题	126
四、国家不承担赔偿责任的情况	126
第六章 行政赔偿的请求人和行政赔偿义务机关	129
第一节 行政赔偿请求人	129

一、行政赔偿请求人	129
二、行政赔偿请求人的转移	130
三、共同请求人和代理人	132
第二节 行政赔偿义务机关	133
一、概念	133
二、确立行政赔偿义务机关的原则	133
三、行政赔偿义务机关	134
第三节 追偿	137
一、概述	137
二、追偿的性质	139
三、追偿的条件	141
四、追偿的例外和限制	143
第七章 行政赔偿程序	145
第一节 行政赔偿请求	145
一、单独提起赔偿请求	145
二、一并提出赔偿请求	146
第二节 行政赔偿程序	147
一、行政赔偿义务机关处理程序	148
二、行政复议处理程序	151
第三节 行政赔偿诉讼	153
一、行政赔偿诉讼的概念、性质和特点	153
二、提起行政赔偿诉讼的条件	156
三、行政赔偿诉讼中的几个问题	159
第三编 司法赔偿	165
第八章 司法赔偿概述	165
第一节 司法赔偿的概念	165
一、关于司法职权	166
二、关于行使司法职权的司法机关和司法工作人员	168
第二节 司法赔偿的历史沿革	169
一、外国司法赔偿立法的历史简述	169

二、我国司法赔偿的历史简述	171
第三节 司法赔偿的归责原则	174
一、对归责原则传统看法的探讨	174
二、我国的刑事赔偿以至于整个司法赔偿的归责原则是违法原则	176
三、我国司法赔偿的归责原则是“法定违法原则”	177
第九章 司法赔偿范围	178
第一节 无罪羁押赔偿原则	178
一、有关国家的立法例	178
二、我国羁押赔偿的原则	180
三、对几种复杂情形的探讨	182
第二节 刑事赔偿范围	185
一、错拘、错捕、错判、错杀侵犯公民自由权和生命权的赔偿	185
二、非法拘禁侵犯公民自由权的赔偿	191
三、刑讯逼供等侵犯公民生命健康权的赔偿	192
四、对财产权的侵权赔偿	194
第三节 国家刑事赔偿责任的减免	195
一、国家不承担羁押赔偿赔偿责任的情形	195
二、关于免于起诉	197
第四节 民事诉讼、行政诉讼中的国家赔偿	198
一、国家对民事诉讼和行政诉讼中的错判不负赔偿责任	198
二、国家在民事、行政诉讼中承担赔偿责任的几种情形	201
第十章 赔偿请求人与赔偿义务机关	204
第一节 赔偿请求人	204
一、赔偿请求人的资格	204
二、赔偿请求权的转移	204
第二节 赔偿义务机关	206
一、司法赔偿的赔偿义务机关	206
二、司法赔偿义务机关的义务	207
三、对具有法律规定情形的司法工作人员追偿	207
第十一章 司法赔偿程序	209

第一节 司法赔偿请求的提起	209
一、权力体制上的障碍	209
二、程序设置上的障碍	210
第二节 设置司法赔偿程序的困难与解决的方案	212
一、我国设置司法赔偿程序的困难	212
二、解决困难的方案	212
第三节 司法赔偿程序	215
一、赔偿义务机关处理前置程序	215
二、复议程序	218
三、赔偿委员会的决定程序	218
四、执行	221
第四编 国家赔偿方式与计算标准	223
第十二章 国家赔偿方式和计算标准	223
第一节 国家赔偿方式	223
一、赔偿方式的概念	223
二、金钱赔偿	224
三、返还财产	225
四、恢复原状	227
第二节 国家赔偿计算标准	228
一、确定计算标准的原则	228
二、对身体损害的赔偿标准	229
三、对财产损害的赔偿标准	234
四、民事、行政诉讼的赔偿计算标准	238
五、关于损益相抵	240
第十三章 国家赔偿请求时效及对等原则	242
第一节 国家赔偿请求时效	242
一、国家赔偿请求时效的概念	242
二、国家赔偿请求时效的效力和期间计算	244
第二节 对等原则	247
一、对等原则的概念	247

二、对等原则实践中的几个问题	250
第十四章 费用	253
第一节 国家赔偿经费	253
一、各国对赔偿经费的不同规定	253
二、可供选择的几种方案	254
三、国家赔偿法的规定	257
第二节 赔偿金不收税原则	258

第一编 国家赔偿法原理

第一章 国家赔偿法概述

第一节 国家赔偿责任及其特征

“有侵权，必有责任”，这是民事法律长期以来恪守的一条重要原则。早在罗马时期，民事侵权法已初具规模，后经大陆、英美法系学者的研讨及实践的不断完善，至 18 世纪，已成为法律体系中的重要分支之一。由于侵权事件与日俱增，侵权类型样式翻新，民事侵权法在解决公民个人和法人侵权损害方面，日益发挥着重要作用，“过错责任”、“有侵权必有赔偿”等概念也随之深入人心，成为处理侵权事件的基本准则。

然而，民事侵权法始终以解决个人之间的侵权损害为己任，并未能将其触角伸向国家侵权事实。于是，在很长一段历史时期，出现了这样一种局面：一方面，解决民事侵权的法律制度日渐完善；另一方面，大量国家侵权现象日益严重，却无法有效控制。这就给理论界和司法实践部门提出一个严肃的问题，究竟国家有无侵权现象？发生侵权后，国家是否要承担必要的责任？应该说，这是一个极容易回答而极难实践的课题。近五十年来各国赔偿制度的发展史已证明了这一点。

一、国家侵权的产生

外国一位思想家曾说过：“如果人是天使，也就不需要政府了，如果让天使来统治人，也就无需对政府采取内外部的控制。在组织一个

人统治人的政府时,最大的困难在于使政府能管好被统治者的同时还要使政府管理自身。”^①正因为国家是由人创造并管理的,所以人本身具有的弱点不可避免地反映在国家管理中。可以说,国家犯错误是一种必然现象。正如美国学者舒克曾说的一样,导致国家犯错误的是公务员个人弱点:理解错误、能力所限、动机不当、疏忽大意。事实上,从国家制定法律、政策,到公务员行使具体权力,每一环节都可能因个人的弱点发生错误,其损害范围和后果可能要远远大于个人侵权产生的后果。如警察使用过度强制力逮捕嫌疑犯或搜查住宅;儿童因国家强制性卫生计划而遭受伤害;司法人员滥用职权而使无辜公民身陷囹圄;国家监狱管理不善而导致犯人出逃伤人;国家兴建高速公路而使周围居民遭受环境污染等。事实证明,尽管国家是人类按照最美好的愿望设计创造的“庇护神”,但是,当国家本身具有的强制性和行使国家权力的个人的弱点结合在一起时,就难以避免各类侵权及不幸的发生,这是国家侵权现象产生的根源所在。

遗憾的是,在人类历史的很长一段时间里,国家被蒙上一层神秘的面纱,人们不愿承认国家侵权的事实,更无勇气指出国家承担责任的必要。曾盛行于欧洲大陆的“主权命令说”赤裸裸地认为:国家是至高无上的,政府执行国家的法律也是至高无上的。^②在这些人看来,主权与法律是两个不相容的观念,即使要以个人权利对主权加以限制也必须依靠法律,而法律又是主权者自己的意思表示,是国家制定的,所以不可能出现主权国家违反自己意志的事实,当然也不存在国家负责任的问题了。直到1907年,美国联邦大法官霍姆斯还振振有词地说:“主权豁免,并不是依靠什么正式的观念和绝对的理论,而是逻辑和实践的必然结论:不可能存在一种依靠主权制定的法律成立而又与主权相对抗的法律权利”。^③由于受主权豁免原则的影响,不

① 转引自刘清波《冤狱赔偿法》第22页,台湾商务印书馆1974年版。

② Harper and James: The law of Torts (Boston 1956 Kawanankoa V. Polyblank, 205 U. S., 349, 353 (1907)).

③ (法)狄骥《公法的变迁》第217页,徐砥平译,商务印书馆1934年版。

仅国家的行为享受豁免,公务员个人的侵权行为也长期受到豁免。在他们看来,国家与人民的关系是权力服从关系,国家为统治者,人民为被统治者,统治者与被统治者之间,不存在任何赔偿问题,即使执行国家职务的公务员因故意和过失有不法侵害人民权利的行为,公务员立于国家机关地位之故,不适用侵权行为的规定而承担任何赔偿之责。即使后来有些国家对公务员行为及责任作了区分,但仍然主张国家不承担任何赔偿责任。“倘若此种行为是依照法律的,无论对于国家或公务员,都不发生责任问题。倘此行为与法律相反,国家亦不负责,……假使法律没有施行或被人违反了,这不是主权国家的意志,而为公务人员自己的意志,那么只有公务人员个人负其责任。”^①可见,国家侵权现象是一个客观存在的无法回避的事实。人们之所以不能正视这一事实并且试图用理论替它辩护,就是因为“君贵民轻”、“国王不能为非”、“官民不等”等封建信条的影响根深蒂固。

二、国家赔偿责任

国家机关及其工作人员行使职权时违法侵犯公民、法人和其它组织的合法权益造成损害的,国家应当承担赔偿责任。这是国家赔偿制度的核心内容。国家赔偿责任是一种不同于一般民事赔偿的特殊赔偿责任。从现有各国赔偿立法看,世界上还没有哪个国家的政府象普通公民一样对国家侵权行为承担责任。

尽管美国《联邦侵权赔偿法》第 2674 条规定:“美国联邦政府,依据本法关于侵权行为求偿之规定,应于同等方式与限度内,与私人一样地负民事责任。”但仍留了个尾巴,“其责任不及于判决前之利息和惩戒性之赔偿金。”特别在 2680 条中,竟规定了 14 项例外条款,^②表现了国家只负有限侵权责任的鲜明态度。英国《王权诉讼法》也规定了国家不承担赔偿责任的例外情形,如军事行为、邮政传递及司法职

^① Harper and James: The law of Torts (Boston 1956 Kawanankoa V. Polyblank, 205 U.S. 349, 353 (1907)).

^② 见《外国国家赔偿、行政程序、行政诉讼法规汇编》,行政立法研究组编译,政法大学出版社出版。

能等。^①在这两个国家,政府对自由裁量行为不负赔偿责任,即使自由裁量权被滥用,也是这样。就连国家赔偿制度最为开明的法国,行政法院也通过判例创设了一些赔偿的例外,如因国家对批准条约等政府行为致害不负赔偿责任,对立法行为造成的伤害也不承担赔偿责任。从国家赔偿的归责原则、请求获得国家赔偿的程序和范围看,受害人比一般民事赔偿受到更多的限制。如民事赔偿的归责原则以过错原则为主,而确定国家侵权责任则更多需要从国家行为的合法性考虑;再如民事赔偿并无最高数额限制,而国家赔偿往往要考虑国家负担能力,因而有最高额限制。此外在举证责任、程序规范等方面,传统民事侵权理论也不再适用于国家赔偿实践了。有人甚至认为,若将一系列民事侵权赔偿原则照搬到国家侵权行为中去,则可能出现影响政府公务效率,分化公务员与政府关系,扰乱司法程序等现象。由此观之,国家侵权赔偿责任是从民事侵权责任中分化出来的特殊法律责任,它是以国家侵权为基础,以有限的国家主权豁免为例外的—种法人责任或雇主责任。

为什么国家只承担有限赔偿责任?其原因十分复杂,概括起来,有两条,第一,传统上的主权豁免原则至今还影响着人们的观点和立法者的意识;第二,国家之所以不能像普通个人一样承担侵权赔偿责任,是因为,它被假定为公众利益而非个人利益存在。绝大多数政府活动都将不可避免地有些个人和团体发生不利影响,但由于它是为社会利益而服务的,因此,不能过分地限制和妨碍它。具体而言,国家赔偿责任有如下特征。

(一)国家赔偿责任的主体

虽然绝大多数国家侵权行为是公务员或国家机关实施的,但国家赔偿的责任主体是国家,而不是行使国家权力的公务员个人,也不是国家机关。国家赔偿以“国家”为责任主体,这一点不仅是与一般民

^① 见《外国国家赔偿、行政程序、行政诉讼法规汇编》,行政立法研究组编译,中国政法大学出版社出版。

事赔偿的重要区别,也是国家赔偿制度的政治意义所在。无论是在普通法系国家还是在大陆法系国家,国家赔偿制度的建立,都不同程度地抛弃了“主权豁免”原则和公务免责、“国王不能为非”等封建传统,将国家民主制度大大推进了一步。一度无所顾忌,不受任何约束的国家开始象个人一样承担一定范围内的法律责任,其深远的政治意义是不可低估的。国家作为责任主体,不仅标志侵权责任的民主化进程,而且也因此减少了公务员个人承担责任的顾虑,提高了国家机关执行公务的效率。

国家作为赔偿责任主体意味着凡因国家机关或公务员违法执行公务遭受损害的个人或因公有设施致害的个人均有权向国家提出赔偿请求,即使是与国家公务关系有外在联系的公务员以个人身份或目的实施的行为,国家也有义务向受害属实的公民个人或法人支付赔偿金。尽管世界许多国家对公务员、国家机关的范围理解不很一致,有的甚至规定了公务员在特定情况下负个人责任,但都不影响这条原则的普遍效力。

国家作为赔偿责任主体并不排斥公共团体的赔偿责任。现代国家为了管理的便利,通常赋予公共团体一些管理职责。公共团体包括地方自治团体、其他公法人及营造物法人。^①它们的存在与实现国家目的,有着十分密切的关系,这些团体的职员执行职务违法侵犯公民权益的,一般由公共团体负责赔偿。由于费用来源不一,有些国家立法中将国家与公共团体并列规定,但实质上,多指同一性质的赔偿责任。

国家作为赔偿责任主体并不排除公务员依照民法承担的个人侵权责任和依以特别权力关系承担的赔偿责任。虽然国家责任与个人责任的界限十分模糊,但在大陆法系和普通法系,都将国家责任独立出来,使之与公务员个人责任有所区分。从国家赔偿制度的历史看,公务员个人责任与国家责任表现出相互消长的波动规律,即在国家

① 参见曹竞辉《国家赔偿之理论与实务》第24页。

责任建立之前乃至建立之初,都是以个人责任为主、国家责任为辅的,均受民法约束调整。后来出现根据雇主与雇员负连带责任的理论确定的国家与公务员连带责任也大多服从民法规定。随着国家赔偿责任的全面确立,公务员个人责任已逐步为国家赔偿责任所取代。国家依据独立于民法的国家赔偿法开始独立承担法律责任。

国家虽为责任主体,但不参与具体赔偿事务,该事务由特定的赔偿义务机关负责。国家责任主体与赔偿义务机关是两个概念。国家只是作为名义上的赔偿责任主体而出现的,说它是责任主体,无非说明赔偿是以国家名义进行的,赔偿费由国库支付而已。至于承担赔偿责任义务、参与赔偿程序、进行赔偿诉讼的赔偿义务人则多指实施侵权行为的公务员所在的机关,遇有公有公共设施致害赔偿,则由负有管理义务者为赔偿义务机关。确定赔偿义务机关,主要是为了方便原告提起赔偿请求,不至于投诉无门。在英国,由于国家豁免传统的影响,国王虽为责任主体,但不作为诉讼被告。在国家赔偿诉讼中实行指定名义被告的办法,反映在《王权诉讼法》中,赔偿诉讼针对政府各部提起。如果不能确定有关部门时,则针对总检察长提起诉讼。

(二)国家赔偿责任的范围

民事侵权责任遵循“平等有偿”、“有损害即有补偿”弥补因侵权造成“损失”的原则,这些原则决定了民事赔偿的范围是不受特殊限制的。无论是身体自由侵权还是财产侵权,无论是何人实施的侵害都严格遵循赔偿实际损失与可得利益原则。然而,国家赔偿责任却有其特殊性,在赔偿责任的范围上受到诸多限制。

我国国家赔偿法第二章、第三章分别规定了行政赔偿和刑事赔偿的范围,明确了国家不能承担赔偿责任的行政和司法侵权情形,此外,未列入国家赔偿范围的民事错判、轻罪重判、公有公共设施损害,国家也不予赔偿。从国外赔偿法看,赔偿范围也受到诸多限制。在这些国家,限制国家责任的理由很多,第一,“传统的国家豁免理论”排除了为数众多的国家侵权行为所应承担的责任。该理论主张,政府为公益而存在,没有个人的目的,而是公众的福祉,即使造成了损害,也

应由受害人作出特别牺牲,国家无须赔偿;第二,许多豁免于国家赔偿的行为是对普通公众采取的,而不针对特定人,受害人因此无权请求赔偿;第三,若允许公民对国家划定的豁免行为起诉,必将影响国家管理的效率和公务人员的工作热情;第四,国家有限的财力不允许完全采用民事赔偿原则处理国家赔偿事务;第五,对个人权益的法律保护是多方面的,遭受国家侵权的人可通过其他途径获得补偿,在此种情形下,国家不必承担赔偿责任。

国家豁免的领域主要包括:第一,因立法行为造成的损害只有在很少情况下由国家承担赔偿责任。在极少数国家,只有特定的个人或团体受到影响,国家才对立法承担赔偿责任。如法国,法国承担此种责任的依据是公务负担平等原则。而德国则是根据补偿和征收的理论确定国家赔偿责任。第二,因司法行为造成损害,各国承担的赔偿责任十分有限。在大部分英美法系国家,国家不予赔偿。在法国等少数国家,国家只承担小范围的责任,对最高法院不能提出这种控告。奥地利虽承担司法侵权赔偿责任,但最高法院行为除外。第三,国家统治行为始终无法进入国家赔偿范围。对诸如国防、军事、外交等行为造成损害,国家一般不承担任何责任,当然统治行为的范围随着各国司法实践及判例解释正趋于缩小,而且对统治行为的划分也不断详细。其目的是扩大国家赔偿责任的范围。第四,对自由裁量行为,国家不予赔偿。在美国,即使滥用自由裁量权,国家亦不负赔偿责任。《联邦侵权法》第2680条第1和第8项即是明证。第五,对警察侵权行为,许多国家只在很小程度上负赔偿责任,其根据是警察行为的目的是维持整个社会的安全,由此而生的侵权行为后果应由社会分担。第六,国家对侵犯个人自由和尊严的行为一般不承担赔偿责任,如奥地利《国家赔偿法》就体现了这一点。即便赔偿,也有最高的限额。如美国。第七,国家对经济利益尤其是可预期利益的赔偿也十分有限,特别对侵犯营业权、违法拒发执照等行为造成的损失不予赔偿,对间接损失也很少赔偿。这些都是与民事侵权赔偿责任有严格区别之处。

(三)实现国家赔偿责任的程序