

国家赔偿法 理论与实务

THEORIES & PRACTICE OF
STATE COMPENSATION LAW

上 卷

江必新 梁风云 梁清 著

中国社会科学出版社

国家赔偿法 理论与实务

THEORIES & PRACTICE OF
STATE COMPENSATION LAW

上 卷

江必新 梁凤云 梁清 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国家赔偿法理论与实务 / 江必新、梁凤云、梁清著. —北京: 中国社会科学出版社, 2010. 11

ISBN 978 - 7 - 5004 - 9042 - 5

I. ①国… II. ①江…②梁…③梁… III. ①国家赔偿法—基本知识—中国
IV. ①D922. 11

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 162681 号

责任编辑 路卫军

责任校对 王兰馨

封面设计 李尘工作室

技术编辑 戴 宽

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

010 - 64031534 (总编室)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印刷装订 三河市君旺印装厂

版 次 2010 年 11 月第 1 版

印 次 2010 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 80

字 数 1150 千字

定 价 168.00 元 (上下卷)

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与发行部联系调换

版权所有 侵权必究

序

大约在十六年前的《国家赔偿法》颁布前夕，我写作了《国家赔偿法原理》一书。在这本书中，我尝试用比较法的研究方法对世界主要国家和地区的国家赔偿制度作了一次梳理，并用大量篇幅描述了域外在处理同一赔偿问题时的若干理性选择的认识论基础。我以为，大自然赋予了人类以灵动万千的自由意志的同时，也就赋予了人类以无穷无限的可选择性。因此，所谓的万世不易的原理只能使理想和现实渐行渐远，所谓的绝对正确的观念只能导引人们走入僵化壅滞一途。到今天，这个想法更加强烈。

《国家赔偿法》修订前，我和梁凤云、梁清两位青年学者商议，对《国家赔偿法》实施十五年以来的理论和实践进行一次系统的梳理，并对我们在这方面的观察、思考、著述和司法实践做一次阶段性小结，从而为国家赔偿法学研究和实践提供一本较为系统、全面的参考读物。之后，我们以《国家赔偿法原理》为主要框架，利用参与《国家赔偿法》修订的机会，并结合司法实践，作了较为深入的研究。

在写作过程中，我们注意把握以下几点：尽可能全面地介绍域外相关的立法例和相关制度；尽可能全面地反映国家赔偿立法和司法解释制定过程中的有关背景情况；尽可能全面地展示国家赔偿制度发展的沿革更替；尽可能地发掘国家赔偿司法实践中的重大理论和实践问题；尽可能地运用国家赔偿实例尤其是最高人民法院的司法解释来阐述国家赔偿制度的最新进展；尽可能地反映《国家赔偿法》修订过程中各种观点的交流和碰撞；尽可能地对中国国家赔偿制度和实践中存在的问题和不足

提出自己的观点。

任何一项法律制度如果仅仅作为一项“制度”存在，那么它必定是极其虚渺和脆弱的：虚渺的根由在于制度本身缺乏抛却自身考虑的终极归宿，缺乏悲天悯人的道德远瞻；而脆弱来源于每一个具体的案件、每一个微不足道的生命个体在遭遇不幸时的沉重求证。因此，国家赔偿制度的完善必须有仰望星空、放眼世界的道德感念，也必须有脚踏实地、为民请命的司法执著。我国南宋时期的司法官员宋慈在其所著的《洗冤集录》中说，司法官员掌握“死生出入之权舆，幽枉屈伸之机栝”，因此，对于案件必须“审之又审，不敢萌一毫慢易心。若灼然知其为欺，则亟与驳下；或疑信未决，必反复深思，惟恐率然而行，死者虚被劳漉。”诚哉斯言。

当然，限于水平、能力、资料和繁忙的工作，我们的初衷可能还没有完全实现，错漏之处亦不可避免。我们宁愿为读者多提供一些解决问题的思路，而不愿输出某些自以为是的绝对论断。正因如此，我们期待读者以批判的眼光对待它，并欢迎读者以建设性的态度帮助我们不断予以完善。

江必新

二〇一〇年六月二十三日于地坛东门寓所

目 录

基础理论编

第一章 国家赔偿责任界说 3

第一节 国家赔偿责任的概念 / 3

一、比较法上国家赔偿责任的不同内涵 / 3

二、我国国家赔偿责任的概念 / 12

三、我国国家赔偿责任的特点 / 17

第二节 国家赔偿责任的性质 / 20

一、国家赔偿责任属于私法责任还是公法责任 / 20

二、国家赔偿责任属于代位责任还是自己责任 / 29

第三节 国家赔偿责任的功能和意义 / 38

一、国家赔偿责任的功能 / 38

二、设立国家赔偿责任的意义 / 48

第二章 国家赔偿责任的历史发展 50

第一节 国家赔偿责任的发展阶段 / 51

一、完全否定阶段 / 51

二、相对肯定阶段 / 54

三、全面肯定阶段 / 55

四、继续发展阶段 / 58

第二节 大陆法系国家赔偿责任的历史发展 / 61

一、法国 / 61

二、德国 / 67

三、日本 / 73

第三节 英美法系国家赔偿责任的历史发展 / 79

一、英国 / 80

二、美国 / 85

第四节 我国国家赔偿责任的历史发展 / 91

一、新中国成立前的国家赔偿责任 / 91

二、新中国成立后的国家赔偿责任 / 93

三、我国台湾地区的国家赔偿制度 / 100

第三章 国家赔偿责任的理论基础..... 104

第一节 国家赔偿责任的思想渊源 / 104

一、国家赔偿责任兴起较晚的原因 / 104

二、国家赔偿责任产生的思想渊源 / 105

第二节 国家赔偿责任理论的发展 / 107

一、人民主权学说 / 108

二、社会协作学说 / 109

三、法律拟制说 / 110

四、国库理论说 / 112

五、公共负担平等说 / 112

六、特别牺牲说 / 113

七、危险责任说 / 114

第三节 我国国家赔偿的基本原则和基本观念 / 116

一、我国国家赔偿法的基本原则 / 116

二、我国国家赔偿法的基本观念 / 118

第四章 国家赔偿的类型..... 120

第一节 立法赔偿 / 120

一、国外立法赔偿的理论实务 / 120

二、对于我国应否规定立法赔偿的理论探讨 / 124

第二节 行政赔偿 / 127

- 一、应将行政不作为造成的损害纳入行政赔偿的范围 / 127
- 二、应将抽象行政行为造成的损害纳入行政赔偿的范围 / 131
- 三、应将军事赔偿纳入行政赔偿范围 / 132

第三节 司法赔偿 / 135

- 一、比较法上的司法赔偿 / 136
- 二、我国的司法赔偿 / 137

第四节 公有公共设施损害赔偿 / 138

- 一、比较法上的公有公共设施损害赔偿 / 139
- 二、应否规定公有公共设施损害赔偿 / 142

第五章 国家补偿责任..... 147

第一节 国家补偿责任概述 / 147

- 一、国家补偿责任的含义 / 147
- 二、国家补偿责任的特征 / 150
- 三、国家补偿责任的理论根据 / 153
- 四、国家补偿责任的类型 / 155

第二节 国家赔偿责任与国家补偿责任的比较 / 159

- 一、国家赔偿责任和国家补偿责任的区别 / 159
- 二、我国法上对于国家赔偿责任与国家补偿责任关系的处理 / 163

第六章 国家赔偿规范体系..... 165

第一节 国家赔偿法概述 / 165

- 一、国家赔偿法的概念 / 165
- 二、国家赔偿法律关系 / 167

第二节 国家赔偿法的规范体系 / 169

- 一、国家赔偿法的立法体例 / 169
- 二、国家赔偿法的渊源 / 172

第三节 国家赔偿法的效力 / 179

- 一、国家赔偿法的对内效力 / 179

二、国家赔偿法的对外效力 / 182

第四节 国家赔偿法的作用与价值 / 184

一、国家赔偿法的一般作用 / 184

二、我国国家赔偿法的价值 / 186

构成要件编

第七章 国家赔偿责任构成要件的一般原理…………… 193

第一节 国家赔偿责任构成要件概述 / 193

一、国家赔偿责任构成要件的概念 / 193

二、设定国家赔偿责任构成要件的目的 / 194

第二节 国家赔偿责任构成要件的基本结构 / 195

一、域外关于国家赔偿责任构成要件的基本结构或者要素的讨论 / 195

二、域外设定国家侵权赔偿责任构成要件的基本原则 / 197

三、我国国家赔偿法设定国家赔偿责任构成要件的基本思路 / 198

四、我国国家赔偿责任的构成要件 / 199

第八章 赔偿责任主体…………… 204

第一节 赔偿责任主体概述 / 204

一、赔偿责任主体范围的概念及设定主体范围的意义 / 204

二、设定主体范围的原理 / 205

三、赔偿责任主体范围 / 206

第二节 我国国家赔偿责任主体的范围 / 214

一、有关设定主体范围的若干不同意见 / 214

二、我国《国家赔偿法》对主体范围的具体规定 / 215

第九章 行为范围及其设定…………… 219

第一节 行为范围概述 / 219

一、设定行为范围的意义 / 219

二、设定行为范围的原理 / 220

三、公共权力的内涵与国家的特殊赔偿责任 / 221	
四、我国有关国家承担赔偿责任的行为范围的宏观设定 / 224	
第二节 特定的主权性行为与国家赔偿责任 / 226	
一、立法职能行为与国家赔偿责任 / 226	
二、司法职能行为与国家赔偿责任 / 249	
三、特定的行政职能行为与国家赔偿 / 254	
第三节 关于若干特殊领域的国家赔偿责任 / 257	
一、公有公共设施的国家赔偿 / 257	
二、军事行为 / 281	
三、特定的公务行为与国家赔偿责任 / 288	
第三节 职务行为及其认定 / 295	
一、域外对“执行职务”内涵的限定 / 295	
二、认定执行职务行为的标准 / 300	
三、执行职务行为的主要方式 / 306	
 第十章 因果关系及其认定.....	323
第一节 因果关系概述 / 323	
一、哲学意义上的因果关系 / 324	
二、法学意义上的因果关系 / 326	
第二节 认定因果关系的一般理论 / 329	
一、大陆法系的因果关系理论 / 329	
二、英美法系的因果关系理论 / 336	
第三节 国家赔偿法上对因果关系的认定 / 344	
一、认定因果关系的一般规则 / 345	
二、因果关系的推定 / 350	
三、不作为情形中因果关系的认定 / 356	
 第十一章 可赔偿之损害.....	362
第一节 损害概述 / 362	
一、损害的界定 / 362	

- 二、损害事实的结构 / 366
- 三、多重损害事实 / 369
- 第二节 可赔偿之损害的法律特征 / 371
 - 一、损害的现实性和确定性 / 371
 - 二、损害的特异性与法定性 / 374
 - 三、损害的可计算性 / 377
- 第三节 损害的分类 / 380
 - 一、学理上的分类 / 381
 - 二、对人身权益的损害 / 383
 - 三、对财产权益的损害 / 392

赔偿范围编

第十二章 行政赔偿的行为范围..... 399

- 第一节 行政赔偿范围的规定模式 / 399
 - 一、行政赔偿范围的规定模式 / 399
 - 二、我国《国家赔偿法》关于行政赔偿范围的规定模式 / 404
- 第二节 侵犯公民人身权的行政赔偿范围 / 407
 - 一、违法拘留或者违法采取限制人身自由的行政强制措施 / 407
 - 二、非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由 / 410
 - 三、以殴打、虐待等暴力行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡 / 412
 - 四、违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者伤亡 / 414
 - 五、造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为 / 416
- 第三节 侵犯财产权的行政赔偿范围 / 417
 - 一、违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚行为 / 417
 - 二、违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的行为 / 420
 - 三、违法征收、征用财产的行为 / 422
 - 四、造成财产损害的其他违法行为 / 425
- 第四节 有待研究的若干行政赔偿范围问题 / 426

- 一、关于规定方式的问题 / 427
- 二、关于保护权利范围的问题 / 428
- 三、关于抽象行政行为的赔偿问题 / 430
- 四、关于自由裁量行为、显失公正（行政裁量严重不当）行为的赔偿问题 / 432

第十三章 刑事赔偿的行为范围..... 436

第一节 刑事赔偿行为范围的立法模式 / 436

- 一、世界各个国家和地区关于刑事赔偿范围的立法模式 / 436
- 二、我国《国家赔偿法》关于刑事赔偿行为范围的立法模式 / 445

第一节 侵犯公民人身权的刑事赔偿范围 / 446

- 一、关于羁押赔偿的原则 / 446
- 二、违反刑事诉讼法的规定对公民采取拘留措施的，或者依照刑事诉讼法规定的条件和程序对公民采取拘留措施，但是拘留时间超过刑事诉讼法规定的时限，其后决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任 / 448
- 三、对公民采取逮捕措施后，决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的 / 457
- 四、依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的 / 470
- 五、暴力行为致伤致死的认定 / 484
- 六、违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡 / 490

第二节 侵犯财产权的刑事赔偿范围 / 492

- 一、违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的 / 492
- 二、依照审判监督程序再审改判无罪，原判罚金、没收财产已经执行的 / 495

第十四章 非刑事司法赔偿的行为范围..... 498

第一节 有关妨害诉讼强制措施的赔偿 / 498

- 一、妨害诉讼强制措施的概念和适用范围 / 498
- 二、违法采取对妨害诉讼的措施的情形 / 501

第二节 有关诉讼保全措施的赔偿 / 503

一、诉讼保全的概念和适用条件 / 503

二、违法采取保全措施的情形 / 507

第三节 有关执行行为的赔偿 / 514

一、执行行为的概念和生效法律文书 / 514

二、执行判决、裁定或者其他生效法律文书错误的具体情形 / 516

三、其他非刑事司法侵权行为 / 522

第十五章 国家免责的行为范围..... 523

第一节 国家免责行为概述 / 523

一、国外有关国家免责条件的设定 / 523

二、设定免责范围的考虑因素 / 525

第二节 我国行政赔偿中免责范围 / 525

一、行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为 / 526

二、公民、法人或者其他组织自己的行为致使损害发生的 / 526

三、法律规定的其他情形 / 528

四、行政赔偿免责范围的完善 / 528

第三节 刑事司法赔偿免责范围 / 529

一、因公民自己故意作虚假供述，或者伪造其他有罪证据被羁押或者被判处刑罚的 / 529

二、依照《刑法》第 17 条、第 18 条规定不负刑事责任的人被羁押的 / 532

三、属于《刑事诉讼法》第 15 条、第 142 条第 2 款规定不追究刑事责任的人被羁押的 / 533

四、行使国家侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理职权的机关的工作人员与行使职权无关的个人行为 / 535

五、公民自伤、自残等故意行为致使损害发生的 / 535

六、法律规定的其他情形 / 536

第四节 非刑事司法赔偿的免责范围 / 552

一、因申请人申请保全有错误造成损害的 / 553

二、因申请人提供的执行标的物有错误造成损害的 / 553

三、人民法院工作人员与行使职权无关的个人行为 / 553

四、属于《民事诉讼法》第 214 条规定情形的 / 553

- 五、被保全人、被执行人，或者人民法院依法指定的保管人员违法动用、隐匿、毁损、转移、变卖人民法院已经保全的财产的 / 553
- 六、因不可抗力造成损害后果的 / 554
- 七、依法不应由国家承担赔偿责任的其他情形 / 554

归 责 原 则 编

第十六章 归责原则概述..... 557

第一节 归责原则的概念 / 557

- 一、归责的含义 / 557
- 二、归责原则的含义 / 558

第二节 归责原则的意义 / 560

第十七章 归责原则体系..... 564

第一节 侵权法上的归责原则体系 / 565

- 一、侵权法上归责原则的演变 / 565
- 二、侵权法上归责原则体系 / 567

第二节 国家赔偿法上的归责原则体系 / 570

- 一、国外国家赔偿的归责原则体系 / 570
- 二、我国国家赔偿的归责原则体系 / 573

第十八章 国家赔偿归责原则..... 579

第一节 国家赔偿归责原则概述 / 579

- 一、过错及违法责任原则 / 579
- 二、无过错责任的适用范围 / 585
- 三、严格责任与过错推定责任的适用范围 / 586
- 四、危险责任的适用范围 / 587
- 五、公平责任的适用范围 / 588

第二节 国家赔偿的一般归责原则：违法责任原则 / 590

- 一、不同法律制度中违法的概念 / 590

二、不同法律体系中违法与过错的关系 / 594

三、将违法作为独立的归责原则的可行性 / 597

四、我国国家赔偿法中违法概念的界定 / 599

第三节 国家赔偿的特殊归责原则：结果责任和过错责任 / 603

一、结果责任原则 / 603

二、过错责任原则 / 611

责任归属编

第十九章 国家责任与国家赔偿义务…………… 625

第一节 国家责任与工作人员个人责任 / 625

一、侵权主体、赔偿责任主体、赔偿义务机关与赔偿审核机关 / 625

二、赔偿责任的若干归属方式 / 628

三、划分国家责任与公务员个人责任的方式 / 629

四、国家为工作人员承担责任的性质 / 631

第二节 国家赔偿义务机关 / 632

一、国家赔偿义务机关的基本类型 / 632

二、国家赔偿义务机关的设定 / 634

三、我国《国家赔偿法》有关赔偿义务机关的具体规定 / 638

第二十章 追偿权原理和具体行使…………… 665

第一节 追偿权及其设定原理 / 665

一、追偿权的概念 / 665

二、追偿制度的性质与功能 / 666

三、行使追偿权的一般原则 / 670

四、适格被追偿人的设定 / 672

五、限制追偿权的若干方式 / 674

第二节 追偿权的具体行使 / 678

一、追偿条件 / 678

二、追偿金额的确定与缴纳 / 683

三、追究机关工作人员个人赔偿责任的几种模式 / 687

四、追偿程序 / 689

第二十一章 赔偿经费的来源和拨付..... 704

第一节 赔偿的精神财富和物质财富 / 704

一、国家赔偿的精神财富 / 704

二、赔偿经费的筹措 / 705

三、我国有关赔偿经费的来源 / 707

第二节 赔偿经费的储备和拨付 / 713

一、赔偿经费的储备机关 / 714

二、超预算时的解决办法 / 715

三、国家赔偿经费的支出 / 715

方式标准编

第二十二章 国家赔偿的方式和标准概述..... 723

第一节 国家赔偿的方式概述 / 723

一、国家赔偿方式的含义 / 724

二、国家赔偿方式的特征 / 726

三、国家赔偿方式与民事赔偿方式的关系 / 728

四、国家赔偿方式的一般类型 / 729

第二节 国家赔偿的标准概述 / 730

一、国家赔偿标准的含义 / 730

二、确定国家赔偿标准的原则 / 732

三、我国国家赔偿标准的选择 / 733

第三节 国家赔偿的计算方法概论 / 750

一、国家赔偿的计算方法与国家赔偿标准的关系 / 750

二、国家赔偿的计算方法的法律性质 / 751

三、国家赔偿的计算方法的事实性质 / 752

第二十三章 国家赔偿方式及其适用..... 754

第一节 国家赔偿方式的种类 / 754

- 一、金钱赔偿 / 755
- 二、恢复原状 / 757
- 三、返还财产 / 761
- 四、消除影响、恢复名誉 / 761
- 五、赔礼道歉 / 763

第二节 国家赔偿方式的适用体系 / 765

- 一、国家赔偿方式的选择原则 / 766
- 二、比较法上的国家赔偿方式的适用体系 / 767
- 三、国家赔偿方式的适用体系的类型 / 771
- 四、我国国家赔偿方式的适用体系 / 773

第三节 国家赔偿方式的适用 / 777

- 一、金钱赔偿的适用 / 778
- 二、返还财产的适用 / 781
- 三、恢复原状的适用 / 782
- 四、消除影响、恢复名誉的适用 / 784
- 五、赔礼道歉的适用 / 787

第二十四章 可赔偿损害范围的法律界定..... 788

第一节 可赔偿损害范围概述 / 788

- 一、可赔偿损害范围的概念 / 788
- 二、界定可赔偿损害范围的必要性 / 789
- 三、限定可赔偿损害范围的功能 / 790

第二节 限制可赔偿损害范围的若干角度和思路 / 792

- 一、仅赔偿积极损害抑或一并赔偿积极损害和消极损害 / 792
- 二、全额赔偿与限额赔偿 / 795
- 三、是否适用过错相抵 / 796
- 四、是否适用损益相抵 / 803
- 五、能否超出赔偿请求的范围确定赔偿金额 / 809