

创新思维法学教材

Legal Textbooks of Creative Thinking



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

New View on State Compensation Law

全书对国家赔偿法的基本原理和主要制度作了较为全面、深入的阐述和分析，力求反映国家赔偿法理论研究和制度建设的最新成果，并对一些热点和前沿问题进行了思考与探索，既体现了理论的系统性，又注重对实践的指导作用。本书适合于高等院校师生、有关研究人员和各级各类公务员阅读使用。

国家赔偿法新论

石佑启 刘嗣元 著
朱最新 杨 桦



创新思维法学教材
Legal Textbooks of Creative Thinking

国家赔偿法新论

New View on State
Compensation Law

石佑启 刘嗣元 朱最新 杨桦 ▶ 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

DP12.11

图书在版编目(CIP)数据

国家赔偿法新论/石佑启,刘嗣元,朱最新,杨桦著. —武汉:武汉大学出版社,2010.10

创新思维法学教材

ISBN 978-7-307-08193-2

I. 国… II. ①石… ②刘… ③朱… ④杨… III. 国家赔偿法—中国—高等学校—教材 IV. D922.11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 179279 号

责任编辑:田红恩 责任校对:黄添生 版式设计:马 佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:湖北省荆州市今印印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 22.75 字数: 407 千字 插页: 2

版次: 2010 年 10 月第 1 版 2010 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-08193-2/D · 1040 定价: 32.00 元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

第一章 国家赔偿法概述	1
第一节 国家赔偿	1
一、国家赔偿的含义	1
二、国家赔偿的特征	3
三、国家赔偿与相关概念的区别	4
四、国家赔偿的性质	8
五、国家赔偿的理论依据	10
第二节 国家赔偿法	15
一、国家赔偿法的概念	15
二、国家赔偿法的渊源	16
三、国家赔偿法的性质	21
四、国家赔偿法的作用	23
第二章 国家赔偿法的历史发展	28
第一节 西方国家赔偿制度的历史发展	28
一、西方国家赔偿制度历史演变的一般过程	28
二、西方主要国家赔偿制度的历史发展	32
第二节 中国国家赔偿制度的历史发展	38
一、旧中国国家赔偿制度的历史发展	38
二、新中国国家赔偿制度的历史发展	39
第三节 国家赔偿的发展趋势	43
一、国家赔偿制度的法典化	43
二、国家赔偿范围的扩大化	44
三、国家赔偿主体的宽泛化	46
四、国家赔偿程序的合理化	47

五、国家赔偿制度的国际化	49
第三章 国家赔偿的归责原则	52
第一节 国家赔偿归责原则概述	52
一、国家赔偿归责原则的含义	52
二、归责原则的类型	53
三、我国的选择	60
第二节 行政赔偿的归责原则	68
一、行政赔偿归责原则的功能	68
二、行政赔偿归责原则的设定	70
三、行政赔偿归责原则的应用	71
第三节 司法赔偿的归责原则	73
一、司法赔偿归责原则的功能	73
二、司法赔偿归责原则的设定	74
三、司法赔偿归责原则的应用	76
第四章 国家赔偿的构成要件	80
第一节 国家赔偿构成要件概述	80
一、国家赔偿构成要件的概念与特征	80
二、国家赔偿构成要件的内容	81
第二节 行政赔偿的构成要件	106
一、主体要件	106
二、行为要件	107
三、损害事实要件	111
四、因果关系要件	112
第三节 司法赔偿的构成要件	114
一、主体要件	114
二、行为要件	116
三、损害事实要件	117
四、因果关系要件	118
第五章 国家赔偿的范围	126
第一节 国家赔偿范围概述	126

一、国家赔偿范围的概念和意义	126
二、国家赔偿范围的确定原则	127
三、国家赔偿范围的确定方式与设立标准	128
第二节 行政赔偿范围	130
一、行政赔偿范围的含义	130
二、侵害人身权的行政赔偿范围	131
三、侵害财产权的行政赔偿范围	135
第三节 司法赔偿范围	141
一、司法赔偿范围概述	141
二、刑事赔偿范围	141
三、非刑事司法赔偿范围	150
第四节 国家赔偿的免责范围	157
一、国家赔偿免责范围概述	157
二、行政赔偿的免责范围	162
三、司法赔偿的免责范围	165
 第六章 国家赔偿法律关系主体	 188
第一节 国家赔偿法律关系主体概述	188
一、国家赔偿法律关系主体的概念	188
二、国家赔偿责任主体	189
三、国家赔偿请求人	189
四、国家赔偿义务机关	190
第二节 行政赔偿法律关系主体	192
一、行政赔偿请求人	192
二、行政赔偿义务机关	198
第三节 司法赔偿法律关系主体	202
一、司法赔偿请求人	202
二、司法赔偿义务机关	203
 第七章 国家赔偿的程序	 212
第一节 国家赔偿程序概述	212
一、国家赔偿程序的概念与特点	212
二、行政赔偿程序与司法赔偿程序的区别	214



第二节 行政赔偿程序	216
一、行政赔偿程序概述	216
二、单独请求赔偿的程序	218
第三节 司法赔偿程序	226
一、司法赔偿程序的概念与特征	226
二、司法赔偿的先行处理程序	227
三、司法赔偿的复议程序	231
四、司法赔偿的决定程序	233
第八章 国家赔偿的方式、标准与费用	243
第一节 国家赔偿的方式	243
一、国家赔偿方式概述	243
二、我国国家赔偿的主要方式	246
三、我国国家赔偿的其他方式	249
第二节 国家赔偿标准	251
一、确立国家赔偿标准的原则	251
二、人身自由权损害赔偿标准	252
三、生命权损害赔偿标准	254
四、健康权损害赔偿标准	256
五、财产权损害赔偿标准	258
六、精神损害赔偿标准	260
第三节 国家赔偿的费用	264
一、国家赔偿费用的来源	264
二、国家赔偿费用的支付	266
三、国家赔偿费用的监督	267
第九章 国家追偿	273
第一节 国家追偿概述	273
一、国家追偿的概念	273
二、国家追偿的性质	275
三、国家追偿的金额	278
第二节 行政追偿	280
一、行政追偿的概念	280

二、行政追偿的形式·····	281
三、追偿人与被追偿人·····	282
四、行政追偿的条件·····	283
五、行政追偿的程序·····	284
第三节 司法追偿·····	287
一、司法追偿的概念·····	287
二、司法追偿的条件·····	288
三、追偿人与被追偿人·····	289
四、司法追偿程序·····	289
附录一：常用法律文书·····	296
附录二：中华人民共和国国家赔偿法及其新旧对照表·····	316
附录三：有关国家赔偿的行政法规和司法解释·····	345
主要参考书目·····	355
后 记·····	357

第一章 国家赔偿法概述

【重点】

1. 国家赔偿的含义与特征
2. 国家赔偿的性质
3. 国家赔偿的理论依据
4. 国家赔偿法的作用

第一节 国家赔偿

一、国家赔偿的含义

国家赔偿的概念最早出现在 18 世纪末 19 世纪初，是资本主义经济社会发展和人权思想不断进步的产物。^① 第二次世界大战以后，很多国家都通过立法或者判例的形式确立了国家赔偿制度，这一阶段的国家赔偿立法甚至成为一个国家民主法治发展的标志。国家赔偿也逐渐脱离民法体系，发展成为独立的法律体系。^② “国家赔偿”一词，在各国立法中有不同的称谓，如“国家赔偿”、“国家损害赔偿”、“国家赔偿责任”、“国家责任”，等等。因各国的历史、文化、政治等方面的差异以及所采取的立法结构不同，“国家赔偿”的含义也存在一定的差别，但有个基本的共同点就是：国家赔偿以国家作为责任主体，由其承担因公务侵权行为造成的损害赔偿 responsibility，以为受害人提供救济。在我国，根据《国家赔偿法》的规定，国家赔偿是指国家对国家机关及其工作人员行使职权过程中有法律规定的侵犯公民、法人和其他组织的合法权益并造成损害

① 参见江必新主编：《〈中华人民共和国国家赔偿法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2010 年版，第 30 页。

② 参见马怀德主编：《完善国家赔偿立法基本问题研究》，北京大学出版社 2008 年版，第 8 页。



的，依法给予赔偿的活动。它包括以下几层意思：

1. 国家赔偿是由国家承担的法律责任。国家赔偿实质上是指国家赔偿责任，是国家对被侵权人承担的法律责任。虽然侵权行为是由不同的国家机关及其工作人员实施的，但是，承担责任的主体不是这些机关或工作人员，而是国家。可见，在国家赔偿中，侵权行为主体与赔偿责任主体是分离的：侵权行为主体是国家机关及其工作人员，而赔偿责任主体却是国家。不论国家机关及其工作人员行使职权的主观状态如何，只要给公民、法人及其他组织的合法权益造成实际损害的，国家就应当依法承担赔偿责任，而不由行使职权的国家机关及其工作人员自己对被侵权人承担赔偿责任。

2. 国家赔偿是对国家机关及其工作人员的行为承担的责任。在这里，国家机关包括依照宪法和组织法设置的国家行政机关和司法机关。国家机关工作人员是指在上述机关中履行职务的公务人员。此外，还包括法律、法规授权的组织，受行政机关委托的组织和个人。凡上述机关、组织及个人行使职权给公民、法人及其他组织的合法权益造成损害，法律有规定的，国家便应当承担赔偿责任。

3. 国家赔偿是对国家机关及其工作人员行使职权的行为承担的责任。行使职权的行为属于国家公务行为，是代表国家所为，行为的后果归属于国家，它不同于国家机关的民事行为，也不同于国家机关工作人员的个人行为。对国家机关及其工作人员的民事行为和个人行为，国家不承担赔偿责任。

4. 国家赔偿一般是对违法行使职权的行为承担的赔偿责任。这里违法行使职权中的“违法”，不仅包括违反法律的明文规定，而且包括违反法的基本原则和法的精神；不仅包括实体违法，而且包括程序违法；不仅包括作为行为违法，而且包括不作为行为违法；不仅包括法律行为违法，而且包括事实行为违法。对国家机关及其工作人员合法行使职权的行为造成的损失，国家一般不承担赔偿责任，而会引起国家补偿。

5. 国家赔偿以公民、法人和其他组织的合法权益遭受实际损害为前提。赔偿是针对损害而言的，无损害也就无所谓赔偿，这里的损害必须是现实的实际存在的损害，而不是假想的可能存在的损害。且损害的是合法权益，而不包括非法权益。在我国，无论是国家赔偿的侵权行为范围还是国家承担赔偿责任的侵权损害范围都由法律明文规定，即哪些行为造成的哪些损害能获得国家赔偿都源于法律的规定。^①

^① 参见薛刚凌主编：《国家赔偿法教程》，中国政法大学出版社1997年版，第4页。



二、国家赔偿的特征

国家赔偿是国家对国家机关及其工作人员行使职权过程中有法律规定的侵犯公民、法人和其他组织合法权益造成的损害承担的赔偿责任，与其他形式的赔偿责任相比，具有以下特征：

1. 国家承担赔偿责任，机关履行赔偿义务。国家赔偿的一个显著特点就是由国家承担赔偿责任，最终支付赔偿费用，由法律规定的赔偿义务机关代表国家履行赔偿义务。实施侵权行为的公务人员并不直接对受害人承担责任，履行赔偿义务。这与“谁侵权，谁赔偿”的民事赔偿不完全相同。从国外国家赔偿制度产生的过程看，最初国家对公务人员实施的侵权行为并不承担任何责任，在很长一段时间里，由公务人员个人承担责任，直到20世纪初，各国法律才确认由国家自己承担责任。但是，国家是抽象主体，不可能履行具体的赔偿义务，应由具体的国家机关代表国家履行赔偿义务，因此，形成了国家责任，机关赔偿的特殊形式。

2. 赔偿范围有限性。国家赔偿是对国家机关及其工作人员行使职权造成的损害给予的赔偿，属于国家责任的一种形式。从赔偿范围来看，它不同于民事赔偿“有侵权必有赔偿”的原则，国家只对国家机关及其工作人员一部分侵权行为承担赔偿责任。因此，国家赔偿的范围窄于民事赔偿，属于有限赔偿责任。例如，对国家立法机关的行为、军事机关的行为以及司法机关的部分行为，即使造成了损害，国家并不承担赔偿责任。《中华人民共和国国家赔偿法》（以下简称《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，明确了国家不承担赔偿责任的各种情形。此外，按照赔偿法定的原则，诸如公有公共设施致人损害，法院作出的民事、行政错判，行政机关实施的抽象行政行为造成的损害，均不在赔偿范围之列，国家不予以赔偿。

3. 赔偿方式和标准法定化。与民事赔偿有所不同，国家赔偿的方式和标准是法定的。我国《国家赔偿法》第四章规定了具体的赔偿方式和计算标准。国家赔偿以支付赔偿金为主要方式，以返还财产、恢复原状为辅助方式。根据侵权损害的对象和程度不同，又有不同的赔偿标准，赔偿数额还有最高限制。对于多数损害，国家并不按受害人的要求和实际损害给予赔偿，而是按照法定的方式和标准，以保障受害人生活和生存的需要为原则，给予适当的赔偿。例如，对于公民人身自由受到的损害，国家根据上年度职工的平均工资给予金钱赔偿，并不考虑受害人的实际工资水平和因此遭受的其他实际损失。吊销许可证和执照、责令停产停业的，国家只赔偿停产停业期间必要的经常性费用开



支，而不赔偿生产经营者的实际利益和利润损失。对财产权造成其他损害的，国家只赔偿直接损失，对间接损失和可得利益损失不予赔偿。

4. 赔偿程序特殊性。我国《国家赔偿法》规定了行政赔偿和刑事赔偿的程序。根据《国家赔偿法》的规定，国家赔偿程序的特殊性体现在：第一，赔偿请求要求赔偿，应当先向赔偿义务机关提出，即由赔偿义务机关先行处理。无论是行政赔偿，还是司法赔偿，都是如此。当然，对于行政赔偿而言，赔偿请求人也可以在申请行政复议或者提起行政诉讼时，一并提出赔偿请求。第二，刑事赔偿不经过诉讼程序，赔偿请求人只能通过非诉程序求偿。第三，赔偿请求人要求国家赔偿的，赔偿义务机关、复议机关和人民法院不得向赔偿请求人收取任何费用。对赔偿请求人取得的赔偿金不予征税。

三、国家赔偿与相关概念的区别

（一）国家赔偿与行政赔偿

从各国国家赔偿法规定的内容看，行政赔偿是国家赔偿的重要组成部分。在有些国家，行政赔偿与国家赔偿甚至是同一概念。如在美国，《联邦侵权赔偿法》所规定的侵权赔偿范围仅限于“联邦政府行政机关的行为引起的赔偿”，《联邦侵权赔偿法》第 2671 条对联邦行政机关作了解释，系指“美国联邦政府所设置的各种行政单位、军事单位及主要执行与联邦行政机关相同公务的公司，但不包括与美国联邦政府有契约的承揽人”。日本国家赔偿法所针对的也主要是行政侵权行为。从各国立法方式看，至今尚未见到哪个国家单独制定行政赔偿法，而大多以行政赔偿为主要内容制定统一的国家赔偿法，目的是为了避免单独制定行政赔偿法所导致的重复和混乱。^①在我国，国家赔偿包括行政赔偿和司法赔偿两个部分，国家赔偿与行政赔偿是属种关系。从本质上看，无论是行政赔偿，还是司法赔偿，都由国家承担赔偿责任，赔偿费用由国家负担，由国家财政列支。

（二）国家赔偿与国家补偿

国家赔偿和国家补偿都是国家对国家机关及其工作人员行使职权给公民、法人或者其他组织合法权益造成损害采取的补救措施。但国家赔偿是国家对国家机关及其工作人员违法行使职权造成的损害给予的补救；而国家补偿是国家对国家机关及其工作人员合法行为造成的损失给予的补救。二者的区别主要表

^① 参见皮纯协、何寿生编著：《比较国家赔偿法》，中国法制出版社 1998 年版，第 66～67 页。



现在：(1) 产生的原因不同。国家赔偿是由违法行为（如违法征收、征用）引起的，而国家补偿是由合法行为（如合法征收、征用）引起的。(2) 性质不同。国家赔偿是国家对国家机关及其工作人员违法行使职权行为所承担的一种法律责任，其目的是恢复到合法行为所应有的状态，一般具有可非难性或可谴责性；而国家补偿是一种例外责任，其目的是为因公共利益而遭受特别损失的人提供补救，并不具有对国家职权行为的责难。(3) 救济的范围不同。国家赔偿的范围包括侵害人身权引起的赔偿，也包括侵害财产权引起的赔偿，具体范围由法律规定；国家补偿的范围尽管也包括对人身权造成的损害和对财产权造成的损害，但在具体范围上有所不同。在人身权损害上，国家补偿只涉及公民生命健康权的损害，而不包括人身自由权、名誉权、荣誉权的损害；在财产权损害上，只包括财产被损坏、灭失的损害，而不包括诸如罚款、罚金、追缴、查封、扣押、冻结财产等造成的损害。(4) 发生的时间不同。国家赔偿只发生在损害发生之后，即在国家机关及其工作人员没有违法行使职权造成损害时，不会产生国家赔偿责任；而国家补偿可以发生在损害发生之前，也可以发生在损害发生之后。在国家补偿中，对受害人何时补偿，取决于法律的规定和双方事先达成的协议。此外，国家赔偿与国家补偿的标准、方式等方面也有所不同。

（三）国家赔偿与民事赔偿

国家赔偿和民事赔偿都是基于侵权行为而产生的，且从渊源上考察，国家赔偿责任是从民事赔偿责任中分化出来、并逐渐发展成为不同于民事侵权赔偿责任的一种特殊赔偿责任。二者的区别主要有：(1) 产生的原因不同。国家赔偿是因国家机关及其工作人员行使职权行为侵犯公民、法人和其他组织合法权益引起的国家责任；而民事赔偿是发生在平等民事主体之间的侵权行为引起的民事责任。(2) 承担赔偿责任的主体不同。在国家赔偿中，承担赔偿责任的主体是国家，即侵权行为主体与赔偿主体是相分离的；而在民事赔偿中，一般实行行为人对自己行为负责的原则，即由实施侵权行为的主体承担赔偿责任，侵权行为主体与赔偿主体是一致的。只有在特殊情况下，侵权行为主体与赔偿主体是相分离的，如法人的侵权赔偿责任、雇佣人的侵权赔偿责任、监护人的侵权赔偿责任等。在这些侵权赔偿责任中，实施侵权行为的可能是法人工作人员、受雇人或被监护人，但承担赔偿责任的则是法人、雇主或监护人。^①

^① 参见房绍坤、丁乐超、苗生明：《国家赔偿法原理与实务》，北京大学出版社1998年版，第46页。



(3) 赔偿范围不同。国家赔偿的范围是有限的,实行有限赔偿原则。对于财产损害,国家只赔偿直接损失,而不赔偿间接损失;对于人身损害,国家只赔偿因人身损害所导致的财产损失,一般不赔偿精神损失,只有在致人精神损害造成严重后果的,才支付相应的精神损害抚慰金。^①在民事赔偿中,实行全部赔偿原则。侵害人不仅要赔偿受害人的财产损失,还要赔偿受害人的精神损害;不仅要赔偿直接损失,还要赔偿间接损失。(4) 赔偿程序不同。在国家赔偿中,存在着先行处理程序,即赔偿请求人要求赔偿,应先向赔偿义务机关提出;而在民事赔偿中,不存在先行处理程序。受害人可以与侵权人就赔偿事宜先行协商,也可以直接向法院起诉。(5) 赔偿费用的来源不同。在国家赔偿中,赔偿费用是由国家支付的,而不是由赔偿义务机关支付的;在民事赔偿中,赔偿费用只能由实施侵权行为的人支付,其来源可以是公民个人所有的财产,也可以是法人和其他组织所有或经营管理的财产。(6) 赔偿方式不同。国家赔偿以支付赔偿金为主要方式;而民事赔偿既可以采取金钱赔偿的方式,也可以采取排除妨碍、消除危险、恢复名誉、赔礼道歉等多种方式。

当然,并非国家机关及其工作人员的所有行为引起的赔偿都是国家赔偿。国家机关及其工作人员以民事主体身份实施的侵权行为属于民事侵权行为,国家机关对此承担的赔偿责任便是民事赔偿责任。例如,国家机关因违章建房侵占他人用地的行为是民事侵权行为,该机关须和其他民事主体一样承担民事赔偿责任。^②

(四) 国家赔偿与司法赔偿

司法赔偿属于国家赔偿的一部分,它与国家赔偿之间是种属关系。对于司法赔偿,各国一般规定以司法机关在刑事诉讼中的侵权行为为限,因此不少国家也将司法赔偿称为刑事赔偿或冤狱赔偿。我国的司法赔偿包括两类:一类是刑事司法赔偿,简称刑事赔偿,即国家对行使侦查、检察、审判、看守、监狱管理职权的机关及其工作人员行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的赔偿;另一类是非刑事司法赔偿,又称民事、行政司法赔偿,即国

^① 《国家赔偿法》第35条规定:“有本法第3条或者第17条规定情形之一,致人精神损害的,应当在侵权行为影响的范围内,为受害人消除影响,恢复名誉,赔礼道歉;造成严重后果的,应当支付相应的精神损害抚慰金。”

^② 肖峤:《中华人民共和国国家赔偿法的理论与实用指南》,中国民主法制出版社1994年版,第262页以下;马怀德:《国家赔偿法的理论与实务》,中国法制出版社1994年版,第43~48页。



国家对人民法院在民事诉讼、行政诉讼过程中，违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或者对判决、裁定及其他生效法律文书执行错误造成的损害所给予的赔偿。在这两类司法赔偿中，刑事赔偿是司法赔偿的主体部分，民事、行政司法赔偿适用刑事赔偿的程序。

（五）国家赔偿与公有公共设施致害赔偿

公有公共设施^①致害赔偿，是指因公有公共设施的设置、管理存在某种欠缺，造成公民人身、财产损害而引起的赔偿。在有些国家，公有公共设施致害赔偿属于国家赔偿的一部分，受国家赔偿法规范。如日本《国家赔偿法》第2条第（一）项规定：“因道路、河川或其他公共营造物之设置或管理有瑕疵，致使他人受损害时，国家或公共团体对此应负赔偿责任。”德国1981年《国家赔偿法》第1条第2款规定：“公权力机关如果是以技术性设施代替其人员独立行使公权力，而这种技术性设施发生事故造成的损害，视为公权力机关人员违反义务造成的损害。造成义务损害的人员不承担责任。”我国《国家赔偿法》没有将公有公共设施的致人损害的赔偿纳入国家赔偿的范围。《关于〈中华人民共和国国家赔偿法（草案）〉的说明》指出：“关于邮电、医院等国有企业、事业单位，桥梁、道路等国有公共设施，因设置、管理欠缺发生的赔偿问题，不属于违法行使职权的问题，不纳入国家赔偿的范围。受害人可以依照民法通则等有关规定，向负责管理的企业、事业单位请求赔偿。”《民法通则》第126条规定，建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠地造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第16条规定，下列情形，适用《民法通则》第126条的规定，由所有人或者管理人承担赔偿责任，但能够证明自己没有过错的除外：（1）道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害的；（2）堆放物品滚落、滑落或者堆放物倒塌致人损害的；（3）树木倾倒、折断或者果实坠落致人损害的。前款第（1）项情形，因设计、施工缺陷造成损害的，由所有人、管理人与设计、施工者承担连带责任。因此，如果公有公共设施致害符合《民法通则》第126条及相应司法解释规定的建筑物责任的要件，将通过适用该条进行赔偿。实定法的规定并未消除理论的争议。相

^① 公有公共设施是指行政主体为了公共目的设置或者管理的，供公众使用的有体物或物之设备。马怀德主编：《完善国家赔偿立法基本问题研究》，北京大学出版社2008年版，第269页。



反,实践中暴露的大量问题,促进了学界的争论和探讨。尤其考虑到中国的公有公共设施,如公路、铁路、桥梁、下水井、消防栓等,绝大部分属于国家所有,由国家行政机关的有关部门负责设置或管理,其相应的管理权力和责任由法律明文规定,性质属于公法职责,而对这种责任的违反所造成的损害却适用私法赔偿,从理论上难以自圆其说。^①有学者认为,在财产权明晰的体制下,公有公共设施致害问题始终应当得到重视。我国公有财产及设施的产权是明确的,但管理权、经营权是模糊的,因此出现了公有设施致害无人负责的现象,诸如公路边的树木被风刮倒致人伤亡的例子很多,完全依照《民法通则》解决此类问题是困难的,所以应当由《国家赔偿法》一并加以规范或解决。^②

四、国家赔偿的性质

对国家赔偿性质的认识,存有不同的观点,主要包括代位责任说、自己责任说、竞合责任说、中间责任说、折中说等,争论的焦点在于代位责任说与自己责任说之争。

(一) 代位责任说

代位责任说认为,公务人员实施侵权行为造成损害的,由国家代为承担赔偿责任。就是说,国家承担的责任并不是自身的责任,而是代公务人员承担责任。从理论上讲,公务人员就其侵权行为所造成的损害应由自己承担责任,但因公务人员财力有限,为确保受害人能够得到实际赔偿,改由国家代替公务人员对受害人承担赔偿责任。日本学者田中二郎认为,国家赔偿责任实际上是代位责任,因为从形式上看,国家承担了赔偿责任后,即取得了对实施侵权行为的公务人员的求偿权;从实质上看,国家赔偿责任与民法上的雇佣人责任并不相同,因为国家并没有雇佣人的免责事由,所以也没有对公务人员选任监督的责任。日本学者根据日本《国家赔偿法》第1条第2款关于“公务员有故意或重大过失时,国家或公共团体对该公务员有求偿权”的规定,证明国家赔偿责任是代位责任。否则,国家没有求偿权。日本最高法院1953年11月10日的判决认为:“国家依日本《国家赔偿法》第1条的规定,对受害人负损害赔偿,须以公务员违法执行职务加害于他人时,有故意或重大过失为要

^① 参见马怀德主编:《完善国家赔偿立法基本问题研究》,北京大学出版社2008年版,第272~273页。

^② 参见皮纯协、何寿生编著:《比较国家赔偿法》,中国法制出版社1998年版,第68页。



件。”由此可以看出，日本最高法院的判例所采取的是代位责任说。目前，代位责任说是日本占主导地位的学说。

（二）自己责任说

自己责任说认为，公务人员实施侵权行为造成损害的，国家应直接负赔偿责任，而不是代公务人员承担责任。日本有学者认为，从形式上看，日本《国家赔偿法》第1条并没有明文规定由国家代公务员承担赔偿责任，而是规定就公务员造成的损害应负赔偿责任；从实质上看，国家授予公务员执行职务的权限，该权限就有被公务员违法行使的可能，所以，国家应负危险责任。主张自己责任说的学者倾向于把国家视为法人，所以，国家公务员自然为法定代表人或雇员，由于国家的意志只能通过国家机关和公务员贯彻实施，国家本身并不直接实施具体行为。所以，履行国家职能的机关和公务员的行为是代表国家的，可以视之为国家行为。在这种情况下，作为法人的国家就应当对作为其所属人员的公务员的侵权行为负责。日本学者南博方认为：“国家授予公务员的权限本身，会有两种结果，即合法行使的可能性和违法行使而导致危害的危险性。国家既然将这种含有违法行使的危险性的权限授予公务员，便应该为此承担赔偿责任。”^①今村成和认为，日本《国家赔偿法》第1条所确立的国家赔偿责任与《民法典》第715条所规定的雇主赔偿责任是根本不同的。《国家赔偿法》的目的是要取消国家豁免，强制国家为其公务员的违法行为承担绝对的赔偿责任。从这个意义上讲，国家并不是为公务员的违法行为负代位赔偿责任，而是国家为公务员的行为承担直接的赔偿责任。日本东京法院1964年6月19日的判决认为，国家赔偿责任可以理解为不是代替公务员承担代位责任，而是规定了起因于公务员的行为而需要直接承担的自己的责任。在日本，自己责任说的影响在不断增强。^②

在我国，绝大多数学者主张国家赔偿责任的性质为自己责任，且是一种以违法与否为条件的无过错责任。只要受害人的合法权益受到国家机关及其公务人员违法行使职权的侵害，且法律有规定国家就必须承担赔偿责任，而不论公务人员主观上是否有过错。公务人员并不直接与受害人发生赔偿关系，公务人员的过错程度不影响国家赔偿责任的成立，不影响国家赔偿责任为“自己责

^① [日] 南博方：《日本行政法》，杨建顺、周作彩译，中国人民大学出版社1988年版，第102页。

^② 参见房绍坤、丁乐超、苗生明：《国家赔偿法原理与实务》，北京大学出版社1998年版，第50~51页。