

国务院法制办公室组织编写
行政执法培训教材（七）

行政执法培训教材编辑委员会

主任 / 宋大涵

副主任 / 安建 袁曙宏 郜风涛 胡可明

国家赔偿法教程

GuoJia PeiChangFa JiaoCheng

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法律出版社
PDG

行政执法培训教材

(一) 依法行政辅导读本

主 编：宋大涵
副主编：胡可明

(二) 行政执法教程

主 编：宋大涵
副主编：青 锋

(三) 行政许可法教程

主 编：汪永清
副主编：李岳德

(四) 行政处罚法教程

主 编：曹康泰
副主编：李岳德

(五) 行政复议法教程

主 编：郜风涛
副主编：方军 田昕

(六) 行政诉讼法教程

主 编：姜明安

(七) 国家赔偿法教程

江必新 梁风云 著

(八) 行政强制法教程

主 编：袁曙宏
副主编：李岳德

上架建议 政府培训·行政法

ISBN 978-7-5093-2589-6



9 787509 325896 >

定价：45.00元

国务院法制办公室组织编写
行政执法培训教材（七）

行政执法培训教材编辑委员会

主任 / 宋大涵

副主任 / 安建 袁曙宏 郜风涛 胡可明

国家赔偿法教程

江必新 梁凤云 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



图书在版编目(CIP)数据

国家赔偿法教程/江必新、梁风云著. —北京:中国法制出版社, 2011. 2

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2589 - 6

I. ①国… II. ①江… III. ①国家赔偿法 - 中国 - 教材 - IV. ①D922. 11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 018206 号

策划编辑 罗菜娜

责任编辑 周琼妮

封面设计 李 宁

行政执法培训教材

国家赔偿法教程

GUO JIA PEI CHANG FA JIAO CHENG

著者/江必新、梁风云

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2011 年 4 月第 1 版

印张/12.75 字数/27 千字

2011 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 978 - 7 - 5093 - 2589 - 6

定价:45.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址:<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66017726

传真:66031119

编辑部电话:66067023

邮购部电话:66033288

总 序

政府是国家权力机关的执行机关，要执行由人民代表组成的国家权力机关的意志。这种意志的集中体现，就是宪法和法律。行政机关是否坚持依法行政、严格行政执法，直接关系到人民当家作主、管理国家事务的意志能否实现。同时，行政机关的工作几乎涉及到国家政治、经济、文化和其他社会生活的各个领域，涉及到公民个人从出生到死亡的各个阶段，涉及到公民学习、工作和生活的各个方面。我国80%的法律、90%的地方性法规、几乎所有行政法规和规章都是由行政机关负责执行的。行政机关能不能自觉坚持依法行政、严格依法办事，直接关系到法律法规的实施效果，直接影响着法律法规的尊严和权威。

为了落实依法治国基本方略、推进依法行政，国务院先后两次召开全国依法行政工作会议，并发布了《国务院关于全面推进依法行政的决定》、《全面推进依法行政实施纲要》（以下简称《纲要》），明确提出了建设法治政府的目标，对推进依法行政作出了全面部署。这些年来，各地区各部门按照国务院的要求和部署，切实加强组织领导，狠抓《纲要》的贯彻落实，推进依法行政、建设法治政府工作取得了重要进展。

2010年8月，为了全面总结各地区各部门贯彻落实《纲要》、推进依法行政情况和经验，分析存在的问题，研究部署在新的历史起点上加快建设法治政府的任务和措施，国务院召开第三次全国依法行政工作会议，会后又发布《国务院关于加强法治政府建

设的意见》(以下简称《意见》),对法治政府建设作出了新的部署和安排。根据这次会议的精神和《意见》的规定,当前和今后一个时期,要进一步加大《纲要》实施力度,以建设法治政府为奋斗目标,以事关依法行政全局的体制机制创新为突破口,以增强领导干部依法行政的意识和能力、提高制度建设质量、规范行政权力运行、保证法律法规严格执行为着力点,全面推进依法行政,不断提高政府公信力和执行力,为保障经济又好又快发展和社会和谐稳定发挥更大的作用。

全面推进依法行政、加快建设法治政府,必须大力加强和改善行政执法。这是法律法规得到全面正确实施的关键环节。而随着中国特色社会主义法律体系的形成,保证法律法规全面正确实施就成为落实依法治国基本方略、推进依法行政的重心。加强和改善行政执法,首先要求全面提高行政执法人员的素质,切实增强其依法行政的观念和能力,做到严格规范公正文明执法。为此,《意见》明确规定,要高度重视行政机关工作人员依法行政意识与能力的培养,推行依法行政情况考察和法律知识测试制度,建立健全法律知识学习培训长效机制,定期组织行政执法人员参加通用法律知识培训、专门法律知识轮训和新法律法规专题培训。

为了适应加强行政执法人员法律知识培训的急迫需要,针对目前行政执法人员培训缺乏统一权威教材的实际情况,我们编写了这套行政执法培训教材。这套丛书作者队伍权威,内容涵盖全面,写作风格朴实,针对性、指导性和实用性较强,非常适合各级行政机关、行政学院和公务员培训机构用于行政执法人员通用法律知识培训,也可作为领导干部学法的教材。

行政执法培训教材编辑委员会

二〇一一年三月

导 读

建立国家赔偿制度，是人类社会文明进步、从人治走向法治的重要标志之一。从1994年5月12日第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过《中华人民共和国国家赔偿法》（以下简称《国家赔偿法》）到2010年4月29日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过《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》，中国的国家赔偿制度经历了一个不断完善和发展的历史进程。最高人民法院也通过制定司法解释、发布司法批复的方式，对正确执行国家赔偿制度、准确审理国家赔偿案件、丰富完善国家赔偿制度内涵，也起到了积极的推动作用。我们编写这部《国家赔偿法教程》，目的在于通过对《国家赔偿法》实施以来的理论和实践的梳理，结合司法实践，为读者提供一本相对系统、相对实用的参考读物。

本教材主要有以下三个特征：一是缘事入理。本书将从国家赔偿问题的重点和难点切入论证，不追求面面俱到。对于重大疑难问题着墨较多，对于学术界和实务界已经达成的共识则概括阐述。二是紧扣实务。本书将针对司法实务中的问题进行重点阐述，特别是大量援引了最高人民法院的相关司法解释和司法批复，这些文件绝大多数是针对司法实践作出的，实务意味浓厚。三是简洁扼要。本书尽量减少理论上的阐述，尽量减少应然的阐述，以便使读者尽快把握中国国家赔偿制度的核心内容。本书的主要内

容是：

第一章 国家赔偿责任概述。本章主要阐述国家赔偿责任的涵义、性质、理论基础体系和历史发展。学员通过本章的学习应当把握我国国家赔偿制度的基本内容、基本理念和历史发展。

第二章 国家赔偿责任要件。本章主要阐述设定国家赔偿责任构成要件的一般原理、主体要件、行为要件、损害要件和因果关系要件等，应着重掌握设定上述四个要件的基本原理和具体认定规则。

第三章 国家赔偿责任的归责原则。本章主要介绍国家赔偿责任的归责原则，特别是《国家赔偿法》修订之后归责原则已经由单一的违法原则明确为多元归责原则，即一般归责原则（违法责任原则）和特殊归责原则（结果责任原则和过错责任原则）相互并存。

第四章 国家赔偿请求权人。本章主要介绍请求权人的范围，特别是对近亲属、为受害人支付丧葬费的人、特殊情形下的债权人、特殊情形下的保险人的请求权人资格进行了探讨，并阐释了外国人和外国组织的请求权问题。

第五章 国家赔偿义务机关。本章主要介绍国家赔偿与工作人员个人责任、国家赔偿义务机关的设定等。

第六章 行政赔偿范围。本章主要介绍侵犯人身权、财产权的各类行政赔偿情形，此外还就抽象行政行为、自由裁量行为的赔偿范围进行了探讨。

第七章 刑事赔偿范围。本章主要介绍侵犯人身权、财产权的各类刑事赔偿情形。

第八章 非刑事司法赔偿范围。本章就妨害诉讼强制措施、诉讼保全以及执行行为、执行生效裁判等法律文书错误以及其他

非刑事司法侵权行为的赔偿问题作了阐述。

第九章 国家免责范围。本章对个人行为、自己行为以及法律规定的其他情形的行政赔偿免责，对虚伪供述、伪造有罪证据、不负刑事责任、不追究刑事责任、个人行为、自残行为以及法律规定的正当防卫、紧急避险、取保候审、假释、保外就医、管制、缓刑、剥夺政治权利等刑事赔偿免责，对申请保全有错误等非刑事司法赔偿免责等作了介绍。

第十章 国家赔偿程序。本章就国家赔偿的前置程序、复议程序和国家赔偿司法程序作了介绍。

第十一章 国家赔偿的方式和标准。本章就金钱赔偿、恢复原状、返还财产、消除影响、恢复名誉和赔礼道歉等各类赔偿方式以及适用条件作了介绍。对人身权、财产权以及精神损害赔偿的各种标准作了阐述。

第十二章 追偿。本章主要阐述追偿权的设定原理、具体行使的规则，并对追偿金额的确定与缴纳作了介绍。

第十三章 国家赔偿的时效和费用。本章对国家赔偿中的请求时效、申请救济时效、追诉时效等消灭时效和取得时效作了阐述，并结合新颁布的《国家赔偿费用管理条例》介绍了国家赔偿费用问题。

目 录

第一章 国家赔偿责任概述	1
第一节 国家赔偿责任的涵义和性质	1
第二节 国家赔偿责任的理论基础和体系	10
第三节 我国国家赔偿责任的历史发展	15
第二章 国家赔偿责任的构成要件	25
第一节 设定国家赔偿责任构成要件的一般原理	25
第二节 国家赔偿责任的主体要件	28
第三节 国家赔偿责任的行为要件	33
第四节 国家赔偿责任的损害要件	41
第五节 国家赔偿责任的因果关系要件	48
第三章 国家赔偿责任的归责原则	54
第一节 归责原则概述	54
第二节 一般归责原则：违法责任原则	56
第三节 特殊归责原则：结果责任和过错责任原则	61
第四章 国家赔偿请求权人	67
第一节 请求权人概述	67
第二节 请求权人的范围	70
第三节 外国请求权人	87

第五章 国家赔偿义务机关	93
第一节 国家赔偿与工作人员个人责任	93
第二节 国家赔偿义务机关的设定	97
第六章 行政赔偿范围	110
第一节 侵犯人身权的行政赔偿范围	110
第二节 侵犯财产权的行政赔偿范围	119
第三节 有待研究的若干问题	127
第七章 刑事赔偿范围	136
第一节 侵犯人身权的刑事赔偿范围	137
第二节 侵犯财产权的刑事赔偿范围	178
第八章 非刑事司法赔偿范围	185
第一节 妨害诉讼强制措施	185
第二节 诉讼保全	190
第三节 执行行为	199
第九章 国家免责范围	209
第一节 行政赔偿免责范围	209
第二节 刑事赔偿免责范围	213
第三节 非刑事司法赔偿免责范围	233
第十章 国家赔偿程序	235
第一节 前置程序	235
第二节 复议程序	272
第三节 国家赔偿司法程序	279

第十一章 国家赔偿的方式和标准	311
第一节 国家赔偿的方式	311
第二节 国家赔偿的标准	323
第十二章 追偿	340
第一节 追偿权及其设定原理	340
第二节 追偿权的具体行使	342
第十三章 国家赔偿的时效和费用	351
第一节 国家赔偿的时效	351
第二节 国家赔偿的费用	371
附 录	
中华人民共和国国家赔偿法	382
(2010年4月29日)	



案例索引

- 案例 1** 患冠心病的犯罪嫌疑人死亡与民警体罚的因果关系如何认定? 50
- 案例 2** 遭受刑讯逼供的犯罪嫌疑人缢死, 因果关系如何认定? 51
- 案例 3** 拘留不符合程序要件, 应认定为违法拘留 141
- 案例 4** 释放证明书可以作为错误拘留的证据 145
- 案例 5** 因事实不清、证据不足不起诉的, 视为“错误逮捕” 150
- 案例 6** 证据不足不起诉的不认为是犯罪, 赔偿义务机关应承担赔偿责任 150
- 案例 7** 不起诉决定书应视为认定犯罪嫌疑人无罪的确认 152
- 案例 8** 轻罪重判并未违反无罪羁押原则, 对于此种行为国家不予赔偿 159
- 案例 9** 不存在数罪并罚案件再审改判后部分罪名宣告无罪的情形, 国家不承担赔偿责任 161
- 案例 10** 各罪名是基于不同犯罪行为, 改判无罪的部分应给予国家赔偿 162
- 案例 11** 法院依照审判监督程序再审改判无罪的, 法院为赔偿义务机关 164

案例 12	再审程序中法院作出准许检察机关撤诉的 裁定应视为是对无罪的确认	166
案例 13	司法机关是否存在违法行为不影响无罪被 羁押人获得国家赔偿	168
案例 14	对放纵他人殴打、虐待的行为国家应当承 担赔偿责任.....	172
案例 15	因不堪忍受刑讯逼供而自杀的，国家承担 赔偿责任.....	175
案例 16	违法扣押案外人财产应当给予国家赔偿	181
案例 17	人民法院明知被保全财产受不法侵害，未 依法制止，致使当事人遭受重大损失的， 应承担赔偿责任	196
案例 18	违法执行案外人财产且无法执行回转的应 承担国家赔偿责任	203
案例 19	执行对象错误造成当事人损失的，法院 应当承担国家赔偿责任	206
案例 20	如何正确理解正当防卫行为国家不承担 赔偿责任？	222
案例 21	国家对国家机关工作人员的赔偿权	345
案例 22	因取保候审造成超出时效的是否属于时 效中止？	363



第一章 国家赔偿责任概述

国家赔偿法，从其字面意义而言，是有关国家承担侵权赔偿责任的法律规范的总和。不言而喻，对国家赔偿责任的研究，应当成为我们研究国家赔偿法的逻辑起点。本章将对国家赔偿责任作一简要的叙述。

第一节 国家赔偿责任的涵义和性质

一、国家赔偿责任的涵义

国家赔偿责任，就其一般意义来说，是指国家或者公共团体对实施国家职能而造成的损害承担的赔偿责任。但各国都会在实践中尝试划定国家赔偿责任的界限，其基本目的是试图用不同的规则，即不同于一般民事赔偿责任的规则来对国家赔偿责任加以调整。因此，国家赔偿责任的概念，在很大程度上取决于这种特殊规则的调整范围。

在我国，国家赔偿责任，也称国家侵权赔偿责任，简称国家赔偿，是指国家机关的工作人员在执行职务、行使国家管理职权的过程中，使公民、法人或者其他组织的权益受到不法侵害，而由法定国家机关代国家履行的赔偿责任。我国的国家赔偿责任概念有如下内涵：

第一，国家赔偿责任的责任形式多元化，包括返还财产、恢复

原状、金钱赔偿、赔礼道歉、恢复名誉、消除影响等，但金钱赔偿是最主要的赔偿方式。修订后的《国家赔偿法》第32条规定：“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。”在国家赔偿的三种主要责任形式即返还财产、恢复原状和金钱赔偿中，金钱赔偿是最主要的赔偿方式，这种模式使国家赔偿区别于私法赔偿，是世界各国国家赔偿制度中的主流选择，这是由国家赔偿发展的历史、公权力的分立和公共利益的需要决定的。金钱赔偿是各国的主流，并不排除某些情况下存在其他的赔偿补救措施。

第二，国家赔偿责任是由国家作为责任主体。国家赔偿的责任主体是国家，而不是行使公权力的国家工作人员个人，即国家侵权主体与直接责任主体相脱离。在民事侵权赔偿责任中，除了替代责任等责任形态，侵权主体与责任主体在通常情况下是一致的，即“谁侵权，谁赔偿”的赔偿模式。而国家赔偿责任奉行的是一种“国家责任，机关赔偿”的特殊模式，这是因为国家是抽象主体，不可能履行具体的赔偿义务，只能由具体的国家机关承担赔偿义务。在国家赔偿责任中，实施侵权行为的通常是国家机关工作人员或其他公务人员，履行赔偿义务的义务主体是国家机关，但是承担赔偿责任的最终主体是国家，赔偿金由国库统一开支。国家机关在其承担赔偿责任后，才能责令有故意或者重大过失或者具有法定情形的公务员承担赔偿金额的一部或者全部。

第三，国家赔偿责任是国家责任的一种。国家责任是指国家根据国际法或者国内法对自己的行为应承担的法律后果。国家责任分为国际法上的国家责任和国内法上的国家责任。国际法上的国家责任是指国家违反其国际义务造成损害时应承担的赔偿责任，比较典型的如战败国对战胜国所承担的赔偿责任。国内法上的国家责任是指国家违反其国内法规定的义务造成损害时应承担的赔偿责任，可

分为国家立法赔偿责任、国家司法赔偿责任、国家行政赔偿责任与国家民事赔偿责任四种。国家赔偿责任只是国家责任中的一种形式，是国家对国家在行使公权力造成损害时所负的赔偿责任。在我国，国家赔偿责任限于国内法的意义之上，并且仅包括行政赔偿责任、刑事赔偿责任和非刑事司法赔偿责任。

第四，国家侵权主体与直接责任主体相脱离。国家赔偿责任产生的原因是国家机关及其工作人员行使公权力的行为，而不是国家机关实施的民事行为或者其工作人员实施的个人行为。国家赔偿责任的产生基于公权力的行使。公权力是以国家名义表达的、具有法律上优势效力的国家意志，是为国家的利益、公共利益而行使的。国家机关及其工作人员只是经授权而行使公权力，其造成的损害后果亦应由国家承担。因此，在国家赔偿责任中，实施侵权行为的通常是国家机关工作人员或者其他公务人员，但其承担责任的主体则是公务员所属的国家机关。

二、国家赔偿责任的性质

国家机关不法的行为侵害相对一方的合法权益，要负侵权赔偿责任。这种责任的性质如何，大陆法系、普通法系国家的法律规定及理论认识不尽一致。即使同一法系的国家由于各国所处的历史条件不同，由于政治制度、法律制度、民族文化和意识形态诸因素的影响，也没有完全相同的认识。国家赔偿责任的性质通常在两种意义上使用：一是指这种责任是私法责任还是公法责任；二是指国家为其公务员承担责任，是代位责任还是自己责任。

（一）私法责任还是公法责任

就第一种意义而言，主要有以下两种制度和理论：

1. 私法责任

英美法系国家多将国家赔偿规定于私法之中，与普通民事侵权一样由侵权法调整。一方面是因为这些国家认为国家与普通公民同

样受到法律的约束，在实施侵权行为后应当同等地承担相应的法律后果；另一方面是这些国家没有公私法二元划分的法律传统，其法律的核心在于救济而不是公私法的划分。在普通法系的一些国家，国家赔偿责任均属于私法责任。普通法系国家无公法、私法之分，普遍认为国家机关与普通公民对侵权行为所造成的损失均应承担民事责任，均将国家赔偿纳入民事诉讼程序。美国的侵权行为法对国家机关的侵权行为和公民的侵权行为原则上是同样对待的。在大陆法系也有一些国家将国家赔偿视为私法责任的，如比利时和荷兰属于大陆法系国家，它们的行政诉讼制度和法国不完全一样。比利时的行政法院受理的行政案件，只审查行政行为的合法问题，行政行为违法，行政法院可以判决撤销，但对其因违法而给行政相对人造成的损害，属于民事赔偿问题，由普通法院管辖，而行政法院不受理。行政法院认定行政行为违法的判决，对普通法院有约束力，普通法院在审理赔偿案件时，对行政行为不得作出与行政法院的认定相反的判决。荷兰的行政法院受理控告行政行为违法的案件，如果原告提出损失赔偿请求，行政法院可以判决。当事人对损害赔偿判决不服，可以向普通法院起诉。荷兰法院认为因行政违法行为造成的赔偿问题，属于民事责任问题，应由普通法院审理，行政法院在审理行政案件的同时，解决侵权赔偿问题，纯系为了诉讼上的便利，而问题的本质属于民事纠纷，是普通法院行使审判权的对象，应由普通法院作出最终裁判。

2. 公法责任

公法说以公权力作用与民法上私经济作用的性质不同为出发点，认为国家赔偿法系规定有关公权力致人损害而国家应负赔偿责任的法律，而民法系规定私经济作用的法律，二者截然不同。第一，国家赔偿法与民法之间不构成特别法与普通法的关系，其与民法是各自独立的法律，故国家赔偿责任属于公法责任。法国、德

国、日本、我国台湾地区的一些学者持这一观点。法国、瑞士等国的立法上也将国家赔偿责任规定为公法责任。不少国家在宪法中将国家赔偿责任明确加以肯定。如1949年的《德意志联邦共和国基本法》第34条、日本《宪法》第17条等。第二，国家赔偿是公务人员在行使公权力时致害的责任，在此过程中，国家与人民之间是管理与服从的关系，而不是平等主体之间的权利义务关系。国家赔偿责任系指在一定条件下，不经依据其他法律关系之权利义务，公权力主体应负担之公法上损害赔偿。为实现宪法关于国家赔偿的原则规定，一些国家制定了国家赔偿法，将国家赔偿与民事责任明确予以区别。例如，日本《国家赔偿法》第1条第1项规定：“行使国家或者公共团体的公权力的公务员，在其履行职务之际，因故意或者过失违法对他人造成损害的，国家或者公共团体负责赔偿。”该规定与日本《民法》第715条的规定不同，排除了雇用人的免责条款。日本《国家赔偿法》第2条规定：“因道路、河川及其他公共营造物的设置或者管理存在瑕疵给他人造成损害的，国家或者公共团体负责赔偿。”该规定也与日本《民法》第717条的规定不同，扩大了占有人赔偿责任的范围，并排除占有人的免责条款。第三，即便在不区分公法、私法的英美法系，国家赔偿与私人赔偿仍有较大差别。例如，根据美国《联邦侵权赔偿法》的规定，政府的侵权赔偿责任和私人在类似的情况下的赔偿责任相同，只是承认政府的赔偿责任和私人的赔偿责任原则相同，不能理解为政府的赔偿责任完全没有特点，和私人的赔偿责任在所有方面都相同。因为政府的赔偿责任建立在放弃主权豁免原则基础之上，国会同意政府赔偿时，可以对政府赔偿的诉讼规定其认为适当的条件，而私人赔偿没有这个特点。

从我国的立法和实务来看，国家赔偿责任属于公法责任。我国《宪法》第41条第3款规定：“由于国家机关和国家机关工作人员

侵犯公民权利而受损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。”该法规定受损害的人有依照法律规定取得赔偿的权利，而对向谁主张赔偿未作规定。1986年的《民法通则》第121条规定：“国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人合法权益造成损害的，应当承担民事责任。”但该法所规定的国家赔偿责任的私法性质在几年后发生了转变。1989年的《行政诉讼法》第2条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”该法以专章形式规定了公法性质的行政赔偿制度，在立法上为国家赔偿责任定下了公法性质的基调。1994年的《国家赔偿法》中没有规定适用民法或者一般民事责任的内容，从该法的具体规定来看，此时的国家赔偿责任已具备公法责任的两个标志：一是国家对国家机关或者国家机关工作人员的违法的职务行为所造成的损害承担责任，二是赔偿费用由国家财政列支并纳入各级财政的预算。因此，《国家赔偿法》的公布标志着我国的国家赔偿在立法上已正式从民事赔偿责任向国家赔偿责任过渡。司法实务也将国家赔偿责任与民事赔偿责任相区别，国家赔偿通常适用不同于民事赔偿的实体规范和诉讼程序，即适用《国家赔偿法》及其相关司法解释的规定，而一般不适用《民法通则》、《民事诉讼法》等民事法律规范的规定。

（二）代位责任还是自己责任

就第二种意义而言，主要有以下两种制度和理论：

1. 代位责任说

代位责任说，是指国家赔偿责任应以公务人员的责任为前提，因公务人员有应负责任之行为，国家乃直接代替负责，以利受侵害人求偿，且不因已尽监督注意义务免责，但如无公务人员的责任，即无国家赔偿责任。也就是说，公务人员因侵权行为而须负赔偿责

任时，国家代为负担赔偿责任。

国家代位责任说产生于19世纪末，来源于民法上的雇用人责任理论，其认识基础在于，国家本身不能实施违法行为，但若仅由公务人员自行负责，国家置身事外，则难免因为公务人员本身的赔偿能力有限，使受害人难以获得充分的救济。这一学说以公务人员具有故意或过失的侵权行为存在，以及所应负赔偿责任由国家代为赔偿为必要条件。代位责任说主要依据的观点是：由有偿付能力的国家负赔偿责任，更能够保障公民的权利，且可免除公务人员执行职务时的顾虑，并得以提高行政效率等。在这种学说看来，赔偿责任本来不应由国家承担而应由公务人员承担，只不过由于公务人员的赔偿能力有限等原因，才由其任用人——国家来代为赔偿，它与民法中雇用人与被雇用人之间的责任并不相同。这种学说否认国家的直接赔偿责任，尽管最终的或实际的结果是由国家并非公务人员承担赔偿责任。

代位责任说虽促成国家赔偿独立于民事赔偿，主张了国家赔偿的公法性质，但这种转变仍然很不彻底，在实践中难以贯彻始终，在理论上也不无缺陷。在该说中，国家承担代位责任的前提是公务人员应承担赔偿责任。公务人员存在过错，既是国家承担赔偿责任的前提，也是国家向公务人员追偿的理由。然而，公务人员执行职务的行为绝不是个人的行为，而是以国家的名义，代表国家的行为。国家是一个法律上的实体，在从事管理活动中国家是作为一个主体存在的。公务人员的行为都是受国家的委托，以国家的名义实施的。因此，行为的结果应归于国家，而不能归于个人。例如，公务人员征收税款，税款只能收归国库，而绝不能装入收税者个人腰包。同样道理，其行为产生的责任也应归于国家，由国家负担。这种由于国家的恩赐代替公务人员承担赔偿责任的说法难以自圆其说。

2. 自己责任说

自己责任说，是指国家赔偿责任是属于国家自身的责任，公务人员的行为效果归属于国家。国家应承担公务人员行为所带来的危险，不以因公务人员应负责任的行为为限，凡属公务人员所为不法行为，不论其有无故意或过失存在，国家均应直接负担责任。

自己责任说的理论渊源最早可以追溯至罗马法上的规定，即法人应当对其不当任用或者监督的雇员的侵权行为负责。自20世纪以来，由于代位责任说不能充分救济受害人，在民法上危险责任理论的影响下，逐渐发展出国家赔偿责任的自己责任说，其主要意旨在于将公务活动造成的风险损失由个人承担转而由社会全体人员承担，以实现责任的社会化。该学说认为，国家授予公务员执行公务的权限，本身就包含着被公务人员违法执行的可能，也就是说权限本身已带来危险，所以国家自己应当负担危险责任，而与公务人员个人是否对该加害行为有无故意或过失以及应否负责无关。自己责任说承认公务人员的行为所产生的损害应由国家承担赔偿责任，并解释了国家赔偿责任与公务人员行为之间的关系。国家自己责任说和国家代位责任说的主要区别在于，代位责任说以公务人员的个人过失责任原则为前提，而国家自己责任说则是以国家活动的危险责任理论为前提。

3. 合并责任说

合并责任说，又称竞合责任说，该说认为，国家赔偿责任的性质不能一概而论，应视公务人员是否具有公权力机关的身份而定。公务人员如果是以公权力机关的身份实施侵权行为的，可视为国家自身的侵权行为。在这种情况下，国家所应负担的赔偿责任，属于国家自己的责任。公务人员如果不是以公务机关的身份，而是以受雇人的身份实施侵权行为，则不能视为国家自身的侵权行为，在此种情况下国家所负担的赔偿责任，属于代位责任。这一理论将公务员所从事的行为是否以机关的身份为标准进行划分，分别产生自己

责任和代位责任。

4. 中间责任说

中间责任说认为，公务人员的侵权行为被认定为公务机关的侵权行为时，国家对公务人员的侵权行为所造成的损害承担责任，是自己责任；但是公务人员的侵权行为如果系故意或重大过失所造成，那么该种行为已经失去了国家机关行为的性质，仅为该公务人员个人责任的问题。中间责任说将侵权赔偿责任分为国家和公务人员两种责任，原则上公务人员的侵权行为由国家承担赔偿责任，属于国家赔偿责任，但不免除公务人员的赔偿责任，视其行为时的故意或过失情形而定。该说虽比较全面地考虑了国家赔偿责任中所涉及到的各种因素，但其所顾虑的国家求偿权有无，被学者批评为没有必要。

此外，关于国家赔偿责任的性质还有折衷说等观点。

国家赔偿责任性质究竟如何，学说上尚有争议，争议之重点，不外代位责任说与自己责任说。两说之不同点在于：第一，公务人员可否直接对受害人负责不同。自己责任说强调公务人员行使公权力的行为在本质上是国家的行为，国家赔偿就是国家自己的责任。因而，在逻辑上就不可能推演出，受害人可以向公务人员直接请求赔偿。而代位责任说则认为，公务人员的职务侵害行为应当由公务人员个人负责，国家只是代替公务人员承担赔偿责任。所以，按照代位责任说的逻辑，受害人赔偿请求可以直接向国家提出，也可以向公务人员（本质上的侵权责任者）提出。第二，国家赔偿责任的成立是否以公务人员个人赔偿责任的构成为必要存在不同。代位责任说既然以国家代替公务人员赔偿为基本主张，那么，国家赔偿责任的成立，当然应以公务人员个人赔偿责任的构成为必要；换言之，国家赔偿责任与公务人员个人赔偿责任应该具有同构性。而在自己责任说之下，国家是自负其责，与公务人员个人赔偿责任是否

构成无关。第三，是否强调故意或者过失存在不同。代位责任说认为故意或者过失系公务人员违法执行职务之主观认识，因此强调公务人员之故意或者过失，国家赔偿责任应以公务人员的过错为要件。而自己责任说则不强调公务人员之故意或者过失，认为故意或者过失仅为执行公务中之一瑕疵或危险，国家对此瑕疵或危险应自负其责，所需要证明的是执行公务中的客观过错，如果损害是执行公务的结果，即便公务人员无主观过错，国家也有不当任用或者监督不力之责，故应负赔偿责任。在我国，从修订后的《国家赔偿法》第2条的规定来看，实际上采纳的是自己责任说。

第二节 国家赔偿责任的理论基础和体系

一、国家赔偿责任的理论基础和基本观念

(一) 国家赔偿责任的理论基础

国家赔偿制度自身存在着一个不断发展和丰富的过程，国家赔偿本身的内涵也是随着一国的现实需要、理论发展而不断变迁的。普通法系国家坚持国家的法人人格，在国家赔偿领域同样适用民事侵权责任法，而大陆法系国家侧重承认国家赔偿法的公法性质，采行公共负担人人平等理论。国家赔偿的理论依据是多种多样的，没有任何一种理论观点可以一统天下，各有其存在的价值，尽管论述问题的角度和出发点不同，但都有力地论证了一个事实，国家赔偿制度必须妥善处理国家公务员及受害人三方关系。归纳起来，对国家赔偿责任的理论基础主要有：

1. 合法财产不可侵犯

近代以来，人们对财产的重要性给予很高评价，财产往往被认为具有起重大作用的价值。人们普遍认为，财产得到了保护，自由、社会秩序以及其他一些基本价值的连续性才能有所保障。英国

著名法学家布莱克斯顿在《英国法释义》中写道：“最最重要的是，法律不允许对私有财产进行哪怕是最微不足道的侵犯，即使为整个社会的普遍利益，也绝不允许。”更不用说国家工作人员过错或违法行为造成个人财产的损失。不难想象，在一个将公共利益或国家利益视为绝对价值，而无视个人财产价值，或小看个人财产价值的国家是难于建立国家赔偿制度的。

2. 保护个人自由和财产权利是国家的基本职能之一

国家之所以要为国家工作人员的侵权行为承担赔偿责任，还在于公共权力机关包括国家存在的基本理由就是要保障个人自由和财产权利不受侵犯。如果国家在实施其职能的过程中反而侵犯了个人或组织的合法权益，就违反了国家的宗旨，国家当然承担赔偿责任。

3. 社会公共负担平等原则

根据社会公共负担平等原则，人们既然是国家权力的实际享有者，也应当是社会公共负担的承担人。根据平等观念，这种公共负担也应当是平等的。具体到国家赔偿法的赔偿责任来说，当国家机关或国家工作人员在公务活动中，损害了公民合法权益，给公民造成一定损失的时候，在国家赔偿法律制度建立之前，国家不负任何赔偿责任，公民的损失实际上由受害的公民个人承担或加害人承担，这种结果同法律面前一律平等的原则和公平、正义的理念是格格不入的。国家既然是公共权力的执行者，是为公共利益活动的，人们共同享有国家活动所带来的优惠和利益，那么，由于国家公务活动致使公民个人发生损害时，也应当由国家代表全体公民共同承担赔偿责任，这就是公平负担平等原则在国家赔偿问题上的体现。这一原则，最早见于《人权宣言》第13条，该条明确规定，个人公共负担平等。在这之后这一原则逐步成为法治的重要原则之一。这种个人公共负担平等的原则，也是国家赔偿法得以建立、实施并发展的重要理论基础。

4. 社会福利和社会保险思想

第二次世界大战之后，一些国家相继提出了“福利国家”的口号，并着重于制定福利国家方案，其主要内容包括社会保险、公共补助、儿童保健、社会福利、社会服务等等。其中社会保险的思想对国家赔偿法制的建立影响较大。社会保险是国家兴办的社会福利之一，此项保险与商业营利性保险根本不同，它是国家依照法律规定，强制实行的社会福利之一。能保障和不断提高全体社会成员的物质生活质量，促进全社会福利水平的提高。其思想基础是以社会集体之负担，减轻公民个人损害的负担，国家赔偿法律制度的目的正同这个宗旨相一致。由于国家工作人员的过错或者无过错，致使公民权利受到损害，就被害人来讲，常有“靠一己之薄力，实难以应付”的困局。而由国家承担损害赔偿，恰恰是为了借助社会的力量，以填补个人不虞之损害，从这个指导思想上来说，体现了扩大社会福利，增加社会保险的指导思想，是增强社会保险的一项主要法律制度。

(二) 我国国家赔偿法的基本观念

我国国家赔偿法体现了以下四个观念：

一是对人民负责的观念。国家的前途在很大程度上依赖于人民对政府的信赖和支持。对人民负责是取得这种信赖和支持的前提。而对其任用并由其管理监督的公务员违法行使职权造成他人的损害承担赔偿责任是对人民负责的最起码、最基本的要求之一。对人民负责就必须对公务行为所造成的损害负责。如果一个政府或机关对其工作人员造成的损害拒不承担任何责任，这个政府或机关实际上是在摧毁人民对它的信任，实际上是在付出比赔偿金额更大的代价。

二是公共负担平等的观念。公共负担平等是现代国家赔偿法的基石。国家工作人员代表国家行使职权一般说来是为了公共利益，这种职权行为造成特定当事人的损害由国家承担赔偿责任，实际上

是将这种损害分担于全体国民（因国库的资金取之于民），或者说是由全体国民共同分担个别当事人的不幸。如果让受害人独立承担因行使公共权力带来的不可避免的风险损害是不公平的。基于公共负担平等的观念，如果公民或组织因为公共利益而蒙受了特别牺牲，该公民或组织就应当得到赔偿或补偿。

三是有错必纠的观念。国家机关承担赔偿责任，以致害行为违法为前提。如果害怕承担赔偿责任而坚持错误、文过饰非，甚至陷人以罪使无辜公民或组织告状无门，则不仅与国家赔偿法的宗旨相悖，而且最终会事与愿违。因为，有错不纠，小错势必酿成大错；民瘼不除，哀怨难免转成仇恨。结果不仅不能顾全国家机关的面子，反而危害国家安定团结的大局。事实上，人民不能奢望政府“秋毫无犯”，但要求政府善于知错，又知错必改。有错必纠是有信心、有能力的表现，是光明磊落、励精图治的表现。如果国家机关坚持错误、文过饰非，又怎么去教育老百姓去做奉公守法的公民呢？

四是依法行使职权的观念。促进国家机关依法行使职权是国家赔偿法的重要宗旨之一。应当说，国家赔偿法的颁布为国家工作人员依法行使职权创造了重要的条件。根据我国国家赔偿法的规定，如果国家工作人员的职权行为造成他人损害，而该工作人员具有一般过错，则完全由国家承担赔偿责任，工作人员个人无须承担赔偿责任，这就是说，行使职权过程中的风险责任由国家承担，这就解除了工作人员的后顾之忧。但是，如果工作人员对损害结果具有重大过错，赔偿义务机关应当向该工作人员追偿部分或全部已经赔偿的费用。可见，国家赔偿法既有支持国家工作人员大胆行使职权的一面，又有增强国家工作人员自我约束机制的一面。国家工作人员既不能因为国家承担赔偿责任而为所欲为，又不至于害怕自己承担赔偿责任而缩手缩脚。总之，国家工作人员依法行使职权，就一定会立于不败之地。

二、国家赔偿规范的体系

(一) 国家赔偿法的概念

国家赔偿法的概念有狭义、广义和最广义之分。狭义的国家赔偿法专指国家赔偿法法典，或以“国家赔偿法”命名的法律，如第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过的《国家赔偿法》。广义的国家赔偿法是指有关规定国家承担侵权赔偿责任的法律规范的总和。最广义的国家赔偿法是指有关规定国家赔偿责任及补偿责任的法律规范的总和。由于本书涉及的国家赔偿规范仅限于《国家赔偿法》，而且，国家赔偿与国家补偿在我国已有区分，故本书采用广义国家赔偿法概念。

从上述定义可以看出应从以下几个方面把握国家赔偿法的内涵：

第一，国家赔偿法以规定国家承担公权力侵权的赔偿责任为基本内容。也就是说，我国国家赔偿法既不规定国家的补偿责任，也不规定国家机关因民事行为而应承担的一般民事责任，而是规定国家的侵权赔偿责任，即国家赔偿法是规定国家对于行使公权力的侵权行为造成的损害后果承担赔偿责任的法律。国家赔偿调整的是职务侵权的救济问题，或者说是公权力主体侵权的赔偿问题。在大陆法系国家，传统上就坚持公私法的二分，因此，国家对其公法行为和私法行为承担不同的责任。如果公权力主体以私法主体身份实施了致害行为，则属于民法而非国家赔偿法的调整范围。

第二，构成国家赔偿法体系的是一系列法律规范的总和。如果某一法律规范涉及国家机关行使公共职权致人损害的赔偿责任，该法律规范就是国家赔偿法的一部分，而不论该法律规范是规定在宪法、民法或诉讼法之中。

第三，国家赔偿法是由基本法和特别法组成的法律整体。在以成文法形式而不是以判例法形式建立国家赔偿制度的国家里，国家赔偿法往往不是由一部法律组成，而是由基本法和若干个特别法组

成。对行使公权力的侵权行为，国家赔偿的基本法概括地规定了由国家而不是由公务员个人承担赔偿责任，但是，由于国家赔偿涉及国家公权力活动的诸多领域，而每个领域又有各自的特殊性和规则，仅凭基本法不能解决国家赔偿活动的所有问题，需要由若干个特别法加以解决。在以成文法形式规定国家赔偿的国家，特别法正在不断增加。例如，美国的国家赔偿法是由《联邦侵权赔偿法》和大约 50 个法律中有关国家赔偿的特别规定组成。

第四，国家赔偿法是实体法和程序法的统一体。国家赔偿法既包括实体法的内容，也包括程序法的内容。国家赔偿法不仅规定了国家赔偿的实体性规范，而且规定了国家赔偿的程序性规范。因此，国家赔偿法与其他部门法的最大区别在于，它不存在专门的“国家赔偿程序法”。此种程序法与实体法相结合的立法体例，使得国家赔偿法具有较强的可操作性。

第五，国家赔偿法是综合性应用行政法和民法调整方法的法律。国家赔偿法调整的是职务侵权问题，侵害人和受害人之间的地位是不平等的。而在救济领域，国家赔偿法又运用平等原则来规范侵害方和受害方之间的关系。因此，有的国家如法国将其纳入行政法的范畴，而有的国家如日本则将其定位为民法的特别法。

第三节 我国国家赔偿责任的历史发展

本节将就新中国成立之前和成立之后的国家赔偿制度详一介绍。

一、新中国成立前的国家赔偿责任

在封建王朝时期，我国的法律制度中并没有确立国家赔偿责任，实行官吏个人责任模式，官吏有枉法裁判、滥用刑具等违法侵害行为的，追究官吏的个人责任，例如，罢免官职、回乡种田、流放边疆或罚金、出入罪罚赎等。受害人不是权利主体，不予赔偿。

在中华民国成立以后，开始有国家赔偿的零星规定。有关国家赔偿的规定最早见于1934年国民政府起草的宪法草案，该法第26条明文规定：“凡公务员违法侵害人民之自由或权力者，除依法律惩戒外，应负刑事及民事责任；被害人民就其所受损害，并得依法律向国家请求赔偿。”其后经三度易稿，对于该条文字未作变更。到1936年，经国民政府正式明令宣布其为“中华民国宪法草案”，即为“五五宪草”，为旧中国国家赔偿制度莫立始基。同年，上海律师公会建议立法起草国家赔偿法，侧重于无罪羁押赔偿，经刑法委员起草，成为“无罪羁押法”。后因对日抗战而停顿。此后，“五五宪草”经三次修正，于1946年由伪制宪国民代表大会通过，次年1月1日经国民政府公布，12月25日施行，该宪法第24条仍本“五五宪章”第26条之精神，与其文字表述完全一致，始正式承认国家赔偿制度。但是，该条同时规定了公务员的民事赔偿责任与国家的国家赔偿责任，而对于二者之间的责任关系并不明确。1947年，国民党政府全国司法行政检讨会于南京召开，与会人员一致认为必须制定国家赔偿法，以符即将公施行之“中华民国宪法”第24条之规定，但此举因内战未果。

除宪法之外，国民政府的其他法律和法规中亦有对国家赔偿责任的零散规定。根据1914年《行政诉讼条例》第3条的规定，在行政诉讼中“受理要求赔偿的诉讼”。1932年《行政诉讼法》第2条规定：“行政诉讼得附带请求赔偿，前项损害赔偿除适用行政诉讼程序外，准用民法之规定，但第二百一十六条规定之所失利益不在此限。”1930年《土地法》第68条规定：“因登记错误遗漏或虚伪致受损害者，由该地政府机关负损害赔偿。但该地政府机关证明其原因应归责于受害人时，不在此限。”1933年《警械使用条例》第10条规定：“警察人员非遇第四条各款情形之一，而使用警刀、枪械或其他经核定之器械者，由该管长官惩戒之。其因而伤人

或致死者，除加害之警察人员依刑法处罚外，被害人由该各级政府先给予医药费或抚恤费。但出于故意之行为，各级政府得向行为人求偿。”该条又规定：“警察人员依本条例使用警械，因而伤人者或致死者，其医药费或埋葬费由各该级政府承担。”1934年《戒严法》第11条规定：“因戒严上不得已时，得破坏人民之不动产。但应酌量补偿之。”1944年《国家总动员法》第28条规定：“本法实行后，政府对人民因国家总动员所受之损失，得予以相当之赔偿或救济，并得设置赔偿委员会。”但该法对于赔偿委员会应如何设立，如何召集等均无规定。国民政府还于1937年草拟了《冤狱赔偿法（草案）》，该草案后在1959年由台湾地区“立法院”通过施行。

二、新中国成立后的国家赔偿责任

早在新民主主义革命时期，中国共产党和边区政府虽未制定法律对国家赔偿进行规定，但在实践中已对国家赔偿持肯定态度。例如，抗日战争时期颁布的《山东省人权保障条例》第10条规定：“凡各级政府公务人员违法侵害人民之自由或权利者，除依法惩办外，应负刑事及民事责任。被害人得就其所受损害依法请求赔偿。”又如，1946年3月1日《陕甘宁边区高等法院示字第一号指示信》提出：“因误会而错误羁押，除应宣布无罪立即释放外，并按其生活确实困难情况，由政府予以物质上补助。”这一精神在新中国成立后得到了延续和发展。1949年9月29日通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》第19条第2款规定：“人民和人民团体有权向人民监督机关和人民司法机关控告任何国家机关和任何公务人员的违法失职行为。”由于该共同纲领具有临时宪法的性质，该条规定实际上为国家赔偿奠定了宪法基础。1953年中共中央发布《关于处理各级人民法院过去时期所发生的错捕、错判、错杀问题的指示》，提出对于在“土改”、“三反”、“五反”中产生的冤假错案，本着

“有错即改”的精神，实事求是地改判和平反，抚恤救济。1954年《宪法》第97条对国家赔偿作了如下原则规定：“中华人民共和国公民对于任何违法失职的国家机关工作人员，有向各级国家机关提出书面控告或者口头控告的权利。由于国家机关工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有取得赔偿的权利。”这是新中国首次用宪法的形式确认了国家侵权的事实和受害人取得赔偿的权利。与此同时，新中国的法律、法规和政策也零星地规定了国家赔偿的内容。例如，同年颁布的《中华人民共和国海港管理暂行条例》第20条又作了这样的规定：“港务局（系交通部设立的港务管理局、分局、办事处的简称）如无任何法令依据，擅自下令禁止船舶离港，船舶得向港务局要求赔偿由于禁止离港所受的直接损失，并保留对港务局的起诉权。”1956年司法部制定的《司法部关于冤狱补助费开支问题的答复》、1963年劳动部制定的《劳动部关于被甄别平反人员的补发工资问题》等法律规范成为处理冤假错案的具体依据。但是，长期以来，由于受某些错误思想的影响，未能及时制定一部基本法律集中对国家赔偿做出更细致、更具体的规定，在“文化大革命”以前，国家赔偿基本上没有实行过。“文化大革命”以后，鉴于“文化大革命”中发生的侵犯公民民主权利的严重后果，国家制定了一些政策，并相应地采取了一些措施对国家侵害公民权益造成的损害加以补救。比如，历史上因冤、假、错案受到迫害的人，不仅在政治上予以平反纠正，而且有的还为他们恢复工作，补发工资，安排子女就业，或者根据情况发给困难补助费，这实际上就是国家承担了一定的赔偿责任。新中国前期的国家赔偿制度具有如下特点：（1）执政党的优良传统成为我国国家赔偿法的习惯法渊源。（2）实行补救性赔偿以填平受害人损失为宗旨，采取平反、恢复职务、补发工资、支付医疗费、死亡赔偿金等多种方式。（3）主要通过各行政部门作出解释和批复的形式对1954年《宪法》第97条规

定的精神进行贯彻，对保障受害人的权利起到了一定的规范作用，但比较零散，缺乏统一性。

1982年，我国修改《宪法》，再次重申了国家赔偿的原则，该法第41条第3款规定：“由于国家机关和国家机关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。”与1954年宪法相比，1982年《宪法》在国家赔偿的规定上有所发展：一是规定了国家机关的侵权行为及赔偿责任；二是提出了制定专门法律确认国家赔偿责任的要求。根据宪法的这一规定，《民法通则》第121条规定：“国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任。”这一规定的历史意义在于：第一，由于我国在司法实践上一般不引用宪法判决，《民法通则》的规定使1982年《宪法》的规定从理论走向司法实务，法院可以根据该条规定审理有关国家赔偿的案件；第二，1982年《宪法》规定了国家机关应当承担责任，但是没有明确是由国家对国家机关工作人员的侵权行为承担责任，还是国家与国家机关工作人员共同承担侵权赔偿责任。对此，1988年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》进行了明确，该意见第152条规定：“国家机关工作人员在执行职务中，给公民、法人的合法权益造成损害的，国家应当承担民事责任。”但《民法通则》将国家权力行为的赔偿和国家民事行为的赔偿都纳入了民事法律关系，适用民法调整，而将对国家公权力行为的侵权赔偿纳入民法调整范围并不符合国家赔偿的一般规律。此外，《土地管理法》、《邮政法》、《海关法》、《治安管理处罚条例》和《民用航空器适航管理条例》等法律、法规相继对有关行政赔偿的问题作了规定。但对国家赔偿的范围、方式、标准、程序等缺乏具体规定，使得国家赔偿责任的实现仍存在一定困难。

1989年颁布的《行政诉讼法》从保护公民、法人和其他组织的

合法权益，促进行政机关和行政机关工作人员依法行政的目的出发，专门设行政侵权赔偿责任一章，对行政机关承担赔偿责任的要件、赔偿的主体、请求赔偿的程序，甚至对经费的来源等作了概括性的规定。《行政诉讼法》的制定是我国民主与法制建设中的一件大事，对于建立和健全我国行政赔偿制度具有十分重要的意义。该法确立了行政赔偿的基本原则，进一步完善了我国的行政赔偿制度。这些原则主要有：（1）人民法院享有司法监督权，一是有权审查行政机关的具体行政行为的合法性，二是属于可审查的具体行政行为侵权造成损害的，人民法院有权判决行政机关承担赔偿责任；（2）赔偿费用由各级财政列支，由国家承担赔偿责任；（3）国家有权向有责任的行政机关和有故意或重大过失的行政机关工作人员追偿；（4）程序上适用行政诉讼法，但法院可以进行调解。行政诉讼法规定行政侵权赔偿责任的目的是与行政诉讼配套，解决行政诉讼引起的赔偿问题。它对行政赔偿的一般原则作了规定，但仍不完善。这是因为：第一，《行政诉讼法》的规定只限于行政诉讼中可以受理的具体行政行为的侵权赔偿责任，对于抽象行政行为以及其他不可诉行政行为等，受害人不能依据《行政诉讼法》起诉和请求国家赔偿；第二，对于赔偿方式、赔偿金计算没有规定；第三，程序上有一些特殊问题没有规定；第四，对于司法赔偿未作规定。因此，有必要制定国家赔偿法，对国家赔偿问题专门作出规定，以进一步完善我国的国家赔偿制度。

之后，全国人大常委会法制工作委员会组织有关法律专家组成起草小组，在总结实践经验的基础上，借鉴国外有关国家赔偿的规定，于1990年10月起草了《国家赔偿法（试拟稿）》，印发给有关部门、各地方和法律专家征求意见，并进一步调查研究和修改，拟定了《国家赔偿法（草案）》，于1994年1月提交第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议进行初步审议。1994年5月12日，

第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过，于1995年1月1日起施行。《国家赔偿法》的通过和实施，标志着我国国家赔偿制度的正式全面建立。《国家赔偿法》颁布实施后，为了贯彻执行《国家赔偿法》，各国家机关纷纷制定配套法规、规章和司法解释，例如，《国家赔偿费用管理办法》，最高人民法院《关于人民法院执行〈中华人民共和国国家赔偿法〉几个问题的解释》、《人民法院赔偿委员会审理赔偿案件程序的暂行规定》、《关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》、《关于民事、行政诉讼中司法赔偿问题的解释》等。在这一阶段，形成了比较完善的国家赔偿制度。自《国家赔偿法》实施以来，全国中级以上人民法院全部设立了赔偿委员会和审理赔偿案件的专门机构，有关赔偿工作全面展开。截至2005年10月，全国各级人民法院共受理各类国家赔偿案件21648件，审结20394件，其中决定赔偿6968件。全国各级检察机关十年共立案办理赔偿案件7823件，决定赔偿3167件，支付赔偿金5819.53万元。国家赔偿法实施以来，公安机关通过行政复议和行政诉讼依法办理了大量国家赔偿案件。这一时期，我国国家赔偿的特点主要在于：

(1) 国家承担赔偿责任，机关履行赔偿义务。国家赔偿区别于“谁侵权，谁赔偿”的民事赔偿的一个重要特点在于由国家承担法律责任，最终支付赔偿费用，由法律规定的赔偿义务机关履行具体赔偿义务，实施侵权行为的公务员并不直接对受害人承担赔偿责任，履行赔偿义务。

(2) 赔偿范围有限。国家赔偿是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的部分违法侵权行为承担赔偿责任。因此，国家赔偿窄于民事赔偿，属于有限赔偿责任。例如，根据《国家赔偿法》的规定，对国家立法机关、军事机关、司法机关的部分行为，即使造成了损害，国家也不承担赔偿责任。该法规

定的行政赔偿和刑事赔偿的范围，也是有限的。此外，公有公共设施损害，法院作出的民事、经济、行政错判，行政机关作出的抽象行政行为造成的损害，均不在国家赔偿范围之列。（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。根据我国《国家赔偿法》的规定，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产的需要为原则，给予适当赔偿。例如，对于公民人身自由受到的损害，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。（4）赔偿程序多元化。在民事侵权纠纷中，当事人不能协商调解解决的，统一由法院通过诉讼途径解决。在国家赔偿中，赔偿程序相对多元和复杂。受害人可以通过多种渠道取得国家赔偿。我国《国家赔偿法》规定了取得行政赔偿和刑事赔偿的多种程序。受害人要求行政赔偿，可以直接向赔偿义务机关提出，也可以在行政复议、行政诉讼中一并提起，还可从单独提起行政赔偿诉讼。受害人提出司法赔偿请求，需先向司法赔偿义务机关提出，再向其上级机关提出，最后才能向人民法院赔偿委员会提出，但不能通过诉讼途径解决。

但是，国家赔偿法在实施中也存在一些问题，主要是：赔偿程序的规定比较原则，对赔偿义务机关约束不够，有的机关对应予赔偿的案件拖延不予赔偿，当事人的合法权益难以得到保障；有的地方赔偿经费保障不到位，赔偿金支付机制不尽合理；赔偿项目的规定难以适应变化了的情况。此外，刑事赔偿范围的规定不够明确，实施中存在分歧。这些问题不同程度地阻碍了赔偿请求人及时有效地获得国家赔偿。近年来，各有关方面提出对国家赔偿法需要进行

必要的修改。截至2008年10月，全国人大代表共有2053人次提出了61件修改国家赔偿法的议案和14件建议。一些部门、地方和专家学者也从不同角度提出了对国家赔偿法的修改意见和建议。因此，第十届全国人大常委会将修改国家赔偿法列入了五年立法规划。根据立法规划的要求，法制工作委员会从2005年底开始着手国家赔偿法的修改工作，于2008年起草了《国家赔偿法修正案（草案）》。2010年4月29日，第十一届全国人大常委会第十四次会议通过了修订后的《国家赔偿法》，修订的主要内容主要涉及：第一，畅通了赔偿请求渠道。修订前的《国家赔偿法》规定，赔偿请求人要求刑事赔偿，应当先向赔偿义务机关提出，由赔偿义务机关进行确认。修订后的《国家赔偿法》第22条中取消了刑事赔偿的确认程序的规定。第二，完善了赔偿审理程序。修订前的《国家赔偿法》对行政赔偿程序和刑事赔偿程序仅作了原则规定。修订后的《国家赔偿法》明确了国家赔偿程序的期限要求、审理程序及方式，增加了赔偿义务机关、人民法院赔偿委员会处理赔偿请求的程序性规定。第三，确定了双方举证义务。例如，修订后的《国家赔偿法》在行政赔偿程序和刑事赔偿程序中分别规定：赔偿请求人和赔偿义务机关对自己提出的主张，应当提供证据。受害人被羁押期间死亡或者丧失行为能力的，赔偿义务机关对自己的行为与损害结果是否存在因果关系，应当提供证据。第四，明确了精神损害赔偿。修订后的《国家赔偿法》第35条明确规定：“有本法第三条或者第十七条规定情形之一，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。”第五，保障了赔偿费用支付。修订后的《国家赔偿法》完善了现行国家赔偿费用的支付方式，第37条第2款和第3款分别规定：“赔偿请求人凭生效的判决书、复议决定书、赔偿决定书或者调解书，向赔偿义务机关申请支

付赔偿金。”“赔偿义务机关应当自收到支付赔偿金申请之日起七日内，依照预算管理权限向有关的财政部门提出支付申请。财政部门应当自收到支付申请之日起十五日内支付赔偿金。”另外，修订后的《国家赔偿法》还对侵犯生命健康权、财产权的赔偿项目作了适当调整和增加。



第二章 国家赔偿责任的构成要件

第一节 设定国家赔偿 responsibility 构成要件的一般原理

国家赔偿责任是国家赔偿法中的核心内容，国家赔偿责任的确定必须满足一定的条件，这种条件主要在国家赔偿 responsibility 构成要件当中研究。

一、国家赔偿 responsibility 构成要件的概念

国家赔偿 responsibility 构成要件，是指国家在什么情况下，具备什么样的条件承担因国家机关或者国家工作人员在执行职务中侵犯公民、法人以及其他组织的权益而造成损害的赔偿 responsibility，简言之，国家赔偿 responsibility 构成要件是指国家承担赔偿 responsibility 的必备条件。

我国《国家赔偿法》没有哪一个条文明确规定国家赔偿 responsibility 必须具备的要件，其他国家和地区的国家赔偿法也是如此。有关国家赔偿 responsibility 构成要件是结合司法实践从法条中抽取出来的，并且形成了一个逻辑自足的结构。

国家赔偿 responsibility 构成要件以特定的归责原则为指导，并与特定国家的经济发展和民主政治发展相联系。在具备国家赔偿 responsibility 构成要件的情况下，当事人请求国家赔偿的要求将依法得到满足，公权力机关的侵权行为将受到否定性评价，赔偿义务机关不得拒绝履行赔偿义务；在不具备国家赔偿 responsibility 构成要件的情况下，当事人请求国

家给予赔偿的要求将得不到满足，国家赔偿义务机关有权拒绝赔偿，裁判机关也不得裁判被诉国家机关承担赔偿责任。可见，国家赔偿构成要件是国家赔偿法的核心问题。

二、设定国家赔偿责任构成要件的目的

设定国家赔偿责任构成要件的基本目的有三个：

（一）确定国家赔偿的范围

对于一个国家而言，不可能对于任何公权力行为造成的损害都承担责任，其中一个比较重要的原因是国家财政能力。国家财政承担支付请求权人的赔偿金是一个方面，更重要的是要保障社会公众福祉的实现。由于国家的财力有限，不可能对公民、法人或其他组织所受到的全部损害都负责赔偿，即使是国家机关造成的损害，由于财力所限，也只能择要赔偿，或通过逐步扩大赔偿范围的方式，与国家财政实力相适应。此外，限制国家赔偿范围有时还有政治上的考虑。国家赔偿范围还涉及到国家赔偿责任主体的问题，是否所有的国家机关及其工作人员的行为都要纳入到国家赔偿的范围，既是一个政治决策问题，也是一个法律理论问题。例如，对于立法行为、军事行为、公有公共设施的设置和管理行为是否要纳入到国家赔偿范围，是一个赔偿范围的问题，也是一个赔偿责任主体的问题。有的国家为了保障司法独立，实行司法豁免原则；有的国家为了保障议会至上，实行立法豁免原则等等，这些都反映了国家赔偿责任的有限性，这种有限性则主要体现在国家赔偿责任的构成要件当中。

（二）保障请求权人的国家赔偿求偿权

对国家赔偿设定构成要件，有利于公民、法人或其他组织维护自己的求偿权利，使他们在法律规定的赔偿要件得到满足时，得以理直气壮地请求赔偿。对于何种行为可以通过国家赔偿程序获得救济，是国家赔偿责任构成要件理论所要着重解决的问题。对于行为

要件的研究，可以保障请求权人在特定的行为范围之内向国家请求赔偿。对于损害事实要件的研究，有助于请求权人明确损害的性质、种类。有的国家仅仅对直接损害进行赔偿，有的国家则对间接损害、可预期利益的损失予以赔偿，有的国家仅仅对人身权、财产权的损害进行赔偿，有的国家还对政治权利、劳动权利、平等权利等的损害进行赔偿。对于因果关系要件的研究，有的国家采取的直接因果关系学说，在一定程度上限制了请求权人的求偿权，而更多国家采取的相当因果关系学说，则有利于保障请求权人的合法权益等。

（三）保障赔偿义务机关和人民法院准确认定赔偿责任

国家赔偿责任的构成要件是一个全面性的责任认定机制，缺少任何一个要件都可能无法准确认定国家赔偿责任。例如，赔偿义务机关在认定是否承担赔偿责任时，必须综合考虑构成要件的各个组成部分，缺少任何一个构成要件的准确把握都可能造成赔偿责任的误判。赔偿义务机关认为行为虽然违法，但是损害涉及人身权、财产权以外的权利而不予赔偿，而经过人民法院审查，该损害涉及请求权人的“合法权益”，不能仅以人身权、财产权的保护为限。国家赔偿责任构成要件有助于赔偿义务机关和人民法院准确认定是否属于国家赔偿责任，同时也有利于保证赔偿义务机关和人民法院在认定国家赔偿责任方面的统一和协调。

对于侵权赔偿责任的构成要件，我国法学界较为普遍的观点是“四要件说”，即主体适格、损害事实的存在、行为的违法性、违法行为与损害事实之间有因果关系四项。本章从第二节到第五节将予以具体阐述。

第二节 国家赔偿责任的主体要件

赔偿责任主体涉及到承担国家赔偿责任主体的范围以及如何认定国家赔偿责任主体的问题，本节就相关问题专门进行阐述。

一、赔偿责任主体范围的概念及设定主体范围的意义

所谓赔偿责任主体范围，是指国家对哪些国家机关和国家机关工作人员造成的损害负责。对于赔偿责任主体的概念和范围，各国均未作明确的规定，意在根据实际需要灵活地、适当地扩大其适用范围，以便尽可能地扩大请求权人的救济范围。

国家承担侵权赔偿责任的主体范围所要解决的问题是：第一，国家对哪些组织或个人的侵权行为所造成的损害承担赔偿责任。对于执行职务的机关和工作人员的具体含义，各个国家和地区在具体的司法实践中做法不一。对于实行国家机关赔偿的国家来讲，确定赔偿责任主体意味着对赔偿责任主体进行否定性的负面评价，其重要性不言而喻；对于实行国家实质赔偿的国家而言，确定赔偿责任主体仅仅是一个形式上的要求，有的国家甚至拟制一个特定的机关作为赔偿义务机关来承担赔偿责任，最终责任归属于国家，赔偿义务机关及其工作人员的范围确定并不重要。对于我国而言，由于涉及到各个公权力机关行使职权、履行义务的质量和效率，带有一定的评价功能，因此厘清公权力机关之间、公权力机关与其工作人员之间责任具有一定的意义。第二，国家对哪些组织或个人的侵权行为所造成的损害按照不同于一般民事赔偿规则的特殊规则承担赔偿责任。国家赔偿虽然属于侵权赔偿，但不同于民事侵权赔偿，尤其是在赔偿责任主体方面具有特殊性。对于这些特殊的赔偿责任主体适用民法侵权规则，就可能得出不公正的结论，同时也无助于对赔偿责任主体的监督。第三，国家对哪些组织或个人的侵权行为所造

成的损害概不负责。有些侵权主体执行的职务并非国家赔偿法规范的事项，因其执行职务的行为造成损害的，不能通过国家赔偿来解决；有些侵权主体并非公权力机关，其侵权行为应当按照民法等法律予以处理；有些侵权主体的工作人员并非出于执行职务的需要，而是出于个人主观恶意的，亦不属于国家赔偿范围，因此造成的损害国家概不负责。

任何侵权行为都是由人实施的。国家就其财力和政策而言，不可能对所有人的侵权行为所造成的损害承担赔偿责任，而只能对它应当负责的人或在当时的社会观念看来必须负责的人的损害行为承担赔偿责任。这是设定国家承担侵权赔偿责任的主体范围的基本动因，也是设定国家承担侵权赔偿责任的主体范围的基本意义所在。

二、设定主体范围的原理

主体范围在国家承担侵权赔偿责任的构成要件中就不同国家来说，并非具有同等地位。一般说来，在君主制国家或身份性较强的国家，或者在国家赔偿制度发轫期，主体范围在整个构成要件中占有十分重要的地位。而在另外一些国家，即国家侵权赔偿制度已经发展得较为成熟的国家，主体范围作为侵权责任的构成要件已经显得不那么重要。在这些国家，主体范围已经被行为范围所吸收，国家是否承担侵权赔偿责任，不取决于实施侵权行为的人，而在于侵权行为的性质。但是，就目前来说，主体范围对相当一部分国家来说，仍然具有一定的意义。其意义主要表现在以下几个方面：

1. 一定的主体实施侵权行为国家不承担赔偿责任，工作人员也不承担赔偿责任。例如，国家元首所实施的某些行为、立法机关所实施的行为、司法机关所实施的某些特定的行为。国家元首对外代表国家，其实施的行为具有一定的主权性，根据主权豁免原则，其行为不受法律追究。立法机关代表民意立法，其行为不针

对特定个人，亦不承担赔偿责任。司法机关在特定情况下根据现有证据判断案件，如果发生损害的，司法机关免除国家责任；还有的国家认为司法机关是最终裁决者，如果追究赔偿责任就会损害司法独立等等。各个国家根据其政治体制架构对此有不同的规定。

2. 一定主体实施的侵权行为，国家不承担赔偿责任，而由工作人员自己承担赔偿责任，例如，警察基于私利的某些个人行为。国家赔偿责任的基础在于对执行职务的行为予以赔偿，如果公权力机关的工作人员基于自身的考虑侵犯他人合法权益的，应当按照“谁侵权谁赔偿”的原则处理。

3. 一定主体实施的侵权行为，国家按特殊规则承担赔偿责任，而不按一般民事赔偿规则承担赔偿责任。如行使公共权力主体所实施的侵权行为，各国通常按特殊规则承担赔偿责任。只有行使职权、执行职务的行为造成的损害，由国家赔偿，实行特殊的赔偿规则；行使职权、执行职务之外的行为造成的损害，按照一般的民事赔偿规则处理。

4. 一定主体实施的侵权行为，国家按一般民事赔偿规则承担赔偿责任，而不按照特殊规则承担赔偿责任。例如，某些从事纯粹私经济活动的组织或营利组织；邮政企业、公立医院、公立学校如果有特别法律的规定，则适用特殊的法律规定，这种特殊性一般表现为不再适用国家赔偿法规则，而适用民法规则。

三、我国《国家赔偿法》对主体范围的具体规定

从我国《国家赔偿法》第2条以及第二章、第三章的有关规定来看，我国《国家赔偿法》中的侵权主体是“国家机关和国家工作人员”。从该法有关赔偿范围的规定来看，《国家赔偿法》中的国家机关，应当包括国家行政机关、审判机关、检察机关和军事机关。这些机关在执行职务过程中，在理论上都有可能侵犯公民、法人的合法权益并造成损害，在现实生活中也并不鲜见，因此，都应纳入

国家赔偿法的调整范围。

(一) 国家机关

国家机关在整个国家机器运转中享有一定的权力，代表国家行使国家职权，其主要任务在于实现国家管理。国家机关通常靠预算拨款（国家银行如中国人民银行虽然不属于预算机关，但也有可能成为国家侵权的主体），有独立的活动经费，具有法人资格（机关法人），既可能成为国家侵权的主体，也能够成为国家赔偿的义务主体。

1. 行政机关。行政机关是指行使国家行政管理职权的各级政府及其所属部门或机构。有些组织本身不是行政机关，但依法律法规授权或行政机关依法授权行使部分行政管理职权的，也应视为行政机关。例如，会计师事务所、律师协会依据《会计法》和《律师法》所享有的针对其会员的特定的行政管理权限。

2. 司法机关。司法机关是指享有刑事拘留权、刑事案件预审权的各级公安机关和安全机关，享有检察权的各级人民检察院和享有审判权的各级人民法院，以及执行刑事拘留、逮捕的看守所、执行刑罚的监狱管理机关等等。

3. 中国共产党的各级组织和机关、社会团体、民主党派等不应作为国家赔偿法中的侵权主体，因为它们不属于国家机关。以党的各级组织和机关为例，《宪法》序言指出：“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”在这里，国家机关与各政党（当然包括中国共产党）在逻辑上是并列关系而不是从属与包容关系。宪法第三章“国家机构”规定了国家权力机关、国家行政机关、国家军事机关、国家审判机关和国家法律监督机关的机构设置，法律职责及法律的地位等，并未将党的机关列入。可见，我国宪法并未将中国共产党这一

组织作为或者视为国家机关列入其内。从外国国家赔偿法立法例看，无论是资本主义国家，还是社会主义国家，均未将执政党或在野党列为国家侵权主体。根据党的有关文件规定，党应当保证政权组织充分发挥职能，应当充分尊重而不是包办群众团体以及企事业单位的工作。党的领导是政治领导，即政治原则、政治方向、重大决策的领导和向国家政权机关推荐重要干部。党的机关与国家政权机关的性质不同，职能不同，组织形式和工作方式不同。应当改革党的领导制度，划清党组织和国家政权的职能，理顺党组织与人民代表大会、政府、司法机关、群众团体、企事业单位和其他各种社会组织之间的关系，做到各守其责，并且逐步走向制度化。党委办事机构要少而精，与政府机构重叠对口的部门应当撤销，它现在管理的行政事务应转由政府有关部门管理，因此，不应把党的机关混同为国家机关。值得注意的是，对于党的机关的某些行为，实际上国家是要承担赔偿责任的。一般说来，党的机关只对国家、地区或部门的重大问题作出决定，比如决定方针、路线，决定如何在本地区、本部门贯彻党的方针路线，党的这些活动都不产生国家赔偿问题。如果党的机关对行政事务或司法工作中的具体问题作出决定，执行的并非党的机关，而是行政机关和司法机关，受害人既然有权向行政机关和司法机关求偿，那么国家赔偿责任实际上是存在的。此外，对于未经授权或者委托自己创造公共职能的，例如居民委员会、村民委员会制定针对居民或者村民的行政处罚权的，国家对因此造成的损害后果不承担赔偿责任，这种责任属于一般的民事侵权或者刑事侵权行为，由侵权组织承担赔偿责任。

（二）国家机关工作人员

这里的“国家机关工作人员”不仅包括行政机关、审判机关、检察机关中行使国家行政管理职权、审判权或检察权的工作人员，还应当包括某些不在上述机关工作，但根据法律法规的授权或特定

机关的委托或临时聘用，行使公共权力的工作人员。例如：行政机关工作人员是指政府各部门行使行政职权的人员。非政府部门的工作人员，但受行政机关临时聘用行使行政职权的人员，如工商行政管理部门聘用的管理市场的临时工作人员，公安部门聘请的维护交通秩序的交通安全员，环境卫生管理部门聘请环境卫生监督人员等，都应视为行政机关工作人员。但是，在行政、审判、检察机关工作，但没有行使国家职权的人员，例如汽车司机、技术工人、炊事人员等，也不能成为国家赔偿法的致害主体。

对于自愿协助执行公务的人员，应当视为国家机关工作人员。例如，某公民协助警察追赶犯罪嫌疑人时超过避险的程度用砖头将犯罪嫌疑人殴打致死，国家应当承担赔偿责任。

对于假冒国家机关工作人员的，不应当视为国家机关工作人员。对于假冒国家机关工作人员的，有人认为受害人在尽了相当注意的情况下因不辨真假遭受侵害的，国家应当承担赔偿责任。我们认为，假冒人员与国家机关之间不存在任何授权或者委托关系，国家不对其行为承担任何责任。

对于无行为能力或者限制行为能力的工作人员的侵权行为，要看其是否在执行职务过程中，如果其行为处于执行职务过程或者与执行职务具有相当关系的，国家应当承担赔偿责任。否则，国家不承担赔偿责任。

第三节 国家赔偿责任的行为要件

在确定了国家为之承担责任的行为主体的范围之后，还必须确定国家为他们的哪些范围和哪种状态的行为负责。行为范围所要回答问题是国家对哪些行为所造成的损害承担侵权赔偿责任；行为适法状态要回答的是行为的适法性问题。

一、设定行为范围的意义

随着国家赔偿制度的发展，主体范围已经显得越来越不重要，主体范围在许多国家已经被行为范围所吸收。这是因为，根据分权原则，一定的行为只能由一定的机关实施，确定了国家对哪些行为所造成的损害负责，事实上也就确定了对哪些机关的行为所造成的损害负责。还有另外一个原因是，国家不可能对某一个主体的任何一种行为负责，而只是对与国家职权有关的行为负责，就这种意义来说，主体范围的确定并不重要，而行使公共职能或者行为的性质具有决定意义。

设定行为范围在不同国家具有不同的作用。在实行公私法不分或者实行一元制国家赔偿体制的国家里，设定行为范围的作用在于：（1）国家对哪些行为所造成的损害负责；（2）国家对哪些行为所造成的损害免责。因为在这些国家里，侵权主体的公法性质抑或私法性质并不重要，重要的是该主体行为的实际责任归属。在实行公私法分离或实行二元制国家赔偿体制的国家里，设定行为范围的作用除了上述作用外，还有区分按什么规则承担赔偿责任的问题，即国家对哪些行为按照公法规则或特殊规则承担赔偿责任，对哪些行为按照私法规则或一般民事赔偿规则承担赔偿责任。

二、设定行为范围的原理

怎样设定行为范围，不同的国家有不同的方法。如前所述，在国家赔偿责任一元制国家，通常需要解决两个问题：一是通过法律确定国家对哪些行为造成的损害不承担赔偿责任，也就是通过确定免责的范围而确定负责的范围，那是因为毕竟负责面宽免责面窄，从立法技术的角度来说，应用排除法比较便捷。二是通过司法判例确认职务行为与非职务行为的界限，这是因为职务行为与非职务行为的认定带有很大的实践性和经验性，甚至因国家政策的改变而改变，因此，适宜通过司法判例具体加以确认。而在国家赔偿责任二

元制国家，除要解决上述问题外，还须解决哪些行为造成的损害由特殊规则（或公法规则）所调整，哪些行为所造成的损害由一般民事赔偿规则（或私法规则）调整。

解决这个问题通常的办法是：根据不同标准对国家职能进行划分，将执行某一类国家职能的行为所造成的损害适用公法规则或特殊规则进行调整，而将执行另一类国家职能的行为所造成的损害适用私法规则或一般民事赔偿规则进行调整。一般说来，对行使公共权力的行为所造成的损害都适用公法规则或特殊规则，而对行使纯粹私经济职能的行为所造成的损害，原则上都适用私法规则或一般民事赔偿规则。对于介乎公共权力和纯粹私经济职能之间的大量公益性行为所造成的损害，各国的处理很不相同：同一行为有的国家适用公法规则或特殊规则进行调整，有的国家则适用私法规则或一般民事规则进行调整。而且很难找出支配这些不同选择的规律性。原因在于，这类公益性行为本身有双重性或者多重性：一方面具有公益目的，另一方面又具有营利性质，适用私法还是公法理由各参其半，因而使这类选择带有了一定的任意性。

可见，要把握各个国家承担侵权赔偿责任的行为范围，必须要把握三个环节：哪些行为国家不承担赔偿责任，哪些行为国家按特殊规则或者公法规则承担赔偿责任，哪些行为国家按私法规则或一般民事赔偿规则承担赔偿责任。

划分各种国家职能的方法各不相同。这种不同一方面是由于不同的法律概念造成的，一方面是由于国家责任的扩大造成的。

对于国家死刑的划分问题，有三个基本概念居重要地位。第一，决定性的问题是职责属于公法还是属于私法？第二，损害是不是在公权力职能、国家职能行使时造成的？第三，侵权的性质是什么？具体行为是不是属于典型民法行为？该行为是不是由非政府性的侵权人实施的？

在不涉及公权力行使的政府行为方面，前两种标准与第三种是完全不同的。根据前两种，凡是与学校、医院、道路维修、车辆驾驶及官方对物监管有关的活动都产生特殊国家责任，而在第三种情况下只是根据民法的一般规则产生责任。第一种标准的支持者认为在哪一种概念中都会产生有关划分困难的问题，但划分公法和私法是传统性的，而且受欢迎的是支持这种传统而不是另造新词。普通法国家、瑞典及多数社会主义国家的制度都以第三种标准为基础，它在采用其他做法的法律制度中也有发展。对于交通事故更是如此。一方面，国家雇员造成的交通事故与私人造成的交通事故没有什么很大不同，这似乎是很明显的。另一方面，国家雇员所作的错误决定与国家雇用的司机造成的交通事故倒有相当的区别。但是，实质的结论只能取决于我们是否知道哪种做法对受害者更有利，从而判断是适用特别国家责任还是适用普通民法责任。

三、我国有关国家承担赔偿责任的行为范围的宏观设定

我国《国家赔偿法》以及相关法律对有关行为范围的宏观设定，可以从以下四个方面进行把握：

（一）国家完全不承担赔偿责任的行为

主要有以下几项：一是立法行为，包括权力机关制定法律和地方法规的行为以及行政机关制定行政法规、规章以及发布具有普遍约束力的决定、命令的行为。理由主要是，立法行为不可能是侵权行为，不产生损害后果，国家对立法行为没有赔偿责任可以承担，但这只是一种虚拟和假设，当立法主体扩及行政主体之后，这种言论将会受到质疑。二是国家行为，包括最高权力机关以及国务院和总理所行使的某些国防、外交行为。这些行为基于主权豁免理论，排除国家赔偿法的适用。三是司法机关的某些判决行为，如民事判决行为和行政判决行为。对于民事审判、行政审判中的错判，经法院改判后，应当按照改变后的判决，由一方当事人向对方履行义