

《国家赔偿法》实施中的若干问题及对策 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E3_80_8A_E5_9B_BD_E5_AE_B6_E8_c122_483310.htm 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了《中华人民共和国国家赔偿法》，这标志着我国国家赔偿制度的全面确立。《国家赔偿法》的制定，吸取了中外有关赔偿法理论的优秀成果，也充分注意了我国的国情，有明显中国特色，该法不失为一部较好的法律。笔者认为，从实施至今近六年的情况看，我国《国家赔偿法》已暴露出诸多缺憾和问题。有些问题的存在已直接影响到《国家赔偿法》价值取向或立法目的，是亟待解决和可能解决的。本文试图提起这些问题并就解决办法发表浅见，以抛砖引玉，进一步完善我国国家赔偿制度。

一、职务违法行为的“确认”问题

职务违法原则是我国《国家赔偿法》确定的归责原则。该法第二条规定，国家机关和国家工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利，国家机关应当依照本法承担赔偿责任。据此，“职务违法行为”成为国家赔偿责任的基本构成要件，它包括两个基本要素：职务行为和违法行为。在理论界，对如何界定职务行为、违法行为，争议颇多，《国家赔偿法》中对此未作立法解释。因此，实践中正确判别“职务违法行为”本就是一个技术难题。根据《国家赔偿法》第九条第一款、第二十条第一款之规定，赔偿义务机关对依法确认有该法第三条、第四条、第十五条、第十六条规定的情形之一的，应当给予赔偿。由此可见，在国家赔偿案件中，赔偿义务机

关应当赔偿的前提是，其职务违法行为业经“依法确认”，未经“确认”，请求人则无法获得赔偿。在实践中，部分职务违法行为是由一定的司法程序予以纠正或者直接由法院司法审查，可以顺利解决“确认”问题。如A)手续完备的错羁、错判等，受害人可以获得相应的法律文书(如释放证明、不起诉决定、生效的无罪判决、再审无罪判决等)，这些法律文书便成为“确认”的文书。B)部分行政赔偿的受害人，如果在对具体行政行为提起行政诉讼时附带提起赔偿请求，那么，随着人民法院对具体行政行为的司法审查，依法“确认”问题也可获解决。C)另根据最高人民法院《关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三条规定，赔偿请求人认为行政机关及其工作人员实施了《国家赔偿法》第三条第(三)、(四)、(五)项和第四条第(四)项规定的非具体行政行为侵犯其人身权、财产权并造成损失，赔偿义务机关拒不确认致害行为违法，赔偿请求人可以直接向人民法院提起行政赔偿诉讼，也初步解决了部分行政赔偿的“确认”难题。除上述无须经过专项“确认”程序之外的所有国家赔偿案件，如部分行政赔偿案件，当受害人单独提出行政赔偿请求时(如具体行政行为已实施完毕或相对人对行政职务违法行为本身不予追究)或者无法同时提起行政诉讼时[如对《国家赔偿法》第四条第(三)、(四)项的部分非具体行政行为提起赔偿请求]，依照《行政诉讼法》第六十七条和《国家赔偿法》第九条第二款之规定，都应当先向赔偿义务机关提出，以解决“确认”和赔偿问题；部分刑事赔偿案件，赔偿请求人没有取得相应国家机关纠正错误追究的法律文书以代替“确认”，根据《国家赔偿法》第二十条第三款之规定，也一律应当先向赔偿义务机

关提出，以解决“确认”和赔偿问题。因此，在实践中存在大量的国家赔偿案件根本难以提起。原因在这些案件中的第一道门槛职务违法行为的“确认”问题，竟必须依赖该职务违法行为的实施者赔偿义务机关本身来解决，这有何等尴尬！如前所述，由于没有统一的立法解释作依据，界定有些职务违法行为在技术上本就不易，加上部分赔偿义务机关由于种种主客观原因根本就不愿意面对其职务违法行为和因此带来的法律后果（既影响领导政绩又影响工作人员的前途），无疑就产生了难以被依法“确认”或拒不“确认”的情况。这时，请求人只有依法向职务违法行为实施者的上级机关提出申诉，以期“确认”。实践中，这条申诉之路是何等遥遥无期。笔者曾遇一案，在浙江打工的查某，一日，其房东家中被盗，疑查某所为而报警，公安人员遂将查某传讯至派出所盘问并留置，期间，查某双手被铐着反吊于窗棂之上达九小时多，致右手残废，十余小时后查某作案嫌疑被排除而获释放（因未拘留而无释放证明），查某即开始寻求国家赔偿。向检察机关控告公安办案人员刑讯逼供致其残疾，检察机关立案后以证据不足为由撤销案件，此后，查某多次向该公安机关要求依法“确认”职务违法行为，以便进入国家赔偿程序，遭到拒绝，向上级机关提出申诉，也石沉大海。向公安机关提出赔偿要求，公安机关一方面拒不“确认”其职务违法行为，一方面与赔偿请求人协商赔偿金额，但态度十分消极，耗时一年多却难以达成一致赔偿协议。最后，查某不得不求助于新闻监督渠道和其亲友（曾是当地领导）出面“周旋”，才获得赔偿金。尽管此类案件不多见，但谁又能说是绝无仅有的呢？怎样解决这些问题？笔者思考，对上述遇到“

确认”困难的受害者，能否为其提供一个要求依法“确认”职务违法行为的受理机构呢？能担此重任的机构一不能为国家侦查、检察、审判、监狱管理机关；二不能为行政机关，因为这些部门理论上均可能成为赔偿义务机关。依我国政治体制，除此之外只有中共各级政法委员会和人大常委会的法制委员会以及各级政协的法制委员会三家。在此三家中，相对理想的应当是各级人大常委会的法制工作委员会了。当然，其所受理的要求“确认”的案件，应当不包括对手续完备的错羁、错判行为的“确认”，因这类问题已有相应的司法程序予以解决，受害人可以借此获得相应的法律文书代替“确认”，以免造成对我国现行司法程序的冲击。

二、完善国家赔偿程序问题

1、赔偿义务机关的先行处理程序。

根据《国家赔偿法》第九条、第二十条之规定，所有国家赔偿案件(除行政诉讼附带行政赔偿)均由赔偿义务机关先行处理。第十三条、第二十一条规定，赔偿义务机关应当自收到申请之日起两个月内依法给予赔偿，逾期不予赔偿或者赔偿请求人对赔偿数额有异议的，行政赔偿案的赔偿请求人可以自期间届满之日起3个月内向人民法院提起诉讼，刑事赔偿案的赔偿请求人则可以自期间届满之日起30天内向上一级机关申请复议或申请作出赔偿决定。可见，《国家赔偿法》仅规定赔偿义务机关收到申请之日起两个月的先行处理期间，而没有规定此期间内赔偿义务机关的处理程序，大大简化了法条内容，但同时却留下了问题。如该法是否排除了赔偿义务机关与赔偿请求人的协商呢？实践中，此种协商是常见的，也值得提倡，此其一。其二，协商达成协议是否也应遵守两个月给予赔偿的期间规定，能否允许双方在两个月内达成任一执

行期限的赔偿协议？笔者认为，应当肯定赔偿请求人对其民事权利的处分权，即自愿与赔偿义务机关达成在任何期限内获得赔偿或恢复原状、返还财产的赔偿协议。其三，如何看待赔偿协议的性质和效力？笔者以为，双方达成的赔偿协议均应签名和盖章，此种协议不同于一般的民事协议，因协议一方是司法机关或具有行政权力的行政机关，可以规定对此类协议实行强制公证制度，并赋予这类经公证后的协议和赔偿委员会赔偿决定同等的法律效力。赔偿请求人可以据此协议申请人民法院强制执行。

2、关于赔偿委员会的决定程序

对此，《国家赔偿法》仅规定“由人民法院3名至7名审判员组成”，“赔偿委员会作赔偿决定，实行少数服从多数的原则”。最高人民法院颁布的《人民法院赔偿委员会审理赔偿案件程序的暂行规定》也只规定“可以通知赔偿请求人、赔偿义务机关和复议机关的有关人员或者相关证人提供有关情况或者到人民法院接受调查”，其第十条还规定上述调查取证“应当分别进行”。可见赔偿委员会的决定程序是一个标准的背对背“暗箱操作”程序。不仅限制了双方当事人对赔偿案件的知情权，连双方当事人在案件审理时为支持说明其主张而发表意见的权利、与对方进行辩论的权利也没有规定，更不用说对赔偿委员会组成人员的知悉权（审理时不告知，决定书中无列名）和申请回避权。而赔偿委员会却只是审理赔偿案件的一个机构，一个类似于行政审判庭的职能机构，不是也没有成为人民法院的最高机构，上述《暂行规定》第十五条规定：“赔偿委员会认为重大、疑难的案件，必要时由赔偿委员会主任报请院长提交审判委员会讨论决定，审判委员会的决定，赔偿委员会应当执行。”就是例证。由

这样一个职能机构，在暗箱操作的程序下，一锤定音作出决定，且承办法官又无须考虑个人“错案责任”，这如何确保每件国家赔偿决定的公平、公正呢？为此，笔者建议，《国家赔偿法》或者实施细则、司法解释中应当增加以下内容：

“赔偿委员会决定审理的赔偿案件，应当指定专人负责办理，并应在十五日内将办案组成人员告知双方当事人。”“赔偿委员会审理赔偿案件时，应当召集赔偿请求人、赔偿义务机关以及各自的委托代理人到人民法院陈述意见，并允许双方展开辩论，对双方发表的意见，赔偿委员会应记录在卷，作为决定时的参考。”

3、赔偿委员会赔偿决定的执行。《国家赔偿》第二十三条第三款规定：“赔偿委员会作出的赔偿决定，是发生法律效力决定，必须执行。”这无疑十分正确。但在实践中，赔偿义务机关多方面的原因包括地方财政、经费紧张、主观认识等而不及时或拒不执行《决定》，该如何处理？未见立法解释。笔者经办的一件刑事赔偿案，通过要求确认、提出赔偿申请、向上级机关申请复议、向省高级人民法院赔偿委员会提出赔偿申请等一系列艰难的工作，奔波于某监狱、省监狱管理局、省高级人民法院等机关，耗时一年多，为赔偿请求人终于争取到一份省高级人民法院的[1998]赣法委赔字第02号赔偿决定书。但是，由于赔偿义务机关在应否赔偿的问题上始终存在不同意见，省高院的赔偿决定书送达后仍未能使其转变认识，该赔偿义务机关就以种种托辞拒不履行支付赔偿金的义务。笔者为此曾试图向省高院申请强制执行，所得答复是：“尚无法律依据！”这里就涉及一个问题，即如何执行赔偿委员会赔偿决定书。毫无疑问，由于赔偿委员会决定赔偿案件，不是通过诉讼程序，而

是一种非诉讼的书面审理程序，因此，决定书不同于判决书或裁定书，而是一种专门的生效法律文书，但对人民法院的这样一份生效法律文书提出强制执行申请，竟然法无明文！究其原因，立法者是否考虑到刑事赔偿案件的赔偿义务机关均属司法机关，对之不宜强制执行，可能性不能排除。但是，无论什么案件，仅获得一纸生效的法律文书从来就不是当事人的目的，当事人的真正目的是实现该生效法律文书裁判决定的相应实体权利。赔偿委员会赔偿决定的执行没有强有力的法律保障，其“权利救济功能”如何实现？因此，应当立即增加“必要时，赔偿请求人可以申请人民法院强制执行”的规定。

三、进一步明确赔偿金的计算标准

《国家赔偿法》对侵犯公民、法人和其他组织的财产权造成损害的以及侵犯公民人身自由的赔偿标准，有第二十八条、第二十六条的规定，该两条规定较为明确，实践中容易操作。但第二十七条第（一）项规定：“造成身体伤害的应当支付医疗费、以及赔偿因误工减少的收入”，因未明确医疗费的范围包括受害人为恢复健康进行的全部花费如药费、护理费、营养费、交通费、住院费等，造成在实践中常有歧义，应在司法解释中予以明确。除此之外，有些规定则过于笼统或无明确标准，可操作性太低。

1、明确劳动能力丧失程度的鉴定标准。

《国家赔偿法》第二十七条第（二）项规定了部分丧失劳动能力和全部丧失劳动能力两种劳动能力丧失情况，至今却没有一个与之配套的统一的鉴定标准，实践中难于把握和判定。为了解决这个问题，部分鉴定人参照的是国家原劳动部、卫生部《关于职工工伤与职业病致残程度鉴定标准》及《人身保险意外伤害伤残给付标准》两个文件，是否正确有待评价。

毫无疑问，对劳动能力丧失程度的评定工作是一个专业性较强的工作，不仅需要专家参与评定，更需要一个全国的统一标准。不仅如此，笔者认为，在这个标准中还应当有关于“专长劳动能力”丧失的规定，如歌唱家的歌唱能力、田径运动员的运动能力。歌唱家的嗓子永久性沙哑或短跑运动员缺失部分脚趾，以常人而言，未必丧失劳动能力，但却能导致歌唱家结束歌唱生涯，运动员终生离开田径场。这无疑使他们专长劳动能力部分、甚至全部丧失。

2、明确对部分丧失劳动能力者残疾赔偿金的确定依据。《国家赔偿法》对部分丧失劳动能力的残疾赔偿金仅规定了一个最高额“为国家上年度职工年平均工资的十倍。”实践中如何结合部分丧失劳动能力的程序予以个案量化，也成为“灵活”掌握的问题，难以保障相对公平和避免不正之风的影响。为此，有关标准也应尽早出台。同时，建议借鉴伤情鉴定中法医对医疗费用额度提出参考意见的做法，应当赋予有关劳动能力评定专家在其出具的劳动能力评定结论之后，结合残疾赔偿金的的标准提出赔偿数额的建议权，供人民法院赔偿委员会或有关赔偿义务机关决定赔偿数额的参考。

3、完善对死亡赔偿金、丧葬费的赔偿规定。按照《国家赔偿法》第二十七条第（三）项的规定，致一七旬老翁死亡和致一年青力壮的小伙早逝，却是赔偿同等的死亡赔偿金和丧葬费，实在令人费解和难以接受。毋庸置疑，《国家赔偿法》关于死亡赔偿金的规定的规定是立法实践中的一大突破（《民法通则》由于颁布较早，未能就此作出规定，在处理死亡赔偿民事案件的司法实践中，由于没有法律依据而导致死者亲属难以得到合理赔偿，部分合法权益得不到充分保障），总体上讲，此标准本

已很低，如果不分年迈年幼，一律以同一数额给予死亡赔偿，明显不公，对此规定应即完善。笔者建议，可以参照《道路交通事故处理办法》的规定，适当考虑死者年龄因素，或按国际通行做法，先根据政府有关部门公布的居民平均寿命确定死者余年命数，再以此为依据确定死亡赔偿金额。同时，也应确定一个最低赔偿额，以免过于考虑余年命数导致另一个不公，使得死亡赔偿金的基本抚恤功能丧失殆尽。总之，由于国家赔偿法的功能，不仅在预防和控制国家机关及其工作人员职务违法行为、促进国家机关加强内部监督和国家机关工作人员加强自律等方面，更主要的还是所谓“权利救济功能”，即保证当公民法人和其他组织在其合法权益受到国家机关或国家机关工作人员违法行使职权的侵犯并造成损害时，能够依法获得尽量快而适当的赔偿。因此，妥善解决上述问题，将为更好地实现该项功能提供保障。除此之外，我国的国家赔偿制度中其他一些问题如赔偿范围过窄、赔偿数额较小等等也是明显存在的，这些问题的解决尚有待于我国政治、经济、思想意识等现实条件的进一步改善。