DOI: 10.3785/j.issn.1008-942X.CN33-6000/C.2021.02.243

何以“惩戒”行政违法:行政赔偿的功能、定位及其哲学基础

蒋成旭
(浙江大学 立法研究院,浙江 杭州 310008)

[摘 要] 近年来,司法实践强调行政赔偿应体现对行政违法的“惩戒”。损失填补和违法预防是行政赔偿的两项基本功能,但固有的制度局限使得受害人的损失得不到足够弥补,同时行政违法也得不到应有的威慑和预防。法院以“惩戒”为正当性基础突破制度局限,从而实现损失填补和违法预防功能,这一做法值得肯定。但制度功能的视角不能为“惩戒”现象提供恰当的解释,要真正理解其制度蕴意,需着眼于“惩戒”的道德哲学内涵。矫正正义是行政赔偿的哲学基础,损失填补和违法预防的效果是通过矫正正义的实现来达成的。矫正正义的哲学基础和侵权责任的制度定位能够为“惩戒”提供最恰当的解释。法院强调“惩戒”,反映了对行政赔偿在个案中实现矫正正义的期待。行政赔偿真正“惩戒”的应是过错,行政赔偿应回归侵权责任的制度定位。

[关键词] 行政赔偿;侵权责任;行政赔偿诉讼;矫正正义

一、问题的提出

根据《中华人民共和国国家赔偿法》(以下简称《国家赔偿法》)第一条规定的“保障公民、法人和其他组织享有依法取得国家赔偿的权利和促进国家机关依法行使职权”这两项立法目的,可知损失填补和违法预防是行政赔偿的两项基本功能[①]。但是,行政赔偿是否还具有“惩戒”行政违法的功能?对此,最高人民法院(以下简称“最高法”)旗帜鲜明地提出,为体现对行政违法的“惩戒”,违法必须适用赔偿,且赔偿不应低于补偿[②]。此意见影响之大,以至于地方法院纷纷以“惩戒”行政违法之名,抛弃了过去“以补代赔”[③]的做法,提高了赔偿数额,扩大了赔偿范围,甚至发展出了“惩

[收稿日期] 2021-02-24
[在线优先出版日期] 2021-08-20
[本刊网址·在线杂志] http://www.zjujournals.com/soc
[网络连续型出版物号] CN 33-6000/C
[基金项目] 国家社会科学基金青年项目(20CFX024)

[作者简介] 蒋成旭(https://orcid.org/0000-0002-2172-0053),男,浙江大学立法研究院、光华法学院助理研究员,法学博士,主要从事行政法、国家赔偿法研究。

① 相关见解参见高家伟《国家赔偿法》,(北京)商务印书馆2004年版,第31页;马怀德《国家赔偿法的理论与实务》,(北京)中国法制出版社1994年版,第76-80页;沈岿《国家侵权损害概念的“双层结构”》,载《中国政法大学学报》2010年第3期,第64页;等等。需要说明的是,行政赔偿与刑事赔偿一起构成了国家赔偿法的主体内容,但由于制度定位上的显著差异(比如前者适用诉讼程序,后者适用非诉讼程序),单独研究行政赔偿是可行且必要的。

② 参见《许水云诉金华市婺城区人民政府房屋行政强制及行政赔偿案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2018年第6期,第30-38页。

③ 过去,由于行政赔偿的渠道不足以弥补当事人的损失,法院通常的做法是确认行政行为违法,并责令行政机关履行补偿义务(以下简称“确认违法+补偿”)或协调解决争议。

罚性”行政赔偿[①]。这已经突破了现行国家赔偿法的制度框架。

关于这一现象,比较普遍的一种观点是,要求行政赔偿体现对行政违法的“惩戒”,并不是真的要惩罚行政机关,而是强调对当事人损失的实质填补。也有很多人认为,“惩戒”的意义更多的是通过赔偿数额的提高让行政违法付出相应的代价,从而起到预防行政违法的效果[②]。可以看出,两种观点的共识在于“惩戒”本身并不具有独立意义,主要是为了实现行政赔偿的损失填补和违法预防两项基本功能。的确,我国行政赔偿制度对权利救济的力度之弱,历来为人诟病,就连最高法也承认“行政赔偿的范围和程度低于行政补偿”[③]。这使得受害人的损失得不到足够的弥补,行政违法也得不到应有的威慑和遏制。但是,一方面,若要实现行政赔偿的损失填补功能,过去以补代赔的处理方式也能实现;另一方面,“不低于补偿”往往就是等于补偿,以此来体现“惩戒”,违法成本并不比合法行政更高,违法预防的效果不无疑问。损失填补和违法预防这两项制度功能,似乎并不能为这一现象提供恰当的解释。那么,我们应该如何理解所谓的行政赔偿应当体现对行政违法的“惩戒”?行政赔偿究竟如何起到“惩戒”行政违法的作用?

二、“惩戒”行政违法与行政赔偿的损失填补功能

首先需要探讨的是,司法实践中所谓行政赔偿应当体现对行政违法的“惩戒”,是否如多数观点认为的那样,实际强调的是对当事人损失的实质填补。如上所述,我国行政赔偿仅能发挥非常有限的损失填补功能。通过对裁判文书的考察可以看出,实践中法院强调“惩戒”行政违法的首要目标的确在于对当事人的损失进行完整填补,即“填平补齐”[④]。赔偿数额往往与正常的征收补偿数额大体相当,但也偶有超过后者的情况,比如考虑到不动产价格的上涨,法院会将损失评估计算的时点从侵害发生时挪到做出赔偿决定时,使赔偿更加接近当事人的实际损失[⑤]。因此首先可以确定的是,所谓的“惩戒”并非“惩罚性赔偿”的意思[⑥]。这也表明,司法所期待的行政赔偿的损失填补功能与侵权责任法的损失填补功能是一致的,即实际损失的完整填补。但是,强调对行政违法的“惩戒”真的能帮助行政赔偿制度更好地实现损失填补功能吗?

(一)“惩戒”作为提高赔偿数额的正当性基础

为什么法院需要强调对行政违法的“惩戒”来实现行政赔偿的损失填补功能?首要原因就在于,行政赔偿制度遵循的是抚慰性赔偿原则[1]307,损失填补的功能本就十分有限,法院想要将行政赔偿提高到侵权责任法那样的完整填补程度,在法律上很难找到合适的规范依据。

首先,尽管国家赔偿标准应随着经济社会发展而有所提高几乎是理论界的共识,但法定的赔偿标准自1994年《国家赔偿法》颁布以来始终未变。当初立法草案中列举了三项理由:使受害人所受到的损失能够得到适当弥补;考虑国家的经济和财力能够负担的状况;便于计算,简便易行[⑦]。尽管

① 参见常州市中级人民法院(2019)苏04行赔终2号行政赔偿判决书。

② 以上观点归纳自笔者对法官的访谈以及与学者的讨论。相关讨论参见章剑生《私有财产征收中的行政赔偿——许水云诉金华市婺城区人民政府房屋行政强制及行政赔偿案评析》,载《法律适用》2020年第4期,第13-21页。

③ 最高人民法院(2017)最高法行赔申244号行政赔偿裁定书。

④ 如最高人民法院(2019)最高法行赔申932号行政赔偿裁定书。

⑤ 如宁波市海曙区人民法院(2019)浙0203行赔初4号行政赔偿判决书。

⑥ “我国的国家赔偿法立法时所确立的原则是‘填平补齐’的赔偿原则,而不是‘惩罚性’的赔偿标准。”见最高人民法院行政庭编《中国行政审判案例》(第1卷),(北京)中国法制出版社2010年版,第150页。

⑦ 参见《关于〈中华人民共和国国家赔偿法(草案)〉的说明》,http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-01/02/content_5003162.htm,2021年2月24日。

学界和实务界都已经意识到其与真实情况极为不符[2]737，但在2010年修订以后，其仍然没有发生本质变化[3]412，一直持续至今。

其次，尽管赔偿与补偿在损失填补程度上的区分意义已为学界所普遍认同[4]546,607，但现实中赔偿的填补程度却往往不如补偿，以至于形成赔偿补偿“倒挂”的情形。比如同样是停产停业引起的财产损失，对于合法的房屋征收，行政补偿提供的是包含一定比例正常经营利润的“停产停业损失的补偿”（《国有土地上房屋征收与补偿条例》第十七条、第二十三条）；而对于违法责令停产停业的，行政赔偿却完全排除了经营利润损失，仅仅是只够维持企业基本生存的“必要的经常性费用开支”（《国家赔偿法》第三十六条）。

此前法院经常用“确认违法+补偿”或案外协调的方式，迂回克服行政赔偿在损失填补功能上的先天不足。近十余年的司法统计数据也表明，九成以上的行政赔偿纠纷并不是通过法院的赔偿判决得到化解的[5]92。因此，法院将“惩戒”行政违法作为提高赔偿数额的正当性基础，情有可原。

（二）程序性行政赔偿判决对损失填补功能的抵消

法院基于“惩戒”行政违法做出的判决，倘若确实能够实质性地提高赔偿程度，那么行政赔偿的损失填补功能就确实得到了发挥。然而，法院在强调“惩戒”的同时，却往往采用程序性的行政赔偿判决，仅仅责令行政机关重新做出行政赔偿决定，而不对赔偿标准、赔偿数额等做出最终的实体判断。这不仅使得行政机关重新掌握了赔偿的主动权，也会造成行政赔偿程序的空转，增加当事人的诉讼负担，进而导致“惩戒”的效果被抵消。

按照赔偿与补偿在制度结构上的区别，行政赔偿诉讼应当如侵权赔偿诉讼一样就赔偿责任的成立与否及责任承担的范围大小进行审理，并对赔偿数额、赔偿方式等问题做出实体性判决。这一点明确体现在《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第二十九条：“人民法院审理行政赔偿案件，就当事人之间的行政赔偿争议进行审理与裁判。”这意味着，行政机关做出行政赔偿决定并非履行法定职责，行政机关拒绝或未及时做出赔偿决定的，当事人起诉到法院时，法院不能用履行法定职责判决代替行政赔偿判决。然而，实践中大量存在以履行法定职责的程序性判决代替行政赔偿实体性判决的情形。很多案件中法院将行政赔偿决定的做出视为应当履行的法定职责，哪怕当事人已经明确要求对赔偿争议做出实体性判决，法院仍然会做出程序性的“责令做出赔偿决定”①。就连许水云案中，最高法的再审判决也是“责令……政府在本判决生效之日起九十日内按照本判决对许水云依法予以行政赔偿”②。

在理论上，行政补偿是第一性义务，主要在行政过程中直接实现，司法通常需要尊重行政的裁量或者行政的首次判断；而行政赔偿是第二性义务，是违反第一性义务而招致的补救性、强制性义务[6]122，主要在司法过程中实现，不存在尊重行政裁量或首次判断的问题。一旦行政赔偿判决被当作一种履行法定职责判决，那么与其说行政赔偿诉讼是一种司法主导的侵权赔偿诉讼，不如说它更像是一种由行政主导、司法核定的行政补偿给付制度。归根结底，法院强调行政赔偿要体现行政违法“惩戒”，如果是为了提高行政赔偿的损失填补程度，那么理应一以贯之地做出实体性行政赔偿判决，一次性解决行政赔偿纠纷，不应再将主动权交还给行政机关。

---

① 如淮安市中级人民法院（2019）苏08行赔终4号行政赔偿判决书。有时连赔偿义务机关也会提出：“原审判决没有确定赔偿数额，缺乏可操作性，其无法履行义务。”参见西安铁路运输中级法院（2018）陕71行赔终50号行政赔偿判决书。

② 严格来说这样的判决是违法的，如四川省高级人民法院（2018）川行赔终31号行政赔偿判决书所言：“赔偿诉讼主要审理赔偿争议并就此做出裁判，赔偿决定并非行政赔偿案件的诉讼标的。一审法院以赔偿决定作为诉讼标的，判决撤销市政府1号不予赔偿决定、市国土局1号不予赔偿决定，缺乏法律依据。”

(三)强调“惩戒”并非实现损失填补功能的最佳途径

如前所述,法院将“惩戒”行政违法作为提高赔偿数额的正当性基础是情有可原的,但在强调“惩戒”的同时却做出程序性判决,这就削弱了损失填补的实效,结果可能还不如过去“确认违法+补偿”的处理方式。事实上,从实用主义的角度来看,损失的填补本就没有必要和“惩戒”行政违法关联在一起。只要能够弥补受害人的损失,是否体现对行政违法的“惩戒”完全可以在所不问。而实现损失填补的方式不止一种,如果追求纯粹的损失填补,那么由补偿来实现损失填补功能也顺理成章。从侵权法的整体发展变迁过程来看,用补偿来代替赔偿,反而恰恰契合了曾被认为更有效率的损失填补理想制度模型。

侵权责任理论在进入风险社会之后,不再将侵权视为加害人与被害人偶然的私法上的联结,而视为影响整体福祉的公法上的社会问题。国家解决社会问题的能力被赋予高度的信心,侵权的公共损失填补体系变得不难设想[7]338。20世纪70年代,这种损失填补体系开始在新西兰得到实践。根据新西兰《事故补偿法》(Accident Compensation Act),由新西兰政府运营的事故补偿公司统一负责对人身损害进行无过错的补偿,同时废除了相应的普通侵权赔偿诉讼,但保留了填补程度更高的惩罚性赔偿诉讼。补偿数额的确定是类型化的而非像侵权诉讼那样个别定制化的,相比之下,前者善于解决大多数普通侵权事故,后者则善于处理少数复杂侵权案件。作为普通法系国家,新西兰的这一补偿制度自然也覆盖了公务员违法行为引起的人身损害[8]429-430。

从纯粹损失填补功能的制度模型来看,我国的行政赔偿制度具有独特的制度优势:违法归责原则不考察过错要素,使得当事人提出赔偿请求的门槛很低,救济覆盖面更广;操作简便的赔偿标准和计算方法提供了在解决普通行政赔偿案件上的高效性。如果稍做调整,在保持低准入门槛的同时,适度提高赔偿标准和计算精细化程度,那么它就相当于一套由法院运营的新西兰式的“行政事故补偿法”或者“行政事故保险”。赔偿和补偿在名义上的区分不再必要,而名为赔偿实为补偿也都不再是问题。

总之,如果以纯粹的损失填补功能为目标,那么法院就没有必要以“惩戒”行政违法的名义改用“确认违法+赔偿+赔偿不低于补偿”的裁判进路而放弃“确认违法+补偿”的裁判进路,徒增论证负担。因此本文认为,审判实践对“确认违法+补偿”进路的拒绝和对违法对应赔偿的强调,反映出司法所期待的并非纯粹的损失填补功能。强调行政赔偿应体现对行政违法的“惩戒”,并不能被简单地理解为为了帮助实现行政赔偿的损失填补功能。

三、“惩戒”行政违法与行政赔偿的违法预防功能

接着需要讨论的是,强调行政赔偿应体现对行政违法的“惩戒”,是否意在通过赔偿数额的提高让行政违法付出相应的代价,从而实现预防行政违法的功能。违法预防功能也称违法抑制功能、威慑功能,其最基本的实现方式是通过对加害人施加向受害人赔偿损害的义务,促使理性人出于趋利的动机避免损害他人。实践中法院的说理清楚地反映了这一看法。比如,被告政府的赔偿不应低于征收补偿对价,“否则将使郾城区政府因违法行为获益,进而产生鼓励行政机关违法征收的不利后果”①。至于为什么需要通过这种方式来实现,法院也有直白的说明:“现行行政赔偿模式和标准,的确在一定程度上导致土地行政违法成本较低,不足以‘惩戒’和制止土地违法行为。”②那么,强调行政赔偿应体现对行政违法的“惩戒”,是否真的能帮助实现预防行政违法的功能?

① 漯河市中级人民法院(2018)豫11行赔初27号行政赔偿判决书。

② 北京市高级人民法院(2019)京行赔终40号行政赔偿判决书。

（一）行政赔偿违法预防功能的理论基础存在争议

实际上，行政赔偿制度本身能够发挥多大的违法预防功能，在基础理论层面还面临着诸多挑战。

首先，侵权责任能在多大程度上提供违法预防功能一直是理论上争议较大的问题。由于损失填补是侵权责任法的核心功能，而违法预防是损失填补的下位功能[9]95，因此，违法预防功能必须以填补功能为基础，无法像刑法和行政处罚法那样通过直接的惩罚对违法行为产生抑制和预防效果。在德国，预防功能被视为侵权责任法的一个“受欢迎的副产品”[10]89。日本的通说和判例也认为，预防功能无法脱离填补功能而独立存在[11]13。此外，对不同的侵权行为，预防损害发生的成本、损害转移和分散的成本以及制度运作的行政成本都各有不同，通过让加害人向受害人支付赔偿来达成预防的目的未必是最具性价比的选择。

其次，由于在公法上经济理性人假设难以成立，当以公共利益为行动依归的行政机关作为加害人时，行政赔偿的违法预防功能就更受质疑。第一，公共机构与私主体不同，其活动目标并非利润最大化。政府能否对行政赔偿责任做出反应，取决于受到影响的政治效用，而非经济效用。当政府侵权行为所带来的政治效用足以抵消金钱赔偿责任可能带来的政治上的负面影响时，金钱上的行政赔偿责任就起不到预防政府违法的功能。第二，一些政府侵权责任可归责于公职人员个人，行政赔偿的预防效果因而需要最终传导到个人。而现代国家已经很少让公职人员个人直接面对侵权责任，哪怕在以行政赔偿公务员个人责任为主的美国，已有实证研究指出，承担赔偿责任的职员几乎无一例外地都获得了所在机构的事后偿付[12]1147。这导致行政赔偿的违法阻遏效果被稀释。

再次，更为关键的是，即便行政机关能够对行政赔偿的经济刺激做出反应，刺激的方式也不止行政赔偿一种，更高数额的补偿能起到同样效果。法院关于任何人不能从违法行为中获益、让违法付出相应代价的初衷固然没错，但如果说令行政机关对致害行为付出相应的代价是违法预防功能的体现，那么也没有理由将实现违法预防功能的制度仅仅局限在行政赔偿制度上。波斯纳认为，政府决策的成本内部化是征收补偿的正当化理由；通过将征收补偿的成本计算入征收的总成本之内，将负外部效应在征收决策中实现内部化，由此对征收权力的滥用形成有效制约[13]51。因此，如果违法预防功能的实现有赖于让行政赔偿准确体现行政违法的成本，进而促使政府在采取违法行为前将违法的负外部性充分内部化，那么赔偿还是补偿同样没有区别的意义。

换言之，法院过去采用的“确认违法+补偿”方式同样能够达到让违法付出相应代价、对行政违法形成制约的效果。比如，实践中法院以“惩戒”行政违法为正当性基础，将损失评估的时点从侵害发生时挪到决定做出或判决之时，这种做法未尝不能在行政补偿的渠道内实现①。再如，将利息损失视为直接损失的做法②，在补偿案件中也能得到支持③。

（二）行政赔偿难以反映真实的行政违法成本

首先，由上可知，行政赔偿制度对行政机关在金钱上的刺激，并不能很好地转化为其守法的动力。不过，对行政机关而言，还有另一项重要的违法成本是法院对行政行为违法性的确认和宣告。只是，能否称之为行政赔偿的制度功能则不无疑问，因为违法性确认严格来说属于行政诉讼程序④。

① 参见吉林省高级人民法院（2019）吉行终415号行政判决书。

② 参见吴忠市中级人民法院（2019）宁03行初2号行政判决书。

③ 参见延吉市人民法院（2019）吉2401行初93号行政判决书。

④ 严格来说，国家赔偿责任的违法与行政诉讼的违法并不是一回事。“国家赔偿责任中的违法，是侧重于受害人损失的救济，行政诉讼中作为司法审查标准的违法，侧重于对行政行为的评价和效力的对待。二者的出发点不同，本来就不完全是一回事。”参看杨小君《国家赔偿》，见应松年编《当代中国行政法》（下），（北京）中国方正出版社2005年版，第1857页。

况且,违法性确认能在多大程度上反映真实的行政违法成本,还会受到行政诉讼判决的方式、科层化行政体制下政府的行动逻辑等多种因素的影响。

与侵权责任法有所不同的是,行政赔偿为违法性要件设置了一项单独的程序,即确认违法程序。现实中真正发挥违法预防功能的往往并不是确认违法后究竟采用的是赔偿还是补偿,而恰恰是违法性确认这一程序本身。违法性确认相当于一种"违法宣言",是对违反依法行政原则的谴责,能够在舆论监督的配合下发挥强有力的违法行为抑制功能[8]450-451。如果任何侵害的成本都能用货币价值的简单计算得出,那么只要行政机关有足够的资金支持,"购买违法"就不是一件难事。而违法性确认对行政机关所造成的成本,往往不是由赔偿或补偿金额来体现的,而是对政府行为所产生的远比金钱给付更加直接的影响。这进一步支持了"确认违法+补偿"的做法在发挥违法预防功能上替代行政赔偿的可行性。并且,由于国家赔偿法并没有对违法性做特别规定,实务中往往都是以行政诉讼的"违法"来确认的①。因此,如果将确认违法程序视为行政诉讼组成部分的话,那么可以说,所谓的行政赔偿的违法预防功能本质上不过是行政诉讼的违法预防功能罢了。

其次,以"惩戒"行政违法为正当性基础的裁判中,有相当大一部分法院在说理过程中明示或暗示双方和解、协调解决争议。这种现象往往与前述责令被告做出赔偿决定的判决形式搭配出现。换言之,尽管宣称要用行政赔偿"惩戒"行政违法,但法院不仅劝告双方尽可能协调解决争议,还将如何赔偿的"皮球"踢回给了行政机关。例如:"被告可与原告平等协商,并可通过签订和解协议的方式解决;如双方无法达成一致,被告应结合本案的事实以及根据本判决确定的方法,及时作出行政赔偿决定。……判决:责令被告……按照本判决对于继禄依法予以行政赔偿。"②即使承认行政赔偿存在预防行政违法的效果,这种效果也将因法院明示或暗示和解、责令做出赔偿决定的判决形式而受到相当大程度的抵消。

最后,从政府的行动逻辑来看,行政赔偿责任究竟能在多大程度上影响或改变行政机关的决策和行为,也是不无疑问的。理论上,只要有足够的资源和意愿来承受败诉的代价,政府在被判决败诉后仍然有可能做出相同或类似的违法行为。有研究发现,我国地方政府是否依法行政的成本收益考量,与上级指派的行政任务压力大小直接相关:就改变行政行为而言,地方政府的法治回应不仅因行政任务压力大小而存在显著差异,而且取决于来自司法部门和上级政府的法治考核要求是否与行政中心工作相冲突——对于与行政中心工作不冲突的负责人出庭应诉、司法建议等要求,政府呈现出强回应特征,而对于与行政中心工作相冲突的法律程序等要求则呈现出弱回应特征③。诚如有学者所言,高度成熟的行政诉讼机制可能会削弱中央政府的政治动员能力,也会对地方政府的有效治理施加过于刚性的拘束[14]28。在当下,依法行政的贯彻仍主要依赖于自上而下的传导和动员。因此,确认行政行为违法,并辅之以"惩戒"之名对行政机关课以更高的行政赔偿责任,看似能更准确地反映违法成本,然而在行政任务压力面前,这种违法成本很可能仍然是很低的。

(三)违法预防功能的实现有赖于精确的责任归属

即便抛开上述理论争议和制度实效问题,我国的行政赔偿制度若要合理地发挥违法预防功能,

① 国家赔偿法采用违法归责的原因之一,就是考虑到将国家赔偿法中的"违法"与行政复议法、行政诉讼法中的"违法"相协调。参见姜明安编《行政法与行政诉讼法》,(北京)北京大学出版社2015年版,第555页。

② 兰溪市人民法院(2019)浙0781行赔初5号行政赔偿判决书。

③ 参见向淼《法治压力与地方政府回应:基于对浙江省"三改一拆"行政诉讼的经验研究》,浙江大学公共管理学院2019年博士学位论文,第116页。

也还面临一个固有限制，即所谓的违法归责原则①。违法归责原则不关心行政机关主观上是否存在过错，只要行为被确认为违法，都需要承担行政赔偿责任。从侵权责任理论的角度来看，不问过错的制裁会导致过度威慑。换言之，行政赔偿“惩戒”的理应是有过错而违法的行政行为，而不应该是无过错而违法的行政行为。

首先，行政违法的预防，核心就在于在维护行政机关及其公职人员的忠实勤勉与保证一定程度的应责性之间取得恰当的平衡[15]105。我们既希望抑制行政违法的发生，又不希望过度抑制行政的积极性。相比于行政违法所造成的损害，过度抑制对社会公共利益造成的损失往往更大。因此，为了防止过度抑制，行政违法预防功能往往是和损失填补功能相分离的。在行政赔偿承担损失填补功能的同时，违法预防功能主要依靠其他制度。比如，任何事前预防机制都比事后预防更具优先性，因此行政程序、行政复议、行政撤销诉讼都是预防行政违法的重要机制。再如，对于已经发生的一般侵权，主要借助行政机关内部纪律“惩戒”措施起到预防和抑制的效果，而最严重的违法行为则由刑法调整。当然，有些国家对于尚未达到犯罪程度的严重违法行为，允许受害人直接对公职人员提起侵权诉讼，甚至允许惩罚性赔偿②，预防功能便和填补功能重新结合。但即便如此，很多情况下公职人员在承担责任后仍能获得偿付。在我国，预防这类严重违法行为的方式是对侵权行为人进行追偿。

其次，尽管违法预防功能主要依靠其他制度，但除了刑事诉讼有自己的一套归责机制以外，其他预防制度还有赖于侵权责任的归责机制来定位责任归属，才能发挥违法预防功能。比如行政内部“惩戒”以及追偿程序，就需要确定对造成损失具有过错的责任人或责任机关（组织过失），及其过错程度和对损害发生的原因力大小。从这种意义出发，行政赔偿相当于一种“代位追偿前提条件法”[9]37，通过对责任归属的确认，对接后续的责任追究，由此间接地发挥了其在违法预防功能上的作用。

由此观之，以违法预防为目标的话，行政赔偿本身并不能发挥直接的违法预防效果，但其能够通过对责任归属的确认，借由其他制度来间接发挥违法预防功能。而在我国，行政赔偿责任成立并不以过错为要件。一定程度上，我们的行政赔偿制度一直是作为（有限的）损失填补法而不是责任归属法而存在的，这就导致行政赔偿并不能为后续的其他预防制度提供精确的责任归属。实践中以“惩戒”为说理基础，只是扩大了赔偿责任的范围，提高了赔偿责任的程度，但对于“惩戒”的对象是否存在故意或者过失，并没有提供进一步的明确认定。因此，以“惩戒”行政违法为基础的说理并不能为实现违法预防功能提供充分的支持。

至此，本文已经论证了实现行政赔偿的损失填补和违法预防的制度功能，并不能为司法实践中以“惩戒”行政违法为由突破现行国家赔偿制度的现象提供恰当的解释。那么，我们应该如何理解“惩戒”及以其作为正当性基础的说理思路？

四、回归矫正正义：行政赔偿的侵权责任定位

“惩戒”现象发展至今，法院不仅更愿意适用行政赔偿，而且通过行政赔偿来“敦促”“警示”“教

① 我国是在实质合法的意义上使用“违法”的，把它作为一个评价行政行为合法性的统括概念。参见何海波《实质法治：寻求行政判决的合法性》，（北京）法律出版社2009年版，第181页。

② 在美国，如果联邦公职人员的侵权行为侵犯了宪法权利，构成违宪性侵权（constitutional tort），那么受害人可以直接针对联邦公职人员个人提起侵权诉讼。在英国，当公职人员的行为属于压迫性的、武断的或违宪的行为时，可适用惩罚性赔偿。参见 Oliphant K.，“The liability of public authorities in England and Wales，” in Oliphant K.（ed.），*The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*，Cambridge：Intersentia Publishing，2016，p. 128。

育”乃至“惩罚”行政机关这样的判词也已不再鲜见[①]。强调行政赔偿应体现行政违法的“惩戒”,对行政赔偿制度的发展无疑具有重要的积极意义,只是这种意义通过上述制度功能的视角难以获得恰当的理解。如前文所述,无论是从损失填补功能还是从违法预防功能来理解,两种观点都认为“惩戒”本身不具有独立的意义。的确,“惩戒”在字面上就具有很强的道德意味,很难在法规范中找到落脚点。然而,本文认为,恰恰是“惩戒”“敦促”“警示”“教育”“惩罚”这些判词所蕴含的道德意味,为我们提供了理解这一现象的最佳视角。

侵权责任理论有两个重要的理论范式:外部视角和内部视角。从损失填补和违法预防功能来理解“惩戒”的意义,体现了一种外部视角的侵权法理论范式。这种视角下的侵权责任被视为众多实现福利最大化的制度工具之一,强调侵权法在国家整体制度框架内解决社会问题的公共政策属性。与外部视角相对应,内部视角理论范式主张个别正义而不是集合性的社会福利,认为侵权责任法存在的目的就是在当事人之间实现正义,反对纯粹功利地看待侵权责任法,并强调侵权责任法自身的道德哲学基础[16]422。

从内部视角来看待“惩戒”,也有一种比较常见的观点:不管行政赔偿在损失填补和违法预防的功能上能够发挥多大的效果,违法侵权就应该赔偿,“惩戒”的意义在于非难性,而赔偿区别于补偿的一点就是它具有明显的非难性[17]159。这种看法强调了行政赔偿在其基本功能以外的价值。非难性,也就是道德上的可责难性,是侵权责任的道德哲学基础,指的是要求加害人承担侵权责任的正当性法理。在侵权责任法中,体现道德可责难性的是过错要件[9]229-248。由此,我们可以从三个层面来理解“惩戒”现象:其一是行政赔偿的哲学基础,其二是行政赔偿与过错的关系,其三是行政赔偿作为侵权责任的制度定位。

(一)“惩戒”的哲学内涵:回归矫正正义

矫正正义的概念源于亚里士多德的正义理论,指的是当发生侵害时,为了恢复原初的分配状态,应当令加害人向受害人支付赔偿,以消除加害人因侵害之所得,同时恢复受害人之所失[18]453。现代侵权法理论中,以科尔曼和温里布为代表的学者,将矫正正义与侵权法相关联,提出侵权法可由矫正正义而获得更好的解释,将作为侵权法核心概念的损害、因果关系、完全赔偿、过错归责等结合在一起,正反映了矫正正义的原理[19]64。比如,矫正正义要求对受害人的损失填补必须是正义的,这意味着完全赔偿和禁止得利;矫正正义要求施加给加害人的负担必须是正义的,这意味着归责的事由必须正当;一个侵权责任法律关系从整体上看也必须是符合正义的,这意味着受害人的损失与加害人的侵害行为应具有因果关系;等等。

与矫正正义相对应的是分配正义,后者是指按照个人需求或个人禀赋来分配资源的一种正义理念。以征收补偿为代表的行政补偿即基于分配正义的制度典型。上文已经从外部视角论证了我国的行政赔偿制度更接近补偿制度,而从矫正正义与分配正义的区分出发同样能够论证这一点。如果将行政赔偿视为一种基于分配正义的制度,那么行政侵权受害人的赔偿请求与其他需要公共财政投入的社会保障、贫困救助等需求,并没有本质上的分配优先性差异。因此,以分配正义为基础的行政赔偿不是法律责任,而与给付行政没有区别,没有道德上的可责难性。

就此而言,司法实践中以“惩戒”行政违法为正当性基础的裁判思路,尽管说理上时常借助“违法成本”这样的外部视角理论语言,但在本质上反映了司法为使行政赔偿的哲学基础回归矫正正义而做出的努力。

---

① 如北京市第四中级人民法院(2018)京04行赔初159号行政赔偿判决书;最高人民法院(2018)最高法行再163号行政判决书;德清县人民法院(2019)浙0521行赔初2号行政赔偿判决书;濮阳市中级人民法院(2019)豫09行赔初4号行政赔偿判决书。

首先，如前所述，由于合法对应补偿、违法对应赔偿的观念根深蒂固，补偿的概念自然而然就被赋予了显著的分配正义底色。因此，从“惩戒”关于违法对应赔偿的强调以及对“违法确认+补偿”的拒绝，可以看出，司法反对将行政赔偿视为基于分配正义的一种行政给付。

其次，以“惩戒”行政违法为正当性基础，将行政赔偿的填补程度恢复为填补实际损失的完全赔偿，可从矫正正义关于损害与赔偿的对等性要求获得解释。矫正正义强调“矫正被颠覆的平衡”，要求加害人对受害人遭受的损害在相当的程度内予以填补。这种填补“乃是在有过错的加害人与无过错的受害人之间做出的妥当价值判断”[20]127。

再次，法院“确认违法+赔偿+赔偿不低于补偿”的说理看似增加了论证负担，但其意义不在于简单地恢复损失填补，而是在行政赔偿的框架下维系加害人所得与受害人所失之间的相关关系。这里的所得和所失是规范上的所得和规范上的所失。当法律有理由减少一个人的财产时，他就享有了规范所得；当法律有理由增加一个人的财产时，他就忍受了规范所失。行政违法行为造成行政机关拥有规范所得，因为法律有理由让其承担赔偿义务；受害人忍受了规范所失，因为法律有理由让其获得赔偿权利。一方的赔偿义务就是另一方获得赔偿的权利，所得的数量必定与所失的数量相等，单一数量的转化同时消除了被告的规范所得与原告的规范所失[21]120-132。换言之，之所以要让行政机关付出与其违法行为相应的成本，其本质并不在于实现预防、抑制功能，而是因为行政机关的规范所得与受害人的规范所失具有相关关系。

正如温里布所言，侵权法的目的就在于侵权法本身[21]5，从内部视角来看行政赔偿，其意义也在于其本身而非所发挥的功能。作为侵权责任的行政赔偿，其价值不在于最优的损失分散或最优的威慑预防，这些功能是行政赔偿的效果而非目的。而“惩戒”所反映的，就是司法对于个案中行政赔偿在作为加害人的行政机关与作为受害人的相对人之间实现矫正正义的期待。

（二）“惩戒”的真正对象：行政赔偿中的过错

如果说以矫正正义为基础的行政赔偿具有道德上的非难性，那么究竟是违法具有非难性，还是造成违法的过错具有非难性？在侵权责任法上，具有非难性的是过错，而不是违法。如前所述，行政赔偿要发挥违法预防的功能，需要通过借助过错要素来精确地确认责任归属。过错，即“道德上可非难的意志自由滥用”，将道德哲学中对一个自由的人的要求转入侵权责任法中，保障了道德律令在侵权责任法中的实施[9]236-237。实际上，尽管国家赔偿法从一开始就舍弃了过错要件，但在司法实践中，过错并没有消失，反而大量存在。而且，仔细体会法院以“惩戒”为正当性基础的说理就能发现，很多这类案件中行政赔偿真正所要“惩戒”的对象，恰恰就是存在过失的，甚至是故意的行政违法行为。过错不仅影响行政赔偿责任的构成，也影响了责任范围的确定。正如有学者所言，对违反实定法的行政行为课以行政赔偿责任，其内在逻辑仍然是，行政机关理应熟悉实定法，一旦违法便能推定过错的存在；但“制定法意义上的法规范，并不能穷尽所有情形中国家机关应当履行的注意义务”[22]120-121。可以说，只要我们仍然在观念上将行政赔偿作为一种矫正正义基础上的侵权责任来看待，那么过错就不可能被消灭。

首先，尽管过错不是行政赔偿责任的法定构成要件，但在司法实践中却仍然能够影响责任的成立。比如，过错可以直接作为责任成立的“法外”构成要件。最典型的就是在错误登记、错误许可案件中，由事实要件欠缺等导致行政行为被撤销或判决违法时，行政赔偿所需的违法性要件、因果关系要件、损害结果要件都成立，但法院仍会根据行政机关在登记、许可过程中是否尽到审查注意义务来判断行政赔偿责任是否成立①。再如，过错也会影响违法性要件的成立，比如法院认为，原告由

① 如北京市东城区人民法院（2017）京0101行赔初193号行政赔偿判决书。

计划生育节育手术导致的疾病已鉴定为计划生育节育术后并发症,即表明被告在实施该行为时并无过错,不存在行政违法行为[①]。过错还会影响损害结果要件的成立,比如,在行政机关提供错误房产查询信息的案件中,原告基于错误信息支付了房产评估费18 000元。法院认为,虽然原告基于真实信息仍可能会选择缴纳评估费(由此可被认定为不确定的损失),但被告提供错误信息存在重大过错,因此不能免除被告应当承担的赔偿责任[②]。

其次,过错对责任范围的确定更是具有显著的影响。不少案例中法院明确提出,行政机关的赔偿应与其过错相适应[③]。法院还会根据行政机关的专业程度对其设置更高的注意义务要求,减小过失相抵的幅度[④]。在数人侵权的情况中,法院还会根据行政机关的过错程度,对其课以不同的法律责任后果。比如,行政机关存在过失的,在共同侵权人无法全额赔偿损失的情况下,行政机关承担补充责任[⑤];存在故意的,行政机关则需承担连带责任[⑥]。

可以说,从立法舍弃过错要件开始,行政赔偿在制度上就丧失了道德非难性的落脚点,矫正正义框架被扭曲,最终成为带有分配正义色彩的名为赔偿实为补偿的制度。但是,行政赔偿与矫正正义、行政赔偿的道德非难性,却一直停留在人们的观念中没有消失。行政赔偿真正"惩戒"的对象,并非表面上的行政违法行为,而是行政违法行为中的过错。

(三)"惩戒"的制度意蕴:行政赔偿的侵权责任定位

从内部视角观察行政赔偿,就会看到在很多情况下,当人们说合法应该补偿、违法就应该赔偿的时候,其实是在说:补偿不具有道德非难性,赔偿具有道德非难性。所谓的违法,本质上包含了对过错的判断。尽管我们都赞同行政赔偿是一种侵权责任,但由于立法之初对过错归责的误解[23]136,国家赔偿法与侵权责任法的联结被人为地割裂[23]92;加上赔偿范围的限制,现实中名为赔偿实为补偿的行政赔偿制度其实已经与侵权责任的定位相去甚远。

如今我们看到,在国家赔偿法逼仄的规范框架内,行政赔偿审判实践正在借助法律解释技术,努力寻求与侵权责任法重新建立紧密的联结。上述司法实践中对过错要素的应用,尽管很多看上去没有国家赔偿法上的法律依据,但实际上每一种都具有侵权责任法的解释论基础[24]。以"惩戒"行政违法为正当性基础的裁判思路,正是在这样一种努力的背景下,为行政赔偿本身作为一种侵权责任的定位所做的辩护。矫正正义的哲学基础和侵权责任的制度定位,能够为行政赔偿的"惩戒"意义提供最恰当的解释。

从内部视角出发,行政赔偿定位为侵权责任,首先意味着赔偿的原则应当是对实际损失的完全填补。抚慰性原则的三项立法理由,如今看来似乎都已站不住脚。赔偿不低于补偿原则、法院对间接损失和所失利润的认可,足以表明适当弥补是不够的;国家经济的发展能及时地反馈到补偿标准中的同时,却没有反馈到赔偿标准中,实在说不过去;事实证明,无论是征收补偿还是民事侵权赔偿,复杂的数额计算也并没有难住法官,我们没有理由怀疑行政赔偿案件中法官的计算能力。其次,违法要件作为行政赔偿责任的核心构成要件,其实质包含了对过错要件的判断。可以说,行政赔偿构成要件意义上的违法是最广义的"违法",因为可得违反的不能仅仅是实定法,而是任何能够成为行政机关的注意义务来源的法律原则、技术规则、职业规范乃至一般的社会交往规范等等[25]53。

① 桑植县人民法院(2018)湘0822行赔初5号行政判决书。

② 参见株洲市芦淞区人民法院(2019)湘0203行赔9号行政赔偿判决书。

③ 如南昌铁路运输法院(2019)赣7101号行赔初50号行政赔偿判决书。

④ 如海南省第二中级人民法院(2019)琼97行赔终13号行政赔偿判决书。

⑤ 如南京市中级人民法院(2019)苏01行赔终33号行政判决书。

⑥ 如延边朝鲜族自治州中级人民法院(2017)吉24行赔终3号行政判决书。

上文所列案例已经充分表明，行政赔偿离不开过错，否则我们无法解释错误登记、错误许可为何有时需要赔偿，有时却不用。再次，行政赔偿诉讼不是履职之诉。行政机关先行处理程序只是基于纠纷解决效率而设计的程序，行政赔偿决定不是通常意义上行政机关应当履行的法定职责。行政赔偿的范围、数额都需要法院主动去审查，考察双方的过错程度及其与损害结果的原因力大小等因素，进行综合判断。相应的，行政赔偿判决有其独立地位，不是履职判决的一种。

从外部视角出发，行政赔偿定位为侵权责任，首先意味着行政赔偿制度不应是名为赔偿实为补偿的制度，而应当是具备解决复杂案件能力的行政侵权责任制度。行政赔偿不能一碰到赔偿、补偿混合案件就不得不借助补偿标准，“赔偿不低于补偿原则”固然具有积极意义，但同时也反映了行政赔偿制度自身的悲哀。倘若没有可比较的补偿标准又该如何？其次，行政赔偿定位为侵权责任也意味着，行政赔偿具有间接的违法预防功能。对我国而言，上述应用了过错要素来论证行政赔偿责任的构成或范围的案件，无疑要比那些没有应用过错的案件，对后续的追责追偿更有帮助。不仅如此，法院在确认行政机关存在过错的同时，也为行政机关定位到了实定法以外的注意义务。这也有助于行政机关在未来予以遵守，防止再次发生违法情形。再次，行政赔偿制度的哲学基础是矫正正义而不是分配正义，损失填补功能与违法预防功能只是矫正正义体现在制度上的结果，行政赔偿的根本价值在于实现个案中特定当事人之间的正义，而不是追求资源最优分配的政策工具。

当然，强调行政赔偿应回归侵权责任的定位，不是将行政赔偿与民事赔偿混为一谈。我国行政赔偿有别于民事赔偿的关键特点之一就是国家自己责任原则，指的是承担赔偿责任的是国家机关，而不是国家机关工作人员。这一点并不会因为行政赔偿回归侵权责任定位而受到影响。此外，行政赔偿有别于民事赔偿的另一特色，体现在单独的行政赔偿请求要以赔偿义务机关先行处理作为前置程序，这对于促进赔偿纠纷的及时解决有积极意义。这一点也不会受到影响。在当下，行政赔偿面临的首要问题是其基本制度功能得不到充分实现，而强调回归侵权责任的定位，正是为了解决这一首要问题。换言之，回归侵权责任的定位是与国家赔偿法的立法目的相符合的，并不会消解行政赔偿有别于其他制度的特色。需要进一步讨论的是过错要素的回归。我国行政赔偿相对于民事赔偿的一个优势就在于当事人无须承担证明侵权主体存在过错的责任。如果行政赔偿回归侵权责任意味着过错要素也将被纳入行政赔偿责任的成立要件，这是否会消解上述制度的优势？

对此，本文认为，从我国行政赔偿的发展及其趋势来看，过错要素的回归利大于弊，且我们能够在制度设计上尽可能减少过错要素回归的弊端。首先，正如前文所揭示的那样，尽管过错并非国家赔偿法法定的行政赔偿责任构成要件，但我国的司法实践早已接受了过错对责任成立和责任范围的影响。可以说，过错要素的回归正是行政赔偿制度在实践中发展的重要体现，司法实践正在弥合国家赔偿法与侵权责任法的裂痕。其次，随着经济社会的发展，我们完全能够期待未来我国的国家赔偿制度将逐步拓宽赔偿范围、提高赔偿标准、增加赔偿方式，对确实该赔的情形予以更充分的赔偿。相应的，对于确实不该赔的情形，就需要做出更加精细且明确的制度调整。在这样的趋势下，单靠违法性要件是难以应对复杂责任形态的，而过错要素作为责任成立和责任范围的重要调节装置，其意义也会更加凸显。最后，为了降低过错要素可能带来的不利影响，对于国家赔偿法未来的修正而言，未必需要直接对错做出明确的要件式规定，可以采用诸如反向排除、类型化的方式进行分别规定。比如，可以借鉴1981年德国《国家责任法》，对于不存在过错的，规定：“国家机关违法行使公权力侵害公民合法权益，但已经尽到该情况所必要的注意仍不能避免的，不承担金钱赔偿责任。”并将已尽注意义务的证明责任分配给被告，能够对法律解释的空间起到足够的限制作用，相比于单设独立的过错要件，更能避免法院恣意解释、不当限制责任成立。

五、结 语

呼应开头的问题,应当如何理解司法实践强调行政赔偿应当体现对行政违法的“惩戒”?行政赔偿何以能够“惩戒”行政违法?本文的回答可以简要概括为:强调“惩戒”反映了行政赔偿制度的哲学基础是矫正正义,行政赔偿通过对过错行为的非难来“惩戒”行政违法。“惩戒”同时也帮助实现了行政赔偿损失填补和违法预防的制度功能,但损失填补和违法预防的效果是通过在个案中当事人之间矫正正义的实现来达成的。行政赔偿“惩戒”的真正对象是行政违法中的过错行为,行政赔偿应当回归到侵权责任的制度定位上。当然,运用“惩戒”来说理的案件也并非没有缺憾。首先是这些案件中仍有很多是采用了程序性判决,也就是最终把赔偿主动权还给了行政机关。其次,为体现“惩戒”而适用赔偿不低于补偿原则,那么在不需要体现“惩戒”时,以及没有补偿可以比较时,受害人的损失是否就只能获得有限的填补?如果是这样的话,显然也是不公平的。不过,法律解释的空间本来就非常有限,诸如赔偿不低于补偿、间接损失赔偿等实际已突破现有制度框架。根本性的解决仍有赖于未来国家赔偿法的整体改革。

[参 考 文 献]

[1]江必新主编:《〈中华人民共和国国家赔偿法〉条文理解与适用》,北京:人民法院出版社,2010年。

[2]江必新、梁凤云、梁清:《国家赔偿法理论与实务》(下),北京:中国社会科学出版社2010年。

[3]沈岿:《国家赔偿法:原理与案例》,北京:北京大学出版社,2017年。

[4]姜明安编:《行政法与行政诉讼法》,北京:北京大学出版社,2015年。

[5]蒋成旭:《国家赔偿的本土逻辑与制度构造》,《法制与社会发展》2019年第1期,第87-104页。

[6]张文显:《法哲学范畴研究》,北京:中国政法大学出版社,2001年。

[7]Coleman J., “The costs of the costs of accidents,” *Maryland Law Review*, Vol. 64, No. 1 (2005), pp. 337-354.

[8]宇賀克也:「国家責任の機能」,兼子仁、宮崎良夫編:『行政法学の現状分析——高柳信一先生古稀記念論集』,東京:勁草書房,1991年。

[9]朱岩:《侵权责任法通论·总论》,北京:法律出版社,2011年。

[10]赵刚:《损益相抵论》,《清华法学》2009年第6期,第87-102页。

[11][日]吉村良一:《日本侵权行为法》,张挺译,北京:中国人民大学出版社,2013年。

[12]Schwartz J. C., “How governments pay: lawsuits, budgets, and police reform,” *UCLA Law Review*, Vol. 63 (2016), pp. 1144-1298.

[13]Posner R. A., *Economic Analysis of Law*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 1986.

[14]卢超:《行政诉讼司法建议制度的功能衍化》,《法学研究》2015年第3期,第19-30页。

[15]沈岿:《国家赔偿:代位责任还是自己责任》,《中国法学》2008年第1期,第103-113页。

[16]Rustad M. L., “Twenty-first-century tort theories: the internalist/externalist debate,” *Indiana Law Journal*, Vol. 88, No. 2 (2013), pp. 419-447.

[17]江必新、梁凤云、梁清:《国家赔偿法理论与实务》(上),北京:中国社会科学出版社,2010年。

[18]Perry S. R., “The moral foundations of tort law,” *Iowa Law Review*, Vol. 77 (1991), pp. 449-514.

[19]叶金强:《论侵权法的基本定位》,《现代法学》2015年第5期,第63-73页。

[20]王磊:《完全赔偿原则与侵权损害赔偿之反思及构筑》,《法律科学》2019年第4期,第120-129页。

[21][加]欧内斯特·J.温里布:《私法的理念》,徐爱国译,北京:北京大学出版社,2007年。

[22]朱新力、余军:《国家赔偿归责原则的实证分析》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2005年第2期,第117-124页。

［23］周汉华：《论国家赔偿的过错责任原则》，《法学研究》1996年第3期，第136-143页。
［24］蒋成旭：《认真对待过错：再论国家赔偿的过错归责》，《浙江学刊》2021年第3期，第97-107页。
［25］杜仪方：《国家赔偿相关概念辨析与制度实践》，北京：中国法制出版社，2018年。

How to Punish Administrative Violations: The Function and Positioning of Administrative Compensation and Its Philosophical Foundations

Jiang Chengxu
(*Legislation Research Institution, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China*)

Abstract: According to the two legislative purposes of the State Compensation Law, filling losses and preventing violations are the two basic functions of administrative compensation. In recent years, judicial practice has emphasized that administrative compensation should reflect the “punishment” for administrative violations.

Regarding the phenomenon of “punishing”, there is a common view that the requirement of administrative compensation to reflect the “punishment” of administrative violations is not really to punish the administrative organs, but to emphasize the substantive filling losses of the parties. The primary reason why the court needs to emphasize the “punishment” of administrative violations to achieve the function of filling losses is that the administrative compensation system follows the principle of consolatory compensation, and the function of filling losses is very limited. Therefore, it is justifiable for the court to “punish” the administrative violation as the justification basis for increasing the degree of compensation. However, while emphasizing “punishment”, the courts often adopt procedural administrative compensation judgments, only ordering the administrative organ to make a new administrative compensation decision. If the court is to improve the degree of administrative compensation, then it should consistently make a substantive administrative compensation decision to solve the administrative compensation dispute at once. Moreover, emphasizing “punishment” is not the best way to achieve the function of filling losses. It is more efficient to replace compensation with reparation. Therefore, it cannot be simply understood as helping to achieve the function of filling losses of administrative compensation.

Another common view on the phenomenon of “punishment” is that the meaning of “punishment” is to make administrative violations pay the corresponding price through the increase of compensation which prevents administrative violations. However, it is doubtful whether “punishment” can really help to achieve the function of preventing. In public law, it is difficult to establish the hypothesis of economically rational person. More critically, even if the administrative organ can respond to the economic stimulus of administrative compensation, there is more than one way to stimulate, and a higher amount of reparation can have the same effect. Second, it is difficult to reflect the true cost of administrative violations and administrative compensation can be affected by the way administrative litigation is determined, the logic of the government’s actions under the hierarchical administrative system, and many other factors. Third, the function of preventing violations depends on the precise attribution of responsibility. The “punishment” rationale does not provide further clarity on whether the target of “punishment” is intentional or negligent. Therefore, the argument based on “punishment” of administrative violations does not provide sufficient support to achieve the function of preventing

violations.

It is the moral implications of "punishment" that provide the best perspective for understanding this phenomenon. From the perspective of the moral philosophy of tort law, the purpose of tort liability law is to achieve corrective justice between parties. The value of administrative compensation as tort liability does not lie in the optimal dispersion of losses or the optimal deterrence and prevention. These functions are the results rather than the purposes of administrative compensation. The judicial practice of "punishing" reflects the judicial efforts to return the philosophical basis of administrative compensation to corrective justice. In the law of tort liability, it is the fault and not the violation of law, that is culpable. The real target of "punishing" by administrative compensation is not the administrative violations, but the faults in the administrative violations. The practice of administrative compensation trials is striving to re-establish a close connection with tort law through the technique of legal interpretation. The philosophical foundation of corrective justice and the institutional positioning of tort liability can provide the most appropriate explanation for the "punishment" phenomenon.

Key words: administrative compensation; tort liability; administrative compensation litigation; corrective justice

"中国共产党与近代中国社会变革"学术研讨会顺利举办

2021年6月26日至6月27日,由浙江大学历史学系、浙江大学中国近现代史研究所、浙江大学蒋介石与近代中国研究中心主办的"中国共产党与近代中国社会变革"学术研讨会在浙江大学紫金港校区召开。

来自中共中央党史和文献研究院、中国社会科学院、北京大学、复旦大学、南京大学、武汉大学、华东师范大学、浙江大学等科研机构和高校的30余名学者参加了会议。会议开幕式由浙江大学中国近现代史研究所所长肖如平教授主持,浙江大学蒋介石与近代中国研究中心主任陈红民教授致辞。

会议期间,学者们围绕中国共产党与近代中国的政治、外交、军事、经济等领域展开了热烈探讨。从20世纪初期社会主义的传播,到新民主主义革命时期的砥砺奋进,再到社会主义革命和建设时期的探索,与会学者从不同角度揭示了中国共产党对近代中国社会变革的巨大推动作用及其呈现出来的复杂多元面向。在圆桌会议上,陈红民、梁敬明、汪谦干、侯中军、孙艳玲、瞿骏、肖如平等进行了总结发言,肯定了广大与会青年学者的学术热情和探索,强调学术视野与理论思考的重要性,并结合各自的研究领域和学术经历对未来可能的研究路径进行了展望。

在中国共产党成立一百周年之际,本次学术研讨会的召开对推动浙江大学中国近现代史学科在中共党史、新中国史、改革开放史、社会主义发展史等领域的发展具有重要意义。