

中国行政赔偿制度的演变与新近发展*

杨寅

内容提要

2010年12月1日，修改后的《中华人民共和国国家赔偿法》开始实施。1954年新中国第一部《宪法》对行政赔偿制度就有原则性规定，1982年《宪法》恢复了这样的规定。1989年《行政诉讼法》对行政赔偿制度作了法律落实，是该制度的开端。1994年，《国家赔偿法》正式制定出台，然而，在其后的实施中暴露出法律规定和实际效果方面的一系列不足。2010年，对《国家赔偿法》作出了修改，包括归责原则、赔偿范围、赔偿程序、举证规则、赔偿标准、赔偿金获取、赔偿请求时效等方面。此次修改显示了中国在行政法治和人权事业方面的进步，其具体操作也会任重而道远。

1. 我国行政赔偿制度的起源与发展

行政赔偿是指国家对行政主体因行使职权的行为侵犯公民、法人或其他组织的合法权益所造成的损害，依法给予赔偿的法律制度。在中国，行政赔偿是国家赔偿的重要组成部分，对行政赔偿制度的考察必须同国家赔偿制度紧密联系在一起。

中国制定国家赔偿法的最早设想可以追溯到

1949年之前的中华民国时期。¹ 1954年新中国的第一部《宪法》对国家赔偿作了原则性规定。² 当然，这样的宪法规定在之后的很长时间内并没有通过制定专门的法律得到具体落实，甚至在1975、1978两部宪法中，还取消了对国家赔偿责任的规定。1982年宪法的第41条规定：“由于国家机关和国家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。”这一规定是对1954年宪法规定的恢复和继承。

1986年《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”。这是首次通过专门法律设定国家的赔偿责任，当然，这种赔偿责任是民事性或私法性的。

1989年《行政诉讼法》第67条规定：“公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯造成损害的，有权请求赔偿”；第68条规定：“行政机关或者行政

杨寅是上海司法研究所所长、上海政法学院教授、澳大利亚墨尔本大学法学博士。

* 本文基于在“中德行政赔偿制度”国际学术研讨会上的报告，该研讨会是由上海市人民政府法制办公室行政法制研究所与德国弗里德里希·艾伯特基金会上海协调项目办公室于2010年8月在上海举办的。

1 中国著名比较法学者潘汉典教授在1949年以前为东吴大学法学院学生。20世纪90年代初，笔者在中国政法大学参加由他讲授的外国行政法课程，他有这样的回忆与提法。

2 1954年《宪法》第97条规定：“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。”。

机关工作人员作出的具体行政行为侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害的，由该行政机关或者该行政机关工作人员所在的行政机关负责赔偿”。

《行政诉讼法》的这两条规定标志着，我国首次通过专门法律明确设定了国家的行政赔偿责任，即国家行政机关或者行政工作人员对其行政侵权行为，应当承担有别于民事责任的、公法性质的赔偿责任。《行政诉讼法》的规定可以视为中国行政赔偿制度的开端。

正是为了落实、实施《行政诉讼法》对行政赔偿责任的规定，才促使了《国家赔偿法》的制定、出台。1992年《国家赔偿法（试拟稿）》完成，1994年《国家赔偿法》正式出台，1995年1月1日该部法律开始实施。《国家赔偿法》的实施标志着中国国家赔偿制度（包括行政赔偿和司法赔偿）的正式建立。这是从人治到法治转变的一座里程碑，其中确立的行政赔偿制度是法治政府和责任政府的标志，是对中国行政诉讼制度（《行政诉讼法》第67-69条）的落实。

2010年4月，鉴于实践需要和法律实施中的突出问题，《国家赔偿法》被修订，修订后的法律（以下简称“新《国家赔偿法》”）于2010年12月1日实施。

2. 原《国家赔偿法》的主要缺陷与实施状况

2.1 立法内容上的不足

（1）单一的归责原则。行政赔偿中的归责原则是国家承担行政赔偿责任的基础和前提，是行政赔偿立法价值观的集中体现，直接影响着行政赔偿的范围、构成要件、举证责任等。虽然，在最初制定《国家赔偿法》之时，学术界曾提出过“主观过错”、“客观过错”、“无过错”、“违法”等归责原则，但是，立法最终选择、确定的是违法归责原则，³其条文（第2条）内容是：“国家机关和国家机关工作人员违法行

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”，即只有违法的行政致损行为，国家才会承担行政赔偿责任。

尽管在20世纪90年代初，“违法”归责原则同当时的法学理论和法治发展水平基本适应，⁴但是，之后的实践说明了单一的“违法”归责原则的弊端。

首先，认定“违法”的标准存在一定的模糊性。中国是成文法国家，法院的判例不是法的直接渊源，因此，违法一般是指违反宪法、法律、行政法规、地方性法规以及行政规章的行为；对于违反司法解释、国际法规则、法的一般原则与精神等行为，是否可以构成严格的违法，存在不同认识。同时，在行政法上，对没有法律依据的行为、滥用职权的行为是否一律构成行政违法，在实践中也有不同观点。⁵第二，单一的“违法”归责原则不能解决行政活动中，因“违法”以外的其他原因引起的损害，最为突出的是因滥用行政裁量权、公共设施设置与管理瑕疵致损情况下的行政赔偿问题。第三，“违法”归责原则不能解决共同侵权、混合过错情况下的责任分担问题。当出现多个行政主体共同侵权致害行政相对人的情况时，单纯的“违法”归责原则就不能分清各个侵权主体之间赔偿责任的大小。另外，当受害人自身也存在过错时，“违法”归责原则无法解决二者责任分担的比例。

（2）狭窄的赔偿范围。根据《国家赔偿法》第3条、第4条的规定，行政赔偿只适用于行政主体违法行使职权，侵犯行政相对人人身权和财产权的行为。这样的规定限制了行政赔偿的范围。

第一，没有将行政不作为以及制定规范性文件行为（或抽象行政行为）纳入行政赔偿范围。⁶第二，人身权、财产权是民法上的权利划分，而在公法

3 参见皮纯协、冯军：《国家赔偿法释论》，中国法制出版社1994年版，第69-70页。

4 立法之所以最终选择“违法”归责原则，主要考虑的是：第一，该原则与依法行政原则以及《行政诉讼法》所确定的具体行政行为合法性审查原则相协调；第二，可以避免过错原则在主观认定上的困难，也可以避免过错与违法原则并行所带来的复杂；第三，有助于区分行政赔偿和行政补偿两种不同性质的责任。

5 参见报马怀德：《国家赔偿法的理论与实务》，中国法制出版社1994年版，第104页。

上,除此之外,还有受教育权、劳动权、公平竞争权没有纳入赔偿范围;即使是人身权,其中的精神损害没有纳入行政(金钱)赔偿的范围。第三,行政指导行为、行政规划行为没有纳入行政赔偿范围。第四,国家行政机关对其内部工作人员违法、不当的惩戒行为所引起的损害,没有纳入赔偿范围。第五,前文所说的因滥用行政裁量权、公共设施设置与管理瑕疵而产生的损害也没有纳入赔偿范围。

(3) 偏低的金钱赔偿标准。《国家赔偿法》第26条、27条和第28条分别对侵犯人身自由、生命健康权和财产权的金钱赔偿标准和计算方法作出了规定。综合来看,行政赔偿的标准过低,其原因在于:第一,人身损害中,只赔身体损害,而将精神损害排除在外。第二,在财产权损害方面,只赔直接损失,而将间接的财产损失排除在外。⁷ 第三,立法时,决定赔偿标准的出发点是抚慰性的赔偿,而不是惩罚性和补偿性的赔偿,例如,对侵犯公民人身自由的损害赔偿,《国家赔偿法》第26条规定,按照“国家上年度职工日平均工资”计算。⁸

(4) 不当的赔偿程序。根据《行政诉讼法》第67条和《国家赔偿法》第9条的规定,受害人要获得行政赔偿须经过两条途径:一是单独就赔偿问题须先向行政机关提出,不服再可以向人民法院诉讼,即单独提起程序或称单方处理程序;二是在行政复议和行政诉讼中一并提起。单独提起的程序规定存在弊端,表现为:受害人单独提起赔偿请求,必须先向行政赔偿义务机关提起,由该机关处理后,才可进入索赔程序。实践表明,让赔偿义务机关作为“自己案件的法

官”,主动承认自己违法,并承担赔偿责任极其困难。与此同时,单方处理程序中,对受害人的程序性权利,如听证、协商等,没有任何规定,使赔偿请求人处于绝对不利的地位,由此,通过单方处理程序解决赔偿问题的成功率大为降低。

(5) 单一的赔偿主体。根据《国家赔偿法》第2条的规定,行政侵权的主体只限于国家行政机关,而该法律第7条第3款却规定了法律、法规授权组织在行使被授予的行政权力时,也可以成为行政侵权主体和行政赔偿义务机关。第2条作为总则性的规定不能涵盖第7条所规定的情形,这样的法律条文前后并不一致。更为重要的是,这种前后矛盾的规定,导致法律、法规授权组织作为赔偿义务机关实际履行行政赔偿义务的案例难以出现。这同中国行政诉讼中,法律法规授权组织已经可以成为行政诉讼被告的实践并不一致。

2.2 实践状况

(1) 配套制度未能落实。第一,《国家赔偿法》第29条规定,赔偿费用列入各级财政预算,但是,许多地方并没有落实这一条规定,赔偿经费保障不到位。⁹ 实践中,大部地区是赔偿义务机关先赔付受害人的损失,然后再申请财政核拨;还有一些地方,赔偿费用完全从赔偿义务机关自有资金中支付,同级财政不予核拨。第二,对行政侵权损害和民事侵权损害的区别与衔接缺少法律明确规定。¹⁰

(2) 由于《国家赔偿法》确定的是单一性的“违法”归责原则,导致行政机关实践中出现“尽管

6 实践中,最高人民法院曾于2010年7月在《关于公安机关不履行法定职责是否承担行政赔偿责任的问题的批复》(法释[2001]第23号)中,明确了因行政不作为致害可以纳入行政赔偿的范围。

7 具体来说:(1)对违法的罚款、征收,只返还本金,不计利息;(2)财产已经拍卖的,即使拍卖价格明显低于实际定价的,也只给付拍卖所得价款;(3)对违法扣押、冻结财产的,只能获得解除对财产的扣押、冻结的赔偿,而对受害人的可得利益损失不能获得赔偿,如车辆被扣押期间的正常营运额、存款被冻结期间的利息损失。(4)吊销许可证、执照、责令停产停业的,只赔偿停产停业期间必要的经常性费用开支,如房租、水电费等支出,而对停产停业期间的可得利润的损失,则不予赔偿。

8 根据1996年最高人民法院发布的《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》的规定,国家上年度职工日平均工资数额,应当以职工年平均工资除以全年法定工作日数的方法计算。年平均工资,以国家统计局公布的数字为准。从实际看,国家统计局公布的数字,通常会比职工的实际收入低得多。

9 李适时:《关于〈中华人民共和国国家赔偿法修正案(草案)〉的说明》,2008年10月23日于第十一届全国人民代表大会常务委员会第五次会议。

可以赔，但却不愿赔的状况，因为不能在赔偿的同时，还要承担违法的名声”。行政机关尽力规避赔偿的态度，导致行政侵权案件中行政不赔和少赔成为常见现象。

(3) 《国家赔偿法》从1995年实施到2005年的10年间，制定该部法律的全国人大常委会，没有针对其进行过一次执法检查或调研；各省、自治区、直辖市人大常委会对此部法律的关注也非常少。省、自治区、直辖市财政预算中的国家赔偿费，每年的支出只占很小比例，有些省甚至连续数年都是零支出。

3. 新《国家赔偿法》的修改要点与评价

3.1 变“违法归责”为“法定的损害结果归责”

修改后的《国家赔偿法》，即新《国家赔偿法》第2条规定：“国家机关和国家机关工作人员行使职权，有本法规定的侵犯公民、法人和其他组织合法权益的情形，造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。”同《国家赔偿法》原来第2条的规定相比，新规定的一个重要变化是——取消了“违法”的规定，即改变了“违法归责”原则为新的“法定的损害结果归责”。

3.2 扩大了行政赔偿范围

同《国家赔偿法》原有第3条关于行政赔偿范围的规定相比，新的第3条规定的范围得以扩大，主要表现在两个方面：（1）行政侵权的方式被扩大列举，“殴打”之外新增了“虐待”，“唆使”之外新增了“放纵”造成公民身体伤害或者死亡的规定。（2）新《国家赔偿法》第35条规定，行政侵权致人损害，造成严重后果的，应当支付相应的精神损害赔偿金，从而改变了原《国家赔偿法》对精神损害不承担金钱赔偿责任的规定。

3.3 完善了行政赔偿程序

同《国家赔偿法》的原有规定相比，新《国家赔偿法》第13条对行政赔偿程序作出了完善：（1）赔偿义务机关作出赔偿决定，应当听取赔偿请求人的意见。（2）赔偿义务机关可以与赔偿请求人就赔偿方式、赔偿项目和赔偿数额依法进行协商。（3）赔偿义务机关决定赔偿的，应当制作赔偿决定书，并自作出决定之日起十日内送达赔偿请求人。（4）赔偿义务机关决定不予赔偿的，应当自作出决定之日起十日内书面通知赔偿请求人，并说明不予赔偿的理由。

3.4 完善了举证规则

新《国家赔偿法》第15条规定：（1）人民法院审理行政赔偿案件，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；（2）在特定情况下，由赔偿义务机关承担举证责任。¹¹这一规定的实质是：在审理行政赔偿案件时，一般情况下，双方当事人对各自的主张承担举证责任；特殊情况下，由赔偿义务机关单方承担举证责任。上述两个方面的内容，改变了原《国家赔偿法》对双方举证责任未作任何规定，在司法实践中，只能依据最高法院司法解释处理案件的情况。

3.5 提高了赔偿标准

同原《国家赔偿法》第27条的规定相比，新《国家赔偿法》提高了行政赔偿的标准，包括新法律第34条对人身损害赔偿标准的规定和第35条对财产损害的规定。具体而言：（1）对造成身体伤害的，在原来医疗费的基础上，新增了护理费这一赔偿项目。（2）对造成部分或者全部丧失劳动能力的，在原有医疗费的基础上，还新规定了护理费、残疾生活辅助具费、康复费以及因残疾而增加的必要支出和继续治疗所必需的费用这些赔偿项目。（3）对残疾赔偿金的计算

10 主要包括两种情况：一是行政行为违法是民事侵权得以实现的前提和条件；二是行政违法与民事侵权混在一起，无法截然区分损害后果是因行政还是民事行为所导致。

11 新《国家赔偿法》第15条第2款规定，“赔偿义务机关采取行政拘留或者限制人身自由的强制措施期间，被限制人身自由的人死亡或者丧失行为能力的，赔偿义务机关的行为与被限制人身自由的人的死亡或者丧失行为能力是否存在因果关系，赔偿义务机关应当提供证据。”

上限倍数，由原来的十倍扩大为二十倍。（4）对变卖财产的价款明显低于财产价值的，新规定要求应当支付相应的赔偿金。

3.6 赔偿金的获取更切实可行

关于赔偿请求人如何获取赔偿金，原《国家赔偿法》未作任何规定。为此，新《国家赔偿法》第37条规定，凭生效法律文书，赔偿请求人可以直接向赔偿义务机关申请支付赔偿金；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。

3.7 请求赔偿时效的计算方法更为合理、更符合法治精神

关于请求赔偿时效的计算，原《国家赔偿法》第32条的规定为：自行政行为被依法确认为违法之日起计算。将行政行为被依法确认为违法作为起算点，同当前其他相关法律和司法解释的规定不统一；更为重要的是，在行政机关拖延确认行政行为违法的情况下，这样的规定显然不合理。为此，新《国家赔偿法》第39条规定，赔偿请求人请求赔偿的时效，自其知道或者应当知道行政侵权行为之日起计算，且被羁押等限制人身自由的期间不计算在内。

4. 总结

4.1 行政赔偿的性质

（1）关于行政赔偿的性质，中国学术界和实务界的通说是公法违法责任说，即认为行政赔偿与民事赔偿的本质区别在于：前者是基于国家行政权力的行使而产生的赔偿责任，后者是平等主体之间因侵权而产生的债权与债务关系。至于行政赔偿与行政补偿的本质区别则在于：前者是基于行政主体违法的侵权行为而产生的赔偿责任，而后者是因合法或不当的行政活

动，对行政相对人的权益产生影响而引起的由行政主体承担的补救责任。

在此背景下，人们往往会将行政赔偿制度同一个国家行政活动的基本价值取向相联系，在福利行政、给付行政、责任政府的背景之下，行政赔偿的归责原则与赔偿范围都会有利于该国公民或受侵害人；反之，在警察行政、秩序行政和管理行政的背景下，对受侵害人来说，行政赔偿的条件与范围会是苛刻与偏狭的。

（2）除公法违法责任说之外，还应该从更广的意义上和现代行政活动的实际出发去理解行政赔偿的性质。现代政府的行政职能已被不断强化，而行政偏私却从未彻底消除；与此同时，由于市场风险、灾害风险和事故风险的影响，现代社会已经变成了一种风险社会，因此，政府活动也就存在着潜在的危险性与后果的不确定性，其侵害行政相对人的概率增大。在这样的情况下，行政赔偿就成为政府化解风险、确立信用的一种必不可少的手段，是追求结果公平的一种法律责任，¹² 其本质是通过行政赔偿来恢复或保障国家行政过程的公平性，实现社会的和谐与稳定。

4.2 中国行政赔偿制度的特点

（1）专门的成文法规定，即以一部专门性的成文法典的形式规定了国家行政赔偿制度，这一特点类似于美国联邦行政赔偿制度（《联邦侵权赔偿法》Federal Tort Compensation Act）和英国的王权诉讼制度（《王权诉讼法》Crown Proceeding Act），但不同于德国和法国主要依靠司法判例确定行政赔偿的制度。

（2）中国的行政赔偿制度与刑事赔偿制度集中规定于一部法典之中；也就是说，《国家赔偿法》是关于行政赔偿和司法赔偿两种赔偿制度的法典。

（3）行政赔偿与民事侵权赔偿责任相区别。根据中国的《行政诉讼法》、《国家赔偿法》和《民法通则》、《侵权责任法》的规定，行政赔偿在归责

12 参见高家伟：《论国家赔偿的性质》，《上海政法学院学报》（法治论丛）2009年第6期，第31页。

原则、赔偿范围、赔偿程序、赔偿性质等方面，都区别于民事侵权赔偿责任。

(4) 区别行政赔偿与行政补偿。在中国，行政赔偿同行政补偿行为相区别，其标准是致行政相对人损害的行政活动，是否为违法的行政行为，即违法行政侵权行为产生的是行政赔偿责任，合法或不合理行为产生的则是行政补偿责任，¹³ 这一点同德国、美国等国家都不同。

(5) 对行政诉讼实践的回应式发展。《国家赔偿法》的最早出台是落实和实施《行政诉讼法》的结果，行政诉讼实践成为了中国行政赔偿制度确立、演变和发展的重要推动力，新《国家赔偿法》中的许多规定，是对行政审判经验的直接继承，如行政赔偿证据规则。

(6) 尚有进一步补充、完善的必要。例如，《国家公务员法》所明确的国家行政机关因错误处理而产生的对公务员的赔偿责任，在新《国家赔偿法》中没有得到规定；¹⁴ 公有公共设施损害依然没有被纳入行政赔偿的范围；¹⁵ 非国家行政机关的组织作为行政赔偿义务主体的规定，仍存在模糊与不统一之处，等等。

总之，中国行政赔偿制度的演变同其整体法治的发展进程密不可分。一方面，法治水平决定了行政赔偿制度的水平。另一方面，行政赔偿制度的进步客观上也推动和说明了，中国对国民责任的加强及其法治与人权事业的改善。尽管，从客观归责和结果公平的法律责任上说，新《国家赔偿法》所确立的行政赔偿制度尚有不足，但同原法律相比，新法律的进步显而易见。与此同时，考虑到旧观念阻碍、行政成本上升、配套制度落实等因素，可以预见的是——新《国家赔偿法》所确立的行政赔偿制度在实施中必定会任重而道远！

13 德随着新《国家赔偿法》对“违法”归责原则的放弃，笔者认为，行政赔偿与行政补偿之间的实际区别会趋向模糊。

14 《国家公务员法》第103条规定，（行政）机关因错误的具体人事处理对公务员造成名誉损害的，应当赔礼道歉、恢复名誉、消除影响；造成经济损失的，应当依法给予赔偿。

15 韩国《国家赔偿法》第5条；日本《国家赔偿法》第2条均规定了国家对公共营造物的赔偿责任。

往期简报

简报（第1期）

二十国集团：一个致力于可持续发展的、新的全球治理框架？

托马斯·弗斯（Thomas Fues），弗里德里希·艾伯特基金会上海办公室，2010

简报（第2期）

全球化挑战背景下的全球工会联盟

托斯滕·米勒、汉斯-沃尔夫冈·普拉策、施坦方·吕卜（Torsten Müller, Hans-Wolfgang Platzer and Stefan Rüb），弗里德里希·艾伯特基金会上海办公室，2010

简报（第3期）

新加坡：独大型政党制度下的去政治化公民社会？

陈思贤（Kenneth Paul Tan），弗里德里希·艾伯特基金会上海办公室，2010

简报（第4期）

德国住房政策：一个最佳实践典范？

比约恩·埃格纳（Björn Egner），弗里德里希·艾伯特基金会上海办公室，2011

About Friedrich-Ebert-Stiftung

The Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) is a private cultural non-profit institution committed to the ideas and basic values of social democracy. It was founded in 1925 and aims to further the political and social education of individuals in the spirit of democracy and pluralism. Its international cooperation connects the Friedrich-Ebert-Stiftung with partners in more than 100 countries all over the world. The international cooperation of the FES strives for facilitating participation, pluralism, rule of law, social justice and non-violent conflict resolution in different societies.

Learn more about FES: www.fes.de

Learn more about FES in China: www.feschina.net

Contact

Friedrich-Ebert-Stiftung (Beijing), Ta Yuan Diplomatic Compound, Building 5, Entrance 1, 12th Floor, Office 5-1-121, Xin Dong Lu 1/Chao Yang Qu, 100600 Beijing, VR China, e-mail: fesbeijing@fesbj.com

Friedrich-Ebert-Stiftung (Shanghai), 7A Da An Plaza East Tower, 829 Yan An Zhong Lu, Shanghai 200040, VR China, e-mail: info@feschina.net

Briefing Paper

To subscribe the Briefing Papers send an e-mail to: subscribe@feschina.net

To unsubscribe send an e-mail to: unsubscribe@feschina.net

The opinion voiced in this publication is that of the author and does not necessarily reflect the opinion of the Friedrich-Ebert-Stiftung.

Responsible: Dr. Rudolf Traub-Merz, Resident Director, FES Shanghai Coordination Office for International Cooperation