

修宪之后的中国行政法

—中国法学会行政法学研究会
2004年年会论文集

中国法学会行政法学研究会 编

中国政法大学出版社

修宪之后的中国行政法

——中国法学会行政法学研究会 2004 年年会论文集

中国法学会行政法学研究会 编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

修宪之后的中国行政法:中国法学会行政法学会研究会 2004 年年会论文集/
中国法学会行政法学会研究会编. —北京:中国政法大学出版社, 2005.4
ISBN 7-5620-2747-1

I. 修... II. 中... III. 行政法学-中国-文集
IV. D922.101-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 041605 号

书 名 修宪之后的中国行政法
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 42.5
字 数 780 千字
版 本 2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2747-1/D·2707
定 价 52.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中国法学会行政法学研究会2004年年会
2004.8.重庆



序

2004年3月第十届全国人大第二次会议对《中华人民共和国宪法》作了重要修改,立即引起了行政法学界的极大关注。在研究2004年行政法学研究会的年会主题时,一般认为,这次年会应将根本大法的修改和行政法的发展联系起来,把新入宪的内容对行政法理论与实践提出的要求作为会议讨论的主题。据此,2004年行政法年会以“修宪以后的中国行政法”为题,确定三项子题目。第一是关于“公共利益”的界定,新修改的《宪法》第20条、第22条两处提到国家为了公共利益的需要,可以依照法律对土地实行征收或征用。实际上,在我国诸多法律中都有涉及“公共利益”的规定,但我们却缺乏对“公共利益”这一概念的研究。法学界都同意“公共利益”是一个不确定的概念,虽然如此,我们仍希望通过讨论,能划出一个可以接受的大致轮廓。第二第三是关于补偿和赔偿的问题,与上述公共利益的概念相联系,新修改的《宪法》第20条和第22条都规定了对土地和私有财产进行征收或征用时,要给予补偿和赔偿。我国单行法中已有很多关于补偿的规定,但在宪法中还是第一次提出,学术界对补偿问题的研究也远嫌不足。赔偿问题,我国已经制定了国家赔偿法,但实践证明对国家赔偿法按照新宪法的精神迫切需要修改。建立适合我国实际情况的补偿和赔偿制度,事关对公民权益的保护和整个社会的和谐稳定,我们的理论研究已远远滞后于实践需要。

2004年年会正是一次期待已久的、高水平的全国行政法学工作者的集会,与会代表提交了60余篇具有前瞻性和理论性的学术论文,来自全国各高校、研究机构、行政机关和法院等110余名行政法学工作者围绕上述三个主题进行了热烈、深入而广泛的讨论。

我们请吴雷编审作了审查编辑工作,并请各位作者在参加年会讨论的基础上对各自的论文作了进一步修改。可以说,这些论文集集中反映了目前我国对上述三个问题研究的最新成果,希望能对更多的行政法学工作者和关心我国行政法治建设的同志们有所裨益,并且进一步推动大家对上述问题的关注和研究。

应松年

2005年1月10日于北京

目 录

第一部分 国家赔偿法的修改

国家赔偿法的发展与完善/马怀德 高辰年	(3)
《中华人民共和国国家赔偿法》(修改建议稿)	
及理由说明/沈开举等	(18)
关于《国家赔偿法》修改的几个问题/李新生	(29)
现代司法理念与我国司法赔偿制度的几个问题的	
研究/皮宗泰 郭晓丽	(37)
关于完善国家赔偿制度的一些思考/宋飞 王雪梅	(43)
国家赔偿中的合法权益与非法利益分析/杨小君	(50)
论国家赔偿中赔偿请求人和赔偿义务机关的	
特殊情形/邢鸿飞	(61)
国家赔偿制度中精神损害赔偿的建立和完善/高文英	(72)
对行政许可第三人的国家赔偿问题研究/黎军	(84)
刑事司法赔偿的实际运作	
——以广州市法院系统的实践为视角/刘跃南 鞠晓雄	(94)
宪政视野下的行政赔偿与行政补偿问题	
探讨/文正邦 温泽彬	(110)
人权入宪与大陆行政补偿法制的发展	
——兼论私有财产权的保护与限制/莫于川	(125)
我国行政赔偿制度之改革/章志远	(137)
论行政赔偿范围的拓展/毕可志	(148)

第二部分 公民财产权的保护与行政补偿

实现宪政背景下的中国行政法治 / 杨海坤 章志远	(161)
论私有财产权的行政法保护 / 方世荣	(168)
私有财产权公法保护之路径选择与制度设计 / 石佑启	(179)
公民财产权行政法保障之完善	
——基于 2004 年修宪的思考 / 肖北庚	(198)
构建公民财产权行政法保障机制的理性思考 / 王起翔	(208)
中国大陆行政补偿法治及研究之发展 / 沈开举 王红建	(224)
中国行政补偿体系之建构 / 沈开举 王红建	(265)
公益收用之界定与行政补偿之完善 / 杨解君 顾冶青	(278)
试论行政补偿 / 熊文钊	(291)
行政补偿制度探讨 / 丁丽红	(299)
公民财产权的保护	
——行政补偿制度之研究 / 许观斌	(309)
行政补偿制度简论	
——行政补偿与公共利益、行政赔偿的关系 / 张步红	(316)
行政征收补偿标准的初步探讨 / 吕立秋	(324)
行政决策补偿机制研究 / 金国坤	(331)
行政取证行为补偿制度之研究	
——兼论我国行政补偿制度之缺陷与完善 / 张弘 宋光明	(339)
土地征收补偿制度研究 / 薛刚凌 王霁霞	(353)
我国农地征收补偿的制度缺失及其改革论要	
——兼论修宪后行政补偿制度的改进 / 浙江省人民政府法制办公室行政法制 研究所浙江省经济法研究会	(367)
论土地征收征用中相对人权利的保护 / 赫然	(376)
城市房屋拆迁公共利益目的之评析 / 宋雅芳 王红建	(385)
论房屋拆迁行政争议的司法审查 / 王克稳	(394)

第三部分 公共利益的界定

关于法律界定“公共利益”含义和范围的必要性和可能性的 对话/姜明安	(411)
关于“公共利益”之探究/胡建森 邢益精	(417)
行政法上的公共利益辨析 ——《宪法修正案》与行政法政策学的方法论/杨建顺	(444)
公共利益的意义初探/刘莘 陶攀	(461)
论公共利益的公法保护 ——兼与私益保护的比较/朱维究 吴小龙	(479)
法律利益的界分及其冲突处理/解志勇 于鹏	(489)
公共利益的程序主义考量/杨寅	(503)
公共利益之界定：一个法理学视角/王景斌	(507)
行政公开与利益冲突/刘文静	(520)
利益关系、行政权力、行政法/王麟	(536)
公共利益服从的博弈分析/孙丽岩	(552)
论公共利益的法律边界/沈荣华	(558)
公共利益的法律解读与界定/刘丹	(565)
公共利益若干法律问题探讨/黄学贤	(574)
试论公共利益/杨临宏	(581)
论公益与私益关系的定位/敖双红	(589)
抽象而具体的公共利益/陈宏光 曹达全	(598)
“公共利益”的法律适用及其控制/王周户 李大勇	(608)
行政法上的公共利益/彭云业 瓮洪洪	(615)
关于“公共利益”界定的法律认识及思考/张武扬	(622)
公共利益的分解与冲突现象初探 ——“上海车牌拍卖事件”中多样化行政活动解析/刘书燃	(630)
美国广播管制中的公共利益标准/宋华琳	(644)
中国法学会行政法学会研究会 2004 年年会综述/周佑勇	(660)

第一部分 国家赔偿法的修改

国家赔偿法的发展与完善

马怀德* 高辰年**

1995年1月1日施行的《国家赔偿法》基本上确立了我国的国家赔偿制度,它是民主法治建设的重要成果,也是公民权利体系日益完善的标志。但由于历史和现实多种因素的影响,《国家赔偿法》尚不完善,其作用未能充分发挥。本文立足于我国实际,针对国家赔偿制度的缺陷和面临的困境,^[1]通过借鉴别国赔偿制度的有益成果,试图对我国《国家赔偿法》的发展及完善作一初步探索。

一、国家赔偿法的归责原则

归责是对责任归属的判断。《国家赔偿法》的归责原则关注的是以何标准和依据确定国家对其侵权行为承担责任,它是确立国家赔偿责任的关键所在。《国家赔偿法》第2条确定了违法原则作为国家赔偿的归责原则,但我们对“违法”不能拘泥于字面意义僵化地理解,而应作扩张解释。另外,国家的侵权行为样态繁多,性质各异,单一的违法归责原则不能完全调整其赔偿责任,应另以结果责任原则为补充。

(一)“违法”的含义

以“违法”作为国家赔偿的归责原则,本意在于从国家机关及其工作人员的行为依据出发,确定归责标准。法律规范无疑是国家机关及其工作人员最主要的行为依据,但绝不是惟一的行为依据。在现代福利国家时期,国家职能大为扩张,国家在许多领域的行为主要出于维护公益需要并依据一般法律原则及法律精

* 中国政法大学法学院院长,教授,博士生导师。

** 中国政法大学博士研究生。

[1] “1996年人民法院一、二审宣告无罪2281人,受理的赔偿案件为35件。1995年1月1日至1997年底,我国各级人民法院赔偿委员会共受理赔偿案件1126件。”见《北京法制报》1999年1月4日。“据北京市统计,《国家赔偿法》实施3年来,行政赔偿最高额仅为2万元,绝大部分只有千元左右。”见统计:《国家赔偿法》:立法、执法3周年回眸,载《政府法制》1998年第7期。

神作出,并没有明确的法律规范对之调整。在某些情况下,国家机关及其工作人员会因先前作出的行为而承担一定的注意义务,如公安机关对处于其控制之下的被限制人身自由的公民负有保护的义务。^{〔1〕}在上述情形下若以实在法律规范作为判断职权行为违法的标准,势必一方面使得大量的国家侵权行为得不到监督和纠正,另一方面公民、法人和其他组织的权利无法获得救济。“国外没有一个国家对《国家赔偿法》中的违法概念作狭义解释,相反都不同程度地作了扩张解释。”^{〔2〕}其理正在于此。尤其在我国目前法制尚不健全、有些领域无法可依的情况下,采取狭义理解更是不利于对公民权利的保障。

就比较法而言,对违法原则作扩大理解的背景在于归责标准的客观化,而法律规范仅仅是客观标准的一部分。日本在1946年的《国家赔偿法》中采用过错违法原则,但近年来受民法抽象过失论的影响逐渐修正其过失违法之内涵。论者认为所谓过错并不是加害者的主观心理状态,而应作为客观要件来理解,即违反了规避以普通人的能力而具有预见可能的危害结果的义务。^{〔3〕}可见在过错客观化理论中,归责标准除违法外还包括违反一般注意义务。在法国,公务过错的范围超过违法行为,行政机关的笨拙、疏忽、怠惰等都是公务过错。^{〔4〕}对违法作扩大理解同样是扩大归责标准,以便更有利于保护受害人的权益。

总之,“客观上欠缺公正,侵害私人利益的一切行为都构成违法”。^{〔5〕}

就内容而言,“违法”包括:违反实在法律规范,即违反宪法、法律、法规、规章以及其他具有普遍约束力的规范性文件;违反法的一般原则,如尊重人权原则、公益原则、信赖保护原则、诚实信用原则以及比例原则等等;在一定情况下,违反对特定人的职务义务。

就表现形态而言,违法可表现为作为违法及不作为违法。

作为违法系指国家机关及其工作人员积极地违法侵犯他人合法权益的行为,例如乡政府的违法摊派行为。在有裁量权限的情况下,国家机关及其工作人员裁量权的行使背离了法律的目的或者裁量结果严重不当时,仍构成违法。

不作为违法系指国家机关及其工作人员负有某种法定作为义务并有履行该义务的可能却逾期未履行的行为,实质在于国家机关及其工作人员怠于行使职权、

〔1〕 张树义:《冲突与选择—行政诉讼法的理论与实践》,时事出版社1992年版,第255页。转引自马怀德:《国家赔偿法的理论与实务》,中国法制出版社1994年版,第98页。

〔2〕 江必新:《国家赔偿法原理》,中国人民公安大学出版社1994年版,第128页。

〔3〕 (日)盐野宏:《行政法》,杨建顺译,姜明安审校,法律出版社1999年版,第461页。

〔4〕 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第722~726页。

〔5〕 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1999年版,第640页。

放弃职守。如巡警发现某公民遭抢劫却不予救助。国家机关及其工作人员应当主动行使职权保护公民人身权、财产权而不行使时,亦为不作为。在对之进行认定时,可借鉴日本最高法院在东京斯蒙案件的判决中所提出的关于权限不行使的违法性的判断标准(危险的迫近、预见危险之可能性、规避损害之可能性、规避措施之补充性及国民的期待性)。^[1]

(二) 应当以结果责任原则作为辅助性归责原则

《国家赔偿法》第2条确立了违法归责原则。但是第15条第(一)(二)项的错拘、错捕行为是以违法为归责原则抑或以结果责任为归责原则,学者对其见解不一,^[2]实践中也颇多困惑。^[3]

依《国家赔偿法》第2条,违法仅指行为违法。准此以观,《国家赔偿法》所规定的“对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的”,“对没有犯罪事实的人错误逮捕的”,是指不符合《刑事诉讼法》第61条、第60条所规定的拘留、逮捕条件的拘留或逮捕。如果有重大犯罪嫌疑或有证据证明有犯罪事实且符合其他逮捕条件而有逮捕必要的,公安检察机关决定拘留、逮捕系出于维护公共利益的需要,不应加以非难。因为“逮捕、拘留,只要在当时关于犯罪嫌疑具有相当的理由,并且被承认了必要性的话,就是合法的……起诉时或公诉进行时的检察官的确信,在其性质上和判决时法官的确信不同,被解释为只要综合考虑起诉时或公诉进行时的各种证据资料,通过合理的判断过程,具有被认为有罪的嫌疑便足够了。”^[4]刑事诉讼各阶段不同的具体目的以及对证据审查判断的不同要求和标准(无罪判决的证据要求严格于拘留逮捕的证据要求)决定了有可能存在合法的“错拘、错捕”。

但是对于合法的“错拘、错捕”依违法归责原则受害人得不到赔偿,这是极不公平的。从维护公益的角度出发,《刑事诉讼法》的构造认可了合法“错捕、错拘”的存在,但是个人所遭受的损害——人身自由受到剥夺系为维护公

[1] (日)盐野宏:《行政法》,第464~465页。

[2] 有观点认为系违法原则,肖岗:《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166页。另有观点认为系结果责任原则,薛刚凌主编:《国家赔偿法教程》,中国政法大学出版社1996年版,第217页。该书认为结果责任不准确而系无过错责任原则——笔者注。

[3] 在司法实践中,法院认为无罪宣告前的羁押都应负赔偿责任,而公安、检察机关则认为只有违法羁押的才负赔偿责任。

[4] (日)盐野宏:《行政法》,第468页。

益而付出的特别牺牲，因此依公共负担平等原则应由国家赔偿。对此别国赔偿法多采用结果责任原则：被羁押的公民确系无辜的，无论司法机关是否违法、有无过错，该公民都有权请求赔偿。如法国《刑事诉讼法》第149条规定：“在诉讼程序中被临时拘禁的人，如果在程序结束时不予起诉、免于处罚或无罪释放的决定已确定，而且羁押给他造成显然不正常的损害或特别重大的损害，可以请求赔偿。”德国1971年《刑事追诉措施赔偿法》第2条第1款规定：“如果当事人已被释放，或者针对他的刑事追诉措施已被终止，或者法院拒绝对他开庭审判，当事人由于受羁押或其他刑事追诉措施而遭受的损失，由国库予以赔偿。”

参酌国外立法例，我国对错拘、错捕应当采用结果责任原则，以使受害人获得救济，同时可解除公安检察机关的困惑，保护其打击犯罪的积极性。

此外，公有公共设施设置或管理有瑕疵致人损害的，系由国家所掌管之“物”引起，受害人无从判断其违法性，也难以证明国家之过错，亦应采用结果责任原则（纳入赔偿范围的必要性容后论述），这也是国外通例。如《日本国家赔偿法》第2条规定：“由于道路、河川及其他公共营造物的设置或管理有瑕疵，给他人带来损害时，国家或公共团体对该损害承担赔偿责任。”韩国及我国台湾地区之“国家赔偿法”亦同。

由于结果责任不具有法律责任本身的性质，其宗旨在于“对不幸损害之合理分配”，亦即“分配正义”；^{〔1〕}兼之它对公共财政的负担能力亦是一个巨大的挑战，因而往往只在一定范围之内适用。在法国，只有“所受损害特别重大”时才可依此得到赔偿。在日本，亦有学者认为前述第2条的规定是有限定的结果责任。^{〔2〕}但因我国的国家补偿制度尚不健全，无辜公民因国家合法行为遭受损害若得不到救济，其正常生活甚至生存将有极大困难，因而我国在刑事赔偿及公有公共设施损害赔偿方面适用该原则时不应有过多限制。

二、国家赔偿的范围

国家赔偿的范围是指国家承担赔偿责任的事项范围，也是受害人赔偿请求权的范围。同一些国家相比，我国的赔偿范围较窄，司法赔偿范围尤其狭窄，因而扩大赔偿范围已是《国家赔偿法》不容回避的选择。

〔1〕 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第2册），第168页。转引自王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社1992年版，第128页。

〔2〕（日）盐野宏：《行政法》，第482~486页。

(一) 应当完善行政赔偿范围

行政赔偿范围相对于司法赔偿范围而言尚较合理,但亦应在以下几方面予以完善。

1. 应考虑将“规章以下具有普遍约束力的违法的决定命令”纳入赔偿范围。上述规范性文件制定主体混乱,越权情况严重,制定程序随意性较大,因而违法现象严重,往往侵犯行政相对人的合法权益。在《国家赔偿法》制定时,由于没有切实有效的途径和方式审查其合法性,在实践中它们一般被废止而不被撤销,当时将之列入赔偿范围意义不大。但1999年《行政复议法》出台之后,复议申请人在对具体行政行为申请复议时,可以一并向行政复议机关提出对作为该具体行政行为依据的国务院部门的规定、县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定以及乡、镇人民政府的规定的审查申请,从而为审查上述规范性文件的合法性提供了途径。在上述规范性文件因违法被撤销或改变后,应当赋予因其遭受损害的人取得赔偿的权利。

对于行政法规及规章,《立法法》第87、88条虽然规定了对之的监督程序,但基本上是对宪法的重申而已;第90、91、92条规定了对之的审查启动程序,但可操作性有待检验,因此将之纳入赔偿范围尚不具有可行性。

2. 将公有公共设施致害纳入赔偿范围较为合理。所谓公有公共设施是指由行政机关或其特许的公务法人设置或管理以供公众使用的设施,包括公路、铁路、桥梁、车站、机场等。对于因公有公共设施的设置或管理有瑕疵,欠缺通常应有的安全性,以致使用者的人身或财产受到损害的,国外一般纳入国家赔偿范围。^[1]如日本1947年《国家赔偿法》第2条第1款规定:“因道路、河川或其他公共营造物之设置或管理有瑕疵,致他人损害时,国家或公共团体对此应负赔偿责任。”韩国及我国台湾地区的国家赔偿责任中也都包括公有公共设施致害的赔偿责任。我国的公有公共设施为国家所有,由国家授权一定的机构进行管理。对公有公共设施致害的,受害人目前虽可依民法或一些单行法获得赔偿,但一律让管理机构承担责任并不公平;且这些机构的财力有限,不利于受害人权利的保障,因而致害责任由国家承担比较合理。

3. 应当将严重不当的具体行政行为明确纳入赔偿范围。行政主体在有裁量权限时可斟酌具体情况在不同的行为种类、幅度之间作出选择,以适应复杂的客观情况,更好地执行法律。裁量结果一般不当的,不应受违法评价;但裁量结果

[1] 马怀德:《行政法制度建构与判例研究》,中国政法大学出版社2000年版,第340页。

显然失当的,则已构成违法,因此给他人造成损失的,受害人有权取得赔偿。目前已有单行法律对此作出规定,如《治安管理处罚条例》第42条规定:“公安机关对公民给予的治安管理处罚错误的,应当向受罚人承认错误、返还罚款及没收的财物;对受处罚人的合法权益造成损害的,应当赔偿。”其中“处罚错误”显然已超出处罚违法而包含不当行为在内。

行政机关对其工作人员的违法奖惩任免等内部人事管理行为侵犯公务员合法权益的,也应由国家赔偿。目前《公务员暂行条例》第84条规定由行政机关赔偿,责任不明确,不利于保护公务员的合法权益。鉴于《国家赔偿法》目前定位于对公民、法人及其他组织合法权益的赔偿,对违法行政处分的赔偿宜于《公务员法》中单独作出规定。

(二) 应当扩大刑事赔偿范围

刑事赔偿范围过窄,免责条款过多,不利于保护受害者权益。尤其是随着1996年、1997年《刑事诉讼法》及《刑法》的修正,刑事赔偿的范围益显狭窄,因而必须扩大。

1. 刑法中罪责刑相适应原则的确立使得轻罪重判已非违反刑事裁量权而系违法行为,应将其纳入赔偿范围。《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”它在我国《刑法》中首次明确地规定了罪—责—刑的均衡关系,要求罚当其罪,有力地防止了刑罚权的滥用,是对人权的极大保障。^{〔1〕}《国家赔偿法》应当适时吸收这一成果,将轻罪重判行为纳入赔偿范围,使犯罪者的合法权益被违法侵害时有获得国家赔偿的权利。其他非法羁押行为,如司法机关以监视居住、取保候审之名行羁押之实的,侦查机关、监狱部门对犯罪嫌疑人、被告人、服刑期满的服刑人员无正当理由超期羁押的,受害人都应有取得赔偿的权利。

2. 应当与刑事诉讼法的规定相协调,将取保候审中的违法罚款及违法没收保证金的行为纳入刑事赔偿范围。修正后的《刑事诉讼法》第55条、第56条分别规定了对保证人处以罚款和对取保候审人没收保证金的规定,但对违法擅自收取、没收的保证金以及违法罚款是否返还没有规定。为保障被取保候审人、保证人的合法财产权不被侵犯,《国家赔偿法》应当将其纳入赔偿范围。

3. 《刑事诉讼法》第15条第1项及第6项的规定在实践中极易成为违法拘留、逮捕规避赔偿的借口,为保障公民人身自由不受非法侵犯,这两项不宜作为

〔1〕 何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社1997年版,第101页。

国家不负赔偿责任的理由。有些国家也未将此作为国家不承担责任的理由，如1971年《联邦德国刑事追诉措施赔偿法》第3条规定：“如果法律规定允许法院或检察官依据裁量终止刑事审判程序的，只要是公平合理的，就可以对第2条所指的刑事追诉措施（包括暂时留置、监视留置、暂时拘留等——笔者注）进行赔偿。”

4. 其他违法行为造成人身权、财产权损害的，如侦查机关违法搜查，侵犯人身权、财产权的，侦查机关、监狱部门纵容他人殴打犯罪嫌疑人、被告人、服刑人员造成严重后果的，司法机关工作人员侮辱犯罪嫌疑人、被告人、服刑人员造成严重后果的，司法机关工作人员体罚、虐待犯罪嫌疑人、被告人或服刑人员造成身体伤害或死亡的，受害人有取得国家赔偿的权利。

考虑到我国实际情况，对无罪被判处管制、拘役缓刑、有期徒刑缓刑时，判决前被羁押的有权获得赔偿，判决后的刑罚可不纳入赔偿范围；但因此影响受害人名誉权、荣誉权的，应当在影响所及范围内恢复名誉，消除影响，赔礼道歉；导致受害人严重精神损害的，应当赔偿抚慰金。

（三）可以扩大民事行政司法赔偿范围

《国家赔偿法》第31条列举了民事行政司法赔偿的范围，但人民法院在行使职权时违法侵犯他人合法权益的行为可能不仅发生在上述活动中，如在组织诉讼的过程中错送传票而导致他人死亡，^{〔1〕}因此须从实践需要出发，考虑扩大赔偿范围。对于人民法院在民事行政审判过程中，违法造成他人损害的，亦应承担赔偿责任。至于错判的，应以因审判人员在审理案件的贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为造成者为限，国家承担的赔偿责任限于无法执行回转的那部分损失。

（四）应明确《国家赔偿法》的赔偿范围与《民法通则》第121条的关系

《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。”这一规定是否可不受《国家赔偿法》规定的赔偿范围的限制，在适用时如何处理二者的关

〔1〕 马怀德：《行政法律制度建构与判例研究》，第332页。