

法律硕士教学指导案例

非诉法律业务卷

I

全国法律专业学位研究生教育指导委员会 编



法律出版社

法律硕士教学指导案例

非诉法律业务卷

I

全国法律专业学位研究生教育指导委员会 编



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律硕士教学指导案例·非诉法律业务卷·I / 全国法律专业学位研究生教育指导委员会编. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2241 - 8

I. ①法… II. ①全… III. ①调解(诉讼法) — 案例 — 中国 — 研究生 — 教学参考资料 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 086955 号

法律硕士教学指导案例·非诉法律业务卷 I

FALÜ SHUOSHI JIAOXUE ZHIDAO ANLI ·

FEISU FALÜ YEWUJUAN I

全国法律专业学位研究生
教育指导委员会

编

责任编辑 陈 慧

装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市兴达印务有限公司

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 33.25

字数 630 千

版本 2018 年 6 月第 1 版

印次 2018 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2241 - 8

定价:79.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

为适应我国专业学位教育发展的客观需求,进一步推动专业学位培养模式改革和提高专业学位研究生教育质量,在教育部和财政部的支持下,中国专业学位教学案例中心建设工作于2013年5月正式启动。该案例中心建设工作受国务院学位委员会办公室和教育部指导,由教育部学位与研究生教育发展中心牵头,各相关专业教育指导委员会共同参与。建设法律硕士专业学位研究生教育教学案例库,是支撑并推进全国法律硕士专业学位研究生培养单位实践必修环节学位课程案例教学与保证法律硕士专业学位研究生教育质量的重要措施。2013年6月,教育部学位管理与研究生教育司批复同意全国法律专业学位研究生教育指导委员会(以下简称指导委员会)秘书处组织开展“案例库建设与案例教学推广项目”。按照规划,指导委员会和教育部学位与研究生教育发展中心共同建设“中国法律专业学位案例中心”,合作开发入库教学案例并纳入中国专业学位教学案例中心平台管理和运营。

该项目启动后,指导委员会决定由韩大元、姜晶两位副秘书长负责组织、协调项目的实施工作,并组织制定了《中国专业学位教学案例库中心法律硕士分中心建设规划》(以下简称规划),对案例库建设确立了明确的目标和阶段性任务,并对项目实施进行了总体布置。为保障项目的顺利实施,指导委员会秘书处成立了以时延安教授为牵头人的专家工作组,起草《案例编写规范》、《评审管理办法》和案例模版及使用说明书范本,开展多次编写培训,组织和协调案例申报及评审工作,负责案例中心的维护、日常管理和应用服务等相关工作。2014年至2016年,指导委员会先后三次向培养单位征集案例,组织专家评审组遴选案例,迄今共征集案例382个,其中入选案例139个。

为推动法律专业学位研究生教育教学案例在教学中的运用,切实提高实践课程的教学水平,指导委员会决定从入选案例中选择部分案例出版。该案例出版工作得到法律出版社的大力支持,并根据出版要求对入选案例进行了合理调整。

目前,“法律硕士教学指导案例丛书”已经编辑完成,我们希望这套丛书对提升我国法律专业学位研究生教育有所裨益。在此,向所有参与法律硕士专业学位研究生教育教学案例库工作的专家、学者及相关同志表示衷心地感谢!受时间和能力所限制,编辑过程难免有不足之处,敬请提出宝贵意见。

丛书编委会

2017年12月

1	长沙市坠下水道女孩死亡行政救助案例	1
2	中国诉美国四种产品反倾销与反补贴案	13
3	某某投资公司对外投资“对赌协议”的草拟和审查案例	29
4	长投公司、绿城公司股权转让仲裁案	67
5	三一重工海外投资分析	91
6	特变电工沈阳变压器集团有限公司并购上海中发超高压电器有限公司案	105
7	美国诉中国影响电子支付服务若干措施案	129
8	工大软件公司从主板到新三板的资本运营	152
9	某某公司注册商标许可使用合同的草拟和审查案例	172
10	某某股份有限公司并购某某有限责任公司法律尽职调查报告的编写	192
11	上市公司的合并:南车北车合并案	238
12	R 信托公司房地产集合资金信托计划案例	252
13	“落地式电风扇”专利无效宣告请求案	273
14	陈伟宏投资深圳富成汇通股权投资基金(有限合伙)案	293
15	C 集团股份有限公司与 A 省 B 市政府 PPP 项目合作合同审查案	319

16	B 国公司诉我国某公司违约案	342
17	《广东省医疗机构药品交易暂行办法》公平竞争审查案	353
18	中化国际(新加坡)有限公司与德国蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案	370
19	XY 银行股份有限公司沈阳分行对黄海华声铸造厂金融借款之债权尽职调查案	384
20	荷兰诉俄罗斯北极日出号案	427
21	文欣雅苑小区地下车库纠纷谈判	437
22	杭州优优皮具有限公司广告违法行政处罚案	458
23	交通运输部的网约车业监管立法	468
24	“核重新编程因子”发明专利无效案	491
25	宁波市北仑区综合行政执法局与徐宁非诉执行案	499
26	某某中外合资经营企业注册设立案例	506

长沙市坠下水道女孩死亡行政救助案例

| 摘要 |

一直以来,公有公共设施致害赔偿问题颇受争议。2013年长沙市女孩杨丽君坠入下水道死亡,其家属获得当地政府72万元人道主义救助金。该事件在引发了社会公众对政府城市管理行为的普遍热议和对政府行政救助金质疑的同时,也引发了对公有公共设施致害赔偿问题的反思,对于强化政府依法行政和完善我国国家赔偿问题具有重要启示意义。本案例研究主要对行政救助行为、公有公共设施致害的界定、公有公共设施致害赔偿责任等内容进行讨论。通过对案例的讨论,总结政府职能转变过程和公有公共设施致害赔偿中存在的问题并提出相关解决方案,从而实现对我国依法行政和国家赔偿制度相关理论和实践问题更为深刻的把握。

| 关键词 |

公有公共设施致害 行政救助 民事赔偿 国家赔偿

| 教学目标 |

本案例借助现实中发生的公有公共设施致害的实例,重点介绍了我国行政救助的相关内容,以及公有公共设施致害的赔偿问题中民事赔偿和行政赔偿的不同之处。通过学生对案例的阅读、分析,结合授课教师的指导,使学生对行政救助行为和公有公共设施致害赔偿的区别,以及行政主体和行政相对人在行政救助行为和行政赔偿行为中承担的工作任务和工作内容有较为熟悉的把握,从而对公有公共设施致害赔偿这一特殊问题有更为深刻的理解;同时,以案例的讲授作为切入点,引出我国国家赔偿中存在的相关理论问题(如公有公共设施致害纳入国家赔偿问题、国家赔偿归责原则问题等),并对之进行思考和检讨,为学生进一步学习提供方向。



教学案例主文

提供社会公共服务是现代政府基本职能之一,政府需要广泛地承担起生存照顾的职责,建设道路、桥梁、机场、公园、广场等公共设施供公众使用。随着我国政府公共服务职能的增强,出现了很多公有公共设施致害事件,然而在处理此类事件时,政府应该提供行政救助还是承担赔偿责任,进行民事赔偿还是提供行政赔偿等问题成为转变政府职能、建设法治政府不可回避的问题。长沙市坠下水道女孩死亡事件就是公有公共设施致害的典型案例,为课堂教学提供了生动教材,更是反思我国国家行政赔偿制度与实践的重要素材。

一、基本案情

(一)案情梗概

2013年3月22日晚9点多,长沙突降暴雨,大雨导致城市内涝,天心区涂家冲附近一片汪洋。21岁的女孩杨丽君路过天心区涂家冲华升大厦旁的赤黄路时,不幸坠入一个没有井盖的深井,随即被下水道中急流冲走,下落不明。

长沙市出动了市政、海事、地下管网专家、消防多路人员进行搜救。长沙市消防队员根据管道设计图,背着氧气瓶进入下水管道展开搜救。杨丽君的父母也赶到长沙市,长沙天心区政府为他们提供了食宿,并安排专车接送。救援指挥部的工作人员每天告诉他们救援进展,详述搜救分工、专家资源等情况。但是连续搜救40多天,仍然没有失踪女孩的下落。

5月19日,岳阳市湘阴县樟树镇湘江岸边,渔民捕虾时发现一具女尸。当地警方马上进行了打捞。女尸已经高度腐烂,只能从黑色裤袜、黑色短裙和黄白相间的球鞋做出初步判断,这是一位年轻女性。尸体发现地相距事发下水道口约有60千米。

5月21日下午,湘阴县政府宣布,经DNA检测结果证明,“死者系3月22日在长沙坠井女孩杨丽君父母的生物学女儿”。

5月24日,杨丽君父母将女儿遗体火化,并在湘江打捞地进行了水葬,经过与当地政府协商,获得了由天心区政府相关职能部门给予的人道主义救助金72万元。

(二) 热议问题

1. 为什么下水道口没有井盖? 城市道路井盖的管理和维护应该由谁负责?

据长沙警方分析,发生事故的下水道距离湘江只有三四千米,可能是大雨导致地下水暴涨,从下面冲开了井盖,地面上流水又湍急,直接将井盖冲走了。当地的居民称,这里的井盖经常被冲开,很不安全。据当地媒体记者描述,出事的下水道孔正对着过街天桥的台阶,相距 10 多米,周围看不到任何提醒路人注意的相关标志。长沙市城管局市政处表示,下雨前已部署防雨工作,但雨水太大,有的地方设计没办法完全满足排水要求。全国发生的这类井盖事故很多,有调查显示其实加个泄水井盖防坠网就能预防此类事件的发生。事实上,杨丽君之死让井盖问题成为社会关注热点,长沙市也开展了装配防坠网的试点工作,全国其他城市和地区也开始采取相应的改进措施。

城市的道路井盖一般由市城管局市政管理处负责管理和维护。长沙市政府门户网站上对于长沙市城管局市政管理处的职能这样表述:“负责制定市政维护管理规划、工作计划和改革措施,并组织实施;负责核定市政道路维护工作量和检查考核本系统各市政单位的业务工作;负责指导协调、检查督促城区市政道路维护管理的日常工作;参与城市建设和改造中涉及市政道路的规划审定、施工协调、竣工验收;负责城区以市政道路为载体的雨水管网、雨污合流管网以及除压力干管之外的污水收集管网的维护管理;承办依附于城市道路建设各种管线、杆线等设施行政许可事项和临时占用、挖掘城市道路行政许可事项及临时占用街道两侧和公共场地的行政许可事项;负责本系统市政道路维护管理方面的业务培训;负责指导协调市市政维护油料场的工作。”可见,城市道路井盖的管理和维护应该由作为市政府职能部门的市城管局负责,这既是市城管局的行政职权,也是其行政职责。

2. 政府发放人道主义救助金的行为是什么性质?

人道主义援助,又被称为人道主义救援,主要是国家或公益组织,根据人道主义原则向受助者提供物资等方面的支援,其目的是拯救受助者的生命,缓解其不幸状况,以及维护人类尊严。政府发放人道主义救助金对于高效快速解决突发事件、安抚行政相对人起着重要作用,表现了政府的人道主义关怀。

从人道主义救助金名称的理解来说,政府发放人道主义救助金这一行为应当属于行政救助这类具体行政行为。但是政府给付这类人道主义救助金的行为难免会让人产生疑惑:人道主义救助金发放的标准和程序是什么?如果政府不存在责任,如此高额人道主义救助金的发放似乎有政府随意处分纳税人的钱来承担一种道德义务之嫌。在法治国家中,行政机关的行为要受到依法行政原则的制约,而且也应当符合公平、公正原则的要求。天心区政府及其相关职能部门发放的 72 万元人道主义救助金的行为并没有相关法律规范依据,不应属于行政救助行为。



教学指导手册

■ 教学目标

本案例借助现实中发生的公有公共设施致害的实例,重点介绍了我国行政救助的相关内容,以及公有公共设施致害的赔偿问题中民事赔偿和行政赔偿的不同之处。学生通过对案例的阅读、分析,结合授课教师的指导,熟练掌握行政救助行为和公有公共设施致害赔偿的区别,以及行政主体和行政相对人在行政救助行为和行政赔偿行为中承担的工作任务和工作内容,从而对公有公共设施致害赔偿这一特殊问题有更为深刻的理解;同时,以案例的讲授作为切入点,引出我国国家赔偿中存在的相关理论问题(如公有公共设施致害纳入国家赔偿问题、国家赔偿归责原则问题等),并对之进行思考和检讨,为学生进一步学习提供方向。

■ 教学内容

1. 如何理解行政救助行为?

行政救助,又称行政给付、行政物质帮助,是指行政主体在公民年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,抑或在公民下岗、失业、低经济收入或者遭受天灾、人祸等特殊情况下,根据申请人的申请,依照有关法律、法规、规章或政策的规定,赋予其一定的物质权益或者与物质有关的权益的具体行政行为。行政救助行为不仅是国家职权的行使,也是与我国《宪法》第45条中关于公民获得物质帮助权相对应的国家职责的体现。

此外,我国其他法律法规也具体规定了社会救助的工作内容,包括最低生活保障、专项救助、收容救助、灾害救助以及特殊性质的救助制度等。因此,对社会贫困弱势群体实施社会救助,保障他们的生存权是法律赋予国家和政府的责任。

随着现代政府公共职能的增强,需要建立权责统一、权威高效的依法行政体制,加快建设职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府。在法治国家中,行政机关的行为要受到依法行政原则的制约,政府通过行使行政权提供行政救助的行为也应当依法作出,而且也应当符合行政法基本原则的要求。行政救助的对象必须是具备某些特定条件的公民和组织。同时,不同的救助形式也需具备不同的条件。这些不同的条件由不同的法律、法规分别规定。行政救助的形式较多,不同的对象依不同的法定条件得到不同形式的救助。被救助者获

得的救助形式必须符合法律法规规定,否则将会影响其权益的实际取得和保护。这些法定的救助形式分别规定在不同的法律法规中,在具体实施行政救助行为时,要按具体的法律规范的规定进行。如法律规定只发给救济金的,就只能以救济金作为救助形式,不能以其他形式代之。行政救助依据不同的法律规范由不同的行政主体实施,对于哪些行政主体有权实施哪些救助形式,法律通常作了规定。只有具备某种救助权限的行政主体才能实施该种救助行为,否则,不具有法律效力。行政救助作为一种法律行为,须按一定程序实施。我国在行政救助程序方面无统一的法律规定,但在各种不同的法律、法规中,对不同的行政救助均作了规定。这些程序规定概括来看,主要有申请、审查、批准、实施等,并要求以书面形式做出。而且,实施物质行政救助时,在程序上还要求办理一定的财务手续和物品登记、交接手续。只有手续完备、程序合法的行政救助才具备法律效力。

2. 长沙女孩坠入的下水道以及路面井盖应当属于公有公共设施的范围,那么如何理解和界定公有公共设施?

公有公共设施致害,是指由于公有公共设施在设置(如设计、建造、安装等)或管理(如维护、修缮、保管、巡查等)方面存在瑕疵,缺乏通常应具有的安全性,致使使用者(利用者)的人身和财产受到损害。

(1)“公有”的含义

对于“公有”,有学者认为有广义和狭义之分。

一种观点认为,公有公共设施应从狭义上理解,即以国家所有为限,凡“所有权属国家、地方自治团体或者其他公法人所有”的公共设施都应属于国家赔偿范围。这种观点以所有权归属为准,适用上虽然较为明确,但是对于“公有”不能仅仅从所有权的角度来理解。当占有权和所有权发生了分离时该如何认定?例如,某设施为私人所有但经国家或公共团体租用或借用,或者某设施虽为国家所有但已交由私人管理,这时能否认定其为公有公共设施呢?

另一种观点认为,公有公共设施应从广义上理解,不必以国家所有为限,只要是国家在事实上处于管理的状态即可。例如,对于国家事实上管理的其他主体所有的房屋,如果因年久失修或者原来建造时就存在的欠缺,致人死伤或者财产受损,被害人即可向国家请求赔偿,这样才有利于更好地保障公民的权益。公民在使用的时候,也不必考虑该设施为何人所有。而对于在国家管理时因管理前或原来建造时存在的瑕疵致人损害的,可以在国家赔偿之后再对所有主体或相关责任人进行追偿。所以,不论权属如何,凡供公共目的使用的设施均可适用国家赔偿,相较之下这种观点较为合理。

依广义“公有”的观点,因瑕疵造成公民损害由国家承担赔偿责任的公有公共

设施有以下三类:第一类是国家、地方自治团体等公法人设置并由它们管理的公共设施;第二类是国家、地方自治团体等公法人设置的,由其委托或授权私人管理的公共设施;第三类是私人设置的,但因为执行公务或实现公众利益所需供公众使用的,由国家、地方自治团体等公法人管理的公共设施。对于第一类公有公共设施致害当然应当纳入国家赔偿范围。对于第二类公有公共设施,最终责任归属应当是国家。但是根据我国现有赔偿制度可以考虑借鉴法国的补充赔偿责任规定,通过民法填补适用来解决,即委托或授权私人管理的公共设施致害时,根据相对人的选择,若要求被授权或委托主体赔偿,则由管理主体赔偿,其无清偿能力时由国家补充赔偿。若相对人直接要求委托或授权的行政主体赔偿时,则应当由国家先行赔偿,再根据管理主体的过错与否决定是否进行追偿。对于第三类公有公共设施,由于管理瑕疵造成损害,还是应当属于国家赔偿责任。因为这类公有公共设施虽然是由私人设置,但是却处于公法人管理之中。公法人的管理行为应当属于行使公权力的履职行为,由此产生瑕疵造成损害,理应属于国家赔偿。

因此,可以看出国家赔偿法意义上的公有公共设施的判定应从两个方面来考虑,即公共设施的设置管理主体和公共目的。也就是说,在公共设施的设置和管理带有公权力行使的因素时,其并不是单纯的静态的所有权,而是动态的公务活动行为;而且其是处于公共的目的,为公共利益所设置。正是由于公共目的的存在,公有公共设施的设置与管理带有公共权力行使的因素,才使公有公共设施致害问题具有行政法的形式,而不再属于传统意义上的民法问题。

(2)“公共设施”的范围

从静态上来看,公有公共设施主要是强调其有体物的属性,不包括人的行为和无体物。基于以上对公有公共设施的理解,对于公有公共设施范围的争议,主要集中在对“设施”的理解上。作为公有公共设施的这些有体物除不动产,是否还应包括动产;除人工公物,是否还应包括自然公物;除永久性设施,是否还应包括临时性设施等,这些问题都存在较大的争议。

对于公有公共设施是否仅包括不动产,大致有三种主张:限定范围最窄者,主张公共设施指供公众使用的不动产,仅以土地上之工作物为限,不包括动产在内;限定范围最宽者,主张公共设施指供公众使用的一切动产或者不动产,进而将警备车、消防车、警犬、手枪等均包括在内;折中说主张公共设施不必以动产与不动产加以区分,而应以公共使用目的为限,并非所有的不动产均为公共设施。亦非所有的动产均不为公共设施。笔者认为,公有公共设施应当为不动产,包括公路、铁路、桥梁、港埠码头、堤防、下水道、车站、机场、自来水厂、煤气供应站等。同时,这里所说的作为不动产的公共设施还应包括其附属设施,如路灯、树木、涵洞、围栏等。日本和我国台湾地区的相关规定中,有关公有公共设施损害赔偿的规定源于“民法”上

的工作物所有人责任,其“立法”原意应是仅指不动产。但也有学者主张对设施做扩大的解释,并得到了判例的支持,汽车、手枪、作为教具的电刨子等动产都曾被法院确认为“营造物”,甚至有人主张警犬、骑马队的马等也应包括在内。但是手枪、警犬、马匹等动产公物应当是工作人员执行公务的工具,如果发生了致害结果,以违法行使权力为理由进行赔偿更为适宜,而不应当属于公有公共设施致害的赔偿范围。

对于汽车、航空器、船舶等动产,不应当属于国家赔偿意义上的公有公共设施致害的范围。

首先,并非所有公有公共设施致害均由国家依照国家赔偿法承担公法责任,对于有特别法规定的公用企业造成的损害应依特别法或民法解决,国家不承担赔偿责任。例如,《铁路法》第58条第1款规定,因铁路行车事故及其他铁路运营事故造成人身伤亡的,铁路运输企业应当承担赔偿责任……《邮政法》第五章规定由邮政企业或分支机构按照规定承担赔偿责任或补偿责任。美国、德国的联邦邮政、联邦铁路也都适用特别赔偿规则。

其次,公民搭乘汽车、航空器、船舶等遭受损害分为两种情况。以汽车为例,一种是因为汽车或客运公司自身的原因损害公民利益,此时基于公民与客运公司形成运输合同关系,由客运公司承担违约责任或民事侵权责任,属于民法调整的范围而不是国家赔偿法的调整范围。另一种是因为道路维修、养护问题使公有公共设施未达到安全运营标准而发生车祸,公民因此遭受损失时,则为设置、管理者未尽安全义务,应由交通管理部门作为赔偿义务机关履行国家赔偿的义务。此时使公民致害的公有公共设施应当是公路、铁路等不动产而不是汽车等动产。

对于河流、湖泊、海滨等自然公物,有人认为因为其没有人工作用,不能称之为设施。也有人认为,日本、韩国在立法中明确列举了“河川”,其应理解为包括自然公物在内。在实践中,对自然公物不能一概而论,如果是完全处于自然状态下的自然公物,如未开发的山林、港湾,就不能作为国家赔偿意义上的公共设施。只有已经过人工化,处于国家管理之下,并已提供公共使用以后,自然公物才能被视为公共设施。比如,海洋本身不是设施,但是一经开发为海滨浴场,就应为公共设施了。至于设施是否具有永久性,并不重要。一些供临时使用的设施,如临时性的道路、为特别演出搭建的临时剧场,仍然属于公共设施的范围。

3. 公有公共设施致害应当承担何种赔偿责任? 民事赔偿和行政赔偿有哪些区别?

民事赔偿是一方当事人因侵权行为而向遭受损害的另一方当事人承担的赔偿责任。世界多国和地区行政赔偿制度的早期阶段都借鉴民事赔偿理论(如归责原则、构成要件),适用民事赔偿的程序。虽然在国家赔偿法实施以前,行政赔偿都是

按照民事赔偿的标准和程序处理的,使民事赔偿与行政赔偿之间存在密切的联系,但是两者之间还是存在本质区别:

(1)两者的赔偿主体不同。行政赔偿的主体是国家,即国家是赔偿责任的承担者,但具体的赔偿义务由法定赔偿义务机关履行,民事赔偿的主体是民事主体,赔偿主体与赔偿义务人是一致的。

(2)两种赔偿发生的基础不同。行政赔偿发生在国家权力的运行过程中,由国家侵权行为引起;而民事赔偿则由民事侵权行为引起,发生在民事活动中,与公共权力的运行无关。

(3)两种赔偿的归责原则不同。虽然我国《国家赔偿法》2010年修订时在总则中删除“违法”二字,但行政赔偿的归责原则主要是违法原则。而民事赔偿的归责原则主要是过错原则,即以行为人主观上的过错为承担民事赔偿责任的基本前提。此外,在民事赔偿中还确立了无过错原则和公平责任原则作为过错原则的补充。

(4)两种赔偿的程序不同。在提起行政赔偿诉讼之前,除在行政诉讼中附带提起赔偿外,请求人应先向赔偿义务机关提出赔偿请求,即实行赔偿义务的机关决定前置原则,不经该决定程序,法院不予受理。而民事赔偿中,受害人可以直接向法院提起赔偿请求,无须经过任何前置程序。

(5)证据规则不同,行政赔偿一般实行“初步证明”规则,即赔偿请求人首先要证明损害已经发生,并且该损害系国家机关及工作人员的违法行为所引起,证明责任继而转移到被告,被告即国家机关要提供证明引起损害的行为合法或从未实施该行为等有利于自己的证据;而民事赔偿诉讼中则实行“谁主张,谁举证”的证据规则。

4. 思考我国公有公共设施损害赔偿的现状和局限性

(1)公有公共设施损害的民事赔偿

公有公共设施这一表述,源于我国台湾地区的“立法”实践;在外国行政法中,与公有公共设施概念大致相对应的主要有德国、日本的“公法营造物”,法国的“公共工程”“公共建筑物”以及“公物”等,但内涵又不尽相同。

对公有公共设施损害赔偿的具体途径,各国家和地区做法不尽相同。有的将其直接纳入赔偿范围,也有的虽未明确规定,但是在其他相关法律和判例中加以确定。我国现行法律并未将公有公共设施损害纳入国家赔偿的范围,所以我国公有公共设施损害主要适用民事赔偿。

我国公有公共设施损害民事赔偿的相关规定主要分为一般法和特别法两类。一般法规定主要是《民法通则》第126条:“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的,它的所有人或者管理人应当承

担民事责任,但能够证明自己没有过错的情形除外。”对于该条内容,《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第16条还做出了相关补充规定。另外,《侵权责任法》也在第十一章专门做了物件损害责任的相关规定。特别法规定主要散见于各部单行法之中。例如,我国《铁路法》第58条规定,因铁路行车事故及其他铁路运营事故造成人身伤亡的,铁路运输企业应当承担赔偿责任。《邮政法》第五章规定由邮政企业或分支机构按照规定承担赔偿责任或补偿责任。

(2) 公有公共设施致害国家赔偿的缺位

我国《国家赔偿法》颁布于1994年,分别在2010年和2012年做过两次修改。但无论是《国家赔偿法》的制定之初,还是后面的两次修改均未将公有公共设施纳入国家赔偿的范围。

在制定《国家赔偿法》之初,已有学者提出将公有公共设施致害纳入国家赔偿范围的立法建议,并产生了较大的争议。有学者认为,公有公共设施致害应当属于民事赔偿的范围,并提出应当由受委托管理的国家机关或者公共团体承担对受害人的赔偿责任。还有学者认为,公有公共设施致害只有纳入国家赔偿范围,才能体现出国家对人民生命财产的全面保障,并进一步提出除了不可抗力这一免责事由外,无论国家机关及其工作人员是否有过错,只要公有公共设施因自身瑕疵致人损害,都应当承担国家赔偿责任。全国人大法工委在《国家赔偿法》草案中作了如下说明:“桥梁、道路等公共营造物,因设置管理欠缺发生的赔偿问题不属于违法行使职权的问题,不纳入国家赔偿的范围,受害人可以依照民法通则的有关规定,向负责管理的企业、事业单位请求赔偿。”当时《国家赔偿法》的制定如此设计,理由是多方面的。一方面是由于当时国家财力有限,需要将财力集中用于解决行政主体的权力行为赔偿问题。《国家赔偿法》制定时我国铁路、公路、航空、桥梁等绝大部分设施都属于公有公共设施,且由全民所有制企业事业单位管理。若将公有公共设施造成的赔偿定性为国家赔偿,当时国家财力难以承受。但是使用这些公共设施的企事业单位和国家机关基本都具有相应的赔偿能力。所以未将公有公共设施致害纳入国家赔偿范围以缓解国家财政压力,集中解决迫切需要解决的行政行为违反侵犯相对人权利的规制上。另一方面是由于国家赔偿有最高金额的限制,但是民法和特别法并未做出赔偿金额的限制。所以考虑公有公共设施致害适用民事法律规范对受害人权利的救济更为有利。但2010年《国家赔偿法》进行修改时,较之1994年,国家社会经济有了飞速发展,已经具备国家赔偿的承担能力。绝大多数学者也都赞同公共设施致害的国家赔偿性质,其后两次修改都未能将公共设施致害纳入《国家赔偿法》的范围,不得不说是一种遗憾。

(3) 公有公共设施致害适用民事赔偿的局限性

我国民事法律规范对于公有公共设施致害的民事赔偿规范相较于《国家赔偿

法》来说较为详细。由此可见,我国现行法律将公有公共设施致害作为民事侵权行为,适用民事赔偿责任,主要采用过错责任原则。在我国目前的法律框架下,当发生公有公共设施致害的情况时,受害人只能依照民事法律规范的规定,向负责管理的企事业单位求偿。但是,公有公共设施致害赔偿适用于民事法律规范存在一定的局限性。

首先,民法调整的是平等主体之间的人身关系和财产关系。在涉及公共设施的法律关系中三方当事人,即所有者(国家或其他依法拥有所有权的主体)、维护者(行政机关或其特许的或法律授权的企业、事业单位、其他组织)以及利用者(公民、法人),但它们之间并不是平等的民事主体关系,不应适用等价有偿、诚实信用的民事关系原则。

其次,作为民事基本法的《民法通则》第126条规定的特殊侵权责任本身具有局限性。一是依据第126条的规定,赔偿范围仅限于建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物,这一范围比公有公共设施的范围要小得多,难以包含所有公有公共设施的类型。二是虽然物件致害行为的表现多为“倒塌、脱落、坠落”这三类情形,但是现实中的情形非常复杂,远远不止第126条所规定的“倒塌、脱落、坠落”这三类情形。适用民事法律规范无法涵盖公有公共设施致人损害的所有情形,不利于公民合法利益的保障。

最后,在归责要件上,民法中此条是以能够证明自己没有过错作为法定免责事由的过错责任原则。如果公有公共设施的所有者或管理者举出无过错的证据即可以免除责任,这势必增加了原告在举证责任方面的负担。既然公有公共设施致害单纯适用民事赔偿而排除在国家赔偿的范围之外存在诸多缺陷,那么对于公有公共设施致害是否应当纳入国家赔偿的范围,以及哪些公有公共设施致害国家应负赔偿责任等问题的回答,离不开对公有公共设施致害进行重新定位。事实上,对于公有公共设施致害适用国家赔偿还是民事赔偿的分歧也是由于我国学者对于公有公共设施的理解不一致所造成的。

(4) 公有公共设施致害应纳入国家赔偿

公有公共设施致害,是指由于公有公共设施在设置(如设计、建造、安装等)或管理(如维护、修缮、保管、巡查等)方面存在瑕疵,缺乏通常应具有的安全性,致使使用者(利用者)的人身和财产受到损害。

从公有公共设施的性质来看,公共设施的设置与管理属于公共事务管理,目的是为公众提供周到、便捷的服务。我国实行以生产资料公有制为基础的经济制度,大多数公有公共设施一般由国家行政机关的有关部门负责设置或管理,虽然有些公共设施系由企事业单位直接管理,但实际是由国家授权委托,其有关事务仍属于国家职责的范围。