

211工程三期“区域与都市法制”重大项目资助  
区域与都市法制研究丛书 叶必丰 总主编

公共设施致害

民办高校重组和退出

医师资格考试和执业注册

# 城市与社会 管理立法调查

徐向华 主编

地方创制性立法

人防工程所有权

违法行政法律责任

物业管理

电子健康档案

法之适用范围

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 城市与社会 管理立法调查

徐向华 主编

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

**图书在版编目(CIP)数据**

城市与社会管理立法调查/徐向华主编. —北京:

法律出版社, 2011. 9

(区域法治丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2557 - 5

I. ①城… II. ①徐… III. ①城市管理—立法—调查  
研究—中国②社会管理—立法—调查研究—中国 IV.

①D922. 191

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 195686 号

© 法律出版社·中国

城市与社会管理立法调查

徐向华 主编

责任编辑 王旭坤

装帧设计 乔智炜

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

版本 2011 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 18.5 字数 270 千

印次 2011 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2557 - 5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序

立法在创新城市管理模式、提升社会管理水平方面功效卓著。面对我国城市化进程中的新任务和新问题,立法理当积极应对、乘势而上。其中“权衡”和“协调”是必须“拿捏”的两大关键。唯有在立法中权衡好法的调整对象、程度与方式,平衡好权力与责任、职权与职责,才能制定助推城市发展和进步的良法。同时,面对不断发展的城市和进化的社会,勇于反思,善于反省,才能另辟蹊径,“刷新”机制,无中生有,有中生奇。

本书分为三编,由九篇硕士学位论文组成。

第一编为“权衡:立法的静与动”。社会的变动不居与法律的固有滞后,致使某些领域的法律缺失或者现有立法难以契合城市发展的实践需要。公共设施的快速兴建引发的致害国家赔偿、民办教育的大力兴办引起的民办高校重组退出、医疗体制的持续改革要求的医师执业许可优化,都是当下面临的新问题。由此,“我国公共设施致害之国家赔偿立法研究”一文提出并论证了《国家赔偿法》修订中增加公共设施致害国家赔偿责任之规定的必要、可行和操作层面的规则设计;“我国民办高校重组和退出机制的立法研究”一文提出并论证了《民办教育促进法》完善中民办高校重组和退出机制的构建理念以及具体立法建议;“我国医师资格考试和执业注册制度研究”一文提出并论证了医师预注

册制的建立、医师资格考试制的调整、医师执业注册许可流程的修改等完善《执业医师法》的立法构想。

第二编为“协调:立法中的权与责”。协调是人类立法的永恒话题。法律设计中权力与责任的协调,彰显出两个面向的互动和平衡。“地方创制性立法之‘地方性事务’研究”一文在坚持中央“专有”立法事项地方禁入的同时,为地方制定具有特色的创制性立法提供理论、制度和实践的多重解读。“违反行政法律责任设定研究”一文探讨了科学严谨设定违反行政法律责任的多项技术,以实现行政权力的有效控制和对相对人权益的充分保障。“民防工程所有权的地方立法权限问题研究”一文既论证了民防工程所有权地方立法的合法空间,又强调了民防工程所有权地方立法恪守的基本原则。

第三编为“思考:立法中的进与退”。城市化并不表明管理必须由法律“全面接管”,社会自治和市场自净也是选择之一。“物业管理性质的法学反思”一文检讨了物业管理行为的法律属性,重构了业主代表机构和政府职能部门“为”与“不为”的恰当路径。“电子健康档案若干法律问题研究”一文分析了医疗卫生信息化进程中实施电子健康档案引发的民事权利、证据效力等法律问题,提出了科学、安全推进电子健康档案信息化建设的若干建议。“法之适用范围立法技术研究”一文缕析了立法文件中法之适用范围条文“缺位”和“不规范”的瑕疵及其危害,探讨了保障适用范围条文明确、规范表述的制作技术。

本书的大部分作者长期工作在城市管理的各个部门。尽管各自拥有相关领域的丰富实践经验,但涉足法律研究领域却为时不多。然而,书中涉及的问题无疑都是中国城市化进程中亟须解决的现实问题;书中提出的解决之策也都是作者深入调查、敏锐观察、潜心思考下的法律回应。尽管有些思考尚显稚嫩,但相信所有的实证调查都会对读者加深了解城市与社会管理的立法有所助益,也确信其中不乏我国未来相关立法可资参考的优秀调研报告。

本书的编辑得到了周欣、王晓妹、涂艳成、董占峰和李翠玲五位“曾任”和“现任”硕士研究生的鼎力协助,特此谢忱!

徐向华

2011年夏于上海

## 简 目

序 徐向华 001

### 第一编 权衡:立法的静与动

我国公共设施致害之国家赔偿立法研究 袁晓乐 003

我国民办高校重组和退出机制的立法研究  
张林 040

我国医师资格考试和执业注册制度研究  
——上海市医师执业许可管理的实证分析  
殷玮玮 062

### 第二编 协调:立法中的权与责

地方创制性立法之“地方性事务”研究 涂艳成 085

违行政法律责任设定研究  
——以上海市地方性法规为例 王晓妹 121

民防工程所有权的地方立法权限问题研究  
赵文慧 169

### 第三编 思考:立法中的进与退

物业管理性质的法学反思 陈筠 193

电子健康档案若干法律问题研究 陆轶 216

法之适用范围立法技术研究 朱春芳 239

## 详 目

序 徐向华 001

### 第一编 权衡:立法的静与动

我国公共设施致害之国家赔偿立法研究

袁晓乐 003

第一章 公共设施致害国家赔偿立法的必要性和可行性研究 004

一、立法的必要性 004

二、立法的可行性 013

第二章 公共设施致害国家赔偿立法的实体研究 019

一、公共设施的概念和范围 019

二、国家赔偿责任的认定 028

结语 039

我国民办高校重组和退出机制的立法研究 张林 040

引言 041

第一章 民办高校重组和退出机制的基本理论 042

一、重组和退出机制立法的背景 043

二、重组和退出机制立法的理念——利益平衡之下教育资源的优化配置 044

三、重组和退出机制立法的功能 045

第二章 我国民办高校重组和退出机制的立法实践 047

一、我国民办高校重组和退出机制的相关法律制度 048

二、我国民办高校重组和退出机制立法的不足 052

第三章 我国民办高校重组和退出机制的立法构建 054

一、我国民办高校重组和退出机制的宏观建构	055
二、我国民办高校重组和退出机制的具体设计	057
结语	060
我国医师资格考试和执业注册制度研究	
——上海市医师执业许可管理的实证分析	殷玮玮 062
第一章 我国医师执业许可概述	063
一、医师执业许可管理及其管理范围	063
二、我国医师从业管理的历史沿革	064
三、我国医师资格考试和执业注册的现行制度	065
第二章 我国医师执业许可管理现状	068
一、上海市医师执业许可管理基本情况	068
二、上海市医师执业许可管理现场访谈	071
第三章 我国医师执业许可问题与对策	074
一、医师执业许可的主要问题以及原因	074
二、医师执业许可制度的完善	079
<b>第二编 协调:立法中的权与责</b>	
地方创制性立法之“地方性事务”研究	涂艳成 085
导论	086
一、问题的提出	086
二、研究视角	087
三、研究意义	088
第一章 “地方性事务”的制度解析	089
一、地方立法的制度变迁	089
二、《立法法》及其说明、释义中的“地方性事务”	093
第二章 “地方性事务”的理论综述	095
一、“地方性事务”的概念界定	095
二、“地方性事务”的研究方法	097
三、“地方性事务”的研究主题	099
第三章 法律询问答复中的“地方性事务”	101
一、人民代表人身保护不属于“地方性事务”	102
二、人事争议处理不属于“地方性事务”	102
三、保护性开采的特定矿种的规范属于“地方性事务”	103
四、代表建议、批评和意见的内容规定属于“地方性事务”	104



第四章 “地方性事务”的立法及其适用实证考察	105
一、“地方性事务”的立法数量考察	106
二、“地方性事务”的立法领域考察	110
三、“地方性事务”的具体立法事项考察	111
四、“地方性事务”立法的适用考察	115
结语	118
违法行政法律责任设定研究	
——以上海市地方性法规为例	王晓妹 121
前言 研究目的与路径	122
第一章 相关界定	124
一、研究范畴界定	124
二、相关概念界定	124
三、考察样本界定	125
四、统计单位界定	125
第二章 责任设定的基本状况	126
一、现状描述	126
二、初步评估	128
第三章 违法行为主体	130
一、现状描述	130
二、初步评估	134
第四章 违法行政行为	137
一、现状描述	137
二、初步评估	141
第五章 责任确认主体	144
一、现状描述	144
二、初步评估	146
第六章 责任承担主体	147
一、现状描述	147
二、初步评估	148
第七章 责任承担方式	151
一、现状描述	151
二、初步评估	153
第八章 责任构成要件	157
一、现状描述	157
二、初步评估	159

第九章 主要建议		161
一、寻求义务与责任的恰当对应关系		161
二、重视具体行政行为程序违法的责任设定		162
三、理顺行政主体与行政人在责任体系中的关系		162
四、强化行政主体的责任追究机制		163
五、凸显行政人责任制度对相对人的权利保护		166
六、明确区分行政主体与行政人的责任		168
民防工程所有权的地方立法权限问题研究	赵文慧	169
引言		170
第一章 基本概念梳理		171
一、民防工程的概念及其特征和种类		171
二、民防工程所有权的概念及特性		173
三、地方立法的含义以及外延		175
第二章 民防工程所有权的地方立法现状		176
一、民防工程所有权地方立法的基本情况		176
二、对民防工程所有权地方立法的简要评析		178
第三章 国家立法对民防工程所有权地方立法的影响		179
一、对《物权法》中有关所有权制度的分析		179
二、对《人民防空法》和《国防法》中有关制度的分析		180
三、对部门规章中有关制度的分析		181
四、对民防工程所有权地方立法之询问答复的分析		181
第四章 民防工程所有权地方立法之合法性分析		183
一、对民防工程所有权立法属于中央专属立法的质疑		183
二、对民防工程所有权的地方立法违反“不抵触”原则的讨论		185
三、对民防工程所有权立法属于地方性事务的探讨		187
结语		188
<b>第三编 思考:立法中的进与退</b>		
物业管理性质的法学反思	陈 筠	193
导论		194
第一章 上海市和浦东新区近年来物业信访案件基本情况和初步分析		194
一、业主之间的投诉概况		195
二、物业企业之间的投诉概况		200

三、业主与企业之间的投诉概况	202
第二章 物业管理制度设计和实施中存在的问题	204
一、现行法律规定的缺陷束缚着物业服务行业的发展	204
二、行政法律关系为主的处理方式妨碍物业服务行业的有序发展	209
第三章 制度设计和实施困境的有效解决途径和操作对策	211
一、制度设计上的理性回归	211
二、立法实践上的理性回归——政府行政管理职能的理性回归	214
结语	215
电子健康档案若干法律问题研究	陆 轶 216
引言	217
第一章 电子健康档案的概述	218
一、电子健康档案的概念和作用	218
二、电子健康档案的基本内容	220
第二章 电子健康档案涉及的主要法律问题	223
一、电子健康档案与所有权和使用权	223
二、电子健康档案与隐私权	226
三、电子健康档案与知识产权	227
四、电子健康档案与证据效力	229
第三章 推进电子健康档案信息化建设的建议	232
一、进行电子健康档案立法	232
二、加强电子健康档案信息系统安全建设	235
三、制定上海市统一的卫生信息化工程发展规划	235
附录 上海市电子健康档案管理办法(建议稿)	236
法之适用范围立法技术研究	朱春芳 239
第一章 法之适用范围的理论研究	240
一、法之适用范围的界定	240
二、法之适用范围的作用	245
第二章 我国法之适用范围条文的制作现状实证研究	246
一、选样和数据库设计说明	246
二、法之适用范围条文的制作技术“秘密”及其初步评估	252
第三章 我国法之适用范围条文的制作技术问题及其完善	270
一、适用范围条文的设置	270
二、适用范围条文的排列	271
三、适用范围条文的表述	276

## 第一编

# 权衡：立法的静与动



# 我国公共设施致害之国家赔偿立法研究

袁晓乐

**【摘要】** 《国家赔偿法》，从其出现至今不过百余年的时间，而其中有关公共设施致害的赔偿问题更是一个较新的领域。国内学者有涉于此的文章著作多为泛泛介绍他国情况，未能较为系统地予以论述。作为《国家赔偿法》当中极富特色并且相对独立的一项制度，笔者认为实有研究之必要。本文从制度比较这一角度出发，归纳了我国目前在此领域的现有规定和做法，并缕析了其不足之处，提出并论证了在我国《国家赔偿法》修订中增加公共设施致害国家赔偿责任之规定的必要性、可行性和操作层面的规则设计。其目的无非在于：一是为学说研究提供一个较为翔实全面的资料性框架，二是为未来立法呈交一份可借鉴的分析报告。

## 目 录

- 第一章 公共设施致害国家赔偿立法的必要性和可行性研究
  - 一、立法的必要性
  - 二、立法的可行性
- 第二章 公共设施致害国家赔偿立法的实体研究
  - 一、公共设施的概念和范围

## 二、国家赔偿责任的认定 结语

### 第一章 公共设施致害国家赔偿立法的 必要性和可行性研究

#### 一、立法的必要性

##### (一) 案例

##### 案例 1: 王烈风诉千阳县公路管理段损害赔偿案<sup>①</sup>

1988年7月15日下午6时许,原告王烈风之夫马学智下班后骑自行车回家。行至千阳县电力局门前公路时,遇大风吹断公路旁的护路树,马躲闪不及,被断树砸中头部,当即倒地昏迷,由同行者送入医院,经抢救无效死亡。经千阳县法院一审查明,发生事故的公路及路旁树木归属千阳县公路管理段管辖。路旁树木因受害虫黄斑星天牛危害,部分树木枯死已三年之久,上级已下达了采伐路旁虫害护路树的批准文件。由于被告千阳县公路管理段对采伐枯树一事未采取任何积极措施,以致酿成上述事故。

一审法院认为:“公路两旁的护路树属公路设施。千阳县公路管理段对这段公路及路旁护路树负有管理及保护的责任。护路树被害蛀朽已三年之久,直接威胁公路上的车辆行人的安全,在上级批文决定采伐更新的一年多时间内,千阳县公路管理段不履行自己的职责,导致危害结果发生,是有过错的。”据此,该法院依《民法通则》第126条及第119条,判决被告千阳县公路管理段向原告王烈风支付损害赔偿金。

被告不服一审判决,以下述理由提出上诉:(1)因收益分配等问题与附近村镇意见不一而无法采伐更新虫害护路树,要求有关单位分担责任;(2)当地气象部门已预报下午有大风,受害人仍冒风行进以致被

---

<sup>①</sup> 由于本案系我国司法实践正式确认道路管理瑕疵赔偿责任的首个判例,故在理论和实践上均有重要意义。梁慧星:“道路管理瑕疵的赔偿责任”,载《法学研究》1991年第5期。

断树砸死,死者也有过错。二审陕西省宝鸡市中级人民法院认为,上诉人千阳县公路管理段对该段公路护路树负有直接管理责任。在上级批文决定采伐更新虫害蛀朽的护路树一年有余的时间内,未采取积极措施,致使危害结果发生,主观上的过错不能推脱。有关村镇与上诉人收益分配上的争议,是另一起民事权益争议,不能成为分担责任的理由;受害人冒风行进,主观上没有过错,与被断树砸死无因果关系,不应承担责任。因此,二审法院作出终审判决:驳回上诉,维持原判。

### 案例2:江苏省江宁县东山镇副业公司诉江苏省南京机场高速公路管理处损害赔偿纠纷案<sup>①</sup>

1997年11月20日,江苏省江宁县东山镇副业公司驾驶员孙某驾驶桑塔纳轿车,在缴纳公路管理费后驶入南京机场高速公路,途中因避让前方过往车辆失落的一块 $2 \times 1.2$ 平方米防雨布而撞上护栏,致一死三伤,车辆严重损坏。当地交警部门经勘查认定系意外事故。车主副业公司在调解赔偿乘客伤亡损失后,以南京机场高速公路管理处收取车辆通行费后未履行道路安全畅通的义务,导致自己遭受巨额财产损失为由,诉至法院,要求被告赔偿损失。另查明:南京机场高速公路管理处为全民所有制事业法人,经费来源为自收自支。受江苏省交通厅委托,高速公路管理处行使路政管理和规费征收权力。据此委托,该管理处可对通过南京机场高速公路的车辆征收车辆通行费和实施路政管理,对违反路政管理和车辆通行费征收管理规定的单位和个人作出行政处罚。

一审法院依据《民法通则》有关违反合同的民事责任判决被告承担民事赔偿责任。被告不服,以其向原告收取车辆通行费是实施行政管理行为,双方系为行政关系而非合同关系,原审判决适用法律不当为主要理由提起上诉。

二审法院认为:高速公路管理处本身并非行政机关,不具有行政执法权,其代为行使的路政管理、规费征收和行政处罚权,必须以委托机关江苏省交通厅的名义实施,由此形成的法律关系主体只能为江苏省交通厅与行政相对人。但高速公路管理处可以自己的名义对高速公路实施日常经营管理,基于此经营管理权向过往车辆收费,其与缴

<sup>①</sup> 详见《最高人民法院公报》2000年第1期,第27~28页。



费人之间为民事法律关系而非行政管理关系。况且国家计委 1997 年 10 月 31 日《计价管[1997]2070 号〈关于公路、桥梁、隧道收取车辆通行费有关问题的复函〉》中指出,车辆通行费属于经营性收费,不是行政事业性收费。高速公路管理处与副业公司之间因收收费用的行为形成了有偿使用高速公路的民事合同关系。高速公路管理处疏于巡查而未能及时清除路面障碍物,致副业公司车辆事故,主观上有过错,属于不作为之侵权行为与不履行公路安全保障义务之违约行为的竞合。原审事实清楚,适用法律正确,故判令驳回上诉,维持原判。

上述两案均为典型的公共设施因管理之瑕疵而致人损害的案件。此类案件具备以下几个特征:首先,公共设施系由行政主体设置或管理;其次,直接造成损害的原因并非行为,而是作为公共设施的物所存在的安全方面的瑕疵;最后,公共设施不具备客观方面的安全性与行政主体在设置或管理上的欠缺具有关联性。

关于此类案件的法律适用问题,在理论及实务界均争议颇大。梁慧星先生在对前案的分析中认为,道路管理瑕疵的赔偿责任,属于国家赔偿的范畴;而龙翼飞教授则认为,后案中的“原、被告双方不是平等的交易关系,只能是公路行政管理关系,交费过高速公路是行政收费,不是营利行为,因此双方不是等价有偿的合同关系”。马怀德教授认为:“该案是典型的公有公共设施致害的赔偿问题。驾驶员和公路管理处是行政关系,应按国家赔偿法处理,但赔偿法对此又无规定。”<sup>①</sup>至于法院的两个判决,则明显看出我国时下的司法实践仍按照民事赔偿方式予以解决纠纷。前案适用《民法通则》中关于一般侵权行为的原则,后案则属于侵权行为与违约行为的责任竞合,适用《民法通则》中关于违反合同义务的规定。

尽管存在定性的争议,但上述案例表明:公共设施致害的赔偿案件在我国并非一概不受法律保护,其已进入司法领域,并在现行法律框架之下,依民事赔偿方式予以救济。那么,我国立法对于公共设施致害赔偿的救济有哪些规定?行政主体对公共设施的设置或管理行为的性质是什么?既有救济手段是否足以保护公民合法权益?本文将通过回应以上问题来论证公共设施致害国家赔偿立法的必要性。

<sup>①</sup> 刘维扬:“公共设施致害责任在谁”,载《扬子晚报》1999年6月13日科教卫版。