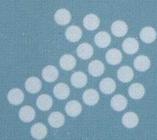


Social Development and Law Reform

主编 刘士国
LIUSHIGUO

社会发展 与法律改革



山东人民出版社
Shandong People's Publishing House

主 编 刘士国

副主编 王 康

社会发展与法律改革

Social Development and Law Reform

国际学术研讨会文集

山东人民出版社

Shandong People's Publishing House

图书在版编目(CIP)数据

社会发展与法律改革/刘士国主编. —济南: 山东人民出版社, 2010. 8

ISBN 978-7-209-05444-7

I. ①社… II. ①刘… III. ①司法制度—体制改革—研究 IV. ①D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 140660 号

责任编辑: 齐晓霞

装帧设计: 武 斌

社会发展与法律改革

刘士国 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印装

规 格 16 开 (170mm×235mm)

印 张 21.25

字 数 320 千字 插页 2

版 次 2010 年 8 月第 1 版

印 次 2010 年 8 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05444-7

定 价 45.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。电话: (0532) 88194567

会议致辞(代序)

在“复旦大学·北海道大学研究生法学论坛”开幕式上的致辞

张一华(复旦大学常务副校长)

尊敬的北海道大学副校长木堂武夫先生、各位来宾、老师们、同学们：

大家上午好！

我谨代表复旦大学对远道而来的北海道大学师生表示热烈的欢迎，对“复旦大学·北海道大学研究生法学论坛”的顺利召开表示衷心的祝贺！

中日法学交流源远流长。历史上，中华法系对日本法律的发展产生过长期而深远的影响。而近代以来，中国法治社会的形成与发展也从日本的法学专家和法律制度中获益良多。近年来，中日两国法学界之间的学术交流活动日渐频繁。作为复旦大学的友好学校，北海道大学是日本一流的国立大学，也是世界知名的高等学府，北海道大学法学院更是精英人才荟萃，研究成果显著，是日本法学研究的前沿重镇，在日本法学界具有广泛的学术影响力。此次复旦大学和北海道大学研究生法学论坛的举办，是复旦大学法学院向北海道大学法学院学习的良好机会，对促进两校间法学学术交流、增进两校师生的相互了解具有积极意义，在两校友好合作史上也将留下重要的一笔。

希望北海道大学法学院和复旦大学法学院能够以此次论坛作为一个良好的开端，进一步加强交流与合作，共同提升中日法学教育和研究水平。也希望两院研究生能够通过论坛广泛交流，深入讨论，互相学习，共同提高，为中日友好事业的全面发展添砖加瓦，共同努力！

最后，预祝“复旦大学·北海道大学研究生法学论坛”取得圆满成功！

谢谢大家！

在“社会发展与法律改革国际研讨会”开幕式上的致辞

孙 锐(复旦大学法学院书记)

各位专家、学者、老师们、同学们：

大家好！

在复旦大学法学院创建 80 周年庆典之际，我们迎来了“社会发展与法律改革国际研讨会”的召开，同时也迎来了来自海内外的同仁和朋友。对于你们各位的到来，尤其是来到我们法学院所处的美丽而又大气的新江湾校区，我们感到由衷的高兴。在此，我谨代表复旦大学法学院的全体师生表示热烈的欢迎和诚挚的谢意。

复旦大学法学院已经走过了 80 年历程，她不仅是我国法治建设乃至国际法学人才培养的基地，同时也是法学研究的重镇，是学术交流的平台。我们坚信，此次研讨会必将为我们的 80 周年庆典增色添彩，为我们的教学、科研及人才培养带来极大的推动力。

本次学术会议在“社会发展与法律改革”的主题下，将围绕着“金融危机与法律改革”、“社会发展与侵权行为法改革”及“医疗制度改革与医事法的完善”等几个方面而展开，充分体现了法学研究的时代性、社会性和国际性。与会的专家学者为此都做了充分的准备，将在与会期间贡献你们的真知灼见，贡献你们长期积累的研究心得和体会。秋天是收获的季节，相信此次会议一定能取得诸多的成果。

祝会议圆满成功，祝各位心情舒畅、生活愉快、身体健康、事业发达！

谢谢大家！

在“社会发展与法律改革国际研讨会”开幕式上的致辞

刘士国(中国法学会民法学研究会副会长,复旦大学民商法学科负责人)

尊敬的各位来宾、老师、同学:

今天,来自俄罗斯、德国、英国、日本、韩国及中国人民大学、上海交通大学、华东政法大学的著名法学教授光临复旦大学法学院,与我院部分师生共同参加“社会发展与法律改革国际研讨会”,作为会议的筹办者,我感到非常荣幸。刚才,法学院领导发表了热情洋溢的致辞。现在,请允许我再次代表复旦大学法学院民商法学科、复旦大学医事法研究中心,对远道而来的国外贵宾、国内校外专家表示诚挚、热烈和衷心的欢迎!

这次会议是在世纪之初国际社会秩序仍处在变动之中、金融危机走出低谷、经济趋稳向好的背景下召开的。世纪之交,许多国家的法律不断改革和完善,尤其是中国,法律体系在 30 年改革开放历程中随着经济体制的转型不断发展,法律处于不断改革之中。这次会议的召开,有助于促进各国法学的交流与合作,增进对相互国情的了解,有利于中国学习和借鉴发达国家的经验。我们将分享各位长期研究的成果,认真倾听各位的真知灼见,会议论文和发言也将汇集出版。让我们共同努力,将这次会议开成一次学术盛会、一次增进学者间友谊的会议。

预祝会议圆满成功!预祝各位来宾在沪期间心情愉快、身体健康!

谢谢!

目 录

Contents

会议致辞(代序) 张一华 孙 锐 刘士国

第一部分 社会发展与法律改革国际研讨会

- 003 国家审计与社会经济发展的效率 [俄] S·M·沙赫赖
- 006 俄罗斯联邦银行储蓄保险制度 [俄] S·G·梅德维杰夫
- 009 俄罗斯生态立法的新法律编纂 [俄] A·K·戈利琴科夫
- 012 关于俄罗斯联邦民事立法修订的构想 [俄] A·舍斯塔比托夫
- 014 韩国制造物责任法 [韩] 严东燮
- 038 日本的医疗诉讼和关于医疗的法律制度的动向 [日] 森田明
- 042 欧盟内欧洲法院在公共采购领域对透明原则的运用 [英] 德莫特·卡希尔
- 050 权利穷竭: TRIPs 协议第 6 条与平行进口 石 巍
- 058 中国企业并购及其法律改革 胡鸿高
- 068 中国企业海外并购的劳工法困境及其对策 何 力
- 078 上海国际金融中心与金融规制法研究——以利益平衡为视角 朱淑娣
- 087 社会组织在我国协商治理模式中的地位与功能 刘士国 魏淑芬 盖 威
- 102 两岸担保物权比较研究论纲 王全弟 蒋丽丽 林暖暖
- 118 斯多葛派的伦理哲学与罗马法的转型 韩 伟
- 127 侵权行为过失判断标准——以《阿奎利亚法》为基础 张礼洪
- 135 机动车名义所有人与实际所有人的选择——未登记过户机动车事故损害赔偿
责任主体的确定 王淑华
- 150 交通无过错事故的损害救济问题研究——兼及修订后的《道路交通安全法》
第 76 条的立法疏漏及其弥补 王 康

- 163 医疗事故侵权责任范围的正确确定——兴利除弊,制定中的《侵权责任法》责无旁贷 姚 军
- 173 人体试验侵权责任研究——以比较法为视角 满洪杰
- 186 双性儿童性别确定的法律问题探究 李 燕
- 198 必亦正名乎?——美国加州同性婚姻立法风波透析 王森波

第二部分 复旦大学·北海道大学研究生法学论坛

- 213 对判例中可见的公害防止协定的问题点的考察 [日] 高桥美惠
- 230 对景观利益概念的生成与发展的考察——景观利益概念意味着什么
[日] 黑田征弘
- 241 阿依努(Ainu)语教育权之落实——以国际法和日本内国法的方式
[美] Andrew Abordonado
- 256 日本的法曹制度 [日] 日和优人
- 271 司法违宪审查权的人权保障机能——以制度比较和立法不作为之审查为
素材 郑明政
- 289 日本不正竞争防止法之商品形态模仿规定——市场先行利益之保护,抑或是外
观设计之保护 陈信至
- 297 论信托原理在公司债信托中的运用 刘迎霜
- 306 医疗侵权中因果关系推定研究 刘 静
- 314 试论我国药品不良反应的法律救济机制——兼论疫苗致害责任 倪凌波
- 324 明星代言法律责任探析 徐 松
- 332 后 记

第一部分

社会发展与法律改革国际研讨会



国家审计与社会经济发展的效率

[俄] S·M·沙赫赖(著)*

[俄] 叶甫盖尼·姆林采夫(译)**

最近5~7年,俄罗斯的观念基础发生了十分明显的变化,社会经济发展战略的目标与任务就是以此为基础建立起来的。今天,实证主义的改革家在讨论关于国家的效率问题、社会经济的发展以及各种宪法法律制度的问题时,必然要面对哲学问题,这就是正义与利益的尺度、制度与法规的合法性标准、国家财产合理分配的原则。20世纪90年代初,休克疗法改革的教训再一次证明:在社会科学中手段和目的一样重要。^①

在这一背景下,国家审计制度具有特殊的意义。作为现代社会的监督制度之一,它提出了社会经济改造中目的与手段的关系问题,特别重视分析各种改革与战略的社会代价。从这个观点出发,不仅使许多哲学问题重新得以审视,如国家财产分配的公正原则、制度与法规的正确性标准、国家、社会与个人的利益平衡问题,而且从积极管理、增加社会财富、保障社会发展与福利的观点出发,提供着分析国家机关工作效率与效益的实践工具。

国家审计制度是在人道主义与自由思想普及的条件下出现的,是人们对国家、社会与个人关系的观念转变的制度化回应。在当代社会里,国家审计成为了在有限的社会资源条件下国家优化解决社会经济任务的工具。它以公民监督国家效率的机制合理取代了几个世纪以来国家监督个人行为的制度。有效力的国家审计制度是保证向新的经济模式

* S·M·沙赫赖(Sergey Shakhrai),法学博士,俄罗斯联邦审计院秘书长、俄罗斯联邦审计院国家系统分析研究所所长、莫斯科大学国家审计学院院长,曾任俄罗斯联邦副总理、俄罗斯联邦总统办公厅副主任、俄罗斯联邦总统驻宪法法院代表。

** 叶甫盖尼·姆林采夫,复旦大学法学院法理学专业硕士研究生。本文根据俄文稿翻译。

① 几乎所有关于国家审计的大规模研究都印证了这个结论,如分析俄罗斯联邦1993~2003年私有化结果的著作。

转变的工具。哲学基础和国家审计的观念完全与新的世界观相吻合。在这里,富于创造性的、自由的、有社会责任心的人被视为最高价值,个人自我发展创新的工具只有在自由的条件下才能有效地发挥功用。自由在这里应理解为不仅保障人与公民的权利,而且还能避免贫穷与暴力,防止国家公共机关的腐败,限制国家强力机关不可容忍的、盲目的自我膨胀。几十年的经验证明,自由的保障不会自发地产生。为了建立、发展和保障自由,首先需要强有力的国家制度、稳定的宪法和有效率的法律体系。

俄罗斯重返“强国”地位是今天社会经济顺利发展的必要条件之一。然而说到“强国”,必须强调的是,这不是指职权的扩展,而是提升它的工作效率,并且效率的标准不应只是抽象的数字,而应该是从人力资源的观点来考察。

有效的、现代的、具有特殊信息资源的国家审计制度既能发挥管理作用,又具有基础性功能,既可以帮助国家与社会实现制度性变革,还能帮助国家选择发展前景。审计院使用了许多方法和研究手段来提高审计效率,发现各种消极影响。这些消极因素在狭小的专业领域和解决宏观任务中都会阻碍发展和进步。

当前,客观上强化国家职能的问题已经摆上了提高国家机构工作效率、克服官僚主义的日程。^①正如前俄罗斯联邦总统普京所说的那样,严重的官僚主义和贪污受贿的国家机构根本不打算进行积极的改革,更不想要稳定的发展。由于官僚们在选择最优的发展战略或者方案时顾及的是官僚利益,但这些方案与战略却不一定对全社会有利,所以具有重大社会意义的决策机制出了问题。这样,官僚经济开始与俄罗斯经济相对立。

国家审计制度就是为了回答社会能否控制官僚主义这个关键问题而形成的。社会对官僚机器的审计监督不仅是可能的,在经济上也是必需的。宪法审计不仅要研究官僚经济的特征与效率,而且还提供着应用工具和方法。它们在国家意志与社会的支持下,能够建立限制官僚寻租

^① 根据国家联邦统计部的资料(1995-2007),俄罗斯联邦人口减少了4%,而国家与市镇的公务员数量却增加了50%以上。

行为和进行反腐败斗争的监督制度。

作为社会监督机构的一部分,国家审计制度有效、正确地运行有赖于高度发达的市民社会以及人们(不仅包括普通公民,也包括官员)、社会积极性与责任感的进一步提升。因此,宪法审计不仅把说明社会对官僚们进行监督的客观必要性,而且将创造保障公民自觉参与社会金融和其他国家资源管理的实际手段看做是自己的重要任务。从这个角度来看,宪法审计是最理想的社会科学,因为其最后的需求者不仅有职业政治家,更有具有积极的公民立场的普通选民和纳税人。

宪法审计的重要的社会调整目标还来源于现代社会发展的客观特征。社会是很复杂的系统,它的内部过程具有非线性和分化的性质。在这种“分岔”上很难预测国家发展的趋势,况且在缺乏客观的预测资料的情况下作出的决定会导致系统内危险的摇摆。国家审计的任务是符合社会愿望与条件的清醒的分析,以及对有效使用现有资源的监督。对社会而言,它能实现“陀螺”的功能,同时成为能阻止系统在分岔点动荡的保险机制。正确运行的国家审计的功能制度可以避免局部效率低下而导致的全局性的战略失误的情况,从而避免当代经济的崩溃和牺牲下一代俄罗斯人的情况。

俄罗斯现实条件下的国家审计制度不仅是向国家和社会提供现实状况的客观信息的独立反向联系制度,而且首先是基于自己的综合性和特殊的社会预测性质促进经济进步的工具,能够有效地影响经济发展的进程。

当代发达国家的经验表明,公开性、透明度、国家机关向社会报告情况是现实政权得到公民信任的有效手段。从这一观点来看,外部独立的国家审计向社会提供国家机关工作的客观、真实的信息保证政权的合法性及其实际行为的合法性的专门机制。正是国家审计制度在新的发展阶段行使着国家权力机关决定的合法性的最重要的工具功能,直接促进着政治制度的稳定和社会政治形势的整体稳定。

总之,国家审计制度的正确运行能够加速人力资本的发展条件的形成,提高社会联系的质量,促进对知识的宽泛需求。因此国家审计制度是一项转向新经济类型和高水平社会发展的前提手段。^①

^① 俄罗斯联邦总统普京:《俄罗斯到2020年的发展战略报告》,2008年2月8日。

俄罗斯联邦银行储蓄保险制度

[俄] S·G·梅德维杰夫(著)*

[俄] 叶甫盖尼·姆林采夫(译)**

储蓄保险局是根据 2003 年 12 月 23 日《俄罗斯联邦银行自然人储蓄保险法》于 2004 年 1 月建立的。

一、储蓄保险局保证储蓄保险制度的功能在于:

- (一) 在发生保险事故的情况下实现储户的储蓄理赔;
- (二) 进行储蓄保险系统的成员银行名册登记;
- (三) 监督储蓄保险基金的形成, 包括成员银行的缴费;
- (四) 管理储蓄保险基金的资产。

二、自从 2004 年 8 月 20 日通过《关于修改联邦〈信贷机构破产法〉与批准一些俄罗斯联邦法律文件失效的联邦法律》之后, 在俄罗斯联邦建立了公司制和竞争性的破产银行管理制度, 其功能是由储蓄保险局来承担的。

2008 年 10 月 27 日通过了《关于在 2011 年 12 月 31 日前加强银行系统稳定的补充措施》的联邦法律。根据这一法律, 储蓄保险局还被赋予了改善银行金融状况的职能。

每个有权从事个人储蓄业务的银行必须加入保险系统。储蓄保险的计算是从各银行列入强制储蓄保险系统的银行名册开始的。

目前储蓄保险系统的成员总数为 934 家银行(到 2009 年 9 月 1 日), 在自然人储户的储蓄规模达到 64911 亿卢布(2009 年 7 月 1 日)。

三、储蓄保险系统是这样运转的: 如果银行发生了保险事故(被撤销银行业务许可证), 其储户有权按照储蓄数额得到一定的补偿。储户可

* S·G·梅德维杰夫, 俄罗斯南部联邦区银行储蓄保险公司总经理, 法学博士。

** 叶甫盖尼·姆林采夫, 复旦大学法学院法理学专业硕士研究生。本文根据俄文稿翻译。

以在短时间内即保险事故发生的 14 天后得到储蓄的补偿。在银行继续倒闭的情况下,对超出储户已得到补偿部分的储蓄的清偿会在以后进行,但这要取决于银行所剩资产的情况。

储蓄保险系统建立以来,已经发生了 77 件保险理赔事故,其中 50% 以上都发生在危机之后。储蓄保险局总共赔付了 200 多亿卢布,得到补偿的储户超过 50 万人。这都是在不早于撤销银行许可证后的 14 天开始赔付的。从 2008 年秋天起,理赔的特点是储户加快了理赔申请。如果以前理赔支付会拖延几个月的话,那么现在基本上在两个星期内就赔付了。总的来说,理赔支付的情况是很平静的,没有不满的储户在银行门前排队等候的情况,媒体也只对保险事故进行简短的报道。

发生保险事故的银行要 100% 地返还储户的储蓄,但不能超过 70 万卢布。必须注意的是,被保险的不仅是储蓄数额,而且还有储蓄利息。利息是按保险事故发生前实际日期的利率来计算的。

四、自然人的所有银行储蓄均受保险。以下情况除外:

(一)企业家非以法人的身份而以自然人的身份开户的储蓄,如果明知这笔存款与特定的活动有关;

(二)支票持票人的存款;

(三)委托银行管理的资金;

(四)俄罗斯银行国外分行的存款。

五、在计算理赔数额时,外币储蓄是按照银行发生保险事故当天的中央银行汇率来计算的。银行对储户的赔付要从其存款中扣除。

储蓄的强制保险基金是该系统的金融基础,目前它的资产余额是 864 亿卢布(据 2009 年 8 月 17 日)。

构成基金的主要来源是:

(一)俄罗斯联邦的财产收入;

(二)银行的保险缴费和银行逾期支付的罚金;

(三)基金资产的投资收入。

储蓄保险基金的资产可以投资到:

(一)俄罗斯联邦国家的有价证券;

(二)俄罗斯银行的准备金和有价证券;

(三)俄罗斯联邦主体的国家有价证券、俄罗斯货币发行机关的债券

与股票和俄罗斯不动产抵押有价证券；

(四)外国国家的有价证券、外国发行机关的债券与股票的指数型投资基金的股份(股票、股权)；

(五)发达国家的有价证券。

社会调查资料表明,经济形势的变化没有给公民对银行系统的信任带来严重的消极影响。绝大多数储户没有从银行提款,甚至现在实际上没有人打算在储蓄合同到期前关闭银行账户。可能正是由于储蓄保险系统的建立才取得了这一积极成果。