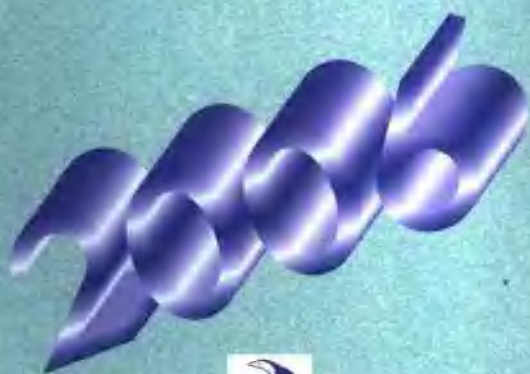


法律 评论

大连海事大学法学院 编

李志文 主审



大连海事大学出版社

法律评论

(2006)

大连海事大学法学院 编
李志文 主审

大连海事大学出版社

©大连海事大学法学院 2006

· 图书在版编目(CIP)数据

法律评论.2006 / 大连海事大学法学院编. —大
连: 大连海事大学出版社, 2006.12
ISBN 7-5632-2025-9

I. 法… II. 大… III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 159652 号

大连海事大学出版社出版

地址:大连市凌海路 1 号 邮编:116026 电话:0411-84728394 传真:0411-84727996

<http://www.dmupress.com>

E-mail: cbs@dmupress.com

大连雪莲彩印有限公司印装 大连海事大学出版社发行

2006 年 12 月第 1 版

2006 年 12 月第 1 次印刷

幅面尺寸:140 mm×203 mm 印张:10.25

字数:248 千

印数:1~500 册

责任编辑:陆梅

版式设计:小月

封面设计:王艳

责任校对:金以铨

定价:20.00 元

前 言

《法律评论(2006)》一书汇集了大连海事大学法学院在职申请学位研究生、高校教师班研究生和部分普通班研究生的研究成果,是学员在导师的指导下,结合科研课题的研究,围绕国家和社会的重大主题所进行的积极探讨。

该书包括的栏目有理论与探讨、海商海事法、国际法和比较法、民商法、案例分析以及法学教育研究等内容。需要说明的是,开辟案例分析栏目主要是考虑在职研究生中有相当一部分学员是执业律师和法律实务工作者,他们有着丰富的实践经验,结合工作的实际对案件进行剖析,对读者会有借鉴作用;开辟法学教育研究栏目主要是考虑高校教师班的学员大多是从事法学教育教学工作,他们在学习过程中一方面探知法学知识,另一方面也在探讨法学教育,将他们对法学教育的思考予以发表,进行交流也是一个尝试。

法学研究不断面临新的课题,可以说是层出不穷,需要我们大胆探索,积极求解。本书的研究成果只是浩瀚的法学大海中的一滴水珠,虽然发挥的作用有限,但它毕竟是研究生们辛勤努力的结晶。

为在职研究生编辑出版论文集,是我们在法学教育改革中的一个尝试,试图通过此举为在职研究生发表学术成果提供一个平台,并从一个侧面反映在职研究生教育的成果。

由于受到客观条件的限制,本书所刊发的学术论文质量还不高,错误之处在所难免,唯望读者朋友批评指正。

大连海事大学法学院

2006年11月8日

目 录

理论研究和探讨

- 浅谈宪法发展与构建和谐社会…………… 任传倜(3)
- 基因治疗的伦理分析…………… 周晓明(10)
- 论我国弱势群体人权的保障…………… 王利军,许鑫,马红(17)
- 和谐社会下社会弱势群体法律保障机制的完善……………

- …………… 马红,丁旭,张梦舟(25)
- 论弱势群体的法律援助制度之完善…………… 许鑫,王利军,马红(43)
- 农村土地承包经营权的物权化研究…………… 于沅平,孟琪琪(50)
- 论公司的无国籍化…………… 郭泰,蒋海山(58)

海商海事法

- 浅议船舶经营人在航运实践中的识别问题…………… 刘晓燕,彭涛(73)
- 航行中如何防止与渔船发生碰撞分析…………… 韩龙(88)
- 浅析 ISPS 规则对承运人的影响…………… 张鹏飞,赵宏艳(95)
- 论我国 VTS 的法律地位及责任问题…………… 韩龙(102)
- 浅议海员的体面劳动…………… 王金霞,赵宏艳(110)
- 论提单在信用证结汇中的质押作用…………… 刘晓晨,赵谱(117)
- 浅析实际承运人的责任属性及其在诉讼中的意义……………
- …………… 张磊磊,赵谱(128)

国际法和比较法

- 试析次国民待遇与超国民待遇…………… 杨晓惠(143)
- 体面劳动和经济全球化…………… 刘倩,车鸿俊(149)
- 国外基因治疗的法律规范研究…………… 周晓明(155)
- 积极应诉,反倾销在行动…………… 陈玉琢(164)
- 论 WTO 争端解决中的司法解释…………… 郭鹏,郑磊(171)

对海峡两岸商业秘密法律保护的探讨	朱畏, 彭典贵(177)
内地与香港法定继承之比较研究	费凯, 田泽峰(183)
浅析国际立法中违约方的自行补救制度	张钱, 刘晓明(190)

民商法

自然人民事责任能力之研究	王敏, 王瑞霞(205)
论试管婴儿的瑕疵责任	黄素芳(214)
论缔约过失责任	孔凡东, 马笑(222)
论不动产的善意取得	刘霞, 刘耀东(232)
论合同法上的契约自由原则	徐燕, 刘晓明(239)
论情势变更原则在我国的适用	李红玉, 韩世远(249)
浅议保证期间与保证债务诉讼时效	王瑞霞, 车鸿俊(258)
浅析中国的知识产权保护	段希勇, 冷冬冬(265)
国有企业 MBO 之路探析	洪钱, 彭涛(270)
浅谈新《公司法》的股东派生诉讼制度	戴菲菲(277)
新《公司法》对中小股东权益的保护	孟琪琪, 马笑(285)
论债权人的撤销权	文蕾, 孙同舟(293)

案例分析

“富士康事件”的法律评论	夏善晨(301)
--------------------	----------

法学教育研究

基于全球化视野的我国国际法学教育的变革	彭典贵, 朱畏(309)
论构建法学实践教学课程体系	陈连志, 安志权(315)

理论研究和探讨

浅谈宪法发展与构建和谐社会

任传倜*

从马克思主义的观点看,社会的和谐,既包含稳定、协调,又高于稳定、协调,它是社会稳定和协调的理想状态;既体现公平,又促进效率,它是公平和效率的统一;既包含社会发展的动力机制,又包含社会发展的平衡机制,它是社会动力机制和平衡机制的统一;既是一种价值目标,又是一种不断推进现实的社会历史过程,它是价值目标和社会历史过程的统一。如果我们把“和谐社会”理解为社会诸要素的融洽整合与协调发展,那么,构建和谐社会的关键在于,合理有序地规范和协调社会诸要素的关系,尤其要合理、有效地化解各种社会矛盾和冲突。这需要各种社会物质条件和文化精神资源的供应,其中宪法发展就是构建和谐社会的支撑点之一。在宪法理念方面,学者们认为应当在宪法下构建和谐社会。一方面,将“和谐社会”的理念引入宪法学的研究中,为我们评价宪法价值、权衡各种利益提供了一种新工具;另一方面,宪法学者也应立足于本学科,为构建和谐社会作出有特色的贡献。有的认为,宪法作为一门科学,对于构建和谐社会应有的贡献,主要在于宪法的连接功能、建设功能、统一功能和裁判功能。还有的认为构建和谐社会首先就应该考虑公权与私权之间、公权与公权之间、私权与私权之间、基本权利与义务之间、实体性规范与程序性规范之间的和谐,而这些正是宪法学研究的问题^[1]。

宪法文本话语的和谐,是建设宪法秩序下和谐社会的前提和

* [作者简介]任传倜,威海海事局,大连海事大学法学院 2003 级在职研究生

体现。正确理清国家和社会的关系是构建中国式和谐社会的前提,民主的程序化与程序的正当化是和谐社会的制度基石,创立一部程序主义的宪法是和谐社会的制度建构之根本。世代间的和谐是和谐社会的重要特征,建设和谐社会必然要求宪法公平与秩序价值由横向扩展到纵向,和谐社会的宪法意味着宪法要在社会长远利益与短期利益之间寻找平衡。

从法的历史看,传统中国的法,几乎都是将和谐作为价值追求的首要目标。在传统中国人或中国社会看来,法的理想就是要实现人与人、人与自然之间的和谐。所谓“大同社会”,其实就是无争无讼的和谐社会。当然,实现社会和谐的主要方式,又可以分为两个方面。从积极的方面来看,主要是依赖于道德的宣扬与教化,依赖于礼仪的示范和遵守。所谓“为政以德”、所谓“礼治”,讲的就是这个意思。但是,仅仅凭借“德”与“礼”,并不足以建构一个和谐的社会。从消极的方面来看,对于那些“失德”或“失礼”的人与事,还必须通过法律的方式予以惩戒或救济。换言之,法律的基本价值,就在于排除有损于和谐社会关系的种种威胁,扫清迈向和谐社会路途中的种种障碍。法以和谐作为基本的价值,是中国传统文化在法律领域内的集中体现^[2]。

当代中国的法,无论是内容还是形式,虽然有比较明显的西方法律文化的痕迹,但对和谐价值的偏爱依然随处可见。比如,在国际法领域,我们所倡导的是“和平共处五项原则”;在宪法领域,我们要在全国范围内建立起“平等、团结、互助的社会主义民族关系”,“禁止对任何民族的歧视和压迫,禁止破坏民族团结和制造民族分裂的行为”(宪法第四条);在民事法律领域,“重调解”一直是我国民事审判过程中的一项重要原则,甚至被世人誉为“东方经验”;在司法过程中,不但要“晓之以理”,还要“动之以情”。以上诸多方面,都可以说明,在我们生活于其间的当代中国法律世界里,并不缺少对于和谐价值的追求。数千年以来,在古代中国法与当

代中国法之间,尽管充满了断裂和变异,但对和谐价值的偏好,特别是对和谐社会的维护和促进,却是贯穿其间的一根“看不见的线”。

什么是和谐社会?如何建设和谐社会?社会主义和谐社会是在社会主义条件下使全体人民各尽所能、各得其所而又和谐相处的社会,是能够激发社会活力、促进社会公平和正义的社会,是增强全社会的法律意识和诚信意识、维护社会安定团结的社会。包括经济和谐、阶层和谐、政务和谐、区域和谐、民族和谐、文化和谐、代际和谐等。和谐社会的第一句话就是“民主法治”,和谐社会一定是一个法治社会。要依靠法律制度来推动和谐社会的构建,来保障和谐社会的实现,引导全社会的公民遵守这个法律,维护和谐的气氛。所以和谐社会离不开法律的支持,离不开法制的支撑。良好的法治环境可以在构建和谐社会当中发挥很大的作用。社会主义应该是一个平等的社会,和谐社会也应该是平等的社会、法治的社会。现在我们这个社会里确实存在不和谐、不平等的地方,比如男女的差别,有些地方存在歧视妇女,对生女孩子不重视等等这样的问题;比如说城里人和农村人,这个二元结构还是存在的,农村人和城里人还很难享受完全平等。这些问题都在不断完善,但是这些问题还是要通过各方面的发展来解决^[3]。

公平与法治是建设社会主义“和谐社会”的基石。要坚持司法公正,提高司法效率。构建社会主义和谐社会,既需要通过发展来不断增强社会的物质基础,也需要公正司法提供有力保障。社会主义和谐社会有丰富的内涵,其中之一就是社会的稳定有序,因此,全面增强执法能力,提高司法水平就愈发显得重要了。随着市场经济的深入发展,我们的社会结构和经济活动进入了高度复杂化的状态,加之社会转型的程度处于前所未有的剧烈程度,各种社会矛盾的出现在所难免,而现代法治要求人们最终通过司法途径解决各种矛盾,因此公正的司法是社会的减压阀,是在文明社会实

、现公平正义的最后屏障。公正地解决各种纠纷,实现社会公平,司法公正是重要的保障。培根曾经说过,一次不公正的司法比多次违法为祸更甚,因为它从源头弄脏了水流。随着司法行政工作的改革和发展,要求司法机关必须充分保证司法独立,强化法官素质,增强司法能力,提高司法水平,要高度重视司法公正性,提高司法效率,公正地解决各种纠纷。司法为民、公正司法,为全面建设小康社会创造和谐稳定的社会环境和公正高效的法治环境^[4]。

树立法律是全民法律的理念,社会的稳定和谐发展必须依靠法治建设,只有在良好的法治环境下才有真正的公平。建设社会主义“和谐社会”,要求我国的法治建设必须上升到一个更高的层次,也就是说必须转变“法治工具论”的错误观念。我们必须树立法律是全民的法律,需要包括政府在内的全社会共同遵守的理念,以增强人民群众对法律的认同感。我们要提高包括政府在内的全社会的法律素质,在全体公民中养成自觉守法、依法办事的良好习惯。事实证明,一个良好的法治社会的形成,离不开政府领导的高度重视,也离不开司法、行政执法部门的强大力量,更离不开包括政府及普通民众在内的全社会对法律的共同认同感。因为,只有在有认同感的前提下,人民群众才会自觉遵守法律,自觉维护法律尊严,法治社会才能形成,社会才得以保持和谐。

守法是构建和谐社会的基礎。社会形成守法的意识与环境,需要各方面因素与条件,守法是与立法、司法等相联系的。首先,从立法上说,需要有一个民主、科学的立法程序,使我们制定出来的法律能代表社会的公意与社会发展的要求,能保障公民的基本权利与自由;其次,从司法上说,需要有一个独立公正的司法机构,才能保证法律得到平等有效的实施;再次,需要公民对法律的自觉遵守与维护,才能形成一个良好的法治环境,使立法、司法与守法相辅相成。

构建社会主义和谐社会不但需要完善的法律,而且法律的制

定必须坚持以人为本、遵循客观规律、符合理性精神。理性是和谐社会的精神支柱,而法律应当成为理性的最权威的载体。同时,构建社会主义和谐社会不但需要完善的法律,而且必须增强全社会的守法意识与法制观念,切实做到有法必依、执法必严、违法必究。尤其重要的是,构建社会主义和谐社会不但需要完善的法律,而且法律必须建立在民主的基础之上,与社会主义民主政治紧密相连。因为社会主义民主不但是社会主义和谐社会的基本特征,而且是社会主义和谐社会的重要前提和政治保障。因此,在构建社会主义和谐社会的宏伟事业中,应当通过制定与完善法律法规,推进社会主义民主的制度化、规范化、程序化,保证人民当家做主;通过制定与完善法律法规,进一步健全民主制度,丰富民主形式,扩大公民有序的政治参与,保证人民依法实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督;通过制定与完善法律法规,切实做到尊重和保障人权^[5],保证人民依法享有广泛的权利和自由。

我国把“人权”“法治”和“保护私有财产”写进了宪法,它充分体现了国家对人权问题的重视,突现了宪法的人权关怀。众所周知,市场、政府、个人形成了构建和谐社会的三大主体因素。市场的神奇作用在于使用价格工具来配置资源,从而协调社会,走向和谐;政府的首要作用是建立发挥个人能力的权利秩序,而自由就是个人对法律的确认。

当前严重的社会不公、明显的两极分化,势必导致社会成员、社会群体和社会阶层之间的冲突,社会和谐就随之失去了制度的保障。要构建和谐社会,政府不仅要着眼于把蛋糕做大,更应着力于把蛋糕切好、分好,防止与弱化“马太效应”。因为我们不可能返回封闭的服从部落巫术的共同体中,我们必须走向开放社会的道路。波普尔认为,不确定的现实必然有不同的观点,而不同的观点必然就有冲突。所以,开放的民主社会意味着“接受冲突,并非是为了平息冲突,而是为了避免让它们以暴力的形式来表现”,“通过

各种组织和机构得到抑制,冲突可以在宪法制度之内得以表现^[16]。总之,冲突作为一种推动力而发挥作用,人们离开田园牧歌式的乐土,是迈向文明和最终迈向世界公民社会的进步源泉。但要强调的是,虽然人的不合群性推动历史发展,但要通过各种宪法来约束,即要求一种社会契约。在二次大战之后才形成的欧盟历史证明,不同社会、国家之间事关种种根本利益的冲突使得人们走向合作、契约和和平联盟,从而接受理性法则的指导。这也就阐明了个人目的冲突的积极意义。这就是说公正的秩序并不产生于人们的良好愿望,也不取决于人们的道德诉求,反而是依赖于彼此利益冲突的相互作用。

笔者认为:要构建和谐社会,必须要了解主体要素间的相互作用,明白宪法的重要作用。

和谐的本质是应得权利与现实供给的统一,而人们的社会需求又是具有高度的主观性、个体性和易变性。要解决社会财富分配不公正问题,只有靠政府的公共政策。除了政府进行社会救济、通过教育提高人口素质、加大就业率等外,还必须对垄断行业加以限制。同时,对腐败的惩罚十分重要。如果说在现代市场经济中,按要素分配,尤其是因财产分布不平等带来的初次分配收入悬殊差距等,还可以用个人所得税制、累进税制以及财产税制进行再分配的话,那么对于公共权力进入市场所造成的腐败问题则必须从法治上予以根本性清除。甚至可以说,官员腐败是社会不和谐的最大因素,而要消除这一不和谐因素必须要依靠宪法。

在中国的社会转型期,由于政绩积累和个人直接利益的两大驱动力,市场对资源配置的基础作用受到极大的扭曲。其中一个恶果是导致灰色、黑色收入的极度膨胀。特别值得强调的是,在体制转型过程中又蔓延着特殊领域的腐败现象,其中之一是以改革的名义侵吞国有资产。而要解决这类腐败问题所引起的不和谐,决不简单是一个思想教育与道德修养问题,必须以制度去转变政

府职能,建立和完善竞争性市场体系,发挥市场机制在资源配置中的基础性作用,以提供高效率的制度性保障。同时,要矫正由于行政干预造成价格扭曲,弱化政府配置资源的权力,建立有限政府和有效政府,宪法的作用至关重要。

古今中外的大量事例表明,严重的社会不公、明显的两极分化,势必导致社会成员、社会群体和社会阶层之间的冲突,社会和谐就随之失去了制度的保障。因此,社会公平是社会和谐的基石,宪法是有力的保证。

如果说,宪法的价值就是法对人的需要的满足,那么,宪法的和谐价值则可以满足人对和谐关系的需要。这种需要可以有多个层次、多个侧面。在实用的层面上,法通过调整不同个体、不同群体、不同地区之间的权利义务关系,可以建立起一种相对和谐的人际关系、群际关系、地区关系,一个相对和谐的社会关系也因此而形成。在审美的层面上,一套健全而完善的法律规范、法律制度、法律机构和法律设施,可以给人带来和谐有序的感受与体验。除此之外,法律还可以通过保护环境、维护生态,通过恰当地调整人与自然的关系,以满足人们对于人与自然和谐相处的追求。换言之,法的和谐价值不但可以是功能意义的,不但有助于建设一个和谐的社会,而且还可以是审美意义的,给人们造就一种和谐之美。

参考文献:

- [1]喻中.法的基本价值——促进社会和谐.光明日报.
- [2]庞元正.怎样理解和谐社会是公平正义的社会.人民日报.
- [3]虞云耀.社会主义和谐社会的基本特征.人民日报,2005-04-06.
- [4]熊自干.坚持社会主义生产目的 构建社会主义和谐社会.
- [5]刘永新.浅谈公正高效的法治环境与和谐稳定的社会环境.
- [6]郭建新.构建和谐社会的道德价值取向.光明日报,2005-04-05.

基因治疗的伦理分析

周晓明*

基因治疗是指将编码某种具有生物活性物质(一般是蛋白质或肽)的基因,通过载体或直接地转移到人体器官或组织细胞内,以纠正基因的缺陷或抑制、关闭表现异常的基因,使其在局部表达活性物质,从而达到治疗或预防遗传疾病目的的生物医学高技术。

一、基因治疗的历史和现状

1966年:安德森提出“基因治疗”概念;

1970年:美国医生罗杰斯尝试基因治疗精氨酸血症;

1980年:美国加州大学马丁·克赖恩教授进行人类第一例真正意义上的基因治疗,未获批准,也未获成功。
马丁·克赖恩教授被誉为“基因治疗的先驱”;

1989年:美国批准进行5例标志基因的人体转移试验。安德森被誉为“基因治疗之父”;

1990年:布利等人进行了世界上首次人体基因治疗的临床试验,取得初步治疗效果;

1991年起:国内外基因治疗临床试验越来越多;

至2003年,基因治疗药物上市。

基因治疗分为性细胞基因治疗(Germline gene therapy)和体细胞基因治疗(Somatic gene therapy)两种类型。性细胞基因治疗,是在生殖细胞中进行操作,改变生殖细胞的程序,这些细胞能

* [作者简介]周晓明,上海交通大学医学院生化与分子生物学教研室,大连海事大学法学院2005级高校教师班研究生

将改变传递给下一代,使其后代从此再不会得这种遗传疾病。体细胞基因治疗,是在体细胞中进行基因操作,以改变身体已分化细胞 DNA 的程序,但这些细胞没有能力将这种改变传递给下一代,其子孙后代仍会患这种病。

二、基因治疗的伦理思考

迄今为止,医学意义上的体细胞基因治疗已被广泛接受,但生殖细胞基因治疗和所有用于非医学意义的基因治疗(即基因增强)都是被禁止的。

(一)体细胞基因治疗的伦理思考

(1)不应该伤害患者,如增加患者的健康风险,产生有害基因突变和治疗导致的传染性的传播等;

(2)不能伤害医务人员和患者家属,伤害形式是治疗导致的致病感染、法律责任和心理伤害等;

(3)不能伤害一般公众,这种可能的伤害是新病毒的产生并传染的危害、治疗费用的负担、治疗带来的进化效应(如对生殖细胞的意外感染)及其他意外事件。

(二)生殖细胞基因治疗的伦理思考

生殖细胞基因治疗对传统伦理的冲击非体细胞基因治疗可比,更非一般的治疗措施可比。一般说来,生殖细胞基因治疗的伦理问题主要体现在以下几个方面。

1. 具有未知且可能无法挽救的危险

就各国法律对基因治疗的规范情况看,技术的安全性和有效性是目前各国反对进行生殖细胞基因治疗的最主要原因之一。从某种意义上说,现阶段的基因治疗所使用的基因转植技术非常“原始”,只能做到“添加”,即利用各种技术,将细胞发挥正常功能所需的基因,尽量送到目标细胞中。至于基因是否会进入目标细胞、有多少基因进入目标细胞、是否融入宿主基因组中、是否发挥应有