浙江省省直律师协会 主办

◆ 唐国华 主编

律师实务研究

第五卷

ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

图书在版编目（CIP）数据

律师实务研究．第5卷／唐国华主编．—杭州：浙江大学出版社，2010．12
ISBN 978-7-308-08241-9

Ⅰ．①律… Ⅱ．①唐… Ⅲ．①律师业务—中国—文集
Ⅳ．①D926．5-53

中国版本图书馆CIP数据核字（2010）第243023号

律师实务研究（第5卷）

唐国华 主编

责任编辑 周卫群
封面设计 刘依群
出版发行 浙江大学出版社
（杭州市天目山路148号 邮政编码310007）
（网址：http://www.zjupress.com）
排 版 杭州中大图文设计有限公司
印 刷 杭州杭新印务有限公司
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 33
字 数 850千
版 印 次 2010年12月第1版 2010年12月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-08241-9
定 价 56.00元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换
浙江大学出版社发行部邮购电话 （0571）88925591

前　言

中国社会正在进入一个追求变革、竞争与向往财富的法治时代。随着人们的民主观念和法律意识的日益增强，一般的法律基础知识越来越普及，因此社会对法律服务的需求也日益提高，律师业务已由过去“欠钱还钱”式简单的法律服务扩展到金融、房地产、证券、知识产权、项目投融资等市场经济的诉讼和非诉讼领域，社会需求使律师的专业要求越来越高，专业细分越来越明显。可以说，律师专业业务的细分必将是今后一段时期律师业的发展趋势。这就要求律师不断地学习，汲取新知识，在工作中不断总结经验，努力提高律师的专业水平，以便为社会大众提供更好的法律服务，为创建和谐社会而尽一份力量。

为此，浙江省省直律师协会召开了2010年度的律师实务理论研讨会，各省直律师积极投稿，经本书编委会集体评议，选了其中部分优秀论文出版。论文归类为公司与证券专业、建筑与房地产专业、民事专业、刑事专业、行政法专业、知识产权专业、劳动与社会保障专业、破产与重组专业、招投标专业九个律师实务专业和律师管理方面的文章。文章具有很好的质量，充分反映出广大律师的实务和理论成果。

本书论文均为律师工作实务理论文章，为第五卷。若对律师同行、其他法律职业共同体、法律职业兴趣爱好者及其他社会人士有一定借鉴和帮助，我们会倍感欣慰。不足之处，真诚地欢迎广大读者提出批评意见。

本书编委会

二〇一〇年七月于杭州

目　　录

民事专业

“开瓶费”问题中的经济法理念
——兼论“开瓶费”与消费者权益保护的关系…… 李　静　来　羽（3）
《对外承包工程管理条例》解读…… 戴安微　李　辉（9）
关于精神病人监护问题的初探…… 徐　涛（14）
谨防公平责任的不公平适用…… 黄春英（18）
进口燃机设备质量缺陷索赔中应注意的问题和律师的作用 …… 李凌云　曹　志（31）
论1980年《欧洲共同体关于合同义务法律适用公约》之特征性履行规则探析 … 赵秋红（35）
论委托贷款委托人对借款人的直接诉权…… 林德平（50）
独立担保法律问题探究…… 赵瑜华（56）
论债务抵销异议
——兼论《合同法解释二》第二十四条债务抵销异议权的运用…… 阮海蕾　何佩佩（63）
民间借贷债权的审核与处理问题探讨
——以在婚姻关系期间的债务承担连带清偿责任再审案为分析视角…… 孔建祥（72）
情事变更原则的适用条件…… 杜会云　陆凤麟（76）
投资人变更时个人独资企业诉讼主体地位研究…… 陈晓军　陈宇峰（79）
违约责任和侵权责任的区分竞合及两者在法律实务中的联系…… 张明炎（85）
民事诉讼的证据质证技巧…… 吴长富（89）
有机产品认证领域中的反不正当竞争案例解析…… 周妮娜（94）
医保基金支付的医疗费如何处理…… 金其飞（100）
远期付款交单的风险防范与应对…… 曾瀚知（105）
浅析交通事故引发的工伤赔偿与民事赔偿的关系
——建议废除浙政发〔2003〕52号文件对交通事故引起的工伤待遇按“总额补差”
支付的不合理规定…… 林德华（110）
从金塘大桥触碰案论如何准确行使代位求偿权…… 邵　琦　贺高峰（113）
浅议拾得人应享有报酬请求权或附条件取得所有权…… 徐舟波（116）
婚外同居财产转移研究…… 陈延升（123）
公职人员财产申报制度立法可行性问题初探…… 陈延升（131）

刑事专业

论我国刑法中的无限防卫权制度…… 张红艳(143)
刑事诉讼涉案文物司法鉴定刍议
——一起盗掘古墓葬案件引发的思考…… 毛善华(152)
从律师视角解读宽严相济刑事政策…… 胡红星(157)
论立功…… 田暐(162)
刑事和解制度的运行研究…… 张 亮(169)
论偷税罪/逃避缴纳税款罪的司法认定
——一起非法集资案引发的思考…… 李国刚 黄 勇 金炜亮(176)
我国亲属拒证权探析…… 陈延升(181)
玩忽职守罪结果要素的认定及标准…… 林 慧(191)
对逃税罪认定及存在问题的思考…… 王忠涨(196)

建筑与房地产专业

房地产宏观调控下法律服务探析…… 戴文良 叶永祥(201)
建设工程项目内部承包人的法律性质及法律后果…… 谭佳晶(209)
论业主概念的界定及业主权利的行使…… 杨 捷(214)
浅论房屋转让与户口迁移纠纷…… 刘成林 叶永祥(220)
浅议建筑企业内部承包合同的法律性质及法律效力…… 周 斌(224)
商品房预租合同的法律问题研究…… 左 斌 黄 亮(229)
由一起房屋买卖纠纷谈未成年人名下不动产转让的法律特点及保护…… 赵德新(234)
我国商业地产销售的困境及法律构建初探…… 金 鹰 邱 坤 胡湘英 沈玲玲(237)
指定分包中总承包人的风险防范…… 孔 磊(243)
代建制与BT模式之比较…… 姚建彪(248)
也谈交房、办证中诉讼时效有关的法律问题 …… 刘 莺(253)
对异村农民私房买卖合同效力的探讨…… 陈 波(258)
试论农村土地征收补偿款的分配差异问题…… 陈真杰(263)
农村宅基地转让问题的法律分析…… 郭行舟(269)
试论业主委员会的民事诉讼主体资格…… 娄丽伟(275)
对农村宅基地使用权流转的探析…… 娄丽伟(283)

公司与证券专业

“对赌协议”的法律性质及其对上市的影响…… 朱亚元(291)
股东资格继承问题初探(上篇)
——有限责任公司股东资格继承的立法探讨…… 赵箭冰 俞琳琼(298)
股东资格继承问题初探(下篇)
——有限责任公司股东资格继承的章程设计…… 赵箭冰 俞琳琼(307)

需要全本请访问 www.ertongbook.com

百度被诉滥用市场支配一案评析
——以《反垄断法》为视角…… 陈伟华(316)
私募股权投资信托退出方式研究
——以《合伙企业法》的适用为视角…… 谢春林　吴建梅(323)
初探非经营性市政基础设施的融资路径…… 胡　超(328)
有限责任公司出资制度的若干问题探析…… 郑　磊(335)

行政法专业

论我国行政公益诉讼的原告资格…… 李　静　来　羽(349)
浅析拆迁行政裁决过程中相对人选择权之行使路径…… 朱卫红　陆之悦(355)
行民交叉案件中的相对人行为效力…… 朱卫红　陆之悦(362)
行政执法之非法证据排除规则研究…… 沈　军(369)
浅析行政补偿的救济途径…… 麻　侃(376)
论作为劳动合同“法定终止要件”的退休年龄…… 朱卫红　徐风烈(380)

知识产权专业

知识产权人才培育模式及教学方法之新论
——以专利人才培养为研究对象…… 邓　恒(387)
商业秘密诉讼的证据分析…… 张林利(394)
网络集市经营者对知识产权所有者的责任…… 应振芳　王　进(401)
从赖氨酸不公正进口案谈美国专利申请…… 山　峰　陈　鹰(410)
知识产权出资的理论探讨…… 尤晓波(419)
商标侵权案件中销售者的侵权判定及赔偿责任探析…… 罗　云　姚　钰(428)

劳动与社会保障专业

公司收购中的劳动法律风险尽职调查…… 王旭东(439)
论我国劳动争议仲裁与诉讼的衔接及协调…… 张轶男　何　强(443)
施工企业选择项目承包人劳动法律风险初探…… 邱　坤　胡湘英(451)

招投标专业

招标投标法律的理解与适用
——兼评法律中的强行性规范…… 王慧贞　李兴华(459)
评标委员会的法律地位与责任承担
——从一则招投标案例谈起…… 郝　利　宦文祥(465)

破产与重组专业

公司强制清算法律服务若干问题探析…… 游　弋　王文佳(473)
论我国当前破产管理人监督机制的不足及其完善…… 杨　杰(479)

破产法实务中若干疑难问题的探讨…… 姜建林(488)
重整与清算程序对比及实务探讨…… 戴文良　陈科杰(493)

综　合

和谐也是一种美
——谈律师参与诉讼调解…… 胡燕林(501)
阳光律师规定动作100项…… 陈　臻(508)
律师执业风险及防范…… 裘　杰(512)
C证律师执业限制研究…… 罗培彬(518)

民事专业

“开瓶费”问题中的经济法理念

——兼论“开瓶费”与消费者权益保护的关系

李　静　来　羽*

【摘　要】 关于是否收取“开瓶费”,不同利益群体观点截然相反。笔者认为,“开瓶费”中的消费者权益保护的实质问题是收取费用的数目的合理性,而非是否收取费用。通过对经济法实质公平与正义的理念、国家适度干预的原则和法律优先与行业规则之间的关系的分析,进一步阐发观点,使得该问题在学理上得到解决。

【关键词】 开瓶费　消费者权益保护　实质公平　国家干预

一、双方的论争

是否收取“开瓶费”问题,是消费者与酒店及相关利益群体一直争论的焦点之一。争论中,双方各执一词。消费者一方认为,收取“开瓶费”是不合理的,酒水自带,不损害酒店利益,没有造成酒店损失。酒水是消费者自己的,开瓶也是自己开,也就不存在给酒店承担给付义务。且很多酒店收费标准不一,纯属乱收费、滥收费,应予抵制和制止。而酒店及相关烹饪协会认为,“谢绝自带酒水”是一种国际惯例。到酒店消费,消费品就应该来自酒店,是合乎情理的。消费者自带酒水就餐时,对餐饮酒店最直接的损失是酒店酒水的滞销,酒店给消费者提供服务时产生的电费、水费、设施费、餐桌餐具费、人力等费用,超过了酒店应该正常承担的费用,就降低了餐饮酒店的利润;如果现在同意消费者自带酒水就餐并且不收取服务费,那么,明天消费者自带饭菜到酒店就餐也会出现,这将彻底危及餐饮业生存;从食品安全卫生以及消费者自己的权益来说,消费者自带的酒水一旦发生因假冒伪劣酒水引发的食物中毒,很难分清其中责任,这危及酒店的安全生存。

双方论争的焦点是收取“开瓶费”的合理性,作为利益对立的双方,摆出截然不同的立场。

二、学界、司法实务界的倾向

从《合同法》的角度看,消费者自带酒水,酒店加收“开瓶费”,必须形成双方意识一致的合同形式,才能受到法律保护。如果酒店服务人员在开瓶前已与消费者商议清楚,消费者愿意按酒店要求支付价款及报酬,双方不存在意见分歧,那么酒店收取开瓶费就是合法的,也是合理的。反之,如果酒店在开瓶前未告知自带酒水的消费者本店需收取开瓶费,双方没有达成共

* 李静:男,华东师范大学法学学士,杭州大学工商管理研究生,浙江六和律师事务所合伙人,擅长公司证券、收购兼并、投资、金融保险等法律业务。
来羽:女,南京大学法学学士,浙江大学法学硕士,浙江六和律师事务所律师助理。

识,而是在埋单付费时强调要收取开瓶费,这当然是不合理、不合法的,其做法必须抵制和制止。

由此看来,在酒店与消费者达成合意的情况下,双方"你情我愿",收取"开瓶费"并不受到法律的约束,也是合理的,在私法的自治空间范围内。在未告知自带酒水的情况下,收取"开瓶费"是否就一定是违反法律的呢?

让我们进入《消费者权益保护法》的视野。关于收取"开瓶费"的不合法性,学者依据《消费者权益保护法》进行论述的很多:因为消费者同经营者相较,处于信息、经济实力的劣势,依据《消费者权益保护法》相关规定①,得出结论要保护处于弱势群体地位的消费者。因此,学界对于"开瓶费"也是排斥的。

这样的态度更在司法实务界得到印证。北京王先生自带一瓶酒到湘水之珠大酒楼喝完后被该酒楼强收100元"开瓶费"。认为对方是"强制消费者消费",王先生将湘水之珠大酒楼告上法院。后海淀区法院认定"开瓶费"属于不当得利,判决该酒楼返还王先生100元。至此,北京首起饭店"开瓶费"官司,以消费者得到法院的司法支持而告终。类似的案件还发生在广州、四川、沈阳等地。

因此,无论学界还是实务界,对于"开瓶费"似乎都深恶痛绝,认为其违反了法律的规定,侵害了弱势群体消费者的权益。

三、"开瓶费"中消费者权益保护的实质问题探讨

如果说,《合同法》尚不足以规制"开瓶费"中出现的法律问题,那么《消费者权益保护法》作为经济法中的一部主要法律,在"开瓶费"问题上,扮演了消费者利益的坚决捍卫者这个角色,在社会公众普遍接受消费者弱势群体概念的社会,得到了消费者的积极拥护。但是这部法律以消费者的利益为基点,对消费者进行了全方位的保护,这种倾斜式的保护是否有违经济法的公平理念?商务部《餐饮企业经营规范》明文规定:包间费、最低消费、开瓶费等将在餐馆收费项目中予以明示。商务部的规定又是否对"开瓶费"等收费项目的默许?

带着疑问,我们先来做个取消"开瓶费"的假设。追求利润是资本的本性,商家有营利的权利。如果强行取缔酒店"谢绝自带酒水"或"开瓶费"的规定,那么酒店肯定要在其他方面寻求利润,因为酒水销售和"开瓶费"是他们的主要利润来源之一,最终还是要转嫁到消费者的身上。实践中,南昌市的一家饭庄第一个"吃螃蟹",记者后来采访了解到,尽管酒店欢迎顾客自带酒水的做法得到大多数消费者的支持,但饭庄最终还是没有摆脱停业的尴尬,当然这里并不排除饭庄经营者自身的管理能力存在问题,但是我们可以发现,取消"开瓶费"事实上效果并没有像消费者预想的那样降低消费,同时也损害了酒店的利益。的确,消费者自带酒水,酒店提供各种服务产生的费用,超过了酒店应该承担的正常费用,就实质影响到酒店的利润甚至是生存。

所以,商务部的规范实质是对市场机制的保护,是经济法公平理念的体现,兼顾了消费者与酒店经营者双方的合法权益。酒店可以收取"开瓶费",在市场机制下定价,制定消费者可以接受的合理的价格。事实上,从1993年开始,餐饮业服务费用就不再列入国家管理的物价范

① 该法第9条规定:"消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者,自主选择商品品种或者服务方式,自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。"第10条规定:"消费者享有公平交易的权利。"

需要全本请访问 www.ertongbook.com

围之内。换言之,餐饮业服务费用由市场自主调节。只要市场竞争充分,消费者就能享受好的餐饮服务,在消费者可以“用脚投票”的情况下,去强行要求餐饮企业不收取“开瓶费”,有点苛求。

那么该规范规定可以收取“开瓶费”,而依上文所述依据《消费者权益保护法》规定,排斥“开瓶费”,从形式上看,这两个法律文件所保护的利益是相悖的,但是经过实质分析,这两个规范性文件价值是统一的。

商务部的规范规定可以收取“开瓶费”有其形式要求,即在收费项目中予以明示,便于消费者在选择酒店进行消费时予以选择,赋予了消费者自主选择的权利,如果消费者觉得酒店收取的“开瓶费”超过其能够接受的程度,消费者显然会另行选择,因而充分发挥了市场规律的作用,通过消费者的理性选择实现了市场的竞争与优胜劣汰。

因此,我们可以得出结论,收取“开瓶费”本身与消费者权益的侵害关联并不大,在理论与实践中,是收取合理与否的“开瓶费”才真正涉及消费者权益问题,这也是与经济法的理念和精神相契合的。消费者自带酒水,原因就是酒店的酒水价格往往藏着暴利,如果商家的酒水价格较为合理,相信消费者也会做出理性的选择。①

现今的餐饮业中,经营者们从酒水的高价格或“开瓶费”中赚取利润来维持和促进饭店、酒店的发展是普遍的做法。一方要求公平交易、自主选择,主张免收“开瓶费”;一方要生存,要赢利,主张收取“开瓶费”。双方必然产生冲突。因此在经营者与消费者之间也应当有一个公平问题,而不是一味地保护消费者,重点是在双方的权益之间找出一个平衡点:即经营者赚取利润是应当的,但必须在法律允许的范围内定价和经营,而不是随心所欲地漫天要价、乱收费用。

四、经济法的理念

(一)实质公平与正义

从经济法的立法精神看,促进社会主义市场经济的健康持续发展,不仅消费者的利益要维护,同时商家的正当权益也应得到尊重和保护。追求利润是资本的本性,商家有营利的权利。事实上,也没有商家愿意做亏本的生意。在市场经济制度下,每一社会个体增加自身福利的正当途径只有一个,那就是为他人、社会提供更多的产品或服务,以换取和改善自己的福利。在这一制度下,每一社会个体既是消费者,同时也是产品或服务的提供者。这种制度能够调动全体社会成员的积极性,最终使整个社会福利得到提升。这也正是我们确立社会主义市场经济制度,选择市场化发展道路的目的所在。在竞争性行业,经营者都是通过尽可能满足消费者需求的手段来扩大自己的产品或服务销售量;消费者也是在尽可能大范围的比较之后最终选择自己所要购买的产品或服务:双方是相互选择的。消费者要享用好的产品和服务,就需要多支付一些金钱。只要交易过程公开透明,不存在欺瞒行为和强迫交易,就应当认为是公平合理

① 南京有一家大众连锁餐饮企业也曾与消费者有过“开瓶费”之争,企业客源不稳定,效益上不去。去年夏天,该酒店一招有违传统“行规”的“杀手锏”震惊石城餐饮业:在4家连锁店内开设“酒水超市”,上百种酒类和饮料与超市同价。该酒店负责人告诉记者,开设“酒水超市”半年来,食客天天爆满,没有一人要求自带酒水。虽然毛利率下降了,但各连锁店月营业额却从原来的15万元猛增到20多万元,利润总额大增,且“增长远超预期”。不仅如此,酒店还树立了良好的形象,新开的法式铁板烧餐厅元旦在新街口地区一露面,就受到消费者的热捧。http://business.sohu.com/20070108/n247489263.shtml,2009—02—24

的,就不应当受到责难。任何市场参与者在争取和维护自己权利时,都不能强求他方的交易规则。只有这样,才能真正达到社会公平和谐。

因此,收取适量的"开瓶费"并不会造成经营者和消费者权益的"失衡",恰恰在实际中维护了处于不同地位当事人之间的实质上的正义。其行为是对消费者、经营者双方利益的平衡和保护,这与《消费者权益保护法》维护消费者权益的精神实质是一致的。因此,笔者认为在酒吧、水吧等服务场所收取一定金额的"开瓶费"相对而言是合法合理的。

实质正义是经济法的精神所在,经济法主张的实质正义完全符合以美国罗尔斯为代表的现代伦理哲学所主张的作为公平的社会正义观。罗尔斯认为,人类社会是一个互惠合作体系,即每个人都必须从社会合作所产生的经济利益中受惠,如果在社会合作中那些基于偶然出生而具有较高社会地位和自然禀赋者受惠更多,而较低社会地位和自然禀赋者受惠更少,那么,一种健全而持久的社会基本制度必须包含某种补偿性安排。[①] 在"开瓶费"法律关系中,消费者的合法权益要重视,经营者的正当利益也要保护,双方的利益都不能弃之不顾,但是从整个制度设计来看,是将消费者的自主选择权、公平交易权作为制度设计的基点,在此基础上进行制度安排,即法律认可"开瓶费"的前提下,适当合理地进行收取。

罗尔斯在"原始状态"和"无知之幕"的理论假设下,提出了两个正义原则:第一正义原则是平等的基本自由原则,第二正义原则是公平的机会均等原则和差别原则。罗尔斯对第二正义的原则表述是:"社会和经济的不平等应这样安排,使它们:在与正义的储存原则一致的情况下,适合于最少受惠者的最大利益;并且,依系于在社会公平平等的条件下职务和地位向所有人开放。"罗尔斯的第二正义原则反映了对社会弱势群体的偏爱,"一种尽力想通过某种补偿或再分配使一个社会的所有成员都处于一种平等的地位的愿望。"罗尔斯第二正义的原则具有强烈的实质平等和个体关怀思想,旨在保护每一个人的权利都能得到平等的实现。[②]

实质公平是经济法对法律公平价值的解释。经济法的公平观是一种和谐的社会公平观,它不同于形式公平、机会公平、代内公平,而强调分配公平、结果公平、代际公平。经济法强调对消费者、劳动者、被限制自由竞争的经营者等具体人格的保护,充分表明经济法剥去了所谓人格抽象平等、权利机会平等的外衣,而对于"人"进行真实具体的价值关怀。这实际上正是经济法区别于民法的价值取舍。经济法的实质公平完全符合现代伦理哲学所主张的正义标准。

(二)国家适度干预

实质正义需要靠适度的国家干预来实现。在"开瓶费"这个问题上,表现为国家通过制定法律规章对其予以必要的规制,规定"开瓶费"必须明示且定价合理。国家干预,作为现代经济法的本质特征,只有国家意志才能在"追求个体利益最大化的市场自发秩序"之外综合各种政策分析、价值观念、道德评判等因素对社会经济生活进行主动干预,以此协调私人利益与社会利益的矛盾,并消除那些影响实质正义的市场机会主义、负外部性、公共产品缺失、信息偏差、垄断以及弱势群体等问题。政府应适度干预不仅仅是一种理论上的认定,更是一种现实的需要。我们需要有力的政府,但我们也需要充满自由竞争活力的市场,因为市场是人类潜能激发的最有效的场所,是自由的理想实现场所,而"在这样一个日益发展的社会中,行动的自由之所以被赋予个人,并不是因为自由可以给予个人以更大的满足,而是因为如果他被允许按其自己

① 廖申白:《正义论对古典自由主义的修正》,载《中国社会科学》2003年第5期,第132页。

② 参见何怀宏:《公平的正义——解读罗尔斯〈正义论〉》,山东人民出版社2002年版,第111页。

的方式行事,那么一般来讲,他将比他按照我们所知的任何命令方式去行事,能更好地服务于他人”。[①]

那么,如何把握适度干预的“度”呢?一、适度干预是以市场为基础的干预。我们强调国家干预,但是在尊重市场运作规律基础上进行的介入,而不是对传统的国家统制的回归。背离市场规律的干预,是行不通的和注定要失败的。二、适度干预是以保护竞争为目的的干预,即无论如何干预是为了更好地保护竞争、促进竞争,而且是公平的竞争。适度干预是排斥那种处于个别特殊目的或不正当考虑的干预的。三、适度干预是干预手段应法定。我们可以采取行政手段、经济手段或法律手段及这几种手段的综合对市场运作进行干预,但是,每一种手段都应是法定的而不是长官个人意志的结果。四、适度干预要求干预的程序法定,这里既有法治的要求,更有基于对“正当程序”利于吸收当事人不满及更易获得真正操作的考虑。同时,干预程序的法定将使干预在很大程度上摆脱干预主义的态意。五、适度干预要求干预的范围法定。适度干预不是对市场运作过程的一切细节平均用力,而是根据市场的客观缺陷,进行适度的介入。

关于衡量干预适度的标准,李昌麒教授提出了适度与否的生产力标准,即“最根本的标准是要看这种干预促进还是阻碍经济的发展”。[②] 经济法的这种适度干预,作为经济法的表现形式,它要求的是国家干预与市场运作的相谐、相安。这里的“适度”,事实上包括这样两层含义:第一,从国家这一层面来看,国家干预的量应适度,即不能像过去那样进行由国家包办以致干预过度。第二,从市场的角度看,国家干预必须以对市场的充分尊重为基础,国家的介入应与市场的运作相适应、相协调。要准确把握市场为基国家为辅、国家与市场之间交互作用的度,使国家与市场保持在各自的有益的限度内,从而发挥这两者应有的积极作用,这才是适度。因此,适度干预体现的实质上是经济法的形式观之和谐。

(三)法律优先与行业规则

从法治社会的终极目标来看,笔者是主张“在一个多元规范体系下,应坚持法律为主导即必须坚持法律优先原则”。因为“法治”一词明确了法律在社会生活中的最高权威性,“其社会控制原则应该是服从法律治理”,一个欲求通向法治之途的国家,必须把法律放在最高权威地位,必须使国民树立起对法律的信仰。“法律之所以能够被信仰,不在于它具有法律的形式,而在于其内涵能够深入人心和满足需要,在于它具有科学性、正义性、效益性,从而获得法律自身的合法性与合理性,使得民众能够以内心的原动力撑起法律信仰的道德大厦。”[③]有了社会成员对法律的信仰,也就为整合多元价值体系的法律提供了合法化的基础。

马克斯·韦伯认为当一项规则、习惯、命令或制度“具有楷模和必须履行的威望”时,它就是“合法的”。这样法律在对社会生活进行调整时,其合法性和群体信仰信念相结合,便获得了一种稳定的和合作的社会环境,这样,就能确保在法律整合过程中,在持不同价值观念的人们之中以及不同利益集团间能有效地实现一定的法律行为模式,以达到某种程度的预期,从而实现法律的调整目的。尤其是当“行规”之类的非正式制度的内容明显的有违“公平、正义、平等和效益”的价值和原则时,我们更应坚持“法律优先”原则,利用法律的强制力去束缚和遏制它

① [英]哈耶克:《自由秩序原理》上,邓正来译,北京生活·读书·新知三联书店1997年版,第1页。

② 李昌麒主编:《经济法学》(修订版),中国政法大学出版社2002年版,第61页。

③ 卢学英,孙红梅:《法律整合的理想之境》,载《湖南省政法管理干部学院学报》2002年,第18页。

们,使其不严重偏离法律,从而更好地服务于市场经济和社会。

但当我们一方面肯定法律的威望的同时,也应当注意国家法与行业规则的整合性。一如国家法和民间法关系中探讨的那样,"现代法治是以制定法为中心,但国家法的设计和安排不是任意妄为的,如果没有内生于社会生活的自发秩序,没有非正式制度的支撑和配合,国家法就有可能缺乏坚实的基础,甚至难以形成合理的、得到普遍和长期认可的正当秩序。国家法要产生作用,必须通过人们的反复适用与实践,人们普遍共同遵守形成惯例后才能真正生效,也就是说国家法是否存活,不能完全依靠国家的强力和威力,得立足民间,要受到民间社会的检验与评判。如果法律偏离了民间法和其他社会规范,……无法形成和发展为人们偏好的、有效的秩序。"①

因此,当法律规范与行业规则发生冲突的时候,我们首先应当在法律中寻求答案,即坚持法律优先的原则。只有保护消费者合法权益的信仰被民众包括酒店经营者接受且信仰时,才能真正用这部法律去保护处于弱势地位的消费者,因为它可以深入人心,满足人们的需要。且作为一个独立的利益主体,行业组织也会像一个独立的"经济人"一样,有着谋利的企图(既含公利,也含私利)。因此常常有行业组织或其成员规避法律或违反法律甚至公然有违公平、正义的行为出现,如果国家不加以规制干预,任其发展,必将窒息行业的发展,严重的甚至会危及整个市场竞争秩序。所以,行规自律同样需要国家的法律监控。

但是与此同时,我们也要注意国家法与行业规则之间的整合性。行业规则之所以能够成为行业规则,是因为其已经被某个利益团体所接受并在实践中得到了运用。某些情形下,只有通过行业规则的实施,这个利益团体才能获得生存与发展。对于行业规则的力量我们不可小觑,"法律监控"如果过深、过细,势必窒息和压抑行规在实现行业自治和行业自律中的活力。

于是,实践中也出现了这样的情况:"开瓶费"的始终捍卫者中国烹饪协会首次"松口",称"企业可以对自带酒水收取服务费,但费用要合情、合理"。

结　语

"开瓶费"问题,在经济法理念的引导下,可以得到比较满意的解决。经济法的理念是解决经济法实务问题的指引,当国家法与民间法发生冲突的时候,我们要自觉地回归经济法的理念去寻找答案。

① 田成有:《中国法治进程中的民间法运用》,吉林大学理论法学研究中心,http://www.legaltheory.com.cn/,2009-02-11.

《对外承包工程管理条例》解读

戴安微　李　辉*

【摘　要】 随着“走出去”战略的实施，我国对外承包工程发展迅猛，成就令人瞩目，但也暴露出很多亟须解决的问题。为进一步规范对外承包工程，促进对外承包工程的健康发展，国务院于2008年颁布了《对外承包工程管理条例》。本文拟结合对外承包工程的实践，对该条例进行简要的介绍和分析。

【关键词】 对外承包工程　解读　促进机制　经营秩序　安全保障

对外承包工程，是企业实施“走出去”战略的主要形式之一。近年来，我国对外承包工程发展很快，但在快速发展的过程中也暴露出许多亟待解决的问题，这不仅直接影响到其自身的健康发展，也关系到我国的国际声誉以及与工程项目所在国家的政治、经贸关系。鉴于此，为了规范企业开展对外承包工程业务，促进对外承包工程健康发展，国家加快了有关对外承包工程的立法工作，《对外承包工程管理条例》（以下简称“条例”）就是在这一大背景下出台的。该条例具有丰富的内涵，是规范企业开展对外承包工程活动的重要法规。对于从事及有意从事对外承包工程的企业来说，学习并深入理解本条例，无疑具有重要意义。

一、条例出台的背景

改革开放以来，随着“走出去”战略的实施，我国对外承包工程持续高速发展，取得了令人瞩目的成就。截至2007年底，我国对外承包工程累计完成营业额2064亿美元，签订合同额3295亿美元。中国公司承揽的项目数量逐年增长，规模和档次不断提升，队伍日益壮大。中国在国际工程承包市场的地位明显提高。

然而，我国对外工程承包在快速发展的同时也面临许多困难和问题，不仅对该行业的科学发展形成挑战，还给国家经济和外交大局带来负面影响。首先，企业间恶性压价、低价竞标现象屡禁不止，导致局部市场经营秩序混乱；其次，工程质量问题增加，有些靠低价中标或实际没有能力执行工程的企业，未能严格按照合同规定履约，导致部分工程质量出现严重缺陷，损害了中国企业的国际声誉；第三，在境外发生的安全生产事故也在增加，一定程度上影响了我国对外承包工程的形象；第四，侵害外派人员合法权益的现象时有发生，同时外派人员安全保障有待进一步加强；第五，国际政治和经济不确定因素增多，尤其是全球金融危机的蔓延，使得企

* 戴安微：男，毕业于浙江大学，法学学士，擅长为对外投资、对外工程承包项目提供专项法律服务。
李辉：男，毕业于对外经济贸易大学，硕士，主要专业领域为外商投资、对外贸易、清洁发展机制（CDM）项目等。

业开展对外承包工程的外部环境更为严峻。同时,随着我国企业对外承包工程规模的扩大,先前由各部门单独或联合出台的一些政策和管理办法,已经不能适应目前如此大规模的对外工程管理。

在上述背景下,势必需要针对性地加强对对外承包工程企业的监管和指导,解决行业发展中的突出问题。为此,国家在整合、总结已有关于对外承包工程的规范性文件内容的基础上,首次以国务院行政法规的形式规范企业对外承包工程活动。本条例的出台有助于解决目前对外承包工程有关规定散见于各个部门规章带来的部门管理交叉、协调工作复杂等问题,也为出台对外承包工程相关配套实施细则及加大对违法行为的处罚力度[①]提供了更高层面的法律依据;在内容上,条例主要从对外承包工程的促进机制、对外承包工程资格制度、对外承包工程经营秩序维护、对外承包工程的工程质量和安全生产、外派人员合法权益保护、对外承包工程的安全保障、企业报告义务及相关法律责任等方面进行了规定。

二、对外承包工程的促进机制

条例主要从以下几个方面规定了对外承包工程的促进机制:

1.国务院有关部门制定、完善促进对外承包工程的政策措施

目前,国家关于促进对外承包工程的政策措施散见于各个部门出台的规定中,主要体现在财政、信贷、税收、外汇、保险等方面。其中,财政支持政策主要包括:对外经济技术合作专项资金、对外承包工程保函风险专项资金、对外承包工程项目贷款贴息;信贷支持政策主要包括国家鼓励和支持各商业银行、政策性银行积极开展包括商业信贷、优惠信贷等多种信贷业务,积极为企业拓展融资渠道;税收支持政策主要包括对外承包工程项下货物出口退税、避免双重征税,以及企业开展对外承包工程业务,因驻在国(地区)发生战争等不可抗力因素造成损失较大的,可对其境外所得给予一年减征或免征所得税等;外汇支持政策主要包括简化出口收汇核销手续、提高境内机构经常项目外汇账户保留现汇的比例、国际承包工程项下经常项目外汇限额按照其外汇收入的100%核定等;在保险支持政策方面,国家成立了政策性信用保险公司,承接出口信用保险等业务。

2.国务院有关部门建立、健全对外承包工程服务体系和风险保障机制

主要包括建立对外承包工程信息搜集、通报制度,向对外承包工程企业无偿提供信息服务[②];有关部门在货物通关、人员出入境等方面,依法为对外承包工程的单位提供快捷、便利的服务;商务主管部门会同国务院有关部门建立对外承包工程安全风险评估机制,定期发布有关国家和地区安全状况的评估结果,及时提供预警信息,指导对外承包工程的单位做好安全风险防范。

3.对外承包工程的协会、商会承担促进对外承包工程方面的职责

包括对外承包工程的协会、商会按照章程为其成员提供与对外承包工程有关的信息、培训等方面的服务,依法制定行业规范,发挥协调和自律作用,维护公平竞争和成员利益。

---

① 根据《行政处罚法》的规定,行政法规可以设定限制人身自由以外的所有行政处罚,而部门规章只可设定警告和罚款,且部门规章所设罚款的限额由国务院规定。

② 目前,国务院有关部门主要通过我国驻工程所在国大使馆经济商务参赞处、颁布《国别投资贸易报告》以及《对外承包工程国别导向目录》等途径为企业开展对外承包工程提供信息服务。

需要全本请访问 www.ertongbook.com