



法律与贸易壁垒

第二卷

主编/王艳林

中国政法大学出版社

D9-53

16

:2

法律与贸易壁垒

第二卷

主 编 王艳林

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律与贸易壁垒. 第2卷 /王艳林主编. —北京:中国政法大学出版社,
2006.1

ISBN 7-5620-2854-0

I.法... II.王... III.①国际贸易-贸易法-文集②贸易壁垒-文集
IV.①D996.1-53②F742-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第001506号

书 名 法律与贸易壁垒(第2卷)

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开 本 787×960 1/16

印 张 31.25

字 数 520千字

版 本 2006年3月第1版 2006年3月第1次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2854-0/D·2814

定 价 32.00元

社 址 北京100088信箱8034分箱 中国政法大学出版社 邮政编码 100088

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

电子信箱 zlf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1.版权所有,侵权必究。

2.如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

发刊词

法学是一门古老的学问。中国的法学教育却是年轻的。法学教育改革目标的诸多争议和法科学生就业的明显过剩，迫使人们不得不追问：现在的三百多所法律院系的教育模式是一元的还是多元的？一流法学院之外其他法学院系的发展之路何在？大量的工科院校在选择综合性大学的发展道路上，受“依法治国”的感召开设的法学专业，如何在工科的母体上生长出自己的特色？凡此种种，均是不得不思考、不得不探索的问题。

中国计量学院法学院欲在国内法学学科发展的激烈竞争之中崭露头角并占一席之地，必先塑就自身不可取代或不易取代之特质，以补起步较晚、总体实力较弱之欠缺。若欲炼就此种特质，目前只能从法学院特有的母体优势中去发掘，即结合中国计量学院为原国家技术监督局暨现国家质量监督检验检疫总局系统内惟一一所专业院校和地处浙江这一经济大省的独特背景，在行业知识与地方知识中拓展研究领域，在法学研究的新兴边缘、交叉或空白、隐现处养成自己的优势方向、标志性成果和学术影响力。

国家质检总局肩负计量、标准化、质量监管、特种设备监察、检验检疫和食品安全等诸多职责，这在很大程度上对中国计量学院的院系设置、人才培养和学科建设形成了导向性影响。具体到法学专业而言，质检总局的监管活动与执法实践所依据的“九法一条例”，一般的法学教育可能一略而过，而中国计量学院法学院就必须将其作为方向特色课程进行高标准建设。质检总局依法行政实践中出现的新情况、新问题，也就是我们的研究课题，我们有义务对此给予理论上的论证与解答。这也是其他法学院校很难遇到的。再有，质量技术监督和检验检疫工作在国家局层面上合并了，在地方上却还是相对分立，这种体制状况会不会使质检工作缺乏整体的效率？地方分立的根源究竟是实际的需

要，还是理论上没有为此提供一个整体统一的理论指导框架？质量监督检验检疫的法制实践中，各单行法已经相继暴露出相对于时代的滞后性，应该予以什么样的修改？标准化推行工作中，国家、行业、地方、企业等不同适用范围的标准之间出现冲突应如何处理？技术法规、贸易壁垒等概念在我国有没有形成统一认识，如何进行制度建构，才能发挥促进对外贸易和管制国内市场的双效作用？食品安全领域重大事件频出，监管体制也尚未最终确立，多个管理主体之间应如何互相配合履行职责而不是争夺执法利益影响工作开展？这一系列问题的研究与解决，构成中国计量学院法学院教学、科研特色之形成的重要推动力量。

中国计量学院地处美丽的杭州市。为浙江经济服务是我们义不容辞的职责。浙江省作为一个外向型的经济大省，近年发生的欧盟打火机安全性事件、西班牙焚鞋事件和俄罗斯灰色清关事件等，促使我们研究国际贸易格局中后发国家的竞争力如何融入市场竞争的文化、道德和法律中，实现无冲突的和有秩序的生长？浙江省作为中国区域经济领先省份，提出了打造“平安浙江”、“信用浙江”、“法制浙江”等社会发展目标，这就要求我们思考国内经济发展东西部严重不平衡的情况下，发达的区域经济体在法制、管制和政策上，可否与经济实力一样有优先的选择和如何选择？浙江省作为物产丰富、历史文化悠久的省份之一，拥有龙井茶、杭白菊、金华火腿、绍兴黄酒、萧山萝卜干等一系列原产地域保护产品，在实践当中应如何对其加以切实保护？《原产地域产品保护规定》如何完善？浙江省同时还是加工业发达的省份，做 OEM 以及 OBM、ODM 的厂家数量众多，执法实践中如何处理其产品标识的标注情况？所有这些，都要求我们深入调查、努力探索，经过比较研究，为政府决策与管理、企业经营与发展提出切实可行的方案和建议。

法律和法学是现实生活的一种折射，积极回应各种问题与冲突并提供解决方案和途径，是其存在的意义和价值。行业知识与地方知识的结合已成为推动法学院发展的特有资源。《法律与贸易壁垒》作为法学院院刊的筹划与出版，正是我们试图发挥这一优势，探索自身法学教育和法学研究方法的努力。这第一个脚印也许看来幼稚而蹒跚，但我们有信心今后的路会越走越好。

20 世纪 40 年代，毛泽东在《中国工人》的发刊词中说：“一个报纸既已

办起来，就要当作一件事办，一定要把它办好。这不但是办的人的责任，也是看的人的责任。看的人提出意见，写短信短文寄去，表示欢喜什么，不欢喜什么，这是很重要的”。现在《法律与贸易壁垒》既已创刊，我们愿以伟人之语为训：“当作一件事办，一定要把它办好”。我们也真诚地希望以此与法学界、经济学界、商界等领域同仁共勉。

目 录

论 坛

1. 刘文华 中国经济法是改革开放思想路线的产物 (3)
2. 陈乃新 中国经济法学主流学说的方法论反思 (8)
3. 单飞跃 经济宪政意义的追寻 (17)
4. 王艳林 经济法正向二元结构转变 (30)
5. 吕明瑜 论经济法体系的构建问题 (38)

论文·评论

1. 汪公文 法学假定主义与中国法治研究的二元范式及其评判
意义 (45)
2. 温慧辉 “司寇”考 (66)
3. 杨秀英 论刑法的公正性 (87)
4. 迈克尔·M. 奥黑尔 环境犯罪判刑准则的适用、批判与改良 (95)
5. 彭飞荣 宪法视野下的经济法 (138)
6. 陶丽琴 论个人住房贷款“强制保险” (157)
7. 董忠泽 我国产品质量法中存在的主要问题及其完善 (166)
8. 张 云 产品缺陷基础理论初探 (177)
9. 刘 冰 论传统民法的制度背景 (188)
10. 刘 瑾 合作社的性质与设立 (197)
11. 邓云贵 论公司“内部人控制”之法律治理 (215)
12. 李 勇 德国股份公司法中小股东保护问题研究 (221)
13. 邢造宇 德法日三国技术法规概述 (244)

2 目 录

14. 李海吴	欧洲 II 号提前实施的法律思考	(250)
15. 刘 芳	WTO 体制下劳工标准问题述评	(258)
16. 蒲 芳	试论跨国环境侵权所引起的国际私法问题	(274)
17. 汪江连	通向实质正义之路 ——国际私法上的最密切联系原则理论研究	(288)
18. 江 山	Making Local and Indigenous Knowledge Part of World Trade Law	(303)

笔谈 法学教学改革问题

1. 吴祖谋	谈谈法学概论	(327)
2. 董忠泽	增强“法律基础”课实效性的方法和途径	(331)
3. 魏连忠	法律基础课案例教学对创新能力培养的设计和运用	(339)
4. 郑 松	试论法律基础教育的基础论 ——从法治论的角度出发	(344)

阶梯教室：质量监督检验检疫法讲座

第五讲	产品质量行政执法程序研究	(351)
第六讲	产品质量的监督	(359)
第七讲	检验检疫监督管理	(377)

学生园地

刘伟英	预防未成年人流浪与监护制度的完善	(409)
王 旦	司法中法律推理方法的运用 ——以“知假买假”为例	(421)

天目讲坛

李海清	TBT 协定在中国的实施情况	(435)
肖 冰	SPS 协定的法律实效	(450)

论 坛

中国经济法是改革开放思想路线的产物

刘文华*

经济法概念是由国外引进来的，但绝非简单的舶来品，它的产生和发展有着深厚的社会根基。在国外早有这方面的立法和理论研究，但在1978年前，我们都不知道经济法为何物。一些人对它不了解、也不理解，原因是多方面的。这和我们受大陆法系思想影响，过度地在调整对象上的部门之争有关；和经济法理论尚处于发展阶段而带来的幼稚、粗糙及自身不统一有关；也和一些同志对经济法并未认真地研究就予以轻率的蔑视和简单地否定有关。用传统的大陆法系的理论和方法是很难理解经济法的。如果我们撇开简单化的部门、“领地”之争，从经济法的产生形成的社会经济根源、国家职能变革，以及法律、法学自身调整功能发展的历史，去认识和研究经济法，就会得出一系列全新的结论。

十一届三中全会以后，各个法律学科都得到了革新和发展，经济法的出现，更是法律、法学领域内的一次突破、一场革命。有些同志总是批评经济法“保守”，是“计划经济的法”，是维护旧的政企不分管理体制的法。这些看法都是看颠倒了，应该把颠倒了了的再颠倒过来。其实，经济法在我国的出现，才正是“思想解放、实事求是”的结果。那些创建中国经济法学的人是在法律、法学领域内进行着一场思想大解放和现代化的改革，是革新而非保守，是前进而非倒退。如果我们仍然承袭西方的公法与私法截然划分的传统体系；如果我们囿于“纵向经济关系归行政法，横向经济关系归民法，内部经济关系归劳动法”的传统格局而不敢动其分毫；如果我们也一切惟古、惟外、惟本本，那么，中国经济法是根本不可能产生的。

* 刘文华，中国人民大学法学院教授，博士生导师。

大陆法系在法律、法学的历史发展上的贡献是巨大的,功不可没。现在看来,仍然有着重要的法律价值和不少的法理精华。原有的法律、法学部门包括新兴的经济法都仍然应该研究它、运用它。但也必须看到,主要发源于欧洲大陆,成熟于自由资本主义阶段的大陆法系,其不少理论观点和方法已不适应现代市场经济关系的实际和需要。它应该也必须有所改革,有所前进。这在全世界范围来说都应如此。在我国更不可简单地将大陆法系(以及英美法系)作为评断我们法学理论是非和法制工作成败的标准。

经济法的出现,至少在以下十个方面对传统法律、法学有所突破,有所发展。

1. 把法律、法学与经济直接地、密切地结合起来。传统法学理论多半在原则上抽象意义上谈上层建筑与经济基础的关系,民法也只在微观上渗入到经济领域。经济法的出现使法与经济实现全面、整体的结合,使法对经济的作用大大加强,更有力地经济基础服务。

2. 突破了公法与私法绝对划分的界限。经济法是在西方“私法公法化”和东方的一定程度上的“公法私法化”过程中产生的,是公法与私法在一定范围内相互渗透、相互结合的产物,它既非私法,也非“纯粹”的公法,是“以公为主,公私兼顾”的第三法域,是在公法与私法之间进行平衡协调的“社会经济法”。

3. 正确解决了国家与市场的关系问题。经济法在西方突破了国家不干预市场经济的传统观点,实现了国家对经济生活的干预、参与和管理的历史过程。在我国情况正好相反,我们已经实现了国家对经济生活的直接的、全面的和过度的干预和管理,所以,中国经济法的任务是要解决国家干预过多、市场无法自转的体制问题。因此,不能照搬西方经济法早期的“国家干预说”,不能简单地说“经济法是国家之手的法”。其实,无论是西方的资本主义经济法,还是东方的中国社会主义经济法,都是在“国家之手”与“市场之手”结合协调中产生的,都是两只手的产物,只有一只手是不可能产生现代经济法的。只有“市场之手”,产生和起主导作用的只能是民法;只有“国家之手”,产生和起主导作用的只能是行政法或实质上是行政法的“经济行政法”。经济法的“双手说”,解决了现代经济法两家产生、形成的共同规律问题,也为现代社会正确处理国家与市场的关系问题奠定了科学的理论基础。

4. 在调整对象理论上,突破了传统理论中一个法律部门只能调整一种社会关系的“一对一”观点,提出“一个法律部门不一定就只能调整一种社会

关系，一种社会关系也不一定就只能由一个法律部门调整”的主张。经济法认为，在现代社会，尤其在经济领域，由于经济关系复杂多变、相互交错；也由于法律、法学自身的变化，因此，一个法律部门可以调整两种或两种以上的相互联系和相互转化的社会关系；一种社会关系也可以由两个或两个以上的法律部门从不同层次上，运用不同的方法去调整。此种见解主要是就经济、民事关系而言的。刑法是典型的“一对一”调整模式，所调整的关系在实质上不应混淆，但其调整方法却可由有关的经济法规规定和运用。

5. 突破了国家身份的“-重说”（行政管理者）和“二重说”（行政管理者、国有资产所有者），提出国家身份“三重说”（行政管理者、经济管理者、国有资产所有者）、“三种职能说”（行政管理职能、经济管理职能、国有资产所有者职能）以及“三次权利分离说”（行政管理权与经济管理权相分离，经济管理权与所有权相分离，国家所有权与企业经营权或法人财产权相分离）。将经济管理关系从行政管理关系剥离出来，是我国经济体制改革的基本目标之一，也是经济法调整对象理论的基石。经济管理关系与行政管理关系有相同处和相通处。经济管理关系具有一定的行政管理性质（上下层次性），有时也运用行政方法，但两者有着基本区别。经济管理关系本质上是一种物质利益关系，是对物质利益实体进行管理的关系，必须承认被管理的相对方（经济组织等），是有着自己独立利益的经济实体。在经济管理法律关系中，国家机关和经济组织，都既是权利主体，也是义务主体。国家机关仍然可以发号施令，依法行政，但必须对相对方的经济组织承担义务和责任；经济组织应依法接受领导和管理，但也有权对上级国家机关主张自己的权利，保护自己的利益。这种经济管理关系主要应运用经济手段、法律手段管理，而不能以行政命令为主……这些都不同于行政管理关系。

6. 突破了“法律只调整社会关系（人际关系、外部关系）”的观点，提出“法也调整那些有着共性的和重要意义的经济组织内部关系”的理论。全民所有制工业企业的三个内部条例、《公司法》以及一系列财务、会计规则，都是这一理论的法律依据。在现代社会，国家基于社会利益的需要，必须以法律手段对企业公司的“后院”，进行必要的、直接的管理和监督。这表明法律调整范围的扩大和调整功能的加强。当然，对此应严格限定，不可把企业管死，企业大量的内部关系仍应由其内部章程调整。

7. 提出了“经济法主体”概念，给纵、横、内部各类经济关系中的各种组织以一个统一的主体资格。若能运用于立法，将可能解决现行法律、法规中

许多模糊、疏漏之处,也有助于司法审判中诉讼主体的认定。如《全民所有制工业企业法》及《转机条例》都规定了企业和政府的关系,这是一种纵向经济管理关系。在此种关系中的企业应属何种法律主体,上述法律和法规均未明确。很显然,叫行政法主体不行,叫法人更不可,因为企业不能以法人身份和政府发生关系;叫企业也不可取,因为“企业”不是法律主体概念。再如,《经济合同法》等几个法规定的“其他经济组织”,又属何种法律主体,很显然,它不是法人,但也不是合伙。诸如此类问题甚多,我们的立法不应再这样“模糊”下去!经济法主体涵盖了“内部组织”,这也是对法学理论和法制实践的一个突破。传统理论是根本不承认内部组织有任何主体资格的,但是,从经济法所调整的内部经济理论中已经必然引申出内部组织主体的概念。现行立法实践中将继续会出现这类问题,如两个银行法中的分行、支行,都应属内部组织,法规将会给予它们以统一、明确的规定,只称之为“分支机构”,由银行内部章程调整是不够的,无法满足其地位和活动的需要。

8. 突破了“法只是打官司”的观点。持此狭隘观点的人可能已不多,但我们的法学教育中许多方面仍然突出着这种倾向。法律是要“秋后算账”的,法律也是要为打官司服务的,但这只是法律功能的一部分,随着社会经济的发展,还将可能有所缩小。经济法是天然的法系统工程,其系统调整的思想,将法律调整功能贯穿于经济活动的全过程,在经济纠纷、经济违法事件发生之前即发挥作用。通过管理、监督、引导、指导,确立法律关系,保障依法运行,使经济纠纷和经济违法案件不发生、少发生,这对国家、对社会、对当事人,对有关方面都是有利的。经济法当然也要“治于已然”,但更着重“防于未然”。其实,我们当前正在大力推行的“依法治国”的方针,其重点也不是依法追究,而主要是指导、引导经济关系的依法确立,依法运行。我国的产品质量法不同于西方的产品责任法的重大区别就在于它不是单纯的产品责任追究法,而是将其包括在内的产品质量管理法与产品责任法的统一体。加强质量管理,将产品质量纠纷消灭在其产生之前,这正是我国产品质量法较之西方的产品责任法更为先进的地方。

9. 突破了“法只是确认、巩固已有权益”的观点,将法律调整的功能向前、向未来延伸。经济法是发展之法,是未来之法。经济法体系中的许多部门法都既调整着当前现实的经济关系,确认和保护着当前各类主体的合法权益,也为未来的社会经济发展创造基础条件,保护必要资源,如计划法、基本建设法、产业政策法、可持续发展法等等,经济法的这种功能任何其他法律部门

都不能取代的。我们还可以由此看出，那些主张反垄断法是经济法的核心观点，是没有全面观察经济法体系，没有看到经济法的超前引导功能的。

10. 提出了在传统法学理论中从未提出的“社会责任本位”和“责、权、利、效益相统一”的原则。行政法是以“行政权力本位”，民法是以“个体权利本位”，在它们各自的领域内是正确的。它们在对待国家与企业的关系上是都有侧重的。经济法则以“社会责任本位”。社会责任本位实质上是社会利益本位在法律、法学上的表现。由于在现代社会中，国家在形式上或实质上代表着社会整体，所以经济法绝不忽视国家在现代经济生活中的重要地位，甚至是主导的作用。但也必须看到国家利益（主要表现为政府利益）与社会整体利益并不总是一致的和等同的（特别在资本主义国家，不可能存在统一的整体利益，资产阶级政府在一些方面也代表着社会，但其整体利益更多是体现资产阶级的整体利益）。经济法也绝不漠视企业、公司等经济组织在现代市场经济中的主体地位和基础作用，绝不把企业视为完全被动的附属组织和义务主体，尤其在中国更是如此，中国经济法不能没有企业。在国家与企业的关系上，经济法是既保护它们应有的地位和权益，又限制它们权利（力）的滥用和对对方的侵犯。无论国家机关，还是社会组织；无论它们是处在纵向经济关系中，还是处在横向经济关系时，都应以社会为本，对社会负责，即都要对社会生产力的发展和社会经济效益的提高负责，实现平衡协调共同发展。

经济法还有许多理论问题仍需要继续探讨，只要坚持“解放思想，实事求是”的思想路线方针，中国经济法学还会进一步的繁荣和发展。我们热切希望得到各个法律部门的扶持与帮助。任何一个学科的发展，都是我们国家法律、法学的加强，都是我们民族的光荣和骄傲。

中国经济法学主流学说的方法论反思

陈乃新*

一般而言,经济法研究方法,无非采用如下几种:①溯源型的研究方法,即从历史学、发生学的角度来考察经济法,此方法论一般适用于研究经济法制史;②基础型或基石型的研究方法,这种研究方法是从经济法的一般概念、范畴出发,注重经济法作为部门法对法理的消化能力,它是建立经济法学学科通用的一般方法论;③实证型或分析主义的研究方法,这种方法论是从哲学、经济学、社会学等学科上借用过来的方法论,这种方法论论道为多,论术为少,适合于较为成熟的学科研究。由于经济法学仍处于研究的初级阶段,目前采用这种研究方法的学者甚少,而且,研究的结果甚为质疑。简言之,从时间的脉络上进行切分,经济法研究的方法总体上可归为传统型与现代型两大类。前者主要是1992年我国实行市场经济体制以前所采用的方法,包括调整对象的研究方法,调整手段的方法以及部门定位的划分方法等等;后者则是在此之后所采用的一些方法论。

经济法研究方法论,会因经济法自身的研究客体不同而有较大的差异。比如,研究经济法的基础理论,通常有三种研究路径:第一是从法哲学或法理学的层面来研究,它主要研究经济法的法哲学、经济法的法律思想、经济法的基本概念、范畴、理念等等,这是经济法研究方法论上位阶最高的一种研究范式。第二是从其他各学科或部门法中移植、借鉴的研究方法,如利用民法研究权利的方法来研究经济法的权利系统;从社会学等角度来研究经济法的社会结构系统等。第三是经济法内部的个案研究法,即研究经济法内部存在的法律现象,进行从特殊到一般的“线性”分析。经济法法律制度研究,大多采用的

* 陈乃新,中国计量学院法学院教授,主要从事经济法基础理论、企业法研究。

是其他学科通用的分析制度的方法，如形式主义与反形式主义的方法；个人主义与整体主义方法；理性选择与行为主义方法；演进主义与建构主义方法；自由主义与干预主义方法等等。上述所有的研究方法都可最终归结为本质的研究方法与形式的研究方法两类，后者又是依附于前者而存在。因为通常是在一门学科的质的规定性比较稳定的情况，形式的研究方法才有较大的示范作用。

本质的研究方法论，即首先在弄清“经济法是什么”的本体意义上，才去考虑其他形式的研究方法的应用问题。应当说，对本体论的追问，必须回到物质生活事实中去解答，这才符合马克思主义的唯物主义一元论的思想。这正如恩格斯所指出的那样，“一切社会变迁和政治变革的终极原因，不应当在人们的头脑中，在人们对永恒的真理和正义的日益增进的认识中寻找，而应当在生产方式和交换方式的变更中寻找”。^{〔1〕}

经济法的研究，首要的是必须从发展的角度入手。发展，是任何一个时代的中心和核心问题，不抓住这个问题，我们在经济法基础理论的研究上就很难有所突破。毛泽东曾经说过：“研究任何过程，如果是存在着两个以上矛盾的复杂过程的话，就要用全力找出它的主要矛盾。捉住了这个主要矛盾，一切问题就迎刃而解了。……万千的学问家和实行家，不懂得这种方法，结果如堕烟海，找不到中心，也就找不到解决矛盾的方法。”^{〔2〕}在一定意义上，它是同马克思主义的唯物主义一元论相契合的。

发展的动力是社会生产力，不同的生产方式促使不同的物质利益关系生成，并引起法的更替和法治模式的演进。发展，从利益的角度考察，就是剩余，是增量利益的不断累积。考察人类历史，是剩余的积累推动原始社会的瓦解，家庭、私有制和国家起源。进入个体小生产时代后，剩余又促使社会分工，劳动的分化。从此，社会中人与人之间在生存竞争上的冲突加剧，人与人之间的存量利益关系也日益复杂化。这时，法律作为控制社会的一种有效手段，也不断细化，从刑民不分诸法合体，走向刑民分立，并出现宪法、行政法等新兴法律部门。

社会化大生产的出现导致在人们的存量利益关系身旁产生增量利益关系，这是一种新的物质利益关系，标明的是人们由对单纯的既有物的争夺为主已转化为对利润或剩余的争夺为主。为控制这种新的社会冲突，即剩余权冲突，经

〔1〕《马克思恩格斯选集》（第3卷），人民出版社1972年版，第307页。

〔2〕《毛泽东选集》（第1卷），人民出版社1964年版，第297页。