

法视角下
产品召回制

琚磊／著



中国政法大

软法、
硬法视角下的
产品召回制度研究

琚磊／著



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

软法、硬法视角下的产品召回制度研究/ 璐磊著. —北京: 中国政法大学出版社, 2015. 12

ISBN 978-7-5620-5932-5

I. ①软… II. ①璐… III. ①产品质量—监管制度—法规—研究—中国 IV. ①D923.84

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第288791号

- | | |
|-----|---|
| 书 名 | 软法、硬法视角下的产品召回制度研究
Ruanfa Yingfa Shijiao Xia De Chanpin Zhaohui Zhidu Yanjiu |
| 出版者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮 箱 | fadapress@163.com |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm × 1230mm 1/32 |
| 印 张 | 6.375 |
| 字 数 | 160 千字 |
| 版 次 | 2015 年 12 月第 1 版 |
| 印 次 | 2015 年 12 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 29.00 元 |

序 言 Preface

产品召回是指产品的制造企业在发现其生产、经营的产品中可能存在能导致消费者人身伤害、财产损失的系统性缺陷时，采取的收回、更换、维修、赔偿等积极有效的补救措施以消除其隐患的制度。该制度最早源于美国，因其有效地维护了消费者的合法权益，所以在世界各国得以推广。

“软法”与“硬法”的划分源自西方，后来逐渐被公法领域的学者借鉴、引用。关于软法的定义，可谓众说纷纭，著名的学者罗豪才先生认为：硬法是指那些要依赖国家强制力保障实施的法律规范；而软法是指那些可以有效约束人们的行动，但不直接依赖国家强制力保障实施的行为规则。由此可见，软法、硬法的划分标准在于是否直接依赖国家强制力保障实施。《软法、硬法视角下的产品召回制度研究》一书，就是立足于国内外软法、硬法和产品召回制度研究成果，以一种新的视角来审视产品召回制度，力求找出我国现行的产品召回制度中存在的不足，并针对我国产品召回制度中的不足提出完善建议。因此，《软法、硬法视角下的产品召回制度研究》一书具有完善、规范我国的国家干预，完善产品召回制度，维护消费者的合法

权益，维护公平竞争，促进企业可持续发展的理论意义与实践意义。

此外，本书还具有以下特点：

1. 研究视角的创新。本书从软法、硬法的视角切入，对产品召回制度作深入、系统地研究，就目前而言，我国法学界尚无一篇从软法、硬法视角对产品召回制度作深入系统研究的博士论文或硕士论文问世，在这个意义上，本书是一次“有益”的尝试。

2. 方法上的创新。本书尝试运用法经济学的研究方法来分析比较产品召回制度，法经济学是一门从法与经济学互动的视角研究现实法律的重要学科，同时也是以认识论和方法论的创新为基础的面向新时代的法学研究范式。它在坚持规范性分析思想的指导下，成功地运用了数量分析方法来分析具体的法律问题、法律制度，使得法律分析更具有精确性、科学性、可操作性，从而成为严格意义的科学。本书用法经济学的研究方法来分析比较产品召回制度，并配合从软法、硬法的角度出发对产品召回制度作深入、系统的研究探讨，运用多种方法进行多角度审视并发现我国现行产品召回制度的症结所在，为产品召回制度的完善与变革提出可行的建议。

本书作者琚磊是我在 2009 年招收的经济法学专业的博士研究生，《软法、硬法视角下的产品召回制度研究》一书是琚磊博士在他博士论文的基础上修改而成的。作为本书作者的博士生导师，我非常欣慰地看到并祝贺他付出诸多心血的研究成果即将付梓。诚然，作为初出茅庐的青年，作者在本书中的研究难免存在着不完善甚至是不准确之处，但对一个学术新人而言，这些是可以理解的，也是可以接受的，这也是他在成长中所必

须经历的历练过程。我衷心期待他能够以此为起点，在法学学术研究的道路上百尺竿头，不断进步。是为序。

刘大洪教授

中南财经政法大学法学院博士生导师

2015 年 10 月于武汉

内容简介 Abstract

产品召回制度是指产品制造企业在发现其生产、经营的产品中存在可能导致消费者人身伤害、财产损失的系统性缺陷时,采取的收回、更换、维修、赔偿等积极有效的补救措施以消除其隐患的制度。该制度起源于美国,因其有效地维护了消费者的合法权益,所以,英国、日本、韩国、加拿大等发达国家纷纷引入并加以推广。由中国商务部、国家质量监督检验检疫总局、国家发展改革委员会、海关总署四部委联合发布的,并于2004年10月1日开始实施的《缺陷汽车产品召回管理规定》,标志着产品召回制度开始引入我国。随着产品召回制度的引入,我国学术界展开了对产品召回制度的研究、探讨,虽然国内有众多的关于产品召回制度的研究成果,但这些研究成果多是从传统的角度、观念出发,继续沿用旧模式、旧方法、老套路对产品召回制度进行分析、研究,研究的新意还有待加强。

因此,本书拟用一种新的视角来审视产品召回制度,即立足于国内外软法、硬法和产品召回制度的研究成果,力求找出我国现行的产品召回制度中存在的不足,并为我国产品召回制度的完善进行有益的探索。本书包括五个部分,含导论与正文

四章，具体如下：

导论部分主要介绍了本书的选题背景、选题意义、文献综述、研究方法、本书主要观点与可能存在的创新点。

第一章为软法与硬法的基本界定。本章主要介绍了软法与硬法的概念、特征、缺陷，指出软法与硬法的划分标准在于是否直接依赖国家强制力保障实施。二者各有所长，如果能把二者有机结合起来，软硬兼施、刚柔并济，综合发挥二者之所长，就能有效摆脱“软法过软，硬法过硬”的不利局面，从而实现法律资源配置的帕累托最优。李昌麒先生指出：国家干预和市场机制犹如天平的两端，经济法就如同天平的砝码，始终调节和控制着国家干预和市场机制之间的良性互动。面对政府干预失灵和市场失灵的双重危机，如何正确把握国家干预的度，提高国家干预的效益，以确保市场的正常运转。学者漆多俊和刘大洪认为：实施、提倡诱导性规范或倡导性规范，既能提高国家干预的效益，又能克服双重失灵。这些诱导性规范或提倡性规范实质上就是软法，即软法在经济法中的存在形式，学者程信和称之为“经济软法”。

第二章为产品召回制度的软法、硬法解构。本章首先介绍了产品召回制度的起源、理论基础。至于产品召回制度是属于软法还是硬法，罗豪才先生认为：硬法与软法共同组成的一元多样的立法模式，能实现 $1+1>2$ 的法律效果——如同把两根线拧成一股绳而能够承受更大的力量一样。因此，软硬并举的混合法结构就成为市场经济国家的立法模式，特别是发达国家，无论其属于大陆法系还是英美法系，国家法特别是经济法中，不直接依赖于国家强制力保障实施的提倡性、宣示性、鼓励性规范所占的比重增大，同时，硬法的作用亦不能被取代。软法

与硬法兼容并包，在国家法治建设中相辅相成、相得益彰，因此，产品召回制度可以归入以“软法为主、硬法为辅”的混合法结构模式。在此分析基础上，本章进一步介绍分析了产品召回制度中的软法、硬法，并尝试运用成本效益分析方法比较产品召回制度中软法、硬法各自的优劣。

第三章为产品召回制度的国际比较。本章重点介绍美国的产品召回制度。美国既是产品召回制度发源地，也是世界上产品召回制度最完善的国家，美国的产品召回制度是典型的“软法为主、硬法为辅”的混合法结构模式。从美国产品召回制度的监管模式来看，采取的“自愿召回为主，强制召回为辅”的模式即“软法为主，硬法为辅”的监管模式；从美国产品召回制度的召回方式来观察，主动召回也是美国适用最多的方式，美国创造了其特有的主动召回方式——产品快速召回。产品快速召回方式也叫产品主动召回的简易方式，于1995年由美国消费者安全委员会创立。基于快速召回方式具有的优势，该制度在实践中得到了认可。自1995年8月首创快速召回方式以来，美国消费者安全委员会所监督的产品召回大约有一半是通过快捷方式实现的。虽然软法是美国产品召回制度的主体部分，但硬法的作用也不可忽视。美国的产品召回制度得以顺利实施，在一定程度上依赖于该国的硬法作保障，本章以1999年发生的东芝笔记本电脑事件为例，介绍了美国产品召回制度的硬法部分——惩罚性赔偿、强制召回。此外，本章还介绍了日本与英国产品召回制度的发展历程与实例，并指出各国国情不同，建立产品召回制度的现实基础也各异，故需要结合本国的现实国情及立法基础，再通过对美国产品召回制度的学习、借鉴来构建有本国特色、更能满足本国产品召回实际需要的产品召回

制度。

第四章为我国产品召回制度的现状与完善。本章首先回顾我国产品召回制度的建设历程，然后通过“三鹿毒奶粉”事件指出我国产品召回制度中存在的不足，主要包括两点：一是软法不全；二是硬法不硬。针对我国产品召回制度存在的“软法不全、硬法不硬”的问题，笔者认为，要完善我国产品召回制度，就必须从软法与硬法两个角度出发。从软法的角度出发，就要建立、健全缺陷产品信息收集制度，引进快速召回方式以完善我国的主动召回方式，完善产品召回保险制度。从硬法的角度出发，就要完善强制召回方式，完善产品召回制度中的惩罚性赔偿，强化行政处罚力度。由硬法与软法共同组成的一元多样的立法模式，是市场经济国家产品召回制度的立法模式。软法与硬法兼容并包，相辅相成，相得益彰。这不仅反映在静态的法律结构中，还表现在动态的法律运行中，包含法律的制定、适用、遵守等法律运行过程。

本书的结论有三点：其一，“软法为主、硬法为辅”的混合法结构为当今世界多个国家产品召回制度的发展趋势。其二，因为产品召回制度是“软法为主、硬法为辅”的混合法结构，所以，要完善我国产品召回制度，必须从软法、硬法两个角度着手。其三，立足本国的具体国情，学习、借鉴先进国家产品召回制度，构建更能适应本国产品召回实践的产品召回制度。

目 录 Contents

导 论	1
一、选题的背景	1
二、选题的意义	3
三、文献综述	5
四、本书研究方法	10
五、本书可能的创新点	11
 第一章 软法与硬法的基本界定	12
第一节 软法、硬法的概述	12
一、软法的概念、特征与缺陷	12
二、硬法的概念、特征与不足	19
第二节 软法和硬法的相互关系	21
一、软法与硬法在法律体系中的地位	21
二、软法与硬法的相互作用	21
第三节 软法与硬法在经济法中的作用	23
一、从起源的角度观察	23
二、从价值实现的角度观察	26

第二章 产品召回制度的软法、硬法解构	32
第一节 产品召回概述	32
一、产品召回制度的起源——消费者运动的兴起	32
二、产品召回制度的理论基础	35
三、产品召回制度的性质	42
四、产品召回的主体	47
五、产品召回的客体	56
六、产品召回的监管模式	72
七、产品召回制度与相关制度的区别	76
第二节 产品召回制度中的软法	79
一、企业或社会团体建立的缺陷产品信息收集制度	79
二、产品主动召回	82
三、产品召回保险制度	93
第三节 产品召回制度中的硬法	95
一、强制召回	95
二、惩罚性赔偿	98
三、行政处罚	104
第四节 产品召回制度中软法与硬法的成本效益比较分析 ——以主动召回和强制召回为例	109
一、成本效益分析方法概述	109
二、主动召回和强制召回的成本效益分析	114
第三章 产品召回制度的国际比较	125
第一节 美国产品召回制度	125
一、美国产品召回制度概述	125
二、美国产品召回制度中的软法及适用实例	128
三、美国产品召回制度中的硬法及适用实例	131

四、对美国产品召回制度的评析	139
第二节 日本产品召回制度	141
一、日本产品召回制度的发展历程	141
二、日本产品召回制度中的软法及适用实例	142
三、日本产品召回制度中的硬法及适用实例	142
四、对日本产品召回制度的评析	144
第三节 英国产品召回制度	145
一、英国产品召回制度的内容与特征	146
二、英国产品召回制度中的软法及适用实例	148
三、英国产品召回制度中的硬法及适用实例	149
第四节 经验与启示	150
一、“软法为主，硬法为辅”是各国产品召回制度的 基本特征	150
二、硬法在产品召回制度中的作用	151
三、产品召回制度的建设路径	151
 第四章 我国产品召回制度的现状与完善	153
第一节 我国产品召回制度的现状与不足	153
一、我国产品召回制度的现状	153
二、我国产品召回制度存在的问题 软法不全，硬法不硬	157
第二节 产品召回制度中软法的完善	163
一、建立健全以企业与社会团体为主导的缺陷产品信息 收集制度	164
二、引进快速召回方式，完善主动召回	166
三、完善我国产品召回保险制度	170
第三节 产品召回制度中硬法的完善	173

◆ 软法、硬法视角下的产品召回制度研究

一、完善我国的强制召回	173
二、完善产品召回制度中的惩罚性赔偿	176
三、完善行政处罚	179
结 论	181
参考文献	184

导 论

一、选题的背景

“软法”与“硬法”的划分源自西方，后来逐渐被公法领域的学者借鉴、引用。关于软法的定义，可谓众说纷纭，西方学者 Francis Snyder 将软法定义为：软法是原则上没有法律的约束力但有实际效力的行为规则。^{〔1〕}而国内著名的学者罗豪才先生认为：硬法是指那些要直接依赖国家强制力保障实施的法律规范；而软法指那些可以有效约束人们的行动，但不直接依赖国家强制力保障实施的行为规则。由此可见，软法、硬法的划分标准在于是否直接依赖国家强制力保障实施。虽然软法的概念出现较晚，但在实际运用中，软法早已普遍存在，特别是在以确认和保障国家对经济干预的经济法中，产品召回制度就是国家干预软法化的一个具体体现。虽然国内有众多的关于产品召回制度的文献，其中硕士论文就有 126 篇（在知网上搜索，时间截至 2013 年 3 月 10 日），但其中并无一篇从软法、硬法的角度出发，对产品召回制度进行系统、深入的分析、研究。因此，本书的选题，就是立足于国内外软法、硬法和产

〔1〕 罗豪才等：《软法与公共治理》，北京大学出版社 2006 年版，第 6 页。

品召回制度的研究成果,以一种新的视角来审视产品召回制度,力求找出我国现行的产品召回制度中存在的不足,并针对我国产品召回制度中的不足提出完善建议。

产品召回制度是指产品的制造企业在发现其生产、经营的产品中可能存在导致消费者人身伤害、财产损失的系统性缺陷时而采取的收回、更换、维修、赔偿等积极有效的补救措施以消除其隐患的制度。该制度最早源于美国,因其有效地维护了消费者的合法权益,所以,欧盟、日本、韩国、加拿大等发达国家纷纷引入并推广。产品召回有两种方式:①主动召回方式,即制造商直接获取或通过消费者获取其产品可能存在系统性缺陷的信息后,主动向主管机构报告,并主动将产品予以召回的方式。②强制召回方式,当召回主管机构获取产品存在系统性缺陷的信息后,并且产品制造商也知悉其产品存在缺陷却没有主动召回前提下,主管机构依照法定的职权与程序责令产品的生产商、销售商召回产品的方式。依照是否直接依赖国家强制力保障实施的软法硬法划分标准,主动召回可以划入软法行列,强制召回可以划入硬法行列。关于两种召回方式在产品召回制度中的地位,从众多国家的召回实践来看,主动召回是最主要的形式。王利明先生认为:“主动召回越多,产品召回制度就越有效,仅仅依靠政府的强制来实施召回是不够的,毕竟政府的监管资源具有有限性,不可能发现所有的缺陷产品,而且强制召回模式的监管成本较高,所以大量的召回还是应当通过主动召回的形式进行,即以主动召回为主,强制召回为辅。”^[1]换言之,产品召回制度是以“软法为主、硬法为辅”的混合法体制。因此,要完善我国的产品召回制度,就必须从产品召回制度的混合法性性质这一实际出发。

[1] 王利明:“关于完善我国缺陷产品召回制度的若干问题”,载《法学家》2008年第2期。

二、选题的意义

(一) 完善、规范我国的国家干预

市场经济的最大特征就是市场在资源配置中起到基础性作用，市场作为一种有效的资源配置方式，能充分激发市场主体创造、获取财富的积极性，不断改进生产技术，加强经营管理以不断提高经济效益，从而使得有限的市场资源通过市场这只“无形的手”得到有效配置。唯有因市场自身的缺陷，使得市场机制在资源配置方面出现低效甚至无效的情形即“市场失灵”时，政府才能介入、干预市场，用“有形之手”克服“无形之手”的不足，使得市场资源重新得到有效配置。当然，政府的干预，特别是对某些领域的干预，并不见得一定有效，相反，可能政府的干预比不干预的效果更差，这就是经济学上的“政府失灵”现象。而政府失灵在很大程度上可以归结于政府过多地使用硬法进行干预。

因此，改革我国政府现行干预方法，在尊重市场在资源配置中基础性作用前提下，更多地使用软法以克服政府不当干预而导致的“政府失灵”现象，从而有利于我国社会主义市场经济体制的完善和发展，这正是本书选题的首要意义。产品召回制度，是“市场失灵”时国家介入市场的产物，要发挥其积极作用，必须避免过多地使用硬法进行干预导致“政府失灵”，因此要多提倡以主动召回为代表的软法。

(二) 完善产品召回制度，维护消费者的合法权益

经济法以“维护消费者福利”为圭臬，力求确立公平的市场游戏规则。因此，维护消费者的合法权益应当成为经济法的根本宗旨之一。要维护消费者的合法权益，首先要尊重和维护消费者的人身权益与财产权益。消费者的人身权益与财产权益是任何人、任何企业都不能侵犯的基本权利，侵犯了这种权益，在某种程度上算是一种反社会的暴行。在激烈的市场竞争中，一些企业为了获取市场竞