

杨国华 著

法里法外

清華法學文叢



清華



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

清
華
法
學
文
叢

法里法外

杨国华 著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法里法外:清华大学法学院文集 / 杨国华著. —
北京:法律出版社,2015.6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7994 - 3

I. ①法… II. ①杨… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 114765 号

法里法外

——清华大学法学院文集

杨国华 著

责任编辑 黄倩倩

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 23.25 字数 364 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7994 - 3

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



清华大学法学院复建二十周年

杨国华

清华大学法学院教授，开设“WTO中国案例研究”（本科生）、“中美经贸关系中的法律问题”（研究生）和“中国经济与法律制度：WTO中国案例的视角”（留学生，全英文）等课程。开设全校公选人文素质教育课“清华学”。

专业研究领域涉及WTO理论与实践、WTO争端解决机制、WTO案例、中美知识产权、中美经贸关系等。提出“WTO是模范国际法”和“WTO对中国法治建设产生了积极作用”等学术观点。从事广泛的教学活动，曾在10余所大学授课或讲座。创造了“讨论式教学法”。提出了“清华学”的概念。

访问过20余个国家和地区。编写《行色匆匆》（游记）、《论语人生》（读《论语心得》）、《夜问红楼：中国人的为人处世之道》《圣经简明读本》《亚里士多德轻松阅读》和《美国纪事》等著作。爱读古希腊文学和英国文学。爱听古典音乐。

中国法学会世界贸易组织法研究会常务副会长。中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。Journal of World Trade编委。曾任商务部条约法律司副司长和中国驻美国大使馆知识产权专员。1999年9月，被北京市法学会评选为“优秀中青年法学家”。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 复建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932 年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这 20 年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到 2014 年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20 年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这 20 年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育 20 年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对 21 世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015 年 5 月 5 日

于清华园明理楼

前 言

编“自选集”，是一件开心而又羞愧的事情。

开心，是能够借此机会回顾这些年走过的写作之路。每一篇文章，从创意的产生，到思路的酝酿，到资料的收集，到端坐在电脑前将思想一键一键地敲成文字，期间都有很多故事，那些只有作者本人才知道的故事。当一篇篇旧文再次呈现在电脑屏幕上，那些故事也活灵活现起来，向作者招手，令作者微笑。为了让读者也了解一点“内情”，对作者报以“同情之理解”（陈寅恪语），我在一些文章脚注中，加上了一点背景说明。

羞愧，是因为现在看起来，没有一篇文章是令作者完全满意的。事实上，每篇文章完成之际，也即作者不满意之时，总觉得还有什么地方没有写到，什么地方没有写好，而到了编选文集的时候，这种不满意就更加严重了：如此拙作，何以示人？然而，写作毕竟是一时思想的凝固，反映了当时的心情和想法。也就是说，在当时的情况下，也许这就是能写出的最好的文字了。此外，现在虽然能够对当初的文章评头论足，说三道四，但是并不意味着现在就能够写出更好的文字，因为写作还有激情的作用，时过境迁，未必能够再现当时的心境。因此，编选文集，不是，也不应该重新撰写。是什么样就什么样吧，反正这是一些真实的记录。当然，这并不妨碍我在脚注中记录一点此刻的“点评”，因为这些都是此时此刻的真实想法，应该与读者分享。

因此，在开心与羞愧交织的心情中编选文集，就是选择那些有意义的、写得好的旧文。至于什么是“有意义”、什么是“写得好”，则完全是作者的主观臆断了。在上述脚注中，我会刻意加一点说明。此外，作者自己的经历，可能在判断的过程中起着一定作用。

1996年，我从北京大学获得法学博士学位，来到被称为“经济外交部”的

外经贸部工作,一干就是18年。中央国家机关,经常代表中国参加国际会议和谈判,在这样的岗位上,“高屋建瓴”、“见多识广”,难免会有“一览众山小”的狂妄,因此,我的文字中,经常开口闭口都是“中国”怎么怎么样。文集中,大家会看到这些“宏观”的文章。

然而,我具体工作的条约法律司,却又是一个法律专业部门,专业到代表国家出庭打官司。对于每一个WTO案件,我都会与同事和中外律师研究每一个法律点,制定每一步诉讼策略。因此,我的文字中,有很多都是关于具体案例研究的。文集中,大家会看到这些“微观”的文章,常常是“咬文嚼字”、“纠缠不休”。

此外,我参加过中国加入WTO谈判,在中国驻美国大使馆担任过外交官,长期负责WTO诉讼和中外知识产权合作,访问过几十个国家,中国国际航空公司飞行里程已经相当于绕赤道25周,爱好广泛,读书庞杂,酷爱教学……这些经历,都或多或少地反映在文集的篇篇文字中。

我是幸运的,能够在中国最好的大学读书,能够在中国最高的平台工作,能够从事中国最为前沿的法律实践,现在又能够与中国最优秀的年轻人相处。我的“专业”领域似乎可以分为三个方面:WTO研究,知识产权工作,教学法探索,文集的顺序也是如此排列的。文集取名“法里法外”,是因为收集了少量的“非专业”文字。我认为这些文字也“有意义”、“写得好”,并且这些文字的形成过程,对于我写作“专业”文章大有裨益。

我热爱写作。写作能记录思想,深化认知。写作还能交流思想,“与人乐乐”。但是我也深知学无止境,写亦无止境。唯愿下一次编“自选集”,能够多一点开心,少一点羞愧。

2015年1月14日 于清华园

目 录

WTO 文选

序言集	003
案例	023
启示	071
实战	085
乐园	103

知识产权文选

综述	127
随笔	180

教学论文选

实录	189
评析	212
其他	287

其 他 文 选

人生	303
文学	325
哲学	339
清华	347

WTO 文选

序 言 集

目 次

新年感怀:WTO 的未来

《WTO 中国案件评析》前言

《WTO 的理念》前言

让法律活起来——WTO 案例在法学教育中的作用(《WTO 中国案例精选》代前言)

一座法律教学与研究的宝库——《世界贸易组织法律与实务教学研究文丛》总序

案例教学法的实践——《探索 WTO》前言

好书自评——评《探索 WTO》(二)

《WTO 与中国:法治的发展与互动》序

影响——《入世十年 法治中国》(纪念中国加入世界贸易组织十周年系列访谈录)前言

新年感怀:WTO 的未来^①

“WTO 的未来”,是当今一个热门话题。新回合谈判裹足不前,自贸区谈判热闹非凡,促使人们思考一个问题:WTO 的未来将会怎样? WTO 是否已

^① 本文作于 2015 年 1 月 1 日。此前,我参加了一些研讨会,发现学者、在校学生和政府官员等涉及 WTO 教学研究和实务工作的“圈内人”普遍关心“WTO 的未来”这一话题。事实上,这也是国际上的一个热门话题。在辞旧迎新及 WTO 成立二十周年之际写这篇短文,是想表达一下自己对这一问题的基本看法。

经衰落,甚至已经“死亡”?

人们关心这个问题,理所当然,因为 WTO 的未来,事关世界经济的发展,事关世界和平的长远。然而,人们关心这个问题,却应该有理性的角度和前瞻的眼光。

理性的角度,是指思考这个问题,先要正确认识 WTO 的现状。WTO 在占 98% 世界贸易量的 161 个经济体间建立了一种秩序,即由货物贸易、服务贸易和知识产权等一系列协议所组成的国际贸易规则,涉及最惠国待遇、国民待遇、透明度和约束关税等基本制度;通过贸易政策审议机制对规则实施进行的监督;以及争议的有效解决。这种由规则、监督和争端解决机制所建立的秩序,成为促进世界经济发展和世界和平进步的重要因素。试想一下,如果没有 WTO,我们的世界将会怎样?例如,在 2008 年全球金融危机的情况下,如果没有 WTO 的规则约束,各国势必纷纷自保,提高关税,限制进口,歧视外国产品,采取内部措施。那么,谁也不敢保证,不会出现 20 世纪 30 年代的世界经济大萧条,甚至进而演变成世界大战的情况。

因此,理性的角度,是指思考 WTO 的未来,不能忘了 WTO 在建立和维护经济秩序方面仍然在发挥至关重要、不可或缺的作用。换句话说,思考这个问题,要经常问问“如果没有 WTO,世界将会怎样”这个问题。我们的思维方式中,可能经常会出现本末倒置这样的误区。以 WTO 为例,也许新回合谈判所要做的事情,只是国际贸易这个领域中 20% 的事情,而 80% 的制度已经建立。也就是说,即使没有新回合谈判的成果,大家维护好现有体制,也是意义重大的。

当然,理性的角度,不是对现有体制的弊端视而不见、无动于衷,更不是满足现状、不思进取。相反,新回合所要做到的,正是要在完善制度和“开疆拓土”方面有所作为。不断完善和不断开拓,能够使得 WTO 的“明天会更好”,但是一时没有进展,并不能说明“今天很糟糕”。理性的角度是,在此过程中,不仅要正确认识现状,而且要正确看待进展。

一时在新领域中沒有重要进展就悲观失望,甚至要抛弃现有体制,不仅不是明智之举,而且是急功近利、目光短浅的。试看《贸易便利化协议》的达成,不就反映了各国对 WTO 的期待和信心吗?试想自贸区的未来将会怎样?同样一些国家,基于贸易自由化的理念,先在小集团中形成比 WTO 更

为优惠的安排,将来若干小集团之间,势必要组成几个大集团,然后几个大集团必然要回归 WTO,因为只有这样,大家的利益才能最大化。自贸区和 WTO 并非竞争关系,而是互补关系——同样一些国家分别在小范围和大范围进行谈判,必然是殊途同归,而自贸区之间的协调与融合,必然要回到 WTO 这个多边平台。

再强调一句,所谓“理性的角度,前瞻的眼光”,并非说 WTO 可以无所作为、坐享其成。相反,人们的思考和关心,恰恰会促进 WTO 的改革和完善。自贸区的兴旺发达,必然会触发 WTO 创新的思路,如先谈一些“诸边”协议,即部分成员间的协议;致力于自贸区的整合,包括从现有自贸区协议中提取“公约数”形成专门的协议,等等。然而,如果用“理性的角度,前瞻的眼光”看待“WTO 的未来”这个问题,就会立足于维护现有秩序,着眼于制度的完善,“开拓进取、求实创新”,对 WTO 的未来充满希望!

《WTO 中国案件评析》^②前言

收集在本书中的文字,是十二年来我从事 WTO 争端解决工作的记录。

这些案件,大部分都是我参与办理的。每个案件,从磋商到专家组到上诉机构到执行,一般要用两年多时间。在这段时间里,我与同事们研究案件中的法律问题,去日内瓦开庭,然后协调案件的执行,有许许多多的感想。我总觉得,作为从事这项工作的第一代人,有责任让更多人了解这样一个过程。这毕竟是中国开始使用法律手段解决国际争端的初步尝试,我们的心路历程,甚至我们的工作流程,都应该尽量公之于众,这样才能得到大家的理解和支持,也才有可能产生更大的借鉴意义。本书附录的“随笔”,就是部分感想。

每当专家组报告或上诉机构报告发布,我都要花十几个小时通读,然后再用十几个小时写作案件中的重点法律问题概要。对我个人来说,写完了概

^② 《WTO 中国案例评析》,知识产权出版社 2015 年版。本书是我参与策划的中国法学会世界贸易组织法研究会庆祝世界贸易组织成立二十周年“WTO 法与中国研究丛书”中的一本。丛书共 7 本,还有一本是我主编的著作:《我们在 WTO 打官司:参加 WTO 听证会随笔集》。本文写于 2014 年 2 月 27 日。