

国际经济法律规范的可移植性与国家经济安全的相关性研究

——以WTO法为例

孔庆江 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

本书为教育部人文社会科学重点研究基地——武汉大学国际法研究所重点项目
“国际经济法律规范的可移植性与国家经济安全的相关性研究——以WTO法为例”
的最终成果

国际经济法律规范的 可移植性与国家经济安全的 相关性研究

——以WTO法为例

孔庆江 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际经济法律规范的可移植性与国家经济安全的相关性研究:以WTO法为例/孔庆江著. —武汉:武汉大学出版社,2016.4
ISBN 978-7-307-11784-6

I. 国… II. 孔… III. ①国际经济法—研究 ②经济—国家安全—研究—中国 IV. ①D996 ②F123

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 013297 号

责任编辑:胡 荣 责任校对:李孟潇 版式设计:马 佳

出版发行: **武汉大学出版社** (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 9.5 字数: 135 千字

版次: 2016 年 4 月第 1 版 2016 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-11784-6 定价: 22.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

前 言

市场经济的发展，呼唤着以 WTO 法为代表的国际经济法律规范移植。这里，WTO 法的移植，可视为以 WTO 多边贸易协议的法律规范和 WTO 法一般原则为基础展开的制度建设（包括市场经济体制建设和法治建设）；国家经济安全可以理解为受外来因素影响下的国家经济发展的可持续性以及政府为实现其经济发展目标所具有的资源调动和决策能力。经济发展的可持续性取决于经济发展模式的转变；增强“国家能力”，意味着容许政府调动资源，发展经济，摆脱利益集团的俘虏，做出必要的决策。但维护国家安全不能从增强国家能力出发，如果以为维护国家经济安全仅仅视为增强“国家能力”，就意味着其有不受约束的干预市场权力，就会破坏市场经济体制，就会对国家安全造成长远的不良影响。移植 WTO 法，有助于市场经济体制建设，有助于经济发展模式的转变，有助于约束政府权力的法治建设，从而有助于国家经济安全和实现经济可持续发展的目标。

本书从理论、规则和对策三个方面系统地研究了国际经济法律规范的可移植性、国际经济法律规范移植与中国国家经济安全之间的关系。本书第一部分研究国际经济规范的可移植性，分两章：第一章讨论法律规范的可移植性的理论框架和实证，第二章阐释国际经济法律规范的范围及其可移植性。鉴于 WTO 法移植与本报告主题的直接相关性，第二部分着力考察 WTO 法可移植性，分两章：第三章 WTO 法的界定及其理解，第四章讨论 WTO 法的移植。第三部分展开 WTO 移植与中国国家经济安全的理论分析，其中，第五章为国家经济安全的理论与实证分析，第六章 WTO 法移植所涉及的国家经济安全问题分析。第四部分（第七章）阐述 WTO 体制下中国应对国家经济安全问题的法律路径。

目 录

第一部分

第一章 法律规范的可移植性.....	3
第二章 国际经济法律规范的可移植性.....	8
一、国际经济法律规范的移植：概念厘清.....	8
（一）私法性质的国际经济法律规范的移植	9
（二）公法性质的国际经济法律规范的移植	12
二、条约型国际经济法律规范的移植	12
（一）有约束力的国际条约下的移植	15
（二）无约束力的国际条约下的移植	19
三、国际条约法律规范移植在中国	23
（一）法律规范移植在中国	23
（二）中国移植国际条约法律规范的实践	25
四、国际条约移植中的问题	28
（一）强制性制度变迁的缺陷	28
（二）法律移植本身的困境	30
五、中国移植国际经济法律规范的应有态度	31

第二部分

第三章 WTO 法的界定及其理解	35
一、WTO 法的界定	35
（一）理解 WTO 法：基本含义	35

(二) 狭义的 WTO 法——多边贸易协议	37
(三) WTO 与全球一体化	40
二、WTO 法的一般原则	45
(一) WTO 法一般原则的界定	45
(二) WTO 法一般原则的经济学基础	55
(三) WTO 法一般原则的理论准备与实践突破	59
 第四章 WTO 法的移植	62
一、WTO 法移植的理由	62
二、WTO 多边贸易协议在国内法上的移植	69
三、中国移植 WTO 法的实践	73
(一) WTO 下中国市场经济体制建设的实践	73
(二) 在若干具体领域的 WTO 法移植	76
四、关于中国移植 WTO 法的若干问题的反思	95
 第三部分	
 第五章 国家经济安全的理论与实证分析	105
一、经济全球化进程中的国家经济安全及其管控	105
(一) 经济全球化进程中的国家经济安全的概念	105
(二) 国家经济安全的管控内容	113
二、国家经济安全的类型分析	115
(一) 中长期的、全面的国家经济安全风险	115
(二) 短期的、个案基础上的国家经济安全风险	117
 第六章 WTO 法移植所涉及的国家经济安全问题分析	120
一、WTO 法移植语境中的国家经济安全问题的原因： 强制性制度变迁	120
二、WTO 法移植的国家经济安全问题	122
(一) WTO 法移植的国家经济安全问题 ——宏观层面的分析	123

(二) WTO 法的一般原则移植与国家经济安全问题 ——中观层面的分析	126
(三) WTO 体系内的制度移植与国家经济安全问题 ——微观层面的分析	129

第四部分

第七章 WTO 体制下中国应对国家经济安全问题的 法律路径	135
结束语	138
参考文献	139
后记	145

第一部分

第一章 法律规范的可移植性

本章审视了在比较法文献中关于将法律从一个法律制度移植到另一个法律制度的理论，包括是否可以移植和如果可移植的话在怎样的条件下可以移植的争论。本章的目的是为研究国际经济法律规范可移植性特别是研究中国成功移植 WTO 法律和制度的潜力提供一个坚实的概念性框架。

一个法域何时要发展本土法律，而何时移植其他法域的法律？到底什么是政府发展本土法律或移植他国法律的动机呢？究竟是什么促成法律改革路径选择的成功或失败？

法律能否从一个法律制度移植到另一个法律制度是比较法关心的一个核心问题。有关法律移植的争论最早起源于沃森 (Watson)，他强力主张法律移植的可行性。按照沃森的观点，法律移植的合宜性和现实性是比较法的精髓，使一国法律制度得以从借鉴中完善。他认为在实践中法律移植是普遍的，借鉴是西方世界法律发展的通常方式；他还认为法律规范的移植是在社会上简便易行 (socially easy) 的。^① 沃森认为法律有别于其他社会制度，在相当程度上拥有属于自己的生命和活力。他也承认，某些因素也可在移植过程中发挥作用，如来自社会的某些人或某些群体的反对或施加的压力，与一个法律体系基于共享的语言和基于经验对被移植的法律所属体系的可接受性。但是，归根结底，移植法律能否成功取

^① See Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press Second Edition 1993, p. 95. See also Alan Watson, *Comparative Law and Legal Change*, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 37, 1978, p. 313.

决于移植国对外来规范的意愿。

沃森之后，出现了众多纷纭的观点，其中不乏对沃森的批评。卡恩·弗洛伊德（Kahn-Freund）主张存在法律的可移植性问题，即外来的法律在被移植的环境里存活的机会或被排异的风险取决于多种因素，比如地理、经济、社会因素特别是政治因素。卡恩将法律制度区分为“植根于文化传统中的”和“与社会文化绝缘的”两类，而且还将它们沿着一个从移植相对容易的“机械性”的（mechanical）到移植相对困难的“有机性”（organic）的谱系加以排列，这里的“有机性”则是指法律与社会之间存在着一种“选择性的联系”（selective connectivity）。法律制度在整体意义上不再与社会与文化的网络交织在一起，现代法律与文化之间的相互依赖主要集中于政治。因此，有机性的法律移植主要依赖于它们与相关社会的特殊权力结构之间的相互锁定关系。卡恩·弗洛伊德认为在过去200年里与其他因素相比，政治上考虑的重要性大大增加，比如共产主义国家与非共产主义国家，专制国家与民主国家之间的区别构成了对法律移植的极大的障碍。最重要的是，有组织的利益集团，如大企业、工会、文化和宗教团体发挥的作用对法律移植影响至伟。在卡恩·弗洛伊德看来，法律规范的可移植性并不是当然的，使用外来的法律规范或体制都蕴含着被排异的风险，知道外来法律的社会语境特别是政治语境对于法律移植而言至关重要。^①

勒格兰（Legrand）则走上另一个极端，勒格兰主张在终极的理论意义上，法律是不能移植的，因为法律规范是无法在承载不同历史、文化的法域之间穿越的。^② 勒格兰认为沃森关于法律是独立于其他社会制度，因而法律移植是社会上简便易行的观点是经不起检验的。

特布纳（Teubner）则对法律移植的概念进行精炼，提出了自

^① Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, *The Modern Law Review*, Vol. 37, 1974, p. 27.

^② Pierre Legrand, *The Impossibility of "Legal Transplants"*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 4, 1997, pp. 111-114.

己的法律刺激说，他一方面批评勒格兰的观点仅着眼于文化对法律移植的影响，太褊狭，完全无视文化和其他话语体系之间的区别，也无视成功的法律移植已经出现的事实；另一方面，特布纳同意沃森关于法律移植是法律变革的一大渊源的观点，但反对沃森贬低法律移植过程中的环境的相关性。^① 借用特布纳的话：“如果人们想了解法律移植的动态，就必须分析来自文化和社会的压力。”^② 特布纳发展了卡恩·弗洛伊德关于法律和政治权力结构的相互联系说，分析了法律与其他社会制度的紧密联系。他首先提出了法律与社会之间存在的“连带安排”（binding arrangements），认为法律不再与社会整体相联系，而是与社会不同部分（diverse fragments）相联系。现代的法律不再是社会与文化的表达，即社会不再以民族、语言、文化和社会的整体这种不可捉摸的形式呈现于法律之中，现代的法律通常只关涉到社会的若干具体情势以及不同的社会“切面”。特布纳进一步指出，这里就存在着一个关于法律移植的暗示。某些法律制度与特定社会的政治文化之间的联系是如此紧密，以至于对它们进行移植必须伴随有深刻的政治制度的变迁，才能使其在新的社会环境中良性运行。其他法律制度，尤其是私法制度与政治之间的联系相对松散，但却与经济秩序密切结合在一起。概括而言，特布纳认为，法律移植的难易取决于法律与其社会环境之间的关联程度。法律移植可能成为一个“法律刺激体”，即法律移植在新的环境中会产生双重效果：在对法律进行移植的同时也实现了对法律与社会之间的连带安排的移植，而这取决于法律与社会之间的联系是松散还是紧密。

与前述观点相呼应，在中国学界也基本形成法律移植的话语体系。流行的观点是中国的法律移植应该放到通过法律继受/移植的

① G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, *The Modern Law Review*, Vol. 61, 1998, pp. 14-17.

② G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, *The Modern Law Review*, Vol. 61, 1998, p. 16.

方式实现法律的变迁与社会转型的背景下研究。根据笔者的梳理,大致有四种研究范式:第一种是接续或者利用汤因比的“挑战—应战(challenge-response)说”和费正清的“刺激—反应(impact-response)论”,认为中国社会转型其实是由于外力强迫的现代化过程,中国内部不存在现代化的动因,需要引入原生现代化国家的制度、规则与理念,使得中国的现代化进程能够相对缩短,这种方式的极端表达就是全盘西化理论,这种理论是大部分法律移植论者的论证前提,我们可以说是“后发性现代化”的法律移植理论;根据这种理论,近现代以后,随着社会生产力的提高,科技的发达,世界日益一体化,国与国之间的交往变得容易和频繁。在这种情况下,在生产力发展方向日趋一致和经济日益全球化的前提下,以符合本国发展方向的他国法律作为自己国家法律的基干,来构建法律体系,不仅是可能的,也是必要的。换句话说,既然市场经济发达国家今天的经济制度可以是正在确立或试图确立市场经济国家明天的经济制度,那么,为什么不可以将它们今天的法律作为我们明天的法律移植过来呢?第二种范式是一种文化传播论者,近代中国问题是在中西方两种文化相互碰撞的情况下发生的,在强势的西方文化的影响之下,中国不得不接受一些西方的制度和规则。换言之,国家间发展的不平衡决定了法律移植的必要性,同一时期不同的国家往往经济发展不平衡,他们或处于不同的社会形态,或处于同一形态的不同发展阶段。相对落后的国家为了赶上先进国家,加强法律制度现代化进程,必须大量移植发达国家的法律。历史证明,这是落后国家加速发展的必由之路。第三种范式是合法性重构的模式,认为中国近代以来的法律移植是一种合法性重构的过程。第四种范式是本土资源论者^①,这一种范式强调法律的不可移植性,借用孟德斯鸠和德国历史法学派的理论来论证在文化多元的背景之下法律移植的困境,或者说移植失败的可能性或必然性。

根据上述国外、国内不同学者关于法律移植的理论阐释,我们

^① 参见朱苏力著:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版。

基本可引出关于法律规范移植的一个基本面向的结论，即法律移植是指移植方在鉴别、认同、调适、整合的基础上，引进、吸收、采纳、摄取、同化其他法域的法律规范，使之成为本国法律体系的有机组成部分，为本国所用。法律规范移植则反映一个国家对同时代其他法律制度的吸收和借鉴，法律规范的移植以供体（被移植的法）和受体（接受移植的法）之间存在着共同性，受同一规律的支配，互不排斥，可互相吸纳为前提。

法律规范移植还有第二个面向，可从西方国家在发展中国家和转型国家推广其法律得以呈现，即法律的主动输出。早在 20 世纪 60 年代，美国等西方国家就开展了“法律与发展”项目，其主要目的是向发展中国家输出法律，影响其法律发展的方向和法律改革的进程。实际上，这在很大程度上是美国和西方国家法律的全球化。这种法律移植涉及的也是自上而下的法律移植。这种“全球法”对于主权国家的强制效力要弱一些，国家对于是否移植它们享有很大程度的自主权。

第二章 国际经济法律规范的可移植性

一、国际经济法律规范的移植：概念厘清

如前所述，对于法律移植的问题已经有很多的探讨，但是值得注意的是，目前对于法律移植的研究重点还是移植外国法^①，较少涉及对于国际经济法律规范体系的系统移植。而从历史来看，国际法学及从国际法学延伸出来的国际经济法学，传统上并不关注法律规范的移植。但全球化及其伴随而来的法律全球化，改变了这种范式。在一定程度上，全球化是一个将法律逐渐脱离其本来从属于国家主权的进程。换言之，全球公民社会中的主体包括跨国公司、非政府组织与新闻媒体，它们将会不断地创设出介于国际法与国内法之间的“无国界的法律”，进而产生法律的“非国家化”(de-nationalization)现象，即“国际法国内化”。^②因此，探讨国际经济法律规范的移植对于现当代中国市场经济体制建设和法治建设将会具有重要意义。本章立论上的一个出发点是：国际经济法规范的可移植性体现在国际经济法规范能否在国内成为有拘束力的法律规范，如何成为国内有拘束力的法律规范的过程中。

① 相关研究成果参见何勤华主编《法的移植与法的本土化》，法律出版社2001年版。贺航洲：《论法律移植与经济法制建设》，载《中国法学》1992年第5期。沈宗灵：《论法律移植与比较法学》，载《外国法译评》1995年第1期。

② 参见王贵国：《经济全球化与中国法制兴革的取向》，载《国际经济法论丛》第3卷，法律出版社2000年版，第1~14页。

从移植的必要性看,国际经济法律规范移植有如下三大必要性:

1. 市场经济的发展和国际统一大市场的形成决定了法律移植的必要性

虽然当今世界还存在着不同的社会制度,但市场经济的基本原则是相同的。法律移植有助于减少不同国家之间的法律抵触和冲突,降低法律适用上的成本,可为长期、稳定、高效的经济技术合作创造良好的法律环境。

2. 国际经济交往规则的统一决定了法律移植的必要性

伴随着国际贸易的日益频繁,越来越多来自不同文化传统、实行不同法律制度国家的人们都加入到国际经济交往的游戏中来,这就必然要求在游戏规则上的统一,而这种规则的统一不仅是法律全球化的重要组成部分,也决定了法律移植的必要性。

3. 对环境、安全等共同问题的关注决定了法律移植的必要性

环境问题和安全问题单靠各国的国内立法是难以解决的,国际合作是保护人类环境与安全的必由之路,而国际法尤其是国际条约则是保证国际合作取得成功的必要基础。许多国家通过缔结条约或加入这些条约组织,使条约内容成为国内法的组成部分,从而达到与国际协调一致的目的。

国际经济法律规范移植的范围包括私法性质的国际经济法律规范和公法性质的国际经济法律规范的移植。下面分别就私法性质的国际经济法律规范和公法性质的国际经济法律规范的移植,分述之。

(一) 私法性质的国际经济法律规范的移植

私法性质的国际经济法律规范的移植,可从所谓新商人法的兴起窥视其一个面向。

随着市场经济体制在生产过程中发挥更大的作用,法律规范私人生产的范围扩大。早在中世纪后期,伴随着商业的复兴,西欧就出现了跨国的商人法。商人以城市为居住地从事跨国贸易,在借鉴罗马法和商事习惯法的基础上形成了商人法,并组成了自己的商事

法庭。但是随着民族国家的建立，商人法相继被统一到国家的法律体系之中，成为国家法律的组成部分。至 20 世纪后期，跨国商事活动迅速增加，跨国企业的数量、规模及其在世界商业活动的重要性都远远超过历史任何时期，而主权国家的法律不适合规范跨国企业的商事活动，国家的和国际的争议解决机制也不适于跨国商事争议的解决。因此，跨国企业便在商业实践中形成了新商人法。这种新商人法有别于国内法和国际法，是一种“自我合法化”的法律，它不依赖国内法或国际法和传统的法院，是一种“自我繁衍”和“自我发展”的法律制度。新商人法的有效性不来自国家或国际权威，而来自商人之间的合意，而这种商事合同的效力不是源于法律而是源于合同本身。它通过一种被称为“外部化”的机制，创设了通过仲裁解决争议的机制。仲裁地点及其人员的选择都取决于当事人的合同约定，裁决的执行虽然有时诉诸国家的法院，但法院的介入并非基于特定国家的法律规定，而是基于国家之间具有契约性质的互惠条约。一般说来，这种纠纷“几乎没有理由要诉诸法院”，因为仲裁庭的最终裁决比法院判决更易于得到执行。有人把这种争议解决机制称为“私人化的国际性司法”。^① 这种商人法的效力及其纠纷解决机制均来自当事人之间的合同，由此就形成了一种奇特的自我包容式的循环，即商人法效力源于他们的合同，而该合同的效力又源于由合同创制的法律。值得注意的是，这种新商人法的实践主要参照的是美国的商事实践。新商人法伴随跨国企业的足迹而在各国生根立足，成为全球法律移植中独特的现象，它不仅对流行的法律概念提出了挑战，而且形成了不受政治权威限制的法律移植模式。这种新型的法律移植，即某些适用于特定国家、地区或行业的法律，开始穿越国家主权的屏障和领土的界限，在全球四处游走和广泛传播。新商人法便是这方面最引人注目的例子。这种

^① 高鸿钧：《法律全球化的新趋势》，载《检察日报》2012 年 4 月 26 日。