

赵 骏 / 著

International Economic Law in Transformation

变革中的 国际经济法

中国的角色、态度和路径选择
China's Role, Attitude and Path Selection



NL1C2970935888

以开阔的世界眼光和本土视角研究全球化时代中国的角色、态度和路径选择，共迎全球经济的复苏与繁荣。



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

赵 骏 / 著

变革中的 国际经济法

中国的角色、态度和路径选择



NLIC2970935888



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

变革中的国际经济法:中国的角色、态度和路径选

择/ 赵骏著. --杭州:浙江大学出版社,2013.9

ISBN 978-7-308-12302-0

I. ①变… II. ①赵… III. ①国际经济法—研究

IV. ①D996

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 230091 号

变革中的国际经济法:中国的角色、态度和路径选择

赵 骏 著

责任编辑 王长刚

封面设计 续设计

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 杭州林智广告有限公司

印 刷 浙江印刷集团有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 17

字 数 261 千

版 印 次 2013 年 9 月第 1 版 2013 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-12302-0

定 价 49.00 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联系方式: (0571) 88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

前言

全球化是当今世界关系发展的主要特征,其含义是多维度的,其影响也是多方面的和深远的。“全球化”准确地概括出了时代特征。我们生存的这个世界正在发生着历史性变迁,全球化正在有力地改变着人类的生产方式、生活样式和生存状态,也在深刻地影响着人类社会的经济、政治、法律制度及其变迁。全球化趋势的增强促使国际实践出现新的特点,也在法律上对我国提出了许多新的课题。

在全球化这个背景下,本书采用专题研究的形式,围绕着国际经济法领域所面临的新的重大的法律问题深入探讨。具体而言,围绕当今国际经济法的热点问题,本书分为三个专题,分别是国际贸易法、国际投资法和国际经济法其他领域。国际贸易法专题包括三篇文章:《WTO 法治和中国法治的砥砺与互动》^①、《盘点:中国实行自由贸易的第一个十年》^②、《国际贸易中的知识产权壁垒探究——以中美知识产权贸易摩擦为视角》^③。国际投资法专题包括五篇文章:《论双边投资条约中最惠国待遇条款扩张适用于程序性事项》^④、《TPP 协议投资条款研究》^⑤、《国际挑战与中国应对——论公平公正待遇标准

① 本文删节版曾发表于《浙江大学学报》(人文社会科学版)2011年第5期(合作者:韩小安)。

② 本文英文版曾以题为“Taking Stock: China's First Decade of Free Trade”发表于 *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 33, Fall, 2011, pp. 65-119 (合作者:Timothy Webster)。

③ 本文合作者:郑少尉。

④ 本文曾发表于《浙江社会科学》2010年第7期。

⑤ 本文合作者:程燕。

的现代内核》、《论双边投资条约与习惯国际法的形成》、《论私募股权基金在我国企业海外投资中的角色与作用》^①。国际经济法其他领域专题包括三篇文章：《〈反海外腐败法〉管辖权扩张的启示——兼论渐进主义视域下的中国路径》^②、《中国企业跨国并购融资研究——以杠杆收购模式对中国企业的启示为视角》^③和《外资并购安全审查制度——中国视角》^④。

本书在撰写过程中力求反映出两个特色：第一，在体例安排和内容取舍上，本书强调问题的重要性和新颖性，力求反映国际经济法研究的最新进展，并紧紧围绕国际法治与中国法治的良性互动这个主题。第二，在方法论层面，本书的研究广泛采用多元研究方法，其中又尤其注重国际视野与实证分析。以开阔的世界眼光关注变革中的国际经济法问题，从而明确中国的角色、态度和路径选择，是本书研究的基本思路。

① 本文曾发表于《浙江大学学报》(人文社会科学版)2011年第1期(合作者：于野)。

② 本文曾发表于《浙江大学学报》(人文社会科学版)2013年第2期(合作者：吕成龙)。

③ 本文合作者：范鸿燕。

④ 本文合作者：任楚蓉。

目 录

前 言	1
-----------	---

第一部分 国际贸易法

WTO 法治和中国法治的砥砺与互动	3
盘点：中国实行自由贸易的第一个十年	35
国际贸易中的知识产权壁垒探究——以中美知识产权贸易摩擦为视角	78

第二部分 国际投资法

论双边投资条约中最惠国待遇条款扩张适用于程序性事项	93
TPP 协议投资条款研究	105
国际挑战与中国应对——论公平公正待遇标准的现代内核	136
论双边投资条约与习惯国际法的形成	152
论私募股权基金在我国企业海外投资中的角色与作用	161

第三部分 其 他

《反海外腐败法》管辖权扩张的启示——兼论渐进主义视域下的中国路径
..... 181

中国企业跨国并购融资研究——以杠杆收购模式对中国企业的启示为视角
..... 208

外资并购安全审查制度——中国视角 222

索 引 237

参考文献 240

后 记 268

第一部分

国际贸易法

WTO 法治和中国法治的砥砺与互动

一、国际贸易争端解决中应当遵循的核心原则：

法治及 WTO 法治

“法治不能创造幸福，却可以保障幸福。”^①因此，法治值得人类生生不息的追求。我们的先辈对实现民主和法治进行了多年的探索，并付出了巨大的努力甚至牺牲。第二次世界大战以后，国际法得到了长足的发展，人类以惨痛的战争代价认识到了国际法治对于世界和平、共同发展不可替代的作用。并且随着全球化时代的到来，各个国家的经济、政治和法治都发生了巨大的变革。正是基于此，国际法治成为炙手可热的话题。

无论是从中国的参与程度还是受影响程度来看，WTO 法治之于中国法治均最具代表性。WTO 法治究竟有着怎样的内涵与意义？WTO 法治是如何实现的，其对于中国法治有着怎样的影响，又该如何实现彼此之间的良性互动？对于这些问题的积极思考并勾画出有效思路与方案已刻不容缓。

(一) 法治的内涵及理念

从某种意义上讲，法治的理念是对内涵的延伸。内涵意味着对法治的概念界定，其包含形式和实质两个方面；而理念则是对法治实质内涵所包含的

^① 孙笑侠：《拆迁风云中寻找法治动力——论转型期法治建构的主体》，《东方法学》2010年第4期。

价值原则所进行的深入探讨。

1. 法治的内涵

法治是一个仁者见仁的话题。亚里士多德曾说：“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^①这个定义包含了两个要件，即法律的普遍适用性以及善法之治。19 世纪的英国法学家戴雪被视为近代西方法治理论的奠基人，其在著作《英宪精义》里把法治界定为：专横政府的排除、法律平等及法律安全。^②富勒在《法律之德》一书里把法律之德区分为内在之德和外在之德，认为法治是法律内在之德的一部分。在他看来，具备法治品德的法律制度由八个要素构成：一般性、公布或公开、可预期、明确、无内在矛盾、可遵循性、稳定性、同一性。^③这八项要求表述了法治的两个基本原则：一是必须有规则（即法律的一般性），二是规则必须能够被遵循（除一般性以外的其他七个要素）。这两个原则在逻辑上并没有超出前文提及的亚里士多德关于法治要件的两个方面，但在实体上已经有了更为丰富的内涵。国内学者夏勇在对富勒八项原则有所增减的基础上提出了法治的十种规诫：第一，有普遍的法律；第二，法律为公众知晓；第三，法律可预期；第四，法律明确；第五，法律无内在矛盾；第六，法律可循；第七，法律稳定；第八，法律高于政府；第九，司法威权；第十，司法公正。^④

由此，我们可凝练出法治的基本要素。首先，法治是一种规则之治，其与“人治”相对。其次，法治语境下的规则必须具有形式上的明确公开性、明确性、可预期性、一定时期内的稳定性等内在品格。再次，这些规则必须蕴含一系列的价值原则，例如自由、正义、民主、个人权利的发展等，这便是法治的实质内涵，即善法之治。

2. 法治的理念

现代文明的一种典型特征在于法治成为一种普遍的社会认同，在绝大多

① 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

② 参见〔瑞士〕丽狄娅·R·巴斯姐·弗莱纳：《法治》，石玉英等译，中国方正出版社 2009 年版，第 17 页。

③ 参见〔美〕富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 40 页以下。

④ 参见夏勇：《法治是什么——渊源、规诫与价值》，《中国社会科学》1999 年第 4 期。

数文明国家都用宪法固定了这种社会治理的模式。“法治使个人权利的发展免受挫折,几个世纪以来人们一直为了自由和人类尊严进行着奋斗并最终达到了这个目的,即法律是被人们恰当地选出来的代表们所通过的对所有的人们提供的平等的保护。”^①

由此,法治的机制便在于使法律与权力、法律与权利、权力与权利之间的关系得到了不同于以往任何社会模式的界定,这种界定内含了“法律至上”、“权利平等”及“社会自治”等法治理念^②。所谓“法律至上”,是指在法律与权力的对抗中,法律由民选的代表制定,而按照法律规定的程序产生政府权力,并且政府在法律授权的范围内根据法定程序行使权力,由此,排除“人治”传统,保障民主。所谓“权利平等”,呈现的是法律与权利的关系,其包含了两层含义:首先,法律是对权利的确认和保障;其次,人们不因身份、财产或品格等外在因素而在适用法律保护时有所差别。所谓“社会自治”,是指在公权力与私权利的关系中,通过法律限缩公权力而保障私权利,从而达到市民社会与政治国家的抗衡,这将最大限度地保障人民自由,排除暴政。

马克思曾说“法律是人民自由的圣经”。正是因为法律所具有的内在品质和外在特征,使其承载了人民自由的希望。尽管学者对法治的价值及限度开始了批判性思考,然而在中国,法治起步相对较晚,很大程度上还没有实现现代意义上的成熟法治,法治仍然承载着人民自由的希望和幸福的理想。

法治兼具工具性与价值性。换言之,法治既是一种手段,亦代表了一种目的。按照工具性的理解,法律是规则,而法治是规则有效性的向导。法治的工具性品德折射出法治本身的形式主义要求和规则本身的确定性。按照价值性的理解,法治则包含了价值取向(比如人的尊严、自由、公平等),并承载了法治要达到的社会目标。在我国,法治的工具性较为明显,比如,为经济的高速发展提供制度保障以对秩序进行管理。然而,历史告诫我们对于法治进行绝对工具性理解是不妥的。同时,我们不应忽视对于人类尊严和自由等核心价值进行追求的法治的价值性。法治的工具性和价值性之间存在的矛盾在特定时空下会凸显出来。比如在“非典”蔓延期间,疫情威胁着社会群

① [瑞士]丽狄娅·R·巴斯姐·弗莱纳:《法治》,石玉英等译,中国方正出版社2009年版,第20页。

② 郑成良:《论法治理念与法律思维》,《吉林大学社会科学学报》2000年第4期,第3—10页。

体,相关的法律规定疑似病人应被强制隔离,使这部分人的自由和尊严受到了严重的限缩。在这种情形下,法治的工具性指引着我们要严格执行这样的法律,因为这是基于保护社会大局利益的考量。同时,这种规定是对人的自由与尊严的大幅限缩,明显偏离了前述法治之价值性(即人的尊严与自由)。这里就涉及一个利益权衡与取舍的问题。若仅仅强调法治的工具性,那么法治不能进行正当性的自我证成,会导致法治被逐渐弱化;然而若仅着眼于法治的价值性,那也不利于落实法治。质言之,我国法治应当兼顾法治的工具性与价值性,探索在特定历史时期、社会条件下,人们对于法治所期冀的价值诉求,关切法治工具性的合理张力和限度。

(二) WTO 法治:概念的界定

1. WTO 法治:国际法治的典例

WTO 法治是国际法治的重要组成部分,讨论 WTO 法治,必须对国际法治的背景有一定了解。车丕照教授将国际法治定义为“国际社会接受公正的法律治理的状态”,并进一步将国际法治的内在要求表述为:“第一,国际社会生活的基本方面接受公正的国际法的治理;第二,国际法高于个别国家的意志;第三,各国在国际法面前一律平等;第四,各国的权利、自由和利益非经法定程序不得剥夺。”^①因而,国际法治意味着法律在国际范围内的治理,这就涉及是否能将国内法的法治理论上升到国际层面。虽然从抽象意义上讲,国际法作为法律与国内法一样,有着正义、自由、平等、秩序、人权、公共利益等普遍的价值追求,但是由于高度分权和价值多元,这些抽象意义上的价值被赋予了不同的实体内涵。^②因此,传统观点认为,在主权国家之上并没有一个能够制定和执行规则的政治权威,因而国际法的效力在于各国通过条约和习惯所表现出的一致。也正是基于这一点,国际法素有“软法”之称,尽管全球在经济、人权、环境、公共健康、反对恐怖主义等一系列领域形成了诸多国际性条约或者协议,然而这并不意味着在这些领域均实现了国际法的治理,因为法治的重要环节不仅包括法律的制定,还包括法律的适用——司法的过程。

^① 车丕照:《法律全球化与国际法治》,《清华法治论衡》2002年第3卷,第140—144页。

^② 参见姜世波:《习惯国际法的司法确定》,中国政法大学出版社2010年版,第199页。

这也是解决国际经济争端的最重要环节。

在国际条约项下,司法或是准司法性质的机构并不多,其中,国际法院尤为重要。第二次世界大战之后,国际法院在国际法治中发挥了特殊的作用:首先,联合国对于国际法院法官任职条件等因素使得国际法院具备足够的潜能对一般国际法提供主导性的权威陈述。国际法院利用其联合国主要司法机关的独特地位,通过发表具有良好说服力的判决和咨询意见的方式,在维持国际法的一致性方面发挥着重大作用。其次,国际法院在解决地区性的问题时效果良好。再者,对于中等力量的新兴国家而言,国际法院可以在平等的基础上成为协调其利益的平台。^① 因此,国际法院在国际法理论的完善与发展、公平处理案件、维护国际法律秩序等方面发挥了积极意义。国际法院是依据《联合国宪章》中《国际法院规约》(以下简称《规约》)设立的,所有联合国成员都是国际法院的当然当事国。但是,其对于主权国家并没有强制管辖的效力,根据《规约》第 36 条和第 37 条的规定,国际法院的管辖范围分三大类:一是争端当事国提交的一切案件,且不限于法律性质的争端,国际法院基于此而取得的管辖权称为“自愿管辖权”;二是争端当事国根据《联合国宪章》和现行条约中特别规定的事件或争端,国际法院基于此而取得的管辖权称为“协定管辖权”;三是国家事先声明接受国际法院管辖的一切法律争端,国际法院基于此而取得的管辖权称为“任意强制管辖权”。^② 可见,《规约》允许主权国家对条约中涉及国际法院管辖的条款提出保留,例如,中国至今未接受国际法院的管辖,在不少相关条款中都作了保留。因此,国际法院管辖范围较为狭窄,尚未能在全球范围内进行统一的国际法适用,其在国际法治中应当扮演的示范角色仍需要伴随机构改革、条约修订等方法予以完善,并需要假以时日。

尽管与国际法院一样,都具有国际法庭的性质,并且均只有主权国家才具有诉讼主体资格,WTO 在《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)框架下所设立的争端解决机制(DSB)具有独特之处。DSU 属于 WTO 协定的组

① 参见刘芳雄:《国际法治与国际法院的强制管辖》,《求索》2006 年第 5 期。

② 王勇、管征峰:《五十年来中国对国际法院诉讼管辖权的态度之述评》,《华东政法学院学报》2002 年第 3 期,第 72 页。

成部分,而 WTO 体制采取一揽子接受的签署方式,这就意味着只要成员方签署了一揽子协议,就表明其同意接受 DSB 管辖,不允许对此提出保留。而根据 DSU,DSB 具有强制管辖权、裁决的执行监督权和授权申诉方报复甚至是交叉报复的权力。这就意味着 DSB 具有 WTO 协定统一适用和执行的职能,并且这种适用和执行的范围扩大到了所有 WTO 成员方。

WTO 框架下的 DSB 在国际经济领域开始了“规则治理”的时代,又因其对所有成员方均具有强制管辖效力,因此在国际法治中具有典型意义。规则之治,意味着可预期、明确、无内在矛盾、可遵循、稳定等法治形式目标得以实现。而国际法治的实质价值在于对一个公正的国际秩序的追求,其目的在于摆脱国际无政府状态及伴随这一状态产生的单边主义、霸权主义和弱肉强食等恶果。这种形式和实质上的价值目标的实现,不仅在横向上较之国际法院等其他国际争端解决机构具有积极意义,在纵向上较之《关税及贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)时代也具有无可比拟的优越性。在 GATT 时代,磋商或者斡旋调停是最主要的争端解决模式。^① 外交是一种政治语境,而政治手段的特征即是以力量对比为形成格局和解决问题的核心要素,以沟通和谈判的技巧作为辅助手段,没有实体上的标准和要求,主要依靠实力、谋略或者技巧来确立资源配置,因而是一种权力导向的体制。因此,在磋商和斡旋过程中,暗含着实力的较量,一些大国可能利用其在政治、经济上的优势向弱小的国家施压,使它们不得不服从符合大国利益的裁决,遵循的是“丛林法则”。^②

基于以上,我们可以将 WTO 法治概括为这样一种法律治理模式:成员方协商一致所形成的 WTO 框架下诸协议(其范围在乌拉圭回合之后,从工业制成品领域拓展到农产品、纺织品和服装、知识产权、服务贸易以及投资措施),原则上应当得到成员方自觉、全面的履行;对于因违反协议的行为而产生的争端,除了传统的磋商、谈判、斡旋、调停等解决方式以外,还可以提交 DSB,由 DSB 根据相关协定在其管辖权范围内对 WTO 法律进行适用和解释,并由

^① William J. Davey. Dispute Settlement in GATT. *Fordham International Law Journal*, vol. 11, 1987.

^② John H. Jackson. *The World Trading System*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1997.

其监督败诉方对裁决的有效执行。其在形式上表现为,在一定限度内的民主基础上形成的规则对所有成员具有普遍约束力,并且既定规则符合一般性、公布或公开、可预期、明确、无内在矛盾、可遵循性、稳定性、同一性等法治原则;而在实质上表现为对贸易公平、自由及消除贸易壁垒的国际经济秩序的追求。

2. 价值性与工具性之间的矛盾在 WTO 法治中的表现

WTO 法治的工具性在某些方面可以得到比较好的表现。比如,由于 WTO 的立法机制是通过谈判机制,最后形成对于各方具有约束力的法律文本,这使得法律的公开性、稳定性得到较高程度的保障。而且,WTO 争端解决机制的“司法化”也使得 WTO 在国际贸易领域的“国际司法”具有一定的力量。然而,和其他的国际争端解决机制一样,WTO 争端解决机制也存在着对国家统治权的侵蚀。一国基于主权出台的法律可能要接受 WTO 法官们犀利目光的审视。而且和其他领域的国际法治一样,WTO 法治也有着其先天缺陷:在缺乏世界政府、国际民主等制度的国际社会,国家违反国际法的机会主义行为事实上较难得到有效的限制。^①而且,诸如自由、民主等实质价值也较难在 WTO 法治的框架中得以彻底落实。^②

(三)WTO 法治的工具性面相:为国际经济发展提供制度支撑

法治的一个重要工具性体现在为经济发展提供制度保障和支撑。国内法语境中经济发展与法治之间的正相关已被充分论证。发展市场经济是 WTO 对成员方的核心要求,而市场经济应当是法治经济。^③质言之,现代市场经济的发展建立在自由、平等的基础之上,并且合理的法律制度的设计与适用贯穿于交易的始终。例如,一家创新型的企业,有赖于知识产权法律的完备,才可以使某种新方法、新技术成为知识产权,具备产生财产价值的前提;有了完备的合同法律制度,才可以存在有效并可供执行的合同,从而实现

① 黄文艺:《全球化时代的国际法治——以形式法治概念为基准的考察》,《吉林大学社会科学学报》2009 年第 4 期。

② J. O. McGinnis & Mark L. Movsesian. The World Trade Constitution. *Harvard Law Review*, vol. 114, 2000, pp. 511—605.

③ 文正邦:《论现代市场经济是法治经济》,《法学研究》1994 年第 1 期,第 25—27 页。

受到法律保护的合同交易;有了有限责任制和股份制等完备的公司法律制度,才能使得企业风险降低并最大限度募集资金;最为重要的是,有了完备的所有权制度,才能使得财富具有归属和意义。

法治与经济的这种正相关性同样适用于国际经济领域。以国际贸易领域为例,对于发达成员而言,法治是实现 WTO 框架本应内含的国际贸易所需要的安全性可与预见性的必要前提。没有国际经济法治,将无法实现经济活动的可预见性,增加因不确定性而导致的风险成本,难以实现经济的持续增长,国际经济交往将受到限制,全球化的经济事业将无法实现。而对于发展中成员来讲,国际法治,为其提供了 WTO 中与发达成员平等交往的机会——WTO 的最大贡献之一是在争端解决机制中不依赖权力分野的状况将发达国家与发展中国家均置于法律上的平等地位。一旦没有法治,发展中国家将会面临任人摆布的境况,并且它们作为发展中国家的地位将可能永远无法改变,也无法通过持续的经济增长实现完全的自由。^①因此,无论是发达国家还是发展中国家,其国际经济活动中的福祉都有赖于 WTO 法治的发展和完善,也只有 WTO 法治的实现才能保障具有不同诉求的成员在国际贸易自由、安全和持续的发展中实现各自利益的最大化。

(四) WTO 法治的价值性进路:从 DSB 反对“归零法”展开

“归零法”案件的来龙去脉可以较为完整地呈现当今 WTO 法治的若干面。首先,“归零法”作为反倾销过程中的倾销幅度计算方法体现了发达国家与发展中国家之间的利益冲突;其次,在这种利益博弈过程中,DSB 通过法律解释和适用的过程,扮演了反对国际贸易中非关税贸易壁垒、维护国际贸易自由和公平秩序的角色。并且在这场较量中,美国商务部最终打算放弃“归零法”的立场,于 2011 年 1 月提出要终止“归零法”的计算方法^②。“归零法”的终止体现了各国在法律面前一律平等,而且国际法高于个别国家的意志。

^① See James Bacchus, *Groping Toward Grotius: The WTO and the International Rule of Law*, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003.

^② See http://en.zgxu.com/2011_01_US-Department-of-Commerce-proposed-to-terminate-anti-dumping-zeroing.html, last visited Feb. 6, 2011.