

“中文社会科学引文索引”(CSSCI)来源集刊

Journal of International Economic Law

Volume 14, Number 2, 2007

国际经济法学刊

第14卷 第2期 (2007)

陈安 主编 蔡从燕 执行编辑

本期要目

Joel P. Trachtman: WTO的宪法

Jeffrey L. Dunoff: 宪政的幻象: WTO的“宪法”和国际法的规训

魏艳茹: 双边投资协定中的知识产权条款研究

蔡连增: 外国税收抵免: 中美所得税规则的比较及启示



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D996/13

Journal of International
Economic Law
Volume 1, Number 1, 2007

国际经济法学期刊

第1卷 第1期 (2007)

ISSN 1547-701X

CONTENTS

1. *Editorial Introduction*

2. *Editorial Introduction* (by the Editor)

3. *Editorial Introduction* (by the Editor)

4. *Editorial Introduction* (by the Editor)

D996/13
:14(2)
2007

国际经济法学刊

第14卷 第2期 (2007)

陈 安 主编 蔡从燕 执行编辑



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际经济法学刊. 第14卷. 第2期/陈安主编. —北京: 北京大学出版社, 2007. 7

ISBN 978-7-301-12487-1

I. 国… II. 陈… III. 国际经济法-文集 IV. D996-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第095398号

书 名: 国际经济法学刊(第14卷第2期)

著作责任者: 陈 安 主编

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 978-7-301-12487-1/D·1811

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 20印张 310千字

2007年7月第1版 2007年7月第1次印刷

定 价: 38.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

编委会名单

顾问

朱学山 郭寿康

编辑委员会

主 任:陈 安

副主任:李国安

委 员(以姓氏笔画为序):

王传丽	王贵国	车丕照	朱榄叶	余劲松
吴志攀	吴焕宁	张月姣	张玉卿	李国安
陈 安	陈治东	尚 明	徐崇利	莫世健
曾令良	曾华群	董世忠	廖益新	

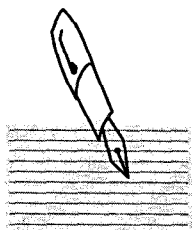
编辑部

主 任:李国安

执行编辑:蔡从燕

本期编辑(以姓氏笔画为序):

刘志云	张泽忠	邱冬梅	龚 宇	韩秀丽
缪心豪	蔡从燕	蔡庆辉		



序言

《国际经济法学刊》(简称《学刊》,原名《国际经济法论丛》)是全国性、开放性的国际经济法领域优秀学术著述的集刊,是国际经济法理论界与实务界笔耕的园地、争鸣的论坛和“以文会友”的平台。其宗旨是:立足我国改革开放与建立社会主义市场经济体制的实践,借鉴国外的先进立法经验和最新研究成果,深入研究和探讨国际经济关系各领域的重要法律问题,开展国内、国际学术交流,推动我国国际经济法教学与科研的发展,并为我国积极参与国际经济法律实践以及我国的涉外经济立法、决策和实务操作,提供法理依据或业务参考。

《学刊》系“中文社会科学引文索引”(CSSCI)学术数据来源集刊,且系中国国家知识基础设施(China National Knowledge Infrastructure, CNKI)工程管理的多种学术数据库,包括《中国期刊全文数据库》来源刊物。

本期为《学刊》第14卷第2期,共设WTO宪政研究、国际经济法理论、WTO法、国际投资法、国际知识产权法及国际税法等六个栏目。

“WTO宪政研究”栏目专门刊发了Tratchmann教授与Dunoff教授的两篇论文。近年来,不少西方学者借鉴国内的宪政理论与实践研究WTO体制问题,Tratchmann教授与Dunoff教授是其中两位知名的学者。基于对本刊学术声誉的信任,Dunoff教授在向本刊投稿的同时,主动建议本刊编辑部并代为邀请Tratchmann教授也向本刊投寄与其观



点相左的论文,以利中国读者“兼听则明”,并积极参与当今前沿热点问题的学术争鸣。在《WTO 的宪法》一文中,Tratchmann 教授认为,宪法至少包含以下维度:包含一系列交易规则和将权威制度化的经济性宪法;促成多种社会价值融合的相互作用的宪法;反映特定人群文化和民主特质的政治性宪法;提供据以制定其他规则的规则以及确定其至高无上地位及其司法适用范围立法性和司法性宪法;限制政府权力的人权宪法和基于社会稳定的再分配性宪法。他认为,WTO“宪法”已经沿着如上的维度演进,而在评估 WTO 宪法的发展时,必须:第一,逐一分析这些维度;第二,考察这些维度之间的彼此联系;第三,审视 WTO 宪法的这些维度与一般国际法体系的宪法以及其他国际组织的宪法如何相互联系;第四,考察 WTO 宪法的这些维度与 WTO 成员方的国内宪法之间的联系;第五,考察将这些不同宪法联系起来的“第三级”规则。在《宪政的幻象:WTO 的“宪法”和国际法的规训》一文中,Dunoff 教授认为,近年来宪法已经成为 WTO 法学研究的中心话语。WTO 宪法被理解为由 WTO 的制度建构、规范性承诺或者对相冲突价值进行司法调和的过程所构成。WTO 宪政的各种主流解释的相同之处在于,引导世界贸易政治的走向或把它减少到最低程度。不过,对宪政的呼吁却激发了其试图预先阻止的纷争。在 WTO 乃至其他国际法领域中引入宪法话语旨在赋予国际法以国家宪法结构和规范所具有的权限和权威,但这种策略可能遭致失败。我们应可以设想其他的宪政形式,以促进 WTO 乃至国际法的合法性。本刊期待这两篇论文能够引发国内学者的进一步讨论。

在“国际经济法理论”栏目中,刘志云副教授的《相互依赖的世界与当代国际经济法的发展》认为,相互依赖是战后国际政治经济格局演变的重要趋势,而相互依赖理论是战后国际关系学的重要理论之一。对相互依赖关系的正确认识,改变了 20 世纪 70 年代之后南、北方以及东、西方对开展全球性国际经济立法合作的认识。主流的相互依赖理论为晚近国际经济法的发展提供了合理性基础,或者说对晚近国际经济立法的繁荣提供了一种国际政治经济学解释。在全球化迅猛发展的背景下,“复合相互依赖”理想模式的实践性之增强,也为探索当代国际经济法的进一步发展路径提供了线索。在《论国际经济法中的效率

违约》一文中,余锋博士生认为,晚近西方学者把国内法上的效率违约理论移植到国际层面,提出了国际经济法上的效率违约理论。所谓国际经济法上的效率违约理论,不但是西方国家美化其违反条约行为的工具,而且是强国单边主义行为的理论开路先锋,对建构公正合理的国际经济秩序形成法律障碍,进而影响国际经济秩序的健康发展。

在“WTO 法”专栏中,肖冰教授的《美国诉日本影响苹果进口措施案评析——兼论 DSB 的实践趋向》注意到美国诉日本影响苹果进口措施案是 WTO 争端解决机制继欧共体荷尔蒙案、澳大利亚鲑鱼案、日本品种测试案三大经典案件之后审理的又一起 SPS 案件。她认为,与早期 SPS 案件的裁决相比,本案裁决将一系列新概念和新标准引入至《SPS 协定》核心义务之中,从而更加明晰了协定相关条款的含义;同时,本案裁决中也反映出一些与先例不尽一致的解释内容与倾向,有必要予以明确。陈海波讲师的《WTO 对 RTAs 法律约束的一缕曙光——〈RTAs 透明度机制〉评析》认为,多哈回合的第一项早期成果《区域贸易协定透明度机制》,对于举步维艰的 WTO 有关 RTAs 约束机制的谈判而言,无疑是一缕曙光。在细致梳理该文件的制定背景、主要宗旨、基本依据后,她认为该文件有五项重要突破:广泛而又区别对待的适用范围;独立的早期通报程序;明确的通知时间与内容;全面的成员方评议程序并由 WTO 秘书处制作事实报告;强制的后续通知与报告程序,进而对这些突破作了评析。在《2006 年 WTO 争端解决活动及中国参与情况述评》一文中,纪文华博士从争端发生情况、重要案件进展和影响、争端解决程序中的新现象、争端解决机制谈判进展、上诉机构补选等方面,回顾和评析了 2006 年 WTO 争端解决机制项下的主要活动以及中国参与争端解决机制的情况。

在“国际投资法”栏目中,王海浪讲师的《最惠国条款在 BIT 争端解决中的适用问题》认为,最惠国待遇不是一条习惯国际法规则,其适用依赖于缔约各方的合意。在 BIT 规定 MFN 待遇的适用范围与例外不够明确时,ICSID 仲裁庭对于 MFN 条款是否能够适用于争端解决程序尚未取得一致意见,大体上存在着有限适用、完全适用、基本不适用、完全不适用四种情况。根据目前中国的 BIT 实践,不排除将来仲裁庭把最惠国条款适用于争端解决的可能性,中国应就此采取相应对策。

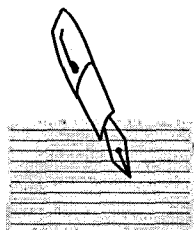
在《WTO 和 ICSID 管辖权冲突研究》一文中,侯幼萍博士生认为,国际争端解决机制的机构化和强制管辖权的存在使得国际管辖权冲突现象成为影响国际法协调发展的一个重大因素。她首先分析了国际争端解决机构管辖权冲突发生的前提和形式,并具体分析了 WTO 与 ICSID 间管辖权冲突的理论与现实可能性。在预防与解决 WTO 和 ICSID 在投资争端中的管辖权冲突方面,她认为除传统的国际法规则和一般法律原则有助于解决管辖权冲突外,两司法机构间仍可以采取其他更多的措施。

在“国际知识产权法”栏目中,刘亚军教授的《国际标准、利益平衡与现实选择——维护我国知识产权利益的路径选择与对策分析》认为,无论是知识产权国际保护标准的制定,还是国内相关知识产权立法及战略的出台,都是围绕着有效维护本国利益这一目标进行的艰苦奋斗。不断强化的全球知识产权保护体系制约了发展中国家制定最优化的知识产权保护政策。面对这场事关国家未来发展的斗争,必须认识到一方面知识产权国际保护标准被不恰当地强制适用,另一方面权利限制规则却没有得到有效实施,其实质是发达国家对经济利益的过度追求与发展中国家对发展的追求之间存在着尖锐矛盾,这也导致了激励创造与保护公共利益之间的失衡。我国不宜仅是指责知识产权国际保护标准,揭示知识产权制度的弊端;而应在现有国际知识产权保护标准的框架下,合理解释并有效适用《TRIPs 协定》,积极参与知识产权制度的国际协调,以实现最大限度维护我国的知识产权利益。在《双边投资协定中的知识产权条款研究》一文中,魏艳茹副教授讨论了一个尚未引起学术界关注的重要问题。她认为,通过将特定知识产权纳入“投资”范畴,双边投资协定的所有条款都得以适用于受保护的知识产权,这就造成此类协定在公平和公正待遇、征收与补偿等方面为受保护的知识产权提供了超过《TRIPs 协定》规定的最低标准的保护。我国的因应之策是,在双边投资协定中针对有关“投资”的定义条款中,增加限制性条件,专设总括性的《TRIPs 协定》优先适用条款。在《试析区域性知识产权保护制度对中国—东盟知识产权协作模式的借鉴意义》一文中,陈彬博士生认为,区域性知识产权保护制度是对全球性知识产权保护制度的发展与补充。两种知识产权保护制度的并存是全球化与区

域化运动发展的反映,它们的实践对我国开展与东盟的区域知识产权协作模式提供了有益借鉴。

2007年3月15日,中国立法机构通过了“内外合一”的《中华人民共和国企业所得税法》,并定于2008年1月1日开始施行,这是中国税制的重大改革与发展。与这部新税法配套的实施细则目前尚在拟议之中,其具体规定的进一步完善成为国内外各界关注和讨论的热点之一。在本刊的“国际税法”栏目中,选登了两文。蔡连增副教授的《**外国税收抵免:中美所得税规则的比较及启示**》一文认为,即将实施的《中华人民共和国企业所得税法》对外国税收抵免的规定非常简略和原则性,在为其制定具体的实施规则的时候,必须充分考虑现行税法关于外国税收抵免的规定,同时大胆吸收国外相关立法的成熟经验。中国现行内资企业所得税法、外商投资企业和外国企业所得税法、个人所得税法关于外国税收抵免的规定基本内容相同,但具体规则存在差异。美国联邦所得税法规定了非常详细的外国税收抵免规则,特别在提供抵免以避免国际双重征税的同时,十分注意通过具体设定抵免的条件和限额,以维护美国的正当税收权益。中国在完善所得税法相关规则,特别在制定详细具体的抵免条件和限额规则、间接抵免的规则方面,不妨借鉴。在《**国内反避税法与税收协定相容性问题分析**》一文中,陈延忠博士认为,国内反避税法与国际税收协定之间能否相容,一直是一个有争议的问题。2003年新修订的OECD范本注释的立场发生了根本性的转变,认为二者之间具有兼容性。陈延忠博士深入分析了这一转变的具体内容与影响,并简要讨论了这一转变对我国新制定的《企业所得税法》中反避税规则的实施以及未来税收协定实践的影响和启示。

在本刊发表的论文,其所论证的各种观点,未必是本刊编辑部所持的立场和见解。本着“百家争鸣”的方针,欢迎持有不同见解的学界同仁惠赐佳作,以本刊作为平台,针对各有关问题,各抒己见,深入探讨,互相补益,共同提高。



目 录

WTO 宪政研究

- WTO 的宪法 Joel P. Trachtman 著(孔庆江译 陈喜峰校) (1)
- 宪政的幻象:WTO 的“宪法”和国际法的规训
..... Jeffrey L. Dunoff 著(陈喜峰译 蔡从燕校) (28)

国际经济法理论

- 相互依赖的世界与当代国际经济法的发展 刘志云 (60)
- 论国际经济法中的效率违约 余 锋 (84)

WTO 法

- 美国诉日本影响苹果进口措施案评析
——兼论 DSB 的实践趋向 肖 冰 (97)
- WTO 对 RTAs 法律约束的一缕曙光
——《RTAs 透明度机制》评析 陈海波 (114)
- 2006 年 WTO 争端解决活动及中国参与情况述评 纪文华 (137)

国际投资法

- 最惠国条款在 BIT 争端解决中的适用问题 王海浪 (155)
- WTO 和 ICSID 管辖权冲突研究 侯幼萍 (180)

国际知识产权法

国际标准、利益平衡与现实选择

——维护我国知识产权利益的路径选择与对策分析

..... 刘亚军(202)

双边投资协定中的知识产权条款研究 魏艳茹(225)

试析区域性知识产权保护制度对中国—东盟知识产权

协作模式的借鉴意义 陈 彬(238)

国际税法

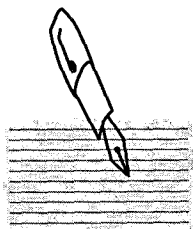
外国税收抵免:中美所得税规则的比较及启示 蔡连增(256)

国内反避税法与税收协定相容性问题分析 陈延忠(280)

附 录

《国际经济法学刊》稿约 (301)

《国际经济法学刊》书写技术规范(暂行) (303)



Contents

WTO Constitution

The Constitutions of the WTO

..... Joel P. Trachtman (Translated by Kong Qingjiang) (1)

Constitutional Conceits: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law

..... Jeffrey L. Dunoff (Translated by Chen Xifeng) (28)

International Economic Law Theories

The Development of Modern International Economic Law

and the Interdependent World Liu Zhiyun (60)

Efficient Breach in the International Economic Law Yu Feng (84)

WTO Law

Comments on the Case of the Japan-Measures Affecting the

Importation of Apples—Also Comments on the Trends

of DSB Practice Xiao Bing (97)

A Light on the WTO Disciplines on RTAs: Comments on "the

Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements"

..... Chen Haibo (114)

Review on the WTO Dispute Settlement Activities and China's Participation in 2006	Ji Wenhua(137)
--	----------------

International Investment Law

On the Applicability of MFN Clause in Dispute Settlement under BIT	Wang Hailang(155)
A Study on the Jurisdictional Conflict between the WTO and ICSID	Hou Youping(180)

International Intellectual Property Law

International Standards, Balance of Interests and Practical Choice—Path Choice and Countermeasure Analysis on Safeguarding Intellectual Property Interest in China	Liu Yajun(202)
On the Intellectual Property Provisions in Bilateral Investment Agreements	Wei Yanru(225)
The Regional System of IPR and Its Reference on the Cooperation Model of IPR between China and ASEAN	Chen Bin(238)

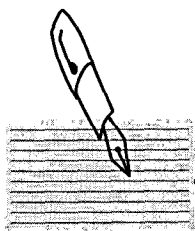
International Taxation Law

Foreign Tax Credit: A Comparison between P. R. C and U. S. Income Tax Rules	Cai Lianzeng(256)
Analysis on the Compatibility between Domestic Anti-Tax Avoidance Rules and Double Taxation Conventions	Chen Yanzhong(280)

Appendix

Notice to Contributions from the <i>Journal of International Economic Law</i>	(301)
Technical Rules of Writing Adopted by the <i>Journal of International Economic Law</i>	(303)

WTO 宪政研究



WTO 的宪法*

■ Joel P. Trachtman** 著(孔庆江*** 译 陈喜峰**** 校)

【内容摘要】 宪法具有多重维度。这些维度至少包括六个方面：一套权威的交易规则并且使权威制度化的经济宪法；整合各种社会价值的职能间宪法；反映特定人群文化和民主统一性的政治宪法；提供据以制定其他规则的规则以及确定其至上性和司法适用范围的法律宪法；限制政府权威范围的人权宪法以及基于社会团结的再分配性宪法。世贸组织的“宪法”业已沿着这些维度在发展。评价世贸组织的宪法发展时，首先应逐一分析这些维度；其次，应考察这些维度之间是如何

* 原文标题为“The Constitutions of the WTO”。

** 作者系美国塔夫特大学弗莱彻法律和外交学院(The Fletcher School of Law and Diplomacy)国际法教授。

*** 译者系浙江工商大学法学院教授、法学博士。

**** 校者系厦门大学法学院讲师、中国政法大学国际法学院博士后研究人员。



相互联系的;再次,应考察世贸组织宪法的这些维度是如何与一般国际法体系的宪法以及其他国际组织的宪法相联系的;第四,应考察世贸组织宪法的这些维度如何与WTO成员方的宪法相联系;最后,应考察将这些不同的宪法相互联系起来的“第三级”规则。

一、引言

宪法话语可以排除可能发生的事,也可以扩展可能发生的事。本文着眼于宪法话语能使我们在世贸组织(简称“WTO”)乃至更广泛的国际社会看见可能发生的事的方式,这类可能发生的事原本看不见。然而,我们必须承认,宪法话语也有其隐蔽的一面:断言某些法律规则是宪法性的因而凌驾于政治之上,可能导致不必要的、严峻的事情发生。而断言某个特定的国际法制度无所谓“宪法的”,也可能陷入错误的僵化。正如哈耶克(Hayek)所言,我们观察现实的能力受制于我们现实的理论视野,因此否认我们本身的宪法模式或者坚持某种特殊的宪法模式都限制了我们的观念。在其富有洞见的论文中^①,Dunoff教授在反对一种理论的同时,坚持了另一种理论。

宪法就像寓言中六位盲人所摸到的象。^②每个人都以其触摸到的大象身体的不同部位为根据,勾勒他们心中的不同图景。要抓住WTO宪法的结构,我们就有必要辨认这头“大象”的各个部分,以此试着想象其整体。每个部分就其本身而言都很重要,但是不能脱离其整体来评价。因此,本文的评述遵循了先分析后综合的过程。

只看到以下现象之一的人就是那些只摸到宪法这头大象一部分的人们了:

(1) 布坎南(Buchanan)所谓的经济宪法(economic constitution):一套权威的交易规则并且使权威制度化。

(2) 整合各种社会价值的职能间宪法(interfunctional constitution);

(3) 反映特定人群文化和民主统一性的政治性宪法;

^① Dunoff, “Constitutional Concepts: The WTO’s ‘Constitution’ and the Discipline of International Law”, this issue, at 647.

^② 该寓言可参见: <http://www.cs.princeton.edu/~rywang/berkeley/258/parable.html>.

(4) 提供据以制定其他规则的规则以及确定其至上性和司法适用范围的法律意义上的宪法;

(5) 限制政府权威范围的人权宪法;

(6) 基于社会团结的再分配性宪法。

事实上,正如动物的各个器官,每一组成部分都不可避免地相互联系并相互依存。本文的目标是初步展示 WTO 宪法这一“动物”的整体轮廓,并希望表明某些连接各不同部分的肌腱和肌体。我们必须认识到 WTO 还只是年轻的动物,它需要其所有赖以存活的器官,而某些器官将随着它年龄的增长而成长。这已经足够复杂了。

然而,我们还必须认识到 WTO 宪法本身只是全球体系这一更广泛结构的一部分。在我们的视野中,不仅有許多头“大象”,而且这些大象还是共生的,共同拥有一些器官。因此,如果我们只关注 WTO 宪法的六个维度,我们依然会以偏概全。更确切地说,我们有必要在一般国际公法的体系内并结合该体系的其他组成部分,以考察 WTO 宪法。的确,一般国际公法体系包括其分支体系,必须从宪法的角度进行评价。

WTO 宪法在更广泛的国际法体系内是一个半自治的体系。但是,由于其对更广泛国际法体系的依赖和相互影响,不可能在分析 WTO 宪法时完全不顾及更广泛的国际法框架。^③ 这正如分析马萨诸塞州的宪法而不考察美国联邦宪法一样是不完整的,尽管这种类比并不完全精确。完整的分析需要包括对 WTO 法律体系和更广泛国际法体系之间相互关系的分析。

而且,WTO 还与国内宪法秩序相互影响、相互支持和相互限制。^④ 所以,仅仅将 WTO 宪法与国际法体系一并考察是不够的,我们还必须将 WTO 宪法与 WTO 成员方的国内宪法结构一并考察。^⑤ 再者,批判 WTO 在宪法意义上的不足或者过分都是不正确的,因为那只是针对其成员国层面的宪法结构而言。但是,我们必须考察 WTO 法可以在何种

^③ See e. g., Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, 36 Colum. J. Transnat'l L. (1998) 529; White, “The United Nations System: Conference, Contract or Constitutional Order”, 4 Sing. J. Int'l & Comp. L. (2000) 281.

^④ 这一特征表明了 WTO 宪法和国家宪法的重要区别。国家宪法因其形式约束力,并不必然依赖于国际法体系。可参见 US v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 US (1936) 304 (赋予联邦政府以对外主权权力并不依赖于美国宪法的明确同意)。

^⑤ See *supra* note ③.