

“中文社会科学引文索引”(CSSCI)来源集刊

Journal of International
Economic Law

Volume 19, Number 4, 2012

国际经济法学刊

第19卷 第4期 (2012)

陈安 主编 陈欣 执行编辑

本期要目

李成钢：2012年中国对外商务法律实践及其思考

陈安、谷婀娜：“南北矛盾视角”应当“摒弃”吗？

——聚焦“中—加 2012 BIT”

李月芬、Juan Pablo Bohoslavsky 著，韩秀丽译：填补主权债务危机预防与

重组的法律空白：联合国贸发会关于负责任主权融资的原则

廖益新：假想世界中的“游戏规则”

——2010年经合组织《税收协定范本》第7条及其注释修订述评



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

国际经济法学刊

第19卷 第4期 (2012)

陈 安 主编 陈 欣 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19卷. 第4期. 2012/陈安主编. —北京: 北京大学出版社, 2013. 3

ISBN 978 - 7 - 301 - 22293 - 5

I. ①国… II. ①陈… III. ①国际经济法 - 文集 IV. ①D996 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 051426 号

书 名: 国际经济法学刊(第19卷第4期)(2012)

著作责任者: 陈 安 主编

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 22293 - 5/D · 3297

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>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: 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: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 18.75 印张 290 千字

2013 年 3 月第 1 版 2013 年 3 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 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

《学刊》组织机构

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	徐崇利	莫世健	曾令良
曾华群	董世忠	廖益新		

编辑部

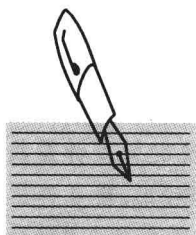
主任:李国安

本期执行编辑:陈 欣

本期编辑(以姓氏笔画为序):

丁 夏 石桐灵 季 烨 金隽艺 郑丽珍 龚 宇
强之恒

本期英文编辑:龚 宇



序言

《国际经济法学刊》(以下简称《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汇辑,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,每年出版一卷,每卷四期。本期为《学刊》第19卷第4期,共设特约稿件、国际经济法基本理论、国际投资法、国际货币金融法、国际税法、国际知识产权法和国际经济法学术动态等七个栏目。

在“特约稿件”栏目中,商务部条法司李成刚司长的《2012年中国对外商务法律实践及其思考》一文,系作者在中国国际经济法学会2012年年会暨学术研讨会开幕式上的主旨发言,该文回顾并分析了近年来,尤其是2012年中国对外商务工作及法律实践的主要态势,包括我国面临的贸易救济形势、参与WTO争端解决机制的实践、自由贸易区实践、晚近国际投资规则发展的新动向以及知识产权保护领域的突出问题。

在“国际经济法基本理论”栏目中,Asif H. Qureshi教授撰写,硕士

生刘志一、刘凌子翻译的《国际经济法中关于“紧急情况”的范式》一文,集中讨论了国际经济法中紧急情况的管理问题以及国家责任框架内的紧急情况,在比较 IMF 框架下的国际货币金融法、WTO 背景下的国际贸易法、国际发展法特别是国际投资法中的紧急情况的差异后指出,这些实践在确定紧急情况时较少采取综合的方法,对此,需要确立从“国家责任”到“紧急情况范式”的重新定位。何志鹏教授的《国际经济法治:内涵、标准与路径》一文指出,国际经济法治是法治的理想和手段在国际层面、经济问题上的表现。对于国际经济法治的内涵与要求的正确认识,可以使我们了解国际经济法治与现有国际经济事务的关联性;对于国际经济法治实现路径的研讨,则有助于树立完善国际经济秩序的观念,认清制度完善与变革的方向和原则。

在“国际投资法”栏目中,陈安教授和博士生谷婀娜合作撰写的《“南北矛盾视角”应当“摒弃”吗?——聚焦“中一加 2012 BIT”》一文,针对当前国内外流行的某些似是而非的时髦看法,加以剖析和澄清,从南北矛盾与 BIT 的本源出发,以新近缔结的“中一加 2012 BIT”中的两大核心条款为例,试图证明在构建国际经济规则过程和缔结 BIT 的谈判中,不能够、也不应当摒弃“南北矛盾视角”。陈辉萍教授和 Karl P. Sauvant 高级研究员合作撰写的《中美双边投资协定谈判:共识、分歧与展望》一文,分析了目前中美双边投资条约谈判中基本达成共识的条款和存在分歧的条款,并针对这些分歧提出了建设性的解决方案。作者指出,中美双方通过谈判和妥协达成的 BIT 将对世界投资条约法制产生重要影响。池漫郊副教授的《简论“美国 2012 年 BIT 范本”关于仲裁管辖的规定及其对中国 BIT 缔约实践的潜在影响》一文,从美国 2012 年 BIT 范本关于投资仲裁条款的规定出发,针对仲裁管辖中的投资争端、协商与谈判、冷却期的要求、启动仲裁的条件和确定提交仲裁的时间等问题展开分析,并就这些条款对中美 BIT 谈判的影响提出了自己的看法。季烨助理教授的《我国台湾地区与日本“投资协议”的法律特征与政治逻辑》一文指出,我国台湾地区与日本间的促进与保护投资的双边安排,在缔约主体、缔约名称和缔约内容等方面具有区别于传统双边投资条约的非典型性特征,该协议不仅反映了我国台湾地区有限的法律地位,也体现了我国台湾地区试图扩大对日实质关系的法律策略,并考验着两岸的政治互信程度。

在“国际货币金融法”栏目中,李月芬和 Juan Pablo Bohoslavsky 撰写,韩秀丽副教授翻译的《填补主权债务危机预防与重组的法律空白:联合国贸发会关于负责任主权融资的原则》一文,从当代主权融资的主要特征及对主权债务进行规制的重要性出发,介绍了当代国际法和国内法领域填补这一法律空白的举措,特别是联合国贸发会议倡议的《关于负责任主权借贷行为原则》的背景、方法和内容,并对其未来的发展作出了展望。杜涛教授的《美国证券法域外管辖权:终结还是复活?——评美国联邦最高法院 Morrison 案及〈多德—弗兰克法〉第 929 P(b) 条》一文,认为美国法院在涉外证券欺诈案件的域外管辖权问题上经过四十多年的发展,建立起一套以“效果”和“行为”为标准的判例体系。然而,2010 年,美国联邦最高法院对涉外证券案件(莫里森诉澳大利亚国民银行案)的首度介入却完全推翻了这一套先例。而此后的《多德—弗兰克法》又重新肯定了行为与效果原则,再次赋予了美国证券法域外效力。莫里森案和《多德—弗兰克法》的对立反映了美国保守派和自由派在法律域外效力问题上的政治对立。从近两年的司法实践看,莫里森案的判决结论得到多起判例的接受,美国证券法之域外适用暂时被冻结。

在“国际税法”栏目中,廖益新教授的《假想世界中的“游戏规则”——2010 年经合组织〈税收协定范本〉第 7 条及其注释修订述评》一文,针对 2010 年版经合组织《税收协定范本》有关跨国营业利润课税的常设机构的重大修订,认为其采用的虚拟独立分设实体方法,在适用中存在着缺乏可比对象和可预期性、增加纳税人的奉行负担和税务机关的征管成本等问题,也无法完全消除因缔约国双方国内税制差异而导致的常设机构利润国际重复征税问题,难以获得国际共识并为各国税收协定实践采纳。

在“国际知识产权法”栏目中,王燕讲师的《国际投资和贸易维度下简易包装措施的合法性分析——以澳大利亚〈烟草简易包装措施法案〉为例》一文,以首个同时被烟草公司依据国内法、国际投资协定及多边贸易协定质疑的法案——澳大利亚《烟草简易包装措施法案》为例,指出尽管国际投资协定与 WTO 涵盖协定在商标保护的内容、程序、执行力等方面都存在较大的差异,但两者所授予的商标保护也有共同之处,两者均在贸易和投资利益与社会公共利益的权衡上更加偏向



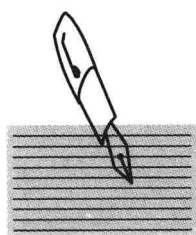
前者。

在“国际经济法学术动态”栏目中,博士生包晋的《中国国际经济法学会2012年年会暨学术研讨会综述》,对2012年11月3~4日在上海召开的中国国际经济法学会暨学术研讨会所集中讨论的国际经济法重要理论与实务问题作了简明扼要的综述。

特别声明:在本刊发表的论文所论证的各种观点,未必是本刊编辑部所持的立场和见解。秉承“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。

《国际经济法学刊》编辑部

2013年1月10日



特约稿件

2012 年中国对外商务法律实践及其思考 李成钢 (1)

国际经济法基本理论

国际经济法中关于“紧急情况”的范式 Asif H. Qureshi
(刘志一 刘凌子译) (15)

国际经济法治:内涵、标准与路径 何志鹏 (50)

国际投资法

“南北矛盾视角”应当“摒弃”吗?

——聚焦“中—加 2012 BIT” 陈 安 谷婀娜 (76)

中美双边投资协定谈判:共识、分歧与

展望 陈辉萍 Karl P. Sauvant (107)

简论“美国 2012 年 BIT 范本”关于仲裁管辖的规定及其

对中国 BIT 缔约实践的潜在影响 池漫郊 (120)

我国台湾地区与日本“投资协议”的法律特征与

政治逻辑 季 烨 (142)



国际货币金融法

填补主权债务危机预防与重组的法律空白:

联合国贸发会关于负责任主权融资的

原则 李月芬 Juan Pablo Bohoslavsky

(韩秀丽译)(157)

美国证券法域外管辖权:终结还是复活?

——评美国联邦最高法院 Morrison 案及《多德—弗兰克法》

第 929P(b) 条 杜涛(188)

国际税法

假想世界中的“游戏规则”

——2010 年经合组织《税收协定范本》第 7 条及其

注释修订述评 廖益新(220)

国际知识产权法

国际投资和贸易维度下简易包装措施的合法性分析

——以澳大利亚《烟草简易包装法案》为例 王燕(245)

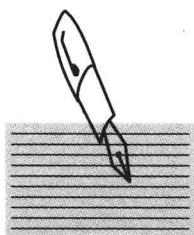
国际经济法学术动态

中国国际经济法学会 2012 年年会暨学术研讨会综述 包晋(271)

附录

《国际经济法学刊》稿约 (283)

《国际经济法学刊》书写技术规范(暂行) (285)



Contents

Special Article

Review of China's Legal Practice in the Field of Foreign

Business in 2012 Li Chenggang (1)

Fundamental Theory of International Economic Law

A Necessity Paradigm of 'Necessity' in International Economic Law

..... Asif H. Qureshi, translated by Liu Zhiyi & Liu Lingzi (15)

International Rule of Economic Law: Meaning, Criteria,

and Approaches He Zhipeng (50)

International Investment Law

Should "the Perspective of South-North Contradictions"

Be "Abandoned"? —Focusing on "2012 Sino-Canada

BIT" Chen An & Gu E-Nuo (76)

Negotiations on the Bilateral Investment Treaty between

China and the USA: Consensus, Controversies and

Prospect Chen Huiping & Karl P. Sauvant (107)

A Preliminary Study on the Jurisdictional Provisions of

the 2012 US Model BIT and Their Potential Impacts

on China's BIT Negotiation Practice Chi Manjiao (120)



Legal Characteristics and Political Logic of the Investment Arrangement between the Taiwan Authority and Japan	Ji Ye(142)
--	------------

International Monetary and Financial Law

Filling A Legal Gap in Sovereign Debt Crisis Prevention and Restructuring: UNCTAD's Principles on Responsible Sovereign Financing ... Yufen Li & Juan Pablo Bohoslavsky, translated by Han Xiuli(157)	
The Extraterritorial Jurisdiction of the American Securities Law; The End or the Revival? —Morrison v. National Australia Bank and the Dodd-Frank Act	Du Tao(188)

International Tax Law

“Playing Rules” in An Imaginary World—Review on the Revised Article 7 and Its Commentary of 2010 OECD Model Tax Convention	Liao Yixin(220)
--	-----------------

International Intellectual Property Law

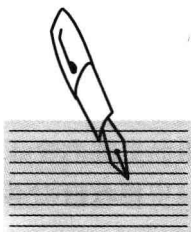
The Legal Analysis of Plain Package Measure Under International Investment and Trade Agreements—Exemplified by Australia Tobacco Plain Packaging Act	Wang Yan(245)
--	---------------

Academic Activities of International Economic Law

Summary of the 2012 Symposium of Chinese Society of International Economic Law(CSIEL)	Bao Jin(271)
---	--------------

Appendix

Notice to Contributors from the Journal of International Economic Law	(283)
Technical Rules of Writing Adopted by the Journal of International Economic Law	(285)



2012 年中国对外商务法律实践 及其思考^{*}

■ 李成钢^{**}

【内容摘要】 本文回顾并分析了近年来,尤其是 2012 年中国对外商务工作及法律实践的主要态势。作者首先介绍了我国参与国际商事立法活动的情况,分析了我国面临的贸易救济形势、参与世界贸易组织(WTO)争端解决机制的实践以及我国的自由贸易区实践。其次,作者分析了晚近国际投资规则发展的新动向和我国面临的新挑战。最后,作者分析了我国在知识产权保护领域的突出问题。

^{*} 本文系作者于 2012 年 11 月 3 日在中国国际经济法学学会 2012 年年会暨学术研讨会开幕式上的主旨发言。

^{**} 作者系中国商务部条约法律司司长。



一、中国参与国际商事立法活动的情况

在过去的一年中,商务部条法司牵头负责参与了联合国国际贸易法委员会和国际统一私法协会的一些立法活动。

当前,联合国国际贸易法委员会共有六个工作组,分别是2004年成立的关于公共采购的第一工作组;2000年成立的关于仲裁和调解的第二工作组;2010年成立的关于网上解决争议的第三工作组;1997年成立的关于电子商务的第四工作组;2001年成立的关于破产法的第五工作组以及2002年成立的关于担保权益的第六工作组。上述六个工作组的成立时间不一,但迄今均处于活跃的工作状态。中国政府对其立法活动也一直保持密切关注。

在国际统一私法协会项下,目前正在进行五个议题的立法工作,包括移动设备国际利益公约空间资产议定书、移动设备国际利益公约铁路机车车辆国际登记机构筹备、全球卫星导航服务第三者责任、净额结算问题,以及证券法公约的后续工作。

在牵头国务院相关部门参与国际立法活动的过程中,商务部条法司的努力方向主要有两个:

一是关于参会模式的创新问题。实际上,在张玉卿教授担任商务部条法司司长期间,我们就着手在参与国际立法的模式上进行了一些创新。例如,在参与《联合国运输法公约》谈判的过程中,除了政府官员之外,我们还专门邀请专家学者加入团队长期跟踪,而且直接参与了一线工作。这些年来,我们继续坚持这种尝试。当然,我们也面临着一些体制性的和非体制性的制约。一个简单的例子是,根据现行财政预算管理暂行办法,我们无法提供相应的经费资助参与研究的专家出国谈判。尽管我们做过多种努力,但目前仍然难以取得突破。在此情况下,我们只能继续期盼在座的专家学者们能一如既往地支持中国参与国际立法活动,希望对既有以及未来的课题有兴趣的专家学者继续和商务部条法司保持密切联系。同时,我们也会创造条件,支持大家参与国际立法的一线活动。

二是关于议题设定的参与问题。应该说,近年来中国参与国际立法活动越来越主动,中国的声音在国际立法平台上越来越响亮,也越来

越强劲。但一个不可否认的事实是,截至目前,没有一个国际立法议题是由中国主动独立提出并得以确立的。无论是在贸易、投资、知识产权、金融、税收等各种领域,随着中国全球利益的广泛存在,中国对全球立法应当以更全面的视角予以关注,在议题设定方面扮演独特角色。经过三十多年的改革开放,中国的硬实力取得长足的发展,但软实力亟须提升,其中的一个重要方面便是参与国际立法和规则制订。这项工作看似平常,但当我们走出国门,坐在联合国会议桌前的时候,我们所代表的是中国,我们参会的质量和水平将直接反映中国软实力的现状。因此,努力提升中国的软实力,积极介入国际规则的制订,在国际立法中发出更强的中国之声,这是值得思考的问题。我们也期待专家学者就中国如何更好地参与国际规则的制订提出意见和建议。

二、中国的国际贸易法律实践

(一) 中国面临的贸易救济形势与特点

这些年,尤其是在全球经济复苏艰难的大背景下,我们的国际贸易发展态势总体上可谓“风景这边独好”。尽管今年的贸易增速有所减慢,但并未出现贸易总额的净衰退,从这一点看,我们可能比别经济体好一点。但随之而来的问题是“树大招风”,贸易摩擦越来越多。2012年1至9月份,我们一共面临19个国家和地区的53起反倾销、反补贴、保障措施和特殊保障措施(即所谓的“两反两保”)的调查,包括41起反倾销、6起反补贴、4起保障措施,以及2起特保措施。去年全年,我们面临的贸易调查高达67起。此外,我们今年还面临美国发起的“337调查”12起。总体而言,案件数量与去年相比变化不大,但从金额角度看,相较于去年全年贸易摩擦所涉及的59亿美元贸易额,今年遭遇贸易摩擦涉及的贸易额迅猛攀升至242亿美元。其中一个重要的因素是,今年我们陆续遇到光伏案件,仅欧盟对华光伏电池反倾销案就涉及年贸易额200亿美元。前两天,中国政府和欧盟已经就光伏产品的反补贴问题进行了立案前的磋商。初步预计,欧盟可能在下周对中国光伏产品的反补贴调查进行立案。

当前中国面临的贸易摩擦主要呈现出以下三个特点:

第一,涉案产品向高附加值产品攀升,摩擦地域继续扩大。如果说以前我们谈到贸易摩擦时所想到的更多是鞋、服装、鬃刷等劳动密集型产品,现在的贸易摩擦已经延伸至电信、新能源等高附加值产品。同时,今年以来,在和发达国家之间的贸易摩擦居高不下的同时,随着市场多元化的实施,我们与发展中国家之间的贸易摩擦数量也迅速增长。因此,对于贸易摩擦的观察应当比以前更需要全景视角。

第二,发达国家的大案多。在气候变化、全球变暖趋势的压力下,世界各国对新能源技术、通讯产业等新型战略产业的培育和发展都非常关注,并将其作为未来国家竞争的制高点。就中国而言,通讯、新能源等产业发展势头良好,但也引起了发达经济体政府和业者的密切关注。所以,这些年我国的新兴战略性新兴产业面临的贸易摩擦日益增多,相应地,所涉及的贸易额一般会比较大会。

第三,发展中国家案件数量多,而且方式多样。大家一个共同的感觉是,一些发展中国家的法治理念和法制健全程度存在较大差异,政府行为的灵活性和随意性较大,在管理经济活动中很可能“不按照常规出牌”。例如,在贸易调查案件中,通常情况都是国内先申请,然后立案调查,但秘鲁政府的调查机关现在却采取自主立案。虽然这一模式并未被《反倾销协议》明文禁止,但实践中极少。再如,特保措施对中国而言是一个敏感话题,加之保障措施的“双刃剑”效应,发达经济体在使用该措施时往往也比较克制。尽管中美轮胎特保案引起了中美贸易关系的轩然大波,但总体而言,在中国入世以来的11年里,发达经济体采取特保措施的数量并不多。但由于我国与发展中国家之间存在较大的贸易顺差,发展中国家对于保障措施的“双刃剑”效应顾虑较少,使用相对频繁。比如,印度就多次对我国产品采取特保措施,印度尼西亚和埃及则多次使用一般保障措施。这种与发展中国家之间的贸易摩擦,除了贸易救济以外,在其他领域也越来越多。例如,巴西政府不断在双边、区域性论坛甚至在多边质疑我国的汇率政策,巴西、墨西哥等发展中国家也越来越多地关注并质疑我国的补贴措施。

(二) 中国与 WTO 争端解决机制

2012年以来,截至目前,我国在WTO争端解决机构下新增8个案件,约占WTO今年新增案件总量的33%。需要注意的是,尽管无法肯

定在今年剩下的一个多月中是否会有其他 WTO 成员针对我国提出新案,但可以确定的是,我国将在今年剩下的时间里对其他 WTO 成员提起新案子。因此,WTO 涉华案件的数量和比例还会增长和提高。在今年迄今发生的 8 起案件中,中国政府起诉 2 起,被诉 6 起,但这是根据 WTO 的案号所做的统计,事实上,我们被诉的 6 起中有 3 起分别是美国、欧盟、日本诉我国稀土出口限额案,具有相同的事实背景和法律争点,从这个角度看,我国迄今只有 4 个案件,起诉和被诉的比例为 2:4。这一数据到今年年底时是否会变成 4:4? 我们拭目以待。

我国在 WTO 起诉的两个案件都是针对美国。一个案件是今年 5 月 25 日诉美国对华油井管、铜版纸、钢制轮毂等 22 类产品的反补贴措施案。众所周知,WTO 争端解决机构的裁决不具有先例效应。我国在 WTO 通过 DS379 案告倒美国的双反措施以后,美国人认为这些裁决只及于 DS379 案所涉措施,并不当然及于其他同类调查措施,也就未更改其在那些案件中的错误做法。这引发了我们对 WTO 争端解决机制的体制性思考。鉴于美国坚持不改正其在既往 22 起案件中的同样错误做法,中国把这 22 起案件打包并诉至 WTO,该案涉及贸易额 78 亿美元。

今年 9 月 17 日,中国政府第二次打包,将美国对华 24 类产品的反补贴措施及其 1930 年《关税法》修订案(案号 H. R. 4105,即 GPX 法案)诉至 WTO。在此之前,美国国内法院已经判决,认定美国商务部在 1930 年《关税法》下无权对非市场经济国家进行反补贴调查。但美国不但没有根据法院判决及时改正错误做法,反而在 DS379 案已经败诉的情况下,在随后不到三个月的时间内迅速通过了 GPX 法案,明确授权美商务部可以对非市场经济国家适用反补贴措施,并将适用范围追溯至 2006 年 11 月 20 日以来发起的所有反补贴调查。经过分析,我们认为该法案违反了 WTO 规则,并决定第二次将美国的立法诉诸 WTO 争端解决机构。

关于今年我国在 WTO 的被诉情况,第一个案件是今年 3 月 13 日美国、欧盟、日本诉中国稀土钨钼出口措施案。在一定意义上,这个案件是之前中国 9 种原材料出口限制措施案的一个后续,而 9 种原材料案则被广泛视为美欧为稀土出口措施案的一个测试。当 WTO 争端解决机构针对 9 种原材料案作出了有利于美欧的裁决之后,美国随即启