

“中文社会科学引文索引”(CSSCI)来源集刊

Journal of International Economic Law

Volume 16, Number 3, 2009



国际经济法学刊

第16卷 第3期 (2009)

陈 安 主编 蔡从燕 执行编辑

本期要目

万鄂湘、于喜富：中国法院不予承认及执行国际商会仲裁院
第13464/MS/JB/JEM号裁决述评

陈 安：旗帜鲜明地确立中国在构建NIEO中的战略定位

车丕照：国际社会“社会化”进程中的国际秩序



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

ANNUAL REVIEW
JOURNAL OF INTERNATIONAL
ECONOMIC LAW
Volume 16 Number 3 2009

国际经济法学刊

第16卷 第3期 (2009)

总 主 编：王 健 副主编：王 健

CONTENTS

1. *The Role of International Law in the Globalization Process*

by *Professor Dr. J. H. J. van Dijk*

2. *The Role of International Law in the Globalization Process*

by *Professor Dr. J. H. J. van Dijk*

国际经济法学刊

第16卷 第3期 (2009)

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16卷. 第3期: 2009/陈安主编. —北京: 北京大学出版社, 2009. 10

ISBN 978 - 7 - 301 - 15805 - 0

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(2009)第 167426 号

书 名: 国际经济法学刊(第16卷第3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 - 15805 - 0/D · 2415

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: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 20.25 印张 310 千字

2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 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

《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	尚 明	徐崇利	莫世健
曾令良	曾华群	董世忠	廖益新	

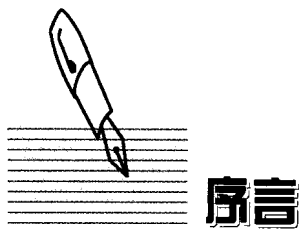
编辑部

主 任:李国安

本期执行编辑:蔡从燕

本 期 编 辑(以姓氏笔画为序):

王海浪 陈 欣 龚 宇 蔡从燕 蔡庆辉



《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专业优秀学术著述的汇编,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。《学刊》每年出版一卷,每卷四期,本期为《学刊》第16卷第3期,本期共设本期特稿、“国际经济新秩序与中国的战略选择”专题研究、国际投资法、国际税法以及学术书评等五个栏目。

2008年,济南市中级人民法院拒绝承认及执行国际商会仲裁院第13464/MS/JB/JEM号仲裁裁决,该案是自1995年我国对国际商事仲裁司法监督实行内部报告制度以来最高人民法院首次同意以公共政策理由拒绝承认和执行外国仲裁裁决,在仲裁界引起了广泛关注,本刊编辑部特别邀请最高人民法院主管副院长万鄂湘教授与该案承办法官于喜富博士对该案进行了深入评析。在《中国法院不予承认及执行国际商会仲裁院第13464/MS/JB/JEM号裁决述评》中,万鄂湘教授与于



喜富法官回顾了国际商会仲裁院第13464/MS/JB/JEM号仲裁裁决所涉案情,详细评论该案裁决涉及的超载、不可仲裁性、违反公共政策等问题,梳理法律争点、阐释裁判依据、揭示内在法理,以期有助于我国国际商事仲裁司法审查制度之完善。长期以来,中国积极主张、支持建立国际经济新秩序。在中国发展程度不断提高的新背景下,中国应该如何对待国际经济新秩序是一个战略性选择的问题,中国国际经济法学者显然有必要对此开展深入的、多元化的研究。为此,本期特设“国际经济新秩序与中国的战略选择”专题研究专栏,期待引发学界同仁的进一步讨论。在《从国际经济新秩序之外看国际经济新秩序》中,朱学山教授认为,中外历史反复证明,弱者的平等权益只能依靠自己的力量通过共同奋起抗争来取得,来维护。在抗争奋斗事业的低潮期,尤其要坚定信念,冷静观察,稳住阵脚,努力争取和耐心等待高潮的到来,而不是干脆放弃原先的奋斗目标。“决不当头,永不称霸”是中国应该坚持的对外战略指导原则,而积极参与推动建立国际政治经济新秩序则是中国对外“有所作为”的主要体现。在《旗帜鲜明地确立中国在构建NIEO中的战略定位——兼论与时俱进,完整、准确地理解邓小平“对外二十八字方针”》中,陈安教授分析了当代国际经济秩序和中国定位的几种论说,他认为:建立NIEO乃是全球弱势群体数十亿人口争取国际经济平权地位的共同奋斗目标;中国应该与时俱进,落实科学的发展观,全面、完整、准确地理解邓小平提出的“韬光养晦,有所作为”方针;中国应该一如既往,旗帜鲜明地积极推动建立NIEO,成为建立NIEO的积极推手和中流砥柱之一。在《国际社会“社会化”进程中的国际秩序》中,车丕照教授认为,国际秩序与国际社会的构成要素基本相同,国际社会的“社会化”过程也即是国际秩序的确立过程。因此,在考虑国际秩序的构建时,应将其放在国际社会“社会化”的背景之下,而不能仅仅考虑制度和规则层面的问题。“普遍联系”、“共同规范”、“共同参与”和“共同价值”是评判现存国际秩序和构建未来国际秩序的四个维度。国际秩序的生成与发展应该是国际社会依其自身规律运动的表现,但这又不是一个完全自发的过程。对国际秩序的演进,不能采取放任的立场。中国应就此承担起“建立公正合理的国际秩序的推动者”的角色。在《中国的“互利共赢开放战略”与国际经济新秩序的建构》

中,徐泉教授阐述了中国“互利共赢开放战略”的基本内涵,认为中国应该根据“互利共赢开放战略”推动建立国际经济新秩序,在与南北两类成员实现共同发展的同时,中国应将自身的发展与世界经济的发展融为一体,最大限度地兼顾各方利益,并形成多种合作机制。在《**国际经济新秩序的必要反思与中国的战略定位**》中,王彦志讲师认为,发展中国家在全球财富与权力分配格局中的弱势地位,是南北关系国际结构根源与发展中国家自身国内结构根源互为因果、复杂互动的产物。传统的 NIEO 片面强调南北矛盾的国际结构根源,忽视了发展中国家的国内结构根源。发展中国家倡导的 NIEO 与发达国家主导的自由主义国际经济秩序并非势不两立、水火难容。一种完整理解的公正、合理的 NIEO,必须既是追求效率的自由的国际经济秩序,又是追求公平的民主的国际经济秩序。发展中国家应该立足于不断转型变迁的国际结构,积极务实地推动南南联合的复兴和南北合作的深化。中国应该独立自主地作出自身的 NIEO 战略定位,既积极审慎地推动完善自由的国际经济秩序,同时积极审慎地推动建立公平的国际经济秩序。在《**国际经济新秩序与中国的选择:变与不变**》中,蔡从燕教授从动态的角度讨论国际经济新秩序、中国的国家身份以及中国在国际经济新秩序中的行动逻辑。他首先讨论了 NIEO 的含义、支持者、作用、实现方式以及 NIEO 的本质,其次分析了中国国家身份、国际经济法律实践的行動逻辑以及中国对 NIEO 的各种可能选择。在《**“二十国集团”与国际经济新秩序的建构**》中,杨小强博士生认为,“二十国集团”是一个非正式的国际论坛,是南北国家间经济权力对比发生变化的产物。由于“二十国集团”的成员由对全球经济有体系性重要影响的工业化国家和发展中国家构成,因而对现行国际经济秩序具有重大的潜在影响。由此,“二十国集团”为发展中国家推动国际经济新秩序的建构提供了一个良好的平台。然而,“二十国集团”作为一个新生的国际论坛,还存在诸多不足和缺陷。发展中国家在利用“二十国集团”为平台推动国际经济新秩序建构时应当学会“趋利避害”。

国际投资法方面,在《**中国双边投资条约政策与定位的实证分析**》中,季烨博士生认为,20 世纪 80 年代中期以来,NIEO 运动陷入低潮,以双边投资条约(BIT)为重心的国际投资法制也处于十字路口。作为



一个迅速崛起的发展中大国,中国缔结的 BIT 数量位居世界前列,但其具体实践却缺少应有的定位,从而可能引发 BIT 适用的不确定性风险。因此,有必要在重新审视并确立中国 BIT 的基本政策,使其与国内发展政策相一致的同时,也与中国“负责任大国”的战略定位相吻合。在《投资条约中保护伞条款的解释》中,Katia Yannaca-Small 女士注意到目前越来越多的 BIT 规定了保护伞条款。她认为,各国在缔约实践中对该条款的态度并不统一,对该条款的适当解释依赖于其具体用语、前后文、条约的目的与宗旨、条约的谈判历史或者能表明缔约方意图的其他材料;对“应该遵守”、“任何承诺/义务”的解释通常将涵盖缔约方所承担的包括合同性义务在内的所有义务,而有的保护伞条款则对合同规定了独特的管辖权顺序,排除基于条约的仲裁庭管辖权。她还认为,除了在新条约中采用明确的用语之外,由缔约方来进一步解释他们纳入保护伞条款的意图,将是一个更受欢迎以及更为需要的发展方向。在《国际投资仲裁中危急情况的适用——以阿根廷所涉国际投资仲裁为例》中,林笑霞硕士生注意到晚近阿根廷在多起国际投资仲裁案件中均援引了《国家责任条款草案》中的危急情况规则和美国—阿根廷双边投资条约中的紧急状态条款进行抗辩并主张免责,而各案 ICSID 仲裁庭却对阿根廷的抗辩作出并不一致的裁决。作者首先分析危急情况规则的发展,细致考察相关仲裁案件,指出了危急情况规则和紧急状态条款在适用于国际投资仲裁时存在的问题,在此基础上针对完善中外双边投资条约中的相关规定提出了建议。

国际税法方面,在《常设机构利润税——争议与反思》中,陈红彦副教授认为,常设机构利润税是指来源国对在其境内的常设机构的税后利润,征收类似于股息税性质的预提税。尽管主流的国际实践并不赞同这一做法,但依然有美国、加拿大等国家实施此种常设机构利润税。这一征税制度忽视了从全球角度,包括来源国和居住国两方面去考察非居民企业的整体税负,同时,由于来源国无法对境内的常设机构和子公司实施完全相同的税收待遇,因此来源国基于税收中性的考虑而课征该税,理由也不充分。在《无形资产转让定价税制先决不确定性研究》中,陈智超博士生注意到,近年来无形资产转让定价税制关注的重点从转让定价方法的适用转移到无形资产所有权以及无形资产价

值贡献回报的确定,而无形资产所有权和价值贡献回报问题共同构成无形资产转让定价税制的先决问题。当前,关于这两个问题的规定存在不确定性,从而可能引发重复征税。作者就相关规定进行评析,并提出了初步建议。

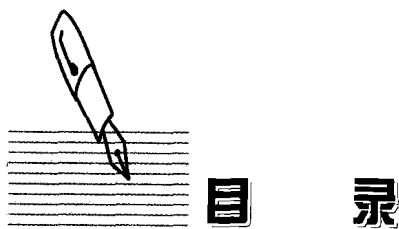
《陈安论国际经济法学》是中国国际经济法学会会长、本刊主编陈安教授集数十年心血撰写的五卷本重要著作,“学术书评”栏目刊发了张玉卿教授撰写的《中国国际经济法学的基石之作——评〈陈安论国际经济法学〉》一文。

特别说明:刊登于《国际经济法学刊》第16卷第2期(2009)的《危机之辨:次贷证券化与金融监管》系北京大学法学院洪艳蓉博士主持的司法部课题“证券市场监管权研究”(批准文号:03SFB2017)与国家社会科学基金课题“金融监管独立性研究”(批准文号:06CFX015)的研究成果。

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,本刊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

2009年9月10日



本期特稿

中国法院不予承认及执行国际商会仲裁院第 13464/

MS/JB/JEM 号裁决述评 万鄂湘 于喜富 (1)

“国际经济新秩序与中国的战略选择”专题研究

从国际经济新秩序之外看国际经济新秩序 朱学山 (49)

旗帜鲜明地确立中国在构建 NIEO 中的战略定位

——兼论与时俱进,完整、准确地理解邓小平

“对外二十八字方针” 陈 安 (55)

国际社会“社会化”进程中的国际秩序 车丕照 (82)

中国的“互利共赢开放战略”与国际经济

新秩序的建构 徐 泉 (97)

国际经济新秩序的必要反思与中国的战略定位 王彦志 (112)

国际经济新秩序与中国的选择:变与不变 蔡从燕 (137)

“二十国集团”与国际经济新秩序的建构 杨小强 (158)

国际投资法

中国双边投资条约政策与定位的实证分析 季 烨(172)

投资条约中保护伞条款的解释

..... Katia Yannaca-Small 著(王海浪、王海梅译,蔡从燕校)(204)

国际投资仲裁中危急情况的适用

——以阿根廷所涉国际投资仲裁为例 林笑霞(235)

国际税法

常设机构利润税

——争议与反思 陈红彦(271)

无形资产转让定价税制先决不确定性研究 陈智超(286)

学术书评

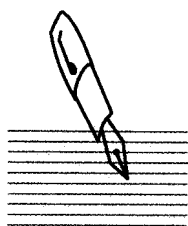
中国国际经济法学的基石之作

——评《陈安论国际经济法学》 张玉卿(303)

附 录

《国际经济法学刊》稿约 (305)

《国际经济法学刊》书写技术规范(暂行) (307)



Contents

Special Contribution

Comments on Chinese Court's Setting-aside of the ICC

Award No. 13464/MS/JB/JEM ... Wan E'xiang & Yu Xifu (1)

New International Economic Order (NIEO) and China's Strategic Choice

Observing the New International Economic Order from Outside

the New International Economic Order Zhu Xueshan (49)

A Clear-cut Stand on China's Strategic Position in the

Establishment of NIEO: With Comments on An

Integral and Accurate Comprehension of Deng

Xiaoping's 28-word Foreign Policy Chen An (55)

International Order in the "Socialization" of International

Society Che Pizhao (82)

China's "Mutually Beneficial and Win-Win Strategy"

and the Establishment of New International

Economic Order Xu Quan (97)

Rethinking of the New International Economic Order and

the Strategic Positioning of China Wang Yanzhi (112)

New International Economic Order and China's Choice:

- Changing and the Unchanged Cai Congyan(137)
- The G-20 and the Construction of the New International
Economic Order Yang Xiaoqiang(158)

International Investment Law

- China's BIT Policy and Position: An Empirical Analysis Ji Ye(172)
- Interpretation of the Umbrella Clause in Investment
Agreements Katia Yannaca-Small
(translated by Wang Hailang & Wang Haimei) (204)
- Application of State of Necessity in International
Investment Arbitration—Taking International
Investment Arbitration Case Involving
Argentina as An Example Lin Xiaoxia(235)

International Taxation Law

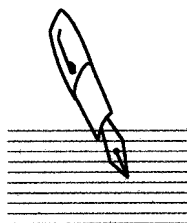
- Permanent Establishment Profits Tax: Controversy
and Rethinking Chen Hongyan(271)
- Study on the Preliminary Uncertainties in the Transfer
Pricing of Intangibles Chen Zhichao(286)

Book Review

- The Cornerstone Work of International Economic Law in
China—On *Chen An on International Economic Law*
..... Zhang Yuqing(303)

Appendix

- Notice to Contributions from the *Journal of International
Economic Law* (305)
- Technical Rules of Writing Adopted by the *Journal of
International Economic Law* (307)



中国法院不予承认及执行国际 商会仲裁院第 13464/MS/JB/ JEM 号裁决述评

■ 万鄂湘* 于喜富**

【内容摘要】 本文回顾了国际商会仲裁院第 13464/MS/JB/JEM 号仲裁裁决所涉案情,并对该案裁决涉及的超裁、不可仲裁性、违反公共政策等问题作了详细评论,旨在梳理法律争点、阐释裁判依据、揭示内在法理,以期有助于我国国际商事仲裁司法审查制度之完善。

申请人塞尔维亚海慕法姆公司、MAG 国际贸易公司及列支敦士登

* 作者系最高人民法院副院长、法学教授。

** 作者系山东省高级人民法院法官、法学博士。

苏拉么媒体有限公司(以下称共同申请人)向济南市中级人民法院申请承认及执行国际商会(ICC)仲裁院第13464/MS/JB/JEM号仲裁裁决(以下称涉案仲裁裁决),被申请人济南永宁制药股份有限公司(以下称永宁公司)提出不予承认及执行抗辩。经济南市中级人民法院和山东省高级人民法院报请,最高人民法院作出答复,认为仲裁庭的审理和裁决超出了仲裁协议范围,侵犯了中国的司法主权和中国法院的司法管辖权,依据《关于承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下称《纽约公约》)第5条第1款(c)项及第2款(b)项之规定,应不予承认及执行。根据答复意见,济南市中级人民法院已裁定对涉案仲裁裁决不予承认及执行。对于该外国仲裁裁决司法审查案件,法院同时适用了超裁和违反公共政策两个不予承认的理由,在济南市中级人民法院和山东省高级人民法院的报请意见中还提到了不可仲裁性的不予承认理由。就人民法院对外国仲裁裁决司法审查的实践来说,上述问题均具有一定的典型意义。本文在详述案情的基础上^①,将依次对本案涉及的超裁、不可仲裁性、违反公共政策问题作详细评论,旨在梳理法律争点、阐释裁判依据、揭示内在法理,以期有助于我国国际商事仲裁司法审查制度之完善。

一、基本案情

(一) 合资合同的签订与合资公司的成立

1995年12月22日,海慕法姆公司、MAG国际贸易公司与永宁公司签订《济南—海慕法姆制药有限公司合资合同》,成立济南—海慕法姆制药有限公司(以下称合资公司)。

合同第五章就合资公司的投资总额和注册资本约定了如下主要内容:(1)合同第9条约定,合资公司投资总额为2998万美元。(2)合同第10条约定,合资三方出资额为2998万美元,以此为合资公司的注册资本。其中,海慕法姆公司出资1064.29万美元,占合资公司注册资

^① 本文第二作者在2008年12月13日中国国际经济法学会主办的“仲裁法律问题研讨会”上提交的发言论文,已就该案基本情况作了介绍。鉴于与会专家对更进一步了解案情抱有浓厚兴趣,本文将进一步充实案情资料,以飨读者,也为下文的评论奠定基础。



本的 35.5% ;MAG 国际贸易公司出资 1034.29 万美元,占合资公司注册资本的 34.5% ;永宁公司出资 899.4 万美元,占合资公司注册资本的 30%。(3) 合同第 11 条约定,海慕法姆公司以机器设备、技术和技术诀窍的许可、现汇出资;MAG 国际贸易公司以机器设备和现汇出资;永宁公司以机器设备、厂房、仓库、技术和技术诀窍的许可作为出资。(4) 合同第 12 条约定,合资三方按其出资比例分四期缴付,缴付时间分别为合资公司成立后的 3 个月、6 个月、12 个月、18 个月。

合同第 49 条就合资公司的土地使用约定:合资公司使用的土地由合资公司向永宁公司租赁获得。46666 平方米用地的总地租和税金固定为每年 10 万美元,将从各方确认本合同第 12 条规定的全部义务得到履行之日起计算。地租和税金从合资公司的经营成本中支出,于每财政年度末支付。

合同第 57 条就“适用法律”约定:本合同的订立、效力、解释和履行均受中华人民共和国法律的管辖。

合同第 58 条就“争议的解决”约定:凡因执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议,双方应通过友好协商解决;如果协商不能解决,应提交巴黎国际商会仲裁院,根据该院的仲裁程序暂行规则进行仲裁。仲裁语言用英语。裁决是终局的,对双方都有约束力。如争议双方为海慕法姆公司和 MAG 国际贸易公司,则该争议提交贝尔格莱德的普通法庭。

1995 年 12 月 27 日,永宁公司与合资公司签订《济南—海慕法姆制药有限公司向济南永宁制药股份有限公司租用土地协议书》,就合资公司租用永宁公司 46666 平方米土地的位置、租金、租赁期限、交付时间等作了约定,并约定本协议自合资公司营业执照签发之日起生效。但是,该土地租赁协议未约定争议解决条款。

1995 年 12 月 28 日,合资公司获得国家工商行政管理局颁发的营业执照。同日,永宁公司与合资公司之间的租用土地协议书生效。

2000 年 4 月,苏拉么媒体有限公司申请加入合资公司,同年 6 月 30 日,MAG 国际贸易公司将其在合资公司中 50% 的股权转让给苏拉么媒体有限公司,苏拉么媒体有限公司成为公司股东。