

2020 年浙江省法学会国际经济法学研究会年会

暨

“疫情背景下国际经济法的创新与发展”

专题研讨会

论
文
集

2020 年 11 月

目 录

| | |
|--|-----|
| 法方法视角下的国际投资条约非排除措施条款..... | 1 |
| 数据跨境流动国际规则的发展与我国的应对..... | 19 |
| 中国司法参与全球治理的实践体系与理论模式..... | 32 |
| 金融科技监管的原则立场、模式选择与法制革新..... | 59 |
| 论跨境数据流动的法律规制模式与中国因应..... | 80 |
| 数字贸易的“风险二重性”与规制合作..... | 100 |
| 中国数字经济发展与“走出去”分析..... | 120 |
| 数据安全战略下美国经贸政策发展趋势研究..... | 132 |
| 国际商事仲裁自治性强化背景下的弱势方保护——法国的经验及启示..... | 145 |
| 平行进口中商标“混淆可能性”的判定:欧盟的经验及对中国的启示 | 162 |
| 浙江自贸区仲裁制度创新路径研究..... | 178 |
| 中国自贸试验区海关税收征管制度创新难题研究..... | 192 |
| 现有法律体系下破产重整案件的审判思路和实践——以浙江直立汽配破产重整案的实证分析和启示..... | 205 |
| 长三角生态绿色一体化发展示范区的资源供给法治保障研究..... | 221 |
| WTO 规则下金融审慎例外条款法律问题探析..... | 230 |

法方法视角下的国际投资条约非排除措施条款

梁开银^①

摘要：非排除措施条款广泛存在于投资条约之中，其起源于例外条款但最终并不归属于例外条款，一定意义上是例外条款类型分化与功能扩张的结果。从形式上看，非排除措施条款与例外条款似乎都反映或符合“原则+例外”的立法原则，但二者具有本质上的差异：例外条款具有例外事项的具体指向性，主要是排除投资条约中相关规则的语义所涵盖的某些特殊情形或事件之于条约或条款的适用；非排除措施条款则具有适用事项的开放性和采用措施的不确定性，重点在于限定条约的解释或适用，协调不同相关投资条约之间的关系，平衡投资东道国发展利益与外国投资者的权利。质言之，非排除措施条款是投资条约应对国际法不成体系和国际投资高风险性而产生的新型法方法规则。这一性质或定位，不仅划清了非排除措施条款与例外条款之间的关系，厘清了非排除措施条款的功能，而且有利于更加重视非排除措施条款的具体缔结和合理适用。

关键词：非排除措施条款 例外条款 条款性质 条款功能

阿根廷政府所涉国际投资系列仲裁案后，投资条约中广泛存在的非排除措施条款（Non-Precluded Measures clause-type，以下简称 NPM 条款或非排除措施条款）开始备受国际投资法学界的关注，^②成为平衡东道国可持续发展公共利益与投资者私人权益之间关系的重要工具以及现代国际投资条约不可或缺的条款。^③但是，由于非排除措施条款与传统例外条款在适用范围、事项及条约功能等方面相互交织或重叠，仅从条文结构或表述方式以及其他形式要件方面并不足以将二者区分。纵观国际、国内学术界，有学者根据外文表述（Non-Precluded Measures clause-type）直接称之为非排除措施条款，作为独立或新兴条款加以对待；^④也有学者将其归属于一般或根本安全例外条款，视其为特殊种类的例外条

本文系国家哲学社科基金重点项目“人类命运共同体理论下的国际投资法规变革研究”（编号：18AFX028）以及教育部 2015 年人文社会科学规划基金项目（编号：15YJA820010）阶段性成果。

① 梁开银，宁波大学法学院教授

② 据 UNCTAD（United Nations Conference on Trade and Development）2011 年发布的统计数据显示，阿根廷因国际投资协定而被诉的案件已经高达 51 起，这些案件中至少八成是针对阿根廷在 21 世纪初为应对经济危机而采取的损害外国投资者利益的措施而提出的。See UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement 2010, March 2011, Annex.

③ Sefriani: The Urgency of Non-Precluded Measures Clause in Indonesian Bilateral Investment Treaty. (<https://doi.org/10.22304/pjih.v6n2.a2> April 26,2019)

④ William W. Burke-White, Andreas Von Staden: Investment Protection in Extraordinary Times: The Implication and Application of Non-preclude Measures Provisions in Bilateral Investment

款进行研究；^①更有学者认为绝大多数例外条款都可以纳入非排除措施条款之中，而关于非排除措施条款的性质认识摇摆于例外条款和新兴独立条款之间，但作为独立或新兴条款进行专门研究。^②可见，非排除措施条款与例外条款或其他条款之间的关系需要从理论上予以界定或厘清：非排除措施条款是否形成独立条款？如果给予肯定回答，其与例外条款的联系和区别是什么？如果给予否定回答，其与例外条款的逻辑关系又是如何？这是深入研究非排除措施条款的基本前提。罗马法学家塞尔苏斯曾说，“认识法律并非固守它的文字，而是要认识到它的力量与权力”，^③对于非排除措施条款的认识需要回归其产生和发展的历史脉络，从法（条约）的体系和法条目的之中寻找其对于国际投资条约的价值或功能，具体阐释其在条约体系内与例外条款的关系及其自身存在的目的和意旨，从而认识其性质。本文试图沿着这一思路，作一些有益的探讨，以求教于学界同仁。

一、NPM 条款的缘起：条约例外条款之法方法向度的演进

应该承认，非排除措施条款，起初来源于例外条款，与例外条款混同，不易区分。一方面，从形式要件而言，非排除措施条款并不一定采取典型的“本条约任何条款均不得阻止、排除或解释为缔约方为维护……利益而采取（它认为的）必要的措施”的表述方式或结构；另一方面，从实质意义而言，非排除措施条款与例外条款都是国际投资条约“原则+例外”立法方法或思维的反映。但是，随着国际投资条约转型以及国际投资条约规则精细化和法典化的发展，例外条款通过适用领域拓展、条款种类分化和功能扩张的过程，逐步演化为国际法不成体系背景下独立的东道国风险规避、条约解释或协调的工具，成为国际投资条约的法方法条款，即狭义上的非排除措施条款。与例外条款相比，非排除措施条款更有利于实现东道国可持续发展与外国投资者利益保护之间的平衡，可以最大程度上满足国际投资条约对稳定性和灵活性相统一的内在要求。换言之，狭义的非排除措施条款是例外条款应对国际投资环境风险与国际（投资）法不成体系的状况在法方法上演进的结果，大致表现在两个方面：

Treaties. *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, No.2, 2008, p.313. 该论文引起了学者们对非排除措施条款的关注。国内学者南京大学彭岳教授 2011 年在《河北法学》上发表论文《国际投资条约中的“非排除措施”条款研究》，随后国内国际经济法学陆续系列研究论文，包括硕士和博士学位论文。

① 参见梁丹妮 2010 年国际经济法年会上提交的论文《国际投资条约中的一般例外条款研究》；华东政法大学李晓霞的博士学位论文《国际投资法中的根本安全利益例外条款研究》

② 参见杨福学：《国际投资条约中的 NPM 条款研究》，兰州大学出版社，2019 年版，第 36-37 页关于同一条约中非排除措施条款与例外条款的关系论述以及第 45 页、第 47 页关于美国、加拿大双边投资条约中的非排除措施条款的论述，存在不一致的表述。

③ 参见【奥】恩斯特 A. 克莱默著，周万里译：《法律方法论》，法律出版社 2019 年版，第 53 页。

（一）从一般例外到特殊例外

最早的非排除措施条款来源于美国《友好通商航海条约》(FCN)。该条约范本第 21 条第 1 款规定：“本条约不得阻止以下措施的适用……”，在列举的 5 类措施中，除第 1、2 项专门针对贵金属及核裂变物质贸易以及第 5 项利益拒绝条款以外，第 3、4 项为国际投资条约所吸收，成为非排除措施条款中安全利益事项的内容。^① 美国《友好通商航海条约》是包含投资事务的综合性条约，该条款可以视为最早的投资条约非排除措施条款。20 世纪 50 年代末，德国与巴基斯坦所缔结的双边投资条约 (bilateral investment treaty, 简称 BIT)，是德国第一个双边投资条约，吸收了上述例外规定，成为形式上最早的非排除措施条款。1982 年美国与巴拿马缔结的 BIT 中，也是美国缔结的第一个 BIT，包含了非排除措施条款。从德国和美国早期 BIT 范本中的非排除措施条款的规定来看，都只适用于安全事项，且条款单一。美国 80-90 年代的 BIT 示范文本都属于这一类型，例如美国 1984 年 BIT 范本第 10 条规定“1.本条约不得阻碍任何缔约方实行为维护公共秩序，为维护与恢复国际和平与安全相关的义务的履行，或者保护其根本安全利益所采取的必要措施；2.本条约不得妨碍缔约方有关建立投资的特殊手续的规定，但这些规定不得损害本条约规定的投资者的实体权利。”据 OECD 的统计，含有根本安全例外或一般安全例外条款的国际条约和国际惯例有 10 项之多。^② 可见 20 世纪中后期的国际投资条约的非排除措施条款与根本或一般安全例外条款并没有完全区分。从条款功能来看，国际投资条约中的一般例外条款也被认为是非排除措施条款。

进入 21 世纪以后，广义而言的例外条款调整领域不断扩张，适用事项从基本安全拓展到环境保护、劳工权利、税收政策、知识产权、金融措施以及保护和促进文化和语言的多样性等。采用非排除措施条款典型表述方式的条款日趋增

① 美国 FCN 范本第 21 条第 1 款原文规定:The present treaty shall not preclude the application of measures: (a)the importation or exportation of gold or silver; (b)relating to fissionable materials, to radioactive by-products of utilization or processing there -of or to materials that are the source of fissionable materials; (c) regulating the production of or traffic in arms, ammunitions, and implements of war, or traffic in other materials carried directly or indirectly for the purpose of supplying of military-establishment; (d)necessary to fulfil the obligations of a Party to maintenance or restoration of international peace and security or necessary to protect its essential security interests; (e)... 3. The provisions of the present treaty relating to treatment of goods shall not preclude the actions by either Party which is required or specifically permitted by the General Agreement on Tariffs and Trade during such time as such Party is a contracting Party to the GATT.

② 具体包括: NAFTA 第 2102 条, GATT 第 20 条、第 21 条, GATS 第 14 条, 能源宪章条约 (ECT) 第 24 条,《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 25 条;《政府采购协定》第 23 条,《技术贸易壁垒协定》第 2 条,《知识产权协定》第 73 条等。尤其是《与贸易有关的投资措施协定》(TRIMS) 第 3 条例外条款规定:" GATT 1994 项下的所有例外均应酌情适用于本协定的规定。”

加，除了集中规定的“(一般)例外”、“基本安全”外，许多相关条款分散于条约序言、正文和议定书等各个部分；条款关键词表述也多样化，具体为：“不得解释为”、“不得阻止”、“不得排除”、“不适用于”、“不得要求”等，还有“尽管……的规定，任何缔约方可以……”的形式。美国 2004 年 BIT 范本中可以归属为非排除措施条款达 20 多条，^①美国 2012 年 BIT 范本在保持这一格局的基础上，关于金融安全、税收、文化安全等领域相关非排除措施更加完备细致，特别在环境保护方面通过非排除措施条款进一步扩张了国内环保机构的自裁权，增加了环保争议的协商程序与公众参与原则。^②可见，这一时期国际投资条约非排除措施条款的缔约方法和技术更加成熟，从条约适用的关联度、适用事项以及采取措施的自主性（增加了 *it considers appropriate to ensure* 的表述）等方面进一步凸显了非排除措施的标志性表达，改变了过去非排除措施条款与例外条混同的状况，开始在结构和形式要件上与例外条款分离。

（二）从实体事项例外到条约适用

现代投资条约非排除措施条款的转型不仅表现在结构和形式要件上，而且在条款适用领域和目标上也悄然发生了变化：从传统的事项例外或安全例外转向条约解释的引导、限定与条约内部、条约之间以及条约与国内法之间的关系或冲突协调。换言之，非排除措施条款已经从传统例外条款向条约方法条款演进，既为东道国更高价值或利益的保护提供空间，也通过法方法或技术防止非排除措施条款的误用或滥用，并进一步保证投资条约体系的统一。这一意义上的非排除措施条款大致可以划分为两类：一类主要通过引导条约解释或适用，明确条款启动的条件和程序。例如，《中国和哥伦比亚边投资协定》第 12 条规定，“本协定的任何规定都不得被解释为阻止缔约方为维护公共秩序而采取或维持措施，其中包括保护国家重大安全利益的措施，该措施必须满足下列条件：（1）只有在社会的某一根本利益受到真正的和足够严重的威胁时才能够被实施；（2）不得以构成任意的歧视的方式实施；（注 3 为进一步明确，本条规定不得被解释为对第四条（征收和补偿）关于补偿的规定所设定的义务的例外。）（3）不得构成对投资的变相

^① 美国 2004 年 BIT 示范文本，总计 37 个条文之中有 11 个条文设定了例外条款，都可以归属于广义的非排除措施条款占条文总数的近 30%，除去文本中一些技术性条款，几乎所有实体权利义务条款都考虑或关注了可能发生的条约例外。。

^② Article 12: Investment and Environment “.....5.Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns. 6. A Party may make a written request for consultations with the other Party regarding any matter arising under this Article. The other Party shall respond to a request for consultations within thirty days of receipt of such request. Thereafter, the Parties shall consult and endeavor to reach a mutually satisfactory resolution. 7. The Parties confirm that each Party may, as appropriate, provide opportunities for public participation regarding any matter arising under this Article.”

限制；(4) 与其所要达到的目的相称；(5) 是必须的，并且仅在必须时采取和维持；且 (6) 通过透明的方式和根据相关的国内法律实施。为进一步明确，本条的任何规定不得被解释为限制仲裁庭在本例外被援引时对一个事项进行评价的权力。”

另一类则主要通过协调条约之间的关系，化解不同类型的条约冲突。具体包括：(1) 不同条约之间的关系协调。国际投资条约中普遍出现了“本条约不得减损以下任何规定所涉投资的，比本条约赋予的待遇更高的待遇：……或者……”之类的更优待遇条款；(2) 条约内部条款之间不一致或冲突的化解。这类规定，随着非排除措施条款由集中规定转向分散规定，不断出现在诸如环境保护、知识产权、劳工权益之类条款之中。比如美国 2004 年 BIT 示范文本第 13 条关于投资与劳工的规定，“……每一缔约方须努力确保不以取消或减损或试图取消或减损第 2 款所指的国际承认的劳工权利作为对投资者在其领土内设立、收购、扩大或维持投资的鼓励。如果缔约一方认为缔约另一方已经提供了此种鼓励，可要求与其协商，缔约双方应商定一种办法以避免此种鼓励……”；(3) 投资条约与国内法之间冲突的解决。如《中国和法兰西共和国双边投资协定》第 4 条关于国民待遇和最惠国待遇的规定，“……本条规定不得解释为阻止任一缔约方在为保护和促进文化和语言的多样性的政策框架内，采取任何措施来规范外国公司的投资和这些公司活动的条件。”又如美国 1984 年 BIT 第 9 条明确规定，“本条约不得减损：a. 缔约方国内法、行政管理、司法裁判的效力；b. 国际法律义务；c. 缔约方在投资合同、投资特许中承诺给予投资者同等情形下优于本条约的待遇。”这些规定明确了条约与国内法或特许协议之间的效力关系。

可见，非排除措施条款广泛出现于现代国际投资条约，特别是双边投资条约之中，与早期的非排除措施条款相比，立法形式从集中规定转向为分散规定，调整内容和目标也从具体事项或情形排除转向了条约解释引导和条约冲突化解，这些变化反映了非排除措施条款向法方法条款转型的过程。

二、NPM 条款的特征：条款的可自裁性、事项的开放性与措施的不确定性

从法方法视角来看，非排除措施条款来源于传统一般或根本安全条款，二者都属于国际投资条约的“一般条款”，作为其构成要素的核心概念“国家安全”、“公共秩序”、“基本道德”等都具有抽象性或模糊性。“一般条款”能够满足社会创新和变迁对于法律规范的要求，为“法官造法”和“法律续造”提供了空间和可能。“就象毛孔一样，法典借此可以呼吸、复苏和适应”、“是法律文本具有

普遍效力的极为明确的证明。”^①非排除措施条款作为国际投资条约的一般条款，是传统例外条款创新和发展的结果，具体表现在：在适用事项上突破了传统国民待遇和最惠国待遇等例外的局限，拓展到条约覆盖的所有领域；在立法技术上改变了例外条款通常采用的具体列举方式而转向概括性规定，因此决定了非排除措施条款的可自裁性属性以及由集中立法走向分散立法的形式特点。从逻辑方法上看，例外条款侧重于特定条款（所涉概念）的外延限定，目的是将某一类因素排斥在其外延覆盖范围之外；而非排除措施条款则倾向于特定条款（所涉概念）的内涵界定，目的是将具备某一特性的因素（概念内涵所界定的）或情形排除在条约适用范围之外。前者属于立法技术层面，主要划定概念或规则的适用范围；后者属于法方法范畴，主要决定条约或规则的是否适用，二者共存于国际投资条约，运用不同的立法技术和法方法拓展或保障东道国可持续发展的管理空间，促进国际投资条约的现代转型。与例外条款比较而言，非排除措施条款表现出以下三个方面的特征：

（一）条款的可自裁性

非排除措施条款作为国际投资条约的一般条款，与其他条款一样都是缔约国国家意思表示一致或者国家意思多数决的结果，缔约国有权决定是否启用非排除措施条款。换言之，非排除措施条款具有自裁性。尽管仲裁实践和学术界对于非排除措施条款的自主判断属性尚没有形成一致的意见，但是缔约实践与仲裁中条款的适用总体上趋于认同非排除措施条款的自裁性。杨福学博士在其著作《国际投资条约中的 NPM 条款研究》中，对相关仲裁案件中的条款适用以及美国 BIT 示范文本非排除措施条款的演变进行了分析，提出对不同类型的非排除措施条款分别适用不同原则进行审查的观点，即对自我判断性非排除措施条款依善意原则审查东道国采取措施是否符合公正标准；对于非自我判断性的非排除措施条款适用评价边界理论判断东道国决定对非排除措施条款的遵从程度。应该说，这一观点代表了目前学术界和仲裁实践中部分学者关于非排除措施条款性质的认识或态度。他们认为，非排除措施条款中若含有“它（缔约国）认为（It considers）……”等类似词语限定，则可认定为自我判断性非排除措施条款，否则应该结合条约语境、背景资料及其具体实践而定。

然而，上述学者的观点并不完全符合国际投资条约，特别是双边投资条约非排除措施条款的价值或存在目的，在一定意义上也混淆了东道国政府启用非排除措施条款的国家主权自由与采取具体非排除措施适当性的国际仲裁之间的关系。非排除措施条款的目的在于赋予缔约国在特定情形下为了国家基本安全或更高

^① 参见【奥】恩斯特 A. 克莱默著，周万里译：《法律方法论》，法律出版社 2019 年版，第 41 页。

价值的保护采取不受条约之约束的相关措施的权力，从而保证东道国可持续发展利益，实现东道国的公共利益与外国投资者的私人利益之间的平衡。严格意义上讲，非排除措施条款本质上是国家（经济）主权在投资条约中的具体体现，所以在特定情形下是否启用或执行非排除措施条款以及采用何种具体措施当属东道国主权范围之类的事情，即便非排除措施条款中没有“它（缔约国）认为（It considers）……”的表述，也应当推定缔约双方相互承认在非排除措施条款所涉领域的自主权，除非有相反的特别或具体约定。美国投资条约的非排除措施条款经历一个从模糊表述到明确认可的转变过程。1984年美国首个BIT范本没有非排除措施条款自裁性的明确表述。1994年美国BIT范本第一次在采取措施前增加了“它认为 必要的”表述，反映了美国一直以来关于非排除措施条款自裁性的主张，以后的BIT范本都承袭了这一表述。对于没有明确表述具有自裁性的非排除措施条款，国际仲裁庭目前主张根据条约语境、背景资料及相关国家实践进行综合判断。但是，令人疑惑或担忧的是，国际仲裁出现了对于同一双边投资条约的非排除措施条款的不同缔约国，却得出了相反裁决的情形。这样的裁决结果不仅违反了双边国际投资条约是缔约国意思表示一致的原理，而且否定或减损了非排除措施条款存在的意义和价值。正确的选择是，除非有相反的约定，应该承认非排除措施条款的自裁性，从而充分保障东道国在特定情形下为了更高价值或利益调控本国经济发展的国家主权。

（二）适用事项的开放性

条款适用范围或事项成为非排除措施条款与例外条款区分的重要标志。学界通常只将国民待遇、最惠国待遇条款的例外规定排除在非排除措施条款之外，而将一般安全或根本安全例外以及其他领域的例外条款纳入了非排除措施条款。^①其中“例外事项是否具体”、“例外条款是否导致条约或相关条款不予适用”成为判断或区别非排除措施条款与例外条款的重要标准。非排除措施条款并不是为了将已经确定而具体的事项或情形排除在条款或条约之外，而是考虑特定领域可能发生的经济和社会风险而将条约规定的义务予以排除。所以，非排除措施条款的适用范围通常不是某一个具体事项，而是借助高度抽象或概括的核心概念表达更高的利益或价值予以适用。

非排除措施条款的抽象性，为东道国在特定领域自主适用该条款奠定了基

^① 杨福学：《国际投资条约中的NPM条款研究》，兰州大学出版社，2019年版，第 页。判断某一条款是否属于非排除措施条款除了看其表述形式，还要注重其价值判断的实质，即保护更高位阶的价值，并使投资保护义务更全面、更合理，不致因为违背东道国国际义务或其它条约、法律义务而受到质疑和冲击。因此，投资条约中征收条款、最惠国待遇条款中的排除情形不应列入非排除措施条款，因为这些是投资条约产生以来就有的传统规定，不应视为新条款，否则非排除措施条款的新颖性、实质特性会被淹没。

础，而适用事项的开放性则为进一步保证了东道国根据本国经济发展阶段、产业政策以及社会关注在缔结国际投资条约时进行适当规划或预测的权利。从已经签订的条约来看，国际投资条约中的非排除措施条款已经从传统的国家安全、公共秩序、公共利益等事项，发展到金融安全、环保和 劳工、人权等事项。如《北美自由贸易协定》在世界上较早规定了环保措施，其 1114 条 规定：“本章规定不得被解释为妨碍缔约方采取、维持或者执行任何环境保护措施。”加拿大 2004 年 BIT 范本中非排除措施条款更是涉及到文化安全，该范本 第 10 条“一般例外”第 6 款规定：“本条约任何规定不适用文化产业的投资。”可以肯定，随着国际投资领域的不断开放和拓展，国际投资条约非排除措施条款的调整范围和事项必然进一步拓展，表现出高度的开放性特点。

（三）采用措施的不确定性

非排除措施条款不仅是国际投资条约文本的一般条款，具有高度的抽象性和开放性，而且是一种不完全性法律规则。从一般意义上而言，法律规则通常由“行为模式”+“法律后果”的逻辑结构构成，而非排除措施条款并没有规定在特定领域或情形下的国家行为模式及其法律后果，即国家在特定领域或特殊情形下的行为模式、边界及其法律效果和责任都是或缺的。例如《北美自由贸易协定（NAFTA）》第 11 章第 1114 条关于东道国环境保护条款规定：“1.本章任何规定不得被解释为阻止缔约方为保护环境而采取、维持或实施其认为 必要但与本章规定不相符的措施，以确保外国投资者保持对环境事项的敏感性。2.缔约方意识到以放松国内健康、安全、环保等措施为手段吸引投资是不适当的。因此缔约方不得以放弃这类措施、减损此类义务来换取外国投资者在其境内设厂、并购、扩张或继续保留。如一缔约方认为另一缔约方采取了此类鼓励措施，它可要求与该另一方协商。双方应当商讨避免此类鼓励措施的方案。”上述关于环境保护措施的非排除措施条款为东道国保留了为保护环境目的可以实施与本协定不相符合的任何措施，特别明确了“其认为必要但与本章规定不相符的措施”，同时规定了不得放松健康、安全、环保的内国措施以鼓励外国投资的义务。1985 年中国和新加坡签署的《双边投资保护协定》第十一条关于禁止和限制规定也作出了类似的规定，“本协定的规定不应以任何方式约束缔约任何一方为保护其根本的安全利益，或为保障公共健康，或为预防动、植物的病虫害，而使用任何种类的禁止或限制的权利或采取其他任何行动 的权利。”条款的措辞似乎表明，只要为了实现条款的目的和价值，采用何种措施都是不受限制的。然而，例外条款所涉事项却是具体明确的，如 2012 年中国与加拿大签署的《双边投资保护协定》第八条例外规定，其中第一款规定为“第五条不适用于：（一）一缔约方根据下述任何现存或将来的双边或多边协定给予的待遇：1. 建立、强化或扩大自由贸易

区或关税联盟；或 2. 与航空、渔业或海事相关的事项，包括海难救助；（二）根据 1994 年 1 月 1 日前生效的任何双边或多边国际协定给予的待遇。……”^① 这是一款典型的例外条款，例外事项采用具体列举方式，将自由贸易区或关税同盟成员之间、航空等特殊行业以及 1994 年之间已经生效的待遇排除在最惠国待遇之外。并且，在相关仲裁案件中，仲裁庭也并不关心东道国采取何种具体措施，而主要围绕条款启动的正当性以及采取措施的合理性及其程度展开辩论，表明仲裁庭承认东道国可以采取其所认为合理的任何措施。非排除措施条款，这种措施不确定性的特征有效保证了东道国可持续发展的权利以及权利行使的灵活性，与传统例外条款形成了鲜明的对比。

三、NPM 条款的定位：国际法不成体系下投资条约的法方法规则

国际投资条约是国际投资法的重要渊源，在多边投资条约或缺的背景下，双边投资条约成为调整国际投资活动的重要法律文件。并且，双边投资条约已经完成了从早期保护国际投资的宣示性政治文件向国际投资仲裁具体适用的法律文件转型。双边投资条约文本更是出现了精细化和法典化的倾向，条文数量剧增，文本规则越来越具体，条约已经向体系化发展。“法律体系化乃是法律的自身属性，法学方法不是发明了它，而仅仅是发现它而已。”^②从法方法意义上讲，任何法律文件都是一个内部体系与外部体系相依存的构造物。法律概念或法律规定间在逻辑上因其抽象化的程度不同，或在价值上因其具体化的程度差异，形成法律概念的位阶结构，成为法律体系化的客体基础。具体而言，法律概念抽象化的程度不同，形成法律的外部体系，表现为法律概念、法律规范（法律规则和法律原则），通过篇、章、节、条、款、项等外在形式呈现出来；而法律价值具体化的程度差异则构成了法律的内部体系，表现为不同位阶的法律理念、价值和原则，上至法治理念或价值，下至指导规则适用的抽象规范，共同形成了法律内在化的

^① 《中国与加拿大投资保护协定》第 8 条例外规定，“一、第五条不适用于：（一）一缔约方根据下述任何现存或将来的双边或多边协定给予的待遇：1. 建立、强化或扩大自由贸易区或关税联盟；或 2. 与航空、渔业或海事相关的事项，包括海难救助；（二）根据 1994 年 1 月 1 日前生效的任何双边或多边国际协定给予的待遇。二、第五条、第六条与第七条不适用于：（一）1. 一缔约方境内维持的任何现存的不符措施；及 2. 自本协定生效后，在销售或以其他方式处置某一现存国有企业或某一现存政府机构中政府的股东权益或资产时维持或采取的措施，该措施禁止或限制对股东权益或资产的所有或控制，或者对高级管理人员或董事会人员施加国籍要求；（二）对前述第（一）分款中所提及的不符措施的继续或即时更新；或（三）对前述第（一）分款中提及的不符措施的修订，只要该修订与修订即刻前相比，未降低该措施与第五条、第六条和第七条的相符性。三、第五条、第六条与第七条不适用于一方根据第二部分第八条的附录保留权利采取或维持的措施。四、就知识产权而言，一缔约方可按照符合缔约双方均为成员方的知识产权国际协定的方式，背离本协定第三条、第五条和第六条。五、第五条、第六条与第七条不适用于：（一）一缔约方进行的采购；（二）一缔约方提供的补贴或拨款，包括政府支持贷款、担保与保险。

^② 参见黄茂荣.法学方法与现代民法[M].北京：中国政法大学出版社，2001:407-408。

法秩序。外部体系受形式逻辑的支配，内部体系依据法理念之间的意思关联。法律外部体系是法律内部体系的外化，法律内部体系是法律外部体系的内源或根据。^①国际投资条约作为法律文件，同样是一个法体系化构造，国家主权原则、投资保护和促进以及东道国与外国私人投资者之间利益平衡的内在价值决定了条约规则的内容和类型：实体性规则具体规定缔约方的权利义务，包括投资待遇、投资与投资者保护、投资促进、金融、税收、国有化等相关方面的管理措施等；程序性规则，主要规定投资审批、登记或备案以及争议预防和解决的方式、步骤等，并通过国际投资条约的条、款、项和编、章、节呈现出来。

然而，国际投资条约与国内相关立法所依存的法治系统不同，国际法体系呈现为一个平行结构，不存在宪法性规范，法律规范之间没有层级区分，没有效力优劣，国际法呈现碎片化状态。^②国际投资领域由于多边投资条约或缺，双边投资条约数量剧增，国际投资法更是表现为一种不成体系的存在。不仅核心概念存在理解歧义，而且对于调整相同事项的法律规则在适用上的效力等级也缺乏统一认识。更有甚者，双边投资条约表现出特殊“三方”结构和双边特点，条约之间（双边投资条约之间，双边投资条约与相关多边条约之间），条约与国内法之间，而且条约与国家特许契约之间都存在不可避免的冲突或不协调。这样一种状态，不仅为国际投资条约的缔结带来了概念统一和条约协调的难题，而且对于国际投资条约适用中裁判规则的援引、解释以及最终裁判的增加了更多的不确定性。国际投资条约的非排除措施条款则在很大程度上增强了国际法不成体系所造成的投资条约之间的协调，提高了国际投资条约的可预见性，保障了东道国调控经济社会发展的国家主权，有利于条约主体之间利益的协调。

事实上，国际投资条约非排除措施条款并不规定缔约国或外国投资者的实体性权力或者实体性权力行使的步骤和方式，不直接调整缔约方的利益；也没有涉及国际投资争端预防和解决机制等方面的程序性内容，而只是规定了条约或特定条款排除适用情形以及条约之间关系与条约解释、适用等法方法方面的问题，表现出核心概念的高度抽象性、适用范围的开放性、未来采取措施的自主性或不确定性等诸多特征。所以，国际投资条约非排除措施条款本质上只是国际法不成体系背景下国际投资条约内部在法方法上的应对规则，属于法律规则中技术或方法条款。如前所言，非排除措施条款经历了从一般例外到特殊例外，从实体事项例

^① 参见梁开银：《中国双边投资条约研究》，北京大学出版社，2016年版，第 页。因为一定的法秩序总是通过一定的法规范表现出来；而一定的法规范与法概念，都必然承载一定的法价值，受法律原则的规范或指导。

^② 国内法体系是一个金字塔型的结构，宪法位于塔顶，下位的法律规范分为不同层级，下级规范的效力来自于上级规范，宪法具有最高效力，是该体系内一切规范效力的最终源来源，部门法以宪法为基础事实上形成了一个严整而完备的法律体系，表现为法律概念明确，法律规则统一，法律原则相互协调的国内法秩序。

外到条约协调，最终走向法方法规则的演进过程。总体上来讲，早期国际投资条约中的非排除措施条款都比较简单，采用概括或抽象化表述的方式：“本条约任何条款均不得（解释为）排除缔约方为维护（保卫）……利益而采取（它认为）必要的措施。”有的国际投资条约甚至直接将《WTO 协定》中的安全例外规则引入，比如《中国-东盟投资保护协定》17 条一般安全例外就基本纳入了 GATT 第 21 条。^① 随着国际投资条约法典化或精细化发展，非排除措施条款也不断完善，除了集中规定“（一般）例外”、“基本安全”等条款外，在一些特殊领域或条款上出现了分散性的非排除措施条，关键词通常有“不得阻止”、“不得排除”、“不得要求”或“不适用于”、“不得解释为”等以及“尽管……的规定，任何缔约方可以……”的表述。2012 年美国 BIT (Bilateral Investment Treaty, 缩写为 BIT) 范本中这些关键词在条约中出现了 40 多次。并且，仔细分析不难发现，非排除措施条款除了早期一般例外型的集中表述之外，相关分散的非排除措施条款大致可以分为两类：一是涉及条约解释或条约适用，侧重条约适用范围与条约概念的限定等方面的内容；二是条约之间的关系协调，包括条约之间、条约与国内法之间以及条约与特许契约之间的关系协调或规则冲突的化解等，充分体现了非排除措施条款的法方法属性和规则分类，即国际投资条约中的非排除措施条款主要是作为条约解释规则和条约冲突规则，保障国际投资条约的统一和协调。

（一）条约解释规则

条约解释是条约适用的基本前提和重要内容，在国际法不成体系以及国际投资多边条约或缺的条件下，国际投资条约解释的重要性和作用更显突出。可以说，国际投资争端在一定意义上多数是从缔约方条约解释的分歧开始，而以仲裁庭的最终解释而结束的。从 ICSID 裁决的 *Sempra* 案、^② *LG & E* 案、^③ *CMS* 案^④ 以及 *Continental* 案^⑤ 四个涉及阿根廷的案件来看，国际投资仲裁庭对非排除措施条款的解释路径、解释依据与解释方法等发生分歧，对于条款中“基本安全”等核心

① GATT 第 21 条规定，“本协定不得解释为：（a）要求任何缔约方提供其根据国家基本安全利益认为不能公布资料；或（b）阻止任何缔约方为保护国家基本安全利益对有关下列事项采取其认为必需采取的任何行动：（1）裂变材料或提炼裂变材料的原料；（2）武器、弹药和军火的贸易或直接和间接供军事机构用的其他物品或原料的贸易；（3）战时或国际关系中的其他紧急情况；或（c）阻止任何缔约方根据联合国宪章为维持国际和平和安全而采取行动。”

② *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, September 2 & 2007 Award.

③ *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp., LG & E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Oct. 3rd, 2006.

④ *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, May 12, 2005 Award.

⑤ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, 23 February 2009 Decision on Modify and Supplement.

概念的解释、条款自裁性以及援引非排除措施条款是否可以免责等问题的裁决都存在矛盾和冲突。杨福学博士认为，“仲裁庭对非排除措施条款的分析带有很强的功利主义和主观性目的，最初的案件中强调对投资者利益的保护，对非排除措施条款从严解释，援引国际法例外条款的适用条件解释非排除措施条款适用的必要性，驳回东道国的抗辩，裁定其承担赔偿责任；随着投资界对国家规制权的关注和民众对保险式投资保护的强烈质疑，仲裁庭又转向公共利益价值取向，努力开脱东道国的条约义务。仲裁庭多没有明确的解释原则，解释中也没能针对个案做具体细致的探究……采用所谓国际社会公认的关键语词的通常含义解释非排除措施条款中的允许事项……”^①

可见，投资条约迫切需要法方法指导，嵌入条约解释条款，对解释路径、依据以及相关事项等进行明确限定。否则，一旦发生投资争端就会陷入僵局，难以形成共识。正如台湾学者黄茂荣在《法学方法与现代民法》序言中说，“法律的现代化及正义的实践莫不系于法学方法的认识、接受与应用，不然，小则免不了各说各话，不能客观严谨的论断是非，大则免不了强词夺理，根据主观利益颠倒是非。”^②所以，国际投资条约解释条款应该依据《维也纳条约法》第31条和第32条所规定的一般原则进行具体的条款设计。^③《中日韩投资保护协定》第9条涉及知识产权之非排除措施条款规定，“……3、本协定不得理解为将协定规定的三方权利或义务适用于任两方间的协定中，或适用于任一缔约方与非缔约方之间的协定”；该协定第10条第5款有关透明度方面的非排除措施条款规定，“本条不得解释为要求任何缔约方公开秘密信息，如果公开有损法律的执行、违背公共利益或者会损害私人合法的公共利益。”这一类型的非排除措施条款在国际投资条约中普遍存在，从一定意义上成为国际投资条约中具体运用法方法规则的尝试，为投资条约的理解或解释提供了导向或限定，从而有利于国际投资条约之间的统一。

^① 杨福学：《能源视野下国际投资条约中的NPM条款研究》，兰州大学出版社，2019年版，第141页。

^② 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社，2001年版，序言部分。

^③ 《维也纳条约法公约》第31条规定：一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。二、就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：（a）全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；（b）一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。三、应与上下文一并考虑者尚有：（a）当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；（b）嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例；（c）适用于当事国间关系之任何有关国际法规。四、倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义。第32条规定：解释之补充资料为证实由适用第31条所得之意义起见，或遇依第31条作解释而：（a）意义仍属不明或难解；或（b）所获结果显属荒谬或不合理时，为确定其意义起见，得使用解释之补充资料，包括条约之准备工作及缔约之情况在内。

（二）条约冲突规则

国际投资条约存在于林立的各种专门化的体制或秩序之中，必然与诸如国际贸易、知识产权、环境保护或其他国际投资条约等国际或区域的法律制度相联系；同时，投资条约所调整的国际投资关系的“本座”位于东道国，投资项目的审批、设立、营运、维护、扩展等一系列法律行为都在国内法律秩序之下完成，也要与国内法发生千丝万缕的联系。国际投资条约不仅需要协调条约之间的关系，而且必须调整条约与国内法之间的冲突或不一致的规定。这种国内法不仅包括实体法，而且涵括程序法，也就是说，关于国际投资争议解决机制与国内法救济方式之间的冲突，也当然纳入投资条约的调整范围。这是由国际投资法的“碎片化”和国际投资的漫长周期的特点所决定的，国际投资条约在调整条约之间、条约与国内法之间静态冲突的同时，还要特别关注国内法的发展，包括东道国法律的废、改、立等相关法律的变化所带来的条约与国内法的未来的动态冲突。^①国际投资条约中的非排除措施条款从一般例外条款中独立的重要标志或特征，就是非排除措施条款并不局限于实体事项或利益的规定，而是转向条约之间、条约与国内立法之间以及条约与其他规则的关系协调，成为具有法方法或技术属性的条约冲突规则或条款。据不完全统计，堪称现代 BIT（Bilateral Investment Treaty, 缩写为 BIT）代表的美国 2004 年 BIT 范本中，具有条约冲突条款性质的非排除措施条款（含例外条款）多达条约规则总数的 1/3，^② 其 2012 年 BIT 范本保持这一比例没有变化，从中可以看出投资条约在目前国际投资法不成体系背景下对冲突规则的需求以及非排除措施条款的重要地位。《维也纳条约法》第 30 条关于“同一事项先后所订条约之适用”的规定，为条约冲突的化解提供了基本原则，并不能完全满足国际投资条约冲突规则具体化或特殊性的要求。^③比如，《中国-东盟投资保护协定》第 10 条（金融条款）“转移和利润汇回”第 5 款规定：“本协定不得影响各方在《国际货币基金协定》项下的权利和义务，一方不得违背其在本协

① 国际投资条约的冲突及其规则与国际私法的冲突及其规则不完全相同。文中所言冲突及冲突规则，既包括立法不一致或冲突，也涵括了条约在适用上的冲突，与国际私法主要研究法律适用上的冲突相比，文中所言冲突包括范围更加广泛。

② 梁开银：《双边投资条约的冲突条款》，《法商研究》2011 年第 2 期，第 页。

③ 《维也纳条约法》第三十条 关于同一事项先后所订条约之适用 “一、以不违反联合国宪章第一百零三条为限，就同一事项先后所订条约当事国之权利与义务应依下列各项确定之。二、遇条约订明须不违反先订或后订条约或不得视为与先订或后订条约不合时，该先订或后订条约之规定应居优先。三、遇先订条约全体当事国亦为后订条约当事国但不依第五十九条终止或停止施行先订条约时，先订条约仅于其规定与后订条约规定相合之范围内适用之。四、遇后订条约之当事国不包括先订条约之全体当事国时：(甲)在同为两条约之当事国间，适用第三项之同一规则；(乙)在为两条约之当事国与仅为其中一条约之当事国间彼此之权利与义务依两国均为当事国之条约约定之。五、第四项不妨碍第四十一条或依第六十条终止或停止施行条约之任何问题，或一国因缔结或适用一条约而其规定与该国依另一条约对另一国之义务不合所生之任何责任问题。”

定中的承诺而限制资本流通，除非：1、依据本协定第 11 条（国际收支平衡保障措施）；2、应国际货币基金组织的要求；3、特殊情形下，资本流动导致相关缔约方严重的经济或金融动荡，或存在导致上述情形的威胁。”^①该非排除措施条款本质上是条约冲突规则，赋予了《国际货币基金协定》优先的效力，排除了在与《国际货币基金协定》相冲突的情形下，《中国-东盟投资保护协定》具体投资措施适用的可能。

应该承认，正是非排除措施条款从一般例外向特殊例外，从实体事项或利益例外向条约协调的演化或发展，最终使得非排除措施条款与例外条款相区分，也为在国际法不成体系的背景下，实现投资条约自身的体系化提供了空间或可能，从而进一步减少条约之间冲突，有利于提高国际投资条约的可预见性和确定性，为追求条约适用与争端裁决的统一性提供法方法的保障。

四、NPM 条款的功能：特别措施的保障与条约冲突的协调

如前所述，非排除措施条款从更广泛的意义而言，应该从属于条约例外条款，是法律思维中原则与例外关系的反映。可以说，任何法律文件，从构成要件而言，都是一个“原则+规则”的构造；而从法律适用来看，则离不开“原则（规则）+例外”的法方法运用。前者满足了法律要素的标准；后者适应了法律适用技术的要求。非排除措施条款就是要在特定情形或事项下，为了更高的价值，依照善意原则，按照一定程序排除国际投资条约的适用，以维持不符合条约规定的相关措施，从而保证东道国实现可持续发展目标或基本价值的合理空间。所以，非排除措施条款本质上是一种更宏观意义上的条约适用的例外条款，即规定条约整体或特别事项上的适用例外。但是，随着条约规则精细化发展，例外条款种类和功能不断分化，非排除措施条款已经从传统例外条款中独立出来成为具有特别功能和法方法性质的新型条款。2015 年联合国贸易和发展会议（UNCTAD）《世界投资报告》，已将 NPM 类型条款单独确立为维护东道国经济管理主权，平衡投资者权利保护和国内公共利益，并实现可持续发展的重要工具或选择。^②

与其他条款不同的是，非排除措施条款并不直接调整缔约国之间以及缔约国与外国投资者之间的权利关系，而是通过条约适用范围、核心概念的限定或界定以及投资相关条约之间关系的协调等法方法间接调整条约相关主体之间的利益

^① 该协定同条还规定了，依据第 3 种情形所采取的措施必须符合：1、《国际货币基金组织协定》；2、不得超过应对情形所必要的程度；3、暂时性的，在情形消失后及时取消；4、尽早通知其他缔约方；5、应符合国民待遇和最惠国待遇；6 避免对其它缔约方造成不必要的损害。

^② United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance (2015) 124, 140-2 <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf> accessed 1 June 2016 (World Investment Report 2015).

或权利义务关系。^①与传统例外条款相比，非排除措施条款具有调整事项的开放性，以及所采取措施的不确定性或自主性特点，为东道国预留了超越原条约规则的自己认为适当的危机管理的权限或政策空间。非排除措施条款不仅具有填补传统例外条款缝隙或漏洞的效果，^②而且成为国际投资条约应对国际投资风险、国际法不成体系或国际投资法“碎片化”的重要法方法工具，具有两个特殊功能，即东道国特别措施的保障与条约冲突的协调，从而最终确立了非排除措施条款在国际投资条约中的法方法规则地位。

（一）特别措施的保障

国际投资是“一揽子”资源的跨国流动，不仅面临着险象环生的经济、社会环境等带来的高商业风险，而且直面东道国政局动荡、政策变化等特殊政治风险，保护和促进投资成为传统国际投资条约的基本目标，这是毋庸置疑的。但是，世界一体化、经济全球化以及社会信息化也给东道国可持续发展带来了系列挑战，比如国家安全观内涵发生变化、金融审慎监管要求提高、环境和生态保护日益凸显以及公共卫生危机事件频发等，并且随着人类信息化技术水平的提高，数字经济不断催生新业态，改变着传统领域以及国家经济管理手段或方式，带来新风险。这些变化要求东道国在国际投资领域保留更多的政策手段或灵活的管理空间，从而应对未来可能发生的各种风险或挑战，以维护国家可持续发展利益。非排除措施条款正是在这样的背景下日益受到缔约国的重视，成为保障东道国在投资条约之外采取特别措施应对发展风险的重要手段和条约法方法。这一类型的非排除措施条款，通常采用传统的一般安全例外与特殊领域例外的形式，规定为了国家基本安全、公共秩序或的目的，缔约国可以采取违反条约规定的合理措施。^③如1946年《中美友好通商航海条约》（中国-美国 FCN）第26条规定：“本约中任何规定，不得解释为阻止下列措施之采用施行……”；2012年中国-加拿大 BIT 第33条直接采取“一般例外”的条款名称（将“安全例外”等包含在“一般例外”之内），并以类似于“本协定的任何内容均不适用于有关……的措施”作为表述方式。

① 非排除措施条款的调整方法，类似于国际私法中的冲突规则，但也不完全相同。这一特点，使其明显不同于条约中的实体规则，也与传统例外条款相区分。

② Wei Wang: ICSID Review, Vol. 32, No. 2 (2017), pp. 447-456 doi:10.1093/ICSID review/six001 Published Advance Access April 24, 2017)

③ See Andrew Newcombe, “General Exceptions in International Investment Agreements,” in Sustainable Development in World Investment Law, ed. Marie-Claire Cordonier Segger, Markus W. Gehring, Andrew Newcombe (The Hague: Kluwer Law International Press, 2011), p. 357. 该文中 Andrew Newcombe 认定，只有类似于中国-加拿大 BIT 第33条、1983年美国 BIT 范本第10条第1款，直接以“一般例外”或“不加禁止的措施”命名的条款才可称为一般例外条款，而其他未被冠以指定名称的条款则不能被称之为一般例外条款。

为吸取阿根廷政府在金融危机中不断被诉于国际仲裁庭的惨痛教训，美国 BIT 文本也开始转向投资者利益与东道国发展利益之间的平衡，分别在 2004 年和 2012 年修订了 BIT 示范文本，增加了大量的非排除措施条款。除继续沿用一般例外条款之外，美国更多选择了条约解释条款的形式作为非排除措施条款。例如，美国 2012 年 BIT 示范文本中，第 12 条关于“投资与环境”的规定“……5、本协定的任何规定不得被解释为阻止缔约一方采取、维持或执行在其他方面与本协定相符的其认为能确保在其领土内以顾及环境关切的方式进行的任何措施。”第 20 条关于“金融服务”的规定，“1、尽管本协定有其他规定，为保护投资者、存款人、投保人或金融服务提供者对其负有信托义务的自然人或企业，或为确保金融系统完整与稳定，缔约方不应被阻止出于审慎原因而采取或维持与金融服务有关的措施（审慎原因这一术语当然包括维护单个金融机构的安全、稳定、完整和金融责任以及支付和结算系统的财务与经营的安全性和完整性——参见条约注 18）。……8、为进一步明确，本协定不得解释为阻止缔约一方在金融机构中适用或者执行与缔约另一方投资者或合格投资有关的，为确保金融机构遵守法律或法规而采取的与本协定不一致的必要的措施，包括防止欺骗或欺诈实践相关的措施或应对违反金融服务合同造成的影响的措施，只要这些措施的实施不在情况相同的国家间造成任意的或不公正的歧视或者构成对金融机构的投资的变相限制。”这一类型的非排除措施条款广泛分布于 2012 年美国 BIT 示范文本中，涉及投资待遇、征收、转移、业绩要求、符措施、拒绝授惠、信息披露、金融服务、税收等实体性条款，不仅填补了国际投资条约中传统例外条款的间隙，而且保障了东道国应对各种危机的特别措施。

（二）条约冲突的协调

国际法是一种不成体系的存在，国际投资条约由于没有专门多边投资条约的统领，更是呈现出“碎片化”的状态。投资条约这种不成体系或“碎片化”的无序状况与投资条约作为国际投资仲裁第一法源的地位和要求形成了鲜明的反差或对比，增加了国际投资仲裁法律适用与裁决的不确定性或不一致性，也特别提高了条约自身或条约内部在协调性和统一性上的要求。所以，国际投资条约更加需要一种法方法规则或条款，在为缔约国提供价值权衡工具与空间的基础上，进一步加强条约之间的协调或条约冲突的化解，从而保证条约规则的准确适用和条约宗旨的最终实现。非排除措施条款具有条约协调功能，成为化解条约冲突的重要工具。与传统条约冲突条款相比，非排除措施条款调整法律冲突的范围更加广泛，层次更加多样、复杂，突破了冲突条款一般只调整平等法律体系之间法律冲突的理念，而将“触觉”探入国际法律体系与国内法律体系的冲突，甚至涉及条约与国家特许协议等方面的冲突化解，成为协调条约关系或调和投资条约冲突的

主要方式，日益受到各国条约实践的重视。

美国 2012 年最新的 BIT 示范文本，既注意了国际条约之间的协调，也关注了投资条约与国内法的统一，具有一定典型性或代表性。如其第 21 条关于“税收”的规定，“……4、本协定不应影响任一缔约方依照税收协定享有的权利和承担的义务。如果本协定和此类协定不一致，则该税收协定在不一致的范围内优先适用。如果该协定是本协定缔约方之间的税收协定，则应由该协定下的主管部门单独承担决定本协定与该协定是否存在不一致的职责。”该条不仅直接规定了国际税收协定优先的冲突规则，而且规定了双边税收协定与投资协定之间不一致的解决方式和主体，突破了《维也纳条约法》第 30 条关于条约冲突的习惯法规则，反映了双边投资条约冲突规则的特点；第 16 条关于“不得克减”的规定，“本协定不得减损下列任何规定赋予缔约一方投资者或合格投资比本协定给予的待遇更优惠的待遇：1、缔约一方的法律或法规、行政惯例或程序、行政或司法裁决；2、缔约一方的国际法律义务；或 3、缔约一方承担的义务，包括投资授权或投资协议中的义务”，则直接通过更有待遇优先原则，有效化解了双边投资协定与其他国际条约以及国内法、甚至投资特许协议之间的冲突。从条约订立技术和目的来看，美国 BIT 示范文本中的非排除措施条款表现两个鲜明特点：一是非排除措施条款的类型设定立足于条约冲突的化解。该文本设定的非排除措施条款形式多样，技术较为娴熟。既运用传统冲突条款方法规定解决条约冲突的法律适用或选择，也采用了直接将多边条约内容纳入 BIT 的方法，以及设定了大量例外条款（属于以例外条款出现的非排除措施条款），从而为条约冲突之解决提供了可能的选择或方案；二是非排除措施条款的领域选择反映了重大价值关切和国家战略思维。知识产权战略和金融服务是美国优势领域，文本在非排除措施条款设计时，特别关注了 BIT 与 TRIPS 协议的关系问题，具体条文有 3 款之多，同时，也专条规定了金融服务问题。对于环保和劳工保护方面等新领域所可能发生的条约冲突也进行了前瞻性的思考和规定。当然，从更加宏观意义上，也有学者关注到了非排除措施条款条约冲突协调功能发挥的两个间接性路径：一是通过肯定或确立缔约国更为重要的价值关切，表达缔约方的根本利益，从而在一定意义上限制国际投资仲裁法庭自由裁量或解释的空间与指向，达到保证条约规则协调一致的目的；二是通过在缔约实践中直接参照或引入相关国际法规则，在简化条约缔结内容和缔结过程的同时，也在一定程度上加强了投资条约与其他国际法之间的协调性和一致性，从而使得非排除措施条款成为连接投资条约、其他相关国际法与国内法的重要媒介。^①可见，非排除措施条款的条约冲突化解功能已经

^① See Wei Wang: The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions, ICSID Review, Vol. 32, No. 2 (2017), pp.

得到学术界和缔约实践部门的高度关注和认可。

综上所述，非排除措施条款源于例外条款，是例外条款种类和功能分化的结果，反映了法律思维和立法技术之“原则+例外”的基本特点，也是应对国际法不成体系之法方法的发展。这些特点，决定了非排除措施条款作为国际投资条约法方法规则或条款的性质定位——引导条约解释和化解条约冲突的规则，形成了在功能上与传统例外条款相互补足的格局：例外条款侧重具体事项的排除，非排除措施条款偏向条约适用的例外。非排除措施条款既为条约排除适用以保留东道国特别措施提供了可能，也为条约之间、条约与国内法之间的冲突化解提供了工具或方法，从而成为缔约国保障应对各种危机的手段和平衡投资者私人利益与东道国公共利益的法方法条款，受到投资条约缔约国，特别是发展中国家的高度重视。充分认识非排除措施条款这些不同于传统例外条款的特点、性质及其功能，研究非排除措施条款在国际投资仲裁实践中的具体运用，是今后我国订立和适用双边投资条约非排除措施条款的基本前提和要求。只有如此，我们才能站在国家战略思维的高度，选择非排除措施条款的涉及领域，合理决定条款类型，具体设计条款的适用情形、条件、程序以及是否具备自裁性与条款的解释规则等具体细节，才能充分发挥非排除措施条款的特别措施保障和条约冲突协调功能，最终提升我国双边、区域投资条约的法方法水平和理论自觉。

数据跨境流动国际规则的发展与我国的应对

马 光^①

摘要：与欧美这两个与我国同属于世界贸易前三的 WTO 成员相比，我国在有关在国际贸易中对个人信息保护规则的 FTA 实践和国内立法层面还有很长的路要走，具体表现为：（1）在缔结 FTA 层面，整体上对电子商务章节的引入非常谨慎，虽然这符合我国当前的现状和利益，但是，随着我国电子商务的迅速发展，我国不得不面对对这一传统立场的再次审视；（2）虽然在《网络安全法》中确定了数据本地化要求，但相关的下位立法尚不完善，特别是某些实施立法尚处在制定阶段，导致如关键信息设施的范围不明，数据安全评估细则不具备等问题的存在。基于这些现状和问题，本文拟对欧美在所缔结 FTA 中和立法中对国际贸易中个人信息保护问题的处理进行研究，并在此基础上探索适用于我国发展方向的模式，同时对国内立法提出相应的完善建议。

关键词：电子商务 数字贸易 数据跨境流动 数据本地化 个人信息保护

一、引言

随着互联网经济的迅速发展，“数字经济”（digital economy）、“数字贸易”（digital trade）^②等相关概念也被提了出来。而如何对数字贸易提供国际法层面的支持和管理便成为当前国际经济法的一大热点。尽管世界贸易组织（以下简称为 WTO）就电子商务问题进行了长期的谈判，并且也获得了非常有限的成果，但总体上不容乐观。相反，在区域层面，对电子商务的国际和国内立法则进展迅速，特别是以美国和欧盟为主缔结的多数自由贸易协定（以下简称为 FTA）都对电子商务问题进行了一些规定。电子商务的发展离不开包括个人数据^③在内各种数据的跨境流动问题，而这两个 WTO 成员对待国际贸易中个人信息保护问题采取了截然相反的模式，美国采取的是贸易主导型，而欧盟则更加关注个人信息保护问题。不仅是 FTA，两者在立法方面也有了较大突破，欧盟的《通用数据保护条例》（以下简称为 GDPR）和美国的《加利福尼亚消费者隐私法》（以下简称为 CCPA）等州立法便是其突出代表。

本文系浙江大学“人工智能与法学专项课题”和“国际合作区域拓展计划—一带一路国家合作项目经费”研究成果。

① 马光（1975-），男，吉林龙井人，浙江大学光华法学院副教授。研究方向为国际法。

② 因为在当前的国际贸易中“数字贸易”和“电子商务”有混用的迹象，本文仅在本次研究的范围内暂且也将两者等同对待。

③ 当前国际贸易中“个人信息”和“个人数据”也有混用的迹象，本文也仅在本次研究的范围内暂且也将两者等同对待。

据 WTO 统计，以欧盟 28 国为整体计算，2019 年我国的货物贸易总额排世界第二，而服务贸易总额则列世界第三，欧盟和美国分列货物贸易排名的第一和第三，服务贸易排名的前两位。^①截止 2020 年 4 月 8 日，我国签订 16 个 FTA，少于欧盟的 37 个和美国的 20 个。在我国所签订的这些 FTA 中，只有与韩国、澳大利亚、新加坡签订的 FTA 中含有电子商务专门章节。而美国则在与约旦、澳大利亚、巴林、智利、哥伦比亚、韩国、摩洛哥、阿曼、巴拿马、秘鲁、新加坡等国签订的双边 FTA 和多米尼加-中美洲-美国 FTA、《美墨加协定》（以下简称为 USMCA）中设了电子商务或数字贸易专章，还有其曾主导但最后退出的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（以下简称为 CPTPP）中也有电子商务专章；欧盟则与智利、加勒比论坛 14 国、韩国、安第斯山脉 3 国、加拿大、日本、摩尔多瓦、新加坡签订的 FTA 中专设电子商务章节，除此之外，其与墨西哥就升级双边 FTA 而达成的原则性协定中也含有数字贸易章节。

与欧美这两个与我国同属于世界贸易前三的 WTO 成员相比，我国在有关在国际贸易中对个人信息保护规则的 FTA 实践和国内立法层面还有很长的路要走，具体表现为：（1）在缔结 FTA 层面，整体上对电子商务章节的引入非常谨慎，虽然这符合我国当前的现状和利益，但是，随着我国电子商务的迅速发展，我国不得不面临对这一传统立场的再次审视；（2）虽然在《网络安全法》中确定了数据本地化要求，但相关的下位立法尚不完善，特别是某些实施立法尚处在制定阶段，导致如关键信息设施的范围不明，数据安全评估细则不具备等问题的存在。

基于这些现状和问题，本文拟对欧美在所缔结 FTA 中和立法中对国际贸易中个人信息保护问题的处理进行研究，并在此基础上探索适用于我国发展方向的模式，同时对国内立法提出相应的完善建议。

二、欧美缔结的 FTA 对数据自由跨境流动的规定

正如上面已述，在 WTO 层面尚未达成对数字贸易的具体规则，相反，FTA 中的相关规则就对数字贸易提供了新的规则体系模板。特别是美国持续的通过 FTA 将自己的数字贸易规则推广到他国，包含在美国所缔结 FTA 中的电子商务规则已陆续被与美国签订 FTA 的国家运用到自国的其它 FTA 中（如，新加坡-澳大利亚 FTA，智利-澳大利亚 FTA，韩国-新加坡 FTA 等），从而使得这些规则得到扩散的效果。

截止 2020 年 4 月 8 日，美国与澳大利亚、巴林、智利、哥伦比亚、以色列、约旦、韩国、摩洛哥、阿曼、巴拿马、秘鲁、新加坡签订了双边 FTA，除此之外，还缔结了 USMCA 和多米尼加-中美洲-美国 FTA，当然，还有美国曾主导但最后

^① WTO, World Trade Statistical Review 2019, 2019, pp.101-103.

退出的 CPTPP 也值得关注。这些 FTA 中，美国和约旦、澳大利亚、巴林、智利、哥伦比亚、韩国、摩洛哥、阿曼、巴拿马、秘鲁、新加坡等国签订的双边 FTA 和三个多边 FTA 都具有电子商务或数字贸易章节。尽管美国并非 CPTPP 缔约国，但因其主导该条约的制定，虽然 USMCA 尚需完成缔约国的国内批准，但因其内容的重要性，所以，本文还是将这两个重要的 FTA 纳入研究范围。

从在 2000 年缔结的美国-约旦 FTA 中引入电子商务内容开始，包含电子商务章节的 FTA 大大增加。关于信息的跨境流动，部分 FTA 在合作规定中包含相关内容，而较为完整的引入则在美国-韩国 FTA 中作为单独条款规定，下面将对与数据跨境流动有关的这些 FTA 内容进行梳理。

美国-智利 FTA 第 15.5 条是关于合作的条款，缔约双方认识到电子商务的全球性，因此确认：分享有关电子商务领域的法律、法规和计划的信息和经验，包括与数据隐私，消费者对电子商务的信心，网络安全，电子签名，知识产权和电子政府有关的信息和经验；努力保持信息的跨境流动，这是在营造充满活力的电子商务环境中的基本要素；积极参加半球和多边论坛，以促进电子商务的发展。多米尼加-中美洲-美国 FTA 第 14.5 条也有类似规定。

美韩 FTA 第 15.8 条则是关于跨境信息流动的专门规定，缔约双方认识到信息自由流动对促进贸易的重要性，并认识到保护个人信息的重要性，应努力避免对跨境电子信息流动施加或保持不必要的障碍。此规定显然是比美国-智利 FTA 和多米尼加-中美洲-美国 FTA 更进一步，直接提到了避免对跨境电子信息流动施加或保持不必要的障碍，尽管其仅是努力避免的非强制性规定。

而真正有约束力的规定来自 CPTPP 和 USMA。CPTPP 规定各缔约方可以对通过电子手段传输信息提出自己的监管要求，^①尽管该条款在其它条款的限制下并未赋予缔约方实质性的规制权，但因其在第一款就以类似于总则的形式赋予缔约方权利，所以在 USMCA 中将该款予以删除，这明显是美国在 FTA 中对数据跨境流动规制的严格限制在 USMCA 中得以贯彻，即无论缔约方是出于国家公共安全还是各自的监管要求，都不能妨碍 USMCA 所定义的“跨境数据自由流动”。^②当某项活动涉及涵盖人的经营活动时，各方应允许通过电子手段跨境流动包括个人信息在内的各种信息。^③而“涵盖人”则包括：涵盖投资、缔约方的投资者（金融机构投资者除外）、缔约方的服务提供者。^④因此，缔约方要保障包括个人信息在内信息的跨境流动，也就是说，数据跨境流动自由得以保障。但这种保障

① CPTPP 14.11.1 条。

② 陈寰琦、周念利：《从 USMCA 看美国数字贸易规则核心诉求及与中国的分歧》，《国际经贸探索》2019 年第 6 期，第 109 页。

③ CPTPP 14.11.2 条，USMCA 19.11.2 条。

④ CPTPP 14.1 条，USMCA 19.1 条。

也是有例外的，即缔约方为了实现合法的公共政策目标，可以采取或维持对信息跨境流动的限制措施，而这种措施要符合：（1）不构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制；（2）对信息传输施加的限制不超过实现目标所需限度。^①可以概括为，要符合这种例外，应满足如下四个条件：（1）实现合法公共政策目标所需；（2）不构成任意或不合理的歧视；（3）不构成变相的贸易限制；（4）不超过实现合法公共政策目标所需限度。只要不符合上述四个条件之一，就会构成对该条款的违反。而这里所规定的“合法公共政策目标”应包含个人数据保护。因此，为个人数据保护而对信息的跨境流动进行限制是正当的。但实际上这种例外能够符合上述所有条件非常困难。从此可以看到，美国 FTA 中的这些规定显然是贸易主导型的，所以在某种意义上对个人信息保护会产生不利影响。

2013 年“棱镜门”事件和 2015 年欧盟法院将欧美《安全港协议》予以无效化等表明各国都普遍认为个人信息存储在美国服务器时并不能很好的得到美国政府的保护。因此，各国要求特定种类的信息存储于本国的服务器里。CPTPP 和 USMCA 则普遍禁止此类本地化要求，各缔约方均不得要求涵盖人在该缔约方领土内使用或放置计算设施，以此作为在该领土内开展业务的条件。^②尽管如此，这种禁止还是有严格限制的例外。CPTPP 规定各缔约方可以对计算设施提出包括寻求确保通信安全和机密性的监管要求，^③例如，为了保护个人数据，各缔约方可以规定相关要求，从而自行规制计算设备的利用。而这里的“计算设备”是指用于处理或存储商业信息的计算机服务器和存储设备。^④但此规定在 USMCA 中又得到删除，从而提高对数据本地化限制的要求。尽管如此，与对数据跨境流动的限制类似，对数据本地化限制也存在相应的例外。CPTPP 规定，缔约方为了实现合法的公共政策目标，可以采取或维持本地化措施，而这种措施又要符合：（1）不构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制；（2）限制措施不超过实现目标所需限度。^⑤而 USMCA 则又删除这一规定，表明其将表面存在的例外也予以排除，显然是对数据本地化的限制变得更加严格。另一方面，表明这些“例外条款”的适用对象比较含糊，美国的重要贸易伙伴常运用例外来限制跨境数据流。因此，美国在 USMCA 谈判中要求删除这些“例外条款”。^⑥

美国在 FTA 中引入跨境数据流动条款的成功，也是其在全球性平台外，借

① CPTPP 14.11.3 条，USMCA 19.11.3 条。

② CPTPP 14.13.2，USMCA 19.12 条。

③ CPTPP 14.13.1 条。

④ CPTPP 14.1 条，USMCA 19.1 条。

⑤ CPTPP 14.13.3 条。

⑥ 陈寰琦、周念利：《从 USMCA 看美国数字贸易规则核心诉求及与中国的分歧》，《国际经贸探索》2019 年第 6 期，第 108 页。

助经济优势在缔约方相对较少的情况下主导规则制定的成果。^①

从国内立法上看,虽然美国愈发重视加强通过立法保护个人信息,并且开始在州立法中得到体现,如 CCPA,但这些立法对数据的跨境流动方面却并无规定。

反观欧盟,截止 2020 年 4 月 8 日,共签订 37 个 FTA,包括与阿尔巴尼亚、阿尔及利亚、波黑、亚美尼亚、阿塞拜疆、喀麦隆、加拿大、智利、北马其顿、塞尔维亚、黑山、法罗群岛、格鲁吉亚、以色列、伊拉克、日本、约旦、哈萨克斯坦、科索沃、黎巴嫩、瑞士、突尼斯、乌克兰、新加坡、南非、韩国、墨西哥、摩尔多瓦、摩洛哥、所罗门群岛等签订的双边 FTA 和与加勒比论坛 14 国、南部非洲发展共同体 5 国、安第斯山脉 3 国、东南非洲 6 国、西非 2 国、中美洲 5 国、太平洋 3 国签订的多边 FTA。而这些 FTA 中包括电子商务或数字贸易章节的是与智利、加勒比论坛 14 国、韩国、安第斯山脉 3 国、加拿大、日本、摩尔多瓦、新加坡签订的 FTA,除此之外,因已经与墨西哥就升级双边 FTA 而达成原则性协定,并且该原则性协定中将电子商务章节改为数字贸易章节,本文也将该原则性协定纳入研究范围。

欧盟缔结的 FTA,对数字贸易尚未形成完全一致的路径。早期,欧盟很少关注在 FTA 中谈判数字贸易相关议题。2002 年缔结的欧盟-智利 FTA 是含有电子商务规定(第 104 条)的欧盟第一个 FTA,但并未形成美国式的单独一章。欧盟早期并未将电子商务包含在服务章节,而从 2010 年与韩国缔结的 FTA 开始将具体的电子商务规定包含在服务章节,从而有和美国趋同的电子商务单独设立章节态势,区别是欧盟还是将电子商务和服务放在一个章,这似乎也是其想把电子商务纳入服务贸易予以规制的设想。

《欧盟-加勒比论坛经济伙伴关系协定》第 6 章是电子商务章,该 FTA 也是欧盟首次将电子商务独立为一章的实践,该协定第 120 条规定,缔约方应就电子商务提出的管理问题保持对话,这种合作可以采取就有关这些问题的缔约方各自的立法以及此类立法的执行情况交换信息。欧盟-韩国 FTA 在服务、设立和电子商务章下设电子商务分节,第 7.49 条有类似规定,而从该 FTA 开始,欧盟均采用了服务和电子商务放在一个章的模式。《欧盟-摩尔多瓦联合协定》第 255 条,欧盟-新加坡 FTA 第 8.61 条也有类似规定。《欧盟-加拿大全面经贸协定》第 16.6 条则在含有类似规定的同时增加如下内容:缔约双方认识到电子商务的全球性,确认积极参加多边论坛以促进电子商务发展的重要性。

《欧盟-日本经济伙伴关系协定》第 8.81 条首次对数据自由流动做出规定,缔约双方约定应在该协定生效之日起三年内重新评估是否有必要将有关数据自

① 石静霞、张舵:《跨境数据流动规制的国家安全问题》,《广西社会科学》2018 年第 8 期,第 132 页。

由流动的规定纳入该协定。按此规定，双方应在 2022 年 2 月 1 日前对此进行谈判。《欧盟-墨西哥全球协定》升级版的原则协定文本第 20 条也有类似规定。

《欧盟-加拿大全面经贸协定》重新将电子商务独立成章，《欧盟-墨西哥全球协定》升级版的原则协定文本第 16 章采用了 USMCA 的做法，用数字贸易的名称替代了电子商务章节，这其实也是美国缔结的 FTA 模式在影响第三国的表现。

就世界电子商务的自由化和电子商务适用于 WTO 协定的立场而言，美国和欧盟观点一致。例如，1997 年美国和欧盟达成的《电子商务共同宣言》要求取消和预防不必要的贸易壁垒。1998 年，双方还共同确立了关于电子商务的 WTO 电子商务工作计划。但是，双方对通过数字形态传输的内容产品存在较大分歧，欧盟主张将数字化产品归类为服务，这与美国的主张恰好相反，而对数字化产品的归类关乎具体条约的适用问题，如果归类为货物则可适用《关税与贸易总协定》（以下简称为 GATT），相反则将适用《服务贸易总协定》（以下简称为 GATS），因为 GATS 可以在市场准入方面设限，所以从竞争层面来看，欧盟的主张其实是为了保护自身利益，双方的上述 FTA 版本明显反映了这种趋向。尽管双方的差异还是很大并且具有根本性，但不可否认这些差异也在一些层面得到缓解，而且双方缔结的 FTA 电子商务内容从结构和内容方面也有一些趋同化的现象。

三、欧美在 FTA 实践和国内立法中对跨境数据保护的规定

美国的 FTA 中 CPTPP 和 USMCA 对电子商务中个人信息的保护规定是最为具体的。CPTPP14.8 条和 USMCA19.8 条是关于个人信息保护的规定，缔约方认识到保护电子商务用户个人信息的经济和社会效益，以及这对提高消费者对电子商务信心所做的贡献。^①为此，各缔约方应制定或维持一个法律框架，规定保护电子商务(或数字贸易)用户的个人信息。^②个人信息保护法律体系的要求仅适用于电子商务利用者。^③从这一点来看，因其 FTA 的性质，这些 FTA 中对个人信息的保护还是与 GDPR 具有很大区别。缔约方可以通过综合性个人信息保护法、包含隐私的部门特定法、通过隐私相关企业的自发承诺进行执行的立法等方式满足这一要求，^④因此，CPTPP 和 USMCA 缔约方提供此类法律体系的方式应是相当自由。

在制定保护个人信息的法律框架时，各缔约方应考虑到有关国际机构的原则

① CPTPP 14.8.1 条，USMCA 19.8.1 条。

② CPTPP 14.8.2 条，USMCA 19.8.2 条。因该条款使用了 shall 这个单词，所以此项规定并非具有法律拘束力。

③ 李墨丝：《超大型自由贸易协定中数字贸易规则及谈判的新趋势》，《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2017 年第 1 期，第 102 页。

④ CPTPP 14.8.2 条注释 6。

和准则。^①但是，具体有哪些国际组织或相关原则，CPTPP 并未明确列举。而 USMCA 则列举了如亚太经合组织（以下简称为 APEC）《隐私保护框架》（Privacy Framework）和经济合作与发展组织（以下简称为 OECD）《对关于隐私保护与个人资料跨境流动的指针做出的建议》等。进而 USMCA 规定，关键原则包括：限制收集；选择；数据质量；目的规范；使用限制；安全保障措施；透明度；个人参与和问责制。缔约方还认识到确保遵守保护个人信息的措施以及确保对个人信息的跨境流动进行任何限制并与所承担的风险成比例的重要性。^②

另外，在承认各缔约方可以采用不同的个人信息保护规定的同时，CPTPP 和 USMCA 建议缔约方查找能够促进这些不同法律体系共存的机制。此类机制可以采用自律的或通过相互约定，甚至可以通过广泛的国际体制完成，而关注的是规制的效果。^③这种体制说明 CPTPP 和 USMCA 作为 FTA 在缔约方之间追求市场规则的统一，而在个人信息保护方面目前还难以追求此类统一。

各缔约方应努力采取非歧视性做法，保护电子商务用户免受其管辖范围内发生的个人信息保护违规行为的侵害。^④虽然 CPTPP 和 USMCA 对不歧视并未定义，但考虑到一般在贸易中不歧视的含义，应理解为某一缔约方应按照国民待遇将本国国民和另一缔约方的国民在个人信息保护中同等对待，也应将不同缔约方的国民同等对待。只不过此项内容并不是强制性的，而是一种建议。各缔约方应公布其为电子商务用户提供的个人信息保护信息，包括：（1）个人如何寻求救济；和（2）企业如何遵守任何法律要求。^⑤因此，各缔约方要尽量公开自己的个人信息保护法律体系如何运作即可，此项要求其实并无多大的现实意义。

美国并没有针对个人数据的流动与保护进行单独立法，相关的规定散见于各行业的法律法规中，而且也更多依赖于企业的自我监管，比如要求美国企业通过自我申请与认证的方式加入美国与欧盟就个人数据跨大西洋流动作出的相关隐私保护安排。^⑥

反观欧盟的 FTA，《欧盟-喀麦隆经济伙伴关系协定》没有设电子商务章节，但专设个人数据保护专章，并在第 64 条规定：缔约双方应通过经济伙伴关系协定委员会将它们可能参加的与第三国的多边承诺和协定，或它们可能受约束且可能与本章的适用有关的任何义务相互告知，尤其是任何规定处理个人数据的协定，例如第三方收集、存储或访问的个人数据，或转让给第三方的个人数据。第

① CPTPP 14.8.2 条，USMCA 19.8.2 条。

② USMCA 19.8.3 条。

③ CPTPP 14.8.5 条，USMCA 19.8.6 条。

④ CPTPP 14.8.3 条，USMCA 19.8.4 条。

⑤ CPTPP 14.8.4 条，USMCA 19.8.5 条。

⑥ 张生：《美国跨境数据流动的国际法规制路径与中国的因应》，《经贸法律评论》2019 年第 4 期，第 88 页。

65 条进而规定，缔约方认识到合作的重要性，以促进适当的立法、司法和体制框架的发展，并确保与本章所载目标和原则相符的对个人数据的适当保护。

欧盟-韩国 FTA 第 7.43 条明确规定，缔约方重申保护个人的基本权利和自由的承诺，应当采取适当措施保护隐私，特别是个人数据传输。《欧盟-加拿大全面经贸协定》第 16.4 条也规定，每一缔约方应采取或维持法律、法规或行政措施，以保护从事电子商务的用户的个人信息，并在这样做时应予以适当考虑双方都是成员的相关国际组织的数据保护国际标准。从这一内容来看，欧美缔结的 FTA 在跨境贸易中个人信息保护方面的规定趋于雷同。

尽管如此，与美国不同，欧盟将对人权的保护置于数据自由流动之上。^①GDPR 第五章对将个人数据转移到第三国或国际组织做出相应规定，其规定，对于正在处理或计划进行处理的个人数据，将其转移到第三国或国际组织，包括将个人数据从第三国或国际组织转移到另一第三国或另一国际组织，控制者和处理者必须满足相应规定，而这些规定包括：基于认定具有充足保护的转移，符合转移所需要的适当安全保障，有约束力的公司规则，未经欧盟法授权的转移或披露，特殊情形下的转移等。^②而欧洲理事会的《108 号公约》也在 2019 年修订时增加了数据跨境流动的规定，即第 14 条规定，任一缔约方不得仅为保护个人数据之目的在向本公约另一缔约方管辖下的接收方传输该等数据时设置禁止性或特别授权措施，除非向另一缔约方传输或从该另一缔约方向非缔约方传输将会导致真实且严重的对本公约规定的规避风险，或者该缔约方受制于某区域性国际组织的成员国之间共同遵守的保护规则。如果接收方受到非本公约缔约方的国家或国际组织的管辖，只有在基于本公约规定确保适当水平的保护的情况下，才能进行个人数据的传输。而欧盟的所有成员国均加入了欧洲理事会，并且欧盟成员国中除了罗马尼亚、马耳他外现均已签署该修正条约。

四、完善我国数据跨境流动规则的建议

欧美对跨境数据流动采用了不同的规制路径，欧盟是“以地理区域为基准”，依据“充分性”原则，进行事前防范的规制路径；美国则是“以组织机构为基准”，依据“问责制”原则，进行事后问责的规制路径。^③相比在 FTA 中已自成体系的数字贸易规则“美式模板”，欧盟数字贸易专门章节的构建进程是比较滞后的。^④

① 赵骏、向丽：《跨境电子商务建设视角下个人信息跨境流动的隐私权保护研究》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2019 年第 2 期，第 61 页。

② GDPR 第 44 条-49 条。

③ 许多奇：《个人数据跨境流动规制的国际格局及中国应对》，《法学论坛》2018 年第 3 期，第 134 页。

④ 周念利、陈寰琦：《数字贸易规则“欧式模板”的典型特征及发展趋向》，《国际经贸探索》2018 年第 3 期，第 96 页。

那么，我国在缔结 FTA 中应采用何种路径呢？

我国缔结的 FTA 中，只有如下几个具有电子商务相关章。中国-澳大利亚 FTA 第 12.5 条和中国-新加坡 FTA 第 15.3 条规定了国内监管框架，各方应在《1996 年贸易法委员会电子商务示范法》基础上维持电子交易监管的国内法律框架，并适当考虑其他相关国际标准。各方应：(1) 将电子商务的监管负担最小化；并 (2) 确保监管框架支持产业主导的电子商务发展。中韩 FTA 第 13.5 条规定了电子商务中的个人信息保护，各缔约方认识到在电子商务中保护个人信息的重要性，应采纳或实施措施以保证电子商务用户的个人信息得到保护，并就电子商务中的个人信息保护交流信息和经验。中澳 FTA 第 12.8 条也规定了在线数据保护，尽管双方领土内现行的个人信息保护体系存在差异，各方仍应采取其认为合适和必要的措施，保护电子商务用户的个人信息。在制定数据保护标准方面，各方应在可能范围内考虑国际标准和相关国际组织的标准。中国-新加坡 FTA 第 15.8 条也很类似，规定了个人信息保护，双方认识到电子商务使用者个人信息保护所产生的经济和社会价值，以及由此对增强电子商务消费者信心所起的作用。各方应采取或维持保护电子商务使用者个人信息的措施。在制定这些措施时，各方应尽可能地考虑国际标准和相关国际组织的标准，以提升各方不同机制之间的相互兼容性。为进一步明确，一方可采取或维持下列措施以遵守本款义务，例如有关全面隐私、个人信息或个人数据保护的法律法规，涵盖隐私保护的具体行业法律，或为执行企业自愿做出的保护隐私的承诺的法律法规。认识到双方可能采取不同的法律方式保护在线个人信息，双方应尽力就各自体制进行信息交换，提升相互之间的兼容性。而此规定非常类似于部分欧美 FTA 中的相关条款。

CPTPP 和 USMCA 的个人信息保护规定对个人信息的保护水平并不是很高，其只是在包括个人信息在内的跨境信息流动中对数据出口限制和数据本地化规定了原则性的禁止。而且，在个人信息保护方面允许采用各种形式。如此宽松的个人信息保护规定被评价为仅仅是一种形式上的保护，其真正目的则是实现数据的进出口自由。而，欧盟在自己缔结的 FTA 中也尚难将其在 GDPR 中所规定的严格标准加入进去。但是，世界上的主要贸易大国都在积极推进的数字贸易规则这一现象将会促进有关数据贸易的国际规范正式出台。以后在 FTA 等有关贸易的协定中将会有更多的与个人信息等信息跨境流动有关的内容，从而使得数据贸易成为继商品和服务自由贸易之后又一新的重要领域，如何在数据安全和贸易增长中实现平衡，直接关系到我国对数据的国际治理能力和规则话语权。^①

^① 马光：《论国际法上网络安全的定义和相关国际规则的制定》，《中国政法大学学报》2019 年第 3 期，第 74 页。

美国通过 FTA 谈判的突破补偿了其在 WTO 体制内日益衰减的强国格局。^①我国也应当在完善国内规制的基础上,积极探索发展中国家的数据跨境流动国际规则并在双边贸易谈判、区域全面经济伙伴关系(以下简称为 RCEP)谈判,甚至多边谈判中推进中国式规则。^②而想要这样做,首先要明确确立一个符合我国现状和利益的 FTA 电子商务条款模板。我国从保护国家安全,网络安全的角度以及保护个人信息的需要出发,整体上采取在电子商务章节不设强制义务的形式,但是,随着与更多的发达国家缔结 FTA,将会面临能否守住这个底线的现实问题,另外,从我国所处的贸易大国地位以及电子商务的飞快发展形式来看,对目前的做法有必要从长远的角度予以审视,在 FTA 甚至在 WTO 规则里加入强制性的电子商务规则并非与我国的利益背道而驰。我国不宜回避数据流动问题,而应借谈判构建符合多数成员利益的数据跨境流动规则。我国在谈判中可主张对不同类别数据设立宽严不同的流动标准,并根据数据安全属性构建梯度性跨境体系。^③

我国《网络安全法》第 37 条规定了本地化要求,即关键信息基础设施的运营者在中国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要,确需向境外提供的,应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估。该条有两个重点事项,第一是何谓关键信息基础设施,第二是安全评估。《关键信息基础设施安全保护条例(征求意见稿)》对“关键信息基础设施”进行了界定,可将关键信息基础设施的范围总结如下:一是军政部门的网站、信息系统或控制系统;二是重要行业和领域的信息系统或工控系统,重要行业和领域包括能源、交通、水利、金融、供电、供水、供气、医疗卫生、社会保障等等;三是面向公众提供网络信息的服务的网站和平台。事实上,上述三个类别也不一定涵盖了全部的关键信息基础设施,只要是“一旦发生网络安全事故,可能影响重要行业正常运行,对国家政治、经济、科技、社会、文化、国防、环境及人民生命财产造成严重损失”的系统,都将被认定为关键信息基础设施。^④而至于个人信息和重要数据的本地存储和出境评估要求,《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》、《数据安全管理办法(征求意见稿)》和《网络安全审查办法(征求意见稿)》进一步细化了安全评估要求。但个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)第 2 条的现有规定“网络运营者在中华人民共和国境内运营中

① 何其生:《美国自由贸易协定中数字产品贸易的规制研究》,《河南财经政法大学学报》2012 年第 5 期,第 152 页。

② 陈咏梅、张姣:《跨境数据流动国际规制新发展:困境与前路》,《上海对外经贸大学学报》2017 年第 6 期,第 51 页。

③ 马光:《论国际法上网络安全的定义和相关国际规则的制定》,《中国政法大学学报》2019 年第 3 期,第 177 页。

④ 石静霞:《数字经济背景下的 WTO 电子商务诸边谈判:最新发展及焦点问题》,《东方法学》2020 年第 2 期,第 74 页。

收集和产生的个人信息和重要数据，应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照本办法进行安全评估”，有越权立法之嫌，需要进行必要的调整，^①因为《网络安全法》仅对关键信息基础设施的运营者提出安全评估要求，而下位法显然不能超过这一范围。除了通过基本的立法规范实现国家利益与个人隐私的均衡保护外，我国也应建立数据的分类保护制度，针对涉及国家安全的数据、个人数据和商业数据采取不同的管理方法，允许商业数据的跨境流动。^②

五、结论

本文从跨境数据自由流动和保护这两方面入手，通过对欧盟和美国的国内立法和其在所缔结的 FTA 中所采取的策略进行分析，试图探寻对我国有益和借鉴意义的内容。

通过研究发现，美国主要是通过 FTA 将其对跨境数据自由流动的政策推进开来，而且，与其缔结 FTA 的国家虽然在早期会有不同程度的抗拒，但一旦缔结 FTA 后反而成为美国相关立场的推广者，在后者缔结的 FTA 中尝试将美国式的跨境数据自由流动规定纳入 FTA 条款中。而欧盟虽然也有在少数 FTA 中将其对跨境流动中的数据保护立场进行规定，但总体上，其通过 GDPR 这一步先进的法律推广取得与美国相似的效果，例如，其与美国缔结的《隐私盾协议》和影响日韩等国家的相关立法，而日韩则为了进入欧盟市场，则对国内相关个人信息法律进行了修订。如此来看，美国和欧盟是通过两种不同的方式在推广自己的政策，并均取得了一些肯定的效果。

我国目前更加关注包括个人数据保护在内的网络安全问题，但随着我国在电子商务领域的领先地位初步形成，不得不考虑跨境数据自由流动问题。因此，我国应从短期和长远角度分别树立对相关议题的立场，并能够在 FTA 中树立较为明确的相关策略，特别是在 RCEP 等多边 FTA 中将我国对跨境数据流动的关注予以明确，从而影响其他国家，也应与我国具有相似立场的国家进行紧密合作。

① 洪延青：《在发展与安全的平衡中构建数据跨境流动安全评估框架》，《信息安全与通信保密》2017年第2期，第58-59页。

② 许多奇：《个人数据跨境流动规制的国际格局及中国应对》，《法学论坛》2018年第3期，第136页。

参考文献

- [1] 陈寰琦、周念利：《从 USMCA 看美国数字贸易规则核心诉求及与中国的分歧》，《国际经贸探索》2019 年第 6 期。
- [2] 陈咏梅、张姣：《跨境数据流动国际规制新发展：困境与前路》，《上海对外经贸大学学报》2017 年第 6 期。
- [3] 何其生：《美国自由贸易协定中数字产品贸易的规制研究》，《河南财经政法大学学报》2012 年第 5 期。
- [4] 洪延青：《在发展与安全的平衡中构建数据跨境流动安全评估框架》，《信息安全与通信保密》2017 年第 2 期。
- [5] 李墨丝：《超大型自由贸易协定中数字贸易规则及谈判的新趋势》，《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2017 年第 1 期。
- [6] 马光：《论国际法上网络安全的定义和相关国际规则的制定》，《中国政法大学学报》2019 年第 3 期。
- [7] 石静霞：《数字经济背景下的 WTO 电子商务诸边谈判：最新发展及焦点问题》，《东方法学》2020 年第 2 期。
- [8] 石静霞、张舵：《跨境数据流动规制的国家安全问题》，《广西社会科学》2018 年第 8 期。
- [9] 许多奇：《个人数据跨境流动规制的国际格局及中国应对》，《法学论坛》2018 年第 3 期。
- [10] 张金平：《关于数据出境安全评估办法征求意见稿的若干意见》，《信息安全与通信保密》2017 年第 6 期。
- [11] 张金平：《跨境数据转移的国际规制及中国法律的应对——兼评我国〈网络安全法〉上的跨境数据转移限制规则》，《政治与法律》2016 年第 12 期。
- [12] 张生：《美国跨境数据流动的国际法规制路径与中国的因应》，《经贸法律评论》2019 年第 4 期。
- [13] 赵骏、向丽：《跨境电子商务建设视角下个人信息跨境流动的隐私权保护研究》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2019 年第 2 期。
- [14] 周念利、陈寰琦：《数字贸易规则“欧式模板”的典型特征及发展趋向》，《国际经贸探索》2018 年第 3 期。
- [15] Gao,H, Digital or trade? The contrasting approaches of China and US to digital trade, *Journal of International Economic Law*, 2018, 21.
- [16] Mark Wu, *Digital Trade-Related Provisions in Regional Trade Agreements: Existing Models and Lessons for the Multilateral Trade System*, ICTSD, 2017.

[17] Mitchell, A D & J.Hepburn, Don't Fence Me in: Reforming Trade and Investment Law to Better Facilitate Cross-Border Data Transfer, *Yale Journal of Law and Technology*, 2017(19).

[18] Susan Ariel Aaronson and Patrick Leblond, Another Digital Divide: The Rise of Data Realms and its Implications for the WTO, *Journal of International Economic Law*, 2018, 21.

The Development of International Rules for Cross-border Data Flow and China's Response

Abstract : Compared with EU and the United States, the top three WTO members in world trade, China still has a long way to go in terms of FTA practice and domestic legislation on the protection of personal information in international trade. The specific performance is as follows: (1) At the level of concluding FTA, the introduction of the chapter on e-commerce as a whole is very cautious. Although this is in line with China 's current status and interests, with the rapid development of e-commerce in China, China has to re-examine its traditional position; (2) Although the data localization requirements are determined in the Cyber Security Law, the relevant subordinate legislation is not yet perfect, especially some implementation legislation is still in the formulation stage, which results in critical information such as the scope of the facility is unknown, meanwhile, there are problems such as lack of detailed data security assessment rules. Based on these status quo and problems, this article intends to study the treatment of personal information protection issues in international trade in the FTA and the legislation concluded by Europe and the United States, and on this basis, explore the model applicable to China 's development direction, and at the same time propose some relevant suggestions to improve domestic legislation.

Keywords: E-commerce; Digital Trade; Cross-border Data Flow; Data Localization; Personal Information Protection.

中国司法参与全球治理的实践体系与理论模式

吴 卡^①

摘要：通过“一带一路”司法实践，中国法院正成为中国参与全球治理的一支重要且独特的力量。中国法院参与全球治理，主要通过审理涉外案件、分配全球司法治理权、确定案件当事人权利义务和产生全球治理效果这个过程来实现。中国法院参与全球治理将是一个长期实践过程，为此有必要构建一个由资源供给、能力提升、法治互动、利益协调与多元保障等子体系构成的可持续实践体系，以及一个由参与实践、身份转型与国际法治等关联要素组成的互构性理论支撑模式。中国法院以全球治理者这一新身份参与全球治理，需要秉持人类命运共同体新思想和相关新理念，并将其贯彻于涉外案件的审理，尤其是贯彻于中国法院提升国际纠纷解决能力和与国际法互动的全过程。

关键词：中国司法；全球治理；实践体系；理论模式

中国探索并参与全球治理^②的历程迄今已经走过了二十多年。2012年党的十八大之前，在中国的对外战略中，全球治理通常被视为一个大的时代背景。在十八大报告首次提出“提高人类命运共同体意识”和“推动全球治理机制变革”之后，全球治理在中国对外战略中开始扮演日趋重要的角色。2013年，习近平总书记提出了“一带一路”战略倡议，为完善全球治理体系变革提供了中国思路和中国方案。^③2017年，在“加强全球治理、推进全球治理体制变革已是大势所趋”的新形势下，^④党的十九大报告进一步强调“坚持推动构建人类命运共同体”，“中国秉持共商共建共享的全球治理观……将继续发挥负责任大国作用，积极参与全球治理体系改革和建设，不断贡献中国智慧和力量。”近年来，中国全方位参与全球治理，尤其在气候、海洋、极地、网络、外空等全球治理新领域的规则制定中更为积极进取，成绩显著。^⑤

① 吴卡，男，法学博士，浙江师范大学法学院教授。本文系作者主持的国家社科基金一般项目“新时代中国司法与国际法互动共进的原理及运用研究”（18BFX205）的阶段性成果。

② 全球治理完整概念的提出，一般认为以“全球治理委员会”于1995年出台《天涯若比邻》报告为标志。

③ 《习近平在推进“一带一路”建设工作5周年座谈会上强调，坚持对话协商共建共享合作共赢交流互鉴，推动共建“一带一路”走深走实造福人民》，《人民日报》2018年8月28日第1版。

④ 《习近平在中共中央政治局第二十七次集体学习时强调：推动全球治理体制更加公正更加合理 为我国发展和世界和平创造有利条件》，《人民日报》2015年10月14日第1版。

⑤ 参见中华人民共和国外交部条约法律司：《中国国际法实践案例选编》，世界知识出版社2018年版，第14-15页。

在此背景下，参与全球治理进程、推进全球治理变革，既是新时期党和国家战略决策的基本面向，也是国内理论研究的重大课题。^①然而，在国内目前有关全球治理的大量研究中，^②有关中国法院参与全球治理的实践样貌与体系架构以及理论模式的分析研究却极其缺乏。^③这一研究现状，与中国法院自身在全球治理中的重要地位存在明显落差。全球治理的主要手段“在很大程度上就是全球公共物品的提供、管理与使用”，包括“物质层面的资金、物品”“制度层面的组织、机制、规范”和“新的引领人类发展的理念与价值”等。^④“法者，天下之公器”。中国法院首先是国内治理的重要力量，是“维护社会大局稳定，促进社会公平正义，保障人民安居乐业”等国内公共物品的有力供给者。^⑤随着中国在国际领域所扮演的角色越来越重要，对中国法院提供全球公共物品，肩负维护国际社会稳定、促进国际经济发展、增进国际公共安全、发展国际法律规则、实现国际公平正义等任务的要求日益提升。^⑥近年来中国法院的涉外审判实践，尤其是涉“一带一路”审判实践已经表明，除了传统的国内治理功能，中国法院新兴的全球治理功能已经越来越明显和突出。因此，有关中国法院参与全球治理的研究现状的短板亟需补齐。

鉴于此，本文旨在以中国法院的涉外审判实践为基点，系统探讨中国法院参与全球治理的理论与实践问题。本文的核心概念是参与实践，首先将着重分析与评估中国法院近年来参与“一带一路”全球治理的司法实践，然后从可持续视角，构建一个中国法院参与全球治理的实践结构体系。在此基础上，提出一个基于中国法院参与全球治理实践的理论模式，从而系统考察中国法院参与全球治理的过程、动力、目标与机制等问题。

一、中国法院参与全球治理的基本情况

中国法院参与全球治理，是中国参与全球治理整体实践的不可分割的组成部

① 参见张文显：《推进全球治理变革，构建世界新秩序——习近平治国理政的全球思维》，《环球法律评论》2017年第4期，第5页。

② 有学者对国内全球治理的研究现状做了总结分析，指出目前国内学界对全球治理的研究主要聚焦于全球治理的兴起、内涵、构成要素、面临的困境和全球治理的中国视角等方面，还需在夯实基础概念、丰富研究方法、建构评价标准，并在全球化语境下探讨具有中国特色的全球治理等方面继续努力。参见刘亚男、王跃：《新世纪以来国内全球治理研究述评——基于CSSCI数据库的分析》，《社会主义研究》2019年第4期，第155-163页。

③ 以知网为例，以“全球治理”为篇名进行搜索，可发现有2088篇中文文献；但以“法院”并含“全球治理”为篇名进行搜索，只发现2篇中文文献，而且这两篇文献也不是专门研究中国法院参与全球治理的理论与实践问题。搜索日期：2019年9月28日。

④ 参见蔡拓：《中国参与全球治理的新问题与新关切》，《学术界》2016年第9期，第9页。

⑤ 参见倪寿明：《司法要切实服务于国家治理》，《人民司法》2014年第3期，第1页。

⑥ 参见李强：《扩大法院“朋友圈”服务开放新格局——人民法院全面开展国际司法交流与合作工作综述》，《人民法院报》2018年3月20日，第7版。

分。在党的十八大之前，中国法院虽然参与全球治理，但这种参与更多的是一种将全球治理作为时代背景的自发实践。在党的十八大特别是“一带一路”倡议提出之后，在全球治理已成为时代趋势下，中国法院顺势而为，开始了参与全球治理的自主性和能动性实践活动。

作为“一种立体的、全方位的、跨区域的全球陆地与海洋治理”，^①“一带一路”是中国参与全球治理实践的一个基础平台与战略支撑。近年来，中国法院主要依靠并运用该实践平台开展了一系列全球治理实践。举其要者，有三个方面。

其一，出台涉“一带一路”规范性文件。其典型是，2015年6月和2019年12月，最高人民法院（以下简称最高法）分别发布了第一、二个关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的司法意见（以下合称《“一带一路”司法意见》）。这两个司法意见旨在加强中国法院的涉外审判职能，保障“一带一路”建设的顺利实施，其字里行间充满了司法视角下的全球治理观点与理念，如第一个司法意见中的“营造良好法治环境”“全面贯彻法律平等原则”“平等保护中外当事人的合法权益”“有效维护公平竞争、诚实守信、和谐共赢的区域大合作环境”“公正高效审理案件”“营造公平公正的营商投资环境”“加强国际司法协助”“依法准确适用国际条约和惯例”“适用国际公认的法律价值理念和法律原则”和“积极参与相关国际规则制定”等；^②第二个司法意见中的“充分保护中外当事人人身权、财产权”“坚定支持多边主义”“依法服务金融领域开放”“依法保护绿色发展”“主动将中国环境资源审判融入全球环境治理进程，维护环境利益和环境安全”“充分尊重当事人依法选择适用法律的权利”“积极适用对我国生效的国际条约，尊重国际惯例和国际商事规则”“加强国际司法合作，协调司法管辖权的行使”等。^③可见，这两个司法意见实际上也是中国法院全面参与全球治理的“宣言书”。作为中国最高司法机关的规范性文件，该司法意见指导、约束和规范着所有中国法院的全球治理实践。

其二，审理涉“一带一路”案件。这是中国法院参与全球治理的核心实践活动。近年来，随着“一带一路”建设的持续深入推进，中国与世界各国的联系日益紧密，解决国际纠纷的需求也随之增多，中国各地法院开始审理大量涉“一带一路”建设案件。以最高法和沪苏两地高级法院发布的33个涉“一带一路”建设典型案例为例。^④这些典型案例及其体现的中国法院参与全球治理的特点有以下

① 何亚非：《全球治理的中国方案》，五洲传播出版社2019年版，第209页。

② 参见中华人民共和国最高人民法院：《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，法发〔2015〕9号，第4、6、7、12等段。

③ 参见中华人民共和国最高人民法院：《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，法发〔2019〕29号，第5、6、11、19等段。

④ 2015年7月和2017年5月，最高法相继发布了第一、二批共计18个涉“一带一路”建

几个方面：(1) 所涉“一带一路”国家众多，这表明中国法院开展全球治理的受众较广。这 33 个案例，涉及新加坡、德国、日本、荷兰、卢森堡、塞拉利昂、法国、波兰、马来西亚、韩国、葡萄牙、印度尼西亚、哈萨克斯坦、阿联酋、埃及等近 20 个国家。这些国家，要么是“一带一路”沿线国家，要么是与中国“一带一路”经贸交往密切的国家。由于这些国家的典型性，所以中国法院通过涉这些国家案件参与全球治理，具有很强的示范意义。(2) 所涉领域广泛，主要涉及经济、社会、文化与生态等各领域。这表明，中国法院开展全球治理的方位比较全面。具体而言，这些案例涵盖股权转让合同、信用证、国际货物买卖合同、国际货物运输、代理、保险合同、商标权、外国法院判决或仲裁裁决的承认与执行、居间或经纪合同、保函、管辖权异议、海洋污染损害赔偿、强制执行等常见的国际纠纷。由于这些典型案例所涉领域的广泛性，所以可以反映中国法院参与全球治理的基本现状。(3) 由这些典型案例所涉领域也可以发现，它们大多数都属于国际商事纠纷，这表明中国法院参与全球治理更多的是在经济领域。(4) 这些涉“一带一路”典型案例，还涉及自贸区、海洋强国、国际产能合作等重大国家战略。这表明，这些战略都是中国推进“一带一路”战略倡议的重要组成部分，中国法院参与“一带一路”全球治理，是与其推进重大国家战略紧密结合在一起的。(5) 所涉案情一般都比较复杂，这表明中国法院开展全球治理的难度较大。这些案例中，涉及二审的有 17 个案件，涉及再审的也有 6 个，二者之和占全部 33 个案件的三分之二强。这些复杂案件，对中国法院参与全球治理的能力提出了较高要求。

其三，建立涉“一带一路”专门法庭。2018 年 6 月，最高法在深圳和西安相继设立了第一、二国际商事法庭，旨在构建包含调解、仲裁、诉讼“三位一体”的国际商事争端解决机制，公正、高效、便利地解决国际商事纠纷，服务和保障“一带一路”建设。作为“中国法院服务和保障‘一带一路’建设的重要司法创新”，最高法国际商事法庭的设立标志着中国法院“促进‘一带一路’建设法治化进程、提升全球经济治理法治化水平”迈上了新台阶。^①国际商事法庭主要审

设典型案例；江苏省与上海市的高级法院也于 2018 年 9 月与 10 月相继发布了 10 个和 8 个涉“一带一路”建设典型案例。这 36 个案例，有三个存在重复，所以实际上是 33 个。限于篇幅，本文无法对这些案例进行具体介绍。关于这些案例的基本情况，分别可以查阅：(1) “人民法院为‘一带一路’建设提供司法服务和保障的典型案例”，<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14897.html>；(2) “第二批涉‘一带一路’建设典型案例”，<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-44722.html>，(3) “上海发布涉‘一带一路’建设典型案例”，http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3529/2018/1012/1072035/content_1072035.htm，(4) “江苏法院服务和保障‘一带一路’建设典型案例”，http://www.sohu.com/a/256523152_170817。2019 年 3 月 20 日。

^① 参见刘敬东：《国际商事法庭的时代意义与使命》，《人民法院报》2018 年 7 月 5 日，第 2 版。

理重大第一审国际商事案件，成立一年多以来，已在规则制定、机制创新、平台搭建、国际交流和案件审理等方面取得丰硕成果，为参与全球治理奠定了坚实基础。在规则制定方面，已经制定了《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》和《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》等规则。在机制创新方面，主要对国际商事案件管辖、国际商事专家委员会、“一站式”纠纷解决平台、涉外商事诉讼证据、域外法律查明、裁判文书说理等机制进行创新。^①平台搭建方面，主要推动形成调解、仲裁、诉讼有效衔接的“一站式”纠纷解决平台，并建立国际商事专家委员会以及电子诉讼服务平台、审判流程信息公开平台等诉讼服务平台。在国际交流方面，在一些重要国际会议和重大外事活动中，对成立最高法国际商事法庭、组建国际商事专家委员会和构建国际商事纠纷解决机制等方面做了广泛交流。^②在案件审理方面，截至2019年12月，最高法第一国际商事法庭已经审结首批五件案件。^③上述努力，都是站在“统筹国内国际两个大局、深化改革开放、坚持和平解决国际争端国际法原则、推动构建人类命运共同体的战略高度”上，通过构建一个公正、高效、便利的“一带一路”国际商事争端解决机制，“有力促进我国做世界和平的建设者、全球发展的贡献者、国际秩序的维护者”。^④因此，在中国法院参与全球治理实践中，最高法国际商事法庭将扮演一个关键角色，尤其是在提升全球经济治理法治化水平上将发挥重要作用。

二、中国法院参与全球治理的方式与过程

中国法院参与全球治理，主要表现为中国法院通过审理涉外案件尤其是涉外商事案件，分配全球司法治理权，并确定案件当事人的权利义务，从而产生全球治理效果的实践过程。本文以上文所指最高法和沪苏两地高院发布的33个案件以及最高法第一国际商事法庭首批审结的五个案件共计38个涉“一带一路”建设案件为例，就中国法院参与全球治理的具体方式和过程进行分析说明。

（一）审理涉外案件

这是中国法院参与全球治理的前提。在当前中国深度参与全球化和全球治理进程，尤其是在持续推进“一带一路”倡议的时代背景下，大量的涉外案件开始进入中国司法程序。这些案件，以调整和确定私人间跨国民商事关系为主要对象，

^① 参见张勇健：“最高人民法院国际商事法庭的实践与创新”，<http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/62/164/844.html>，2019年5月2日。

^② 参见刘庭梅：“国际商事法庭这一年”，<http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/156/1273.html>，2019年5月2日。

^③ “最高人民法院第一国际商事法庭高效审结首批五件案件”，<http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/156/1545.html>，2019年12月31日。

^④ 参见黄进：“士不可以不弘毅，任重而道远——在最高人民法院国际商事专家委员会成立仪式暨首届研讨会上的发言”，<http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/62/164/1051.html>，2019年5月5日。

涵盖婚姻家庭、继承、合同、侵权、海事、海商、民用航空、知识产权、信用证、票据、担保、证券、国际民事司法协助、国际商事仲裁等诸多领域；其产生的法律问题涉及管辖权、法律选择、外国法院判决或仲裁裁决的承认与执行、国家主权豁免、平行诉讼、不方便法院等。具体而言，这些涉外案件可以分为三类：其一是跨国监管案件，即国内法院通过适用本国反垄断法、证券法和环保法等监管性法律以确定跨国主体权利义务的案件。其二是跨国公法案件，通常是私人与政府或政府官员间的跨国诉讼。其三是跨国私法案件，即国际民商事案件。^①就涉“一带一路”建设案件而言，主要以跨国私法案件为主。如上所述，33个涉“一带一路”建设典型案例主要就是所涉国家众多、所涉领域广泛的国际商事案件。中国法院审理这些案件，是其参与全球治理实践过程的第一步。

（二）分配全球司法治理权

这是中国法院参与全球治理的基础。分配全球司法治理权，是国内法院具有的两大全球治理功能中的管辖功能。^②国内法院的全球司法治理权，是指国内法院在审理国际民商事案件中所具有的分配司法管辖权、立法管辖权和执行管辖权等全球治理权的权力，它是司法主权在全球治理中的具体表现和必要延伸。中国法院审理国际民商事案件的过程，也是其分配全球司法治理权的过程。具体而言，就是中国法院通过在中外国家之间、国内国际组织之间以及国内外公私机构之间，分别分配司法管辖权、立法管辖权和执行管辖权等全球治理权，^③发挥和实现其在全球治理中的管辖功能。需指出的是，这里所指的三种管辖权的分配，主要是就其实际效果而言，如中国法院确定案件由某外国法院管辖，或者中国法院适用某外国法、国际条约或国际惯例，在本文语境下就是将司法管辖权和立法管辖权分配给该外国或相关的政府间或非政府间国际组织。

1. 中国法院在中外国家间分配三种管辖权，具体有三种情形：首先，司法管辖权在中外国家间的分配，即中国法院确定案件由哪国法院管辖。由于各国法院在国际民商事案件上存在平行管辖权，所以中国法院在确定案件管辖权时可能需要解决管辖权异议、平行诉讼等问题。在38个涉“一带一路”建设典型案例中，只有一个案件涉及管辖权异议问题，中国法院依据案件事实将管辖权分配给了外国法院。^④其余37个案件，都由中国法院直接确定自身对案件的管辖权。其次，

^① See Christopher A. Whytock, *Domestic Courts and Global Governance*, *Tulane Law Review*, vol. 84, pp.91-96.

^② *Id.*, at 76.

^③ 参见霍政欣：《论全球治理体系中的国内法院》，《中国法学》2018年第3期，第271页。

^④ 参见《维纳斯国际有限公司、卡拉坦国际有限公司等与扬州龙川钢管有限公司管辖裁定书》，(2017)苏民辖终172号。该案所涉合同中有管辖条款，约定管辖法院是阿联酋法院，中国法院据此约定，认为该法院系案涉借款合同的出借方公司住所地，与争议有实际联系，而且该案不属于中华人民共和国法院专属管辖，所以最后裁定该案应由阿联酋法院管辖。

立法管辖权在中外国家间的分配，即中国法院确定案件适用哪国法律。这 38 个案件，中国法院主要适用了中国法律，包括《海商法》《商标法》《保险法》和《合同法》等，但在少数案件中也适用了外国的法律，如新加坡法、美国法等。^①中国法院对国内外法律的适用，实际上产生立法管辖权在中国立法机关与新加坡、美国等国立法机关之间分配的效果。最后，执行管辖权在中外国家间的分配，即中国法院确定案件由哪国法院承认与执行。在这方面，38 个典型案例中的绝大多数都不涉及国际司法协助环节，因此都由中国法院单独行使了执行管辖权，但在两个案件中，中国法院承认和执行了相关外国法院的判决。^②这表明，中国认可这两个国家对该案的直接的、主体性的治理权，同时通过承认与执行判决，体现了中国对这两个案件的间接的、附属性的治理权。

2.就三种管辖权，国内法院在国内、国际组织间进行分配，具体也是三种情形：其一，司法管辖权在国内、国际组织间分配。其二，执行管辖权在国内、国际组织间分配。38 个典型案例都没有涉及这两种情形。其三，立法管辖权在国内、国际组织间分配。在几个案件中，中国法院适用了一些政府间国际组织制定的国际条约，如国际海事组织的《国际海运固体散装货物规则》与《1992 年国际油污损害民事责任公约》、国际民航组织的《统一国际航空运输某些规则的公约》（《蒙特利尔公约》）等，^③从而将立法管辖权分配给这些国际机构。

3.就三种管辖权，中国法院在中国政府机关与国际非政府组织间，^④也即国内外公私机构间进行分配，具体也有三种情形。第一，司法管辖权在国内外公私

① 参见《大拇指环保科技集团（福建）有限公司与中华环保科技集团有限公司股东出资纠纷申请再审民事裁定书》，（2014）民四终字第 20 号；《蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司（ThyssenKrupp Metallurgical Products GmbH）与中化国际（新加坡）有限公司（Sinochem International (Overseas) Pte Ltd）其他买卖合同纠纷二审民事判决书》，（2013）民四终字第 35 号。

② 参见《弗里古波尔股份有限公司、宁波市甬昌工贸实业公司等民事裁定书》，（2013）浙甬民确字第 1 号；《Kolmar Group AG 与江苏省纺织工业（集团）进出口有限公司申请承认和执行外国法院民事判决、裁定特别程序民事裁定书》，（2016）苏 01 协外认 3 号。在这两个案件中，中国法院分别根据中国和波兰间的《关于民事和刑事司法协助的协定》和中国与新加坡间的互惠关系，承认与执行了这两个国家法院的民商事判决。

③ 参见《徐州天业金属资源有限公司、圣克莱蒙特航运股份公司等与圣克莱蒙特航运股份公司、东京产业株式会社海上、通海水域货物运输合同纠纷申请再审民事裁定书》，（2015）民申字第 1896 号；《朗力（武汉）注塑系统有限公司与天地国际运输代理（中国）有限公司武汉分公司、天地国际运输代理（中国）有限公司航空货物运输合同纠纷一审民事判决书》，2012）鄂武汉中民商外初字第 00012 号；《大连市海洋与渔业局与昂迪玛海运有限公司、博利塔尼亚汽船保险协会海上、通海水域污染损害责任纠纷申请再审民事裁定书》，（2015）民申字第 1637 号。在这些案件中，中国法院分别适用了国际海事组织《国际海运固体散装货物规则》、国际民航组织《统一国际航空运输某些规则的公约》（《蒙特利尔公约》）和国际海事组织《1992 年国际油污损害民事责任公约》。

④ 政府机关有广义和狭义之分，广义的政府是指行使国家权力的所有机关，包括立法、行政和司法机关；狭义的政府是指国家权力的执行机关，即国家行政机关。本文采广义的概念。

机构间的分配。在实践中主要是，中国法院通过是否承认国际商事仲裁协议，在中国法院与国际仲裁机构间进行司法管辖权的分配。在 38 个典型案例中，这样的案件有五个。^①其二，立法管辖权在公私机构间的分配。中国法院在有些案件中，通过适用国际商会等国际非政府组织制定的相关国际规则与贸易惯例等，在中国立法机构与国际非政府组织间分配立法管辖权。^②其三，执行管辖权在公私机构间的分配。中国法院通过是否承认与执行相关外国的国际商事仲裁裁决，实现执行管辖权在中国法院与这些国家国际商事仲裁机构间的分配。^③

（三）确定案件当事人的权利义务

这是中国法院参与全球治理的关键。国内法院在跨国案件中确定当事人的权利义务，这是国内法院在全球治理中的另一功能——实体功能。^④由于“一带一路”国际民商事案件涉及股权转让合同、信用证、国际货物买卖合同、国际货物运输、代理、保险合同、保函、知识产权等诸多国际民商事领域，所以中国法院所确定的权利义务，必然因所涉国际民商事领域和具体案情不同，存在不小差异。以涉及四个不同领域的“一带一路”典型案例为例。在“大拇指环保科技案”中，最高法裁决指出：“环保科技公司作为大拇指公司的唯一股东，其作出的任命大

① 参见《浙江逸盛石化有限公司、英威达技术有限公司等申请确认仲裁协议效力民事裁定书》，（2012）浙甬仲确字第 4 号；《亚洲光学股份有限公司、东莞信泰光学有限公司等与富士胶片株式会社等加工合同纠纷一审民事裁定书》，（2019）最高法商初 2 号；《运裕有限公司、深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力民事裁定书》（2019）最高法民特 1 号；《新劲企业公司、深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力民事裁定书》，（2019）最高法民特 2 号；《北京港中旅维景国际酒店管理有限公司、深圳维景京华酒店有限公司申请确认仲裁协议效力民事裁定书》，（2019）最高法民特 3 号。

② 参见《新加坡星展银行、无锡湖美热能电力工程有限公司信用证纠纷二审民事判决书》，（2017）最高法民终 327 号；《江苏太湖锅炉股份有限公司与卡拉卡托工程有限公司二审民事判决书》，（2013）苏商外终字第 0006 号；《现代重工有限公司与中国工商银行股份有限公司浙江省分行保证合同纠纷二审民事判决书》，2016）浙民终 157 号；《攀山滕国际（香港）有限公司 [BIW International (HK) Limited] 与青岛泰发集团进出口有限公司、青岛泰发集团股份有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书》，（2015）民四终字第 37 号。在这些案件中，中国法院分别适用了国际商会的《跟单信用证统一惯例》（UCP600）、《见索即付保函统一规则》和《国际贸易术语 2000》，因此就立法管辖权在中国立法机关与国际商会这两个公私机构间进行了分配。

③ 参见《西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案一审民事裁定书》，（2013）沪一中民认（外仲）字第 2 号；《联合轧花埃及棉出口公司与无锡市天然绿色纤维科技有限公司执行裁定书》，（2017）苏 02 执 37 号；参见《来宝资源国际私人有限公司（Noble Resources International Pte Ltd）诉上海信泰国际贸易有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决一案一审民事裁定书》，（2016）沪 01 协外认 1 号。在前两个案件中，中国法院依据《承认与执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》），分别承认并执行了新加坡国际仲裁中心、埃及亚历山大棉花出口商协会的仲裁裁决。在最后一案件中，中国法院依据《纽约公约》，通过拒绝承认与执行新加坡国际仲裁中心的裁决，否定了该中心对该案的执行管辖权。

④ See Christopher A. Whytock, Domestic Courts and Global Governance, Tulane Law Review, vol. 84, p.91.

拇指公司法定代表人的决议对大拇指公司具有拘束力”。^①这一裁决保障了环保科技公司作为股东对大拇指公司法定代表人的选择权和后者对前者决议的执行义务。在“上海蝉联案”中，最高法院判决确认了马士基公司作为承运人就集装箱超期使用费的赔偿请求权以及在法定诉讼时效期间内主张该权利的义务。^②在“马奇案”中，江苏高院确定了马奇公司对驰名商标的专用权和嘉兴阿里斯顿公司等中国企业不得侵权的义务。^③在“广东本草案”中，最高法院第一国际商事法庭确认了广东本草药业集团有限公司作为履行了召回义务的销售者，有向作为生产者的贝斯迪大药厂寻求救济的权利和贝斯迪大药厂的侵权赔偿责任。^④

（四）产生全球治理效果

这是中国法院参与全球治理的核心。中国法院审理跨国案件，不仅对案件当事人有直接影响，而且其影响力可跨越国界，对其他跨国行为体、全球经济福利、其他全球治理机制与机构产生间接影响。

其一是对跨国行为体的影响。就跨国案件，国内法院作出判决确定案件当事人的权利义务，其影响不仅具有直接性、特定性、回溯性，即对该案所涉特定跨国行为体直接产生约束力；其影响还具有间接性、一般性和预期性，即该案件将向所有跨国行为体发出该法院在未来类似情况下也将作出类似判决的强烈信号，从而对所有跨国行为体的行为产生间接影响，这包括对跨国行为体选择法院和选择法律的影响。^⑤也就是，跨国行为体可根据该法院先前对司法管辖权、立法管辖权和执行管辖权的分配情况，包括是否行使司法管辖权，如何适用法律等，确定在该法院提起诉讼是否对自己有利。

其二是对全球经济的影响。中国法院审理跨国案件，可保障国际贸易、投资、金融、航运等重大国际经济活动的有序进行，促进国际商事争议的妥善解决。例如，在“建行广州荔湾支行案”中，最高法院通过完善跟单信用证交易与保障制度，使作为“国际商业交易生命血液”的信用证有效发挥了保障国际贸易安全与资金

① 参见《大拇指环保科技集团（福建）有限公司与中华环保科技集团有限公司股东出资纠纷申请再审民事裁定书》，（2014）民四终字第20号。

② 参见《上海蝉联携运物流有限公司深圳分公司、上海蝉联携运物流有限公司等与上海蝉联携运物流有限公司深圳分公司、上海蝉联携运物流有限公司等海上、通海水域货物运输合同纠纷申请再审民事判决书》，（2015）民提字第119号。

③ 参见《马奇和布雷维提有限公司、阿里斯顿热能产品（中国）有限公司与嘉兴市阿里斯顿电器有限公司、蒋爱军侵害商标权纠纷二审民事判决书》，（2015）苏知民终字第00211号。

④ 参见《广东本草药业集团有限公司与贝斯迪大药厂产品责任纠纷一审民事判决书》，（2019）最高法商初1号。

⑤ See Christopher A. Whytock, Domestic Courts and Global Governance, *Tulane Law Review*, vol. 84, pp.98-101.

融通的重要功能；^①在“万嘉融资案”和“山东华立案”中，最高法和广东高院分别通过合理保护居间者的报酬请求权和维护合资企业投资者权益，有力维护了国际投资秩序；^②在“江苏太湖案”和“现代重工案”中，江苏高院和浙江高院分别通过严格把握保函欺诈标准和依约适用国际商会见索即付保函统一规则，有力保障和维护了保函交易秩序和国际金融秩序；^③在“徐州天业案”“哈池曼案”和“武汉朗力案”中，最高法和武汉中院分别通过合理填补《国际海运固体散装货物规则》空白、完善海上货损赔偿额计算规则和明晰国际航空运输纠纷裁判规则，有效规范了国际海上运输和航空运输秩序；^④在“运裕案”“亚洲光学案”“西门子案”和“联合轧花案”中，最高法第一国际商事法庭、上海一中院和无锡中院分别通过确认仲裁条款有效和正确认识中外仲裁法律差异，准确承认或执行了外国仲裁裁决，使国际商事争议得以顺利解决。^⑤这些促进国际贸易、投资、金融、航运等重大国际经济活动有序进行和国际商事争议妥善解决的作法，势必对全球经济产生积极影响。

其三是对其他全球治理机制与机构的影响，包括对国际法、国际司法机构、国际仲裁机构和跨国企业的全球治理效能产生影响。国内法院在跨国案件中是否以及如何解释与适用国际条约与国际惯例，是否承认与执行国际仲裁机构的裁决等，将会对国际条约、国际惯例与国际仲裁裁决所属国际机构——包括政府间国际组织与非政府间国际组织——的全球治理效能产生影响。例如，在“运裕案”“亚洲光学案”“西门子案”和“联合轧花案”中，中国法院确认相关仲裁条款

① 参见《中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行诉广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷案判决书》，(2015)民提字第126号。

② 参见《万嘉融资咨询私人有限公司、叶顺安居间合同纠纷二审民事判决书》，(2014)民四终字第14号；《山东华立投资有限公司、LAURITZKNUDSENELECTRICCO.PTE.LTD股权转让纠纷二审民事判决书》，(2015)粤高法民四终字第224号。

③ 参见《江苏太湖锅炉股份有限公司与卡拉卡托工程有限公司二审民事判决书》，(2013)苏商外终字第0006号；《现代重工有限公司与中国工商银行股份有限公司浙江省分行保证合同纠纷二审民事判决书》，(2016)浙民终157号。

④ 参见《徐州天业金属资源有限公司、圣克莱蒙特航运股份公司等与圣克莱蒙特航运股份公司、东京产业株式会社海上、通海水域货物运输合同纠纷申请再审民事裁定书》，(2015)民申字第1896号；参见《哈池曼海运公司与上海申福化工有限公司、日本德宝海运株式会社海上货物运输合同货损纠纷申请再审民事判决书》，(2013)民提字第6号；《朗力（武汉）注塑系统有限公司与天地国际运输代理（中国）有限公司武汉分公司、天地国际运输代理（中国）有限公司航空货物运输合同纠纷一审民事判决书》，(2012)鄂武汉中民商外初字第00012号。

⑤ 参见《运裕有限公司、深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力民事裁定书》，(2019)最高法民特1号；《亚洲光学股份有限公司、东莞信泰光学有限公司等与富士胶片株式会社等加工合同纠纷一审民事裁定书》，(2019)最高法商初2号；《西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案一审民事裁定书》，(2013)沪一中民认（外仲）字第2号；《联合轧花埃及棉出口公司与无锡市天然绿色纤维科技有限公司执行裁定书》，(2017)苏02执37号。

有效，分别承认或执行了中国、日本、新加坡、埃及等国家的仲裁机构的仲裁裁决，有利于提升这些国际仲裁机构在全球治理中的影响。^①在“蒂森克虏伯案”“大连海洋与渔业局案”“现代重工案”和“新加坡星展”中，^②中国法院准确解释、适用、明晰或完善了联合国、国际海事组织、国际商会等政府间或非政府间国际组织制定的《联合国国际货物销售合同公约》《1992年国际油污损害民事责任公约》《见索即付保函统一规则（URDG758）》和《跟单托收统一规则第522（URC522）》等国际条约或惯例中的具体规则，确保了这些规则适用的明确性、统一性、稳定性和可预期性，增强了这些国际条约与惯例及其所属国际组织在全球治理中的作用。此外还有对跨国公司的治理效果。中国法院在“天长佳华案”“马奇案”中依法认定保护跨国企业的驰名商标，^③在“大拇指科技案”有力保障跨国企业股东选择管理者的权利，在“山东华立案”中有效避免跨国公司资本被随意抽回，这些举措，维护了中外投资者合资关系的稳定，平等保护了跨国企业的合法权益，有利于发挥其在全球治理中的作用。

三、中国法院参与全球治理的特点与评估

在明确了中国法院参与全球治理的具体方式与过程之后，有必要对中国法院参与全球治理的特点进行简要归纳，并从理论上予以具体评估。这样，才可能对中国法院参与全球治理的实践体系与理论模式作出分析与展望。

（一）中国法院参与全球治理的特点

根据对上述涉“一带一路”典型案例的分析，可以发现，中国法院参与全球治理具有以下几个方面特点：

其一，中国法院参与全球治理的对象。在38个典型案例中，中国法院开展全球治理涉及经济、社会、文化与生态等领域，其中尤以经济治理为甚。

其二，中国法院参与全球治理的内容。中国法院参与全球治理，主要是解决两个问题：一是全球司法治理权的分配，二是当事人权利义务的分配。前者实际上是由谁来治理的问题，包括谁的司法机构、谁的立法机构和谁的执行机构来治

① 同上注。

② 参见《蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司（ThyssenKrupp Metallurgical Products GmbH）与中化国际（新加坡）有限公司（Sinochem International (Overseas) Pte Ltd）其他买卖合同纠纷二审民事判决书》，（2013）民四终字第35号；《大连市海洋与渔业局与昂迪玛海运有限公司、博利塔尼亚汽船保险协会海上、通海水域污染损害责任纠纷申请再审民事裁定书》，（2015）民申字第1637号；《现代重工有限公司与中国工商银行股份有限公司浙江省分行保证合同纠纷二审民事判决书》，2016）浙民终157号；《新加坡星展银行、无锡湖美热能电力工程有限公司信用证纠纷二审民事判决书》，（2017）最高法民终327号。

③ 参见《天长市佳华电子有限公司侵害商标权纠纷一案一审民事判决书》，（2013）浦民三（知）初字第1019号；《马奇和布雷维提有限公司、阿里斯顿热能产品（中国）有限公司与嘉兴市阿里斯顿电器有限公司、蒋爱军侵害商标权纠纷一案二审民事判决书》，（2015）苏知民终字第00211号。

理；后者是谁承受什么权利义务的问题，具体由中国法院对案件当事人权利义务进行分配来解决。^①

其三，中国法院参与全球治理的路径。中国法院所具备的国际司法职能，是其开展跨国司法治理的基础和起点。目前，作为国际司法职能“核心意义”的两个方面，即国际纠纷解决与国际法的适用、解释与发展，已成为各种司法机构的“普遍共识”。^②这两项核心职能也是中国法院开展全球治理的两条主要路径。就国际纠纷解决路径而言，主要通过对涉外案件的司法管辖、民商事审判、海事海商审判、知识产权的司法保护、涉外仲裁的司法审查、国际司法协助、外国法的查明和适用等分路径实现；就解释、适用与发展国际法路径来说，则主要通过解释与适用国际条约与国际习惯、积累与形成国际习惯和一般法律原则、填补国际法规则空白等分路径实现。^③

其四，中国法院参与全球治理的效果。中国法院开展跨国司法治理的效果可从个案与整体两个维度观察。就个案而言，中国法院的治理效果因案件不同而对跨国行为体、全球经济和全球组织等有所差异。而就整体而言，中国法院所开展的跨国司法治理，可实现法律效果、经济效果、政治效果与社会效果等的有机统一。进言之，中国法院开展跨国司法治理所产生的各方面效果的有机统一，反过来又可以推动中国法院国际司法职能的提升，增强中国司法的国际公信力与影响力，提升中国法院的国际规则制定能力与全球话语权等软实力。

（二）中国法院参与全球治理的评估

基于上述对中国法院参与全球治理特点的分析，不难作出如下评估：

首先，中国法院开始成为中国参与全球治理的一支重要且独特的力量，中国法院参与全球经济治理，是中国参与全球经济治理总体实践的重要组成部分。中国法院在涉外审判实践中，主要就涉外商事案件所涉各领域开展跨国司法治理，

^① 就谁来治理这个问题，在上述涉“一带一路”典型案例中，绝大多数案件都由中国法院行使司法管辖权，表明这些案件中国法院是治理的主体；但也有个别案件，中国法院认为应由外国法院管辖，从而将治理权分配给该外国法院。在这些案件中，中国法院既有适用中国法律的情况，表明中国立法机构享有对该案的治理权；又有适用外国法、国际条约和国际惯例的情况，这又表明中国法院承认相关外国立法机构、政府间国际组织和非政府组织对相关案件的治理权。在上述涉外国仲裁裁决承认与执行的案件中，中国法院在大多数情况下都予以承认与执行，但在个别案件中则拒绝承认与执行。前者表明中国法院认可外国仲裁机构对所涉案件具有直接的主体性的治理权，后者则表明中国法院否定了外国仲裁机构对该案的治理权。就谁承受什么权利义务这个问题，上述涉实体问题判决的典型案件，主要是跨国私法案件，涉及国际民商事关系当事人的权利义务。这些权利义务，因所涉案情不同，在分配上自然存在不小差异。

^② See Antonios Tzanakopoulos, *Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts*, *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, vol.34, pp.134-135.

^③ 参见贺荣：《论中国司法参与国际经济规则的制定》，《国际法研究》2016年第1期，第8-10页。

并产生重要的全球治理效果。中国法院参与全球治理的对象、内容、路径与效果等，都有其独特性，这是中国行政机关等其他治理机构所不能替代的。当前，中国法院参与全球治理虽然所涉领域比较广泛，但更多的是在经济领域，这与当下中国参与全球治理的主要领域相一致。因为在目前，在政治、经济、安全、文化等全球治理的主要领域，中国参与和影响的程度不一样，“仅仅在全球经济治理中作用突出，地位显赫”。^①所以，中国法院对全球经济治理的参与，是中国推进全球经济治理整体实践的重要组成部分。

其次，中国法院参与全球治理，既是其参与国家治理的对外延伸，又是其对中国对外战略和全球治理需求的必然回应。“全球治理在很大意义上因应国家治理的外部性而生。全球治理与国家治理在当今时代互动互融，相互贯通，已经形成一种‘整体性治理’”。^②一方面，中国法院“作为国家治理多元主体的一分子”，“在国家治理现代化的背景下”，具有“强化解决纠纷的基本功能”。^③另一方面，为因应全球治理中解决国际纠纷的现实需要，中国法院开展涉外审判实践。国内纠纷解决是中国法院的基本功能和参与国家治理的根本途径，国际纠纷解决则是为满足中国对外发展战略和全球治理需求，将国内纠纷解决功能向外所作的必要拓展和延伸，是中国法院参与全球治理的根本途径。因此，通过发挥审理案件解决纠纷这一基本功能，中国法院将国家治理和全球治理有机结合、互融互通，实现“整体性治理”。

再次，中国法院参与全球治理，是中国法院与国际法的法治互动实践。中国法院参与全球治理离不开国际法，“全球治理和国际法治的基础就是国际法”。^④在38个涉“一带一路”建设典型案件中，大量案件都涉及国际法，包括国际条约和国际惯例等。前者如《联合国国际货物销售合同公约》《统一国际航空运输某些规则的公约》《国际油污损害民事责任公约》和《承认及执行外国仲裁裁决公约》等；后者如《跟单信用证统一惯例》《见索即付保函统一规则》和《国际贸易术语2000》等。在这些典型案件中，中国法院通过解释、适用、补充和发展相关国际法规则，^⑤一方面提升了自身对国际法规则的国际话语权与影响力以及

① 但是，在政治、社会、文化、环境等其他众多领域，中国“更多的还是一个配角”。参见蔡拓：《中国如何参与全球治理》，《国际观察》2014年第1期，第6页。

② Liu Zhenye, *The Interplay between Global and State Governance: Theoretical Origins and Practical Reflection*, *Social Sciences in China*, Vol. 37, No. 4, p.186.

③ 姚莉：《法院在国家治理现代化中的功能定位》，《法制与社会发展》2014年第5期，第57-59页。

④ 曾令良主编：《国际公法学》，高等教育出版社2018年第2版，第2页。

⑤ 一方面，中国法院解释和适用国际法规则：在上述“大连市海洋与渔业局案”中，准确解读了1992年《国际油污损害民事责任公约》相关规定，明确了船舶油污造成的海洋生态环境损害的赔偿范围；在“朗力案”中，中国法院对《蒙特利尔公约》相关条款也作了准确理解，从而明晰了国际航空运输纠纷裁判规则；在“德国蒂森克虏伯案”中，中国法院明确

对全球治理的参与能力；另一方面，中国法院促进了国际法规则适用的统一性、稳定性和可预见性，从而也提升了这些国际法规则及其所属国际组织在全球治理中的效能。由此，中国法院与国际法的良性互动关系已初步形成。这种良性互动关系的核心是法治，在此基础上中国法院才能卓有成效地开展全球治理。

第四，当前，中国法院参与全球治理的自觉性、主动性和积极性都有了显著提升，但中国法院是全球治理中的“配角”，表现为从属性、被动性和滞后性。在全球治理成为时代趋势下，中国法院与时俱进，以涉“一带一路”建设案件为重要抓手，表现出对全球治理的积极认同与主动实践。但受两方面因素制约，中国法院只能是全球治理的“配角”。其一，中国法院参与全球治理的实践，从属于中国全球治理的整体性实践；其二，中国法院参与全球治理的前提是审理涉外案件，受司法权消极被动这一天性的制约，中国法院非因当事人请求不得主动行使管辖权，因此中国法院通过审理涉外案件参与全球治理具有被动性和滞后性。这一点与中国行政机关不同，后者参与全球治理具有主体性、主动性和即时性。

第五，中国法院参与全球治理，是中国法院拥抱全球主义、推进全球利益的实践。中国法院参与全球治理，目前更多的是基于国家利益考量，采取单边主义立场，其主导理念是国家主义，这是全球治理中“尊重国家的基础性地位，维护合理的国家利益”的必然要求。^①但是，“中国政府自改革开放以来调整了自己与国际体系的关系，越来越重视人类的共同利益，使自己成为国际社会的‘利益攸关者’”^②。从涉“一带一路”典型案例来看，在人类命运共同体思想指导下，中国法院已经接受全球主义理念，对国家利益与全球利益进行协调。受司法主权和国家利益的驱动，中国法院参与全球治理采国家主义理念和单边主义立场有其现实合理性。但在复合相互依赖的全球化时代，全球主义已经凸显其历史必然性，^③中国法院如果仅仅考虑国家利益，将难以适应时代的需求。为此，中国法院必须与时俱进，突破国家主义的藩篱，在排他的司法主权和包容的多边合作之间进行协调，实现国家利益与全球利益的统一。

最后，中国法院参与全球治理的现实基础和逻辑起点是其内在的国际司法职能，中国法院要提升全球治理能力，关键是要提升其国际司法职能。最高法专门出台两个涉“一带一路”司法意见，对中国法院的相关核心国际司法职能提出了

了适用《联合国国际货物销售合同公约》认定根本违约的标准。另一方面，中国法院补充和发展国际法规则：在“徐州天业案”中，中国法院合理填补了《国际海运固体散装货物规则》中有关适运水分极限（TML）的空白，提出了合理裁判标准。

① 参见刘贞晔：《全球治理时代全球利益与国家利益的调适》《社会科学》2015年第1期，第21页。

② 曲星：《人类命运共同体的价值观基础》，《求是》2013年第4期，第54页。

③ 参见张胜军、郑晓雯：《从国家主义到全球主义：北极治理的理论焦点与实践路径探析》，《国际论坛》2019年第4期，第10页。

明确要求，具体包括“公正高效审理涉‘一带一路’建设相关案件”“依法准确适用国际条约和惯例”“严格依照《维也纳条约法公约》的规定解释条约”和“积极参与和推动相关领域国际规则制定”等。这些要求，恰恰反证了目前中国法院所具有的国际司法职能的相对薄弱性。但另一方面，这些要求又表明，最高法对新形势下中国法院所担负的国际纠纷解决和国际法的解释、适用与发展等核心国际司法职能已有全面认识，并为中国法院提升这些职能作了清晰规划。跟中国法院参与全球治理一样，中国法院提升国际司法职能将是一个长期的、循序渐进的实践过程。这个实践过程，也将是中国法院开展自主性的学习实践过程，即中国法院不仅在相互间进行学习，而且也将学习其他国家法院有关提升国际司法职能的有益经验。

四、中国法院参与全球治理的实践体系

根据上述对中国法院参与全球治理现状的评估，可以发现，中国法院参与全球治理既有其历史必然性，又有其现实必要性；既显示了其优势，又暴露了其不足。“政贵有恒，治须有常。”鉴于中国法院参与全球治理将是一个长期实践过程，所以有必要从可持续视角，构建一个由资源供给、能力提升、法治互动、利益平衡与多元保障等子体系组成的“五位一体”实践体系。

（一）全球治理资源的可持续供给体系

这是构建中国法院参与全球治理实践体系的前提条件。中国法院通过审理涉外案件开展全球治理，因此涉外案件是中国法院的全球治理资源。改革开放 40 余年以来，中国已经深度卷入全球化进程。在党的十九大报告提出“推动形成全面开放新格局”之后，在构建人类命运共同体思想的指导下，中国正以“一带一路”建设作为实践人类命运共同体的重要抓手，推动和引领新一轮全球化进程。^①在此背景下，一个必然趋势是，中国将更深度地融入国际社会，中国经济也将更深度地融入世界经济。伴随这一趋势，中国法院受理与审理的涉外案件势必会越来越多，其所涉领域也将越来越广，从而形成中国法院在全球治理资源方面的可持续供给体系。籍此，中国法院将越来越深度和全面地参与全球治理，其参与治理的领域也将主要由经济领域更多地向政治、社会、安全、文化、生态等众多领域扩散。

（二）中国法院解决国际纠纷能力的持续提升体系

这是构建中国法院参与全球治理实践体系的根本途径。解决国际纠纷既是中国法院的两大核心国际司法职能之一，又是中国法院参与全球治理的基本路径。

^① 参见韩英、张凯：《中国正在推动和引领新一轮全球化进程——从构建人类命运共同体看中国改革开放新格局》，《中国改革报》2018 年 12 月 19 日第 12 版。

当前，“推动全球治理体系朝着更加公正合理有效的方向发展，符合世界各国的普遍需求。”^①有鉴于此，中国法院解决国际纠纷参与全球治理的过程，也应是中国法院持续提升国际纠纷解决能力，尤其是更加公正高效审理涉外案件的过程。

中国法院解决国际纠纷能力的提升是一个长期复杂的系统工程，涉及指导思想、司法理念和具体制度等方面。关于具体制度问题国内学者已多有论述，^②这里主要探讨指导思想与司法理念。习近平总书记指出：“要高举构建人类命运共同体旗帜，推动全球治理体系朝着更加公正合理的方向发展。”^③在中国法院通过解决国际纠纷参与全球治理的具体司法实践中，也需要确立并运用人类命运共同体思想和与其相关的司法理念。这至少包含三方面要求：首先，人类命运共同体思想认为，世界各国的前途命运紧密联系、荣辱与共，因此各国应讲信修睦，求同存异，和平解决争议，共建和谐美好的地球家园。基于此，中国法院应秉持“平等公正”和“开放多元”的司法理念，公正高效审理涉外案件，平等保护中外当事人的合法权益，支持发展调解、仲裁等多元纠纷解决机制。其次，人类命运共同体思想强调，为应对人类社会面临的各种挑战，世界各国需要齐心协力，开展全球性协作。就中国法院而言，就是要秉持“合作共赢”的司法理念，不断深化同世界各国的司法交流合作，为此应筑牢司法合作基础、完善司法合作机制、拓展司法合作领域。^④再次，人类命运共同体思想指出，世界各国不是一个个自我封闭的“孤岛”，而是共同居住在一栋“全球公寓”之中，因此各国利益既相互联系、相互依存，又相互渗透、相互成全。基于此，中国法院在解决国际纠纷时，不能仅仅考虑本国利益，还须考虑其他利益相关者和国际社会的共同利益。为此，中国法院应秉持“多边主义”与“平等主义”的司法理念，在司法实践中，“坚定支持多边主义……大力推动经济全球化朝着更开放、包容、普惠、平衡、共赢的方向发展”“加强国际司法合作，协调司法管辖权的行使”“通过……友好协商及深入开展司法合作，减少涉外司法管辖的国际冲突”“依法平等保护中外当事人合法权益”等。^⑤

① “习近平接受《华尔街日报》采访”，http://www.xinhuanet.com/world/2015-09/22/c_11116642032.htm，2019年8月15日。

② 参见肖永平：《提升中国司法的国际公信力：共建“一带一路”的抓手》，《武大国际法评论》2017年第1期，第6-14页；何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，《中国社会科学》2017年第5期，第123-146页；刘敬东：《大国司法：中国国际民事诉讼制度之重构》，《法学》2016年第7期，第10-16页；等等。

③ 中共中央宣传部：《习近平新时代中国特色社会主义思想学习纲要》，学习出版社、人民出版社2019年版，第217页。

④ “深化司法交流合作 为推动构建人类命运共同体作出积极贡献”，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/05/id/3318374.shtml>，2019年10月8日。

⑤ 参见中华人民共和国最高人民法院：《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，法发〔2015〕9号，第7段；《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供

（三）中国法院与国际法的持续互动体系

这是构建中国法院参与全球治理实践体系的核心举措。国内法院与国际法进行互动非常重要，“内国司法机关是国际规则的实施者，同时，内国司法机关所奉行的法治精神和司法理念，所运用的法律原则和作出的司法裁判，也是国际规则诞生、发展和演变所不可或缺的法律渊源。”^①38个涉“一带一路”建设典型案例表明，解释、适用与发展国际法正日益成为中国法院的另一核心国际司法职能，国际法业已成为中国法院参与全球治理的基本依靠，中国法院与国际法之间以法治为基础的良性互动关系已经初步形成。

鉴于此，有必要构建一个中国法院与国际法的持续互动体系。“推动构建人类命运共同体思想是新时代中国国际法观的核心理念，是中国对国际法发展的重要理论贡献。”^②因此，构建中国法院与国际法的持续互动体系，其前提和基础是，在人类命运共同体思想指导下，中国法院树立并强化上述“平等公正”“合作共赢”与“开放多元”等司法理念，对国际法始终抱持一种学习、吸收、反思、创新和融入的态度。为贯彻这一思想、理念和态度，中国法院在其涉外审判实践中，既需要积极对国际法规则进行解释、适用、补充、创设、淘汰或纠正，又需要积极利用国际法推进自身的司法进步和国际话语权的提升。因此，更准确地说，在中国法院与国际法之间的持续互动关系中，也包含了二者的持续共进关系。

构建中国法院与国际法持续互动体系的关键，是规划好二者互动的路径和方式。在涉外审判实践中，对中国法院产生重大影响国际法事项，除了上述人类命运共同体思想及其相关司法理念之外，还包括国际法原则、规则与方法和国际司法交流合作等，这些都是中国法院与国际法开展互动的路径和方式。（1）国际法原则、规则与方法。国际法原则，如主权平等、国际合作和保护基本人权等，都是中国法院应当遵守的。国际法规则主要包括国际条约规则和国际习惯规则。就与国际条约规则的互动而言，中国法院主要采用准确解释与适用、创造性解释和发展、填补规则空白和淘汰不合理规则等方式。从涉“一带一路”建设典型案例观之，中国法院在准确解释与适用条约规则、填补某些条约空白等方面已有不少成功实践，但在创造性解释与发展条约规则和淘汰某些不合理条约规则等方面则严重不足，因此这是中国法院在今后与国际条约规则加强互动的主要方向。就与国际习惯规则的互动来说，由于国际习惯规则与国际条约规则的形成方式存在显著差异，前者主要通过国家实践的积累、传播和接受。国家实践包括一国内部的立法、司法、执法等实践，是国际习惯规则存在的证据。其中，“国内司法判

司法服务和保障的若干意见》，法发〔2019〕29号，第19段。

① 贺荣：《论中国司法参与国际经济规则的制定》，《国际法研究》2016年第1期，第4页。

② 中华人民共和国外交部条约法律司：《中国国际法实践案例选编》，世界知识出版社2018年版，第21页。

决，尤其是那些涉及或适用国际法规则的国内判决，构成国家实践的组成部分，是国际习惯规则形成与发展的重要证据。”^①所以，中国法院除了适用现有国际习惯之外，还可以通过加强涉外审判实践、积累和传播相关中国司法判决的方式来创设、发展国际习惯。(2) 国际司法对话。国际司法对话，是国际司法交流的一项核心内容，它是一国法院“公开地”、“有意识地”参与其他法院间就“(案件)实体和方法论中共同问题”开展的讨论，籍此不仅“提升本国法院判决的质量”，而且可以“促进新生的全球法理”。^②鉴于在全球治理中，各种治理者“各自为政”开展治理，不可避免地造成国家、区域和全球性规则机制之间的矛盾与冲突，所以国内法院开展国际司法对话，有助于减少国际司法治理领域的这种问题。国际司法对话的基本工具是“比较法(首先是比较宪法)和国际法”，其“最佳方式”是法院间的“信息交换”，主要是法院间“传递司法推理过程与结果”，^③其中，援引域外法院判例是最常见的国际司法对话形式之一。目前，国际司法对话已经成为一种相当普遍的现象。构建中国法院与国际法的持续互动体系，也需要中国法院参与国际司法对话，通过学习、借鉴外国法院在国际法解释、适用与发展与涉外案件审判等方面的有益经验，提升自身的国际司法职能，进而提升自身对涉外案件的审判质量，从而不仅援引域外法院判决，而且自身的判决也被域外法院援引，由此，中国司法的国际公信力、影响力和话语权将得到提升。与此同时，中外法院就国际法解释、适用与发展以及案件推理过程等开展互学互鉴，有助于全球治理所依据的国际法在全球范围适用的统一性、稳定性和可预见性，减少全球治理的“碎片化”现象。

(四) 国家利益与全球利益的持续协调体系

这是构建中国法院参与全球治理实践体系的关键环节。如上所述，在人类命运共同体思想指导下，中国法院已经接受全球主义理念，积极在国家利益与全球利益之间进行协调。在全球治理语境下，中国法院维护国家利益有其现实合理性，而维护全球利益则有其历史必然性。在参与全球治理时，如果中国法院不能维护国家利益，就会脱离现实需要，将为现实所不容；而如果中国法院不能维护全球利益，就会背离历史趋势，将被历史所否定。因此，从可持续的视角审视，中国法院参与全球治理，协调好国家利益与全球利益至关重要，为此需构建一个二者的持续协调体系。

具体而言，要构建国家利益与全球利益的持续协调体系，中国法院既不能抛

① 曾令良主编：《国际法学》，人民法院出版社 2003 年版，第 19 页。

② David S. Law & Wen-Chen Chang, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, *Washington Law Review*, vol.86, p. 526.

③ Eyal Benvenisti and George W. Downs, “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law”, *European Journal of International Law*, vol.20, no.1, pp.65-66.

弃国家主义，又不能否定全球主义，而是应采取全球主义观照下的国家主义。一方面，在审理涉外案件参与全球治理过程中，中国法院在管辖权行使、法律适用、诉讼程序和司法协助等方面仍然要坚持司法主权。例如，为满足加强中国法律的域外适用以更好维护国家利益的现实需求，可以适当加强中国法院在域外适用中的作用，适度进行中国法的域外适用。^①另一方面，中国法院有时需要更多地从全球视野、多边视角处理案件所涉的各种问题。其一，在司法管辖权、立法管辖权和执行管辖权的分配上，中国法院可更多地从单边主义转向多边主义，只要外国、政府间国际组织或非政府间国际组织有合理的管辖权基础，中国法院可积极考虑由其实施管辖权。其二，在案件当事人权利义务的确定上，中国法院可更多地从单一的、国内的视野转向整体的、全球的视野，认同人类利益、责任和命运日益增多的共同性，从而严格公正司法，平等保护中外当事人的合法权益，维护国际交易秩序，促进国际经贸投资和国际交流的有序开展，推动全球治理体系向更加公正合理的方向前行。其三，在法律适用上，中国法院应依法支持当事人选择的准据法，尽量查明和准确适用外国法；依法准确适用国际条约与惯例，保障国际条约与惯例适用的统一性、稳定性与可预见性。其四，在推动国际法发展上，中国法院可改变以往在国际规则创设上相对消极的态度，通过条约解释与适用、案件积累与传播等方式填补现有国际规则的空白、创设新的国际规则，从而促进国际法的发展。

（五）中国法院参与全球治理的持续保障体系

这是中国法院参与全球治理实践体系的必要保证。中国法院参与全球治理，还需要一个在一些重要方面能够提供持续性支持的保障体系，否则中国法院参与全球治理将难以持续，参与质量也将难以提升。

首先是加大理论研究，为中国法院参与全球治理提供扎实理论支持。其一，当前，国内学界已有不少有关“一带一路”建设的司法保障、中国法院推进与国际法关系和中国国际民事诉讼制度发展等方面的研究。这些研究，都是中国法院参与全球治理这一更宏大课题的组成部分。因此，国内学界可以从全球治理的视角，就上述问题进行更系统的研究，为中国法院参与全球治理的指导思想、参与模式、参与途径、机制构建等方面提供理论依据。其二，与发达国家法院相比，中国法院参与国际治理是一个后来者。发达国家的法院，在数百年的涉外案件审判实践中，对开展国际治理与全球治理已经形成了相当丰富的经验，这些经验很值得研究。

^① 参见廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，《中国法学》2019年第6期，第36页。

其次是加强人才培养,为中国法院参与全球治理提供高端法律人才支持。“参与全球治理需要一大批熟悉党和国家方针政策、了解中国国情、具有全球视野、熟悉运用外语、通晓国际规则、精通国际谈判的专业人才。”^①据此,中国法院参与全球治理,需要的是集跨学科、全球化、高水平等素质于一身的法律专业复合型人才,其主体是法官,但离不了律师,当然也包括法律学家等。但目前,这种类型的高端人才仍然属于稀缺资源,这方面的人才储备整体上依然比较滞后,不能从根本上满足中国法院更深入、更广泛参与全球治理的现实需要。鉴于此,对这种高端法律人才,需完善培养体系,改进培养方式,提高培养质量。例如,审理涉“一带一路”案件是中国法院参与全球治理的重要抓手与实践平台,因此中国应高度重视“一带一路”法治人才的培养。一方面,应建立和完善包括高校、智库、国际组织等在内的人才培养体系。其中,高校是“一带一路”法治人才培养的基础阵地,智库和国际组织则是“一带一路”法治人才历练的重要场所,既可提升“一带一路”法治人才的国际化视野,又可增加其处理全球事务的实践经验。^②另一方面,培养“一带一路”法治人才需要加强实践教学环节。要培育“一带一路”法治人才,不仅要培育其国内法律实务能力,更应使其对各国的法律文化、司法机构以及法律条文有清晰的认知。所以,可促进以实务为导向的跨国实习机制建设,甚至可以尝试和海外律师事务所合建跨国实训单位,通过留学、交流的方式来感受“一带一路”沿线各国的法律特点,领会当地人文风貌、积累跨国法务工作实践经验。^③通过这种方式培养的“一带一路”法治人才,既是具有鲜明特色与优势和核心竞争力的高级法治人才,又是拥有全球视野和较强实践能力的全球治理人才。

再次是拓展国际司法交流与宣传,为中国法院参与全球治理提供域外经验与国际认同支持。伴随经济全球化的浪潮,司法也在全球化:各国法院不仅越来越多地参与国际纠纷的解决,而且也越来越多地“在涉及国内法和国际法的跨国案件中”,开展“以思想交流与合作”为主要形式的“复杂多样的司法互动”。^④在全球治理语境下,这种国际司法交流或互动,是指主要由各国法院通过开展内容丰富、形式多样的交流互鉴与沟通合作,共同提升国际司法能力和全球治理法治化水平。广义上,其具体形式除了一般的国际司法交流如法院或法官访问、司法

① 习近平:《加强合作推动全球治理体系变革 共同促进人类和平与发展崇高事业》,《人民日报》2016年9月29日,第1版。

② 参见吴志成、王慧婷:《全球治理能力建设的中国实践》,《世界经济与政治》2019年第7期,第23页。

③ 参见杨军:《“一带一路”法治人才需求与我国法治教育的冲突与调适对策》,《法学教育研究》2018年第2期,第页。

④ Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, *Virginia Journal of International Law*, vol.40, p.1103.

研讨、会议或对话等之外，还包括国际司法协助、国际司法项目合作和涉外司法培训等。通过开展各种形式的国际司法交流活动，中国法院既可以学习借鉴域外法院的先进做法和经验，又可以把自身行之有效的做法和经验传播给域外法院。例如，“目前，中国法院信息化水平已跃居世界前列。司法公开和信息化已经成为中国法院的两张靓丽名片。中国法院的审判流程、庭审活动、裁判文书和执行信息四大公开平台备受国际瞩目，海量司法信息成为中外法律实务界和学术机构追踪研究的热点。”^①通过国际司法交流，中国法院提升了国际司法能力以及国际认同度、影响力与话语权，并与域外法院一道，共同推动了全球治理的法治化进程。鉴于此，中国法院在继续全面开展国际司法交流扩大“朋友圈”的基础上，^②首先可分别着重加强与美、英、法、俄等重点大国和“一带一路”沿线各国的司法交流合作，增进中外各国的法治认同，从而在大国间以及“一带一路”沿线国家间就全球治理更好地进行协调与协作。其次，为提升中国司法的国际认同度与影响力，中国法院还可以拓展国际司法交流的宣传机制，尤其是应建立一种运转顺畅的长效传播机制，包括定期发布典型案例的信息沟通机制、向有关主管部门推荐合适的法官人选委派到相关国际司法机构及国际组织的资源支持机制，以及基于国家大局需求利用相关案件的审理和判决宣示中国立场的需求响应机制等。^③最后，为推进国际商事法庭能力的提升，可“探索建立与域外国际商事法庭的案例交换分享机制、法律适用交流机制、法官培养合作机制……不断提升准确适用国际商事规则、运用司法审判参与国际商事规则制定的能力。”^④

第四是支持发展多元化纠纷解决机制，为中国法院参与全球治理提供多元纠纷解决方式支持。通过诉讼方式解决国际纠纷是中国法院参与全球治理的主要途径。除此之外，调解、仲裁等非诉讼方式在国际纠纷解决中扮演着越来越重要的角色。为保障中国法院依法及时化解相关国际纠纷和有效开展全球治理，中国有必要支持发展多元化纠纷解决机制。例如，为解决涉“一带一路”建设纠纷，“要充分尊重当事人根据‘一带一路’沿线各国政治、法律、文化、宗教等因素作出

① 邵中林：《推进司法文明交流互鉴 增强中国司法国际影响力——十八大以来人民法院国际交流合作工作综述》，《中国审判》2017年第28期，第75页。

② 近年来，中国各级法院积极配合外交大局，全面开展国际司法交流，最高人民法院与140多个国家和地区的最高司法机关及18个国际组织、区域性组织建立了友好交往关系，与36个国家最高司法机关和2个国际组织签署了合作协议，加强与联合国国际法院、各国最高法院及世界贸易组织、世界知识产权组织、世界银行等重要国际组织的交流合作，中国法院“朋友圈”越来越大。参见李强：《扩大法院“朋友圈” 服务开放新格局——人民法院全面开展国际司法交流与合作工作综述》，《人民法院报》2018年3月20日，第7版。

③ 参见贺荣：《论中国司法参与国际经济规则的制定》，《国际法研究》2016年第1期，第10页。

④ 中华人民共和国最高人民法院：《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，法发〔2019〕29号，第23段。

的自愿选择，支持中外当事人通过调解、仲裁等非诉讼方式解决纠纷。要进一步推动完善商事调解、仲裁调解、人民调解、行政调解、行业调解、司法调解联动工作体系，发挥各种纠纷解决方式在解决涉“一带一路”建设争议争端中的优势，不断满足中外当事人纠纷解决的多元需求。”^①最高法设立专门的国际商事法庭，就是试图通过构建包含调解、仲裁、诉讼“三位一体”的国际商事纠纷解决机制，为中国参与“一带一路”全球司法治理提供多元化纠纷解决方式的支持。

五、中国法院参与全球治理的理论模式

中国法院参与全球治理是一个长期实践过程，为此除了需要搭建一个包含多个可持续子体系的实践结构体系，还需要构建一个能够引领这种可持续参与实践的理论模式。这一理论模式必须建立在中国法院参与全球治理实践的基础之上，而不能脱离该实践。

中国法院参与全球治理的理论模式，由三个相互关联的要素构成：参与实践、身份转型和国际法治。

（一）参与实践

参与全球治理，是中国法院的一种自主性、互动性、合作性和演化性实践。首先是自主性实践。中国法院是在中国日益广泛深入参与全球治理的背景下，为因应中国对外政策和全球治理的需求，自主选择并能动地参与到全球治理实践中来的。中国法院参与全球治理，并没有受到域外法院或国际组织等势力的说教或指导，更没有受到其强迫或控制，而是一开始就是中国法院的自主性选择实践。当然，在司法全球化背景下，中国法院通过国际司法交流合作，与域外法院开展互学互鉴，但这种互学互鉴仍然是中国法院的自主选择。其次是互动性实践。中国法院参与全球治理，与国际社会相互影响、相互塑造、相互协调，因此这种参与实践不是单向流动，而是双向互动，如中国法院对国际法的解释、适用和发展，国际法反过来又会促进中国法院国际司法职能和国际影响力与话语权的提升。再次是合作性实践。中国法院对全球治理的参与，从一开始就是合作性参与，是以接受现有国际秩序、国际制度和国际规则为基础的，是以融入国际社会和全球治理体系为目标的。这其中，融入全球法律共同体是一个重要目标。全球法律共同体是“为开展交流与合作逐步发展起来的、自成一体的共同规则体系”，^②中国法院参与全球治理，必然要在接受并适用该全球共同规则体系的前提下，逐步融入并创新完善全球法律共同体。正是由于中国参与全球治理的合作性，使中国法院

^① 参见中华人民共和国最高人民法院：《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，法发〔2015〕9号，第11段。

^② 肖永平：《论迈向人类命运共同体的国际法律共同体建设》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2019年第1期，第137页。

能够与国际社会开展良性互动。最后是演化性实践。中国法院参与全球治理是一个动态演化的过程,作为实践者的中国法院及其参与全球治理的实践活动与实践过程,都是发展变化的,中国法院参与全球治理实践的互动性与合作性也在这一动态过程中。

(二) 身份转型

马克思主义实践观认为,实践决定认识,实践是认识的源泉和发展动力,而认识反作用于实践,能够指导和促进实践的发展。正是中国法院在参与全球治理过程中,通过不断学习、借鉴、反思、创新而提升自身的国际司法职能,形成关于全球治理及其相互关系的新的认知,并通过各种参与实践活动获得国际社会的承认,才使其形成新的全球治理者身份,并在此基础上开展新的实践活动。因此,中国法院作为新的全球治理者的身份,既是其参与全球治理实践活动的结果,又是其参与新的全球治理实践活动的起因。

中国法院在参与全球治理的实践中,实现了相对于国际社会身份的重要转型,即从一个主要解决国内纠纷的国内治理者转化为一个重要的解决国际纠纷的全球治理者,这一转化过程,也是一个实践、认识、再实践、再认识的过程。

自新中国成立至改革开放这一阶段,中国法院的职责是“围绕国家中心任务打击反革命犯罪,兼顾民事案件的审理”,由于“法院的政治功能远大于其解决纠纷的功能”,^①所以在这个阶段,中国法院的国家治理功能很弱,更遑论国际治理功能,因此中国法院总体上处于当时国际治理体系之外,对国际治理持一种质疑与排斥的态度。从改革开放到党的十八大,随着中国法院的中心工作开始转向为改革开放和经济建设保驾护航,中国法院解决纠纷的功能开始走强,中国法院的国家治理功能也随之增强。在解决不断增多的国际纠纷过程中,中国法院开始逐渐参与全球治理,并不断扩大参与领域、加大参与力度。但在这个阶段,中国法院总体上是将全球治理作为时代背景,对全球治理总体上处于实际参与而不自知的状态。因此,中国法院虽然实际上参与了全球治理,但其自身并未意识到向全球治理者身份的转型,国际社会也没有承认这一身份。在党的十八大报告正式提出“推动全球治理机制变革”,尤其是作为该变革重要平台与抓手的“一带一路”倡议被提出之后,中国法院的国际纠纷解决功能进一步走强,由此中国法院对全球治理也表现出积极的建设性和创新性实践,开始有意识地向全球治理者身份转型。“身份从根本上说是一种主体或单位层次的特征,根植于行为体的自我领悟。但是,这种自我领悟的内容常常依赖于其他行为体对一个行为体的再现与这个行为体的自我领悟这两者之间的一致,所以,身份也会有一种主体间或体系特征。”

^① 姚莉:《法院在国家治理现代化中的功能定位》,《法制与社会发展》2014年第5期,第57页。

①鉴于中国法院参与全球治理是一种合作性实践，所以其身份转型离不开国际社会的承认，这样才能实现中国法院与国际社会在主体间意义上的良性互动。于是，中国法院通过拓展国际司法交流与宣传，积极向国际社会推介自己，试图让国际社会承认其全球治理者的新身份。国际社会，尤其是域外法院和国际组织，整体上对中国法院参与全球治理持欢迎态度，于是通过与中国法院开展形式多样、内容丰富的国际司法交流合作，以默示的方式对其新身份做了承认。这一承认具有重要的意义。“……这种身份的承认与确立是一种极具意义的主体间关系。在哲学层面上，意味着共同存在和共同进化；在政治层面上，意味着权力与责任的共享；在社会层面上，意味着相互的平等承认，进而意味着社会共同体的形成。”^②这些重要意义表明，中国法院自我确立全球治理者的身份与国际社会对该身份的承认，二者缺一不可。国际社会的承认度越高，中国法院作为全球治理者的新身份就越确立，其与国际社会的互动就越具良性，其参与全球治理也就越具建设性。

中国法院向全球治理者身份的转型，与中国自身作为重要的全球治理者的身份相契合。当下，以“一带一路”“亚洲基础设施投资银行”与“国际产能合作”等重大国家战略倡议或举措为主要平台和抓手，中国正越来越广泛深入地参与全球治理和推进全球治理体系变革，并籍此成为一个越来越重要的、富于建设性的全球治理者。2016年10月16日，习近平总书记出席印度果阿金砖国家领导人峰会并发表讲话指出，我们要继续做全球治理变革进程的参与者、推动者、引领者。“将自己定位于一个促进人类共同发展、和谐发展、合作发展的崛起中的世界性大国，一个给未来世界特别是给发展中国家带来发展机遇与希望的建设性力量，是中国最终能否在世界上成长为一个现代发达国家的关键所在。”^③中国作为全球治理引领者的目标定位，与中国的这一国际身份定位完全匹配，而中国法院目前向全球治理者身份的转型，则是中国法院对中国全球治理者身份的积极配合与推动。

（三）国际法治

建构主义国际关系理论认为，身份决定利益，利益决定行为。^④一方面，身份决定利益。中国法院正在形成的全球治理者的新身份，将会让其更重视全球利益，进而将其导向有利于维护全球利益的新的全球治理实践。如上所述，中国法

① [美] 亚历山大·温特：《国际政治的社会理论》，秦亚青译，上海人民出版社2008年版，第220页。

② 秦亚青：《全球治理：多元世界的秩序重建》，世界知识出版社2019年版，第249页。

③ 刘鸿武：《非洲发展大势与中国的战略选择》，《国际问题研究》2013年第2期，第85页。

④ [美] 亚历山大·温特：《国际政治的社会理论》，秦亚青译，上海：上海人民出版社2008年版，第220-228页。

院参与全球治理，不能只强调国家利益，而应构建一个国家利益与全球利益的持续协调体系。“一个国家采取有利于全球利益的举措，也就同时服务了自身利益。”^①因此，中国法院以全球治理者的新身份推动实现全球利益，实际上也是为中国国家利益服务。另一方面，利益决定行动。中国法院参与全球治理过程中，要维护好全球利益，其基本途径是通过司法方式提升全球治理的法治化水平，在此基础上进一步推动全球治理法律效果和政治、经济、社会等效果的有机统一，从而达到或接近全球治理的理想化目标“全球善治”。全球治理的法治化，也即国际法治，因此成为“全球治理在国际规制层面的重要方法和路径”。^②当前，“虽然全球治理的工具呈现出多样化的趋势，但是以国际法为基础的国际法治始终是最根本的路径。”^③从上文对涉“一带一路”建设典型案件的分析可以发现，中国法院在审理涉外商事案件过程中，运用国际法提升经济领域国际法治水平的效果已开始初步显现。当下，全球治理对国际法治的立法、司法、守法等方面都提出了更高要求；相应的，国际法治在这些方面也对中国法院提出了更高要求。中国法院不仅要严格遵守、公正适用国际法，而且也要发展创新国际法。严格遵守国际法可以提高全球治理的效率，公正适用国际法可以实现全球治理的价值，发展创新国际法则可以优化全球治理体系。^④中国法院这些推动国际法治的做法，又可以进一步推进全球治理体系变革。

“法治”一词最为核心的含义是“良法善治”，以良法促善治是社会治理的目标。^⑤全球治理也是如此。“立善法于天下，则天下治。”国际法治是国际良法之治，全球治理是以国际良法促进和保障全球善治。基于此，中国法院严格遵守、公正适用和发展创新的国际法都应国际良法，即符合国际法基本原则，顺应国际社会发展规律，反映国际社会共同意志与利益，符合国际公平正义要求的国际法。但是，国际良法本身不是目的，中国法院之所以遵守、适用和发展国际良法，归根结底，是为了在审理涉外案件过程中，发挥其规范国际社会行为、调节国际社会关系、平衡国际社会利益、化解国际社会矛盾、维护国际社会稳定等方面的作用，最终达到国际善治的结果。^⑥只有国际良法才能发挥这些作用，才能实现

① 曲星：《人类命运共同体的价值观基础》，《求是》2013年第4期，第54页。

② 参见黄进：《习近平全球治理与国际法治思想研究》，《中国法学》2017年第5期，第6页。

③ 曾令良：《国际法治与中国法治建设》，《中国社会科学》2015年第10期，第140页。

④ 参见黄进：《习近平全球治理与国际法治思想研究》，《中国法学》2017年第5期，第6页。

⑤ 参见王利明：《新时代中国法治建设的基本问题》，《中国社会科学》2018年第1期，第51页。

⑥ 参见李富莹：《良法善治：社会主义法治的核心要义》，《学习时报》2019年7月10日第003版。

国际善治；中国法院只有推动国际良法发展，才能促进全球善治实现。可见，国际良法是全球善治的前提与保障，全球善治是国际良法的目的与追求，二者相生相伴，不可分离。对于二者间的这种良性互动关系，中国法院可以通过自己的涉外审判实践，促进其实现和发展。

中国法院推动良法善治，将为全球治理添加“中国司法叙事”。党的十八届四中全会提出了全面推进依法治国的总目标，并指出“汲取中华法律文化精华，借鉴国外法治有益经验，但决不照搬外国法治理念和模式。”这就要求，中国法治，既要“融通中外”，即融通具有当代价值、世界意义的中外法治文化精髓；又要“以我为主”，特别是在理念和模式等方面应有中国自己的特色。“作为全球治理中两级治理领域的根本方式，国内法治是国际法治进路的基础和前提，而国际法治则是国内法治的延伸和发展，国际法治和国内法治相互补充，相互支撑，相互影响，统一于全球治理进程中。”^①鉴于国际法治与国内法治的一脉相通性，中国司法的特色也必然体现在其推动国际法治的过程之中。宏观上，在习近平新时代中国特色社会主义思想指导下，坚持中国共产党对人民法院工作的绝对领导；^②树立和践行以人民为中心的司法理念，维护公平正义；^③加强国际司法交流合作，共同推动构建人类命运共同体；^④都是有中国特色的司法原则与理念。微观上，有中国特色的司法原则、理念，对中国法官的思维会产生重要影响，使其具备“党性思维”“大局思维”和“为民思维”等有鲜明中国特色的思维方式。^⑤这些有中国特色的司法原则、理念、思维，必然贯穿于中国法院推进国际法治建设实践的全流程，从而为全球治理融入中国法律元素和司法特色，并通过国际司法交流向国际社会展示出来，让国际社会更好了解中国司法。

六、结语

当前，伴随着中国日益走近世界舞台中央，中国开始从全球治理的“追随者”向“引领者”华丽转身，^⑥中国深度参与全球治理、为全球治理事业贡献中国智

① 赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，《中国社会科学》2014年第10期，第84页。

② “周强：深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，坚持党对人民法院工作的绝对领导”，http://www.xinhuanet.com/politics/2019lh/2019-03/12/c_1210079433.htm，2019年10月3日。

③ 参见陆德生：《树立和践行以人民为中心的法治理念》，《红旗文稿》2017年第21期，第21页。

④ 参见高原平：《努力为构建人类命运共同体提供司法服务和保障》，《人民法院报》2018年3月28日第2版。

⑤ 董开军：《法官思维：个性与共性及其认识误区》，《中国法学》2010年第6期，第171页。

⑥ 参见余晓葵、曹元龙：《新时代中国引领全球治理的历史性担当》，《光明日报》2018年01月07日第1版。

慧与中国力量的主动性和创造性越来越强。与此相契合，中国法院近年来以“一带一路”为基础实践平台，通过审理大量涉外商事案件和搭建专门的国际商事案件审判平台等实践活动，自主地、积极地、稳步地参与全球治理，开始从一个主要解决国内纠纷的国内治理者，转化为一个重要的解决国际纠纷的全球治理者，日益成为中国参与全球治理整体实践中的一支既重要又独特的力量。中国法院参与全球治理的能力越强、程度越深、效果越好，其与中国参与全球治理的契合度就越高，其推进中国参与全球治理就更能行稳致远。

参与全球治理的中国法院，需要以全球治理者的新身份和全球治理的新视角来审视自身的全球治理实践。这就要求，中国法院应秉持人类命运共同体的新指导思想 and “平等公正”“合作共赢”与“开放多元”等新司法理念，并将其贯彻到涉外案件的审理过程，尤其是，贯彻到中国法院提升解决国际纠纷能力以及与国际法互动的全过程。随着中国法院这两项核心国际司法职能的提升，中国法院在全球治理中必将发挥更大作用，中国法院与国际法的良性互动将更加活跃，中国国家利益与全球利益也将更加平衡。这不仅能够提升中国法院持续参与全球治理的能力与效果，而且也将提升中国法院在国际法律事务中的话语权与影响力。

金融科技监管的原则立场、模式选择与法制革新

张永亮^①

摘要：金融科技是技术化、数字化、智能化的金融服务解决方案，它的核心在于如何将“技术”行之有效地应用于金融服务之中，旨在用“技术”改进“金融”。当下，金融监管亟待解决的问题是：金融科技对传统金融监管构成重大挑战，而监管机构的监管手段和监管能力却滞后于金融科技的发展。在金融科技时代，监管机构应洞察金融科技的本质与风险，调整监管原则，坚守适应性、包容性、实验性、协调性的监管原则，充分发挥金融科技对我国金融转型升级的引领作用。监管机构应坚信监管科技是未来金融监管模式转换的目标，创设实验式和智能化监管制度，构建监管科技应用的法律规制体系。

关键词：金融科技 监管科技 监管原则 监管模式

新旧相推，日生不滞。金融史是一部金融创新史、金融危机史，更是一部技术文明史。^②从历史观之，由技术引发的金融创新深刻地改变了金融业的市场结构，深远地影响着金融监管的制度变迁，推动金融监管法制不断更新。2008年全球金融危机的爆发是“金融科技发展走向新阶段的分水岭，金融危机孕育了金融科技发展的土壤，开启了金融科技发展的新时代”。^③在我国，金融科技的重要性也被反复强调，如党的十九大报告指出，“健全金融监管体系，守住不发生系统性金融风险的底线”，倡导“颠覆性技术创新”。习近平总书记强调金融监管要“运用现代科技手段”，“要把区块链作为核心技术自主创新的重要突破口”。^④2019年8月，中国人民银行发布的《金融科技（FinTech）发展规划（2019-2021年）》提出要“建立金融科技监管基本规则体系”。与这些顶层设计形成反差的是，我国金融监管机构的监管手段和监管能力明显滞后于金融科技的发展，监管法治陈旧、监管模式滞后、监管技术落伍、监管效能低下等问题愈发突出，“监管断层”和“监管空白”现象日趋凸显，不仅立法上对金融科技和监管科技缺乏明确的法律规范，而且理论界对此的研究也刚处于起步阶段，这严重制约了金融科技

本文系浙江省哲学社会科学规划重点课题“监管科技应用之规制体系构建研究（20NDJC15Z）阶段性研究成果。

① 张永亮，浙江农林大学文法学院教授。

② 参见张永亮：《金融科技监管的新理念与新模式》，载《光明日报》2018年8月7日。

③ 参见杨松、张永亮：《金融科技监管的路径转换与中国选择》，载《法学》2017年第8期。

④ 2019年2月22日，习近平总书记在中共中央政治局第十三次学习会上就“完善金融服务、防范金融风险”时强调，要正确把握金融的本质，深化金融供给侧改革，平衡好稳增长和防风险的关系，精准有效处置重点领域风险，防范化解金融风险，特别指出要运用现代科技手段进行金融监管。

的规范发展，削弱了监管科技应用的可控性、安全性和有效性，减缓了我国金融业的转型升级。故而，如何构建金融科技监管的法制体系，实现金融监管的数字化和智能化，优化金融供给侧结构性改革，防范金融风险，业已成为摆在理论界和实务界面前亟待解决的重大课题。本文试图遵循“技术—制度”的分析框架，界定金融科技的本质，揭示金融科技的风险，提出金融科技监管的基本原则及其模式选择，并探究金融科技监管的法制路径。

一、金融科技的本质与风险

（一）金融科技的本质：突破性金融创新

金融科技是技术化、数字化、智能化的金融服务解决方案，它关注的重点在于如何将“技术”行之有效地应用于“金融”服务之中，旨在用“技术”改进“金融”。金融科技的发展，催生了新的金融中介，重塑了金融业的业务模式，诱发金融业发生结构性的变化，提高了金融业的整体效率，是一种突破性的金融创新。

1. 突破性创新理论的内涵

根据约瑟夫·鲍尔（Joseph L. Bower）和克莱顿·克里斯滕森（Clayton M. Christensen）的观点，突破性创新（Disruptive Innovation）是指某种创新形成了新的市场和新的价值链，它颠覆了旧有的市场结构和价值体系，最终取而代之。^①维里泽（Veryzer）认为突破性创新会引发“重大技术革新”、导致“消费模式改变”、提高“社会福利”。^②艾里斯（Iris）从突破性创新产生的“变化”、“替代潜力”及其“结构性影响”三个维度分析突破性创新的内涵。^③所谓突破性创新的“变化”是指技术创新在产品的功能、绩效、价值等方面取得了突破性的有益的增进；^④“替代潜力”是指不管这种“突破”是来自本行业内部还是其他行业，只要新产品取代了旧产品，就说明这种突破具有替代潜力；“结构性影响”是指前述创新的“变化”和“替代”最终对行业产生潜移默化的影响，引发该行业呈现结构性的变革。

实践中，突破性创新的发展路径虽然多种多样，但效果却是相同的，即新事物取代旧事物，^⑤具体表现为新型金融中介的诞生、重大技术应用的突破、商业

① Joseph L. Bower and Clayton M. Christensen, Disruptive Technologies: Catching the Wave, Harvard Business Review, Vol.73,1995, pp. 43-45.

② Veryzer, RW, Discontinuous Innovation and the Product Development Process, Journal of Product Innovation Management, Vol. 15, 1998, p. 312.

③ Iris, H-Y Chiu, Fintech and Disruptive Business Models in Financial Products, Intermediation and Markets-Policy Implications for Financial Regulators, Journal of Technology Law & Policy, Vol.21, 2016, pp.55-112.

④ Felix,P.,Christophe, M.,Florence, C.et.al. Managing Systemic and Disruptive Innovation: Lessons from the Renault Zero Emission Initiative, 24 Industrial and Corporate Change,Vol.24, 2015, pp.677-695.

⑤ See Larry, D., Paul, N., Big Bang Disruption, Harvard Business Review,Vol.3,2013,p. 50; David, A., Innovation and Growth: How Business Contributes to Society, Academy of

模式的改变、消费模式的重塑和社会福利的增加。质言之，突破性创新是技术进步引发了某一行业发生结构性的变化，新的市场主体具有取代现存者的潜力，它改变了商业服务的模式，提高了服务的效率，增加了社会整体福利。根据历史经验，技术进步并非是线性的，重大的技术革新是一个从量变到质变的缓慢过程。只有当量的积累达到一定程度之后，技术才会在短时间内获得单点突破，出现技术拐点，引发行业质变，引领人类社会文明的进步。^①当下，以大数据和人工智能为代表的新兴技术把人类的思维从过去的机械思维转向大数据思维，利用大数据所包含的海量信息消除事物的不确定性，研究事物之间的因果关系，探寻事物的发展规律，这即是大数据思维的核心。大数据、人工智能、区块链等新兴技术运用于金融业，引发金融业的质变，此举对于金融业而言，是一种突破性的金融创新。

2. 金融科技作为一种突破性金融创新的表现

第一，金融科技催生了新的金融中介。金融创新推动金融中介不断推陈出新。金融科技一方面会引发“去中介化”，另一方面又会诞生新的金融中介。在金融行业中，由于信息不对称，中间人或金融中介的作用至关重要。一部分学者认为，去中介化主要是指从以银行为基础的中介转向以资本市场为基础的中介。^②譬如，企业从间接融资到直接融资即实现了去中介化，但在企业在直接融资过程中，仍然离不开商业银行、证券公司、会计师事务所、评估机构等中介机构的参与。随着技术的进步，金融中介不断迭代升级。某种金融中介“消失”的同时，一批新的金融中介也在“诞生”之中，金融其实就是“无限中介”的持久循环。^③消费者并不在意是否去中介化，其关注点在于是否诞生了效率更高、成本更低、程序更为便捷的新中介。从某种意义上而言，去中介化过程也是中介重构的过程。其实，金融本身就是一种媒介，是价值跨时空流动的媒介，它无法真正实现脱媒，金融科技创新只不过是实现了介质的形式转换而已。金融科技既催生了新的金融中介，^④又不断诱发传统金融中介发生改变，因此，“金融脱媒的实质不在于脱媒，而在

Management Perspectives ,Vol. 24, 2010, p.16.

① 人类历史上出现许多技术拐点，比如 1666 年牛顿发明了微积分，发现了力学三定律和万有引力定律，完成了光学分析，从此人类进入了近代社会。这一年被视为科学史上的一人拐点。1905 年爱因斯坦完成了分子说，发现了光电效应，提出狭义相对论，开启科学的现代社会。1965 年摩尔博士提出摩尔定律，同时在工业界大规模出现集成电路，引领持续近半个世纪的信息产业的高速发展。参见吴军：《智能时代大数据与智能革命重新定义未来》，中信出版社 2016 年版，第 217-218 页。

② Steven L. Schwarcz, Framing Address: A framework for Analyzing Financial Market Transformation, Seattle University Law Review, Vol. 36, 2013, p. 312.

③ Lin, Tom C.W., Infinite Financial Intermediation, Wake Forest Law Review, Vol.50, 2015, pp. 643-670.

④ 较之于传统金融机构，中国的蚂蚁金服、陆金所、京东金融、微众银行、银联商务、度小满金融、卡拉卡等新型金融科技企业正是在技术的催化之下而诞生的新型金融中介。

于信息不对称的减少或消除，以及民众金融权利的觉醒”。^①

第二，金融科技孕育了新的金融服务模式。新兴的成熟技术在金融业的运用，加速了金融业务模式的数字化和智能化，催生了新金融服务模式的诞生，典型例证为智能投顾、数字货币和数字支付。就智能投顾而言，其是利用机器人中储存的海量关于投资产品和风险分类方面的极具前瞻性的信息，通过自动化的接触界面，根据不同投资者的需要，利用算法和资产配置模型，智能化地为投资者提供投资建议和审慎投资管理服务。本质上，智能投顾是一种软件算法，它根据一组投资者的偏好推荐投资组合，并自动对投资组合进行再平衡。监管者需要关注的是，智能投顾是否存在审慎风险，是否存在操作风险，是否存在技术风险，并遵守相应的监管要求。就数字货币而言，其诞生和运用需要区块链技术的支持，“区块链技术是一种基于技术理性的、由代码架构定义的全新的共识性信任机制，它可以对信息真实性进行源头控制，实现了信息创造与验证权利的分布式共享”。^②由区块链技术所支撑的数字货币对各国主权货币构成冲击，其中的典型代表便是当下流行的比特币。区块链技术是一种分布式分类技术，可对所有交易进行记录，借助加密技术，每一笔交易的发起、授权、确认和加密情况都可清晰无误地记录下来，交易记录具有不能隐去、无法篡改的特点。就数字支付而言，其运用在近场通信、数字身份证和生物识别技术的推动下正变得越来越广泛。区块链或分布式分类账系统正在接受各种各样的金融测试，业已在银行同业收付款、贸易融资发票对账、执行履约合同中得以应用。金融领域中的大数据运用则可以更深入地了解客户的行为和需求，有效地发现金融交易中的欺诈或异常现象。^③

第三，金融科技提升了金融服务的整体效率。针对传统金融服务中的“痛点”和“难点”，即传统金融机构不愿涉足或低效的业务领域，金融科技企业在技术创新中寻求“痛点”和“难点”的解决方案。金融科技利用数据和技术优势，可以为客户提供一个基于数据的全面而立体的客户画像，确定客户的行为偏好和行为特性，借助这些偏好信息与信用可靠性之间关联的算法，为客户提供精准的信用评估，从而为客户提供与其风险偏好相匹配的金融服务，这比银行用传统方法所做的信用评估更为详细、更为全面、更为准确。通过深入挖掘客户数据信息，了解客户需求，为用户提供差异化和个性化的金融服务。“它不仅改变了传统金融市场的时空边界，改变了传统金融市场中的交易成本和信息不对称程度，改变了投资者进入金融市场的方式，减弱了投资者进入市场的专业性要求，形成新的

① 参见李耀东、李钧：《互联网金融框架与实践》，电子工业出版社2014年版，第423页。

② 参见汪青松：《信任机制演进下的金融交易异变与法律调整进路——基于信息哲学发展和信息技术进步的视角》，载《法学评论》2019年第5期。

③ 参见张永亮：《金融科技监管的新理念与新模式》，载《光明日报》2018年8月7日。

金融业态，并形成更为有效的竞争与市场”。^①

（二）金融科技的风险

金融业天生具有创新基因，同时它也具有较强的敏感性、公共性和外部性。金融创新与金融风险相伴而生，金融创新在提升金融服务效率的同时，亦会产生金融风险，因为金融创新往往涉及信用创造，而杠杆的增加往往会诱发更大的金融风险，增加金融系统的脆弱性。金融风险所诱发的金融危机具有强大的传染性、连带性和破坏性，对一国金融业乃至国际金融业带来动荡或危机。金融科技作为一种突破性金融创新，为金融业带来革命性变化的同时，并未改变其背后的风险逻辑。

1. 数据安全风险

数据是金融科技时代新的生产资料，是金融机构的核心资产，是催生人工智能“智能化”的关键要素。对于金融机构而言，确保数据安全是其第一要务，然则，在开放的互联网环境中，数据的输入、传输、存储、使用等各个环节均存在数据被破坏或者泄露的隐患。影响数据安全的因素有很多，主要包括：（1）数据信息存储介质的损坏，如硬盘损坏、设备使用到期、外力损坏等。（2）人为操作失误，如误删除文件、格式化硬盘等。此外，系统管理不当造成的安全隐患，用户设置弱口令或将自己的账号随意转借他人使用，都会对数据安全带来威胁。（3）黑客攻击。黑客入侵、账号泄露、资料丢失、网页被黑等是金融机构信息安全管理中经常碰到的问题。黑客攻击成功后，可能读取邮件、搜索和盗窃文件、破坏数据，造成敏感数据泄露或系统瘫痪等严重后果。（4）计算机病毒。病毒将摧毁计算机软件和硬件的正常运行，破坏数据的完整性和可用性，甚至导致系统崩溃。此外，信息窃取、自然灾害、电源故障、磁干扰等因素皆会影响数据安全。遗憾的是，由于数据安全法律制度缺失，导致数据资源被滥用，使消费者面临个人信息泄露、远程电子欺诈的风险。

2. 网络安全风险

随着金融服务日趋网络化和数字化，网络安全风险日益严峻。技术缺陷是网络安全风险形成的客观原因，人类的非法行为则是网络安全风险形成的主观原因。网络攻击是诱发网络安全风险的主要形式，包括口令破解、恶意软件、拒绝服务、数据欺骗、恶意程序等。若金融机构的业务系统遭遇网各攻击的破坏，数据或算法被篡改，极有可能诱发金融危机的风险。^②重大网络安全事件频发，给

^① 参见易宪容：《金融科技的内涵、实质及未来发展——基于金融理论的一般性分析》，载《江海学刊》2017年第2期。

^② 2019年上半年，国家互联网应急中心监测发现互联网金融网站的高危漏洞92个，其中SQL注入漏洞27个（占比29.3%）；其次是远程代码执行漏洞20个（占比21.7%）和敏感信息泄漏漏洞16个（占比17.4%）。同一时期，国家互联网应急中心对105款互联网金融

各国造成了巨大的损失。例如孟加拉国中央银行在美国纽约联邦储备银行开设的账户遭黑客攻击，失窃 8100 万美元；美国遭受史上最大规模分布式拒绝服务攻击（Distributed Denial of Service, DDoS），东海岸网站集体瘫痪；雅虎也曝出了史上最大规模信息泄露，5 亿用户资料被窃；等等。^①数字化和智能化的解决方案可能扩大网络黑客攻击的切入点的范围和数量，金融科技会加剧网络攻击对整个金融系统的风险。^②“对应用编程接口、云计算等促进交互的新技术的依赖性，可能成为未来金融架构的关键部分，也可能使银行系统更容易遭受网络威胁，并泄露大量敏感数据”。^③在此背景下，网络风险管理已经成为金融监管的新议题，监管机构需要提升监管能力，以应对网络安全风险。“网络安全问题不只是技术问题，更是社会利益冲突在网络空间的反映。维护网络安全不仅需要技术理性也需要制度理性，法律治理与技术治理是网络安全治理一体之两翼”。^④

3. 技术风险

新兴技术在金融业的广泛应用，极大地提高金融交易的速度，增加金融交易的数量，但新兴技术可能对金融稳定带来风险。以云计算为例，其安全问题包括软件漏洞和缺陷、配置错误、黑客攻击、基础设施故障等。这些问题可能导致数据丢失、信息泄露及服务中断等。大数据环境下，个人隐私信息泄露的风险加剧，无法做到真正保护个人隐私，数据受到攻击的可能性也大大增加。智能投顾作为一种软件算法，它根据一组投资者的偏好推荐投资组合，并自动对投资组合进行再平衡，这一过程是否存在操作风险、审慎风险和系统性风险，是否应遵守资本监管的要求，均需慎重评估。大数据和算法交易可能会产生更高的技术风险，比如失控的算法或网络罪犯可能会窃取客户信息，算法之间的联动效应可能会加剧市场的颓废趋势。

4. 监管风险

数据问题、监管方式问题、技术风险问题均是金融科技引发的新问题，实践

APP 进行检测，发现安全漏洞 505 个，其中高危漏洞 239 个。在这些高危漏洞中，明文数据传输漏洞数量最多有 59 个（占高危漏洞数量的 24.7%），其次是网页视图(Webview)明文存储密码漏洞有 58 个（占 24.3%）和源代码反编译漏洞有 40 个（占 16.7%）。参见国家计算机网络应急技术处理协调中心：《2019 年上半年我国互联网网络安全态势》2019 年 8 月。

① 参见谢永江：《推进网络安全法治建设，提高网络治理能力》，http://theory.gmw.cn/2017-04/17/content_24209498.htm，2017 年 04 月 17 日最后访问。

② 参见中国银行业监督管理委员会工作论文：《金融科技对金融稳定的影响及各国应关注的金融科技监管问题》，2017 年第 21 期，<http://www.cbirc.gov.cn/chinese/files/2017/ED6C786E381B457291353E421CB6ED47.pdf>，2018 年 12 月 12 日最后访问。

③ 参见中国银行业监督管理委员会工作论文：《金融科技发展对银行及其监管机构的影响》，2017 年第 36 期，<http://www.cbirc.gov.cn/chinese/files/2018/233B78A73F704FC8811E9ED9E7FD01CF.pdf>，2018 年 12 月 20 日最后访问。

④ 袁康：《法律治理是维护网络安全的重要手段》，载《光明日报》2019 年 8 月 30 日。

证明，传统金融监管的理念和规则体系对此无能为力。监管机构在对金融科技实施监管之前，须明确下列问题：第一，了解金融科技所带来的机遇和风险，掌握金融科技可能会降低哪些风险，可能会加剧哪些风险，或者会产生哪些新的风险。第二，监管机构在适当时机应推出新的监管规范，在不妨碍金融创新的情况下，促进新兴技术的安全和有效应用。再次，监管机构评估其监管能力和监管手段是否符合现实需要，监管制度能否跟得上金融科技发展的节奏，现行的监管原则能否实现监管目标。从长期来看，这将有助于监管机构制订更具连续性的监管政策和监管规则，有利于培育更为有效的监管文化。监管者不应对金融创新采取消极不干预政策，也不应对金融创新做出不加思考的监管控制。监管者应尽可能避免被动式或运动式监管，尽早采取前瞻性的监管措施。面对金融科技所带来的监管挑战，监管者需要变更监管原则，转换监管模式，主动构建金融科技监管的法律制度规范。

二、金融科技监管之原则转向

监管原则是监管者在制订监管政策、监管制度、监管规范以及监管执法过程中所遵循的对某种做法的赞同态度、支持行为及由此产生的心理认同归属感。金融监管原则具有历史性，不能抱守残缺，时代变了、经济基础变了，监管原则也须审时度势，除旧布新。面对金融科技对金融业的革命，金融监管的原则需要做出调整。

（一）坚守适应性监管原则

适应性监管原则是指监管战略、监管制度和监管方式的选择应因监管对象、监管环境、现实条件的不同而有所差异，并据此做出相应的调整和改变的监管思维，它要求监管原则和监管方法应随机应变，原则不能僵化，方法不能单一，不能搞一刀切。^①较之于传统金融，现代金融业的业务流程、业务模式和支撑力量均发生了根本性变化，尤其是在金融科技的催化之下，金融业的呈现出数字化和智能化的发展态势。基于此，金融监管的原则和模式也应随之发生调整，金融监管应该充分考虑技术的力量和优势，聚焦监管科技，提升监管者的监管水平和监管能力。

就当下的监管法律规则而言，它们并未清晰地对监管对象的动态性给予充分的考量。首先，金融机构所处的经营环境的易变性。譬如，当银行的某个客户突然发生经营困难时，那么银行的资产负债状况几乎可以在一夜之间发生改变。倘若监管机构没有广泛的自由裁量权，就不可能对此做出有效应对和调整。其次，法律规则的滞后性。众所周知，成文法的最大弊端是滞后性，今天制订的法律可

^① 张永亮：《金融监管科技之法制化路径》，载《法商研究》2019年第3期。

能无法适应明天的需要,法律在应对未来的情形时,可能丧失了当初的适用条件。因此,倘若法律规则存在漏洞,那就极容易被规避,从而使其偏离了当初设定的监管目标。再次,监管者也可能会过多地依赖外部信息。比如,信用评级机构的信息或银行内部的风险管理模式,而疏于提升自己的监管技能,缺乏独立和专业的判断,无法建立起有效的监管模式。银行对先进的算法工具的使用,对金融监管带来更大的挑战。监管者不能忽视这些变化,必须应对这些挑战,此举需要改变监管模式,大胆进行监管试验,譬如诸多国家已经推行的“监管沙箱”模式。^①倘若监管者继续奉行命令—控制型的监管模式,这对现代金融市场而言将是无效的。总之,若想确保金融机构的安全和金融市场的稳健,监管机构应树立适应性监管原则,构建动态化的金融监管模式。

(二) 秉持包容性监管原则

创新需要包容。现代社会,高度复杂,风险无处不在,人们不可能总是事先依照既定的规范或固有的自然概念,来确定他的行为是否正确。复杂的社会是开放的,事物的标准或准则无法概观。在变动不居的世界中,倘若要树立一个具有内涵的原则,在遇到风险而无法事先明确评估行为方式时,做出不作为的要求,那么这个世界将归于沉寂。为了探索未知的新世界,人类必须打破陈规,对于新事物应持开放的姿态。因此,对金融科技应奉行包容性监管原则。但是,包容性原则有“度”的限制。“包容使有责任的行为成为可能,但同样也会促成无责任的行为。是故,作为法律原则的包容性原则必须以责任原则为补充。包容并非毫无界限,它不是不计任何代价的容忍,有效的法律必须遵循,违背法律,特别是犯罪行为,是不能容忍的”。^②

倡导包容性监管原则可以指导监管部门在监管活动中贯彻金融包容的价值取向,应该将包容性监管原则融入到金融监管法制之中,借助金融监管推动金融包容的水平,此举有助于提高金融包容的程度和水平,^③实现从金融排斥走向金融包容。^④2015年7月18日中国人民银行等十部委联合发布的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》^⑤、英国政府创设的创新项目(Project Innovate)和

① Lawrence, G. Baxter, Adaptive Financial Regulation and RegTech: a Concept Article on Realistic Protection for Victims of Bank Failures, Duke Law Journal, Vol.66, 2016, pp.567-604.

② 参见[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义译,法律出版社2004年版,第438-462页。

③ 参见冯果、袁康:《走向金融深化与金融包容:全面深化改革背景下金融法的使命自觉与制度回应》,载《法学评论》2014年第2期。

④ 参见李安安:《逻辑与进路:金融法如何实现收入分配正义》,载《法商研究》2019年第4期。

⑤ 《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》是我国互联网金融发展的第一个官方纲领性文件,为互联网金融业态的发展奠定了主基调,即“鼓励创新,支持互联网金融稳步发展”,提出“要制定适度宽松的监管政策,为互联网金融创新留有余地和空间”,遵循“依法监管、适度监管、分类监管、协同监管、创新监管”的原则。

创新中心（Innovation Hub）、英国金融行为监管局（Financial Conduct Authority, FCA）推出“监管沙箱”制度，^①均是包容性监管的体现。

（三）倡导实验性监管原则

实验性监管原则是指监管主体在推出一项新的监管政策之前，在一个受控的环境里激励金融创新，通过观察、试错、交流，掌握金融创新的本质、收益和风险，从而有助于制订出符合事物发展规律的、科学的监管政策的一种监管原则，它摒弃了一刀切式、运动式、维稳式的监管，而是一种谦抑的、包容的、常态化的监管原则，借助实验，可实现监管主体与金融机构之间平等、及时、有效的信息沟通和交流。^②实验性监管是一种试错性监管，通过不断试错实现有效监管，也不会引起系统性风险。^③实验性监管要求监管者借助模拟实验系统，评估监管“新政”的实施效果，有助于监管者制订更有效的监管规则和监管方案。监管者针对某种金融创新的监管政策正式出台之前，通过监管测试，可观察金融创新产生的收益和风险，能够深刻认识其对当前监管政策的影响，检验其是否与现存的监管制度存有冲突，是否符合国家的监管目标，是否符合金融发展实践。

源起于英国的“监管沙箱”是实验性监管原则的典型例证。监管沙箱允许企业在一个安全可控的环境中进行产品、服务、商业模式和通道机制等领域的创新，并不会因该创新而招致不利的监管后果。^④其要旨在于，在构建适当的消费者利益保障措施的前提下，对进入沙箱测试的公司实施监管“松绑”，允许其在一个真实的市场环境中，测试金融创新的产品、服务和商业模式，它实现了消费者、金融市场、金融机构、监管机构之间“多赢”的局面。因此，可借鉴英国的“监管沙箱”政策，在适当时机推出中国版的监管沙箱制度，创设金融科技监管的法规实验室，通过近距离观察和交流，在限定的范围之内进行创新实验，这将有利于监管者对金融科技创新的过程与风险给予充分的了解，有利于制订出符合实际的监管法律规范。创设实验性监管制度，需要明确监管主体，设立监管沙箱审核委员会，审定入围沙箱测试的企业名单；设定入围沙箱测试的条件、标准、内容、目标；签订监管沙箱合同，明确企业的权利和义务，特别是企业不遵守监管沙箱运行规则时的法律责任；建立信息共享机制，特别是确保企业与监管机构及监管

① “监管沙箱”是指允许企业在一个安全的环境中进行产品、服务、商业模式和通道机制等领域的创新，并不会因该创新立即招致不利的监管后果。英国 FCA 已经为“监管沙箱”制度的运营建立了一个实施框架，目标在于：（1）以较低的成本缩短金融产品或服务的上市时间；（2）提高金融服务的可得性；（3）激励更多的金融创新产品走向市场。

② 张永亮：《中国金融科技监管之法制体系构建》，载《江海学刊》2019 年第 3 期。

③ 参见周仲飞、李敬伟：《金融科技背景下金融监管范式的转变》，载《法学研究》2018 年第 5 期。

④ See Regulatory Sandbox, <https://www.fca.org.uk/firms/regulatory-sandbox>, 2017 年 11 月 12 日最后访问。

沙箱审核委员会之间的信息畅通；制订消费者权益保障措施；监管沙箱运行时还应注重监管“松绑”政策应用的公平性和透明性，防范监管俘获，平衡各方利益诉求。

（四）强化协调性监管原则

如何监管金融科技，各国在实践中的做法不尽一致，而金融科技的跨国发展，势必要求国际社会统一监管对策，否则，将引发监管竞次现象，诱发监管套利。在任何一种金融监管体制中，监管权如何在不同的监管机构之间进行配置，始终是一个至关重要的问题。然而，由于监管权配置的不清晰，再加上金融创新的不断发展和监管法规的疏漏，监管机构之间往往会引发监管竞争和监管冲突，因此，强化监管协调就变得至关重要。

协调性监管原则，一方面是指各级、各类监管机构之间的监管效沟通和交流，既包括一国内部不同监管机构之间的沟通，也包括国际监管组织与各国监管机构之间的沟通；另一方面是指监管机构与金融机构之间的监管沟通和交流。在监管机构之间建立监管协调机制，统一监管标准，及时交换监管信息，有助于营造公平的竞争环境，促进金融创新。当下，国家间的监管合作和协调正在进行中，在双边层面，一些国家的监管机构制定了监管合作协议，共享关于金融科技的监管信息。比如，澳大利亚金融监管部门分别与英国、新加坡、加拿大等国有金融监管部门签订了双边合作协议。在多边层面，国际金融监管组织，譬如，国际证券委员会组织、巴塞尔银行监督委员会、支付和市场基础设施委员会以及金融稳定委员会等国际标准制定者正在监测和研究技术变革对金融稳定、市场完整性的影响。其他机构，比如反洗钱“金融行动特定工作组”（Financial Action Task Force, FATF）已经发布了金融科技监管指导规则。从全球金融科技的监管现状来看，各国的监管政策、监管标准差异较大，^①数据的界定、数据的保护也缺乏统一标准。技术的进步更容易滋生监管套利，因为许多金融科技产品的呈现形式是数字化的，它不可能被局限于一国范围之内，因此国际层面上的监管协调就变得非常必要。

总而言之，金融科技时代，监管者转换监管原则，是顺应市场变化的客观需要，也是科技进步的必然要求。金融科技时代也是大数据时代，监管者不能再用过去的机械思维来看待复杂多变的金融现象，应转变监管原则，以应对金融世界的不确定性和易变性。监管者可以利用大数据来探寻金融世界的发展规律，据此确定事物之间的因果关系，利用大数据给客户画像，并依此确立监管政策、制订监管规则。唯有如此，方能适应金融科技的创新性、动态性和易变性。根据法律不完备理论，金融监管规则永远滞后于金融创新，这一规律在金融科技时代尤为

^① 参见廖岷：《全球金融科技监管的现状与未来走向》，载《新金融》2016年第10期。

显著。故而，监管者必须时时跟踪金融市场的变化，识别金融创新的表现及其潜藏的金融风险，运用监管自由裁量权，快速做出监管决策，用监管弥补法律规则的滞后。在此过程中，监管者也应遵循包容性原则和实验性原则，鼓励金融创新，洞察其收益与风险，从而有利于形成科学的监管判断。监管环境的改善、监管政策的优化、监管规则的改进，不可能是监管机构自导自演的独角戏。监管者必须习惯于从金融机构的视角来制订监管政策，形成与金融机构的定期交流和沟通机制，以通俗易懂的方式让金融机构理解并执行监管政策，由此决定了金融监管应遵循协调性、实验性的监管原则。

三、金融科技监管之模式转换

传统金融监管是以银行业为中心而形成的监管模式，其特点主要表现为：第一，传统金融监管在本质上是属于“命令—控制”型监管，它是一种静态式、单向度的监管，监管政策“机会主义”倾向显著，易引发监管真空；第二，传统金融监管以“人工监管”为本位，技术的作用并不居于核心地位。在技术的质变和催化之下，技术俨然“主导”了金融业，令金融业呈现技术化、自动化、智能化的态势，此举必然要求变更金融监管模式，构建“技术化”的金融监管解决方案。

（一）监管科技的内涵及其应用基础

监管科技是金融监管机构将技术应用于监管执法的行为，即监管过程、监管行为的技术化、自动化和智能化。申言之，监管科技是以技术为中心的智能化监管模式，是适应性监管原则的体现，是与金融科技相匹配的监管模式，是未来金融监管模式转换的目标。^①换言之，监管科技是监管主体“以科技改造监管”的颠覆性创新，有助于提高风险监测识别能力，实时地理解金融创新产品、复杂的金融交易、市场垄断、内部欺诈和风险，降低了人为操作的风险。监管科技所负载的大数据、云计算、人工智能等现代科技手段为金融监管模式的转换提供了技术条件和技术能力，也为监管主体之间的数据共享提供了技术支持。^②遗憾的是，不但立法上对监管科技的应用缺乏明确的法律规制，而且理论界关于监管科技的研究也刚处于起步阶段，这严重制约了监管科技的规范发展和安全应用，无助于防控金融风险。因此，稳步推进监管科技的法治建设，实现监管科技的法治化应用，意义重大。

监管科技有效应用的核心在于技术。新兴技术在金融监管中的应用，提高了金融监管的信息化水平，优化了金融监管决策的科学性和实效性。具体而言，第一，人工智能、机器学习及其他自动化分析技术在监管领域的应用可提高监管效

① 关于监管科技的内涵、监管科技应用的正当性、必要性及其法制路径构建，参见张永亮：《金融监管科技之法制化路径》，载《法商研究》2019年第3期。

② 参见许多奇：《互联网金融风险的社会特性与监管创新》，载《法学研究》2018年第5期。

率。基于机器学习的数据挖掘算法能集聚和分析大量数据，它可以使非结构化的、质量低劣的数据变成极具价值的信息。机器学习具有自我提高的能力，可以精准的进行数据分析、建模和预测。未来，人工智能可以自动化地解释法律法规。第二，加密技术的进步可使数据共享更加安全、便捷和高效。“安全多方计算技术”（Secure Multiparty Computation and Techniques）和“数据存储单元级安全技术”（Data Storage Cell Level Security）是两类最新的加密技术，可有效的实现信息透明与隐私保护之间的平衡，既可实现信息共享，又能保护隐私，并确保信息的安全和完整，提升信息披露的效率。^①第三，区块链和其他分布式账本技术可以在监管机构与金融机构之间开发高效的交易平台、支付系统和信息共享机制。当这项技术与生物认证技术相结合，可以进行及时、低成本及可靠的客户数字身份识别。第四，应用编程接口（APIs）可实现系统间的相互兼容，确保不同程序或系统间资源的共享。

监管科技的应用领域是多方面的，主要表现为：第一，监管科技可识别可疑交易行为。通过运用新兴技术，对大数据加以分析和处理，锁定客户身份，有效地识别可疑交易行为。美国证券交易委员会（the United States Securities and Exchange Commission, SEC）目前正在使用专题建模和集群分析等大数据技术，来识别异常交易行为，发现潜在投资顾问的不当行为。^②当下监管机构在识别洗钱行为及其他可疑交易行为中面临诸如法律制度冲突、成本高昂、基础设施落后、效果不彰等不足，而监管机构应用监管科技则为解决这些难题提供了有效的解决之策。监管科技的应用有助于监管机构有效地识别可疑交易行为，更加精准地掌握和分析交易信息，有效识别洗钱行为。第二，监管科技可有效保障网络安全。金融业的数字化转型使金融业变得愈发脆弱，黑客以及其他网络犯罪活动攻击、盗窃和欺诈的风险愈发突出，网络安全业已成为金融行业面临的最重大风险之一，凸显了发展监管科技的必要性。第三，监管科技有助于优化宏观审慎监管政策。科学的宏观审慎政策的制订，需要监管机构运用海量数据，进行模型分析，识别行为模式，为制订优良的监管政策奠定基础。英国金融行为监管局(Financial Conduct Authority, FCA)正在利用监管科技进行监管政策建模及其影响的分析，利用实时数据进行更准确的风险评估，以便实施更有针对性的监管活动，并实现

① See Institute of International Finance, RegTech in Financial Services: Technology Solutions for Compliance and Reporting, March 2016, https://www.iif.com/Portals/0/Files/private/iif-regtech_in_financial_services_-_solutions_for_compliance_and_reporting.pdf, 2018年8月20日最后访问。

② Scott W Bauguess, The Role of Big Data, Machine Learning and AI in Assessing Risks: A Regulatory Perspective, <https://www.sec.gov/news/speech/bauguess-big-data-ai>, 2019年12月12日最后访问。

监管过程的自动化。^①澳大利亚证券投资委员会（Australian Securities and Investment Commission, ASIC）正在对监管科技进行若干试验，包括分析自我管理养老基金行业服务提供者网页的认知工具；利用机器学习对文件进行分析，以作为法庭使用的证据；实时监控社交媒体；监控市场和图表分析工具，以识别业务实体之间的联系。^②尽管这些做法仍待改进，但却突显了监管科技在宏观审慎政策领域的广阔运用前景。

（二）监管科技应用需考量的基础性问题

1. 统一数据标准

数据标准是关于如何定义、表示、格式化或交换数据的协议。统一数据标准，一方面，有助于提高数据质量，帮助监管机构更深入地理解金融机构的金融创新行为；另一方面，有利于实现数据共享，解决金融监管碎片化所带来的监管协调问题。

金融数据存在的突出问题是：第一，数据缺口严重。数据缺口是指监管机构对数据信息整合的需求与微观金融数据体系之间的统计零散、标准不一的矛盾，也称之为信息缺口。^③不同监管体制下，即使是同一类统计指标，由于金融数据缺乏统一的定义，数据格式大相径庭，数据统计口径多种多样，导致数据收集困难，数据整合难度大，数据的全面性、可用性、有效性大打折扣，导致数量众多的专有监管科技解决方案之间缺乏语义互操；针对监管科技解决方案所呈现的数据及其结论分析，金融机构与监管机构对其理解和处理能力也可能不尽相同。第二，数据无法实现机器可读。金融数据信息缺乏机器可读性，限制了智能化信息管理工具的使用，令金融监管只能依赖人工作业。人工作业成本高、效率低，容易出错。数据标准的不统一和概念解释的不一致，妨碍了金融机构跨部门、跨区域的风险数据采集。在各国的监管框架中，即使某些监管制度业已在国际层面上通过谈判达成一致意见，各国的监管数据标准和重大监管概念的界定仍然差异极大。更大的挑战在于，由于各国金融发展程度不一，监管法规各异，使得开发满足各个国家金融监管共同需求的技术解决方案变得困难重重。

因此，创建标准化的数据库、统一数据标准和开发自动化的共享机制，必将有利于促进数据共享，提高监管科技的可靠性。通过提供一种标准化的通信机制，比如，统一数据格式、统一数据定义、统一应用程序接口（APIs）、统一数据传

① Financial Conduct Authority, FCA Research, <https://www.fca.org.uk/publications/corporate-documents/fca-research-agenda>, 2019年5月20日最后访问。

② Australian Securities and Investment Commission, ASIC's Innovation Hub and Our Approach to Regulatory Technology, <https://asic.gov.au/regulatory-resources/find-a-document/reports/rep-523-asic-s-innovation-hub-and-our-approach-to-regulatory-technology>, 2018年2月16日最后访问。

③ 参见王达：《美国金融数据体系改革的背景、进展及影响》，载《亚太经济》2015年第3期。

递协议，实现在不同的监管者与不同的司法管辖区之间合规数据报告的标准化，将减少金融机构合规成本，提高合规效率和速度。^①

2. 扩大数据共享

数据共享的障碍既存在于不同监管主体之间，也存在于监管主体与金融机构之间，甚至跨国性金融机构内部也存在此问题。数据无法共享，会导致监管漏洞和监管套利，降低监管效率，妨碍监管目标的实现，诱发金融风险。其中的原因，既有监管利益冲突的原因，也有法律制度的障碍，还有技术不成熟的原由，更有人为因素造成的阻碍。地方化、碎片化的监管制度对于数据在跨国金融机构内部的有效共享业已构成难以逾越的窘境。此外，金融科技企业也可能凭借市场垄断地位，独占大量数据，而企业出于保护商业机密或节约数据整理成本的考虑，不愿意共享数据，从而产生数据垄断或数据“孤岛”现象。^②监管利益冲突可通过组织架构的改革来达成，法律制度的障碍也可借助修法给予清除，当下新兴技术的成熟也为解决技术障碍提供了契机。

3. 警惕“反监管科技”

当下，金融机构呈现集团化、跨国化、大型化的趋势，此举令金融监管更加复杂，增加了金融监管的难度。一方面，金融机构依赖复杂的数学模型进行风险管理和合规管理，令风险管理呈现自动化和智能化态势。另一方面，技术决策过程往往是基于非透明的程序化推理，这种程序化推理可能会有失偏颇，不能精准地解释并反映法律的意图。因此，监管技术的有效性和可靠性意义重大。即使存在可靠成熟的合规技术，倘若技术被用于非法目的，那么金融监管的目标同样不可企及。商业动机驱使下的技术操纵，利用技术从事违法行为，或者仅仅为了遵守法律的最低限度，或者在法律允许的情况下，企业开发旨在挫败监管目标的技术，此种行为即是“反监管科技”。此种行为，不仅不能改善金融机构的道德水准和治理水平，反而成了金融机构谋求非法利益、追求监管套利的“合法”外衣。因此，技术应用仅仅追求“形式合法”是远远不够的，技术本身无法从根本上制约公司的非道德行为，也无法根除由企业文化所诱发的法律规避现象。^③倘若一项技术在本质上被用来抵销监管目标的实现，那么这项技术本身或其使用方式则需要改进和纠偏。此外，技术的大规模使用，可能会消解金融监管过程中人力资源的良好判断。

4. 防范“技术陷阱”

① Institute of International Finance(IIF), *RegTech in Financial Services: Technology Solutions for Compliance and Reporting*, Washington DC, 2016.03.

② 参见王汉明：《银行信息系统架构》，机械工业出版社 2016 年版，第 1-10 页。

③ Nizan Geslevich Packin, *RegTech, Compliance and Technology Judgment Rule*, *Chicago-Kent Law Review*, Vol.93, 2018, p. 214.

当下，金融业已进入软件主导的时代，从股票交易到资金借贷，几乎每一笔金融交易，都是借助软件来完成的。软件的强大根源于算法的强大，软件及其算法显著地改变了金融业的服务模式，在某种程度上扮演着法律的调整功能。然而，技术在应用于监管过程之中存在诸多陷阱，必须严加防范。

第一，技术的政治性。技术既源自社会关系，也重塑社会关系，技术具有政治性，主要表现在：首先，某种技术装置或系统的发明、设计或安排，是解决社会事务的一种方法；其次，技术系统内含政治规则，它必然与某种特定的政治关系和社会秩序相容。随着人们对某种技术适应性的增强，人们的生活习惯、心理感受甚至身份可能会发生改变，并且常常以不可预测的方式进行。虽然某种技术形态具有政治性，并不意味着该技术必然内含着某种阴谋或恶意。在许多情况下，技术架构是预先设定的，它有利于社会公共利益，并且这种技术架构也并非必然是有意识地为某种政治目的服务。金融科技，特别是监管科技，为技术的政治性提供了新注解。监管科技的算法应用程序很可能是一个无任何政治目的的设计，但这种算法程序可能会存在某种偏见，它反映了程序设计员个人固有的价值观或世界观，可能会集中反映某种阶层的利益，而忽视了其他阶层的利益。

第二，技术的非中立性。一方面，技术系统具有强大的管理功能，可以根据监管机构的特定需要和法律的规定而实现定制化，在应对各种特殊需求方面具有灵活性，此举有助于提高金融监管的透明度。另一方面，技术系统不可能完全做到中立和公平。原因在于，首先，技术是由第三种独立语言构成的，在将法律语言转化为技术语言的过程中，会产生某种偏差，甚至会形成歧视。其次，信息技术本身也不完全是价值中立的。技术既塑造社会环境，也受制于社会环境。技术的形成过程会嵌入某种价值理念，使其不可避免地呈现某种固有的偏见。^①再次，虽然技术可以预防并解决某种风险，但是它也有可能掩盖并引发其他类型的风险。肯尼斯·班伯格教授(Kenneth Bamberger)认为，虽然技术化的合规产品为金融机构降低合规成本提供了便利，但其负面作用不容小觑：计算机程序员通过代码解释和运用法律是否会改变法律的原义值得怀疑；程式化的合规程序掩盖了金融风险的不确定性和多样性；程序内在的“自动化偏见”可能曲解了监管法律的本来含义，这种偏见将阻碍金融监管的良好判断；代码化的合规程序缺乏透明度，令监督和问责形同虚设。^②

第三，技术影响的系统性。一旦在技术系统中隐藏某种“偏见”，那么由此产生的缺陷将难以检测或修复。尽管技术提供商宣称其技术系统具有可调整性、

① See Patrick Feng, Rethinking Technology, Revitalizing Ethics: Overcoming Barriers to Ethical Design, *Sci. & Engineering Ethics*, Vol. 6, 2000, p.211.

② See Kenneth A. Bamberger, Technologies of Compliance: Risk and Regulation in a Digital Age, *Texas Law Review*, Vol. 88, 2010, pp. 669-740.

灵活性或可选择性，可以根据特定需求或环境变化对代码加以调整，但是，技术系统一旦形成，其灵活性基本上消失殆尽，技术系统的路径依赖已经从“面向人类需求”转变为“塑造人类行为”。虽然人们最初创建技术基础设施是为了满足人类的特定需求，但最终，这些基础设施完全模式化、定型化，影响并重塑人类的行为。这一特征使技术代码在某种程度上具有立法行为的功能，引导人们的行为方式，建构人们的价值理念，影响社会秩序的运行，奠定公共秩序的政治基础。

人工智能强化学习（Reinforcement Learning）技术的进步有望降低技术的系统性影响，可根据现实情况需要，对技术系统给予修正。强化学习能够让机器算法具备自主学习、思考和管理的功能，通过“大数据”训练“大智能”，它可以识别大数据集中复杂的、非线性模型，能够建立更加精确的风险分析模型，通过不断地调整算法，实现结果的动态化最优选择。值得注意的是，尽管人工智能技术具有自主性，但是这种智能化技术“没有自主目的、不会反思、不会提出问题、无法进行因果性思考、没有自己的符号系统，因此，不具备人类心灵的能力”。^①

四、金融科技监管之法制路径

技术进步，拓展了人类的生活空间，丰富了人们的社会关系，也诱发了政策真空，导致规范新技术、调整新型社会关系的法规规范处于空白状态。“人类历史上每一种关键性技术的突破，一种新技术架构的形塑，通常都会导致人类的生活方式甚至基本社会结构的转型，从而开拓新的生存空间，形成新的生活经验。”^②技术进步不仅重构权利和义务的配置内容，而且也会改变权力的运行方式，“技术在归根结底的意义上决定着法这种以权利和权力为核心的社会规范的内容”。^③技术不仅对金融业举足轻重，更对法制构建影响深远。金融科技监管之法制路径，应遵循“技术—制度”的分析框架，以技术为手段，以法制为根基，以风险防范为目的，注重技术、产业与法律制度之间的良性互动，^④构建技术化、智能化的金融监管框架，提升金融监管的实效性。

（一）明确金融科技监管的一般规则

1. 监管政策的多样化。对于金融创新，特别是突破性金融创新，监管机构应该谨慎行事，避免采用粗暴或强硬的“一刀切”的监管方式。对新兴金融科技企业而言，对其施加严格的事无巨细的监管无助于其集中精力开拓创新，对其适用包容性的监管原则有利于其发展壮大，这也是“原则监管”之精神内核。监管机

① 参见冯珏：《自动驾驶汽车致损的民事侵权责任》，载《法学研究》2018年第6期。

② 参见黄少华：《论网络空间的社会特性》，载《兰州大学学报》（社会科学版）2003年第5期。

③ 参见罗莉：《作为社会规范的技术与法律的协调——中国反技术规避规则检讨》，载《中国社会科学》2006年第1期。

④ 参见张守文：《人工智能产业发展的经济法规制》，载《政治与法律》2019年第1期。

构对于金融科技创新，可依据不同情况分类施策。第一，去监管。监管主体依据具体情况，对一定条件下的金融创新行为实施不干预的监管政策，任其自由发展。第二，宽容性监管。在既定的监管法规之下，监管主体针对具体个案，允许创新主体实施超越于现行监管法规的监管政策。监管主体更多的借助非正式的、有弹性的监管方式，譬如，个别指导、警示告知、约谈、定期报告等形式。第三，优化监管法规。监管主体在成熟的条件下，可以针对金融创新制订新的法律规范，也可以修订现有的法律规范，或者适用原则性的监管方法。

2. 监管手段的技术化。技术在金融监管中的应用，是以技术标准和代码协议为基本框架，是一种以技术为中心的结构化规则，用以约束监管行为和规范被监管对象合规行为的技术规范，它在本质上是一种数字化的技术规制，在一定程度上具备法律规制的功能。这种技术规制与法律规制既相互关联，亦有不同之处，具体表现为：第一，技术规制中的技术规则有相对的“技术”独立性，但也要符合监管法规的要求。譬如，算法的设计必须符合法律的旨意，法律规制中的监管法规需要通过代码的形式“翻译”为机器可读语言，才能实现监管的自动化和智能化，才能实现监管法律所设定的目标。第二，法律规制具有透明性，而技术规制中的技术代码或算法具有不透明性，它难以为专业人士之外的人所理解和掌握。技术规制框架所隐含的规范性要求是以计算机代码形式呈现的，具有自然、稳定和无形的特征，可以避免法律规制、行政规制或其他社会规制手段所要求的法定程序或政治博弈，如代议制、立法程序、公开辩论、选举等等。第三，技术规制与法律规制一样，都隐含着某种价值指向，这种价值取向既可能源自于政府，也可能源自于社会或市场的力量。

为更好地发挥技术规制在金融监管中的应用，防范技术风险，应注重：第一，增加技术代码的透明度。不仅要向公众开放技术代码，而且还应就相关技术规则或程序进行解释和说明。第二，建立技术代码的审查机制。鉴于技术规制改变了政府的实质运作方式，可能威胁到宪法对公民私权的保护，应建立公共事务专家审查机制，对算法或代码应用程序进行审查，构建监督机制，防范歧视和技术暴政。

3. 监管时机的选择。从金融监管的历史来看，监管机构何时对金融创新实施监管始终是个较为棘手的难题。存在这一难题的原因是多方面的，比如监管主体存在监管惰性、金融监管相对于金融创新的非专业性、滞后性等等。不仅如此，监管介入过早，很可能意味着监管资源的浪费，因为某些创新未必一定会成功并导致交易模式的转换，或至少需要经历较长时间方能走向市场。监管机构应鼓励金融科技的实验式发展，对金融科技应保有一定的敬畏态度，重视与金融科技创新主体之间的沟通交流，不宜采取先发制人式或运动式的监管整治。

（二）创设实验式监管制度

监管沙箱本身是实验性监管原则的体现，借助沙箱，监管者可以通过金融创新测试，获得第一手的监管经验和启发。因此，为激励金融科技创新发展，监管主体应结合我国金融科技的发展现实，遵循实验性监管原则，推行实验性监管，构建监管沙箱制度。第一，规定监管沙箱测试的条件。申请测试的创新型金融企业应有助于金融业的创新发展，有真正的技术创新，有利于消费者，有利于保持市场的稳定和市场的透明。申请者的创新解决方案已进入开发阶段；申请者应了解相关的法律并遵循相应的监管规范；申请者应建立与创新项目相适应的风险管控措施。第二，技术创新的评估。监管机构应评估申请者是否有必要使用沙箱进行测试，检验其相关的技术、服务或行为是否需要遵守现行的监管法律。评估的真正目的在于挖掘那些真正有技术创新的企业，以减轻额外的监管负担，最大程度地激发其金融创新。第三，监管沙箱应摒弃金融业态的限制。部门限制无助于金融创新，只会固化了现有的监管边界，而金融科技则有可能彻底废除监管人为的“划地为界”。如果监管机构仅仅在一个部门内收集信息，然后将其推广应用，那么该经验的有效性、合法性与正当性存疑。第四，信息披露。监管沙箱运行的关键在于信息披露的充分、及时与完整，对于“放松监管”的所有细节和内容，都应在监管机构的网站上清楚和迅速地予以披露。信息披露将有助于实现公平竞争、保护消费者利益、防范系统性风险。第五，金融机构之间的公平竞争问题。传统金融机构须遵守现行的监管法规，而入围沙箱测试的企业无需遵守现行的监管法规，这必然引发竞争的公平性问题。在构建监管沙箱制度时，如何在受监管和不受监管的实体之间维持一个公平的竞争环境是一个核心问题。否则，银行、保险公司和资产管理公司可能会面临人力、金融资本和创新不足的问题。监管机构必须在鼓励创新和保护客户与金融体系之间取得平衡。必须支持受监管的金融机构进行创新，并继续发挥其优势的方面，譬如大数据、专业知识和经验。现有机构也应享有相应的监管自由空间，以支持其进行金融创新产品和服务的开发。监管机构应将监管沙箱与其他监管方式相结合，并为传统金融机构提供适当的创新激励政策，使持牌机构和无牌机构在寻求开发创新产品或服务时平等受益。

为鼓励金融科技的发展，针对金融科技的实验式监管已经在我国开始实践，目的在于通过实验，总结监管经验，构建科学的金融科技监管法律规范。譬如，为推动金融业的数字化和国际化，中国人民银行支持在北京市率先开展金融科技监管试点。^①2020年1月15日，中国人民银行营业管理部公布了6项金融

^① 参见《中国人民银行启动金融科技创新监管试点工作》，www.gov.cn/xinwen/2019-12/06/content_5458990.htm，2020年1月18日最后访问。

科技创新监管试点应用。^①

（三）创设智能化监管制度

随着人工智能技术的飞速进步，“基于人工智能的监管系统可以依据监管规则即时、自动地对被监管者进行监管，避免由激励不足导致的监管不力等情况”。^②人工智能可以凭借规则推理（Rule-Based Reasoning）、案例推理（Case-Based Reasoning）和模糊推理（Fuzzy Reasoning），增强系统性金融风险的识别与处置能力。智能监管是金融科技背景下一种全新的监管理路，其内涵包括：第一，金融监管的自动化。依赖人工智能、大数据、机器学习、区块链等技术，可实现金融监管的自动化和实时化，可快速识别可疑交易行为，有效防范金融风险，大大提高了监管效率，这在历史上任何时代都是不可能完成的任务。第二，监管的弹性性。金融监管的弹性性要求监管主体对金融创新既不是过度放纵的“不作为”，也不是严苛监管的“过度做为”，而是保持监管的适当弹性，既确保了金融稳定，又能推动金融创新，较好地整合了金融监管目标，避免了“去监管→危机→严监管”的恶性循环。第三，监管的数字化。大数据技术在金融监管中的应用将引发智能革命，催生了金融监管的智能化。优良的数据质量和信息共享机制，将使监管主体能够获得关于可疑交易活动更为准确、更为详细、最新的、更具系统性的信息，有利于提升数据分析的精准度，更为稳健地监管可疑交易活动。总之，金融科技时代，“智能化”的监管方法或手段是多样的，既可能是“去监管”，也可能是“谨慎的放任监管”，或者“实验式监管”，以及重构监管组织框架等等，不一而足。在技术快速变化的时代，监管机构需要秉持开放、多元的监管态度。

（四）构建监管科技应用的技术规范体系

监管科技应用的技术元素主要包括大数据、区块链、人工智能、应用程序接口、加密技术、生物识别等等，这些技术具有数据管理、数据分析、风险管理、识别可疑交易行为等功能。技术应用如果不加以规范就会产生各种风险，进而引发金融危机。譬如，软件漏洞或配置错误会导致操作风险、系统失灵风险、网络风险、黑客攻击风险，可能导致数据丢失、信息泄露及服务中断，严重威胁金融安全。因此，技术标准的统一和兼容是监管科技有效应用的前提。可从物理层、网络层、主机层、应用层、数据层等维度，构建技术应用的基础标准、应用标准、

^① 金融科技监管创新试点的6个应用项目分别为：中国工商银行的基于物联网的物品溯源认证管理与供应链金融项目；中国农业银行的微捷贷产品项目；中信银行、中国银联、度小满等金融机构的携程中信银行智令产品项目；百信银行的AIBank Inside产品项目；宁波银行的快审快贷产品项目；中国银联、小米数科、京东数科的手机POS创新应用项目。

^② 参见杨东：《监管科技：金融科技的监管挑战与维度构建》，载《中国社会科学》2018年第5期。

管理标准，确保技术的安全应用。^①监管规范应与技术手段相融合，监管部门与技术部门应加强协作，共同研发基于云计算、应用程度接口等技术的监管工具和平台，将监管规范转化为数字化的系统接口，应用数字化监管协议与合规性评估手段，提高金融监管效能。^②此外，技术规范的构建应以人为本，以“人是目的、科技是手段”为指导思想，以人的权利能力和价值尊严的最大化为基本原则，用科技伦理指导技术的法制化应用，重视科技伦理审核制度建设，防范技术异化。^③

（五）构建监管科技应用的协调机制

监管科技之有效应用需要宏观筹划和顶层设计，需要立法机构、监管机构、金融机构、技术供应商等多方主体共同筹划，从技术标准、数据标准、平台衔接、基础设施等角度构建监管科技协同解决方案。当下，各方主体之间未能就监管科技的应用方法展开对话，缺乏权威的解决方案对话交流平台，未能建立一套统一的技术标准。监管科技发展欠缺一个能汇集监管专家、软件设计专家与金融机构的交流与合作平台。监管专家具有问题导向和规则意识的群体，而科技企业具有产品导向和市场导向的特色，通过对话交流，实现优势互补，才能行之有效地解决监管科技发展所面临的挑战。^④许多金融机构缺乏完整的数据库，数据分类存在不确定性；监管机构滞后的信息管理系统导致监管效率低下，增加了合规报告发生错误的概率；监管手段的多样性、监管规范的碎片化、监管要求的复杂性，使得技术供应商、金融机构和监管机构更难以有效合作，无法建立一个高效、自动化的合规体系。因此，“技术提供者和监管者需要围绕共同解决方案进行对话，推行统一化、标准化的监管科技解决方案”，^⑤为监管科技产品在开发阶段制定明确的技术标准，协调产品设计标准，各机构分工协作，并由立法者对产品要求提出明确的监管指导方针，以及如何遵守特定的法规，对于促进监管科技的有效应用意义重大。此外，创建中立性的协调组织，克服不确定性的障碍，讨论科技应

① 参见洪崎、林云山、牛新庄：《银行信息安全技术与管理体系》，机械工业出版社 2016 年版，第 150 页。

② 参见李伟：《监管科技应用路径研究》，载《清华金融评论》2018 年第 3 期。

③ 2019 年 7 月 24 日下午，中央全面深化改革委员会第九次会议召开，会议审议通过了《国家科技伦理委员会组建方案》。会议指出，科技伦理是科技活动必须遵守的价值准则。组建国家科技伦理委员会，目的就是加强统筹规范和指导协调，推动构建覆盖全面、导向明确、规范有序、协调一致的科技伦理治理体系。要抓紧完善制度规范，健全治理机制，强化伦理监管，细化相关法律法规和伦理审查规则，规范各类科学研究活动。

④ Institute of International Finance(IIF). ReTech in Financial Services: Technology Solutions for Compliance and Reporting, March 2016, https://www.iif.com/Portals/0/Files/private/iif-regtech_in_financial_services_-_solutions_for_compliance_and_reporting.pdf, 2018 年 8 月 20 日最后访问。

⑤ 参见李有星、王琳：《金融科技监管的合作治理路径》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2019 年第 1 期。

用方案的优劣，促进各方主体之间有效对话，也将有利于监管科技的高效合理应用。

五、结语

金融科技作为一种突破性金融创新，不仅创新了金融服务的商业模式、提高了普惠金融的发展水平，还对现行金融监管的原则、模式和法制带来重大挑战，构建金融科技的监管法制框架刻不容缓。正是基于此背景，中国人民银行在 2019 年 8 月 22 日发布的《金融科技（FinTech）发展规划（2019-2021 年）》中明确指出要建立金融科技监管基本规则体系，制定差异化的金融监管措施，提升监管精细度和匹配度，此举奠定了金融科技监管的“四梁八柱”，但是构建金融科技监管的法制体系仍任重道远。因此，金融监管主体需要关注金融科技对金融业所带来的“变化”、“风险”及其“结构性影响”，扩大监管范围，更新监管原则，重构监管规则，转换监管模式，防范金融风险。

Principle Position and Mode Selection of FinTech Supervision

Abstract: FinTech is a technical, digital and intelligent financial service solution with the core of effective application of "technology" into financial services, aimed at improving "finance" through "technology". At present, the problem of financial supervision to be resolved is that FinTech poses a major challenge to traditional financial supervision, but the regulatory means and ability of regulators lag behind the development of FinTech. In the era of FinTech, regulators should have insight into the nature and risks of FinTech, adjust the principles of regulation, and adhere to the principles of adaptability, inclusiveness, experiment and coordination, with the aim to give full play to the leading role of FinTech in the transformation and upgrading of Chinese finance. Regulators should have a firm belief that SupTech is the goal of the transformation of financial supervision mode in the future, standardize the application of SupTech, create an experimental and intelligent supervision, and construct a legal regulation system for the application of SupTech.

Key Words: FinTech; SupTech; Supervision Principle; Supervision Mode

论跨境数据流动的法律规制模式与中国因应

刘 勇^① 黄家宇^②

摘要：全球数据治理已经成为单一民族国家难以解决的难题，需要全世界的共同努力。不同国家对于数据跨境流动的法律规制呈现出价值选择多元化的特点。现阶段全球出现了三种价值取向的跨境数据流动法律规制模式，具体包括以美国为代表的以“自由贸易”为导向而形成的法律规制模式，欧洲以其传统的“人权保护”为基础而形成的法律规制模式，中国等发展中国家以“主权保护”为导向强调国家主权、国家安全优先的法律规制模式。“自由贸易”、“人权保护”与“主权保护”，三种价值取向存在一定的冲突。面对这种冲突，单一国家的法律规制已经无法妥善治理，必须借助全球协同合作。在此，中国应坚持主权保护原则的核心地位并兼顾“贸易自由”与“人权保护”的价值取向。另外，中国还应积极参与双边、区域与多边层面的法律协调与合作，完善国内法律体系。

关键词：跨境数据流动 数据本地化 美国 欧盟 中国

一、引言

二战之后，西方主要国家建立了布雷顿森林体系（Bretton Woods System），旨在构建以外汇自由化、资本自由化和贸易自由化为主要内容的多边经济制度^③。无奈的是，布雷顿森林体系并没有发挥其应有之效。布雷顿森林体系并没有解决全球化给世界所带来的价值冲突与文明冲突。法律是国家价值的体现，各经济体因自身的历史文化传统存在不同，导致做出不同的价值选择。在跨境数据流动的法律规制上亦是如此。欧盟将人权保护作为首要的价值取向，对跨境数据流动提出了严格的条件。相反，凭借自由贸易立国的美国则强调贸易优先的论调。美国认为应以行业为主导，建立跨境数据自由流动机制。于此同时，中国、俄罗斯等经济体则认为主权的价值优位于人权与贸易，采取数据本地化的策略管理跨境数据流动。

数据已成为推动全球创新和经济增长的关键资源。目前，世界尚未形成统一的跨境数据流动的法律规制模式。相应地，主要经济体因其对跨境数据流动的立场不同也引发了不少争议。例如，在美国主导签订的新近区域贸易协定（Regional Trade Agreement，以下简称 RTA）中，跨境数据的自由流动规则已经成为重要的

① 浙江财经大学法学院教授，法学博士

② 杭州市上城区人民法院法官助理，法学硕士

③ 高柏.美元:大国兴衰的原点[J].上海对外经贸大学学报,2019,26(01):18-36.

条款。TPP 第 14 条 11 款规定，除金融数据以外的数据应该允许自由跨境流动。又如，在《国际服务贸易协定》(Trade in Service Agreement, 以下简称 Tisa) 的谈判中，美日等国也认为在服务贸易中不应过多设置阻碍跨境数据流动的规则。另一方面，数据跨境流动规则的谈判往往影响 RTA 的工作进程。有关《跨大西洋贸易与投资协定》(Transatlantic Trade and Investment Partnership, 以下简称 TTIP) 的谈判信息表明，欧美对于处理跨境数据流动方面的各自价值选择不同是导致磋商处于停滞状态的主要原因之一。

数据被誉为成为新时代的石油，谁掌握数据谁就能在第四次工业革命中抢得先机。哪个国家掌握了跨境数据流动规则制定的话语权就可以享受先发优势。目前，跨境数据流动的统一性全球法律规制模式尚未形成，而是呈现出三种模式并存的现状：第一种是，基于自由贸易产生的“美国模式”强调数据自由流通，促进贸易发展；第二种是，基于人权保护需要而产生的“欧洲模式”，强调数据的保护应实现人权的保障；第三种是，基于主权安全而产生的“中国模式”则强调主权至上，主张国家的安全优先于贸易和人权。

价值观、法律、政治制度都是特定主权国家的组成部分，它不是一朝一夕就能改变。它的形成是一个民族国家内生演化的过程，改变它需要很久。一国的制度本身并不存在好坏，关键是看是否能够契合这个国家的社会、经济与传统。在法律冲突中更多体现的是一种价值的冲突。可以预见的是，这种价值冲突是一个持续且长久的过程，由此也引发了法律规则制定权之争。这种争夺并不容易协调，同时美欧等西方发达国家已经在第二轮全球化中品尝到了制度输出所带来的成果。因此，它们很难放弃跨境数据流动规则制定的话语权争夺。

国际社会急需一种或多种协调矛盾、解决争议的可行方法。当我们“刺穿”上述法律挑战的“外壳”并探究其本质“内核”时就可以发现，跨境数据流动法律规制模式的价值取向之争。价值取向引领着法律规范的制定与实施。因此，本文要解决的核心问题是：站在中国的立场，当全球数据的跨境流动出现多种法律规制模式时，如何引导国际社会构建一个统一或者说趋同的规则体系来保障、规范和促进全球数据跨境流动。

二、以“贸易自由”为导向的美国模式

(一) 美国模式的主要诉求

1、保障数据跨境自由流动

迄今为止，美国政府签署了 16 个关于跨境数据规则的 FTA（详见表 1）。虽美国已经退出 TPP 协定，但是，TPP 中跨境数据的条款仍为美国所主导。在已签署的 16 个 FTA 中，除了早先签订的美约 FTA（美国-约旦）、美新 FTA（美

国-新加坡)中所包含的跨境数据规则,其他 FTA 均有着强烈的美国自由贸易色彩,充分体现美国的意志。

| FTA | 生效时间 | FTA | 生效时间 |
|-------------|------|-------------|-----------|
| 美国-欧盟:安全港协议 | 2000 | 美国-秘鲁 FTA | 2009 |
| 美国-约旦 FTA | 2001 | 美国-哥伦比亚 FTA | 2012 |
| 美国-新加坡 FTA | 2003 | 美国-韩国 FTA | 2012 |
| 美国-智利 FTA | 2003 | 美国-欧盟:隐私盾协议 | 2015 |
| 美国-澳大利亚 FTA | 2004 | TPP | 2015, 已退出 |
| 美国-摩洛哥 FTA | 2004 | TISA | 未签订 |
| 美国-多米尼加 FTA | 2004 | TTIP | 未签订 |
| 美国-巴林 FTA | 2005 | USMCA | 2020 |
| 美国-阿曼 FTA | 2006 | | |

表 1: 美国涉及跨境数据流动的 FTA 一览表

从美国签订的 FTA 中,我们可以发现,它们均重点强调“数据跨境自由流动”和“数据非本地化”。这是因为美国的数字产业发达,例如 Google、Facebook、Netflix、Priceline、PayPal、Salesforce 等企业的发展均是建立在数据自由流动的基础上。美韩 FTA 第 15 条第 8 款明确提出不得给跨境数据自由流动设立条件^①。这是美国首次在 FTA 中提出跨境数据流动的概念。在此之后,美国积极推动在各 FTA 中签订数据自由流动的条款。TISA、TPP、USMCA 均有不得限制数据自由流动的条款。TPP 中第 14 章第 11 条第 5 款要求缔约国允许以贸易为目的的跨境数据传输^②。TISA 第 2 条第 1 款提及,只要符合商业规范,各缔约国不得设置障碍,同时各缔约国需要保护互联网企业正常的传输、运用、收集、利用等行为^③。USMCA 专门制定了数字贸易章节(第 19 章)。该协定使用数字贸易(Digital Trade)替代电子商务(Electronic Commerce)的概念,并要求缔约国保护互联网企业的跨境数据流动,同时,要求不得将数据本地化。

| | FTA | 具体条款 |
|--------------|--------------|--|
| 跨境数据自由流动具体规则 | KoRus (2007) | 15.8 各缔约方应认识到在贸易便利中自由信息流动的重要性,同时承认保护个人信息的重要性,缔约方应努力避免对跨境电子商务信息流动强加或维持不必要的障碍。 |
| | TISA (2015) | 电子商务章(二)2.1 只要与服务提供者实施的商业活动有关,各参加方都不得阻碍另一参加方的服务提供者 |

① Vicky Ellis. FTA between EU and Mercosur cracks trade flows[J]. ICIS Chemical Business,2019,296(4).

② Takashi Terada. Japan and TPP/TPP-11: opening black box of domestic political alignment for proactive economic diplomacy in face of Trump Shock'[J]. The Pacific Review,2019,32(6).

③ 高媛,王涛.TISA 框架下数字贸易谈判的焦点争议及发展趋向研判[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2018(01):149-156.

| | | |
|--|-----------------|---|
| | | (或者提供服务的消费者)传输、访问、处理或储存信息,无论转移、访问、处理和储存是否发生在参加方领土内。 |
| | TPP (2015) | 14.11.2 要求政府允许缔约方服务提供者、投资者或它们的投资,出于贸易目的跨境传输数据——并允许企业不在数据存储和使用当地化的前提下进行交易。 |
| | USMCA (2020) | 数字贸易章(十九)要求协议覆盖的数字产品包括计算机程序、文本、视频、图像、录音或者其他经过数字编码、用于商业的、能够通过电子方式传输的产品。协议规定,对该类商品,应实施零关税,且不应收取其它类型的费用;确保数据的跨境自由传输、最大限度减少数据存储与处理地点的限制以促进全球化的数字生态系统;为促进数字贸易,缔约方应确保产品供应商在应用数字化认证或签名时不受限制。 |

表 2: 美国跨境数据跨境流动规则一览表

2、实现数据非本地化

防止数据本地化也是美国贸易规则的核心诉求。随着云计算技术的发展,美国在 TISA、TPP、USMCA 中强调“缔约国不得以互联网企业在缔约国设立数据服务器为前提,设置贸易壁垒”(详见表 2)。在 USMCA 协议签订的同年,美国国会通过了《澄清合法利用海外数据法》(Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act),该法规定了美国执法部门拥有向互联网公司取证的权力并赋予了其超越国内法的权利。其主要原因是,中国、俄罗斯、印度等国在国内法中以“国家安全”、“个人隐私”、“保护国内产业”为由设置了一些强制型保护措施。

“数据本地化”这一概念兴起于“棱镜门”事件后。中国、俄罗斯、印度出于国家安全的考虑出台了数据本地化的国家立法。^①其目的在于,防止美国滥用网络支配地位危害“国家安全”以及“隐私保护”。但是,美国产业界、学界大力抨击此类做法。美国学者的反对理由有三:其一,网络本身是开放,并非属于任何一个国家。美韩 FTA 第 15 条第 5 款规定,“在不被缔约方法律禁止的前提下,消费者拥有自主选择数字产品及服务的权利。在满足法律的情况下可自主运行其选择的应用和服务。在不损害网络的情况下可自由地将设备接入互联网。享有网络供应商、服务和内容提供商自由竞争所带来的福利。”这是最初的网络开放条款,其意义旨在营造开放的网络环境以及强调互联网本身的协作与开放性。其二,违反技术中立(Technology Neutrality)原则。技术中立原则起源于《数字千年法案》,指在不违反公共政策的前提下,消费者可以自主选择服务提供商。换言之,消费者可以自主选择数字技术,此目的是为了更好地促进创新,同时也会为了让消费

^① 李海英.数据本地化立法与数字贸易的国际规则[J].信息安全研究,2016,2(09):781-786.

者更好地享受低价的产品和服务。TTIP 第 17 条第 5 款要求“参加方不可阻止电信服务供应商选择它所希望的必需的技术来提供满足合法公共政策利益的服务，条件是这种限制措施的准备、采用和实施不会造成不必要的贸易障碍”，便是明证。其三，数据本地化是一种新型的贸易壁垒。数据本地化包含三个概念“本地化贸易壁垒”、“强制本地化要求”以及“当地成分化要求”，这三个概念通常高度相似。在这里值得注意的是，美国政府反对的是“强制本地化要求”，并不反对“鼓励本地化措施”。USMCA 中第 19 章第 12 条规定，“任何缔约方均不得要求当事人在该缔约方的领土内使用或定位计算设施以作为在该领土内开展业务的条件。”

| 限制数据本地化具体规则 | FTA | 具体条款 |
|-------------|--------------|---|
| | KoRus (2007) | 15.8 各缔约方应认识到在贸易便利中自由信息流动的重要性，同时承认保护个人信息的重要性，缔约方应努力避免对跨境电子商务信息流动强加或维持不必要的障碍。 |
| | TISA (2015) | 8.1 任何参加方不可将以下要求作为服务提供者在其领土内提供服务或进行投资的条件：在该参加方领土内使用或者设置计算机处理或存储服务。 8.2 各参加方不应将要求电子商务供应商使用或设置任何本地基础设施作为服务供应的前提条件。 |
| | TPP (2015) | 14.13.2 缔约方不得将要求涵盖的人使用该缔约方领土内的计算设施或将设施置于其领土之内作为在其领土内从事经营的条件。 |
| | USMCA (2020) | 第 19.12 条：任何缔约方均不得要求当事人在该缔约方的领土内使用或定位计算设施以作为在该领土内开展业务的条件。 |

表 3：美国限制数据本地化规则一览表

（二）以“贸易自由”为导向美国模式的评价

1、美国模式旨在促进美国互联网产业的发展

美国模式的核心思想是数据自由化。从实际情况看，自由贸易能够充分地发挥国家的比较优势，并会给最大多数人带来最大的利益，从而会导致国家级整个世界的福利增加，由此为国内、国际社会的全面发展奠定了坚实基础。不过，尽管通过自由贸易的推动，社会的总体福祉相较之前确实增加了，但南北差距依旧存在，自由贸易只是将财富积聚到小部分人手中，并未让财富实现公平的分配。

美国模式选择商业利益优先的宽松型立法，其自身基调为宽松自律的行业规定，并没有系统化的法律规范，更多依靠行业自律和企业自治来保护跨境数据流动。这是受自由主义思想的影响，自由主义思想更多强调政府不干涉商业活动，政府承担市场守夜人的责任。同时，市场本身会进行自发的调节，互联网企业为了获取消费者的信任会减少自身犯错误的行为，主动保护消费者信息。同样的，

消费者的购买欲也会进一步制约互联网企业，当互联网企业不保护消费者时，消费者将选择另一家企业。

2、美国模式是自由主义价值观念的产物

美国是隐私法的起源地。但是，互联网上是否存在隐私仍是美国法学界争议最大的问题之一。这种争议更多是互联网企业鼓吹技术中立原则而形成的。滑稽的是，美国绝大多数涉及网络隐私的案件并非通过《隐私法案》来处理，更多是依据《联邦贸易委员会法》中的“商业诈欺”规则来判决。在国际层面上，美国贸易代表办公室积极呼吁建立世界范围内的跨境数据自由流动规则，反对其他国家设置的阻碍跨境数据流动的措施。美国贸易代表办公室发布的相关报告认为，俄罗斯、中国等国家设置了大量阻碍跨境数据自由流动的法律规范，如数据本地化要求。美国贸易代表还在多个场合强调对跨境数据自由流动设置限制措施的行为违反了国际贸易法。

跨境数据完全自由流通是美国模式的完美诠释。商业利益优先、行业自律监管、政府守夜人等特点是美国社会独特的价值产物，美国政府试图通过其国内法影响国际规则的改变，将美国模式输出至其他国家。此行为正是《与贸易相关的知识产权协定》（Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights，以下简称 TRIPS 协议）的历史再重演。不可否认的是，TRIPS 协议确实强化了知识产权的保护水平。但是，美国等知识产权强国凭借其技术优势将仍牢牢地掌握着世界的尖端技术，发展中国家并没有通过 TRIPS 协议以优惠价格获得相应的技术。发展中国家的知识产权发展水平仍然低下。如果国际社会完全按照美国模式来建立跨境数据流动的规则体系，就有可能出现历史的重演。美国模式只是美国国情下的产物，不适合推广到世界。

三、以“人权保护”为导向的欧盟模式

（一）欧盟模式的主要诉求

1、保障数据主体的人格利益

保护数据主体的人格利益是欧盟跨境数据流动法律规范的主要诉求。欧盟数据保护法律规范的变迁主要经历了两个阶段（详见表 4）。早在 20 世纪 60 年代，欧洲理事会就认识到科技的发展将会出现个人数据处理的大幅增加与跨境数据流动的快速发展。跨境数据流动可能会导致侵犯基本人权和隐私的现象激增。为了解决侵犯基本人权和隐私的问题，欧洲理事会在 1976 年开始着手制定协调各国间不同的跨境数据保护规范。经过 5 年的起草，欧洲出台了《有关个人数据自动化处理的个人保护公约》（Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data）。

《有关个人数据自动化处理的个人保护公约》第3章通过专章的形式规定了“个人数据的跨境流通”。其中，第14条确立了一个基本原则和两个例外。该公约的基本原则是，“任一缔约方不得仅为保护个人数据之目的在向本公约另一缔约方管辖下的接收方传输该等数据时设置禁止性或特别授权措施，除非向另一缔约方传输或从该另一缔约方向非缔约方传输将会导致真实且严重的对本公约规定的规避风险，或者该缔约方受制于某区域性国际组织的成员国之间共同遵守的保护规则。”而两个例外分别是，“如果接收方受到非本公约缔约方的国家或国际组织的管辖，只有在基于本公约规定确保适当水平的保护的情况下，才能进行个人数据的传输”；“在被告知缺乏适当的保障措施可能产生的风险后，数据主体仍自愿给出明确且具体的同意亦或者其他利益的情况”。这就是欧盟跨境数据流动法律规范相较于美国的最大不同，即“特定情况同意原则”，强调数据主体的自决权与人格尊严不受侵犯。

《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流动的指令》是对《有关个人数据自动化处理的个人保护公约》的完善和补充。《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流动的指令》解决了欧盟内部各成员国跨境数据法律规范不一致的问题。同时，它在各成员国中建立了一个统一的最低水平的数据保护标准。《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流动的指令》强化了《有关个人数据自动化处理的个人保护公约》中有关充分性原则的表述，要求欧盟成员国对第三国转移数据时，要求达到充分性保护标准。

经过20多年的科技发展，1995年公布的《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流动的指令》已经不符合时代的发展。在数字时代，云计算、云储存、四代搜索技术的出现给《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流动的指令》带来了诸多法律挑战。在这样的背景下，欧盟委员会出台了《关于欧盟数据保护的综合性措施》^①（A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union）提出制定一部符合时代发展的跨境数据流动法律规范。2012年欧盟颁布了GDPR，并于2018年生效。GDPR在立法形式与适用范围上都与《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流动的指令》有着不同。GDPR采取“条例”式的立法模式，这种立法模式并不需要欧盟成员国修改或制定国内法予以转化，而是直接适用于欧盟各成员国。^②同时，GDPR扩大了适用范围，将《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流动

① European Commission, A comprehensive approach on personal data protection in the European Union (2010), p.16.

② Kenneth A. Bamberger, Privacy in Europe: Initial Data on Governance Choices and Corporate Practices (September 20, 2013), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2328877

的指令》中的属地原则改变为属人原则与属地原则相结合。

| | 名称 | 具体条款 |
|--------------|----------------------|--|
| 欧洲跨境数据流动法律规范 | 《有关个人数据自动化处理的个人保护公约》 | 14.1 任一缔约方不得仅为保护个人数据之目的在向本公约另一缔约方管辖下的接收方传输该等数据 时设置禁止性或特别授权措施，除非向另一缔约方传输或从该另一缔约方向非缔约方传输将会导致真实且严重的对本公约规定的规避风险，或者该缔约方受制于某区域性国际组织的成员国之间共同遵守的保护规则。 |
| | | 14.2 如果接收方受到非本公约缔约方的国家或国际组织的管辖，只有在基于本公约规定确保适当水平的保护的情况下，才能进行个人数据的传输。 |
| | | 14.4 尽管有前述规定，各缔约方可规定个人数据可以在以下情形中进行传输： （1）在被告知缺乏适当的保障措施可能产生的风险后，数据主体仍自愿给出明确且具体的同意； （2）在特定情况下，为数据主体的特定利益所需； （3）该等传输符合法律设定的普遍性合法权益，尤其是重要的公共利益，且该等传输是在民主社会中所采取的必要恰当措施； （4）该等传输是在民主社会中为言论自由之目的所采取的必要恰当措施。 |
| | GDPR | 第 1 条：“保护自然人的基本权利和自由，尤其是个人数据保护的權利”，“不得以保护个人数据处理中的相关自然人为由，对欧盟内部个人数据的自由流动进行限制。 |

表 4：欧洲跨境数据流动法律规范一览表

2、遵守充分性原则

充分性原则是欧盟跨境数据法律规范的核心，也是欧盟的主要诉求。所谓充分性原则是指欧盟要求成员国限制数据的跨境输出，除非能够证明数据输入国或接受国的保护水平达到了“充分性”标准。欧盟并不是禁止跨境数据流动，而是在允许跨境数据流动的前提下更偏向于保护人权。充分性原则出自《有关个人数据自动化处理的个人保护公约》第 14 条第 2 款。该款规定，当缔约国向第三国进行数据传输时，要充分考虑第三国的数据保护水平，如果第三国数据保护水平低于欧洲标准则不得向第三国传输。这是欧盟一贯的诉求。《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流动的指令》第 25 条增强了《有关个人数据自动化处理的个人保护公约》的保护水平，不仅要求接受数据的第三国达到欧盟最低标准，还要满足欧盟缔约国国内法的要求。例如西班牙《个人信息保护法》要求向第三国传输数据时，还需征得数据主体的同意。^①

充分性原则关注数据控制者处理数据的合法性，也被认为是要求数据控制者

^① Spanish Data Protection Act (1999) art 6.

获得数据主体的同意。不仅如此，充分性保护还要求考虑敏感信息的保护。GDPR 扩大了敏感数据范围，强化了数据控制者的义务。在国家层面，充分性保护要求建立数据处理机制以及维护和保护机制，不允许国家进行监控。^①欧盟与美国之间之所以签署新的《隐私盾协议》，正是因为美国政府监控了欧洲公民的个人数据。

3、保留适当法定例外

虽然欧盟各国向第三国传输数据要遵循“充分性原则”，但是，欧盟数据立法也规定了一系列例外情形。这些法定例外情形的适用应当采取严格解释的原则。换言之，法定例外的适用范围很窄。欧盟跨境数据立法规定的例外有 6 种：（1）数据主体对进行的个人数据跨境转移明确表示同意；（2）数据主体和数据控制者之间为了履行合同而必须做出的转移；（3）数据的转移是为了缔结或履行数据控制者和第三方之间为了数据主体的利益而订立的合同所必须的；（4）为了重大公共利益或提出、履行或维护某一法律主张；（5）为了数据主体的关键利益而必须进行的转移；（6）公共登记机构的数据转移^②。

但是，法定例外正在被泛化。不少数据输出国正在通过制订相关的法律来限制数据的跨境流出，例如，各国普遍设有信息审查制度。随着逆全球化思潮的涌现，大量以“法定例外”为由阻止数据跨境流动的事件频现于报端。^③发达经济体对于“法定例外”也有着不同的解释^④，“法定例外”情形尚未透明化与具体化，并无一个明确的标准，甚至被认为是法律语境下的政治概念。随着“非传统国家安全观”^⑤、“新国家观”^⑥的出现，“法定例外”必须联系具体场景才能得到阐释，只有联系具体场景才能阐述法定例外的含义。

（二）关于欧洲模式的评价

① Julia Powles, Data privacy: the tide is turning in Europe – but is it too little, too late? (April 6th, 2015). Available at: <https://www.theguardian.com/technology/2015/apr/06/data-privacy-europe-facebook>

② Directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (1995), Directive 95/46/EC art 26(1).

③ 例如：福建宏芯基金收购爱思强；金沙江创投主导收购飞利浦旗下 LED 和照明组件生产商 Lumileds；中国化工集团收购先正达；上海鹏欣集团收购畜牧公司 Kidman；国家电网和长江实业竞购新南威尔士州配电网络 Ausgrid 的交易，以上交易均为东道国以国家安全为由，阻止外资并购。

④ 项安安. 国家安全审查制度立法的差异性及其国际协调. 中国海洋大学学报(社会科学版), 2018(01):98-103.

⑤ 非传统国家观是指除军事、政治和外交以外的对其他主权国家及人类生存整体与发展构成威胁的因素。傅勇. 非传统安全与中国的新安全观. 世界经济研究, 2004(07):10-14.

⑥ 新国家观是一种多维度的国家观，是指国家并不是单独存在，而是于其他非国家行为体处于一个全球网络之中，同时国家安全客体的夸大以及对于非传统的全球问题，各国的国家安全并没有排他性。任琳, 徐奇渊. 新安全观视野下的中欧关系. 德国研究, 2015, 30(01):31-44+133-134.

1、欧盟模式扩大了法律对跨境数据流动的管辖范围

法律制定者应致力于确保其法律框架具有明确性。例如，在其管辖范围内的数据控制者应以何种方式负责管理数据，无论数据在何处传输和存储。欧盟 GDPR 最大的特点是突破了跨境数据流动规则的传统保护范围，主张跨境数据流动的保护范围不仅局限于欧盟内部，还可以适用于注册地为非欧盟的外国法人处理利用欧洲公民数据的行为。在“Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González”一案中，欧盟法院突破了地域范围的限制，还对 GDPR 中的第 4 条第 1 款 a 项做出了扩大解释。^①法院认为，一个在欧盟成员国之外注册的企业，在欧盟之外的地区收集、处理、储存、使用欧盟某一国公民的个人信息时，企业应当遵循该国或者多个国家的信息保护指令。

基于此，中国企业在欧洲采集数据时会受到 GDPR 的约束。相反，欧盟内部的企业则会降低他们的数据成本。因此，GDPR 的实施不仅保护了欧盟公民的个人信息权，还强化了欧盟数据与互联网产业的发展。

2、欧盟模式强化了人权保护力度

具体而言：第一，GDPR 划分了数据权属，在数据处理过程中，数据主体包含数据的控制者、数据所有者、以及控制者的监管者，GDPR 将其分别予以界定；第二，GDPR 给予儿童特殊保护，虽然该条例没有定义“儿童”，但第 8 条强调须在儿童同意的基础上向儿童提供社会服务，且在处理儿童数据时，须经儿童的父母同意；第三，GDPR 设立了新型数据权利——被遗忘权。在处理个人信息时，只有在获得个人同意或者法定许可的情况下方可合法。由于搜索引擎服务提供商所处理的个人信息来源于潜在的任何人，这就使得传统上的“告知-同意”要求不具有可行性。当利益衡量有利于数据主体时，数据主体可依据 GDPR 第 12 条 b 款以及 14 条第一款 A 项请求删除相关数据与信息；第四，GDPR 对互联网创新形成了新的影响。基于欧洲传统的人权思想，欧洲各国愿意付出部分经济利益的代价来换取用户的信息保护。GDPR 的严格执行会增加中小企业的合规成本。当企业的合规成本增加后，经营者会考虑降低创新成本，影响创新的效率。

四、以“主权保护”为导向的中国模式

（一）中国模式的主要诉求

1、以数据本地化为原则，同时有条件地允许数据跨境流动

数据本地化要求本身并不是一个新现象。20 世纪 70 年代，巴西等发展中国家认识到跨境数据流动仅有利于发达国家，对于发展中国家来说，完全允许数

^① Google Spain SL v Agencia Española de Protección de Datos European Court of Justice, C-132/12.

据自由的跨境流动会危害自身主权、冲击社会固有的价值观和政治完整性。在 21 世纪初期，中国并不重视数据本土化。直到 2011 年，中国开始制定数据本土化策略，从起初的行业规章然后上升到法律规范（详见表 5）。

| 时间 | 名称 |
|------|-------------------------------|
| 2011 | 《关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作的通知》 |
| 2013 | 《信息安全技术——公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》 |
| 2014 | 《人口健康信息管理办法（试行）》 |
| 2016 | 《网络安全法》 |
| 2017 | 《个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿）》 |
| 2019 | 《人类遗传资源管理条例》 |
| 2019 | 《云计算服务安全评估办法》 |
| 2019 | 《个人信息和重要数据出境安全评估办法》 |
| 2020 | 《个人信息保护法》（草案） |

表 5：中国数据本地化法律规范一览表

数据本地化要求首先规定于中国《网络安全法》第 37 条^①。该条规定采用了“原则+例外”的规制模式，即原则上数字服务提供商在中国境内采集的数据应存储在中国境内的服务器上，不得跨境输出；只有当确因业务需要，且经有关部门安全评估合格后，数据才可跨境输出。^②此外，《征信业管理条例》第 24 条也有类似的规定。从理论上讲，数据本地化的政策目标主要包括维护国家安全与个人隐私、便利执法与促进本国产业发展^③。

相较于《网络安全法》第 37 条的严格限制，近期公布的《个人信息保护法》（草案）为个人数据的跨境转移设置了更加灵活与宽松的条件。该草案第 38 条规定，个人信息处理者因业务等需要，确需向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当至少具备下列一项条件：（一）依照本法第四十条的规定通过国家网信部门组织的安全评估；（二）按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证；（三）与境外接收方订立合同，约定双方的权利和义务，并监督其个人信息处理活动达到本法规定的个人信息保护标准；（四）法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。

因此，安全评估不再是中国政府允许数据向境外输出的唯一条件，展现了中国立法机构顺应潮流、适度放松数据输出的重要指导思想。《个人信息保护法》（草案）第 38 条体现了均衡性的立法精神：一方面仍然强调数据安全性的重要性，

① 《网络安全法》第 37 条，关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

② 彭岳.数据本地化措施的贸易规制问题研究[J].环球法律评论,2018(2):179-182.

③ 李海英. 数据本地化立法与数字贸易的国际规则[J].信息安全研究,2016(9):781-782.

另一方面也重视数据跨境流动所带来的经济效益。不过,《个人信息保护法》(草案)对于“个人信息保护认证”、个人信息保护的“标准合同条款”等尚未有进一步的界定,所以还需要相关的实施细则来增强可操作性。

2、执行“安全评估+个人同意+信息脱敏”的跨境数据流动标准

通过有关部门的安全评估,目前仍是中国同意数据输出的重要条件之一。在《网络安全法》第37条的基础上,《个人信息保护法》(草案)第40条进一步规定,关键信息基础设施运营者和处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者,应当将在中华人民共和国境内收集和产生的个人信息存储在境内。确需向境外提供的,应当通过国家网信部门组织的安全评估;法律、行政法规和国家网信部门规定可以不进行安全评估的,从其规定。

可见,中国并非一概拒绝境内数据的流出,而是主张在满足特定条件的前提下允许数据输往第三国。通过《网络安全法》第37条以及《个人信息保护法》(草案)第40条,中国已经初步建立了有关跨境数据流动的基本规则。该条款一方面要求数据服务供应商原则上应将数据存储在中国境内,另一方面也允许数据在相关部门完成安全评估的情况下可以跨境流出。安全性评估的目的是为了监督和保证数据流向第三国之后,不会威胁我国的国家安全。从目前来看,《个人信息和重要数据出境安全评估办法》(征求意见稿)、《个人信息出境安全评估办法》(征求意见稿)、《信息安全技术—数据出境安全评估指南》、《信息安全技术—个人信息安全规范》等法律文件初步构建了我国跨境数据流动的安全评估体系。

数据评估根据评估主体的不同可以分成“网络运营者”和“主管部门”两方面的评估。因业务需要网络运营者向第三国传输数据时,《个人信息和重要数据出境安全评估办法》要求网络运营者制定数据跨境计划,同时还要网络运营者自行评估。在出现可能影响国家安全的时候,网络运营者应当报请数据主管部门审批。数据主管部门监管并评估跨境数据的流动,数据主管部门的审查和网络运营者自评的内容是一致的,均包含数据出境目的和出境风险。出境目的方面包括合法性、正当性以及必要性,合法性包含是否违反数据法律规范;正当性包含数据主体同意;必要性包含网络运营者的目的是否达到“必要”转移的程度。

中国允许数据输出的另一个条件是“个人同意”。通过《关于加强网络信息保护的決定》,全国人大将“个人同意”作为数据跨境流出的一个条件,这意味着中国允许跨境数据流动的前提之一是“个人主体知情同意”。《网络安全法》第42条^①强调网络运营者在未经数据主体同意的情况下,不得向第三方转移个人数据。

^① 《网络安全法》第42条规定,网络运营者不得泄露、篡改、毁损其收集的个人信息;未经被收集者同意,不得向他人提供个人信息。但是,经过处理无法识别特定个人且不能复原

该条款只是对个人同意进行了框架性规定。在此基础上,《个人信息和重要数据出境安全评估办法》第4条对《网络安全法》第42条进行了细化。《个人信息和重要数据出境安全评估办法》第4条采取了穷尽性列举。^①同时,《信息安全技术—数据出境安全评估指南》第3条第12款^②要求个人主体的同意方式是书面声明或者主动做出肯定性行为。

中国允许数据输出的另一个条件是个人信息脱敏。根据《网络安全法》第42条的规定,数据服务提供商对于跨境流动的数据需要进行脱敏处理。所谓脱敏处理是指某些敏感信息通过脱敏规则而形成匿名性信息集。^③《信息安全技术—数据出境安全评估指南》(附录B)第1条第4款^④对拟出境的个人信息采取去标识化等数据脱敏处理措施。脱敏处理包含数据匿名化和去标识化。识别性本身是个人数据最主要的特征,在个人数据进行脱敏之后便无法识别数据主体。基于此,个人数据经脱敏处理后便不再属于个人信息。

但是,《网络安全法》以及《信息安全技术—数据出境安全评估指南》(附录B)对于个人信息脱敏并没有详细的规定,究竟如何才是“不可识别”也未明确。在现有技术下,即使数据经过了匿名化处理,数据控制者将它和其他数据集相互映照后就可能解决数据的匿名化,将个人数据重新识别。而在中国实践中,脱敏技术本身更多地使用静态模式,而非动态模式,较为简单。静态模式本身容易被还原,同时,静态模式更容易被破解。基于上述理由,立法者应当将“不可识别”的含义进行限定,包括究竟什么是不可识别、数据脱敏应当到什么程度。

(二) 关于中国模式的评价

1、中国模式有助于实现多重政策目标

首先,中国模式有助于实现主权国家的多重安全需要。中国模式的立足点是国家总体安全观,其政策目标是保障国家安全。保障数据安全无疑是践行国家总体安全观的重要举措。其中,数据本地化措施以及与之相关的数据跨境输出标准

的除外。网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施,确保其收集的个人信息安全,防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时,应当立即采取补救措施,按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。

① 《个人信息和重要数据出境安全评估办法》第4条规定,个人信息出境,应向个人信息主体说明数据出境的目的、范围、内容、接收方及接收方所在的国家或地区,并经其同意。未成年人个人信息出境须经其监护人同意。

② 《信息安全技术—数据出境安全评估指南》第3条第12款规定,个人信息主体通过书面声明或主动做出肯定性动作,对其个人信息出境做出明确授权的行为。

③ 刘明辉,张尼,张云勇,胡坤,官雪,曲大林.云环境下的敏感数据保护技术研究[J].电信科学,2014,30(11):2-8.

④ 该条款指出,网络运营者可在满足业务需求的前提下,对拟出境的个人信息采取去标识化等数据脱敏处理措施,并应采取技术和管理措施单独存储去标识化后个人信息,与可用于恢复标识的信息分别存储。经技术处理后的个人信息能有效降低数据出境安全风险。个人信息经技术处理无法识别特定个人且不能复原的,不属于个人信息出境情形。

又是重中之重。数据已经成为一种新的战略资源，关乎国民安全、经济安全、政治安全等多重利益。例如，个人信息数据涉及公民的隐私、人格尊严与财产安全。云计算的广泛采用使得个人信息数据必然进行高频次的跨境移动、存储与加工。将个人信息数据尽可能限制在本国境内，并对其跨境输出进行严格的限制，将有助于保障个人信息数据的安全，同时减少因跨境流动所带来的安全风险^①。

中国模式也符合发展中国家普遍管制数据跨境输出的基本态势。棱镜门事件后，各国纷纷兴起了“数据本地化”的浪潮，不少数字经济处于弱势地位、网络空间比较脆弱的发展中国家也加入到限制或禁止数据输出的阵营。例如，印度于2018年宣布，所有支付服务的供应商必须将相关数据保存在印度境内，以便印度政府有效监督金融交易^②。这些国家的基本立法目的就是保障国家安全^③。

其次，中国模式有利于执法机关的调查取证。将数据存储在本国境内，当然有利于本国的执法机关有效地进行调查取证，减少执法的成本。如果执法对象的数据被存储在境外，那么调查机关到境外取证就可能面临法律上的障碍，如需要两国之间签订有司法协助协议。另一方面，在云计算方式广泛采用的背景下，数据往往被存储在虚拟的云端，而不是存储在一个有形的物理设备上。如果执法机关对此缺乏足够的管控力，例如云计算服务的供应商并非为本国企业，那么调查取证就会面临很大的困难^④。

最后，中国模式有利于实现特定的产业政策目标。有学者认为，对于绝大多数发展中国家来说，它们很难从全球数字价值链中获益，因为绝大多数知识产权以及关键数字资源都被发达国家的公司所控制。所以，他们对于数据的跨境自由流动并不十分感兴趣。相反的是，数据跨境输出的限制措施成为了很多发展中国家的数字产业政策的一部分。数据本地化与内容审查机制都是数字产业政策的重要组成部分，目的之一就是保护国内产业^⑤。在信息时代，中国很多产业的发展都离不开数据的使用与支撑，例如金融、交通、科技、电子商务、物流、教育等。数据本地化措施可以推动企业在境内设立数据处理中心，增加数据处理的投资，并通过海量数据的存储、加工与使用来提高商业活动的经济效益，同时减少来自于其他国家的企业的竞争。

① 王玥.试论网络数据本地化立法的正当性[J].西安交通大学学报(社会科学版),2018(1):55-60.

② Reserve Bank of India, Notification on Storage of Payment System Data, (6 April 2019), available at <https://www.rbi.org.in/scripts/NotificationUser.aspx?Id=11244&Mode=0>.

③ 彭岳.数据本地化措施的贸易规制问题研究[J].环球法律评论,2018(2):179-182.

④ 王玥.试论网络数据本地化立法的正当性[J].西安交通大学学报(社会科学版),2018(1):57-58.

⑤ Andrew D.Mitchell & Neha Mishra, Regulating Cross-Border Data Flows in a Data-Driven World: How WTO Law Can Contribute[J].Journal of international economic law, 2019(3):393-394.

2、中国模式尚存在一定的不足

首先，中国模式存在一定的合法性风险。数字经济本身没有地域性，或者说它天然地具有突破地域限制（属地管辖）的动力。如果我们一味地限制或禁止数据输往其他国家，那么与之相关的国际货物贸易与服务贸易（如金融服务）的正常开展就可能受到不必要的阻碍。就数据的跨境流动而言，如果一国对外国的数据服务或服务提供者施加了不合理的负担或限制，那么这有可能违反其在 WTO 项下的国民待遇原则；又如，如果一国限制或禁止某一服务部门的跨境数据流动，而该国在《服务贸易总协定》（General Agreement on Trade in Services, 以下简称 GATS）项下的某一服务部门作出了市场准入的承诺，那么这有可能违反其在 GATS 项下的市场准入承诺^①。尽管目前尚未有 WTO 成员起诉中国的数据本地化政策，也没有发生相关的贸易争端，但此类法律风险始终存在。即使 GATS 授权成员方为了打击欺诈行为、保护个人隐私以及个人账户的需要，可对某一服务业的市场准入进行必要的限制，但根据 WTO 的裁判法理，数据本地化措施很难获得 WTO 的免责^②。

其次，中国模式不能完全杜绝数据被盗用、篡改、滥用等安全风险。中国认为，数据本地化是一种保护国家安全的措施，而非美国等西方国家所主张的新型贸易壁垒。数据本地化是中国模式的核心环节。从技术角度来说，数据本地化确实能够提高数据安全。但是，数据本地化对数据安全的保障是存在前提条件的。数据存储地、服务接入地并不会绝对影响数据传输的安全^③。加密数据即使存储地至于国境之外也是安全的，相反，如果数据未加密或未进行妥善管理，放置于境内也会被窃取。

有外国学者指出，通过数据限制措施来实现网络安全与公共安全可能是无效率的。首先，不同国家有关网络安全的不同合规要求增加了企业的成本，使数字产品的供应商难以实现成本最小化，例如数据本地化要求就迫使供应商不断更新其服务器^④；其次，跨境数据流动的限制使得数据过度集中在某些服务器上，更容易成为攻击的目标；最后，只要一国的网络与全球网络相连，那么，即使一国要求数据的加工或存储必须在该国管辖范围内完成，但受到网络攻击的可能性并

① Mira Burri. The Regulation of Data Flows Through Trade Agreements[J].Georgetown Journal of International Law , 2017(2) : 407-409; Shin-yi Peng & Han-wei Liu, The Legality of Data Residency Requirements: How

Can the Trans-Pacific Partnership Help[J] .Journal of World Trade, 2017(2):199-200.

② 彭岳.数据本地化措施的贸易规制问题研究[J].环球法律评论,2018(2):184-187.

③ 黄宁.数据本地化的影响与政策动因研究[J].中国科技论坛,2017(09):161-168.

④ H Jacqueline Brehmer. Data Localization: The Unintended Consequences of Privacy Litigation[J].

American University Business Review, 2018(3):967-977.

不能完全杜绝^①。

最后，中国模式对数据合规人才以及跨境数据流动的监管队伍提出了高要求，而中国目前缺乏足够的人才。《网络安全法》要求数据服务供应商有必要向境外提供数据时，应当向数据主管部门申请安全评估，确认安全后才可向境外输送数据。否则，很容易出现危害国家安全的情况。但是，目前的现实情况是，跨境数据流动的监管队伍缺乏足够的专业人才，很多人没有同时具备有关跨境数据流动的法律知识与技术知识，这无疑影响到了执法的效果。另一方面，数据服务供应商同样缺乏高水平的数据合规人才。这种合规人才不仅是应对本国数据的合规管理的需要，更是在企业走出去的过程中，满足数据输出的合规管理的需要。

五、中国因应研究

（一）在价值取向上强化主权保护原则，兼顾“贸易自由”与“人权保护”

中国模式是一种主权优先的跨境数据流动法律规制模式。这是总体国家安全观要求下的产物，也是满足中国社会实际需要的结果。从历史角度来说，中国没有悠久的人权保护思想，更多的是“普天之下莫非王土”的大一统思想。换言之，中国有集体思想传统，而非个体思想传统。中国社会更多强调的是，当集体利益与个体利益冲突时，必须坚持集体利益高于个体利益^②。随着互联网、云计算等新技术革命的发展，各国出现了货物、资本、服务、人口的互联互通，国际社会成员不断嵌入其他成员的管辖领域，相互之间的利益呈现出“你中有我、我中有你”的复杂格局，跨境数据的广泛流动更是推进了这一趋势。基于互利共赢的指导思想，我们对数据跨境流动的法律规制不应只坚持主权保护原则，还应兼顾“贸易自由”与“人权保护”两大价值取向。

中、美、欧三大模式的价值取向并不存在本质上的冲突。之所以中、美、欧三大经济体之间还不能就跨境数据流动的法律规制取得广泛的共识，主要原因还在于三大主体解决问题的着眼点存在不同。例如，中美之所以对于数据跨境转移的法律规制秉持了完全不同的立场，是因为两国对于涉及数据跨境转移的着眼点存在本质的差别：中国更加强调“数据”本身的特点，如无形性、传播快、转移快、即时性、可被篡改、易受攻击；美国更加关注数据的“跨境转移”所带来的经济利益，希望通过保障数据的自由跨境流动来推动国际货物贸易与服务贸易的发展^③。因此，协调、兼顾不同的价值取向，应成为中国参与全球数据治理的指导方针。

① Anupam Chander & Uyen P Le, Data Nationalism[J]. Emory Law Journal, 2015(3):717-720.

② 刘光华,张广浩.祛魅.公共利益:基于“价值——工具”法律利益分类范式[J].兰州大学学报(社会科学版),2018(4):162-173.

③ Henry Gao, Digital or Trade? The Contrasting Approaches of China and US to Digital Trade, Journal of World Trade, Journal of International Economic Law, 2018(3):297-300.

（二）在规制路径上加强双边、区域、多边层面的跨境合作

首先，在双边、区域性协定的谈判中纳入跨境数据流动法律规制条款。中国政府在谈判 FTA、BIT、RTA 时应将跨境数据流动规则写入协议。在内容上，中国应继续坚持数据本地化要求，但应明确指出数据本地化要求的前提条件，同时适当放宽数据跨境流动的限制。例如，中国可明确规定，当数据的跨境流动将有损于国家安全、公共道德、公共秩序、个人隐私时，缔约国可限制或禁止数据的输出。

另一方面，中国应积极参与 WTO 有关数字贸易的多边谈判并提出可行方案。GATS 并没有涉及因不同国家采取不同标准的数据保护水平而引发的贸易壁垒问题^①。因此，在多边层面建立一个统一的跨境数据流动法律规制模式尤为重要。目前有两种方案可供选择：一种方案是借助现有的规范体系，在 GATS 项下的具体承诺表中，纳入数字服务的承诺，包括数据跨境流动的法律规制模式，该方案统一适用于所有的 WTO 成员；另一种方案是突破 WTO 的现有框架，拟定一个调整电子商务与数字贸易的诸边协定，就数据跨境流动、数据本地化等问题进行规制。此方案仅适用于特定的 WTO 成员。考虑到 WTO 改革目前面临的诸多困难，由中、美、欧等主要经济体牵头起草一个诸边协定更为可行。

其次，中国政府应当积极参加双边、区域与多边谈判，建立数据跨境流动的互信机制。中国应进一步加强与欧美等国际数据强国的对话，虽存在价值观上的不一致，但可以求同存异，争取国际社会的广泛支持，提升中国模式的正当性。中国还应采取对话或协商方式应对全球性的网络安全威胁，适当时建立主席联席会制度，通过加强对话、加强互信与减少猜忌，严防网络空间军备竞赛。跨境数据流动的核心应是促进科技发展和提高创新能力，从维护国家安全的角度来说，中国政府应加强国际网络安全方面的研究，促进网络空间和平有序发展。

最后，中国政府应当与国际社会各方（包括国家、国际组织等主体）建立跨境数据流动的合作与互助机制。针对跨境数据流动中容易出现的个人隐私或财产利益受损等问题，建立共同执法机制与司法互助机制，在调查取证上给予相互协助。同时，通过举办世界互联网大会，与有关国家举办国际性有影响力的跨境数据流动论坛等方式，拓展网络对话合作交流平台。积极开展国际间的跨境数据流动对话机制，开展广泛深入的跨境数据政策交流与合作。

（三）在国内立法上建立完备的数据保护与跨境流动法律机制

通过梳理中国相关的法律规范的梳理，我们发现，有关数据保护、数据合规

^① Andrew D.Mitchell, Neha Mishra, Regulating Cross-Border Data Flows in a Data-Driven World: How WTO Law Can Contribute, *Journal of international economic law*, 2019(3):399.

与数据规制的法律体系尚不完备。相较于欧美等发达经济体，中国跨境数据流动的保护水平仍较为低下。为了维护中国跨境数据流动的安全，我们需要完善国内立法体系。

首先，《个人信息保护法》（草案）已经设置专章来规制跨境数据流动，目前还需要辅以具体的实施细则。我国原有的跨境数据流动法律规范具有原则性规定多、法律位阶低、多分散于行业性规章等特点，法律缺乏体系化。《个人信息保护法》（草案）第三章“个人信息跨境提供”是中国立法的重要进展与成果，但是内容上比较原则，这使得企业难以进行数据合规处理，增加企业运行成本。

其次，建立符合我国主权秩序优先的数据合规体系，制定数据本地化的具体规则，具体规定在何种情况下中国政府可实施数据本地化，指引本土企业以及外国企业的跨境数据合规行为。

再次，建立跨境数据流动黑名单制度。基于我国跨境数据流动规则，我们应严厉打击故意窃取我国核心数据的行为、危害国家安全的行为。同时，依照对等原则，建立起跨境数据流动黑名单制度。将存在违规行为的数据控制者纳入黑名单，提高执法的效果。

最后，建立行业自律机制。让国家监管，让市场补充。数据控制者应该承担足够的社会义务，应当在出现危害国家安全情况时及时报告。在进行跨境数据流动的安全评估时，数据控制者应当主动申报。

六、结语

由于不同国家（地区）对跨境数据流动的法律规制背后的价值选择不同，导致全球性的跨境数据流动规则始终难以构建。但是，三种不同的价值取向之间并不存在绝对不可调和的矛盾，三者之间仍有相互协调的空间。在 2019 年大阪 G20 峰会上，各国元首就跨境数据流动问题达成初步的共识，即不应该人为地对数据跨境自由流动设置不必要的障碍。这是多元价值视角下跨境数据流动法律规制模式取得协调的开始。

另一方面，跨境数据流动并不是一个简单的法律问题，而是涉及到法律、经济、政治、人权等多方面多维度的难题。所以，数据跨境流动的法律规制模式应从多个角度与面向来探讨。总之，跨境数据流动的法律规制难题并非单一国家能够解决，而是需要全球各国通力合作。在此，中国应当向世界提出自己的方案，移植国外优良的法律文化与法律制度，并通过构建国际话语体系来输出跨境数据治理的中国模式，增强中国在跨境数据流动领域的国际话语权。同时，在完善中国模式时，中国应坚持主权保护原则的核心地位，同时兼顾“贸易自由”与“人权保护”的价值取向。另外，中国还应积极参与双边、区域与多边层面的法律协

调与合作，完善国内法律体系。

参考文献

- [1] 陈伟光,刘彬.全球经济治理的困境与出路:基于构建人类命运共同体的分析视阈[J].天津社会科学,2019(02):74-80.
- [2] 车丕照.是“逆全球化”还是在重塑全球规则?[J].政法论丛,2019(01):15-23.
- [3] 冯玉军.法律与全球化一般理论述评[J].中国法学,2002(04):181-184.
- [4] 彭岳.数据本地化措施的贸易规制问题研究[J].环球法律评论,2018(2):179-190.[5] 顾培东.当代中国法治话语体系的构建[J].法学研究,2012(03):3-23.
- [6] 高媛,王涛.TISA 框架下数字贸易谈判的焦点争议及发展趋向研判[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2018(01):149-156.
- [7] 黄道丽,胡文华.全球数据本地化与跨境流动立法规制的基本格局[J].信息安全与通信保密,2019(09):22-28.
- [8] 黄宁.数据本地化的影响与政策动因研究[J].中国科技论坛,2017(09):161-168.
- [9] 王玥.试论网络数据本地化立法的正当性[J].西安交通大学学报(社会科学版),2018(1):55-66.
- [10] 何志鹏.国际法治:一个概念的界定[J].政法论坛,2009,27(04):63-81.
- [11] 何志鹏.国家治理与全球治理的共融互动——中国国际法实践 70 年回顾与展望[J].法商研究,2019(05):171-181
- [12] 何佳馨.“一带一路”倡议与法律全球化之谱系分析及路径选择[J].法学,2017(06):92-105.
- [13] 贾开.跨境数据流动的治理:权力冲突与政策合作——以欧美数据跨境流动监管制度的演进为例[J].汕头大学学报(人文社会科学版),2017(5):57-64.
- [14] 李猛.全球治理变革视角下人类命运共同体理念的国际法渊源及其法治化路径研究[J].社会科学研究,2019(04):72-86.
- [15] 胡炜.跨境数据流动的国际法挑战及中国应对[J].社会科学家,2017(11):107-119.
- [16] 李艳华.全球跨境数据流动的规制路径与中国抉择[J].时代法学,2019,17(05):106-116.
- [17] 吕尧.基于火焰病毒攻击分析对我国信息安全工作的思考[J].信息安全与技术,2014,5(05):16-19.
- [18] 刘云浩,杨启凡,李振华.云计算应用服务开发环境:从代码逻辑到数据流图[J].中国科学:信息科学,2019,49(09):1119-1137.

-
- [19] 刘明辉,张尼,张云勇,胡坤,宫雪,曲大林.云环境下的敏感数据保护技术研究[J].电信科学,2014,30(11):2-8.
- [20] 刘祥.西方史学界的人权史研究述评[J].世界历史,2018(01):138-149+160.
- [21] 石静霞,张舵.跨境数据流动规制的国家安全问题[J].广西社会科学,2018(08):128-133.
- [22] 汪晓风,周骁.数字贸易壁垒:美国的认知与政策[J].复旦国际关系评论,2019(01):1-15.
- [23] Anupam Chander, Is Data Localization a Solution for Schrems II? *Journal of International Economic Law*, 2020(5): 771–784.
- [24] Gabriele Gagliani, Cybersecurity, Technological Neutrality, and International Trade Law, *Journal of International Economic Law*, 2020(5):723–74.

数字贸易的“风险二重性”与规制合作

彭德雷^①

摘要：数字贸易作为一种新贸易模式，地位日趋重要，然而当前针对数字贸易的国际和国内规则呈现的仍然是差异化和碎片化的治理结构。由于数字贸易本身的“非物理化”特征，使该贸易模式蕴藏着新型风险。一方面，数字贸易涉及危害国家安全、消费者隐私泄露、网络洗钱等“原生风险”；另一方面，针对以上“原生风险”，国家基于网络安全、公共道德例外等实施新的规制措施，但却受缚于传统贸易下的国际法承诺，因此规制措施可能被判违反国际规则，由此形成规制的“次生风险”。关键还在于，当前WTO主要成员数字贸易规制理念和路径呈“三足鼎立”之势，对新规则制定的话语权争夺激烈，这进一步加剧潜在争端的可能。全球数字贸易良性发展更寄希望于各方化解分歧、实现双边、区域和多边的规制合作。中国政府和企业积极参与数字贸易国际规则的协调与合作，有利于中国数字经济的发展，并为其互联网法律治理提供更大的弹性空间、降低数字贸易中的国家规制风险。

关键词：风险二重性 数字贸易 规制合作

一、问题的提出

数字化正改变着当前国际贸易和投资的模式和总体格局。新近，世界贸易组织（WTO）专门召集数十场论坛聚焦“数字经济与贸易”，尤其是2016年《二十国集团数字经济发展与合作倡议》的达成再次确认了数字贸易的地位。^②在国际投资领域，2017年联合国贸发会（UNCTAD）发布《投资和数字经济》年度世界投资报告，再次凸显当前经济模式的变革。^③现有WTO规则为传统贸易治理提供了基础性指导，然而当前数字贸易发展迅速，^④相较于传统贸易的治理，

① 彭德雷，男，1984—，法学博士（中澳联合培养），现为华东理工大学副教授、国际交流与合作处副处长、浦江学者；兼任上海交通大学亚洲法研究中心研究员、瞭望智库首批入库专家等，deleipeng@163.com。

基金资助： 本文系作者主持的国家社科基金（14CFX05）、中国司法部（16SFB3044）和上海市社科规划课题（2013EFX005）和中央高校基本科研课题（WN1522011）的阶段性成果。

② WTO Public Forum 2016, Inclusive Trade, 27-29 September 2016, Geneva, WTO; G20 Digital Economy Development and Cooperation Initiative, September 5, 2016, G20 Strategy for Global Trade Growth, Shanghai, July 10, 2016.

③ 2017 World Investment Report, Investment and the Digital Economy, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf, accessed 22 June 2018. 此外，《金砖国家领导人厦门宣言》亦（2017年9月4日）提出：“我们生活在数字经济时代，已准备好利用数字经济为全球增长带来的机遇，并应对有关挑战”。

④ 例如，根据2013年3月芬兰政府所做的研究预计，到2025年底前，全球一半的经济值将

数字贸易的国内和国际规则供给明显不足。问题还在于各国规制措施的差异化特征明显，这极易导致数字贸易中的规制冲突，如何弥合数字鸿沟、解决复杂的数字贸易监管问题，成为当前各国数字经济产业发展的重要挑战。无疑，当前数字贸易的迅猛发展正翘首期待国内和国际层面规制的协调与合作。

基于数字贸易这一新模式，研究旨在风险社会的理论基础上，探讨分析数字贸易的“风险二重性（原生风险和次生风险）”，^①以及基于规制合作的风险治理。由于当前针对数字贸易规制的国际规则尚不完善、不明确，未来如何确保各方国内规制措施的合法性、持续性和相互协调，如何管控各方分歧，通过规制合作防范数字贸易发展中的各类风险，这些都值得各方关注。关键还在于，上述问题的研究对促进今后中国数字贸易的健康发展和数字贸易规则的完善，具有特殊意义。

二、数字贸易“风险二重性”的理论阐释

（一）数字贸易及其风险的一般理论

当前，理论界对数字贸易的概念界定并不完全一致，但一般认为其是对“电子商务”概念的深化与拓展。^②美国作为最早关注数字贸易的国家，2014年在《美国与全球经济中的数字贸易》报告中将数字贸易界定为：“国内商业和国际贸易中通过互联网或以互联网技术为基础，实现产品和服务的订购、生产和传输等商业活动”。^③基于对数字贸易的观察，美国国际贸易委员会（USITC）将其分为四类形式，包括数字内容、社会媒介、搜索引擎以及其它数字产品和服务（如软件服务和云计算等）。数字贸易的对象则主要涵盖知识产权密集型的产品和服务，特征表现为以互联网为基础，以数字交换技术为手段，为供求双方提供交互所需的数字化电子信息，是一种数字化的创新商业模式。^④当前，一些主要国家基于互联网平台的数字贸易正在迅猛增长，例如，美国2013年《数字贸易法》的立

由数字创造；2007年以来，美国数字贸易出口以年均两位数的增长率递增，参见 United States International Trade Commission(USITC), *Digital Trade in the U.S. and Global Economies*, Part 2, August 2014, p.41.

① 由于当前对数字贸易的“原生风险”共识大于分歧，因此后文重点分析因国家规制产生的“次生风险”。

② 有学者将“数字贸易”界定为“基于互联网和相关技术的货物与服务提供”，是一个比“电子商务”更广泛的概念，可参见 Patrick Leblond and Susan Ariel Aaronson, *Another Digital Divide: The Rise of Data Realms and its Implications for the WTO*, *Journal of International Economic Law*, Vol.21, Issue 2, June 2018, pp.245-272;也有学者基于当前不少贸易协定中并未对上述概念进行区分，且为讨论方便，将两者交替使用，参见 Henry Gao, *Digital or Trade? The Contrasting Approaches of China and US to Digital Trade*, *Journal of International Economic Law*, Vol.21, Issue 2, June 2018, pp.297-298.本文采用第二种。

③ USITC, *Digital Trade in the U.S. and Global Economies*, Part 2, August 2014, p.29.

④ *G20, Strategy for Global Trade Growth*, Shanghai, July 10, 2016, 李春顶：《<G20全球贸易增长战略>解读》，中国社科院世经政所 IGI（国际问题研究）讨论稿，2016年9月6日。

法提案显示，当前美国传统行业中超过四分之三的增值是由互联网创造。^① 在中国，数字产业和数字贸易发展愈加迅速，2016年中国政府提出“实施网络强国战略，加快建设数字中国，加快推动信息经济发展壮大”；^②调查显示，中国目前拥有近7亿互联网用户，2018年中国电子商务销售将达到1.6万亿美元。^③

然而，我们必须看到现代技术推动数字贸易蓬勃发展的同时，也导致众多新的风险源（技术进步的“负外部性”）。所谓风险，一般是指人为条件下由于某些事实原因导致不希望出现的结果。^④学界一般认为，对于风险社会的系统研究起源于德国社会学家贝克。1986年，贝克提出“风险社会”的概念，并进一步指明“文明风险的全球化”，在其看来，现代风险具备一种内在固有的全球化趋势，它跨越了国界，使得风险应对显得极其棘手。^⑤同时，英国学者吉登斯，作为风险社会研究的另一位代表人物，特别强调当代社会风险的结构特征，认为风险社会是由于新技术和全球化所产生，指出“我们实际上正在进入这样一个阶段，在其中现代性的后果比从前任何一个时期都更加剧烈化、普遍化了”。^⑥他和贝克都从制度维度观察风险，认为技术风险和制度风险都是现代社会的必然伴物。值得一提的是，德国社会学家卢曼则是从系统论维度研究风险，他同样认为现代社会本身就是一个充满风险的社会，并告诫：现代社会的分工和自我塑成系统中的种种决策是风险产生的根源。^⑦相比起贝克和吉登斯，卢曼对风险社会的认识略显悲观，甚至认为由于存在观察盲点，风险不可能被根本消除。^⑧正如卢曼所指出，“每一个决策者都在制造风险”，因此，从公共政策的角度分析，政府用来应对风险的治理手段，本身就是滋生新型风险的诱因。社会系统的复杂性和偶然性的高度抽象综合也引发了制度风险，这是由现代治理机制抽象性特征所决定。^⑨无疑，三位代表人物对风险研究的理论关键词：风险全球化、技术风险、

① S.1788 - Digital Trade Act of 2013, 113th Congress (2013-2014).

② 参见《中国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》，第六篇“拓展网络经济空间”。

③ E-Marketer, Ecommerce Drives Retail Sales Growth in China, September 25, 2015, <https://www.emarketer.com/Article/Ecommerce-Drives-Retail-Sales-Growth-China/1013028>, accessed 2 July 2018.

④ 季卫东：《风险社会与法学范式的转换》，载《交大法学》2011年第1期第9页。

⑤ 可参见乌尔里希·贝克著，何博闻译，《风险社会》，译林出版社2004年版，第一章（论财富分配与风险分配的逻辑：文明风险的全球化），第38-43页。

⑥ 安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，译林出版社2011年版，第3页。

⑦ 还可参见张戎：《观察“风险”何以可能？——关于卢曼〈风险：一个社会学理论〉的评述》，载《社会》，2006年第4期，第173-187页；张广利、许丽娜：《当代西方风险社会理论的三个研究维度探析》，载《华东理工大学学报》2014年第2期，第1-8页。

⑧ 有关卢曼风险社会理论的相关论述还可参见 Niklas Luhmann, Risk, A Sociological Theory (trans. by Rhodes Barrett, Berlin: Walter de Gruyter, 1993).

⑨ 劳东燕：《公共政策与风险社会的刑法》，载《中国社会科学》2007年第3期，第127-128页。

制度风险和风险决策等，都很好地体现在当前的数字贸易中。

（二）数字贸易“风险二重性”的范式结构

第一，数字贸易本身蕴含着新型风险，我们可以称之为“原生风险”。具体表现在，其一，数字贸易过程中可能存在损害国家安全的危险隐患。数字贸易环境下，借助网络暴恐视频实施网络犯罪、网络恐怖主义以及借用数字货币洗钱等犯罪行为可能增加，这些行为隐蔽性强、危险性大、涉及面广，对国家安全构成危害。根据美国白宫经济委员会的调查报告显示，2016年，因为网络恶意攻击（如商业破坏、专有信息窃取等）对美国造成的经济损失高达1.06亿美元。^①其二，大数据时代，数字贸易中包含大量的消费者信息，消费者隐私更容易受到侵犯。例如，脸谱（Facebook）作为美国数字贸易提供的典型代表，2018年3月发生的“数据门”丑闻，再次引发公众对互联网上个人隐私保护的担忧。因第三方机构通过脸谱获取用户数据而遭美国和英国主管部门调查，再次暴露数字服务提供商者在数据安全、风险评估和风险管理上的不足。其三，数字贸易中存在侵犯知识产权、商业信息等风险。数字贸易中的假冒和盗版变得更加容易和难以控制，知识产权的保护难度增加。例如，谷歌就曾抱怨其在中国的数字版权未得到很好地保护。因此，危害国家安全的网络恐怖主义、对公共基础设施的网络攻击、大规模的消费者隐私泄露、对知识产权的侵犯以及新型网络犯罪等，这些都成为数字贸易过程中潜在的“原生风险”。^②

第二，针对数字贸易“原生风险”控制，引发“次生风险”。针对上述所言的各类潜在“原生风险”，各国政府基于国家安全、公共利益和公民隐私权保护等理由，本能地希望予以规制监管。问题在于，对于这些跨国风险控制的决策和措施，一旦设计不当，却可能违反国际条约义务，损害市场的竞争规则，进而引发国际争端。因为全球化容易使得一国的国家规制措施产生“溢出效应”，对跨国风险的规制本身也具有风险，处理不当会造成国家规制的“次生风险”或者说二次风险。简言之，政府为了控制“原生风险”，实施相关的规制措施，但如果缺乏实体和程序的合法性和科学依据，则由此带来“次生风险”，甚至还可能产生连锁反应和相乘效果，从而使事情变得更加复杂，反转成不确定性甚至失控的事态，^③这便形成了数字贸易的“风险二重性”。

① Council of Economic Advisers, *The Cost of Malicious Cyber Activity to the U.S. Economy*, February 2018, <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2018/02/The-Cost-of-Malicious-Cyber-Activity-to-the-U.S.-Economy.pdf>.

② 当前国际社会已开始关注上述风险，可参见《2016年世界互联网发展乌镇报告》，2016年11月18日。

③ 关于二次风险的理论论述，还可参见季卫东：《序言：风险如何分配》，载《风险与法律理论》（珍妮·斯蒂尔著，韩永强译），中国政法大学出版社2012年第1页。

第三，数字贸易“风险二重性”具有一定的内在特征。首先，数字贸易“原生风险”的产生是基于技术的发展，有时风险难以识别，这使得风险应对具有更大的挑战性。“互联网上，没人知道你是一条狗”的隐喻，揭示了数字贸易风险的隐蔽性。其次，“次生风险”的产生，一定程度上源于当前主要国家对数字贸易发展的不同主张和发展路径。有学者提出，在数字贸易发展理念上，美国体现为自由主义，欧盟则表现为规制主义，中国则属重商主义，相互间存在理念差异。^①自由主义者(liberalizers)倡导互联网的自由与开放、防止和消除数字贸易的各种障碍；规制主义者(regulators)在数据隐私保护上，强调更多的政府干预；和前者不同，重商主义者(mercantilists,如中国、俄罗斯等新兴经济体)，在发展数字贸易的同时，强调考虑国家和产业安全，要求重要数据存储本地化等。

最后，针对规制措施产生的案例纠纷，可能同时涉及 GATT 货物贸易和 GATS 服务贸易规则，导致在法律适用方面存在交叉和争议。例如，数字贸易环境下，A 国可能通过在线网站（如亚马逊等）将产品出口到 B 国，今后还将出现 A 国一些专门产品（如某类农产品、电子产品等）的在线销售网站，如果因为 B 国实施网络审查，导致该网站不能被访问，则意味着网站背后的产品也不能正常出口，则 A 国可能借助 GATT 第 3 条（国内税和国内法规的国民待遇）和 GATT 第 11 条（普遍取消数量限制）在 WTO 起诉 B 国。当前互联网对传统产业（如电信、媒体、音乐视频和电子出版等）已产生深刻影响，而互联网技术的全球性特征使得国内规制措施面临新的挑战。例如，海关此前可以对进口音乐制品（如 CD 光盘等）实行口岸监管，但在线音乐的出现，却给各国海关监管带来挑战。总之，互联网与传统贸易相结合实现了产品与贸易模式的创新，但数字经济中蕴含的国家规制难题同样值得关注，尤其是对发展中国家而言。^②

三、数字贸易“风险二重性”的实证考察

（一）数字贸易“风险二重性”的先例解读

首先，互联网拓展了传统国际贸易的提供方式，由此引发理解分歧和贸易争端。“安提瓜诉美国博彩案”是 WTO 审理的第一起涉及通过互联网提供服务的争端。^③在该案中，安提瓜对美国提起申诉，指控其有关网络博彩服务的《有线通信法》、《旅游法》、《禁止非法博彩经营法》等，限制了网络博彩服务的跨

^① Jonathan E. Hillman, The Global Battle for Digital Trade The United States, European Union, and China Back Competing Rules, April 13, 2018, CSIS:<https://www.csis.org/blogs/future-digital-trade-policy-and-role-us-and-uk/global-battle-digital-trade>.

^② 2017 World Investment Report, Investment and the Digital Economy, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf, pp.156-157, accessed 22 June 2018.

^③ US –Gambling, WT/DS285/R, 10 November 2004.

境提供,违反了美国在GATS下承诺的义务。^①最终,这些针对网络博彩的美国规制措施被裁判违反GATS第16条(市场准入)第1款和第2款。专家组特别指出GATS下的跨境交付(模式1)涵盖所有的服务提供方式,不仅包括邮件、电话还包括互联网,并认为这一解释也符合“技术中立”原则。^②相比专家组,上诉机构对美国维护公共安全等政策目标给予了更大的认可,但是仍然认为涉案措施不符合GATS第14条“一般例外”中序言的非歧视要求,即美国针对互联网提供博彩服务的规制措施,未能同等地适用于本国和外国博彩服务提供商。美国当时在做出开放承诺时,也未曾预料到互联网无形中拓展了跨境博彩的提供方式,但该案的裁决显示出专家组和上诉机构对技术进步和早期数字贸易模式的认可。^③

其次,互联网改变了传统产品的物理形态,并引发贸易争端。互联网实现了产品和服务形态的创新,由此却引发各方对先前市场准入承诺的争议,典型案例是“中国视听制品服务案”。美国认为中国的争议措施限制了无形视听制品的进口,中国则认为由于在缔约时无法预见上述“无形产品”的出现,因此无形录音制品的进口(典型的数字贸易)不应包含在中国的GATS承诺表中。围绕“视听制品分销服务”是否包括“非物理形态”的视听制品,各方争论激烈。美国认为GATS不应该对技术进步进行限制,并且“技术中立”的原则在“博彩案”和WTO电子商务工作组的报告中都得到体现。^④作为第三方,欧盟支持了美国的主张,认为GATS对技术应该保持中立,WTO成员对服务贸易的承诺不仅包括传统的服务,还包括网络电子服务。^⑤考虑到WTO规则并没有关于“技术中立”的成文规定,本案专家组出于谨慎,未将“技术中立”作为裁判的法律依据,但事实上却支持了美国的主张。^⑥上诉机构也支持了专家组的该项裁决,认为中国GATS承诺减让表中的“录音制品”是一般性术语,其随着时间的推移而发生变化。^⑦在上诉机构的裁判者看来,GATS减让承诺表如同GATS和其他WTO协定一样,都是一个具有持续发展义务的条约。^⑧同时,尽管中国在本案中援引GATT第20条

① US – Gambling, WT/DS285/R, 10 November 2004, para.3.72,3.93. 石静霞、胡荣国:《试从GATS第6条与第16条的关系角度评“美国博彩案”》,载《法学》2005年第8期,第102-103页。

② US – Gambling, WT/DS285/R, 10 November 2004, para.6.285.

③ 吴卡:《条约解释新视角之“前理解文本”——基于“安提瓜诉美国赌博案”展开》,载《法商研究》2016年第5期,第150页。

④ China – Publications and Audiovisual Products, WT/DS363/R,12 August 2009, para. 4.69.

⑤ China – Publications and Audiovisual Products, WT/DS363/R,12 August 2009, para.5.33.

⑥ China – Publications and Audiovisual Products, WT/DS363/R,12 August 2009, para.7.1264.

⑦ 上诉机构在解释“音像制品”和“分销”时参考了此前“美国海虾案”中上诉机构对“可用尽自然资源”的解释,参见 China – Publications and Audiovisual Products, WT/DS363/AB/R,21 December 2009, para.396; US – Shrimp, WT/DS58/AB/R, paras. 129 and 130.

⑧ China–Publications and Audiovisual Products, WT/DS363/AB/R,21 December 2009,para.396.

的“公共道德”例外对相关规制措施进行辩护，但并未获得采纳。

最后，对本地数字产品的偏好可能违反政府规制承诺，由此引发贸易争端。“中国影响金融信息服务措施案”便是典型案例之一。^①金融安全是国家安全的重要体现，出于监管需要，中国于2006年颁布了《外国通讯社在中国境内发布新闻信息管理办法》。根据该规定，金融信息提供者（包括外国提供者）需要新华社批准运营，并且要求外国金融信息供应商通过新华社的指定的实体（中国经济信息社）来提供服务。美国和欧盟认为，新华社本身是作为金融信息领域的提供者和竞争者，这种既作为监管者又是竞争者的事实，违反了《中国加入工作组报告书》第309段中关于“相关管理机关独立于其所管理的任何服务提供者”规定，违反了GATS第16条关于市场准入的规定。最终本案通过磋商解决，2008年中国与申诉方达成备忘录，将新华社监管外国金融信息供应商的职权交给独立的监管机构。

无疑，三起典型国际争端都是一国为了防范数字贸易可能存在的风险，出于保护国家利益、公共道德等需要而实施的国内规制措施，然而却被裁判违反WTO规则或由一方主动撤销涉案措施。需要强调的是以上WTO争端仅是从个案角度解决了利益方的数字贸易纠纷，当前主要成员数字贸易规制的分歧依然存在，争议还在继续。

（二）数字贸易“风险二重性”的潜在争端

1. 数字贸易“风险二重性”潜在争端的成因

第一，针对互联网和数字贸易规制的理念和路径差异是导致潜在争端的主要原因。在互联网治理上，中国有自己的主张和路径。其一，重视互联网国家安全。出于国家安全和文化形态等因素的考虑，尤其是2013年“棱镜门”事件的发生，中国近年来更加强调互联网主权和空间治理。例如，2015《国家安全法》明确提出“国家建设网络与信息安全保障体系，维护国家网络空间主权、安全和发展利益”。^②其二，要求重要数据的境内存储，对数据出境有特殊要求。2017年正式实施的《网络安全法》第37条规定“关键信息基础设施的运营者在中国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储”，^③确需向境外提供的，应当按照有关部门制定的办法进行安全评估，该条确立了以“数据境内存储为原则”的数据本地化规则，这是中国首次在立法上一般性地提出互联网数据

① China—Financial Information Services and Foreign Financial Information Suppliers, WT/DS372/1, WT/DS372/2.

② 参见2015年7月1日《国家安全法》第二十五条：国家建设网络与信息安全保障体系，提升网络与信息安全保护能力，加强网络和信息技术的创新研究和开发应用，实现网络和信息核心技术、关键基础设施和重要领域信息系统及数据的安全可控；加强网络管理……，维护国家网络空间主权、安全和发展利益。

③ 参见《网络安全法》（2017年6月1日起实施）第37条。

的存储要求。^①

美国更关注数据的自由流动与个人信息的商业化利用。早在 1997 年，克林顿总统颁布了推动电子商务发展的《全球电子商务框架》，并提出“政府应当避免对电子商务作不恰当的限制”，同时，美国提出与主要贸易伙伴就共同互联网公众政策问题进行对话，以防止贸易伙伴的规制措施被伪装成贸易壁垒。^②2012 年，奥巴马政府宣布推动《消费者隐私权利法案》，^③旨在为数据权利设立一系列标准，要求企业和个人等执行相应的隐私保护规定，但 2018 年 3 月美国国会并没有批准该法案。^④2013 年的美国《数字贸易法》提案亦特别强调跨境数据的自由流动、消除数字贸易障碍，致力于推动开放、全球化的数字贸易。^⑤上述立法活动都在一定程度上反映出美国数字产业规制的价值取向。

欧盟体现为以人为本、侧重人格化的数据保护模式。在国际贸易中的跨境数据传输问题上，欧盟特别强调隐私权保护，强调“无隐私则无贸易”。^⑥早在 1995 年欧盟便通过制定《数据保护指令》，采用统一立法建立独立的数据保护机构，但也降低了数据流通效率。2000 年 7 月，欧盟与美国达成《安全港协议》，允许满足“适当保护”标准下的数据信息流动，然而受“棱镜门”事件的影响，2015 年该协议被欧盟法院认定为无效。^⑦2018 年 5 月，欧盟《一般数据保护条例》生效，被誉为是近 20 年数据隐私规制的最大改革。该条例指出，数据的流动对于国际贸易和国际合作十分必要，然而当个人数据从欧盟境内流向第三国及相关国际组织的控制者、加工者或接收者时，并不能降低本规定要求的保护标准。^⑧换言之，只有在全面遵守本规定的前提下，这种数据流动才是被允许的。

总之，和其他贸易规制风险的形成机制不同，当前关于数字贸易的理念和治

① 此外，2013 年《征信业管理条例》（国务院令 631 号）对个人的信息存储进行规定，如第 24 条：“在个人信息保护方面，2013 年《征信业管理条例》规定，征信机构在中国境内采集的信息，要在境内加工、保存和整理；征信机构向境外组织或者个人提供信息，应当遵守相关法律规定”。

② White House, The Framework for Global Electronic Commerce, Washington, DC, 1 July 1997. <https://clintonwhitehouse4.archives.gov/WH/New/Commerce/read.html>

③ White House Report, Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy, February 23, 2012.

④ Administration Discussion Draft, Consumer Privacy Bill of Rights Act 2015, <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/legislative/letters/cpbr-act-of-2015-discussion-draft.pdf>.

⑤ 2013 年美国参议员罗恩·维登（Ron Wyden）和约翰·图恩（John Thune）提出制定该法案，See S.1788 - Digital Trade Act of 2013, pp.1-8.

⑥ 张平：《大数据时代个人信息保护的立法选择》，载《北京大学学报》2017 年第 3 期第 145 页。

⑦ Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2015, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-362/14>.

⑧ 参见该法序言部分，Regulation (Eu) 2016/679 of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016, paragraph 101.

理路径呈现三足鼎立之势，这使得各国与数字相关的国内规则呈现出多元性和差异化。^①这容易导致各国在规制数字贸易方面各行其道，加之各国在全球数字贸易领域存在竞争关系，由此将引发规制风险和争端。

第二，技术进步无形中拓展原有市场准入承诺的边界，如果仍然采取传统规制措施，可能产生争议。区别于国际贸易中其他传统的规制措施，如关税、许可证、配额和商品检验等规制措施，^②当前，在数字贸易国内规制的架构之上，并无一套完整的可以涵盖适用的数字贸易多边规则。由于受互联网因素的影响，WTO 成员做出的具体承诺范围很可能随着时间和技术进步而发生变化，并且“技术中立”原则在很大程度上得到了 WTO 成员和裁判者的支持。^③数字贸易作为新的贸易模式发展迅速，各国有必要重新审视此前的准入承诺，目前，在金融服务（互联网金融）、^④医疗服务（互联网医疗）、^⑤教育服务（互联网教育）和法律服务（在线法律服务平台）^⑥等领域都已被互联网渗透，衍生出数字贸易模式。曾经主要以“商业存在”（模式 3）提供服务的形式，现在可以转而通过“跨境提供”（模式 1）得以实现，如果一国对上述领域的互联网“跨境提供”一律加以限制，则有可能被裁判违反 WTO 规则。^⑦例如，中国 GATS 承诺表针对“医疗和牙医服务”一项，在“跨境提供”模式下是“没有限制”，这意味着境外机构通过在线跨境提供医疗服务是被允许的，但是如何保证境外医疗机构和医务人员的资质符合要求，却又成了另一监管难题。

第三，由于各国监管和自身数字产业发展需要，数字贸易规制演变为数字贸易壁垒，被指违反贸易规则。事实上，美国对华数字贸易壁垒积怨已久。早在 2010 年美国政府就曾考虑对中国审查谷歌向 WTO 起诉，认为中国对谷歌公司实施的网路管理措施违背了中国的 WTO 承诺。不过由于该案复杂，美国最终放弃在 WTO 起诉中国。^⑧2014 年美国发布了数字贸易障碍的国家排名，其中尼日利

① Henry Gao, Digital or Trade? The Contrasting Approaches of China and US to Digital Trade, *Journal of International Economic Law*, 16 May 2018, pp.297-321; 周念利、陈寰琦：《数字贸易规则“欧式模板”的典型特征及发展趋向》，载《国际经贸探索》2018 年第 3 期第 96-105 页。

② 有关国际贸易规制相关制度的论述，可参见何力：《国际贸易法（第二版）》，复旦大学出版社 2005 年版。

③ US -Gambling, WT/DS285/R, 10 November 2004, para.6.285.

④ U.S. International Trade Commission (USITC), *Digital Trade in the U.S. and Global Economies*, part1, July 2013, p.3-15.

⑤ USITC, *Digital Trade in the U.S. and Global Economies*, part1, July 2013, p.3-20.

⑥ USITC, *Digital Trade in the U.S. and Global Economies*, part1, July 2013, p.3-18.

⑦ 彭德雷：《互联网环境下服务贸易市场准入的规制研究》，载《青海社会科学》，2014 年第 5 期，第 115-122 页。

⑧ Henry Gao, *Googling for the Trade-Human Rights Nexus in China: Can the WTO Help*, in Mira Burri & Thomas Cottier (eds.), *Trade Governance in the Digital Age*, Cambridge University Press, 2012, p. 258.

亚、阿尔及利亚、中国和孟加拉国位列前四。^①同时，根据美国对大企业调查反馈，在“本地化要求、市场准入限制、数据隐私和保护要求、知识产权侵权，法律责任的不确定性，网络审查和海关要求”七个方面的贸易障碍，中国均排在首位。^②2018年，美国在针对中国的301调查报告中，认为中国对美国云计算服务企业等设置了限制，阻止了美国云服务商（CSPs）直接参与提供与计算服务，要求美国企业与中国企业进行合资，迫使美国企业强制转让技术。^③美国正是基于此份301调查报告，认为中国从事不公平贸易，进而对华进口产品征收关税，这也成为本轮中美贸易战的诱因之一。

2.数字贸易“风险二重性”潜在争端的类型化分析

基于前述的成因分析，对于今后数字贸易规制的风险区域以及争端类型应该要有一定的预判。在数字贸易发展中，一国基于各种原因可能实施以下几类措施（决策），但这些规制措施本身也是今后可能出现的几类风险源。

表 1：数字贸易规制的风险源类型

| 序号 | 规制措施 | 具体表现 |
|----|-----------|-----------------------------|
| 1 | 数据本地化要求 | 要求本地存储、本地含量、要求服务由本地提供者提供等 |
| 2 | 技术转让要求 | 要求转让相关技术、披露加密算法或源代码、披露商业秘密等 |
| 3 | 互联网贸易环境 | 网络过滤、审查，在线销售的歧视性措施、不必要的收费等 |
| 4 | 技术性贸易障碍 | 在线支付方式的特定要求、本地测试要求等 |
| 5 | 商业存在的特殊要求 | 投资审查、强制本地合资、合作、公司管理层的人员要求等 |
| 6 | 知识产权措施 | 未能形成有效的知识产权保护、出现网络侵权、软件盗版等 |
| 7 | 金融歧视 | 数字产品征税、歧视性税收措施、补贴政策等 |
| 8 | 政府采购与国有企业 | 政府采购偏向国内提供商、含量要求、公平竞争等 |
| 9 | 安全标准设定 | 不必要的较高网络安全标准等 |
| 10 | 传统边境措施 | 繁琐的通关手续和材料要求等工作等 |

当前，中国实施涉及数字贸易的规制措施时，可重点关注上述领域，以防范风险。近期，美国还对中国相关服务部门进行了具体的调查评估，其对结果似乎并不满意。例如，在金融领域，认为中国相关措施要求设立本地数据中心限制了

① U.S. International Trade Commission, Digital Trade in the U.S. and Global Economies, Part 2, August 2014, p.79.

② USITC, Digital Trade in the U.S. and Global Economies, Part 2, August 2014, p.80-83.

③ USTR, Section 301 Report into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation, 22 March 2018, pp.39-40.

数据流动。^①在电信领域，认为外国企业很难在中国获得网络服务提供商（ISP）的营业许可，需要和中国公司合资合作才可能共同持有 ISP。^②在数字出版领域，认为中国存在盗版和市场准入这两大障碍。^③同时，有关中国的数字贸易规制措施也引起了 WTO 的重视。2017 年 6 月，WTO 技术贸易委员会围绕“网络安全法律措施对贸易的影响”专门召集会议，美国、欧盟、日本、加拿大和澳大利亚等就中国的《网络安全法》的影响进一步提出了关注和质疑，中国则主要从网络安全、消费者隐私保护、净化网络环境等方面给予了回应，^④这充分说明当前中国的数字贸易规制措施确实面临挑战。

需要说明的是，在当前缺乏统一多边数字贸易规则下，并不表明实施上述规制措施都违反国际规则，但应重点关注在 WTO 下实体性（如国民待遇和市场准入）和程序性（如透明度）的普遍义务，^⑤同时继续做好自身的贸易政策合规工作。首先，关于实体义务。以数据本地化要求为例，美国认为包括中国在内的一些国家实施本地存储数据的要求，这些规制措施额外增加了成本，限制了美国企业从事在线服务。^⑥2017 年 9 月美国政府已正式函告了 WTO 服务贸易理事会，在函告中提请 WTO 服务贸易理事会将相关事项纳入议程，对中国已经和正准备实施的相关措施（如《网络安全法》等）表达关注，因为这些措施将可能严重阻碍信息的跨境传输。^⑦在函告中，美国还提请中国注意在 GATS 下承担的市场准入和国民待遇的义务，因为中国现有的一些数字规制措施使得美国在 GATS 项下的许多服务部门受到影响。^⑧此外，美国政府和对中国近期颁布的涉及国家安全的几部法律也十分关注，包括《国家安全法》、《反恐怖主义法》和《网络

① 例如，认为银行保密性法律限制了跨境数据的加工以及针对数据保护的差异性方法影响到个人信息的跨境传输等，USITC, *Digital Trade in the U.S. and Global Economies*, Part1, July 2013, p.D-7,D-8.

② USITC, *Digital Trade in the U.S. and Global Economies*, Part 2, August 2014, p.88.

③ 针对知识产权保护，2007 年美国就曾在 WTO 起诉中国，认为中国对知识产权犯罪的刑事门槛过低，China —Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, WT/DS362/R, 26 January 2009.

④ 参见 WTO 官网：“Members Debate Cyber Security and Chemicals at Technical Barriers to Trade Committee”，14 June,2017.

⑤ 著名国际法教授托马斯（Thomas Cottier）就数字贸易规制谈及，当前出现的一些新领域和部门，或许一国在该领域是否做出承诺有争议，但在合规性方面，需要考虑遵守世贸组织的一般原则，如国民待遇等义务等。

⑥ USITC, *Digital Trade in the U.S. and Global Economies*, part1, July 2013, p.5-3, 当然除中国外，澳大利亚，加拿大、希腊、印尼、巴西、印度、尼日利亚以及一些欧盟国家等，也分别在上述某些领域也存在相关的限制。

⑦ Council for Trade in Services - Communication from the United States - Measures Adopted and Under Development by China Relating to its Cybersecurity Law, S/C/W/374,26 September 2017.

⑧ 同上引，S/C/W/374,26 September 2017.

安全法》等，认为其中一些条款带有歧视性。^①无疑，美国向WTO服务贸易理事会的函告表明，不排除其未来通过第三方解决双方在数字贸易规制领域的分歧。

其次，在程序方面，主要涉及规制措施的透明度、程序合法，涉及立法公开、征求公众意见以及反馈等。入世以来，中国在立法透明度方面取得很大改进。当前，美国产业界对中国网络立法十分关注，例如在《网络安全法》征求公众意见阶段，包括美中商会（AmCham China）在内的40多家美国贸易团体就该法提出了关切，甚至指出应防止该法成为新的电子保护主义（E-Protectionism）。^②2016年美中商会围绕《网络安全法》还特别发表声明，认为该法将给贸易和投资造成壁垒，相关条款规定有待解释，规制措施可能给互联网企业造成新的限制。^③针对《数据出境安评办法》美国企业界更是认为其中对“重要数据”的定义过于宽泛，甚至超越此前《网络安全法》中的“关键信息基础设施”等概念。^④这些意见在立法过程中都需要重视，以防止未来不必要的争端。

传统上，中国应对规制措施违规风险及争端主要有两个路径。一是事前自我合规的纠正机制。例如，入世以来，中央政府清理法律法规和部门规章2300多件，地方政府清理地方性政策法规19万多件，覆盖贸易和投资等各领域。^⑤特别是，2014年国务院印发《关于进一步加强贸易政策合规工作的通知》，要求各级政府拟定贸易政策的过程中，对照WTO协定及入世承诺进行合规性评估。^⑥2016年以来，国务院开始实施完善规范性文件合法性审查试点，建立规范性文件合法性审查机制，增强公共政策制定透明度和公众参与度。^⑦这些合规性机制有效地防范了违规风险的发生。二是在争端中，援引例外规则进行抗辩。具体表

① United States Department of Commerce , A-570-053 Investigation Public Document E&C VI: MJH/TB, <https://enforcement.trade.gov/download/prc-nme-status/prc-nme-review-final-103017.pdf>, pp. 50–51, accessed 2 July 2017.

② Aaron Kruse, China's Cyber Insecurity, <http://www.amchamchina.org/news/chinas-cyber-insecurity>, 07 December, 2016, accessed 3 July 2018.

③ James Zimmerman, AmCham China Statement on Cybersecurity Law, <http://www.amchamchina.org/about/press-center/amcham-statement/amcham-china-statement-on-cybersecurity-law>, accessed 3 July 2018.

④ 2017年4月，国家互联网信息办公室发布了《个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿）》（简称《数据出境安评办法》，其中第17条规定：“重要数据，是指与国家安全、经济发展，以及社会公共利益密切相关的数据，具体范围参照国家有关标准和重要数据识别指南”。

⑤ 参见《中国与世界贸易组织》，人民出版社2018年6月，第4页。

⑥ 此外，商务部自身国务院规定，另行制定了《贸易政策合规公众实施办法（试行）》，商务部公告2014年第86号。

⑦ 参见《中国与世界贸易组织》，人民出版社2018年6月，第4页。

现为援引GATT第20条款（一般例外）、第21条（安全例外）和GATS第14条（一般例外）等，但WTO裁决先例表明，如果存在更小程度限制贸易的替代措施，则被诉措施难以满足“必要性”要求，抗辩往往难以被采纳。^①从中国数字产业发展的角度而言，过早地卷入争端并无益处，应尽可能避免不必要的风险，确保国内数字贸易规制措施的国际合法性。因此，基于当前数字产业的重要性和数字贸易规制措施的差异化，还需要借助其他途径防范规制风险。

四、基于风险防范的数字贸易规制合作

（一）数字贸易规制合作的现实基础

当前主要WTO成员在数字贸易领域存在一定的合作基础。根据哈佛大学吴教授（Mark Wu）的研究统计，在2001-2016年全球签订的所有FTA中，有69个FTA含有电子商务（数字贸易）独立章节或条款；在世贸组织164个成员中，有近一半的成员至少在其某一个FTA中包含电子商务（数字贸易）的规定。^②就规制合作而言，最近达成或正在谈判的一些区域协定（如CPTPP、TTIP等）都专门设有“规制一致性”或“规制合作”章节，^③全球一些重要FTA的电子商务章节中还专门涵盖“合作”的条款（如表2），这些都为后续各国开展在数字贸易中各领域的规制合作奠定基础，也为未来多边数字贸易规则的形成提供可能。国内也有学者提出，美国早期主导的TPP虽明确禁止缔约方采取数据本地化措施，但也设置了若干例外，该“原则+例外”规制模式可容纳中国倡导的网络安全价值。^④探讨数字贸易的规制合作，既有助于缓解相互间的摩擦，也有助于数字贸易的长期发展。

^① Simon Lester, Bryan Mercurio, Arwel Davies and Kara Leitner, *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, Hart Publishing, 2008, p.383, China - Rare Earths, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, 26 March 2014, paras. 7.3.2.1, 7.3.2.2, European Communities- Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R, 5 April 2001, paras. 168, 172-174.

^② Wu, Mark, *Digital Trade-Related Provisions in Regional Trade Agreements: Existing Models and Lessons for the Multilateral Trade System*, pp.1-7, November 2017. RTA Exchange. Geneva: ICTSD and the Inter-American Development Bank (IDB). 2018年6月13日，在日内瓦国际可持续发展中心（ICTSD）主办的“数字时代的贸易便利化 2.0”会议中，作者就美国数字贸易政策与Mark Wu进行了交流，例如问及“美国为什么不担心自身数据安全”时，该教授的解释是“因为美国数字产业发展较为成熟，美国公司的数据在全球范围内（尤其是美国的一些同盟国）有相对健全的保障体系，即便美国本土数据出境之后，仍然能够得到较好的保护”。

^③ 参见CPTPP第25章（规制一致性）、TTIP第9章（规制合作）。就规制合作而言，例如CPTPP第25.2条，指出政府间通过增强规制合作的努力，以下实现良好监管措施的使用，以深化上述目标并促进国际贸易和投资、经济增长与就业。TTIP，则强调通过加强规制合作，以促进贸易和投资，同时加强健康和卫生、个人数据、网络安全、文化多样性以及金融稳定；减少影响的不必要的繁琐、重复的监管要求，促进有利于竞争、透明的监管环境，通过相互间的有效合作，实现规制目标。

^④ 彭岳：《数据本地化措施的贸易规制问题研究》，载《环球法律评论》2018年第2期，第178页。

表 2：美国、欧盟和中国涉及电子商务（数字贸易）的 FTA 条款比较^①

| 主要条款 | 美国签订的 FTA | | 欧盟签订的 FTA | | | 中国签订的 FTA | |
|------------|-------------------|------------------------|----------------|--------------------|-------------------|----------------|----------------------|
| | 美韩 FTA | 跨太平洋经济伙伴关系 (TPP) | 欧韩 FTA | 欧加 (CETA) | 欧日 FTA | 中澳 FTA | 中韩 FTA |
| 定义 | 第 15.9 条定义 | 第 14.1 条定义 | | 第 16.1 条定义 | 第 8.71 条定义 | 第 1 条目的和目标 | 第 13.1 条一般条款 |
| 范围、目标、一般条款 | 第 15.1 条总则 | 第 14.2 条范围和总则 | 第 7.48 条目标和原则 | 第 16.2 条目标和范围 | 第 8.70 条目标和一般条款 | 第 2 条定义 | 第 13.8 条定义 |
| 关税 | | 第 14.3 条海关关税 | | 第 16.3 条电子关税 | 第 8.72 条关税 | 第 3 条关税 | 第 13.3 条海关关税 |
| 国内规制 | | 第 14.5 条国内电子交易框架 | | | 第 8.74 条国内规制 | 第 5 条国内规制框架 | |
| 电子认证和签名 | 第 15.4 条电子认证和电子签名 | 第 14.6 条电子认证和电子签名 | | | 第 8.77 条电子认证和电子签名 | 第 6 条电子认证和数字证书 | 第 13.4 条电子认证和电子签名 |
| 消费者保护 | 第 15.5 条在线消费者保护 | 第 14.7 条在线消费者保护 | | | 第 8.78 条消费者保护 | 第 7 条在线消费者保护 | |
| 非应邀商业电子信息 | | 第 14.14 条非应邀商业电子信息进行合作 | | | 第 8.79 条非应邀商业电子信息 | | |
| 合作 | | 第 14.15 条合作 | 第 7.49 条监管上的合作 | | 第 8.80 条电子商务合作 | 第 10 条电子商务合作 | 第 13.7 条电子商务合作 |
| 源代码 | | 第 14.17 条源代码 | | | 第 8.73 条源代码 | | |
| 个人信息保护 | | 第 14.8 条个人信息保护 | | 第 16.4 条电子商务的信任和信心 | | 第 8 条在线数据保护 | 第 13.5 条电子商务中的个人信息保护 |

上表中列举的是美国、欧盟以及中国最近签订的 FTA，在各自电子商务规制方面具有很强的代表性。从中不难发现，三者对电子商务的规制框架设计具有

^① 根据美国贸易代表办公室官网 (<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text>)，中国自由贸易区服务官网 (<http://fta.mofcom.gov.cn/>) 以及欧盟委员会官网 (<http://trade.ec.europa.eu>) 汇总整理。

很高的重合性，主要条款设置相似，具体涵盖关税、国内监管、消费者保护以及合作等，这为今后三个经济体围绕数字贸易开展对话合作提供了可能性。总之，尽管当前美国、欧盟和中国有关数字贸易的规则存在分歧，但仍然存在规制合作的基础和空间。

（二）基于“原生风险”防范的规制合作

围绕数字贸易中可能出现的“原生风险”，一些国家已经开展或正在探讨合作，为后续其他国家间的规制合作提供参考。合并合作。^①其二，隐私保护合作。2016年欧盟与美国达成了《隐私盾协议》，这是双方在数据保护和数字贸易领域合作的标志。美国政府承诺建立专门的联络点与欧盟数据保护机构进行联系、交换信息、提供执行协助、共同打击盗版和犯罪等，提高与欧盟数据保护机构的合作。^②该协议更加强调对数据主体权利的救济，赋予企业更多义务，并对美国政府获取数据进行更大程度上的限制。^③对中国而言，有学者也提出可借鉴欧洲个人数据保护立法，从整体上完善中国个人信息保护立法体系，这将有助于今后为中外跨境数据流动设置一个具有可操作性的安全阀。^④其三，消费者权益保护合作。上表2显示，美韩、TPP、欧日以及中澳FTA都涉及对消费者保护的规制。例如，2015年中澳FTA确立了电子商务中的网络消费者保护和在线数据保护原则，提出“各方应尽可能以其认为合适的方式，为使用电子商务的消费者提供的保护”；^⑤同时各方仍应采取其认为合适和必要的措施，保护电子商务用户的个人信息。^⑥CPTPP^⑦则强调各缔约方应努在个人信息保护、线上消费者保护的法规、政策、执行和遵守方面交流信息和分享经验。^⑧此外，一些地区的执法经验也可资参考，如欧盟《一般数据保护条例》对违反个人信息保护相关规则的企业给予处罚，最高达企业全球营业额的4%。^⑨其四，电子通讯安全和网络安全事

① Fefer, Akhtar, and Morrison, Digital Trade and U.S. Trade Policy, in Congressional Research Service Report,1, May 11, 2018.

② See Fact Sheet Overview of the EU-U. S. Privacy Shield Framework. <https://www.privacyshield.gov/EU-US-Framework>, 2017-3-2.

③ EU-U.S. Privacy Shield Framework, February 29, 2016.

④ 彭岳：《税收情报自动交换中的个人数据保护问》，载《法学》2018年第1期第168页。

⑤ 《中澳自贸区协定》第12章第7条，并指出这种保护至少与其法律、法规和政策下对其他商业形式的消费者提供的保护相当。

⑥ 《中澳自贸区协定》第12章第7条、第8条。

⑦ 2017年1月23日，由于美国正式退出TPP协定。同年11月11日，该协定冻结约20条文并改组为全面且先进的跨太平洋伙伴关系协定（CPTPP）。关于CPTPP和TPP的区别可参见，“CPTPP vs TPP”，<https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-concluded-but-not-in-force/cptpp/tpp-and-cptpp-the-differences-explained/>.

⑧ CPTPP第14.15条（合作）。

⑨ General Data Protection Regulation (GDPR), Regulation (EU) 2016/679 of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016, Article 83 ,See also Christopher Foster, The Balancing act of Brexit and Digital Trade, 29 August 2017.

项合作。一些区域性协定，强调加强电子通讯安全的信息交流；利用现有合作机制，在识别和减少影响缔约方电子网络的恶意侵入，或恶意代码传播方面进行合作等。^①最后，在电子商务的能力建设方面，一些 FTA 鼓励通过规制合作，开展相关技能培训和能力建设项目，使得各自在风险规制等方面的能力得到增强。^②

总之，针对“原生风险”的防范，由于各方面面临的挑战一致，因此相互学习和合作的空间仍然很大。中国政府和企业可以围绕数据安全防范体系建设等领域继续开展与其他国家的交流合作，同时，当中国对数据保护的水平和能力达到一定程度，在数据领域的开放程度也将增强，这有助于全球数字贸易市场的壮大。

（三）基于“次生风险”防范的规制合作

1. 通过双边数字贸易规制合作，防范规制风险

其一，继续加强双边规制合作，共同倡导实现规制（监管）负担的最小化。在现有 FTA 国内规制框架的经验基础上，^③未来各国可继续倡导将电子商务的监管负担最小化，并确保监管框架支持产业主导的电子商务发展。其二，继续加强数字贸易规制的日常交流合作、承诺共同维护数字贸易发展环境。在现有 FTA 合作的基础上，^④围绕数字贸易的法律法规、标准及最佳实践等，继续和其他成员开展信息和经验交流，例如，中澳 FTA 提出分享关于电子商务管理框架的信息等。其三，建立数字贸易高级别对话机制，减少贸易摩擦。^⑤例如，2015 年中美就数字贸易和网络安全专门成立了中美高级别对话机制，承诺各方不会从事或支持有关侵犯网络知识产权和商业秘密的行为，共同维护国际社会网络空间的行为准则。^⑥未来，中欧、中日和中韩等都可以建立类似的对话机制，加强相互间的政策沟通。其四，通过双边协定落实国际通行准则。2013 年 12 月，WTO 成员达成《关于电子商务的工作计划》的部长级决定，其中提出“对电子商务不征收关税”。^⑦中国在双边自贸协定中很好地落实了该决定，例如，中澳 FTA 保持与上述国际准则一致，“维持不对双方之间电子交易征收关税的做法”；^⑧2015 年中韩 FTA 亦要求“各缔约方将保持目前在世界贸易组织的做法，不对电子传输

① CPTPP 第 14.15 条（合作）、CPTPP 第 14.16 条（网络安全事项合作）。

② Wu, Mark, *Digital Trade-Related Provisions in Regional Trade Agreements: Existing Models and Lessons for the Multilateral Trade System*, p.26, November 2017.

③ 《中澳自贸区协定》第 12 章第 5 条。

④ 《中韩自贸区协定》第 13.7 条。

⑤ 《中澳自贸区协定》第 12 章第 10 条。

⑥ The White House, *Fact Sheet: President Xi Jinping's State Visit to the United States*, September 25, 2015.

⑦ Work Programme on Electronic Commerce – Ministerial Decision - WT/MIN(13)/32 - WT/L/907, 11 December 2013.

⑧ 《中澳自贸区协定》第 12 章第 3 条。CPTPP 第 14.3 条亦规定“任何缔约方不得对一缔约方与另一缔约方之间的电子传输包括电子传输的内容征收关税”。

征收关税”。^①中国的上述实践避免了在电子商务征税方面与其他成员的摩擦。总之，对中国而言，后续在双边层面还应加强与其他地区尤其是美国和欧盟的规制合作。

2.通过区域甚至多边数字贸易规制合作，防范规制风险

以 CPTPP、TISA 和 CETA 为代表的“巨型”区域协定或谈判，亦致力于对数字贸易规则的完善和细化，^②对中国而言，未来还可以在以下方面加强规制合作。其一，致力于良好的监管原则和实践，在数字贸易监管上，避免对交易施加不必要的监管负担，减少重复的监管要求对企业的影响，在这方面，CPTPP 的有些监管规则有一定参照意义。^③其二，尝试建立区域、多边合作机制和合作机构，制定相互间的年度规制合作计划等，例如，正在谈判的 TISA 也提出各方应该致力于减少数字分歧，加强国际合作。^④其三，探讨制定促进数字贸易发展的国际标准。例如，最近有一些国家围绕弥合区域性数字贸易的分歧发表联合倡议，旨在就制定、采纳和适用国际标准方面展开合作，以推进该区域的数字贸易和包容性经济发展。^⑤需要注意的是，CPTPP、TISA 和 CETA 这些协定(草案)内容，代表着未来区域和多边规则谈判的一种趋势，具有一定的范本价值，美国和欧盟等也试图借助上述场合发挥规则主导权和引领作用。^⑥中国已提出参与 TISA 谈判的主张（尽管目前进展缓慢），并积极与相关国家开展区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）谈判，电子商务也使 RCEP 被誉为一个“现代版”经贸协定。^⑦未来，中美、中欧和中英的自由贸易协定谈判，也将涉及数字贸易等规则的制定，因此，应继续对当前国际数字贸易规则的最新动态保持关注。

多边场合数字贸易规制合作，则可寻找各方的最大公约数，例如在最近达成的 WTO《贸易便利化协定》基础上，继续加强数字贸易的透明度建设和无纸化交易，加强在线消费者权利和信息保护、继续落实不对电子交易征税的实践、加强数字贸易中的认证与网络安全合作、建立数字贸易的互信机制，^⑧加强各国规

① 《中韩自贸区协定》第 13.3 条（海关关税）。

② CPTPP (Chapter 14: Electronic Commercial), TISA (Chapter 3: Electronic Commercial), CETA (Chapter 16: Electronic Commercial) .

③ CPTPP 第 14.5 条：指出国内电子交易框架应符合《1996 年贸易法委员会电子商务示范法》以及 2005 年《联合国关于在国际合同中使用电子通讯的公约》。

④ TISA 第 3 章第 11 条（国际合作）。

⑤ ASEAN- Australia, Developing Standards to Bridge the Digital Divide and Drive Digital Trade, accessed 25 June 2018, <https://aseanaustralia.pmc.gov.au/news/developing-standards-bridge-digital-divide-and-drive-digital-trade>.

⑥ Rachel F Fefer, Shayerah Ilias Akhtar, and Wayne M Morrison, Digital Trade and U.S. Trade Policy, in Congressional Research Service, May 11, 2018, p.1.

⑦ 参见《RCEP 谈判领导人联合声明》以及《RCEP 协定框架》，2017 年 11 月 14 日。

⑧ Australia Department of Foreign Affairs and Trade, The Future of Digital Trade Rules Discussion Paper, accessed 25 June 2018, <http://dfat.gov.au/trade/services-and-digital-trade/>

制机构间的信息交换和经验共享等合作机制，防范规制风险。总之，双边、区域甚至多边规制合作，将为数字贸易的发展提供良好的外部环境。同时，新的法律规则的构建过程中，各国的利益和价值取向对其都将产生影响，为此，各国应本着包容、合作的态度协调不同的利益和价值立场，以寻求最大共识，^①防止全球数字贸易市场出现地区割据和碎片化，影响数字经济的发展。

3.加强私营体间的行业自律与合作参与，降低规制风险

首先，私营体之间的行业自律可以弥补政府规制层面的不足，有助于保证当前数字贸易的健康发展。以国家为主体的双边和区域协定，是当前推进数字贸易规制合作的主要路径，但由于当前部分协定谈判进展相对缓慢，^②因此还应将私营体间的行业自律秩序作为国家规制的补充。当前，中国电子商务企业正积极主动参与构建全球数字贸易的行业秩序，例如，由阿里巴巴提出的电子世界贸易平台（EWTP）便是一个典型案例。^③EWTP旨在倡导公私对话以改善商业环境，培育跨境电子商务新的行业标准和规则，包括简化规则 and 标准及协同税收，促进全球跨境电子商务和数字经济的发展。EWTP作为引领跨境电子商务国际规则的典范示范，获得世界主要国家的广泛认同，例如2016年《G20领导人杭州峰会公报》对数字贸易以及构建电子世界贸易平台给予高度关注。^④这是中国企业第一次以倡导者身份参与全球贸易规则的制定，有助于提升我国参与数字贸易国际规则制定的话语权。关键还在于，行业自治纪律作为国家规制的补充更能反映企业的实际需求，更容易得到国际社会的遵守，减少了行政干预。

其次，私营部门在数字经济和贸易中一直发挥关键作用，未来国际规则的形成更有待于私营体的广泛参与。数字贸易比传统贸易更为复杂，任何单一的政府都难以解决，这需要跨越国界的私营体和公共部门以及政府间的合作。^⑤G20强调“致力于一种多利益攸关方的互联网治理模式，其中包括政府、私营部门的积极参与”。^⑥私营部门通过制定自律秩序（包括行为准则、示范合同、指导原则和执行机制等）有助于促进数字贸易的健康发展。一些区域性FTA特别强调小

Documents/the-future-of-digital-trade-rules-discussion-paper.pdf,pp.1-4.

① 刘敬东：《全球经济治理新模式的法治化路径》，载《法学研究》2012年第4期，第203页。

② 相关内容还可参见 Weber, Rolf H., Digital Trade and E-Commerce: Challenges and Opportunities of the Asia-Pacific Regionalism, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, Vol. 10, No. 2, pp. 321-348, September 2015.

③ 阿里巴巴作为全球商务企业，已于2014年在美国上市并在许多国家投资设立公司，成为仅次于亚马逊和易贝（eBay）的电子商务平台。

④ G20 Leaders' Communiqué, Hangzhou Summit, Hangzhou, para.30, September 5, 2016.

⑤ James Zimmerman, AmCham China Statement on Cybersecurity Law, <http://www.amchamchina.org/about/press-center/amcham-statement/amcham-china-statement-on-cybersecurity-law>, accessed 26 June 2018.

⑥ G20 Digital Economy Development and Cooperation Initiative, September 5, 2016.

微和中小企业的联合，共同推进电子商务发展，^①此外，某些 FTA 还强调政府与私营体合作以加强跨境电子交易治理的重要性，共同推进私营体使用行业行为准则、示范合同、指南等。^②总之，对中国而言，政府以及私营体通过在双边、区域以及多边开展合作，一方面有助于中国在国际法下完善国内数字产业和信息保护立法，满足其他国家对跨境数据流动的要求；另一方面，也有助于在合作中加深政府和私营体参与全球数字贸易规则的构建和完善。

五、结论

全球贸易新规则的重构正由实体贸易向数字贸易、由边境关税措施向“边境后”规制措施转移，各国针对数字贸易的规制措施将会越来越受到关注。作为风险社会研究的旗帜性人物，贝克和吉登斯敏锐地洞察到现代社会的技术性和制度性风险。在数字贸易领域，当一国对因技术发展而形成的“原生风险”采取规制措施时，又可能导致新的“次生风险”。无疑，数字贸易中这种螺旋状的“风险二重性”将给国家规制带来重要挑战，需要引起主权国家的高度重视。

中国数字产业市场潜力巨大，其数字贸易规制措施正备受关注乃至质疑。因此，对中国而言，首先，基于互联网的发展，未来互联网“跨境提供”服务更加普遍，原有服务贸易承诺内容将进一步拓宽，因此规制设计需要注意防范违规风险，同时针对中国最新立法（如《网络安全法》、《数据出境安评办法》等）可能引发的争议需要提前预判。其次，全球数字贸易规则的形成将是一个长期博弈的过程，一方面需坚持一些基本原则，如国家安全和网络主权等，把握数字产业部门开放的节奏，^③探讨未来数据可自由流动的领域；另一方面，在数字贸易规则构建的过渡期，应积极关注其他主要成员数字规制措施的发展动向，重视双边和区域性（如 RECP）数字贸易的规则制定，进而最终在多边规则谈判中获得有利地位。最后，尽管当前各方在数字贸易规制上存在分歧，但在某方面仍然存在合作基础，未来关于数字贸易的规制合作将在政府以及私营体等各层面展开，中国应进一步拓宽数字贸易规制合作的渠道，防范国家强制性措施导致的违法风险，缓解各国在数字贸易规制方面的相互指责

总之，对数字贸易的“风险二重性”进行有针对性的、合理的和技术化的处理，对保证中国数字产业和数字贸易的健康发展具有重要的理论和现实意义。尤其需重视因规制而产生的“次生风险”，以免一旦陷入争端的漩涡，甚至产生违规先

① Australia–Japan EPA, art. 13.10; Canada–Colombia FTA, art. 1507.

② Wu, Mark, *Digital Trade-Related Provisions in Regional Trade Agreements: Existing Models and Lessons for the Multilateral Trade System*, pp.25-26, November 2017.

③ 例如，对于一些文化领域，如新闻出版领域（如图书、音像制品和电子出版物的编辑、出版等）等，仍应相对谨慎；参见 2018 年《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》。

例，形成一种反“棘轮效应”，使得数字贸易规制的空间逐步受到限制，且不可扭转，这将对今后推进互联网国内治理带来不利。为此，对数字贸易的法律治理还需要继续保持关注、开展系统研究，以进一步完善中国数字贸易的规制方案。

The Dualism of Risks in Digital Trade and the Regulatory Cooperation

Abstract: The digital trade as a new trade model is becoming more and more significant, however, the international and domestic rules that regulate the digital trade are obviously insufficient, and the governance structure of the digital trade also remains complex, differentiated and fragmented. The “non-physical” feature of it makes this trade pattern riskier. On the one hand, the “primary risks” involving national security, consumer protection, money laundering and even cyber-terrorism. On the other hand, some countries that intend to regulate these risks based on network security and public morality are often bound by the earlier market access commitments, and their domestic measures will be judged inconsistently with the WTO rules and their commitments, which finally result in new “secondary risk”. The key remaining issue is that the current domestic regulatory rules and practice among key members in digital trade are divergent, which will increase the disputes and need to be harmonized by the bilateral, regional and multilateral cooperation. Undoubtedly, the digital rules will become a major concern of the countries in the 21st century, and China has to actively participate in the rule-making of global digital trade, which is not only beneficial to provide the digital trade governance with more space, but also to reduce the national regulatory risks.

Keywords: Dualism of Risks; Digital Trade; Cooperation

中国数字经济发展与“走出去”分析

张正荣^① 魏吉^②

摘要：中国自 20 世纪末引进互联网以来，互联网经济在中国逐渐增长，大致经历了科学研究（1986-1994 年），到信息媒介（1995-2001 年），到经济工具（2002-2008 年），再到商业平台（2009-2014 年），再到社会经济的基础设施（2014 年之后）的动态升级过程。本文以互联网的人数、流量等为指标，回顾了中国互联网经济的发展历程和各阶段的特征，并对比电子商务、搜索引擎、即时信息等功能的发展状况，并探讨了中国互联网“走出去”的几种模式，指出，当前中国互联网企业，主要以贸易、投资和商业模式方式走向国际。

关键词：中国数字经济 电子商务 搜索引擎

一、引言

当前，中国已经成为全球网民人数最多的国家，也是互联网经济总量仅次于美国的国家。据 2017 年 12 月“世界互联网大会”发布的《世界互联网大会蓝皮书》显示：2016 年，中国以互联网为基础的数字经济规模总量占 GDP 的 30.3%，达到 22.6 万亿元，仅次于美国。中美两国垄断了 80% 以上的“独角兽企业”，在全球最大的 10 家互联网公司中，主要在中国经营的腾讯、阿里巴巴、百度等入选；在电子商务领域，中国的交易额占世界 40% 以上，为全球第一；另外在移动互联网的连接上，中国的 4G 基站数量占世界 60% 以上，远远超过美国，为世界第一，中国已经成为互联网经济大国。

互联网，是人类科技进步的产物。中国的科学家在 20 世纪 90 年代将互联网引入中国，在国家政策的鼓励下，互联网的基础设施得到了建设，并投入商业使用；在 21 世纪之后，一批互联网商业企业在中国迅速发展，至 2018 年，互联网在中国已经有了 8 亿多用户，产生了数以万亿的经济效应。互联网经济在中国的发展，至今大致经历了科研、媒介、工具、平台、基础设施几个阶段。目前，主要通过贸易、投资和商业模式等方式“走出去”。

二、中国互联网经济的发展历程

1. 科研阶段（1986-1994 年）

1986-1994 年，互联网作为一种科学研究的内容、方法和工具，被引入中国

① 浙江理工大学经济管理学院副教授，博士

② 浙江金融职业学院助教

的科研体系。1994年，中国互联网实现了国内和国际互联网的全网络连接。这代表在互联网研究领域，中国和国际接轨了。

互联网诞生之后，中国科研机构积极将互联网引入中国，并积极为其配网络资源和体系。1986年，中国启动了“中国学术网”项目，并通过卫星链路远程访问日内瓦的主机节点。1987年，第一封来自中国的电子邮件发出，邮件内容用“越过长城，走向世界”，这是中国互联网最早的国际通信。

20世纪90年代之后，中国开始有了网络资源。1990年，中国拥有了属于自己的域名：1990年10月，在德国卡尔斯鲁厄大学内，学者为中国建立了“.CN”顶级域名服务器，并在SRI-NIC(Stanford Research Institute's Network Information Center)注册登记，并开通了“.CN”的国际电子邮件服务，表明了中国开始有了自己的服务器，以及网址系统。1993年中科院高能物理所租用美国卫星链路接入美国能源网。

1993年，中国开始了互联网设施的建设。1993年，在美国克林顿政府提出“信息高速公路”后，中国提出建设“三金工程”。“三金工程”，是建设中国的“信息高速公路”，包括金桥工程、金卡工程和金关工程。“金桥工程”建立国家共用经济信息网。“金关工程”是对国家外贸企业的信息系统联网，实行无纸贸易的外贸信息管理工程。“金卡工程”则是在金融机构推广使用“信息卡”和“现金卡”的货币电子化工程。其他信息化的“金字工程”还包括金智工程、金企工程、金税工程、金通工程、金农工程、金图工程和金卫工程，这一系列的“金字工程”，推动了中国早期互联网的基础设施、软件和硬件建设，为后续的发展提供了基础条件。

1994年，中国实现了互联网上的“全连接”。1994年4月，中国互联网终于得到美国国家科学基金会(NSF)的认可，当年4月20日，NCFC工程通过美国Sprint公司连入互联网的64K国际专线开通，实现了与互联网的全功能连接。从此中国被国际上正式承认为第77个真正拥有全功能互联网的国家。

2.媒介阶段(1995年-2001年)

从1995年开始，中国邮电部电信总局开始向社会提供互联网接入服务。中国的一些企业和个人，开始把互联网作为信息传递、交流和展示的媒介。至2001年，一些未来在中国，乃至全球具有影响力的互联网企业得以创始，如阿里巴巴、腾讯、百度、京东等。这些企业在一开始，大多将互联网作为“信息媒介”，来实现经济生活中的特定场景的交流与展示。

1995年1月，邮电部电信总局分别在北京、上海设立的，通过美国Sprint公司接入美国的64K专线开通，并且通过电话网、DDN专线等方式，开始

向社会提供互联网接入服务。这表示着中国开始商业化、社会化的互联网服务。

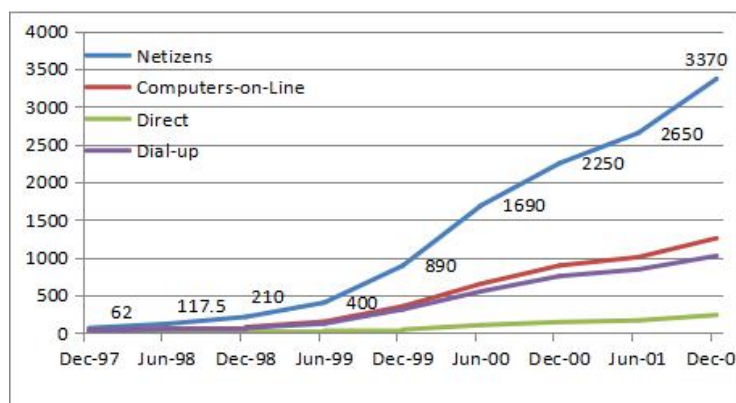


图 1：1997 年-2001 年中国互联网连接情况一览（单位：万人、万台）

注：Netizens：网民人数；Computers-on-Line：上网计算机数量；Direct：上网计算机中采用直接连接的计算机数量；Dial-up：上网计算机中采用拨号上网的数量。

中国的网民人数，也在 21 世纪初得到了快速增长，至 2001 年底，中国已有 3370 万网民，上网计算机 1254 万台，主要采用“拨号上网”方式，直接上网也达到 234 万台。在这一阶段，互联网作为一种信息交流和展示的媒介，开始经济场景中得到应用。作为媒体信息传递的工具，网易公司于 1997 年、新浪于 1998 年、搜狐于 1998 年等公司纷纷创立；作为人们及时交流信息的工具，开发了 QQ 的腾讯公司于 1998 年创立；作为商品贸易信息的展示工具，京东于 1998 年、阿里巴巴公司于 1999 年创立；致力于网络信息检索的百度公司创立于 2000 年。这些企业，随着中国互联网经济规模的扩大，互联网服务场景的增多，得到了快速增长。

3.工具阶段（2002 年-2008 年）

从 2002 年开始，与互联网有关的中国管理部门，出台了一系列法律规定，这一方面规范了中国的互联网市场，另一方面，也为互联网的商业应用提供了空间和机遇。这一时期，互联网被作为经济工具，应用到了电子商务、搜索引擎、即时交流等场景中。

2002 年，中国出台了一系列对中国互联网影响深远的法律法规，包括：中国互联网协会发布的《中国互联网行业自律公约》；中国信息产业部通过的《中国互联网络域名管理办法》；文化部下发《关于加强网络文化市场管理的通知》；新闻出版总署和信息产业部联合出台《互联网出版管理暂行规定》；国家信息化领导小组通过的《国民经济和社会发展第十个五年计划信息化重点专项规划》、《关于我国电子政务建设的指导意见》和《振兴软件产业行动纲要》；中国国务

院公布的《互联网上网服务营业场所管理条例》等。这些法规规范了推动中国互联网经济的发展。

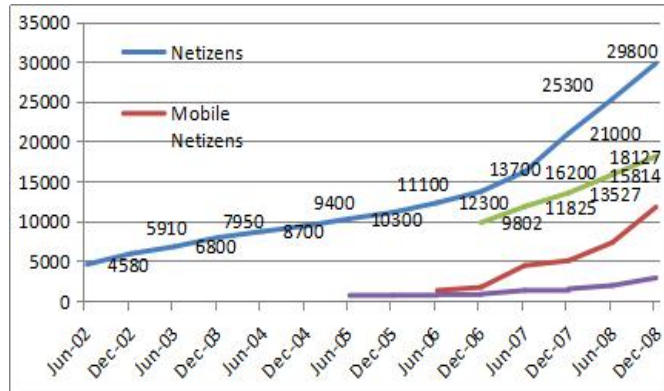


图 2：2002 年-2008 年中国互联网发展情况一览（单位：万人、万台、千个）

注：Netizens：网民人数；Mobile Netizens：手机上网人数；IPV4：采用 IPV4 方式达成的连接数量（万）；Websites：互联网上的网站数量（千个）。

市场的规范，推动了中国互联网应用的发展，一方面网民人数加快增长，另一方面，互联网作为经济工具的商业创新，也在积极实现与发展。至 2008 年底，中国已有网民 2.98 亿人，IPV4 连接 1.81 万个，形成了巨大的连接；而且，随着 2G 技术的应用，越来越多的人开始使用手机上网，至 2008 年底，手机网民达到 1.18 亿人；网站开发也进入热潮，至 2008 年底已有网站 287.8 万个。

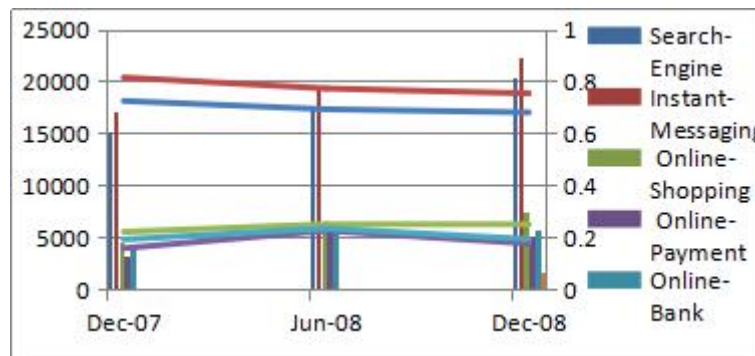


图 3：2007 年-2008 年中国互联网主要商业场景使用一览（单位：万人）

注：左轴：使用人数（万人），包括 Search-Engine，使用搜索引擎的人数；Instant-Messaging，使用即时通信的人数；Online-Shopping，使用网上购物的人数；Online-Payment，使用网上支付的人数；Online-Bank，使用网上银行的人数；Travel-Booking，使用网上旅行预订的人数。右轴：上述内容的增长率，R-SE、R-IM、R-OS、R-OP、R-OB、R-TB 分别代表搜索引擎、即时通信、网上购物、网上支付、网上银行、网上旅行预订的人数增长率。

同时，中国人开始把互联网作为一种经济和生活工具，来实现一定的功能。中国互联网企业，也把互联网作为经济工具，优化商业模式，嵌入商业场景。如

阿里巴巴公司提供的淘宝、1688、速卖通、alibaba 等网站，分别中国在国内开展 C2C/B2C 贸易、B2B 贸易，在国际间开展 B2C 贸易、B2B 贸易，实现了商业所需要的在线交流、交易、支付、物流管控等工具功能。腾讯公司提供的 QQ，成为中国人网上交流、交友、协同工作的工具；百度公司通过搜索引擎，成为了中国人检索信息的重要工具。

2002-2003 年，在中国等东亚、东南亚各国爆发了“非典”疫情，推动了人们通过新浪、搜狐和网易等门户网站收集信息的热情，推动其在美国的股价提升，引发了国外投资者对中国互联网科技公司投资的热潮。人们为了开展商业和交流活 动，通过互联网和移动互联网来寻求“解决方案”。阿里巴巴公司在 2003 年退出了“淘宝”平台；京东推出的“京东多媒体”平台，也在 2004 年上线，两者成为了后来中国最大电子商务公司。“非典”之后，人们开始把互联网作为信息、交流和商业的工具。得到广泛应用。

2007 年，腾讯、百度、里巴巴市值现有超过 100 亿美元，中国互联网企业跻身全球最大的互联网企业之列。中国的互联网经济，基于全球最大的网民数量，开始有了与其他国家有了不同的特色。

4. 平台阶段（2009 年-2014 年）

2009 年之后，3G 的推广使得互联网在中国的应用，逐渐摆脱了“网线”的限制；中国的互联网企业，也积极将其商业模式打造成“网络经济平台”，而不仅仅是单一的互联网工具，这为国际金融危机之后的中国产业经济与市场的整合，提供了新的方式。

2008-2009 年，国际金融危机爆发，中国经济受到较大的影响。一些中国企业开始将市场转移到国内，互联网则成为了企业进行商品销售、市场推广的重要平台；也成为了企业间产业链合作的重要工具。

对于中国“互联网市场平台”的发展，一个重要的引擎，在于移动上网的网速加快。2009 年 1 月 7 日，工业和信息化部为中国移动通信集团、中国电信集团公司和中国联合网络通信有限公司发放 3 张第三代移动通信（3G）牌照，相比 2G，3G 移动上网的速度大大加快。至 2013 年底，我国 3G 用户数量达到 4 亿户，在全部移动电话用户中的渗透率达到 32.67%，3G 网络快速发展，可以满足较为复杂的互联网使用场景，推动了互联网的经济应用，从工具到平台的跃迁。

表 1：2009-2013 年中国 3G 移动电话用户数 (①)

| 年份 | 3G 移动电话数 (万台) | 3G 用户在移动的电话中的渗透率 |
|------|---------------|------------------|
| 2009 | 1232 | 1.65% |
| 2010 | 4705 | 5.48% |
| 2011 | 12842 | 13.02% |
| 2012 | 23289 | 20.93% |
| 2013 | 40161 | 32.67% |

在中国产业经济需要新的整合方式（受金融危机影响），以及移动上网速度提升的“双重作用”下，中国移动网络应用进入“快车道”。2009 年 1 月至 2014 年 12 月，中国网民人数从 3.38 亿人增长到 6.49 亿人，比这个增长更快的是“移动互联网”网民的增长，从 1.55 亿人增长到了 5.57 亿人，中国成为全球“移动网络”最大的市场；而在“有线”上网，中国的网速也大大提升，在于当时的上网协议，大多从 IPV4 进化到了 IPV6，移动上网和网速提升，使得互联网企业能够在网络工具中植入更多的商业模式创新，推动由工具到平台的转型。这一阶段，网站数量不再增长，因为更多的企业，致力于将网站打造成了有多想功能的“平台”，以及移动互联网上的应用开发。

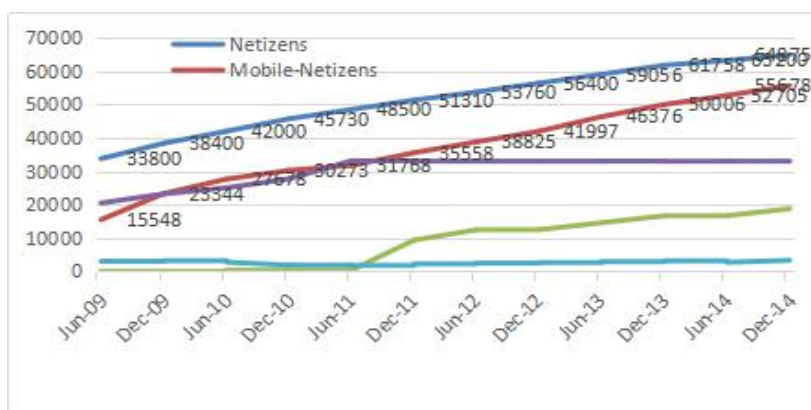


图 4：2009 年-2014 年中国互联网发展情况一览（单位：万人、万台、千个）

注：Netizens：网民人数；Mobile Netizens：手机上网人数；IPV4：采用 IPV4 方式达成的连接数量(万)；IPV6：采用 IPV6 方式达成的连接数量(万)；Websites：互联网上的网站数量（千个）。

这在一阶段，中国的领导互联网企业，都完成了从“工具”到“平台”的转型，如阿里巴巴和京东，开始从主要作为电子商务的工具，开始整合了物流管理、网上支付、网上银行、网上投资，以及本地生活等功能，成为中国人购物、网上理财、获得服务的主要平台；腾讯也通过 QQ 和微信两大即时通信工具，整合了网络游戏、网上娱乐、网上支付、网上金融、本地生活等功能。“平台化”，推动

① <http://www.chyxx.com/industry/201406/250602.html>

阿里巴巴和腾讯在这一时期的快速增长，成为了全球前五位的互联网公司。一些致力于在人民生活特定场景中建立网络服务平台的公司，也在这一时期蓬勃发展，如致力于在线订餐的美团和饿了么；致力于网络视频的爱奇艺和优酷；致力于在线出行的滴滴和快的等等。

表 2: 2013 年中美互联网经济部分指标比较

| | | |
|---------------|---------|---------|
| 网络零售 | 295 亿美元 | 270 亿美元 |
| 占零售业的比重 | 7-8% | 6% |
| 电商商品数量 | 800 百万 | 550 百万 |
| 活跃买家 | 231 百万 | 128 百万 |
| 社交网站普及率 | 60% | 73% |
| 云服务渗透率 | 21% | 55-63% |
| 中小企业运营中互联网使用率 | 20-25% | 72-85% |

资料来源：麦肯锡研究（①）

作为平台，互联网在这一阶段对中国经济的整合的方式，与美国不同的是：中国的互联网更多整合了中国的市场和消费者；而美国的互联网则更多进入了产业链。麦肯锡公司的报告，对 2013 年中、美互联网做了比较，在网络零售规模和占整个零售业的比重，以及网络零售市场商品种类上，中国占优；而在企业互联网使用率，以及云服务渗透率上，美国占优，可见中国的互联网，更多是提供了一种新的市场组织方式。

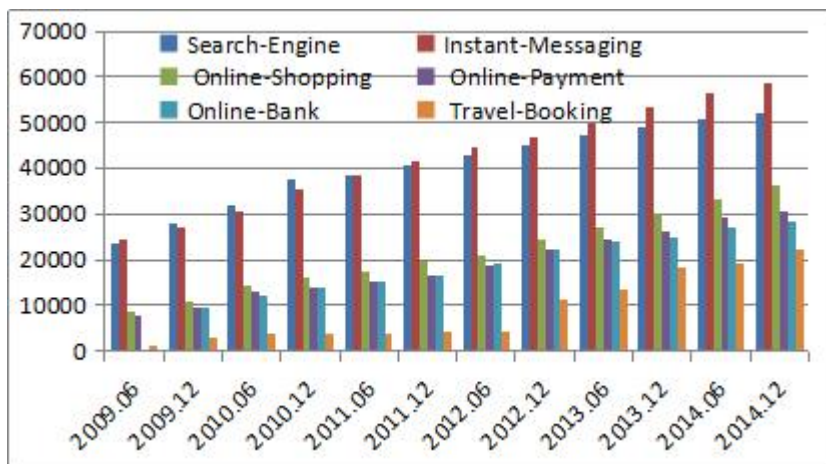


图 5: 2009 年-2014 年中国互联网主要商业场景使用一览 (单位: 万人)

注：左轴：使用人数（万人），包括 Search-Engine，使用搜索引擎的人数；Instant-Messaging，使用即时通信的人数；Online-Shopping，使用网上购物的人数；Online-Payment，使用网上支付的人数；Online-Bank，使用网上银行的人数；Travel-Booking，使用网上旅行预订的人数。右轴：上述内容的增长率，R-SE、

① <http://www.woshipm.com/it/96104.html>

R-IM、R-OS、R-OP、R-OB、R-TB 分别代表搜索引擎、即时通信、网上购物、网上支付、网上银行、网上旅行预订的人数增长率。

互联网在中国经济中应用的“平台化”，以及平台功能之间的“互通”，推动了这一时期中国互联网经济的迅速扩大，各大应用场景人数迅速增多，至 2014 年年底，使用搜索引擎的人数达 5.2 亿；使用即时通信的人数达 5.9 亿；使用网上购物的人数达 3.6 亿；使用网上支付的人数达 3.0 亿；使用网上银行的人数达 2.8 亿；使用在线旅游预订的人数达 2.2 亿。从使用人数来看，至此，中国已经成为了全球最大的互联网市场，推动了中国以实体经济与网络经济协同的模式发展。

5. 数字服务阶段（2015 年之后）

2015 年，中国提出“互联网+”行动计划，开始将互联网应用到经济发展的各方面；同时，随着 2015 年后，比 3G 更快的移动互联网的 4G 模式普及，中国人在各种生活场景中应用互联网，互联网，成为了中国产业经济和市场发展的基础设施，如同水、煤、电一样，成为了推动了新时期经济发展的数字经济新阶段，中国进入互联网经济与实体经济互相促进，协同发展的新阶段。

2015 年后，中国的互联网经济得到全面发展，其特征是数字化与国民经济的各个方面的深度结合：工农业生产通过互联网来优化其生产效率，加强产业链的协同管理和生产的精细化；消费市场和产业市场通过互联网来形成新的贸易和信任关系。中国在 2015 年也提出了“大众创业，万众创新”的号召，大量年轻人将互联网作为创新创业的基础空间，创新并实现新的商业模式。从 2015 年开始，一些以互联网为基础的新的经济形态，如信息经济、网络经济、共享经济、大数据经济、物联网经济、服务经济、智能经济等在中国依次成为热潮，吸引了大量的投资，成为中国经济的热点。

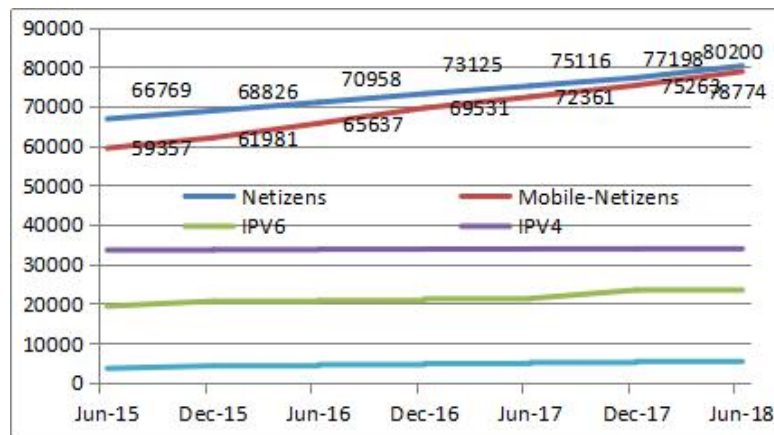


图 6：2015 年-2018 年中国互联网发展情况一览（单位：万人、万台、千个）
注：Netizens：网民人数；Mobile Netizens：手机上网人数；IPv4：采用 IPv4

方式达成的连接数量(万); IPV6: 采用 IPV6 方式达成的连接数量(万); Websites: 互联网上的网站数量 (千个)。

2015 年后，中国互联网的使用人数仍在上升，而增速下降，至 2018 年 6 月底，中国已经有了 8 亿网民，超过了欧洲和美国的人口总和；另一个趋势是中国互联网的“移动化”，至 2018 年 6 月底，中国已有手机网民 7.9 亿人，占网民总人数的 98%；同时中国互联网宽带的速度也大大加快。在互联网的主要应用场景上，使用搜索引擎、即时通讯、在线购物和支付成为人数最多的功能，这也巩固了中国互联网经济中百度、腾讯、阿里巴巴三大巨头的地位，三者分别以信息搜索、人员交流和网络购物为基础，建立了广泛的互联网应用服务生态，并积极整合大量新创立的平台企业和商业模式。

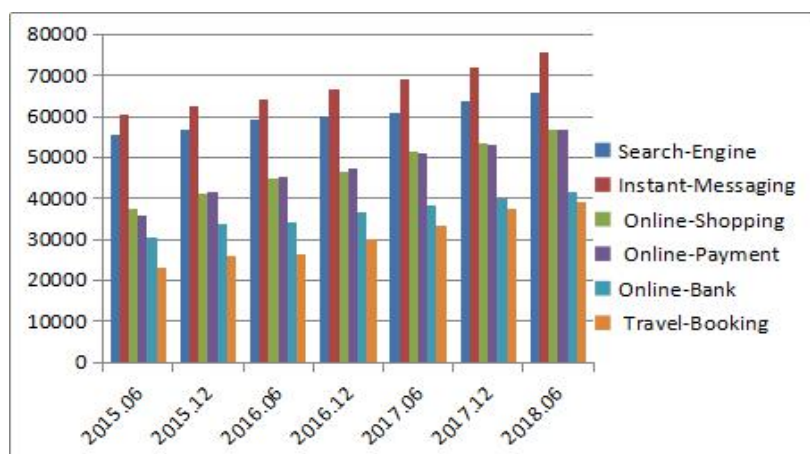


图 7：2015 年-2018 年中国互联网主要商业场景使用一览（单位：万人）

注：左轴：使用人数（万人），包括 Search-Engine，使用搜索引擎的人数；Instant-Messaging，使用即时通信的人数；Online-Shopping，使用网上购物的人数；Online-Payment，使用网上支付的人数；Online-Bank，使用网上银行的人数；Travel-Booking，使用网上旅行预订的人数。右轴：上述内容的增长率，R-SE、R-IM、R-OS、R-OP、R-OB、R-TB 分别代表搜索引擎、即时通信、网上购物、网上支付、网上银行、网上旅行预订的人数增长率。

2015 年后，中国数字经济的特点在于：一是在内容上从 Web1.0 上升到 Web2.0，通过互联网实现的协同和互动成为主流模式；二是从空间上，大量的商业模式摆脱了“网线”的约束，将互联网商业的竞争主要地转移到移动互联网领域；三是新一代的互联网技术，如物联网、大数据、云计算，以及区块链得到了广泛应用，成为社会经济优化的新引擎；尤其在近两年，这些技术又逐渐升级为以人工智能技术，在产业端实现智能工厂和敏捷生产；在消费端应用虚拟现实的商业模式在持续出现；四是商业上，出现了将线上的信息化交易和线下的优化体

验相结合的商业模式，被称为“新零售”；五是中国的领先互联网公司，纷纷将业务平台，打造为以消费者生活或生产者工作为核心的服务生态系统，如阿里巴巴的淘宝与天猫融合成为购物生态系统；支付宝的金融服务与本地生活功能相融合。

三、中国数字经济的“走出去”

“走出去”，是指将商品、服务、技术、商业逻辑等内容输送到境外，服务于境外市场的过程。中国互联网经济的“走出去”，是指中国互联网经济中的内容，为中国大陆地区以外的人民提供生活和生产的服务的过程。当前，中国互联网经济“走出去”的方式，大概有跨境电子商务、国际投资，以及业务“走出去”等。

1. 跨境电子商务：数字经济与中国对外贸易的协同“走出去”

对外贸易是中国开放型经济的最主要内容，2013年，中国成为全球第一贸易大国。2017年，中国进出口总值27.79万亿元人民币，其中，2017年中国跨境电商交易规模为7.60万亿元人民币^①，同比上升14.5%，可知跨境电商已占我国外贸总量的27.35%。通过“互联网+”，跨境电子商务降低了中国对外贸易的交易成本，加大了“中国制造”产品在国际市场的营销力度，也推动了海外商品进入中国市场，对接中国市场的消费升级。中国跨境电子商务的发展，至今总体可以分为四个阶段：

(1) 起步阶段（1999-2001年），其标志是，1999年阿里巴巴公司的成立。起步阶段中国跨境电子商务企业的主要商业模式是网上展示、线下交易的外贸信息服务，主要服务于跨境B2B交易，通过向信息展示的企业收取会员费来盈利。

(2) 成长阶段：（2002-2012年），2001年底中国加入WTO，推动中国跨境B2B交易从线下走到线上，以及跨境B2C和C2C交易起步。B2B跨境电商开始将线下的交易、支付、物流管理等内容，纳入到互联网上来进行，实现跨境贸易的电子化，从而逐步成为现在线交易平台。在B2C和C2C方面，以香港、深圳及东部口岸城市的小企业和个人创业者为主。主要依托当时全球最大的第三方电子商务平台eBay将中国产品销往欧美发达国家。

(3) 发展阶段：（2013-2018年），2013年之后，中国跨境电子商务服务商崛起，促进了跨境电子商务贸易链前端“供应链管理”为核心的产品品质优化，以及后端以“海外仓”为核心的服务优化，推动了中国跨境电商进入服务时代。

① 另据电子商务研究中心（100EC.CN）监测数据，前面数据来自海关。

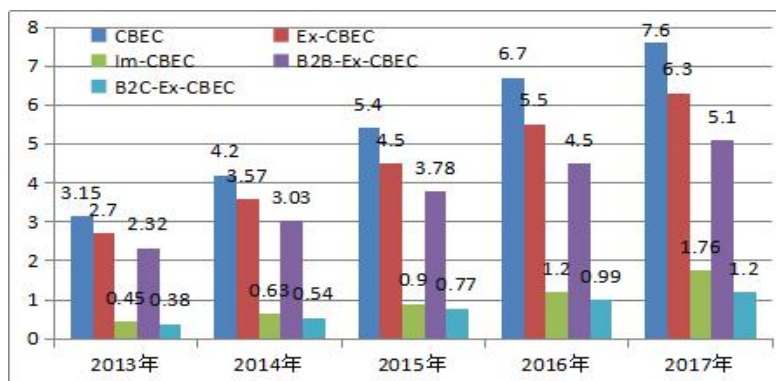


图 8：中国跨境电子商务近年发展趋势（单位：万亿元人民币）

注：CBEC:中国跨境电子商务总交易额；Ex-CBEC：中国跨境电子商务出口交易额；Im-CBEC：中国跨境电子商务进口交易额；B2B-Ex-CBEC：中国跨境电子商务出口 B2B 交易额；B2C-Ex-CBEC：中国跨境电子商务出口 B2C 交易额。

2017 年，中国共开展跨境电商 7.6 万亿元，其中，以出口 B2B 为主，为 5.1 万亿；在 B2C 领域，进口 1.76 万亿元，出口 1.2 万亿元。“一带一路”沿线，是中国对外贸易增长较快的地区。2017 年，中国与“一带一路”国家的进出口总额达到 1.44 万亿美元，同比增长 13.4%，高于中国整体外贸增速 5.9 个百分点，占中国进出口贸易总额的 36.2%^①。其中，跨境电子商务，是中国与“一带一路”沿线贸易的重要增长引擎。以俄罗斯为例，根据俄罗斯电子商务协会与俄罗斯邮局的调查报告，2016 年中国网店销售额占据俄罗斯跨境在线贸易总额的 52%，俄罗斯 90% 的外国邮包来自中国。

2. 数字企业境外投资：中国互联网经济与投资资本的协同“走出去”

随着中国数字企业的壮大，也逐渐开始了对外投资的发展。欧洲是中国对外投资的重要目的地，据统计，2016 年对中国欧洲直接投资为 106.9 亿美元，占中国对外直接投资的 5.45%。其中，互联网企业的对外投资是中国对外投资的重要领域。

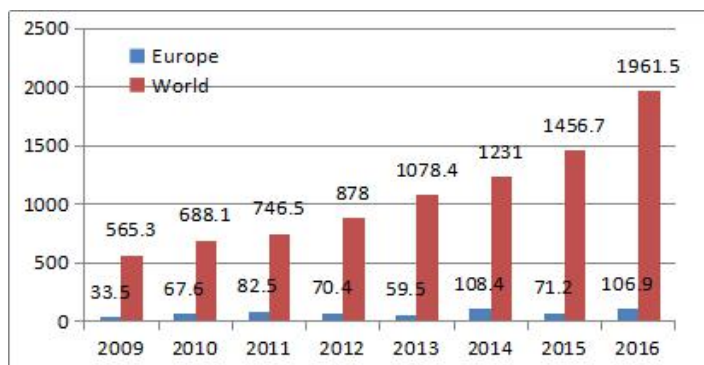


图 9：中国对外直接投资与对欧直接投资发展（单位：亿美元）

① 据国家信息中心发布的《“一带一路”贸易合作大数据报告 2018》（简称：《报告》）

注：Europe，当年中国对欧洲的投资总量；World，当年中国对全球的投资总量

2016年中国对欧洲最大的10项对外投资中，有四项出现在了互联网经济领域，其中，金额最大的是腾讯公司以41亿美元，收购芬兰的Supercell公司的84.3%股权。腾讯是中国最大的互联网/移动互联网即时通讯和网络社区服务商，也是中国最大的网络游戏服务商，而Supercell公司，是创新的移动游戏设计商，通过这一并购，腾讯巩固了其在全球网络游戏产业的领先地位。至今，腾讯已开展了上百项海外投资与并购。2016年，中国电子商务巨头阿里巴巴，也开展了大投资的海外并购，分两次共出资40亿美元，从德国创新孵化公司Rocket Internet公司，收购了东南亚最大的电子商务平台Lazada公司的大部分股票。这一投资，有利于强化阿里巴巴在全球电子商务市场的竞争优势。中国最大的在线酒店预订服务商，携程公司，在2016年也出资14亿英镑，收购了英国在线打折机票预订网站Skyscanner，这一并购实现了中欧网络旅行预订业务的产业链整合。

3.业务走出去：数字经济与中国模式的协同“走出去”

中国的数字企业，也积极通过将自己的业务拓展到国外，实现更大的应用。至今，中国互联网企业业务“走出去”发展，以“工具”走出去，和“平台”走出去为主。

“工具”走出去，是指中国互联网企业提供的产品，成为国外用户开展某一互联网活动的工具。近年来，中国互联网企业在外用户量最大的四个工具，分别为百度、UC（属于阿里巴巴公司）、猎豹（由金山公司创建）和茄子快传（即：SHAREit），各有超过8亿的海外用户，其中茄子快传超过了10亿。数据显示，2017年初，百度全球范围内拥有20亿用户，覆盖200多个国家和地区，月活跃用户超3.6亿；UC浏览器月活跃用户突破了4亿，季活跃用户超过6亿；猎豹全球安装量34.64亿，月活跃用户6.12亿，80%来自海外市场；茄子快传全球已超10亿，月活跃用户近4亿，海外用户占比极高。

“平台”走出去，是指中国互联网企业提供的平台，成为了国外用户在一定的商业场景中的实现平台。目前，中国互联网企业中，将平台推到国外的，最成功的是阿里巴巴公司。阿里巴巴的跨境B2B平台，alibaba.com，成为国外采购商，尤其是中小采购商获得商品的主要平台之一；阿里巴巴公司的跨境B2C平台，aliexpress.com，成为国外消费者网购的主要平台之一，尤其在俄罗斯、波兰等地，成为客户数量和交易流量最大的跨境消费平台；阿里巴巴集团也积极推动“海外版支付宝”，作为支付金融平台的“走出去”。腾讯公司的微信平台，近年来也加快了“走出去”步伐，目前已经拥有了2亿海外用户。

数据安全战略下美国经贸政策发展趋势研究

李嘉^①

一、数据安全已成为经贸政策制定的重要考量因素

（一）数据是数字经济发展的关键要素

数字经济是以数据资源为关键生产要素，以现代信息网络为主要载体，以信息通信技术融合应用、全要素数字化转型为重要推动力，促进效率提升和经济结构优化的新经济形态。数字时代的竞争，不是劳动生产率的竞争，而是知识生产率的竞争。数据是信息的载体、知识的源泉，知识的竞争将集中表现为基于数据的竞争，网络数据是数字时代最重要的数据来源。^②

数字经济作为继农业经济、工业经济之后的一种新的经济形态，是数字革命的产业化和市场化，数字经济发展模式是“数字化、网络化、智能化”，“智能化”是第四次工业革命与第三次工业革命的核心区别。^③联合国贸发会 2019 数字经济报告明确指出“将数据转化为数字智能是成功关键”。^④在全球化和产业竞争力视角下，数据、算法和算力的竞争是数字经济时代竞争的关键因素，依靠算力通过算法对数据进行加工，总结物理世界的规律，将规律模型化、模型算法化，算法代码化，代码软件化，通过软件优化物理世界，这就是智能化的核心。

20 世纪 90 年代以来，数字技术飞速发展，人类 95% 以上的信息都以数字格式存储、传输和使用，数据已经成为数字经济时代最重要的生产资料，云计算、大数据、物联网、工业互联网、移动互联网、人工智能等 ICT 新技术、新模式的发展和应用的无一不是以海量数据为基础，数据的“采-存-算-管-用”是支撑数字经济运行的基础能力。

数字经济时代的“大数据”具有数据海量、类型多样、产生价值、运算高效的特点，数据是数字经济时代的财富，是个人和企业的重要资产，是国家的基础战略资源和创新生产要素。

① 李嘉，法学博士，浙江工业大学法学院副教授，主要研究方向为国际贸易法，数字经济法治。

② 根据《网络安全法》网络数据是指通过网络收集、存储、传输、处理和产生的各种电子数据。

③ 2011 年以来，世界主要国家对当前技术和产业发展形势给出的基本判断，英美称之为第三次工业革命，德日称之为第四次工业革命，根据德日观点，第三次工业革命实现要点是自动化，第四次工业革命是智能化。

④ 联合国贸易与发展委员会《2019 年数字经济报告》https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_overview_ch.pdf

（二）数据安全是数字经济发展的议题

数据安全自上而下涵盖了物理安全、系统安全、数据安全和业务安全，不同层次的安全相互关联，在内容上数据安全与其他三类安全相对独立，是信息系统中产生存储、处理数据本身的安全，数据安全表现在数据泄露、被窃取、数据误用、数据滥用。^①数字时代，数据采集、存储、流动、处理连接起了整个信息系统，数据在各个系统间流动，数据安全成为数字时代网络安全保护的

中心。网络数据的汇聚在释放数字经济发展潜力、促进数字经济加快发展的过程中，面临着严峻的安全形势，数据泄露频繁，过度收集、滥用个人信息，非法数据共享、交易，国家重要数据资源流失等事件频发。“棱镜门”之后，数据安全成为各国关注焦点。

数据安全保护是一个立体概念，包括数据从产生，经过数据采集、传输、存储、处理、交换直至数据销毁等各种生存形态的演变过程，数据安全渗透到数据全生命周期涉及的“云、管、端”三类数据链。

新一代信息技术开启了万物互联的新时代，5G网络泛在的物联接入、新型组网与接入方式、边缘数据中心以及服务化架构的核心网也带来新的安全问题，一是“端”——海量终端层安全防护能力差异化较大。泛在链接场景下海量多样化终端一旦被攻击利用，预计到2025年全球物联网设备联网数量将达到252亿^②，大量功耗低、计算和存储资源有限的终端难以部署复杂的安全策略。二是“云”——平台层面的安全风险更具系统性，5G模糊了本地和云端的界限，物联网应用是通过网络将智能设备连接云端，借助APP于云端进行信息交互，实现对设备的远程控制，来自云端的一个逻辑漏洞可能让整个系统沦陷。三是“管”——网络传输层面结构复杂。物联网、工业互联网的通信协议比互联网更复杂，数据在物联网传输管道及流量安全方面堪忧，目前已经有黑客通过分析、破解智能平衡车、无人机等物联网设备的通信传输协议，实现对物联网终端的入侵、劫持。

（三）数据安全成为制定经贸政策的重要考量因素

数字技术发展使数据应用正逐渐从互联网、金融、电信等行业和领域向融合服务、物联网、传统制造业行业和领域渗透。数字化生活、数字政务、智慧城市、工业互联网等新技术、新产业、新业态、新模式使得网络数据应用场景纷繁多样，

^① 数据滥用是指对数据的使用超出了其预先约定的场景或目的，数据误用是指在正常范围内在对数据处理的过程中泄露了个人敏感信息、商业秘密或国家机密，大数据时代，通过对数据的各种分析，可能会泄露个人敏感信息，数据泄露、被窃取可能是外部或内部的网络攻击者通过技术手段非法入侵非法获取数据。

^② GSMA 研究报告，《物联网：下一波连接和服务》

<https://www.gsmaintelligence.com/research/2018/04/iot-the-next-wave-of-connectivity-and-services/665/>

5G 与经济社会各领域的融合应用，将对政治、经济、文化、社会等各领域发展带来全方位、深层次影响，进一步重构全球创新版图，重塑全球经济结构。

数字经济时代，经济全球化的重要表征为数据跨境流动，国家拥有数据的规模流动、利用能力成为国家治理能力、综合国力的重要组成部分。包括个人、企业和国家数据等在内的数据不仅体现了一国的软实力，更关涉情报、军事、国防等国家安全领域。斯诺登事件、俄罗斯断网、中美贸易战已经进一步强化了数据在国家安全和国际竞争的重要资源性地位，网络攻击、数据窃取已经成为影响贸易的第三、第四大风险，仅次于极端天气和自然灾害，^①

围绕数据采集、储存、传输、处理等数据行为涉及到的国际贸易议题包括传统的货物贸易以及以数据为交易标的的数字贸易，前者涉及到“端”、“网”，具体而言包括确保网络运行、履行数据行为涉及的信息基础设施、数据采集、处理、存储的物理设备及设施，后者涉及到数据产品本身，包括云计算服务、人工智能等网络、系统、平台、应用等相关数字服务。基于数据安全战略，目前各国均将可能影响国家安全的关键信息基础设施运营者采购的网络产品及服务纳入国家安全审查，目的是确保重要数据在这些数字产品及服务中的安全、可控，因此，数字产品及数字服务的国际贸易与数据安全相互纠缠，近年来成为国际经贸政策制定的重要考量因素。

二、美国数据安全保护体系架构及发展历程

从上世纪 80 年代开始，美国联邦政府就成立了“国家保密通信和信息系统安全委员会”指导通信系统和计算机安全，从克林顿政府开始，在近 20 多年的发展历程中，美国政府通过优化顶层设计、加强统筹规划、调整机构职能、健全完善组织等举措，不断加强网络和信息安全工作的领导，逐步形成了一整套结构比较完备的网络和信息安全组织体系，为保障国家网络和信息安全提供了强力支撑。通过二十多年的完善调整和职能优化，美国构建起了一个庞大而有序的网络信息安全组织体系，在总统及其直属的信息安全领导机构的统一规划下，开展维护全国网络和信息安全的各项工作。美国从事网络和信息安全的政府部门及相关协调机构主要集中在：总统行政部门、国土安全部、国防部、商务部、司法部、国务院、审计总署、联邦通信委员会等机构。

美国的数据安全战略体系是美国安全战略在信息安全领域的延伸，总体而言经历了四个时期。

^① World Economic Forum, “the global risks report 2018, 13th edition”, january 17, 2018, <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2018>.

（一）克林顿时期——提出信息安全战略

克林顿时期是美国网络经济的第一个浪潮时期，开创了电子商务的新局面，为应对网络数据安全威胁，美国首次在《新世纪国家安全战略》报告中使用“网络安全”概念，将网络信息安全保护从“技术政策”提升到“国家战略”。为加强网络数据存储、传输、处理的安全性，启动了“国家信息系统保护计划”，增加关键基础设施保护工作预算，建立公私合作伙伴关系加强关键基础设施保护和研发。克林顿政府注重国外网络信息获取，将其作为国家安全重要内容。

（二）小布什时期——信息安全战略升级

“9·11事件”后，基于反恐需求，小布什政府强化了网络信息安全防护工作，加大对相关国家的情报窃取，通过建设“网络空间安全相应系统”，政府与产业界之间建立起全国性合作关系，促进全国网络信息安全体系建设。在国际合作上，加强跨国合作、信息共享，促进国际公私部门之间的交流合作，在国家安全问题上，采取“先发制人”的主动战略。^①

（三）奥巴马时期——信息安全国际化扩展

2009年金融危机之后，美国网络信息安全更加强调国际合作，促进数字经济繁荣并谋求数字空间主导权。这一时期，美国强调在网络数据安全上的双边、区域合作，提升网络数据传输与储存的安全性和可靠性，通过跨国协作，促进网络入侵等相关信息的共享，寻求国际伙伴在政府间及私营部门间的多层次合作，确保信息技术设施免于入侵和破坏。

这一时期，美国开始将其对数据安全、数据规则的理念融入其经贸政策，积极促进基于全球网络的、重视技术开发与创新的“自由、开放”，使得美国数字技术领先公司能迅速获益，^②同时促进国际的、自愿的和协商一致的网络安全标准，并将这些标准落实到相关的产品、工艺和服务，促进数字贸易发展，美国主导的《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）全面贯彻了美国所有的数字贸易规则主张，确立了计算设施本地化、跨境数据流动、个人数据保护、接入和使用互联网原则等规则，对于美国云计算等信息通讯技术（ICT）企业以及开展跨国经营的企业均有重大经济影响。

（四）特朗普政府——信息安全战略修正提升

2017年特朗普政府首份国家安全战略明确将国家安全和经济繁荣列为优先

① The White House, “The National Security Strategy”, March 2006 (EB/OL). <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2006/>

② The White House, “International Strategy for Cyberspace: Prosperity, Security, and Openness in a Networked World”, May 2011 (EB/OL). http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf.

关注，相较于奥巴马政府“安全、繁荣、价值观和国际秩序”四大利益，大大简化，特朗普政府将信息安全目标修正为紧扣保障国家安全和促进经济繁荣，美国优先，在《国家网络战略》指引下，国防部、国土安全部和国防部分别推出了《网络战略》、《网络安全战略》和《云战略》，这些文件构成了特朗普网络数据安全战略的基本框架，在总体战略及经贸政策上有以下特点：

一是将网络安全战略提升为国家大战略，在美国战略体系中，与经济、外交、军事和情报共同构成大战略体系的主要领域，在安全目标上要提升网络防御综合能力，网络战略的目标重点在促进数字经济繁荣、优化防风险能力，增强网络威慑有效性、预防打击恶意网络活动。针对大国长期竞争威胁，应提高网络空间作战能力，预防性打击恶意网络活动，加强跨部门、政企以及国际合作，并获取数据和实时处理数据的能力作为作战能力的关键。

二是强化数字经济发展。《国家网络战略》专章阐述数字经济促进发展，强调经济安全与美国国家安全有着内在联系，数字技术对经济基础影响日益加大，美国政府应树立榜样促进保护本国的经济安全、增强美国市场和创新活力。为此目标，美国将通过建立一个适应性强的技术市场、促进技术革新、加大对基础设施的投资等方式将经济领域的网络安全作为重要议题审视。^①

三是将网络安全与经贸政策全面挂钩。特朗普政府以利益为导向处理网络事务的趋势突出，其贯穿内政外交的主线和中心在经贸发展，在网络安全战略中以利益作为牵引，将网络安全与经贸关系进行捆绑，具体表现为：其一，加大对美国知识产权以及创新技术进行有效的保护，将商业网络数据窃密视为重大威胁，有效防范敌对势力通过网络途径对美国重要技术信息和数据的侵犯，并通过外交施压、司法起诉以及贸易制裁等措施强化网络数据安全保护；其二完善并加强网络安全审查制度，在外资并购等领域增加网络安全审查内容。

在国际经贸政策上，一方面通过强化贸易冲突的手段打破现有多边国际经贸体制的约束，建立以美国为中心，由美国与其他国家重新磋商的双边自由贸易协议为框架的新架构。另一方面将数字贸易纳入谈判议程，致力于消除数字贸易壁垒，扩展美国企业在国际数字贸易市场的运营空间。

三、数据安全战略下美国对华经贸政策的特点及发展趋势

根据联合国贸易和发展会议《2019年数字经济报告》，数字时代价值创造的两大驱动力是网络数据和平台化，^②数字技术的发展极大地提高了收集、使用

① The White House, “National Security Strategy of the United States of America”, December 2017 (EB/OL). <http://nssarchive.us/wp-content/uploads/2017/12/2017.pdf>

② 联合贸易和发展委员会：《2019年数字经济报告》，https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_overview_ch.pdf

和分析数据的能力，从而推动数字经济快速发展，通信和信息技术（ICT）产业是数字经济发展的原动力。

根据中国信通院测算，2018年47个国家数字经济总规模超过30.2万亿美元，占GDP比重高达40.3%，其中美国数字经济规模蝉联全球第一，中国第二，2020年全球公司股票市值排名，前10位分别是：沙特阿美石油、苹果、微软、Alphabet、亚马逊、脸书、阿里巴巴、腾讯、伯克斯尔哈撒韦、VISA，其中7家是数字公司，美国5家中国2家，7家公司成长性很高，即使疫情也并未造成影响，利润不降反升。数字经济持续高速发展是应对经济下行风险的关键，产业数字化也是各国优化经济结构结构的首选路径。

引领数字经济发展的是ICT产业，ICT产品及服务已经成为数字产业支柱，ICT产业技术标准一旦确定，则具有显著的网络效应和技术锁定效应，随着以5G为代表的新一代信息技术的发展，全球竞争正在面临新的整合。正如美国国会下属美中经济与安全审查委员会（USCC）委员迈克尔韦塞尔（Michael Wessel）所说，5G不仅是未来科技的核心，也将成为未来经济与基础设施建设的重要支柱，到2035年可能将带来价值12.3万亿美元的全球经济产出，并且支持2千2百万个就业岗位，而中国想要成为全球科技创新的领导者。特朗普上台以来，美国单方对华宣布进入全面战略竞争态势，网络战略是全面竞争战略的重要组成部分，而网络战略的重点转移到网络数据战略，这一战略思维的转变对美国对华经贸政策产生了连续的、深远的影响，正在全面影响美国对华经贸领域的各个方面。

（一）数据安全上升为国家安全，“局部脱钩”模式开启

数字时代数据安全上升到经济安全、国家安全。数据映射的世界是虚拟的现实，数据规则必然反应相应的价值观念，欧盟在《欧盟数据战略》中表达的愿景也源于欧洲的价值观和基本权利观。美国在实践中以数据安全为由，将ICT产业领域的竞争泛化甚至等同于国家制度、民族文化、价值观、基本人权之争，将技术层面的安全问题扩大化、复杂化，甚至政治化，对不同的企业区别对待或采取非市场的国家手段。2020年2月3日美国众议院甚至出台了H.RES827号决议草案，^①核心目标确认中国公司，无论私营还是国有，均在党的实际控制之下，政府能够毫无节制地调取所有数据。而中国政治经济及法律法规违反美国、英国的民族价值观，根据中国的《国家安全法》、《网络安全法》、《国家情报法》、《反间谍法》、《反恐怖主义法》、《密码法》以及《公安机关互联网安全监督

^① H.Res.827 - Affirming that all Chinese companies, private and state-owned, are under the effective control of the Chinese Communist <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-resolution/827>.

检查规定》、中国政府的“互联网+”计划以及针对个人及公司的社会信用体系，构成了中国专制式数字治理模型，并向全球输出。这一模式使得硬件、软件、算法、加密、数据及其他专有信息均为党所控制，事实上消除了隐私。美国众议院这一草案实际上是以国家传统文化、国家体制为依据、毫无证据不加区别地、武断地判定中国 ICT 技术、产品、服务全部存在安全问题，是以价值观判断取代了客观风险的评估。

这一观点及思维在涉中国 ICT 产业的争议中，华为案、Tik tok 案中多次出现，美国国家亚洲研究局在《局部脱钩——美中经济信战略》报告中，将“局部脱钩”的经济竞争战略作为应对中国的挑战，事实上美国 2018 年以来对中国采取的基于数据安全的经贸政策已经启动了“局部脱钩”战略，在 ICT 供应链上，美国正在推行产品、市场、投资、服务领域的“脱钩”，中国的 ICT 技术及产品面临巨大的技术、政治、道德和地缘政治风险，并面临美国号召的联合抵制。值得高度关注。

（二）数据战略下经贸管理体系整合加速，监管颗粒度提升

美国网络和信息安全组织体系一直由政府最高层进行领导，分工合作相互配合，但缺乏强有力的领导机构的统一领导和协调，未设立独立的权威机构全面负责，网络协调官发挥作用不明显，机构重叠、合作渠道不畅、效率不高，缺乏私营部门参与等不足。

美国在提出网络安全战略并在抛出中国战略竞争对手论之后，数据安全成为国家安全的重要组成，ICT 供应链的完整性和脆弱性引发高度关注，美国在国土安全部成了 ICT 供应链风险管理特别工作组，60 名成员包括了来自公共和私营部门的关键供应链风险管理利益者，根据《联邦采购供应链安全法案 2018》创建了联邦采购供应链管理理事会，由管理和预算办公室高级官员担任，负责识别和建议国家标准技术研究所制定的标准、指南和实践，并可制定内阁部长下达的排除或删除指令标准，发布各机构购买禁令或者从信息系统删除软件。前者强化了政府与私营部门间的合作，在内阁政府内部建立评估供应链风险能力，后者加强了对联邦 ICT 技术供应链安全风险管理的集中统一领导、统一方法指导

在操作层面，赋予商务部长牵头制定具体配套措施并落实执行的权力，商务部长与财政部长、国务卿、国防部长、司法部长、国土安全部长、美国贸易代表，国家情报总监，总务处处长、联邦通信委员会主席、其他执行部门和机构的负责人协商后认定，事实上这些机构也是联邦外国投资委员会（CFIUS）成员，两者在出口管制与投资审查领域的“新兴和基础技术”等审核概念完全通用。

2020 年 4 月 4 日美国发布行政令，要求成立“美国通信服务业外国参与审

查委员会”替代之前的电信小组（Team Telecom）^①，审查外国通信服务对美国的国家安全、执法及经济利益活动的风险。这是电信领域外资审查的正式机构，相当于电信领域的CIFUS，该机构由国防部长、司法部长、国土安全部长和总统认为合适的任何其他行政部门或机构负责人，或总统的任一助理构成，司法部长担任委员会主席。该机构负责对新牌照申请评估以及已发牌照审查，多数票即可决定是否对已发牌照进行审查，美国正在对在美提供电信服务的运营商进行全面审查，中国电信美洲公司214牌照被以业务运行存在重大和不可接受的国家和执法风险被司法组提出重新审核即为一例。

综上，美国已经打通ICT设备与服务的相关管理部门，加强统一领导、指导，强化公私协作，建立更具可实施、可操作性的已将ICT设备、服务供应链安全管理机制，作为其维护技术领先、实施贸易制裁和达到政治目的的重要手段。

（三）ICT供应链问题政治化，监管措施层层加码

对华战略竞争背景下，美国以知识产权数据盗窃为主由启动贸易战，逐步将供应链安全从产业和经贸问题上升到美国国家安全战略的高度，将供应链安全问题政治化，推出或出台了一系列针对中国的立法和措施，限制中国信息通信技术在美市场的运营与发展。包括对中国电信公司214牌照（许可证）的审查、FCC禁止使用联邦的通用服务基金（USF）购买中国通讯公司的设备、通过2019年《国防授权法案》第889节实施供应链条款以及第2118节《捍卫美国5G未来法案》、安全和受信任的通信网络法（HR 4459）等等不一而足，不惜花费大量资金，在通信设备和服务中实行“去中国化”。

在国家安全战略下，经贸管制措施日趋收紧，管理手段逐步升级，扩大出口管制技术的范围，采取超常规手段控制时期清单企业获得源于美国的技术和产品，如修改最低比例原则以及直接产品原则，将制裁手段升级到使用美国设备标准，扩大对战略竞争对手军事最终用途/用户控制（MEU），删除有国家安全担忧国家的民用最终用户出口、在出口或转移国家安全控制物品的许可例外。构建关键技术出口限制联盟，逐步扩展关键技术出口范围，^②扩大对华数字技术领域对华遏制范围。

（四）个人数据保护列入国家安全考量，贸易摩擦从核心区域向外扩展

欧盟《一般数据保护条例》（GDPR）将个人数据定义为任何指向一个已识

^① Team Telecom 是由美国联邦政府下辖国务院（DoS）、司法部（DoJ）、国防部（DoD）、国土安全部（DHS）、财政部（DoT）、商务部（DoC）和贸易代表署（USTR）和联邦调查局（FBI）等部门官员组成的跨部门工作小组。负责审查由联邦通信委员会 FCC 转来的关于申请或一般法的许可中涉及实体的外国所有权带来的国家安全风险，

^② 《瓦森纳协定》在近年的修订中也逐步扩充了“密码技术”、“入侵技术”以及“信息安全相关技术”等物项或定义，使得美国在实践中可将其用于大多数信息安全技术的出口限制，实质是为其推行“断供”提供法律基础。

别或可识别的自然人的信息。我国《网络安全法》定义的个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。《美加墨自贸协定》将个人信息定义为已识别或可识别到个人的信息和数据。^①个人数据与个人信息是指向已识别或可识别特定个人的信息和数据，数字时代网络数据是最为重要的也是数量最大的个人数据，大数据技术的发展使得分析数据的能力大大增强，将不能识别个人信息数据的进行比对分析，可以使不能识别个人的数据成为可识别的个人数据，也可以恢复被清洗的数据可识别性。“可识别”这一标准在具体外延上存在不确定性，而且合法获得的个人数据被不当使用，也可引发国家安全问题，facebook 剑桥分析案即为一例。

涉数据的个人信息保护以及国家安全问题极为复杂，受到严密限制的也应该是极为有限的少部分，技术的发展和应用(如区块链)、制度设计均可提供有效保护，美国在数字贸易中也大力推行数据跨境自由流动，但是在涉及中国等所谓“竞争对手”时，美国目前已将个人数据问题扩大化为国家安全问题，FIRRMA 将外国“对持有或收集美国公民的个人敏感数据”企业的投资，导致其能够参与到“美国公民个人敏感信息的使用、开发、获取、保护或披露”纳入 CFIUS 审查范围，^②尽管美国从数据类型、数据数量、数据主体对敏感数据做了界定，并附加了“可能威胁国家安全”这一条件，但缺乏细化操作细则，在国家竞争战略背景下，2018 年以来，美国进一步收紧了对涉及美国个人数据收购案例的控制，涉中国数据安全案例频发，并强调对未经 CFIUS 批准的外国投资交易即便完成交割也可干涉，近期昆仑及碳云智能被要求出售 Grindr、PatientsLikeMede 的股份，美国国会参议院召开了关于中国数字企业字节跳动 Tiktok（抖音）产品的数据安全听证会，质疑该数字产品收集、存储个人数据以及是否涉及向中国政府传输数据的问题。

物联网的发展，万物互联的应用场景正在从能源、交通、医疗等基础、公共基础性领域走向制造、家居、农业等日常生活领域，所有物品通过传感器和无线或有限通讯网络互相联系，都涉及个人数据的收集、处理。以数据安全为由已经被列入美国禁止购买清单的有地铁车厢、无人机。这一清单还远未结束，正在从 ICT 设备及服务这一核心区向外扩展社会生活相关产品及服务。

（五）引导数字贸易规则，全球“数据朋友圈”加速重塑

根据 IDC 希捷报告，美国在 2019 存储了全球约 21% 的数据，根据 Garder 统计，全球数据中心美国占 40%，根据 Canalys 最新报告，全球云计算市场份额

① personal information means information, including data, about an identified or identifiable natural person.

② 事实上欧盟在最新的欧盟外资审查条例中也做了类似规定。

美国 AWS、Zure 以及谷歌云三家共占 55%，美国的数据储存不仅来自本国还包含了其数字商业巨头采集的大量其他国家及地区的数据。作为数字大国，美国的社交媒体、搜索引擎、电子商务、云计算等都处于全球主导地位，为维护数字产业的全球竞争力，美国主张数据跨境自由流动，但必须建立在维护其产业竞争以及国家安全的可控基础之上。美国对政府、电信、科技、卫生医疗等重要技术数据及特定数据采取限制跨境流动，并通过 CLOUD 法案采用“控制者原则”扩大了美国执法机关调取海外数据的权力。

目前美国已经与韩国、日本达成了涵盖数字贸易内容的双边协议。美加墨自贸协定也充分表达了美国的数字贸易要求，此外，澳大利亚、新西兰、英国是五眼联盟成员，本来就互相信息分享。美国还通过 2018 年 CLOUD 法案划定能够预期进行境外数据执法合作的“适格外国政府”，将符合法治、人权、有充分的电子证据实体和程序立法等作为核心标准，显然中国不在数据分享行列之中，美国正在加速构建个人数据跨境流动朋友圈。

同时，美国挑动民主法治、国家体制等敏感神经，一方面将其战略竞争对手剔除出朋友圈。2019 年 11 月美国国会共和党参议员提交 2889 号提案——《2019 国家安全与个人数据保护法》，尽管提案还处于参议员提交阶段，但提案内容反映的理念值得关注，目的就是阻止用户数据向中国和俄罗斯或其他可能威胁美国国家安全的国家输送。美国数据朋友圈的拉群标准就是“是否在获得美国公民及居民数据后会对美国国家安全构成重大风险”，客观标准模糊的情况下，只存由主观的是否竞争对手来判断，很显然这是政治问题不是法律法律问题。另一方面，美国通过施压盟友，如对英国限制性使用中国 5G 设备的警告，加速全球数据朋友圈形成，这一现象也值得高度关注。

四、中国的相关对策建议

2018 年 6 月习近平主席在外事工作会议上首次提出“世界处于百年未有之大变局”的论断，短短两年这句话已经并正在得到不断的检验和验证。将世界连接为地球村的数字产业正在遭遇政府主导的“脱钩”战略，数据安全被模糊化为国家安全，任意扩大解释，以国家体制、文化差异、意识形态作为判定标准，将经贸法律问题政治化，成为美国经贸政策主导方向，对此我国应做系统性地应对措施。

（一）加强全面谋划，做到应对有理、有据、有节

从宣称中国为“战略竞争对手”开始，美国在数字技术领域的防范、遏制措施层层加码，“断供”从“技术含量”已经升级到“设备使用”，打通投资准入与限制出口的控制清单，增设三个跨部门、常设性数字技术、设备服务的管控机

构，立法确立“数据主权”，采取打击和拉拢方式组建数字技术及数据流动“朋友圈”，事实上在数字技术及数据流通领域，政府主导的“局部脱钩”已成事实。中美从贸易战常态化转入“中美科技冷战”，意识形态的对立、地缘政治上的对立已经出现，在管控下中美的互相依存度正在慢慢减少。^①

中国必须清楚洞察局势，对策不能仅仅限于“见招拆招”的战术层面，应该从战略层面全面谋划，在承受极度压力下仍能保持冷静和理性，做好极限生存的准备，充分发挥我国新型举国体制优势，加强 ICT 技术攻关，政府应转换角色，聚焦重大技术攻关战略需求，做好顶层设计，统筹协调各种力量，应从单一产业扶持转向保护产业链安全角度出发，力保通信技术产业链的安全可控。

（二）补充完善我国的对外经贸法律“武器库”。

冷战结束后，美国成为全球超级霸权，经济战成为战略核心，经济安全也上升为国家安全，法律武器是美国经济竞争的最重要的杀伤性武器，^②用于填充这一法律“武器库”以达成其超级贸易保护主义目的的法律包括但不限于《反海外腐败法》、《赫尔姆斯-伯顿法》、《达马托法》、《银行保密法》、《外国主权豁免法》、《萨班斯-奥克斯利法》，在本次科技战中出境率极高的《出口管制改革法案》、《2018 年外国投资风险评现代案》、《2019 年安全与可信通信网络法》、CLOUD 法案，还有已经提出提案正在路上的法案，法律法规体系健全，相互连通，根据需求做些修正、补充，再加上法院可能做出的扩展性解释，使得法律体系极为灵活性，实用性强。

比较而言，我国在涉及经济安全、产业链安全方面的立法较少、政策、红头文件较多，缺乏体系性，比如出口管制方面，我国目前有 6 项条例，5 项部门规章、两项指导文件，缺乏制度性的法律体系，目前《出口管制法》的出台在制度层面建立了基本架构，起到了很好的示范，下一步还应加快跨境数据流动管理方面的立法进程，针对美国法律的长臂管辖，借鉴欧盟设立的“阻断法案”，进一步完善我国“不可靠实体清单”以及网络安全审查制度，建立动态的更具操作性的体系。

（三）积极主动，以耐心和诚意加强国际合作

中国应以极大的诚意和耐心，求同存异，表明我国的数据安全观、价值观，理性并合理地引导网络舆论，突破美国的经贸遏制。从国家制度、文化、信仰等角度充分评估不同类型国家，摸索不同类型国家在数据安全上的互信模式，打造最佳合作样本。进一步推动“数字丝绸之路”建设，推进“硬联通”与“软联通”

① 郑永年：《中美间减少依存度不一定是坏事》，<https://finance.sina.cn/china/gjcj/2020-01-17/detail-iihnzhha3088541.d.html>。

② 【法】阿里·拉伊迪：《隐秘战争》，中信出版集团 2019 年 8 月版，49-53 页。

齐头并进。

在企业层面，应拓宽通信网络技术发展渠道，继续加强国际技术交流，提高我国网络通信技术竞争力。在注重硬件关键技术攻关、自主化的同时，更要注重软件生态自主化，目前数字产业结构软化是全球共同趋势，除中国、新加坡、墨西哥、韩国、越南等 5 个国家外，其余数字经济大国数字服务业占比均超过制造业，数字产品及服务的特点是具有极强的网络外部性和用户粘黏性，目前在软件生态及工具软件方面，欧美的产品占据绝对优势，以华为 HMS 为例，目前 Google play 有超过 210 万个 APP，而华为 HMS 的 APP 数量为 5.5 万个，软件生态环境直接影响到硬件销售，2019 年 5 月谷歌响应美国政府号召，暂停向华为手机提供 GSM 服务以来，华为 19Q2/Q4 在欧洲出货量同比下降 16%、26%，2019 年华为消费者业务在欧洲、中东、非洲市场仅增长 0.72%，亚太市场下滑 13.9%。因此，应鼓励我国数字企业加快出海，全球人口 70 亿，facebook 全球用户 20 亿，微信还大有可为，中国的 ICT 设备、产品和服务还是有空间的。

（四）推进试点，加快构建数据跨境流通管理体系

加快中国数字企业出海，构建软件生态，面临的最重要障碍是数据流动问题，美国所依据的国家安全诉求本质也是数据安全，数据流动可能引发的技术泄密、商业秘密泄露、个人信息滥用、国家机密泄露、数据二次开发使用带来的其他风险。事实上 Tiktok（抖音）在印度、印度尼西亚、孟加拉国也因数据安全及个人信息保护被质疑甚至被判下架。因此，跨境数据流动中的个人信息保护及数据安全规则应被给与高度重视。

鉴于当面的国际环境、各国对数据安全以及个人数据保护制度的差异以及数据问题本身的复杂性，目前要制定一部一蹴而就较为完备的跨境数据流动规则有难度，现阶段根据《网络安全法》及相关的管理办法正在构建安全评估机制，为更好参与全球数字经济竞争，目前一些自贸区已经开始试点数据跨境流动方面的具体规则，上海自贸区临港新区在试点开展数据跨境流动安全评估，数据流通备份审查、数据保护能力认证以及跨境数据流通和交易风险评估等数据管理机制。建议试点可以扩大到国家批准的数字经济创新发展试验区，根据试验区各自特色在数据确权、交易以及跨境流动评估机制等方面做多方面探索，目前来看，数据管理体系应该是在统一的原则及目标下，分行业、分类别分别适用不同的数据跨境流动规制机制。同时应鼓励政府、行业主管部门、产业界、学术界在数据安全及个人信息保护方面基于实践创新探索，建立有影响力的标准体系和运行机制，为数据跨境流动规则的构建夯实实践基础。^①

① 国家市场监督管理总局近期发布的《个人健康信息码》系列国家标准，统一码制、数据并统筹个人信息保护和信息共享利用，即为一项较好的示范。

（五）重视并加强涉外经贸法治人才队伍建设

回顾美国以数据安全为由挑起的贸易战、科技战，在具体的措施采取上并不是无迹可寻，事实上其法律“武器库”早就样样齐备，并在实践中不断完善。在国家层面，我国除了加大关键科技攻关，解决“卡脖子”问题，加强外交配合之外，还要重视并完善我国的涉外经贸法治建设，丰富法律武器库，政府应紧密跟踪美国因数据安全风险抵制我国 ICT 产业及服务的政策制定及实施情况，及时发布预警，为企业提供必要的政策、法律指导，企业层面也应更为审慎、主动地审视自身业务，加强数据合规、法律合规建设。

以上目标的达成，必须建立在一只具有中国特色的、高素质涉外法律人才队伍基础之上，目前涉外经贸法律人才队伍与我国在国际经贸领域中的地位还不完全相衬，与国家治理体系和治理能力现代化的要求还存在较大差距，涉外法律人才的国际交流能力、实务能力尚需进一步提升，应加大投入、给予更大支持提升我国涉外法律人才的国际竞争力，促进政府、科研机构、高校以及实务界人员的交叉流动，建立联动式灵活、务实的沟通及合作研究机制，为政策研究、决策咨询提供更有前瞻性的专业的建议。

国际商事仲裁自治性强化背景下的弱势方保护

——法国的经验及启示

金鑫^①

摘要：仲裁的自治性是仲裁存在和发展的前提，法国赋予了国际商事仲裁高度自治性，严格限制法院的审查范围和力度，但是弱势方的利益保护的问题也亟待解决。为此法国法对仲裁协议的效力作出限制性规定，同时注重维护仲裁员公正性。此外法国允许市场力量的介入，向弱势方提供了应对仲裁风险的保险工具。仲裁是“一带一路”争议解决机制的重要组成部分，中国在强化国际商事仲裁自治性的同时，也须考虑由此带来的仲裁弱势方保护问题，应首先界定法律给与特殊保护的主体范围，在此基础上制定配套性规则，在仲裁管辖权和仲裁员指定方面对弱势方作出倾斜性的规定，同时允许保险人开发争议解决保险服务，提高弱势方的抗风险能力。

关键词：自治性 保险 仲裁管辖权 司法监督

国际商事仲裁制度作为多元化纠纷解决机制中的重要一环，与一国的国际贸易水平有着密切联系。高度的意思自治是国际商事发展的内在需求，它允许当事人可以选择法院诉讼之外的其他方式解决彼此争议，仲裁由于灵活性、专业性等优势从而在实践中发挥了巨大作用。仲裁制度的发展离不开国家层面的支持，此种支持体现在国家应当将仲裁视为解决争议的一种有效手段，并给予仲裁充分的信任。基于此种认识，国家应对司法监督作出严格的限制，防止出现法院滥用司法权、过多介入仲裁的情况。近年来，我国为了适应日益扩大的对外开放战略，保障“一带一路”的顺利进行，建立健全相关制度，其中国际商事仲裁是学界和实务界研究的重点。我国的仲裁法律制度大部分制定于上世纪九十年代，很多规则已与目前的理念及实践发展相脱节，因此亟待革新。

环顾国际社会，任何一个仲裁大国均充分尊重当事人的仲裁安排以及仲裁庭的裁决结果，采取各项措施为仲裁程序的运转保驾护航。其中法国的仲裁制度与其他国家相比，自治程度最高。得益于法国超前的理念，法国成为世界上重要的仲裁地，但是仲裁高度的自治性也不可避免地影响到仲裁的公正性。正如法国学者 Mayer 所述，强势方只要在格式合同中加入仲裁条款，便可轻易地规避弱势方的保护机制。^②如何妥善解决弱势方因劣势地位所带来的风险成为法国学界讨论

① 金鑫，法国马赛大学法学博士，南京财经大学讲师。

② Pierre Mayer, La protection de la partie faible en droit international privé, in La protection de

的话题，为此学者基于法国法的现状多角度提出了改进的措施。^①有观点认为仲裁的花费过高，而弱势方投入仲裁的资金有限，因此应给予弱势方一定的经济资助，使其能向仲裁庭充分证明所提主张；^②Loquin 从争议的可仲裁性着手，提出争议若涉及弱势方，那么法院应当允许弱势方主张仲裁协议无效，并保留诉诸法院的权利；^③Seraglini 则认为仲裁庭在审理过程中以及法院在事后救济环节中，均应适用法国及外国对弱势方保护的条款，防止仲裁演变为迎合强势方单方利益的工具。^④

法国在仲裁法发展的过程中所遇到的弱势方保护问题对中国仲裁法修订有一定的借鉴意义。创设仲裁友好型的司法监督环境是我国仲裁制度改革的首要任务，而达成这一目标，需要司法机关加大对仲裁自治性和仲裁效力的保护力度，使得仲裁裁决能够最大程度获得认可。^⑤但在此过程中，我们同样不能忽略仲裁公平公正解决纠纷的职能，确保包括弱势方在内的社会各群体通过仲裁获得公正裁决是提升仲裁公信力、增强中国仲裁在国际舞台上吸引力的关键所在。与法国的研究状况相比，中国尚缺乏对仲裁弱势方保护的专门性研究成果。本文对法国的问题及对策进行深入探讨，以期为中国处理相关问题提供借鉴。

一、国际仲裁程序中弱势方保护的必要性

任何争议解决程序均应保证当事人获得一个公平公正的处理结果，但是最终的裁判结果受到多种因素的影响，其中双方当事人地位差异过大可能会导致弱势方在程序中陷于不利境地。弱势方由于缺乏足够的资金支撑，在举证、聘请律师等方面均受过多限制，而强势方在专业的团队指导下，采取恰当的应对技巧，并

la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison franco-belge, LGDJ, 1996, p.552.

① 尽管仲裁中弱势方利益保护的问题亟待解决，但是法国学者坚持认为仲裁为弱势方所带来的积极效应远大于消极效应，因此仅须在现行体系下对规则进行局部修补。如 Mayaux 在 2019 年法国保险与再保险仲裁中心（Centre français d'arbitrage en réassurance et assurance）的会议综述中提出，在保险领域，仲裁庭能够快速审理争议，而弱势方往往是急需保险赔付的一方，因此仲裁的高效率性对弱势方更为有利。此外，仲裁相对于调解而言，由于具有司法权属性，因此仲裁员须在法律框架内解决争议；而仲裁与诉讼相比，具有一定的灵活性，因此无须严格适用法律，而是按照实际情况对法律规则作出解释。Luc Mayaux, L'arbitrage, c'est aussi pour la partie faible, Revue générale du droit des assurances, 2019, n°11.

② Maximin de Fontmichel, Le faible et l'arbitrage, Economica, 2013, n°584；在 2016 年由巴黎仲裁和调解中心所举办的主题为仲裁和弱势方的研讨会上，Grec 也提出类似观点。Anne Moreaux, La partie faible dans l'arbitrage, Affiches parisiennes, 25 mai 2016.

③ Eric Loquin, Arbitrabilité et protection des parties faibles, Droit international privé, 2008, pp.135-164.

④ Christophe Seraglini, Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre, Gazette du palais, n°349, 2007.

⑤ 如最高院在 2017 年底所颁布的《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》中明确指出，在判定涉外仲裁协议效力时，在当事人没有选择准据法的情况下，法院在适用仲裁机构所在地法律与仲裁地法律时对仲裁协议效力有不同认定，那么应当选择确认仲裁协议有效的法律。

对弱势方主张权利设置各种障碍；在国际民商事争议中，强势方的地位优势则更为明显，此类争议案情复杂，由于涉及域外取证、文件翻译、聘请国外律师提供法律服务等因素，因此当事人的财力可能关系到最终的判决结果。此外，强势方也会利用自己的优势地位事先在格式合同中确定对自己最为有利的受诉法院地以及准据法，弱势方因信息不对称或出于生活需要，急于与强势方达成协议，从而接受强势方此种安排。

弱势方的权益保护是诉讼领域时常提及的一个话题。欧盟在推动一体化的过程中，通过内部协定和条例的方式规定了法院的管辖权及准据法的适用，以保证成员国法院的民商事判决在欧盟境内均能获得承认和执行。为了尽量减少弱势方由于其劣势地位从而受到的不利影响，欧盟在一般性规则之外，对涉及弱势方的案件作出了特殊安排。此种特殊规则实质上是对当事人的意思自治原则加以限制，防止强势方将其单方意志转化为双方当事人合意的结果，但同时为了避免公权力干预过当而导致当事人在缔约中受到过多限制，欧盟将应受到保护的弱势当事人限定为消费合同中的消费者、雇佣合同中的受雇佣人员以及保险合同中的被保险人。^①

国际商事仲裁作为跨国经济纠纷的重要解决手段，也存在双方地位不一致的问题。常理而言，仲裁存在的基础是双方当事人所订立的仲裁协议，因此仲裁的进程完全是双方当事人合意的结果，过多的司法干预会削弱仲裁的存在价值。但是仲裁机制正常运转的前提是当事人双方地位平等，如果此种平等不复存在，那么仲裁也无法发挥应有效用。^②仲裁的高度自治性并不会消除当事人地位不平等所带来的弊端，如一方当事人在格式合同中列入仲裁条款，而另一方当事人若不

① 目前欧盟关于境内民商事争议的法律适用及法院管辖权的规则分别见于《罗马条例 I》及《布鲁塞尔协定 I》。《罗马条例 I》对合同之债的法律适用作出统一安排。《罗马条例 I》针对消费合同于第 6 条加入特别规定，当事人所选择的准据法不能剥夺消费者惯常居住地强制性规范对其给予的保护。如果当事人没有选择争议适用的准据法，消费者惯常居住地的法律则自动予以适用。第 8 条则要求在跨国雇佣合同中雇主与雇员约定的准据法不得剥夺受雇佣地、工作地以及一切与雇佣合同最密切联系地的强制性规范所给予雇员的保护。《罗马条例 I》在此之外，扩大了成员国强制性规范的适用范围。依据第 9 条，即便一国法律并未被当事人指定成为准据法，但若该国强制性规范将争议纳入了管辖范围，那么强制性规范便得以适用。尽管立法者并未直接表明适用此条目的在于保护弱势方利益，但是得益于此条款，所有与争议相关的保护弱势方的强制性规范均得以适用。《布鲁塞尔协定 I》在明确法院的管辖权限时，尽量减少弱势方参与诉讼的成本。当消费者、被保险人和受雇佣人员提起诉讼时，于被告所在地之外，还可选择己方居住地法院，而弱势方若被列为被告，那么强势方只能在弱势方住所地起诉。考虑到强势方可能会要求订立排他性法院选择协议从而规避前述对弱势方的保护条款，《布鲁塞尔协定 I》规定双方当事人只有在两种情形下方能指定《布鲁塞尔协定 I》规定之外的法院地，其一是在争议发生后达成受诉法院约定；其二是此种约定仅是为了弱势方利益而设。

② Robert Paisant & Henry Motulsky, *L'arbitrage et les conflits du travail*, *Revue de l'arbitrage*, 1956, p.78.

仔细阅读合同内容并签署合同，那么便会在不知情的情况下接受仲裁协议，在此种情形下仲裁协议并非是双方当事人合意的产物。即便当事人事先获悉仲裁协议，但仍有可能因欠缺相关知识，将仲裁程序与诉讼混为一谈，并因此接受强势方的仲裁安排。^①强势方亦可对弱势方在仲裁程序中主张权利设置各种障碍，此种障碍既可以体现为提高当事人参与仲裁程序的经济成本，如仲裁协议指定与弱势方相距较远的仲裁机构、要求组成三人仲裁庭以增加仲裁费用，强势方也可能选择对己方最为有利或者不利于弱势方的法律，从而规避保护弱势方的法律规则。^②相较于诉讼程序，仲裁对于当事人的意思自治的依赖程度更高，这是国际商事仲裁得以发展的根本原因，但同时弱势方利益保护的问题则更加凸显。欧盟对此问题并未予以回应，^③使得欧洲各国不能依照统一标准对国际商事仲裁中的弱势方予以保护，各国唯有依照本国的仲裁理念和法律体系建立各自的弱势方保护规则。

二、法国国际商事仲裁高度自治性对弱势方保护的冲击

（一）弱势方的界定

于实践层面，法国早在 19 世纪便意识到强势方有可能滥用仲裁程序。Prunier 案是最高院首起以保护弱势方为由，否定仲裁协议效力的案例。在该案中，被保险人与保险公司订立了火灾保险合同，保单由保险公司事先制定，并列入了仲裁条款，后因发生火灾双方就赔偿金发生争议。被保险人向法院起诉，保险人则以双方订立仲裁条款为由否认了法院的管辖权。最高院提出保险公司的主营业地在巴黎，并且在全法均开展业务，保险公司未考虑被保险人的住所、损害事实发生地，在格式条款中将仲裁地一律定为巴黎，损害了被保险人的利益，保险协议因此归于无效。^④在之后的判例中，最高院进一步强化了对保险合同中弱势方的保护，即便被保险人履行了仲裁协议的内容（如按照约定指定仲裁员、参与完整的仲裁程序、提交证据材料），法院依然可以否认仲裁协议的效力。^⑤最高院在 Prunier 案中的作法随后扩展至保险领域之外的其他经济活动，只要主合同双方地位有所

① 高昂的经济成本是当事人在选择国际商事仲裁程序时所应考虑的因素。弱势方若对仲裁缺乏必要的了解，那么在发生争议后，可能会因财力所限从而放弃提起仲裁请求。此外，强势方若将仲裁作为解决争议的惯常手段，那么在仲裁的每个环节都及时采取应对措施，而弱势方则需要花费大量时间精力去了解仲裁的流程。

② 各国实践层面对于仲裁员的定性有所不同，如法国强调仲裁的契约属性，支持国际仲裁的“非本地化”理论，因此仲裁员并不受当事人指定准据法之外其他法律的约束。虽然仲裁员仍有可能基于自己的逻辑思考排除对弱势方明显不公的约定，但若将弱势方的保护完全托付于仲裁员自身的理念认识，其中有很大的不确定性。

③ 依据《罗马条例 I》第 1 条，本条约不适用于仲裁协议，因此仲裁员在选择准据法时，并不受《罗马条例 I》中弱势方保护条款的约束。

④ Cass. civ., 10/07/1843, Cie l'Alliance c / Prunier : D.1843, 1, p.343.

⑤ Cass. req., 15/071879 : D. 1880, 1, p.106.

差异，那么便不可在合同中订立仲裁协议，此种规定的目的主要在于保护被保险人、消费者、受雇佣人员等群体。^①此后，法国一直对强势方与弱势方在合同中所签订的仲裁协议的效力持否定态度。直至 2001 年法国在《民法典》中对地位显失公平的双方当事人之间仲裁协议的效力作出明确规定，将当事人订立仲裁协议的目的纳入仲裁协议是否有效的依据。主合同若是当事人在经营活动中所订立，合同中的仲裁协议有效。^②依据判例^③的解释，该条要求双方当事人均因经营需要订立主合同。^④如果一方并非出于经营需要而与经营者订立主合同，那么即被看作弱势方，经营者则为强势方。弱势方对该仲裁协议具有抗辩权，因此强势方与弱势方签订的仲裁协议并不必然无效，只要经过弱势方认可，双方仍应寻求仲裁。

在仲裁协议双方的身份之外，仲裁地也曾是法院界定弱势方的考虑因素。依据 19 世纪法国的逻辑，在国际商事合同中，双方当事人若将仲裁地设在外国，此类仲裁协议便排除了法国法院的管辖，这也就意味着法国当事人脱离了本国法院的保护。法国当事人由于欠缺对当地仲裁员的了解，很难指定熟悉的人选。倘若由仲裁程序引发争议，那么当地法院具有管辖权，法官很有可能会做出不利于法国当事人的判决。^⑤出于对域外仲裁庭及司法制度的不信任，法国将本国当事人一律视为弱势方，并据此否认此类仲裁协议的效力。此种以“保护弱势方”为由拒绝域外仲裁庭管辖权的举措使得法国一度被国际金融资本所排斥，法国与他国的商事交易也受到不小的影响。法国随后意识到不能以损害本国商事利益为代价而武断地否认外国仲裁庭的管辖权，遂于 1904 年承认了境外仲裁的效力。^⑥

于理论层面，学界意识到任何仲裁协议中双方地位都不可能绝对一致，针对弱势方的倾斜保护不等同于对所有仲裁中处于劣势的当事人一律给予特殊待遇，因此法院应首先界定能够受到倾斜性保护的弱势方的边界，方能调控司法对仲裁的干预力度、确保仲裁的自治性。^⑦对仲裁程序中弱势方作出界定是开展保护措施的前提。有学者提出，当事人是否具有足够的经济实力并保证能够毫无障碍地

① Robert Paisant & Henry Motulsky, *L'arbitrage et les conflits du travail*, *Revue de l'arbitrage*, 1956, p.78.

② 《民法典》2061 条。

③ Phillipe Marini & Fabrice Fages, *La réforme de la clause compromissoire*, *Dalloz*, 2001, p.2662.

④ 在 2016 年法国对此条进行修改以明确其含义，依据新修订的 2061 条，如果一方缔结的合同并不属于其营业范围，那么可就仲裁协议提起抗辩。

⑤ CA Paris, 8 nov. 1865 : D. 1867, 2, p.21.

⑥ Cass. req., 21/01/1904 : D. 1906, 1, p. 395.

⑦ Christophe Seraglini, *Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre*, *Gaz. Pal.*, 15 déc., para.3.

参与仲裁程序是界定弱势方的首要因素。^①若缔结合同时双方地位即已不平等，并由此导致弱势方在商讨合同内容时处于不利地位，当事人的意思自治原则难以发挥应有效用；此外，双方当事人若均为商事主体，即便实力有所差异，也不能认定一方为弱势方。按照此种逻辑，一方主体须是因维持自身生活需要等原因而缔结合同，并且与强势方相比，既无任何法律团队辅助，也无法律经验可言，所以与商人签订消费、服务合同的消费者、雇佣合同的受雇佣者均可以被视为合同中的弱势方。^②

（二）仲裁立法双轨制对于弱势方保护机制的削弱

法国自八十年代初在《民事诉讼法典》（以下简称《民诉法典》）中设立专篇对仲裁予以规范，明确了双轨制的立法模式，即对国内仲裁和国际商事仲裁分别制定规则。^③此后立法者在2011年对仲裁部分进行修订，但依旧延续了先前框架。

依照法国的观点，国内仲裁和国际仲裁的价值取向各有不同。国内仲裁和本国的公共利益、经济秩序、道德观念等因素联系较为紧密，所以立法者将本国司法体系的某些观念植入其中，并在国内仲裁法规中作出严格限制，有效地规范仲裁当事人及仲裁庭，防止当事人通过仲裁的方式规避法律；^④但是国际商事仲裁与一国的经济利益有直接关系，为了能够在国际商事仲裁领域占有一席之地，法国希望打造一个支持仲裁的环境，以便吸引当事人选择法国作为仲裁地。^⑤由于法国赋予了国际商事仲裁高度的自治性，因此法律规范对于国内仲裁的某些限制不再适用于国际仲裁，弱势方保护的问题也变得尤为突出。

一方面，法国为了最大程度保障国际商事仲裁的顺利进行，缩小了国际仲裁协议无效事由的范围，导致弱势方很难寻求恰当的理由要求法院否认仲裁协议的效力。

首先，在法律关系的商事属性判断上，法国采取了民商分立的立法模式，在《商法典》中采取了列举的方式，对商事行为的种类予以划分，^⑥但是《商法典》对于商事行为的限定仅适用于国内法律关系，而无涉国际仲裁商事属性的判断。

《民诉法典》1504条规定，具备国际商事利益的仲裁方可被认定为是国际商事仲裁。依据法国判例，只要争议与国际经济活动有关，即与争议合同相关的资金、人员、货物等要素出现了国家之间的转移，那么由该争议所引发的国际仲裁即具

① Klaus Sachs, La protection de la partie faible en arbitrage, Gazette du palais, n°2, 2007, p.22.

② Pierre Mayer, La protection de la partie faible en droit international privé, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison franco-belge, LGDJ, 1996, p.513.

③ 参见《民诉法典》第4篇。

④ René David, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, p.102.

⑤ Pierre Mayer, Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ?, Revue de l'arbitrage, 2005, p.369 et s.

⑥ 参见《商法典》第1条和第2条。

有商事性，^①因此国际性消费合同、雇佣合同等关系所引发的仲裁程序均具有商事性，弱势一方并不能依据《商法典》对商事性的规定而否认仲裁协议的效力。

其次，法国对于国内仲裁协议设立了较为严格的审查环节。法国自 **Prunier** 案开始，经过一百多年的探索和总结，最终在《民法典》2061 条给予了弱势方对仲裁协议抗辩的权利，只要符合条件的弱势方对仲裁协议的效力提出异议，即不受协议约束。反观国际商事仲裁领域，法国赋予了仲裁协议高度的独立性，以便最大程度减少各种限制性规定对于协议效力认定的不利影响。在 **Dalico** 案中，最高院确认了在审查仲裁协议效力时并不会适用冲突规范，而是直接适用实体规范，即只根据法国法中的强行法以及国际公共秩序判断仲裁协议是否有效，除此之外，其他任何法律对仲裁协议均无约束力。^②而《民法典》2061 条仅针对国内法律关系，^③所以即便仲裁协议的当事人身份符合该条规定的条件，却无法依此条主张国际商事仲裁协议无效。

再次，法国秉承了完整的仲裁庭自裁管辖权原则，即同时承认自裁管辖权的积极效力^④和消极效力。其中消极效力是为限制法院管辖权而设，依据《民事诉讼法》1448 条，若一方当事人向法院提出仲裁庭管辖权异议，除非仲裁庭尚未受理争议，或者仲裁协议明显无效或不具执行性，否则法院应驳回当事人请求。法国此种规定目的在于树立仲裁庭的权威，尽量将由仲裁引发的问题都交由仲裁庭处理，但是却在客观上提高了司法机关启动弱势方保护机制的门槛，使得弱势方以强势方利用优势地位滥用仲裁协议为由寻求保护的诉求很难获得法院支持，其中 **V2000 案**^⑤和 **Rado 案**^⑥是两起典型判例。在这两起案例中，弱势方向法国法院

① CA Paris, 13 June 1996, Société KFTCIC/Société Icori Estero et autre, note Emmanuel Gaillard, *Revue de l'arbitrage*, 1997, p.251.

② Cass. 1er civ., 20 décembre 1993, Municipalité de Khoms El Mergeb / Société Dalico, note H. Gaudemet-Tallon, *Revue de l'arbitrage*, 1994, p.116.

③ 法国司法部长曾提出，《民法典》2061 条应适用于居住在法国的消费者和营业地在国外的商人缔结的仲裁协议，以防止消费者在仲裁中遇到风险，但是此项提议最终并未获得法律效力。Rép. min. N° 35415, JO Sénat Q, 31 janvier 2002, p. 314.

④ 自裁管辖权的积极效力是针对仲裁庭而言。在仲裁程序中，一方当事人若对仲裁庭的管辖权存疑，仲裁庭有权决定是否具有管辖权。

⑤ 在 **V2000 案**中，一位法国消费者与法国公司缔结了一份汽车的买卖合同，汽车系在英国生产。双方在合同中定有仲裁协议，并将仲裁地定于英国。消费者随后以该商品出于自用为目的，请求法院认定仲裁协议无效。法院认定仲裁因包含有国际商事利益，涉案的标的物与两国产生联系，因此具备国际性。在此基础上，法院认为仲裁协议并无任何明显无效的事由，应由仲裁庭判断争议是否具有可仲裁性。Cass. 1er civ., 21 mai 1997, Renault c/V2000, note Emmanuel Gaillard, *Revue de l'arbitrage*, 1997, p.537.

⑥ 在 **Rado 案**中，一家美国公司用英文拟定了一份格式合同，并且通过上门推销的方式得到了一位法国金融消费者的签字。法国消费者先在美国银行开设账户，随即向该公司转账一笔资金，并委托该公司管理这笔款项。但是公司在未经法国当事人同意的情况下将资金又转移至另一家公司，随后公司将资金投资于风险市场。数月之后，账户资金变为负数。法国消

请求裁定仲裁协议无效,但是法院却坚持认为强势方是否利用优势地位迫使对方接受不利的仲裁协议并非协议明显无效的理由,要求当事人只能采取仲裁的方式。

另一方面,法国对于国际仲裁极度宽松的审查规定给弱势方利益的保护带来了更多的不确定性。在仲裁高度自治性的指引下,法国强调仲裁的非内国化理念,仲裁裁决与任何国家的司法体系并无任何联系,仲裁地仅具有地理上的意义,仲裁裁决并非依附于仲裁地的司法制度。因此在涉及到境外所作裁决的承认与执行程序,即便他国法院撤销一项裁决,法国法院作为执行地法院,也不会以此为由拒绝执行裁决,而是坚持以法国标准进行审查,并执行符合本国标准的裁决。尽管此举可以最大程度保护裁决的效力,但是倘若仲裁地法院基于仲裁协议被强势方滥用而撤销裁决,那么由于法国法院并不承认外国法院撤销决定对裁决效力的影响,依旧会依照自己的标准另行审查裁决的执行力。此外,法国法院在审查国际仲裁裁决时,将国际公共秩序作为审查依据,但是法院并不会深入裁决的实体部分予以分析,仅在裁决违反国际公共秩序达到非常明显的程度方能否定裁决的效力,^①所以法院的司法审查并不能满足仲裁弱势方保护的需求,也并不能成为保护弱势方利益的最后一道“屏障”。

三、法国的救济手段

(一) 仲裁管辖权的限制

法国学者意识到仲裁高度自治所带来的负面影响,并据此提出应对仲裁的自治性作出一定程度的限制,使得弱势方能够以较小的成本保护己方利益,^②而法国也在仲裁自裁管辖权的消极效力方面寻求突破。

法国《劳动法典》已对仲裁协议的效力作出限定,要求雇佣合同中的仲裁协议不得与特定法院的管辖权相冲突,其中 R1412-1 条规定,受雇佣者如果在工作

费者向法国法院起诉,要求撤销与美国公司之间的协议。美国公司则提出合同中包含有仲裁协议,约定仲裁地位于美国,并依照美国期货协会规则予以裁决,所以法国法院无权受理。尽管案件中的诸多因素,如合同形式、合同语言、仲裁地、仲裁适用的准据法等均对美国公司有利,但在此种情况下,法院依旧提出,即便当事人提出仲裁协议与法律中保护弱势方利益的规则相冲突,无论强势方有无滥用仲裁协议,法院都不能代替仲裁员审查仲裁庭的管辖权。虽然仲裁庭在随后的裁决中并未支持美国当事人的请求,而是考虑到仲裁协议有被强势方滥用的可能,据此否定仲裁协议的效力,但是法国消费者为此付出了大量的时间和经济代价。由此可见,原本以确保国际商事仲裁高度自治性为导向的自裁管辖权消极效力增加了弱势方通过仲裁维护自己权利的成本。CA. Paris, 2 avril 2003, Rado c/Painwebber, note X. Boucobza, *Revue de l'arbitrage*, 2005, p.115.

① Luca G. Radicati di Brozolo, *L'illicéité qui crève les yeux : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international*, *Revue de l'arbitrage*, 2005, p.529.

② Christophe Seraglini, *Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre*, op.cit. ; Eric Loquin, *Arbitrabilité et protection des parties faibles*, op.cit.

单位内完成工作，工作单位所在地的劳动法院有管辖权；如果工作是受雇佣者在住所完成或单位之外完成，住所地劳动法院也有权管辖；此外，受雇佣者也可选择雇佣协议订立地或者雇佣单位所在地的劳动法院。任何合同条款若与劳动法院的地域管辖权不符，则不具效力。尽管《劳动法典》并未明述此条导向在于保护弱势方利益，但是其后最高院在判例中明确，国际雇佣合同中的受雇佣人员如果起诉至对争议有管辖权的法国法院，不论雇佣合同应适用何种准据法，受雇佣人员均不受仲裁协议的约束。^①由此可见，R1412-1条实际是为本国受雇佣人员而设，防止其失去诉诸法国法院的救济措施。在该条严密的保护下，只要雇佣关系中存在与法国相关的因素，那么法国法院便具有管辖权。同时该条为了减少对仲裁的冲击，并未一律否定国际雇佣关系中仲裁协议的效力，而是由受雇佣者决定是否将争议交由仲裁解决。但是最高院判例仅针对受雇佣人员主动起诉至法院的情况，若受雇佣者作为仲裁的被申请人是否仍可请求法院审理并不明朗。法国学者提出应扩大R1412条的适用范围，无论雇佣单位是否已经申请仲裁，受雇佣人员均保留向法院起诉的权利。^②

法国在构建消费者的保护机制时，并未直接提及仲裁协议的效力问题。法国《消费法典》L212-1条对强势方滥用优势条款作出定义，此类条款损害了消费者利益，并导致合同双方权利义务明显不对等。因此商人与消费者签订的仲裁协议若被界定为滥用优势条款，那么即因违反公共秩序而无效，但是弱势方在诉诸法院时对强势方利用优势地位负有举证责任，法官对于滥用优势也并无统一的审查标准，而是依据各个案件的具体情况灵活判断。此种规定增加了弱势方的维权成本，削弱了本应有的保护效果。从有效保护弱势方的角度出发，学者建议最高院仿照国际雇佣合同中受雇人员的保护方式，针对各领域的弱势方保护制定专门性的条款，明确规定合同中非以经营为目的寻求商品或服务的一方可直接主张仲裁协议对其不发生效力。^③

法国对于仲裁管辖权的限制不仅表现为仲裁程序开始前弱势方可直接向法院起诉，同时在仲裁程序结束后，法院也应当允许弱势方提出撤销裁决的请求。在前述弱势方倾斜保护立法建议的基础上，学者进一步提出，依据《民事诉讼法典》1520条，如果仲裁庭对自身管辖权作出错误判断，那么法院即撤销裁决。^④所以弱势方可以以仲裁庭忽视强势方滥用优势地位缔结仲裁协议为由要求法院进行

^① Cass. soc., 9 octobre 2001, SA Kis / Lopez-Alberdi, note Th. Clay, Revue de l'arbitrage, 2002, p.347.

^② Cass. 1re civ., 5 janvier 1999, Zanzi/Coninck et al., note Ph. Fouchard, Revue de l'arbitrage, 1999, p.260.

^③ Christophe Seraglini, Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre, op.cit.

^④ 该套规定亦适用于法国法院对外国裁决执行力的审查程序。

审查，此时法院应区分仲裁协议是否是弱势方真实的意思表示。^①如果弱势方在争议发生后选择仲裁并且知晓争议产生的原因，那么应推定仲裁是弱势方的自主选择，不再受法律的倾斜保护；仲裁协议若是在争议发生前订立，且弱势方向仲裁庭提出不接受仲裁协议约束或者未参与仲裁，那么法院可以推定仲裁庭因未遵守针对弱势方倾斜保护的规则而撤销裁决；即便弱势方随后参与整个仲裁程序，并不能视为其放弃适用保护性规则，而应由强势方举证弱势方默认了仲裁协议的效力。

（二）仲裁员公正性的维护

仲裁员作为争议的裁判者，与裁决的质量关系最为紧密，仲裁庭组成的公正性是确保裁决公平的首要要素。1992年最高院在 *Dutco* 案中明确了双方当事人在指定仲裁员时应享有同等权利。^②仲裁庭是当事人合意的产物，因此尽管弱势方和强势方社会地位、经济实力不对等，但是在仲裁程序中应保持权利一致。法国 2011 年在修订仲裁法规时，以法律条文的形式确立了仲裁庭应保证当事人地位平等这一原则。^③依据此项规定，如果强势方在格式合同中列入仲裁条款，那么条款不能直接指定参与仲裁的人员名单或条件。

强势方与指定的仲裁员是否存在利益关联也是法国在维护仲裁庭公正性时所考虑的要素。通常而言，弱势方在日常生活中很少接触仲裁，平时与仲裁员并无任何来往，所以弱势方所指定的仲裁员在裁决案件时并不会刻意偏袒弱势方；而强势方为了降低营业过程中的法律风险，必然会有一套完备的争议解决机制。如果强势方倾向于将仲裁作为日常争议的解决方式，那么为了能够获得有利裁决，强势方可能会和特定仲裁员达成默契，在所有仲裁案件中都指定该名仲裁员，此时仲裁员难以做到不偏不倚。最初法国在此种情况下，并未对弱势方有任何倾斜性的保护，^④直至 2010 年的两起案件中，强势方均将仲裁作为争议的惯常解决方式，并且多次指定同一名仲裁员，弱势方随后以该名仲裁员难以公正处理案件为由要求法院撤销裁决。最高院指出一方当事人在相当长的一段时期内，在针对同一类型合同争议所引发的仲裁中总是指定同一仲裁员，那么双方便形成了一种惯常的业务往来，仲裁员有义务将此种状况完整地告知另一方当事人，以便对方

① Christophe Seraglini, *Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre*, op.cit. ; Klaus Sachs, *La protection de la partie faible en arbitrage*, op.cit.

② Cass. 1er civ., *Dutco/BKMI et Siemens*, 7 janvier 1992.

③ 参见《民法典》1510条。

④ 在 1999 年的 *Frétal* 案中，弱势一方当事人提出，强势方在所有仲裁案件中均指定相同的仲裁员裁决案件，所以应当撤销裁决。法院则认为弱势方没有足够的信息证明该名仲裁员缺乏独立性及公正性，因此承认了裁决效力。CA Paris, 28 octobre 1999, *Frétal /ITM Entreprises*, note Ph.Grandjean, *Revue de l'arbitrage*, 2000, p.299.

考虑是否有必要要求该名仲裁员回避。^① 最高法院并未禁止强势方备有固定的仲裁员人选，而是将此种否决权交予弱势方，弹性化的设计既可以保护弱势方利益，同时也可最大程度保留另一方当事人的仲裁员选择。^②

此外，裁决的公平有赖于仲裁员准确适用有关保护弱势方的规则。依据欧盟法院的判例，在消费合同所引发的仲裁中，即便当事人并未在仲裁程序中提出与弱势方保护相关的公共秩序条款，法院应主动依照公共秩序重新审查裁决效力，若裁决有悖公共秩序，法院予以撤销。^③ 所以尽管法国坚持仲裁“非本地化”的理念，但是仲裁员仍须遵循仲裁地的公共秩序，并且在弱势方未提及对己方有利的公共秩序的情况下，仍应予以主动审查，确保裁决得到法院认可。^④

（三）保险工具效能的发挥

弱势方利益的保护不仅需要公权力介入仲裁程序，进行有效的监督，同时弱势方也须积极采取措施以便向仲裁庭递交证据并提出支持己方请求的理由，从而获得公正的裁决。法国提供诸种保险工具使得弱势方可以将部分仲裁成本转移给保险人，减少自身所担的风险。尽管保险制度并非是针对弱势方的特有保护措施，但是考虑到弱势方承担仲裁成本的能力较低，因此保险制度无疑能够更好地维护弱势方的利益。

责任保险是弱势方成为仲裁被申请人时，有效规避仲裁风险的一种方式。保险人在与被保险人签订责任保险合同时，常常会加入争议解决指引条款。通过该条款，若被保险人成为仲裁程序中的被请求人，保险人可以指引被保险人采取恰当的应对措施。由于被保险人在订立责任保险合同后，在限额之内的赔付责任均由保险人承担，因此当第三方提起仲裁追究被保险人责任时，被保险人可能怠于提出抗辩。争议解决指引条款的目的在于督促被保险人积极参与仲裁程序、主张自己权利，并最大程度减轻保险人的赔付责任。若被保险人处于弱势方的位置，由于保险公司能够提供专业的法律建议，甚至能够寻找律师代为参与仲裁，弱势方不再因与对方资源相差甚远而处于不利局面，因此争议解决指引条款客观上消除了仲裁双方的地位差异。

① Cass 1er civ., 20 octobre 2010, n°09-68.131; Cass 1er civ., 20 octobre 2010, n°09-68.997.

② 与之相比，法国之外某些仲裁机构在处理消费者和商人之间的仲裁纠纷时，不再允许当事人任意选择仲裁员。如依据加拿大车辆仲裁计划(Canadian motor vehicle arbitration plan)，消费者与汽车制造商因车辆质量、保险等问题引发仲裁，仲裁机构在仲裁员名单中随机选择仲裁员裁决案件；美国金融业监管局(Financial industry regulatory authority)设置了中立名单选择系统(Neutral list selection system)，系统针对每次仲裁随机抽取数名仲裁员以供金融消费者和金融公司选择。

③ CJCE, 26 octobre 2006, Mostaza Claro c/Centro Movil Milenium.

④ 虽然欧盟判例仅针对消费合同仲裁，但是法国学者认为国际雇佣合同仲裁程序的仲裁员也应主动审查案件是否涉及公共秩序。Christophe Seraglini, *Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre*, op.cit.

司法保护保险是指保险人承担被保险人争议解决程序所负担的费用,并且为被保险人提供保险合同中所列明的各项服务,法国对于司法保护保险的适用范围并无特别限制,^①只要保险人和被保险人达成合意,仲裁也可被列为司法保护保险人的承保范围。与责任保险相比,司法保护保险能够全面保护弱势方利益。责任保险只能在第三方主动提起仲裁,要求被保险人承担赔付责任时发挥效用,而弱势方作为司法保护保险的被保险人,如果向强势方提出仲裁请求,保险人应按照保险合同要求提供协助;此外责任保险人出于自身利益考虑,对超出自身赔付责任的部分并不会提供法律协助,但是司法保护保险人在履行合同义务时并无此种考虑,针对强势方提出的所有仲裁请求采取积极的应对措施,最大程度保护弱势方的利益。

四、法国经验对中国的启示

(一) 中国仲裁法中弱势方利益保护的需求

涉外关系中的弱势方保护是我国立法工作关注的重点。我国在2010年颁布的《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《适用法》)中设有对于弱者保护的条款,其内容涵盖了消费者合同^②和劳动合同^③,立法者首次通过倾斜性保护立法的方式,在国际私法领域明确了对弱势方的保护,优先适用与弱势方相关或者对弱势方有利的法律。^④但是现有条文主要针对的是法院的诉讼程序,仲裁中当事人的意思自治却不受此影响,所以并不能解决国际仲裁中弱势方的保护问题。而《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)颁布于1994年,远早于《适用法》,虽然《仲裁法》对我国现代意义上的仲裁制度在建立初期起到了巨大的推动作用,但是囿于当时的理论发展水平及案例的稀缺,立法者对仲裁中的弱势方保护性规定非常有限。^⑤出于促进仲裁自身发展和提升中国仲裁法律国际影响力的考虑,第十三届人大常委会已将《仲裁法》的修订列入二类立法规划,如何填补仲裁弱势方利益保护的空白应是立法者所不可回避的问题。

仲裁相对于法院诉讼有不可比拟的优势,这也是仲裁的意义所在,国家唯有赋予仲裁高度的自治性方能充分发挥仲裁价值。法国基于这一条思路,强调仲裁赖以存在的基础是当事人的合意,减少公权力对仲裁的干涉,保护裁决的效力。

① 依据《保险法典》L127-1条,司法保护保险可以适用于民事、刑事及行政案件。

② 《适用法》42条。

③ 《适用法》43条。

④ 如《适用法》42条和43条将消费者经常居所地法和劳务派出地法作为争议解决的准据法。

⑤ 《仲裁法》17条将一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议作为仲裁协议无效的情形。强势方若要通过仲裁协议获取不当利益,那么往往采取此种手段,因此此条可看作《仲裁法》对弱势方保护的規定。

法国仲裁制度在国际纠纷解决机制中的重要地位应归功于公权力给予了仲裁充分的发展空间,但是高度的自治性也带来诸多弊端,如果不能妥善解决自治性带来的消极影响,那么最终仲裁也将会停滞不前。弱势方利益的维护便是法国学者和司法部门所要解决的问题之一。仲裁的自治性既然是弱势方利益难以得到保障的根源,适当限制仲裁自治性也是解决问题的核心。立法者及法国学者试图在不触及仲裁整体自治性的情况下,改革现有规则以有效保护弱势方利益。^①基于这一视角,法国对仲裁员的公正性及裁决过程作出了更为严格的要求,学者提出应区别对待普通的仲裁协议和涉及弱势方的仲裁协议,并对后者制定专门性的强行法予以约束。此外,弱势方作为被保护对象,也可以利用保险这一救济手段减少仲裁成本。

我国已将提高仲裁公信力作为各地仲裁工作的目标,结合目前中国对于仲裁限制过多的实际状况,减少司法权对仲裁的限制应是改革的第一层要求。^②公权力只有给予仲裁效能充分发挥的空间、尊重仲裁员的裁决结果,当事人才愿意将争议交由仲裁解决;在重构中国的仲裁法时我们也不能忽视加强仲裁的自治性亦会导致新问题,应制订配套措施从而降低仲裁自治性对裁决公正性的消极影响,这也是保障仲裁公信力的第二层要求,只有使得当事人确信争议中的权利义务将会得到正确的分配,当事人才有意愿寻求仲裁。^③

依照《仲裁法》第二条的规定,平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同及其他财产权益纠纷可以仲裁。因此在劳动合同争议之外,经济领域中地位显失公平的双方之间的争议可纳入仲裁管辖范围,弱势方的保护和加强仲裁自治性之间必然会产生冲突。法国在实践中所遇到的弱势方保护的问题以及提出的对策能够为我国寻求解决方案提供若干思考方向。

(二) 仲裁中特殊保护对象的划分

不论是在诉讼还是在仲裁程序中,弱势方的界定是对其进行保护的前提。我国学者在谈及涉外关系中的弱势方界定时,提出国际私法学泛泛地从社会学角度夸大弱者的范围,对《适用法》的立法产生了错误的影响。^④尽管该观点主要在于批评《适用法》将弱者保护延伸到了家庭关系,无涉本文所探讨的经济关系中的弱者,但由此可见,我国缺乏对涉外关系中弱势方的整体界定标准,这必然会影响到国际仲裁中的弱势方的判断,所以在修订中《仲裁法》应亟待厘清司法权

① 出于此种考虑,法国学者并未要求对弱势方与强势方所签订的仲裁协议一律认定为无效。

② 《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》将“切实保障仲裁委员会独立开展工作”及“严格落实当事人意思自治原则”列入贯彻落实仲裁法律制度的要求。

③ 《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》针对改革完善仲裁委员会内部治理结构提出,健全仲裁委员会内部监督制度,以确保裁决质量。

④ 袁发强:《我国国际私法中弱者保护制度的反思与重构》,《法商研究》2014年第6期。

介入的边界。

如果争议发生在商人之间，强势方可能会利用信息不对称、话语权等优势在主合同中加入有利于己方的仲裁协议，但是如果把此种情况下的劣势方界定为法律所需要特殊保护的主体，那么无疑将会损害仲裁的稳定性，弱势方的保护也将成为当事人规避不利裁决的借口。此外，商人之间的协商缔约属于正常的商事力量博弈，谈判的技巧、法律专业人士的配备等要素是商人竞争力的体现，法律不应当干涉。^①而仲裁协议的一方主体并非商人，必然不具备应对商事竞争的能力，也不可能和商人的交易过程中建立风险规避机制，所以此时仲裁的自治性应让位于非商人群体的利益保护，我国在修订《仲裁法》时，须对虽不具备商人身份，但与商人订立仲裁协议的主体予以特殊保护。

（三）仲裁管辖权的特殊规定

我国的仲裁管辖权一直受到学界诟病。《仲裁法》将仲裁庭的管辖权交由仲裁委或者法院决定，^②尽管某些仲裁机构授权仲裁庭可以在特定的条件下判断是否有权受理案件，^③但是与他国的自裁管辖权相比，仍有实质差异，中国的仲裁庭对案件的管辖并不具有实质的决定权。考虑到很多仲裁制度较为发达的国家均将案件管辖的决定权下放至仲裁庭，同时《国际商事仲裁示范法》也肯定了仲裁庭对自身管辖权作出裁定的权力，^④中国应重新思考现有的仲裁管辖权，并作出改变。依照现有规则，仲裁机构的权限过小，^⑤所以在下一步改革中，不仅应将仲裁管辖的决定权交由仲裁庭行使，同时在设置仲裁庭与司法审查的关系时，应当赋予仲裁庭更多的优先效力，如果仲裁庭已经对仲裁协议的效力进行审查，除非仲裁协议明显违背了公共秩序，否则法院不宜中止仲裁。

为避免出现法国弱势方因仲裁庭自裁管辖权而遭遇维权成本过高的问题，中国在提升仲裁庭权限的同时，须对非商事主体与商人之间的仲裁协议效力作出限制性规定，但是同时需要避免出现过度保护的情况。《适用法》在应对涉外消费合同及涉外雇佣合同准据法的适用时，采取了弱势方单方选择准据法的方式。而我国在处理仲裁庭的管辖权的问题时，同样可以依照此种逻辑，允许弱势方单独否认仲裁协议效力，在此基础上规定个人非因经营需要而与商人签订合同，不受

① 中小企业在和大型企业订立仲裁协议后，若要维护自己的权益，需要举证仲裁协议并非是基于双方合意所签。

② 参见《仲裁法》20条。

③ 参见《贸仲仲裁规则》第6条和《上海国际仲裁中心仲裁规则》第6条。

④ 参见《国际商事仲裁示范法》第16条。

⑤ 依据最高院所作《关于确认仲裁协议效力几个问题的批复》，一方当事人申请仲裁机构确认仲裁协议效力，另一方当事人请求法院确认仲裁协议无效，只有在仲裁机构先于法院受理且已经作出决定的情况下，法院不予受理。否则，法院应予受理，并通知仲裁机构中止仲裁。

其中仲裁协议的约束。^①该条规则应被列入我国的公共秩序，即仲裁庭负有主动审查义务，若仲裁双方身份符合弱势方和强势方的界定，弱势方只有在明示放弃法律对其保护条款的情况下方能承认仲裁协议的效力。如果在裁决作出后，弱势方以不知此条规定为由提起撤销之诉，强势方对弱势方之前自愿仲裁的行为负有举证责任，如证明已告知对方订立仲裁协议的法律后果，且弱势方选择其他争议解决方式对主合同的缔结及履行并无任何影响，否则仲裁协议无效。^②

（四）仲裁员的指定

当事人的意思自治是仲裁的基石，双方当事人可以通过自治原则约定仲裁地、仲裁适用的准据法、仲裁语言等要素以便寻求最为便捷的仲裁方式，意思自治应服务于仲裁程序的所有当事人，而不应成为一方当事人通过牺牲另一方利益从而获取便利的途径。从此种意义而言，对强势方的“意思自治”予以限制，与当事人意思自治原则并不违背。而限制的目的，则在于最大程度确保仲裁员的公正性。

《仲裁法》允许仲裁程序的双方各自选定一名仲裁员，而首席仲裁员则由仲裁委指定。^③该规定看似赋予了双方当事人对仲裁庭人选同等的影响力，但是在弱势方与强势方对垒的情况下，强势方显然能够依靠关系网络更易指定有密切联系的仲裁员。我国在重构仲裁法时，应当就强势方对仲裁员的指定权作出特殊规定。仲裁员被强势方指定后，有义务披露与强势方的关系，具体包括近五年是否被强势方或子公司指定为仲裁员，或在法院诉讼程序中作为委托代理人；有无担任强势方或子公司法律顾问或其他职务的履历。如果该名仲裁人选有过上述经历，那么弱势方可以要求强势方重新选择。^④倘若仲裁员申报不实，那么法院应当撤销或拒绝执行裁决。为了督促仲裁员如实履行披露义务，同时要求申报不实人员在其他案件中若再次被选为仲裁员，须在仲裁员独立性声明中公开执业瑕疵。

① 有学者提出为在冲突规范中加强对弱势方的保护，应采取结果选择的模式，法律明确规定适用对弱者有利的法律。笔者所提建议则属于管辖权方面的结果选择模式，即将仲裁庭是否有权管辖完全交由弱势方决定。屈广清：《论保护弱者的国际私法方法及其立法完善——以冲突规范的保护方法为中心》，《法商研究》2006年第5期。

② 尽管《仲裁法》17条允许弱势方以受胁迫为由主张仲裁协议无效，但是弱势方的举证责任削弱了该条的保护效力，所以笔者建议在《仲裁法》修订之前，若是符合条件的弱势方提出胁迫事由，那么法院要求对方证明弱势方的理由并不成立。

③ 《仲裁法》第31条。

④ 《仲裁法》第34条规定如果仲裁员与本案当事人有其他关系，可能影响公正仲裁，必须回避。本建议可以视为是34条在弱势方参与仲裁情形下的具体应用。但是建议中所列举的情况并不表明仲裁员一定会在裁决过程中偏向强势方，因此无须要求仲裁员一律回避，而是交由弱势方决定。

（五）保险工具的设立和推广

法院作为国家的司法机关，能否公正判决不仅决定当事人的合法利益是否能够得到承认，同时关系到国家的稳定和社会秩序的维护。因此国家设立了司法救助机制，着重保护弱势群体的诉讼权利：如减免诉讼费用，消除弱势群体维权的经济阻碍；鼓励律师为特定人群提供免费的法律咨询服务，以弥补诉讼中信息不对称的不利因素；法院对特定类型的案件快速审结，尽快落实弱势群体的权利保障。司法救助机制在社会主义法治建设中起到了巨大作用，但是我们也应看到，诉讼过程中的救助方式多是以公权力为主导，缺少商业力量的参与。^①仲裁机构并非国家机关，司法救助机制并不能在其主导的仲裁程序中发挥作用。但是仲裁的成本远远高于诉讼，换言之，当事人也承受了更大的风险，因此亟须为仲裁当事人设立风险化解机制。此种仲裁协助措施与诉讼中的司法救助机制有明显区别，仲裁虽同样承担了解决纠纷的任务，但并非是最基本的社会矛盾解决方式。如果允许公权力对仲裁中的弱势方施以同等保护措施，那么不仅会有损仲裁协议的严肃性，也会造成公权力轻易介入仲裁的状况，所以对仲裁弱势方帮助的重点在于按照市场规律提供相应服务，并依靠市场力量弥补仲裁弱势方的劣势，而非公权力的“救助”。

保险的使命在于规避风险，因此保险也应该承担投保人在争议纠纷解决程序中的各项风险。从法国的实践情况来看，争议解决保险主要的适用领域是诉讼，而仲裁只是此类保险适用范围的延伸，所以对于我国争议解决保险产品的设置和运用也应从诉讼开始，并允许当事人在保险合同中将仲裁程序纳入承保事项。我国目前已经创设了诉讼财产保全责任保险，保险公司可以介入诉讼中的财产保全环节，那么在之后的发展过程中，也应当鼓励保险公司将支付诉讼费用、提供专业的法律建议甚至指派律师等纳入服务项目，并逐步推广至仲裁领域。

结语

随着国际仲裁自治性的强化，其中的弱势方利益应引起立法者的注意。虽然《仲裁法》将胁迫作为仲裁无效的事由，但难以为弱势方提供足够的保护。弱势方保护的实质在于限制仲裁的自治性，看似与以提升仲裁自治性为导向的改革措施相悖，但是仲裁法改革的最终目的是提高仲裁质量和公信力，因此在特定情况下，仲裁的自治性需要让位于弱势方的权益维护。同时立法应在仲裁自治性与弱势方倾斜保护之间寻求平衡，防止法院过多的干预。要达成此项目标，首先需要

^① 某些地方法院为了解决执行难的问题，与保险公司签订司法救助保险协议，法院作为投保人，将部分救助资金作为保险金，为受到人身损害的当事人投保。如果当事人因无法执行而不能获得赔偿，保险公司代为拨发赔偿金。此种模式下，合同签订的双方是司法机关和保险公司，当事人并非合同主体。

明确弱势方的界定标准，对于标准之外的劣势方只能依据普通规则寻求救济；其次从仲裁协议的效力和仲裁员的资质出发，允许弱势方不受仲裁协议的约束，以寻求法院保护。倘若弱势方愿意接受仲裁，那么则需要保证仲裁员不受强势方的影响；最后允许商业性的风险防范机制的介入，既可以保护弱势方的利益，同时不会影响仲裁的自治性。

平行进口中商标“混淆可能性”的判定:欧盟的经验及对中国的启示

马旭霞^①

摘要:平行进口近几年随着自贸区数量的增多和电子商务平台交易模式的兴起在国内备受瞩目,该领域内的商标侵权问题也是我国司法实务界关注重点。针对该领域的商标侵权认定集中于对“混淆可能性”的判定。欧盟区域内追求最大化自由贸易和货物流通与我党十九大中所强调的贸易畅通目标有相似的政策背景,欧洲法院针对商标“混淆可能性”的认定所考量的因素也具有一定变通性,而该变通性也使欧洲法院针对平行进口商标侵权的认定更符合欧盟境内贸易政策同时也平衡了私人利益和公共利益的冲突。因此欧洲法院判例法关于平行进口中商标侵权“混淆可能性”认定所考量的多位因素对我国法院在新时代新经济环境下平行进口商标侵权的认定具有一定理论性和应用性的参考价值。

关键词:平行进口 商标侵权 混淆可能性 司法保护 利益平衡

引言

近几年国际贸易的种类发展迅速,在新一轮的大国之间的贸易竞争中,我国以巨大的市场潜力占据优势。随着各种贸易量的扩大,贸易的种类也日新月异。伴随着人们对于利益追求手段的不同,不同的贸易方式带来不同的经济效益。平行进口是众多新兴贸易手段的一种,在欧美发达国家数量较多。我国处于低价位国家,一般平行进口的输出方式是平行进口商在低价位国家购买了低价位商品然后在高价位国家进行销售,因此2010年之前平行进口在我国并不普遍。但随着我国自贸区数量的逐渐增多以及网络购买模式的快速发展,近年来我国平行进口的数量呈直线上升趋势,并迅速占领可观的市场份额。平行进口背后的权利穷竭理论,TRIPS持开放态度,由各国根据各自的国情采取不同的态度。根据各国的实践,主要分为国内穷竭、区域穷竭、国际穷竭。我国现阶段针对专利实行国际穷竭原则,但是在与商标有关的平行进口方面,我国并未在商标法给予明确的穷竭态度。由于平行进口的数量在我国市场贸易份额逐年提高,且自贸区内涉外贴牌加工商标侵权问题数量增多,而这些侵权产品有可能会被平行进口至国外并导致国外消费者产生混淆而引来国外商标权人的诉讼,因此与平行进口有关的商标

^① 马旭霞,法学博士,浙江财经大学法学院讲师。原文发表于《政法论坛》2019年第37卷第2期。

保护更凸显其重要性。

在平行进口领域,根据欧美的司法实践,认定商标侵权最重要的标准也是对“混淆可能性”判定。然而具体的实施则更多依赖于欧洲法院和美国法院法官根据不同案件所形成的判例法。具体而言,就欧盟来说,欧洲法院(European Court of Justice)结合欧盟商标指令(Trade Marks Directive)中商标权利穷竭问题和商标侵权要件来判定平行进口之中的商标侵权。其最终对于商标侵权“混淆可能性”的认定主要依赖于欧洲法院的判例法所总结出的原则。习近平总书记在十九大报告中点明“中国坚持对外开放的基本国策,坚持打开国门搞建设,积极促进‘一带一路’国际合作,努力实现政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通,打造国际合作新平台,增添共同发展新动力。”^①因此,同样是追求和保障区域内商品服务流通自由,针对平行进口中商标侵权问题的认定,欧盟(整体作为TRIPS成员)的司法实践对我国平行进口商标权法律保护制度的完善有一定的借鉴作用,也为今后日益发展的创新经济给商标权保护带来的新挑战提供更好的解决途径。

一、“混淆可能性”标准的确立与界定

(一)“混淆可能性”标准的确立

提到“混淆可能性”,首先会联想到判定一般商标侵权的标准,即未经商标权人同意的第三人在与商标权人相同或类似的商品上使用相同或近似的商标,以致消费者在购买时,将第三人的商品与商标权人的商品建立联系而产生混淆,第三人的该种行为构成商标的一般侵权。自19世纪中叶后,由于知识产权法的逐步完善和民众对知识产权财产权属性的逐步接受和重视,美国和部分欧洲发达国家逐步将“混淆可能性”判断标准代替原有的判断商标侵权的主观欺诈标准^[3](P.71)。McCarthy教授指出“主流观点认为对于任何商业符号或不正当竞争的侵权问题,应当由混淆可能性测试所决定,意图去侵害或混淆仅仅是混淆可能性是否会发生的相关证据”^[4](P.105)。我国自商标法第三次修订后,也在商标法第57条中明确规定“未经商标注册人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标,容易导致混淆的,构成商标侵权。”^②该标准不单适用于一般的商标侵权,更主要运用于判定特殊的商标侵权:不仅包括商标丑化,淡化,退化,也包括平行进口语境下,商标侵权的判断。

① 摘自《党的十九大报告》。

② 参见《中华人民共和国商标法》第57条。

（二）“混淆可能性”的界定

混淆可能性所针对的消费者群体也在美国商标法律体系中逐渐扩张。除了针对购买者以外，还包括了潜在的购买者。导致“混淆可能性”范畴和主体的扩张也增加了法院司法界定“混淆可能性”的难度。除此之外，混淆的类型也逐渐扩张为单一出处混淆和多出处混淆，正向混淆和反相混淆，售前混淆和售后混淆，联想型混淆和潜意识混淆等^[5]。在认定商标近似的两个因素中，混淆可能性起决定性作用，比客观相似性重要。商标法的立法宗旨和核心任务是确保商标识别商品或服务的来源之功能，而非商标本身。即使两个商标客观上非常近似，但若其并不足以致相关公众混淆而误认商品或服务的来源，就不构成商标侵权^[6](P.279)。因此在认定商标近似时，“近似本身并不是判定的标准，关键在于近似是否有可能导致混淆。”^[7](P.230)

美国法院在判例法的基础上建立了判定“商标混淆可能性”的多因素检测法，而所谓的因素也由原先的六因素，即商标的相似性(similarity of the marks)、商品的类似性(product relatedness)、商标的显著性(strength of the senior mark)、实际混淆(actual confusion)、被告的主观意图(the junior user's intent)、消费者的注意程度(degree of care of the consumers)^①[8](P.285)扩大到八因素考量方式。美国1995年反不正当竞争法第三次重述规定了混淆可能性判定可以考量的因素：(1)相互冲突的标识之间相似的程度；(2)营销方式和销售渠道的相似性；(3)潜在购买者的特征和施加的注意程度；(4)在先商标的显著性；(5)当商品或服务并不相互竞争时，潜在购买者认为在先使用者会扩展到在后使用者销售领域的可能性；(6)当商品或服务在不同的地域销售时，在先使用的标识在在后使用者的销售领域内为人所知晓的程度；(7)在后使用者的主观意图；(8)实际混淆的证据。^②[3](P.309 - 310)但是多因素检测法虽然普遍被美国法院所采纳，却存在一定的弊端。原因在于，虽然现阶段所普遍采纳的因素有八种，但是因案件事实的不同，不同地区的法院仍会在八种因素的基础上扩大或缩减，以导致各个法院所产生的判决缺乏一致性^[9](P.89-90)。不仅如此，“混淆可能性”判定的核心，是对于消费者混淆认知心理的判断。消费者自身的心理状态由法官来推定其本身就具有模糊性和不确定性，这也是法院在界定“混淆可能性”所面临的困难。为了避免混淆和纠纷的产生，商标权人一般在商品上还附加其他信息，比如足以将其与其他侵权商标区分开来的标识或声明、警告、安全警示等，该种方式也被美国法院肯定为有效防止商标

① 参见 First Council Directive of 21 December 1988 to approximate the Laws of The Member States relating to Trade Marks, 89/104/EEC. 转引自孔祥俊，《商标与反不正当竞争法：原理与判例》，法律出版社2009年版，第285页。

② 见 Restatement(Third) of Unfair Competition Section 20-23(1995)，转引自姚鹤徽，《商标混淆可能性研究》，知识产权出版社2015年。

混淆的手段之一。

多因素检测法在判定一般商标侵权发挥重要的作用,但是在特殊商标侵权领域,便会略显不足。对于平行进口而言,进口的商品是产地不同的真品,但真品之间也依然有可能导致混淆可能性的产生。虽然不同产地的附有相同商标的真品都是经商标权人许可并投入至合法的销售流通渠道,但是由于不同产地当地民众不同需求,环境和政策法规的影响,其产品的内在成分、配方,外在包装、标识都存在一定的差异,而这种差异在平行进口语境下就造成了消费者产生混淆的风险。消费者不仅会质疑自己买到了假货同时会质疑商标权人的商誉,怀疑商品的质量。因此,针对商标平行进口中的“混淆可能性”判定是从特殊商标侵权视角判定平行进口的商品是否会导致消费者产生混淆以致影响商标权人的商誉的过程。

(三) 商标平行进口“混淆可能性”判定的政策导向性

与商标淡化(dilution)和丑化(tarnishment)不同,商标平行进口的“混淆可能性”判定除了技术性判定以外,更具有政策导向性色彩^[10](P.118-119)。在这里所指的政策分为立法政策和司法政策。“立法政策与司法政策之间是一般调整与个别调整的关系,司法在立法一般调整的基础上进行个别调整,并使其通过个别调整而获得具体化。由一般正义转化为个别正义。”^[11](P.33)二者互相服从于彼此。就现阶段而言,我国大力鼓励自由贸易,扩大对外出口,对外向型企业的产品在必要时采取特殊商标保护,笔者认为需将保护扩大至商标的淡化、丑化甚至是退化的领域。如当国内该类企业的产品出口到国外,在国外引起国外消费者的混淆,同样应采取商标权强保护以认定为商标侵权。我国企业为了更好地走出国门,需要对商标保护规制有清醒的认识,同样正如孔祥俊教授所言,如若不认定为商标侵权,该类型混淆的不良后果也会波及国内企业^[11](P.118)。

商标平行进口中“混淆可能性”界定范畴的大小取决于国家的贸易政策和在相关领域针对商标权保护的力度,换言之,采取强或弱的保护政策在现阶段大经济环境下是否更利于贸易增长型发展。

同美国法院一样,在TRIPS生效后在司法实践中将“混淆可能性”判断标准由“物理性的实质性差异”(physical material difference)扩大至“非物理性的差异”(non-physical material difference)^①,对现阶段我国而言,虽然从法制完善和进步角度而言,确实起到一定推动作用。但是该种积极作用的效益和影响却相对小于其对现阶段大力推进“一带一路”贸易合作和畅通,促进经济全球化进程

① 在Weil Ceramics(878 F. 2d at 671)和Casa Helvetia(Societe Des Produits Nestle, S. A. v. Casa Helvetia, Inc, 982 F.2d 633, 638(1st Cir.1992))案中确立了非物理性差异判断标准:即使差异并不能被肉眼识别且也并不重大,但却导致了一定数量的消费者混淆,该种差异一样可以认定为导致平行进口中商标侵权的非物理性的差异。

所造成的消极作用^[12](P.45)。“非物理性差异”将导致混淆的实质性差异扩大至微小的非于商品外在所表现出的潜在性差异,例如售后服务。这种扩张一方面强化知识产权司法保护力度,另一方面相当于在美国境内抑制甚至杜绝商标平行进口,因为在该判断标准下,平行进口的产品很容易触碰商标侵权的边界。因此过于扩张“混淆可能性”的界定范畴,从某种意义上说,也会抑制商品全球化流通。

与美国不同,欧盟内部针对商标平行进口中的“混淆可能性”判定更突显了欧盟对于内部公共利益和商标权人个人利益冲突的平衡。利益平衡需结合利益识别、比较、整合和表达从而贯穿于整个立法程序当中,而在司法上则需要由法官运用自由裁量权来诠释^[13](P.115)。商标平行进口中针对商标侵权的“混淆可能性”判定大部分依赖于法官结合对成文法的理解所运用的自由裁量权。因此,对于欧洲法院法官而言,判定商标平行进口中的“混淆可能性”不仅意味着要在先予裁决中(preliminary ruling) 对于欧盟次级法源(secondary sources of law) —— 欧盟商标指令(Trade Marks Directive) 相应的规定做出相应的解释以回应欧盟成员国法院向欧洲法院提起解释的请求,更需要遵循和维护欧盟各级法源的关系。而欧洲法院法官解释的基本依据就是欧盟条例和欧盟运行条例。欧盟运行条例的主旨精神之一就是保证市场自由(market freedoms), 以及在欧盟内部建立一个单一市场,实现欧盟内部经济一体化。该内部单一市场没有边界,有四种基本自由要被保证:包括商品(goods)、人员(persons)、服务(services)、资本(capital)的自由流动。^① 欧盟条例第三条中规定欧盟必须建立内部统一市场,致力于实现平衡的经济增长和价格稳定,高度竞争化的市场经济。^② 同样欧盟运行条例也规定了实现这种单一市场的四种途径,除了建立上述四种自由流通外,在 114 条和 115 条也规定了欧盟成员国之间协调共生的目标。欧洲法院也在 Cassis de Dijon 案^③中确定了互相认可承认原则(principle of mutual recognition), 在该案中确定欧盟一成员国内的商品应该,原则上的,获准在另一成员国进入并流通。只有该种商品的流通阻碍了公共利益的需要时,成员国法院才可以阻止这种自由流通。^④ 而这些强制性的公共利益的需要大致分为四种:财政监察(fiscal supervision), 保护公共卫生(protection of public health), 商业交易的公正性(fairness of commercial transactions), 保护消费者需要(defence of the consumer)。

但是这种自由实质上也是相对的,在 Keck & Mithouard 案件^⑤中,欧洲法

^① Treaty on Functioning European Union 第 26 条第 2 款。该条原来制定于 Single European Act of 1986 中致力于在欧盟境内形成单一市场的有效手段。

^② 参见 Treaty on European Union 第 3 条。

^③ Case C-120/78, Rewe v Bundesmonopolverwaltung Fürbranntwein [1979] ECR I-666.

^④ Case C-120/78, Rewe v Bundesmonopolverwaltung Fürbranntwein [1979] ECR I-666.

^⑤ Joined Cases C-267/91 & C-268/91, Keck and Mithouard [1993] I-6097.

院对于先前在 *Cassis* 案件中的所确立的原则做了修改,指明欧盟各成员国的国内法可以规定限制或者阻止特定商品的销售安排,这种阻止并不包含在欧盟运行条例第 34 条所禁止的妨碍欧盟内市场自由的方式。这种限制或者阻止有一个前提条件,即并不直接地或间接地,实际地或潜在地影响各成员国之间合法的自由贸易往来。该原则在后续的 *Dassonville* 案^①也被欧洲法院用来细化解释欧盟运行条例的第 34 条。即使欧盟成员国国内法可以限制或者阻止某种商品在本国的流通,但是该种限制或阻止必须对在该国境内从事贸易的所有贸易商同样适用且无论从法律上还是事实上,都对该国国内产品和其他欧盟成员国在该国境内销售的商品无差别适用。^②

总体而言,欧洲法院在司法实践中更倾向于保护欧盟内公共利益,贯彻保护欧盟内部市场单一性和自由贸易^{[14] (P.45)}。与此同时,欧洲法院法官同样需平衡由于保护欧盟内部公共利益对商标权人保护所造成的消极影响,这种平衡的方式需要从欧洲法院在不同案件中所做的不同解释中反映。

二、欧洲法院对“混淆可能性”在商标平行进口中的司法实践

(一) 欧盟法与平行进口商标保护

在欧盟境内,欧盟法(European Union Law)作为超国家法(super-national law),对于整体欧盟成员国国家的国内法起到主要法源的作用(primary sources of law)^{[15] (P.69-74)}。换句话说,欧盟成员国国家的国内法必须要与欧盟法保持一致性,不得与欧盟法的目标、主旨、精神有出入。如果欧盟法在成员国并没有被落实,那么一般情形下,成员国公民可以就其本国法律法规未将欧盟法吸收或转化向本国法院起诉,而本国法院对于其本国法是否符合欧盟法也可能需要进一步由欧洲法院就欧盟法的法条或法规做出相应的解释而向欧洲法院提出先予裁决(preliminary ruling)的请求。^③在这样的前提下,欧洲法院可能直接判决欧盟法的某项法规适用于欧盟成员国公民,这就是欧盟法的直接效力(direct effect)。^④作为欧盟法的主要法源(primary sources of law),欧盟条约(Treaty on European Union)和欧盟运行条例(Treaty on Functioning European Union)规定欧盟法的主旨、精神和目标,次级法源(secondary sources of law)和欧洲法院判例法(European Court of Justice case law)不得背离欧盟这两大主要条约的规定。在欧

① Case C-8/74, Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville [1974] I-837.

② 同上。

③ 先予裁决一般由欧盟成员国法院向欧洲法院(European Court of Justice)提出请求就欧盟法主级法源或和次级法源中的相关条款作出解释。

④ 直接效力(Direct Effect): 欧盟法所规定的内容无需国内履行立法即可自动成为国内法律秩序的一部分;而条约的直接效力指的是在此基础上,个人能够直接在国内法院援引条约规定来主张自己的权利。

盟商标指令(Trade Marks Directive, The Council Directive (TMD) 89/104) 生效前, 这两大条约作为规范和约束欧盟境内商标平行进口的主要依据。

欧盟运行条例第 34 和 35 条规定了任何对于进口的数量限制或者任何达到相同限制效果的措施在欧盟成员国之间绝对禁止^[16](P 513)。这就意味着欧盟法作为区域内最高准则致力于消除欧盟成员国之间贸易壁垒以达到区域内经济和贸易一体化。该条例第 36 条进一步规定第 34 和 35 条的规定“不得排除任何形式的对于进口, 出口或者符合公共道德, 公共政策或者公共安全的运输中的货物, 保护人类, 动植物的健康和安全的, 保护具有艺术、历史考古价值的民族瑰宝, 或者保护工商业财产产生禁止或者限制效果的措施。而且这种形式的禁止或者限制决不能构成成员国之间武断的歧视或者交相限制的方式。”^①在 *Consten SARL & Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission* 一案中, Grundig 公司想在法国销售自己所产的商品并与 Consten SARL 签订了独家经销合同只允许其在法国销售其产品且杜绝其他第三方的销售, 该独家经销合同被欧洲法院认为意图分割欧盟成员国市场, 并且在成员国内造成限制竞争的效果同时违背欧盟运行条例第 85 条, 因此欧洲法院判定此独家经销合同违背欧盟法。然而在该判决中, 看似欧盟利益高于商标权人的利益, 但是在该判决中对商标权的运用(exercise of the trademark right)的限制, 并不延伸至对于商标权存在(existence of trademark right)的否定。换句话说, 虽然欧盟条例针对欧盟境内成员国公民违背欧洲境内市场和贸易一体化的知识产权的运用持否定态度, 但这并不意味着在特定领域中(如平行进口), 知识产权人无法主张其专用权。

以商标平行进口为例, 欧盟商标指令生效前, *Centrafarm v. Winthrop* 一案^②确立了商标平行进口在欧盟境内的合法性, 该合法性旨在消除由于商标权人滥用商标专用权而给欧盟境内贸易自由化市场一体化造成的阻碍。生效后的欧盟商标指令第 7 条第 1 款规定在欧盟境内实施区域用尽原则, 但这并不代表向外界宣布在欧盟境内无限制地鼓励平行进口。欧盟商标指令第 5 条明确了侵犯商标专用权行为的构成要件, 商标权人有权阻止任何第三方在未得到其同意的情况下使用与其相同或相近的商标, 并导致混淆可能性。这种混淆可能性包含消费者将侵权产品与商标权人产品建立任何关联的可能性。^③欧盟商标指令作为欧盟次级法源, 其不仅需要与欧盟条例保持一致性, 更需要由欧洲法院判例法(European Court of Justice case law) 对其进行补充解释, 如何协调欧盟境内贸易一体化和商标权人的私权利保护的利益冲突, 是涉及平行进口案件中的难点所在。在下文中, 以案

① 参见 Treaty on Functioning the European Union(欧洲运行条例) 34—36 条。

② Case C—16/74, *Centrafarm BV and Others v Winthrop BV* [1974] ECR 1183.

③ Article 7 of Council Directive 89/104 在 2015 年已经被 Article 10 of Directive 2015/2436 代替。

例的形式分析欧洲法官对于欧盟境内平行进口中商标侵权“混淆可能性”标准的认定路径和策略。

（二）欧洲法院对商标平行进口中“混淆可能性”的认定

欧洲法院在 *Silhouette*^① 一案中对欧盟商标指令第 7 条第 1 款做了相应的解释并确立了区域穷竭原则，并在 *Terrapin v. Terranova*^② 一案中得以延续使用。而该原则也被 *Laddie J* 法官所质疑，并以默示许可原则对抗区域穷竭原则。在之后的 *Zino Davidoff*^③ 一案中，欧洲法院在先予裁决中否定了默示许可原则在商标平行进口中的运用，并阐明了不能推定商标权人默示同意第三方使用其商标权的情况，这些特定情况分别是：商标权人没有明示禁止所有将货物进口至欧盟外国家的买方；货物没有明确标识禁止在欧盟境内或境外出售；商标权人已经转移了商标所有权并且没有附加货物经销的限制区域。在 *Sebago and Maison Dubois v. G-B Unic* 一案^④ 中，欧洲法院法官强调在商标平行进口中，商品首次被投放至欧盟境内市场必须有商标权人的明示同意，并且该同意必须延伸至每一件第一次投放至欧盟市场的货物。即使欧盟境内大力鼓励平行进口，但是对于物品的首次销售，商标权人的专用权始终受到欧洲法院的保护，禁止未授权的第三方未得到商标权人的许可，擅自将承载商标权人权利的物品首次投放欧盟市场。除此之外，为了平衡允许欧盟境内平行进口给商标权人带来的利益损失，欧盟商标指令在第 7 条第 2 款规定了商标权人在欧盟境内平行进口中主张商标专用权的合法理由 (*legitimate reasons*)，即当商品被商标权人首次投放至欧盟市场后，商品状况在平行进口至另一欧盟成员国后发生了改变或者损坏。^⑤ 这一款规定间接保障商标指令第五条所规定的商标专用权得以保护，但是该款规定过于笼统，真正操作起来需要法官通过解释欧盟条例和运用自由裁量权来判断。而实质上，针对欧盟商标指令的第七条第二款的司法实践同样是针对“混淆可能性”的判定。

在 *Hackney London Borough Council v. Cedar Trading Ltd* 案中，英国高等法院王座分庭 (*Queen's Bench Divisional Court*) 法官就第 7 条第 2 款的“合法理由” (*legitimate reasons*) 给予具体的解释。^⑥ 在该案中，平行进口商将在荷兰生产的、承载商标权人商标的商品(食物)平行进口至英国，食物的标签仍由荷兰文标识。而对于英国消费者来讲，荷兰文无法使他们具体了解产品的详细信息，例如配料、原产地等。这同样也违背英国当地的食品标识规定 (*Food Labeling*

① Case C-355/96, *Silhouette International v. Hartlauer* [1998] ECR I-4835.

② Case C-119/75, *Terrapin v Terranova* [1976] ECR 1042.

③ Case C-414/99, *Zino Davidoff SA v. A&G Imports Ltd* [2001] ECR I-8739.

④ Case C-173/98, *Sebago and Maison Dubois v G-B Unic* [1999] ECR I-4123.

⑤ 现在被 article 15(2) of Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 所取代。

⑥ *London Borough Council v Cedar Trading Ltd*. QBD 30 APR 1999, 当时英国未脱欧。

Regulations)^①。法官认为该标识无法令消费者区分开本地独家经销的产品和平行进口的产品，从而会导致大众混淆产品的来源。英国法院法官判定该平行进口的商品已经造成了一定程度的“混淆可能性”。从该案也总结出一点，平行进口的产品的标识必须足够清晰以使进口国消费者明确了解产品的真实属性，并让他们能清晰辨别是否是他们所真正想购买的产品(本国独家经销的还是国外生产平行进口至本国的)，同时，平行进口的商品的标识所用的语言必须是消费者非常容易理解的。在另一案件 *Hoffmann-La Roche v. Centrafarm* 中，原告是 *la Roche* 在德国特许的“Valium Roche”药品的制造商，被告是荷兰一家从事国际药品贸易的公司。被告将在英国生产的同商标药品进口到德国，但由于英国和德国生产的同商标药品的内容量有所不同，被告在荷兰进行了重新包装(repackaging)后在德国境内销售。此行为被原告提起诉讼，而欧洲法院也认为被告的重新包装行为改变了商品的状况并且会误导消费者，使消费者产生混淆。但欧洲法院同样担心，过度强调商品重新包装的侵权可能会一定程度上对于欧盟境内商品自由流通产生阻碍并造成分割市场的效果。因此欧洲法院又指明如果重新包装没有对商品原状况产生不利影响且平行进口商将重新包装这一事项提前通知商标权人，该种情况不属于欧盟商标指令规定的侵犯商标专用权之范畴且不会造成“混淆可能性”。

为了统一欧盟境内平行进口商标侵权的认定，规范平行进口商的贸易行为从而更大程度地促进欧盟境内贸易自由，欧洲法院在 *Bristol Myers Squibb v. Paranova* 一案中确立了“Paranova”指导原则。该原则不仅保护了商标权人的利益也为平行进口商指明了一条更清晰的更安全的规则：如果平行进口商重新包装了商标权人的商品，必须要标明重新包装者的具体信息，且该标识信息让大众用肉眼能清晰辨认；并根据大众一般知识水平能容易理解的；重新包装也不得对商标权人的商誉造成损害；并且在将这些重新包装的商品投入商业流通范围前要通知商标权人并提供相应的样品。^②其中，该指导原则的第一条很明显是预防“混淆可能性”的产生，而一旦存在混淆可能性，势必会对商标权人的商誉产生影响。损害商标权人商誉(goodwill)的行为一样是侵犯商标权的行为，只不过和一般普通的侵权行为相较特殊。商誉是由商标权人通过长久的销量积累、质量保障以及广告投入所产出的，因此是商标的隐形价值，所以体现商誉也是商标另一大重要的功能。平行进口商的重新包装，再贴标行为都可能使大众对国内独家经销的商品和平行进口商品产生混淆，并对商标权人的商誉产生怀疑。因此欧洲法

① Food Labeling (Amendment) Regulations (SI 1998 No 1398).

② Joined Cases C-427/93, C-429/93 and C-436/93, *Bristol Myers Squibb v. Paranova* [1996] ECR I-3545.

院针对重新包装行为才有如此严格的限制。从另一方面讲，正因为有了这些限制才能使平行进口商在欧盟境内能更合法地进行商业活动，也保障了他们的经济利益。从此来看，欧洲法院针对商标平行进口中商标“混淆可能性”的判定更倾向于外在的表象的物理判断并且做缩小解释，即考察从外在包装或容量，标签的改动而产生“混淆可能性”，并未将考察范围扩大至非外在的因素。而这种判断方式相对美国所采取的非物理判断和扩大解释而言更有利于服务欧盟境内贸易自由和消除贸易壁垒的目标，这种缩小解释也正是由欧盟条约保障货物服务自由流通的主旨和精神所决定。

（三）欧盟内贸易自由与“混淆可能性”判定的影响

也就是说，虽然欧盟境内有欧盟商标指令保护商标权人的私人利益，但是如果其私人利益与欧盟境内公共利益相冲突时，私人利益需要让渡于公共利益。即便欧盟境内公共利益大于商标权人的个人利益，但是并不意味着欧洲法院所作的解释将商标权人的利益置于一旁不顾而只强调欧盟境内市场一体化和贸易自由的必要性。欧洲法院法官对待平行进口商标规制问题的另一层实质是利益平衡方式的决策。

Boehringer v. Swingward Ltd and Dowelhurst 案^①中，原告是英国本土的制药商，被告在欧盟另一成员国内原告授权的制造商那里购买了药品在第三欧盟成员国内销售，原告认为被告销售重新包装的平行进口药品损害其商标权，最终上诉至英格兰威尔士高等法院(High Court of Justice of England and Wales)，而该高等法院也就该案件事实向欧洲法院提起先予裁决的请求。欧洲法院法官以判例法的形式打破了原来建立的对于平行进口商品外在物理状态改变的禁止原则(比如对于产品外包装的改变)并提供了在欧盟商标指令第七条第二款禁止的前提下所存在的合法的重新包装的条件：商标权人对于重新包装的平行进口商品的禁止造成了分割和垄断欧盟市场的效果；重新包装对于产品进入其他欧盟成员国市场是客观必要的(objectively necessary)。^② 满足以上合法重新包装的大前提是要由平行进口商事先通知商标权人由其决定该重新包装是否是客观必要的，否则商标权人仍可以对该类型的平行进口予以阻止。欧洲法院的该类原则一方面致力于消除由于保护商标权而另一方面很好地杜绝了欧盟商标指令第五条第一款所规定的产生“混淆可能性”的商标侵权行为。虽然产品重新包装势必会使消费者对于商品的来源产生混淆，但是在欧盟境内各成员国的文化、语言、宗教习惯都各不相同，而这些因素同时影响消费者在购买产品时对于产品的选择。例如，一些

① Case C—143 /00, *Boehringer v. Swingward Ltd and Dowelhurst* [2002] ECR I—3762.

② 如果没有相应的外在包装的改变，该国民众会强烈抵制购买平行进口商品，尤其以药品为例。

成员国因为宗教和文化传统的不同对于产品的包装有特殊的倾向性。因此往往对于平行进口商而言,当在欧盟成员国境内购买了某种产品在其他成员国境内销售的时候,如果依旧保持原有外观,当地消费者可能会排斥购买以致影响货物流通。另一方面,标识语言的不同也同样会引起消费者混淆,消费者无法辨认产品的主要信息而将平行进口产品与被国内独家经销商所销售的产品相混淆。在该种情况下,重新贴标是防止该种类型混淆的最佳途径。这种再贴标行为即是欧洲法院所认可的客观必要地、合法地改变外在包装的行为。

如果平行进口商未能满足客观必要条件而改变了商品的外在包装,依然会违反欧盟商标指令第五条对于商标专用权保护的规定。因为该类型重新包装或再贴标其本质上仍旧是对于商标权人专用权的一种侵犯,只不过在欧盟条例的统领下,欧洲法院对商标权人的权益进行了“象征性的弱化”。而为了平衡商标权人由于让渡权利所损失的部分利益,欧洲法院又不得不进一步强调平行进口商必须事先将商品重新包装的情况通知商标权人,从而维护了商标权人的专用权。

该规则也被后续案件所采用,并且在 **Wellcome Foundation v. Paranova**^① 案件中得到了进一步具体的补充。在该案中,欧洲法院法官强调平行进口商必须向商标权人提供足够充足和必要的信息让后者了解该重新包装行为是否对于商品进入其他成员国市场是客观必要的,同时,如果商标权人认为平行进口商提供的信息无法让他判定客观必要性,那么他仍旧可以以违反欧盟商标指令第 5、10 条来禁止该平行进口。^[17]

但在这样的原则下又有新的问题衍生,平行进口商会质疑以下问题:既然由商标权人来判断重新包装是否是客观必要的且并没有固定的规则来规制商标权人进行判断,商标权人是否会为了保护其私人利益而对平行进口商所提供的关于重新包装或再贴标的信息以不够充分或者必要为借口而禁止平行进口。如果真如此,势必又会在欧盟境内形成新的贸易壁垒。另外,在 **Orifarm A/S and Others v. Merck Sharp & Dohme Corp. and others**^② 一案中,被告针对原告的主张辩称原告无法证明被告实施了能导致混淆的重新包装,丹麦海商法院判定原告败诉。原告不服一路上诉至丹麦最高法院,丹麦最高法院向欧洲法院提出了先予裁决的申请并涵盖这样的问题:针对客观必要的重新包装平行进口商品,会不会误导消费者或者终端使用者使其认为商标所有权人指使并同意产品的重新包装并对其负责,或者衍生出其他对于商标权人商誉的损害。

针对这些来自于平行进口商和成员国法院的质疑与疑问,欧洲法院认为如果

① Case C-276/05 *The Wellcome Foundation Ltd v. Paranova Pharmaceutika Handels GmbH* [2008] ECR I-10479.

② *Joined Cases C-400/09 and C-207/10, Orifarm A/S and Others v. Merck Sharp & Dohme Corp* [2011] ECR I-07063.

平行进口商客观必要的重新包装没有影响到商品的原始情况,那么商标的最基本功能^①(essential function of trademark)是不会受到损害。既然商标的基本功能没有被破坏,商标权人的商誉就不会被损害,从而就不会存在商标侵权。就像在 *Bristol Myers Squibb v. Paranova* 案中所确立的原则,合法的再包装必须有一个大前提,即消费者或者终端使用者绝对不会被误导认为该重新包装是由商标权人负责的且由其同意进行的。因此欧洲法院才要求平行进口商必须要在重新包装的商品外注明重新包装者的具体信息,只有这样,才能杜绝消费者对于产品的来源所产生的混淆。反过来讲,如果平行进口商未注明此类信息而将产品投入市场,即使产品的重新包装是客观必要的且事前已经通知了商标权人,这种重新包装仍然违反了欧盟商标指令第五条和第七条第二款的规定,会导致“混淆可能性”从而进一步造成商标权商誉的损害,造成商标侵权。如果商标权人已经满足了“Paranova”指导原则的条件并且向商标权人提供了足够充分的信息证明重新包装对于进入成员国市场是客观且必须的,商标权人仍以提供信息不够充足且必要为由禁止该平行进口在欧盟境内属于滥用商标权并意图分割欧盟市场造成垄断的行为,欧洲法院和欧盟成员国本国法院都不会支持商标权人该种滥用权利的行为。

三、欧盟司法实践对我国的启示

我国虽然没有在商标法中明确表明商标平行进口的合法性,但在实践领域是允许商标平行进口的。随着国内贸易种类多样化,和对外贸易和网购的频繁,以及自贸区数量的增多,平行进口中所涉及的商标保护问题愈发突出且类型也多种多样。仅仅关注于商标平行进口的合法性已经落后于我国创新型社会经济和知识产权制度发展的需要,而要把着眼点放在如何将涉及平行进口的商标司法保护制度更加完善化,具体化且国际化,采取简单地认定其合法性与否是一刀切地看待问题。平行进口问题与国内经济政策有紧密的联系因此在特定时间段有特定的解决方案。随着国内知识产权法律规制的完善,针对平行进口中知识产权保护程度也会有所不同。同样,在涉及商标的平行进口案件中,判定商标侵权标准也会随着国内外贸易环境,经济政策和创新机制的发展而逐步提高。目前我国在平行进口中判定商标侵权的司法实践的重点也逐渐倾向于针对“混淆可能性”的认定,其不仅需要国内法官根据不同的案情来判定,也需要借鉴国外在同领域相对成熟的司法实践。

我国法院对平行进口“混淆可能性”的认定较为系统化地阐释于法国大酒库股份公司诉慕醍国际贸易(天津)有限公司商标侵权纠纷案中。在该案中,天津

① 区分商品和服务的来源。

高级人民法院紧紧把握住“混淆可能性”的认定来判定平行进口是否涉及商标侵权。判决书中的审理焦点围绕两方面展开：首先，天津慕醍公司进口的葡萄酒与大酒库公司授权王朝公司在我国销售的葡萄酒是否存在原告所主张的“重大差异”，天津高院在这一层次主要审查天津慕醍公司在进口中是否对对涉案的三种葡萄酒进行任何形式的重新包装或改动。其次，消费者混淆的可能性是否存在及大酒库公司的商誉是否受到损害。天津高院的审理思路与欧洲法院在 *Orifarm A/S and Others v. Merck Sharp & Dohme Corp. and others* 案中的审理思路较相似，都考虑到商标最基本功能在于区分商品或服务的来源，同时进行了商标权人和消费者之间利益。在本案中，被告从英国进口的葡萄酒和原告所生产的葡萄酒并没有重大实质性差异且没有改变进口商品的状况，因此法院认为不会对消费者的购买行为造成实质影响，“故天津慕醍公司的进口行为并不足以造成消费者对商品来源的混淆和信任度的破坏，进而大酒库公司在我国的商誉及利益也不会受到危害”^①。该案也反映出我国审理平行进口商标侵权案件的新思路与判定平行进口中“混淆可能性”的路径，并逐渐与国际发达国家司法实践接轨。为使我国自由贸易港建设中更好地平衡处理贸易便利化和商标权保护之间的关系，欧洲法院在认定实践中纳入的考量因素可以为现阶段我国法院在商标权司法保护和我国海关针对过境侵权货物的监管和把控提供多方位的借鉴：

（一）在商标平行进口中严格明示和默示同意的界限

欧盟针对平行进口实行区域穷竭原则，但凡将欧盟境内商标权人的商品平行进口至欧盟境外，商标权人的权利不穷竭。乍看之下，我国现阶段采纳的国际穷竭原则与欧盟有差异，但是欧盟区域内穷竭在具体操作中对于推定商标权人的默示同意的界限划分严格。而我国并未在平行进口中商标侵权中过多涉及默示同意和明示同意的判断，一方面由于我国现阶段采纳国际穷竭原则，这一原则已经涵盖了默示同意原则；另一方面推定商标权人是否默示同意有太多主观因素需要法庭调查，既拖延了诉讼时间又不太容易着手调查，所以法院并不侧重于对默示同意的认定。权利穷竭只影响商标权的运用，不影响专用权的存在。在我国现阶段针对平行进口商标侵权认定中应加入对国内商标权人是否具有默示同意的考量，严格限定推定默示同意事实的界限。即使在采纳国际穷竭的基础上也要针对商标权人是否同意商品平行进口至国外其他地方进行考察。国内知识产权法院可以借鉴欧盟的做法，在指导性案例中罗列几种特定的不能推定商标权人默示同意的事实，供其他法院参考并操作。

对于平行进口的商品是否是经过商标权人授权或同意首次投放至国内市场的事实必须坚持明示同意原则，并且该明示同意必须要延伸至每一件首次投放至

^① 法国大酒库股份公司诉慕醍国际贸易(天津)有限公司(2013)津高民三终字第0024号。

国内市场的商品。

（二）在平行进口中区分合法和非法的重新包装

在法国大酒库股份公司诉慕醍国际一案中，天津高院在判断是否存在“混淆可能性”中主要倾向于判断平行进口的商品和商标权人授权经销的产品是否存在“重大差异”。而这种重大差异主要集中体现于商品外在的物理性的改变，如包装或者标签的改变。欧盟虽然也侧重于针对商品外在物理性的改变来判定“混淆可能性”的存在，但在实际操作中更考虑了商标权人滥用商标权分割市场和滥用商标权的风险。基于这种考虑，欧盟并没有一刀切地对待重新包装所产生的商品状况的改变而导致的商标侵权，而是将重新包装分为合法和非法的两种。考虑到平行进口产品进入成员国有可能会遇到的阻碍和欧盟市场一体化的精神，一部分重新包装的平行进口产品有正当合法的理由且并没有改变商品的实质，因此并没有损害商标的基本功能，进而不会混淆消费者并损害商标的商誉，被划分为合法地重新包装的平行进口的商品。而未满足以上条件的重新包装则违反欧盟商标指令，属于侵犯商标专用权的产品。

在我国，很多国内平行进口商在国外购买了商品后，有可能需要将外国语言产品的介绍换成中文，而国内海关也对不同类型的商品就包装有不同的规定。笔者认为对于必须进行的且满足当地文化传统需求的重新包装，应当不属于“重大差异”的范畴内。但是该重新包装必须具备一个大前提，即平行进口商必须事先通知国外商标权人，并让其判断该重新包装是否是必要的且不会产生侵害其商誉的风险。针对平行进口商品“重大差异”的判断需要结合公共政策，平衡商标权人、消费者和平行进口商的利益，分清合法的重新包装和非合法的重新包装。

但是在针对重新包装平行进口产品合法性的甄别中，要尤其注意多重平行进口的产品，特别以汽车零件为主。有些汽车部件是从不同国家进口了不同产地的零件，然后重新组装。而这些重新组装有可能是取得了所有零件所承载商标的权利人和汽车制造商的同意，也有可能是未取得这些相关商标权人的同意。这种情况下，必然会造成侵犯商标专用权的风险，也会对特定汽车品牌商标所有权人许可的独家经销商造成商标侵权。因此，在针对汽车平行进口中涉及多重平行进口组装的零部件的销售，严格把控组装零部件的商标许可与授权，保护商标权人的专用权和商誉也同时保护消费者的权益和安全。

（三）对重新包装的平行进口商品明确其标识规则

对于合法的重新包装平行进口商品，必须要标明重新包装者或者平行进口商的具体信息，以防止消费者混淆。并且该标识应该是让一般人用肉眼立即就能注意到的，换句话说，标识必须在很明显的位置。该标识进一步也能防止消费者误以为重新包装是由商标权人主导且会对重新包装的商品的售后负责。这样，从另

一层面预防了消费者将平行进口商品与商标权人授权销售的商品建立关联而对商品的来源产生混淆。同时这样的标识也进一步明确了当平行进口商品发生产品问题时应承担责任的主体，也保障了消费者的权益。

结 语

纵观欧盟针对涉及商标平行进口“混淆可能性”判定的司法实践，欧洲法院一方面就欧盟商标指令的相关商标保护规则进行解释，另一方面要进行欧盟整体利益和商标权人私人利益的平衡。平行进口中商标侵权的判定的难点是进行利益平衡，其基本与核心是判断“混淆可能性”是否存在。我国现阶段针对平行进口中的商标侵权“混淆可能性”的认定与欧盟类似且将越来越国际化。但是平行进口涉及问题多元且复杂，并不能简单地就其合法性进行探讨，其中对于商标“混淆可能性”的判断路径和方法也因案件事实部分的不同而不同。我国法官在判定“混淆可能性”的基础上应兼顾利益平衡考量，不宜一刀切地对待平行进口中重新包装或再贴标后的商品，也不能由于现阶段我国采纳国际穷竭原则而忽略对商标权人权利的细化保护，在保障我国和“一带一路”沿线国家的贸易合作的同时也兼顾完善和细化平行进口中商标权的司法保护。

平行进口问题与国家经济，政策紧密相连，该问题涉及面广且牵扯到多种因素，如经济，政策，公共健康等问题。平行进口中的商标司法保护也会随着我国知识产权法治建设的逐步完善而提高，并随着经济全球化，法律全球化而更具有超前性。随着创新社会的不断发展，在平行进口中新兴类型商标纠纷也会不断出现，相信未来我国在该领域的司法实践也会成为欧美发达国家争相借鉴和参考的模式。

参考文献：

- [1] Daniel Gervais. *The TRIPs Agreement, Drafting History and Analysis*. London: Sweet and Maxwell, 2008.
- [2] Guan Wenwei. *Intellectual Property Theory and Practice: A Critical Examination of China's TRIPS Compliance and Beyond*. New York: Springer Press, 2014.
- [3] 姚鹤徽：《商标混淆可能性研究》，知识产权出版社2015年版。
- [4] J. Thomas McCarthy. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*. Eagan: Thomson /West, Section 23, 2006.

-
- [5] 彭学龙: “商标混淆类型分析与我国商标侵权制度的完善”, 载《法学》2008 年第 5 期。
- [6] 广东省律师协会编:《知识产权案例评述与诉讼技巧》, 法律出版社 2009 年版。
- [7] 彭学龙:《商标法的符号学分析》, 法律出版社 2007 年版。
- [8] 孔祥俊:《商标与反不正当竞争法: 原理与判例》, 法律出版社 2009 年版。
- [9] Areeda & Louis Kaplaw (eds) , Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases, Maryland: Aspen Publishers, 1997.
- [10] Benjamin N. Cardozo. The Growth of the Law. London: Yale University Press, 1924.
- [11] 孔祥俊:《商标法使用的基本问题》, 中国法制出版社 2014 年版。
- [12] Peter Golding and Phil Harris. Beyond Cultural Imperialism. New York: Sage Publications, 1997.
- [13] 李璐:《论利益衡量理论在民事立法中的运用》, 中国政法大学出版社 2015 年版。
- [14] Peter De Cruz. Legal Transplants , Principles and Pragmatism in Comparative Family Law, in A. Harding and E. Orucu (eds) , Comparative Law in the 21st Century. Netherland: Kluwer Academic Press, 2002.
- [15] Vipin Gupta. Globalization And Convergence — Divergence Debate: Strategic Perspectives For Emerging Market. Journal of Business And Economics Research, 2011 (Volume 1, No. 2).
- [16] Peter De Cruz. Comparative Law in a Changing World. Manchester: Cavendish Press, 2007.
- [17] Anandashankar Mazumdar, Parties Dispute Applicability of Copyright Act’s First Sale Doctrine to Imported Goods, Patent, Trademark & Copyright Law Daily. Bloomberg BNA, 2012, (31 October) .

浙江自贸区仲裁制度创新路径研究

徐狄栋^①

摘要:浙江自贸区建设的一个重要目标是发展有国际影响力的国际商事仲裁平台,为中国改革探明前进的方向。本文通过历史与价值视角下的二元仲裁制度,发现仲裁制度的历次变革与其当时所处的社会发展水平,尤其是科技与经济的发展程度密切相关。同时虽然基于商事活动的复杂性及利益主体的多元化,导致当事人在二者冲突时不得不进行平衡和选择,但探究其本意,若能同时兼有公正与效率,显然更能获得当事人的青睐。从而创造性的提出在线仲裁平台作出对新时代互联网技术的回应,以一种新的仲裁模式包容两种传统仲裁形式于其内,且兼具公正价值与效率价值。浙江自贸区若以立法方式支持设立在线仲裁平台,并研究完善在线仲裁平台提供的各项服务,将极大提升仲裁的竞争力与影响力,并妥善完成其试验田任务。

关键词:浙江自贸区 临时仲裁 机构仲裁 在线仲裁平台

一、问题的提出

2020年9月21日国务院新颁布的《中国(浙江)自由贸易试验区扩展区域方案》显示,浙江自贸区将以数字经济为引领,建立并完善以投资贸易自由化便利化为核心的制度体系,直至最终建成新型国际贸易中心。^②由此产生了对浙江自贸区在完善风险防范方面的具体要求,“支持宁波海事法院、杭州互联网法院发挥在推进国际航运物流枢纽和数字经济发展示范区建设中的服务和保障作用;适应新型国际贸易中心建设需要,积极打造具有较强国际影响力的国际商事仲裁平台,健全完善诉讼、仲裁、调解等有机衔接、相互协调的国际商事多元化纠纷解决机制”。^③其中明确提出,要发展有国际影响力的国际商事仲裁平台。这是充分满足当事人法治化、国际化、便利化的营商环境的必然要求。因为从目前看,基于中立、保密的特点,相较于传统的诉讼方式,通过仲裁方式解决争议在国际商事领域更受到广大当事人的青睐。由此产生了如下三方面的问题。

一是临时仲裁的定位问题。从组织形式划分,国际仲裁可以分为临时仲裁与机构仲裁两大类。临时仲裁由于中国《仲裁法》要求仲裁协议的有效性以存在约定的仲裁机构为前提,因此通常被认为中国法律并不承认临时仲裁制度。但在实

^① 徐狄栋(1988-),男,汉族,浙江杭州人,浙江水利水电学院讲师,法学博士,主要从事国际经济法学、仲裁法学研究。

^② 《中国(浙江)自由贸易试验区扩展区域方案》第一条第(二)款。

^③ 《中国(浙江)自由贸易试验区扩展区域方案》第二条第(三)款第10项。

践中，临时仲裁在国际争议解决领域却是大行其道，尤其在诸如海事仲裁等方面更是占据着主导地位。由此就产生了实践需求与法律规定的冲突。在发展完善国际商事仲裁平台时，对国际商事仲裁中占据重要地位的临时仲裁的应采取何种态度，是不能回避的一个话题。

二是仲裁机构的整合问题。发展国际商事仲裁平台，抛开现有的仲裁机构重新另起炉灶，显然并不现实，而应在已有的基础上，进行整合与提升。而仲裁机构又包括国内仲裁机构和境外仲裁机构两类，因此如何将两者合理的纳入国际商事仲裁平台就值得研究。

三是临时仲裁与机构仲裁的优劣选择问题。一般认为，临时仲裁由于更能满足当事人意思自治的需求，通常具有更高的效率性及经济性，但由此不可避免的可能导致在有些时候公正性的缺失。机构仲裁则恰恰相反，追求公正性的同时，不得不以牺牲其效率作为代价。随着世界经济的发展与科技水平的提高，当事人对于临时仲裁与机构仲裁的倾向性选择不断发生转变，但究其原因，无非二者不可兼得。故是否能产生某种仲裁模式同时包含临时仲裁与机构仲裁的优势的同时避免其弊端，也是十分有价值的一个问题。

二、历史与价值视角下的二元仲裁制度

秩序在人类生活中起着极其重要的作用。对人类事务中秩序的寻求，已被普遍承认为个人努力或社会努力的一个有价值的目标。^①然而，由于资源的相对稀缺性，人类对秩序的追求却时常会被阻碍。在恢复被偏离的秩序过程中，仲裁与诉讼被通常认为是最为有效的两种方式。其中，仲裁更是时常被冠以“古老”二字作为前缀。临时仲裁作为仲裁的主要形式之一，也是作为仲裁的最初表现形式出现在仲裁历史上的。其后由于临时仲裁自身不可克服的一些弊端而出现了机构仲裁。二者从开始的互不兼容到后来的相互借鉴，除了作为支撑基础的社会制度的发展进步外，最终价值目标的一致性也是一大重要原因。仲裁制度就是在临时仲裁与机构仲裁的二元体系下得以不断繁荣与兴盛。

（一）历史视角下的仲裁制度：适应与变革

在人类社会的发展初期，暴力几乎就是私力救济的唯一方式。随着生产力的进一步发展与人类对自然环境的战胜，剩余物资在人类社会逐渐积累。物资交换随即产生，人与人之间的联系也不断加深。随之而来的即是人们间各式各样的矛盾，尤以商品交换为甚。为快速解决纠纷以适应社会发展水平的需要，仲裁制度为之诞生，早期的仲裁都是临时仲裁。在十九世纪中叶机构仲裁出现前，临时仲

①【美】E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社，2004年，第235页。

裁是国际仲裁的唯一表现形式。^①

有史料记载的临时仲裁，可以追溯到公元前六世纪古希腊城邦间的纠纷解决。^②在公元前五世纪古罗马的《十二铜表法》中亦有对仲裁的记载。^③在《民法大全》“论告示”的第二编中，作为古罗马五大法学家之一的保罗曾论述道，“为解决争议，正如可以诉讼一样，也可以进行仲裁。”^④发展到十三世纪，随着世界贸易范围的进一步扩大，英国商人开始依据在实际运营中总结出来的商业惯例，通过仲裁方式来解决相互间的纠纷。^⑤到了十六、十七世纪，诸如英国的东印度公司等一些大型外贸公司，在其公司章程中开始规定，应通过仲裁方式解决公司成员间发生的纠纷。以上所述的临时仲裁，是早期为满足社会发展的需求，人们间自发形成的，一种靠自制力而非法律强制力约束的，具有一定仲裁基本要件的初级临时仲裁模式。在此阶段，国家层面尚未关注，仲裁仅属于一种纯粹的私人范畴。“仲裁处于一种绝对的自治状态。”^⑥

随着社会的进一步发展与商品经济的进一步繁荣，不具有国家强制力作为保障的仲裁在诉讼的冲击下开始反思。将临时仲裁与诉讼共同纳入国家解决纠纷体系并使之规范化，成为当时的一项重要课题。英国于1697年率先颁布了第一个《仲裁法案》，并于1889年颁布了《仲裁法》。^⑦此后，其他国家也逐渐意识到仲裁规范化的重要性，开始颁布相关法律。例如，1809年的法国《民事诉讼法典》，1877年的德国《民事诉讼法典》，1925年的美国《联邦仲裁法》，1890年的日本《民事诉讼法典》等都专门或专章对仲裁做出了明确规定。由于历史原因，同一时期各国的政治与法律也正处于全面调整与规制期，临时仲裁开始不可避免地丧失其之前所具有的存粹民间、习惯的性质。同时，临时仲裁开始成为国家司法制度的一个不可分割的组成部分。^⑧

从十九世纪开始，机器的发明及运用带来的工业革命在世界上逐步兴起，由此带来了技术与经济的飞速进步，生产力又一次得到了飞跃。随之而来的是商品的极大丰富与世界贸易的不断兴盛。商品的交易量开始大幅度增长，纷繁复杂的各类新形式商业纠纷开始不断涌现。在此情况下，因事而设的临时仲裁形式在

① 李双元：《国际私法》，北京大学出版社，2011年，第385页。

② 陈治东：《国际商事仲裁法》，法律出版社，1998年，第1页。

③ 刘晓红、袁发强：《国际商事仲裁》，北京大学出版社，2010年，第23页。

④ 乔欣：《仲裁权研究》，法律出版社，2001年，第2页。

⑤ Stephen B. Goldberg and Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution*, Aspen Law & Business, 1992, p.199.

⑥ 郭树理：《民商事仲裁制度：政治国家对市民社会之妥协》，载《学术界》2000年第6期，第18页。

⑦ 石育斌：《国际商事仲裁研究》，华东理工大学出版社，2004年，第9页。

⑧ 朱克鹏：《国际商事仲裁的法律适用》，法律出版社，1999年，第1页。

一定程度上已不再能够满足现实发展的需要。因此，在十九世纪中叶后，相对更为稳定的机构仲裁形式开始出现。进入二十世纪后，由于国际经济贸易的进一步发展，各式常设仲裁机构更是大规模兴起，例如著名的国际商会仲裁院、斯德哥尔摩商会仲裁院等都是在此阶段创立。机构仲裁在仲裁中所占的比重开始不断增大。然而，即便如此，临时仲裁却并未因此而逐渐消亡，反而被世界上许多国家所接受，并明确制定入相关仲裁法律规范中，与机构仲裁互为补充。

二十世纪末开始，随着对互联网应用的逐渐推广与深入，作为仲裁制度对网络技术的积极回应，在线仲裁开始出现在常设仲裁机构的服务列表中。在线仲裁，又称为网上仲裁，是利用互联网等网络技术，使仲裁的全过程都可以在网上进行的仲裁。^①对于深陷低效性与高代价困境的国际投资贸易争议解决而言，通过在线仲裁方式，利用互联网不受空间限制进行信息交互的特性，能够极大缓解仲裁制度面临的难题。为此，联合国国际贸易法委员会于2000年开始专门修订其1976年的仲裁规则，使之能够适用于在线仲裁。此后，随着即时通讯技术的进一步发展，在线仲裁得到不断的推广与普及。到目前为止，绝大多数的常设仲裁机构已能够提供在线仲裁服务；临时仲裁在征得当事人同意后，也可以采用在线仲裁方式进行。

以历史视角观察仲裁制度，从中可以鲜明地看出，仲裁制度的历次变革与其当时所处的社会发展水平，尤其是科技与经济的发展程度密切相关。从临时仲裁的自发产生到纳入国家法律规范体系，再到机构仲裁的出现及对在线仲裁方式的应用等，莫不如此。因此，在步入二十一世纪互联网时代的现下，面临层出不穷的诸如5G、区块链等新技术的来袭，面对经济全球化与逆全球化的交织，已安稳许久的仲裁制度也应到了再次变革的节点。如何抓住机遇适时创新，在满足仲裁制度根本特性的同时适应科技与经济的变革，是提升中国仲裁竞争力与影响力的关键之所在。

（二）价值视角下的仲裁制度：公正与效率

“价值”一词，最早产生于经济学上的概念。将价值概念引入法律领域，就形成了“法的价值”。西方对法的价值的理解，表现为揭示法秩序的目标，即法能够促进哪些价值，从这个意义上说，“平等”、“自由”、“公正”、“秩序”等都是法的价值。^②一般认为，仲裁制度的价值在于公正与效率。^③其中公正价值指的是处理事情合情合理，不偏袒哪一方面，包括程序公正、结果公正等；效率价值指的是仲裁当事人为了避免时间、费用等各类资本的过多投入，而通过自愿协商的

① 赵秀文：《国际商事仲裁及其适用法律研究》，北京大学出版社，2002年，第356页。

② 张正德、付子堂：《法理学》，重庆大学出版社，2003年，第218页。

③ 郑布英：《仲裁制度的价值与价值的实现》，载《江西社会科学》2005年第7期，第187页。

方式，选定仲裁员组成仲裁庭，然后依照直面实体争议的最为简便的仲裁程序，取得相对最为合理的裁决，并依意思自治履行裁决。如1996年《英国仲裁法》规定，“仲裁之目的在于由公平的仲裁庭，在没有不必要的拖延和开支的情况下，使争议得以公正解决。”^①

仲裁员是仲裁的灵魂，通说认为仲裁的好坏取决于仲裁员的好坏。这里的“好坏”主要指的是仲裁的效果，当然仲裁的公正性显然也应包含在仲裁效果之中。在针对国际商事仲裁的一项调查研究表明，绝大多数的当事人将仲裁结果的公平性放在最重要的位置，远高于获取金钱的裁决、产生结果的速度、仲裁花费的成本和仲裁员的专业性；且各项的排名差异显著，仲裁结果的公平性的重要程度几乎是下一个接近排名因素的两倍。^②因此，从仲裁员的任职资格出发，观察二元仲裁制度对于公正价值的追求。

常设仲裁机构往往备有己方的仲裁员名册供仲裁申请人挑选，仲裁员名册中通常会对每位特定的仲裁员的特长与能力作简要介绍，甚至还会提供相关仲裁员的简历以供当事人查询。能进入仲裁员名册的仲裁员，一般都经过常设仲裁机构的严格筛选，具有与身份相对应的专业水平。例如《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员聘任规定》的“仲裁员的条件”中，对申请中国籍与外国籍的仲裁员都具有详细的条件规定，其中与专业能力有关的有如下条件。中国籍仲裁员应“从事仲裁工作满8年，或者从事律师工作满8年，或者曾任审判员满8年，或者从事法律研究、教学工作并具有高级职称，或者具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平”；外国籍仲裁员应“具有法律、经济贸易、科学技术或海商海事等专业知识和实际工作经验”。^③同时，常设仲裁机构还经常会有对仲裁员名册中的仲裁员展开有针对性地培训，以提高仲裁员的理论水平与实务能力。另外，常设仲裁机构还会特别制定针对仲裁员的监督机制，以保障仲裁员在仲裁活动中能够独立公正、勤勉审慎地履行职责。以上这些，充分保障了机构仲裁对于公正性的要求。而在临时仲裁中，仲裁员一般由当事人自行委任。由此导致临时仲裁的仲裁员素质往往良莠不齐，甚至会出现对2010年《UNCITRAL 仲裁规则》这个通用临时仲裁规则不熟悉的情况发生。同时，由于仲裁类型多种多样，临时仲裁当事人由于社会阅历、知识结构、生活环境等因素的差异对其选择的仲裁员可能缺乏了解或存在误解，导致最终组成仲裁庭的仲裁员对于实际仲裁的案件也许并不擅长，或者说，不适合裁决相关案件。仲裁员的不确定性将直接影响临时仲裁裁决的公正性。因此，通常机构仲裁的公正性要

① 1996年《英国仲裁法》第一条第一款。

② 【美】克里斯多佛·R·德拉奥萨、理查德·W·奈马克：《国际仲裁科学探索实证研究精选集》，陈福勇、丁建勇译，中国政法大学出版社，2010年，第36页。

③ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员聘任规定》第二条。

优于临时仲裁。

由于在临时仲裁中，当事人的意思自治可以得到充分发挥，仲裁规则与仲裁程序的灵活性强、可变通性大，因此，仲裁的许多环节与步骤可以省去或缩减。例如，选择仲裁员的时间、确定仲裁规则的时间、限定案件审理的时间等都可以由当事人自由约定。理论上如果在仲裁开始前的仲裁协议中，当事人双方已明确仲裁员及仲裁庭的组成与仲裁规则，则此两方面根本就不需要再花费时间。当然，实践中，这样的仲裁案例也不在少数，在海事纠纷解决中更是如此。譬如最快的纠纷解决方式可能是这样：第一天早上产生的纠纷，下午立即就能够成立仲裁庭，在晚上开庭审理后，第二天早上便作出裁决，^①实际经过的时间可能不超过 24 小时。当然，临时仲裁的效率依靠的是仲裁当事人之间的相互配合，配合地越紧密，效率就越高。一旦缺乏了精诚合作，甚至双方当事人及其委托代理人转而互相对抗，则不仅会造成仲裁程序的拖延，而且可能使仲裁陷入僵局，甚至难以为继。临时仲裁只有在同时确定仲裁庭组成与仲裁规则的情况下，才能不受影响的将仲裁开展下去。^②相反每个常设仲裁机构都具有一套完整的仲裁规则和仲裁程序。而这些仲裁规则经过相关领域的专家、学者反复多年的研究和修订、完善，再通过与其他常设仲裁机构的仲裁规则交流比较，吸收它们最新的研究成果，并经仲裁实践的反复考验。可以说，任意选取目前世界上某个著名常设仲裁机构的仲裁规则，该仲裁规则都是严谨和科学的。当然，严谨的仲裁规则必然会导致仲裁程序环节的繁多，而每个环节都需要花费一定量的时间。相对完美的仲裁规则所付出的代价就是长时间的程序消耗。如果一方当事人涉及到主权国家，因为一国内部审批流程的繁复，可能需要花费更长的时间。最为极端的一个在瑞士苏黎世审理的案例是“Black-Clawson International Ltd.”诉“Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G”，该案从申请提起到最终裁决耗费了十五年时间，甚至仲裁庭的最初组成人员都届满退休年龄，导致案件的继续进行不得不重新选定仲裁员。^③对于一个特定的仲裁争议而言，案件标的、复杂程度等都是确定的，专家、证人所需花费的合理费用也是基本确定的，与仲裁成本变化最为有关的就是仲裁员费用与是否有常设仲裁机构的管理费用。其中，仲裁员费用基本与仲裁花费的时长成正相关。因此，对于愿意相互合作而采用临时仲裁的当事人来说，其效率性往往会高于其选择机构仲裁方式。

从价值视角观察仲裁制度，虽然基于商事活动的复杂性及利益主体的多元

① Philip Yang, *On Shipping Practice*, 大连海事大学出版社, 1995 年, 第 565 页。转引自杨良宜:《国际商务仲裁》, 中国政法大学出版社, 1997 年, 第 140 页。

② 康明:《临时仲裁及其在我国的现状和发展前景》,《国际商法论丛》(第 2 卷), 法律出版社, 2001 年, 第 697-698 页。

③ (1981)2 Lloyd's Rep. 446.

化，导致当事人在二者冲突时不得不进行平衡和选择，但探究其本意，若能同时兼有公正与效率，显然更能获得当事人的青睐。因此，出于满足当事人偏好以扩大仲裁市场份额的考量，创新出一整套制度与系统就显得尤为必要。

三、在线仲裁平台：一站式仲裁纠纷解决平台

为快速提升中国国际仲裁领域的竞争力与影响力，若仅在现有格局上逐渐加以改进与完善，恐怕效果不甚明显，毕竟中国仲裁在进步的同时，境外竞争者也同样没有停步。因此，只有通过制度创新，方能弯道超车以达成目标。所谓创新，需要在充分理解现实条件与需求的基础上，有针对性的提出解决方案及路径。具体面向仲裁制度而言，现实需求主要在于分别解决先进科技与传统应用方式的矛盾、仲裁公正性与效率性的矛盾两大方面。进一步细分，还存在对代表仲裁效率性的临时仲裁的定位、作为竞争者的境外知名常设仲裁机构的管理等问题的解决方案。

现实条件就目前而言最为重要的在于中国对于以 5G、区块链等新技术为代表的先进科技的话语权以及国内对在线仲裁形式的逐步认可与应用。当然，目前的在线仲裁，仍停留在最为基础的形式，即整个仲裁程序，包括从仲裁的发起到最终裁决的作出，都通过网络在线进行。^①各大常设仲裁机构各自构建网络服务器，依照本机构仲裁规则制定网络仲裁规则，仲裁的全部程序，包括申请、审理、裁决等全部在线上进行。当前在线仲裁仅仅是运用互联网技术将线下仲裁搬到了线上，而对于当事人意思自治等的体现与传统的线下仲裁并无二致。因此，其对于当事人的吸引力与之前相比差别不大，也就不难理解了。

（一）在线仲裁平台的界定及特点

综合现有条件看，建立一站式的在线仲裁平台应能满足目前的实际需求。对于平台的含义，可以参照目前中国互联网领军企业之一的阿里巴巴（中国）网络技术有限公司旗下浙江淘宝网络有限公司对于淘宝网的定位。淘宝网就是一个典型的 C2C（Customer to Customer）网络平台，是一种企业通过网络向个人消费者直接提供产品或服务的电子商务模式。^②用户购买产品与平台无直接关系，平台只是提供了一个公共场所。在线平台不受时间与空间的限制，能较大提升交易的效率，节省不必要的开支，并对产生争议的交易提供后续的纠纷处理或监督服务。因此，可以将在线仲裁平台定义为提供仲裁当事人自由选择某一特定网站上由第三方提供的仲裁员、仲裁规则、仲裁机构等服务的公共网络系统。至于在线仲裁平台的形式定位，因其仅提供的是一个公开交易场所而非具体仲裁服务，因

① 黄进：《国际商事争议解决机制研究》，武汉大学出版社，2010年，第281页。

② 李琳：《电子商务概论》，哈尔滨工程大学出版社，2016年，第204页。

此既不属临时仲裁，也不属机构仲裁。但是，可以将在线仲裁平台应用于所有的仲裁模式中，这就是基于现有技术与实践条件下的创新。在线仲裁平台至少有以下几方面的特点。

第一，在线仲裁平台能够充分体现仲裁当事人的意思自治。这从在线仲裁平台的含义中可以看出。类似于淘宝网对于各商家商品及服务仅仅停留在展示的层面一样，当事人对于自身所需的各种服务，例如合格仲裁员的选任、具体仲裁规则与程序的选择或制定等，均由双方自由协商确定，平台仅仅作为一个服务展示的公共场所，而并不参与具体的仲裁相关事项。

第二，在线仲裁平台具有完全的国际性。构建在线仲裁平台，无论其服务器所处何地或是由哪个组织负责运营，其中所接入的提供国际仲裁相关服务的仲裁机构、公证处、法院及其他相关机构、组织均可位于世界各地，而并不局限于某国或某地。这也是在线仲裁平台相较于目前已有的在线仲裁模式的先进性之所在，其更易于与国际相接轨，也更容易获得境外当事人及相关机构、组织的接受。

第三，在线仲裁平台具有高效性。一方面在线仲裁平台可以通过引导当事人采用仲裁员选任的大数据筛选模式、仲裁规则制定的选项填空式模式以及庭审中的在线仲裁服务和其他相关服务提供模式等，减少当事人因所处不同地域而产生的合议时间花费。另一方面一站式的平台服务也可以将整个争议解决过程中所需的公证、保全、裁决的承认及执行等各环节一并纳入系统当中。这不仅能够减少文本的反复递交，也能避免因中间过程中可能误差导致的重复审查，从而减少了整个流程所需花费的时间。

第四，在线仲裁平台具有经济性。在国际仲裁中，双方当事人很多时候并非同处一地，所委任的仲裁员可能也身处异地。各方聚集在同一地点开庭所花费的交通费、住宿费等各种费用，往往花费不菲，同时还存在租借仲裁场地或聘用有经验的仲裁秘书等额外费用，而这些最终都需由当事人承担。通过对互联网的应用，直接拉近了位于各地的争议当事人以及仲裁庭各仲裁员之间的距离，在线庭审突破了空间的限制而将各方聚集一处，有效的节省了各项成本开支。而在线仲裁平台接入的网络仲裁服务能够很好的满足这些需要。同时，在线仲裁平台的应用，直接将各项相同或近似的仲裁服务排列在一起，给予当事人直观比较的可能。据此当事人可以根据自身的需求及条件，选择相对更低的价格获得相同的服务。此外，相对更短的争议解决时间，对于成本与时间正相关的国际商事仲裁而言，也意味着更低的争议解决花费。

（二）现代科技与传统仲裁的结合

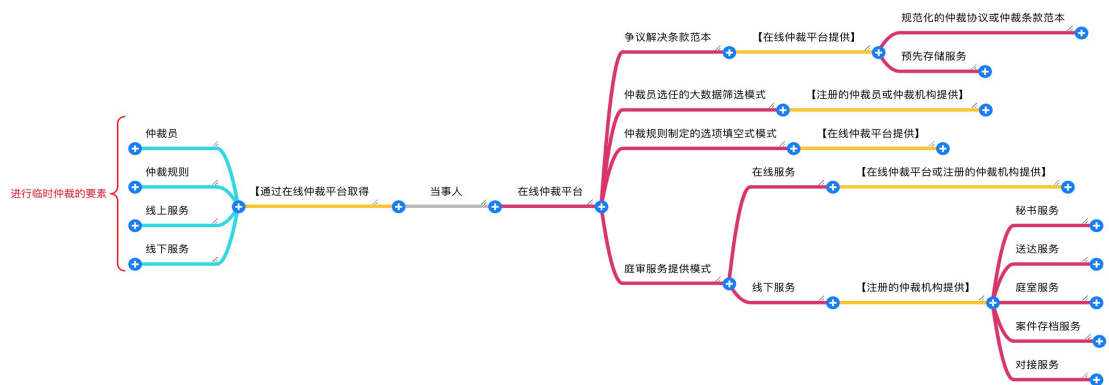
在线仲裁平台是依托于现代科学技术的发展而对仲裁制度作出的一种创新。但究其根本，仍然是对于传统仲裁形式的一种改良，从其构思到框架结构，都离

不开对传统仲裁基本要素的运用。

在线仲裁平台作为一个系统，可以同时将多个不同的主体包含于内。其中可以包括申请仲裁的当事人、仲裁员、仲裁机构，以及其他机构与人员等所有可能参与到国际仲裁中的人员与机构。譬如对于当事人选择在线仲裁平台进行仲裁，只需要向平台提交个人的实名身份信息及其证明文件，然后即可选择在平台上登记的仲裁员或登记的仲裁机构提供的仲裁员名册中选择合适的仲裁员组成仲裁庭。如果当事人合意选择的仲裁员在在线仲裁平台中无法搜寻到时，可以由该仲裁员在平台登记后再进行选择，这样可以同样使用在线仲裁平台提供的多种服务，同时也可以按照平台规则对仲裁员的行为进行规范，以保障当事人的合法权益。同样的，仲裁员、仲裁机构以及其他相关部门与机构选择在线仲裁平台，也仅需提交身份证明文件及资质证明并通过审核即可。

在线仲裁平台除提供上述各人员与机构的展位外，还可以提供一些额外服务。一是规范化的仲裁协议或仲裁条款及预先存储服务。规范化的仲裁协议或仲裁条款在保证当事人意思自治的同时，能够尽量避免由于约定不明造成的时间耗费与争议。至于预先存储服务则指的是双方当事人按照规范化的仲裁协议或仲裁条款作出约定后，可以直接将其电子文本选择在线仲裁平台进行存储，此后一旦发生争议，任何一方即可将存储的文本激活，然后即依约进行仲裁，从而不但方便当事人，也提高争议解决的效率。二是仲裁员选任的大数据筛选模式。除了当事人已直接约定仲裁员外，在线仲裁平台将在其上登记的仲裁员依照当事人输入的条件，如国籍、职业、语言等，从高到低按评分排列。由此当事人可以直观的选择适合的仲裁员。当然，当事人也可以单选择仲裁员应符合的条件而不选择具体的仲裁员，甚至合意选择随机由在线仲裁系统决定。这在充分保证如仲裁员名册制中仲裁员的业务能力及道德素养一样相对较高的同时，也使得在新型案件不断涌现的当下，当事人更能够选择到符合案件需求且令己方满意的仲裁员。三是仲裁规则制定的选项填空式模式。例如在国际商事仲裁的实践中，对于临时仲裁当事人多选择比较通行的2010年《UNCITRAL 仲裁规则》。这并非2010年《UNCITRAL 仲裁规则》一定适合每一个案件，而是为保证规则的可操作性，当事人很多时候没有太多的选择导致。因此，如果能够设计出一套符合当事人心意又确实可行的仲裁规则，从期望角度显然会得到绝大多数当事人的认可。所谓选项填空式即在一些关键的且实践中存在争议的环节，通过设置选项的方式予以提示并要求当事人作出选择，使得仲裁规则与最终裁决尽可能明确而不产生争议。例如，仲裁员适用调解与否、仲裁员的披露范围、仲裁程序中各时间节点。四是庭审中的在线服务和其他相关线下服务提供模式。在现代科技飞速发展的背景下，在线服务已被广泛的应用于各类生产实践中。许多常设仲裁机构也能

够向申请人提供在线服务。在线仲裁平台提供的在线服务既包括各仲裁机构提供的服务，通过如仲裁员评分筛选模式相同的方式供当事人选择；也包括平台自身提供的在线服务，由于对于不愿意仲裁机构参与的临时仲裁当事人而言，这是十分有益的。同时，在线仲裁平台对于仲裁机构提供的其他相关线下服务同样通过评分筛选模式供当事人选择。常设仲裁机构能够为仲裁庭提供多种服务。譬如最基本的如代收仲裁申请及答辩文书；预收并保管仲裁费用；代为指定仲裁员；决定仲裁员是否需要回避；协助更换仲裁员；确定仲裁地；提供仲裁场地及相关设施设备；提供仲裁秘书和专业翻译；监督仲裁程序即期限等。此外，常设仲裁机构还能应仲裁员或当事人的特殊要求，提供一些专职服务。例如，以常设仲裁机构本身的名义对外提供证明文件，进行案件存档，确认裁决并加盖机构公章以转化临时仲裁裁决等。



（三）临时仲裁与机构仲裁的统一

临时仲裁与仲裁机构相结合已成为世界上较常见的国际商事仲裁形式。^①事实上，临时仲裁与机构仲裁的区分已开始逐渐模糊，而不像之前那样泾渭分明。举例来说，临时仲裁与机构仲裁间的最大不同在于是由仲裁庭还是常设仲裁机构决定并管理仲裁程序。该条件似乎十分清晰，但在实践中，境外的常设仲裁机构对国际商事仲裁的程序性管理往往只限于仲裁庭组成之前，而在仲裁庭组成后即将其权力移交，秘书处会将仲裁相关的所有文件转交仲裁庭。其后仲裁程序原则上就全由仲裁庭本身管理。^②也即即使在机构仲裁中，仲裁的程序管理也大多只是在组成仲裁庭之前。由此引发的学者观点为，即使是在常设仲裁机构中进行的仲裁，当该机构能够充分尊重当事人的意思自治以及仲裁庭的自主权力时，此种形式的仲裁也可以被认为是临时仲裁。^③当然，目前临时仲裁与机构仲裁的

① 曹晓路、王崇敏：《海南建设自由贸易港的临时仲裁机制创新研究》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2018年第3期，第3页。

② 高菲、徐国建：《中国临时仲裁实务指南》，法律出版社，2017年，第143页。

③ 赖震平：《中国海事仲裁引入临时仲裁初探——以中国（上海）自由贸易试验区为视角》，

区别仍然存在。上述观点略为激进，先不谈“充分”的程度与范围，事实上选择某特定常设仲裁机构进行仲裁一般就意味着采用了该仲裁机构的仲裁规则。而仲裁规则中的很大一部分即是对仲裁程序的规范。因此，即使是由仲裁庭进行程序管理，但事实上也不能超越仲裁规则对程序的一般要求。

考察从争议发生后到仲裁庭作出仲裁裁决并执行前，仲裁可以分为三个阶段，分别是仲裁员的选任及仲裁庭的组成、仲裁庭的审理程序与最终仲裁裁决的作出。第二阶段仲裁庭的审理程序，是区分临时仲裁与机构仲裁的关键。由当事人及仲裁庭主导的仲裁程序是临时仲裁，而由常设仲裁机构及其仲裁规则主导的则是机构仲裁。那么，关于适当修改机构仲裁规则并由仲裁庭推进仲裁程序的仲裁，根据两者的界分，应也属临时仲裁。在此第二阶段中，在线仲裁平台提供当事人的主要是仲裁员、仲裁规则以及仲裁机构的选择。从临时仲裁与机构仲裁的区别入手，无非就是对仲裁规则或是仲裁机构的选择，而对仲裁机构提供的仲裁规则的修改，导致的也是临时仲裁。从这个意义上讲，除非当事人要求常设仲裁机构严格按照其仲裁规则管理仲裁程序，而不由仲裁庭进行一点变通，否则都可以将该争议解决方式称作是临时仲裁。而在线仲裁平台更是缩小了两者的差异，因为其使得修改机构仲裁规则更为容易。在上述的第一阶段和第三阶段，重点分别是顺利组成仲裁庭以及获得一份可被承认及执行的仲裁裁决。其中常设仲裁机构的参与与否，不会改变仲裁的组织形式。

通过在线仲裁平台，国际仲裁的三阶段被同一系统结合在一起，使得本就逐渐模糊的临时仲裁与机构仲裁的界线，进一步淡化，直至两者完全融为一体。在线仲裁平台作为中立的中介场所，虽然既不属于临时仲裁，也不属于机构仲裁，但两者均可通过平台得到适用。事实上，通过平台进行仲裁，可能最终也无须再区分临时仲裁与机构仲裁。

（四）公正价值与效率价值的融合

仲裁的公正价值是通过仲裁员选任得以实现的，而其效率价值则由仲裁规则及程序的灵活性加以体现。在线仲裁平台则同时将二者融于一体。通过在线仲裁平台进行仲裁，既能够使得仲裁当事人的意思自治得以完全体现，充分发挥仲裁的效率价值；也能够运用条款选择的方式辅助当事人顺利仲裁，维护仲裁的公正价值。从而解决困扰当事人对于仲裁公正价值与效率价值应如何取舍这一大难题。在线仲裁平台在同一系统内如何同时兼顾公正价值与效率价值，具体论述如下。

一方面在线仲裁平台能够保障仲裁的公正价值。基于在线仲裁平台公共网络系统，也即公开交易场所的定位，虽然也可以采取自营方式提供仲裁相关服务，

但是究其根本，C2C 的电子商务模式方为其理应发展的主流方向。正是由于其中立地位，无关任何直接仲裁利益，因此从管理角度就有权制定相关规则予以规范平台上注册、登记各方的权利与义务。同时，对于其中可能产生的争议也有权进行最终裁断。例如，在线仲裁平台可以制定《平台争议处理规则》对作为服务提供者的仲裁机构与作为消费者的仲裁当事人之间的争议进行调整。而这与常设仲裁机构的程序管理形式相比，在线仲裁平台管理的仅仅是服务提供的形式与质量等，而非对实际的仲裁程序进行管理，不涉及理应由仲裁员或是仲裁庭进行管理的任何事项。此外，在线仲裁平台可以提供相互评分服务，使得仲裁当事人与平台提供服务的仲裁员、仲裁机构与其他机构互评，引导以后当事人在近似消费范围内选择合适对象的同时，也促使各同类机构相互竞争，通过竞争得以不断提高与完善。通过诸如此等的管理形式，在线仲裁平台对于作为影响仲裁公正价值最主要因素的仲裁员可以起到充分的保障作用。既不抑制当事人对于仲裁员开放性的要求，给予当事人意思自治最大程度的尊重，允许其在不违背法律的前提下最大范围的选择合适的仲裁员组成仲裁庭；也可以通过制定格式加自选条款，如披露、回避、替换的条件与适用等，约定仲裁员的相应法律责任，避免仲裁员的不合格行为导致仲裁裁决的最终撤销等引起的不公；同时，互评机制等的存在也可以对当事人选择仲裁员起到指引作用，通过市场机制将不合格的仲裁员逐渐淘汰。

另一方面在线仲裁平台可以服务于仲裁的效率价值。从在线仲裁平台的概念与其高效性的特点中可以看出，通过在线仲裁平台进行仲裁毋庸置疑能够满足其所追求的效率价值。具体来说，将在线技术应用于国际仲裁领域，一是可以提供当事人一个快速协商仲裁条款或仲裁协议的平台，通过要素勾选以及重要因素提示的方式，使仲裁当事人足不出户便顺利完成仲裁的申请，如仲裁员的选择及仲裁庭的组成，仲裁规则及具体仲裁程序的确定等。同时，平台也可以提供预存解决未来争议的仲裁条款或仲裁协议服务，通过先期介入的方式提前规范相关法律文件。这样不仅能够节约各方当事人的谈判时间，也能有效避免由于后期仲裁陷入僵局而耽误时间。二是在线仲裁平台在仲裁的具体审理阶段，通过对日益普遍的在线技术的应用，可以将传统的线下仲裁完全搬到网上。只要仲裁员、各方仲裁当事人，以及庭审相关人员在约定时间同时上线，就能通过在线仲裁平台进行仲裁。不论是仲裁的陈述、答辩，还是举证、质证或是对专家证人的质询，都能通过同一屏幕上的多窗口方式同时展现。随着“5G”时代的来临，在网络运行速率不断提升并保持稳定的保障下，在线仲裁平台的出现直接降低了各方汇聚一方所消耗的路程时间。这对于需要多次开庭的复杂国际争议或是分处各地的仲裁员、当事人及仲裁相关人员而言更是如此。三是在线仲裁平台作为提供仲裁服务

的公开交易场所，不仅可以链接不同的常设仲裁机构，为当事人提供仲裁场所、仲裁裁决的转化或其他服务，也可以链接公证机构或是经过协商链接各地法院等在国际仲裁过程中所可能需求的其他相关机构，将已完成的仲裁程序与过程直接发送至相关机构。由于区块链技术的日益成熟，使得网络上形成的相关信息可以得到固化而不再改变，确保信息的真实性。从而节省由于国别、语言或其他原因而转化、认证等所本需花费的大量时间。

四、浙江自贸区仲裁制度构建的现实路径

（一）立法支持在线仲裁平台的设立

浙江自贸区若设立在线仲裁平台，应能充分满足当事人对于争议解决方式法治化、国际化、便利化的营商要求。但在线仲裁平台作为对仲裁制度发展的创新，目前尚未有实践加以进一步论证及完善，且就其设想本身而言，尚需要通过立法予以保障。具体主要包括以下几个方面。

一是明确支持临时仲裁制度。众所周知，由于2017年《中国仲裁法》明确要求仲裁协议包含仲裁委员会作为有效要件之一，^①因此从法律角度上就否认了临时仲裁制度。虽然最高法多次尝试采纳临时仲裁，包括以“三特定”条款方式间接在自贸区进行尝试，^②但终究基于法律位阶的原因难以明确。而这与临时仲裁制度在二元仲裁体系中占据相当重要地位相矛盾，也不符合在线仲裁平台容纳临时仲裁的本性。因而明确支持临时仲裁制度尤为必要。具体而言，为维护全国法律的一惯性，同时也为检验实施临时仲裁制度的效果，可将浙江自贸区作为试验田，在仲裁法修改前，由全国人大通过授权方式决定在浙江自贸区内暂不实行2017年《中国仲裁法》内与实施临时仲裁相抵触的部分条款，改由浙江省人大通过地方性法规方式支持临时仲裁制度。譬如，对于“仲裁”，可参照1985年《国际商事仲裁示范法》的定义，“是指无论是否由常设仲裁机构进行的任何仲裁”。^③

二是明确在线仲裁平台的运行管理机构。由在线仲裁平台的特点及运行模式可知，管理主体需要同时满足两方面的条件，一方面既要是熟悉国际商事仲裁的圈内机构，避免出现外行指导内行的不良状况；另一方面又必须具有客观公正的公共性质，防止如目前一些仲裁机构那样公信力不足。因此若是由现行某个常设仲裁机构或是行政机关承担此职能，就不甚妥当，新成立某个机构作为管理主体更为合理。考虑到管理主体应熟知国际仲裁状况并具有研究创新能力，参照律协设立全由仲裁员组成的仲裁协会应可满足以上要求。因此，可由浙江省人大通过

① 2017年《中国仲裁法》第十六条第三款。

② 《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》第九条第三款。

③ 1985年《国际商事仲裁示范法》第二条(A)款。

地方性法规方式明确在线仲裁平台由仲裁协会负责运行管理,并同时明确仲裁协会在运行管理在线仲裁平台时的具体职能及客观立场。

三是明确仲裁员的任职资格。根据现行仲裁法,仲裁员的准入门槛较为严格,^①这对于开放式的仲裁平台而言将在很大程度上阻碍当事人对于平台的选择,不利于平台的快速推广。同时考虑到国际仲裁的民间属性,因此降低仲裁员的准入门槛势在必行。至于是否和许多国家法律规定的那样只要求仲裁员具有民事行为能力或由当事人自行确定,或是额外加以一定的限制,譬如年龄、资历等,可在调研的基础上由实践确定。而这些,也应由浙江省人大通过地方性法规方式予以明确。

（二）研究完善在线仲裁平台提供的服务

浙江自贸区若要通过在线仲裁平台要提升其国际仲裁竞争力与影响力,除了外在加强宣传外,更为重要的在于提升在线仲裁平台的有效性,也即其与其他仲裁模式不同的特有服务。譬如对于仲裁协议的示范性条款制定,就应保持简洁的基础上明确各要素,避免争议发生后当事人应协议不明而陷入僵局。又如仲裁规则的制定一方面必须以当事人为导向,维护当事人的意思自治;另一方面也要竭力避免繁复的条款导致时间的无谓浪费。因此可以通过关键内容与时间节点的选择来达到两者的平衡。

^① 2017年《中国仲裁法》第十三条。

中国自贸试验区海关税收征管制度创新难题研究

陈利强 陈琳^①

摘要:如何在提升贸易便利化水平的同时保证税收征管安全是海关监管重要的价值诉求。中国自贸试验区在海关税收征管制度创新方面积极作为,但是迫于征税的财政压力以及改革配套措施不完善,海关税收征管制度在落实以及进一步深化改革层面遭遇难题。主要成因包括部门间权责交叉,多元化治税体系不成熟;法律法规不完善,制度创新缺乏法治保障;数据共享机制不健全,智能化风险防控水平有待提升等。中国自贸试验区应当借鉴国际国内相关经验,从事权、法治、技术三个层面破解这些难题,以有效解决贸易便利化与税收征管安全之间的矛盾。

关键词: 自贸试验区 税收征管制度 贸易便利化 事权法治技术

一、问题的提出

如何在提升贸易便利化水平的同时保证税收征管安全是海关监管重要的价值诉求。便利化是自贸试验区营商环境的一个重要方面,海关是贸易便利化中最重要的部分。^②与此同时,海关也承担着征税的重要职能。国务院在2018年印发的《优化口岸营商环境促进跨境贸易便利化工作方案》中就已提及创新海关税收征管模式。海关税制属于流转税制,主要包括进出口环节的关税、增值税和消费税。与国内增值税和消费税征收相比,海关税制在税率方面实行复杂的复式税则,征收对象种类繁多,在产品原产地的认定以及完税价格的确认方面都存在较多难题。海关税收征管主要包括申报、审单、验估、开税单、征税、查验、放行等一系列作业程序。^③全国通关一体化改革以后,审单环节并入税管中心。贸易便利化程度直接受制于海关税收征管的方式及程序。在较长一段时间内,货物入关需以完成税款缴纳为前提条件。全国通关一体化以及自贸试验区海关税收征管制度创新皆聚焦于改革这一通关模式。

自贸试验区作为改革先行区,其“先进区、后报关”“集中汇总征税”“新型税收担保”“四自一简”等海关税收征管制度创新,使得通关与征税适度脱钩的新型征管体制基本形成,新型征纳关系初步构建。尤其在便捷通关、贸易便利化

^① 陈利强,浙江外国语学院“一带一路”学院、华侨学院、国际学院执行院长、国际法教授、浙江省法学会国际经济法学研究会会长、浙江省法学会自由贸易园(港)区法治研究中心主任;陈琳,浙江工业大学法学院硕士研究生。

^② Wilson,J.S.,Mann,C.L.and Otsuki,T. Trade Facilitation and Economic Development: A New Approach to Measuring the Impact,World Bank Economic Review,2003.

^③ 钟昌元:《我国海关税收征管方式改革探析》,《税收经济研究》2016年第3期。

方面，其成就明显，成绩斐然。与上海关区通关时间平均水平相比，2018年上海自贸试验区进出境时间分别缩短了78.5%和31.7%；与2017年相比，2018年广东自贸试验区海关平均通关率提升50%以上。^①近些年，中国自贸试验区海关税收征管制度创新的实质是秉持“通得快，管得住”的基本原则，尽可能破除其他要素对货物便捷通关之桎梏。税、单、货三者间某种程度的脱钩是改革的必然结果，但海关税收征管风险也因此大为增加。此外，近些年国际贸易保护主义抬头，出口受到梗阻，企业统筹运用国际国内市场之诉求日趋显著。以跨境电商为代表的新型贸易业态的发展需进一步规范。上述问题的解决皆有待于创新税收征管制度。《海关全面深化业务改革2020框架方案》所指明的改革内容大致可归为税收风险防控的协同配合有待提高、税收征管改革配套制度有待健全、智能化风险防控水平有待提升等事权、法治、技术三个层面的难题。因此，创新海关税收征管制度，落实改革的顶层设计，需要从这三个层面切入，逐一破解改革所遭遇的难题。

二、自贸试验区海关税收征管制度创新存在的事权法治技术难题

全国海关扎实推进税收征管领域改革，制度创新成就明显。新型征纳关系初步构建、部门协调配合度增强；在关税领域，“一中心一制度”落地见效，有序运行；科学技术能够得到有效运用，税收风险集约化、专业化、智能化防控效能不断提升。但是，距离《海关全面深化业务改革2020框架方案》提出的“建立高效便捷的申报制度、协同优化的风险管理制度、衔接有序的监管作业制度、统一规范的通关制度、自由便利的特定区域海关监管制度，形成符合新职能需要的监管制度体系”仍存在一定差距。达成这一目标归根结底需解决事权层面、法治层面、技术层面的难题，即部门间权责交叉，多元化治税体系不成熟；法律法规不完善，制度创新缺乏法治保障；数据共享机制不健全，智能化风险防控水平有待提升。

（一）部门间权责交叉，多元化治税体系不成熟

边境机构间的合作协调，可提高海关监管的效率。^②海关税收征管制度创新对海关与其他政府部门间、海关内部各机构部门间的协调配合以及海关与企业和社会层面的合作提出了更高要求。但是自贸试验区在事权层面存在两个方面的难题：一是部门间权责交叉，执法协同机制不完善。二是新型征纳关系未完全构建，中介机构效能未充分实现。

① 李善民：《中国自由贸易试验区发展蓝皮书（2017-2018）》，中山大学出版社2018年版。

② 崔鑫生：《中国省域贸易便利化调查报告2016》，对外经济贸易大学出版社2016年版。

1.部门间权责交叉，执法协同机制不完善

海关税收征管制度创新涉及诸多部门，有效整合海关与其他各部门的资源，加强海关内部各机构部门的协调与合作是综合治税水平得以提升的重要保障。如表 1 所示，一般纳税人资格试点、新型税收担保方式和税收征管无纸化等海关税收征管制度创新的落地见效需多个部门通力合作，但是海关与其他政府部门未能形成管理层面的有效协同。此外，就海关内部而言，如图 1 所示，全国通关一体化改革以后，海关税收征管流程转变为由中心下达相应指令，隶属海关执行的模式，直属海关的事权被部分剥离。但是三者之间的权责界定不清晰，分工配合机制不完善，直属海关与税管局在职责层面存在交叉重叠，直属海关仍存有“大包大揽”或“事不关己”两类错误态度，^①税管中心和隶属海关的作用未能有效发挥，三者未能实现有效协同。从横向组织架构来看，中国海关以职能作为划分部门的依据，与征税有较大关系的部门主要包括监管、稽查、关税等。在此基础上，海关又根据工作流程进一步细化这些基本职能，每一项职能都设置相应的机构。这就意味着海关税收征管权限不是集中于一个部门，税收征管活动需多个机构及部门协调配合。各机构及部门各自管理一个环节且各环节衔接并不顺畅导致部门工作协调困难。

表 1 海关税收征管制度创新及主要责任部门^②

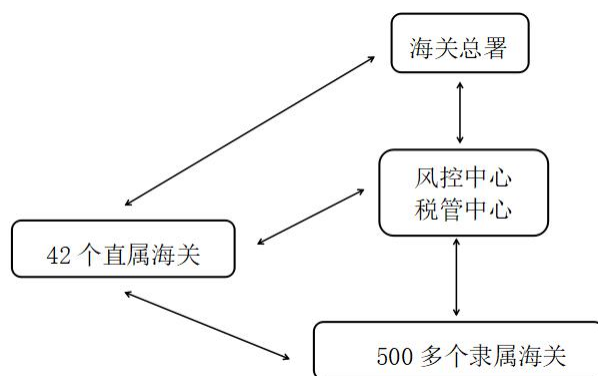
| 措施项目 | 具体内容 | 主要责任部门 |
|-----------|-----------------------------------|------------------------|
| 集中汇总征税 | 基于有效担保，企业可先提取货物，事后再集中缴付税款 | 海关总署 |
| 企业纳税自报自缴 | 企业自行申报办理系列纳税手续，海关仅受理不审定 | 海关总署 |
| 税收要素审核后置 | 货物放行后，海关再抽查审核企业申报的各项税收征管要素，特殊情况例外 | 海关总署 |
| 内销选择性征税 | 企业内销时，可自主选择按料件或按成品纳税 | 海关总署 |
| 一般纳税人资格试点 | 赋予区内企业一般纳税人资格，建立试点退出机制 | 税务总局、财政部门、海关总署 |
| 新型税收担保制度 | 实施企业集团财务公司、融资担保公司担保改革试点、保证 | 海关总署、银保监会、财政部、人民银行、税务总 |

^① 林利忠、林臻、黄翀：《全国海关通关一体化形势下直属海关加强税收风险防控探讨》，《海关与经贸研究》2018 年第 1 期。

^② 数据来源：根据海关总署官方网站相关资料整理所得。

| | | |
|-----------|---------------------------------------|-----------|
| | 保险制度 | 局、保险公司 |
| 税收征管无纸化改革 | 海关税费电子支付，试点推进 财关库银联网模式，实现单证 电子化 | 海关总署、财政部门 |

图 1 全国通关一体化改革以后海关组织架构^①



2. 新型征纳关系未完全建构，中介机构效能未充分实现

在上海和重庆自贸试验区率先实施的“四自一简”制度（自主备案、自定核销周期、自主核报、自主补税、简化业务标准手续），被列为自贸试验区第四批改革试点经验，于 2018 年推广至全国。在此基础上，新型征纳关系初步构建。新型征纳关系应当包括企业自主遵从纳税、社会信用体系健全、海关重点防控等内容。^②但是由于自贸试验区未构建健全的企业信用体系，属地纳税人管理制度未完全落实和信息技术建设步伐迟滞，不少企业利用制度和监管漏洞偷税漏税。此外，各种税收违规现象和非主观漏税事情也时有发生，进而导致海关与企业信任度不够，海关在由审核纳税单证向全过程重点防控征税风险改革中态度较为保守。要实现海关税收征管制度创新预设目标，还需通过借助中介机构等社会力量，完善多元化治理模式。自 2016 起全国自贸试验区复制推广中介机构制度，引入会计师事务所负责或者辅助海关税收征管的相关工作。^③例如，浙江自贸试验区在 2017 年 11 月引入浙江普华会计师事务所有限公司。但是重庆等自贸试验区尚未复制推广该制度，即使已复制推广该项制度的自贸试验区也未能充分实现中介机构应有的功效。例如，在税收稽查方面，中介机构所采用的程序、方法与海关

① 王树文、刘玲、王辉：《中国海关四十年组织变革及未来战略选择探析——基于海关与国家安全的视角》，《海关与经贸研究》2019 年第 1 期。

② 郭永泉：《自由贸易试验区的税收制度：建设进程、创新成效和深化改革》，《税收经济研究》2019 年第 1 期。

③ 《国务院关于做好自由贸易试验区新一批改革试点经验复制推广工作的通知》（国发〔2016〕63 号），2016 年 11 月 10 日。

自身的征税稽查方式有所差别,海关并不能完全信任由中介机构出具的报告。因而海关重新复核的情况普遍存在,这不仅增加了税收征管成本还阻碍了贸易便利化水平的提升。另外,由于海关保税核查、核销和稽查业务具有较强的专业性,与中介机构普通的审计等业务有一定区别,中介机构可能无法完全胜任此项工作。因此,构建海关与中介机构之间有效的合作模式,使两者在相关工作方面形成合力显得尤为重要。

(二) 法律法规不完善, 制度创新缺乏法治保障

海关参与国际贸易竞争, 制度竞争力是其竞争力的核心。^①海关税收征管制度创新的落地见效以及进一步深化改革需要相应的制度予以保障, 但是目前自贸试验区在法治层面存在两个方面的难题: 一是征管制度地方化碎片化, 法律法规位阶过低。二是征管制度滞后, 新模式、新业态发展受制。

1. 征管制度地方化碎片化, 法律法规位阶过低

国家层面尚未出台统一的自贸试验区“基本法”, 而是通过“逐项授权暂停”的方式由地方先行先试。当前, 海关税收征管制度改革主要是针对某一具体的项目或者为了解决某个具体的问题而由地方政府、海关总署等部门出台相关举措, 各制度间缺乏关联, 地方化、碎片化现象明显。自贸试验区之间以及自贸试验区各片区之间的海关税收优惠政策不一致, 税收征管方式改革内容和程度也存在差异, 不利于自贸试验区整体贸易便利化水平的提升。就免税而言, 广东自贸试验区改革的步伐迈的最大。福建自贸试验区最优惠, 平潭片区实施对一部分因生产需要而进口的货物给予免税待遇的政策。就自贸试验区自身各片区而言, 税收优惠政策依据不一致, 也会导致各片区税收政策存在差别。例如, 广东自贸试验区内的深圳前海和横琴片区的免税优惠政策并非源自自贸试验区本身, 而是承袭旧有政策红利, 故不适用于其他片区。自贸试验区海关税收征管的主要依据是国务院出台的总体规划方案、海关总署制定的部门规章和碎片化的政策措施及地方人大和政府出台的政策法规。一方面这些法律法规层次不高, 另一方面总体规划方案以及海关总署和地方政府部门出台的政策措施并不属于行政法规, 也就意味着海关税收征管制度的创新和落实缺少必要的法治保障。国家层面高位阶的法律法规的缺失, 容易出现各自自贸试验区在税收征管政策制定、通关监管模式选择、信息化建设方式等方面存在随意性,^②不利于自贸试验区的可持续性发展。另外, 由于目前有关制度规定较为笼统, 未能明确具体执行方式, 海关税收征管制度创新在实践层面难以落实。执法部门凭经验贯彻落实相关政策, 不仅执法风险增加, 且与

①李魁文:《探索建立具有国际竞争力的先进海关监管机制研究》,《科学发展》2016年第7期。

②钟昌元、毛道根:《我国海关特殊监管区域的税收问题研究》,《上海海关学院学报》2013年第4期。

征税法治化、透明化原则不符。

2. 征管制度滞后，新模式、新业态发展受制

除了在出口退税政策方面有所差别外，其它海关特殊监管区的税收征管制度与保税区基本一致。但是，保税区主要的税收征管制度出台于 1997 年，年代久远。随着国内外经济环境及贸易形式的深刻变化，相关制度明显具有滞后性。目前自贸试验区实施的海关税收征管政策使得企业无法有效统筹国际国内两个市场，特别是不利于企业向国内市场发展。海关税收征管制度在来料加工与进料加工方面的差异，使得与外销相比，企业将加工制成品销往国内时其赋税程度往往更高。针对这一问题，海关总署出台系列文件复制推广内销选择性征税制度，但该项制度落地成效并不理想且存在诸多问题。增值税是间接税制，通过进项税额相抵扣，避免重复征税。一般纳税人开具的增值税发票可适用抵扣政策。自贸试验区内的企业暂停适用国内的一些税收政策，不具备一般纳税人资格，也就无法适用相应的抵扣政策。因此，如果料件的退税率低于成品退税率，当企业内销时，其进口税率高于退税率，所要缴纳的增值税就会增多。^①针对这一问题，国家推出一般纳税人资格试点，2018 年进入试点扩大阶段并设立了试点退出机制。^②截至 2019 年 4 月，重庆自贸试验区共有 8 家企业获得试点资格，但是这一措施在福建、辽宁等自贸试验区更多停留于政策层面未取得明显成效。此外，跨境电子商务迅速发展，上海、福建和浙江等自贸试验区的建设实施方案都明确规定了发展跨境电子商务的重要任务，但是其税收征管要素与传统货物贸易相比有其特殊性，例如交易主体、交易对象的种类、数量、价格的真实性难以判别，其海量、碎片化的特点也使得海关税收征管风险进一步增大。另外电子资料容易修改也会对海关估价稽查带来较大难度。如何构建与跨境电子商务发展相适应的海关税收征管制度是海关亟待解决的问题。

（三）数据共享机制不健全，智能化风险防控水平有待提升

海关监管制度改革的要点是借助信息技术，通过某种方式有效整合自身资源。其最终目的是确保既“通得快”又“管得住”。^③但是，自贸试验区在技术层面仍需解决两个方面的难题：一是跨部门信息共享机制不健全，各类资源信息未能有效整合。二是数据信息化程度不高，智能化技术应用有待推进。

① 朱昱成：《海关特殊监管区域一般纳税人资格试点政策评析》，《海关与经贸研究》2017 年第 3 期。

② 国家税务总局、财政部、海关总署《关于扩大赋予海关特殊监管区域企业增值税一般纳税人资格试点的公告》（国家税务总局〔2018〕年 5 号），2018 年 2 月 12 日。

③ 石良平、周阳：《试论中国（上海）自由贸易试验区海关监管制度的改革》，《上海海关学院报》，2013 年第 4 期。

1.跨部门信息共享机制不健全，各类资源信息未能有效整合

海关与其他政府部门以及海关内部各机构部门间信息共享机制不健全，使得海关无法有效整合所需信息，难以有效应对因海关税收征管制度创新落地而产生的税收征管风险，从而导致海关税收征管制度改革遭遇障碍。国际贸易“单一窗口”是跨部门信息共享机制的代表。^①中国自贸试验区“单一窗口”建设进度不统一，分为1.0、2.0、3.0三个版本。辽宁、浙江、河南、重庆等自贸试验区主要处在1.0版，广东、福建等自贸试验区主要处在2.0版。各版本都存在构建的申报标准与口岸执法部门监管需求存有偏差，数据信息系统稳定性、安全性不高，部门间信息共享机制不畅通，系统作业不能独立完成需人工予以辅助等诸多问题。即使代表中国最高水平的3.0版本的上海自贸试验区“单一窗口”的信息共享程度与国际标准相比也存在一定差距。海关税收征管制度创新及相关配套制度的完善，例如，企业信用体系的构建、AEO制度的落实等，需掌握企业的日常经营状况、贸易往来、自主报税纳税等基本信息。但是，这些数据通常储存在其他政府部门的信息系统中，海关不易提取。

2.数据信息化程度不高，智能化技术应用有待推进

随着互联网技术的迅速发展，国际贸易所涉及的一系列数据的形式发生了深刻的变化，由传统的纸质形式逐渐转为以电子数据方式呈现。海关税收征管所需抽查、核验的凭证也更多地以电子数据方式体现，这就要求海关实现相应的技术变革。^②提高海关税收征管各环节所涉及资料的信息化程度是实现海关贸易便利化水平与征税安全良性耦合的技术保障。自贸试验区之间的税收征管参数设置不一致，企业申报数据不规范，以致于通关前后的税收征管风险无法有效把控和分析。在无纸化改革程度方面，人工作业占比较大甚至高于智能作业。在查验、验估环节，在线服务水平较低，有关问题需企业现场处置。海关税收征管审核单证环节的作业方式仍处于依靠人工抽查的传统模式，人工抽查方式本身效率较为低下且不够精确，再加上单证数量较大，这就导致海关无法统筹考察各个业务环节，限制了海关发现问题的能力，不仅效率低下且征税风险也未能得到有效控制。利用表格进行数据筛选对比仍是海关统计分析税收征管风险各项要素的主要方式，这种方式主要依赖工作经验进行评估，大数据分析未能得到很好运用。

三、自贸试验区海关税收征管制度创新经验的国内比较与国际借鉴

为破解自贸试验区海关税收征管制度创新遭遇的三个层面的实践难题，借鉴国际经验，对标国际标准显得尤为重要。另外，作为第一批自贸试验区，上海自

^① 匡增杰、孙浩：《上海自贸试验区国际贸易“单一窗口”建设研究》，《经济体制改革》2018年第5期。

^② 郭永泉：《税立方：新时代的海关税制选择和改革》，《税收经济研究》2018年第2期。

贸试验区在许多领域已走在全国前列,在海关税收征管制度改革方面也取得了重要成就,形成了一批可复制可推广的经验。自贸试验区在海关税收征管制度创新难题方面存在共性。因此,各自贸试验区在破解制度创新难题时,有必要借鉴上海自贸试验区的相关经验。

表 2 国际国内海关税收征管制度考察^①

| 自贸试验区海关税收征管制度难题 | 国际自贸区经验借鉴 | 上海自贸试验区经验借鉴 |
|---------------------------|---|--|
| 事权层面:部门间未能有效配合,多元化治理模式不完善 | 韩国制定相关制度以清晰厘定职能部门权责;日本借助报关协会,以加强海关税收征管社会化管理 | 海关主导型征管模式转为企业主动纳税征管模式;引进银行、保险、税务等中介机构 |
| 法治层面:相关法律法规缺失,法治保障不完善 | 新加坡制定《自由贸易区法》,统一税收优惠政策;美国修订《海关现代化法》,满足贸易安全便利 | 制定《上海自贸试验区海关监管制度创新基本规范》 |
| 技术层面:数据信息化、共享化程度不高 | 新加坡建设“一站式”电子通关系统和以贸易网(Trade Net)为依托的国际贸易“单一窗口”;美国建立ACE系统(自动化贸易环境管理作业系统) | 对标国际最高水准,深化3.0版国际贸易“单一窗口”建设;建设智能优惠关税系统(Smart FTAX);管委会建立自贸试验区监管信息共享机制和平台 |

通过比较分析国际自贸区和上海自贸试验区的相关经验,不难发现,与中国自贸试验区相比,上述国际自贸区更善于借助社会力量辅助海关开展征税业务,税收征管制度创新方面有完善的法律制度保障,相关技术设备先进,海关作业智能化水平高。

(一) 部门间有效协同,海关征税多元化治理

就海关税收征管制度的国际国内经验来看,大多数国家都通过建立统一的机构或者颁布有关文件以明确各相关职能部门的权限,加强各部门的分工协作,以提高综合治税水平。例如,韩国自贸区通过制定《海关法》和《对外贸易法》等法律法规,对各职能部门的职责进行明确界定,从而提高各部门的协调配合程度。日本注重发挥报关协会的作用,通过报关协会与企业进行磋商。上海自贸试验区引入中介机构辅助海关开展税收征管业务,并且尊重企业的主体地位。多元化治理的最大意义在于可以使海关借助社会多方力量来弥补自身信息的不足,与其他部门、中介机构、行业协会、企业等共同组建一个互利共赢的税收治理体系,以充分有效发挥海关的监管资源,更好应对海关业务量剧增的情况。中国自贸试验区应当借鉴相关经验,以法律明确各部门职责,提高综合治税水平;借助社会力

^① 刘恩专:《世界自由贸易港区发展经验与政策体系》,格致出版社2018年版。

量，实现海关税收征管的多元化治理。

（二）税收法定原则坚定贯彻，海关征税法治化、透明化

“先立法后执法”是税收法定原则的基本内涵，英国是最早践行这一原则的国家。税收法定原则的基本要求是海关税收征管活动要有明确的法律依据，包括税率、税种以及征管方式等方面。^①基于这一基本原则，国外自贸区大多遵循先立法后建区的模式。1999年《京都公约》（修订）也要求构建完善的法律法规制度以规范海关税收征管行为，保障便捷通关。新加坡通过制定《自由贸易区法》统一税收法律法规。美国《海关现代化法》对海关与企业各自的权责、税收征管方式、免税、违法处理等都有明确规定。^②上海自贸试验区制定相关法律文件规范海关监管制度创新，是对税收法定原则的贯彻落实，体现了以法治引领改革的战略思维，其意义非常重大。综合国际国内经验，中国自贸试验区应当根据自身的功能和产业特点，完善相关法律法规制度，为海关税收征管制度创新提供制度保障。

（三）数据共享机制健全，数据共享化、信息化程度高

综合国际国内海关税收征管经验，可以总结出提高海关信息化水平，建设包括“单一窗口”在内的部门间信息互通、交换、共享的机制和平台是提高海关税收征管效率、防控税收征管风险的有效途径。新加坡海关构建的“一站式”电子通关系统和高标准的国际贸易“单一窗口”，使其在便捷通关、管理成效方面成就显著。“新加坡模式”成为节约成本和提高效率“双丰收”的成功典范。^③美国在对入关货物进行监管时主要运用ACE系统，该系统具备多样化的信息搜集方式以及跟踪、控制功能，还可以自动处理一些事务。美国海关通过运用该系统，规范和储存货物因通关而涉及的各种信息数据包括单证流、资金流等，在此基础上实现数据共享。上海建设的智能优惠关税系统涵盖五套FTA优惠关税，企业可以通过该系统查询关税税率、原产地规则、商品税则等信息。中国自贸试验区应在现有基础上，进一步加强信息技术建设。

四、破解自贸试验区税收征管制度创新难题的建议

面对税收征管制度创新存在的系列难题，自贸试验区在事权层面应当理清部门权责，优化多元化治理模式；在法治层面应当完善法治保障，改革税收征管制度；在技术层面应当健全数据共享机制，加强技术保障。在进一步实现便捷通关、

① 陈国文、孙伯龙：《税收法定原则：英国19世纪的演进及启示》，《兰州大学学报(社会科学版)》2015年第6期。

② 黄胜强：《美国关税法》，中国社会科学出版社2001年版。

③ 《以制度创新为核心促进海南贸易和投资自由化便利化》，<http://aoc.ouc.edu.cn/92/8b/c9821a2341/page.htm>, 2019年12月1日访问。

提升贸易便利化的同时，仍能有效管控征税风险，确保税收征管安全。

（一）理清部门权责边界，优化多元化治理模式

《国务院关于促进海关特殊监管区域科学发展的指导意见》（国发〔2012〕58号）重点提到完善部门合作机制。海关除了实现在管理层面与其他部门有效协同外，应改变“单向度”的管理模式，引入中介机构，加强与企业的沟通合作，从而更好地利用自身的监管资源，有效化解贸易便利化与税收征管安全之间的矛盾。

1. 完善部门合作机制，提高综合治税水平

海关的组织结构以及税收征管权限在机构部门间的分配对海关税收征管水平的提升具有重要意义。^①海关税收征管涉及多个部门，是一项复杂的系统工程。海关应破除“包揽一切”的落后管理理念，形成和提高综合治税意识。首先要加强海关与其他政府部门的协调配合，建立相应的合作机制。可以制定流程完整、切实可行的合作章程，明确各部门在海关税收征管制度创新方面的具体分工及合作方式。其次要清晰界定海关上下级组织部门以及横向各业务部门之间的权责。

《海关全面深化业务改革 2020 框架方案》明确提出加强风险协同防控，风险管理部门负责风险分析、发布布控指令和风险预警，直属海关和隶属海关加强风险信息收集，畅通布控需求渠道，强化布控指令执行，完善执行反馈机制。通关与征税适当分离以后，海关税收征管风险主要体现为通关前的风险分析以及通关后的风险防控，这就要求关税部门必须加强与其它部门特别是稽查部门之间的合作。此外，应当调整海关各职能部门的权限，以解决当前各部门分工过细，统筹难度较大的问题。

2. 构建互利共赢的关企关系，保障中介机构实现应有作用

海关与商界伙伴关系是海关贸易便利化制度的运行基础。^②深化海关监管制度改革应当遵循从以海关为主导的“单向度”管理模式转为借助社会力量，实现多元化治理模式的路径。^③为实现报关便利化以及提升通关效率，海关应当更加尊重企业主体地位，完善落实属地纳税人管理制度，实行属地纳税人差异化管理。在各部门共同建立标准、统一的大数据库基础上，构建标准的企业风险评估制度，进而对企业进行税收征管风险的等级划分，根据不同等级采取不同的监管措施。此外，在海关与企业之间应建立有效的沟通机制，以确保信息的对称性和有效性，使得海关的改革能够真正适应企业的需求。海关在开展单证审核、税收稽查等业务时，应当充分借助中介机构的力量，实现海关征税多元化治理，以有效解决业

① 李海莲：《论我国海关税收征管效率的现状及其应对措施》，《求实》2011年增刊第2期。

② 周阳：《美国经验视角下我国海关贸易便利化制度的完善》，《国际商务研究》2010年第6期。

③ 刘剑文：《法治财税视野下的上海自贸区改革之开展》，《法学论坛》2014年第3期。

务量增长导致海关现有监管资源不足的问题。海关应当与中介机构加强沟通、必要时制定相关法律制度,明确两者之间的任务分工和合作方式,以解决当前中介机构与海关无法有效配合的问题。

（二）完善法治保障，改革税收征管制度

科学合理的监管是以良好完善的法律制度为基础的。^①自贸试验区应当以法治引领海关税收征管制度改革,但是当前自贸试验区税收征管部分制度创新仅有制度规定,缺乏相应的法治保障。自贸试验区应结合自身的产业状况、经济特点,逐步完善相关法律制度,实现海关征税法治化、透明化。

1.以三层次联动立法为路径，完善税收征管法治保障

自贸试验区的税收征管制度创新要兼顾自身特点。遵循“国家授权、部委规章、地方立法三层次联动推动”路径,^②逐步完善和统一税收征管法律制度。有效解决税收征管制度地方化碎片化,体系不完善,以及一些征管方式无明确法律依据等问题。自贸试验区应当在中央授权的模式下,根据自身的特点和功能,“先行先试”积极探索符合自贸试验区自身特点的海关税收征管制度。在此基础上逐步统一相关征税制度,包括来料加工与进料加工的退税政策,内销产品完税价格的计算方法以及进一步规范出口退税行为,应当足额退税的必须足额退税。另外,要正确处理好改革与立法的关系,形成重大改革于法有据,立法引领改革的新路径。^③应当为海关税收征管制度改革配套相关的法律制度,为贯彻税收法定原则奠定制度基础,实现税收征管法治化、透明化,降低执法风险,以制度保障海关税收征管制度创新的落地见效。对于制约新模式、新业态发展方面,要尽快修法。此外,应注意把握地方立法的受制性与立法引领性、前瞻性之间的关系。^④

2.坚持立改废释方法论，促进和保障新模式新业态发展

一是有效贯彻“一般纳税人资格试点”和“内销选择性征税”制度,以便区内企业更好地参与国内市场竞争。有一般纳税人资格试点经验的自贸试验区应当借鉴相关经验,与企业积极开展合作试点,帮助企业了解该项制度在不同情形时的具体规定。不同主体间的贸易行为,在能否适用进项税额抵扣制度方面存在差异。自贸试验区应探索建立“试点退出机制”的具体实施方式,减轻企业顾虑,提高企业参与度。此外,海关应建立企业反馈机制,以企业需求为导向,注重政策实施效果。内销选择性征税利于加工贸易企业更好的利用国内市场,可以适当扩大该项制度的适用领域,给予纳税人更多自主选择权。其次,在执行该项制度时,必须明确其适用的标准及程序,限制执法行为的随意性。

① 刘水林:《中国(上海)自由贸易试验区的监管法律制度设计》,《法学》2013年第11期。

② 陈利强:《中国自由贸易试验区法治建构论》,《国际贸易问题》2017年第1期。

③ 贺小勇:《上海自贸试验区法治深化亟需解决的法律问题》,《东方法学》2017年第1期。

④ 丁伟:《上海自贸区立法经验及启示》,《人民政坛》2015年第9期。

二是依据跨境电子商务的特点,配套相关的税收征管制度措施。自贸试验区海关应把握跨境电子商务征税对象、适用税率难以确定,电子资料易修改以及海量化、碎片化的特点,结合自身状况,借鉴国内外相关经验,进行制度创新。例如,借鉴河南自贸试验区在构建跨境电子商务事前、事中、事后正面监管模式方面的经验。精准掌握跨境电子商务涉及的各项税收征管要素,有效防控价格虚报导致的税收征管风险。其次,逐步完善对征税范围、计税尺度和起征点等要素的规定。探索建立政策评价标准,对已实施的措施,要综合评估其效果,及时调整或者废止。特别是“对网购保税”和“行邮税”在试点的同时要保持审慎的态度。此外,将跨境电商置于全国通关一体化改革范围内,针对其海量化、碎片化的特点构建货物渠道和寄递渠道两种通关模式。

(三) 健全数据共享机制, 加强技术保障

信息化建设是海关现代化建设的重要部分。美国在 2019 举行的“二十一世纪海关框架”公共会议的议题就包括智能执法、前沿技术、数据访问和共享以及“单一窗口”功能更新。自贸试验区应当完善部门信息共享机制,提高智能化风险防控水平。

1. 完善包括“单一窗口”系统在内的部门信息共享机制

国际贸易“单一窗口”的建设应分阶段、分时期逐步推进。^①自贸试验区应借鉴国际国内建设经验,加大资金投入,完善包括税务、海关在内的功能模块,构建标准化的数据体系,提高信息共享水平。另外,可以将海关与其他政府部门、金融机构等单位的数据接口连接起来,在“云计算”技术的辅助下,将各部门信息有效整合,打破部门间信息系统独立且互不开放的局面,为海关进行税收风险分析及税收风险防控奠定基础。

2. 构建全面、标准、统一的数据信息库

在提升贸易便利化水平的同时,保证税收征管安全,有赖于构建全面、标准、统一的数据信息库。数据信息库应包含企业、商品、法规和模型等内容。^②其中企业信息库应涵盖企业的基本信息、进出口业务、税收的缴纳情况以及纳税人的诚信记录等。商品信息库应包括价格信息、原产地信息、商品生产流通等信息系统。法规信息库主要包括经海关分析整理后建立完善的税则体系,政府针对自贸试验区出台的一系列税收征管制度创新也应当及时更新,并且具备根据企业输入的信息就能自动识别所适用的法律政策,帮助企业估算税款的功能。模型信息库应当具备在其他数据信息基础上,为海关预测和分析税收征管风险提供不同计算

^① 尹红、陈利强:《破解中国自贸试验区国际贸易“单一窗口”制度难题研究》,《海关与经贸研究》2019年第1期。

^② 张建国:《新经济背景下海关税收治理转型的目标与途径:协同智税与数据赋能》,《海关与经贸研究》2018年第1期。

模型的功能。其次，数据库的构建及相关的参数设置要遵循一定的标准，建议由海关总署出台相关文件予以明确。

3.探索将区块链技术应用于税收征管

2017年召开的20国集团会议中，Julie Maupin表明：“各国应当在征税等重点领域运用实施区块链技术，以实现相关政策目标。”^①电子数据易于造假篡改，海关不能全面有效掌握真实的相关纳税信息，即海关与纳税主体之间的信息差是税收征管风险的重要来源。区块链技术以分布式的方式存储数据，各区块间紧密联系，利用共识算法等技术保障信息的不被篡改性和透明可靠性。以海关、税务、金融等部门以及物流公司、外贸企业等社会主体为节点，共同组成区块链网络，突破地域和部门限制，实现信息的公开化、透明化、共享化。在此基础上构建“税务遵从—纳税评估—纳税信用评级—税收征管”的制度体系。^②利用区块链技术信息具有可验证、可追溯的特点提高税收核查稽查的精准度和准确性。

Research on the Innovation Problems of Customs Tax Collection System in China FTZ

Chen Liqiang, Chen Lin

Abstract : How to improve the level of trade facilitation while ensuring the safety of tax collection is an important value demands of customs supervision. China's FTZ has played an active role in the innovation of the customs collection system. However, due to the financial pressure of taxation and the imperfect reform measures, the customs tax collection system has encountered difficulties in the implementation and further deepening of the reform. The main causes behind the difficulties include the intersection of powers and responsibilities among departments, the imperfect multiple management mode of customs tax collection, the imperfection of laws and regulations, the lack of legal protection for system innovation, the imperfection of data sharing mechanisms, and the level of intelligent risk prevention and control to be improved. In order to effectively solve the contradiction between trade facilitation and tax collection security, China's FTZ should draw lessons from relevant international and domestic experience and solve these problems from three aspects of power, rule of law and technology.

Keyword: FTZ; Customs Tax Collection System; Trade Facilitation; Institutional Problems

① Julie Maupin, The G20 Countries Should Engage with Blockchain Technologies to Build an Inclusive, Transparent, and Accountable Digital Economy for All. [Online] Available at: <http://www.g20-insights.org/wp-content/uploads/2017/03/g20-countries-engage-blockchain-technologies-build-inclusive-transparent-accountable-digital-economy.pdf>.

② 汤晓冬、周河山：《基于区块链技术的税收治理框架构建》，《税务研究》2018年第11期。

现有法律体系下破产重整案件的审判思路和实践——以浙江

直立汽配破产重整案的实证分析和启示

沈芳君^①

摘要：破产重整是对债务人生产经营整顿和债权债务清理，以期重获经营能力的特殊法律程序。破产重整这一新引入的制度作用积极，为债权债务双方提供了新的协商途径，客观上也维护了社会整体利益。由于破产重整案件的复杂和立法的不完善性，在重整过程中，必然会有涉及许多程序性和实体性的困惑，因此需要结合法理和案件实际来厘清审判思路，创新路径，解决实务问题。浙江直立汽配破产重整案是一个以市场化、法治化方式完成破产企业磐涅重生、化解金融风险、实现债权人利益最大化的典型创新案列。本案创新工作方法，注重“八大机制”有效推进破产重整，充分发挥政府协调支持作用，强化法院的监督引导功能，规范管理人角色定位，运用好债权人会议等等做法，形成地方政府、法院、管理人等主体在重整过程中明确各自职能定位，建立各司其职、共同推进重整的良好机制。本文通过浙江直立汽配破产重整这一范例，破产重整推进须要调动各方积极性、维护各方利益保护的创新路径和机制，提出法院的主导作用，管理人的执行作用以及政府的支持助推作用对案件处理的重要意义。

关键词：破产重整 职能定位 创新路径

破产重整制度是指濒临破产、具有挽救希望的企业法人，经债权人、债务人或其他利害关系人的申请，在法院的主持下及利害关系人的参与下，依法同时进行生产经营上的整顿或资本结构上的调整。破产重整，又称企业再生或破产保护，是处置“僵尸企业”、化解产能过剩的重要法律制度，也是目前世界各国公认的挽救企业、预防破产最有力的法律制度之一。现代破产重整制度源于英国，美国1978年通过破产改革法典《美国破产法》（united states bankruptcy code）^②，又称为1979年破产发典，该法规定了“重组”章节，现今立法发展和审判实践尤为成熟^③。我国的破产重整制度始于2007年的《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《破产法》），此后又陆续出台了司法解释^④。该制度的确立旨在防止濒

^① 沈芳君，安吉县人民法院党组书记、院长，北京大学法律硕士研究生，浙江省审判业务专家。

^② 潘琪著：《美国破产法》，法律出版社1999年版，第187页

^③ 【美】查尔斯·泰步：《美国破产法新论》，韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社2017年版，第1130-1153页

^④ 破产法司法解释一、二、三，分别于2011年8月9日最高院审委会第1527次会议通过

临危困的债务人进入破产清算，以积极挽救危困债务人使其摆脱困境为主要目的。它在经营发生困难和最终清盘之间设置了缓冲地带，给诚实守信的债务人脱离苦海、让企业起死回生的机会。破产重整制度也给部分企业利用而逃避债务、转移资产的手段，被誉为“金蝉脱壳”、“庙破方丈富”，这也被称为“破产欺诈”^①。这严重影响损害了债权人的合法权益，也了重整制度的公信力。因此，如何有效推进重整程序，如何发挥政府的作用、体现法院的主导功能、管理人的执行职能以及债权人会议的有效参与等值的研究和探索。本案的重整成功正是依托党委、政府的高度重视、支持，法院强化主导功能，正确把握适用法律与政策的关系，强化能动司法实践，积极探索工作路径，努力创新工作机制，管理人强化重整程序的执行和重整期间企业的监管，同时有效运用债权人会议，走出了一条各方合力推进、兼顾各方利益的市场化破产重整之路，取得了良好的社会效果和法律效果。本案被列入浙江省十大破产重整成功典型案例，在浙江省高院组织的“银企合作司法保障与企业破产法实施新闻发布会”上被肯定为在破产程序中兼顾银企利益的典型案例，同时本案重整经验在2013年全国商事审判工作座谈会上作为经验交流。

一、基本案情：主要特点和做法

浙江直立汽配有限公司（以下简称“直立汽配公司”）是一家主营汽配锻造业务的民营企业，其主营业务和国内多家重汽企业有良好的业务合作关系，因企业法定代表人徐某盲目扩张投资，不择手段向银行大量融资，并举债巨额高利贷，导致严重资不抵债，生产经营和财务状况难以为继而申请破产重整，徐某因涉嫌骗取贷款罪被立案刑拘。该案关联企业之间、对外资金往来和各类债权债务关系复杂，重整初期企业流动资金严重匮乏，生产经营举步维艰，职工因工资拖欠而闹事，各债权银行纷纷“告急”，各方面对关联企业合并破产重整并不看好，战略投资者引进一筹莫展。本案2012年4月立案并启动重整程序，2013年4月进入重整执行阶段，并使重整企业磐涅重生，最终使企业主营业务维持并拓展，职工重新上岗，重要客户均未流失，当年实现纳税创历年新高，2015年重整执行完毕。

（一）接管企业日常管理，力保主营业务核心资产价值

管理人接管企业后，维持企业日常事务，尤其重整企业主营业务维持、找出

【法释[2011]22号】、2013年7月29日最高人民法院审判委员会第1586次会议通过【法释[2013]22号】、2019年2月25日最高人民法院审判委员会第1762次会议通过【法释[2019]3号】

① 陈夏红：《中国破产法-中国破产法的现代化：从大清破产律到企业破产法》，中国大百科全书出版社2018年版，第108-111页

核心资产维持其价值是重整成功与否的关键所在，不但关系到企业的员工稳定，同时也关乎后续战略投资者的引进，也才有可能使得公司浴火重生。

1.分析、确定核心资产价值。直立汽配公司经营的既有汽配业务，也有房地产投资，还有石灰石矿资源投资。经全面调研分析，法院确定了其主营的汽配业务为其核心资产，具有一定的投资价值。在核心资产明确后，法院和管理人齐心协力，排除流动资金短缺、供应商断供、客户拒绝续约等种种困难，最终实现重整期间客户一个不流失，年纳税创历史新高的“奇迹”。正是重整期间狠抓主营业务维持，保障了直立汽配公司核心资产的价值，最终在全行业不景气的情况下，还是为其引进了战略投资者，使汽配业务再生。

2.力促上下游客户的维持，确保重点客户的合作维系。重整期间，通过法院、政府、管理人以及生产销售人员的共同努力，直立汽配公司得到了客户最大程度的理解和支持，各家客户单位对直立汽配公司重整工作给予了一致认可，并先后签订了合作协议，实现了供货和应收账款回笼的良性循环。**一是**做好上游供应商维持。直立汽配公司因严重资不抵债而进入破产重整程序，现金流紧张状况可想而知。重整伊始，挽救企业的第一步就是尽快恢复生产，没有原材料就如同“无源之水，无本之木”，而当时直立汽配公司账面仅有3万元现金，法院、管理人一度陷入了“巧妇难为无米之炊”的尴尬境地，为重启企业的正常运转，一方面，法院积极督促并协助管理人回笼资金。另一方面，要求管理人积极与直立汽配公司的原材料供应商深化沟通和协商。供应商因直立汽配公司之前拖欠大额货款，加之与管理人之间缺乏信任关系，曾一度坚决拒绝继续供应原材料。经过管理人大量说服解释工作，供应商最终同意以现货交易的方式继续供货，直立汽配公司生产恢复迈出了成功的第一步。**二是**做好下游客户维护和应收账款及时回收。专业从事汽车配件制造的生产型公司，其核心价值与其说是特定的专业技术和良好管理，不如说是核心客户的订单，一旦订单流失，客户转向，那就意味着核心价值的丧失。因此，自程序启动后，管理人就在法院的支持下主动与产业链的上下游客户联系沟通、协调乃至参加商务谈判，打消对方顾虑，稳定合作关系。

3.加强企业监管，规范公司运营。接管之初，直立汽配公司管理混乱、账务不规范、审批流于形式。管理人介入监管伊始，即在法院的要求下，依据破产法之规定，采取严格监管措施，建立健全一系列规章制度，收缴印章40余枚，规范合同审批、资金审批、用印审批、账户监管，开立管理人账户接管财产，刻制管理人印章用于前述事项审批。系列制度的制定和全面实施，既得到了经营管理层的认可和配合，更得到了外部客户的认可。重整期间，企业能否安全生产也是关系债务人业务维持和财产保值的重要因素。为此，法院要求管理人高度重视，在这方面也做了大量，保障生产安全。

（二）涉及诉讼案件众多，审慎依法高效处理

直立汽配公司因无法清偿到期债务，被多家债权人起诉至法院，直立汽配公司涉诉案件共 30 起，涉及标的 4.6 亿元。做好诉讼应对对债权的审查确认和对外债权的清查追收有积极意义。因此，法院要求管理人认真对待每一个案件，管理人曾多次赶往杭州、嘉兴、金华、苏州等地应诉。一方面，法院依据破产法之规定，协调外地法院中止诉讼和执行，陆续解除对公司资产的财产保全措施，排除了对直立汽配公司在重整期间正常经营的干扰。另一方面，法院积极审理涉及撤销权等新类型案件。其中，涉及两起撤销权纠纷案件。如案件一，管理人在清产核资的过程中发现，九真公司（系关联企业之一）于合并破产申请受理前一年内为浙江某包装集团有限公司（与直立汽配公司为互保单位）的已到期债务追加抵押担保，将其名下某房产抵押给某银行。根据我国《企业破产法》第 31 条规定，人民法院受理破产申请前一年内，债务人对没有财产担保的债务提供财产担保的行为，管理人请求人民法院予以撤销。法院认真审理，两起撤销权纠纷案均以管理人的胜诉而圆满落幕，两个标的物评估值总额在 1000 万元人民币左右。追加担保的撤销增加了可供分配的破产财产数额，切实提高了全体债权人的清偿比例。

（三）克服混乱财务困难，全面核查债权真实性、合法性

在法院的监督、支持下，管理人外聘会计师事务所、税务师事务所、资产评估师事务所就直立汽配有限公司的财务、税务、资产进行破产重整专项审计、评估工作，以期顺利开展清产核资工作。直立汽配公司的账务非常混乱，公司财务移交的账册中所反映的大量应收应付情况很难查实，并存在账册不全、真假账册、公款私存、大股东占款等情形，给资产盘点带来了极大障碍。而且，直立汽配公司法定代表人徐某个人资产与直立汽配公司资产严重混同，大量资金并非通过直立汽配公司账户，而使用徐某个人账户进出，且直立汽配公司与多家关联公司之间账目混乱，资金进出数额巨大且频繁。以上情况给债权审查和核实带来了巨大的挑战。因此，法院寻求县政府支持并积极和县公安经侦部门沟通，结合清查申报的民间借贷债权，法院、公安和管理人联合开展了“查资金、挤水分”活动，力求理清公司资金状况，给债权人以交待，并最大程度保护债权人权益。

除财务管理混乱不堪外，直立汽配公司的申报债权也十分复杂。截至重整计划草案提交日，向直立汽配公司申报债权的人数达到 107 家，申报金额超过 10 亿元。一方面，根据债权人申报，直立汽配公司自有融入的民间借贷申报达 2.46 亿元，真假难辨。同时，直立汽配公司为第三方担保负债，担保权人申报债权达 1.8 亿元，因被担保单位倒闭，实际控制人被抓，相关债权的真实性难以核查。法院多次召开协调会议，组成由法院、公安部门、管理人组成的三个调查小组，

兵分三路四处调查取证，对相关债权真实性展开全面调查。最终核减的民间债权额逾亿元，并最终查明了众多担保债权的真实情况，使得担保债权数额也依法核减了近亿元，共核减申报债权 2.15 亿元，全面维护了直立汽配公司合法债权人的权益。

（四）审时度势，依法合并关联企业破产重整

随着重整工作的深入，法院发现，直立汽配公司与九真公司、龙洋公司之间存在重大利益输送，其中财务、资产、负债、人事等混同难以区分等情形，实际失去分别承担有限责任的基础。主要体现以下方面特征和影响：

1.符合关联企业人格高度混同的特征。一是九真公司、龙洋公司系直立汽配公司融资运营工具，无独立法人意志。九真公司与龙洋公司登记股东虽非直立汽配公司，但根据审计机构提供的数据显示，其缴付的注册资金均直接或间接来源于直立汽配公司。两公司存续期间，未开展其他业务经营，主要为直立汽配公司提供融资服务。其中龙洋公司在名义上与直立汽配公司发生大量钢材贸易，实际上，直立汽配公司借此作为出票人开具了巨额以龙洋公司为收款人的银行承兑汇票、商业汇票，通过票据贴现获得融资；而九真公司收到直立汽配公司提供的资金后，即大量添置房产，为直立汽配公司融资提供抵押担保或直接以九真公司名义融资。九真公司、龙洋公司成立后，既未设置独立的决策机构，也未设置独立的运作机构，所有操作人员均为直立汽配公司所安排，所有对外交往均由直立汽配公司的实际控制人徐某所掌控，并无独立的公司法人意志。二是九真公司、龙洋公司与直立汽配公司之间财务高度混同、难以区分。三家公司的财务审批、资金调度、对外融资和费用报销等事项，均受法定代表人徐某一人控制。三家公司之间存在大量的关联资金往来，资金统一使用，互不决算，难以明确区分某一笔资金具体归属于哪一家公司所有，因此，对三者之间的债权债务关系进行区分和明晰存在巨大困难。若将三家公司分别梳理，不仅会耗费大量人力、物力，结果也将事倍功半，更会可能影响直立汽配公司资产查明和后续追查。

2.考量关联企业不合并处置的后果和影响。一是不合并处置不利于直立汽配公司债权人利益的维护。由于九真公司和龙洋公司均系一人公司，名义股东虽为个人，但真实股东却是直立汽配公司，其资产形成全部直接或间接来源于直立汽配公司，若不能将资产恢复，那就意味着本应为直立汽配公司全体债权人提供担保的公司责任财产就大幅减少，由此产生的直接后果就是直立汽配公司的外部债权人利益严重受损。同时，对于一人公司而言，当其股东无法证明自身的财产独立于股东直立汽配公司的财产时，依据《公司法》第 64 条的规定，直立汽配公司应为九真公司和龙洋公司的债务承担连带责任，如此一来，直立汽配公司外部债权人利益将进一步受到伤害。二是不合并处置导致抵押优先债权实现困难。债

权人对九真公司的债权均以房产作为抵押担保,属于破产法上的对特定财产享有担保的债权,可在最高额抵押金额和房产实际变现数额范围内获得优先受偿,受偿金额并不会受合并破产的影响。且九真公司现有资产均已被多家法院轮候查封,单独处置极为困难,合并破产有利于资产的查封解除。如果九真公司不进入破产程序,按照现行法律规定,对于九真公司资产的处置权就归首先查封的外地法院行使。由于首先申请查封的债权人并不享有优先受偿的权利(系普通债权),迟迟未予启动资产处置程序。其他众多金融机构债权人一再向管理人和法院提出,希望对九真公司启动破产清算程序,以便使得法院取得资产处置权,快速处置资产,实现债权银行的权益。**三是不合并处置不利于各方利益平衡。**承前所述,由于直立汽配公司的先前操作不规范,银行借贷债权、供应商债权、民间借贷债权、职工债权、国家税收债权等,都与关联方有着千丝万缕的关系,极其复杂,因此能否理顺其中的关系并平衡其利益关乎本次重整工作的成功与否。而其中法律关系错综复杂,盘根错节,稍有不慎,会留下后患,会直接导致重整工作无法继续进行。从法律层面而言,各关联方单独处置均会面临巨大的法律风险,现实中也已经出现个别债权人工作无法推进的局面。故从全局出发,从整体利益考虑,权衡轻重,启动合并破产重整已是必然之势、迫在眉睫。**四是不合并处置难以彰显司法公信力。**企业破产法第1条开宗明义规定了立法宗旨“规范破产程序,公平清理债权债务,保护债权人和债务人的合法权益,维护社会主义市场经济秩序。”直立汽配公司由于具备关联企业实体合并的条件,如再行单独处置,不但会侵害各债权人利益的公平性,难以面对来自债权人的质疑,而且政府、法院和管理人的公信力同样也会遭到质疑。

3.考量合并处置的后果和有利因素。一是有利于最大限度保障现有债权人的利益。直立汽配公司存在诸多不规范操作,诸多公司资产以个人名义对外投资、资金被占用、关联方存在大额的应收应付款项,以及涉及数亿的应收应付票据,如考虑合并,将该等公司资产归入直立名下,实现实至名归,真正体现司法公平、公正,实现债务人财产恢复原状,而不是任其流失,放任不管。追缴债务人财产、恢复资产本来面目,保障债权实现,也是法定职责之一,同时通过上述合并,可以有效提升全体债权人的清偿比率,符合全体债权人的利益(包括众多金融机构债权人)。虽然此举对于小部分的债权人会产生影响,因为表面上来看,每家公司资产负债情况不一,因此其如果单独破产,则会得出清偿比率不一致。但这样一来势必会伤及全体债权人的利益,违背了企业破产法所确立的公平清偿、保护债权和债务人合法权益之立法精神。**二是有利于企业平稳过渡和社会谐稳定。**如前所述,由于直立汽配有限公司徐某之前的行为涉嫌诸多伪造印章、提供虚假评估报告、发票等行为,诸多金融机构等债权人深受其害,遭到金融机构强烈排斥,

可能会出现许多担保落空或不能全额覆盖的情形，成为普通债权，清偿比率会打折扣，在目前银行内部考核趋严之情形下，会危及诸多人员的升迁等，因此，如何更清楚查明资产归属，提升普通债权的清偿比率成为摆在管理人面前无法回避的问题，若处置得法，一方面会有利于企业平稳过渡，另一方面有利于社会和谐稳定。三是有利于后续重整工作开展。由于前期经过管理人的接管和运营，直立汽配公司营业维持、客户稳定、应收款项回笼、员工平稳，吸引了数家战略投资者前来洽谈，表达愿意合作或投资的意向，但同时也表达了对之前公司治理不规范以及关联方后续处置的顾虑，如不合并重整，势必会留下诸多隐患。对于战略投资者而言，有三点是其必然的关注点：其一，就是法律风险可控；其二，财产权利无瑕疵；其三，价格公允。因此，如何降低风险，消除隐患，为引进战略投资者铺平道路，成了后续重整工作首要问题。

鉴于上述因素的考量，虽然我国破产法和司法解释未规定实质合并破产条款，虽有“刺破公司面纱”否认法人人格的规定。^①但是司法实践已屡见不鲜。美国是域外实质合并破产规则的创立国家和主要实践国，^②在合并破产方面理念和实践也可借鉴。分析了上述合并的案件法律事实和法律根据，法院认为合并破产可行。在法院和管理人的共同努力下，2012年5月，合并破产议题通过分别经债权人委员会和第一次全体债权人会议表决通过，合并破产也得到了政府的理解和支持。实践证明，合并破产是成功的，也积累了实践经验。^③

（五）注重银企双赢，突破常规提前优先清偿金融债权

直立汽配公司破产重整案仅自有金融债权就已达6亿多元，涉及本地及外地银行近20家。自直立汽配公司进入重整程序以来，金融债权合适清偿成为政府和各金融债权人最为关注的问题。为提高处置效率，法院要求管理人资产解除查封、委托评估和组织拍卖等工作与破产程序同步进行。根据《企业破产法》第75条第一款，在重整期间对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。^④据此，在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使，因此对于金融机构债权人提出的提前优先清偿请求法院感到空前的压力。法院分析认为，一方面第75条规定的背景应该是针对债务人主营业务部分，立法目的是不因担保权行使

① 《公司法》第20条第3款，“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任”。

② 【美】查尔斯·泰步：《美国破产法新论》，韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社2017年版，第261-266页。

③ 沈芳君：《探索审判新机制新方法 推动重整企业涅槃重生 直立汽配重整成功的体会和思考》，载《中国审判》2013年第12期。

④ 《企业破产法》第75条，“在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。但是，担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的，担保权人可以向人民法院请求恢复行使担保权。”

而影响主营业务。而本案中的担保权是针对其中关联企业的不动产设立的抵押优先权，其与主营业务无关。另一方面，该金融债权人对房产享有抵押权，此部分债权本身属于破产法上的“对特定财产享有担保的债权”，享有就抵押物拍卖或变卖所得价款优先受偿的权利，且该抵押物亦非破产法规定的重整期间暂停行使的生产性抵押物，不受担保物权冻结的限制。此外，提前优先清偿抵押物拍卖或变卖所得价款，有利于降低公司整体负债规模，为直立汽配公司主营锻造业务引进优质的战略投资者创造条件，可推进直立汽配公司的重整进程。因此，法院要求管理人拟定《是否就抵押权人对抵押物变现款项部分在其抵押范围内提前优先清偿》议题，该议题于2012年12月22日提交直立汽配公司债权人委员会第二次会议表决并全票表决通过。而后，在法院的全力推进下，仅仅6个月时间，法院将抵押物变现款项在抵押范围内提前向金融机构债权人优先清偿达1个亿，既保护了金融债权，又在一定程度上防范了辖区金融风险，取得了政府、债权人、法院、管理人共赢的良好效果。2012年的这个案例，也是金融优先权提前清偿在浙江省法院系统的首个司法案例，此举得到浙江省高院的肯定和推广^①。

（六）投资者引进困难重重，各方协同促成功

对于直立汽配公司投资者的引进，法院坚持公开、公正，强调价高者得，且有利于直立汽配公司后续发展的原则，同时充分听取政府和主要债权人的意见，以期实现债权人和投资者利益的最大化。从直立汽配公司进入破产重整程序以来，相继有四、五家企业对直立汽配公司表示有收购的意愿，其中不乏上市公司和大型国企。但由于整体经济形势不容乐观，投资者引进工作一度陷入困境。为此，法院确定了对投资者来说风险相对较小、债权债务明晰的“资产+业务+人员+债权+债务”的营业收购模式。同时，发挥自身优势和资源，协同、支持管理人为直立汽配公司寻找最佳投资者。最终商定由该温州商人通过新设公司的方式，以人民币8500万元的对价整体收购直立汽配公司主营锻造业务所涉及的资产，包括土地、厂房、机器设备、存货等，以及与主营业务相关的应收账款，并负责承接相应的员工。重整计划已获得全体债权人分组表决通过且得到法院裁定批准，投资者已按约定设立新公司，之后将逐步与管理人签订一系列合作协议，将直立汽配公司主营锻造业务所涉资产、业务、人员等进行承接。

二、立足法理，创新破难，“五项实践”破解破产审判难题

这是一起标的大、情况复杂、不确定因素多的破产重整案件。重整伊始，省高院、市中院就对本案高度关注并跟踪动态进程。面对案件处理中出现的新情况、新问题，法院根据破产法立法和法理精神，运用司法智慧，有效地破解了司法实

^① 同前注7，第12页。

务难题，取得了较好效果。

（一）积极探索重整期间金融优先债权提前清偿的司法实践

受企业资金链、担保链风险等多重因素影响，近年浙江省银行不良贷款余额和不良率处于“双升”态势。破解资金链、担保链风险，加快推进银行不良贷款处置成为各级政府关注的重中之重，法院坚持服务大局理念，高度重视本案所涉10余家共达6.13亿余元金融债权的处置工作，尤其想方设法加快处置其中关联企业所涉抵押优先权。在省高院指导下，深化对《企业破产法》第75条规定“重整期间担保权暂停行使”的理解和适用，认为该条的立法本意是防止因处置重整中的主营业务资产而影响重整进程，而本案所涉其中部分抵押物是与主营业务无关的合并破产关联企业资产，故对该部分资产从中剥离并先行处置的做法并不影响重整大局和其他债权人权益。在法理、情理可行的前提下，注重处理程序规范，一面促使抵押物评估、拍卖工作与重整同步推进，一面就提前处置问题由管理人提交债委会会议表决通过，经县政府协调并以专题会议纪要明确支持提前处置。

（二）积极探索将来源于公司的个人及家庭财产纳入债务人财产的司法实践

债务人的财产哪些可以豁免，不列入破产财产，破产制度成熟的美国破产法则有相应“财产豁免制度”的规定^①，我国破产法并无规定。浙江出现债务危机的民营企业，往往伴随个人、公司资产不分现象，碍于个人破产尚未立法，之前司法实践中往往分开处理，破产制度也成为某些债务人逃废债务之途径。直立汽配也同样，公司对外收支除通过企业账户外，还频繁通过法定代表人徐某的100余个个人账户进行，且徐某所购登记于其个人及配偶名下的房产资金均来自直立汽配，故公私财产严重混同，部分债权人提议将徐某来源于直立汽配的个人及配偶财产纳入处置，希望借此恢复直立汽配资产的本来面目，以公平清偿所有债权人。面对立法和司法实践空白，合议庭认为将徐某个人、家庭资产纳入公司不仅有事实证据且符合维护公平正义的司法原则，也有利于最大限度维护债权人权益。故德清法院先行“试水”，要求管理人将该议题分别提交债委会会议和第二次债权人会议表决，最后均高票通过。后徐某及其配偶已查明的1000万余元资产被纳入直立汽配财产，其潜在个人资产一经查出也将纳入企业财产一并处置，此举得到了各债权人的高度肯定。

（三）积极探索关联企业合并破产重整的司法实践

九真公司、龙洋公司是与直立汽配公司财产、人员、管理等多方面人格高度混同的关联企业，系直立汽配的融资平台，这两家公司的大量不动产被法定代表

^① 【美】查尔斯·泰步：《美国破产法新论》，韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社2017年版，第955-1031页。

人徐某用于抵押贷款。随着企业严重资不抵债，大量诉讼涌现，先后有 10 余家法院将其不动产查封。如不将两公司纳入关联企业合并破产，则法院难以介入处置，而将两公司与直立汽配合并破产重整更有利于保护债权人利益，但政府及部分债权人认为进入破产时间长、处置慢，故并不支持对合并破产，重整工作阻力重重。为此，法院知难而上，协同管理人强化与各方沟通、解释，并适时将此议题分别提交债委会会议和债权人会议表决。通过表决后，法院裁定两公司与直立汽配合并破产重整，将关联企业的资产与债务纳入破产财产一并处理。实践证明，关联企业合并破产降低了债权人诉讼成本，加快了重整步伐，加速了资产清查和变现效率，使大多数债权人受益。如前文所述金融优先债权的提前受偿，就是关联企业合并破产后在 6 个月内就得到提前清偿的结果。法院对关联企业的处理模式进行的尝试和创新，也为关联企业处理的破产立法和司法解释提供了有益的探索与实践。

（四）积极探索投资者重整模式、扫清法律隐患的司法实践

现有《企业破产法》框架下的破产重整，如引进第三方投资者收购重整企业，至少存在两大法律隐患。其一是隐形负债，依据破产法规定，逾期申报的债权人（即在法院确定的债权申报期内未申报，但在破产财产最后分配前补充申报的债权人）仍然可以享有同等比例分配债权的权利，在逾期申报债权人持有的债权数额不确定的情况下，对于不了解情况的第三方投资者就是一个较大的风险；其二是税务隐患，如第三方投资者采取收购股权方式进入重整企业，该企业债权人豁免的债务视为重组收益——即公司盈利，需要缴纳巨额的企业所得税（现行税法框架下，对于破产重整企业的债权人豁免债务未作出例外规定，使得该“不合时宜”的规定就体现为投资者的巨大风险）。为化解上述法律隐患，直立汽配公司的投资者引进采取了“营业转让”模式，即投资者全盘承接主营业务相关的资产、合同、人员，但是通过新设公司承接，收购对价固定，由此使得投资者最为担心的负债隐患和重组收益等税务隐患都得以消除。正是这一创新模式的设立，才使得投资者消除顾虑，最终选择了重整直立汽配公司。据了解，这一模式在浙江省内尚属首例，国内重整案例中可能也是属于先例。

（五）积极探索加快并提高重整计划通过率的司法实践

重整计划是重整程序能否顺利进行的核心环节，只有切实可行、科学合理的重整计划才有可能获得债权人会议的表决通过，并提高直立汽配公司获得重整成功的概率。由于本案债权人人数众多，现存资产价值不高，巨额漏洞无法填补，因此，如何在清偿率较低的情况下获得债权人的支持，这就成了重整计划草案设计的重点。对此，经反复讨论沟通，我们最终形成了对 5 万元以下小额债权全额清偿，5 万元以上同比例清偿的方案，适度照顾了小额债权人的权益，使得偿债

方案获得小额债权人的支持；考虑到部分债权人基于内部考核等需求，希望快速实现债权，我们又形成了一次性清偿方案和分期清偿方案并行的偿债模式，使得具有不同利益需求的债权人各取所需，最终使得重整计划获得了90%以上债权人的支持。同时，法院协同政府、有关部门以及管理人和有关债权人提前沟通、说明，增强工作透明度、可信度，取得大多数债权人理解、支持，确保了重整计划的高票通过，且达到了“低清偿率”却“高通过率”的奇迹。

三、启示和思考

直立汽配重整案在克服各种困难的情况下，突破司法实践空白，取得圆满成功，通过此案，我们也有更多的启示和思考，主要有以下方面：

（一）逐步凸显司法主导性，增强司法能力和水平

一是法院必须在破产程序中起主导作用。从破产程序的本质属性来看，归根到底它仍是一项司法程序，各方应在法院的主导下，顺利完成企业的挽救和债务的公平清偿。从司法权的权利性质来看，司法权具有终局裁判作用，也应起到统筹协调、监督指导的作用。各方应当在法院的主持和协调下，共同努力确保破产程序的有序推进。法院在审判实践中，应积极协调，尽可能地争取到法律许可的政府政策支持，顺利解决战略投资者引入、资产变现、职工安置、社会稳定等问题。但从破产制度的发展趋势来看，法院应逐步增强司法主导性，实现司法主导下的市场化破产。政府今后不可能大规模地介入企业破产，应遵循市场化和法制化的原则，逐步规范对企业破产的参与。而且随着政府行政能力的提高以及政治体制改革的不断深入，政府参与企业破产必将越来越规范，市场化、法律化手段会越来越多地被运用，破产程序的司法属性必定将越来越明显。

二是法院司法能力和水平是发挥主导作用的关键因素。在直立汽配公司申请破产重整后，法院便积极应对，选派精兵强将组成合议庭，审理重整案件，并在直立汽配公司进入程序之初便确定了每周例会制度，听取管理人对每周工作的汇报，并就重大问题进行讨论。由始至今，法院一直有力主导重整过程中的每一环节，审时度势，抓住重点，科学决策，能动司法，多方协调，大胆探索。在直立汽配公司的两家关联企业的合并破产、直立汽配公司法定代表人徐某的个人资产纳入、对债务人特定财产享有担保物权的金融债权提前优先受偿等方面，最大程度地维护广大债权人的利益。而如司法能力和水平欠缺，则根本难以有正确的决策和良好的沟通协调能力，不但无法主导破产进程，而且极有可能使重整工作失去良机而走入死胡同。

（二）充分发挥行政权功能，增强对破产工作的协助、支持作用

新的《企业破产法》中根本找不到破产案件需要依托政府的规定。但是，在

当前的法治背景下，政府行政权的行使在企业破产中所起的作用不可或缺。破产事务涉及方方面面，破产案件的审理涉及众多利益主体，处理不当极易导致矛盾激化，引发群体性事件，影响社会稳定。且政府还能针对性地发掘和利用社会资源，整合各有关行政机关资源以及给予税收、土地、融资等优惠政策来拯救有挽救希望的破产企业，快速实现资产变现，对企业破产的效率起着重要的作用。企业破产重整，如若仅靠管理人、法院孤军奋战，则工作的推进举步维艰、困难重重。虽然破产程序终究是法院主导下的司法程序，但是政府应在其职能范围内行使相关权力和职能，支持、协助法院共同实现破产的制度价值，则重整工作的推进便会如虎添翼。正如于卫东、李桐光在《推行“五”项工作机制“稳妥处置“僵尸企业”》一文所推崇的“党委政府法院协作机制”^①。在直立汽配公司破产案件审理过程中，法院始终坚持争取政府支持，如通过与公安等政府有关部门的积极协调配合，开展了“查资金、挤水分”活动，依靠公安力量共核减 2.15 亿的申报债权。特别是在投资者引进方面，更是依托县政府的积极支持，多次同法院、管理人一起与投资者洽谈，并提供税收、土地、融资等多项政策扶持，为投资者的最终进入和重整计划的顺利通过创造良好的外部环境。此外，在债权人的安抚工作方面，亦得到了政府的大力支持，在发现不稳定因素时，法院及时汇报，寻得帮助，将一切不稳定因素消除在萌芽状态，确保案件的顺利进展。

强调政府对破产重整工作的支持是现实的需要，且与市场化导向的破产司法实践并不背离。因为现在尚处于破产保护文化的创建初期，社会各界对破产保护机制了解不多，理解不深，配合不力，支持不多。如果不顾现实，强行推进由法院和管理人单独办理重整案件，可能会遭遇现实的种种困难，从而影响破产重整的顺利推进，甚至直接导致重整失败。而建立政府的支持机制，并不是要政府一定要给多少政策，而是借助于政府的公信力和领导力，帮助协调一些当下不是法院和社会中介机构就能解决的问题。借此提高重整成功率，使得各方主体通过一系列个案的成功，领略到破产保护文化的有力机制，从而进一步推动破产保护文化的全面建设。

（三）逐步完善和规范管理人角色定位和工作机制，有力助推市场化破产进程

1. 管理人能力和水平是破产重整能否顺利推进的重要基础。企业破产事务因其政策性强，专业要求高，涉及面广，事关利益相关方的权益，必须由具备专门知识和能力的专业人员担任管理人。直立汽配公司重整案件审理过程中，法院引进杭州有丰富破产工作经验，并在业界和社会上享誉好评的某律师集团事务所作

^① 王欣新、郑志斌：《破产法论坛》第十三辑，《法律出版社》2018年11月第一版，第89页

为管理人成员。管理人团队以其丰富的专业知识、精湛的专业技能以及勤勉尽责的敬业精神，赢得了重整投资者和广大债权人的理解与信任，确保了重整的圆满成功。

2.进一步完善和规范法院和管理人角色定位。我国破产法对法院和管理人的角色作了清晰的划分，即管理人为破产程序的执行者，法院为破产程序的监督者和推动者。破产案件不仅存在大量法律事务，也存在大量非法律性事务，如企业的日常经营、合同的签订、财务的收支、员工的安置等，法院作为审判机构，对管理人的指导要依法适度，促使管理人自主履行职责。如果要以多重身份来承担这些事务，既会影响审判效力，也不利于破产案件的有效审理。故管理人应当是破产事务的执行者，法院对管理人进行监督并对一些重大事项，在听取管理人的汇报后，交由债权人会议或债委会会议决议。法院的监督主要体现在如下几方面：一、对管理人职业道德进行监督，确保其勤勉尽责、竭尽忠诚地执行管理工作并诚实、正当地履行职责，不得使个人私利与债权人、债务人的利益相矛盾；二、对管理人处理破产事务中所涉及的重大、疑难事项给予指导并参与决策，对涉及债权人利益的重大事项，提示管理人或债权人会议主席及时召开债委会或债权人会议讨论并形成相关决议；三、对破产企业的继续营业进行适时监督；四、对破产费用的列支进行监督。在重整案件中，各项事务繁多，大量事务需要决策和判断，而关于法院和管理人的角色有时难以厘清，管理人作为中介机构，有时可能更多考虑自身利益，或者因道德风险方面的因素，影响决策、处事公正性，法院作为中立、公正的裁判组织，必须监督、把控重大事项，故角色定位尤为重要。

3.探索规范管理人工作机制。目前审判实践中，对管理人的管理应建立统一机制，有效加强对其工作的监管。一是指定管理人，不仅仅以随机摇号或竞争方式来抉择，更应从管理人的业绩、工作能力、工作绩效等方面综合考虑，使更具有专业能力和责任心的专业人士加入破产管理人队伍；二是建立管理人工作计划制度，要求并指导管理人就破产工作推进制订具有操作性的工作计划，并及时和法院沟通，增强计划可行性；三是建立管理人常态化报告制度，要求管理人定期报告各项工作进展情况，以利于法院及时了解工作进展和困难情况，有利于加强对管理人的指导和监督，有利于共同出谋划策，随时协同处理，有利于形成合力，提高工作效率；四是建立重大事项专项报告制度，建立与债权人的直接沟通渠道，及时掌握债权人心态和企业重整进程；五是建立定期考核管理人业绩制度，如实记录管理人履职情况，根据考评结果，作为选任或淘汰管理人以及确定管理人报酬标准的依据。六是保障管理人合理的报酬。在当前管理人市场尚处于起步阶段的背景下，应从优确定管理人报酬，激发破产管理人的工作积极性，同时要探索建立破产管理人报酬基金，解决无产可破案件管理人的报酬问题。七是鉴于目前

我国律师事务所和会计师事务所担任管理人的能力尚有欠缺,可以借鉴国外的经验,建立专门的破产清算机构,打造符合《企业破产法》要求的管理人队伍。

(四) 完善法院破产工作机制,有效推进破产重整

《企业破产法》因其实施时间短,各项配套的规章制度尚不完备,过于原则的法律条文在实践中无法准确适用。因此,法院在审理破产案件时,首先要依法能动,其次在法律许可的框架下创造条件解决实际问题,探索工作路径和工作机制。

1.深化能动司法机制。破产审判是一项政策性很强的工作,在法律、行政法规、司法解释和政策不到位的情况下,要发挥司法能动性,妥善解决相关疑难问题。如何发挥审判职能作用,正确审理好破产案件,平等保护破产主体的合法权益,实现利益相关方互利共赢具有重要意义。在直立汽配审理中,法院秉承一定的法律价值,遵循一定的法律规则,并充分运用司法经验,通盘考虑案件审理全局,创造性地适用法律,从而理性地对案件的事实问题和法律问题作出判断,适度突破司法被动和解决纠纷的传统思维,并摒弃就案办案的狭隘。在与政府和管理人员的沟通以及债权人会议召开等诸多方面都坚持能动司法理念,因案制宜,创新突破。

2.强化监督指导机制。管理人能否忠诚勤勉地履行职责直接决定了破产程序的法律功能能否顺利实现。在主导重整进程的同时,法院既注重充分发挥管理人作用,又对管理人进行有效监督、指导,必要时还协同管理人沟通、协调。对每一项管理事项均确定工作计划和时间推进表,并通过联席会议的形式对每一重大事项进行监督指导,如在债权申报、集中管理资产、债权清查与确认、重整计划制定、战略投资者引进、制订各项方案等重大问题上强化指导并严格把关。正是法院坚实有效的监督、指导,使管理人保持了同步高效的工作状态,整个破产重整工作有条不紊地推进。

3.发挥政府支持协调机制。破产重整案件矛盾多、情况复杂,破案犹如“破阵”,其中涉及的职工稳定、土地和税收政策、产业政策等诸多方面问题,均需紧紧依靠政府重视、支持方能顺利解决。在破产案件审理过程中,法院始终坚持争取政府的支持,如通过与公安等政府有关部门的积极协调配合,开展了“查资金、挤水分”活动,依靠公安力量共核减 2.15 亿的申报债权。特别是在投资者引进方面,更是依托政府的积极支持,多次同法院、管理人一起与投资者洽谈,并提供税收、土地、融资等多项政策扶持,为投资者的最终进入和重整计划的顺利通过创造良好的外部环境。

4.注重公开、公正工作机制。企业破产法的实施,是为了更好的维护债权人利益,实现公平清偿债权人债权的目标。但是良好的初衷,如果欠缺有效的公开、

透明机制和沟通渠道，往往会形成反作用。为此，法院坚持阳光司法，以公开促公正，始终注重信息的公开、透明机制，始终强调与债权人的交心交流，无论是债权人委员会的召开还是债权人委员会扩大会议的召开以及债权人会议的召开，或者是债权人的个别沟通，都在贯彻执行这一原则。正是这些信息的公开透明和及时探讨交流，使得债权人对破产进程有了全面的了解，对破产推进中的难点、障碍也有充分的理解。对债权审核事项，要求管理人与各债权人做到事先沟通并告知其权益，取得了债权人的信任和理解，形成了全面的支持和配合，并在重整计划草案讨论表决时投下信任的一票。同时，我们注重程序的规范透明，对重大事项由管理人分别提交债委会和债权人会议商议表决，法院再作裁定；对资产处置一律实行公开评估和拍卖，使资产价值最大化；与破产审理同步我院还编辑破产重整工作专报 13 期发送政府和各有关部门领导，维护破产程序审理结果的公正、公开。

5.建立推进重整计划执行的督促落实机制。重整计划进入执行阶段后，仍有资产变现、债权清偿、企业交接、优惠政策落实等大量工作要做，稍有懈怠，就影响整个重整计划的执行，所以必须强化对各项工作督促落实计划和实效。如强化各项优惠政策的落实。主动和有关法院联系，及时解除对相关资产采取的财产保全措施，新老企业顺利过户排除障碍；及时和有关银行联系、商议，确保重整企业融资款落实到位；有效落实县政府关于资产过户退税和新公司税收优惠政策，及时指导、督促管理人起草有关报告，并积极和县财政局等部门沟通、协调，确保税费优惠政策的切实履行等等。

6.建立风险预警和舆情应对机制。及时和当地政府商议重整案件受理与否以及受理前后一系列问题的分析、判断和处理，达成共识，建立预警机制。在债权人会议、债务人资产清查和接收、重大抵押物拍卖等重点环节，法院均汇报县政法委，由县政法委牵头召集县委宣传部、法院、公安、信访、人保等有关部门共同预先制定应急预案、安保预案和舆情应对预案，抽调公安力量防止出现群体性事件或意外事件，特别是召开 100 余人参加的债权人会议时，成立应急指挥部，全程监控、随时待命。同时，主动和有关媒体沟通，及时撰写新闻通稿，主动接受新闻舆论监督。

7.完善破产审判工作绩效考核机制。破产程序因其延续时间长、程序复杂、涉及利益主体众多、法院工作面广量大等原因，在现今的司法实践中并未有效地发挥其应有的作用。法院作为破产案件的审判机构，应当主动克服对破产案件的畏难情绪。此外，由于破产案件既要“开会”，又要“开庭”，既要“协调”又要“谈判”，既要“裁定书”、“决定书”，又要“判决书”，法官的工作量实在很大，本案法院牵头开会多达 200 余次。因此，应当完善当前的法官案件考评机制，根据破产案件

的实际工作量，积极探索能够全面反映审理破产案件工作量的科学考评标准，充分体现破产审判组织和法官的工作绩效，激发法院和法官办理破产案件的积极性。

8.建立破产文化理念的提升和宣传机制。企业经营者和政府对破产的排斥从根源来分析，主要是因为破产文化在我国尚未得到普及，破产程序的积极作用没有得到全面的认识。破产程序不但可以解决对多数债权人的公平清偿问题，还可以挽救有挽救希望的债务人，此外，还具有优化社会资源配置，促进产业结构升级，使利害关系人摆脱债权债务困扰的作用，破产程序都有其积极的意义。当前应加强对破产程序积极作用宣传力度，加快我国破产文化理念的的形成和提升，同时通过各种途径对破产典型案例进行宣传，起到示范引导的作用，减少民众和政府对破产的抵触心理，提高当事人提起破产申请的积极性。

创新亮点及意义：

浙江直立汽配破产重整案是一个以市场化、法治化方式完成破产企业涅槃重生、化解金融风险、实现债权人利益最大化的典型创新案列。本案创新工作方法，注重“八大机制”有效推进破产重整，充分发挥政府协调支持作用，强化法院的监督引导功能，规范管理人角色定位，运用好债权人会议等等做法，形成地方政府、法院、管理人等主体在重整过程中明确各自职能定位，建立各司其职、共同推进重整的良好机制。本文通过浙江直立汽配破产重整这一范例，破产重整推进须要调动各方积极性、维护各方利益保护的创新路径和机制，提出法院的主导作用，管理人的执行作用以及政府的支持助推作用对案件处理的重要意义。

**The trial thinking and practice of bankruptcy reorganization cases
under the existing legal system**

—Taking ZheJiang ZhiLi Auto Parts Company Bankruptcy

Reorganization Case as the empirical analysis and enlightenment

长三角生态绿色一体化发展示范区的资源供给

法治保障研究

陈豪^①

摘要：长三角生态绿色一体化发展示范区建设包括多个方面，其中资源供给是较为关键的一个环节，而且对法治保障的需求较高。当前示范区的资源供给相关任务或面临“制度供给过剩”，或面临“制度供给不足”等法治难题，形成了示范区建设中资源供给的法治困境。困境的成因是全方位多维度的，不但有纵向的法治悖论，也有横向的法治悖论。要破解示范区建设中资源供给的法治困境，需要采取并坚持“事权法治制度一体化”“立改废释并举”等方略，为示范区建设提供更有效的法治保障。

关键词：长三角生态绿色一体化发展示范区 法治困境 法治悖论 法治保障

长三角生态绿色一体化发展示范区（以下简称“示范区”）建设，是长三角高质量一体化战略中的先手棋和突破口。其中土地、信息、知识产权等有形无形的资源供给，又是长三角生态绿色一体化的物质基础和经济前提。当前的主要政策文件赋予了长三角生态绿色一体化中资源供给的特殊性，遂决定了这些资源供给将受到“法治笼子”、“法治悖论”等因素的阻碍。为破解此类法治难题和困境，需要提供有效措施，提供多维度、全方位的法治保障。

一、命题的缘起

近年来长三角一体化上升为国家战略，其中建设长三角生态绿色一体化发展示范区又成为其先手棋和突破口。长三角生态绿色一体化发展的实现，需要高效的资源供给作为基础和前提。而要实现长三角生态绿色一体化中的高效资源供给，又有赖于得力的法治保障。

（一）示范区的政策定位

长三角一体化是多年来长三角区域经济发展的一个梦想，并在近年上升为了国家战略。早在2016年，国务院就已原则同意了由长三角三省一市地方政府会同国家发改委和住建部共同颁布的《长江三角洲城市群发展规划》。2018年6月，三省一市共同颁发了《长三角地区一体化发展三年行动计划（2018-2020年）》。2018年11月5日，习近平总书记在首届中国国际进口博览会上宣布支持长三角一体化发展并上升为国家战略。2019年，国务院正式下发《长江三角洲区域一

^① 陈豪，浙江工业大学法学院讲师，法律博士。

体化发展规划纲要》(以下简称《纲要》)。

示范区建设是长三角高质量一体化战略中的先手棋和突破口。示范区建设所涉及的领域往往是长三角一体化发展中最为复杂、任务量最大、最亟待破解的领域。^①2019年10月25日,国务院批复同意了《长三角生态绿色一体化发展示范区总体方案》(以下简称《方案》)。根据《方案》设立的长三角生态绿色一体化发展示范区,明确长三角生态绿色一体化的核心区域为两县一区,有利于形成良好的创新生态系统,更能适应高质量发展的需要。^②示范区是我国首个以经济社会发展为主要任务目标的跨省一体化发展示范区。这既是长三角一体化发展的必然趋势与内在要求,也是我国区域经济协调发展的一大创举。^③

(二) 为示范区建设资源供给提供法治保障的必要性和紧迫性

资源供给在长三角生态绿色一体化示范区建设中占据重要位置,并且面临导致各项政策难以落地的诸多法治难题,而要破解这些法治难题,需要提供多维度、全方位的法治保障。

一是资源供给在长三角生态绿色一体化示范区建设中的地位至关重要。《方案》中所列举的重要建设任务“打造生态价值新高地”、“打造绿色创新发展新高地”“打造绿色宜居新高地”,全都需要土地、产权、信息等资源供给作为其基础要素。关于土地等有形资源的供给,《方案》明确列举“探索跨区域统筹土地指标、盘活空间资源的土地管理机制”“探索促进各类要素跨区域自由流动的制度建设安排”等任务,作为资源供给的保障。关于信息等无形资源的供给,《方案》中则多处提到需要“推进跨区域数据信息共享”“各级各类规划成果统筹衔接、管理信息互通共享”等,综合保障长三角生态绿色一体化示范区建设的高效资源供给。

二是长三角生态绿色一体化中的资源供给面临较多且复杂的法治难题。其中包括因事权不在执行层而导致的政策无法实施,也包括上位法的禁止或限制性规定导致《方案》内容难以落地的法治困境。尤其是《方案》中关于土地制度的内容,几乎都存在此类难题。如《方案》中所提的“探索建立农村承包土地、宅基地、住房不动产权和农民集体资产股份权利抵押、转让、继承、退出等‘活权’机制”等,就容易直接触及我国现行土地管理体制中的根本性规定,在政策落地

① 朱承亮:《长三角一体化发展战略的先手棋和突破口——建设长三角生态绿色一体化发展示范区,推进基本公共服务一体化》,《中国发展观察》2020年Z1期。

② 陈宪:《长三角一体化需进一步明确核心区域规划》,《人民论坛·学术前沿》2019年第4期。

③ 陈建军、陈菁菁、黄洁:《长三角生态绿色一体化发展示范区产业发展研究》,《南通大学学报》2020年第3期。

过程中遭遇现行“法治笼子”的束缚。^①

三是长三角生态绿色一体化中的资源供给法治难题需要依靠法治保障路径进行破解。上面所说的因事权、上位法等因素导致政策无法落地和实施部门无从着手等问题，需要从法治角度，推动事权科学合法下放，并通过“立改废释并举”的手段，调整现行制度体系。在这些全方位多维度的法治保障之下，才能将政策任务从“法治笼子”中解放出来，让政策红利得以通畅释放。^②

二、示范区建设中资源供给法治保障的现状与困境

示范区建设的资源供给现状，包括资源的两种类型以及供给的两种方式，总共可以归纳为四种不同的情形。这四种情形均有其特定的法治难题构成的特殊法治困境。这些法治困境依据其表现，又可以分为两大类，并各自对应不同的成因与破题路径。

（一）示范区建设的资源供给现状：资源类型与供给方式

根据资源的性质，可以将《方案》中提到的长三角生态绿色一体化所需资源分为两大类。一是有形资源，如土地、有形实体经济的产权等。二是无形资源，如信息、知识产权等。《方案》中对各类资源的供给方式也可以分为两类。一是资源分配。这主要包括对资源归属的确定以及对其相关规则的探索，比如《方案》中的“探索跨区域统筹土地指标、盘活空间资源的土地管理机制”部分，就是涉及相关资源分配的改革任务。二是资源流转。这主要是指对资源归属的变更以及对其相关规则的探索，比如《方案》中关于“建设长三角产权共同交易市场”的相关内容。上述两种资源类型和两种供给方式，可以组合成四种情形，每一种情形都对应《方案》中某些需要法治保障来破解法治难题的工作任务。

一是有形资源的分配。这主要指对以土地为代表的有形资源进行统一标准的份额配置，如《方案》中所说的“建立统一的建设用地指标管理机制”“一体化示范区开发建设管理机构依据相关规划，会同两区一县统筹平衡一体化示范区的年度土地收储和出让计划，明确具体的用地结构、布局和规模”等相关内容。

二是有形资源的流转。这主要指推动以土地为代表的有形资源的权利主体变更，以实现更高效的有形资源配置，如《方案》中所说“完善符合城乡统一建设用地市场要求的建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场”“探索建立建设用地指标市场化调剂和有偿使用平台”“深化农村产权制度改革”“探索农村宅基地有偿使用、自愿退出、跨区域置换的机制……探索建立农村承包土地、宅基地、住房不动产权和农民集体资产股份权利抵押、转让、继承、退出等‘活权’机制”

① 陈小君：《〈土地管理法〉修法与新一轮土地改革》，《中国法律评论》2019年第5期。

② 陈利强：《中国特色自贸区（港）法治建构论》，人民出版社2019年版，第100页。

等相关内容。

三是无形资源的分配。这主要指对以信息、知识产权等不依赖实体载体但又具备相当价值的资源进行更合理的权属配置，如《方案》中“发展国有资本和民间资本共同参与的非营利性新型产业技术研发组织”“鼓励知识产权评估机构积极开发专利价值评估工具，完善商业模式等创新成果保护制度”“加快完善创新成果专利化、专利标准化、标准产业化的科技成果转化机制”等关于通过优化知识产权确权和维权机制来完善创新激励机制的内容。

四是无形资源的流转。这主要是指推动信息、知识产权的共享、流通，以实现更高效的无形资源配置，如《方案》中“建设长三角产权共同交易市场”“加快培育数字化新业态，规划建设长三角数据中心，打造区域信息枢纽港”“建设一体化示范区智慧大脑，推进跨区域数据信息共享”等相关内容。

上述四种情形的关系可如下图所示。

| | 有形资源 | 无形资源 |
|------|--|---|
| 资源分配 | 1.统一的建设用地指标管理机制 2.两区一县统筹平衡示范区用地结构、布局和规模 | 1.鼓励知识产权评估机构积极开发专利价值评估工具，完善商业模式等创新成果保护制度 2.加快完善创新成果专利化、专利标准化、标准产业化的科技成果转化机制 |
| 资源流转 | 1.建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场 2.建设用地指标市场化调剂和有偿使用平台 3.深化农村产权制度改革 | 1.建设长三角产权共同交易市场 2.打造区域信息枢纽港 3.推进跨区域数据信息共享 |

（二）示范区建设中资源供给的法治困境：制度供给过剩和制度供给不足

示范区建设的法治困境，即法治方面的原因导致《方案》中的蓝图难以实现。这种法治困境的主要体现在于缺乏适当的制度供给。根据制度供给不适当的不同情形，示范区建设的法治困境表现，又主要可分为以下两种情况。

一是制度供给过剩。所谓制度供给过剩，主要是指现行生效的制度体系约束了《方案》中的蓝图实现，政策落地受到了“法治笼子”的束缚。^①这种“法治笼子”可能是上位事权层面的，即《方案》中罗列的任务并非现行法律规范所禁止，但相关的决策权和实施权却在更高层面的政府部门手中，不在《方案》的实

^① 莫良元：《法治行政视域下地方政府制度供给侧改革研究》，《江海学刊》2020年第1期。

施主体（主要是地方政府部门）手中，从而导致《方案》真正的实施主体“心有余而权不足”，无法流畅而充分地完成《方案》中的任务。这种“法治笼子”也可能是上位法层面的，即《方案》中的任务为现行法律规范所禁止，无论哪个层级的政府部门都不得实施，否则即面临违法的风险。

二是制度供给不足。这主要体现在《方案》当中某些任务的实施需要特定的制度体系进行规范以节约成本增加效率时，现行生效的法律制度体系未能提供相应的制度供给。这种缺失导致的效率低下，多体现于互不隶属的政府部门之间需要协同推进工作或达成共同意志的情况之中。如《方案》中多处提到需要建立跨行政区域的“统一标准”，进行“统一管理”和“统筹平衡”等工作，都需要互不隶属的政府部门之间达成一致意见并加以推动。而目前对此类协同并无明确的制度规范，尤其缺乏各方之间如何高效产生统一的意志的程序性规定。这将不可避免导致部门之间动辄“一事一议”等效率低下的工作模式。虽然《纲要》规定由推动长三角一体化发展领导小组来统筹指导和综合协调长三角一体化发展战略实施，《方案》也明确了推动长三角一体化发展领导小组作为长三角生态绿色一体化发展示范区建设的领导机构，但是这些仍然只是在组织机制上提供了协调主体，却未规定相对具体的决策流程。

三、示范区建设中资源供给法治困境的成因

示范区建设中资源供给法治困境的成因是多维度的。依据成因的维度，大致可以分为“纵向法治悖论”“横向法治悖论”两大维度的悖论。前者是制度供给过剩的主要原因，其根源于存在隶属关系的政府部门之间，以及存在效力等级关系（即两个或以上规范的适用领域或管辖范围存在重叠，从而可能因内容不一致而产生抵触）的法律制度之间。后者是制度供给不足的主要原因，其根源于不存在隶属关系的政府部门之间，或相互不存在效力等级关系（即两个或以上规范的适用领域或管辖范围不存在重叠，虽内容可能不一致但不会形成抵触）的法律制度之间。同时，每个维度的悖论又都包含两大方面的难题。

（一）示范区建设中资源供给的纵向法治悖论

示范区建设中资源供给的纵向法治悖论，是造成制度供给过剩的主要原因。示范区建设中资源供给的纵向法治悖论主要发生在上下级政府部门（即互相之间存在统属关系的政府部门）或上下位法规政策之间。其具体内涵是指《方案》中的任务实施中，因为上级政府部门的相关事权尚未下放，或某些上位法没有调整，导致《方案》的任务无法实施，政策无法落地，工作无从着手。依据其形成方式，示范区建设中资源供给的纵向法治悖论又分为以下两大难题。

一是事权错位难题。即《方案》中的内容本身并非现行法律制度所禁止，但

是依据现行法规政策,《方案》中规定的实施主体缺乏相应事权,导致工作推进受阻。这种情形主要体现在无形资源的资源分配方面。如《方案》中所说的“加快完善创新成果专利化、专利标准化、标准产业化的科技成果转化机制”等内容。根据我国以《专利法》为核心的现行专利法律规范体系,专利审查的权力、专利标准的制定等事权都属于国家知识产权局。地方各级科技厅、局以及市场监管部门在这方面的事权几乎为零。全国所有的专利申请都要向国家知识产权局递交,地方各级政府的对应部门均无从经手。所以“加快完善创新成果专利化、专利标准化”的主要事权在于中央部委这个层面,故根据“重大改革应当依法有据”的原则,对此的主要改革任务在中央不在地方,地方政府部门对此的努力空间非常有限。但《方案》中这个任务的实施主体却是两省一市的地方政府。如果这种纵向事权错位现象没有改观的话,很可能导致相关任务的推进工作缓慢甚至停滞。

二是法规限制难题。即《方案》中的内容本身可能为现行法规政策所禁止,无论哪个层级的政府都不可为,导致工作难以推进。这种情形主要体现在有形资源的资源流转方面。如《方案》中关于“深化农村产权制度改革”的内容:“探索农村宅基地有偿使用、自愿退出、跨区域置换的机制。建立完善集体经营性建设用地出让、租赁、入股等机制。探索建立农村承包土地、宅基地、住房不动产权和农民集体资产股份权利抵押、转让、继承、退出等‘活权’机制。”但是,我国现行《土地管理法》第九条第二款规定“宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有。”第六十二条第一款规定“农村村民一户只能拥有一处宅基地,其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。”又第八十二条规定“擅自将农民集体所有的土地通过出让、转让使用权或者出租等方式用于非农业建设……责令限期改正,没收违法所得,并处罚款。”以上三条规定事实上就严重限制或者说几乎禁止了农村宅基地的跨区域置换。^①在《土地管理法》尚未对此作出充分调整时,探索农村宅基地跨区域置换机制,就有违法的风险。

(二) 示范区建设中资源供给的横向法治悖论

示范区建设中资源供给的横向法治悖论,是造成制度供给不足的主要原因。示范区建设中资源供给的横向法治悖论主要发生在政府的并立部门(即互相之间不存在统属关系的政府部门)协同合作之中。其具体内涵是指《方案》中的任务实施中,因为互不统属的政府部门(以下称“并立部门”)之间缺乏有效的协同机制和确定的议事程序,导致并立部门之间的沟通协调成本高,效率低,甚至在特定情况下因利益不协调而难以推动工作。根据其形成方式,示范区建设中资源供给的横向法治悖论又分为以下两种情形。

^① 高飞:《农村宅基地“三权分置”政策入法的公法基础》,《云南社会科学》2020年第2期。

一是利益冲突难题。即协同各方就完成任务的目标存在利益冲突，各方处于自身利益考量，难以与他方形成妥协形成一致意见，导致工作推进缓慢。这种情形主要体现在有形资源的资源分配方面。如《方案》中要求示范区“建立统一的建设用地指标管理机制。两省一市依据国民经济和社会发展规划、国土空间规划等研究制订一体化示范区年度用地计划，由一体化示范区开发建设管理机构负责统筹安排使用。”这要求两省一市统一规划用地，统一建设用地指标管理。两省一市包括示范区的两区一县之间，因建设用地指标有限，对其进行统一管理和分配，必然导致不同地区地方政府之间对建设用地指标的争议。但是《方案》并未对争议如何解决提供有效机制和路径。尽管《方案》沿用了《纲要》的规定，以推动长三角一体化发展领导小组作为统筹指导机构。但是推动长三角一体化发展领导小组仅为国家发改委下设机构，级别较低，且对两省一市及两区一县政府并无直接领导权。这就可能导致相关工作的推进会因各方利益冲突而受阻。

二是成本分担难题。即协同各方就完成任务单目标本身不存在利益冲突，但是缺乏高效的协作制度，尤其是缺乏完成任务过程中的成本分担的稳定机制，导致虽然各方均愿意推动工作，但推进过程本身却缓慢低效。这种情形主要体现在无形资源的资源流转方面。如《方案》中要求示范区“建设长三角产权共同交易市场”。由政府扶持建立此类综合性质的知识产权交易市场，权威性较强，发展前景非常可观，有利于促进两省一市的知识产权流通和实现更高效的资源配置。^①但是建设该交易市场的成本在两省一市之间如何分担？《方案》对此却未做规定，完全要依赖两省一市自行协商。即使是推动长三角一体化发展领导小组，也无职权强制性推动各地方政府达成一致意见。又如《方案》中关于“打造区域信息枢纽港”“推进跨区域数据信息共享”等任务，在较大程度上是各地方政府的共同意愿。但是信息共享机制的建立需要硬软件技术条件支撑，并不可避免地要对现有信息流通系统进行改造。^②新的跨区域数据信息共享平台，以何方的现存体系为蓝本最为合适？系统升级的成本在各受益方之间如何分担？《方案》对这些均未做规定，完全需要两省一市自行协商解决。在互不统属的两省一市地方政府之间，要想在这些方面达成一致并非易事。

示范区建设中资源供给法治困境的成因，与不同类型资源及其供给形式的关系，可如下图所示。

| | 有形资源 | 无形资源 |
|------|--------------------|--------------------|
| 资源分配 | 横向法治悖论 (利益冲突难题) | 纵向法治悖论 (事权错位难题) |

① 薛秀娟 彭长江：《知识产权交易市场的健全与完善》，《人民论坛》2019年第7期。

② 左美云、王配配：《数据共享视角下跨部门政府数据治理框架构建》，《图书情报工作》2020年第2期。

| | | |
|------|--------------------|--------------------|
| 资源流转 | 纵向法治悖论 (法规限制难题) | 横向法治悖论 (成本分担难题) |
|------|--------------------|--------------------|

四、示范区建设中资源供给法治困境的破解路径：多维度全方位的法治保障

破解示范区建设中资源供给法治困境的路径，在于坚持“事权法治制度一体化”、“立改废释并举”等方略，优化制度供给体系，提供纵向、横向多维度全方位的法治保障。

(一) 坚持“事权法治制度一体化”方略

坚持“事权法治制度一体化”方略，对《方案》中任务所涉事权配置进行优化，可以破解示范区建设资源供给纵向法治悖论中的事权错位难题。需要《方案》中各项任务所涉及到的地方各级政府部门，应当对《方案》中的资源供给相关任务内容进行深入研究，了解完成相关任务是否涉及上级甚至国家事权。通过深入研究，各级相关政府部门将得以明确完成相关任务需要上级政府部门下放哪些事权。在此基础上，由各级相关政府部门将需要下放的事权制成“事权清单”并附必要说理，逐级提交到两省一市人民政府。两省一市人民政府在法定范围内，酌情下放相关省级、市级事权。在涉及到国家事权或中央专属立法权的方面，由两省一市人民政府将“事权清单”中的相关内容汇总，各自统一提交给推动长三角一体化发展领导小组。再由推动长三角一体化发展领导小组统筹规划，酌情提交给所涉中央部委或其他中央层面有关部门，请求事权合理下放。

(二) 坚持“立改废释并举”方略

坚持“立改废释并举”方略，可以破解示范区建设资源供给中纵向法治悖论的法规限制难题，也可以通过提供有效制度供给来破解横向法治悖论。“立改废释”包括了“不破不立”一体两面中的“立”（广义）和“破”两大方面。“立改废释”中的“改”和“废”属于“破”的方面，“立”（狭义）和“释”属于“立”（广义）的方面。“破”的方面主要用于破解纵向法治悖论中的法规限制难题，解决制度供给过剩问题。“立”（广义）的方面主要用于破解横向法治悖论中议事制度缺失的难题，解决制度供给不足问题。具体而言包括以下路径。

一是由两省一市各级政府部门各自制作“修法清单”，明确“破”的方向。各级政府部门应当依据《方案》梳理自身应当完成的任务，对其中涉及资源供给的部分进行深入研究，了解完成相关任务所涉及的现行法规政策。经过上述研究工作，各级政府部门应当大致确认，若要促成《方案》中资源供给相关政策落地，需要对哪些现行法规政策进行调整，包括某些法规政策在示范区需要暂停实施、

变通实施或变更内容等。在此基础上，各级政府部门将相关信息汇总，制作“修法清单”并附相关说理，逐级上报到两省一市人民政府。两省一市人民政府事权内可调整事项酌情做出调整后，将需要中央层面做出调整的事项提交推动长三角一体化发展领导小组，由推动长三角一体化发展领导小组统筹规划，酌情提交给所涉中央部委或其他中央层面有关部门，请求对相关法规政策做出调整。

二是由推动长三角一体化发展领导小组牵头，会同两省一市人民政府，制定《方案》所需的下位法律制度，明确“立”（广义）的方向。可由推动长三角一体化发展领导小组牵头，会同两省一市人民政府，就《方案》中资源供给当中需要并立部门协同合作的任务内容，尽快制定并立部门协同合作所需的实体规范和程序规范。实体规范主要包括涉及统一标准、统一管理等需要对有限资源进行合理分配以平衡利益的方面，对前述资源分配标准作出统一规定以定分止争，提高工作效率。程序规范主要包括并立部门之间进行协商合作并产生统一意志的流程、方式，加快并立部门的议事速度，促使工作不断向前推进。

（三）优化组织架构，完善组织保障

当前示范区建设的组织保障主要是依靠推动长三角一体化发展领导小组协调统筹。但是推动长三角一体化发展领导小组只是国家发改委下属的一个机构，从级别上说比较低，而且严格来说对两省一市人民政府各个组成部门并不具备领导职能，在遭遇横向法治悖论时能发挥的作用比较有限。同时，《方案》中资源供给的诸多任务涉及到中央层面的部门也不仅限于国家发改委。比如土地制度相关的改革任务就会涉及国土资源部等部委的部门事权和部门规章。推动长三角一体化发展领导小组对这些部门也不具备统筹协调的事权，导致对纵向法治悖论的破解也难以得心应手。因此，有必要成立更高级别的改革统筹协调机构，或由更高级别的干部兼任推动长三角一体化发展领导小组的领导，在更大程度上优化组织架构，为示范区建设乃至长三角生态绿色一体化工作提供更完善的组织保障。

Abstract: The construction of Yangtze River delta ecological integration development demonstration plot contains many aspects, and resource supply is one of the key parts, which requires high-level rule of law support. Now the resource supply of the construction is facing the “rule of law problem” of “rule supply excess” or “rule supply insufficiency”, which constitute the “rule of law dilemma”. The reasons which lead to the dilemma contains both lengthways and transverse “rule of law paradox”. To solve those problems, the strategies of “power-rule of law-rule integration” and “legislation-modification-abortion-interpretation together” are needed, which will provide more effective rule of law support.

Key words: Yangtze River delta ecological integration development demonstration plot; rule of law dilemma; rule of law paradox; rule of law support

WTO 规则下金融审慎例外条款法律问题探析

温 顺^①

摘要：为了平衡各成员方在金融服务贸易自由化与金融监管之间的关系，以实现不同成员方的利益诉求，《服务贸易总协定》下的《金融服务附件》中明确规定了金融审慎例外条款。然而，《金融服务附件》中的金融审慎例外条款依然存在诸多不足之处，如该条款的内涵与外延界定不清、其适用范围缺乏明确、条文含义模糊等。溯其根源，主要在于经济全球化既促使金融服务贸易自由化，也加剧金融风险的传导效应，在此背景下两者不得不相互妥协。同时，发达国家与发展中国家经济实力相差悬殊等。经过几十年的培育和发展，国际金融服务贸易水平不断进步，各方要求对 WTO 多边规则及国际金融监管体系进行改革的呼声不断高涨，金融审慎例外条款作为国际金融监管体系中的核心条款，对其修改已提上日程。由此，应当明确界定金融审慎例外条款中的内涵和外延、框定金融审慎例外条款的边界等。

关键词：金融审慎例外条款 金融服务自由化 金融监管

一、金融审慎例外条款的现状分析

金融作为国家的核心竞争力，金融安全作为国家安全的重要组成部分，因此金融服务议题一直是国际社会推进国际金融自由化不可避免也难以达成一致的关键问题。在乌拉圭回合谈判中，各成员方一方面以促进金融开放与自由化拟定了《金融服务附件》，另一方面也为各成员方实施其国内的金融服务监管预留国内法规制空间，“金融审慎例外条款”即为一例。

（一）GATS 中的金融审慎例外条款

GATS《金融服务附件》第 2 条第 1 款对“金融审慎例外”进行了明确：“尽管有本协定的任何其他规定，但是不得阻止一成员为审慎原因而采取的措施，包括为保护投资人、存款人、保单持有人或金融服务提供者对其负有信托责任的人而采取的措施，或为保证金融体系完整和稳定而采取的措施。如此类措施不符合本协定的规定，则不得用作逃避该成员方在本协定下的承若或义务的手段。”

从该条文来看，第一句赋予了成员方可基于审慎原因采取与本协定其他条款不符的措施，以保护投资人、存款人、保单持有人和金融服务提供者，或保证金融体系完整和稳定，换言之，各成员方能够基于审慎理由自行立法及采取措施对本国的金融市场进行监管。此外，第一句仅以概括式方法简要列举了审慎理由，

^① 宁波大学硕士研究生

对于可采取谨慎措施的具体事项并没有制定详细清单,属于各国采取审慎措施的模糊地带,造成不同成员方基于不同利益诉求对审慎事项外延的不同扩展和解读,由此造成贸易保护主义扩张和推进金融服务贸易自由化的尖锐对立。

该款第2句通常被认为是对第1句话的限缩,即明确了成员方采取审慎措施的消极条件:成员方采取审慎措施不得用作其逃避该协定项下的承诺或义务的手段。对此,有学者指出,审慎例外条款既授权成员方出于维护正当利益的目的采取审慎措施,同时也对成员方采取审慎措施的主观目的进行规制,其本质上是要求成员方所采取的审慎措施应当达到合法目的所“必需”的程度。但也有学者提出:审慎例外条款采用“为保护……”这样较为宽松的标准,而并未规定如GATT第20条及GATS第14条中“必需”的要件,表明成员方采取审慎措施的条件为符合谨慎理由即可。换言之,“必需”要件要求,若存在其他替代性措施比现有的措施更有效地实现目标,则现有措施即不符合例外条款的适用条件,而审慎例外条款中“为保护……”的措辞则并无此要求^①。当前,学界对第2句话的确切涵义并没有达成共识,在司法实践中,WTO专家组或上诉机构也没有通过具体争端案件作出解释,这给《金融服务附件》项下的各成员方在金融服务贸易自由化和国家监管之间的相关立法平衡和协调各方利益等方面上造成阻碍。

(二) GATS 中审慎例外条款存在的问题

金融审慎例外条款作为乌拉圭回合谈判中各成员方利益平衡和相互妥协的产物,即在乌拉圭回合谈判中,各成员方一方面谋求将金融服务贸易纳入到世界贸易组织的多边框架之中,另一方面要顾及到世界金融发展现状与趋势、各国金融发展阶段和需求以及金融行业的特殊性等诸多要素,由此,金融审慎例外条款必不可避免的采用较为含糊的措辞,在缺乏一个国际统一法律解释机构对其外延进行明确界定的情况下,致使该条款被赋予广泛且可能存在相互冲突的含义,由此也造成了各成员方的金融监管机构在作出有利解释的基础上采取相应的审慎措施方面具有较大自由裁量权,同时可扩大了各国监管机构对金融监管的权力,打破了国家金融规制权与金融贸易自由化的平衡。具体而言,审慎例外条款存在三个方面的问题。

1. 审慎例外条款内涵界定不清

如前所述,《金融服务贸易协定》明确授权成员方基于审慎理由采取审慎措施,但是该条款对“审慎”一词并未作出明确界定。那么何为“审慎”呢?在阿根廷金融服务案中,专家组与该案当事人经过周密论证,将“审慎”的含义界定为“预防性的”。由此可以看出,在成员方因采取审慎措施引发贸易争端诉至

^① 参见徐忆斌、李文燕:《WTO规则改革视角下金融审慎例外条款法律问题研究》,《上海金融》2019年第9期,第65-72页。

WTO 争端解决机构时,关于审慎例外条款的解释和界定需要争端解决机构为之,此外,该措施是否符合审慎标准也由 WTO 争端解决机制进行判定。但在司法实践中,WTO 争端解决机构并非必然对该国采取的审慎措施的审慎性质作出最终判断,如在阿根廷金融服务案中,专家组虽然列出了成员方能否援引审慎例外条款而采取审慎措施的三标准,即措施影响金融服务的供应、措施是出于审慎原因的、措施没有规避 GATS 项下承诺或义务,但是专家组仅以阿根廷采取的措施确实影响了金融服务供应为由否定阿根廷的主张,而对于后两项标准,在阿根廷不能证明其采取的措施是基于审慎理由的情况下,专家组既没有进一步对阿根廷采取的措施是否符合审慎标准进行论证和解释,也不能要求阿根廷对其采取的措施是否用于规避 GATS 项下的承诺或义务进行举证。由此,在审慎例外条款内涵界定不清的情况下,容易造成成员方对审慎例外条款滥用,从而出现 GATS 在金融服务领域适用混乱的情况,进而违背乌拉圭回合谈判将国际金融服务贸易纳入 WTO 多边框架进行规制的初衷。

2. 审慎例外条款外延不明晰

由于 GATS 中的审慎例外条款具有原则性的特征,仅笼统明确了成员方采取审慎措施的理由,并以“不得用作逃避该成员方在本协定项下的承诺或义务”的语句对该条款进行了限缩。因此,在成员方采取审慎措施时究竟应当依照哪些“审慎标准”进行判定,换言之,在成员方采取的金融监管措施中究竟哪些措施符合《金融服务贸易协定》项下的“审慎措施”并不明确。尽管在当事双方将争议提交 WTO 争端解决机构后,贸易争端解决机构可结合案件事实和条文本义进行解释,但是这种解释并不容易,因为争端解决机构的解释权受到《关于争端解决规则与程序的谅解》第 3.2 条的制约,即争端解决机构仅能依据 WTO 规则和国际公法的习惯关泽解释协议中的条款,且不能增加或减少 WTO 成员方的权利和义务。值得注意的是,针对审慎例外条款的立法模式,多数西方发达国家支持这种模糊性的规定,而不主张严格界定审慎例外条款的范围,其理由在于,GATS《金融服务贸易附件》中的审慎例外条款赋予了成员方进行审慎监管广泛的自由,或可为成员方利用该条款谋求更大的利益。由此看来,GATS 中的审慎例外条款的适用范围仍需各成员方通过继续博弈才能最终确定,但是由于该条款的模糊规定带来的问题却不容忽视,即一方面对争端解决机构解决该条款的适用提出了挑战,另一方面可能为各成员方利用该条款缺陷滥用审慎措施大开方便之门。

3. 审慎例外条款第 2 句表述模糊

审慎例外条款第 2 句话作为成员方采取审慎措施的消极条件,其本意在于防止成员方滥用审慎措施,避免贸易保护主义,以促进金融服务贸易的自由化。但应当如何理解该语句的具体含义、地位和作用依然存在分歧。有学者指出,这句

话可以解释为相当于 GATT1994 第 20 条的序言，即引入了国际法上的善意行事原则^①。但是，如此解释未免有些牵强，原因在于金融审慎例外条款下的这句限制和 GATT 1994 第 20 条在措辞上完全不同^②。此外，到目前为止 WTO 的争端解决机构尚未在实际的案例中对此作出解释，但较为普遍的观点认为审慎例外的这项适用条件相当于取消了该条款^③，至少增加了采取措施的政府这一方的举证责任。其理由在于：该语句的表述较为模糊，没有界定成员方所采取的措施是否具有逃避 GATS 项下承诺或义务的判断标准。因此，该语句企图限制成员方对审慎措施的滥用所起的作用并不明显。由此看来，现行的审慎例外条款在适用中并没有起到推动金融贸易自由的作用，反而可能沦为成员方利用该条款的不足扩大对本国金融监管权力实施金融服务贸易保护的工具有。

二、金融审慎例外条款问题分析

各成员方在制定金融审慎例外条款的谈判中就十分注重金融服务贸易自由化和金融监管规制权之间的平衡与协调以及该条款的适用范围。因此从这个角度来说，该条款在谈判和制定过程中考虑了不同发展阶段成员方的利益诉求，也顺应了世界金融服务贸易逐步自由化的历史趋势，因而正是这种原则性和模糊性的规定才能够满足和照顾到成员方的多元利益需求，得到成员方的认可，从而顺利将金融服务贸易纳入 WTO 多边体系中。但也正是多重制约因素下的立法模式、全球金融行业的发展以及金融危机频繁爆发，金融审慎例外条款越来越难以适用当前国际金融服务贸易的发展趋势，引发了成员方对该条款进行修改的呼声。

（一）金融审慎例外条款问题存在之缘由

金融审慎例外条款在谈判过程中，尽管有成员方提出制定具体明确全面的适用标准，但是基于同时兼顾了金融服务贸易自由化和成员方兼容规制权的立法目的，各成员方一致同意采用较为模糊、软弱的措辞设置该条款。应该来说，这是符合当时国际金融服务贸易的发展需求的。

具体而言，其一，随着国际经济全球化的推进，必然带动金融服务贸易的国际化 and 自由化，但是金融服务贸易的自由化全球推进必然加剧全球金融风险，尤其表现为发达经济体内部的金融动荡传导效应，可能会引发全球性的金融海啸。同时，金融安全关乎各国的经济安全和国家安全，致使各方对全球化背景下的本

① Byungsik Jung, “Standard of Review for Jurisprudence on Prudential Measures”, *ILSP Law Journal*, 2009, 1(2): 50.

② 参见徐昕：《区域贸易协定中的金融审慎例外条款研究》，《上海对外经贸大学学报》2015 年第 2 期，第 58-67 页。

③ For Example, Todd Tucker and Lori Wallach, *No Meaningful Safeguards for Prudential Measures in World Trade Organization's Financial Service Deregulation Agreements*, Special Pittsburgh G-20 Report, Sep. 2009, published by Public Citizen's Global Trade Watch:5.

国的金融监管的担忧，因此对开放金融服务市场和推进金融服务贸易自由化持谨慎态度。因此，基于国际金融服务贸易自由化的不可逆性及其给成员方带来的金融监管压力，各成员方不得不通过原则性、模糊性的规定，一方面响应逐步推进金融服务贸易自由化的发展，另一方面也为强化本国金融风险防范提供法律依据。此外，也为各成员方尤其是金融领域较为脆弱的成员方提高本国金融能力建设预留缓冲空间，并为将来各成员方进行金融服务贸易自由化谈判留下空间。

其二，从乌拉圭回合谈判的国际金融背景来看，当时美国为代表的发达经济体的金融市场已经发展日渐成熟，其金融监管法律制度和监管体系也较为完善，为了在国际金融市场谋求更多的经济利益，这些发达国家迫切打入各国的金融市场，即要求各成员方提高金融服务贸易对外开放水平，放宽外国金融资本的市场准入等。而与之相反的是，广大的发展中国家的金融发展水平仍处于落后状态，金融监管体制及相关法律制度依然缺失，显然无法与发达国家的金融资本进行竞争，不能贸然打开本国的金融市场以供国际资本的自由涌入。基于发达国家与发展中国家在金融实力和金融监管能力等方面存在的巨大差距，也导致双方在WTO多边体系下推进国际金融服务贸易自由化与本国金融规制权之间关系的认识和态度上存在较大分歧。在制定金融审慎例外条款上主要表现为，发达国家主张采用更为笼统模糊的措辞，以避免东道国对其实施过多的监管措施，与之相反的是，发展中国家认为，通过制定具体明确且具有更强适用效力的条款，能够较为充分的保障其对本国金融市场的规制权，同时，也能够强化以此为参照的国内金融法律制度的规制效果。

（二）金融审慎例外条款修改的必要性分析

二战以来，国际社会就十分重视对国际金融风险的防范和监管，先后通过的关于国际金融监管的国际法律文件均明确了金融审慎措施的必要性，例如《巴塞尔协议》和《有效银行监管的核心原则》明确将最低资本要求、风险集中限制和资本充足率等作为规制国际金融风险的审慎措施^①。随着经济全球化的快速演进，成员方尤其是发达国家的局部金融动荡引发全球金融危机的风险显著增强，也即国际经济一体化带来金融危机的传导效应得以广泛扩散，原有的审慎措施存在失灵或规制乏力等问题，迫使以巴塞尔委员会为代表的国际金融监管机构重新审视现有的金融监管规则，并对之进行修改完善。与此同时，各国也纷纷启动本国的金融监管改革进程以维护本国的金融安全。例如，中国为解决监管重叠和监管空白等问题及提高金融监管效率，先后出台《证券法》、《投资基金法》等法律法规，同时合并银监会和保监会，对银行业和保险业实行集中统一监管。由此看来，国际社会为遏制金融风险泛滥，在探索更为合理有效的金融监管体制上不会止步不

① 参见李仁珍主编：《国际金融法》，武汉大学出版社2011年版，第104-116页。

前。因此，在当今全球经济开放程度不断加深，世界金融服务贸易自由化沿着 WTO 多边框架体系不断迈进的背景下，如何合理有效的平衡和协调金融服务贸易自由化与金融监管之间的关系是当今国际金融服务贸易发展的重点和难点，也是各成员方积极探索的主题。《金融服务贸易协定》中的审慎例外条款存在内涵外延界定不清、条款措辞表述含糊等问题，已经成为推动当前的国际金融监管体制改革的障碍。换言之，要完成对现行的国际金融监管体制改革必须突破金融审慎例外条款的束缚。此外，金融审慎例外条款制定之时，各成员方就存在较大分歧，加之国际金融服务贸易的迅猛发展更是加剧了发达国家与发展中国的利益冲突，因此需要各成员方根据国际金融服务贸易发展现状和各国金融开放水平等方面进行再博弈和再平衡。另外，对金融审慎例外条款的解释与适用已经成为 WTO 争端解决机制解决金融服务贸易争端的瓶颈，因此必然要求各方对该条款进行重新修订，以适应新一轮国际金融监管体制改革的需求。

（三）金融审慎例外条款修改的可行性探讨

GATS 中的金融审慎例外条款所具有的概括性和模糊性的特点，赋予了成员方在认定和实施审慎措施等方面的较大自由裁量空间。例如，当某一成员方实施的审慎措施违反了《金融服务贸易附件》中的规定，另一成员方认为该成员方构成贸易保护主义时，该成员可能会以金融审慎例外条款作为抗辩，由此可能导致金融例外条例的异化和泛滥，进而衍生诸多不公和损害。对于经受贸易保护主义损害的大多数成员方来说，对该条款重新修订的要求更为迫切。此外，各方在谈判该条款时一方面考虑到了为给予发展中国家进一步开放金融市场，促进金融贸易自由化预留缓冲地带和过渡时间表，另一方面为未来开展金融服务贸易谈判留下余地和空间。经过 20 多年的发展，发展中国家的金融市场不断成熟，金融发展水平和金融谈判能力等得到不断增强，金融服务贸易的国际化融合程度也在加深，因此，从这个角度来看，金融审慎例外条款的修改时机逐步成熟，其修改日程也可以适时提出了。

同时，在研究金融审慎例外条款的修改模式时，应该依然秉持兼顾与包容的态度。具体而言，对金融审慎例外条款的修改必须在 WTO 贸易体系的多边框架内进行，在尊重不同发展阶段成员方利益诉求的基础上把握金融审慎例外条款的修改尺度。即如果仅对该条款进行小范围的修订显然不能满足现今国际金融服务贸易发展的要求，若采取颠覆性的或过于激进的修改方式可能会打破金融服务贸易自由化和金融监管之间的平衡，难以得到多数成员方的响应。对此，有学者指出，为保证修改之后的审慎例外条款可以被成员方所接受，应当从两方面着手。一方面通过修改条款与添加脚注等形式使条款具体化，另一方面，应在修改稿中明确，金融审慎自由化并不意味着禁止适当的审慎监管，审慎例外条款的修改不

应阻碍合理的监管措施的实施。^①

我赞同该学者观点,国际金融服务贸易逐步自由化应该是调和与缓解各成员方利益冲突的立法指引,因而金融审慎条款的修改应当立足于当今国际金融发展的要求,同时与当前国际金融发展水平相适应,平稳有序的推进。

三、金融审慎例外条款的完善

国际金融服务贸易市场经过几十年的孕育和发展已经呈现新的样态,即各国金融市场日渐成熟,开放程度不断提高,使得国际金融服务贸易自由化有了更坚实的基础,但是2008年金融危机余波未平,以美国为首的贸易保护主义和单边主义对国际贸易构成严峻挑战,并由此引发了WTO体系危机。在此背景下,原有的金融审慎例外条款已经不能适应当前国际金融服务贸易要求,同时为了维护国际金融稳定,增加国际金融监管体系的透明度,增强金融审慎例外条款的可预见性和适用性,都有必要对金融审慎例外条款进行重新审视。中国也不例外,即对内我国具有进行金融监管体制改革的迫切要求,对外我国提出了“一带一路”倡议,其中金融监管更是该倡议的重要议题,由此,对于未来的金融审慎例外条款的修改完善,中国必然要表达自己的主张和利益诉求。

(一) 明确界定金融审慎例外条款相关概念和认定方法

如前所述,审慎例外条款中的“审慎”、“审慎原因”等概念存在模糊不清的状态,给争议解决带来诸多障碍,因此,对“审慎”一词的界定,应当符合设置审慎例外条款的目的,即成员方认定的“审慎”标准应当是基于保护本国经济安全、金融安全及其金融监管体系安全的要求,也即解释该语词应当有客观的衡量要素,在发生争议时,采取审慎措施的成员方必须举证证明该措施的审慎性是出于维护本国的经济安全、金融安全或金融监管体系安全的目的,而不能仅仅从“审慎”一词的本身含义从主观上进行狭义认定。

另外,由于审慎原因关乎成员方对该国金融监管措施的边界、会影响到成员国相应自由裁量权的大小、受到各成员方现时金融服务贸易市场开放水平和未来发展程度的制约,因此,对审慎原因的认定标准应当在合理的区间内界定。对此,欧盟不同于美国、日本等国完全按照GATS所罗列的两项,而是在GATS基础上增加了为保护金融机构的完整、稳定、安全和责任^②。从欧盟的规定来看,该规定从市场的角度出发,一方面突出了金融机构在金融服务贸易的重要地位,另一方面又采用具有高度概括性的措辞以体现成员方对监管措施的灵活把握。在

^① 参见徐忆斌、李文燕:《WTO规则改革视角下金融审慎例外条款法律问题研究》,《上海金融》2019年第9期,第65-72页。

^② 参见徐昕:《区域贸易协定中的金融审慎例外条款研究》,《上海对外经贸大学学报》2015年第2期,第58-67页。

在我看来，这在一定程度上是能够反映当前全球金融监管改革的发展趋势的，即2008年金融危机爆发后，全球金融监管改革将对微观层面的金融监管纳入其中，以此保证金融机构安全稳健的运行和责任的承担。从这个角度来说，未来的金融审慎例外条款借鉴欧盟的做法是值得考虑的。此外，为了顾及不同成员方金融服务贸易产业与金融监管法制等方面的发展存在差距的现实，尤其是还存在非市场经济审慎目标的发展中国家和经济转型国家，在列举审慎原因时，应当提供弹性和空间以满足不同国家对金融服务贸易自由化进行的推进和监管需求。

另外，WTO争端解决机构认定一项措施是否符合审慎原因一般有三种方法：一是采取措施的当事国自主认定，即将金融审慎措施例外条款作为自裁决条款。所谓自裁决条款是指，在情势要求采取该条款所允许的措施时，采取措施的条约当事方是决定是否采取及采取何种措施的唯一法官。WTO争端解决机构对此只能用“善意”原则进行裁定，除非违反善意原则，否则应完全尊重该当事方的决定^①。二是由当事国共同协商认定，即先由当事国提出申请，在由当事国主管机关相互协商进行共同认定。在经由当事国将争议诉诸争端解决机构的案件中，当事国通常将共同协商认定作为争端解决的前置程序，争端解决机构也应当尊重当事国作出的联合认定。三是由国际标准确定，即以相关国际金融监管机构，如巴塞尔委员会、国际证券监管者组织以及国际保监会制定的金融监管标准进行判断，若一成员国采取的审慎措施符合该国际标准，则推定该措施符合“审慎例外”，反之，援引“审慎例外”的成员方仍应当承担举证责任以说明其措施的合理性^②。显然，对于审慎认定主体和认定方法上的差异直接影响到对审慎例外的判断。

对此，有学者主张一般应以当事国自主认定，但也不应否定共同协商认定的作用。其理由在于：根据多次金融危机表明，金融危机是否危及国家的金融稳定或其他利益与当事国直接密切相关，当事国也最为清楚，因而当事国应当最有权基于自己的判断采取相应的必要金融监管措施。而当事国以外的第三方的事后判断不应也无法代替当事国作出的决断。因而，从这个角度来看，当事国自主认定的模式时符合各国监管主权的选择的。这一做法也获得美国的认可，如美国在关于修改《双边投资协定范本》（2004）的报告中曾指出，针对第20条第1款中的金融审慎例外，应当加入类似于根本安全例外中的自裁决措辞^③。此外，在双边

① See Expert Opinion of Dean Anne-Marie Slaughter and Professor William Burke-White of July 19 for Argentina in *Sempra Case*, 2005.

② Régis Bismuth, “Financial Sector Regulation and Financial Services Liberalization at the Crossroads: The Relevance of International Financial Standards in WTO Law”, *Journal of World Trade*, 2010, 44(1): 18.

③ 参见陈欣：《论国际投资条约中的金融审慎例外安排》，《现代法学》2013年第4期，第135页。

区域投资协定的场合下，由当事国共同协商认定也更为适合，而在多边区域投资协定的场合则会有较大困难。对于参照国际标准的做法，由于国际机构制定的可能受制于制定主体，不一定能反映所有国家的利益诉求，因而难以统一适用于所有成员方。例如巴塞尔协议主要由发达国家主导，其中灌输了国际资本巨头的影响力，其关注的国际金融服务贸易的议题与新兴经济体和封闭市场面临的问题并不完全相同。采取诸如巴塞尔协议等国际标准进行认定可能并不有助于推进国际金融监管水平提高。

也有学者认为，认定一项措施是否符合审慎原因，应采取当事国自主认定和参照国际标准相结合的方法。即当事国有权对其采取的审慎措施的是否符合审慎性，并在此基础上参照国际标准，如果不符合国际标准，当事国还应继续根据本国的实际情况进行认定。当然这其中需要当事国承担相应的举证责任。

在我看来，两种观点并没有太大差异，本质上都将当事国认定作为首要选项，一方面各成员方参与国际金融贸易活动的动因在于为本国谋求更多的利益，而避免陷入失控的风险，即所谓的趋利避害，这是无可厚非的，因此，各国在认定审慎原因等问题上要求掌握一定的主动权，以增加应对金融风险的安全感。换言之，要求成员方放弃对本国金融监管审慎措施的认定自主权，完全交由争端机构机构认定或由国际金融监管机构制定的标准确定，在一个多边的框架体系下很难达成共识；另一方面，国际法的约束归根到底还是体现为一种软约束，即使成员方能够诉诸 WTO 争端解决机构寻求报复措施，但在各国经济实力差距悬殊和金融谈判地位不对等的情况下，处于弱势的成员方也难以维护自己的正当利益。因此，将认定审慎原因的主动权交由当事国认定应该是现实之选。但是，主张由当事国自主认定，也不影响在当事国愿意就金融监管的审慎措施交由全体当事国共同协商确定的选择。而国际标准可以作为上述两种方法的补充和参照，即以以国际标准为参照，当上述两种认定方法严重背离国际金融监管的合法性、可预见性和稳定性时，争端解决机构不应认定该措施符合审慎性等。

（二）明确界定金融审慎例外条款适用范围

关于金融审慎例外条款的适用范围，GATS、WTO 规则以及巴塞尔委员会等国际金融监管组织均为作出明确有约束力的规定。因此，在实践中，审慎措施只能依靠成员方善意实施，只要不明显超出“审慎”界限即可。在“阿根廷金融服务案”中，专家组对金融审慎例外条款的解释，阐明审慎例外条款的适用条件之一就是要求成员采取措施是基于审慎理由，对于监管措施本身是否审慎在所不问^①。对此，一些学者并没有提出异议，缘由在于：基于各国金融监管体系的巨大

^① See Argentina-Measures Relating to Trade in Goods and Services, WT/DS453/R, 30 September 2015, para 7.861.

差异性，国际上很难对审慎措施进行一个统一的定义，也难以就审慎措施的外延划定清晰的边界。同时，在关乎各国经济安全与稳定的金融领域，金融审慎措施作为平衡金融服务贸易自由化与金融监管规制权的政策工具，很难把握两者的松紧尺度。

我认为，上述学者主张是有道理的。但是这远远不够，通过“阿根廷金融服务贸易案”或许能为确定金融审慎措施的范围提供思路。在该案中专家组还对措施与审慎原因之间的合理关联性进行了分析，并以此为据作出裁决，由此似乎可以得到这样的结论：成员方所采取的审慎措施必须具有合理性，也即成员方可以基于审慎原因采取审慎措施，但是必须所采取的措施具有合理性。那么究竟何为合理呢？《北美自由贸易协议》中明确：各成员采取的审慎措施必须保证措施的合理性，实施该措施不应构成在类似国际间的任意或歧视手段。在《加拿大--捷克投资保护协议》中，合理措施包含有公正、不歧视等含义。欧盟在界定审慎措施的范围方面主张增加非歧视性和必要性要求。从上述三种主张来看，三者都强调了非歧视性或公正作为衡量审慎措施合理性的重要性，另外《北美自由贸易协议》强调的非任意性和欧盟主张的必要性本质上并没有太大差异，均突出了审慎措施的必要性特征。我认为这些认定标准是具有一定可行性的。因而，我的主张是：在界定金融审慎措施范围时，或者给金融审慎措施附加限制性条件时，增加采取措施的成员方对该措施合理性的举证责任，同时赋予专家组对成员方举证的措施合理性进行裁断，而论证和裁断措施具有合理性的衡量标准包括非歧视性原则、公正原则、必要性原则。

此外，关于金融审慎例外条款的第2句话的实际含义未能得到澄清，导致审慎例外条款混乱不确定的问题。有学者认为第2句既没起到防止审慎措施滥用的法律效果，也不符合司法经济原则，因而也就无存在的意义。这种观点得到欧盟的支持，即在《欧盟新加坡自由贸易协议》中明确的删除这句话。我赞同这种看法。我认为上述论及的增加判断金融审慎措施的合理性标准已然能够达到第二句所要实现的目的，即控制金融审慎措施的滥用，使其成为贸易保护的政策工具。