习近平法治思想与国际法研讨会
暨中国国际法学会 2021 年学术年会

论文集（第一卷）

习近平法治思想与国际法研讨会

主办：中国国际法学会
海南大学
协办：海南大学法学院

中国·海口
2021 年 5 月 21-23 日

免责声明

本文集所刊载之内容仅代表作者个人立场与观点，并不代表本次会议主办方和协办方的立场与观点。若因文章引起的任何版权及其他争议，应文责自负，由论文作者自行解决，主办方及协办方不承担任何法律或连带责任。对本文集的论文观点的援引，敬请自行与署明作者联系并取得授权。

编排说明

本文集根据论文所属议题分类收编，共分为五卷：

第一卷：习近平法治思想与国际法研讨会

第二卷：恢复联合国合法席位 50 周年：中国的国际法贡献

第三卷：加强涉外法治体系建设与国际法

第四卷：运用国际法防范应对风险与挑战

第五卷：人类命运共同体理念与全球治理体系变革

所有论文原则上根据作者注明的议题予以归类，部分论文所属议题由会务组根据论文内容进行归卷调整。

各卷论文按照作者姓名拼音从 A-Z 依序排列。

目　录

通过国际法治推进全球治理体系变革和建设 曹烨.....1
发挥非国家行为体在国际网络空间治理中的作用 陈伟.....4
利益依存与权力均衡：国际关系法治化的政治逻辑分析 樊帅.....12
国际法类比国内法的反思与建构 方瑞安.....24
中国公共秩序保留制度的法解释规范路径 高 峰.....37
习近平法治思想的涉外法治观 韩立余.....49
统筹推进国内法治和涉外法治视角下的中国对外关系法 韩永红.....77
国际法治与持久和平——关于“构建人类命运共同体”的思考 何 丹.....90
《欧盟基准指数监管条例》对我国期货市场国际化的影响及期货法立法启示 兰晓为　曲伸.....104
总体国家安全观下我国私营安保企业提供境外服务的法治保障 李璐玮.....115
欧盟经验与构建人类命运共同体实践 李依琳.....116
新时代背景下构建人类命运共同体式的国际法治理念 李泽园.....127
我国应否采纳《跨境破产示范法》之研究——韩进海运破产引发的思考 李珠 130
浅析国内法治与国际法治的关系 刘亚铃.....149
罗马帝国“一国多制”的法律特点与启示 罗国强 刘恬.....155
论毛泽东的国际法思想 马忠法 张 灯.....169
依法管控日本排核 潘 杰.....185
境外非政府组织法律救济的困境与出路 全小莲 张雪婷.....194
“海洋命运共同体”视域下的海洋综合管理：既有实践与规则创制 孙传香.....203
条约单方退出的国际法问题研究——以美、俄退出《开放天空条约》为切入点 王竞航.....220
运用国际法防范应对风险与挑战 王少华 朱琴.....228
论预防和消除现代奴隶制 王秀梅.....236
“软法”在国际税法发展中的作用——以 OECD 税收协定范本为例 温馨.....249
试论国际团结与人类命运共同体理念 武文扬.....262
“一带一路”倡议下中国海外投资的法治保障 向明华.....271
新时代依法防范化解重大风险挑战的行动指南——学习“习近平依法防范化解重

大风险挑战论述”的体会 徐汉明 邵登辉.....289
以“习近平国际法治理论”为引领创新涉外法治人才培养机制 徐汉明.....308
“一带一路”倡议下我国涉外法律服务的现状、问题和完善 薛静 徐远超 刘杨 312
国际私法视阈下我国涉外法治发展研究 杨怡忱.....320
普遍民事管辖权的兴起与衰落 张杉杉.....331
《伯尔尼公约》下人工智能创作物著作权保护最低标准 张晓萍 郑鹏.....340
欧洲打击仇恨言论新发展：打击仇视宣传专家委员会介评 张颖军 杨柳青青350
习近平国际法治思想的理论与实践 周晓明 李洁.....358
我国国际私法调整对象涉外性标准的检视与完善 朱梦瑶.....366
Localization, Variation, and Retroaction: The History of International Law in China with Regard to Unequal Treaties 卓增华.....375
人类命运共同体理念与国际海洋法的发展 邹克渊 王森.....401

通过国际法治推进全球治理体系变革和建设

俄罗斯联邦西南国立大学　曹烨

摘要：本研究探讨了国际法治推进全球治理体系变革和建设的内容，研究发现了国际法治的推进，应得到各国之间的认知与认可，并在此基础之上，不断加强国内法规与国际法规的相互融合，使之真正发挥应用的效力，即国际争端的预防与解决机制、国际争端解决机制中的仲裁与调解，只有在强化完善国际争端的预防与解决机制的基础之上，才能够真正地发挥国际争端解决机制中的仲裁与调解作用，并由此达成通过国际法治推进全球治理体系变革和建设的目标。

关键词：国际法治；推进；全球治理体系变革；建设

2020 年 9 月 21 日国家主席习近平在联合国成立 75 周年纪念峰会上发表重要讲话提出：“积极参与全球治理体系改革和建设 推动构建人类命运共同体[1]。”面对当前国际紧张形势，人类命运共同体的建筑迫切需要通过国际法治，来推进全球治理体系变革和建设，才能够真正践行这一宏伟目标[2]。国与国之间的争端，已经成为当前学术界重点思考的问题，面对西方国家资本主义的盛行，霸权、霸凌、霸道的现实情况，势必影响了国际环境与国际化的发展[3]。全球治理体系的完善，是整个人类发展的必经之路，国家优势的权力下，各国之间的秩序被扰乱，发言权也仅掌握在少数国家的手里，大部分国家的利益受损。这种运行情况下，严重地扰乱了全球治理体系的建设[4]。因此，为了维护国家间的利益，建立公平、公正的国际关系原则，势必需要通过国际法治推进全球治理体系变革和建设。本研究将依据当前国际争端的运行情况，提出一些国际法治推进的策略，以此更好地达成全球治理体系变革和建设目标。

一、国际争端的预防与解决机制

目前，国际形势日益严峻，如近期发生的“新疆棉花事件”，使中美贸易战愈演愈烈，国与国之间的争端从老问题发展至新问题，从冷战进入白热化。而在这种运行发展态势之下，显然为国际法方面的解决争端机制带来了前所未有的机遇与挑战。国际法的推进，才是解决当前国际争端的重要途径，才是维护和平，建立公平、公正原则的关键。因此，国际法的推行至关重要。面对中美争端，应拿起国际法这一有力武器，无论是合作还是斗争，学会运用国际法，都将是预防及解决争端的有效途径。错综复杂的国际关系，引发了全球社会的广泛关注。西方资本主义国家在不断强调自身利益获取的过程中，严重地扰乱了全球治理体系。那么，在这一发展过程中，国际法治的推进，应得到全球的认知与认可，在这一大前提下，深入地完善国际法与全球治理体系，并使其能够形成积极的影响。面对国际争端下产生的社会危机与政治危机，国与国之间应共同努力，厉行法治。在国际争端发展过程中，各国之间应能够融入政府间机制、民间机制、双边方法与民间方法，并且内含国际程序与国内程序之间的有效协调发展，从而更加实现国际法治的统一共识及法治理念[5]。各国之间能够互补性

协调融合发展，以此来形成统一的国际法治推进共识，完善国际法制体系，从而形成统一且适用性强的法制与规范，真正解决当前的国际争端矛盾，并能够以此来预防各国之间的争端事件，形成良性的动态平衡体系，并达成一致性、系统性的治理原则。

二、国际争端解决机制中的仲裁与调解

过去的国际争端事件中，以仲裁为主导的传统争端解决机制，大多数的调解多以口号式规定呈现，实际投入使用的机会往往较为少见[6]。如今，随着投资仲裁所存在的一系列先天缺陷和后天不足的逐渐暴露，各国和国际组织转而开始推动调解机制的发展，力争争端的最优解决，致此，国际争端解决机制中的仲裁与调解引发了人们的广泛关注。调解机制中，常设《仲裁法院（PCA）的调解规则》，而该规则往往更适用于国家为一方当事人的争议。因此，该规则于 1996 年被修订。1996 年的《ICSID 机制中的调解规则》的颁布，将调解与仲裁并列作为两种平行的投资者与东道国争端解决方式，适用性更强。而后颁布的 ICC 的《国际商会调解与仲裁规则》、《联合国贸易法委员会（UNCITRAL）的相关调解规则》等，更加完善，且效力更强，能够很好地解决当前国际争端的纠纷。仲裁与调解制度在国际争端中也展现了自身的价值，焕发了新的曙光。但是现有的 ICSID 在调解的新动态中，发现其调解程序与仲裁程序有过多相似之处。那么，在这种调解程序的运行下，也使得国际之间的双方矛盾的调解与仲裁，时间耗费与成本增加，调解机制的优势，并不能够完全发挥。在意识到其存在的问题后，ICC 于 2014 年发布了新的调解规则，该规则将仲裁与调解制度之间的相似之处废除，并划定了调解的时间，也使得到当前国际争端的解决时效提升。国际争端抉择中，该规划最大程度地实现了调解的规则性与灵活性的统一，也成为当前国际争端仲裁与调解的重要手段之一。国际争端解决机制中的仲裁与调解体现了国际法治体系的不断完善，但是真正的实现国际法治推进全球治理体系变革和建设，还应从多方面考量，其中国内与之相关的仲裁与调解法规、思维需相互融合，使之具有一定的适用性，从而更好地解决当前的国际争端。

三、结束语

综上所述，通过国际法治推进全球治理体系变革和建设，是当前解决与预防国际争端的重要途径。本研究从两方面阐述了如何推进国际法治，一方面各国之间应达成对国际法治的共识，以此来预防及解决国际争端，另外一方面探讨了国际争端解决机制中的仲裁与调解，提出当前国际法仲裁与调解的演变过程，以及当前各国国内应与之相融合，达成共识，才能够真正发挥国际法的作用，进而达成通过国际法治推进全球治理体系变革和建设的目标。

参考文献：

[1] 李猛. 全球治理变革视角下人类命运共同体理念的国际法渊源及其法治化路径研究[J]. 社会科学研究, 2019(4).

[2] 张燕生. 十八大以来中国积极推动全球治理体系变革[J]. 当代中国史研究, 2017, 24(06):118-118.

[3] 王磊. 金砖国家合作与全球治理体系变革:路径及其实践[J]. 广东社会科学, 2017, 000(006):15-25.

[4] 杨金卫. 构建人类命运共同体与全球治理变革中国方案[J]. 东岳论丛, 2018, v.39；No.287(05):2+33-39+193.

[5] 吴志成, 王慧婷. 全球治理能力建设的中国实践[J]. 世界经济与政治, 2019, No.467(07):6-25+156-157.

[6] 焦磊鹏. 加强国际法治建设 促进国际环境和谐——评《国际法治论》[J]. 山西财经大学学报, 2021, v.43;No.339(01):132-132.

发挥非国家行为体在国际网络空间治理中的作用

Non-state Actors' Role in International Cyberspace Governance

海军航空大学　　陈　伟*

摘　要：国际网络空间治理需要各主权国家和非国家行为体共同发挥作用。由于国际网络空间治理的多方参与性、技术依赖性、博弈性、利益性等特征，非国家行为体作为多利益攸关方，在全球网络空间治理中发挥的作用在不断上升，其独特的作用具体体现为网络标准和技术规范的创立者、网络空间重要基础资源的控制者、网络空间治理规则的倡导者和网络经济的推动者。在当前形势下，非国家行为体要通过以价值观引领形成共识、以技术创新促进软法塑造、坚持多方参与构建网络空间命运共同体、克服网络脆弱性谋求互利共赢等途径，更好地发挥在国际网络空间治理中应有的作用。

关键词：全球治理；网络空间；非国家行为体

习近平总书记指出，国际网络空间治理有其自身特点，不仅主权国家发挥重要作用，非国家行为体作用也很突出，同时强调，既要推动联合国框架内的网络治理，也要发挥各类非国家行为体的积极作用。[1]网络空间是超越国界、跨越时空的虚拟现实空间，网络空间的复杂性决定了构建综合性、单一的网络空间全球治理机制难以取得成功。[2]传统全球治理议题中，主权国家占据着主导地位，相关研究成果也较为丰富。在国际网络空间治理这一新议题中，多利益攸关方（multi-stakeholder,也称多利益相关方，亦简称多方）模式被认为是当今网络治理领域的最佳实践之一。[3]因此，国际网络空间治理除了考察主权国家作用发挥外，还要深入学习研究习近平总书记相关重要讲话精神，结合多利益攸关方理论等最新研究成果，就如何发挥非国家行为体的作用机理进行深入探索。

一、非国家行为体与国际网络空间治理

随着网络技术的不断发展，网络对人类社会的影响日益增大，甚至在某些方面实现了颠覆性变革，网络空间已成为人类社会继陆、海、空、天之后的第五战略空间，受到各个国家、相关团体及全球民众的高度关注。特别是“棱镜门”、脸书数据泄露、伊朗核设施遭遇“震网”攻击、勒索病毒爆发等事件的持续发酵，国际网络空间治理逐渐成为全球热点问题。一方面，我们要发挥主权国家作用，与世界各国一道，在主权平等基础上，坚持在双边或多变框架下加强与各国政府的交流与合作，共同构建和平、安全、开放、合作的网络空间，另一方面，多利益攸关理论适用于当前国际网络空间治理的现状，有助于构建起有效的治理机制。因此，也需要发挥非国家行为体的积极作用。

（一）非国家行为体的缘起

---

* 作者简介：陈伟，法学博士，海军航空大学航空基础学院副教授。

1 《习近平关于网络强国论述摘编》，中央文献出版社，2021，第 163 页。

2 鲁传颖：《网络空间治理与多利益攸关方理论》，时事出版社，2016，第 76 页。

3 冯果主编：《网络强国战略的法治保障》，武汉大学出版社，2019，第 403 页。

人类社会共同面临的问题和挑战，仅靠一个或几个国家无法彻底、妥善解决，仅靠国家之家的合作也难以完全解决，多利益攸关方理论也伴随着全球治理的兴起而产生。该理论的基本观点之一，就是全球治理必须依赖包括国家行为体和非国家行为体的整个国际社会各方的通力合作。

当前，学界对国际网络空间多利益攸关方治理模式，既有批判，也有赞同。总体来看，批判声音大于赞同意见，甚至把该模式与多变主义、主权国家治理模式对立起来。如有研究者认为，该模式存在合法性缺失、虚假的代表性、片面的开放性等不足，不能够成为网络空间全球治理的新模式。[4]还有研究者认为，西方国家推行的多利益攸关方治理始终以维护其在网络空间内的优势地位与国家利益为核心，严重破坏了网络空间的有序发展。[5]笔者认为，该模式与其他治理模式并非非此即彼的关系，要在深入领会习近平总书记相关重要讲话精神的基础上，进一步厘清多利益攸关方特别是非国家行为体的基本理论。

自威斯特伐利亚体系建立以来，主权国家一直是国际关系中最基本和最主要的行为体，因此，传统国际关系及国际法研究也一直将国家作为最主要的研究对象。随着国际社会日新月异的变化，全球议题不断多元化，尤其是网络对人类社会及行为的影响日益增大，“全球治理不仅意味着正式的制度和组织——国家机构政府间合作等——制定（或不制定）和维持管理世界秩序的规则和规范，而且意味着所有的其他组织和压力集团——从跨国公司、跨国社会运动到众多的非政府组织——都追求对跨国规则和权威体系产生影响的目标和对象。”[6]由于主权国家在资源、影响力、统筹能力上更具优势，因而在全球治理议题中长期发挥着主导作用，非国家行为体的活动深深地受到全球化、国际社会和主权国家的影响和制约。[7]虽然当前学界对非国家行为体对国际社会的影响意见并不统一，但不可否认的是，非国家行为体发挥的作用也在不断上升。

（二）非国家行为体参与国际网络空间治理的原因分析

从当前学术研究现状来看，网络空间治理与互联网治理一般不做严格区分。笔者认为，两者的内涵与外延不同，网络空间治理的内涵比互联网治理要广。因此，两者应作一定区分。但鉴于互联网治理是网络空间治理的重要组成部分，关于互联网治理的相关研究成果可以在研究网络空间治理问题中借鉴。非国家行为体作为多利益攸关方，是国际网络空间治理的重要参与力量。非国家行为体为何能在国际网络空间治理中暂露头角，与国际网络空间治理的特点密不可分，具体体现在以下几个方面。

第一，国际网络空间治理的多方参与性。国际网络空间是全世界各民族人民的共同活动空间，属于全球公域（public domain）。国际网络空间治理属于全球治理的重大议题之一。全球治理强调治理的主体必然是多层次、多中心的，是由不同行为体建构起来的一个全球性、变动复杂的主体格局。[8]国际网络空间治理就是一个多方主体共同参与的重要主题。一方面，

[4] 管素叶等：《全球互联网治理的模式选择与优化》，《治理研究》2019 年第 3 期，第 112-121 页。
[5] 石丽荣：《网络空间“多利益相关方”治理模式分析》，《西部学刊》2021 年 1 期，第 103-105 页。
[6] [英]戴维·赫尔德等著：《全球大变革》，杨雪冬等译，社会科学文献出版社，2001，第 70 页。
[7] 徐步华：《非国家行为体的影响及其限度》，《理论月刊》2014 年第 5 期，第 110-113 页。
[8] 李艳：《网络空间治理机制探索——分析框架与参与路径》，时事出版社，2018，第 53 页。

国际网络空间的秩序需要各主权国家相向而行，一道共同维护。同时，国际网络空间的治理主体，除了各主权国家以及由主权国家组成的国际政府间组织外，还有互联网企业（尤其是跨国企业）、技术社群、民间机构和公民个人。因此，国际网络空间治理要坚持多边主义，反对单边主义。正如习近平总书记所言，国际网络空间治理应该坚持多边参与、多方参与，由大家商量着办，发挥政府、国际组织、互联网企业、技术社群、民间机构、公民个人等各类主体作用。[9]

第二，国际网络空间治理对技术的高度依赖性。网络空间在信息技术革命中产生的新空间，其构成的基础是科学技术。无论是构成网络空间的硬件设备，还是相关软件，以及网络空间背后的逻辑层，都对以信息技术为代表的高科技有很高要求。新一代网络空间更是与云计算、大数据、物联网、区块链、5G 技术等前沿技术紧密相连。要对这一高度依赖技术的空间进行有效治理，也要了解掌握相关网络技术，才有可能做到有的放矢。此外，当前网络空间治理中要应对的突出问题，如维护网络安全、打击网络犯罪等，都高度依赖相关网络技术手段。因此，核心技术是网络空间发展的决定性力量，是网络空间利益的根本性保障。

第三，国际网络空间治理的博弈性，需要力量居中调和。世界多极化局势深入发展，但个别国家谋求霸权特别是网络空间霸权的野心犹在。网络空间全球治理被视为权力与资源的争夺，围绕着建立网络空间全球治理机制，各行为体之间的博弈正在加剧，治理进程陷入困境。[10]以美国为首的西方国家，在网络强权背景下，其利用自身网络技术优势获取了不正当利益，并希望进一步扩大这种不义之利，不愿意放弃网络霸权。但是，国际网络空间的有效治理，绝不能否认或者抛弃国家主权，不能因国家在网络空间中存在的特殊性而否认国家网络主权，也不能片面强调非国家行为主体的作用而忽视国家网络主权。网络空间作为全球治理的新兴领域，在各国对网络主权等关键问题还存在不同认识的当前，国际网络空间治理的对抗性还较为突出，国际网络空间秩序尚在磨合制定过程中，网络技术发达国家与欠发达国家要达成一致意见，还存在较大的困难。非国家行为体相对具有较强的韧性，能在各国之间积极游走，设置相关进程和议题，为各国搭建交流谈判平台。

第四，国际网络空间治理的利益性，需要平衡兼顾。网络空间是一个蕴藏着巨大利益的空间。以互联网技术为代表的新技术对传统产业进行着深刻的变革甚至颠覆，有效提升了经济社会运行效率。由于国家之间在经济科技等方面的巨大差异，不可避免在网络空间领域造成“数字鸿沟”，即发达国家与发展中国家特别是欠发达国家在网络技术、网络资源、网络空间治理能力等方面的巨大差距。另一方面，不同利益群体对网络空间治理的需求也存在差异，互联网跨国企业注重跨境数据自由流动，技术社群信奉“代码即法律”，公民个人则关注个人信息保护和言论自由权利。面对不同利益群体的不同诉求，需要充分考虑各方利益，统筹考虑当前国际网络空间治理形势，需要深刻理解网络空间与国家主权的关系，在坚持网络主权的前提下，平衡网络公关秩序与个人行为自由、国家利益与国际社会利益之间的关系，共同维护网络空间安全和良好秩序，尽力达成利益平衡，在实现公平正义的同时，提升效率。

---

[9] 《习近平关于网络强国论述摘编》，中央文献出版社，2021，第 163 页。

[10] 鲁传颖:《网络空间治理与多利益攸关方理论》，时事出版社，2016，第 5 页。

二、非国家行为体在国际网络空间治理中的地位作用

近年来，非国家行为体在全球治理中的作用日益凸显，如在全球气候变化、环境保护、核不扩散、人道主义保护等方面，非国家行为体发挥的作用有目共睹，在网络空间治理领域尤甚。主要以技术社群、互联网企业、非政府组织、民间机构、公民个人等主体构成的非国家行为体在国际网络空间治理中的地位作用突出表现在以下几个方面。

（一）网络标准和技术规范的创立者

从技术角度来看，网络空间是由于使用电子和电磁频谱而产生的，通过相互关联的信息通信技术来创建、修改、存储、交换并且利用信息的系统。通过各种硬件和软件进行各类不同信息交换的前提是存在一套通用的标准和协议，确保信息的互联互通。众所周知，TCP/IP 协议是整个网络空间存在的前提基础。1972 年，第一届国际计算机通信会议就不同计算机和网间的通信协议达成一致，并在 1974 年诞生了两个基本协议：传输控制协议（TCP）和网络层协议（IP）。TCP/IP 协议使互联网成为一个统一的网络，用户只要遵照这个协议，无论使用什么硬件系统, 其数据都能自由传输并到达到目标系统。

网络空间是由信息技术革命产生的新空间。以创造和发明互联网的工程师、科学家以及相关专业的研究人员所组成的技术社群，分布在网络技术标准制定、软件开发、硬件研发、法规制定等领域，是国际网络空间治理的重要主体。

（二）网络空间重要基础资源的控制者

以互联网名称和地址分配机构（ICANN）为代表的在国际网络空间治理中的作用突出，掌握着互联网协议（IP）地址的分配、协议参数注册、顶级域名系统管理、根服务器管理等重要职能。在国际社会各界的共同努力下，ICANN 脱离美国政府的独家控制，完成了国际化转型，成为国际网络空间治理中最重要的非政府国际组织。互联网的顶级域名解析服务由根服务器完成，根服务器被称为互联网的“中枢神经”，是最重要的网络基础资源。目前全球使用的是呈树型结构的域名解析系统，ICANN 控制的 13 台 IPv4 根服务器处于该系统的顶端，掌控着全球网络空间的基础资源。由于 IPv4 地址储备池容量有限，在互联网数字分配机构（IANA）的建议下，开始制定新一代国际互联网标准 IPv6。在我国下一代互联网工程中心牵头的“雪人计划”，经过测试和运行，应用范围不断扩大，也得到世界其他国家的认可，开始占据下一代互联网标准的主动权。

在当今大数据时代，数据成为获取竞争优势的重要战略资源。各国政府、大型跨国互联网企业等主体掌握着大量的用户数据，既涉及用户的隐私保护问题，也涉及数据的商业利用问题。以大型跨国互联网企业为代表的非国家行为体收集处理的数据日益增多。各企业为在竞争中占据先机，纷纷转型平台型公司，往往“大而全”，以构建完善的网络生态环境，成为数字经济时代网络空间重要资源的控制者。

（三）网络空间治理规则的倡导者

有研究者认为，网络空间的生活主要是由代码来规制的。[11]这一观点得到广大网络技术

[11] [美]劳伦斯·莱斯格：《代码 2.0：网络空间中的法律》，李旭、沈伟伟译，清华大学出版社，2009，第 51

社群的赞同与支持，甚至主张“没有政府的治理”（Governance without Government），以技术规范代替治理规则。很显然，这些主张与当前网络空间面临的现实环境格格不入。近年来国际网络空间发生的以“棱镜门”为代表的一系列事件表明，仅靠代码来治理网络空间是不现实的。

世界不少著名大学及研究机构都积极投入人力物力，加大对网络空间治理问题的研究。如在北约“网络合作防御卓越中心”的组织下，邀请包括法律执业者、学者和技术专家组成的国际专家组，围绕现行国际法适用于网络空间的问题进行研讨，先后于 2013 年和 2017 年完成了两个版本的《塔林手册》，并由剑桥大学出版社公开出版发布。《塔林手册》声称是有关专家学者以个人身份独立参与和完成的非官方进程，但国际专家组绝大部分成员来自西方国家，虽然手册本身不代表任何国家或国际组织，也不具有国际法上的约束力，但美国及其北约盟国显然是想利用塔林手册抢占网络规则制定权。[12]我国高校及科研机构近年来也纷纷组建专门网络空间治理研究机构，如武汉大学网络治理研究院、清华大学互联网治理研究中心、西安交通大学信息安全法律研究中心等，通过开展课题研究、学术研讨等方式，积极发出中国学者在国际网络空间治理问题上的声音，更好发挥专家智库作用，在国际网络空间治理规则提供中国智慧和中国方案。

此外，近年来美国主导的“伦敦进程”、我国主办的世界互联网大会等平台，吸引包括政府、跨国企业、研究机构等主体等广泛参与，成为多利益攸关方商讨国际网络空间治理规则的重要场合。非国家行为体在上述平台积极建言献策，提供解决方案，共同促进网络空间治理规则共识的形成。

（四）网络经济的推动者

全球经济一体化的趋势随网络技术的发展进一步加剧。特别是全球经贸往来随新冠疫情的爆发进一步加大了对国际网络空间的依赖。从全球经济发展看，全球市值最大公司如亚马逊、苹果、谷歌等都是网络经济的推动者和受益者，也是国际网络空间治理的积极参与者，对国际网络空间的有效治理有较高的现实需求。从国内经济发展看，我国进入了新发展阶段，“十四五”规划确立了高质量发展战略，提出构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局，并将坚持创新驱动发展、加快发展包括信息技术在内的现代产业体系作为重点任务。我国的高科技公司如华为、百度、腾讯等，也与网络空间深度融合，进行全球化布局，对促进全球网络经济发展做出了巨大贡献，也是全球网络空间治理中占有重要地位的跨国公司。

需要注意的是，以互联网跨国公司为代表的非国家行为体除了关注自身经济利益外，有时也受到政治的较大影响，在强大政治压力下不得不做出损害自身短期利益而迎合政府的要求，如在“棱镜门”事件中扮演不光彩角色的谷歌、苹果、雅虎等跨国网络巨头。

此外，非国家行为体还是国际网络治理活动的积极参与者，非政府组织、公民运动、学术研究智库等。它们通过各种形式的议程设置、抗议活动等影响公众，对决策部门施加压力，

页。

[12] 朱莉欣等：《<塔林网络战国际法手册>述评》，《中国信息安全》2013 年第 11 期，第 95-98 页。

影响其决策，以间接达到相应预期目标。

三、更好发挥非国家行为体在国际网络空间治理中的作用

网络空间治理涉及政府、企业、公民社会甚至用户个人等“多利益相关方”，一国的治理能力与影响力实际上是各方的“合力”。有研究者认为，在这些相关方中，中国目前存在不足的主要体现在“非政府”力量建设上。[13]笔者也认同这一论断，在主权国家引导下，如何最大程度发挥非国家行为体的作用，与政府有效配合，相互合作，相互促进，共同构建安全共荣的网络空间秩序，积极发挥非国家行为体的作用，提供多利益攸关方模式的中国方案，是当前亟需解决的重大问题。

（一）以价值观引领形成共识

网络空间是超越国界、跨越时空的“虚拟现实”空间，是全人类共有的家园，理应为生活在该空间的全体人类提供福祉。非国家行为体作为国际网络空间的重要利益攸关方，网络空间的良好秩序与其身存和发展紧密相连，没有安全公正的网络空间秩序自身的利益也无从得到维护。因此，非国家行为体要自觉为构建网络空间的良好秩序贡献力量，把符合网络空间公平正义要求的价值观念融入自身发展战略，积极倡导符合网络空间发展的价值观。

综合考虑国际网络空间性质及其对全球社会的影响，笔者认为，安全和公正是国际网络空间存在和发展的基本价值。确保网络空间安全是有效治理国际网络空间的前提，公正的国际网络空间秩序是确保全人类共享网络福祉的根本。非国家行为体要通过与国家行为体、其他类型非国家行为体就国际网络空间治理的基本理念积极开展价值观对话交流，凝聚共识，赢得其他主体尊重和认同，创造更多合作共赢机会，共同营造安全的网络空间环境，维护网络空间的秩序，实现公平正义的价值追求。

（二）以技术创新促进软法塑造

以网络技术为代表的新科技对国际社会产生深远影响，同时也推动了国际法的发展。网络空间的技术主导性决定了网络空间治理也必须采取技术驱动型的治理模式。[14]习近平总书记指出，互联网核心技术是我们的最大“命门”，核心技术受制于人是我们的最大隐患，我们要掌握我国互联网发展主动权，保障互联网安全、国家安全，就必须突破核心技术这个难题，争取在某些领域、某些方面实现“弯道超车”。[15]除了政府加大投入、积极支持外，非国家行为体也要加强技术研发工作，提高网络核心技术，以先进技术引领网络空间规则塑造。

科学技术本身当然不能为自己制定规则，人类也同样不能成为科学技术的奴隶，唯一的选择是伴随着科学技术的进步，不断制定新的国际法规范以适应国际社会的需要。[16]网络技术深刻改变了国际社会形态，相关国际法规亟需建立，非国家行为体在网络技术开发过程中，从技术角度提供解决方案，加强软法塑造，以更好适应网络时代的需要。

（三）坚持多方参与构建网络空间命运共同体

---

[13] 李艳：《网络空间治理机制探索——分析框架与参与路径》，时事出版社，2018，第 219 页
[14] 冯果主编：《网络强国战略的法治保障》，武汉大学出版社，2019，第 15 页。
[15] 习近平：《论党的宣传思想工作》，中央文献出版社，2020，第 197 页。
[16] 杨泽伟：《国际法析论》（第三版），中国人民大学出版社，2012，第 54 页。

习近平在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话中，提出了全球互联网发展治理的“四项原则”、“五点主张”，倡导尊重网络主权、构建网络空间命运共同体，得到了国际社会的广泛赞同。非国家行为体是网络空间命运体的重要成员，其生存发展受国际网络空间治理效果的深刻影响。因此，构建网络空间命运体离不开非国家行为体的参与。

在当前网络空间治理规则体系尚不健全的情况下，要在开放、民主、共享的网络空间中保障各参与主体的关切和利益，必须提高网络空间治理民主化程度，坚持多方参与，有事大家商量着办。“高度关注网络空间国际法发展态势，以更大的紧迫感乃至危机感参与网络空间治理国际规则制定”[17]既是政府层面需要重点加强的方面，也应成为广大有担当的非国家行为体的自觉行动，特别是在涉及经济、技术、文化等方面的议题，技术社群、社会团体要充分发挥自身优势，共同努力为构建网络空间命运共同体贡献智慧和力量。

（四）克服网络脆弱性谋求互利共赢

网络产业是一个包括硬件、软件、基础设施、平台、数字内容、新兴技术等多种业态的综合性产业群，具有规模经济性、范围经济性和准公共产品属性等鲜明特征。相对于传统工业、服务业，网络产业也被称为新经济。由于网络空间诞生之初，技术专家并未过多考虑其安全性，网络空间的发展及影响大大超出创建者们最初的设想，网络空间的脆弱性在当前科技日新月异变化的背景下显得更为突出。如果网络空间缺乏安全保障，无论是主权国家，还是各非国家行为体，自身的利益都会受到极大影响。

仅以我国为例，根据最新中国互联网络发展状况统计报告，2020 年上半年，我国互联网产业克服新冠肺炎疫情带来的冲击和困难，展现出巨大的发展活力和韧性，但同期网络安全事件依然频发，境内被篡改网站数量达 147682 个，被植入后门的网站数量为 40086 个，收集整理信息系统漏洞 11073 个。[18]网络空间的脆弱性可见一斑。网络经济时代，无论是网络产业还是传统产业，都与网络空间安全紧密相关。各经济主体只有通力合作，加强与国家行为体和其他非国家行为体的协调沟通，共商国际网络空间治理大计，共同致力于维护网络空间安全，才有可能达到互利共赢的效果。

结语

全球治理关注的是超越一国政府能力范围的全球领域，虽然各方关切点存在差异，利害关系也不同，但由于主权国家及以其为主体的政府间国际组织对政治经济及社会资源等方面拥有绝对控制权，因此其被认为是传统国际治理的主体，始终强调主权国家及以其为主体的政府间国际组织的作用。国际网络空间治理作为当前全球治理的重大议题，其治理效果也很大程度取决于主权国家的投入，以及能否适应形势发展需要，调整其传统治理理念与思路，与非国家主体形成良性互动。因此，国家行为体一方面要积极发挥其主体作用，另一方面也要与广大非国家行为主体积极进行互动，共同提高国际网络空间治理效能。

---

[17] 黄志雄：《网络空间国际规则制定的新趋向》，《厦门大学学报》（哲学社会科学版）2018 年第 1 期，第 1-11 页。

[18] 数据来源：中国互联网络信息中心（CNNIC）2020 年 9 月发布的《第 46 次中国互联网络发展状况统计报告》。

非国家行为体在国际网络空间治理中的作用十分重要，但需要注意的是，多利益攸关方模式也并不一定就是最佳方案，只是在当前国际网络空间治理现状下的一种妥协。此外，同时，这种互动应该是一个相互影响的过程，非国家主体的要积极发挥能力与优势，提高与国家主体共处的能力，利用各种场合，以适当形式敦促国家行为调整传统理念与思路，加大投入力度，为营造良好国际网络空间环境贡献自己的力量。

利益依存与权力均衡：国际关系法治化的政治逻辑分析

樊帅

内容摘要：当全球治理在国家治理中心主义与超国家治理中心主义之间两难时，国际关系法治化为全球治理提供了一种更为理性的治理范式。国际关系法治化的决定性因素是国家权力与国家利益，利益依存是实现国际关系法治化的政治基础，非孤立性权力均衡是推进国际关系法治化的政治手，段国际关系法治化的路径包括在利益依存背景下形成相对统一的国际法律体系并基于非孤立性权力均衡实现国际法相对集中的执行机制。

关键词：

利益依存 权力均衡 国际关系 国际法治

习近平主席在多个国际场合多次提到了国际关系法治化这一论断，[1]为全球治理模式的改革提供了建设性途径。国际关系法治化是法治思维在国际关系中的具体表现。当全球治理在国家治理中心主义与超国家治理中心主义之间两难时，[2]国际法治思维为这种两难提供了可能解决的现实途径。国际关系法治化不仅要求形式主义的法律规则体系也需要实质主义的法律价值与观念（例如平等、公平正义等）。[3]国际关系法治化是通过和平方式（包括协商、谈判及法律程序等）实现善治的全球治理模式。在国际关系法治化的背景下，国家行为受到约束，公平正义的价值实现的可能性增加。从逻辑关系上讲，国际关系法治化是国家间利益依存与权力均衡的在终极表现形式，国际法作为对国家间关系进行调整的有效手段，其制度理性与工具理性的属性较为突出，而影响国际法采用何种立法宗旨与采取何种具体的规范技术与制度安排则在很大程度上体现了国家间利益依存的程度与权力的均衡化配置。所以，国际关系法治化毋宁说是一个纯粹的法律命题，不如说是一个深刻的政治命题。

一、国际关系法治化的决定性因素

国际宪政主义试图在国际利益共同体的前提条件下寻求在世界范围之内构建类似于国内宪政的国际宪政，以此对国际社会进行统一的全面的有效治理。[4]国家中心治理理论则基于现实主义与自由主义的考虑认为全球治理的主体是主权国家，只有通过国家之间的谈判、协商及合作（和平方式）等方式才能对对全球事务进行有效治理，而治理的依据就是作为国际法渊源的国家间协定（法律）。[5]国际组织治理理论认为全球治理是通过国际组织的运行实现的，[6]，当国际组织治理较为完善的情况下就会出现治理模式的“外溢”现象，[7]即由单一

[1]习近平：《弘扬和平共处五项原则 建设合作共赢美好世界——在和平共处五项原则发表 60 周年纪念大会上的讲话》，载《人民日报》2014 年 6 月 29 日，第 2 版

[2][日]星野昭吉：《全球治理的结构与向度》，刘小林译，载《南开学报》2014 年第 3 期。

[3]赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，载《中国社会科学》2014 年第 10 期

[4][德]Amin Von Bogdandy：《国际法中的立宪主义：评德国的一个建议》，载《国际经济法学刊》第 15 卷第 2 期，北京大学出版社，2008 年，第 85 页

[5] 郝鹏：《全球治理:理论——与实践》，长春：吉林出版集团有限责任公司，2010 年版，第 102 页

[6] [美[詹姆斯·多尔蒂、小罗伯特·普法尔茨格拉夫：《争论中的国际关系理论(第五版)》，阎学通等译，北京：世界知识出版社，2003 年版，第 550 页

[7][英]佩克：《国际经济关系 1850 年以来国际经济体系的演变》，卢明华等译，贵阳：贵州人民出版社，1990

的组织治理发展为影响范围更广的全球治理。无论是上述何种治理模式，都可以找到一个共同的公约数，即基于国际共同体认可的规则依据。目前国际规则体系正不断完备（特别是在国际经济法领域）[8]，国际关系法治化进程不断加快，而不论这种进程的理论解释如何，都不能消除国家利益与国家权力的决定性影响。也就是说，决定国际关系的基本要素还是国家利益与国家权力，同时，在国际关系法治化的进程中国家权力仍然发挥着决定性作用。

（一）国际关系中的国家权力与国家利益

利益（interest）是能欧满足人类需要的事物，[9]在本质上体现为两个方面，一方面，利益体现了主体与客体之间的关系，即主体对于客体的需要以及客体对于主体的满足，而这种满足与需要具有强烈的主观性。另一方面，利益体现为能够满足主体需要的客观事物。国际关系中的国家利益是作为国际关系主体的国家所追求的，是维系国家存在与指导国家行动的根源。国家利益是民族国家的机体利益，其严格区别于国家领袖的个人利益，[10]这种利益的文化根源在于民族国家内成员的敢赌自我认同，这也为国家的动员与集体行动奠定基础。据此，国际关系中的国家利益包括了主观利益与客观利益。主观利益是指国家所追求的维系国家存在与发展的价值理念，例如安全、和平、独裁、稳定及发展等。客观利益是实现主观利益的物质基础。例如领土、环境、资源、财富、科学技术及国家力量等。利益的实现需要通过国家权力来实现，国家权力成为实现利益的手段。[11]

权力（power）指的是一种能力（抑或力量）以及某种影响力，[12]几乎所有的政治性行为都围绕权力展开。由于权力的基本要素包括了暴力、财富、技能、知识、组织及动机，[13]故政治行为主要表现为权力斗争及权力竞争。国家权力作为政治权力的的核心内容一般在两个意义上进行使用，一个是国家疆域范围内的国家权力，此语境下国家权力包括了国家立法权、行政权及司法权等。一个则是在国际关系的领域内使用，此时国家权力与国家主权具有范畴上的对等性。传统意义上，主权被认为是至高无上、不可分割及不可限制的统治权力。[14]在启蒙运动后期，随着民族国家的出现使得主权概念得到进一步诠释，法国大革命之后，对于主权归属的观点莫衷一是，有的观点认为主权归属于君主，有的则认为主权归属与政府或者议会，有的观点认为主权归属于人民。[15]不论国家主权的归属如何，由于民族国家间天然存在竞争性，[16]这赋予了国家主权的竞争性。在这种竞争性的驱使下，国际关系很难出现

年版，第 11 页

[8] "From the 1980s, however, after the outbreak of the current wave of globalization, IEL underwent a massive transformation to become the most important fi eld of international law. Julio Faundez, Celine Tan, *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, 12

[9] 李清伟、李瑞副主编：《法理学》，上海：格致出版社、上海人民出版社，2013 年 9 月版，第 272 页

[10] [美]理查德·内德·勒博：《国际关系的文化理论》，陈锴译，上海：上海社会科学院出版社，2015 年 8 月版，第 124 页

[11][美]玛莎·费丽莫：《国际社会中的国家利益》，袁正清译，杭州：浙江人民出版社，2001 年 5 月版，第 2 页

[12]胡宗山：《政治学研究方法》，武汉：华中师范大学出版社，2007 年 1 月版，第 5 页.

[13]周平主编：《政治学导论》，昆明：云南大学出版社，2007 年 2 月版，第 101 页

[14] 张千帆：《国家主权与地方自治——中央与地方关系的法治化》，北京：中国民主法制出版社，2012 年 2 月版，第 1 页

[15] 陈序经：《现代主权论》，北京：清华大学出版社，2010 年 9 月版，第 6 页

[16] [美]约瑟夫·格里科，约翰·伊肯伯里：《国家权力与世界市场：国际政治经济学》，北京：北京大学出

某种超越。

（二）国际关系法治化的实质

法治（rule of law）是通过法律对政治权利进行约束与控制的一项基本原则，其与西方自由主义的政治观念有着密切联系。[17]法治的核心原则就是所有的个人机构应收法律约束，并享有法律利益，而法律则是公开制定的，并在法院公开执行。[18]法治作为民族国家治理的一种基本精神与模式已经获得了实际范围内的广泛认同，当法治原则超越国家疆域的范围就形成了国际法治。

国际法治是一种通过国际法对国际关系及国家行为进行约束与控制的状态或原则。一般意义上讲，法治通常指的是国内法治，国内法治的基本逻辑是通过国家最高权力机关制定法律，然后由行政机关与司法机关实施法律，在实施法律的过程中实现法律对公民、政府、社会团体等的约束，所有法律主体在法律的框架下实施行为，从而实现立法的目的。由于国际社会处于无序的状态，[19]这种无序的状态表现为国际社会缺乏超国家主权的最高权威，从而也就不可能存在具有完全类似于国内法约束力的国际法。在所谓的“无政府”状态，这种无政府状态使得国家享有了战争的权力，[20]这似乎告诉人们国际社会始终是冲突与斗争的，国际法治似乎是不成立的。但是，二战后，基于联合国形成的一系列国际规则为国际法治的可能性提供了形式基础，随着全球化进程的不断深入，国家间利益依存的程度不断加深，国际法治的进程也不断深入。

2014 年 6 月，国家主席习近平在和平共处五项原则发表 60 周年纪念大会上强调指出，各国应共同推动国际关系法治化，反对假借“法治”之名行侵害他国正当权益、破坏和平稳定之实。[21]国际关系法治化实际上是国际法治的核心内容。国际关系法治化意味着各国应当在国际关系多边化民主化的前提下积极推进国际关系的法治化。[22]据此，国际关系法治化的实质主要表现为以下几个方面：其一、国际关系法治化实际上就是强调运用国际法律对国家权力进行制约。其二、国际法是国际关系法治化的前提条件。其三、利益依存是国际法律的合法性基础。其四、通过体现国际社会共同利益的国际法律的治理实现国家间权力均衡，从而破除国际法律的的权威缺失，使国际法获得全面地广泛地法律效力。第五、在权利均衡的背景下国际关系趋于缓和与稳定，为国际法治的最终实现创造条件。当国际法通过利益依存获得其完全的合法性基础后，国际法将不再是所谓的“软法”，其效力依据将进一步权威化绝对化，从而实现国际关系的长久和平与发展。

二、利益依存是实现国际关系法治化的政治基础

版社，2008 年 6 月版，第 1 页

[17][瑞士]弗莱纳：《法治：汉、英》，北京：中国方正出版社，2009 年 7 月版，第 1 页

[18][英]汤姆·宾汉姆：《法治》，北京：中国政法大学出版社，2012 年 8 月版，第 12 页

[19] [加]罗伯特·杰克逊，[丹]乔格·索伦森：《国际关系学理论与方法》，天津：天津人民出版社，2008 年 5 月版，第 179 页

[20][美]迈克尔·沃尔泽：《正义与非正义战争：通过历史实例的道德论证》，任辉献译，北京：社会科学文献出版社，2015 年 2 月版，第 60 页

[21] 中华人民共和国外交部政策规划司编：《中国外交》，北京：世界知识出版社，2015 年 5 月版，第 297 页

[22] 王帆：《大国外交》，北京：北京联合出版公司，2016 年 6 月版，第 323 页

现代民族国家构成了国际关系的主体，在相互依存与相互影响中向前发展，[23]纵观近百年来的关系变迁过程，其主要规律有，其一、民族国家构成国际体系的基本元素。其二、国家作为国际行为体在文化以及利益上存在着一致性（抑或趋同性）。[24]其三、基于一致性的国际法成为国际行为准则，并且具有一定约束力。其四、全球化的进程需要规则与制度的导向。在这样的逻辑规律中，国际关系法治化的重要性不言而喻。从国际法源论的角度讲，国际法不仅表现为国际习惯，也表现为国际公约、国际条约以及国际组织的相关决议文件。[25]在规则形成的过程中国家利益依存是不可避免的，特别是在当下的传统国际规则的变革与新国际规则形成过程中，各个国家都应当在利益依存的背景下积极制定符合共同利益的国际规则，并依据该规则实现国际关系法治化。

（一）利益依存的历史必然

二战后，由于岭站思维的影响，美国人在缺乏安全感的情况下，国家安全象征主义逐渐强化，国际关系的相互依赖型并不明显。随着布雷顿僧林体系的崩溃与苏联解体，国家安全受到威胁的零战感逐渐减弱，国际经济竞争与国内分配矛盾上升，[26]国家间在经济方面的联系日益强化，资源配置在国家间的博弈日趋凸显，商品的跨国流动日益频繁，跨国公司逐渐成为国际经济关系中的重要角色，这意味着在全球化的背景下国家间的经济依赖逐渐增强。随着国际贸易及国际投资对国内经济的贡献率不断上升，这种以商品流通与资源配置为基础的经济依赖程度空前增强，进而从相互依赖转化为相互依存。相互依存意味着各国在经济经济存在与发展方面互为条件。这种相会依存主要体现在一个国家进出口贸易的增加、参与更加复杂的国际贸易网络、各国经济的繁荣依赖于世界经济的繁荣。[27]随着经济依存度的增加，对国际政治关系也产生了深刻影响，相互依存也不再仅仅是国际经济学上概念，同样被运用到国际政治中，即产生了相互依存政治。[28]相会依存政治并不意味着国家放弃主权，而是在国家独立行使主权的前提下扩大国际社会的整体利益，并在整体利益的背景下明确国家行为的合理性，相会依存政治实际上就是对国际社会进行管理的过程。

无论是相互依存的经济还是相互依存的政治，都有一个共同的核心要素，即利益的相互融合，并在此基础上形成利益上的相互依存，即利益依存，所以，经济依存与政治依存仅仅是利益依存在不同领域的不同表现形式而已。从历史逻辑上看，国家间的利益依存具有历史的必然性，也就是说这种依存关系是历史发展的必然选择，同时也将在未来很长的时间内继续存在。具体而言利益一寸的历史必然主要体现在以下方面。其一、全球化进程的深入与持

---

[23] 袁明：《国际关系史》，北京：北京大学出版社，2005 年 6 月版，第 12 页

[24] 怀特认为国际行为体存在文化上的一致性，否则国际体系是不可能形成的。Martin Wight, *Systems of States*, Leicester University Press, 1977，p3

[25] 国际法渊源的著作可以参见：[瑞典]亚历山大·配岑尼克：《法律科学 作为法律知识和法律渊源的法律学说》，桂晓伟译，武汉：武汉大学出版社，2009 年版 1 月版，[加拿大]罗杰·赛勒：《法律制度与法律渊源》，项焱译，武汉：武汉大学出版社，2010 年版 2 月版，彭中礼：《法律渊源论》，北京：方志出版社，2014 年版 4 月版

[26][美]罗伯特·O·基欧汉：《权力与相互依赖——转变中的世界政治》北京：中国人民公安大学出版社，1992 年 3 月版，第 6 页

[27][美]阿普尔亚德：《国际经济学》，高倩倩译，北京：机械工业出版社，2001 年 01 月第 1 版，第 12 页

[28][日]山本吉宣：《国际相互依存》，桑月译，北京：经济日报出版社，1989 年 8 月版，第 4 页

续。全球化进程实际上的国际成员间相互融合的过程，[29]虽然有观点认为在全球化进程中也出现了逆全球化，但从国际关系存在意义的角度看，全球化仍然将在很长时间内持续。其二、利益依存不仅表现为国家经济利益的相互融合，也表现为国家政治利益的相互融合。其三、利益依存不仅表现为国家主观利益的相互融合，也体现为客观利益的相互融合。其四、国际社会的整体利益不断扩张，人类命运共同体逐渐形成。

（二）利益依存是国际法效力依据的合法性基础

国际法作为国家在相互关系上的行为规范，[30]对其是否具有法律效力以及法律效力的依据问题都有着众多不同的观点。理论上，国际法的效力依据主要有自然法学派、实证主义法学以及新现实主义的观点。但无论哪种观点，都未能根本解决国家法效力缺陷的问题。正是由于国际法的效力缺陷，国际法对国际关系的调整有时就显得苍白无力，甚至是无效的。于此，国际关系法治化也就缺失了最为重要的基础。鉴于此，在原有理论的基础上进一步论证国际法效力依据的合法性将为国际关系法治化奠定最为有利的理论基础。

国际法的渊源主要表现为条约与习惯，[31]条约实际上就是国家间的协议，其效力来自于国家对于跳跃的遵守。习惯是经由历史时间而形成的被国家社会广泛认可的规范，其效力依据来源于国际社会的广泛共识。由于超宇主权的全球性主权与管辖权是不存在的，[32]故国家法始终欠缺了类似于国内法的强制保障机制，仅仅具有形式上的协调性。据此，从合法性来源的角度看，国际法效力依据的合法性基础实际上就仅仅是国家间的“合意”或者“共识”，尽管合意与共识的背后凸显了国家权力或者意志，但这并不能是国际法成为具有广泛约束力的行为规则。因此，有必要引入利益依存的理论，并将其视为国际法效力依据的合法性基础，唯有如此，国际关系法治化才具备政治上的合法性。

利益依存作为国际法效力依据的合法性基础是国际关系法治化的必然选择。利益依存将国家间关系不断融合，并相互根植于对方，这就要求在国家间制定能够体现以利益依存的国际规则。据此，利益依存作为国际法效力合法性基础主要表现在以下几方面。其一、体现利益依存的国际法才是真正的国际法，否则并不具备国际法属性。例如，在霸权主义的语境下，基于法律实证主义的观点，只要能体现国家共同意志的规范就是国际法，然而共同意志的范围如何界定，法律实证主义并没有给出令人满意的答案，当某些大国基于其利益制定国际法时，这样的国际法并不能是真正意义上的国际法。其二、利益依存是利益认同的最高形式，利益认同是国际法的基本价值，也是国际法被国际社会广泛接受的依据。其三、国际法中的利益依存主要体现为通过行为规则的制定对国际社会的整体利益进行法律控制。在此意义上，国家间利益广泛重叠并相互根植，国家行为应当受到体现利益依存的国际法律的约束。

三、权力均衡是推进国际关系法治化的政治手段

权力均衡是新现实主义对国际关系进行解释的一种常见理论。权力均衡是多极秩序的推

29

30周鲠生：《国际法（上册）》，北京：商务印书馆，1976 年 5 月版，第 2 页

31[奥]凯尔森《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，北京：商务印书馆，2013 年 3 月版，第 507 页

32[德]沃尔夫刚·格拉夫·魏智通主编：《国际法（第二版）》，吴越、毛晓飞译，北京：法律出版社，2002 年 09 月版，第 4 页

动力量，多极秩序得以维系的基就是大国力量之间的均势，[33]而权力均势也是促成大国合作的内在动力。[34]当权力均势被打破时，现有的国际秩序将受到严峻挑战，国际也会随之发生巨大变化，国家群体压力执行规范与条约（国际法）的行为将进一步促进这种国际社会的“无序”[35]此时国际法将沦为个别大国意志的附庸品。鉴于此，本文讨论的权力均衡与新现实主义视野下的权力均衡并不相同，新现实主义下的权力均衡是一种基于传统国际政治权力观而形成的理论，在当前国际关系依存度不断提升的背景下显得不合时宜。新的权力均衡理论应当在利益依存的背景下进行讨论，并对权力的内涵进行全面界定。这样的权力均衡才能成为推进国际关系法治化的内在动力。

（一）利益依存背景下权力均衡的非孤立性

新现实主义认为国家权力主要包括了潜在权力与军事权力，潜在权力是指构筑军事权力的社会经济要素，军事权力则是通过军事力量打败对手的能力。权力均势实际上是军事权力均势。[36]由于国家并不承认高于自己意志的法院、仲裁与法律，其生存与安全仅仅归因于其自身与联盟，[37]这意味着，国家只能信任其自身权力，并依据自身权力实现利益，在此情况下，权力均衡具有了强烈的孤立性。这种孤立性实际所导致的结果就是权力均衡的易变性或者短暂性。如果权力均衡是易变的短暂的，相应地，国际秩序也呈现不稳定的状态，国际法也随之发生激烈变化，最终成为权力的服用，国际关系法治化也智能是个遥不可及的理想状态。

虽然权力均衡具有普遍隐性，也是维持国际关系稳定的重要原则，[38]但通过对权利均衡模式的考察不难发现新现实主义中权力均衡的孤立性。权力均衡包括了直支配系统与从属系统，支配系统是多个大国之间相对独立的权力均衡关系，从属系统则是与大国保持密切关系的其他国家。当国际社会中由于某种动力导致权力均衡状态被破坏，其修复能力是较为脆弱的，因为这种权力均衡实际上就是国际政治权力的单纯均势与制衡，在权力均衡的内部并不存在能够维系稳定大国关系的决定性因素。如果将稳定国际关系设为是一种持续状态的话，权力均衡的非孤立性则是必要的因素。具体而言，权力均衡的非孤立性主要包括以下内容。其一、权力均衡是在国家利益相互依存状态下的一种均势与制衡。权力均衡中如果没有国家间利益依存关系，那么权力均衡极容易导致国际秩序的两极化及频繁的军备竞赛，更有可能重蹈冷战时代的覆辙。其二、权力均衡并不能简单地理解为军事权力均衡。权力均衡中的权

[33]韩爱勇：《在权力政治与自由主义之间：冷战后东亚秩序的理论范式研究》，北京：中央编译出版社，2015年7月版，第125页

[34][美]罗伯特·J·阿特，罗伯特·杰维斯：《政治的细节》，陈积敏、聂文娟、张健译，北京：世界图书出版公司北京公司，2014年3月版，第52页

[35]大国行使自我克制并以其他方式遏制其野心。权力均势对于大国的影响不及其他国家运用群体压力执行规范和条约”。[美]理查德·内德·勒博：《国际关系的文化理论》，陈锴译，上海：上海社会科学院出版社，2015年8月版，第247页

[36][美]约翰·米尔斯海默《大国政治的悲剧（修订版）》，王义桅、唐小松译，上海：上海人民出版社，2015年月4版，第62页

[37][法]雷蒙·阿隆：《和平与战争——国际关系理论》，朱孔彦译，北京：中央编译出版社，2013年9月版，第121页

[38][美]汉斯·J·摩根索：《国家间政治——寻求权力与和平的斗争》，北京：中国人民公安大学出版社，1990年12月版，第221页

利范畴应当在利益依存的语境下做更为宽泛的理解。所以权力均衡中不仅仅包括军事权力均衡，也包括政治权利均衡、经济权力均衡以及文化权力均衡等。其三、权力均衡不应当导致国际关系的割裂，也不应当被进一步强化，而应当利益依存的背景下逐渐弱化。

（二）非孤立性权力均衡是国际法得以有效实施的政治手段

国际法的实施是国家对于国际法的遵守，[39]或国际法对国家产生法律上的约束力。国际法实施也可以称为国际法的执行。由于国家拥有他们不允许公民拥有的自由，在国际法的执行上就欠缺了强制性，但强制性并不会导致国际法效力的丧失，一般情况下，国际法的执行会通过国家制裁与对国际法的道德的强烈意识来实现，[40]并不存在统一的超主权的国际法执行机关，这意味着国际法执行权具有强烈的分散性。[41]基于上文的分析，孤立的权力均衡并不能避免国际法实施（或执行）的分散性，甚至会使得国际法执行陷入僵局。

权力均衡作为维系国际关系的重要原则在国际法中得到了反映，因为国际法反对使用武力，尊崇权力均衡维系的现有秩序。[42]从此意义上看，权力均衡成为了国际法得以实施的重要政治手段，当体现国家共同意志的国际法获得合法性后，实施国际法则是实现国际关系法治化的重要环节，在此过程中非孤立性的权力均衡是际实现国际关系法治化的重要政治手段。具体而言主要包括以下几个方面。其一、非孤立性的权力均衡为国际合作提供内在动机，在国际合作的前提下，国际法执行就获得了有效保障。其二、非孤立性的权力均衡为国际法的执行提供相对集中的执行机制。由于国际法执行机制的分散性，在很大程度上严重弱化了国际法的效力，而非孤立性的权力均衡则在国际合作的基础上有条件创设相对集中的执行机制。其三、相对集中的国际法执行机制能为国际关系法治化进程中的重要环节，也是解决国际法效力问题的重要依据。

四、国际关系法治化的路径

国家间的利益依存为国际关系法治化提供了政治基础，非孤立性权力均衡为国际关系法治化提供了有效的政治手段，那么国际关系法治化的具体路径应当围绕利益依存与全硫均衡展开。国际关系法治化与国际关系多变化以及国际关系民主化有着密切关系。[43]利益依存是国际关系多变化的内在要求，同时也是国际关系民主化的基础。非孤立性权力均衡则为国际关系法治化提供了有效手段。据此，国际关系法治化的具体路径包括在利益依存背景下形成相对统一的国际法律体系、基于权力均衡实现国家权力在国际法实施中的非差异化及实现相对集中的国际法执行机制三个方面。

（一）在利益依存背景下形成相对统一的国际法律体系

同任何法律体系一样，国际法建立在四个重要考虑之上：法律的哲学根源、法律是怎样

---

[39]温树斌：《国际法刍论》，北京：知识产权出版社，2007 年 4 月版，第 162 页

[40] [美]大卫·巴拉什，查尔斯·韦伯：《积极和平：和平与冲突研究》，南京：南京出版社，2007 年 5 月版，第 376 页

[41][美]汉斯·J·摩根索：《国家间政治——寻求权力与和平的斗争》，北京：中国人民公安大学出版社，1990 年 12 月第 1 版，第 366 页

[42]熊玠：《国际关系学当代名著译丛：无政府状态与世界秩序》张铁军等译，杭州：浙江人民出版社，2001 年 05 月第 1 版，第 64 页

[43]王帆：《大国外交》，北京：北京联合出版公司，2016 年 6 月版，第 323 页

制定的、法律何时并且为何被遵守、法律争端如何解决(裁决)。[44]当前，国际法的哲学根源莫衷一是，国际法制定的方式也较为多元，这是由于国际法渊源的多样性造成的。由于国际法渊源的多样性，实际上在一定程度造成了国际法律体系的相对松散，甚至存在广泛冲突。这种广泛冲突具体表现为国际法率体系中利益的不协调与不一致性。在利益依存的背景下，国际法律体系应当充分体现最广泛的国际社会的共同利益，实现国际法律体系的相对统一，从而实现国际法在效力依据上的正当性与合法性。

利益依存实质上体现为国际社会共同利益的最大化，国家与国家间利益重叠的最大公约数实际上就是利益依存的直接一句。国际法只有体现这种共同利益才能称之为真正意义上的法律，否则仅仅只是一种强制的命令而已。在利益依存背景下形成相对统一的国际法律体系主要可以通过以下具体路径来实现。其一、将利益依背景下的共同利益观念化。利益观念化实际上就是将利益转换为某种价值观。国际关系中利益依存的价值观念实际上体现为一系列的主观利益。包括领土完整、国家安全、国际社会稳定及和平与发展等具体的价值观。其二、将国际关系中利益依存的价值观转化为国际法律的基本价值。一般而言，将一般价值转化为法律价值应当经由立法程序进行转化。由于国际法的法律渊源具有动摇性，[45]故国际法律的基本价值也存在着不统一甚至相互冲突的情形。为避免此问题，就非常有必要将利益依存的价值观转化为国际法律体系中的基本价值。

（二）基于非孤立性权力均衡实现国际法相对集中的执行机制

国际法得以有效执行是国际关系法治化的核心环节。当前，国际法执行机制相对分散，这大大降低了国际法的权威与效力。为提升国际法的效力，有必要在非孤立性权力均衡中实现国际法执行机制的相对集中。

国际法的执行机制一般包括国际法院诉讼、国际仲裁、国际制裁以及国际协商等，每一种执行机制都有着显著的不同，并且所有的执行机制都不可能要求主权国家承担相应的国际法律责任，当然，这是由于国际社会并不存在超国家主权的国际法执行机关。由此可见，在当前的国际法执行几只虾很难实现国际法的普遍效力，此问题的解决有赖于基于非孤立性权力均衡实现国际法相对集中的执行机制。其一、在非孤立性的权力均衡状态下实现较为普遍的国际立法合作。通常国际立法往往体现为缔结条约公约与国际习惯的整理编纂，传统的国际立法形成具有鲜明的孤立性与局限性，并不能在最大程度体现国际社会的最大共同利益。鉴于此，有必要实现国际立法合作，国际立法合作应当由最广泛的国家参与，并在参与立法过程中提出相互依存的礼仪类型，并将这些利益观念化类型化法定化。其二、探寻相对统一的国际法执行模式。如前所述，目前的国际法执行模式较为分散，这容易造成国际法执行的差异化，从而产生执行不公问题，进而影响国际关系的稳定性。为避免此问题，有必要探寻相对统一的国际法执行模式。其三、强化国家间的国际法执行合作。由于不存在超越主权的

[44] [美]鲁尔克：《世界舞台上的政治》，白云真、雷建锋译，北京：世界图书出版公司北京公司，2012 年 12 月版，第 314 页

[45] [日]村濑信也：《国际立法：国际法的法源论》，北京：中国人民公安大学出版社，2012 年 4 月版，第 6 页

国际执行机关，国际法的执行往往通过主权国家的自助行为实现，这种自助行为往往容易造成国际矛盾的进一步激化，从而影响国际关系的稳定性。据此，有必要强化当前的国际法执行合作机制。具体路径包括构建国家间国际法执行的协助机制、统一制裁行动法定化及国际法律责任法定化等。

结语

理论上，国际关系法治化不仅是法学的重要命题，也是政治学的重要命题。对此命题的分析涵盖了法学与政治学的诸多理论，在分析的过程中不难发现法学与政治学在某些领域存在着某种默模切，这位国际关系法治化问题的思考题提供了一种有益的思路。实践上，国际关系法治化是实现国际秩序长久和平与发展的有效路径，本文仅仅对该路径的基础与手段进行了简要分析，并不全面。国际关系法治化的全面实现不仅要需要利益依存与非孤立性权力均衡的客观状态，更需要对这种客观状态的深刻理解。

参考文献：

1.习近平：《弘扬和平共处五项原则 建设合作共赢美好世界——在和平共处五项原则发表 60 周年纪念大会上的讲话》，载《人民日报》2014 年 6 月 29 日，第 2 版

2.[日]星野昭吉：《全球治理的结构与向度》，刘小林译，载《南开学报》2014 年第 3 期。

3.赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，载《中国社会科学》2014 年第 10 期

4.[德]Amin Von Bogdandy：《国际法中的立宪主义：评德国的一个建议》，载《国际经济法学刊》第 15 卷第 2 期，北京大学出版社，2008 年，第 85 页

5.郝鹏：《全球治理:理论——与实践》，长春：吉林出版集团有限责任公司，2010 年版

6.[美[詹姆斯•多尔蒂、小罗伯特•普法尔茨格拉夫：《争论中的国际关系理论(第五版)》，阎学通等译，北京：世界知识出版社，2003 年版

7.[英]佩克：《国际经济关系 1850 年以来国际经济体系的演变》，卢明华等译，贵阳：贵州人民出版社，1990 年版

8.Julio Faundez, Celine Tan, *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, 12

9.李清伟、李瑞副主编：《法理学》，上海：格致出版社、上海人民出社，2013 年 9 月版

10.[美]理查德•内德•勒博：《国际关系的文化理论》，陈锴译，上海：上海社会科学院出版社，2015 年 8 月版

11.[美]玛莎•费丽莫：《国际社会中的国家利益》，袁正清译，杭州：浙江人民出版社，2001 年 5 月版

12.胡宗山：《政治学研究方法》，武汉：华中师范大学出版社，2007 年 1 月版，

13.周平主编：《政治学导论》，昆明：云南大学出版社，2015 年 4 月版 张千帆：《国家主权与地方自治——中央与地方关系的法治化》，北京：中国民主法制出版社，2012 年 2 月版，第 1 页

14.陈序经：《现代主权论》，北京：清华大学出版社，2010 年 9 月版

15.[美]约瑟夫•格里科，约翰•伊肯伯里：《国家权力与世界市场：国际政治经济学》，北京：北京大学出版社，2008 年 6 月版

16.[瑞士]弗莱纳：《法治》，北京：中国方正出版社，2009 年 7 月版

17.[英]汤姆•宾汉姆：《法治》，北京：中国政法大学出版社，2012 年 8 月版，

18.[加]罗伯特•杰克逊，[丹]乔格•索伦森：《国际关系学理论与方法》，天津：天津人民出版社，2008 年 5 月版

19.[美]迈克尔•沃尔泽：《正义与非正义战争：通过历史实例的道德论证》，任辉献译，北京：社会科学文献出版社，2015 年 2 月版

20.中华人民共和国外交部政策规划司编：《中国外交》，北京：世界知识出版社，2015 年 5 月版

21. 袁明：《国际关系史》，北京：北京大学出版社，2005 年 6 月版

22.Martin Wight, *Systems of States*, Leicester University Press, 1977

22.[瑞典]亚历山大•配岑尼克：《法律科学 作为法律知识和法律渊源的法律学说》，桂晓伟译，武汉：武汉大学出版社，2009 年版 1 月版

23.[加拿大]罗杰•赛勒：《法律制度与法律渊源》，项焱译，武汉：武汉大学出版社，2010 年版 2 月版

24.彭中礼：《法律渊源论》，北京：方志出版社，2014 年版 4 月版

25.[美]罗伯特•O•基欧汉：《权力与相互依赖——转变中的世界政治》北京：中国人民公安大学出版社，1992 年 3 月版，

26.[美]阿普尔亚德：《国际经济学》，高倩倩译，北京：机械工业出版社，2001 年 01 月第 1 版

27.[日]山本吉宣：《国际相互依存》，桑月译，北京：经济日报出版社，1989 年 8 月版

28.周鲠生：《国际法（上册）》，北京：商务印书馆，1976 年 5 月版

29.[奥]凯尔森《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，北京：商务印书馆，2013 年 3 月版

30.[德]沃尔夫刚•格拉夫•魏智通主编：《国际法（第二版）》，吴越、毛晓飞译，北京：法律出版社，2002 年 09 月版，

31.韩爱勇：《在权力政治与自由主义之间：冷战后东亚秩序的理论范式研究》，北京：中央编译出版社，2015 年 7 月版，

32.[美]罗伯特•J•阿特，罗伯特•杰维斯：《政治的细节》，陈积敏、聂文娟、张健译，北京：世界图书出版公司北京公司，2014 年 3 月版

33.[美]理查德•内德•勒博：《国际关系的文化理论》，陈锴译，上海：上海社会科学院出版社，2015 年 8 月版，第 247 页

34.[美]约翰•米尔斯海默《大国政治的悲剧（修订版）》，王义桅、唐小松译，上海：上海人民出版社，2015 年月 4 版，

35.[法]雷蒙•阿隆：《和平与战争——国际关系理论》，朱孔彦译，北京：中央编译出版社，2013 年 9 月版

36.[美]汉斯•J•摩根索：《国家间政治——寻求权力与和平的斗争》，北京：中国人民公安大学出版社，1990 年 12 月版

37.温树斌：《国际法刍论》，北京：知识产权出版社，2007 年 4 月版

38.[美]大卫•巴拉什，查尔斯•韦伯：《积极和平：和平与冲突研究》，南京：南京出版社，2007 年 5 月版

39.[美]汉斯•J•摩根索：《国家间政治——寻求权力与和平的斗争》，北京：中国人民公安大学出版社，1990 年 12 月第 1 版

40.熊玠：《无政府状态与世界秩序》张铁军等译，杭州：浙江人民出版社，2001 年 05 月第 1 版

41.[美]鲁尔克：《世界舞台上的政治》，白云真、雷建锋译，北京：世界图书出版公司北京公司，2012 年 12 月版

42.[日]村濑信也：《国际立法：国际法的法源论》，北京：中国人民公安大学出版社，2012 年 4 月

Interest Dependence and Power Balance:
Political Logic Analysis of Legalization of International Relations

Abstract: As global governance dilemmas between state-centered and supranational-center-centered governance, the legalization of international relations provides a more rational paradigm for governance. The decisive factor in the legalization of international relations is the state power and the national interest. The dependence on interests is the political basis for legalization of international relations. The non-isolated balance of power is the political hand pushing forward the legalization of international relations. The path to legalization of international relations includes The formation of a relatively unified international legal system under the background of interest-based interdependence and the implementation of a relatively centralized enforcement mechanism of international law based on the non-solitary power balance.

Key words: Interest Dependency, Power Balance, International Relation, Rule of Law

国际法类比国内法的反思与建构

方瑞安*

(华东政法大学国际法学院，上海，200042)

摘要：国际法中的“类比”客观上对国际法的发展有重要的影响，但在国际法学界中却未得到应有的重视。通过对中外国际法学界相关文献的梳理，反思持“否定论”的观点，论证了“类比”运用于国际法造法活动和司法活动的正当性。此外，在国际法上对“类比”方法的运用可以参照认知科学、逻辑学中关于“类比”的“映射理论”和“关联模型”来建构，通过对“类比”的映射性、相似性以及泛化潜力的评估以确保国际法类比国内法规则、原则的科学性和确定性。

关键词：类比；法律方法；相似性；法价值；国家同意

引言

类比，作为一种古老的法律方法，其价值在大陆法系对规则的类推以及英美法系的遵循先例中得以彰显。在人类认识史上，类比推理和演绎推理、归纳推理一起构成人们认识客观对象的三大推理形式。类比是人类思想的基础，从历史上看，类比在解决问题的各种环境中扮演着重要但有时是神秘的角色。自古代以来，对类比论证的明确使用一直是科学，哲学和法律推理的鲜明特征。不容置疑，私法为代表的国内法在历史上对国际法的构建产生了无可比拟的影响，并且很多时候其实人们都在不自觉、不自知地类比国内法的制度框架并对国际法的发展进行推动。在笔者的检索能力范围内，国际司法判例中，仅国际法院的判决、咨询意见、附加意见和声明之中就有 153 例对“类比”有所提及。但是，纵览关于国际法类比国内法的文献成果，首先是国际法学者、国际法院法官等在认识论层面对“类比”法律方法进行分析探讨并不充分，且对国际法是否可以、是否需要类比国内法的观点不一，或者说对国际法类比国内法的正当性分歧显著；其次，方法论层面“类比”的支持者或是不曾提及、或是仅表示了对“类比”任意扩张的担忧，并未提出系统的以国内法为类比对象的“类比”法律方法。故此，笔者认为至少有以下两个问题亟待国际法去完善和解决：其一是价值论，国际法类比国内法是否存在必要性及合理性；其二是方法论，即什么条件下国际法可以对国内法进行“类比”，此种“类比”有无潜在弊害需要进行规避，又当如何进行规避。

一、 国际法上“类比”法律方法的正当性考察

先行厘清概念，从定义角度说，“类比”这一概念广义来讲在法学论域其实包含了“类比论证”、“类推”与“类比解释”这至少三种概念内涵。“类比解释”是一种基于国内法的法律解释方法，目前而言“类比解释”在国际法院的判例之中应用较少，[1]且并未载于《维

* 方瑞安（1994-），男，江苏淮安人，华东政法大学国际法学院博士研究生，研究方向为国际法。

[1] See *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany)*, Preliminary Objections, Separate Opinion of Judge Elaraby, I.C.J. Reports 2004, p. 797. See also Sienho Yee, “The Interpretation of ‘Treaties in Force’ in Article 35 (2) of the Statute of the ICJ”, *International & Comparative Law Quart*erly, vol. 47, no. 4, 1998, pp. 884-904.

也纳条约法公约》之中，适用之难度也非同一般。“类比解释”与前二者有着显著的区分，而“类比论证”与“类推”则常常存在混淆，在笔者看来，“类比论证”是最为狭义的“类比”，其前提是存在法律漏洞，需要寻找类似的规则来借用以填补空白，而“类推”则往往基于普通法系的法律实践，多存在于司法审判之中。“类比论证”大致可抽象为：已知对象 A 具有属性 a、b、c、d，且对象 B 也具有属性 a、b、c，则推出对象 B 也有属性 d。[2]而“类推”则是已知对象 A 具有属性 a、b、c、d，且对象 B 也具有属性 a、b、c，则推出对象 B 属于对象 A 的范畴。[3]换言之，“类比论证”更多是一种法律续造，在国际法造法活动和司法活动中都有适用空间，而“类推”则是试图得出对象 B 也能适用于对象 A 的某些结论，其适用场域基本限定于司法之中。[4]本文所谈的“类比”法律方法仅限于狭义的“类比”即“类比论证”，而本文为了行文简洁，将以“类比”代之。从“类比”的对象上而言，国际法的类比对象可分为国内法和国际法。前者是将国内部门法的规则或原则通过“类比”纳入到国际法体系之中，后者则是借助“类比”方法使得较为成熟的国际法领域的规则能为新兴国际法领域的规则提供相应的内容与形式。[5]本文仅对以国内法为对象的“类比”加以探讨。

(一) 国际法学界对“类比”方法的忽视

从笔者的观察来看，国际法学界对于“类比”国内部门法并推动国际法发展的态度一直呈现漠然的状态，而这首先是基于原有的国际法理论本身。具体来说，其一，在国际法与国内法关系的理论方面，“一元论”与“二元论”之争由来已久，虽然争分未休，但这使得“二元论”对国际法学界的影响甚广。自德国学者特里佩尔首次提出“国际公法和国内法不只是法律的不同部分或分支, 而是不同的法律体系。它们是两个领域，虽然有密切关系，但绝对不是彼此隶属的。”[6]而著名国际法学家奥本海又从国际法和国内法的渊源、法律实质和所规定的关系三个角度出发将“二元论”推向了巅峰。[7]“二元论”不仅在解决国际法和国内法冲突等问题上有所贡献，也实质上影响了国际法的法律方法。国际法学者在面对国际法上的难题时，倾向于从国际法律体系和国际法学体系中去寻求解决方案，而与国内法上的法律方法人为割裂。这一定向思维的形成本无可指摘，正如国内法的某一部门在寻求问题解决思路时往往也会做类似的优先选择，但国际法由于起步相对较晚，亦无自己一套完整成熟的国际法方法论，而论述一套完整国际法方法论的专论或教科书，迄今为止似乎仍不见踪影。[8]这一困境使得国际法在面对问题时只从国际法的体系本身出发去寻找答案时常碰壁，甚至会导致其发展偶有停滞。其二，实证主义法学思想的影响也使得如宾刻舒克、莫塞尔、奥本海、

[2] 金岳霖主编：《形式逻辑》，人民出版社 1979 年版，第 226 页。
[3] 参见周赟：《论法律推理中的类推》，载《中国青年政治学院学报》2014 年第 2 期，第 100-102 页。
[4] 西北政法大学的余涛博士对上述分类也持类似观点。参见余涛：《类推的性质与司法实践活动中的类比推理》，载《法律方法》2013 年第 13 卷，第 310-315 页。
[5] See Anthea Roberts, “Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system”, *American Journal of International Law*, vol. 107, 2013, p. 50.
[6] 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 181 页。
[7] 参见唐颖侠：《国际法与国内法的关系及国际条约在中国国内法中的适用》，载《社会科学战线》2003 年第 1 期，第 176 页。
[8] 参见黄异、周怡良：《有关建构国际法方法论的一些初步看法》，载《法学评论》2013 年第 3 期，第 61 页。

安济洛蒂、特里佩尔等实证国际法学家反对国际法对国内法进行借鉴，因为他们主张国际法具有自足性，类比会使得许多国内法规范纳入国际法之中，而这既不是条约内容也不会是习惯法规范。[9]其三，亦有完全相反观点认为国际法对国内法无需类比，而可直接援引适用。例如在 1970 年国际法院审理的“巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案”中，[10]法院就认为对于“国家对于公司及其股东的待遇究竟拥有何种权利”的问题而言，国际法本身尚无相关规则，就必须参考（refer to）相关的国内法规则，而这种参考的本质便是直接援引适用（*renvoi*）国内法规则。[11]

从国际法学者对该法律方法的重视程度或者说国际法学界的研究程度来说，在国际上劳特派特是这一问题的集大成者，在其《私法渊源及其在国际法上的类比》这一著作中劳特派特对于他所认为的“在整个国际法领域中几乎没有哪一个与之在理论与实践方面具有同等重要性但得到更少的系统性关注的问题，即私法渊源及其在国际公法上的类比”现象予以了深入研究。劳特派特认为，“在法律类比中不存在绝对逻辑说服力，类比是一种需要矫正的归纳性、实验性方法。但是它的基础是扎实的，立足于司法逻辑的坚固磐石及一切法律的正义原则。尤其是，在一个不发达的法律制度中，为了实证主义的俗套而牺牲科学的进步与解释的效率是极为不合理的。”[12]其余还有如塞尔维的《概念、原则、规则与类比：国际与国内法律推理》，拉夫特帕娄斯的《条约法中合同类比的不足》等。再有便是专门的文章如狄更生撰写的《万国法中的自然人与国际法人的类比》、[13]海法尔的《国际法律制度中的宪政类比》，[14]以及类似的将国内宪法与国际法作类比的还有鲁伊斯的《联邦类比和联合国宪章解释：至关重要的问题》、[15]法斯宾德的《<联合国宪章>作为国际社会的宪法》、[16]拉尔斯·文克斯的《卡尔·施密特与宪法和国际法之间的类比：是否宪法和国际法本来就是政治性的》[17]及扬·克拉伯斯等的《国际法的宪法化》等等。[18]但是，必须要说，由于国际法中的实证主义及二元论的影响等，加之劳特派特的研究主要是对国际法上类比私法例子的归纳，而缺乏抽象的论证和系统的理论构建，再比如塞尔维更多地是在论证类比国内法的风险所在，从否定的角度去谈“类比”的作用，可以说国际上国际法学界对“类比”这一借鉴方式的研究也仅限于此，未有更进一步的推动。

---

[9] 参见蔡从燕：《类比与国际法发展的逻辑》，法律出版社 2012 年版，第 4 页。

[10] See *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase) (Belgium v. Spain)*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, pp. 34-35, para. 38.

[11] Hugh Thirlway, *Concepts, principles, rules and analogies: international and municipal legal reasoning*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2002, pp. 276-279.

[12] Hersch Lauterpacht, *Private law sources and analogies of international law: With special reference to international arbitration*, Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2002, p. 84.

[13] See Edwin Dewitt Dickinson, “Analogy between natural persons and international persons in the law of nations”, *Yale Law Journal*, vol. 26, 1916, pp. 567-580.

[14] See Laurence R. Helfer, “Constitutional analogies in the international legal system”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 37, 2003, pp. 193-238.

[15] See Gaetano Arangio-Ruiz, “The federal analogy and un charter interpretation: crucial issue”, *European Journal of International Law*, vol. 8, issue 1, 1997, pp. 1-28.

[16] See Bardo Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, no. 3, 1998, pp. 529-619.

[17] See Lars Vinx, “Carl schmitt and the analogy between constitutional and international law: Are constitutional and international law inherently political”, *Global Constitutionalism*, vol. 2, issue 1, 2013, pp. 91-124.

[18] See Jan Klabbers, Anne Peters & Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, New York: Oxford University Press, 2009, pp. 1-10.

在我国国际法学界，对于私法等国内法对国际法重要性的忽视更为严重，具体的表现即为到现在为止专门阐释介绍国际法借鉴私法及其他国内法法律方法的专著仅见厦门大学蔡从燕教授 2012 年出版的《类比与国际法的发展》一书。而与此话题稍有粘连的“国内部门法对国际法的影响”的相关著作也仅见潘抱存教授的《中国国际法理论新探索》和张文彬博士的《论私法对国际法的影响》。期刊文献方面，阐述部门法对国际法影响的可见山东大学王德志教授的《论宪法与国际法的互动》，文中认为“宪法概念从宪法学向国际法学的移植，宪法为国际法的发展提供了方法论的启发和灵感，形成了国际法宪法化的解释和建构思路，使宪法理念融入国际法制建构，为宪法学参与全球治理的法制建设打开了大门”，[19]但将此种互动与影响抽象到“类比”法律方法高度的国内期刊文献仍然是缺失的。中国政法大学的杨承甫撰写的硕士学位论文《国际司法实践中的类比推理研究》系统性地从实证角度分析了国际司法活动中“类比”的运用情况，但作者同时主张国际法上的“类比”，其对象应限于国际法。[20]

(二) 国际法运用“类比”法律方法的正当性

虽然学界对于“类比”在国际法上的运用呈现漠然甚至否定的态度，但笔者认为其理由并不具有较强说服力。相反，在笔者看来国际法运用“类比”法律方法存在正当性。首先，客观上来说，“类比”国内法对国际法的形成有着无可否认的影响。“可以说构成国际公法的各种法律关系的内容通常都是按照或者类比某种私法观念加以塑造的。”[21]劳特派特就曾概括道：“国内私法几乎影响着和平国际法的每一个分支”。[22]费尔德曼和巴斯金也说：“理论上可以把国际法体系想象成在‘空地上’产生的，但是国际法则不允许并且实质上也不能允许这种‘忘本’”。[23]我国学者如潘抱存教授曾言及：“我们研究国际法，如果不探讨一些民法原理对国际法的影响，就很难达到一定的法学理论高度”。[24]王德志教授亦认为：“在全球化和区域一体化的进程中，各国的法律之间以及国内法与国际法之间是相互渗透和相互影响的，其中，宪法与国际法的相互作用和相互影响成为法学学科发展的显著特征。”[25]

具体到条约法，现代条约法理论是从 17、18 及 19 世纪的私法中不断产生、发展出来的，17、18 世纪的自然法学家如普芬多夫及沃尔夫等，他们认同民事合同与国际条约是基于同样的基本法则，即义务的创设。[26]而且，即使是如劳特派特这样坚定的实证主义者，也认为试图完全区别条约与私法上的契约将是困难的。[27]举例来说，条约必须遵守原则，在语源上，就是契约法上的约定必须信守原则；国际法上条约有效的实质要件与契约的规则，均与当事

---

19 王德志：《论宪法与国际法的互动》，载《中国法学》2019 年第 1 期，第 122 页。
20 参见杨承甫：《国际司法实践中的类比推理研究》，中国政法大学 2017 年硕士论文，第 14 页。
21 张文彬：《论私法对国际法的影响》，法律出版社 2001 年版，第 40-41 页。
22 Hersch Lauterpacht, *Private law sources and analogies of international law: With special reference to international arbitration*, Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2002, p. 6.
23 [苏] 费尔德曼、巴斯金：《国际法史》，黄道秀等译，法律出版社 1992 年版，第 4 页。
24 潘抱存：《中国国际法理论新探索》，法律出版社 1999 年版，第四章。
25 王德志：《论宪法与国际法的互动》，载《中国法学》2019 年第 1 期，第 122 页。
26 See Randall Lesaffer, “The medieval canon law of contract and early modern treaty law”, *Journal of the History of International Law*, vol. 2, issue 2, 2000, p. 185.
27 See Hersch Lauterpacht, *Private law sources and analogies of international law: With special reference to international arbitration*, Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2002, p. 160-161.

人意思自由有关；条约无效时有关条约履行的问题，同私法上可撤销与效力待定的合同情况相似，所涉及的事实及原因亦极为相象；罗马法上“不履行契约的抗辩”成为国际法渊源中的一般法律原则；条约的解释原则如善意原则、整体解释和目的解释等，与人们对合同解释的要求相当；条约与第三国的关系与契约和第三方的关系相仿，契约上“约定对第三人既无损亦无益”也是条约法上的内容。[28]当然，客观上的影响以及结果上的相似仍不足以论证我们系统性搭建、运用“类比”国内法这一法律方法的正当性和必要性。我们还必须要指出的是：

其一，类比方法本身具有正当性。在笔者看来，国际法学者普遍对类比的法律方法保持警惕是因为其在逻辑学层面的先天缺陷，即类比推理灵活性高，可靠性较低，前提真，结论却容易出错。除此之外，虽然事实上类比推理已成为国内司法活动的惯常方法，法学界仍对类比推理运用的合理性各执一词。就比如波斯纳认为：“由于类比推理未能逻辑地、理性地连接前提与结论, 因此它实际上不能算是一种推理方式。”[29]德沃金只是把类比看做是一种描述方式或者表达方式 ,而不是一种证明方式。[30]在国际法上，除了前文提及的许多学者反对或质疑类比方法在国际法中的运用，国际法院的法官如巴达维就曾在“联合国公务中所受伤害赔偿案咨询意见案”中提出，“在国际法上对类比应持保留和慎重态度，并且类比在国际法上从不是个习惯性方法”。[31]

然而，经验主义作为科学的源头之水，在认识、解释、运用新事物之时都会不自觉地将其与原有经验系统建立某种实质性的联系。于是，如果理论所属的抽象域与实际的经验域之间没有任何关联，则理论对经验事实的解释就不可能实现。因此，只要有认识论，就会有抽象域与经验域之间的关联。建立关联的手段之一就是在要素之间建立某种映射关系，这就是类比推理。[32]这也使得类比的方法具备跨度大、联系广，探索性强的优势，容易形成纵向层次的认知推理和横向领域的知识转移。[33]所以，类比被视为形成科学理论的辅助物或脚手架，甚至被视为人们接受科学理论的依据。[34]我们也同样认识到普通法系的司法活动中类比推理是重要的推理方式，当法律存有空缺即没有为当下案件提供解决办法的情况下，类比推理是一种必要的推理办法。[35]并且，类比使得法律成为一个具有道德和政策连贯性的整体，“每一个现代国家的法律工作者处处表明公认的社会道德和广泛的道德理想二者的影响。这些影响或者是通过立法突然地和公开地进入法律，或者是通过司法程序悄悄地进人法律”。[36]因此，类比无论在逻辑上还是法律发展史上都占据着无可替代的重要作用，虽有缺陷但并不一定会滑向任意与专断的泥沼，其本身具备正当性。只要通过适当的法律方法，建构相应的类

---

[28] 参见李思璇：《评<论私法对国际法的影响>》，载《武大国际法评论》2003 年第 1 期，第 342-343 页。
[29] Richard Posner, *The Problem of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 93.
[30] 张健一：《普通法类比推理过程》，载《法律方法》2012 年第 12 卷，第 253 页。
[31] *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion: Dissenting Opinion by Judge Badawi Pacha, I.C.J. Reports, 1949, p. 211.
[32] 金立，孙健：《类比推理:科学溯因中生成解释的逻辑手段》，载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2018 年第 2 期，第 54 页。
[33] 参见印大双：《类比理论研究：现状与展望》，载《探索》2010 年第 1 期，第 186-187 页。
[34] 参见林定夷：《科学哲学：以问题为导向的科学方法论导论》，中山大学出版社 2009 年版，第 162 页。
[35] 参见李桂林：《论普通法的类比推理》，载《法律方法》2009 年第 1 期，第 48 页。
[36] [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 199 页。

比模型从而限制其在适用过程中的随意性，便能够在助力国际法制建设的同时避免其可能产生的弊害。

其二，《国际法院规约》第 38 条第 1 款第 3 项暗示了类比的正当性。《国际法院规约》第 38 条历来被认为国际法渊源的权威表达，该条对我们判断“类比”法律方法的价值亦有指导意义。根据《国际法院规约》第 38 条第 1 款第 3 项，法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：“一般法律原则为文明各国所承认者”。而我们知道，该条款中的前两项即条约和习惯国际法规则都是纯粹的国际法规则，但各国承认的一般法律原则其本质上却是来源于各国的国内法律体系，它是各国的国内法规定。同时，一般法律原则是各国国内法上“共同”的法律原则和规则，它在各国的国内法律体系中具有“一般性”和“普遍性”。[37]正如国际法院的麦克奈尔法官在“西南非洲的国际地位案”中发表的意见：“国际法已经从私法中汲取并将继续汲取大量的规则和制度，《国际法院规约》第 38 条第 1 款第 3 项证明了这些做法仍然是积极有效的，该条允许国际法院援引各国的一般法律原则。”[38]《国际法院规约》第 38 条将国内法的原则纳入国际法渊源之中暗示了国际法承认类比国内法并加以吸收借鉴对于国际法发展的重要性，并且成为继自然法之后国际法与私法为代表的国内法之间一座新的桥梁。在现今这个实证法盛行的时代，一般法律原则的诞生本身就是为了能够沟通国际法与国内法，而不至于使得国内法中宝贵的财富不能为国际法所用。举重以明轻（*a maiore ad minus*），如果部分国内法的规则和原则能够直接识别为国际法，那么相对而言通过“类比”使得国内法为国际法所用便更加具备正当性了。

其三，国际法的发展需要类比国内法的助力。我们必须要认识到，虽然国际法发展到今天已经有了比较完备的体系，但相对广袤的国内法体系来说，仍像是属于孩提时代一般稚嫩，大量悬而未决的问题鳞次栉比。就比如新兴的国际刑法以及国际环境法等等，其目前的发展仍极大程度仰赖国内相关部门法的理论和基本构架。而在传统的国际条约法、领土法等问题上，我们也可以明显看到契约、所有权的国内私法烙印。毫无疑问，回溯和展望国际法的发展，国内法曾经影响、未来也将继续影响国际法的蓬勃绽放。因此，尽管国际法与国内法有着许多不同，也尽管国际法是一门独立的法律学科，但这并不意味着私法为代表的国内法丰富精神成果不能为国际法的目的而使用。[39]在面对国际法难题之时不妨尝试复归到私法的经典理论中去寻找解决方案，可能就会有所突破。当代德国法学方法论之中，卡尔·拉伦茨就强调过类比作为价值论法律发现的一面，以实在法漏洞的存在为前提，类比是法律内的法的续造的重要方式之一。[40]

二、 国际法上运用“类比”法律方法的要件

虽然在国际法上运用“类比”的法律方法具有正当性，但这仅解决了“要不要用”的问

---

[37] 王虎华：《国际法渊源的定义》，载《法学》2017 年第 1 期，第 17 页。

[38] *International Status of South West Africa*, Advisory Opinion: Separate Opinion by Sir Arnold McNair, I.C.J. Reports, 1950, p.148.

[39] 张文彬：《论私法对国际法的影响》，法律出版社 2001 年版，第 27 页。

[40] 参见[德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 246 页。

题，还有“怎么用”的问题须待明晰。诚如持怀疑论或否定论的国际法学者们所担忧的，如果对类比不分场域、不加规制地使用，则其先天逻辑缺陷将不免被放大。因此，系统地建构国际法上“类比”法律方法意义重大。

类比作为跨学科领域的研究对象，受到了认知科学、人工智能、心理学、语言学、逻辑学等多个学科领域广泛的关注。从认知科学的角度讲，类比的方法是建立在映射和相似的基础上。迁移到法学论域，我们认为这两点同样是国际法能够类比国内法的重要前提。而除此之外，类比的有效程度也有赖对可类比性的检证模型。逻辑学家和科学哲学家也已经确定了评估类比的“教科书式”一般准则（Mill 1843/1930；Keynes 1921；Robinson 1930；Stebbing 1933；Copi 和 Cohen 2005；Moore 和 Parker 1998；Woods，Irvine 和 Walton 2004）。包括：

1.（两个域之间）相似度越高，类比越强。

2. 差异越大，类比就越弱。

3. 我们对这两个域的无知程度越大，类比就越弱。

4. 结论越弱，这个类比就越合理。

5. 涉及因果关系的类比相较不涉及因果关系的类比更合理。

6. 结构类比相较基于表面相似性的类比更强。

7. 必须考虑相似性和差异与结论（即假设的类比）的相关性。

8. 多个支持相同结论的类比使论点更强。[41]

(一) 国际法类比国内法的要件一：映射性

1983 年剑桥大学的金特纳教授提出了结构映射理论（Structure-mapping theory），认为一个类比推理在结构和语法上必须具备结构一致、映射元素间一一对应和系统性等三个特征。[42]类比与联系有关，而不是仅是简单的特征。无论哪种知识（因果模型，计划，故事等），都是基于结构性质（即事实之间的相互关系）决定类比的内容。[43]从金特纳教授的结构映射理论出发，类比需要的映射性特征表现三个方面：在源域的元素与目标域的元素间构成的横向属性映射；在源域的元素间与目标域的元素间所形成的纵向关系映射；以及综合起来形成的双向、较为完整的系统映射。[44]我们用映射的观念去检视国际法造法活动中一些经典的类比国内法的例子，便会发现他们显著具有映射关系。就以“条约必须遵守”（*pacta sunt servanda*）为例，在契约-条约的类比中（表 1），源域中的元素“个人、契约、权利义务关系、民事责任”与目标域中的“国家、条约、权利义务关系、国家责任”构成了整齐的映射关系。

表 1：“契约”与“条约”映射关系表

---

41 Paul Bartha, Analogy and Analogical Reasoning, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), available at https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/reasoning-analogy.

42 See Dedre Gentner, “Structure-mapping: A theoretical framework for analogy”, *Cognitive science*, vol. 7, issue 2, pp. 155-170.

43 See Brian Falkenhainer, Kenneth D. Forbus & Dedre Gentner, “The structure-mapping engine: algorithm and examples”, *Artificial Intelligence*, vol. 41, issue 1, 1989, p. 3.

44 参见金立，赵佳花：《逻辑学视域下的类比推理性质探究》，载《浙江大学学报(人文社会科学版)》，2015 年第 4 期，第 44 页。

契约	条约
个人	国家
契约	条约
权利义务关系	权利义务关系
民事责任	国家责任
约定必须信守	条约必须遵守

除却横向的属性映射，纵向的关系映射也是类比映射性的重要组成。关系映射是指在类比的过程中，源域中各元素间形成的谓词关系与目标域中各元素间的谓词关系存在一对一或多对一的映射关系，这是一种纵向的类比关系。[45]同样是在契约-条约的类比之中（表一），这种关系映射也是非常明显的。“契约”之于“个人”正如“条约”之于“国家”，因此从“个人”违约需要承担“民事责任”，可以推出“国家”违约需要承担“国家责任”；“个人”缔约需要遵守“约定必须信守”，推出“国家”缔约需要遵守“条约必须遵守”。此处的“违约需要承担”和“缔约需要遵守”这些对应的谓词清晰反映了关系映射。

映射性判断的最后是“系统性”的判断，金特纳教授认为“系统性”是一种高阶关系，解释了类比推理的可能性问题。这是对横向属性映射以及纵向关系映射的综合判断，以及对其他可能影响类比结论因素的综合考量，例如语境的通顺与否、是否符合日常经验法则等等。

(二) 国际法类比国内法的要件二：相似性

相似性是类比的根本要素，如果某一个类比不具备相似性，则基本可以判断两者无法形成类比。反过来说，相似性越多的类比，其论证的可靠性就越强。金特纳教授从认知心理学的角度提出的“关系迁移说”认为类比能力的实质是从注意类比物表面相似性到更加注意类比物内部关系结构相似性的转变。[46]一般而言，同域类比的相似性要显著高于异域类比，其类比的可靠程度也更高。同域类比推理要求源域与目标域不仅具有相对应的属性，而且两事物属于相同的域或相邻的域。而异域类比之中两事物分属完全不同且差异很大的域，其类比关系的形成往往依赖于语境、语用。[47]而本文所列举的契约与条约间的类比显然是同域类比，他们虽然分属国内法与国际法，但具备许多相对应的属性，同属于“法律”这个域之中。纵然国际法相较国内法在主体、渊源、强制力来源等方面存在不同，但因其具备的规范性、阶级性和强制性等一切法律共有的特征而与国内法同样系属“法律”的域之中，这两者的价值趋向是大致相同的。[48]更具体来说，契约与条约的相似性则亦不难论证，两者除了主体相似之外，内容上完全相同，即产生、变更或消灭了权利义务关系，并且都会引起对应的法律责任。此外，契约和条约的最本质特征都是通过意思表示彰显个人或国家的意志。当然，必须

[45] 参见金立，赵佳花：《逻辑学视域下的类比推理性质探究》，载《浙江大学学报(人文社会科学版)》，2015年第4期，第46页。

[46] See Dedre Gentner & Arthur B. Markman, “Similarity is like analogy: Structural alignment in comparison”, in C. Cacciari (Ed.), *Similarity in language, thought and perception*, Brussels: Brepols, 1995, pp. 111-148.

[47] 参见金立，赵佳花：《基于图尔敏论证图式的类比推理的逻辑分析》，载《福建论坛(人文社会科学版)》，2016年第1期，第84页。

[48] 参见王虎华主编：《国际公法学》（第4版），北京大学出版社2015年版，第5页。

承认的是，“相似性”是一个比较主观的概念，很难对其有一个规范的、统一的界定标准，这就有赖于相关的检证模型。

国际法院的“在执行联合国职务时所受伤害的赔偿咨询意见案”中，由于 1948 年 9 月联合国巴勒斯坦调解人福尔克·贝纳多特伯爵和联合国巴勒斯坦特派团其他成员在耶路撒冷遭到暗杀，大会咨询国际法院的其中一个问题是联合国是否有能力向责任国提出国际索赔，以求赔偿对本国际组织和受害人造成的损害。在具体回答联合国能否为受害人请求索赔时，国际法院连续运用了两次“类比”。国际法院首先分析了在探讨联合国雇员遭受损害并需要请求索赔的问题上，能否类比“外交保护”。“外交保护”是指当本国国民在国外的合法权益受到所在国国际不法行为的侵害，且用尽了当地救济办法仍得不到解决时，国家对该外国采取外交活动以保护本国国民的国家行为。“外交保护”既是一项习惯国际法规则，也被规定在了《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》中。[49]以我国为例，我国宪法第 50 条亦确认了“外交保护”，[50]可以说该制度具备国内法和国际法的双重属性。可以发现“国际组织因雇员遭受损害请求索赔”与“外交保护”存在一定的相似性，都是国际法主体由于本组织/本国的雇员/国民在他国受到国际不法行为侵害遭受损害，从而进行保护的行为。可以想见，国际法院思索这一类比可行性的最大缘由即是主体上国际组织和主权国家的相似性。[51]但最终国际法院仍否定了这一类比的可行性，认为：“不能牵强附会地适用忠诚(allegiance)的概念，将一个国际组织即联合国基于《联合国宪章》第 100 条的规定建立起来的与联合国秘书长及其职员之间的法律联系类比成国家与其国民之间的国籍上的联系。因为从条款规定上看，这仅是一种在工作范围内的对国际组织负责，并要求会员国予以尊重其独立性的关系。”[52]不难发现，国际法院最终否定这一类比的理由就是基于相似度不够高，即客体（雇员/国民）和法律关系（雇佣关系/国籍联系）不具备足够的相似性。

其次，便是“隐含权力”(implied powers/ necessary implication)和“固有权力”(inherent powers)的类比。该案中国际法院提出了“隐含权力”的理论，认为虽然《联合国宪章》的条文本身虽然并未明示联合国享有特定的索赔权能，但此种权能却是暗含在《宪章》之中。从职责的属性及其雇佣人员的工作性质出发，这种“隐含权力”是联合国履行职责之必须，这一原则也被常设国际法院应用于国际劳工组织的咨询意见之中。[53]虽然国际法院并未在该咨询意见之中明确提到运用了“类比”方法，但“尼加拉瓜在边界地区进行的某些活动案”

---

49 参见王虎华主编：《国际公法学》（第 4 版），北京大学出版社 2015 年版，第 132 页。

50 《中华人民共和国宪法》第 50 条：中华人民共和国保护华侨的正当的权利和利益，保护归侨和侨眷的合法的权利和利益。

51 关于国际组织和主权国家的类比，有许多国际法学者撰文讨论，比较典型的是剑桥大学费尔南多·卢萨·博丁的著作《国家与国际组织之间的类比》。该著作系统性地分析了国家与国际组织之间的类比如何影响和支持适用于国际上政府间机构的法律的发展。国际法委员会关于国际组织的条约和责任的工作可以很好地说明这一点，该委员会在很大程度上将其范围扩大到了最初为国家制定的规则。该书回顾了这些编纂项目，同时也探讨了其他领域，反映了国际机构和法律界如何使用法律推理技术来解决不确定性的情况。See Fernando Lusa Bordin, *The Analogy between States and International Organizations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 1-12.

52 *Reparation for Injuries Suffered in the service of the United Nations,* Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p.182.

53 See *Reparation for Injuries Suffered in the service of the United Nations,* Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p.184.

中，坎卡多·特林达德法官在独立意见中总结道，国际法院“在执行联合国职务时所受伤害的赔偿咨询意见案”中支持了“隐含权力”理论，但这与国内宪法中的“固有权力”理论存在显著的不同，这里国际法院是受到“类比”比较宪法的启发的。[54]更确切地说国际法院并不是根据条文的“隐含权力”，而是根据一种适当行使国际司法职能的“固有权力”。有关国际法庭的“固有权力”是确保程序适当运作，使正义得到伸张，并使人们看到正义得到伸张。像国际法院这样的国际法庭的“固有权力”是确保其程序以平衡的方式运作，确保程序平等和正当程序的保障，以保持其司法职能的完整。[55]由此可见，关于国际组织的“隐含权力”是基于对国内宪法上“固有权力”的“类比”，其“类比”的合理性也正是由于国际组织的“宪法性文件”即国际组织章程与国内法上宪法的相似性。

三、 国际法与国内法间的可类比性检证

2010 年英属哥伦比亚大学的巴尔塔教授提出了关联模型（articulation model），认为一个好的类比推理必须满足两个条件：先验关联(Prior Association)和泛化潜力(Potential for Generalization)。[56]巴尔塔教授提出了关联模型是用以检验类比论证的理论模型，其核心是要求检视某一个类比是否满足“先验关联”和“泛化潜力”的要求。所谓“先验关联”是指在来源中已知的相似性和进一步的相似性之间必须有某种关联。而“泛化潜力”则是指必须有证据支持而无（关键性）证据反对将来源中的先验相关泛化至目标域。[57]具体来说，评估类比的步骤有三：第一，确定来源的“先验关联”，如是否具备逻辑关联、因果关联等；第二，检查两个域的哪些特征在评价类比论证的过程中是相关的；第三，评估“泛化潜力”，是否有关键性的证据反对将来源域的先验关联泛化至目标域。[58]

仍然以契约-条约的类比为例，假设我们的目标类比结论是“违反条约要承担国家责任”。首先，契约与民事责任之间存在着逻辑关联，具体的逻辑联系为“如果不履行契约，则要承担民事责任”，可以说构成了因果关联；其次，如前述所论证的，契约与条约之间存在相似性；最后，对“泛化潜力”的评估，即是否没有理由可以禁止我们将契约与条约之间的相似性泛化为目标域中民事责任和国家责任之间的关系。

那么，对于“泛化潜力”的评估具体有哪些衡量因素呢？具体到国际法，“泛化潜力”的评估因素至少有两点，其一是在国际造法和司法活动中考察“类比”的来源和目标域是否有相同的法价值，原因在于法价值是源域的基本属性，一旦存在错位则势必违背“无本质差

---

[54] *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua); Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Order of 16 July 2013, Provisional Measures, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, I.C.J. Reports 2013, p. 173-174.

[55] *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua); Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Order of 16 July 2013, Provisional Measures, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, I.C.J. Reports 2013, p. 177.

[56] See J. E. Earley, “By Parallel Reasoning: The Construction and Evaluation of Analogical Arguments”, *Philosophical Review*, vol. 121, no. 3, 2012, pp. 451-457.

[57] 参见胡浩：《类比论证的特征及其评价标准》，载《重庆理工大学学报(社会科学)》2012 年第 1 期，第 14 页。

[58] See Paul Bartha, *By Parallel Reasoning: The Construction and Evaluation of Analogical Arguments*, New York: Oxford University Press, 2010, pp. 98-104.

别条件”；其二则是国际司法活动中对“类比”的使用是否会导致对“国家同意”原则的背反，这对目标域的国际法而言至关重要。

第一，对来源和目标域法价值的考量。前文已然论证了整体上而言国际法与国内法的法价值是具有相似性的，故而泛泛而言可以类比，但具体到国际法不同的分支以及国内法的不同部门，结论未必是肯定的。举例来讲，在国际法院“西南非洲的国际地位咨询意见案”中，根据南非在一战后的授权，部分领土是交由国际联盟进行委任统治的。但随着国际联盟的解体，联合国的成立，而《联合国宪章》中并没有规定之前国际联盟授权管理的领土应自动继续托管，这使得该部分领土的国际法地位存疑。南非主张国际联盟对西南非洲的委任统治权来源于国际联盟时期的《委任统治书》，而委任统治制度是基于对国内法中委托授权合同的类比而形成的制度。根据私法的规则和原则，委托人和受托人中的任意一方的主体资格消灭时，委托关系便应自动终止，因此未来西南非洲将成为南非的内政。[59]然而法院拒绝了这一“类比”，因为委任统治的目标比国内法上的委托合同法律关系要深远得多，是一种出于当地居民的利益和普遍的人道精神而进行的神圣的文明托管。[60]从中我们可以发现，国际法院最终否定适用该“类比”并非通过否定“映射性”或“相似性”而达成，而是认为国际法上委托统治的法价值与国内法上委托合同的法价值不具有相似性或一致性，其内含着超越私法上“效率”、“意思自治”而独有的“人权”、“人道”的法价值。因此，在评估“泛化潜力”时，对于法价值的衡量不可不查。

第二，对“国家同意”原则的考量。“国家同意”作为与国家主权平等原则密不可分的国际法原则，构成了国际法的基础，“每个国家的法律只会考虑本国的利益，因此，只有通过相互同意的方式，才有可能制定出某种适用于所有国家，或者许多国家的法律”，[61]而这也被大量的国际司法实践所确认。1923 年的“温布尔登号案”中，常设国际法院就指出：“国家有权选择参与国际约定是国家主权的属性”。[62]1927 年“荷花号案”中，常设国际法院同样指出：“对各国具有约束力的法律规则……源自各自公约所表达的自由意志或通常被视为表达法律原则的惯例”。[63]类似的表述也在国际法院所审理的“巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案”、[64]“尼加拉瓜军事及准军事行动案”、[65]“核试验案”、[66]“渔业管辖权案”[67]等多次出现。在国际造法活动中运用“类比”形成的公约要想产生国际法上的拘束力有赖于国家的签署、批准，这毫无疑问与“国家同意”原则相合。但是，在国际司法活动中运用“类

[59] See *International Status of South West Africa,* Advisory Opinion: Separate Opinion by Sir Arnold McNair, I.C.J. Reports 1950, p.146.
[60] *International Status of South West Africa,* Advisory Opinion: Separate Opinion by Sir Arnold McNair, I.C.J. Reports 1950, p.132.
[61] [荷] 格劳秀斯：《战争与和平法》，马呈元译，中国政法大学出版社 2018 年版，第 9 页。
[62] *S. S. Wimbledon Case (Britain et al. v. Germany*), Judgment, P.C.I.J. Reports, Series A, No. 01, 1923, para. 25.
[63] *S. S. Lotus Case (France v. Turkey)*, Judgment, P.C.I.J. Reports, Series A, No.10, 1927, para. 35.
[64] “一套规则仅在获得相关同意的基础上才能够形成。” *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase) (Belgium v. Spain),* Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, para. 89.
[65] “国际法中并不存在规则，除非这些规则被有关国家通过条约或其他方式接受。” *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America),* Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, para. 269.
[66] See *Nuclear Tests (Australia v. France),* Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 267, para. 18.
[67] See *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Zeeland),* Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 13, para. 50.

比”则会面临着违反“国家同意”原则的风险，将近一个世纪前劳特派特就敏锐地发现了这个问题。[68]劳氏的解决方式是主张国际法的效力具有客观性而独立于国家意志，虽然此后有海法尔提出的“非合意国际法”等相近的理论支持，[69]但笔者认为其不具有足够说服力，现行国际法体系仍基本以“国家同意”为基石。所以，如果在国际司法活动中运用“类比”，从而将国内法的规则、原则借鉴到国际法之中，则很有可能会侵害到“国家同意”原则，凭空创设出国家没有事先同意的义务，从而造成对国家主权原则的冲击。

因此，“泛化潜力”的评估必须顾及国际司法活动中对“类比”的使用是否会导致对“国家同意”原则的背反。更具体地说，在评估的步骤上，我们应当先行判断此种类比是否显著造成了对原有其他国际法规则的扩大、变更甚至颠覆。更进一步，如果确无明晰规则，而又并未造成与原有国际法规则的冲突，则最后判断此种“类比”是否符合国际法上的善意原则以及是否符合该国际司法主体的目标和宗旨。举例来说，在“尼加拉瓜军事及准军事行动案”的管辖权和可受理性阶段，国际法院就指出国际法上还没有明确国家有立即终止“未设定期限的声明”的权利。但根据“善意原则”，可以通过类比条约法的相关规定，即当条约没有规定条约本身的有效期限时，应当在合理的时间内提前通知其要退出或终止条约。[70]虽然该案中类比的对象也是国际法，但仍可看出“善意原则”是赋予“类比”正当性的重要依据。再就目标和宗旨而言，国际司法主体例如国际刑事法院在进行类比时需得符合其成立时所订立的公约如《罗马规约》序言中所言的“对于整个国际社会关注的最严重犯罪,绝不能听之任之不予处罚,为有效惩治罪犯,必须通过国家一级采取措施并加强国际合作……使上述犯罪的罪犯不再逍遥法外,从而有助于预防这种犯罪”等目标和宗旨。

结语

综上而言，假如回溯历史，我们便会发现在国际法中运用“类比”的法律方法早已不是新鲜事物，其存在已在事实上无可争辩，而其在价值判断上亦无可指摘，对国际法的发展具备正向、积极作用。重视“类比”对国际法的价值，开始尝试运用类比方法进行国际法造法和司法活动是相当必要的。当前漠然甚至否定“类比”法律方法在国际法上运用的理由如“类比”本身具有逻辑缺陷、国际法与国内法分属完全不同的两个法律体系而不能类比等基本都不具有足够说服力。

对于国际法上“类比”法律方法的系统性构建，本文只是提出了初步的构想，并且在国际法学的基础上对认知科学、逻辑学的成果加以了借鉴。毫无疑问，进一步地完善该方法论除了有赖国际法学界，还需要认知科学、逻辑学领域专家学者们的探究。在方向上我们须得明确，国际造法和司法活动中运用“类比”的法律方法仍需要有所限制，使其能对“类比”本身的逻辑缺陷有所规避，并且满足“类比”的一般性规律，从而确保国际法类比国内法规

---

[68] See Hersch Lauterpacht, *Private law sources and analogies of international law: With special reference to international arbitration*, Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2013, p. 53.

[69] See Laurence R. Helfer, “Nonconsensual international lawmaking”, *University of Illinois Law Review*, 2008, p. 74.

[70] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 420, para. 63.

则、原则的科学性和确定性。

中国公共秩序保留制度的法解释规范路径

高 峰*

（中南财经政法大学　法学院，湖北　武汉　430073）

摘要：中国公共秩序保留制度在运行中存在两大类问题，其一是静态意义层面的问题，包括部门法的规定欠缺协调性，部门法的措辞欠缺准确性，以及部门法的内容欠缺妥当性，其二是动态意义层面的问题，包括裁判说理的欠缺，与其他制度的混淆适用以及适用的逻辑顺序有误。通过法解释的方法规范该制度适用的可行性在于适应公共秩序条款的弹性特征，契合司法自由裁量权的理念，以及在民事实体法中存在公共秩序条款的法解释实践案例。而其合理性在于有利于维护法秩序的协调统一，有利于节约立法成本，以及有利于提高法官的法律与道德素质。法解释规范的具体路径同样包括静态意义层面和动态意义层面，在静态意义层面，最高人民法院应制定司法解释和颁布指导性案例。在动态意义层面，法官应合理运用各种法律解释方法以及注重法律漏洞的填补。

关键词：公共秩序保留制度 法解释 规范

一、问题的提出

公共秩序保留制度是指一国法院在处理国际民商事争议的过程中，若作为准据法的外国法适用违背了法院地的公共秩序时，则排除外国法的适用。当然，外国法院判决的承认与执行同样需要符合法院地的公共秩序，否则可被承拒绝认与执行。[1]公共秩序保留制度属于国际私法中的弹性条款，具有多维度性，表现在每段历史时期的公共秩序都不同，每个地域的公共秩序都不同等等。其最主要的功能在于排除适用不符合法院地公共秩序的外国法，但是由于公共秩序本身的弹性特征，导致法院地存在滥用该制度的风险。而国际私法的存在及发展，主要基于各国的国内私法具有平等性和互换性，法院地国不宜凭借该制度随意排除其他国家国内私法的适用。[2]并且，法院地国运用公共秩序保留制度容易招致外国法院的抵触。[3]因此，需要规范公共秩序保留制度的适用。中国的公共秩序保留制度规定在实体法、程序法和冲突法中，在司法实践中适用该制度时存在诸多问题，其一，静意义层面公共秩序保留制度存在的问题，即法律条文本身存在的问题，其二，动态意义层面公共秩序保留制度存在的问题，即法官在适用该制度时存在的问题。而国内大多数学者对该类问题的解决，最多的建议是修法，重新定义“公共秩序”，而当前国际私法的发展趋势正从“立法中心主义”转向“司法中心主义”，[4]强调法院与法官的作用。因此，本文主要结合法解释的原理，分析如何规范我国公共秩序保留制度的适用。

二、中国公共秩序保留制度存在的问题

---

* 作者简介：高峰（1996—），男，湖北仙桃人，中南财经政法大学法学专业 2020 级博士研究生。

[1] 刘仁山. 国际私法[M]. 北京：法制出版社，2019，第 479-480 页、第 500 页。

[2] E.Rabel, The Conflict of Laws:A Comparative Study, Vol.II[J]. The Universtiy of Chicago Law Review,1958,pp.561-569.

[3] 刘仁山. 国际私法[M]. 北京：法制出版社，2019，第 182 页。

[4] 何其生. 多元视野下的中国国际私法[M]. 北京：高等教育出版社，2018，第 53 页。

如前所述，中国目前公共秩序保留制度存在的问题包括静态意义层面和动态意义层面的问题。前者是指“纸面上的法”规定存在的问题，包括《票据法》中欠缺公共秩序保留制度的规定，“社会公共利益”这一措辞欠缺准确性，以及公共秩序保留制度排除适用国际惯例欠缺妥当性。而后者主要是指“活的法”存在的问题，包括法院裁判说理的欠缺，与其他制度的混淆适用以及适用的逻辑顺序有误。

（一）静态意义层面公共秩序保留制度存在的问题

1.部门法的规定欠缺协调性

我国目前尚未制定一部统一的涉外民商事法典，有关涉外关系的法律规定散见于各部门法中。虽然随着《民法典》的颁布，废止了之前存在涉外关系的《民法总则》、《民法通则》等多部法律，在一定程度上消除了各个部门法规定不一致的问题，[5]但是，《海商法》、《票据法》、《民用航空法》依然在实施，这些商事法律中同样存在涉外关系的法律适用规定。《海商法》第二百七十六条[6]以及《民用航空法》第一百九十条[7]都规定了公共秩序保留制度，但是《票据法》的涉外篇章却没有规定公共秩序保留制度。国际私法调整的涉外法律关系既包括涉外民事关系，也包括涉外商事关系，而在包括涉外商事关系的三部立法中，唯独《票据法》欠缺公共秩序保留制度的规定，这会使民众误认为在涉外票据法律关系的法律适用中不存在公共秩序保留的问题。并且，立法者在 2004 年重新修改《票据法》时，也没有注意这个问题。由此可见，这个问题的遗留将会使得各个部门法之间的规定欠缺协调性。[8]

2.部门法的措辞欠缺准确性

何谓“公共秩序”？公共秩序的内涵与外延都难以界定，被学者比喻为“思考的替代”、“脱缰的野马”、“万能钥匙”、“双刃剑”。[9]在普通法系国家，公共秩序通常指基本正义原则、公共道德等，对其判断通常基于普遍道德观念或基本正义原则。[10]在大陆法系国家，公共秩序则是代表一种绝对价值与普遍正义原则。[11]各国立法对于“公共秩序”的称谓更是各不相同。在我国，有学者认为其立法称谓应该是“国际公共政策”、“法律基本原则”等。[12]有学者

[5] 丁伟. 后《民法典》时代中国国际私法的优化[J]. 政法论坛，2020，（5）：33.

6 《海商法》第二百七十六条：“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”

7 《民用航空法》第一百九十条：“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”

[8] 马德才. 国际私法中的公共秩序研究[D]. 武汉：武汉大学，2010，第 246 页。

[9] Th. M. de Boer. Unwelcomed Foreign Law:Public Policy and Other Means to Protect the Fundamental Values and Public Interests of the European Community，in A. Malatesta,et al,eds.,The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters,2008,p.295.转引自刘仁山. 国际私法与人类命运共同体之构建：以《涉外民事关系法律适用法》实施为据[M]. 北京：法律出版社，2019，第 262 页。

[10] Jacob Dolinger. World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws,17 Tex. Int’l L.J.169(1982).转引自刘仁山. 国际私法与人类命运共同体之构建：以《涉外民事关系法律适用法》实施为据[M]. 北京：法律出版社，2019，第 268 页。

[11] David McClean, The Conflict of Law,9ed.,Sweet&Maxwell,2016,p.71.转引自刘仁山. 国际私法与人类命运共同体之构建：以《涉外民事关系法律适用法》实施为据[M]. 北京：法律出版社，2019，第 268 页。

[12] 肖永平. 肖永平论冲突法[M]. 武汉：武汉大学出版社，2002，第 91-92 页。

认为应称作“善良风俗”等。[13]还有学者认为应称作“道德”。[14]由此可见，为“公共秩序”寻找一个恰当的立法称谓非常困难。在我国目前立法中大多采用的是“社会公共利益”的措辞，而《民事诉讼法》涉外篇章则增加了 “法律的基本原则”、“主权”及“安全”的措辞。[15]原因在于程序法的公法性质更突出，司法协助的事项往往涉及国家的主权及安全事项。从逻辑学的角度分析，“社会公共利益”与“公共政策”是种属关系，前者很难囊括后者。[16]可见，“社会公共利益”的措辞缺乏准确性。

3.部门法的内容欠缺妥当性

对于调整的内容欠缺妥当性，主要就国际惯例能否作为公共秩序保留的对象问题。目前学界的主流观点是国际惯例不宜作为公共秩序保留的对象。原因主要包括以下几点：国际惯例已经成为各国国际私法的渊源之一；拒接适用国际惯例将会影响我国的外贸发展以及在国际社会上的信誉。[17]但目前在我国立法中，《海商法》和《民用航空法》有关公共秩序保留的规定依然包括排除国际惯例，这显然欠缺妥当性。

（二）动态意义层面公共秩序保留制度存在的问题

1.裁判说理的欠缺

对于一般条款引发的争议，法官应当尽到充分说理的义务，而对于弹性条款，更是如此。否则，案件当事人将难以信服，也为后续类似案件树立了一个错误的标杆，司法权威也受到影响。根据既有的公共秩序保留的案例，法官没有对案件认定的公共秩序或者社会公共利益作出进一步的阐释，只是进行抽象地叙述，大致的审判模式是认定案件的争议法律关系，所涉准据法违反了我国“公共秩序”，因此排除适用。典型案例包括“大新银行融资纠纷案”[18]，“日立金融（香港）公司融资合同纠纷案”[19]。用抽象的方法阐释一个抽象的条款，结果可想而知。

2.与其他制度的混淆适用

“直接适用的法”是一国制定的实现其民商事利益的强制性法律。[20] 早期，“直接适用的法” 比较少，基本上依附于公共秩序保留制度这个“壳”，但随着规则数量逐渐增多，使得公共秩序概念变得异常臃肿和混乱，最终破“壳”而出，形成自己的理论形态。[21]两者最主要的功能在于排除与本国公共利益相悖的外国法适用。在司法实践中，两者经常被法官混淆适用。

---

[13] 金彭年. 国际私法上的公共秩序研究[J]. 法学研究. 1994（4）：112-113.

[14] 熊育辉. 我国国际私法关于“公共秩序”立法的审视[J]. 时代法学. 2005（4）：61-62.

[15] 《民事诉讼法》第两百八十二条：“人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。”

[16] 熊育辉. 我国国际私法关于“公共秩序”立法的审视[J]. 时代法学. 2005（4）：62.

[17] 李双元，徐国建. 国际民商新秩序的理论建构——国际私法的重新定位与功能转换[M]. 武汉：武汉大学出版社，2016，第 202 页。

[18] 广东省深圳市宝安区人民法院（2012）深宝法民四初字第 96 号民事判决书。

[19] 广东省东莞市第三人民法院（2014）东三法民初字第 121 号民事判决书。

[20] 刘仁山. 国际私法与人类命运共同体之构建：以《涉外民事关系法律适用法》实施为据[M]. 北京：法律出版社，2019，第 201 页。

[21] 宋晓. 当代国际私法的实体取向[M]. 武汉：武汉大学出版社，2004，第 263 页。

有学者将此种情形总结为三种情况，其一，将“直接适用的法”相关内容掺入公共秩序保留制度中，并直接依据该强制性规定启动公共秩序保留制度，其二，不区分公共秩序与“直接适用的法”，将二者并用，其三，虽有进行区分两者，但未形成区分标准。[22]立法者规定每一个制度都具有其独特的规范意义，而混淆适用两种制度将会造成对两种制度各自理论体系的破坏。

3.适用的逻辑顺序有误

我国法院适用公共秩序保留制度的逻辑顺序已经形成一种固定的模式，在确定准据法为外国法之后，才考虑该外国法是否违反我国的公共秩序。但在我国司法实践中，部分法院在确定准据法之前，就援引了《法律适用法》第五条公共秩序保留的规定，排除外法域法律，如“冯某某买卖合同纠纷案”[23]。因此，不少学者认为该行为与公共秩序保留规定的逻辑顺序相悖。反观美国《第二次冲突法重述》第六条，[24]美国法院在适用准据法时，若无宪法和本州有关法律选择的规定，需考量法院地的政策等因素，可见美国在立法和司法实践中将公共政策作为准据法确定的考量因素，意图使公共政策发挥“事前防御”作用。[25]

三、法解释规范路径的可行性和合理性

如前所述，对于我国公共秩序保留制度的现存问题，大多数学者主张修法，即修改《法律适用法》第六条的规定，重新定义公共秩序保留制度。本文认为，可以采用法解释的方法规范该制度的适用，其可行性在于适应公共秩序条款的弹性特征，契合司法自由裁量权的理念，以及在民事实体法中存在公共秩序条款的法解释实践案例。而其合理性在于有利于维护法秩序的协调统一，有利于节约立法成本，以及有利于提高法官的法律与道德素质。

（一）法解释规范路径的可行性

1.适应公共秩序条款的弹性特征

在我国各个部门法中，都存在一些弹性条款，例如民法中的“公序良俗”，刑法中的“罪责刑相适应”。同样，本文所研究的“公共秩序保留制度”亦是如此。在《现代汉语辞海》中，弹性是指事物的伸缩性。[26]而在上述部门法中的弹性条款，主要是指该条款中的某个规则概念的具有很大伸缩性。拉伦茨指出，法律的外延并不确定，多少采用弹性的表达方式，法律的意涵取决于所涉事物，在句中的位置，在一定范围内摇摆不定。[27]因此，我国应制定司法解释对该类条款予以细化，或者法官在审理案件时对其进行合理地解释。

公共秩序条款的弹性特征表现在其多维度性，其一，在地域上，各个国家，各个法域根据自身的历史传统，以及政治、经济等发展的情况，所要保护的公共秩序都有所不同。例如，

[22] 刘仁山. 国际私法与人类命运共同体之构建：以《涉外民事关系法律适用法》实施为据[M]. 北京：法律出版社，2019，第 278 页。

23 广东省开平市人民法院（2015）江开法审监民再字第 3 号民事判决书。

24 美国《第二次冲突法重述》第 6 条规定：“1.法院，除受宪法约束外，应遵守本州关于法律选择的立法规定。2.在无此种规定时，与选择准据法有关的因素包括（1）州际及国际体制的需要；（2）法院地的相关政策；（3）其他利害关系州的相关政策以及在决定特定问题时这些州的有关利益；（4）对正当期望的保护；（5）特定领域法律所依据的政策；（6）结果的确定性、可预见性；（7）将予适用的法律易于确定和适用。”

[25] 霍政欣. 公共秩序在美国的适用——兼论对我国的启示与借鉴[J]. 法学评论. 2007（1）：57.

[26] 倪文杰. 现代汉语辞海[M]. 北京：中央民族大学，1994，第 1021 页。

[27] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥. 北京：商务出版社，2015，第 193 页。

相比于欧美国家，我国历史上特别注重伦理道德的教化作用，因此，在当前法律制度中，或多或少地融入了道德观念，在公共秩序的内涵方面也是如此。其二，在时间上，同一个国家在不同的历史时期有不同的发展特点，目标和任务，其所要保护的公共秩序也存在不同。例如，在十九世纪六十年代，英国为了获得美国南部奴隶主的支持，在审理伊利基案时，没有适用公共秩序条款。[28]但是，在二十世纪三十年代，在审理另一起贩卖威士忌酒案，却适用了公共秩序条款，目的是为了获得美国支持。[29]其三，在内涵上，公共秩序的内涵非常广，包括道德理念，法律的基本原则，正义、秩序等法价值以及国家主权等等。具体在每个部门法中，公共秩序的内涵也不同，如前述我国《民事诉讼法》中公共秩序就涉及国家主权事项。面对前述我国公共秩序保留制度的诸多问题，公共秩序的这些弹性特征为法解释的规范路径留有空间。

2.契合司法自由裁量权的理念

司法自由裁量权是指法官对法律规则或原则界限厘定的行为。[30]法律规范的不确定性以及人类的有限理性，立法中存在的缺陷是不可避免的。加之，法官裁判活动不再如概念法学设想那般，充当自动售货机的角色。因此，在司法审判中，必然要留给法官一定的自由裁量权，任何裁判活动都离不开自由裁量。[31]哈特曾指出，法律规则具有确定性的中心部分以及模糊的边缘地带。[32]公共秩序保留制度虽然内涵和外延都不确定，但是，仍然存在一个“确定性的中心部分”。那么，法官可以根据这个“中心”在“边缘地带”行使自由裁量权。法官在进行自由裁量时，需要对个案进行价值判断和利益衡量，以实现公平正义的目标。利益之间的取舍，价值价位的高低判断，则需要法官穿梭于法律规范与案件事实之间，对法律规范进行解释，确定其与案件事实之间的最密切联系性。可以发现，司法审判离不开法官自由裁量，而法官自由裁量离不开法律解释，两者互为关联。虽然我国法官不能像英美法系国家的法官在审理案件时能创造法律。但是，依然可以充分运用自由裁量权，对法律规范进行解释，条款解释的空间大小取决其自由裁量权的幅度。

3.民事实体法中公共秩序条款的法解释实践案例

民法与国际私法的联系十分密切，各个国家民法的原则与制度对其国际私法都存在影响。[33]例如，我国《民法典》中的“公序良俗原则”、“强制性规定”与《法律适用法》中的公共秩序保留制度与“直接适用的法”。有学者也提出，我国民法的这些规定是对国际私法作出回应。[34]另一方面，就《法律适用法》如何实施而言，其主要需要以《民法典》为据。因为，当《法律适用法》指向我国法律之时，这里的“法律”主要指《民法典》。就公共秩序条

[28] [苏]乌·姆·柯列茨基. 英美国际私法的理论和实践概论[M]. 刘文宗. 北京：中国人民大学出版社，1957，第 47-48 页。

[29] [苏]乌·姆·柯列茨基. 英美国际私法的理论和实践概论[M]. 刘文宗. 北京：中国人民大学出版社，1957，第 48 页。

[30] BLack’s Law Dictionary(5th,Ed.), West Publish Co. 1997, 第 419 页。

31 王利明. 法学方法论[M]. 北京：中国人民大学出版社，2011，第 316 页。

[32] [英] H.L.A. 哈特. 法律的概念[M]. 许家馨，李冠宜. 北京：法律出版社，2006，第 55 页。

[33] 李双元. 国际私法[M]. 武汉：武汉大学出版社，2016，第 27 页。

[34] 刘仁山. 民法总则对法适用法的回应与启示[J]. 政法论坛，2019（1）：7.

款而言，一旦法官适用《法律适用法》中公共秩序保留制度，其目的是为了保护我国国内的公共秩序，从而适用我国国内民事实体法。而民事实体法设立公共秩序条款的目的同样是为了保护国内的公共秩序。基于两者之间的密切联系以及目的上的一致性，既然在国内民事审判中，存在公共秩序条款的法解释实践案例，如“四川泸州遗嘱继承案”[35]，法官在解释该案“公共秩序”的范围时，掺入了伦理道德因素，那么在国际私法领域同样可以对《法律适用法》中“社会公共利益”的范围进行解释。

（二）法解释规范路径的合理性

1.有利于节约立法成本

制定法律、修改法律需要消耗大量的时间、精力和金钱，是一项巨大的工程。从国内民法典的编纂历程就可以看出立法的困难。学界对于如何解决公共秩序保留制度存在的问题，大多寄希望于日后在制定涉外民商事法典时，重新定义该条款。而对于涉外民商事法典制定的问题，早在十年之前就有人提出，但迄今为止，尚未制定。此外，法律条文重在司法者对于条文如何进行合理地解释，上至最高人民法院可以制定司法解释，下至基层人民法院在审理案件时，综合运用各种法律解释方法，充分说明理由，同样可以实现司法的目的，解决案件和实现公平正义。

2.有利于维护法秩序的协调统一

我国公共秩序保留制度不仅规定于《法律适用法》之中，《海商法》、《民用航空法》以及《民事诉讼法》中同样存在。而《海商法》以及《民用航空法》中有关公共秩序保留制度的规定存在前述的几类问题。即使是制定涉外民商事法典，或者重修《法律适用法》，也解决不了另外这几部法律中这几类问题。相反，若法官在审理此类涉外商事案件时，合理解释这几个部门法中公共秩序保留制度之间的关系，则有利于维护发秩序的协调统一，并且为以后其他法官审理类似案件，提供了案例指导。

3.有利于提高法官的法律与道德素质

能否成功合理地解决某一司法实践问题，法官的法律与道德素质的高低与否在其中占了大部分因素。法律条文规定即使是天衣无缝，但法官的法律素质欠缺，无法合理地运用法律解释等法律方法，案件结果依然不会公正合理。就道德素质而言，我国是一个伦理道德色彩浓厚的国家，主张民众学习道德规范，遵守道德规范，并推崇道德规范。几千年道德教化的影响，在无形之中，道德已经成为法官在审判时考量的因素。将道德因素运用至审判中，同样需要法官进行解释。而公共秩序的内涵包含了道德因素。因此，法官道德素质的高低与否同样重要。从另一角度思考，法官在审理案件，运用法律解释方法，解决公共秩序保留制度存在的问题时，也是对自身法律与道德素质的提升。

四、中国公共秩序保留制度的法解释规范路径

[35] 四川泸州遗嘱继承案，2001 年，遗赠人黄某与被告人蒋某两人为夫妻关系，并且结婚有 30 多年，但由于蒋某个人原因未有子女。同时，在 1994 年，黄某与本案原告张某相遇，不久两人开始同居生活。2001 年初，黄某查出患有癌症晚期，住院治疗期间，张某对黄某一直以妻子的身份护理照顾。临终前，黄某订立遗嘱将其名下的财产在其死后由张某继承。

当某一制度在实践中运作出现问题时，需及时规范该制度的适用。而具体在本文层面，为解决前述静态意义层面和动态意义层面公共秩序保留制度存在的问题，相对应地将法解释分为静态意义层面和动态意义层面两种规范路径，前者是指最高人民法院制定司法解释和指导性案例，后者即各级法院依据既有规定并运用法律解释的方法处理案件。

（一）静态意义层面的法解释规范路径

1.司法解释

相比于制修法律，最高人民法院制定司法解释的效率将会高很多。此外，虽然我国目前法律制度比较健全，但是，某些条款规定过于模糊抽象，导致法官审理案件时出现各种问题，因此最高人民法院往往会制定司法解释对该条款予以细化，从而造成我国成为一种“解释性”的法治社会。理想状态的法治国家往往需要法官直接依据法律审理案件，与当前的现实状态相差甚远。但相对而言，国家通过司法解释对条款细化契合目前的实际发展情况，曾经也有学者主张采用此种方式。[36]

虽然《法律适用法》等部门法都采用的是“社会公共利益”的概念，这一措辞并不准确，但是通过司法解释可以对此概念予以细化，充实其内涵。前述“公共秩序”的内涵包括道德观念与善良风俗，法秩序和安全，基本原则与理念。最高人民法院可以根据上述内容采用（一）、（二）（三）等列举式的规定制定司法解释，使得“社会公共利益”这一概念具有确定性，但在最后一项时则采用概括兜底式规定，即“其他涉及我国社会公共利益情形（但必须报最高人民法院批准）”，[37]以追求法律适用的灵活性。可以看出，这是采取了扩大解释的方法。在审判实践中，我国部分法官对“社会公共利益”也进行了扩大解释，如“徐某确认合同效力纠纷案”[38]，法院以“善良风俗”作为判断标准。因此，该司法解释的制定及颁布不仅不会产生抵触感，相反可以进一步确认该类行为的效力，保证当事人对该条款所涉案件结果的可预见性。

2.指导性案例

司法解释的作用在于细化条款，为法官审案指明具体的方向，而指导性案例的运用则可以提高法官的司法水平，目的都是为了法官能高效合理地解决案件，可谓殊途同归。在国际私法领域构建案例指导制度，合理运用指导性案例，是非常有必要的。一则便于法官学习，二则法官在审理案件类似案件时也有参考的依据。因此，最高人民法院应颁布指导性案例，以便法官在审理公共秩序保留的案件时查阅过往类似的案例。

（二）动态意义层面的法解释规范路径

1.合理运用各种法解释方法

法律解释是法官裁判说理最为重要的一环，是法官办案能力的集中体现。若条文规定都尚未解释清楚，那么案件当事人定不会信服。因此，法官应合理运用各种法解释方法，对公共秩序条款灵活合理地解释。

[36] 沈涓. 国际私法学的新发展[M]. 北京：中国社会科学出版社，2015，第 29-30 页。
[37] 沈涓. 国际私法学的新发展[M]. 北京：中国社会科学出版社，2015，第 29-30 页。
[38] 贵州省高级人民法院（2015）黔高民三终字第 7 号民事判决书。

首先，对于“社会公共利益”的措辞欠缺准确性问题，虽有前述司法解释的细化，但是法官在审理具体案件时运用法解释的方法解释该条款，可谓对该条款的准确性多了一重保障。具体而言，法官应采用扩大解释与历史解释相结合的方法。如前所述，在司法实践中，部分法官在审理案件时，已经将“社会公共利益”这一进行了扩大解释。此外，《海商法》、《民用航空法》等部门法从颁布至现在，已经过去数十年，在这期间，思想观念等都发生了变迁。这些旧的法律在适用新的事实时，则涉及到历史解释的问题。一般而言，历史解释只是在文理解释和体系解释出现复数结论的时候，才有必要借助历史解释方法。[39]而每个国家每段历史时期所要保护的公共秩序是不同的，通过文理解释和体系解释难以阐释公共秩序的内涵。因此，法官在审理案件时特别是曾经尚未解决的旧案，需采用历史解释的方法。这对法官的法律素质要求是比较高的，因为需要考察在过往立法过程中的资料来佐证立法者的意图，以此明确当时立法者所要保护的公共秩序。[40]

其次，对于部门法规范的内容欠缺妥当性的问题，法官可以运用体系解释和目的解释的方法。规范之间彼此的矛盾损害了法的安定性和可信度。但是法律规范之间很少没有矛盾，需要法律适用者通过体系解释来化解矛盾。[41]而体系解释的基础在于整个法秩序。因此，我们需将法律条文置于法秩序体系中理解和适用。《海商法》和《民用航空法》中公共秩序条款的规定排除国际惯例的适用，而《法律适用法》中的公共秩序条款则没有此项规定。法律是一个体系，法官在理解涉外商事法中的公共秩序条款时，需置于整个法律体系中。既然《法律适用法》作为目前我国国际私法体系的基本法，若法官适用其他法律中涉外关系的规定，则需要结合《法律适用法》的规定。虽然《法律适用法》司法解释第三条中规定，《票据法》等商事领域法律特别规定的效力优先于《法律适用法》。[42]但我们需对该条采用目的解释的方法，立法者规定该条中的“特别规定”并非是指所有与《法律适用法》不同的规定，而是仅限于涉及商事专业领域的特别规定。因为《法律适用法》多半规定合同、侵权法律适用的一般规则，商法虽然是在民法的基础上发展的一个部门法，两者关系十分密切，但是商事合同、商事侵权的具体规则有别于一般的民事规定。从立法者在“特别规定”前加上“商事领域”的修饰语可以看出立法者的立法目的。

最后，对于适用的逻辑顺序有误问题，法官可以运用文理解释和比较解释。按照最基本的文理解释方法解释《法律适用法》第五条，并没有得出必须在确定准据法之后才能适用公共秩序保留制度的结论。因为法律条文只是强调适用的后果若违反我国公共利益，则排除适用。如前所述，在准据法确定之前考量公共秩序的因素，有损于我国公共秩序的情形将被“扼杀”在法律选择环节。[43]至于具体应用，法院可以采用比较解释，借鉴美国《第二次冲突法

---

[39] 王利明. 法学方法论[M]. 北京：中国人民大学出版社，2011，第 434 页。

[40] 杨铜铜. 论法律解释规则[J]. 法律科学. 2019（3）：23.

[41] [德]伯恩·魏德士. 法理学[M]. 丁小春，吴越. 北京：法律出版社，2003，第 326 页。

[42] 《关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》第三条：“涉外民事关系法律适用法与其他法律对同一涉外民事关系法律适用规定不一致的，适用涉外民事关系法律适用法的规定，但《中华人民共和国票据法》《中华人民共和国海商法》《中华人民共和国民用航空法》等商事领域法律的特别规定以及知识产权领域法律的特别规定除外。”

[43] 霍政欣. 公共秩序在美国的适用——兼论对我国的启示与借鉴[J]. 法学评论. 2007（1）：57.

重述》第 6 条，发挥公共秩序的“事前防御作用”。目前，比较解释在我国运用比较少见。在当前国际化的大趋势下，我国应极借鉴、移植其他国家的先进法律制度。在司法上，法院的法官在审理案件时应灵活合理地运用比较解释。

2.注重法律漏洞的填补

部门法的规定欠缺协调性以及公共秩序保留制度与其他制度相混淆的原因在于法律漏洞的存在，前者是因为涉外票据规定中欠缺公共秩序保留制度，后者是由于现行法中尚无规定公共秩序保留制度与“直接适用的法”的区别。本文认为，法官应运用类推解释填补法律漏洞。

拉伦茨对漏洞的一种分类是“开放的”漏洞和“隐藏的”漏洞，两者的主要区分在于，前者在于欠缺法律的适用，后者在于欠缺限制法律的规定。[44]而类推解释主要是为了填补“开放的”漏洞，公共秩序保留制度的前述两类问题均欠缺相关法律的适用，因此属于“开放的”漏洞。此外，类推解释是将（甲）适用于法律欠缺规定而与之相类似的（乙）。这种适用的条件在于，两者需在法律评价上彼此一致。[45]

从《法律适用法》第二条规定[46]可以看出，其中的公共秩序保留制度可以适用于涉外票据领域。相对于《法律适用法》,《票据法》中涉外关系规定属于特别法，当特别法中某项制度尚未规定时，可以适用一般法中的规定，但这并非类推解释。本文所要讨论的是能否对《海商法》、《民用航空法》中的公共秩序保留条款类推解释，从而适用于涉外票据领域。虽然三个部门法都调整其各自的领域，看似并无交集。但是从涉外法规范层面进行考察，特别是三者与《法律适用法》之间的关系，从这一角度这可以看出，三者处于同一顺位的并列关系。从前述的《法律适用法》司法解释第三条中也可以找到依据，该条将三者作出并列性规定。因此，就涉外法规范层面，三者在法律评价上一致的。因此，可以进行类推解释。

对于解决第二个问题，需从国内民法中寻找解决办法。如前所述，我国民法中的制度对国际私法产生了直接影响，《法律适用法》中的公共秩序保留制度与“直接适用的法”分别受到国内民法典中的“公序良俗原则”及“强制性规定”的影响，可以看出这两对制度在法律评价上是一致的。那么，基于两部法律中的密切联系，并仅解决我国《法律适用法》中两个制度的关系问题，可以就国内民法中公序良俗和强制性规定的区分进行类推解释适用于公共秩序保留制度和“直接适用的法”。至于两者的区分，可以从法律条文以及司法案例中考察，立法者对强制性规定进行立法时，加上“法律和行政法规”的修饰语，[47]而对于公序良俗原则的理解则是强调公共秩序与善良风俗。在民法典颁布之前，《合同法》尚未废止，最高人民法院制定的《合同法》司法解释（二）第十四条，明确“强制性规定”[48]是指“效力性强制性规定”。

---

[44] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥. 北京：商务出版社，2015，第 254 页。

[45] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥. 北京：商务出版社，2015，第 258 页。

46 《法律适用法》第二条：“涉外民事关系的法律适用的法律，依照本法确定。其他法律有特别规定的，从其规定。”

47 《民法典》第一百六十三条：“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力（二）意思表示真实（三）不违法法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗

48 强制性规定分为效力性强制性规定与取缔性强制性规定。两者的区分标准在于，违反效力性强制性规定，不仅会受到处罚，而且会导致合同无效。而违反效力性强制性规定的情形主要是指以下两种：其一，如果

[49]而违反效力性强制性规定的标准掺入了社会公共利益的考量因素，[50]看似与公共秩序又难以明确界限。实则不然，事实上存在违反法律以及行政法规的行为也是违反社会公共利益的行为。此外，若过于区分两者，那么有部分违反社会公共利益的行为将不被追究。因此，两者的界限在于，认定是否违反强制性规定，首先认定其是否违反法律与行政法规的强制规定，社会公共利益的考量次之。而违反公序良俗原则大多从婚姻家庭伦理道德因素等方面考量。这在司法实践中也得以印证，分别以“公序良俗”和“强制性规定”为关键词在“中国裁判文书网”进行案例搜索，共有几万份判决书。有关“公序良俗”的争议主要包括婚姻家庭继承纠纷，人格名誉纠纷等，而违反“强制性规定”的争议主要是违反经济法、社会劳动法中的强制性规定。

五、结论

本文将公共秩序保留制度存在的问题总结为静态意义层面和动态意义层面的问题。静态意义层面公共秩序保留制度存在的问题包括部门法的规定欠缺协调性，部门法的措辞欠缺准确性，以及部门法的内容欠缺妥当性。而动态意义层面公共秩序保留制度存在的问题包括裁判说理的欠缺，与其他制度的混淆适用以及适用的逻辑顺序有误。本文主要结合法解释的原理规范该制度的适用，并得出以下结论：

其一，通过法解释的方法规范公共秩序保留制度适用的可行性在于，其一，公共秩序条款属于弹性条款，具有时间、地域、内涵上的多维度性，而公共秩序的这些弹性特征为法官进行法解释留有大量的空间。其二，法律解释和自由裁量权互为关联。法律具有稳定性，不能朝令夕改，所以立法者规定部分弹性条款，以待法官日后在审理案件进行自由裁量。法官在自由裁量时，会借助法律解释的方法对条款予以阐释和说明。而法官对条款解释的空间大小依赖其自由裁量权的幅度。其三，由于民法与国际私法之间的紧密联系，国际私法中公共秩序保留制度源于国内民法中的公序良俗原则，其确立的目的就在于保护我国国内民事领域的公共秩序。既然在国内民事司法实践中，可以通过法解释的方法阐释公共秩序的内涵，那么同样也可以在国际私法领域通过法解释的方法明确公共秩序的内涵。此外，由于立法以及修法消耗的时间、金钱以及精力较大，而通过法解释有利于节约立法成本。不仅如此，其合

法律法规明确规定违反强制性规定将导致合同无效或不成立的，该规定属于效力性强制性规定，其二，法律法规虽然明确规定违反强制性规定将导致合同无效或不成立，但违反该规定以后若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的，也应当认为该规定属于效力性规定。

[49] 王利明. 关于无效合同确认的若干问题[J]. 法制与社会发展，2002（5）：60.

50 《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释（二）》第十四条：“《合同法》第五十二条第五项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。

理性还包括有利于维护法秩序的协调统一，以及激励法官不断在法律解释的过程中提升自身的法律与道德素质。

其二，当前国际私法的发展趋势正从“立法中心主义”转向“司法中心主义”，本文结合该趋势提出法解释的规范路径，一种以法院及法官为主体的法解释规范路径。具体而言，最高人民法院通过制定司法解释以及指导性案例的方式从宏观层面及静态层面调整。当然，最高人民法院通过司法解释明确公共秩序的内涵时，需要采用概括式与列举式相结合的方法，以平衡法律适用的灵活性和确定性。其次，法官在具体审理案件时，灵活运用法律解释的方法，从微观层面及动态层面而解决公共秩序保留制度存在的问题。对于“社会公共利益”的措辞欠缺准确性问题，法官应采用扩大解释与历史解释相结合的方法，扩大解释的目的在于扩充“社会公共利益”的内涵，但同时需要结合不同时期的立法背景资料进行历史解释。对于部门法规范的内容欠缺妥当性的问题，法官可以运用体系解释和目的解释的方法，充分说明当前国际惯例不属于公共秩序保留制度排除的范围。对于适用的逻辑顺序有误问题，法官可以在文理解释的基础之上运用比较解释，借鉴美国立法，发挥“公共秩序”的事前防御作用。部门法的规定欠缺协调性以及公共秩序保留制度与其他制度相混淆的问题是由于法律规定存在“公开的漏洞”，法官可以采用类推解释的方法进行漏洞填补。因为《票据法》、《海商法》、《民用航空法》在与《法律适用法》的关系层面，三部法律在法规范评价上就有等同性，因此《海商法》《民用航空法》中有关公共秩序保留制度规定可以类推适用涉外票据领域。此外，由于民法与国际私法之间的密切联系，可以对公共秩序保留制度与“直接适用的法”的区分类推适用于国内民法中“公序良俗原则”与“强制性规定”的区分。国内民法关于两者的区分标准在于，违反“强制性规定”主要是指法律以及行政法规的强制性规定，主要包括经济法部门的强制性规定，而“公序良俗”多偏向于婚姻家庭伦理，重要道德规范，人格名誉等法益。当然，两者也没有绝对的界限，如果过于区分两者，则会造成法律的漏洞，有部分违反社会公共利益的行为将不被追究。并且，有部分违反法律以及行政法规的行为也是违反社会公共利益的行为。

The rule of law interpretation of the reservation of Public order in China

Abstract: there are two major categories in the operation of the system of reservation of public order in China，first, is the problem that the static meaning level, including department regulations lack of coordination, the wording of the department lacking accuracy, and the content of the department lack of justice, the other is the problem of dynamic significance level, including the reason of lack, confused with other system and for sequential logic is flawed. The feasibility of regulating public order clauses by means of legal interpretation lies in adapting to the flexibility characteristics of public order clauses, conforming to the concept of judge's discretion, and the practical cases of legal interpretation of public order clauses in civil substantive law. Its rationality lies in that it is conducive to maintaining the coordination and unity of legal order, saving the cost of legislation and improving the moral and legal quality of judges. The specific path of legal interpretation also includes the static meaning level and the dynamic meaning level, namely the two levels of "rule" and "rule". In the static meaning level, the Supreme People's Court needs to formulate the judicial interpretation and case set. In the dynamic sense, judges should reasonably use various legal interpretation methods and pay attention to the filling of legal loopholes, so as to solve the problems existing in the current public order reservation system.

Key words: public order reservation;law interpretation；regulation

习近平法治思想的涉外法治观

韩立余*

【摘要】习近平涉外法治观是习近平法治思想的重要组成部分，是面向世界的习近平时代之问的中国答案，是时代召唤、实践真知、人类情怀、中国表达的集大成。习近平涉外法治观传承中华优秀传统文化，借鉴国外优秀法治成果，总结中国共产党执政规律、社会主义建设规律和人类社会发展规律，基于中国立场，向国际社会提出的人类社会发展法治化的中国方案。习近平涉外法治观具有统筹性、涉外性、主体性、时代性、实践性和防范性特点。习近平涉外法治观集中体现在更好维护涉外法治观国家主权、安全和发展利益，以伙伴关系和正确义利观为基础的互利共赢新型国际关系，弘扬共商共建共享的全球治理理念，在多边国际规则基础上通过国际法治推进构建人类命运共同体，实现全人类共同价值。

【关键词】习近平法治思想 涉外法治观 国家主权、安全、发展利益 人类命运共同体

2020 年 11 月中央全面依法治国工作会议正式确认了习近平法治思想的形成。这是中国依法治国理论和实践取得的重大成就，对于全面建设社会主义现代化国家具有根本性指导意义，是全面依法治国的根本遵循和行动指南。“习近平法治思想内涵丰富、论述深刻、逻辑严密、系统完备，从历史和现实相贯通、国际和国内相关联、理论和实际相结合上深刻回答了新时代为什么实行全面依法治国、怎样实行全面依法治国等一系列重大问题。”[1]习近平对当前和今后一个时期推进全面依法治国要重点抓好的工作提出了 11 个方面的要求，其中包括“要统筹推进国内法治和涉外法治”。这是习近平法治思想中涉外法治观的最明确表述。深入学习习近平法治思想、习近平法治思想涉外法治观，对于推进全面依法治国、实现中华民族全面复兴战略全局、应对世界百年未有之大变局，构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局，至关重要。

一、习近平涉外法治观的形成及其意义

（一）习近平涉外法治观的形成

习近平涉外法治观是习近平法治思想不可分隔的组成部分。它传承了中华优秀传统法治文化，发展了中国共产党法治思想，是新中国法治实践的最新成果，是习近平法治理论和实践的结晶。习近平涉外法治观，是习近平对历史、现代和未来发展规律和对中国、世界与人类命运的思考答案。

中国自古以来就重视法治的作用。古代法制思想非常丰富，中国一些历史人物以变法名留于世，春秋战国时期有了自成体系的成文法典，汉唐时间形成了比较完备的法典，形成了独具特色的中华法系。这些中国古代形成的法律制度，在人民主权制度下，在借鉴西方法治

* 中国人民大学法学院教授。本文系中国人民大学科学研究基金项目“总体国家安全观指导下的涉外经贸法律体系完善”（项目号 2021030002）的阶段性成果。

[1] 《坚定不移走中国特色社会主义法治道路为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《人民日报 》2020 年 11 月 18 日，第 1 版。

经验的基础上，在新时代依然提供着丰富的智慧和经验。

近代中国对法制的追求，经历戊戌变法、清末修法、临时约法等失败后，迎来了中国共产党的法制追求与探索。中国共产党自成立以来就重视制度建设。在中央苏区和陕甘宁边区时期应颁布了《中华苏维埃共和国宪法大纲》和《陕甘宁边区宪法原则》。新中国建立之前，中国共产党发起召开了中国人民政治协商会议，并通过了起到临时宪章作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》。新中国成立后不久，党中央领导全国人民开始制定宪法，1954 年第一届全国人民代表大会通过了《中华人民共和国宪法》。在之后的建设和改革过程中，我国法律制度不断完善。全国人大 1999 年对 1982 年宪法进行修正，明确“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”。2010 年我国建成社会主义法律体系。2018 年宪法修正案将“健全社会主义法制”修改为“健全社会主义法治”，社会主义法治理念进一步确立，法治建设不断取得硕果。

党的十八大以来，在以习近平同志为核心的党中央领导下，我国社会主义法治建设不断深入。党的十八提出，法治是治国理政的基本方式，要加快建设社会主义法治国家，全面推进依法治国。十八届三中全会进一步提出，建设法治国家，必须坚持依法治国、依法执政和依法行政共同推进。十八届四会全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题一的决定》，为全面依法治国提供了更明确的奋斗方向和实现路径。十九届三中全会成立中央全面依法治国委员会，统筹推进全面依法治国工作。十九届四中全会决定在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化。2020 年 11 月中央全面依法治国工作会议确认习近平法治思想形成。[2]“十八大以来，习近平总书记领导全党开展的一系列工作实践、理论创新，应运而生形成了习近平法治思想。”“习近平法治思想是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分，是全面依法治国的根本遵循和行动指南，深刻回答了为什么要全面依法治国、怎样全面依法治国这个重大时代课题。”[3]

习近平的涉外法治观，作为习近平法治思想的一部分，凝聚了党和人民涉外法治建设的经验积累和智慧结晶，是习近平对新时代中国向何处去、人类社会向何处去的法治答卷。习近平法治思想涉外法治观，是对“依法治国”之“法”含义的全面、准确解释：既要加强国内法治，又要加强涉外法治，坚定维护以国际法为基础的国际秩序。十一届三会全会前，邓小平在提出加强民主法制时就提出要研究国际法。[4]十一届三中全会开启了中国改革开放的序幕，加强法制、推动开放，成为时代的主题。上世纪 90 年代始，党中央和全国人大委员会连续举行、集体学习法律知识讲座，其中包括国际法知识讲座。《国际商贸法律制度及关贸总协定》为第一讲。[5]江泽民指出，领导干部特别是高级干部都要注意学习国际法知识，

[2] 《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《人民日报》2020 年 11 月 18 日，第 1 版。

[3] 栗战书：《习近平法治思想是全面依法治国的根本遵循和行动指南》，载《求是》，2021 年第 2 期。

[4] 《邓小平文选》（第二卷），人民出版社 1994 年第 2 版，第 146-147 页。

[5] 如，华东政法学院曹建明教授分别 于 1994 年 12 月 9 日和 1998 年 5 月 12 日主讲中共中央法律讲座第一讲《国际商贸法律制度及关贸总协定》和第七讲《金融安全与法律建设》。1996 年 12 月 9 日，外交学院卢松副教授在中南海作关于国际法和中的作用的讲座，2000 年 4 月 29 日外交学院江国青副教授在全国人大常委会作《国际法与国际条约的几个问题的讲座》，2000 年 10 月中华人民大学郭寿康教授在全国人大常委

努力提高运用国际法的能力。所有代表国家从事政治、经济、文化、司法等工作的同志，也都要学习国际法知识，地方和部门的干部，由于缺乏知识，在实际工作中吃了不少亏，这种教训应该引民为戒，办法就是加强学习，加深了解国际法所确认的基本原则、通行惯例及发展趋势。[6]

中国的涉外法治走在了中国改革开放、法制建设的前列。《中外合资经营企业法》是“文革”结束后全国人大首次通过的经济方面的法律。由于当时还不存在其他法律，该法在一段时间内发挥了合同法、公司法、投资法、劳动法等法的作用。1985 年《涉外经济合同法》制定通过。伴随着 1986 年中国提出恢复关税与贸易总协定原始缔约方地位的申请，中国法制建设和对外开放步伐加快。上世纪 90 年代后期江泽民同志敏锐地、正确地提出并推动了走出去开放战略的确立。[7]中国的改革开放从此由开放国门到走出国门。中国加入世界贸易组织后，对外贸易和对外投资条件得到改善，中国的海外利益随之增加，也带来了如何保障中国海外利益的现实问题。胡锦涛同志指出了加快制定相关法规保护海外利益的必要性。[8]习近平同志清醒地认识到相关法治建设存在的问题：“我们在国际上基本是不设防的，也没有什么有效手段。遇到重大风险可以集中撤侨，但对活动在全球各地的我国公民和法人，我们安保能力十分有限。要说短板，这也是我们的一个突出短板”。[9]

习近平站在新的时代，立足于中华民族伟大复兴这一全局和世界百年未有之变局，坚持和发展了中国共产党的涉外法治观。十八届四中全会确立全面推进依法治国战略、明确提出加强涉外法律工作。在中央全面依法治国委员会第一次会议上，习近平指出：“中国走向世界，以负责任大国参与国际事务，必须善于运用法治。”[10]在中央全面依法治国委员会第二次会议上，习近平提出“加快涉外法治工作战略布局……要把法治应对摆在是回突出位置，用规则说话，靠规则办事，维护我国政治安全、经济安全，维护我国企业和公民合法权益”。[11]2019 年 10 月中央第十九届四中全会提出“加强涉外法治工作，建立涉外工作法务制度，加强国际法研究和运用，提高涉外工作法治化水平”。[12]2020 年 11 月中央全面依法治国工作会议“明确了习近平法治思想在全面依法治国中的指导地位”。[13]这次会议上，习近平正式提出了“坚持统筹推进国内法治和涉外法治”的伟大论断，并将涉外法治领域立法纳入中国特色社会主义法治体系之中，[14]为新时代全面推进依法治国提供了行动指南。2021 年 1 月，中共中央针印发《法治中国建设规划（2020-2025）》，将加强涉外法治工作列入建设规划。

会作《加入世界贸易组织与我国立法的有关问题》的讲座。

6 《中共中央举行国际法知识讲座》，《人民日报》1996 年 12 月 10 日 01 版。

7 《江泽民文选》（第二卷），人民出版社，第 95 页、第 105 页，第 511 页。

8 《胡锦涛文选》（第三卷），人民出版社 2016 年版，第 244 页。

9 中共中央党史和文献研究室编：《习近平关于总体国家安全观论述摘编》，中央文献出版社 2018 年版，第 218 页。

10 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 225 页。

11 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 256 页。

12 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，人民出版社 2019 年版，第 38 页。

13 郭声琨：《深入学习宣传习近平法治思想 奋力开创全面依法治国新局面》，《人民日报》2020 年 12 月 21 日第 06 版。

14 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 5 页，第 4 页。

从“涉外法律”到“涉外法治”、从“涉外法治工作”到“涉外法治”表述的这些转变，代表了习近平涉外法治观的逐步形成和完善

习近平坚持统筹国内法治和涉外法治的思想是历史必然、理论必然和现实必然，体现了依法治国的内在规律。

（二）习近平涉外法治观形成的重大意义

“世界怎么了，我们怎么办？这是整个世界都在思考的问题，也是我一起在思考的问题。”[15]习近平涉外法治观正是对这一时代之问思考的答案。习近平站在统筹国内和国际两个大局的高度，站在实现中华民族伟大复兴和全面依法治国的高度，深刻回答了为什么要全面依法治国、怎样全面依法治国这个重大时代命题。习近平同志提出“坚持统筹推进国内法治和涉外法治”这一论断意义重大。[16]

国家作为国际社会的单元，法治作为国家治理模式，理论上依法治国包括依国际法治国。[17]但国际法是一种形式或渊源概念，并不是所有的国际法规范都为一国所遵循。应予遵循的是国际法基本原则、一国承担的国际法义务。[18]对国际法是否具有普遍性的争论反映了这种现实。国家既是国际法创造者又是国际法约束对象这种双重身份决定了国际法的特点。习近平同志涉外法治观正是基于这种对国际法性质、效力和作用的准确认知而提出的一种现实论断。

学理上，人们通常认为国内法和国际法、国内法治与国际法治相对应。从表现形式和形成方式看，国内法和国际法属于两个完全不同的体系。国内法主要是由国内立法机关经由一定程序制定的反映统治阶级意志的规范，还可表现为行政法规和部门规章，在有的国家法院判决也构成国内法的一部分。国内法是一国产物，法律的执行和适用通过国内执法或司法机构进行。与国内法相反，国际法是不同国家间通过谈判达成的协议，是不同国家长期实践的产物，是国家之约，虽同样体现国家意志，但体现的不是一国意志，而是两国或多国意志，是不同国家意志的妥协。[19]国际法的实施主要通过国家自己来执行，国家间争议的解决方式通常由国家协商解决，如相关国家同意，也可以经由第三方机构裁决，但不存在强制执行机构。国际法的根本特点是主权国家平等。国际条约通过由国内相关部门负责谈判，国内立法机构予以批准，其制定、生效程序也不同于国内法。由于国内法和国际法是两个不同的体系，其适用领域也不同，国际法主要适用于国家与国家之间，国内法主要适用于一国领土范围之内。虽然法理上存在着国际法与国内法关系的一元论和二元论的争议，[20]但实践中国际法通

---

[15] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018，第 414 页。

[16] 国内有学者分析总结习近平法治思想中的国际法治观，如中国国际私法学会课题组：《习近平法治思想中的国际法治观》，载《武大国际法评论》2021 年第 1 期；柳华文：《论习近平法治思想中的国际法要义》，载《比较法研究》2021 年第 1 期。

[17] 古祖雪：《法国之法中的国际法：中国主张和制度实践》，《中国社会科学》2015 年第 10 期。

[18] 参见 车丕照：《国际法可否作为治国之法》，中国社会科学网 http://www.cssn.cn/xr/xr_xrf/xrly/201505/t20150513_1791339_2.shtml，2021 年 1 月 31 日。

[19] 参见周鲠生：《国际法》，商务印书馆 2018 年版，第 10 页；[英]詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》（第一卷第一分册），王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版；[英]马尔科姆.N.肖：《国际法》（第六版）（上），白桂梅等译，北京大学出版社 2011 年版，第 8-9 页； Rosalyn Higgins, International law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes,230 Recueil des cours 9(1991). P.38.

[20] 参见王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 177-211 页。

常不能直接在国内法律程序中适用。国内法和国际法在两个不同层面上独立适用。正是由于国内法和国际法具有的上述特点，国内法与国际法、国内法治和国际法治成为人们的一般表述方式。

习近平提出的统筹国内法治与涉外法治的思想，突破了学理上的法律形式和法律体系的局限，从国家治理和全球治理、国内法治和国际治理的角度，将国家间新型国际关系理念、国际社会多边主义治理模式和国际法治构建的国际体系紧密地联系在一起，形成一个你我互动、你中有我、我中有你的人类命运共同体。国内法治和涉外法治这一表述似乎是大概念与小概念并列，但正是这一并列体现出了习近平法治思想的问题意识、中国意识和国际意识，与建设中国特色社会主义道路和建设人类命运共同体的理念一脉相承，在国内治理和国际治理之间铺路架桥。

统筹推进国内法治和涉外法治，解决了我国法律立法、执法和适用中存在的国内事务与国际事务脱节的问题。在计划经济体制下，主要靠国家政策来治理国家。改革开放初期，为适应开放需要，我国专门制定一些涉外性法律，如《中外合资经营企业法》《涉外经济合同法》等，形成了我国治理上的法律双轨制。这种双轨制带来了一系列后果：首先，国内人、国内企业与外国人或外国企业（含合资合作企业）的待遇不平等、程序不统一，歧视本国人或者歧视外国人；其次，除专门涉外立法外，国内立法缺乏国际视野，对涉外问题关注不足，执法、司法缺乏涉外法律依据；第三，缺乏保护中国海外侨民和利益的法律；第四，缺乏针对国外损害中国利益的应对法律。正是基于这样的问题和短板，习近平指出“法治措施储备要跟上”。[21]

坚持统筹国内法治和涉外法治，突破了国内法与国际法二分的形式之制，摆脱了传统一元论和二元论之争，将国内外法治联系在一起，形成统筹之治。一般认为，国际法和国内法是两个既相互隔离又相互联系的体系。国内法治与国际法治是两个不同层级的法治，国内法治是国家一级法治，国际法治是国际一级法治。“在国际一级，法治为国家的行动提供可预测性和合法性，加强其主权平等，加强国家对其境内受其管辖的所有个人的责任。”“在国家一级，法治是国家与其管辖下的个人之间社会契约的核心所在，确保正义贯穿于社会各个层面。”[22]2005 年联合国首脑会议宣言指出，“需要在国内和国际两级全面遵守和实行法治”。[23]基于越来越多的国家和条约将国际条约排除在国内法院和审判程序之外，规定国际条约不能在国内法院或审判庭程序中授予权利或施加义务，尽管有国际条约含有要求将条约内容转化成国内法的条款，但两个层级的问题依然存在。

涉外法治是国内法治与国际法治的连接点，也是贯穿国内法治和国际法治的连接线。“涉外法治在国内法治和国际法治之间发挥着桥梁纽带作、互动融通的作用。”[24]它既是国内法治又是国际法治的一部分。涉外法律事务，既可能适用国内法解决，也可能适用国际法解决。

---

[21] 习近平：《论坚持全国依法治国》，中央文献出版社 2020，第 257 页。
[22] 联合国秘书长的报告：《伸张正义：加强国内和国际法治行动纲领》，2012 年 3 月 16 日，第 2-4 段。
[23] 联合国大会决议《世界首脑会议成果》，A/RES/60/1，2005 年 9 月 16 日，第 134 段，
[24] 黄惠康：《统筹推进国内法治与涉外法治》，载《学习时报》2021 年 1 月 27 日，第 2 版。

外国投资者通过国际投资仲裁诉东道国政府的仲裁程序，则同时适用了两种不同规则。一些国际义务，如联合国安理会作出的制裁决定，其履行需要通过国内法律程序完成。一国法治越是完善，涉外法治也相应完善。反之亦然。

涉外法治也意味着中国与其他国家之间的关系纳入法治轨道来处理，也是习近平法治思想中“坚持在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化”的要求和体现。一方面，中国缔结或加入的国际条约，是中国处理涉外事务的准绳，另一方面，在国家间不存在相应国际条约时，国内法就成为处理两国间关系的依据或出发点。在和平与发展越来越成为世界潮流，传统上一些通过战争所取得的目标正被法律手段所替代，法律战成为一种趋势和现实。“在对外斗争中，我们要拿起法律武器，占领法治制高点，敢于向破坏者、搅局者说不。”[25]“国与国之间的竞争日益激烈，归根结底是国家制度的竞争。”[26]涉外法治是国际斗争、捍卫正当权益的工具，体现了目标与手段、价值与功效的统一。

统筹国内法治和涉外法治，以中国为核心，以中国为视角，以中国为主体，以中国主权、安全和发展利益为出发点，以良法善治推动全球治理体系的完善，从而将中国利益与世界利益紧密联系在一起。坚持统筹国内法治和涉外法治，既彰显中国的国际法主体意识，彰显权利主体意识和义务主体意识，更彰显中国的中心意识，是“日益走近世界舞台的中央”的体现和要求。[27]习近平涉外法治观针对世界提出，解决世界问题，具有重要的世界意义。

二、习近平涉外法治观的特点

“坚持统筹推进国内法治和涉外法治。要加快涉外法治工作战略布局，协调推进国内治理和国际治理，更好维护国家主权、安全、发展利益。要强化法治思维，运用法治方式，有效应对挑战、防范风险，综合利用立法、执法、司法等手段开展斗争，坚决维护国家主权、尊严和核心利益。要推动全球治理变革，推动构建人类命运共同体。”[28]习近平的这一核心论述，集中体现了习近平涉外法治观的主要特点。

（一）统筹性

统筹性是习近平涉外法治观的根本特点。习近平的涉外法治这一概念是在与国内法治相统筹这一语境下提出的。它不是片面的、抽象的、孤立的，而是整体的、具体的、联系的。它与国内法治相连，是国内法治的一部分；它与国际法治相接，是通往国际法治的桥梁。它既关注国内法理，又关注国际治理；既捍卫中国利益，又促进人类利益。它既是奋斗目标，又是目标实现方法。涉外法治观提出理念、路径和模式，用法治思维、法治方式来处理内外关系和内外事务。通过立法、执法和司法三位一体，体现在利益维护、风险防范和对外斗争。

统筹就是统一筹划，统筹兼顾。统筹是一种理念，也是一种工作方法，是唯物辩证法的要求和体现。我们党和国家的领导人，从毛泽东同志到习近平同志，一起坚持统筹这一理念和方法。毛泽东的《实践论》《论十大关系》《关于正确处理人民内部矛盾的问题》等光辉著

[25] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 225 页。
[26] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 265 页。
[27] 习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《求是》2021 年第 5 期。
[28] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 5 页。

作，邓小平提出的两手抓，江泽民提出的三个代表，胡锦涛提出的科学发展观，无不体现着统筹的思想。习近平同志进一步将统筹这一理念和方法发展运用到法治建设，统筹推进国内法治涉外法治。统筹不同关系、不同利益，辩证地全面地看问题、做工作，一直是贯穿习近平同志思想和实践的指导思想。翻一翻《之江新语》中的文章标题，就会感觉到一股浓浓的统筹气息扑面而来。既要、又要，要、不要，要、还要，要、更要，越是、越要，既重、又善，这些表述无一不是统筹的要求。二人转、两只手、两只鸟、两座山、两种人等提法，[29]体现出强烈的统筹观。统筹观贯穿在“四个全面”、“全面依法治国”、“坚持处理好全面依法治国的辩证关系”中，体现在正确处理政治与法治、改革与法治、依法治国和以德治国、依法治国和依规治党的关系中，体现在坚持统筹推进国内法治和涉外法治中。

（二）涉外性

涉外法治的第二个特点是涉外性或国际性。“统筹推进国内法治和涉外法治”将国内法治与涉外法治并举，突出了涉外法治相对于国内法治的国际性，也是统筹考虑国内与国际两个大局、两个市场、两种资源和两类规则的要求与体现。国际性这一表述的字面含义是国家与国家之间，传统意义上的国际法主要是调整国家与国家间直接的相互关系（或者说边境关系），较少涉及国家对待自己国民、国家内部治理的问题。[30]当代国际法较大程度上突破了这一局限，向边境后事项扩展，如人权保护、环境保护、经济治理、反腐、透明度、法治等领域。这样的变化赋予了“国际性”这一表述更丰富的内涵。除了国与国之间的直接关系外，一国内部事务也可能成为国际性问题。我国传统意义上的涉外立法向新一代涉外立法转变，如《中外合资经营企业法》向《外商投资法》的转变，一方面是基于我国改革开放的内在要求，另一方面也是中国加入国际协定、做出国际承诺的结果。中国海外侨民和利益保护，地理意义上是一个国际性问题，国家意义上既是国内性问题又是国际性问题。国际性具有了三重含义：国与国，国内，外国。习近平涉外法治这一概念和思想正是代表了这三重含义。维护国家主权、安全、发展利益，维护国家主权、尊严和核心利益，推动全球治理变革，推动构建人类命运共同体，都具有国际性特征。“要加快构建海外安全保护体系，保障我国在海外的机构、人员合法权益。”[31]习近平的这些论述都体现出鲜明的国际性。

（三）主体性

主体性。涉外法治具有国际性的同时，表现出明显的主体性，那就是以中国为中心，统筹国内事务和国际事务，并将其纳入法治的轨道。这一点与我国全面依法治国、坚持人民主体地位一致，与坚定不移地走独立自主的道路一致。 各民族在其发展过程中都存在着调整对外关系的规则，但作为调整国际关系准则的当代国际法主要是欧洲文明的产物，并随着欧洲人的全球性扩张而应用到世界。在这一过程中，一些民族和国家或被消灭，或沦为殖民地或被殖民统治，被边缘化或外围化，欧洲“文明”国家或其殖民形成的国家主导了国际规则的发展与演变，其他国家或民族的利益没有得到充分的重视和反映，也得不到充分的保障。

[29] 参见习近平：《之江新语》，浙江人民出版社 2007 年版。
[30] 参见古祖雪：《治国之法》，载《中国社会科学》2015 年第 10 期。
[31] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 249 页。

国际规则不公正不合理，国际规则不平等适用的现象仍然大量存在。广大发展中国家的代表性和发言权没有得到充分体现和保障，文化偏见、宗教偏见、制度偏见、意识形态偏见、民族偏见依然存在甚至有时表现得非常剧烈。涉外法治观就是中国作为一个主体，站在中国的角度，从中国利益出发，从发展中国家利益出发，推动国际社会共同规则的形成与发展，使之朝着更加公正合理的方向发展。涉外法治观是处理国际关系的中国方案，是国际法治的中国方案。“要把法治应对摆在更加突出位置，用规则说话，靠规则行事，维护我国政治安全、经济安全，维护我国企业和公民合法权益。”“国际社会应该按照各国共同达成的规则和共识来治理，而不能由一个或几个国家来发号施令。”[32]“必须坚持为我所主、为我所用，认真鉴别、合理吸收”。[33]“对不公正不合理、不符合国际格局演变大势的国际规则、国际机制，要提出改革方案，推动全球治理变革，推动构建人类命运共同体。”[34]“把握国际形势要树立正确的历史观、大局观和角色观……所谓正确角色观，就是不仅要冷静分析国际现象，而且要把自己摆进去，在我国同世界的关系中看问题，弄清楚在世界格局演变中我国的地位和作用，科学制定我国对外方针政策。”[35]习近平涉外法治观的主体性非常明显。国内亦有学者指出，法治包括国内法治和涉外法治，体现了中国的立场和本位。[36]

（四）时代性

时代性。“世界怎么了，我们怎么办？这是整个世界都在思考的问题，也是我一起在思考的问题。”[37]习近平涉外法治观正是对这一时代之问的时代答案。习近平法治思想代表了中国共产党法治思想的最新成果，标志着对共产党执政规律、社会主义建设规律、人类社会发展规律认识的新高度。[38]作为国家治理方式，法治提供现实问题的解决方案，法治思想则是基于历史经验和未来判断的现实思考。建立在传承中华优秀传统法律文化基础上，总结中国革命、建设和改革的丰富经验，同时借鉴国国外法治有益成果，习近平法治思想把握时代脉搏，与时俱进。中华民族伟大复兴之全局和世界百年未有之大变局，为习近平法治思想和涉外法治观提供了时代舞台。中国加入世界贸易组织后经济发展并成为世界第二大经济体，原来推动经济全球化发展的发达经济体呈现出“去全球化”倾向，美国对中国发起贸易战，越来越多的中国企业被列入制裁名单，中国企业特别是领先企业在海外市场遭到一系列的排挤，中国的发展成就、模式和空间需要通过制度性安排更好地保障。所有这些，迫切需要中国提出中国的方案。“中国方案是：构建人类命运共同体，实现共赢共享。”[39]习近平涉外法治观正是基于中国发展阶段和世界发展形势提出的全面依法治国和构建人类命运共同体思想的重要组成部分。

---

[32] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 256-257 页；习近平：《让多边主义的火炬照亮人类前行之路》，《人民日报》2021 年 1 月 26 日 02 版。
[33] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 111 页。
[34] 习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《求是》2021 年第 5 期，第 14 页。
[35] 习近平：《习近平谈治国理政》（第三卷），外文出版社 2020 年版，第 427-428 页。
[36] 柳华文：《论习近平法治思想中的国际法要义》，载《比较法研究》2021 年第 1 期，第 9 页。
[37] 习近平：《论坚持推动人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 414 页。
[38] 栗战书：《习近平法治思想是全面依法治国的根本遵循和行动指南》，载《求是》2021 年第 2 期。。
[39] 习近平：《论坚持推动人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 416 页。

（五）实践性

实践性。实践是检验真理的惟一标准。人的正确思想也只能从社会实践中获得。实践是法律的基础，法律要随着实践发展而发展。法律的生命力和权威在于实施。习近平的法治思想和涉外法治观源于现实问题、基于现实实践，提出现实方案。习近平从地方领导到执政党领导人和国家领导人具有丰富的从政实践，在地方任职推动“四下基层”、“法治安村”、“法治浙江”，担任党和国家领导人后提出并推动全面依法治国、依法执政、依宪执政、依法行政，体现出一以贯之的实践性。这种实践性具有充分的现实性。习近平法治思想的提出和实施连为一体，不是离开现实工作而空谈远大理想。这完全不同于囿于象牙之塔的学者想象、具有浪漫情怀的乌托邦。习近平曾经明确指出：“书呆子”现象要不得。“要充分考虑生动的实际生活和现实的确切真实，注重研究新情况，认真分析新问题，积极寻求新对策，努力做到知行合一，理论联系实际，实实在在地做事情，尽心尽力地干工作，而不是热衷于追求热闹，只摆花架不种花，只摆谱架不弹琴。”[40]实践性也蕴含着规律性。习近平提出并推动构建人类命运共同体思想，是对人类社会发展规律的总结，“一带一路”建设则是这一思想的践行平台。习近平涉外法治观的这种实践性，具有巨大的物质力量，已经产生并必将产生更大的实际效果。

（六）防范性

从加强涉外法律体系建设到加快涉外法治工作布局，深刻地体现出习近平对涉外法治认识的深化。2014 年 10 月《中共中央关于全面依法治国基于重大问题的决定》提出加强涉外法律工作，重心主权在于法律法规体系，依法处理涉外事务，加强涉外法律服务，促进国际合作，没有强调风险防范和挑战应对。2019 年初习近平提出加快涉外法治布局时，重点针对一些国家打着“法治”幌子的霸权行径。“有的西方国家以国内法名义对我国公民、法人实施所谓的‘长臂管辖’，在国际规则上是站不住脚的，但他们执意要这样做，我们必须综合运用政治、经济、外交、法治等多种手段加以应对。”“法治措施储备要跟上。针对西方国家打着‘法治’幌子的霸权行径，要加强反制理论和实践研究，建立阻断机制，以法律的形式明确我国不接受任何国家的‘长臂管辖’。要加快推进我国法域外适用的法律体系建设，为我国涉外法律执法、司法活动提供法律依据。”[41]“我们要统筹国内国际两个大局、发展安全两件大事，既聚集重点、又统揽全局，有效防范各类风险连锁联动。”[42]可以说，习近平涉外法治观是法治斗争这一战线的指针。“有步骤、分阶段加快推进涉外领域立法，积极参与对国际法和国际规则、国际机制制定和改革的研究，为应对挑战、防范风险、反制打压提供法治保障。”[43]

统筹性、涉外性、主体性、时代性、实践性和防范性这六大特征，本身也是一个统筹的整体的关系，密切联系在一起，各有侧重、相互支持、相互补充、相互包容。习近平涉外法治观，在内容、目标、方法、领域、主体、现实等方面，都具有丰富的内容。可以说，习近

[40] 习近平：《之江新语》，浙江人民出版社 2007 年版，第 271 页。
[41] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 256、257 页。
[42] 习近平：《习近平谈治国理政》（第三卷），外文出版社 2020 年版，第 222 页。
[43] 栗战书：《习近平法治思想是全面依法治国的根本遵循和行动指南》，载《求是》2021 年第 2 期。

平涉外法治是时代召唤、实践真知、人类情怀、中国表达的集大成。

三、国家主权、安全、发展利益-习近平涉外法治观的核心要义

（一）和平与发展的时代主题

从前述习近平法治思想涉外法治观的形成及特点可以看出，习近平涉外法治观是统筹推进国内法治和涉外法治方略的组成部分，是立足中国的国际法治表达。捍卫国家主权、安全和发展利益这一主题贯穿于习近平涉外法治观之中。这一主题又与和平与发展这一时代主题紧密相关。

习近平一直坚持和平和发展这一时代主题的判断，并将其作为治国理政的出发点和落脚点。“我们坚信，和平与发展的时代主题没有改变，世界多极化和经济全球化的时代潮流也不可能逆转。我们要为人民福祉着想，秉持人类命运共同体理念，用实际行动建设美好世界作出就有贡献。”[44]可以说，合作共赢的新型国际关系、共商共建共享的全球治理、国际法治基础上命运共同体建设，都以习近平的这一时代主题认知为基础。习近平在概括新时代中国特色社会主义外交思想时指出，“坚持以维护世界和平、促进共同发展为宗旨推动构建人类命运共同体……坚持要相互尊重、合作共赢为基础走和平发展道路，坚持以公平正义为理念引领全球治理体系改革，坚持以国家利益为底线维护国家主权、安全、发展利益”。[45]

“纵观人类历史，世界发展从来都是各种矛盾相互交织、相互作用的综合结果。”[46]和平与发展的时代主题与维护国家主权、安全、发展利益是相互联系的。在国际社会仍然由国家作为基本构成单位的当下，国家主权、安全、发展利益，既是促进世界和平与发展的核心要求，又是促进世界和平与发展的必要保障。“没有和平，中国与世界都不可能顺利发展； 没有发展，中国和世界也不可能有持久和平。”“中国走和平发展之路，其他国家也都要走和平发展道路，只有各国走和平发展道路，各国才能共同发展，国与国才能和平相处”。[47]维护国家主权、安全、发展利益，成为习近平法治思想观的应有之义。

（二）国之为国的主权

主权，作为国之为国的权利，代表着生存、独立、平等和尊严。邓小平曾使用“国权”这一表述，[48]以表明国家主权的重要性。

国家这一称谓，可以从不同角度来理解。从内部去理解，人民、领土、政权、对外交往能力，是构成国家的四个要素。多种国家起源理论说法反映的主要是内部国家观，如自然说（亚里士多德），武力说（黑格尔、尼采），神权说（圣奥古斯丁），君权神授论（博丹），社会契约论（霍布斯、洛克、卢梭）。[49]恩格斯的观点最有代表性：“国家是社会在一定发展阶段上的产物；国家是承认：这个社会陷入了不可解决的自我矛盾，分裂为不可调和的对立面

---

[44] 习近平：《守望相助共克疫情 携手同心推进合作》，载《人民日报》2020 年 11 月 18 日第 2 版。
[45] 习近平：《论坚持构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 538 页。
[46] 习近平：《论坚持构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 539 页。
[47] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 2-3 页。
[48] 《邓小平文选》（第二卷），人民出版社 1994 年版，第 331、348 页。
[49] [美]利昂.P.马拉达特著：《意识形态起源和影响》（第 10 版），张慧芝、张露璐译，世界图书出版公司 2010 年版，第 53-58 页。

而又无力摆脱这些对立面……这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会相异化的力量，就是国家。”[50]从外部理解，国家就是占据地球一定表面面积的政治实体，如中国和美国。在这个地球上存在着许多国家，就产生了国家与国家之间的外部关系。正是这种内部和外部关系共同塑造了国家这类实体。

国家这一组织很早就存在，调整国家间关系的一些规则也早就存在。但现代意义上的国家认知，则要归于荷兰国际法学者格老秀斯创设的国际法理论和 1648 年欧洲三十年战争形成的《威斯特伐利亚和约》，以及让博丹的主权理论。在此之前的欧洲中世纪，神权高于君权。1077 年曾经出现过德国国王携妻和 2 岁幼子雪地里向教皇下跪的“卡诺莎屈辱”。[51]《威斯特伐利亚和约》创建了国家主权和平等原则。“威斯特伐利亚和约签订后，国家的性质起了很大的变化。国家意味着固定的领土，它不再是国王的世袭财产，而是公法上的一个实体，这个实体既区别于主权者，也区别于由议会所代表的那些个人，而成为统治阶级的工具。”[52]《联合国宪章》再次确认了国家主权平等原则，并成为当今国际社会遵循的基本原则。上世纪五十年代中国与其他亚洲非洲国家提出的和平共处五项原则与联合国宪章确立的原则相一致。

原则上和法律上的平等不等于现实中的平等。一国的平等权还需要一国去捍卫。自鸦片战争以来，中国仁人志士一直为中国的独立与平等而奋斗。维护国家主权，一直是中国共产党和中国人民的奋斗目标。邓小平同志在谈及中苏关系恶化的原因时曾经指出，“真正的实质问题是不平等，中国人感到受到屈辱”。[53]在中国的发展过程中，政治强权、霸凌主义、单边主义依然存在甚至有时呈现出非常剧烈的方式，对中国和平发展造成了极大的不正当的干扰，美国发起的中美贸易战就是一个提醒。可以看出，捍卫国家主权、安全和发展利益，既是建设现代化强国的重要手段，也是目的本身。

习近平对国家主权和主权平等有明确的论述。 “主权是国家独立的根本标志，也是国家利益的根本体现和可靠保证。主权和领土完整不容侵犯，各国应该尊重彼此核心利益和重大关切。这些都是硬道理，任何时候都不能丢，任何时候都不应动摇。”[54] “主权原则不仅体现在各国主权和领土完整不容侵犯、内政不容干涉，还应该体现在各国自主选择社会制度和发展道路的权利应当得到维护，体现在各国推动经济社会发展、改善人民生活的实践应当受到尊重。”[55]习近平进一步揭示了国家主权平等的重要性和深刻内涵：“主权平等，是数百年来国与国规范彼此关系最重要的准则，也是联合国及所有机构、组织共同遵循的首要原则。”[56]“主权平等，真谛在于国家不分大小、强弱、贫富，主权和尊严必须得到尊重，内政不容干涉，都有权自主选择社会制度和发展道路……新形势下，我们要坚持主权平等，推

[50] 《马克思恩格斯选集》（第四卷），人民出版社 2012 年版，第 187 页
[51] [日]阿部谨也：《极简德国史》，陈云译，东方出版中心 2018 年版，第 15 页。
[52] 李家善：《国际法学史新论》，法律出版社 1987 年版，第 44 页。
[53] 《邓小平文选》（第三卷），人民出版社 1993 年版，第 295 页。
[54] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 130-131 页。
[55] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 254 页。
[56] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社 2017 年版，第 539 页。

动各国权利平等、机会平等、规则平等。”[57]“各国主权范围内的事情只能由本国政府和人民去管。”[58]“各国应该尊重彼此主权、尊严、信封完整，尊重彼此发展道路和社会制度，尊重彼此核心利益和重大关切。”[59]全球化成为一种客观现实和趋势。世界需要加强联系，需要在进一步开放中完善自己，但开放不是无条件的。习近平进一步指出了开放与国家主权的关系，也指出了中国开放政策与捍卫主权的关系：“开放需要尊重各国主权和领土完整，照顾各方舒适度，不强人所难，不干涉他国内政。开放还需要循序渐进、先易后难、以点带面、积少成多……”[60]

以互联网为代表的新一代技术革命，对社会治理、国家治理和全球治理带来了新的问题和挑战。一方面，由于技术发展不平衡，发达国家与发展中国家之间出现了技术鸿沟，进一步扩大发展鸿沟；另一方面，在网络治理存在着不同的主张，但无论是美国的自由传输观还是欧盟的隐私保护观，都掩盖了网络治理领域中最根本的主权问题。习近平正确指出国家主权对网络领域的适用性，主张尊重网络主权，并尊重各国的网络治理道路：“尊重网络主权。《联合国宪章》确立的主权平等原则是当代国际关系的基本准则，覆盖国与国交往各个领域，其原则和精神也应该适用于网络空间。我们应该尊重网络发展道路、网络管理模式、互联网公共政策和平等参与国际网络空间治理的权利，不搞网络霸权，不干涉他国内政，不从事、纵容或支持危害他国国家安全的网络活动。”[61]各种犯罪分子利用网络从事犯罪活动，表明网络不是法外之地。“网络空间不是‘法外之地’。网络空间是虚拟的，但运用网络空间的主体是现实的。”[62]网络黑客、美国面向全球的网络监控、巨型网络公司随意查封用户的账号和信息，都表明网络安全的重要性。国与国之间的竞争，不可避免地延伸到网络安全领域，特别是大国之间。“大国网络安全博弈，不单是技术博弈，不是理念博弈、话语权博弈。”[63]网络安全需要用法律来规制。“不论是商业窃密，还是对政府网络发起黑客攻击，都应该根本相关法律和国际公约予以坚决打击。维护网络安全不应有双重标准，不能一个国家安全而其他国家不安全，一部分国家安全而另一部分国家不安全，更不能牺牲别国安全谋求自身所谓绝对安全。”[64]习近平提出倡导尊重网络主权、构建网络安全空间共同体，既提出了新时期国家安全的最新挑战，又指出了解决问题的出路，越来越赢得更多国家和人民的赞同。

维护国家主权和领土完整，依然是中国面临的艰巨重任。捍卫国家主权和领土完整，就是要坚持一个中国原则。坚持一个中国原则，既是中国大陆与台湾两岸关系的政治基础，也是处理香港、澳门特别行政区的法律基础。 “中国人的事要由中国人来决定。台湾问题是中国的内政，事关中国核心利益和中国人民民族感情，不容任何外来干涉。”[65]“世界上只

[57] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社 2017 年版，第 539 页。
[58] 习近平：《习近平谈治国理政》（第一卷），外文出版社 2018 年版，第 274 页。
[59] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社 2017 年版，第 511 页。
[60] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 167 页。
[61] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社 2018 年版，第 532-533 页。
[62] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 306 页。
[63] 习近平：《在网络安全和信息化工作座谈会上的讲话》，载《人民日报》2016 年 4 月 26 日。
[64] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 305 页。
[65] 习近平：《习近平谈治国理政》（第三卷），外文出版社 2020 年版，第 410 页。

有一个中国，坚持一个中国原则是公认的国际关系准则，是国际社会普遍共识”。[66]但反动、敌对势力蠢蠢欲动、肆意挑衅。香港“修例风波”所引起的混乱，极大地破坏了香港地区和整个中国的安全与稳定，西方一些势力针对中国立法机关通过的《香港特别行政区国家安全法》采取的一系列倒行逆施，是香港回归以来对国家安全提出的最大挑战。习近平指出：“任何危害国家主权安全、挑战中央权力和香港特别行政区基本法权威、利用香港对内地进行渗透破坏的活动，都是对底线的触碰，都是绝不能允许的。”[67]“香港持续发生的激进暴力犯罪行为，严重践踏法治和社会秩序，严重破坏香港繁荣稳定，严重挑战‘一国两制’原则底线……中国政府维护国家主权、安全、发展利益的决心坚定不移，贯彻‘一国两制’方针的决心坚定不移，反对任何外部势力干涉香港事务的决心坚定不移。”[68]国家统一是任何势力都不可触碰的底线。

国家是人类文明的产物。在如何对待国家这个问题上，始终存在着不同的认识，存在着不同的建设主张，当与经济管理联系一起时更是如此。概而言之，这些认识和主张可以分为两大类：一类认为国家是与人民利益对立，应当予以防范，主张小政府；一种认为国家是为人民谋利的，应当予以维护，主张大政府。亚当斯密“无形的手”更体现出第一类理论：“每一个人，在他不违反正义的法律时，都应听其完全自由，让他采用自己的方法，追求自己的利益，以其劳动及资本和任何其他人或其他阶级相竞争。这样君主们就被完全解除了监督私人产业、指导私人产业、使之最适合于社会利益的义务。”[69]李斯特更多地代表了第二类思想：“个人主要依靠国家并在国家范围内获得文化、生产力、安全和繁荣，同样地，人类的文明只有依靠各个国家的文明和发展才能设想，才有可能。”[70]经济制度史学家诺思从交易费用的角度看到了国家在经济发展中的作用：“国家作为第三方，通过发展一套非个人的法律实施可以降低交易费用。由于法律的发展是一种公共产品，便具有与之有关的重要规模经济。如果有一套法律存在，谈判和履行的费用便可大大减少，因为基本的交易规则早已清楚。”[71]习近平正确指出了处理两类关系的原则：“在市场作用和政府作用的问题上，要讲辩证法、两点论，‘看不见的手’和‘看得见的手’都要用好，努力形成市场作用和政府作用有机统一、相互补充、相互协调、相互促进的格局，推动经济社会持续健康发展。”[72]

国家主权，作为国之为国的权利，是一个国家存在的资格和统治能力，对内表现为最高统治权，对外表现为独立权。如果一国失去了主权，该国就事实上或法律上灭亡了。苏联和南斯拉夫解体、分裂为许多国家，叙利亚、索马里等国的混乱使之不能真正享有主权。捍卫国家主权就成为一国及其人民的神圣使命。中国也是如此。中国目前还没有实现真正的统一，一些分裂势力还在蠢蠢欲动，国际上也存在着破坏中国统一、中国稳定的动作。中国越是发

---

[66] 习近平：《习近平谈治国理政》（第三卷），外文出版社 2020 年版，第 409 页。
[67] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社 2017 年版，第 435 页。
[68] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 123 页。
[69] 亚当·斯密：《国富论》（下），郭大力、王亚南译，商务印书馆 2014 年版，第 258 页。
[70] 李斯特：《政治经济学的国民体系》，陈万煦译，商务印书馆 1961 年版（2017 年重印），第 171 页。
[71] 道格拉斯·C.诺思：《经济史上的结构与变革》，厉以平译，商务印书馆 1992 年版（2013 年重印），第 44 页。
[72] 习近平：《习近平谈治理政》，外文出版社 2014 年版，第 116 页。

展，这种限制中国发展的阻力都越大，或表现为一国的肆意破坏，或表现为多国的联合施压。中国维护国家主权的任务艰巨而道远。“任何外国不要指望我们会拿自己的核心利益做交易，不要指望我们会吞下损害我国主权、安全、发展利益的苦果。”[73]

（二）国家总体安全观和全球新安全观

在我国，在一段时间内，国家主权、安全，主要是指维护国家主权、政权安全和领土完整，这些依然是捍卫主权所必须坚持的要素。同时，经济主权实质上是国家主权的组成部分，是维护国家政治独立的经济基础，在殖民统治的情况下被掩盖了。殖民地国家独立后，主张国家对自然资源的永久主权、建立国际经济新秩序就成为发展中国家的基本诉求。近代以来中国相继遭受列强侵略和封锁。中国入世后经济发展以及随之而来的国外对中国发展的干扰，使中国发展利益、发展空间、发展权这一问题凸显，主权、安全和发展利益变成紧密相连的整体。[74]习近平涉外法治观强化了对国家主权、安全、发展利益的认识，赋予了国家主权、安全和发展利益更丰富的内涵。

习近平对内提出国家总体国家安全观，深刻地、敏锐地、正确地指出了当今世界国家安全的变化和特点。“当前我国国家安全内涵和外延比历史上任何时候都要丰富，时空领域比历史上任何时候都要宽广，内外因素比历史上任何时候都要复杂，必须坚持总体国家安全观。”[75]在通讯和运输为代表的新技术革命影响下，传统意义上的战争与非战争、前方和后方、军用物品和民用物品的区别越来越小、越来越难于辩证、越来越相互联系在一起，影响国家安全的手段和技术越来越多、影响越来越大，传统国家安全观亟须与时俱进。总体国家安全观，“以人民安全为宗旨，以政治安全为根本，以经济安全为基础，以军事、文化、社会安全为保障，以促进国际安全为依托”。[76]政治安全这一概念的提出，发展了传统意义上的国家主权与安全。坚持社会主义道路，坚持中国共产党的领导，坚持人民民主专政这一国体和全国人民代表大会这一政体，坚持政治协商、坚持民族区域自治，直接关系到我国的主权与安全。“坚持把政治安全放在首要位置，维护政治安全和制度安全，更加积极主动做好各方面工作。”[77]2015 年全国人大常委会通过了反映总体国家安全观的新《国家安全法》，并提出坚持法治原则维护国家安全，代表着法律上总体国家安全观的确立。[78]2016 年《网络安全法》、2020 年《出口管制法》《生物安全法》都贯彻了总体国家安全观。《网络安全审查办法》《不可靠实体清单规定》《外商投资安全审查办法》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》，标志着总体国家安全观的进一步落实。

总体国家安全观提出以促进国际安全为依托。习近平同志对外提出了新安全观，这就是

---

[73] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 3 页。
[74] 《胡锦涛文选》（第三卷），人民出版社 2016 年版，第 238 页。
[75] 习近平：《习近平谈治国理政》，外文出版社 2014 年版，第 200 页。
[76] 习近平：《习近平谈治国理政》，外文出版社 2014 年版，第 201 页。
[77] 《坚定改革信心汇聚改革合力推动新发展阶段改革取得更大突破》，《人民日报》2020 年 12 月 31 日第 1 版。
[78] 1993 年全国人大常委会通过《国家安全法》，主要涉及反间谍等方面的国家安全，该法被全国人大常委会 2014 年通过的《反间谍法》废止。

“共同、综合、合作、可持续”的安全观。[79]这一新安全观是对江泽民提出的新安全观的继续和发展。江泽民针对以军事联盟为基础、以加强军备为手段的旧安全观，提出了互信、互利、平等、协作的新安全观。[80]习近平的新安全观更富有时代特色和实践价值，针对冷战思维和零和博弈，针对经济全球化和技术进步，将安全与发展联系起来，将完善全球治理联系起来，将建立新型国际关系联系起来，建立一个共商共建共享、互利共赢的新世界，将国际安全与人类命运共同体联系起来。“安全问题确实是事关人类前途命运的重大问题，必须引起各国和国际社会高度重视。”[81]“当今世界，没有一个国家能实现脱离世界安全的自身安全，也没有建立在其他国家不安全基础上的自身安全。”[82]在新的时期，“安全问题的联动性更加突出”，“安全问题的跨国性更加突出”，“安全问题的多样性更加突出”。[83]安全的目标是共同安全，不是某一国或某几国的安全，是普遍的、平等的、包容的；安全应是综合性的，涵盖了各方面的安全，包括传统安全和非传统安全；实现这一安全的最好方法是相互合作，扩大合作领域、创新合作方式，以合作谋和平、以合作促安全；安全要有持续性，以发展和安全并重实现持久安全。[84]

习近平不仅提出新安全观、全球安全观，而且推动全球安全的规则之治，成为涉外法治观的一部分。“完善全球安全治理体系，需要各国政府和国际组织及专门力量发挥积极作用，也需要社会各方面共同参与，不断提高全球安全治理的整体性和协同性。各国政府和政府间国际组织要承担巡察使治理的主体责任，同时要鼓励非起夜组织、跨国公司、民间社会积极参与，形成安全治理合力。”“国和国之间开展执法合作，既要遵守两国各自的法律规定，又要确保国际法平等统一适用，不能搞双重标准，更不能合则用、不合则弃……要坚持和维护联合国宪章以及国际刑警组织章程，认真履行打击跨国犯罪公约和反腐败公约，不断完善相关国际规则，确保国际秩序公正合理、人类社会公平正义。”[85]

（三）新发展理念与发展权

统筹思想是习近平思想的重要内核之一，包括统筹推进国内法治与涉外法治，统筹安全和发展。“坚持统筹发展和安全，坚持发展和安全并重。”[86]“安全和发展是一体之两翼、驱动之双轮。安全是发展的保障，发展是安全的目的。”[87]“实现各国共同安全，是构建人类命运共同体的题中应有之义。促进和平与发展，首先要维护安全稳定；没有安全稳定，就谈不上和平与发展。”[88]党的十九届五中全会审议通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》首次把统筹发展和安全纳入“十四五”

[79] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 111 页，第 131 页。
[80] 《江泽民文选》（第二卷），人民出版社 2006 年版，第 313 页。
[81] 习近平：《习近平谈治国理政》（第三卷），外文出版社 2020 年版，第 484 页。
[82] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 208 页。
[83] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 483-484 页。
[84] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 111-114 页。
[85] 习近平：《习近平谈治国理政》（第三卷），外文出版社 2020 年版，第 486 页。
[86] 《坚定改革信心汇聚改革合力推动新发展阶段改革取得更大突破》，《人民日报》2020 年 12 月 31 日 01 版。
[87] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 308 页。
[88] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 483-484 页。

规划中。统筹安全和发展，是习近平新发展观的组成部分，核心是新发展理念和发展权。

在总结国内外发展的经验教训、分析国内外发展大势的基础上，习近平同志提出了新发展理念，这就是“创新、协调、绿色、开放、共享”这五大发展理念。[89]新发展理念寻找发展动力，解决发展不平衡，协调人与自然的关系，解决发展的内外联动，解决社会公平正义。这一新发展理念，既面向国内，又面向世界，与总体安全观和新安全观相辅相成，极大拓展和丰富了发展利益。习近平的新安全观和新发展理念，被全国人民代表大会纳入宪法。2018年宪法修订增加了“贯彻新发展理念”、“社会文明、生态文明”协调发展，“坚持和平发展道路，坚持互利共赢开放战略”，并增加了“推动构建人类命运共同体”这一光辉思想。

中国始终高举和平、发展、合作、共赢的旗帜，发展对外关系。和平发展观是历史经验和探索实践的结果，具有深厚的文化基础和实践基础。 “和平发展道路，是中国共产党根据时代发展潮流和我国根本利益作出的战略抉择。”“走和平发展道路，是中华民族优秀文化传统的传承和发展，也是中国人民从近代以后苦难遭遇中得出的必然结论。”[90]意识到和平与发展仍然是时代主题，和平发展大势不可逆转，认识到中国发展与世界各国发展的相互促进、相互依赖关系，中国愿意同其他国家分享中国发展的成果，以进一步促进中国和世界的发展。

发展是硬道理。中国发展的经验对其他国家特别是发展中国家具有借鉴意义。“发展是第一要务，适用于各国。”[91]但世界各国发展不平衡，特别是发达国家与发展中国家之间发展鸿沟仍然存在并呈扩大趋势。在和平发展的基础上，习近平提出了合作发展、互利共赢的发展模式和发展目标。“只有相互合作、互利共赢，才有做大共同利益蛋糕，走向共同繁荣。”[92]“坚持公平包容，打造平衡普惠的发展模式……发展的目的是造福人民。要让发展更加平衡，让发展机会更加均等、发展成果人人共享，就要完善发展理念和模式，提升发展公平性、有效性、协同性。”[93]目前存在的逆全球化思潮，部分原因是发展不平衡、不包容造成的。发展红利没有扩及到不同国家、为同阶段享有。习近平提出的发展理念和模式，不是零和博弈，不是以邻为壑，不是赢者通吃，不是通过贸易战两败俱伤，而是共商共建共享，建设利益共同体。“中国是世界上最大的发展中国家，走的是和平发展、开放发展、合作发展、共同发展的道路。我们永不称霸，不扩张，不谋求势力范围……为中国经济发展开辟空间，为世界经济复苏和增长增添动力。”[94]

习近平的发展理念内涵极为丰富，既聚焦国内发展，又推进国际发展；既关注经济发展，也促进社会、政治多方面发展。发展道路最为重要。如果路走错了，迎来的可能是不归路。道路选择决定着发展方向。“道路选择，关键要符合国情……在发展道路的探索上，照搬没有出路，模仿容易迷失，实践才出真知。一个国家的发展道路，只能由这个国家的人民，依

[89] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社 2017 年版，第 197 页。
[90] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 1 页。
[91] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 420 页。
[92] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 215 页。
[93] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 406-407 页。
[94] 习近平：《习近平在第七十五届联合国大会一般性辩论上的讲话》，载《人民日报》2020 年 9 月 23 日第 3 版。

据自己的历史传承、文化传统、经济社会发展水平来决定。”[95]“每一个国家都有发展权利，同时都应该在更加广阔的层面考虑自身利益，不能以损害其他国家利益为代价。”[96]“我们要尊重各自选择的发展道路，不把自己的意志强加给对方。”[97]

习近平提出新发展观，与中国面临的国际形势是紧密相关的。中国经济快速发展，引来了一些国家的担心，针对中国发展的各种舆论和措施相继而来，想方设法影响中国的发展机遇和发展空间。习近平一方面向其他国家答疑解惑，另一方面提出“要维护发展机遇和发展空间”。[98]“中国决不会以牺牲别国利益为代价来发展自己，也决不放弃自己的正当权益，任何人不要幻想让中国吞下损害自身利益的苦果。”[99]正是基于这种理念，习近平进一步发展了涉外法治观。针对西方国家利用国内法对中国公民、法人实施的所谓“长臂管辖”，要综合运用政治、经济、外资、法治等多种手段加以应对，把法治应对摆在更加突出位置，用规则说话，靠规则行事，维护我国政治安全、经济安全，维护我国企业和公民合法权益。反制西方国家打着“法治”幌子的霸权行径。[100]加快涉外法治工作战略布局，协调推进国内治理和国际治理，更好维护国家主权、安全、发展利益。[101]

四、构建人类命运共同体-习近平涉外法治观的人类追求

人类命运共同体是习近平涉外法治观对于人类社会发展前途的集中体现，是习近平时代之问的核心答案。人类命运共同体这一理念，内涵丰富、系统性强。它可以分为四个相互联系又各有侧重的部分：人类社会的价值追求，合作共赢的新型国际关系，共商共建共享的全球治理体系，多边规则基础上的国际法治。这四个方面相辅相成、四位一体。第一部分是目标，后三个部分是途径。命运共同体是全人类发展的规律和目标，它超越了地域、种族、宗教、文化、国家、发展阶段等界限，是全球化新时代的准确写照和未来发展方向。要实现这种超越国家和民族的全人类目标，要基于国际社会存在国家和民族这一现实，在国家之间建立合作共赢的新型国际关系，摒弃旧的弱肉强食的丛林规则。在双边新型国际关系基础上，调动各方面的力量，包括政府、企业、社会等，基于共商、通过共建，实现共享，促进全球性治理。这种全球性治理，应凝聚各民族共识，建立在国际法治之上。国内学者指出，人类命运共同体理念对中国参与全球治理体系变革具有重要价值，有助于促进对中国与世界关系的认知，提升中国国际话语权和话语能力，推动中国所主张的国际关系法治化。[102]

（一）作为人类社会价值的命运共同体

“人类命运共同体，顾名思义，就是每个民族、每个国家的前途命运都紧紧地联系在一起，应该风雨同舟，荣辱与共，努力把我们生于斯、长于斯的这个星球建成一个和睦的大家庭，把世界各国人民对美好生活的向往变成现实。”[103]

---

[95] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 316-317 页。
[96] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 405 页。
[97] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 297 页。
[98] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 444 页。
[99] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 4491-492 页。
[100] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 256-257 页。
[101] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 5 页。
[102] 参见 张辉：《人类命运共同体：国际法社会基础理论的当代发展》，载《中国社会科学》2018 年第 5 期。
[103] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 510 页。

建立新型国际关系、构建人类命运共同体这一伟大构想，是习近平涉外法治观的重要组成部分。构建人类命运共同体这一理念，与中国等亚非国家于上世纪五十年代在印度尼西亚万隆提出的和平共处五项原则一样，是中国对国际社会提供的另一中国智慧和中国方案。“六十多年前，我们提出和平共处五项原则 ，得到国际社会广泛认同，成为国际关系基本准则 和国际法基本原则。党的十八大以来，我们提出推动构建人类命运共同体的理念，受到各方普遍欢迎和高度评价，被载入联合国一系列决议。我们要乘势而上、顺势而为，坚定维护以联合国宪章宗旨和原则为核心的国际秩序和国际体系，为全球治理体系改革和建设贡献中国智慧和中国方案。”[104]命运共同体是对当今世界基于信息通讯交通的全球化的准确把握，国际社会越来越成为你中有我、我中有你的命运共同体。2020 年全球暴发的新冠疫情，再次确认了这一伟大论断。

“推动构建人类命运共同体”这一思想被写入中国共产党党章、纳入中国宪法，体现出这一思想的重要性和根本性。这一思想源自中国传统文化，发自中国时代担当。构建人类命运共同体的思想，是中国传统文化的现代化。 “有朋自远方来，不亦乐乎”，“四海之内皆兄弟也”。中国古人提出的小康社会和大同世界思想，依然激励着人们为实现对美好生活向往而奋斗。全面建成小康社会、建设社会主义强国是我们四个全面战略布局的一部分。这种天下大同思想，深深地浸透在中国文化中。习近平同志指出，“几千年来，和平融入了中华民族的血脉中，刻进了中国人民的基因里”。[105]习近平同志 2016 年在哲学社会科学工作座谈会上发表讲话时曾援引过宋朝张载的《横渠语录》，“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平”。[106]可以说，构建人类命运共同体是中华文化处世之道和治理理念的时代之音。

构建人类命运共同体的思想，也是对现实反思和实践指引。回顾一下人类历史，特别是近一百多年的历史，大大小小的战争不断，两次世界大战更使人类遭遇劫难，对和平的向往更为强烈，但通向和平之路却不平坦，和平缔造方法仍在探索之中。第二次世界大战后的“冷战”，“冷战”结束后的新冲突，无时不在提醒着人们和平的不易。以中国共产党人为代表的中国人民也时刻没有忘记自己的建设和平之责。胡锦涛同志曾基于中国和谐文化提出建立和谐世界的主张，倡导各国和谐相处。[107]面对不确定性的当代世界，面对着世界怎么了的彷徨，习近平提出的明确的答案。“中国方案是：构建人类命运共同体，实现共赢共享”。[108]可以说，习近平同志提出的“构建人类命运共同体”则是世界未有之变局、中国新发展阶段促进世界和平与发展的中国方案，是习近平涉外法治观的根本核心。

人类命运共同体思想，凝结了全人类共同价值。2015 年习近平在联合国大会发言时指出，“和平、发展、公平、正义、民主、自由，是全人类的共同价值，也是联合国的崇高目

104 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 276 页。
105 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 423 页。
106 习近平：《在在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》，载《人民日报 》，2016 年 05 月 19 日第 2 版。
107 《胡锦涛文选》（第二卷），人民出版社 2016 年版，第 445 页，第 516 页，第 650 页。
108 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 416 页。

标。目标远未完成，我们仍须努力。”[109]2020 年全球面对新冠疫情，习近平在联合国大会讲话时再次指出，“让我们团结起来，坚守和平、发展、公平、正义、民主、自由的全人类共同价值，推动构建新型国际关系，推动构建人类命运共同体，共同创造世界更加美好的未来。”[110]2020 年 10 月习近平在纪念中国人民志愿军抗美援朝出国作战 70 周年大会上的讲话、2021 年习近平在世界经济论坛达沃斯议程对话会特别致辞时重申了这一全人类共同价值，并将其与人类命运共同体理念紧密联系起来。“我们要秉持人类命运共同体理念，坚守和平、发展、公平、正义、民主、自由的全人类共同价值，摆脱意识形态偏见，最大程度增强合作机制、理念、政策的开放性和包括性，共同维护世界和平稳定。”[111]

（二）合作共赢为核心的新型国际关系

国与国之间的关系，在很长的历史时期内是由战争决定的。即使欧洲存在所谓的百年和平，这一时期的欧洲列强亦在世界各地进行殖民扩张，战争不断。1907 年少数国家签署了通过仲裁解决争端的公约，1927 年签署了非战公约。这些都没有挡住世界大战的爆发。1945 年《联合国宪章》确立了构成当代国际制度基础的国家主权平等原则，战争被原则禁止，但第二次世界大战后两大集团间的冷战以及冷战结束后单极霸权下的国际冲突，需要采取新的理论和方法处理国与国之间的关系。

传统的国际关系理论奉行弱肉强食的现实主义原则，虽经调整，仍不脱其现实主义基调。国际关系的理想主义理论在现实面前似乎显得力不从心。建构主义理论意识到制度的作用，但国际规则虽然对国际关系起规范作用，在国家主权平等的“无政府状态”下，国际规则本身也面临着不断重建的命运。英国脱欧、美国不断“退群入群”，昭示着国际规则本身的不确定性。国际规则适用中双重标准现象存在，以多边规则之名行单边之实的情况存在。这些极大地破坏了国际关系的稳定性。各国对新冠疫情的不同应对及由此而来的不同结果，说明了构建人类命运共同体的重要性和艰巨性。

习近平提出要建立以合作共赢为核心的新型国际关系。[112]合作，就是相互尊重、平等对待、求同存异、合作共赢，有事商量着办，有事共同商量。共赢，就是要双赢、多赢，而不是我赢你输、赢者通吃。[113]新型国际关系，就是要建立伙伴关系，“中国率先把建立伙伴关系确定为国家间交往的指导原则”[114]，就是要建立遍布全球的“朋友圈“。伙伴关系的具体形式可能有多种，包括大国间关系，大国与小国间关系、发达国家与发展中国家关系、发达国家之间以及发展中国家之间关系。无论哪种伙伴关系，都意味着对话不对抗、结伴不结盟，意味着平等与尊重，合作与共赢，而不是唯我独尊、强买强卖的霸道，动辄使用武力或以武力相威胁。[115]新型国际关系，就是要坚持正确义利观。中国既坚守自己的正当权益，又欢迎

---

109 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 253 页。
110 习近平：《在第七十五届联合国大会一般性辩论上的讲话》，载《人民日报》2020 年 9 月 23 日第 2 版。
111 习近平：《让多边主义的火炬照亮人类前行之路》，载《人民日报》2021 年 1 月 26 日第 2 版。
112 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 198 页。
113 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 254 页。
114 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 424 页。
115 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 418 页。

其他国家搭乘中国发展的列车，搭‘快车’，搭‘便车‘，搭“顺车”，都受欢迎。[116]这既是对中国传统义利观的继承，又是新时代中国的责任担当。“要坚持正确义利观，做到义利兼顾，要讲信义、重情义、扬正义、树道义”，[117]“坚持正确义利观，以义为先、义利并举，不急功近利，不搞短期行为。”[118]“弘义融利”，“义利相兼，义重于利”。[119]正确义利观就是以互利共赢的新理念代替你输我赢、赢者通吃的旧思维，美美与共，天下大同。[120]正确义利观体现在国际关系上，就是大国要承担大国责任，大国要有大国的样子，不得恃强凌弱，不得伪善、双标；小国要遵循共同但有差别原则，根据自己的能力承担相应的国际责任。美国特朗普政府以“吃亏论”为由发起中美贸易战，无视中国出口产品和中国投资给美国消费者带来的利益，无视美国在服务贸易中的巨额逆差，无视美国投资在中国的巨大赢利，将国内政策引起的问题片面地归咎于中国，实乃违背事实、逆历史潮流而动，想赢者通吃。

合作共赢的新型国际关系重“合”重“共”，这与和平共处五项基本原则是一致的。1954年，中国同其他亚非国家提出了和平共处五原则，互相尊重主权和领土完整，互不侵犯，互不干涉内政，平等互利，和平共处。“和平共处五项原则精辟体现了新型国际关系的本质特征，是一个相互联系、相辅相成、不可分割的统一体，适用于各种社会制度、发展水平、体量规模国家之间的关系。”“和平共处五项原则生动反映了联合国宪章宗旨和原则，并赋予这些宗旨和原则以可见、可行、可依循的内涵。和平共处五英原则中包含四个‘互’字、一个‘共’字，毁代表了亚洲国家对国际关系的新拍期待，也体现了各国权利、义务、责任相统一的国际法治精神。”[121]新冠疫情、美国新政府对特朗普政府政策的巨大调整，表明当今全球化社会不可能一国独行、赢者通吃，相向而行、合作互利才是人间正道。

合作共赢理论是习近平提出的建立新型国际关系的指导性原则，适用于国际关系的方方面面。“合作共赢的理念不仅适用于经济领域，也适用于政治、安全、文化等广泛领域；不仅适用于地区国家之间，也适用于同域外国家开展合作。”[122]不同制度、不同文化各有其历史源流，各有其内部动因，都对现实问题探索、寻求答案，应在人类命运共同体基础上互鉴完善，与时俱进。傲慢、偏见、仇视，把人类文明分为三六九等，把自己的历史文化和社会制度强加于人，既违背历史现实，又违背历史潮流。“各国应该在相互尊重、求同存异基础上实现和平共处，促进中国交流互鉴，为人类文明发展进步注入动力。”[123]

新型国际关系可以进一步细化为新型大国关系、新型周边关系、新型发展中国家关系、与发达国家关系等。无论哪种关系，都要体现出合作共赢这一理念。

（三）共商共建共享的公正合理全球治理体系

新型国际关系，主要指国家间双边关系。在经济全球化时代，双边关系离不开与更广泛

---

116 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 153 页，第 257 页。
117 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社 2017 年版，第 443 页。
118 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社 2017 年版，第 501 页。
119 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社 2017 年版，第 444 页，第 523 页。
120 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 132-133 页。
121 习近平 《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 129 页、128 页。
122 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 207 页。
123 习近平：《让多边主义的火炬照亮人类前行之路》，载《人民日报》2021 年 1 月 26 日第 2 版。

的国际关系，离不开全球治理。世界只有一个地球。我们应该建立一个什么样的世界，通过什么方式来建立这样的世界？

德国哲学家康德曾经提出人类永久和平的愿景，但没挡住德国卷入两次世界大战浩劫。美国总统威尔逊于第一次世界大战后期提出“十四点和平计划”，但美国国会拒绝批准《凡尔赛和约》和《国际联盟盟约》。这些美好计划失败的根本原因，在于施政者未能将自己本国的命运与世界其他国家的命运联系在一起，而是采取以邻为壑的错误政策和措施；在于未能提出促进全人类共同发展的可行路径与方法。习近平同志提出了“持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽”的世界观，[124]提出了“共商共建共享”的全球治理理念，[125]并将“一带一路”建设视为推动构建人类命运共同体的重要实践平台，[126] 将人类共同发展理想与具体实践结合起来。

永久和平是人类千百年来的期盼，但将一国安全建立在他国不安全基础上的旧安全观，不可能实现普遍安全。建立在不平衡基础上的、以邻为壑式的和平，没有各国、各民族的普遍繁荣，也不可能是持久性和平。在科技、交通促进的全球化时代，歧视、排斥式的自我封闭脱钩，拒绝开放包容，只能进入死胡同。“任何以邻为壑的做法，任何单打独斗的思路，任何孤芳自赏的傲慢，最终都必然归于失败！”[127]在工业大生产造成环境破坏、气候变化影响人类生存的情况下，作为人类共同家园的地球应当是山清水秀、清洁美丽的世界。

新型国际关系处理国与国之间的关系，共商共建共享的全球治理理念国家与其他各国、与国际社会的关系，是构建人类命运共同体的核心。第二次世界大战后期建立的国际体制，奠定了现代国际体制的基础。联合国宪章确立的主权平等原则，国际货币基金组织确立的外汇和汇率制度，世界银行确立的扶贫机制，以及世界贸易组织及共前身关税与贸易总协定确立的贸易机制，为维护世界和平与发展做出了不可替代的贡献。但这些制度或机制，在世界多极化、经济全球化、社会信息化和利益关联化的背景下，没有发挥应有的作用，或未能跟上时代的步伐。包括中国在内的广大新兴市场国家和一大批发展中国家快速发展，国际影响力不断增长，是近代以来国际力量对比中最具革命性的变化。现有体现未能反映这种国际力量对比，广大发展中国家的代表性和发言权未能得到充分反映，应推动国际秩序顺应新兴国家和发展中国家力量上升的历史趋势。“这不仅事关应对各种全球性挑战，而且事关给国际秩序和国际体系定规则、定方向；不仅事关对发展制高点的争夺，而且事关各国在国际秩序和国际体系长远制度性安排中的地位和作用。”[128]

共商共建共享的全球治理，顾名思义，不是一国治理，也不是少数国家治理，而是国际社会共同治理，建立在主权平等、独立、自主和尊严基础之上。全球治理体系要求公平合理。“公平正义的全球治理是实现各国共同发展的必要条件……坚持按照联合国宪章宗旨、原则和国际关系准则，按照事情本身的是非曲直处理问题，释放正能量，推动构建合作共赢的新

[124] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 510-512 页。
[125] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 259 页。
[126] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 510 页，530 页。
[127] 习近平：《让多边主义的火炬照亮人类前行之路》，载《人民日报》2021 年 1 月 26 日第 2 版。
[128] 习近平：《论坚持推动构建人类共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 260 页。

型国际关系。”[129]这样的公平合理体系需要国际社会共同参与。过去西方列强通过战争、殖民、划分势力范围争夺利益和霸权的方式，需要向以制度规则协调关系和利益的方式转变。历史上，特别是上世纪六十和七十年代，发展中国家为建立国际经济新秩序做出了不懈努力，1974 年联合国大会通过《各国经济权利和义务宪章》，联合国大会特别大会 1975 年通过《建立国际经济新秩序宣言》和《建立国际经济新秩序行动纲领》。虽然这些成果因苏联东欧巨变而受到影响，但对公正合理秩序的追求没有停止。习近平提出“共商共建共享”的全球治理理念，考虑到不同国家不同发展水平、发展理念、发展需求，寻求利益交汇点，寻求最大公约数，实现共赢，避免你输我赢的对抗结局。

全球治理包括各方面的全球治理，是经济治理、网络治理、安全治理等。习近平对此有明确论述。“国际经济规则需要革故鼎新，以适应全球增长格局新变化，让责任和能力相匹配。”[130]“全球经济治理需要与时俱进、因时而变。全球经济治理应该以平等为基础，更好反映世界经济格局新现实，增加新兴市场国家和发展中国家代表性和发言权，确保各国在国际经济合作中权利平等、机会平等、规则平等。”[131]“全球经济治理应当为以开放为导向……以合作为动力……以共享为目标。”[132]全球互联网治理治理体系改革，应该“尊重网络主权”、“维护和平安全”、“促进开放合作”、“构建良好秩序”。[133]“完善全球安全治理体系，需要各国政府和国际组织及专门力量发挥积极作用，也需要社会各方面共同参与，不断提高全球安全治理的整体性和协调性。各国政府和政府间国际组织要承担安全治理的主体责任，同进要鼓励非政府组织、跨国公司、民间社会积极参与，形成安全治理合力。”[134]政府与社会、国内与国际共同参与，这一理念与全球治理委员会报告中提出的全球治理理念是一致的。[135]这一思想与国内社会治理体制思想相一致：党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障。[136]

建立更加公平合理的全球治理体系，是在现有体制基础上的进一步完善，中国提出共商共建共享这一全球治理理念并推动实施，并非遵循霸权的历史老路，而是共建人类命运共同体新路。“世界上很多国家特别是广大发展中国家都希望国际体系朝着更加公正合理方向发展，但这并不是推倒重来，也不是另起炉灶，而是与时俱进，改革完善。这符合世界各国和全人类共同利益。”[137]正如习近平在中国-拉美和加勒比国家领导人会晤主旨讲话所指出的，中国愿意同拉方在联合国、世界贸易组织、亚太经合组织、二十国集团、七十七国集团等国际组织和多边机制框架内，围绕全球治理、可持续发展、应对气候变化、网络安全等全球性

[129] 习近平：《论坚持推动构建人类共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 389 页。
[130] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 226 页。
[131] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 372 页。
[132] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 372 页。
[133] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 304-305 页。
[134] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 486 页。
[135] The Report of the Commission o Global Governance: Our Global Neighborhood. https://www.gdrc.org/u-gov/global-neighbourhood/index.htm, 7 February 2021.
[136] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 247 页，第 190 页，
[137] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 239 页。

议题和热点问题加强沟通和协作，维护广大发展中国家共同利益。[138]

积极参与全球治理，是中国发展的必然要求。“我们参与全球治理的根本目的，就是服从服务于实现‘两个一百年’奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的中国梦……推动全球治理体制向着更加公正合理方向发展，为我国发展和世界和平创造更加有利的条件。”[139]因此，中国积极参与全球治理的国家利益和国际利益是统一的。中国发展离不开世界，世界发展也离不开中国。中国申请复关和入世时，江泽民曾经指出，中国的发展需要世界贸易组织，没有中国的参与世界贸易组织是不完整的。[140]中国入世后二十年的发展证明了中国与世界不可分割的联系。全球治理的完善同样将有利于中国、有利于世界。共商共建共享全球治理观，反映现实需要，弘扬中国文化、发挥中国智慧。“要推动全球治理理念创新发展，积极发掘中华文化中积极的处世之道和治理理念同当今时代的共鸣点，继续丰富打造人类命运共同体等主张，弘扬共商共建共享的全球治理理念。”[141]

（四）多边规则基础上的国际法治

无论是基于伙伴关系的新型国际关系，还是共商共建共享的全球治理体系，必须纳入法治的轨道才能得到保障。这正是习近平提出在国际法治基础上构建人类命运共同体的理由。在国际法治基础上构建人类命运共同体的理念，与习近平提出的在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化的理念一脉相承。统筹国内法治和涉外法治，正是习近平法治思想的统一体现。

对于何为法治，不同社会、不同阶段、不同政府、不同专家会有不同的回答，法治也需要与国情、社情、世情相结合。学者中对于法治存在着形式之治和实质之治的分类。[142]习近平法治思想针对“人治”提出，既包括形式之治又包括实质之治，是形式与实质法治之统一。坚持中国特色社会主义法治道路，坚持法治与德治相结合，提高立法质量，实质之治更为彰显；依法执政、依法行政，尊法学法守法用法，形式之质色彩更浓。法治就是依据规则、用法律思维、通过法律方式来处理问题、解决争端，不是通过人情、不是通过枉法、不是通过个人喜好来处理和解决。“对宪法和法律保持敬畏之心，牢固确立法律红线不能触碰、法律底线不能拿起的观念，不要去行使依法不该由自己行使的权力，了不要去干预依法自己不能干预的事情，更不能以言代法、以权压法、徇私枉法，做到在法律面前不为私心所扰、不为人情所困、不为关系所累、不为利益所惑。”[143]

这样的法治思想扩及到国际事务中，就是依据国际规则来处理问题、解决争端。“要坚持通过制度和规则来协调规范各国关系，反对恃强凌弱，不能谁胳膊粗、拳头大谁说了算，也不能以多边主义之名、行单边主义之实。要坚持原则，规则一旦制定，大家都要有效遵守。‘有选择的多边主义’不应成为我们的选择。”[144]习近平指出：“我们应该创造一个奉行法治、

---

138 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 149 页。
139 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 259 页。
140 参见《江泽民文选》（第三卷），人民出版社 2016 年版，第 446 页，第 443 页。
141 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 261 页。
142 参见 黄文艺：《为形式法治理论辩护》，《政治论坛》2008 年第 1 期。
143 习近平：《论坚持推进全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 25 页。
144 习近平：《让多边主义的火炬照亮人类前行之路》，载《人民日报》2021 年 1 月 26 日第 2 版。

公平正义的未来。要提高国际法在全球治理中的地位和作用，确保国际规则有效遵守和实施，坚持民主、平等、正义，建设国际法治。[145]”习近平的这一国际法治思想与联合国倡导的法治一致：“联合国将法治定义为治理原则，依照这一原则，所有个人、机构和实体、公共和私营部门，包括国家本身，都有责任遵守公开颁布、平等实行和独立裁决而且符合国际人权规范和标准的法律。法治还要求采取措施，确保遵守法律至上、法律面前人人平等、对法律负责、公正适用法律、权力分立、参与决策、法律的确定性、避免任意性以及程序和法律透明等原则。”[146]

国际法治根本是国际关系法治化。当代新型国际关系应当是国际法治关系，通过国际规则而不是丛林规则来调整、规范国际关系。习近平对此说得非常明确和直接：“我们应该共同推进国际关系法治化。推动各方在国际关系中遵守国际法和公认的国际关系基本原则。用统一适用的规则来明是非、促和平、谋发展。‘法者，天下之准绳也。’在国际社会中，法律应该是共同的准绳，没有只适用他人、不适用自己的法律，也没有只适用自己、不适用他人的法律。适用法律不能有双重标准。我们应该共同维护国际法和国际秩序的权柄性和严肃性，各国都应该依法行使权利，反对歪曲国际法，反对以‘法治’之名行侵害他国正当权益、破坏和平稳定之实。”[147]国际关系法治化表现在政治、经济、安全等多个方面。维护联合国宪章，维护多边经贸制度，同时推进国际规则适应国际格局的变化，与时俱进。

国际法治是多边主义法治，不是一国法律统治世界的单边主义法治、霸权之治。以规则为基础加强全球治理，是实现稳定发展的必要前提。但这样的规则应该由国际社会共同制定。“我们要坚持以国际法则为基础，不搞唯我独尊……国际社会应该按照各国共同达成的规则和共识来治理，而不能由一个或几个国家来发号施令。”[148] “要提高国际法的全球治理中的地位和作用，确保国际规则有效新冠和实施，坚持民主、平等、正义，建设国际法治”。[149]“多边主义的要义是国际上的事由大家共同商量着办，世界前途命运由各国共同掌握。”“让多边主义的火炬照亮人类前行之路。”[150]该多边主义是开放包容，不是封闭排斥。维护以联合国宪章为核心的国际体制，维持以世界贸易组织为核心的多边贸易体制，坚持多边参与、多方参与，打造多元合作平台，秉持多边正义。合作共赢、伙伴关系、共商共建共享，都体现着多边主义的要求，人类命运共同体直接就是多边主义的另一表述。但我们也应该看到，国际规则有其自己的发展规律，一般是最初由几个国家创造随后逐步被国际接受所普遍接受，也存在旧规则被新规则替代的情形。习近平多边主义法治主要是针对西方国家以国内法名义对我国实施所谓长臂管辖、打着“法治”幌子的霸权行径。反对强权政治、单边霸凌，面对多边与单边、公道与霸道之争，习近平提出“要坚定维护国际公平正义，高举多边主义旗帜，捍卫联合国宪章宗旨和原则，维护以联合国为核心的国际体系，维护以国际法为基础的国际

---

145 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 291 页。
146 联合国秘书长的报告：《伸张正义：加强国内和国际法治行动纲领》，A/66/749，2012 年 3 月 16 日，第 2-4 段。
147 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 134 页。
148 习近平：《让多边主义的火炬照亮人类前行之路》， 载《人民日报》2021 年 1 月 26 日第 2 版。
149 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 291 页。
150 习近平：《让多边主义的火炬照亮人类前行之路》， 载《人民日报》2021 年 1 月 26 日 02 版。

秩序”。[151]

多边主义法治，以维护现有多边体制为前提。“我想特别指出，中国倡导的新机制新倡议，不是为了另起炉灶，更为是为了针对 谁，而是对现有国际机制的有益补充和完善，目标是实现合作共赢、共同发展”。[152]“中国支持多边主义的决心不会改变。多边主义是维护和平、促进发展的有效路径。”[153]联合国是最具普遍性、代表性、权威性的国际组织，联合国宪章奠定了现代国际秩序基石，确立了当代国际关系基本原则。“中国将坚持维护以联合国为核心的国际体系，坚定维护以联合国宪章宗旨和原则为基石的国际关系准则，坚定维护联合国权威和地位，坚定维护联合国在国际事务中的核心地位。”[154]“当今世界发生的各种对抗和不公，不是因为联合国宪章宗旨和原则过时了，而恰恰是由于这些宗旨和原则未能得到有效履行。”[155]中国“支持开放、透明、包容、非歧视性的多边贸易体制，构建开放型世界经济。”[156]中国愿意在联合国、世界贸易组织、亚太经合组织、二十国集团、七十七国集团等国际组织和多边机制框架内，加强沟通与协作；推动国际货币基金组织、世界银行等国际经济金融组织切实反映国际格局的变化。[157]金砖集团、上合组织、一带一路等，都是中国推动构建多边主义法治的实践平台。

国际法治就是要和平解决争端，反对使用武力或武力威胁。自 1899 年海牙委员会缔结《和平解决国际争端公约》起，和平解决争端为更多的国际文献所确认。《联合国宪章》第 2 条明确规定“各会员国应以和平方法解决其国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义。”《联合国宪章》第六章设专章专门规定“争端之和平解决”，具体方法包括谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法，或各国自行选择的其他和平方法。通过平等对话和友好协商妥善处理矛盾和争端，是中国一直倡导并为习近平所坚持的和平解决争端方法。“我们要坚持通过对话协商，依据国际法，坚持以和平方式解决争议问题，以对话增互信，以对话解纷争，以对话促安全。”[158]“化解分歧，关键是加强对话。武力不是解决问题之道，零和思维无法带来持久安全。对话过程虽然漫长，甚至可能出现反复，但后遗症最小，结果也最可持续。”[159]“对话谈判是解决热点问题的最佳选择。对话协商虽然费时费力，但成果牢靠。”[160]对话解决争端反映了当事国的真实意志，更能使当事国感觉到公平正义，而不是外部强加的解决办法。“国际社会定分止争，既要推动复谈、落实和约，也要主持公道、伸张正义，二者缺一不可。没有公道，和约也只能带来冰冷的和平。”[161]习近平倡导的通过对话解决国际争端，与国内法治要求一脉相承。“法律本来应该具有之定分止争的

---

[151] 习近平：《守望相助共克疫情 携手同心推进合作》，载《人民日报》2020 年 11 月 18 日第 2 版。
[152] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 366 页。
[153] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 425 页。
[154] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 425 页。
[155] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 260 页。
[156] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 420 页。
[157] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 149 页，第 261 页。
[158] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 334 页。
[159] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 316 页。
[160] 《习近平关于总体国家安全观论述摘编》，中央文献出版社 2018 年版，第 211 页。
[161] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 317 页。

功能，司法审判本来应该具有终局性的作用，如果司法不公、人心不服，这些功能就难以实现。”“一纸判决，或许能够给当事人正义，却不一定能解开当事人的‘心结’，‘心结’没有解开，案件也就没有真正了结。”[162]

（五）中国与世界的关系

构建人类命运共同体，必须处理好中国与世界的关系。“中国如何发展？中国发展起来了将是一个什么样的国家？”对于这样一个几代人关注、全世界关注的重大问题，[163]对于国际社会关注的中国未来政策走向，习近平在不同场合使用了三个“不会动摇”和四个“不会改变”给出了明确、坚定的回答，与历届中国领导人的理念和决心相一致：“中国坚持和平发展，决心不会动摇”,“中国坚持共同发展，理念不会动摇”,“中国坚持促进亚太合作发展，政策不会动摇”。[164] “中国维护世界和平的决心不会改变”,“中国促进共同发展的决心不会改变”,“中国打造伙伴关系的决心不会改变”,“中国支持多边主义的决心不会改变”。[165]

新中国成立后不称霸成为历代领导人的共同信念和中国处理外交关系的根本原则。“中国在毛泽东主席和周恩来总理领导的时候，就强调反对超级大国的霸权主义，并认为霸权主义是战争的根源。”[166]“在国际上，我们反对大国主义……将来如果中国翘尾巴，翘到一万公尺以上，就批评它。要监督中国，要全世界监督中国。”[167]邓小平同志 1974 年参加联合国大会特别会议发言时向世界宣告，中国永远属于第三世界，中国对外政策的基石是反对霸权主义、维护世界和平。[168]改革开放后邓小平进一步指出，中国将来发展富强起来，与第三世界国家的命运是相同的，中国永远不会称霸。中国反对霸权主义，自己也永远不称霸。联合国安全理事会常任理事国，中国算一个。中国这一票是第三世界的，是名副其实地属于第三世界不发达国家的。[169]

习近平同志指出,“中国人民崇尚‘己所不欲，勿施于人’，中国不认同‘国强必霸论’……中国坚持不干涉别国内政原则，不会把自己的意志强加于人，即使再强大也永远不称霸。”[170]“国强必霸不是历史定律……中国坚持走和平发展道路，坚持走独立自主的和平外交政策，不是相宜之计，而是我们的战略选择和郑重承诺。”[171]“中华民族的血液中没有侵略他人、称霸世界的基因，中国人民不接受‘国强必霸’的逻辑，愿意同世界各国人民和睦相处、和谐发展，共谋和平、共护和平、共享和平。”[172]“中国将继续同广大发展中国家站在一起，坚定支持增加发展中国家特别是非洲国家在国际治理体系中的代表性和发言权。中国在联合

---

[162] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 22 页，第 23 页。
[163] 毛泽东 1956 年同蒙古人民革命党代表团谈话时曾表示防止大汉族主义、避免称王称霸。参见中国《建国以来毛泽东文稿》（第 6 卷），第 220 页。邓小平 1984 年会见巴西总统时表示，将来中国发展富起来，仍然属于第三世界，永远不称霸，永远不会欺负别人。参见《邓小平文选》（第三卷），人民出版社 1993 年版，第 56 页。
[164] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 191-192 页。
[165] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 423-425 页。
[166] 《邓小平文选》（第三卷），人民出版社 1993 年版，第 104 页。
[167] 毛泽东：《毛泽东文集》（第七卷），人民出版社 1999 年版，第 123-125 页。
[168] 中共中央文献研究室邓小平研究组编：《邓小平自述》，国际文化出版公司 2009 年版，第 139 页。
[169] 《邓小平文选》（第三卷），人民出版社 1993 年版，第 56 页，第 358 页，第 95 页。
[170] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 214 页。
[171] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 277 页。
[172] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 107 页。

国的一票永远属于发展中国家。”[173] “中国无论发展到什么程度，永远不称霸，永远不搞扩张。”[174]

中国具有几千年文明，广阔领土面积，近世界人口总数五分之一的人口。中国自身的稳定和发展，就是对世界和平和发展的贡献。但中国人民和中国共产党心怀天下，不但自己要发展得好，也要为其他国家提供发展的机会。“我们要把自己的事情做好，这本身就是对构建人类命运共同体的贡献。我们也要通过推动中国发展给世界创造更多机遇，通过深化自身实践探索人类社会发展规律并同世界各国分享。”[175]坚持正确义利观，不称霸、不扩张，穷则独善其身、富则兼济天下。中国这种天下观能够成为维护国际秩序的“守护神”和“定海神针”。

五、结语

习近平涉外法治观，作为习近平法治思想的重要组成部分，“是顺应实现中华民族伟大复兴时代要求应运而生的重大理论创新成果，是马克思主义法治理论中国化最新成果，是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分，是全面依法治国的根本遵循和行动指南”。[176]习近平涉外法治观内涵丰富、意义深远。坚持国家主权、安全和发展利益，建立新型国际关系，构建共商共建共享的全球治理体系，在多边法治基础上推动构建人类命运共同体，构成了习近平坚持统筹推进国内法治和涉外法治观的核心内容。习近平涉外法治观与国内法治思想既互有侧重又相辅相成，共同构成完整的法治思想体系。它源于中华优秀传统法律文化，借鉴国外优秀法治建设经验成果，立足中国现实，富有人类情怀，响应时代召唤，体现大国担当，是中国法治的涉外方案，是国际法治的中国方案，必将影响中国和世界。以法治方式和力量，稳定、巩固和发展国际关系，促进国际制度之治，促进公平正义，构建人类命运共同体，是人类社会发展之愿景，也是人类文明发展规律之必然。

---

[173] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 257 页。
[174] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 492 页。
[175] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 514 页。
[176]《习近平在中央全面依法治国工作会议上强调坚定不移走中国特色社会主义法治道路为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《人民日报》2020 年 11 月 18 日第 1 版。

The Foreign-Related Rule of Law View in Xi Jinping's Thought on the Rule of Law

【abstract】Xi Jinping's concept of the rule of law in foreign affairs is an important part of Xi Jinping's thought on the rule of law, a Chinese answer to Xi Jinping's question of the times for the world, and a synthesis of the call of the times, practical knowledge, human sentiment and Chinese expression. Xi Jinping's view on the rule of law in foreign affairs inherits the excellent Chinese traditional culture, draws on the excellent foreign achievements in the rule of law, summarizes the laws of the Chinese Communist Party in power, the laws of socialist construction and the laws of human social development, and proposes to the international community a Chinese solution to the rule of law for the development of human society based on the Chinese position. Xi Jinping's foreign-related rule of law concept is comprehensive, foreign-related, subjective, contemporary, practical and preventive in nature. Xi Jinping's concept of foreign-related rule of law is concentrated on better safeguarding foreign-related rule of law national sovereignty, security and development interests, a new type of international relations based on partnership and the correct concept of righteousness and benefit for mutual benefit and win-win, promoting the concept of global governance based on mutual consultation, construction and sharing, promoting the building of a Community of a shared future for mankind through the international rule of law on the basis of multilateral international rules, and realizing the common values of all mankind.

【key words】Xi Jinping's Thought on Rule of Law
Foreign-related view of the rule of law
National sovereignty, security and development interests
Community of a shared future for mankind

统筹推进国内法治和涉外法治视角下的中国对外关系法

韩永红

内容提要　统筹推进国内法治和涉外法治亟需破解我国法律体系和法学研究中的国际法与国内法两分法思维。实现破解的一个制度抓手就是重视我国对外关系法的研究和法律体系建设。对外关系法是调整一国与外界（其他国家、国际组织、境外实体、个人）互动关系的国内法规范和国际法规范。对外关系法重在研究国际法国内化过程中和国内法国际化过程中产生的法律问题。我国虽然已有实质性的对外关系法，但存在理论研究不足、司法实践不足、立法不足的突出问题，不能适应百年未有大变局下我国对外关系发展的大国需求。为此需要廓清对外关系法的研究领域，重视发挥我国法院在涉外案件中的司法能动性并完善对外关系专门性立法，从而提升我国“内化”国际法的效益和“外化”国内法的能力。

关键词　对外关系法　国内法治　涉外法治

一、问题的提出

坚持统筹推进国内法治和涉外法治是习近平法治思想的核心要义之一。统筹推进国内法治和涉外法治要求实现国内法与国际法之间的良性互动，从而提升我国“内化”国际法的效益和“外化”国内法的能力。反观我国当下的法律体系和法学研究现状,与上述要求之间尚存在明显差距。我国的法律体系构成和法学研究仍体现的是国内法与国际法两分法思维。

在法律体系层面，对于我国的法律体系构成，虽然存在“五分法”、“七分法”、“八分法”等不同论断，[1]但这些论断均未将国际法明确为我国法律体系的构成部分。以至于引发国际法学者专门就“国际法是否为治国之法”的问题展开讨论。[2]另一方面，我国的涉外法律体系虽已初具规模但仍显薄弱，在对外援助、国籍、在华外国人管理等领域仍存在无法可依、法规层级较低或法律规定比较原则笼统的问题。[3]在国际法的国内适用及国内法的域外适用方面的规定欠缺。例如，就国际条约在我国的适用问题，我国宪法及宪法性法律没有做出总体性规定。《票据法》《海商法》《民用航空法》等部分单行法虽然有规定相关国际条约与国内法相冲突时适用国际条约，但已生效的《民法典》未包含原《民法通则》第142条的相关规定，未就民事国际条约在我国的适用做出任何规定。可以说，“国际条约在我国的适用”仍是一个有待明确的问题。我国立法机关似乎还没有拿定主意，学术界对此也没有提供足够

作者简介：韩永红，广东外语外贸大学法学院教授，法学博士。本文系国家社科基金项目“我国对外援助基本法构建研究”（19BFX200）系列研究成果之一。

[1] 相关论述可分别参见孙国华主编：《中国特色社会主义法律体系研究》，中国民主法制出版社 2009 年版，第 164-171 页；国务院新闻办：《中国特色社会主义法律体系》白皮书，中央政府门户网站，http://www.gov.cn/jrzg/2011-10/27/content_1979498.htm，2011 年 10 月 27 日发表；何勤华主编：《社会主义法律体系研究》，法律出版社 2009 年版，第 1 页。

[2] 参见古祖雪：《治国之法中的国际法：中国主张和制度实践》，载《中国社会科学》2015 年第 10 期；车丕照：《国际法可否作为治国之法》，载《光明日报》2015 年 05 月 13 日。

[3] 参见汪洋：《加强涉外法律工作》，载《人民日报》2014 年 11 月 6 日。

的理论支持。[4]

在法学研究层面，国际法与国内法的研究基本“平行”进行，对二者的关联性研究不足。有学者在回顾、评析国际公法研究40年的历程后，认为我国的国际法研究缺乏中国元素，存在主体性缺失，过于追求“ 国际”而忘了“国家”。[5] 长期以来国内的研究侧重于国际法的基础理论和一般实践，很少涉及治国理政的重大实践问题，更缺乏运用国际法治思维推进法治中国建设的理论指导和针对性的实践探索。[6]但也有学者提醒，单纯习惯性依赖本国、本土的地方性话语很难获得国际社会的共鸣与支持，陷入“自说自话”的境地。[7]虽然学者们已意识到国内法与国际法“平行”研究的问题，呼吁关注国内法治与国际法治的互动，但对国际法与国内法的交界领域的一些基础理论问题，我国应采取的理论立场缺少系统、清晰的结论。例如，国际法与国内法的关系仍是一个相当薄弱的理论研究领域，也是国家法律体系中规范不足甚至模糊不清的问题，严重地制约着国家在国际社会中的生存与发展。[8]我国的快速崛起带来国际地位的变化，在国际法律秩序重构，我国提出人类命运共同体的理念和推进“一带一路”倡议的多重背景下，我国的法律体系建设需要一种新的世界观。它要求我国不仅要完善国内法律体系，还要妥善处理与外部世界的关系，在国际法律治理体系中做好自身的适当定位。仅依靠彼此分离的国内法或国际法研究框架难以理解、解释并确立此种新的世界观。

为实现国内法治与涉外法治的统筹，当务之急是破解我国法律体系和法学研究中的国际法与国内法两分法思维。为此，我们需要聚焦国际法与国内法的接榫领域，提炼国际法与国内法互动中存在的理论和实践问题，在规则制定、解释、适用方面寻求国际法和国内法有效衔接与配合的解决方案。在这一过程中，我们需要划定新的问题领域，找到新的理论研究和制度构建的抓手。基于以上思考，本文提出构建我国对外关系法研究领域的主张，并就完善我国对外关系法律体系中涉及的基础性问题作出逐一探讨。

二、对外关系法的定义：国内法还是国际法？

虽然每个国家都会处理对外关系问题但却少有国家有“对外关系法”这样一个法律部门。“对外关系法”一词的出现至少可以追溯至 20 世纪 50 年代。标志是美国法律研究会（American Law Institute）发布了美国《对外关系法重述》（第二次）。而在美国作为一个研究领域的对外关系法一般认为形成于 20 世纪 90 年代末。[9]时至今日，除了在美国已建立起成熟的对外关系法体系外，在欧盟及加拿大、英国、新西兰等英联邦国家，对外关系法也渐

---

[4] 车丕照：《民法典》颁行后国际条约与惯例在我国的适用》，《中国应用法学》，2020 年第 6 期。
[5] 参见黄瑶、林兆然：《中国国际公法研究四十年：历程、经验与展望》，载《法学》2018 年第 10 期。
[6] 曾令良：《国际法治与中国法治建设》，载《中国社会科学》2015 年第 10 期。
[7] 徐崇利：《中国特色社会主义法律体系与法学体系的构建：对国际法虚位以待？》，载《法制与社会发展》2009 年第 6 期。
[8] 李龙、汪习根：《国际法与国内法关系的法理学思考——兼论亚洲国家关于这一问题的观点》，载《现代法学》2001 年第 1 期。
[9] 标志性的事件是柯蒂斯·布拉德利（Curtis A. Bradley）在科罗拉多大学组织的“美国对外关系法”会议，该会议的讨论成果后来在《科罗拉多大学法律评论》特刊发表。参见 Curtis A. Bradley, *A New American Foreign Affairs Law*, University of Colorado Law Review, Vol.70, 1089 (1999) 。此前，有代表性的研究成果还包括 Louis Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, the Foundation Press,1972, p.188 等。

已发展成为一个独立领域。[10]学者们开始将自己划分为对外关系法领域的专家，而不再简单地称为国际法学者。为了应对非政府行为体提出的国际法主张，政府律师和私人律师开始钻研将国际法转化为国内法律义务的过程中所面临的专业性问题。[11]

在此过程中，就“对外关系法”的定义存在不同阐述。概括起来，大致可划分为“特定国内法”、“特定国际法”、“国内法与国际法”三类观点。“对外关系法是与国际法最密切联系的那部分国内法”（forms the part of internal law that is most closely linked with the international law）[12] “‘对外关系法’”这一术语用以指称调整一国与世界上其他行为体互动关系的各种形式的国内法。”[13]此处的互动关系涵盖一国与其他国家之间的互动、一国与其他国家公民或国民之间的互动以及国际组织之间的互动。对外关系法大致是指有关一国在国内层面上与其他国家或国际组织间进行互动的法律制度，比如一国开展对外关系时的权力分配与行使、国际法的国内实施以及国内法的域外适用等。[14]还有学者从国内宪法的角度来界定对外关系法。对外关系法规制对外关系权力在国内行政、立法、司法三个部门之间的分配以及规制对外关系权力实施过程中对私人权利的影响。[15]与“特定国内法”的界定不同，就对外关系法的定义还存在一种国际主义观点。对外关系法指“国内法律体系中的国际法”，该部分国际法旨在提供一国接受并适用国际法的规则和程序。[16]更多的学者认为对外关系法既涵盖国内法又涵盖国际法。对外关系法必须是“双面向的”（“double facing”）:向外关注本国与其领域外其他主体之间的关系，向内关注其领域外其他主体对国内的影响。[17]美国《对外关系法重述》（第三次）规定“本重述下的美国对外关系法包括（a）适用于美国的国际法；（b）对美国的对外关系有实质意义或有其他实质国际后果的国内法。”[18] 美国《对外关系法重述》（第四次）基本继承了上述定义，认为美国的对外关系法涉及两个不同的法律体系：与对外关系有关的国内法和相关的国际法。[19]还有学者从“分配功能”的角度来定义对外关系法。对外关系法旨在确定不同国家法律体系之间、国内法律体系与国际法律体系之间以及国

---

[10] See Robert Schütze, *Foreign Affairs and the EU Constitution: Selected Essays*, Cambridge University Press, 2014; Marise Cremona & Bruno de Witte, *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing,2008; David Dyzenhaus & Karen Knop, *Foreign Affairs and the Canadian Constitution*, in Jacco Bomhoff, David Dyzenhaus,Thomas Poole ed., *The Double-Facing Constitution*, Cambridge University Press, *2020*; Campbell McLachlan, *Foreign Relations Law*, Cambridge University Press, 2014.

[11] [美]保罗•B.斯蒂芬：《比较国际法、对外关系法与国际法碎片化：国际法能否应对？》，陈佳茵、韩秀丽译，载《现代法治研究》2020 年第 1 期。

[12] Thomas Giegerich, *Foreign Relations Law* in Rüdiger Wolfrum ed., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV, 2012, p.178.

[13] Curtis A. Bradley, *Foreign Relations Law as a Field of Study*, American Journal of International Law, Vol.111:316, p.316-320 (2017).

[14] 蔡从燕：《中国崛起、对外关系法与法院的功能再造》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 5 期。

[15] See Campbell McLachlan, *Five Conceptions of the Function of Foreign Relations Law*, in Curtis A. Bradley ed., *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, 2019. p.24.

[16] *Id.*

[17] See Campbell McLachlan, *The Double-facing Foreign Relations Function of the Executive and Its Self-enforcing Obligation to Comply with International Law*, KFG Working Paper, Vol.30:3（2019）.

[18] *Restatement of the Law, Third: The Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, MN: American Law Institute Publishers, Vols.1& 2, 1987, p.1.

[19] *Restatement of the Law, Fourth: The Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, MN: American Law Institute Publishers, Vols.1& 2, 2018, p.2.

内宪法下政府机构之间的公法事项的管辖权和适用的法律。[20]这一观点认为对外关系法的主要功能是在对外事务案件中分配管辖权和适用的法律——帮助受理相关案件的法院判定哪些应属于本国法院管辖，适用本国法，哪些应由他国法院管辖，适用他国法，哪些应由国际司法机构管辖，适用国际法。

上述定义从不同侧面揭示了对外关系法的内涵。“对外关系法”不是国际法的同义词，也不是像合同法、刑法、民法这样广为接受的国内法律体系中的法律部门。对外关系法不同于一般意义上的国际法或国内法。国际法一般只规定国家或国际组织在国际层面上的权利义务关系，但不规定它们如何在国内实施。对外关系法特别关注国际法在国内的实施以及国内实施对国际法规则的影响。对外关系法虽然在国内场域运行，但与一般意义上的国内法不同。对外关系法调整一国与该国之外的行为体之间的互动关系，而此类互动关系具有“溢出性”影响——可能关涉其他国家主权的行使或其他国家法人、个人的权益，如关于国家主权豁免的国内法的适用或国内法的域外管辖。综上，本文将对外关系法界定为调整一国与外界（其他国家、国际组织、境外实体、个人）互动关系的国内法规范和国际法规范。

第一，国际法与国内法之间的联系及相互作用决定了对外关系法的存在。国际法与国内法虽然存在差异，但关于国际法与国内法关系的“一元论”、“二元论”等理论均未实质否定二者之间的联系。“一些规范就其创造来说,因为是由国际条约所建立的,因而具有国际法性质；而就其内容来说,可能是有国内法的性质。”[21]在构建国内法律时,国际法给自己留下了回旋余地,而这种余地则是履行国际义务的前提。[22]国内法与国际法之间的联系为二者之间的相互作用提供了基础。当今全球性事务与国内事务的交叉和渗透致使原以全球性事务为调整对象的国际法与以国内事务为调整对象的国内法之间的界限不再泾渭分明，两者以更为复杂的路径相互作用。例如，国际法自身并不是一个成熟的法律体系，并未对国家间关系的所有方面提供规则。即使在已提供规则的国际关系领域，国际法一般只规定国家在国际层面上的权利与义务，但并不规定该权利与义务如何在国内实施。因此，国际法需要国内法的补足。国家的差异性决定了不同国家在国内实施国际法的态度和路径上的多样化。大多国家在实践中并没有严格遵循“一元论”或“二元论”，简单地选择直接适用国际法或间接适用国际法（国内立法转化）。而是基于本国的国际地位、国内政治结构、法律体系构成等多种因素考量，形成多样化、复杂的实践。[23]对于“何以出现某种实践”“应该选择何种实践”“不同实践对国际法的影响”等问题，无论国际法原有的“一元论”、“二元论”还是国内法理论恐都无法单独给出解释。对此对外关系法可提供重要补位。

第二,对外关系法调整的互动关系具有双向性、循环性和多样性。在对外关系中，一国与外界（其他国家、国际组织、境外实体、个人）之间的互动是双向的。一方面，通过对外

---

[20] Campbell McLachlan, *The Allocative Function of Foreign Relations Law*, British Year Book of International Law, Vol.82:349, p.349-380 (2012).

[21] [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 407 页。

[22] [德]沃尔夫刚•格拉夫、魏智通:《国际法》，吴越、毛晓飞译，法律出版社 2002 年版，第 127 页。

[23] 例如，关于国际条约在国内法律体系中的地位，综观各国的实践，包括但不限于以下情况：（1）国际条约在国内法中没有任何地位；（2） 国内法优于国际条约；（3）国际条约优于国内法；（4）国际条约优于其他国内法但低于宪法；（4）国际条约与国内法处于同等地位；（5）国内法与国际条约相抵触时不予适用。

互动一国将其自身实施国际法的具体方式，包括对国际条约、国际习惯、一般法律原则的解释、适用的理论成果和司法实践输出至国际法治建设之中，从而影响国际法治实践和国际法治规则的制定。[24]另一方面，通过对外互动，一国移植国际法规则或他国规则以补充、改进或变革国内法相关法律体系。例如，我国加入世界贸易组织后，通过对标世界贸易组织系列协定，修改国内法，推动了我国《对外贸易法》《著作权法》《专利法》《商标法》等国内法律的升级。而美国在对外关系法司法实践中总结出来的诸如“自执行条约”“非自执行条约”等概念和区分也在不同程度上被许多国家所接受。一国与外界之间的上述互动不是一次性完成的，而是通过多次、长期的往复进行，不断相互强化。参与一国与外界互动的主体具有多样性，不仅包括国家、国际组织，还包括次国家行为体，如政府部门、非政府组织、法人、个人等。多样性的主体在多个层面展开跨国互动。

三、对外关系法的渊源：公法还是私法？

对外关系法并非只是一个学理概念，它还代表着在各国法律秩序中客观存在的一个特殊规范体系。[25]因各国的国际地位、政治结构、法律传统、外交政策等方面的差异，不同国家的对外关系法渊源构成并不相同。例如，因美国联邦宪法确立的三权分立与联邦主义，美国对外关系法特别关注对外事务规制权力在行政、立法、司法机构之间分配的问题。因此，一般认为美国对外关系法的渊源主要包括宪法、行政法、判例法等公法规范。就我国对外关系法的渊源，有学者认为主要由涉及调整对外关系的宪法性法律、依国际条约和国际习惯转化而来的国内立法以及专门调整各类对外关系的法律法规构成。[26]具体而言，包括宪法中有关对外关系的条款、对外关系的专门性立法、其它部门法中有关对外关系的条款。[27]还有学者主张对中国有效的国际条约都是关于中国对外关系的规定，都是中国对外关系法的组成部分。[28]以上观点均颇具启发性，但对外关系法具有动态性和目的性，我国对外关系法的渊源应当在我国现今的国内治理需要、国际治理理念的特定语境中加以确定。为此，在明确我国对外关系法的渊源时，有两个具体问题需要特别做出讨论。

（一）对外关系法与私法规范

现有关于对外关系法的讨论基本均将其限定为“公法规范”，包括相关国际公法规范和国内公法规范。对公私法的划分,最早可以溯源至罗马法时代,规定国家公务的为公法,规定个人利益的为私法。[29]对外关系尤其是外交关系涉及到国家及政府部门在国际事务中对公权力的行使，公法规范自然应为对外关系法的重要渊源。但对外关系法不包括私法规范吗？答案恐怕是否定的。国际公法与国际私法之间并非泾渭分明。“在整个国际法领域中几乎没有哪一个与之在理论与实践方面具有同等重要性但得到更少的系统性关注的问题，即私法渊源

[24] 参见赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，载《中国社会科学》，2014 年第 10 期。
[25] 蔡从燕：《中国崛起、对外关系法与法院的功能再造》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 5 期，第 131 页。
[26] 参见刘仁山：《论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法》，载《法商研究》2016 年第 3 期。
[27] 参见刘仁山：《中国对外关系法是中国法律体系的重要组成部分》，载《法制与社会发展》2009 年第 6 期。
[28] 参见赵建文：《国际条约在中国法律体系中的地位》，载《法学研究》2010 年第 6 期。
[29] 周枏：《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第83页。

及其在国际公法上的类比”[30]国际法日益影响私人的利益，其结果是，国际法日益从作为公法人的主权国家间的“公—公关系过程”发展到私人与包括主权国家在内的国际公共实体间的“公—私关系过程。[31]公法性质的对外关系规范往往会涉及到对私人权利的限制和保护。另一方面，我国的国际私法学者也主张，随着国际交往的深入,国家对经济的干预的加强和现代福利国家的兴起,要求国际私法突破传统的公法禁止原则,在在一定条件下适用外国公法。[32]不适用外国公法这个所谓原则是先验的，并无令人信服的理论上或实际上的理由作为基础，它时常同公共秩序原则重复，并且可能发生不便和同当代国际合作的需要不相容的结果。[33]

现今一国的对外关系已不仅涵盖国家间的关系，参与对外关系的主体具有多样性，既包括国家及其政府部门也包括非国家的私人行为体。私人行为体能力的不断增强以及决策的灵活、高效促使私人行为体更多地参与对外关系过程。例如，在以往完全由国家主导的对外援助领域，非政府组织、企业、个人等私人行为体已日益活跃。[34]我国的对外关系法应突破“公法规范”的局限性，将“私法规范”也涵盖其中。如此，不仅有利于在对外关系规制中实现对私人权益的保护，更可通过类比国际私法冲突规范的适用，促进我国公法域外效力的实现。突破对外关系法仅涵盖“公法规范”的传统观念，是对现实对外关系发展现状的必要理论调适。即使在一贯主张对外关系法仅涵盖“公法规范”的美国，也开始有学者认为国际私法也是对外关系法的可能构成部分(to be the potential part of foreign relations law)。[35]

（二）对外关系法与软法规范

软法是一个语境依赖性较强的概念，在不同法律语境下，如在国际法、行政法领域有不同的界定。即使在国际法领域，学者们也常因所关注法律问题的差异而提出并不完全相同的定义。“……‘软法’经常指条约之外的任何在其内容中包含预期行为的原则、规范、标准或其他陈述的国际文件。”[36]软法是指两个或两个以上国家的行政部门达成的非约束性跨国协议。此类协议不创设法定义务，但仍包含各方应认真对待的实质性承诺。[37] 软法是指立法机关未经赋予规则法律地位所必需的程序性手续而发布的规则，这些规则虽不具有法律约束力但却影响其他立法机关和公众的行为。[38]综上，本文在叙述中以“软法”用来指称国际

---

[30] Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longmans, Green & Co. Ltd.,1927, p.5.

[31] 蔡从燕:《公私关系的认识论重建与国际法发展》，载《中国法学》2015 年第 1 期。

[32] 卜璐:《外国公法适用的理论变迁》，载《武大国际法评论》2008 年第 2 期。

[33] 李浩培著，凌岩编:《李浩培法学文集》，法律出版社 2006 年版，第 478-479 页。

[34] 在 2020 年新冠肺炎疫情爆发初期，来自日本、美国等多家非政府组织向我国捐赠了防疫物资。我国的多家企业、非政府组织诸如阿里巴巴公益基金向日本、韩国、伊朗、意大利、西班牙、美国等疫情严重的国家以及非洲陆续捐赠大量医疗防疫物资。参见《中国多地政府、企业向境外捐赠防疫物资，支援全球抗疫》，载中国新闻网，https://www.chinanews.com/gn/2020/03-19/9131423.shtml，2020 年 03 月 19 日。

[35]See William S. Dodge, *International Comity in Comparative Perspective*, in Curtis A. Bradley ed., *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*,Oxford University Press,2019,p.701.

[36] Malcolm D. Evans,*International Law*,Oxford University Press,2003,p.166.

[37] Gregory Shaffer & Tom Ginsburg, *The Empirical Turn in International Legal Scholarship*, American Journal of International Law, Vol.106:1(2012).

[38] Jacob E.Gersen & Eric A.Posner, *Soft Law:Lessons from Congressional Practice*,Stanford Law Review, Vol. 61(3):573(2008).

关系行为体之间以非约束性方式缔结的非条约性文件。这些文件所包含的规范本身不具有强制拘束力但却对国际关系行为体的行为发挥着实际的指导、调节作用。可创造软法规范的国际关系主体包括国家、国家的政府部门、国际组织、企业等实体。软法以其程序的简便性和义务的灵活性弥补了硬法——国际条约与国际习惯在规则创制和执行方面的困难。软法的达成不需经过冗长的条约制定、批准和修改程序，造法效率高。软法并不创设刚性义务，有利于保持国家实施对外政策的灵活性，可以作为国家间无法达成条约或不愿达成条约情况下的一种替代性选择。对于一些技术性强、尚处于发展变化之中的国际性问题,软法也可以提供一种渐进性的弹性选择。在对外关系领域，软法规范广泛存在，如两个或两个以上国家政府职能部门就跨国金融监管达成的备忘录、食品法典委员会制定的食品安全标准、跨国互联网企业制定的隐私保护规则等。

但在很长一段时间里即使在对外关系法较为成熟的美国，软法也并未引起学者们的关注。早期软法主要由政府外交部门用于处理一些传统对外事务——军事联盟、外交关系、外国人管理等。近年，软法被广泛用于处理涉外金融监管、消费者保护和法律执行领域。[39]有美国学者就认为软法已成为对外关系工具箱中的非常重要的组成部分。[40]软法也已被广泛应用于我国对外关系领域。例如,在推进“一带一路”倡议实施过程中，我国与 171 个国家和国际组织已签署了 205 份共建“一带一路”合作文件。[41]这些合作文件大多是以宣言、联合声明、行动计划（如《中法关系行动计划》）、合作概念文件（如《“中日韩+X”合作概念文件》）命名的软法文件。这些文件未经条约缔结程序签订，未为签订方创设有法律约束力的刚性义务，但明确了签订方未来的合作重点方向和合作事宜。例如，在 2018 年 11 月国务院总理李克强访问新加坡期间达成的《中华人民共和国政府和新加坡共和国政府联合声明》就包含了多个附件：中国发展改革委同新加坡国家发展部《关于加强城市治理、规划和管理合作的谅解备忘录》、中国文化和旅游部同新加坡文化、社区及青年部和通讯及新闻部《文化合作谅解备忘录 2018－2020 年交流执行计划》、中国生态环境部同新加坡环境及水源部环境合作备忘录、中国人民银行同新加坡金融管理局《关于金融科技合作协议》、中国证监会同新加坡金融管理局《关于期货监管合作与信息交换谅解备忘录》、中国海关总署同新加坡关税局《关于国际贸易“单一窗口”合作的框架协议》以及中新广州知识城管委会同新加坡星桥腾飞集团《关于合作共建中新国际科技创新合作示范区的谅解备忘录》等。[42] 因此，软法也应是我国对外关系法的重要渊源。

综上，我国对外关系法的渊源应包括：我国负有履行义务的国际法规范、与实施我国负有履行义务的国际法规范有关的国内法规范、与国内法域外管辖有关的规范、专门性对外关

---

[39] 1987 年的《对外关系法重述》(第三次)在软法协议上花费的篇幅不到一页，而在讨论国际条约上花费的篇幅至少有 84 页。

[40] Jean Galbraith, *From Treaties to International Commitments: The Changing Landscape of Foreign Relations Law*,The University of Chicago Law Review, Vol.84(4):1675(2017).
See Jean Galbraith & David Zaring,*Soft Law as Foreign Relations Law*,Cornell Law Review, Vol.99(4):735(2014).

[41] 参见《我国已签署共建“一带一路”合作文件 205 份》载中国一带一路，https://www.yidaiyilu.gov.cn/xwzx/gnxw/163241.htm，2021 年 1 月 30 日。

[42] 参见《中华人民共和国和新加坡共和国政府联合声明（全文）》，载中国一带一路网，https://www.yidaiyilu.gov.cn/zchj/sbwj/71719.htm，2018 年 11 月 15 日。

系立法、其他国内法中的对外关系相关规范。我国负有履行义务的国际法规范包括我国与其他国家、国际组织之间就政治、经济、军事、文化、司法、民商事等领域的对外事务关系而签订的国际条约、应遵守的国际习惯及达成的国际软法。例如《联合国宪章》、我国与其他国家达成的双边投资协定、自由贸易协定、司法协助协定、仲裁裁决、调解协议等的承认与执行协定、谅解备忘录、合作宣言等。《缔结条约程序法》《外交特权与豁免条例》《领事特权与豁免条例》《领海及毗连区法》《专属经济区和大陆架法》等属于与实施我国负有履行义务的国际法规范有关的国内法规范。近一两年通过的《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》《不可靠实体清单规定》等商务部规章则属于与国内法域外管辖有关的规范。基于调整的对外关系领域的不同，专门性对外关系立法涵盖调整外国人、财产、行为的不同类别规范，包括《国籍法》《出入境管理法》《引渡法》《反分裂国家法》《对外贸易法》《外商投资法》《出口管制法》对外援助法、国家主权豁免法等。在我国对外关系分散立法的现状下，与对外关系有关的规范也散见于相关国内法中。例如《宪法》中关于对外关系权力分配的有关规定，[43]《民事诉讼法》《环境保护法》《海商法》等关于国际条约、国际惯例在我国适用的规定，《反垄断法》《证券法》《生物安全法》等关于域外适用的规定。[44]

四、完善我国的对外关系法：从研究领域到法律体系

我国已有实质意义上的对外关系法，但未将其确定为一个研究领域，存在理论研究不足、司法实践不足和立法不足的问题，无法满足统筹国内法治与涉外法治的现实需求。我国已有学者呼吁明确对外关系法是中国特色社会主义法律体系的重要组成部分，是中国“依法治国”之“法”。[45]建议在中美经贸摩擦的背景下，尤其要完善中国对外关系法中的管辖权立法、国际司法协助立法、阻却立法。[46]要完善对外关系法律体系，尽快制定国家豁免法，构建中国特色对外援助法律制度，完善外国人居留管理、领事保护等制度建设。[47]前述建议均是有利于完善我国对外关系法的良言灼见。但本文以为当务之急是基于统筹国内法治与涉外法治的需要，廓清对外关系法的研究领域和研究问题，以为对外关系法律体系的完善提供系统、清晰的顶层制度设计和智力支持。在推进理论研究的过程中，重视发挥我国法院在涉外案件中的司法能动性并完善对外关系专门性立法。

（一）作为研究领域的对外关系法

如前文所述，对外关系法是指为调整一国与外界（其他国家、国际组织、境外实体、个人）互动关系的国内法规范和国际法规范。对外关系法关涉国际法也关涉国内法，但却并不是“国际法+国内法”的同义词，不以一般国际法和国内法为研究对象。对一国不负有履行义务的国际法规则或不涉及国内实施（如直接由联合国安理会等国际组织实施）的国际法

---

[43] 根据《中华人民共和国宪法》第 67 条和第 85 条的规定，全国人大常委会的职权包括“决定同境外缔结的条约和重要协定的批准和废除”，国务院的职权包括“同境外缔结条约和协定”。

[44] 参见《中华人民共和国反垄断法》第 2 条、《中华人民共和国证券法》第 2 条、《中华人民共和国生物安全法》第 84 条。

[45] 参见刘仁山：《中国对外关系法是中国法律体系的重要组成部分》，载《法制与社会发展》2009 年第 6 期；刘仁山：《论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法》，载《法商研究》2016 年第 3 期。

[46] 参见李庆明：《论美国域外管辖: 概念、实践及中国因应》，载《国际法研究》2019 年第 3 期。

[47] 参见黄惠康：《统筹推进国内法治与涉外法治》，载《学习时报》2021 年 1 月 27 日，第 2 版。

规则并不属于对外关系法研究的对象。只关涉国内事务的处理，不涉及境外的人、财产和行为的国内法相关规则也不属于对外关系法研究的对象。只有因一国与外界互动而产生的、处于国内法与国际法交界地带、仅靠国际法或国内法无法单独解决的法律问题才属于对外关系法的研究对象。

我国对外关系法的研究应包括但不限于以下几大类法律问题：1.我国负有履行义务的国际法在国内实施的问题。此类问题主要包括对外事务规制权在国内机构间的分配——立法、行政和司法机构在对外关系中的角色定位及协调问题以及相关国际条约、国际习惯在我国国内的效力、适用、解释等问题。关于对外事务规制权的分配和国际条约与我国国内法关系问题，我国法律有部分规定但无系统、全面的规定。[48]学界对于需要在理论和法律制度上明确国际条约与我国国内法的关系已有共识但对实现的方式或路径的观点并不一致。[49] 关于国际习惯法在国内的效力问题，在我国法律现有法律体系中尚缺乏明确规定。因此，有必要在对外关系法的视野下，从统筹国内法与国际法的角度，加强对国际条约、国际习惯与我国国内法关系问题及对外事务规制权的具体分配问题的研究。通过比较研究、跨学科研究的路径，做出进一步探讨。例如，已有相关比较研究成果表明在142个国家的成文宪法中，大多数宪法没有规定国内法（包括宪法）与国际法的关系，该比例达69%，没有规定宪法与国际法的关系的达到74.6%。即使是在有相关规定的国家中，也仅有4.9%的国家规定，如果条约或协定与宪法规定不同时，该条约或协定仍然有效；9.2%的国家则规定，二者抵触时，条约无效。[50]此类研究有助于确定我国国内法与国际法关系的具体法律路径。2.国内法国际化过程中的法律问题。主要指我国的立法、司法、执法对国际法和其他国家国内法的影响问题，包括国家主权豁免、国内法的域外管辖、适用及执行、对外国法域外管辖、适用及执行的合作（国际司法协助、国外判决、裁决的承认与执行）与阻断、国际软法的达成与实施、国际造法议程的设置、参与和推动等。3.构建、完善规制一国与外界互动关系的国内法律体系。需要关注不同领域国内法对国家、国际组织、境外实体、个人的财产、行为的规制问题，包括国家主权豁免、外国人管理、国外判决、裁决的承认与执行等。

（二）发挥我国法院在对外关系中的能动作用

---

48 我国《宪法》、《缔结条约程序法》就国际条约的缔约权在全国人大常委会、国家主席和国务院之间的分配做了规定，《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》对香港和澳门分别以“中国香港”和“中国澳门”的名义单独地对外缔结经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等方面的协定做了规定。对于国际条约与国内法冲突时的法律适用，我国《票据法》《海商法》等单行法做了类似规定，但并未提及国际条约在国内法律体系中的地位及法律位阶问题。

49 有学者主张应当在我国宪法或法律中写入条约在中国法律体系中的地位的一般规定。（参见刘楠来: 《国际条约的适用与我国法制的完善》，载中国社会科学院社会政法学部:《科学发展社会和谐——构建社会主义和谐社会的理论与实践》，中国社会科学文献出版社 2007 年版, 第 278 页；赵建文:《国际条约在中国法律体系中的地位》，载《法学研究》2010 年第 6 期），有学者主张可借《缔结条约程序法》修订之机，将该法的名称扩展为《中华人民共和国缔结条约法》，全面规范我国条约缔结机关、缔约能力和权限、缔约程序以及条约的种类、保留、生效、效力、解释、实施等事项。（参见曾令良：《论我国〈缔结条约程序法〉的完善》，载《政治与法律》2014 年第 9 期）。在宪法或在修订《缔结条约程序法》时将其扩展为《缔结条约法》）也有学者认为，如果在宪法中做出全面规定，则可能造成制度僵化，宜采取“宪法规定+ 单行法立法+司法裁量”三合一模式。（参见彭岳:《国际条约在国内适用中的制度僵化及其解决》，载《中国法学》2014 年第 4 期）。

50 参见［荷］亨克•范•马尔赛文、格尔•范•德•唐:《成文宪法——通过计算机进行的比较研究》，陈云生译，北京大学出版社 2007 年版，第 89-165 页。

传统观念认为，对外关系是一国行政部门尤其是外交部门的主要职能行使场域，外界及国内法院自身都未期望在对外关系领域发挥积极功能。[51]我国法院表现得尤为明显。有外国学者对多国主流国际法教材中的本国的国际法案例使用情况做了比较研究，发现在中国 4 部主流国际法教科书援引的 159 件案例中，国际案例占 88%，国外案例占 12%，涉及本国的案例是 0%；美国的 3 部主流国际法教科书，援引案例 1002 件，其中国际案例占 31%，国外案例 6%，而涉及本国的案例占 64%。俄罗斯的 4 部国际法教科书，援引案例 347 件，其中国际案例占 78%、国外案例占 4%、本国案例占 19%。[52]之所以出现这种现象除路径依赖和政治因素考量外，主要原因恐怕是与我国法院审理国际法案例少，材料获取困难有关。有外国学者就批评中国法院在协调国际法与国内法律体系以及确保中国遵守国际法方面几乎没有发挥作用。[53]上述观念及现实情况需要改变。在我国力图积极参与、引领国际治理规则建立与完善的背景下，应有意识改变中国司法机构基本只关注国内法治问题，而对国际法问题关注不够，参与国际规则制定的积极性、能动性不够的状况。[54] 实际上，相较于行政机构尤其是外交部门，法院的意识形态与政治色彩较为淡化，参与对外法律关系的构建具有的相对独立性、温和性，也更易为国际社会所接受。

本文以为至少可以从以下两个方面发挥法院在对外关系法律体系中的能动作用。第一，最高人民法院以发布司法解释等文件的方式指导各级人民法院解释和适用国际条约。“国际间发生的争端，大部分与条约的履行或其解释和适用有关。”[55]在我国宪法及宪法性法律未对国际条约的适用及解释做出统一规定，司法实践亟需清晰指引的情况下，最高人民法院在条约的解释和适用指导方面有很大的能动空间。其实，最高人民法院也已有类似实践。早在 1987 年《联合国国际货物销售合同公约》对我国生效前夕，最高人民法院就曾向各人民法院转发前对外经济贸易部《关于执行联合国国际货物销售合同公约应注意的几个问题》的通知，指出“发生纠纷或诉讼亦得依据公约处理”。2002 年 8 月 27 日发布《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》，其中第 9 条规定“人民法院审理国际贸易行政案件所适用的法律、行政法规的具体条文存在两种以上的合理解释，其中有一种解释与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的有关规定相一致的，应当选择与国际条约的有关规定相一致的解释，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”最高人民法院于 2015 年 6 月 16 日和 2019 年 12 月 9 日分别发布的《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》均提出要积极准确适用对我国生效的国际条约，尊重国际惯例。

第二，各级人民法院通过在个案裁决中有效行使司法管辖权，最大程度保护我国主权利

---

[51] 即使是在对外关系法已比较发达的美国，也曾存在“外交事务司法例外主义”的观念。到了 20 世纪 90 年代美国学者亨金对于法院未能在美国对外关系中发挥应有作用提出了批评，他认为，法院“有理由对行政部门给予适度的遵从，但不是过度的遵从，即适度的司法谦让，但不是过度的谦让。”参见 Louis Henkin, *Constitutionalism,Democracy,and Foreign Affairs*,Columbia University Press,1990,p.71-72.

[52] See Anthea Roberts, *Is International Law International?* Oxford University Press, 2017, p.146.

[53] See André Nollkaemper,*National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011.p.157.

[54] 参见贺荣：《论中国司法参与国际经济规则的制定》，载《国际法研究》2016 年第 1 期。

[55] 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版,序。

益和我国当事人的合法权益。在涉外案件中，我国各级法院可通过综合运用国际法确认的属地管辖、属人管辖、保护性管辖、普遍性管辖，在“在国家之间分配司法管辖权、立法管辖权和执行管辖权。”[56]通过对我国立法中域外适用条款的运用和解释，加强此类条款的可操作性，在维护我国境外利益和避免与他国产生摩擦之间力求平衡。目前，我国的多部法律包含了域外适用条款，[57]但规定都较为原则。例如《反垄断法》第 2 条规定“中华人民共和国外国的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。”此处的“影响”显然是适用的核心前提，但也显然需要法院通过个案确立具体的判断规则。美国的对外关系法发展的历史也表明，美国正是通过各级联邦法院逐个案件、逐项立法乃至逐个法条的解释适用，确立起美国法域外适用的规则体系。[58]通过对我国法律中域外适用条款的运用和解释，积累判例，发展具体规则，我国各级法院可与立法机构、行政机构相互支撑，一道成为完善我国对外关系法律体系的行为体。

（三）完善专门性对外关系立法：以对外援助法为例

相较统筹国内法治与涉外法治的要求，我国的专门性对外关系法在立法方面还存在明显差距：一些领域内尚无法可依，如在华外国人管理方面尚无《难民法》，在国家主权豁免方面，尚无专门的《国家主权豁免法》；一些领域内法规层级较低，基本法缺位。对外援助领域的立法现状即属于此种情况。我国的对外援助始于1950年，迄今已有70年实践。随着人类命运共同体理念的提出、“一带一路”倡议的实施以及国家国际发展合作署的成立，我国的对外援助在援助规模、援助领域、援助方式等方面步入转型阶段。我国已成为非发展援助委员会成员中提供援助最多、受援国范围最广的国家。[59]但另一方面，我国现有的对外援助法律体系主要由部门规章和规范性文件构成。现有的部门规章大多由国家国际发展合作署在原有商务部规章的基础上修订、发布，包括《对外援助标识使用管理办法》（自2020年1月1日起施行）、《对外援助项目咨询服务单位资格认定办法》（自2020年12月1日起施行）、《国家国际发展合作署行政复议实施办法》（自2020年5月1日起施行）《国家国际发展合作署行政处罚实施办法》（自2020年5月1日起施行），其他规章如《对外援助管理办法》《对外援助成套项目管理办法》《对外援助物资项目管理办法》等尚在修订之中。现有的对外援助法律体系偏重实用，强调可操作性，但也存在结构分散、立法层级低、处罚力度不够、可

[56] 霍政欣: 《全球治理体系中的国内法院》，载《中国法学》2018 年第 3 期。

[57] 参见《中华人民共和国刑法》第 8 条、《中华人民共和国反垄断法》第 2 条、《中华人民共和国反恐怖主义法》第 11 条、《中华人民共和国海洋环境保护法》第 2 条第 3 款、《中华人民共和国证券法》第 2 条第 4 款、《中华人民共和国出口管制法》第 44 条、《中华人民共和国生物安全法》第 84 条。

[58] 韩永红：《美国法域外适用的司法实践及中国应对》，载《环球法律评论》2020 年第 4 期。

[59] 2018 年 6 月 28 日发表的《中国与世界贸易组织》白皮书透露自 2018 年起，中国将在 3 年内向参与“一带一路”建设的发展中国家和国际组织提供 600 亿元人民币援助，建设更多民生项目。在 2020 年的新冠疫情防控初期，多国政府、非政府组织、企业、个人向我国提供了国际援助。截至 2020 年 3 月 27 日我国也已对 89 个国家和 4 个国际组织提供医疗物资、技术支持等多种形式的抗疫援助。2020 年 5 月 18 日，在第 73 届世界卫生大会视频会议开幕式上，习近平主席宣布我国将两年内提供 20 亿美元国际援助、与联合国合作在华设立全球人道主义应急仓库和枢纽、建立 30 个中非对口医院合作机制、中国新冠疫苗研发完成并投入使用后将作为全球公共产品、同二十国集团成员一道落实“暂缓最贫困国家债务偿付倡议”等中国支持全球抗疫的一系列重大举措。

能与上位法冲突等问题。[60]更为突出的问题是，现有对外援助法律体系的规制视野基本只局限于对内管理层面，欠缺国际法维度的统筹思考。[61]

需要在对外关系法的视域下，完善我国的对外援助法律体系。第一，我国应在对外援助目标的设定、对外援助原则的确立、对外援助规则的构建等方面全方位统筹国内法治和国际法治资源。对外援助不仅包括援助国与受援助国之间的双边援助还包括与国际组织合作的多边援助和三方合作援助。[62]因此，对外援助不仅关涉援助国国内主体（如实施援助的企业、政府管理部门）之间的关系，还关涉援助国与受援助国、其他援助国、国际组织之间的关系。这些关系均属于典型的对外关系；我国的对外援助方式包括援建成套项目、提供物资、开展技术合作、开展人力资源开发合作、实施南南合作援助基金项目、派遣援外医疗队、开展志愿服务、提供紧急人道主义援助、减免债务等。[63]在对外援助过程中必然涉及到物资、金钱、服务及/或人员的跨境流动，也必然会与国际贸易、投资、金融等领域的国际法规则产生互动和交集；对外援助是具有人道主义、安全、发展、商业等多重目标的国家战略实施工具。在推进“一带一路”倡议实施和人类命运共同体理念推广的过程中，对外援助也应成为我国参与全球治理、提升国际制度话语权的重要制度工具。第二，在规范层面，我国的对外援助法律体系应涵盖：对外援助基本法、对外援助规章及规范性文件、对外援助国际条约、国际软法。对外援助基本法就对外援助的定义、对外援助的目标、对外援助的原则、对外援助的管理、对外援助的评价、对外援助的监督等事项作出基础规定；对外援助规章及规范性文件就对外援助事务在执行层面的管理和运行作出规定；对外援助国际条约就多边援助和三方合作援助作出承诺并规定履行承诺的原则、方式或方法等；对外援助国际软法则涵盖通过国际组织和/或国际会议达成的有关对外援助的决议、声明、宣言、议程等规划类文件以及指南、建议、意见等工作指导性文件。在对外法律体系的构建中，应尤其注意上述四类规范之间的互动和衔接。例如，我国对外援助实践中“授人以渔”的理念与对外援助领域中的重要软法《巴黎宣言》[64]中达成的共识“能力发展是发展中国家自己的责任，援助方只是发挥支持作用”存在本质相通。一方面，我国可借鉴《巴黎宣言》中关于提升对外援助有效性的指标和措施，将其转化为我国对外援助的规范，通过提高发展中国家自主发展能力，最终提升我国对外援助的有效性。另一方面，我国可将援助发展中国家能力发展的“中国经验”和“中国规范”持续输出，导入相关国际软法。

五、结语

统筹国内法治与涉外法治要求破解我国现有法律体系和法学研究中的国内法与国际法

---

60 参见李锟先：《论我国对外援助专门立法的必要性》，载《国际经济合作》2014 年第 11 期；曹俊金：《完善我国对外援助立法之探讨》，载《天津法学》2014 年第 3 期。

61 参见韩永红：《论我国对外援助基本法的构建——基于国内法和国际法统筹思考的视角》，载《武大国际法评论》2018 年第 4 期。

62 三方合作援助包括至少一个传统援助国或国际组织、一个及一个以上新兴援助国、一个及一个以上受援助国。前两者共同计划、融资并执行合作援助项目。

63 参见《国务院新闻办公室发布〈新时代的中国国际发展合作〉白皮书》，载国务院新闻办公网站，http://www.scio.gov.cn/37234/Document/1696684/1696684.htm，2021 年 1 月 10 日。

64 2005 年 3 月，在巴黎举行的关于有效援助的高层论坛后，91 个国家（包括中国）、26 个国际组织、14 个公民社会组织共同签署了《关于援助有效性的巴黎宣言》，简称《巴黎宣言》。

两分法思维，消弭我国的国内法治与涉外法治之间存在的疏离、断裂甚至空白。实现破解的一个制度抓手就是重视对外关系法的研究和法律体系建设。对外关系法是调整一国与外界（其他国家、国际组织、境外实体、个人）互动关系的国内法规范和国际法规范。对外关系法关注国内法与国际法交界地带出现的法律问题，特别是国际法国内化过程中和国内法国际化过程中产生的相关法律问题。我国虽然已有实质性的对外关系法，但既没有将其作为一个研究领域也没有将其作为中国法律体系的构成部分，存在理论研究不足、司法实践不足、立法不足的突出问题，不能适应百年未有大变局下我国对外关系发展的大国需求。国际关系中的大国地位要求我国更清晰、具体地表达我国与世界之间的关系主张，“采用法律的方式表达国家主张，其效果通常远远好于仅用政治语言进行描述，更好于仅仅行动而不做任何说明。”[65]“一带一路”倡议的实施以及“人类命运共同体”理念的倡导更要求我国展现对国际治理规则的把握和引领能力。我国应以对外关系法的研究和法律体系完善为切入点，深化对国际法与国内法互动关系的研究，将我国平衡“国际主义”和“国家主义”、“国际特质”和“中国特色”的主张具化为对外关系法律规范，从而提高国际法国内实施的效益，提升国内法域外管辖的能力。这也正是实现国内法治与涉外法治统筹发展的现实之道。

Abstract: Promoting the domestic rule of law and foreign-related rule of law in a coordinated manner urgently needs to break through the dichotomy thinking of international law and domestic law in the legal system and legal studies. One of the key approaches is to attach importance to the study of China's foreign relations law and the institutional construction of China's foreign relations law. The foreign relations law regulates the interaction between a country and the rest of the world (other countries, international organizations, foreign entities and individuals). The foreign relations law focuses on studying the legal issues arising from the internalization of international law and the internationalization of domestic law. Although China has foreign relations law in a substantive sense, problems such as insufficient theoretical research, insufficient judicial practice, and insufficient legislation do exist, failing to meet the demand of China in the development of its foreign relations in the new era. To this end, it is necessary to clarify the research field of the foreign relations law, give full play to the the role of the China's courts in foreign-related cases and improve the special legislation of foreign relations, so as to enhance the efficiency of "internalizing" international law and the ability of "externalizing" domestic law.

Key words: Foreign relations law　domestic rule of law　foreign-related rule of law

[65] 何志鹏：《国家利益维护：国际法的力量》，法律出版社 2018 年版，第 185 页。

国际法治与持久和平——关于“构建人类命运共同体”的思考*

何 丹**

内容摘要 持久和平始终是人类矢志不渝的共同价值追求。纵观近现代国际关系史，强权政治是导致战争的思想根源。国际法治在人类反思战争的过程中应运而生。国际法治追求和平的重要思想主要包括基于自然国际法的正义战争思想、源于实在国际法的追求和平思想等。在国际法实践中，第三方解决争端、国际联盟、联合国等制度建设不断完善，从而更好化解纷争、消弭战乱。因此，国际法治是促进持久和平实现的必然路径。当前，中国提出的构建人类命运共同体的持久和平价值，与国际法治追求和平的理想相契合，是人类追求和平的中国智慧、中国路径和中国方案。

关 键 词 持久和平 国际法治 强权政治 国际法史 人类命运共同体

目 次

引言
一、强权政治是引发战争的思想根源
（一）强权政治思想的代表学说
1、霍布斯的斗争哲学
2、摩根索的权力斗争学说
3、凯南的现实主义观点
（二）国际法治对强权政治思想的反思
二、国际法治追求和平的重要思想
（一）基于自然国际法的正义战争思想
（二）源于实在国际法的追求和平思想
三、国际法治追求和平的具体实践
（一）发展第三方争端解决机制
（二）建立国际联盟
（三）成立联合国
四、中国是捍卫国际法治、实现持久和平的重要力量
结语

*本文在写作过程中得到了北京大学李鸣教授的指导和启发。文中疏漏由笔者负责。
*北京大学法学院国际法专业 2018 级博士生，习近平外交思想研究中心秘书处助理研究员。

引　言

自威斯特伐利亚和约以来，随着民族国家的建构过程，人类已基本按照主权国家的形态分别组织起来，主权国家构成人类社会的基本政治组织，它们之间的互动关系或国际关系，左右着近代以来人类社会的发展进程。如果说持久和平是人类社会发展进程的一部分和价值目标，那么，探讨持久和平的路径，就不能不置身于国际关系的背景下。在主权国家林立的世界里，任何有效推动持久和平的努力，应主要依赖于主权国家积极的实践。

基于这一认识，本文将从国际法角度探讨持久和平的路径问题。自近代以来，在国际关系进程中一直存在着两种相互对立的认知，一种可谓国际法治，另一种可谓丛林法则或强权政治。国际法治旨在通过国际法规范和制度限制国家权力滥用，以合作的方式谋求国家的共同利益。而从林法则强调国家的实力在国际关系中的决定作用，国际关系是国家争取权力的零和博弈。它们共同作用于国际关系，深刻影响国际关系进程。

以霍布斯、摩根索、凯南为代表的强权政治思想是导致国家间关系紧张、乃至冲突或战争的思想根源。为追求持久和平理想，必须反对国际关系中的强权政治，坚持推进国际法治进程。在国际法思想史上，秉持自然法理想的国际法先贤通过正义战争思想限制战争、维护和平，实在国际法学者则强调国际法基于国际社会共同利益而存在和发展，理应通过法治实现人类和平。在国际法实践中，第三方解决争端制度为国家间和平解决争端提供了具体方式，一战后建立的国际联盟主持签订《巴黎非战公约》宣告了战争的非法性，二战后成立的联合国完善了禁止战争的国际法律制度设计。诞生于战争阴影下的国际法的重要思想和制度建设始终不渝地追求持久和平的理想，国际法治是促进实现持久和平的重要甚至唯一路径。

当前，中国提出的构建人类命运共同体的持久和平价值，与国际法治追求和平的理想和实践相契合。中国要通过倡导多边主义并捍卫国际法原则、团结热爱和平的力量形成国际统一战线、利用舆论唤起世界人民的正义良知等方式捍卫国际法治，促进实现持久和平价值目标。

一、强权政治是引发战争的思想根源

近百年来，国际关系更多被权力而非规则主导，由于国与国之间存在相当大的国力差距和地位差异，强权政治现象广泛存在：大国利用自身力量和影响在国际事务上为追求国家利益肆意妄为，导致战争延绵不断，威胁国际和平与安全，影响世界公正与稳定。[1]历史上的强权政治思想主要以霍布斯的斗争哲学、摩根索的权力斗争学说和凯南的现实主义观点为代表。

（一）强权政治思想的代表学说

1、霍布斯的斗争哲学

[1] 参见何志鹏：《国际法治论》，北京大学出版社 2016 年版，第 56 页、第 174 页。

人类近代以来的战争和武装冲突的历史，似乎验证了霍布斯的“自然状态即战争状态”一说。托马斯• 霍布斯（Thomas Hobbes, 1588—1679）在其著名政治哲学著作《利维坦》中认为，“自然状态”是“我们的自然将我们置于”的状态，是指在没有人为建立的共同权力条件下自然人性的基本状况，自然状态下人性本恶，人类在生死面前的平等引起冲突。[2]霍布斯并将自然状态引入国际关系。他认为，混乱无序的国际政治是独立国家在自然状态下共存的政治领域，导致国家间冲突的因素类似于导致自然状态人类冲突的因素，即竞争、差异和荣誉，但是国家处于普遍战争的自然状态并非源于统治者的好战性情，而是与国际政治的结构有关。[3]在自然状态的国际社会中，由于缺乏统一的中央执法机构，国家必须依靠自己的权力甚至战争，来自我防卫保全，运用权力是国家作为独立自由实体最为核心的利益。霍布斯的自然状态说蕴含着人类社会丛林法则的思想，认为斗争是必需的，只有强者才能通过斗争在自然状态下生存，其结果是适者生存，强者恒强。人类对自然状态和丛林法则的认知，是导致战争延绵不断的思想根源。

2、摩根索的权力斗争学说

霍布斯的混乱无序（Hobbesian anarchy）思想为国际关系领域的现实主义思想播下了种子。[4] 二战后，摩根索根据霍布斯的斗争哲学提出了著名的权力政治理论。汉斯• 摩根索（Hans Morgenthau, 1904—1980）是出生于德国的犹太人。他亲历了两次世界大战的动荡，后因躲避迫害辗转到美国，对依靠法律、制度来解决国际秩序问题逐渐失去信心，更对丛林法则、现实主义深信不疑。[5]摩根索认为，在国际政治中，各国都必然在可能的情况下扩大本国势力范围，而一国相对于他国的权力膨胀，必然激发其无限扩大自己权力的欲望。[6]各国间利益冲突与实力不均等使国家间的权力斗争不可避免，并最终可能导致战争。[7]关于在国际事务中用法律、道德等制约暴力、维持和平的问题，摩根索持悲观态度，坚信只有当国家相信这样的制约符合本国利益时，才可能接受制约。摩根索认为，虽然过去四百年的历史证明大部分国家都严格遵守国际法，但不应过分夸大国际法对限制国家权力的重要性。因为国际法是一种“原始的法律”，其实质性缺陷是立法、司法、执法功能的分散化。[8]

3、凯南的现实主义观点

---

[2] 参见李猛：《自然状态为什么是战争状态？——霍布斯的两个证明与对人性的重构》，《云南大学学报（社会科学版）》第 13 卷第 5 期，第 5 页；Gabriela Ratulea, From the Natural Man to the Political Machine—Sovereignty and Power in the Works of Thomas Hobbes (Peter Lang 2015), p53.

[3]See Charles Covell, Hobbes, Realism and the Tradition of International Law (Palgrave Macmillan 2004), p89.

[4]See Theodore Christov, Before Anarchy-Hobbes and His Critics in Modern International Thought (Cambridge University Press 2008), p26.

[5]See Michael Cox, “Hans J Morgenthau, Realism, and the Rise and Fall of the Cold War”, in Michael C. Williams (ed.), Realism Reconsidered－The Legacy of Hans Morgenthau in International Relations (Oxford University Press 2008), p124.

[6]参见[美]汉斯·摩根索：《国家间政治——权力斗争与和平》，徐昕、郝望、李保平译，北京大学出版社 2006 年版，第 9－12 页。

[7]参见王宏周：《战后美国的国际关系理论研究（上）——现实主义理论与方法》，《国外社会科学》1993 年第 10 期，第 16 页；参见[美]汉斯·摩根索：《国家间政治——权力斗争与和平》，徐昕、郝望、李保平译，北京大学出版社 2006 年版，第 9-12 页。

[8] See Oliver Jütersonke, *The Image of Law in Politics Among Nations*, in Michael C. Williams (ed.), Realism Reconsidered－The Legacy of Hans Morgenthau in International Relations (Oxford University Press 2008), p108.

现实主义思想在美国的另外一个重要支持者是乔治• 凯南（George Kennan, 1904—2005）。凯南的思想更加紧密地与美国外交政策联系在一起，把现实主义变成美国外交政策的基础。[9]他曾提出了一套遏制苏联的理论。[10]《美国外交 1900—1950》一书，从理论上阐释并完善其现实主义观点。凯南认为民族国家制定外交政策时应考虑民族利益，而非道德原则，力图在国际关系中削减理想主义的幻想。关于国际法，凯南认为在一个本质上处于无政府状态的国际社会中法律的价值极为有限。国际法只有在不涉及核心利益和军事安全领域时才有利于国际秩序，不能忽视权力现实而对国际法抱有过高期望。[11]越是靠近诸如国家存亡等核心利益，国际法的影响力越小。国际法无法脱离权力现实，更无法代替权力成为国际社会的关键力量。

以上三种学说合理地解释了战争的根源，对国际法为何面对战争软弱无力的分析也入木三分。实际上，正是对国际法丧失了信心，摩根索才提出权力是国际关系铁律的著名论断。拿破仑战争后欧洲长期的和平状态也证实了他的权力制衡说。国际法院在 1996 年“核武器使用合法性”的咨询案中认为，国际社会在二战后之所以未发生新的世界大战，不在于国际法禁止武力原则的作用，而是由核武器的巨大杀伤力而带来的“威慑”政策所导致的。这个意见似乎也承认权力制衡对维护人类和平的重要性。然而，由于国家事实上的不平等，强调国际关系的权力斗争本质，必然导致国际关系中的强权政治，并引发大国必有一战的悲观论调。[12]

（二）国际法治对强权政治思想的反思

国际法治自 20 世纪后半期以来逐渐进入国际社会主流话语体系。[13]国际法治简而言之就是法治原则的国际化或在国际社会中践行法治，可谓是国际法的灵魂和理想存在状态，引导国际法不断除旧布新。[14]国际法治包含了“国际法受到广泛的认可、尊重和有效的实施”（国际法之治）和“国际社会形成高水准的法律和完善的治理”（国际之法治）等不同层次的内涵。[15]从静态上看，国际法治是衡量国际关系与国际法在某一阶段、领域发展程度的尺度；从动态上看，国际法治是一个不断发展的进程，还没有形成整体完善的格局。[16]崇尚国际法治、爱好和平的理想主义者对现实主义者提出以下质疑：为什么人性一定是恶而不是善？为什么国际关系一定是斗争而不是合作？为什么人类历史一定是悲观的而不是乐观的？而他们从历史教训得到的启示与现实主义者完全相反。

---

[9] See Richard Russell, *American Diplomatic Realism: A Tradtion Practised and Preached by George F. Kennan*, Diplomacy & Statecraft 11(2000),p179;See Richard L. Russell, George F. Kennan’s Strategic Thought (Praeger Publishers 1999), p154.

[10] 参见周桂银:《乔治·凯南的外交思想》,《美国研究》1993 年第 2 期，第 117 页。

[11] See Richard Russell,*American Diplomatic Realism: A Tradition Practised and Preached by George F. Kennan*, Diplomacy & Statecraft 11(2000),p170.

[12]参见[美]约翰·米尔斯海默著:《大国政治的悲剧》，王义桅、唐小松译，上海人民出版社 2013 年版，第 2-3 页，第 367-368 页。

[13] 何志鹏:《国际法治论》，北京大学出版社 2016 年版，第 6 页。

[14] 参见何志鹏:《国际法治论》，北京大学出版社 2016 年版，第 2 页、第 7 页。

[15] 何志鹏:《国际法治论》，北京大学出版社 2016 年版，第 45 页。

[16] 何志鹏:《国际法治论》，北京大学出版社 2016 年版，第 46 页。

强权政治现实存在，但只考虑狭隘的国家利益，有诸多弊端和缺陷，会导致大国必有一战的悲观论断，不能促进形成美好世界。[17]纵观人类历史，国际秩序呈现出由武力到强权到合作的总体趋势。虽然终结强权政治非一夕之功，但这不意味着不需要改变强权政治，更不意味我们无法确立一个更加文明的国际秩序。[18]如果通过行为体间动态互动方式制约强权政治，效果恐难于持久，因此必须借助国际规则与制度的确立，来明确大国的行为边界、模式。[19]国际法治的目标就是明确行为准则，防止强权政治。[20]

纵观近代历史，国际法治总是伴随着战争而发展，战争越惨烈就越激发人类通过国际法治追求和平的理想。究其原因，无外乎是战争的残酷性和破坏力所致。战争给人类带来的灾难震撼了人类的良知，迫使国家思考如何限制权力的滥用，以延缓甚至控制战争的爆发，达到维持和平的目的。国际法和国际法治成为不二选择。国际法治也是弱小国家的不二选择。由于力量对比悬殊，它们更加偏好第三方解决争端，更加偏好集体安全制度，更加偏好国际法。国际法治成为它们反抗人类社会丛林法则或大国强权政治的重要武器，并不断激励它们为争取自己的和平生存和发展而奋斗。国际法治是实现人类持久和平的重要甚至唯一路径。正如习近平总书记在 2021 年 1 月召开的世界经济论坛对话会上指出，没有国际社会共同制定、普遍公认的国际法则，世界最终将滑向弱肉强食的丛林法则，给人类带来灾难性后果。

二、国际法治追求和平的重要思想

国际法治旨在用国际法调整或支配国家之间关系，国际法是国际法治的方式，国际法治是国际法的功能。因此，国际法治与国际法紧密联系，理解国际法治需要了解国际法源起与发展历史。所谓的国际法或国家之间的法，起初是自然法和万民法的总和，并且自然法高于万民法。只是随着时代的变迁，自然法被排除于国际法的范畴之外，国际法成为实在国际法的专有名词。和平是国际法的永恒主题和首要目标。[21]当我们讨论国际法治的和平理想时，不能忘记自然法思想的火花。实际上，正是这些火花最早激发了通过国际法治追求和平的理想。国际法历史上的重要思想一直以人类持久和平为理想和目标。

（一）基于自然国际法的正义战争思想

正义战争思想在欧洲由来已久。生活在罗马帝国逐渐衰落、基督教兴起时期的奥古斯丁（Aurelius Augustinus，354—430），是早期正义战争思想的奠基人。[22]他从基督教教义出发，将和平视为上帝赐予人类的礼物；他谴责战争并向往和平，认为正义战争只能基于既成的伤害。[23]中世纪晚期最杰出的经院哲学家托马斯• 阿奎那（Thomas Aquinas，1225—1274），

---

[17] Philippe Sands, Lawless World: Making and Breaking Global Rules(Penguin Books 2006), p6.

[18] 何志鹏:《国际法治论》，北京大学出版社 2016 年版，第 175-177 页。

[19] 参见何志鹏:《国际法治论》，北京大学出版社 2016 年版，第 182 页。

[20] 何志鹏:《国际法治论》，北京大学出版社 2016 年版，第 54 页。

[21] 参见徐宏：《人类命运共同体与国际法》，《国际法研究》2018 年第 5 期,第 6 页。

[22] See Nico Vorster, *Just War and Virtue: Revisiting Augustine and Thomas Aquinas*, South African Journal of Philosophy 34 (2015) , p56; Andrej Zwitter and Michael Hoelzl, *Augustine on War and Peace, Peace Review: A Journal of Social Justice* 26(2014), p317; Joachim von Elbe, *The Evolution of the Concept of the Just War in International Law*, American Journal of International Law 33(1939), p669.

[23] See Nico Vorster, *Just War and Virtue: Revisiting Augustine and Thomas Aquinas*, South African Journal of Philosophy 34(2015), p60; Andrej Zwitter and Michael Hoelzl, *Augustine on War and Peace*, Peace Review: A Journal of Social Justice 26(2014), p320,p322.

进一步论述了正义战争思想。他总结了正义战争的三个条件，第一，战争的发动必须基于主权君主的权威，第二，正义战争的理由只能基于既成的伤害，第三，参战成员必须具有扬善除恶的正当意图。[24]

大约 16 世纪起，理性的自然法成为许多国际法先贤用以发展之前的正义战争思想的工具。西班牙学院派学者弗朗西斯科• 维多利亚（Francisco de Vitoria，1483—1546），面对西班牙大肆武力征服美洲的事业，反思了殖民战争的道德问题。[25]他反对将基于宗教差异和先占权征服印第安人的战争视为正义战争。[26]他认为，按照自然法原则，只有在保证良知安全（safety of conscience）的条件下才能正义地开战。[27]西班牙神学家弗朗西斯科•苏亚雷斯（Francisco Suárez，1548—1617）沿着维多利亚的足迹，试图从严格的司法角度对战争进行限制。[28]他探究了正义战争的前提条件，提出了“惩罚性正义”（vindicatire justice）的概念。在他看来，从事非正义战争的士兵不受万民法保护，引发了普通士兵的战争责任问题。[29]

格劳秀斯（Hugo Grotius，1583—1645）亲眼目睹了基督教世界史上前所未有最错综复杂、涉及冲突最多的野蛮战争——“三十年战争”（1618—1648）。[30]频繁战事导致大量平民伤亡，农业衰败，饥饿接踵而至，时疫随之而来。[31]他在战争期间完成的深受自然法影响的国际法巨著《战争与和平法》（1625 年），重点论述了其正义战争的理论。[32]在战争的发动方面，他根据自然法等法律区分了正义战争和非正义战争，确立了六种判断正义的标准，即正

---

[24] See Nico Vorster, *Just War and Virtue: Revisiting Augustine and Thomas Aquinas*, South African Journal of Philosophy 34(2015), p61; Joachim von Elbe, *The Evolution of the Concept of the Just War in International Law*, American Journal of International Law 33(1939), p669.

[25]See “Francisco de Vitoria”, *Britannica Academic Online*, available at <https://academic.eb.com/levels/collegiate/article/Francisco-de-Vitoria/75577>(last visited April 10, 2019)；参见韦宗友:《西方正义战争理论与人道主义干涉》,《世界经济与政治》2012 年第 10 期，第 34 页.

[26]参见韦宗友:《西方正义战争理论与人道主义干涉》,《世界经济与政治》2012 年第 10 期,第 34 页；See James Brown Scott, The Spanish Origin of International Law (The Clarendon Press 1934), p208; See Annabel Brett, *Francisco De Vitoria (1438-1546) and Francisco Suárez (1548-1617)*, in Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.) , The Oxford Handbook of The History of International Law (Oxford University Press 2012), p1088; See Mauro Mantovani, *Chapter 7: Francisco de Vitoria on the ‘Just War’: Brief Notes and Remarks*, in Beneyto J., Corti Varela J. (eds), At the Origins of Modernity—Studies in the History of Law and Justice, Vol. 10 (Springer 2017); 参见林国华:《西洋正义战争学说简述——从奥古斯丁到维多利亚》,《学术月刊》2015 年第 2 期，第 170 页。

[27]See Wolfgang Preiser, “History of International Law, Ancient Times to 1648”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, available at <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e716?rskey=8cnfG4&result=2&prd=EPIL> (last visited 27 March, 2019);See James Brown Scott, The Spanish Origin of International Law (The Clarendon Press 1934), p208-09.

[28]参见[美]阿瑟·努斯鲍姆著：《简明国际法史》，张小平译，法律出版社 2011 年版，第 51、57 页；参见王铁崖,《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 315 页；参见[奥]阿·菲德罗斯等著：《国际法》（上册），李浩培译，商务印书馆 1981 年版，第 83 页；See Randell Lesaffer, “Peace Treaties and the Formation of International Law”, in Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.) *The Oxford Handbook of The History of International Law* (Oxford University Press, 2012), p78.

[29]参见[美]阿瑟·努斯鲍姆：《简明国际法史》，张小平译，法律出版社 2011 年版，第 54 页，第 69-70 页；参见王铁崖:《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 315 页。

[30] 参见[美]R.R.帕尔默著，[美] 乔•科尔顿、劳埃德•克莱默修订：《现代世界史》（上），孙福生等译，后浪出版社 2009 年版，第 116 页；参见李明倩：《威斯特伐利亚和约与近代国际法》，商务印书馆 2018 年版，第 80 页，第 149-50 页。

[31] 参见[美]R.R.帕尔默著，[美] 乔•科尔顿、劳埃德•克莱默修订：《现代世界史》（上），孙福生等译，后浪出版社 2009 年版，第 119 页。

[32]See Peter Haggenmacher, *Hugo Grotius (1583-1645)*, in Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.), The Oxford Handbook of The History of International Law (Oxford University Press, 2012), p1099-1100;参见熊光清:《限制战争：格劳秀斯主权理论新解》,《太平洋学报》2014 年第 9 期，第 21 页、第 26 页。

义的理由、对等性、成功的可能性、宣战、正当的权威及战争作为最后手段，其中战争作为最后手段可谓格劳秀斯正义战争理论的核心。[33]这些正义的标准将那些不具有正当理由的战争置于不义之战，以此来限制战争的爆发。[34]同时，格劳秀斯不仅限制战争的发动，即“诉诸战争的法”，而且本着强烈的人道主义精神限制战争中所运用的杀敌手段，即“战争中的法”，以最大限度减少战争损害。[35]格劳秀斯的《战争与和平法》标志着人类摆脱了丧失理智的冲突，并照亮了国家及其国民维护和平的道路。[36]

意大利的国际法先驱贞提利（Alberico Gentili, 1552—1608）则明确将战争的法律属性与神学道德相区分。他否定宗教可能成为战争正义理由的主张，认为应运用自然法原则探讨正义战争。[37]瑞士法学家瓦泰尔（Emmerich de Vattel, 1714-1767）从自我完善和自我保护的普遍自然权利出发，认为国家有保护自身不受伤害的安全权利（right to security）。[38]

由此可见，在现代意义上的国际法发展早期，国际法的先贤是用理性的自然法来进一步发展正义战争思想的，他们希望用自然法来限制不受约束的战争，以使人类免受战争灾难。[39]人类的正义良知成为追求和平理想的国际法基础。

（二）源于实在国际法的追求和平思想

随着时代的变迁，实在国际法自 19 世纪晚期取代自然法成为国际法独尊，是从外交实践归纳、总结出的法律规则，基于实在国际法的和平思想至今仍深刻影响着许多国际法学者。

“现代国际法之父”——奥本海（Lassa Oppenheim, 1858—1919）是实在国际法学的代表人物，他最重要的著作——国际法经典教材《奥本海国际法》于 1905 年到 1906 年出版，当时正值实在国际法学的天下。奥本海认为，国际法只能包含实践接受的法，实践中的国家行为只能基于真正的国家利益，共同的国家利益才能将国家团结在一起。[40]正是由于“国际

---

[33]See Hersch Lauterpacht, *the Law of Peace*, in E. Lauterpacht, Q.C.(ed.), International Law (Cambridge University Press 1975), p347, p358; See Mohammad Taghi Karoubi, Just or Unjust War? International Law and Unilateral Use of Armed Force by States at the Turn of the 20th Century (Ashgate Pub Ltd. 2004), pp73-75; See Peter Haggenmacher, *Hugo Grotius (1583-1645)*, in Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.), The Oxford Handbook of The History of International Law (Oxford University Press 2012), p1100；See W. S. M. Knight, The Life and Works of Hugo Grotius (Sweet & Maxwell. Ltd 1925), p209;See Kaius Tuori, *The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law*, in Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.), The Oxford Handbook of The History of International Law (Oxford University Press 2012), p1024;参见[美]汉斯·凯尔森：《国际法原理》，王铁崖译，华夏出版社 1989 年版，第 30 页。

[34]See Hersch Lauterpacht, *the Law of Peace*, in E. Lauterpacht, Q.C.(ed.), International Law (Cambridge University Press 1975), p314, p324, p347, p358.

[35]See Hugo Grotius, E. W. Kelsey (trans), *On the Law of War and Peace*, 3 vols. (The Clarendon Press 1925), pp 722-782; See W. S. M. Knight, The Life and Works of Hugo Grotius (Sweet & Maxwell. Ltd 1925), pp209-10; 参见王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 324 页。

[36] 参见[荷]格劳秀斯著，[美]A.C.坎贝尔英译：《战争与和平法》，何勤华等译，上海人民出版社 2005 年版，导论第 1 页。

[37]See Joachim von Elbe, *The Evolution of the Concept of the Just War in International Law*, American Journal of International Law 33 (1939), pp677-678;参见[美]阿瑟·努斯鲍姆：《简明国际法史》，张小平译，法律出版社 2011 年版，第 62-63 页.

[38]See S. Zurbuchen, *Vattel's Law of Nations and Just War Theory*, History of European Ideas 35(2009) , p411.

[39]See Hersch Lauterpacht, *The Law of Peace*, in E. Lauterpacht, Q.C.(ed.), International Law (Cambridge University Press 1975), p314, p318, p347.

[40]See Benedict Kingsbury, *Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law*, European Journal of International Law 13(2002), p407;See Mónica García Salmones Rovira, *The Politics of Interests in International Law*, European Journal of International Law 25(2014), p766.

大家庭”（Family of Nations）——即国际社会中的共同利益，国家间需要合作，国际法才得以存在发展。[41]将国际法视为客观科学的奥本海认为国家利益大多与商业、经济活动相关，只有国际经济及其他利益不断增长、加强和深化，国际大家庭和国际法才能不断进步。[42]同时，国家间相互交织的利益使得国际大家庭必须建立相应国际机制以确保持久和平，这正是奥本海所谓的国际主义（internationalism）。[43]例如在一战前后，奥本海就认为非常有必要成立国际联盟，旨在通过制裁阻止司法、政治冲突可能导致的战争，促进持久和平。[44]

另外一位实在国际法学代表人物——劳特派特（Hersch Lauterpacht, 1897—1960）则更加明确拥护国际法治，认为国际法治与持久和平紧密相关。《奥本海国际法》自首版来前后经过八次修订，劳特派特所编辑的第五版（1935 年）到第八版（1955 年）尤其拥有比同时代其他国际法教材更高的权威。[45]在其编辑中，劳特派特包含了另一个重要观点，即国际法律工作者应在国际关系中发挥比外交官更加重要的作用。[46]劳特派特认为国际社会应建立在国际法治基础上，所谓政治争端并不存在，所有国际争端均为法律争端，只要人们认可法治，所有国际争端均能通过应用法律原则得到解决，而国际法律工作者则是法治的基础，在国际事务应发挥重要作用。[47]在其主要著作《法律在国际社会中的作用》（1933 年）中，劳特派特更坚信应通过法治实现和平，法律的功能就是维持和平、消除暴力，而和平价值则是法律的本质和必要特征。[48]其中强制性司法（compulsory adjudication/arbitration）对处于法治之下的国际社会非常重要，是国家间消除暴力的重要途径，如此国际社会才能实现和平。[49]

自 19 世纪晚期起，以奥本海和劳特派特为代表的国际法学者开始转向强调经验的实在国际法，认识到国际法基于国际社会共同利益而存在发展，坚定了国际社会应基于国际法治实现持久和平的信心。

综上所述，国际法治的和平理想最初源自自然法思想的火花，19 世纪前秉持自然法理想的国际法先贤维多利亚、格劳秀斯等人通过正义战争思想限制战争、维护和平，以使人类

---

[41]See Benedict Kingsbury, *Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law*, *European Journal of International Law* 13(2002), p409, p411.
[42]See Mónica García Salmones Rovira, *The Politics of Interests in International Law*, European Journal of International Law 25(2014), p770-772, p774-775.
[43]See Lassa Oppenheim, The League of Nations and its Problems: Three Lectures (Longmans, Green and Co. 1919), p12.
[44]See Lassa Oppenheim, *The League of Nations and its Problems: Three Lectures* (Longmans, Green and Co. 1919), p23.
[45]See Mathias Schmoeckel, *Lassa Oppenheim (1858-1919)*, in Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.), The Oxford Handbook of The History of International Law (Oxford University Press 2012), p1154.
[46]See Mathias Schmoeckel, *Lassa Oppenheim (1858-1919)*, in Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.), The Oxford Handbook of The History of International Law (Oxford University Press 2012), p1154； See Martti Koskenniemi, *The Function of Law in the International Community:75 Years After*, The British Year Book of International Law 79(2009), p362, p366.
[47]See Iain Scobbie, *Hersch Lauterpacht (1897-1960)*, in Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.), The Oxford Handbook of The History of International Law (Oxford University Press 2012), p1180.
[48]See Martti Koskenniemi, *The Function of Law in the International Community:75 Years After*, The British Year Book of International Law 79(2009), p357;See Mario Krešić, *The Role of Peace in Kelsen and Lauterpacht's Theories of International Law*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 5(2019), p496-499; See Hersch Lauterpacht, The Function of Law in the International Community (The Lawbook Exchange, Ltd 2000), p437.
[49]See Isabel Feichtner, *Sir Hersch Lauterpacht, The Function of Law in the International Community*, European Journal of International Law 22(2011), p1178; See Mario Krešić, *The Role of Peace in Kelsen and Lauterpacht's Theories of International Law*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 5(2019), p497.

免受战争灾难；从 19 世纪晚期起，国际法学者开始转向强调经验的实在国际法，认为国际法基于国际社会的共同利益而存在发展，理应通过法治实现和平。

三、国际法治追求和平的具体实践

在上述国际法治追求和平的重要思想指引下，国际法相关制度建设也在实践中不断完善，先后尝试通过发展第三方争端解决机制、建立国际联盟、成立联合国等方式化解纷争、消弭战乱。联合国成立 70 多年来，世界总体处于相对和平的状态。

（一）发展第三方争端解决机制

从自然法逐渐转向万民法或实在国际法的历史阶段起，国际法治的和平思想开始化为一般的国家实践。第一种以和平为宗旨和目的的国家实践可谓发展第三方争端解决机制，它起源于美国与英国之间的《杰伊条约》（Jay Treaty）。[50]

该条约签订于 1794 年 11 月 19 日，它包含数个仲裁条款，两国同意将其争端交由一个仲裁委员会仲裁解决，委员会由双方各自任命的一名或两名委员和共同推选的一名委员组成。仲裁委员会以维护两国间和平为首要目标，成功解决了其存在的严重争端，避免了一场一触即发的战争。[51]《杰伊条约》预示着现代国际仲裁制度的兴起，其影响力随着 1872 年美英两国在“阿拉巴马仲裁”案（Alabama Arbitration）签署的《华盛顿条约》达到顶峰，自此许多国家均订立了双边仲裁条约。[52]

1899 年和 1907 年两次海牙和会达成并修订的《和平解决国际争端公约》，确立了和平解决国家间争端的原则，并设立了常设仲裁法院（Permanent Court of Arbitration），以便协助自愿将争端提交仲裁的国家设立仲裁庭，以此巩固国际仲裁等和平解决争端的制度。[53]海牙和会还提出了国际调查委员会解决国际争端的方法。

美国在一战前后的双边关系实践中广泛采用了这一方法。在时任国务卿布赖恩（William Jennings Bryan）主持下，美国签订的一系列双边条约都规定，成立国际委员会调查并报告威胁国际和平的情形，在调查和报告完成之前，双方不得使用武力。此种条约旨在为预防使用武力设置一个“冷却期”，以此降低战争的风险、避免战争的爆发，史称《布赖恩条约》（Bryan Treaties）。[54]1913 年 9 月到 1914 年 10 月期间，美国共与 27 个国家签订了内容基本一致的《布赖恩条约》，并与其中 22 个国家交换批准文书。[55]

第三方争端解决机制在一战后得到进一步发展，体现为 1922 年 2 月在荷兰海牙成立的常设国际法院。该法院是国际关系上第一个受理国家之间争端的一般性法院。在起草法院规

---

[50]See “Jay Treaty”, *Britannica Academic Online*, available at <https://www.britannica.com/event/Jay-Treaty>, last visited 27 June, 2019.

[51]See Georg Schwarzenberger, *Present-Day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations*, Notre Dame Law Review 53(1978), p731-32.

[52]See Katja S Ziegler, “Jay Treaty (1794)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, available at https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e50, last visited 27 June, 2019;Ian Brownlie, The Rule of Law in International Affairs (Martinus Nijhoff Publishers 1998), p111 .

[53]参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 2017 年版，第 427 页。

[54]See Hans-Jürgen Schlochauer,“Bryan Treaties (1913-14)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, available at <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e14>, last visited 27 June, 2019.

[55]See *The Bryan Peace Treaties*, American Journal of International Law 7(1913), p827.

约时，最有争议的问题是法院是否应具有强制管辖权。中小国家坚持法院应具有这一权力，但因大国反对，规约最终采取折衷方案，通过第 36 条的任择条款（optional clause），由国家以声明的方式自愿选择是否接受法院的强制管辖权，并且允许国家基于现行有效的条约接受法院的强制管辖权。[56]从 1921 年到 1940 年，共有 45 个国家声明接受法院的强制管辖权，约 400 个条约含有接受法院强制管辖权的条款。

二战后成立的国际法院（International Court of Justice）取代常设国际法院，继续履行着其和平解决国际争端的主要职能。

（二）建立国际联盟

在结束第一次世界大战的巴黎和会上，美国总统伍德罗·威尔逊（Woodrow Wilson）提出的“十四点和平纲领”（以下简称“十四点”），让理想中世界和平的曙光再次照进现实。[57]“十四点”核心就是最后一点：建立国际联盟。

《国际联盟盟约》（以下简称《盟约》）宣称，国际联盟是“达到永久和平的全部外交结构的基础”，建立该组织的根本目的是限制战争、维持战后世界和平与安全。[58] 从此人们开始把和平与国际组织机制化联系在一起。[59]

《盟约》根据威尔逊提出的集体安全原则，要求成员国联合抵御侵略，成员国应共担风险、共享安全，共同抵御可能的外部威胁，以达到维护国际和平的目的。但《盟约》第十条、十二条、十三条、十五条仅规定了适用于所有武装冲突的“冷却期”，只有在极特殊的情况下才剥夺会员国战争的自由。[60]

国际联盟在维护和平、限制战争方面的作用十分有限。其制度设计上的漏洞，缺乏权威性（美国未参加，德国、日本相继退出）等都是原因。但它主持签订了 1928 年全面禁止战争行为的《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》，即《巴黎非战公约》，第一次在实在国际法上明确宣告了战争的非法性，所谓的战争权从此寿终正寝。

（三）成立联合国

第二次世界大战结束后，51 个第二次世界大战的反法西斯国家于 1945 年 10 月 24 日成立了联合国（United Nations）组织。《联合国宪章》（以下简称《宪章》）开篇申明“集中力量，以维护国际和平及安全”，并将维护国际和平与安全定为联合国的首要宗旨。宪章第 1 条规定了 7 项联合国及其会员国应遵守的原则，主要有忠实履行宪章义务，和平解决国际争

---

[56]See Anthony Giustini, *Compulsory Adjudication in International Law: The Past, The Present, and Prospects for the Future*, Fordham International Law Journal 9(1985), pp226-227; See Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, Harvard Law Review 35(1922), p259.

[57]See David Kennedy, *Move to Institutions*, Cardozo Law Review 8(1987), pp849-56.

[58]参见《国际联盟盟约》（序言），世界知识出版社编《国际条约集（1917-1923）》，世界知识出版社 1961 年版，第 266-276 页。

[59] 参见[奥]阿·菲德罗斯等：《国际法》（上册），李浩培译，商务印书馆 1981 年版，第 108 页； 参见[美]亨利·斯蒂尔主编：《美国历史文献》（第二卷——1898 年以后），今日世界出版社 1979 年版，第 137-143 页；See David Kennedy, *Move to Institutions*, Cardozo Law Review 8(1987), p859; See Christian J Tams, “League of Nations”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, available at <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e519?rskey=52uXEV&result=1&prd=EPIL> (last visited March 29, 2019).

[60]See Bruno Simma (ed.), The Charter of The United Nations: a Commentary (Oxford University Press 2012), p115; 参见[美]汉斯·凯尔森：《国际法原理》，王铁崖译，华夏出版社 1989 年版，第 34 页。

端，不使用武力或武力威胁和不干涉内政义务。其中的禁止使用武力原则构成“《联合国宪章》的核心”，由于不再使用“战争”一词而改称“不得使用武力”，相关规定既在范围上扩大至涵盖全球性战争、局部地区武装冲突等，又实质上旗帜鲜明地提出了“不得使用武力”的具体纲领，从而超越了两次海牙会议、《盟约》和《巴黎非战公约》的局限性。[61]

联合国设安全理事会，安理会通过查明危及国际和平与安全的情势，做出建议性和执行性决议的方式履行职责。按照宪章明文规定，为了维护国际和平与安全，安理会有权采取非武力措施（第 41 条），也有权采取执行行动（第 42 条）。在实践中，安理会还发展了两种新的维和方式，一种是联合国维和行动，另一种是安理会授权使用武力。在冷战期间，安理会曾援引宪章第 41 条，对南非种族主义政权进行制裁，为结束南非种族隔离政策做出了重要贡献。1990 年，安理会还通过授权使用武力，有效制止了伊拉克对科威特的武力兼并。冷战结束以来，虽然大国的现实政治也严重制约了安理会的维和职能，但联合国维和行动为减少暴力、控制国家间战争做出了重要贡献，并从 20 世纪末起更加积极地保护平民和人权。[62]

总之，进入 19 世纪，随实在国际法兴起而建立的第三方解决争端制度为国家间争端解决提供了诉诸国际仲裁、国际调查委员会、司法解决等具体方式，一战后以维护和平为宗旨的国际联盟虽以失败告终，但二战后成立的联合国却吸取其经验教训进一步完善了禁止战争的国际法律制度设计，为世界赢得 70 余年相对和平。这些都是国际法为了实现持久和平理想不断完善的重要制度。

四、中国是捍卫国际法治、实现持久和平的重要力量

习近平主席提出的“构建人类命运共同体”是对人类社会发展进程及其远期目标的美好愿景，包含持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽五个价值目标。其中，持久和平价值目标是构建人类命运共同体的基本前提。[63]普遍安全和开放包容是为了持久和平和共同繁荣，而离开持久和平就没有共同繁荣，也谈不上清洁美丽。最远离骚乱的地方就是最理想的地方。[64]可见持久和平价值目标对于构建人类命运共同体具有头等重要意义。国际法本身追求的和平理想与人类命运共同体持久和平价值目标十分契合。

中国坚定维护以国际法为基础的国际秩序，是国际法治的坚定维护者和积极建设者。因为坚持国际法治既是中国基于自身经历做出的郑重选择，也是中国走和平发展道路的必然要求。[65]习近平主席指出，“任何国家都不能随意发动战争，不能破坏国际法治，不能打开潘多拉的盒子”。[66]“大国更应该带头做国际法治的倡导者和维护者，遵信守诺，不搞例外主

---

[61]See Bruno Simma (ed.), The Charter of The United Nations: a Commentary (Oxford University Press 2012), p65, p117;See Goodrich Leland M, Charter of The United Nations: Commentary And Document (Columbia University Press 1969), p69.

[62]See Kjetil Mujezinovic Larsen, *United Nations Peace Operations and International Law: What Kind of Law Promotes What Kind of Peace?*, in Cecilia Marcela Bailliet & Kjetil Mujezinovic Larsen (eds.), Promoting Peace Through International Law (Oxford University Press 2015), pp299-320.

[63] 徐宏：《人类命运共同体与国际法》，《国际法研究》2018 年第 5 期,第 6 页。

[64] [古希腊]柏拉图：《法律篇》，张智仁、何勤华译，商务印书馆 2016 年版，第 12 页。

[65] 王毅：《中国是国际法治的坚定维护者和建设者》，《光明日报》2014 年 10 月 24 日,第 2 版。

[66] 习近平：《共同构建人类命运共同体（2017 年 1 月 18 日）》，http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2021-01/01/c_1126935865.htm，2020 年 9 月 15 日访问。

义，不搞双重标准，也不能歪曲国际法，以法治之名侵害他国正当权益、破坏国际和平稳定”。[67]作为世界第二大经济体的中国要摒弃丛强权政治，坚持推进国际法治，促进实现构建人类命运共同体持久和平价值目标。具体来说，中国应从以下四方面做出努力。

首先，中国应倡导多边主义。多边主义是国际法治在当下国际关系的同义语。历史昭示我们，恪守多边主义，追求公平正义，战乱冲突可以避免；搞单边主义、强权政治，纷争对抗将愈演愈烈。[68]面对特朗普政府采取的一系列单边主义举措和新冠肺炎疫情全球大流行，中国应坚定支持多边主义。中国对美国的单边主义贸易行为所采取的反制措施是捍卫国际法治的实际行动，表明了中国政府与霸权作斗争的决心与信心。当前新冠肺炎疫情全球大流行让世界人民前所未有地认识到践行多边主义、团结抗疫的重要性和紧迫性。2020 年 9 月 11 日，尽管美国等个别国家投了反对票，联合国大会却以 169：2 压倒性多数通过决议，敦促会员国通过加强国际合作与团结互助应对新冠肺炎疫情。中国在抗疫斗争中密切同世界卫生组织和相关国家友好合作，主动同国际社会分享疫情和病毒信息、抗疫经验做法，向 100 多个国家和国际组织提供力所能及的物质和技术援助，为全球抗疫斗争作出重要贡献，以实际行动践行了多边主义，捍卫了国际和平与公共卫生安全。[69]

第二，中国应捍卫条约必须信守、禁止使用武力等国际法原则。面对特朗普政府退出伊核协议、挑起贸易战等霸权行径，以及中美关系的严峻复杂局面，中国还应坚定捍卫条约必须信守、禁止使用武力等国际法原则。条约必须信守原则即条约当事方善意履行有效条约义务的原则。特朗普政府随意退出伊核协议既无助于伊核问题的解决，又严重透支着美国的国际信誉。2020 年“最佳国家”报告显示，世界对美国的信任度近两年来下降了 50%，降幅居世界首位。要想在各国间建立互信，从而促进实现持久和平，必须坚决捍卫信守条约原则。禁止使用武力原则是二战后签署的《联合国宪章》对禁止战争国际法制度设计的进一步完善，具有强行法（*jus cogens*）性质，任何国家都不能随意发动战争。在美国挑起的中美贸易争端中，我国政府始终坚决捍卫不使用武力原则，认为贸易战无益于经贸问题的解决，可能擦枪走火引发战争，只有对话和磋商才能解决两国在经贸领域的摩擦和分歧，并始终致力于推动达成双方都能接受的协议。[70]即使中美关系面临建交以来最为严峻、复杂的局面，中国仍愿本着不对抗、相互尊重、合作共赢的精神，构建以协调、合作、稳定为基调的中美关系。[71]捍卫禁止使用武力等国际法原则不仅有利于中美两国，更有利于维护世界持久和平，推动构建人类命运共同体。

---

[67] 习近平：《习近平在联合国成立 75 周年纪念峰会上的讲话（2020 年 9 月 21 日）》,http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-09/22/c_1126522721.htm，2020 年 9 月 22 日访问。

[68] 习近平：《守望相助共克疫情　携手同心推进合作——习近平在金砖国家领导人第十二次会晤上的讲话（2020 年 11 月 17 日）》，http://www.gov.cn/gongbao/content/2020/content_5565809.htm，2021 年 1 月 22 日访问。

[69]习近平：《习近平在全国抗击新冠肺炎疫情表彰大会上的讲话（2020 年 9 月 10 日）》，http://news.cctv.com/2020/09/08/ARTIMrmv6ToHLZCZBCHIdg8K200908.shtml，2020 年 9 月 11 日访问； 习近平：《构建起强大的公共卫生体系 为维护人民健康提供有力保障》，http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2020-09/15/c_1126493739.htm，2020 年 9 月 15 日访问。

[70]2019 年中华人民共和国国务院新闻办公室《关于中美经贸磋商的中方立场》白皮书。

[71]乐玉成：《牢牢把握中美关系发展的正确方向》，《人民日报》2020 年 9 月 7 日，第 9 版。

第三，中国应团结一切热爱和平的力量，特别是发展中国家，建立国际统一战线（international solidarity）。自二战结束以来，以国际法为基础的国际体系为广大发展中国家赢得主权独立和群体性崛起提供了有利环境。[72]当前，单边主义明显抬头，多边主义遭遇逆流，强权政治再度盛行，国际法的权威受到冲击，如果世界重新陷入混乱，没有任何国家能够独善其身，发展中国家更容易首当其冲成为受害者。维持和平需要最广泛爱好和平力量的支撑，而发展中国家占联合国会员国总数的三分之二，其经济总量在全球经济总量中占比达到 40%，有更大力量、更大责任捍卫国际法治、追求持久和平。中国应该一如既往地团结以广大发展中国家为代表的所有热爱和平的力量，建立国际和平统一战线，与霸权做斗争，捍卫国际法治。

第四，中国应利用舆论唤起世界人民的正义良知（popular conscience）。在捍卫国际法治中，中国要善用软实力，大力动员舆论、唤起世界人民的良知，对美形成舆论压力。唤起良知对国际法有效性非常重要，历史上的自然国际法学正是强调人类理性、良知，才成为国际法发展的基础。在现代文明的今天，世界各国人民大多受到良好教育，应能够形成维护国际法治的良知。中华人民共和国自成立以来，一直是国际法的坚定维护者和建设者。中国要敢于揭露事实真相，通过媒体等舆论，敦促美国放弃单边主义、强权政治政策，回到遵守国际法的正确道路上来，让世界人民认识到只有各国共同维护以国际法为基础的国际秩序才能实现和平理想，如此对美形成舆论压力。

结　语

持久和平是人类得以生存并不断向前发展的基本前提。虽然现实主义强权政治思想客观存在且短期难以消除，但要建立更加文明的国际秩序、维护持久和平必须通过国际法治制约强权政治。诸多国际法重要思想与实践正诞生于战争阴影下，虽然持久和平的理想难以实现，但国际法史上的重要思想和制度建设却始终不渝地追求这一理想，国际法治是促进实现持久和平的重要甚至唯一路径。

中国提出的构建人类命运共同体以持久和平为首要价值目标，进而才能实现普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽等价值。新时代中国积极推动构建人类命运共同体，也体现了守护全人类共同价值的道义自觉。在习近平主席提出的“坚守和平、发展、公平、正义、民主、自由的全人类共同价值”中，和平也是其首要追求的目标。习近平主席提出的构建人类命运共同体和全人类共同价值来源于中华文明深厚渊源，脱胎于建设社会主义国家的具体实践，着眼于把中国发展同世界发展结合起来，把中国人民的根本利益与人类社会的长远利益统一起来，把实现中国梦与实现世界梦联系起来，是追求人类和平的中国智慧、中国路径和中国方案。

[72]王毅：《王毅向“大变局下的国际法：发展中国家的作用”研讨会致贺信》，http://www.csil.cn/News/Detail.aspx?AId=278，2020 年 9 月 15 日访问。

中国是国际法治的坚定维护者和积极建设者，随着中国的发展与壮大，必须为捍卫国际法治作出更大贡献，促进实现持久和平。除了自身坚决支持多边主义、捍卫国际法原则外，中国还应团结一切热爱和平的力量形成国际统一战线，并大力发挥舆论力量、唤起世界人民正义良知，这些都是通过国际法治追求持久和平的有效路径和办法。只有不断推动人类和平进程，才能推动构建人类命运共同体逐步实现。

International Rule of Law and Lasting Peace
---Thoughts on "Building a Community with a Shared Future for Mankind"

Abstract： Lasting peace has always been the value goal pursued unswervingly by human beings. Throughout the modern history of international relations,power politics were the root cause of many wars. International rule of law was born in the process of human reflections over wars. Major thoughts on peace in international rule of law mainly include the just war concept based on natural law, and thoughts on pursuing peace originated from positive law. In international law practice, relevant mechanisms including third-party dispute resolution, the League of Nations, and the United Nations developed constantly, in order to better resolve disputes and prevent wars. Therefore, international rule of law is the necessary route of promoting lasting peace. At present, the lasting peace value in building a community with a shared future for mankind put forward by China, accords with the peace ideal pursued by international rule of law, and provides China's wisdom, path and perspective to realizing lasting peace.

Key Words: lasting peace; international rule of law; power politics; international law history; community with a shared future for mankind

《欧盟基准指数监管条例》对我国期货市场国际化的影响及期货法立法启示

兰晓为* 曲伸**

摘要：《欧盟基准指数监管条例》既是落实国际证监会组织（IOSCO）的金融基准原则，其较宽泛的域外效力也是欧盟加强对跨境指数业务和跨境衍生品业务的影响力的主要手段。本文以期货市场为视角，对《欧盟基准指数监管条例》进行了较具针对性的研究，以期明确我国期货交易所等期货市场主体对基准指数相关跨境监管权的应对方案，并就《期货法》等相关法律法规的制定、完善出了相关立法建议。

关键词：指数；基准；域外效力；期货法

随着中国期货价格全球影响力的日益提高，《欧盟基准指数监管条例》这部以加强基准指数监管为目的且具有较强域外适用效力的欧盟法律逐渐进入中国指数编制者和使用者的视野。《欧盟基准指数监管条例》体现了境外立法者在加强基准指数监管、严防市场操纵方面的努力；也引发了我们对我国基准指数监管立法空白的审视以及关于欧盟跨境监管权的应对与权衡的思考。本文以期货市场为视角，对《欧盟基准指数监管条例》进行了较具针对性的研究，以期明确我国期货交易所等期货市场主体对基准指数相关跨境监管权的应对方案，并为《期货法》等相关法律法规的制定、完善提供有益参考。

一、《欧盟基准指数监管条例》概述

（一）出台背景

指数本身只是对一系列数字的编制，其经济意义与社会意义源于人们对其功能的赋予。当某个指数成为衍生品合约（包括期货合约）的结算依据或者某个基金、投资组合的业绩表现的决定因素时，该指数便成为了金融产品的“基准”。基准的任何微小变动都将与金融产品价值相联动，关系着无数投资者的盈亏以及整个金融市场的公信力。比如巴克莱 Libor 操纵案[1]使人们对之前深信不疑的基准产生了动摇与担忧。此案中，巴克莱内控系统的缺乏、合规部门的失职牵涉出基准指数市场形成机制不透明、立法建设不完善等一系列问题，给全球基准指数行业敲响了警钟。

* 大连商品交易所 法律与合规监督部 总监助理。

** 大连商品交易所 法律与合规监督部 经理。

[1] 作为全球金融业的重要指标，伦敦同业拆借利率（Libor）是全球短期利率市场最主要的基准利率之一，是大量场内交易的利率期货合约、期权合约的定价基础，以其作为基准利率订约报价的贷款、证券与金融衍生品价值高达千万亿美元，部分国家央行也将 Libor 作为其货币政策操作的参考标准之一。Libor 的编制方法是由英国银行家协会选定一批银行，各自估算并报出在伦敦货币市场中各家银行能够获得的同业拆出利率，计算时去掉价格最高 25%及最低 25%的银行报价，将剩余 50%的报价银行平均后得出。根据其形成机制，通常情况下如仅有少数银行故意抬高或降低报价价格，会作为极端情况被剔除而不对最终结果产生影响；但如多家银行同时高报或低报，则在极端值处理后仍有可能影响最终报价，从而实现了对 Libor 的操纵。据英国金融服务管理局（FSA）调查，2005 至 2009 年间，巴克莱主导和参与虚报及操纵 Libor 报价，具体包括：1）为使自己持有的衍生品头寸获利或减少损失，操纵了美元、日元及英镑的 Libor 水平；2）应其他银行交易员要求虚报 Libor，并要求其他银行帮助其操纵需求；3）个别情况下同其他银行串通操纵报价。

继巴克莱 Libor 操纵案曝光后，基准操纵案的爆发与揭露愈演愈烈。[2]其间，发生了 2013 年基准汇率指数 WM/Reuters 操纵案[3]、2014 年利率掉期基准指数国际掉期和衍生品协会定盘价（ISDAFIX）操纵案[4]等。同时，石油价格的大幅度波动也引发了人们对油价可能受到同样操纵和扭曲的担忧，各主要经济体领导人要求将原油纳入更严格的监管。于是国际证监会组织（IOSCO）首先对原油亮剑，在 2012 年 10 月 5 日发布了有关原油价格报告机制的一系列原则（IOSCO Oil PRA Principles）,约束石油价格编制机构（PRA）[5]，对包括布伦特原油在内的商品基准价格的编制加强监管。随后在 2013 年 7 月 17 日，IOSCO 发布了金融基准原则（IOSCO Principles for Financial Benchmarks，以下简称《IOSCO 金融基准原则》）。《IOSCO 金融基准原则》旨在创建一个标准的“总体框架”，为监管机构创建与国际标准相一致的基准监管制度提供指导，提出了涉及内控措施、指数质量、编制方法及会计责任的四个方面共计 19 项监管原则的行业规范。

《IOSCO 金融基准原则》本身没有法律效力，需要各国制定相关国内法予以落实。欧盟在这一过程中走在了前列。2015 年 12 月，欧盟批准了《欧盟基准指数监管条例》（The European Benchmarks Regulation，以下简称 BMR），这是根据《IOSCO 金融基准原则》制定的全球范围内第一部有关基准指数的官方监管规定，且在 IOSCO 的监管框架下，欧盟进一步细化并提高了对于基准指数的监管要求。

（二）主要内容

BMR 已于 2016 年 6 月 30 日发布，其主要目标是降低指数被操纵的风险，以解决过去基准指数的编制、发布和使用存在透明度低、可信度存疑等问题。BMR 引言中提到：“作为基准的指数的准确性和完整性方面失败或质疑，可能会破坏市场信心，给消费者和投资者造成损失，并破坏实体经济”。BMR 为欧盟成员国提供了加强基准监管的统一制度框架，以确保欧盟境内基准指数市场健康运行，消弭调和基准指数各主体间利益冲突，提高原始数据和编制方法的质量，打击操纵，保护投资者权益。BMR 对各成员国有直接的法律约束力，无需再分别转换为国内法。

1.“基准”（Benchmark）的界定

虽然最初引发市场信任危机的基准是被广泛使用的利率指数，如 Libor 和 Euribor[6]，但欧盟立法者认为由于指数的脆弱性和重要性会随着时间而变化，不宜短视地将 BMR 适用范围限制在目前重要或脆弱的指数。因此，BMR 采取了与《IOSCO 金融基准原则》类似的方

[2] 据不完全统计，英国金融行为监管局（FCA）在 2012 至 2015 年共处罚了超 10 家涉及基准操纵的机构和个人，罚款总额约 21.84 亿英镑。此类行为多发于利率、汇率及商品市场，造成了资产管理公司、保险公司等机构的损失，也损害了市场本身的信誉与运作规范，基准指数监管亟待完善。

[3] 该指数主要为基金管理人提供标准化的汇率指数以计算每日的资产净值，部分全球主要的股票和债券指数供应商均将该汇率指数纳入其计算因子。据调查信息，WM/Reuters 基准指数的操纵行为已有近十年之久，影响的基金投资价值超三万亿美元，最终罚单金额高达 34 亿美元。

[4] ISDAFIX 是全球利率掉期市场中最为重要的基准利率之一，芝加哥商品交易所（CME）采用其作为掉期合约的结算价。此案中，包括高盛、德意志银行、法国巴黎银行、汇丰等均有参与，美国商品期货交易委员会（CFTC）对涉事机构的罚款总额超 50 亿美元。

[5] 目前主要的石油价格编制机构包括 McGraw-Hill 旗下的 Platts、Reed Elsevier 旗下的 ICIS 和 Argus Media。

[6] 欧洲银行间欧元同业拆借利率。

法，赋予“基准”非常广泛的定义，将包括利率、汇率、商品在内的所有作为基准的指数均纳入 BMR 适用范围。BMR 将其所约束的“基准”定义为：“被用来参考以确定金融工具或金融合同应支付的金额或金融工具的价值的任何指数，或者用于衡量投资基金绩效以用于获得回报的指数，或者确定投资组合的资产分配或计算绩效费用的指数。”

从上述“基准”定义中可见，基准首先是一个指数。BMR 同时对指数也进行了界定，即指数应具有两个特征：一是公众可获得，ESMA 进一步规定“公众可获得”既包括数字直接或间接地可被获得的情形；也包括数字免费或付费获得的情形，并且包括可以通过多种媒体方式获得（包括但不限于通过电话、新闻或网络）；二是经过计算或自由裁量的人为评估过的，即被加工过的，[7]因此，没有任何计算、自由裁量的数字不构成指数（甚至只是基于简单的平均值计算，没有人为智力成果在其中的也不应被视为指数）。

指数若要成为基准，还必须被赋予其特定功能，即由以下相关工具所引用作为价格参考：一是该指数被金融工具或金融合同（包括期货合约、期权合约及掉期合约等）所引用以计算应付款项或价值；二是该指数被投资基金或投资组合所使用，以跟踪投资表现、资产分配或者计算绩效费。

举例而言，期货合约价格本身既不是指数也不是基准，基于各期货品种的期货合约价格编制的指数本身也不是基准，但当该指数作为某掉期合约的定价依据或被投资基金跟踪时，该指数便成为了基准，落入 BMR 适用范围。

2.对基准相关主体的分类监管

BMR 主要将基准相关的以下三方主体纳入监管范围：

一是基准管理人（administrators）。基准管理人是负责基准指数编制的主体，如指数公司。基准管理人收集、分析、处理来源数据，通过公式、其他计算方法或者对来源数据的评估来确定基准指数的数值。[8]BMR 要求基准管理人需履行以下义务：一是注册义务，基准管理人本身应在其监管机构注册，且其编制的基准也需要注册，同时，基准管理人需发布“基准声明”（Benchmark statement）[9]；二是制定规则的义务，基准管理人需制定透明的指数确定方法，并制定来源数据选择及规范的行为准则；三是完善治理水平的义务，基准管理人需设置健全的治理结构，公开现有或潜在的利益冲突，制定避免利益冲突的政策。

二是基准使用者（users）。基准使用者首先须为欧盟的“受监管实体(Supervised Entity)”，

---

[7] BMR 第 3(1)(1)条规定：“以下数字是指数：（a）公开发布或者可以被公众获得；（b）按照以下方式被有规则地计算：（i）全部或部分地通过公式的应用或者任何其他计算方法或者通过评估；而且（ii）基于意向或多项基础资产的价值或价格，包括估计的价格、实际或估计的利率、报价和委托报价、其他价值或调查。”

[8] BMR 第 3(1)(5)条；BMR 引言第 16 条提到了“管理者”是“对基准的确定的安排进行管理，收集和分析输入数据，确定基准并发布”.

[9] BMR 第 27（2）条规定，基准声明应当至少包括以下内容：（a）关于基准的所有关键术语的定义；(b)基准编制方法的合理性以及审查和批准编制方法的内部程序；（c）用于确定基准的标准和程序，包括对输入数据的描述、对不同类型输入数据的优先级、确定基准所需的最少数据、外推法（extrapolation）的使用以及重新平衡基准指数成分的任何程序；（d）对管理人和贡献者判断或酌情决定权行使的控制和规则，以确保使用此类判断或酌情决定权的前后一致性；（e）在压力时期或者交易数据来源不充分、不准确或者不可靠期间确定基准的程序，以及该期间对基准的潜在限制；（f）处理输入数据错误或者基准确定错误的程序，包括何时需要重新确定基准；以及（g）基准的潜在限制披露，包括基准在流动性不足的市场上的运行以及输入数据可能存在的集中性。

包括投资公司、银行、交易所、结算机构、保险公司、养老基金、数据报告库等持牌机构[10]，换言之，一般非持牌主体（如零售投资者）因不构成“基准使用者”而无需承担相关义务。“受监管实体”作为某个以基准定价的金融合约的交易一方、发行以某个基准作为参考价格的金融工具或者通过基准衡量投资基金的业绩时，则构成基准使用者[11]，需要履行以下义务：一是不得使用不受监管的基准；二是确保发行说明书中提到的基准已在 ESMA 注册；三是建立预期基准发生变化或者不存在时的应急计划；并在与客户的合同文件中反映这些计划。[12]主管当局有权对违反用户义务的行为采取行政制裁和其他措施，包括罚款、暂停和终止其资格、公开警告以及暂时禁止个人担任管理职务。

三是基准贡献者（contributors）。基准贡献者是指提供基准所需的任何数据来源的主体，如为指数编制者提供价格的主体。基准贡献者应当遵守基准管理人制定的数据提供者相关行为准则（如适用可靠的技术和足够且准确的信息）；遵守内控规则，以避免利益冲突。

BMR 同时也对某些主体进行了豁免[13]，如央行、制定抑制通货膨胀政策的公共机构等若编制或使用指数，则无需受 BMR 约束。除此之外，值得一提的被豁免主体还有中央对手方（CCP），当 CCP 以其风险管理或结算为目的而提供参考价格或结算价时，可豁免 BMR 相关要求。如 CCP 基于某一指数对期货交易进行现金结算，若该指数也是 CCP 编制的，BMR 豁免 CCP 关于基准管理人的相关义务；但需要注意的是，若 CCP 编制的指数授权给第三方开发金融产品或在金融产品中计价等使用，则并不满足 CCP 风险管理或其自身结算目的的豁免条件，此时 CCP 仍需作为基准管理人注册，相关指数也需一并注册。

3.对基准本身的多层次监管

BMR 第三编分别根据不同种类的基准设置了相应的要求，充分体现了立法者的多层次监管思路。一方面按照系统重要性原则将指数基准划分关键指标（Critical）、重要指标（Significant）和非重要指标（Non significant），在这一分类原则下，对于系统重要性较高且风险外溢效果较强的基准，欧盟将采取较为严格的监管措施，而对于一般影响性的指标，

---

[10] “受监管实体”的定义包括信贷机构，投资公司，保险业，再保险业，UCITS，另类投资基金管理人，提供职业退休金的机构，出于信贷协议目的的债权人和非信贷机构，市场经营者，CCP 和数据库。

[11] “使用”在 BMR 下有具体的意思。如果你符合以下条件，你可能被视为“使用”某个基准：1.发行参考某个基准的金融工具（这可能包括浮动利率债券，以及更明显的与指数挂钩的工具）；2.参考基准来确定金融工具的应付金额；3.通过基准衡量投资基金（如 UCITS 或 AIF）的业绩，以追踪该基金的汇报、定义投资组合的资产分配或者计算业绩费；4.参考基准订立、计算参考利率下的金额或者提供借款利率作为基于基准的价差，以用于消费信贷协议或住宅抵押协议中。

[12] 《欧盟基准法规》第 28（2）条要求使用基准的欧盟受监管的主体制定并维持健全的书面计划（备用计划，fallback plans），该书面计划应当规定了他们在基准被重大改变或者暂停提供时将采取的行动。在可行和适当的情况下，要求这些书面计划提名一个或几个替代基准，以替代不再提供的基准，并说明为什么这些基准将是合适的替代方法。计划必须反映在与客户的合同关系中。

[13] BMR 明确列出了不予适用的情形，即以下主体或指数，无需遵守 BMR 相关要求：（a）央行；（b）以公共政策为目的（包括衡量就业水平、经济活力和通货膨胀）提供原始数据或者控制某基准的公共机构；（c）以风险管理和结算为目的而提供参考价格或者结算价的中央对手方（CCP）；（d）某金融产品某个参考价格的提供者；（e）新闻活动中的报道行为；（f）如果商品指数同时满足以下条件，也不适用 BMR：一是该商品指数是基于数据贡献者提交的数据形成的，且大多数数据贡献者不是“受监管实体”；二是仅在一个交易场所（须有欧盟“受监管市场”牌照，如交易所、多边交易设施等）允许交易的金融产品所参考的指数，且该金融产品参照该基准计算出的名义价值不超过 1 亿欧元。（g）指数提供者不知道，且不能合理地意识到该指数正被作为相关投资产品的参考价格；（h）若信贷提供者仅发布其自身金融合约的借款利率，则该信贷提供者不适用 BMR。

欧盟则采取相对宽松的监管规则，以保护和促进指数产业的发展和相关金融产品的创新。另一方面针对标的较特殊的基准设置有针对性的监管规则，这些较为特殊的基准指数包括受监管数据基准（regulated data benchmarks）、利率基准（Interest rate benchmarks）以及商品基准（Commodity benchmarks）。这些分类与 BMR 第二编的适用密切相关。BMR 第二编规定了旨在保护基准完整性和可靠性的一系列核心义务，涉及基准管理者的治理机构及指数编制相关程序、对数据提供者所提供数据的规范及相关行为要求。BMR 第二编并非对所有基准全部适用，而是基于基准的分类全部或部分适用。

（1）按系统重要性划分的指数基准及监管要求

一是关键基准。关键基准的管理人应当受 BMR 第二编所有条款的约束。关键基准包括以该基准为参考的金融产品的总价值超过 5000 亿欧元，或虽未超过 5000 亿欧元，但在 4000 亿欧元以上且不具有可替代性，基准一旦停止提供将对市场诚信、金融稳定性产生重大不利影响的，或者指数的数据贡献者均位于同一个欧盟成员国，且该成员国认为具有关键性意义的指数。[14]目前，欧盟委员会已经指定以下基准为关键性基准：LIBOR、EONIA[15]、EURIBOR、STIBOR[16]、WIBOR[17]。

除了要遵守第二编条款外，BMR 对关键基准还设置了其他强制性要求，如关键基准的管理人若试图停止提供该基准，管理人应当立刻通知其监管当局，且在提交该通知的 4 周内提交具体材料说明基准如何转交至其他管理人或者停止提供基准时的相关程序；在这期间，基准不得停止提供。监管当局有权强制管理人继续提供基准，直到该基准被移交给新的管理人、该基准可以通过有序的方式停止提供或者该基准已经不再具有关键性，但强制继续提供基准的时间最长不得超过 24 个月。[18]关键基准的管理人应当采取充分的措施以确保该基准可以向所有使用者公平、合理、透明、非歧视地提供。[19]

二是重要基准。重要基准的基准管理人可以基于基准本身的性质、影响力以及自身规模决定是否适用 BMR 第二编关于管理人内部利益冲突防范等相关条款的约束[20]，但应通知其

---

[14] BMR 第 20（1）条规定：满足以下条件之一的基准是关键基准：（a）该基准被直接或间接用于基准的组合，该基准组合被作为金融产品、金融合约的参考价格或者用来衡量投资基金的表现，且基于基准计算的所有名义价值在 5000 亿欧元；（b）该基准主要基于贡献者提交的数据编制，且数据贡献者位于同一个欧盟成员国，且该成员国认为该基准具有关键性；（c）同时符合以下标准的基准：（i）直接或间接被基准组合使用的基准，其将其用作参考的金融产品、金融合约或投资基金的总价值至少为 4000 亿欧元，但少于 5000 亿欧元；（ii）基准没有（或只有很少的）适当的具有市场主导地位的替代品；（iii）如果不再提供基准，或基于数据贡献者提交的数据编制的基准不再完全代表基础市场、经济现实，或者不再有可靠的数据来源，将对市场完整性、金融稳定性、投资者、实体经济或或一个或多个成员国的家庭和企业融资方面造成重大不利影响。

[15] 欧元区银行间隔夜拆借利率平均指数

[16] 斯德哥尔摩银行同业拆借利率

[17] 波兰华沙银行间利率

[18] BMR 第 21（3）条。

[19] 如果关键基准基于数据贡献者提供的数据编制，该数据贡献者同时是欧盟受监管主体，则数据贡献者在试图停止提供数据之前，还应当及时书面通知基准管理人（基准管理人应当立即通知监管当局），基准管理人应当在通知监管当局后的 14 天内提交评估报告，以评估对经济的影响。监管当局有权要求基准贡献人继续提供数据或者要求管理人变更指数编制方法。

[20] 如豁免 BMR 第 4（2）条适用，该条规定基准的提供应当与管理人可能产生利益冲突的任何部分业务在操作上相互隔离。

监管机构。重要基准包括以该基准为参考的金融产品的总价值超过 500 亿欧元，或不具有可替代性，且基准一旦停止提供或不具有代表性将对市场诚信、金融稳定、投资者保护、实体经济等产生重大不利影响的指数。

三是非重要基准。除关键基准、重要基准以外的基准是非重要基准。非重要基准的管理人较之重要基准，有更大的选择权决定不受 BMR 第二编部分条款的约束，如管理人对避免利益冲突、制定行为准则、内控制度以及原始数据提供者所提供的数据管理等方面均可决定不受 BMR 相关条文的约束，但管理人应当发布合规声明以阐明不遵守相关条文的合理性，该合规声明应提交给其监管机构。

（2）特殊标的的指数基准及监管要求

一是受监管数据基准，指指数基于的数据是直接由受监管的交易场所（需持有欧盟的交易场所相关牌照）提供的。由于立法者认为这样的指数数值来源于交易所，具有透明度和公信力，不易受人为影响，因此，BMR 的某些条文不适用于受监管数据基准。即使该基准具有系统重要性，也不构成上文所称的“关键基准”，该基准的管理人无需遵守与来源数据控制、举报、记录保存、数据提供者行为准则等相关条文。

二是利率基准，指基于银行在货币市场中向其他银行或银行以外的代理商借贷的利率的基准。考虑到利率基准在货币政策的传导中起着重要作用，欧盟立法者认为有必要为此类基准引入特殊规定。上文所提及的重要基准和非重要基准的规定不适用于利率基准。

三是商品基准，指基础资产是商品的基准，碳排放权除外。欧盟立法者意识到实物交割的商品市场具有其需要考虑的特殊性，因此除了能够构成关键基准且标的是金、银和铂的商品基准等仍需适用 BMR 第二编外[21]，其他的商品基准均另行适用 BMR 附件二的要求[22]。根据该要求，商品基准的管理人应当发布指数编制方法的关键因素。与利率基准相同，上文所提及的重要基准和非重要基准的规定也不适用于商品基准。

（三）域外效力

BMR 之所以自出台以来被各国金融市场所关注，主要在于其较强的域外效力。BMR 以

---

[21] 某些类型的商品基准必须符合 BMR 第二编的规定，即：被监管的数据基准（regulated-data benchmarks）；基于贡献者提交的意见的基准，其中大多数是受监管实体；关键基准且标的是金、银和铂。

[22] BMR 附件二第 1 条：商品基准的管理者应当将其用于基准计算的任何方法正规化，形成文件并公开。这种方法至少包含并描述以下内容：（a）用于制定指数的所有标准和程序，包括管理人如何在评估期间内使用原始数据（包括特定交易量、已完成和已报告的交易、报价、要约和其他任何市场信息）、为何使用特定的参考单位、管理人如何收集这些原始数据、控制评估者进行判断的准则以及其他信息（源于评估中所考虑的所收集数据的假设、模型或者外推法）；（b）旨在确保评估者进行判断前后一致性的程序和做法；（c）基准计算中使用的每个标准（criterion）应赋予的相对重要性，尤其是所使用的来源数据的类型，以及用于指导判断以确保基准计算的质量和完整性的标准的类型；（d）对于特殊基准的计算所要求的最小交易数据量的标准。如果没有提供此阈值，则应说明为建立最小阀值得原因（包括列出没有交易数据被使用得程序）；（e）当所提交的数据低于指数编制方法所建议的交易数值阈值或必要的管理人质量标准（包括理论评估模型中的任何其他评估方法）时，评估期的标准应当说明没有交易数据使用时的程序；(f)提供原始数据的及时性标准以及通过电子、电话或者其他方式提供原始数据的方法；(g)当一个或多个贡献者提交的来源数据占该指数来源数据的重要部分时，需阐明评估期的标准和程序。管理人还应当在这些标准和程序中界定什么构成了每个基准计算的重要部分。（h）可以从基准计算中排除交易数据的标准。

BMR 附件二第 3 条：商品基准的管理人还应当描述并发布以下所有内容：（a）采用特定编制方法的合理性，包括任何价格调整技术、接收来源数据的时间段或窗口是现货市场价值的可靠指标的理由；（b）对编制方法的内部审查和批准程序，以及这种审查的频率；（c）对编制方法的外部审查程序。

欧盟“受监管实体”为抓手，要求欧盟“受监管实体”只能使用已在欧盟注册的基准。[23]如果欧盟以外的基准管理人在 2022 年 1 月 1 日之前（最初的过渡期是 2020 年，后 ESMA 延长了 2 年）未能成功为其自身和所编制的基准在欧盟注册，则欧盟受监管实体使用该基准将被禁止。欧盟受监管实体若违反该规定，其监管机构有权作出暂停或停止其相关牌照或业务资格的指令；命令没收违法所得；公开警告；对个人作出至少 50 万欧元的罚款或对公司或其他法人实体作出 100 万欧元和年收入 10%较高者的罚款。因此，欧盟以外的指数编制者若不想影响其指数在欧盟继续作为基准使用，须在 2022 年 1 月 1 日之前完成在欧盟的注册，具体的注册路径有以下三种：

一是相当性认定（Equivalence）[24]。欧盟委员会如果认为某第三国的法律框架和监督实践与欧盟等效的，那么欧盟委员会可以对第三国做出相当性认定，并针对第三国中的特定管理人或特定基准做出对等决定。但实践中相当性认定的进展缓慢，目前只有澳大利亚和新加坡分别于去年 7 月和今年 4 月与欧盟签订了对等性相关备忘录（目前，欧盟已完成对日本的相当性认定决定草案，并于今年 5 月完成市场意见征求程序）。对于当前缺乏类似监管制度的多数国家（或地区）而言，该路径在短期内不太会成为第三国指数编制者的选择。

二是背书支持（Endorsement）。欧盟以外的指数编制者可以在欧盟受监管实体或者位于欧盟的基准管理人为其背书的基础上申请注册为欧盟基准管理人并注册相关指数。为其背书的欧盟受监管实体将被视为在欧盟境内提供基准，因此将直接承担基准管理相关的所有责任。由于欧盟境内的背书人需要负担较重的法律责任，实践中基本上只有其非欧盟子公司可以用上该注册路径。

三是认可（Recognition）。该路径无需国家监管者之间达成对等性相关备忘录，也避免了背书路径中寻找背书人的困难，是欧盟以外的指数编制者目前较容易实现的路径。在该路径中，欧盟以外的指数编制者向相关欧盟成员国的监管机构提交申请[25]，且须在该欧盟成员国境内设置一个合法代表（legal representative），以代表其向欧盟成员国的监管机构负责。[26]欧盟成员国的监管机构在评估其符合 BMR 或 BMR 的替代标准（主要为《IOSCO 金融基准原则》）[27]后，则会认可其为基准管理人及其相关基准，并递交给 ESMA 进行记录。2022 年

---

[23] BMR 第 29（1）条规定：如果基准是由位于欧盟的管理人提供，且该管理人在第 36 条所述的登记册中；或者是包含在第 36 条所述的登记册中的基准，则受监管实体可以在欧盟使用该基准。
BMR 第 30（1）条规定：根据第 29（1）条，为了使由位于欧盟以外的第三国的管理人提供的基准能够在欧盟使用，该基准和基准管理人均应当包含在第 36 条所述的登记册中。

[24] 根据 BMR 第 30 条，相当性认定需要满足以下条件：1.欧盟认为第三国关于基准制度的法律与 BMR 相当；2.申请者被母国监管机构批准或者受监管；3.申请者通知 ESMA 同意欧盟使用者能够使用你的指数，且向 ESMA 提供这些指数清单；4.ESMA 和申请者母国监管者之间存在有效的监管合作安排。该途径下获批的指数可能只限于少数具有系统重要性的受监管指数。

[25]根据 BMR 第 32 条，申请者确定相关欧盟成员国时不能选择，只能按以下顺序确定：1.同一个集团下的其他公司最多位于的欧盟成员国；2. 从事金融资产交易的地点，而此金融资产应为与申请者的 benchmark 相关的最高价值；3.申请者的客户最集中的欧盟成员国。

[26] 合法代表是位于该欧盟成员国的自然人或者法人，如果申请者的集团在该成员国有欧盟受监管的实体，则该受监管的实体必须是你的合法代表

[27] 申请者向欧盟成员国监管机构提交的申请需阐明其符合 BMR 或者 BMR 的替代标准，该替代标准通常是 IOSCO 原则，申请者也可以通过独立的外部审计来评估其符合 BMR，或者申请者的母国监管机关能够提

以后，所有的认可均需由 ESMA 作出。

实际上，无论采取上述何种路径，对于申请人来说均需耗费较高的成本，即使是实践中采用最多的认可途径，申请人也需要持续性负担在欧盟境内设立合法代表以及外部审计等额外费用。

二、其他国家相关立法

在国家（或地区）层面，监管者倾向于通过相当性认定程序使其本国（或地区）有影响力的指数能够在欧盟继续使用，截至目前，表现较为积极的国家（或地区）有澳大利亚、新加坡、日本、韩国、加拿大、香港等。继欧盟之后，这些国家（或地区）陆续在立法上开始落实《IOSCO 金融基准监管原则》。

日本于 2014 年修订金融商品取引法（Financial Instruments and Exchange Act），新增第 5-7 章，依据《IOSCO 金融基准原则》，对指数的编制和管理制定了相关规范。[28]FIEA 第 V-7 章设立了对特定金融基准管理人的立法框架，规定“特定金融基准”是指由首相指定为基准，且当其信誉下降时能够对日本资本市场具有重大影响的基准；[29]并同时设立金融服务局（JFSA）以监管基准管理人。特定金融基准的管理人将被 JFSA 指定为特定管理人（Specified Administrator），特定管理人应当制定操作规则且就这些规则获得 JFSA 的批准；修改这些规则也应当得到 JFSA 的批准。未获得批准而管理特定金融基准构成犯罪。[30]操作规则应当包括对基准计算的方法、政策以及披露的具体要求；还应当要求特定管理人建立须由数据提供者遵守的行为准则；并制定避免利益冲突的相关规则。[31]此外，基于 FIEA，日本还颁布了《特定金融基准管理者内阁府命令》（the Cabinet Office Orderon Specified Financial Benchmark Administrators，COOSFBA），该命令条文与 IOSCO 原则主要条款可逐条对应。

韩国 2019 年 10 月通过《金融基准法》（Financial Benchmark Act），以实现与 BMR 的对等性，该法案将在 2020 年 11 月生效。根据该法案，韩国金融服务委员会（FSC）有权指定对金融市场稳定性、消费者保护以及实体经济具有重大影响的基准为“关键”基准；并有权指定关键基准的编制者为管理人。管理人应当建立一个委员会，以制定和审议基准指数编制相关的重要业务规则；管理人还应当在其网站公开业务规则和利益冲突管理的信息。此外，管理人应当至少每两年检查一次其操作规则的有效性，并披露结果。任何由于不可预见的原因打算暂停提供关键指标的管理人均应当就停止的原因和日期发布公开声明超过 20 天，并至少提前 6 个月向 FSC 报告。如果停止提供指标将对金融市场有重要影响，FSC 有权命令将指数转交给其他管理人或者继续提供不超过 24 个月。关键基准的使用者应当向金融合同的对手方提供关于关键基准的书面说明。数据提供者和基准的管理人不得从事扭曲或操纵原始数据和基准的行为以及其他违法活动。

供证明，以证明其符合 IOSCO。

[28] 纳入特定金融基准的最初仅涵盖 TIBOR，在 2015 年 5 月进一步扩大规管基准范围至 Japanese Yen TIBOR 及 Euroyen TIBOR。

[29] 日本 FIEA 第 2（40）条。

[30] 日本 FIEA 第 156-87（1）条，

[31] 日本 FIEA 第 156-87（2）条.

新加坡为落实《IOSCO 金融基准原则》，于 2018 年 10 月 8 日修订《证券期货法》，并配套出台了 2018 年《证券期货规章（金融基准）》,《证券期货法》通过设置第 VIAA 部分“金融基准”引入了基准指数相关监管框架：一是对操纵金融基准指数的行为处以刑事处罚；二是授权 MAS 可根据基准指数的重要性，决定哪些基准指数属于重要金融指标[32]。重要金融指标的基准管理人和数据提供者应当从 MAS 获得授权成为被授权的基准管理人（Authorised Benchmark Administrator，“ABA”）和被授权的基准提交人（Authorised Benchmark Submitter，“ABS”)。目前 MAS 指定了新加坡银行同业拆借利率（SIBOR）及新加坡元掉期利率（SOR）为重要金融指标。2020 年 4 月 17 日，ESMA 与 MAS 签署备忘录，允许欧盟金融机构继续使用 SIBOR 和 SOR。

澳大利亚关于基准指数的立法包括《公司法》、《ASIC2018 金融基准（管理）规则》（以下简称《管理规则》）和《ASIC2018 金融基准（强制）规则》（以下简称《强制规则》）。澳大利亚立法者认为：“金融基准的稳定性和可靠性对市场信心的树立是至关重要的，尤其对于在澳大利亚金融系统中起重要作用的金融基准更是如此。这些改革还应该对重大金融基准在欧盟的继续使用起到简化作用。”在起草《管理规则》时，澳大利亚证券和投资委员会（ASIC）参照了《公司法》第 908CK 条要求落实的《IOSCO 金融基准原则》，因此，《管理规则》几乎每一条都对 IOSCO 原则有对照落实。《管理规则》要求重要基准[33]的基准管理人应当从 ASIC 获得基准管理人牌照，并具体规定了对基准管理人牌照持有者和数据提供者的要求，包括内部治理和监督要求，外包要求，防止利益冲突要求，基准设计和方法要求等。《强制规则》则规范了重要基准的强制生成或管理。对于 ASIC 并没有宣布具有重要性的基准，澳大利亚立法框架允许基准指数编制者按照《公司法》第 908BD 条向 ASIC 申请牌照，以选择进入国家监管框架，从而使他们遵守 ASIC 关于基准管理人和数据提供者的规则。2019 年 7 月 29 日，欧盟认可澳大利亚相关法律和监管框架与 BMR 具有相当性，并允许了澳大利亚银行票据掉期利率（BBSW）可以用于欧盟。

三、《欧盟基准指数监管条例》域外效力与我国期货市场国际化的相关性评估

在铁矿石等大宗商品全球定价中心建设过程中，我国大宗商品期货价格指数全球影响力将日益提高，如大商所已经将其编制的铁矿石期货价格指数授权境外主体开发 ETF 等产品。随着我国期货价格影响力的进一步提高，越来越多的境外主体在进行场外衍生品交易、开发 ETF 等金融产品、甚至上市期货合约等均可能使用我国期货价格指数，其中将不乏欧盟投资公司、银行等欧盟受监管实体。理论上，我国期货交易所或其子公司作为期货价格指数的主要编制者，若有意或已经将其指数授权给欧盟受监管实体使用，则需考虑申请注册为欧盟的

[32] 新加坡《证券期货法》第 123B 条规定 MAS 有权通过政府公报中的命令指定某个金融基准成为指定基准（designated benchmark）。MAS 有权将满足以下条件的基准指定为指定基准：1.该金融基准在新加坡金融系统中具有系统重要性；2.该金融基准的确定受到的干扰可能影响公众对新加坡基准或者金融系统的信心；3.金融基准的确定可能容易受到影响或被操纵；或者 4.这样做符合公共利益。

[33] 根据澳大利亚《公司法》第 908AC 条，ASIC 可以通过立法手段宣布满足以下条件的某金融基准为重要基准：1.基准对于澳大利亚金融体系具有系统重要性；2.如果基准的可获得性或完整性受到破坏，则将导致澳大利亚存在重大的金融传导风险或者系统不稳定风险；3.如果基准的可获得性或者完整性受到破坏，将对澳大利亚的零售投资者或批发投资者（retail or wholesale investors）产生重大影响。

基准管理人，并就其相关指数同时进行注册。否则，2022 年 1 月 1 日以后，相关期货价格指数将禁止被欧盟受监管实体使用，可能影响相关期货价格的全球影响力。

实际上，境外主要期货交易所早已开始关注 BMR 的域外效力，有的已经积极就其编制的期货价格指数在欧盟注册，如 ICE 数据指数公司（ICE Data Indices,LLC）；有的则持观望态度，如 CME 在其官网提示：由于 BMR，过渡期之前所有 CME 提供的价格和数据对于欧盟受监管实体均可使用；在过渡期临近结束时，CME 会更新相关信息以告知市场参与者 CME 将基于 BMR 采取的措施。

我国证券市场价格指数的编制者已经采取了实质性行动。2019 年 10 月 10 日，中证指数有限公司已正式通过认证路径在欧盟注册，成为亚洲首家符合 BMR 监管要求的欧盟第三国基准管理人，认证范围涵盖上证系列及中证系列的股票、债券、多资产三大类指数。

然而，本文认为，仅就中国期货市场价格指数与欧盟市场关联性还较为有限的现阶段而言，我国期货交易所或其指数编制子公司对是否申请在欧盟注册以响应 BMR 域外效力的问题，可暂持观望态度。一方面，从 ESMA 今年关于 BMR 的审视报告来看，欧盟对 BMR 域外效力具有放松趋势，ESMA 在审视报告中承认 BMR 广泛的适用范围不仅将欧盟基准管理人置于与非欧盟竞争者的监管劣势地位，而且可能使欧盟以外的基准指数编制者不再授权欧盟主体使用其指数;ESMA 坦言目前看来，欧盟以外的指数编制者没有动力以遵守 BMR 监管要求为代价向欧盟继续提供基准指数。另一方面，BMR 强化欧盟对指数业务的监管权限、以增加欧盟对跨境指数业务和跨境衍生品业务的影响力作为主要目标，已经引起美国和部分新兴市场国家的警觉和批评，美国尚未参与欧盟的相当性认定，欧盟在全球范围内适用 BMR 还存在较大阻力。

但我国期货交易所在观望之余，应尽快对标国际，提升其基准指数编制水平，尤其需根据《IOSCO 金融基准监管原则》，制定相关业务规范，在相关内控机制、来源数据的选择与管理、指数编制的透明度和公平性等方面争取实质性提升。在提前做好中国期货价格相关基准指数符合 IOSCO 标准的准备后，若 BMR 域外效力的执行力已较强或者中国的期货价格需要在欧盟市场推广以进一步提升全球影响力，中国期货交易所或相关基准指数编制者可随时申请在欧盟注册。

四、期货法相关立法建议

（一）建议将基准指数监管制度写入期货法，尽快填补立法空白

目前，我国对基准指数的监管主要局限于公募基金领域[34]，期货及其他衍生品市场的基准指数监管尚属空白。但从基准指数操纵相关案例来看，期货及其他衍生品市场又是重灾区，尤其是当我国期货交易所未来推出基于第三方指数的现金结算后，保障第三方指数公信力的相关制度缺位问题将日益突出。与其被动等待一部独立的基准指数监管法，不如抓住期货法立法时机，尽快将期货及其他衍生品交易中使用的基准指数纳入期货法视野（如新加坡即通

[34] 2002 年，证监会在《关于证券投资基金发行设立申报材料有关问题的通知》首次提及基准设置要求；并在 2004 年的多项信息披露文件编报规则中规定业绩比较基准的列示；在其后的 2008 年和 2010 年，证监会分别从基金销售和评价两个方面突出了业绩比较基准的作用。

过《证券期货法》加强对基准指数的规范），严厉打击利用基准指数操纵期货及其他衍生品市场的违法行为。

（二）具体制度设计上应着眼于具有系统重要性的指数

欧盟、新加坡、澳大利亚等国家（或地区）的相关立法设计均体现了明显的分层次监管理念。立法者需要针对基准指数对经济社会影响的重要性不同，设置有差别的监管要求。建议期货法在设计基准指数监管相关制度时，在要求持牌、持续监管等方面，重点着眼于具有高度系统重要性的指数，实现维护市场公平和鼓励创新的有机平衡。

（三）对标国际，切实落实《IOSCO 金融基准原则》

我国作为 IOSCO 的成员国，有义务在国内法中落实《IOSCO 金融基准原则》，BMR 即源于欧盟对该原则的落实。新加坡、澳大利亚、日本、韩国等近年来虽为了实现与欧盟 BMR 的相当性推动了基准指数相关立法，但主要还是以落实《IOSCO 金融基准原则》为手段，条文中主要体现的是 IOSCO 原则的要求。建议我国通过期货法及其下位法设置基准指数相关监管制度时，重点对标《IOSCO 金融基准原则》。同时，可适当借鉴 BMR 有益经验，对重要指数监管的规定设置域外效力，如交易所、银行等上市或交易的金融产品，若对大多数普通投资者或对金融安全有系统性重要影响，无论该金融产品所使用的指数在境内还是境外编制，其指数编制者均应在我国监管机构注册，以纳入我国基准指数监管范围。

总体国家安全观下我国私营安保企业提供境外服务的法治保障

李璐玮*

内容摘要：复杂严峻的海外投资环境背景下，我国私营安保企业亟需为我国海外人、财、物等多元利益提供充足且高端的境外安保服务。然而，服务提供国（地）市场准入严苛，依法获取持枪资格受限，服务过程中遭致合规风险等突出法律难题，导致我国私营安保企业难以顺利提供高质量的落地服务。国内相关规则、行业标准未成体系，枪支管理规定难以突破，国内相关监管、问责和权益救济体系不健全，全球性规制尚未深度参与等是造成我国安保企业陷入上述困境的根本制度性障碍。为使我国私营安保企业境外服务具备合法性来源，应制定和完善相关规则体系，建立宽严相济的枪支管理制度，构建协同发展的监管、问责与权益救济机制以及深度参与双多边、区域和全球性治理，依法保障我国私营安保企业顺利提供境外服务，助企纾困。

关键词：私营安保企业；总体国家安全观；海外安全；国内法治；全球治理

* 武汉大学国际法所博士研究生，武汉大学海外投资法律研究中心研究员。
因文章尚未发表，故仅提供文章题目及摘要。

欧盟经验与构建人类命运共同体实践[1]

李依琳

摘要：构建人类命运共同体，是为了应对经济全球化带来的挑战和难题提出的全球治理方案中的重大理念。它旨在解决人类当下所面对的公共问题，其内容包含了“发展共同体”和“构建持久稳定的国际秩序”两方面，恰好欧盟在这两方面提供了值得借鉴的经验。目前为止，欧盟应当是“共同体”的最佳范例之一，虽然它是地缘政治的产物，但在推动欧洲一体化的进程中，欧洲各国基于经贸合作带来的红利，不断深化各领域的合作，逐渐将欧盟打造成为一个超国家性的国际组织，但欧盟并非一个完美的联盟，其目前所体现民主赤字问题也是超国家的共同体不可避免的问题。因此，在构建人类命运共同体倡议的实践陷入僵局之际，通过对欧洲一体化进程研究，势必有所裨益。

关键词：比较“一带一路”与马歇尔计划，构建人类命运共同体倡议，欧洲一体化进程，民主赤字

EU Experience and Practice of Constructing a community of shared future

Abstract：The construction of a community of shared future is a major concept in the global governance plan which put forward in order to meet the challenges and problems brought about by economic globalization. Its content includes "development community" and "building a durable and stable international order". And the EU happens to provide a reference for these two solutions. So far, the EU should be one of the best examples of a “community”. Although the EU is a product of geopolitics and,, but in the process of promoting European integration, European countries have continued to deepen cooperation in various fields based on the dividends brought by economic and trade cooperation, trying to truly create a supranational organization. However, the EU is not a perfect union, and the democratic deficit it currently embodies is also an inevitable problem of the supranational community. Therefore, when the practice of constructing a community of shared future is at a stalemate, it is bound to benefit by studying the process of European integration.

Keywords: Compare the “Belt and Road” and the Marshall Plan,, Building a community of shared future , the process of European integration，democracy deficit

引言

构建人类命运共同体理念作为党的十八大以来最为重要的思想之一，在各大国际性论坛的讲话中，中国领导人都强调构建人类命运共同体在人类面对更多、更为严峻的公共问题（尤其如 COVID-19 疫情等公共健康危机等困境）时的重大意义，并致力于令其成为推动全球治

[1] [基金项目] 国家社会科学重大项目“构建人类命运共同体国际法治创新研究”（ 18ZDA153）；国家社会科学基金重点项目“‘人类命运共同体’国际法理论与实践研究”（ 18AFX025）。

理体系变革的重要驱动力，同时以此为前提让其成为构建新型国际关系的新的共同价值理念。

虽然中国对构建人类命运共同体理念给予厚望，但从国际社会，尤其是西方国家的反馈来看，构建人类命运共同体似乎又仅是尚处于理论分析和探讨阶段，并没有真正成为解决经济全球化带来的后果和难题的有效手段。自该理念提出后，一直受到以美国为首的部分西方国家（它们常以“本国利益优先”为指导，认为该理念带有乌托邦的色彩）的质疑，甚至这些国家的有些媒体认为中国假借构建人类命运共同体为名来行构筑以中国为本的国际规则之实，以此达到制衡美国等国的目的；欧美等国的一些带有较强意识的宣传机器，甚至将践行该理念的“一带一路”倡议视作中国版的马歇尔计划。因此本文将首先澄清一带一路与马歇尔计划的区别。

虽然有些西方国家认为构建人类命运共同体可能没有实践价值，但是实际上，在欧洲一体化的进程中，欧盟主要成员在“发展共同体”与“构建持久稳定的国际秩序”领域，为构建人类命运共同体提供了前所未有的示范之例。所以，本文的第二部分，我们将通过对欧盟经验的介绍，分析构建人类命运共同体倡议落地的可能性以及未来的发展趋势。

一、构建人类命运共同体理念及其重大实践

（一）构建人类命运共同体理念及其本质、特征

根据 2018 年中共中央党史和文献研究院编辑的习近平总书记《论坚持推动构建人类命运共同体》一书，关于推动构建人类命运共同体的最初倡议是在 2013 年的《更好统筹国内国际两个大局，夯实走和平发展道路的基础》中共十八届中央政治局讲话中正式提出。在当时，虽然并未明确界定“人类命运共同体”的概念，但对于命运共同体的发展模式有了初步的认识，“要更好统筹国内国际两个大局，坚持开放的发展、合作的发展、共赢的发展，通过争取和平国际环境发展自己，又以自身发展维护和促进世界和平。”[2]

构建人类命运共同体的本质是要建立平等相待、互商互谅的伙伴关系，营造公道正义、共建共享的安全格局，谋求开放创新、包容互惠的发展前景，促进和而不同、兼收并蓄的文明交流，构筑尊崇自然、绿色发展的生态体系。[3]由前述五个方面构成的浑然有机统一的整体就是构建人类命运共同体本质最为切实的表述。

（二）构建人类命运共同体的重大实践——“一带一路”倡议

构建人类命运共同体目前仅停留在倡议阶段，没有学者或者政治家可以明确预测这一倡议未来的发展将会如何。我们在此提出一个想法，我们认为，构建人类命运共同体的倡议不会永远停留在倡议阶段，而有可能会形成一个区域一体的国际联盟。目前，国际联盟的最佳

[2] 习近平，《更好统筹国内国际两个大局，夯实走和平发展道路的基础，论坚持推动构建人类命运共同体》，《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社。
[3] 参见马忠法：《论构建人类命运共同体的国际法治创新》，《厦门大学学报(哲学社会科学版)》，2019 年第 6 期。

范例应该是欧盟了。无独有偶，大部分西方媒体也将”一带一路”倡议称为中国的马歇尔计划。

1、“一带一路”与马歇尔计划的区别

一带一路是构建人类命运共同体的具体实践之一[4]，包含人类命运共同体的精神内核。构建人类命运共同体理念在通过”一带一路”倡议给各参与国最先带来的是经济贸易红利。

马歇尔计划虽然官方名称为欧洲复兴计划，但实际是为了对抗前苏联的“边界”。马歇尔认为，西欧是有效维持苏联与美国之间力量平衡的关键。如果欧洲经济下滑，美国、欧洲和东南亚的传统资本主义世界经济结构将无法维持。因此，提供长期和短期补贴以及降低西欧的贸易壁垒对于防御共产主义和苏联至关重要 ,马歇尔计划为削弱苏联提供了一个蓝图，也在之后成为促成东西德分列的一个要素。

虽然我们将欧盟经验作为构建人类命运共同体倡议的借鉴范例，但我们并不同意”一带一路”倡议是中国的马歇尔计划，这两者是有显著的本质区别的。在马歇尔计划中，美国仅通过经济援助的手段介入并意图控制欧洲，但它没有把自己置于欧洲的局势或自己直接参与之中；而践行构建人类命运共同体理念的”一带一路”倡议与其不同：“一带一路”倡议是中国有意参与其中，与各国共同谋求和平发展与合作的实践平台[5]，中国积极投身于其活动之中，并力图提供更多的公共产品；通过亚洲基础设施投资银行，为“一带一路”倡议参与国的快速发展和工业化进程创造积极条件，以谋求所有参与国人民的共同福祉。

因此，与其说中国借”一带一路”倡议行地缘政治之实，不如说中国试图用自己的力量并通过分享自己在现代化过程中的一些经验来推动全球化，因为“一带一路”倡议不仅限于原先的地缘或区域，而面向全球所有国家，只要有意愿参与到该倡议中，都会受到欢迎和接纳；至 2020 年 5 月 20 人，该倡议的 144 个参与国来自五大洲便是最好的说明。

2、“共同体”实践的范例

中国提出构建人类命运共同体的倡议是希望与各方“基于总体目标一致，围绕政治、经济、安全、人文、生态五个方面”共谋发展，但这一目标仅仅依靠贸易条约是完全不够的，只有在更广泛领域内的统一规则才能确保多领域的共同发展：因为真正的“共同体”必须以各方共同制定的规则为前提。但国际立法的可能性几近于零，按王铁崖教授的说法，“国际社会没有一个中央立法机关为整个国际社会制定法律，而且在可预见的将来也不可能有一个中央立法机关，因此，在国际法上的‘国际立法’的概念可以说是错误的。”[6]但是，这种说法并没有否认共同体内的立法的可能性，而欧盟的存在也足以证明这点。

目前为止，欧盟应当是“共同体”的最佳范例之一，虽然欧盟是地缘政治的产物，一定程度上也是马歇尔计划促使了其诞生，但在推动欧洲一体化的进程中，欧洲各国基于经贸合

---

[4] 有关论述参见马忠法《构建人类命运共同体理念的国际法实践》,《贵州省党校学报》，2019 年第 6 期。

[5] 今天的“一带一路”倡议已经成为一种合作共建的符号和平台，并不限于原先定义“海上”和“陆路”丝绸之路等地缘范围，截止 2020 年 5 月 8 日，“一带一路”倡议参与国数量已经达到 144 个，来自全球有人口居住的亚洲、欧洲、非洲、南美洲、大洋洲等五大洲。参见“各国概况”，at https://www.yidaiyilu.gov.cn/info/iList.jsp?cat_id=10037&cur_page=1.(2020 年 5 月 8 日访问)。

[6] 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 61 页。

作带来的红利，不断深化各领域的合作，试图真正打造一个超国家的组织。基于此，我们认为，通过对欧洲一体化的研究，对于人类命运共同体的实践的探索也是有所裨益。

一方面新冠疫情的爆发让一切国际层面的谈判都陷入僵局，WTO 或者其他国际条约迟迟无法得到修订以适应现在的贸易往来；另一方面美国等国也早在几年前就开始选择另起炉灶，不论是《跨太平洋伙伴关系协议》（TPP）和《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》（TTIP）的谈判，还是目前的单边主义，都令全球化进程分崩离析。但欧洲一体化的进程却没有因此受到影响。

欧盟的实践证明，理念的落实需要有稳定的法律制度，欧盟在几十年的发展过程中，始终作为一个整体，以一个声音面对各类经济冲击，至少在经济领域，成为国际合作共赢的范例。

欧盟作为超国家的组织体，虽然有浓厚的地缘政治背景，不论形成初衷如何，欧盟在几十年的发展过程中，始终作为一个整体，以一个声音面对各类经济冲击，至少在经济领域，成为国际合作共赢的范例。它在这些方面的成功，为构建人类命运共同体理念的践行与落实，我们认为在一定的程度上提供了有益借鉴。

二、欧洲联盟的成因及其经验

（一） 欧洲联盟发展的启迪

回顾欧盟（European Union）的建立，其历史因素是不可复制的，欧洲各国当时处于美苏争霸的夹缝之中，借助美国的马歇尔财政计划采取了经济抱团的模式，在收到成效后，法国外长舒曼于 1950 年提出欧洲煤钢共同体计划，随着煤纲共同体贸易的逐渐扩大，各国在得到经济红利后，逐渐将这种共同体的模式扩大到其他经济领域，欧洲煤钢共同体于 1965 年 4 月 8 日签订合并条约与欧洲经济共同体及欧洲原子能共同体合并，统称欧洲共同体，通过形成一个共同的市场，建立接近的经济政策，实现成员之间的经济均衡发展，商品自由流通，公平贸易；1968 年，欧共体正式完成关税同盟；80 年代中期，《欧洲单一法案》营运而生，以期达到成本、卫生、劳保、服务、商品自由化；1993 年，在《欧盟协议书》得到认可后，欧洲共同体正式更名为欧洲联盟（欧盟）。在过去的几十年中，欧盟除了倡导经济一体化，在政治、外交与防务方面也开始展开合作，推行共同外交与安全政策。[7]

1、文化一体的发展

欧洲一体化中提出“多元一体（united in diversity）”标志着欧洲地区的人们以欧盟的形式团结起来，为和平与繁荣而努力，同时又因欧洲大陆的许多不同文化，传统和语言而丰富[8]，构建人类命运共同体的过程中也提出了类似的宣言，主张互信、互利、平等、协商、尊重多样文明、谋求共同发展[9]。但西方社会认为“构建人类命运共同体”是有前提的，其应当是“有着共同的历史，并且经历过相同的社会经济结构调整的国家”。[10]这一点在欧洲一体化

[7] 何志鹏，欧洲联盟法发展进程与制度结构，吉林大学出版社。
[8] See in EU website: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_en
[9] 习近平，《弘扬“上海精神”，构建命运共同体，论坚持推动构建人类命运共同体》，《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社。
[10] Schröder, Ingo W. “The Political Economy of Common Destinies in the American Indian Southwest.” Journal

中尤为明显，European identity 一直是贯穿整个一体化进程的，纵观欧洲历史，从古希腊开始到罗马再到神圣罗马帝国，乃至如今的欧盟，欧洲的统一总以各种不同的形式进行着，除此以外，欧洲各国有着共同的文化遗产和以基督教为核心的一致价值观，并且在欧洲一体化的过程中，部分成员国也在积极地强调“欧洲认同”，在各国历史之外，重构一部欧洲人共同的历史、造就了欧洲人共同价值的历史，这种全新的历史观将成为教育新一代欧洲公民、培养其欧洲认同的有效手段。[11]我们认为，英国之所以多次提出脱欧，其中还不乏缺少欧洲身份（European identity）认同的原因。

鉴于中国所处地区极其复杂的历史，文化和政治多样性，中国似乎别无选择，只能将其倡议与国际社会关注的共同问题联系起来。中国提出的构建人类命运共同体理念面对的挑战是，例如解决气候变化、可持续发展和反恐等，无法依靠共同的历史和类似的社会经济结构化过程，更不可能依赖于身份（identity）的认同，而是要建立一种社区（community）意识，而这一点抛开了目前主流的地缘政治格局，无疑是一个前所未有的尝试。

2、成员一体的发展

欧盟最开始的成员国经济发展水平大体一致，在马歇尔的欧洲复兴计划中，倡议开始时的核心成员国之间已经感受到贸易自由带来的优势，所以在之后关于欧洲一体化的各项谈判中，各国态度是采取积极推进措施。

并且从立法和执法的角度来看，发展水平的一致的国家间更容易达成法律的协调。这其中最典型反例就是 WTO 的立法协调，如 TRIPS 因为需要协同发达国家，发展中国家，最不发达国家三方利益，所以其修改迟迟无法得到推进。并且各方均认为其利益没有得到维护，最终导致 TRIPS 无法适应现在知识产权变革的需求，从而催生了美国在知识产权上以 301 调查之名，实施单边主义下的贸易保护行为。

构建人类命运共同体目前主要依托于“一带一路”倡议的扶持政策，非洲国家和亚洲国家中经济较为不发达的国家对构建人类命运共同体的倡议更为接受并积极响应。但这些国家经济起步较晚，即使有了开放的贸易市场，在法制上无法跟上当前经济环境的需求。构建人类命运共同体作为一个划时代的倡议，基于政治、经济、外交等多方面的考量，中国希望也必须要将日、韩、新加坡等发达国家纳入构建人类命运共同体的建设之中。但这样一来，构建人类命运共同体的起步就不得不面对不同发展水平的国家，这使得其一体化进程将更为困难。

作为一个大国，为了推进“构建人类命运共同体”的成功实践，中国相对更容易“屈服”，但对于较小的邻国“接受”却并不总是那么容易接受。以韩国和中国关系为例，韩国的经济命运越来越依赖于中国庞大的市场，但安全仍不得不依赖于“首尔-华盛顿”联盟，这就导致了韩国与中国忽冷忽热的关系。因此在中国进一步推进构建人类命运共同体理念的活动中，我们必须仔细计算所有中国邻国的微妙反应，甚至是隐藏的反应。

对于欧盟而言，即使是有欧洲身份的作为一致发展的大前提，欧盟中也存在着英国这样

---

of the Southwest, vol. 44, no. 1, 2002, pp. 3–16. JSTOR, www.jstor.org/stable/40170234

[11] 张旭鹏，《文化认同理论与欧洲一体化》，欧洲研究，2004 年 04 期

对“身份”并没有太多认可的国家，这些国家主要是以欧盟为平台享受自由贸易带来的福利，以谋求自生的发展，这种情况随着欧盟的东扩更为明显，欧盟虽然不停的在进行改革，但其基本体制仍然是创制时期的六国模式，其改革远远不能适应东扩的需求，更重要的是，东扩过程中加入的中东欧国家如克罗地亚、匈牙利、保加利亚等国，经济水平与欧盟原核心成员国差距巨大，不仅对现任有成员国来说加重了补贴负担，对于中东欧国家来说其要适应欧盟的法律模式也是一种法制的负担。

在欧债危机后，欧盟开始由原先的单速发展改革为“多速”（multi speed Europe），虽然这一概念是与最初欧洲共同体的构想背道而驰的，并在欧盟区内也备受争议，甚至在一定程度上促使了英国脱欧的步伐。

（二） 欧洲联盟可供借鉴的经验

正如上文分析的，欧盟在发展进程中，逐渐演变成“发展共同体”并在几十年中在维护了欧洲范围内的稳定秩序。而构建人类命运共同体的倡议作为和平与发展时代主题下的中国声音，其对于经济全球化带来的后果和难题的解决方案也包含了“发展共同体”和“构建持久稳定的国际秩序”两方面。[12]因此研究欧盟的发展进程将有助于构建人类命运共同体的实践。

发展经济的初衷让欧洲一体化得以实施，但真正使其延续的是的在诸多条约下构筑的法制与体制。欧盟以法治为基础，欧盟所做的一切都基于其欧盟国家自愿和民主同意的条约，并且通过将最终管辖权交给了欧洲法院的举措，对于条约的执行起到有效的监督作用。《马斯特里赫特条约》（1992 年）将欧盟创建为“三个支柱”的统一体。这是支柱分别是三类政策：欧洲共同体，共同外交与安全政策以及司法和内政合作。欧洲共同体的职责涉及欧盟的核心经济举措，包括密切相关的社会政策、区域政策和环境政策。经济领域的主要举措是：关税同盟，单一市场，共同农业政策，经济和货币联盟以及结构性政策。第二支柱为共同的外交与安全政策。欧洲联盟的共同外交和安全政策（CFSP）是通过欧洲联盟理事会秘书长进行协调的。秘书长与 CFSP 的高级代表并列，这是最接近欧盟外交部长的职务。第三支柱是司法与内政合作。司法和内政方面的合作满足了警察、海关、移民服务和会员国司法部之间的互动需求。该倡议源于 1985 年和 1990 年的《申根协定》，目的是协调由于欧盟成员国之间人们更加开放地流动而产生的边境政策。[13]

1. 法制的启示

欧盟进程从来都不是以推进无障碍为目的，而是在不断地消除障碍中逐渐发展。欧盟的一体化始于市场的一体化，通过货物的自由流动达到生产要素里面物的自由从而带来经济的红利。虽然关税同盟容易达成，各国之间始终将自己的利益放在首位，这样的同盟因利益而结合也容易因利益而分道扬镳。欧盟之所以能一直紧密联合，除了核心成员国其有统一的目标外，更重要的是，核心成员的各国愿意为了达成统一的目标而进行的在特定领域的法制统一。

法制统一的前提是各国权力的让渡，如果在一开始起步阶段，就不能达成这一共识，那

[12] 桑明旭 郭湛，《人类命运共同体：历史坐标、现实基础与世界意义》，光明日报，2018.2.26
[13]See in EU website: https://pages.uoregon.edu/euro410/eutoday/organizations.php?menu#

之后的运行也就是孤掌难鸣。但权力的让渡是需要政治的锻炼和认同，这过程中的法律制定，就是在一步步探寻政治的底线。欧盟条约作为欧盟法律的一级渊源，从法理上来看，这些基础性条约是一种具有类似宪法性质的法律文件，另外基础性条约的补充性公约和备忘录、以及欧盟与其他非成员国缔结的国际协定都是欧盟法的重要内容，这些基本法对各国是具有直接约束力的。[14]

欧盟法制统一的前提是在政治上各国有统一的目标，构建人类命运共同体的倡议满足了统一政治目标这一前提，但问题是，构建人类命运共同体的倡议能让政治让步多少给法律。

首先是立法：以欧盟为例，其以经济一体化为基石在保证货物、服务、人口、资本的自由流动又保持各自特色，有统一又有竞争，如各国的税收制度一致但可以有不同的税赋；在出口方面，欧盟规定的禁止出口范围也远远小于各自的规定。从欧盟的立法上可以发现，欧盟在关税同盟和共同市场方面的最为严格也最为成功，这一方面恰恰也是欧盟的起点。

《罗马条约》以改变其 6 个成员领土上的贸易和生产条件、朝着更紧密的欧洲政治统一迈出一步为目标，各成员国既有联合政策，又以关税同盟和共同市场的为目标调整国内经济制度，并且成立了建立了可以表达国家利益和共同愿景的机构和决策机制。因此我们认为，构建人类命运共同体也可以借助 WTO 形成的贸易全球化思潮，以关税同盟和单一市场为目的制定相关法律，在贸易方面的立法上的障碍将远远小于其方面，因为各成员都实行市场经济，而市场经济要遵循一定的规律，规律具有普适性，每个国家均得遵守；这种规律反映到法律层面就是我们常说的各种经济贸易规则。

欧盟条约作为欧盟法律的一级渊源，从法理上来看，这些基础性条约是一种具有类似宪法性质的法律文件，另外基础性条约的补充性公约和备忘录、以及欧盟与其他非成员国缔结的国际协定都是欧盟法的重要内容，这些基本法对各国是具有直接约束力的。[15]这里需要指出，各国对于国际法的转换分为一元化的法律制度与二元化的法律制度，其中二元化的法律制度将国际法和国内法视为不同的法律体系。[16]根据二元理论，国际法只有通过立法转换为本国法律后才能被国内法院援用。[17]在欧盟中，欧盟条约在成员国内直接适用。但这一前提在构建人类命运共同体的实践中是几乎不可能实现的。同欧盟不一样，欧盟在的发展是以核心六国为基础，并且核心利益一致。但一带一路的参与国家目前已经有一百多个，但其中真正理解中国人类命运共同体倡议的国家少之又少。

欧盟法律的演进过程中，以贸易为起点逐渐完善与四项自由有关的方方面面，这是一个逐渐从模糊走向具体，从原则走向规则的过程。这一点上，构建人类命运共同体的演进过程与其相比，也具有极大的相似，前期以”一带一路”倡议为桥梁，与周边国家签订的条约主要

---

14 何志鹏，欧洲联盟法发展进程与制度结构，吉林大学出版社。

15 何志鹏，《欧洲联盟法发展进程与制度结构》，吉林大学出版社， 2007 年版，第 32 页。

16 Dugard, supra note 49, at 42; J.G Starke,“Monism and Dualism in the Theory of International Law”, 17 British Yearbook of international law(1936): 66-81, at 70; A Katz, “An Act of Transformation: The incorporation of the Rome Statute of the ICC into National Law in South Africa,” 4 African Human Security Review(2003): 25-30, at 26

17 See in Section 231 of the Constitution which deals with domestication of international law into South Africa domestic law, See also M.E. Olivier, International Law in South Africa Municipal Law: Human Rights Procedure, Policy and Practice, LLD thesis, University of South Africa(2002), p.36

是贸易条约为主，直到 2019 年《中国共产党和老挝人民革命党关于构建中老命运共同体行动计划》也没有涉及具体的构建人类命运共同体规则，而是在原则层面做的要求，以实践为驱动力。因此我们认为，虽然不可能达到欧盟法律在成员中的主导地位，但构建人类命运共同体在实践过程中依然可以借鉴当年欧盟的立法过程。

除此以外，因现阶段条约不可能避免的模糊性，所以目前”一带一路”倡议中遇到的问题，将依赖于其他国际条约解决下提供的争端解决机构解决。其中私人与国家之间可依据国际投资争端解决中心 ICSID,这一机制虽然看似是中国企业目前走出去过程中最有效的保护伞，但是实际上的作用却不尽如意，在所有 ICSID 产生诉讼结果的仲裁中，绝大部分的结果是根据 Article 43（1）或 44 中止诉讼。[18]并且，近年来针对 ICSID 争端解决的不透明的争议也甚嚣尘上。国家与国家间主要依靠 WTO 下的争端解决机制（DSB）,但目前 DSB 上诉机构后继无人，案件积压甚多。

面对这种困局，欧盟早在组立之初便成立欧盟法院，包括欧洲法院和初审法院，享有广泛的司法权，负责审理所有涉及共同体利益的各种案件，有权应成员国要求就有关你的法律做出解释，负责审理和裁决在执行各项有关条约和规定中发生的各种争执以及对条约的解释，这一制度有效的在司法层面保证了欧盟内部国家在有关问题上的一致性。我们注意到，中国也试图建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构，以便公正高效便利解决“一带一路”建设过程中产生的跨境商事纠纷。[19]只是目前还仅仅限于最高院设立的国际商事法庭，并没有将仲裁的规则和机构普及开来。因此我们认为，如果以后与一带一路参与国达成区域或自由贸易协定，应当在协议中约定互相承认“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的效力，而不是仅仅在我国的国内层面有效。

2. 体制的启示

欧盟是在煤钢共同体、欧洲经济共同体和欧洲原子能共同体的基础上建立的。在 1965 年之前，三个共同体在法律上是相互独立的，但是他们建立了共同的议会、部长理事会、委员会和法院等机构。[20]随着三大共同体的合并，欧盟逐渐成为一个超国家的组织，与一般的国际间组织不一样，欧盟还有联邦的初步特征，所谓联邦制国际即联邦成员原为单独的享有主权的政治实体，加入联邦后把一部分权力交给联邦政府，同时保留部分管理内部事务的权力。欧盟中，这些机构的权利均来自于成员国自愿将部分国家主权转交欧盟，欧盟在机构的组成和权利分配上，强调每个成员国的参与，其组织体制以“共享”、“法制”、“分权和制衡”为原则，在此基础上成立了负责确立欧盟总体政治方针，经济方针的欧盟首脑理事会（European Council）；拥有绝大部分决策和立法权的欧洲联盟理事会（又称部长理事会 Council of the European Union）;负责监督、咨询的欧洲议会；日常运行与执行的欧盟委员会（European Commission）；享有最高司法权的欧洲法院（European Court of Justice）。其他诸如欧洲审计院（Court of Auditors）、欧洲中央银行（European Central Bank）、经济与社会委

[18] 见 ICSID 官网数据。
[19] 见中华人民共和国中央人民政府网站，http://www.gov.cn/zhengce/2018-06/27/content_5301657.htm
[20] 何志鹏，《欧洲联盟法发展进程与制度结构》，吉林大学出版社， 2007 年版，第 7 页

员（Economic and Social Committee ECOSOC）、区域委员会（Committee of the Regions）、欧洲投资银行（European Investment Bank）都是维持欧盟正常运行的机构。[21]这些机构设置有闪光点也有为人诟病地方。比如首脑理事会和部长理事会均有对经济事项的立法权，但具体哪类经济事项由哪一部门决策这一点却并没有明确，这将导致机构权限的重合。

从欧盟的历史可以发现，自 1951 年在欧洲煤炭和钢铁共同体成立以来，欧洲的机构整合一直是多重动机。一方面，对于某些人来说，它是由“更紧密的联盟”的理想所激发的，最终达到其创始人让·莫奈，罗伯特·舒曼和阿尔西德·德·加斯帕里所构想的欧洲政体。另一方面，只有在各国政府能够看到欧洲机构如何为自己国家的利益服务时，一体化才能向前发展。[22]大多数情况下，欧洲一体化这个概念对大部分各成员国而言也是模糊不清的，真正让一体化的得以深入和扩大的是成员国之间对“欧盟将带来长期利益”这一观念的认识—即使成员国要求某些人做出短期牺牲，也将为成员国提供正和收益。[23]因此当欧债危机产生，成员国意识到欧盟似乎无法实现其承诺的和平与繁荣，自然对于国家主权的让渡积极性将大打折扣。

稳定的秩序需要的稳定体制，目前通过带一路让沿线国家感受到了贸易一体化带来的利益。为了让长期利益延续下去，至少在经济政策的制定方面，想必各国是愿意接受相应的体制维持。但如果短期内想要像欧盟那样发展成为“三个支柱”则似乎不太可能，毕竟这个尝试，欧盟自己也失败了。

3. 民主参与度的启示

同时，欧洲一体化离不开精英驱动。精英驱动行动快捷、效率较高，是欧盟一体化建设取得进展的一个重要因素，但也存在弊端，由于尚没有具备中心权威的欧洲政府，直接选举产生的欧洲议会也没有完全意义上的立法权。精英驱动的一体化进程往往与决策的黑箱操作想关联，一个副效应即是“民主赤字”。在英国脱欧中，其表层的原因就是民主赤字，从希腊债务危机到难民问题，欧盟如今在英国甚至是欧盟其他地区都有着负面的形象。

但民主赤字的深层原因还在于民众不满于欧盟无力建立保护机制以保护那些在全球化进程中的失败者。欧盟削弱了各国政府扮演保护角色的能力，而在欧盟层面，却没有足够的措施来创建这样的保护机制。自由贸易(即零关税)带来的物质的繁荣与经济的飞跃，但并非每一个人都在自由贸易中抓住了机遇，一部分人因为对外投资而失去了工作，一部分人认为欧盟对希腊等国援助导致其福利下降。不论经济学家如何为全球化的福利背书，受影响的民众只会感受到自己福利下降，这时候，选民的投票明显反应了这种不满。欧盟的问题在于其已成为全球化的主要推动者。单一市场和欧盟委员会达成的贸易协定，为欧洲的全球化敞开了大门。这本身没有什么问题，不幸的是，这些政策的输家完全没有得到必要的补偿。欧洲机构对社会政策没有权力，而社会政策仍然牢牢掌握在国家当局手中。然而，这些当局的手

[21] 同上。
[22] A. Moravcsik, The Choice for Europe (Ithaca: Cornell University Press, 1998).
[23] Peter A. Hall, The Euro Crisis and the Future of European Integration, The Search for Europe: Contrasting Approaches,2015, p46

脚却被同样的欧洲机构的金融监管规则束缚住了。

所以，欧盟现在面对的民主赤字问题，对于构建人类命运共同体是有充分的借鉴意义的。构建人类命运共同体倡议作为中国提出的，针对经济全球化带来的问题的解决方案，其提出的初衷就是为了巩固经济全球化，并保证各国可以感受到经济全球化带来的红利，所以如果中国必须在社会保障上有所作为。

在现阶段的中国国内也不乏对”一带一路”倡议的不理解的声音，部分民众认为中国农村的发展仍未取得重大突破就拿出大笔资金建设其他国家的基建，如果不对这些声音加以重视，以后这会成为阻碍构建人类命运共同体实践的一大因素。

（四）构建人类命运共同体实践的阻碍

根据德勤 2019 年的”一带一路”倡议报告，”一带一路”倡议在取得重大投资结果的同时也面临着来自各成员内部的巨大挑战。为偿还 11 亿元债务，斯里兰卡在 2017 年年末将汉班托特港交给中国管理，租期为 99 年，这一行为导致国际舆论对“一带一路”倡议批评更甚[24]，在这种风向下，其他国家政府开始重新评估“一带一路”倡议项目。经过谈判耗资规模最大的马来西亚东海岸铁路 （ECRL）的成本被总理马哈蒂尔·穆罕默 德率领的新一任政府缩减了三分之一。[25]在缅甸、[26]巴基斯坦[27]和塞拉利昂[28]的项目也因为对不可持续的债务存有担忧而被取消或削减规模。同时，马尔代夫新一届政府宣称，上届政府主政期间大规模的贪污行为夸大了合同的价值，目前正努力请求中方减少这些合约产生的债务。[29]

不同于欧盟最开始的成员国经济水平一致的情况，“一带一路”倡议是中国扶持他国，前期中国既要“输血”又要“妥协”，这个对于中国而言就是一个巨大的负担。更何况各国内部并没有对“构建人类命运共同体”有普遍的认同感，多数国家不过是借“一带一路”倡议的名义发展自身经济，甚至在哈萨克斯坦的某些领导人心目中还有着：“是否加入‘一带一路’倡议，欠中国的债务就可以不用还了”的发问。更令中国专家担心的是，虽然目前来看中国牢牢占据世界大国的角色，但这一角色并非无可替代。印度、越南等国蓄势待发，尤其是越南，以此次中美贸易摩擦为契机，吸引部分外资制造业从中国流向他们。构建人类命运共同体这个倡议在没有足够认同感的基础上，想在发展过程中不断深化绝对是困难重重的。

除此以外，对于中国文化的认同也造成了构建人类命运共同体理念在世界范围内（尤其

---

[24] Sri Lanka, Struggling With Debt, Hands a Major Port to China”, by Kai Schultz, The New York Times (2017 年 12 月 12 日): https://www.nytimes.com/2017/12/12/world/asia/sri-lanka-china-port.html

[25] Malaysia to resume China-built Belt and Road rail project, Tom Mitchell and Archie Zhang, Financial Times (2019 年 4 月 12 日): https://www.ft.com/ content/8bc8cb02-5ceb-11e9-9dde-7aedca0a081a

[26] “Myanmar cuts cost of China-funded port project by 80%”, by Yuichi Nitta, Nikkei Asian Review (2018 年 9 月 28 日): https://asia.nikkei.com/Spotlight/Beltan d-Road/Myanmar-cuts-cost-of-China-funded-port-project-by-80

[27] “China’s disappointing aid offer dashes Pakistan’s hope of debt rescue”, by Adnan Aamir, Nikkei Asian Review (2019 年 2 月 11 日): https://asia.nikkei.com/ Politics/International-relations/China-s-disappointing-aid-offer-dashesPakistan-s-hope-of-debt-rescue

[28] “Mamamah airport: Sierra Leone cancels China-funded project”, BBC (2018 年 10 月 10 日): https://www.bbc.com/news/world-africa-45809810

[29] “Maldives seeks to renegotiate with China over Belt and Road debt, by Simon Mundy and Kathrin Hille, Financial Times (2019 年 1 月 31 日): https:// www.ft.com/content/fcab0410-2461-11e9-8ce6-5db4543da632

是被西方国家）被接受遭遇困境。不同于西方的价值观通过殖民或者文化传播，目前被广为接受，中国的文化符号在西方一直是落后封建的，尤其是新冠疫情的爆发，欧美政府为了转移自己应对不力的失误，利用媒体将矛头转向中国，鼓吹“武汉病毒”，从而开始了新一轮的针对中国的种族歧视。即使疫情在中国已经得到了控制，在今年三月初的时候，仍然有24 个国家和地区对中国货物贸易采取了管制措施，这其中也不乏一带一路参与国的身影。

欧盟实际上也与中国现在面临了相同的困局，新冠疫情的爆发后，欧盟的货物和人员流通自由直接受到巨大挑战，甚至连欧盟的主要促成国法国，其总统曼纽尔·马克龙（Emmanuel Macron）也敦促重要的法国商品留在法国。

结论

构建人类命运共同体的倡议虽然通过一带一路的实践得到众多国家的参与，但实际上不止在国内民众间有批评之声，认为”一带一路”倡议将财政过多的浪费在其他国家而影响国内财政，在国际上也不乏认为”一带一路”倡议是借自由贸易为名行贸易保护之实；即使是受”一带一路”倡议扶持的国家在认同上也并没有完全接受构建人类命运共同体的概念，比如本次新冠疫情爆发之初，首批拒绝中国货物的国家就是一带一路参与国。

并且在 2018 年时，日本和欧盟在东京签署经济合作协议，该自由贸易在西方国家被视为狙击”一带一路”倡议的重要手段，虽然实际上以目前的实施情况来看，因为其投资量远远低于”一带一路”倡议，所以暂并不具有影响力，但是毋庸置疑，一带一路并非无可替代。

通过对欧洲一体化进程的分析，找到人类命运共同体的进一步实践可能。欧盟的进程已经告诉我们唯有涉及经济贸易，令国民感受到实际的利益，并且发展出切实可行的法律，才能让共同体达到真正的稳定。

新时代背景下构建人类命运共同体式的国际法治理念

李泽园　法学本科生

摘要：面对当前严峻的国际问题，以习近平同志为核心的党中央审时度势、深谋远虑，提出“各国无一例外均应坚定维护以联合国为核心的国际体系，以国际法为基础的国际秩序”的号召。在国际政治动荡加剧的背景下，中国再次为世界贡献出了中国智慧、中国力量。映刻其背后的是新时代人类命运共同体式的国际法治理念的发扬与光大。

关键词：习近平法治思想；人类命运共同体；国际法；国际政治。

一、时代背景

在中国特色社会主义新时代的国内背景和世界和平发展与动荡冲突并存的国际背景下，中国与世界正面临着百年未有之大变局。

党的十九大以来，在以习近平同志为核心的党中央的坚强领导下，我国在中国特色社会主义道路建设上取得了一个又一个伟大成就，同时伴随着经济的不断发展和综合国力的不断增强，涉及我国利益的国际领域不断拓展，中国正日益走近世界舞台的中央、国际影响力和竞争力显著增强，积极参与国际事务并推动构建国际关系新秩序。中国正不断接近中华民族实现伟大复兴的宏伟目标。

当今世界进入了一个大变革大发展大调整的时代，国际力量对比发生深刻变化，大国战略博弈领域不断扩展，国际秩序正在进行深度调整[1]，特别是在后疫情时代，国际力量对比现状产生了一定程度的变化、国家与国家间的利益冲突等矛盾有激化趋势、极端主义和恐怖主义势力仍然在全球蔓延、新兴发展中国家因实力的增强对国际事务参与的诉求与传统的由美国等发达国家主导的国际关系旧秩序不断产生碰撞与摩擦等等，这些问题威胁着国际社会秩序的稳定、国家间经济贸易往来与发展和世界人民的生命与自由。

习近平总书记指出：“我们要坚持走和平发展道路，但决不能放弃我们的正当权益，决不能牺牲国家核心利益。任何外国不要指望我们会拿自己的核心利益做交易，不要指望我们会吞下损害我国主权、安全、发展利益的苦果。”[2]这鲜明的表达了当代中国坚持和平发展道路的恒心、坚决维护国家利益的决心。探索与发展以国际法为基础的国际关系新秩序，是维护我国国家利益和世界和平发展的必然要求和问题解决的有效路径。

面对当前严峻的国际问题，以习近平同志为核心的党中央审时度势、深谋远虑，倡导各国无一例外均应坚定维护以联合国为核心的国际体系，以国际法为基础的国际秩序。在国际政治动荡加剧的背景下，中国再次为世界贡献出了中国智慧、中国力量。在国际社会中倡导以法治方式与国际主体进行交往，积极参与和推动国际治理体系变革、推动国际关系民主化与法治化，引领构建以公平正义为核心的的国际法治体系。实现大国外交的目标必须重视和依靠国际法。都映刻其背后的是新时代人类命运共同体式的国际法治理念的发扬与光大。

---

[1] 周婧：“习近平法治思想指导下坚持统筹推进国内法治和涉外法治”,《重庆大学学报（社会科学版）》, 2021年3月18日。

[2] 习近平:《坚持底线思维,着力防范化解重大风险》(2019年1月21日),载《习近平谈治国理政》(第三卷),外文出版社2020年版,第222页。

二、新时代背景下的人类命运共同体式的国际法治理念是以习近平总书记为核心的党中央领导下中国人民实践探索的智慧结晶。

习近平法治思想中的国际法治观以中国共产党和中国人民的长期实践为基础，总结新中国成立以来外交领域和国际法领域的建设经验、吸收中华优秀传统文化中的价值理念、结合中国特色社会主义理论体系产生的。以构建人类命运共同体为出发点，推动构建在新的国际秩序中以平等、公正的国际法所调整国际社会、促进世界范围内的合作共赢在以国际法的基础上得到长期稳定的实现，是实践成果的总结与升华。和平与发展依然是当今时代的主题，但也遇到了各种新的挑战。和平遇到的挑战需要通过共同、综合、合作、可持续国际法秩序加以化解，发展面临的赤字需要通过创新、协调、绿色、开放、共享的全球治理理念加以弥合。在维护和平与发展上，大国肩负着特殊责任，不能以牺牲别国安全来寻求本国的安全，不能通过霸凌行径剥夺别国的发展权利。中国将继续坚定不移走和平发展道路，推动构建更合理的国际法律秩序。

三、新时代背景下的人类命运共同体式的国际法治理念是以人民为中心的价值理念的国际化发展。

习近平总书记重视全人类的福祉和长远利益，深刻洞察人类命运前途和时代发展趋势，敏锐把握中国与世界关系的历史性变化，提出了构建人类命运共同体的重要倡议，明确了人类发展的美好愿景[3]。这有利于推动国际法的不断完善、促进全球治理体系和国际关系秩序更加公正合理，从而有利于各个国家享有平等的发展权利和公正的发展机会、推动世界范围内的贫富差距缩小和人民生活水平的提高。因此，习近平法治思想中的国际法治观实质上是维护世界人民根本利益的国际法治观，是以人民为中心价值理念在国际社会中演进发展的成果。

四、新时代背景下的人类命运共同体式的国际法治理念是具有鲜明中国特色的国际法理论的创新。

习近平总书记在参观《复兴之路》展览时指出：实现中华民族伟大复兴，就是中华民族近代以来最伟大的梦想。同时，“今日之中国，不仅是中国之中国，而且是亚洲之中国、世界之中国。未来之中国，必将以更加开放的姿态拥抱世界、以更有活力的文明成就贡献世界”。[4]“构建人类命运共同体”作为我国发展道路上的重大理论创新，已然是我国在国际法治构建中的指导思想；是对传统国际法理念的批判继承与发展，即吸收了传统国际法中人类文明结晶如公正、平等等传统理念，又提出了各国相互联系、相互依存，全球命运与共、休戚相关的重要论断，这些论断的提出是对国际法理论的重要创新，大变局之下的国际社会需要先进的国际法新理念引领国际法发展，指导国际社会的法治前进方向。构建人类命运共同体作为一种契合时代的新理念，体现了对国际法理念的发展。[5]

---

[3] 黄进：“习近平法治思想中的国际法治观”，《武大国际法评论》，2021 年第五版。

[4] 习近平：《深化文明交流互鉴共建亚洲命运共同体——在亚洲文明对话大会开幕式上的主旨演讲》，《人民日报》2019 年 5 月 16 日，第 2 版。

[5] 黄进：“习近平法治思想中的国际法治观”，《武大国际法评论》，2021 年第五版。

五、习近平法治思想中的国际法治理念是构建人类命运共同体式的国际法治体系的精神支撑和理论依据。

习近平法治思想中的国际法治理念其中的内容极其重要、有关论述涵盖丰富、意义深刻。既提出了国际法治建设总体要求，同时遵守了国际法的基本原则。既有利于加强国际法的研究和运用，同时也能加强涉外法治体系特别是司法体系的建设。其坚持了统筹推进国内法治和国际法治的要求，在关于国际执法合作与国际争端解决等全球治理问题上的主张，具有强烈的时代特征和实践指向，对深入推进国际法治建设具有重大而深远的意义。

六、结语

习近平法治思想中国际法治的观点，结合国内国外两个大局、统筹推进国内法治和国际法治建设，协调推进国家治理与国际治理，积极推动国际关系民主化法治化，包含并发展了一系列的国际法理念和基本原则，与百年未有之大变局的历史潮流高度契合，体现的是一个负责任大国的历史担当。这将提高现有国际法律秩序的公平正义水平、提高发展中国家的国际事务发言权，更好的支持中小国家的合理诉求，具有极大的影响力和创造力。这将推动全球治理体系变革向更加民主化、国际法治构建向更加公正合理化的方向发展。这是中国特别是以习近平总书记为核心的党中央为当代国际法治理论和实践创新做出的重要贡献、为国际法的发展进步、为全球治理体系变革作出的重大贡献。

中国将始终做国际法治的践行者、坚定维护以联合国为核心的国际体系、坚定维护以国际法为基础的国际秩序、坚定维护以国际法为基础的国际秩序、坚定维护联合国在国际事务中的核心作用。中国特色社会主义进入新时代，世界正经历百年未有之大变局。面对新形势、新任务，我们一定要以习近平新时代中国特色社会主义思想和习近平国际法治思想为指导，不忘初心、牢记使命，接续奋进。积极推动构建人类命运共同体，积极参与全球治理体系改革和建设。

我国应否采纳《跨境破产示范法》之研究——韩进海运破产引发的思考

李 珠[1]

上海海事大学法学院，上海 201306

摘要：本文在介绍跨境破产相关定义和《跨境破产示范法》（下称《示范法》）的基础上，分析《示范法》颁布国与非颁布国针对韩进海运破产事件采取的具体措施，引出我国是否应当采纳《示范法》的思考。基于博弈论的分析范式，从定量和定性的角度分析我国采纳《示范法》的利弊，并通过模型和分析得出我国现阶段采纳《示范法》不利于我国整体经济利益和债权人利益保护的结论，同时提出以根植本国国情为前提，借鉴《示范法》的先进内容，完善我国《企业破产法》中跨境破产法律制度的建议。

关键词：跨境破产；《跨境破产示范法》；韩进海运；博弈论；借鉴

A Reconsideration on Adopting the UNCITRAL's Model Law on Cross-Border Insolvency or not in China Triggered by the Bankruptcy of Hanjin Shipping

LI Zhu

School of Law, Shanghai Maritime University, Shanghai 201306, China

Abstract: Based on the concept of cross-border insolvency, the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and the case of Hanjin Shipping bankruptcy, this article analyzes whether China should adopt the Model law and how to improve the legal regime on cross-border insolvency in the Chinese law. The pros and cons of China's adoption of the Model Law are evaluated from the quantitative and qualitative aspects with the idea of game theory. The findings show that currently China should not adopt the Model Law as it is not conducive to its overall economic interests and the protection of domestic creditors. Meantime, it is concluded that China should improve the cross-border insolvency legal regime in its Enterprise Bankruptcy Law by reference to the advanced contents of the Modal Law in the premise of China's reality.

Key words: Cross-border insolvency; UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency; Hanjin Shipping bankruptcy; Game Theory; Reference

基金项目：国家社科基金后期资助项目（16FFX010）

作者简介：李珠（1993- ），女，海南海口人，上海海事大学法学院博士研究生，研究方向为国际法学、海商法学研究，专攻港口法、海上货物运输法、综合运输交通法。

世界经济全球化自 20 世纪 80 年代大幅加快以来，在贸易和投资的跨境化背景下，跨境化的行动必然导致财产关系的跨境化，由此造成许多破产案件中的债权债务关系不再局限于一国境内。此类破产由于包含国际因素或涉外因素而被称为“跨境破产”（cross-border insolvency）。[1]为解决复杂的跨境破产法律问题，联合国国际贸易法委员会（United Nations Commission on International Trade Law，UNCITRAL）于 1997 年 5 月 UNCITRAL 第 30 届会议上通过《跨境破产示范法》（UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency，下称《示范法》）。

较之国际条约，《示范法》不具有强制性，但采取更为灵活、渐进的方式试图推动法律统一。《跨境破产示范法颁布及解释指南》（下称《示范法颁布及解释指南》）第 3 条指出：“《示范法》尊重各国程序法之间的差异，并不试图对破产法进行实质性统一。《示范法》不过是提供法域之间的合作框架，在若干细微但颇有意义的方面提出不无助益的解决办法，促进以统一方式处理跨境破产。”《示范法》受到很多国家的重视。UNCITRAL 的官方数据显示，截止目前共有 44 国家通过了以《示范法》为基础的国内立法。我国目前尚未采纳《示范法》，理论界对于是否应当采纳《示范法》争论不一。

本文以韩进海运破产事件为例，采用博弈论的研究方法，通过模型分析我国采纳《示范法》的利弊，研究我国是否应当采纳《示范法》，以及采用对策论证方法分析《示范法》对于完善我国国内跨境破产法律制度的借鉴意义。

一、《示范法》的采纳问题：以韩进海运破产事件为例

（一）韩进海运破产事件的背景和基本情况

据 Alphaliner 数据显示，截至 2016 年 8 月 1 日，韩进海运运营的班轮数量为 100 艘、61.68 万 TEU，占据全球 3.0%的集装箱班轮运输市场份额，位居全球第七位、韩国第一位。由于受金融危机的长期影响，运价长期低迷，韩进海运收入大幅萎缩，资金流日趋紧张，最终导致资金链断裂。

图 1 韩进海运的破产进程[2]

[1] 跨境破产，又被称为“跨国破产”（transnational bankruptcy）、“国际破产”（international bankruptcy）等，是指债权人、债务人或破产财产位于两个或两个以上法域的破产。本文采用“跨境破产”的称谓，与其他称谓不做区别。王晓琼. 跨境破产中的法律冲突问题研究[M]. 北京:北京大学出版社, 2008:8-9.

[2] 资料来源：作者根据新闻报道进行整理而成。



资料显示，全球范围内有四千多家债权人向破产法院——韩国首尔中央法院申报了针对韩进海运的债权，其中包括三百多家中国债权人。[3]

韩进海运破产不仅重创韩国的就业与经济，而且对包括我国在内的亚洲乃至全球航运业、贸易业、物流业、港口业、集装箱租赁业等行业都产生了重大的负面影响。

（二）《示范法》颁布国和非颁布国针对韩进海运破产事件的措施

韩国于 2006 年采纳了《示范法》。在韩进海运进行破产重整的同时，破产法院指定的破产管理人计划向 43 个法域的法院申请承认与协助韩进海运在韩国进行的破产程序。[4]破产管理人实际提起申请的法院并未达到计划的 43 个。日本、美国、英国、澳大利亚、德国、新加坡、加拿大、比利时等均批准韩进海运提交的破产保护申请，这些国家的法院不同程度地给予韩进海运救济措施。

其中，作为《示范法》颁布国[5]，如日本、美国、英国、加拿大等均承认韩进海运的破产保护申请。2016 年 9 月 5 日，东京地方法院裁定承认韩进海运的破产程序，准许破产管理人提出的禁止在日本扣押韩进海运财产的请求。2016 年年 9 月 6 日，美国新泽西州破产法院裁定准许韩进海运破产管理人的请求，韩进海运船舶在美国港口不受扣押。2016 年 9 月 9 日，美国法院裁定扩大给予韩进海运的司法保护范围并延长保护期限，但韩进海运船舶在靠美国港口前必须与港口运营商、货主、码头工人、托运人等各方达成协议。2016 年 10

[3] 石静霞．韩进破产事件透析——中国跨境破产制度的构建[EB/OL]. (2016-12-06) [2017-01-02]. http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzAxNTI0NDU5NQ%3D%3D&chksm=838660e3b4f1e9f5703a23511c1d730f2564885834cf0dd4770798f31c1107db24a606446e8e&idx=1&mid=2650131647&scene=21&sn=adad793e4945e221bb1c7e164cae0e12.

[4] 截止 2021 年 4 月 19 日，根据联合国国际贸易法委员会官网最新公布的《示范法》颁布状况，目前为 49 个国家共在 53 个法域通过了以《示范法》为基础的立法。

[5] 采纳《示范法》的国家，本文简称“颁布国”。

月 3 日，加拿大不列颠哥伦比亚省最高法院裁定准许韩进海运破产管理人的破产保护申请并给予救济和协助，但救济效力不涉及其已扣押的韩进海运船舶。

部分非颁布国[6]亦在一定程度上给予了韩进海运救济措施。新加坡法院于 2016 年 9 月 14 日承认韩进海运破产程序，并发布了禁止扣押令，但新加坡法院承认韩进海运破产程序的效力不涉及其已扣押的韩进海运船舶“罗马”号；德国汉堡法院于 2016 年 9 月 23 日依据德国《破产法》中跨界破产的规定给予韩进海运破产保护，不允许债权人在德国扣押韩进海运所有的船舶，但不包括韩进海运租赁的船舶。可见，上述非颁布国虽然承认韩进海运破产程序，但对所给予的救济措施有所限制。大部分非颁布国基于对本国债权人利益的保护，不承认韩进海运的破产程序，允许本国债权人采取扣押、拍卖等方式处置韩进海运的资产。

（三）我国是否应当采纳《示范法》？

在韩进海运破产事件中，如海外债权人均采取扣船、解除海上货物运输合同或撤回出租船舶等措施，不仅会给债务人和其他债权人造成巨额的损失，而且将给韩进海运破产法院的破产清算程序带来困难。为减少损失的扩大、保障债务人资产的完整性、运营的连续性[7]，以及推动韩进海运破产清算程序的顺利进行，破产法院制定的破产管理人的破产保护申请能否获得外国法院对破产程序的承认至关重要。由于韩国是《示范法》颁布国，韩进海运破产管理人可以向其他颁布国的法院申请承认韩进海运破产程序，以保护韩进海运的利益。[8] 上述情况表面上虽不利于对《示范法》颁布国的债权人利益的保护，但当本国的企业面临破产时，同样可以这种方式申请获得其他颁布国对其破产程序的承认，并且可以避免在不同国家法院多个破产程序同时进行和个别清偿，从而能够有效处理跨境破产纠纷及保护破产企业的利益。这是跨境破产国际承认的利益所在。

我国并未采纳《示范法》。除非韩国承诺给予我国司法互惠[9]，否则韩进海运破产保护的效力在我国受到限制。当债权人的债权无法实现时，我国法院可基于债权人的申请对韩进海运的船舶或其他财产进行扣押、冻结、拍卖等，以保护债权人的利益。然而，韩进海运向破产法院申请破产保护之前，便将其大多数船舶停留在韩国和其他《示范法》的颁布国水域或者公海，以免船舶被扣押或滞留。[10] 因而，我国债权人在我国法院扣押韩进海运的资产存在很大难度。中远集运与韩进海运同属于 CKYHE 联盟[11]，以及中远海运旗下的租箱公司

---

[6] 不采纳《示范法》的国家，本文简称“非颁布国”。

[7] 石静霞，黄圆圆. 跨界破产中的承认与救济制度——基于“韩进破产案”的观察与分析[J]. 中国人民大学学报，2017，(02)：35.

[8] 通常而言，其他颁布国的法院承认韩进海运的破产程序后，原则上韩进海运的债权人便不能在颁布国对韩进海运的资产进行扣押，而只能在韩国破产法院进行债权登记，但通过债权登记获得的赔偿远远不能弥补债务。

[9] 虽然中韩签订有《中华人民共和国和大韩民国关于民事和商事司法协助的条约》，但是该条约中司法协助的范围不包括相互承认和执行法院的判决。

[10] 韩进海运全力引导船舶到港卸货 [EB/OL]. (2016-09-07) [2017-03-02]. http://www.eworldship.com/html/2016/ShipOwner_0907/119528.html.

[11] CKYHE 中的“C”是指中国的中远集运（COSCO），“K”是指日本的川崎汽船（K LINE），“Y”是指中国台湾的阳明海运（YANG MING），“H”是指韩国的韩进海运（HANJIN），“E”是指中国台湾的长荣海运（EVERGREEN）。

Florens、中远物流、码头、代理、供应等公司作为韩进海运的债权人，受此不利影响尤为突出。结果是，在韩进海运进入破产程序之后，我国众多债权人针对韩进海运的债权基本无法得到受偿。

《示范法》被澳大利亚、加拿大、希腊、日本、南非、韩国、英国、美国等通常被视为是具有重要海运和贸易利益的国家所采纳。我国是世界经济和贸易大国。在我国实施“走出去”、“一带一路”倡议、自由贸易区和自由贸易港建设等战略的大背景下，跨国企业日益增多，企业破产的可能性随之增加，而我国未采纳《示范法》，未形成完善的国内跨境破产法律制度。因而，如我国企业出现跨境破产纠纷案件，我国如何有效保护本国企业的利益、维护国家整体经济利益，面临重大和急迫的法律问题。尤其是，我国是否应当采纳《示范法》？若我国不采纳《示范法》，如何完善国内的跨境破产法律制度？

二、我国采纳《示范法》将对我国的影响之辨析：基于博弈论的分析范式

（一）定量博弈分析

本文具体以韩进海运破产为例进行博弈分析，通过对韩进海运公司公布的债权人名单（截止 2017 年 1 月 15 日）进行分析，总计我国主要债权人的损失金额为 115099 万元[12]，而后根据效用函数的一般式：$R_j = C_j(1+i)$进行模型计算。为合理运用数据并简化问题，本文作以下假设：

- 利率 i = 6%；
- 航运公司申请破产保护后债权人受偿比例为 3%（约束对象为采纳《示范法》国家的债权人）；
- 航运公司申请破产保护后可除去 97%的债务（约束对象为采纳《示范法》国家的航运公司）；
- 未采纳《示范法》国家的债权人可通过扣船等行动挽回全部损失；
- 两国债权人损失相同，且所有损失皆由对方航运公司破产所致；
- 未申请破产保护的班轮企业对他国国民经济的影响为零。

根据假设，当班轮公司 A 和班轮公司 B 均申请破产时，若 H 国和我国均采纳《示范法》，A 和 B 都去除 97%的债务，相当于使对方国家造成的损失为 97%的债务，而己方承担损失为 3%的债务；若 H 国采纳而我国不采纳，A 的债务将全部受到追偿，即 H 国损失额为 100%的债务额，我国损失为零，B 的债务去除 97%，相当于 H 国的损失为 97%的债务，而我国承担 3%。同理可得 H 国不采纳而我国采纳《示范法》、两国都采纳《示范法》以及班轮公司 A 和班轮公司 B 一方申请破产的情况如表 2-1 所示。

[12] 笔者通过计算债权在二十万元人民币以上的国内企业，得出我国主要债权人的损失数据。

表 2-1 博弈值一般式

班轮公司 A（B）申请破产	(I,I)	(I,U)	(U,I)	(U,U)
班轮公司 B（A）申请破产	-0.03x-0.97y，-0.97x-0.03y	-x-0.97y，-0.03y	-0.03y，-x-0.97y	-x，-y
班轮公司 B（A）不申请破产	-0.03x，-0.97x	-x，0	-0.03x，-0.97x	-x，0

注：我国和 H 国债权人损失分别用 x 和 y 表示

结合实际情况代入数据，可得博弈模型具体博弈值如表 2-2 所示。

表 2-2 模型具体博弈值

班轮公司 A 申请破产	(I,I)	(I,U)	(U,I)	(U,U)
班轮公司 B 申请破产	-118552，-118552	-233547，-3557	-3557，-233547	-118552，-118552
班轮公司 B 不申请破产	-3557，-114995	-118552，0	-3557，-114995	-118552，0

从表 2-2 中可得出，在班轮公司 A 和 B 均申请破产保护或班轮公司 A 申请破产保护且班轮公司 B 不申请破产保护的情况下，我国不采纳《示范法》最为有利。因而，从我国整体经济利益的角度分析，在韩进海运破产及韩国已经采纳《示范法》的基础上，结合我国航运企业现状，不应采纳《示范法》。[13]

（二）定性博弈分析

1、我国采纳《示范法》应考虑的因素

第一，立足于我国国情；

我国是否采纳《示范法》，应立足于我国国情，尤其是我国现有经济体制下我国企业的国际竞争力现状和我国经济发展在国际贸易格局中的地位，以及我国现有的跨境破产法律现状。

就我国经济体制而言，我国实行以国有经济为主体的经济体制，国有经济掌握国民经济命脉，国有或国家控股企业（下称国有企业）作为国有经济的重要组成部分在我国整体经济发展中发挥着主导作用。尤其是，在 2017 中国企业 500 强名录中，约 68%为国有控股、持股或国有资产背景，中央直属企业达 96 家，排名靠前，国有资产企业营业收入占整个 GDP

[13] 以上博弈计算是基于可获得数据的实际情况研究所得。为进一步说明问题，在数据全面的情况下，可使用一般式来表达。同时，从纯数学分析的角度，亦可得出我国不应采纳《示范法》的结论。

的 70%以上；约 32%为民营背景，民营企业营业收入占整个 GDP 的 27%。同时，在 2017 年世界 500 强名录中，115 家中国上榜企业约 69%具有国有控股、持股或国有资产背景，主要以能源、金融、重工业领域为主，且多数为跨境大型企业。因而，我国国有资本占我国整体经济的比重较大。

航运业作为最具有涉外代表性的行业。截止至 2016 年 7 月底，我国主要航运企业中船队规模前五位的都是国有企业，民营企业无论是在船舶艘数和载重吨上都不在一个数量级。因此，国有航运企业在我国航运市场中占据重要地位。根据《2015 年中国航运发展报告》显示，国有资产投资、持股或控股的企业占航运市场 90%的市场份额，民营企业仅仅占有 10%。这是由航运业资金密集型的特点以及我国国家安全战略政策所决定的。此外，我国国有企业改革至今已逾 27 年[14]，但在航运业未有较大变化。

就我国经济发展的状况而言，自 2001 年 WTO 以来，我国对外贸易迅速发展，已发展成为世界第一贸易大国，且越来越多的中国企业“走出去”。“一带一路”倡议实施以来，我国对外投资迅速增长，展现了我国新时期全方位扩大对外开放的潜力。

基于我国经济体制特殊性和国家安全战略的考虑，国有企业通常不易发生破产。自我国 WTO 以来，我国未发生大型国有企业破产清算的例子。但随着我国国有企业体制的深化改革、注入越多的市场因素，国有企业破产清算的可能性增大。同时，民营企业破产数量逐年增多。为紧跟跨境破产法律发展的国际化趋势，我国《企业破产法》第 5 条原则性规定了跨境破产。随着我国新时期全方位扩大对外开放以及双向投资方式的转变，我国越来越多的企业“走出去”，现行跨境破产法律规定远远不足。因此，如何完善我国跨境破产法律制度成为亟需解决的法律问题。

第二，衡量不同主体的利益；

我国是否采纳《示范法》，涉及不同行业的利益，而不同行业利益诉求有所不同，因而应以国家整体经济利益为价值取向，考虑利益博弈。因此，我国是否采纳《示范法》的利弊，应以国家整体经济利益为核心因素，同时考虑三个方面的具体因素，即“一个核心因素、三个方面的具体因素”。

“一个核心因素”是指以国家整体经济利益为核心，衡量我国是否采纳《示范法》。《示范法》对我国整体经济利益的影响应当成为我国是否决定采纳《示范法》最根本、最基础的因素。因而，如何正确衡量国家整体经济利益显得至关重要。通常而言，国家整体经济利益的地位超越于不同行业、不同部门利益的地位。当我国整体经济利益利大于弊时，我国应采纳《示范法》，反之不应采纳。国家整体经济利益是具体而非抽象的，由不同行业利益所构成。然而，其构成要素并非行业利益的均衡叠加，且行业利益存有主要与次要区分。因而，当国家整体经济利益利大于弊时，不等同于所有的行业利益都利大于弊，有可能某一行业利益是利大于弊，而另一行业利益是弊大于利。因此，在衡量《示范法》采纳对我国的影响时，要着重地把握国家整体经济利益中的主要利益，以此为重点分析采纳的利弊，避免陷入均衡

[14] 1992 年我国提出建立社会主义市场经济体制目标，以此为国有企业改革的重要标志。

不同行业利益的错误。

航运业是我国改革开放以来开放度最广、最深的行业之一，以此为行业代表分析跨境破产问题具有代表性。针对航运业所涉及的利益，本文所述“三个方面的具体因素”表现为：

第一方面是不同类型的企业利益。企业利益是国家整体经济利益的主要成分。我国是以社会主义公有制为主体的社会主义市场经济体制，公有资产在社会总资产中占优势，国有经济控制国家整体经济命脉，并对国家整体经济发展起主导作用。因此，本文主要讨论国有企业与非国有企业之间关于跨境破产利益的衡量。

第二方面是债权人与债务人、债权人之间的利益。由于全球经济一体化的趋势，不同国家的债权人与债务人之间依旧保持着强烈的利益冲突。随着利益主体的多元化及跨境破产的复杂性，除债权人与债务人之间的利益冲突外，不同国家的债权人之间的利益冲突亦愈演愈烈。因各国的国情、经济体制、价值目标的不同，侧重保护的主体利益有所不同，决了衡量不同的主体利益的价值取向大不相同。我国是社会主义国家，侧重保护社会整体利益，维护社会主义市场经济秩序。因此，我国在衡量这方面的利益时，需结合具体国情、经济体制等因素。

第三方面是各国司法程序之间的利益衡量。通常而言，各国司法程序会优先保护本国债权人或本国债务人的利益，以致各国之间产生管辖权、法律适用、承认与协助、国际合作等跨境破产法律方面的冲突。受利益主体保护的多元化、利益形态多样化，以及对他国破产程序的不信任、不合作的影响，跨境破产中会存在多国管辖权同时行使的情形，致使破产程序难以在他国司法程序中适用。为加强跨境破产案件的国际间合作，《示范法》的颁布国通常以该法为基础颁布法律法规。但因各国法律文化等具体国情的差异，会导致各国采纳该法的差异以及跨境破产案件审判标准的不确定。[15]此外，我国现行跨境破产法律制度不仅难以满足我国跨国企业的法律需求，而且无法与这些国家较为完善的跨境破产法律制度相比。因此，除考虑国内法律完善的需求外，我国还需考虑《示范法》颁布国的法律制度差异以及跨境破产案件的审判标准等，以便更好衡量采纳的利弊。

2、我国采纳《示范法》之利

第一，符合世界经济一体化的趋势；

我国法律确立完善的跨境破产法律制度，将有助于减少有域外投资能力的国内企业受跨境破产地域主义的影响，从而在世界经济一体化的趋势下，有助于国内企业将投资方向转向国外。国内融资债权人亦可以实现贷款利率与国际贷款利率一致，从而使其利益最大化。国际上，国际货币基金组织和世界银行在进行融资贷款过程中，往往对接受贷款的企业所在国的跨境破产问题分外看重，而《示范法》作为联合国国际贸易法委员会研究立法的结晶，为国际货币基金组织和世界银行大为提倡。

第二，有利于完善国内立法；

[15] 例如关于“承认与救济”的模式：美国遵循《示范法》的规定，采取是“承认即救济”模式；而日本采取为“承认与救济两步走”模式。

我国《企业破产法》仅第 5 条对跨境破产问题进行了原则性规定，缺少具体程序和救济途经，因而对外国民事主体在我国民事诉讼中最惠国待遇的规定在具体跨境破产案件中的实现较为困难。《示范法》为了保证颁布国在必要时维护国家自身利益、尊重本国公共政策和具体制度的有效性，规定了平行破产程序的协调等规定。因此，如果我国采纳《示范法》，可为我国法院处理跨境破产案件提供重要依据，起到弥补《企业破产法》的作用。

第三，有利于国内破产企业利益的保护；

《示范法》目的在于统一破产程序而使更多的债权人受偿，避免多个程序同时进行和个别清偿的发生，从而有效处理跨境破产纠纷及保护破产企业的利益。尤其是当前世界经济受金融危机影响处于长期不景气时期，跨境破产问题显得越发受到关注。如果我国采纳《示范法》，我国破产企业因受《示范法》的保护，只需承担部分债务即可实现破产债务清偿，从而最大程度保护国内破产企业的利益。

3、我国采纳《示范法》之弊

第一，不利于我国整体经济利益；

如果我国采纳《示范法》，对于我国破产企业带来的利益将极为有限。这是因为，我国实行以社会主义公有制为主体的经济制度，社会主义公有制作为社会主义制度优越性最集中的体现，能够解放生产力，促进实现共同富裕的根本目标，并为我国整体经济的稳健发展提供保障。以 2008 年金融危机为例，当国内市场遭遇全球经济危机时，我国政府充分发挥中国特色社会主义集中力量办大事的体制优势，代表国家整体经济利益，以强大的应急能力和经济实力，把社会的人力、物力、财力集中起来，做到统筹安排，合理调配。[16]同时，我国企业在政府宏观调控的指导下，努力经营，保持平稳运行，与相关企业相互抱团发展，共渡难关[17]，避免走向破产。我国政府通常基于社会主义公有制的优越性，指导这些因全球经济危机而造成经营不善的跨国企业，帮助其调整结构，稳定其发展，并保障我国市场经济的稳健发展。反观以资本主义私有制为主体的经济制度的发达国家，资本主义私有制决定各个资本家或资本家集团的经营是分离的，以及整个社会的发展是处于无政府指导的状态。[18] 因而，当资本家或资本家集团盲目追求利润而产生周期性的经济危机时，全社会通常很难形成共同抵御经济危机的力量。因此，很多国外企业难以在经济危机中全身而退，不可避免地走向破产。

此外，我国从事跨国经营的企业大多数为实力强的国有企业。以航运业为例，以中远海运集团、招商轮船为首的我国国有航运企业占据我国航运市场份额的百分之八十以上。政府对国有企业调控能力强、力度大、导向作用明显，是关乎于维护国家的整体经济利益，以及

[16] 李向阳，贺小强，李青清. 透过经济危机看社会主义制度的优越性[J]. 中共石家庄市委党校学报，2010(10)：20-21.

[17] 郭宝兴. 中国特色社会主义制度的优越性——以 2008 年中国应对金融危机为视角[J]. 社会科学家，2012(05)：33.

[18] 李泽中. 关于社会主义公有制的优越性问题[J]. 江西社会科学，1982(0)：2.

保证国家政治安全、经济安全、国防安全等。[19] 加上我国特定的历史背景和以国有经济为主的经济体制，当单一的国有企业遭遇财务困境、无法抵御经济危机时，往往由国家通过行政或经济手段对其进行一定的经济救助，使得国有企业尤其是大型国有企业维系其生存和正常运转，极少会出现破产困境，或者由相关国有企业通过采取兼并重组的经营模式，促进规模化、专业化经营，提升抗风险能力与国际竞争力。[20]其中，具有代表性的兼并重组模式为：中国外运长航集团与招商局集团、中国南车集团公司与中国北车机车车辆工业集团公司、神华集团有限公司与中国国电集团公司等。毕竟，我国是一个人口大国，大型国有企业的破产会引起社会稳定、社会基本秩序、社会失业率以及错综复杂的利益主体矛盾等问题。因而，我国通过采纳《示范法》对这些企业在跨境破产时加以保护，缺乏现实必要性。我国非国有企业绝大多数是中小型企业，经营能力有限，跨境经营不多。以班轮公司为例，非国有企业的经营的范围基本上限于国内班轮业务。一旦非国有中小型企业破产，很少涉及跨境破产，依靠《企业破产法》即可实现法律救济，无须通过处理跨境破产的《示范法》得到救济。外国跨国企业则不同，绝大多数是非国有企业，因市场长期不景气或经营不善，可能走向破产。一旦外国跨国企业破产，如果《示范法》在国际上得到普遍采纳，本国法院的破产程序便可获得外国法院的承认，从而将给其带来实在的破产保护。

我国国有企业破产重整有不少成功的经验，国内首例退市央企长航油运破产重整便是突出的例子。上世纪 80 年代，我国曾基于战略物资储备和能源安全、保护本国航运业发展的需求[21]，推行“国货国运”政策，要求本国货物由我国商船队运输。中国长江航运集团南京油运股份有限公司（下称长航油运）是中国长江航运集团这一大型国有航运企业下属的企业[22]，曾是国内四大油轮船东之一[23]，承担着“国货国运”的责任。受该政策的影响，长航油运在短短几年内扩张船舶的运力，并发展成为国际上名列前茅的油运企业。然而，受国际航运市场不景气的影响，长航油运自 2010 年起连续三年的亏损，经营陷入困境。2014 年 6 月，长航油运被终止上市，成为国内首家退市央企。2014 年 7 月 10 日，债权人天津汇丰能源有限公司向法院提起破产重整申请。由于长航油运作为大型的国有企业，其破产将造成国有资产流失，不利于社会的稳定，在国务院国有资产监督管理委员会（下称“国资委”）组织指导下，2014 年 7 月 22 日，南京市中级人法院裁定实施破产重整。2014 年 12 月，长航油运完成破产重整。2015 年至 2017 年，长航油运实现破产重整后的“三连盈”。2018 年 6 月 4 日，长航油运向上海交易所提交重新上市的申请。

反观韩进海运的命运，最终因破产重整失败而进入破产清算程序，走向破产。为何同样受金融危机的影响，韩进海运的经营陷入困境，但与长航油运的命运如此截然不同。长航油运能够顺利通过破产重整，浴火重生，主要通过两个方面来实现。

---

[19] 宗寒. 正确认识国有经济的地位和作用[J]. 经济学前沿，2010 (08)：76.

[20] 参见《国务院关于促进海运业健康发展的若干意见》重点任务（六）。

[21] 黄庆波，王孟孟，李焱. “国货国运”政策探究[J]. 大连海事大学学报（社会科学版），2013 (06)：4.

[22] 中国长江航运集团总公司是我国内河规模最大的航运公司。2009 年，与中国对外贸易集团总公司实施战略重组成中国外运长航集团有限公司。

[23] 长航油运曾是中国外运长航集团下专业从事油轮运输业务的控股子公司。

一方面是基于政府政策性的扶持。国有资产运行稳定关乎于维护国家整体经济利益。国资委是代表国家相对集中地行使国有资产所有者职能的专门机构，有权对国有企业的资产进行宏观或者间接管理与指导，推动企业改革与重组等[24]，从而实现国有资产的优化配置与经营效益最大化。因而，当国有企业的经营遭遇破产重整等困境时，国资委通过履行国有资产出资人代表的职能，协同各部门积极配合、推动国有企业的改革与重组等，从而避免国有资产的流失以及国家整体经济利益的损害。因此，当长航油运的经营陷入困境、国有资产面临流失危机时，国资委借助计划、财政、金融等手段为国有资产的运行管理提供宏观调控[25]，履行其公共管理职能。同时，国资委积极协调有关部门，采用债转股的市场化退出机制解决长航油运的债务危机[26]，并调整其经营战略，正是贯彻落实国务院于 2014 年 9 月 3 日发布《国务院关于促进海运业健康发展的若干意见》（国发〔2014〕32 号）中“加快兼并重组，促进规模化、专业化经营；深化国有海运企业改革，积极发展国有资本、民营资本等交叉持股、融合发展的混合所有制海运企业”的规定。

另一方面是基于社会的信任。国有企业作为社会主义公有制的产物，是社会主义市场经济的重要物质基础和政治基础，是维护社会稳定的中坚力量。若国有企业发生经营危机，社会公众通常信任其能根据市场经济的变化而进退。市场出现危机，国有企业挺进，以抗击风险；市场平稳，国有企业激流勇退，以促进社会主义市场经济繁荣稳定。[27]据此，长航油运利用国有企业体制以及国资委出资人代表身份的优势，使得社会公众信任其有实力抵御风险，渡过难关。因而，在国资委协同各部门配合和支持、相关方的共同努力下，长航油运的破产重整方案正式获得批准并实施成功。同时，长航油运的主要债权人是国有商业银行[28]，看好国有企业体制的优势。因此，在国资委的政策性支持和指导下，债权人同意采用债转股的市场化退出机制，帮助长航油运摆脱困境。这不仅为长航油运的重生经营创造机会和希望，以及为银行等债权人创造了全额清偿的机会和希望，而且还化解社会矛盾、维持社会稳定。

韩国实行以资本主义私有制为主体的经济制度，企业生产的目的仅仅为了追求利润，不存在国有企业体制的优越性。因此，韩进海运发展的好坏直接取决于市场的发展状态。一旦全球市场发生经济危机时，难以获得政府的政策性扶持，易陷入破产境地。同时，韩进海运破产重整方案中债权人的利益难以协调，无法达成一致的破产重整意见。因此，韩进海运最终破产重整失败，走向破产。

从保护破产企业的债权人的角度考虑，如果我国采纳《示范法》，将不利于在境外企业破产中保护我国债权人利益。这是因为，我国《企业破产法》第 1 条规定的价值取向是以保

---

[24] 王全兴，傅蕾，徐承云. “国资委与国资运营主体法律关系的定性探讨”[J]. 法商研究，2003 (05)：33.

[25] 同上注。

[26] 债转股指将债权转化为股权。通常而言，广义上的债转股发生于任何债权人与债务人之间的；而狭义上的限定为银行与企业之间的债权债务关系。但从实质内涵而言，债转股实质上为一种债务重组方式，也是资产重新配置的一种方式。

[27] 杨卫东. 国有企业工具论——中国国有企业性质与改革研究[D]. 武汉：武汉大学， 2011：41.

[28] 长航油运的债权人有中国银行股份有限公司南京下关支行、中国工商银行银行股份有限公司、中国建设银行股份有限公司南京鼓楼支行等 [EB/OL].(2014-12-02) [2017-12-19]. http://xinsanban.eastmoney.com/Article/NoticeContent?id=AN201412020007789699.

护社会主义整体经济利益为主，与《示范法》侧重保护债务人利益的价值取向不相一致。就韩进海运破产而言，截止 2019 年 4 月 12 日，根据无讼网的数据统计，我国法院受理的 71 起针对韩进海运破产案件已经审结。具体而言，以韩进海运为被告的案件共计 38 起，我国法院处理概况主要为：受理国内债权人的请求，对韩进海运在我国境内的船舶予以扣押、对韩进海运的其他财产进行保全；但其中 10 起因韩进海运在我国境内无财产可执行，而终止执行。以韩进海运（中国）有限公司（简称韩进公司）为被告的案件共计 33 起，我国法院处理概况主要为：若韩进海运与韩进公司的债权代理协议未明确被第三人知晓，韩进公司与第三人的合同关系不必然受到代理协议的直接约束，即国内债权人可向法院申请处理韩进公司的财产或者要求韩进公司承担责任；若韩进海运与韩进公司的授权代理协议已明确被第三人知晓，韩进公司对第三人的责任由被代理人韩进海运承担，即国内债权人可向法院申请处理韩进海运在我国境内的财产，但其中 2 起案件因韩进海运在我国境内无财产可执行，而终止执行。在这些案件中，我国一些债权人申请我国法院对韩进海运或者韩进公司在我国境内的船舶予以扣押、对韩进海运或韩进公司的其他财产采取保全措施，就是因为我国没有采纳《示范法》。换言之，如果我国采纳了《示范法》，这些债权人就不得申请我国法院对韩进海运财产采取保全措施。据了解，债权人通过在韩进海运在韩国的破产法院债权登记等程序，能够受偿的债权估计不高于 5%[29]，从而对债权人损失的弥补仅具有象征性意义。

第二，与国内法冲突；

我国《企业破产法》于 2007 年 6 月 1 日起施行。较之 1986 年《企业破产法（试行）》，该法不仅扩大了破产主体的范围，而且增加了关于跨境破产的规定，即第 5 条第 1 款规定：“依照本法开始的破产程序，对债务人在中华人民共和国领域外的财产发生效力。”。该法规定的跨境破产的适用对象既包括在我国进入破产程序的法人企业，亦包括在我国有财产关联、但在境外破产的企业。

该法在立足我国国情的基础上，参照国际标准，对于外国法院的破产判决、裁决，只有当我国与该外国存在相关的国际多边或双边条约，或者符合互惠原则，我国法院将裁定承认和执行。而且，外国法院作出的判决、裁决不得违反我国法律的基本原则，不损害我国国家主权、安全和社会公共利益，不损害我国领域内债权人的合法权益。[30]

我国司法审判趋势虽然逐步向“主动”协助过渡，但与《示范法》中要求颁布国法院的承认与协助的程度有区别。这是因为，《示范法》要解决的最重要问题是对外国破产程序的承认与协助，采纳改法的国家须最大程度承认与协助外国法院的破产程序。但是，当前我国司法审判趋势难以达到这种程度。因而，一旦我国采纳《示范法》，很可能外国破产裁判在我国寻求协助的案件远超过我国破产裁判向外国寻求协助的案件。这明显与当前我国司法审

[29] 文中受偿率不高于 5%是经过走访、调研得出。

[30] 关于互惠原则的适用，我国历来的做法是必须存在外国法院承认或执行我国法院裁判的先例。然而，为在“一带一路”倡议实施中提供有效地司法服务和保障国际公信力，最高人民法院于 2015 年 7 月 7 日发布《关于人民法院“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》（法发〔2015〕9 号）“要在沿线一些国家尚未与我国缔结司法协助协定的情况下，根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况，可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助，积极促成形成互惠关系”的规定，表明我国司法审判趋势从原先被动“协助”逐步向主动“协助”过渡，对审判处理跨境破产案件起到指导作用。

判实践不相一致。虽然《示范法》允许我国在采纳后对债权担保等内容作出相应的保留，但我国仍会受到该法的约束。而一旦我国受到《示范法》的约束，与前述我国整体经济利益以及侧重保护债权人利益的国情需要便不相符合。

（三）我国暂不宜采纳《示范法》

不可否认，《示范法》作为国际上跨境破产合作法律的模板，在跨境破产法律的国际统一方面已经并将继续发挥积极作用。但是，不能因此就盲目夸大《示范法》统一跨境破产法的功能。[31]我国是否采纳《示范法》，应重点考虑采纳该法是否符合我国的整体经济利益，与我国宏观经济因素、基本法律制度是否适应等具体国情以及不同的主体利益衡量。这一系列因素决定我国在跨境破产立法上的最佳方案。

前文以韩进海运破产为例，通过博弈理论进行的定量及定性分析表明，由于我国国情的特殊性，从保护破产企业的角度考虑，我国采纳《示范法》对于我国企业带来的利益将极为有限，而从保护破产企业的债权人的角度考虑，采纳《示范法》将不利于保护我国债权人利益。从而，至少在当前阶段采纳《示范法》不符合我国整体经济利益。此外，《示范法》与国内法存有冲突，即使允许颁布国对其内容作出保留，但无论全部采纳或部分采纳都须受其约束，与当前我国国情不相符合。而且，《企业破产法》和《关于人民法院“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》已使得我国具有解决跨境破产问题的原则性规定。因而，我国现阶段不应采纳《示范法》。

三、我国立法对《示范法》的借鉴

（一）借鉴《示范法》的必要性

我国现阶段不采纳与我国国情不相符的《示范法》，并不意味着完全否认该法中一些先进的内容，亦不意味着我国国内跨境破产法律制度已很完善。《企业破产法》关于跨境破产的具体规定涉及较少，缺少具体、详细的规定，操作性差，诸如管辖权、法律适用、对外国破产程序的承认与执行、国际合作等问题，难以应对跨境破产的复杂问题。因而，这种立法现状给我国法院在受理和审理跨境破产法律案件时带来了困扰，法院的自由裁量权会造成司法实践中审判结果的不确定性。

我国国际地位不断提升，在国际舞台上扮演着不可或缺的重要角色，同时我国企业面临涉及越来越多的跨境破产案件，如 1999 年我国境内发生的“广国投案”，2014 年美国法院承认我国法院首例跨境破产案“尖山光电案”。一国通过国家层面解决跨境破产纠纷莫过于构建完善的跨境破产法律制度。因此，为了有效处理将越来越多的跨境破产案件，保障我国整体经济利益和保护债权人和债务人利益，我国跨境破产法律制度需要完善。

从辩证角度看，《示范法》中一些符合我国国情的先进内容值得我国借鉴，以完善我国的跨境破产法律制度。相较于采纳《示范法》，借鉴该法以完善《企业破产法》中跨境破产的规定更能贴近我国国情，更符合我国的整体经济利益。

[31] 张玲. 跨境破产的国际合作[M]. 北京：法律出版社, 2007：154.

（二）借鉴《示范法》应遵循的基本原则

1、本土化原则

法的本土化，是指法律移植时应让受移植法律经过合理的处理与嫁接使其能渗入到移植国国民的血液当中，进而得到有机的整合。[32]若一国借鉴他国的法律，需要对其进行本土化改造，成为本土可利用的资源。《示范法》是西方法律的产物[33]，我国法律发展的土壤与其大不相同。因而，对于我国《企业破产法》没有的规定，若一味盲目地吸收《示范法》，必然导致所吸收的规定在我国社会主义市场经济环境下“水土不服”，从而不利于我国社会主义市场经济的发展与变革。因此，借鉴《示范法》时，应根植于我国经济基础等具体国情，以完善我国的跨境破产法律制度。

2、适应性与适度原则

我国借鉴《示范法》必须坚持实事求是、适时适度、量力而行，清晰认识我国具体国情。完善跨境破产法律制度应与我国整体经济利益相适应，与我国社会主义市场经济制度相适应，与我国《企业破产法》的价值目标及保护我国债权人利益相适应，才能真正发挥借鉴的正作用。

适度原则要求我国借鉴《示范法》时，在度的把握上既要符合以现代高效破产法律制度为特征的跨境破产国际惯例或习惯，又要符合我国整体经济利益，还要考虑在国家整体经济利益中发挥主导作用的国有企业的特点，为我国乃至国外债权人或债务人寻求法律救济提供保障，适应于我国社会主义市场经济的可持续发展。

（三）借鉴的基本内容建议

1、完善跨境破产管辖权的有关规定

跨境破产案件首要解决的是管辖权问题，涉及两个方面：一是确定跨境破产案件管辖权的归属；二是跨境破产案件管辖权的冲突解决办法。解决这一问题，对于完善我国跨境破产法律制度具有重要的作用。

管辖权归属的确定实质为管辖权连结点的确定。笔者认为，应借鉴《示范法》中的“主要利益中心地”（the center of the debtor’s main interest, COMI）作为跨境破产案件管辖权的连结点。[34]《企业破产法》第 3 条规定管辖权连结点为债务人住所地，《民法总则》第 63 条规定法人以其主要办事机构所在地为住所。据此，债务人住所地是指主要办事机构所在地，一般与企业主要利益中心一致。但是，这一规定是否适合于跨境破产案件的管辖，存在疑问。

---

[32] 肖光辉. 法律移植及其本土化现象的关联考察——兼论我国法的本土化问题，何勤华主编，法的移植与法的本土化[M]. 北京：商务印书馆，2014：281.

[33] 根据《示范法》的颁布国和制定历程来看，主要凝结为西方国家的法律文化。

[34] 《示范法》虽没有对“主要利益中心地”这一概念下一个明确统一的定义，而是采用推定形式，即“如无相反证据，债务人的注册办事处或个人的经常居住地推定为债务人的主要利益中心”，为各国法院的司法自由裁量在具体案件中的具体情形留下余地。但《示范法颁布及解释指南》通过解释说明确定“主要利益中心地”的相关日期，保证债务人“主要利益中心地”的唯一性。

《企业破产法》第 3 条仅规定债务人住所地这一连结点，难以满足跨境破产管辖权制度的设置。因此，可通过借鉴《示范法》规定的“主要利益中心地”作为跨境破产案件管辖权的连接点，并对“主要利益中心地”扩大解释以涵盖债权人国籍、住所地、营业所在地等，应对日益复杂的商业实践。

关于管辖权冲突之解决，应从程序协调方面着手。程序协调着重于强调国际间的程序合作并协调平行管辖所带来的冲突，而我国现行法律对此无相应规定。笔者认为，可借鉴《示范法》中区分主要程序、非主要程序的并行模式。[35]具体而言，对外国主要程序管辖权应当规定只能由债务人主要利益中心所在地法院行使，外国非主要程序管辖权则由债务人营业所所在地法院行使。[36]《示范法》通过赋予外国主要程序的自动救济效力和外国非主要程序的酌情救济效力，既保证外国主要程序地的绝对优先效力，又给予外国非主要程序地对本国债权人利益的救济。这也为各国程序之间的并行救济提供了国际合作的可能，推动颁布国国内跨境破产立法的改革。《示范法》这种并行程序模式，在尊重外国主要程序普及力的同时，注意保护外国非主要程序的独立性，同时实现各国间主次程序的最大合作，从而实现程序协调缓和管辖权的冲突。而且，这种模式一定程度上能够协调各国法律适用的冲突，如船舶优先权的认定。[37]我国借鉴这种并行模式，除了填补跨境破产管辖权的法律空白，还可以协调在跨境破产案件中船舶优先权法律适用的冲突。[38]

借鉴《示范法》采用的并行程序模式，可具体参照日本作为大陆法国家和《示范法》颁布国的做法。日本吸收《示范法》中的国内外破产程序并行的法律制度，但与《示范法》不同，日本因采用“一个债务人一个程序”的原则，需要明确多个程序之间的优先性。根据日本《外国倒产承认协助法》的规定，当外国破产程序与国内破产程序发生竞合时，以国内程序优先为原则、外国程序优先为例外[39]；当多个外国破产程序发生竞合时，以主要程序优先

---

[35] 我国未采纳《示范法》，实践中对于外国判决或裁决的承认基于双方缔结或者共同参加国际条约，抑或存有互惠关系的条件。若不存在上述条件，我国法院不予承认外国判决或裁决。因而平行管辖的情况仍旧无法避免，不利于跨境破产案件的处理。

[36] 《示范法》第 2 条规定：“‘外国主要程序’系指在债务人主要利益中心所在国实施的某项外国程序；‘外国非主要程序’系指有别于外国主要程序的某项外国程序，该程序发生在债务人营业所所在地的国家；‘营业所’系指债务人以人工和实物或服务进行某种非临时性经济活动的任何营业场所。”

[37] 对于这个问题，各国存有差异：美国认为，这个问题有待进一步论证，详见 U.S.A MLA——Cross Border Insolvency Questionnaire, 2015:7；日本认为，船舶优先权依据船舶所在地法律予以认定，详见 Japanese MLA——Cross Border Insolvency Questionnaire, 2015:5；加拿大认为，依据产生船舶优先权地的法律予以认定，详见 Canadian MLA——Cross Border Insolvency Questionnaire, 2015:10；新加坡认为，依据法院地法予以认定，详见 Singapore MLA——Cross Border Insolvency Questionnaire, 2015:12；我国《海商法》规定，船舶优先权依据受理案件的法院所在地法律予以认定。

[38] 《示范法》虽然赋予外国主要程序具有普遍性效力，但同时也赋予外国非主要程序地法院对“自动效力”进行适当调控的裁量权，以此协调并行程序的利益冲突。因而，若外国主要程序一经得到承认，其自动产生一系列中止（且不存在中止的例外或限制）等协助措施（如拒绝债权人以船舶优先权为由的扣船申请或中止海事程序并释放船舶），与外国非主要程序地法院采取的扣船协助措施相矛盾时，外国非主要程序地法院可修改“自动效力”。因此，若我国引入这种并行模式，当我国拥有管辖权、符合启动外国非主要程序的条件时，如涉及公共政策、国内债权人利益的充分保护等因素，外国主要程序产生的“自动效力”并不当然约束国内法院的扣船行为，我国法院可适用我国法律对我国境内的外国船舶实行扣押，以此保护扣船所在地的债权人利益。

[39] 根据日本《外国倒产承认协助法》第 57 条第 1 款、第 59 条第 1 款的规定，满足外国程序具有优先性需具备三个要件：一是被承认的外国倒产程序为主要程序，二是不存在不合理第侵害国内债权人利益的事实，三是外国程序的承认协助符合债权人的利益 [EB/OL].[2017-12-19].

为原则。相较于《示范法》中承认复数破产程序在某一国内的效力，日本的“一个债务人一个程序”的原则利于国内法院的操作，以应对复杂状况的发生。我国与日本同属大陆法系，法律具有一定相似处。同时，《示范法》中“复数破产程序同时在国内申请”的规定复杂。因此，我国不能借鉴《示范法》中“复数程序同时在国内申请”规定，不妨借鉴日本的做法，以国内破产程序优先为原则、国外破产程序优先为例外，最大程度保护国内债权人的利益，循序渐进向《示范法》的做法靠拢。

2、完善对外国债权人待遇的规定

各国有关债权排序的法律规定大不相同，通常很难保证外国债权人享有与本国债权人相同的权利，不利于实现跨境破产的国际间合作。为打破各国法律壁垒，《示范法》对外国债权人待遇主张“不歧视原则”，即外国债权人在颁布国申请启动一项破产程序或申请参与本国已经开始的破产程序时，其待遇不应低于本国债权人的待遇。在坚持“不歧视原则”的基础上，《示范法》一方面在“通知外国债权人，告知他们破产程序的开始以及其他具体相关的资讯”上，确定外国债权人享有与本国债权人同等的待遇；另一方面在受偿的顺序上允许颁布国可为外国债权人的债权制定特殊的排序规定。为了避免因为颁布国给予外国债权人特殊的排序规定而使“不歧视原则”失去意义，《示范法》第 13 条明确规定除政府罚款或罚金等特殊情况外，外国债权人的债权排序不应低于普通无担保债权人的地位。[40]在这方面，美国结合本国破产法的规定，遵循《示范法》的“不歧视原则”，赋予外国债权人参与本国的破产程序或者在本国申请启动一项破产程序时，享有与本国债权人同等待遇。但是，这种权利受制于美国国内特殊的债权排序规定。[41]我国完善跨境破产法律制度时，可借鉴美国的做法，这样既保护本国债权人利益，同时确保外国债权人及其他利益主体不因其国籍的不同而受到不平等的待遇，并有助于推动跨境破产的国际间合作。

3、完善跨境破产承认与协助的规定

对外国破产程序的承认，须以适格当事人提出承认申请为前提。《示范法》把申请权赋予外国破产管理人，致力于对外国法院破产程序承认的适当简化，使承认外国法院破产裁判的效力之后的执行规定有依可循。[42]日本在这方面采取灵活的做法，即首要考虑的申请人为

---

http://www.courts.go.jp/kisokusyu/minzi_kisoku/minzi_kisoku_41/index.html.

[40] 《示范法》第 13 条第 2 款确定了外国债权人的最低限度级别，即普通无担保债权级别。并规定最低限度级别的例外：在这类情况中，有关债权若为本国债权人，则所列级别将低于普通无担保债权（例如，这类低级别债权可能是某国家当局提出的罚款或罚金，因债权人与债务人的特殊关系而推迟的求偿权，或者是提交债权申请的时限满期之后提出的债权）。按照颁布国的法律规定，这些特别债权的级别可能将低于普通无担保债权，其原因不在于债权人的国籍或地点（具体详情为《示范法颁布及解释指南》第 119 条）。

[41] 因为同等待遇并不要求给予所有的债权人完全一样的待遇，只要所给予的待遇能够反映不同的债权性质。解正山. 跨国破产立法及适用研究——美国及欧洲的视角[M]. 北京：法律出版社，2011：62.

[42] 我国对外国法院破产程序的承认，可通过借鉴《示范法》第 15 条第 3 款“申请承认尚应附上一份指明外国代表所知的、针对该债务人的所有外国程序的说明”的规定，以实现承认程序的简化。此外，《示范法》对于外国资产管理人申请进行外国破产程序采取资料推定真实原则，利于各国快速、高效承认他国破产程序。

外国破产管理人；当不存在外国破产管理人时，在外国程序中享有业务执行权[43]、财产管理处分权的人为申请人。同时，为了确保与申请人之间信息畅通，法院可要求申请人委托律师作为代理人，即日本的律师很有可能被选任为申请人的代理人。我国目前相对缺乏直接适用于承认外国破产程序的相关规定，致使我国在跨境破产国际合作中的形象较为保守。相较于《示范法》单一的规定，我国可以借鉴日本这种灵活的做法，并结合《企业破产法》中管理人的规定，完善外国破产管理人申请启动程序的规定。

对外国破产程序的承认，必然涉及到主管法院的管辖。《示范法》第 4 条规定由“颁布国负责履行该职能的一个或多个法院或当局”管辖，致力于提高透明度及便于尤其是外国破产管理人对破产法的使用。该法中涉及的各种司法职能可能属于颁布国不同的法院。颁布国的法律会做出与该法不同的规定[44]，以适合本国法院权限的规定。[45]在我国，根据《民事诉讼法》第 281 条“承认与执行外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定的主管法院为有管辖权的中级人民法院”的规定，并综合考虑我国具体国情、地域范围、法院体系、跨境破产审判经验以及各地区经济状况等因素，不宜规定某个特定法院为主管法院，而应规定由中级人民法院专属管辖。[46] 但考虑到跨境破产案件的特殊性与专业性，不宜由所有的中级人民法院进行管辖，可以考虑在若干个外资企业较多且审判能力较好的地区性中级人民法院集中管辖，如北京、上海、广州、深圳等主要城市的中级人民法院。

无论是外国破产管理人或外国法院的申请，都需要考虑如何承认外国破产程序，即承认要件。《示范法》第 11 条明确规定，外国破产管理人有权根据颁布国与破产有关的法律申请承认，但应满足该国申请承认的其他条件，目的在于确保外国破产管理人有资格申请承认，防止外国破产管理人滥用承认申请。同样是《示范法》的颁布国，美国和日本为了推动跨境破产间国际合作，有关如何承认的法律规定有所不同。[47]我国法院欠缺在跨境破产审理的丰

---

[43] 业务执行权是指对于公司的商品生产、销售、技术开发、财务和人事等公司经营活动享有决策和执行权，是属于董事或董事会的权限。具体详情为[日] 山本为三郎，朱大明等译. 日本公司法精解[M]. 北京：法律出版社，2015：156.

[44] UNCTAL 在制定《示范法》中“哪个法院作为主管法院”的条文时，因涉及的因素众多，故无法在条文中提及具体的主管法院。因而，有人建议由颁布国根据本国法律来明确主管法院，这可能是大有裨益的。因此，《示范法》将这一问题交由各国自行决定。具体详情为联合国国际贸易法委员会破产法工作组第十八届会议，《破产法工作组第十八届会议工作报告》，A/CN.9/419，第 17 页[EB/OL].[2018-03-31]. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V95/600/42/IMG/V9560042.pdf?OpenElement.

[45] 例如，日本根据跨境破产案件的专业性和复杂性，采取专属管辖的做法，即由东京地方裁判所专属管辖，既便于外国破产管理人提出承认申请，又由于专属管辖有助于积累案件处理经验，保障裁判结果的一致性。但是，若债务人在东京没有主要财产、主要利益中心、营业所或其他法院已启动国内的并行破产程序，为避免错过最佳的“冻结”时间，由其他法院主管承认协助外国破产程序更具有合理性。因而，在东京地方裁判所作出承认裁定的同时或之后，如债务人的金钱或财产可能发生较为明显的损害或冻结延迟，可将案件移送至债务人主要财产、主要利益中心、营业所的所在地的地方裁判所。可见，日本的做法兼有专属管辖和集中管辖的特点，既能保证审判的专业性，又能灵活处理实践中管辖权异议问题。

[46] 杨立. 跨境破产法律制度研究[D]. 长春：吉林大学，2014：116.

[47] 例如，美国根据《示范法》的规定，在破产法院内建立一套简易便行的外国司法文书认证程序和救济程序。当外国破产管理人提交的司法文书符合美国法律规定的条件时，美国法院承认并自动产生适用于外国破产程序的救济效力。日本法院除要求外国破产管理人提交必要的司法文件、满足外国破产程序的定义以及属于跨境破产管辖范围外，还要求外国破产程序已经在外国法院开始，有利于防止外国破产管理人滥用承认申请。但日本法院可基于外国破产管理人保全日本国内财产的请求予以临时性救济。较之日本这种防止滥用申请的做法，美国对于外国破产程序是否已经开始不作区分，有助于迅速开展跨境破产案件的审理，防止财产的损失，但同时易使得国内财产被轻易保全，对国内被申请人不利。

富实践经验，法律在认定程序上不可借鉴《示范法》中“简易便行的司法文书认证模式”，在实体审查上可借鉴日本的做法，即以外国破产程序是否开始作为承认的前提。

目前，对外国法院破产程序承认与协助之间的关系存有两种模式，即“承认即救济”模式、“承认与救济两步走”模式。《示范法》第 20 条规定，作为外国主要程序的外国程序一经得到承认，将自动产生“中止”效力，典型为“承认即救济”模式。美国 2005 年破产法改革时遵循 “承认即救济”的模式。[48]日本在采纳《示范法》时，对于此模式进行了较大程度的改变，采取“承认与救济两步走”的模式[49]，若外国破产管理人需要进一步救济，需另行申请相应的救济，待正式获得日本法院裁定后才予以救济。美国的“承认即救济”模式要求破产法院具有较高的专业审判能力，较之“承认与救济两步走”模式，后者更符合我国法院现阶段审判跨境破产案件的能力。而且，通常被请求国法院会在“承认与救济两步走”模式下放宽承认标准，并适度控制救济环节。这实际上赋予被请求国法院较大的司法空间。鉴于跨境破产国际合作的需要，以及我国跨境破产审判实践不足等客观情况，我国不应借鉴《示范法》中“承认即救济模式”，而应借鉴日本的“承认与救济两步走”模式，完善我国对外国破产程序承认与协助的有关规定。

对外国法院破产程序的协助，实质上旨在使破产程序在被请求国得到所需的救济。《示范法》第 15 条至第 23 条所确立的一套复合的救济体系，为跨境破产程序顺利推进提供强有力的保障。虽然《若干意见》表明我国司法审判当前趋势从原先被动协助逐步向主动协助过渡，但与《示范法》要求颁布国承认与协助的程度不同。适应这一审判趋势，我国应有针对性地借鉴《示范法》中承认与协助外国法院破产程序内容，而不是完全移植。具体而言，借鉴《示范法》中承认外国程序时可给予的临时性救济，包括有中止执行债务人的财产，中止对债务人财产进行转让、抵押或者处分，管理或变卖易腐财产和容易贬值或处于其他危险之中的财产等[50]，以及《示范法》中针对外国主要程序和外国非主要程序而采取的中止执行、转让或处分财产等救济措施。[51]但是，我国不应借鉴《示范法》中承认外国主要程序后的效力，即“自动救济效力”。[52]

4、加强跨境破产的国际间合作

跨境破产的国际间合作，实质是对同时进行的破产程序之间的冲突协调。为此，《示范法》第四章规定“两个或多个国家的法院和破产管理人之间能够有效率地合作”。然而，各颁布国采纳《示范法》这一章时，不同法系的国家有所区别。属于英美法系的美国在采纳《示范法》时，基本上采纳了该法的规定。[53]但是，属于大陆法系的日本对此有所保留，即保留

[48] 美国的“承认即救助”模式，是指一旦外国破产程序被美国破产法院认定为主要程序，将产生适用于外国破产程序以及国内债务人的财产的“自动冻结”效力。

[49] 日本的“承认与救济两步走”模式，是指日本法院对外国主要程序的承认并不代表能够自动产生“中止”的救济效力。

[50] 具体为《示范法》第 19 条第 1 款规定。

[51] 具体措施为《示范法》第 21 条第 1 款规定。

[52] 由于我国跨境破产审判经验不足，不宜借鉴《示范法》“承认即救济”模式。

[53] 美国在这一问题上，采用“各国法院之间、法院与破产管理人、破产管理人之间的合作与协调”的

“各国法院之间的合作”，因为大陆法系国家法院的自由裁量权通常会受到严格限制，尤其是法院作为一方主体在跨境破产案件中发挥作用的合法性通常会受到其他利益主体的质疑或制约。[54]我国将来完善跨境破产法律制度时，基于我国国情，借鉴《示范法》中“各国法院之间、法院与破产管理人之间的合作与协调”的规定，应明确并保障破产管理人之间的国际间司法合作，以促进各国破产管理人的通力合作及合理协调各方的利益，有序地解决跨境破产问题。[55]

四、结　论

根据前文分析，可以得出以下结论：

第一，我国是否采纳《示范法》，关系到我国整体经济利益的平稳健康发展，需要统筹考量多种利益衡量因素，包括立足于我国现有经济体制下我国企业的国际竞争力现状、我国经济发展在国际贸易格局中的地位、我国现有的跨境破产法律现状等具体国情，以及国家整体经济利益衡量、不同类型的企业利益衡量、债权人与债务人、债权人之间利益衡量、各国司法程序之间利益衡量等利益衡量因素；

第二，以韩进海运破产事件为例，结合我国整体经济利益、债权人利益、国家经济体制等要素的博弈分析，现阶段采纳《示范法》对我国整体经济利益弊大于利，会影响我国社会主义市场经济的稳健发展；

第三，《示范法》的先进性代表了国际跨境破产法律的发展方向，并与我国全面建设社会主义现代化国家的战略安排相契合，因而相较于采纳《示范法》，借鉴该法以完善《企业破产法》中跨境破产的规定更能贴近我国国情，更符合我国的整体经济利益；

第四，《企业破产法》对跨境破产仅作了原则性的制度设计，在我国积极参与和主导经济全球化的背景下跨境破产的程序性和实体性规则难以满足司法实践的需求，完善我国跨境破产法律制度具有必要性；

第五，我国在对《示范法》进行借鉴时，应当遵循本土化原则、适应性与适度原则；

第六，从我国国情和发展需要出发，可以并且应当借鉴《示范法》中管辖权、对外国债权人的待遇、承认与协助以及跨境破产国际间合作等先进内容，以完善我国跨境破产法律制度。

规定，还具体规定了多种途径的合作形式，如指定某人或机构按照法院的指示行事等。See United States Code Annotated, Title 11. Bankruptcy, §1527.

[54] 大陆法系主要以成文法典为法律渊源，司法在法律体系中处于从属地位。英美法系主要以判例法为法律渊源，司法在法律体系中处于主导地位。对于大陆法系的国家而言，司法机关必须严格执行法律，不能创制法律，具体表现为法官依据立法者的原意进行条文解释。反之，英美法国家的法官依据先前法官的解释或者根据立法者处在当前案子时（不同于立法时）的原意进行条文解释，不同于大陆法系国家的法律解释。（赵化杰. 大陆法系与英美法系的比较[J]. 河南机电高等专科学校学报，2010，(06)：77-78.）因而，英美法国家的当事人向大陆法系国家的法院寻求法律救济时，因两大法系之间法律文化传统、意识形态等方面差异，对法院在案件中发挥的作用存在质疑。

[55] 英美法国家的法院间合作，主要采用“跨国界协议”这一国际司法协商模式来处理跨国破产问题。目前，这一模式已得到 UNCITRAL 等国际组织的大力推广。鉴于这一模式对于大陆法系的国家而言，采取难度较大，因而大陆法系的国家在立法上倾向于采取保守的做法。具体详情为解正山. 跨国破产立法及适用研究——美国及欧洲的视角[M]. 北京：法律出版社，2011：233.

浅析国内法治与国际法治的关系

刘亚铃*

（中南财经政法大学 法学院，武汉）

摘要：国内法治与国际法治具有密切的联系。不论国内层面还是国际层面，法治的内涵都可理解为良法与善治，什么是良法以及如何更好地实现善治是贯穿法治发展的两大问题。良法是程序和实体上都符合人本主义，反应时代规律和精神的法律；善治是将法律在立法、执法、司法守法和法的监督中将之付诸实践的运行过程。国内法治理念催生出国际社会对法治的追求，国际法治期待国内社会法治建设的互动。探究国内和国际层面的法治内涵利于我们更深刻地理解法治的精神和追求，面对当今世界百年未有之大变局，如何平衡和协调国内法治的完善和国际法治的推进，如何维护世界秩序和平与发展态势、赢得国际规则制定的话语权，是实务界和学界都需要关注和深入的话题。

关键词：国内法治；国际法治；良法

An analysis of the relationship between national and international rule of law

Liu Yaling

* 刘亚铃. 中南财经政法大学 2020 级硕士研究生，国际法专业，国际公法研究方向.

一、国内法治的历史渊源与内涵

追溯法治的历史渊源，古希腊就产生了类似于法治和民主的国家制度，也自然产生了法治的基本理念。亚里士多德主张不应当将最高统治者置于法律之上，他明确提出了“法治”概念，并给出了其经典的定义：“法治应包含两重含义：已制定的法律得到普遍的服从，而大家所服从的法律本身又应该是制定得很好的法律。”

罗马帝国前期伟大法学家盖尤斯在四卷本的《法学阶梯》里提出，“皇帝的意旨具有法律效力，因为人民通过《国王法》中的一段话把他们自己全部权力授予了他。”这就是说，国王有权力，是人民把权力给了国王，这包含了现代宪政民主制度和现代宪政制度的一些基本的思想和理念。

到了近代，西方社会中法治的理念，在“王权神授”的观念下逐渐蕴生而成，一直到 1215 年《大宪章》的签署，直接影响了英国乃至全人类社会的法治化进程。1215 年约翰王和法国人打仗，战败后要求征税，引发了贵族的不满，发起了内战，最终于 1215 年 6 月 15 日，朗登大主教与贵族们一起强迫将当时的国王约翰签署了《大宪章》，将国王置于法治之下。《大宪章》体现了“法律至上，王在法下，王权有限”的原则，对后世影响深远。

法治的概念包括法律的至高权威，公正性、稳定性、普遍性、公开性和平等性，法律对权力的制约与对个人权利的保障等一系列原则和基本要求；它主张法律面前人人平等，反对法律之外和法律之上的一切特权。法治表达的是法律运行的状态、方式、程序和过程。法治包含良法与善治两个层面。良法是善治的基础和前提。什么是良法？形式法治派认为，只要是按照民主程序制定、得到全体国民一致同意的法律就是良法；而实质法治派则认为，只有体现了民主精神和公平正义价值、维护了人的尊严的法律才是良法。按照十八届四中全会决议，良法“要恪守以民为本、立法为民理念，贯彻社会主义核心价值观”，要“符合宪法精神、反映人民意志、得到人民拥护”。良法，是指符合法律的内容、形式和价值的内在性质、特点和规律性的法律，“良法应当反映最广大人民群众的意志和利益，符合公平正义要求，维护个人的基本权利，反映社会的发展规律。”

善治不仅需要有“良法”可依，还需依“良法”而治。何为善治，善治就是依据“良法”而进行治理，让法律制度得到合法地、良好地实施。谈及法的实施，从各个国家的角度出发，尽管各国的国家体制与法律体系相异，但是法律实施的过程基本上都包括立法、执法、司法、守法这几个方面。我国依法治国的总体目标，提出了建立五大法治部门体系的具体要求，即完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系和完善的党内法规体系。为了建设社会主义法治国家，我们需要科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。

二、国际法治的缘起与内涵

随着国际关系的日益社会化和理性化，人们对法治的期待超越了一国国内体制的范围，而倡导在国与国的关系上建立法治。对国际法治的期待根源于主权国家的形成和国际组织的蓬勃发展。

《威斯特伐利亚和约》不仅结束了三十年战争的局面，而且开启了近代国际关系史的序幕。随后不论是承认主权国家自治的约定还是欧洲协调下对国际事务处理的妥协，都一发不可收拾的发展了国际法，孕育了国际组织，为国际社会的治理和国际秩序的构建提出了新的理论构想。并且随着主权国家成为多变协商的主体，以国际会议处理国际问题变成额维持和平的一种常设机制，这种国际社会共进发展的制度在设计之初和运作之中都不无体现国际法治。

通过两次世界大战，国际公共事务的地域范围从欧洲蔓延到了全球；公共事务的专业领域扩展至政治、经济、文化、环境、人权、外空等与人类社会密切相关的方方面面。国际组织的产生并不只是国际社会组织化的结果，更是国际法治初创时期的重要探索。为什么会产生国际组织，功能主义者认为国际组织是人类用来实现功能性目标的产物；现实主义者认为国际组织是国家追求自身利益的工具；自由制度主义则认为国际组织是国际制度的组成部分。随着国际组织的在数量、机构、功能上的突破性发展，其能动性进一步增强，对国际组织的关注转为用法治理论来审视国际组织的机构、职能及其自主性和规范性。

“国际法治是指作为国际社会基本成员的国家接受国际法约束，并依据国际法处理彼此

之间的关系、维持国际秩序的状态。”[1]国际法治也包括良法与善治，将国际社会秩序纳入法治轨道，以规则为导向建构超国家领土范围的法律秩序。

国际社会要构建良法。“国际良法，意味着在价值设定上，相关的规则应当达到人本主义、文明间共存和可持续发展的目标。”[2]国际法是随着主权国家的产生而产生的，民族国家成为国际社会中拥有绝对主权的独立实体之后，为了和平共处，建构出一套法律法规来规范彼此的行为。如果静态的看，国际法仅是处理国际关系的制度、条文，但是如果更加深入的理解国际法，我们可以从其运作的整个过程中分析国际法的态势。国际法治依托国际法，这就要求国际法在各治理领域中的所有过程都需要确保法律规范的正义性。

国际社会要实现善治。“善治意味着国际法律规范的形式和运作全过程体现出一个良好治理的社会体系所应具有的状态。”联合国亚太经济社会委员会在其发布的《什么是善治？》中，对于善治提出了八项标准，分别为共同参与、厉行法治、决策透明、及时回应、达成共识、平等和包容、实效和效率、问责。这些都是善治所体现出的因素。由于国际社会并不存在超国家政府，“善治”一方面靠国际组织在各领域中的运作中发挥作用，另一方面只能依靠于主权国家自我约束与共同建设。

在立法层面，不论是联合国、国际人权组织、世界贸易组织还是其他现代化的国际组织，都有民主科学的立法程序，并为达致明确清晰的法律制度而奔忙。在大会讨论阶段，经过一系列与会人员充分的论证和谈判，达成共识以构建一项国际条约或者国际法文件，来应对国际社会面临的各领域的新形势；有关谈判组织程序、投票表决程序、签署缔结程序都以国际条约或国际习惯的形式一以贯之。

国际社会的执法，由于并不存在超国家的政府，执法层面主要体现在某些国际组织被授予一定的执法权限。国际组织的执法主要体现为国际组织基于成立的宗旨和目标对成员国的行为进行监督和引导。例如，人权条约机构中的监督机制——缔约国报告程序，缔约国需要像条约机构提交定期报告说明国家为了保证人权条约所确认的权利在本国的落实所采取的立法、司法、行政等方面的措施，条约机构会对报告提出包括建议在内的结论性意见。

国际组织的司法体现为有权处理国家间争端的国际组织对争议案件的裁断与解决。国际法院以成员国同意为基础，WTO 争端解决机制虽然具有强制管辖权，但其争端解决机制中上诉审机构审理案件的法律解释权限、事实法律异议和越权裁判的依据等问题，在司法裁决的规范性层面提出了国际法治完善治理的空间。

国际社会也需要守法。国际法需要主权国家尤其是大国的支持和拥护。国际社会发展摆脱不了强权危机，大国意志和国家角逐不一定都会阻碍国际社会的法治发展，但最后终会导致法治治理之路的偏移。基于和平与发展的世界主题，此种危机无法通过外力来根除，只能依靠主权国家对自身行为的内在约束。在促进国际法健康发展和国际法律秩序的构建上，主权国家不能仅仅关乎自身的利益，更应该关乎世界发展的方向。“只有大国秉持诚意构建规

[1] 刘衡.国际法之治：从国际法治到全球治理——欧洲联盟、世界贸易组织与中国[M].武汉：武汉大学出版社，2014：17.

[2] 何志鹏.国际法治论[M].北京：北京大学出版社，2016.

则、遵守规则，世界秩序才更加具有法治色彩、更可预期。”

三、国内法治与国际法治的关系

国内法治是国际法治进路的基础和前提，而国际法治则是国内法治的延伸和发展，国内法治和国际法治是全球治理不可或缺的两个方面，国际法治和国内法治相互补充，相互支撑，相互影响，统一于全球治理进程中。

（一）国内法治与国际法治紧密联系

1.国内法治理念催生出国际法治

近代以来，国际社会波诡云谲的政治斗争和外交实践推动主权国家从国内治理走向国际治理。尤其是第一次世界大战和第二次世界大战之后，谋求和平与发展的目标让主权国家走向谈判共谈发展，并以国内法治的理论基础，设计了一系列的国际社会的组织架构和运作方式。

国际法治根源于国内社会的法治理念。良法善治法治理念不仅适用于国内法治，对国际法治的发展和完善也具有启示。国内法治的理念慢慢渗透到了国际治理体系之中，有学者提出国内法治的核心含义包含三大要素：国家的权力不能随意行使；法律也适用于主权和国家制度本身；法律必须平等地适用于所有人，具有普遍适用性和执行性。即“依法而治”、“法律至上”和“法律面前人人平等”。循此路径，结合国际社会的现实，国际社会的法治可能也具有三个层面的含义：国家和其他国际法主体之间的关系将适用法治原则；国际法优于国内法；“全球法治”的出现，可能有一天，一个直接调整个人的规范体制得以出现，无需以现有的国内机制作为正式媒介。[3]

社会契约论是西方先哲对国家秩序与人和政府关系所进行思考的总结，并为国际社会契约论的构想和国际秩序的形成提供了一些启示。国际社会契约是一种行为方式，“它表现为一系列主权国家通过意思表示转让各自的权能给作为国际公权力的国际机构，授权其在所有成员的维度上协调利益与行动的协议安排。”[4]国际社会中的理性国家会选择通过国际合作的方式以最小的代价实现国家的最大利益，当前国际关系领域中，越来越多的国家倾向于将权威授予国际组织来应对共同问题。国际组织是国际社会中的独立行为主体。当国家以传统的缔约方式实现国际合作的时候，会因为不可能全面兼顾设计合作过程中的所有细节和要求而不可避免的增加国家的缔约成本。但是，国际组织整体的统筹和规划不仅可以降低国际合作的成本，而且更可以实质性地为实现宗旨和原则而在某一国际事务领域作出贡献。国家通过国际授权赋予国际组织权力，而被授予的国际组织通过立法、执行以及监督等权能，完善自身国际组织的法治，促成国际法治的萌发与发展。

2.国际法治的完善推进国内法治发展

[3] Simon Chesterman，Rule of law，Max Planck Encyclopedia of Public International Law，Heidelberg and Oxford University Press.

[4] 何志鹏.国际法治论[M].北京：北京大学出版社，2016.

随着参与主体的多样和国际法治治理范围的扩大，国际组织会在主权国家对议题的充分讨论基础上创制一些更具特色更为先进的运作理念。作为先进的国际法规则，缔约国可以选择结合本国国情和社会发展状况使国内法与国际法实现衔接、保持一致。这不仅是遵守国际义务的行动，更会在达成治理目标、推进国际法治向前发展中做出本国的贡献。考虑到不同国家在国际治理不同领域的参与程度和发展状况存在差异，国际法治的发展可以优化国内法治状况。

作为贸易领域法治状况的重心，世界贸易组织诞生之初的一系列发展可以体现出法治治理的完善之路。1946 年至 1948 年起草讨论通过的哈瓦那章程是国际贸易组织初创时期的尝试，但并没有被欧美一些主要贸易国家所接受。而同阶段参与筹备的国家主要在降低关税和减少其他贸易限制的方面经过谈判达成了共识，制定了《关税与贸易总协定》，之后的半个世纪关税与贸易总协定经过一系列重大谈判，陆续完善了自身组织架构并在实施互惠与非歧视的基础上实现国际贸易自由化取得了成就。并最终经过乌拉圭回合谈判，在前述努力的积累下建立了世界贸易组织。

立足于世界贸易组织的历史脉络，成员国在多边贸易体制法治化的进程中不断推进前行。从加入世界贸易组织开始，申请方要经历贸易政策审议、双边协议、多边谈判、议定书的制作和工作组通过报告这几个阶段。中国为复关入世谈判做了很多体制改革的准备，如 1994 年 1 月废止了双轨制汇率和外汇留成，公布被废止的 253 个外贸部内部管理文件和被清理的 93 个外贸管理法规文件。[5]加入世界贸易组织的成员国还需要接受 WTO 贸易政策审议，被世界贸易组织拉入推进成员国国内法治状况的国际贸易法治轨道。

（二）国际法治与国内法治积极互动

国际法治呼吁国内法治的互动，这是推进全球治理的必由之路。“全球治理视野下，形式主义法治要求治理规则具有可预期性，并在实践中得以普遍适用，而且法律纠纷能够得到经由治理机制得到有效解决。”[6]国际法治的发展离不开国内法治的支持，只有国际法获得国内法的转化和并入，国际法治的实践才可以深入主权国家，国际法治才能焕发生机与活力。国家既是国际法治的参与者，又是国内法治的主导者，这样的双重地位要求国家在世界议题上的充分参与，国际法治的走向对于国内发展来说更具有前瞻性和启示性，需要国内社会在不同的维度充分实践，只有这样才可以检验法治发展的进度和深度。

国内法治要积极融入国际法治，这是建设法治国家的必然要求。主权国家之间的地位之争就是话语权之争。当今世界，很多国家都在争夺国际体制构建的话语权，20 世纪 50 年代中期，中国提出和平共处五项原则，丰富了国际法的原则内涵；新时代人类命运共同体理念的提出对维护世界和平、构建全球秩序提供了新型理论。这些都是对国际法的良法原则和善治模式提供了有益的尝试。国内法治的发展和完善为国际社会推进法治的提供体制基础和问

[5] 张丽英.世界贸易组织法律制度与实践[M].北京：高等教育出版社.2012：12.
[6] 黄文艺.全球化时代的国际法治——以形式法治概念为基准的考察[J].吉林大学社会科学学报，2009（04）：62.

题导向，国际社会的发展需要主权国家在谈判的基础上实现充分的沟通和交流，了解法治之路的突破方向和完善对策。

参考文献

<一>著作类

[1]梁西：梁西国际组织法[M].武汉：武汉大学出版社，2011.

[2]张丽英.世界贸易组织法律制度与实践[M].北京：高等教育出版社，2012.

[3]刘衡.国际法之治：从国际法治到全球治理——欧洲联盟、世界贸易组织与中国[M].武汉：武汉大学出版社，2014.

[4]何志鹏.国际法治论[M].北京：北京大学出版社，2016.

<二>论文类

[1]肖永平.全面依法治国的新阶段:统筹推进国内法治与国际法治建设[J].武大国际法评论,2018,2(01):1-19.

[2]黄进.习近平全球治理与国际法治思想研究[J].中国法学,2017(05):5-22.

[3]曾令良.国际法治与中国法治建设[J].中国社会科学,2015(10):135-146.

[4]赵骏.全球治理视野下的国际法治与国内法治[J].中国社会科学,2014(10).

[5]车丕照.我们可以期待怎样的国际法治?[J].吉林大学社会科学学报,2009,49(04).

[6]黄惠康.习近平关于国际法治系列重要论述的核心要义[J].武大国际法评论,2021,5(01):27-51.

[7]黄惠康.论习近平法治思想关于国际法治系列重要论述的实践逻辑、历史逻辑和理论逻辑[J].国际法研究,2021(01):3-15.

[8]武玉辉.国际法治对中国法治影响分析[J].国家行政学院学报,2018(06).

[9]何志鹏.国际法治:一个概念的界定[J].政法论坛，2009(04).

[10]何志鹏.国际法治:良法善治还是强权政治[J].当代法学,2008(02).

[11]黄文艺.全球化时代的国际法治——以形式法治概念为基准的考察[J].吉林大学社会科学学报，2009（04).

[12]肖永平.全面依法治国的新阶段:统筹推进国内法治与国际法治建设[J].武大国际法评论,2018,2(01):1-19.

[13]赵骏. 国际法治与国内法治的互动及启示[N]. 光明日报,2015-05-13(014).

[14]何志鹏,孙璐.中国与国际法治的完善:历史分析与未来评估[J].法治研究,2015(03):105-116.

<三>英文类

Simon Chesterman，Rule of law，Max Planck Encyclopedia of Public International Law，Heidelberg and Oxford University Press.

罗马帝国“一国多制”的法律特点与启示

罗国强* 刘恬**

摘要：在公元前 27 年至公元 3 世纪，罗马帝国并存着多种制度，帝国总体上实行君主制，埃及行省实行法老制，叙利亚行省实行共和制。埃及和叙利亚行省内的法作为地方法律保有自己的特色，能够更好的维护行省的稳定，但中央的法律依然对地方法律有很大的影响。罗马帝国实行的是统一的司法管辖权，而不是统一的法律，帝国不可避免的会出现地方法律与中央法律产生冲突的现象。同时，源自不同法律体系和不同争端解决机构的规则都可能对任何特定的问题拥有权威。罗马法学家们对罗马法进行了体系划分，使罗马法更能适应罗马帝国多种制度、法律多元化的现实情况，并从中收获了行省法律对其更广泛的尊重和认同。“一国多制”和“一国两制”的本质区别在于前者是基于“人定”而确立，后者则是基于“法定”而确立。“一国多制”之下不存在单独的“法域”，而“一国两制”之下存在单独的“法域”。我国可以借鉴罗马帝国“一国多制”的有效措施，在构建“一国两制”法律制度时保持“统一而多元”，制定针对“一国两制”之下法律冲突的法律法规，从而有助于我国“一国两制”的稳步推进和实施。

关键词：罗马法；一国多制；一国两制

The Legal Characteristics and Enlightenment of “One Country, Multiple Systems” in the Roman Empire

LUO Guoqiang, LIU Tian

Abstract: From 27 BC to the 3rd century AD, the Roman Empire coexists multiple systems. The Roman Empire generally practises monarchy system, the Egyptian province is pharaoh system, and the Syrian province has republican system. The laws in the provinces of Egyptian and Syrian retain their own characteristics as local laws, which can better maintain the stability of the provinces, but the laws of the central still have a great influence on local laws. The Roman Empire implements a unified jurisdiction, not a unified law. The Roman Empire will inevitably have conflicts between local laws and central laws. At the same time, rules derive from different legal systems and different dispute settlement agencies may have authority over any particular issue. Roman jurists divide the system of Roman law, which make it more adaptable to the reality of the multiple systems and legal diversification of the Roman Empire, and Roman law can gain wider respect and recognition from provincial laws. The essential difference between “one country, multiple systems” and “one country, two systems” is that the former establishes on the basis of “personal determination” and the latter establishes on the basis of “legal”. Moreover, the former does not have separate “law district”, while the latter has separate “law district”. China can learn from the effective measures of the Roman Empire’s “one country, multiple systems”, such as to maintain “unity and pluralism” when constructing the “one country, two systems” legal system, to formulate laws and regulations on conflict of laws under “one country, two systems”, thus contributing to the stable implementation of “one country, two systems” in China.

Key words: Roman Empire; One Country, Multiple Systems; One Country, two systems

罗马帝国时期建立的行省制度实质上是按照分而治之的原则在治理地方，将行省划分成元老院行省以及皇帝行省，若在此基础上仔细探究，会发现其实还存在一些特殊的行省，这

* 武汉大学国际法研究所教授、博士生导师。本文受中国法学会 2019 年度部级法学研究重点课题“国际法律斗争实践与中国国际法治思维研究”[CLS（2019）B02]、2016 年教育部人文社科重点基地重大项目“构建人类命运共同体与中国国际法理论创新”（16JJD820011）的资助。

** 武汉大学国际法研究所博士研究生。

些行省虽隶属于罗马帝国，受到罗马法的制约，但拥有与罗马帝国的君主制完全不同的政治制度，即造成了一个国家出现多种政治制度并行的现象，简称“一国多制”。当代国家中，只有我国存在与罗马帝国“一国多制”相似的制度，而本文对罗马帝国“一国多制”的探讨，不仅可以为我国“一国两制”提供法律史上的范例，还有助于我国“一国两制”获得国际上的广泛认同。那么，罗马帝国“一国多制”产生的原因是什么？制度构架和法律特点有哪些？罗马帝国“一国多制”对我国“一国两制”又有何借鉴意义？本文试对上述问题做一探讨。

一、罗马帝国“一国多制”产生的原因

（一）首要原因

罗马帝国在征服地中海各民族时采取的是战争方式，通过与外国人开战、停战、达成和解、缔结盟约，达到吞并领土和壮大自身国家实力的目的。德国学者蒙森认为这一时期罗马人的原则与现代国际法的基本原则相比是不可调和的，从某种意义上说，各国通过相互承认彼此在各自公法上法律地位平等，实现与充分独立自主的不同国家共存是现代国际法的法律基础。而对这一时期的罗马人来说，战争状态是他们最初与外国人交往时唯一的法律状态，这种法律状态下国家之间不存在其他的某种法律关系，外邦人自然的被排除在罗马的法律共同体之外，罗马和外国之间是一种相互独立的的孤立状态。[1]

然而，战争的产生不但打破了罗马和各国孤立的局面，更直接导致了罗马帝国“一国多制”的产生。首先，战争的产生使罗马帝国与其他各国之间开始签订不同类型的条约，促使罗马帝国与其他各国逐渐建立起早期的国际关系。其次，基于条约所产生的这种契约性关系，消除了罗马帝国与其他民族之间的敌对状态，为双方建立和平关系搭建了桥梁，例如城邦和王国缔结友好关系所签订的条约，战争不分胜负时以平等条件缔结的友好条约，战争中人质对其民族行动予以担保所签订的条约，[2]等等。

此外，罗马帝国对外战争的胜利，在使其国家版图得以迅速扩大的同时，也带来了一系列新的问题，例如罗马公民与外邦人之间来往变多，产生的矛盾也变多，现行的法律制度与实际需求不配套等现象，罗马人为解决这些问题，更好的治理新征服地区，采取了分而治之的原则，在罗马帝国时期实行“一国多制”的国家治理制度，并制定了万民法和市民法“二元制”的法律制度，以此维护罗马本土以及被征服领土的稳定。可以说，签订条约是战争的最终结果，而罗马帝国通过赢得战争并缔结盟约的方式完成领土兼并则是导致罗马帝国产生“一国多制”的首要原因。

（二）次要原因

除了因发生战争而最终与罗马帝国签订条约的情况以外，还有一种是在不发生战争的情况下签订条约。后者虽然未发动战争，但同样使罗马帝国实现了征服新领土、扩大疆域的目的，罗马帝国同样面临着如何治理新领土的的问题。由此，笔者认为在不发生战争的基础上实现的缔结盟约及领土兼并，可视为是导致罗马帝国“一国多制”的次要原因，而这里的“不发生战争”主要包括信义归降和建立联盟两种情况。

信义归降（deditio in fidem），是指弱方自愿选择屈服或投靠于罗马帝国，罗马帝国以其信义为担保，签订条约时会给臣服方提供一种更为友好的待遇。此类归降通常是弱方在寻求罗马的一种保护，以防止自身受到来自其他国家的威胁和统治。[3]从内涵上看，信义归降与

---

[1] 参见【意】弗朗切斯科·德·马尔蒂诺著，薛军译：《罗马政制史》（第二卷），北京大学出版社 2014 年版，第 11-13 页。

[2] See Simon Thijs, Hostages of Rome, Athens Journal of History, Vol.2, No.3, 2016, pp.199-212.

[3] See A. H. M. Jones, Rome and the Provincial Cities, The Legal History Review, Vol.39, No.4, 1971, p.513.

战败归降并无任何实质差别，虽然在信义归降的情况下，基于罗马帝国和臣服方之间的保护与被保护关系，臣服方一开始可能还拥有本国的国家主权，但在其成为罗马帝国的行省之后，其国家主权便随着实体国家的灭亡而彻底消失，这就使得信义归降的臣服方同战败归降的国家一样，都是作为一个屈服于罗马帝国的主权国家而终结，因此，两者在法律地位上是相同的。而两者的区别在于，战败归降的情况下罗马帝国拥有绝对的决定权，战败方只能完全屈服和听从于罗马的安排来签订条约；信义归降的情况下罗马帝国尚有信义担保的义务存在，其需要给臣服方一定的友好待遇。例如，信义归降之下，罗马人被禁止屠杀或奴役被征服的人民。[4]再如，在双方所签条约中约定给予臣服方相对的自主权，或者给予臣服方罗马公民的身份等。[5]总而言之，信义归降之下，罗马帝国通过与臣服方（国家或地区）签订条约，使后者先成为自己的附庸，再逐渐成为自己的行省，或者使后者直接成为罗马帝国的行省。

建立联盟（foedus），是罗马帝国不发生战争扩大自身领土的另一种方式。《国际法拉丁语指南》中将 foedus 解释为 league，泛指联盟或结盟，各国政府间通过签订和平条约或同盟条约达到避免发生战争的目的。在罗马法中，foedus 会使罗马在与盟国之间的等级关系中始终处于优势地位。[6]罗马帝国在建立联盟时所签订的条约，大多为不平等条约则充分论证了这一点。根据联盟条约，盟友不仅要宣布维护罗马共同体的尊严，放弃自己的战争与媾和权，还要保证帮助罗马对外作战，向其提供军队和船舰，并需在对外政策问题上服从于罗马。而罗马帝国只有同一些特殊城市签订的条约属于平等条约，例如同那波利、卡麦里诺、爱拉克雷签订的条约等，但在被罗马世界的城市所包围的情况下，这些少量签订“平等条约”的地区当然也不可能真正有能力来独立确定自己的对外政策。罗马帝国以建立联盟的方式先与拉丁民族建立联系，接着扩大到其他各民族，通过这样的方式逐渐与各个城市建立联系，最终形成一个稳定的关系网。[7]

值得一提的是，无论是信义归降亦或建立联盟，均体现了罗马帝国在处理与邻国关系时的诚信理念，而这一诚信理念正是推动罗马帝国与其他国家遵守条约，从而形成良好国际关系的重要因素。例如，在公元前三至二世纪，罗马帝国在东地中海地区处理其与邻国之间的关系时，会依据与不同国家的不同关系，采取不同的外交程序。面对已经信义归降的国家，罗马帝国会认为可以与之往来，国家之间的信任度自然会高一些，因而罗马帝国不会无故攻击一个已经对其投诚的国家，若非要实施攻击，也会先启动外交程序。面对已经与罗马帝国订立盟约的国家，罗马帝国会认为可以与这些国家签订和平条约，从而进一步避免了战争的发生。[8]

二、罗马帝国“一国多制”的法律特点

（一）制度架构设计

“一国多制”，顾名思义是从国家政体上进行了区别，特指一个国家在同一时期并存多种政治体制。罗马帝国时期并存着多种制度，本文讨论的时间范围是公元前 27 年至公元 3 世纪，多种制度则包括君主制、共和制、法老制。

1.君主制

---

[4] See Remus Valsan, Fides, Bona Fides, and Bonus Vir, Journal of Law, Religion and State, Vol.5, No.1, 2017, p.52.

[5] 参见【意】弗朗切斯科·德·马尔蒂诺著，薛军译：《罗马政制史》（第二卷），北京大学出版社 2014 年版，第 49-50 页。

[6] See Fellmeth A X, Horwitz M., Guide to Latin in International Law, Oxford University Press, 2009, p.109.

[7] 参见【意】朱塞佩·格罗索著，黄风译：《罗马法史》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 155-157 页。

[8] See Derow, Peter., Christopher John Smith, and Liv Mariah Yarrow, Imperialism, Cultural Politics, and Polybius, Oxford University Press, 2012, p.135.

君主制贯穿于整个罗马帝国，把握这一基本脉络是理解整个帝国法律制度的一把关键钥匙。公元前 27 年，屋大维（Octavian）确立独裁统治，君主的权利不断加强，集军政、司法、宗教等大权于一身，到公元 3 世纪，君主已掌握市政官职的任命权。[9]无怪乎法学家莫德斯狄努斯（Modetinus）声称，市政官职的任命来自君主而非人民。[10]历史学家塔西佗(Tacitus)认为“平等”已成为历史。[11] 意大利格罗索教授对这一时期的官制进行了研究，他认为这一时期君主的权利包罗万象，已经在事实上架空了执政官这一最高官职；裁判官虽保留着他们的基本职能，但其在刑事司法方面的职能随着“常设刑事法庭”的衰落已大不如从前；监察官的职权也在一定程度上被君主所篡夺和吸收，例如多米第安（Dornizano）就曾被授予终身监察官的头衔；护民官则是已经丧失了自身的影响力，只剩下表面的程序性权利；营造官（又称市政官）的行政职权被君主任命的其他官员所替代，只保留了有限的司法管辖权和罚款权；基层执法官（又称财政官）的官职虽得以保留，但实际上这一官职仍受君主控制，在职者需为君主管理地产，并替君主征收行省的税收，而君主个人的地产也在这一时期得到了暴增。此外，公民会议和元老院也都是基于令其“发挥余热”为君主效力的目的才得以保留。正如格罗索（Grosso）教授所指出的，元老院的活动实质上处于君主的指示之下，民众的参与仅限在元老院给予批准后以欢呼的形式予以通过。[12]可以说，这一时期罗马帝国的传统官制机构已然充分体现了君主制。

2.法老制

公元前 30 年，屋大维（Octavian）战胜埃及，埃及正式变为罗马帝国的一个行省。埃及行省因其独特的位置、丰富的粮食、繁荣的发展对维护罗马帝国的稳定有重要的政治和经济作用，该行省归皇帝私人所有，受皇帝直接管辖，由皇帝直接任命埃及总督。埃及本身实行的是被称为“法老制”的君主专制制度，在埃及人心中，法老的身份具有神性，是神灵荷鲁斯化身在人间的身份。[13]埃及由神在人间的代表——法老所统治，法老作为埃及的君主，拥有无限的权力，法老所说即是法律，法律就是法老意志的表达，体现的是神和自然的意志。帝国在成功征服埃及之前就对后者所实行的法老制和托勒密式的行政当局有所了解，早在公元前 2 世纪，埃及托勒密王朝在发生危机和内乱时就曾向罗马寻求过帮助，埃及和罗马自那时起开始建立联系。基于此，罗马帝国在统治埃及行省时所实行的制度也较为独特。奥古斯都（屋大维）及他的继承人在埃及行省称自己为埃及的法老，学习传统法老的统治方式，继续扮演神的化身。在埃及人看来凯撒为神，奥古斯（Augustus）都是神的儿子，埃及则仍然是由神所统治，如此一来埃及人才愿意接受罗马帝国的统治。而作为法老的罗马皇帝在埃及行省继续增加神庙的建造，继承法老时代的神庙传统，以此强调他们的法老角色。此外，罗马帝国对一些托勒密式的行政结构几乎没有做任何改变，并将埃及托勒密王朝的统治习惯保留了下来，例如，托勒密时期，无论是国王还是王后在位，理论上埃及所有人民都有权通过请愿书向国王或王后请愿，埃及在成为帝国行省之后沿用了这一传统，由总督通过法令和书信与民众进行各种交流。[14]综上可以看出，实际上罗马帝国对埃及行省的统治沿续了后者之前的治理惯例，在埃及行省所实行的制度仍然是法老制。

---

[9] 王振霞：《公元 3 世纪罗马政治与体制变革研究》，社会科学文献出版社 2014 年版，第 25 页。

[10] See Justinian, Digest, English edited by Alan Watson, University of Pennsylvania Press, 1985, 48. 14.1.

[11] 参见【古罗马】塔西佗著，王以铸、崔妙因译：《编年史》上册，商务印书馆 1981 年版，第 5 页。

[12] 参见【意】朱塞佩·格罗索著，黄风译：《罗马法史》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 246 页。

[13] 埃及古王国时期的神化：“奥塞利斯、伊希斯与荷鲁斯的故事”，奥塞利斯成为冥府主神，其子荷鲁斯成为人间统治者。See Aylward M.Blackman, Gods, Priests and Men: Study in the Religion of Pharaonic Egypt，Kegan Paul International Ltd., 1998, pp.255-325.

[14] See David S. Potter, A Companion to the Roman Empire, Blackwell Publishing, 2006, pp.63-66.

3.共和制

叙利亚行省是在罗马共和国时期加入的行省之一，在组建叙利亚行省时吸收了各种城市和王国，包括一些依然保持着自由的希腊城市。到罗马帝国时期，近东的附庸国也被并入了叙利亚行省，叙利亚行省被组织成了一个由罗马地方行政官管理的希腊城邦网络，行省内实行的制度也与其他行省不同，叙利亚行省的制度实质上与共和制更为接近，而这与其被罗马征服之前原本所实行的制度有密切关系。事实上，叙利亚在沦为罗马帝国的行省之前就存在治理城市和王国的政治网络，且受塞琉古王朝的影响发展了很多希腊式的城市，因而在叙利亚有现成的权力结构和统治方式。罗马帝国在吞并叙利亚之后，前者直接利用后者之前已经建立好的社会机构对后者予以管控。关于叙利亚行省实行共和制的表现，主要有三点：第一，叙利亚行省拥有自己的元老院。城邦的精英和贵族具有强烈的内部凝聚力，帝国政府将这些人聚集在一起组成一个类似帝国元老院的地方行政机构，在政治上赋予他们管理和决策行省的内部事务的权利。第二，叙利亚行省总督没有任期限制，由皇帝任免，元老院成员或前执政官担任。一些级别较低的议员可协助总督管理事务，并需管理一个军团。另外，财政官也由皇帝直接任命。[15]第三，叙利亚行省有自己的公民大会。罗马政府在希腊各城邦建立公民大会，扩大公民大会的权利，将公民身份和公民大会成员资格扩大到当地各民族，使平民也可以参加会议。罗马总督和叙利亚公民大会合作，共同承担叙利亚行省的管理任务。[16] 总的来说，罗马派往叙利亚行省的官员并不多，罗马政府的主要任务是监督和授权希腊公民大会，监督地方会议机构实施地方法和罗马法，赋予希腊公民大会参与行省管理的权力。罗马政府将行省的精英阶层引入行省的权力阶层是其管理叙利亚行省的重要手段，而从叙利亚行省局势的稳定来看，帝国赋予叙利亚行省地方精英阶层权利，比如地方事务的自治权和财产权，有助于提高帝国凝聚力和稳定希腊城邦网络，从而达到了加强统治叙利亚行省的目的。

（二）特点及体现

1、中央与地方的法律关系

通常罗马政府在成功管控一块领土，使其成为帝国的行省后，会在这个地方颁布一部基本法作为管理行省的准则，现代学者称其为“省法”。每一个单独的行省会颁布一项特别的法令，但是这种法令的特殊性质并不会隔断不同省份法令之间的某些联系。省级法令一般包含了许多行政法的规定，这些规定在相应的罗马法令中是找不到的。法令的内容不仅包括各省与罗马政府及其代理人的财政关系，管理收税人(税吏)与纳税人关系的规则；还包括总督帮助个人恢复某些权利的程序，例如继承或扣押债务人货物所涉及的权利。当然，这些规则都是以罗马法为基础的，主要是为了使行省政府与帝国政府更好的适应。[17]

制定行省省级法令的情况虽然在罗马帝国很普遍，但也不是必须，有些省份甚至没有颁布这样的法律，学者们对此的共识是，这些省的法律都是在特定的基础上单独规划和协商的，为的是这些地方能够顺利的成为帝国的一部分。换言之，省级法律不是帝国的必要组成部分，而是在情况需要时的特定部署。一般认为，埃及行省和犹太民族，都没有受到这类省级法律的管制。[18]

---

[15] See Kevin Butcher, Rome Syria and the Near East, Part II: Organizing Space and Time, The British Museum Press, 2003, pp.79-80; John D. Grainger, Syrian Influences in the Roman Empire to AD 300, Routledge, 2018, p.9.

[16] See Andrade, N., The Syrian ethnos’ Greek cities, in Syrian Identity in the Greco-Roman World, Cambridge University Press, 2013, pp.125-147.

[17] See Gaius' Institutes of Roman Law: An Historical Introduction - Online Library of Liberty: https://oll.libertyfund.org/pages/gaius-institutes-of-roman-law-an-historical-introduction. 最后访问时间：2020 年 9 月 20 日。

[18] See Ari Z. Bryen, Judging Empire: Courts and Culture in Rome’s Eastern Provinces, Law and History Review,

埃及行省本身存在较为完善的司法体系。[19]在埃及成为罗马行省之后，君主以任命的方式向埃及派出了一系列的官员，使埃及行省形成一套自上而下的行政体系。总督在埃及行省代替法老（帝国皇帝）行使最高权威，以法律来维护行省人民的公平和正义，皇帝用这样的方式对埃及行省进行了有效的统治。除总督有必要的事务需报罗马皇帝裁决以外，行省内部的司法事宜基本都由省内司法机构处理，司法机构包括巡回法庭和司法会议。[20]总督可以在对一些案件进行司法裁决时适用巡回审判制度，并在审理这些案件的过程中享有极大的自由裁量权。此外，行省的其他官员也有处理民事诉讼的司法权，各级官员按照法律规定对各自负责的案件进行司法裁决。[21]

关于叙利亚行省司法制度的情况，根据现有资料可以看出：第一，总督是帝国权力在叙利亚行省的最高代表，总督同时拥有司法职能和行政职能。在司法职能方面，总督按照固定的路线和城市的顺序，在行省内的各地巡回审理案件。当地方精英之间出现矛盾时，总督可以对其进行司法仲裁。总督在处理上述司法事务中遇到难以作出裁决的情况，可以写信给罗马皇帝并等待答复。在行政职能方面，总督可以参与指导有关叙利亚行省的管理和发展的事务。第二，对于其他从属于总督的低级别官员，如议员，这些官员的司法职能仅限按照行省规定的司法程序处理相关事务，无权参与制定新的省级法令或法律政策。当总督认为低级别官员作出的司法裁决存在不妥时，可以直接对该裁决予以否决，同样，对于低级别官员主导的上诉审，总督可以进行干预。[22]第三，皇帝可以直接干预叙利亚行省的事务，包括直接下令让他的亲属或者亲信在行省执行特别命令，例如皇帝直接赋予某一亲属或亲信在叙利亚行省的治权（procosular imperium），使后者以帝国政府代表的身份干预行省各项事务。关于这位“空降”的治权拥有者与行省总督之间权力等级的高低，皇帝并未做出任何说明，如此一来，两者难免会存在权力冲突，但这达到了皇帝意图使两者相互制约的目的。[23]

对于行省的司法制度学者们有不同的看法：有学者认为这些单独的省法是单一司法制度的实例。有学者强调了罗马帝国法律结构的拼凑性质，指出罗马帝国在向东扩张期间，与一些城市、领地、邦联签订了用于对抗共同外敌的协议，后来为了对有助益的盟友表示尊重，在这些地区成为省份或省份的一部分时对某些协议予以了保留，保留的这部分内容就成为行省司法体系的一部分。但也有学者指出并不是所有的地区在成为行省之后都对之前所签订的协议有所保留。[24]此外，罗马法学家也在试图标准化各行省的司法框架。[25]

但无论如何，笔者发现，行省内部的法律制度与帝国法律制度存在一定的差异性和包容

Vol.30, 2012, p.790; Tesse Rajak, Was There a Roman Charter for the Jews? Journal of Roman Studies, Vol.74, 1984, pp.107-123.

[19] 新发现的埃及纸莎草纸表明在埃及存在地方警察法庭和起诉机构。See Charles P. Sherman, Book Review: The Prosecution of Jesus, Its Date, History, and Legality, Yale Law Journal, Vol.26, 1917, p.429.

[20] 埃及行省设有三个巡回法庭：亚历山大德里亚（Alexandria）负责三角洲西部地区，佩鲁西乌姆（Pelusium）负责三角洲东部地区，孟菲斯（Memphis）负责中埃及与上埃及；设置有司法会议的地方：阿尔西诺（Arsinoe）、科普特斯（Coptos）、安提诺波利斯(Antinoopolis)。See Alan K. Bowman, eds., The Cambridge Ancient History, Volume X, The Augustan Empire, 43BC-AD69, Cambridge University Press, 2006, pp.691-692.

[21] 例如法律顾问(legal advisor)、祭司长(archiereus)、“特殊金库”长官（idios logos）、财务审计官（dioiketes）等。See David S. Potter, A Companion to the Roman Empire, Blackwell Publishing, 2006, p.64.

[22] See Andrade, N., The Syrian ethnos' Greek Cities, in Syrian Identity in the Greco-Roman World, Cambridge University Press, 2013, p.131.

[23] See Kevin Butcher, Rome Syria and the Near East, Part II: Organizing Space and Time, The British Museum Press, 2003, pp.81-82.

[24] See Andrew Lintott, Imperium Romanum: Politics and Administration, London: Routledge, 1993, pp.16-46.

[25] 出现了诸如 Gaius' commentary On the Provincial Edict or Ulpian's On the Duties of a Proconsul 之类的文书。See Ari Z. Bryen, Judging Empire: Courts and Culture in Rome's Eastern Provinces, Law and History Review, Vol.30, 2012, p.790.

性，这是毋庸置疑的。首先，帝国尽可能的承认和不干涉行省的地方性法律或部落法律，这种不干涉原则自然受到了行省人民的欢迎和支持。而个别行省，如埃及、叙利亚行省人民所拥有的特权并不为外省所拥有。其次，帝国仍旧拥有最高的法律解释权。帝国皇帝享有立法权，可以通过敕令的方式立法，这些法律通常属于解答敕令，且以帝国皇帝的名字进行命名，法律的内容主要是对官员（比如行省长官）提出的法律问题予以回答，回答的方式主要是声明及阐述帝国现有的法律。[26]最后，帝国明确规定所有罗马公民权以及拉丁文使用权的授予都必须以罗马私法的形式完成，故而当帝国赋予某行省享有与罗马公民同等的身份时，后者就必然要受到罗马法的管辖，罗马法也就自然取代了这些地方法或者部落法，从而通过共同的罗马私法体系进一步实现帝国的统一。[27]综上，可以确定埃及和叙利亚行省内的法作为地方法律存在有自己的特色，能够更好的维护行省的稳定，但中央的法律依然对地方法律有很大的影响，能够对地方法律起到一定的指导作用，两者相互依存。

2、中央与地方法律冲突及其解决

罗马人从托勒密王朝手中接管埃及时，埃及已经拥有了高度发达的基础设施和极其丰富的法律历史。罗马帝国政府虽然垄断了埃及行省的司法权，但罗马法官在法庭中一贯支持既存的地方法律传统，可以说，罗马帝国实行的是统一的司法管辖权，而不是统一的法律。[28]这样一来，罗马帝国就不可避免的会出现地方法律与中央法律产生冲突的现象。

比如，埃及行省法律中有关抵押的规定与帝国罗马法中抵押（antichretic）就存在实质性的区别：罗马法制定了保护债务人的措施，有利于债务人借贷（antichretic loan），并防止债权人滥用债务人抵押之物。债权人有义务归还任何剩余的孳息，债权人可以使用抵押物，但必须受到罗马法中的高利贷规则的制约，这些法律规定都被视为保护债务人利益免受债权人侵害的措施。而在埃及行省则没有出现这些保护措施，相反，如果抵押合同中出现任何附加条款，则都是倾向于债权人而不是债务人，侧重于保护债权人的权益。对此项法律的差别，一种解释认为正是因为抵押合同中没有对债务人权益予以保护，罗马法才特意规定了针对债务人的保护措施；另一种解释指出埃及行省的抵押合同侧重于保护债权人的立场是因为埃及行省长官颁布的法律中已经对债务人的权益作出了保护，即这种保护已经通过法律给予了保护，故而选择不再在合同中赘述。[29]

在制定契约时，由于行省契约形式与罗马法里的契约形式不一致，容易导致人们在使用契约中出现矛盾，单纯站在罗马法的角度来看的话，这些矛盾或者不妥之处可以被认为是法律错误。例如，保管契约（deposit contract）本身就是一个建立在诚实信用原则基础上的双边契约，与要式口头契约（stipulatio）完全不是同一个类型的契约，那么在一份保管契约的末尾特意加入一项条款强调“该份文件内容已经通过要式口头契约的方式进行了约定”并不妥当，且该份保管契约的法律效力并不会因为这项条款而得到加强。再如，在严法契约（stricti iuris contract）中加入诚信的条款，这种将两者混合在一起制定契约的行为在罗马法看来是

[26] 参见【英】佩特·施特因著，侯一川译，《古代罗马法》，载《湘江法律评论》2015 年第 2 期，第 165-196 页。

[27] See Gaius' Institutes of Roman Law: An Historical Introduction - Online Library of Liberty: https://oll.libertyfund.org/pages/gaius-institutes-of-roman-law-an-historical-introduction, 最后访问时间：2020 年 9 月 30 日。

[28] See Kimberley Czajkowski, Benedikt Eckhardt, Law, Status and Agency in the Roman Provinces, Past & Present, Vol.241, No.1, 2018, p.8.

[29] See Bobbink, R., Q. Mauer, Antichresis: A Comparative Study of Classical Roman Law and the Contractual Praxis from Roman Egypt, The Legal History Review, Vol.87, No.4, 2019, pp.381-383.

一种法律错误，[30]因为严法行为本身是与诚信契约相对的，严法契约是指须严格按照法律规定的方式成立的契约，只要当事人如实履行了法律规定的格式，就须严格按照契约履行，不论当事人的意思表示是否真实，都不影响其效力。[31]面对上述这类法律冲突，各行省的解决办法是在他们的文件中添加特别精炼和整洁的罗马法表达方式，让其成为地方法律文化的一部分，以便他们的文件能够得到帝国法律的肯定，若日后他们需要这些文件成为法庭上的证据，罗马的读者更容易承认和接受这些文件。

此外，在埃及纸莎草纸中记录了律法师（nomikoi）作为法律专家向罗马法官提供法律实践建议的事迹，法律专家是法律执业者，他们专门研究法和捍卫法，在行省的法律和罗马的法律发生冲突时，能够提供有效的法律服务，这类法律顾问服务不仅限于提供给罗马法官，行省的官员在处理法律事务时也会利用法律职业者的专业技能处理法律冲突，以此增加判决的法律效力。[32]

3、多种制度并行的法律实效

罗马帝国在法律上是个多元主义者，也就是说在不同的政治制度背景下，源自多个法律体系和多个争端解决机构的规则都可能对任何特定的问题拥有权威。[33]与此同时，“一国多制”之下，罗马帝国与其行省的法律渊源也有差异。

具体来看，帝政之初，新的法律渊源[34]包括元老院咨议以及君令，元老院咨议不过是名义，实际上还是由君王亲自提案，但只对罗马人民具有拘束力；君令包括布令（edicta）、裁决令（decreta）、批令（rescripta）、训令（mandata），君主为一国之统治者掌握军符，左右法律。[35]由此，在帝国的法律可以被理解为源自同一立法权威。相比之下，行省的一些法律是从帝国认可的地方立法机构衍生而来的，表面上看这些法律在地方发挥着一定的作用,但事实上帝国仍保留了对其所关心的问题实施立法的权利。

尽管在某些情况下，罗马地方法官聘请了专家来解答地方法律的问题，但在许多情况下，即使对案件的事实进行了辩论，当地法律的内容与帝国法律的内容仍然可能自相矛盾。通常这种时候需要罗马地方法官验证所引用或遵循的规范，即确认本地法律的内容，然后再决定是否在诉讼程序中继续坚持这种风俗习惯，当然，由于地方缺乏公正的机制来记录以前案件的判决，一些原本可以援引的法律准则可能会缺失。

总的来说，早期的君主制度倾向于把尊重领土管辖权作为解决私法问题时的法律选择原则，人口流动、跨越管辖边界的贸易、契约、个人地位的变化，都考验着这一时期罗马帝国多种制度并行的法律实效。罗马帝国在涉及影响其权力和安全的事务上，始终保有对行省实施立法的权利，同样，罗马地方法官在寻求实质性权利方面也可以选择不受制于当地法，保

---

[30] See Kimberley Czajkowski, Benedikt Eckhardt, Law, Status and Agency in the Roman Provinces, Past & Present, Vol.241, No.1, 2018, p11.

[31] 参见《北京大学法学百科全书》编委会：《北京大学法学百科全书：民法学、商法学》，北京大学出版社 2004 年版，第 1056 页。

[32] See Kimberley Czajkowski, Benedikt Eckhardt, Law, Status and Agency in the Roman Provinces, Past & Present, Vol.241, No.1, 2018, pp.16-17.

[33] See Clifford Ando, Legal Pluralism in Practice, in The Oxford Handbook of Roman Law and Society, Oxford University Press, 2018, p.283.

[34] 此处笔者只列出了新增的法律渊源，还有习惯法、大法官的谕令以及法学家的解答均为法律渊源。其中，习惯法在帝政分权时期（公元前 27 年-公元 284 年）已失去重要性；皇帝虽未取消高级官吏的谕令权，但他们也都听从皇帝的意旨，所以这一时期大法官的谕令并无什么发展；皇帝虽授予某些法学家以公开解答权，但仅对本案有拘束力。参见周枏，《罗马法提要》，北京大学出版社 2008 年版，第 7-9 页。

[35] 布令，又译为敕谕，是指皇帝以一统之尊发施号令，具有法律效力；裁决令是指皇帝有裁决案件的权利，可以指挥案件的判决；批令是指皇帝批复下级官员所询问之事；训令是指皇帝对官吏训示之命令。这些君令都具有法律效力。参见丘汉平：《罗马法》，中国方正出版社 2004 年版，第 28-32 页。

留拒绝适用当地法律的权利，以追求实质性的正义。[36]

（三）多种法律制度的协调

在多种制度、多种法律并行的背景下，罗马的法律学说与各行省的法律逐渐相互影响，例如地方的法律习惯就出现在了法学家乌尔比安论述习惯法的文本中。[37]这一时期，君主和法学家们结成了联盟，为了帮助皇帝在庞大的帝国进行更为有效的统治，法学家们对罗马法作了详细的论述，极大地丰富了罗马法的内容，将罗马法按照适用的法律主体不同进行了体系划分，使其变得更容易为人们所接受，更能适应多种制度、法律多元化的现实情况。[38]

根据罗马法的体系划分，市民法（jus civile）是专门适用于“罗马人民”（populus romans）或“罗马公民”（populus romanus quiritium）的法律，它是一个国家为本国公民所颁行的法律。就法律关系主体而言，它只适用于罗马公民，排斥众多在罗马进行生产，商业贸易的异邦人。而万民法，是用来调整罗马公民和异邦人之间以及异邦人与异邦人之间民事法律关系的罗马法律，具有某种国际法以及自然法的性质。万民法正是由于摆脱了市民法繁琐的形式主义，以其较为简易、灵便和更具生命力的优势，最终得以在罗马市民之间的民事活动中予以适用。

罗马法实质上维护的是奴隶主贵族的利益，遵循的原则是自然理性，自由民在法律面前人人平等，这符合当时罗马帝国发展的现实需要。在多种制度、多种法律并行之时，罗马法可以为地方提供法律范本，对后者的法律行为进行一定程度的指导，例如,埃及行省和叙利亚行省总督在行使惩治权时，要根据罪行是由异邦人还是由享有市民权的人所犯而灵活变化。[39] 再如，罗马法对异邦人的所有权规定是，除非异邦人享有通商权，否则不能依市民法拥有财产，也就是说他们不能利用普通所有权之诉的形式保护自身财产，毫无疑问，他们的财产在事实上受到法律保护，但是他们与财产之间的这种关系被归类为罗马法所知的低级别所有权形式中的一种。[40]

随着时间的推移，罗马帝国在这一时期出现了法律程序逐渐罗马化的趋势：一是公元212年，一项帝国法令使帝国各省几乎所有自由居民成为了公民，取得了市民权，市民法和万民法的界限随之消失，[41]这对消除非罗马法的土著传统具有很大的促进作用。二是帝国政府越来越多地使用罗马法来解决两方不是同一外国人的争端。三是根据案件的大小，小案件可以由城市内部自己解决，大的案件必须交给帝国政府。四是帝国政府鼓励地方效仿罗马法修改自己的法律。[42]

可见，“一国多制”时期的罗马法对罗马帝国影响极大，不仅能够对这一时期罗马帝国

---

[36] See Clifford Ando, Legal Pluralism in Practice, in The Oxford Handbook of Roman Law and Society, Oxford University Press, 2018, p.292.

[37] See José Luis Alonso, The Status of Peregrine Law in Roman Egypt: Customary Law' and Legal Pluralism in the Roman Empire, in 27th International Congress of Papyrology, The Journal of Juristic Papyrology, Vol.xliii, 2013, pp.386-387.

[38] 盖尤斯和乌尔比安都对罗马法进行了体系划分。其中，盖尤斯认为罗马法由市民法（ius civile）和万民法（ius gentium）构成，自然法体现在万民法之中的理性观念；乌尔比安则认为自然法是自然指导一切生命物的法律，根本不同于万民法，故而，罗马法当由三部分，即自然法、市民法、万民法构成。

[39] 参见【意】马里奥·塔拉曼卡主编，周杰译：《罗马法史纲》（第二版）下卷，北京大学出版社 2019 年版，第 535 页。

[40] 参见【英】H. F. 乔洛维茨、巴里·尼古拉斯著，薛军译：《罗马法研究历史导论》，商务印书馆 2013 年版，第 347 页。

[41] 公元 212 年，卡拉卡皇帝（Caracalla，公元 211-217 年在位）把罗马市民权授予所有罗马帝国的一般居民。参见【德】孟文理著，迟颖、周梅译：《罗马法史》，商务印书馆 2016 年版，第 86 页；黄美玲：《法律帝国的崛起：罗马人的法律智慧》，北京大学出版社 2019 年版，第 181 页。

[42] See Riggsby, A., Law in the Provinces, in Roman Law and the Legal World of the Romans, Cambridge University Press, 2010, pp.221-222.

的法制起到一定的维护作用，还帮助罗马帝国实现对中央和地方的有效治理。

三、“一国多制”对“一国两制”的启示

（一）“一国两制”的主要内容及法律特点

当代国家中，只有我国存在与罗马帝国“一国多制”相似的制度。我国的“一国两制”是指在一个主权国家的前提下并存两种不同的政治制度。这一制度是为和平解决台湾问题而设计，率先在港、澳地区试用，并获得成功，从而进一步证明了该制度的可行性。[43]

关于“一国两制”设计在我国的提出，可简单概括为四步：1978 年，邓小平谈到在和平统一台湾后，台湾地区可实行与社会主义不同的制度。[44]1979 年，邓小平在一次谈话中提出了“一国两制”的初步设计。[45]1981 年，“叶九条”标志着“一国两制”设计基本成熟。[46] 1982 年，邓小平首次对外提出“一国两制”[47]，同年，“一国两制”被写进我国宪法，至此，该制度在我国正式法制化。[48]

关于“一国两制”的基本内容，可归纳为以下几点：第一，保证一个中国、维护主权完整是适用该制度的前提，在此基础上实行两种不同的政治制度；第二，虽然我国实行两种制度并存，但整个国家的制度主体依然是社会主义制度，资本主义制度作为另一种政治制度专门在特别行政区内适用。第三，我国的国情和发展需要这两种政治制度在我国长期并存。第四，在适用资本主义制度的特别行政区实行当地人高度自治的管理方式。[49]

“一国两制”框架之下，我国的法律体系必然会产生相应的变化，而其中最明显的变化则是法权关系由之前的绝对统一演变为相互统一、相对分离的关系。[50]同时，“一国两制”保有自己鲜明的法律特点：第一，在“一国两制”法律体系下，我国的法律制度性质不再是单一的社会主义性质，而是同时拥有两种不同性质法律制度的国家, 即社会主义性质和资本主义性质的法律制度。第二，我国平等并存着四个“法域”。特别行政区作为独立的法律区域有权制定各自区域的法律，大陆、港、澳、台成为四个分别实行不同法律制度的法律区域，而源自这四个不同“法域”所制定的法律在适用时均享有平等的法律地位。[51]第三，特别行政区的高度自治权受国家宪法的保障。宪法第 31、62 条为“一国两制”的构建与实施提供了法律支撑，据此，全国人民代表大会制定特别行政区的基本法，基本法再规定特别行政区高度自治权的细则，资本主义法律得以顺利在特别行政区实施。可见，“一国两制”是在宪法保障下实施的，不仅存在两种不同性质的法律制度，还平等并存着四个“法域”，而各“法域”之间的平等共处避免了多种法律制度间相互吞灭、排斥以至于无法并存的情况出现。

（二）“一国多制”与“一国两制”的异同

罗马帝国的“一国多制”与我国的“一国两制”相比，有很多相同之处，但若仔细探究，会发现两者在本质上仍有很大区别。

---

[43] 参见李家泉：《“一国两制”的提出及在港澳的成功实践》，载《重庆社会主义学院学报》2009 年第 2 期，第 35-37 页。

[44] 参见李家泉：《一国两制与台湾前途》，人民日报出版社 1991 年版，第 2 页。

[45] 参见中共中央文献研究室编：《邓小平年谱》（上），中央文献出版社 2004 年版，第 465-470 页。

[46] 参见中共中央文献研究室编：《一国两制重要文献选编》，中央文献出版社 1997 年版，第 5-7 页。

[47] 参见中共中央文献研究室编：《邓小平思想年编》（一九七五——一九九七），中央文献出版社 2011 年版，第 401 页。

[48] 1982 年 12 月，第五届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国宪法》，宪法第一章总纲第 31 条、第 62 条为“一国两制”的实施提供了宪法依据。

[49] 参见《邓小平文选》（第三卷），人民出版社 1993 年版，第 215-222 页。

[50] 参见文正邦：《关于“一国两制”的法哲学思考》，载《现代法学》1997 年第 3 期，第 52 页。

[51] 参见韩德培：《论我国的区际法律冲突问题——我国国际私法研究中的一个新课题》，载《中国法学》1988 年第 6 期，第 3-10 页。

首先来看两者的相同之处。第一，在国家结构上，罗马帝国政府和行省之间是中央与地方的关系；我国特别行政区的所有权力均为中央授予，也是中央与地方的关系。[52]第二，在制度上，罗马帝国除了本身实行的是君主制，还在行省存在其他制度，例如在埃及行省、叙利亚行省分别实行法老制和共和制；我国大陆实行的是社会主义制度，特别行政区适用资本主义制度。可以说，两者均是一个主权国家内并存有两个以上（包括两个）政治制度，且国家实行多制的初衷都是为了治理地方。第三，在法律体系上，罗马帝国的公民和外邦人适用的不是同一种法律体系，罗马公民适用市民法，外邦人适用万民法。我国大陆和特别行政区之间则存在三种不同法系，并且这三种法系都在我国法律中得到了充分体现。[53]

其次来看两者的区别。第一，“一国多制”是基于“人定”而确立，“一国两制”则是基于“法定”而确立，这乃是两者之间的本质差异。罗马帝国“一国多制”是基于（皇帝）“人定”所形成的特例，即“一国多制”是基于帝国君主个人的决定和作法所形成的特例，而不是适用帝国宪法和法律的结果。罗马帝国单靠军事力量并不能确保其在各行省沿续霸权统治，在统治地方时作出一些妥协是无法避免的。皇帝在吞并一个地区时，通常不会解散这个地区既有的权力结构，在情况允许时,皇帝更倾向于利用该地区已经建立的社会机构对其进行管控，且偏爱有中央集权和严格等级制的机构。[54]利用当地的机构资源是罗马帝国治理地方的一种手段，但不是所有的行省都具备这样的条件，而且即便是保留了当地的某些权力结构，通常还是可以在各个行省顺利沿用罗马帝国的君主制。[55]而叙利亚行省和埃及行省虽没有直接套用罗马帝国君主制，但埃及行省和叙利亚行省均有现成的权力机构和等级制度，埃及行省所实行的法老制实际上沿续了其被征服之前的治理惯例，而罗马帝国对叙利亚行省的统治则本质上沿续了叙利亚行省被征服之前塞琉古帝国（seleukid）的希腊式统治体系。[56]可见，叙利亚行省和埃及行省尽管没有套用帝国君主制，但也完全符合皇帝利用当地机构实现其对地方管控的情况，而从罗马帝国“一国多制”的结果来看，这样的方式的确为埃及行省和叙利亚行省的繁荣发展提供了有利的环境。在这一点上，我国与罗马帝国有本质区别。我国“一国两制”并非个人意志产物，而是基于“法定”，这一制度设计不仅已被明确载入宪法，而且通过制定一系列与《宪法》有关条款配套的基本法律和一般法律而得到保障和具体实施。[57]在宪法等法律保障和国家统一的前提下，我国得以并行存在两种类型完全不同的社会制度，大陆（主体）实行社会主义制度，特别行政区实行资本主义制度，两者无论是在政治、法律或文教等方面都存在很大差异。[58]第二，“一国多制”之下不存在单独的“法域”，

---

[52] 参见王凤超：《关于中央和香港特别行政区的关系》，载《中共党史研究》1997 年第 3 期，第 43-45 页；焦洪昌、杨敬之：《中央与特别行政区关系中的授权》，载《国家行政学院学报》2017 年第 3 期，第 15-20 页。

[53] 我国大陆实行的是社会主义法律，台湾、澳门受德国法的影响较深，实行的是大陆法系的法律，香港受英美法的影响较深，实行的是英美法系的法律。参见李广辉：《试论我国“一国两制”下的区际法律冲突》，载《河南大学学报（社会科学版）》1992 年第 6 期，第 74-76 页。

[54] See Kevin Butcher, Rome Syria and the Near East, Part II: Organizing Space and Time, The British Museum Press, 2003, p.79.

[55] 例如，犹太行省保留了犹太人的国王，但国王只是傀儡，实际管理行省事务的是罗马帝国派来的总督，犹太行省实行的仍然是罗马帝国的君主制；西西里行省、不列颠行省、雷蒂亚行省等其他绝大多数行省也都顺利沿用了罗马帝国的君主制。See Alan K. Bowman, eds., The Cambridge Ancient History, Volume X, The Augustan Empire, 43BC-AD69, Cambridge University Press, 2006, pp.414-780.

[56] See John D. Grainger, Syrian Influences in the Roman Empire to AD 300, Routledge, 2018, p.9.

[57] 基本法律（全国人大制订）：《中华人民共和国香港特别行政区基本法》《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》《反分裂国家法》；一般法律（全国人大常委会制订）：《中华人民共和国香港特别行政区驻军法》《中华人民共和国澳门特别行政区驻军法》《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》。

[58] 参见许崇德：《“一国两制”是我国的基本政治制度》，载《法学》2008 年第 12 期，第 3-5 页。

而“一国两制”之下存在单独的“法域”。罗马帝国的“一国多制”下，虽然存在多种法律制度，但在司法管辖权方面具有统一性，皇帝始终保有最高的法律解释权和立法权，可以干预地方的法律事务；另外，罗马法中万民法的适用对象是所有人，这意味着实际上罗马帝国的多种法律制度之间总有千丝万缕的联系，即在罗马帝国不存在真正独立的“法域”。但我国与罗马帝国不同，我国在两种性质完全不同的法律制度之下并存有四个独立“法域”，各“法域”之间没有共同适用的法律及司法机构，同时，各“法域”的法律在我国得到了平等的适用，不存在某一“法域”的法律比另一“法域”的法律位阶高的说法。[59]基于以上论述，可以确定无疑地说，我国的“一国两制”是世界上绝无仅有的制度。

（三）启示

2019 年，习近平谈到要“积极探索‘一国两制’台湾方案”，更直接指出“制度不同，并不是统一的障碍，更不是分裂的借口”。[60]台湾问题的解决关系到祖国统一大业的实现，关乎人民的根本利益，因而进一步构建和实施“一国两制”法律制度对我国具有重大意义。为此，应当借鉴“一国多制”时期的罗马法，构建更为合理的“一国两制”法律制度，并令其得到良好有效的实施。笔者认为，罗马法给我们的启示主要包括以下两个方面：

第一，构建“一国两制”法律制度应保持“统一而多元”。

“统一”是指主权的统一，“多元”是指法律体系、立法权、司法权的多元。

首先是主权的统一。无论罗马帝国行省的法律、政治制度采纳的是何种类型，均是为了帝国更好的治理地方而采纳，“一国多制”之下的罗马帝国始终是一个主权统一的帝国。而在我国，实现法律多元化的基础是维护国家主权的统一和中央政府的统一领导，港、澳地区的繁荣发展，“一国两制”在特别行政区的成功实施，都离不开主权统一这一个大前提。

其次是法律多元。罗马帝国“一国多制”时期，帝国政府最大限度的允许埃及行省和叙利亚行省保留或者颁布地方性法律或部落法律，承认行省的司法判决，使罗马帝国的法律呈现出多元化的特点。在这点上，我国“一国两制”法律制度与罗马帝国“一国多制”法律制度可以说是异曲同工，我国的香港、澳门经中央授权实行不同于大陆的法律体系，基本法依据宪法制定高度自治的具体细则，为特别行政区自行管理事务提供法律依据，包括立法、司法、终审权，充分体现了我国“一国两制”法律多元化。但值得注意的是，帝国多元化的法律并不是一盘无人监管的“散沙”，帝国皇帝始终保有立法权和最高的法律解释权，行省总督在司法裁决中遇到问题仍需请示皇帝，此外，执政官、总督及治权（procosular imperium）拥有者等重要官员均为皇帝指派或授权到地方行省，如此一来，罗马帝国既达到了分而治之的效果，又大大降低地方行省发生叛变的可能性。罗马帝国并没有因为实行多种政治制度和多种法律制度而分裂，相反，这种多元化的局面帮助帝国达到真正的大一统。因而，可以说“统一”和“多元”是相辅相成的，先有“统一”，才会有“多元”，同时，“多元”又可以帮助帝国更好地“统一”。

我国并行两种制度的初衷就是为了使国家得到真正统一，因而，我们在坚持法律“多元化”的同时，应该注意保留国家最高权力机关在特别行政区的立法权，树立起国家机关在特别行政区的法律威信，因为只有在国家层面上建立维护“一国两制”发展的法律机制，“一

[59] 例如，在香港，诉讼案件的最终裁定、判决是以香港终审法院所判为准，而非大陆的最高人民法院。当然，香港的法律和诉讼程序在大陆也并不适用。参见廉希圣：《“一国两制”的理论与实践》，载《政法论坛》1997 年第 3 期，第 2-8 页。

[60] 习近平：《为实现民族伟大复兴推进祖国和平统一而共同奋斗——在〈告台湾同胞书〉发表 40 周年纪念会上的讲话》，人民出版社 2019 年版，第 6 页。

国两制”才能行稳致远，国家才能长治久安。例如，在 2019 年，香港发生的一系列暴力事件严重损害了香港的繁荣稳定，也对“一国两制”造成了很大的冲击。[61]为此，我国于 2020 年 6 月通过了香港国安法，该法由人大决定并制定具体细则，专门用于规制危害国家安全的犯罪行为，用法律手段维护香港特别行政区的安全。这是中央直接行使其对香港全面管治权的体现，[62]也是从国家层面维护“一国两制”的立法体现，有助于我国建立起更严密的国安制度，进一步保障“一国两制”在香港的有效实施。除了香港，在澳门、台湾同样需要保留国家层面的立法权，以便中央能够及时、全面的应对和协调特别行政区出现的各类问题，针对具体问题，建立更为有效的法律机制。

第二，制定针对“一国两制”之下法律冲突的法律法规。

“一国两制”之下我国法律体系的多元化，必然会出现在不同的法律之间产生不同法律冲突的现象。目前，特别行政区之间既未有通用的法律可以适用，也缺乏统一的司法机制和协调机构。[63]一旦解决不好这个问题，将不利于我国进一步构建和实施“一国两制”台湾方案。对此，笔者认为可以借鉴罗马帝国“一国多制”时期的做法。

从上文可知，当罗马帝国出现行省和中央法律的冲突时，人们可以依据身份不同，选择罗马法中的市民法或万民法解决法律冲突。地方法官通常会聘请法律专家，专门为处理法律冲突提供有效服务，还会在当地法律文件中添加罗马法，使罗马法成为地方法律文化的一部分。随着时间推移，行省法律与法律冲突逐渐减少，罗马法则收获了行省法律对其更广泛的尊重和认同。这说明罗马帝国应对法律冲突的措施不仅卓有成效，还增强了罗马法在整个帝国的权威性。事实上，罗马法学家对罗马法在地方的实践始终保持积极的看法，罗马法的程序规范逐渐被地方采用，包括由地方主动选择使用罗马法作为地方规范亦或由罗马帝国强加于地方法律，这都是由罗马帝国的权力本质所决定。[64]

我国实行“一国两制”，主体实行的是社会主义法律制度，特别行政区是资本主义法律制度，因而，“一国两制”之下的法律冲突是“法域”冲突，更是两种法律制度的冲突。我们可以借鉴罗马帝国“一国多制”时期的法律制度，制定针对“一国两制”之下法律冲突的指导原则，为法律冲突的解决提供法律依据。例如，在香港，对国外法院有管辖权，且已经在该外国接受审判的犯罪人，不再进行同一罪行的审判。这一规定与大陆所适用《刑法》的规定正好相反，按《刑法》规定还是可以追究刑事责任。[65]但是，《刑法》在香港并不适用，那么，当一犯罪同时涉及这两地时，应由哪方管辖就出现了冲突，香港和大陆之间无共同的上级司法机关，则无法依照指定管辖来解决这一冲突。[66] 对此，笔者认为我们可以借鉴罗马帝国时期的做法，聘请法律专家，由法律专家们组成一个专门处理大陆与香港法律冲突的机构，针对具体法律冲突，由法律专家权衡案件管辖方不同带来的利弊，给出具体的解决方

---

[61] 2019 年 6 月以来，“港独”“黑暴”“揽炒”这些暴力事件让香港出现了严峻的局面。参见《新华每日电讯》，2020 年 5 月 25 日第 013 版。

[62] 中央拥有对香港特别行政区的全面管治权，包括中央直接行使的权力和授权香港依法实行高度自治。参加国务院新闻办公室：《“一国两制”在香港特别行政区的实践》，载《人民日报》2014 年 6 月 11 日第 013 版。

[63] 香港、澳门、台湾之间没有共同适用的法律，也没有统一的终审法院。参见黄进：《论宪法与区际法律冲突》，载《法学论坛》2003 年第 3 期，第 54-58 页。

[64] See Clifford Ando, Legal Pluralism in Practice, in The Oxford Handbook of Roman Law and Society, Oxford University Press, 2018, p.291.

[65] 《中华人民共和国刑法》第 10 条：“凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。”

[66] 参见赵秉志、赫兴旺：《中国内地与港澳特别行政区的刑事司法协助问题研究》，载《法学家》1995 年第 2 期，第 47-56 页。

案。对于这些典型法律冲突的案例，可以根据法律专家冲突解决的方案制定出相应的法律冲突指导原则，类似冲突可依此原则予以解决，这样一来，该类冲突就有了明确的解决思路。此外，还可以借鉴罗马法，在香港法律中添加附注，注明大陆《刑法》对此条内容的不同规定，让越来越多人了解社会主义法，使社会主义法逐渐成为香港法律文化的一部分。

罗马法中的万民法，因其内容简易、灵便而得以在罗马市民之间的民事活动中广泛应用，帮助罗马法从中收获了行省法律对其极高的认可，以至于罗马法后来被地方法所采用。对于我国在私法实践中遇到的法律冲突，同样可以借鉴罗马法。例如，在代理关系中，香港和大陆的法律规定就存在明显冲突，前者对是否披露委托人规定了不同的法律后果，后者并不作此项法律区分，且将没有披露被代理人的情况认定为不构成代理。[67]这就造成了在香港构成代理关系，但在大陆却不被承认的现象，这样一来，难免会给同时涉及两地（香港、大陆）代理关系的法律实践带来一定的消极影响。当然，类似的法律冲突还有很多，归根结底，法系不同是产生众多法律冲突的根本原因。对此，最有效的解决办法是借鉴罗马法，依照主体的不同，制定一部类似于万民法的法律，专门处理特别行政区与大陆之间的民事活动，包括中国公民与外国人之间、外国人和外国人之间的民事法律关系。如此一来，不但可以最大程度上减少法律冲突，为特别行政区和大陆之间的贸易往来带来便利，还能够提升我国法律的国际影响力。

综上，罗马帝国“一国多制”与我国“一国两制”有相似之处，但也存在一定差异。首先，“一国多制”是基于“人定”而确立，“一国两制”则是基于“法定”而确立，这乃是两者之间的本质差异；其次，“一国多制”之下不存在单独的“法域”，而“一国两制”之下存在单独的“法域”。在认清这两者区别的同时，也应认识到罗马帝国“一国多制”所蕴含的巨大价值。罗马帝国“一国多制”时期不仅有“统一而多元”的法律制度，也有应对多种法律制度并行下法律冲突的有效措施，这给“一国多制”在罗马帝国的长久实施提供了法律支撑，并提高了罗马帝国的凝聚力和罗马法的权威性。可以说，罗马帝国“一国多制”为我国“一国两制”提供了法律史上的范例，而学习前者，保持我国法律制度的“统一而多元”，以及制定针对“一国两制”之下法律冲突的法律法规，对我国“一国两制”的稳步实施大有裨益。

[67] 参见魏振瀛、王小能：《中国内地与香港代理法比较研究》，载《中外法学》1998 年第 2 期，第 99-108 页。

论毛泽东的国际法思想*

马忠法　张 灯

[摘　要]毛泽东国际法思想是毛泽东思想的重要组成部分，它以反对霸权主义和强权政治、反帝反殖、坚持人民为本正义战争观、坚持国家主权平等和独立自主、坚持爱国主义与国际主义辩证统一等为鲜明的精神特质。毛泽东坚持平等尊重、和平共处、合作互利，反对非正义使用武力、促进和平解决争端，支持受压迫的民族实现独立与自决，创造性地将“统一战线”思想运用于国际法实践；在此基础上形成了对于条约、政府承认、战争和武装冲突、外交关系和外国人的法律地位、个人刑事责任、国家领土等国际法问题的深刻见解，阐释了和平共处五项原则、“三个世界”、三大方针等指导我国对外交往和国际法实践的系统理论。这些内容与现代国际法内涵高度一致，与国际法发展趋势相吻合，是我们进行国际法治创新应当继承的宝贵财富，对构建人类命运共同体理念下的国际法制度完善将起到重要作用。

[关键词]毛泽东；国际法思想；独立自主；反帝反殖；正义战争

一、引言

法治是人类政治文明的重要成果，是现代社会治理的基本手段。[1]在国际社会中，国家间各种形式的关系同样受到原则、规则和制度的调整。这些原则、规则和制度的总和就是国际法。[2]如何对待和运用国际法是处理对外关系时不可回避的重要问题。作为伟大的无产阶级革命家、思想家、战略家和理论家，毛泽东始终高度关注国际法问题，他的国际法思想构成了其思想十分重要的组成部分。[3]毛泽东国际法思想以反对霸权主义和强权政治、反对帝国主义和殖民主义、坚持人民为本正义战争观、坚持国家主权平等和独立自主、坚持爱国主义与国际主义互为支持与统一的辩证关系为其鲜明的精神特质，是以毛泽东为主要代表的第一代中国共产党人，根据马克思列宁主义的普遍原理，在不同历史时期，在与不同社会制度、不同关系程度的国家进行国际交往的经验中，结合中国革命和建设的具体实践，逐渐形成和发展的有关国际法的一系列基本观点和看法。

毛泽东国际法思想深刻塑造了新民主主义革命及社会主义革命和建设时期中国与国际法的互动关系，不仅指导了中国对于国际法的解释和实施，更影响了很长一段时期内相关国际规则的构建和变革。其引导中国人民在坚持独立自主、自力更生原则的基础上，打败了日本侵略者，排除了帝国主义干涉，实现了与世界各国人民和平共处、平等互助的伟大理想。时至今日，毛泽东国际法思仍对于我国的国际法治创新仍有着深刻的实践意义和理论价值。2020 年以来的新冠肺炎疫情带来的全球公共健康危机，再次凸显出在百年不遇变局下国际

*基金项目：国家社科基金重大项目“构建人类命运共同体国际法治创新研究”（ 18ZDA153）；国家社会科学基金重点项目 “人类命运共同体”国际法理论与实践研究（18AFX025）。
作者：马忠法，复旦大学法学院教授、博士生导师；张灯，复旦大学法学院。

[1] 习近平：《坚持合作创新法治共赢 携手开展全球安全治理》，《人民日报》2017 年 9 月 27 日。
[2] 王铁崖：《国际法》，北京：法律出版社，2005 年，第 1 页。
[3] 胡大牛：《毛泽东与现代国际法》，《西南师范大学学报（人文社会科学版）》2005 年第 1 期。

法治的重大作用。习近平总书记提出构建人类命运共同体理念，对在实践中发挥国际法治积极作用，有着重大的现实意义，而毛泽东国际法思想恰能在这一方面能够提供重要的借鉴和指导。

二、毛泽东不同时期国际法思想的基本内容与体现

在新民主主义革命及社会主义革命和建设的不同时期，毛泽东结合中国人民的革命进程和国际局势的发展变化，坚持平等、对等、尊重、和平共处、合作互利等基本原则，形成了一系列富于指导意义的理论、观点、态度，这构成了毛泽东国际法思想不同时期的基本内容。

（一）毛泽东不同时期国际法思想的基本内容

1. 土地革命战争和抗日战争时期

毛泽东国际法思想形成于土地革命战争和抗日战争时期。该阶段，中国共产党和中国工农红军逐步确立了毛泽东的领导地位，我们党也在战争中逐步走向成熟、壮大。在战争阴霾的笼罩下，国际局势的变动影响着中国的前途和命运。“九一八”事变后，中日民族矛盾上升到主要地位，随着抗日战争的全面爆发，中华民族到了生死存亡的重要关头。与此相应，这一时期的毛泽东国际法思想主要围绕当时的国际局势和抗日战争形势而展开。

对于国际局势，毛泽东认为，各国应贯彻禁止侵略、平等互助的国际法基本原则。对于一战结束后所签订的《关于废弃以战争作为推行国家政策的工具的一般条约》等和平条约，毛泽东将它们看作是一种和平愿望的表示。然而，这些条约对于日本这样的侵略国家而言，“仅只是一种道德制裁力量，要阻止日本向中国作战是不可能的”。[4]故在德、意、日法西斯的侵略意图日益明朗化的背景下，各国应缔结一种“包括以武力对付日本侵略暴行的具体事项”的太平洋集体安全条约，只有这样，才能有效阻止日本等法西斯国家发动侵略战争，或逼迫其迅速结束战争。在这种情况下，如一味执行所谓“不干涉”政策，必将纵容法西斯势力的扩张，“以损人的目的开始，以害己的结果告终”。[5]毛泽东这一论点指出了条约履行的要害：条约的遵守首先需要相关国家的加入或批准，然后依赖各缔约国的自愿实施和执行；如果有关国家不加入某一条约，或加入后不愿遵守条约，则对这些国家而言，条约是无意义的；而且他强调了各国共同行动维护集体安全的重大意义，这一观点与《国际联盟盟约》和后来的《联合国宪章》中规定的集体安全机制相吻合。后来的历史发展证明了毛泽东判断的准确性：国际联盟及英法采取的措施，特别是英国的绥靖政策，并没有阻止二战的爆发，反而给各国民众带来了深重的灾难。

对于抗日战争，毛泽东认为，各国应当努力追求公平、正义这一国际法价值目标的实现。他指出，日本的侵华战争是掠夺性的、非正义的侵略战争，各国应当坚决抵制、不予赞助；而中国人民反击日本侵略者的自卫的、正义的反侵略战争，则与争取中国和世界的永久和平息息相关，我们应当挺身而出，各国也应当积极支援。毛泽东强调，日本不宣而战发动“九一八”事变后，中日两国已经进入了事实上的武装冲突状态，应当坚决对日绝交、驱逐日本

[4] 《毛泽东文集》第 1 卷，北京：人民出版社，1993 年，第 479 页。
[5] 《毛泽东选集》第 2 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 581 页。

官吏、逮捕日本侦探、没收日本在华财产、否认对日债务、废除与日本签订的条约、收回一切日本租界，让日本承担国际法上的后果。[6]同时，武装冲突状态也应当以符合国际法的方式结束，1945 年 8 月 15 日日本天皇发布的《终战诏书》只是口头上的投降，投降事实尚未发生，双方应当根据签订的停战或投降协定停止武装敌对行动。[7]以上观点反映了毛泽东对于战争、战争法的深切理解；同时，主张只有通过停战协定才能确认侵华战争结束的观点，体现出毛泽东对条约法律效力的高度认知。此外，毛泽东与党中央在抗日根据地受到日寇和国民党封锁的情况下，要求实行“自己动手，丰衣足食”、“发展生产，自力更生”的大规模生产运动。[8)]他指出，我们是主张自力更生的。我们希望有外援，但是我们不能依赖它，我们依靠自己的努力，依靠全体军民的创造力。[9]毛泽东的前述思想，为后来新中国应对帝国主义的政治孤立、经济封锁和军事包围提供了经验，同时也构成了我国对外政策中独立自主、自力更生国际法思想的早期源头。

总的来说，土地革命战争和抗日战争时期的毛泽东国际法思想，其内容与当时的国内国际局势紧密相关，体现出追求正义、反对侵略、独立自主、实事求是的特点。这一时期的毛泽东国际法思想，有力回击了反动势力在国际上所释放的各种“烟幕弹”，指导了中国军民反对战争、粉碎日本法西斯侵略的斗争，带领中国人民迎来了中华民族独立解放战争的胜利，鼓舞了全世界受压迫人民争取自由和自主的正义事业。

2. 解放战争时期

解放战争时期，是毛泽东国际法思想的发展时期。在这一阶段，以蒋介石为首的国民党统治集团在美帝国主义等反动势力的支持下悍然发动内战。经过艰苦卓绝的斗争，毛泽东为代表的中国共产党人带领全国人民取得了解放战争的伟大胜利，建立了独立自主的人民政权。[10]解放战争时期的毛泽东国际法思想，与中国人民民主革命的历史进程紧密结合，主要着眼于排除外国干涉、维护领土完整、争取国际支持和惩治战争罪犯等问题。

毛泽东坚决反对外国干涉，认为各国应当严格履行不干涉别国内政外交的国际法义务。他坚信中国的内政，应当由中国人人民自主决定；中国的内争，应当依靠中国人民自己的力量解决。为此，他坚决反对以美帝国主义为靠山的蒋介石统治集团，坚决反对把中国变成美国的附庸。[11]为进一步剥削、压迫中国，美国与蒋介石政府在解放战争时期陆续签订了《中美友好通商航海条约》等卖国条约。[12]这些行为公然违背了不干涉内政原则的国际法基本原则，严重损害了中国的主权和领土完整。对于国民党政权丧权辱国的姿态，以毛泽东为核心的党中央以国际法为依据，进行了深刻的揭露，指出：“这些措施完全违背中国人民的意志，

---

6 《毛泽东选集》第 2 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 354 页。
7 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1142 页。
8 谢益显：《中国外交史（中华人民共和国时期 1949-1979 年）》，郑州：河南人民出版社，1988 年，第 911 页。
9 谢益显：《中国外交史（中华人民共和国时期 1949-1979 年）》，郑州：河南人民出版社，1988 年，第 1016 页。
10 中共中央党史研究室：《中国共产党简史》，北京：中共党史出版社，2001 年，第 76 页。
11 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1132 页。
12 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1225 页。

已经使并继续使中国陷于内战、反动、丧权辱国、殖民地化、混乱与崩溃的危机之中……由国民党政府单独成立的一切对外借款，一切丧权辱国条约及一切其他上述协定、谅解与今后未经政治协商会议通过或未经征得本党和其他参加政治协商会议各党派同意的一切同类外交谈判，本党在现在和将来均不承认，并决不担负任何义务。”[13]前述声明体现了解放战争时期毛泽东国际法思想反对外来干涉、维护国家主权和领土完整的鲜明特点，与《国家权利义务宣言草案》中“各国对任何他国之内政外交，有不加干涉之义务”等规定精神高度契合。[14]

毛泽东坚定维护领土完整，认为国家领土不可侵犯。毛泽东对国家领土的内涵及其神圣性有着深刻的理解，因而，对于解放战争期间，帝国主义对中国领土权、领海权、领空权、内河航行权等的不断掠夺，他严令一切帝国主义武装力量迅速撤离中国，呼吁中国人民驱逐侵略势力，实现中国的独立、民主与和平。对于英国军舰悍然入侵我国内河、打死打伤解放军战士二百余人的暴行，他代表中国人民坚定声明，长江是中国的内河，英国军舰无权驶入，中国的领土主权，绝对不允许外国政府来侵犯。[15]毛泽东维护我国领土主权的坚决态度，是维护国家领土完整的国际法原则的深刻体现，显示了中国人民保家卫国的坚定决心，鼓舞着一代又一代中华儿女。

毛泽东创造性地将革命“三个法宝”之一的“统一战线”思想运用到对外交往和国际法实践的过程中，将之作为争取国际团结与互助，谋求国际和平、安全与正义重要指南。毛泽东指出，中国共产党的任务，在于“驱逐美国帝国主义的侵略势力，打倒国民党的反动统治，建立统一的民主的人民共和国”。为此，在国际层面，亦必须团结一切可以团结的力量，积极争取各友好国家和人民在坚持平等互利原则的基础上对于中国革命和中国人民的支持。他强调，中国人民所反对的只是帝国主义制度及其反对中国人民的阴谋计划，因而，全世界一切反对帝国主义的国家和人民都是朋友。[16]基于此，毛泽东坚信，独立自主的革命事业并不意味着孤立，中国人民不仅有着全世界的共产党和工人阶级的援助，同时也有着世界上一切爱好和平与民主的人民的支持：例如，广大的美国人民便是能够理解中国人民争取独立和解放的斗争的；美国帝国主义对华的直接武装干涉，美国人们是反对的；这与外强中干的美国帝国主义国内统治集团形成了鲜明的对比。[17]因而，他得出了这样的判断：中国革命的前途是光明的，有着全世界民主力量的坚定支持，中国人民就一定能够推翻一切反动派的统治，争取人类永久和平的胜利。[18]事实也证明，伴随着世界人民民主力量的不断壮大，中国人民反对美国帝国主义侵略和国民党反动政府的艰苦斗争取得了巨大的胜利，这昭示着美帝国主义扶蒋反共反动政策的彻底失败，也鼓舞了世界人民反对自己敌人的伟大斗争。[19]

---

[13] 吴东之：《中国外交史（中华民国时期 1911-1949 年）》，郑州：河南人民出版社，1990 年，第 694-696 页。
[14] 联合国大会决议：《国家权利义务宣言草案》，A/RES/375(IV)，第 63 页。
[15] 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1460 页。
[16] 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1465-1466 页。
[17] 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1193 页。
[18] 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1356-1359 页。
[19] 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1491 页。

毛泽东主张惩治战争罪犯，认为应当对发动、组织战争和有严重违反国际人道主义法行为的罪犯，施以严厉的惩罚、追究其个人的刑事责任，不能有任何偏袒。对于国民党为一己私利擅自将策划并发动侵华战争、屠杀无数中国人民的战犯冈村宁次宣判无罪的行为，毛泽东坚决反对。对此，他向国民党反动政府提出严重警告，要求其必须立即将冈村宁次重新逮捕监禁，严厉惩办。[20]毛泽东坚定的语句道出了饱受战争之苦的亿万中国人民的心声，他要求坚决惩处战争罪犯的态度，与现代国际刑法追究个人刑事责任及“官方身份不免责”等原则相契合，体现了惩治战争罪行以维护世界和平的理念。

总结而言，解放战争时期的毛泽东国际法思想紧贴革命战争形势，蕴含着很多当代重要国际法思想的萌芽，这与同一时期以蒋介石为首的国民党统治集团为打内战而无视国际法的态度形成了鲜明的对比。这一时期毛泽东国际法思想，为中国人民的革命事业争取了国际道义的制高点，为我们党领导的解放战争赢得了国际同情和支持，为中国人民民主革命的最终胜利做出了重要贡献。

3. 社会主义革命和建设时期

社会主义革命和建设时期，是毛泽东国际法思想的成熟时期。在这一阶段，以毛泽东为核心的第一代党中央领导集体，带领中国人民取得了新民主主义革命的辉煌胜利，并确立了社会主义基本制度，开始进行社会主义建设道路的积极探索。[21]这期间，国际局势也发生了深刻而复杂的变化。对此，毛泽东审时度势，积极开展与世界各友好国家的交往合作，对外关系取得了突破性进展。这一阶段的毛泽东国际法思想，着眼于新中国的国际地位、祖国统一和对外交往合作等问题，为维护我国国家主权、安全和发展利益，恢复我国同世界各国的交流和联系奠定了基础，并形成了以和平共处五项原则为代表的诸多重要国际法论述。

争取人民政权的正当国际法地位、维护人民政权的合法性，是新中国成立后面临的重要问题。对此，毛泽东认为，在别国对人民政权的承认问题上，应坚持政府成立“宣告说”的立场。当时，新中国政权已经在全国绝大部分地区建立起有效的统治，故其早已在事实上成为代表中国人民行使主权权力的唯一合法政府。因而，其他国家尤其是西方帝国主义国家是否承认人民政权，并不影响人民政权的这一地位。[22]所以，对于人民政权的承认问题，毛泽东主张“不必急于去解决”。[23]坚持“宣告说”，是毛泽东和党中央依据当时形势作出的实事求是的论断，有利于防止某些国家以承认为筹码向新中国施压，有助于维护新中国的独立自主及和平外交活动。而且，这一立场也大大鼓舞了世界上受压迫民族的独立和解放斗争，并在日后成为政府承认问题上的国际法主流观点。

毛泽东在台湾问题上的原则立场，体现了他对于国际法上“内政”标准问题的独到见解。毛泽东认为，台湾问题属于中国内政，完成祖国统一是中国人民的神圣任务，应当争取通过中国内部两方之间的和平谈判予以解决。他强调，美国企图插手孤立和托管台湾，搞 “两个

[20] 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1394 页。
[21] 魏喜龙：《关于中共党史历史阶段划分的思考》，《学习论坛》1996 年第 3 期。
[22] 朱文奇：《现代国际法》，北京：商务印书馆，2013 年，第 132 页。
[23] 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1434 页。

中国”，中国人民是绝对不容许的。[24]联合国大会 1965 年通过的《关于各国内政不容干涉及其独立与主权之保护宣言》中指出，任何国家，不论为任何理由，均无权直接或间接干涉其他国家之内政、外交，故武装干涉及其他任何方式之干预或对于一国人格及其政治、经济及文化事宜之威胁企图，均在谴责之列。[25]但美国却颠倒黑白，反过来经由联合国指责中国为“侵略者”。对此，毛泽东指出，中国反对大国主义，遵守五项原则，根本不会侵犯别人一寸土、一根草。[26]而美国却在中国周围布满了军事基地，而且侵占了中国的台湾，究竟谁是侵略者、好战分子，一目了然。[27]对于台湾问题，毛泽东从国内、国际两个层面划定了“内政”的界限，使美国在这一问题上的越界行为得以大白于天下，有力回击了其对中国的无端指责。当前，我国制定和实施《香港特别行政区维护国家安全法》，是我国行使主权权力的应有之义，完全属于中国内政。对此，美国国会却通过所谓“香港自治法案”，恶意诋毁香港国家安全立法，威胁对中方实施制裁。我国坚决反对美方这种粗暴干涉中国内政行为的鲜明态度，正是对毛泽东有关“内政”标准独到见解的传承和延续。

和平共处五项原则，以互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处为内容，其成为国际关系基本准则和国际法基本原则，与毛泽东的大力倡导是分不开的。[28]毛泽东指出，思想和社会制度的不同并不妨害相互的尊重和友谊，只要大家愿意，完全可以和平共处。[29]而国家不论大小，相互之间也都应该是平等的、民主的、友好的和互助互利的关系。[30]由于时代背景，毛泽东特别强调了不干涉内政原则的重要性。他认为，为了反对侵略，与别国并肩作战，向别国派遣教授和专家，提出善意的批评和意见，都不是干涉内政。但是，在别国的建立军事基地、建立宗教机关进行间谍活动，附带军事和政治条件的援助和贷款，介入民族之间或党派之间的斗争，则侵害了一国的民族利益，应当认定为干涉内政的行为。[31]经过毛泽东等老一辈领导人的不懈努力，和平共处五项原则不仅得到了亚非各国的热烈响应，其精神也得到了苏联和英美的认同。[32]在大力倡导和平共处五项原则的同时，毛泽东也在带领中国人民积极践行这一准则。例如，在同尼泊尔首相柯伊拉腊商讨边界争议问题时，毛泽东坚持平等协商的原则，并提出了订立边界协定、设立联合委员会等建设性意见，[33]最终，经过和平谈判，中国同尼泊尔于 1963 年签订了《关于两国边界的议定书》。[34]在和平共处五项原则的指导下，毛泽东带领中国人民巩固和加强了与世界各国人民的和平友好关系，恢复了在联合国的一切合法权利，实现了与一些大国外交关系的正常化，并为 1979 年中美关系正常化创造了极其有利的条件。

---

[24] 《毛泽东文集》第 7 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 427 页。
[25] 联合国大会决议，A/RES/2131(XX)，第 14-15 页。
[26] 《毛泽东文集》第 7 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 119 页。
[27] 《毛泽东文集》第 8 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 377 页。
[28] 习近平：《弘扬和平共处五项原则 建设合作共赢美好世界》，《人民日报》2014 年 6 月 29 日。
[29] 《毛泽东文集》第 8 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 338 页。
[30] 《毛泽东文集》第 8 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 409 页。
[31] 《毛泽东文集》第 6 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 374 页。
[32] 《毛泽东文集》第 8 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 332 页。
[33] 《毛泽东文集》第 8 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 155 页。
[34] 梁淑英：《国际法》，北京：中国政法大学出版社，2010 年，第 179 页。

综上所述，社会主义革命和建设时期的毛泽东国际法思想，以维护国家主权和领土完整为根本立足点，以发展与世界上绝大多数国家和平共处、平等互利的友好关系为主要目标，对内政、和平、正义等国际法上的基本概念、价值有着深入的阐释。这一时期的毛泽东国际法思想，对内有助于巩固新生人民政权、保障社会主义革命和建设的顺利进行，对外有助于广交朋友，突破帝国主义阵营的封锁和孤立，其最为突出的贡献是总结和发展了和平共处五项原则；这一时期的毛泽东国际法思想，更为我国日后更好融入世界、参与国际规则的制定打下了坚实的基础，将对平时国际法的发展继续发挥重要的指导作用。

（二）毛泽东国际法思想的国内和国际体现

毛泽东国际法思想不仅具有很强的系统性和理论性，同时也有着深刻的现实意义：其精神不仅体现在我国有关对外交往和国际法实践的国内文件之中，同时更对我国参与制定的一些国际法律文件产生了重要的影响。

1. 毛泽东国际法思想的国内体现

土地革命战争和抗日战争时期的毛泽东国际法思想，集中体现在中共中央在 1937 年洛川会议上通过的《中国共产党抗日救国十大纲领》之中。《十大纲领》集中概括了中国共产党“动员一切力量争取抗战胜利”的全面抗战路线，要求务要“驱逐日本帝国主义出中国”，重申了毛泽东“对日绝交，驱逐日本官吏，逮捕日本侦探，没收日本帝国主义在华财产，否认日本外债，废除日本条约”的国际法主张，并强调可以“在不丧失领土主权的范围内，与一切反对日本侵略主义的国家订立反侵略的同盟，及抗日的军事互助协定”。[35]《十大纲领》基于对国际局势和规则的全面把握，提出了反对日本侵略，争取国际支持，坚定维护中国的主权权益的国际法立场，彰显了这一时期毛泽东国际法思想对于公平、正义的国际法价值目标的追求，以及反对侵略、独立自主、实事求是的鲜明特色。

解放战争时期的毛泽东国际法思想，较为全面地体现在了 1949 年中国人民政治协商会议第一届全体会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》之中。《共同纲领》在第五十四条规定了新中国“保障本国独立、自由和领土主权的完整，拥护国际的持久和平和各国人民间的友好合作，反对帝国主义的侵略政策和战争政策”的对外方针，并在第五十六条中申明，外国政府同新中国建交的前提都应当是“平等、互利及互相尊重领土主权”。[36]这明白无疑地表明了中国人民维护自身主权和自决权利的坚定态度，以及反对任何外来干涉的决心，鲜明体现了这一时期毛泽东国际法思想排除外国干涉、维护领土完整、争取国际支持的核心关切。

社会主义革命和建设时期的毛泽东国际法思想，1961 年通过的《中国共产党第八届中央委员会第九次全体会议关于各国共产党和工人党代表会议的决议》可为一鲜明例证。《决议》旗帜鲜明地支持各国人民维护对本国内政的决定权：“革命是各国人民自己的事情。共

[35] 中央档案馆：《中共中央文件选集 第十一册（1936-1938 年）》，北京：中共中央党校出版社，1991 年，第 327-331 页。
[36] 中央档案馆：《中共中央文件选集 第十八册（1949 年 1 月-9 月）》，北京：中共中央党校出版社，1992 年，第 595-596 页。

产党人……反对帝国主义对于奋起革命的各国人民内部事务的任何干涉。”《决议》同时提到，中国同缅甸等国签订了友好和互不侵犯条约或和平友好条约，同尼泊尔等国签订了两国边界条约或协定，同印度尼西亚就华侨双重国籍问题条约的实施办法达成了协议，都“证明了和平共处五项原则的无限生命力，对于维护世界和平的事业作出了重大贡献”。[37]《决议》蕴含着这一时期毛泽东国际法思想维护国家主权、安全和发展利益，恢复我国同世界各国交流和联系的鲜明主旨，突出了和平共处五项原则对于发展国际和平、平等友好关系的重要意义，并从侧面证明了当时的新中国已经取得的国际地位和影响力，及其对于促进世界人民争取和平、解放、民主和社会主义事业的重要作用。

2. 毛泽东国际法思想的国际体现

在领导中国革命和国内建设的同时，毛泽东也积极带领中国人民进行对外交往和国际法实践，毛泽东国际法思想由此直接或间接地影响了包括联合国文件在内的一些重要国际法律文件的制定，进而为相关的国际法规则打上了深刻的中国烙印。

毛泽东国际法思想，对于联合国体系曾产生过深远的影响。毛泽东所主张的禁止侵略、平等互助等国际法的基本原则，及所追求的公平、正义等国际法的价值目标，与《联合国宪章》的精神高度相符，因此，毛泽东也曾多次表达对于《联合国宪章》宗旨和原则的坚定支持。他庄严宣布：“中国共产党对于保障战后国际和平安全的机构之建立，完全同意敦巴顿橡树林会议所作的建议和克里米亚会议对这个问题所作的决定。中国共产党欢迎旧金山联合国代表大会。”[38]同时，根据毛泽东主持召开的中共六届七中全会的决定，并经中国共产党方面的据理力争，[39]董必武最终以中国共产党代表的身份加入中国代表团，并代表中国人民在《联合国宪章》上签字。[40]在新中国被非法排斥在联合国之外的数十年时间里，毛泽东一直带领中国人民，为恢复新中国在联合国的一切合法权利而不懈努力，并终于在 1971 年取得了历史性的成功。[41]几年之后的 1974 年，中国即派邓小平率团出席联合国大会第六届特别会议。邓小平在发言中详细阐述了毛泽东国际法思想中有关“三个世界”的理论与和平共处五项原则等内容，他提到：“从国际关系的变化看，现在的世界实际上存在着互相联系又互相矛盾着的三个方面、三个世界……国家之间的政治和经济关系都应当建立在互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处五项原则的基础上。”[42]经过中国代表团的不懈努力，毛泽东国际法思想中许多重要主张，与中国等发展中国家共同的利益和意志一道，被载入了《建立新的国际经济秩序宣言》和《建立新的国际经济秩序的行动纲领》等国际法律文件之中。[43]毛泽东对于国际法、联合国的重要影响，为世界人民所深深

[37] 中央档案馆等：《中共中央文件选集》第三十六册（1961 年 1 月-4 月），北京：人民出版社，2013 年，第 53-58 页

[38] 《毛泽东选集》第 3 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1085 页。

[39] 参见中央档案馆：《中共中央文件选集》第十五册（1945 年），北京：中共中央党校出版社，1991 年，第 57-58 页。

[40] 《董必武年谱》，北京：中央文献出版社，1991 年，第 223-228 页。

[41] 参见联合国安全理事会：《第 1599 次会议正式纪录》，S/PV.1599，第 1-10 页。

[42] 联合国大会第六届特别会议：《第 2209 次全体会议临时逐字记录》，A/PV.2209，第 35-42 页。

[43] 联合国大会：《大会第六届特别会议通过的决议》，A/9559，第 4-27 页。

铭记。正如会议主席在联合国安理会悼念毛泽东逝世的第 1955 次会议上所总结的那样："他的勇气和决心、远见和不懈的精神使中国恢复了统一……他在领导中国沿着前所未有的路程朝向伟大的目标前进时，不但塑造了中国的命运，也改变了世界历史的进程。我们每个人都知道毛主席的历史性作用使联合国有了变化。"[44]

毛泽东国际法思想，也曾集中体现在新中国成立初期所参与制定的两大多边国际法律文件——《日内瓦会议最后宣言》和《亚非会议最后公报》——之中：在《日内瓦会议最后宣言》中，与会各国一致申明，尊重越、老、柬三国的"独立、主权、统一和领土完整，并对其内政不予任何干涉"，这与毛泽东国际法思想所强调的不干涉别国内政，也不允许别国干涉内政的精神是一脉相承的；[45]在《亚非会议最后公报》中，与会各国一致强调了"在互利和互相尊重国家主权的基础上"实行经济、社会和文化合作的重要性，并提出了各国发展友好合作所应当秉持的十项原则，[46]这非常鲜明和全面地体现了和平共处五项原则的精神内涵。前述两大国际法律文件，分别是关于恢复印度支那和平问题的日内瓦会议和万隆会议的成果。新中国成功参与两次会议，彰显了新中国巨大的国际影响力和不可剥夺的国际法律地位；[47]新中国在会上发挥重要作用、提出重要主张，更显示了毛泽东国际法思想的强大生命力及对于国际法发展的重要贡献。

毛泽东国际法思想，还曾体现在 1972 年发表的《中华人民共和国和美利坚合众国联合公报》和《中华人民共和国政府和日本国政府联合声明》等双边国际法律文件之中。根据毛泽东的指示，中方在中美《上海公报》中以不妥协的言词声明了自身立场："国家不分大小，应该一律平等……中国决不做超级大国，并且反对任何霸权主义和强权政治……坚决支持一切被压迫人民和被压迫民族争取自由、解放的斗争；各国人民有权按照自己的意愿，选择本国的社会制度，有权维护本国独立、主权和领土完整，反对外来侵略、干涉、控制和颠覆"；"中华人民共和国政府是中国的唯一合法政府；台湾是中国的一个省，早已归还祖国；解放台湾是中国内政，别国无权干涉。"与此同时，中美双方在《上海公报》中也达成了很多积极的共识，例如："双方同意，各国不论社会制度如何，都应根据尊重各国主权和领土完整、不侵犯别国、不干涉别国内政、平等互利、和平共处的原则来处理国与国之间的关系。"[48]这些条文完整地阐释了毛泽东国际法思想的鲜明主张，为中美关系日后的发展奠定了基调。同时，《中日联合声明》也载明："中华人民共和国政府和日本国政府同意在互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处各项原则的基础上，建立两国间持久的和平友好关系"；"两国任何一方都不应在亚洲和太平洋地区谋求霸权，每一方都反对任何其他国家或集团建立这种霸权的努力。"[49]前述内容不仅重申了毛泽东国际法思想的重要理论、观点和态度，同时也再一次体现了毛泽东国际法思想对于我国乃至世界人民对外交往

---

44 联合国安全理事会：《第 1955 次会议临时逐字记录》，S/PV.1955，第 2 页。
45 日内瓦会议通过：《日内瓦会议最后宣言》，第 7、11、12 条。
46 参见《亚非会议最后公报》第七部分。
47 计秋枫：《中国外交历程（1949-1989）》，南京：南京大学出版社，2018 年，第 51-62 页。
48 《联合公报》，《解放日报》1972 年 2 月 28 日。
49 《中华人民共和国政府和日本国政府联合声明》，《人民日报》1972 年 9 月 30 日。

和国际法实践的重要影响。

三、毛泽东国际法思想的鲜明特质

纵观毛泽东国际法思想的发展历程，反对霸权主义和强权政治、反对帝国主义和殖民主义、坚持人民为本正义战争观、坚持国家主权平等和独立自主、坚持爱国主义与国际主义互为支持与统一的辩证关系的思想贯穿始终，共同构成了毛泽东国际法思想的鲜明特质。也正基于此，使得毛泽东国际法思想得以焕发出强大的生命力和战斗力，指引中国人民对内清除帝国主义残余、对外排除霸权主义干涉，坚决抵抗侵略、废除不平等条约，最终实现独立和解放的伟大目标。

（一）反对霸权主义和强权政治

一直以来，国际上的反动势力妄图变中国为其殖民地、附属国的野心从未停止。因而，对于中国人民的独立和解放事业，其始终抱持着敌视的态度；对于人民民主专政的新中国，其也执意推行孤立和威胁的政策。对于这种霸权主义和强权政治的行径，毛泽东以彻底否定的态度，进行了坚决的斗争，体现出中华民族不屈不挠的坚强意志。毛泽东国际法思想中这种反对霸权主义和强权政治的鲜明特质，集中体现在毛泽东提出的“另起炉灶”、“打扫干净屋子再请客”、“一边倒”三大方针和“三个世界”重要论述之中。

“另起炉灶”、“打扫干净屋子再请客”、“一边倒”三大方针，是毛泽东在新中国成立之际，为摆脱旧中国“跪着办外交”的屈辱传统而提出的，具有鲜明的反对霸权主义和强权政治的色彩。[50]“另起炉灶”的方针着眼于对外关系，体现了独立自主、恶债不偿的政府继承准则。毛泽东坚持不承认国民党时代任何外国外交机关和外交人员的合法地位，主张要在平等、互利、互相尊重主权和领土完整的基础上与各国另行建立新的外交关系。[51]“打扫干净屋子再请客”的方针，主要针对的是国际反动势力的在华特权和残余势力。毛泽东强调，要有步骤地彻底摧毁帝国主义在中国政治、经济、文化等方面控制权。在此基础上，他表示，人民政权愿意按照平等原则同一切国家建立外交关系、实行友好合作。[52]“一边倒”的方针因应美苏两极的世界格局，是为争取新中国国际空间、维护中国人民利益而做出的正确抉择，给以美国为首的国际反动势力和某些投机分子以当头棒喝。在“一边倒”方针的指导下，新中国与以苏联为代表的社会主义国家、人民民主国家积极团结协作，在平等互利的基础上签订了大量国际条约，有力保障了新中国国内建设和社会主义改造的进行。前述三大方针，充分体现了维护新中国主权和领土完整、维护中国人民尊严和民族利益的坚决态度，其在我国对外交往和国际法实践中的有效贯彻，使国际反动势力试图通过旧有外交关系和在华残余势力继续侵略中国、干涉中国内政、进而推行霸权主义和强权政治的幻想彻底落空。

与此同时，毛泽东也在带领中国人民主动出击，为实现世界被压迫民族的解放和人类进步事业而不懈努力。在这一过程中，毛泽东有关“三个世界”的重要论述进一步系统化、完善

[50] 唐洲雁：《毛泽东与新中国外交方针的确立》，《毛泽东研究》2010 年第 0 期。
[51] 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1434 页。
[52] 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1466 页。

化，成为指导中国和世界人民反对霸权主义和强权政治的有力思想武器。他提出，世界上存在两个“中间地带”，一个是亚洲、非洲和拉丁美洲，一个是欧洲、日本、加拿大和大洋洲，这两部分都反对美国的控制。[53]在此基础上，毛泽东将“中间地带”的理论进一步系统化为“三个世界”的论述：美国、苏联是第一世界；中间派，日本、欧洲、澳大利亚、加拿大，是第二世界；亚洲、非洲、拉丁美洲，除了日本外，都是第三世界。第三世界应当团结起来。[54]毛泽东有关“三个世界”的理论，深刻剖析了当时的国际局势，有助于调动世界上一切的积极因素，共同投入反对霸权主义和强权政治的斗争之中。

毛泽东有关“三个世界”的理论与三大方针一道，深刻鼓舞了世界人民反对美苏冷战下的霸权主义和强权政治的伟大斗争，对于维护二战后的国际和平、安全及正义具有极为重要的意义。与此同时，以毛泽东为代表的中国共产党人在对外交往和国际法实践的过程中，也积极落实反对霸权主义和强权政治的鲜明态度。不结盟运动一向坚持“各国人民为实现和维护其主权而推行建设性和独立政策的权利时，不应受到恫吓、干涉或干预”的主张，这与毛泽东国际法思想反对霸权主义和强权政治的鲜明特质高度一致。[55]因而，在毛泽东的带领下，中国人民始终坚定支持不结盟运动。自 1961 年起，每一次不结盟国家和政府首脑会议召开时，中国政府都会去电表示祝贺。[56]同时，不结盟运动也一直坚定支持中国人民维护正当国际法权益的斗争，将争取“联合国大会恢复中华人民共和国的权利，承认中华人民共和国政府的代表是中国在联合国的唯一合法代表”作为其主张之一。[57]可见，毛泽东国际法思想中反对霸权主义和强权政治的鲜明特质已经深深融入了 20 世纪世界人民反对压迫、争取独立的伟大斗争之中，并由此深刻塑造了这一时期民族独立和解放的潮流之下，国际法进一步平等化、民主化的发展趋势。[58]

（二）反对帝国主义和殖民主义

帝国主义和殖民主义是包括中华民族在内的全世界受压迫民族的共同敌人。对于殖民地、半殖民地国家人民争取独立和解放的正义斗争，帝国主义和殖民主义势力极力阻挠，甚至不惜为此而发动战争，给世界人民带来了深重的灾难。对此，毛泽东带领中国人民进行了艰苦卓绝的斗争，取得了有目共睹的伟大胜利；他还积极支援世界上受到帝国主义和殖民主义压迫的各国人民争取自由、民主、平等权利的正义斗争，为全人类的解放和进步事业做出了卓越的贡献。毛泽东国际法思想中这种反对帝国主义和殖民主义的鲜明特质，突出体现在他对民族解放和平等问题的深入思考之中。

毛泽东心系世界被压迫民族的独立和解放事业，积极维护和促进各国人民基本人权的实现。《关于准许殖民地国家及民族独立之宣言》载明，所有民族均有自决权，且凭此权利自

---

53 《毛泽东文集》第 8 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 343 页。
54 《毛泽东文集》第 8 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 441 页。
55 参见《1961 年不结盟国家贝尔格莱德宣言》第 8 页。
56 谢益显：《中国外交史（中华人民共和国时期 1949-1979 年）》，郑州：河南人民出版社，1988 年，第 307-308 页。
57 参见《1964 年不结盟国家开罗宣言》，第 28 页。
58 王铁崖：《国际法》，北京：法律出版社，2005 年，第 39 页。

由决定其政治地位，自由从事其经济、社会及文化发展。[59]但是，二战后国际反动势力为了争霸世界、攫取利益，仍意图维持其帝国主义、殖民主义的反动政策。对此，毛泽东指出，一切受压迫的民族都要独立，受帝国主义压迫的各国人民有权利起来反对压迫者。[60]他强调，必须积极支持亚、非、拉的民族独立解放运动，以及世界上一切国家的和平运动和正义斗争。[61]他坚信，帝国主义制度终将灭亡，世界人民反对帝国主义斗争的胜利结局，是不以帝国主义和各国反动派的主观愿望为转移的历史发展的客观规律。[62]同时，毛泽东坚持以马克思主义的观点全面地理解自由、民主、平等等人权的基本价值，为世界人民反对帝国主义和殖民主义压迫的民族解放斗争，描绘了一幅辩证、深刻而又慷慨、有力的“权利的宣言书”。他指出，自由、民主都是具体的、相对的，在人民内部，民主是对集中而言，自由是对纪律而言，不应当片面地强调某一个侧面而否定另一个侧面。[63]毛泽东在实际行动中也毅然践行这种思想，团结第三世界的国家和人民，同美帝、苏修进行不屈不挠的斗争，为维护世界的和平与正义做出了巨大的贡献。

毛泽东主张人人平等，坚决反对种族歧视。他曾公开声明，坚决支持美国黑人争取自由和平等权利的斗争，并呼吁全世界开明人士联合起来，共同反对种族歧视。[64]2020 年 5 月 25 日美国明尼阿波利斯市白人警察德雷克·肖文对非裔美国人乔治·弗洛伊德过度执法最终导致后者死亡的事件，引起美国多地民众的抗议，同时在国际社会也引发了强烈谴责。种族歧视和警察过度执法是美国长期以来根深蒂固的问题：它是一种影响比新冠疫情还要持久的一种特殊的“大流行”。毛泽东对“平等”这一人权基本价值的深刻理解和积极倡导，不仅在当时的历史条件下有力推动了世界人民反对帝国主义和殖民主义压迫的斗争，同时也为当代国际人权事业的深入发展提供了宝贵的思想源泉。

（三）坚持人民为本的正义战争观

毛泽东倡导和平共处、促进以和平方式解决国际争端，但并非不加区分地反对一切形式的战争，而是主张以辩证的态度，依照战争的性质和目的做出具体的判断。他曾指出，历史上的战争分为两类，一类是正义的，一类是非正义的。一切进步的、反映人民意志的战争都是正义的，一切阻碍进步的、违反人民意志的战争都是非正义的。[65]毛泽东坚持正义战争观，并非倡导使用武力或以武力相威胁作为解决国际争端的方法，相反，毛泽东曾一再表示：“中国要和平。凡是讲和平的，我们就赞成。我们不赞成战争。”[66]但是，由于毛泽东所处的时代，恰是殖民主义、法西斯主义和帝国主义势力在全球加紧侵略、扩张的时代，面对民族的危亡，中国人民和世界上所有的自由人民必须也只能进行坚决的斗争。毛泽东的正义战争观，具有“以战止战”的深刻意涵，与《联合国宪章》明确规定的出于自卫和集体安全而允许使用

[59] 联合国大会决议，A/RES/1514(XV)，第 73-74 页。
[60] 《毛泽东文集》第 7 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 71 页。
[61] 《毛泽东文集》第 7 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 114 页。
[62] 《毛泽东文集》第 8 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 195 页。
[63] 《毛泽东文集》第 7 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 204 页。
[64] 《毛泽东文集》第 8 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 328 页。
[65] 《毛泽东选集》第 2 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 475 页。
[66] 《毛泽东文集》第 8 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 376 页。

武力的情形内在一致，因而也是符合国际法禁止使用武力的原则和趋势的。[67]

在毛泽东看来，正义战争，如反抗帝国主义而进行的自卫、反抗和寻求自身解放的战争，应该得到支持和肯定，我们也应当积极地参加；非正义战争，如第一次世界大战、日本侵华战争、二战欧洲战场德意与英法之间的战争等都是国际反动势力为了侵略、压迫和剥削他国人民而发动的，违反了人类的公理和正义等一般的基本法律原则，我们应当坚决反对：在非正义的战争未爆发前，我们应极力阻止其爆发；如果爆发后，只要有可能，就要用战争反对战争，用正义的战争反击非正义的战争。[68]上世纪 50 年代，以美国为首的所谓“联合国军”发动侵朝战争，武装干涉朝鲜内部事务、威胁新中国安全。对此，以毛泽东为核心的党中央领导集体毅然决定实行自卫，组成中国人民志愿军抗美援朝、保家卫国，经过顽强的斗争，取得了伟大的辉煌的胜利。[69]抗美援朝的重大胜利，为新生的中华人民共和国的生存、稳定和发展奠定了坚实的国际基础，让一向以“常胜”自居的美帝国主义为侵犯他国主权付出了惨痛的代价。1969 年 3 月，苏联悍然侵入我国珍宝岛地区，制造了极为严重的流血事件。对此，毛泽东坚持毫不留情地予以回击，指出：“如果苏联打到我们岸上，我们就打到他的岸上。”[70]珍宝岛自卫反击战的胜利，保卫了国家领土，维护了民族尊严，是毛泽东为维护我国主权，敢于以正义战争回击世界上任何反动势力的挑衅和侵略的又一鲜明例证。

与以往有关正义战争的主张不同，毛泽东的正义战争观同时也是人民战争观，其根本立足点在于人民。他开创性地将人民群众看作与军队一样的战争主体，[71]坚信“兵民是胜利之本”。[72]在谈到中国抗日战争的两条路线时，毛泽东认为：或者是人民的、全面的战争，这样就会胜利；或者是压迫人民的、片面的战争，这样就会失败。[73]他提出，“动员了全国的老百姓，就造成了陷敌于灭顶之灾的汪洋大海，造成了弥补武器等等缺陷的补救条件，造成了克服一切战争困难的前提。”[74]这些话语在“敌强我弱”的时刻，拨开了人们心中的迷雾，大大坚定了全国人民夺取抗战胜利的信心。在国内抗日战争胜利在望之际，毛泽东在党的七大会议上系统提出了“人民战争”思想：只有动员起一切积极的、可以利用的力量并取得人民的真心拥护的战争，才是真正的人民战争；只有这种人民战争，才能战胜民族敌人。[75]其后，在国民党反动派积极准备发动全面内战的关键时刻，毛泽东针对一些人对形势的悲观估计和不敢反击的懦弱倾向，提出了“一切反动派都是纸老虎”的著名论断：他认为，反动派的样子是可怕的，但实际上并没有什么了不起的力量；从长远的观点看问题，真正强大的力量不是属于反动派，而是属于人民。[76]毛泽东以人民为本的正义战争观，有力地鼓舞了世界人民反

---

67 《联合国宪章》第 51 条。
68 《毛泽东选集》第 2 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 476 页。
69 《毛泽东文集》第 6 卷，北京：人民出版社，1999 年，第 245 页。
70 中共中央文献研究室：《毛泽东年谱：1949—1976》第 6 卷，北京：中央文献出版社，2013 年，第 232 页。
71 曹前发：《毛泽东的独创：“兵民是胜利之本”》，《湘潮》2017 年第 5 期。
72 《毛泽东选集》第 2 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 509 页。
73 《毛泽东选集》第 2 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 343 页。
74 《毛泽东选集》第 2 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 511 页。
75 《毛泽东选集》第 3 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1041 页。
76 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1191 页。

对帝国主义和殖民主义的斗争。在今天，美国等国不及时应对新型疫情这一全人类共同敌人，反而欲转嫁其责任于中国政府和人民，对此，以习近平为核心的党中央领导中国人民，进行了有力的回击：我们有信心、有能力打好这场疫情防控的战争，保护本国人民安全，为世界做出贡献。这也正是毛泽东国际法思想中前述鲜明特质的延续和发展。

毛泽东国际法思想中人民为本的正义战争观，深深根植于人民才是国际公义的最终裁判者和历史发展的根本推动者的思想。国际法与其他部门法一样，也需要回答为了谁、依靠谁、根本推动力在谁等重大问题。作为对于这些问题的回答，毛泽东开创性地将群众路线运用到国际法问题之中，他曾旗帜鲜明地指出：人民，只有人民，才是创造世界历史的动力。[77]他将人民群众视作我国对外交往和国际法实践的力量之源，强调要广泛地动员、联合各国人民，推动国际社会向更加公平的方向改变。也正是基于此，毛泽东形成了他对国际形势和发展的基本判断：世界将走向进步，决不是走向反动。他坚信，世界人民的民主力量超过世界反动力量，并且正在向前发展，必须和必能克服战争危险。[78]毛泽东的前述判断，对我们今天处理国际法问题也有着积极的指导意义。习近平总书记在中国特色社会主义进入新时代的背景下提出的“以人民为中心”的思想，是对毛泽东人民观的承继和发展，二者的融合必将对践行构建人类命运共同体理念的国际法的发展产生巨大的推动力量。

（四）坚持国家主权平等、独立自主的思想

独立自主、自力更生方针是毛泽东外交思想的核心和基石，维护了作为国际法基本原则的国家主权平等。[79]毛泽东曾说过，我们的方针要放在自己力量的基点上，叫做自力更生。[80]他强调，中国实际上的真正的平等地位，主要地应靠中国人民自己努力争取。[81]这一观点，构成了毛泽东国际法思想独立自主的基本方面，同时与国家主权平等的思想相结合，上升为贯穿毛泽东国际法思想始终的一大鲜明特质。

无论是民主革命时期还是在社会主义艰难探索阶段，毛泽东始终都把国家和民族独立看作是头等大事。毛泽东的这种国家主权意识源于少年时期所读的《论中国有被列强瓜分之危险》，他曾谈到：“我甚至现在还能记得这小册子的开头第一句：‘呜呼，中国将亡矣！’……我读了以后，对国家的前途感到沮丧，开始意识到，国家兴亡匹夫有责。”[82]新民主主义革命取得胜利后，毛泽东在开国大典上“中国人民从此站起来了”的庄严宣告，将中华民族一百多年来的屈辱历史扔进了垃圾堆，中国将从此获得独立、平等的国际法地位。社会主义革命和建设时期，面对苏联推行的大国沙文主义政策，毛泽东采取了坚决抵制的态度：他不顾苏联方面的压力，坚持探索中国自己的社会主义建设道路；当赫鲁晓夫直接向中国提出侵犯中国主权、控制中国命运的要求时，毛泽东作出了毫不妥协的答复；面对勃列日涅夫的社会帝

---

77 《毛泽东选集》第 3 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1031 页。
78 《毛泽东选集》第 4 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1184 页。
79 察凤娥：《毛泽东外交思想在我国国际法中的实践》，《政法论丛》2001 年第 3 期。
80 《毛泽东选集》第 3 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1032 页。
81 《毛泽东选集》第 3 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 1086 页。
82 [美]埃德加·斯诺：《红星照耀中国》，董乐山译，北京：东方出版社，2019 年，第 125 页。

国主义政策，毛泽东对其霸权主义给予了有力回击。[83]这些维护国家独立和主权毫不含糊的态度，为中国避免成为苏联的“卫星国”、减少 20 世纪末苏东剧变带来的冲击，奠定了坚实的基础。毛泽东国际法思想国家主权平等、独立自主的鲜明特质，以如何在外来侵略和干涉下维护本国利益、争取国际援助，以及如何在国内改造和建设时营造国际环境、发展国际关系等问题为着眼点，指明了我们在相关国际法实践中所应坚守的底线原则。

（五）坚持爱国主义与国际主义互为支持与统一的辩证关系

国际法毋庸置疑应当维护各国本国利益，这一点在近代中国饱受列强欺凌的大背景下显得尤为重要；但与此同时，国际法同样涉及国际社会的共同关切，这一点与无产阶级革命作为国际性事业的性质密不可分。因而，如何平衡爱国主义与国际主义的关系，在坚定维护本国利益的基础上，推动各国向着共同目标努力，是国际法所应当回答的基础问题。

对此，毛泽东坚持把马克思列宁主义普遍原理同中国革命具体实践相结合的态度，认为爱国主义的具体内容，应当取决于具体的历史条件。中国作为被侵略的国家，存在将爱国主义和国际主义相结合的条件。因为，只有打败侵略者，才能使民族得到解放。也只有民族得到解放，才有使无产阶级和劳动人民得到解放的可能。也就是说，中国胜利了，侵略中国的帝国主义者被打倒了，同时也就是帮助了外国的人民。[84]毛泽东这种对于爱国主义与国际主义相互关系的实事求是、辩证统一的科学判断，可见诸毛泽东国际法思想的方方面面，为毛泽东坚决维护我国独立平等、坚定支持世界被压迫国家和民族解放事业的国际法基本立场奠定了基础，同时也构成我国当前所坚持的，不以牺牲别国利益为代价发展自己、也决不放弃自己的正当权益的对外交往基本态度的重要思想来源。[85]这种爱国主义与国际主义关系的正确定位，也构成了构建人类命运共同体的重要内核，即各国人民在追求本国利益的同时，也要兼顾他国利益；既要有爱国主义精神，也要有国际主义精神。这一要求切合了现今全球化下、人类时常面临全球性公共危机的时代背景。如当前，世界各国正面对新冠疫情这个共同敌人，此时，只有通过各国的合作、通过爱国主义与国际主义相结合的方式，才可最终战胜这一强大敌人；而这种各国在爱国主义与国际主义相互支撑下的团结协作，更可以帮助人类战胜任何未来可能出现的难题。这一思想与个别西方政客所信奉的“本国优先”等极端的利己主义或民粹主义思想形成了鲜明的对比，它将呈现出强大的生命力，为人类走出各种公共危机带来希望和路径。

四、结语

习近平总书记曾经说过，新形势下，我们要坚持和运用好毛泽东思想活的灵魂，把我们党建设好，把中国特色社会主义伟大事业继续推向前进。[86]毛泽东国际法思想是毛泽东思想在国际法领域的具体体现，由以毛泽东为代表的中国共产党人提出，直面有关如何对待国际法、如何运用国际法的现实问题，在我国长期的对外交往和国际法实践的过程中逐渐成熟、

---

[83] 胡绳：《毛泽东一生所做的两件大事》，《中共党史研究》1994 年第 1 期。
[84] 《毛泽东选集》第 2 卷，北京：人民出版社，1991 年，第 521 页。
[85] 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，《人民日报》2017 年 10 月 28 日。
[86] 习近平：《在纪念毛泽东同志诞辰 120 周年座谈会上的讲话》，《人民日报》2013 年 12 月 27 日。

定型。对于国际法，毛泽东坚持平等、对等、尊重，反对非正义使用武力、促进和平解决争端，支持弱小、受压迫的民族实现独立与自决，和平共处、合作互利等基本原则，形成了对于国家领土、政府承认、条约、外交关系、战争和武装冲突、个人刑事责任等国际法具体问题独到而深刻的见解，这些共同构成了毛泽东国际法思想的基本内容，是当前国际法治创新应当继承的宝贵财富。

当前，中国特色社会主义进入新时代，面对纷繁复杂的国际局势，为了“让和平的薪火代代相传，让发展的动力源源不断，让文明的光芒熠熠生辉”，以习近平为核心的党中央提出了构建人类命运共同体的重要倡议。[87]人类命运共同体是国际法治下的共同体，推动构建人类命运共同体有着深刻的国际法内涵。构建人类命运共同体这一重要倡议和重大理念与毛泽东的国际法思想一脉相承，为毛泽东国际法思想在外交和国际关系领域的进一步传承和创新创造了宝贵的机遇。未来，追求公平正义、坚持平等尊重、关心人民群众、倡导合作互利的毛泽东国际法思想必将在推动构建人类命运共同体的伟大实践中发出更耀眼的光芒！

On Mao Zedong's Thought of International Law

Ma Zhongfa, Zhang Deng

[Abstract] Mao Zedong's thought of international law is an important part of Mao Zedong's thought. It has distinctive spiritual characteristics of opposing hegemonism and power politics, anti imperialism and anti colonization, adhering to the people-oriented concept of just war, adhering to the equality and independence of national sovereignty, and adhering to the dialectical unity of patriotism and internationalism. Mao Zedong insisted on the fundamental principles of equality to and respect for sovereignty of any other state, peaceful coexistence, cooperation and mutual benefit, opposing the unjust use of force, promotin the peaceful settlement of disputes, supporting the oppressed nations to realize independence and self-determination. He creatively applied the "united front" thought to the practice of international law. On these basis, he has formed profound insights on international law issues such as treaties, government recognition, war and armed conflict, diplomatic relations and the legal status of foreigners, individual criminal responsibility, national territory, etc., and explained the five principles of peaceful coexistence, thoughts on "Three Worlds" and other systematic theories guiding China's foreign exchanges and international law practice. These contents are highly consistent with the connotation and the development trend of modern international law. They are precious wealth that we should inherit in the innovation of international rule of law, and will play an important role in the improvement of international law system under the concept of building a community of shared future for mankind.

[87] 习近平：《携手构建合作共赢新伙伴 同心打造人类命运共同体》，《人民日报》2015 年 9 月 29 日。

依法管控日本排核

潘 杰[1]

摘 要

日本政府决定两年过渡期内向太平洋排放福岛核电站的事故废水，将造成世界范围内的海洋污染和生态灾难。但是美国第一时间声明支持，欧洲一反常态、暧昧沉默，只有中韩两国坚决反对，这是为什么呢？从国际法视角评价，有何程序措施可以引用？本文提出评价意见和管控建议。

【关键词】 日本 核废料 福岛 美国 欧洲 核电 中国

引 言

这是一次史无前例的“污染全球计划”，前锋是日本，中军帐坐着美利坚，后排站着欧洲主要国家，亚洲尤其中国的和平崛起遭到国际流氓无底线讹诈与“泼粪”威胁，国际法将怎样评价？我国怎样依法应对？本文试述之。

一、日本排核非法

历史上的苏联切尔诺贝利、美国三里岛等核事故都是大气污染、土地污染，没有类似日本福岛核废水排海这类全球海水污染先例。如何应对威胁、管控损害？对中国、对全世界都是一个新的国际法律挑战。

初步认为：其涉嫌违反“预警原则”、“谨慎原则”，违反“不损害国外环境责任原则”、“国际合作原则”等国际习惯法。这些原则得到包括“特雷尔冶炼厂案”[2]、“莱茵河氯化物案”[3]、“莫克斯工厂案”等国际判例的确认与支持。

（一）目前世界海洋环境保护的国际公约主要有：

1、1.1954 年《国际防止石油污染海洋公约》；

2、2.1972 年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋公约》；

3、3.1978 年议定书修订的《1973 年国际防止船舶造成污染公约》；

4、4.1982 年《联合国海洋法公约》；

5、5.1990 年《国际油污防备、反应和合作公约》。

日本核废水排海计划将违反 1982 年《联合国海洋法公约》中有关“海洋环境保护与保

---

[1] 潘 杰 上海德传律师事务所，论文提交日期：2021 年 5 月 20 日

[2] Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada), 1938 , in Reports of International Arbitral Awards (RIAA), Vol. 3, 16 April 1938 and 11 March 1941, esp. p. 1920 and p. 1947.

[3] 保护东北大西洋海洋环境法庭在莫克斯工厂案中的仲裁裁决

全”的一般性规定[4]。日本强调排放的是处理过的“净化水”，而非污染海洋环境的“核废水”，目的就在于规避未来可能的追责。

但是《联合国海洋法公约》第 192 条规定缔约国有“保护和保全海洋环境的义务”。 因此，日本核废水排海计划毫无疑问违反了《联合国海洋法公约》关于海洋环境保护的一般性规定和具体性规定。

二、美国支持、欧洲沉默的原因

（一）排核是世界核电国家普遍头痛的问题

世界主要核电国家都面临普遍类似问题，缺乏经费或不愿无害化处理现在全世界有 438 个核电站，其中欧洲的核电站最多，为 142 座，然后是美国的 104 座，日本的 54 座和韩国的 21 座[5]。因此，仅仅是欧洲+美国+日本+韩国这 4 个发达地区的核电站总和就超过全球的 80%！

同样，这也使得欧洲成了世界上最大的核废料产区，至今欧洲已经生产了大约是 250 万立方米的核废料！其中法国占 25%，德国占 15%，英国占 14%，他们生产的核废料虽然体积不大，但是辐射量却是极高的。

（二）欧美急需日本冲在排核前线

处置这些核废料的方法，是将核废料密封入一个防辐射热的容器，然后埋在距离地表 500-1000 米的地下隔离室中。但是这种做法是需要投入很多资金和成本的，而现在欧洲由于所谓的经济问题，这种地下安全库常遭到抛弃，与此同时，欧洲现在还能正常使用的核废料储存设施也已经接近于饱和，甚至耗尽了。

其中芬兰的储存容量已经达到 93%，瑞典的超过 80%而以上。这两个欧洲国家的储存量，至少还是透明的，更可怕的是欧洲其他大部分国家根本就不公开他们的储存容量饱和程度，这就导致了现在有超过 50 万立方米的核废料，至今无法及时妥善的处理。

但是就在这种全欧洲核废料储存能力实际上已经接近于全部饱和的情况下，却只有芬兰一个国家在修建一处永久处置核废料的储藏库，原因就是没有钱。

西方大部分国家对核废料的专项处理费用连实际所需的 1/3 都无法达到，其只有瑞典一个国家能够达到实际预算费用的 2/3，原因就是西方资本财团根本不愿意把钱花在核废料的

[4] 公约第 12 部分“海洋环境保护保全”，规定缔约国的具体义务包括：禁止排放任何来源的污染海洋环境的物质；禁止损害他国及其环境的行为或活动；禁止将损害或危险从一个区域转移到另一个区域，或一种污染转变成为另一种污染。公约还对污染危险的监测和环境评价、发生污染后的合作义务、未履行海洋环境保护与保全的一般责任和补偿责任等做出具体规定。

[5] 《全球核电发展现状》，中国储能网新闻中心，中国石化报，2021 年 4 月 23 日。

处理上。而更让人绝望的是，保守估计在未来欧洲核反应堆会产生大约 660 万立方米的核废料，这是什么概念你？就是在正规的足球场上进行一米高的堆放，可以堆放出 919 个足球场的面积！这仅仅只是一个非常非常保守的估算，而实际的数量可能要高出很多。

不仅是这些将要产生的核废料无法处理，之前已经安全深埋的核废料同样也面对非常大的泄漏。德国的阿西 2 号核废料处理库被曝出来不断被地表水侵入，有 22 万立方米的核废料由于代价高昂花费巨大，至今待处理。看看上一次西方国家的核废料危机时，根据这个国际原子能机构的资料显示，从 1946 年到 1993 年间，英国、法国、德国、比利时、荷兰、瑞士等西方国家，共同向海洋里直接倾倒超过 20 万吨，没有经过任何处理的高辐射物体和肥料。

欧洲之所以这样做，是因为有榜样的力量。那他们的榜样是谁呢？那当然就是人类的“灯塔”了。保守估计，美国从上世纪开始向海洋中（尤其是太平洋里）倾倒超过 19 万立方米的核放射物质，大家注意有美国倾倒的核放射物质，与欧洲固体核废料可不是一个级别的东西。

不仅如此，美军甚至向太平洋直接倾倒将近 30 万吨芥子气和神经毒剂，可以说美军所到之处、所在之处必将会给当地的环境和生态带来灭顶之灾！

比如驻日美军，从 2016 年开始就污染了日本冲绳县 50 万人和数百万国际游客的饮用水，其最主要的污染物为 PFA[6] 。PFA 会在人体内积存，数 10 年无法排除，它会影响婴儿的遗传发育，成年人的神经系统和中老年人的心血管系统。日本机构对当地居民进行了检测，当地人的血液中的 PFA 水平比正常人要高出 53 倍，可是直至今日将近 7 年，日本政府依然因为驻军地位条例而无法进入驻日美军基地进行检查和处理。不仅仅是日本，美国的国防部也亲自承认，他们在韩国、比利时的全球 651 个军事基地，全部都存在 PFA 污染的情况。

以上种种还没有算美国在全世界的 200 多家秘密的军事生化病毒实验室，对生命、对人类的生存环境造成的影响。这些仅仅是美国对太平洋污染的冰山一角。

（三）对华遏制的组成部分

欧洲发布的“动态图”，试图证明日本排放核废水影响最大和最快的竟然是太平洋对岸的美国？！日本到美国的最近直线距离是 10,162 公里，日本到咱们中国最近的距离只有 110 公里，比上海到苏州的距离还要近，欧洲国家却说日本排出的核废水影响最大的是 1 万公里以外的美国？

[6] 英文名称为:Polyfluoroalkoxy,中文名称为:四氟乙烯—全氟烷氧基乙烯基醚共聚物(又称:过氟烷基化物,可溶性聚四氟乙烯)

如果我们认可美国主要受害，那么美国都不反对，中国更不应该反对！是不是这个狡辩逻辑？所以不要以为日本向海洋里排放污水只是为了他自己，日本就是西方拿出来投石问路、温水煮青蛙的一个开关。所以为什么一堆远在大西洋沿岸的西方国家却天天这么关注咱们所谓南海的自由航行，而英国更是从去年开始就想方设法就把军舰开到日本海去驻扎？

西方人之所以沉默甚至支持，就是想用日本人排核废水的行为，为他们这些西方国家将来大规模的向西太平洋倾倒核废料打掩护，他们就是想把靠近中国的西太平洋变为他们西方人倾倒核废料的免费垃圾场！所以美国才敢带头站出来，肆无忌惮地支持日本。

从上个世纪开始，美国就已经把它最主要的核试验场设在了靠近亚洲的西太平洋的马绍尔群岛，而不是离它更近的东太平洋的夏威夷群岛。据统计，在 1947 年至 1986 年这 30 年间，美国在马绍尔群岛进行了超过 70 次大规模的核试验，最大的一次实验破坏力超过广岛原子弹的 1000 倍！美国在这个太平洋小岛上还埋了超过 7 万立方米的核废料，现在受到海平面的影响，这 7 万立方米的核废料在阿马绍尔群岛的核辐射水平比切尔诺贝利加福岛加在一起还要高出很多很多，对马绍尔群岛政府的处置请求不予理会。

之所以这样做，无非是因为第一污染的是西太平洋及亚洲很近，离美国很远，主要影响的是亚洲。众所周知，北美洲的国家都是东西两个大洋，而大部分经济人口和政治中心都在他们的大西洋沿岸，所以，即便对他们有影响，他们还是有选择的余地的。

可是对于亚洲国家来说，大部分国家的人口经济渔业几乎全部都在西太平洋沿岸。这是西方人的第 2 个目的，西方人一直认为他们人种上的最大竞争对手就是亚洲人，事实也正是如此，所以他们的目的那就不言而喻了。对他们来说向海洋中倾倒核垃圾的行为美国是一直在干、日本是一直偷着干、现在还想干。对于日本来说，不但省钱，以后还可以把他其他 54 个核电站的核废水全部直接排到西太平洋，甚至就在太平洋上填海盖核电站。对于美国，既可以模糊它以前污染的责任，还可以更加肆意妄为的向太平洋倾倒。而对于欧洲，既可以不失去自己环保的面具，又可以相对减少对大西洋和地中海的污染，还可以解决它们已经迫在眉睫的核废料问题，所以它们三方才会出奇的统一行为。

（四）人类与海洋面临生态灾难

上世纪老旧的技术的核电站，按照本来的标准是早就应该关停的，然后再做无害化处理的，然后换成更安全清洁和稳定可循环使用的新型核电站的。可是前面说过，无害化处理一个老旧核电厂所需要的费用不比新建一个差多少钱。大家别忘了西方国家是资本主义国家，它们最在意的是收益，而不是什么污染和人命。

这也是为什么咱们国家一直极少使用核电的原因之一，因为上个世纪人类对核能技术的

掌握和处理与今天相比是非常的不成熟的事故频发，像美国的三里岛、英国的温斯切尔、日本的东海村福岛、前苏联的切尔诺贝利等等大、小事故层出不穷。

所以，作为人口最大密度的国家，中国去修建大型的水电项目，也不愿意冒险去修建。没有把握的核电站，其实作为世界人口大国和世界第一制造大国，咱们对电力的能源需求是西方国家的几十倍，可是现在北美加欧洲的人口还没有咱们的一半多，却有超过 260 座核电站，我国至今只有 15 座核电站，连印度都有 20 多了！

发达的西方国家之所以打着清洁能源、爱护环境的幌子疯狂地修建核电站，最根本的原因就是因为成本低。火力发电，要开矿、挖煤，还要修路、运煤，如果要是买煤的话还要海运，陆运等基础设施的投入比发现本身的成本还要高。那水力发电那就更是投入超高，周期长了，开山搬迁截流等工程巨大。中国在 90 年代修三峡就需要耗资 2485 亿，如果按投入的成本计算电价，咱们国家的电费应该是最贵的，而西方国家电费应该是极便宜的。事实正好相反——西方国家电费平均是咱们的 2 至 3 倍，像德国和日本甚至达到 4 倍左右，那 20 万电费账单的美国就更不用多说了。

按道理说，高电价带来的应该是对核电设施妥善和安全的管理和持续的更新投入，可是结果呢，这些由西方资本家控制的电力财团，不但不及时更新设备导致经常停电不说，甚至为了节约成本，在修建时必备的事故应急设施都没有完备。这就使得类似日本福岛这种上世纪的核电站，不但设备严重的老化，而且在面对事故时没有任何应急和自救的手段。

不仅如此，这些资本家因为最危险的核废料都不愿意花钱去做无害化处理，就直接倒在海洋里，而真正为他们行为买单的大部分却是咱们这些无辜的人。在未来，咱们国内可能有50%以上的癌症，肿瘤，心血管疾病，可能都和它们的污物和污染排放有直接或间接的关系。

当无辜的父母看着畸形的孩子，欲哭无泪，当重症的亲属因癌症的痛苦撕心裂肺时，大家记住了，这一切的一切都要拜那些公知和汉奸长期吹捧和歌颂的西方国家所赐！它们带给你病痛，然后你却要花着你自己的积蓄和咱们国家的医保去为主子们给你带来的疾病与痛苦买单。那些公知和汉奸们一手拿着美国民主基金会的美元、一手拿着日本的宣发费，看着你的痛苦，嘲笑你不会思考，羞辱你不懂事实真相。估计也用不了半个月吧，最多也就一个月，这群家伙就会专门制造出一些更抓你眼球的新闻进行炒作，用来淡化转移这个目标。实在不行他们会再炒一波男女对立，然后过不了几年就会有精日们跳出来说：“那是我们前辈做的事，不应由我们负责。”

三、核废料是世界和平的副产品

和平对于人类社会来说，一直是一种奢侈品，是需要付出极高昂的代价的。今天的核污

染，这就是和平的代价。

人类历史上这么长时间没有大规模的战争，是很少、很少、很少见的。如果没有核能，西方的资本家和刽子手，早就因为满世界的掠夺煤矿资源打得你死我活了，煤炭的价格可能会是现在的几十倍，而且对大气的污染会严重到你无法想象。所以我们不需要谈核色变，核能是没有错的，错的是使用它的人，就好比火药在咱们中华民族手中会成为夜空中闪亮的美景，而到了西方人却成了杀人的武器，核能在他们西方人手中成为一个污染全球的毒品，也可以成为真正可循环使用的清洁能源。

同样，如果没有核武器的诞生，可能现在地球上会因为各种各样的战争和化学武器造成无数的死亡，根本就不会出现世界上绝大部分地区人民能和平度日。也许在上世纪末吧，就已经打成一锅粥了，能保持到现在没有大规模的战争，这就是核武器力量带来的和平。

但是当和平成为人类世界的主旋律，随之而来的就是爆炸式的人口增长，在 2000 年的时候全球只有不到 60 亿人，可是短短的 20 年，现在世界人口就已经接近了 77 亿，如果放任下去，地球的极限很快就会到来。

有时不得不说，人类总是在不经意间开始了一个又一个优胜劣汰的循环。当西方各国开始把大量的核废料排入人类赖以生存的海洋时，这种竞争就已经悄然的开始了。就像这次疫情，从政府的能力到国民的素质，各个方面都是一个重新的考核，大家可能只关心美国的数字了，可是你们知道欧洲因为疫情死亡已经超过 100 万人了！这个还不包括英国的 15 万。

如果单单从基因方面来说，亚洲人无论从智力耐力又或是抗疾病能力的，是全方面整体进化最好的民族，这也是为什么亚裔女性在西方这么受外国男性欢迎的两个原因之一。咱们现在所欠缺的就是后天对身体素质的重视，这就是为什么咱们国家前些日子要提出“中华民族要有阳刚之气“的原因。

四、日本福岛核事故不是天灾而是人祸

2011 年日本福岛核事故被定为最高的 7 级，和切尔诺贝利事件同级很多人光知道是地震惹的天灾，却不知道背后的人祸。

因为钱的问题，起初选址从山上改到了山下。因为钱的问题，防波堤只做了 5 米高(这里发生过 15 米高的海啸) ；因为钱的问题，福岛沸水堆的建造非常简单，反应堆外面加个简单厂房而已，福岛先这样“裸奔”了 15 年，直到 1986 年切尔诺贝利事件，才意识到要加个安全壳；因为钱的问题，安全壳仅仅加了一层钢筋混凝土。这乌龟壳和安全壳是两码事，没有喷淋系统、气体交换系统等一系列结构。美帝的三里岛核事故就是因为安全壳，最后仅 3 人受到略高于半年容许剂量的照射。福岛整整裸奔了 40 年，好运终于耗尽，硬件问题和

管理问题联袂而至!

地震后，控制棒插入堆芯自动停堆，反应堆发热不足原有 10%，对冷却系统要求不高，看起来万事大吉。1 小时后，15 米高的海啸轻松越过防波堤，这下发电厂没电了!不知哪个脑残把柴油发电机设置在地下室，全泡水里了，厂外应急电源也被海啸全推倒了，四道电力保障措施毁了三道，冷却系统仅仅依靠备用蓄电池。

蓄电池能支撑 8 小时，其实这个时候情况还不算棘手，毕竟还有 8 小时。电厂立马向东京电力公司总部求援，要求紧急调拨柴油发电机，十万火急那种急!东电总部的主管一片茫然，因为根本没有预备移动应急发电机。十万火急的报告，东电总部打了 1 折，缓缓向政府求援：目前情况尽在掌握，但能不能调几台发电机?

政府就没太当回事，指定关西电力公司支援福岛核电厂。8 小时后，当支援队伍晃晃悠悠走在路上的时候，福岛电厂彻底没电了。冷却系统彻底停机，接下来就按剧本走了：堆芯内水温升高至沸腾，高温高压的蒸汽开始突破堆芯的一些薄弱环节，向厂房内泄漏；冷却水位随着蒸汽外泄不断降低，最终堆芯裸露；

燃料棒没有冷却水包裹，很快把自己熔化随着蒸汽在厂房里飘荡；同时高温使得锆外壳发生锆水反应生成氢气，氢气很快达到了爆炸极限浓度。此时，就差一点火星了。最奇葩的是，核泄漏多是因为对堆芯情况一无所知而发生的，但福岛工作人员对三台机组内的事情一清二楚。

在尚未发生泄漏的时候，现场工程师就向管理层建议，使用海水冷却反应堆，但这样做，数亿美元的机组就彻底报废了，东电公司心痛，犹豫不决。于是，现场人员就眼睁睁看着事故发生。在所有环节中，只要有一个人敢于打破规矩，擅自决定用海水冷却，完全可以避免这场惨剧!

应急发电机运到后，因缺乏训练，费半天劲才接好电源接口，此时距离断电有几个小时了，反应堆内已经全是蒸汽，压力太高，水注不进去。怎么办?只能泄压了，就是把放射性蒸汽直接排到大气里，一次不行就两次，两次不行就三次，一直泄到能注入冷却水为止。节操的事情就不提了， 反正 Japan 公关水平一流。

因为钱的原因，福岛没有装消氢装置，这可是核电站的标配。求援人员很快检测到厂房内充满了氢气，直接把人全吓跑了。氢气的耐心是有限的，终究还是爆炸了，把厂房全掀了。事已至此，这“大粪坑”算是彻底没救了。

五、依法管控日本排核建议

（一）日本构成广义的违法“倾倒”废物

日本核废水排海行为本身虽难以定性为国际法意义上的“倾倒”，但也涉嫌违反《核安全公约》《国家责任草案》等国际法文件。

根据 1972 年《伦敦倾废公约》及其 1996 年议定书的规定，“海洋倾倒”指“任何从船舶、航空器、平台或其他海上人工构筑物上有意地在海上倾弃废物或其他物质的行为”。这些规定强调主观故意，但也强调通过一定的运载工具倾倒的条件，所以这次日本福岛核废水排海或将难以界定为《伦敦倾废公约》的“倾倒”行为。

（二）日本政府须承担国家责任

1994 年《核安全公约》不仅将“核设施”定义为“一个缔约国管辖下的任何陆基民用核动力厂，包括贮存和处理放射性材料的设施”，还强调核安全责任应由对核设施享有管辖权的国家承担。

2001 年国际法委员会《国家对国际不法行为的责任条款草案》还指出，一国应对其国际不法行为承担包括赔偿在内的国家责任。鉴于日本政府福岛核废水排海对周边国家甚至全球海洋环境与生态的危害，日本应当对其管辖下的福岛核电站核废水安全问题和引起的损害承担责任。

（三）具体建议

2021 年 3 月国际原子能机构公布《ALPS 评估报告》提到，净化过的污水难以去除氚这类放射性物质。除了污水排海之外，是否仍存在其他可替代方案？排海行动是否经过严格的环境影响评估，且对中国、韩国等周边国家保持公开透明？这些都需要促使包括国际原子能机构在内的国际组织形成决议，或发起国际行动阻止日本排放核废水，或对核污染程度、排放风险、可替代技术等对日本政府发起专家独立调查。7

目前韩国官方已经表态，称正评估将日本核废水排海问题提交包括国际海洋法法庭的选项，日本或将面对来自受损国的索赔请求。我国也应未雨绸缪，将法律手段作为工具选项。建议：

1.建立指挥部和世界防控中心

组建西太平洋公海无公害巡逻队，形成海洋排废紧急事态处置机制和指挥部；继而发起建立“世界核污染防控中心”，设在上海，面向日美和太平洋。

2.数据公示，促成联合国决议

实时监测日本福岛沿海水质变化，每日发布监测数据，并上报联合国，必要时形成环保

7 环球网：《“三管齐下”追究日本排废国际责任》，上海交通大学凯原法学院副研究员、民盟盟员刘丹，2021 年 4 月 15 日。

提案，推动世界中小国家投票形成联合国多数决议，宣布日本倾核非法。

3.强制力实施研究

研究日方一旦开始向公海排废，我国有无国际行动联合队？能否采取一切必要手段予以阻击？会有哪些预案可以选择？形成报告，持续更新。

4.主动仲裁或制裁

根据国际法规则、环境致害的国际责任、跨境环境索赔、环境问题争端解决等国际法依据，考虑提起海洋环境保护争议的国际仲裁、国际制裁，以日本为被告，韩国为原告，提前安排好人员配备和经费、方案。

参考文献

1.《“三管齐下”追究日本排废国际责任》，作者刘丹，2021 年 4 月 15 日环球网。

2.《日本核废料处置现隐忧》，作者刘昊宇，人民周刊，发表期数 2016 年第 7 期。

3.《核废料处理方法及管理策略研究》，作者郝卿、刘长良、杜子冰，科技信息 2012 年第 32 期。

致谢

感谢华政管建强教授提出论题建议；感谢中国国际法学会接纳我成为会员。

作者签名：　　日期：

境外非政府组织法律救济的困境与出路

全小莲* 张雪婷**

[摘要]境外非政府组织在境内依法有序开展活动是国家治理能力现代化的重要标志之一。近年来境外非政府组织在中国境内活动遭受不合理限制时缺乏有效救济渠道的问题凸显，司法实践中存在起诉难、属人法适用难等问题。中国有必要进一步完善对境外非政府组织的救济，为其提供良好运营环境。

[关键词] 境外非政府组织；司法救济；诉讼主体资格；主营业地；属人法

境外非政府组织在境内依法有序开展活动是国家治理能力现代化的重要标志之一。《中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法》（以下简称《管理法》）实施以来，境外非政府组织在中国境内的活动不可谓不活跃。截至 2020 年 10 月，境外非政府组织在中国登记设立且尚未注销的代表机构已经有 547 家，临时活动备案累计达 3070 次。[1]境外非政府组织来华发展，主要集中在教育、文化、科技、环保等领域它。们带来的新理念、新技术、资金和实践经验客观上有利于我国社会经济的发展，对公益事业的稳步推进作出了独特贡献。伴随着在中国的发展壮大，境外非政府组织在合法权益遭受损害的风险随之增加，寻求司法救济的需求也日益增长。但是我国现行法律的相关规定仍存在不合理之处，司法实践中存在起诉难、属人法适用难等问题。客观上导致境外非政府组织无法获得有效的法律救济。这种法律救济的困境不仅会使境外非政府组织权利保障的愿望落空，还可能致使中国的法治建设遭受国际舆论的抨击。

一、诉讼主体资格不明

根据《管理法》第 2 条[2]的规定，境外非政府组织是指在境外合法成立的社会组织。目前国内法对它们的法律救济没有作出专门规定，适用《中华人民共和国行政复议法》[3]、《中华人民共和国行政诉讼法》[4]、《中华人民共和国民事诉讼法》[5]、《中华人民共和国仲裁法》等相关法律的规定。总的来说，从法律性质上讲，境外非政府组织可以作为“外国组织”在中国享有行政复议、进行行政诉讼、民事诉讼和提起仲裁的权利。

根据《管理法》，境外非政府组织在中国境内开展活动的方式主要有以下两种：一是通过合法备案进行“临时活动”，二是通过依法登记“设立代表机构”进行长期活动。未设立代表机构的境外非政府组织需要以外国组织的身份寻求法律救济。设立代表机构是否构成适格原告的问题要拆分为境外非政府组织自身的诉讼主体资格问题和其在中国设立的代表机构的诉讼主体资格问题，再分别进行讨论。

---

* 全小莲，女，法学博士，西南政法大学国际法学院副教授，博士生导师。
** 张雪婷，女，西南政法大学国际法学院硕士生。

[1] 公安部：境外非政府组织服务平台信息公开，载境外非政府组织办事服务平台：https://ngo.mps.gov.cn/ngo/portal/toInfogs.do，2020 年 11 月 7 日最后访问。

[2] 《境外非政府组织境内活动管理法》第 2 条“本法所称境外非政府组织，是指在境外合法成立的基金会、社会团体、智库机构等非营利、非政府的社会组织。”

[3] 《行政复议法》第 41 条。

[4] 《行政诉讼法》第 98 条。

[5] 《民事诉讼法》司法解释第 522 条，《民事诉讼法》第 33 条和第 266 条。

（一）作为外国组织的诉讼主体资格

如前所述，“外国组织”享有行政诉讼和民事诉讼的主体资格，《管理法》所指称的境外非政府组织可以作为诉讼法上的“外国组织”参与诉讼。按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《民事诉讼法》司法解释）第 523 条第 3 款[6]的规定，境外非政府组织作为外国组织在中国进行诉讼，需要同时具备该组织所在国的公证机关出具的公证证明以及中国驻该国使领馆的认证。外国组织所在国指的是设立登记国或办理了营业登记的第三国。

然而，各国对非政府组织设立的规定有所不同，有些国家并不要求非政府组织的设立必须登记。对来自这些国家的境外非政府组织而言，只有设立国，没有登记国，其内国法上不存在有效的登记记录由于其不存在设立登记国，也就无法提交公证证明。若境外非政府组织未能出示设立登记国的证明文件，无法证明自己是外国组织，则很有可能无法成为适格原告。

如在上海知识产权法院审理的上海帝位奈特技术信息管理中心、李某某擅自使用他人企业名称、姓名纠纷上诉案件[7]中，DEVNET Development Information Network(以下简称 DDIN)系在意大利设立但未进行登记的境外非政府组织。如果按照《民事诉讼法》司法解释第 532 条的规定，DDIN 因未进行登记所以不存在“设立登记”国，也就不存在能够证明 DDIN 外国组织地位的国家。该组织辩称按照意大利国内法并不要求设立的机构必须进行登记。

在该案中，DDIN 提交了意大利的公证文书，证明其在意大利设立的事实和后续的活动情况。法院接受了此项证据，认可了 DDIN 的外国组织地位，只要境外非政府组织能够提交外国的公证证明以及我国使领馆的公证即可获得诉讼主体资格，并未关注出具公证文书的意大利是否属于设立登记国的问题。虽然法院在诉讼主体资格审查上有一定的的自由裁量权，且本案客观上保证了境外非政府组织的诉权，但本案对外国组织的认定显然与“设立登记国”出具公证证明的要求不符。

（二）作为其他组织的诉讼主体资格

相较于作为外国组织的诉讼主体资格而言，境外非政府组织在中国设立的代表机构能否成为诉讼中的原告是一个更加复杂的问题。在民事诉讼当中，除自然人和法人以外的“其他组织”享有诉讼主体资格。然而法律并未明确规定境外非政府组织的代表机构是否属于“其他组织”进而享有诉讼主体资格。根据《管理法》，境外非政府组织包括境外基金会、社会团体以及智库机构三种类型，这三种类型的境外非政府组织在中国设立的代表机构，在诉讼主体资格上又有所不同。

具体而言，《民事诉法》第 3 条、第 259 条以及司法解释第 52 条[8]规定了“其他组织”包含“依法成立的社会团体的分支机构、代表机构”。考虑到我国对狭义的社会团体、基金会和智库是采用分别立法[9]的方式进行管理的。因此，《民事诉讼法》中所规定的“社会团体”

---

[6] 《民事诉讼法》司法解释第 523 条。

[7] 上海帝位奈特技术信息管理中心、李某某擅自使用他人企业名称、姓名纠纷案，中华人民共和国上海知识产权法院（2017）沪 73 民终 36 号二审民事判决书。

[8] 《民事诉讼法》司法解释第 52 条，《民事诉讼法》第 259 条。

[9] 分别立法的成果参见：《社会团体登记管理条例》、《基金会管理条例》和《民办非企业单位登记管理暂行

应当作狭义理解，即只包括狭义的社会团体而不能包括基金会和智库等其他类型的社团法人。也就是说社会团体类型的境外非政府组织的代表机构是可以享有诉讼主体资格的，而基金会和智库这两种类型的境外非政府组织的代表机构的诉讼主体资格问题却没有与之类似的明确规定。

《民事诉讼法》司法解释第 52 条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织。在给出定义后，该条还用列举方式进一步说明其他组织包括七种具体的“其他组织”和其他符合本条规定的组织。从定义上看，基金会和智库这两种境外非政府组织的类型均属于其他组织，但由于它不在该条所明确列举的其他组织之列，使得实践中很难仅凭借符合定义就将这两种类型的非政府组织的代表机构认定为“其他组织”。“中国裁判文书网”，迄今为止也尚未刊载过将基金会和智库列为原告的案例。因此，无论是立法本身，还是司法实践都没有就基金会与智库类型的境外非政府组织的代表机构是否享有诉讼主体资格作出明确回答。

在行政诉讼中境外非政府组织的代表机构能否作为原告也不明确。《行政诉讼法》也规定了“其他组织”可以作为行政诉讼的原告，但并未像民事诉讼的法律和司法解释那样对其他组织进行了进一步的解释。根据《行政诉讼法》第 101 条人民法院审理行政案件，关于期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程序、执行等本法没有规定的，适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定。但诉讼主体资格问题并不属于在该条中明确列举的“适用民事诉讼法”的范围，而该条中所的“等”字是否可以被解释为包含诉讼主体资格存在争议。假设行政诉讼的主体资格问题可以适用民事诉讼的相关规定，考虑到民事诉讼中对此问题也存在法律规定不全面、已有法律规定不明确的问题，参照适用民事诉讼法也似乎无法解决境外非政府组织的代表机构的行政诉讼主体资格问题。

二、民事诉讼中难以适用属人法

境外非政府组织在参与民事诉讼时，一般因主体涉外而使得诉讼成为涉外民事诉讼，从而会引起属人法的适用问题。境外非政府组织有两种存在形式——法人或非法人组织。而我国的《涉外民事关系法律适用法》对法人与非法人组织的属人法规定有所不同。这使得两种类型的境外非政府组织在民事诉讼中面临着不同的属人法适用困难。

（一）难以确定法人型境外非政府组织的属人法

就法人型境外非政府组织问题而言，《涉外民事关系法律适用法》第 14 条规定法人的相关纠纷适用设立登记地法律，法人的主营业地与登记地不一致的，可以适用主营业地法律。这里的主营业地指的是法人的经常居所地。虽然该条文通过设立登记地和主营业地两个连接点看似完美地描绘了一幅地调整涉外法人关系的冲突规范的图景，但实践中仍然存在一定问题。

条例》。为贯彻落实慈善法，适应民办非企业单位发展实际，2016 年《民办非企业单位登记管理暂行条例》进行了修订。为了更准确的反映社会服务机构的定位和属性、与《中华人民共和国慈善法》的表述相衔接，此次修订将“民办非企业单位”名称改为“社会服务机构”，《民办非企业单位登记管理暂行条例》名称改为《社会服务机构登记管理条例》。

首先，法人的设立登记地可能并不存在。由于各国对法人设立的法律规定不可能完全相同，实践中出现了法人已经设立但没有登记地的情况。虽然世界各国普遍倾向于对非政府组织采取强制登记，但有些国家出于对公民结社自由权的尊重，允许法人型非政府组织自由设立而无需登记。而这些不需登记即可设立的非政府组织在我国由于没有登记地也就不可能有适用于它的登记地法律。

其次，考虑到我国各地法院对“主营业地”的理解也有所不同,确定法人型非政府组织的属人法就变得愈加困难。我国立法对“主营业地”没有规定任何具体认定规则，法官在判断“主营业地”时享有较大的自由裁量权。境外非政府组织活动范围广，跨越多个国家，对于“主”营业地的认定客观上存在一定困难。在境外非政府组织实现章程所规定的目标之地、活动最活跃之地以及其主要机构所在地之间，法官很难抉择何地为“主”营业地。缺乏具体指引极易导致以下两种后果的产生：一是由于每个具体案件对于“主营业地”的标准不统一所造成的个案司法判决不一致；二是法官出于对法院地的偏好，一旦境外非政府组织有境内活动，就会一味地将法院地认定为其主营业地。

（二）非法人型境外非政府组织不存在属人法

对于非法人组织型的境外非政府组织而言，则不存在属人法。在《涉外民事关系法律适用法》规定的民事主体一章中，没有非法人组织这一类型。因而法院在具体案件中判断非法人组织应当适用的法律时，仅可通过该法的“兜底条款”适用最密切联系地的法律。然而，确定非法人型境外非政法组织的最密切联系地难度仍然较大。在涉及非法人型境外非政府组织的具体案件中，与案情有联系的因素众多，如非政府组织的设立地、登记地、活动地等。法院地的利益以及结果的可确定性等也属于有关联性因素。如何权衡上述因素并在具体案件中合理确定最密切联系地，对于法官来说是一个不小的挑战。此外，如果法官确定“最密切联系”所使用的因素过于任意，就有可能构成以结果为导向的逆向选择。而实践中法官往往难以摆脱其对法院地的偏爱导致法院地法的过度适用，使得非法人型境外非政府组织涉外法律关系的法律适用沦为属地主义的牺牲品。

三、境外非政府组织司法救济困境的成因

（一）立法时未充分考虑国家间差异

具有迥异文化背景的各国立法者对非政府组织进行规制的法律制度必然存在差异。而我国在立法时主要以本国情形为出发点，忽略了各国立法之间的差异。我国民法规定中基金会、社会团体以及智库机构都属于法人范畴，而我国对于法人成立一般采用登记成立要件主义。但是由于有些国家对于其本国非政府组织的登记规定较为灵活，非政府组织无需登记即可设立。例如日本法规定“法人的设立, 除非在其主事务所所在地进行登记, 不得以之对抗他人”。[10]日本虽设有组织体须进行登记的规定, 但对于登记效力的规定却是与我国不同的[11]，其本质上属于采用登记对抗主义，而非登记生效主义。在此类国家中，由于登记是对抗要件，因

[10] 曹为、王书江译：《日本民法》，法律出版社 1986 年 8 月第 1 版，第 45 条。
[11] 赵群：《非法人团体作为第三民事主体问题的研究》，载《中国法学》1999 年 01 期。

此未登记的组织可以设立，但在我国境内发起诉讼时则无法被认定为法人，只能作为非法人组织。现实中，许多追求社会公共利益的非政府组织宁愿放弃法人资格也不愿接受当局的监控，且它们采用非法人组织的方式也完全可以生存，因而非政府组织事实上往往更愿意选择设立但不登记而以非法人组织的形式存在。综上所述，由于我国对登记的强制要求，在我国诸多立法中都采用了登记国的概念。考虑到存在一定比例的未登记境外非政府组织，我国的立法一刀切、适用登记国的做法使得这部分组织无法进行外国组织认定，也无法适用其属人法救济其合法权益。

（二）法律规定存在明显缺漏

如前所述，在我国的境外非政府组织可以作为“外国组织”参与诉讼，但其代表机构中仅社会团体型境外非政府组织的代表机构可以作为“其他组织”具备诉讼主体资格。这意味着对于基金会型和智库型境外非政府组织的代表机构而言，其诉讼主体资格的获得缺乏必要的法律依据。这种诉讼法律制度中的明显缺漏不符合党的第十九届五中全会提出的“加强和创新社会治理”以及推动国家治理体系和治理能力现代化的目标，不符合“习近平法治思想”中关于坚持建设社会主义法治体系，加快形成完备的法律规范体系的重要论述和指导思想。

此外，对境外非政府组织立法的模糊性也是法律不完善的另一个突出表现。由于我国立法未对境外非政府组织司法救济进行专门规定，需要在民诉法等其他法律中探寻其救济途径，这对法律规定的确定性以及可预测性要求较高。从实际立法来看，在前述法律进行立法时，境外非政府组织问题并未进入立法者的视野，以致我国在这些法律立法时并未考虑其特殊性，从而使得在适用这些法律判断境外非政府组织及其代表机构的相关诉讼问题时，难以得出确切结论。

立法的模糊不清在客观上导致了畸形的法律适用结果。例如，在《法律适用法》第 14 条中规定法人的主营业地与登记地不一致的，“可以”适用“主营业地法”。“可以”一词含糊不清，过于宽泛。这事实上使得法官在适用“登记地法”和“主营业地法”之间能够较为自由地进行选择。如前所述，可以被认定为“主营业地”的连结点较多，法院可以轻而易举地找到“主营业地”，而“登记地”的认定则需符合客观的标准并查实其登记情况，所以法院大面积地适用 “法人主营业地法律”。[12]

（三）极度缺乏境外非政府组织相关司法实践

目前在 “中国裁判文书网”仅检索到 5 例与境外非政府组织及其代表机构有关“有效”样本案件，其中作为原告的案件仅 2 例。[13]境外非政府组织进入中国已有数十年，这样的案件数量显然无法与在中国的境外非政府组织的数量及其活跃程度相匹配。

---

[12] 邢钢：《公司属人法的确定：真实本座主义的未来》，载《法学研究》2018 年 01 期。

[13] 林哲与美国环保协会北京代表处劳动争议案，北京市第二中级人民法院（2018）京 02 民终 11653 号民事判决书；中国(香港)品牌认证协会有限公司北京代表处与北京市公安局行政案件，北京市第二中级人民法院（2018）京 02 行初 266 号行政裁定书；朱珠与红十字国际委员会劳动争议案，北京市朝阳区人民法院（2015）朝民初字第 24802 号判决书；上海帝位奈特技术信息管理中心、李某某擅自使用他人企业名称、姓名纠纷案，中华人民共和国上海知识产权法院（2017）沪 73 民终 36 号二审民事判决书；陕西省妇与乐施会合同纠纷案，云南省昆明市中级人民法院（2014）昆民六初字第 17 号判决书。

极度缺少司法实践是不利于境外非政府组织治理的。首先，受理境外非政府组织案件的法院长期缺乏处置相关问题的经验，对复杂问题应对失据。其次，境外非政府组织案例基数少、偶然性大，难以出现具备可推广价值的典型案例，也就难以出现最高人民法院指导性案例。通过司法实践补足立法缺失的可行性大大降低。第三，案件数量的极度缺乏本身就代表着境外非政府组织及其代表机构诉权难以实现。境外非政府组织在华数十年来在面临纠纷时，不可能一概不通过诉讼途径来救济自身权益，然而其作为原告的案件仅有 2 件，这从侧面反映出维护境外非政府组织合法权益的司法救济亟待改善。

四、完善境外非政府组织的司法救济的若干建议

（一）完善诉讼主体资格规则

1.对外国组织的所在国认定采用设立国标准

如前所述，境外非政府组织作为“外国组织”参与诉讼时，要求提交“所在国”的公证文书。目前《民事诉讼法》司法解释对于“所在国”的定义为设立登记国或者办理了登记手续的第三国。那些无须登记便可合法设立的境外非政府组织没有“登记国”便也没有了“所在国”，也就无法在中国作为“外国组织”参与诉讼了。

如果将“所在国”定义为“设立国”而非“登记国”则会避免这样的困难。即便境外非政府组织没有登记，只要境外非政府组织在其本国依法设立，也可以享有“外国组织”的法律地位，也就能一劳永逸地解决境外非政府组织找不到“所在国”的问题了。

从具体的修法路径来看，可以对《行政诉讼法》、《民事诉讼法》等法律进行修改，也可以对二者的司法解释进行修改。但是显然对司法解释进行修改是更佳选项。首先，两部诉讼法中仅使用了外国组织概念，并没有直接指向所在国，也没有直接规定所在国是登记国。是司法解释做了上述的规定。其次，然而修改法律是个漫长的过程，且会耗费大量立法成本。而司法解释的立法层级较低、修改所耗费的资源较少、程序相对简单。因此，应当对《民事诉讼法》司法解释第 532 条等指向“登记国”的有关内容改为“设立国”。

2.明确赋予境外非政府组织代表机构“其他组织”地位

前文也已经提到境外非政府组织的代表机构的诉讼主体资格不取决于代表机构本身，而是取决于设立该代表机构的境外非政府组织是哪种类型。社会团体类型的境外非政府组织在中国设立的代表机构，可以作为《民事诉讼法》司法解释第 52 条中所指的“其他组织”而享有诉讼主体资格。但基金会和智库这两种类型的境外非政府组织所设立的代表机构的诉讼主体资格就不甚明确了。

从“其他组织”的定义来看，只要是具有合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织即为其他组织。基金会和智库这两种类型的境外非政府组织在中国的代表机构也是依照中国的《管理法》依法成立的，在中国境内有规模不等的组织机构和一定的财产，同时没有法人资格。它们符合“其他组织”的定义。《民事诉讼法》司法解释第 52 条列举了“其他组织”的一些常见类型。境外非政府组织的代表机构并未被包含在内，然而司法解释的列举并不属于周延性列举，反而是在最后使用了“其他符合条件的组织”的表述，

表明还存在除列举情形以外的其他组织。因此，将基金会型和智库型境外非政府组织在中国设立的代表机构认定为“其他组织”符合法定的标准，也与现有的司法解释不产生冲突。

除合法性以外，将基金会型和智库型境外非政府组织在中国设立的代表机构认定为“其他组织”也具备合理性。近年来，许多学者呼吁给予非法人组织和法人一样的民事主体地位。代表机构作为非法人组织也应具有诉讼主体资格。谭启平教授提倡非法人组织与法人一样可以作为民事主体[14]，并且其提出其他组织与非法人组织概念内涵外延相同，只是使用的表述不同。[15]在我国台湾地区,王泽鉴先生也指出,无权利能力社团（即非法人组织），无论内、外关系,原则上应类推适用社团的规定。[16]因此利用其他组织规定的兜底条款作为境外基金会与智库机构代表机构可以成为适格原告的法律依据是具有合理性的。

赋予境外非政府组织代表机构诉讼主体资格也是公平原则的内在要求。我国民事诉讼法对允许境外非政府组织的代表机构作为民事诉讼的被告，不论设立代表机构的境外非政府组织的具体类型为何。而作原告的资格却要因设立代表机构的境外非政府组织是社会团体还是基金会、智库而区别对待。这导致某些代表机构在民事诉讼中只能做被告，不能做原告，也不能提起反诉。这种权利与义务不统一，不符合公平正义的要求。

此外，确认境外非政府组织代表机构的诉权，不仅有利于其严格依法维护自身合法权益，避免代表机构缺乏救济途径的情形，还能提高我国司法系统运用法治思维和法治方式的能力，营造办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法的法治环境，从而提高我国司法公信力，最终提升我国的国际声望。

因此，明确境外非政府组织代表机构的其他组织地位势在必行。从具体的实施路径来看，与修改立法相比，通过最高法复函或指导案例的方式对上述问题加以解决更为理想。由最高法对该问题进行权威解答，为基层法院提供指引，可以产生上行下效的效果。同时这样的方式较为灵活，可以应对复杂案件中多变的事实状态，也避免了较高层级法律规范性文件修改的复杂程序和高昂成本。这些方式也可以为境外非政府组织提供指引，使得其对自身诉权有更确切的认识，从而可以更好地使用司法武器维护自身合法权益。

（二）推动境外非政府组织属人法的适用

1.明确法人型境外非政府组织的属人法

法人型境外非政府组织作为外国组织参加中国的民事或行政诉讼时，可以适用其属人法。从实践经验来看，境外非政府组织也有较强烈的适用其属人法，而非适用法院地法（中国法）的意愿。境外非政府组织的属人法可以是它的主营业地，也可以是设立登记地。然而法官对认定主营业地的裁量权过大、结果不确定，对设立登记地的认定则有可能面临无登记地的困难。

为了避免法官在判断主营业地问题上的自由裁量权过大，需要具有法律效力的司法解释对主营地的判断提供更客观、明晰并有操作性的标准。关于主营业地的判断有很多学说，包

[14] 谭启平：《中国民法典法人分类和非法人组织的立法构建》，载《现代法学》2017 年 01 期。
[15] 谭启平：《非法人组织与其他组织的关系困局及其破解》，载《法学研究》2020 年 06 期。
[16] 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社，2001 年。

括管理中心所在地说、营业中心所在地说以及成立地说等。最适合境外非政府组织主营业地判断的学说应当为管理中心所在地说。境外非政府组织的营业中心地可能存在多个，究竟是以活动次数还是以活动规模为比较标准来确定主营业地，目前仍存在较大争议。至于成立地说，若采用成立地说，未能突出主营业地的特性，难以和登记地或者设立地相区别。采用管理中心所在地说是较为合理的，管理中心地的判断一般采用法人的首脑机构所在地，即其住所地，住所地的判断争议较小。[17]因此，通过司法解释规定采用管理中心所在地说作为判断主营业地的标准更具合理性。

为了避免已设立境外非政府组织没有登记地的问题，应该对《法律适用法》第 14 条进行相应修改。如前述所言，许多国家对设立非政府组织的登记并没有强制要求。由于在立法时忽视了各国法律规定的差异，仅考虑到了中国对法人的要求便规定“设立登记地”，导致出现了法律适用的真空地带。而填补该真空地带最直接的方式就是将“设立登记地”修改为“设立地”。这样可以提高《法律适用法》的可适用性，服务于日益拓展的中国与外国的国际交往的实际需求。

2.补充非法人型境外非政府组织的法律适用规则

《法律适用法》规定本法没有明确规定的，适用与该涉外民事法律关系有最密切联系的法律。这使得非法人型境外非政府组织的法律适用避免了无法可依的情形。但是兜底条款是为了防止实践中难以预想的情况，而非法人组织的活动虽然少见，但显然并不属于难以预想的情形，长期适用兜底条款显然是不合适的。其他国家如意大利等国都在其本国国际私法中规定了支配非法人社团的法律[18]，我国法律对此长期缺少专门规定不符合国际通行的做法。另外《法律适用法》在 2011 年 4 月 1 日施行之后，《民法总则》作出了重要修改。它在“第三章 法人”之后单独增设了“第四章 非法人组织”并已于 2017 年 10 月 1 日生效。这是对民事主体类型的一个重要修改，这种立法体例也为《民法典》所接受。为匹配民法关于民事法律关系主体的重要修改，《法律适用法》亟需增设非法人组织的法律适用规则。在具体的规则设计方面，学界和业界普遍支持借鉴外国经验，在具体设置非法人组织的法律适用时可以参考法人法律适用的规定，或是直接将“法人”的法律适用规则改为“法人和非法人组织”的法律适用规则。

结语

境外非政府组织是国际民间交流的重要载体，能否为其提供司法救济以及司法救济效果如何是衡量一个国家法制是否健全、治理是否良好的一项显性指标。目前境外非政府组织及其代表机构在中国获得司法救济的困难主要是在诉讼法上难以获得诉讼主体资格，在法律适用中难以适用其属人法。对非法人类型的境外非政府组织而言甚至没有可适用的涉外法律关系适用法。这就要求不仅要从诉讼法律制度上对“外国组织”和“其他组织”的含义与范围

[17] 李双元、欧福永：《国际私法》第五版，北京大学出版社 2018 年 10 月出版。
[18] 李双元、欧福永：《国际私法》第五版，北京大学出版社 2018 年 10 月出版。

加以澄清，还要从涉外法律关系适用法上修改关于属人法认定的规则，补充《民法总则》中已经增加了的“非法人组织”这一民事主体类型的涉外法律适用规则。

境外非政府组织在国际投资争端解决中的重要性也日益凸显。境外非政府组织以“法庭之友”的身份参与国际争端解决已成为一种不可逆转的趋势。如在 Philip Morris 诉乌拉圭国际投资仲裁案中，境外非政府组织为为仲裁庭裁决提供科学依据发挥了不可替代的作用。[19]独立的非政府组织参与已经成为多个投资协定文本包含的强制性义务。因此推动新一轮更高水平对外开放，也迫切需要为境外非政府组织提供法治化，便利化，国际化的运营环境。

习近平总书记曾在《致 2016 年二十国集团民间社会会议的贺信》[20]中也提到要为境外非政府组织在活动提供便利，保障其合法权益。司法救济途径不畅显然不符合习近平总书记的讲话精神。根据全面依法治国的相关要求，以国家治理能力现代化转型为契机，统筹推进诉讼法、涉外法律关系适用法与民法的修改，采取系统治理模式，全面构造境外非政府组织司法救济体系是面向未来的法治改革的必由之路。

参考文献

[1]谭启平,非法人组织与其他组织的关系困局及其破解[J],法学研究, 2020,42(06): 3-21.

[2]谭启平,中国民法典法人分类和非法人组织的立法构建[J],现代法学,2017,39(01),76-93.

[3]邓刚宏,行政诉讼原告资格的理想结构与发展路径[J],江海学刊, 2020,(03),147-153.

[4]杨健,认真对待权利：权利救济的文明与方式[J],检察日报,2019.

[5]邢钢,“一带一路”建设与公司准据法的确定[J],中国法学, 2017,(06),91-109.

[6]邢钢,公司属人法的确定：真实本座主义的未来[J],法学研究, 2018,40(01),188-208.

[7]田洪鋆,我们究竟需要怎样的灵活性——对中国最密切联系原则的可控性思考[J],中国国际私法与比较法年刊,2018(02).

[8]曹为、王书江译,《日本民法》[M],法律出版社 1986 年 8 月第 1 版,第 45 条。

[9]赵群,非法人团体作为第三民事主体问题的研究[J],中国法学,1999(01).

[10]李双元、欧福永：《国际私法》[M]第五版,北京大学出版社,2018：175-182.

[11]王泽鉴：《民法总则[M]》,北京,中国政法大学出版社,2001 年.

[12]全小莲，Philip Morris 诉乌拉圭国际投资仲裁案解读[J],仲裁研究，2019,(01).

[19] 全小莲：《Philip Morris 诉乌拉圭国际投资仲裁案解读》，载《仲裁研究》2019 年 01 期。

20 习近平：《致 2016 年二十国集团民间社会会议的贺信》“中国政府支持本国社会组织参与国内经济社会建设，也欢迎境外非政府组织来华开展友好交流合作，并努力创造良好法治环境，为其在华活动提供便利，保障其合法权益。”

“海洋命运共同体”视域下的海洋综合管理：既有实践与规则创制[1]

孙传香[2]

（湖南人文科技学院法学院，湖南娄底，417000）

Integrated Ocean Management from the Perspective of a Maritime Community with a Shared Future: Existing Practice and Rule-making

【摘要】海洋于国际社会的重要性日趋明显，划界前需要通过和平方式解决争端，划界后则面临如何管理海洋等问题。“海洋命运共同体”理念提出了海洋生态文明建设以及保护海洋生物多样性等多项目标，为海洋综合管理的制度形成提供了规则导向。目前，全球海洋综合管理的实践主要有“沿海和海洋的综合管理与可持续发展”、“沿海国与区域综合管理”、“海洋与沿海地区综合管理”以及“海岸综合管理”等模式。前述管理模式的共性与特性并存，其宗旨和目的与海洋命运共同体理念的相通之处甚多。基于海洋命运共同体的理念与内涵，结合《里约宣言》、《公约》以及《21 世纪议程》等国际法律渊源，可从既有的海洋综合管理实践中提炼并归纳出“经济、环境与社会综合治理”、“可持续发展”、“国际合作”以及“共商共建共享”等四个基本原则。

【关键词】海洋综合管理；海洋命运共同体；可持续发展；共商共建共享

[1] 基金项目：2020 年度教育部人文社会科学研究规划基金项目：《国际海洋划界三阶段实体规则的形成与流变研究（1969-2019）》（项目批准号：20YJA820017）;2018 年度湖南省哲学社会科学基金重点项目：《国际海洋划界三阶段实体规则的司法实践与最新发展研究》（项目编号：18ZDB016）；

[2] 作者简介：孙传香，男，1974 年 6 月生，湖南省邵东市人，湖南人文科技学院法学院副教授，法学博士，美国弗吉尼亚大学访问学者，主要从事国际海洋法及国际法基本理论的研究。

Abstract

The importance of the ocean to the international community is increasingly evident. Disputes need to be settled by peaceful means before demarcation, and after that, problems such as how to manage the ocean are faced. The concept “A maritime community with a shared future” puts forward the requirements of marine ecological civilization construction and protection of marine biodiversity, which provides rules for integrated marine management. At present, the practice of global integrated ocean management mainly includes "integrated management and sustainable development of coastal and marine areas", "integrated coastal and zone management", "integrated marine and coastal area management" and "integrated coastal management". The commonness and characteristics of the above-mentioned management mode coexist, and there are also many similarities between their tenets and the concept of “A maritime community with a shared future”. Based on the concept and connotation of “A maritime community with a shared future”, combined with the Rio Declaration, the Convention on Biological Diversity, Agenda 21 and other international documents, integrated ocean management can be refined and summarized into four basic principles, namely, "comprehensive management of economy, environment and society", "sustainable development", "international cooperation" and " achieving shared growth through discussion and collaboration".

Keywords: integrated ocean management; a maritime community with a shared future; sustainable development; achieving shared growth through discussion and collaboration

引　言

2019 年 4 月，国家主席、中央军委主席习近平同志在会见应邀出席中国人民解放军海军成立 70 周年多国海军活动的外文代表团团长时首次提出“海洋命运共同体”这一重要理念，同时指出，“中国高度重视海洋生态文明建设，持续加强海洋环境污染防治，保护海洋生物多样性，实现海洋资源有序开发利用”[1]，习近平主席言简意赅地总结了中国实施海洋综合管理的成功经验，同时也深刻揭示构建“海洋命运共同体”对实施全球海洋综合管理的重要意义。

自“海洋命运共同体”理念提出以来，国际社会越来越深刻认识到保护海洋与海洋环境的重要性，保护海洋环境、力促海洋可持续发展已然成为全球各国的共识。然而，构建“海洋命运共同体”是一个从观念到行动，进而塑造现实的动态过程[2]，其宏观指导性强，可供遵循的具体规则相对较少。与此同时，海洋综合管理在国际层面的实践中形成了一些规范，这些规范与“海洋命运共同体”理念高度契合。因此，在“海洋命运共同体”视域下分析全球海洋综合管理的实践现状，继而探析海洋综合管理对海洋命运共同体理念的规则创制功能，无疑具有重要的理论价值和实践意义。

一、海洋综合管理概念的源起

自上世纪八十年代以来，特别是 1992 年联合国环境与发展大会召开后，海洋综合管理理念渐次兴起，沿海国以及部分地区在海洋综合管理方面进行了有益探索与实践。2017 年 6 月，“可持续发展目标 14：保护和可持续利用海洋和海洋资源以促进可持续发展”高级别会议在联合国总部开幕，会议呼吁与会各国对海洋实施全面综合管理，以确保海洋的可持续发展。[3]然而，尽管“海洋综合管理”的相关理念逐渐被国际社会接受，但至今未形成一个公认的概念。其主要原因不外乎于此：各国在海洋综合管理的具体内涵与外延问题上未能达成共识，即，“海洋综合管理”到底是指一国国内法层面的海洋综合管理制度，抑或国际层面的国际公约或区域性协定，还是一个涵括前述两者在内的综合性“篓子”概念？

根据《联合国海洋法公约》的规定，有关领海、专属经济区、大陆架等海域的管理权利属于相关沿海国。例如，《联合国海洋法公约》第 2 条规定了沿海国在领海及其上空、海床和底土的法律地位；第 56 条规定了沿海国在专属经济区的权利、管辖权和义务；第 77 条规定了“沿海国对大陆架的权利”，第 193 条规定了“各国开发其自然资源的主权权利”。与此同时，《联合国海洋法公约》第 192 条规定“各国有保护和保全海洋环境的义务”。

由此可见，国家是《联合国海洋法公约》赋予权利并课以义务的国际法基本主体。但遗憾的是，以《联合国海洋法公约》为代表的国际海洋法律制度并未规定沿海国在行使上述权利时应履行义务的具体内容，或虽有规定却言之不详而不具有可操作性，国际法是否课以沿海国承担对其管辖范围内的海洋实施“综合管理”的义务更是付之阙如。是故，沿海国在国家或国际层面对海洋实施综合管理实属必然，是对《联合国海洋法公约》的必要补充与进一步完善。

二、“海洋命运共同体”视域下海洋综合管理的主要既有实践

习主席指出，“海洋孕育了生命，联通了世界，促进了发展，我们人类居住的这个蓝色星球，不是被海洋分割成了各个孤岛，而是被海洋连结成了命运共同体”[4]。可见，对彼此联通的海洋实施综合管理，无疑是构建“海洋命运共同体”的重要举措。如前所述，一方面，国际社会迄今未能对海洋综合管理形成一个明确定义，另一方面，国际法层面有关海洋综合管理的义务规制亦不甚清晰明了。可喜的是，各国在国际层面对海洋综合管理有了初步实践，其主要实践模式有“沿海和海洋的综合管理与可持续发展”、“沿海国与区域综合管理”、“海洋与沿海地区综合管理”以及“海岸综合管理”等，这些既有实践不仅丰富和发展了《联合国海洋法公约》，同时也为构建“海洋命运共同体”提供了规则支撑。

（一）沿海和海洋的综合管理与可持续发展

从概念来看，沿海和海洋的综合管理与可持续发展的主要调整客体是“沿海地区”与“海洋”，体现陆地与海洋的共生关系，其核心是可持续发展。1992 年，联合国环境与发展会议在巴西里约热内卢召开，与会各国基于环境保护与经济发展相协调的重要性，提出“可持续发展”这一重要概念。会议通过《21 世纪议程》、《生物多样性公约》（以下简称《公约》）以及《气候变化框架公约》等五个文件，首次提出要对沿海和海洋实施综合管理以实现可持

续发展，这一理念此后在联合国大会和其他首脑级会议上得以多次重申。譬如，1997 年联合国大会第 A/RES/S-19/2 号决议[5]、2002 年约翰内斯堡可持续发展问题世界首脑会议第 A/CONF.199/L.1 号决议、2012 年联合国可持续发展大会第 A/C.2/66/L.59 号决议[6]以及 2015 年联合国大会第 A/RES/70/1 号决议[7]等均强调实施可持续发展的重要性。

在联合国环境与发展会议通过的五个文件中，对“可持续发展”概念的形成贡献最大的当属《21 世纪议程》。首先，《21 世纪议程》第 17 章的标题即为“沿海和海洋综合管理与可持续发展”，将可持续发展提到与海洋综合管理同等重要的地位，明确要求各国“保护大洋和各种海洋，包括封闭和半封闭海以及沿海地区，并保护、合理利用和开发其他生物资源”，提出要构建综合性的政策制定和决策实施过程，建立相关预防机制并呼吁利益相关者广泛参与。其次，尽管《21 世纪议程》并未明确定义“沿海和海洋综合管理与可持续发展”的概念，但该议程鼓励国家之间建立起协调机制，包括制定综合管理计划和对相关环境影响进行评估。

（二）沿海国与区域综合管理

与“沿海和海洋的综合管理与可持续发展”调整“陆海”关系不同，“沿海国与区域综合管理”主要规制陆地与陆地的关系。“沿海国与区域综合管理”是 1995 年《保护地中海海洋环境和沿海地区公约》（以下简称《巴塞罗那公约》）提出的概念，该公约第 2 条第（f）款将“沿海国与区域综合管理”定义为一个可持续管理和利用沿海地区的动态进程，同时考虑沿海地区生态系统和景观的脆弱性、人类活动和利用海洋方式的多样性以及彼此之间的交互作用。[8]根据《巴塞罗那公约》第 18 条第 1 款的规定，“各缔约方应进一步加强或制定沿海区域综合管理国家战略以及沿海实施计划和方案”，其实质是对沿海国施加发展或维持海洋综合管理的义务。其第 18 条第 2 款对前款规定的相关义务作了进一步解读，指出该义务包括提供“对现有情况的分析”和“确立目标、确定优先事项、列举措施……，以及制定执行时间表。”此外，《巴塞罗那公约》还确定了“沿海国与区域综合管理”的基本原则和具体目标，规定了“沿海国与区域综合管理”的具体“要素”，其中涉及建立禁止开发沿岸区域且要求在开展经济活动过程中充分考虑经济活动对环境的影响，以确保对海岸地区的有效保护和可持续利用。

无独有偶，成立于 1982 年的印度洋委员会（the Indian Ocean Commission）亦有“沿海国与区域综合管理”的规定，且该委员会将“沿海国与区域综合管理”作为一项实施海洋综合管理的基本原则。在 2013 年第 28 届部长理事会会议上，印度洋委员会理事会就政治、经贸、可持续发展以及促进地区一体化等四个战略发展方向达成共识。[9]与此同时，为进一步保护西印度洋环境，在毛里求斯、肯尼亚以及联合国环境规划署的共同主持下，西印度洋沿岸国家环境部长于 2010 年 4 月召开了《西印度洋内罗毕公约》缔约方第六次会议，将环境保护、管理与发展列为该次会议的重点议题，为维系孕育人类起源的海洋可持续发展画策设谋。2016 年 3 月，西印度洋国家制定了《西印度洋内罗毕公约》“沿海国与区域综合管理”议定书草案，草案亦将“沿海国与区域综合管理”定义为一个动态的治理或管理过程，同时

对可持续发展做出了规定。[10]

（三）海洋与沿海地区综合管理

“海洋与沿海地区综合管理”是《公约》提出的海洋综合管理概念，也体现海洋与陆地之间的关系。《公约》理事会在其执行战略《可持续海洋倡议计划》（2015—2020）[11]、秘书处在其第 14 号有关“实施《公约》的海洋和沿海地区综合管理办法”（2004 年）的技术报告以及第 76 号有关“为实现（日本）爱知县生物多样性目标而进行的沿海综合管理：基于东亚海域沿海和海洋治理的经验和教训制定的实施指南”（2015 年）的技术报告[12]中均提出要实施“海洋与沿海地区综合管理”。在上述文件中，“海洋与沿海地区综合管理”被称为执行《公约》有关海洋和沿海生物多样性的养护和可持续利用、生态系统方法或生物多样性目标和战略的实施工具。

在 2004 年第 14 号技术报告中，《公约》秘书处将“海洋与沿海地区综合管理”定义为一种参与性的决策过程，其目的在于预防、控制或减轻人类活动对海洋和沿海地区环境的不利影响，并帮助恢复业已退化的沿海地区。2005 年，《公约》技术报告进一步确认，“海洋与沿海地区综合管理”是一种持续的、动态的、反复的和适应性的参与过程，在此过程中，通过制定并执行协调战略，使资源得以可持续利用。[13]值得强调的是，《公约》不仅提出了“海洋与沿海地区综合管理”的相关概念，其缔约国大会在相关决议中还规定了“海洋与沿海地区综合管理”的具体安排与实施方法。譬如，前述相关技术报告和实施策略规定了“海洋与沿海地区综合管理”的政策实施周期，阐明要通过规划、实施和评估等环节保障“海洋与沿海地区综合管理”的有效实施。

需要特别指出的是，与“沿海和海洋的综合管理与可持续发展”和“沿海国与区域综合管理”不同，“海洋与沿海地区综合管理”提出了“生态系统方法”这一全新概念。此外，《公约》的部分技术报告扩大了“海洋与沿海地区综合管理”的适用范围，使之不仅可以规制海上行为，同时也可以适用于陆地活动。与此同时，《公约》技术专家还建议将与气候变化有关的内容也纳入“海洋与沿海地区综合管理”方案中，通过制订鼓励减排废物的优惠政策以减少来自陆地的污染源，从而降低对海洋的污染。

（四）海岸综合管理

“海岸综合管理”是东亚海环境管理伙伴关系计划（PEMSEA，以下简称“伙伴关系计划”）提出来的海洋综合管理概念。2006 年 12 月，“伙伴关系计划”全体成员方在中国海口将该伙伴关系计划定性为执行东亚海洋可持续发展战略的区域性协调机制[14]。从制度架构来看，“伙伴关系计划”机制下的“海岸综合管理”框架涵盖政策、战略和行动计划等重要领域，同时还规定了机构设置、法律法规、信息公开、公众知晓、资金筹集以及能力拓展等多个方面的制度，[15]其目标同样是实现“可持续发展”。为有效实施其战略与行动计划，“伙伴关系计划”制定了专门法典，其法典总结了国际社会特别是东亚地区数十年以来的“海岸综合管理”实践和经验，该法典体系完整，结构合理，对“海岸综合管理”进行了全面规定。“伙伴关系计划”法典认为，“海岸综合管理”乃一力促沿海地区可持续发展和管理沿海区

域的动态过程，涵盖了包括信息收集、计划、决策、管理直至监督执行的多个环节。

可见，“海岸综合管理”意欲通过让所有利益攸关方的知情参与和彼此合作，以评估特定沿海区域的社会目标并为此采取切实行动。从长计议，“海岸综合管理”的目标是在自然动态设定的范围内寻求环境、经济、社会与文化等诸方面之间的最佳平衡点。

三、海洋综合管理主要既有实践的特点及其与海洋命运共同体的内生逻辑关系

（一）既有海洋综合管理实践的主要特点

从既有“海洋综合管理”的实践来看，尽管不同管理模式的实践在内容和形式上不尽一致，但仍存在诸多相似点。对这些相似点进行剖析并总结有助于揭示海洋综合管理与“海洋命运共同体”理念之间的内生逻辑关系。

首先，四种实践模式在关注领域、实现过程、对生态系统方法的推崇以及主要渊源等方面均存在诸多共性。正如《公约》第 76 号技术报告所言，“沿海国与区域综合管理”、“海洋与沿海地区综合管理”以及“海岸综合管理”三者是大致相似的。从整体上看，这三者与“沿海和海洋的综合管理与可持续发展”都以海洋或沿海地区为调整客体，均以促进协调与合作为重点，在形式上实现了不同模式的海洋综合管理的统一，为实践海洋命运共同体理念提供了制度基础。

其次，四种管理模式的目的与主要内容相似。尽管四种模式在其各自文本或文件中使用的表达方式或措词用语不尽相同，但其目的均是“通过保存、保护和可持续利用海岸带等方式促进海洋环境的保护和可持续利用”（“沿海国与区域综合管理”用语），“可持续发展”（“沿海与海洋的综合管理与可持续发展”及“海岸综合管理”用语）以及“资源的可持续利用和环境保护”（“海洋与沿海地区综合管理”用语），其主要内容是海洋环境保护与可持续发展，与其他国际文件及国际司法实践一脉相承。在造法性国际公约方面，《联合国海洋法公约》规定主权国家有“保护和维护海洋环境的义务”[16]，1992 年联合国环境与发展大会通过的《里约环境与发展宣言》（以下简称《里约宣言》）的原则二规定，各国“有责任保证在它们管辖或控制范围内的活动不对其它国家或不在其管辖范围内的地区的环境造成危害”[17]。在国际司法实践方面，国际法院在“请求法院根据 1974 年 12 月 20 日所作关于核试验案”（新西兰诉法国）判决书第 63 段审查相关情势”一案中认为，其所作“命令”“不妨碍各国尊重和保护自然环境的义务”。[18]在 1996 年“威胁使用或使用核武器的合法性”咨询意见案中，国际法院亦指出，《里约宣言》原则二规定的国家义务具有一般性质，并且“已然成为有关环境的国际法的一部分。”[19]

再次，既有的主要海洋综合管理模式都重视“生态系统方法”的运用。沿海国与区域综合管理、海洋与沿海地区综合管理以及海岸综合管理都提出并运用了“生态系统方法”。譬如，《公约》在第 2，8 以及 9 条提及了“生态系统”，1995 年，《公约》第一次缔约国大会在其决议中正式使用“生态系统方法”这一概念。1998 年，在马拉维首都利隆圭召开的会议上，《公约》缔约国大会进一步提出生物多样性管理的生态系统方法 12 条原则（又称为“马拉维原则”），使“生态系统方法”的概念进一步得以明确。毫无疑问，尽管生态系统方法有

各种不同的定义和解释，但生态系统方法与海洋综合管理密切相关，很难将生态系统方法与海洋综合管理严格区分开来。正因如此，有学者甚至将海洋综合管理和生态系统方法这两个概念互换使用。[20]206

最后，既有的海洋综合管理实践跳出了传统单一管理模式的困囿。综上所述，上述海洋综合管理实践并未采用单一的海洋管理模式，在理念上摒弃了传统意义上只重视经济、环境或社会单一层面的做法，而与“海洋命运共同体”“联通世界、促进全面发展”的理念高度契合。譬如，“沿海和海洋的综合管理与可持续发展”将其定性为“政策与决策的综合过程”；“海洋与沿海地区综合管理”将其定义为“持续的、动态的、相互的适应或参与过程”；“海岸综合管理”认为海洋综合管理是一个“动态的，学科交叉且相互作用的过程”；“沿海国与区域综合管理”则将“海洋综合管理”视为“动态过程”。虽然措词不同，但无不反映了海洋综合管理过程的基本特征，即“综合性”与“动态性”。

综上，尽管上述海洋综合管理模式在过程设计、实施以及改进等细节方面存在一定的差异，但从整体上来看，四者存在共性且丰富了海洋综合管理的内涵，有助于沿海国家基于“生态系统方法”发展并维持海洋综合管理体系，以保护并可持续地利用海洋资源。

（二）海洋综合管理与海洋命运共同体理念的内生逻辑关系

就本质而言，海洋命运共同体理念与人类命运共同体理念一脉相承，是对国际社会当下最关切的诸如海洋环境与可持续发展等重大问题做出的时代回应，也是在《联合国海洋法公约》框架外为国际社会治理海洋问题提供的新思路，为国际社会推进海洋综合治理贡献了中国智慧并提供了中国方案。“海洋命运共同体”理念自提出以来，得到国际社会大多数国家的认同与支持，亦得到学界的广泛认可。譬如，印度尼西亚亚洲创新研究中心主席班邦•苏尔约诺（Banbang Suryono）认为，在海洋命运共同体这一全新理念指引下，“全球各国将共享海洋资源，共同发展海洋经济，实现利用海洋造福人类的目标，这有利于破解当前全球在开发海洋资源上各自为政的困境”[21]。总体而言，海洋综合管理与海洋命运共同体理念存在内生逻辑关系，具体表现在如下几个方面。

第一，“海洋命运共同体”的构建能为各国实施海洋综合管理创造良好的和平环境。

有学者指出，“海洋命运共同体”首先是“安全共同体”。[22]在提出海洋命运共同体理念时，习近平主席呼吁国际社会“走互利共赢的海上安全之路，携手应对各类海上共同威胁和挑战，全力维护海洋和平安宁”。当前，传统海上安全问题与非传统海上安全问题并存，尽管在《联合国宪章》以及《联合国海洋法公约》为支柱的新型国际海洋法律体系建立后，传统海上安全问题虽未彻底根除但已然大为减少，但是，以海洋环境污染、生态系统破坏为代表的非传统海上安全问题对国际社会的威胁却愈来愈大。譬如，随着全球变暖，海平面上升，低海拔的沿海国将有被海水淹没之虞。因此，“和平安宁是各国人民最基本、最普遍的愿望”，没有海洋安全，沿海国难以对海洋进行正常管理，对海洋实施综合管理则更是空谈。海洋命运共同体将“安全共同体”置于首位，为全球实施海洋综合管理营造一个良好的和平环境。

第二，“海洋命运共同体”有助于国际社会通过完善的海洋综合管理体系实现全人类的公共海洋利益。

“海洋命运共同体”不仅是“安全共同体”，同时也是“利益共同体”。[23]如前所述，“海洋命运共同体”不是空洞的理论，而是实实在在的指导海洋综合管理的中国智慧与中国方案，其构建的宗旨与意图在于“推动蓝色经济发展，推动海洋文化交融，共同增进海洋福祉”，给全世界人民带来实惠与福利。实际上，海洋命运共同体上述理念在海洋综合管理的不同模式中均已得到运用，现有的主要海洋综合管理实践模式亦无不承认并强调公共海洋利益的分配与保护。譬如，“沿海和海洋的综合管理与可持续发展”明确要求各国“建立相关预防机制并呼吁利益相关者广泛参与”；“海岸综合管理”也强调要求实现“所有利益攸关方的知情参与和彼此合作，以评估特定沿海区域的社会目标并为此采取切实行动”。由此可见，不同模式的海洋综合管理都重视保护攸关方的利益，“共同增进海洋福祉”，与海洋命运共同体之“利益共同体”基本理念紧密呼应。

第三，海洋命运共同体能有效助推沿海国通过海洋综合管理建设海洋生态文明。

海洋是整个地球生命系统的基本构成部分，能有效调节全球气候，蕴藏着极为丰富的自然资源。[24]6 正如本文开篇所言，中国高度重视海洋生态文明建设，持续加强海洋环境污染防治，保护海洋生物多样性。既有海洋综合管理实践无一例外重视生态建设与生态管理。譬如，沿海和海洋的综合管理与可持续发展将可持续发展列为其核心目标之一，强调建设海洋生态文明对可持续发展的重要性；《巴塞罗那公约》第 2 条第（f）款将“沿海国与区域综合管理”定义为一个可持续管理和利用沿海地区的动态进程，同时考虑沿海地区生态系统和景观的脆弱性；“海洋与沿海地区综合管理”被称为执行《公约》生态系统方法或生物多样性目标和战略的实施工具，正式提出了“生态系统方法”这一全新整体概念；“海岸综合管理”亦将可持续发展列为其主要目标，致力于营造良好的海洋生态环境。

综上所述，海洋命运共同体与海洋综合管理之间存在诸多接合点，海洋命运共同体为国际社会完善海洋综合管理提供了制度框架与理念指导；与此同时，海洋综合管理为海洋命运共同体开辟了实践场所，进一步丰富了海洋命运共同体的具体内涵。

四、海洋命运共同体视域下海洋综合管理的规则创制

既有的海洋综合管理实践表明，不同的实践模式存在一定的相同或相似之处，它们在制度与规则层面与海洋命运共同体理念也存在诸多天然契合之处。结合“海洋命运共同体”理念，海洋综合管理至少可归纳整合出以下基本规则。

（一）经济、环境与社会综合管理原则

作为人类的自然资源宝库，海洋占据地球总面积的约 71%，单一的环境管理模式已经远远不能对如此广袤的海洋实施有效管理，需要从环境、经济以及社会等多方面对海洋实施综合管理。

《里约宣言》和《21 世纪议程》均阐明了将环境、经济与社会进行综合治理的理念，认为环境与社会、经济必须作综合考虑，“不能孤立看待”。《里约宣言》原则四规定，“为了

实现可持续发展，环境保护应成为发展进程中的一个组成部分，不能同发展进程孤立开来看待。”该项原则明确规定不能将经济发展与环境保护割裂开来，此观点在国际司法实践中也得到广泛适用。譬如，国际法院 1997 年在匈牙利与捷克斯洛伐克之间“盖巴斯科夫——拉基玛洛大坝案”中明确指出，“可持续发展的概念恰当地表达了协调经济发展和保护环境的必要性”[25]。常设仲裁法院 2005 年在“钢铁莱茵案”中认为，“无论国际法抑或欧洲共同体（即欧盟）法，均要求在规划与发展经济过程中纳入环境保护措施，……，重要的是，新近形成的原则已将环境保护纳入发展进程中。环境法和发展法是一对互不替代且相得益彰的整体概念。”[26]《21 世纪议程》在第一章“序言”中指出，全球伙伴关系必须建立在“大家承认必须对环境与发展问题采取均衡的、综合的处理办法的基础之上”。《21 世纪议程》第八章进一步规定，要在政策、规划以及各级管理机构等方面促进沿海国和内陆国协调发展经济与保护环境的关系，进而规定如何具体执行可持续发展原则。该章要求“审查各国的经济、部门和环境政策、战略和计划，以保证逐步将环境与发展问题结合起来。”为提高决策效率，第八章还提出“在所有决策级别上改革体制结构，使环境与发展问题全面结合。”

同样，《公约》也对将环境、经济与社会综合治理作了规定。其第六条规定了“保护和持久使用方面的一般措施”，要求每一缔约国应按照其具体情况和能力，（a）为保护和持久使用生物多样性制定国家战略、计划或方案，或为此目的变通其现有战略、计划或方案，（b）尽可能并酌情将生物多样性的保护和持久使用订入有关部门或跨部门计划、方案和政策内。可见，《公约》第 6 条（a）款要求缔约国执行其生物多样性战略或行动计划，第 6 条（b）款则强调应该将“保持和持久使用生物多样性”订入有关部门或跨部门计划、方案和政策中。从宏观视角看，“保护和持久使用生物多样性”的要求当然包括对环境因素的考量。

同经济与环境的关系相比，从表面上来看，第 6 条（b）款是否涉及对经济和社会的综合考虑似乎并不十分明显，但是，在实质层面上，“持久使用”应理解为“以经济为目的”。《公约》第 1 条开门见山地规定，《公约》的目的之一是“持久使用其（生物多样性）组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益”，《公约》序言亦提到生物多样性及其组成部分的经济价值以及其对经济发展的重要性。此外，《公约》第 10 条（a）款要求每一缔约国应尽可能并酌情“在国家决策过程中考虑生物资源的保护和持久使用”，其措词与第 6 条（b）款显然极为相似，其“使用资源”的表述则明显体现出“生物多样性”的经济价值。可见，《公约》亦规定了对经济因素的考量。

同样，《公约》序言在广义上阐明了社会价值和社会发展，虽然《公约》列出的目标只在较小的范围涉及社会问题。尽管第 6 条（b）款和第 10 条（a）款并不像阐述“环境”与“经济”的关系那样去重申《公约》目标中与“社会”相关的概念。但是，在发展“生态系统方法”方面，《公约》缔约方大会决议比《公约》文本走得更远，扩大了《公约》规定的目标，涵盖了《公约》文本没有规定的“社会”方面。从《公约》文本来看，实施生态系统方法的目标十分广泛，其中包含社会目标，因此，生态系统方法的引入扩大了海洋综合管理

的外延，增加了海洋综合管理需要具体考虑的因素。譬如，《公约》缔约方大会于 2004 年做出了一项题为“实施生态系统方法原则指南之二（Further guidance on the implementation of the ecosystem approach principles）”的决议。该决议指出，生态系统方法需要考虑三个重要因素，即，在生态系统的组织管理层面，不能仅囿于对物种及其栖息地进行管理，而是要将生物多样性的管理与经济和社会作一体考虑。《公约》缔约方大会在 2009 年所作的题为“实现《公约》三项目标”的决议中强调，“将《公约》的三项目标纳入相关部门或跨部门的计划、方案和政策”。可见，《公约》规定下的综合管理理念亦包含对社会因素的考量。与联合国可持续发展系列文件一致，《公约》的相关文件亦坚持将环境、经济和社会作综合考虑。

除此以外，《里约宣言》、《21 世纪议程》以及《公约》有关环境、经济及社会综合管理的规定在其制度框架外还得到联合国的支持。譬如，2012 年联合国大会第 A/RES/66/288 号决议指出，“我们承认，有必要在所有级别进一步将可持续发展纳入主流，将经济、社会和环境三方面结合起来并认识到它们的相互关联性”[27]。

“海洋命运共同体”理念综合考量了经济、社会和生态环境等人类发展的主要目标，它在强调人类命运与海洋命运休戚相关、沿海国家与内陆国家命运息息相通的同时，倡导保护生态环境，促进经济、社会、环境三者的协调发展，以实现人与自然、人与社会和谐发展的基本理念，与现有的不同形式的海洋综合管理实践一致。

（二）可持续发展原则

从时间上来看，可持续发展原则的渊源最早可追溯至 1992 年联合国环境与发展会议通过的《里约宣言》和《21 世纪议程》。此后，2002 年约翰内斯堡的“可持续发展峰会”以及 2012 年里约热内卢的“联合国可持续发展大会”进一步丰富和发展了“可持续发展”的相关概念，进而使其得以发展成为海洋综合管理的原则之一。

1992 年世界环境与发展大会通过的《里约宣言》规定了 27 项原则，其中有 8 项直接或间接地规定了可持续发展。譬如，原则一宣布，“人类处在关注持续发展的中心”，原则五指出，在消除贫穷方面的合作，是“持续发展必不可少的条件”，原则八呼吁各国减少和消除不能持续的生产和消费模式并倡导适当的人口政策，以“实现持续发展和提高所有人的生活质量”，原则九要求各国“加强为持续发展形成内生能力”。此外，原则十二、二十四以及二十七也直接规定了可持续发展问题，而原则三规定发展权要“公正合理地满足当代和世世代代的发展与环境需要”，以此从侧面诠释了可持续发展的核心。

如前所述，《21 世纪议程》是一部世界可持续发展的宣言书，是一个内容极为丰富的行动计划，几乎涉及到与全球可持续发展有关的所有领域。该议程反映了国际社会在环境与发展领域的全球共识与政治承诺，是人类社会可持续发展的新思想和新概念的充分体现。

《公约》第 2 条“用语”专门解释了“持久使用”，即“使用生物多样性组成部分的方式和速度不会导致生物多样性的长期衰落，从而保持其满足今世后代的需要和期望的潜力”。其“长期”、“今世后代”以及“潜力”等用语说明，“持久使用”是对“可持续发展”做出的解释。第 7 条（b）款要求“特别注意那些需要采取紧急保护措施以及那些具有最大持

久使用潜力的组成部分”，第 8 条（i）款呼吁“设法提供现时的使用与生物多样性的保护及其组成部分的持久使用彼此相辅相成所需的条件”，第 10 条规定了“生物多样性组成部分的持久使用”，倡导缔约国“鼓励其政府当局和私营部门合作制定生物资源持久使用的方法”。据统计，整个公约使用“持久使用”或“持久发展”的地方多达 15 处，足以证明，《公约》对“可持续发展”理念的强调与推崇。

此外，《公约》第 10 条（a）款使用了诸如“决策”以及“各级”等词，这种措词说明，应纳入可持续发展原则的考虑范畴非常广泛。根据《公约》第 6 条（b）款的规定以及《公约》缔约方会议的决定，可持续发展应纳入相关的跨部门计划、方案和政策，其中也包括海洋综合管理政策。在阐述可持续发展原则时，《公约》缔约方会议决定扩大了《公约》文本范围，总之，可持续发展的实质渊源多种多样，或出自条约文本或来源于类似条约的其他文件。但是，无论是制定目标的政策文件，还是执行政策的指导性或建议性的决定，它们对可持续发展的表述基本一致。

迄今，超过 178 个国家通过了《里约宣言》和《21 世纪议程》，这两者构成可持续发展原则的主要渊源，此外，多达 197 个成员方的《公约》也是可持续发展原则的重要渊源，从缔约方的数量来看，这些渊源得到几乎全球各国政府的认可与支持。在关于可持续发展原则的各种资料或渊源中，其概念自 1992 年以来便十分清晰，而且相关表述基本一致。尽管目前很难论证具体的国家行为与可持续发展原则之间的一致性，但各国对这一概念的广泛认可以及各国在行为上的一致性有力地证明了该规范的现实存在。因此，可持续发展已然成为一项国际社会公认的适用于海洋综合管理的重要规则。

习近平主席在其一系列有关海洋命运共同体的著述及重要讲话中反复强调“可持续发展”，认为，“大家一起发展才是真发展，可持续发展才是好发展。”[28]255 因此，可持续发展正是海洋命运共同体理念与海洋综合管理的重要接合点，不仅是海洋命运共同体理念的核心要义，而且也构成海洋综合管理的重要基本原则。国际社会应该以“可持续发展”引领海洋综合管理，在特定地区及时间条件下实现对海洋资源的科学利用和保护；同时，通过一定的组织模式，协调人与环境、人与资源之间的内在联系，真正实现可持续发展。[29]

（三）国际合作原则

1648 年缔结的《威斯特伐利亚和约》结束了欧洲三十年战争，建立起以国家间体制为基础的近代国际法体系。该体系以国家主义为价值导向，强调维护国家的个体诉求与自身利益。随着国际社会的不断发展，人类面临越来越多诸如全球变暖、环境恶化等亟待国际社会共同应对的问题。同时，“经济生活和当代社会其他方面的国际化是一种发展规律，它对国际社会各领域国际合作的拓展与发展具有决定性的作用。”[30]随着两次世界大战后国际组织的爆炸式增长，现代国际法已逐渐演变为“目的在于整体提供包括国际和平与安全、经济合作以及人权等国际公共物品的‘合作’国际法”[31]7。“合作”国际法以国际整体利益为其价值取向，更多地规定国际社会成员的“对一切义务”，其中包括为保护海洋环境和可持续发展而实施海洋综合管理的义务。国际合作原则在海洋命运共同体视域下的海洋综合管理中

主要表现在以下几个方面。

首先，海洋综合管理中的国际合作具有坚实的国际法基础。

《联合国宪章》第 1 条规定，“促进国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题”。除此以外，其他诸多国际法律文件也有“国际合作”的相关规定。譬如，联合国大会于 1970 年通过的《国际法原则宣言》将国际合作列为一项“国际法基本原则”，要求“各国依宪章彼此合作”。由此可见，既然“国际合作”作为一项国际法基本原则，是“适用于国际法各个领域的原则，对国际法的各个分支部门具有一般性的指导作用”[32]40，它无疑对海洋综合管理亦具有正式的规范约束作用。

其次，国际合作原则被广泛载入与海洋综合管理相关的法律文件。

《联合国海洋法公约》在序言中确定《联合国海洋法公约》的签订是“本着以互相谅解和合作的精神解决与海洋法有关的一切问题的愿望”。第十四部分“海洋技术的发展和转让”规定，“各国应直接或通过主管国际组织，按照其能力进行合作，积极促进在公平合理的条款和条件上发展和转让海洋科学和海洋技术”，促进“所有各级的国际合作，特别是区域、分区域和双边的国际合作”。上述规定无不反应国际合作原则在国际海洋综合管理领域的重要地位。

在《里约宣言》规定的 27 项原则中，其中有五项原则阐述了国际合作的重要性。譬如，原则五要求“各国和各国人民应该在消除贫穷这个基本任务方面进行合作”，尽管海洋为国家发展提供重要的自然资源与海运航线，但是，在利用海洋资源过程中，各国要通力合作，通过各种途径建立并完善海洋综合管理制度。原则七规定，“各国应本着全球伙伴关系的精神进行合作，以维持、保护和恢复地球生态系统的健康和完善”。海洋构成地球生态系统的重要组成部分，全球生态系统的健康和完善离不开基于海洋综合管理建立起的海洋生态系统。原则九呼吁，“各国应进行合作，通过科技知识交流提高科学认识和加强包括新技术和革新技术在内的技术的开发、适应、推广和转让，从而加强为持续发展形成的内生能力。”原则十二指出，“各国应进行合作以促进一个支持和开放的国际经济体系，这个体系将导致所有国家的经济增长和持续发展，更好地处理环境退化的问题。”原则十四则敦促“各国应有效地进行合作，以阻止或防止把任何会造成严重环境退化或查明对人健康有害的活动和物质迁移和转移到其他国家去。”可见，国际合作的要求也贯穿于《里约宣言》，是各国开展海洋综合管理的重要指导原则。

《21 世纪议程》对国际合作也作了详细规定。其第一章“序言”即开宗明义地指出，《21 世纪议程》“反映了关于发展与环境合作的全球共识和最高级别的政治承诺”；第一部分第 2 章规定了“加速发展中国家可持续发展的国际合作和有关的国内政策”；第四部分第 34 章提出了“转让无害环境技术、合作和能力建议”，认为“应促进发达国家与发展中国家企业间就无害环境技术的发展做出长期合作安排”。

《公约》在海洋综合管理问题上要求各国开展广泛合作。其序言强调“为了生物多样性的保护及其组成部分的持久使用，促进国家、政府间组织和非政府部门之间的国际、区域和

全球性合作的重要性和必要性”。第 5 条对“合作”进行了专门规定，要求“每一缔约国应尽可能并酌情直接与其他缔约国或酌情通过有关国际组织为保护和持久使用生物多样性在国家管辖范围以外地区并就共同关心的其他事项进行合作。”[33]

习近平主席在致“2019 中国海洋经济博览会”的贺信中指出，要促进海上互联互通和各领域务实合作，积极发展“蓝色伙伴关系”，深化交流合作。[34]这一论述进一步丰富了“海洋命运共同体”理念的意蕴与内涵，使国际合作成为“海洋命运共同体”理念的核心要素之一。

（四）共商共建共享原则

“沿海和海洋的综合管理与可持续发展”之《21 世纪议程》鼓励国家之间建立起协调机制，制定综合管理计划并对相关环境影响进行评估；根据《巴塞罗那公约》第 18 条第 2 款的规定，“沿海国与区域综合管理”成员方的一项重要义务是“确立目标、确定优先事项、列举措施……，以及制定执行时间表”；与此同时，“海洋与沿海地区综合管理”模式下的《公约》技术报告将海洋综合管理解释为“一种持续的、动态的、反复的和适应性的参与过程”；而“伙伴关系计划”成员方则将“海岸综合管理”定性为执行东亚海洋可持续发展战略的区域性协调机制。由此可见，如果缺失成员方之间的“共商”与“共建”，前述各项协调机制就无由建立，成员方不可能实现有效参与，相关义务亦无法得以切实履行，“共享”海洋综合管理带来的惠益也就无从谈起。

习近平总书记在党的十九大报告中强调，“中国秉持共商共建共享的全球治理观”。共商共建共享不仅是人类命运共同体的基本原则，同时也构成全球海洋综合管理的基本原则。在共商共建共享原则中，共商共建是前提与基础，共享是目标与宗旨。

首先，共商共建共享原则发展了国际合作原则。如前所述，与其他领域一样，国际合作原则亦能适用海洋综合管理，但是，由于“在诸如环境法及大规模监管领域，由于相关法律编纂工作的滞后，导致国际合作及相关策略的实施在很大程序上受到限制”[35]211，合作原则在海洋综合管理领域仍有待进一步加强与完善。共商共建共享已经不再囿于“国际合作”的单一层面，从而丰富与发展了国际合作原则。当下，随着主权国家对海洋管辖范围的不断扩大，全球仍有诸多海洋划界争端亟待解决。共商共建有利于化解国家间海洋分歧与矛盾，从而以和平、友好的方式解决海洋争端，为实施海洋综合管理创造良好的政治环境与有利条件。

其次，共商共建与和平共处五项原则的理念一脉相承，两者均强调国家彼此之间的团结协作，共担风险与责任，共享权利与惠益。共商共建要求各国“有事商量着办”，不搞强权政治，摒弃单边主义，在海洋综合管理问题上共同商量、共同谋划，在各国利益之间寻求最大公约数，实现“平等互利”。正如中国外交部前副部长刘振民所言，和平共处五项原则在新的历史时期“不断被赋予新的内涵，从‘和平共处’到‘和平发展’再到‘合作共赢’的‘命运共同体’，既有传承，更有发展”[36]135。其传承表现在“互”字这一和平共处的精髓，一切国际事务要平等协商，相互惠益；其发展则体现在和平共处五项原则在海洋法领域

特别是海洋综合管理的具体实施方面，要求各国在有关海洋管理问题上实现信息、资源、科技等方面的互通互用。总之，共商共建不仅是海洋命运共同体有关“促进海上互联互通”、“共同增进海洋福祉”的基本要求，同时也是实施海洋综合管理的利益保障。

最后，“共商共建共享”是实现海洋命运共同体视域下全球海洋综合管理的重要途径。海洋命运共同体强调全球海洋的整体性而非分割性，要求无论沿海国抑或内陆国，都要承担起保护海洋资源与环境的责任。共商共建共享原则对人类海洋管理能发挥“预防+解决+管理”的良好机制作用，首先，该原则有利于避免发生与海洋有关的争端，各国“坚持平等协商，完善危机沟通机制”，从而在矛盾萌芽阶段化解分歧；其次，即便海洋相关争端发生，该原则亦有助于各国避免争端升级，“推动涉海分歧妥善解决”，减少国际司法程序的启动；最后，共商共建共享原则在助力各国提高海洋综合管理实效的同时，使各国共同分享海洋综合管理带来的“海洋福祉”。

综上所述，从不同模式的海洋综合管理实践中至少可归纳出“海洋综合治理原则”、“可持续发展原则”、“国际合作原则”以及“共商共建共享原则”等基本原则，它们或与“海洋命运共同体”理念高度契合，或与“海洋命运共同体”理念基本一致，二者彼此高度吻合。一方面，海洋命运共同体理念为全球海洋综合管理提供了宏观指导与制度框架；另一方面，海洋综合管理实践也进一步丰富与发展了海洋命运共同体的意蕴与内涵，使“海洋命运共同体”理念更具可操作性，两者相得益彰。

结　语

海洋命运共同体理念继承并发展了人类命运共同体理念，将人类命运共同体理念具体运用到海洋领域。正如习近平主席所指出的，“中国全面参与联合国框架内海洋治理机制和相关规则制定与实施，落实海洋可持续发展目标”，“构建海洋命运共同体，行动是关键”。[37]在1992年联合国环境与发展大会上，中国签署了《公约》、《里约宣言》以及《21世纪议程》等重要文件，承诺履行相关文件规定的国际义务，同时，中国是“伙伴关系”的重要成员，一直广泛参与“海岸综合管理”的相关实践。

总之，海洋综合管理是联合国框架内海洋治理机制的重要组成部分，其有效实施需要包括沿海国与内陆国在内的所有国家携手努力。国际社会要为维护人类社会的整体海洋利益，共同构筑起海洋命运共同体，并以海洋命运共同体的科学理念指导海洋综合管理实践。中国政府要以“海岸综合管理”成员方的身份为契机，积极参与其他海洋综合管理模式的实践并有所作为，在参与相关决策过程中向国际社会全面介绍海洋命运共同体的基本理念，引领全球海洋综合管理的健康发展方向与有效实施模式，确保沿海地区及海洋资源的可持续发展，造福人类社会。

参考文献

[1] 新时代学习工作室. 人民海军成立 70 周年习近平首提构建“海洋命运共同体”. 中国共产党新闻网. 2019-04-23. [2020-07-27]

http://cpc.people.com.cn/n1/2019/0423/c164113-31045369.html.

[2] 王芳,王璐颖. 海洋命运共同体:内涵、价值与路径. 人民论坛·学术前沿, 2019,（16）.

[3] The United Nations. Our oceans, our future: partnering for the implementation of Sustainable Development Goal 14. [2020-07-27] *https://www.un.org/en/conf/ocean/.*

[4] 新时代学习工作室. 人民海军成立 70 周年习近平首提构建“海洋命运共同体”. 中国共产党新闻网. 2019-04-23. [2020-08-27]

http://cpc.people.com.cn/n1/2019/0423/c164113-31045369.html.

[5] The United Nations General Assembly. Developing human resources for development. *https://undocs.org/en/A/RES/52/196.*

[6] 《<21 世纪议程>的执行情况及进一步执行<21 世纪议程>的方案》（”Implementation of Agenda 21, the Programme for the Further Implementation of Agenda 21”）, https://sdgs.un.org/documents/ac266l59-implementation-agenda-21-p-21128

[7] 《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》（”Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development”）, https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/94632030%20Agenda_Revised%20Chinese%20translation.pdf

[8] See “EU Costal and Marine Policy”, https://ec.europa.eu/environment/marine/eu-coast-and-marine-policy/index_en.htm

[9] 中华人民共和国外交部网站:《印度洋委员会》 https://www.fmprc.gov.cn/web/gjhdq_676201/gjhdqzz_681964/ydywyh_689356/jbqk_689358/

[10] See Protocol on Integrated Coastal Zone Management in Western Indian Ocean Region (second negotiated draft), available at: http://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/11178/UNEP(DEPI)-EAF-NEG.3-ICZM-INF-DOC%207-%20Text%20of%20Second%20Negotiated%20Draft%20of%20%20ICZM%20Protocol%20.pdf?sequence=1&isAllowed%09=%09y

[11] See the Action Plan for the Sustainable Ocean Initiative (2015-2020)，available at: https://www.cbd.int/doc/meetings/mar/soiom-2014-02/official/soiom-2014-02-actionplan-en.pdf

[12] See “Integrated Marine and Coastal Area Management (IMCAM) Approaches for Implementing the Convention on Biological Diversity” (2004); “Integrated Coastal Management for the Achievement of the Aichi Biodiversity Targets: Practical Guidance for Implementation Based on Experience and Lessons Learned from Coastal and Ocean Governance in the Seas of East Asia” (2015), available at: https://www.cbd.int/doc/meetings/mar/imcam-01/other/imcam-01-cbd-ts-14-en.pdf

[13] 参见“执行综合海洋和沿海地区管理的特设技术专家组战略文件”《克服实施综合

海洋和沿海地区管理障碍的战略》（UNEP/CBD/IMCAM/1/2），available at: https://www.cbd.int/doc/meetings/mar/imcam-01/official/imcam-01-02-en.pdf

[14] See Proceeding of the Second Ministerial Forum on the Implementation of the Sustainable Development Strategy for the Seas of East Asia, available at: http://pemsea.org/sites/default/files/easc-wp-2007-06-mf2.pdf。

[15] 参见“伙伴关系法典及法律框架”，available at: http://www.pemsea.org/our-work/integrated-coastal-management/ICM-code

[16] 《联合国海洋法公约》第 192 条。

[17] “Rio Declaration on Environment and Development”, available at: http://www.un-documents.net/rio-dec.htm

[18] Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) case, I. C. J. Reports 1995, p.288, para. 64.

[19] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, P.226, para.29.

[20] Ingvild Ulrikke Jakobsen, “Integrated Ocean Management in the Arctic: Comparative Analyses of the Implementation and Use of MPAs in Canada and Norway” [M], Ocean Yearbook 2018, Brill Nijhoff, 2018.

[21] 新华网：《习近平报道专集：习主席海洋命运共同体理念引共鸣》，http://www.xinhuanet.com/world/2019-06/08/c_1210153933.htm。

[22] 侯昂妤. 超越马汉——关于中国未来海权道路发展的思考. 国防, 2017, （3）.

[23] 姚莹.“海洋命运共同体”的国际法意涵：理念创新与制度构建. 当代法学, 2019, （5）.

[24] Zhang Haiwen, The United Nations Convention on the Law of the Sea and China, China Intercontinental Press,2014.

[25] Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p.7, para.140, available at: https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf。

[26] Award of the Arbitral Tribunal in the Arbitration Regarding the Iron (IJZEREN RIJN) Railway Between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, 2005, para.59, available at: https://pcacases.com/web/sendAttach/477。

[27] Resolution adopted by the General Assembly on 27 July 2012, available at: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E。

[28] 习近平,论坚持推动构建人类命运共同体[M],中央文献出版社,2018.

[29] 马金星,全球海洋治理视域下构建“海洋命运共同体”的意涵及路径,太平洋学报,2020(9).

[30] G. I. Tunkin, Theory of International Law, Harvard University Press, 1974, p.40.

[31] Emst-Ulrich Petersman, The GATT/WTO Dispute Settlement: International Law, International Organizations and Dispute Settlement[M], Kluwer Law International, 1997.

[32] 梁西主编,王献枢副主编. 国际法[M]. 武汉：武汉大学出版社, 2003.

[33] Convention on Biological Diversity, available at: https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf。

[34] 习近平,秉承互信互助互利原则 让世界各国人民共享海洋经济发展成果[N].人民日报,2019 年 10 月 16 日,第 1 版.

[35] Tanja aalberts, Thomas Gammeltoft-Hansen (eds.), The Changing Practices of International Law[M], Cambridge University Press, 2017.

[36] 刘振民. 遵循五项原则、携手构建命运共同体. 中国国际法实践案例选编[M].北京：世界知识出版社, 2018.

[37] 新华网,习近平报道专集:习主席海洋命运共同体理念引共鸣, http://www.xinhuanet.com/world/2019-06/08/c_1210153933.htm。

条约单方退出的国际法问题研究——以美、俄退出《开放天空条约》为切入点

王竞航*

内容摘要：近年来，主权国家单方宣布退出国际条约的现象屡见不鲜。究其原因，主要是由于现行有关条约退出的国际法规则存在缺陷，不能有效规制条约单方退出行为，这在某种程度上对国际秩序的稳定也造成了消极影响。对于条约单方退出行为，不仅需要符合有关国际法规则的要求，也要受条约必须信守、诚信原则、国际合作等国际法原则的规制。本文试图就条约单方退出问题展开分析，梳理现行国际法规则，分析其中存在的问题，并在此基础上提出相应的完善策略。

关键词：国际条约　单方退出　法律规制　问题　完善策略

2020 年 5 月 21 日，美国总统特朗普称，继续作为《开放天空条约》成员国已不符合美方利益，美方将在 6 个月后正式退出该条约。[1]2020 年 11 月 22 日，据美国国务院消息，美国正式退出《开发太空条约》。2021 年 1 月 15 日，继美国退出该条约，俄罗斯外交部发表声明称，俄罗斯已启动退出《开放天空条约》的程序，其给出的关键理由便是美国的单方退出行为。[2]截至目前，在俄方为挽救条约做出一系列努力的前提下，美国依旧尚未就是否重新加入《开放天空条约》作出决定。[3]

《开放天空条约》是冷战结束后重要的信任建立措施，有助于提升军事透明度和降低冲突风险，美国单方面宣布退出该条约已招致美国国会及有关国家的强烈反对和负面评价。自特朗普执政以来，美国政府已先后单方宣布退出了《跨太平洋贸易伙伴协定》（TPP）、《巴黎协定》、《伊核协议》、《中导条约》等多边条约，以及联合国教科文组织、联合国人权理事会、万国邮政联盟、世界卫生组织等重要的国际组织。并且在接下来，类似“退群”行为依然有可能在国际社会持续出现。[4]

单方退出条约，特别是多边国际条约，在很大程度上会影响国际法律秩序的稳定，损害国际社会既往建立的互信机制，并对未来各国的合作发展产生巨大影响。条约单方退出涉及

---

* 王竞航，武汉大学法学院、武汉大学国际法研究所 2019 级硕士研究生，主要研究领域为国际公法。

1 美国于 1992 年谈判并签署《开放天空条约》（Open Skies Treaty），2002 年 1 月 1 日该条约正式生效。依据《天空开放条约》，各缔约国可按规定对彼此领土进行非武装方式的空中侦察，美国、俄罗斯和大部分北约国家签署了这一条约。

2 环球网：《俄罗斯开启退出〈开放天空条约〉国内程序》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1689011229891529096&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2021 年 4 月 8 日。

3中新网：《俄罗斯宣布启动退出〈开放天空条约〉国内程序 中方回应》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1689213169750090383&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2021 年 4 月 8 日；中亚丝路观察：《要单飞了？美国尚未决定加入〈开放天空条约〉》，腾讯网，https://new.qq.com/omn/20210408/20210408A00CG500.html，最后访问时间：2021 年 4 月 8 日；环球网：《俄外交部：俄方等待美国及其盟国关于〈开放天空条约〉的决定》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1696280058878066277&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2021 年 4 月 8 日。

4 退出国际组织的实质是退出国际组织章程，而国际组织章程在法律性质上属于多边条约，所以退出国际组织可以被视为退出国际条约的一种形式，参见 Jan Klabbers, An Introduction to International Institutional Law (Cambridge University Press 2015).

诸多法律问题，其中最重要的诸如行为合法性、责任承担等，本文试就这些问题展开探讨。

一、有关条约退出的一般国际法规则

众所周知，当今国际社会规制条约退出的国际法规则主要蕴含于系列国际公约及国际法原则之中。其中，国际公约主要包括 1969 年 5 月 23 日维也纳外交会议上通过的联合国国际法委员会起草的《维也纳条约法公约》（以下简称“1969 年公约”，我国于 1997 年 9 月 3 日加入）和 1986 年 3 月 21 日通过的《关于国家和国际组织或国际组织相互间条约法的维也纳公约》（以下简称“1986 年公约”，目前尚未生效），前者是目前适用于国家之间的条约关系的最重要的条约法文件，后者的实质性内容与前者基本相同；而国际法原则主要涉及“条约必须信守”原则。

（一）条约法公约的有关规定

1969 年公约作为当今世界现行有效且最为重要的条约法公约，包含有关于条约退出较为详细的规定。[5]具体而言，首先，公约对条约退出做出了一般规定，本文将其区分为以下两种情况：

1.退出含有退出条款的条约

1969 年公约第 54 条（依条约规定或经当事国同意而终止或退出条约）规定：“在下列情形下，得终止条约或一当事国得退出条约：（甲）依照条约之规定；或（乙）无论何时经全体当事国于咨商其他各缔约国后表示同意。”依据公约 54 条（甲）项的规定，如果条约本身对退出事项做了规定，那么缔约国可以依照该规定享有退出的权利，这一情形的退出在学理上被称为明示允许的退出，当事国享有的退出条约的权利可被称为“明示退出权”。[6]

2. 退出不含退出条款的条约

在当今国际实践中，虽然国际组织章程或条约设置专门的退出条款已是比较普遍的做法，但对不含退出条款的条约，公约也做出了相应的规定。根据 1969 年公约第 56 条，如果一个条约没有关于退出的规定，那么原则上就不允许当事国单方退出。但有两种例外情形：一是经证实当事国原意为允许有退出条约之可能;二是按照条约的性质默示当事国有退出条约之权利。这种情形之下当事国退出条约的权利可被称为“默示退出权”或“暗含解约权”。[7]另外根据公约第 54 条（乙）项，当“全体当事国于咨商其他各缔约国后表示同意”时，缔约国也可以退出。因此，综合 1969 年公约第 54 条（乙）项和第 56 条可以得出结论，当条约不含退出条款时，一国原则上不得退出，但同时有三种例外情况需要考虑。就默示退出权而言，判断一项条约中是否含有允许当事国退出条约的共同意思通常并非易事，往往需要运用条约解释的方法加以确定。条约的性质是指如果一项条约涉及裁军、疆界、禁止侵略、种族灭绝等可能会对国际和平与安全或其他重大利益造成影响的永久性或者具有国际强行法性质的

5 公约中关于条约退出的具体规定主要位于第 3 节“条约的终止及停止施行”。

6 根据公约第 2 条，条约的“缔约国”是指不问条约已未生效，同意受条约拘束之国家；“当事国”是指同意承受条约拘束及条约对其有效之国家。

7 曾令良：《国际公法学》，高等教育出版社 2016 年版，第 378 页。

义务，当事国不应具有退出条约的权利。[8]反之，如果是关于文化、商贸、交通等方面的一般性条约，则通常可允许当事国退出。同时，公约对于未包含退出条款的条约退出行为作出了程序上的限制，即当事国应将退出的意思最迟于 12 个月以前通知其他缔约国，以便其有充分的时间做出反应。[9]

其次，作为特别例外，1969 年公约规定了当事国在他方违约[10]、履行不能[11]以及情况的基本改变（情势变迁）等特殊情况下可以退出或终止条约。[12]与上述一般规定通过约定或者同意的方式退出条约不同，这几种情况是在当事国之间没有合意的情况下的条约退出权，因此有学者将其称为条约的“法定退出权”。[13]

最后，1969 年公约还规定了条约退出的法律后果。即自退出生效之日起，当事国不再负有继续履行条约的义务，退出国与其他条约当事国的关系也随即解除。 [14]但公约同时规定，这并不影响该国在退出前由于实施条约所产生的权利、义务或法律情势。根据公约，退出条约亦不影响该国依照国际法所承担的履行该条约所载任何义务的责任。如果条约中的规定也是当事国在国际法之下所负有的独立于该条约的义务，那么即使一国已退出条约，其仍须继续履行该义务。此规定可以防止国家以退出一项条约为理由逃避其所应履行的国际法义务，对规制条约单方退出行为具有重要意义。

（二）“条约必须信守”原则

关于条约退出最为重要的一项国际法原则即“条约必须信守”原则(Pacta Sunt Servanda)。[15]根据这一原则，若一项条约是合法缔结且有效的，当事国就负有善意履行该条约的义务。[16]所谓善意履行，是指不论在何种情况之下，当事国都应当尽其所能并依据条约的文本和精神履行条约，最大化地实现条约的宗旨和目的。

作为国际法最古老的原则之一，同时作为诚信原则在条约法领域的体现，“条约必须信守”原则为国际法的有效性以及国际法律关系和法律秩序的稳定性奠定了基础。[17]就条约退出而言，当事国如果任意单方面退出条约，停止履行条约义务，必然导致条约的目的无法实

8 郑曦林，桂宾：《论条约法上的单方面退出或解除权——兼评<核不扩散条约>的退出条款》，载《法学评论》1995 年第 1 期，第 25-30 页。

9 《维也纳条约法公约》第 56 条。

10 依据《维也纳条约法公约》第 60 条规定，如果当事国一方有重大违约行为时，他方有权援引违约为理由终止该条约。其中重大违约是指：（1）废弃条约，而此种废弃并非公约所准许；（2）违反条约规定，而此项规定为达成条约目的或宗旨所必要者。

11 依据《维也纳条约法公约》第 61 条规定，如实施条约所必不可少的标的物永久消失或毁坏以致不可能履行条约时，当事国可以此为由终止或退出条约。但如果条约履行不能是由该当事国违反其条约义务或其他国际义务所致，该当事国则不得据此终止或退出条约。

12 情况的基本改变或情势变迁原则在国际法上长期存有争议，公约对于援引情势变迁为由退出条约也做出了较为严格的限制。依据《维也纳条约法公约》第 62 条规定，条约缔结时存在之情况发生基本改变而非当事国所预料者，不得援引为终止或退出条约之理由，除非（a）此等情况之存在构成当事国同意承受条约拘束之必要根据；及（b）该项改变之影响将根本变动依条约尚待履行之义务之范围。此外，情势变迁也不适用于边界划分，或者情势变迁是因为当事国自己违反其条约义务或其他国际义务所造成之情况。

13 银红武：《条约退出权研究》，湖南师范大学 2012 年博士学位论文，第 73-74 页。

14 《维也纳条约法公约》第 70 条。

15 Ademola A, Complete international law: text, cases, and materials (Oxford University Press 2014).

16 Anthony A, Modern treaty law and practice (Cambridge University Press 2013).

17 李浩培：《论条约必须信守原则》，载《法学杂志》1985 第 1 期，第 16-21 页。

现。特别是在多边条约的情况下，如果是对于条约实施至关重要的当事国单方退出，则可能导致整个条约失去其存在的意义，并可能对其他缔约国乃至国际社会的利益造成损害，这显然违反了“条约必须信守”原则。因此，从规制条约退出的角度而言，“条约必须信守”原则的内涵应包括一国不应在无正当理由的情况下任意退出条约。

二、现行条约退出国际法规则存在的问题——从条约单方退出角度思考

正如上文所述，虽然现行国际法规则中针对条约退出问题已有一些具体规定，但从总体上看，这些规则依然单薄并存在一定缺陷。

（一）对于含有退出条款的条约的退出行为缺乏合理限制

根据 1969 年公约第 54 条(甲)项的规定，若条约中存在退出条款，那么一国便可依据这些条款退出条约，但公约的这一规定并未考虑主权国家退出条约行为是否具有正当性。从公约的表述上看，只要符合条约中的退出条款，一国即可单方面决定退出条约，而不问其背后之理由或其可能导致的后果。也就是说，即使一国的单方退出行为可能会对其他缔约国造成损害，甚至与国际社会的整体利益相冲突，其也可以退出条约，文章开头讨论到的美国宣布退出《开放天空条约》就是一个典型例证。[18]

从国际法理论看，条约的加入与退出通常是涉及一国主权的行为，条约退出权最根本的权利基础在于国家主权原则。[19]一国有权与其他国际法主体就缔结条约进行平等谈判，并自主决定是否加入或在一定情形下退出某一条约，这是国家主权原则在国际条约法中的体现。因此，国家在考虑是否缔结或退出某一条约时，通常是基于其自身利益。[20]退出条约往往是以其利益受损或可能受损为由，加上当前条约的退出条款大多只是从时间或程序上对退出条约加以规定（程序合法问题），少有其他实质性限制（实质合法问题），所以国家单方退出条约的行为常常具有任意性，难以受到有效的约束。

（二）针对不含退出条款的条约的退出问题缺乏明确标准

如前文所述，对于不含退出条款的条约的退出问题，一般国际法确立了“一项原则，三项例外”的退出规则，即如果条约不含退出条款，原则上不得退出，但在三种情况下存在例外：（1）缔约国原意允许退出；（2）依条约性质允许退出；（3）全体当事国在咨商其他缔约国后表示同意退出。客观而言，要满足最后一项例外较为困难，但前两项例外中的“缔约国原意”和“条约性质”其实缺乏明确的评价标准，这就使得退出国易于从这两点上做出对自己有利的解释，尽管 1969 年公约的解释规则对此存在相应规定，但条约的解释并非存在绝对正确的唯一答案，加上国际社会并不存在一个有强制管辖权的机构来居中裁判相关解释争议，所以这就给退出国的单方退出行为留下了可操作的空间。[21]

---

18 参见《开放天空条约》第 15 条，https://www.osce.org/files/f/documents/1/5/14127.pdf.

19 张雅琼，潘国平：《论国际条约退出的正当性》，载《兰州交通大学学报》2017 年第 2 期，第 45 页。

20 马英杰，张红蕾，刘勃：《〈联合国海洋法公约〉退出机制及我国的考量》，载《太平洋学报》2013 年第 5 期，第 24 页。

21 正如美国退出联合国人权理事会、《伊核协议》、《维也纳外交关系公约关于强制解决争端之任择议定书》等没有退出条款的国际组织和条约的情况。虽然依据 1969 年规约，美国在原则上不得退出，但美国显然不

（三）条约单方退出所致的法律责任难以落实

在实践中，虽然有不少单方退出条约的行为遭到其他缔约国反对甚至涉嫌违反国际法，但最终其实鲜有退出国因此而承担法律责任。在条约包含退出条款的情况下，当事国可以依据该条款退出，但如果在其他缔约国一致反对且该国的退出行为会对其他国家或者国际社会共同利益造成损害的情况下，该国是否仍然有权单方退出条约？退出行为的合法性是否仅以退出条款为依据？退出国对其不顾其他缔约国反对仍然退出的行为所造成的损害（包括直接损害和间接损害）是否应当承担相应的国际责任，又该如何或具体承担多少责任？对于这些问题，现行国际法规则并没有给出明确的答案，这也是单方退出条约行为不能有效限制的原因之一。

除此之外，在条约本身不包含退出条款且当事国并不具有默示退出权而仍然单方面退出时，当事国应当承担何种法律责任，以及这些责任如何得以落实，在实践中也是较难解决的问题。国家之所以选择单方退出条约而不顾及可能承担的法律责任，在一定程度上也和国际法所特有的“软法”性质有关，即国际法缺乏一套有效的一般性强制执行机制。除了在特殊情况下，比如安理会通过决议等，国际法往往难以提供强制手段使进行国际不法行为的国家承担责任。

（四）对于已签署未生效条约的单方退出问题缺乏明确规定

1969 年公约中虽然有对条约退出问题的规定，但这些规定主要涉及的是已签署并对缔约国已生效的条约的退出问题。根据条约法理论，一国签署条约通常并不等于条约即对该国产生法律拘束力。这主要包括两种情形：一是条约本身并未生效，如有的条约规定签署国达到一定数目之后或者某一特定日期之后该条约方才生效，此时即使一国签署了该条约，由于条约本身尚未生效，其对缔约国也并不具有法律拘束力。[22]二是条约本身已生效但对于签署国尚未生效。[23]当一国代表对外签署条约之后，往往需要经过其国内权利机关批准后，该条约才能对其生效并产生约束力。鉴于以上考虑，在一国签署了条约但条约未生效的情况下，该国能否单方退出或取消签署？此时由于一国退出行为而对他国造成的损害是否应当承担国际责任？上述问题的实质在于一国在表示接受条约约束后而在条约对其生效前，是否可以单方面撤销接受条约约束的意思表示而无需承担法律责任。对此，现行国际法规则并未给出明确答案。

三、条约单方退出国际法规则的完善路径分析

（一）明确条约单方退出行为的国际法限制

如前所述，条约单方退出是涉及一国主权的行为，这在一定程度上便导致了条约单方退出行为的任意性。在国际实践中，一国往往以维护自身所谓正当的“国家利益”为借口而任

会同意这一结论，若有他国提出反对，它完全可以从“缔约国原意”和“条约性质”进行对它有利的解释，在这种情况下，正是由于“例外”条款的存在，他国其实很难充分、绝对地断定美国的单方退出行为违法。

22 《维也纳条约法公约》第 24 条。

23 《维也纳条约法公约》第 12-14 条。

意退出条约。鉴于此，防止仅以抽象的国家利益受损为由任意退出条约十分必要。在这方面可以明确的是，条约退出权具有国家主权属性并不意味着单方条约退出行为可以不受任何限制。在当代国际法中，国家主权须受到国际法的限制，这已经得到各国的普遍接受和认可。[24]就条约退出权而言，即使其具有主权属性，也应受到相应的国际法基本原则和一般规则的约束，包括“条约必须信守”原则、诚实信用原则等。在实践中，一国对于某项具体条约的退出权不应被不合理放大，除了充分遵守条约中的具体退出条款之外，还应在有关条约退出的国际法整体框架下进行。如果一国仅以抽象的“国家利益”受损为由单方退出条约，则可能涉嫌滥用条约退出权而违反国际法。

（二）在制定条约时结合实际情况适当增加退出的实质性条件

目前多数多边条约中之所以设置退出条款，且此类条款往往较为简单化的目的通常在于使条约更容易得到缔约国的批准从而顺利生效，以增加条约的接受度和影响力，而并非鼓励缔约国任意退出条约。因此，在制定条约特别是多边条约的过程中，应特别考虑在合理有效地限制单方退出行为与实现上述目的之间寻求平衡。为此，可考虑在条约的退出条款中增加适当的实质性限制条件，如符合退出条件的单方退出行为也须得到一定数目的缔约国同意，或将单方退出的条件限定于条约履行不能、情势重大变更等 1969 年公约中规定的情形，或原则性规定不得损害其他国家及国际社会的利益等，以此提高缔约国退出条约的门槛，为单方退出条约设置合理的法律障碍。

（三）明确条约单方退出造成损害的国际责任

在符合退出条款当事国选择单方退出条约的情形下，若退出行为可能会对其他缔约国造成损害，那么当事国是否应当承担国际责任？这一直是一个存在争议的问题。根据国际法一般原理，一国如违反其所承担的国际义务便会引发相应的国际责任。[25]而国际义务的来源既包括依公认国际法原则与规则所负之义务，也包括根据公认国际法原则与规则生效之国际条约或协定所负之义务。同时，依据善意履行国际义务原则，各国均有责任一秉善意来履行这些义务。

众所周知，“条约必须信守”原则及作为其基础的诚信原则已成为公认的国际法规则，各国对其均应善意履行，如若违反则应承担相应的国际责任。1969 年公约起草时，其中的一位特别报告员曾就公约第 26 条进行说明:“条约必须信守”原则要求“一项条约必须得到适用和遵守不仅仅是指按照其文字，而且还应当依照诚信。”[26]如果说条约法居于国际法体系的基础和核心地位，那么诚信原则就贯穿于这一基础中每一项条约的始终。适用于条约退出时，“条约必须信守”原则和诚信原则的含义应当不仅指缔约国应遵守条约的文字（退出条款），还应当忠实于并尽其所能地实现条约目的，包括避免因任意单方退出而导致条约目的无法实现。由此可见，鉴于条约退出行为对于国际法律关系和秩序可能造成的消极影响，

24 Anders H, International law (Oxford University Press 2017).

25 黄瑶:《国际组织责任规则与国家责任规则之比较——以联合国国际法委员会有关条款草案为视角》，载《法学评论》2007 年第 2 期，第 58-64 页。

26 曾令良:《论诚信在国际法中的地位和适用》，载《现代法学》2014 年第 4 期，第 146-153 页。

国家在作出单方退出的决定时应当具有充分、正当的理由，并避免损害其他缔约国或国际社会的整体利益。综上，我们认为即使一国没有违反条约退出条款本身，但如果其单方退出行为违反了诚信或善意履行条约等国际法义务，也可能引起该国的国际责任。换句话说，1969年公约虽然规定当事国可在条约包含退出条款的情况下退出，但这并不意味着单方退出行为只要符合条约中的退出条款就不会导致任何国际责任。

（四）结合规约综合分析已签署未生效条约的单方退出问题

此外，对于已签署未生效条约，1969年公约未就其退出问题作出明确规定。[27]不过结合公约的其他条款不难发现，虽然条约尚未对签署国生效并对其产生法律拘束力，但这并不意味着其签署行为不产生任何法律效力。根据公约第18条，对于尚需批准的条约，签署国有义务不得采取足以妨碍条约目的及宗旨的行动。[28]一国签署条约即意味着对条约文本的确认和接受条约约束的初步同意，[29]可以认为上述规定为条约签署国创设了一项义务，即在条约生效前不得采取与之前意思表示不一致的行为，以保护相关国家基于该意思表示而产生的合理期待。进一步理解，该义务产生的法律基础实质上就是诚信原则，虽然公约对于这项义务规定的较为模糊，但可以明确的是，如果在签署条约后无正当理由任意退出并由此妨碍或导致条约目的无法实现，则会违反上述义务，据此有关国家应当承担相应的责任。

（五）加强应对不正当条约单方退出行为的国际合作

作为国际法的一项基本原则，国际合作原则在一系列国际公约及相关国际文件中得以体现。《联合国宪章》将国际合作明确列为联合国的宗旨之一，并指出国家之间进行国际合作是“解决国际间属于经济、生活、文化及人类福利性质之国际问题”的重要手段。[30]

就条约退出而言，国际合作有两层含义。一方面，条约本身就是国家之间就特定事项或问题进行国际合作的重要方式。善意履行已签署的国际条约，是相关领域国际合作得以顺利进行的基本条件和必然要求。一项合法有效的条约也是国家相互间的承诺，因而无论在何种情况下都不应轻易单方面退出。即便不违反条约中的退出规定，一国在退出条约时也应当考虑到其他缔约国和国际社会的利益，就相关事项进行真诚协商，避免直接单方退出条约对他国利益造成损害。达成《开放天空条约》是美、俄及北约大多数成员国为提升军事透明度、降低冲突风险所做的重要努力，强调各国的广泛参与和合作。美国作为世界上政治军事影响最为强大的国家之一，在退出协定时应当充分考虑其他国家和国际社会的整体利益，而非直接采取不负责任的单方退出行为，这也是国际合作原则的应有之义。

另一方面，在应对损害国际社会共同利益的不正当单方退出行为时，各国应当加强合作，通过政治压力、国际舆论等方式或手段，对此类行为加以谴责和抵制。在全球化日益推进的背景下，提高任意单方退出条约对国家形象及声誉造成的损失及行为成本，这在相关国际法

27 Oliver D, Kirsten S, Vienna convention on the law of treaties: a commentary (Springer 2018).
28 根据《维也纳条约法公约》第18条，一国负有义务不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动：（a）如该国已签署条约或已交换构成条约之文书而须经批准、接受或赞同，但尚未明白表示不欲成为条约当事国之意思；或（b）如该国业已表示同意承受条约之拘束，而条约尚未生效，且条约之生效不稽延过久。
29 徐锦堂：《关于国际条约国内适用的几个问题》，载《国际法研究》2014年第3期，第69-79页。
30 邵沙平：《国际法》，中国人民大学出版社2020年版，第57-68页。

规则存在缺陷、通过国际司法手段追究退出国责任可能较为困难的情况下也不失为约束条约单方退出行为的一种现实手段。

四、结语

条约退出行为具有国家主权属性，1969 年公约允许当事国在一定条件下单方退出条约。但实践中的条约单方退出行为具有任意性和不确定性，这对国际关系及国际法律秩序的稳定将不可避免地造成消极影响，同时削弱国际社会应对重大国际性问题的合作与努力。条约单方退出行为除了应当遵守现行条约法公约之外，还应受到“条约必须信守”原则以及诚实信用、国际合作等国际法原则的限制，否则它就极有可能成为国家逃避履行国际义务的手段。

当前，大多数国际条约都包含了退出条款，设置此类条款的目的在于促使条约更易于得到缔约国批准，而非鼓励缔约国退出条约。鉴于此，一国在实践中应当因为条约中规定了退出条款就无视其他国家的合理期待或信赖利益而任意退出条约，我们需要明确，即使一国的单方退出行为符合退出条款的规定，也可能由于违反善意或诚信义务而引发相应的国际责任。

运用国际法防范应对风险与挑战

王少华[1] 朱琴[2]

（大连大学 法学院 辽宁 116622）

摘要：当今世界迎来百年未有之大变局，国际经济、政治格局发生深刻变化，世界逐步进入动荡变革期。随着新冠疫情的进一步发展，国际社会激发新的矛盾，大国博弈加剧，全球治理面临挑战，强权政治肆意横行，产业链断链，经济持续走向低迷……国际法在规范国际关系、稳定国际秩序、协调各方发展等方面的作用越来越明显。深刻认识国际法地位，运用国际法应对风险与挑战，构建人类命运共同体，对于维护世界和平与稳定，促进其繁荣发展都具有十分重要而深远的意义。

关键词：国际法　重大风险　国际政治　人类命运共同体

一、国际法在应对风险与挑战中的重大作用

（一）当前局势下面临的风险与挑战

随着世界的进一步深入发展，当前，国际局势正发生重大变化。国际形势中明显出现不确定、不稳定因素，世界动荡指数高。国际政治、经济、安全领域内霸权主义、强权政治依然存在，“新干涉主义”给世界和平和国际安全带来新的挑战，严重损害着中小主权国家独立发展的利益。与此同时，地区冲突层出不穷，单边主义、边境冲突、国际犯罪等跨国问题噩待解决。

2020 年，世界各国人民正常生活和发展的节奏被突如袭来的疫情打乱。反全球化、贸易保护主义抬头，大量工厂停工停产、消费直线下跌，全球经济发展动力不足。新冠疫情进一步扩散，越来越不受控制，病毒演变成了肆虐全球的“灰犀牛”，给社会造成极大的恐慌。如果疫情持续发展下去，全球正常的经济活动将受到重创，最后易导致成全球性大危机。国际金融市场极不稳定，以美国为代表的发达国家，采用强刺激法，实行无限量化宽松政策，并在全球形成了货币放水潮。这实际上也消耗着美元的信用，破坏着全球稳定的经济基础，极易引发通货膨胀。[3]另外，美国股市在前段时间突然断崖式下跌，史无前例地一周内熔断两次，三大股指纷纷下挫，一时间市场中“黑天鹅”四起。“灰犀牛”与“黑天鹅”的联合冲击，是对各国治理能力和危机承受力的巨大考验。乱象纷呈，是当前国际形势的显著特点，各国在追逐利益的同时，转嫁危机，采用过激手段损害他国利益。“雪崩之时，没有一片雪

1 王少华（1966-），男，博士，大连大学法学院副教授

2 朱琴（1999-），女，大连大学法学院 19 级学生

3 李明.人类重大风险评估思路与治理方法——2006—2021 年《全球风险报告》综述[J].中国减灾,2021(05):10-15.

花是无辜的”。无视迫在眉睫的危机只会让最终的危机变得不可控制，从而酿造灾难。未雨绸缪，增强忧患意识，我们才能灵活化解“黑天鹅”、“灰犀牛”事件[2]。

百年未有之大变局中，新兴国家群体的出现，使得长期以西方发达国家为主导的国际局势危机意识加强，各国之间竞争更为激烈。美国一向主张自由贸易，如今带头发起贸易战；国际社会中极端主义思潮不断扩展，民粹主义、种族主义日益活跃[4]；国内矛盾尖锐，骚乱事件频发。战争风险、安全风险威胁指数上升。中国的崛起，也使美国等西方发达国家燃起紧迫感，其战略转变为大国竞争，企图重新塑造自己在国际社会中的霸权地位。中国不仅面临经济、技术上的打压，还面临着国家统一的严峻挑战。美国连续对中国台湾、香港、西藏、新疆等进行内政干涉，威胁我国主权安全。另外美军舰不断进入南海，肆意无视管辖权的存在。国际社会中冲突不止，大国之间靠武力解决争端日渐兴起。当前情况下，无论是对世界还是对中国，都存在着巨大的风险与挑战。

（二）国际法在应对风险与挑战中的重大作用

1.国际法本身的重要性

任何一项法律的存在，必然有存在的合理价值及必要价值。正如各个国家的国内法，存在的基础便是为了调整一国之内的个人及组织之间的社会关系，并提供一个好的方案解决发生的冲突问题。但国内法仅适用于本国内发生的事件，对国际上的问题并不发生效力。当今世界，各国之间的联系越来越密切，国家间的相互依赖关系也越来越紧密，不同国家为了共同利益由此构成国际社会[5]。不同的价值取向免不了出现摩擦与争执，此时单依国内法尚不足以解决国家间的争端，国际社会的发展决定了国际法的存在基础。国际法是为国际社会服务的，它能有效调解国家间的关系，构筑一个更加和谐稳定的国际秩序。正如每个国家的人民需要本国的法律加以约束，国际社会中，也迫切需要国际法的存在，引领国际社会向前发展。

国际法的社会作用。在国家间的关系中，文明的发展可以看作是一个从武力到外交，从外交到法律的运动。[6]能够确保其长久地文明发展下去，则需要存在一个适用于所有国家的国际法规则，即使违背了单个国家的利益，为了世界整体的利益价值取向，也是必须遵循并服从的。国际法是国家之间的法律，是国家进行国际交往的行为准则，是国家在处理国际关系中的问题时所遵循的原则、规则和制度的总称。[7]所以说，这样的法律是每个国家所应当遵循并实行的。

国际法的规范作用。所谓“国有国法，家有家规”，没有规矩不成方圆。不论是生活的小家，还是一国之内，我们都有特定的规则去规范我们的行为做法。国际社会也不例外，必须要有一个行为准则，去规范各国的行为，普遍信奉的理念基础。国际法是适用于平等主权

[4] 篇名：《疫情笼罩世界，全球变局开始，专家深度分析四大国际危机》 作者： 来源：网页
[5] 篇名：《论国际法的性质与作用》作者： 来源：网页

[6] 篇名：《理论创新是法学的第一要务 第 2 页 》
[7] 关军. 国际法在现代国际关系中的作用[D]. 大连海事大学

国家之间的法律，拥有较强的约束性，能够让每一个国家遵守国际条例，来承担国际义务，实现主体之间、国家之间的权利平等和互相尊重，推动法治化进程的更快发展。规范作用具体体现在指引、评价、教育、预测及强制作用。国际法通过普遍意义上的规则、原则来规范国家在国际社会中的具体行为，根据具体的规则，国家便有法可依，明确哪些行为是合法的，哪些行为是被限制禁止的，形成统一性的规则体系。国际法是衡量、判断一国行为是否合法有效的唯一标准，是国际关系中普遍的评价准则。而国际法的教育强制作用主要体现在如果国家违反相应的行为规范，便会受到制裁和处罚。总之，国际法是在不同背景国家共存下建立的一种行为规范和审判规范，有利于大国之间能够在一个公平合理的法律监督下进行交往，一定程度上可以防止大国的强权政治和霸权主义。

2.国际法在应对风险与挑战中的重大作用

（1）风险预防原则已经成为各国应对不确定环境风险的决策标准。

国际法中的风险预防原则已经被列为一项基本的原则理念。风险预防原则在国际环境条约中的表现形态共包括“风险预防原则”、“风险预防措施”、“风险预防办法”与“相类似规定”四种。[8]20 世纪以来，新技术的运用，臭氧层消耗、农药的大量使用、有害化学品污染、转基因技术带来的安全问题，已造成世界范围内环境的大规模破坏。面对新技术带来的环境风险，科学也无法避免风险的发生，风险预防原则应运而生。它产生的目的就是为了规避环境风险并在可持续发展的过程中考虑更多的科学不确定性。[9]在欧盟，国际法的风险预防原则已经被列为同宪法同样重要的地位。环境保护意识必须成为社会各界的共识，各国应寻求国际合作以及相关规范的建立，整合各自利益，为保护环境而共同努力，这便促成了国际环境法的发展。而风险预防原则又是国际环境法中至关重要的原则，尤其当今社会不断迈入“风险社会”。国际法中的风险预防原则能够给各国提供借鉴，提高忧患意识，防范更多潜在的风险。国际条约中风险预原则常常被加以引用，各国在治理环境问题上，也不断参考国际法上的风险预防原则。所以说，国际法上的风险预防原则正在逐步形成为一种国际习惯法。

（2）国际法能够有效协调国际关系

国际法随着国家间的交往而出现，是国际关系的特定表现形式。国际法规则的制定是国家间政治、经济等综合力量对比的反映，是各国在国际合作与斗争中不同利益冲突和妥协的结果。国际法既然是在国际关系中诞生的，那么它一定反作用于国际关系。[10]

① 国际法能够审判国家行为是否合法化

国际行为是指国家之间交往过程中的行为，包括不作为和作为两种；同时也区分合法行为和违法行为，其判断标准就是国际法。国际法制定了统一的行为规范体系，为各国间的交往提供了行为标准，从而有效的规范和约束各国在国际上的具体行为。比如国际上兴起的恐

[8] 高晓露，周振新. 论风险预防原则的国际法律地位[J]. 江西社会科学, 2012, 32(004):147-152.

[9] 陈曦. 国际法在当代国际关系中的作用[D]. 重庆师范大学.

[10] 刘志秀. 国际法在现代国际关系中的必要性及其困境思考[D]. 河北师范大学.

怖主义、逆全球化、贸易战等所带来的重大社会风险，在国际行为中都是违法操作，国际法应当有权力制止此类行为，并加以约束管控。国际法是裁判各国违法行为的审判标准，世界上的任何国家，只要违反了国际法上的规则，都要承担相应的法律后果。

② 国际法应对一切国家具有约束力

国际法是主权国家协商一致确立的国际法律，对所有国家具有普遍约束力，它是国家间的法律。现实生活中所存在的风险与挑战，来自自然环境方面的风险占据很小的部分，绝大多数的挑战危机均来自于国际交往中彼此价值的偏离，所以能够有效调解国际上的争端本身就可以规避很多风险。国际法作为国家间的法律，可以对国家形成约束力，其中包括自我约束和相互约束两种形式。自我约束是指国家自觉遵守国际法的相关约定。国际法是代表各国之间的共同利益，也就意味着国际法是自己参与制订的，从自身意志和利益出发，国家应当自觉地用国际法约束自己的行为。另一方面，国际法不是单个国家的意志，是各个国家意志协商一致的产物，如果一国违反了规定，那么其他国家为了维护自身以及国际社会的整体利益，可以集体采取行动制裁违法者，以相互约束的方式确保国际法得到有效的实施。[11]

③ 国际法明确规定了国家应履行的义务

国家间进行政治、经济等方面的往来，就形成了国际政治、国际经济等关系。在国际法中，特别是在国际条约中，直接为国家设立了权利和义务。国际法上的基本原则，如不干涉他国内政、以和平方式解决国际争端、尊重国家主权和领土完整等，既是每个国家应享有的权利，也是必须履行的义务。这些基本原则的规定能够形成一种制约，从而更好地维护国际秩序的发展。如发生领土争端，边境战争的问题，我们可以适用相关的国际法原则和平地去调解冲突，从而避免国际社会中因价值观不同而带来的竞争摩擦，防范化解国家间的风险挑战。国际法将具体的权利义务用法律的形式确定下来，也就更具规范性，形成一种约束力，为国家行为赋予法律上的意义，能够有利于防止战争与冲突，保障和平与发展，建立正常的国际秩序，也进一步避免了大国只享有权利，不履行义务，肆意干涉他国内政，引发国际社会更多的冲突与挑战。

二、国际法在应对风险与挑战中的困境

（一）国际法应对风险与挑战在实践中的发展现状

人类进入 21 世纪以来，各国之间的往来越来越密切，国际社会成员逐渐增多，国际法规定了大量的行为准则和基本原则，目的是为了营造一个更好的国际秩序。但是在实践中，

[11] 篇名：《国际法的特征和作用-国际法论文-好论文代写网 》作者： 来源：网页

国际法却面临着重重阻力，执行力差，所能发挥的实际效力显微。主要表现在以下几个方面：

1.国际法地位得不到重视。尽管国际法是各国公认的法，是国家间的法律，但它并不是国家之上的法律，它无法凌驾于主权国家之上。另外，国际法调整对象的特殊性，它只能在第一层面约束国家的行为[12]，而在大多数情况下无法对个人的言行予以约束。作为公法性质的国际法，只有在大家公认的时候才发生效力；没有国家表决同意，国际组织也无法要求和约束国家。现实中的冲突越界都是置国际法于不顾，国际法常常被霸权主义国家当作一纸空文，国际法彷佛可有可无，其地位完全无法彰显。另外，各个国家很少重视国际法的教育以及对国际法人才的培养，人们潜意识里会认为国际法并非绝对重要之法，存在与否完全不影响本国的发展。所以当今社会国际法的存在确实面临着一个尴尬的境地。

2.国际法适用困难。在国内，法官可以按照各种成文法——《民法》、《刑法》等对具体的违法犯罪行为加以判断并给予相应的惩罚。但是，在国际法中，找到具体适用的法律并对国家行为进行正确判处，就是一件十分困难的事情。当前，因为没有统一的国际法法典，就算有国家违反了国际法，也很难界定违反了哪项具体规定，从而就没有审判的依据。国际社会成员广泛，各国的意志主张不尽相同，国际法虽然存在，但没有一个普遍适用的法典，没有依据可寻，所以现实社会中，能够有效运用国际法解决风险争端的事件极少。

3.机制缺陷与价值背离。如果说之前的国际法还是一个稳定国际秩序的重要工具，那么此次新冠疫情无疑将国际法的弊端暴露于众。很多国家出现强烈地因政治色彩“滥诉”和“追责”，国际法体系由此饱受争议。疫情期间暴露的国际法规则缺陷是显而易见的，与全球化抗疫相关的国际法规则缺失以及可行性差有直接关系。[13] 在当前的国际法体系中，发达国家与发展中国家卫生资源极不平等，疫情防控仍旧依靠当地的资源，完全由国家自行主导，这也反映了国际传染病防控协调机制是割裂的，缺乏硬约束力[14]。另外，国际法上主张的“人权”“人道主义”在疫情期间经常被乱用，一些国家仍旧有示威发生、人们不带口罩，人群聚集以及推卸责任、转嫁危机等，这些都造成国际法的作用进一步衰减。随着全球社会进入“风险社会”，国际社会冲突越来越显著，面临外界的挑战也进一步加大，全球化程度的加深都在呼唤着国际法价值体系做出相应的调整来应对人类生存发展所面临的巨大威胁。

（二）国际法应对风险与挑战面临的重大问题

1. 国际政治对国际法的影响

国际关系中，国际政治是最活跃的因素。从全球范围来看，政治因素可能发挥的负面作用是难以置信的。自 2020 年疫情到至今，很多国家在疫情应对层面都是令人费解的。从早期英国和日本采用消极方式抗疫，暗中寄希望于病毒的“有序传播”可以迅速实现“群体免

[12] 代晓焜. 国际法的重要性及功能分析[J]. 法制与社会, 2019, 000(014):5-6.

[13] 中国现代国际关系研究院课题组, 陈向阳, 付宇,等. 世界"百年未有之大变局"全面展开[J]. 现代国际关系, 2020(1):19-25.

[14] 秦倩, 罗天宇. 新冠肺炎疫情全球大流行与国际法. 中央社会主义学院学报

疫”的策略开始，政治因素对国际法应对风险已经变得无法控制。英国人讨论的是戴口罩与公民自由权的问题，日本则纠结如何宣布紧急状态才不违反宪法的问题，”抗疫“问题最终演变成政治争论和政治利益的博弈。在美国，大选之前，特朗普政府公然将新冠疫情称为”谎言“、”欺骗”，只顾个人利益的最大化，全然不顾全社会存在的风险，导致全美疫情失控，一度出现全球最强增长趋势。从中，我们可以直观地感受到政治因素在这场人类公共卫生危机中发挥的巨大能量，而这本可以用来遏制疫情，却剑走偏锋，让国际法在国家政治方面也变得无计可施。不愿承担政治责任的政治人物，将疫情问题从科学问题演变成了政治问题，疫情期间出现的非理性思潮撼动了人们对专业性的信赖感，当人们对专业性的信赖感缺失，法律制度本身存在的基础就容易被撼动[15]，国内法尚且如此，更不用说基础更加薄弱的国际法。从国际法的发展前景来看，减少或逐步摆脱国际政治的影响和束缚是其发展的必然趋势。

2. 强权政治、霸权主义的冲击

国际法能够调整现代国际关系，这已是普遍公认的事实。但是在实践发展过程中，国际法在解决实际问题时面临着强权政治和霸权主义的挑战和冲击，这也造成了国际法在应对国际风险与挑战时面临最有力的挑战。

尊重国家主权、领土完整和不干涉他国内政是国际法规定的基本原则。然而，这却被美国等西方国家认为是推行强权政治和霸权主义、实现战略目标最大化的法律障碍。为此，20世纪 70 年代以来，以美国为首的西方国家将人权问题作为突破口，操纵国际舆论，企图将西方价值观上升为“人类价值观”，将个体人权置于集体人权和发展权之上，发展所谓的“人权外交”。[17] 然而这种外交方式，无疑是西方“实力外交”、“炮舰外交”在新时代的变相说法，打着人道主义的幌子，向别国施加压力，推行霸权主义和强权政治，输出价值观念、意识形态和社会制度的一种新方式。这与国际法主张的主权平等原则是背道而驰的。美国唯我独尊的结果加剧了大国竞争，面对多极化发展，美国的霸权危机加重，其战略聚焦为“大国竞争”，重新巩固自己世界强国地位。在以美国为首的北约集团的制裁下俄罗斯变得奄奄一息，中美竞争逐渐成为大国博弈的主线。日前，美日会晤发布《联合声明》直指中国台湾问题，肆意干涉中国内政。中国被看作“首要挑战”，不断炒作中国是国际秩序的“修正者和挑战者”，渲染制造中国“军事扩张论”、“政治渗透论”。新冠疫情下不顾国民安危依然置身于国际冲突之中，冷战思维、零和心态、强权政治屡屡冲击国际秩序和道德底线。种种事实，足以证明以美国为首的帝国主义国家在防范、压制其他国家的强力发展方面不遗余力，并努力维护自己世界影响力。这种严重违反国际法的行径，是当前国际社会中国际法得到有效贯彻的主要阻碍。

三、国际法在应对风险与挑战中的出路

[15] 篇名：《晚近国际法发展的新趋势及其制约因素_国际法论文 》作者： 来源：网页

（一）重新修订《联合国宪章》等国际法规范

目前的《联合国宪章》还只是二战结束后，为了维护和平，调解战后国际秩序由几个少数国家商议制订的。延用至今，随着百年未有之大变局到来，国际社会政治格局发生深刻变化，如今社会的发展单靠二战后维护和平的《联合国宪章》尚不足以有效解决国际社会出现的新问题，同时现存的条约受到本国国内政治的影响尚不足以发挥其应有的价值，法律效力不足，有形同虚设之嫌，所以有必要对以《联合国宪章》进行重新整改，以适应当前国际发展新局势。国际法本身就是欧洲的产物，二战结束后，国际社会总结教训，在少数几个大国强国的主导下，为了维护国际社会秩序，制定了《联合国宪章》，为现代国际法的产生奠定了基础，并对联合国所有成员发生效力。虽然国际法的普遍性具有正当性，但是它的适用是有局限性的。虽然所有国家都要受到国际法的约束，但是特定的国际法不可能适用于所有国家，国家间的意识形态、经济基础、文化等各方面的差异，造成了对国际法理解尊重与适用上的重大分歧。所以近年来，区域性国际组织和机制的频繁出现，也反映了国际法根本不适用于世界各国的现状。目前，国际社会已经拥有近 200 个主权国家，意识形态的分歧，很可能激化国家间的矛盾与冲突。现存的《联合国宪章》所涉及到的国家法问题，解决不了世界发展至今出现的新问题，新挑战。仅从此次疫情来看，不是国际法在发挥作用，而是美国等霸权主义国家操纵着国际社会。所以目前有必要凝聚于世界上的各个平等的主权国家，共同协商讨论，重新召开联合国大会，对《联合国宪章》进行修改，是其更具平等性、权威性，也更加有效地解决当今国际社会中面临的新问题、新挑战。

（二）强调平等性，推动国际法成为国家之上的法

目前的国际法还只是国家间的法律，其发挥作用还需主权国家的协商同意，无法跨越国家之上发挥自己的独立价值。另外，目前的国际法完全被少数发达国家操纵，无法体现主权国家平等性的属性。平等性是法律发挥效力的重要保障。这种平等性在国内法主要体现在两方面：一是不因民族、种族、性别、职业、家庭出身等差别对待，平等保护每一个公民的法律地位；二是公民平等地行使权利，平等地履行义务。在国内法中，平等原则不仅规定于最高法律之中，并且落实在各个部门法上，得到有效地贯彻落实，从而使人民更好地参与法律之中，为国民所信服。虽然国际法上也有有关平等性的规定：不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。然而国际法上的平等性原则更多的是一种原则性的理念，更具指导性、抽象性。随着国际社会的发展，以及国际政治的影响，平等权在现代国际社会中是无法体现的。当规定得不到实际落实，平等性在国际政治中被大国肆意曲解、践踏，国际法的法律效力自然得不到体现。所以我们要强调国际法的平等性原则，它应是建立在各个平等主权国家之上的法律，是全体主权国家消灭意识形态的分歧，体现共同价值，维护国际秩序和谐发展的权威之法。不因大国强权而受影响，平等地制约各个国家。违反国际法义务，则应受到相应地法律责任。国际法不是服务于几个国家的法，而是超越阶级意识，是各个平等主权国家之上的法，为此我们要推动国际法成为国家之上的法，落实平

等性原则，发挥其法律性意义，使其更具强制性，约束性。

总结：

无论世界发展处在何种阶段，国际法的作用都是至关重要的。二战以来的国际法，在维护世界和平，构造良好国际秩序方面发挥了巨大作用。而随着国际社会的进一步发展，国际法的弊端也日益显露。现存的国际法章程不足以应对当今社会出现的新问题，新挑战。国际法的软法地位也使其无法在国际社会中发挥强制执行力，法律效力得不到有效凸显。身处百年未有之大变局当中，我们不仅要考虑风险的来源，更要采取措施预防风险，更好地运用国际法应对风险与挑战。行之有效的方式乃是，以国内法为借鉴，进一步修改《联合国宪章》，适应当前局势的新发展。另外，要强调突出国际法中主权国家的平等性原则，将平等原则不仅存在于规范条约中，更贯彻于国际法现实执行中，让更多主权国家全面参与国际社会，共同协商全球治理方案，推动人类命运共同体建设。我们要赋予国际法绝对的权威，是之成为主权国家之上的法律，任何国家不得以自己的意识加以曲解滥用国际法条约，使国际法将约束力，强制力，执行力，统一性，平等性等各方面属性何为一体，实现自身的独立价值。

参考文献：

[1]李明.人类重大风险评估思路与治理方法——2006—2021 年《全球风险报告》综述[J].中国减灾,2021(05):10-15.

[2]何志鹏.立宪时刻:国际法发展的困境与契机[J].当代法学,2020,34(06):14-25.

[3]高晓露，周振新．论风险预防原则的国际法律地位[J]．江西社会科学, 2012, 32(004):147-152.

[4]关军．国际法在现代国际关系中的作用[D]．大连海事大学.

[5]陈曦．国际法在当代国际关系中的作用[D]．重庆师范大学.

[5]刘志秀．国际法在现代国际关系中的必要性及其困境思考[D]．河北师范大学.

[6]代晓焜．国际法的重要性及功能分析[J]．法制与社会, 2019, 000(014):5-6.

[7]秦倩，罗天宇．新冠肺炎疫情全球大流行与国际法．中央社会主义学院学报.

[8]中国现代国际关系研究院课题组，陈向阳，付宇,等．世界"百年未有之大变局"全面展开[J]．现代国际关系, 2020(1):19-25.

[9]付玉，邹磊磊．国际海洋环境保护制度发展态势分析[J]．太平洋学报, 2012, 020(007):72-80.

[10]张梦怡．有关国际法渊源的若干理论问题探讨[J]．法制与社会:旬刊, 2016.

论预防和消除现代奴隶制

王秀梅*

内容摘要：现代奴隶制以强迫劳动、剥削、限制人身自由、恶劣劳动条件、无报酬、低报酬或扣押报酬等为基本特征，而且其往往与非法移民、人口贩卖、偷渡、童工、性剥削等社会问题有关。对于处于现代奴隶制下的人口数量，统计上存在一些争议。有诸多条约和其他国际法文件规定禁止人口贩卖和强迫劳动，《联合国 2030 可持续发展议程》期待通过国际社会的努力，在 2050 年前消除现代奴隶制。美国加州 2010 年《供应链透明度法案》、英国 2015 年通过《现代奴隶制法案》、澳大利亚先后通过《现代奴隶制法案》，以预防和消除现代奴隶制。预防和消除现代奴隶制应当加强供应链管理和人权尽职调查。

关键词：现代奴隶制；强迫劳动；预防；消除；现代奴隶制法案

DOI

“奴隶制”一词有诸多含义，譬如介于原始社会和封建社会之间社会形态，即奴隶制社会，譬如资本主义时期很长时期内存在的贩卖奴隶特别是黑奴的现象，因此，美国在废除奴隶制之前在其南方广泛存在的种植园奴隶制。那么奴隶制是否已经成为历史遗迹已经不复存在？并非如此，实际上在当今人类社会，依然存在这一种被称为现代奴隶制的现象。因此联合国规定每年的 12 月 2 日是废除奴隶制国际日，2020 年 12 月 2 日，联合国秘书长古特雷斯表示：奴隶制是 “全球不公的遗产，其根源在于殖民主义和奴隶制的黑暗历史”，但奴隶制“并不只是一个历史问题”，因为，据联合国估计，全球仍有 4000 多万人是现代奴隶制的受害者，其中约 2500 万人遭强迫劳动，近 1500 万人面临强迫婚姻。每四个受害者中就有一个是儿童，妇女和女孩占受害者的 71%[1]。因此，现代奴隶制已经成为国际社会关注的一个重要问题，一些国家在预防和消除现代奴隶制方面进行了专门立法或相关立法，一些现代奴隶制现象严重的国家遭受到了来自国际社会的批评和压力，有的在压力下采取预防和减少现代奴隶制的措施。有的国家通过了关于现代奴隶制的法律，要求企业采取措施，加强供应链管理，防止人口贩卖和强迫劳动，进而预防和减少现代奴隶制。一些企业也非常注意在企业经营中预防和消除现代奴隶制，加强供应链管理和人权尽职调查是其主要方法。《联合国 2030 可持续发展目标文件》更是将 2050 年消除现代奴隶制作为一个重要目标。

一、现代奴隶制的定义、特征及其成因

（一）现代奴隶制的定义

研究现代奴隶制首先要对现代奴隶制进行界定。那么，何为现代奴隶制？现代奴隶制相对于作为社会形态的奴隶制(即古代奴隶制)和资本主义社会形态下在一些国家存在的奴隶贸易和蓄奴制度而言的，奴隶制的根本特征在于是奴隶主拥有奴隶，被视作奴隶主的财产，没有人身自由，可以被奴隶主任意处置，包括买卖、打骂乃至剥夺其生命，可以被强迫劳动

[作者简介]王秀梅：西北大学法学院教授，法学博士。

[1] 联合国：全球有 4000 多万现代奴隶制受害者，71%为妇女和女孩
https://finance.sina.com.cn/tech/2020-12-02/doc-iiznctke4417082.shtml

而且无报酬，奴隶主仅需要为奴隶及其家庭提供食物。随着 19 世纪美国废奴运动结束，普遍认为除了极个别的国家如毛里塔尼亚事实上延续了奴隶制度，奴隶制已经不复存在。尽管在那里塔尼亚法律上废除了奴隶制度，但是植根于历史的奴隶制在这里从未消失，这主要体现为这里的奴隶制体现为人与人之间的一种隶属关系，即奴隶主对奴隶享有全部的权利：所有权、使用权、转让权、指派权，特别是决定其生死的权利[2]。当然也有人认为这是现代奴隶制。实际上，是否存在人身隶属关系应当判断现代奴隶制或古代（古老的）奴隶制的一个重要标准。毛里塔尼亚的奴隶制显然与现代奴隶制有重要不同，即使其法律上废除了奴隶制。但尽管人类文明到了 20 世纪乃至 21 世纪，在不少国家一些人变相失去人身自由被强迫劳动的现象依然存在。 根据国际劳工组织的估计，在 2016 年的任何一天，有 2490 万人在家务劳动或工厂、建筑工地、农场或渔船上从事强迫劳动，有 1540 万人生活在强迫婚姻中。三分之二的强迫劳工从事经济活动，其中一半是债役形式[3]。亚洲和太平洋地区的强迫劳动发生率最高，受害者的绝对人数最多。在澳大利亚，估计有 15000 人生活在现代奴隶制的条件下。2018 年美国劳工部认为在美国有来自 76 个国家的 148 种商品其中包括砖块、黄金、农业（特别是甘蔗、咖啡、烟草和棉花）、鞋类和服装是通过童工或强迫劳动生产的。最容易遭受强迫劳动的是低工资工作、非正规工作场所或供应链多层的行业。

2015 年，美国美联社的四个记者在媒体发出了一系列关于泰国渔业领域几千名渔工在印尼在太平洋的一个远离陆地横跨两个小岛的班纳吉（Benjina）被迫迫在极端恶劣的条件下捕鱼遭遇悲惨的故事。这些渔工每天都要进行超长时间的工作，每次轮班工作长达 20 至 22 小时，没有休息日，如果试图休息就会遭到监工的殴打，若有抱怨或反抗，就会被锁到狭小的笼子里以作惩罚。他们吃得很差，没有正常的医疗，很多人病死了，尸体被丢到海里，后来则会挖一个很浅的坑埋葬，有时候坟堆木牌上的名字并非葬于其中的逝者本人。记者们进行了很长时间的调查，了解了渔工的悲惨遭遇，也搞清楚了这些海鲜的供应链。四位记者非常谨慎，因为怕危及渔工的安全，她们在配合国际移民组织和印尼当地部门对奴隶渔工解救之后才发布了 7 篇长篇调查和 2 个视频报道。2015 年 3 到 9 月，一共有超过两千名渔工获救。其中一名来来自缅甸的渔工乃敏 1993 年被骗到印尼成为泰国渔业公司的渔工，当时只有十八岁，几十年来作为渔工受尽了毒打和剥削，被解救回到家乡时已经四十岁，他说：回头想想这 22 年，像他这样的劳工“连牛马都不如”。半生为奴，其遭遇的确令人唏嘘和愤怒。美联社记者的调查报道，用无可辩驳的事实，揭开了班纳吉奴隶渔工及其背后“血泪海鲜”的真相。这些海鲜都流向了欧美等发达国家[4]。血泪海鲜的故事震惊了人们的良知。美欧等西方国家对此强烈谴责。在中国，这些报道被媒体以《你吃的每一条鱼，背后可能都是别人的血泪》为题报道出来[5]，引起了人们对于泰国及东南亚人口贩卖、强迫劳动等问题的极大关注。其实早在美联社记者发出血泪海鲜报道之前，泰国渔业的上述问题就已经

[2] Diego Azubei,高月娟译：《阳光下的罪恶：毛里塔尼亚的现代奴隶制》,《文明》2003 年第 6 期。

[3]所谓债役是指以工作偿还债务或贷款的手段。

[4] AP, Seafood from Slaves (2015-16), available at： http://www.ap.org/explore/seafood-from-slaves

[5] 2016 普利策奖:你吃的每条鱼，可能沾满他人血泪，https://www.sohu.com/a/71915764_412145

存在，此次报道只是其被深度集中揭露而已。事实上早在 2015 年 4 月 2 1 日月，欧盟就向泰国渔业发出 IUU 捕捞[6]黄牌警告，要求泰国加强对非法、未报告、无管制的捕捞活动的监管，否则将对泰国实施贸易禁令，禁止其向欧洲市场出口海产品。尽管黄牌主要是对 IUU 捕捞活动的回应，但欧盟委员会在媒体爆出血泪海鲜丑闻之后明确增加了“相关问题，包括渔业部门的人口贩运和奴隶劳动”[7]。随着血泪海鲜报道见诸媒体，泰国面临着空前的关于移民劳工、现代奴隶制的压力，因此加强了整顿和治理，在移民、渔业领域采取了一系列监管和反奴隶制措施。通过各方的努力，泰国在渔业监管和反现代奴隶制方面取得了较大进步，2019 年 1 月 8 日，欧盟委员会称，泰国已成功解决了渔业非法问题和行政管理缺陷，故撤除 2015 年对该国发出的“黄牌警告”。

“血泪海鲜”事件表明，现代奴隶制对国家形象的危害，泰国采取了一系列减少渔业奴隶制的行动得到理论国际社会的肯定。巴西、印度、巴基斯坦等国和其他一些东南亚国家也被认为存在比较普遍的现代奴隶制。因此，预防和减少乃至消除现代奴隶制成为很多国家面临的一个重要问题。实际上，目前并没有一个公认的现代奴隶制定义。国际劳工组织（ILO）将现代奴隶制定义为“由于威胁、暴力、胁迫、欺骗和/或滥用权力而无法拒绝或离开的剥削情况”[8]。现代奴隶制一般是指强迫人们从事劳动而不给报酬，即强迫劳动并且剥夺他人自由以谋求商业上的利益。现代奴隶制是一个总括性的概念，通常与以下行为有关：人口贩运、奴隶制和类似奴隶制的罪行、奴役（包括性奴役）、强迫劳动、抵债、最恶劣形式的童工、欺骗性招聘劳务或服务、性剥削、强迫婚姻等，其本质是指个人因遭受胁迫、暴力、欺骗或滥用权力，而无法拒绝或逃离的被剥削境遇。

（二） 现代奴隶制的特征

因此，现代奴隶制的基本特征如下：

1. 强迫劳动是现代奴隶制最根本的特征

现代奴隶制以强迫劳动为最基本的特征。1930 年国际劳工组织在其第 29 号公约中将强迫劳动定义为：“在任何惩罚的威胁下强迫任何人从事的所有工作或服务，并且该人没有自愿提供自己的工作或服务。”强迫劳动是指对工人使用暴力或暴力威胁，如殴打、辱骂、恐吓，通常伴随着低劣劳动条件、饮食和医疗卫生条件，以迫使工人进行劳动产生利润，而工人劳动工作量和报酬计算和扣除工人的生活与食宿费用方面则非常随意，在债役等情况下，往往无论工人如何工作、工作多久都不能偿还其债务，因此长期被雇主剥削和奴役。因此近年来国际劳工组织（ILO）也对其工作重点进行了调整，以打击强迫劳动、现代奴役和人口贩运为重点，而强迫劳动是其核心。

---

[6] IUU 捕捞是指非法的（Illegal）、不报告的（Unreported）和不受管制的（Unregulated），简称 IUU 捕捞，是国际上严重违规的捕捞活动。为打击 IUU 捕捞活动，2001 年联合国粮农组织通过了《防止、阻止和消除非法、不报告、不受管制捕捞的国际行动计划》，要求各国和国际渔业组织采取措施加以实施，保护渔业资源。

[7]

[8]Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage — Executive summary, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575540.pdf, para.7.

2.限制人身自由也是判断现代奴隶制的另外一个标志

实践中雇主因为种种原因通过严厉的保安看管将劳工限制在工作和居住场所，如渔工劳动通常是在海洋上在船上，远离普通人群和社区，泰国血泪海鲜事件中，由于渔工主要在船舶上劳作或者在远离人烟的小岛居住因此不能离开。有的人即使看似可以自由活动，但是其护照和居留证件被雇主没收，导致其无法逃离，即使逃离，也没有身份证明，特别是对移民劳工，将成为“黑下来”的人，继续工作属于“打黑工”，或者只能使用伪造证件。以上种种限制人身自由的方式，造成劳工不能享有正常的人身自由，这是严重违背人权保护基本原则的。为了防止移民劳工到所在国后逃跑，雇主往往扣押其护照和证件，因此他们往往只能呆在自己工作场所及其附近，人身自由受到巨大的限制。有的劳工可能是非法偷渡者或者没有办理合法居留手续或者已经超过居留期限等等，雇主往往以向当局告发进行威胁，而移民劳工势单力薄往往只有屈服。

3.扣押报酬或低报酬即剥削的广泛存在是现代奴隶制典型特征

泰国血泪海鲜事件中，雇主之所以对渔工强迫劳动背后的原因是债役，这些渔工都是从泰国邻国缅甸、柬埔寨等国招募的移民劳工，通过劳务中介公司进行招募，这些贫穷的劳工没有能力支付高额的中介费，因此中介费往往约定从工人未来的收入中扣除， 当工人到所在国工作以后，只能得到很少的报酬或者无报酬，而雇主除了扣除中介费以外，为了压榨劳工往往以各种理由扣罚工人的工资，劳工则因为处于弱势地位只能忍耐。因此，剥削是现代奴隶制的显著特征。实践中，雇主往往极力压缩成本，因此现代奴隶制往往还伴随着恶劣劳动条件，即居住条件、饮食、治病等基本生活条件均较差，而且缺少劳动防护、导致工人劳动中容易受伤、过度疲劳、长期缺少充足睡眠、营养不良、不能及时就医，从而伤病缠身。

4.现代奴隶制往往与移民、人口贩卖、偷渡、童工、性剥削等社会问题有关

现代奴隶制往往与移民、人口贩卖、偷渡、童工、性剥削等问题结合到一起，是一个复杂的跨国社会问题。以移民劳工为例，移民劳工在国际法上称为移徙工人，国际社会为保护移徙工人专门制定了《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》（即《移徙工人公约》），但是，移徙工人在所在国往往属于弱势群体，因其不熟悉所在国的情况、不了解所在国的法律，而且移民劳工的中介机构往往与雇主沆瀣一气不为其办理居留证，或超期不协助其办理延期居留导致其非法居留或超期居留，导致其在所在国身份非法，往往对强迫劳动和限制人身自由忍气吞声，更不敢向有关当局举报，与移徙工人相比，非法偷渡者则更甚。人口贩卖是一个全球性现象，人口贩卖往往伴随着强迫劳动、童工和性剥削，同时往往伴随着限制人身自由，构成现代奴制。

5.现代奴隶制是严重侵犯基本人权的行为

现代奴隶制往往伴随着贩运人口、强迫劳动、童工、强迫卖淫、强迫婚姻等现象出现，所有这些行为都有一个共性，即限制人的自由并且使其强迫劳动以谋取或商业利益，在这个过程中，恶劣劳动条件、强迫劳动、超时工作、剥削、限制人身自由贯彻始终，期间可能因当事人的反抗而伴随着毒打、辱骂、恫吓、饥饿、强奸等凌辱行

为，往往让人生不如死，因此，毫无疑问，现代奴隶制是一种严重侵犯基本人权的行为。

（三）现代奴隶制与旧奴隶制的区别

事实上，现代奴隶制与旧奴隶制有诸多不同，根据美国学者凯文·贝尔斯（Kevin Bales）的研究，其主要区别如下[9]：

	旧奴隶制	现代奴隶制
是否对奴隶有所有权	法定所有权	避免法定所有权
购买成本之高低	高购买成本	低购买成本
获得利润之高低	利润低	利润高
潜在奴隶是否充足	潜在奴隶不足	潜在奴隶充足
长期关系或短期关系	长期关系	短期关系
是否进行奴隶维持	奴隶维持	用后即弃
种族差异的重要性	种族差异很重要	种族差异不重要

（四）现代奴隶制的成因

关于现代奴隶制的成因，凯文·巴尔斯也作了如下归纳：（1）世界人口的指数级增长，提供了“潜在的奴隶过剩”；（2）后殖民时代的现代性，造成了巨大的经济和社会变化，如政治冲突、自然灾害，经济不平等，造成了复杂的人道主义危机；（3）腐败，尤其是在警察和移民官员等国家官员中[10]。全球过量人口和一些更加的贫穷使得潜在的奴隶充足，现代交通使得现代奴隶长距离或跨国转移、贩卖更为方便，现代生产方式下不必如旧奴隶制那样将现代奴隶圈起来并长期使用，不再需要大量的维持奴隶制成本反而使得使用现代奴隶的盈利性更高，贿赂和腐败的盛行和对劳动监管的不力导致现代奴隶制下的人口数量远比一般人想象的更为庞大。

（五）现代奴隶的人数、判断标准及引起的争议

现代奴隶制在不少国家都存在。但是，到底全球有多少人是现代奴隶？现代奴隶制研究者美国学者凯文·贝尔斯在其著作《用后即弃的人：全球经济中的新奴隶制》中对毛里塔尼亚法律上不存在但事实上延续存在的奴隶、泰国性奴、巴西烧制木炭工人、巴基斯坦制砖工人、印度债役奴隶进行了大量的实地考察研究，认为沦为现代奴隶的人并非少数。在其 2011 年第二次出版的《用后即弃的人：全球经济中的新奴隶制》中认为当时全球奴隶约在 2700 万。而当时一些激进的人认为这个数字可能是 2 亿。数字估算的差别与判断现代奴隶制的标准有密切的联系。

[9] [美]凯文·贝尔斯著，曹金羽译：《用后即弃的人：全球经济中的新奴隶制》，南京大学出版社 2011 年第一版。

[10] 同上注。

在反对现代奴隶制方面，自由行走基金会（Walk Free Foundation，即 WFF）是一个重要的非政府组织，该组织在澳大利亚建立，致力于在全球各地展开动员，以消除现代奴役现象。根据基金会的定义，现代奴隶制是一种隐蔽的犯罪形式，方式包括奴役，强迫劳动，强制婚姻和人口贩卖等。所有的形式都表现为一人占有或控制另一人，以利用，操控，转移，任意支配或从中牟利的形式严重剥夺其人身自由。2013 年 10 月 17 日，自由行走基金会首次发布全球奴隶制指数（Global Slavery Index，GSI，又称全球奴役指数）[11]，认为全球共有约 3000 万人沦为“现代奴隶”，其中印度人数最多，约 1400 万；人数第二的为中国，约 290 万。排名前十一的国家占比为 76%，亚洲国家占比为 72%。到 2019 年，自由行走基金会认为全球有 4030 万人生活在现代奴隶制中，2490 万人从事强迫劳动，而且现代奴隶制四分之一的受害者是儿童[12]。很多学者和研究机构认为自由行走基金会关于现代奴隶制的定义过于宽泛，其所依据的多为二手数据，而且往往不加核实，抽样调查覆盖面不够所估算的生活在现代奴隶制下的人数也超出实际。以中国为例，多年前一些被爆出“黑砖窑”现象，具有现代奴隶制的特征。如 2001 年，河南郑州《东方家庭报》记者陈祖强到郑州市二七区侯寨乡的一家窑厂卧底暗访后被劳动局和公安局解救，该记者揭露了黑砖窑强迫工人进行大强度的劳动，而且拿不到工钱，不敢不干，因为逃走被抓住会被拳打脚踢[13]。2007 年山西被爆出一些地方存在“黑砖窑”，此后，也有其他一些省份被报道存在强制智障人士等劳动的现象，但是这并非广泛存在的普遍现象，而是零星的存在，不过因为在当今社会居然在有的地方还存在剥夺人身自由并且强制劳动而且受害人境况恶劣，震惊了人们的良知，引起了强烈的社会反响，不能对此进行过分夸大。因此，新华网评对现代奴隶制指数作出如下评论：这一指数定义模糊、逻辑推理先入为主、大量二手材料未经核实，漏洞百出，经不住推敲。[14]因此，对现代奴隶制进行科学的界定极为必要，对现代奴隶制人数不能根据二手资料夸大。

一些发展中国家往往被指责存在大量受现代奴隶制控制和影响下的人口，譬如一些东南亚国家工厂的工人可能劳动条件恶劣、超时加班、劳动报酬低等诸多现象，这种情况跟这些国家的社会发展水平低、劳动力价格低等这些客观现象有密切关系，但是工人并未被剥夺或限制人身自由，因此，将其称为现代奴隶并不恰当。其实发展中国家和发达国家在劳动力价格贩卖往往有较大差距，这也正是一些发达国家的企业到发展中国家投资的原因之一。从经济学的视角来看，这是发展中国家的劳动力要素低价格优势，是许多跨国公司寻求投资时列入重要考虑的“劳动力洼地”，是后发展国家的“后发优势”之一，也被称为“低人权优势”。

[11]全球奴隶制指数（Global Slavery Index，即 GSI),是澳大利亚帮助行动自由基金会在在英国赫尔大学威伯福斯研究所的帮助下建立的，用以考察全球奴隶问题的规模。2016 年赫尔大学因此获得了当年英国的女王周年纪念奖（The Queen’s Anniversary Prize）。

[12]Walk Free: Beyond Compliance in the Hotel Sector, a View on the UK Modern Slavery Act Statement, available at:

https://cdn.baliprocessbusiness.org/content/uploads/2019/10/09092056/Understanding-Modern-Slavery-Mandarin.pdf

[13] 章文：《警惕现代奴隶现象》,《南风窗》2001 年第 7 期。

[14]澳机构编全球奴役指数称 3000 万人为“现代奴隶”， 中国背黑锅，参见：

https://wwshtmlw.guancha.cn/society/2013_10_28_181502

但是，不同国家的发展阶段和发展水平往往存在很大差异，要求发展中国家跟发达国家相同的劳动条件如同希望其拥有相同的工资水平一样不切实际，判断现在奴隶制是否存在应当主要依据其是否具有现代奴隶制的基本特征。

一些发展中国家往往因为劳动保护较差，被一些发达国家的某些人士认为是现代奴隶制。在这个问题上，工人是否被强迫劳动、是否被限制人身自由是主要的区分标准。发展中国家是工人可能为了获得加班费而加班，但是并非被强迫，有的甚至是为了获得加班费而自愿加班，最主要的是其证件并未被扣押，人身自由并未受到限制，而且可以离开其工作，也较少存在被打骂或凌辱。相反，若的确存在工人被限制人身自由、被强迫劳动、无报酬强制加班、普遍存在打骂或凌辱则构成现代奴隶制。

值得注意的是，随着现代科学技术的发展，特别是大数据、人工智能技术的发展，统计和评估处于现代奴隶制人数的手段日益科学化，现代奴隶难以被观察的困难正在被克服，关于现代奴隶制的数据统计变得更可靠和更具有说服力[15]。

二、与禁止奴隶制有关的国际条约和其他国际法文件

国际社会在预防和禁止奴隶制方面有诸多相关国际条约和其他国际法文件，如下：

1. 1926 年《国际联盟禁奴公约》

1926 年国际联盟通过了《国际联盟禁奴公约》，该公约在 1953 年经联合国修正后在联合国通过。该公约规定了奴隶制和奴隶贩卖的定义，规定缔约国应当采取措施防止和惩罚奴隶贩卖，逐步并尽速消除一切形式的奴隶制。

2.国际劳工组织 1930 年《强迫或强制劳动公约》

1930 年国际劳工组织通过《强迫劳动公约》，该公约要求缔约国应当采取措施禁止一切形式的强迫或强制劳动。

3．1948 年《世界人权宣言》

《世界人权宣言》在二战以后的国际人权保护中具有重要意义，该宣言第四条专门规定:任何人不得使为奴隶或奴役；一切形式的奴隶制度和奴隶贩卖，均应予以禁止。

4.《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》

1949 年 12 月 2 日联合国大会通过了《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》，这是唯一专门为打击贩卖人口及对人进行性剥削做出规定的国际公约,也是第一个将使人卖淫为目的而贩卖人口作为国际法问题予以规定的国际公约。该公约对打击通过贩卖人口使人沦为性奴予以剥削的行为具有重要意义。

5.1956 年《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》

该公约规定了缔约国应当废除债役、农奴制和其他类似奴隶制的制度或习俗，从事奴隶贩卖的行为应当受到严厉刑罚，

6. 1959 年国际劳工组织《废止强迫劳动公约》

该公约规定批准公约缔约国应当制止任何方式的强迫或强制劳动。

---

[15] Todd Landman. Measuring Modern Slavery: Law, Human Rights, and New Forms of Data, Human Rights Quarterly 42(2020).

7.1966 年《公民权利和政治权利国际公约》

《公民权利和政治权利国际公约》第八条规定：任何人不得使充奴隶、奴隶制度及奴隶贩卖，不论出于何种方式，悉应禁止；任何人不得使充奴工；任何人不得使服强迫或强制之劳役（但刑罚、军事服役、紧急征招及危难时征招服役除外）。

7.国际劳工组织 1999 年《禁止和立即行动消除最恶劣形式的童工劳动公约》

该公约规定了何为最恶劣形式的童工劳动，规定凡是批准本公约的缔约国应采取有效的措施禁止和消除最恶劣形式的童工劳动。

8. 2000 年《巴勒莫议定书》

2000 年联合国通过《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的议定书》（即《巴勒莫议定书》），是关于采取有效行动预防和打击国际贩运人口的重要文件，更是是国际公认的妇女和儿童的人权的保护而做出的一项预防禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的国际文书，补充了联合国打击跨国有组织犯罪公约，将有助于预防和打击这种国际贩运人口的犯罪。特别应当指出的是，议定书提出了根据“3P”方法打击人口贩运的全面指导方针：起诉犯罪者，保护受害者，并防止今后再次发生犯罪[16]。截至 2018 年 4 月，已有 177 个缔约方批准了《巴勒莫议定书》。

9.《1930 年强迫劳动公约的 2014 年附加议定书》，

2014 年 6 月的第 103 届国际劳工大会通过了《1930 年强迫劳动公约的 2014 年附加议定书》，对已显过时的《1930 年强迫劳动公约》公约做出修正，以消除一切形式的强迫或强制劳动。附加议定书要求各国制定行动计划、将劳动法的适用范围扩及有强迫劳动风险的部门、加强劳动检查和保护移徙劳工不受中介剥削，同时还要求各国政府支持企业应负尽职调查义务，以预防和处理企业运营中的强迫劳动问题。

10.《2030 可持续发展议程》

2015 年联合国通过了《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》并于 2016 年 1 月生效，该议程制定了未来 15 年内的 17 个可持续发展目标和 169 个具体目标，其中目标 8 为：“促进持久、包容和可持续经济增长，促进充分的生产性就业和人人获得体面工作”，而目标 8 的子目标 7 即 8.7 为“立即采取有效措施，根除强制劳动、现代奴隶制和贩卖人口，禁止和消除最恶劣形式的童工，包括招募和利用童兵，到 2025 年终止一切形式的童工。”这里树立了 2030 年前根除现代奴隶制的目标。

除上述条约外，国际刑法里有多各条约涉及到奴役，1945 年《纽伦堡国际军事法庭宪章》、《公民权利和政治权利国际公约》《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《国际刑事法院罗马规约》等国际条约也有关于奴役和其他有关形式剥削的规定，如《国际刑事法院罗马规约》第七条规定的是危害人类罪，该条明确规定，广泛而系统地对平民人口攻击的行为中，奴役、性奴役均构成危害人类罪，该条中这样定义了奴役：“奴役”是指对一人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力。

[16] 即：Prosecute the perpetrators, Protect the victims, and Prevent the crime from occurring again in the future。

规约第八条是关于战争罪的规定，其中性奴役与强奸、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育及其他构成严重破坏《日内瓦公约》的任何其他形式的性暴力构成战争罪。

三、一些国家关于预防及禁止现代奴隶制的立法及实践

晚近以来，国际社会对预防和禁止现代奴隶制的重要性有了更深入的认识，一些国家或国家内部的行政区域通过了过于预防和禁止现代奴隶制的立法。

（一）美国《加州透明度法案》及其他措施

迄今为止，美国在联邦层面上没有关于反现代奴隶制的立法，但是在州的层面上，早在2010年9月30日，美国加州州长阿诺德·施瓦辛格签署了《2010加州供应链透明度法案》，该法案要求企业必须公开他们为消除供应链中奴役和人口贩卖现象所作出的努力，奴役本身与现代奴隶制的含义基本相同，而现代奴隶制与人口贩卖往往有密切的关系。法案于 2012年1月1日正式生效。该法案的一个重要背景是美国劳动部于2009年9月公布的一份报告，该报告称来自58个国家的122种产品已证实违反国际标准中有关强迫劳动和雇佣童工的规定。颁布法案时，州长施瓦辛格称：“该立法将增加企业运作的透明度，保证消费者的知情权使之能作出更好的消费选择，并推动企业在供应链中确保人道从业。”

1.法案对加州企业加权透明度的要求

依照该法案，凡在加利福尼亚州营业且每年在全球的总收入超过1亿美元的零售公司或制造商须在其公司网站上公布以下措施的执行情况：（1）实行产品供应链审核（包括由内部审核或由独立的第三方机构执行的审核），目的在于评估和管理雇佣被贩卖或被奴役人员的风险。（2）对供应商进行审核，评估其是否符合公司有关反人口贩卖和奴役的标准，并明确说明审核是否由独立的第三方审核机构在事先未知供应商的情况下进行。（3）要求直接供应商证明成品所含原材料均符合原产国或交易国有关反奴役和人口贩卖的法律规定。（4）建立和维持内部责任制的标准及程序，对违反公司有关反奴役和贩卖人口标准的员工或承包商进行问责。（4）为直接负责公司供应链管理的员工和管理层提供反人口贩卖和奴役的培训，尤其是如何减少供应链中出现人口贩卖和奴役现象的风险。对于没有官方网站的零售商和制造商，消费者可要求商家提供书面公告。该法影响到加州3000多家企业，覆盖该州约87%的经济活动。

2.法案实施后的作用

该法案强调了奴役和人口贩卖问题，通过要求企业对进行社会责任审核。该法案生效后，对于促进供应链中的透明度，防止供应链中的奴役和人口贩卖起到了积极的作用。例如加州维克罗公司及其附属公司支持加州供应链透明度法案的目标，采取了下列措施，以帮助防止应链中出现奴役和人口贩卖：（1）定期检查供应链和供应商群体，根据对其所在行业及原产国的了解，确定每个供应商在奴役和人口贩卖方面的风险等级，酌情将供应源替换为风险等级更低的供应商。公司员工和代表定期对美国境外的供应商进行实地访问，并根据他们掌握的知识和信息确认供应商并未参与奴役或人口贩卖。（2）为了遵守法案对供应商认证的相关规定，公司的每个直接供应商都需向我们提供证明，以表明他们遵守此处的维克罗供应商行

为准则。（3）如果公司有理由认为供应商不符合维克罗供应商行为准则中有关加州供应链透明度法案的规定，公司将采取适当措施，包括从公司的供应商群体中剔除该供应商，或者，如果违规情节较轻，有机会通过制定并实施纠正行动计划以纠正违规行为。（4）公司确保采购、供应链组织内部的重要员工接受培训，能够识别供应链风险问题，例如强制劳工或童工，并对其作出反应，并以此作为采购程序的组成部分，公司还会酌情评估额外培训或复习培训的需求。（5）公司的行为准则包括奴役和人口贩卖相关用语，公司要求每个员工都了解并遵守行为准则。违反该政策会导致纪律处分，最严重的处分为解雇。

《加州透明度法案》最主要的特点在于其在意识到人口贩卖、强迫劳动的广泛存在以及通过促进供应链透明度对防止人口贩卖、强迫劳动和奴役，因此法案要求企业通过对供应商检查、要求供应商提供有关证明确保其没有参与人口贩卖和奴役，并且可以对违背供应链规则的供应商要求纠正乃至解约等方式以防止供应商使用被贩卖的劳工或者进行强迫劳动，概言之，通过提高供应链的透明度防止人口贩卖和强迫劳动，这是一种比较务实、可取的路径。

（二）英国《现代反奴隶制法案》

由于贩卖人口及强迫劳役等现象在英国依然大量存在，英国的现代奴隶制现象比较严重。根据 BBC 网站报道，许多在英国的美甲店、建筑工地、大麻农场和农业中工作的人们，实际上被怀疑是现代奴隶。贩卖者通常使用互联网将受害者引诱到英国，承诺提供工作、教育、甚至爱情，等他们到了英国面临的却是奴役和剥削。他们在常人无法忍受的恶劣环境中生活和工作，没有工资或者只能得到很低的维持生存的低工资，其中不少人是通过工作签证来到英国的非法移民，主要来自东欧、亚洲或非洲，因为短期工作签证过期，或者护照被蛇头扣押，哭诉无门，英国媒体称其为“隐形人”。英国的非法外国劳工中有很多中国劳工，他们往往通过各种途径偷渡或非法居留在英国，从事各种低收入的劳动。2000 年的多佛偷渡惨案和 2004 年的摩康湾拾贝溺毙事件是在英非法华工遭遇的缩影。英国华人作家白晓红以实地侦察和暗访的形式追踪了在英非法华工，于 2008 年出版了纪实文学作品《中国絮语 ：英国地下劳工的真实故事 》(Chinese Whispers：The True Story Behind Britain Hidden Army)，描述了隐匿在英国社会底层的非法华工以及他们在英国的生存困境 。该书还入围了国际纪实文学大奖奥威尔图书奖等大奖，并由英国著名纪录片导演尼克 ·布鲁姆菲尔 德 (Nick Broomfield)拍成了纪录片《幽灵》(Ghosts)[17]。英国有关机构和有识之士对英国现代奴隶制的现状有比较清醒的认识，因此一直呼吁出台“现代反奴隶制法案”，以此帮助改进对受害者的支持和保护，赋予执法者深入打击这类犯罪的强有力工具。2015 年 3 月 26 日，英国议会宣布通过《现代反奴隶制法案》。这是欧洲首个针对 21 世纪奴隶制和非法交易的专项法律，此前经过了长期的议会和公众质询。

该项法案的草案由早在 2013 年 8 月即由时任英国内政大臣的特丽萨·梅（2016 年其当选为英国首相）起草，并于 当年 11 月公布，旨在将对现代社会中奴役他人行为的惩处

[17] 肖淳瑞：《<中国絮语>：英国“现代奴隶制”下的底层发声》，《当代外国文学》2017 年第 1 期。

规定为一部单行法律，以打击人口贩卖、性交易、强迫犯罪活动和其他形式的现代奴役犯罪。该法案要求英国商业组织应当在每个财政年度提供关于公司在防止和禁止奴隶和人口贩卖方面采取的措施的声明。声明中应包括以下信息：组织结构、业务和供应链；奴隶和人口贩卖政策；企业业务和供应链中与奴隶和人口贩卖相关的尽职审查；可能发生奴隶和人口贩卖的业务和供应链部分及如何评估和管理风险；保证企业业务或供应链中不会发生奴隶和人口贩卖，包括合适的关键业绩指标；奴隶和人口贩卖的员工培训。该项法案还规定，如组织机构已建立网站，则应提供以下信息：(a)在网站上公布奴隶和人口贩卖声明，并要求企业负责人签发保证。(b)在网站首页显著位置提供奴隶和人口贩卖声明链接。如果组织机构未建立网站，应根据书面请求在三十天内提供关于防止奴隶和人口贩卖声明的副本。因此，从2016 年 3 月起，所有年营业额超过 5170 万美元的英国公司应当在下一个财年开始之前发表关于是否雇佣了现代奴隶的报告，以确保在公司经营的各个环节不存在现代奴隶。

该法案颁布后，到 2016 年英国已有 700 多家企业发表声明，表示其遵守该法案，并且很多企业开始行动起来，如很多企业在与供应商的合同中加入了反奴隶制条款，土地出租方也租赁协议中加入反奴隶制条款。一些以反对现代奴役为目标的非政府组织如 Stronger Together 向雇主提供反奴隶制的指导。2016 年英国“供应链透明数据库”成立，意在向搜集整理反对人口贩卖、强迫劳动等现代奴隶制是数据资料，供企业查询。其目标是 12000 家企业签约加入数据库，希望企业自行捐款，筹集的资金将用于日常运营开支，包括对受害者的支持等。该数据库还允许企业在发现其供应商使用受奴役的劳动者时，秘密揭发供应商的行为，但是“供应链透明数据库”在企业中的接受度并不高。

在英国《现代反奴隶制法案》中，透明度条款非常重要。该条款要求商业实体每年报告其为查明、防止和减轻其供应链中的现代奴隶制而采取的行动，以确保供应链的透明度并防止现代奴隶制。根据该法第 54 条第 4 款，年总营业额为 360 完英镑及以上的商品或服务供应商，其中包括受《英国公共合同条例》（2015）约束的某些公共机构，必须“说明该组织在财政年度内采取的措施，以确保其任何供应链和自身业务的任何部分不发生奴隶制和人口贩运，或声明该组织没有采取此类措施。大学作为公共组织就应当进行报告，根据已有的研究，英国大学普遍采取了供应链透明度报告和其他预防、反对现代奴隶制的措施。例如根据伦敦大学的报告，其在供应商选择上会将不符合大学政策或供应链实践不佳的供应商排除在竞争之外：“我们将与他们（供应商）合作解决任何供应链问题。如果供应商没有改善，大学可以终止业务关系[18]。”其他大学也采取了类似措施对供应链进行监控，而且很多大学都在网站上公布其关于防止现代奴隶制的措施，对有关员工提供反对现代奴隶制的培训。

尽管英国通过了《现代反奴隶制法案》，但是依然有大量人口通过各种短期工作签证、偷渡等方式来到英国，在不同的行业沦为现代奴隶。2019 年 11 月 2 日，英国警方确认在埃克塞斯一辆冷藏货车发现的已经死亡的 39 人均未越南人。这些非法偷渡的人若幸运地活下来，也将成为美甲店、建筑工地、大麻农场被强迫奴役的现代奴隶。为此，英国采取

[18] UK Modern Slavery Act Transparency in Supply Chains: The Second Year of Reporting by Universities Olga Martin-Ortega Patrycja Krupinska Research Series Report No。3， June2018，PDF，p.11.

了一系列措施加强现代反奴隶制的各项工作，2019 年在英国政府投资 1000 万英镑成立了现代奴隶制政策和证据中心，2020 年 3 月，英国成为世界上第一个发表现代奴隶制（供应链）声明的国家[19]。

（三）澳大利亚《现代反奴隶制法案》

澳大利亚的一些有识之士意识到在奴隶制早已消亡的时代现代奴隶依然遍布在一些贫穷国家及地区，例如澳大利亚劳动党参议员 Lisa Singh 曾说："很有可能，你在超市购买的生鲜产品是由农场上被剥削的劳工种植的，你女儿买的衣服，完全有可能是由比她还小的女孩制作的。" 因此他们积极推动澳大利亚于 2018 年 12 月通过了《现代反奴隶制法案》。法案的目的是减少在澳大利亚市场提供商品或服务时发生现代奴隶制的可能性。法案首先界定了现代奴隶制，现代奴隶制是指构成下列情况的行为：根据澳大利亚现行刑法的与奴隶制有关的某些罪行，包括奴隶制、奴役、强迫劳动和强迫婚姻；或特定国际公约所界定的童工或人口贩运。

澳大利亚《现代反奴隶制法案》法案的主要内容与英国《现代反奴隶制法案》类似，要求公司对运营和供应链中的现代奴隶风险采取行动，主要是建立了报告制度。根据该法案，在澳大利亚合并收入为 1 亿澳元或以上的澳大利亚实体和在澳大利亚开展业务的实体，需要对其为解决其运营和供应链中的现代奴隶制风险而采取的行动进行报告。报告实体必须每年公布一份现代奴隶制声明，声明应当包括如下内容：（1）报告实体的结构、运营和供应链；（2）报告实体的运营和供应链中现代奴役做法的风险；（3）报告实体为评估和解决这些风险而采取的行动，包括尽职调查和补救流程；（4）报告实体如何评估上述行动的有效性。

（四）加拿大正在制定反现代奴隶制法律

除了美国加州、英国、澳大利亚之外，加拿大也在积极就现代反奴隶制进行立法。

2018 年加拿大议会外交和国际发展问题众议院常设委员会题为"行动呼吁：终止在供应链中使用一切形式的童工"。2018 年，加拿大自由派议员 John Mckay 向议会提出了 C-423 法案草案，即旨在通过实施某些措施和关税措施打击某些形式的现代奴役的法案[20]，但此后该法案草案未进入国会议程。在该法案的基础上，2020 年 2 月参议员 Julie Miville-Dechêne 向参议院提出了 S-211 法案，建议加拿大泰国反奴隶制立法，该法案要求加拿大公司或在加拿大营商的公司强制性披露现代奴隶制，并修订关税，禁止输入强迫劳工及童工制品[21]。该法若获得通过，将有力地推动加拿大在国际上承诺消除现代奴隶制。

---

[19] 2020 UK Annual Report on Modern Slavery, available at: https://www.gov.uk/government/publications/2020-uk-annual-report-on-modern-slavery

[20] Modern slavery legislation – Canada may follow the global trend, available at: https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/ee653db4/modern-slavery-legislation---canada-may-follow-the-global-trend

[21] Modern Slavery Legislation Introduced in Canadian Parliament (Again)，available at：https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=de5a4d08-3c3d-476d-a03e-5bdd835a4539

从《加州透明度法案》、英国《反现代奴隶制法案》和澳大利亚《反现代奴隶制法案》可以看出，三个法案对工商企业提出了较高的要求。但是，预防和打击现代奴隶制，国家、区域层面制定法律是预防和消除现代奴隶制的必由之路。

结语：现代奴隶制在一些国家和行业依然存在，泰国渔业现代奴隶制因欧盟对其发布黄牌和“血泪海鲜”报道而成为众矢之的，泰国政府采取了一系列治理和防范渔业现代奴隶制的措施，包括加强多部门联合进行渔业执法、打击人口贩卖等措施，些措施收到了一定的效果，欧盟在 2019 年收回对泰国渔业的黄牌即为例证。但是要彻底消除泰国渔业领域的现代奴隶制现象依然任重道远。一些国家的现代反奴隶制立法对反对奴隶制提出了新的要求。

Abstract Modern slavery is characterized by forced labor, exploitation, restriction of personal freedom, poor working conditions, no remuneration, low remuneration or seizure remuneration, and it is often related to illegal immigration, human trafficking, illegal immigration, child labor, sexual exploitation and other social problems. There are some controversies about the number of people in modern slavery. There are many treaties and other international law documents that prohibit human trafficking and forced labor. The UN 2030 Agenda for sustainable development set goals to eliminate modern slavery by 2050 through the efforts of the international community. Some countries made legislations In order to prevent and eliminate modern slavery, such as the supply chain Transparency Act of California (2010), the Modern Slavery Act of the Great Britain (2015), and the Modern Slavery Act of Australia(2018). To prevent and eliminate modern slavery, supply chain management and human rights due diligence should be strengthened.

Key words modern slavery; Forced labor; prevention; Elimination; Modern slavery act

“软法”在国际税法发展中的作用——以 OECD 税收协定范本为例

温馨 华东政法大学 博士研究生

摘要:OECD 于 1963 年以国际税法实践和各国国内法规则为借鉴，出台《OECD 税收协定范本》，并随着国际税收领域的发展不断修订和更新范本内容。目前可收集到的 4052 份双边税收协定基本均以《OECD 税收协定范本》为样本，采纳其体例和内容。然而，《OECD 税收协定范本》本身仅是一份建议报告，在国际法上不具有法律约束力且无强制力予以保障，不属于《国际法院规约》第 38 条规定的传统国际法渊源。传统国际税法与范本的这种彼此借鉴，循环往复向前推动国际税法发展的“棘轮效应”，推进了《OECD 税收协定范本》的广泛适用，构成事实效果的行为规范，是一种国际税收“软法”。在传统国际税法制度缺失的背景下，“软法”规则在国际税法发展中起到了举足轻重的作用，填补了传统国际税法规则的空白，有效地推进全球税收治理和国际间税收协同合作。随着国际税法的发展，国际税收“软法”规则将趋于广泛适用，对各国国内法都将产生间接影响，中国应当积极参与国际“软法”的制定，推动国际税收治理改革，以保障我国未来的税收利益。

关键词：国际税收软法、OECD 税收协定范本、国际税收治理改革

一、问题的提出

《国际法院规约》第 38 条作为公认的对国际法渊源的权威说明，其规定国际法的渊源为条约、国际习惯和一般法律原则。以上三种国际法渊源均以确认国际法规范的现实存在和法律效力为基础。[1]

1963 年 7 月 30 日经济合作与发展组织（以下简称“OECD”）财政委员会向理事会提交《关于对所得与财产双重征税协定草案》[2]（以下简称“《OECD 税收协定范本》”），理事会予以批准（approve），建议（recommend）成员国政府在缔结或修订双边协定时与该协定草案保持一致。全球可收集到的 4052 份双边税收协定中，多数都在一定程度上采用了《OECD 税收协定范本》的体例、用词和条文内容[3]。《联合国关于发达国家与发展中国家避免双重征税协定范本》[4]（以下简称“UN 税收协定范本”）也以《OECD 税收协定范本》为蓝本起草及修订[5]。此外，欧盟法院和一些国内法院在审判过程中，也存在直接引用《OECD 税收协定范本》及其评注对涉外税收管辖权争端解决和双边税收协定适用进行法律分析的情形。一方面，《OECD 税收协定范本》本身为以各国实践为基础制定的建议范本，且在发展中产生了事实上的实际效果且效果广泛，另一方面，一定程度上也构成了法院裁判的依据。诸此种种不禁让笔者思考，《OECD 税收协定范本》是否已软法硬化？然而，究其本质，《OECD 税收协定范本》是一份建议报告，在国际法上不具有法律约束力且无强制力予以保障，不属于《国际法院规约》第 38 条规定的传统国际法渊源。几乎所有的国内外学者均认同《OECD 税收协定范本》的建议属性，但对其国际法概念下的性质并未予以过多的关注。有鉴于此，本文希望对《OECD 税收协定范本》国际法概念下的性质及地位进行探讨，并对其在国际税法发展中的作用予以分析。

---

[1] 王虎华：《国际法渊源的定义》，载《法学》，2017 年第 1 期。

[2] Draft Double Taxation Convention on Income and Capital, OECD, Paris, 1963.

[3] Elliott Ash& Omri Marian: The Making of International Tax Law: Empirical Evidence from Natural Language Processing, Legal Studies Research Paper Series No. 2019-02

[4] United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, United Nations Publications, NewYork, first edition 1980, third edition 2011.

[5] Model Tax Convention on Income and on Capital, condensed version, OECD, 21 November 2017. Page 14.

二、当代国际法中“软法”的理论

随着国际社会联系和国家间合作的日益紧密，国家间问题日益复杂，硬法作为传统的治理工具和方法，其固有的缺陷越发凸显，如缔结条约的困难程度。国家和国际组织间不具有法律效力但具有实施约束力的规范越来越多,逐渐形成不同于传统国际法的国际法理论。

（一） 传统国际法渊源的一般理论

国际法渊源是指国际法作为有效的法律规范的表现形式。国际法学界对国际法渊源的内涵存在不同观点，此处的传统国际法渊源指国际法学界权威认可的，由《国际法院规约》第38条所规定的国际法渊源。

根据《国际法院规约》第38条第1项规定，法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

（子）不论普遍或特别国际协约，确立诉讼当事国明白承认之规条者。

（丑）国际习惯，作为一般实践（“general practice”,又译作“一般惯例”）之证明而经接受为法律者。

（寅）一般法律原则为文明各国所承认者。

（卯）在第59条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补充资料者。

作为法院对于诉讼争端解决的裁判依据，现实存在的国际法原则和规则还须具有确认国际法规范的法律效力。因此，国际法渊源是确定国际法原则和规则的现实存在及其法律效力的表现形式。[6]司法判例和各国权威最高之公法学家学说不具有法律效力，无法作为法院裁判的依据，因此只能作为“确定法律原则之补充资料者”，不属于国际法渊源。

此处以“传统国际法渊源”为小标题旨在区分近年来学者在《国际法院规约》第38条三项国际法渊源之外提出的“新国际法渊源”的讨论[7]，如国际组织和机构决议是否构成国际法渊源。

（二） “软法”与传统国际法渊源的区别

“软法”最早出现在国际法领域[8]，往往指超越一国辖区的地理范围上订立的、在形式和效力上尚未完全法律化的规范。[9]学界对于“软法”的概念和属性仍存在分歧，尚未达成统一。学界相对认可的是弗朗西斯·施耐德关于“软法”的定义，即“软法”是原则上不具有法律约束力，但却具有实际效果的行为规范。[10]因此，“软法”和传统国际法渊源存在以下区别。

1. “软法”不具有法律约束力

国际法是由现实存在和确实有效的国际法规范组成，并以一定的法律形式予以确认和表现，即条约、国际习惯和一般法律原则。传统国际法渊源强调其在实践过程中的法律效力，

---

[6] 王虎华：《国际法渊源的定义》，载《法学》，2017年第1期。

[7] 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社，1998年版，第55页。

[8] 罗豪才：《加强”软法“研究 推动法治发展》，载《人民日报》2014 年6 月20 日，第7 版。

[9] 参见何志鹏、孙璐：《国际”软法“的根源与发展》，国际治理的现代化与”软法“国际研讨会。定义参见：, Pierre Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”，12 Michigan Journal of International Law 420 (1991)；Gunther Handl, “A Hard Look at Soft Law”，American Society of International Law, Proceedings of the 82nd Meeting,, (1988), p.371; C. Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, 38 ICLQ 850 (1989); S.A. Voitovich,“Normative Acts of the International Economic Organizations in International Law-making”, 24 Journal of World Trade 21 (1990); J.Gold, Interpretation: The IMF and International Law, Kluwer Law International, 1996, chapter 4.

[10] 参见何志鹏：《中国”软法“研究：成就与问题》，载于《河北法学》2014年12月。

通过条约或者国家同意的方式将争端提交国际争端解决机构，具有一定强制力保障实施。

“软法”最初起源于国际商会的非强制约束规范，按照弗朗西斯·施耐德的“软法”定义，“软法”是原则上不具有法律约束力，但却具有实际效果的行为规范。[11]“软法”的根本特征为不具有法律效力，主要依靠不具有强制性的软约束力（如道德规范和国际舆论）保障实施，但是“软法”可以产生实际的效果。“软法”效果的实现主要依靠国际社会舆论及内部监督所产生的社会压力，使得国际行为主体自觉遵循“软法”制度，效果取决于不同国家国际组织对该问题的重视程度。有学者指出，“软法”的这种非法律效力的约束力主要来源于人类社会对社会规律和自然规律的一种广泛认知，以及基于这种认知而对违反“软法”所产生的心理压力，可能是因理性及利益导向所产生的约束力，也可能是体现国际道德上的约束力。[12]该种软约束力与传统国际法渊源下受强制力保障的法律约束不同。

2. “软法”的制定主体多元化

对国际法而言，国际社会并不存在凌驾于主权国家之上的立法机关，高度分权的国际社会里，国际法是通过国际法主体意识妥协而形成。因此，国际法的制定者同时也是国际法的主体，而普遍适用于各主权国家的国际法本身实则亦是由各国在共同同意的基础上创设而成的。[13]主权国家和主权国家通过协议的方式达成合意制定的国际法，是国际条约；或者是通过国家的长期实践形成一般实践之证明而确立的，是国际习惯。在国际法上，任何人、任何机构或国际组织均没有国际造法的权力，国际法的制定主体仅为主权国家。[14]

不同于传统国际法渊源的三种表现形式，国际“软法”的表现形式较为多样。Jaye Ellis认为“软法”表现为国际会议的序言性及目标陈述宣言、单方声明、行动规范，国际组织发布的行动计划与指导方针、非约束性的劝告与决议等。[15]主权国家在国际会议上作出不具法律效力但予以实施的单方声明，该“软法”制定者为主权国家；国际组织通过内部流程发布的行动计划和指导方针，其制定者为国际组织。相较于国际法，“软法”的制定者更加多元，国际“软法”制定主体的多元性也突显国际“软法”表现方式的多样性。

三、OECD 税收协定范本的“软法”性质

《OECD 税收协定范本》没有正式的法律效力，不符合传统国际法渊源的要求，但在国际税收征管的理论和实践中产生了普遍且受各国所认可的效果，构成了国际软法治理的基本规范。

（一） OECD 税收协定范本不符合国际法渊源的形式

《OECD 税收协定范本》经理事会批准（approve），建议（recommend）成员国政府在缔结或修订双边协定时与该协定草案保持一致。该草案以 1928 年国际税收协定范本的主要原则和具体条款为基础，在很大程度上吸收了国际税法实践和各国国内法规则，比较典型的有：消除重复课税的主要方法——FTC 规则来自于美国国内法；常设机构概念源自德国国内法；将实际管理机构所在地作为企业居民身份的判定因素，源自英国国内法。税收协定范本的模式借鉴了当时已经存在的欧洲国家之间的税收协定。[16]

---

[11] D. Shelton, International Law and Relative Normativity in International Law, M. D. Evans, 2003, p.166.

[12] 参见尚杰：《国际”软法“问题研究》。王海峰：《论国际经济合作领域中的““软法”” 现象》，载于《国际贸易》2007 年 5 月，第 61 页。

[13] 参见王虎华、蒋圣力：《联合国安理会决议造法的国际法思考》，载《时代法学》2015 年 12 月。[美] 路易斯·亨金：《国际法:·政治与价值》，张乃根等译，中国政法大学出版社，2005 年。

[14] 王虎华、蒋圣力：《联合国安理会决议造法的国际法思考》，载《时代法学》2015 年 12 月。

[15] Jaye Ellis, “Soft Law As Topos: The Role of Principles of Soft Law in The Development. of International Environmental Law”, ProQuest Information and Learning, (2001), Page 106.

[16] Model Tax Convention on Income and on Capital, condensed version, OECD, 21 November 2017.

虽然该税收协定范本以各国国际税法实践为基础，OECD 财政委员会仍以“建议”报告的形式提交理事会。因此，该税收协定范本本身不具有法律约束力，无法确认国际法原则和规则的法律效力，不属于《国际法院规约》第 38 条规定的传统国际法渊源的表现形式。

1. OECD 税收协定范本不符合条约的形式

《国际法院规约》第 38 条将条约列为国际法院在“裁判应适用”法律的第一项，如前所述，条约要求是两个或两个以上国际法主体依据国际法缔结书面协议，以确认其权利义务关系。

目前 OECD 成员国和非成员国均在 OECD 的建议下，参照税收协定范本内容对外签订双边税收协定。全球可收集到的 4052 份双边税收协定中，多数都在一定程度上采用了《OECD 税收协定范本》的体例、用词和条文内容[17]。原则上，双边条约只能约束缔约双方，对于不同国家间的双边税收协定对同一问题作出同样规定，这些双边税收协定也不能构成事实上的多边条约，只存在该规则正在形成国际习惯的潜在可能。对双方缔约国来说，缔结的双边协定属于《国际法院规约》第 38 条所规定的，国际法院在裁判涉及缔约国双方的案件时可以适用的国际法渊源。因此，双边税收协定仅构成缔约国的国际法渊源，对非缔约国不构成国际法渊源。

笔者也注意到，在协定范本的十数次修订和更新（最近一次为 2017 年[18]）的过程中，成员国和非成员国均在范本更新和修订中表达其立场并对《OECD 税收协定范本》的条款不同程度地作出保留（reserve）。正如 Kooijmans 所言[19]，纯粹从成员国投票和发言的角度来确认国际组织建议报告的国际法属性具有一定难度。国际组织成员国对一项建议投赞成票是否可视为同意遵守其内容的实际表示，这一点也尚存有争议。[20]但将对建议报告的同意批准视为对范本的法律效力的肯定，毫无疑问是错误的。这种事实上的认可和对修订的保留立场并不能构成对该范本的多边签署与条约缔结。OECD 理事会对该税收协定范本的批准不符合国际条约缔结的条件和要求。

因此，未经国际法主体签署缔结的《OECD 税收协定范本》不符合条约的形式。

2. OECD 税收协定范本不符合国际习惯的要求

国际习惯作为《国际法院规约》第 38 条所规定国际法渊源的第二项，必须具备两个条件：一是物质要素，是指确认国家之间“一般实践”的存在；二是心理要素，是指“一般实践”被各国接受为法律，即“法律确信”。[21]

国际上有权威国际税法学者认为《税收协定范本》因其广泛适用性和约束力已经构成一种习惯国际法。[22]然而，根据 2018 年国际法委员会报告，确认一般实践是否被接受为法律（法律确信）需要考虑总体背景、规则的性质及有关证据被发现时的具体情况。根据国际法委员会 2018 年报告的第五章《习惯国际法的识别》，笔者对《OECD 税收协定范本》是否构成国际习惯法逐点予以分析。

---

[17] Elliott Ash& Omri Marian: The Making of International Tax Law: Empirical Evidence from Natural Language Processing, Legal Studies Research Paper Series No. 2019-02

[18] 2017 年 11 月 21 日 OECD 理事会批准了由 OECD 财政事务委员会批准提交的《2014 年 OECD 税收协定范本》的 2017 年更新内容，从而形成《2017 年 OECD 税收协定范本》。

[19] Kooijmans, P., “Some thoughts on the relation between extra-legal agreements and the law-creating process”, in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Page 434.

[20] Schreuer, C., “Recommendations and the traditional sources of international law”, in German Yearbook of International Law, Volume 20, 1997, Page 109.

[21] 王虎华：《国际法渊源的定义》，载《法学》，2017 年第 1 期。

[22]

习惯国际法的识别的结论草案	《OECD 税收协定范本》
物质要素——构成一般实践	
实践要求 （1）作为习惯国际法的一个要素所要求存在的一般实践，主要指的是有助于习惯国际法规则的形成或表述的国家实践。 （2）在某些情况下，国际组织的实践也有助于习惯国际法规则的形成或表述。 （3）其他行为体的行为不是有助于习惯国际法规则形成或表述的实践，但在评估第 1 和第 2 段所指的实践时可能相关。	全球可收集到的 4052 份双边税收协定中，多数都在一定程度上采用了《OECD 税收协定范本》的体例、用词和条文内容 。 欧盟法院和一些国内法院在审判过程中，也存在直接引用《OECD 税收协定范本》及其评注对涉外税收管辖权争端解决和双边税收协定适用进行法律分析的情形。
作为国家实践的国家行为 国家实践包括国家的行为，无论是在行使行政、立法、司法或其他职能时。	关于这一结论草案，前述因素已经表明，不仅主权国家在其对外缔结的条约中参考《OECD 税收协定范本》，一些国内行政机关在适用所缔结的双边税收协定时也会参考范本内容。
实践形式 1.实践可以采取多种形式。它包括身体行为和言语行为。在某些情况下，它可能包括不作为。 2.国家实践的形式包括但不限于：外交行为和信函；与国际组织或政府间会议通过的决议有关的行为；与条约有关的行为；行政行为，包括“实地”行动行为；立法和行政行为；以及国家法院的判决。 3.在各种实践形式中没有预先确定的等级制度。	关于所承认的实践形式，《OECD 税收协定范本》的“实践”属于国际法委员会确定的“与条约有关的行为”和“立法和行政行为”的形式。
评估国家实践 1.应考虑到某一特定国家的所有现行做法，并将其作为一个整体加以评估。 2.如果某一特定国家的做法有所不同，则给予该做法的权重可以减少。	在评估各国的实践时，有证据表明同一国家在与不同国家缔结双边税收协定时，其对《OECD 税收协定范本》的适用也存在差异。

实践必须具备一般性 1.有关实践必须具备一般性，即必须足够广泛和有代表性，还必须是一贯的。 2.只要实践具备一般性，就不要求特定存续时间。	各国在签订双边税收协定的时候会参考《OECD 税收协定范本》，但《OECD 税收协定范本》的条款并未被完全直接适用。 参考《OECD 税收协定范本》这一实践具有广泛性和代表性，但是《OECD 税收协定范本》的具体内容并未得到一般性适用。
心理要素——被接受为法律(法律确信)的因素	
被接受为法律(法律确信)的要求 1.关于一般实践须被接受为法律(法律确信)的要求作为习惯国际法的构成要素，意味着有关实践的采用必须带有一种法律权利或义务感。 2.被接受为法律(法律确信)的一般实践不同于单纯的常例或习惯。	《OECD 税收协定范本》作为建议报告由 OECD 财政委员会提交给理事会予以批准。各国在解决国际税法下的税收管辖权冲突时，并未直接采用《OECD 税收协定范本》，而是通过缔结双边税收协定的方式来约定权利义务，《OECD 税收协定范本》仅为一个条约范本，其本身不具有法律约束力，未被接受为法律确信。
被接受为法律(法律确信)的证据形式 1.被接受为法律(法律确信)的证据可有多种形式。 2.被接受为法律(法律确信)的证据形式包括但不限于：以国家名义发表的公开声明；官方出版物；政府的法律意见；外交信函；各国法院的判决；条约规定；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为。 3.在有关国家有能力做出反应并且有关情况也要求做出某种反应的情况下，对一种实践经过一定时间而没有做出反应，可用作已接受其为法律(法律确信)的证据。	虽然部分国家的国内法院的判决中引述《OECD 税收协定范本》及其评注对案件进行分析，但法院在判决中尚未接受《OECD 税收协定范本》为法律，未产生法律确信。
某些材料对于识别习惯国际法的意义	

条约 1.条约所载的规则可反映习惯国际法规则，条件是能够确定该条约规则： (a)将条约缔结时已经存在的一项习惯国际法规则编纂成法； (b)将条约缔结之前开始形成的一项习惯国际法规则具体化； (c)形成了一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例，从而产生了一项新的习惯国际法规则。 2.一项规则在多项条约中出现，可能但并不一定表明该条约规则反映了一项习惯国际法规则。	财政委员会是在国际现存双边税收协定内容和体例的基础之上起草《OECD 税收协定范本》，而随着《OECD 税收协定范本》的不断修订，各国又在缔结双边税收协定中借鉴《OECD 税收协定范本》及其评注的相关内容。 但相关内容和体例在多项双边税收协定中出现，并不能反映该范本构成习惯国际法。
国际组织和政府间会议的决议 1.国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议本身并不能创立一项习惯国际法规则。 2.国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议可为确定一项习惯国际法规则的存在及内容提供证据，或促进其发展。 3.如果能够确定国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议中的某项规定与一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例相一致，则该规定可反映一项习惯国际法规则。	《OECD 税收协定范本》及其评注是 OECD 理事会向成员国提出的建议，而不是一项决议。
法院和法庭的判决 1.国际性法院和法庭特别是国际法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决，是确定此类规则的辅助手段。 2.也可酌情考虑将各国法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决用作确定此类规则的辅助手段。	虽然在澳大利亚的 SNF 案中，澳大利亚法院审议了《OECD 转让定价指引》是否符合习惯国际法，但国际法院或各国国内法院尚未就《OECD 税收协定范本》是否是习惯国际法进行实质性讨论。
学说 各国最权威的国际法专家的学说可用作确定习惯国际法规则的辅助手段。	目前各国的学者对《OECD 税收协定范本》及其评注的地位还存在着争议。即使作为一种辅助资料，学界仍存在着争议，这种争议的存在也在一定程度表明缺乏对《OECD 税收协定范本》构成习

	惯国际法的广泛共识。
一贯反对者	
一贯反对者 1.如果一国在一项习惯国际法规则的形成过程中对其表示反对，只要该国坚持其反对立场，则该规则不可施用于该国。 2.反对立场必须明确表示，向其他国家公开，并始终坚持。 3.本结论草案不影响任何关于一般国际法强制性规范(强行法)的问题。	为了扩大《OECD 税收协定范本》的影响力，OECD 允许成员国和非成员国对《OECD 税收协定范本》的条款作出保留和建议，但鉴于《OECD 税收协定范本》仅是建议性文本且通过主体为各国派驻 OECD 的大使而非国家元首，该保留不构成国际习惯法形成的要素，也未对其参考《OECD 税收协定范本》缔结双边税收协定这一实践产生影响。
特别习惯国际法	
特别习惯国际法 1. 特别习惯国际法规则，不论是区域的、地方的还是其他层面的，都是仅在数量有限的国家之间适用的习惯国际法规则。 2. 要确定一项特别习惯国际法规则的存在及内容，必须查明有关国家之间是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。	目前 OECD 成员国也未将《OECD 税收协定范本》视为法律，仅是作为缔结双边税收协定的参考。目前各国国内法院对《OECD 税收协定范本》及其评注的适用也存在差异，但仅是将其作为双方进行磋商的工具。

对于《OECD 税收协定范本》而言，由于各国都希望本国法律能够与国际税收协定网络相兼容，因而从 1928 年起，各国国内法经常根据协定范本加以调整，协定范本在完善过程中也必须充分考虑各国国内法的实际情况，这就产生了国际税收制度国际法与国内法循环往复向前推动发展的“棘轮效应”。[23]而这种彼此借鉴本身并不能视为《OECD 税收协定范本》构成法律确信的体现，仅可证明作为参考模板起草税收协定这一实践被各国所普遍认可，具有一般性。

在对可收集到的 4052 份双边税收协定所做的数据分析中，笔者也注意到双边税收协定内容并不是完全援引《OECD 税收协定范本》的内容，只是采纳了《OECD 税收协定范本》中的相关原则[24]。“借鉴《OECD 税收协定范本》”的这一实践可能存在成为国际税法一般实践的潜在可能，但《OECD 税收协定范本》所载的内容仅是一个规则建议。纵使该范本所载的内容以规则的形式在多项条约中出现，但也并不一定表明该条约规则反映了一项习惯国际法规则。[25]

[23] Model Tax Convention on Income and on Capital, condensed version, OECD, 21 November 2017. Page 14.
[24] Elliott Ash& Omri Marian: The Making of International Tax Law: Empirical Evidence from Natural Language Processing, Legal Studies Research Paper Series No. 2019-02.
[25] 联合国：《国际法委员会报告》，第七十届会议，2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日和 7 月 2 日至 8 月 10 日，

因此，《OECD 税收协定范本》不符合国际习惯的构成要件。

3. OECD 税收协定范本不属于一般法律原则

《国际法院规约》第 38 条第 1 款第 3 项提到“一般法律原则为文明国家所承认者”，即各国国内法体系中共同承认的法律原则和法律规则。前述一般法律原则在历史上主要来自国家法律体系和罗马法，仅在某一具体事项没有其他法律渊源规范时适用。[26]2019 年《国际法委员会报告》对一般法律原则予以细节性讨论，但未对一般法律原则予以清单列示，仅指出识别一般法律原则需要按照以下步骤：

(一) 识别国家法律体系或世界主要法律体系普遍共有的原则；

(二) 确定这一原则是否适用于国际法律体系。

该项法律原则必须是得到“文明各国”所承认的原则[27]。根据巴塞罗那电车公司案[28]和海陆服务公司诉伊朗案[29]，该原则不能仅是某一国家的国内法，必须要被绝大多数国家纳入法律编撰或者在司法上得到认可，得到国际社会的承认。

《国际法委员会报告》同时指出，法律原则和法律规则之间的差别是一种逻辑上的区别。这两套标准都指向在特定情况下关于法律义务的具体决定，但它们所给出的方向的性质有所不同。规则要么完全适用，要么完全不适用。而原则是在相关的情况下须加以考虑的倾向于一个或另一个方向的考量。[30]

《OECD 税收协定范本》承载的部分原则（如非歧视原则等）被各国纳入其国内法律体系和缔结的国际条约之中，被国际社会所广泛认可，这部分原则在特定情况下可能构成国际税法的一般法律原则。然而《OECD 税收协定范本》本质上是一个法律规则的范本，是以建议的形式约定未来缔约双方的法律义务的规则，并未形成法律原则。成员国在缔结条约时可以选择适用或者不适用《OECD 税收协定范本》的规则内容，也可以选择适用其中部分条款，该选择的意思表示不受任何法律约束。《OECD 税收协定范本》并未对成员国产生法律约束力，仅是以建议的方式提供了一个国际所普遍采用的体例，以便缔约双方在形式上达成一致，不构成各国法律体系承认的法律原则。

因此，《OECD 税收协定范本》不符合国际法渊源的要求。

（二） OECD 税收协定范本不具法律效力

《OECD 税收协定范本》是财政委员会向理事会提交的建议报告，该报告经由各成员国驻 OECD 的大使组成的理事会批准，其目的就是建议成员国政府在缔结或修订双边协定时与该协定草案保持一致。导言中便明确阐述，该《OECD 税收协定范本》是建议性文件，供成员国与非成员国之间乃至非成员国之间谈判时进行参考与借鉴。事实上，各国都希望本国法律能够与国际税收协定网络相兼容。不论是国际税收协定范本还是各国国内税法中有关跨境税收的规定，都不可能过度偏离基本共识原则，否则就会带来各国征税权分配的重大摩擦，进而严重破坏国际投融资。因此，从 1928 年起，各国国内法经常根据协定范本加以调整，

第 161 页。

[26] 联合国：《国际法委员会报告》，第七十届会议，2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日和 7 月 2 日至 8 月 10 日，第 6 页。

[27] 伊恩·布朗利著；曾令良等译，《国际公法原理：第 5 版》，法律出版社，2002 年 12 月。

[28] 《巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案》，载《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 37 页，第 50 段。

[29] Sea-Land Service, Inc. v. Iran, Case No. 33, Award No. 135-33-1 (20 June 1984), Iran–United States Claims Tribunal Reports (IUSCTR), Volume 6, Page 168.

[30] 联合国：《国际法委员会报告》，第七十届会议，2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日和 7 月 2 日至 8 月 10 日，第 147 页起。

协定范本在完善过程中也必须充分考虑各国国内法的实际情况。[31]缔约国在参考《OECD 税收协定范本》缔结条约时，对于敏感条款和条约具体细节，双方仍会进行多轮协商，最终就特定事项的税收管辖权的划分达成意志妥协。目前全球 100 多个国家在缔结双边税收协定时均借鉴《OECD 税收协定范本》，参考《OECD 税收协定范本》来缔结双边税收协定这一实践具有广泛性和代表性，但“以某种方式行动或同意以某种方式行动，本身并不能证明任何法律性质的结论”[32]，仅可证明范本的宗旨、体例和条款内容为国际社会所认可，不能证明《OECD 税收协定范本》具有法律约束力。《OECD 税收协定范本》所载的内容仍仅是一个规则建议，它产生的效力不来源于建议本身，而是可以视情况而定[33]。如果双方采纳《OECD 税收协定范本》的内容，缔结为双边税收协定，范本所载内容通过缔结形成的国际条约对缔约国双方的权利义务予以规定。在该情况下，具有法律效力的是缔结的条约，而非《OECD 税收协定范本》。纵使条约包含范本所载规则，也不一定表明包含该规则的范本具有法律约束力和强制力。[34]该范本本身即是 OECD 理事会批准的建议报告，理事会的各国驻派大使批准范本的前提是该范本作为建议而非法律，对各国缔结双边税收协定起指导作用。

（三） OECD 税收协定范本具有事实效果

如前所述，该税收协定范本本身不具有法律约束力，但 OECD 成员国大多按照范本内容对外签订的双边税收协定是具有法律效力的国际条约，达到约束缔约国的效果。随着协定范本的十数次修订和更新（最近一次为 2017 年[35]），协定范本的影响远远超过了 OECD 成员国的范围，成员国和非成员国均在范本更新和修订中表达其立场并对《OECD 税收协定范本》的条款不同程度地作出保留（reserve）。在全球可收集到的 4052 份双边税收协定中，多数都在一定程度上采用了《OECD 税收协定范本》的体例、用词和条文内容[36]。UN 税收协定范本也以《OECD 税收协定范本》为蓝本起草及修订[37]。此外，欧盟法院和一些国内法院在审判过程中，也存在直接引用《OECD 税收协定范本》及其评注对涉外税收管辖权争端解决和双边税收协定适用进行法律分析的情形。一方面，《OECD 税收协定范本》本身来源于各国实践而制定的建议范本，且在发展中产生了事实上的实际效果且效果广泛，另一方面也一定程度上构成了法院裁判的依据

综上所述，《OECD 税收协定范本》不符合传统国际法渊源的构成要件，但因其虽不具有法律约束力但产生了事实上的广泛效果，构成国际法概念下的“软法”。

四、国际税法发展中的“软法”作用

（一） 促进国家间达成一致的政治目的

目前国际社会并不存在超越主权国家的国际税收组织，国家作为平等主体，彼此之间并无凌驾他国之上的税收管辖权，仅能在有限的事项上达成意志妥协。国际条约基于“约定必须遵守”这一原则基础之上，对平等国际法主体的条约遵守具有强制约束力、执行力和实施

---

[31] Model Tax Convention on Income and on Capital, condensed version, OECD, 21 November 2017. Page 14.

[32] 联合国：《国际法委员会报告》，第七十届会议，2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日和 7 月 2 日至 8 月 10 日，第 147 页起。

[33] David R. Tillinghast, The Power of Persuasion: The Legal Effects of the OECD Commentary as a Non-Binding Recommendation in Sjoerd Douma, Frank Engele, The Legal Status of the OECD Commentaries, Online book, Page 244.

[34] 联合国：《国际法委员会报告》，第七十届会议，2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日和 7 月 2 日至 8 月 10 日，第 161 页。

[35] 2017 年 11 月 21 日 OECD 理事会批准了由 OECD 财政事务委员会批准提交的《2014 年 OECD 税收协定范本》的 2017 年更新内容，从而形成《2017 年 OECD 税收协定范本》。

[36] Elliott Ash& Omri Marian: The Making of International Tax Law: Empirical Evidence from Natural Language Processing, Legal Studies Research Paper Series No. 2019-02

[37] Model Tax Convention on Income and on Capital, condensed version, OECD, 21 November 2017. Page 14.

力[38]。国力的强弱差异在无超国家组织的国际体制下，又时常出现意志不对等的现象。因此，各国对订立国际条约较为谨慎。

对于国际税收此类敏感的利益冲突领域，各国就特定事项达成共识本就存在困难，用缔结国际条约或适用习惯国际法来确立各国的权利义务，无论是从政治上还是法律上都难上加难。一般来说，一项双边税收协定的签订需要经过三年左右[39]。缔约国需要通过外交途径开展协定磋商达成共识，再组成工作小组会议，对协定条款进行磋商。在协定文本确定后，再由双方签署。缔约国双方签署后，再由缔约国分别启动国内签署程序，根据协定约定或缔约国国内法律，协定的生效日期也存在差异。在缔约国国内程序履行完毕后，缔约国根据条约规定和国内法，在缔约国国内予以实施。而对于多边税收条约，由于涉及国际法主体更多，制定过程更加漫长，程序也更为复杂。同时，由于国际税收领域的特殊性和敏感性，即使各国签署该多边条约，也可能对其中条款作出保留，既耗时许久，又无法达到形成各缔约国意志妥协一致的目的。

《OECD 税收协定范本》或 2015 年出台的《BEPS 行动计划》作为 OCED 成员国批准的建议报告，在特定事项上对国际税收管辖权的划分达成基本共识，以“软法”的形式绕过政治上的妥协和法律上繁杂的订立程序，从务实的角度循序渐进地推动国际税法的发展，有效促进国家间达成意志统一。在税收管辖权和税收利益这一敏感领域时，国家会更倾向于在某一特定领域选用国际“软法”，而非传统国际法渊源。通过适用国际税收“软法”给本国利益保留更大的灵活性，同时各国也在基本层面达成政治共识，即采取多边税收征管合作，填补国际税收规则的漏洞和打击跨国公司的恶性税收筹划。因此，G20 领导人于 2012 年委托经济合作与发展组织（OECD）研究 BEPS 问题（以下简称“G20 税改”），旨在修改国际税收规则，遏制跨国企业规避全球纳税义务和侵蚀各国税基的行为，以国际税收“软法”的形式促进国际税收多边征管合作。[40]

（二） “软法”有效补充了传统的国际税法

自 1900 年奥匈帝国和普鲁士签订第一个双边税收协定起，传统的国际税法主要以两个国家间签订的双边税收协定为主，目前可收集到的双边税收协定有 4052 份。近年来，为了进一步应对日益繁多的国际逃税避税行为，在 OECD 和 G20 主导下，多国签署了《多边税收征管互助公约》、《金融账户涉税信息自动交换多边主管当局间协议》、《转让定价国别报告多边主管当局间协议》和《实施税收协定相关措施以防止税基侵蚀和利润转移的多边公约》等多边条约。

然而，随着数字经济下交易模式的纷繁复杂导致跨境避税手段的日新月异，在全球税收治理的过程中，现有的传统国际税法无法应对经济全球化和数字经济带来的挑战，需要不断修订现有国际税法以应对层出不穷的新问题。如前所述，国际条约作为传统国际法渊源的缔结需要缔约国双方付出极大的外交和政治努力，从而在条约条款的细枝末节上均达成妥协与共识，在短时间内难以达成。纵使缔约双方在协商中就条款内容达成意志妥协，国内批准的程序又将历经漫漫长路。加之在新冠疫情和逆全球化浪潮背景之下，各国趋于为其本国留下足够的灵活性和空间来应对未来的不确定事件，在协商和缔结条约上更趋于保守，难立新法。[41]

---

[38] 何志鹏：《国际”软法“地根源与发展》，载于《国家治理得现代化与”软法“国际研讨会》，

[39] Jung-hong Kim, A New Age of Multilateralism in International Taxation? 21 Seol Tax Law Review (2015).

[40] 张志勇，《近期国际税收规则的演化——回顾、分析与展望》，载《国际税收》，2020 年第 1 期。

[41] See Sungjoon Cho and Claire R. Kelly, Promise and Perils of New Global Governance: A case of the G20, 12 Chicago Journal of International Law (2021).

继《OECD 税收协定范本》后，OECD 又出台多项宣言、建议报告和指南。如《BEPS 行动计划》和《数字化带来的税制挑战-支柱一/二(Pillar One/Two)蓝图》等国际税收“软法”，从多维角度给目前传统国际税法的空白领域予以指导和界定，针对国际税法实践中的各种问题，对既有的国际税收规则进行补充完善，或在既有规则执行上提出协调性要求和建议。因前述国际税收“软法”虽然没有法律效力，但在国际税收领域已经得到国际社会的广泛认可和事实效果，有助于弥补传统国际税法对全球治理法律供给的不足，有效补充了传统国际税法。

（三） 中国应积极参与“软法”规则的制定

经济全球化的背景下，跨境收入的税收管辖权和税基划分问题日趋严重，为避免双重征税，国际税收逐步发展成为一项“零和 1 的游戏”，即一个国家的税收增加，另外一个国家的税收就要相应要减少。全球协同合作进行税收治理的需求越来越高，但传统国际税法规则有限且无法应对数字经济的商业模式，许多空白领域需要加以制定，许多既有规则需要进一步完善。

一方面，近年来，我国对外经济合作与开放进入新的战略机遇期，并实现了从资本输入到资本输出的历史跨越，贸易经济到服务经济再到数字经济的商业模式变革，对我国参与国际税收治理提出了更高的要求，特别是在一带一路的框架下，如何立足中国经济发展的实际需求，提高我国税制的竞争力和在国际税收规则制度中话语权，对我国税收征管能力和对外投资企业的利益都起着举足轻重的作用。

另一方面，纵向审视国际税法实践，不难发现，国际税收的规则制定和各国国内税法正在加速趋同，而这种趋同也许在未来有望将“软法”规范转化为硬法。在全球税收治理多边合作的基础下，G20 税改和 OECD 的税收规则被各国所广泛吸收。越来越多的国家和国际组织正在加入国际税收政策制定过程中，各参与国或组织都是推动国际税法趋同的力量。[42] 国际税法的本质，就是一种利益博弈。换言之，哪个国家或者组织掌握了国际税收规则的制定权，不仅对国际税收“软法”产生影响，而且将对未来世界各国的国内税法制定产生间接影响，或可能在各种规范的广泛适用中逐渐“硬化”。

截至 2020 年 3 月[43]，中国已对外签订 107 个双边税收协定，其中 102 个双边税收协定已经生效，同时与台湾签订避免双重征税协议及与香港特别行政区和澳门特别行政区签订避免双重征税安排。此外，中国对外签署了 3 个多边国际税收条约，即《多边税收征管互助公约》、《金融账户涉税信息自动交换多边主管当局间协议》、《转让定价国别报告多边主管当局间协议》和《实施税收协定相关措施以防止税基侵蚀和利润转移的多边公约》[44]，其中《多边税收征管互助公约》已经全国人大审议通过；《金融账户涉税信息自动交换标准》已经国务院批准。然而，我国目前签订的双边税收协定仅对传统商业模式下的税收管辖权划分予以规定，缔结的多边税收条约主要为税收征管合作公约。目前国际税收领域的规则主要以 OECD 和 G20 出台的宣言、声明、报告和指南为主的国际“软法”。OECD 是由世界上最富裕的 38 个市场经济国家组成的政府间国际经济组织，中国非 OECD 成员国，以观察国的身份参与 OECD 各项国际税收活动，对 OECD 出台的各项文件和报告提出建议。G20 是由 11

---

[42] 叶莉娜、刘奇超：《论国际税法之趋同与我国的应对》，载《财经法学》，2018 年第 3 期。

[43] 国家税务总局官网，http://www.chinatax.gov.cn/chinatax/n810341/n810770/index.html，访问于 2020 年 3 月 15 日。

[44] 武汉大学崔晓静教授认为中国对外签署的多边条约还包括《转让定价国别报告多边主管当局间协议》，但国家税务总局官网上并未将该协议列入中国对外签订的多边税收条约列表之中。参见崔晓静：《全球税收治理中的”软法“治理》，载《中外法学》，2015 年第 5 期。

个发达国家和 8 个欠发达国家及欧盟的财政部长和央行行长构成的国际经济合作论坛，中国参与其中，全面参与 BEPS 行动计划等国际税收“软法”的制定。此外，中国还积极参与联合国国际税收委员会税收国际规则的制定，提出了符合发展中国家利益的若干理论和原则，如成本节约、市场溢价、应用型和营销型无形资产等，并成功写入《联合国转让定价手册》。正如习总书记 2014 年在 G20 峰会上的讲话，应“加强全球税收合作，打击国际逃避税，帮助发展中国家和低收入国家提高税收征管能力”，积极参与“软法”规则的制定，通过参与国际组织的各种税收规则制定活动，增加我国在国际税收治理中的话语权，从而维护好我国的税收权益。

五、结语

究其本源，国际法是通过国际法主体意识妥协而形成。在国际税收领域，各国难以协调意志达成适用广泛的国际税法，数量庞大的双边税收协定又是彼此相互独立、平行的文本规范，难以为统一的全球税收治理提供基础性的规范依据。OECD 或 G20 在国际税法和各国国内税法实践的基础上，参考国际税收治理中的相关实践问题，出台《OECD 税收协定范本》等一系列建议报告，虽不具有法律约束力，但在实践中产生了广泛的实际约束效果，构成事实上的国际税收“软法”，推动了全球税收治理的协同合作。传统国际税法与“软法”的这种循环往复向前推动发展的“棘轮效应”，推进了国际税收“软法”的更广泛适用，填补了现行传统国际税法的空白，有效地推进全球税收治理，在国际税法发展中起到了举足轻重的作用。随着国际税法的发展，国际税收的规则制定和各国国内税法正在加速趋同，而这种趋同也许在未来有望形成一种一般实践的法律确信，将“软法”规范转化为硬法，形成真正意义上的国际税法。

试论国际团结与人类命运共同体理念

武文扬[1]

［内容提要］“国际团结”是联合国所倡导的基本价值，也被视为一项国际法原则，并逐渐展现出成为一项权利的可能。其对改善国际经济秩序、推动可持续发展、应对全球威胁与挑战起到重要作用，得到广大发展中国家的认可。在全球疫情蔓延、民粹势头上升、南北差异扩大的背景下，联合国呼吁充分发挥国际团结价值和原则的积极作用，推动“国际团结权”成为一项新的集体性权利，促使各国合作解决全球公共卫生安全问题，团结应对有关移民与难民、气候变化和自然灾害、一系列有关食物、能源和经济领域的全球危机。中国提出的人类命运共同体理念倡导各国团结协作，各文明交流互鉴，共同促进和保护人权，为丰富和推动国际团结做出了积极贡献，展现了大国的智慧与担当。

［关键词］ 国际团结　团结权利　发展权　人类命运共同体

在新冠肺炎疫情在全球爆发和蔓延的背景下，联合国所倡导的国际团结显得尤为重要。习近平指出，面对人类同重大传染性疾病的斗争，“国际社会最需要的是坚定信心、齐心协力、团结应对，全面加强国际合作”。[2]联合国秘书长古斯特雷也表示，“我们比任何时候都需要团结”。[3]联合国的人权与国际团结问题独立专家（简称“国际团结独立专家”）也表示，疫情凸显了人类的相互关联性和脆弱性，各国家和非国家行为体都应更严肃地对待国际团结，以应对疫情期间和后疫情时代的挑战。[4]除此之外，“发展赤字”、气候变化、难民危机等非传统安全威胁也急需各国共同应对。

中国提出的人类命运共同体理念及时提供了一项积极应对全球挑战的方案。此理念呼吁国际社会通过对话协商、共建共享、合作共赢的方式，构建一个持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽的世界，体现了中国愿与各国共同发展，应对全球威胁与挑战的担当。中国通过积极参与全球治理，推动南南合作、提供对外援助等方式，为弘扬国际团结精神，推广国际团结原则做出表率。

一、 国际团结的含义

“国际团结”（international solidarity）被视为国际关系的基本价值，也是一项当代国际法原则，体现在众多国际文件，包括联合国和其他国际组织与集团的文件中。《联合国千年宣言》和《2030年可持续发展议程》就通过国际团结促进全球发展、优化全球治理的重要作用给予了肯定。联合国专门设立了人权与国际团结问题独立专家，就国际团结议题展开系统的研究与推动，以回应全球化背景下各方相互依存、共同发展的需要。

（一）国际团结的概念与依据

[1] 作者简介：武文扬，中国政法大学人权研究院，讲师。

[2] 《凝聚起战胜疫情强大合力》，载《人民日报》，2020 年 3 月 27 日。

[3] “‘Solidarity, hope ’ and Coordinated Global Response Needed to Tackle COVID-19 Pandemic, Says UN Chief”, UN News, 19 March 2020, available at: https://news.un.org/en/story/2020/03/1059752.

[4] Obiora C. Okafor, “Solidarity key to post COVID-19 response”, OpenGlobalRights, 28 April 2020, available at: https://www.openglobalrights.org/solidarity-key-to-post-covid-19-response/.

“国际团结”指，为维持国际社会的秩序和生存，为实现需要以国际合作和联合行动达成的集体目标，在各国和其他国际行为体相互依存的基础上，谋求世界各国利益或目的的结合及社会的联合。[5]国际合作是国际团结的核心组成部分，也是实现集体目标和利益结合的重要手段。虽名为“国际”团结，但此概念不仅指国家间的团结，也包括其他不同国际行为体之间的团结。联合国有关国际团结的工作报告指出，广义的团结指个人、群体，民族和国家间责任和利益的相互融合，国家以外的其他行为体，如联合国机构、非政府组织和个人，也正发挥重要的作用。[6]

众多国际文件都为国际团结与合作提供了依据。《联合国宪章》第1条规定，联合国的宗旨是“采取有效的集体方法”维持国际和平安全、发展国际间友好关系，“促成国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化、及人类福利性质之国际问题，且不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对全体人类之人权及基本自由之尊重”。这充分体现了国际团结的重要性，其不仅是联合国推动工作的途径，也是工作目标。1970年联合国大会通过《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》，列举的七项原则之一就是“各国依照宪章彼此合作之义务”。根据此原则，各国无论在政治、经济和社会制度上有何差异，都有义务与他国依照主权平等及互不干涉原则进行合作，维持国际和平与安全，促进全世界，尤其是发展中国家的经济增长。[7]

国际团结也贯穿于其他国际公约和宣言中。根据《世界人权宣言》第22条，经济、社会和文化各种权利的实现依赖国际合作。《经济、社会及文化权利国际公约》第2条要求，缔约国有义务“个别采取步骤或经由国际援助和合作”逐渐实现公约中的权利。《儿童权利公约》第4条规定，缔约国应视需要在国际合作范围内采取措施，确保经济、社会及文化权利的落实。根据《残疾人权利公约》第32条，“缔约国必须开展和促进国际合作，支持国家为实现本公约的宗旨和目的而做出的努力，并将为此在双边和多边的范围内采取适当和有效的措施”。《发展权利宣言》第3条、第4条要求，缔约国有责任创造利于发展权实现的国际条件，有义务相互合作，集体采取步骤制订国际发展政策。《维也纳宣言和行动纲领》强调，国际合作对于充分实现联合国宗旨至关重要，国际社会应促进有效的国际合作，实现发展权利，消除发展障碍。[8]

除此之外，国际团结也是七十七国集团（G77）、不结盟运动（Non-Aligned Movement）等国家间集团遵循的重要原则，得到广大发展中国家的认同。在1964年联合国贸易和发展会议上，七十七个发展中国家发表联合宣言，指出在面临发展的基本问题时，发展中国家的团

[5] UN Doc. A/HRC/12/27, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, Human Rights and International Solidarity, 22 July 2009, para. 3, 20.

[6] UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/43, Specific Human Rights Issues: New Priorities, in Particular Terrorism and Counter-Terrorism, Human Rights and International Solidarity, Working Paper Submitted by Rui Baltazar Dos Santos Alves, 15 June 2004, para. 30.

[7] UN Doc. A/RES/2625(XXV), Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 24 October 1970, “The duty of States to co-operate with one another in accordance with the Charter”.

[8]《维也纳宣言和行动纲领》，联合国大会世界人权会议 1993 年 6 月 25 日通过，第一部分第 1 条、第 10 条。

结来自各国在国际贸易和发展领域寻求新政策的共同利益，这种团结在经受住考验后并变得越发有力。团结也是不结盟运动的一项主要原则。成立之初，不结盟运动代表了发展中国家在维护主权、反对殖民主义、建立新型国际经济秩序领域的共同呼声。有学者指出，不结盟运动建立在南方国家的团结之上，这种团结精神传承自万隆会议，发展中国家因被殖民的历史和在社会经济领域所面临的共同挑战而走在一起，不结盟运动的首要目标就是促进南南合作，集团甚至可以改名为“团结运动”。[9]随着时代发展，除致力于推动集团成员间的团结之外，不结盟运动也呼吁“全球团结”以应对挑战，将团结视为不同环境下国家间关系的基本组成部分。[10]

由此可见，无论是维护国际和平与安全，还是促进人权保障，推动全球发展，国际团结都是确保目标得以实现的关键。国际团结还体现出发展中国家共同应对挑战的精神和共同繁荣的需求。中国作为联合国的创始成员国，众多国际公约和宣言的制定者和缔约国，积极履行国际义务，遵循国际团结原则。中国与七十七国集团保持密切合作，也是不结盟运动的观察国。作为世界上最大的发展中国家，中国通过实际行动促进发展中国家的合作共赢，为国际团结做出积极贡献。

（二）国际团结：从价值到原则

“国际团结”的发展与改善国际经济秩序、促进平衡发展和消除贫困等议题紧密相连。随着国际社会对国际团结的重视和认可，其不仅被视为一项重要的价值和精神，也被视为一项国际法原则，得到联合国的大力推广。

国际团结是促成全球共同目标的重要价值与精神。2000年，各国元首和政府首脑在联合国千年首脑会议上就如何建立一个和平、繁荣和公正的世界，实现发展权、消除贫困、维护和平等议题进行讨论。会议最终通过《联合国千年宣言》，设立了全球在2015年应达到的八个千年发展目标（MDGs）。此宣言指出，全球化产生可观惠益但分配不均，发展中国家面临巨大挑战，世界各国必须共同担责，管理全球经济，促进社会发展，应对国际和平与安全所面临的威胁。《联合国千年宣言》将“团结”列为二十一世纪国际关系必不可少的基本价值（fundamental values），呼吁各国“根据公平和社会正义的基本原则，以公平承担有关代价和负担的方式处理各种全球挑战。遭受不利影响或得益最少的人有权得到得益最多者的帮助”。[11]

2005年，联合国大会通过《联合国第一个消除贫穷十年（1997-2006）的执行情况》决议，回顾了千年发展目标对消除贫困的承诺，重申要通过改革等措施帮助发展中国家更好地融入世界经济，公平分享全球化的惠益。决议再次肯定，国际团结已被确定为各国人民间关系的基本和普遍的价值，并宣布每年12月20日为“国际人类团结日”。[12]千年发展目标于2015

[9] S. I. Keethaponcalan, “Reshaping the Non-Aligned Movement: Challenges and Vision”, *Bandung: Journal of the Global South*, Volume. 3, Issue. 1, 2016, p.10.
[10] NAM Doc. NAM 2018/CoB/Doc.1, Final Document, 18th Mid-Term Ministerial Meeting of the Non-Aligned Movement (NAM) , 5-6 April 2018.
[11] UN Doc. A/RES/55/2, United Nations Millennium Declaration, 18 September 2000, para.6.
[12] UN Doc. A/RES/60/209, Implementation of the First United Nations Decade for the Eradication of Poverty (1997-2006), 17 March 2006, para.14,43.

年结束，但国际团结的进程并未停止。2015年，联合国大会通过《2030年可持续发展议程》，宣布17个可持续发展目标（SDGs）。文件指出，若想确保新议程得到执行，需要恢复全球伙伴关系的活力，这一伙伴关系将推动全球的高度参与。文件呼吁“发扬全球团结一致的精神，特别是要与最贫困的人和境况脆弱的人同舟共济”。[13]只有本着国际团结的精神，尊重国际团结的原则，可持续发展议程才能得以落实。

国际团结也是一项当代国际法原则，被联合国的国际团结独立专家所确认。2003年，联合国增进和保护人权小组委员会通过决议，指派阿尔维斯先生就国际团结展开初步研究并提交一份工作报告。[14]此报告指出，国际团结的重要意义无需质疑，但仍缺乏深入分析和研究，建议小组委员会继续在此领域开展工作，“促进人们对国际团结的共同了解，使其卓有成效”。[15]2005年，联合国人权委员会通过决议，强调国际团结对应对世界挑战，实现发展中国家经济、社会与文化权利，以及发展权的重要意义。[16]决议决定任命国际团结问题独立专家，每届三年，负责就国际团结展开研究，并将此领域的进展向人权委员会，即现在的人权理事会报告。

国际团结独立专家的设立使国际团结在联合国层面得到系统研究，并得到国际社会更多的关注与认可。2009年，独立专家两次向各国、联合国各部门和机关、各专门机构、国际组织和非政府组织，以及理事会特别程序任务负责人发出调查问卷，以了解国际团结的发展情况。问卷的内容包括，各方对国际团结作为一项国际法原则的立场，对通过国际团结消除贫困的看法，以及如何以国际团结推动发展权，并以此缩小发展中国家与发达国家的差距等。[17]几乎所有答复方都肯定，国际团结为一项法律原则，甚至有答复指出其为一项单独的权利。[18]最终，调查结果肯定了国际团结的重要性，尤其是此原则在应对贫困和饥饿、自然灾害、恐怖主义、武装冲突、南北差距等问题上的作用。独立专家指出，国际团结已被载入条约条款，得到硬法和软法的证明及政策和实践的支持，根据《国际法院规约》对国际法渊源的规定，国际团结可被视为一项法律原则，在某些领域还可被视为正在制定中的习惯法。[19]

二、 国际团结的发展与前景

随着大国对抗氛围上升，国际团结原则受到一定程度的冲击。但鉴于国际团结是促进和落实“团结权利”的重要原则，其必将随着“团结权利”的发展得到更多重视，在推动全球平衡发展、应对非传统安全挑战等领域发挥更加积极的作用。与此同时，联合国国际团结独

[13]《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》，联合国大会 2015 年 9 月 25 日通过，第 39 段。
[14] 联合国增进和保护人权小组委员会是人权委员会的附属机构，最初名为“防止歧视及保护少数小组委员会”，小组委员会的决议参见：UN Doc. E/CN.4/Sub.2/DEC/2003/115, Human Rights and International Solidarity, 20 October 2003.
[15] UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/43, Specific Human Rights Issues: New Priorities, in Particular Terrorism and Counter-Terrorism, Human Rights and International Solidarity, Working Paper Submitted by Rui Baltazar Dos Santos Alves, 15 June 2004, para. 32-37.
[16] UN Doc. E/CN.4/RES/2005/55, Human Rights and International Solidarity, 20 April 2005, Preamble.
[17] UN Doc. A/HRC/15/32, Report of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, Rudi Muhammad Rizki, 5 July 2010, Annex.
[18] *Ibid*, pp.3-5.
[19] UN Doc. A/HRC/12/27, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, 22 July, 2009, para. 16; UN Doc. A/68/176, Report of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, 23 July 2013, para. 17.

立专家有意推动国际团结成为一项新的集体性权利。虽然此提议的前景并不明朗，但充分体现出联合国对国际团结的重视，即希望国际团结不光停留在原则层面，而是可以成为一项得到广泛认可和切实保障的权利。

（一）国际团结原则与“团结权利”相互促进

“团结权利”（solidarity rights）指集体性人权，也被称作第三代人权，其中包括中国视为首要基本人权的“发展权”。[20]这些权利关乎全球各国人民的福祉，也需要国际社会的团结努力。1997年，提出“三代人权论”的卡雷尔·瓦萨克首次对团结权利进行了具体阐述。[21]其指出，国际社会需要关注团结权利，如发展权、环境权与和平权，这些权利体现了集体理念，只有通过多方团结才能实现。[22]1978年，联合国教科文组织召开的专家会议指出，“发展权、和平权等权利，应被视为一种独特的权利……此种新型权利可被称作‘团结权利’”。[23]有学者指出，团结权利是时代所需，是第三世界人民所需，应得到国际社会的认可与支持。[24]

在团结权利中，发展权已成为一项国际公认的基本人权。首次涉及团结权利的国际文件为1977年联合国人权委员会有关发展权的第4(XXXIII)号决议。[25]1986年12月4日，联合国大会通过《发展权利宣言》，指出“发展权利是一项不可剥夺的人权，由于这种权利，每个人和所有各国人民均有权参与、促进并享受经济、社会、文化和政治发展”。[26]1993年的世界人权会议上，171个国家的代表一致通过《维也纳宣言和行动纲领》，重申“发展权利是一项普遍的、不可分割的权利，也是基本人权的一个组成部分”，并要求国际社会通过有效国际合作实现发展权。[27]2015年联合国大会通过的《2030年可持续发展议程》参照了《发展权利宣言》，并专门确认作为一项人权的发展权应得到尊重。[28]2019年联合国人权理事会在第四十二届会议上通过不结盟运动和中国共同提交的发展权决议，强调实现所有人发展权的迫切需要，确认国际社会应促进有效的国际合作，尤其是促进全球发展的伙伴关系，以实现发展权，消除发展障碍。[29]

---

[20] 《为人民谋幸福：新中国人权事业发展 70 年》白皮书，中华人民共和国国务院新闻办公室，2019 年 9 月 22 日，http://www.scio.gov.cn/zfbps/32832/Document/1665072/1665072.htm。（访问日期：2020 年 2 月 7 日）

[21] 根据三代人权论，第一代人权为公民权利与政治权利，第二代人权为经济、社会和文化权利，第三代人权为集体性人权或“团结权利”（此处应与“国际团结权”区分）。

[22] Karel Vasak, “A 30-year Struggle: The Sustained Effort to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights”, *UNESCO Courier*, November 1977, p. 29.

[23] Philip Alston, “A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?”, *Netherlands International Law Review*, Vol.29, Issue 03, December 1982, p.310; UNESCO Doc. SS-78/CONF.630/12, Final Report of UNESCO Expert Meeting on Human Rights, Human Needs and the Establishment of a New International Economic Order, Paris, 19-23 June 1978.

[24] Farooq Hassan, “Solidarity Rights: Progressive Evolution of International Human Rights Law”, *New York Law School Journal of Human Rights*, Vol.1, Ann.51, 1983, p.72.

[25] UN Commission on Human Rights, Resolution 4 (XXXIII), 21 February 1977. 决议要求联合国秘书长根据新的国际经济秩序和基本人权的需要，就发展权、和平权以及其他建立在国际合作之上的权利展开研究。此文件被视为发展权的“出生证明”，参见: OHCHR, *Realizing the Right to Development*, United Nations Publication, 2013, p. 3.

[26]《发展权利宣言》，联合国大会 1986 年 12 月 4 日通过，第 1 条。

[27]《维也纳宣言和行动纲领》，联合国大会世界人权会议 1993 年 6 月 25 日通过，第一部分第 10 条。

[28]《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》，联合国大会 2015 年 9 月 25 日通过，第 10、35 段。

[29] UN Doc. A/HRC/42/L.36, The Rights to Development, 20 September, 2019.

与此同时，其他团结权利也逐步得到国际社会的重视与认可。2016年联合国大会通过《和平权利宣言》，宣告“人人有权享有和平”，并指出“应加强开展和平教育的国际和国家机构，强化所有人的宽容、对话、合作与团结精神”。[30]有关环境权的呼声也愈发高涨。联合国大会于2018年5月通过决议，就有望达成的《全球环境契约》进行研究和讨论。[31]世界自然保护联盟等契约推动方认为，此契约的目标是推动和达成一个有法律强制力的国际公约，并最终将环境权确立为一项人权。[32]2018年世界环境日当天，联合国环境规划署和联合国人权与环境问题特别报告员发出联合声明，表示联合国在全球层面承认环境权的历史性时刻已经到来。[33]

联合国国际团结独立专家也对团结权利进行了持续关注，呼吁在此领域充分发挥国际团结的作用。第一任独立专家里兹克在其首次报告中就将“第三代权利或集体性权利”作为国际团结的主要关注领域。报告指出，团结权利建立以下共识之上，即各国需要同心协力地应对问题或取得成果，这是发展中国家对全球更公平地分配资料、设施、机会和资源的需求，和进一步落实人权的愿望。[34]可见，团结权利建立在国际团结之上，需要国际团结才能得以实现。2018年人权理事会在第三十八次会议通过国际团结的相关决议，明确指出“国际团结是发展中国家实现人民的发展权和促进人人充分享有经济、 社会及文化权利所作努力的关键组成部分，而它的重要性尚未得到充分重视”。[35]即使短期内国际团结面临冲击，但团结权利中的共同利益会促使国际社会直面国际团结与合作的必要性。

（二）“国际团结权”的发展趋势

在联合国国际团结独立专家的推动下，国际团结呈现出发展为一项集体性人权，即“国际团结权”（right to international solidarity）的趋势。独立专家的研究重心也逐渐从国际团结原则转向国际团结权的文件起草。[36]虽然作为一项权利的国际团结才刚刚起步，尚未得到国际社会的广泛认可，但这足以体现出联合国有意推动和加强国际团结的意愿。

为拟定一项有关国际团结权的宣言，独立专家进行了一系列国别访问。国际团结的价值和原则过于抽象且难以界定，但在实践中则有迹可循，因此独立专家希望可以通过对国际团结实践的考察和研究，为推动国际团结权做好准备。[37]2012年6月，独立专家赴巴西进行第

---

[30]《和平权利宣言》，联合国大会 2016 年 12 月 19 日通过，序言、第 4 条。

[31] UN Doc. A/RES/72/277, Towards a Global Pact for the Environment, 14 May, 2018.

[32] “Global Compact for the Environment”, *IUCN*, available at: https://www.iucn.org/commissions/world-commission-environmental-law/wcel-resources/global-pact-environment.（访问日期：2020 年 2 月 7 日）

[33] “Joint Statement by UN Environment and Special Rapporteur on Human Rights and the Environment”, *OHCHR*, 5 June 2018, available at: https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23162&LangID=E.（访问日期：2020 年 2 月 7 日）

[34] UN Doc. E/CN.4/2006/96, Promotion and Protection of Human Rights, 1 February 2006, para.28.

[35] UN Doc. A/HRC/RES/38/2, Human Rights and International Solidarity, 16 July 2018, Preamble, para.2.

[36] 第一阶段指鲁伊•巴尔塔扎尔•多斯桑托斯•阿尔维斯(Rui Baltazar Dos Santos Alves)和第一任国际团结独立专家鲁迪•穆罕默德•里兹克（Rudi Muhammad Rizki）的研究；2011年上任的独立专家弗吉尼亚•丹丹(Virginia Dandan)将工作推至第二和第三阶段；现任第三任独立专家为奥比奥拉•希内杜•奥卡福尔(Obiora Chinedu Okafor)。参见：UN Doc. A/HRC/38/40, Report of Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, 11 April 2018, para. 10-12.

[37] UN Doc. A/HRC/21/44, Report of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, 10

一次正式的国别访问，考察巴西的“团结外交”和其在医疗卫生、食品安全及营养、教育、农村发展、脱贫等领域的国际合作。此后，独立专家还赴摩洛哥、挪威、古巴、瑞典、荷兰访问。

在吸取了多方建议和意见，经过五次区域磋商和多次修订后，独立专家于2017年提交了《国际团结权宣言的草案》。此文件首先肯定国际团结是一种精神，也是“支撑当代国际法的一项基本原则”。根据草案，国际团结被分为预防性团结、反应性团结和国际合作，三者分别要求：国家充分尊重和遵守现有的国际法义务；为应对传染病、自然灾害、武装冲突等危机采取集体措施；有能力和资源的国家帮助缺乏能力和资源的国家。因此，在2017年独立专家访问古巴后，其考察报告采用了草案的此种分类，将国际团结的相关实践分为古巴在健康、教育和运动领域的预防性团结，在医疗救助和应对自然灾害领域的反应性团结，以及古巴参与和受益的国际合作。[38]

最具开创性的是，宣言草案明确提出国际团结是一项权利，其保证“个人和各族人民可在平等和不受歧视的基础上有意义地参与、促进和享有能充分实现所有人权和基本自由的社会和国际秩序”。[39]草案认为，国际团结权来自国际人权公约中经济、社会和文化权利、公民权利和政治权利、发展权、国际劳工标准和其他国际、多边和双边层面上相关领域承诺的逐步发展与制定。在权利的实现方面，国家承担主要的责任。此文件还明确提出需要落实国际团结权的领域，要求国家与各方共同采取集体行动，应对贫困、饥饿、文盲、暴力冲突、性别歧视、可预防的死亡、现代奴隶制等，尤其应注意到许多妇女和女孩处于脆弱境况，面临不同形式的歧视和基于歧视的暴力。[40]草案就国际社会共同应对全球挑战进行了规定，要求国家通过国际合作与伙伴关系共同应对和平与安全、结构性不平等、可持续发展等领域的问题。这些行动的最终目标是达成国际团结的目标，即防止和消除国家间的不平等及造成贫困的因素，促进国家和各行为体间的信任和尊重，推动和平与安全、发展和人权。[41]

《国际团结权宣言的草案》充分体现出联合国和参与制定的各方有意将国际团结权利化、具体化，以呼吁各国切实履行国际团结的义务。国际团结独立专家认为，国际团结权是可行的，草案的标准也无需降低，虽然克服其中的障碍需要时间。[42]但让处于不同发展阶段的国家，将通过团结合作改善国际经济秩序，消除国家间的不平等，共同应对全球挑战变成一项义务，这其中要克服的障碍可想而知。国际团结权对有效应对全球挑战具有十分积极的意义，但只有挑战足够严峻，各国有动力共同承担责任的时候，国际团结才有可能像发展权一样，成为一项被国际社会认可的权利。虽然短期内这个转变难以达成，但全球所面临的公共卫生挑战和自然灾害已经在提醒各国，只有足够的政治意愿和实质行动，才能让各方通过有效合作，共同客服困难。

August 2012, para.14.

38 UN Doc. A/HRC/38/40/Add.1.

39 UN Doc. A/HRC/35/35, Report of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, 25 April 2017, Annex, Draft Declaration on the Right to International Solidarity, Art. 1(1). Art.4(1).

40 *Ibid*, Art.7(1).

41 *Ibid*, Art.3.

42 UN Doc. A/72/171, Human Rights and International Solidarity, 19 July, 2017, para.67-70.

三、人类命运共同体理念：国际团结的中国贡献

构建人类命运共同体理念不仅是中国对外政策的指导思想，也是中国为推动世界团结与合作、应对全球威胁与挑战、实现共赢共享美好未来所做出的贡献。

第一，人类命运共同体理念呼吁团结协作与合作共赢。习近平在联合国阐述人类命运共同体理念时指出“当今世界，各国相互依存、休戚与共”。[43]面对全球挑战，人类命运共同体理念主张加强合作、摒弃对抗，建立伙伴关系，弘扬共商共建共享的全球治理理念。中国重视双边与多边合作，强调充分发挥联合国、世界贸易组织、国际货币基金组织、世界银行、二十国集团、上海合作组织等国际和区域组织及多边机制的建设性作用。同样，国际团结也强调各国和其他国际行为体之间的相互依存，强调通过国际合作达成集体目标。

第二，人类命运共同体强调了“人”的地位，这与国际团结对人的重视，以及逐渐发展为一项集体性人权的趋势相符。有学者指出，人类命运共同体彰显了人的主体地位，人类命运共同体概念中的全球正义，就是人类的全球正义。[44]同样，国际团结的表述虽然突出了“国际”，但其决不仅指国家间的联系。《国际团结权宣言的草案》的制定也表明，“对国际团结的理解远远超出了国与国之间的关系。国际团结权的拥有者是个人和各国人民，国家以及一些非国家行为体是主要责任承担者……为促进人权和可持续发展建立的全球伙伴关系，必须真正是全球性的而不仅仅是国际的。”[45]

第三，人类命运共同体理念推动全球平衡发展、消除南北差距。针对经济全球化进程中的发展失衡、治理困境、数字鸿沟、公平赤字等问题，人类命运共同体理念呼吁各方顺应合作共赢的时代潮流，构建共同发展的公平格局。此理念主张“打造平衡普惠的发展模式”“支持开放、透明、包容、非歧视性的多边贸易体制，构建开放型世界经济”“推动建设一个开放、包容、普惠、平衡、共赢的经济全球化”。[46]国际团结的主要目标就是促进全球平衡发展，为“预防和消除国家内部和国家间的不对称与不平等，以及造成长期贫困与全球不平等的结构性阻碍和因素”创造有利环境。[47]其所推动的发展权也是为了“促进基于主权平等、相互依赖、各国互利与合作的新的国际经济秩序”。[48]

第四，人类命运共同体理念尊重文明多样性，促进文化互鉴。文明绝无高低优劣之分，认为自己的人种和文明高人一等，执意改造甚至取代其他文明，在认识上是愚蠢的，在做法上是灾难性的。[49]同样，联合国国际团结独立专家强调，包容多样性是国际团结的内在因素，团结权的草案应考虑对文化多样性的尊重。[50]2018年联合国人权理事会通过有关国际合作的决议，重申文化多样性是团结的缘由，而不是分化的缘由。[51]决议鼓励不同文化和文明之间开展对话，敦促国际社会建立一个和睦的多文化世界，摒弃仇外心理等排他理论，并表示单边主义只会妨碍人民获得福祉。

---

[43] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 254 页，第 80 页。
[44] 周安平：《人类命运共同体概念探讨》，载《法学评论》2018 年第 4 期，第 27、28 页。
[45] UN Doc. A/72/171, Human Rights and International Solidarity, 19 July, 2017, p.49.
[46] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 406、407、420、421 页。
[47] UN Doc. A/HRC/35/35, Report of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, 25 April, 2017, Annex, Draft Declaration on the Right to International Solidarity, Art. 3(a).
[48]《发展权利宣言》，联合国大会 1986 年 12 月 4 日通过，序言、第 3 条。
[49]《深化文明交流互鉴 共享亚洲命运共同体——在亚洲文明对话大会开幕式上的主旨演讲》，新华社，2019 年 5 月 15 日，http://world.people.com.cn/n1/2019/0515/c1002-31086602.html。（访问时间：2019 年 8 月 25 日）
[50] UN Doc. A/68/176, Report of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, 23 July 2013, para. 21, 27(d).
[51] UN Doc. A/HRC/38/L.4, Enhancement of international cooperation in the field of human rights, 29 June, 2018, p.3.

第五，人类命运共同体理念坚持主权平等原则。习近平指出，主权平等是数百年来国与国规范彼此关系最重要的准则，也是联合国及所有机构、组织共同遵循的首要原则，此原则应成为构建人类命运共同体的基本遵循。[52]主权平等也是国际团结的重要组成部分。联合国国际团结独立专家表示，除正义和公平等价值，国际团结还包含主权平等和各国之间的友好关系。[53] 2018年联合国人权理事会有关国际团结的决议再次强调“促进国际合作是各国的义务，在开展合作时不应附加任何条件，应以相互尊重为基础，充分遵守《联合国宪章》的原则和宗旨，尤其是尊重各国的主权，同时顾及各国的优先事项”。[54]

中国通过人类命运共同体理念，积极推动了国际团结在全球和区域层面的实践。在联合国大会第七十二届会议上，“构建人类命运共同体”被载入大会裁军与国际安全第一委员会的“防止外层空间军备竞赛的进一步切实措施”与“不首先在外层空间放置武器”决议,促进以和平为目的探索利用外层空间的国际合作。[55] 2018年中国与非洲国家通过《关于构建更加紧密的中非命运共同体的北京宣言》。该宣言提出“世界各国相互联系和依存日益加深，唯有携手合作，才能有效应对恐怖主义、冲突、贫富差距、贫困、气候变化、土地退化、粮食安全、重大传染性疾病、保护主义等全球性挑战”，中方愿“加强同非洲国家团结合作”，照顾彼此关切，不断建设和丰富中非全面战略合作伙伴关系。[56]习近平在2019年上海合作组织成员国元首理事会第十九次会议上的讲话中特别强调“团结合作”与“团结互信”的重要性，指出要“从团结合作中获取力量，携手构建更加紧密的上海合作组织命运共同体”“把上海合作组织打造成团结互信的典范”。[57]

人类命运共同体理念是对国际团结的丰富，也是对发展中国家话语权的支持。中国坚持走和平发展道路，把生存权、发展权放在首位，积极执行《2030年可持续发展议程》，与各国、各国际组织和机构一道推进构建人类命运共同体的进程，应对全球性挑战，这无疑是对国际团结价值和原则最好诠释，也是对团结权利的落实。与此同时，中国还可以通过参与联合国有关国际团结的议题，例如回应联合国国际团结独立专家的问卷、参与《国际团结权宣言的草案》的制定改等，更好地与全球分享人类命运共同体的智慧。国际团结独立专家在进行国别访问时，通常会考察和记录国家有关南南合作、脱贫、保障粮食权、水和卫生等领域的国家实践。中国可通过与独立专家的互动，展示中国在这些领域的经验和成果。中国的积极抗疫、精准扶贫、对“一带一路”倡议的实践，为发展中国家和最不发达国家提供的援助和支持，都为推动国际团结原则做出了突出贡献，是国际团结的重要倡导者和驱动力。当今世界正处于急需国际团结的时期，只有各国和各利益攸关方放下对抗心态，通过合作互助共同应对挑战，才能共享一个持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽的世界。

---

[52] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 416 页。
[53] UN Doc. A/68/176, Report of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, 23 July 2013, para. 20.
[54] UN Doc. A/HRC/RES/38/2, Human Rights and International Solidarity, 16 July, 2018, para.4.
[55] UN Doc. A/C.1/72/L.54*, Further Practical Measures for the Prevention of an Arms Race in Outer Space, 13 October, 2017; A/C.1/72/L.53, No First Placement of Weapons in Outer Space, 12 October, 2017.
[56]《关于构建更加紧密的中非命运共同体的北京宣言》，中非合作论坛北京峰会于 2018 年 9 月 3 日至 4 日间通过。
[57] 《习近平主席在上海合作组织成员国元首理事会第十九次会议上的讲话（全文）》，新华网，2019 年 6 月 14 日，http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2019-06/14/c_1124625213.htm。（访问日期：2019 年 12 月 21。

“一带一路”倡议下中国海外投资的法治保障*

向明华**

摘　要：当前，中国对“一带一路”沿线国家的投资正稳步推进，境外经贸合作区平台建设取得一定成效，但同时也面临着投资风险高、缺乏具有约束力的国际法规则等现实问题。这主要源于“一带一路”沿线国家发展状况、治理能力、法治水平的参差不齐；投资者法治意识不强、风险意识不足、投资存在盲目性；以及安保风险、文化冲突的普遍存在等。为此，应通过加强投资条约的签订，推动建立区域性国际合作平台；完善我国国内立法，引导和规范中国企业的投资行为，保障中国企业的投资权益；建立健全政府海外投资保护全面行动框架等重要举措，为保证中国在“一带一路”沿线国家相关投资的有序展开提供制度支撑。

关键词：“一带一路”；海外投资；投资风险；法治保障

目前，中国在国际资本配置中的地位已经发生深刻变化——从以资本输入为主的资本输入国转向输入与输出并重，甚至输出超过输入的“净”资本输出国，成为全球第二大海外投资国。[1]与此同时，这也使中国面临着前所未有的重大挑战和变局。就国际层面而言，一方面，2008 年金融危机所引发的全球经济低迷萧条，加上今年恣虐全球的新冠疫情，导致全球市场进一步萎缩，[2]民族主义、保护主义和单边主义盛行，经济“全球化”进程严重受阻；另一方面，中美、中加、中澳经贸关系持续恶化，中欧、中日、中韩经贸关系转阴、转冷，中印边境对峙日趋紧张，武装冲突风险已达临界值，世界主要经贸大国的“围华”“堵华”“反华”操作也日趋频繁，矛盾持续升级。就国内层面而言，我国经济正处于转变发展模式、优化经济结构、转换增长动力的攻关期，虽然经济发展前景稳中向好，但依然面临着结构性、体制性、周期性问题叠加所带来的困难和挑战。为应对这种严峻的局面，我们提出了“加快形成以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局”的“双循环”发展战略，[3]希望通过发挥内需潜力，更好地联通国内市场和国际市场，更好地利用国内外两个市场、两种资源，以实现更加强劲的可持续发展。其中，投资“一带一路”沿线国家无疑是“双循环”战略的重要组成部分。为此，有必要认真思考和总结中国在投资“一带一路”沿线国家过程中所面临的风险和问题，从而为中国进一步与“一带一路”沿线国家展开投资合作提供更强有力的法律保障。

一、现状审视：显著成绩与突出问题并存

*本文为广东省法学会课题“‘**一带一路**’**投资的国际法治保障研究**”[课题编号 GDLS(2020)C07]的研究成果。

**向明华，广东外语外贸大学法学院教授，硕士生导师。

1范思立：《中国对外投资存量居全球第二》，载 2019 年 1 月 11 日《中国经济时报》。

2 联合国贸易和发展会议《2020 年世界投资报告》预计，今年全球外国直接投资（FDI）将同比下降近 40%，自 2005 年以来首次低于 1 万亿美元。根据国际货币基金组织、世界银行的最新预测，今年全球经济增速将下降 4.9%、下降 5.2%，是二战以来最严重的经济衰退。

3 新华网：《中共中央政治局召开会议 决定召开十九届五中全会 分析研究当前经济形势和经济工作 中共中央总书记习近平主持会议》，http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-07/30/c_1126306023.htm，最后访问时间：2020 年 9 月 20 日。

（一）对一带一路沿线国家的投资稳步上升，但仍存在隐患

近年来，中国企业投资“一带一路”沿线国家的速度明显加快，产业、产品、技术、资本等要素的输出取得较大突破。中国产品从过去大量的初级制造逐步向高技术含量、高附加值和成套技术装备的方向发展。特别是民企“走出去”的速度在加快，越来越多的民营企业，尤其是一些大型民营企业“出海”成功。根据商务部、国家统计局、国家外汇管理局发布的《2019 年度中国对外直接投资统计公报》，[4]自 2013 年一带一路倡议提出，7 年以来，中国不断深化与“一带一路”沿线国家的经贸合作，不断提升贸易投资自由化和便利化水平，对相关国家的投资范围持续拓展，合作区平台建设有序推进，同时所吸收到相关国家的外资亦稳步提升。[5]截止 2019 年末，中国境内投资者在“一带一路”沿线 63 个国家共设立境外企业近 1.1 万家，分别涉及国民经济 18 个行业大类，当年实现直接投资 186.9 亿美元，同比增长 4.5%，占同期中国对外直接投资流量的 13.7%，年末存量 1794.7 亿美元，占存量总额的 8.2%。其中，从行业构成来看，流向制造业的投资达 67.9 亿美元，同比增长 15.5%，占总额的 36.3%；流向批发和零售业达 25.1 亿美元，占 13.4%；流向建筑业达 22.4 亿美元，占 12%；流向金融业达 15.9 亿美元，占 8.5%；流向科学研究和技术服务业达 13.5 亿美元，占 7.2%；流向电力生产和供应业达 13.4 亿美元，占 7.2%。从国别构成来看，其主要流向新加坡、印度尼西亚、越南、泰同、阿拉伯联合西长国、老挝、马来西亚、哈萨克斯坦、柬埔寨等国家。2019 年，对“一带一路”沿线国家的并购共计 91 起，并购金额达 29.4 亿美元，占比 8.6%，其中新加坡、科威特、马来西亚吸收中国并购投资超 5 亿美元。

2013—2019 年，中国对沿线国家累计直接投资 1173.1 亿美元。其中，存量位列前 10 位的国家分别是：新加坡、印度尼西亚、俄罗斯联邦、老挝、马来西亚、阿拉伯联合酋长国、哈萨克斯坦、泰国、越南、柬埔寨。而就省市分布比较而言，广东省以 1783.8 亿美元的存量位列地方对外直接投资存量之首，其次为上海市 1303.3 亿美元，以后依次为北京、浙江、山东、江苏、天津、福建、海南、河南等。在 5 个计划单列市中，深圳市以 1192.6 亿美元位列第一，占广东省对外直接投资存量的 66.9%，青岛市以 195.5 亿美元位列第二，占山东省对外直接投资存量的 31.3%。

商务部的报告认为，“一带一路”倡议催生了世界经济新格局，由中国引领的面向全球的高标准自贸区网络正在加快构筑。其中包括许多重大的标志性成果，如投资马尔代夫的中马友谊大桥建成通车，投资肯尼亚的蒙内铁路开通运营，投资巴基斯坦的瓜达尔港已经具备作业能力，投资斯里兰卡的汉班托塔港建设工程顺利竣工，中老、中泰铁路等项目有序推进等；再如，吉利并购马来西亚宝腾，开创了中资企业以品牌、知识产权、管理和营销经验进行海外投资的新纪元，[6]成为我国“出海”企业与“一带一路”路沿线国家开展国际产能合作的成功尝试。

---

4 《商务部等部门联合发布<2019 年度中国对外直接投资统计公报>》，http://hzs.mofcom.gov.cn/article/date/202009/20200903001523.shtml，最后访问时间：2020 年 9 月 28 日。

5根据我国商务部的分析，我国境外投资主要呈现出以下特点：第一，“一带一路”投资合作稳步推进；第二，对外投资结构持续多元；第三，对外投资方式不断创新；第四，第三方市场合作稳妥有序；第五，地方企业和民营经济对外投资越发活跃；第六，境外经贸合作区建设取得了积极进展；第七，对外承包工程带动东道国经济社会发展和我国出口。

6 经过数年谈判，吉利 2017 年 6 月正式收购马来西亚宝腾公司 49.9%的股份和英国跑车品牌莲花 51%的股份，成为宝腾汽车的独家外资战略合作伙伴。宝腾汽车公司是马来西亚的第一民族汽车品牌，相当于中国的“一汽”。

中国对“一带一路”沿线国家的投资为东道国的经济发展、民生保障做出了很大贡献，得到了东道国的广泛认可。例如，江苏省处于“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的交汇点，投资“一带一路”的区位优势明显，而苏州市则是该省积极参与“一带一路”投资建设的典范。截至 2019 年 5 月，苏州市企业累计在册境外投资项目多达 1917 个，中方协议投资额达 254 亿美元，项目遍布全球 100 多个国家和地区。其中，在“一带一路”沿线国家投资项目共计 411 个，中方协议投资额达 66 亿美元，项目及金额占比均达五分之一。苏州的开放型经济建设“实现了由‘向东开放为主’向‘东西互济’的转变，全面开放的新格局正加快形成”。再如，由江苏张家港永元投资有限公司开发建设的国家级加工制造型境外经贸合作区埃塞俄比亚东方工业园，规划面积达 5 平方公里，其中第一期的 2.33 平方公里园区的开发已全部完成。截至 2019 年 5 月，该工业园已吸引入园企业 103 家（其中中资控股企业 94 家），入区企业实际投资金额达 6 亿美元，实现总产值 11 亿美元，上缴埃塞政府各项税收 8816 万美元，为当地创造就业岗位 19711 个，其整体影响力和贡献得到中埃两国政府的充分肯定。

值得关注的是，也有调研数据显示，约有九成投资“一带一路”沿线国家的企业面临亏损，[7]并有大量投资项目因东道国政策的突变或因经营困难而陷入运转困境，甚至还有一些重要的，如战略性投资项目存在重大政治风险和隐患。例如，中国招商局与斯里兰卡 2017 年 7 月签订了关于租用汉班托塔港 99 年的管理开发协议，[8]但由于该港口对于斯里兰卡有着重要的地缘政治意义，故在合约履行过程中，可能随时会面临斯里兰卡政府的违约。与此同时，还有许多“一带一路”投资项目存在盲目性。例如，中国中铁股份有限公司于 2009 年承建的委内瑞拉北部平原铁路项目，[9]虽然当时其是中国企业在国际建筑市场取得的最大的铁路建设承包项目，而且该铁路也是委内瑞拉规划铁路网的重要组成部分，但因其穿越该国比较落后的中部地区，且其两终端城市的人口规模也都非常小，故即使该项目最终建成也缺乏正常运营的经济支撑条件。此外，由于合作方委内瑞拉政府的支付能力不足，工程开工后很快便出现了严重的进度延误，最终导致完全停滞，中方投资全部损失。[10]

可见，中国企业对“一带一路”沿线国家的投资虽然取得了显著成绩，但是投资过程中所面临的突出性问题依然桎梏着其进一步深化发展。

（二）境外经贸合作区平台建设富有成效，但仍面临困难

境外经贸合作区是指在中资企业通过境外控股企业投资建设的基础设施完备、主导产业明确、公共服务功能健全、具有集聚和辐射效应的产业园区。作为推进“一带一路”建设和国际产能合作的重要载体，加强境外经贸合作区平台建设是中国投资“一带一路”沿线

7新闻速览：《2 万多家企业”出海”，九成以上亏损，中企对外投资频遭毁约》，载《中国机电工业》2015 年 3 期。
8该协议约定，中国招商局集团向斯里兰卡政府支付 11.2 亿美元，收购汉班托塔国际港口集团 85%的股权，斯里兰卡港口管理局为第二股东；斯里兰卡政府和斯里兰卡港务局以特许经营权方式，授予中国招商局集团为期 99 年独家开发、建设、经营该港口的权利，同时租用该港口以及周边 1.5 万英亩的土地建设工业园区。
9该项目合同的总金额 75 亿美元。该铁路西起科赫德斯州的蒂纳科，东至安索阿特吉州的阿纳科，全长约 472 公里，最高设计时速 220 公里，预计 2012 年竣工。
10王鹏:《委内瑞拉高铁项目为什么黄了》，https://www.sohu.com/a/76328055_119731，最后访问时间：2020 年 10 月 5 日。

国家的必然要求。当前，中国境外经贸合作区平台建设已取得了较大成效，已初步建成一批具有集聚和辐射效应的产业园区。截至 2019 年底，纳入商务部统计的境外经贸合作区累计投资总额达 419 亿美元。其中，在“一带一路”沿线国家建立了 80 多个经贸合作区，[11]合作区累计投资 350 亿美元，占比达 84%。同时，合作区吸引了数千家企业的入驻，上缴东道国税费超过 30 亿美元，为当地创造就业岗位 33 万个，产业聚集效应显现。综合来看，比较有影响力的经贸合作区主要有：中白工业园，泰中罗勇工业园、中国印尼综合产业园区青山园区、中柬西哈努克港经济特区、中国埃及泰达苏伊士经贸合作区、中国埃塞俄比亚东方工业园等。[12]例如，中白工业园是中国与白俄罗斯两国政府间最大的投资合作项目，总规划面积达 112 平方公里，这也是中国目前在海外开发面积最大的经贸合作区。白俄罗斯通过 2019 年第 490 号“关于海关监管”总统令将中白工业园正式批准为其境内的首个区域经济特区，使之得以最大程度上享受欧亚经济联盟（俄罗斯、白俄罗斯、哈萨克斯坦、亚美尼亚、吉尔吉斯斯坦五国经济联盟）的相关海关便利政策。

总体而言，目前已建成的境外经贸合作区虽然产业层次仍然较低，但是其区域集中度高、市场主体参与度高、优惠政策丰厚，而且供应链、产业链、公司治理以及安保环境等均具有相对独立性，可见其多方合作的潜力巨大，产业升级的前景广阔，必然可以成为中国企业抱团“出海”的新型平台。[13]当然，要进一步推进境外经贸合作区建设依然面临不少困难，具体表现为：一是多数合作区的治理规则亟待完善；二是产业结构单一、发展方式粗放、融资困难以及人才匮乏等共性问题比较突出；三是部分合作区的区位选择不合理，如存在政局不稳、战乱频发，治安、金融、社会信誉较低等问题，投资风险不可控；四是部分合作区经济基础薄弱，如断水、断电现象频发，以及运输难以满足企业发展需求；[14]五是由于语言、管理方法和文化等方面的差异，合作区内的中国员工和当地员工之间的冲突也较常出现。除此之外，合作区的赢利状况也不容乐观，商务部国际贸易经济合作研究院于 2018 年 12 月至 2019 年 2 月对我国境外合作区进行全球问卷调查，得出的数据显示，进入盈利状态的境外合作区竟不足一半，其中，获得可观利润的只占 12%，获得一定利润的占 33%，处于保本运作的占 19%，尚未盈利的占 36%。[15]显然，这些问题和困难均可能严重影响合作区及其内部企业的正常运营。

（三）积极合作保障投资安全，但仍匮乏具有约束力国际法规则

11王镜榕：《我国在“一带一路”沿线国家已建 82 个经贸合作区》，https://www.zhonghongwang.com/show-54-134050-1.html，最后访问时间：2020 年 10 月 5 日。
12“走出去”公共服务平台：《通过确认考核的境外经贸合作区名录》，http://fec.mofcom.gov.cn/article/jwjmhzq/，最后访问时间：2020 年 10 月 8 日。
13张维：《<中国境外经贸合作区投资指南>发布》，https://www.360kuai.com/pc/9fd4eac7913fb494c?cota=4&kuai_so=1&tj_url=so_rec&sign=360_57c3bbd1&refer_scene=so_1，最后访问时间：2020 年 10 月 5 日。
14陈勇：《中国境外经贸合作区存在的问题及升级路径》，载《对外经贸实务》2020 年第 1 期。
15商务部国际贸易经济合作研究院、联合国开发计划署驻华代表处：《中国“一带一路”境外经贸合作区助力可持续发展报告》，http://www.doc88.com/p-7465026360895.html，最后访问时间：2020 年 10 月 10 日。

“一带一路”倡议被通俗地比喻为“政府搭台，企业唱戏”。[16]为促进和保障对“一带一路”沿线国家的贸易和投资的安全性，截至 2020 年 5 月，中国政府先后与 138 个国家、30 个国际组织签署了 200 份共建“一带一路”合作文件，为中国企业投资“一带一路”沿线国家初步搭建了一个相对稳定的国际合作平台。但这些文本大多是有关建立或加强全面战略伙伴关系的联合声明、联合公报、新闻公报、展望、行动计划、纲要、共同文件、谅解备忘录等，多数属于经贸政策宣示或合作意向，[17]其中具有国际法约束力的双边或多边条约不多，能够生效并得到适用的更少，与此相对应，具备落实条约的国内配套法律及措施也不健全。例如，2018 年 5 月 17 日签署的《中华人民共和国与欧亚经济联盟经贸合作协定》属于一份多边条约，并已于 2019 年 10 月 26 生效，但该协定主要涉及缔约国之间的贸易合作，基本上没有直接涉及投资合作的问题。[18]

（四）存在可以援引的国际法框架，但资源相当有限

第一，部分“一带一路”沿线国家与中国同属 WTO 成员，相互之间可在 WTO 框架下确定与贸易有关的投资法律关系，以及涉及投资关系的服务贸易法律关系，相应的投资纠纷亦可提交 WTO 争端解决机制予以裁决。但毕竟其中加入 WTO 的成员国数量不多，而且能够被相关规范调整的事项范围也仅仅涉及部分投资法律问题。

第二，部分“一带一路”沿线国家与中国同属《解决国家与他国公民投资争议公约》成员，有关的投资争议也可提交公约项下的投资争议解决机构予以裁决。但因我国所签订的投资保护协定中，仅约定将有关征收补偿款额争议提交该仲裁机构管辖。因此，该公约对于解决“一带一路”投资争议的作用亦十分有限。

第三，部分“一带一路”沿线国家与中国同属《多边投资担保机构公约》成员国，可以在公约项下解决有关的投资保险问题。另外，还有部分国家与我国同属一些区域性合作组织，如上海经合组织或是东盟组织等，其中也有一些可供中国投资者资利用的国际法资源。但总体而言，均存在同属同一国际公约的成员国数量不多、调整事项范围有限等问题。

二、原因分析：主客观因素叠加，风险规制难度凸显

中国对“一带一路”沿线国家的投资面临诸多困难和风险，其成因分布于主客观两个层面。有的风险是投资者自身在经营过程中难以独自应对的，有的风险则是“一带一路”沿线

16杭商传媒：《专访黄惠康：新国际形势下 中国民企的机遇与挑战》，https://zj.zjol.com.cn/news.html?id=1529853，最后访问时间：2020 年 10 月 8 日。

17诸如，《中华人民共和国和巴基斯坦伊斯兰共和国关于深化中巴全天候战略合作伙伴关系的联合声明》（2020-03-18）、《中华人民共和国和缅甸联邦共和国联合声明》（2020-01-19）、《中日韩合作未来十年展望》（2019-12-25）、《中华人民共和国和苏里南共和国联合新闻公报》（2019-11-28）、《金砖国家领导人第十一次会晤巴西利亚宣言》（2019-11-15）、《中华人民共和国和希腊共和国关于加强全面战略伙伴关系的联合声明》（2019-11-12）、《中法关系行动计划》（2019-11-06）、《<区域全面经济伙伴关系协定>（RCEP）第三次领导人会议联合声明》(2019-11-05)、《上海合作组织成员国政府首脑（总理）理事会第十八次会议联合公报（2019-11-03），关于 2018 年 5 月 17 日签署的《中华人民共和国与欧亚经济联盟经贸合作协定》生效的联合声明（2019-10-26）、《上海合作组织成员国外长理事会会议新闻公报》（2019-05-23）、《中国共产党和老挝人民革命党关于构建中老命运共同体行动计划》（2019-05-01）、《中国－中东欧国家合作杜布罗夫尼克纲要》（2019-04-14）《中华人民共和国政府与牙买加政府关于共同推进丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路建设的谅解备忘录》（2019-04-11）等。

18 商务部：《欧亚经济最高理事会：中国与欧亚经济联盟签署的经贸合作协定正式生效》，https://www.yidaiyilu.gov.cn/xwzx/gnxw/74039.htm，最后访问时间：2020 年 10 月 8 日。

国家所特有的宗教、民族、文化冲突导致的。只有充分揭示各类风险及其根源，才能对症下药，提出相应的解决方案。

（一）“一带一路”沿线国家投资环境复杂，存在政治风险

政治风险主要指因东道国政局变化，导致投资环境变化，从而给国外投资造成损失的可能性。例如，东道国决定或影响投资的国家或地区领导人更替、投资政策剧变、东道国政权非正常更迭、外部干预等所引发的战争、内乱、国有化和征用、限制汇兑和转移及东道国政府违约等。“一带一路”丝绸之路经济带所穿越的中亚、西亚、东欧国家，以及海上丝绸之路所经过的东南亚、东非等国家大多属于发展中国家，其经济发展水平不同，法律制度迥异。这些国家的共性是：经济发展水平、法治化程度、政府治理能力较低，社会不稳定因素较多，基础设施较落后。[19]尤其是东盟、南亚、中亚、西亚、中东等地区中的部分国家长期受对华不友好势力的渗透，部分国家教派冲突严重，部分国家的政局不稳定，政变、武装冲突、战争时有发生。[20]沿线国家的跨国犯罪、三股势力(暴力恐怖势力、民族分裂势力、宗教极端势力)、恐怖主义等也比较猖獗，如叙利亚内战已经延续多年；西亚地区阿塞拜疆与亚美尼亚因难以调和的领土争议及复杂的民族、宗教矛盾，近期爆发战争。国际争端背后一般均有大国介入，局势非常复杂。而欧洲国家虽然法制健全，社会稳定，经济发达，但双方缺乏政治互信，如希腊新政府 2015 年 1 月 27 日刚宣誓就职，就宣布将中止上届政府向中方出售比雷埃夫斯港项目港口股权的协议，称将重新审核相应的股权交易。

政治风险对于跨境投资无疑是最大的风险，一旦发生，可能严重损害投资者和投资者母国的利益。比如，中国与缅甸军政府 2009 年 3 月签署《关于合作开发缅甸水电资源的框架协议》，缅甸民选总统吴登盛 2011 年突然以“人民意愿”为由，宣布暂时搁置密松水电项目，至今未能重启，中方前期已经投资的 8 亿美元因无相应的投资保险可能付之东流。又如，中国企业在斯里兰卡首都填海造地的科伦坡港口城项目，在斯里兰卡政府换届后，被要求对项目进行重新评估。再如，由中国铁建牵头的中墨企业联合体于 2014 年 11 月 3 日成功中标自墨西哥城至克雷塔罗的墨西哥高铁项目，但 3 天后被宣布取消中标结果。这类东道国违约事件比比皆是，其中对于政治风险中的国有化和征用、限制汇兑和转移、东道国政府违约等问题，还有可能借助有关双边或多边投资条约予以解决。而对于其中的战争、内乱风险，因东道国政府往往自身亦难以避免,故双边投资协定对此类原因引发的纠纷一般也难以直接适用。

（二）投资者法治意识不强，部分项目经营不规范

19 这对于中国投资者而言，有利有弊。其有利面，一是可强化双方的经济互补性：我们需要这些国家和地方的广阔市场以及丰富的自然资源，沿线各国亦需要中国的优良资本和先进技术；二是可强化中国投资者的竞争力。由于东道国的竞争对手相对弱势，来自中国的优质资金、先进技术和经营经验、新产品和新能源等，就更容易打开当地市场，做大做强。其不利面主要是，中国投资者必须直面“人治”所必然引发的腐败、擅断、因人废言，“对人不对事”，而非法治条件下的确定性、可预期性、“对事不对人”。没有“法治”的稳定保障，有关的投资项目可能因人而兴，因人而废。

20 如利比亚 2012 年 2 月 15 日发生非宪法程序政权更迭，中资项目全部搁浅。中国在利比亚承包的工程项目涉及金额高达 188 亿美元。

许多在“一带一路”沿线国家投资的风险源于投资者自身经营不规范。故树立法治意识，坚持法治底线，是中国企业获得合法投资收益的生命保障线。根据联合国国际法委员会委员、外交部国际法咨询委员会主任委员黄惠康大使的观察，企业法治主要体现在两方面：一是要尊法守法，对法律存有敬畏之心，所有的经营和管理行为都要符合法律规定；二是要学会用法律手段维权，建议把风险防范关口前移到投资交易之前，从源头上杜绝重大投资法律风险的发生。

此外，盲目投资是导致投资困难和挫折的主要原因之一。部分投资者事先未进行必要的可行性论证，未充分评估风险，盲目“出海”，扎推“出海”，这在一定程度上导致了恶性竞争。例如，多家中资企业在埃塞俄比亚投资建设或运营工业园，园内的产业集中在纺织、服装和皮革、家居建材等领域，生产要素需求雷同，形成卖方市场，导致生产要素价格不断上升，利润空间不断下降。

（三）沟通理解不足，文化冲突导致纠纷

文化冲突是引发中国投资“一带一路”沿线国家风险与困难的重要原因。其具体表现在意识形态、宗教信仰、民族传统、风土人情等方面的冲突。“一带一路”沿线国家是多宗教、多民族聚集区域，部分国家的民族矛盾、宗教矛盾激烈。中国与“一带一路”沿线国家在这些方面也存在巨大差异，甚至冲突。如果加强沟通，各国之间能够求同存异，相互理解，这些文化因素就可以促进“一带一路”建设，反之就可能产生阻碍作用。鉴于文化交流与沟通在“一带一路”建设中的重要作用，我国将“民心相通”纳入了 “一带一路”中的“五通”建设工程当中。[21]

许多中国企业在海外，特别是在境外经贸合作区，采取半封闭式管理。这虽然可以降低经营风险，但也会导致缺少与当地宗教、部族、民众的沟通，缺少对当地宗教信仰、风俗习惯的了解，不能做到入乡随俗，难以充分融入当地社会，难以解决相互之间的文化与价值观冲突问题。故企业日常经营管理易因此发生摩擦，或因缺乏相应的知识违背和冒犯了当地的宗教习俗、礼仪禁忌要求。例如，中国企业喜欢“三班倒”，加班加点抓生产，而伊斯兰教国家大多要求生产时间不能与祈祷、礼拜时间冲突；中国人认为红色代表喜庆和吉祥，黄色代表高贵，并易将绿色与羞辱挂钩，而阿拉伯人不喜欢大面积的火红颜色，叙利亚人视黄色为不祥之兆，大多数伊斯兰国家人民喜爱绿色等，这些冲突都有可能间接导致投资者的权益受损。

（四）境外安保风险增加，抑制投资积极性

随着我国境外投资的不断增加，我国企业在海外面临的安保风险也越来越大。据商务部不完全统计，自 2010 年起至今，共发生涉及中国企业机构的各类境外安全事件数百起。[22]由此可见中国企业海外安保能力有待提升。

21“五通”包括：政策沟通、道路联通、贸易畅通、资金融通和民心相通。
22沈丹阳：《2010 年至今共发生涉中企机构境外安全事件 345 起》，
http://news.sina.com.cn/c/2015-12-02/doc-ifxmhqaa9782566.shtml，最后访问时间：2020 年 10 月 8 日。

中国企业在海外面临的安保问题主要来自东道国当地的战争、动乱、恐怖主义、犯罪活动、海盗及地区势力冲突等。显然，无论中国企业是“走出去”“走进去”还是“走上去”，均会将企业和员工的海外安全问题作为重中之重，预先布局，谋而后动。故如果中企业海外投资的安全无法保障，其“出海”投资的信心将遭受极大打击。

三、对策建议：多管齐下，建立境外投资综合保障机制

对于中国投资“一带一路”沿线国家所面临的法律风险、商业风险、文化与安全风险，应根据其不同性质，对症下药，采取不同的应对措施。为此，不仅需要中国与东道国开启经贸谈判，签署相应的双边或者多边投资保障条约，还应加强国内立法，加强引导、服务和监督管理工作，帮助海外企业防范各类外在风险，督促海外企业遵纪守法，规范经营，消除各类内在风险。在投资风险发生后，为企业依法维权提供制度支撑。

（一）加强国际条约签订，为“一带一路”投资提供国际法治保障

国际条约是调整跨国法律关系的制度基础。我国与“一带一路”沿线国家政府间应以联合国宪章宗旨和国际法基本原则为基础，加强双边和多边投资保障协定及相关国际条约的谈判与签署，建立和完善双边或者多边经贸合作机制。在若干举国关注的海外并购争议案中，无论是中国民企三一重工全资控股的美国子罗尔斯公司(Ralls Corp)收购位于俄勒冈州某军事基地附近的风力发电项目并购国家安全审查案，还是字节跳动因收购 Musicul.ly 而引发的 Tiktok 禁止交易案等，三一重工和字节跳动等均无法提起相应的国际投资争议解决程序，其根本原因是中国和美国并没有签署相应的双边投资协定，从而只能依据美国国内法，挑战美国总统的外国投资国家安全审查决定。虽然美国的法治程度是各国公认的，但因这属于美国总统的终裁权范围，其在实体法上胜诉的机率极低。故对于投资“一带一路”沿线国家而言，我国加强与东道国谈签相应的投资保障及相关国际条约无疑是首要的。具体而言，中国应与“一带一路”沿线国家就投资准入、国民待遇、税收优惠、投资审查、投资争议解决、司法协助、货物与人员进出境便利化、外交和领事保护等各方面的合作加强谈判，签署相应的条约，为中国企业“出海”提供一个良好的国际法治环境和营商环境，以防范相应的政治、法律风险。例如，就投资争端的预防与解决而言，各国应探索建立符合“一带一路”实际需要的争端解决机制或机构。与此相对应，还应强化司法协助合作，建立和完善民商事判决相互承认和执行，以及民商事司法文书送达及调查取证等合作机制。此外，还应加强与“一带一路”沿线国家在调解、仲裁等非诉纠纷解决领域的交流合作。

然而因“一带一路”沿线各国的发展水平不一、利益诉求不一，贸易保护主义盛行，目前可能难以签署多边的投资保障条约。故我国宜先与“一带一路”沿线重要支点国家谈签相应的双边条约。等条件成熟时，再协调各方谈签多边条约。事实上，在中国加快投资“一带一路”沿线国家的同时，其吸收“一带一路”沿线国家的外来投资亦稳步增长。2013—2019 年，“一带一路”沿线国家对华直接投资超过 500 亿美元，设立企业超过 2.2 万家。仅 2019

年，“一带一路”沿线国家对华实际投入金额 84.2 亿美元，同比增长 30.6%，占同期中国实际吸收外资总额的 6.1%。故不仅是中国需要对接“一带一路”沿线国家的市场和资源，他们同样需要对接中国的市场和资源。中国市场所蕴藏的无限商机和潜力，是我们对外谈判的基础和底气。

在谈判有关条约时，重点是应找准谈判各方的利益契合点，平等协商，达成足以保护投资者及其母国，以及东道国三方正当权益的利益平衡方案。我国的双边投资保护协定（BITs）的嬗变可较好地例证这种利益寻找及平衡过程。在改革开放初期，我国以引进外资为主，我国立足于资本输入国立场，所缔结的双边投资保护协定往往比较保守，对外国投资提供的保护程度相对较低，如有关的协定都规定，只有涉及征收补偿数额的争议才可以提交国际投资仲裁，以便为中国政府预留了充足的外资管理政策空间。但随着涉外投资规模的迅速增长，中国在成为第二大资本输入国的同时，也逐步发展成为全球第二大资本输出国。这一变化要求我国政府在未来谈判中更加注重对跨境投资的保护，并增加有关投资自由化和可持续发展等方面的内容，以兼顾投资者、东道国和投资者母国等不同方面的利益。[23]

（二）推动区域性合作平台建设，夯实巩固投资合作保障平台

国际投资组织对于促进和保障跨国投资无疑作用巨大。例如，以联合国、货币基金组织、世界银行、世贸组织为代表的综合性或专业性国际组织在现代国际法发展、国际经济新秩序建立及世界和平与发展中做出了巨大贡献。目前，虽然部分沿线国家和地区与我国同属于 WTO、多边投资担保机构、金砖国家组织、上海合作组织等重要国际组织的成员，在相应公约的框架下相互之间可适用《与贸易有关的投资措施》《服务贸易总协定》《解决国家与他国公民投资争议公约》《多边投资担保机构公约》等国际条约，但如前所述，其适用范围非常有限。如果能在“一带一路”沿线国家间建立相应的区域性国际组织，无疑会极大地推进“一带一路”倡议的实施。当然，“一带一路”沿线国家基于政治、经济、科技、文化、历史等各方面的明显差异，目前建立多边综合性或专业性、地区性的国际组织的时机可能尚不成熟。故中国可与有意愿、具备条件的国家或地区先行签署较高标准的多边投资协定或自贸区协定，引领“一带一路”贸易投资自由化、便利化的发展，最后促成相应的区域国际组织建设。例如，亚洲基础设施投资银行就是由中国牵头发起，沿线许多国家投资参股的区域性多边国际组织，其筹建经验可资借鉴。

此外，目前最具有可操作性的是，我们可以利用现有资源，较快捷地协调沿线各国成立专业的“一带一路”法治保障论坛。中国外交部和中国法学会 2018 年在北京联合举办了“一带一路”法治合作国际论坛，来自有关国家政府部门、国际和地区组织、私营部门和学术机构的 350 多名与会代表，围绕“共建‘一带一路’：规则与协调”主题进行广泛讨论。论坛最后发表《“一带一路”法治合作国际论坛共同主席声明》，提出“良好的国际法治环境是‘一带一路’建设顺利推进的必要前提”；建议“一带一路”参与方开展多层次、多渠道、全方位的法治

23 如我国已经与欧盟 27 个成员国中的 26 个成员国（除爱尔兰外）缔结了投资协定，但签订这些协定的时间跨度很大，条款内容各不相同，部分条约的内容比较保守。同当今强调投资自由化和均衡化的投资协定比较，这些协定基本上都不涉及投资自由化和可持续发展等内容。而这些事项往往是引发投资争端的主要原因之一。故在修订这些条约时，必须面对有关议题的谈判。

合作…为“一带一路”建设夯实法治之基。[24]但该论坛其后未能持续举办，导致有关议题无法展开深入研究。事实上，我们可进一步加强和改进该论坛或筹办类似的合作平台，将其建成类似于*博鳌*亚洲*论坛*，配备常设办事机构（秘书处）、定期举办论坛、具备准国际组织性质的常设论坛。该类政府间法治建设共商平台宜由中国政府牵头（外交部、商务部具体实施），以“一带一路”沿线国和其他相关国际组织为会员或观察员。各参与国可以通过该平台，就“一带一路”投资保障机制的任何问题展开深入交流，从而为签订相应的双边或多边条约提供理论证成和交流实操经验，以及委托起草相应的条约草案。

（三）完善国内立法，保障和规范中国企业“一带一路”投资

1.加强对外直接投资保险立法，防范相应的政治风险

对于东道国的政治风险，仅有外国投资者母国与东道国之间的投资协定仍然是不足的。中国为此还应进一步建立和完善相应的外国投资保险机制，为“出海”者的政治风险保险、理赔，通过对东道国的代位求偿机制，制衡东道国相应的侵权或违约行为，从而有效保护本国投资者的安全和利益。在东道国与我国尚未签署投资协定的条件下，我国可以借鉴日本等国的做法，建立单边形式的投资保险制度，即不以本国与东道国之间存在投资协定为办理外国投资保险的前提条件。[25]

故我国应尽快制定《对外直接投资保险法》，设立海外投资保险专门机构和保险机制；鼓励相关保险机构发展和丰富相应的政治险险种；建立对外直接投资风险评估体系，设立对外直接投资救急基金；完善对外直接投资境外安全风险预警和信息通报制度，建立常态化的境外风险应急救助机制；等等。

此外，对于中国企业投资“一带一路”过程中的各种商业风险，我国政府也应进一步制定和完善相关法律，引导和鼓励中国企业通过投保相应商业险或采取其他的风险分散或对冲措施。

2.加强对海外企业的监管立法，督促其规范经营

依法经营是海外投资企业的底线。其中的“法”不仅指东道国的法律，也包括投资者母国的法律。因我国各类法律中大多有“中国领域内适用”之类的属地管辖要求，[26]导致目前存在一种误解，认为中国国内法不适用于发生在中国领域外的行为。类推可知，海外投资者只须遵守东道国法律，而无需理会其母国法律。但事实上，不论是根据国际法还是国内法的属人管辖原则，海外投资者母国对其领域外的公民和企业当然具有属人管辖权，对其适用本国法律，除非该国尊重或承认东道国属地管辖权的优先性，或者放弃这种属人管辖权。为避免这种误解，有必要在我国《宪法》中增加一条“中华人民共和国法律适用于处于中国领域之外的中国公民、中国法人和其他组织。但法律另有规定的除外。”或在有关的专门立法中

24张爽、李娜:《“一带一路”法治合作国际论坛共同主席声明》, http://www.xinhuanet.com/politics/2018-07/03/c_1123073746.htm, 最后访问时间：2020 年 10 月 8 日。

25根据日本的海外投资保险制度，日本政府通商产业省下设海外投资保险部，由日本政府财政作为企业海外投资保险理赔的保障。本国的自然人、法人在海外投资都可以申请保险，而无需在日本与东道国之间存在投资保障协定。其保险范围主要涵盖外汇险、征用险和战乱险等。

26如我国《民法典》第十二条的前段规定：“中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律。”

明确规定“本法适用于处于中国领域之外的中国公民、中国法人和其他组织。但法律另有规定的除外。”明确我国法律域外适用的范围和条件，从而将中国的海外投资纳入我国相应法律的调整之下，促使其规范经营。

许多“一带一路”沿线国家的法治程度不高，在“人法”环境中违法经营，无异于“以身饲饿虎”。故在上述法律修订之前，为避免企业海外经营不规范而导致严重后果，我们可以借鉴美国等发达国家相应制度中的合理因素，坚持阳光下的对外投资合作，对偷漏逃税、商业腐败等严重违规违法行为零容忍。如美国为规制其海外企业的商业贿赂，制定了 1977 年《反海外贿赂法》(Foreign Corrupt Practices Act，简称 FCPA)[27]等一系列法律法规，以规制美国企业海外经营行为，如要求公司保存准确的账簿和记录，以限制美国公司贿赂国外政府官员，破坏正常的商业竞争秩序。美国还与 OECD 等共同签署《国际商业交易活动反对行贿外国公职人员公约》，并出台相关实施法律。美国此举还获得了美洲国家组织（OAS）、国际商会（ICC）、世界银行（WB）、泛美开发银行（Inter－American Development Bank）、国际货币基金组织（IMF）、非洲发展银行、欧洲理事会（Councilof Europe）和联合国等国际组织的支持，这些组织也相继出台了类似的公约或行业规范。特别自特朗普总统上台后，美国《反海外腐败法》得到更广泛适用。[28]虽然该法已成为中国企业国际运营的主要风险来源之一，但其客观上促进了中国跨国公司的规范经营。

中国企业投资“一带一路”沿线国家，想要做大做强，获得收益，必须以遵纪守法、规范经营为前提。故我国应及时出台《反海外贿赂法》等相关法律，严历打击中国“出海”企业各种不规范经营行为，尽力将有关风险消灭在萌芽阶段。

3.针对不公正的歧视性措施，加强法律反制

国民待遇原则和最惠国原则是处理国际民商事法律关系的基本原则。针对其他国家的歧视性、不公正经贸措施，任何国家均可采取恰当的反击措施。[29]美国在这方面比较领先，可资借鉴。例如，美国针对外资并购，可以启动相应的国家安全审查程序，以禁止或限制任何存在国家安全隐患的外资并购。针对他国不同类型的不公正贸易措施，美国分别可以采取 301 公平贸易调查、232 国家安全调查及 337 知识产权侵权调查等方式，并根据调查结论采取增加关税、纳入出口管制实体清单等限制和制裁措施。中国可以借鉴其中的合理因素，在保证中国自身投资贸易法律政策符合相应双边、多边条约要求的基础上，对于不遵守市场规则、背离契约精神、出于非商业目的对中国企业实施封锁或断供，严重损害中国企业正当权益的外国企业、组织或个人，可采取对等的反制措施。正如中国商务部发言人 2020 年 9 月 19 日在回应美国封杀禁止中国移动应用程序 WeChat 和 TikTok 时所称，美方以国家安全为由，禁止与移动应用程序 WeChat 和 TikTok 的有关交易，严重损害有关企业的正当合法权益，扰乱正常的市场秩序，中方对此坚决反对。[30]

27该法历经 1988、1994、1998 年等多次修改。
28 FCPA 案件的数量逐年增加：2016 年 38 件；2017 年 58 件；2018 年 81 件；2019 年，99 件。
29如我国《对外贸易法》第七条规定：“任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。”
30中国商务部：《商务部新闻发言人就美方禁止与 WeChat 和 TikTok 有关交易答记者问》，http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/202009/20200903002575.shtml,最后访问时间：2020 年 10 月 8 日。

为具体实施有关的对等限制或报复措施，商务部今年 9 月发布了《不可靠实体清单规定》，要求将在国际经贸及相关活动中存在下列行为的外国实体（包括外国企业、其他组织或者个人）纳入不可靠实体清单：（1）危害中国国家主权、安全、发展利益；（2）违反正常的市场交易原则，中断与中国企业、其他组织或者个人的正常交易，或者对中国企业、其他组织或者个人采取歧视性措施，严重损害中国企业、其他组织或者个人合法权益。[31]对列入不可靠实体清单的外国实体，工作机制则可以根据实际情况，决定采取下列一项或者多项措施：（1）限制或者禁止其从事与中国有关的进出口活动；（2）限制或者禁止其在中国境内投资；（3）限制或者禁止其相关人员、交通运输工具等入境；（4）限制或者取消其相关人员在中国境内工作许可、停留或者居留资格；（5）根据情节轻重给予相应数额的罚款；（6）其他必要的措施。[32]

因上述规定比较笼统，赋予了执法人员相当大的裁量权，也引发了外方的一些疑虑。商务部发言人对此表示，《不可靠实体清单规定》不针对特定国家或特定企业，没有预设企业名单。但事实上，我国宜进一步细化该规定，增强其可操作性，防止被滥用，损害外国投资者对我国的信心。

此外，在近期引发广泛关注的 TikTok 限期交易事件中，中国政府也及时出台反制法律。特朗普总统 2020 年 8 月 6 月签署命令，以手机移动应用程序 TikTok“对美国国家安全构成威胁”为由，禁止任何受美国司法管辖的企业或个人与 TikTok 母公司字节跳动进行任何交易（主要是禁止美国境内的应用商店提供 TikTok 应用程序的下载及更新服务）；自 11 月 12 日起全面禁止 TikTok 应用程序，除非 TikTok 美国业务完成交易；禁令在 45 天后（即 9 月 20 日）生效。9 月 19 日，特朗普政府又宣布将“封禁令”推迟到 27 日实施。在 TikTok 即将被压价贱卖的关键时刻，我国商务部、科技部于 8 月 28 日发布新版《中国禁止出口限制出口技术目录》，[33]在其“限制出口技术”部分第（十五）计算机服务业新增“人工智能交互界面技术”（第 18 条）、“基于数据分析的个性化信息推送服务技术”（第 21 条）等控制要点。而这正是 TikTok 的核心算法技术，TikTok 转让交易极可能被该目录涵盖。[34]如此，则意味着字节跳动在出售 TikTok 相关业务前，应事先获得中国相关部门出口许可批准，除非拟出售的 TikTok 业务不包含此类限制性出口技术。字节跳动因此可获得交易谈判的主动权。

（四）健全政府海外投资保护全面行动框架，助推中国企业“一带一路”投资

保护本国国民或企业在海外的合法权利，既是一个主权国家的基本权利，也是基本职责。

31参见《不可靠实体清单规定》第七条。

32 参见《不可靠实体清单规定》第十条第一款。

33我国《技术进出口管理条例》（2019 年修订）第三十一条规定：属于限制出口的技术，实行许可证管理；未经许可，不得出口。第三十二条规定：出口属于限制出口的技术，应当向国务院外经贸主管部门提出申请。第三十四条规定：技术出口申请经批准的，由国务院外经贸主管部门发给技术出口许可意向书。申请人取得技术出口许可意向书后，方可对外进行实质性谈判，签订技术出口合同。第四十四条规定：进口或者出口属于禁止进出口的技术的，或者未经许可擅自进口或者出口属于限制进出口的技术的，依照刑法关于走私罪、非法经营罪、泄露国家秘密罪或者其他罪的规定，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，区别不同情况，依照海关法的有关规定处罚，或者由国务院外经贸主管部门给予警告，没收违法所得，处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款；国务院外经贸主管部门并可以撤销其对外贸易经营许可。

34快科技：《中国限制出口 TikTok 被点名！字节跳动：严格遵守》，https://www.chinaz.com/2020/0830/1178090.shtml,最后访问时间：2020 年 10 月 8 日。

我国政府应加强组织领导，理顺部门职责，加快政府部门职能转变，引导“出海”企业走科学发展之路。各级政府为此应加速资源整合，集聚各方力量，共同促进投资“一带一路”；应鼓励和引导“出海”企业提高风险防范意识，加强“事先”“事中”“事后”的风险防范与救济，提升应对境外突发事件的能力和水平；应引导企业履行社会责任，树立中国企业良好形象，为我国企业投资“一带一路”沿线国家构成全方位的海外投资保护网络。[35]

1.强化政府的引导与服务功能，将风险消灭在投资前

（1）强化服务意识，增强引导工作的主动性

许多的企业风险源于“出海”决策不当。中国政府应出台政策，采取有效措施，引导企业将“出海”投资风险防范关口前移到投资交易之前，从源头上杜绝重大投资风险发生。[36]各级政府应引导企业在“出海”前，做好项目所在国的国别风险评估与风险防控：深入分析拟投资目的地的社会经济发展状况及其政局稳定性，认真研究该国的外国投资法律政策，以及相关的贸易、工程建设、土地管理、环境保护、人力资源、行业监管等各项法律制度，详细论证投资项目的合法性、合规性、合理性、风险可控性，慎重选择投资的行业和区域，果断避开高风险的行业和地区。如国家气候中心主任李俊峰提醒中国新能源企业走出去时，有三条红线不能碰：涉及军事和国家安全的、涉及国家自然保护区的、以及当地民众强烈反感的。[37]相反，盲目“出海”或跟风投资往往会埋下风险种子。例如，多家中国民营企业，扎堆投资临近新加坡的马来西亚柔佛州普通房地产，忽视了当地市场的实际需求容量。

相当部分的投资风险源自项目对当地环境和社会的不良影响。良好的环境与社会影响评价，有助于项目的可持续性，有助于经济、环境、社会之间的良性互动与利益平衡。故政府还应引导企业要做好项目的环境影响（EIA）和社会影响（SIA）评价与风险防控，注重利益攸关方的公众参与。

政府应为此广泛动员和组织高校、研究院所等各方面的专家、智库，深入开展投资“一带一路”的法治保障方案及其实施路径研究，为顺利推进“一带一路”投资出谋划策；应鼓励投资风险评估机构、律师事务所、会计事务所等相关中介服务机构的积极参与，为中国企业投资“一带一路”提供全方位的风险评估、防范和维权服务。

（2）对症下药，加强投资引导的针对性

政府开展投资引导工作时，应针对沿线国家地区以及投资类型的差异性和多样性，加强

35 根据“一带一路”交汇点建设的关键城市苏州市介绍，其为促进“一带一路”投资工作，主要从以下方面优化政府服务：一是加强信息保障工作。编印发布扶持政策摘编，定期在网站发布“走出去”最新政策文件和海外项目信息，向企业发放《对外投资合作国别（地区）指南》，举办“走出去”培训班。二是深化政银企合作。政府及相关部门与进出口银行、交通银行等积极支持企业“走出去”的银行签订了战略合作协议，联合金融机构,召开了多场“走出去”离岸金融业务说明会。三是建立服务保障平台。市职能部门建立了法律、金融、人才、投资促进和保障、宣传引导、企业家全球互助等六大“走出去”服务平台。创建了“苏企海外通”软件服务系统，建立了苏州市“走出去”企业家微信群。四是强化项目服务。市职能部门调集专门人员，对所有大项目实行贴身服务。这在苏州中材、埃塞东方工业园、孟加拉电网等重大项目推进上发挥了关键作用。五是开展投资促进工作。与 70 多个国家和地区的投资促进机构建立了良好合作关系，组织企业参加各类投资说明会，对企业宣讲相关的投资政策、法律、风险等专业知识。

36 如江苏省处于“一带一路”长江经济带和长三角一体化国家战略叠加区，是沿江一横与沿海一纵的横 T 型发展战略交汇点。其将“一带一路”交汇点建设作为抓手，出台《关于高质量推进“一带一路”交汇点建设的意见》及《江苏省 2019 年参与“一带一路”建设工作要点》，而作为交汇点重要城市的苏州市，其委、市政府紧紧围绕省委、省政府上述意见和工作要点，主动、深入、全面参与交汇点建设，从战略层面来审视和设计，从操作层面来规划和引导,通过上下联动、政企携手、多点发力来全面推进企业投资“一带一路”建设。

37范青臣:《奉劝三一集团——经商在于重道》，https://club.kdnet.net/dispbbs.asp?boardid=1&id=8674645&read=1，最后访问时间：2020 年 10 月 8 日。

应对措施的针对性。“一带一路”沿线各国差异巨大，在政治方面，许多国家存在复杂的民族、宗教矛盾冲突，政局不稳；在法治方面，各国的法律文化传统各异，法治水平参差不齐。部分国家人治色彩浓厚，裙带网络错综复杂；在经济方面，各国工业化发展水平差距较大，呈倒梯形结构，基本涵盖了工业化进程的各发展阶段。如沿线内陆国家资源禀赋各异，在经济结构上和中国互补性较强，适合承接我国加工制造等产业的转出，有利于形成区域性闭环产业链。就投资性质而言，既包括直接投资和海外并购、建设海外销售服务网络和研发中心，也有工程总承包、经贸合作区建设等，如直接投资，特别投资基础设施的通常具有投资大、周期长的特点，其最大的风险在于沿线国家的政治稳定性和项目合作伙伴国之间双边关系的稳定性。如果投资项目分跨多个国家，在土地、环境、劳工等问题上还可能涉及到邻国或第三国，这意味着还存在投资者母国、东道国与第三国相互之间的外交关系风险。

故政府应指导“出海”企业，应根据各地区、各行业政治、法律、经济、文化等方面的特点，结合自身的特长与优势，找准突破口，打造亮点，形成各展所长、多点发力、互动协同的发展格局。例如，就指导需求度而言，虽然我国目前国有与民营的海外投资总额几乎相当。但比较而言，民营企业、中小企业较国有企业更需要政府的引导和支持。因此，各级政府应针对民营企业、中小企业的特点及实际需求，通过举办民营企业、中小企业投资促进主题活动，加强商事法律、信用合规、资金融通等方面的服务，引导其强化创新意识，用好用足各项优惠政策，推动其到境外合作区投资兴业，助力其开拓多元化市场。

此外，政府还应鼓励企业深化产业布局，优化国际产能合作，创新对外投资方式，融入全球高端产业链，助推资本“出海”后的高质量发展。例如，苏州市成立了推进“一带一路”建设工作领导小组，指导相关部门、各板块加强政策创新、形势分析、信息收集发布、向上争取政策，为企业走进“一带一路”营造良好的政策环境、提供坚强后盾；明确牵头部门，建立部门联席会议机制，协调解决各类主体参与“一带一路”建设遇到的实际困难和问题。要求各级各部门积极融入“一带一路”建设，推进供给侧结构性改革，促进中资企业不断拓展国际市场。[38]

2.督促“出海”企业依法经营，降低“事中”风险机率

海外企业经营过程中的法律风险包括公司治理、合约管理、知识产权、税务、劳工、环保、国有化、征用、文化冲突等。这些问题均可能造成企业巨大损失，甚至事关企业存亡。正如黄惠康大使所指出的：“海外投资的安全，在相当程度上，取决于投资地法治是否完善、对外国企业的法律保障是否到位，以及企业自身的合规性内部风险评估和管控机制是否健全。防范海外投资风险，这三个方面缺一不可。”[39]故中国政府应督促“出海”企业遵纪守法，规范经营。要督促“出海”企业加强其内部合规性管理，设计有效的风险预案；应指导企业深入了解东道国有关企业产权、税收、外汇、劳工、环保、征用等方面的法律法规；应建议企业配备或聘请专业法律顾问，及时识别与化解相关的法律纠纷；应杜绝逃税、欠薪、

38 苏州市人民政府新闻办公室：《苏州积极参与省高质量推进“一带一路”交汇点建设》，https://www.investgo.cn/article/yw/dfzcq/201907/456121.html，最后访问时间：2020 年 10 月 10 日。

39杭商传媒：《专访黄惠康：新国际形势下 中国民企的机遇与挑战》，https://zj.zjol.com.cn/news.html?id=1529853，最后访问时间：2020 年 10 月 10 日。

童工、触犯当地禁忌等常见的风险隐患。在遇到实际法律问题时，应有章可循，有法可依，理性、妥善地解决有关争议。例如，我国国企投资“一带一路”沿线国家的，主要集中在基础设施建设、自然资源开采等传统行业。该类企业工人数量较多，易因宗教信仰、民俗习惯等方面的巨大差异而同驻在地发生纠纷，对此应有良好的应对预案。

同时，应当要求“出海”企业避免简单地将一些高效但国际社会未必认可的管理模式和规章制度作为成功管理经验移植到海外投资企业。如果与东道国法规、宗教和文化要求不符，应做相应的调整甚至废止，避免因水土不服而引发不必要的管理冲突。例如，通过和东道国企业强强联合，增加本地员工，特别是管理层本地员工的比例，严格遵守所在地的劳动法和安全标准，不仅可以规避相应政治、法律、商业等各类风险，也有利于企业的长远发展。

另外，应引导“出海”企业实施本地化、多元化发展战略，消除和降低相应的政治、商业和文化风险。本地化既是许多东道国重要的外商投资政策，也是外国投资者化解有关风险的重要措施。中国投资者宜调整中资“一股独大”、利益独享的思维，要重视域外大国和东道国重要企业的共同参与，通过投资项目利益共同体之间的协作，增强投资项目抵御风险的能力。其主要做法为：一是提高当地资本占比，通过与当地重要资本合作或合资经营，强强联合，充分发挥当地资本化解投资风险的作用；二是积极引入域外大国作为第三方外资，强化外国投资的多元化，增加投资者众母国对东道国的制衡；三是提高企业员工本土化水平，增加东道国本土员工，特别是本土中高层管理人员的比例；四是广泛参与所在地公益事业，加强与当地媒体、智库、非政府组织和民众的沟通联系，促进企业和当地之间相互的文化认同与理解。通过多方、多国参与和多方受益，与当地形成命运共同体，从而最大限度地降低经营风险。

3.在投资风险实际发生后，支持企业“事后”依法维权

司法是守护公平正义的最后一道屏障。对于东道国的任何侵权或违约，中国投资者均可诉诸法院。正如黄惠康大使建议，中国“走出去”的企业不仅要守法合规，还要学会拿起法律武器维护自身合法权益。甚至对于东道国基于国防与外交等方面的限制措施，虽然司法在传统上不介入，也可尝试相应的司法救济。中国投资美国的有关探索，可资“一带一路”投资者借鉴。

就投资美国而言，美国的外国投资国家安全审查已经成为中国投资者的无形天花板。面对被泛化的美国国家安全审查，中国政府支持投资者敢于、善于使用法律手段应对。正如外交部发言人汪文斌先生 2020 年 9 月 24 日主持例行记者会时亦称：“中方支持相关企业拿起法律武器维护自身的正当权益，也将继续采取一些必要措施，坚决维护中国企业的合法权益。”[40]如美国海外投资委员会及奥巴马总统 2013 年颁布禁令，以危害美国国家安全名义禁止三一重工控股的全资美国子公司罗尔斯公司收购位于俄冈州的风力发电项目。罗尔斯公司在美国哥伦比亚特区联邦法院起诉美国海外投资委员会及奥巴马总统。这是美国联邦法院首次对美国国家安全审查行政程序及相应的总统令做司法审查。原告从美国《宪法》第五修正

40澎湃新闻：《外交部回应 TikTok 交易：支持企业维护自身正当权益》，https://money.163.com/20/0924/16/FNA6EGF700258105.html，最后访问时间：2020 年 10 月 10 日。

案中的正当程序条款打开缺口，赢得程序性救济权利，最后当事人双方和解结案。该案大大鼓舞国人投资美国的信心。[41]

面对美国政府前述的封杀禁令， TikTok 母公司字节跳动以特朗普政府的行政命令违反美国宪法第一修正案及正当法律程序等要求为由，于 9 月 23 日向美国法院起诉，请求法院终止特朗普总统相应的“封禁令”，并申请加州联邦地方法院发布临时禁令，暂停特朗普政府禁令的效力。[42]9 月 27 日，在总统禁令生效的前几个小时，美国联邦法院发布临时禁令，暂停政府禁令的执行。该临时禁令使 TikTok 得以避免限期“贱卖”的命运，可为 TikTok 转让交易争取到更高的市场估值。

2020 年 8 月 6 月，特朗普总统还同样以威胁美国国家安全为签署了另一项针对中国企业腾讯公司的禁令，禁止任何受美国司法管辖的企业或个人与腾讯公司及其子公司进行与微信（WeChat）有关的商业交易，具体是禁止美国境内的应用商店为腾讯公司的微信应用程序提供下载及更新服务。禁令在 45 天后（即 9 月 20 日）生效。面对禁令，美国的微信用户自发成立美国微信用户联合会(U.S. WeChat Users Alliance，美微联会)，申请法院给予临时禁令的救济。法官在 9 月 19 日组织当事人双方连续举行多场听证会。9 月 20 日上午，法官颁布临时禁令(Preliminary Injunction），暂停执行基于联邦总统令和商务部实施细则项下针对 WeChat 的系列行政禁令。

4.优化境外经贸合作区治理模式，促进其长远发展

针对境外经贸合作区存在的问题与困难，无疑需要进一步完善合作区内产业链布局，强化融资和人才支持，建立相应的风险预防及评估体系，不断推进合作区的本土化经营,以保障合作区的可持续发展。[43]但更重要的是，应进一步完善合作区的规则治理，保障合作区的稳定和长远发展。中国贸促会研究院在大量收集和研究第一手资料的条件下，编制了《中国境外经贸合作区投资指南(2018)》。该指南涵盖了我国主要境外合作区所在东道国的投资环境以及合作区的区位优势、建设主体、产业定位、基础设施建设状况和企业投资状况，我国和东道国为合作区提供的税收、土地、金融、保险、产业和人力资源、出入境等方面的优惠政策，以及合作区的投资流程、入驻方式和配套服务等重要信息。这些信息对于“出海”企业选择投资国别、产业和合作区等非常实用。但因相应信息的更新较快，需开发单位不断更新版本。另外，指南宜进一步增加各合作区的治理规范。这不仅有助于投资者选择投资目的地，也有利于其促进合作区治理规范的修订和升级，更有利于各合作区之间相互借鉴，逐渐实现境外各合作区之间治理规范的趋同，从而有助于区内企业之间及各合作区之间节省相应的交易成本，提高交易效率。

5.完善我国的领事保护制度，强化安保机制

41向明华：《外国投资国家安全审查法律问题实证研究》,《法治社会》2018 年第 2 期。
42参见美国《联邦民事诉讼程序法》第 65 条的规定。基于美国判案法，美国法院发布临时禁令所考虑的主要因素包括：（1）如果不作出禁止令，原告将遭受无法挽回的损失；（2）原告具有胜诉的可能性；（3）在衡平考量中，原告可能遭受的损失将超过作出禁止令给被告带来的损失；（3）作出禁止令符合公共利益。
43丁悦：《我国境外经济贸易合作区高质量发展对策思考》，载《青海社会科学》2019 年第 4 期。

领事保护指一国的使领事机关或使领事官员，根据国际法及相关国内法，在接受国内保护派遣国及其国民的权利和利益的行为，是投资者母国可为其海外投资提供的重要风险庇护所。我国应进一步完善我国的领事保护制度，切实保护境外中国公民和企业的安全与利益。

首先，应改进信息服务及发布方式，加强内外联动，在我国国民的合法权益受到违反国际法的不法损害时，向我国国民(包括自然人、法人和其他组织)提供必要的帮助和协助。使领官员应当依法同驻在国或领区当局交涉，要求其制止不法行为，恢复受害人的权益，赔偿被害人因此遭受的损害。特别在我国国民遭受逮捕、拘留或监禁等限制措施时，使领官员应及时会见该国民，视情况需要向其提供一切可能的帮助和协助，或请求驻在国或领区当局给予必要的协助，敦促驻在国或领区有关当局公正、合法、友好、妥善地处理相应事件。

其次，要进一步加强我国政府各部门、驻外机构与使领馆间的联系与合作。当中国企业的海外利益遭受实际损害或面临威胁时，各部门共同协作，为出海企业提供有效援助。

最重要的是加强顶层设计，从国家层面制定指导框架, 加强各部委办局的协调及应急联动反应机制, 统一决策部署，妥善应对东道国的重大安全事件。例如，河北省代表团代表成员、长城汽车副董事长王凤英 2019 年的两会提案《关于加强中国企业海外发展安全保障机制的建议》，建议“由公安部牵头, 联合军队、外交部、应急管理部、商务部组成境外中资企业机构国家应急联动指挥部, 以驻地使领馆、驻外武官、警务联络组织、我国驻海外军事力量为二级机构, 境外中资企业及母公司、境外项目、其他我国驻外机构等为三级机构, 建立自上而下的统一顺畅的立体化应急指挥调度联动体系”。[44]

6.总结和推广成功范例，形成可复制、可推广的投资“一带一路”法治保障经验

“榜样的力量是无穷的”。我国政府加强对典型投资项目成功经验的归纳总结，提炼出可复制、可推广的法治保障投资模式，供相关“出海”者参考。例如，中国远洋海运集团收购希腊比雷埃夫斯港（简称比港）股权项目中，中国远洋海运集团投资该港口工程后，克服了早期经济大环境不利、罢工事件连续不断、政党更替[45]、港口所在地地方政府消极、境外港口经营经验不足等多种困难，采取多种举措，扭亏为盈，为当地经济社会的发展作出实质性贡献，成功扭转被动局面。该项目历经从不受欢迎、不被看好，到得到当地政府和企业员工的认可甚至鼎力支持的过程，被视为中希两国合作的典范。[46]其成功经验主要是[47]：发挥集团优势，用守法实际行动和经营业绩说话；在追求企业盈利的同时充分考虑当地产业和城市发展诉求；坚持本土化管理，与东道国政府、企业员工和社会等多方形成命运共同体，切

44 王凤英：《关于加强中国企业海外发展安全保障机制的建议》，https://www.sohu.com/a/298655084_430289, 最后访问时间：2020 年 10 月 12 日。

45 希腊激进左翼政党的竞选口号是结束紧缩措施、反对出售国有资产偿还债务。该党在议会选举中胜出、齐普拉斯新政府就职当天，希腊海运部部长德里察斯就高调宣布，停止比雷埃夫斯港港口管理局的私有化进程。在欧盟和国际货币基金组织向希腊政府提出严厉的预算紧缩和劳动关系制度改革条件后，齐普拉斯政府不得不重启该港口管理局股权转让计划。

462008 年国际金融危机引发了国际航运市场低迷。但中国远洋运输（集团）公司逆势扩张，于 2008 年成功竞标获得比港 2 号、3 号集装箱码头 35 年的特许经营权，并在 2 年内扭亏为盈。2016 年，中国远洋海运集团进一步以近 3.7 亿欧元收购比港港口管理局 67%的股份，成为比港经营者。根据 2019 年签约的《成功履行比港总规划谅解备忘录》，中远海运集团还将实施 6 亿欧元新的投资计划，计划将比港打造成欧洲一流的“千万标准箱级”集装箱中转港、海陆联运“桥头堡”、国际物流分拨中心、地中海乃至欧洲的修船中心和地中海最大的汽车中转码头等。比港项目克服了种种前期困难，成为“一带一路”建设的中外双方优势互补、强强联合、互利共赢的成功范例，受到中希两国多方的积极评价。

47周太东:《中国与希腊“一带一路”投资合作——比雷埃夫斯港项目的成效、经验和启示》，载《海外投资与出口信贷》2020 第 2 期。

实落实共商、共建、共享原则；[48]适度开展第三方市场合作,形成利益共享、风险共担格局；注重人文关怀，推动文化融合；[49]树立可持续发展的投资理念，坚持绿色环保，积极履行企业社会责任；[50]探索海外治理模式创新，实现海外经营国际化，提升中国企业的海外话语权。

四、结语

“一带一路”建设是我国扩大对外开放和实施“走出去”、“双循环”等战略的重大举措，是当今世界规模最大的国际合作平台和最受欢迎的国际公共产品，是构建人类命运共同体的伟大实践，也是我国经济“新常态”，以及逆“全球化”过程中保护主义和单边主义日盛的大背景下推动构建安全、稳定的国际产业链、供应链的重要组成部分。今年 6 月 18 日，习近平主席在“一带一路”国际合作高级别视频会议上发表重要讲话，重申“中国始终坚持和平发展、坚持互利共赢”，强调应“把‘一带一路’打造成团结应对挑战的合作之路、维护人民健康安全的健康之路、促进经济社会恢复的复苏之路、释放发展潜力的增长之路”，为高质量共建“一带一路”、携手推动构建人类命运共同体指明了方向。为此，我国宜尽快通过加强与“一带一路”沿线国家签订投资条约，推动建立区域性投资保障“法治”合作平台，完善我国国内相关立法，加强对中国企业相应的投资的引导和规范，建立健全政府海外投资保护全面行动框架等多种举措，为中国投资“一带一路”沿线国家提供全程、立体的国际、国内法治保障，以加快推进“一带一路”共建进程，有效地应对“新冠”疫情等全球性危机，促进我国经济社会的可持续发展。

48如其中的集装箱码头公司，截至 2016 年底，共有员工 1500 余名，而中方的管理人员仅 5 人。
49如为加强注重人文关怀，该公司主要采取如下措施：（1）为全体员工提供免费午餐，解决希腊员工用餐不便问题，并通过其他多种措施提升当地员工的认同感。（2）建立工资拆借制度，允许有家庭急需的员工提前预支部分工资，解决其生活实际困难。（3）采取灵活多样方式促进中希文化交流，如定期组织员工学中文，评选“洋劳模”，免费组织他们到中国旅行，邀请员工家属共度两国节日等。
50为履行社会责任，主要通过与当地教堂合作为贫困居民提供食物、援建学校、修缮道路等，以便在当地居民中树立起中国企业的良好形象。

新时代依法防范化解重大风险挑战的行动指南——学习“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的体会

徐汉明 邵登辉[1]

摘 要：直面“百年未有之大变局”的国际形势与维护总体国家安全发展大势，推进我国风险治理体系与治理能力现代化，破解新时代风险治理“法治公共品”供给不充分不平衡的难题，分别构成了“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”产生发展的客观基础、现实根源和重要条件。“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的主要内容包括：依法防范化解重大风险挑战的“时势观”“战略地位观”“目标任务观”“科学内涵观”“遵循规律观”“科学方法观”“体制机制观”“综合能力观”“良法善治观”“政治保障观”。该论述是“马克思主义经典作家”关于“风险防范原理”之论述在当代中国创新实践的重大成果，是中国特色社会主义风险防范制度、理论与实践在新时代的创新发展，是打赢重大风险防范攻坚战、实现中华民族伟大复兴事业的长期基本遵循。

关键词：重大风险挑战；防范与治理；法治

党的十八大以来，习近平同志立足于“百年未有之大变局”的世情国情党情，将新时代依法防范化解重大风险挑战的重大命题纳入事关民族复兴的国家战略布局之中，从理论与实践的结合上系统回答了“什么是依法防范化解重大风险挑战”“为什么要依法防范化解重大风险挑战”“如何依法防范化解重大风险挑战”等重大理论与实践难题，形成了内容丰富、体系完整、逻辑严密、具有成熟哲学方法和鲜明实践面向的“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”。该论述是“习近平新时代中国特色社会主义思想”的重要组成部分，是新时代依法有效防范化解重大风险挑战的根本遵循。对该论述之形成发展的时代背景、主要内容及时代价值进行研究阐释，具有重大的理论与现实意义。

一、“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”形成发展的时代背景

“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的形成发展有着深刻的时代背景。

（一）直面“百年未有之大变局”的国际国内形势与维护国家总体安全是“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”形成发展的客观基础

面对波谲云诡、复杂敏感的国际国内形势，习近平同志提出了“百年未有之大变局”的重大判断。这一重大判断反映了以习近平同志为核心的党中央对当今中国所面临的世情国情党情的深刻把握与精准研判。有效防范化解“百年未有之大变局”背景下的各种重大风险与挑战，维护国家总体安全，需要科学理论的指引，而“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”则是实现执政安全、制度安全、国家长治久安的新方略。步入 21 世纪，新兴市场国家的整体性兴起引发了国际社会力量对比关系的深刻变化以及国际关系格局的深度调整，同时，国

[1] 作者：徐汉明，中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心教授；邵登辉，中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心讲师。

本文系国家社会科学基金委托项目 “重大突发公共卫生事件的法治应对” (20STB014) 的阶段性成果。

际政治、经济、文化的加速发展带来了各种重大风险挑战，全球化与逆全球化并存，国家间的政治、经济、文化、科技、金融等合作与竞争更为激烈，传统全球治理体系面临压力与挑战，新的国际关系格局尚未完全形成。这一前所未有的世界性景象可以被称为“百年未有之大变局”。一方面，当今世界政治格局呈现出非西方化与多极化并行的态势，西方国家占据更多政治话语权、权力与资源的局面逐渐被打破，以中国、巴西、俄罗斯和南非等国家为代表的“金砖国家”正在走向世界舞台的中央，一些新兴经济体和发展中国家的崛起推动着原本“一超多强”的政治格局呈现出“大国政治与小国政治”互动博弈的新发展态势，国际秩序格局正在经历前所未有的变化。另一方面，全球正在迈入更为复杂、更为不确定的“风险社会”时代，“全球风险社会”治理体系亟待得到重塑。随着世界各国现代化进程的推进，金融危机、恐怖袭击、气候恶化、核污染、生态破坏、网络安全、公共卫生事件等全球性风险持续激增，严重威胁人类社会的安全与发展，而“二战”后形成的由以美国为代表的西方大国主导的全球风险治理体系已无力应对层出不穷的全球性风险。全球风险治理客体的复杂化、多样化、异变化、跨国界化等客观现实迫切要求构建“共商共治共享”的“全球风险治理共同体”。另外，科学技术的迅猛发展正在重塑全球经济发展秩序的新面向。西方国家曾凭借前三次“工业革命”的先发优势以及对全球人才、资金、技术、稀有矿产等要素资源的垄断性积累，塑造出了“一强多极”的全球秩序格局，但以 AI 技术为代表的第四次“科技革命”对世界秩序产生了“重塑效应”，新兴市场国家在整体性兴起的过程中借助科技赋能实现了产业变革及生产要素资源的释放，通过推进实施“数字经济”“人工智能”“信息技术”等战略，逐步实现了产业结构的转型升级以及与全球价值链的对接。新兴市场国家和发展中国家的整体性崛起推动着世界多极化格局的加速发展。“百年未有之大变局”蕴藏着无尽的机遇，同时也意味着各种重大风险挑战的激增。习近平同志指出：“当今世界正经历百年未有之大变局，国际形势复杂多变，改革发展稳定、内政外交国防、治党治国治军各方面任务之繁重前所未有，我们面临的风险挑战之严峻前所未有。”[2]正是基于对“百年未有之大变局”背景下的各种重大风险挑战形势的精准判断，习近平同志提出了关于依法防范化解重大风险挑战的一系列新论断新思想新战略。

（二）推进我国风险治理体系与治理能力现代化是“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”形成发展的现实根源

如何依法防范化解重大风险挑战，已经成为现代国家的重要议题。新中国成立 70 余年来，我国已成功应对化解了在现代化进程中所遭遇的政治、经济、文化、社会、科技、公共卫生等领域的重大风险挑战，我国的风险治理体系与治理能力在探索实践中不断得到完善发展，积累了丰富经验，但也存在着不容忽视的薄弱环节和问题。一方面，部门壁垒、各自为政、运行机制不协调等弊端导致风险治理的整体性、联动性需求难以得到有效回应。政治、意识形态、经济、科技、社会、外部环境、党的建设等领域的风险挑战呈现出复合性、交织性、易变性的特征，这增加了有效预防化解风险挑战的难度。正如习近平同志指出的，“各

[2] 习近平：《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉 的说明》，载本书编写组编著：《〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉辅导读本》，人民出版社 2014 年版，第 53 页。

种矛盾风险挑战源头、各类矛盾风险挑战点是相互交织、相互作用的。”[3]尤其是风险的技术化程度加深、国内风险瞬息交织叠加、各种风险超时空传播，均导致社会结构的变动扭曲并重塑着现代社会的内在结构，“风险跨越了理论和实践的区分，跨越了事实与价值的二分，跨越了表面上由制度分割的政治领域、公共领域、科学领域和经济领域”，[4]使得传统的“九龙治水水成龙”的风险防范化解体制机制难以有效回应现代社会风险治理的需求。另一方面，加快构建依法防范化解重大风险挑战的治理体系，不断提高抵御各种风险挑战的能力和水平，已是迫在眉睫的议题。如何坚持底线思维，着力防范化解政治风险、意识形态风险、经济风险、科技安全风险、社会风险、外部环境风险以及党的建设风险?如何维护国家政权安全、制度安全，不断提高社会治理现代化水平，促进社会和谐稳定，维护国家主权和安全发展利益?如何巩固发展中国特色社会主义根本制度、基本制度、重要制度?如何确保执政安全、制度安全和国家长治久安，迈过实现中华民族伟大复兴的门槛?为回应这些问题，需要建构一整套防范化解重大风险挑战的制度体系及实施机制。以总体国家安全观检验审视，我国防范化解重大风险挑战的体制机制尚存不足之处。另外，受传统体制机制的制约与思维方式的禁锢，一些领导干部防范化解重大风险挑战的意识淡薄，底线思维能力不强，影响和制约了应对各种风险挑战的能力和水平。对此，习近平同志郑重指出：“没有意识到风险是最大的风险。”[5]某些领导干部的政治能力、调查研究能力、科学决策能力、改革攻坚能力、应急处突能力、群众工作能力、狠抓落实能力不足，“本领恐慌”问题不同程度存在。为此，习近平同志把依法有效防范化解重大风险挑战置于加快推进国家治理体系和治理现代化的战略顶层设计，提出了关于防范化解政治、意识形态、经济、科技、社会、外部环境、党的建设领域重大风险挑战的一系列新论断新思想新战略，从而科学回答了风险治理体系与治理能力现代化的时代课题。

（三）破解风险治理“法治公共品”供给不充分不平衡的难题是“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”形成发展的重要条件

风险治理是在传统农业社会向工业社会、信息社会再到人工智能社会转型跨越的过程中日渐凸显的核心命题。自 21 世纪以来，随着社会加速转型及社会整体性结构变迁，因资源、人口、环境、公平、安全、秩序、自由等引发的各类社会冲突和矛盾集中爆发，风险治理已经成为国家的重要职能。作为重要公共品的“法治”能够为我国转型时期的风险治理提供可靠、稳定的保障机制，是“国家治理体系和治理能力现代化的重要依托”。[6]中国特色社会主义进入新时代，我国社会的主要矛盾已经转变为人民群众日益增长的美好生活需要和不平衡不充分发展之间的矛盾。这一矛盾折射到风险治理“法治公共品”领域，就具化为人民群众对风险治理“法治公共品”的更高要求、更高期待与风险治理“法治公共品”供给不充分不平衡的

[3] 习近平: 《把新发展理念落到实处》 (2016 年 1 月 18 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第二卷), 外文出版社 2017 年版, 第 222 页。

[4] [德] 乌尔里希·贝克:《风险社会: 新的现代性之路》, 张文杰、 何博闻译, 译林出版社 2018 年版, 第 77 页。

[5] 习近平: 《在网络安全和信息化工作座谈会上的讲话》, 人民出版社 2016 年版, 第 17 页。

[6] 习近平: 《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》, 载本书编写组编著: 《〈中 共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉辅导读本》, 人民出版社 2014 年版, 第 42 页。

矛盾。重大风险挑战的突出特点在于，对经济社会发展的不确定、不稳定性预期常常会引发类似于“灰犀牛”事件、“黑天鹅”事件等灾难性、颠覆性的后果。法治的最大优势就是能够给经济社会发展带来稳预期、固根本、利长远的良好效果，从而为风险治理提供稳定的制度框架及运行体系。因此，只有在法治的框架内，才能实现更好的风险治理。这就要求国家必须推进风险治理的法治体系建设，在法治轨道上有效预防、化解、分散在经济社会发展各领域中的潜在重大风险，从而确保政治安全、制度安全、执政安全、人民安居乐业、国家长治久安。我国现阶段的风险治理存在一定程度的有法不依、执法不严、违法不究的问题，执法体制权责脱节、多头执法、选择性执法，容易诱发群体性事件的风险，少数干部贪污腐败、滥用职权的问题易成为社会不稳定的导火索，而且，高科技的迅猛发展造成了人工智能、基因编辑、网络安全等领域的立法滞后等突出问题。对此，以习近平同志为核心的党中央把法治作为防范化解重大风险挑战的基本方略，围绕与风险治理相关的立法、执法、司法，提出了一系列新理念新思想新战略，为运用法治思维和法治方式防范化解重大风险挑战提供了明确方向。

二、“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的主要内容

“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的主要内容可概括如下：

（一）依法防范化解重大风险挑战的“时势观”

在精准分析世界多极化、经济全球化、文化多样化、全球治理体系多元化发展的“百年未有之大变局”的基础上，习近平同志提出了依法防范化解重大风险挑战的“时势观”。习近平同志明确指出：“今后五年，可能是我国发展面临的各方面风险不断积累甚至集中显露的时期。”[7]他进一步阐释了我国所面临的风险挑战的多样性、复杂性，指出“我们面临的重大风险，既包括国内的经济、政治、意识形态、社会风险以及来自自然界的风险，也包括国际经济、政治、军事风险等”，[8]强调我国正处于跨域“中等收入陷阱”并向高收入国家迈进的历史阶段，矛盾和风险比从低收入国家迈向中等收入国家时所面临的风险和矛盾更多、更复杂。[9]在中华民族实现伟大复兴的伟大征程中，习近平同志始终对我国所面临的风险挑战保持高度警觉，他强调“中华民族伟大复兴绝不是轻轻松松、顺顺当当就能实现的，我们越发展壮大，遇到的阻力和压力就会越大，面临的外部风险就会越多”。[10]与此同时，他对国际风险形势作出精准判断，指出“当前，世界大变局加速深刻演变，全球动荡源和风险点增多，我国外部环境复杂严峻”。[11]基于对我国所面临的国内国际风险挑战的综合叠加态势的精准分析，习近平同志告诫全党及全体人民：“当前和今后一个时期，我们在国际国内面临

---

[7] 习近平: 《下大气力破解制约如期全面建成小康社会的重点难点问题》, 载习近平: 《论坚持全面深化改革》, 中央文献出版社 2018 年版, 第 182 页。

[8] 习近平: 《下大气力破解制约如期全面建成小康社会的重点难点问题》, 载习近平: 《论坚持全面深化改革》, 中央文献出版社 2018 年版, 第 182 页。

[9] 参见中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 5 页。

[10] 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 4 页。

[11] 习近平: 《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》 (2019 年 1 月 21 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第三 卷), 外文出版社 2020 年版, 第 222 页。

的矛盾风险挑战都不少，决不能掉以轻心。”[12]习近平同志的这些论述深刻、全面地分析了我国在当前和今后一个时期内所面临的风险挑战，阐明了依法防范化解重大风险挑战的重要性，这些新论断新思想新战略构成了“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的“时势观”。

（二）依法防范化解重大风险挑战的“战略地位观”

习近平同志把依法防范化解重大风险挑战提高到坚持中国特色社会主义道路、制度、文化、理论及实践的高度，将其置入“全面建成小康社会”以及“实现中华民族伟大复兴”的宏观布局之中，进行系统思考、科学谋划与推动实施。习近平同志在系统分析、精准研判国内的经济、政治、意识形态、社会风险、自然风险与国际的经济、政治、军事等风险时深刻指出：“如果发生重大风险又扛不住，国家安全就可能面临重大威胁，全面建成小康社会进程就可能被迫中断。”[13]习近平同志一再强调，必须坚持底线思维，增强忧患意识，提高防控能力，着力防范化解重大风险，保持经济持续健康发展和社会大局稳定，为决胜全面建成小康社会、夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利、实现中华民族伟大复兴的中国梦提供坚强保障。[14]基于对防范化解重大风险挑战的极端重要性的深刻洞察，习近平同志将防范化解重大风险挑战摆在“三大攻坚战”之首，强调“要坚决打好防范化解重大风险、精准脱贫、污染防治的攻坚战，使全面建成小康社会得到人民认可、经得起历史检验”。[15]这些新论断新思想新战略构成了“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的“战略地位观”。

（三）依法防范化解重大风险挑战的“目标任务观”

习近平同志从社会和谐稳定、人民安居乐业、国家长治久安、实现中华民族伟大复兴事业的高度深刻阐释了依法防范化解重大风险挑战的目标任务。习近平同志将防范化解重大风险挑战与实现中华民族伟大复兴的伟业紧密联系起来，并对此作了深刻阐释。他指出，要“时刻准备应对重大挑战、抵御重大风险、克服重大阻力、解决重大矛盾，以不畏艰险、攻坚克难的勇气，以昂扬向上、奋发有为的锐气，不断把中华民族伟大复兴事业推向前进”。[16]这一论述深刻揭示了防范化解重大风险挑战对实现中华民族伟大复兴事业的极端重要性。针对我国所面临的国家安全风险挑战的新形势，习近平同志适时提出“坚持总体国家安全观”，并将其上升为新时代中国特色社会主义思想和基本方略，强调“必须坚持国家利益至上，以人民安全为宗旨，以政治安全为根本，统筹外部安全和内部安全、国土安全和国民安全、传统安全和非传统安全、自身安全和共同安全，完善国家安全制度体系，加强国家安全能力建

---

[12] 习近平: 《把新发展理念落到实处》 (2016 年 1 月 18 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第二卷), 外文出版社 2017 年版, 第 222 页。

[13] 习近平: 《下大气力破解制约如期全面建成小康社会的重点难点问题》, 载习近平: 《论坚持全面深化改革》, 中央文献出版社 2018 年版, 第 182 页。

[14] 参见习近平: 《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》 (2019 年 1 月 21 日), 载 《习近平谈治国政》 (第 三卷), 外文出版社 2020 年版, 第 219 页。

[15] 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国色社会主义伟大胜利———在中国共产党第十九次全国代 表大会上的报告》, 载本书编写组编: 《党的十九大报告辅导读本》, 人民出版社 2017 年版, 第 27 页。

[16] 习近平: 《在庆祝中国共产党成立九十五周年大会上的讲话》, 载中共中央党史和文献研究院编: 《十八大以 来重要文献选编》(下), 中央文献出版社 2018 年版, 第 345 页。

设，坚决维护国家主权、安全、发展利益”，[17]从而明确了依法防范化解国家安全风险挑战与“维护国家主权、安全、发展利益”之间的内在逻辑关系。“总体国家安全观”这一命题是“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”中具有原创性的理论贡献。“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的内容极为丰富，主要包括：“防范化解重大风险，首要任务是维护以党的执政安全和我国社会主义制度安全为核心的国家政治安全”；[18]“我们党要巩固执政地位，要团结带领人民加持和发展中国特色社会主义，保证国家安全是头等大事”；[19]“……防范化解各类安全风险，不断提高人民群众的安全感、幸福感”；[20]“……防范系统性风险，避免颠覆性危机，维护好发展全局”。[21]这一系列论述型构了依法防范化解重大风险挑战的目标任务，在党率领亿万人民迎接伟大复兴、打赢防范化解重大风险挑战攻坚战的进程中，具有纲举目张的根本作用。

（四）“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的“科学内涵观”

“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的理论特色在于，其富有哲理面向，有一整套具有科学内涵的逻辑体系。这包括：

1. 防范化解政治风险挑战。习近平同志明确提出了要“防范政治风险”的重大命题，并对如何防范化解政治风险作了深刻阐述。习近平同志强调：“新形势下，我国面临复杂多变的发展和安全形势环境，各种可以预见和难以预见的风险因素明显增多，如果得不到及时有效控制也有可能演变为政治风险。”[22]如何防范政治风险?习近平同志指出：“全党同志特别是各级领导干部必须增强风险意识，提高防范政治风险能力。”[23]

2.防范化解意识形态风险挑战。意识形态安全是关乎中国特色社会主义事业前途命运的重大问题。习近平同志把打好防范化解意识形态风险战提高到关乎党和国家前途命运、关乎中国特色社会主义事业兴衰成败的重要战略高度，他强调：“意识形态关乎旗帜、关乎道路、关乎国家政治安全。”[24]习近平同志旗帜鲜明地指出：“我们在集中精力进行经济建设的同时，一刻也不能放松和削弱意识形态工作。”[25]基于对意识形态工作极端重要性的认识，习近平

---

[17] 习近平: 《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利———在中国共产党第十九次全国代 表大会上的报告》, 载本书编写组编: 《党的十九大报告辅导读本》, 人民出版社 2017 年版, 第 24 页。

[18] 陈一新: 《聚力防范化解政治安全风险》, http: / / legal. people. com. cn / n1 / 2019 / 0405 / c42510-31015294. html, 2020 年 11 月 24 日访问。

[19] 习近平: 《坚持总体国家安全观, 走中国特色国家安全道路》 (2014 年 4 月 15 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第一卷), 外文出版社 2018 年版, 第 200 页。

[20] 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 9 页。

[21] 习近平: 《弘扬伟大长征精神, 走好今天的长征路》, 载中共中央党史和文献研究院编: 《十八大以来重要文 献选编》 (下), 中央文献出版社 2018 年版, 第 401 页。

[22] 习近平:《增强推进党的政治建设的自觉性和坚定性》 (2018 年 6 月 29 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第三 卷), 外文出版社 2020 年版, 第 96 页。

[23] 习近平:《增强推进党的政治建设的自觉性和坚定性》 (2018 年 6 月 29 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第三 卷), 外文出版社 2020 年版, 第 96 页。

[24] 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 38 页。

[25] 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 35-36 页。

同志提出了“牢牢掌握意识形态工作领导权”[26]的重大命题，并围绕如何防范化解意识形态风险提出了“坚持马克思主义在意识形态领域指导地位的根本制度”“坚持以社会主义核心价值观引领文化建设制度”“完善坚持正确导向的舆论引导工作机制”“落实意识形态工作责任制”等一系列新战略新举措。[27]

3.防范化解经济风险挑战。中国已经成为全球第二大经济体，但是成就的背后也隐藏着不容忽视的风险与挑战。对此，习近平同志指出：“从经济风险的积累和化解看，过去，经济高速发展掩盖了一些矛盾和风险。现在，伴随着经济增速下调，各类隐性风险逐步显性化，地方政府性债务、影子银行、房地产等领域风险正在显露，就业也存在结构性风险。”[28]为了防范化解经济领域的风险，习近平同志要求“既要保持战略定力，推动我国经济发展沿着正确方向前进，又要增强忧患意识，未雨绸缪，精准研判、妥善应对经济领域可能出现的重大风险”。[29]他开出了防范和治理经济风险的“良方”，即平衡好稳增长和防风险的关系；稳妥实施房地产市场平稳健康发展长效机制方案；加强市场心理分析，做好政策出台对金融市场影响的评估，善于引导预期；加强市场监测，加强监管协调，及时消除隐患；解决中小微企业融资难融资贵问题，加大援企稳岗力度，落实好就业优先政策；加大力度妥善处理“僵尸企业”处置中启动难、实施难、人员安置难等问题；加快推动市场出清，释放大量沉淀资源；采取有效措施，做好稳就业、稳金融、稳外贸、稳外资、稳投资、稳预期工作，保持经济运行在合理区间。[30]面对新冠肺炎疫情后经济重振、社会秩序恢复的任务，他又提出了“保居民就业、保基本民生、保市场主体、保粮食能源安全、保产业链供应链稳定、保基层运转”的六保举措，并明确指出“六保是我们应对各种风险挑战的重要保证”。[31]这些论述不仅为我国经济行稳致远提供了理论导引，还为全球经济重振提供了“中国方案”。

4.防范化解科技安全风险挑战。围绕科技安全风险的防范化解，习近平同志提出了一系列新观点新论断新举措，从而开辟了运用科技法治思维和科技法治方式防范和化解科技风险的新境界。针对网络安全风险的防范化解，习近平同志提出，要建立统一高效的网络安全风险报告制度、情报共享机制、研判处置机制，准确把握网络安全风险的规律、动向和趋势。[32]与此同时，他还要求“加快网络立法进程，完善依法监管措施，化解网络风险”。[33]针对我

---

[26] 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利———在中国共产党第十九次全国代 表大会上的报告》, 载本书编写组编:《党的十九大报告辅导读本》, 人民出版社 2017 年版, 第 41 页。

[27] 参见 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题 的决定》, 载本书编写组编著: 《 〈中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、 推进国家治理体系和治 理能力现代化若干重大问题的决定〉 辅导读本》, 人民出版社 2019 年版, 第 24-2 页。

[28] 习近平: 《经济工作要适应经济发展新常态》 (2014 年 12 月 9 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第二卷), 外 文出版社 2017 年版, 第 232 页。

[29] 习近平:《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》 (2019 年 1 月 21 日), 载 《习近平谈治国理政》(第三 卷), 外文出版社 2020 年版, 第 220-221 页。

[30] 参见习近平: 《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》 (2019 年 1 月 21 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第 三卷), 外文出版社 2020 年版, 第 220-221 页。

[31] 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 65-66 页。

[32] 参见习近平: 《正确处理安全和发展的关系》, 载中共中央党史和文献研究院编: 《十八大以来重要文献选编》 (下), 中央文献出版社 2018 年版, 第 310-311 页。

国人工智能安全问题研究薄弱、政府应对和法治建设滞后的局面，习近平同志要求“加强人工智能相关法律、伦理、社会问题研究，建立健全保障人工智能发展的法律法规、制度体系、伦理道德”。[34]与此同时，习近平同志还对人工智能、基因编辑、医疗诊断、自动驾驶、无人机、服务机器人等领域提出了“加快推进相关立法工作”的要求。[35]

5.防范化解社会风险挑战。习近平同志从“法治国家、法治政府、法治社会一体建设”的高度，把“坚持保障合法权益和打击违法犯罪两手都要硬、都要快，在打防并举、标本兼治上下功夫，创新完善立体化、信息化社会治安防控体系，推进社会治理现代化，坚持和发展‘枫桥经验’，健全平安建设社会协同机制，下大气力解决好人民群众切身利益问题，全面做好就业、教育、社会保障、医药卫生、食品安全、安全生产、社会治安、住房市场调控等各方面工作，不断增加人民群众获得感、幸福感、安全感”作为从源头上提升维护社会稳定能力和水平的“高招”。[36]为了应对“百年未有之大变局”条件下“风险挑战之严峻前所未有”的形势，习近平同志从加快建设“平安中国”“法治中国”的高度，强调要提高和改善民生水平，加强和创新社会治理，加强社区治理体系建设，打造共建共治共享社会治理格局，[37]强调要完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系，建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体，确保人民安居乐业、社会安定有序，建设更高水平的平安中国。[38]

6. 防范化解生态安全风险挑战。如何破解经济快速发展积累下来的环境问题高强度频发的难题，实现经济高质量发展、生态环境绿色发展，提升人民群众高品质生活，在全球生态治理中承担大国责任?习近平同志明确提出，生态环境安全是国家安全的重要组成部分，是经济社会持续健康发展的重要保障，要始终保持高度警觉，防止各类生态环境风险积聚扩散，做好应对任何形式的生态环境风险挑战的准备。[39]如何防范化解生态安全风险挑战?习近平同志指出，要加快构建生态文明体系，加快建立健全以生态价值观念为准则的生态文化体系、以产业生态化和生态产业化为主体的生态经济体系、以改善生态环境质量为核心的目标责任体系、以治理体系和治理能力现代化为保障的生态文明制度体系、以生态系统良性循

---

33 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 74 页。

34 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 79 页。

35 参见习近平: 《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》 (2019 年 1 月 21 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第 三卷), 外文出版社 2020 年版, 第 221 页。

36 参见习近平: 《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》 (2019 年 1 月 21 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第 三卷), 外文出版社 2020 年版, 第 220-221 页。

37 参见习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利———在中国共产党第十九次全 国代表大会上的报告》, 总结生态文明建设的历史性成就和新鲜经载本书编写组: 《党的十九大报告辅导读本》, 人民出版社 2017 年版, 第 44-48 页。

38 参见 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题 的决定》, 载本书编写组编著: 《 〈中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定〉 辅导读本》, 人民出版社 2019 年版, 第 30 页。

39 参见习近平: 《坚决打好污染防治攻坚战》 (2018 年 5 月 18 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第三卷), 外文 出版社 2020 年版, 第 370 页。

环和环境风险有效防控为重点的生态安全体系。[40]他从生态环境在人民群众幸福生活指数中的地位出发，高度关注水安全，提出“坚持预防为主、综合治理，强化水、大气、土壤等污染防治”。[41]他特别强调，应增强水忧患意识、水危机意识，从全面建成小康社会、实现中华民族永续发展的高度出发，重视解决水安全问题。[42]为了从源头上根治流域生态功能退化，他亲自组织对长江、黄河生态环境的大普查，领导和推动对长江流域、黄河流域的生态系统治理的科学规划，推动长江经济带、黄河经济带的科学发展。他明确要求，要“建立健全资源环境承载能力监测预警长效机制，做到‘治未病’，让母亲河永葆生机活力”，“让黄河成为造福人民的幸福河”。[43]他从应对全球生态环境所面临的共同挑战与共同责任、推进人类命运共同体的高度指出：“生态文明建设好了，对中国特色社会主义是加分项，反之就会成为别有用心的势力攻击我们的借口。”[44]为此，以习近平同志为核心的党中央把生态文明建设纳入“五位一体”总体布局，总结生态文明建设的历史性成就和新鲜经验，并适时领导和推动将“生态文明”写入宪法，从而为防范化解生态安全风险挑战提供宪法保障。

7.防范化解生物安全风险挑战。生物安全风险事关国家安全和发展，事关社会大局的稳定。对此，习近平同志从保护人民健康、保障国家安全、维护国家长治久安的高度，把生物安全纳入国家安全体系，明确要求全面研究全球生物安全的环境、形势和当前面临的挑战、风险，深入分析我国生物安全的基本状况和基础条件，系统规划国家生物安全风险防控和治理体系建设，全面提高国家生物安全治理能力，尽快推动出台生物安全法，加快构建国家生物安全法律法规体系、制度保障体系。[45]

8.防范化解重大公共卫生风险挑战。针对公共卫生领域的风险，习近平同志高屋建瓴地阐明了防范化解公共卫生风险与国家安全发展、社会政治稳定的关系。他强调“防范化解重大疫情和突发公共卫生风险，事关国家安全和发展，事关社会政治大局稳定”。[46]与此同时，他特别强调了法治在防范化解公共卫生领域的风险中的地位和功能，提出“要加快构建系统完备、科学规范、运行高效的公共卫生法律法规体系，健全权责明确、程序规范、执行有力的疫情防控执法机制，普及公共卫生安全和疫情防控相关法律法规，提高全民知法、懂法、守法、护法、用法意识和公共卫生风险防控意识”。[47]习近平防范化解重大公共卫生风险挑

---

[40] 参见习近平:《坚决打好污染防治攻坚战》(2018 年 5 月 18 日), 载《习近平谈治国理政》(第三卷), 外文 出版社 2020 年版, 第 366 页。

[41] 中共中央党史和文献研究院编:《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献版社 2020 年版, 第 98 页。

[42] 参见中共中央党史和文献研究院编:《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出社 2020 年版, 第 99 页。

[43] 习近平:《推动长江经济带发展需要正确把握的几个关系》, 载中共中央党史和文献研究院编:《十九大以来 重要文献选编》(上), 中央文献出版社 2019 年版, 第 405-406 页。

[44] 习近平:《加强生态文明建设必须坚持的原则》(2018 年 5 月 18 日), 载《习近平谈治国理政》(第三卷), 外文出版社 2010 年版, 第 360 页。

[45] 参见中共中央党史和文献研究院编:《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 108 页。

[46] 《整体谋划系统重塑全面提升 织牢织密公共卫生防护网》, 《人民日报》 2020 年 5 月 25 日, 第 1 版。

[47] 中共中央党史和文献研究院编:《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版

战论述的主要内容包括：人民生命安全和身体健康论、全面深化医疗卫生体制改革论、构建公共卫生体系论、完善疾病预防控制体系论、强化公共卫生执法监管论、健全公共卫生服务体系论、公共卫生法治保障论、为维护人民健康提供有力保障论、健全重大疾病医疗保险救助制度论、健全统一应急物资保障体系论、推进医德医风行业自律论、全面社会管理健康论、提高党委政府处置重大公共卫生应急事件能力论、构建人类生命健康共同体论。[48]这些重要论述为提升我国在全球卫生治理体系中的影响力和话语权、共同构建人类卫生健康共同体提供了“中国方案”和“中国经验”。

9.防范化解外部环境风险挑战。习近平同志时刻关注全球人类命运共同体的发展大势，以世界的眼光、宽广的胸襟、大国责任担当的立场，敏锐捕捉人类社会发展正在面临的“百年未有之大变局”态势，直面“二战”后世界格局由“两强多极”向“一强多极”进而向“新兴市场国家整体性兴起”的转变，直面国际秩序重构后所面临的国际政治、经济、金融、互联网治理等难题，“统筹国内国际两个大局、发展安全两件大事”，明确提出要“既聚焦重点、又统揽全局，有效防范各类风险连锁联动”，率先提出“一带一路”的倡议，推动“共商共建共享全球治理体系”，为中国发展与国家安全创造良好外部环境作出了战略抉择。与此同时，他强调，要“加强海外利益保护，确保海外重大项目和人员机构安全”，要“完善共建‘一带一路’安全保障体系，坚决维护主权、安全、发展利益，为我国改革发展稳定营造良好外部环境”。[49]

10. 防范化解党的建设所面临的风险挑战。防范化解党的建设领域的风险挑战是防范化解其它领域风险挑战的重中之重。对此，习近平同志指出：“党面临的长期执政考验、改革开放考验、市场经济考验、外部环境考验具有长期性和复杂性，党面临的精神懈怠危险、能力不足危险、脱离群众危险、消极腐败危险具有尖锐性和严峻性。”[50]他进一步揭示了党的建设领域所面临风险的严重性，指出“我们党面临的四大考验、四种危险是长期的、尖锐的，影响党的先进性、弱化党的纯洁性的因素也是复杂的，党内存在的思想不纯、政治不纯、组织不纯、作风不纯等突出问题尚未得到根本解决”。[51]针对党的建设领域所面临之风险的后果，习近平同志要求全党保持高度政治警觉，明确指出“各种弱化党的先进性、损害党的纯洁性的因素无时不有，各种违背初心和使命、动摇党的根基的危险无处不在，如果不严加防范、及时整治，久而久之，必将积重难返，小问题就会变成大问题、小管涌就会沦为大塌方，

社 2020 年版, 第 168 页。

48 参见徐汉明: 《“习近平公共卫生与健康治理理论”的核心要义及时代价值》, 《法学》 2020 年第 9 期, 第 100 页。

49 习近平:《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》(2019 年 1 月 21 日), 载《习近平谈治国理政》(第三 卷), 外文出版社 2020 年版, 第 222 页。

50 中共中央党史和文献研究院、 中央“不忘初心、 牢记使命”主题教育领导小组办公室编: 《习近平关于“不 忘初心、 牢记使命”论述摘编》, 党建读物出版社、 中央文献出版社 2019 年版, 第 176 页。

51 习近平: 《在党的群众路线教育实践活动总结大会上的讲话》, 载中共中央党史和文献研究院编: 《十八大以 来重要文献选编》 (中), 中央文献出版社 2016 年版, 第 94-95 页。

甚至可能酿成全局性、颠覆性的灾难”。[52]为了防范化解这些风险挑战，以习近平同志为核心的党中央对腐败问题零容忍，对腐败分子严肃查处、严加惩治，全面深化监察体制改革，将试点改革成果上升为制度规范，领导和推动全国人大通过《宪法修正案》，设立监察委员会，完善一府一委两院的国家权力结构，出台《监察法》，修订《刑事诉讼法》等法律，建立对国家公职人员履行职务的全覆盖监督，形成集中统一、权威高效的反腐败法治体系，从而构筑起依法防范化解党长期执政面临风险挑战的制度大坝。

（五）依法防范化解重大风险挑战的“遵循规律观”

习近平同志坚持运用“马克思主义经典作家”提出的基本原理、世界观、方法论，观察风险挑战，总结发展及治理规律，从而丰富了“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的内涵。这包括：

1.把握风险挑战的演变规律。如何把握风险挑战的产生、演变与叠加升级规律?如何把握有效防范化解风险挑战的规律?习近平同志指出：“各种风险往往不是孤立出现的，很可能是相互交织并形成一个风险综合体。”[53]他在深刻阐释了各种风险、矛盾、挑战的传导、叠加、演变规律后，明确指出：“如果防范不及、应对不力，风险就会传导、叠加、演变、升级，使小的矛盾风险挑战发展成大的矛盾风险挑战，局部的矛盾风险挑战发展成系统的矛盾风险挑战，国际上的矛盾风险挑战演变为国内的矛盾风险挑战，经济、社会、文化、生态领域的矛盾风险挑战转化为政治矛盾风险挑战，最终危及党的执政地位、危及国家安全。”[54]

2.防范化解重大风险挑战须遵循规律。基于对风险传导、叠加、演变规律的精准把握，习近平同志阐释了如何牢牢把握防范化解风险挑战的内在规律，提出了“要提高风险化解能力，透过复杂现象把握本质”的观点。[55]与此同时，他强调，要强化风险意识，要常观大势，常思大局，科学预见形势发展走势和隐藏其中的风险挑战，做到未雨绸缪。[56]习近平同志还运用“木桶原理”生动而深刻地阐释了防范化解风险挑战的规律性。他说：“我讲过‘木桶原理’，木桶有短板就装不满水，但木桶底板有洞就装不了水，防控和化解各种重大风险就是加固底板。”[57]对于牢牢把握防范化解重大风险挑战规律、打赢风险防范攻坚战，这些新颖的观点意义重大而深远。

3.提高年轻干部依法防范化解风险挑战与应急处突的能力。习近平同志十分重视年轻干部依法防范化解风险挑战与应急处突的能力建设问题，并将其置于与政治能力、调查研究能力、科学决策能力、改革攻坚能力、群众工作能力、抓落实能力等“七个能力”同等重要的

---

[52] 习近平: 《牢记初心使命, 推进自我革命》 (2019 年 6 月 24 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第三卷), 外文 出版社 2020 年版, 第 531 页。

[53] 习近平: 《下大气力破解制约如期全面建成小康社会的重点难点问题》, 载习近平: 《论坚持全面深化改革》, 中央文献出版社 2018 年版, 第 183 页。

[54] 习近平: 《把新发展理念落到实处》 (2016 年 1 月 18 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第二卷), 外文出版社 2017 年版, 第 222 页。

[55] 习近平:《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》(2019 年 1 月 21 日), 载《习近平谈治国理政》(第三 卷), 外文出版社 2020 年版, 第 223 页。

[56] 参见习近平: 《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》 (2019 年 1 月 21 日), 载 《习近平谈治国政》 (第 三卷), 外文出版社 2020 年版, 第 223 页。

[57] 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 16 页。

地位。如何提升依法防范化解风险挑战与应急处突的能力?习近平同志一再明确要求:“要增强风险意识，下好先手棋、打好主动仗，做好随时应对各种风险挑战的准备。要努力成为所在工作领域的行家里手，不断提高应急处突的见识和胆识，对可能发生的各种风险挑战，要做到心中有数、分类施策、精准拆弹，有效掌控局势、化解危机。要紧密结合应对风险实践，查找工作和体制机制上的漏洞，及时予以完善。”[58]习近平同志的这些观点为年轻干部提高防范化解重大风险挑战与应急处突的能力提供了长期基本遵循。

（六）依法防范化解重大风险挑战的“科学方法观”

依法防范化解重大风险挑战，需要科学的方法。为此，习近平同志系统、全面地阐释了防范化解重大风险挑战的科学方法论。这包括：

1.增强居安思危的风险挑战意识。“备豫不虞，为国常道。”党的十八大以来，习近平同志反复提及，要增强忧患意识，做到居安思危。他指出：“前进的道路不可能一帆风顺，越是前景光明,越是要增强忧患意识,做到居安思危,全面认识和有力应对一些重大风险挑战。”[59]习近平同志把“增强忧患意识”置于“总体国家安全观”和中华民族伟大复兴事业的“大考”之中进行思考，把“统筹发展和安全，增强忧患意识，做到居安思危”提升到了“党治国理政”重大原则的高度。 [60]

2.运用底线思维防范化解重大风险挑战。为了有效应对与防范化解波谲云诡的各种重大风险挑战，习近平同志反复强调要增强“底线思维”意识，并对其根本含义作出科学阐述。他指出：“各种风险我们都要防控，但重点要防控那些可能迟滞或中断中华民族伟大复兴进程的全局性风险，这是我一直强调底线思维的根本含义。”[61]

3.从源头预防化解重大风险挑战。各种重大风险挑战一旦转化为现实危害，就可能造成各种破坏，乃至可能造成中国特色社会主义事业的中断。基于这种现实危险性，习近平同志高度重视对重大风险挑战产生和转化为现实威胁的深层次原因及相关条件的分析,注重抓住本质与要害,特别强调从源头上预防化解重大风险挑战,明确要求“健全风险防范化解机制，坚持从源头上防范化解重大安全风险，真正把问题解决在萌芽之时、成灾之前”。[62]

4.把握风险挑战的防范与化解之辩证关系。习近平同志对风险挑战的防范与化解之辩证关系作出了深刻而富有哲理的阐释。他指出：“必须始终保持高度警惕……既要有防范风险的先手，也要有应对和化解风险挑战的高招；既要打好防范和抵御风险的有准备之战，也要

---

[58] 《习近平在中央党校 (国家行政学院) 中青年干部培训班开班式上发表重要讲话》, http: / / www. gov. cn / xin- wen / 2020-10 / 10 / content_ 5550258. htm, 2020 年 12 月 5 日访问。

[59] 习近平: 《坚持党对国家安全工作的绝对领导》 (2018 年 4 月 17 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第三卷), 外文出版社 2020 年版, 第 217 页。

[60] 参见习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利———在中国共产党第十九次全 国代表大会上的报告》, 载本书编写组: 《党的十九大报告导读本》, 人民出版社 2017 年版, 第 24 页。

[61] 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 16 页。

[62]《充分发挥我国应急管理体系特色和优势 积极推进我国应急管理体系和能力现代化》,《人民日报》2019 年 12 月 1 日, 第 1 版。

打好化险为夷、转危为机的战略主动战。”[63]这些观点科学地阐释了风险挑战的防范与化解之间的辩证逻辑关系，是引领公权力机关、社会组织、全体人民打赢风险防范攻坚战的思想武器。

（七）依法防范化解重大风险挑战的“体制机制观”

“小智治事，大智治制。”习近平同志把筑牢制度防线作为防范化解重大风险挑战的可靠保障，强调通过制度的优势防范化解重大风险挑战。他指出：“我们要打赢防范化解重大风险攻坚战，必须坚持和完善中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化，运用制度威力应对风险挑战的冲击。”[64]一方面，以习近平同志为核心的党中央将防范化解重大风险挑战纳入坚持和完善中国特色社会主义根本制度、基本制度和重要制度的宏观战略布局之中，强调“十四个坚持”，[65]把社会主义制度优势转化为防范化解重大风险挑战的制度效能。另一方面，习近平同志对完善防范化解重大风险挑战的体制机制作出部署安排，明确要求完善风险防控机制，建立健全风险研判机制、决策风险评估机制、风险防控协同机制、风险防控责任机制。[66]面对突然来袭的新冠疫情，针对体制机制及法律制度供给不充分等问题，习近平同志有针对性地指出：“要完善疫情防控相关立法，加强配套制度建设，完善处罚程序，强化公共安全保障，构建系统完备、科学规范、运行有效的疫情防控法律体系。”[67]

（八）依法防范化解重大风险挑战的“综合能力观”

如何提升依法防范化解各类风险挑战的能力?习近平同志对此作出了精辟的概括和阐释。这包括：

1.科学决策，整合各方力量。习近平同志强调，要透过复杂现象把握本质，抓住要害，找准原因，果断决策，要善于引导群众，组织群众，善于整合各方力量，科学排兵布阵，有效予以处理。[68]

2.提高思维能力，增长才干。习近平同志明确指出，领导干部要加强理论修养，深入学习马克思主义基本理论，学懂弄通做实新时代中国特色社会主义思想，掌握贯穿其中的辩证唯物主义世界观和方法论，提高战略思维、历史思维、辩证思维、创新思维、法治思维、底

---

[63] 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 213-214 页。

[64] 习近平: 《关于 〈中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、 推进国家治理体系和治理能力现代化若干 重大问题的决定〉 的说明》, 载本书编写组编著: 《 〈中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进 国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定〉 辅导读本》, 人民出版社 2019 年版, 第 53 页。

[65] 习近平: 《关于 〈中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、 推进国家治理体系和治理能力现代化若干 重大问题的决定〉 的说明》, 载本书编写组编著: 《 〈中共中央关于持和完善中国特色社会主义制度、推进 国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定〉 辅导读本》, 人民出版社 2019 年版, 第 53 页。

[66] 参见习近平: 《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》 (2019 年 1 月 21 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第 三卷), 外文出版社 2020 年版, 第 223 页。

[67] 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 157 页。

[68] 参见习近平: 《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》 (2019 年 1 月 21 日), 载 《习近平谈治国理政》 (第 三卷), 外文出版社 2020 年版, 第 222 页。

线思维能力，善于从纷繁复杂的矛盾中把握规律，不断积累经验，增长才干。[69]

3.增强本领，驾驭风险。习近平同志从健全提高党的执政能力和领导水平的高度，阐释了“增强驾驭风险本领”的时代命题，并将其与增强学习本领、政治领导本领、改革创新本领、科学发展本领、依法执政本领、群众工作本领、狠抓落实本领与斗争本领并列，[70]丰富了“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的内涵。

（九）依法防范化解重大风险挑战的“良法善治观”

习近平同志对依法防范化解重大风险挑战的“良法善治观”作出了全面系统的阐释，这具体包括：

1.完善宪法制度。宪法是防范化解执政风险的根本保障。以习近平同志为核心的党中央领导和推动了第十三届全国人民代表大会第一次会议通过《宪法修正案》，将“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”写入根本大法。这不仅从“总章程”层面为“坚持依法治国首先要坚持依宪治国，坚持依法执政首先要坚持依宪执政”提供了宪法保障，而且为防范和化解执政风险，维护执政安全、政权安全、制度安全、国家长治久安构筑了宪法大坝。

2.完善反腐败法治体系。一方面，以习近平同志为核心的党中央统筹推动“改革与法治”双轮驱动战略，协调推进监察体制改革、检察体制改革、审判体制改革和政法体制机制改革，领导和推动全国人大通过《宪法修正案》，出台《监察法》，修订《刑事诉讼法》等法律法规，形成党统一领导下的行政机关、监察机关、审判机关、检察机关互相配合、互相制约的新型国家权力结构及运行系统，建立起了集中统一、权威高效的反腐败法治体系，筑牢了防范化解腐败风险，确保执政安全、国家长治久安的制度堤坝。另一方面，为防范化解司法风险，习近平同志对司法人员的分类管理、员额制、司法责任制、省以下地方法院和检察院人财物统一管理等改革措施进行顶层制度设计，通过试点实现渐进性改革推动，适时总结司法改革的新鲜经验，领导和推动全国人大常委会颁布《人民陪审员法》，修订《人民法院组织法》《人民检察院组织法》《法官法》《检察官法》等，使司法改革实践的成果规范化、制度化并上升为法律规范，从而为防范化解司法风险，建设公正高效权威的社会主义司坚持党的集中统一领导。坚持党的集中统一领导是有效防范化解重大风险挑战的根本保证。对此，习近平同志旗帜鲜明指出：“战胜前进道路上的风险挑战，从根本上讲还是要靠党的领导、靠党把好方向盘。”他还在党的十九大报告中明确将“增强驾驭风险本领”摆在了“全面增强执政本领”的高度，要求“增强驾驭风险本领，健全各方面风险防控机制，善于处理各种复杂矛盾，勇于战胜前进道路上的各种艰难险阻，牢牢把握工作主动权”习近平同志的这些论述体现了我们党对所面临的错综复杂的世情国情党情的清醒认识，体现了着力防范化解重大风险挑战的高度自觉。

---

[69] 参见习近平: 《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》 (2019 年 1 月 21 日), 载 《习近平谈治国理政(第 三卷), 外文出版社 2020 年版, 第 222 页。

[70] 参见《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题 的决定》, 载本书编写组编著: 《 〈中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、 推进国家治理体系和治 理能力现代化若干重大问题的决定〉 辅导读本》, 人民出版社 2019 年版, 第 9 页。

(十) 依法防范化解重大风险挑战的“政治保障观”

履行政治职责、 永葆斗争精神、 坚持党的集中统一领导构成了“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的核心内容。

1.履好防范化解重大风险挑战的政治职责。 如何压实各级党委、 政府和领导干部防范化解重大风险挑战的政治责任? 习近平同志指出, “防范化解重大风险, 是各级党委、 政府和领导干部的政治职责”, 要求 “坚持守土有责、 守土尽责, 把防范化解重大风险工作做实做细做好”, 强调 “对可能发生的各种风险, 各级党委和政府要增强责任感和自觉性, 把自己职责范围内的风险防控好, 不能把防风险的责任都推给上面, 也不能把防风险的责任都留给后面, 更不能在工作中不负责任地制造风险”。[71]

2. 永葆防范化解重大风险挑战的斗争精神。 党的十八以来, 习近平同志多次强调, 防范化解重大风险挑战, 要保持斗争精神、 增强斗争本领。 他指出, “防范化解重大风险, 需要有充沛顽强的斗争精神”, 强调 “领导干部要敢于担当、 敢于斗争, 保持斗争精神、 增强 斗争本领, 年轻干部要到重大斗争中去真刀真枪干”。[72]他一再告诫党和各级国家机关的领导干部, 要带头尊法学法守法用法, 提高运用法治思维和法治方式深化改革、 推动发展、化解矛盾、 维护稳定、 应对风险的能力。[73]他把建立 “法治建设指标体系和考评标准” 作为完 善党的建设制度的重要内容, 领导和推动出台了 《党政主要负责人履行推进法治建设第一责 任人职责规定》。 与此同时, 全国人大常委会通过了 《公职人员政务处分法》, 将不履行法治建设责任导致公共突发事件等情况纳入该法的追责范围。

3. 坚持党的集中统一领导。坚持党的集中统一领导是有效防范化解重大风险挑战的根本保证。对此,习近平同志旗帜鲜明指出:“战胜前进道路上的风险挑战, 从根本上讲还是 要靠党的领导、 靠党把好方向盘。”[74]他还在党的十九大报告中明确将“增强驾驭风险本领”摆在了“全面增强执政本领”的高度,要求“增强驾驭风险本领, 健全各方面风险防控机制, 善于处理各种复杂矛盾, 勇于战胜前进道路上的各种艰难险阻,牢牢把握工作主动权”。[75]习近平同志的这些论述体现了我们党对所面临的错综复杂的世情国情党情的清醒认识, 体现了着力防范化解重大风险挑战的高度自觉。

三、“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的时代价值

“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”根植于发展完善中国特色社会主义的宏伟事业，是“马克思主义经典作家”之“风险防范原理”在当代中国创新实践的重大成果，是在新时

---

[71] 习近平: 《下大气力破解制约如期全面建成小康社会的重点难点问题》, 载习近平: 《论坚持全面深化改革》, 中央文献出版社 2018 年版, 第 183 页。

[72] 习近平:《坚持底线思维, 着力防范化解重大风险》(2019 年 1 月 21 日), 载《习近平谈治国理政》(第三卷), 外文出版社 2020 年版, 第 223 页。

[73] 参见 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题 的决定》, 载本书编写组编著: 《〈中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定〉 辅导读本》, 人民出版社 2019 年版, 第 16 页。

[74] 习近平: 《在庆祝改革开放 40 周年大会上的讲话》, 《人民日报》2018 年 12 月 19 日, 第 2 版。

[75] 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利———在中国共产党第十九次全国代 表大会上的报告》, 载本书编写组: 《党的十九大报告辅导读本》, 人民出版社 2017 年版, 第 67 页。

代对执政党风险防范理论的鲜活运用，是打赢重大风险防范攻坚战、实现中华民族伟大复兴的基本遵循。

（一）“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”是“马克思主义经典作家”之“风险防范原理”在当代中国创新实践的重大成果

马克思、恩格斯在创建其科学理论体系的过程中，针对执政党和无产阶级政权如何有效防范风险提出了一系列经典观点。第一，提出了关于执政党防范政治风险的观点。针对资本主义私有制的本质，恩格斯曾指出：“用最肮脏的手段用之于最卑鄙的目的，表面上是替国民服务，实际上却是对国民进行统治和掠夺”，[76]广大劳动人民由此将会走向“贫困、精神屈辱和政治依附”。[77]他告诫执政党，“所谓‘社会主义社会’不是一种一成不变的东西，而应当和任何其他社会制度一样，把它看成是经常变化的和改革的社会”。[78]他从党的制度建设方面提出，无产阶级政党不能“只图一时的成就而不顾后果”，这种“机会主义”是极其“危险”的，[79]“必须绝对保持党的纪律，否则将一事无成”。[80]第二，提出了关于社会领域风险根源的观点。马克思、恩格斯在谈及社会发展领域的风险根源时认为，“随着大工业的发展，资产阶级赖于生产和占有产品的基础本身也就从它的脚下被挖掉了。它首先生产的是它自身的掘墓人。资产阶级的灭亡和无产阶级的胜利是同样不可避免的”。[81]对此，他们进一步指出，“资本主义必须对生产工具，从而对生产关系，从而对全部社会关系不断进行革命，否则就不能生存下去”。[82]第三，提出了关于生态领域风险的观点。恩格斯鲜明指出：“不要过分陶醉于我们对自然界的胜利，对于每一次这样的胜利，自然界都报复了我们。每次胜利，起初确实取得了我们预期的结果，但是往后和再往后却发生了完全不同的、出乎意料的影响，常常把最初的结果又消除了。”[83]马克思、恩格斯关于风险防范的经典观点不仅是新中国自成立以来依法防范化解重大风险挑战，创建新生人民政权，有效应对某些国家实施的经济、技术、政治封锁，武装侵略与一系列颠覆破坏活动，开创中国特色社会主义事业伟大实践的理论源头，而且为改革开放条件下防范化解国际与国内风险，避免“苏东剧变”悲剧在我国重演提供了科学理论指导。

列宁在继承马克思、恩格斯的风险防范原理的同时，深刻总结了巴黎公社革命失败的教训，他结合俄国十月革命之后新生的苏维埃政权所面临的诸多风险，提出了关于风险尤其是执政风险的诸多经典观点。比如，列宁提醒执政党和广大群众，“这个时代，这个发生大崩溃、动辄诉诸武力、充满危机的时代已经开始了”。[84]“对于一个作为工人阶级的先锋队来领导一个大国在暂时没有得到较先进国家的直接援助的情况下向社会主义过渡的共产党来说，

[76] 《马克思恩格斯选集》 (第 3 卷), 人民出版社 1995 年版, 第 12 页。
[77] 《马克思恩格斯全集》 (第 21 卷), 人民出版社 2003 年版, 第 16 页。
[78] 《马克思恩格斯选集》 (第 4 卷), 人民出版社 1995 年版, 第 693 页。
[79] 《马克思恩格斯选集》 (第 4 卷), 人民出版社 1995 年版, 第 412 页。
[80] 《马克思恩格斯全集》 (第 29 卷), 人民出版社 1972 年版, 第 413 页。
[81] 《马克思恩格斯文集》 (第 2 卷), 人民出版社 2009 年版, 第 43 页。
[82] 《马克思恩格斯文集》 (第 2 卷), 人民出版社 2009 年版, 第 34 页。
[83] 《马克思恩格斯选集》 (第 4 卷), 人民出版社 1995 年版, 第 383 页。
[84] 《列宁选集》 (第 3 卷), 人民出版社 2012 年版, 第 460 页。

最严重最可怕的危险之一，就是脱离群众”。[85]这主要关涉新生的苏维埃政党如何从经济、政治、文化、外交等方面防范政权危机的重大问题，这是对马克思、恩格斯之风险防范理论的承继，体现了对所处具体历史阶段所面临之风险的深刻思考。列宁之后的政治领导人背离了“马克思主义经典作家”的基本原理，脱离了当时波谲云诡的国际环境与党内及国内的深刻变化，改弦易张，最终导致人民政权被颠覆，红色旗帜落地的风险成为现实，教训极为深刻!

在开启全面建成新时代中国特色社会主义现代化强国新征程之际，在实现中华民族伟大复兴的进程中，以习近平同志为核心的党中央把“马克思主义经典作家”关于“风险防范”的经典观点同新时代我国改革发展的实践相结合，创造性地提出了一系列依法防范化解重大风险挑战的论述，这是与“马克思主义经典作家”的经典原理一脉相承的，是“马克思主义经典作家”之风险防范原理在当代中国实践的重大成果。

（二）“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”是中国特色社会主义风险防范制度、理论与实践在新时代的创新发展

以毛泽东同志为核心的党的第一代中央领导集体在建设新的国体、政体及经济制度、政治制度、文化制度、社会制度的过程中，围绕防范化解重大风险挑战，确保执政安全、制度安全、国家长治久安作出了艰辛探索，提出了关于防范化解执政风险的重要思想。早在中国革命即将取得全国胜利的前夕，毛泽东同志就提出：“务必使同志们继续地保持谦虚、谨慎、不骄、不躁的作风，务必使同志们继续地保持艰苦奋斗的作风。”[86]围绕“如何建立新生的人民政权，破除政权历史更迭周期律”这一重大问题，毛泽东同志曾指出：“我们是人民民主专政，各级政府都要加上‘人民’二字，各种政权机关都要加上‘人民’二字，如法院叫人民法院，军队叫人民解放军，以示和蒋介石政权不同。”[87]这些论述对确保执政安全与政治安全具有深远意义。为把我国建设成为一个强大的社会主义国家，毛泽东同志领导并推动了对农业、手工业和资本主义工商业的社会主义改造，于 1956 年底初步建立起了社会主义制度，中国社会发生了又一次历史性巨变。毛泽东同志对风险研判以及风险防范化解的探索实践，有效引导了社会主义新生政权在内忧外患复杂形势下的巩固发展，为确立我国的根本政治制度、基本经济制度以及在这些制度基础上的各项具体制度，防范化解重大风险，抵御国外反动势力武装侵略与颠覆新生人民政权，开辟中国特色社会主义事业奠定了基础。

改革开放后，以邓小平同志为核心的第二代中央领导集体在把握改革开放和经济社会转型时期风险特质的基础上，提出了较为系统的风险防范观点。邓小平同志指出，“在实现四个现代化的进程中，必然会出现许多我们不熟悉的、预想不到的新情况和新问题。尤其是生产关系和上层建筑的改革，不会是一帆风顺的，它涉及的面很广，涉及一大批人的切身利益，一定会出现各种各样的复杂情况和问题，一定会遇到重重障碍”。[88]针对改革开放前期在社会转型过程中出现的各种风险，他告诫各级领导干部，“要把工作的基点放在出现较大的风

[85] 《列宁选集》 (第 4 卷), 人民出版社 2012 年版, 第 626 页。
[86] 《毛泽东选集》 (第四卷), 人民出版社 1991 年版, 第 1438-1439 页。
[87] 《毛泽东文集》 (第五卷), 人民出版社 1996 年版, 第 135-136 页。
[88] 《邓小平文选》 (第二卷), 人民出版社 1994 年版, 第 152 页。

险上，准备好对策。这样，即使出现了大的风险，天也不会塌下来”。[89]同时，邓小平同志还多次提出“两手抓、两手硬”的战略思想，深刻阐释了经济建设与法制建设、改革开放与惩治腐败、精神文明与物质文明之间的辩证统一关系，为在改革开放和现代化建设过程中防范和化解“改旗易帜邪路”的重大风险提供了方向引领。

随着改革开放和社会主义市场经济体制的建立和完善，以江泽民同志为核心的党中央、以胡锦涛同志为总书记的党中央积极应对各种风险，正确处理改革、发展与稳定的关系，为中国特色社会主义事业的发展提供了坚实保障。面对“东欧剧变”“苏联解体”的国际形势与改革发展的国内形势，江泽民同志提出了“三个代表”重要思想，强调“面对很不安宁的世界，面对艰巨繁重的任务，全党同志一定要增强忧患意识，居安思危，清醒地看到日趋激烈的国际竞争带来的严峻挑战，清醒地看到前进道路上的困难和风险，倍加顾全大局，倍加珍视团结，倍加维护稳定”。[90]进入新世纪新阶段，以胡锦涛同志为总书记的党中央面对国际国内形势所发生的更为深刻的变化，全面分析和准确把握世界发展大势，提出“树立世界眼光，加强战略思维，不断提高统筹国内国际两个大局的能力，不断提高把握发展机遇、应对风险挑战的能力”，强调要“树立和落实全面发展、协调发展和可持续发展的科学发展观”，[91]从而为最大限度地减少各领域的风险因素、促进社会经济和谐发展、构建社会主义和谐社会提供了支撑。

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央运用马克思主义基本原理及世界观和方法论，立足于统筹推进“五位一体”总体布局，协调推进“四个全面”战略布局，聚焦“制度安全、政权安全、国家长治久安”大战略，提出一整套关于防范化解重大风险的新论断新思想新战略，这是中国特色社会主义风险防范制度、理论与实践在新时代的创新发展。

（三）“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”是打赢重大风险防范攻坚战、实现中华民族伟大复兴的基本遵循

依法防范化解重大风险挑战的实践需要科学理论的指导。“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”是对我国防范化解重大风险挑战的历史经验与现阶段实践经验的全面、系统、深刻的总结，具有科学性、实践性、时代性的理论品质。在这套理论的指导下，我国的经济社会发展取得了历史性变革，防范和化解重大风险取得了历史性成就，持续、巩固和发展了经济高速发展与社会长期稳定“两大奇迹”。党的十九大确立了“一个时段、两个阶段”的目标任务，开启了全面建设社会主义现代化强国、实现“两个一百年”奋斗目标、中华民族伟大复兴的新征程。然而，“中华民族伟大复兴绝不是轻轻松松、顺顺当当就能实现的”，[92]在前进的道路上，依然存在着各种各样错综复杂的国际与国内风险。党的十九大报告将“防范化解重大风险”置于“三大攻坚战”的首位，这进一步凸显了新时代依法防范化解重大风险挑战对

[89] 《邓小平文选》 (第三卷), 人民出版社 1993 年版, 第 267 页。
[90]《江泽民文选》 (第三卷), 人民出版社 2006 年版, 第 574-575 页。
[91] 中共中央文献研究室编: 《十七大以来重要文献选编》 (上), 中央文献出版社 2009 年版, 第 568 页。
[92] 中共中央党史和文献研究院编: 《习近平关于防范风险挑战、 应对突发事件论述摘编》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 4 页。

于夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利、实现中华民族伟大复兴事业的重要意义。如何防范化解政治、意识形态、经济、科技、社会、生态安全、外部环境、党的建设所面临的各种风险挑战?如何避免犯战略性、颠覆性错误，实现化险为夷、转危为机?如何从总体国家安全观出发，统筹国际与国内两个大局，办好保持自身稳定发展与国家安全两件大事?如何捍卫国家主权安全、政治安全、政治稳定，让中国特色社会主义制度更为稳固?如何深化创新、协调、绿色、开放、共享新发展理念，构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局?如何加快推动经济高质量发展、政府高效率管理、人民高品质生活?如何实现风险精准防控，持续巩固经济高速发展与社会秩序稳定?这些问题都是当前与今后我国必须思考与回应的重大问题。为此，以习近平同志为核心的党中央洞察与研判“百年未有之大变局”给我国经济社会发展带来的机遇和严峻挑战，提出了依法防范重大风险挑战十个方面的论述，深刻阐释了新时代安全与发展、改革与稳定、依法防范化解重大风险挑战与维护总体国家安全之间的辩证关系，为构建新时代风险治理体系、提升风险治理能力提供了理论指引。实践证明，“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”是新时代战胜前进征途上一切重大风险挑战的锐利思想武器。

结语

“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的形成和发展遵循唯物主义辩证法的立场、观点、方法及路径，具有实践性、时代性、科学性的理论品质。时代是思想之母，实践是理论之源。“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的实践性集中体现在，其根植于新时代依法防范化解重大风险挑战的伟大实践，是对我国有效应对各种重大风险挑战成功实践经验的系统总结与理论升华，是新时代有效应对各种重大风险挑战的实践指南。“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的时代性集中体现在，其始终聚焦防范化解重大风险挑战这一重大时代命题，从理论与实践的结合上系统回答了“什么是依法防范化解重大风险挑战”“为什么要依法防范化解重大风险挑战”“如何依法防范化解重大风险挑战”等重大理论与实践课题，为防范化解政治、经济、科技等领域的风险挑战贡献了具有时代性的新思想新论断新战略，是在“百年未有之大变局”条件下防范化解各种重大风险挑战、引领党和国家事业全面发展、实现中华民族伟大复兴的一面旗帜。“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的科学性集中体现在，其是“马克思主义经典作家”之“风险防范基本原理”与中国防范化解重大风险挑战实践相结合的产物，充分体现了实践基础上的理论创新这一马克思主义的固有理论品格，是马克思主义中国化最新成果，开辟了马克思主义发展的新境界。

以“习近平国际法治理论”为引领创新涉外法治人才培养机制

徐汉明[1]

一、坚持以“习近平国际法治理论”为引领

党的十八大以来，习近平总书记以世界的眼光、战略家的睿智、政治家的胸怀、大国领袖担当的气魄，在领导亿万人民开启实现“两个一百年”奋斗目标伟大征程的关键期，对全球人类社会发展做出“百年未有之大变局”的精准判断，创造性地提出了统筹“国内法治”和“国际法治”两个大局的系列新理念新论断新思想新战略。梳理总结其涵盖六个层面，即：

统筹国内法治和国际法治两个大局层面。提出了“坚决维护以联合国为基石的世界秩序论”“积极参与国际立法论”“积极参与国际执法论”“积极参加国际司法机构和司法活动论”“做好涉外与国际法律服务论”“加强国际法治人才队伍建设论”“积极开展法律外交论”。

推进全球治理格局、治理体制、治理规则层面。提出了“三个前所未有论”，即：“我们前所未有的靠近世界舞台中央”“前所未有的更能实现中华民族伟大复兴”“前所未有的具有实现这个目标的能力和信心”；“国际形势波谲云诡的风险挑战论”“中国快速崛起必定面临限制、牵制论”，即：面临既有国际规则与国际秩序的限制，又面临美国等西方守成大国的牵制;“参与全球治理的目的论”“推进全球治理体系变革，负责任大国义不容辞的责任论”；“积极参与全球治理，为发展中国家争取更多权利和话语权论”;“给国际治理格局和国际体系定规则、定方向，争夺发展制高点论”;“争取在国际秩序和国际体系长远制度新安排中体现和尊重中国应有地位和作用论”。

推进国际关系民主化、法治化、合理化层面。提出了“共同推进国际关系民主化论”“共同推进国际关系法治化论”“用统一适用的规则明是非、促和平、谋发展，创造一个公平正义的未来论”“坚持民主平等正义，建设国际法治民主化，共同推进国际关系合理化论”。

构建利益共同体和命运共同体层面。首次提出“创造人类命运共同体意识论”“和平发展正义民主自由人类共同价值论”“推进全生命周期健康管理论”“联合国崇高目标论”。

依法防范化解重大风险层面。提出“统筹国内国际两个大局、发展安全两件大事论”“居安思危的忧患论”“防范风险的先手棋、应对和化解风险挑战的高招论”;“五个不让论”，即：“不让小风险演化为大风险，不让个别风险演化为综合风险，不让局部风险演化为区域性或系统性风险，不让经济风险演化为社会政治风险，不让国际风险演化为国内风险”。

这一整套新范畴新命题新论断构成了内容丰富、体系完整、逻辑严密，具有成熟哲学方法和鲜明时代面向的国际法治理论体系，堪称“习近平国际法治理论”。其产生、发展具有深刻的时代背景。直面“百年未有之大变局与实现两个一百年奋斗目标历史交汇期”的国际波谲云诡形势判断与牢牢把握发展与安全两件大事，是“习近平国际法治理论”产生发展的客观基础；消解统筹国内法治与国际法治能力不完全适应的矛盾是“习近平国际法治理论”产生发展的社会根源；破解国际执法、司法、涉外法律服务卓越法治人才供给不充分的难题，是催生“习近平国际法治理论”的现实条件；新中国 70 年国际法治从第一代中央领导集体

[1] 徐汉明，中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心主任、中国法学会法治研究基地主任、教育部社会治理法治建设创新团队学术带头人，教授、博士生导师。

毛泽东、周恩来关于“和平共处五项原则”的贡献；到第二代领导人邓小平“和平与发展”是时代主题的判断，推动建立公正合理的国际政治经济新秩序；再到新时代推进国际关系民主化法治化合理化，构建人类命运共同体的三重跨越转型，是“习近平国际法治理论”发展完善的时代需求。

这一理论特征具有实践性、科学性和时代性。其实践性根植于当代中国国内法治与国际法治统筹协调实践，是 70 年参与全球治理的经验结晶；其科学性在于诠释了国内法治与国际法治中国模式、道路、制度，诠释了统筹两个大局，办好两件大事质的规定性，是 21 世纪伟大马克思主义国际法治观的科学表达；其时代性集中体现在，为推进全球治理体制、治理规则变革，推进国际关系民主化法治化合理化，打造共商共建共享人类命运共同体，为整体性兴起的发展中国家争夺更多制度性权利和话语权提供了“中国方案”。认真研究、宣传、践行“习近平国际法治理论”，对于构建涉外法治“三大体系”，加快涉外法治人才培养、提升涉外法治服务能力，扩大中国法的域外适用空间，发挥涉外法治在参与全球治理格局、治理体制、治理规则变革，推动国际关系民主化法治化合理化的基础性、战略性、先导性作用意义重大而深远。

二、直面国际法治人才建设短板

用“习近平国际法治理论”检视，虽然，新中国成立尤其是改革开放以来，我国在涉外法治人才培养方面取得了长足进步，为涉外法治领域输送了大批涉外法治人才。但是，这同统筹国内法治与国际法治两个大局，办好发展与安全两件大事的战略要求比，我国涉外法治人才培养存在突出短板。具体而言：

1.整体数量的短板。“二战”后，全球人类社会发展最具标志性的事件是中华人民共和国诞生、人民政权的建立。第一二代中央领导集体率领亿万人民奋力突破帝国主义的政治、经济封锁与武装颠覆、干涉、侵略，恢复了中国在联合国、世界银行、国际货币基金组织的合法席位，加入了 WTO 与国际互联网组织，使中国在站起来、富起来的过程中获得了参与全球治理的话语权，货物、服务、贸易、知识产权、投资的规则运用权，逐步参加了国际规则制定、执法、司法活动的领域。随着当今世界百年未有之大变局呈现“东升西降”的突出特征，其核心变量和主要推动力是中国的持续快速发展，是中华民族伟大复兴的推进和不可逆转。“两个大局，一张卷子”，不仅给国内法治提出了急迫要求，更暴露出国际法治人才在涉外立法、涉外执法、涉外司法，涉外法学研究中捉襟见肘的短板，正如著名法学家黄进教授指出的，“涉外法律服务人才队伍存在总量偏小、质量不高、经验不足等问题。”例如，我国在国际竞争中仍然尚缺乏强大的国际规则话语权，尤其是在联合国、国际货币基金组织、世界贸易组织、世界银行、国际法院等国际立法、司法、仲裁、法律服务等国际组织中任职的人员偏少，并且任职人员中处于领导层、发挥领袖作用的不多。据有关资料统计，中国在联合国秘书处的雇员仅占 1.46%，不仅远远低于美国的 6.75%，而且排名在菲律宾、印度、俄罗斯之后，属于 40 个“任职人数不足”的国家之列，这与第二大经济体的大国地位极不相称。

2.人才质量短板。法治是国家核心竞争力的主要依托，涉外法治人才是参与国际规则制定、话语权竞争的重要力量。在中华民族伟大复兴与百年未有之大变局历史交汇期，涉外法治人才参与国际政治、经济、贸易、网络、执法、司法中暴露出整体性水平不高，在同以美国守成大国逆全球化、逆国际规则适用民主化法治化合理化，应对“长臂管辖”，中国法的国际适用能力等方面整体不足，常常呈现“有理说不出、说了不管用”的尴尬。如何打破以美国等西方国家对我国战略上围堵、遏制和打压，规则博弈上“规锁”，思想理论文化上“污名化”、西化和“分化”？从涉外法治人才培养整体现状看，存在“六有六缺”现象，即：有学科缺顶层设计、有学术缺思想、有数量缺质量、有专家缺大师、有专业缺谋略、有法务缺影响。尤其是在推进“一带一路”国际合作中，长期以来受制于大陆法系、英美法系的法治实践需求，忽视伊斯兰语系国家、斯拉夫语系国家、南亚语系国家法律制度的传授，由此带来这些领域法治人才的奇缺，有的只能以外语人才滥竽充数，致使在国际贸易、货物、服务、知识产权、投资等活动中常常吃亏上当。

3.培养体系短板。这主要表现在：学术体系方面。以 AI 技术为代表的经济全球化催生人类社会发展在政治、经济、文化、生态领域规则的多样化与适用的便捷化，型塑了以守成大国为主导、新型市场体国家整体性兴起相互博弈，催生国际组织规则体系与适用体系的转型变化，给 21 世纪国际法治“三大体系”提出革新的要求，如国际网络法治、气候法治等缺失，海洋法实施主权国家冲突平衡，对以美国为主导局部战争的国际法庭审判程序完善等，伊斯兰语系等“一带一路”国家的法律查明，等等。所有这些都给国际法理论的科学发展提出了种种挑战。**教学体系方面**。目前涉外法治人才的教学体系未能与国家战略充分对接，以《普通高校本科专业教学质量国家标准(法学类)》来看，高校在法学专业核心课程设置方面遵循的“10+X”分类设置模式，将国际经济法、国际私法划入“X”范畴,从原来的必修课变为限定选修课，仅保留“国际法”，这就弱化了国际法学知识训练，深刻影响学生的国际视野和知识结构，对其将来从事涉外法律服务十分不利。**培养模式方面。**我国高校未能依据各自区域优势与办学特点进行差异化的涉外人才法治培养，并且推行以问题为导向的法律实践型教学，教育“同质化”现象严重。**实践应用方面。**目前涉外法治人才的教学培养仍然侧重于以法条解读和学理阐释为主的课堂讲授方式，模拟法庭、法律诊所、模拟谈判、境外法律实习等教学方式未能实现有效普及。同时，高校和政府、实务部门之间的壁垒机制仍须进一步打通，尤其是政府涉外部门、涉外企业、涉外律所和具备师资条件的高校之间的交流与合作亟待加强。

三、完善涉外法治人才培养的路径

1.构建国际法治“三大体系”建设。以“习近平法治思想”为指导，把“习近平国际法治理论”贯穿国际法学一流学科建设的全过程，坚持把国内法治与国际法治摆在同等重要位置，全面提升国际法治学科在法治体系中的地位。建一流的国际法学院，将国际法学升格为法学学科门类下的一级学科，创造条件在各高校开设国际法学本科专业，扩大国际公法、国际私法、国际经济法等硕士、博士学位授权点招生规模，提升涉外法治人才在“六类人才”

（党政、企业管理、专业技术、高技能人、农村实用、社会工作）队伍中的比重。同时，对标我国参与全球治理格局、治理体系、治理规则变革，及“一带一路”战略实施，优化国际法学课程体系；根据联合国、国际组织、地区组织、“一带一路”国家法治建设进程，可增设联合国法、国际网络法、欧盟法、国际数字经济法、国际数字货币法、亚太国家国别法、“一带一路”国家国别法等，以适应国际法治体系和法治能力现代化新需求。结合自身办学特点探索国际法学体系的“10+X”分类设置模式，为学生提供“国际法学+语言、经贸、社会、文化”等学习机会，深化实化细化涉外法治人才的培养。

2.强化国际法律实践教育。高校须注重与国际组织、仲裁机构、知名律所、跨国公司等合作，充实涉外法治人才培养的师资力量，实现对涉外法治人才培养的高质量培育与引导；建立健全高校与涉外的政府部门、司法机关、企业、法律服务机构等之间联合培养涉外法治人才的协同工作机制，重点是将法院、仲裁、司法、商务系统等涉外工作部门的优质实践教学资源更有效地引入法律院校，强化和创新实践教学。同时，针对具体涉外法律事务和问题，发展完善“法律诊所”“境外实习”“模拟法庭”等培养方式，并通过技术赋能实现实时、实地的“线上讨论”“云小组学习”，不断拓展学生深度参与涉外法律实践的途径与方式。

3.创新涉外法治人才培养模式。以培养“复合型、创新型、能力型”卓越涉外法治人才为目标，推动国内高校与国际组织、知名大学的涉外法治人才培养协同创新，整合法治资源，提高国际法治开放度；建立“国际法学+”双专业双学位培养机制，强化涉外法律课程的双语教学与英语教学；探索“国内+海外”中外合作培养机制，拓宽与世界上高水平大学合作交流渠道。

4.深化涉外法治人才培养体制机制改革。设立中央依法治国委员会涉外法治人才建设办公室，统筹国内法治与国际法治人才培养的目标规划、顶层设计、政策支持、行动进程、保障措施、组织领导，评估督导等中长期发展规划。要把涉外法治人才培养规模、质量、效果引入高校“双一流”建设评价体系。所有涉外机关、企业、事业单位及科研机构，都要与高校建立涉外法治人才需求联合培养、定向培养、短期培训、国别法制咨信服务、重大课题攻关等合作机制，拓宽涉外法治人才生长渠道，以弥补“一带一路”与“走出去”战略实施中涉外法治人才供给不足的短板。扩大涉外律师、公证、仲裁等法律服务机构的设立，所有省会城市、副省级城市和经济发达对外开放度高的市（县），都要创造条件建立涉外法律服务所（站）。到 2035 年前，我国涉外律师、公证、仲裁法律服务人员规模应达到 100 万，并与国内法律服务规模形成 1：3 的科学结构。建立涉外法治人才评价考核模式，把重视涉外法治人才工作与涉外法治人才培养纳入“法治国家、法治政府、法治社会一体建设”考核评价的范围，凡有涉外工作的地方都必须把党政领导是否重视涉外法治人才培养、选拔与使用作为单独的指标进行考核评价，在相同条件下，对涉外法治工作与涉外法治人才培养有实绩见成效的干部优先提拔使用。要把加快“一流国际法学院”建设纳入地方“十四五”经济与社会发展规划，加大对涉外法治人才培养经费投入，加强涉外法治专门教师队伍建设，推进涉外法治信息化

“一带一路”倡议下我国涉外法律服务的现状、问题和完善

薛静，徐远超，刘杨

（湖南理工学院团委，湖南 岳阳 414000

湖南长沙学院土木建筑学院，湖南 长沙 410000

湖南理工学院政法学院，湖南 岳阳 414000）

The Current Situation ,Problems and Improvement of China’s Foreign-related Legal Services in the Context of “The Belt and Road”

XueJing ,Xu Yuan-chao ,LiuYang

(Communist Youth League Committee , Hunan Institute Science and Technology ,Yueyang , Hunan, 414000

COLLEGE OF CIVIL ENGINEERING ,CHANGSHA UNIVERSITY , Changsha, Hunan ,410000

College of political science and law , Hunan Institute Science and Technology ,Yueyang , Hunan, 414000)

摘要： 涉外法律服务是有效促进“一带一路”经济良性循环可持续发展的重要保障。受到历史原因和自身条件的制约，我国的涉外法律服务主体在自身素质、层次定位、服务成效等方面还存在一定的不足。涉外法律服务的主体即律师、律师事务所应从发展理念、价值导向、体制机制、内涵提升等方面积极探索完善，为中国涉外法律服务发展创造新高度。

关键词：一带一路；涉外法律服务主体；理念；机制

Abstract: Foreign-related legal service is an important guarantee for effectively promoting the virtuous cycle and sustainable development of “The belt and road” economy. However, restricted by historical reasons and their own conditions ,China’s foreign-related legal service subjects still have some defects in their own quality, level positioning, service effectiveness and other aspects. Lawyers, law firms should actively explore and improve the law from the aspects of development concept , value orientation , system mechanism and connotation enhancement , so as to seek a positive way out for the development of foreign-relate legal services in China.

Key words: “The Belt and Road”; Subject of Foreign-related Legal Service; Ideas; Mechanism

基金项目：2020 年湖南省学位与研究省教育改革研究项目（2020JGYB245）

作者简介：薛 静（1980-），女，湖南湘潭人，硕士，湖南理工学院讲师，研究方向：国际法。

徐远超（1978-），男，湖南华容人，博士在读，长沙学院讲师，研究方向：民商法。

[3]刘 杨（1979-），女，湖南岳阳人，博士在读，湖南理工学院政法学院副教授，研究方向：国际法。

引言

“一带一路”（The Belt and Road，缩写 B&R）的全称是“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”，该概念由中国国家主席习近平于 2013 年提出。“一带一路”倡议重在加强和促进沿线各国的政治、经济、文化、科技交互融通，带动“一带一路”国家的公共管理体系、经济贸易制度、人民生活水平、对外交流服务等方面的同步提升，是中国应对全球形势深刻变化、经济霸权和危机的重要手段，对世界经济、政治新秩序的建立，都有着不容忽视的积极意义。“法治是实现促进合作与广泛共识原则的基础”[1]，故此涉外法律服务就成为实现“一带一路”倡议目标的一个不可或缺的重要保障。

一、涉外法律服务主体界定

2014 年，党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对涉外法律工作作出了明确指示：“强化涉外法律服务，维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当权益，依法维护海外侨胞权益。”随着“一带一路”倡议的实施，国家对涉外法律服务的关注越来越高。涉外法律服务是一个非常宽泛的概念，一般指具有涉外因素的各种法律服务形式，具体包括涉外民事法律服务、涉外刑事行政司法服务等等。本文中，笔者讨论的涉外法律服务仅限于涉外经贸领域，故本文的涉外法律服务主体是指在涉外经贸领域中，以其法律知识和技能，为自然人、法人维护正当权益、排除不法侵害、防范法律风险的法律工作组织和个人。

当前，我国涉外法律服务主体主要有两类，一类是从事涉外法律服务的执业律师；一类是以法人身份存在的律师事务所。此两类服务主体根据自身的定位和职责为涉外贸易交往提供相应的法律服务。

二、 “一带一路”倡议下我国涉外法律服务主体的现实状况

（一） 律师涉外法律服务发展之现实状况

律师是涉外法律服务的执行者，是中国涉外法治建设的核心关键。当前我国的律师群体蓬勃发展，据司法部不完全统计，截至 2019 年我国共有律师 47.3 万人，广大律师在“一带一路”的倡议下积极作为，努力开展涉外法律服务，为“一带一路”法治建设贡献力量。然而在现实中，律师涉外法律服务在业务结构、执业能力等方面还存在一定的问题。**首先律师群体中开展涉外法律服务的比例偏低。**据光明法治网报道，北京市共有涉外律师 2200 余人，仅占律师总数的 6.5%，上海市从事过涉外法律服务的律师有 2000 多人，仅占全市律师的 10%左右[2]。我国对外贸易经济最发达的两所城市涉外律师比例如此之低，可以想象我国的内陆城市，本身对外经济贸易交往尚不发达，涉外法律服务需求不大，其涉外律师更是屈指可数，个别城市甚至没有一人。其次，**律师承担涉外法律服务的能力偏弱。**据司法部官方网站发布，截至 2019 年底，在国境外接受过教育并获得学位的律师 7735 人，仅占全国律师总人数的 1.48%[3]。同时，根据大连市青年律师执业状况调研报告显示，受访律师中，91.7%律师没有海外学习经历，仅有 17.4%的律师能够精通 1 门以上外语[4] 。当前我国能够有效熟

练 2 门以上外语的律师偏少，尤其是精通“一带一路”沿线小语种外语的律师占比更低。另一方面，绝大多数律师仅拥有国内执业资格证书，同时拥有国内律师资格证和“一带一路”某沿线国家律师执业资格证的律师十分稀缺。由此可见，律师在涉外法律服务中基本语言能力和执业资格存在明显不足。法治的建设和完善是确保“一带一路”经济交往安全稳定的关键因素，建设高素质的涉外法律人才队伍，是引领世界变局向于我有利方向发展的客观需要，也是推动构建人类命运共同体的重要法律支撑[5]。高素质涉外律师严重缺乏的现实已经成为阻碍我国“一带一路”法治建设不容忽视的问题，急需得到行之有效的解决。

（二）律师事务所涉外法律服务发展之现实状况

律师事务所是律师执业的基本单位，是涉外法律服务的对外窗口和载体平台。当前我国律师事务所整体发展势态良好，依据司法部官方网站公布的律师、公证、基层法律服务的最新数据，截至 2019 年底，全国共有律师事务所 3.2 万家[3]，当下，律师事务所已经成为我国法律服务的主要力量。近年来，为了积极响应“一带一路”倡议，我国律师事务所大力拓展涉外法律服务业务。据司法部官方网站发布，截至 2019 年底，我国律师事务所在境外设立分支机构 154 家，全年共办理各类法律事务 6 万多件[3]，律师事务所为推进我国涉外法律服务作出了积极的贡献。然而，当前我国的律师事务所涉外法律服务在业务类型、律所结构、对外拓展等方面都存在严重的发展不平衡现象。一**是当前涉外法律业务非律师事务所的主要业务范围。**以北京市为例，根据中国司法部、中国政府法制信息网公布的数据，北京开展涉外业务的律师事务所 423 家，仅占律师事务所总数（2717 家）的 15.6%[3]。**二是律师事务所在“一带一路”沿线各国的对外扩张速度缓慢。**《中国司法》2019 年 4 月发布的《北京市涉外法律服务调研报告》数据显示，在北京 900 家律师事务所中，仅有 24 家在境外设立了分支机构[6]，仅占比 2.7%。涉外法律服务是能有效保证“一带一路”战略政策顺利运行的根本途径，是我国实现涉外法治建设的根本要求，然而现阶段我国的律师事务所面对“一带一路”涉外法律服务的需求和要求，还有很大的差距，急需提升解决。

三、 “一带一路”倡议下我国涉外法律服务主体的问题分析

“一带一路”沿线国家和地区由于历史发展的原因，在经济发展、政治文化、社会风俗等各个方面存在巨大的差异，同时“一带一路”沿线各国的地理环境较为复杂，政治意识多元多变，尤其缺乏多边自贸安全体系和有效投资合作机制。因此，法律防范机制是保障“一带一路”战略推进的重要抓手和措施。法律一方面可以有效防范“一带一路”贸易中的危机和风险，另一方面又可以有效化解矛盾和纠纷。而这一切都需要我国的涉外法律服务主体具备应对“一带一路”经济贸易法律问题的能力。目前，据调查了解，我国的涉外法律服务的两类主体均存在许多的问题和不足，在高效服务“一带一路”战略需求上还存在较多的现实缺陷。

（一） 律师自身知识与能力储备不足

2020 年 4 月 17 日，中共中央政治局常委、全国政协主席汪洋主持召开第十三届全国政协第 34 次双周协商座谈会，就“建设高素质的涉外法律服务人才队伍”进行专题研究。汪洋

强调，当今世界正经历百年未有之大变迁，中国日益走近世界舞台中央，这是一个需要也一定能产生大批高素质涉外法律服务人才的时代[7]。然而，现实中律师由于个人能力和实践经验等问题，在有效提供精准涉外法律服务方面还存在较大的问题。**第一，我国律师涉外多国语言能力不足。**“一带一路”沿线国家以小语种国家为主，具有独特的民族语言特征，我国律师有相当一部分起点较低，尤其年龄较长的律师，虽然法律实务经验较丰富，但是外国语言的知识和能力非常欠缺，而年轻律师大多拥有一定的英语基础，但面对小语种的需求，也是无能为力。我国的语言教育教学体制下，从中小学到大学，主体的外语学习对象均是英语，只有少数英语专业，甚至是专门的外国语学院才有涉及小语种的学习。故此，我国律师的涉外多国语言能力从个人基础到学习途径都十分匮乏，不能有效对接“一带一路”涉外法律服务的人才需求。**第二，我国律师涉外法律服务实务经验不足。**一方面，我国律师行业起步较晚，律师个人的成长和培育主要依靠自身积累，律师的业务学习途径较少，业务提升主要依靠自身经验和时间的积累，因此当前我国律师对“一带一路”国家的涉外知识产权、涉外合同、涉外投融资、涉外风险防控等业务领域都较为生疏，不能满足其专业性、高效性的要求。另一方面，“一带一路”沿线国家的法律体系较为复杂，沿线国家分属普通法系、大陆法系和伊斯兰法系，还有一些国家具有混合法律制度[8]。我国律师中同时熟知大陆法系和英美法系法律知识的人员较少，对“一带一路”沿线国家具体法律知识、法律现状的了解程度偏低，涉外法律知识的储备相对匮乏。纵观我国当前律师现状，对国外律师实务的经验和专业知识都非常缺乏，无法满足“一带一路”涉外法律实务的要求。

“一带一路”国际经济交往与合作，为国内涉外法律业务带来极大的发展空间，为国内律师同行带来了大量的业务机会，但是律师自身的能力和知识的欠缺又成为“一带一路”涉外法律服务业务开展的阻碍，及时有效地解决此矛盾刻不容缓。

（二） 律师事务所管理与规范机制有待进一步提升

当前，律师事务所是对外提供法律服务的主要载体，律师通过加入固定的律师事务所统一开展法律服务业务。然而在“一带一路”国际法律服务的大背景下，国内律师事务所大多因为管理和规范机制较为落后，不能有效对接“一带一路”涉外法律服务的高层次需求。**首先，律师事务所内部管理体系还需完善。**国内的律师事务所由于业务主要集中在诉讼业务，涉外法律服务业务比例较低，律师事务所对于涉外业务的管理经验不足，管理机制缺失，配套制度空白。如涉外法律服务收费标准、涉外取证基本流程、涉外法律服务律师自身权益维护等问题，均尚处于探索和起步阶段，缺乏标准和指导。**其次，律师事务所对外合作效率不高。**目前，“一带一路”沿线各国有很多国家法律服务市场仍较为闭塞，由于不同法域、不同法系的差异，大多“一带一路”国家的法律服务只允许本国律师进行，故而我国律师境外开展取证、阅卷、会见、代理等法律业务造成了很大的困难。另一方面，国内律师事务所由于自身业务结构老化、业务经验不足，综合实力不够，在“一带一路”沿线国家开办境外分所比较困难，因此律师事务所的涉外业务大多采取与国外当地律师实务所合作的方式开展。而实践中，由于双方的分工不够明确、风俗差异较大、法律规范冲突较多，往往导致实际合作效果

差强人意。

因此，如何提升国内律师事务所的综合实力，规范其内部管理机制，提升其对外合作的效力，是当前涉外法律服务的一个难点。

四、 “一带一路”倡议下涉外法律服务主体的完善路径

（一）构建“命运共同体”的法治发展理念是涉外法律服务主体困境破解的根本指引

“一带一路”倡议已经超越了地域的界限，得到越来越多国家的响应。“一带一路”的战略意义不仅仅是经济制度的交融，更是具有价值导向的法治理念创新。习近平提出的“人类命运共同体”理念正是其理论创新的基石。

1.“人类命运共同体”理念是“一带一路”法治建设的理论基石

2012 年党的十八大报告首次提出“要倡导人类命运共同体意识”；2017 年党的十九大报告将“推动构建人类命运共同体”作为新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略之一，全面阐释了其内涵。“人类命运共同体”理念反映的是世界大同的美好愿景，是“一带一路”之“共商、共建、共享”原则的理论支撑；“一带一路”之“合作共赢”精神传播的是平等互利、公正友好的外交思想，正是“人类命运共同体”理念的内涵演绎[9]。当前，“一带一路”战略是集经济、政治、法律交融的综合体，其法治建设是不可或缺的重要环节，“人类命运共同体”理论正是“一带一路”法治建设的理论基石，保证其法治推进的正确方向。

2.“人类命运共同体”理念是涉外法律主体蓬勃发展的思想指引

律师、律师事务所作为涉外法律服务的两大主体是涉外法治建设的基本要素，也是涉外法治建设的直接参与者和执行者，他们的蓬勃发展是中国“一带一路”法治建设的根本保证。然而当前国内涉外法律服务主体群体数量众多，管理方式零散，层级结构混乱，利益诉求多样，需要一个强而有力的主旨思想指引以保障其良性发展。“人类命运共同体”作为“一带一路”战略法治建设的理论基石，是“一带一路”倡议基本原则的理论支撑，其契合涉外法律主体“互利共享，自我成长”的利益需求，是涉外法律主体蓬勃发展最佳的思想指引[10]。

（二） 注重内涵提升是涉外律师群体可持续发展的内在需求

涉外律师是“一带一路”战略法律服务的主体和核心，律师自身业务能力和基本素质是决定涉外法律服务水平的关键。涉外律师应该积极作为，注重业务能力和服务素质的内涵提升，以应对“一带一路”经贸往来过程中的复杂形势和严格要求，为涉外法律服务的专业化提供智力支持。

1.准确定位律师业务发展。涉外律师要清醒认识“一带一路”战略的法律服务需求，积极主动应对“一带一路”建设中国涉外法律服务体系的现实需求。首先要提高涉外非诉讼业务的占比和地位。在“一带一路”法律事务中，相比诉讼业务来说，非诉讼业务更符合律师业务拓展的新增长极，有更广阔的发展前景。如经贸往来、产能投资、能源资源合作、金融服务、生态环境、知识产权等各方面的法律咨询和法律服务，都是目前“一带一路”法律业务的主流。因此，涉外律师要积极对接开展涉外非诉讼业务，增加实践的机会和途径。其次，要积极拓展新兴业务范围。目前，“一带一路”的经济贸易中，亚投行、互联网+所带来的新兴法律问

题不断增多，尤其涉及到重大的企业兼并与合并分立、直接投资等等。所以，涉外律师要大大拓展涉外知识产权业务、涉外高新技术管理服务、涉外经贸风险防控业务等新兴业务范围，更有效地贴合“一带一路”未来发展方向。最后，要大力发展国际业务，提升国际视野。当前中国企业在“一带一路”经济贸易中重视开展 BOT 融资、PPP 模式公共基础设施建设、国际工程项目承包、跨境企业重组并购等国际化的业务，因此涉外律师的法律服务也应该集中关注“两反一保”、国际贸易争端等国际化法律服务业务，要提升国际视野，更好地与国际法律业务接轨。

2. 科学建立律师培养体系。针对律师队伍通晓国际法律和规则、具备外国语言能力、熟悉外国风俗习惯的专业人才缺乏的问题，中国人民大学法学院杜焕芳教授提出“加强涉外法治专业人才培养是涉外法治建设的基础工程”[11]。首先要加强高等院校和法律研究机构涉外法律人才的培养和培训。高等院校尤其是法律专业院校要重点开设涉外法律教学和实践，从基础上提高我国律师的知识水平和外语能力。其次，要重点培育涉外律师的领军人物，扩大中国律师在国际法治建设方面的参与度。要同步打造涉外律师的“精英人物”和涉外律师的“基础力量”，一边培养全能优秀典型的涉外精英专家，一边扩大基础涉外律师的培训培养，组建涉外法律服务人储备梯队，保证我国律师服务“一带一路”经贸往来的人才需要。最后，要建立科学合理的律师人才评价和服务评价机制。当前，我们的律师评价标准还不够科学，客观上缺乏律师专业资格的评价体系，给律师的队伍发展带来很大的阻碍。同时要建立涉外法律服务的评价机制，通过法律服务评价，促使律师主动提高业务水平，提升服务能力，更好地适应“一带一路”法律服务的高层次和高水平要求。

（三） 完善体制机制建设是律师事务所破解涉外法律服务难题的基本保障

律师事务所是对外法律服务的窗口和平台，在“一带一路”的涉外法律服务过程中律师事务所要积极发挥主观能动性，着力完善内外体制机制建设，以“一带一路”业务发展和需求为契机，增强自身的业务能力和服务水平，进而提升我国律师事务所的国际影响力。

1. **加强律师事务所内部管理机制建设。**律师事务所为了有效服务“一带一路”法律事务，首先需要做好律所内部的管理和规范改革。比如，为了向涉外企业提供更为优质高效的法律服务，律师事务所应该增强服务流程规范化，做到决策程序化、风险预测化，并制定相应的《律师收费制度》《利益冲突审查制度》《风险防控制度》等规范性文件，有效指引、规范律师提供法律服务的流程和水平。其次，在律师事务所的经营管理中，应该建立完善的风险评估预警机制、律师安全保险制度等，以保证律师在涉外法律服务过程中的安全和利益，更好地鼓励律师们参与涉外法律服务业务。最后，律师事务所还要做好“一带一路”等涉外律师的培养工作，建立优秀涉外律师“传帮带”的优良传统，并通过律所的各种团建活动、法律论坛，让更多的年轻律师了解涉外法律服务，参与涉外法律服务，为我国的年轻律师走上国际舞台奠定基础、储备力量。

4.3.2 完善律师事务所对外拓展体制设计。律师事务所在面对“一带一路”的法律服务中，要直面自身的不足，在业务扩张和业务定位中做好体制设计。首先是对外开展“一带一路”

沿线国家法律服务的模式要进行科学安排。如，可以采取新设律师事务所到“一带一路”沿线国家的方式，也可以采取与“一带一路”国家本土律师事务所合并的方式，甚至也可以采取直接聘请“一带一路”国家本土律师的方式，等等。但是无论采取何种方式都必须站在有效开展涉外法律的服务的角度，全面客观地评估各种业务扩张模式的利弊，选取最合适自身发展的模式，并尽快通过新业务模式的拓展，适应服务国的法律环境和要求。其次是对外开展“一带一路”国家法律服务的业务内容要进行科学设计。“一带一路”沿线各国由于风俗习惯各异、法律环境不同，所涉及的业务类型和业务要求也大不相同，就是最简单的语言要求也有很大的差异，所以选择什么国家、开展什么法律服务，也应该根据律师事务所的自身优势和特色进行布局，以求能够最大限度地发挥律师事务所的优势，也能最为顺利地开展涉外法律服务。

五、结语

在 2020 年 11 月召开的中共中央全面依法治国工作会议上，我们党正式提出“习近平法治思想”，为全面建设社会主义现代化法治国家指明了道路。“习近平法治思想”明确指出，坚持统筹推进国内法治和涉外法治，是建设法治强国的必然要求[12]。因此，面对世界百年未有之大变局，提升涉外法律服务主体自身能力，探索涉外法律服务创新路径，是加强涉外法治体系建设、推动全球治理体系变革、构建人类命运共同体的必由之路。

参考文献：

[1] 刘敬东.全球经济治理新模式的法治化路径[J].法学研究，2012,(4).

[2] 光明法治，我国涉外法律服务展现地域特色 北京律师人才数量全国领先.[EB/OL].https://legal.gmw.cn/2019-12/02/content_33367488.html.2019-12-2.

[3] 中华人民共和国司法部 中国政府法制信息网.2019 年度律师、基层法律服务工作统计分析.
[EB/OL].http://www.moj.gov.cn/organization/content/2020-06/24/574_3251377.html..2020-6-24.

[4] 原创力文档.大连市青年律师执业状况调研报告. [EB/OL].
https://max.book118.com/ html/2018/0831/5103004104001312.shtml.2018-08-31.

[5] 黄惠康.从战略高度推进高素质涉外法律人才队伍建设[J]国际法研究.2020,第 3 期.

[6] 中华人民共和国司法部 中国政府法制信息网.2019 年度律师、基层法律服务工作统计分析.[EB/OL].http://www.moj.gov.cn/organization/content /2020-06/24/
574_3251377. html. 2020-6-24.

[7] 北京律师协会.《北京市涉外法律服务调研报告》正式发布[J]中国司法.2019,(4).

[8] 张华.美国的律师协会对律师管理的研究[D].中国优秀硕士学位论文全文数据库.2007,(3).

[9] 蒋新苗.朱雅妮.“一带一路”法律供给机制研究[J]西北大学学报（哲学社会科学版）.2018 年,(3).

[10] 韩秀丽.再论国际法治理念下的“一带一路”倡议实施[J]国际商务研究.2018,(6).

[11] 杜焕芳. 涉外法治专业人才培养的 d 顶 d 层设计及实现路径[J]. 中国国际私法学会 2020 年会暨国际公共卫生安全论坛.2020,(12).

[12] 胡明. 深刻认识习近平法治思想的重大意义
[EB/OL].http://www. xinhuanet.com/politics/2020-12/15/c_1126861880. htm.
2020-12-15.

国际私法视阈下我国涉外法治发展研究

杨怡忱 华中科技大学法学院 博士研究生

摘要：涉外法治是我国近期法治建设的重点，其肩负推进全面依法治国战略与构建人类命运共同体的时代使命。作为涉外法治建设的重要一环，国际私法在解决涉外民商事法律冲突所形成的理论制度与丰富的司法实践，可为我国涉外法治发展提供指引。涉外法治建设应“立足国内而展望国际”，辨明涉外法治的价值目标、法律制度、治理对象，结合国际私法的一般原则，分析出发展涉外法治需遵循的原则性规范，达到维护我国利益，尊重外国利益，保护人权的最终目标。我国涉外法治发展应遵循建设立法体系、完善司法实践、培育复合型高素质的涉外法律人才的战略路径。

关键词：涉外法治；国际法治；国内法治；国际私法

The Development of Foreign-related Rule of Law in the Context of Private International Law

Abstract：Foreign-related rule of law is the focus of construction programs in recent China, which shoulders the missions of promoting law-based governance in all respects strategy and building a global community of shared future in the new era. Private international law which is an important part of foreign-related rule of law can provide guidance to it by the theoretical and rich judicial practice developed in resolving disputes in international civil and commercial legal relationship. To safeguarding our interests, respecting foreign interests and protecting human rights in the end, good approaches to building the foreign-related rule of law are needed, which are basing on domestic but outlooking international community, identifying the value objectives, rules and governance objects, and analyzing the principle of foreign-related rule of law referring to the general principles of private international law. Building foreign-related rule of law should follow the paths of constructing a legislative system, improving judicial practice and nurturing composite and high-quality foreign-related legal talents.

Keywords：Foreign-related Rule of Law; International Rule of Law; Domestic Rule of Law; Private International Law

引言

近年来，世界多极化、经济全球化深入发展，社会信息化、文化多样化持续推进，新一轮科技革命和产业革命正在孕育成长，各国相互联系、相互依存程度加深，全球命运与共、休戚相关。[1]作为国际社会重要一员，中国正积极追求自身繁荣富强及国际秩序和谐稳定。随着对外开放深化发展，处理我国与他国及我国与世界间关系的强烈需求已经凸显。值此之际，党的十八届四中全会报告提出“建设……涉外法治人才队伍”、“加强涉外法律工作”，首次确立“涉外法治”概念。[2]涉外法治的建设是适应我国对外开放深化的现状及促进构建开放性经济新体制的需要。为推动涉外法治建设和发展，理应提出切实可行的发展战略。

国际私法是涉外法治最有代表性的法律制度之一。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）是我国调整具有涉外因素的民商事关系的部门法。国际私法在我国法律体系中尤为特殊：首先，国际私法的调整对象是涉外民商事关系，其通常涉及多个国家的司法主权，其理论为协调各国冲突的司法主权而生；其次，现代国际私法以平等理念为基石，承认各国法律体系地位平等，承认外国人在本国与本国人有平等的民事法律地位，并在此基础上制定调整涉外民商事争议的法律规范；最后，国际私法本着“求同存异”思想处理各国法律冲突。对各国可以达成一致的事项以条约的形式固定，而对无法达成一致的事项，则根据当事人的意志或冲突规范适用最合适国家的法律。作为我国法律体系的一部分，国际私法规范依我国国情制定，维护我国国家利益、社会利益和个人利益，而其调整对象的涉外性则使其也遵循国际法规范，尊重他国当事人利益和他国法律体系。近几十年，我国国际私法处理涉外事务积累了丰富的经验，为各类复杂的涉外问题开创了多样的解决办法。国际私法理论及其司法实践正是涉外法律工作的缩影，反映了涉外法律工作的方方面面，由我国国际私法的发展反观我国涉外法治建设，可为我国涉外法治发展战略的构建带来可供借鉴的经验和启示。

2020 年 11 月 17 日，习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上发表重要讲话，他强调，“要加快涉外法治工作战略布局，……更好维护国家主权、安全、发展利益。”[3]此后，总书记多次强调发展涉外法治的重要性，展现了涉外法治在实现全面依法治国和全球治理中的关键地位。在新时代，我国构建和发展涉外法治的意义来自两个方面。第一，发展涉外法治是新时代国际局势的要求。世界正处于百年未有之大变局当中，新冠疫情为国际社会增添了更大的不确定性。我国作为具有相当国际影响力的世界大国，应以法治化思维处理我国对外事务，以法治化方式防范风险，维护我国利益；第二，我国涉外法治仍处于初步构建阶段。立法体系不完备，许多涉外法治领域处仍无法可依，涉外司法实践经验不足，态度相对保守，缺乏足够的涉外法律人才。为实现法治中国目标，促成全球治理及人类命运共同体的长远目标，建设、发展涉外法治是接下来一段时间内中国法治建设的重点内容之一。

---

[1] 习近平：《共同构建人类命运共同体》，载《求是》2021 年第 1 期。
[2]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，载《人民日报》2014 年 10 月 29 日，第 1 版。
[3] 习近平，《坚定不移走中国特色社会主义法治道路为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《求是》2021 年第 5 期。

一、涉外法治发展之“涉外法治”

涉外法治是涉外法律工作的法治化，我国涉外法律工作涉及多个方面，既有国家层面的外交关系、合作关系，也有私人层面的对外经济贸易关系与涉外民商事关系等，随着我国对外开放不断深化，涉外法律事务的范围、种类和数量也飞速增长。对于涉外法治的内涵，我国学者曾以多种角度阐述之，有学者指出，涉外法治是从中国的立场和本位来看的法治概念，[4]还有学者指出，“一国的涉外法律工作以其立足国内、关注国际的特点，恰好构成国内法治与国际法治互动的天然纽带”，[5]“‘涉外法治’从根本上讲是指我们国家如何以法治的思维和法治的方式来处理涉及我们国家的涉外关系”；[6]也有学者从法学学科分类角度入手，提出“在传统法学理论中的国内法学与国际法学的‘二元化’法学学科分类的基础上，对国内法学进一步作国内法治理论与涉外法治理论的‘二元化’区分”。[7]通过上述分析，结合当今我国涉外法律工作的现实需要，我们可以认识到，我国涉外法治的基本内涵主要包含以下四个层面：

第一，涉外法治以中国为本位。这是涉外法治的应有之义，不同于以整个国际社会为视角的国际法治，涉外法治的视角在于我国自身，以我国人民为中心，以维护我国主权、安全和利益为出发点，主要体现在：其一，涉外法治的对象是与中国国家和中国人民利益相关的涉外关系，既包括私法性质的涉外经济关系，又包括公法性性质的涉外政治关系；其二，涉外法治所包含的法律制度主要为我国立法机关制定的法律法规，如《法律关系法》、《中华人民共和国外商投资法》和《中华人民共和国对外贸易法》等，或者是我国签署并承认的国际条约规范。当然，处理涉外法律事务也要遵守有关国际法；其三，涉外法治的主要目标是保护我国人民的海外利益，并维护我国在国际社会的合理利益。近年来，以美国为首的西方国家屡屡从经济层面对我国施加压力，借由其法律规定阻挠我国企业开展国际贸易，涉外法治的重要作用之一就是通过法治化提高我国涉外法律工作水平，以维护我国公民权益，扩大对外开放与国际合作。

第二，涉外法治的治理对象是具有涉外性的法律事务。产生涉外性的原因如下：其一，我国并非是完全独立存在的主权国家，而是时刻处在与国际社会的联系之中，以主体身份参与国际社会，与国际社会中的其他成员交往、沟通和协作；其二，国际社会以主权国家为主要成员，为实现一定的利益目标，国家之间持续不断地相互影响、相互渗透、相互贯通，各国通过国际合作达成国际条约，建立良好的国际制度，以国家间合作和国际民商事交往维持国际社会运转，进而塑造国际秩序和全球治理模式。[8]涉外法律事务的范围随着科技发展，全球化推进以及我国对外开放水平提高而逐步扩大，延伸到我国社会生活的各方面，涉及立法、司法、执法及法律服务等法律工作。以法治思维和法治方法处理此中我国与他国的关系

---

[4] 参见柳华文：《论习近平法治思想中的国际法要义》，载《比较法研究》2020 年第 6 期。
[5] 黄进：《习近平全球治理与国际法治思想研究》，载《中国法学》2017 年第 5 期。
[6] 《国际法学科专业是涉外法治人才培养的平台——中国法学会副会长、中国国际法学会会长、中国政法大学教授黄进在对外经贸大学涉外法治研究院成立大会上的讲话》，
https://mp.weixin.qq.com/s/gagyqFdvKrk_Ah6PgFQf_g，最后访问时间：2021 年 4 月 24 日。
[7] 莫纪宏：《论习近平法治思想理论体系的二元化逻辑结构及功能》，载《行政管理改革》2021 年第 3 期。
[8] 参见赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，载《中国社会科学》2014 年第 10 期。

问题及我国与世界的关系问题，是实现全面依法治国，推动新国际秩序产生的现实需求。

第三，涉外法治不能违背一般法律原则和国际法规则。涉外法律工作的后果不仅及于我国领土或个人，也作用于他国领土或个人，并影响到整个国际社会。国际法凭借国家即国际法主体意思表示一致而发生效力，其蕴含的法律价值为世界各国所倡导。有学者指出，习近平不断强调的全人类共同价值，即“和平、发展、公平、正义、民主、自由”[9]可作为指引现代国际法进步，推动全球治理形成的重要价值理念。[10]因此，开展涉外法律工作需要遵守国际法，以促进全人类共同价值的实现。

第四，涉外法治以实现人类命运共同体为最终目标。人类命运共同体是我国在新时代背景下提出的国际法核心原则和理念，早期作为反映我国政策和立场的理念提出，现在则成为我国宪法中重要的法律概念。该理念指引全球共同发展，是我国对双边或多边国际关系铺设的理想图景。涉外法治涉及一国如何对待外国国家和外国人民的问题，对国际社会有重要影响，人类命运共同体的实现理应成为涉外法治的价值追求。在开展涉外法律工作时，既要坚决维护我国核心利益，也要尊重外国的利益，坚持互利共赢的交往准则，在保护我国人民的同时，遵循互惠原则和非歧视原则，平等对待外国人与本国人。

涉外法治以我国为本位，运用法治思维和法治方法解决我国和国际社会及国际社会组成主体之间各种问题。涉外法治的内涵牵扯国内法治和国际法治两个层面，一方面以我国国内法治的功能和定位为基础，秉持“以人民为中心”的法治根本理念，另一方面以国际法治的价值为参照，肩负构建“人类命运共同体”的全球治理目标。与上述两个层面的关系构成了涉外法治的特殊性，国际法治为各国参与国际秩序和国际规则体系提供价值准则，制度框架和制度保障，而涉外法治可以说是一国如何遵守国际法参与国际社会的法治方法。但是，涉外法治也是我国国内法治的对外延伸，其法治工作是我国自己的法治工作，是全面依法治国的一部分，不论是规则还是实现规则的人力物力，其基础都在我国自身，由我国主导。因此，难以明确地将涉外法治归为国际法治或是国内法治，在构建涉外法治的发展战略时，要注意涉外法治的特殊性质，整合其中的原则和理念。

二、涉外法治发展之“发展原则”

法律原则指导法律活动，法治原则引导法治建设。在构建涉外法治发展战略的过程中，涉外法治原则将发挥重要作用。涉外法治原则是关于涉外法治如何处理涉外法律关系的概括性解答，良好处理涉外法律关系，维护我国国家和人民的利益，是新时代下推动我国对外开放政策顺利发展的实际需求，也是实现全面依法治国的必然条件。此外，结合我国所提倡国际政治经济新秩序和人类命运共同体理念，涉外法治的发展还要符合国际法规范，促进国际间和谐稳定。鉴于此，涉外法治原则的确立应优先维护我国国内法治的价值，保护我国核心利益，同时尊重国际法治的价值，不损害他国合理利益。

国际私法作为处理涉外民事法律关系的法律部门，其原则与通常国内法原则有所不同。

[9] 2015 年，习近平总书记出席第 70 届联合国大会一般性辩论，并在讲话中强调，“和平、发展、公平、正义、民主、自由，是全人类的共同价值，也是联合国的崇高目标”。

[10] 参见柳华文：《论习近平法治思想中的国际法要义》，载《比较法研究》2020 年第 6 期。

作为处理涉外民商事交往的法律规范，国际私法的主要原则很好地体现了一国公民和法人与外国公民和法人交流、贸易和合作的核心需求，作为调整国家间司法合作、判决流通的法律制度，其原则也明确指出了国家间司法主权碰撞时的处理准则。国际私法的主要原则有四条：国家主权原则、平等互利原则、有约必守原则和弱者保护原则。这四条原则中蕴含的价值目标是各国和国际社会都普遍认可的，体现了国内法治和国际法治在治理层面价值取向的高度统一。[11]藉由分析我国国际私法主要原则，并提取国际国内法治的共同价值追求，可初步整合我国涉外法治发展原则。

（一）维护我国核心利益原则

所谓国家核心利益就是指国家利益结构中处于核心位置的部分，涉及国家的生存、独立和发展三个方面的利益需求，是国家利益结构中位于中心并对国家利益整体影响重大的部分。[12]处理涉外法律关系时，应将我国核心利益[13]放在首位。习近平总书记曾强调，“我们要坚持走和平发展道路，但决不能放弃我们的正当权益，决不能牺牲国家核心利益。任何外国不要指望我们会拿自己的核心利益做交易，不要指望我们会吞下损害我国主权、安全、发展利益的苦果”。[14]国家主权原则作为国际私法的首要原则，体现了维护我国核心利益的决心。我国核心利益是我国生死存亡的关键，反映了我国在一段时期内对自身所面临的问题的性质、危害程度以及应对的紧迫程度的总体认识，是当前所处国际环境，我国发展战略和应对内外挑战的集中反映。涉外法治是我国顺应新时代发展需求而提出的，解决我国由内而外的各项法律问题的法治化方式，以维护我国核心利益为先，是发展涉外法治的内生逻辑。

当然，除我国核心利益不容侵犯外，在对外交往的过程中，我国其他重要利益也应得到保护。《法律适用法》第 5 条规定，“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律”，我国社会公共利益是全体中国公民共同享有的利益，包括风俗，文化和道德准则等，是我国的重要利益。可见，着力维护我国核心利益并保护我国重要利益，是涉外法治建设中处理我国利益和外国利益冲突的基本方式。

（二）和平共处五项原则

1953 年末，周恩来总理与来访的印度代表团交谈时提出处理中印关系的五项原则，即“互相尊重领土主权、互不侵犯、互不干涉内政、平等互惠和和平共处的原则”。1954 年，上述五项原则被写入中印两国谈判的文件之中。此后，我国多次强调用和平共处五项原则处理双边或多边国家之间的关系，更指出该五项原则应适用与“一般国家关系之中”，成为处理国际关系的基本准则。[15]2018 年通过的《中华人民共和国宪法修正案》序言中，在和平共处五项原则之后，加上了“发展同各国的外交关系和经济、文化交流，推动构建人类命运共

---

[11] 参见刘仁山主编：《国际私法（最新版）》，中国法制出版社 2012 年版，第 23-26 页。

[12] 参见王公龙：《国家核心利益及其界定》，载《上海行政学院学报》2011 年第 6 期。

[13] 2011 年 9 月发表的《中国的和平发展》白皮书首次明确了中国的核心利益，即国家主权，国家安全，领土完整，国家统一，中国宪法确立的国家政治制度和社会大局稳定，经济社会可持续发展的基本保障。

[14] 《习近平在中共中央政治局第三次集体学习时强调：更好统筹国内国际两个大局，夯实走和平发展道路的基础》，载《人民日报》2013 年 1 月 30 日，第 1 版。

[15] 在 1954 年 6 月 28 日和 29 日中印、中缅发表的两国联合声明中均指出，（和平共处五项原则）如果适用于“一般国际关系之中”，为一切国家所遵守，则社会制度不同的国家的和平共处就有了保证。

同体”的字样。上述举动表明，在坚持和平共处五项原则的基础上，推动构建人类命运共同体已成为我国对国家间关系所坚持的基本立场和原则。和平共处五项原则是构建人类命运共同体的基础和前身，与人类命运共同体理念是辩证统一的，坚持和平共处五项原则的国际社会，才可能走向实现人类命运共同体的未来。[16]

在处理我国各类涉外关系时，应以和平共处五项原则为底线，建设和谐稳定的国家间关系。在涉外法律工作中，难免遇见涉及他国领土、司法主权或他国利益的争端，此时，和平共处五项原则能够为我们的处理方式提供指导。如在国际私法中，平等互利是重要原则之一，平等是国际私法赖以出现和存在的基石。现代意义上的国际私法最早根据同等对待内国法与外国法的理念诞生，以协调相关国家的利益需求。各地区地位平等这一理念构筑了国际私法的理论底色，各国当事人一律平等的理论也为国际私法的适用搭起了桥梁。互利是我们对国际往来的美好期冀，习近平总书记凭借对历史的深刻认知，意识到现在的国际关系应促进各国通力合作，遵循共赢的世界历史潮流，他强调，要“奉行双赢、多赢、共赢的新理念，扔掉我赢你输、赢者通吃的旧思维”。[17]国际私法自诞生以来，就提倡尊重外国当事人和外国国家合法利益，以推动国家间经济交往顺利进行。历史经验告诉我们，一味维护自己的利益不利于保持良好的对外关系，只有为他国利益考虑，才能分享共赢发展的红利。

（三）保护人权原则

保护人权是我国与国际社会共同认可的价值目标，人权价值是国际法治的重要价值追求，是否侵犯人权是衡量国际行为合法性的重要标准。以联合国为首的国际组织将保护人权作为自己工作的重点，致力于促进世界人权保护水平的提高，联合国的根本宗旨和原则之一是维护和促进人权与基本自由。在我国国际私法中，人权保护概括体现为弱者保护原则，表现在可能带有不平等关系的涉外民商事领域规定了人权保护法律规范，实施法律引导与法官自由裁量相结合的审判方式，如消费领域、婚姻家庭领域中的父母子女关系等。还表现在特定种类的涉外合同关系中，不承认合同中的法律选择条款和争议解决条款，直接规定适用某个地方的法律，或者要求不得违反法院地的强制性规定，或者单独给予处于弱势一方当事人选择法律的权利。我国法治建设中人权含义则更为广阔，我国人权观历经西方殖民一百多年的屈辱史，建国以来几十年充满曲折但成就巨大的探索史，又受到我国五千年上下丰厚的历史文化积淀的深刻影响，人权的普遍性原则与我国具体实际相结合，已经形成了较为系统的以人民为中心的人权理念。[18]近几十年来我国积极参与世界范围内的人权实践，推动国际人权发展。我国提出的共同构建人类命运共同体理念在国际社会引起热烈反响，多次被写入联合国人权理事会、联合国安理会等机构决议，为增进各国民生福祉做出了重大贡献。[19]

在新时期，我国将“以人民为中心”的思想纳入社会主义法治的核心价值体系。用法治

---

[16] 参见柳华文：《推动构建人类命运共同体：法律化及其落实》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2019年第6期。

[17] 习近平：《习近平出席第七十届联合国大会一般性辩论并发表重要讲话》，载《人民日报》2015年9月29日，第1版。

[18] 参见袁正清、李志永、主父笑飞：《中国与国际人权规范重塑》，载《中国社会科学》2016年第7期。

[19] 2019年9月22日国务院新闻办公室发表《为人民谋幸福：新中国人权事业发展70年》白皮书，详细阐述了我国在人权领域的建设历史和国际贡献。

手段保护人权是国内法治与国际法治的一致价值目标，法治是实现人权的保障，是确保人权得到尊重和保护的重要手段；而人权是法治进程中的依据和根本目标，贯穿于法治建设的整个过程之中，二者紧密相连。人权保护作为涉外法治发展的根本目标，既是涉外法治的本质反映，也是国际法治与国内法治协调推进所必需。2018 年，我国提出的“在人权领域促进合作共赢”的决议正式写入联合国文件，我国的人权主张正成为世界的人权主张。

三、涉外法治发展之“发展路径”

党的十九届四中全会报告阐明了当下我国涉外法治工作的重点，即“加强涉外法治工作，建立涉外工作法务制度，加强国际法研究和运用，提高涉外工作法治化水平”。[20]在全面依法治国工作会议报告中，总书记已经指明，涉外法治是为“强化法治思维，运用法治方式，有效应对挑战、防范风险，……，坚决维护国家主权、尊严和核心利益。要推动全球治理变革，推动构建人类命运共同体”的目标而提出的。该远大目标对我国涉外法律工作水平提出了严峻考验。在国内法治和涉外法治的格局中，涉外法治一直是短板、是弱项，[21]涉外法治的提出要晚于国内法治，其进展也相对落后于国内法治，其相对落后表现为涉外法律立法、司法工作制度不够完备以及涉外法治人才和经验相对缺乏，构建我国涉外法治发展战略路径势在必行。

（一）立法发展建设

涉外法律工作法治化最重要的前提是有法可依。涉外法律规范目前以单行法和专篇专章或分散性立法的方式存在于我国法律、行政法规中，也包括我国签署的相关国际条约的规定。近日，我国商务部出台了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》，是我国对某些国家域外适用其国内法不当影响我国当事人和国家利益的有力回应，也反映了我国建设法治国家的实际信心。自十八大以来，涉外领域法律法规逐步出台，如 2019 年通过的《中华人民共和国外商投资法》《中华人民共和国外商投资法实施条例》和正提请审议的《中华人民共和国海南自由贸易港法（草案）》等。

总体看来，我国涉外法规较为分散，未涵盖所有涉外关系领域，尚未形成涉外法规体系，在多领域无法可依或法规层级较低的现象普遍存在。因此，我们不仅要根据实践的发展和需要，及时修订、补充相关法律法规，还要加快制定涉外法律规范，填补涉外工作领域的法律真空。完善我国涉外法规，推动我国涉外法律体系建成，可以从以下几方面入手。

第一，在法律空白领域加快立法，积极参加符合我国国情的国际条约。在对外投资、对外援助、口岸、开发区、领事保护等领域，我国尚未出台正式法律法规，加快空白领域立法是解决问题的根本方法。在立法时，需要注意各领域法规的统一协调，在基本问题上要规定一致，在吸收外国先进立法的同时，也要结合我国多年来的实践经验。我国还可以签署相关国际条约，参与条约起草过程并提出建议，先进的国际条约规定可以促进我国立法的进步；

第二，优先填补目前急需法律规范的领域。如商务部《阻断外国法律与措施不当域外适

[20] 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，载《人民日报》2019 年 11 月 6 日，第 1 版。
[21] 张文显：《习近平法治思想的理论体系》，载《法制与社会发展》2021 年第 1 期。

用办法》设立于中美争端的大背景下，虽然是部门规章，但也体现了规范在涉外工作领域中举足轻重的地位。在最迫切呼唤规则的领域立法，能够更有效率地集中专家学者和民众的法律意见，立法目标也更具有针对性，还能反应最紧迫的时代需求；

第三，用司法解释或其他方式解决已存在法规中的模糊之处，形成前后一致的规范体系。我国涉外立法对于一些基本问题要么没有规定，要么因规定不一致而产生矛盾，如我国缺少能够确定国际条约在我国法律体系中地位的基础性法规，又如《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）中有关民法适用范围的第 12 条，[22]其中“法律另有规定”中的“法律”究竟应解释为是《民法典》中的其他法律规范，还是解释为《民法典》之外的法律规范，例如能让民法规范域外适用的《法律适用法》的冲突规范，在解读上会出现歧义。[23]此外，在某一领域中可以法典化的方式解决立法漏洞，国际私法学界正致力于实现国际私法法典化，以协调《民法典》的域外适用问题；

第四，整合涉外领域法律规范，树立构建我国对外关系法律体系的意识。随着我国对外开放不断深入，处理我国与外国关系的各项法律规范也不断增加、完善，已涵盖政治、经济等对外交流的方方面面。我国全面对外开放需要相关的法律制度体系调整，这既是我国全面参与国际交流的必然结果，也是我国对外关系广泛性的内在要求。因此，我国与涉外关系相关的国内法规范及我国参加的各类国际法规范，都应放置于我国对外关系法之内并形成体系。[24]构建发展我国涉外法治，要求我们建立将中国对外关系法作为中国特色社会主义法律体系必要组成部分的认识，重视对外关系法的立法需求，最终形成涉外法治赖以存在的法律制度体系。

（二）司法实践完善

涉外司法实践水平可以展现我国国际地位和法治文明形象，也对我国国家主权、安全和发展利益有实质影响。我国涉外司法实践不仅适用我国诉讼法和其他国内法，而且在某些领域适用双边或多边条约的规定调整涉外司法程序的相关问题。典型如国际司法协助领域，据我国条约数据库记录显示，我国已经与世界各国签署 112 项双边司法协助公约，5 项多边司法协助公约，涉及民商事和刑事案件域外送达与取证、嫌疑人引渡、仲裁裁决和判决承认与执行等多个领域。[25]不过，我国涉外司法领域仍存在相当数量法律未规定或规定不明确需要解释适用的情形，这是涉外司法的特殊性所造成的。涉外司法涉及外国司法主权、外国当事人和我国司法主权、我国当事人之间的复杂利益冲突，在涉外司法领域中，不论制定规则还是具体实践都存在较多困难。

一方面，世界各国与我国在涉外事务中的关系错综复杂，只在少部分领域中存在统一的多边国际条约，许多领域由双边条约调整。缺少统一条约时，则可能因各国对涉外司法的态

---

[22] 《中国人民共和国民法典》第 12 条：“中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律。法律另有规定的，依照其规定。”

[23] 参见肖永平、焦小丁：《从司法视角看中国法域外适用体系的构建》，载《中国应用法学》2020 年第 5 期。

[24] 参见刘仁山：《论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法》，载《法商研究》2016 年第 3 期。

[25] 中国人民共和国条约数据库，http://treaty.mfa.gov.cn/Treaty/web/index.jsp，最后访问时间 2021 年 3 月 5 日。

度不同而阻碍对外交往，如坚守国家主权理念让我国法官对承认与执行外国判决的认定相对保守，曾因长期要求事实互惠而阻碍我国判决国际流通，在外国法院未认可我国判决之前不主动认可该外国法院的判决，不利于我国涉外司法工作的展开；另一方面，出于涉外案件的复杂性，已存在的法律规范往往不够明确，给予法官较大的自由裁量空间，适用法律难度较高，我国涉外司法工作者常常需要衡量各方面利益冲突而陷入选择困境。如《法律适用法》中有关最密切联系原则的规定，由于立法内容不具体，我国法官不合理地扩张了最密切联系的适用范围，且适用外国法的困难使法官只罗列那些能够导致法院地法适用的因素，较少考虑其他因素，泛滥适用我国法律审理案件。[26]若要完善我国涉外司法实践，需从以下几个层面入手。

第一，遵循维护我国合理利益并尊重他国合法利益的审判理念。涉外司法需要处理我国和他国的利益冲突，根据我国全球治理观念与合作共赢理念，我国涉外司法不仅要在对外交往中维护我国利益，还要同时尊重他国利益，保护他国国家和当事人的合法利益，携手共进，互利共赢；

第二，加强涉外司法领域立法工作和司法解释工作。积极与其他国家，特别是与我国经贸往来密切的国家展开国际司法合作，签订双边条约规范涉外司法工作，并密切关注、参与相关国际多变条约的起草活动。加快国内相关立法工作，对具有争议的法律规范出台司法解释，明确其适用范围；

第三，建设处理涉外纠纷的专门机构，创新争端处理机制。我国国际商事法庭的建立为解决我国重大涉外经济争端提供了示范，国际商事法庭选聘多名专家承担法庭中有关法律咨询、政策意见和调解等工作，有助于高水平解决涉外争端。对于涉外争议，诉讼程序仅是解决问题方式的一种，应建立多元化纠纷解决机制，并利用互联网、人工智能和大数据等先进技术，构建与我国对外开放水平相适应的审判机制；

第四，提高涉外法律工作人员的综合素养。涉外司法实践对相关工作人员的综合能力要求较高，吸纳和培养具有外语交流能力，适用国际法相关规范能力和国际通识能力等技能的法律工作人员，是完善我国涉外司法的重要一环。

（三）涉外法治人才培养

涉外法治的构建和发展离不开涉外法治人才的培养和建设，涉外法治人才的培养在涉外法治建设中具有基础性、战略性、先导性的地位和作用，习近平总书记强指出，全面依法治国是一个系统工程，法治人才培养是其重要组成部分。法治人才培养上不去，法治领域不能人才辈出，全面依法治国就不可能做好。[27]改革开放以来，我国在涉外法治人才培养方面取得了很大的成绩，涌现出一批国际任职的优秀人才。但现有的涉外法治人才储备数量不足，有能力、有经验的涉外法治人才更加稀缺，且我国之前对涉外法治人才的培养不够重视，不

[26] 参见田洪鋆、张雪媛：《失去控制的灵活性：最密切联系原则在我国的适用及反思》，载《社会科学战线》2019 年第 8 期。

[27] 《习近平主持召开中央全面依法治国委员会第二次会议强调：完善法治建设规划提高立法工作质量效率，为推进改革发展稳定工作营造良好法治环境》，http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2019-02/25/c_1124161654.htm，最后访问时间 2021 年 4 月 24 日。

仅表现在对国际法学科的忽视，也体现在法治工作队伍的涉外领域在职培训不够。[28]

涉外法治人才的培养是一项长期工程，科学的培养目标、方案与计划不可或缺。涉外法治的复杂性与多样性决定了其需要具有国际视野，通晓国际法律规则的应用型和复合型法律人才，以维护对外交往中我国合法利益为根本目标。涉外法治人才所要处理的涉外问题既包括具体的法律问题，可能涉及我国法、他国法和国际法规，还包括我国与他国之间利益冲突问题，及不同国家的文化制度差异等次要问题。因此具体来说，我国需要的是怀有强烈爱国情怀，高度责任感、正义感和使命感，以积极进取、乐于奉献的时代精神为动力，具备职业素养、丰富的专业知识和实践技能的国际化、复合型精英人才。[29]高水平人才的培育离不开科学系统的培养方案，为培育涉外法治人才，提高我国涉外法律工作水准，我们需重点改革现有教学体系，增加涉外法治人才培养需求的课程方向，主要有：

第一，加强语言能力培养。缺乏跨文化交流的能力，涉外法治专业人才的培养犹如空中楼阁，阅读外文材料和使用外语交流将是涉外法律人才的基本能力。商务英语已被纳入教育部招生专业目录，同样，法律英语或其他语言能力也可成为专业性考核的一部分。[30]除提高法律专业人才的外语学习要求，招收已经具备语言能力的人才学习法律也是一种途径，中国政法大学比较法学研究院的国际化法治人才实验班就表明招收本科专业为外语的学生，利用外语优势培养法治人才；

第二，增加法学学科知识与涉外知识的培育。为增强学生国际化视野，法学学科知识体系的教育十分重要，在法学主干课程之外，还应加入与涉外法律工作关系更密切的课程，如国际人权、仲裁、海商法等。此外，拓展学生知识面，有关外国文化、法律制度和生活习俗等知识也应加入通识教育。同时，积极与外国高校合作，以出国学习交流的方式让学生实际接触我国与外国的环境差异，增加有效实践经验；

第三，重视涉外工作实践能力提升。实现涉外法治要脚踏实地，才能更好地解决我国对外关系中的各种纠纷，维护我国国家和人民的利益。为此，应着力培养学生的实践操作能力。在普通教学之外，可以设立以案例分析类课程、法律文书写作课程等实务课，并积极开展教学活动，利用模拟法庭让学生们体验诉讼、仲裁和调解等纠纷解决的实际操作流程。

四、结论

党的十八届四中全会以来，推动涉外法治发展已成为共识。目前的国际局势下，涉外法治工作战略布局的提出恰逢其时。随着后新冠疫情时代到来及我国对外开放战略的深入推进，我国与他国在全方位、各领域中的法律碰撞已不可避免。涉外法治是新时期我国处理对外事务的基本方式，是实现全面依法治国战略、实现人类命运共同体的法治基础。国际私法是涉外法治中的关键法律制度之一，不论是制定法律规范还是适用法律规范，立足于我国，着眼于国际的特殊涉外性表现在国际私法制度的方方面面，其规范和实践可以成为我国建设

[28] 黄进：《完善法学学科体系，创新涉外法治人才培养机制》，载《国际法研究》2020 年第 3 期。
[29] 参见刘仁山、徐伟功：《中国涉外法律人才培养的若干问题探讨》，载吴汉东主编：《卓越法律人才培养探索》，中国法制出版社 2014 年版，第 20-26 页。
[30] 参见杜焕芳：《涉外法治专业人才培养的顶层设计及实现路径》，载《中国大学教育》2020 年第 6 期。

发展涉外法治的良好参照。

由于涉外法治在价值目标、法律制度和治理对象等方面的特殊性，其无法简单地归类于国内法治或国际法治。涉外法治是国内法治的延伸，也是立足于我国的国际法治，涉外法治解决的是我国与他国的关系问题，以及我国与世界的关系问题。涉外法治以习近平法治思想为根本遵循和行动指南，遵循我国法治要义和原则处理对外事务，维护我国在对外事务上的合理利益，防止受到不正当侵害，并保护我国公民和法人在海外的合理利益。同时，基于涉外法治对象的涉外性，尊重国际法和他国利益，实现以合作共赢为核心的国际关系也是涉外法治的应有之意。

涉外法治工作战略布局的提出，不仅反映我国新时期对外开放的深化发展和法治化转变，还体现出我国实现全面依法治国，提升国家治理能力和治理水平的强烈愿望。从全局看，构建涉外法治，符合当下我国在国际社会地位提升，影响力增强的现状，也是我国推动国际秩序和谐稳定，建立合作共赢的新型国际关系的必然选择，涉外法治的发展，也能为实现全球治理提供优秀示范，符合当今世界对国际法治的追求，是追寻人类命运共同体实现的有力一步。从各领域看，构建涉外法治，有利于我国法学界正视国际法学在现今经济全球化及法律全球化世界的重要地位，提高我国涉外法律工作能力水平，还能够促进我国法学教育出现新一轮变革，将最前沿，最需要迫切解决的问题加入教学之中。推动以国际私法为代表的涉外法律规范体系的立法构建、补充和完善，建设专业涉外争议解决机构、加强司法领域国际合作并培养法官的涉外法律素养以提高涉外司法水平，建立以培养应用型和复合型涉外法治人才为目标的教育机制，共同构成我国目前发展涉外法治应有的工作战略布局。

普遍民事管辖权的兴起与衰落

张杉杉[1]

摘要：作为国际法下普遍管辖权发展而来的理论，普遍刑事管辖权获得了各国的广泛承认，相比之下，普遍民事管辖权得到的认可却是寥寥无几。美国最初凭借《外国人侵权法》对于发生在域外的侵权行为进行管辖，开启了有关的实践。但自 Kiobel 案后，美国开始限制对普遍民事管辖权的行使，2018 年欧盟人权法院的实践也似乎印证了普遍民事管辖权在全球衰落的趋势。我国也应当意识到普遍民事管辖制度在实施国际人权方面发挥的独特和补充作用，参与到国际普遍民事管辖规则的构建中去。

关键词：普遍民事管辖；普遍管辖权；外国人侵权法

二战后随着人权保护的不断加强，国际法发展出普遍管辖权制度，普遍刑事管辖权赋予了一国能够对严重侵犯人权的犯罪行使管辖权的能力，而不论犯罪行为的发生地。随着这一理论不断发展，普遍管辖的理念也渗透到国际民事诉讼的范畴中，并且形成了相关的理论和实践。然而，与刑事普遍管辖制度相比，现行有关普遍民事管辖的立法很少，相关的司法实践也不频繁。美国首先依据《外国人侵权法》对外国原告提起的侵权诉讼行使管辖权，对受害者进行救济，导致越来越多类似的诉讼涌入美国联邦法院。因此普遍民事管辖权在很大程度上被理解为一种特殊的美国法律，即《外国人侵权法》的适用。不止在美国，随后在意大利、法国、英国等欧洲国家也出现了类似的侵权诉讼，然而各国法院最终行使管辖权的案件极少。最近欧盟人权法院在 Naït-Liman v. Switzerland 中的判决中认定，瑞士联邦法院拒绝行使管辖权并不构成对于原告诉诸司法权的干涉，也为外国人在瑞士成功提起有关普遍民事管辖权的诉讼留下了较小的可能性。尽管各国在实践中对普遍民事管辖权的态度愈发保守，但普遍民事管辖权的行使并不是毫无益处的，应当认识到这种国际民事责任在保护人权、补偿受害者方面的积极作用。

一、普遍民事管辖权的理论分析

普遍管辖制度建立之初便是为了维护全体人类的共同利益，保护人的基本权利，这一理论延伸至国际民事诉讼领域，也赋予了普遍民事管辖权在保护人权上的重要角色。普遍民事管辖权是指不论犯罪行为发生地，也不论受害者和加害者的国籍，各国可以对严重的国际犯罪进行管辖。即一国法院可以忽视诸如被告的国籍以及侵权行为地等传统的民事管辖权依据，对原告进行救济。作为刑事普遍管辖理念的合理延伸，普遍民事管辖制度在保护人权与实现正义上存在着不可忽视的作用，但对于是否能将普遍管辖权简单地从刑事领域类推至刑事领域，以及普遍民事管辖权是否是各国在国际法下的一项义务，仍有不少争议。

（一）普遍民事管辖权是保护人权与实现正义的必要途径

近年来，国际法关注的中心逐渐从国家转移至个人，对于个人尊严和权利的保护成为各国的共识。在刑事诉讼程序中，加害者可能由于国家豁免而免受国际法的制裁，这样一来，人权保护的目的难免落空。而基于民事侵权而主张的损害赔偿请求为受害者提供保护人权的

[1] 中南财经政法大学 2019 级国际法研究生

另一条途径，并且这类诉讼无需考虑管辖权依据，受害者能够选择受理诉讼概率较高的法院起诉，极大地提高了受害者获得赔偿的可能性。普遍民事管辖权的行使让各人权公约下人权保护的内容具体化，使各国通过行使这一管辖权对受害者的基本权利进行救济。

为了便于追究最严重的违反国际规则的行为的法律后果，国际社会发展出针对国家和个人的责任的次要规则，那么在国际罪行发生后，对正义的要求首先表现为由罪犯承担责任以及惩罚。目前，人们越来越多地关注国际罪行的受害者及其因罪行而遭受的损害，受害者要求国际社会保护其人权并要求就所遭受的侵权行为获得赔偿。诚然，当受害者用尽当地救济之后，无法追究侵权人的责任很难说是正义的，而普遍民事管辖权为这些受害者获得民事赔偿提供了可能，国际罪行受害者能够将普遍民事管辖权作为向与违法行为无关的国家法院提起民事诉讼的可能的管辖依据。“总而言之，对这种严重侵权行为的补救意味着，应该对整个社会、责任人和受害者实行充分的正义[2]”，因此，普遍民事管辖权在实现正义与保护人权上有着十分重要的作用。

（二）普遍民事管辖权是普遍刑事管辖权的合理延伸

通常，普遍民事管辖权的支持者认为，如果国际法认可刑事管辖权，就应当允许行使普遍民事管辖权。一国法院对国际罪行进行普遍刑事管辖时，往往涉及国家豁免等有关公权力行使的问题，而民事案件中的权利义务往往局限于当事人之间，既然普遍刑事管辖权得到了国际法的认可，那么各国承认普遍民事管辖权是理所应当的，没有理由对普遍国际民事管辖权规定更高的承认门槛。也有学者认为，认为由于“刑法和侵权法的目的是重叠的”，在这种惩罚和赔偿中，既可以谴责过去，也可以阻止未来的不法行为[3]。另外，大陆法系特有的刑事附带民事诉讼的制度体系也可以为普遍民事管辖制度发展提供基础。

反对的观点指出，不能将普遍管辖权从刑事领域延伸至民事领域，因为刑事案件涉及国家机关的起诉权，国家机关可以考虑更广泛的公共政策因素，如对外关系的影响，而民事诉讼则不能[4]。笔者认为这一反驳是缺乏信服力的，因为在民事诉讼中一国也可以通过不方便法院原则、国家豁免等等方式，回避政治上的问题，因此在法院的政治功能上，二者的差距并不是十分显著。在普遍刑事管辖的体系下构建普遍民事管辖制度是有一定的合理性的。

（三）普遍民事管辖权的行使不为国际法明确禁止

根据 “荷花号”案中确立的原则，在国际法没有明确禁止的情况下，各国可以自由地按照自己的意愿行事。由此，普遍民事管辖权的行使并未被国际法所禁止。如在《美国第三次<对外关系法>重述》中提到：一般而言，基于普遍利益的管辖权以刑法的形式行使，但国际法并不排除在此基础上适用非刑法，例如，通过这种方式为侵权行为或海盗行为的受害者提供赔偿[5]。但是，目前也没有证据表明，各国承认了对于违反国际法强制性规范而产生

[2] Steven D. Roper, Applying Universal Jurisdiction to Civil Cases: Variations in State Approaches to Monetizing Human Rights Violations, Global Governance 24 (2018), 106.
[3] See Donald Francis Donovan & Anthea Roberts, The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction, 100 AM. J. INT'L L. 142, 155-57 (2006).
[4] See Paul Barker, Universal Civil Jurisdiction and the Extraterritorial Reach of the Alien Tort Statute: The Case of Kiobel Before the United States Supreme Court, 20 U. Miami Int’l & Comp. L. Rev. 1 (2012),4.
[5] Restatement (Third) of The Foreign Relations Law of the United States § 404 cmt. b (1987).

行使普遍管辖权的国际法义务，也没有任何学术观点表明普遍民事管辖权是各国在国际法下的一项义务。如《禁止酷刑公约》第 14 条规定了各国应当对酷刑受害者提供救济[6]，但各国对于“酷刑实施地”究竟是指一国境内还是可以超出一国的范围存在较大分歧，这一规定也并不意味着公约的缔约国由此承担起进行普遍民事管辖的义务。正如 Hoffmann 的观点，国际法院不能单方面地“发展”国际法，因为这种法律无论多么可取，多么前瞻性，多么反映价值观，都不为其他国家所接受[7]。以上，尽管普遍民事管辖权的行使并没有被国际法禁止，但这一管辖权理论尚未形成国际法规则，各国有权自我决定是否对国际罪行的受害者提供救济。

普遍民事管辖为受害者保护人权和实现正义提供了另一种可能，但这一制度由此引发的管辖权冲突和判决承认与执行的困难，特别是以美国为例行使的诸多普遍民事管辖权的实践被许多国家抨击，称其是在没有协商的情况下单方面创建了一个“国际民事法庭”，普遍民事管辖权的兴起从一开始就不被各国看好。

二、行使普遍民事管辖权的相关实践

传统的国际民事诉讼体制允许各国按照一定的管辖权依据对案件进行管辖，以避免管辖权冲突。而普遍管辖制度使得一国法院在行使管辖时能够突破管辖因素的限制，将管辖权扩张至于本国无关的案件。但从实践来看，各国对于普遍民事管辖权的运用进行了一定的限制，并没有完全脱离本国的诉讼体制。如普遍民事管辖权的先行者美国，首先要满足对人管辖权、事项管辖权和审判地的条件才能依据《外国人侵权法》进行管辖。

（一）美国

《外国人侵权法》将联邦法院对域外侵权案件进行管辖的条件规定为原告是外国人，侵权行为违反了国际法或者美国缔结的条约两个条件[8]。由于这些规定对于行使管辖权的条件十分模糊，该法自制定以来沉寂了近两个世纪，直到 1980 年 Filartiga 案中第二巡回上诉法院将其解释为国际人权诉讼中的有力武器，《外国人侵权法》才开始真正发挥作用。

1. Filartiga v. Pena-Trala 案

这起案件涉及巴拉圭公民对巴拉圭警察局官员 Pena-Trala 的指控，原告声称被告在巴拉圭用酷刑折磨了 Jelito 并导致了他的死亡。当得知这名警官逃离至美国后，Jelito 的家人借助《外国人侵权法》， 以为反国际法为由在美国纽约东区地方法院对这名巴拉圭警官提起了诉讼，寻求补偿及惩罚性损害赔偿。最初，一审法院以缺乏事项管辖权为由驳回了这一诉讼请求。在原告提起上诉后，第二巡回法院认为这名警官实施的酷刑违反了国际法，并且指出：《外国人侵权法》赋予了联邦法院对于酷刑行为所导致的人权诉讼的管辖权。该法院还认为如此解释《外国人侵权法》不是给予外国人新的权利，而只是开放联邦法庭，对国际法已经

[6] 该公约第 14 条第 1 款：每一缔约国应在其法律体制内确保酷刑受害者得到补偿，并享有获得公平和足够赔偿（包括尽可能使其完全复原的费用）的可强行权利。如果受害者因受酷刑死亡，其受抚养人应享有获得赔偿的权利。关于公约第 14 条具体含义的讨论详见宋杰：普遍民事管辖权的发展与挑战，法学研究，2001（01）。

[7] Sosa, 542 U.S. at 731.

[8] U. S. C. §1350（2000）.

承认的权利进行裁决[9]。于是二审法院将案件发回，一审法院于 1984 年判决被告支付赔偿金。在该案后，外国公民经常依据该法，以违反国际习惯法、侵犯人权的指控向美国法院寻求赔偿。

2.Sosa 案

在 Filartiga 案 20 多年后，美国最高法院又在 Sosa 案中支持了 Filartiga 案中的判决。原告 alvarez 是墨西哥人，在墨西哥受到了墨西哥人的绑架。绑架者受到了美国缉毒局的委托，因为该机构怀疑 alvarez 实施了折磨缉毒局探员的行为。而墨西哥政府拒绝引渡他，该机构便要求将他绑架至美国以接受相关的审判。原告在墨西哥被绑架并关押了一夜。在被宣判无罪之后，他根据美国《外国人侵权法》起诉了 Sosa 和其他四名墨西哥人。美国最高法院最终拒绝了 alvarez 的诉讼，认为他被拘留不到一天后就被转移到美国执法部门，并没有违反“为支持所创设的联邦补救办法而明确定义的国际习惯法准则[10]”。最高法院认为《外国人侵权法》只是一部被授予对于特定事项进行管辖的法规，因此，该法并不能创造诉因，法院不能在对外国发生的侵权行为随意地扩大管辖范围进行管辖。该案也引发了其他国家关注，许多国家和组织发表“法庭之友”意见。如欧洲委员会在其意见中否认普遍民事管辖权的行使，认为普遍民事管辖权的存在和范围没有得到充分确立。欧洲委员会进一步指出，依据《外国人侵权法》提起的诉讼应仅适用于国际法承认的行使普遍刑事管辖权的案件，而且只应在原告被拒绝司法救济时行使。

Sosa 案中，尽管美国最高法院拒绝对该案进行管辖，但是其判决只是为外国人该法提起诉讼明确了一些限制性条件，从整体上看法院仍然是支持借助《外国人侵权法》对于违反国际法的侵权行为行使普遍民事管辖权的。审理该案的 Breyer 大法官也在其意见中指出，相对于普遍刑事管辖权，普遍民事管辖并不是更具有威胁性的，应当为受害者依据普遍民事管辖获得民事救济提供可能。然而，很少有国家如同美国一样踊跃地行使普遍民事管辖权。

（二）欧洲国家

一些欧洲国家允许该国的法院在其他国家的法院拒绝对当事人的诉讼权利进行救济时行使普遍管辖权。然而，大多数这些国家对必要法院原则的解释是，这一原则只是取代了管辖权的法定要求，而不是取代了与法院有某种联系的要求。换言之，这些欧洲国家在行使普遍民事管辖权时还需要满足与法院有一定的联系的条件。而荷兰似乎却没有强制规定必须与荷兰法院有任何联系才能行使必要管辖权[11]。在欧洲各国的实践中，荷兰是唯一进行普遍民事管辖的国家，荷兰在 2012 年 El-Hojouj v. Amer Derbas 一案中行使普遍管辖权，一名利比亚官员因对巴勒斯坦医生实施酷刑而被法院判决支付赔偿金 100 万欧元。[12]

在意大利，既没有成文法的规定，也没有明确的判例法赋予该国民事法院在酷刑和危害

---

[9] Filartiga, 630 F.2d at 880.

[10] Sosa, 542 U.S. at 738.

[11] 荷兰《民事诉讼法典》第 9 条规定：“尽管荷兰法官根据第 2 条至第条没有管辖权，但有下列情形之一的，仍有管辖权：a.当事人可以自由规定该法律关关系……b.证明不能在荷兰以外进行司法程序的，或者 c.诉讼案件与荷兰司法权有充分联系，并且要求原告将案件交由外国法官审理是不可接受的。”

[12] Case of NAÏT-LIMAN v. SWITZERLAND (Application no. 51357/07). at42.

人类罪案件中对于索赔请求的普遍管辖权。然而，部分学术观点认为，意大利法院的某些裁决可能正朝着承认这种管辖权的方向发展。其中，意大利最高法院在 Ferrini 案中的判决体现了这一趋势。在该案中，一名意大利国民向意大利法院提起民事诉讼，称德国在第二次世界大战期间将其驱逐出意大利，并且在德国境内被强迫劳动，原告因此要求德国对侵权行为进行赔偿。意大利最高法院强调必须保证将强行法作为国际社会的一项基本价值，其认为，强迫劳动是战争罪，是违反国际法的。法院进而裁定，“毫无疑问，管辖权的普遍性原则也适用于与此类罪行有关的民事诉讼[13]”，因此本案中法院可以对构成索赔依据的行为进行使普遍民事管辖权。意大利法院还援引了希腊法院的判决，否认德国对德国军队二战暴行的豁免权。有不少观点不赞同意大利法院在 Ferrini 一案中的判决属于普遍民事管辖权的实践，如 Abhimanyu George Jain 认为该案的判决支持普遍民事管辖权的行使的作用是有限的，因为这个案子涉及到意大利受害者和在意大利领土上的行为，并且原告也是意大利人[14]。由于对这一侵权行为行使管辖权的原则不是普遍性原则，那么裁决本身不能被视为构成国际惯例的一部分，所以该案不能被认为是因违反国际法而行使普遍民事管辖权的实践。

在各国的积极实践中，美国一直活跃地行使普遍民事管辖权，将《外国人侵权法》适用于域外发生的侵权案件。相比而言，普遍民事管辖权在其他国家并没有引起强烈的反响，在欧洲也仅有极少数国家行使这一管辖权，普遍民事管辖并没有成为各国的共识。近年来，更多国家的实践表明，普遍民事管辖在全球范围内呈现衰落的趋势。

三、普遍民事管辖权的衰落

回顾各国立法和条约中有关普遍民事管辖的规定，《禁止酷刑公约》第 14 条不能为各国行使普遍民事管辖权提供法律依据。海牙《民商事管辖权及外国判决公约》（草案）中载有拟议条款，这些条款将对侵犯人权和相关权利主张的诉讼请求规定为禁止行使管辖权的例外情况[15]。然而，由于分歧较大，公约的谈判陷入了僵局。在 2015 年提出的新草案中，并没有提及关于人权的例外[16]。随着全球化的发展，在随后的实践中美国《外国人侵权法》的适用被施加了严格的限制，使得普遍民事管辖成为国际法规范的进程被迫停止了。如同学者对 Kioble 案的评论，Kiobel 案否定了 Filartiga 案的普遍主义思潮，标志着 21 世纪的立法从 20 世纪 90 年代的普遍主义精神中退却[17]。

（一）Kiobel 案

该案中，原告是尼日利亚的居民，他们根据《外国人侵权法》控告英国和荷兰的皇家石油公司协助和教唆尼日利亚政府在尼日利亚地区实施的暴行。最高法院在 2013 年终审的判决中认定针对反域外效力的推定适用于《外国人侵权法》规定的索赔，即在这起案件中无法

---

13 Italian Court of Cassation, Ferrini v. Federal Republic of Germany (Cass Sez Un 5044/04).

14 Abhimanyu George Jain, Universal civil jurisdiction in international law, Indian Journal of International Law (2015) 55(2):228-230.

15 草案第 18 条第三款规定：“本条规定不得妨碍缔约国法院根据国内法对为了寻求救济或请求赔偿的诉讼行使管辖权，如果诉讼是相关行为构成了：备选方案一……备选方案二……”

16 Working Group for the Judgments Project for the Hague Conference on Private International Law, Proposed Draft Text on the Recognition and Enforcement of Foreign Judmegnts, (Hague Conference on Private International Law Prel. Doc. No. 1 (2016), https://assets.hcch.net/docs/01adb7d9–13f3–4199-b1d3-ca62de79360f.pdf.

17 See Stefan-Ludwig Hoffman, History and Human Rights, p Ast & p Resent 279 (2016).

确认国会意图将该法适用于域外，并且这起案件中的侵权行为都不在美国境内，因此法院不能对该案进行管辖。即使这些诉讼请求涉及到美国的领土，这些请求也必须有足够重要性来推翻反对域外适用的推定。由于企业经常在许多国家存在，仅有企业存在不足以推翻反域外效力适用的推定[18]。因此，在该案后，受害人不能以违反国际法为由就发生在美国境外的行为在美国联邦法院提起诉讼。但是 Kiobel 案仍然留下了一些可能性，如该案仅仅否定了“仅有的存在”作为反域外推定的依据，这意味着公司仍然可能对侵犯人权所造成的损害承担责任，并且对于侵犯人权而逃至美国的个人也有可能受到联邦法院的管辖。

最高法院进一步指出，由于加拿大、德国、瑞士等国家都在抗议美国法院对外国主体在国外的行为行使管辖权，拒绝对该案进行管辖也是为了避免外交冲突。在这一案件中 Breyer 大法官未提及普遍民事管辖理论，而在 Sosa 案中他却表达了对这一理论的肯定态度。自 Sosa 案以来，国际局势发生较大变化，许多国家开始警惕美国政府在全球的行为，防止其干涉，并且对美国不断扩张其管辖权的实践表示反对。可以推测的是，受众多因素的影响，美国最高法院不得不对普遍民事管辖权的行使进行限制。如同 Filartig 案顺应着全球支持人权的上升态势，Kiobel 案也是近年来世界各国远离普遍管辖的实践之一。

（二）Naït-Liman v. Switzerland 案

在该案中，欧洲人权法院几乎终结了欧洲国家法院承认普遍民事管辖权的希望。该案涉及一名突尼斯国民，据称，申请人在其意大利的居住地被捕，并在突尼斯遭受了 5 个星期的酷刑。申请人随后逃离了突尼斯，并获得了瑞士的政治庇护。对此，他因酷刑在瑞士法院起诉。瑞士联邦最高法院以该案与瑞士缺乏联系为由，驳回了这一基于必要法院原则提起的诉讼。案件上诉到欧洲人权法院后，欧洲人权法院需要回答瑞士法院的判决是否侵犯了当事人根据《欧洲人权公约》第 6 条所享有的诉诸司法权的问题。欧洲人权法院于 2018 年作出判决，认为目前只有普遍刑事管辖权得了到各国的广泛接突尼斯共和国提起诉讼。尽管各国的实践在不断发展，普遍民事管辖的出现不足以表明普遍民事管辖权已经形成了一项国际习惯。因此，瑞士法院没有义务对申请人提起的诉讼进行管辖。关于必要法院原则，欧洲法院同样认为对该案拒绝行使管辖权不构成对于诉诸司法权的不当干涉。[19]虽然该判决并不一定排除法院在认为合适的情况下行使普遍民事管辖权的可能性，但是通过对普遍民事管辖权合法性的质疑，欧洲人权法院的判决很大程度上也阻止了其他法院承认这一制度。

在欧洲人权法院之前审理的 Al-Adsani[20]案中，申请人同样以法院地国侵犯其诉诸司法权为由向欧洲人权法院提起诉讼。欧洲人权法院认为国家豁免是一项公认的国际法规则，根据英国有关豁免的规定，应当对于损害所提起的民事诉讼给予管辖豁免，并且认为采用管辖豁免规则并不构成对申请人诉诸司法权不成比例的干涉。可见，欧盟人权法院历来对普遍民事管辖权持保守态度，否认其合法性。在审理相关的诉讼时，通常以国家豁免而拒绝行使管辖权。可预见的是，在欧洲成功提起普遍民事管辖诉讼将会十分困难。

---

18 Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co 133 S Ct (2013) 1663-1669.
19 ECtHR (Grand Chamber), Naït -Liman v. Switzerland (application no. 51357/07).
20 李庆明：美国《外国人侵权请求法》研究，武汉大学出版社，2010 年版，第 225 页。

观察近年来有关普遍事管辖的立法和实践，不难发现普遍民事管辖制度只是短暂性地在几个国家发挥作用，这一制度正在逐渐走向衰落，即使是这一制度最积极的拥护者美国也对其持愈发保守的态度。普遍民事管辖权的合法性受到更多国家的质疑，各国法院都不愿扮演在国际社会中实施国际人权法的代理人。

四、普遍民事管辖权的兴衰对我国的启示

普遍民事管辖权作为普遍管辖权兴起下的理论，在对于严重侵犯人权行为进行补救方面发挥了积极作用，为国际罪行的受害者寻求正义提供了最后的途径。尽管这一制度遭到了许多国家冷落，但这并不意味着普遍民事管辖制度将完全退出各国的司法实践。在美国，Kioble 案仅否认了联邦法院行使普遍民事管辖权的可能性，受害人仍然可以在州法院继续对于个人和公司提起有关酷刑的人权诉讼。另外，欧盟人权法院赋予了各国法院对于给予一国管辖豁免是否构成了对于诉诸司法权的不当干涉以广泛的自由裁量权，因此，有关普遍民事管辖权的诉讼在将来有可能会继续。普遍民事管辖权的运用仍然存在一定的合理性，如同学者指出：就民事诉讼主要以受害者为中心和受害者驱动的程度而言，普遍民事管辖权代表着法院地国与其侨民形成政治联系的一个独特而重要的机会[21]。在我国与世界各国的联系不断紧密的当今，我国应当认识到普遍民事管辖制度在人权保护、维护正义方面的合理性，积极地参与国际人权保护规则的制定，同时坚定地维护本国的利益。

（一）积极运用传统的管辖权依据，引入必要管辖法院制度

在有关普遍民事管辖的诉讼中，被告通常是以国家的名义行事，我国支持绝对豁免原则，对一国的国家行为给予豁免，因此在绝对豁免框架之下，我国认可这一制度并对外国被告进行管辖的可能性很小。我国代表在有关联合国会议中指出：普遍管辖权是一个敏感的法律问题，在世界各国就普遍管辖权的概念和适用条件达成一致之前，任何国家都应该避免以普遍管辖权为由对另一国进行管辖[22]。因此，我国不赞成普遍民事管辖权的行使。

目前我国在立法中整体纳入必要管辖制度的可能性很小，可以从我国民事诉讼制度的其他方面着手为被侵犯人权的受害人提供救济。首先，在行使民事诉讼管辖权时应当对相关的管辖依据进行充分审视，在符合立法的同时尽量扩展本国法院的管辖权范围。在诉讼程序中对不方便法院原则的援引保持审慎态度，尽量减少出现当事人无法通过诉讼维护其合法权利的情形。其次，可以在民事诉讼制度中加入必要管辖权制度，规定对于我国没有管辖权的案件，在原告没有其他的法院提供司法救济时可以由我国的法院行使管辖权。最后，充分利用我国刑事附带民事的诉讼制度也能够缓解对于侵犯人权行为进行索赔的困难程度。

（二）遵守国际人权规范，参与国际人权规则的制定

随着我国企业在外投资的不断增加，许多企业在境外设立子公司。然而这些子公司难免与某些国家及其政府产生一定的联系，基于这些联系我国公司很容易因参与了外国政府侵犯人权的行为而被诉。如 2000 年 Bao Ge 等人依据《外国人侵权法》在美国法院对李鹏等人

[21] Paul David Mora, the Legality of Civil Jurisdiction over Torture under the Universal Principle (2009) 52 German Yearbook of International Law 367, 375.

[22] 联合国大会第 64 届会议正式记录。

提起的诉讼[23]，该案中的被告包括了我国政府及官员、中国银行纽约分行以及外国公司的分支机构等。因此我国政府及企业在对外活动中应当保持合法性，积极履行国际条约项下的人权保护义务，避免卷入侵犯人权的纠纷中。

普遍民事管辖制度在为我国公民的人权提供了一定保障的同时，也提升了我国政府以及企业在国外被诉的可能性。最终普遍民事管辖权能否成为一项国际法规则将取决于各国的立法和实践，我国应当积极参与有关普遍民事管辖的实践。我国曾对 2013 年美国 Kioble 案发表“法庭之友”意见，在海牙《民商事管辖权及外国判决公约（草案）》中对于禁止行使管辖权的人权例外提出了备选方案，在这些实践中清楚地表达了中国的立场，也对相关规则的制定施加了一定的影响。

五、结语

普遍民事管辖制度突破了传统的管辖权依据的限制，使得不论侵权的行为发生在何处，一国法院都享有对外国人提起的诉讼具有管辖权。随着国际上对人权保护的加强，美国最早借助《外国人侵权法》开启了普遍民事管辖的实践。近年来，各国对于这一制度的态度趋于冷漠，美国联邦法院与不少欧洲国家的法院都关上了普遍民事管辖的大门，普遍民事管辖权的合法性遭到各国否认，这一制度的发展呈现衰落的趋势。但这种发展态势无法掩盖普遍民事管辖权在保护人权与维护正义上的重要作用，也不能预示这一制度的消灭。在不断强调加强我国法域外适用的当今，我们应当意识到普遍民事管辖权的合理性，充分运用诉讼中的管辖依据，发挥刑事附带民事诉讼制度的优势。同时可以考虑采纳必要法院制度，积极参与普遍民事管辖相关制度的构建以更好的维护我国的利益。

[23] Bao Ge v. Li Peng. 201 F.Supp.2d 14（2000）.

参考文献

[1] 李庆明.美国《外国人侵权请求法》研究[M].武汉：武汉大学出版社，2010.

[2] 杜涛.美国联邦法院司法管辖权的收缩及其启示.国际法研究.2014（02）.

[3] 宋杰.普遍民事管辖的发展与挑战.法学研究.2011（01）.

[4] 王承志.美国《外国人侵权法》诉讼中的普遍管辖问题——以 Kiobel 案为切入点.武汉大学学报（哲学社会科学版）.2016（05）.

[5] 彭硕.普遍民事管辖权初探.暨南学报（哲学社会科学版）.2014 年第 6 期.

[6] Serena Forlati and Pietro Franzina. Universal Civil Jurisdiction – Which Way Forward?[M]. Brill, 2020.

[7] Steven D. Roper. Applying Universal Jurisdiction to Civil Cases: Variations in State Approaches to Monetizing Human Rights Violations [J].Global Governance 24 (2018).

[8] Paul Barker. Universal Civil Jurisdiction and the Extraterritorial Reach of the Alien Tort Statute: The Case of Kiobel Before the United States Supreme Court [J]. 20 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 1 (2012).

[9] Paul David Mora. The Legality of Civil Jurisdiction over Torture under the Universal Principle [J]. German Yearbook of International Law 52 (2009).

[10] Abhimanyu George Jain. Universal civil jurisdiction in international law [J]. Indian Journal of International Law (2015).

[11] David Wmlach. Irrationality of Universal Civil Jurisdiction [J].Georgetown Journal of International Law (2015).

《伯尔尼公约》下人工智能创作物著作权保护最低标准

张晓萍，郑鹏*

摘要：人工智能创作物在我国是否为作品有三个问题：能否满足作品主体要件、能否满足作品独创性标准、是否属于文学艺术领域作品范围。《伯尔尼公约》作为著作权保护领域最基本的国际公约，设立了作品的最低标准，成为缔约国的义务。面对人工智能创作物的问题，该标准首先不要求作品必须由自然人直接创作；其次不要求对独创性进行程度和价值判断；最后要求保护文学、艺术、科学领域内“一切成果”。我国若将人工智能创作物完全排除出作品范围，可能违反该公约最低标准。对此我国可在公约最低标准下对人工智能创作物是否属于作品客观判断，亦可推动国际公约修改将人工智能创作物排除出作品范围。

关键词：伯尔尼公约最低标准；人工智能创作物；作者；独创性；作品范围

中文分类号：

一、《伯尔尼公约》最低标准下人工智能创作物保护的问题

（一）人工智能创作物著作权保护之争议

人工智能技术的飞速发展，颠覆了人类创作文学艺术作品的方式，如人工智能 AlphaGo 击败世界围棋顶尖棋手李世石和其他一众世界高手创作了前无古人的精妙棋谱、人工智能画作“埃德蒙·贝拉米画像”在佳士得拍卖会上卖出约 300 万人民币天价等等。随着技术的进步，人工智能创作物将会成为文学艺术作品重要的创作方式。作为保护文学艺术作品的著作权法如何回应人工智能技术的发展，我国著作权法学者和法官如世界其他国家一样，正在探索。[1]

人工智能创作物能否满足作品要件、能否受到著作权保护，在我国法院存在争议。2019 年北京互联网法院在菲林案中作出判决认为：人工智能创作物“虽然会因数据变化呈现出不同的形状，但图形形状的不同是基于数据差异产生，而非基于创作产生”，并且“具备独创性并非构成文字作品的充分条件，根据现行法律规定，文字作品应由自然人创作完成”。[2]该法院认为该人工智能创作物不具有独创性，不能成为著作权法意义下的作品。该案上诉至北京知识产权法院，一审判决被维持。[3]然而，2020 年深圳南山区法院在腾讯 DreamWriter 案中，作出了相反的判决。南山区法院认为：人工智能创作物“其外在表现符合文字作品的形式要求，其表现的内容体现出对当日上午相关股市信息、数据的选择、分析、判断，文章结构合理、表达逻辑清晰，具有一定的独创性”；并且“人工智能创作物自动运行并非无缘

* 本文系国家社科基金一般项目：“企业间数据竞争法律问题研究”（项目编号：20BFX121），海南省社科重大课题：“中国特色自由贸易港民商事纠纷快捷高效解决机制研究”（项目编号：HNSK（ZD）19-112）的阶段性成果。

作者简介：张晓萍（1990-），女，山西晋中人，海南大学法学院博士研究生，主要从事知识产权法、诉讼法研究，E-mail：18883101051@163.com；通讯作者：郑鹏（1989-），男，四川雅安人，海南大学法学院副教授，博士，主要从事知识产权法、比较法研究。

[1] 李扬.应从哲学高度探讨人工智能生成物著作权问题[J].中国出版,2019(01):1.

[2]（2018）京 0491 民初 239 号民事判决.

[3]（2019）京 73 民终 2030 号.

无故或具有自我意识，其自动运行的方式体现了原告的选择”。[4]虽然人工智能创作过程是自动的，但是人工智能开发者、操作者对数据的选择和参数设定决定了创作物的不同表现形式，因此人工智能创作物是由自然人间接创作，具有成为作品的可能。

该问题在学界同样存在争论。多数学者认为人工智能创作物可能成为著作权法意义下的作品，不能将其完全排除出著作权保护范围，如吴汉东认为：“只要有人类介入，即意味着这一生成内容涉及人类思想表达，著作权法对此不能简单采取排斥的立场”。其他代表性学者还有易继明、从立先等等，他们均认为不应当由于人工智能创作物不是自然人直接创作就不保护，而应客观的检验其是否具有独创性。[5]但是也有学者认为人工智能创作物不应成为作品，不应受到著作权法的保护。代表性的学者有王迁和刘银良，主要有两个论点：其一，作品必须是自然人创作，人工智能创作物不是自然人创作，不能成为作品，不能受到著作权保护；其二，作品必须具有独创性，独创性是作者人格的反映，是作者智力创作物的成果，因此人工智能创作物不具有独创性，不能成为作品，不能受到著作权保护。[6]

理论和实务界关于人工智能创作物能否构成著作法意义下作品，主要有三个争议焦点：一是人工智能创作物能否满足作品主体要件，二是人工智能创作物是否具有独创性，三是人工智能创作物是否属于文学艺术领域成果。虽然正反两方观点各有千秋，但是否保护人工智能创作物著作权还要尊重我国签订的《伯尔尼公约》。

（二）《伯尔尼公约》最低标准

在我国签订的保护著作权国际公约中，《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（简称《伯尔尼公约》）是最核心的国际公约，为各缔约国设立了著作权保护的最低标准。从 1886 年西方工业革命开始时，各国便订立了《伯尔尼公约》。随着工业革命的深入和技术的发展，该公约经过了 7 次修改，最后一次修改后的 1971 巴黎文本是当今世界影响力最大的著作权国际公约。[7]以《伯尔尼公约》1971 巴黎文本为核心，各国又签订了《世界知识产权组织版权条约》（简称 WCT）、《与贸易有关知识产权条约》（简称 TRIPS）、《北京视听条约》等等。

《伯尔尼公约》详细规定了作品的保护范围和条件，设定了明确的国际义务，各缔约国著作权保护不能够低于其设定的最低标准。后订立的其他国际条约便直接吸纳了《伯尔尼公约》最低标准的一系列规定，如 WCT 第 3 条规定：“缔约各方对于本条约所规定的保护应比照适用《伯尔尼公约》第 2 至 6 条的规定。”TRIPS 第 9 条规定：“成员国必须遵守《伯尔尼公约》第 1 至第 20 条规定”。截止 2021 年，共计 154 个国家签订了《伯尔尼公约》巴黎

[4]（2019）粤 0305 民初 14010 号.
[5] 吴汉东.人工智能生成作品的著作权法之问[J].中外法学,2020,32(03):653-673.
易继明.人工智能创作物是作品吗?[J].法律科学(西北政法大学学报),2017,35(05):137-147.
从立先.人工智能生成内容的可版权性与版权归属[J].中国出版,2019(01):11-14.
梁志文.论人工智能创造物的法律保护[J].法律科学(西北政法大学学报),2017,35(05):156-165.
石冠彬.论智能机器人创作物的著作权保护——以智能机器人的主体资格为视角[J].东方法学,2018(03):140-148.
[6] 王迁.论人工智能生成的内容在著作权法中的定性[J].法律科学(西北政法大学学报),2017,35(05):148-155.
刘银良.论人工智能作品的著作权法地位[J].政治与法律,2020(03):2-13.
饶先成.困境与出路:人工智能编创物的保护路径选择与构建[J].出版发行研究,2020(11):80-87.
[7] Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works Paris Act of July 24, 1971, as amended on September 28, 1979.

文本，该公约中关于作品保护范围和条件的相关规则逐渐成为了国际通用规范和缔约国必须履行的国际义务。[8]

《伯尔尼公约》对作者、独创性和作品保护范围均设定了最低标准。我国作为《伯尔尼公约》缔约国，是否保护人工智能创作物须研究《伯尔尼公约》相关规则，需要符合公约下的最低标准，遵守国际义务，否则可能导致国外权利人的抗议，甚至面临世界贸易组织下的诉讼，引发贸易战争。因此，我们需要分析《伯尔尼公约》是否允许成员国将人工智能创作物排除出作品范围之外。结合我国实务理论界的争议，及《伯尔尼公约》的规定，本文首先讨论讨论《伯尔尼公约》作品的保护范围能否囊括人工智能创作物；其次讨论非自然人创作物能否受到《伯尔尼公约》保护；最后讨论人工智能创作物能否满足《伯尔尼公约》独创性标准。

二、人工智能创作物《伯尔尼公约》作品范围最低标准

（一）作品范围之界定

“文学艺术作品”是伯尔尼公约中的核心概念。公约国民待遇要求保护客体落入“文学艺术作品”的范围。若不属于“文学艺术作品”的范围，缔约国在公约之下则没有保护义务，反之，缔约国必须保护。[9]因此，不保护人工智能创作物需要有充足的理由证明其不属于《伯尔尼公约》“文学艺术作品”范围，否则将会有违反公约的风险。

《伯尔尼公约》第 2 条第 1 款规定了“文学艺术作品”范围。该条款可以分为两个部分。第一部分进行了定义，第二部分进行了列举。第一部分定义了作品“文学和艺术作品一词包括文学、科学和艺术领域内的一切成果（Production），不论其表现形式或方式如何……”该定义包含两个方面：其一，作品包括所有文学、艺术和科学领域的成果；其二，不允许由于作品表达方式方法的不同而对其保护进行限制。公约设立了一个普惠的原则保护所有文学、科学和艺术领域的所有成果。公约要求著作权保护包括所有能够被保护的“文学艺术作品”。为了明确的说明这一情况，公约该款第二部分进行了列举：“书籍、小册子和其他文字作品；讲课、演讲、讲道和其他同类性质作品；戏剧或音乐戏剧作品；舞蹈艺术作品和哑剧；配词或未配词的乐曲；电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品；图画、油画、建筑、雕塑、雕刻和版画作品；摄影作品和以类似摄影的方法表现的作品；实用艺术作品；与地理、地形、建筑或科学有关的插图、地图、设计图、草图和立体作品。”但这些绝非穷尽式列举，这些例举是为了国内立法提供参照。[10]

《伯尔尼公约》非常宽泛的定义了著作权法的保护范围“文学、科学和艺术领域内的一切成果”。若人工智能创作物属于“文学、科学和艺术领域”的成果，又属于所列举的文字作品、乐曲或摄影作品等等，即满足《伯尔尼公约》第 2 条作品范围的要求。人工智能创作物作为文学艺术作品，若成员国规定了过高的独创性标准，将所列举一大类作品排除出著作权法保护范围，则不满足《伯尔尼公约》第 2 条作品范围的最低标准。

---

[8] WIPO, Contracting Parties of Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/berne.pdf.
[9] Sam Ricketson, Jane C Ginsburg. International Copyright and Neighboring Rights. Oxford University Press. 2006. para 8.01.
[10] WIPO, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)[M]. Geneva: WIPO Publication, 1978:17-21.para 2.1.

（二）作品范围之扩张

《伯尔尼公约》第 2 条第 1 款规定“文学和艺术作品一词包括文学、科学和艺术领域内的一切成果”。公约对“一切成果”这一表述没有加入任何限定词，这进一步扩大了作品的范围。[11]依据《伯尔尼公约》，“成果”仅须发生在文学、科学和艺术领域。《伯尔尼公约》既不要求“成果”应达到某种程度之创造性（Creativity），也不要求“成果”必须为自然人创作。

《伯尔尼公约》1948 年布鲁塞尔修订会议准备工作记录（Travaux Préparatoires for the Brussels Revision Conference）各国代表团的讨论记录，也反映出公约对“成果”不进行限制的精神。诸多国家的代表团提出了对“成果”一词进行限定，如奥地利代表团提议在“文学、科学和艺术领域之后”加入“具有个人创作性质”（which have the character of a personal creation）；[12]挪威代表团建议增加“构成智力创作”（which constitute an intellectual creation）；[13]捷克代表团建议直接用“创作”（Creation）代替“成果”（Production）[14]等。以上提案在进行了深入讨论后，均遭到拒绝。拒绝的原因是《伯尔尼公约》不愿意对“成果”之范围再加入限制条件；受保护作品之定义核心不在于“成果”这一表述，而在于“文学和艺术领域”这一表述，即文学艺术领域内之成果均应受到《伯尔尼公约》之保护，“成果”一词在这里只是作为“文学和艺术作品”的补充，以表明这些作品在受到保护之前应当表达于外部（Brought into Existence）。而如果定义中引入新的条件，无论是“智力创作”、“个人创作”还是“创作”，均可能限制作品的范围，削弱对作者权利的保护。因此，“成果”仅要求作品被创作出来，被表达于外部，并不要求是“创作”或“个人创作”，也不对其文学艺术价值进行判断，仅需是表达于外部之“成果”就应当受到《伯尔尼公约》的保护。

人工智能创作物虽然不是由自然人直接创作的，但是其属于文学、科学和艺术领域，也被表达于外部形成了“成果”，具备了成为作品的可能性。将所有人工智能创作物完全排除出著作权保护范围之外，有可能违反《伯尔尼公约》第 2 条之下的国际义务。公约第 2 条明确规定“文学、科学和艺术领域内的一切成果”，并且从该条文订立时，“智力创作”、“个人创作”和“创作”等提案均被否决，“一切成果”这一表述表明了立法者明确的态度，即不对作品加入其他不必要的限制条件。一言以蔽之，《伯尔尼公约》要求缔约国保护“文学、科学和艺术领域内的一切成果”，而不对“成果”加入不必要的限制。但作品必须具有“独创性”，因此并非所有人工智能创作物均可自动受到著作权保护，而可以检验其是否符合“独创性”的要求。因此，《伯尔尼公约》下对作品范围的划定十分广泛，将所有人工智能创作物，不鉴别其“独创性”，就将其排除出著作权法作品范围之外，违反《伯尔尼公约》。

三、人工智能创作物《伯尔尼公约》作者的最低标准

（一）作者与自然人的关系

“作者是否必须为自然人”与“作品是否必须为自然人创作”是两个不同的问题，前者

[11] Sam Ricketson, Jane C Ginsburg. International Copyright and Neighboring Rights. Oxford University Press. 2006. para 8.03.
[12] Ibid. p,147.
[13] Ibid. p,149.
[14] Ibid. p,150.

解决的是著作权的归属，后者解决的是作品是否具有独创性、能否受到著作权保护。《伯尔尼公约》第 1 条开宗明义规定公约的目的在于“保护作者对其文学和艺术作品所享权利”。作者是公约的核心，是权利主体。然而，尽管“作者”这一概念充斥着整个公约，但《伯尔尼公约》从未规定作者必须是自然人。[15]公约第 2 条仅规定了作品是作者智力创作成果，可推知作者是作出智力劳动的主体，是作品独创性的来源。

作者是否必须为自然人这一问题，由于大陆法系与英美法系国家有根深蒂固的分歧，因此，从 19 世纪《伯尔尼公约》订立之初公约就没有明确规定，而是为成员国法律留出了空间。英美法系国家，如英国、加拿大等国家，更看重作品中劳动力、技术和资金的投入，因此法人虽非自然人但可以成为作品的原始作者。[16]相比之下，大陆法系国家，如德国、法国，更看重作品与作者之间的人格纽带，因此法人虽然在特殊情况下可以享有著作权，但是不能成为作者。[17]尽管大陆法系国家要求作者必须为自然人，但并不将所有人工智能创作物完全排除出著作权保护范围之外，而是寻找机器背后的自然人创作者。[18]

在一些特殊作品方面，《伯尔尼公约》明确规定在作者方面不对缔约国作出要求，缔约国国内法律可以自由规定特殊作品的“作者”。例如《伯尔尼公约》第 14BIS 条第 2 款规定：“确定电影作品著作权的作者（Author），属于被要求给予保护的国家法律规定的范围。”两大法系各个国家依据《伯尔尼公约》给予的自由空间，均规定电影作品著作权作者可以为非自然人。例如英国、加拿大和美国均规定电影作品属于职务作品（Work Made for Hire），其作者为制片人。[19]法国、德国和比利时规定电影作品的作者为制片人、导演、演员、编剧等共同创作人，但制片人享有行使电影作品经济权利的优先权。[20]制片人通常是对电影作品投资的主体，可以为自然人也可以为公司法人。由此可见，电影作品之“作者”无论在大陆法系还是英美法系国家，均可以为非自然人。

我国《著作权法》采用了大陆法系立法模式，看重作品与作者之间的人格纽带，只有对作品进行了智力创作的自然人才能成为作者。[21]然而，我国《著作权法》也受到英美法系影响，《著作权法》第 11 条规定法人可以被“视为作者”，第 17 条规定：“视听作品中的电影作品、电视剧作品的著作权由制作者享有”。我国《著作权法》在这一方面与英美法系国家的规定相似，法条直接规定非自然人可以成为作品之作者。[22]

“作者”是否必须为自然人这一问题，两大法系著作权法有一定争议。但这一争议是为了解决著作权归属的问题，而非作品是否能够受到著作权保护。并且在一些特殊作品方面，即使是大陆法系国家也承认非自然人可以像作者一样原始取得著作权。人工智能创作物由于

[15] Sam Ricketson, Jane C Ginsburg. International Copyright and Neighboring Rights. Oxford University Press. 2006.
[16] Walter v Lane [1900] AC 539; G A Cramp Sons Ltd v F Smythson Ltd [1944] AC 329; Ladbroke (Football)Ltd v William Hill (Football) Ltd [1964] 1 All ER 465; Desktop Marketing Systems Pty Ltd v Telstra Corporation Ltd (2004) 60 IPR 650 (Supreme Court of Canada).
[17] Code de la Propriété intellectuelle art L 111-1(3).
[18] Michiel Vivant, Jean-Michel Bruguiere. Droit D’auteur et Droits Voisins[M]. Paris: Dalloz,2019:45-58.
J. Larrieu. Le robot et le droit d’auteur[C] Mélanges en l’honneur du professeur André Lucas. Paris:LexisNexis, 2014:95-115.
Arthur R. Miller, Copyright Protection for Computer Programs, Database, and Computer-Generated Works; Is Anything New Since CONTU?[J] Harv. L. Rev,1993,106(7):977-1068.
[19] UK Copyright, Designs and Patents Act 1988 s 9 (2).
[20] Code de la Propriété intellectuelle art L 113-7(3).
[21] 曹新明.著作权法上作品定义探讨[J].中国出版,2020(19):10-16.
[22] 李明德.两大法系背景下的作品保护制度[J].知识产权,2020(07):3-13.

不是自然人直接创作就不受著作权法保护，不符合《伯尔尼公约》规定。

（二）作者与自然人创作的分离

《伯尔尼公约》中“作者”概念是为了解决著作权归属的问题。然而，在人工智能挑战下，我国学者和法官却将“作者是否必须为自然人”用来判定是否为著作权意义下的作品。[23]这可能是受到美国 2018 年 Naruto v. Slater 猕猴自拍案的影响。[24]例如，王迁认为：“在没有任何源于人类作者的智力投入或参与的情况下，由机器以及随机或自动运行的纯粹机械过程生成的成果，排除出作品可登记范围。美国法院认定‘猕猴自拍照’不构成作品，也鲜明地反映了这一立场。因此，人工智能生成的内容不构成作品，属于法律对其的应然定性。”[25]刘银良认为：“作品的社会或文化价值源自作品的自然人作者前提，即作品是由自然人创作的。”[26]菲林案中法官认为：“根据现行法律规定，文字作品应由自然人创作完成”。[27]

我国反对人工智能创作物受著作权保护学者和法官，将“作者是否必须为自然人”和“作品必须由自然人创作”均作为判定作品是否能受到著作权法保护的标准。然而，猕猴自拍案中法官系判定猕猴自拍照进入公有领域、不受著作权法保护，而非判定其不属于著作权法意义下的作品。[28]猕猴自拍照不受著作权保护之逻辑为：首先，猕猴不是适格著作权主体，无法享有著作权；其次，猕猴自拍是猕猴自己单独的行为，没有任何人类对猕猴进行了诱导或饲养，因此没有任何人类可以对该自拍主张权利；最后，猕猴自拍照进入公有领域。进入公有领域意味着承认该自拍是著作权法意义下之作品，但是由于猕猴是动物，无法享有著作权，其他人可以自由使用该作品。因此，虽然该案之判决结果和我国学者观点、法官判决一致，即非自然人创作不受著作权法保护，但是两者有本质区别。猕猴自拍案中，法院并没有否认该自拍不是作品，而是认为猕猴无法成为该作品著作权的适格主体，不能进行登记，因此进入了著作权法中的公有领域。

我国学者和法院认为作品必须由自然人创作，将非自然人创作之作品完全排除出著作权保护之外，可能违反《伯尔尼公约》最低标准。由自然人间接创作的作品有可能可以受到著作权法的保护。同样以猕猴自拍案为例，若猕猴为人工饲养和训练，依据美国著作权法中职务作品规定，该自拍照将得到著作权法保护，著作权人为饲养员或训练师。[29]但是如果依据我国学者之观点和判决，由于自拍照不是自然人创作，因此不是著作权意义下的作品。实际上，我国法院在历史上曾有判决承认自然人间接创作物为作品。在长沙动物园一案中，长沙市中级人民法院认为:“海豚所作出的‘表演’，实质上是因驯养员的训练而产生的条件反射，是驯养员训练思维的一种机械性、生理性反映‘工具’”。[30]海豚的表演是驯养员间接创作的结果，该表演受到著作权法保护。不寻找间接创作人工智能创作物的自然人，而直接

[23] 饶先成.困境与出路:人工智能编创物的保护路径选择与构建[J].出版发行研究,2020(11):80-87.
[24] Naruto v. Slater, 888 F.3d 418 (2018).
[25] 王迁.论人工智能生成的内容在著作权法中的定性[J].法律科学(西北政法大学学报),2017,35(05):148-155.
[26] 刘银良.论人工智能作品的著作权法地位[J].政治与法律,2020(03):2-13.
[27] （2018）京 0491 民初 239 号民事判决.
[28] Naruto v. Slater, 888 F.3d 418 (2018).
[29] Shyamkrishna Balganesh. Causing Copyright[J]. Colum.L.Rev.2017,117(3):1-35.
[30] （2003）长中民三初字第 90 号 长沙动物园与当代商报社、海底世界(湖南) 有限公司著作权侵权及不正当竞争纠纷.

认定其由于不是自然人直接创作的因此不是著作权法意义上的作品，不符合国际惯例和国内之前的判决，有违反《伯尔尼公约》最低标准的风险。

综上，无论《伯尔尼公约》还是两大法系著作权法以及我国《著作权法》均允许非自然人成为著作权主体，且均允许自然人间接成为作者。由于人工智能创作物不是自然人直接创作而将其全部排除出著作权法的保护范围之外，有不符合《伯尔尼公约》最低标准、违反国际义务的风险。因此需检验人工智能创作物独创性，来判断其是否属于作品。

四、人工智能创作物《伯尔尼公约》独创性的最低标准

（一）独创性无需程度判断

《伯尔尼公约》认为独创性无需程度判断。王迁教授认为人工智能创作物不应保护的理由是：“对于人工智能生成的内容而言……其生成过程没有给人工智能留下发挥其‘聪明才智’的空间，不具有个性特征，该内容并不符合独创性的要求”。[31]作品要发挥作者聪明才智留下空间、要反映作者个人特征，这是独创性的国际通说，没有问题。然而，是否所有人工智能创作物均不可能留下“发挥聪明才智的空间”，是值得商榷的。人工智能创作物有可能满足《伯尔尼公约》下独创性要求，因为《伯尔尼公约》认为对创性无需程度判断。

首先，《伯尔尼公约》认为非复制即为独创。虽然《伯尔尼公约》没有对独创性（Originality）之程度进行明确的界定，但《伯尔尼公约》WIPO 官方解释《伯尔尼保护文学和艺术作品公约指南》（以下简称《伯尔尼公约指南》）明确规定：“公约第 2 条第 3 款使用‘独创’这一表述是为了与‘复制’相区别。”独创性是与复制相对立概念，非复制品即具有独创性之可能。[32]人工智能创作物并非复制，存在具有“独创性”的可能。

其次，《伯尔尼公约》认为选择编排满足独创性。《伯尔尼公约》第 2 条第 5 款规定“凡由于对材料的选择和编排而构成智力创作的应得到……保护”。该条文明确规定仅仅对材料的选择和编排也能达到独创性的标准，而形成新的作品受到著作权保护。仅仅对别人创作之作品进行选择和编排也可能是“发挥聪明才智的空间”，满足独创性之要求。

最后，根据上述规定人工智能创作过程中即使自然人仅仅对创作素材进行了选择和编排，人工智能进行了主要的创作活动，但自然人在该作品中的智力投入也能够满足独创性的标准，可以认为该作品为自然人间接创作，具有独创性。虽然人工智能的自动化程度各不相同，但是即使自动化程度极高的人工智能在创作过程中也必然有自然人不同程度的介入，如参数的设定，算法的分析，素材的选定等等。该自然人的参与，无论程度之深浅，均可为独创性来源。对独创性的程度要求过高，认为人工智能创作物均不能满足独创性要求，有违反《伯尔尼公约》下独创性标准的可能。

（二）独创性无需价值判断

《伯尔尼公约》认为不应对独创性进行价值判断。刘银良认为人工智能创作物不应被保护的主要理由为：“作品的社会或文化价值源自作品的自然人作者前提……作品具有社会或

[31] 王迁.论人工智能生成的内容在著作权法中的定性[J].法律科学(西北政法大学学报),2017,35(05):148-155.
[32] WIPO, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)[M]. Geneva: WIPO Publication, 1978:17-21.para 2.8

文化价值。这是著作权制度的基础，也决定了著作权法基本目标的可实现性。”[33]他认为作品需具有社会或文化价值，其表现为作品的“多样性”“价值性”和“稀缺性”。而人工智能创作物缺失社会和文化价值，不应成为作品。

在价值性和稀缺性方面，《伯尔尼公约》官方解释明确规定独创性标准与艺术价值和商业价值无关：“作品的价值或优点（Merit），本质上是一种主观价值判断，与独创性无关”。[34]该解释举例：在审理案件时，法官不一定要欣赏该作品，才保护其著作权。作品使用的目的也是如此，作品可能是为了纯粹的教育、公益目的或仅仅是功利、商业目的，但这均不会对它享有著作权保护造成任何影响。[35]因此判断作品是否具有社会或文化价值以决定是否受到著作权保护，这违反《伯尔尼公约》独创性最低标准。[36]

在多样性方面，《伯尔尼公约》对独创性并不要求某作品与其他作品有显著区别。《伯尔尼公约》官方解释明确规定：独创性不应当与新颖性混淆。该解释举例：两个艺术家将他们的画板放在同样的地方，然后各自对同样的风景创作出相似的画作，每个人分别创作了一个作品，两幅画作及其相似，但是由于它反映了其作者的人格，是由作者独立创作的，所以具有独创性。同样，两个工匠在雕刻木头大象时，每人都创作了一个与对方相似的木头大象，虽然两个木头大象不具有新颖性，但是都是独创作品。[37]即使人工智能创作物可能有雷同，但是只要是其创作过程是作者独立进行创作，反映作者的人格特征，即使其作品雷同，也具有独创性。

《伯尔尼公约》允许缔约国自主设定独创性标准，但其解释要求该标准设定不宜过高，不宜纳入对文学艺术作品的价值判断。因此，独创性标准过高而将所有人工智能创作物排除出作品范围之外，有违反公约最低标准的风险。而公约作品范围的最低标准将在下文进行论述。

五、人工智能创作物《伯尔尼公约》合规之建议

（一）超国民待遇

若我国立法和司法机关将所有人工智能创作物均排除出著作权保护之外，如北京互联网法院和北京知识产权法院判决一样，认为“作品应由自然人创作完成”，将违反《伯尔尼公约》第 2 条作品范围最低标准的规定，存在引发国际纠纷的风险，可能在 WTO 争端解决机制下被起诉。

面对该风险或起诉，我国可援引《著作权法》第 2 条“外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护”以及《实施国际著作权条约的规定》第 19 条规定：“本规定与国际著作权条约有不同规定的，适用国际著作权条约。”依据该条文，外国人可依据国际公约受到著作权保护。

[33] 刘银良.论人工智能作品的著作权法地位[J].政治与法律,2020(03):2-13.
[34] WIPO, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)[M]. Geneva: WIPO Publication, 1978:17-21.para 2.4.
[35] WIPO, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)[M]. Geneva: WIPO Publication, 1978:17-21.para 2.4.
[36] 梅傲,郑宇豪.人工智能作品的困境及求解——以人工智能写作领域第一案为考察中心[J].出版发行研究,2020(12):50-56.
[37] WIPO, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)[M]. Geneva: WIPO Publication, 1978:17-21.para 2.6

这一超国民待遇规定在上世纪 90 年代曾是我国加入《伯尔尼公约》和 WTO 的权宜之计。

赋予外国人超国民待遇，仅保护外国权利人而不保护本国权利人的权利，有损我国著作权权利人之尊严和利益。我国著作权法经过三次修法逐渐缩小超国民待遇，因此该对策为下下策，仅可作为应对突发风险时的对策，如应对 WTO 争端解决机制诉讼时的应急之策。在面对国际诉讼和风险，我国立法和司法机关可以将本国国民与外国缔约国国民区别对待，仅保护外国缔约国国民人工智能创作物之著作权。从而论证，我国著作权保护完全符合《伯尔尼公约》和其他国际公约之规定。

（二）客观判断人工智能创作物是否为作品

人工智能创作物著作权保护之现状，与 2008 年我国因著作权法第 4 条违反《伯尔尼公约》被美国在 WTO 提起诉讼相似。WTO 争端解决中心审判专家认为我国著作权法第 4 条“违反法律规定的作品不受保护”，违反了《伯尔尼公约》第 2 条中对作品客体保护范围最低标准的要求。[38]我国为了避免贸易制裁，于 2010 年将该条修改为：“行使著作权不得违反法律规定。”WTO 争端解决中心审判专家认为修订后的规定符合《伯尔尼公约》。人工智能创作物著作权保护方面可以借鉴这一经验，“非自然人创作物均不受著作权法保护”或“人工智能创作物均不受著作权法保护”违反《伯尔尼公约》。然而，我国可以规定：“无法找到直接或间接自然人作者的作品进入公有领域”，这符合《伯尔尼公约》规定。

因此，我国立法和司法机关应客观判断人工智能创作物是否属于著作权之作品。例如菲林案，北京互联网法院和知识产权法院认为“作品应由自然人创作完成”，而不保护人工智能创作物，有违反《伯尔尼公约》的风险。然而变换逻辑，依据本文第一部分对创作主体的分析，认为人工智能创作物找不到自然人主体，无法享有著作权，进入公有领域，则可显著降低《伯尔尼公约》的风险。并且，若人工智能创作物仅仅是对原材料简单的复制和导出，我国立法和司法机关均可因其不具有“独创性”而不受著作权法保护。这没有任何违反《伯尔尼公约》的风险。但是需要对人工智能创作物一一进行独创性的判定，通过本文第二部分独创性的分析，不能将所有人工智能创作物均判定为不符合独创性标准。[39]

我国立法和司法机关不能仅仅由于人工智能创作物非自然人直接创作，就将其完全排除出《伯尔尼公约》，这有极大的风险违背该公约第 2 条之规定。我们可以对人工智能创作物之创作主体和独创性进行客观的判断，然后决定其是否受著作权保护。这可以降低违反公约风险的同时，满足我国立法和司法的实践需要。

（三）推动国际公约修改

国际公约并非一成不变，我国可依据自身需要推动国际公约规则的发展。《伯尔尼公约》从 1886 年订立后经过了数次修改，形成了不同文本，对作者的实质性权利和合理使用制度进行了调整。至今各国都还可以选择《伯尔尼公约》不同文本缔约。多数国家选择了《伯尔尼公约》1971 巴黎文本缔约。后来随着技术的发展 WCT、TRIPS 等著作权相关条约的订立，加入了新的作品和新的权利，例如计算机软件被纳入作品进行保护，信息网络传播权（Public

[38] Report of the Panel. World Trade Organization. WT/DS362/R, 26 January 2009.
[39] 丛立先.人工智能生成内容的可版权性与版权归属[J].中国出版,2019(01):11-14.

Communication Right）的创设。随着科技的发展，国际公约也在不停修改和变化之中。

面对人工智能技术的发展，《伯尔尼公约》对作品范围的划定也处在变革之中，我国应积极参与和影响这一变革，以服务自身产业发展。我国学者之观点应通过适当渠道发声，影响国际规则的制定。特别是刘银良之观点："著作权法的基本目标是促进社会文化发展……无论是从著作权法基本目标出发，还是藉由作品的前提与特征考察，人工智能作品都不能满足著作权法对于作品的要求，从而难以成为著作权客体。对人工智能作品可通过网络登记，加开放许可等措施予以管理，其对于著作权制度的挑战可以得到化解。"[40]和王迁之观点："迄今为止（人工智能创作）内容都是应用算法、规则和模板的结果，不能体现创作者独特的个性，并不能被认定为作品"。[41]虽然在现有《伯尔尼公约》作品的最低标准之下，可能会违反国际义务，但是两位先生之论证切合著作权法之目的和科技发展之现状。可在世界知识产权组织召开国际会议时积极发出我国之声音，推动国际公约的修改，将没有保护价值，不能促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣的人工智能创作物排除出著作权法保护之外，使我国人工智能相关立法和司法实践符合国际公约的规定。

上述三种策略并非互相排斥的关系，而是有各自应用的场景。首先，若有国外学者指责我国著作权法立法和司法不符合国际公约之义务，可以以超国民待遇予以反驳。依据我国《著作权法》第 2 条及《实施国际著作权条约的规定》第 19 条之规定外国人在我国可依据《伯尔尼公约》受到保护。其次，为解决国内司法和学术界人工智能创作物是否为作品之争论，作品的客观判定既符合国际义务又被我国正反两派学者接受，可以通过寻找人工智能背后自然人创作主体和独创性客观标准来判定人工智能创作物是否受著作权保护。最后，在影响国际公约修订方面。应从我国人工智能产业发展需要出发，提出相应著作权理论，影响和推动国际公约的发展。总之，将所有人工智能创作物均排除出著作权法意义下作品范围之外不符合《伯尔尼公约》之最低标准。

[40] 刘银良.论人工智能作品的著作权法地位[J].政治与法律,2020(03):2-13.
[41] 王迁.论人工智能生成的内容在著作权法中的定性[J].法律科学(西北政法大学学报),2017,35(05):148-155.

欧洲打击仇恨言论新发展：打击仇视宣传专家委员会介评

张颖军* 杨柳青青[1]

内容摘要：促进欧洲内部交流、尊重人权平等一直是欧洲的价值取向，欧洲一直在仇恨言论的治理中不断前进。无论是欧洲联盟还是欧洲委员会，对于此类问题都保持密切关注，尤其是在当前移民问题、少数族裔问题等文化冲突频发的今天，互联网、传统媒体对此类言论的传播又增加了治理难度和压力。2019 年，欧洲委员会通过决议，设立了仇恨言论问题专家委员会。尽管面临新冠疫情，委员会还是于 2020 年 11 月正式成立，并纳入调整后的民族种族治理机制。这反应了作为欧洲政治主要机构的欧洲理事会在打击仇恨言论上的新动向，也体现了该领域国际法治的发展。

关键词：国际法；欧洲理事会；种族主义和仇外行为；仇恨言论

2019 年 11 月 19 日至 21 日，欧洲委员会新设立了打击仇视宣传专家委员会（Committee of Experts on Combating Hate Speech，ADI/MSI-DIS）[2]。通过专家讨论和对新出现的仇恨言论问题进行分析，最终决定起草一份解决仇恨言论综合性建议草案，以及对相关标准进行设定。该草案将由欧洲委员会部长理事会（the Council of Europe Committee of Ministers）审议，为成员国提供非约束性指导。[3]

一、欧洲仇恨言论治理情况

在仇恨言论治理问题上，欧洲开始较早。自 1950 年生效的《欧洲保障人权和基本自由公约》（Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）规定了禁止歧视条款，表明“对本公约所规定的任何权利和自由的享有应当得到保障，不应因任何理由比如性别、种族、肤色、语言、宗教、政治或其它观点、民族或社会出身、与某一少数民族的联系、财产、出生或其他情况等而受到歧视。”[4]即无论人有何差别，均平等受到不受因此而产生被歧视的平等权。欧洲人权法院（European Court of Human Rights）也直接将此条作为判决依据，最早于 1968 年“关于比利时教育中使用语言的相关法律问题”案件中适用[5]。

1993 年，欧洲委员会设立了欧洲反对种族主义和不容忍委员会（European Commission against Racism and Intolerance，ECRI），负责成员国种族平等情况监控，通过访问、与政府

*张颖军，女，1968-，中南民族大学法学院副教授，法学博士,电子信箱：zyj2161@sina.com。
[1]杨柳青青，女，1997-，中南民族大学法学院硕士研究生,电子信箱：1436045784@qq.com。
[2]Council of Europe, “New Committee of Experts on Combating Hate Speech (ADI/MSI-DIS),” January 2020, https://www.coe.int/en/web/committee-on-combatting-hate-speech/newsroom/-/asset_publisher/1YpAhEPwaRji/content/new-committee-of-experts-on-combating-hate-speech-adi-msi-dis-?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fcommittee-on-combatting-hate-speech%2Fnewsroom%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1YpAhEPwaRji%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-6%26p_p_col_count%3D1, last accessed on 25 October 2020.
[3]Council of Europe, “Committee of Experts on Combating Hate Speech (ADI/MSI-DIS) BACKGROUND DOCUMENT,”25 May 2020,https://rm.coe.int/background-for-adi-msi-dis-june-2020/16809f6b6d, last accessed on 26October 2020.
[4]欧洲人权法院官方网站上《欧洲保障人权和基本自由公约》的中文版，参见 https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ZHO.pdf，2020 年 10 月 1 日访问。
[5]访问欧洲人权法院 HUDOC 数据库，以公约第 14 条为检索条件，按从前往后的时间顺序检索得出。

对话等方式分析后，发表成员国国家报告，并提供解决相关问题的针对性建议。[6]

在限制传播仇恨言论方面，1993 年生效的《欧洲跨界电视公约》（European Convention on Trans-frontier Television）第 7 条第 1 款规定，“所有节目服务，无论外观还是内容，应当尊重人的尊严和他人的基本权利，特别是不得含有……过分强调暴力或者可能煽动种族仇恨的内容”，使广播者也承担起反仇恨言论的义务，并在后来欧洲广播电视跨界化的潮流中得到广泛认可，至今已有 40 多国签署和批准[7]。

再次，突出欧洲层面的司法联动与协同，凝聚打击合力。1996 年欧洲为加强打击种族歧视和仇外心理的司法合作，进行了联合行动[8]，规定了此类犯罪行为的特征、需要采取的司法合作措施，并于 2008 年在欧洲一级层面将行动成果固定化，制定了《关于通过刑法打击某些形式和表现的种族主义和仇外心理的框架决定》[9]（the Framework Decision on combating certain forms of expressions of racism and xenophobia），以严厉的刑事手段打击严重的仇恨语言现象。

此外，出台洲际范围的统一指令消除歧视反对仇恨。2000 年，欧洲委员会发布了第 2000/43/EC 号指令[10]，也被称为“种族平等指令”（the Racial Equality Directive），成为欧盟反歧视的框架性文件，在社会生活各个领域确立不同种族或族裔出身的人之间平等待遇原则，这次的指令主要是敦促成员国进行反歧视立法，尽管没有直接规定仇恨言论的内容，但在更高的层面为打击仇恨言论提供依据。

正是基于上述各类文本与专门机构构建的大框架，21 世纪以来，欧洲对仇恨言论的治理还进一步从言论自由、人权问题、媒体宣传、科技治理等角度得到文本规制及治理效能的强化，欧洲委员会又制定了《网络犯罪公约》（Convention on Cybercrime），并在 2003 年增加《关于将通过计算机系统从事种族歧视和仇外行为犯罪化的附加议定书》（Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems），确立了四种犯罪：通过计算机系统和网络传播种族主义和仇外言论、以种族歧视和仇外心理为动机的威胁行为、以种族主义和仇外心理为动机的侮辱行为、否定灭绝种族罪和反人道罪，或认为其罪行轻微 赞成或认为其正当合理的行为[11]，以重点打击互联网上的仇恨言论行为。由于与缔约国言论自由的立法相冲突，曾打算修改《网络犯罪公约》增补该内容的计划一度受阻，最后将其与《公约》剥离

[6]European Commission against Racism and Intolerance, “ECRI European Commission against Racism and Intolerance”,https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/,last accessed on 12 October 2020.
[7]Council of Europe, “Chart of signatures and ratifications of Treaty 132European Convention on Transfrontier Television,” 31 October 2020, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/132/signatures?p_auth=M78deUEq, last accessed on 31 October 2020.
[8]European Union, “Document 31996F0443,”https://eur-lex.europa.eu/eli/joint_action/1996/443/oj, last accessed on 24 October 2020.
[9]European Union, “Summaries of EU Legislation,” 15 June 2014, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l33178, last accessed on 24 October 2020.
[10]European Union, “Document 32000L0043,” https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0043, last accessed on 24 October 2020.
[11]张颖军：打击网络犯罪中的少数人权利保护——《关于将通过计算机系统从事种族歧视和仇外行为犯罪化的附加议定书》介评，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》，2011 年第 2 期，第 124 页。

开以附加议定书形式作为独立的条约，供欧洲委员会成员国、观察员国签署或批准[12]。但发展至今也逐渐得到欧洲，甚至一定的国际认可，在欧洲国家以外，还有美国、日本、加拿大和南非等国家签署[13]。2016 年 5 月，欧盟委员会联合 facebook、微软、推特和 youtube 等主要互联网巨头，如推出《反网络非法仇恨言论行动准则》（Code of Conduct on countering illegal hate speech online），通过互联网平台的自我规范和管理，减少仇恨言论传播[14]。

综上所述，欧洲在立法领域对打击仇恨言论做了一套较为全面的规定，通过禁止歧视的框架性规定，减少仇恨言论在电视网络传播的现实途径、严重行为的入刑等方式，在法律层面推动成员国反歧视立法[15]。

然而现实中，仇恨言论在欧洲仍普遍存在。2016 年，欧洲反种族主义和不宽容委员会的反仇恨立法专家恰拉·巴卡丽丝出版了网络仇恨问题专题报告[16]，介绍了欧洲仇恨言论的现状和趋势：根据欧洲反种族主义和不宽容委员会的第四轮成员国报告的总体分析，网络仇恨已然增加，成为了需要持续关注的问题。每个成员国都有特定的文化组合，导致每个国家都有较为明显的歧视对象，例如法国的黑人、荷兰的土耳其人等。整个欧洲范围内，有三类人最容易受到歧视，为犹太人、伊斯兰教徒和罗姆人。一定数量的右翼和新纳粹主义团体，以及民族主义者被指责发表过仇恨言论，并且更糟糕的是，许多媒体报道都含有仇恨言论，加重了敌对情绪。因此，欧洲的反仇恨言论道路还要跟进一步，目前的措施还没有完全发挥效力。

二、打击仇视宣传专家委员会工作介绍

（一）机构地位

打击仇视宣传专家委员会，是部长委员会根据《欧洲委员会规约》第 17 条设立的一个附属机构[17]，设立过程与地位如下：2019 年 11 月 19-21 日，欧洲委员会部长委员会第 1361 次会议，设立了民族事务新机构——多样性、包容性和反对歧视指导委员会(The Steering Committee on Anti-Discrimination, Diversity and Inclusion, CDADI)。旨在促进人人平等，建设有效保护人们免遭歧视和仇恨、尊重文化多样性的更加包容性社会……委员会下设三个附属机构，分别为：“罗姆人和游牧者问题专家委员会”（Committee of Experts on Roma and Traveller Issues, ADI-ROM)、“打击仇视宣传专家委员会” 和“文化间融合工作组”（Working

[12]胡健生、黄志雄：打击网络犯罪国际法机制的困境与前景———以欧洲委员会 《网络犯罪公约》为视角，载《国际法研究》，2016 年第 6 期，第 24 页。
[13]Council of Europe, “Details of Treaty No.189,” 31 October 2020, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189, last accessed on 31October 2020.
[14]European Union, “The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online,” 30 June 2016, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0043, last accessed on 24 October 2020.
[15]宋玉萍：全球化与全球治理——以欧洲委员会《网络犯罪公约》为例，载《新疆社会科学》，2013 年第 1 期，第 89 页。
[16]Chara Bakalis, “Cyberhate: an issue of continued concern for the Council of Europe’s Anti-Racism Commission,” Council of Europe, November 2015, https://rm.coe.int/cyberhate-an-issue-of-continued-concern-for-the-council-of-europe-s-an/16808c6d9f, last accessed on 25 October 2020.
[17]Council of Europe, “1361st (Budget) meeting, 19-21 November 2019 11 Programme,” 26 November 2019, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168096a7de#_Toc24124112.

Groupon Intercultural Integration ,GT-ADI-INT)。[18]

根据当前仇恨言论问题的复杂性，打击仇视宣传专家委员会还附属于另一机构，为媒体和信息社会指导委员会（the Steering Committee on Media and Information Society，CDMSI)。该指导委员会职权为：在言论自由、媒体、互联网治理和其他与信息社会有关的问题领域，通过向部长委员会提供咨询意见、制定共同政策、审查执行情况等方式指导欧洲委员会的工作，并监督个人数据保护工作。其下属机构除了打击仇视宣传专家委员会之外，还有言论自由和数字技术专家委员会（Committee of Experts on Freedom of Expression and Digital Technologies ，MSI-DIG），媒体环境与改革专家委员会（Committee of Experts on Media Environment and Reform ，MSI-REF）。

因此，打击仇视宣传专家委员会关于综合解决仇恨言论建议草案的准备工作将在 2021 年 11 月或 12 月由两个指导委员会共同进行审查、讨论，并最终批准[19]。两个上位指导机构的职责从正反面规定了打击仇视宣传专家委员会的工作要求，即既要实际减少歧视对社会带来的负面影响，又要尊重基本人权，不让打击仇恨言论沦为言论控制的工具。

（二）机构任务

打击仇视宣传专家委员会主要职责为编写全面处理仇恨言论的建议草案，旨在为成员国提供全面综合的仇恨言论解决方法，包括宪法、立法、其他方式，建立自我规范、互相管理的模式，同时特别关注科技发展带来的仇恨言论现实问题[20]。根据该专家委员会的背景文件，草案将基于欧洲人权框架，具体依据欧洲人权法院的判例、欧洲委员会现行的法律文本、欧洲委员会发起的“无仇恨言论青年运动”的工作成果和其他可以采用的实践工具，进行编写，最终提交部长委员会[21]。

（三）机构组成

打击仇视宣传专家委员会中分为成员和参加者。

成员有投票权，由 10 名代表与 6 名专家构成。代表中 5 名来自多样性、包容性和反对歧视指导委员会，5 名来自媒体和信息社会指导委员会。以上代表需要在平等、不歧视和包容政策、通过非法律和立法行动处理仇恨言论，或言论自由和媒体政策等领域具有最高级别，并成员国政府指定。6 名独立专家由欧洲委员会秘书长任命，在相关领域具有专业知识。委员会每一成员有一票的表决权。如果政府指定了一名多名成员，则只有一名成员有权参加投票。

参加者和观察员没有表决权。参加者为欧洲委员会相关机构、其他国际组织、非政府组织、学术界、企业、欧洲委员会观察员国的代表。观察者为与欧洲委员会有邻里伙伴关系的非成员国代表。[22]

（四）工作方式

[18]同上。
[19]同前注 2。
[20]同前注 16。
[21]同前注 2。
[22]同前注 16。

工作安排上，专家委员会将在 2020 年和 2021 年分别召开四次全体成员会议，编写建议草案。第一次、第二次会议已于 2020 年 9 月底、12 月底召开。[23]同时，打击仇视宣传专家委员会的主席将受邀出席两个上级机构的会议，向他们通报其工作进展情况。建议草案计划于 2021 年 11 至 12 月提交两个上设机构讨论、审查，通过后计划于 2022 年春季提交部长理事会再次审议，最终成为成员国的非强制性、指导文件。[24]

三、新设机构关注的内容

打击仇视宣传专家委员会 2020 年 5 月的背景介绍文件提出了以下关注内容：仇恨言论定义、解决问题的法律手段和其他途径、网络仇恨言论和相关行为者。[25]

（一）仇恨言论定义

起草综合建议草案必然涉及一些标准设定的工作内容。最核心的自然是“仇恨言论”本身的定义，既不能过于狭窄，无法实际完成减少仇恨言论的目标，又不能过于宽泛，损害言论自由的权利。这里的界限是该专家委员会的工作重点。“仇恨言论”在众多国家和国际性文件中有不同的理解，背景文件中表示需要区分法律术语概念和一般意义的“仇恨言论”，即是否会引起刑法、民事、行政的惩罚。根据 1997 年部长理事会针对仇恨言论的建议性文件，该术语定义为“所有形式传播、煽动、促进或正当化种族仇恨、仇外心理、反犹太主义，或其他出于不容忍的表达,也包括激进民族主义和种族中心主义的不宽容表达,对少数民族、移民和移民后裔的歧视、敌视言论表达”[26]。2016 年欧洲反种族主义和不宽容委员会也发布了专门的建议性文件，将该术语定义为“任何形式基于‘种族’、肤色、血统、国籍或族裔起源、年龄、残疾、语言、宗教或信仰、生理性别、社会性别、性别认同、性取向及其他个人特征或身份，宣传、促进或煽动对个人或群体的诋毁、仇恨或诽谤、骚扰、辱骂、消极刻板印象、污名化（侮辱）或威胁，以及对以上表达的辩护”，并加上“公开否认、轻视、合理化或宽恕被法院认定已发生的种族灭绝罪、危害人类罪或战争罪罪行，以及美化此类犯罪的罪犯”[27]，认为同样是仇恨言论的一类行为。背景文件引用了以上定义，说明其认可的仇恨言论定义将较为广泛。

在对“仇恨言论”的识别上，专家委员会也将参考欧洲人权法院的判例。

首先，专家委员会指出仇恨言论相关案例涉及的基本权利问题，“一方面，需要维护言论自由，这是民主社会的基石；另一方面，需要保护个人的人格权，禁止歧视，在社会或公共秩序中相互尊重和理解”[28]，这里所提到的两方面在《欧洲保障人权和根本自由公约》中有所体现，具体指向两项基本权利。一项是前述公约第 10 条的内容，第一款正面支持了言

[23]Council of Europe, “ADI/MSI-DIS committee meetings 2020-2021,” https://www.coe.int/en/web/committee-on-combatting-hate-speech/adi-msi-dis-meetings, last accessed on 4 may 2020.
[24]同前注 16。
[25]同前注 16。
[26]Council of Europe, “RECOMMENDATION No. R (97) 20 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES ON ‘HATE SPEECH’,” 30 October 1997,https://rm.coe.int/1680505d5b, last accessed on 26 October 2020.
[27]Council of Europe, “ECRI GENERAL POLICY RECOMMENDATION NO.15 ON COMBATING HATE SPEECH” 8 DECEMBER 2015,https://rm.coe.int/1680505d5b, last accessed on 26 October 2020.
[28]同前注 2。

论自由权利之存在，“人人享有表达自由的权利。此项权利应当包括持有主张的自由，以及在不受公共机构干预和不分国界的情况下，接受和传播信息和思想的自由……”，第二款则增加了言论自由的限制条件，“行使上述各项自由，因为同时负有义务和责任，必须接受法律所规定的和民主社会所必需的程式、条件、限制或者是惩罚的约束。这些约束是基于对国家安全、领土完整或者公共安全的利益，为了防止混乱或者犯罪，保护健康或者道德，为了保护他人的名誉或者权利，为了防止秘密收到的情报的泄漏，或者为了维护司法官员的权威与公正的因素的考虑”[29]，结合此两款考虑，只有切实危害了公共性利益和私人权利时，才不享有言论自由的权利，进入仇恨言论的范围。第二种法院考虑的权利是《欧洲保障人权和根本自由公约》的第 8 项，“私生活和家庭生活受到尊重的权利”，内容如下，“1、人人有权享有使自己的私人和家庭生活、住所和通信得到尊重的权利。2、公共机构不得干预上述权利的行使，但是，依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利的利益考虑，为了防止混乱或者犯罪，为了保护健康或者道德，为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的，不受此限。”[30]因此根据文本内容，私人生活中的言论是不被干涉的，同样只有影响公共利益和他人权利的情况才受到干预和限制。“在这方面，法院注意到，如果不为侮辱性言论提供补救，可能会违反第八条规定的确保切实尊重私人生活权的积极义务。”[31]

随后，专家委员会总结了欧洲人权法院判断“仇恨言论”的实践标准：“法院会审查发表言论时的政治和社会背景，言论者的目的，言论者的社会作用和地位，言论内容，传播形式和听众的性质”[32]，综合判断是否超越了公约中的两项权利的边界，成为需要打击和制止的仇恨言论。这样的标准来自于多个案例。例如在 Gündüz 案中法院审查了以上标准，言论人以一宗教领袖的身份，出于宣传自己宗教的目的，在电视直播辩论期间的发表了冒犯和侮辱性言论，内容没有煽动暴力，受直播的形式限制，当事人无法修改言论，且同时为辩论的形式，应当允许多元观点的碰撞，从而认定相关言论不属于“仇恨言论”。[33]再比如在 Sürek 案中，法院认为，当事人作为刊物所有人和编辑者，对于其刊物上刊载的内容承担责任，在地区安全部队与库尔德工人党成员发生严重冲突的背景下，刊物刊登的读者来信中使用污蔑性的语言评价安全部队一方，并点名针对个别人，是在煽动暴力，因而认定相关言论为“仇恨言论”。[34]

综合上述引用内容，打击仇视宣传专家委员会将结合已有的文件标准，注重欧洲人权法院的实践标准，对仇恨言论做出基本定义。特别是欧洲人权法院根据实践总结的评判标准，是具有现实可行性的。

（二）解决问题的法律手段和其他途径

[29]同前注 3。
[30]同前注 3。
[31]同前注 2。
[32]同前注 2。
[33]SÜREK v. TURKEY (No. 1) Application no. 26682/95, 8 June 1999, paras 8-62.
[34]GÜNDÜZ v. TURKEY Application no. 35071/97, Merits and Just Satisfaction, 4 December 2003, paras 9-51.

专家委员会对欧洲委员会目前仇恨言论的控制方式进行了归纳。法律途径上，欧洲委员会成员国的立法中规定了刑事、民事和行政责任，大致可分为旨在维护公共秩序和旨在保护他人权利的法律。在法律、政策和做法的实施情况上，主要由欧洲反种族主义和不宽容委员会监督和报告，并向所有成员国政府提出总体政策建议。根据前述委员会的第 15 号总体政策建议，立法框架不足以全面处理仇恨言论，还可以采用以下途径：1、确保打击仇恨言论的法律在各级都严格执行；2、查明推动仇恨言论的社会因素，通过提高公众意识、教育和反对言论等方式消除；3、支持和保护成为仇恨言论目标的人，包括通过法律咨询、咨询和提供有效的帮助机制；4、推动自律，采取监管行动；5、打击与仇恨言论相关的组织，包括撤回资金、禁止或解散组织。[35]总的来看，欧洲目前已有较为详细的法律规定，仍在法律实施方面需要努力。同时，仇恨言论本身也是文化冲突造成的社会问题，在社会教育和社会监管方面还大有可为。

除了欧洲反种族主义和不宽容委员会的报告研究，专家委员会还关注了自 2013 年启动的“无仇恨言论青年运动”。欧洲委员会在三大洲的 45 个国家中，通过对青年进行教育，在各国发起青年运动，鼓励青年向社交媒体平台、国家机构举报仇恨言论，利用高辨识度的标识和简洁易懂的视频进行人权知识普及，鼓励反对、代替性话语[36]，以打击仇恨言论，最后于 2019 年对这场运动进行经验总结，证实社会教育在仇恨言论的治理上卓有成效[37]。专家委员会表示，所有反仇恨言论措施必须有理有据、程度相称、非歧视。多途径方法的效果最大化，需要各方广泛参与并承担责任，包括国家人权机构、其他社会机构、个人等。[38]

（三）网上仇恨言论

网上仇恨言论泛滥，但当前的打击措施仍难以有效阻止此类现象。专家委员会对网上仇恨言论的特征和治理难题进行了分析，总结如下：首先，网络具有全球化特征，特别是海外注册的搜索引擎全球社交网络的情况下使得分配责任和制定适当的法律措施，尤其是领土管辖权问题。其次，网络传播难以控制、实际危害难以评估，仇恨言论可能在各国、各网络空间不断发表和传播，屏蔽和删除无法彻底解决。再次，仇恨言论者常常通过匿名账户逃避追责。[39]

专家委员会表示欧洲委员会的《网络犯罪公约》与《关于将通过计算机系统从事种族歧视和仇外行为犯罪化的附加议定书》应当被遵守并保证执行，或者各国最低应当将故意或过失“通过计算机系统向公众分发或以其他方式提供种族主义和仇外材料”定为犯罪。[40]

---

[35]同前注 2。

[36]“反对、代替性话语”指通过变换角度叙述、开玩笑等方式，指出仇恨言论和负面刻板印象的问题，参见 Council of Europe, “WE CAN! Taking Action against Hate Speech through Counter and Alternative Narratives,”p77。

[37]Council of Europe, “Committee of Ministers’ Declaration on the No Hate Speech Movement youth campaign,” 29 May 2019, https://www.coe.int/en/web/youth/-/committee-of-ministers-declaration-on-the-no-hate-speech-movement-youth-campaign.

[38]同前注 2。

[39]同上注。

[40]同上注。

对于互联网平台的责任，专家委员会表示互联网服务提供商不应因传播有问题的材料而招致刑事责任，其仅仅为言论的传播、存储工具。[41]因此在这样的观点下，笔者认为欧洲专家委员会很有可能将继续积极和网络服务商和平台商合作，对海量信息进行检测和监控，但对于监控信息、删除言论、断开连接等方式的权力来源还需要进一步明确，并且根据目前。即使不承担刑事责任，平台的其他责任也未提及，还需要进一步规定和确认。

（四）相关行为者

尽管保护人权的主要责任人应当是成员国政府，专家委员会希望其建议能被更多主体采纳，如互联网平台、民间社会、媒体组织、教育机构和学术界。尤其是互联网平台，包括互联网接入提供商、社交网络平台和搜索引擎等中介型机构，其参与和配合在互联网仇恨言论治理中十分重要。[42]

专家委员会指出，目前在线信息监管存在两个问题。一方面，海量信息造成监管困难，尤其是许多互联网平台的体量巨大、匿名用户数量众多，管理难度大。另一方面，巨大的信息流使得网络平台依赖算法和自动检测工具，删除非法内容，有越权危险，目前司法监督缺位。[43]

四、总结

打击仇视宣传专家委员会虽然仅作为一个欧洲委员会的建议机构、草案机构存在，并且是临时性存在，但从其设立本身代表着欧洲委员会重视当前的仇恨言论问题，治理方式需要对当前各类措施进行整合，明确而坚定地朝着综合治理途径进发，既包括国家层面的法律手段，也包括发动社会主体，承担社会责任、自发反对仇恨言论。

在法律途径中，欧洲委员会将继续推动已有法律文本获得更多国家认可，从成员国立法、立法后具体实施、各级的执行多角度切入，力图使反歧视法律文件的成效最大化。

在社会途径中，欧洲委员会期望通过社会人权教育运动和传播平台合力，完成正向循环。向公民普及平等教育和针对仇恨言论的积极应对方法，避免敌对情绪进一步扩大，并鼓励言论举报，由公权力机关、平台统一辨别。对传播平台，政府应与其积极合作，制定统一的行为守则，进行专业培训，减少仇恨言论进一步传播带来的恶劣社会影响。

[41]同前注 2。
[42]同前注 2。
[43]同前注 2。

习近平国际法治思想的理论与实践

周晓明[1]　李洁[2]

内容提要：国际法在维护国际和平与安全、促进世界经济可持续发展和保护人的基本权利和尊严方面做出了重要贡献。时代的发展要求我们不断发展和完善国际法并确保国际法得以合理有效地解释、宣传、适用和实施，这一过程就是国际法治。目前关于国际法治的国际理论与实践，主要从国内法和国际法的二元法律体系范畴出发，缺乏价值理念的共识基础和实践的现实动力。习近平新时代中国特色社会主义国际法治观以主权实质平等、合作共赢、开放包容和可持续发展为价值理念，以构建人类命运共同体为根本目标，以推动建设相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系为直接目标，在坚持维护以《联合国宪章》宗旨和原则为核心的国际秩序的基础上，通过“一带一路”倡议、亚投行等中国路径践行国际法治。习近平新时代中国特色社会主义国际法治观超越了“国家间”关系的视角，为国际法治的构建开辟了一条更有生命力的新路径，代表了中国作为一个大国在推动世界发展中的国际责任和历史担当。

关键词：国际法治　人类命运共同体　全球治理　“一带一路”

导言

这是国际法发展的最好的时代，一个充满智慧、信任、光明和希望的时代，和平、发展、合作、共赢成是这个时代强音，各国相互依存、命运与共、携手共进，人民应有尽有、互相尊重、安居乐业。这也是国际法发展的最坏的时代，一个充斥着愚蠢、怀疑、黑暗和失望的时代，国际社会的和平与安全、世界经济的可持续发展和人的基本权利和尊严仍面临种种威胁。[3] 21 世纪第二个十年伊始，世界仍不安宁，地缘政治因素突出，各种地区冲突频发；世界经济仍处于深度调整期，单边主义、贸易保护主义盛行，国际关系中的不公正不平等现象仍很突出；全球性挑战层出不穷，新冠疫情在全球蔓延、气候变化、环境保护、网络安全、外层空间、恐怖主义等全球性问题仍严重威胁人类的生存与安全。[4]在这样的背景下，国际法的发展走到了一个十字路口。习近平的新时代中国特色社会主义国际法治思想为处于十字路口的国际法指明了方向。

一、关于国际法治的理论分歧与实践差异

近年来，国际法治（International Rule of Law）广受国际法和国际关系学界关注，在国际社会提倡国际法治已在学界达成共识。[5]但在理论层面，学界关于国际法治的定义、主要

---

[1] 周晓明，武汉大学政治与公共管理学院国际关系系副教授，本文是国际社科基金青年项目“欧盟新安全战略研究”（16CGJ024）的阶段性成果。本论文虽作为会议论文提交，但保留包括集结出版等公开发表的权利。

[2] 李洁，山东大学法学院讲师。

[3] Report of the Secretary-General of UN, *Strengthening and Coordinating United Nations Rule of Law Activities*, 68th Session, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/213/Add.1, October 6, 2018.

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

[5] See e.g. Michael Zürn, André Nollkaemper and Randall Peerenboom (eds), *Rule of Law Dynamics: In an Era of International and Transnational Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.78. See also

内容、界定标准等仍没有定论。这种理论上的分歧主要体现在两个方面：一是从国际法治的社会基础来看，国际法治是否与国内法治标准相区别而有自己独立的判断标准；二是从国际法治的功能来看，国际法治到底是仅具有程序上的功能、还是也有实质上的价值追求？第一个问题主要指一元论与二元论的分歧，第二个问题主要指程序法治与实质法治的分歧。此外，还有的学者从功能性的角度出发，强调国际法的政治功能，认为国际法治主要回答了谁以及为了谁的利益来制定、解释和适用国际法的问题。[20]这种功能性的国际法治观是大国或强国提升国际法律话语权、国际规则制定权、议程设置权和实施法律外交的思想基础，为大国在国际法治领域实施“强权政治”提供指引。然而，在当今多元性多极化的国际社会中，仅仅强调“薄的”程序法治是否符合国际社会无政府状态的本质特征？没有价值追求做依托，程序上的国际法治目标是否能真正实现？强国从功能主义出发来利用国际法，是否要考虑国际社会公认的基本价值追求？如果主张“厚的”实质法治观，那当前国际法治的价值追求又应该是什么？

从实践层面看，国际法治也包括两种实践模式。一是国际法之治（Rule of International Law），即强调国际法的作用，不断完善国际法在国际层面和国内层面的制定、实施与效力。二是国际之法治，或法治国际化（International Rule of Law），即主张将国内法治的基本理念和核心要素置于国际社会背景之下和国家间关系之中，国际法治是国内法治在国际社会的延伸与发展。[21] 前者以联合国为代表，主张通过不断完善国际法的立法、国际和国内层面的执法和司法，突出国际法的作用，最终实现以国际法统领国际关系的目的。后者以欧盟为代表，强调将欧盟内部的法治标准和模式向欧盟之外的第三国乃至国际社会推广，通过欧盟法治国际化的途径来实现国际法治。联合国的“国际法之治”和欧盟的“法治国际化”途径，都有一定的合理性，但在实践中也都存在局限性。国际法治不是国内法治的简单“国际化”，也不是单个国家国内法治状况的简单相加。单纯依靠提高每一个成员国国内法治水平并确保国际法在成员国国内的实施以实现国际层面的法治是不切实际的。未来的国际法治应反映国际社会的本质和需求，并致力于促进在世界范围内建立一整套体现人类整体利益的共同价值体系。

习近平主席在准确把握当今时代特点和发展趋势，继承中华民族传统文化和新中国历代领导集体的历史经验，借鉴国际法学界关于国际法治的先进成果的基础上，形成了系统的有利于人类和平与安全、促进国际经济可持续发展和保护人类基本权利和尊严的国际法治观。习近平的国际法治思想突破了传统的国内法和国际法的二元法律体系范畴，从人类命运共同体的视角建立全球法治（Global Rule of Law），为国际法治的构建开辟了一条更有生命力的

Matthieu Burnay, *Chinese perspectives on the international rule of law*, Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2018, p.45.

[20] *Ibid.*⑧, Ian Hurd, p.369; see also J Goldstein, M Kahler, RO Keohane and AM Slaughter, *Introduction: Legalization and World Politics*, 54 International Organization 387(2000).

[21] 张超：《略论国际法治的进度、向度和维度》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2016 年 9 月第 43 卷第 5 期，第 67 页。

实践路径。

二、习近平国际法治思想的理论内涵

回顾国际法的发展历程，我们可以发现国际法在不同的历史时期的价值追求代表的都是占优势地位的大国及其统治者的利益。全球化时代，复杂变化的世界和日益增多的全球性挑战向国际法治提出了更高的要求，包括推动国际法创新、强化国际法遵守和公正适用国际法等方面。[8] 习近平在继承五千年中华文化优良传统，新中国和平外交的集体经验和当代国际法治的有关成果的基础上，提出了构建国际法治应遵循的基本理念，积极致力于促进国际关系的法治化，为国际法治的构建注入了质的活力。

1. 主权平等

国家主权平等原则（Principle of Sovereign Equality of States）自威斯特伐利亚和会以来就是国际关系最重要的准则。但传统国际法建立在西方文明的基础之上，威斯特伐利亚和会确立的主权平等原则主要是针对教皇统治的一种反抗，这种平等仅是西方基督教文明国家之间的平等，非基督教文明的国家常常受到歧视、压榨甚至武力侵略。20 世纪以来，随着国际联盟和联合国等国际组织的先后成立，国家主权平等原则成为国际社会交往的首要原则。其含义是指各国法律地位平等，每一国均享有充分主权之固有权利，国家的领土完整及政治独立不得侵犯，每一国均有权利自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度。[9]但在实践中，受冷战影响，基于各国社会制度不同，各国因军事、经济、政治等因素造成的国家之间实质上的不平等仍广泛存在，国家主权平等沦为空谈和幻想，中国长期以来也是这种不平等国际关系的受害者。

与追求国家主权形式上的平等不同，习近平的国际法治观强调实质意义上的平等，[10] 即地位平等、机会平等、权利平等和规则平等。[11] 首先，各国国际法地位平等。各国都是国际社会平等的一员，在国际组织中拥有平等的权利。国家内政不容干涉，各国的事务应由各国人民自己来管。[12]其次，各国参与国际事务的机会平等。各国不论大小、强弱、人口多少，有权平等地参与地区和国际事务，大国不能垄断国际事务，大国不能将本国意志强加给其他国家。[13]再次，各国国际法上的权利平等。各国在国际法面前平等地享有权利，平等地履行义务，大国没有超越国际法之上的特权。最后，国际法规则平等适用。国际规则由各国共同书写，全球事务由各国共同治理。[14]国际法规则平等适用于各国，国际司法机构统一解释、

---

[8] 黄进：《习近平全球治理与国际法治思想研究》，《中国法学》2017 年第 5 期。

[9] Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations , Resolution No.2625(XXV), https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement，2019 年 2 月 25 日。

[10] 何志鹏：《“一带一路”：中国国际法治观的区域经济映射》，《环球法律评论》2018 年第 1 期。

[11] 习近平：《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》，2017 年 1 月 19 日，http://www.xinhuanet.com/world/2017-01/19/c_1120340081.htm，2018 年 10 月 10 日。

[12] 中华人民共和国外交部条约法律司编著：《中国国籍法实践案例选编》，北京：世界知识出版社，2018 年，第 9 页。

[13] 习近平：《迈向命运共同体 开创亚洲新未来——在博鳌亚洲论坛 2015 年年会上的主旨演讲》，《人民日报》2015 年 3 月 29 日，第 2 版。

[14] 习近平：《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》，2017 年 1 月 19 日，

适用和实施国际法。

2. 合作共赢

国际合作是国际法的一项基本原则。《联合国宪章》、《国际法原则宣言》及其他国际法律文件中都有国际合作的条款。在和平与发展的时代主题下，世界各国虽然地理位置不同，文化历史和政治制度各异，经济发展水平不一，但都开展了不同程度的国际合作，且合作形式越来越多，层次越来越高，领域越来越广。

习近平的国际法治观也强调国际合作，并且赋予国际合作新的内涵，即强调共赢。合作是共赢的手段和条件，共赢是合作的目的和结果。习近平指出，“世界正处于百年未有之大变局，面临的问题和挑战前所未有，任何一个国家都不可能独善其身。合作共赢应该成为各国处理国际事务的基本政策取向。合作共赢的理念不仅适用于经济领域，也适用于政治、安全、文化和生态领域；不仅适用于地区国家之间，也适用于同域外国家开展合作。”[15]

3. 开放包容

人类文明、文化、社会经济制度具有多样性，人类历史本身就是不同文明、文化、社会制度和经济发展相互包容、相互对话的过程。开放包容是国际法的思想根基。但实践中，一些国家在对待不同文明的态度上做不到开放包容、相互尊重、平等合作而是采取居高临下、唯我独尊的态度，将不满足其“文明标准”的国家定义为“失败国家”，以歪曲国际法的方式粗暴干涉他国内政，不但不利于维护国际和平、发展和人权，反而加剧国际和地区冲突，造成他国国家主权和人权被严重践踏，也威胁了国际和平、安全和发展。

习近平阐释了开放包容的内涵主要包括如下方面：在理念上，树立开放、平等、互鉴、对话、包容的文明观，[16]尊重文明的多样性，和谐共存、交流互鉴；[17]在主体上，尊重各国自主选择的社会制度和道路，反对以意识形态划线、以社会制度划线，在坚持主权国家为主体的基础上，强调发挥国际组织、非政府组织、私人主体的作用；在形式上，强调国际社会成员应广泛参与，坚持开放合作，决策程序民主平等，提高发展中国家的话语权，维护和促进多边贸易体制；在手段上，强调要通过互相交流、学习和借鉴，而不是互相隔膜、排斥和取代。要尊重文明的多样性而不是通过强制手段来解决文明差异。在经济发展领域，坚持开放合作，维护开放、包容、非歧视等为核心价值的自由贸易体制和基于规则的多边贸易体制，努力推动世界经济强劲、平衡、可持续、包容增长；坚持普惠共赢，促进全球包容发展；[18]

---

http://www.xinhuanet.com/world/2017-01/19/c_1120340081.htm，2018 年 10 月 10 日。

[15] 习近平：《迈向命运共同体 开创亚洲新未来——在博鳌亚洲论坛 2015 年年会上的主旨演讲》，《人民日报》2015 年 3 月 29 日，第 2 版。

[16] 习近平：《弘扬“上海精神”构建命运共同体——在上海合作组织成员国元首理事会第十八次会议上的讲话》，2018 年 6 月 10 日，https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/zyjh_674906/t1567432.shtml，2018 年 10 月 9 日。

[17] 习近平：《携手构建合作共赢新伙伴 同心打造人类命运共同体——在第七十届联合国大会一般性辩论时的讲话》，2015 年 9 月 29 日，http://politics.people.com.cn/n/2015/0929/c1024-27644905.html，2018 年 10 月 9 日。

[18] 习近平：《登高望远，牢牢把握世界经济正确方向——在二十国集团领导人峰会第一阶段会议上的发言》，2018 年 12 月 1 日，https://www.fmprc.gov.cn/web/zyxw/t1618008.shtml，2018 年 12 月 2 日。

“发展成果惠及所有国家及人民”，“欢迎各国搭乘中国发展的快车、便车”。[19]

4. 可持续发展

20世纪70年代后期，在经济、社会、政治和生态环境等不同领域开始出现可持续发展理念。[20]近年来，世界各国越来越认识到气候变化、环境退化和不负责任的商业行为等多方面挑战可能会阻碍经济发展并破坏人类的基本生存权。实现可持续发展成为国际法的前沿领域和大国博弈的新焦点。[21]

习近平遵循天人合一、道法自然，主张构建国际法治应以可持续发展为途径和价值追求。首先，倡导绿色、低碳、循环、可持续的生产生活方式，走生产发展、生活富裕、生态良好的文明发展道路。其次，国际社会加强合作，共谋全球生态文明建设之路，牢固树立尊重自然的理念。第三，发达国家承担历史性责任，兑现减排承诺，并帮助发展中国家减缓和适应气候变化。[22] 第四，中国展现积极负责任国家形象，建设性参与国际合作和多边进程，就国际环境治理规则体系提出中国方案，推动国际环境治理和生态文明建设取得新进展。[23]

可以说，主权平等、合作共赢、开放包容和可持续发展是习近平新时代国际法治观的基本理念，指明了“良法”应追求的基本价值，为“善治”注入了灵魂。

三、习近平国际法治思想的实践路径

在实践上，与联合国的“国际法之治”和欧盟的“法治国际化”路径不同，习近平的国际法治观既有长远目标，也有直接目的；既有基本方式，也有中国路径；既尊重所有国家的主权，又能在平等互利基础上充分调动各国的积极性。因此，这样的国际法治观具有更大的生命力。

1. 根本目标

构建人类命运共同体是习近平国际法治观的根本目标。

2013年习近平主席在莫斯科国际关系学院首次提出“命运共同体”理念；[24] 2015年习近平主席博鳌亚洲论坛年会上提出迈向命运共同体必须坚持的原则；[25] 此后，习近平主席在第七十届联合国大会上向世界提出打造人类命运共同体的主张；[26] 2017年1月，习近平在

---

[19] 习近平：《总结经验坚定信心扎实推进 让‘一带一路’建设造福沿线各国人民》，2016 年 8 月 17 日，http://www.xinhuanet.com/world/2016-08/17/c_1119408654.htm，2018 年 10 月 17 日。

[20] David Luff, “An Overview of International Law of Sustainable Development and a Confrontation between WTO Rules and Sustainable Development,” *Revue Belge De Droit International*, Vol.1, 1996, p.93.

[21] 徐宏：《人类命运共同体与国际法》，《国际法研究》2018 年第 5 期。

[22] 习近平：《携手构建合作共赢新伙伴 同心打造人类命运共同体——在第七十届联合国大会一般性辩论时的讲话》，2015 年 9 月 29 日，http://politics.people.com.cn/n/2015/0929/c1024-27644905.html，2018 年 10 月 9 日。

[23] 徐宏：《人类命运共同体与国际法》，《国际法研究》2018 年第 5 期，第 8 页。

[24] 习近平：《习近平谈治国理政》，北京：外文出版社，2014 年，第 168 页。

[25] 包括各国相互尊重、平等相待，合作共赢、共同发展，实现共同、综合、合作可持续的安全和不同文明兼容并蓄、交流互鉴。习近平：《迈向命运共同体 开创亚洲新未来——在博鳌亚洲论坛 2015 年年会上的主旨演讲》，2015 年 3 月 28 日，http://politics.people.com.cn/n/2015/0328/c1024-26764813.html，2019 年 1 月 20 日。

[26] 习近平：《携手构建合作共赢新伙伴 同心打造人类命运共同体——在第七十届联合国大会一般性辩论时的讲话》，2015 年 9 月 29 日，http://politics.people.com.cn/n/2015/0929/c1024-27644905.html，2019 年 1 月 20 日。

联合国日内瓦总部全面阐述了人类命运共同体的总路径和总布局。[27]2017年10月，党的十九大把构建人类命运共同体作为新时代中国特色社会主义的基本方略之一，并写入党章。2018年3月，推动构建人类命运共同体正式被写入宪法。

以构建人类命运共同体为国际法治根本目标，这是习近平国际法治观区别于联合国“国际法之治”（Rule of International Law）和欧盟“法治国际化”（International Rule of Law）的主要标志。全球化时代，国与国之间的联系日益紧密，共同利益不断增多，相互依存不断加深，形成利益交融、命运与共的关系，世界的整体性显著增强。[28] 同时，也引发一系列全球性问题，如粮食安全、能源安全、生态环境安全、难民危机、跨国犯罪、个人数据和国家信息安全等等。国家间关系不再仅仅是寻求互惠合作，而是拥有共同利益，面临共同挑战。正如习近平指出，“各国发展环环相扣，一荣俱荣，一损俱损。没有哪一个国家可以独善其身。”[29] 在这样的背景下，各国不应该再采取旧的冷战思维，零和博弈，任何国家都不能为促进本国利益而不顾国际社会乃至全人类的整体利益，而是应探讨共同价值，采取共同行动，制定共同规则，通过共同利益、价值观、规则、法律和制度形成可以自我调节的共同体，使国家之间的冲突因它们共同的安全、发展需求得以缓和。[30]

2. 直接目标

推动建设相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系是习近平国际法治观的直接目标。

2013年3月23日，习近平在莫斯科国际关系学院首次提出“命运共同体”概念时，也提出了推动建立以合作共赢为核心的新型国际关系思想。[31] 2015年9月，习近平在第70届联合国大会一般性辩论时，再次提出构建以合作共赢为核心的新型国际关系。此后，党的十九大报告进一步丰富其内容，把“推动构建相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系”确定为中国特色大国外交的目标。

新型国际关系是与现存的国际关系相对应的概念。现存的国际关系中，国家间有合作，但无共赢。[32] 发达国家在贸易往来和经济技术合作方面实行保护主义和利己主义，凭借技术、经济等各种优势控制国际规则和制度的话语权，建立有利于自己的贸易规则以获取巨额利润。基于现有国际关系的现实矛盾和问题，习近平提出构建相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系。

---

[27] 包括建设一个持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽的世界，打造“五位一体”的人类命运共同体。习近平：《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》，2017 年 1 月 19 日，http://www.xinhuanet.com/world/2017-01/19/c_1120340081.htm，2019 年 2 月 25 日。

[28] 王存刚：《更加不确定的世界，更加确定的中国外交——改革开放以来中国外交的整体性思考》，《世界经济与政治》2018 年第 9 期。

[29] 习近平：《中国发展新起点 全球增长新蓝图——在二十国集团工商峰会开幕式上的主旨演讲》，2016 年 9 月 3 日，http://www.xinhuanet.com/world/2016-09/03/c_129268346.htm，2018 年 10 月 9 日。

[30] 肖永平：《全面依法治国的新阶段：统筹推进国内法治与国际法治建设》，《武大国际法评论》2018 年第 1 期。

[31] 习近平：《习近平谈治国理政》，北京：外文出版社 2014 年版，第 168 页。

[32] 刘建飞：《中国特色大国外交的时代特色》，《国际问题研究》2017 年第 2 期。

新型国际关系的“新”是指相互尊重、公平正义、合作共赢的国家间关系。相互尊重是前提和基础，强调国家之间在主权平等、互相尊重和互不干涉内政的基础上，通过合作寻求共同利益，而不是强权政治，倚强凌弱。公平正义是行为标准，强调国家间交往应追求实质正义和程序正义，追求权利公平、机会公平、过程公平和结果公平，反对两极分化和双重标准，反对霸权主义和强权政治。合作共赢是路径和目的，强调新型国际关系的构建通过国家之间的合作来实现，目的是实现国家的共赢、共同发展和利益共享。[33]相互尊重、公平正义、合作共赢三者有机结合、层层递进，最终实现国家发展、各国共同发展和人类发展的有机结合。

3. 基本途径

维护以《联合国宪章》宗旨和原则为核心的国际秩序和国际体系是实践习近平国际法治观的基本途径。

《联合国宪章》建立了以联合国为核心的多边主义国际秩序，在维护世界和平与安全、促进发展和保障人权方面发挥了重要作用，是现代国际秩序和国际体系的基石。当今世界的各种问题，很多不是《联合国宪章》所确立的国际秩序有问题，而恰恰是宪章的宗旨和原则未能得到有效履行。习近平的国际法治观不是推到重来，不是另起炉灶，而是在坚持以联合国为核心的现有的国际法律秩序的框架下进行改革创新。习近平的国际法治观以维护《联合国宪章》宗旨和原则为核心的国际秩序和国际体系为基本实践方式，坚持多边主义，维护联合国权威和地位，维护现有国际法律秩序。坚持维护联合国安理会在维护国际和平与安全方面的权威，坚决支持多边贸易体制，反对贸易和投资保护主义。[34]坚持通过发展、合作等建设性方式共同应对恐怖主义等全球安全挑战。

4. 中国路径

除了维护以《联合国宪章》宗旨和原则为核心的国际秩序和国际体系外，中国还提出并践行一些具有中国特色的实践方式，开启推进国际法治的“中国路径”。2013 年，习近平先后提出“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的倡议。随着一系列重大合作项目落地，“一带一路”倡议日益成为具有标志性的对外开放战略，成为联系世界各国，造福于各国人民的互利合作网络和国际合作平台。[35] 此外，丝路基金、亚洲基础设施投资银行等机制也是践行国际法治的有效平台。[36]

这些中国路径强调世界多样性、肯定国家间平等、主张文明互鉴和注重包容与可持续发展，走合作共赢、共同发展的新道路。因此，这些中国路径跨越不同地域、不同发展阶段、不同文明，[37]坚持共识、共建、共进、共治、共享、共担，支持各国共同发展，集体打造价值共同体、行动共同体、发展共同体、安全共同体、利益共同体、责任共同体，以最终构建

[33] 刘晓红：《建设相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系》，2017 年 12 月 5 日，https://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=1136&InfoID=25756，2019 年 1 月 20 日。
[34] 郑泽光：《新时代的中国特色大国外交》，《国际问题研究》2018 年第 3 期。
[35] 赵永琛：《试论习近平外交思想的辩证统一性》，《国际问题研究》2018 年第 2 期。
[36] 郑泽光：《新时代的中国特色大国外交》，《国际问题研究》2018 年第 3 期。
[37] 石云霞：《习近平人类命运共同体思想科学体系研究》，《中国特色社会主义研究》2018 年第 2 期。

人类命运共同体。

结语

从理论层面看，当今的国际社会，需要秉持“厚”的国际法治观，即主张“良法”与“善治”的统一。习近平的国际法治观，尊重国际法的权威，以主权平等、合作共赢、开放包容和可持续发展为价值理念，为“良法”与“善治”注入了灵魂。从实践层面看，国际法治的实现需要凝聚国际社会所有成员的力量，而不仅是某一国际组织的义务；需要从国际社会整体利益的角度而不仅仅是从“国家间”关系的角度出发来付诸实践。大国或强国在推动国际法治上责无旁贷，但大国不能仅仅从本国自身利益出发，将国际法的制定、适用、解释沦为实现国家利益的工具。这种烙“强权政治”之印的国际法治是没有生命力的。习近平的国际法治以构建人类命运共同体为根本目标，以推动建设相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系为直接目标，在坚持维护以《联合国宪章》宗旨和原则为核心的国际秩序的基础上，通过“一带一路”倡议、亚投行等中国路径践行国际法治。

习近平的国际法治观，超越“国家间”关系的视角，从全球的视角来构建国际法治；超越了“大国必霸”老路，从全人类整体和长远利益的视角来践行国际法治。习近平的国际法治观不论在理论层面还是在实践层面，都解决了当今国际法治构建面临的现实困境，代表了中国作为一个大国的国际责任和历史担当。习近平的国际法治观，构建人类命运共同体，建设相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系，是中国梦的重要方面，也是中国人引领世界人民筑就世界梦的重要方面。

我国国际私法调整对象涉外性标准的检视与完善

中南财经政法大学　武汉　朱梦瑶

【摘要】国际私法的调整对象是涉外民商事法律关系，对于这一论断国内外几乎没有争议。[1]涉外民商事法律关系中有两个定语“涉外”与“民商事”，而“涉外性”则是主要是国际私法的研究对象，但目前对于“涉外性”标准，国内外学者的讨论不多。前苏联的隆茨提出了被我国延用至今的“三要素说”，我国主流观点也支持事实要素判断标准。但是，随着经济全球化趋势不断加强，我国民间国际民商事交往的日益频繁，涉外民商事关系日益复杂，特别是涉及外商投资企业和自贸区的民商事活动。僵硬、机械的事实因素判断标准已经愈发难以满足司法实践的要求，在应用中出现了很多问题，集中体现为事实要素标准无法合理、准确地判断一些法律关系的涉外性。从理论的角度来说，要素说的判断标准缺乏对法律关系的整体分析，忽视了对案件实质正义的追求，也展现出法律理想主义与法院中心主义的倾向。所以，有必要引入实质分析方法对涉外民商事法律关系“涉外性”的判断标准进行完善。

【关键词】国际私法；法律关系；涉外性；实质正义

【Abstract】The adjustment object of private international law is civil and comme rcial legal relations involving foreign elements. There is almost no dispute about this conclusion at home and abroad. There are two attributions "foreign-related" and "civil and commercial" in the legal relations of civil and commercial affairs involving foreign elements. However, scholars at home and abroad have seldom discussed the criterion of "exotropy", which is the main object of private international law. Lontz of the former Soviet Union put forward the "three elements theory" which has been used in China till now, and the mainstream view of China supports the judgment criterion of fact elements. However, as the trend of economic globalization continues to strengthen, China's non-governmental international civil and commercial exchanges are increasingly frequent, and foreign-related civil and commercial relations are increasingly complex, especially those involving foreign-invested enterprises and free trade zones. The rigid and mechanical criterion for judging factual factors has become increasingly difficult to meet the requirements of judicial practice, and many problems have appeared in the application, which is mainly reflected in the fact that the criterion for factual elements cannot reasonably and accurately judge the extrinsic nature of some legal re- lations. From a theoretical point of view, the judgment criteria of the theory of elements lack the overall analysis of legal relations, ignore the pursuit of the substantive justice of the case, and also show the tendency of legal idealism. Therefore, it is necessary to introduce the substantive analysis method to perfect the judgment standard of "extrinsic" of foreign civil and commercial legal relations.

【Key words】private international law **;**legal relations ;foreign-related ;essential justice

[1] 国际私法以广义涉外民商事关系为调整对象，广义涉外民商事关系即为涉外私法关系。除另有特别说明，本文所指涉外民商事关系、涉外民事关系、涉外私法关系，均为同一概念。

目前，国际私法调整对象涉外性标准主要分为两类，一是事实要素标准，二是概括描述标准。这两者一个过于明确从而陷入形式主义、僵化的困境，一个过于模糊从而无法单独适用。很多国家将这两者结合起来，但当前的概括描述标准过于抽象并不能使两者很好地相互补充克服各自的缺点，事实要素标准可以对概括描述标准发挥判断作用起到帮助，但还是需要对概括描述标准进行适当的具体化。理论上事实要素标准过于形式化，缺乏对整个案件事实的分析，仅仅考虑个别被列举出的因素，无法实现对实质正义的价值追求。而在实践中，特别是如今的国际经济交往形式不断创新，很多新的涉外因素不在事实要素标准列明的范围之内。法官也习惯于套用既有的规则体系，也不会运用自己的主观判断能力，根据标准范围之外的因素的涉外性将法律关系判断为涉外的民商事法律关系。所以，事实因素标准已经无力解决新型的国际经济关系的涉外性判断问题。为了解决事实因素标准存在的问题，有必要对其进行完善，从而既能实现国际私法对实质正义的价值追求，也能适应国际经济交往形式多样化情况下，对涉外性进行适当判断。

一、 涉外性认定的标准

（一） 我国涉外案件的立法标准

我国的涉外民商事立法起步比较迟，但也经历了一个发展的过程。1985 的《涉外经济合同法》非常保守地仅仅将合同主体的国籍作为涉外标准的考虑要素，1988 年的《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》将涉外标准考虑因素扩展到了标的物和法律事实，但此时国籍仍然是主要的考虑因素。2010 年我国出台了第一部专门调整涉外民事关系法律适用问题的单行法《涉外民事关系法律使用法》，但其中并没有明确规定涉外性的标准。这部单行法的立法过程中对于涉外标准的讨论非常激烈，学界强烈呼吁在《法律适用法》中要包含对民事关系涉外性的明确界定标准，但最终最高人大通过的第七稿，还是没有采纳专家学者的意见，并未对民事关系的涉外标准做出明确规定。《涉外经济合同法》在 1999 年《合同法》实施以后已经废止，1986 年的《民法通则》虽然有“涉外民事关系的法律适用”这一章，但是也未对涉外标准做出规定，即将生效的《民法典》直接没有涉外编，也就是说，目前我国存在涉外性标准的立法缺位。

按照一贯的做法，立法缺位通过司法解释来补充，事实要素标准被规定在司法解释中，最高人民法院 2012 年 12 月 28 日颁布的《<法律适用法>司法解释一》（下称《司法解释一》）和 2014 年 12 月 18 日公布的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》（下称《<民诉法>》司法解释）[2]对外民事关系的界定进行补位。《司法解释一》第 1 条和《<民诉法>司法解释》第 522 条规定不仅是弥补了立法的空缺，更是对严格的事实要素标准开

[2]《司法解释一》第 1 条规定:“民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系: (一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人。(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外。(三) 标的物在中华人民共和国领域外。(四)产生、变更或者消灭民事关 系的法律事实发生在中华人民共和国领域外。(五)可以认定为涉外民事关系的其他形。”
《〈民诉法〉司法解释》第 522 条：“有下列情形之一，人民法院可以认定为涉外民事案件：（一）当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；（二）当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；（三）标的物在中华人民共和国领域外的；（四）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的；（五）可以认定为涉外民事案件的其他情形。”

了一道开口，利用兜底条款使标准的灵活性增加。但是并不能认为这一规定使我国的涉外标准有了质的改变，司法解释仍然以事实要素为考虑点，整体思路并未创新，没有完全摆脱事实要素机械呆板的致命缺点。[3]而且兜底条款过于模糊，我国又长期坚持事实要素标准所以在实际适用时法官倾向于不去适用兜底条款，选择避免适用该条款进行自由裁判，所以实际操作中兜底条款的适用率很低。法官想使用该条款也无法获得明确的指引还导致了在实践中还是会出现对同类案件涉外性判断不一致的问题，对法律的权威性和一致性造成损害。

（二） 涉外标准的理论

1.事实要素说

事实要素标准最先由日本学者山田三良提出，[4]日本学者们大多支持三要素理论。而后前苏联学者隆茨提出的三要素说认为：外国公民或者外国法人是民事关系的主体，民事关系的客体是位于外国的物，使法律关系产生、变更和终止的法律事实发生在国外。[5]前苏联学者坚持的三要素说和日本学者坚持的三要素说在要素的内容上存在差别，本质上都是分析法律关系的某些要素来判断其涉外性与否。前苏联学者的三要素理论传入我国，成为直至现在的主流观点。我国的三要素标准与隆茨的理论基本上是一致的，只是在表述上稍有差别。《司法解释一》添加的兜底条款使三要素说有所发展，增加经常居所地这一涉外要素，但这对三要素标准并没有产生实质上的影响，法律关系的主体、客体和事实的涉外与否仍是判断的标准。

2.外国法联系说

顾名思义，该学说主张民事关系与外国法律、法律制度或者外国法域有联系，该民事法律关系即为涉外的民事法律关系。英国学者戴西和莫里斯就坚持该观点，他们认为“外国因素”是指与除英格兰以外的国家的法律存在联系[6]。荷兰学者范·罗伊和波拉克也持这样的观点：当民事案件与一个以上的法律体系存在联系时应当适用国际私法的相关规则。[7]美国学者西格尔也持相似的观点，除此之外一些发展中国家也接受了外国法联系说的理论。

3.外国联系说

该学说认为判断这一民事关系是否涉外的标准是该民事关系是否与外国有联系，与外国有联系的民事法律关系就是涉外的民事法律关系。湾学者曾陈汝明持此观点，其认为“涉外

---

[3] 参见齐宸：《涉外民事关系的界定与思考》，《清华法学》2017 年第 2 期，第 197 页。

[4] 参见〔日〕山田三良：《国际私法》，李倬译，陈柳裕点校，中国政法大学出版社 2003 年版，第 3～4 页。山田三良对涉外民事关系界定如下：“涉外的法律关系者，谓有外国的元素之法律关系也。夫其法律关系所由有外国的元素者，或关于当事者国籍之如何，如外国人与外国人在我国为某法律行为时，其当事者为外国人，自与本国人间之法律行为所生关系为异。又或关于当事者之住所或居所如何，如虽为本国人间之法律行为，苟在本国，斯当认为通常之法律行为，而若其一方或双方在外国，则其当事者虽本国人，其住所则在外国，则亦 与普通之法律行为为异。又或依法律关系之目的物所在地之如何，如为买卖目的之物件在外国者，则其法律行为，不问结于何国，以其目的物之所在国属外国，则又普通之法律行为为异。”

[5] 参见隆茨：《国际私法》，吴云琪、刘楠来、陈绥译，法律出版社 1986 年版，第 5 页。

[6]〔英〕J.H.C. 莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法 (上) 》，李双元、胡振杰、扬国华、张茂译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 3 页。

[7] See Van Rooij&Polak, *Private International Law in the Netherlands*, Kluwer: Law and Taxation Publishe- rs, 2005, p.7.

因素系指某法律关系之构成要素非仅属于一国，而系与二个以上国家发生关联。”[8]因为该观点认为涉外民事关系的涉外情形多种多样，所以又被成为“广泛联系说”。

以上三种学说观点在判断涉外性中各有其优缺点。事实要素学说更加直接明确，具有更强的可操作性。缺点基本也是我国立法标准存在的问题，在判断中过于过于僵硬、缺乏灵活性，法官的主观判断没有发挥的余地。外国联系说与事实要素说完全相反，它能极大地扩充涉外民商事关系的范围，但又存在灵活性太强、明确性不足的问题。外国法联系说是介于事实要素说和外国联系说之间的观点，将民商事法律关系与外法域法律的联系作为认定涉外民事关系的标准，可同时兼顾涉外民事关系认定范围的全面性和合理性[9]。但“联系”一词仍然过于模糊，无法给人明确指引，其本身无法成为司法实践中的判断涉外性与否的标准，需要对其进行具体化，对“联系”做出具体解释。

二、 涉外性认定的重要性

（一） 涉外性判断是确定法律适用范围的先决问题

标题中“先决问题”并不等于国际私法理论中由德国学者梅尔基奥(Melchior)和威廉·温格勒(Wilhelm Wengler)提出的先决问题的概念。这里先决问题的含义是对一民商事案件涉外性的判断是确定其法律适用范围的前提，因为只有一私法关系具有涉外性才有可能适用外国法来调整，如果某一私法关系不具有涉外性，则只能适用国内法来调整。我国的私法治理采取内外有别、分而治之的基本模式，如何区分和厘定私法关系的内外属性，成为我国调整涉外私法关系的先决问题。[10]具有涉外性的私法关系要比国内私法关系的法律适用范围广的多，而法院选择适用的法律则决定着案件审理的结果，从而决定着当事人之间的权利义务分配。

（二） 影响我国营商环境的法律开放程度

虽然司法解释中存在兜底条款，给法官留有一定的自由裁判余地，但我国法院基本上还是依据三要素说作为判断标准，事实要素标准明确直接，法官使使用时可以快速做出判断，但是过于僵硬缺乏弹性，无法随着社会的发展进行演变以适应现实的需要。随着国际间的民商事交往日益频繁和深入，国际民商事关系也变得更加复杂，特别是在我国不断提高对外开放水平，坚持“引进来”和“走出去”战略和“一带一路”政策不断发展的现下，简单机械的要素判断标准难以很好发挥出判断民事关系涉外性的作用。特别是涉及外商投资企业的案件，如果采用事实要素标准，很多外商投资企业的案件会被判断为国内民商事案件。因为这类案件的涉外因素一般是其资金来源、利益归属、公司的经营决策会涉外，但这些因素不在我国事实要素标准中的涉外因素的范围之内。涉外私法关系与国内私法关系的纠纷解决会呈现出实体与程序上两种截然不同的机制。外商投资企业涉及的涉外民商事关系大部分都是合

[8] 曾陈明汝著、曾宛如续著：《国际私法原理（上集）——总论篇》，新学林出版股份有限公司 2008 年改订八版，第 6-7 页。

[9] 周浩：《我国涉外民事关系“涉外”认定标准之检讨与完善》，山东大学 2019 年硕士研究生学位论文，第 5 页。

[10] 张春良：《制度型对外开放的支点:私法关系涉外性之界定及重构》,《中国法学》,2019 年第 6 期，第 86-104 页。

同关系，是当事人自治程度最高的邻域，涉外性与否的判断直接决定当事人能否决定选择适用外国法。不仅仅是诉讼，涉外性与否也会产生仲裁程序的差异。例如：涉外案件才可以选择临时仲裁，国内案件只能选择机构仲裁，国内仲裁与涉外仲裁也采取不一样的司法审查机制。外商投资企业在我国开展业务，其法律适用意愿很大程度上并不只是我国法律，如果这种合理期待一直得不到回应必然会打击国外资本涌入我国的积极性。将外商投资企业涉及的民商事关系一概判断为国内民商关系肯定是有失公平的，我国法律应该对此做出回应。

事实上，最高院已经开始有所回应。2016 年 12 月 30 日最高人民法院发布的《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》指出在自贸试验区内注册的外商独资企业相互之间约定商事争议提交域外仲裁，应该认可该约定的效力[11]，这一司法解释并没有明确规定自贸区内的外商独资企业具有主体涉外性带却表明了仲裁方面对这一领域涉外性判断的松动。在自贸区领域法律要素标准已经得到的突破，其原因就在于涉外性的界定标准的方式和宽窄程度影响着营商环境法律开放的尺度，从而也影响着一国对外开放的程度。

三、 事实要素标准的缺陷

（一） 无法达到实质正义的价值追求

每一部法律所追求的终极价值目标追根究底就是要实现公平正义，只不过具体体现不同，刑法的惩罚犯罪维护人权，民法使民事法关系双方的权利义务平衡。国际私法的价值目标体现为两个方面冲突正义和实质正义，国际私法想要形成的是冲突正义和实质正义的双螺旋结构。[12]冲突法革命中学者对于冲突规则僵硬化、简单化不考虑案件实体进行批判，涉外性法律关系要素说判断标准存在着与传统冲突规则类似的问题。涉外要素标准是通过总结法律关系中的主要要素然后形成的一套规则，法官通过适用这套规则只会提炼出法律关系中的对应要素，判断要素的涉外性从而得出整个法律关系是否涉外的结论。这个过程缺乏对法律关系实体的分析，不仅会导致将具有涉外性的民事案件判断为国内民事案件，也会导致实质上不属于涉外性质的案件被机械的判断为涉外案件，从而进行没有必要的法律选择。对因素说判断标准的绝对坚持是对案件实体的忽视，更是对国际私法实质正义价值追求的罔顾。

（二） 法院中心主义倾向

法院地法官采用事实要素判断标准会习惯于保守性地根据案件的一部分事实要素判断案件是否涉外，而不采用适当的自由裁量权使用兜底条款，做出符合实质正义的判断。法官的做法导致本应被肯定涉外性的法律关系被否定涉外性，涉外性的否定会使案件无法使用非法院地国法律，从而间接产生法院地主义的倾向。法院中心主义倾向无法做到将各国法律平等看待，无法实现多元法律体系的平等和民主，同时也缺乏对当事人法律适用期待的回应。国际私法确实是在主权原则之下建立起来的，但它在调整国际民商事法律关系时，更需要促进国际民商事交往并保护交往中私人主体的利益，这才是国际私法的真正使命。[13] 不仅如

[11] 参见《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》第 9 条：正确认定仲裁协议效力，规范仲裁案件的司法审查。在自贸试验区内注册的外商独资企业相互之间约定商事争议提交域外仲裁的，不应仅以其争议不具有涉外因素为由认定相关仲裁协议无效。

[12] 参见宋晓:《当代国际私法的实体法取向》，武汉大学出版社 2004 年版，第 348 页。

[13] 参见邢钢:《国际民商事关系法律适用法评判》，中国法制出版社出版社 2018 年版，第 29 页。

此，法院中心主义过分强调国家主权，不利于各国民商事法律的交流与协调，长此以往国际私法在法律冲突中进行法律选择的功能也会被削弱，功能一旦被削弱就会被轻视，不被重视国际私法就会放缓发展的步伐。所以，涉外性标准的具体内容对于一国国际私法的对外交流及其长远发展都具有重要意义。

（三） 缺少主观判断过程

法律关系的涉外性判断本质上是社会科学问题，不可能如自然科学一般，套用机械的规则体系就可以得到准确的答案，实际上社会科学领域也很难形成这样的规则体系，形成了也要存在一个前提，在前提之外就是谬误。而且涉外性是一个模糊的概念，这一点是由其本身的复杂性决定的，所以涉外性的判断应该是一个主观的判断过程。从立法角度，立法者立法的过程中肯定要进行考虑到底什么才是涉外性的标准，该标准的背后是立法者考虑的政策和目标。从司法角度，涉外性更是一个主观的判断过程，法官通过分析案件事实的各个要素的性质，对相应的法律关系进行定性。但是要素判断标准却大大削弱了涉外性的主观特征，通过僵硬的规则标准将其固定。尽管法律是一种具有高度助益性的社会制度，但与其他制度一样它也会存在弊端，如滞后性、僵硬性、抽象性以及不周延性，如果不以公平正义等主观价值观念为必要补充就不能防止法律制度僵化。[14]涉外民事关系的认定是立法者对与司法者共同定义的过程，其中既包含立法者的考量，也包含司法者的分析，二者均为将客观因素主观化的过程，所以涉外性的判断不能缺少主观判断的过程。[15]

（四） 缺乏对法律关系整体的分析

要素说根据经验从整个法律关系中提取几个要素，使法官通过判断几个要素涉外与否来决定整个法律关系的涉外性。这种先验的要素总会落后于社会的发展从而失去作为判断标准的合理性，而且法律关系复杂多样，对其分析不应该仅仅局限于有限的几个要素，有时甚至不能只着眼于要素，要素的联系方式也应该被考虑。法律关系由多个要素构成，形象来说就是以要素为结点的网格状态，单纯分析结点而不分析连结点之间“丝线”的走向并不能把握法律关系的真正状貌。适用事实要素标准判断私法关系的涉外性而忽视法律关系的其他内容将不可避免地导致“盲人摸象”式的错误结论。因为缺少对法律关系的整体分析不仅会使涉外私法关系的涉外性得不到肯定，也可能会因为要素标准的先验性与机械性导致实质上不具有涉外性的私法关系被肯定涉外性。例如：两个国内企业的法定代表人在出国期间达成借款合同，借款资金的来源和用途都在国内；两个国内企业在国内签订钢材买卖合同，协议约定钢材在国内某港口交货，但协议签订时该钢材还在国外；两个外国人在国内成立外商独资企业，和某国内企业签订承揽合同，来料和销售都在国外。以上三个例子按照事实要素标准判断前两个是涉外民事法律关系，第三个则不具有涉外性，但这样定性未见合适。[16]

四、 涉外性标准的完善路径

---

[14] 参见霍政欣：《不当得利的国际私法问题》，武汉大学出版社 2006 年版，第 60 页。

[15] 周浩：《我国涉外民事关系“涉外”认定标准之检讨与完善》，山东大学 2019 年硕士研究生学位论文，第 7 页。

[16] 参见王胜明：《涉外民事关系法律适用法若干争议问题》，《法学研究》2012 年第 2 期，第 188 页。

20 世纪开始，美国和欧洲大陆经历了冲突规则的变革，学者们发现了传统冲突规则僵硬、封闭、过于先验的问题开始采用“方法”来解决法律冲突，选择实质上适当的法律而不仅仅根据规则体系不考虑案件事实就决定适用的法律，国际私法规则开始出现实体取向。不过单纯的分析方法灵活性过大，留给法官自由裁判的余地过大也会大大增加判决的不确定性。所以国际私法仍然保留了大量多边主义的冲突规则，并引入实体分析方法来弥补规则对实质正义的忽视。事实要素判断标准也存在机械、僵硬缺乏对案件实体考虑的问题，所以笔者设想的完善路径也是保留要素标准的同时引入实体分析，从而兼顾规则的确定性、可操作性和实体方法的灵活性。

（一） 扩大涉外要素的范围

通过上述的分析，事实判断标准存在重要不足，但是也有明确、操作性强的优点，这个优点对当前我国人均法官数较低的现状，从兼顾诉讼效率的角度考虑又是不可或缺的。迟来的正义就是非正义，涉外案件本身所需的审理时间就长于国内案件，如果案件审理的第一步就耗费过长的时间对于当事人来说是难以接受的。而且，与国内案件相比，涉外案件本身就复杂很多，我国善于处理涉外案件的法官也非常缺乏。以上理由使得事实要素标准还需要继续发挥作用，但是不断发展的国际民商事关系愈加复杂，我国现有的三要素标准不能满足需要，有必要对涉外要素进行扩张。《民法通则》的司法解释一和《民事诉讼法》的司法解释第 522 条通过兜底条款来扩张要素的范围，也增加判断标准的弹性。但是兜底条款过于模糊无法给予法官对其他可能的涉外要素内容明确指引，导致法官无法真正方便地适用这一条款，以至于该条款处于虚置状态。结合当前要素标准最不能满足的涉及外资企业的法律关系的现实需求，笔者认为可以考虑扩大列举的涉外要素是法人注册资金来源。而标准所需要的弹性，可以通过以下引入分析方法的途径获得。

（二） 引入涉外性分析方法

1.区分真实冲突和虚假冲突

上文提及到要素标准法会导致将表面上是而实质上并不是的涉外民事关系被僵硬地划分为涉外民事关系，为避免这种错误的出现，可以采取国家利益分析说。20 世纪美国冲突法革命时柯里提出国家利益分析说时为了纠正传统国际私法单纯地依靠冲突公式，忽略分析民事关系本身地做法。与这里想要克服要素标准的抽象僵硬，使判断者的目光更多的放在法律关系本身的要求使吻合的。面对一民商事法律关系时，首先采用政府利益分析方法区分该法律关系的法律冲突是真实冲突还是虚假冲突。对于属于虚假冲突的民事法律关系应将其划入国内民事关系的范畴，属于真实冲突的民事法律关系才是真正的涉外民事法律关系。在判断某一法律关系是否涉外时首先将虚假冲突排除，不仅使法律关系涉外性判断更加合理，也可以避免接下来的分析步骤，从而提高司法诉讼的效率，节约司法资源。国家利益分析法在真实冲突情况下的法律适用判断中不能发挥出很大的作用，因为该理论中的法律适用的选择规则与当前的冲突法规则存在较大差异。但这一局限性在涉外性判断上却没有影响，因为涉外性的判断不会进行到真实冲突的解决步骤。也就是说，在涉外性判断仅需国家利益分析方

法发挥区分真实冲突和虚假冲突的作用。但需要说明，区分真实冲突和虚假冲突只是法律关系涉外性分析的第一步。

2.经济联系

随着国际经济交往的方式愈发多种多样，涉外的民商事关系也越来越复杂，特别是涉及外国资本的经济活动，这些法律关系的涉外性很可能无法具体地被归结于某一或某些要素涉外。要素标准不能将一些新型复杂的涉外民事法律关系明确地识别出来，所以采用新的分析方法是有必要的。新型复杂的民商事法律关系更多的是财产性的法律关系，所以分析民商事法律关系与哪些国家存在经济联系是值得考虑的新标准。这一方法可以充分弥补要素标准灵活性的不足，而且着眼于法律关系本身，避免实质上具有涉外性的民商事法律关系因为无法提炼出符合规定的涉外要素而被否定涉外性。通过分析经济联系判断涉外性可以很好解决上文提到的涉及外资的经济活动无法被肯定涉外性的难题。但是经济联系这一标准可能会过于宽泛，毕竟某一民事法律关系与多国具有经济联系非常容易，法律关系主体可以轻松地创造出涉外性连接点，所以还需要进一步地考虑裁量。

3.重要性

引入经济联系作为涉外性判断标准的一部分可以肯定很多新型的民商事法律关系的涉外性，但却要注意两方面的问题。一是，经济联系的涉外性可能会过于偶然，导致分析民商事法律关系的各个因素时，具有涉外性的因素的重要性很低，在整个民事关系的构成中不具有实质性影响。所以分析联系的涉外性在整个民事关系的重要性程度是很有必要的，只有经济联系的涉外性足够重要时才能根据经济联系标准判断该民商事法律关系为涉外民事关系。二是，形成具有涉外性的经济联系过于简单，当事人可以轻而易举地创造出这样的涉外因素。为了避免当事人通过创造经济联系的手段逃避本应该适用的法律的规制，有必要对法律关系进行分析。当事人恶意创造的连接因素的重要性一般都较低，也可以通过重要性程度的分析来排除。如果当事人恶意创造的连接因素在民事关系中重要性程度较高，这是重要性标准无法进行排除，但是可以通过传统的法律规避方法进行排除。

（三） 规则和方法结合

以上谈及的对于涉外性判断所需要采用的分析方法无法单独成为涉外性的判断标准，因为分析方法一方面为涉外性的判断增加灵活性，但同时也会为涉外性判断增加极大的不确定性。分析方法的不确定性是由于自身概念的模糊性决定的，也正是这种概念的模糊性才使其与判断规则相区分，从而为涉外性的判断增加灵活性，但这种不确定性决定了分析方法必须要与具体规则相结合。正如 20 世纪传统的冲突法规则遭到批判却没有被实体分析方法取代，而是对这些批判做出回应，逐渐发展完善，产生冲突规则的实体取向。所以，要将规则与分析方法相结合，才能使他们互相弥补各自的不足，又能发挥出各自的优势，从而更好地在私法关系涉外性的判断中发挥作用。判断的过程应该是首先区分虚假冲突和真实冲突，将虚假冲突排除；然后运用已经扩大了涉外要素的事实要素判断标准作进一步判断，而如果是涉及到外商投资的私法关系就需要也运用经济联系的分析方法并且分析具有涉外性的经济联系

在整个民事关系构成的重要性程度，做出最终的判断。

五、 结论

我国当前的国际私法调整对象涉外性采用的事实因素标准存在僵硬、形式主义的缺陷，不管从国际私法的价值追求以及其长远的理论发展来看，还是实践中越来越复杂多样的私法关系的要求，事实因素标准都应该进行完善。类比传统国际私法的实体取向，将分析方法引入标准体系，增加弹性克服僵硬。第一层次，运用国家利益分析说排除虚假冲突，第二层次，扩大事实因素标准的因素范围，引入分析方法，分析法律关系的经济联系是否涉外同时也要注意具有涉外性的因素在整个法律关系的重要程度，最后综合判断得出结论。本文提出的完善路径比较针对的还是外资企业相关的私法关系涉外性判断的需求，所以路径的具体实现还是先以外资企业的经济活动领域为试点，这样也能降低突破已有制度的难度。在跨国经济活动不断多样复杂的未来，现实需求足够充分时可以在更多领域实现本文所提的完善路径。

参考文献

[1]宋晓.《当代国际私法的实体取向》[M].武汉大学出版社 2004 年版.

[2]邢钢.《国际民商事关系法律适用法评判》[M].中国法制出版社出版社 2018 年版.

[3]张春良.制度型对外开放的支点:私法关系涉外性之界定及重构[J].中国法学,2019(06):86-104.

[4]周浩.我国涉外民事关系“涉外”认定标准之检讨与完善[D].山东大学,2019.

[5]汤霞.我国涉自贸区仲裁中的“涉外性”认定[J].国际经贸探索,2017,33(12):101-112.

[6]鲍婧心.合同涉外性的认定[D].中国政法大学,2018.

[7]王梦遥.论国际私法的国际法性质——基于对传统学说的梳理和批判[J].佳木斯大学社会科学学报,2008(03):18-22.

[8]谢石松.国际私法的调整对象、范围及性质问题新论[J].法学评论,2007(04):28-36.

[9]何智慧.国际私法调整对象之剖析[J].特区经济,2007(01):222-224.

[10]胡家强.对国际私法调整对象和范围的重新认识[J].中国海洋大学学报(社会科学版),2003(01):78-81.

[11] 徐旦旦.国际私法范围综述[D].中国社会科学院研究生院,2011.

Localization, Variation, and Retroaction: The History of International Law in China with Regard to Unequal Treaties

卓增华　清华大学法学院　博士研究生

Abstract: The study of the history of international law has tired to get rid of Eurocentrism in recent year, emphasizing the role of non-European regions in the history. In the first half of the twentieth century, Chinese diplomats and scholars actively introduced, translated, reinterpreted, and appropriated theories and concepts of international law to terminate the unequal treaties. They held different legal understandings and attitudes toward certain questions concerning unequal treaties, comparing to western scholars. Furthermore, they actively voiced their point of view on various international platforms and gave rise to intensive discussions and debates at the global international law forum. The Chinese case shows that the history of international law is a story of complexity, rather than of a one-way penetration.

Key word：China; History ; International Law; Unequal treaties; Termination

I. Introduction

The revitalization of historical interest in international law in recent years has brought a growing body of literature in this field, analyzing the history of international law from various theoretical and methodological perspectives. Traditionally, the perception of international legal history has been entwined with the "Westphalian myth",[1] which maintains that international law originated in Europe and can be traced back to the legacy of Roman law.[2] Historians of international law once believed1648 to be the moment of origin of modern international law and saw the law crystallize with the Peace of Westphalia. International law was then spread to the rest of the world with the expansion of Europe. Therefore, modern international law order used to be presented as a magnified version of the European Westphalian system.[3] The "ready-made" Westphalian system was believed to developed and perfected in Europe, and exported throughout the non-Western world through inclusion or imposition.[4]

Through the dissemination of European international law, the non-West was assimilated into the European system. The diffusion of international law means that Europe was the geographical, political, and conceptual center of international law, and the non-European regions were merely the passive receivers, introducing, accepting, and transplanting international law theories from Europe. The globalization of European international law was regarded as a process of isomorphic

[1] Beaulac, Stephane, The Power of the Westphalian Myth in International Law (2013). R.V.P.S. Gama & W. Menezes (dir.), Paz de Westphalia/Peace of Westphalia (1648-2008), Sao Paulo: University Press, 2013.
[2] Jennifer Pitts, International Relations and the Critical History of International Law, International Relations, 2017 vol.31(3).
[3] Daniel PHILPOTT, Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations Princeton, NJ: Princeton University Press.
[4] ZHU, Y. (2020). Suzerainty, Semi-Sovereignty, and International Legal Hierarchies on China's Borderlands. Asian Journal of International Law, 1-28.

assimilation, promoting the formation of a world society order.[5] This means that both European and non-European countries share a single set of legal rules, principles, and doctrines after the globalization.[6]

This traditional narrative has been accused of being fixated on Eurocentrism. Recently, scholarship in the history of international law has radically challenged the traditional dominant strain in which the history of international law had been written.[7] For example, Third World Approaches to International Law (TWAIL) represented by Antony Anghie[8] provided a strong link between colonialism and the universalization of international law, arguing that the international law was imposed outside Europe to justify colonialism. He tentatively framed the issue of colonialism as being central to the constitution of international law, in that many of the basic doctrines of international law were forged out of the attempt to create a legal system that could account for relations between the European and non-European worlds in the colonial confrontation.[9] Similarly, Berman believes that colonialism is a crucial background for the development of international law, viewing international legal history as pockmarked by a series of catastrophes and mutations, as rocked by the countless forms of colonial conquest and anti-colonial resistance.[10] For the TWAIL, to get rid of Eurocentrism, colonial confrontation should be emphasized as the core factor in the history of international law.

However, many scholars have pointed out that although TWAIL appears to be anti-Eurocentric, its critique remains within the Western framework or Eurocentric historical narrative. [11] In Koskenniemi's view, the vocabulary, concepts, and historical stages used by TWAIL are all European.[12] TWAIL still adopts the European vocabulary and uses the European rules as the silent referent of historical knowledge.[13] Furthermore, by emphasizing the colonial encounter, TWAIL always views the non-European regions as passive subjects conquered by Europe. European actors remain the protagonists in the history of international law.[14] Therefore, the reactions of non-European countries to the colonial subjugation were not reflected in TWAIL's

---

[5] Meyer, John W., John Boli, and George M. Thomas. 1987. "Ontology and Rationalization in the Western Cultural Account." In George M. Thomas, John W. Meyer, Francisco O. Ramirez, and John Boli, eds., Institutional Structure : Constituting State , Society , and the Individual. Newbury Park, CA: Sage Publications, pp. 12-38

[6] Kroll, Stefan (2013): The Emergence and Transformation of International Order: International Law in China, 1860–1949, in: Asian Perspective, 37:1, 31-52

[7] Jennifer Pitts, International relations and the critical history of International Law, International Relations Vol 31, Issue 3, 282 - 298

[8] Antony Anghie, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, Cambridge: Cambridge University Press,2004.

[9] Antony Anghie, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, Cambridge: Cambridge University Press,2004, at3

[10] N. Berman, Passion and Ambivalence: Colonialism, Nationalism and International Law (2012), at 44

[11] Xiaoshi Zhang, Rethinking International Legal Narrative Concerning Nineteenth Century China: Seeking China's Intellectual Connection to International Law

[12] M. Koskenniemi, Histories of international law: Dealing with eurocentrism (2011): 1–33, 171.

[13] M. Koskenniemi, Histories of international law: Dealing with eurocentrism (2011): 1–33, 171

[14] Forji Amin, George, Book Review: The Oxford Handbook of the History of International Law, Bardo Fassbender, Anne Peters, Simone Peter & Daniel Högger (Editors) (July 14, 2014). Journal of the History of International Law / Revue d'histoire du droit international, Volume 16, Issue 1, 90 -95

critique. As a result, during the process of universalization of international law, much valuable information from non-Western regions has been neglected by these scholars.

In order to raise awareness of non-European societies and regions, some scholars argue that the historiography of international law must be further pushed, so as to be inclusive of such regions, in an attempt to present an alternative history of international law.In The Oxford Handbook of the History of International Law, editors try to promote 'provincializing Europe'[15] by introducing the perspective of global history, devoting energy to produce a divergent narrative, and revealing a Eurocentric distortion.[16] They used the multipolar perspective to present the role of different regions side by side, on equal grounds. Likewise, the similar historiography has contributed to the expansion study on the Ottoman empire's historical role in regard to international law, suggesting that the Ottoman Empire was a source of many doctrinal and conceptual innovations in international law.[17] A growing body of literature presenting the empire's engagement with European international legal order is helping demonstrate the centrality of the Ottoman Empire to the understanding of international legal history.[18] Moreover, by examining Japan's practice in the Russo-Japanese War and the Hague Peace Conference in 1907, Howland challenges the view that perceives Japan as a subject of Western impositions or that Japan was subordinated to a western system of international law. Instead, he examines the role of Japan in developing the principle of neutrality and reshaping the idea of sovereignty.[19]

Narratives of South American origin are also valuable in this discourse of the history of international law. A. Becker Lorca regards the history of international law as "Mestizo", showing that local stories are part of a common history of international law in which the centers and peripheries of the world are intertwined in relations of domination and resistance.[20] Non-European international lawyers view the classical international law theory as a "weapon of weak", appropriating the principle, e.g., sovereignty, absolute autonomy, and equality or positivism to resist the oppression of Western powers. By seeing the strategic use of international law from the peripheries, Lorca suggests that the universality of international law was created through its appropriation by non-European international lawyers situated in the semi-periphery during the second half of the nineteenth century.[21]

---

[15] Chakrabarty, D., Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference (Princeton University Press, 2nd ed. 2007).
[16] B. Fassbender and A. Peters (eds), The Oxford Handbook of the History of International Law (2012).5-10
[17] Ignacio de la Rasilla. (2018). Islam and the Global Turn in the History of International Law: Historical Explorations.
[18] Umut Özsu and Thomas Skouteris, International Legal Histories of the Ottoman Empire:An Introduction to the Symposium, Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international 18.1 (2016): 1–4.
[19] Howland, D. (2011). Sovereignty and the Laws of War: International Consequences of Japan's 1905 Victory over Russia. Law and History Review, 29(1), 53-97.
[20] A. Becker Lorca, Mestizo International Law 1842-1933, Cambridge U.P., Cambridge 2014, page14
[21] Arnulf Becker Lorca, Universal International Law: Nineteenth Century Histories of Imposition and Appropriation, 51 HARV. INT'L L.J. 475 (2010)

The Eurocentric and static model of international law diffusion has been criticized because it neglects actors from the peripheries and the aspect of localization processes.[22] It could be argued that the history of international law is more contested and complex. Both European and non-European countries are crucial actors within history. Regions and societies from the American continent, the Ottoman empire, the Arabic region, and East Asia have all contributed to the development of international law through different avenues. Moreover, the universality of international law cannot be viewed as a unilateral process of diffusion or assimilation, but much rather as a dynamic mechanism of appropriation and reinterpretation. When encountering a European power, intellectuals in non-European areas made effort to protect its nation interest by introducing, translating, and reinterpreting international legal knowledge to communicate with the West and to assert claims in international forums or conferences.

China is no exception. In modern history, when confronting the West, China accepted and introduced European international law when handling diplomatic affairs, under the pressure of the West. To improve their bargaining position vis-à-vis Western powers, Chinese government and intellectuals were compelled to import European international law and engage with the European tradition of international legal thinking. Aiming to acquire knowledge about international law, Chinese governments promoted the translation of foreign textbooks and sponsored domestic and international legal education overseas. [23]By the beginning of twentieth century, it had become increasingly common for Chinese elites who went abroad to pursue advanced legal studies and take on academic and political positions in their home country. This trend generated a new generation of foreign-trained Chinese international lawyers, forming a professional community.

Nevertheless, Chinese elites were not merely passive consumers of the international legal system but actively internalized and translated it as instrumental strategies to refuse external interference.[24] Although under the guidance of prestigious international law professors in Europe, these lawyers assimilated and reinterpreted international law tactically with regard to local interests. Furthermore, the new generation of international legal professionals made comments and announcements on specific international legal issues globally, in both academic and diplomatic platforms. These Chinese voices drew extensive attention, resulting in amplified interest from mainstream science of international legal community.

---

[22] KROLL, S. (2016). Zooming in on norm research: Towards a suitable scale for the Shanghai Mixed Court. Global Constitutionalism, 5(3), 383-404.

[23] Pasha L. Hsieh, The Discipline of International Law in Republican China and Contemporary Taiwan, 14 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 87 (2015).

[24] Kroll, Stefan (2017): Indirect Hegemonies in International Legal Relations. The Debate of Religious Tolerance in Early Republican China, in: Koskenniemi, Martti/Rech, Walter/Jiménez Fonseca, Manuel (eds), International Law and Empire: Historical Explorations, Oxford: Oxford University Press, 39-56

The case of the unequal treaties[25] is representative in this context. In the first half of the twentieth century, the core issue of the Republican government was to revise and abolish the unequal treaties. Therefore, Chinese intellectuals and lawyers actively introduced, translated, reinterpreted, and appropriated theories and concepts of international law, especially the right to exist, *rebus sic stantibus*, and the termination of treaties to support this proposition. It showed that the transplantation was partly deviant. Besides, Chinese legal scholars also elaborated on various international platforms, including the League of Nations, international legal journals, and international legal conferences, providing justification for China's diplomatic practices. Furthermore, China's practice generated some retroactive effort from the centrality of the international legal profession, invoking rigorous interest and heated discussions on the legal question of the unequal treaties in the global international legal circle. Despite the use of a single set of legal terminology in discussions of the topic, the perception of international law with regard to the unequal treaties, showed variations between Chinese and European lawyers. Jurists from the centrality and the periphery held diverse legal opinions and understandings on certain questions. The Chinese narrative reveals that isomorphism is unlikely in the history of international law and that the globalization of international law should not veil the localization of the periphery.

II.Reinterpretation and appropriation: the localization of international law in the periphery

By the beginning of the twentieth century，the Chinese government began its “diplomacy of treaty revision”, by attempting to revise or terminate unequal clauses, especially regarding the Extraterritoriality, tariff autonomy, most-favored-nation-treatment, as well as others .[26] The diplomatic campaign also made the discussion of the unequal treaties become a burning topic in academic literature. The international legal profession in China introduced international legal theories and doctrines strategically, to justify the government’s proposal of public forums and platforms. Chinese international jurists appropriated and manipulated the doctrines of right to exist, *rebus sic stantibus* and the termination of treaties to redeem Chinese existential equality and promote Chinese interests. Simultaneously, when introducing international legal theories and discussing the unequal treaties, Chinese scholars also localized and internalized international legal knowledge through reinterpreting and appropriating related theories and doctrines.

A. Right to existence

In the classical theory of international law, jurists agreed that sovereign states in the Family of Nations enjoyed some fundamental rights. Such rights are mainly enumerated as the right of

[25] Dong Wang, China’s Unequal Treaties—Narrating National History (Lexington Books 2005).

[26] Tang Qihua(唐启华), “Minguo chunian Beijing zhengfu xiuyue waijiao zhi mengya 1912–1918（民国初年北京政府“修 约外交”之萌芽，1912–1918）[The origin of the treaty revision diplomacy of the Beijing government at the beginning of the republican period, 1912–1918], Wenshixue bao（文史学报), 28 (June 1998): 118–143.

existence, of self-preservation, of equality, of independence, of territorial supremacy, of holding and acquiring territory, of intercourse, and of good name and reputation. Other inherent rights derive from these fundamental rights.[27] Although the theory of fundamental rights was controversial in the 20th century and refuted by some scholars in Europe and The Americas, it was still valued in the international legal circle.

In 1916, the American Society of International law addressed The Declaration Of The Rights And Duties Of Nations, asserting the right of every nation to continued existence, to independence, to exclusive jurisdiction over its own territory, and to equality with every other nation; and it denied the right of any nation to commit, for its own protection or preservation, unlawful acts towards innocent and unoffending states.[28] These rights were regards as the most fundamental of international rights. Furthermore, the French jurist Paul Fauchille elaborated on the right to existence as the only basic right of states, which generated the right of conservation and that of liberty. It could be seen that the fundamental rights still played a role in international legal theory in the first half of the 20th century. Specifically, the fundamental right emphasizing absolute sovereignty was taken by the weaker countries as a legal weapon to assert equality in international society and protect national interest.

In China, the theory of fundamental rights, especially the right to existence was imported by foreign-trained Chinese international lawyers to support the termination of the unequal treaties.[29]In classical international law, the chief right for members in the family or nations, as in the case of individual human beings, is the right to existence. Therefore, the principle governing the relations between States is based upon this fundamental right. For Chinese jurists, these fundamental rights could be a fruitful legal ground to deny the enforcement of the unequal treaties. Hence, the theory of fundamental rights was introduced and translated into the Chinese international legal profession greatly. The narrative regarding the fundamental rights could be found in many Chinese international legal textbooks and treaties. For example, Qian Tai（钱泰）who was educated in France and influenced by Fauchille, introduced the theory of the right to existence to China. In his textbook, he stated that the original fundamental right of states, is the right to exist, from which the rights to preservation and to freedom are derived.[30]

Moreover, an analysis about fundamental rights could also be detected in Zhou Gengsheng（周鲠生）'s textbook published in 1929. The textbook introduces the fundamental rights of a

---

[27] Lassa Francis Oppenheim, International Law. A Treatise.Volume 1 (of 2) Peace (London: Longmans, Green, 1912), 331.

28 Root, E. (1916). The Declaration of the Rights and Duties of Nations Adopted by the American Institute of International Law. The American Journal of International Law, 10(2), 211-221.

[29] Carrai, Maria Adelle. Sovereignty in China, A Genealogy of a Concept Since 1840. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 214-227

[30] Qian Tai（钱泰）, Guoji Gongfa, Zhanshi guoji gongfa（国际公法，战时国际公法）[International law, international law in war period] ， Shanghai: Zhaoyang daxuexiao（朝阳大学校）, 1920, 12.

country, analyzing the rights of equality, independence, self-preservation, and legislation.[31]Likewise, in the Chaoyang law school, the textbook also covered the rights of independence and self-defense.[32]These textbooks and treaties showed that the fundamental rights were emphasized by Chinese jurists struggling for equality and independence in an international society.

Of course, for Chinese jurists at that time, the crucial mission was to offer justification for the abolition of the unequal treaties. Under these circumstances, the theory of the right to existence was reinterpreted to meet the demand. Many Chinese scholars negated the validity of the unequal treaties by claiming that these treaties endanger the very existence of China. In his work on the unequal treaties, Qiu Zuming used the concept of the right to existence to analyze China's unequal treaties. Qiu likewise borrowed the theory from Fauchille, using the fundamental right to support the renegotiation of the unequal treaties. He shared a similar understanding regarding fundamental rights, taking the right to existence as a basic right for every nation. In his view, the treaties signed with Western powers had resulted in the great loss of the nation's right, threatening the survival of China. Thus, these treaties had lost their continuing validity. And "only through the denunciation of unequal rights, can China recover its national rights and exist in the international society.[33]Furthermore, he took the League of Nations Covenant and the Washington Nine-State Treaty as an example to argue that the right to existence is recognized by international society as the basic principle. Consequently, based on the international legal theory and practice, China is entitled to revise the unequal treaties to redeem its survival.

Apart from academic writing, right to existence was also employed in diplomatic speech. When serving as the US ambassador, Alfred Sao-ke Sze linked the unequal treaties with the right to existence in support of abolishing the unequal treaties. To promote the understanding of US people, Sze addressed in conferences on American Relations with China, the American Academy of Political and Social Sciences and Brooklyn Institution of Arts and Sciences, explaining China's need to revise the unequal treaties. In these speeches, right to existence played a key role in his viewpoints. He stated China's right to existence: "... as it were, inhere in members of the family of nations as sovereign and independent entities or political persons. The chief of these rights, as in the case of individual human beings, is the right of existence. … It means the right, in the case of a

[31] Zhou Gengsheng（周鲠生）, Guojifa dagang（国际法大纲）[A manual of international law]，Shanghai: Shangwu yinshuguan(商务印书馆) ,1929, 99

[32] Li Xiuqing（李秀清）,Chaoyang fake jiangyi Vol 8(朝阳法科讲义第八卷)，Shanghai renming chubanshe(上海人民出版社)，2013, 128

[33] Qiu Zuming（邱祖铭）, Zhongwai dingyue shiquan lun（中外订约失权论）[On the f loss right of treaties between China and foreign countries] ,Shanghai: Shangwu yinshuguan(商务印书馆) , 1927, 11–14.

State, to protect its people in the enjoyment of those material and cultural interests which are deemed essential to the maintenance of a reasonably satisfactory life."[34]

Based on the principle of the right to existence, Sze argued that in "the right of existence is included much more than a mere right to live, in the case of a State, to protect its people in the enjoyment of those material and cultural interests which are deemed essential to the maintenance of a reasonably satisfactory life". Since the unequal treaties were against this basic right and endanger its very existence, it was undoubtedly unethical and illegal. Thus, he concluded that China was justified to terminate the detrimental treaties – "Such action is but a canceling of an original wrong" .[35]

By accusing the unequal treaties of impeding China's right to existence, Chinese jurists built its legitimacy to revise these treaties on the theory of fundamental rights. The right to existence, for Chinese scholars, was absolute and essential to the development of a nation. Hence, they held that the unequal treaties, which hindered China's existence should be abrogated, to promote the development of China.

B. *rebus sic stantibus*

The second doctrine Chinese jurists invoke is *rebus sic stantibus*, according to which a treaty may be revised or abolished because of a change of circumstances. The doctrine is a legacy from classical Roman law, but its application was limited at that time. In 1924, The Covenant of the League of Nations introduced this doctrine in Article 19, stating that：

"The Assembly may from time to time advise the reconsideration by Members of the League of treaties which have become inapplicable and the consideration of international conditions whose continuance might endanger the peace of the world."[36]

Thus, Article 19 and some precedents provided Chinese jurists with further ammunition to terminate the unequal treaties. In reality, Article 19 was unpractical in application due to its vague wording. Moreover, Russia had previously acted upon the theory of the *rebus sic stantibus* clause as precedent, but no other state recognized the act as legitimate.[37] Many jurists were concerned that the flexible meaning of the term "vital changes of circumstance" could make the doctrine subject to the danger of great abuse. Nevertheless, the doctrine was quite popular and well accepted in China. Chinese jurists elaborated and interpreted this doctrine extensively to justify their claims.

In his work on unequal treaties, Sun Zuji(孙祖基) maintained that although the unequal treaties were under intense discussion, the international legal questions behind the treaties had not

[34] Alfred Sao-ke Sze, Addresses ,Baltimore: Johns HopkinsUniversity Press, 1926, 120.
[35] Alfred Sao-ke Sze, Addresses ,Baltimore: Johns HopkinsUniversity Press, 1926, 121
[36] The Covenant of the League of Nations, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp [accessed 15 September 2020]
[37] John P. Bullington International Treaties and the Clause "Rebus Sic Stantibus", 76 U. Pa. L. Rev. 153 (1927).

been clarified. “These treaties undermined China’s sovereignty in many ways, but it was signed under the guise of free will.” In this case, he held that though claiming to terminate these treaties would be accused of violating the *pacta sunt servanda* principle, the dilemma was not unresolvable.[38] Sun believed that the *rebus sic stantibus* clause would be a suitable weapon. In his opinion, no treaties were unalterable, and all treaties contained a principle that they could be amended due to changes in circumstances. He argued that treaties have been signed with Western powers since 1840, and in the roughly 80 years that had passed, sufficient changes had arisen since the treaty took effect. Thus, the vital change in circumstances could justify the request to modify unfair treaties.[39]

In addition, Fei Qing(费青) also wrote an article to analyze the legitimacy of the Chinese practice. In the thesis, he purported to justify by introducing the origin, theory, and examples of this principle.[40] He pointed out that the unequal treaties were established under special circumstances, when China encountered with Western powers during a certain period. “Now, after several decades, the situation has undergone tremendous changes.” Therefore, “implementing these treaties would inevitably hinder China's survival and development.” Hence, in his view, it was reasonable and justifiable to revise and amend the unequal treaties. In addition, because “before termination, Chinese government had try to renegotiate with Western powers and put forward proposals in international conference.” He believed China had fulfilled the procedural obligation before applying the Principle of *rebus sic stacttibus.*[41]

Similar statements can also be found in other scholars’ interpretations, e.g., Qiu Zuming[42] and Zhang Tinghao(张廷灏).[43] Qiu argued that the Principle of *rebus sic stacttibus* was widely accepted and acknowledged by international society and legal theory. He held that the international legal profession agrees that all treaties are concluded under the tacit condition rebus sic stantibus.[44] Hence, according to the principle, treaties become void if the conditions under which they were established, change so much that they no longer have a reasonable or rational basis.

---

[38] Sun Zuji(孙祖基), Bupingdeng tiaoyue zhi zhenxiang(不平等条约之真相)[The truth of unequal treaties], 87 Jinbu qingnian(进步青年)，1925, 11-16

[39] Sun Zuji(孙祖基), Bupingdeng tiaoyue zhi zhenxiang(不平等条约之真相)[The truth of unequal treaties], 87 Jinbu qingnian(进步青年)，1925, 11-16

[40] Fei Qing(费青), Guojifa shang de qingshibiangen yuanze zhi yanjiu(国际法上“情势变迁”原则之研究)[Research on the Principle of rebus sic stacttibus in International Law], 4 Faxue jikan(法学季刊)，1929, 23-41

[41] Fei Qing(费青), Guojifa shang de qingshibiangen yuanze zhi yanjiu(国际法上“情势变迁”原则之研究)[Research on the Principle of rebus sic stacttibus in International Law], 4 Faxue jikan(法学季刊)，1929, 23-41

[42] Qiu Zuming（邱祖铭）, Zhongwai dingyue shiquan lun（中外订约失权论）[On the f loss right of treaties between China and foreign countries] ,Shanghai: Shangwu yinshuguan(商务印书馆) , 1927.

[43] Zhang Tinghao(张廷灏), Bupingdeng tiaoyue de yanjiu(不平等条约的研究)[Study on the unequal treaties]，Guanghua shuju(光华书局)，1926.

[44] Qiu Zuming（邱祖铭）, Zhongwai dingyue shiquan lun（中外订约失权论）[On the f loss right of treaties between China and foreign countries] ,Shanghai: Shangwu yinshuguan(商务印书馆) , 1927,34

Sze also pointed out that there were great changes in political, economic, and other conditions with reference to the agreements established over eighty years ago. For example, "many agreements set a low exports or imports customs dues under five percent ad valorem was signed in a situation when the international trade was quite small, Chinese national revenues was adequate and no need to protect industries and agricultural products through tariff rates." But the economic conditions had significantly changed, "Chinese government should redeem its tariff autonomy since it now relayed on the tariff to increase national revenue and took the tariff rates as a mean to protect its industries form foreign competition." [45]Therefore, because of the vital changes of circumstance, it was legitimate to revise the treaties by referring to the Principle of *rebus sic stacttibus.*

C. Termination of treaties

The third argument supported by China was the theory of termination. At that time, China's proposal to revise and terminate the unequal treaties had given rise to great interest and discussions. Some European jurists criticized that China had violated the *pacta sunt servanda* principle when terminate treaties unilaterally . They also held that the *rebus sic stacttibus* clause was abused by the Chinese government. In order to respond to these critiques, some jurists invoked the theory of treaty termination to justify the Chinese stance.

China's termination of the Sino–Belgian Treaty in 1926-1927 was representative of this issue. At that time, the Chinese government wanted to revise and denounce the unequal treaties by renegotiating new treaties based on equality and reciprocity. The negotiation began with the old treaties reaching expiration.[46] In April 1926, the Republican government informed the Belgian government that the Sino–Belgian Treaty would be terminated upon its expiration on 27th October 1927, and a new treaty should be negotiated.In reality, this treaty included no explicit nor definite clause for termination except for Article 46:

"Should the Government of His Majesty the King of the Belgians judge it necessary in the future to modify certain clauses of the present treaty, it shall be free to open negotiations to this end after an interval of ten years from the date of the exchange of ratifications; but six months before the expiration of the ten year period, it must officially inform the Government of His Majesty the Emperor of China of its intention to make such modifications and in what they will consist. In the absence of this official announcement the treaty shall remain in force without change for a new term of ten years and so on from ten years to ten years."[47]

---

[45] Alfred Sao-ke Sze, Addresses ,Baltimore: Johns HopkinsUniversity Press, 1926,119-123.

[46] Carrai, M. (2017). China's Unilateral Abrogation of the Sino–Belgian Treaty. In Y. Zhao & M. Ng (Eds.), Chinese Legal Reform and the Global Legal Order: Adoption and Adaptation (pp. 257-277). Cambridge: Cambridge University Press.

[47] Lester H. Woolsey, 'China's termination of unequal treaties' (1927) 21(2),American Journal of International Law, 289–294

By invoking the Article 46, The Republican government noted that:

"With reference to the particular treaty now under discussion it is clearly indicated in Article XLVI thereof that the treaty is to run for periods of ten years each, at the end of which revisions may be undertaken. Therefore, on that day of this year, the treaty comes to the end of another decennial period when it could be revised"[48]

However, the Belgian government argued that article 46 granted Belgium alone the right to initiate treaty revisions. [49]The real reason behind the refusal was that Belgium was reluctant to abandon the Extraterritoriality and tariff agreement. So, the Belgian government refused the Chinese proposal to renegotiate a new treaty. Since no agreement could be reached because of the divergence, the Republican government decided to denounce the treaty unilaterally through a president decree.[50] Under this situation, the Belgian government submitted a petition to the permanent International Court, claiming that the unilateral denunciation of Sino–Belgian Treaty by the Chinese government was not justified.[51] The case caught a great deal of attention internationally and received many critiques from the international legal profession.

Facing these accusations, Chinese scholars resorted to the theory of termination as justification. Lin Liyuan(林礼源), for example, differentiated between termination from denunciation and termination from cancellation.[52] In his article, he argued that the commercial treaty between countries, like private contacts, was not permanent, but terminable, stating that "The binding treaties may be terminated in several different ways, e.g.: expiration of the time for which a treaty was concluded, occurrence of a vital situation or dissolution of object." He tried to correct the misunderstanding that the termination needed the consent of both parties and argued that the termination of treaties due to the expiration of time is quite normal and natural, without the need of approval from any treaty party. He held that although Article 46 in Sino–Belgian Treaty did not grant China the right to initiate treaty revisions, it implies a time of expiration every ten years. "Since the revision and termination is different, China is entitled to announce the termination of the Sino–Belgian Treaty." [53]Consequently, he believed that China's right to

---

[48] Lester H. Woolsey, 'China's termination of unequal treaties' (1927) 21(2),American Journal of International Law, 289–294, at 294

[49] John Patrick Martin, Politics of Delay: Belgium Treaty Negotiations with China, 1926–29，(New York: St. John's University, 1980), p. 58-59

[50] Tang Qihua（唐启华), Bei feichu bu pingdeng tiaoyue zhebi de beiyang xiu yue shi(1912–1928)(被"废除不平等条约"遮蔽的北洋修约史) [The abrogation of unequal treaties: Theobscured history of the diplomacy of treaty revision of the Beijing government (1912–1928)] ,Beijing: Shehui kexue wenxian chuban she(社会科学文献出版社), 2010, 460

[51] Permanent Court of International Justice, The Hague. Denunciation of the Sino-Belgian Treaty of November 2nd, 1865 (Series C no. 16-1). Documents of Procedure: Documents Filed by the Government of Belgium. no.1 Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1927-29.

[52] Lin Liyuan(林礼源), Biyue zhongzhi you falv zhi gengju(比约终止有法律之根据) [There is a legal basis for the termination ofSino–Belgian Treaty)] ，11 Shanghai zongshanghui yuebao(上海总商会月报)，1926,16-19

[53] Lin Liyuan(林礼源), Biyue zhongzhi you falv zhi gengju(比约终止有法律之根据) [There is a legal basis for the termination ofSino–Belgian Treaty)] ，11 Shanghai zongshanghui yuebao(上海总商会月报)，1926,16-19

terminate is not only recognized by the treaty, but also by international law. From this perspective, he concluded that China was justified to terminate the Sino–Belgian Treaty.

Similarly，Shi Shankuang(史尚宽) appropriated international legal theory to defend the termination of the Sino–Belgian Treaty. In his writing, Shi quoted some famous international jurists such as L. Oppenheim, W.E. Wall, and F. Despagnet, to support his argument. [54]For instance, he cited L. Oppenheim's writing about treaty dissolution:

"But there are other treaties which, although they do not expressly stipulate the possibility of withdrawal, can nevertheless be dissolved after notice by one of the contracting Parties. To that class belong all such treaties as are either not expressly concluded forever or apparently not intended to set up an everlasting condition of things. Thus, for instance, a commercial treaty or a treaty of alliance not concluded for a fixed period only can be dissolved after notice, although not expressly stipulated."[55]

By quoting theoretic sources from mainstream international legal treaties, Shi sought to argue that commercial treaties could be dissolved by withdrawal after notice by one of the parties. As follows in the Sino–Belgian Treaty case, "China owns the inherent right to terminate the treaty." In his view, China had fulfilled the procedural obligation by giving the notice 6 months in advance. Hence, China was lawful to terminate the treaty.

Beyond the Belgian case, the theory of termination was also used in the general writing of the unequal treaties. Su Xixun(苏希洵) pointed out that although the Chinese mass was calling for abolishment of the unequal treaties, few people ever follow through legally. [56]"Even though most the treaties were unfair due to the inbalance of rights and obligations, it could not provide sufficient legal ground." Because of that, "China could not get enough support from international society, making it difficult to revise the unequal treaties." So, in order to ensure a smooth revision, it was necessary to obtain more international legal arguments. Su held that most treaties with Western powers either conclude or have a clause for revision within a certain period of time. In international legal theory, the binding force of treaties may end upon expiration. Hence, "when the time is expiring, China is entitled to terminate the treaties. In this way, China could terminate the treaties legally, rather than resort to void concepts and public emotion."[57]

The aforementioned accounts aimed to show that in order to strengthen the legitimacy of the termination of the unequal treaties, Chinese legal elites reinterpreted and appropriated the imported international legal theory tactically. The use of international legal theory like the right to

---

[54] Shi Shangkuang(史尚宽), Zhongbi tiaoyue zhi falvgguan(中比条约之法律观)，4 Xueyi(学艺)，1927 年,4-12

55 Lassa Francis Oppenheim, International Law. A Treatise.Volume 1 (of 2) Peace (London: Longmans, Green, 1912), 545

[56] Su Xixun(苏希洵), Quxiao bupingdeng tiaoyue zhi falv gengju(取消不平等条约之法律根据)，11 Jiaying(甲寅),1925，13-17

[57] Su Xixun(苏希洵), Quxiao bupingdeng tiaoyue zhi falv gengju(取消不平等条约之法律根据)，11 Jiaying(甲寅),1925，13-17

existence, the *rebus sic stantibus*, and the termination of treaties, exemplifies that the import of international law into China was more than a passive assimilation, but a creative localization.

III. Invisible College or Divisible College：the variation between China and West

In the second half of the nineteenth century, a professional community of international lawyers was forming in Europe with the establishment of the *Revue de droit international et la législation comparée* in 1869 and the *Institut de droit international* in 1873.[58] The professional community, led by the "men of 1873",[59] was engaging in a continuous process of communication and collaboration, constituting a kind of invisible college dedicated to a common intellectual enterprise.[60] The term "invisible college" was created by Oscar Schachter in 1977, but the college had already formed one century before. In the late twentieth century, European international law had been spread and assimilated by non-Western regions. According to the world society theory, international legal scholars from different places come together to engage as a community and to share a common legal language.[61]

This unification could be verified by the case of China. As previously mentioned, in the early twentieth century, the Chinese assimilated international law from the West and employed it to justify the termination of unequal treaties. Their interaction with regard to this topic, was rather intense making it obvious that there was an "invisible college" between the West and China.

However, the similarities in the "invisible college" cannot override the variations. In fact, the understanding of international law in different countries and regions does not always converge. In Anthea Roberts' view, although using a common legal language, international lawyers from different backgrounds understood, interpreted, applied, and approached international law differently.[62] The divergence could also be detected in the case of unequal treaties. In the twentieth century, Chinese jurists' understanding of international law concerning unequal treaties differed in some ways from that of western jurists, constituting a "divisible college" between the west and China.

A. The scope of the unequal treaties

For most of the Chinese, the unequal treaties are a collective conception, which covers all the treaties with imbalanced obligations signed with western powers since 1840. In Chinese jurists' narratives, the party to the unequal treaties was not limited to certain countries, but all western powers, emphasizing the unequal obligations imposed on China. Chinese scholars have always talked about the treaties as a whole, rather than one specific treaty or clause. For instance, Zhang

58 Martti Koskenniemi, The Politics of International Law – 20 Years Later, European Journal of International Law, Volume 20, Issue 1, February 2009, 7–19

59 M. Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall and International law 1870 – 1960 (2001), 11-97.

60 Oscar Schachter, Invisible College of International Lawyers , 72 NW. U. L. REV. 217(1977-1978).

61 Villalpando, Santiago, The 'Invisible College of International Lawyers' Forty Years Later (December 4, 2013). ESIL 2013 5th Research Forum: International Law as a Profession Conference Paper No. 5/2013,

62 A Roberts, Is International Law International? (OUP 2017)

Tinghao's research on unequal treaties included the treaties from the 1840 Washington conference, introducing the unequal clauses, as well as other kind of disadvantages. [63]Likewise, Qiu Zuming unraveled and examined how these treaties impeded China's sovereignty and fundamental rights.This perspective also embodied in the diplomatic practice. [64]Both in the Washington conference and domestic diplomatic practice, Chinese government always strove to negotiate collectively with the Powers concerning the unequal treaties.[65]

Contrary to China, western intellectuals focused more on specific treaties and talked about certain legal issues of unequal treaties, instead of discussing the legal character and legitimacy of the treaties. The American Society of International Law was especially representative of that, as its annual meeting discussed this subject several times around 1920s. The topic of the first meeting was on Sino-Japanese Twenty One Demands, which discussed the validity of the Sino-Japanese treaty signed in 1915.[66] In 1927, one section of the annual meeting was held to evaluate China's termination of the Sino–Belgian Treaty, concentrating on the legitimacy of termination of unequal treaties and the doctrine of *rebus sic stantibus*. [67]Another meeting was held due to Japan's invasion of Manchuria. At that time, Japan invoked the doctrine of *rebus sic stantibus* to justify its military action, putting the applicability of this doctrine in the spotlight of the meeting.[68]

The topic discussed in the ASIL annual meeting showed that the western legal community seldom treated the unequal treaties as a whole, and instead separately discussed certain treaties in specific contexts. In particular, the unequal treaties were not a well-accepted legal term in the international law profession. The claim of terminating unequal treaties was seen as a display of public emotion in China, for western legal scholars. Hence, the legal problem of the unequal treaties was dissolved into several cases in the western profession.

B. The doctrine of *rebus sic stantibus*

As previously mentioned, the doctrine of *rebus sic stantibus* was widely accepted and introduced by Chinese jurists in defense of the termination. Most Chinese scholars supposed that Article 19 of the Covenant and doctrine of *rebus sic stantibus* had granted China the possibility to revise those unequal treaties. In both international forums and academic writings, Chinese elites

---

[63] Zhang Tinghao(张廷灏), Bupingdeng tiaoyue de yanjiu(不平等条约的研究)[Study on the unequal treaties]，Guanghua shuju(光华书局)，1926.

[64] Qiu Zuming（邱祖铭）, Zhongwai dingyue shiquan lun（中外订约失权论）[On the f loss right of treaties between China and foreign countries] ,Shanghai: Shangwu yinshuguan(商务印书馆) , 1927.

[65] Tang Qihua(唐启华), Beijing zhengfu yu guoji lianmeng 1919-1928(北京政府与国际联盟，1919-1928)[The Beijing Government and the League of Nations,1919-1928]，台北：Dongda tushu ggufeng youxian gongsi, 1998

[66] Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969) , APRIL 27-29, 1922, Vol. 16 , pp. 19-36

[67] Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969) , APRIL 28-30, 1927, Vol. 21, pp. 69-100

[68] Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969), vol. 26, 1932, pp. 187–200.

took it for granted that this doctrine was applicable and well acknowledged across the world. For example, in the speech address in the American ,Sz put forth that:

"The proposition, recognized by all international jurists, is that all treaties, whatever their character, lose their binding force and are, therefore, subject to unilateral denunciation, if the conditions under which they were entered into so change that they no longer have a reasonable or rational basis. This is known as the doctrine of *rebus sic stantibus*. This doctrine does not mean that a State is justified in releasing itself from an agreement into which it has entered upon the simple ground that it finds its undertakings irksome or burdensome to itself. To give to the doctrine such an extended application as this would be to take away the real binding force of all international agreements."[69]

Likewise, Chinese diplomats like to Wellington Koo, frequently made use of this doctrine to support China's request to terminate the unequal treaties.[70] The narrative was also popular in domestic literature. In his writing, Qiu took the writing of Oppenheim as proof that the doctrine was widely acknowledged by international jurists around world. [71]Thus, with the crucial change in the situation in China, the government was entitled to employ the doctrine to revise the unequal treaties, legally regaining rights lost from the western powers.

However, scholars from the west took a very cautious approach towards this doctrine. Some jurists in the western legal community doubted the universal recognition of such a doctrine in the theory of international law. In his essay talking about the Chinese issue of the unequal treaties, George W. Keeton held that: "it appears that from the standpoint of international theory, it is not universally agreed that the doctrine of *rebus sic stantibus* is part of International Law at all". [72]

Moreover, most western jurists worried that the doctrine would be abused by some countries to escape treaty obligation. When discussing China's abrogation of the unequal treaties in the American Society of International law annual meeting, Raymond L. Buell put forth that the doctrine was abused by Turkey and China to abrogate treaties:

"There is a doctrine which some international law writers have supported, the doctrine of *rebus sic stantibus*, to the effect that when conditions change a state is justified in terminating certain treaties upon its own accord. Apparently Turkey terminated her treaties a few years ago upon that basis, and apparently China abrogated the Belgian treaty upon the same basis. Obviously that doctrine is subject to the danger of great abuse. It is only by the establishment of some form of international machinery that that doctrine can be put into effect and at the same time be put into

---

[69] Alfred Sao-ke Sze, Addresses ,Baltimore: Johns HopkinsUniversity Press, 1926,119-123.
[70] Wunsz King, Woodrow Wilson, Wellington Koo, and the China Question at the Paris Conference Leiden: A. W. Sythoff,1959 .
[71] Qiu Zuming（邱祖铭）, Zhongwai dingyue shiquan lun（中外订约失权论）[On the f loss right of treaties between China and foreign countries] ,Shanghai: Shangwu yinshuguan(商务印书馆) , 1927.
[72] George W. Keeton, The Revision Clause in Certain Chinese Treaties, 10 BRIT. Y.B.INT'l L. 111 (1929).

effect in a manner which will prevent its being abused by a state which merely seeks to escape from obligations which it should carry out."[73]

Meanwhile, the applicability of the doctrine in practice was also controversial. For example, professor Garner wrote a article "The doctrine of rebus sic stantibusthe" to argue that the principle was not clearly defined in international law and lack an effective body to complement.[74] Likewise,professor Bullington held a similar atttitude toward the principle.[75] On the annual meeting of 1932, the ASIL continued to discuss the doctrine on the topical subject "The Doctrine of *Rebus Sic Stantibus*." Scholars in the meeting held that the vague definition of the doctrine and the lack of an executive body made its application difficult in practice. For example, William C. Dennis argued that: "It seems to me, therefore, that the doctrine of *rebus sic stantibus* is not like the rule of the open sea, a doctrine which is understood and is not difficult to apply. It is a doctrine of great difficulty of application in our international society, and all that it amounts to, I think, is that it is one of those incomplete rights that Westlake speaks of."[76]

The aforementioned accounts reflect that the western perspective on the doctrine is much more complex, perhaps even negative. Most jurists held an opposing attitude toward the doctrine, noting that it had been widely employed in many cases and may be subject to abuse.

C. The Extraterritoriality

Extraterritoriality was another heated topic discussed with regard to the unequal treaties, invoking varying perspectives between the Chinese and Western international legal profession.For Chinese jurists, Extraterritoriality was imposed by western powers under military force, which infringed on China's sovereignty. Influenced by the theory of absolute sovereignty, Chinese jurists regarded these treaties as unfair and illegal since they violated China's sovereignty. Qiu, in his thesis concerning the loss of this right, argued that Extraterritoriality in the unequal treaties deprived China's judicial sovereignty. [77]This kind of understanding on Extraterritoriality was quite popular in China at that time. It could be concluded that there was a growing consensus with regard to Extraterritoriality in the Chinese legal community, which held that China would be legitimate in revising the unequal treaties and recover its sovereignty because the Extraterritoriality system violated China's fundamental right and sovereignty.

---

[73] Buell, R. (1927). The Termination of Unequal Treaties. Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting, 21, 90-93.

[74] Garner, The doctrine of rebus sic stantibus,The American Journal of International Law, Vol. 21, No. 3 (Jul., 1927), pp. 509-516

[75] Bullington, John P. "International Treaties and the Clause 'Rebus Sic Stantibus." University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, vol. 76, no. 2, 1927, pp. 153–177.

[76] Dennis, William C., and Joseph P. Chamberlain. "The Doctrine of Rebus Sic Stantibus." Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969), vol. 26, 1932, pp. 53–68.

[77] Qiu Zuming（邱祖铭）, Zhongwai dingyue shiquan lun（中外订约失权论）[On the f loss right of treaties between China and foreign countries] ,Shanghai: Shangwu yinshuguan(商务印书馆) , 1927.

However, for most western jurists, Extraterritoriality was established to protect western citizens' interest in China. N. Wing Mah argued that Extraterritoriality was the result of China's harsh laws and oppressive regulations: "In enforcing her jurisdiction China antagonized all foreign interests, especially those of innocent traders. Upon the ground that the spirit and letter of Chinese laws were unduly harsh, and the trade regulations oppressive, coupled with the venality of some Chinese officials who made life intolerable, foreigners in general were bent on defeating the purposes of the Chinese authorities."[78]

Thus, most western intellectuals put forth the notion that Extraterritoriality had legal ground and should not be abrogated until China thoroughly reforms its judicial system. Charles Denby believed that "only after the comprehensive juridical reform can China abolish the Extraterritoriality system: this reform should not take the form of a rude abolition of extraterritorial jurisdiction before a substitute therefor has been perfected, ...The steps towards the establishment of Chinese full jurisdiction may be long and slow. They believed that the system could not be abrogated in a moment since the reform would last for a long period."[79] professor Crawford M. Bishop also held that the Extraterritoriality system could not be abrogated within a short time because of China's defective juridical system.[80] Similarly, Professor Skinner Turner believed that the Extraterritoriality need some reform, rather than direct abrogation.[81]

Furthermore, although some intellectuals support the abrogation of the Extraterritoriality system in China, they put forward a different reason for said abrogation. In some jurists' opinion, the reason for the abolition was not its legitimacy but its practicality. Some scholars put forth that the Extraterritoriality system was not perfect and gave rise to many problems in juridical practice. For example, Wing Mah also held that: "Of the numerous outstanding defects of Extraterritoriality in China, the diversity, uncertainty and inadequacy of the laws applied by the consular courts of the various treaty states constitute the first important indictment against the system."[82] Consequently, although they believed that the Extraterritoriality system should be abrogated, in their opinion it was not due to its legality but rather due to the system's defects.

It could be seen that the attitudes toward the Extraterritoriality in China was quite opposite between Chinese and western intellectuals.

The globalization of international law and the frequent intercourse through kinds of international platform constituted an "invisible college" between the west and China. International

[78] Mah, N. Wing. "Foreign Jurisdiction in China." The American Journal of International Law, vol. 18, no. 4, 1924, pp. 676–695.
[79] Denby, Charles. "Extraterritoriality in China." The American Journal of International Law, vol. 18, no. 4, 1924, pp. 667–675.
[80] Bishop, Crawford M. "American Extraterritorial Jurisdiction in China." The American Journal of International Law, vol. 20, no. 2, 1926, pp. 281–299.
[81] Skinner Turner, Extraterritoriality in China, 10 BRIT. Y.B. INT'l L. 56 (1929).
[82] Mah, N. Wing. "Foreign Jurisdiction in China." The American Journal of International Law, vol. 18, no. 4, 1924, pp. 676–695.

legal scholars from the centrality and the periphery shared one legal language to communicate on certain legal issues. However, this isomorphism could not conceal the divergence between the centrality and the periphery. Scholars from the periphery never accepted the international law from the centrality without reserve, but transplanted it based on national interest. In the case of the unequal treaties, Chinese intellectuals shared common knowledge of international law on the one hand, while also holding different understandings and narratives toward certain theories and doctrines, on the other hand. The variation between the west and China means that beyond the "invisible college", the "divisible college" is conceivable in the international legal profession.

IV. Beyond periphery : China presented in the centrality of international legal profession

The discussion and debate on the issue of the unequal treaties was not limited to the domestic intellectual circle, instead it went beyond the border and created a heated discussion within the international legal profession. Aiming to gain support and justify the country's actions in the international scene, Chinese scholars and diplomats present in international platforms, including the League of Nations, international legal journals, and conferences, expounded and explained the reasoning and international legal standing to their foreign colleague. Furthermore, Chinese actions and writing on unequal treaties also caught the attention from the center, giving rise to intensive academic writing and research on this topic in western international law journals and conferences.

A. Chinese voice presented in the centrality

In order to disseminate their positions and reasoning with regards to international law within the legal profession, Chinese intellectuals wrote and published, internationally, their work in the English or French language. For example, Wellington Koo, who studied international law at Columbia University, wrote his dissertation on the legal status of aliens under the supervision of John B. Moor. He discussed the problem of Extraterritoriality in China by focusing on the legal status of the foreigner.[83]

Similarly, Liu Shishun(刘师舜), who got his doctoral degree at Columbia, focused on Extraterritoriality in his dissertation. By reviewing the history of Extraterritoriality and history in China, he analyzed the problem of Extraterritoriality in the country and the avenue to its abolishment.[84] These dissertations were written primarily for the Euro-American academic readers, acting as a window to express Chinese understanding about unequal treaties.

Furthermore, Chinese scholars also made their voices heard through publishing articles in foreign international law journals and developed their own English journals. Apart from dissertation, M. T. Z. Tyau also wrote an essay on the abolition of Exterritoriality in China and published it on the British Year Book of International Law. In this paper, he described the defects

[83] Wellington Koo, The Status of Aliens in China (NewYork: Columbia University, 1912)
[84] Liu Shih Shun. 1925. Extraterritoriality: Its Rise and Its Decline. New York: Columbia University Press.

of the Exterritoriality system to show that the system "has proved in practice irksome and unsatisfactory." [85]Moreover, he particularly focused on China's judicial progress, introducing the concept of judicial independence. He presented the prepared civil, criminal, and commercial codes, established three new levels of courts, segregating civil and criminal cases, and the improvement in police and prison-systems in his paper. Based on the above discussion, he proposed a "three parts programme" to abolish Exterritoriality.[86]

Furthermore, the Chinese international legal profession also strengthened intercourse with the western academic community by establishing international academic institutions and publishing English academic journals. The Chinese Social and Political Science Review affiliated with the Chinese Social and Political Science Association serves as one example of this trend. The Association was established at the suggestion of Dr. Paul S. Reinsch, the American Minister at Peking.[87] He proposed "forming a political science association along the line of the American Political Science Association with the special object of studying International Law and Diplomacy. The Association also decided to publish its own magazine in English to "invite foreign co-operation and to extend the circulation to foreign countries." [88]

The Association and its review were not a society of international law per say, but the articles in the field have increased tremendously. The affairs of foreign consular jurisdiction[89] or most-favored-nation treatment in China[90] were frequently discussed in the review. One of its main purposes was to give information to the foreign reading public beyond its border, mediating scientific thought on these issue between China and the western world. The Association had attracted attention from foreign lawyers like James Brown Scott, who commented that it could prove that "scholars around the world have realized the world's great need is international law and the application of its principles to the conduct of nations."[91]

Apart from academic writing, diplomats and scholars also delivered speeches and proposals in international platforms to convey Chinese opinions. When serving as the US ambassador, Alfred Sao-ke Sze delivered speeches in different conferences and institutes. Some examples include, the Conference on American Relations with China, and the American Academy of Political and Social Sciences and Brooklyn Institution Of Arts And Sciences, where he explaining

---

[85] M. T. Z. Tyau, Exterritoriality in China and the Question of Its Abolition, 2 BRIT.Y.B. INT'l L. 133 (1921-1922).
[86] M. T. Z. Tyau, Exterritoriality in China and the Question of Its Abolition, 2 BRIT.Y.B. INT'l L. 133 (1921-1922).
[87] Paul S. Reinsch, The Chinese Political Science Association, 1 Chinese Soc. & POL. Sci. REV. 12 (1916).
[88] "Editorial Notes", 1 Chinese Soc. & POL. Sci. REV. 1 (1916).
[89] Chin Wen-Sze, A Chinese View of the Foreign Consular Jurisdiction in China, 1 Chinese Soc. & POL. Sci. REV. 4 (1916).R.Y. Lo, Extraterritoriality in China, 9 Chinese Soc. & POL. Sci. REV. 230 (1925).
[90] Yun-Kuan,Kuo, The Legitimate Bounds of Most-Favored-Nation Treatment in China, 1Chinese Soc. & POL. Sci. REV. 40 (1916)； V.S. Phen, The Most Favored Nation Clause in China's Treaties, 8 Chinese Soc. & POL.Sci. REV. 157 (1924)
[91] Scott, James Brown. "The Chinese Social and Political Science Association." The American Journal of International Law, vol. 10, no. 2, 1916, pp. 375–378.

the necessity to revise the unequal treaties and promote the understanding to American people. He employed many international legal theories to underpin his argument, making his statement much more persuasive. Sze's argument drew the attention of American society. After the address, Sze received many requests for the manuscript. Therefore, he decided to print them in order to meet this demand. [92]The collected volume was then printed by Johns Hopkins University Express.

Furthermore, when discussing the topic of the unilateral termination of treaties in the The American Journal of International Law, Woolsey, L. H quoted Sze's view in explaining China's stance and the reasoning on the issue of termination of treaties. By agreeing with Sze's argument, he acknowledged that the "old treaty regime instituted over eighty years ago become a danger to the political and economic existence of China because of the fundamental changes."[93] Hence, he believed it is necessary to proceed to an effective revision.

In addition, to negotiate with western authorities, Chinese diplomats also sought support from the League of Nations. During the Sixth Assembly, Chinese representative Zhu Zhaoxin（朱兆莘）gave a speech elaborating on the Chinese request to revise unequal treaties and appealed to the moral support of the League for his country. In his statement, Zhu argued that because of the change of circumstance, China was legitimate to invoke the Article 19 of the Covenant of the League of Nations to renegotiate certain treaties. He appealed to the Assembly to consider the existing international conditions of China and support China's appeal according to the spirit of the Covenant. Zhu also asserted that Article 19 was one of the most essential Articles promoting international co-operation and peace.[94] Facing this demand, the Assembly noted that "since a Conference of the interested States is soon to take place in China to consider the questions involved, the Assembly expresses the hope that a satisfactory solution may be reached at an early date." [95]It could be seen that the League did not offer substantive backing to China concerning the revision of the treaties.

However, China did not surrender the hunt for support in the league of nations. In order to promote the implementation of Article 19 of the Covenant, Chinese delegation had submitted to the Assembly a proposal for the appointment of a committee to examine how to effectuate Article 19. Chinese representatives alleged that "Article 19 had not once been acted upon, which was ascribed to the fact that the Assembly had not had the necessary assistance and advice." [96]The Assembly was not able to appoint a Committee but declared that "a Member of the League may, on its own responsibility, subject to the rules of procedure of the Assembly, place on the Assembly

[92] Alfred Sao-ke Sze, Addresses ,Baltimore: Johns HopkinsUniversity Press, 1-3.
[93] Woolsey, L. H. "The Unilateral Termination of Treaties." The American Journal of International Law, vol. 20, no. 2, 1926, pp. 346–353.
[94] The Monthly Summary of the League of Nations, 240 (1925）
[95] The Monthly Summary of the League of Nations, 240 (1925）
[96] The Monthly Summary of the League of Nations 283,311 (1929).

agenda the question whether advice should be given, as contemplated in Article 19, regarding the reconsideration of treaties which it considered to have become inapplicable, or the consideration of international conditions whose continuance might endanger the peace of the world. In the event of an application in such terms being placed on the agenda, the Assembly would, in accordance with its ordinary procedure, discuss this application and, if it saw fit, give the advice requested." China had succeeded in promoting the development of Article 19 in the league of nations.[97] However, the success did not generate a positive impact due to the defects of the league.

B. centrality's reaction toward Chinese issue

Although China was in a peripheral position, the legal issue concerning the unequal treaties always drew attention from the centrality of the international legal profession. China's action and narratives on unequal treaties had caught the West's attention about their interest in China, driving western jurists to respond by exploring the legal feature of unequal treaties and China's defense. Hence, the legal issue of unequal treaties was under heated discussion in the western academic community. The debate and study of this issue could be detected in various academic journals and conferences.

In the 1920s, retroactive effort from China's operation on unequal treaties had brought about many corresponding articles in the anglophone community. A number of jurists wrote essays to clarify and elaborate the legal issue concerning the unequal treaties. In their writings, the legitimacy of Extraterritoriality and application of *rebus sic stantibus* were in the spotlight For most western jurists, the establishment of Extraterritoriality was the result of a backward judicial system in China, so the legitimate ground to abolish the Extraterritoriality was based on the improvement of the judicial system. For instance, when recounting the problem of consular jurisdiction in China on The American Journal of International Law , N. Wing Mah traced the origin of extraterritorial jurisdiction in China, which dated back to the Chinese-British supplementary treaty of 1843. He held that Chinese law at that time was "unduly harsh", antagonizing all foreign interests. Thus, "Western nations had to rescue their nationals" by taking action to establish the extraterritorial jurisdiction. He also recognized that there were numerous outstanding defects in the Extraterritoriality system, justifying the necessity to abolish it. But, whether the abolition would succeed, rested on what China achieved in legal and judicial reforms. Under such situation, he advised that "gradual abolition of Extraterritoriality should be clearly stated in a treaty or convention," which can encourage Chinese reforms.[98]

N. Wing Mah's writing indicated that western jurists took the problem of Extraterritoriality not as a legal issue, but as a practical problem. In the same volume, Charles Denby discussed

[97] The Monthly Summary of the League of Nations 283,311 (1929).
[98] Mah, N. Wing. "Foreign Jurisdiction in China." The American Journal of International Law, vol. 18, no. 4, 1924, pp. 676–695.

about the treaty history between China and the west and concluded that the establishment of Extraterritoriality was not intimidating. Thus, he argued that the Chinese allegation to abolish Extraterritoriality based on the theory of unequal treaties was illegitimate. However, he did not deny that there was room for reform. In his opinion, there were many problems in the system, and one could not find "Extraterritoriality working entirely satisfactorily." [99] Hence, when the legitimacy to abolish the Extraterritoriality was denied, Charles Denby acknowledged the need to reform the system.

Likewise, another essay on the AJIL also focused on Extraterritoriality in China. Crawford M. Bishop, member of the bar of the United States court for China, concentrated his exposition on the United States Court. He discussed the nature and the development of the United States court in China. In contrast to other jurists which had a negative attitude toward the Extraterritoriality, he held that the courts worked as well as other courts in the United States. He said that the court ensured an "American citizen in China has all the rights and remedies that citizen of the District of Columbia would have." With regard to the abolition, he held that the Washington conference resolution was impractical, although he did not analyze his reasoning. China should achieve its aim by "negotiating individually and not collectively with the several Powers."[100]

Similar discussion could also be found in the British Year Book of International Law. Skinner Turner, the late judge of H.B.M. Supreme Court for China, also wrote an essay to discuss Extraterritoriality in China by focusing on the British court system. As a judge in China, his opinion was similar to that of Crawford M. Bishop. He also held that after a "gradual process of evolution", Britain had built a complete system, which "worked satisfactorily though there are inconveniences and difficulties arising from it." He had a similar attitude as the above-mentioned scholars, asserting that China could abolish Extraterritoriality only after establishing a modern juridical system.[101]

Another international legal issue concerning Chinese unequal treaties could also be spotted in these journals. Upon discussion of the unilateral termination of treaties, Woolsey, L. H perceived that the issue was illustrated by the history of the Lausanne treaty. Turkish delegation in the Lausanne conference employs the clause *rebus sic stantibus* to justify its cancellation of treaties. He argued that this issue arose again with the Chinese attempt to abolish the unequal treaties. He quoted US ambassador, Alfred Sao-ke Sze's address, to explain that China, like Turkey, was invoking the rule of *rebus sic stantibus* to seek relief from unequal treaties by negotiation.

[99] Denby, Charles. "Extraterritoriality in China." The American Journal of International Law, vol. 18, no. 4, 1924, pp. 667–675.
[100] Bishop, Crawford M. "American Extraterritorial Jurisdiction in China." The American Journal of International Law, vol. 20, no. 2, 1926, pp. 281–299.
[101] Skinner Turner, Extraterritoriality in China, 10 BRIT. Y.B. INT'l L. 56 (1929).

[102]Furthermore, when China was undergoing the termination of the Sino- Belgian Treaty, Woolsey also wrote in the AJIL to present the event. He introduced the history and the procedure of the case, as well as the arguments and standpoints of the two parties in detail. As the case was submitted to the International Court separately by Belgium, he remarked that the case is interesting because most judges ruling on the case were from the countries of interest.[103] From this two essays, we can deduce that Woolsey paid close attention to the Chinese international legal issue but revealed little of his individual inclination.

Unlike Woolsey, some other scholars discussed the Chinese legal issue with clear inclinations. For instance, in his article "The doctrine of rebus sic stantibus", Professor J. W. Garner indicated that Chinese Government's decision to terminate its so-called unequal treaties by invoking the rule of *rebus sic stantibus* had caused concern about abusing the rule in international law. He acknowledged that the rule was recognized by most scholars, but the vague terms in application also gave rise to many concerns. By emphasizing the worry, he did not deny China's legitimacy to terminate these treaties but offered another justification instead. Garner argued that some Chinese treaties were not "voluntarily entered into", but were signed under pressure. Thus, "the inequality was never the result of a change of conditions, but was deliberately established by the terms of the treaty itself." Consequently, he claimed that China was entitled to abolish the unequal treaties rested upon the principle of equality and sovereignty. [104]Likewise, when discussing the rule of *rebus sic stantibus*, John. P Bullington, also took Chinese practice as an example to show the controversy of the rule.[105]

Moreover, George W. Keeton scrutinized Chinese denunciation of the unequal treaties thoroughly, analyzing how China employed the rule of *rebus sic stantibus* to justify the termination. He argued that when negotiating with the powers by invoking the rules, China had abused the rules to achieve its diplomatic purpose. In his opinion, the vague definition of the principle could bring the danger of abuse. He criticized that China had taken advantage of the principle for its diplomatic purpose. "Chinese Government referred vaguely to the doctrine of *rebus sic stantibus* and open negotiations with any treaty Power at any time she pleased. And if the negotiations could not achieve new agreement, China could freely terminate the treaties according to the rule."[106] He concluded that in order to recognize the doctrine as a rule of international law, the definition should be outlined more precisely and the application scope should be limited.

---

[102] Lester H. Woolsey, 'China's termination of unequal treaties' (1927) 21(2),American Journal of International Law, 289–294, at 294

[103] Woolsey, L. H. "The Unilateral Termination of Treaties." The American Journal of International Law, vol. 20, no. 2, 1926, pp. 346–353.

[104] Garner, The doctrine of rebus sic stantibus,The American Journal of International Law, Vol. 21, No. 3 (Jul., 1927), pp. 509-516

[105] John P. Bullington International Treaties and the Clause "Rebus Sic Stantibus", 76 U. Pa. L. Rev. 153 (1927).

[106] George W. Keeton, The Revision Clause in Certain Chinese Treaties, 10 BRIT. Y.B.INT'l L. 111 (1929)

In addition to these journals, the American Society of International Law also paid close attention to the Chinese legal question. In several of its annual meetings, ASIL organized a division to discuss the legal question regarding the termination of unequal treaties. The first section discussing the question was in 1922, when the Chinese Delegation, with regard to the Sino-Japanese treaties of 1915 (the so-called Twenty One Demands) at the Washington Conference, proposed for the reconsideration and cancellation of the treaty. In that section, W. W. Willoughby, the legal adviser to the Chinese Republic, addressed the abstract principles of international law advanced by the Chinese Delegation. He is of the opinion that the Chinese case was an essential tool to examine the principle of international law and that the proposition advanced by China "is well worthy of careful consideration by the American Society of International Law." After his statement, Frederick Moore and other scholars also participated in the discussion, expressing their opinions from different perspectives. It showed that the Chinese proposal about the unequal treaties had sparked a debate about certain principles and theories of international law.

In 1927, ASIL's annual meeting continued to discuss the Chinese issue on the subject of the termination of the unequal treaties. At that time, China was negotiating with the Western powers to terminate unequal treaties, invoking legal concerns on China's behavior. At the meeting, the jurists made efforts to elaborate on the unequal treaties and the legal authority to terminate them. By analyzing the consular authority in China, Frank E. Hinckley argued that what the Chinese were demanding was not the abolition of consuls, but rather of the unequal treaties as a whole. He also supported Chinese people's international equality and believed it could promote equality in international practice.[107] Albert H. Putney held a different standpoint; he denied that the termination of unequal treaties was a question about legal right, which could not be settled by arbitration or in the Hague.[108] He believed "it is still a question of diplomacy and force.

Raymond L. Buell indicated that the question of the termination of unequal treaties was not confined to treaties with China, "a large number of treaties may be called unequal." And he worried that those treaties had caused many troubles in international relations. He recognized that many states including China had employed the doctrine of *rebus sic stantibus* to justify terminating certain treaties. In order to prevent the abuse of the doctrine, he advised that "some form of international machinery" should be established. [109]Professor James W. Garner had a

[107] Frank E. "CoNsular Authority In China By New Treaty." Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969), vol. 21, 1927, pp. 82–87.

[108] Albert H. Potnex,The Termination of Unequal Treaties American Society of International Law，ed，Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969) , APRIL 28-30, 1927, Vol. 21 (APRIL 28-30, 1927), pp. 82-100

[109] Buell, R. (1927). The Termination of Unequal Treaties. Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting, 21, 90-93.

similar concern. He held that the doctrine only granted the unsatisfied side a right to demand a revision of the treaty，rather than to terminate the treaty unilaterally.

In 1931，the Japanese army invaded China and occupied Manchuria. Japan's military action was met with widespread denouncement. Japan was accused of violating the Nine-Power Treaty and the Kellogg Pact. In order to justify itself, Japan invoked the doctrine of *rebus sic stantibus* to argue that these treaties were inapplicable because China was no longer an organized government. The Japanese government's strategic justification by invoking the doctrine of *rebus sic stantibus* triggered great discussion in the international profession.[110] For instance, the ASIL organized a division to assess the application of the doctrine. Some scholars in this division refuted the Japanese claim, by arguing that there was no vital change emergence in China despite the upheaval. Others went further on to question the applicability of the doctrine and emphasized the danger of applying it in the context of international law.[111]

As aforesaid, in the early 20th century, Chinese international legal writing concerning unequal treaties was not parochial , as it had a position in the global academic circle. Likewise, the issue of unequal treaties was more than a regional problem which drew growing attention from the centrality. Therefore, it could be argued that in the history of international law, China's position is beyond that of the periphery.

V. Conclusion

Traditionally, the universality of international law was has been written as a one-way penetration, focusing on the centrality's isomorphic imposition on the periphery. However, from a global history perspective, the Chinese case tells a different story, which emphasizes localization, variation and intercourse. When analyzing the legal question of unequal treaties, Chinese elites imported the theory of international law from the west in their writings to support their claims. This import and acceptance show the diffusion of international law from the centrality to the periphery. Moreover, when introduced into China, some theories and doctrines of international law were reinterpreted and appropriated to meet the theoretical demands. The reinterpretation and appropriation exhibited the periphery's creative subjectivity in the history of international law. It also revealed that the universalization of international law is accompanied with divergence and variation. Scholars from China and West, though shared same legal language ,held different, if not opposite, understandings and attitudes toward certain legal problem concerning unequal treaties. Furthermore, the voice from the periphery was not just parochial, but also had a global echo. Chinese jurists and diplomats promoted their proposals in global forums, drawing attention and discussion in the western legal profession. The issue from the periphery also gave rise to

[110] Hornbeck, Stanley K. "[Opening Remarks of the Presiding Officer]." Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969), vol. 26, 1932, pp. 69–71.
[111] "[Conclusion of Discussion of Preceding Papers]." Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969), vol. 26, 1932, pp. 187–200.

retroactive effort from the centrality, reflecting the reciprocal penetration of ideas in the international legal history. It reveals that China is not merely a silent bystander, but a crucial role in the history of international law.In conclusion, the Chinese case shows that the globalization of international law is a story of complexity, rather than of a one-way penetration.

人类命运共同体理念与国际海洋法的发展

邹克渊、王森[1]

【摘　要】人类命运共同体是以全球人类共同价值为指导，加之“和而不同”的中华文化，倡导“共商、共建、共享”理念，涵盖国际关系、经济发展、文明交流、生态建设等方面的重大理论体系。人类命运共同体在国际法上的内涵是以主权平等原则为基础，以“共同体”为载体，通过国际合作的形式实现、维护全人类的共同愿景与利益。人类命运共同体理念如何融入国际海洋法律制度，特别是有关海洋安全、海洋环境保护、海洋科学研究的法律制度是当前需要深入探讨的一个国际法的重要课题。另一方面，相关国际海洋法律制度的发展也会帮助我们进一步解释人类命运共同体理念的内涵。本文对此作一个初步地探讨，希望能起到抛砖引玉的效果。

【关键词】人类命运共同体；国际海洋法；海洋安全；海洋环境保护；海洋科学研究

[1] 邹克渊（1955-），男，浙江嘉兴人，英国中央兰开夏大学哈里斯国际法终身讲席教授；王森（1991-），男，浙江宁波人，浙江大学光华法学院海洋法专业博士研究生）。本文系国家社科基金重大项目“人类命运共同体理念融入国际海洋法体系研究”（18VHQ002）的阶段性成果，已在《广西大学学报（哲学社会科学报）》2019 年第 4 期发表。

人类命运共同体最初是作为一个政治理念被提出的，从国际法角度看，人类命运共同体存在着中国在新世纪的一种国际秩序观，涉及国际法制的建设，这不仅是习近平总书记外交思想的核心，也是对我国在全球治理方面如何做出应有贡献而提出的一个重大理论问题。[2]人类命运共同体本身所包含的共商、共建、共享的观点，在目前的国际法领域里可以找到一些相对应概念，包括共同利益、共同关切以及人类共同继承财产等。人类命运共同体理念可以借助这些概念来融入国际法体系之中，国际法体系也因人类命运共同体的理念的融入而得到丰富的发展。[3]国际法的体系的基础最早来源于人类体系。国际法体系本身是建立人类命运共同体的一个平台，国际法体系里面也出现了共同体的概念。人类命运共同体在国际法内涵上可以包含原有的国际法体系、中国传统文化和新中国国际关系价值目标的有机结合。人类命运共同体的构建，需要以国际规则为基础。[4]为此如何在国际法项下界定和解释“人类命运共同体”便成为国际法重大理论问题。国际法是处理国际关系、国际事务交往的规范性及非规范性规则的总和，国际法本身是国际关系在规范层面的反映，而国际法反向促进了国际关系的发展。[5]人类命运共同体在国际法的融入可以从两个方面进行，一方面国际法体系中已有的与人类命运共同体理念相对应的制度应该得到完善；另一方面，人类命运共同体理念所要求的国际法体系中尚未存在的概念、规则、制度等需要建立和健全，进一步细化到国际海洋法体系也是如此。

一、人类命运共同体的概念、来源与形成路径

（一）人类命运共同体的基本概念

早在 2013 年 3 月，习近平主席在俄罗斯莫斯科国际关系学院发表题为《顺应时代潮流，促进世界和平发展》的演讲时指出，这个世界，各国相互联系、相互依存的程度空前加深，人类生活在同一个地球村里，生活在历史和现实交汇的同一个时空里，越来越成为你中有我、

---

[2] 坚持推动构建人类命运共同体，是习近平新时代中国特色社会主义外交思想的重要内容，是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分，对于统筹国内国际两个大局，始终不渝走和平发展道路、奉行互利共赢的开放战略，坚持正确义利观，树立共同、综合、合作、可持续的新安全观，谋求开放创新、包容互惠的发展前景，促进和而不同、兼收并蓄的文明交流，构筑尊崇自然、绿色发展的生态体系，始终做世界和平的建设者、全球发展的贡献者、国际秩序的维护者，为实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦营造更加有力的国际环境，具有十分重要的指导意义。参见习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 1-2 页。

[3] 人类命运共同体承载着中国在新时期的国际秩序观、国际法治观等一系列最新的国际事务处理准则与态度，是弘扬、推动共商、共建、共享的全球治理理念，包括国际法体系朝着更加公正合理的方向发展的基石。参见习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 259-261 页。

[4] 刘楠来：“论人类命运共同体与国际法的构建”，2018 年“法治与改革国际高端论坛”发言，2018 年 11 月 10 日，http://www.ghls.zju.edu.cn/chinese/redir.php?catalog_id=55&object_id=377978，最后访问时间：2019 年 1 月 13 日。

[5] See Clarence J. Dias, “International relations and International Law: From competition to complementarity”, in Thomas J. Biersteker, Peter J. Spiro, Chandra Lekha Sriram, and Veronica Raffo (eds), *International Law and International Relations: Bridging theory and practice* (Oxford: Routledge, 2007), pp.278-287; Malcolm N. Shaw, *International Law*, (New York: Cambridge University Press, 7th edn, 2014), pp.187-191;Vaughan Lowe, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp.28-29; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 8th edn, 2012), pp.51-59; Martti Koskenniemi, “What is international law for?”, in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1st edn, 2003), pp.91-94.

我中有你的命运共同体。[6]2014 年 7 月 17 日，习近平在“中国—拉美和加勒比国家领导人会晤”发表题为《努力构建携手共进的命运共同体》的主旨讲话，提出五点建议：第一，坚持平等相待，始终真诚相助；第二，坚持互利合作，促进共同发展；第三，坚持交流互鉴，巩固世代友好；第四，坚持国际协作，维护共同权益；第五，坚持整体合作，促进双边关系。[7]2015 年 3 月，习近平在博鳌亚洲论坛 2015 年年会上发表演讲，并指出，人类只有一个地球，各国共处一个世界；通过迈向亚洲命运共同体，推动建设人类命运共同体，必须坚持各国相互尊重、平等相待；坚持合作共赢、共同发展；坚持实现共同、综合、合作、可持续的安全；坚持不同文明兼容并蓄、交流互鉴。[8]同年 9 月 28 日，习近平在第七十届联合国大会上发表讲话指出，当今世界各国相互依存、休戚与共，要继承和弘扬《联合国宪章》宗旨和原则，构建以合作共赢为核心的新型国际关系，打造人类命运共同体，建立平等相待、互商互谅的伙伴关系，营造公道正义、共商共建共享的安全格局，谋求开放创新、包容互惠的发展前景，促进和而不同、坚守并蓄的文明交流、构筑尊崇自然、绿色发展的生态体系。[9]2017 年 1 月 18 日，习近平在联合国日内瓦总部发表《共同构建人类命运共同体》的演讲时再次强调了构建人类命运共同体，实现共赢共享的重要性。[10]在 2018 年 6 月 22 日召开的中央外事工作会议上，习近平主席特别指出，要高举构建人类命运共同体旗帜，推动全球治理体系朝着更加公正合理的方向发展。[11]

人类命运共同体是以全球人类共同价值为指导，以中华民族传统文化为抓手，倡导“共商、共建、共享”理念，涵盖国际关系、经济发展、文明交流、生态建设等方面的重大理论体系。人类命运共同体至少包括了传统文化、国际主义、生态有机体、法制文明、共存论和人类共同价值等方面的含义。首先，人类命运共同体与中华民族传统文化存在共同性，对于世界及人类的存在和发展问题的观点，显示当代中国理念和文化理念的一脉相承性，同时当代世界和平发展的适应性。人类命运共同体与中华民族传统儒家文化紧密相连，存在高度共通性，其对儒家“和文化”的一脉相承与对存在、发展问题的适应性彰显了强大的生命力。[12]第二，人类命运共同体是生态有机体发展的必然选择。在保护生态系统的前提下推进人类发展，在人类发展基础上建设生态系统，实现人类生态协调发展。第三，人类命运共同体是法制文明的体现。人类命运共同体强调追求全人类的共同价值，是工具理性与价值理性的结合，根本宗旨是维护整个人类社会的共同利益。[13]强调全人类共同构成一个同呼吸、共命运的整体，通过相互依存、紧密联系的构成层次间的动态平衡，形成的意识体系，体现了国际

---

[6] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 5 页。
[7] 参见习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 145-150 页。
[8] 参见习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 206-213 页。
[9] 参见习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 252-258 页。
[10] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 416 页。
[11] 参见习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 537-541 页。
[12] 参见王寅：《人类命运共同体：内涵与构建原则》，载《国际问题研究》2017 年第 5 期，第 28-29 页；肖群忠、杨帆：《文明自信与中国智慧——构建人类命运共同体思想的实质、意义与途径》，载《中国特色社会主义理论》2018 年第 2 期，第 26-28 页。
[13] 参见刘同舫：《构建人类命运共同体对历史唯物主义的原创性贡献》，载《中国社会科学》2018 年第 7 期，第 10-14 页。

法的人本意识、合作意识、共建意识，以维护和推进全人类的共同利益为最高宗旨。人类命运共同体是多方面全球治理在政治理念上的凝练与总结，强调共商共建共享的原则，而非单一统一的霸权主义。[14]

（二）人类命运共同体的思想来源与形成路径

人类命运共同体的思想来源广泛而深远。首先，人类命运共同体与马克思倡导的“自由人联合体”有相通之处。[15]其次，人类命运共同体是对马克思恩格斯社会共同体思想的创造性运用和发展，毛泽东、邓小平、江泽民、胡锦涛等为该理念的提出奠定了一定的思想基础。[16]再次，人类命运共同体是传统中国儒家“和而不同”理念在现代外交的运用。[17]最后，人类命运共同体应当包含三大文化理论来源，即马克思主义关于人类文明发展与交往的相关理论、中国特色社会主义理论体系当中已有的文明交往思想和中华民族的传统文化。

人类命运共同体有一套独特的形成路径。相互依存的国际权力观、共同利益观、可持续发展观和全球治理观是构建人类命运共同体的基本价值理念。[18]从“命运共同体”、“周边命运共同体”到“亚洲命运共同体”，直到全世界范围内的“人类命运共同体”。中国在近年来与阿拉伯国家、拉美国家、非洲国家、东盟国家等循序渐进地结成了命运共同体，并将“周边命运共同体”、“亚洲命运共同体”区域性命运共同体理念打造成全球性的人类命运共同体。[19]“命运共同体”理念是有层次地递进式的发展过程，从双边到多边，从地区到世界，是习近平审视了中国、亚洲和世界的时代潮流后提出的国际关系理论与实践思想。具体层面来讲，构建人类命运共同体的路径，包含了“一带一路”[20]和亚洲基础设施投资银行建设[21]的工具层次，也包含价值观念变革[22]、沟通交流等价值理论方面。国际组织及其整体框架是实现人类命运共同体的良好平台，此类国际组织包括了政府间国际组织、区域间国际组织等。[23]联合国是当今世界最重要的国际组织，中国与联合国合作构建新型国际关系，共建“一带一路”，是实现人类命运共同体目标的重要路径。[24]从全球治理角度而言，人类命运共同体应当是治理结构失衡与文明冲突的重要工具。人类命运共同体“合作共赢、平等协商、互联互通、包容共鉴、公正合理”的整体特征是促进人的自由流动和发展要素分布均等化的重要路径，也

---

14 吴志成、吴宇：《人类命运共同体思想论析》，载《世界经济与政治》2018 年第 3 期，第 20-24 页。

15 参见卢德友：《“人类命运共同体”：马克思主义时代性观照下理想社会的现实探索》，载《求实》2014 年第 8 期，第 40-41 页。

16 参见石云霞：《马克思社会共同体思想及其发展》，载《中国特色社会主义研究》2016 年第 1 期，第 23-28 页。

17 陈来：“传统文化与核心价值”，人民网，2015 年 4 月 28 日，http://opinion.people.com.cn/n/2015/0428/c1003-26917057.html，最后访问时间：2018 年 12 月 12 日。

18 仇华飞：《论习近平关于中国特色国际秩序的思想及实践》，载《毛泽东邓小平理论研究》2016 年第 5 期，第 80 页。

19 参见阮宗泽：《人类命运共同体：中国的“世界梦”》，载《国际问题研究》2016 年第 1 期，第 8-12 页。

20 参见明浩：《“一带一路”与“人类命运共同体”》，载《中央民族大学学报（哲学社会科学版）》2015 年第 6 期，第 23-25 页。

21 参见莫开伟：“亚投行目标：人类命运共同体新平台”，《上海证券报》2016 年 1 月 18 日，http://www.xinhuanet.com//finance/2016-01/18/c_128637848.htm，最后访问时间：2018 年 12 月 12 日。

22 参见宋涛：“高扬起人类命运共同体的旗帜”，新华网，2016 年 1 月 3 日，http://www.xinhuanet.com//world/2016-01/03/c_128590505.htm，最后访问时间：2018 年 12 月 12 日。

23 陈向阳：《以“人类命运共同体”引领世界秩序重塑》，载《当代世界》2016 年第 5 期，第 18-22 页。

24 张贵洪：《联合国与人类命运共同体》，载《当代世界与社会主义》2018 年第 1 期，第 150 页。

是解决结构失衡与文明冲突两大全球治理挑战的关键一步。[25]人类命运共同体理论页是中国推动全球治理走出困境、转型发展的理论创新和战略依托。[26]

二、人类命运共同体的国际法层面之意涵

在国际法语境下，人类命运共同体是新时代背景下和话语体系上可以推动对国际法规则的重构，强调全人类应当共同构成一个同呼吸、共命运的整体，其并非一成不变的静态思想，而是通过相互依存、紧密联系的各构成层次间的动态平衡形成的意识体系，体现了国际法的人本意识、合作意识和共进意识等价值观，以维护、推进全人类的共同利益为最高宗旨。[27]从国际法理论层面来说，人类命运共同体在国际法上的内涵是指，以主权平等原则为基础，以“共同体”为载体，通过国际合作的形式实现、维护全人类的共同愿景与利益。

近代国际法体系，或者称国际法秩序，发轫于 1648 年的《威斯特伐利亚和约》，故该国际法体系已被称作“威斯特伐利亚体系”（Westphalian System）。[28]威斯特伐利亚体系的核心在于确立国家主权平等原则，奠定了国际法形成和发展的基础。[29]如果说威斯特伐利亚体系解决的是国际法中的“主权平等”问题，那么二战后的现代国际法强调的就是国际法上的“共同体”与“合作”。[30]众所周知的是，两次世界大战极大挑战了威斯特伐利亚体系的权威性与科学性。[31]1945 年联合国成立以来，在国家主权平等原则之上，现代国际法开始强调“合作”这一新的法律义务；[32]国际法体系中很早就出现了“国际共同体”（International Community）的概念，[33]而《联合国宪章》及其法律体系则在国际法体系中正式引入“共同体”（Community）这一概念，[34]旨在强调在国家各自利益的同时，维护国际社会的共同利益。[35]国际共同体的概念与国际社会的概念联系在一起，[36]国际社会（International Society）强调

---

[25] 高奇琦：《全球治理、人的流动与人类命运共同体》，载《世界经济与政治》2017 年第 1 期，第 30 页。

[26] 门洪华：《应对全球治理危机与变革的中国方略》，载《中国社会科学》2017 年第 10 期，第 42 页。

[27] 参见车丕照：《“人类命运共同体”理念的国际法学思考》，载《吉林大学社会科学学报》2018 年第 6 期，第 15-24 页；徐宏：《人类命运共同体与国际法》，载《国际法研究》2018 年第 5 期，第 3-14 页；黄进：《习近平全球治理与国际法治思想研究》，载《中国法学》2017 年第 5 期，第 5-22 页；陈金钊：《“人类命运共同体”的法理诠释》，载《法学论坛》2018 年第 1 期，第 5-12 页；廖凡：《全球治理背景下人类命运共同体的阐释与构建》，载《中国法学》2018 年第 5 期，第 41-59 页；张辉：《人类命运共同体：国际法社会基础理论的当代发展》，载《中国社会科学》2018 年第 5 期，第 43-68 页。

[28] See Leo Gross, “The Peace of Westphalia 1648-1948”, (1948) 42 *American Journal of International Law* 20, pp. 20-21.

[29] See Daniel Philpott, “Religious Freedoms and the Undoing of the Westphalian States”, (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 981, pp.981-983.

[30] 联合国及其治理体系的建立标志现代国际法的诞生，目前我们身处的国际法体系就是建立在威斯特伐利亚与联合国系统基础之上。

[31] See Daniel Philpott, “Westphalia, Authority and International Society”, (1999) 47 *Political Studies* 566, pp.578-589.

[32] 无论是各主权国家之间出于追求本国利益的交往与合作，还是建立普遍认同的原则模式的意愿驱动，都离不开国际法背后追寻的价值和目标，国际法体系正是在这一共同目标项下不断完善与发展。

[33] See Monica Hakimi, “Constructing an International Community”, (2017) 111:2*American Journal of International Law* 317, pp.321-340.

[34] 参见【美】路易斯·亨金：《国际法：政治与价值》，张乃根等译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 149-158 页。

[35] 例如 1969 年《维也纳条约法公约》第 53 条规定，由国家组成的一个完整的“国际共同体”应当是确认强行法（*Jus Cogens*）的主体。

的是事实上的联系与联结，而国际共同体（International Community）则更关注价值、理念与主观的感受，从这个角度上来看，人类命运共同体应当更接近于国际共同体的概念。国际法体系本身就是建立人类命运共同体的平台，国际社会是一个共同体，国际法体系就是这个国际共同体的产物。[37]

人类命运共同体背后是人类共同的利益，而维护人类共同利益就要遵守一致的基本规范，或者最高准则，[38]也就是“合作”这一法律义务的基石，即国际法体系。[39]人类命运共同体对于国际法体系的贡献在于将“合作”这一基石推进到“共商、共建、共享”的高度，即人类命运共同体深化了合作的意涵，国际合作从合作发展到共商共建共享。值得注意的是，国际法体系受到两种不同的法律模式的影响，及以自利主义为核心的格劳秀斯模式和以普世主义为追求的康德模式，现今的国际法仍然位于这两种法律模式之下。[40]人类命运共同体并非超越国家主权的“世界政府”，也不是彻底利己主义项下的国家利益至上的传统国际法体系。[41]人类命运共同体也不是纯粹意义上的国际主义，其目标并非国际大同。[42]人类命运共同体项下的国际法仍然是国家间的法律，是以主权国家为主要主体的法律体系，是对之前国际法理念的扬弃，并非彻底推翻原有的国际法体系。人类命运共同体是在继承和发扬和平共处五项原则的基础上，坚持主权平等、公平正义、共同安全，坚持共同发展、合作共赢、包容互鉴，以自身发展为世界经济增长和全球治理做出更大贡献，为全球性问题提供代表广大发展中国家利益的方案。人类命运共同体应当建立在现代化的威斯特伐利亚体系基础上，以国际法基本原则为最高标准，在主权平等前提下开展合作以达到共商共建共赢，通过国际法治维护人类共同利益。总而言之，人类命运共同体在国际法上的内涵可以总结为原有的国际法体系（共同体思想）、中国传统文化与中国新时代国际关系价值目标的有机结合。

目前存在的、有效的、合理的国际治理体系与构建人类命运共同体并不是一个矛盾的关系，构建人类命运共同体并不是要完全打破再造一个国际法体系或者国际治理机制，而是应当在原有的国际法体系上进行修改与完善。进一步而言，人类命运共同体将成为建立新型国

---

[36] Louis Henkin, *International Law: Politics and Values*, (The Hague: Martinus Nijhoff, 1995), p.75.

[37] Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, (Oxford: Oxford University Press, 2011), pp.256-262.

[38] See Nico Schrijver, “Managing the Global Commons: Common Good or Common Sink?”, (2016) 37:7 *Third World Quarterly* 1252, pp.1252-1267.

[39] See Karl Loewenstein, “Sovereignty and International Cooperation”, (1954) 48 *American Journal of International Law* 222, pp.222-244; W. D. Verwey, “The New International Economic Order and the Realization of the Right to Development and Welfare: A Legal Survey”, (1981) 21*Indian Journal of International Law* 1, pp.1-78; Georges Abi-Saab, “Whither the International Community?”, (1988) 9 *European Journal of International Law* 248, pp.248-265.

[40] See Anthony Carty, *Philosophy of International Law*, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007), pp.20-31; Fernando R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, (Oxford: Westview Press, 1998), pp.1-22.

[41] See Atsuko Kanehara, “Some Considerations Regarding Methods of International Regulation in Global Issues: Sovereignty and Common Interests”, (1997) 29 *Studies in Transnational Legal Policy* 81, pp.81-99.

[42] See Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interests in International Law”, (1994) 250 *Recueli des Cours* 217, pp.217-234; Bruno Simma, “Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner”, (2009) 20 *European Journal of International Law*, 265, pp.265-268; Santiago Villalpando, “The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests are Protected in International Law”, (2010) 21:2 *European Journal of International Law* 387, pp. 387-410.

际治理机制和国际法体系的指导原则，而在现有的国际公约、条约和国际组织这些框架之上进行添砖加瓦，并且对人类命运共同体本身的发展起到促进作用。[43]从范式上来说，一个政治理念想要成为国际法原则，必须符合两个基本条件，首先该理念符合国际法基本法理，同时再次获得的较为广泛国际认可。“和平共处五项原则”在国际法上原则化过程能够为人类命运共同体融入国际法体系提供横向的借鉴。众所周知，和平共处五项原则的提出经历了一个逐步扩大的发展进程。[44]和平共处五项原则的核心是主权国家的平等，这一点完全符合近现代国际法的价值目标；同时在此基础上，中国增加了自己的利益诉求，而这些利益诉求在较大范围内获得了国际社会成员，尤其是广大的发展中国家的支持。“反霸权主义”是另一个例子。“反霸权主义”长期以来是社会主义中国对外政策的基本原则，也是由国家领导人提出并一代一代坚持传承下来的基本政策，是中国处理国际关系的重要指导理念之一。[45]然而“反霸权主义”最终并没有在 20 世纪发展成为一项国际法原则。国际条约（或者公约）中对于这一原则并没有形成确认，其状态依然处于国家实践层面，在法律确信上有所缺失；另外，这一理念本身与国际法基本理论的侧重点并不相同，那么问题便出现在这一理念或许从一开始就不具备成为普世价值的国际法原则的要件。

具体对应到国际法实践层面的问题而言，人类命运共同体应当涵盖国际法基本理论（即国际法基本价值与目标）、国际海洋法、国际环境法（尤其是气候变化等重大议题）、国际组织法（包括国际争端解决机制的建立与完善）等。具体到国际法的各个部门法及其制度与规则上来说，人类命运共同体在国际法上的涵摄更应当含义广泛。人类命运共同体涉及的具体国际法内容包括维护和平、促进发展、打造伙伴关系、支持多边主义四个方面的意涵。由深海、极地、网络和外太空组成的“新疆域”同样也是融入并实现“人类命运共同体”的重要场域。[46]

三、人类命运共同体对国际海洋法发展的作用

海洋自由是国际海洋法体系变革的起点和切入点，发展到现在，国际海洋法体系最终形

---

[43] 正如习近平 2017 年在联合国日内瓦总部演讲中指出的那样，建立公正合理的国际秩序是人类孜孜以求的目标，《威斯特伐利亚和约》确立的平等主权原则、日内瓦公约确立的国际人道主义精神、《联合国宪章》明确的四大宗旨和七项原则、万隆会议倡导的和平共处五项原则等一系列公认的原则应当称为构建人类命运共同体的基本遵循；国际社会应当从伙伴关系、安全格局、经济发展、文明交流、生态建设等方面做出努力，参见习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 416-426 页。

[44] 1953 年 12 月 31 日，周恩来在接见参加中印两国关于西藏地方与印度之间关系问题谈判的印度代表时，第一次提出和平共处五项原则。和平共处五项原则被写进了中印双方达成的《关于中国西藏地方和印度之间的通商和交通协定》的序言之中，成为国际条约法的一部分。和平共处五项原则的第二次提出实在周恩来同印度总理尼赫鲁会谈后发表的联合公报中。中印两国总理以联合声明的形式提出了和平共处五项原则，重申适用于中印两国之间的关系，并进一步确认“这些原则不仅适用于各国之间，而且适用于一般国际关系之中”，即和平共处五项原则是适用于整个国际关系的普遍准则。随后，中缅联合声明中第三次出现了和平共处五项原则的内容。1955 年的亚非会议最终传承和发展了和平共处五项原则，形成了十项原则。

[45] 参见盛愉：《论国际法与反霸权原则》，载《法学研究》1982 年第 5 期，第 50-55 页。

[46] 习近平同志 2017 年 1 月在联合国日内瓦总部发表的《共同构建人类命运共同体》的主旨演讲中强调了将上述区域打造成为各方合作的新疆域的重要性，并提出了和平、主权、普惠、共治的四项原则。深海、极地、网络和外空等新疆域集中体现了人类的共同关注和共同命运，承载着作为人类生存和进一步发展的未来，其治理需求与人类命运共同体的价值内涵高度契合，因此完全有可能成为人类命运共同体的最佳实践区。

成了公海自由加上沿海国特定海域享有管辖权的二元结构，内涵包括航行自由及海洋资源的开发和利用自由。[47]如何在人类命运共同体理念之下，进一步调整相应的海洋法体系，是我们作为发展中国家所需要思考的问题。

1982 年《联合国海洋法公约》（以下简称“公约”）是国际海洋法律制度的“宪章”，也是海洋法律规则的集合。国际海洋法体系从产生开始就一直围绕着自由与控制、开放与封闭、分享与独占这些观念的此消彼长、互相掣肘。[48]从塞尔登的“闭海论”到格劳秀斯的“海洋自由”，[49]发展至今，国际海洋法体系最终形成了“公海自由”加之沿海国对沿岸特定海洋区域享有排他性管辖权的二元结构，即“海洋自由+特定管辖权”。[50]美国学者将“航行自由”称为一项人类的共同核心利益，航行自由还是美国国家核心安全利益之所系。[51]但是该结论的前提是美国国家安全利益与全人类的安全利益完全相同，此处的单边主义显然不能取得国际社会成员，尤其是广大发展中国家的支持。所谓的海洋资源的开发与利用自由不过是海洋国家以及部分渔业大国的专利，多数发展中国家受资金、技术与能力的限制，基本上无从置喙；[52]目前的国际海洋法体系项下的海洋自由原则是存在扭曲的，其根本原因在于威斯特伐利亚体系项下的主权国家本身的两面性。[53]人类命运共同体对于国际海洋法体系的融入与革新也需要从海洋自由元体系出发，最终涉及整个国际海洋法体系的重点部门。[54]

（一）人类命运共同体与海洋安全法律制度

海洋安全法律制度，包括航行自由的界定、海上通道问题、打击海上恐怖主义以及其他的非法活动等。海洋安全，是指国家的海洋权益不受侵害或不遭遇风险的状态，也被称为海上安全或海上保安。[55]海上安全分为传统的海上安全和非传统海上安全两类。[56]传统的海上

---

[47] See Sir R. Jennings, Sir A. Watts, *Oppenheim's International Law, Vol. II*, (Oxford: Oxford University Press, 9th edn, 1992), Chapters 5 and 6; R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, (Manchester: Manchester University Press, 3rd edn, 1999), pp.205-208; Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, (New York: Cambridge University Press, 2012), pp.16-17; James Harrison, *Making the Law of the Sea: A Study in the Development of International Law*, (New York: Cambridge University Press, 2011), p.36-48.

[48] See F. Ito, “The Thought of Hugo Grotius in the Mare Liberum”, (1974) 18 *Japanese Annual of International Law* 1, pp.1-12.

[49] See David Anderson, *Modern Law of the Sea*, (The Hague: Martinus Nijhoff, 2008), pp.3-6.

[50] 对于海洋自由而言，必须要明确其实然与应然上的差异。海洋自由这一概念从其产生之初，就被赋予二大内涵，一是关于航行与海商贸易自由；二是海洋资源的开发与利用的自由。

[51] See D. Mandsager, The U.S. Freedom of Navigation Program: Policy, Procedure and Future, in M. N. Schmitt (ed.), *The Law of Military Operations: Liber Amicorum Professor Jack Grunawalt* (New Port: Naval War College Press, 1998), pp.113–127; Michael Byers, “Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative”, (2004) 98 *American Journal of International Law* 526, pp.526–545; Michael A. Becker, “The Shifting Public Order of the Oceans: Freedom of Navigation and the Interdiction of Ships at Sea”, (2005) 46 *Harvard International Law Journal* 131, pp.131–230; J. E. Noyes, “The United States, the Law of the Sea Convention, and Freedom of Navigation”, (2005) 29 *Suffolk Transnational Law Review* 1, pp.1–24.

[52] 郑志华：《中国崛起与海洋秩序的建构——包容性海洋秩序论纲》，载《上海行政学院学报》2015 年第 3 期，第 100 页。

[53] See Jon M. Van Dyke, “The Disappearing Right to Navigational Freedom in the Exclusive Economic Zone”, (2005) 29 *Marine Policy* 107, pp.107–121.

[54] 需要注意的是，人类命运共同体项下的国际海洋法体系应当是符合人类整体正义的，实际上是一种复数正义，即结合平等原则与差别原则的正义形式。传统自由主义的海洋秩序观重视各国直接互动时的形式自由和平等，而忽略他们之间非直接的结构性联系所带来的实质不平等。

[55] See Christian Bueger, “What is Maritime Security?”, (2015) 53 *Marine Policy* 159, pp.159-164.

[56] See James Kraska, *Contemporary Maritime Piracy: International Law, Strategy, and Diplomacy at Sea* (Santa

安全主要为海上军事安全、海防安全，而海上军事入侵是最大的海上军事威胁。[57]海上非传统安全主要为海上恐怖主义、海上非法活动（海盗活动）、海洋自然灾害、海洋污染和海洋生态恶化等。[58]一般来说，传统的海洋安全有减少或消亡的趋势，而非传统安全有增加的趋势，[59]所以维护海洋安全的重点是管理和控制非传统海上安全方面的海洋问题。[60]海洋安全是国际社会共同的价值追求，[61]每一个沿海国均对其海洋安全与权益拥有重大利益诉求，同时也是 1982 年《联合国海洋法公约》广大成员国的基本需求。海洋安全及海洋权益，包括了海洋领土（岛屿主权）、领海、海洋资源、海洋运输通道等诸多方面。[62]近年来，中国海洋权益不断受到挑战甚至侵犯，国家海洋安全形势变得越来越复杂和严峻。[63]

1.人类命运共同体与航行自由

海洋安全与航行自由的对立是一种安全与自由的法律辩证对立统一关系，国际和平与安全体现的是国际秩序。威斯特伐利亚和联合国体系体现的国际法核心价值就是国际安全。各国在无序状态下对于海洋资源的自由活动危及了海洋安全甚至是整个国际社会的安全，[64]公约所发展的新规则和系统化的习惯法规则对于规范海洋大国的行为和维护海洋安全发挥着不可忽视的作用。[65]

公约将海洋水体划分为领海、专属经济区和公海等不同区域，并规定了相应的航行制度，同时对于不同类型的航行器的航行自由进行了规范。[66]航行自由是公海自由的一部分，“无害通过”是其在领海的主要内容。[67]各国对于航行自由的理解存在着若干分歧，主要体现在美国等海洋强国提出“航行自由行动”与其他沿海国对于航行自由理解的分歧。[68]国家管辖

Barbara: Praeger, 2011), pp.77-88.

[57] 金永明：《中国海洋安全战略研究》，载《国际展望》2012 年第 4 期，第 3-4 页。

[58] 金永明：《中国海洋安全战略研究》，载《国际展望》2012 年第 4 期，第 3-4 页。

[59] MaximoQ. Mejia Jr, “Maritime Gerrymandering: Dilemmas in Defining Piracy, Terrorism and Other Acts of Maritime Violence”, (2003) 2 *Journal of International Criminal Law* 153, pp.153-155.

[60] See Dennis L. Bryant, “Historical and Legal Aspects of Maritime Security”, (2004) 17 *U.S.F. Maritime Law Journal* 1, pp.3-4; Ruwantissa Abeyratne, “New and Emerging Threats to Maritime Security”, (2010) 18 *Asia Pacific Law Review* 171, pp. 192-196.

[61] See Rosalie Balkin, “The International Maritime Organization and Maritime Security”, (2006) 30 *Tulane Maritime Law Journal* 1, p. 34.

[62] See Basil Germond, “The Geopolitical Dimension of Maritime Security”, (2015) 54 *Marine Policy* 137, pp.137-142.

[63] 我国地处亚欧大陆东部，太平洋西岸，拥有漫长的海岸线总长 1.8 万公里，拥有 6500 多个岛屿。依据《联合国海洋公约》，应划归中国管辖的海洋国土共计 300 多万平方公里，相当于陆地总面积的三分之一，其中有 150-190 万平方公里与邻国存在争议。要维护这样一个庞大的海洋国（领）土与海洋权益本身就是一个大挑战。

[64] See Natalie Klein, “Legal Limitations on Ensuring Australia's Maritime Security”, (2006) 7:2 *Melbourne Journal of International Law* 339, pp.339-344; Wolff Heintschel von Heinegg, “The United Nations Convention on the Law of the Sea and Maritime Security Operations”, (2005) 48 *German Year Book of International Law* 151, pp.165-167.

[65] See Hartmut G. Hesse, “Maritime Security in a Multilateral Context: IMO Activities to Enhance Maritime Security”, (2003) 18 *International Journal of Marine and Coastal Law* 327, pp.327-336; Jon D. Peppetti, “Building the Global Maritime Security Network: A Multinational Legal Structure to Combat Transnational Threats”, (2008) 55 *Naval Law Review* 73, pp.73-86.

[66] 1982 年《联合国海洋法公约》第二、三、四、五、六、七部分的规定。

[67] 1982 年《联合国海洋法公约》第 87 条、第二部分第三节的规定。

[68] See James Kraska, *Maritime Power and the Law of the Sea: Expeditionary Operations in World Politics*

范围内的航行自由是相对的，航行自由也要受到许多限制，[69]其相对性根源于顾及沿海国安全的国际义务。[70]公海自由是公海活动的基本内容，但是在公海航行的船舶应当遵守一般国际法和普遍接受的国际航行规则、承担污染控制等相关义务。[71]根据“陆地统治海洋”原则，沿海国对于相关海域享有特定管辖权，而这些管辖权就是限制航行自由的重要内容。另外，公约还规定了对于特定不法行为的普遍管辖权。[72]

国家管辖范围外的航行自由也受到若干国际法律制度的限制，例如“国家管辖范围外海洋生物多样性养护”（Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, 以下简称“BBNJ”）[73]和深海海底矿产资源勘探和开发法律制度。[74]在国家管辖范围外区域，对于限制航行自由的争论同样激烈。海洋保护区制度等其他海洋法律部门法制度在多大程度上影响航行自由目前来说依然存疑，[75]虽然海洋保护区通常设立在非传统商业海上运输航线上，避免了商船的航行自由与海洋保护区的矛盾，[76]然而军事船舶的航行自由问题仍然存在。[77]

2.人类命运共同体与非传统海洋安全

海洋恐怖主义和非法活动属于典型的海洋非传统安全领域，这一非传统安全的威胁在“一带一路”倡议提出后显得尤为突出。[78]“一带一路”沿线几条重要的海运线路位于海盗活动与海洋犯罪活动多发区，其中马六甲海峡及南海航线对于中国和东南亚国家都具有特殊

(Oxford: Oxford University Press, 2011), pp.221–290; Bernard H. Oxman, “The Regime of Warships under the United Nations Convention on the Law of the Sea”, (1984) 24 *Virginia Journal of International Law* 809, p.810; W. Michael Reisman, “The Regime of Straits and National Security: An Appraisal of International Lawmaking”, (1980) 74:1 *American Journal of International Law* 48, pp.48-50.

[69] See Zou Keyuan, Ocean Issues Between the United States and East Asian States, (2008) 39 *Ocean Development and International Law* 69, pp.70-75.

[70] See Natalie Klein, *Maritime Security and the Law of the Sea* (Oxford: Oxford University Press, 2011), pp.75-77.

[71] 1982 年《联合国海洋法公约》第七部分、第十二部分的规定。

[72] Md. Saiful Karim, “Is There an International Obligation to Prosecute Pirates?”, (2011) 58 *Netherlands International Law Review* 387, p.387; Malvina Halberstam, “Terrorism on the High Seas: The *Achille Lauro*, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety”, (1988) 82 *American Journal of International Law* 269, pp.269-270; Anna Petrig, “The Use of Force and Firearms by Private Maritime Security Companies against Suspected Pirates”, (2013) 62 *International and Comparative Law Quarterly* 667, pp.667-670.

[73] 参见金永明：《国际管辖范围外海洋生物多样性养护和可持续利用问题》，载《社会科学》2018 年第 9 期，第 12-21 页。

[74] See Zou Keyuan, “China’s Efforts in Deep Sea-Bed Mining: Law and Practice”, (2003) 18 *International Journal of Marine and Coastal Law* 481, pp.481-508; Michael W. Lodge, “Improving International Governance in Deep Sea”, (2004) 19 *International Journal of Marine and Coastal Law* 299, pp.299-315; Michael W. Lodge, “International Seabed Authority’s Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area”, (2002) 20 *Journal of Energy and Natural Resources Law* 270, pp.270-295.

[75] See F. Spadi, “Navigation in Marine Protected Areas: National and International Law”, (2000) 31 *Ocean Development and International Law* 285, pp.285-302; S. M. Grant, “The Applicability of International Conservation Instruments to the Establishment of Marine Protected Areas in the Antarctica”, (2005) 48 *Ocean Development and International Law* 782, pp.782-812; B. Sage, “Precautionary Coastal States’ Jurisdiction”, (2006) 37 *Ocean Development and International Law* 359, pp.359-387.

[76] Catarina Grilo, “The Impact of Maritime Boundaries on Cooperation in the Creation of Transboundary Marine Protected Areas: Insights from Three Cases”, (2010) 24 *Ocean Yearbook* 115, p.149.

[77] 这里涉及到对《联合国海洋法公约》第 58 条规定的不同理解。

[78] 参见刘中民：《国际海洋形势变革背景下的中国海洋安全战略——一种框架性的研究》，载《国际观察》2011 年第 3 期，第 1-8 页。

的经济利害关系，[79]但是这条航线也是世界上最不安全的国际海洋航道之一。[80]近年来，全球地区其他地区的海盗和武装抢劫的事件数量逐步下降，东南亚海域的海盗袭击事件并未同比下降。[81]海洋恐怖主义活动也是各方面临的海洋安全威胁之一。[82]海洋自然灾害防治也是海洋非传统安全的重要部分。由于地质和地理因素的原因，中国东部、东南亚地区中美洲等亚热带热带地区是受到海洋影响最为深远的地区，经常发生海平面上升、地震、台风、干旱、海啸等极端天气和自然灾害，给相关国家带来严重的损失。

关于海洋恐怖主义和包括海盗在内的非法活动，中国和东盟国家已经在区域内初步建立了一套行之有效的治理机制，包括“东盟地区论坛”（ASEAN Regional Forum, ARF, 以下简称“ARF”）这一平台，对包括海洋观测监测、海上搜救、海洋环境保护、海上科学研究在内的诸多事项开展合作。[83]中国与东南亚国家在非传统安全领域开展海洋安全合作，并且在机制建设和若干具体议题方面取得了显著成绩。[84]实践层面，中国和东南亚国家开展了一系列海洋安全合作行动，如举行海洋联合搜救演练、开展海洋联合执法、建立合作机制和交流平台、中国—东盟海事磋商机制等。[85]

中国与东南亚国家在本区域内取得的关于海洋非传统安全合作的实践将是推行人类命运共同体项下全球海洋非传统安全合作、共建的重要范本和良好起点，而接下来的问题是如何将已经取得的经验适用到人类命运共同体涵盖的广大范围之下。

3.人类命运共同体与新型安全议题

国际海洋新型安全议题主要包括无人驾驶船舶[86]及其相关问题。无人船舶从根本上改变了海上航运及海洋科学研究领域的现状，操控者与船舶（或者航行器）本身在物理空间上的

---

[79] See Song Yann-huei, “Security in the Strait of Malacca and the Regional Maritime Security Initiative: Responses to the US Proposal”, (2007) 83 *International Law Studies Series US Naval War College* 97, pp.97-100.

[80] See Christopher C. Joyner, “Suppression of Terrorism on the High Seas: the 1988 IMO Convention on the Safety of Maritime Navigation”, (1989) 19 *Israel Yearbook on Human Rights* 340, pp.340-341.

[81] 全球海盗共计数量排名前十的地区中有四个位于东南亚海域。据统计，2014 年全球 75%的海盗和武装抢劫船只事件发生在亚洲海域，其中大多发生在东南亚海域。程晓勇：《“一带一路”背景下中国与东南亚国家非传统安全合作》，载《东南亚研究》2018 年第 1 期，第 107 页。

[82] 亚太安全合作理事会（Council on Security Cooperation in Asia and Pacific Region, CSCAP）将海洋恐怖主义定义为：恐怖分子在海洋环境下，攻击在海洋或者港口的船舶或者固定平台或者上面所搭载的乘客或船员，袭击海岸的设备或建筑物，其中包括港口或港口城市等。恐怖分子进行海洋恐怖袭击可能会造成港口瘫痪或者海洋运输线被中断，从而影响区域经济未定和全球海洋贸易体系。全球对外贸易在很大程度上依赖海洋交通之通畅，海洋恐怖主义将会对世界海上运输以及世界经济的发展造成不可估量的损失。

[83] Sheldon W. Simon, “Security Prospects in Southeast Asia: Collaborative Efforts and the ASEAN Regional Forum”, (1988) 11:2 *Pacific Review* 195, pp.195-212; David Rosenberg, Christopher Chung, “Maritime Security in the South China Sea: Coordinating Coastal and User State Priorities”, (2008) 39 *Ocean Development and International Law* 51, p.58; Suk Kyoon Kim, “Maritime Security Initiatives in EastAsia: Assessment and the Way Forward”, (2011) 42 *Ocean Development and International Law* 227, p.229.

[84] 另外，中国还承办以“海洋安全合作”为主题的 ARF 第二轨道外交活动，还包括中国与东盟 2002 年业已签署的《中国与东盟关于非传统安全领域合作联合宣言》，见中国外交部网站，“东盟地区论坛”，https://www.fmprc.gov.cn/web/gjhdq_676201/gjhdqzz_681964/lhg_682614/jbqk_682616/，最后访问时间：2018 年 12 月 1 日。

[85] 参见中华人民共和国外交部，《中国—东盟合作：1991-2011》，2011 年 11 月 15 日，http://www.gov.cn/gzdt/2011-11/15/content_1993964.htm，最后访问时间：2018 年 12 月 1 日。

[86] 无人驾驶船舶的概念正如其字面含义，是指一种可以无需遥控，借助精确卫星定位和自身传感即可按照预设任务在水面航行的全自动水面机器人（USV）；广义上来说，无人船舶也包括无人潜航器（UUV）。

分离使得整个无人驾驶船舶法律制度也发生着重要的变化。[87]此外，无人驾驶船舶未来应用的一大障碍还在于复杂的国际航海规则。[88]各国海域是否允许无人驾驶船舶行驶，也是一个问题。[89]

值得注意的是，这一方面的问题在海上非传统安全领域尤为突出，特别是在网络攻击（Cyber Attack）兴起的前提下。相关人员可以借助无人驾驶船舶在海洋上对某个国家发起网络攻击行为，此时的船舶将成为网络攻击的载具与法律上的连接点。该问题在无人驾驶船舶被利用、被侵入成为网络攻击平台时更为复杂。在无人驾驶船舶所有者或者使用者丧失对于该船舶的控制权时，如何界定此时相关权利人的责任范围就难以判断。[90]

（二）人类命运共同体与海洋环境保护法律制度

除了原有的国际海洋保护法律体系方面需要完善，国际海洋环境保护法律制度包括海上垃圾处理、公海渔产资源的分配和利用等新问题，以及加强国际环境法的执行力问题。国际海洋环境制度是国际环境制度的重要组成部分。[91]海洋环境不断发展变化，海洋环境保护相关的科学技术不断提高，国际海洋环境制度也处于持续变革中。[92]国际海洋环境制度是进行国际海洋环境治理、解决全球海洋环境问题的一种综合性安排，包括相应的法律法规、管理机构与机制等。[93]人类命运共同体中对于可持续发展的要求是发展新的海洋环境保护法律制度的主要内容，共同的愿景是海洋环境保护的立足依据。[94]同时，人类命运共同体理念的许多内容在海洋环境保护领域能够取得较大的共识与理解，这一点与“软法”（softlaw）的性质密不可分。

1.国际海洋环境法的特征

国际海洋环境法律制度是由国际公约、协定、习惯国际法、一般法律原则和确定法律规则的辅助方法。[95]随着全球环境问题受到普遍重视，[96]国际海洋环境法也获得了快速发展，[97]

---

87 无人驾驶船舶确实具有降低人工成本、节能降耗、减少事故的优点。

88 国际航海法规对远洋货船上的船员人数有严格要求，规定其不能低于一定标准。

89 军用舰船和科考船应该是最适合无人驾驶的两个方向。首先，由于军用舰船和科考船的航行环境恶劣，船员面临的风险更大，用无人驾驶船舶可减少在人员方面的伤亡。其次，军用舰船和科考船大多不在繁忙的主航道航行，对其他船舶的影响小。再次，这些军用舰船和科考船大多体型较小，有时是作为主船的附属船，围绕主船活动，完成某些特定的任务，比较适合无人驾驶。无人驾驶船舶正朝着智能化、体系化、标准化等方向发展。军用无人艇已被世界许多国家的海军用来执行各种任务，还有越来越多的无人艇被应用在海洋科学考察、海洋测绘、海洋巡逻、海洋事故监测及救援、海洋石油开采等领域。

90 关于网络攻击的国际条约目前仍然处于起草阶段，《塔林手册 2.0》虽然已经初成体系，但是其内在逻辑、与其他国际条约的衔接以及各国接受程度上依旧疑点重重，短时间内无法形成最后协定。在此背景下，如何规制涉及网络攻击的无人船舶就成为了国际海洋法体系新发展中难以厘清的一个重大理论问题。

91 See Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law* (New York: Cambridge University Press, 2nd edn, 2003), pp.391-457.

92 See Louise de La Fayette, “The Marine Environment Protection Committee: The Conjunction of the Law of the Sea and International Environmental Law”, (2001) 16 *International Journal of Marine and Coastal Law* 155, pp.155-167.

93 参见鹿守本、宋增华：《当代海洋管理理念革新发展及影响》，载《太平洋学报》2011 年第 10 期，第 1-9 页。

94 参见裘婉飞、刘岩：《中国实现 2030 海洋可持续发展目标的趋势浅析》，载《环境与可持续发展》2016 年第 1 期，第 44-45 页。

95 国际环境保护的指导原则、宣言与决议虽然不具有法律约束力，但因获得大多数成员国支持，也具备一定的约束力，故被称为“软法”，例如 1992 年《里约宣言》和《21 世纪议程》。现代国际海洋环境制度始于

如 1972 年的《防止倾倒废弃物及其他物质污染海洋公约》及 1973 年《国际防止船舶污染公约》等。[98]当然，公约仍然是国际海洋环境保护的主要依据。[99]公约对于环境保护的规定涉及国际管辖海域和国家管辖范围外海域，[100]公约的主要目的在于推动全球及区域范围内海洋环境保护领域的合作，[101]环境可持续发展，[102]促进环保科学技术的推广，促进环境影响评估的开展，以及推动控制陆源污染物、大气污染和船舶污染等方面的国内立法，建立一套基本的环境保护原则与规范。[103]

2.共同但有区别的责任原则

共同但有区别的责任原则是基于发展中国家与发达国家之间技术水平和利益分配不均衡作出的。[104]共同但有区别的责任原则在 1992 年《里约宣言》中正式出现，此原则的核心内容是关于各国在处理全球环境问题时的责任分担问题，[105]实质是指处理全球环境问题时所有国家的共同责任；但由于各国对造成环境问题的责任和处理问题的能力不同，因此发达国家和发展中国家在处理环境问题上的责任又是所有区别的。[106]该原则为众多国际文件所确认。[107]公约虽然没有明确采纳共同但有区别的责任原则，但是却体现了对发展中国家所处发展阶段的考虑和关切，例如序言第 5 段、第 140 条等内容。[108]《里约宣言》第 15 项原则在

二战以后，以 1948 年国际海事组织（IMO）的成立以及 1954 年《国际防止海洋油污染公约》的签署为标志。1958 年第一次联合国海洋法会议签署的《公海渔业及生物资源保护公约》，1969 年 IMO 签署的《国际油污损害民事责任公约》和《国际干预公海油污事故公约》时随后有关海洋环境法的重要发展。

96 联合国世界环境大会于 1972 年在斯德哥尔摩召开并发表了《人类环境会议宣言》，确认了“地球上的自然资源，其中包括空气、水、土地、植物和动物，特别是自然生态类中具有代表性的标本，必须通过周密计划或适当管理加以保护”的理念。

97 See Boleslaw A. Boczek, “International Protection of the Baltic Sea Environment against Pollution: A Study in Marine Regionalism”, (1978) 72 *American Journal of International Law* 782, pp.790-799; Boleslaw Adam Boczek, “Global and Regional Approaches to the Protection and Preservation of the MarineEnvironment”, (1984) 16 *Case Western Reserve Journal of International Law* 39, pp.39-41.

98 See Elli Louka, *International Environmental Law: Fairness, Effectiveness, and World Order* (New York: Cambridge University Press, 2006), pp.30-39; Alan Tan Khee Jin, “The Regulation of Vessel-Source Marine Pollution: Reconciling the Maritime and Coastal State Interests”, (1997) 1 *Singapore Journal International and Comparative Law* 355, p.358.

99 See Boleslaw A. Boczek, “The Concept of Regime and the Protection and Preservation of the Marine Environment”, (1986) 6 *Ocean Yearbook* 271, p.272.

100 See Kristina M. Gjerde, “Challenges to Protecting the Marine Environment beyond National Jurisdiction”, (2012) 27 *International Journal of Marine and Coastal Law* 839, pp.839-842.

101 See Jonathan I. Charney, “The Protection of the Marine Environment by the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea”, (1995) 7 *Georgetown International Environmental Law Review* 731, p.738; Tullio Scovazzi, “International Cooperation as Regards Protection of the Environment and Fisheries in the Mediterranean Sea”, (2018) 34 *Anuario Espanol de Derecho Internacional* 301, pp.301-305.

102 See Alexander Yankov, “The Concept of Protection and Sustainable Development of the Marine Environment”, (2004) 18 *Ocean Yearbook* 267, pp.267-279.

103 公约将保护和保全海洋环境上升为各国的一般性义务，参见 1982 年《联合国海洋法公约》第十二部分的规定。

104 See Christopher D. Stone, “Common but Differentiated Responsibilities in International Law”, (2004) 98 *American Journal of International Law* 276, pp.276-280.

105 See Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions* (Oxford: Oxford University Press, 1995), pp.402-404.

106 See Elli Louka, *International Environmental Law: Fairness, Effectiveness, and World Order* (New York: Cambridge University Press, 2006), p.54.

107 如《联合国气候变化框架公约》、《生物多样性公约》和《防治荒漠化公约》等均采纳了此项原则。

108 另外，公约第 202、203 条规定发达国家要对发展中国家进行科学和技术援助，并在有关款项和技术援

申明各国应采用预防性方法保护环境的同时强调各国“根据各自能力”，从而引入了在采用预防性方法时根据各国不同能力水平而有所区别的可能性。[109]

3.机构与规则并行的发展路线

在人类命运共同体项下发展新型海洋环境保护法律制度必须从机构建设和规则制定两个层面出发。在机构建设方面，国际环境组织是机构建设的重点。国际环境组织通常采用精致、数量或者总量控制方式、许可、损害赔偿及制裁、缔约国担保等方式达到执行相关法律和条约的目的。国际环境法的“软法”性质为国际环境组织落实、执行蒙上了阴影，而缺乏相关国际组织、既存国际组织（例如 IMO）本身机构的孱弱也是造成国际海洋环境保护法律体系难以物尽其用的原因。[110]另一方面，许多发展中的原则是否应当被纳入确定的国际海洋法律制度存在较大争议，[111]例如“风险预防原则”能否成为习惯国际法，环境影响评价能否成为一般性义务。[112]事实上，由于国际环境问题影响的严重性，而且许多环境问题所造成的损害是逐渐积累的，在较长时间之后才能显现出来，因此，环境损害的控制和预防成为国际环境法首要关切的事项，而不是对环境损害发生之后的赔偿，这是风险预防原则迅速发展的土壤。因此，有主张认为风险预防原则已经成为一项国际法基本原则，[113]毕竟 1990 年之后的几乎所有关于环境保护的国际法律文件都规定了该原则。有观点认为，已经有足够的国家实践证明风险预防原则已得到足够广泛的支持，该原则的国际法地位已得到欧盟的承认。[114]与之相对应，开展环境影响评价似乎已经成为习惯国际法的一项一般义务。[115]然而应当看到的是，即使这些原则和义务的性质和地位已经确定下来，其具体内容和适用范围依旧存疑，在新疆域发展的未来尤为如此。人类命运共同体理念恰好能够统筹海洋环境保护的机构与规则层面的问题，在机构建立层面，应当依据“共商、共建、共享”的理念，加强现有机构的职能、增加具体领域的国际环境保护机构；在规则制定层面，完善海洋环境保护规则，从国际法法理上妥善厘清现有的模糊规则，使之真正适用。

（三）人类命运共同体与海洋科学研究法律制度

海洋科研法律制度，包括海洋科研的法律定义、信息分享机制、海洋技术转让实施、军事活动破坏海洋科研等问题。[116]发展海洋科学研究要依靠完善的海洋科研法律制度进行保驾

助的分配和对各国际组织专门服务的利用方面给予发展中国家以优惠待遇。

[109] 然而，国际海洋法法庭在 2011 年咨询意见中以国际海底管理局《多金属硫化物勘探规章》中关于最佳环保措施的义务为依据否定了这种区别，不认同发展中国家在深海海底勘探中应得到适当照顾的观点。

[110] See Erik Franckx, “Regional Marine Environment Protection Regimes in the Context of UNCLOS”, (1988) 13 *International Journal of Marine and Coastal Law* 307, pp.321-322.

[111] See David M. Dzidzornu, “Four Principles in Marine Environment Protection: A Comparative Analysis”, (1998) 29 *Ocean Development and International Law* 91, 1998, pp.98-101.

[112] See John H. Knox, “The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment”, (2002) 96 *American Journal of International Law* 291, pp.291–319.

[113] See James E. Hickey Jr., Vern R. Walker, “Refining the Precautionary Principle in International Environmental Law”, (1995) 14 *Virginia Environmental Law Journal* 423, pp.453-454.

[114] See Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*(New York: Cambridge University Press, 2nd edn, 2003), pp.266-278.

[115] See Warwick Gullet, “Environmental Impact Assessment and the Precautionary Principle: Legislating Caution in Environmental Protection”, (1998) 5 *Australian Journal of Environmental Management* 146, pp.146-148.

[116] 习近平认为，海洋经济、海洋科技将来是一个重要主攻方向，从陆域到海域都有我们未知的领域，有很

护航，发挥制度先导、法律先行的优势。海洋科研法律制度是国际海洋法体系的重要组成部分，建设海洋强国必须大力发展海洋科研的法律研究。海洋科学研究将会对海洋法的发展起到关键作用，甚至将会侧向推动了海洋法的进一步发展；海洋科学研究对于海洋资源的利用与开发将构成某些程度上的限制，而这一组矛盾将是未来海洋资源开发中的主要矛盾之一。传统的海洋数据收集的沿海国同意制度、海洋科研与军事利用的关系及海洋法其他领域对于海洋科研的新挑战也是国际海洋科学研究法律制度需要面对和解决的重大理论问题。

1.公约项下的海洋科研法律制度

公约海洋科研法律制度的问题主要集中在海洋科学信息分享与技术转让这两个问题之上。[117]这些问题包括如何在海洋科学研究法律制度项下重新确立海洋科学信息分享机制、技术如何转让、技术转让的必要性和补偿措施等。

海洋科学研究涉及沿海国主权管辖与国际社会海洋科学研究的权利冲突与平衡。[118]因此，在海洋里发及适用过程中，广大发展中国家同海洋强国在制定之时就展开了激烈的辩论和坚决的斗争。[119]公约采纳了发展中国家沿海国在国家主权水域和管辖水域对海洋科学研究的管辖权；同时，适应海上强国的要求，将海洋科学研究计划区分为“专为和平目的”和“直接与自然资源的勘探和开发有关”两类。[120]公约规定了海洋科学研究的若干原则，分别是提倡各国积极开展海洋科学研究[121]、海洋科学研究的专为和平目的[122]、提倡国际合作与情报资源共享[123]三个方面。对管辖海域内的海洋科学研究行使管辖权是公约赋予沿海国的一项重要权利。然而，公约关于海洋科学研究的规定存在不明确的地方，各国对其的解释、国内立法和相关实践也不一致。目前来看，实施较为羸弱的集中在第三个方面，及公约第 242、244 条规定的合作与信息分享，公约规定的信息分享机制在实践中很难得到贯彻。各国发展不一致的海洋科学技术水平直接导致了各国在获得海洋科学信息上的差异，海洋强国缺乏此类信息共享的动力是不争的事实。公约软性的规定并未强制要求各国进行科学信息的共享。

更为棘手的问题出现在海洋科学技术转让的规定，即公约第十四部分的内容。[124]根据公

大的潜力。海洋的潜力是巨大的，挖掘这样的潜力，必须依靠强大的海洋科学技术。海洋科学是研究海洋自然现象、性质及其变化规律以及与开发利用海洋有关的体系。参见《习近平：建设海洋强国，我一直有这样一个信念》，人民网，http://politics.people.com.cn/n1/2018/0612/c1024-30053499.html，最后访问时间：2018 年 1 月 10 日。

[117] See Zou Keyuan, “Governing Marine Scientific Research in China”, (2003) 34 *Ocean Development and International Law* 1, pp.1-20.

[118] See Anna-Maria Hubert, “The New Paradox in Marine Scientific Research: Regulating the Potential Environmental Impacts of Conducting Ocean Science”, (2011) 42 *Ocean Development and International Law* 329, pp.329-346; Marko Pavliha, Norman A. Martinez Guiterrez, “Marine Scientific Research and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea”, (2010) 16 *Ocean and Coastal Law Journal* , p.131.

[119] See J. Ashley Roach, “Marine Scientific Research and the New Law of the Sea”, (1996) 27 *Ocean Development and International Law* 59, pp.63-67.

[120] Patricia Birnie, “Law of the Sea and Ocean Resources: Implications for Marine Scientific Research”, (1995) 10 *International Journal of Marine and Coastal Law* 229, p.246.

[121] 见 1982 年《联合国海洋法公约》第 238 条的规定。

[122] 见 1982 年《联合国海洋法公约》第 240 条的规定。

[123] 见 1982 年《联合国海洋法公约》第 242、244 条的规定。

[124] 海洋科学技术的转让是广大技术落后的发展中国家平衡与技术发达的海洋强国利益的重要规定，以至于公约用了一整个部分来规定。

约第 266、267、268 和 269 条规定了海洋技术转让的一般规则，包括缔约国发展和转让海洋技术的义务；然而根据第 269 条的规定，这种转让依然需要以国际协定的形式固定下来，这一规定在海洋强国缺乏动力的实际情况下显得非常无力；另一方面，相关国际组织在整个海洋科学技术转让流程中扮演了协调者的角色，但是事实上这一角色并没有得到很好的贯彻，国际组织在主权国家之间的穿梭并没有获得公约设想的预期效果。

2.海洋科研与海洋资源的利用与开发

海洋科学研究还涉及对于既存的海洋资源的利用与开发的冲突问题，例如国家管辖范围外生物多样性养护（BBNJ）、国际管辖范围外基因资源的利用与开发、深海海底矿物资源的勘探与开发以及公海海洋保护区的问题。科学研究与资源开发利用实际上是一个硬币的正反两面，这一特点在海洋法上尤为明显。一方面，科学研究是对资源进行开发利用的前提与初始条件。在对深海海底矿物资源进行正式探矿、勘探和开发之前，必须对相关海域及海底海床进行多次的科学考察。[125]另一方面，科学研究与海洋资源开发利用之间的界线较为模糊，这一特征往往使得某些国家打着“海洋科学研究”的旗号从事商业性质的资源开发活动，例如日本以海洋科研的名义进行的大规模捕鲸行为。[126]此类行为对于整个海洋资源开发利用制度造成的损害是巨大的，在引起不公平竞争的同时，直接破坏了现存的保护与开发的二元体系。[127]本身困难重重的国家管辖范围外生物多样性养护（BBNJ）谈判为海洋科学研究法律制度的发展蒙上了阴影。国家管辖范围外生物多样性养护（BBNJ）谈判至今，依然存在许多问题。[128]

3.海洋科研与军事利用

海洋科研与军事利用的问题主要涉及军事测量的定性争议，即“军事测量活动”是否属于海洋科学研究活动，能否在他国管辖海域内进行。[129]以美国为代表的海洋强国一贯鼓吹海

---

125 例如中国在向国际海底管理局申请西南印度洋多金属硫化物矿区之前，海洋二所等相关科研单位已经对这片区域进行了长达数年的科学研究活动，并最终发现了相应的矿区所在。参见汪品先：《深海的机遇与中国的选择》，载《人民论坛·学术前沿》2017 年第 9 期，第 6-11 页。

126 See C. Carlarne, “Saving the Whales in the New Millennium: International Institutions, Recent Developments and the Future of International Whaling Policies”, (2005) 24 *Virginia Environmental Law Journal* 1, pp.1–48.

127 公海保护区的问题则提供了另一个视角。海洋科学研究活动似乎限制了公海的生物资源开发行为，但是公海自由（主要是捕鱼自由）对于海洋科学研究的反馈又应当是怎样的？这些问题从另一个角度提出了海洋科研与海洋资源的利用与开发的逻辑关系争议。

128 这些问题包括：关于人类共同继承遗产和公海自由问题，即 BBNJ 的适用原则问题。这是 BBNJ 问题面临的最大、最基本、最核心也是争论的焦点问题；关于海洋遗传资源，包括利益分享问题。这些资源的法律属性如何定位，是否应规制海洋遗传资源的获取，应如何分享、分享何种惠益，是否要处理知识产权问题，是否应规定对 BBNJ 海洋遗传资源利用的监测等，都没有明确的结论；关于包括海洋保护区在内的划区管理工具等措施问题。划区最合适的决策过程和机构设置是什么（或者说是谁有最终决定权）？如何加强合作与协调（特别是资源获取方与邻近国家间），同时避免破坏现有法律规定和框架以及区域、行业机构的职责等，也没有形成定论；关于环境影响评价问题。是由国家来开展还是应该“国际化”，以及 BBNJ 是否应处理全球战略性环境影响评估问题等，也都没有得到解决而遗留下来；能力建设和海洋技术转让问题。能力建设是强制的还是自愿的？是否包括货币化？技术转让的方式、条件是什么？BBNJ 的执行机构应如何安排；新建机构与其他相关的全球、区域和行业机构之间的关系；如何解决监控、审查与履约问题；在资金方面，需要进一步明确财政资源的范围，以及是否应建立一个财务机制；争端解决、责任和义务问题等诸如此类，都还有待进一步讨论。

129 参见邹立刚、王崇敏：《国家对专属经济区内外国科研活动的管辖权》，载《社会科学家》2012 年第 11 期，第 12-15 页。

洋科学研究是科学的、公开的、为所有国家谋福利的，而不应受到任何限制。[130]实际上，海上强国依仗其海洋技术优势，以科学研究为名，大肆窃取海洋情报，以便掠夺海洋资源；这些国家的海洋科学研究是推行海洋霸权主义的工具。[131]根据国际社会多数成员的意愿，海洋科学研究应当受到一定限制。[132]公约及其他国际法规则也从未赋予海洋科学研究过多的空间与能力。[133]公约第 58、88 条反对“军事测量活动”成为海洋科学研究的一部分，因为“军事测量活动”行为与“和平目的”是完全背道而驰的。[134]

另外，该问题还涉及海洋科学研究活动与沿海国同意权制度的矛盾，即什么样的海洋活动需要沿海国的同意或者说是沿海国对于其管辖海域的同意制度之界限。紧接着上一问题，外国军舰在他国专属经济区航行时不得违反沿海国根据一般国际法所享有的基本权利，这些权利大多指向海洋安全属性。如果他国军舰在一国专属经济区从事的行为可能影响该沿海国的和平与安全或者主权权利，则应当事先获得沿海国的同意；[135]另外，他国军舰在航行时也必须受到沿海国的立法管辖和行政管辖。[136]此外，公约并非海洋科学研究法律制度的全部，除了作为成文法渊源的公约，海洋科学研究法律制度还包括许多习惯国际法的内容，甚至还有众多国家实践的应用空间。

应当看到的是，海洋科学研究法律制度的建立过程，是沿海国管辖权的逐渐扩张与国际社会海洋自由之间的矛盾与协调，公约的海洋科学研究法律制度实质上在海洋科学研究方面对沿海国与国际社会海洋权利之间进行了重新分配。在人类命运共同体项下，海洋科学研究法律制度的完善与构建应当破除单向主义引发的传统桎梏，而是从整体对于海洋科学研究法律制度进行思考，严格遵循人类命运共同体理念的要求对其实施改造。人类命运共同体理念项下的海洋科学研究法律制度应当以“共商、共建、共享”为准则，在修改、完善、发展现有以公约规定的科学研究法律制度为主的成文法的基础上，积极发展符合习惯国际法的国家实践，最终形成符合人类命运共同体的海洋科学研究法律制度。

---

130 虽然美国不是公约的缔约国，但是根据美国 1983 年公布的海洋政策，美国对于在其专属经济区进行的海洋科学研究不主张管辖权；同时对于前往他国专属经济区进行海洋科学研究的美国科学家提供便利。相应的，广大发展中国家主张，海洋科学研究并非纯粹的科学，反对海洋科学研究的平面化与扩张化。

131 See Zhang Haiwen, “The Issue of Conflict betweenJurisdiction of Coastal States over Marine Scientific Research and Military Survey”, (2006) *China Oceans Law Review* 233, pp.233-249.

132 事实上，美国所主张的“为所有国家谋福利”与中国提出的“人类命运共同体”是对立的，“人类命运共同体”追求的是整个国际社会共同的利益，而不是个别国家的利益。

133 海洋科学研究专为和平目的并以适当科学方法和工具进行；沿海国有权限制、授权在其领海内的海洋科学研究；外国对他国专属经济区进行科学研究，必须于 6 个月前向沿海国进行通知，并应当尽快向沿海国提供初步报告，并于研究完成后提供所得的最后成果和结论。沿海国有权参与这些研究计划。在国家管辖范围外海域从事海洋科学研究，必须受到有关国际制度和国际机构的管制，例如国际海底管理局。

134 从军用船只的航行自由来看，美国的主张也是不成立的。美国理解的航行自由是绝对的，包含了民用船舶和军事船舶等。公约对领海范围内的军舰活动以明确的条款进行了限制，与此相对，没有具体条款对于专属经济区的军事活动进行限制，因此，立法者并无意对该区域内的军事船舶的行为进行规制。实际上，专属经济区内的航行自由属于公海航行自由的衍生物，属于公约协调沿海国与海洋大国利益的新型海洋制度，其与领海内的航行制度存在着本质的不同。领海对于军事活动的限制并不必然得出专属经济区的“法无禁止即可为”。

135 参见邵津：《专属经济区内和大陆架上的海洋科研制度》，载《法学研究》1995 年第 2 期，第 66-69 页。

136 根据公约第 86 条的规定，专属经济区不能被视为所谓“国际水域”，其性质有别于公海，军舰不得享有宽泛的航行自由。从现实的角度上来看，在取得广泛的统一意见之前，对于国家管辖范围内航行自由的争论依旧会持续下去。

四、结　论

人类命运共同体是在中国主张构建的国家关系之基础上提出的涵盖政治、经济、安全、文明、生态等多方面内涵的“中国应当追求建设什么样的世界”的重大命题，即人类社会未来走向何处的问题。

人类命运共同体涵摄在国际法上至少应当包括以下四个方面的内容：（1）以《联合国宪章》宗旨和原则、和平共处五项原则以及其它公认的国际法原则作为处理国家间关系的基本准则；（2）在主权平等和相互尊重的基础上，探讨建立合作共赢、平等相待的新伙伴关系；营造公道正义、共建共享的安全格局；谋求开放创新、包容互惠的发展前景；促进和而不同、兼收并蓄的文明交流；构筑尊崇自然、绿色发展的生态体系；（3）坚持主权平等、包容互鉴、公平有效、合作共赢的国际交流观念，推动全球普世价值的实施，维护国际社会正常秩序，在全球安全、生态环境、国际经济、跨国犯罪、基本人权、人工智能等方面开展协同合作，着力提高国际规则的有效性；（4）根据公认的国际法原则，由主权国家通过友好磋商和谈判，以和平方式解决国家间争议，而不诉诸武力或以武力相威胁。

人类命运共同体融入国际海洋法体系之后将会对海洋法体系中的至少三个领域形成影响。如前所述，人类命运共同体的核心与宗旨在于“共商、共建、共享”，这一套理念在海洋法中将会深刻影响海洋资源法律制度。传统海洋法体系对于海洋资源秉持的是一种独占、排他的权利样式，这种完全排除人类共同利益的权利样式并不符合人类命运共同体理念；相应的，在人类命运共同体项下，海洋资源的权利样式应当是共建、共享的状态，无论是沿海国、地理不利国，甚至是内陆国家，均可以共同享有包括生物及非生物资源在内的海洋资源，并在特定的、崭新的海洋资源法律分配机制及法律制度下实现“共商、共建、共享”。其次，众所周知，全球海洋是联系、联通在一起的，海洋生态环境体系作为一个整体牵一发而动全身，因此在海洋环境保护法律制度上进行基于人类命运共同体理念的革新就有了现实上的基础与需要。目前的海洋环境保护法律制度存在着明显的不足，主要体现在对于公约条款内容的落空、区域海洋环境保护机制的缺乏以及海洋环境保护相关制度的断层上。这些方面在人类命运共同体融入海洋法体系之后能够得到相对有效的解决，“共商、共建、共享”理念在海洋环境保护法律制度层面尤为重要，相关信息的固步自封、抱残守缺无法实现全人类共同解决严峻海洋环境问题的内在愿望。最后，人类命运共同体对于海上安全领域的合作意义重大。虽然海上安全属于传统的海洋法体系的相对独立且封闭领域，但是海上安全的现实基础已经发生了根本性的改变，跨区域海上非法行为、跨洋区海盗行为及利用海洋船舶和人员进行网络攻击等活动的出现已经将全球海洋安全联系在一起，沿海国单独的海上安全执法无法获得令人满意的效果，必须在人类命运共同体思想下倡导更深层次的国际往来与合作。

习近平法治思想与国际法研讨会
暨中国国际法学会2021年学术年会

论文集（第二卷）
恢复联合国合法席位50周年：中国的国际法贡献

主办：中国国际法学会
海南大学
协办：海南大学法学院

中国·海口
2021年5月21-23日

免责声明

本文集所刊载之内容仅代表作者个人立场与观点，并不代表本次会议主办方和协办方的立场与观点。若因文章引起的任何版权及其他争议，应文责自负，由论文作者自行解决，主办方及协办方不承担任何法律或连带责任。对本文集的论文观点的援引，敬请自行与署明作者联系并取得授权。

编排说明

本文集根据论文所属议题分类收编，共分为五卷：

第一卷：习近平法治思想与国际法研讨会

第二卷：恢复联合国合法席位 50 周年：中国的国际法贡献

第三卷：加强涉外法治体系建设与国际法

第四卷：运用国际法防范应对风险与挑战

第五卷：人类命运共同体理念与全球治理体系变革

所有论文原则上根据作者注明的议题予以归类，部分论文所属议题由会务组根据论文内容进行归卷调整。

各卷论文按照作者姓名拼音从 A-Z 依序排列。

目　录

论“适当顾及”的国际法义务及其对中国的启示 何海榕.....1
论维护国家安全与人权保障的关系 ---以国际人权公约和国家安全法的关系为视角 李贝贝.....17
国家发展权的竞合与实现研究 李杰豪.....45
国际法渊源视域下的发展问题：理论逻辑与实践路径 李文静.....63
恢复联合国合法席位50周年：中国的国际法贡献 刘惠荣 齐雪薇.....73
国际法院咨询管辖权的运行悖论与中国因应-以民族自决原则为例 刘 晶.....83
国际刑事法院补充性管辖权研究 梅曦婷.....93
中国与联合国50年：经验、教训及未来展望 唐刚.....102
中央银行及其财产管辖豁免:国际条约与国家实践 王蕾凡.....116
马克思主义对国际法认识论的启示：唯物史观的展开 魏晓旭.....129
浅析中国脱贫攻坚战的胜利对国际法发展的贡献 杨晶.....151
打击跨国有组织犯罪的新形势：治理难题与中国因应 杨艳楠.....159
再论国际法院咨询意见的法律效力-基于“毛里求斯诉马尔代夫案”思考 杨钊.....167
中国共产党的海洋战略对国际海洋法发展的贡献 姚 莹.....179
国际法上的多边主义及其当代涵义（仅供年会交流）张乃根.....190
The Universal Declaration of Human Rights: Public International Law and the Confucian Legal Culture for 2030 and Beyond Ying-Jun Zhang.....208
《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭管辖权的“必要性”审查析论——由意大利诉印度“艾瑞克·莱谢号”案裁决引发的思考 赵 鹏.....230

论“适当顾及”的国际法义务及其对中国的启示

何海榕*

摘要：“适当顾及”义务具有灵活性和双向性，是一种积极的行为义务。它既包括程序义务也包括实体义务，但具体内容需要结合个案所涉权利性质、对当事国利益与整个国际社会的重要性及可供选择的方案等来确定。它不同于传统国际法国家主权绝对至上的对抗、竞争模式。它是《联合国海洋法公约》的润滑剂、粘合剂。它有益于维护《公约》的普遍性和完整性，有助于实现其目的和宗旨，有利于协调与平衡不同国家间各种类型的海洋利益。它体现的是：在尊重国家主权前提下“你中有我、我中有你”、相互尊重、平等协商、合作共存的现代国际法精神。“适当顾及”义务的履行，既要符合国际法的相关规定，又要符合“合理、必要、相称”的原则。准确理解和适用“适当顾及”义务，对于中国建设海洋强国，在未来的国际海洋事务中掌握更多话语权，建立公平公正的海洋秩序具有重要的理论和现实意义。

关键词：适当顾及；《联合国海洋法公约》；国际法

引 言

随着现代科学技术发展，一方面人类利用海洋的频度、广度和类型增加；另一方面各国之间海洋权益冲突也增多。加之气候变化、海洋环境恶化、生物多样性减少等因素的影响，人类利用和管理海洋面临前所未有的挑战。而“适当顾及”的义务以其特有的灵活性在平衡不同的海洋用途、协调利用与保护海洋之间的矛盾发挥着重要作用。可以说，“适当顾及”义务是《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）的润滑剂[1]和粘合剂，其法律意义逐渐受到国际社会重视。挪威驻法国大使劳尔夫·艾纳·法夫（Rolf Einar Fife）认为“适当顾及”义务是专属经济区制度的核心概念。[2]国际海洋法法庭图利奥·特雷韦斯（Tullio Treves）法官认为“适当顾及”的义务是《公约》实质性条款之一。[3]相对传统海洋法来说，它既是一个新的概念，也是对传统海洋法律秩序的变革。因为，它要求各国从消极地不干扰转变为积极地合作，[4]既尊重国家利益也重视国际社会整体利益。近年来，国际司法判例也频频提及“适当顾及”义务。如自 1994 年《公约》生效以来，国际海洋法法庭及依《公约》附件成

---

* 作者简介：何海榕(1978-)，女，山西祁县人，海南大学法学院讲师，法学博士，主要研究方向：海洋法，联系电话：18976661152，电子邮箱：haironghe78@163.com。

基金项目：本文系作者主持的国家社科基金项目“国家管辖外海域重叠问题研究——基于公海保护区的国家实践”（项目编号 17XFX005）阶段性成果之一；2018 年自然资源部海洋发展战略研究所委托课题“BBNJ 与各国在管辖外海域权利问题研究”：海南大学社会科学研究启动基金项目的成果之一。

[1] See Zhang Guobin, *“ A Discussion on ‘Due Regard’ in the United Nations Convention on the Law of the Sea”*, No.2 China Oceans Law Review 71 (2014).

[2] See Rolf Einar Fife, *Obligations of “Due Regard” in the Exclusive Economic Zone: Their Context, Purpose and State Practice*, 3 The International Journal of Marine and Coastal Law 43 (2019)...

[3] See Tullio Treves, “United Nations Convention on the Law of the Sea”, p.2, http://legal.un.org/avl/ha/uncls/uncls.html，2019 年 6 月 11 日访问。

[4] 第三次联合国海洋会议期间，曾经“适当顾及”仅限于不干涉，后来变为积极的合作义务。See “Working Paper of the Second Committee: Main Trends”, Doc. A/Conf.62/L.8/Rev.1, *Official Record*, vol. 3, 1974, p. 107; See also Rene-Jean Dupuy and Daniel Vignes (eds), *A Handbook on the New Law of the Sea,* Martinus Nijhoff, Dordrecht 870 (1991).

立的仲裁庭所管辖的案件中有 5 个案件涉及“适当顾及”的义务。但是我国学界和实务届对其研究和适用较少。而且由于《公约》是对各国不同利益协调的产物，是一揽子协定，包括“适当顾及”在内的很多条款均具有一般性的特点。因此，如何准确理解和适用“适当顾及”义务，对于中国建设海洋强国，在未来的国际海洋事务中掌握更多话语权，建立公平公正海洋秩序具有重要的理论和现实意义。本文主要通过对相关国际案例和国家实践的考察，尝试从基本含义的确定、特点、功能和履行这四个方面对“适当顾及”义务进行研究和阐释，最后得出一些结论和启示以供参考。

一、“适当顾及”义务的确定及基本内涵

“适当顾及”义务具体内容不可能事先确定，而是取决于个案。[5]《联合国海洋法公约》授权国际法院、国际海洋法法庭和其他仲裁庭在受理具体案件时对相关条款进行解释。[6]虽然国际司法机构的解释只适用于个案，但是通过分析国际司法实践对它的解释和适用，仍然能够把握其基本含义。

（一）个案标准

《公约》关于“适当顾及”的条款，既有一般性规定也有具体规定。前者如专属经济区和公海“适当顾及”义务的规定；[7]后者如专属经济区剩余渔业资源的捕捞、[8]大陆架海底电缆和管道铺设的规定[9]等。然而，它们均未明确“适当顾及”的具体内容，即各国应该承担怎样的“适当顾及”义务、采取何种措施。因此，“适当顾及”义务的内容和“顾及”的程度只能依个案具体情况而确定。[10]例如，仲裁庭在 2015 年“查戈斯海洋保护区案”中认为，根据《公约》第 56 条第 2 款英国应该“适当顾及”毛里求斯在其专属经济区的权利。[11]而在“弗吉尼亚号案”中，仲裁庭认为沿海国承担的“适当顾及”的义务是，在适用其国内法

---

[5] See Tullio Scovazzi, *“Due Regard” Obligations with Particular Emphasis on Fisheries in the Exclusive Economic Zone”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 63 (2019).

[6] 参见《联合国海洋法公约》第 287、288 条。Tullio Treves, “United Nations Convention on the Law of the Sea”, p.2, http://legal.un.org/avl/ha/uncls/uncls.html, 2019 年 6 月 11 日访问；A Proels, Article 56 in A Proels(ed), United Nations Convention on the Law of the Sea—A Commentary 431 (CH Beck Munich 2017), theTribunal had the opportunity to substantiate the due regard rule codified in Article 56(2).

[7] 参见《公约》第 56 条第 2 款、第 58 条第 3 款和第 87 条第 2 款。

[8] 参见《公约》第 62 条第 2 款、第 66（3）(a)、第 69 条和第 70 条。

[9] 参见《公约》第 79 条第 5 款。

[10] See Yurika Ishii, *“The ‘Due Regard’ Obligation and the Peaceful and Economic Uses of the EEZ other than Fisheries”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 76 (2019); Pascale Ricard, *“The Limitations on Military Activities by Third States in the EEZ Resulting from Environmental Law”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 165 (2019); Mathias Forteau, *“The Legal Nature and Content of ‘Due Regard’ Obligations in Recent International Case Law”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 32 (2019); Ioannis Prezas, *“Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Remarks on the Applicability and Scope of the Reciprocal ‘Due Regard’ Duties of Coastal and Third States”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 109 (2019).

[11] 查戈斯保护区案的争端原因主要是英国要在其印度洋领土查戈斯群岛及其周边建立海洋保护区。该保护区从基线起包括 200 海里的海域，面积约为 50，000 平方公里。塞舌尔认为英国侵犯了其权利，并且没有履行“适当顾及”的义务。本案中，“适当顾及”义务的含义和内容是双方争议的焦点之一。PCA Case No. 2011-03 in the matter of The Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Award of 18 March 2015,p.519..

的过程中避免对第三国提出不当的程序要求。[12]在“北极日出案”中，仲裁庭则认为俄罗斯承担的“适当顾及”的义务是容忍荷兰民间抗议者的行为。仲裁庭认为，只要荷兰的抗议活动未对俄罗斯专属经济区主权权利的行使造成阻碍或者未违反其国内法，俄罗斯就应该容忍。[13]又如，在“分区域渔业组织咨询意见案”中，仲裁庭则指出沿海国承担的“适当顾及”的义务就是开发利用海洋资源时要符合保护海洋环境的规定。[14]可见，正如意大利图利奥·斯科瓦齐(Tullio Scovazzi)教授所言，“适当顾及”的义务不是事先确定的，而是根据具体案例的情况和涉及的权利的性质确定的。[15]

（二）程序义务：合作

尽管“适当顾及”的义务不可能事先确定，但是从若干国际司法案例中还是能总结出其基本的含义。

一般来讲，“适当顾及”的程序义务要求各当事国合作。国际法院也支持此观点。例如，1980 年“解释世界卫生组织与埃及 1951 年协定咨询案”（Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt），国际法院认为当事国进行合作就是“适当顾及”已经存在的协议或者其他安排。[16]再如，国际法院在 2013 年“贝宁和尼泊尔边界争端案”中（the Burkina v. Niger Frontier Dispute）指出，各国应该“适当顾及”其国民的需求，尤其是帮助他们克服因为边界争端而面临的困难。当事国已经在双边和区域层面展开合作，应该继续就解决边界争端以及对边界居民的妥善安置进行合作。[17]还如，国际法院在 2014 年“南极捕鲸案”（Whaling in the Antarctic）中指出，《管制捕鲸国际公约》（International Convention for the Regulation of Whaling）的缔约国应该与国际捕鲸委员会及其科学委员会合作，“适当顾及”上述机构“关于非致命捕捞可行性评估”的建议。[18]联合国海洋法法庭及依《公约》建立的其他仲裁庭也赞成此种说法。仲裁庭在 2017 年“克罗地亚与斯洛文尼亚领土海域争端仲裁案”的裁决中指出，当事国在边界地区（the Junction Area）应该善意地行使权利和履行义务，并“适当顾及”对方的权利和义务。双方应该在现有的边界地区制度下进行合作，不妨碍本裁决的执行。[19]

---

[12] The M/V ‘Virginia G’ Case, Panama/Guinea-Bissau, ITLOS Case No. 19, Judgment of14 April 2014, pp.217-222.

[13] PCA Case No. 2014-02 in the matter of The Arctic Sunrise Arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Kingdom of the Netherlands and the Russian Federation), Award on the Merits of 14 August 2015..

[14] Request for an advisory opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, ITLOS Case No. 21, 2 April 2015，p216, 219.

[15] See Tullio Scovazzi, *“ Due Regard’ Obligations with Particular Emphasis on Fisheries in the Exclusive Economic Zone”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 63 (2019)；*Ioannis Prezas, “Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Remarks on the Applicability and Scope of the Reciprocal ‘Due Regard’ Duties of Coastal and Third States”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 109 (2019).

[16] See Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, ICJ Rep 73, pp. 95 – 96, as well as in the operative part of the advisory opinion, p. 97.

[17] Frontier Dispute (Burkina/Niger), ICJ Rep 44 2013, pp. 90 – 92.

[18] Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), ICJ Rep 226 2014, p. 257.

[19] The Permanent Court of Arbitration (PCA) Case No. 2012-04 in the matter of an arbitration under the arbitration agreement between the government of the Republic of Croatia and the government of the Republic of

合作是包括海洋法在内的国际法的基本规则。一般来讲，合作的义务主要包括预先告知，谈判与磋商。[20]例如，国际海洋法法庭在 2012 年“孟加拉湾海域划界案”中指出，在大陆架争议海域（the grey area）两国既要承担“适当顾及”的义务也要进行合作。因为大陆架与公海和专属经济区存在重叠的情况。相关国家行使第 56 条、58 条、78 条或者 79 条的权利时，要“适当顾及”其他国家的权利和自由。国家履行“适当顾及”义务的方式有很多种，如达成专门协议、建立合作机制等。具体采取何种方式合作由相关国家决定。[21]值得注意的是，虽然国际司法机构给予有关国家履行“适当顾及”义务很大程度的自由裁量权，但是它们强调无论如何谈判，谈判都是有关国家合作的应有之义。例如，国际法院在 1974 年“渔业管辖权案”中认为，当事国有谈判的义务。[22]又如，国际法院在“北海大陆架案”中也指出，当事国应该就各自的主张和分歧进行谈判。[23]再如，仲裁庭在 2015 年“查戈斯海洋保护区案”中指出，英国应该将建立海洋保护区的事宜预先告知毛里求斯，并与其磋商。[24]

此外，如果一国从事的海洋活动可能对另一国的环境造成损害、对其资源造成破坏，那么根据“适当顾及”的义务，从事活动的国家除了要与潜在受影响国进行磋商外，还要在活动之前对其进行环境影响评估。[25]国际法院在“哥斯达黎加诉尼加拉瓜案”（the Costa Rica v. Nicaragua case）中指出，如果环境影响评估的结果证明存在跨界损害的可能，从事活动的国家要善意地预先通知潜在影响国，并与之磋商以确定适当的措施以防止或者减轻危害。[26]事实上，环境影响评估既是习惯国际法也是一般国际法原则。例如，在“乌拉圭河沿岸纸浆厂案”（the Pulp Millscase）中，国际法院确认了环境影响评估的习惯国际法性质，并认为它作为一般国际法规则近年来也被国家普遍接受，还强调它特别适用于对跨界资源有不利影响的工业活动。[27]事实上，它也是《公约》第 206 条规定的义务。根据 1991 年《跨境环境影响评估公约》（也称《埃斯波公约》），环境影响评估不仅包括对活动及其影响的评估，还应

Slovenia, signed on 4 November 2009, Final Award of 29 June 2017, pp. 362 – 363.

[20] Yurika Ishii, *“The ‘Due Regard’ Obligation and the Peaceful and Economic Uses of the EEZ other than Fisheries”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 74 (2019).

[21] Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar) ITLOS Case No. 16, Judgment of 14 March 2012, pp.475 – 476;PCA Case No. 2010-16 Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India, Award of 7 July 2014, pp. 156 – 164.

[22] Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland) Case, p.31, 33; Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland) Case, p. 201.

[23] See North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands), proceedings joined with North Sea Continental Shelf, Federal Republic of Germany v. Denmark 1969, ICJ Rep 3,pp. 46 – 47.

[24] PCA Case No. 2011-03 in the matter of The Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Award of 18 March 2015, p.519.

[25] See Pascale Ricard, *“The Limitations on Military Activities by Third States in the EEZ Resulting from Environmental Law”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 160 (2019).

[26]Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ Rep 665 (2015), p.168.

[27] Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), ICJ Rep 14 2010, p.204.

该包括采取减轻影响的措施、可行性以及其他不确定性。[28]这些义务还体现在《里约宣言》原则 19 中。[29]

（三）实体义务：平衡

“适当顾及”义务的实体要求，即平衡不同类型和不同国家的海洋权益。[30]例如，“分区域渔业委员会咨询案”中，仲裁庭指出“适当顾及”的实体义务就是对相互冲突或者重叠的权利进行协调与平衡。[31]事实上，学界关于适当顾及是否包括实体要求存在分歧。有的学者认为，“适当顾及”义务仅仅是程序性义务不具有实体要求，它只是要求有关国家为了平衡各自的权益而采取具体的可行的措施。其实，二者的分歧在于“平衡”的性质，即属于程序性义务还是实体性义务。无论如何，对冲突或者重叠权益的协调与平衡是“适当顾及”义务的应有之义。[32]

至于如何平衡，《公约》并没有明确，国际司法机构也没有给出统一标准。总的来说，从《公约》的规定来看，除了在领海国家主权优先、在专属经济区沿海国渔业权优先外，其他海洋权益从法律地位上来讲是平等的，不具有高低主次之分。[33]况且，国际法建立在国家主权平等基础上，因此所有国家的权利都是平等的、都应该被尊重。然而，在不同的案件中某种利益可能更重要。[34]具体而言，应该考虑双方具体所涉及的利益分别对当事国的重要性，还要考虑对国际社会和平与安全的重要性，对便利国际交流、利用海洋资源、保护海洋环境、养护生物资源的重要性和影响，权衡上述所有因素，趋利避害，避免或者尽可能的降低不利影响，达到所有海洋权益和平共存的最佳平衡状态

二、“适当顾及”义务的特点

“适当顾及”不同于“国际礼让”或者国家间的互惠待遇，它是国际法上的义务。[35]这

---

[28] Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo, Finland, 25 February 1991, in force 10 September 1997) 1989 UNTS 309. See Appendix II on the Content of the environmental impact assessment.

[29] 《里约宣言》原则 19 :各国应事先和及时地向可能受影响的国家提供关于可能会产生重大的跨边界有害环境影响的活动的通知和信息，并在初期真诚地与那些国家磋商。

[30] See Tullio Scovazzi, *“ ‘Due Regard’ Obligations with Particular Emphasis on Fisheries in the Exclusive Economic Zone”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 63 (2019).

[31] Request for an advisory opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion 2015 ITLOS Case No 21.

[32] See Mathias Forteau, *“The Legal Nature and Content of ‘Due Regard’”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 31 (2019).

[33] See RR Churchill and AV Lowe, The Law of the Sea 206 (Manchester University Press 1999); Barbara Kwiat kowska, The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea 215 (Martinus Nijhoff Dordrecht 1989)；Mathias Forteau, *“The Legal Nature and Content of ‘Due Regard’ Obligations in Recent International Case Law”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 29 (2019); Yurika Ishii, *“The ‘Due Regard’Obligation and the Peaceful and Economic Uses of the EEZ other than Fisheries”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 76 (2019).

[34] Anglo-Iranian Oil Co. case (Jurisdiction) ICJ Rep 931952, p.104; Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) ICJ Rep 4321998, p. 452.

[35] See Tullio Scovazzi, *“ ‘Due Regard’ Obligations, with Particular Emphasis on Fisheries in the Exclusive Economic Zone”*, 1 (34) The International Journal of Marine and Coastal Law 72 (2019).

意味着，违反“适当顾及”义务，国家要承担相应的国际责任。[36]但是，与一般的国际法义务相比，它又具有一定的特殊性，主要体现在以下四个方面：

（一）弹性义务

《公约》若干条款均指出缔约国需要履行“适当顾及”义务，但是未说明该义务的含义和内容。同大多数国际法规则一样，《公约》关于“适当顾及”的条款也是一般性的规定。因此说，它是弹性义务，具有灵活性。所谓弹性义务是指一项国际法规则的含义和内容不是事先确定的，它们的解释和适用主要取决于具体执行的主管机关或者国际司法机构如国际法院或者仲裁庭。[37]例如，《维也纳条约法公约》（the Vienna Convention on the Law of Treaties）第 31 条第 3 款“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”的义务也不明确。

但这并不妨碍国际法院或者仲裁庭对其解释和运用。国际法委员会(the International Law Commission) 曾指出：条约的解释，与其说是一项精确的科学，不如说是一门艺术。[38]换言之，任何国际法规则的解释都需要根据《维也纳条约法公约》第 31 条的规定，结合具体情况，并联系适用条约的宗旨与目的以及相关规则的上下文对其通常含义进行善意解释，同时还要考虑其他解释。同样，“适当顾及”义务的解释，不仅需要根据《公约》的目的、宗旨及具体条款的上下文对其通常含义进行善意解释，还需要结合与订立《公约》相关的国际法律文件，例如草案、谈判记录等，以及当事国嗣后订立的相关协议或者实践及当事国意愿来对其进行解释。[39]也就是说，“适当顾及”义务的具体含义和内容需要结合个案来进行解读。[40]例如，在“查戈斯海洋保护区案”中仲裁庭指出，“适当顾及”义务即要求英国根据情况和权利的性质顾及毛里求斯的权利。至于“顾及”的程度则取决于毛里求斯权利的性质和重要性、可能遭受的损害以及其他可以替代的方案。同时，仲裁庭还指出，因为《公约》未规定英国为防止损害毛里求斯权利而应承担的何种义务，所以仲裁庭也避免制定普遍性的行为规则。[41]正如国际法委员会指出，试图通过个案来对国际法规则的解释和适用进行编撰，这些做法是徒劳的。[42]也就是说，某些国际法规则的解释和适用只能根据《维也纳条约法公约》

---

[36] See Rolf Einar Fife, *“Obligations of ‘Due Regard’ in the Exclusive Economic Zone: Their Context, Purpose and State Practice”*, 1(3)The International Journal of Marine and Coastal Law 45 (2019).

[37] See Mathias Forteau，*“The Legal Nature and Content of ‘Due Regard’ Obligations in Recent International Case Law”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 25 (2019).

[38] See Draft Articles on the Law of Treaties, Commentary on Draft Articles 27 and 28, Yearbook of the International Law Commission, No.2,1966, p.218, paras.4–5.

[39] 2018 年国际法委员会仍未对《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款“应当考虑其它解释”的义务进行定义，只是指出认为对该条款的解释还应结合当事国嗣后订立的协定和相关实践。See the International Law Commission Report, Doc. No. A/73/10,2018, pp. 12–116.

[40] See Yurika Ishii, *“The ‘Due Regard’ Obligation and the Peaceful and Economic Uses of the EEZ other than Fisheries”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 76 (2019).

[41] 查戈斯保护区案的争端原因主要是英国要在其印度洋领土查戈斯群岛及其周边建立海洋保护区。该保护区从基线起包括 200 海里的海域，面积约为 50，000 平方公里。塞舌尔认为英国侵犯了其权利，并且没有履行“适当顾及”的义务。本案中，“适当顾及”义务的含义和内容是双方争议的焦点之一。PCA Case No. 2011-03 in the matter of The Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Award of 18 March 2015, p.519.

[42] See the International Law Commission Report, Doc. No. A/73/10 2018, pp. 12–116.

第 31 条的规定结合具体情况来解释，不可能预先对其做出精确的普适的解释。日本学者石井裕里（Yurika Ishii）也指出，国际海洋法庭依据“适当顾及”规则解决争端，这种行为本质上对海洋法的发展。无论如何，“适当顾及”的含义和内容不是事先确定的，其取决于具体情况，需要国家实践和国际司法实践的积累。[43]

（二）双向义务

“适当顾及”义务具有双向性、相互性、对称性。[44]详言之，它不是个别国家单独承担的义务，而是相关国家共同承担的义务。例如，在专属经济区沿海国行使权利和履行义务时应“适当顾及”其他国家享有的合法的权利和义务；[45]同样的，第三国也应“适当顾及”沿海国的权利和义务。[46]再如，一国行使公海自由时应该“适当顾及”其他国家的公海自由，同时还应“适当顾及”与“区域”内活动有关的权利。[47]

“适当顾及”的双向性表明，任何海洋权益都不是绝对的，需要“适当顾及”其他国家的权利；任何海洋权益都不是孤立存在的，而是与其它海洋权益共存的。例如，在 1974 年“渔业管辖权案”中，尽管国际法院承认冰岛对渔业资源享有优先性，但是强调任何权利都不是绝对的，冰岛应“适当顾及”德国和英国在该海域的捕鱼权。[48]再如，在“分区域渔业组织咨询意见案”中，仲裁庭则指出沿海国承担的适当顾及的义务就是开发利用海洋资源时要符合保护海洋环境的规定。[49]可见，“适当顾及”的义务要求一国利用海洋时，除了考虑本国的权益外，还要考虑别国的权益；除了考虑经济利益，还要考虑海洋环境保护和资源的养护。

（三）积极义务

适当顾及是一项积极的国际法义务。积极义务与消极义务相对，是指当事国需要主动作为的义务。[50]“适当顾及”的义务要求一国行使权利和履行义务时，不仅限于不对其他国家

---

[43] See Yurika Ishii, *“Due Regard Obligation and the Peaceful Use of EEZ”*, 34 International Journal of Marine and Coastal Law 80 (2019).

[44] See Shotaro Hamamoto，*“The Genesis of the “Due Regard” Obligations in the United Nations Convention on the Law of the Sea”*，34 The International Journal of Marine and Coastal Law 14 (2019); Mathias Forteau, *“The Legal Nature and Content of ‘Due Regard’ ”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 26 (2019)；Geneviève Bastid Burdeau, *“The Respect of Other States’ Rights (Freedom of Navigation and Other Rights and Freedoms Set Out in the LOSC) as a Limitation to the Military Uses of the EEZ by Third States”*，34 The International Journal of Marine and Coastal Law 122 (2019); Alexander Proels (ed), The United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary 431 (Hart Publishing Oxford 2017); Ioannis Prezas, *“Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Remarks on the Applicability and Scope of the Reciprocal “Due Regard” Duties of Coastal and Third States”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 115 (2019).

[45] 参见《公约》第 56 条第 2 款。

[46] 参见《公约》第 58 条第 3 款。

[47] 参见《公约》第 87 条第 2 款。

[48] Fisheries Jurisdiction, United Kingdom v.Iceland, Merits, Judgment of 25 July 1974, ICJ Reports, paras.59–60, paras.63–64; paras.71–72l; See also Shotaro Hamamoto，*“The Genesis of the ‘Due Regard’ Obligations in the United Nations Convention on the Law of the Sea”*，34 The International Journal of Marine and Coastal Law 14 (2019).

[49] Request for an advisory opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, ITLOS Case No. 21, 2 April 2015, p216, 219.

[50] See Working Paper of the Second Committee: Main Trends, Doc. A/Conf.62/L.8/Rev.1, *Official Record*, No.3, 1974, p. 107; See also Rene-Jean Dupuy and Daniel Vignes (eds), A Handbook on the New Law of the Sea, 870

的海洋权益造成不当的阻碍和干扰，[51]还要求当事国积极地采取行动或者措施防止、减轻或消除对其他国家的权利造成损害或者阻碍。例如，若第三国在专属经济区从事的海洋活动可能对沿海国的海洋环境造成破坏，那么活动国应该在从事相关活动前进行环境评估，还要采取措施防止、消除或者减轻可能的影响。[52]再如，一国的海洋活动可能会对其他国家的海洋权利造成影响，其应该积极的邀请有关国家磋商或者谈判以便采取适当的措施将损害最小化。国际法院在 1974 年“渔业管辖权案”中认为，当事国有谈判的义务。[53]又如，国际法院在“北海大陆架案”中也指出，当事国应该就各自的主张和分歧进行谈判。[54]再如，一国在别国专属经济区铺设海底电缆，为了防止影响沿海国对渔业资源的利用等权利，其应该事先通知沿海国，并在必要时与之磋商。

（四）行为义务

“适当顾及”是行为义务。[55]行为义务与结果义务相对应。[56]行为义务一般只要求做出实际行动，并不要求必然产生一定的法律效果。[57]而结果义务则要求产生一定法律效果。例如，前者要求当事国进行有意义的谈判即可，并非必须达成协议或者共识。《公约》第 74 条第 3 款和第 83 条第 3 款即是典型的行为义务，即有关当事国只要为了达成临时安排，已尽一切努力即可，比如充分地谈判与磋商，并不要求其必须达成具有法律效力的协议或者安排。同样，“适当顾及”义务也只要求当事国根据实际情况预先告知、磋商或者交换信息等即可，并不要求必须达成具有约束力的法律文件。例如，在 1974 年“渔业管辖权案”中国际法院只要求当事国就渔业资源的利用进行磋商与谈判，并没有要求其必须达成共识。[58]

如前所述，适当顾及的义务具有灵活性、双向性。它是一种积极的行为义务。虽然“适当顾及”是国际法义务，但是这里有两点需要特别注意：第一，违反“适当顾及”的义务并不必然导致对一国享有权利的侵犯。比如，第三国在一国专属经济区的船舶未遵守沿海国的法律规则，即违反《公约》第 56 条第 2 款规定的“适当顾及”义务，但可能并未侵犯沿海国的专属经济区的权利。又如，在“北极日出案”中，虽然仲裁庭认为荷兰抗议者并未履行

(Martinus Nijhoff Dordrecht 1991); Pascale Ricard, *“The Limitations on Military Activities by Third States in the EEZ Resulting from Environmental Law”*,34 The International Journal of Marine and Coastal Law 157 (2019).

[51] See Shotaro Hamamoto, *“The Genesis of the ‘Due Regard’ Obligations in the United Nations Convention on the Law of the Sea”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 24 (2019).

[52] See Pascale Ricard, *“The Limitations on Military Activities by Third States in the EEZ Resulting from Environmental Law”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 164 (2019).

[53] Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland) case, p.31, 33; Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland) case, p. 201.

[54] See North Sea Continental Shelf, Federal Republic of Germany v. Netherlands, proceedings joined with North Sea Continental Shelf, Federal Republic of Germany v. Denmark, 1969, ICJ Rep 3, pp. 46–47.

[55] See Rolf Einar Fife, *“Obligations of ‘Due Regard’in the Exclusive Economic Zone: Their Context, Purpose and State Practice”*, 3 The International Journal of Marine and Coastal Law,(2019).

[56] See R Wolfrum, “Obligation of Result Versus Obligation of Conduct: Some Thoughts about the Implementation of International Obligations in MH Arsanjani”, Jacob Katz Cogan & Siegfried Wiessner (eds), Looking to the Future Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman 363(Martinus Nijhoff Boston 2010).

[57] See Pascale Ricard, *“The Limitations on Military Activities by Third States in the EEZ Resulting from Environmental Law”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 66 (2019).

[58] Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland) Case, p.33; Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland) Case, p. 201.

“适当顾及”的义务，但是抗议本身并未对俄罗斯享有的主权权利造成侵害。第二，违反“适当顾及”的义务一般不需要承担民事责任或者刑事责任，往往采取道歉或者改正等方式即可。比如，在“查戈斯海洋保护区案”中，虽然仲裁庭裁定英国违反了《公约》第 56 第 2 款“适当顾及”义务，但是并没有要求英国对毛里求斯进行经济性赔偿。[59]而如果一国享有的海洋权益遭到侵害，则被侵害国可依据国内法对其追究民事和刑事责任，也可依据国际法要求其承担国际责任。

三、“适当顾及”义务的功能

如前所述，“适当顾及”义务独特而重要。具体而言，它不仅具有粘合不同海洋法律制度的功能，还具有协调与平衡不同国家海洋权利的功能，并且对于实现《公约》的目的与宗旨、建立公平公正合理有序的海洋制度具有重要意义。

（一）粘合不同海域的法律制度

虽然《公约》将海洋划分为不同法律性质的区域，如国家管辖内海域和国家管辖外海域。国家管辖内海域又分为内水、领海、毗连区、专属经济区与大陆架；国家管辖外海域又分为公海和国际海底区域。但是，海洋是一个整体，并不因人为划分而割裂。例如，专属经济区与大陆架、外大陆架与公海、公海与国际海底区域均共存于同一空间。而且，海水的流动和资源的分布也不会为了便利人类利用或者管理而静止或割裂。因此，《公约》要求各国行使不同的海域权利时，应该相互顾及其他海域的权利。以大陆架与专属经济区的关系为例，《公约》第 78 条规定沿海国享有的大陆架权利不影响专属经济区及其上空的法律地位，也不得对第三方国家享有的航行及其他权利与自由造成侵害或不当干扰。以大陆架与区域的关系为例，《公约》规定当矿产资源跨界分布于“区域”和一国外大陆架时，要“适当顾及”沿海国的权利，例如应该将开采活动预先告知沿海国并就资源的开发和利用与之协商、征求其同意等，此外还应遵守其防治污染、保护环境等法律规定。[60]以公海与区域的关系为例，《公约》规定行使公海自由权利的国家要“适当顾及”“区域”内活动的有关权利，[61]同时“区域”内活动也要合理顾及公海中的其他活动。[62]可见，通过“适当顾及”的义务，《公约》将不同海域的法律制度“粘合”在一起，避免因人为划分海洋而导致冲突与分裂。

（二）协调同一海域的各种海洋权利

常见的海洋权利类型有海洋主权、经济性主权权利和国际交往性权利等。海洋主权包括专属的排他性的全面的利用海洋的权利，如安全、政治、经济、文化等各方面的海洋权利。经济性主权权利主要是指经济性利用海洋及海洋资源的权利以及实现这些权利所必要的权利，前者如捕捞渔业资源、开采矿产资源等权利，后者包括建造和使用人工岛屿和设施、海洋科学研究、保护环境和养护资源等权利。这些权利具有经济性的特点，且具有一定的排他性。国际交往性权利则主要是指航行、飞越、铺设海底电缆和管道等权利。[63]这些权利都具

---

[59] The Chagos Marine Protected Area Arbitration, pp.544-547.

[60] 参见《公约》142 条

[61] 参见《公约》第 87 条第 2 款和第 147 条第 3 款。

[62] 参见《公约》第 147 条第 1 款。

[63] See Yurika Ishii, *“Due Regard Obligation and the Peaceful Use of EEZ”*, 34 International Journal of Marine

有交流和沟通的特点，但不具有排他性。

不同海域上述权利的比重不同。因此，不同海域“适当顾及”的对象和程度存在差异。在领海以国家海洋主权为主。“适当顾及”义务以协调无害通过权与沿海国海洋主权为主，如沿海国对外国船舶行使刑事管辖权要适当顾及航行自由。[64]在专属经济区，“适当顾及”的功能主要则是协调沿海国经济性的主权权利与第三国国际交往性的权利。[65]换言之，沿海国和第三国都要“适当顾及”对方的权益。[66]此外，它还协调沿海国与其他国家对专属经济区渔业资源的利用。[67]在大陆架，“适当顾及”主要表现为对新的海底管道和电缆与已经存在的海底管道和电缆之间的协调与平衡。[68]在公海，“适当顾及”不同国家的公海自由权益。[69]如上所述，通过“适当顾及”实现同一海域各种海洋权益的平衡与协调。

（三）平衡各类国家的海洋权益

虽然各国在法律地位上是平等的，但是各国面积大小、发展水平和实力存在差异。换言之，国际社会是由不同类型的国家构成，如沿海国、地理不利国、发展中国家、小岛屿国家、转型期国家、海洋强国等。以专属经济区为例，《公约》规定不仅要满足沿海国的经济需求，也要顾及其他国家尤其是海洋强国国际交往的需求，还得照顾“内陆国”、“地理不利国”和发展中国家的特别需求。比如，关于专属经济区剩余渔业资源的利用，《公约》规定要顾及“内陆国”以及“地理不利国”的权利。[70]又如，开发“区域”资源时《公约》特别提及促进发展中国家参加该海域资源的开发，“适当顾及”内陆国和地理不利国的特殊需要。[71]还如，关于“区域”内发现的考古和历史文物，虽然《公约》指出其法律性质属于人类共同继承的财产，但是要“适当顾及”来源国的优先权。[72]再如，《公约》规定国际海底管理局的理事工作人员要能普遍代表各地区国家的利益。[73]另外，《公约》规定分配“区域”内活动取得的财政及其他经济利益时，既要符合公平的原则，也要特别顾及发展中国家和尚未取得完全独立或其他自治地位的人民的利益和需要。[74]

之所以要“适当顾及”不同类型国家的海洋权益，是因为国家主权平等是国际法的基本原则。也可以说，“适当顾及”源于国家主权平等原则。[75]其功能是为了建立平等国际法律

---

and Coastal Law 77 (2019);Tullio Scovazzi, *“ ‘Due Regard’ Obligations with Particular Emphasis on Fisheries in the Exclusive Economic Zone”*, 34(1) The International Journal of Marine and Coastal Law 59 (2019)；See Rolf Einar Fife, *“Obligations of ‘Due Regard’ in the Exclusive Economic Zone: Their Context, Purpose and State Practice”*, 3 The International Journal of Marine and Coastal Law 43 (2019).

[64] 参见《公约》第 27 条第 4 款。

[65] 参见《公约》第 56 条第 2 款和第 58 条第 3 款。

[66] 参见《公约》第 56 条第 2 款和第 58 条第 3 款。

[67] 参见《公约》第 62 条第 2 款、第 66（3）(a)。

[68] 参见《公约》第 79 条第 5 款。

[69] 参见《公约》第 87 条第 2 款。

[70] 参见《公约》第 62 条第 2 款、第 69 条和第 70 条。

[71] 参见《公约》第 148 条。

[72] 参见《公约》第 149 条。

[73] 参见《公约》第 162 条第 2 款 d 项。

[74] 参见《公约》第 162 条第 2 款 o 项。

[75] See Julia Gaunce, “On the Interpretation of the General Duty of ‘Due Regard’ ”, *Ocean Yearbook*, Vol.32, 2018, p.7, https://doi.org/10.1163/22116001-03201003, 2019 年 5 月 8 日访问。

关系，或者说建立一种海洋秩序。[76]例如，在“查戈斯海洋保护区案”中，仲裁庭指出国家的权利是平等，没有高低等级之分。[77]从《公约》的规定来看，这些权益之间也没有高低优劣之分。[78]国际法建立在国家主权平等的基础上。因此，所有国家的权利都应该被尊重，彼此之间不是有我无他的，而是共存的。[79]也就是说，不同国家之间的海洋权益不是“你死我活”的零和博弈状态，而是通过“适当顾及”实现“你中有我、我中有你”和谐共存的平衡状态。

（四）实现《公约》的目的与宗旨

如前所述“适当顾及”的义务通过对不同海域海洋权益的协调、同一海域不同海洋权利与不同国家利益的平衡，使得各国不同的海洋权益和平共存。这不仅符合《公约》“一揽子”协议的性质，而且对维护国际和平与安全有重要意义。[80]它旨在建立一种和平的海洋秩序，正如《公约》序言中指出，在妥为顾及所有国家主权的前提下，一方面促进国际交往，另一方面保障海洋资源得到公平有效地利用，同时促进环境保护和生物资源养护。可以说，“适当顾及”的义务是现代国际法精神的具体体现。它要求各国在行使权利和履行义务应该考虑别国的权利和义务以实现不同的国家利益的和谐共存。因此，有的学者将“适当顾及”的义务形象地比喻为《公约》的“润滑剂”，[81]认为“适当顾及”的义务为确保《公约》解释和适用的一致性发挥了重要的作用。[82]

四、“适当顾及”义务的履行

国际法院或者仲裁庭一般会从以下两个方面审查当事国是否恰当地履行了“适当顾及”的义务：首先审查当事国法律规则及行为是否符合国际法，其次审查有关国家的规则或行为是否符合“合理、必要、相称”原则（the principles of reasonableness, necessity and proportionality）。也就是说，“适当顾及”义务的履行既要符合国际法，也要符合“合理、必要、相称”原则。

（一）符合国际法方式

---

[76] See Mathias Forteau, *“The Legal Nature and Content of ‘Due Regard’”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 31 (2019).

[77] The Chagos Marine Protected Area Arbitration, p.519.

[78] See RR Churchill and AV Lowe, The Law of the Sea 206 (Manchester University Press 1999); Barbara Kwiat kowska, The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea 215 (Martinus Nijhoff Dordrecht 1989)；Mathias Forteau, *“The Legal Nature and Content of ‘Due Regard’ Obligations in Recent International Case Law”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 29 (2019); Yurika Ishii, *“The ‘Due Regard’Obligation and the Peaceful and Economic Uses of the EEZ other than Fisheries”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 76 (2019).

[79] 国际法院曾在加布奇科沃大毛罗斯项目 (匈牙利/斯洛伐克)案中指出当事国需要履行“适当顾及”的义务，除了考虑项目因素外，还应该考虑其他因素。项目不是孤立于其他因素之外的。See Gabči kovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) ICJ Rep 71997, p. 84; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory opinion, ICJ Rep 136 (2004), p.200, 202; Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), ICJ Rep 639 2010, p. 664.

[80] See Rolf Einar Fife, *“Obligations of ‘Due Regard’ in the Exclusive Economic Zone: Their Context, Purpose and State Practice”*, 3 The International Journal of Marine and Coastal Law 43 (2019).

[81] See Zhang Guobin, *“A Discussion on ‘Due Regard’in the United Nations Convention on the Law of the Sea”,* 2 China Oceans Law Review 71 (2019).

[82] See Efthymios Papastavridis, *“Intelligence Gathering in the Exclusive Economic Zone”*，93 International Law Studies 454 (2017)

国际社会是一个整体。事实上，任何国家的海洋权利都不是绝对的、任意的，需要按符合国际法的方式行使权利、履行义务。例如，《公约》第 56 条第 2 款的规定，沿海国在专属经济区内行使其权利和履行其义务时还应以“符合本公约规定的方式行事”。此外，《公约》第 58 第 3 款规定，第三国在专属经济区内“根据本公约行使其权利和履行其义务”。也就是说，《公约》关于“适当顾及”义务的规定也不是孤立的，需要与《公约》其它条款尤其第 16 部分的一般规定结合适用。正如国际法院在 2014 年“都兹基特正直号案”(The Duzgit Integrity Arbitration)中指出，《公约》是多边条约，为所有缔约国建立了法律框架。[83]一般来讲，“适当顾及”条款至少应与《公约》的以下条款一并适用。

第一，各国须遵守善意原则（the rules of good faith）。善意地履行“适当顾及”义务是《公约》的要求，[84]也是根据《维也纳条约法》解读“适当顾及”义务的必然结论。[85]如“拉努湖仲裁案”（Lanu arbitration case）就是当事国善意履行“适当顾及”义务的范例。拉努湖位于法国境内，但下游流入西班牙卡罗河。法国拟利用该湖发电，于是就此事征询了西班牙的意见。虽然西班牙对此表示反对，但法国还是决定建造拉努湖水电工程。两国因此产生争端。1957 年两国协议将此争议提交国际仲裁庭仲裁。西班牙认为法国没有获得西班牙的同意，违反了两国于 1866 年签署的《贝约纳条约》及其附件有关条款的规定。仲裁庭认为，法国适当顾及了西班牙的权益，尊重了其权利，考虑了其利益，而且采取行动尽量消除该工程对西班牙的影响。如法国不仅根据《贝约纳条约》的规定事先通知西班牙其将在拉努湖建造水电工程的事宜，而且还征询了西班牙的意见，并考虑到水电工程对西班牙的影响，同时还作为补偿开挖一条运河以补充西班牙卡罗河的水量。仲裁庭认为，法国有权就是否建立拉努湖水电工程做出决定，并裁定法国建造水电工程是合法的。[86]仲裁庭还指出，善意地谈判不能仅停留于谈判的形式，还须具有实质意义。实践中谈判的形式和内容可能因为谈判的事项和程序而有所差别，但谈判义务本身是具有法律约束力的。违反该义务要承担国际责任，如无理中断谈判、不合理地延迟、不遵守谈判的程序规则、完全无视或者拒绝对方的利益与建议等，这些行为都违反善意原则。[87]又如，在“北海大陆架案”中，国际法院在该案中指出，当事国为达成划界协议而谈判远远不够，谈判必须具有实质意义。换言之，在谈判中任何一方都不应该坚持己见而不做任何调整或者妥协。[88]在“《消除一切形式种族歧视国际公约》适用案”中，国际法院也持此种观点。[89]在“查戈斯海洋保护区案”中仲裁厅也指出，“善意”谈判并不要求有关当事方一定要达成共识或者让对方满意，而只是了解分歧和交换

---

[83] The Permanent Court of Arbitration (PCA) Case No. 2014-07, The Duzgit IntegrityArbitration (Malta v. Sao Tome and Principe), Award of 5 September 2016, p.148.

[84] 参见《公约》第 301 条。

[85] 参见《维也纳条约法公约》第 31 条。

[86] See Brunson Mac Chesney, *“Lake Lanoux Case (France-Spain)”*, 53(1) The American Journal of International Law 156-171(1959).

[87] See *International Law Reports 1957*, at p. 128.

[88] See North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands), proceedings joined with North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark),ICJ Rep 31969, pp. 46 – 47,p.85.

[89] See Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation) ICJ Rep 70 2011, pp. 132 – 133.

意见，并充分考虑和尊重对方的权利，防止对对方的合法权益造成影响。在本案中，英国只与毛里求斯举行了一次会晤，就宣布建立保护区而中止两国的磋商，并且英国没有采取任何措施以消除毛里求斯的顾虑或者可能对其造成的影响。因此，仲裁庭认为英国没有善意履行“适当顾及”的义务。[90]综上可见，所谓善意地履行“适当顾及”的义务，即一国行使自己的权利的同时，应顾及别国的权利以及可能对别国造成的影响，了解可能受影响国家的态度和关切，与有关国家合作确定最适当的措施以减轻或者消除影响。需要注意的是，尤其在专属经济区，“适当顾及”并不意味一国行使权利必须经过另一国同意，而是了解对方关切并积极消除或者减轻影响。

第二，当事国必须和平地行使权利、履行义务。《公约》第 301 条规定缔约国根据本公约的规定行使权利、履行义务，不应对任何国家的领土完整、政治独立、进行任何武力威胁或者使用武力，或以任何其他与《联合国宪章》所载的国际法原则不符的方式进行武力威胁或者使用武力。《公约》第 88 条规定公海只用于和平的目的。况且，和平地行使权利、履行义务也是《联合国宪章》的规定。可以说，和平地行使权利、履行义务，才是有关国家应该适当顾及的对象。

第三，履行“适当顾及”的义务还要符合《公约》的目的和宗旨。《公约》旨在建立一种海洋法律秩序，以实现便利国际交流、和平使用海洋、公平有效利用海洋资源、养护和研究海洋生物资源、保护和保全海洋环境的目的。因此，在履行“适当顾及”的义务时要符合《公约》上述目的与宗旨。

此外，一国国内立法、执法和司法都不能与国际法相冲突；或者说一国的国内法律规则及其执法、司法的行为不能与《公约》或者其他国际法的规定相抵触。[91]例如，在 2014 年“弗

吉尼亚号案”中，仲裁庭首先审查几内亚比绍渔业法的规定是否符合国际法。然后审查了几内亚比绍的执法行为是否符合《公约》的规定。仲裁庭裁定几内亚比绍的国内法及其采取的方式都符合国际法，因此裁定几内亚比绍履行了“适当顾及”的义务。[92]

（二）符合合理必要相称的原则

履行“适当顾及”的义务除了要符合国际法的规定，还要符合“合理、必要、相称”原则。[93]

第一，一国行使国际法权利和履行国际法义务应该符合“合理、必要、相称”原则。以海洋保护区为例，目前很多国家为了保护海洋环境或者生物多样性纷纷建立海洋保护区，限

---

[90] PCA Case No. 2011-03 in the matter of The Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Award of 18 March 2015, pp.519-529.

[91] 参见《公约》第 58 条第 3 款。

[92] The M/V ‘Virginia G’ Case ,Panama/Guinea-Bissau, ITLOS Case No. 19, Judgment of14 April 2014, p.236, 361.

[93] See Ioannis Prezas, *“Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Remarks on the Applicability and Scope of the Reciprocal ‘Due Regard’ Duties of Coastal and Third States”*, 34 The International Journal of Marine and Coastal Law 111 (2019).

制航行、铺设海底电缆和管道等活动。这引起了第三国的不满与争议。建立海洋保护区要符合“合理必要相称”的原则。[94]根据现有国际法的规定和相关国际实践，妥当的做法应当是：建立海洋保护区的国家与其他活动国、经营主体进行磋商。例如，海底电缆的使用国或者经营主体妥善协调海洋保护区与海底电缆安装与使用的问题。也就是说，海洋保护区的建立不仅必要，还要合理协调与其他海洋活动的关系。

第二，一国国内法必须符合“合理、必要、相称”原则。无论是一国程序规则还是实体规则都不能对相关国家造成不必要的负担。比如，在 2014 年“弗吉尼亚号案”中，仲裁庭首先审查了几内亚比绍渔业法的规定，认为该法的规定是合理的并且符合国际法；[95]同时指出本案中几内亚比绍承担的适当顾及的义务，就是在适用其国内法时不对巴拿马籍加油船造成不必要的程序负担。[96]

第三，一国采取的执法和司法措施需要符合“合理、必要、相称”的原则。例如，在“北极日出案”中，仲裁庭并不否认俄罗斯为了保护其合法的海洋权益依法采取执法和司法措施的权利；而是认为俄罗斯对荷兰抗议者采取登临、逮捕、扣押等措施，既无国内法依据，也不符合“合理必要相称”的原则。仲裁庭认为，荷兰抗议者登临的行为并未阻碍俄罗斯开采专属经济区资源的权利；而且其采取行政和司法措施时这些抗议者已经离开俄罗斯海上石油平台，已经不构成对俄罗斯权利的威胁。[97]从上述案例可以看出，即使仲裁庭认为沿海国有权对专属经济区内的活动进行管辖，其国内法和执法、司法的行为都须符合“合理必要相称”的原则。或者说，沿海国是否履行了适当顾及的义务，判断的主要根据之一就是其适用的法律和采取的行动是否符合“合理必要相称”的原则。

概言之，任何海洋权益都不是孤立存在的，绝对不受限制的。相关国家要依法行使权利、履行适当顾及的义务，其相关法律行为都需要符合“合理、必要、相称”的标准。正如日本学者石井裕里（Yurika Ishii）所言，这也是判断沿海国是否履行适当顾及义务的标准。

五、结论及启示

“适当顾及”义务规则在协调类主体的不同海洋区域的各种海洋活动中具有重要的作用，且对构建公平合理的海洋秩序具有重要的价值。中国在积极参与全球海洋治理的过程中应重视适用“适当顾及”义务，维护国家海洋权益，推动构建公平合理的海洋秩序。

（一）结论

第一，虽然《公约》关于“适当顾及”规定是一般性的，但并不是模糊的无用条款，而具有实实在在地平衡与协调各种海洋权益的功能。权益冲突问题不是国际法独有的问题，国

---

[94] See Yurika Ishii, *“Due Regard Obligation and the Peaceful Use of EEZ”*, 34 International Journal of Marine and Coastal Law 84 (2019).

[95] The M/V ‘Virginia G’ Case ,Panama/Guinea-Bissau, ITLOS Case No. 19, Judgment of14 April 2014,p.236, 361.

[96] See Yurika Ishii, *“Due Regard Obligation and the Peaceful Use of EEZ International Journal of Marine and Coastal Law”*, 34(1) International Journal of Marine and Coastal Law 79 (2019).

[97] PCA Case No. 2014-02 in the matter of The Arctic Sunrise Arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Kingdom of the Netherlands and the Russian Federation, Award on the Merits of 14 August 2015, p.326-330.

内法也要对冲突或者重叠的权益进行协调。只是国内有统一的立法机关、执法部门和司法机构。而国际法没有凌驾于各国之上的立法、执法和司法机关，各国之间是平等的。因此，《公约》专门设计“适当顾及”条款来协调各国冲突或者重叠的海洋权益。适当顾及的义务以其特有的灵活性适应各种不同国家、不同海域的特点。正是其一般性的特点，展现了其极大的生命力与灵活性以适应不同海洋权益冲突的情况。

第二，任何海洋权利都不是绝对的孤立存在的。“适当顾及”承认国际社会是由不同的主权国家构成的，但国家之间的权利不是绝对的完全不受限制。人类社会是一个命运共同体，“你中有我、我中有你”。各国在行使自己权利、履行自己义务应“适当顾及”其他国家依法享有的合法权利和义务。在专属经济区沿海国与第三国要相互顾及各自的海洋权益，在国家管辖外海域各国更需适当顾及不同的海洋权益。具体而言，有关国家应该就国际法权利的行使、义务的履行进行合作，例如进行磋商、谈判等，以便协调与平衡各自的权益，实现对海洋的和平利用。它有益于所有主权国家海洋利益的和谐共存，有利于不同国家增进互信，最终实现海洋利益最大化。因此，一国应按符合国际法规定的方式和平、善意地行使权利、履行义务。

第三，“适当顾及”的义务与具有“本位主义”特点的传统国际法规则不同，它要求国际法主体除了顾及本国利益外，还要顾及其他国家的利益以及整体人类社会的利益。它与以往的消极地不干涉的国际法规则也不同。它要求各国采取积极的措施，平衡与协调与他国海洋权益的冲突，实现公平公正和平利用海洋的目的，有序利用海洋的法律秩序。

第四，目前“适当顾及”规则主要用于确保专属经济区中沿海国家和第三国之间海洋权益的协调与平衡。但可以预见，随着国家管辖外海域人类活动的增多和该海域法律制度的完善，未来该规则将发挥更大的作用。中国在参与全球海洋治理时，既要顺应海洋可持续发展与利用的趋势，妥善协调各种合理的海洋权益主张，推动建立更加公平公正合理的海洋秩序。

（二）对中国的启示

第一，中国要善于通过国内法行使国际法权利和履行国际法义务。国际法的最终落实需要各国通过国内法来实现。无论从中国海洋的特性还是从维护中国海洋权益的角度，中国都应该根据国际法原则、规则和基本制度尤其是签署的国际法公约的规定，细化完善国内法，而不宜笼统地直接适用国际法的规定。

第二，虽然各国在履行“适当顾及”的义务时享有很大的自由裁量权，但是必须按照符合国际法的方式进行，并且还应符合“合理、必要、相称”的原则。由于“适当顾及”条款的一般性，各国需要通过制定国内法来切实履行该义务。这意味着中国可以对管辖海域内第三国的活动进行必要的管理。未来中国应该细化国内法，如明确哪些活动需要预先告知、哪些活动需要获得中国的许可，哪些活动需要遵守中国的国内法，哪些需要进行环境影响评估等，特别应该明确违反中国的相关法律应该承担何种民事或者刑事责任，以便采取积极措施对第三国在中国管辖海域的活动进行必要的规范与管理，以维护中国的合法海洋权益，并协调与保护第三国的海洋权益。但是需要注意的是，中国的国内法必须符合国际法，或者不与

其相冲突；同时立法、执法和司法以及采取的相关措施应符合“合理、必要、相称”原则。

第三，未来中国更要善于对包括“适当顾及”在内的一般性国际法规则进行解读和适用。国际社会是由不同国家构成的，存在复杂性和多样性。因此，很多国际法规则为了适应国际社会的特点只能采取一般性的规定，不可能像国内法的规则那么明确具体，要善于运用解释和适用国际法规则，维护中国的海洋权益。

On the International Obligation of Due Regard and Its Implications to China

HE Hairong[1]

（1.Hainan University, *Haikou 570228, China*）

Abstract： The article discusses due regard obligations, which is the obligation of conduct with flexible, mutual, and positive characteristics. Due regard obligation has procedural and substantive aspects, which calls for pragmatic, case-by-case measures decided by the relevant states. In other words, the extent of the regard required by the United Nations Convention of the Law of the Sea depends upon the nature of the rights held, their importance, the extent of the anticipated impairment, the nature and importance of the activities contemplated, and the availability of alternative approaches. It is different from the confrontation or competition mode of absolute supremacy of state sovereignty in traditional international law. It plays a lubricating and adhesive role in the United Nations Convention of the Law of the Sea. Due regard obligation helps to safeguard the universality and integrity of the Convention, to the preservation of its object and purpose, to take into consideration the existence of conflicting rights and interests of other states, and to balance their respective importance. It embodies the spirit of modern international law of mutual respect, equal consultation, co-existence and cooperation under the premise of respecting national sovereignty.

Keywords: due regard; United Nations Convention on the Law of the Sea; International Law

论维护国家安全与人权保障的关系
——以国际人权公约和国家安全法的关系为视角

李贝贝 北京师范大学 刑事法律科学研究院 博士研究生

摘要：维护国家安全与个人人权保障一直存在一定程度上内在的紧张关系。虽然在维护国家的前提下才能维护人权，但在司法实践中需要警惕以维护国家安全之名，行限缩人权之实的超越限度的情况发生。因此，厘清维护国家安全与个人人权保障的边界和限度非常重要。如何通过立法的方式理顺二者之间的关系对国家安全法的细化实施起到重要的作用。美国、德国、澳大利亚、英国等国建立了广泛和详尽的国家安全立法体系，对诸多国家国内立法产生了深远影响。国际人权法体系特别是《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》对我国的国内立法产生了深远影响。我国对于国家安全立法和人权保护立法的重视也逐年增加。通过研究中国与其他主要国家安全法律体系中关于人权保障的立法，引发对以后立法中对于人权保障规制的思考。

关键词：国家安全法、中国国家安全法、中国香港国家安全法、国际人权法、人权保障

引言

维护国家安全，依法惩治危害国家安全罪各国国家安全法的立法要旨。讨论国家安全法立法中与人权保护的关系问题，对于推动立法起到了重要作用。我国在履行国际公约义务时，采用的是“转化”的做法。即在加入公约后，并非直接适用公约，而是通过在国内立法的形式履行公约义务。香港基本法第 23 条事实上授权香港政府制定香港国家安全法，但由于反对声音阻碍，导致了立法的延迟。直到香港社会出现了大规模的动荡才促使香港国安法的产生。产生这样的被动局面，需要反思国家安全法与人权保护的关系在互动过程中，如何通过立法主动干预平衡好二者关系。目的是预防性立法，而非事后救济性立法。让社会在最大程度上减少动荡，同时能够兼顾维护国家安全和公民权利。

中国是《公民权利和政治权利国际公约》国际公约的签署国而非缔约国，同时是《经济、社会及文化权利国际公约》的缔约国。中国已经通过不断地立法完善推进司法改革，为中国批准两项人权公约做好准备。如何让国家在维护国家安全的同时，不成为权力不受制约“利维坦”。而制约国家权力的方式，在立法层面除了原则性规定外需要进行更加具体的实体性和程序性规定，明确个人人权保障的救济途径。尽管美国、德国、英国、澳大利亚等国的国家安全立法和实践经验丰富，但在平衡维护国家安全和保护个人人权问题上仍然存在新的问题，存在立法被执法机关架空，无法实现立法目的的局面。通过本文的中国与其他国家安全立法对比研究，以探究如何平衡维护国家安全和保障个人人权边界。国际人权法如何在我国维护国家安全过程中对人权保障中发挥作用，这是本文主要讨论的问题。

一、维护国家安全与人权保障关系概述

（一）我国国家安全立法体系中人权保障规制的发展

习近平总书记指出，要坚持党对国家安全工作的绝对领导，实施更为有力的统领和协调。中央国家安全委员会要发挥好统筹国家安全事务的作用，抓好国家安全方针政策贯彻落实，

完善国家安全工作机制，着力在提高把握全局、谋划发展的战略能力上下功夫，不断增强驾驭风险、迎接挑战的本领。[1]我国日益重视国家安全法律体系和工作机制建设工作。自国家安全法颁布实施以来，同年公布国家安全机关受理公民和组织举报间谍等危害国家安全罪的线索电话 12339。网络平台有“国家安全机关举报受理平台”进行在线受理并可以通过该平台提出意见或建议。公民或组织也可前往北京市东城区前门东大街 9 号与国家安全机关联系反映情况。但是由于国家安全事务的特殊性，对国家安全机关的监督以及如果在维护国家安全过程中，存在一定程度上限缩公民人权的情况，如何解决并没有更进一步的规制路径。这需要在立法和实践中进一步研究和探讨。

中国共产党和中国政府始终尊重和保障人权。长期以来，中国坚持把人权的普遍性原则同中国实际相结合，不断推动经济社会发展，增进人民福祉，促进社会公平正义，加强人权法治保障，努力促进经济、社会、文化权利和公民、政治权利全面协调发展，显著提高了人民生存权、发展权的保障水平，走出了一条适合中国国情的人权发展道路。[2]在我国人权发展取得长足进步的同时，我们也应当看到人权内涵随着时代发展的不断丰富。尤其伴随着维护国家安全领域公权力的不断扩张，人权保障如何共同推进是在维护国家安全过程中需要讨论和思考的问题。

历史上，我国曾有重视公权力忽视个人人权保障的传统。随着人权法治文明的进步，我国在 2004 年首次将“国家尊重和保障人权”原则性条款纳入宪法高度。后通过各类立法，人权保障都作为原则性条款纳入法律文本中。在 2015 年《国家安全法》的制定中也明确了人权保障原则，依法保护公民的权利和自由。2020 年《香港基本法》第 39 条规定：“《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会与文化权利的国际公约》和国际劳工公约适用于香港的过有关规定继续有效，通过香港特别行政区的法律予以实施。香港居民享有的权利和自由，除依法规定外不得限制，此种限制不得与本条第一款规定抵触。”

习近平总书记强调，时代在发展，人权在进步。中国坚持把人权的普遍性原则和当代实际相结合，走符合国情的人权发展道路，奉行以人民为中心的人权理念，把生存权、发展权作为首要的基本人权，协调增进全体人民的经济、政治、社会、文化、环境权利，努力维护社会公平正义，促进人的全面发展。[3]虽然我国在《中华人民共和国国家安全法》[4]和《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》[5]确立了人权保护原则，目前立法仍然处于原

---

[1] 参见习近平谈总体国家安全-中国法院网(chinacourt.org)https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/04/id/4952391.shtml，最后访问日期 2021 年 5 月 4 日。

[2] 参见习近平致“2015・北京人权论坛”的贺信_滚动_新闻_中国政府网 http://www.gov.cn/xinwen/2015-09/16/content_2932998.htm(www.gov.cn)，最后访问日期 2021 年 5 月 4 日。

[3] 参见中国法院网:《习近平致信纪念<世界人权宣言>发表 70 周年座谈会强调 坚持走符合国情的人权发展道路 促进人的全面发展》，https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/12/id/3603146.shtml，最后访问日期 2021 年 5 月 3 日。

[4] 以下简称“《国家安全法》”。

[5] 以下简称“《香港国安法》”。

则性规定，缺乏具体人权保障条款。而美国现代意义的国家安全法自 1947 年就设立了公民自由保护官职位，从立法上对公民权利有更具有实施效果的制度设计。“无救济则无权利”，对于强大的国家，个人在其中的人权保障处于天然劣势。2020 年经过新冠病毒疫情的考验，为了维护国家安全，各国都采取了一系列措施，对于公民权利有诸多限缩。对于因国家采取维护安全措施而遭受损失的公民，如何进行权利救济，在立法上存在诸多空白和欠缺。

习近平总书记强调，人权事业必须也只能按照各国国情和人民需求加以推进。发展中国家应该坚持人权的普遍性和特殊性相结合的原则，不断提高人权保障水平。国际社会应该本着公正、公平、开放、包容的精神，尊重并反映发展中国家人民的意愿。[6]我国在制度建设过程中需要更进一步地立足我国国情，吸取西方一些国家在立法中存在的经验教训。《香港国安法》第 4 条规定：“香港特别行政区维护国家安全应当尊重和保障人权，依法保护香港特别行政区居民根据《香港特别行政区基本法》和《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会与文化的国际公约》适用于香港的有关规定享有的包括言论、新闻、出版的自由，结社、集会、游行、示威的自由在内的权利和自由。”

为了维护国家安全，需要对公民权利进行一定程度上的限制。那么多大程度上进行限制？在维护国家安全和个人人权保障中找到平衡是需要进一步通过立法明确的。从 2015 年颁布的《国家安全法》到 2020 年颁布的《香港国家安全法》，个人人权保障经历了从原则性规定到列举式规定的发展。我们可以看到未来的发展趋势是个人人权保障的具体化和可诉性。如果在维护国家安全过程中对个人的权利存在限缩，如何救济权利？这个问题在现行国家安全法体系中尚未回答。

可以预见，在越来越重视国家安全建设的发展中，难免会遇到与个人人权保障与维护国家安全工作冲突的问题。如何预防性立法并构建良性沟通机制，是未来国家安全立法需要思考方向。

（二）各国国家安全立法体系中对人权保障的法治发展

国家安全法立法体系和职能部门各国都根据本国国情做出了具体的立法选择。在明确国家安全立法中，各国根据本国国情采取不同的原则性条款或者具体规则明确人权保障的立法模式，主要立法模式分为宪法框架下统一立法模式和分散立法模式。

宪法框架下的统一立法模式：

1. 美国

美国是世界上最重视国家安全立法的国家之一，也是最早专门就国家安全进行立法、国家安全法律体系最为完备的国家。在美国宪法所确立的宪政制度中与国家安全立法关系最直接的莫过于联邦主义和三权分立原则。[7]国家安全立法贯穿其整个历史，涵盖内容广泛。美国首创国安立法，为各国国安法立法建立了立法范式。同时美国通过各种单行法规的形式，不断丰富着国安法的内涵。美国在设立国家安全法时就考虑到了国家权力对个人人权可能存

[6] 参见中国青年网：《关于人权问题，习近平这样说》，http://news.youth.cn/sz/201712/t20171209_11126704.htm，最后访问日期 2021 年 5 月 3 日。

[7] 参见李竹：《国家安全立法研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 67-68 页。

在的侵犯。因此在 1947 年《国家安全法》中第 103D 节（《美国法典》第 50 编第 403-3d 节）设置公民自由保护官职位。并明确了公民自由保护官的职责。包括对公民自由和隐私都纳入到国家情报总监办公室和国家情报计划内。执行关于公民自由和隐私的指导方针。如果有投诉或者信息表明在国家情报总监办公室的项目和行动可能构成对公民自由和隐私的侵犯，公民自由保护官对此投诉或者信息进行审查和评估，如果必要，对此类投诉和信息具有调查权。通过技术在使用搜集披露个人信息时保护公民个人隐私。[8]随后，美国国家安全法体系不断发展扩大，尽管设置了个人对国家安全的诉讼机制，但由于信息不对称，导致了国家机关很容易绕过现行机制，为了达到维护国家安全目的，肆无忌惮地对公民权益进行侵犯。

以美国在维护国家安全立法涉及人权保障的条款为批判视角，以期对未来完善中国维护国家安全立法起到借鉴作用。

美国国家安全立法种类繁多，主要有三类：

第一类宪法规定。如根据美国《宪法》第 1 条规定，国会的国家安全权力主要是宣战权及一般防御情况下的权力或者其他战争权力。根据美国《宪法》第 2 条，总统的国家安全权力包括外交权、战争统帅权、紧急情况权力、行政特权。[9]

第二类是 1947 年制定的《国家安全法》及其修正案，属于宪法性法律，是美国其他类安全法的基础。这是美国关于国家安全的一部“纲领性”文件，其地位仅次于美国宪法，内容涉及国家安全情报、军事与国家安全资源等。1949 年 8 月通过了《国家安全法（修正案）》，后来又随着国内外环境的变化经过多次修正，并作过较大修改和补充。美国《1947 年国家安全法》是世界上第一部专门就国家安全问题制定的法律，其他国家制定国家安全法普遍比美国晚几十年。该法是一部确立美国国家安全机构的组织体制和规范各机构职权范围的法律，奠定了美国国家安全体制机制的法律基础。为了让美国安全体制能够应对苏联的挑战，1947 年 2 月 26 日，杜鲁门总统正式向国会提交《国家安全法》建议案，要求重组国家安全体系，成立国家安全委员会和中央情报局。

从 1798 年的《归化法》到 1947 年的《国家安全法》，从《国土安全法》到《外国投资与国家安全法》，美国国家安全立法不断发展、修订和完善。冷战结束以后，美国又进行国家安全教育立法、加强反间谍立法、反经济间谍立法等。“9・11”事件后，美国通过了 2002 年《国土安全法》、2007 年《外国投资与国家安全法》、2014 年《网络安全增强法案》和 2018 年《外国投资风险审查现代化法案》等，作为对美国国家安全法律体系的重要补充。

“9・11”事件后，美国政府加强了情报立法与军事立法等工作，尤其是在情报侦察方面加强立法，加大对恐怖主义的防范力度。美国又通过 1978 年的《外国情报侦察法》和 2001 年的《爱国者法案》（2015 年废止），以防止恐怖主义为目的，扩大了美国警察机关的权限，认定其有权搜索电话、电子邮件通讯、医疗、财务和其他种类的记录；加强了警察和移民管理单位对于拘留、驱逐涉嫌恐怖的相关人士的权力，进而延伸了恐怖主义的定义。在美国完

[8] 参见潘志高主编译：《美国情报立法汇编》，复旦大学出版社，2018 年版。

[9] 参见李竹、肖拥军主编《国家安全法学》，法律出版社，2019 年版，第 89 页。

善国家安全法体系的过程，即便加入了保护人权的制度设计，但在实际运行中，仍然存在架空公民权利的做法。“斯诺登事件”披露了美国政府的窃听丑闻，同时也暴露出在维护国家安全中存在的权力隐秘扩张，极易导致权力滥用，不受制约的问题。这需要在完善国家安全立法体系需要着重思考的立法方向。

2.俄罗斯

与美国安全法体系类似，俄罗斯形成了宪法框架下的多层次国家安全立法体系。俄罗斯在国家安全颁布的各项法律法规种类众多，总计 15 部联邦法律、200 多个总统命令、500 多个政府决议、16 个纲领性文件。[10]俄罗斯联邦形成了包括联邦宪法、联邦宪法性法律、总统令、政府规章，以及跨部门规章和部门规章等。其法律制度体系制度除了保护政治安全、军事安全、领土安全等传统安全外，还涵盖了信息安全、生态安全、资源安全、经济安全、文化安全、社会安全、科技安全、和安全、外层空间安全等非传统安全领域。[11]

（1）宪法中国家安全条款

1993 年经全民公决通过的《俄罗斯联邦宪法》是国家安全法律保障体系的核心，规范了俄罗斯国家安全的根本原则。俄罗斯宪法涉及国家安全的条款主要包括：

① 涉及国家安全客体条款，包括国家的宪法制度、主权、领土完整，社会的物质和精神财富，个人的权利、自由、健康等方面。如《俄罗斯联邦宪法》序言、第 1 条、第 2 条、第 4 条、第 13 条、第 71 条等。

② 涉及国家紧急（战争）状态的条款。如第 56 条、第 87 条、第 88 条、第 102 条。

③ 涉及公民维护国家安全义务的条款。

④ 涉及国家安全常设机关的条款。如第 83 条第 7 款明确规定俄罗斯两总统组织和领导俄联邦国家安全委员会，俄联邦国家安全委员会的地位由联邦法律决定。这一规定为俄联邦安全会议的设立和运行提供了基本法上的依据。[12]

（2）国家安全专门性立法

1987 年，苏联开始制定《国家安全法》和《国家安全委员会条例》。1991 年出台的《苏联国家安全机关法》，将苏联国家安全机关的组成、职权及工作人员的法律地位、社会保障、对国家安全活动的监督等问题法律化。苏联解体后，俄罗斯接管苏联的国家安全机关，继续推进国家安全法治化进程。俄罗斯效仿美国于 1992 年 3 月正式对外公布《俄罗斯联邦安全法》，2010 年 12 月出台新版《俄罗斯联邦安全法》。

相对 1992 年《俄罗斯联邦安全法》，2010 年《俄罗斯联邦安全法》相关规定更加完善：第三章第 16 条对联邦安全会议秘书进行了专门规定：“安全会秘书是执行安全会议承担的任务和职能的官员，直属总统领导，并受总统任命和罢免，其权力也由总统规定。”这一条款

[10] 参见李旭：《俄罗斯如何完善国家安全领域的法律政策》，载《人民论坛》2017 年第 3 期。

[11] 参见刘洪岩：《俄罗斯国家安全立法的体系化构建》，载《人民法治》2016 年第 8 期。

[12] 参见楚胜男：《俄联邦国家安全立法体系发展及其启示》，载《江苏大学学报》（社会科学版）2017 年第 2 期。

使联邦安全会议的实际操作性更强、地位更强，受总统控制更强。[13]

《2020 年前俄罗斯国家安全战略》对俄外交政策优先方向、军事力量发展以及经济能源安全等作出了规定。作为俄罗斯制定国内外政策的纲领性文件，国家安全战略调整的前提和依据是外部环境的改变及其对俄内政的影响。2015 年，俄罗斯总统普京签署《2020 年前俄罗斯联邦安全战略》，该战略每 5 年更新一次，是国家权力机构、各组织和社会团体为维护俄罗斯联邦国家利益，保障个人、社会和国家的安全开展建设性合作的基础。[14]俄罗斯在全面维护国家安全战略中，明确了公民对于维护国家安全的义务，同时对公民权利进行了明确，但对具体性和可诉性的公民公民权利规制仍有诸多缺位。

3.新加坡

新加坡建立了以《新加坡共和国宪法》为基础的国家安全法律制度体系。新加坡于 1985 年修订的《内部安全法》[15]是综合性国家安全法律，主要规定了进行预防性拘留、防止颠覆活动、镇压针对个人和财产的有组织的暴力行为，及与新加坡国内安全有关的其他事项。新加坡《内部安全法》是新加坡宪法中非常重要的一章，对于维护新加坡国家安全有着重要意义。从上世纪 40 年代末到 60 年代，《内部安全法》是镇压左翼势力的重要手段。上世纪 70 年代至 90 年代，《内部安全法》一直是新加坡政府的重要法治工具。进入 21 世纪，尤其是“9・11”事件发生后，《内部安全法》逐渐变成了打击恐怖主义活动的利器。[16]

新加坡《内部安全法》从英国殖民期间沿袭至今，由被赋予极大权力的新加坡国内安全情报组织国内安全局负责执法。由于新加坡的内部安全威胁源自于意识形态和种族挑衅行为，该法也可用来无限期拘留任何可能威胁种族和谐社会稳定的人。依据该法，政府有权逮捕任何涉嫌危害国家安全的人。新加坡《刑法典》第六章规定了有关危害国家的罪行及其处罚。除此之外的专门性国家安全立法主要有：《煽动法》[17]、《广播法》、《网际网路实物法则》、《官方机密法》、《维护宗教和谐法》[18]、《社团法》、《政治捐赠法》[19]、《公共秩序法》[20]、《网络安全法》[21]、《防止网络虚假信息和网络操作法》[22]等。新加坡作为一个开放的社会，网络普及化使新加坡会轻易地受到假信息的袭击，原来的电信法令已不足以打击蓄意散播虚假信息者。为此，新加坡国会于 2019 年审议通过《防止网络假信息和网络操纵法案》，以制止假

---

[13] 参见刘再起、魏玮：《<俄罗斯联邦安全法>的演进及国家安全体系改革趋势》，载《俄罗斯东欧中亚研究》2016 年第 6 期。

[14] 参见世界部分国家 有关国家安全法及相关罪刑简介-香港紫荆网(zijing.org)http://hk.zijing.org/2020/0602/819632.shtml，最后访问日期 2021 年 5 月 4 日。

[15] Internal Security Act.

[16] 参见美英德日等国，是如何推动国家安全立法的？|美国|法律|美国法典_新浪军事_新浪网，(sina.com.cn)https://mil.news.sina.com.cn/dgby/2020-06-30/doc-iirczymk9650266.shtml，最后访问日期 2021 年 5 月 6 日。

[17] Sedition Act.

[18] Maintenance of Religious Harmony Act.

[19] Polictical Donations Act.

[20] Public Order Act.

[21] Cyber Security Act 2018.

[22] Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act.

信息传播，尤其是应对外国势力对新加坡发起的恶意信息传播行为，切实维护政权安全和国家安全。[23]在维护国家安全上新加坡采取更为严厉的手段，对公民的权利进行限缩，尽管受到西方国家的批评，但在更加复杂的外部环境和反恐环境里，新加坡的严厉立法，可以看做是适应其本国维护国家安全的立法模式。

4.韩国

韩国于 1948 年制定了《国家保安法》。1980 年韩国将《国家保安法》和《反共法》合并颁布实施了现行的《国家保安法》，是规制国家安全的刑事法律。为了有效防护互联网发展对国家安全的威胁，韩国以总统令形式颁布了《国家互联网安全管理条例》。韩国《刑法》、《军事刑法》、《军事机密保护法》等法律对危害国家安全的行为进行打击和制裁。1980 年，将中央情报部更名为国家安全企划部，因此，修改后的《中央情报部法》也改称为《国家安全企划部法》。1981 年再次对《国家安全企划部法》进行修改。修改后的《国家安全企划部法》条文简约，内容全面，主要规定了韩国国家安全企划部的组织、职权以及有效进行国家安全工作的必要保障。[24]2017 年韩国政府审议通过了《国家网络安全法案》，推动成立总统下属国家网络安全委员会，提高应对网络攻击的能力。[25]对于个人人权保障的立法规定，在韩国国家安全立法体系仍然有限。

5.西班牙

《西班牙宪法》第 155 条明确了国家安全责任的权力来源：假如西班牙某自治区未能承当宪法或法令赋予它的责任，或其行为对国家整体利益形成严重损害，中央政府能够采纳全部必要手法，强制其遵守责任，维护国家整体利益。西班牙政府在 2017 年引用该条法律收回加泰罗尼亚区自治权。西班牙议会 2015 年通过《国家安全法》，多种原因促使政府制定该法律，其中包括近些年加泰罗尼亚地区独立闹剧愈演愈烈的挑战，政府需要用法律机制制止分裂活动。[26]西班牙政府动用法律机制制止分裂活动是一项行稳致远的举措，但对于在维护国家安全中如何保障人权规制的缺位是需要进一步完善的立法方向。

分散立法模式：

1.英国

国家安全相关法律可以追溯至 1351 年世颁布的《叛国法》，明确了英美法系中叛国罪的概念。除此之外危害国家安全罪的罪名分别规定在不同的法律中，例如 1795 年《叛国法》、1797 年《煽动叛变罪法》、1848 年《叛国重罪法》[27]。进入 21 世纪之后，英国相继颁布了

---

[23] 参见新加坡：维护国家安全高于一切 ，(sohu.com)https://www.sohu.com/a/407456049_120702，最后访问日期 2021 年 5 月 4 日。

[24] 参见李竹:《国家安全立法研究》http://www.law-lib.com/flsz/sz_view.asp?no=1399，最后访问日期 2021 年 4 月 6 日。

[25] 参见韩拟设国家网络安全委员会统筹应对网络攻击--韩国频道--人民网(people.com.cn)(people.com.cnhttp://korea.people.com.cn/n1/2016/1228/c407881-28982179.html)，最后访问日期 2021 年 5 月 6 日。

[26] 参见 http://www.xinhuanet.com/world/2020-06/23/c_1126149727.htm，最后访问日期 2021 年 4 月 8 日。

[27] Treason Felony Act

多部反恐法，形成了较为完备的反恐法体系。在 2001 年通过的《反恐和国家安全条例》中，其赋予了英国政府充足的权利。立法在不断完善和更新，而英国的国安情治系统也日渐强大和完善。英国法律体系影响了遍布全球的英联邦国家和地区，包括 1997 年前的香港。港英政府在香港成立的政治部，就是直属英国中情五处的情治机关，在整个英治时期发挥隐秘而重要的作用。

（1）英国《官方保密法》[28]制定于 1911 年，1920 年、1989 年进行了修订，重点缩小了国家秘密的范围，并将部分违法行为修改为内部处理。现行《官方保密法》规定的国家秘密有四类:涉及国家安全和情报的信息、涉及国防的信息、涉及国际关系和从外国或国际机构取得的保密信息、披露后可能引起犯罪或干扰正在进行调查的信息。 1989 年颁布《国家安全机构法》，首次将其情报机构的活动纳入法制范围。 “9．11”事件后，英国在 10 年内连出四部与反恐和国家安全相关的法律。[29]

在人权保障方面，为保护隐私，英国是唯一一个通过立法形式设立特殊程序将秘密情报向诉讼证据转化的欧洲国家。该制度包括秘密听证程序和特别律师两项核心内容，即在没有当事人及其代理人参加的秘密听证程序中，由获得安全准入的特别律师和法官对秘密情报进行审查和检验。[30]但这样的制度设计存在上诉人选择辩护人权利受限、侵犯上诉人知悉证据并对证据进行质证的权利、违背审判公开的原则并且特别律师挑战政府案件能力不足的问题。[31]如何在维护国家安全的同时，将保护人权的制度纳入到现行司法体系内，是一个系统性的建设。英国这样的制度设计显然并未解决人权保障的问题，反而产生了更多的新问题，这需要在立法中警惕和避免。

2.澳大利亚

澳大利亚拥有统一的《刑法典》，即《澳洲刑法典 1995》[32]。现行国家安全法并入《澳洲刑法典 1995》第五章，该章规定了针对联邦安全的犯罪，包括叛国、间谍、恐怖主义三类犯罪。[33]除此以外，国家安全法还包括《澳大利亚安全情报局法》[34]、《情报工作法》[35]、《国家评估署法》、《电信侦听法案》、《国家安全修正（间谍活动及外国干涉）法》[36]、《外国影响力透明化计划法》[37]。

---

[28] Official Secrets Act.

[29] 参见世界部分国家 有关国家安全法及相关罪刑简介-香港紫荆网(zijing.org)http://hk.zijing.org/2020/0602/819632.shtml，最后访问日期 2021 年 5 月 6 日。

[30] 参见吴常青、吴轩、李晨蕾等著：《国家安全法治化视域下情报监控规制研究》，金城出版社，2020 年版，第 188 页。

[31] 参见吴常青、吴轩、李晨蕾等著：《国家安全法治化视域下情报监控规制研究》，金城出版社，2020 年版，第 198-201 页。

[32] Criminal Code Act 1995.

[33] 参见李浩然、尹国华、王静：《国安法 廿三条 安全与自由？——国家安全法之立法及比较研究》，香港三联书店，2020 年版。

[34] Australian Security Intelligence Organisation Act 1979.

[35] Intelligence Service Act 2001.

[36] National Security Law Amendment （Espionage and Foreign Interference） Act.

[37] 参见 Foreign Influence Transparency Scheme Act 2018.

面对近年来的反恐形势，澳大利亚于 2015 年 3 月通过《2015 年电信（监听和调取）修正案（数据存留）》对《1979 年电信（监听和调取）法》进行修改，确立了较为系统的数据存留与调取制度，赋予特定国际机关强大的数据调取权力，但在全球范围相关立法以强化通信数据保护为趋势的时代背景下，该制度不可避免地受到批评质疑。[38]我国在构建国家安全相关制度时，需要避免澳大利亚在以通信数据收集秘密获取内容不具有权利干预性为前提假设，限缩公权力在运作时扩张性趋势，保护公民合法隐私权。

3.加拿大

受英国国家安全立法影响，加拿大国家安全法并未建立宪法框架下的统一立法模式，而是采取分散立法模式，国家安全法体系专门性立法主要包括：《国家安全法》[39]、《刑事法典》[40]、《资讯公开法》[41]、《安全航空旅行法》[42]及《加拿大选举法》[43]。加拿大安全情报服务部门是加拿大国家安全系统汇总情报的重要前沿机构。该机构负责调查可能威胁加拿大国家安全的犯罪活动。对减少针对加拿大国家安全的犯罪活动，亦可以根据相关法律法规采取相应措施。目的是通过情报和咨询意见建立一个安全繁荣的加拿大。[44]

加拿大魁北克省闹独立已有几十年历史。加拿大政府对此采取了司法诉讼和立法两个方面的举措。 2000 年 6 月议会通过《清晰法》，对一个省的“独立公投”作了种种限制：公投赞成独立的票简单多数不行，必须是绝对多数；公投文字是否清晰、赞成票是否占绝对多数，只有联邦议会有权决定；即使上述两个条件都具备，还必须举行联邦政府和所有省份都参加的谈判，有三分之二的省份同意方可独立。这使“独立公投”实际上根本不可能实现。[45]

在保护方面，基于反恐需求，加拿大议会 2015 年颁布的《反恐怖主义法》扩大了情报机构的权力却没有加强相关监督。[46]实际上仍然存在基于维护国家安全的需求而扩展权力，而非在制度设计时将公民人权纳入配套制度中一并规制，这需要在进一步制定实施细则时避免此类趋势。

4.德国

联邦德国曾多次尝试效仿美国进行国家安全方面的立法，并据此建立国家安全委员会，但并无专门《国家安全法》，其联邦安全委员会目前主要限于管制武器出口。按照德国现行

---

[38] 参见吴常青、吴轩、李晨蕾等著：《国家安全法治化视域下情报监控规制研究》，金城出版社，2020 年版，第 148 页。

[39] the National Security Act(2017).

[40] Criminal Code.

[41] Access to Information Act.

[42] Secure Air Travel Act.

[43] Canada Elections Act.

[44] 参见 https://www.canada.ca/en/security-intelligence-service.html，最后访问日期 2021 年 4 月 11 日。

[45] 参见有关国家安全法及相关罪刑简介-香港紫荆网，(zijing.org)http://hk.zijing.org/2020/0602/819632.shtml，最后访问日期 2021 年 5 月 4 日。

[46] 参见吴常青、吴轩、李晨蕾等著：《国家安全法治化视域下情报监控规制研究》，金城出版社，2020 年版，第 146 页。

《刑法典》规定，与我国“危害国家安全罪”概念相近的罪名是“危害国家保卫的犯罪”，主要分为：危害国家存在、危害国家安全与危害宪法原则三种犯罪行为（《德国刑法典》分则第 92 条第 3 款），并确立了多个具体罪名，分别规定在刑法分则的第一章“危害和平、叛乱和危害民主法治国家罪”和第二章“叛国罪和外患罪”中。其中，叛乱罪和危害民主法治罪（《德国刑法典》第 81 条至 91 条）属于危害国家内部安全的犯罪，叛国与外患罪（《德国刑法典》第 93 条至第 101a 条）属于危害国家外部安全的犯罪。[47]

与我国原则性规范个人人权保障的情况类似，德国 1968 年通过 G10 法规制联邦情报局跨境通信战略性监控行为，其立法基点在于维护基本法第 10 条所保障的德国公民或在德国境内居民的基本权利。[48]基于被监控人国籍和所在位置区分的制度设计引发了合宪性讨论。《公民权利和政治权利公约》第 17、26 条明确，隐私权为任何人的人权。即不需增加附加条件，而德国基于被监控人的国籍和所在位置的情报监控立法有违国际条约义务，同时在国内的合宪性也存疑。

我国《国家情报法》第 8、10、11、15 条对国家情报搜集中保障人权等有原则性规范，为进一步加强国家安全法治化水平，可以考虑借鉴德国在情报立法方面的做法，避免德国在法律运行过程中已经存在的问题。例如，在德国情报监控法中，G10 委员会和独立委员会是通信战略性监控最主要的监督制度设计，但监督实效受到诸多质疑。由于 G10 委员会非司法机关，其对监控申请的审查并非司法审查。情报监控申请数量大，G10 委员会审查时间和人员配置均不足，已配备人员缺乏与监控相关的技术知识。[49]在我国涉及国家情报法修改或者实施细则草拟时可以考虑在制度设计中避免设立欠缺司法独立性的情报委员会，作为监督部门。结合我国实际情况，在实施战略性监控部门的职权、申请、命令及审查对受到监控措施影响相对人的告知义务、对于受到监控措施影响的相对人的隐私权保护都需要进一步进行规制，防止在新的国家情报权力范畴中，在制度层面缺乏相应的制衡规制。

5.法国

法国至今并没有专门的国家安全法，但有相关白皮书。法国在萨科齐执政时期于 2008 年公布《国防与国家安全白皮书》，以总统任主席的法国国防与国家安全委员会依此成立，其主要职责是讨论国家安全决策方案、协调各部门的行动、保证安全决策的顺利实施。2015 年 11 月制定《加强国内安全和反恐怖法》，2017 年 10 月 31 日生效。2020 年出台引发争议的《整体安全法》日前已由法国国民议会通过，并将交由法国参议院审议。该法案第 24 条规定，禁止恶意传播警察和宪兵形象、泄露其面部特征和身份信息，违者将面临最高 1 年监

[47] 参见王世洲、郭自力、张美英主编：《危害国家安全罪研究》，中国检察出版社，2012 年版，146-184 页。

[48] 参见吴常青、吴轩、李晨蕾等著：《国家安全法治化视域下情报监控规制研究》，金城出版社，2020 年版，第 122 页。

[49] 参见吴常青、吴轩、李晨蕾等著：《国家安全法治化视域下情报监控规制研究》，金城出版社，2020 年版，第 126 页。

禁与 4.5 万欧元的罚款。[50]国家安全是安邦定国基石，各国都把维护本国国家安全视作头等大事。法国颁布《加强国内安全和反恐法》，是法国维护国家安全、长期反恐的重要举措。

2017 年 10 月 31 日，《加强国内安全和反恐法》生效。11 月 1 日，法国结束为加强反恐已实施近两年的国家紧急状态。《加强国内安全和反恐法》主要包括四方面内容。首先，各省省长在举办重大体育、文化活动时，为确保安全、防范恐袭，可批准设立警戒区；其次，对于传播极端思想的宗教场所，各省省长可批准将其关闭；再次，对于可能从事恐怖活动或者和恐怖分子密切联系的嫌疑人，相关部门可以对其采取行政控制或监视措施；最后，警方在获得司法部门批准后，可以搜查嫌疑人住所。[51]

法国参议院负责监督《加强国内安全和反恐法》执行小组今年 2 月发布报告指出，在法国长期面临恐怖主义威胁背景下，《加强国内安全和反恐法》颁布两年多来，得到“平衡的执行”，总体上符合立法者的精神，体现出应有的作用。[52]此外，该法案第 22 条等条款还鼓励广泛使用无人机与面部识别技术对大众进行监察，以防止恐怖主义，维护国家安全。这些内容也遭到法国内外人权相关组织的激烈指责。《整体安全法》第 24 条涉及警察工会，近年的“黄马甲”运动和劳工游行示威事件背后也有工会和行业组织的支持。为应对科西嘉岛的分裂问题，2001 年 12 月，法国宪法委员会在相关法案中删除了有关该岛自治的条文，以进一步确定科西嘉岛是法国不可分割的一部分。[53]维护国家安全与个人人权保障难以在国内得到有效平衡，是法国面临的现实棘手的问题。

6.日本

由于历史原因，日本国家安全法制建设有一定特殊性，没有专门制定国家安全法。但是，日本政府利用国内刑法、行政法体系中的多项相关法律，较有力地打击了邪教危害、暴力破坏和外国势力窃密等涉及国家安全的案件。

在处理国内安全问题上，日本虽然没有明确的“国家安全法”，但日本宪法中有 4 条涉及国民的基本权利和义务。其中，第 12 条规定：“本宪法所保障的国民的自由与权利，国民必须以不断的努力保持之，国民不得滥用此种自由与权利，而应负起不断地用以增进公共福利的责任”。第 13 条又规定：“全体国民都作为个人而受到尊重。对于谋求生存自由及幸福的国民权利，只要不违反公共福利，在立法及其他国政上都必须受到最大的尊重”。可见，宪法要求国民不得滥用自由与权利，并且有义务增进公共福利。

日本虽然没有一部独立的国家安全法，但通过对外军事同盟、对内利用刑法、行政法体

---

[50] 参见人民网：法国：《整体安全法》引发抗议 多个城市游行示威(people.com.cn)http://yn.people.com.cn/n2/2020/1210/c378441-34466169.html，最后访问日期 2021 年 5 月 3 日。

[51] 参见：综述：法国加强立法 维护国家安全推进长期反恐-国际-人民网(people.com.cn)http://world.people.com.cn/n1/2020/0627/c1002-31760373.html，最后访问日期 2021 年 5 月 3 日。

[52] 参见 https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/06/id/5321138.shtml，最后访问日期 2021 年 4 月 10 日。

[53] 参见世界部分国家 有关国家安全法及相关罪刑简介-香港紫荆网(zijing.org)http://hk.zijing.org/2020/0602/819632.shtml，最后访问日前 2021 年 5 月 4 日。

系中的多部具体法律基本覆盖了维护国家安全的所有领域，惩罚破坏行为，有效地维护国家安全、社会稳定和公共福利。[54]日本在 2013 年 11 月 27 日成立日本版的国家安全委员会——“国家安全保障会议”。这个机构一成立，立即通过了《国家安全保障战略》、《防卫计划大纲》、《中期防卫力量整备计划》三个文件。2014 年 1 月 7 日，日本政府宣布成立国家安全保障会议的执行机构国家安全保障局。[55]在人权保障方面，日本亦存在对公民权利保障规制欠缺的问题。

7.越南

越南相关国家安全立法体系主要包括：《国家安全法》、《反恐怖法》以及《刑事法》中的部分条款都为维护越南国家安全，反颠覆提供了法律保障。越南 2004 年颁布了《国家安全法》 、2013 年颁布了《反恐怖法》 ，1985 年、1999 年和 2015 年 3 次颁布《刑事法》，并在 2017 年作了进一步修改。对于危害国家及恐怖行为的细化量刑都具体体现在了《刑事法》中。

在 2017 年对《刑事法》所作进一步补充修改中，针对曾经发生的打砸抢事件，在暴乱罪中增加了“抢夺、破坏机关、组织、个人财产”的情形。同时，针对网络犯罪日益增加的情况，也将其纳入了恐怖罪中的相关条款。[56]越南在维护国家安全法律体系中，也存在人权保障规制的欠缺。

随着互联网深刻影响国家生活，各国都高度重视国家安全立法工作，在立足本国国情的基础上，建立和完善本国的国家安全法体系。中央立法机构在国家安全立法方面都具有决定性主导作用。国家安全立法是中央政府的权力和责任，也是国际通行实践。我国需要通过进一步的研究，完善国家安全立法体系和国家安全职能机构运行模式，实现维护国家安全和人权保障的平衡发展。

（三）国际人权公约与国家安全法中人权保障的关系

国际人权公约在国家安全法中的地位，各国态度各不相同。我国对于国际人权公约在国内的地位没有明确规定。在《香港国安法》明确了尊重和保障人权的原则性规定，并对《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会与文化权利的国际公约》采取了直接在总则第四条明确地位的做法：依法保护香港特别行政区居民根据香港特别行政区基本法和《公民权利和政治权利公约》、《经济、社会与文化权利的公约》适用于香港的有关规定享有的包括言论、新闻、出版的自由，结社、集会、游行、示威的自由在内的权利和自由。

在内地《国家安全法》中并未明确《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会与文化国际公约》的地位，在第七条做了原则性规定“尊重和保障人权，依法保护公民的权利和

---

[54] 参见 http://mil.news.sina.com.cn/dgby/2020-06-30/doc-iirczymk9650266.shtml，最后访问日期 2021 年 4 月 10 日。

[55] 参见世界部分国家 有关国家安全法及相关罪刑简介-香港紫荆网 (zijing.org)http://hk.zijing.org/2020/0602/819632.shtml，最后访问日前 2021 年 5 月 4 日。

[56] 参见 http://mil.news.sina.com.cn/dgby/2020-06-30/doc-iirczymk9650266.shtml，最后访问日期 2021 年 4 月 10 日。

自由”。其中的“依法”理解为国内法，在我国司法实践中，没有依据国际人权公约进行判决的习惯。虽然有学者提出立法建议，在宪法中明确条约与国内法的关系[57]，但目前宪法修正案对此项立法建议并未采纳。实践中主要是通过参照国际人权条约完善国内人权法律体系的做法。例如2021年3月起施行的《刑法修正案（十一）》中增加了侵犯公民受教育权的罪名，弥补了宪法中公民受教育权的不可诉性的漏洞：“盗用、冒用他人身份，顶替他人取得的高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。组织、指使他人实施前款行为的，依照前款的规定从重处罚。”尽管距离国际人权法公约的要求还有较大差距，但可以看到立法回应了社会关切，在紧迫的问题上进行了刑事立法。有学者建议出台专门的《人权保障法》，以公民的基本权利为重点，以宪法和法律保障的特殊主体享有的宪法和法律权利为补充的人权法律保障体系，从而使我国国内法建立人权保障体系适应国际人权公约要求。[58]

在实际立法中，由于我国立法传统并无将国际公约通过专门立法的形式转化为国内法，而是将国际人权公约中符合中国实际的要求，分散在各个部门法中进行规定，我们需要思考方向恐怕需要结合部门法的事细则进行讨论。通过《人权保障法》这样的方式转化国际人权法公约不符合我国实际情况。2021年1月开始施行的《中华人民共和国民法典》[59]对公民个人权利进行了全面的修改和完善。这对于我国立法产生了深远影响。对于公民权利保障也有了全新的立法模式。这是我国人权保障上的重要进步。但是也应看到，《民法典》调整的是民事法律主体之间的关系，不调整国家和公民之间的关系。如果在维护国家安全中，公民权利受到了损害，如何提起损害赔偿请求是未来立法中需要思考的问题。

二、维护国家安全与人权保障关系中存在的问题

（一）维护国家安全对人权保障中公民积极权利存在的问题

习近平总书记指出，健全国家安全体系，加强国家安全法治保障，提高防范和抵御安全风险能力。严密防范和坚决打击各种渗透颠覆破坏活动、暴力恐怖活动、民族分裂活动、宗教极端活动。加强国家安全教育，增强全党全国人民国家安全意识，推动全社会形成维护国家安全的强大合力。[60]维护国家安全和对人权保障是互相作用的矛盾统一体。一方面，公民的权利只有在充分安全的国家外部环境和治理体系中得以实现。另一方面，在维护国家安全过程中，需要避免不必要的扩张和限缩公民权利的情况，如果出现，如何对公民权利进行救济，需要在立法、执法、司法过程中进行完善和思索。

习近平总书记强调，要坚持国家安全一切为了人民、一切依靠人民，动员全党全社会共

---

[57] 参见戴瑞君著：《国际人权条约的国内适用研究：全球视野》，社会科学文献出版社，2013年版，第290-291页。

[58] 参见莫纪宏：《<中华人民共和国人权保障法>立法说明、专家建议稿及立法释义》，载莫纪宏主编《人权保障法与中国》，法律出版社，2008年版，第359-453页。

[59] 以下简称《民法典》。

[60] 参见习近平谈总体国家安全-中国法院网(chinacourt.org)https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/04/id/4952391.shtml，最后访问日期2021年5月4日。

同努力，汇聚起维护国家安全的强大力量，夯实国家安全的社会基础，防范化解各类安全风险，不断提高人民群众的安全感、幸福感。[61]我国面临的国家安全问题呈现一些新的特点，需要通过不断完善法治体系健全社会运作机制。在全面维护国家安全的基础上，增加保护人权的配套规制。实现维护国家安全和人权保障的良性互动。

在我国国家安全立法发展中，维护国家安全和人权保障在立法中保持着一定的平衡关系。尽管我国在《国家安全法》第 83 条规定了“在国家安全工作中，需要采取限制公民权利和自由的特别措施时，应当依法进行，并以维护国家安全的需要为限度。”但遗憾的是，对于国家安全的维护内容远远多于人权保障的规定。具体的维护国家安全限度规制细则暂未明确。在历史上，假借国家意志的名义，行限缩人权之实的情况时有发生。需要在立法中和司法实践中对人权保障进行明确的列举和保障程序性权利的救济途径。

1.公民权利与政治权利

（1）生命权

在国家维护国家安全时，也应当保障公民的生命权。《公民权利和政治权利国际公约》第 6 条规定：人人固有生命权。此项权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。这意味着生命权是甚至当威胁到国家生命的紧急状态存在时，也决不允许克减的最重要权利。[62]生命权是公民一切权利的生命载体，即便是基于维护国家安全的要求，国家机关也需要把维护公民生命权作为积极义务。在警察维护国家时，如使用警械需要遵守严格的规定，不得超越必要限度。同时，慎用死刑，非经法定程序不得剥夺公民生命。

（2）人身自由和安全权

《公民权利和政治权利国际公约》第 12 条第 3 款规定：“上列权利不得限制，但法律所规定、保护国家安全、公共秩序、公共卫生或风化，或他人权利与自由所必要，且与此公约所确认其他权利不抵触之限制，不在此列”。根据《香港基本法》第 39 条，该条规定继续有效，通过香港特别行政区的法律予以实施。第 39 条第 2 款规定“香港居民享有的权利和自由，除依法规定外不得限制，此种限制不得与本条规定第一款规定抵触。”基于此，维护国家安全是限制香港居民自由的正当法定事由。享有自由的现实基础是和平稳定的外部环境。

（3）隐私权

我国《民法典》1032 条明确了公民享有的隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。而为了维护国家安全，个人信息被收集和使用，公民是否有提出救济的请求权？在我国现行国家安全法体系下，隐私权并未被纳入其中进行列举。同时，并未确立相关沟通、申诉、可诉性机制维护公民隐私权。

通过研究美国国家安全法法律体系的发展，可以发现如果对于维护国家安全的边界不加

---

[61] 参见习近平谈总体国家安全-中国法院网(chinacourt.org)https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/04/id/4952391.shtml，最后访问日期 2021 年 5 月 4 日。

[62] 参见白桂梅主编：《人权法学（第二版）》，北京大学出版社，2015 年版。

限制，那么个人人权保障将处于一种不断被侵犯的状态。“9·11”恐怖袭击事件之后，美国情报部门不加区分收集数百万美国公民的电话元数据，不论受监控者是否有不法行为的嫌疑。号称“民主国家”的美国事实上已经成为“监控国家”。

针对美国一些个人和团体提出的大规模电话元数据监控的合宪性问题，美国联邦法院和国会回应。最终，美国联邦国会通过《自由法案》禁止情报部门根据《爱国者法案》第 215 条进行大规模电话元数据监控，但该法案的通过并未终结争议。[63]尽管在立法过程中的制度设计并未避免个人隐私和自由的侵犯，但美国仍然通过不断立法的修正和完善，实现维护国家安全和个人人权保障的平衡。例如，1966 年颁布的《信息自由法》[64]1967 年 7 月 4 日生效，明确规定了公民访问联邦行政部门信息的法定权利。[65]司法部信息和隐私办公室网站提供了司法部《<信息自由法>指南和<隐私法>概述》[66]、《<信息自由法>更新（1979-2000）》[67]、《<信息自由法>邮报》[68]等出版物。这些出版物提供了 FOIA 活动和相关诉讼信息。对于公民监督和了解国家安全机对于可用于公开的法律、政策和报告。[69]

在美国 1947 年《国家安全法》中，第 103D 节（《美国法典》第 50 编第 403-3d 节）设置公民自由保护官职位。并明确了公民自由保护官的职责。包括对公民自由和隐私都纳入到国家情报总监办公室和国家情报计划内。执行关于公民自由和隐私的指导方针。如果有投诉或者信息表明在国家情报总监办公室的项目和行动可能构成对公民自由和隐私的侵犯，公民自由保护官对此投诉或者信息进行审查和评估，如果必要，对此类投诉和信息具有调查权。通过技术在使用搜集披露个人信息时保护公民个人隐私。[70]在立法之初，明确设置公民自由保护官职位，目的在于帮助纠正在维护国家安全过程中可能存在的侵犯公民自由和隐私的情形。但这样的保护也存在明显的问题，也就是仅仅通过国家安全机构内部的这种规制，对于公民自由和隐私的保护显然有限。并且由于信息的不对称，公民自由保护官的自由裁量权很容易倾向于限缩公民自由和隐私以达到收集情报完成上级交办任务，而侵犯公民合法权益的情况依然会发生。

为保障宪法赋予公民权利不被情报部门以维护国家安全之名加以不当干预，美国 1978 年颁布的《涉外情报监控法》建立了涉外情报监控法院制度，通过引入司法审查机制防止政府部门滥用情报监控权。然而立法对作为秘密监控审批者的涉外情报监控法院的制度安排，令人怀疑其是否能够担负起情报部门滥用职权、保护公民宪法权利的重任。特别是“9·11”恐怖袭击事件后，美国联邦国会相继颁布《爱国者法案》、《保护美国法》及《涉外情报监控

---

[63] 参见吴常青、吴轩、李晨蕾等著：《国家安全法治化视域下情报监控规制研究》，金城出版社，2020 年版。

[64] Freedom of Information Act.

[65] 参见 U.S. Department of Justice,Freedom of Information Act Guide and Privacy Act Overview(Washington,D.C.:Government Printing Office,2002),5.

[66] Freedom of Information Act Guide and Privacy Act Overview.

[67] FOIA Update,1979-2000.

[68] FOIA Post,2001-Present.

[69] 参见 https://www.justice.gov/oip/oip-foia，最后访问日期 2021 年 4 月 21 日。

[70] 参见潘志高主编译：《美国情报立法汇编》，复旦大学出版社，2018 年版。

法修正案》对《涉外情报监控法》进行修改，使涉外情报监控法院不断行政部门化。[71]

公民在维护国家安全过程中在何种情形下保护其隐私权。如果隐私权受到了侵犯，如何进行救济，这些都是我国现行国家安全法体系未做规定的问题。

根据 2002 年《国土安全法》第 3 分章第 221 节信息共享程序的规定，部长依照本章规定建立共享信息的使用程序，应当限制信息二次传播至未经授权目的上；确保信息安全秘密；确保作为此信息对象的个人的宪法和成文法权利；通过及时移除或销毁过时或错误的名字保证信息完整性。第 222 节规定了隐私官员的要求，部长任命部内一名高级官员承担隐私政策和责任，包括通过技术在尊重个人权利保护隐私的情况下，支持个人信息使用、收集或公开；确保隐私法案记录系统中个人信息安全按照《1974 年隐私法》规定的公正信息办法处理；评估联邦政府有关个人信息的收集、使用和公开的立法，对规则制定提出建议。开展对国土安全部拟定的规则对隐私的影响进行评估。

虽然美国通过立法进行了规制。但在国家安全法运行过程中，仍然有规避法规，借维护国家安全之名，行侵犯公民个人权益之实的做法。并且，由于信息的不对称，国家安全机构往往是强势和掌握更多信息的部门，而公民个人在掌握信息和力量方面，都无法与强大庞杂的国家机关相抗衡。美国在国家安全法立法之初就有意识地将公民自由权利纳入体系，但随着维护国家安全内容的不断扩张，尤其是网络信息时代的来到，在维护国家安全过程中，公民个人隐私权的保护依然处于弱势地位。明确在维护国家安全中，公民隐私权的保护问题是未来在立法中需要思考的问题。

（4）选举、担任公职和参与决策的权利

《公民权利和政治权利公约》第 19 条明确了“人人有自由发表意见的权利；此项权利包括寻求、接受和传递各种消息和思想的自由，而不论国界，也不论口头的、书写的、印刷的、采取艺术形式的或通过他所选择的任何其他媒介。”但是在第三款也明确了限制性条件即“本条第 2 款所规定的权利的行使带有他的义务和责任，因此得受某些限制，但这些限制只应由法律规定并为下列条件所必需：（甲）尊重他人的权利或名誉；（乙）保障国家安全或公共秩序，或公共卫生或道德。”在国内“转化”此项权利的过程中，我国主要通过确立了“一国两制”原则。在颁布《香港国安法》后 2021 年 3 月通过《完善香港选举制度的决定》，明确了“爱国者治港”的要求。同时保障了公民选举、担任公职和参与决策的权利。

（5）知情权

《香港国安法》第 41 条第 4 款规定，香港特别行政区管辖危害国家安全犯罪案件，“审判应当公开进行。因为涉及国家秘密、公共秩序等情形不宜公开审理的，禁止新闻界和公众旁听全部或者一部分审理程序，但判决结果应当一律公开宣布”。那么对于香港特别行政区法院公开审理的危害国家安全罪案件，香港公民和新闻媒体有旁听和报道的权利。

除了在审判危害国家安全罪被告人的过程公众具有知情权。实际上，国家安全的内涵是

[71] 参见吴常青、吴轩、李晨蕾等著：《国家安全法治化视域下情报监控规制研究》，金城出版社，2020 年版。

丰富和庞大的。而公众参与其中的范围极其有限。如果在不违背维护国家安全要求的情况下，允许公众了解国家安全的信息，对于加强整个社会公众参与国家安全建设都具有重要意义。

尽管美国有相对完善的国家安全法治体系，公民可以通过申请付费的形式去了解国家安全的一些信息。司法部也每年发布《提交给国会的<外国情报监视法>年度报告》，这种公民和国家安全事务的互动形式，提高了公民参与国家安全事务的热情和积极性。同时，也有利于国家安全部门及时了解公众意愿和关切，更有利于维护国家安全。

事实上，根据美国国家安全体系，斯诺登有权利向国会情报委员会提出意见，但他选择将窃取的文件交给媒体，又先后逃亡中国香港和俄罗斯。斯诺登的泄密行为让世界看到为了维护美国国家安全，其侵犯的个人隐私不仅限于美国公民，同时可能涉及各国公民。而斯诺登的泄密做法，一定程度上是对政府隐藏大量信息导致公民无法对国家安全事务有准确的判断。大量的保密做法冠以“国家安全”之名，目的是把公众和议员阻拦在决策进程之外，确保政府垄断国家安全的决策权力。行政部门发明了让开立法和公众对于外交政策监督的方法。[72]

这样滥用保密权导致公众对于国家安全事务参与感的降低，以及对于自身知情权的丧失，如果再缺乏有效的公众与国家安全机构的沟通渠道，可能会导致维护国家安全目的不能形成社会共识。出现像斯诺登这样的事件，实际上也是美国国家安全立法本身的缺陷的一个反映。尽管 1998 年国会通过了《情报界吹哨人保护法案》[73],目的是使情报界内部人员更好地表达疑虑。即使吹哨人有最好的意愿，也对此法案采取谨慎态度。因为该法案要求吹哨人经情报机构内部渠道反映情况，这会使他们的前途受损。[74]

公众对于国家安全事务的参与程度事实上有助于维护国家安全，而非是国家安全的阻碍。如何在维护国家安全和民众知情权中寻找到合适的沟通路径，是未来国家安全立法需要考虑的重点。目前《香港国安法》仅就可以公开审判的危害国家安全罪庭审部分纳入到公民知情权范围。那么，是否可以扩大公民关于国家安全事务的知情权范围，增强公民参与国家安全事务治理与决策，是立法者可以思考的思路。

（6）监督权

《国家安全法》第 82 条规定“公民和组织对国家安全工作有向国家机关提出批评建议的权利，对国家机关及其工作人员在国家安全工作中的违法失职行为有提出申诉、控告和检举的权利。”《香港国安法》第 50 条规定，“驻港国安公署应当严格依法履行职责，依法接受监督，不得侵害任何个人和组织的合法权益。对驻港国安公署的监督权归属香港公民和公众舆论。”监督权的行使方式和途径进一步明确。尤其是公众舆论如何通过的渠道能高效便捷地传达给国家安全机关及驻港国安公署，需要进一步细化规定和讨论。

（7）获得公正审判权

根据《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条的规定，公正审判权的保障原则包括司

---

[72] 参见[美]洛克·约翰逊（Loch K. Johnson）著，李岩 译：《国家安全情报》，金城出版社，2020 年版。

[73] Intelligence Community Whistleblower Protection Act.

[74] 参见[美]洛克·约翰逊（Loch K. Johnson）著，李岩 译：《国家安全情报》，金城出版社，2020 年版。

法独立原则、法庭前的平等原则、无罪推定原则、罪刑法定原则、程序保障原则、禁止双重危险原则、禁止自我归罪原则、公正和公开审讯等一系列保障被告权利的程序性和实体性原则。其中涉及法庭前的平等权利、获得公正和改审讯的权利、被告知指控的权利、不被无故拖延地受审的权利、辩护的权利、获得译员免费援助的权利、上诉的权利、误审获得赔偿的权利等。[75]

根据《香港国安法》第 5 条第 2 款规定，保障犯罪嫌疑人、被告人何其他诉讼参与人依法享有的辩护权和其他诉讼权利。《香港国安法》第 58 条规定，根据本法第 55 条规定管辖案件时，犯罪嫌疑人自被驻港国安公署第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托律师作为辩护人。辩护律师可以依法为犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助。犯罪嫌疑人、被告人被合法拘捕后，享有尽早接受司法机关公正审判的权利。这一规定，进一步明确了犯罪嫌疑人享有辩护权、获得法律帮助权、尽早接受审判权。

（8）获得赔偿权

根据《香港国安法第 43 条实施细则》附表 3《关于冻结、限制、没收及充公财产的细则》第 14 条规定，如果对任何人就危害国家安全罪行展开侦查之后，出现没有对该人提起法律程序、对该人提起法律程序但结果并无就任何危害国家安全罪行将该人定罪的情况时，则原讼法庭如在考虑整体情况后认为适宜，可应曾持有可变现财产的人(或在该人已死亡的情况下，其遗产代理人)的申请，命令特区政府对申请人作出赔偿。此项权利可视为在维护国家安全过程中，出现错误，对于当事人的赔偿和救济制度。在制度上与内地《国家赔偿法》的立法设计有相通之处，可以作为一项立法思路，进一步细化适用范围和情形。

2.经济、社会和文化权利

与公民权利和政治权利相比，经济、社会和文化权利性对较为薄弱。相对于在公民权利和政治权利在维护国家安全中，国家的消极义务，即在适当限度内不干涉，不阻碍公民权利的行使。维护好公民的经济、社会和文化权利，是国家的积极义务。

国家安全不仅事关上层建筑，每一位公民的积极参与也是筑牢国家安全长城的重要环节。随着网络科技的发达，在事实上对国家的保密工作等涉及国家安全的事务提出了更高的要求。国家安全受到威胁，可能是公民的法治意识淡薄，被境外敌对势力利用，输送涉密情报，直到身陷囹圄才幡然醒悟。维护好公民经济、社会、文化权利的过程，也是维护国家安全与公民个人人权统一的方面。

（1）工作权

维护国家安全，建立良好稳定的社会秩序安全环境，对于保护公民工作权具有重要意义。公民的安居乐业，对于国家的稳定和长期发展也具有重要意义。通过建立全面健全的发展上升环境，公民通过参与国家事务，保障个人终身发展基础，建立对国家的归属感和荣誉感，积极投入到对维护国家安全的事务中。面对可能威胁国家安全的事项及时与国家安全部门联系上报线索，形成国家和公民的良性互动。这对于国家安全水平和公民素质都是一种提

[75] 参见白桂梅主编：《人权法学（第二版）》，北京大学出版社，2015 年版，第 113 页。

升和保障。

（2）基本生活水准与社会保障的权利

维护国家安全的各项措施应当保障好公民的基本生活水准，做好社会保障。一个国家的文明发达程度往往体现在对社会弱势群体的保障和救济途径。我国通过脱贫攻坚国家战略，消除了绝对贫困。不仅建立了日趋完善的社会保障体系，对弱势群体的救助体系也是质的飞跃。公民生活有基本保障，对于国家的认同感和获得感的增强，对于维护国家安全具有重要意义。

（3）健康权

公民的健康权事关公民生活质量。国家只有稳定和团结，才有更好的财政税收为公民的个人健康提供更好的社会福利体系。而公民享有健康权才能够更好地在社会中实现自我价值，创造社会财富，丰富社会的税收，与维护国家安全的目标互相良性互动。而如果国家动荡，对于公民的健康福利体系无从保障，公民反过来对于国家社会贡献也会降低，形成消极互动。这需要国际在福利体系构件上思考在前，调动国家和公民的积极互动。

（4）受教育权

在维护国家安全过程中，建立良好稳定的社会关系和环境，切实保障公民的受教育权。《经济、社会和文化权利国际公约》第 13 号一般性意见对于所有种类和阶段教育应具备的条件归纳为充足性（Availability）[76]、可取得性(Accessibility)[77]、可接受性(Acceptability)[78]与适应性(Adaptability)[79]，需要国家给予公民以充分的条件以达到公民享有受教育权利的目的。

《经济、社会与文化权利国际公约》第 13 号一般性意见[80]表达了受教育权与发展权的一致性：“教育本身是人权的一种，同时也是实现其他人权的手段。[81]”公民受到良好的国民教育和国家安全教育才能更好地参与国家公共安全事务中。在受教育权中，现在更加细化到了公民的维护国家安全的范畴。目前，维护国家安全不仅只有国家安全机关参与，还需要全体公民人人都了解国际安全法的规范，更加积极主动地协助国家安全机关共同完成维护国家安全的责任。“教育是对处于经济或社会边陲的成人及儿童，以及脱离贫穷并充分参与社会的主要工具。教育能使妇女、儿童免于被利用从事危险劳动以及性压榨，并在促进人权与民主、保护环境、及控制人口成长等方面扮演着重要角色。教育被认为是国家最好的投资之一。[82]”目前我国将 2015 年颁布《国家安全法》后的 4 月 15 日设立为“国家安全教育日”，这是公民受教育权的延伸，对于在全社会营造维护国家安全的气氛都起到重要作用。国家安

---

[76] UNCESCR, ‘General Comment No.13’(note5)para 6.

[77] UNCESCR, ‘General Comment No.13’(note5)para 6.

[78] UNCESCR, ‘General Comment No.13’(note5)para 6.

[79] UNCESCR, ‘General Comment No.13’(note5)para 6.

[80] UNCESCR, ‘General Comment No.13:The Right to Education（Art 13 of the Covenant）’(8 December 1999)U.N. Doc.E/C.12/1999/10.

[81] UNCESCR, ‘General Comment No.13:The Right to Education（Art 13 of the Covenant）’(8 December 1999)U.N. Doc.E/C.12/1999/10 para.1.

[82] UNCESCR, ‘General Comment No.13:The Right to Education（Art 13 of the Covenant）’(8 December 1999)U.N. Doc.E/C.12/1999/10 para.1.

全需要全民参与才有更强大的人民基础和生命力。而对于国家安全的理解，需要对公民进行教育，才能进一步增进公民参与国家安全建设的积极性。

（二）维护国家安全对人权保障中公民克减权利存在的障碍

在我国加入国际人权法公约中，对于一些不符合我国实际情况的条款进行了保留。在维护国家安全过程中，需要考虑不同国情，而非一刀切地进行适用。我国对待条约的效力在实践中的做法接近“二元论”，但也并非“二元论”。即我国加入的条约不能直接适用援引，而需要通过国内立法的形式，将条约内容转化为国内法。在如下权利中，我国出于维护国家安全的需要，进行了保留，并对公民权利进行了合理合法的限缩。这些限缩对维护国家安全，社会稳定长治久安具有重要意义。

1.民族自决权

《公民权利和政治权利公约》第一条规定了民族自决权：“所有人民都有自决权。他们凭这种权利自由决定他们的政治地位，并自由谋求他们的经济、社会和文化的发展。”民族自决权是一项集体人权，而非个人人权，最初的设定目的是顺应反殖民主义民族解放运动。在不受任何其他权利的强迫或者干涉的情况下，完全按照自己的意志选择某种形式决定其国际地位。从实践看，被殖民地国家和人民为反抗镇压和阻挠，采取了武力的方式，是自决权的引申，一般具备合法性。[83]

针对此项人权，应该仅限于被被压迫殖民地人民，而不适用现代国家民族。尤其是要警惕西方反华势力与“疆独”、“藏独”分子里应外合利用民族自决权煽动国家分裂的思潮。在《香港国安法》第二十条分裂国家罪有明确规定。任何人组织、策划、实施或者参与实施以下旨在分裂国家、破坏国家统一行为之一的，不论是否使用武力或者以武力相威胁，即属犯罪：（一）将香港特别行政区或者中华人民共和国其他任何部分从中华人民共和国分离出去；（二）非法改变香港特别行政区或者中华人民共和国其他任何部分的法律地位；（三）将香港特别行政区或者中华人民共和国其他任何部分转归外国统治。三种限定形式的方式，对分裂国家犯罪明确了抽象危险犯的犯罪形态。

2.迁徙自由权

《公民权利和政治权利公约》第 12 条规定：一、合法处在一国领土的每一个人在该领土有权享受迁徙自由和选择住所的自由。二、人人有自由离开任何国家，包括其本国在内。三、上述权利，除法律所规定并为保护国家安全、公共秩序、公共卫生或道德、或他人的权利和自由所必需且本公约所承认的其他权利不抵触的限制外，应不受任何其他限制。四、任何人进入其本国权利，不得任意加以剥夺。为了维护国家安全，对于公民迁徙自由权可以加以克减。但这样的克减需要严格限制。

我国历史上有过迁徙自由的宪法规定。最早承认迁徙自由是 1912 年《中华民国临时约法》。新中国《中国人民政治协商会议共同纲领》和 1954 年宪法都承认和保障公民的迁徙自

[83] 参见白桂梅：《国际法上的自决与禁止使用武力》，载北京市法学会国际法学研究会编《国际法学论丛》，当代世界出版社，1999 年版，第 145-160 页。

由。但 1975 年宪法取消迁徙自由权。1978 年和 1982 年宪法都没有对公民的迁徙自由权规定。[84]我国出于对国家安全管理的要求，对于公民的迁徙自由权进行限制。基于维护国家安全的需要，可以在一定限度内对公民的迁徙自由权进行克减，但是彻底回避迁徙自由权的宪法规定，对于公民自我实现价值的限制有待发展和商榷。在国家对于制度建设时机成熟，可以考虑将迁徙自由权写入宪法。

2013 年 7 月施行的《中华人民共和国出境入境管理法》第 12 条第 5 款规定：可能危害国家安全和利益，国务院有关主管部门决定不准出境的。实际上就是基于对维护国家安全的考虑，对公民迁徙自由的限制。除此之外另外 5 款也对限制公民迁徙自由权进行了限制。那么除了这些基于维护国家安全需要的消极限制性要求以外，公民的迁徙自由权有必要重新纳入宪法，推动人权保障进步走向新阶段。

3.言论、结社、集会、游行、示威自由权

2001 年 2 月 28 日，第九届全国人大常委会第 20 次会议批准了《经济、社会和文化权利国际公约》。对公约第 8 条第 1 款（甲）项关于组织和参加工会的权利作了解释性声明：中国政府“将根据《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国工会法》和《中华人民共和国劳动法》等法律的有关规定办理。”[85]

《公民权利和政治权利公约》第 19 条规定：一、人人有权持有主张，不受干涉。二、人人有自由发表意见的权利；此项权利包括寻求、接受和传递各种消息和思想的自由，而不论国界，也不论口头的、书写的、印刷的、采取艺术形式的、或通过他所选择的任何其他媒介。三、本条第二款所规定的行使带有特殊的义务和责任，因此得受某些限制，但这些限制只应由法律规定并为下列条件所必需：（甲）尊重他人的权利或名誉；（乙）保障国家安全或公共秩序，或公共卫生或道德。

在第 20 条规定了言论自由的例外情况，即禁止鼓吹战争和仇恨：一、任何鼓吹战争的宣传，应以法律加以禁止。二、任何鼓吹民族、种族或宗教仇恨的主张，构成煽动歧视、敌视或强暴者，应以法律加以禁止。

第 21 条规定：和平集会的权利应被承认。对此项权利的行使不得加以限制，除去按照法律以及在民主社会中为维护国家安全或公共安全、公共秩序，保护公共卫生或道德或他人权利和自由的需要而加的限制。

第 22 条规定：一、人人享有与他人结社的自由，包括组织和参加工会以保护他的权益的权利。二、此项权利的行使不得加以限制。除去法律所规定的限制以及在民主社会中为维护国家安全或公共安全、公共秩序，保护公共卫生或道德，或他人的权利和自由所必需的限制。本条不应禁止对军队或警察成员的行使此项权利加以合法的限制。

---

[84] 参见朱晓青、刘华文著：《<公民权利和政治权利国际公约>及其实施机制》，社会科学文献出版社，2019 年版，第 50 页。

[85] 参见全国人民代表大会常务委员会关于批准《经济、社会及文化权利国际公约》的决定_2001 年第 12 号国务院公报_中国政府网 (www.gov.cn)，http://www.gov.cn/gongbao/content/2001/content_60701.htm，最后访问日期 2021 年 5 月 6 日。

我国 1982 年《宪法》第 35 条规定“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”要求公民在行使集会自由时“不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”

2016 年 2 月《社会团体登记管理条例》第四条规定了限制性条款：社会团体必须遵守宪法、法律、法规和国家政策，不得反对宪法确定的基本原则，不得危害国家的统一、安全和民族的团结，不得损害国家利益、社会公共利益以及其他组织和公民的合法权益，不得违背社会道德风尚。

综上，公民在法律规定的范围内享有言论、结社、集会、游行、示威自由权，但基于维护国家安全需要，此项自由权应当克减，并通过宪法、法律法规进行具体克减情形的规制和明确。

4.宗教自由权

《公民权利和政治权利国际公约》第 18 条规定：一、人人享有思想、良心和宗教自由。此项权利包括维持或改变他的宗教或信仰的自由，以及单独或集体、公开或秘密地以礼拜、戒律、实践和教义来表明他的宗教或信仰的自由。二、任何人不得遭受足以损害他维持或者改变他的宗教或信仰自由的强迫。三、表示自己的宗教或信仰的自由，仅只受法律所规定的以及为保障公共安全、秩序、卫生或道德、或他人的基本权利和自由所必需的限制。四、本公约缔约各国承担，尊重父母和（如适用时）法定监护人保证他们的孩子能按照他们自己的信仰接受宗教和道德教育的自由。上述公约规定的宗教自由权的例外事由即包括基于“保障公共安全”。

我国《宪法》第 36 条规定“中华人民共和国公民有宗教信仰自由”，“国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。”

在维护国家安全中，需要注意区分宗教信仰自由和宗教极端主义思想的表现。在恐怖主义事件发生时，恐怖分子和极端分子往往打着宗教的旗号进行犯罪活动。如何区分正常的宗教信仰自由和宗教极端主义犯罪活动，需要进行进一步讨论和研究。作为反恐前沿阵地的乌鲁木齐进行了地方性法规立法探索。2015 年 1 月乌鲁木齐人大常委会颁布了《乌鲁木齐市公共场所禁止穿戴蒙面罩袍的规定》，该规定的第一条明确了立法目的“为维护社会稳定，遏制宗教极端思想渗透，保障各族群众正常生产生活秩序，传承中华文化和优良传统”，这样的立法目的作为限制公民宗教信仰自由的正当性来源，需要通过立法进一步加以明确限制和范围，否则会因人权自由的法理基础和执法人员对于法规理解差异而产生新的执法难题。

另一方面，地方性法规的出台，还应当考虑适用范围的恰当性。新疆全境事实上都存在恐怖主义犯罪和宗教极端主义土壤，而《乌鲁木齐市公共场所禁止穿戴蒙面罩袍的规定》实施范围仅限乌鲁木齐市，本身存在一定的疑问。是因为担心立法本身存在争议，因此将地方性法规适用范围限定自治区首府？还是考虑先在首府进行地方性法规立法进行试点，再在全自治区进行推广？这些在新疆的地方立法中都没有得到有效的回答。截止本文写作时，新疆

没有在全疆范围内对穿戴蒙面罩袍进行禁止性规定。而在实践中，事实上在新疆范围内公共秩序管理要求一定程度上参照了《乌鲁木齐市公共场所禁止穿戴蒙面罩袍的规定》的要求。有学者指出，该规定有进一步改进空间实现逻辑自洽的正当性。可增加“保护他人的权利和自由”、“区分穿戴蒙面罩袍的不同情形和性质，加以区分对待”、“即使基于维护公共秩序的需要，禁止在公共场所穿戴蒙面罩袍也应顾及例外。”[86]即避免“一刀切”的立法，应当从平衡社会治理要求和尊重宗教自由权的角度考虑例外情况。

目前新疆社会总体稳定，社会已经形成公共场所不穿戴蒙面罩袍的社会习惯和共识，这既可以看做是新疆反恐维稳去极端化的积极成果，也可以作为一项地方性法规立法反思。即如果维护国家安全和公民宗教信仰自由产生冲突时，如何在合适的适用范围内进行地方性法规立法，重新思考《乌鲁木齐市公共场所禁止穿戴蒙面罩袍的规定》这样更像一种折中的立法选择的境地，需要法律工作者进一步考虑。避免在开展行政管理工作时，存在行政命令代替法律治理，不能有效运用法律手段解决实际情况治理的问题。

三、平衡维护国家安全与人权保障紧张关系的路径

（一）完善国家安全立法体系中公民权利的规定

通过上述比较研究，可以看到随着维护国家安全的需要不断加强，在履行国家安全管理实务中，权力扩张和人权限缩的趋势也在加剧。这需要国家立法中不仅对人权保护具有原则性规定，同时也应当具有具体可诉性的制度构建。防止以维护国家安全之名，行限缩人权之实的情形出现。在维护国家安全过程中，对可能造成公民人权侵犯造成损失，需要构建完善的法治轨道。这不仅是国家安全发展到今天的需求，也是解决我国宪法保障人权权利，但不具有可诉性的补偿性要求。

即便在 1947 年《国家安全法》立法之初就设立了“公民自由保护官”制度的美国，在后来国家安全法律体系发展过程中，仍然出现了国家安全机关不断绕开现有规制体系，大肆侵犯公民个人权利的情况。在“斯诺登事件”后更是引发了世界范围内对国家安全和个人人权保障关系的大讨论。

那么在未来我国维护国家安全法律体系完善过程中，应当在立法和实施细则中加强对个人人权的保护。原则性的规范是立法的发展方向，但由于国家安全机关与公民掌握信息和权力的不对等不对称，导致公民维护自身权利和信息远远不能和现有的国家机关相抗衡。这就需要在制度设计上更加注重对个人人权保障的立法和实施机制。主要需通过国际条约“转化”为国内立法和履行国际人权法的国际条约义务的思路进行完善。

1. 明确国际人权法在国内法律地位

在维护国家安全中需通过立法明确国际人权条约在我国法律体系中的地位。我国签署了《公民权利和政治权利公约》，但至今未批准该条约的原因，可能与国内相关人权立法不够明确的原因。我国在“转化”国际人权法的过程，也是结合本国国情，对于国际人权法的国

[86] 参见毛俊响：《禁止在公共场所穿戴蒙面罩袍的法理思考》，《长沙理工大学学报（社会科学版）》2017 年第 1 期。

内适应。需要在“转化”的国内法中，明确国际人权法在国内的法律地位，避免因国内立法的滞后，而拖延国际人权法的适用。

2. 救济请求权程序需明确

在维护国家安全中如果存在超越必要性限度限缩人权情况给予被害人损害赔偿请求权。我国已经修订的《国家赔偿法》对于国家机关侵害公民生命自由权和财产权的情形进行了规定。那么对于国家机关在维护国家安全过程中对公民隐私权，知情权等权利存在限缩时的权利如何救济，需要在立法中予以明确。

（二）全面履行国际人权法公约义务

目前我国对已加入国际人权公约存在不能全面履行公约义务问题。维护国家安全中我国所承担国际义务需与加入国际人权公约保持一致。人权领域“原来东西方之间的紧张关系正逐渐为南北之间的分歧所取代……这些分歧的焦点在于，面对持续发展和社会正义，人权是否应当得到优先考虑。这些分歧也体现在，从合作性对话到对抗性的谴责或干涉的幅度范围内，如何选择国际人权的监督手段”[87]。同时，冷战思维对国际人权领域仍然有影响，由于社会制度和意识形态不同，我国人权一直是西方批评非难的对象。[88]近年来，我国在新疆开展反恐去极端化实践，进行了新疆职业技能教育培训工作，但被西方国家称为限制人身自由的“集中营”。新疆深度贫困村为了实现家庭增收，开展了脱贫攻坚转移就业工作，但被西方媒体称为“强迫劳动”。在新疆整体稳定，人口持续增长的情况下，被称为“种族灭绝”。[89]随即 H&M 公司对新疆棉花进行了抵制。[90]可以看到，在中国开展维护国家安全工作中，依然会被西方媒体以保护人权为名的抵制。在应对这些危机时，除了从外交途径进行澄清以外，及时从立法角度进行完善是更为长远稳定的考虑。我国对于维护国家安全的地方性政策，被西方媒体曲解之处一定程度上是由于国家安全体系中对于人权保障的规制不完善和空白。通过国务院新闻办公室发布《新疆的职业技能教育培训工作》白皮书的形式合理化解释维护国家安全的做法，在立法的稳定性和可诉性上仍有一定可完善的空间。

四、结论和反思

通过对比中国及主要国家之间国家安全法与个人人权保护的立法和机制，能够得到一些有益的启示。美国、英国、德国、澳大利亚等国的国家安全立法和运行机制历史悠久，得到诸多国家的借鉴。但也应当看到美国、英国、德国、澳大利亚等国立法中存在一些在实践中容易被国家安全机关规避和架空的问题。在我国未来平衡维护国家安全和个人人权保障的立

---

[87] 转引自郭曰君、马玉丽等著：《国际人权法实施机制研究 以经济、社会和文化权利为中心》，中国政法大学出版社，2018 年版，第 433 页。

[88] 参见郭曰君、马玉丽等著：《国际人权法实施机制研究 以经济、社会和文化权利为中心》，中国政法大学出版社，2018 年版，第 433 页。

[89] 参见 https://www.usnews.com/news/world/articles/2021-04-24/Chinese Official in Xinjiang Slams UK Genocide Declaration | World News | US News，最后访问日期 2021 年 4 月 29 日。

[90] 参见 https://dailycaller.com/2021/03/25/Why Do So Few US Companies With Business In China Speak Out About Genocide? Look What’s Happening To H&M | The Daily Caller，最后访问日期 2021 年 4 月 30 日。

法过程，可以反思美国及相关国家的一些立法和运行机制经验教训。立足我国国情，探索适合我国的维护国家安全前提下个人人权保障的实现路径。将个人人权保障的机制明确纳入到立法文本中，让公民在承担维护国家安全义务的同时，享有个人人权不受侵犯的权利。

“覆巢之下无完卵”，虽然维护国家安全的前提下才能保障人权，但在国家维护自身安全所采取措施过程中，具有天然的权力扩张趋势。尤其要防止出现假借维护国家安全之名，行限缩公民合法权益之实的做法。我国目前 12339 国家安全机关举报受理平台搭建了国家安全机关和公民之间信息沟通的桥梁，这是非常积极的全民参与维护国家安全的途径，值得认可和赞扬。如果更进一步推动“国家安全机关公民权利救济网络平台”，或许是一种国家安全机关与个人互动与权利救济的思路。除了网络平台以外，还应当考虑到将国家安全机关在行使职权中，如出现限缩公民隐私权、知情权、监督权等情况，如何进行权利救济的问题。

在立法层面需要做出更多可诉性的制度设计，弥补宪法在我国欠缺可诉性的不足。虽然现在我国的国家安全法中有一定的人权保障原则性规定，但具体细则仍然需要进一步完善。通过立法明确维护国家安全与人权保障之间的界限。在地方性法规已经有了一些现实的探索，但是在实际执法过程中，可能会因为立法欠缺适用范围的例外性规制，产生新的执法难题。这需要在立法过程中，充分考虑维护国家安全和个人人权保障的关系平衡，从源头避免在实践中的争议问题。

参考文献

（一）中文文献

1、著作类

[1] 王振民、黄风、毕雁英：《香港特别行政区维护国家安全法读本》，香港三联书店，2021 年版。

[2] 李浩然、尹国华、王静：《国安法 廿三条 安全与自由？——国家安全法之立法及比较研究》，香港三联书店，2020 年版。

[3] 陈弘毅、梁爱诗、王振民、饶戈平、刘兆佳、强世功：《香港国家安全法解读：立法与管制》，2020 年版。

[4] 阎小骏：《香港治与乱 2047 的政治想象》，人民出版社 2016 年版。

[5] [美]雅耶什·德索萨 著、韩祎、朱烨、梁辰 译：《恐怖主义势力的筹资、洗钱及避税手段》，中国人民公安大学出版社 2020 年版。

[6] 胡联合：《全球反恐论恐怖主义何以发生与应对》，中国大百科全书出版社，2010 年版。

[7] 梅利·卡拉贝若-安东尼、拉尔夫·艾莫斯、阿米塔夫·阿查亚编著，段青编译、林民旺校：《安全化困境：亚洲的视角》浙江大学出版社，2010 年版。

[8] 叶俊：《国际恐怖主义犯罪人引渡的法律困境》，上海人民出版社 2015 年版。

[9] 王逸舟 等/著：《恐怖主义溯源（修订版）》，社会科学文献出版社 2010 年版。

[10] 刘兆佳：《思考香港“一国两制”的未来》，商务印书馆（香港），2020 年版。

[11] 高全喜、张伟、田飞龙：现代中国的法治之路，北京：社会科学文献出版社。2011 年，第五章“面向常态的转型法治：改革与治理”。

[12] 李竹、肖拥军主编：《国家安全法学》，法律出版社，2019 年版。

[13] 吴常青、吴轩、李晨蕾等/著：《国家安全法治化视域下情报监控规制研究》，金城出版社，2020 年版。

[14] 毕雁英等/著：《国家安全法治问题研究（第二辑）》，法律出版社，2017 年版。

[15] 罗英杰 等 著：《俄罗斯国家安全战略研究》，时事出版社，2020 年版。

[16] 潘志高 主编译：《美国情报立法汇编》，复旦大学出版社，2018 年版。

[17] 王世洲、郭自力、张美英 主编：《危害国家安全罪研究》，中国检察出版社，2012 年版。

[18] [美]洛克·约翰逊（Loch K.Johnson）著，李岩译：《国家安全情报》，金城出版社，2020 年。

[19] [美]伯特·查普曼（Bert Chapman）著，徐雪峰、叶红婷译：《国家安全与情报政策研究》，金城出版社，2017 年版。

[20] 卢建平：《国际人权公约与中国刑事法律的完善》，中国人民公安大学出版社 2010 年版。

[21] 杜仕菊：《欧洲人权的理论与实践——以欧洲社会现代化进程为视角》，浙江人民出版社 2009 年版。

[22] [美] 托马斯·伯根索尔、黛娜·谢尔顿、戴维·斯图尔特：《国际人权法精要》，黎作恒译，法律出版社 2010 年版。

[23] 徐显明主编：《国际人权法》，法律出版社 2004 年版。

2、论文类

[1] 韩大元、夏泉、姚国建、邹学平、田飞龙、蔡沛文：《法治中国·香港国安法笔谈》，《香港国安法：寻求国家安全与人权保障的平衡》、《香港国安法铸牢香港同胞的中华民族共同体意识》、《香港国安法的立法依据及其效力》、《香港国安法的立法特点》、《涉港国安法立法维护“一国两制”宪制秩序》、《“统分结合”“协同联动”香港维护国家安全制度的基本原则》载《暨南学报（哲学社会科学版）》2021 年第 2 期，第 1-24 页。

[2] 郝铁川：论《香港国安法》的性质、成因、特点和意义，载《海峡法学》2020 年第 4 期，第 41-52 页。

[3] 朱文琦：《从香港国安法看“一国两制”的内在逻辑》，载《形势与政策》2021 年第 1 期，第 65-69 页。

[4] 田飞龙、薛皓元：《香港国安法与“一国两制”的法治巩固》，载《青年探索》2020 年第 5 期。

[5] 田飞龙：《依法治港和有序融合——十九大报告涉港论述之法理解读》，载《学术界》2018 年第 7 期，第 198-213 页。

[6] 陈端洪：《理解香港政治》，载《中外法学》2016 年第 5 期，第 1125-1148 页。

[7] 范进学：《论我国宪法上的言论自由及其义务边界》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 4 期，第 155-167 页。

[8] 王鹤亭：《“一国两制”台湾方案的理论与实践探索》，载《台湾研究集刊》2020 年第 3 期，第 1-9 页。

[9] 林来梵、蔡沛文：《防卫型民主理念下香港正当行为的规范》，载《法学》2015 年第 4 期，第 10-21 页。

[10] 田飞龙：《粤港澳大湾区战略与新时代改革的制度探索》，载《广州社会主义学院

学报》，2020 年第 2 期，第 5-16 页。

[11] 田飞龙：《多重风险治理大考中的民族复兴之路》，载《中国评论（香港）》，2020 年第 3 期。

[12] 陈端洪：《论港澳基本法的宪法性质》，载《中外法学》2020 年第 1 期。

[13] 具有澳门特色的“一国两制”实践经验解析：港澳比较及国家战略的视角，载《港澳研究》2019 年第 4 期。

（二）外文文献

1、著作类

[1] Ahmed Rashied,”Letter from Afghanistan:Are the Taliban Winning ?”Current History,Jan.2007.

[2] Barry Cooper,New political Religions,or An Analysis of Modern Trrorism, University of Missouri Press,2004.

[3] The United States Department of State, Patterns of Global Terrorism 2006.

[4] The United Stetes Department of Stete, Patterns of Global Terrorism 2005.

[5] Arold, Nina-Louisa, The Legal Culture of the European Court of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

[6] Council of Europe, The European Court of Human Rights in Facts and Figures, Council of Europe Publishing, 2010.

[7] Dzehtsiarou Kanstantsin, European consensus and the legitimacy of the European Court of Human Rights, Cambridge University Press, 2015.

[8] Føllesdal, Andreas, Birgit Peters & Geir Ulfstein, eds., Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a national, European and global context. Vol. 2, Cambridge University Press, 2013.

[9] Summers, Sarah, Fair trials: The European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, Bloomsbury Publishing, 2007.

[10] Lautenbach, Geranne, The concept of the rule of law and the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 2013.

[11] De Wet, Erika & Jure Vidmar, eds., Hierarchy in international law: the place of human rights, Oxford University Press, 2012.

[12] Guild, Elspeth & Anneliese Baldaccini, eds., Terrorism and the Foreigner: A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe. Vol. 11, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

[13] Nikolaidis, Charilaos, The right to equality in European human rights law: The quest for substance in the jurisprudence of the european courts, Routledge, 2014.

[14] Ruggeri, Stefano ed., Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina, Springer, 2013.

2、论文类

[1] Bruce Hoffman,”From the War on Terror to Global Couter-insurgency,” Current History, December 2006.

[2] Farrant, James, 2009. Is the Extra-Territorial Application of the Human Rights Act Really Justified? International Criminal Law Review, 9(5), pp.833–854.

[3] Center of Stratergy and International Studies Reprot :”Patterns in Global Terrorism and the Middle East”,2001,Jan.5.

[4] Ariel Merari ed.: On Terrorism and Combating Terrorism, Maryland:University

Publication of America,1985.

[5] Grant Wardlaw ed.:Polictial Terrorism ,2nd edition, Cambridge University Press,1990.

[6] David Kaplan :”Playing Offence: the Inside Story of How U.S. Terrorist Hunters are going after al Qaeda”, U.S. News& World Report, June2,2003.

[7]Laurie P. Cohen ,Glennn Simpson ,Mark Maremont and Peter Fritsch,” Bush’s Financial War on Terrorism Includes Strikes at Islamic Charities ,” The Wall Street Journal.Sep 25,2001.

国家发展权的竞合与实现研究

李杰豪

（湖南工商大学 法学院　湖南 长沙 410000）

内容提要：国家发展权是国家基于主权所享有的，采取主动的国内措施及国际合作行动，促进本国经济、社会、文化等可持续全面发展并享受发展利益的权力和权利。作为一个法律与社会概念，发展权是二战后发展中国家为维护主权、促进发展而提出并形成的。国家的自主发展、自由发展是国家发展权实现的标志。当代国际体系与发展结构对发展中国家的进一步发展构成了限制和挑战。中美战略竞争加剧格局下，中国需进一步调整结构，促进高科技的自主、创新发展，加强与欧日等西方国家合作交流，维护国际产业链、价值链，引领发展中国家共同发展，形成良性竞争、合作共赢的新发展模式。

关键词：国家发展权；竞合格局；实现路径

作者简介：李杰豪，男（1973.10—），湖南娄底人，法学博士，湖南工商大学法学院教授、硕士生导师，院学术指导委员会主任，监察法治研究中心主任，兼湖南省第十三届人大常委会立法咨询专家。

一、　引言

发展权是一项人权。从实质来说，发展权不仅是一项与生俱来的自然人权，亦是一个国家或民族不可剥夺的基本权利。任何国家及民族均享有平等的发展机会，有权共享人类社会发展的共同成果，“发展的根本目的是拓宽人的选择范围，实现人的全面发展”。[1] 可以说，发展贯穿人类进步始终，是人类持续成长、不断完善的基本动力。

人的发展权全面普遍实现的历史时期就是社会关系全面普遍形成的历史时期，此一时期“将是一个以每一个体自由发展为所有人自由发展的条件的联合体。”[2]但是，如若仅将这种关系态只是理解为人与人之间、人与社会之间的关系那是远远不足的，这一关系在人类还未进入到摆脱人的依赖和物的依赖的人的自由发展时期，在国家还未消亡的阶段，还表现为国家与国家的关系、发展中国家与发达国家的关系。发展权绝不只是局限于个人发展权，在如今以国家为主体的全球化进程中，国家被认为是发展权更为主要的主体。若一个国家的发展权不能得到充分实现，难以想像依靠国家的一国内人民缘何去充分实现发展权。虽然发展权是在二战后国际经济旧秩序阻碍发展中国家发展权实现的过程中提出来的，然则在全球化已成为显著时代特征的当今时代，发展中国家发展权的实现开始呈现新的特点。

发展权的实现是一个历史的过程，正如《发展权: 中国的理念、实践与贡献》白皮书指出: “发展永无止境，发展权的实现没有终点。在实现发展权问题上，没有完成时，只有进行时；没有最好，只有更好。作为发展中大国，中国面临的发展问题十分突出，发展任务十分繁重，追求更加平等的参与和更加平等的发展，实现全体人民的发展权，需要长期不懈的

[1] 曾文革,周钰颖. 论《京都议定书》第二期承诺对国家发展权的保障及其局限性[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版),2013,15(03):42-48 页.

[2] 马克思恩格斯选集(第四卷)[M]. 北京：人民出版社，1995.

努力。”[3] 这是因为，发展权的促进与发展受社会历史条件的制约，尤其是不合理的国际经济旧秩序在相当长时期里尚存，所以不可能一蹴而就得以实现，需要随着社会的发展而逐步解决。发展中国家在全球化浪潮中既要抓住契机，又需应对挑战。发展中国家要主动投身到全球化运动中，竭力促进自身发展权的实现。随着国际秩序竞合格局的加剧，对于发展中国家，具体应如何在全球化的进程中进一步促进发展权的历史发展，仍是当前一项非常庞大和复杂的重要理论课题。对于发展中国家在当今形势下争取自身的发展，无疑具有重要的理论意义和实践意义。

二、国家发展权的历史演进

发展权概念的提出具有深远历史背景，是国际关系各主体之间发展的不平衡性持续加剧的必然产物。发展权源于 1969 年阿尔及利亚正义与和平委员会发表的一份报告，即《不发达国家发展权利》，“发展权是发展中国家在发展问题上提出的新的法律概念，是新旧国际经济秩序斗争的产物。发展中国家认为，发展权不仅仅是一项个人人权，而且是一项集体人权，是民族自决权的必然延伸，其核心是经济发展”[4]20 世纪 70 年代初，曾任塞内加尔最高法院院长的凯巴·姆巴耶在《作为一项人权的发展权》的演讲中，进一步完善了“发展权”的概念。发展权概念一经提出，就受到国际社会的格外关注，尽管少数发达国家基于本国利益对“发展权”有所抵牾，然则这并不影响发展权的“普世”属性。1974 年 12 月 12 日，于第 29 届联大通过的《各国经济权利和义务宪章》把建立国际经济新秩序作为各国实现发展权的首要任务，反映出第三世界国家力量的不断壮大。其与联大于同年 4 月所通过的《关于建立国际经济新秩序宣言》和《关于建立国际经济新秩序行动纲领》，共同成为发展中国家为争取建立国际经济新秩序的纲领性文件，并进一步促进了发展权内涵的发展。1986 年联合国大会通过的《发展权利宣言》明确规定：“每个人和所有各国人民均有权参与、促进并享受经济、社会、文化和政治发展”[5]，确认了发展权的人权属性。发展权作为国家、民族和个人的一项不可剥夺的基本权利被 1993 年第二届联合国世界人权会议上的《维也纳宣言和行动纲领》再次肯定。

（一）战后国际体系对国家发展权的调整规制

1.二战本身是世界各国发展不平衡与争夺更大国际发展空间的结果

在上世纪三十年代经济危机的重创下，基于极端民族主义、独裁主义、军国主义的法西斯思想开始在德国、意大利和日本等国流行，并从根本上粉碎了理想主义的实践，成为第二次世界大战的思想基础。在上述国家，这一观念由于迎合了民族主义以及萧条的经济环境，因而在与本国国内的自由主义、社会主义的竞争中胜出，并试图在全球进行推广。理想主义的出现既受康德和平主义思潮的影响，也是人类对一战反思的产物。在一战爆发前，传统上维护和平的方式是达成并维持大国力量均衡，以秘密外交或国际会议方式协调大国关系。然

---

[3] 参见中华人民共和国国务院新闻办公室: 《发展权: 中国的理念、实践与贡献》，人民出版社 2016 年版，第 5 页。

4 朱炎生．发展权概念探析[J]．政治学研究，2001(3)。

[5] 参见《发展权利宣言》第 1 条。

则，一战的爆发表明，世界上缺乏能够长久维持均势的机制，当大国力量对比发生变化、均势被打破，军事同盟与对峙就会接踵而至，战争最终在所难免。

在实践中，美国、法国、英国等基本落实了理想主义的理念，建立了国联系统，试图以国际机制、国际法和国际条约来避免国家间的战争。苏俄则采取了和平主义，直至二战爆发。德意日三国走上法西斯主义道路，进行对外扩张。发展理念的差异导致各国发展力量失衡，为争取更多发展空间以扭转这一局势，战争遂成为最为直接有效的手段，因此，二战的发生在一定程度上也是三种观念竞争的结果。[6]

2.二战后国际体系对国家发展权进行的规划布局

（1）联合国体系对国家发展权的制度安排

二战结束后，美苏开始了近半个世纪的冷战，全球范围内形成了两极对峙的国际体系。冷战期间，全球治理的核心组织是联合国系统。其是全球治理的核心机构，也是迄今人类通过政府间国际组织方式进行治理最有效的实践，是跨国治理的巅峰。在联合国的作用下，非政府组织迅速发展，数量上升、影响力扩展，日臻成熟。以联合国为中心的制度安排包括一整套对安全、经济以及其他公共问题的治理机制。比如对国家发展权的规划布局，确立和平与发展路径，设立经社理事会等。

在经济治理上，尽管联合国的初始目标是维持和平，但是联合国的绝大部分资源都用于经济发展、社会发展和可持续发展。[7] 就经济治理而言，《联合国宪章》与经社理事会是主要机制。《联合国宪章》第 62 条明确规定："经济及社会理事会得作成或发动关于国际经济、社会、文化、教育、卫生及其他有关事项之研究及报告；并得向大会、联合国会员国及关系专门机关提出关于此种事项之建议案。"[8]协调联合国及各专门机构的经济和社会工作，研究有关国际间经济、社会、发展、文化、教育、卫生及有关问题；经社理事会与致力于可持续发展的各类联合国实体保持联系，为之提供全面指导和协调。这些实体包括各区域经济和社会委员会、促进重大全球性问题政府间讨论的各职司委员会和世界各地致力于将发展承诺转化为人们生活中实实在在的改观的各专门机构、方案和基金。

冷战时期联合国在经济和发展治理安排上经历了三个阶段。一是冷战开始至 1963 年期间，联合国发布了发展规划，并推动了国际援助的发展，以及启动监督世界经济发展和就业保障的进程；二是 1963 至 1982 年，随着国际社会意识到南北发展不平衡及其改变的困难程度，联合国开始从全球层面而非国家层面推动国际发展，高度重视南北间的国际策略和国际准则谈判，试图借助政府的力量而非仅仅依托市场来促进发展，力破失衡；三是 80 年代至冷战结束，联合国对发展议题的关注有所减弱，国际社会对政府的调控作用信心降低，同时各国生产、贸易、金融上的联系加深，金融开始对全球生产和贸易产生重大影响，金融治理也开始成为全球经济和发展治理的重点。[9]

---

[6] 董柞壮. 国际体系转型与全球治理变革的互动机制[D].南开大学,2018.

[7] 何顺果：《全球化的历史考察》，南昌：江西人民出版社，2010 年版，第 410 页。

[8] 参见《联合国宪章》第 62 条

[9] [加纳]肯尼斯·达齐（Kenneth Dadzie）：《联合国和经济发展问题》，载于[英]亚当·罗伯茨（Adam

（2）布雷顿森林体系的建立

1944 年 7 月，西方主要国家的代表在美国新罕布什尔州布雷顿森林会议上通过了“美元与黄金挂钩、他国货币与美元挂钩进而与黄金间接挂钩”的“双挂钩”的国际货币金融制度。即以外汇自由化、资本自由化和贸易自由化为主要内容的多边经济制度，构成资本主义集团的主要内容。布雷顿森林体系对国家发展权进行制度设计，如规范国际贸易，实行可调整的固定汇率，确立各国货币兑换性与国际支付结算原则；确定国际储备资产；调节国际收支逆差；促进发展平衡，援助最不发达地区发展等。建立了国际货币基金组织（IMF）、世界银行（WB）以及关税和贸易总协定（GATT）三大国际金融机构，共同构成了传统国际经济治理机制。

布雷顿森林体系的形成，对战后的经济复苏起到了一定的作用。第一，暂时结束了战前货币金融领域里的混乱局面，维持了战后世界货币体系的正常运转；第二，促进了各国国内经济的发展，在金本位制下，各国注重外部平衡，国内经济往往带有紧缩倾向。在布雷顿森林体系下，各国偏重内部平衡，危机和失业情形较之战前有所缓和；第三，布雷顿森林体系的形成，在相对稳定的情况下扩大了世界贸易。第四，布雷顿森林体系形成后，基金组织和世界银行的活动对世界经济的恢复和发展起了一定的积极作用。一方面，基金组织提供的短期贷款暂时缓和了战后许多国家的收支危机，促进了支付办法上的稳步自由化。基金组织的贷款业务迅速增加，重点由欧洲转至亚、非、拉第三世界。另一方面，世界银行提供和组织的长期贷款和投资不同程度地解决了会员国战后恢复和发展经济的资金需要。第五，布雷顿森林体系的形成有助于生产和资本的国际化。

布雷顿森林会议通过的两个国际协定《国际货币基金协定》和《国际复兴开发银行协定》是以美国“怀特方案”为基础、兼采了英国“凯恩斯方案”的部分内容制定的，并非是“怀特方案”的全盘照搬。重新审视两个“方案”出台的历史背景，不难发现布雷顿森林体系本身其实就是英美两国为争取国家发展权的一个典型案例：布雷顿森林体系首先是英国为在二战中求生存、二战后继续谋求大国地位而与美国互相妥协、交换筹码的产物，两国通过一系列谈判完成了对战后国际政治经济秩序的安排和领导权的交接，并从此完成了两国关系由敌视彻底向亲密盟友关系的转变。可以说，这是一场双方为了二战后彼此的国际地位而进行的一场大型筹码互换。[10]

3.美国依托战后技术及经济优势固化制度霸权

在二战结束后, 国际力量对比发生了根本性的变化，战后的美国, 无论是军事实力还是经济实力，都是世界上首屈一指的巨人, 而且在政治上也取得了资本主义世界领导者的地位。[11]就国家发展权而言，发达国家的态度立场在一定程度上有其战略考量，其目的在于固

Roberts）、[新西兰]本尼迪克特·金斯伯里（Benedict Kingsbury）主编：《全球治理——分裂世界中的联合国》（吴志成等译，杨筱校），北京：中央编译出版社，2010 年版，第 283-291 页。

[10] 臧立：对布雷顿森林体系的再审视，《法律与外交》2018 年卷（总第 3 期），世界知识出版社 2018 年版。

[11] 张小明，第二次世界大战与国际体系的变迁，《世界经济与政治》2005 年第 9 期。

化其二战以来的发展成果以及通过限制发展中国家的发展以维护自身的发展权与国家利益。从发达国家在技术转让上的限制以及资金援助上的吝啬可以看出，发达国家所倡导应对国际秩序变化的动机和目的，其实是想利用“秩序变化问题”来掌握国际政治经济秩序的新主导权，推动其自身产业和公共产品的发展。[12]如确立美元的国际中心货币地位，使美元成了主导的国际货币，促进新技术新经济发展，推动自由贸易等，谋取了最有利的发展地位。

布雷顿森林体系的出现，标志着以美国为主导的新的资本主义世界经济秩序的产生。[13]二战结束后，国际局势呈现出三大征象：一是美国开始策划和实施“领导世界”、实现“美国世纪”的霸权战略；二是美苏战时同盟结束，双方结构性矛盾爆发，同时美国与西方国家关系也出现新的矛盾，大国博弈空前加剧；三是亚非拉国家或反对、或亲善各资本主义力量和殖民主义势力。如此一来，国际社会逐渐分化成三种不同势力，即美国和苏联、其他资本主义国家以及众多亚非拉国家。[14]正是在这一背景下，导致了“三个世界”的发展格局出现。

此后，发达国家通过一系列不平等的经济规则来掠夺和控制发展中国家，阻碍其发展权的实现。在贸易领域主要表现为贸易条件的不平等，发达国家在扩大本国产品出口时，都主张贸易自由化，而在面对别国产品进口时，则采取贸易保护主义，在国际贸易中采取“双重标准”。发达国家还凭借其在国际贸易组织中的控制地位，规定一些不利于发展中国家的贸易条件，使发展中国家出口的初级产品的贸易条件趋于恶化。而发达国家则采取各种非关税壁垒，如进口配额、许可证、各种苛刻的技术标准、“反倾销”等措施，极力保护国内市场，使发展中国家在国际贸易活动中进展困难。同时，发达国家还利用他们在国际金融组织中的主导地位，制定一系列偏私的规定与规则，加强对发展中国家的金融控制。这些举措都旨在牵制住发展中国家的发展势头，企图用不合理的经济秩序和货币政策来影响发展中国家的经济发展进程，发展中国家发展权的实现在以西方国家为主导的全球化进程中困难重重。

（二）第三世界国家对国家发展权的斗争及促进

国际经济发展极度不平衡的现实使广大发展中国家深刻认识到：自己长期贫穷落后而发达国家单方发展的状况，并非完全因为自身经济、社会、文化基础薄弱，而是国际社会中由不公正、不合理的国际经济规则所构成的不平等的国际经济秩序的存在。这一不平等的国际经济秩序在国际贸易、金融、货币、投资、技术转让等各领域对广大发展中国家的经济社会发展施加了负面的影响，阻碍它们的全面发展。这样，“当一种现存的不平等安排因情势的变化或科学知识和人类认识的发展而被认为不再必要、不再正当或不再可以接受的时候，正义感通常就会强烈地表现出来。”[15]因此，为改变这一现状，仅仅取得政治上的独立是远远不够的，还需变革传统的国际经济关系与旧的国际经济秩序，取得经济体制上的话语权。

---

[12] 曾文革,周钰颖. 论《京都议定书》第二期承诺对国家发展权的保障及其局限性[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版),2013,15(03):42-48 页.

[13] 杨泽伟. 试论 30 年代经济危机对世界整体发展进程的影响[J]. 世界历史,1997(01):14-21 页。

[14] 姜安,Huang Yusheng. 毛泽东“三个世界划分”理论的政治考量与时代价值(英文)[J]. Social Sciences in China,2013,34(01):35-57.

[15][美]E. 博登海默. 邓正来译. 法理学：法律哲学与法律方法[M]. 北京：中国政法大学出版社,2004. 314.

上世纪 60、70 年代以来, 广大发展中国家破旧立新，积极开展改造国际经济旧秩序与建立新的国际经济秩序的斗争。联大为此通过了《给予殖民地国家和人民独立宣言》(1960 年 12 月)、《关于自然资源永久主权宣言》(1962 年 12 月) 、《关于建立新的国际经济秩序宣言》及《建立新的国际经济秩序行动纲领》(1974 年 5 月)、《各国经济权利和义务宪章》(1974 年 12 月)等一系列决议，旨在彻底变革旧的国际经济秩序。在这些决议中,《各国经济权利和义务宪章》对于建立新的国际经济秩序具有里程碑意义, 其明确了包括经济主权原则、合作以谋求发展原则、公平互利原则在内的关于国际经济新秩序的 15 项原则。

然而, 由于发展中国家建立新的国际经济秩序的上述要求将会从根本上触动发达国家所竭力维持的不平等的国际经济利益分配关系, 削弱它们在国际经济活动中早已确立的主导权和竞争力, 因此发展中国家的这一极力主张遭到了发达国家的持续反对与抵触。如在《各国经济权利和义务宪章》的表决事项上, 表决结果是 120 票赞成、6 票反对、10 票弃权, 投反对票和弃权票的全是发达国家[16]。发达国家与发展中国家的主要分歧在于：前者主张, 该文件只是一份由联大做出的一般性宣言, 目的是编纂国际法尚已确立的或基于习惯和实践已被普遍承认的各国经济权利和义务。而后者则认为, 此决议应当是一份具有法律约束力的文件，不仅要编纂已有的国际法规范, 而且应该创立适应国际社会现在和未来需要的新规定。由于建立国际经济新秩序的诸多重要文件是以投票表决方式通过的，因此，在此后建立国际经济新秩序的道路上, 发达国家对此百般阻挠。

尽管如此, 经过长期的斗智斗勇, 广大发展中国家还是取得了一定的成果。实践中，为了谋求本国的发展，许多国家特别是第三世界国家提出了国家发展权的主张和建立国际经济新秩序的正当要求，并且已为相关的国际文件和国际条约所肯定和采纳。可见，不断觉醒的第三世界国家竭力促进国家发展权的发展。例如, 在国际贸易方面, 1964 年修订的《关税和贸易总协定》新增了第四部分, 规定了给予发展中国家贸易上的非互惠的优惠待遇。“东京回合”谈判确立了给予发展中国家差别待遇的“授权条款”。乌拉圭回合谈判达成的创立世界贸易组织的有关协议中, 优惠待遇原则得到一定程度的体现, 最不发达国家的利益也在一定程度上得到照顾[17]。IMF 和 WB 近年来提供的贷款也更加重视发展中国家的利益[18]。

（三）世贸组织与“多哈回合”的发展权斗争

自 GATT/WTO 体制确立以来，其的确在整体上有力地推动了全球经济的发展，这无疑也是对发展权的促进和保护。从实践层面看，自 GATT 生效至 WTO 诞生，共进行了八个回合的谈判，使关税壁垒和非关税壁垒得到了大幅度降低。WTO 使自由贸易的规则由货物贸易扩及到了服务贸易、与贸易有关的知识产权、与贸易有关的投资措施等领域，同时使长期游离于 GATT 以外的农产品贸易和纺织品贸易回归了 WTO，极大地促进了全球经济的繁荣和发展。作为整合公民、政治权利与经济、社会和文化权利二分法之不合理性的发展权实现的前提基础依然是经济的充分发展，而 GATT/WTO 对自由贸易的促进和保障就是为发展权

[16] 曾华群.国际经济法导论[M] .北京:法律出版社, 1997 .17 .

[17] 世界贸易秘书处.索必成, 胡盈之译.乌拉圭回合协议导读[M] .北京:法律出版社, 2000.309 -336 .

[18] 参见刘丰名著:《国际金融法》,北京:中国政法大学出版社, 1996 年版, 第 438-439 页。

的实现创造和奠定物质基础。GATT/WTO 的一揽子协议也试图打破自由贸易所导致的发展权实现的全球性失衡。

时至今日，虽然发展中国家在 WTO 中的力量和地位日益壮大和提高，WTO 仍然由发达国家控制与主导。WTO 规则与制度的制定肇始于以发达国家在国内实行过且证明对他们有利的游戏规则为蓝本，无疑，只是发达国家国内贸易规则的延伸。即使 WTO 规则是按照世界各国情况平均加权后制定出来的，也同样存在着形式上的平等而实际上的不平等。这就使 WTO 规则在整体上有利于发达国家而不是发展中国家，这也是导致发展权实现的全球失衡和发展中国家不能分享贸易自由化成果的问题所在。[19]

2013 年 12 月 7 日 WTO 第九次部长级会议之所以能够打破多哈回合长达 12 年的僵局，就是因为“巴厘一揽子协议”有效地平衡了发达国家和发展中国家对发展利益的关切，特别是对发展中国家和最不发达国家对发展利益的关切。“巴厘一揽子协议”主要包括贸易便利化、农业和发展三方面议题，涵盖了简化边境通关程序、允许发展中成员在粮食安全问题上具有更多选择权、协助最不发达成员参与多边贸易体系等内容。其中农业和发展议题反映了包括最不发达国家在内的发展中国家的关切。僵局的打破并不意味着谈判的必然成功，以发展权原则为指导的多边贸易体制的变革，必将为多哈回合顺利完成以及多边贸易体制的健康发展提供制度性支撑。

三、新兴大国进一步发展面临的挑战

（一）金融危机预示新兴大国发展面临制度公正困境

自 2008 年金融危机发生以来，“究竟应当如何发展”，已成为各国思考的重大课题。冷战结束以来的全球治理由于处于美国霸权的单极格局之下，因而具有很强的霸权治理特征，同时，冷战后的全球治理也是西方模式的治理。美国的霸权地位体现在美国领导西方世界，形成政治、军事、经济上的联盟关系。所以，冷战后的霸权治理是以西方为主导的治理。

在全球经济治理领域，最大的变化是以金砖国家为代表的新兴国家群体加入二十国集团，开始与西方发达国家一道进行全球经济治理。然而，与新兴国家参与全球化并从中获利的逻辑类似，新兴国家并非以自己的意愿改造了国际经济体系，而是主动参与了资本主义市场经济，并利用本国的相对优势在市场竞争中获利。这一过程被视为资本主义市场经济的扩张过程。[20]在冷战后的全球治理变革中，新兴国家的加入更被视为是参与西方主导的治理，而非是推翻原先的西方主导治理。[21]在应对 2008 年金融危机的过程中，西方主导治理存在的问题暴露无遗，全球经济治理机制理应进行重新构建。然而事实是，通过二十国集团等新机制，新兴国家并未推翻原有机制，仍然适用的是不公正、不合理的旧经济体制。金融危机不仅重创了全球经济，其后果也藉由经济问题传导至社会领域。进一步凸显了全球发展不平

---

[19] 王国锋，论 WTO 中的发展权，《北方法学》2015 年第 3 期。

[20] Giovanni Arrighi, Adam Smith in Beijing: Lineages of The Twenty-First Century, London: Verso Press, 2007.

[21] Mark Beeson, “Comment: Trading Places? China, The United States and The Evolution of the International Political Economy,” Review of International Political Economy, Vol. 16, No. 4, 2009, pp. 729-741.】

衡、不平等的状况，并间接引发了部分地区的混乱。更甚，新兴大国的发展由此陷入不公正的制度困顿中。

正义问题从来就是人类政治思考的核心主题，从柏拉图到霍布斯，再到罗尔斯以致阿玛蒂亚·森，都在试图为正义问题找到一个可能的参考答案。金融危机是现代性危机在金融领域的一次总爆发，在很大程度上也是对传统正义观的局部反驳。所以，要克服金融危机，务必要确立一种新型的正义观，即发展正义的观念。发展正义是一种综合性的正义评估模式，它要求在制定应对金融危机立法时，要具备有利于建构国际经济新秩序的恢宏视野，体现全球正义。以发展正义的理念为重心构建现代全球法治，是发展权应对全球危机的根本保障。[22]

（二）中美贸易战、科技战、舆论战表明新兴大国的全面发展权面临严峻挑战

自美贸易代表办公室于 2018 年 3 月发布《中国贸易实践的 301 条款调查》并连续对中国进口产品加征关税后，拉动了中美贸易战的引线，标志着世界贸易史上一场规模空前的贸易战全面开打。中美贸易战在国际法律体系框架下，外在表现为贸易关系的摩擦，实则乃中美经济体制之争，主要体现在 WTO 制度的逐渐边缘化。长此以往，基于国内社会稳定的政策与贸易自由化脱钩的国内矛盾日益凸显，美国试图将此矛盾转嫁新兴大国以缓解贸易自由化对国内社会的冲击。然则在国际法制度式微的趋势下，美国愈来愈无视 WTO 规则，采取一系列与 WTO 协定相抵触的措施，阻碍着多边贸易体制向更加开放包容的方向发展。如此，新兴大国的全面发展受到极大阻碍。

为逼迫中方就范，美方逐渐将战线扩展至科技、舆论等领域。2019 年特朗普政府将华为、科大讯飞、大华科技等一系列科技企业列为了实体制裁企业。由此可见，美国从 2019 年就已经从单纯的贸易战变成了卡中国科技企业的脖子以及产业链的转移。而 2021 年拜登政府上台之后，拜登并未就当前对华贸易政策作出根本转变，而是继续延续了这一政策。阿瑟·赫尔曼于 2021 年 4 月 1 日在美国《福布斯》双周刊网站刊载的题为《半导体：高科技战争中的关键战场》的文章指出，美国的《为美国制造芯片法案》已是最新的《国防授权法》的一部分，其目的是投入万亿美元，以恢复和巩固美国在芯片制造业的领导地位。[23]这关乎的是新兴大国在与美国的高科技战争中如何实现发展的一场重大斗争。半导体是数字革命不可或缺的燃料，新兴大国正面临争夺半导体发展市场竞争优势的重大挑战。而且，拜登政府在上台之后，还通过舆论战来阻碍中国发展。主要就是以新疆事件和疫情为主要突破口。西方世界颠倒黑白，利用意识形态把整个西方绑上自己的战车以实现对中国的全面打压。

总之，不管是特朗普政府还是拜登政府都认为与中国接触“没有任何价值”，执意对华全面施压，并相信制度脱钩是全面遏制中国的可行手段。[24]在此背景下，新兴大国在金融、

---

[22] 汪习根,王康敏. 论金融危机下发展权面临的挑战与出路[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2011,29(03):52-62.

[23]Arthur Herman,”Semiconductor : the key battleground in the high-tech war,”April1,2021, http://www.forbes.com.（上网时间：2021 年 4 月 18 日）

[24] 王明国，从制度竞争到制度脱钩"—中美国际制度互动的演进逻辑，《世界经济与政治》2020 年第 10

贸易、经济、科技等领域举步维艰，遭遇重重阻碍。新冠肺炎疫情更是加剧了国际上“分”与“合”两种力量的较量，在当前新冠疫情仍在蔓延，全球复苏乏力、失衡的背景下，从地缘政治上看，美国加大了对中国的遏制和打压，进一步加剧了世界分化的态势。[25]

（三）既有制度惯性和心理定势阻遏了发展权的变革

随着权力结构的变化，霸权国在国际体系中的影响力相对下降，新兴国家则越来越多地参与全球事务，在经济、安全等领域发挥建设性作用。与权力同步变化的除国家实力、地位、形象，还有国家对全球治理的偏好。在权力转移阶段，治理机制仍然被霸权国所掌控，无法反映新兴大国的诉求，全球治理机制也未能及时体现权力的变化。此时，新兴大国尽管获益于既有的治理机制，但是对治理机制的预期是变革，倾向于推动治理机制的调整以体现权力的新格局。而霸权国的偏好则是通过既有制度惯性和心理定势持保守立场，可以在不动摇本身主导地位的前提下做出有限让步，对治理机制的变革偏好较弱。

然而，虽然新兴大国存在推动全球治理机制变革的偏好，但是在实践中新兴大国却面临发展权变革的重重阻碍。有研究认为，中国、印度等新兴市场大国经济实力迅速增强，并要求在全球治理机制中获得更多的话语权与决策权，然而新兴大国在全球治理中的行为主要是为本国谋取利益，并未对全球治理做出多少贡献，也没有提供足够的公共产品和领导力。[26]实际上，这一观点反映出部分事实，即新兴大国在全球治理中发挥的作用尚未达到预期，这主要是当前的全球治理结构导致的，主要原因是由西方国家主导的治理安排首先体现的是西方国家的利益，西方国家对国际社会的制度安排已形成根深蒂固的惯性与定势。

发展中国家发展权的进一步实现是全球性问题解决的基础。为解决这一问题，最根本的还是要尊重发展中国家的发展权，打破制度惯性和心理定势，让全人类都能共同发展，共享发展的成果。发达国家应主动改变不合理的经济运行秩序，并有责任和义务对发展中国家的经济运行给予必要的技术、资金、设备、人才等各方面的支持，减免债务，使发展中国家真正平等的进入到发展的行列，并且公平公正的获取由发展带来的有益成果。只有这样，发达国家的经济也才有可能获得更大的发展空间，发达国家社会的发展才会行稳致远，全球经济和社会发展才不会因为贫富对立超过一定限度而导致全球经济和文明的崩塌。

四、对国家发展权法律与社会性质的再思考

（一）发展权是国家的固有权利

发展权是一项国家权利，亦是人类社会所固有的人权。从其内涵来看，发展权是作为个体的人和作为人的集体的国家和民族自由地参与和增进经济、社会、文化和政治的全面发展并享受发展利益的一种资格或权能，是全体人类对全面发展的本质要求；发展中国家向发达国家主张发展权并不是说明发展权的主体仅仅是发展中国家，相反，发展权的主体是一个涵盖一切国家、民族和所有人的复合主体，只不过在当代应予优先考虑发展中国家或不发达者

期。

[25] 陈东晓,叶玉. 全球经济治理:新挑战与中国路径[J]. 国际问题研究,2017(01):11-22.

[26] Amitav Acharya, “Can Asia Lead? Power Ambitions and Global Governance in The Twenty-First Century,” International Affairs, Vol. 87, No. 4, 2011, pp. 851-869.

的发展权得到充分保护。[27]

联合国人权委员会 1979 年第十（XXXIII）号决议以及联合国大会 1979 年第 34 / 46 号决议都指出，发展权不仅是国家内个人的权利，也是国家的权利。《发展权利宣言》规定，就国内方面而言，国家有权利和义务制定适当的国内发展政策。在国际层面，国家有权利和义务遵守关于各国保持友好关系和合作的国际法原则；尊重各国人民的民族自决权以及对自然资源的永久主权；维护国际和平与安全；促进建立新的国际经济秩序；个别地或集体地采取措施制定国际发展政策以促进世界各国，特别是发展中国家的发展。[28]

发展权是自决权的必然延伸。自决权意味着世界上一切国家和民族独立决定其命运，选择其政治、社会和经济制度的权利，同时也意味着世界各国可以为了它们自己的目的自由地处置其自然资源和财富的权利，即经济自决权。自决权原则已经发展为当代国际社会普遍承认的一项基本国际法原则。国家发展权是国家固有的，不是法律赋予的（法律只能保障其实现）。发展权的实质是实现自由发展自主发展，摆脱他国束缚。国家发展权是国家基于主权所享有的，采取主动的国内措施及国际合作行动参与、促进本国经济、社会、文化和政治的全面发展并享受发展利益的权力和权利。根据《建立新的国际经济秩序宣言》和《各国经济权利和义务宪章》等国际法文件，国家发展权的主要内容有：国家有权独立自主地谋求本国的发展，有权自主选择适合本国发展的经济、政治制度，有权自主选择发展模式和安排发展进程等。

根据《联合国宪章》，各会员国共同发展是联合国活动所追求的最终目标。为达成这一目标，《联合国宪章》为联合国及其所有会员国规定了相应的权利和义务。质言之，发展是联合国各会员国依据《联合国宪章》享有权利和承担义务的最终目的。[29]在国际社会，发展权主要是发展中国家争取获得“发展机会均等”的权利，人权主体主要指向发展中国家，是这些国家谋求平等发展的固有的权利诉求。[30]

（二）发展是促进国际公平正义的最好保障

古往今来，人们对社会公平正义的追求从未停止，国家亦是如此，这意味着人类社会一直没有从根本上妥当地解决社会公平正义问题。“治天下也，必先公，公则天下平矣”，[31]发展注重的是解决社会公平正义问题。对发展中国家而言，“发展”是最大的政治，是国家利益的最高体现。对中国而言，“发展”更具有文明复兴的特殊意义。[32]“对国际社会而言，实现发展权的条件，一是坚持主权平等、各国互利与合作的原则；二是在此基础上建立公正合理的国际政治经济新秩序，特别是使发展中国家能平等、自由地参与国际事务，真正享有均等的发展机会”。[33]

---

[27] 汪习根.法治社会的基本人权——发展权法律制度研究[M] .北京:中国人民公安大学出版社, 2002.

[28] 参见《发展权利宣言》第 2 条、第 4 条、第 5 条、第 6 条、第 7 条。

[29] 朱炎生，发展权概念探析.《政治学研究》，2001 年第 3 期。

[30] 陈佑武，中国发展权话语体系的基本内涵，《人权》2017 年第 1 期。

[31] 参见秦・吕不韦《吕氏春秋・孟春纪・贵公》。

[32] 刘鸿武：《非洲发展大势与中国的战略选择》，《国际问题研究》2013 年第 2 期，第 84 页。

[33] 王明远．碳排放权的准物权和发展权属性[J]．中国法学，2010(6).

如前所述，国际体系的建立与全球化的形成使发达国家和发展中国家之间产生了巨大鸿沟，面对这一障碍，发展中国家追求全面发展的理念应运而生。而发展是解决所有面临问题的逻辑起点和根本途径，发展是世界的主题，也是世界的难题。作为世界的主题，发展是世界各国面临的共同任务，如何在和平的环境下谋发展、在合作的前提下谋发展、在共赢的前提下谋发展，需要各国集思广益。作为世界性的难题，世界各新兴国家都在探索破解发展瓶颈公正合理的有效方案，寻求合作“最大公约数”，实现共建、共享、共赢。国家背后体现的是各国的利益诉求，这一主张要得到公平实现须由发展来强有力地保障。一言以蔽之，国际社会对利益的追求只能通过普遍发展而不是扭曲国际分配来满足。发展不是无价值操守的漫游，而是“有价值原则的实践”。[34]

各新兴大国须通过全面发展来促进和保障国际社会向公平正义的价值目标迈进。作为公平正义和良法善治的最高价值, 制度的生命力就在于实现公平正义, 且公平正义不但是全人类亘古以来就怀有的美好价值, 也是当今以联合国为核心的国际体系的崇高目标。其理想追求就是让发展的目的福泽各国人民；让发展的平台包容其他地区；让发展的成果人人共赢共享。“大道之行, 天下为公”。只有与时俱进, 通过公正合理的新发展模式, 秉持公平正义的发展理念, 才能为全球发展体系变革提供有力保障, 摆脱发展中国家发展困境的桎梏。[35]

（三）法律制度是对发展权的确认与保障

发展权概念是广大发展中国家在争取建立新的国际经济秩序斗争过程中提出的新的国际法概念，反映了广大发展中国家迫切要求建立新的国际经济秩序以促进世界各国全面发展特别是自身发展的强烈愿望，以及对原有的国际经济秩序下发达国家单方面发展的彻底否定。发展权作为国权既是实现人权的需要，也是国家主权的必然要求。从国家发展权的义务性内容(促进和保障其国民的发展权)来看，国家发展是人权法中的权利范畴。然而，需要指出的是，由于有关发展权的联合国大会决议本身的“建议性”，联合国大会决议不具有法律约束力，因此其在国际法上的影响还有待于国家的国内立法实践和国际缔约实践。[36]

1.发展权的竞合关涉国际秩序的重塑变革

就“发展”和“建立新的国际经济秩序”而言，发展是权利、目标，建立新的国际经济秩序是条件、手段。《汉城宣言》将发展权作为逐渐发展的有关建立新的国际经济秩序的国际法原则之一。《发展权利宣言》则明确规定了各国促进建立新的国际经济秩序的责任。如此看来，承认发展中国家的发展权，就意味着必须建立新的国际经济秩序，只有建立新的国际经济秩序，才能真正促进和保障所有国家、特别是发展中国家的发展。

以中国为代表的新兴市场国家崛起已成为引发国际秩序变动的重要推力，其政策取向与未来战略走向受到国际社会的格外关注，对世界主要国家的战略调整产生了巨大影响。在国际秩序的构建与重塑过程中，大国往往发挥着关键的引领作用。这一演进规律可以归结为“实

---

[34] 张艳涛,张瑶. “共享发展”:当代中国发展的目标和归宿[J]. 前线,2017(06):12-16.

[35] 夏立平 云新雷：“上海精神”新内涵与构建人类命运共同体，《上海交通大学学报（哲社版）》2019年04期。

[36] 张永忠，论国家发展权及其在区域经济合作中的实现.江西财经大学学报，2005年第6期

力变化—利益变化—目标变化—战略变化—秩序变革”，即崛起大国“硬实力”和“软实力”的提升会促使其利益需求发生拓展，并促使它提出新的国际目标要求，进而促使其国家战略发生调整，重新进行设计，最终导致国际秩序的变动和变革。从这个意义上讲，新兴大国是“国际秩序变革的实际推动者”。[37]

作为基于一定权力结构，通过系列原则、规则、制度等形成的稳定有序的国际法律制度，其是各国之间更高阶段的发展竞争目标，目的是要构建对本国有利甚至以本国为中心的国际秩序，规则之争、机制之争与机构之争最终都服务于秩序之争。[38]国际秩序实质上是一个国家赖以生存和发展的外部环境，事关国家重大利益，大国之间的竞争往往影响国际发展的走向，因此，国际社会亟待具有法律约束力的制度确认与保障发展权的实现。

2.发展权与良法善治相辅相成

前述所言发展是促进国际社会走向公平正义的最好保障。国家间发展权之争实质上是制度之争。国家之间通过不断的发展斗争进而逐步均衡制度的公正，最终形成“善社会”的良法。正如哈特所指出的，一个法律因其是正义的而是良法，或因其是不正义的而是坏法。[39]国家间对发展权的良性竞争始终应以公正合理的国际秩序和国际法律制度的建构为内核，使新兴大国惠益共享，实现各国的全面发展，以促成良法发挥善治的作用。

法治是人权的根本保障，人权是法治的终极价值。现代国际法对“发展”、“人权”等构成性价值的重塑确认使国际社会与国际法律秩序的进步面临广阔前景，国际共同“发展”成为利益秩序长久稳定的基石。[40]国际法的良善体现本质上要求其符合更多的正义条件，即国际法的设立需满足合法性与正当性的要求。亦即是否反映了缔约方的真实意愿以及国际社会的普遍价值和国际人格者的利益诉求。换言之，当某一国际法律制度兼具合法性与正当性时，即博登海默所主张的法律是秩序与正义的结合体，此法便满足了良善之法的基本要求。《联合国海洋法公约》具有构成性价值的属性，发展中国家在缔结该条约的过程中延展了领海、专属经济区和大陆架等海域的管辖权，明确了国际海底区域是“人类共同继承的财产”，确立了海底资源的“平行开发制”，这些诉求本是合法正当的且得到绝大多数国家的认同，然则英、美等海洋大国基于其于发展中国家在海洋勘探方面的绝对优势，极力反对和阻挠发展中国家的权利主张。为防止国际海洋资源开发机制的异化，发展中国家与发达国家在协调过程中不得不做出一定的妥协和让步以维护这一机制的稳定有序。

国际法的运行与适用要求各国严格按照国际社会现行的原则、规范、制度来解决国际事务，有效实现“有法必依”“违法必究”的基本要求。但在实践中，国际法的“碎片化”导致一些国家履约意愿不强或履约能力不足。国际法既可能成为大国实力较量的结果，也可能变成宣扬大国意志的工具，作为国际法形成和实施的中心，大国往往选择借国际法之名行于己有利之事，而对其无关紧要或者利益不大的事项则左推右挡，这正是当前国际法适用片面

---

[37] 肖晞.国际秩序变革与中国路径研究[J].政治学研究,2017(04):38-48.

[38] 孙吉胜. 当前全球治理与中国全球治理话语权提升[J]. 外交评论(外交学院学报),2020,37(03):1-22.

[39] [美]哈特．张文显,等译．法律的概念［M］．北京：中国大百科全书出版社，1996．190．

[40] 李杰豪. 国际体系演进与国际法作用之机理[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版),2014,38(05):89-93.

化的重大缺位。在此，创新国际法的适用机制，形成大国间的良性竞争，将在一定程度上扭转这一局面，以达成国际法适用的普适化。

以发展权来审视现行国际法律体系，发展权是法治社会的基本人权,而法治是良法之治，因此发展权相对良法来说是必不可少的重要权利之一。只有以发展权来奠定法治社会的权利基础，发展中国家才能够走上良性发展的道路，法治也才能称之为良法之治。以发展权去审视当前的法律制度：修正与发展权相冲突之法律，充实缺乏发展权价值内核的规范，突破国际法的“不成体系”，对于以发展权为核心内容的应进行专门性立法。在此基础上构建以发展权为核心的国际法律体系，从而促进各国充分享有全面发展权。

五、竞争格局下全面发展权实现的路径及策略

通过前述关于全球化对发展中国家发展权实现的研究，毋庸置疑的是，在这场全球化的浪潮中，发展中国家促进发展权进一步实现充满着重大契机和巨大挑战。一方面，主动投身于全球化的浪潮中是发展中国家理所应当的选择，发展中国家要学会借鉴发达国家的先进发展成果和在进一步处理国际事务的过程中培养自身平等加入到全球发展进程中的能力，并积极力推人类发展成果的公平分配。另一方面，由西方国家主导的全球化使发展中国家发展权的实现面临不小的障碍。对于如何应对这种挑战，也许比如何利用好由全球化带来的发展权实现契机更显困难。因此，在当前的竞争格局下，在西方国家占主导地位的全球化情形下，发展中国家要进一步促进发展权的实现，就要注重发挥各种战略优势。

（一）秉持“自主、创新、绿色”理念推进高科技发展

1.打破西方大国对国家发展权的战略围堵、遏制

随着信息技术革命的飞快演进和信息技术在各领域的广泛应用，发达国家愈加以技术革新作为经济发展的源动力。2018 年以来，美国对华实施科技打压，限制和制裁中国高科技企业的发展。拜登政府上台后延续这一战略，全面升级对华科技战。为维持和扩大对华技术优势，美国从制造业、基础设施、应用层面、规范标准等领域进行战略布局。美国利用中国对境外芯片制造依赖的这一弱点进行严厉打击，并着手组建排除中国的供应链安全联盟，推动与中国在科技领域的脱钩，还试图主导规范性标准制定权，甚至要求荷兰政府禁止向中国出售光刻机。面对美国的无端打压，创新发展理念，充分利用发展中国家的比较优势与后发优势破除战略上的壁垒迫在眉睫。努力使科技成为引领未来中国经济发展的新引擎和动力源，成为中美竞争博弈特别是打破美对我封锁和围堵的重要突破口。

因此，既要重视经济安全，又要避免“脱钩悖论”。一方面，针对美国的主观脱钩，中国需格外注重技术革新，深化产业结构，确保产业链安全。对于“卡脖子”高科技行业的被动脱钩情形，须着力提升自主研发、自主创新能力，避免脱钩导致的减产或停产危机。另一方面，亦须防止“脱钩悖论”，即在信息不充分和互信欠缺的情况下，各自收缩价值链到本国，反而导致损害经济全球化创造世界大市场产生的规模效应和分工专业化效应，这对各自的经济增长和技术进步而言都是不利的。[41]此外，大力推进高科技人才激励机制的实施以及

[41] 任琳，后疫情时代的全球治理秩序与中国应对，《国际问题研究》2021 年第 1 期。

加大科技创新的资金投入乃切实有效的突围之路。

发展中国家要积极融入经济全球化，促成国际竞争与合作的发展格局，必须从转变经济增长方式入手，大力发展高新技术产业，调整并优化经济结构，走“绿色”发展道路而不能继续走以浪费资源和破坏环境为代价的老路。一方面，通过提高技术含量和加工层次，延长“产业链条”，使经济增长彻底摆脱对资源消费增长的过度依赖。另一方面，要依靠技术进步和产品结构调整，大幅度降低那些高资源指向型产业的能源消耗程度，提高资源利用效率。

2.实现自主发展—自由发展—引领发展

随着经济发展迈入高质量发展阶段，发展中国家原始性创新亟待加强。发展权的全面实现，必须消解产业结构上过度的外部依赖性，坚持自主创新，包括科技创新、先进科技成果的产业化，维护国际经济市场的稳定，促进发展中国家经济平稳较快发展。这是应对科技封锁最重要、最有效的国内手段之一。自主创新是科技向前发展的核心动力。高科技企业只有依靠自主发展，提升科技创新能力和科技成果产业化能力，缩小与发达国家之间的差距，避免因发展能力的巨大差异导致发展权实现的不平等，才能实现核心技术和关键产品的自主可控，牢牢把握国际竞争的主动权，才能推动国家实现自主发展。

当前中国拥有全球最完善、最齐全的工业门类，为国家实现自由发展奠定了坚实的物质基础。之所以如此主要存在两方面的原因：一是早期西方国家对新中国的封锁与孤立促使我国不得不走自力更生的工业化道路；二是晚近发达国家采取产业链转移的方式，形成制造业外移的普遍趋势。与工业化演进历程相似的逻辑，在发展中国家实现高科技自主发展的基础上，科技领域的自由发展也就水到渠成，由此带来的是国家经济实力的跃升。国际法在一定意义上是各国实力较量的产物。科技领域的自主创新发展在实现自由发展后必然过渡到国家全面发展的引领阶段，并促进国际社会规则体系与国际秩序的建立与完善。

国际体系变迁与秩序发展的动力乃是经济基础之上的大国推动，因而体系与秩序演进中的大国影响是最不容忽视的。1890 年恩格斯在致约·布洛赫的信中即曾指出，“历史是这样创造的：最终的结果总是从许多单个的意志的相互冲突中产生出来的，而其中每一个意志，又是由于许多特殊的生活条件，才成为它所成为的那样。这样就有无数互相交错的力量，有无数个力的平行四边形，由此就产生出一个合力，即历史的结果。”[42]历史虽然是“合力”作用的结果，是各种力量相互影响的产物，但形成“合力”的各种力量却不是等量齐观的。在国际社会中，大国的主导影响或领导作用不可否认。[43]中国从自主发展到自由发展逐步实现向引领发展的趋势过渡，最终成为国际发展的引领者。

3.形成竞合的新发展模式，拓宽高科技发展的领域

守成大国与新兴国家间有必要积极营造互信的氛围，形成良性竞争型合作的新发展模式，充分且理性地认识共同利益之所在，为良性竞争和技术进步创造良好的国际市场氛围，避免引发恶性竞争、各自隔绝和实际脱钩。实际上，在人工智能等新技术领域，只有诉诸国

---

[42] 马克思恩格斯选集(第四卷)[M]. 北京：人民出版社，1995.

[43] 李杰豪. 国际体系演进与国际法作用之机理[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版),2014,38(05):89-93.

际合作，才能共克技术难题，应对新发展挑战，共享繁荣与发展。大国间相互依赖如此之深，利益相互依存度如此之高，以至于谁都不能接受爆发激烈冲突的可能，经贸挂钩作为和平稳定的“压舱石”，是夯实国际秩序稳定的基础，也符合世界各国的经济和政治利益。[44]

此外，科技合作对人类的赋能作用举足轻重。这次新冠疫情暴发以后，科学无国界的精神得到充分体现，科学家们迅速识别病毒，确立了病毒基因序列，并在全球共享病毒信息。短时间里就形成了防控的有效措施，接续开始了大规模的疫苗生产，由此证明大国间的竞争与合作对国际社会的良性运转是重大利好的。在抗疫过程当中，生物医药技术、通讯技术、物流交通技术以及保障生存的粮食生产都发挥了应有的支撑作用，这些本质上都是国际社会“合”的力量。因此，各大国之间更应通力扩大 5G、人工智能、芯片半导体、量子通信、航天航空等其他前沿领域的高科技合作，让全球各国共享发展带来的惠益，并促进发展权的实现。

（二）扩大“双循环”推进共同发展

要推动构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局。一方面是构建以内循环为主体的发展格局。这需要构建三大支柱，分别为消费扩大与消费升级、产业结构升级与技术创新、要素自由流动与区域一体化。另一方面是构建内外循环相互促进的发展格局。[45]

1.利用市场及技术级差加强国际协调与合作战略

经济全球化与区域一体化是世界经济发展的大趋势，在当代的世界经济发展中，由国际分工体系分化为技术级差，并形成产业级差。由此，要积极扩大海外市场和充分利用级差形成的技术领先优势，大力援助相对落后的发展中国家，加大对欠发达国家的投资力度，加强国际协调并深化与发展中国家的国际合作，力求缩小发展差距，推进发展中国家的共同发展。这是实现发展中国家发展权的重要手段之一。

利用上合组织、金砖国家等重要合作平台推进“一带一路”战略实施，推动形成以“合作共赢”为核心理念的新型国际关系。加快建立合作共赢的开放型经济机制，深化与其他国家的务实合作。促进区域经济贸易规则的变革，形成普惠共赢的经济治理体系。而最为重要的是，“一带一路”战略追求的是“合作共赢”，“一带一路”沿线国家都可以在双边或多边协商的基础上交流互鉴，达成共同的经济发展理念与目标，共享经济利益，推动经济的跨越式发展。因此，通过“一带一路”战略，抓住疫后世界发展新机遇，中国能够依靠自己的优势，打破美国对中国的围堵，形成与发展中国家的合作发展。

加强《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）等区域合作发展，坚定实施自由贸易、多边合作，RCEP 的签署是我国继加入世贸组织后又一重大开放成果。在经济全球化中，支持自由贸易协定的开放合作发展方式是许多发展中国家的重要选择，全球自贸协定数量的增加和质量的提升，已成为绝大多数国家扩大相互贸易和投资规模、支撑经济增长的战略行动。

---

[44] 任琳，后疫情时代的全球治理秩序与中国应对，《国际问题研究》2021 年第 1 期。

[45] 张任远. 构建双循环新发展格局的思考与路径[J]. 区域经济评论,2020(06):56-62.

RCEP 的签署将使得亚太区域经济一体化进入新的发展阶段，将促进 RCEP 区域经济增长和推动世界经济增长，并实现各国全面发展。

2.形成发展中国家间的发展共同体

着力加强区域的自主联合，形成发展中国家间的发展共同体。通过区域协调合作来提高整体发展势头，打破发达国家对世界经济的控制，积极主动参与国际经济事务的讨论和决策，包括制定新的国际贸易与国际经济运行和监管规则，推动国际经济新秩序的建设，极力争取参与权、发言权和决策权，最大限度地在经济全球化进程中维护自身的利益，以减少和消除经济全球化可能带来的负面效应，从而最大程度上地促进发展权的实现。

基于此，从当前整个世界经济形势和亚太地区的战略格局来看，在美国已经将中国列为首要战略竞争对手的威胁下，亟需减杀并削弱美国阻止中国崛起势头的进攻态势，渐次并彻底打破美国战略围堵、战略遏制的图谋。对于当今中国，最重要的挑战是必须摆脱在国际上孤立无援的处境，当务之急就是必须抓紧实施现代版的“合纵”战略，形成发展中国家间的发展共同体。时下应当密切关注诸如朝巴伊叙古委等以及其它亚非拉国家，应当设法联合这些国家，尽可能多地将发展中国家可以争取的力量凝聚起来。要以非常的地缘战略手段，确实在维护中朝、中缅、中伊、中马、中斯等战略合作甚至相互依存关系上，迈出实质性步骤，形成发展联合体。

为此，中国应当在一切可能成为合作伙伴的发展中国家中寻求联合。特别是对以下各国和地区特别值得注意：上海合作组织成员国；巴伊柬朝缅等我国在亚太现在与一些潜在的战略伙伴；东南亚、中南半岛、南亚次大陆等对中国具有重大战略意义的国家和地区。对以上各国和地区的合作战略与策略，有必要提高到关系中国未来生存和发展直至崛起的战略高度来全面审视和考量。

3.反哺高科技发展

通过各发展中国家的区域协调与合作，借助发展共同体的优势，共同达成科技领域的通力合作，促进各发展中国家的科技发展与进步。中国提出的科技自立自强与开放合作并非对立关系，而是辩证统一的。中国的创新发展离不开世界，世界的科技进步也愈发需要中国。数据显示，中国已经与全球 160 多个国家建立科技合作关系，随着“一带一路”科技创新行动计划深入实施，强化与多国建立的科技园区合作关系，有力推动创新成果在共建国家转化落地，如此一来，各新兴国家的科技发展必将迎来新一轮的重大利好，从而为各发展中国家发展权的全面实现奠定坚实的基础。

具体而言，以科技创新成果反哺高科技发展，不仅仅是顺应各国经济转型和产业升级的宏观趋势，也是发展中国家的重大战略选择。发展中国家应大力推进企业的转型升级，在区块链、人工智能等领域实施一系列科技创新，以期助力国家供给侧改革，服务实体经济发展。比如，加强发展中国家科技合作，破除西方发达国家的科技战略壁垒，攻克科技限制与制裁的难题，使各国共享人工智能、物联网等领域的最新科研成果。通过金融创新引领数字化变革，推动互联网金融的良性发展，在遵循区块链技术核心原则基础上，充分发挥区块链技术

安全、透明的信息服务，构建区块链数字化生态圈，拉动消费和投融资，形成新的经济增长热点。

（三）破除西方“规锁”促进全面发展

发展权的全面实现是人类历史发展的必然。当前中国正面对美国打压、遏制和围堵的重大危机，面临华为、中兴通讯、海康威视、大疆等一大批创新型企业被美国列入实体清单等一系列空前的困难和挑战。在这样的新形势下，全力破除西方“规锁”，创新经济建设的合作思路、合作方式以及合作路径，使发展中国家实现全面发展急不可待。

1.推动合作互补

开展与俄日德法意等发达国家的对话合作，达成求同存异的发展共识，形成合作互补的新发展格局，全力破除西方“规锁”，推动特定化领域合作，积极促成双边与多边合作。面对外部的孤立与封堵，中国应始终坚持对外开放，依托联合国、世界银行、IMF 和 G20 等多边国际组织和平台，以及 “一带一路”倡议、上海进出口博览会、自贸试验区等新兴开放平台，不断探索寻求对话、对外开放、开拓合作的新模式。

此外，开创与特定发达国家形成功能性领域合作，有利于深化务实合作，化解外部战略压力。随着全球性问题的频现，国家之间愈发没有全方位的宿敌，亦没有全方位的伙伴，而是基于不同议题领域内，各国形成的利益攸关度差异，进而选择寻求合作抑或挑起摩擦。促进特定化领域合作以便解决某一领域内的共同性的复杂事项，国家之间达成伙伴关系，这一合作形式消弭了南北国家间浊泾清渭的发展差异，更为注重寻求共同利益的合作关系。随着美国建制派回归，中国除了保持开放的心态积极参与全球发展与多边合作之外，通过促进特定化领域合作的方式，在各种领域内深化务实合作，尤其是与美国传统盟国之间开展对话合作，不仅将有利于塑造积极的外部氛围，还契合各国的根本利益，为全球经济的发展做出重要贡献。

2.横向维护产业链、科技链，把握高科技发展动态

新冠疫情肆虐全球，世界经济出现低迷，保护主义、单边主义势力抬头，横向维护产业链安全、提升产业链水平成为各国高质量发展的必然要求。从产业链、科技链角度进行发展竞争，充分发挥制造业门类齐全的优势，确保供应链稳定运行，同时有针对性地做好稳链补链强链工作。竭力实现在关键领域重点突破，围绕产业发展攻克“卡脖子”技术是确保产业链安全的重要内容。始终坚持以国家战略为导向，集中直击“卡脖子”痛点，形成重点领域关键核心技术，并推动协同创新，不断加大科技金融支撑力度，让更多主体共同参与产业链建设以助推全面发展。

质言之，继续加强关键核心技术攻关，集中资源对新一代信息技术、机器人、新能源汽车等领域开展联合攻关，聚焦工业软件、核心元器件、高端通用芯片、关键装备与材料等领域重点突破。值得注意的是，在关键重点领域取得一系列重大突破，是确保产业链安全、产业发展自主可控的关键之举。要高效聚集创新资源，充分释放创新活力，围绕国家发展重大需求开展重点攻关，为保障各国产业链安全提供科技支撑。

洞察高科技发展动态，加速新旧动能转换提升产业链现代化水平，高质量发展离不开“新动能”的强力引擎。重点培育壮大新一代电子信息、绿色石化等战略性支柱产业集群，加快培育发展半导体与集成电路、高端装备制造、智能机器人等战略性新兴产业集群。与此同时，加速传统产业转型升级也是提升产业链现代化水平的重要方面。全面提升产业链现代化水平是高质量发展的必然要求。当前，新一轮科技革命和产业变革加速演进，要充分利用科技创新的最新成果加速发展高新产业。利用数字化、网络化、智能化技术对传统产业改造升级，助推各国产业经济由大到强，加速向全球产业价值链高端迈进。

3.扩大发展回旋、对冲美国打压

百年变局叠加世纪疫情，大国竞争与博弈加速震荡。大国竞争博弈比拼的是一个国家经济发展的韧性、发展空间和回旋余地。毫无疑问，中美关系成为大变局的关键变量，美国对华总体战略从 2017 年实现“战略转向”，把中国作为美国最大的竞争对手甚至敌手，并且转向全方位“战略实施”和“战略打击”。美国对中国从贸易战、科技战、金融战到舆论战，不管中美竞争博弈如何演变，中美长期的竞争与合作关系并存的格局都很难改变，而且相当长时期内，竞争乃至摩擦将成为主旋律。因此，坚持对外开放和全球产业链的分工以实现资源最佳配置，加强与俄日德法意等发达国家的合作，扩大发展回旋空间，打破外部围堵，实现国家的全面发展。

面对肆意妄为的超级大国美国，亟须深化与欧日等西方国家的功能性领域合作，采取以规则制衡规则的手段，提出更有针对性的预案，如诉诸 WTO 组织、制定一系列法案和外交反馈等，打破美国长臂管辖的霸权行径。同时，充分利用国内巨大的市场及其蕴含的回旋空间拉动内需，全力应对地区和全球经济的波动起伏，缓解外部冲击，并努力扩大回旋空间。只有这样才能最大程度的保障发展中国家的发展权得以实现。

国际法渊源视域下的发展问题：理论逻辑与实践路径

李文静

摘要：单向度经济全球化所引起的负外部效应导致了发展中国家的发展困境，加剧了国际贫富差距。大国政治及国家间实质平等的缺乏严重影响了国际法的正当性与实效性。国际法的发展主体是主权国家，国际法的双重法理使对于自然法之正义的追求反映了国际法渊源体系内在构成的动态性。国际法渊源在外延上的开放性及《国际法院规约》第 38 条实质内容的开放性为国际社会通过实践来发展新的法律渊源提供给了实践路径。反映国际社会公平及正义观念的国际发展法，由于其法律渊源和体系的局限性，长期被认为是一种“软法”。国际组织的规则创制能力及其与国际法渊源的内在关系可以在一定程度上改变国际发展法的“软法”特性。国际法渊源视域下的发展问题，可以沿着国际法效力渊源的演进方式体现国家间平等正义的自然法之价值追求，使得发展问题的解决得以从形式正义向实质正义迈进，最终促进国际发展法的新发展。

关键词： 大国政治　国际法渊源　《国际法院规约》 国际发展法 国际组织

二战后在西方发达国家主导下建立的国际经济秩序,虽然在某种程度上适应了国际社会的新发展,但是并没有改变其霸权思想和资本主义市场经济剥削的本质。这种事实上不平等的国际经济决策制度,在世界银行和国际货币基金组织为代表的国际组织的程序性规则中得以体现，这使发达国家在世界经济秩序中占据主导性的优势地位，发展中国家在国际社会被边缘化。这种实质上不平等的国家发展关系消弱了国际法的正当性基础。国际发展法面临着重重挑战。随着全球化的深入发展及各国复合相互依赖关系的加深，从 20 世纪 60 年代起，发展中国家谋求发展的主张愈加强烈。在国际社会中，国家是国际政治的基本单元和国际法的原始主体，国家的意志协调构成国际法的效力渊源。国际发展问题的本质在于实现国际政治语境下的民主之大多数的意志协调,使主权国家之间沿着形式正义向实质正义的迈进。《国际法院规约》（以下简称规约）第 38 条所揭示的国际法渊源及其内在逻辑和外交实践为发展问题的解决预示了有效的实践路径。

一、全球化时代的发展问题与国际发展法的渊源

发展问题，是当今世界的发展的两大主题之一。因此，发展问题是国际关系、国际政治与国际法的共同关注的主题。20 世纪六七十年代，发展中国家争取建立国际经济新秩序的权利主张直接促成了国际发展法的产生。

（一）全球化时代的发展问题与国际发展法的演进

发展是一个十分复杂的概念，为此在国际发展的实践中产生了一系列颇具争议的问题。如何理解全球化时代的发展问题，有必要先对发展的概念进行界定。国际关系和国际法的发展史表明，二十世纪发展中国家的兴起，推动了国际法的质变并促进了国际发展的诞生。

1.发展与发展问题

发展是指事物由小到大、由简单到复杂、由低级到高级的变化的过程。[1]就发展的词义

[1] 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》（修订版），商务印书馆 1996 年版，

解释而言，发展是一个动态变化的概念，因此，对于发展概念的科学理解应该同时基于历时的纵向梳理和共时的横向比较。在 20 世纪 40 年代末到整个 50 年代，发展一词或多或少地被等同于“外来援助”；在 20 世纪 60 年代第一个联合国发展十年规划中，发展主要着眼于经济增长；后 1964 年联合国第一届贸易发展会议之后发展的内涵倾向于“贸易与援助”。不过 20 世纪 70 年代以后，随着经济全球化的不断深入和复合相互依赖关系的加深，国际社会普遍认识到发展有着比经济发展更加丰富且复杂的内涵。[2]最后联合国大会于 1986 年通过《发展权利宣言》中，对发展的内涵作了较为全面的描述：发展是经济、社会、文件和政治的全面进程，其目的是在全体人民和所有个人的积极、自由和有意义地参与人民和所有个人的福利。[3]因此从上述内容可知，发展兼具经济、社会、文化和政治等多重的内涵，发展的主体是人或群体。

从发展的内涵可以得出，任何发展的主体都处于发展中或正在追求新的发展的过程，因此，解决发展问题是发展的应有之义。在国际法的语境下，国家是国际法的原始主体，国际法的发展主体是主权国家，国家的意志协调构成国际法的效力渊源。发达国家和发展中国家是目前国际社会领域中较为普遍的国家分类方法。但是由于历史和现实的原因，发展中国家的经济、社会、政治等发展水平较低且面临着较为突出的发展问题。发展的语义解释和内涵分析使得发展中国家的政治身份与发展问题相关联。

西方发达国家主导下重建起来的国际经济秩序,虽然在某种程度上适应了国际社会的新发展,但是并没有改变资本主义市场经济剥削的本质。这种事实上不平等的国际经济决策制度,在世界银行和国际货币基金组织为代表的国际组织的程序性规则中得以体现。例如，以美国为首的发达国家在国际货币基金组织和世界银行中享有支配性的表决权和控制权。而整个发展中国家的投票权还不到全部投票权的 13%。维护国家利益是主权国家外交实践的基本前提，因此，发达国家在国际经济事务中的很难顾及发展中国家的利益。这种不平等、不合理的国际发展秩序,使发达国家在世界经济秩序中占据主导性的优势地位,而广大发展中国家则成为发达国家的原料供应地、工业制成品的销售市场，其经济和社会发展受到实质的阻碍。事实上，由经济发展引发的全球性发展问题，引发环境恶化，国际恐怖主义等非传统安全问题，最终会危机人类整体生存，这不利于和平与发展的时代主题并在国际社会导致了国际发展的困境。

2.国际发展法的产生及其历史演进

20 世纪 50 年代以后，国家间的发展问题推动了“发展”和“发展权”概念的确立。一般认为，国际发展法的概念始于 1955 年印度尼西亚万隆举行的亚非国家会议。[4]这次会议提出了亚非拉国家谋求自身发展的纲领性主张，要求改变当时的国际经济关系状况，并建立体

第 40 页。

[2] 参见黄志雄；《WTO 体制内的发展问题与国际发展法研究》，武汉大学出版社 2005 年版，引言第 4 页。

[3] 联合国大会《发展权利宣言》引言段

[4] 参见盛愉、魏家驹:《国际法新领域简论》,吉林人民出版社 1984 年版,第 16 页。

现国际合作精神的地区性和全球性金融机构。这些主张后来成为联合国提出国际发展战略目标的先导。1969 年、1974 年联大分别通过的《社会进步和发展权利宣言》《经济权利和义务宪章》等有关建立国际经济新秩序的重要文件，体现了发展中国家谋求发展的权利主张。1960 年联合国大会通过了“为经济不发达国家的发展而采取联合行动”的决议，指出联合国的首要任务之一是加快不发达国家的经济与社会进步。为此，联合国分别于 1960 年、1970 年、1980 年和 1990 年制定了四个发展的的十年计划。进入 21 世纪之后，联合国在发展问题上迈入了新的阶段，以联合国千年发展目标为代表，发展及其发展权得到了国际社会的普遍确认。联合国大会有关发展的文件确立的基本原则和相关制度为国际发展法的诞生奠定了制度基础，并随着社会的进步继续完善和丰富国际发展法的主要内容。

目前学术界对于发展法的内涵与外延存在一定的分歧。部分学者认为，现阶段只是出现了一些关于发展和发展权的专门国规则，能否形成国际发展法的独立法律部门还有待观察；而部分学者则认为国际发展法不仅形成了专门的法律部门，而且正在广泛国际实践中发挥重要作用。[5]事实上，20 世纪 50-60 年代以联合国为主要代表的有关发展、发展问题和发展权的实践基础上，首创“国际发展法”这一名称并加以初步论述的是 A·菲利普和 M·维拉利这两位法国学者。[6]早在 1965 年维拉利在《法国国际法年刊》发表了《逐步建立国际发展法》一文。20 世纪 70 年代初。法国巴黎大学国际法教授阿兰·贝莱在 1978 年出版了《国际发展法》一书，他提出国际发展法的产生，反映了发展中国家力求革除阻碍其发展的规则，制定保证并促进其发展的新规则方面所取得的积极成果，因此，国际发展法也被称为“发展中国家的法”。[7]由此可见，尽管学术界存在不同的看法，事实上国际发展法确已初步形成，并在国际社会得到了一定的重视。

通过回顾国际发展法的历史演进，国际发展法是调整国家（或其他国际法主体）之间关于发展的各种关系的原则、规则和制度的总称。[8]因发展事务是由旧到新的运动变化的过程，国际发展法本质上具有内容、体系的不断革新、补充、完善的特点。国际发展法的内在特征，意味着它渊源体系内的不稳定性。[9]在国际政治的语境中，发展中国家构成全球国家的大多数，发展中国家的法律权利在国际法的实践中受到西方发达国家的霸权主义影响，尤其是在国际法运行中的话语霸权和程序霸权，因此，国际法意义下的国际发展法的理论建构和实践逻辑，可以沿着国际法的效力渊源演进使得国际发展问题的解决得以从形式正义向实质正义迈进。在解决全球发展问题并体现大多数国家诉求的平等正义的自然法之法律价值追求的同时也促进国际法渊源的新发展。

（二）《国际法院规约》第 38 条与国际发展发渊源的关联性

国际法渊源的概念是有关国际法渊源理论研究及其法律实践的重要前提。从《威斯特伐

---

[5] 参见盛愉、魏家驹:《国际法新领域简论》吉林人民出版社 1984 年版,第 13 页。

[6] 参见黄志雄;《WTO 体制内的发展问题与国际发展法研究》，武汉大学出版社 2005 年版，第 28 页。

[7] 参见王铁崖、陈体强主编:《中国国际法年刊(1982 年书评)》,第 385 页。

[8] 参见周洪钧:《国际法》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 315 页。

[9] 参见王铁崖、陈体强主编:《中国国际法年刊》1982 年书评,第 385-386 页。

利亚和约》到《联合国宪章》，现代国际法主要是以国际条约为基础。《规约》第 38 条规定了国际法的渊源，法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判时应适用：（子）不论普遍或特别国际协约，确立诉讼当事国明白承认之规条者。（丑）国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。（寅）一般法律原则为文明各国所承认者。（卯）在第 59 条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。有学者认为，通常意义上的《规约》第 38 条规定了国际法渊源，尽管《规约》没有使用“渊源”这个术语，但明确规定了司法机构在裁判案件时应当适用的国际法规则。

发展问题正日益受到国际社会的重视，与发展问题密切相关的国际组织及国际发展法鲜明地反映了这种特征。首先，大批新兴独立国家在二次大战后获得独立并步入国际舞台,为发展问题的提出和发展奠定了社会政治基础。其次，发展中国家积极参加各种国际组织及其立法活动,为国际发展法原则与规则的创立提供了可能性。因此，国际发展法的渊源主要包括国际条约、国际习惯以及部分联合国大会通过的决议。条约作为国际发展法的主体,包括双边与多边条约两个形式还又分为区域性与全球性两种。这种协定的主要内容包括向发展中国家提供各种援助以及发展中国家之间相互协助,设立常设机构、建立发展基金及创立对发展中国家实行优惠的经济法律制度等等。[10]其中值得特别注意的是欧洲经济共同体国家于 1975 年与 1979 年同加勒比及太平洋地区部分国家签订的两个洛美协定。这一类协定自七十年代以来逐渐成为国际发展法的主要渊源。

国际发展法第二个渊源是国际习惯，国际习惯作为国际发展法的渊源主要是经济全球化背景下国际经济法习惯规则在国际发展法领域适用中产生例外规则，特别是对于发展中国家的优惠待遇问题。国际发展法第三个渊源是联合国大会通过的决议。如联合国大会通过的关于《建立新的国际经济秩序宣言》 《行动纲领》 《各国经济权利与义务宪章》等决议。事实上，国际发展领域中最富有创新性的文件是联合国大会决议。目前各国对联合国大会决议的法律性质存在争议。第一种意见认为,联合国大会决议一旦由联合国绝大多数成员国通过即代表了国际社会的意愿。[11]而且，这些决议实际具有一种法律意见的性质,并成为国际发展法逐步发展的形式渊源之一。至于某一个特定的联大决议是否具有法律效力或约束力,主要取决于它的实质内容、各国代表们在讨论它时的发言、投赞成票国家的数量以及投反对票国家在决议涉及的领域内的等因素。持这种意见的多数是发展中国家。第二种意见认为,联大在建立新国际经济秩序方面的决议不具有法律效力,根据是《联合国宪章》。持这个观点的国家包括主要几个西方大国。目前引起人们关注的几个问题包括:1.被绝大多数国际社会成员所通过的联大“决议”[12]的法律效力；2.联大决议与国际发展法的关系；[13]3.传统上对国际法渊

[10] 参见魏群:《论形成中的国际发展法》，载《北京大学学报(哲学社会科学版)》1987 年第 3 期，第 88-95 页。

[11] 参见魏群:《论形成中的国际发展法》，载《北京大学学报(哲学社会科学版)》1987 年第 3 期，第 88-95 页。

[12] 联大的决议分为决定、建议和宣言，根据《联合国宪章》第 17 条之规定，那些与预算和财务事项相关的规定，仅会员国（包括组织内部的工作人员）具有法律约束力。安理会相关决议则对所有联合国会员国具有法律约束力，但是那些名为宣言的决议的效力要另当别论。

源的划定及《联合国宪章》本身的规定与大多数国际社会成员投票多数决的关系如何，或者说国际法渊源发展是否能更准确地反映国际社会大多数成员的协调意志并使得全球化背景下的发展问题体现由经济发展所带来的形式正义逐渐向主权国家平等的实质正义迈进。

事实上，一部分联大决议包含了被其它国际法渊源所确认了的法律原则与规则，例如联合国大会通过的《各国经济权利与义务宪章》中所包含的主权平等、互不侵犯、互不干涉、公平互利、和平共处、各民族平等权利和自决以及和平解决国际争端等一般国际法原则。这一部分联大决议成为国际法原则与规则的重要补充资料。而且就其形式和实质内容来说，它们应该位于司法判例和公法学家著作之上。其次,联大决议如被绝大多数国家所接受，也反映了主权国家之间的协调意志，成员国对于相关决议的实践持续性和一贯性的约束，有关的联大决议在一定程度上就构成国际习惯法形成的重要因素。再次,联大决议还是国际法原则与规则最具有代表性的解释，代表国际社会绝大多数成员国意志的联大决议能准确地反映主权国家对国际法原则与规则的认同。

各国关于发展问题的立法是否属于国际发展法的渊源形式尚有争论。最为典型的例子包括发展中国家在引进外资技术、开发自然资源、加强与其它发展中国家的合作等方面的立法及发达国家向发展中国家提供援助或给予发展中国家优惠待遇等方面的国内立法司法实践等等。这同样也是解决国际发展问题并推动国际发展有效实践的路径之一。国家是国内法与国际法产生内在联系的纽带，国家既是国内法的制定者也是参与创制国际法的基本主体之一，能为被大多数国家所接受国际法规范必然与其国内法规范具有内在关联性。基于横向比较法视野，国内事务与国际问题相互交叉，互相影响，因此，国际法能在国内有效的适用也依赖于各国国内的主要立法模式。基于国内法与国际法之间的关系，国内立法是确认、解释与发展国际发展法的主要手段之一。特别是具有指导性的纲领文件在联合国大会通过之后,各国国内法可以把联大决议落实到具体解决国家发展问题的实践之中。

国际发展法是主要调整国际发展法主体之间各种发展问题的法律规则与原则。有关发展问题的法律原则与规则是在 20 世纪六十年代末至七十年代初开始被提出来，并在一定程度上创新了的传统国际法原则与规则，这使得国际发展法领域内出现了大量的“软法”，这也是国际际法渊源发展中必须关注的新趋势，同时也对国际发展问题的解决及发展中国家主体地位建构具有重要的理论意义与实践价值。

二、国际发展法的主体论与国际法渊源的开放性：国际组织与国际发展法内在联系

国际发展问题主要涉及发展中国家所享有的国际法权利，特别是特殊和优惠待遇。法律是大多数主体意志的体现，这是民主和法治的前提，也是政治主体及其主体性法律实践的基本逻辑。全球发展问题使得国际发展法的在某种程度上缺乏正当性和合法性的社会基础，从发展中国家的政治身份到实证的法律权利,国际法渊源开放性和动态发展路径中，国际组织发展及其规则创制能力为国际发展问题的解决和发展中国家法律权利实现提供了具体的实践路径。

---

[13] 参见国际公法学编写组：《国际公法学》，高等教育出版社 2016 年版，第 199-194 页。

（一）国际法渊源的开放性及其国际发展法的主体基础

处于“原始状态”的国际法，其主体具有开放性，这种开放性使国际政治成为影响国际法发展的重要因素。近代以来，国际法主体的发展渊源于国际政治或国际关系主体的法律人格化进程。第二次世界大战以后，国际法概念的完善也体现于其主体的开放性演变。20 世纪是国际组织迅速发展的时期，国际组织成为现代国际社会的重要组成部分与主要国际合作形式。在全球化的时代，当代国际组织可以作为独立的国际行为体或国际法主体参与国际事务，国际组织在事实上和法律上已经成为国际法的主体之一。国际组织是根据国家之间的协议建立，这种协议一般被称为国际组织的章程，它实质是一种多边条约，对其成员国具有约束力。因此，国际组织的法律人格使其具有了法律渊源的创设功能，它在国际法双重法理和国际法渊源开放性的双重互动中，会发展为国际法新外延并成为国际法的新渊源。

国际法的主体开放性决定了其本体的“弱法性”和开放性。国际法与国际政治的关联性，渊源于相同的行为主体。在共时的维度下，国际法的渊源既向国际政治身份开放，也向自然法的法律价值开放。在历时的维度中，国际法的实质渊源通过法律价值逐渐向形式渊源发展。[14]基于政治和法律的互动关系，国际法的法理首先对国际政治开放，然后对自然法的价值开放。国家是国际社会主体，尽管国际社会不存在国际公民政治的民主制度，但是国际法沿着主体的开放性向大多数国家的意志或意志协调开放。这同时也是国际法及国际政治主体地位确立的历史发展过程。国际法对于自然法价值之开放更多地体现于《规约》第 38 条的内在逻辑及其法律实践之上。沿着国际条约—国际习惯—一般法律原则—司法判例和权威公法学家之学说，《规约》第 38 条依次揭示了国际法的形式渊源和实质渊源，前者体现了国家政治意志的协调，是国际法的效力来源。该条款的规定逐渐使得国际法逐渐从形式正义迈向实质正义，使国际政治的法理向自然法的正义价值开放，从而预示了国际法的双重法理在国际法渊源体系中的互动路径。

虽然《规约》第 38 条的意义在于它列明了现代国际法渊源的外在形式，在这些法律形式能单独确定法律所适用的规则时，它就可以成为完整意义上的法律渊源。所以国际条约、国际习惯和一般法律原则，都有可能是成为国际法的独立渊源。[15]至于司法判例和各国最高权威公法学家之学说，在国际法院的司法实践中则被视为规则适用的辅助手段，因此，国际法的渊源在在理论上具有动态性和开放性。《规约》第 38 条在实践中的动态性，决定了国际法狭义渊源的形式要素向广义的渊源开放，沿着《国际法院规约》第 38 条的逻辑结构和国际法渊源新发展的路径，现有国际法规范对大国政治和小国政治的开放，而这种开放性贯穿于国际法的发展和国家间的外交实践中。

在国际关系中，因为国际社会缺乏同质的法律文化，各国不太可能就自然法之实质正义达成共识。随着国际法社会基础的演变，国际关系的法制化也使得大国政治不断受到自然意义下国际法的规范。政治和法律相互相成，主权国家之间的平等价值是国际政治向自然法开

---

[14] 参见江河：《国际法基本范畴与中国的实践传统》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 258-258 页。

[15] 江河：《国际法的基本范畴与中国的实践传统》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 258 页。

放的价值动因。国际发展法的主体性及其地位强化主要体现于发展问题，并通过实质正义或矫正正义来实现对发展问题的规制即国际发展法主体地位的法律化进程。西方发达国家所主导的经济全球化使发展问题日益威胁到国际和平与安全，特别是人类的整体生存。换言之，如果不公平解决发展问题，发展中国家的主体性困境必然危及所有国家和整个人类的生存与发展。联合国大会中发展中国家占据大多数，同时，全球化的深入发展也使各国更加关注发展问题，发展中国家的发展诉求促使联合国内部的改革，从而使联合国的发展系统日益完善。这也为国际发展法奠定了主体性发展的社会基础。

（二）联合国与发展中国家的权利实现机制

国际发展法中的特殊和优惠待遇体现了发展中国家权利实现机制。法律规范渊源于政治身份及其主体的法律实践，国际法也不例外。在国内法的语境中，选民的通过政党政治某求其法律权利。在国际关系中，国家之间也会形成一种政治联盟，“发展中国家”的政治身份体现了大多数国家追求政治独立和经济发展的过程外交博弈。将短暂的利益联盟发展为稳定的政治身份并沿着法哲学的逻辑将政治意志之协调和法理学的社会正义融合为国际法的价值，并沿着一般法律原则去建构国际发展法主体性的权利体系和解决国际发展问题的实践路径。

国际组织的协调与管理职能在一定程度上有利于解决全球发展问题。[16]一方面不同领域和区域的国际组织对解决不同的发展问题更具有针对性。作为最具普遍性的国际组织,联合国大会及其附属机构和专门机构的运作更加具有民主性。以联合国为例，全球性的发展问题与发展需求逐渐促使联合国内部的发展系统日益完善。联合国分别于 1972 年、1992 年、2002 年和 2012 年召开的四次世界环境与发展会议，逐步确立了以联合国为核心的在全球发展治理中的核心地位。联合国为主导的发展系统主要包括隶属于联合国大会的联合国贸易和发展会议、联合国经社理事会负责的各种发展项目与基金机构的资筹援助机构、联合国专门机构及其他国际组织。其中主要包括联合国贸易和发展会议、联合国开发计划署、联合国人口基金、联合国儿童基金会、世界粮食计划署等，这些机构隶属于联合国大会，向联合国大会汇报工作。开发计划署是联合国负责发展问题的协调机构，也是联合国向发展中国家提供发展援助资金最多的机构，它在各个国家之间建立了沟通协调机制，以落实联合国的发展议程。[17]随着联合国《社会进步和发展宣言》的发布，联合国关于发展的观念赋予了发展以权利形式的认识，并在使得“发展权”进入学理的范畴，进而进一步获得国际社会的普遍承认。[18]解决发展关注,促进迈向 1974 年联合国大会宣称的国际经济新秩序进步的主要有联合国贸易和发展会议、联合国开发计划署及世界银行等。1964 年联合国贸易和发展会议是在第三世

---

[16] 参见张贵洪：《多边主义、国际组织与可持续的和平发展》，载《人民论坛》2020 年第 32 期，第 24-27 页。

[17] 参见潘忠:《国际多边发展援助与中国的发展 以联合国开发计划署援助为例》,经济科学出版社 2008 年版，第 25-26 页。

[18] 徐奇渊,孙靓莹：《联合国发展议程演进与中国的参与》,载《世界经济与政治》2015 年第 4 期，第 43-66+155-156

界国家的倡导下重视发展中国家的经济发展的产物。例如,贸易和发展会议的主要方案之一是扩大发展中国家制成品和半制成品的出口并使之多样化，并经过长期谈判于 1970 年在这方面达成了采用普遍优惠制的协议。

联合国开发计划署成立后,几乎在所有的经济和社会部门积极开展工作，向 100 多个国家或地区提供无偿的技术性援助。随后 20 世纪 80 至 90 年代，联合国发展观在经济、社会、人和环境四大维度上获得了丰富和扩展，并集中体现于联合国内部致力在具体的社会或经济的领域建立政府组织协调机制专门机构的发展活动中。主要有联合国教科文组织根据各国国民的教育发展水平等重要的发展指数，为推动发展中国家的国民素质和教育能力，积极与各国达成教育发展路线图等。联合国环境规划署则着眼于环境问题和环境目标，通过一些的环境会议（联合国环境会议）和具有“软法”性质的方针和原则（如《21 世纪章程》），通过援助、配备人员及劝说发达成员国尽更大努力通过提供金融激励和技术转让等方式帮助发展中国家平衡环境和发展问题。同时联合国与主要的非联合国区域组织也建立了密切的协作,具有代表性区域国际组织如经济合作与发展组织，共属于发展援助委员会的经合组织捐助国家所提供的援助占据了世界范围内的政府开发补助的 90%。其主要目的之一在于制定组织内各国的一致发展方针，促进对发展中国家的交流与援助。以 WTO 为代表的国际经济与贸易领域的国际组织为国际多边贸易建立了合作平台及争端解决机制，同时向发展中国家提供了附有优惠措施的发展机遇，从而为其营造了较为公平的贸易环境。国际发展法的运行论随着援助国际组织的制度实践不断深入而获得发展,发展中国家的发展权利也随着 WTO 为代表的国际经济与贸易领域内形式平等向国家间实质平等演进。

三、国际法渊源视域下发展问题的实践路径

自第二次世界大战以来，特别是在经济全球化的过程中，贸易利益成为发展问题的核心。从实证国际法的视角出发，国际条约和国际习惯是具有效力形式的硬法要素。第 3 款的一般法律原则和第 4 款的司法判例和公法学家之学说则体现了国际法在实质的价值渊源上向国内法或比较法的自然法价值开放。国际法渊源的历史演进与国际法的双重法理揭示了国际发展法的发展逻辑。

（一）国际法的双重法理与国际法渊源体系的双重互动：国际法动态渊源体系的发展路径

法律是社会关系发展和社会交往深化的产物，社会关系的广度和深度决定了法律的具体内容体系。威斯特伐利亚体系确立主权国家平等的原则，国际法的发展史在某种程度上是国际法主体的发史。国家主权对内具有权力属性，对外具有权利属性。国际法的双重法理是国际法和国际政治互动的结果，国际政治的实践为自然法的法理提供了社会基础和实践路径。国际法既奠基于国内法意义下的法理，也奠基于国际政治，特别是大国政治。[19]国内法和国际法之间的关系使得自然国际法与实证国际法形成必然的联系。自然法之实证正义有可能沿

[19] 参见江河：《国际法基本范畴与中国的实践传统》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 12、296-297 页.

着比较法的逻辑成为国际法的法理。因此，自然国际法在内容上既包括从国内法传承下来的自然法规则，也包括被各国所承认的自然法规则。实证国际法在内容上既包括那些从国内法传承下来实证法规则，也包括大国政治所影响的国际行为规则。

国际法的合法性和正当性基础渊源于国家间的意志协调。国际政治源于国家间的天赋自由权利，而国际无政府状态则导致了国家间的“自然状态”因此，国际和平与安全的追求促进了国际法的发展及法治化进程。国际法的双重法理，对于自然法之正义的追求反映了国际法渊源体系的内在构成的动态性。《规约》第 38 条一般法律原则的出现在一定程度上就体现了自然法学派对于实在法学派的质疑。李浩培教授就曾指出“纯粹的实在法主义，会把国际法置于一层散沙的基础上”。国际法渊源的形式要素要求其具备法律形式的判别标准，同时结合国际法渊源的自然法之正义价值，以《国际法院规约》38 条为基础，国际法渊源应当是基于自然法之正义价值对于实证国际法制度安排所确认的有效国际法外在表现形式。在经济全球化的过程中，国际组织和非政府组织的飞速发展对国际渊源的发展提供了内在的动力，事实上国际组织、非政府组织及国际会议的程序性规则在国际法渊源发展中日渐发挥着重要的作用。国际组织的多数决原则在发展问题上使得联合国通过成员多数决制度建构了国际发展法的实质渊源。然而，从发展的主体身份到法律权利，国际发展法沿着国际法的双重法理得以从政治主体性发展到具体的实证性权利，而《规约》第 38 条之一般法律原则则为国家间自然法之正义价值的融合提供了理论逻辑。

（二）国际发展法的关联论与国际法的实效：《国际法院规约》第 38 条之内在逻辑

发达国家所主导的单向度全球化加剧了国际贫富差距，全球发展问题使得发展中国家同发达国家相比经济实力差距显著。发展中国家缺乏充分参与国际法运行机制的能力，国际关系的“民主赤字”及其实质平等的缺乏都严重影响了国际发展法的正当性与实效性。国际发展法规定发达国家应向发展中国家提供的优惠待遇,实质上是规定发达国家给予发展中国家一种单方面的经济补偿,且符合平等互利的国际法基本原则。然而,某些发达国家坚持推行传统国际法上的对等互惠制,在经济地位不相等的条件下,用形式上的平等掩盖本质上的不平等,从而导致不公平的非互利的结果。

在全球化时代，国际法规则的制定和实施与国际政治、国际关系密切相关联，此种关系是建立在政治与法律，经济与文化之间的关系上。在国际社会中，国际政治支配下的国际关系是国际法规范的主要内容，大国政治必然会影响国际的实效。如果说法律的基本价值是正义和秩序，经济全球化则有利于实现国际法的秩序价值，同时经济全球化负面影响无法促进国际正义的认同感及其实践。[20]全球所引发的巨大发展鸿沟必然危及全人类的生存。而国际法渊源的开开放性和动态性的发展趋势及国际职能性特征可以使广大发展中国家在国际组织中寻求政治支持和合法性资源，从而在外延上发展出新的国际法渊源形式，使得发展问题在国际法的关联论中形成一般法律原则。联合国是当今世界最具有影响力的国际组织。它都是现今最适于协调各国行动、“促成国际合作”的国际组织。发挥并加强联合国在国际法尤

[20] 江河：《国际法的基本范畴与中国的实践传统》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 33 页。

其是有关国际发展法创制作用,对建立新的国际法律秩序至关重要。在联合国大会的有关决议以及联合国经社理事会等机构的工作的基础上，发挥联合国国际法委员会的辅助性造法功能,在适当时候将有关发展的问题列入国际法委员会的工作计划。[21]国际发展法必将在发展问题的解决上发挥不可替代的积极作用。增强国际法的规范作用,使未来国际法从形式正义朝着实质正义的方向发展。

结语

和平与发展是世界的两大主题，国际法渊源的历史演进与国际法的双重法理揭示了发展问题下的理论逻辑与实践路径。国际组织国际法规则的创制能力可以使发展中国家的利益和要求在国际关系中得到切实的体现。除了实质正义的价值基础外，国际法渊源开放性的发展路径沿着国际组织规则创制能力可以促进国家之间的平等互利和实质正义，从而促进解决国家间发展问题。中国作为最大发展中国家，应积极关注国际发展法发展，积极利用人类命运共同体的理念建构国际发展法实质渊源的价值基础，推动建立平等开放的国际政治经济新秩序，促进国际发展法的完善和解决发展问题。

[21] 参见黄志雄；《WTO 体制内的发展问题与国际发展法研究》，武汉大学出版社 2005 年版，第 247 页。

恢复联合国合法席位50周年：中国的国际法贡献*

中国海洋大学法学院 刘惠荣[1] 齐雪薇[2]

摘要：2021年是中华人民共和国恢复联合国合法席位第50周年。这50年间，联合国逐渐成为最具普遍性、代表性和权威性的政府间国际组织，多边主义的正义性、进步性、人民性不断增强。而作为联合国创始会员国和安理会常任理事国，中国始终是世界和平的建设者、全球发展的贡献者、国际秩序的维护者。以联合国在当代国际法体系中的核心地位为基础，可以总结出中国自1971年恢复联合国合法席位后的国际法贡献在理论与实践中分别表现为理论模式的创新、原则内涵的拓展、法治宗旨的明确，以及促进全球治理方案形成、维护全球海洋安全秩序、推动国际人道主义行动等。

关键词：国际法原则；国际法治；全球治理；人类命运共同体；

一、引言

国际联盟失败的历史表明，一个仅以”共存”国际法为基础建立起来的普遍性国际组织，并不能达到维持国际和平与安全的目的；国际组织，尤其是普遍性国际组织以“法律代替战争”的努力仅仅停留在政治方面是不够的，还应当扩展到经济、社会、文化及人权等其他领域，以消除引起战争的其他因素。[1]以《威斯特伐利亚和约》的缔结为标志而产生的具有独立体系的国际法，经过20世纪，特别是最近70年的快速发展，已由“共存”国际法(international law of "coexistence")的传统一元结构发展为由“共存”国际法‘合作”国际法(international law of "cooperation")和“人权”国际法(international law of"human rights")构成的现代三元结构。联合国作为国际法形成与实施可资依附的最权威的普遍性国际组织，在国际法结构的这种现代变迁中发挥了极其重要的作用，是当代国际法体系构建与实行的核心基础之一。[2]

正如康德所说，‘联合体”的“创造”并不是一劳永逸的，它还面临着“解散的不断威胁”。[3]然而，联合国之所以能够“在解散的不断威胁下”趋于整体进步，并一直维持着世界整体的和平，从法律上说，其原因就在于它一开始就在其宪法性文件——《联合国宪章》中确立了“共存”国际法‘合作”国际法和“人权”国际法的体系性存在，并在以后的实践中不断充实着它们的内容，从而为联合国实现其三大核心价值—安全、发展与人权，提供了比较完整的规范体系。因此，当这个规范体系的“碎片化”可能给国际关系的稳定带来某种消

*作者简介：1.刘惠荣，山东济南人，中国海洋大学法学院，教授，博士生导师，中国海洋大学海洋发展研究院高级研究员；2.齐雪薇，山东德州人，中国海洋大学法学院，国际法学专业，在读博士研究生。
本文系国家社会科学基金 “新时代海洋强国建设研究专项”——《全球海洋治理的基本理论研究》（20VHQ001）阶段性成果。

[1] 古祖雪.联合国与国际法结构的现代变迁——纪念联合国成立70周年[J].政法论坛,2015(06)

[2] 古祖雪.现代国际法的多样化、碎片化与有序化[J].法学研究,2007(01):135-147.

[3] [英]韦恩·莫里森著,李桂林等译.“法理学—从古希腊到后现代”[M].武汉大学出版社2003年版,p156.

极影响的时候，作为联合国会员国的各主权国家不应当怀疑甚至否定这个体系存在的合理性和必要性，而应以善意的态度，为缓解它的“碎片化”现象作出具有法律意义的努力。

1971 年 10 月 25 日，联合国第二十六届大会表决通过了恢复中华人民共和国在联合国一切合法权利的 2758 号决议。[4]迄今为止，中国恢复联合国合法席位已有 50 周年时间。这 50 年间，联合国逐渐成为最具普遍性、代表性和权威性的政府间国际组织，多边主义的正义性、进步性、人民性不断增强。而作为联合国创始会员国和安理会常任理事国，中国始终是世界和平的建设者、全球发展的贡献者、国际秩序的维护者。围绕联合国在国际法体系中的核心地位，可以总结出中国自 1971 年恢复联合国合法席位后的国际法贡献，在理论与实践中分别体现为以下六个方面。

二、中国的国际法理论贡献

1.中国的“一国两制”，创新了政府继承理论的模式

“一国两制”方针的实施，是中国对“和平解决国际争端”国际法原则的一次成功实践，但更是对当代国际法继承理论的创新与发展。新中国成立后，中国领导人为和平解决台湾问题提出了“一个国家，两种制度”的设想。后来，该设想首先和平解决了香港和澳门被英国和葡萄牙依据不平等条约非法占据的问题。通过与英国和葡萄牙谈判，中国分别于 1997 年 7 月 1 日和 1999 年 12 月 20 日对香港和澳门恢复行使主权。中国在港澳地区实行“一国两制”，即在一个国家的前提下，国家的主体实行社会主义制度；港澳作为国家的特别行政区，实行高度自治，保持原有的资本主义制度和生活方式长期不变。“一国两制”对内避免了恢复行使主权过程中的社会动荡，对外避免了诉诸战争或武力手段，成为了国际法上和平解决国家间重大领土历史遗留问题的光辉典范，为他国解决类似争端提供了示范和借鉴。与此同时，在“一国两制”落实过程中，为了获得处理原由英国和葡萄牙签署的适用于港澳地区的多边和双边国际条约与相关制度的继承问题的合法性资格，中华人民共和国政府的国际承认问题必须得到彻底解决。由此，中国政府在国际法继承中的特殊实践，为国际法继承理论带来了“逆条件承认”的新原则，对国际法继承理论进行了模式创新。

中华人民共和国政府自 1949 年就完成了对中国的有效统治，也在事实上实现了对旧政府的继承，但是却无法及时得到国际社会尤其是西方国家的承认，导致中国新政府在长达 20 多年的时间里无法获得在联合国的代表席位，新政府的继承权也没有得到充分的尊重，并导致了如“两航公司案”等一系列借助港澳特殊法律地位侵犯中国继承权案的发生。因此，中国在推进“一国两制”的过程中，确立了“逆条件承认”原则：“即与中华人民共和国政府建交需要满足一定的条件，即凡承认并愿同中华人民共和国政府建立外交关系的国家，在

[4] 《联合国 2758 号决议：恢复中华人民共和国在联合国的合法权利》：“承认中华人民共和国政府的代表是中国在联合国组织的唯一合法代表，中华人民共和国是安全理事会五个常任理事国之一，决定：恢复中华人民共和国的一切权利，承认她的政府的代表为中国在联合国组织的唯一合法代表并立即把蒋介石的代表从它在联合国组织及其所属一切机构中所非法占据的席位上驱逐出去。”https://www.un.org/zh/ga/26/res/ares2758.html 最后访问时间：2021.3.17。

建交时都必须声明只有一个中国，承认中华人民共和国政府是中国唯一的合法政府并与台湾当局断绝一切官方联系，以及肯定台湾是中国领土主权的一部分。”[5]

“逆条件承认”原则实质上是一种捆绑式战略，将两个国家今后可能发生的一些问题提前到建交前来解决，而不是按照国际惯例放在建交后再去解决。鉴于中国旧政府的存在，建交国首先要承认中国新政府政权的唯一合法性，同时断绝同旧政府的一切官方联系，认可“一个中国”原则。双方国家需在平等互利、互相尊重领土主权的基础上进行国际交往。随着中国国际社会地位的不断提高和国际政治、利益格局都发生了变化，“逆条件承认”原则成为中国与其他国家建立新型关系的主要途径。这是一个曾经半殖民地半封建社会国家新生政权，为自己国家应享有的主权独立与领土完整进行的一种创造性的防御维护。[6]国际法长期处于西方国家主导的地位，充满了西方价值主义色彩，中国此次在政府承认中模式的创新，是一次代表了中国价值观的原则在国际法中的尝试。“逆条件承认”原则的提出和成功实践，在为国际法理论增加新的原则的同时，还体现了中国尊重所有国家的主权和领土完整，并要求其他国家也能尊重中国的主权独立和领土完整，是中国对建立平等的国际法律体系的追求与贡献。同时，在中国被排挤到以联合国为核心的国际社会体制外的近 30 年时间里，中国对大国政治和霸权主义的反对意愿愈加强烈，中国始终在力图转变传统国际法弱肉强食的本质，维护处于后殖民地时期的第三世界国家等弱小国家的权利。[7]因此，中国的“一国两制”，无论是在法律还是客观意义上，都为国际法和国际社会的平等互利做出了理论和实践上的贡献。

2.中国的“一带一路”，拓展了国际合作原则的内涵

作为一种推动全球均衡、包容、可持续发展和人类共同繁荣的智慧设计，中国的“一带一路”倡议无疑是国际合作的一种新形态，补充并拓展了国际法中国际合作原则的内涵。中国的“一带一路”倡议自 2013 年提出以来，已取得了举世瞩目的成就，并产生了广泛的国际影响。一方面，中国与“一带一路”沿线国家合作后，每个国家尤其是发展中国家的相关经济产值都得到增加，就业率也大幅提高。另一方面，截至 2019 年 3 月底，中国与 29 个国际组织以及 125 个主权国家签署的有关共建“一带一路”的合作文件已经达到 173 份。[8]2016 年 11 月，联合国 193 个会员国协商一致通过决议，欢迎共建“一带一路”等经济合作倡议，呼吁国际社会为“一带一路”建设提供安全保障环境。特别是，2017 年 3 月联合国安理会在有关“阿富汗形势”(the situation in Afghanistan)的第 2344 号决议中首次载人了中国“一

[5] 王艺嬰. 中国的国际法继承实践与贡献[D].吉林大学硕士学位论文,2018。

[6] 侯富儒.新中国在承认与建交问题上的理论创新与成功实践[J].浙江工商大学学报,2004(05):74-78.

[7] 何志鹏.从国际主义到国际法治:中国共产党全球秩序理念的百年演进[J].吉林大学社会科学学报,2021,61(01):5-23+235.

[8] 参见推进“一带一路”建设工作领导小组办公室:《共建“一带一路”倡议:进展、贡献与展望》,《人民日报》2019 年 4 月 23 日，第 7 版。

带一路”倡议。[9]可以说，‘一带一路’倡议为中国参与全球合作、改善全球经济治理体系提供了强有力的路径支持，并且得到以联合国为核心的国际法体系的法律支撑。

1970 年联合国大会第 2625(XXV)号决议通过了《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》(《国际法原则宣言》)，确立了七项国际法基本原则：禁止以武力相威胁或使用武力原则、和平解决国际争端原则、不干涉内政原则、国际合作原则、民族自决原则、国家主权平等原则、善意履行国家义务原则。[10]就国际合作原则而言，要求各国不问在政治、经济及社会制度上有何差异均有义务在国际关系之各方面彼此合作，以期维持国际和平与安全，并增进国际经济安定与进步、各国之一般福利、及不受此种差异所生歧视之国际合作。并明确指出各国应在经济、社会及文化方面以及在科学与技术方面并为促进国际文化及教育进步，彼此合作；应在促进全世界尤其发展中国家之经济增长方面彼此合作。因此“一带一路”倡议是对国际合作原则的实践与落实，也在此基础上拓展了这一国际法基本原则的内涵。

一带一路”倡议自提出以来，一直秉持“共商、共建、共享”原则（“三共”原则）。[11]“共商、共建、共享”，载入了中国与“一带一路”沿线国家和相关的国际组织签署的 173 份政府间共建“一带一路”合作文件中。可见，“共商、共建、共享”原则不仅与以《联合国宪章》为核心的国际法基本原则一脉相承，而且逐渐获得了国际社会公认、具有普遍约束力、适用于国际法各个领域，因而成为了国际法基本原则的新内容。而国际合作原则作为国际法基本原则之一，其法律内涵在不断随着国际实践而增加。“一带一路”倡议是一个开放包容的合作平台和各方共同打造的全球公共产品，在其推进和建设过程中，参与国坚持“三共”原则，弘扬“和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢”的丝路精神，跨越不同地域、不同发展阶段和不同文明，既坚持市场运作、遵循市场规律和国际通行规则，又坚持互利共赢、兼顾各方利益和关切，在进一步充实了国际合作原则具体形式的基础上，也将“共商、共建、共享”原则融入了国际合作原则的精神与要求之中，在理论层面拓展了国际合作原则的内涵。

3.中国的“人类命运共同体”，明确了国际法治的宗旨

推进构建人类命运共同体为实现国际法治指明了理论方向。“世界怎么了，我们怎么办？”2017 年 1 月 18 日，习近平主席在联合国日内瓦总部的演讲中，向全世界提出了这样

---

[9] “联合国安全理事会第 2344(2017)号决议”http://undocs.org/zh/S/RES/2344(2017) 最后访问日期：2021.3.24.

[10] “联合国全体大会第 2625(XXV)号决议：《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》”https://www.un.org/zh/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV) 最后访问日期：2021.3.25.

[11] 参见《“一带一路”法治合作国际论坛共同主席声明》(2018 年 7 月 3 日)，http://www.xinhuanet.com/politics/2018-07/03/c-1123073746.htm 最后访问日期：2021.3.25.

一个时代之问，并明确给出了中国的方案，即“构建人类命运共同体，实现共赢共享”。习近平主席强调:“让和平的薪火代代相传，让发展的动力源源不断，让文明的光芒熠熠生辉。”[12]坚持推动构建人类命运共同体，是习近平外交思想的核心和精髓，是党的十八大以来中国外交的重大理论创新成果。[13]2018 年 3 月，“坚持和平发展道路”“坚持互利共赢开放战略”和“推动构建人类命运共同体”思想被载入《中华人民共和国宪法》。这是我国外交政策理念在国家法治上的最高宣示，也是中国外交进入推动构建人类命运共同体新时代的旗帜和法律标志。[14]

推进构建人类命运共同体与实现国际法治有着内在的必然联系。[15]习近平指出:“这个世界，各国相互联系、相互依存的程度空前加深，人类生活在同一个地球村里，生活在历史和现实交汇的同一个时空里，越来越成为你中有我、我中有你的命运共同体。”[16]“随着全球性挑战增多，加强全球治理、推进全球治理体制变革已是大势所趋。这不仅事关应对各种全球性挑战，而且事关给国际秩序和国际体系定规则、定方向；不仅事关对发展制高点的争夺，而且事关各国在国际秩序和国际体系长远制度性安排中的地位和作用。”[17]“中国坚定维护多边主义，坚定维护以联合国为核心的国际体系，坚定维护以国际法为基础的国际秩序，推动构建人类命运共同体。”[18]《联合国宪章》及 1970 年《国际法原则宣言》,2005 年《世界首脑会议成果文件》等宪章性国际法文件所包含的国际法基本原则，是现行国际秩序和国际法体系不可或缺的，其对世界各国具有法律拘束力。

2017 年 1 月 18 日，在联合国日内瓦总部关于共同构建人类命运共同体的重要演讲中，习近平指出:“纵观近代以来的历史，建立公正合理的国际秩序是人类孜孜以求的目标。从 360 多年前《威斯特伐利亚和约》确立的平等和主权原则，到 150 多年前日内瓦公约确立的国际人道主义精神；从 70 多年前联合国宪章明确的四大宗旨和七项原则，到 60 多年前万隆会议倡导的和平共处五项原则，国际关系演变积累了一系列公认的原则。这些原则应该成为构建人类命运共同体的基本遵循。”而良法是善治的基础。人类命运共同体需要用国际法来明辨是非、建章立制、保障权利、定纷止争，而维护、促进和加强国际法治是国际社会各成员应有的责任。同时在人类命运共同体思想指引下，中国特色大国外交实践中尊重国际法、

---

[12] 参见习近平：《共同构建人类命运共同体—在联合国日内瓦总部的演讲》，《人民日报》2017 年 1 月 20 日，第 2 版。

[13] 参见闻言:《坚持推动构建人类命运共同体努力建设一个更加美好的世界—学习习近平<论坚持推动构建人类命运共同体>》，《人民日报》2018 年 10 月 31 日，第 6 版。

[14] 杨洁篪.以习近平外交思想为指导深入推进新时代对外工作[J].求是,2018(15):3.

[15] 张晓君.尊重国际法权威维护国际秩序[J].求是,2018(20):25.

[16] 参见习近平：《顺应时代前进潮流促进世界和平发展—在莫斯科国际关系学院的演讲》，《人民日报》2013 年 3 月 24 日，第 2 版。

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

[18] 参见:《习近平会见联合国秘书长古特雷斯》，《人民日报》2019 年 4 月 27 日，第 2 版。

坚持运用和发展国际法的特征将更加鲜明，国际社会也将更加深人地思考如何通过规则、制度，为实现持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽的共同愿景提供有力法律支撑。因此中国的“人类命运共同体”明确了国际法治的宗旨，引领了国际法治发展的方向。

三、中国的国际法实践贡献

1.中国的国际条约实践，促进了全球治理方案的形成

考察国家的条约实践是了解该国国际关系和国际法实践贡献的有效途径。总体看，中国的国际条约实践大体可以划分为三个阶段：第一阶段是 1949 年至 1971 年。根据有关条约继承的习惯国际法，对于外国通过战争、胁迫等非法手段与旧政府签订的不平等条约，新政府可不予继承。因此，1949 年，中国人民政治协商会议第一届全体会议通过了《中国人民政治协商会议共同纲领》，指出‘对于国民党政府与外国政府所订立的各项条约和协定，中华人民共和国中央人民政府应加以审查，按其内容，分别予以承认，或废除，或修改，或重订。”据此，新中国确立了废除不平等条约的政策，在崭新的基础上开始了新中国的缔约工作。这一阶段，中国对外缔约数量不多，主要为涉及国家关系的政治性条约。第二阶段是 1971 年至 1990 年。自中国恢复在联合国的合法席位后，缔约数量较上一阶段显著增加，条约涉及领域更为广泛，并且中国开始实质性地参与国际组织活动和多边立法进程，包括加入亚洲开发银行等金融组织，参加 110 余项多边国际公约，逐步从国际体系的“旁观者”变成“参与者”。第三阶段是 1991 年至今。这一时期呈现出缔约数量大幅攀升，缔约领域不断拓宽，并且中国开始全面参与各项重要条约谈判并发挥建设性作用，成为国际法律体系重要的“参与者、维护者和建设者”。[19]

就参与全球治理相关的国际造法行为而言，中国在 1992 年《联合国气候变化框架公约》谈判之初就提出了一套完整的公约草案。并且中方最初提出的“共同但有分担的责任”原则，就是重要的“共同但有区别责任原则”的雏形。再如，2015 年《巴黎协定》的谈判，会前各重要谈判方已频繁与中方协调立场，寻求共识；在谈判期间，中方就所有核心问题均提出可行的主张，成为最终达成协议的重要基础；会后联合国秘书长、美国与法国总统等均第一时间致电习近平总书记，感谢中国在谈判中所作的不可或缺的贡献。当前国际上还有许多重要谈判，如国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护（BBNJ）国际协定等。新的立法进程不断涌现，特别是涉及各国战略利益和发展空间的环境、海洋、外空、极地、网络等新疆域。在这些谈判中，中方都是核心参与方。中方提出的方案、案文越来越多，各主要谈判力量与中方协调、对表的情形成为常态。从更大的视角看，近年来中国在建立国际机制、引领国际规则中突破巨大，例如发起建立“亚投行”，提出“一带一路”倡议，加强在上海合作组织内的合作，提出“共商共建共享”的全球治理观等。从中也可以看出，在国际法领域，

[19] 习近平.决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利—在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告[M].人民出版社,2017 年版，第 6 页。

中国已经担起促进全球治理方案形成的负责任大国角色。[20]

2.中国的国际海洋法实践，维护了全球海洋安全与秩序

新中国成立以来始终依据国际规则和惯例，坚定维护国家领土主权和海洋权益，大力开展国际海洋合作，形成了富有中国特色的海洋法实践。尤其是 1971 年恢复联合国合法席位后，中国的国际海洋法实践极大地维护了全球海洋安全与秩序。中国的国际海洋法实践可以分为三个阶段：第一个阶段是 1949 年至 1971 年，即新中国成立伊始至中华人民共和国政府恢复在联合国的合法席位，这是新中国集中维护领土主权和海洋权益的阶段。最为突出的国际法实践是 1958 年中国政府发布《关于领海的声明》，该声明对于维护国家主权、安全和海洋权益发挥了重要作用。第二个阶段是 1971 年中华人民共和国政府重返联合国至 1996 年中国批准《联合国海洋法公约》(UNCLOS)。中国全程参与 1973 年开始的第三次联合国海洋法会议，并于 1982 年签署 UNCLOS，中国还全面参与 UNCLOS 第 11 部分执行协定以及鱼类种群协定的谈判，发挥了重要影响。同时，中国根据 UNCLOS 启动国内海洋立法工作，中国海洋法律体系从无到有，不断发展，如 1982 年《海洋环境保护法》,1986 年《渔业法》,1992 年《领海及毗连区法》相继出台。这一时期，中国还坚决维护了钓鱼岛、西沙、南沙领土主权和海洋权益以及对东海大陆架的权益。第三个阶段是从 1996 年批准 UNCLOS 至今，中国依据 UNCLOS 确立的现代海洋法制度开展海洋活动，发展海洋事业。中国支持国际海底管理局、大陆架界限委员会、国际海洋法法庭的工作，建设性参与国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题(BBNJ)国际协定谈判，为国际海洋治理体系的完善和发展付出了努力。中国不断加强和完善国内立法，1998 年颁布《专属经济区和大陆架法》。这一时期，中国妥善处理了同邻国的岛屿主权和海洋划界争议，同时本着和平解决争端的原则和精神，依照国际法通过谈判解决相关争议，并与日本、韩国、越南等国谈判达成有关海域划界协定或渔业合作的安排。

就维护全球海洋安全与秩序而言，我国近期的代表性国际法实践是菲律宾南海仲裁案的法律应对。这起案件是中华人民共和国成立以来第一起被卷人涉及国家领土主权核心利益的国际司法(仲裁)程序。中国采取了“不接受、不参与、不承认”的做法。这么做不仅不是对国际法的不尊重，反而是对国家海洋安全秩序的有力维护。因为这一案件明显不是一起简单的法律纠纷，而是有着非常复杂的政治背景和政治目的。它把一个不属于所谓仲裁庭管辖范围的事项包装成为一个法律问题，它的实质就是企图否定中国对南海岛礁的合法领土主权和相关合法性海洋权益。而所谓南海仲裁庭一开始就是建立在菲律宾违法行为和非法诉求基础上，它的存在不具备合法性，它做的一切裁决都是徒劳的、没有任何效力的。中国政府的立场是一贯的、明确的。不论仲裁结果如何，都不会影响中国在南海的主权和权益。并且，尽管中国采取“三不”立场，但仍然十分重视阐明中国立场的法理依据。2014 年底，中国政府就仲裁庭管辖权问题发表立场文件，从国际法角度全面阐述了仲裁庭对此案没有管辖权的

[20] 徐宏.亲历国际法风云 点赞中国贡献[J].武大国际法评论,2019,3(01):29-40.

理由，产生了重要国际影响。[21]我国的国际法学术界也行动起来，作了大量研究，开了很多会议，写了很多文章，包括以中国国际法学会名义出版发表 500 多页的《南海仲裁案裁决之批判》等重磅著作，匡正视听。[22]我们的立场在国际上得到了广泛支持，很多国家政府和国际著名海洋法专家发出支持中国的声音。即使是一些在政治上与我国观点对立的官员或学者，也不得不承认仲裁裁决中的一些实质内容值得商榷，这实际上就表明仲裁庭的公正性和权威性受到了普遍质疑。[23]故此，中国对菲律宾南海仲裁案的法律应对推进了国际海洋法有关问题的深入研究，一大批学术成果面世，对有关问题的认识更加深刻了；启发了国际社会对于海洋争端解决机制被滥用的关注和警惕，大家普遍认识到，仲裁庭这种任意扩权的做法，最终会损害海洋国际法治，损害各国共同利益，是对维护全球海洋安全与秩序的国际法实践贡献。

3.中国的国际人权法实践，推动了国际人道主义行动的发展

第二次世界大战前，人权主要是各国国内管辖事项，1945 年制定的《联合国宪章》包含了人权条款。1948 年《世界人权宣言》的通过，标志着国际人权法开始形成。迄今已经形成了较为完整的国际人权法律体系和人权机制。新中国成立以来，尤其是 1971 年恢复联合国合法席位后，中国政府积极参与国际人权事务，迄今已批准 26 项国际人权条约并认真履行条约义务。中国在不断丰富中国特色社会主义人权理论的基础上，如强调诸如主权对人权保护的重要性以及通过对话方式解决人权争议等，也在多个方面对国际人权法进行实践，推动了国际人道主义行动的发展，也为世界人权事业做出有益的贡献。

2020 年新冠肺炎疫情全球肆虐，对人类生命安全构成重大威胁。美国号称具有世界上最丰富的医疗资源和医疗护理能力，应对疫情却一片混乱，成为世界上确诊人数和死亡人数最多的国家。美国不仅自身疫情失控，与之相伴的还有政治失序、种族冲突、社会撕裂。少数族裔遭受系统性种族歧视，处境艰难；枪支交易和枪击事件创历史新高，人们对社会秩序失去信心；非洲裔男子乔治·弗洛伊德被白人警察残忍跪压致死，引燃美国社会怒火;贫富差距加速扩大，底层民众生活苦不堪言……面对如此糟糕的严重人权问题，美国政府不仅缺乏应有的反思，还对世界上其他国家的人权状况说三道四，充分暴露了其在人权问题上的双重标准及虚伪性。与之相反，中国以人民为中心的人权理念，全面遏制新冠疫情，极大地捍卫了全国人民的宝贵生命。同时，中国各民族实现了平等、团结、互助和共同繁荣发展。“维护和发展各民族的平等团结互助和谐关系”载入中国宪法，民族区域自治制度是中国的一项基本政治制度，这些都为中国各民族的发展提供了制度保障。中国的整体发展也促进了各民族的共同繁荣，推动了国际人道主义行动的进步。并且，2021 年 4 月 6 日，中国国务院新闻办公室发表《人类减贫的中国实践》白皮书，白皮书记录了中国消除绝对贫困的伟大历程，

---

[21] 参见《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，https://www.fmprc.gov.cn/nanhai/chn/snhwtlcwj/t1368888.htm,最后访问时间： 2021 年 4 月 6 日。

[22] 中国国际法学会.南海仲裁案裁决之批判[M].外文出版社,2018 年版。

[23] 徐宏.亲历国际法风云 点赞中国贡献[J].武大国际法评论,2019,3(01):29-40.

介绍人类减贫的中国探索和实践，分享中国扶贫脱贫的经验做法。脱贫攻坚的全面胜利有力助推了世界人权事业的发展进程。“消除贫困是人类梦寐以求的理想，是各国人民追求幸福生活的基本权利。”中国人民同世界人民一道，为实现免于匮乏的理想和权利不断同贫困作斗争。中国提前 10 年实现联合国 2030 年可持续发展议程的减贫目标，并作为国际减贫事业的重要组成部分，直接加速了国际减贫进程和 2030 年可持续发展议程目标的实现。中国脱贫攻坚的全面胜利证明了中国减贫方案的有效性，表明减贫模式和人权发展道路选择的内生性本质，从而为广大发展中国家推进减贫事业提供了新样本、新经验，丰富了人权发展路径。

四、结语

自鸦片战争以来，中国与国际法的接触改变了中国社会的格局与心态，也改变了国际法的体系与结构。尤其是自 1971 年恢复联合国合法席位后，在国际法的压力和促动之下，中国开启了步入现代性的历程，并逐渐成为国际舞台上逐渐受重视的行为体。中国最初遭遇国际法，深化和印证了国际法的西方主导性和实质的不公正性，但对于国际法的应用也为国际法实施的平等注入了新的元素。中国与国际法的积极互动引致了二者之间的协同进化。[24]认知并运用国际法是中国走向国际社会的重要步伐，这一过程使国际法不断面临并应对新的挑战，但也为国际法自身的健全和完善提供了很多新的智慧、新的力量。当前，国际格局持续震荡，不确定性更为突出。中国将继续作为捍卫国际法的中坚力量，维护以《联合国宪章》宗旨和原则为核心的国际秩序，反对单边主义和保护主义，支持多边主义和合作共赢，致力于推动构建人类命运共同体，建设持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽的世界!

参考文献：

[1]. [英]韦恩·莫里森著,李桂林等译.“法理学—从古希腊到后现代”[M].武汉大学出版社 2003 年版。

[2]. 习近平.决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利—在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告[M].人民出版社,2017 年版，第 6 页。

[3]. 中国国际法学会.南海仲裁案裁决之批判[M].外文出版社,2018 年版。

[4]. 古祖雪.联合国与国际法结构的现代变迁——纪念联合国成立 70 周年[J].政法论坛,2015(06)。

[5]. 古祖雪.现代国际法的多样化、碎片化与有序化[J].法学研究,2007(01)。

[6]. 侯富儒.新中国在承认与建交问题上的理论创新与成功实践[J].浙江工商大学学报,2004(05)。

[7]. 何志鹏.从国际主义到国际法治:中国共产党全球秩序理念的百年演进[J].吉林大学社会科学学报,2021,61(01)。

[8]. 杨洁篪.以习近平外交思想为指导深入推进新时代对外工作[J].是,2018(15):3.

[24] 何志鹏.中国与国际法的协同进化[J].吉林大学社会科学学报,2019,59(01):5-18+219.

[9]. 张晓君.尊重国际法权威维护国际秩序[J].求是,2018(20)。
[10]. 徐宏.亲历国际法风云 点赞中国贡献[J].武大国际法评论,2019,3(01):29-40。
[11]. 王艺曌. 中国的国际法继承实践与贡献[D].吉林大学硕士学位论文,2018。

50th Anniversary of Restoration of the Legal Seat of the United Nations: China's Contributions to International Law

Ocean University of China Liu Huirong[1],Qi Xuewei[2]

Abstract: 2021 is the 50th anniversary of the restoration of the legal seat of the United Nations by the People’s Republic of China. In the past 50 years, the United Nations has gradually become the most universal, representative, and authoritative intergovernmental international organization, and the justice, progress, and popular nature of multilateralism have continued to increase. As a founding member of the United Nations and a permanent member of the Security Council, China has always been a builder of world peace, a contributor to global development, and a defender of international order. Based on the core position of the United Nations in the contemporary international legal system, it can be concluded that China’s contribution to international law since the restoration of the legal seat of the United Nations in 1971 is represented in theory and practice as innovations in theoretical models, expansion of the connotation of principles, and clarification of the purpose of the rule of law, As well as promoting the formation of global governance programs, maintaining global maritime security order, and promoting international humanitarian action.

Keywords: principles of international law; international rule of law; global governance; community with a shared future for mankind;

【完稿日期】：2021-04-30

【作者简介】：刘惠荣，中国海洋大学法学院，教授，博士生导师，中国海洋大学海洋发展研究院高级研究员；齐雪薇，中国海洋大学法学院，国际法学专业，在读博士研究生。联系方式：15606394703，电子邮箱 15762264956@163.com

国际法院咨询管辖权的运行悖论与中国因应
——以民族自决原则为例

刘　晶*

摘要：作为国际社会最重要的司法机关，国际法院是界定和解释国际法的权威机构。国际法院的司法判例特别是其咨询意见，对民族自决原则的发展产生了积极影响；但面对民族自决原则与国家主权原则的冲突，咨询意见的法律解释显示出不确定性，进而在一定程度上贬损了国家主权原则。这种不确定性源自国际法院咨询意见司法与政治的内在悖论。国际法院的咨询意见在原则上不具有法律拘束力，但其司法属性与法律权威性不仅在事实上影响了国家行为，也进一步促进了国际法的发展；然而，在特定情形下，大国政治通过影响国际法官的构成、法院咨询管辖权的运行等有损了国际司法公正，这在涉及国家主权的民族自决咨询案例中得以体现。作为和平崛起的大国和多民族国家，中国应正确认识国际法院咨询意见的软法性质及其对国际法发展的重要意义，充分利用国际法院的咨询管辖权维护自身合法权益。

关键词：国际法院；咨询意见；民族自决原则；国家主权原则；大国政治

随着国际社会组织化和民主化程度进一步加深，国际组织在国际争端的和平解决中发挥了愈发重要的作用。联合国是当今世界最重要的全球性国际组织，其主要司法机关国际法院也构成国际社会最具有权威性的司法机构。通过行使诉讼管辖权或咨询管辖权，国际法院就特定法律争端作出判决或就特定法律问题发表咨询意见，以此实现和平解决国际争端的主要宗旨。就实际效果而言，国际法院的咨询意见不仅对特定法律问题的解释和澄清作出了贡献，在一定程度上促进了国际争端的和平解决，同时也通过这种具有司法权威性的推理和阐明推动了国际法的发展。尽管如此，囿于咨询程序中各环节主体的组织结构以及特定法律问题的政治背景，国际法院咨询意见对国际法发展的促进作用难免受到国际政治的影响。在国际社会的非殖民化进程中，国际法院有关民族自决原则的咨询意见就显示出一种不确定性，其对国际法的澄清抑或曲解，深刻体现了国际法院咨询意见司法与政治的内在悖论。

一、国际法院关于民族自决原则咨询意见的不确定性

作为一项在反抗殖民统治的过程中发展而来的国际法原则，民族自决原则对非殖民化的国际法实践意义重大。国际法院关于民族自决原则的咨询意见，一方面通过积极阐释民族自决原则的内涵及其适用促进了国际法的发展，另一方面又在特定情形下对关键法律问题予以模糊化处理而导致了对国际法的曲解。这种不确定性在一定程度上减损了国际法院咨询意见的司法权威。

（一）咨询意见对非殖民化进程中民族自决原则的发展

国际法意义下的民族自决原则与非殖民化密切相关。非殖民化是一个历史概念，它常常

* 中南财经政法大学法学院博士研究生。

与殖民体系瓦解和民族解放运动相联系。20 世纪的两次世界大战特别是第二次世界大战后联合国的建立，加速了国际社会的非殖民化进程。在联合国体系下，非殖民化指非自治领土的人民行使其自决权以结束殖民主义及其一切形式和表现的过程，它包括对政治地位与经济、社会和文化发展的完全的独立与自由。[1]因此，在特定的历史时期，民族自决具有非殖民化的内涵，其本质可理解为被殖民主义压迫的民族进行非殖民化的目标或方式。作为一项政治原则，民族自决原则脱胎于阶级革命；[2]在《国际联盟盟约》的委任统治制度之后，《联合国宪章》及系列宣言和决议的形成促使民族自决原则逐渐发展为国际法的基本原则。在这一过程中，国际法院的司法实践特别是其咨询意见，构成了民族自决原则重要的国际法实践，对其发展为国际法原则具有积极意义。

在现有国际法院关于民族自决原则的咨询意见中，有四项涉及非殖民化。[3]在关于南非不顾安全理事会第 276（1970）号决议继续留驻纳米比亚（西南非洲）对各国的法律后果的咨询意见（以下简称纳米比亚案）中，法院通过对“文明的神圣信托”基本内涵的阐释，指出有关人民的自决和独立是其最终目的。[4]在对西撒哈拉问题发表的咨询意见（以下简称为西撒哈拉案）中，法院首次明确表示，民族自决原则的正当性必须考虑到有关人民自由表达的意愿。[5]在关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见（以下简称隔离墙案）和 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果的咨询意见（以下简称查戈斯群岛案）中，法院均将对自决权的尊重明确为一项普遍义务（“对一切的义务”）。[6]在查戈斯群岛案中，法院进一步肯定自决权构成一项基本人权，[7]更为重要的是，通过回顾自决权的法律发展过程，法院明确了民族自决原则是一项国际法基本原则，并确认了其习惯国际法的规范性。[8]同时，法院在隔离墙案中对民族自决原则的适用，构成了该原则在后殖民时代的重要

---

[1] See United Nations and Decolonization, available at https://www.un.org/dppa/decolonization/en/about, last visited 2021-04-29.

[2] 在国内政治层面，美国独立战争和法国资产阶级革命可被视为民族自决的初步实践。1916 年，列宁在《论社会主义革命和民族自决权》中正式提出了民族自决原则，其对民族自决权的系统阐述使之发展为一项国际政治原则。参见曾令良主编：《国际法》（第 3 版），武汉大学出版社 2011 年版，第 62 页。

[3] 严格说来，国际法院对在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果发表的咨询意见，并未直接涉及非殖民化，但引发该法律问题的政治背景和历史根源与欧洲殖民主义密切相关，同时，法院对民族自决原则适用范围的解释也以非殖民化背景下的自决为基础。

[4] 在该咨询意见中，法院指出“有关人民的福利和发展是文明的神圣信托的原则”构成了《国际联盟盟约》第 22 条建立的委任统治制度的重要依据，这种“福利和发展”的定义是跟随时代发展而不断进化的，而近五十年来的发展情况表明，神圣信托的终极目的是有关人民的自决和独立。See Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, paras. 45-46, 53.

[5] See Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, para. 59.

[6] See Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, para. 155-156; and Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, para. 180.

[7] 尽管它在咨询意见中澄清了其分析仅限于非殖民化背景下的自决权。See Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, para. 144.

[8] See Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, para. 155.

司法实践。

在上述咨询意见中，国际法院多次审查和确认了有关民族自决权的原则性规范以及大会决议、宣言等国际法律文件，包括《联合国宪章》的主要宗旨及 1960 年大会关于《给予殖民地国家和人民独立宣言》的第 1514(XV)号决议、1970 年《关于各国依联合国宪章建立友好关系与合作的国际法原则宣言》的第 2625（XXV)号决议等，这些国际法律文件指明了民族自决权的实质渊源，并显示出民族自决原则之法律意涵的不断明确化。通过对神圣信托概念及其中有关民族自决的思想的回顾，法院解释和认可了民族自决原则的价值渊源及其法律发展。通过对有关人民自由表达之意愿的强调，法院首次在实践中明确民族自决原则的正当性基础。通过肯定民族自决原则的基本人权性质和习惯国际法地位，法院阐明了该原则具有广泛的适用范围和国际法的规范性。同时，法院在非殖民主义语境下将民族自决原则纳入法律推理的实践，也在一定程度上构成了对民族自决原则的发展。总的来说，国际法院咨询意见对民族自决原则的实质渊源、价值目标、正当性基础、法律性质与地位以及适用范围等问题进行的详细阐释，共同促进了该原则在国际法意义下的发展与完善。

（二）咨询意见在民族分裂危机中对国家主权原则的损抑

民族自决原则在国际社会的非殖民化进程中得以确立和发展，但随着殖民主义体系的瓦解，其适用主体和范围也发生了一定变化，从殖民统治或压迫中解放不再是民族自决的唯一动因，非殖民主义的民族自决概念具有更为丰富的内涵。作为国际人权法上的一项权利，民族自决权的主体包含以下三种情况下的人民：一是处于殖民统治之下、正在争取民族解放和国家独立的人民；二是处在外国军事侵略和占领下的国家的人民；三是主权国家的全体人民。[9]相对地，国际法上的民族自决原则在地域上的适用范围，也从被委任统治的殖民地、托管领土发展到非自治领土和尚未达成独立的领土（包括领土主权之存在处于不确定状态时），并进一步拓展为一切现存国家领土。民族自决原则适用主体和范围的扩展导致了外部自决权和内部自决权的区分。[10]内部自决权的产生是为了应对后殖民时代民族自决权的主体缺位问题，但这种概念区分在某种程度上也导致了国际层面的自决和国内层面的自治之间的混淆。受到极端民族主义和民族分裂主义的影响，民族自决原则在特定情形下的滥用将危及国家的主权和领土的完整。

在这种背景下，国际法院对科索沃单方面宣布独立是否符合国际法发表的咨询意见（以下简称科索沃案），不仅未明确后殖民时代民族自决原则的基本内涵和适用标准，反而以其对关键法律问题的转换和回避得出了具有误导性的结论，并在一定程度上对塞尔维亚的国家主权和领土完整造成了消极影响。在该案中，法院认为自决权的范围和“补救性分离”权利的存在与否，涉及脱离一个国家的权利，而这与科索沃单方面宣布独立的行为是否符合国际法并不相关，[11]进而回避了对民族自决权和分离权的进一步厘清。但事实上，对民族自决权

---

[9] 参见韩德培主编：《人权的理论与实践》，武汉大学出版社 1995 年版，第 68 页。

[10] Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2nd revised edition, Norbert Paul Verlag Publisher, 2005, pp. 32-34.

[11] See Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of

范围及其与分离权关系的准确界定，构成法院应当解决的实质性问题。在将该问题排除讨论后，法院既未正面回应科索沃单方面宣布独立行为的合法性，也未对其宣布独立后的最终地位作出表态，这似乎表明它试图用从中立的立场出发回避可能涉及的政治风险。然而，这种处理方式对于解释和澄清所提交的法律问题并无益处，反而导致了民族自决权和分离权的混淆以及对国家主权和领土完整原则的狭隘解释；[12]由此引发的民族自决原则与国家主权原则之间的隐形冲突，不仅在一定程度上损害了国际法院的司法权威，也在实践层面影响了国际关系与秩序的稳定。

民族自决原则的发展具有特定的历史和社会背景，无论是在国际法还是国内法语境下，其本身的法律意涵都与国家主权原则相一致。在非殖民化进程中，民族自决原则的基本内涵和国际法实践无疑被纳入传统的国家主权框架内，国际法院咨询意见对该原则的发展并未受到过多的政治干预，法院本身也积极地行使其咨询管辖权。但在后殖民时代，对于民族自决原则的绝对化解释可能使多民族国家陷入民族分裂危机，进而对一国国家主权与领土完整造成影响。在这种情形下，民族自决原则开始脱离传统的国家主权框架甚至与国家主权原则处于对立面，尽管这在很大程度上是由于一国内部的民族分裂主义与外部的政治干预主义导致的。这使国际法院的咨询意见难免陷入多方权力斗争的漩涡，而科索沃案中的“司法最低限度主义”并未解决这一困境。国际法院对民族自决原则由积极阐明到消极回避的转变，显示出其咨询管辖权的行使在涉及国家主权冲突时的不确定性。究其根源，这是一种国际司法与政治博弈的结果，或者说国际法院咨询意见的司法属性与政治权力隐形冲突的一种显性表征。

二、国际法院咨询管辖权的司法与政治悖论

作为国际社会最重要的司法机构，国际法院具有极高的司法权威。一方面，作为具有全球普遍性和代表性的联合国组织的主要机构，国际法院的司法权威自然更易获得主权国家的广泛认可；但另一方面，基于联合国政治性国际组织的性质、国际法院的组织运作以及国际法的开放性，大国的支持和合作对于国际法院职能的有效履行也不可或缺，而这也导致了国际法院咨询管辖权的运行悖论。

（一）咨询意见的司法属性及其软法化趋势

咨询管辖权是国际法院的两大职权之一，通过咨询管辖，法院得以为联合国组织提供权威性的法律参考意见。[13]《联合国宪章》第 96 条和《国际法院规约》（以下简称为《规约》）

Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, para. 83.

[12] 法院在该咨询意见中主张，领土完整原则仅适用于国家间关系的领域。See Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, para. 80.

[13] 参见曾令良主编：《国际法学》（第 3 版），武汉大学出版社 2011 年版，第 404-406 页。

第 65 条为国际法院的咨询管辖权提供了法律依据，但并未明确法院咨询意见的效力。[14]而《规约》第 59 条和第 60 条对法院判决的效力却作出了特别规定。[15]由这种条款设置可以推定，咨询意见只具有建议的效力，并无法律拘束力。理论上，咨询意见的这一性质使得法院在对同一法律争端作出判决时，无需受先前咨询意见的拘束。但在实践中，法院通常都沿袭了先前咨询意见，并且在论证中并未对其与判决先例予以明确区分。[16]更为重要的是，咨询意见不具有法律拘束力在某种程度上成为法院据以“突破”国家同意原则的理据，针对“法律问题”而非“法律争端”的咨询功能也使其适用相较于判决而言具有更为普遍和灵活的可能。尽管如此，咨询管辖权仍然同诉讼管辖权一样是具有司法性质的管辖权。同时，根据《规约》第 68 条的规定，咨询管辖权的行使应参照诉讼程序进行。[17]与判决基本相同的司法程序和方法标准，使咨询意见在阐明法律时具有同判决类似的效果，由此形成的司法权威在事实上也深刻影响了国家的行为。

以上述有关民族自决原则的咨询意见为例，它们不仅在国际法规范层面促进了民族自决原则的发展，更是在实践层面获得了主权国家的广泛认可，并影响了相关当事国的国家实践。无论是由联合国大会还是安理会提出咨询请求，在法院发表咨询意见后，它们都通过相应的决议对咨询意见中的法律阐明予以肯定。安理会在纳米比亚案后通过的 301（1971）号决议，联合国大会在西撒哈拉案后通过的 3458（XXX）号决议、在隔离墙案后通过的 59/179 号决议、在查戈斯群岛案后通过的 73/295 号决议等，均援引或赞同了法院的咨询意见并敦促各当事国依其行事。这些决议的通过特别是其投票情况，在一定程度上体现了大多数国家对咨询意见的认可态度。[18]同时，就当事国而言，尽管纳米比亚案并未迅速解决西南非洲问题，但结合联合国后续的多项决议和安排，纳米比亚最终于 1990 年独立；毛里塔尼亚在西撒哈拉案后也终宣布放弃其对西撒哈拉南部地区的主权要求。事实上，在国际组织法、行政法、条约法等众多国际法领域，国际法院咨询意见对国际法发展的作用已然不言而喻，[19]其在实践层面所达成的法律效果似乎正显示出一种软法化的趋势。

法国学者施耐德将软法界定为原则上不具有法律约束力但却有一定法律效果的行为规

---

[14] 《联合国宪章》第 96 条规定：“一、大会或安全理事会对于任何法律问题得请国际法院发表咨询意见。二、联合国其他机关及各种专门机关，对于其工作范围内之任何法律问题，得随时以大会之授权，请求国际法院发表咨询意见。”《规约》第 65 条第 1 款规定：“法院对于任何法律问题如经任何团体由联合国宪章授权而请求或依照联合国宪章而请求时，得发表咨询意见。”

[15] 《规约》第 59 条规定：“法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。”第 60 条规定：“法院之判决系属确定，不得上诉。判词之意义或范围发生争端时，经任何当事国之请求后，法院应予解释。”

[16] 如在纳米比亚案后，国际法院于 1962 年的西南非洲案（初步反对意见）中的主张便可作为例证。

[17] 《规约》第 68 条规定，“法院执行关于咨询意见之职务时，并应参照本规约关于诉讼案件各条款之规定，但以法院认为该项条款可以适用之范围为限。”

[18] 安理会 301（1971）号决议以 13：0 的投票结果通过（法国、英国弃权），大会 3458（XXX）[A]决议以 88：0 的投票结果通过，大会 59/179 号决议以 179：5 的投票结果通过，大会 73/295 号决议以 116：6 的投票结果通过。See Voting Records of United Nations, available at https://www.un.org/en/ga/documents/voting.asp, last visited 2021-04-30.

[19] 参见曾令良：《国际法院的咨询管辖与现代国际法的发展》，载《法学评论》1998 年第 1 期。

范。[20]这恰恰与咨询意见的性质和效力具有相似之处。尽管咨询意见对国家行为的影响仍是有限的，但就现有实践看来，相关当事国甚至国际社会的其他国家往往不得不考虑咨询意见的司法权威及其本身的法律价值。无论是法院判决还是咨询意见，自作出之时就构成了国际社会法律认识的一部分，其所蕴含的潜在法律价值也将逐渐发挥作用。同判决一样，咨询意见也被纳入《规约》第 38 条的“司法判例”之中，法院在行使职权时并未对两者予以任何区分。[21]作为确定法律原则的补助资料，咨询意见对于国际习惯法的形成和发展、确定源自国际法规则的存在及其范围等具有重要影响，它以专业共同体之辅助性渊源的形式构成国际软法的主要外延。[22]例如，法院在纳米比亚案和西撒哈拉案中对民族自决原则的阐明，发生于两个人权公约生效之前，在查戈斯群岛案中对该原则国际习惯法地位的确认也同样具有重要的法律意义。正因如此，有学者指出“咨询意见具有同判决一样的司法权威和调整国家行为的作用，它所缺乏的，只是法院规约有关它具有拘束力的规定这一‘橡皮图章’。”[23]

（二）大国政治对咨询意见司法属性的挑战

尽管国际法院通过行使咨询管辖权实在地发展了国际法，但在特定情形下，其咨询意见的司法属性会受到国际政治特别是大国政治的影响，可以说，它构成了法院咨询意见不确定性的根本原因。作为国际政治的主要方面，大国政治深刻影响了国际法的实施。就咨询意见形成的程序链而言，由咨询申请的提出到咨询管辖权的确定再到咨询程序的进行，大国政治可能存在于体现主权国家意志的各个环节。根据《联合国宪章》第 96 条的规定，大会、安理会以及经大会授权的其他机关和各种专门机构，均有权向国际法院申请咨询意见。就国际法院现有的咨询实践看来，过半数的咨询案都是由大会提出的，而由安理会提出的仅占 1 起。[24]除去大会本身具有广泛职权这一因素外，这在很大程度上是由于许多申请决议草案并未在申请机关内审议通过。[25]特别是安理会在针对实质问题表决时的一票否决制，使得常任理事国几乎可以阻止任何一项咨询申请决议的通过。常任理事国的一票否决权，其实就是大国一致原则的体现。

从国际法院咨询管辖权的运行出发，如果说咨询申请的提出是大国意志在幕后的暗潮涌动，那么法院咨询意见的作出过程则可能在台前呈现出惊涛骇浪之势。当咨询申请经由法院受理后，[26]咨询案将在书面和口述程序后进入评议阶段，而这时法院法官对最终作出的咨询

---

[20] Francis Snyder, “The Effective of European Community Law: Institutions, Process, Tools and Techniques”, The Modern Law Review, 1993, Vol.56.

[21] See Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm & Christian J. Tams (eds), The Statute of the International Court of Justice: A Commentary, 2nd ed., Oxford University Press, 2012, pp.1201-1202.

[22] 参见刘晶：《国际软法视域下的国际法渊源》，湖北人民出版社 2019 年版，第 17 页。

[23] 刘芳雄：《国际法院咨询管辖权研究》，浙江大学出版社 2008 年版，第 124 页。

[24] 从 1946 年至今，在国际法院受理的 27 项咨询请求中，由联合国大会提出的多达 16 项。See Advisory proceedings of International Court of Justice, https://www.icj-cij.org/en/advisory-proceedings, last visited 2021-05-02.

[25] 包括大会在内，申请机关对咨询申请决议的通过并非一帆风顺。See Repertory of Practice of United Nations Organs, Art. 96 of Charter of the United Nations, available at https://legal.un.org/repertory/art96.shtml, last visited 2021-05-02.

[26] 实践中，国际法院对于咨询申请的态度较为积极，目前仅以缺乏管辖权为由拒绝了 1 项咨询申请。

意见起到了决定性作用。同诉讼程序一样，咨询案的评议和咨询意见的发表也由全体法官进行。根据《规约》，组成法院的 15 名法官由联合国大会和安理会分别选举产生，且安理会在投票时应不论常任理事国和非常任理事国的区别，[27]但按照惯例，五大常任理事国恒常性地各有一名法官当选。法院的司法公正性和权威性要求各法官必须代表世界各大文化和主要法系，[28]且应作为独立法官而非代表国籍国政府行事，但事实上个人必然受到所属国法律文化、观念与法律价值的影响，加之选举因素的主观推动，法官的中立性难以得到全然保障。在科索沃案中，美国、法国、英国、德国等国对科索沃单方面宣布独立不构成对国际法的违反这一结论投以赞成票，[29]而它们均是北大西洋公约组织的成员国，科索沃战争的爆发本就与之有着直接联系，这一结果令人难以无视其中的大国政治因素。

无论是咨询意见的申请机构还是国际法院本身，任何决策都遵守相应的程序规则。主权国家的意志经由协调，或者说博弈与妥协，最终通过组织内部的决策机制得以体现，而大国则可能凭借已有的组织机制、通过影响甚至主导程序运行而控制最终的决策结果。在某种程度上，国际法的实效取决于大国政治。[30]而就国际法院的司法实践而言，大国政治似乎对其咨询意见的司法公正性和权威性造成了一定的威胁。[31]由大会提出的多项涉及非殖民化的咨询请求可以看出，占会员国绝大多数的发展中国家在联合国议题设置中仍发挥了重要作用。国际法院本身也积极通过其咨询管辖权的行使推动了国际法的发展和司法实践。但当相关情势涉及特定大国所关注的重要利益特别是领土主权时，国际法院咨询意见的司法属性就会受到大国政治的挑战而显示出不确定性。由此看来，国际法的开放性与大国政治的干预构成了法院咨询意见司法与政治悖论的根本原因。也许科索沃案中对“合法性”问题的回避已是法院最后的坚持，但事实上这一咨询意见仍对其本身的司法权威和国际秩序产生了消极影响。

三、国际法院咨询管辖困境的中国因应

在很多情形下，国际法院的司法实践都与中国的国家利益息息相关。而在国际法实践中，中国传统法律文化的无讼观念往往表现为外交方法优于司法方法的策略选择，这并不利于中国国家权益的维护。作为和平崛起的多民族大国，中国应正确认识咨询意见的法律价值与效果，在其司法与政治的悖论中积极发挥负责任大国的作用，在维护自身合法权益的同时推动国际法治的进一步发展。

See Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.

[27] 《规约》第 10 条第 2 款规定：“安全理事会之投票，或为法官之选举或为第十二条所称联席会议人员之指派，应不论安全理事会常任理事国及非常任理事国之区别。”

[28] 《规约》第 9 条规定：“每次选举时，选举人不独应注意被选人必须各具必要资格，并应注意务使法官全体确能代表世界各大文化及各主要法系。”

[29] See Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, para. 123. 其中美国在大会对咨询申请决议进行表决时就投以反对票。See Voting Records of Resolution A/RES/63/3, available at https://digitallibrary.un.org/record/639475?ln=en, last visited 2021-05-03.

[30] 参见江河：《从大国政治到国际法治：以国际软法为视角》，载《政法论坛》2020 年第 1 期。

[31] 参见何志鹏：《大国政治中的司法困境——国际法院“科索沃独立咨询意见”的思考与启示》，载《法商研究》2010 年第 6 期。

（一）拓展中国参与国际司法的路径选择

在 20 世纪两次世界大战后，和平解决国际争端原则的确立和大量相关国际法文件的形成，使得国际争端的解决逐渐法制化。随着各领域国际司法机构的不断扩散及其强制性和受案率的不断提升，现当代国际争端的解决机制呈现出较为明显的司法化倾向，[32]其中尤以《联合国海洋法公约》的强制性争端解决机制以及 WTO 争端解决机制中的专家组程序和上诉机构程序为典型。而中国尽管在对外交往实践中一贯积极倡导和平解决国际争端，但基于儒家法律文化中的无讼思想以及国际法体系中西方中心主义的客观现实，往往致力于通过外交谈判以协商方式解决国际争端，而对仲裁与司法解决等法律方法较为谨慎。就国家权益的维护而言，以国际法院为主的国际司法机构的实践表明，游离于国际司法体制之外并不意味着可以独善其身。在继续秉持通过谈判协商解决争议的基本原则之上，中国应当正确认识国际争端解决机制的司法化倾向，积极主动地参与国际司法制度的构建。

作为国际司法体系中的先行者和模范者，国际法院的司法实践对于国际争端的和平解决以及国际法的阐明和发展都发挥了重要作用，它构成了主权国家及国际组织参与国际司法的主要方面。国际法院的司法职能主要是通过诉讼管辖权和咨询管辖权的行使实现的。法院的诉讼管辖权必须建立在争端当事国同意的基础上，一般不会构成对国家主权的限制；但经其产生的判决对当事国具有法律拘束力，这也使当事国必须审慎对待，如中国就未曾接受国际法院的强制管辖。相较于诉讼程序，国际法院的咨询程序及其作出的咨询意见具有更为独特的法律意义。在咨询程序中，并不存在所谓争端的当事国。因为咨询管辖针对的是“任何法律问题”而非“法律争端”，并且咨询意见的发表对象是联合国主要机关和各专门机构，这在理论上使法院在行使咨询管辖权时不受“当事国同意原则”的限制。更为重要的是，咨询意见的申请无需获得各国一致同意，咨询程序也由此具有了成为诉讼程序之替代方案的可能。正如曾任国际法院院长的史久镛法官所言，“同法院的判决一样，咨询意见使得法院得以发展其法律理念并对国际法的发展做出贡献。此外，这一无拘束力的‘司法’程序可使法院提供权威的法律意见，同时又允许当事方在咨询意见的履行中享有灵活性。”[33]

在国际争端解决机制不断呈现司法化倾向的背景下，中国应当意识到国际法院咨询意见的重要法律价值与法律效果，通过参与法院的咨询程序来从事国际司法活动和构建国际司法制度。就咨询程序的参与而言，主权国家和国际组织有权在受邀提供情报时出庭，未经通知的国家也可主动表明意愿并在法院同意后出庭。[34]这就意味着无论是否与咨询申请所涉情势直接相关，一国都可以在认为必要时以提供情报的方式参与法院的咨询程序。事实上，中国在科索沃案中首次提交了书面意见并参与了口头陈述程序，这一行为已然具有里程碑意义；但该书面陈述较之其他国家提交的内容较为短浅，其中有关国家主权与领土完整原则、特别

---

[32] 参见王林彬：《试析国际争端解决之司法化倾向》，载《新疆大学学报（哲学·人文社会科学版）》2010 年第 1 期。

[33] 史久镛：《国际法院的咨询职能》，载《中国国际法年刊》（2004 年），第 12 页。转引自张乃根：《国际法原理》（第 2 版），复旦大学出版社 2012 年版，第 460 页。

[34] 参见《规约》第 66 条。

是民族自决权与分离权之区别等观点尽管十分有价值，最终的咨询结果在事实上却并未予以采纳。而在新近的查戈斯群岛案中，中国对咨询程序的再次参与情况显然有了较大的改善。除了以“法庭之友”的身份参与咨询程序，法官也能在咨询意见的作出过程中发挥一定的作用。对于未被完整采纳的法官意见，无论是个别意见还是异议意见，其法律推理与阐明在某种程度上都是具有法律价值的权威观点。尽管法官是独立的，但其适用于法律推理中的法律思维和价值判断，无不源自法官国籍国的法律文化之中。在这种意义上，中国的法律文化和法律价值也可以借由咨询意见传达至国际社会，从而通过司法实践产生一定的国际影响。

（二）通过国际法院咨询程序维护国家权益

国际法院咨询管辖权的运行悖论导致了咨询意见的不确定性，但同时也为中国通过法院的咨询程序维护国家权益提供了视角。在国际法与国际关系实践中，中国具有多重身份：既是和平崛起的新兴大国，又是最大的发展中国家，也是统一的多民族国家。这种特殊的多重身份既为中国对法院咨询程序的运用提供了思路，也要求中国在参与咨询程序时更加审慎地维护自身权益。

作为和平崛起的新兴大国，中国可以并且应当在大国政治中占据主要地位。法院的咨询管辖困境根源于国际法的开放性，特别是其对国际政治的开放，而在国际社会的相当长的时期内，国际政治就是大国政治。[35]无论是咨询申请的提出还是咨询意见的审议，大国政治都可能在其中发挥重要作用。相较于传统大国美国而言，中国在外交政策与国际法实践中的价值观念更具有包容性，它蕴含了对国际公共利益和人类社会发展的关切，这是大国政治与国际法治形成良性互动所必要的价值前提。例如中国提出的和平共处五项原则、人类命运共同体理念等，已然融入国际法原则体系或构成其价值渊源，它们都是中国基于负责任大国的身份为国际法发展作出的贡献。而在国际司法实践中，中国应当基于自身的软硬实力充分发挥主观能动性，向国际法院输送高素质的法官，并在各类有关国际社会重大利益的核心议题中积极参与法院所涉咨询程序，将具有中国特色的国际法治思想和理论融入国际司法实践之中。另一方面，基于咨询意见的软法化趋势，中国更应把握这一强化自身国际“造法”能力的重要路径，在推动国际法治发展的同时更好地保障甚至为自身创设权利。

作为最大的发展中国家，中国可以在国际法实践中向广大发展中国家寻求合作。中国与广大发展中国家在意识形态、政治及经济利益等方面具有较高的契合度，并保持了长久的合作传统和友好关系，这有利于中国在涉及共同关切事项时，以对话合作为基础向广大发展中国家寻求战略协同。在基于主权平等的威斯特伐利亚体系中，发展中国家构成了国际社会以及联合国会员国的绝大多数，它们在国际法层面与西方传统大国具有平等的法律地位。而联合国大会是《联合国宪章》直接授权的以及事实上提出咨询请求最多的咨询申请机构，占大会绝大多数的发展中国家显然对国际法院咨询程序所涉法律问题的通过至关重要。尽管目前这些法律问题尚未触及颠覆国际政治经济秩序的根本议题，但它们已然深刻反映国际社会的

[35] 参见江河：《国际法的基本范畴与中国的实践传统》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 288 页。

大多数所关注的重要事项。[36]如上述数项由大会提出的涉及民族自决原则的咨询申请，就反映了发展中国家在非殖民化进程中深切的政治需求。因此，中国应当强化自身话语权和在联合国大会中的议题设置能力，就广大发展中国家共同关切的事项提出法律问题，并在国际司法实践中联合广大发展中国家共同维护自身国际法权益。同时，作为安理会五大常任理事国中唯一的发展中国家，中国也更应从发展中国家的立场出发作出法律决策。

作为统一的多民族国家，中国在参与涉及国家主权与领土完整等个别议题的咨询程序时需要更为审慎。现代意义上的民族国家脱胎于欧洲三十年战争及其后的威斯特伐利亚和会，民族与国家的融合意味着种族身份与公民身份的统一，但民族国家的概念不应以西方民族主义古典理论中的“一族一国”来理解。[37]在中国的多民族国家身份中，也包含着中华民族这一独特的民族文化意涵。中华民族的形成历经数千年的民族分化与融合，尽管汉族的人口数量占据绝对比例，但《宪法》对多民族国家属性以及对各民族一律平等的肯定，显示出中国对各少数民族权益的保障和团结各少数民族的决心。然而，正如科索沃案所示，当国际司法落入大国政治的枷锁，当国家主权与领土完整原则被狭隘解释，当民族自决权与分离权被混淆，多民族国家便极易陷入民族分裂危机，其国家主权与领土完整都将受到威胁。面对这一困境，中国更应主动参与国际法院的咨询程序：一方面，在涉他国非殖民化背景下民族自决的相关咨询程序中，中国应当协助法院厘清各国际法概念与原则的基本内涵与适用范围；另一方面，就涉及中国国家主权与领土完整等核心利益的法律问题，中国应当在咨询程序中充分主张权益的国际法依据，并在书面及口头程序中指出法院咨询管辖的司法适当性问题，以此维护自身的合法权益。

结论

作为联合国的主要司法机关，国际法院在国际司法体系中具有主导地位，其司法职能的行使对于国际争端的和平解决以及国际法的阐明和发展都具有极为重要的意义。尽管国际法院的咨询意见并无法律拘束力，但其司法权威和本身的法律价值深刻影响了各主权国家的国际法实践。然而，在特定情形下，国际法院咨询管辖权的行使受到大国政治的挑战，这导致了法院咨询意见的司法属性与政治权力的冲突。尽管如此，大国政治亦具有两面性，霸权国或负责任大国的定性将取决于大国本身的价值取向。面对国际争端解决机制的司法化倾向和国际法院咨询管辖权的司法与政治悖论，中国应当秉承负责任大国的态度，以积极维护以联合国为核心的国际体系和以国际法为基础的国际秩序为目标，通过积极参与国际法院咨询程序来拓展自身参与国际司法的路径，在保障自身合法权益的同时，引领国际法治建设和推动国际法的进一步发展。

---

[36] 参见刘芳雄：《国际法院咨询管辖权研究》，浙江大学出版社 2008 年版，第 168 页。

[37] 参见扈红英：《西方现代国家建构研究：自由主义与民族主义的视角》，光明日报出版社 2018 年版，第 219-220 页。

国际刑事法院补充性管辖权研究

梅曦婷[1]

摘　要

作为世界上第一个常设性国际刑事审判机构，国际刑事法院自创建以来，其管辖权问题一直备受关注,根据《国际刑事法院罗马规约》规定，国际刑事法院对最严重国际犯罪具有管辖权，即灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪四类犯罪，国际刑事法院对于打击国际刑事犯罪、追求国际正义、维护世界和平与安全具有重要意义。然而由于规约条文的不确定性以及国际刑事法院管辖权的补充性特征，法院在司法实践中面临管辖权冲突及限制等问题。对此，应当明确法条内涵以及加强国际刑事法院与国内法院的合作。中国目前尚未加入国际刑事法院，但是中国积极参与了《国际刑事法院罗马规约》谈判的全过程，提出了许多针对性意见，强调支持建立具有独立性和公正性的国际刑事法院。针对该补充性管辖权，中国应当逐渐加强国内立法，以更大程度地履行国际义务，承担大国责任。

关键词：国际刑事法院，补充性管辖权，管辖权冲突，管辖权限制，大国责任

Abstract

As the world's first permanent international criminal trial institution, the jurisdiction of the International Criminal Court has been a concern since its establishment. According to the Rome Statute of the International Criminal Court, the International Criminal Court has jurisdiction over the most serious international crimes, namely the crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and crimes of aggression. The international criminal court (ICC) for fighting international crime, the pursuit of international justice, the maintenance of world peace and security is of great significance. However, due to the uncertainty of the provisions of the statute and the complementarity of the jurisdiction of the ICC, the court is faced with such problems as jurisdictional conflict and limitation in judicial practice. Therefore, it is necessary to clarify the connotation of the law and strengthen the cooperation between the ICC and the domestic courts. China has not yet joined the ICC, but it has taken an active part in the whole process of the negotiations on the Rome Statute of the ICC, put forward many pertinent opinions, and stressed its support for the establishment of an independent and impartial ICC. In view of this supplementary jurisdiction, China should gradually strengthen its domestic legislation so as to fulfill its international obligations to a greater extent.

Key words: International Criminal Court, Supplementary Jurisdiction, Conflict of

[1] 中南财经政法大学国际法硕士。

引　言

国际刑事法院的管辖权问题被视为是其最具争议与敏感的问题。国际社会大多数国家对于成立常设性国际刑事审判机构持支持的态度，然而对于此种机构的管辖范围在《国际刑事法院罗马规约》制定初期就一直存在争议，争议的主要原因在于国际刑事法院管辖权与国内法院管辖权之间存在冲突，以及安理会对国际刑事法院管辖权的限制问题。而恐怖主义极端势力的抬头需要世界各国充分利用国际组织的力量，因此管辖权问题需要早日得到解决，这需要全世界热爱和平的人的共同奋斗。

一、国际刑事管辖权的演变

国际刑事法院的设立并不是国际社会在刑事管辖权方面的第一次实践。二战结束后，世界各国人民反战情绪高涨，对于二战中战败国所犯下的反人类罪行，国际社会设立了欧洲和远东军事法庭对其罪行对相关谋划者进行了审判，后来联合国创立了前南斯拉夫和卢旺达国际刑事法庭进一步发展国际刑事管辖权，而国际刑事法院的创建又使其在更大范围内得到发展和完善。正确认识其管辖权的性质有助于更加准确地分析国际刑事法院的运行机制。

（一）国际刑事管辖权的沿革

国际刑事管辖权的初步实践开始于二战后的欧洲和远东军事法庭，也即纽伦堡和东京审判。虽然两次审判实质上是战胜国的正义，但是作为首次实践，开创了国际法庭对个人追责的先例，为后来的实践提供了经验。由联合国设立的前南斯拉夫和卢旺达国际刑事法庭是国际刑事管辖权的进一步发展，也是国际社会对于惩治国际刑事犯罪坚定决心的体现，然而特别形式法庭也具有争议性，在针对某一罪行时特别形式法庭较之于国内法院享有优先管辖权，因此在国际社会饱受质疑。前两者的共同之处在于这些审判机构都是非常设性的，然而随着国际社会的联系日益密切，国际刑事犯罪成为各国共同关注的问题，因此需要设立一个旨在惩治国际刑事犯罪、追求国际正义的常设性法院。

1998 年 7 月，《国际刑事法院罗马规约》（以下简称“罗马规约”）在意大利罗马的外交会议上获得通过并于 2002 年 7 月 1 日生效。[2]《罗马规约》在序言中规定国际刑事法院形式补充管辖权，相较于之前的实践，国际刑事法院的管辖权有其明显的特殊性，国际刑事法庭更加强调尊重国家主权、强调遵循“不干涉内政原则”。国际刑事法院的建立是对国际刑事管辖权的相对完善。

（二）国际刑事法院管辖权的特征

1、复合性。国际刑事法院属于司法机构，但是其与一般国内法院的管辖权内容不同，国内法院的管辖权指司法审判权，负责审判阶段，而国际刑事法院对于案件的受理一般包括三个阶段，分别是调查阶段、起诉阶段、审判阶段，也就表明国际刑事法院不仅具有审判权，

[2]关晶.试析国际刑事法院管辖权与第三国的关系[J].中国刑事法杂志,2004(05):97-106.

还具有调查、起诉的复合管辖权，也即包含了检察院的职能，因此在国际刑事法院检察官与法官同属法院工作人员。

2、补充性。《罗马规约》在序言[3]中强调国际刑事法院仅仅只有补充管辖权，即对最严重国际犯罪的管辖权国内法院具优先性，而国际刑事法院只在国内法院不能够或者不愿意追究犯罪的前提下才能够行使其管辖权。国际刑事法院的设立并不是致力于取代国内法院对于最严重国际犯罪的管辖权，而在于弥补国内法院的管辖漏洞，使得最严重的国际犯罪行为人最终受到法律的制裁。同时补充性也是国际刑事法院与前南斯拉夫和卢旺达国际刑事法庭的明显区别所在，但是这种不同也具有其内在原因，后者是非常设性的司法机构，并且行使职能时具有特定的地域限制，不具有长效性和广泛性，而前者相反，国际刑事法院是一个影响范围更加为广泛的常设性司法机构，更需要充分考虑到各个国家国内法院的优先权，否则可能会对国内法院司法主权造成更严重的侵犯。

3、有限性。一方面，就属地管辖而言，就目前情况来看，美国、中国、日本、俄罗斯、印度等国家至今未加入国际刑事法院，除此之外，在东盟十国中，只有柬埔寨属于国际刑事法院成员国，而在此之前菲律宾、马来西亚也曾是其成员国，后来选择退出，非洲地区经历过“退约风波”之后，南非、布隆迪、冈比亚也退出国际刑事法院[4]。虽然《罗马规约》缔约国数量并不少，但是最具话语权的大国中非缔约国比重较大，如此一来，国际刑事法院一定程度上难以在国际社会产生普遍性的影响力。另一方面，就属人管辖而言，根据《罗马规约》第 25、26 条规定[5]，国际刑事法院的管辖权只针对自然人而言，且是实施被控告之罪时已满 18 周岁的自然人。正如纽伦堡法庭所指出的，违反国际法犯罪的并非是抽象主体而是个人，因此只有惩罚个人，才能发挥国际法的效力。刑事责任只针对自然人的原则予以确立之后，对其他主体刑事责任的追究便被排除在外，而在实践中，关于其他主体能否行使的管辖权问题具有争论，例如当前，国际社会有学者呼吁国际刑事法院对公司犯罪行使管辖权。

二、国际刑事法院管辖权的现实困境及建议措施

国际政治环境的不同会使国际刑事管辖权的实践方式有所不同，而不同的实践方式也会面临不同的内在与外在挑战，国际刑事法院不仅面临内在的立法完善问题，也需要解决与其他国际法主体的权限范围冲突以及权限制约问题。

---

[3] Rome Statute of the International Criminal Court.PREAMBLE The States Parties to this Statute,Emphasizing that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions,

[4] 徐俊俊.论国际刑事法院管辖权:运作与现实挑战[J].湖北经济学院学报(人文社会科版),2020,17(01):80-82.

[5] Rome Statute of the International Criminal Court.Article 25 Individual criminal responsibility 1. The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.

Article 26 Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen The Court shall have no jurisdiction over any person who was under the age of 18 at the time of the alleged commission of a crime.

（一）国际刑事法院与国内法院的管辖权冲突问题

依照《罗马规约》第 5 条[6]，国际刑事法院具有在国际范围内对灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、侵略罪的管辖权，但是依据国家主权原则，对上述四项罪行的管辖权也属于国家主权范围，因此《罗马规约》第 17 条对国际刑事法院行使管辖权进行了限制，旨在划分其与国内法院的管辖权界限，从而尽可能减少管辖冲突。根据《罗马规约》第 17 条的规定，国际刑事法院是国内法院管辖权的补充，仅仅在国内法院“不愿意”或者“不能”履行职责的条件下才能由国际刑事法院行使管辖权。此种补充管辖权的规定明显区别于前南国际刑事法庭所享有的优先管辖权，也在一定程度上属于对国际司法实践的发展和完善，因为此项规定试图在维护国际正义与尊重国家主权中寻找平衡点。而这种对国家主权的重视理论上也有利于更多国家加入《罗马规约》，成为该规约的缔约国，进而使其规则更具普遍性，使国际社会秩序更具稳定性。

虽然根据国家主权原则以及《罗马规约》的序言，国际刑事法院仅仅具有补充管辖权，国内法院的管辖权应当具有优先性，但是由于立法的模糊性，可能会导致不同甚至是相反的解释的出现。关于“不愿意”以及“不能”的判断问题，虽然《罗马规约》提供了一定标准，根据《罗马规约》第 17 条的规定，“不能”包括国内司法体系实质上的崩溃以及国内司法体系无法获取，“不能”较之于“不愿意”更具有客观性，而“不愿意”的三种情形[Rome Statute of the International Criminal Court. Article 17 Issues of admissibility:2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable: (a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5; (b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice; (c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.]则包含更加主观性的因素，因为国际刑事法院的法官需要判断国内政府是否有将相关人绳之以法的目的，因此有可能因人而异，并且具有一定的政治敏感性。同时，《罗马规约》第 17 条第 2 款规定国际刑事法院应当根据国际法承认的正当程序原则考虑“不愿意”的情形是否存在，然而对于“国际法承认的正当程序原则”的解释与适用同样存在模糊性。国际刑事法院是仅在国内法院具有包庇当事人的几种特定情形下可行使其管辖权，还是其补充管辖权的行使只需满足国家的诉讼程序不符合程序正当原则即可，对此学者有不同看法。而对于违反正当程序原则所产生的不同

[6]Rome Statute of the International Criminal Court.Article 5 Crimes within the jurisdiction of the Court:The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (a) The crime of genocide; (b) Crimes against humanity; (c) War crimes; (d) The crime of aggression.

实际情况学者也有不同的看法，[Kevin Jon Heller.The Shadow Side of Complementarity:The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process[J].Criminal Law Forum,2006,17(3):258.]一部份学者认为存在违反事实国际刑事法院即可行使补充管辖权，也有一部份学者认为如果违反正当程序原则有利于犯罪嫌疑人被定罪，则国际刑事法院无需基于国家违反此项原则行使补充管辖权，因为其目的是为了使相关人被绳之以法。并且各国在实践中会出于对本国利益的维护以及对国际刑事法院的不信任，基本不会完全将所有情况悉数告知国际刑事法院，法院无法基于准确的事实做出判定，因此这些标准依然具有相当程度的不确定性。因此立法上需要进一步明确化，否则在实践中将会极有可能面临国际刑事法院与国内法院管辖权的冲突问题。以非洲为例，2009 年国际刑事法院以五项危害人类罪名和两项战争罪名首次向一位在位的国家元首苏丹总统巴希尔发出逮捕令[7]，这次事件成了为非洲部分国家退出《罗马规约》的导火索，使得非洲国家与国际刑事法院之间的矛盾不断升级。相当数量的非洲国家认为法院对于国家“不能”、“不愿意”的标准界定太过宽泛，极有可能威胁其国家主权。而这种冲突问题在一定程度上也会使得国际刑事法院的权威性受到质疑，国际刑事法院受到质疑的主要原因在于一部分国家认为国际刑事法院未充分尊重其国家主权、干涉其国家内政。

（二）安理会对国际刑事法院的管辖权限制问题

就两者之间的关系来看，联合国安理会是维护和平与安全的主要机关，而国际刑事法院具有管辖权的严重国际犯罪也涉及国际社会的和平与安全，与前南国际法庭不同的是，国际刑事法院并非安理会的附属机构，并不是安理会通过决议设立的，而是通过多边条约建立，因此其与安理会并非上下级关系。安理会行使的是政治职能，与行使司法职能的国际刑事法院有区别，后者行使司法职能同样属于维护国际和平与安全的方式之一，理论上也有利于协助安理会履行其职责。安理会可以与国际刑事法院合作，将危害国际和平与安全的罪犯移交给国际刑事法院审判。然而，在实践中两者并非一定彼此相协调，不可否认国际刑事法院仍会或多或少受到安理会的影响或者限制。国际法委会在拟定《罗马规约》草案时，第 16 条[8]的内容规定只要安理会正在处理某一案件，国际刑事法院的管辖权便因此被排除。这体现出了安理会在处理任何情势时的优先权，然而最后的约文中对其进行了修改，不仅使得安理会不能当然排除国际刑事法院的管辖权，需要九个理事国包括五个常任理事国在内的同意票，而且还增加了期限的要求。这表明国际刑事法院更多地被希望作为一个具有独立性的国际组织，在其行使管辖权时能尽可能避免受到安理会的干涉，但是这种最终的协调依然具有脆弱性。

一方面，第 16 条规定虽然使得安理会不能当然排除国际刑事法院的管辖权，但是安理会在满足条件的情况下依然具有优先权，同时第 16 条还规定安理会可以根据同样条件要求延长该请求，这就意味着安理会不仅可以推迟国际刑事法院的管辖权，还可以无期限地推迟。

---

[7]王秀梅.从苏丹情势分析国际刑事法院管辖权的补充性原则[J].现代法学,2005(06):182-188.

[8]Yearbook of International Law Commission,vol.II(2),pp.43－44(1994).

另一方面，虽然第 16 条规定可以用于处理安理会和国际刑事法院之间针对某一情势造成职权的重叠从而引发冲突的问题，例如有关侵略罪修正案的《罗马规约》第 15 条之三[9]规定："法院以外机关对侵略行为的裁定不得损害法院根据本规约所作的裁决结果。"也即国际刑事法院被授予独立于安理会之外的关于对侵略行为的判定权。在此种情况下，双方有可能对侵略行为做出不同的判决，从而对安理会的集体安全机制产生冲击，此时根据第 16 条安理会有权推迟国际刑事法院的调查与起诉。但是实践中，以波黑局势为例，如果安理会的目的在于解决其与国际法院管辖权的冲突问题，应当推迟国际刑事法院对案件冲突各方的管辖，然而安理会实际上推迟的是国际刑事法院对参加维和行动的《罗马规约》非缔约国派遣人员官的调查或起诉。这表明依据安理会目的或者背后大国的实际利益需求的不同，第 16 条不仅有可能无法解决管辖权冲突问题，国际刑事法院的管辖权还有可能受到更多的限制。

（三）国际刑事法院权威性受到质疑

至今为止国际刑事法院并未在非洲大陆以外的其他地区发出过逮捕令，而国际刑事法院所调查及起诉的所有案件中，非洲国家比例达到三分之二以上，[10]在很多国家特别是非洲国家看来，国际刑事法院并不具有独立性，而是具有针对性及政治化倾向，并成为霸权主义国家控制、限制非洲国家的工具。此外，上文中也提到中美等大国也并未加入国际刑事法院，美国甚至与其他国家签订双边协议以排除国际刑事法院的管辖。中国虽然一直对国际刑事法院加以关注，但迄今为止并未加入，重要原因就在于中国认为国际刑事法院应该解决干涉国家内政的问题。

由此看来，国际刑事法院权威性受到质疑主要在于部分国家认为国际刑事法院可能会威胁其国家主权，甚至于成为某些国家干涉别国的工具。而其目前的立法及实践并不足以明确区分其与国内法院司法管辖权的界限，在一定条件下也有可能成为一些国家损害他国利益的手段，因此国际刑事法院的司法权威以及影响力难以产生普遍性的认同。

（四）建议措施

1、完善立法内容，明确法条内涵。由上文可知，《罗马规约》中部分条文的规定不够明确，因此在实际操作中可能会造成国际刑事法院的管辖权冲突或者管辖权受限问题。因此国际刑事法院可以出台相关司法解释，对不明确的立法规定予以细化，使标准界限清晰化，但是对于部分概念，司法解释可能并不足以准确界定，因此可以同时采用司法判例的形式加以说明，可将案例根据不同方式进行整理分类，司法判例的形式有助于使条款的规定更具象化，使其具有可操作性，并且更具有普遍接受性。

2、加强与国内法院的合作。虽然国际刑事法院的补充管辖权与国内法院管辖权具有对立的特点，但是在国际合作与交往日益密切的全球化时代，任何国家或国际组织都不可能独立存在，而是需要在与其他主体相互协助的实践中共同发展，因此国际刑事法院司法效率的

---

[9]Rome Statute of the International Criminal Court.Article 15 ter Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (Security Council referral) 4. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute.

[10]刘仁文,杨柳.非洲问题困扰下的国际刑事法院[J].比较法研究,2013，（5）:76-78.

提高需要来自国家的配合。科特迪瓦案例[11]就是非缔约国积极与国际刑事法院合作的代表性案例，其政府主动接受国际刑事法院管辖，共同推动了案件审理的进度，提高司法效率的同时也有利于节约司法成本。对于国际刑事法院来说，应当公正对待每个国家的情势，保持自身独立性，尊重国内法律体系，不对其妄加评价或者干预，共同推动双方体系的完善。对于缔约国来说，一方面需要完善国内对相关罪行的立法，以便更好地行使国内法院优先管辖权；另一方面推动有关国际司法协作的国内立法，积极协助国际刑事法院行使其管辖权，增加双方的信赖度。

三、中国立场及应对建议

国际刑事法院现阶段虽然在立法和实践上需要继续完善，但是其存在具有合法性及正当性，其依然在国际社会具有重要地位，在国际刑法领域具有重要意义。虽然中国并未加入国际刑事法院，但是两者在惩治国际犯罪方面立场相同，中国应当予以支持，并且继续关注国际刑事法院的发展，同时完善国内的相关立法。

（一）中国立场

中国的立场是支持建立国际刑事法院，并且在《罗马规约》的拟定以及谈判过程中，中国一直积极参与并且给予参考建议，但最终因为对《罗马规约》中的一些条款持有保留意见，在 1998 年的罗马外交大会中国代表对《罗马规约》投反对票，中国选择不加入国际刑事法院，然而这并不意味着中国放弃对国际刑事法院的关注，国际社会交往日益密切，各主体之间的合作日益加深，中国作为一个有实力的大国，有义务和责任关注和维护国际正义，因此自《罗马规约》生效后，中国以观察员的身份列席国际刑事法院的缔约国大会，2010 年召开关于《罗马规约》审查会议时中国代表团也同样列席会议并表达立场。[12]

在联合国设立前南斯拉夫及卢旺达特别国际刑事法庭时，中国认为其优先性管辖权明显违背了国家主权原则，因此中国并不认同其优先性，而其后设立的国际刑事法院虽然在与国内法院管辖权关系的界定问题上提出了补充性管辖权，理论上没有与国家主权原则相违背，但是其规定未能得到有效实施。主要表现为：1、国际刑事法院在符合一定条件的情况下对非缔约国也具有补充管辖权，中国认为其违反了条约相对性原则。根据《罗马规约》第 12 条第 2 款规定[13]，只要行为发生地国或者犯罪行为人的国籍国是其缔约国或者声明接受国际刑事法院管辖时，国际刑事法院即可以行使管辖权，也就意味着上述两个条件中只要满足一国是其缔约国即可，而不要求行为发生地国以及行为人国籍国同时满足都是其缔约国的条

[11]王海平,王跃飞,童楚.2011 年武装冲突法事件述评[J].西安政治学院学报,2012,25(01):108-112.

[12]Statement by Chinese Delegation at the General Debate of the Review Conference of Rome Statute,June 2010.

[13]Rome Statute of the International Criminal Court.Article 12 Preconditions to the exercise of jurisdiction:2. In the case of article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction if one or more of the following States are Parties to this Statute or have accepted the jurisdiction of the Court in accordance with paragraph 3: (a) The State on the territory of which the conduct in question occurred or, if the crime was committed on board a vessel or aircraft, the State of registration of that vessel or aircraft; (b) The State of which the person accused of the crime is a national.

件。因此，对于非缔约国国民在缔约国境内的最严重国际犯罪，国际刑事法院也可对其行使补充管辖权。根据《维也纳条约法公约》第 34 条规定[14]，任何一个国际条约未征得第三国同意，不对该国产生权利义务。2、中国认为，按照《罗马规约》第 17 条的规定，国际刑事法院可以对所有缔约国的诉讼程序进行审查以判断该国是否违反程序正当原则，这使得国际刑事法院凌驾于一个国家的国内法院之上，国际刑事法院可对一国司法审判行为做出评价，并据此行使其管辖权，此条款很大程度上会被用于政治目的而侵犯一国利益。因此，中国政府针对国际刑事法院的管辖权持有保留立场。

（二）中国的应对建议

1、在国内法中增设相关罪名。中国现行刑法并未对国际刑事法院管辖的四类罪行进行专门立法规定，这就意味着中国很有可能因为没有专门的国内立法或者国内没有相似犯罪构成的罪名替代而被国际刑事法院认定为不能够管辖，进而导致国际刑事法院补充管辖权的介入。因此中国可以在国内刑法中专门就四项罪行进行立法，完善相关规定、设置相应的刑罚，为国内法院司法审判提供准确的法律依据，从而有利于国内法院在此基础上行使其优先管辖权，以应对国际刑事法院的补充性管辖权。

2、完善国内引渡法规。一方面，在一定情形下一国法院需要其他国家的司法协助，例如审判侵略罪中的犯罪嫌疑人往往需要受害国与侵略国之间有引渡协议，这种加强国际司法协助的方式能更大几率地确保国内法院行使其优先管辖权，有利于国家利益的维护。另一方面，为了更好地履行中国的国际义务，维护负责任的大国形象，也为将来适时加入国际刑事法院做铺垫进而共同实现国际正义，中国需要进一步完善国内引渡法。中国可以借鉴国外的立法，规定引渡的例外情形，允许满足一定条件下的引渡，这种相对禁止的模式既有利于加强国际合作，其缓和的方式也有利于本国政策的及时调整；以及引入“或引渡或起诉原则”。

（三）中国加入国际刑事法院的可行性分析

对于中国今后是否应当加入国际刑事法院的问题，中国在当前“一带一路”建设时期应当谨慎对待国际刑事法院，首先重点关注国内相关立法的完善，尽量防止或者减少国际刑事法院对“一带一路”建设所可能带来的阻碍，同时中国也应当支持国际刑事法院公正审理案件，适时加入国际刑事法院。

中国加入国际刑事法院的可行性条件有以下两点：1.国际社会极端恐怖主义势力抬头，目前针对中国的国际刑事犯罪中一部分实施者为了逃避中国的管辖而逃往境外，因此，一旦加入国际刑事法院，中国便可充分利用国际刑事法院的补充管辖权更加全面地打击这些极端暴力行为，维护国家和人民的生命财产安全。2.加入国际刑事法院后，在《罗马规约》立法完善方面中国将拥有更多话语权，这将有利于提高中国在国际刑法领域的地位，加速中国在刑法领域的国际化发展进程，[15]同时也有利于中国更多的立法意见被采纳。

---

[14]《维也纳条约法公约》第 34 条 关于第三国之通则：“条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利。”

[15]朱文奇.中国是否应加入国际刑事法院（下）[J].湖北社会科学,2007（11）:133-139

结语

国际刑事法院对于打击国际犯罪、维护世界和平具有重要意义，因此作为国际刑事司法机构，国际刑事法院应当保持其诉讼活动的中立、充分尊重国家主权、远离国际政治，这不仅需要其自身立法和实践的不断完善，也需要各缔约国乃至国际社会的普遍配合与协助。国际刑事法院的目标也是全人类的共同心声，但愿其能与国家、其他国际组织建立友好且分工明确的合作关系，为这份伟大的事业共同努力奋斗！

参考文献

[1] 李浩培: 《条约法概论》，法律出版社, 2003.

[2] 李世光，刘大群，凌岩．国际刑事法院罗马规约评释[M]．北京：北京大学出版社，2006.

[3] 彭锡华,王孔祥.论国际刑事法院的管辖权[J].武汉大学学报（哲学社会科学版）,2006，（4）:508-510.

[4] 马新民.国际刑事法院:发展、挑战与未来[J].厦门大学法律评论,2015，（4）:63-64.

[5] 杨力军.评国际刑事法院的管辖权[J].法学评论,2001(04):67-73.

[6] 伍俐斌.联合国安理会对国际刑事法院管辖权的限制[J].政法论坛,2017,35(01):88-97.

[7] 张磊．论《罗马规约》修正案中侵略罪的定义[J]．中国刑事法杂志，2011（1）：15-17

刘健．论国际刑事法院管辖权与国家主权[J]．法律科学，2004（5）：33-34

中国与联合国50年：经验、教训及未来展望

唐 刚

（武汉大学国际法研究所　湖北武汉　430072）

摘　要：1971年中国恢复在联合国的合法席位。50年来，中国积极参与联合国各领域的工作，为全球治理注入中国力量；以联合国为平台加强国际合作，在国际舞台上做出重要贡献；以联合国为平台分享中国的发展理念，创造性地提出许多有益的国际主张；注重维护联合国的权威，坚持主张通过和平方式解决国际争端。中国与联合国50年的主要经验有：坚持《联合国宪章》的宗旨和原则，坚持联合国在国际体系中的核心地位，坚持发展中国家的定位，坚持独立自主和平外交政策，高举多边主义旗帜。但中国在参与全球治理的能力建设，联合国解决热点问题时的贡献，联合国议题设置的参与程度，有关联合国的理论研究等方面也存在教训。展望未来，中国有必要以联合国为平台继续提升参与全球治理能力，在联合国议题设置上提升话语权，在联合国推动国际发展与合作及解决热点问题时发挥建设性作用，加强理论研究并向联合国输送更多优秀人才。

关键词：中国；联合国；《联合国宪章》；全球治理；国际合作

中图分类号：D631　　文献标识码：A

50 Years of China and the United Nations: Experiences, Lessons and Future Prospects

Tang Gang

(Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan, Hubei 430072)

Abstract: In 1971, China resumed its legal seat in the United Nations. Over the past 50 years, China has actively participated in the work of the United Nations in various fields, injected Chinese power into global governance; used the United Nations as a platform to promote international cooperation, and has made important contributions on the international stage; used the United Nations as a platform to share China’s development concepts and creatively put forward many useful ideas; focused on maintaining the authority of the United Nations and insist on the settlement of international disputes through peaceful means. The main experiences of China and the United Nations over the past 50 years which include, adhering to the purposes and principles of the UN Charter, adhering to the core position of the UN in the international system, adhering to the position of a developing country, adhering to an independent foreign policy of peace, and holding high the banner of multilateralism. However, there are also lessons in China's ability to participate in global governance, contribution to the United Nations' solving hotspot issues, the degree of participation to the agenda setting of United Nations issues,and the theoretical research innovation of the United Nations. Looking forward to the future, it is necessary for China to use the United Nations as a platform to continue to enhance its ability to participate in global governance, to enhance its discourse power in the setting of United Nations issues, to play a constructive role in the United Nations in promoting international development and cooperation as well as solving hotspot issues, and to strengthen theoretical innovation and

send more talents to the United Nations.

Keywords: China; United Nations; United Nations Charter; Global Governance;International Cooperation

引言

1971 年 10 月 25 日，第 26 届联合国大会通过决议，恢复了中华人民共和国的合法席位。从那一刻起，“世界近四分之一人口的大国重返联合国大家庭，联合国才真正具备了普遍性。世界和平与发展事业增加了一支值得信赖和依靠的中坚力量”。[1]50 年来，中国积极参与联合国各领域的工作，在全球治理发挥越来越重要的作用。中国不仅是联合国安理会五大常任理事国之一，同时中国还是世界上的第二大经济体。当今中国正在日益走近世界舞台的中央，中国也将在世界舞台上发挥更大作用。2021 年是中国共产党成立 100 周年，也是中国恢复联合国合法席位 50 周年。在这样的背景下，回顾中国与联合国 50 年的历程，总结其中的经验与教训，并展望中国与联合国的未来，不仅有利于丰富中国与联合国的相关理论研究成果，而且对深化中国与联合国的合作，推动中国在全球治理更好发挥作用，提升中国在国际舞台上的话语权也具有重要意义。

一、中国与联合国 50 年的主要实践

从 1971 年恢复在联合国合法席位的那一刻起，中国积极参与联合国各领域的工作，在参与全球治理、促进国际合作、解决全球热点问题、推动解决国际争端等方面做出有益的探索与尝试。

（一）积极参与联合国各领域的工作，为全球治理注入中国力量

1971 年恢复在联合国的合法席位之后，中国就开始积极参与联合国各领域的工作，为全球治理注入中国力量。

1.积极参与联合国政治安全领域的工作

50 年来，中国全面参与联合国大会和安理会的各项工作，主张并推动通过对话协商的和平方式解决国际争端。作为安理会常任理事国之一，中国在推动解决朝鲜和伊朗核问题、叙利亚问题、阿富汗问题、阿以冲突问题等热点问题上发挥建设性作用。中国还积极参与联合国维和行动，并就如何加强维持和平行动的作用和提高其效率等，陆续提出一系列主张和建议。[2]2020 年是中国军队参加联合国维和行动 30 周年，自 1990 年中国派出首批维和人员以来，截至 2020 年底，中国派出维和人员近 4 万余人次，完成武装护卫巡逻等任务 300 余次，[3]为维护世界和平与安全做出重要贡献。

2.积极参与联合国经济发展领域的工作

50 年来，中国积极支持联合国为推动南北合作、深化南南合作所做出的巨大努力，中

[1] 新华网：《王毅谈恢复联合国合法席位 50 周年》，https://news.china.com/focus/2021quanguolianghui/13004115/20210307/39354382.html，登陆日期：2021 年 4 月 8 日。

[2] 盛红生：《联合国维持和平行动法律问题研究》，北京：时事出版社 2006 年版，第 21-27 页。

[3] 中华人民共和国国务院新闻办公室：《中国军队参加联合国维和行动 30 年(2020 年 9 月)》，北京：人民出版社 2020 年版，第 2 页。

国全面参与联合国框架下的讨论与合作，推动构建国际经济新秩序。中国在致力于推动自身经济稳步、快速发展的同时，还在力所能及的范围内向发展中国家提供各种经济援助，仅2000 年至 2014 年的 15 年间，中国向 140 个国家提供了经济援助和贷款，累计金额高达 2.45 万亿元人民币。[4]2018 年 9 月 3 日至 4 日，在中非合作论坛北京峰会上，习近平总书记宣布对非合作“八大行动”，并表示中国将免除与中国有外交关系的非洲最不发达国家截至 2018 年底到期未偿还政府间无息贷款债务，并再向非洲提供 600 亿美元支持。[5]2020 年 10 月 13 日，中国宣布免除到 2020 年底到期的 15 个非洲国家的无息贷款。[6]

3.积极参与联合国人权社会领域的工作

中国积极推动联合国国际人权合作，积极参与联合国大会、人权委员会、人权理事会等人权机构的工作，努力推动联合国公正、客观处理人权问题。[7]中国还多次当选人权理事会成员，积极配合并参与普遍定期审议。目前，中国已批准六项联合国核心人权条约，定期向各条约机构提交报告并接受审议，认真履行各项缔约国义务。[8]中国还积极支持联合人权领域的各项工作，贡献中国智慧与中国方案。例如，2018 年 3 月 23 日，联合国人权理事会第 37 届会议通过中国提出的“在人权领域促进合作共赢”的决议，该决议呼吁各国共同努力，构建相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系，构建人类命运共同体，[9]中国政府所提倡的人类命运共同体理念再一次写入联合国的决议。

4.积极参与联合国条约法律领域的工作

中国参与了《联合国海洋法公约》《联合国气候变化框架公约》等的起草和制定，积极推动全球海洋和气候治理进程。目前，中国已加入 300 多项多边条约，对外缔结的条约总数超过 20 000 件。尤其是 2012 年党的十八大以来，中国政府所倡导的人类命运共同体理念逐步得到国际社会的认同，并先后多次载入联合国有关决议。例如，2017 年 2 月 10 日,联合国社会发展委员会通过“非洲发展新伙伴关系的社会层面”决议，呼吁国际社会本着合作共赢和构建人类命运共同体的精神,加强对非洲经济社会发展的支持，这是联合国决议首次写入“构建人类命运共同体”理念。[10]2017 年 3 月 20 日，联合国安理会一致通过第 2 344 号决议，也载入“构建人类命运共同体”重要理念。[11]2020 年 11 月 6 日，第 75 届联合国大会裁

---

[4] US v Chinese state finance going abroad source:AidData.https://www.aiddata.org/，登陆日期：2021 年 4 月 9 日。

[5] 崔鹏、石磊：《惠及 26 亿人！习近平宣布，打造中非命运共同体要干这些大事》，《人民日报》2018 年 9 月 3 日，第 5 版。

[6] 陈亚楠：《中方将免除 15 个非洲国家截至 2020 年底到期无息贷款》，http://news.haiwainet.cn/n/2020/1014/c3541083-31894221.html，登陆日期：2021 年 4 月 10 日。

[7] 张贵洪：《联合国发展报告 2013-21014》，北京：时事出版社 2015 年版，第 137-140 页。

[8] 中国政法大学课题组：《联合国人权机制及中国的建设性参与》，《人权》2020 年第 6 期，第 61 页。

[9] 中华人民共和国中央人民政府：《联合国人权理事会通过决议呼吁构建新型国际关系、构建人类命运共同体》，http://www.gov.cn/xinwen/2018-03/24/content_5277005.htm，登陆日期：2021 年 4 月 12 日。

[10] 李秉新、殷淼：《“构建人类命运共同体”理念首次写入联合国决议》，《人民日报》2017 年 2 月 13 日，第 3 版。

[11] 曹昆、常红：《外交部发言人——联合国安理会决议首次载入“构建人类命运共同体”重要理念，反

军与国际安全委员会表决通过“不首先在外空部署武器”决议，人类命运共同体理念又一次写入联合国外空决议之中。[12]

5.积极参与联合国军控裁军领域的工作

50 年来，中国参加 1993 年《禁止化学武器公约》、1996 年《全面禁止核试验条约》等多边军控条约的谈判。中国还根据《禁止化学武器公约》规定，按时提交各类宣布，截至 2020 年底，中国顺利接待了禁化武组织 593 次视察。[13]中国还积极参加联合国安理会、联合国大会第一委员会、日内瓦裁军谈判会议等联合国框架内的军控机构及军控会议工作，努力推动国际社会妥善处理核裁军、防扩散、常规军控等问题。[14]2017 年 7 月 7 日，联合国大会以 122 票赞成通过了《禁止核武器条约》，要求世界各国立即停止研发、制造、生产乃至持有等几乎所有与核武器相关的活动。2018 年 10 月 29 日，中国与俄罗斯、美国、法国、英国联合发表声明，共同反对《禁止核武器条约》，并共同声明强调：实现一个“无核武器”的世界是各国的共同目标，只要这不损害世界的安全。[15]

总之，50 年来中国积极参与联合国各领域的工作，这不仅反映出中国与世界关系的变化，而且也是中国积极融入国际体系，深入参与全球化进程的生动写照。50 年来，中国积极参与联合国各领域的工作不仅推动自身发展，而且还推动联合国的发展与进步，也为全球治理注入中国力量。

（二）以联合国为平台加强国际合作，在国际舞台上做出重要贡献

促进国际合作与交流是联合国的宗旨和原则之一。50 年来，中国重视联合国的作用，以联合国为平台，推动政治安全、经济发展、人权保护、条约缔结等领域的国际合作。事实上，联合国已成为中国多边外交的主要平台，它是当今世界规模最大、代表性最广泛、活动内容最丰富的国际组织，为中国加强国际合作、积极融入全球治理体系变革提供最便捷、最有效的渠道。冷战结束之后，全球性问题日益增多，联合国的角色也由原来的主要维护世界和平与安全，向担负全球治理、推动构建国际政治经济新秩序的角色转变。联合国在国际事务的地位和影响力不断提升，为中国借助联合国这个平台加强国际合作创造有利条件。[16]50 年来，中国积极维护联合国的集体安全机制，主动参与联合国各机构的活动，推动联合国改革，全面、积极、深入参与联合国改革的各项讨论和审议，并采取实事求是的做法，主动承担作为安理会常任理事国的责任。[17]同时，中国还密切与联合国其他会员国的合作，联合广

映国际社会共识》，《人民日报》2017 年 3 月 21 日，第 3 版。

[12] 王建刚：《人类命运共同体理念又一次写入联合国外空决议》，https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2020/11/id/5565282.shtml，登陆日期：2021 年 4 月 15 日。

[13] 中华人民共和国外交部：《禁止化学武器公约》，http://russiaembassy.fmprc.gov.cn/web/wjb_673085/zzjg_673183/jks_674633/zclc_674645/hwhsh_674653/t119270.shtml，登陆日期：2021 年 4 月 16 日。

[14] 张贵洪：《联合国发展报告 2013-21014》，北京：时事出版社 2015 年版，第 7 页。

[15] 黄惠康：《国际法的发展动态及值得关注的前沿问题》，《国际法研究》2019 年第 1 期，第 8 页。

[16] 陈东晓：《联合国：新议程和新挑战》，北京：时事出版社 2005 年版，第 329-330 页。

[17] 陈东晓：《联合国：新议程和新挑战》，北京：时事出版社 2005 年版，第 336-370 页。

大发展中国家，维护广大发展中国家的利益，在国际舞台上做出重要贡献。

（三）以联合国为平台分享中国的发展理念，创造性地提出许多有益的国际主张

自 1971 年恢复在联合国的合法席位以来，尤其是 1978 年改革开放以来，中国在经济社会等领域取得举世瞩目的成就，也逐步形成具有世界影响的发展理念，“中国道路”“中国模式”与“中国经验”受到国际社会广泛关注。一般而言，国际组织具有中立性特点，以国际组织为平台推广国际规范、国际标准等往往更具有可信度与说服力。联合国是当今世界影响力最大的国际组织，以联合国为平台，将中国的发展理念推广给全球，对提升中国的国家软实力，促进中国在国际舞台上扮演更加重要的角色具有积极作用，[18]同时也是展示中国负责任大国形象的途径之一。

50 年来，中国以联合国为平台分享发展理念，并创造性地提出许多有益的国际主张，向国际社会讲述中国发展故事，也赢得国际社会的支持和鼓舞。例如，2018 年 4 月 16 日，中国企业在联合国分享共享经济经验。[19]2019 年 9 月 27 日，国务委员兼外长王毅在联合国阐释中国发展的密码，并指出：“中国发展的密码，在于我们坚持中国共产党的集中统一领导，坚持走符合中国国情的发展道路，坚持改革开放的基本国策，坚持以人民为中心的发展思想。”[20]2020 年 7 月 17 日，中国人权研究会专家学者在联合国人权理事会发言并分享中国经验，向与会各方分享中国在促进人权进步等方面的成果和经验，阐述中国特色社会主义人权发展道路和以人民为中心的人权理念。并指出：中国多年来充分保障每一个人和每个群体的各项权利，结合实际采取有针对性的保障措施，使发展成果更公平地惠及全体人民。中国通过减贫实绩推动中国人权事业和世界人权发展。中国为国际公共卫生事业作出重大贡献，理应受到国际社会支持和尊重。各国应当行动起来通力合作，共同应对疫情。[21]2021 年 3 月 2 日，中国代表在联合国介绍中国脱贫攻坚成就和经验，联合国人口基金、开发计划署和粮农组织等机构有关负责人表示，中国以实际行动促进全球共同发展，支持联合国发挥中心作用，在南南合作框架下向发展中国家提供大量援助和支持，为落实可持续发展目标作出重要贡献。[22]

（四）注重维护联合国的权威，坚持主张通过和平方式解决国际争端

50 年来，中国不仅积极参与联合国各领域的工作，以联合国为平台加强国际合作、分享中国的发展理念，而且还注重维护联合国的权威，并始终坚持：“联合国的作用只能加强、

---

[18] 张贵洪：《联合国发展报告 2013-21014》，北京：时事出版社 2015 年版，第 103-104 页。

[19] 新华网：《中国企业在联合国分享共享经济经验》，http://www.xinhuanet.com//world/2018-04/17/c_1122695352.htm，登陆日期：2021 年 4 月 18 日。

[20] 中华人民共和国中央人民政府：《王毅在联合国阐释中国发展的密码》，http://www.gov.cn/guowuyuan/2019-09/28/content_5434330.htm，登陆日期：2021 年 4 月 21 日。

[21] 吴春生、杨韬：《中国人权研究会专家学者等在联合国人权理事会发言——分享中国经验，推动世界人权更好发展》，《人民日报》2020 年 7 月 20 日，第 5 版。

[22] 尹世杰：《中国代表在联合国介绍中国脱贫攻坚成就和经验》，《人民日报》2021 年 3 月 5 日，第 5 版。

不能削弱，各国都应自觉维护联合国的权威。”[23]在解决国际争端方面，目前国际争端解决方式主要有谈判与协商、斡旋与调停、调查、调解等，[24]中国一直坚持主张通过和平方式解决国际争端，反对使用武力或以武力相威胁。例如，中国认真履行安理会常任理事国的职能，努力推动朝鲜核问题、伊朗核问题、利比亚问题、叙利亚问题等地区热点问题和平解决。并努力推动世界裁军运动，[25]维护世界和平与安宁，为在联合国框架下和平解决国际争端发挥建设性作用。

二、中国与联合国 50 年的主要经验

50 年来，中国积极参与联合国各领域的工作，为全球治理做出重要贡献，并积累宝贵经验。

（一）坚持《联合国宪章》的宗旨和原则，坚持联合国在国际体系中的核心地位

中国与联合国 50 年来的实践和成就，首先得益于中国始终坚持《联合国宪章》的宗旨和原则，坚持联合国在国际体系中的核心地位。[26]《联合国宪章》不仅规定联合国的宗旨和原则，而且还是现代国际法的基石。《联合国宪章》所确立的会员国主权平等、善意履行宪章义务、和平解决国际争端、禁止以武力相威胁或使用武力、集体协助、确使非会员国遵行宪章、不干涉内政等原则，[27]已经发展成为现代国际社会所公认的国际关系准则。“联合国宪章宗旨和原则是处理国际关系的根本遵循，也是国际秩序稳定的重要基石，必须毫不动摇加以维护。”[28]事实上，维护《联合国宪章》的宗旨和原则，既是维护国际法与国际关系的基本准则，同时也符合和平、发展、合作的世界历史潮流，符合世界各国人民的根本利益，也有利于促进国际合作、和平解决国际争端、推动国际关系健康稳定发展。50 年来，中国在参与联合国各项事务时，始终坚持《联合国宪章》的宗旨和原则，严格按《联合国宪章》的要求办事，[29]“坚定维护以联合国为核心的国际体系，坚定维护以国际法为基础的国际秩序，坚定维护联合国在国际事务中的核心作用”[30]。中国的这种立场和做法，不仅维护了联合国的权威，有利于中国在国际舞台上做出更大贡献，而且也得到了广大会员国的广泛认同和普遍赞誉。

（二）坚持发展中国家的定位，维护中国与广大发展中国家的利益

作为一个发展中国家，50 年来，中国一直与发展中国家站在一起，始终坚持发展中国家的定位，维护中国与广大发展中国家的利益。[31]中国是联合国安理会五大常任理事国中唯

---

[23] 新华网：《王毅谈恢复联合国合法席位 50 周年》，https://news.china.com/focus/2021quanguolianghui/13004115/20210307/39354382.html，登陆日期：2021 年 4 月 25 日。

[24] John Merrills.International Dispute Settlement(sixth edition),Cambridge University Press, 2017,pp.1-84.

[25] 仪名海：《中国与国际组织》，北京：新华出版社 2004 年版，第 239-282 页。

[26] 光明网：《王毅谈恢复联合国合法席位 50 周年》，https://m.gmw.cn/baijia/2021-03/07/1302152176.html，登陆日期：2021 年 4 月 28 日。

[27] 梁西：《梁西论国际法与国际组织法五讲（节选集）》，北京：法律出版社 2019 年版，第 93-101 页。

[28] 习近平：《在联合国成立 75 周年纪念峰会上的讲话》，《人民日报》2020 年 9 月 22 日，第 2 版。

[29] 李铁城：《世纪之交的联合国》，北京：人民出版社 2002 年版，第 458-473 页。

[30] 习近平：《在联合国成立 75 周年纪念峰会上的讲话》，《人民日报》2020 年 9 月 22 日，第 2 版。

[31] 张贵洪：《联合国研究》，北京：世界知识出版社 2012 年版，第 8 页。

一的发展中国家，中国一直坚定地站在发展中国家的一边，支持广大发展中国家的主张和立场，与发展中国家相互支持、相互援助、相互鼓舞。并在联合国这个平台上敢于仗义执言、主持公道，维护广大发展中国家的利益。中国不仅在联合国呼吁国际社会加大对非洲发展的支持力度，支持联合国安理会在帮助解决非洲地区冲突问题上发挥重要作用，支持并参与联合国在非洲的维和行动，呼吁国际社会和包括安理会在内的联合国机构为维护非洲和平与安全作出更加积极和建设性的贡献，[32]而且还以自身实际行为，帮助非洲国家破解发展瓶颈，提升非洲国家的自主发展能力。例如，中国着力建设中非和平安全伙伴关系，中国是安理会常任理事国中向非洲派遣维和人员最多的国家。[33]中国在帮助非洲国家的同时还反复强调：中国和非洲历来是休戚与共的命运共同体和合作共赢的利益共同体。中国努力将推动进一步深化中非政治互信、发展互助、理念互鉴，推动构建更加紧密的中非命运共同体。[34]

（三）坚持独立自主和平外交政策，在联合国展示负责任大国形象

早在 1986 年六届全国人大四次会议上，中国就正式提出了“独立自主的和平外交政策”这一概念。之后历届党中央根据国际国内形势变化和任务要求，先后提出全方位外交布局、走和平发展道路等理念，并付诸实践。2012 年党的十八大以来，习近平总书记提出“一带一路”倡议、推进中国特色大国外交、推动构建人类命运共同体建设等新理念，不仅促进独立自主和平外交政策的发展与完善，而且还彰显中国在联合国负责任的大国形象，体现着中国人民坚决维护国家主权、安全和发展利益，绝不屈服于任何外来压力的力量和决心。[35]中国一直奉行独立自主和平外交政策，在处理国际事务中，中国坚持从事情本身的是非曲直出发，然后确立自身的立场，绝对不为外界所干扰。中国在联合国一贯主持公道、伸张正义，反对“强权即公理”和“极限施压”，并提倡“各国关系和利益只能以制度和规则加以协调，不能谁的拳头大就听谁的。”[36]中国坚持言必行、行必果，努力寻求自身利益与国际社会共同利益相结合，不管是在联合国安理会维和行动以及协调解决地区冲突和热点问题，还是推动实施联合国 2030 年可持续发展议程，应对气候变化和新冠疫情等全人类面临的重大挑战，都有中国智慧与中国方案。总之，中国以自身的实际行为，在联合国展示负责任的大国形象。

（四）高举多边主义旗帜，致力于维护并推动多边机制的改革完善

当今世界，随着国际力量对比的变化和国际格局调整，国际关系民主化和世界多极化是不可逆转的历史潮流，而联合国将有力地推动这一格局继续向前发展。自 1945 年成立以来，联合国作为多边合作的核心，一直为缓和地区冲突与矛盾、应对全球性挑战、践行多边主义

---

[32] 中华人民共和国中央人民政府：《中国代表呼吁国际社会加大对非洲发展的支持力度》，http://www.gov.cn/jrzg/2010-10/15/content_1723111.htm，登陆日期：2021 年 4 月 29 日。

[33] 人民网：《中国代表呼吁国际社会支持非洲发展》，http://world.people.com.cn/n/2015/1017/c157278-27709394.html，登陆日期：2021 年 4 月 30 日。

[34] 参见本报记者叶子整理：《习近平谈中非命运共同体》，《人民日报海外版》2018 年 7 月 18 日，第 5 版。

[35] 肖文：《坚持和完善独立自主的和平外交政策》，《人民日报》2019 年 12 月 13 日，第 9 版。

[36] 习近平：《在联合国成立 75 周年纪念峰会上的讲话》，《人民日报》2020 年 9 月 22 日，第 2 版。

提供良好的平台。2020 年 1 月 9 日，联合国安理会发表主席声明，敦促所有联合国会员国全面恪守《联合国宪章》，重申安理会致力于维护多边主义以及联合国在多边事务中的核心作用。[37]50 年来，中国始终高举多边主义旗帜，致力于维护并推动多边机制的改革完善，始终强调联合国是全世界最具有普遍性、代表性和权威性的政府间国际组织，联合国在处理国际事务、推动国际合作与发展中发挥不可替代的作用。在应对全球性问题和挑战、维护国际和平与主持国际正义时，中国一再强调在联合国框架下解决问题、推动合作，并强调发挥联合国的主导地位和作用。中国已经并将“始终做多边主义的践行者，积极参与全球治理体系改革和建设，”[38]致力于推动多边机制的改革与完善，维护联合国的权威性和有效性。自 1971 年恢复在联合国的合法席位那一刻起，中国一直呼吁并努力推动改进联合国的各项工作，使之更好服务于广大会员国，使其在全球治理中发挥更大的作用。同时，中国呼吁联合国要与时俱进，并努力推动联合国改革，以便让联合国更好反映各国人民关切，表达各国人民的愿望，在解决人类面临的重大现实问题发挥更大作用。同时，中国始终坚持联合国是多边机制的核心，联合国应该更加广泛地反映世界各国的立场和意见，更加有效地处理涉及各国利益的问题，并在推动全球治理变革、实现 2030 年可持续发展议程中发挥更大作用。

三、中国与联合国 50 年的主要教训

中国与联合国 50 年不仅取得显著成就，而且也积累丰富经验。但不能忽视的是，中国与联合国 50 年也存在一些教训。

（一）以联合国为平台参与全球治理的能力有待提高

联合国不仅是世界各国加强合作的重要舞台，同时也是中国参与全球治理的重要平台。习近平总书记在多个场合强调，要“提高我国参与全球治理的能力”。[39]50 年来，中国以联合国为平台积极参与全球治理，不断提升中国参与全球治理的能力。然而总体而言，由于受西方国家主导的国际制度和话语体系的制约，当前中国在全球治理的地位和话语权并不高。而联合国在发展理念、机制、能力等方面具有无可比拟的优势，中国在参与全球治理的进程中，如果以联合国为平台，将会达到事半功倍的效果。[40]总之，联合国是新时期中国参与全球治理的理想平台和有效途径，但目前中国以联合国为平台参与全球治理的能力有待提高。今后有必要转变这一角色，以联合国为平台更加积极主动地参与全球治理。例如，在联合国决议和文件制定中发挥更大作用，实现从规则的被动遵守者到规则制定的引领者转变，更多地表达中国立场、阐明中国方案、维护中国利益。

（二）在联合国议题设置的参与程度略显不足

虽然 1971 年恢复合法席位之后，中国积极参与联合国各领域的工作。但整体而言，中

---

[37] 杨洁篪：《深刻认识和用好国际法　坚定捍卫国家利益　共同维护世界和平与发展》，《求是》2020 年第 20 期，第 13 页。

[38] 习近平：《在联合国成立 75 周年纪念峰会上的讲话》，《人民日报》2020 年 9 月 22 日，第 2 版。

[39] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），北京：外文出版社有限责任公司 2017 年版，第 448 页。

[40] 邹志强：《理念、机制、能力：联合国与全球发展治理的关系及其启示》，《国际关系研究》2020 年第 6 期，第 143 页。

国在联合国议题设置的表现不够积极，甚至相当被动。[41]以 1973 年至 1982 年的第三次联合国海洋法会议为例，中国虽然派代表参加各期的会议，但中国在《联合国海洋法公约》制定过程中的参与程度并不高，所发挥的作用也非常有限。[42]中国没有主动提出有关议案，更多地是支持大多数发展中国家的要求。[43]诚如有学者指出："中国在联合国大会或联合国安理会上很少提出建设性的解决办法。"[44]特别是随着中国的国际地位和国际影响力不断提升，中国正在日益走近世界舞台的中央，中国也将在世界舞台上发挥更大的作用。在此背景下，国际社会普遍关注的是影响力越来越大的中国将给世界带来的是希望还是挑战、是和平还是威胁？[45]因此，为回应国际社会的关切，中国有必要在联合国这一重要的国际合作平台上发挥更大作用，提升中国在联合国议题设置的参与程度以及在国际舞台上的话语权，向世界阐明中国和平发展的立场，并为全球治理贡献中国智慧与中国方案。[46]

（三）在联合国解决热点问题时的贡献比较有限

当今世界正经历百年未有之大变局，世界格局正在发生深刻的调整与变革。国际恐怖主义、大规模杀伤性武器、环境恶化、贫富差距、有组织的跨国犯罪呈愈演愈烈之趋势。[47]此外，新冠疫情的负面影响在一定时期内仍将持续，地区冲突和国际热点问题此起彼伏，这些问题的存在，不仅需要世界各国携手应对，而且也对联合国的运作也提出更高要求。尽管作为安理会常任理事国之一，中国为推动努力解决人类面临的共同挑战以及朝鲜核问题、伊朗核问题、利比亚问题、叙利亚问题等地区冲突发挥建设性作用，但整体而言，中国在联合国解决热点问题时的贡献比较有限。尤其是随着中国的国际地位和影响力日益提升，中国如何在联合国框架下解决热点问题时做出更大贡献，为国际社会贡献中国智慧与中国方案，这是需要认真思考的问题之一。

（四）有关联合国的理论研究不足，专业人才培养有待加强

50 年来，在中国增进与联合国合作的同时，与之相关的理论研究成果也不断出现。尤其是进入 21 世纪以来，随着中国国际地位提高以及在联合国的作用日益凸显，国内有关联合国的理论研究成果相继涌现，例如 2002 年的《世纪之交的联合国》、2005 年《联合国：新议程和新挑战》、2006 年的《联合国维持和平行动法律问题研究》、2009 年的《联合国改

---

[41] 杨泽伟：《新时代中国深度参与全球海洋治理体系的变革：理念与路径》，《法律科学》（西北政法大学学报）2019 年第 6 期，第 179 页。

[42] 陈慧青：《中国与<海洋法公约>：历史回顾与经验教训》，《武大国际法评论》2017 年第 3 期，第 127 页；杨泽伟：《论 21 世纪海上丝绸之路建设与国际海洋法律秩序的变革》，《东方法学》2016 年第 5 期，第 54 页。

[43] Hungdah Chiu.China and the Law of the Sea Conference,Occasional Papers/Reprints Series in Contemporary Asian Studies,1981(4),p.188-212.

[44] 江忆恩、肖欢容：《美国学者关于中国与国际组织关系研究概述》，《世界经济与政治》2001 年第 8 期，第 49 页。

[45] [美]埃里克.安德森.葛雪蕾著、洪漫、李莎译：《中国预言：20 年及以后的中央王国》，北京：新华出版社 2011 年版，第 1-12 页。

[46] 唐刚：《人类命运共同体理念融入全球海洋治理体系变革的思考》，《南海学刊》2021 年第 1 期，第 59 页。

[47] 姚琨、韩一元：《联合国面临的困难与挑战》，《现代国际关系》2020 年第 12 期，第 47 页。

革的国际法问题研究》、2012 年的《联合国研究》、2015 年的《联合国发展报告 2013-21014》等。这些著作运用国际法、国际关系和国际政治等多学科的原理来分析中国与联合国，注重理论与实践的联系，具有鲜明的时代特征，同时也为中国加强与联合国的合作，做出科学合理的决策提供理论支撑。但整体而言，这些理论研究成果为中国对外政策和外交实践提供前瞻性的理论支撑尚显不足。[48]

此外，在联合国国际法委员会委员和国际法院法官的人选当中，也有中国政府推荐的候选人成功当选。例如，2018 年外交部条约法律司原司长黄惠康教授当选为联合国国际法委员会委员。2020 年 11 月 11 日和 12 日国际法院法官换届选举，中国籍候选人、国际法院现任副院长薛捍勤女士再次当选，成功连任国际法院法官，任期为 2021 年 2 月至 2030 年 2 月。[49]这对提高中国在联合国的事务参与，在联合国这个舞台上更好发挥作用具有重要意义。然而，随着中国对外开放程度加深以及在国际舞台上将日益发挥更大的作用，中国有必要培养并向联合国输送更多的优秀人才。[50]因此，今后如何培养并向联合国输送更多的优秀人才，这也是不可忽视的一项重要工作。

四、中国与联合国的未来展望

在可以预见的将来，联合国仍然是一个由主权国家组成的国际组织，且将继续由大国占主导地位，其中心任务依然是维护国际和平与安全，并逐步向担负全球治理任务演进。[51]随着经济全球化趋势日益明显和全球治理体系变革进程不断加速，作为安理会五大常任理事国之一的中国也将在世界舞台上发挥更大作用。展望中国与联合国的未来，总结经验、吸取教训，今后有必要从以下几个方面加以改进。

（一）以联合国为平台继续提升参与全球治理能力，提供中国方案

习近平总书记指出：“我们要积极参与全球治理，主动承担国际责任”。[52]作为安理会的常任理事国之一，中国应继续高度重视联合国在全球治理的地位和作用，支持联合国在维护世界和平、促进国际合作、推动共同发展的进程中继续发展作用。近些年来，中国领导人在联合国平台上多次表示愿意通过多种途径为全球治理做出更大贡献，并以实际行动为联合国的发展提供资金援助、技术支持和能力培训。[53]例如，2015 年 9 月，习近平总书记出席联合国成立 70 周年系列峰会时，宣布了一系列支持联合国发展、促进多边合作事业的重大倡

---

[48] 杨泽伟：《新中国国际法学 70 年：历程、贡献与发展方向》，《中国法学》2019 年第 5 期，第 192 页。Zewei Yang.The People’s Republic of China and the Development of Contemporary International Law: Review and Prospects, Journal of East Asia and International Law (JEAIL).Vol.13/No.2(2020);pp.355-356.

[49] See Vice-President XueHanqin.https://www.icj-cij.org/public/files/members-of-the-court-biographies/xue_en.pdf,visited on 13 Nov.2020;参见：新华网：《薛捍勤连任国际法院法官》，http://www.xinhuanet.com/2020-11/13/c_1126735548.htm，登陆日期：2021 年 5 月 1 日。

[50] 张贵洪：《联合国研究》，北京：世界知识出版社 2012 年版，第 52 页。

[51] 李铁城：《世纪之交的联合国》，北京：人民出版社 2002 年版，第 553-560 页。

[52] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），北京：外文出版社有限责任公司 2017 年版，第 449 页。

[53] 邹志强：《理念、机制、能力：联合国与全球发展治理的关系及其启示》，《国际关系研究》2020 年第 6 期，第 144 页。

议和务实举措，主要包括支持联合国作用、推动全球减贫与南南合作、助力联合国维和行动、推进全球妇女事业发展等，并一一落实。[54]

同时，随着中国改革开放的深入发展以及中国更加深入地融入世界，中国在国际上的地位和影响力与日俱增，中国的发展和前途命运也与整个世界紧密联系在一起，中国也将在全球治理发挥更大作用。为此，中国应继续以联合国为平台提升参与全球治理能力，并提供中国方案，“推动全球治理变革，推动构建人类命运共同体。”[55]例如，中国应继续为新时代联合国的运作提供更多的理念支持。近年来，中国提出的人类命运共同体理念、合作共赢的发展观、新安全观等理念和主张，不仅是中国向国际社会贡献的全球治理的中国方案，而且还有利于推动联合国改革，有利于提升联合国的运行效率和权威。又如，中国应主动承担更大的国际责任，彰显大国风范和大国担当。中国要始终坚持联合国平等协商的基本规则[56]，“推动改革全球治理体系中不公正不合理的安排”，[57]以联合国为平台，在全球治理展示中国力量，承担更大责任，并“坚持共商共建共享，由各国共同维护普遍安全，共同分享发展成果，共同掌握世界命运”[58]，推进安全、发展、人权，推动热点问题和平解决，推动国际社会共同应对公共卫生等非传统安全挑战。

此外在参与全球治理中，中国还要加大对发展中国家的支持力度。“要切实提高发展中国家在联合国的代表性和发言权，使联合国更加平衡地反映大多数国家利益和意愿。”[59]作为新兴的经济体，中国应运用自身不断增长的实力，在全球治理领域反映发展中国家的呼声和要求，进一步维护发展中国家的利益，同时还要帮扶最不发达国家。要发挥中非合作论坛、中国-东盟论坛、中国-拉美和加勒比国家共同体论坛、中阿合作论坛等双边与多边合作机制，深化与发展中国家的合作，要拓宽合作领域、提升合作层级，并善用“一带一路”倡议、人类命运共同体理念等，为广大发展中国家提供更多的公共产品，[60]进而推动合作共赢、共同发展，促进全球发展中国家打造更加紧密的共同体。此外，中国还应该以联合国为平台，致力于推动增进“南南合作”与“南北对话”，搭建桥梁和纽带。同时在世界贸易组织、世界银行、国际货币基金组织、亚洲基础设施投资银行等合作平台与合作机制上发挥更加积极的作用，为推动发展中国家与发达国家的合作共赢做出更大贡献。[61]

（二）在联合国议题设置上提升话语权，注入中国力量

---

[54] 王宾：《习主席 5 年前提出的这些承诺，这样一一落实》，《人民日报海外版》2020 年 9 月 16 日，第 1 版。

[55] 新华社记者：《习近平在中央全面依法治国工作会议上强调　坚定不移走中国特色社会主义法治道路　为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，《人民日报》2020 年 11 月 18 日，第 1 版。

[56] 光明网：《王毅谈恢复联合国合法席位 50 周年》，https://m.gmw.cn/baijia/2021-03/07/1302152176.html，登陆日期：2021 年 5 月 4 日。

[57] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），北京：外文出版社有限责任公司 2017 年版，第 448 页。

[58] 习近平：《在联合国成立 75 周年纪念峰会上的讲话》，《人民日报》2020 年 9 月 22 日，第 2 版。

[59] 习近平：《在联合国成立 75 周年纪念峰会上的讲话》，《人民日报》2020 年 9 月 22 日，第 2 版。

[60] 杨泽伟：《“一带一路”倡议与国际规则体系研究》，北京：法律出版社 2020 年版，第 179-182 页。

[61] 中国现代国际关系研究院课题组 ：《联合国改革与全球治理的未来》，《现代国际关系》2015 年第 9 期，第 7 页。

在联合国议题设置上，如何改变以前参与度不足和积极性不高的局面，提升中国的话语权，使之为更多国家所认可与接受，这是需要重视的问题。为改变中国在联合国议题设置上不积极、作用不充分的局面，中国应主动参与联合国议题设置，扮演积极参与者和推动者的角色，在全球治理议题设置上发挥建设性作用，提升中国在国际舞台的话语权，为联合国议题设置和全球治理注入中国力量。习近平总书记指出，要“着力增强规则制定能力、议程设置能力”[62]。因此，今后中国不仅要参与联合国各项规则的制定，而且要敢于提出自己的议题，将中国的利益和诉求纳入联合国议题当中，根据联合国宪章的宗旨和原则结合起来，并向全世界推广，提升中国在联合国议题设置中的话语权[63]。

例如，中国要主动参与联合国的法治活动，展示负责任“法治大国”的地位。在参与联合国维和行动的同时，还可以加强司法和文职人员派遣，帮助当地加强法治重建和新建。在对外援助计划中适当增添法治援助，有利于促进受援国的长治久安和经济社会可持续发展。[64]又如，在联合国议题设置中秉承人类命运共同体理念，将其融入当今的国际话语体系，有利于促进世界各国对彼此的认同，进一步认识到共同的利益、责任和命运，有助于管控各国的分歧，进而在议题设置中达成更多共识，传播中国关于全球治理的理念和主张，使相应的主张为更多国家所认可与接受。还要想方设法将中国提出的关于全球治理的单方面诉求，转化为国际社会共同关注的诉求，为议题的起草和制定营造良好氛围，使其顺利进入相关议程平台的讨论，并逐步转化为国际社会的共识，“使关于全球治理体系变革的主张转化为各方共识，形成一致行动”[65]，进而提升中国在联合国的国际话语权和话语能力。[66]

此外，中国还要在联合国改革中保持应有的立场。当今世界，国际关系发生着深刻的变化，再加上出于联合国自身发展的需要，推动联合国改革是当今社会普遍关注的问题，也是目前联合国面临的重大问题之一。[67]由于安理会是联合国的权力核心与决策核心，它对联合国的整个运作影响最大。[68]因而在联合国改革中，安理会的改革是关键与核心。作为五大常任理事国之一的中国，在联合国改革中应保持应有的立场，发挥建设性作用。例如，要树立从全人类共同利益的高度谋发展的理念，提出兼顾发展中国家代表性和地域分配原则的安理会改革方案，寻求广泛共识，拿出切实可行的方案。[69]并积极推进联合国改革，推动修正国际和平与安全法律体系的缺陷，完善制裁制度，强化维和机制，打造一个强化的广义集体安全制度。[70]以提高联合国的权威和效率，加强联合国在国际社会的地位和作用，增强联合国

---

[62] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），北京：外文出版社有限责任公司 2017 年版，第 450 页。

[63] 张贵洪：《联合国研究》，北京：世界知识出版社 2012 年版，第 57 页。

[64] 曾令良：《国际法治与中国法治建设》，《中国社会科学》2015 年第 10 期，第 145-146 页。

[65] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），北京：外文出版社有限责任公司 2017 年版，第 449 页。

[66] 参见张辉：《人类命运共同体：国际法社会基础理论的当代发展》，《中国社会科学》2018 年第 5 期，第 66 页。

[67] 杨泽伟：《联合国改革的现实基础》，《国际观察》2007 年第 6 期，第 20-26 页。

[68] 梁西：《梁西论国际法与国际组织法五讲（节选集）》，北京：法律出版社 2019 年版，第 236 页。

[69] 姚琨、韩一元：《联合国面临的困难与挑战》，《现代国际关系》2020 年第 12 期，第 49 页。

[70] 戴轶：《论人类命运共同体的构建：以联合国改革为视角》，《法学评论》2018 年第 4 期，第 110 页、114 页。

应对国际关系和国际法上的新挑战和新威胁的能力。[71]

（三）在联合国推动国际发展与合作及解决热点问题时发挥建设性作用，贡献中国智慧

当今世界正处于大发展、大变革、大调整时期，国际形势的深刻演变与史无前例的新冠疫情相互交织，联合国也遭遇信任危机、治理危机、经费短缺等困难，再加上其他国际组织带来的竞争，联合国改革进程缓慢，联合国也面临艰难的局面。[72]然而，联合国对维护世界和平与安全，推进全球治理功不可没。展望未来，中国应该在联合国推动国际发展与合作及解决热点问题时发挥建设性作用，贡献中国智慧。中国要积极推动热点问题和平解决，发挥建设性作用，坚持主张用和平方式解决地区热点问题和国际争端，反对任意使用武力或以武力相威胁。在当前国际社会普遍关注的全球新冠疫情防控、气候变化应对、地区冲突问题解决上，联合国要继续发挥更大作用。中国则应该发挥建设性作用，积极贡献中国智慧与中国方案，努力推动局势走向缓和，“坚持以对话代替冲突，以协商代替胁迫，以共赢代替零和，把本国利益同各国共同利益结合起来，努力扩大各国共同利益汇合点，建设和谐合作的国际大家庭。”[73]

此外，促进国际合作是联合国成立的初衷，也是联合国宪章重要宗旨。受国际金融危机和新冠疫情冲击，近年来，发展中国家的外部发展形势不容乐观，联合国千年发展目标的前景不容乐观，甚至已经取得的成果也可能面临丧失的危险。因此，要积极发挥联合国在致力于促进国际合作的作用，将推动全球共同发展、深化国际合作作为一项重要任务来抓，以解决全球发展不平衡问题，实现可持续发展目标。要“以对话代替冲突，以协商代替胁迫，以共赢代替零和，把本国利益同各国共同利益结合起来，努力扩大各国共同利益汇合点，建设和谐合作的国际大家庭。”[74]并增进联合国与世界贸易组织、世界银行、国际货币基金组织等的协调与合作，切实提高发展中国家在联合国的代表性和发言权，使联合国更加平衡地反映大多数国家的利益和意愿，也为发展中国家的发展营造良好环境，提供强有力的支持。

（四）加强理论并向联合国输送更多优秀人才，传播中国声音

展望未来，随着中国的国际地位和国际影响力与日俱增，中国也将在联合国这个平台上发挥更大作用。在此背景下，有必要进一步加强相关理论研究，并向联合国输送更多优秀人才，传播中国声音、讲好中国故事。例如，继续深化联合国与全球治理、联合国议题设置、促进联合国解决全球热点问题等方面的理论研究，为深化中国与联合国各领域合作，中国外交实践，促进联合国在国际舞台上更好发挥作用等提供理论支撑。

还要培养“熟悉党和国家方针政策、了解我国国情、具有全球视野、熟练运用外语、通晓国际规则、精通国际谈判的专业人才”。[75]充分发挥高等院校的作用，“推进法学院校改

---

[71] 杨泽伟：《联合国改革的国际法问题研究》，武汉：武汉大学出版社 2009 年版，第 12-17 页。

[72] 姚琨、韩一元：《联合国面临的困难与挑战》，《现代国际关系》2020 年第 12 期，第 44 页。

[73] 习近平：《在联合国成立 75 周年纪念峰会上的讲话》，《人民日报》2020 年 9 月 22 日，第 2 版。

[74] 习近平：《在联合国成立 75 周年纪念峰会上的讲话》，《人民日报》2020 年 9 月 22 日，第 2 版。

[75] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），北京：外文出版社有限责任公司 2017 年版，第 450 页。

革发展，提高人才培养质量”，[76]培养更多精通国际法、熟悉外语的综合型和应用型人才。并组织更多的以“中国与联合国”为主题的研讨会，开展更多与之相关的课题研究，发表更多的与该主题相有关的高质量的学术论文，以进一步加强理论阐释，做好解读与宣传工作，讲好中国故事、传播中国声音。最终凝聚共识，推动形成规则体系，提升中国在联合国以及国际社会的话语权，也为中国外交战略和政策的制定与实施，为中国继续参与联合国各项重大及关键问题的决策提供理论智库和实践咨询。[77]

五、结束语

50 年来，中国积极参与联合国各项领域的工作，中国与联合国的合作也在不断加深，中国已经并将继续为全球治理做出重要贡献。展望未来，中国应继续深化与联合国的合作，在联合国议题设置和解决热点问题时发挥更大作用。此外还要进一步加强理论研究，为联合国输送更多优秀人才。并借助联合国这一平台嵌入中国发展理念、推广中国经验，为国际社会提供更多的公共产品，提升中国在全球治理进程中的地位和影响力，助力“一带一路”倡议实施和人类命运共同体构建，也为全球治理体系变革贡献中国智慧与中国方案。

作者简介：

唐刚（1987—），男，汉族，湖南省邵阳市人，武汉大学国际法研究所 2020 级国际法学专业博士研究生，研究方向：国际法学、国际海洋法。

收件人：唐刚

地址：湖北省武汉市武昌区八一路 299 号武汉大学枫园 1 舍

电话：15288365911

邮箱：tanggang998@126.com

邮编：430072

本文属于第三部分议题下“加强涉外法治体系建设和国际法”的研究

[76] 习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，《求是》2021 年第 5 期，第 1-8 页。

[77] 曾令良：《中国国际法学话语体系的当代构建》，《中国社会科学》2011 年第 12 期，第 41 页。

中央银行及其财产管辖豁免:国际条约与国家实践

王蕾凡*

摘　要：　中央银行及其财产管辖豁免是国家豁免法中一个颇具争议的问题。它涉及国家合理行使管辖权、保护相关私人利益、吸引外国投资、打击恐怖主义融资渠道及维护国家间友好外交关系等多重利益诉求。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》将中央银行财产视为一种特定种类的财产而享有强制措施豁免，但对中央银行与母国责任的关系以及享有强制措施豁免的中央银行财产范围未予明确。瑞典、英国和美国在此问题上的国家实践显示，鉴于中央银行的特殊主权职能，它们倾向于严格区分中央银行与母国责任，对享有强制措施的中央银行财产范围予以从宽解释，但是在打击恐怖主义特例下中央银行财产的强制措施豁免被限制或完全剥夺。我国制定《国家豁免法》相关条款时，应在遵循《公约》的基础上，对中央银行及其财产管辖豁免的现状、发展趋势以及人民币国际化需求等因素进行综合考量。

关键词：中央银行；揭开公司面纱；财产范围；管辖豁免；强制措施豁免

一 引　言

一国中央银行通常承担着管理外汇储备、制定与实施货币政策以及监管金融体系等主权职能。[1]它是一国最重要的金融机构，也是国家豁免法中一类特殊主体。一方面，中央银行由其母国出资且日常运营受母国政府的高度控制；另一方面，为履行其主权职能，中央银行会直接参与市场活动，包括向商业银行提供贷款、在公开市场买卖国债、其他政府债券、金融债券及外汇等。[2]金融危机期间中，中央银行亦充当商业银行和其他金融机构的“最后贷款人”。[3] 这些行为可能被认定为商业交易。[4]在此情况下，如何合理区分中央银行与母国责任，尤其是公司法中“揭开公司面纱”制度是否适用于中央银行与母国民事责任问题？近年来，中央银行及其财产豁免问题引发了诸多法律诉讼。[5] 2016 年，伊朗因美国法院对其中央银行在美国的财产采取强制措施而向国际法院指控美国违反国家豁免习惯法。[6]

2005 年，我国颁布了第一个国家豁免专项立法—《中华人民共和国外国中央银行财产

*天津大学法学院讲师；邮箱：leifan.wang@tju.edu.cn.

[1] 如《中国人民银行法》(2003) 第 1 条。

[2] 如《中国人民银行法》(2003) 第 4 条与第 23 条。

[3] European Central Banks Role, https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/what-is-a-lender-of-last-resort.en.html （2021 年 1 月 10 日上网访问）。

[4] 美国《外国主权豁免法》规定“商业交易”由有关行为或交易的性质决定，而不是考虑其目的。28 U.S.C. § 1603(d).

[5] 黄世席：国际投资仲裁裁决执行中的国家豁免问题，载《清华法学》第 6 期（2012），第 95 页；Too Sovereign to be Sued: Immunity of Central Banks in Times of Financial Crisis(Notes), *Harvard Law Review* (2010), Vol.124: 553; Ingrid Wuerth, Immunity from Execution of Central Bank Assets, in *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Tom Ruys *et al*. (ed.), 2019), p. 280.

[6] Certain Iranian Assets(Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ, Judgment of 13 February 2019.

司法强制措施豁免法》，赋予外国中央银行财产在我国享有近乎绝对的强制措施豁免。[7] 但该法未涉及中央银行的管辖豁免问题，也未解决中央银行及其财产豁免前述争议问题。我国学者对中央银行及其财产豁免问题的研究主要集中在《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的相关条款内容，[8] 目前尚缺乏将《公约》相关条款与最新国家实践相结合的实证研究。我国正在酝酿制定《国家豁免法》，如何在此法中妥善的规制中央银行及其财产的豁免问题需要我们对《公约》相关条款、最新国家实践及我国相关国情予以综合考量。

基于对《公约》相关条款与最新国家实践的研究，本文拟对我国《国家豁免法》处理中央银行及其财产豁免的问题提出具体建议。下文首先阐释《公约》相关条款，特别是第 21（1）款对中央银行财产强制措施豁免的规定及两个重要未决问题；其次，以《公约》规定及未决问题为基点，考察瑞典、英国、美国分别作为《公约》批准国、签署但未批准国以及未签署国在处理此问题上的国家实践，展示各自对不同利益诉求的取舍导致其对《公约》规定的善意遵行、趋同解释及特例下完全背离的国内立法与司法实践；在此基础上总结中央银行及其财产豁免的现状及发展趋势，并对我国《国家豁免法》相关条款提出建议。

二 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》与中央银行及其财产豁免问题

2004 年第 59 届联合国大会通过的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》是各国经十多年谈判与妥协的产物。它体现了各国对国家豁免规则的普遍理解，[9] 因而被视为是“一个并不完美的最好结果。”[10]基于国家有限豁免理论，《公约》规定一国及其财产原则上在另一国法院享有管辖豁免，法定例外情形除外。[11] 它在内容上借鉴了《欧洲国家豁免公约》及英美国家的相关国内法。[12] 截止 2020 年 12 月 31 日，《公约》已获得 28 个国家的签署，其中 22 个国家已批准。[13]依据《公约》第 30 条规定，它将在第 30 个国家向联合国秘书处提交批准书后的第 30 日正式生效。[14]

《公约》对中央银行及其财产的管辖豁免规定分为两部分：一是将中央银行作为《公约》所适用“国家”的一个组成部分享有有限的管辖豁免；二是将中央银行财产作为不应被视为“政府非商业用途以外目的财产”的特定种类的财产，享有免于判决后强制措施豁免。[15] 具

---

[7]《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》，2005 年 10 月 25 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过。

[8] 江国青：《联合国国家及其财产管辖豁免公约》》—一个并不完美的最好结果，载《法学家》2005 年第 6 期；郭华春：外国中央行资产豁免制度的完善：以利益平衡为视角，载《金融与保险》2014 年 07 期；Zhu Lijiang, State Immunity from Measures of Constraints for the Property of Foreign Central Banks: The Chinese Perspective, *Chinese Journal of International Law* (2007), Vol.6,No.1, 67-81.

[9] Hazel Fox & Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3rd ed., Oxford University Press, 2013, p. 294.

[10] 江国青：《联合国国家及其财产管辖豁免公约》》—一个并不完美的最好结果，载《法学家》2005 年第 6 期，第 14 页。

[11]《公约》引言。

[12] European Convention on State Immunity, May 16, 1972, ETS； State Immunity Act of 1978 (UK); Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (USA).

[13] UN Treaty Collection: https://treaties.un.org （2021 年 1 月 10 日上网访问）。

[14]《公约》第 30 条。

[15]《公约》第 21 条。

体而言：

（一）中央银行的管辖豁免

《公约》将中央银行作为“国家”的一个组成部分而享有有限的管辖豁免，且区别于其母国的管辖豁免。《公约》适用的“国家”包括四类主体：（1）国家本身及其政府的各种机关；（2）有权行使主权权力并以该身份行使的联邦国家的组成单位或国家政治区分单位；（3）以及其他有权行使并且实际在行使国家主权权力的国家机构、部门或其他实体；（4）以国家代表身份行事的国家代表。[16] 依据其国内法，一国中央银行可能属于上述第（1）类政府机关或第（3）类行使国家主权的国家机构、部门或其他实体。如果一国中央银行属于上述第（3）类其他实体，它还受限于《公约》第 10（3）款关于独立实体适用 “商业交易”豁免例外的规定，即作为“国家企业或国家所设实体具有独立的法人资格，并有能力起诉或被起诉；和获得、拥有或占有和处置资产，包括国家授权其经营或管理的财产”时，中央银行在与其从事商业交易有关的诉讼程序中不享有管辖豁免，而其母国享有的管辖豁免不应受影响。[17]

（二）中央银行财产的强制措施豁免

《公约》规定一国同意接受另一国法院的管辖并不构成默示同意对其财产采取强制措施。[18]《公约》将国家财产的强制措施豁免分为判决前与判决后两种情形。《公约》第 18 条规定，即便一国在另一国不享有管辖豁免，另一国法院在诉讼中仍不得对该国财产采取判决前的强制措施，除非出现以下两项法定例外情形：该国明示同意采取强制措施；或该国已拨出或专门指定了财产用于清偿诉讼标的之请求。[19] 对于判决后强制措施豁免，除了上述两项法定例外情形，《公约》第 19（3）款规定了第三项例外情形，即一国对另一国“用于或意图用于政府非商业性用途以外的目的，并且处于法院地国领土内、与被诉实体有联系的财产”可采取判决后强制措施 （简称“商业财产”强制措施豁免例外）。[20]

同时《公约》第 21（1）款规定“中央银行或其他货币当局的财产”属于“特定种类的财产”，不适用于第 19（3）款规定的“商业财产”强制措施豁免例外。第 21（1）款列有五种“特定种类的财产”，其他四项是：（a）外交、领事、特别使团、驻国际组织代表团、或国际会议代表团履行公务所用或意图所有的财产；（b）属于、用于或意图用于军事目的财产；（c）文化遗产或国家档案且非供出售或意图出售的财产；（d） 展览物品且非供出售或意图出售的财产。[21] 第 21（1）款实质上排除了上述所列财产被外国视为“政府非商业性用途以外目的的财产”而采取强制措施的可能性，从而赋予它们比国家其他财产更难以被外国采取强制措施的特殊保护。一国对上述“特殊种类的财产”强制措施豁免的放弃必须具体明确，概括性豁免放弃声明而未提及具体财产类别不足以允许另一国对上述“特殊种类的财产”采取强制措施。[22]

依照《公约》第 19 条与第 21 条之间的结构逻辑，一国法院在决定是否对另一国财产采

[16]《公约》第 2 条第 2 款。

[17]《公约》第 10 条第 3 款。

[18]《公约》第 20 条。

[19]《公约》第 18 条。

[20]《公约》第 19 条第 3 款。

[21]《公约》第 21 条第 1-5 款。

[22] Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two，p.59.

取判决后强制措施时，它应首先适用第 21（1）款的特殊规定。只有所涉财产不属于该条款规定的“特定种类的财产”时，它才可以适用第 19 条的一般规定，以最终确定是否可以对该财产采取判决后强制措施。

（三）《公约》对中央银行财产强制措施豁免的未决问题

《公约》第 21（1）款要求中央银行财产不应被视为 “政府非商业性用途以外目的的财产”，从而享有判决后强制措施豁免。该条款内容较为简略，尤其对国家间存在分歧的以下两个重要问题未予明确规定：

1、中央银行与母国民事责任

《公约》谈判期间，各国对如何区分具有独立法人资格的国有企业与母国的民事责任问题存在分歧。中国在内的一些国家坚持具有独立法人资格的国有企业与母国民事责任应分离。英、美等国家则认为国有企业是社会主义国家的特征；在《公约》中将两者分离不利于保护与国家进行商业交易的私人利益。它们倡导“揭开公司面纱”制度，即在国家滥用国有企业作为独立法人仅承担有限责任的法律形式以逃避自身承担的民事责任时，应否认相关国有企业独立法人资格，要求其承担母国的连带责任。[23]

最终达成的《公约》文本在一定程度上支持了作为独立法人的国有企业与母国民事责任予以区分的立场。如《公约》第 10（3）款规定作为独立实体的国有企业在其商业交易有关的诉讼程序中不享有管辖豁免，而其母国享有的管辖豁免不应受影响。[24] 作为对不同立场的妥协，《公约》在附件中声明该条款并不预断“揭开公司面纱”问题。[25]同样《公约》附件对第 21 条也作出该条款并不预断“揭开公司面纱”问题的声明。[26] 该附件与《公约》具有同样法律效力，这意味着《公约》实际上对中央银行与母国民事责任问题上是否适用“揭开公司面纱”制度未予明确，或至少可以理解为《公约》默许缔约国自行决定是否在国内法层面保留与行使这项权利。

2. 享有强制措施豁免的中央银行财产范围

《公约》第 21（1）款未界定享有强制措施豁免的中央银行财产之具体范围。《公约》附件指出第 19（3）款中的“财产”应理解为比“所有或占有更广泛”的含义。[27] 基于《公约》第 21 条与第 19（3）款间的逻辑联系，我们可以合理推断该表述同样适用于第 21（1）款规定的中央银行财产。但这仍没有明确适用该条款的中央银行财产之具体范围， 尤其是第 21（1）款适用于中央银行的所有财产，还是仅适用于其“有权用于且实际用于履行主权职能”的财产？[28] 国际法委员会负责此议题的特别报告员曾建议在第 21（1）款规定的中央银行财产后加上“且用于管理货币目的”之限制性语言，但由于缺乏参会成员的普遍支持，此限制性语言没有被纳入《公约》的最终文本。[29]

---

[23] 江国青：《联合国国家及其财产管辖豁免公约》—一个并不完美的最好结果，载《法学家》2005 年第 6 期，第 14 页。

[24]《公约》第 10 条第 3 款

[25]《公约》附件：对公约若干规定的解释。

[26]《公约》附件：对公约若干规定的解释。

[27]《公约》附件：对公约若干规定的解释。

[28] Chester Brown & Roger O’Keefe, Article 21, in *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: a commentary*, Roger O’Keefe et al. (ed.) 2013, p. 343.

[29] Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two，p.59.

由于各国对上述问题存在分歧，最终《公约》文本对中央银行与母国民事责任的关系以及享有强制措施豁免的中央银行财产之具体范围未予明确。这为各国处理此问题预留了自由裁量权，也为具体案件中当事人对所涉中央银行财产是否适用《公约》第 21（1）款规定的豁免预设了争辩空间。

三 中央银行及其财产管辖豁免的国家实践

中央银行及其财产的管辖豁免涉及国家合理行使管辖权、保护相关私人利益、吸引外国投资、打击恐怖主义融资渠道以及维护国家间友好关系等多重利益诉求。中央银行财产的豁免范围问题更是利益相关方争夺的“最后阵地。”[30]虽然《公约》谈判中，各国对区分作为独立实体的国有企业与母国责任的问题存在分歧，随后的国家实践表明在处理作为独立实体的中央银行与母国民事责任问题上，它们实际上遵循了将两者责任完全分离的原则；对享有强制措施豁免的中央银行财产范围亦予以从宽解释，涵盖通常理解的中央银行职能的所有财产；对中央银行用于商业目的的财产是否给予同样的豁免问题，各国国家实践尚不足以形成清晰的范式，该问题仍由各国自由裁量。

下文以《公约》第 21（1）款未决问题为基点，考察瑞典、英国、美国在处理中央银行财产强制措施豁免问题的国内法与司法实践。 它们分别作为《公约》批准国、签署但未批准国以及未签署国的代表，其国家实践在一定程度上反映了中央银行及其财产豁免的现状及发展趋势。

（一）瑞典对《公约》的善意遵行

2009 年 12 月 23 日，瑞典批准了《公约》。随即其议会通过了《国家及其财产管辖豁免议案》以将《公约》内容纳入国内法。该《议案》将在《公约》正式生效后生效。目前，瑞典法院已将《公约》相关条款视为习惯法并依据《维也纳条约法公约》对其内容进行善意解释以适用于具体案件审理。[31]

“哈萨克斯坦共和国及其中央银行诉斯塔迪”案中（2020），原告作为投资者依据《能源宪章》获得针对东道国哈萨克斯坦共和国的一份仲裁裁决，该裁决要求哈萨克斯坦共和国向其支付约 5.43 亿美元的征收赔偿款。[32]瑞典法院确认仲裁裁决的效力后，原告要求法院扣押哈萨克斯坦国家基金在瑞典银行的证券与存款以执行裁决。哈萨克斯坦共和国提出所涉财产由其中央银行管理，享有免于强制措施的豁免。[33] 初审法院认为所涉财产不属于哈萨克斯坦国家银行，因而不享有免于强制措施的豁免。上诉法院驳回了初审法院的判决。它认为《公约》第 21（1）款对中央银行财产的强制措施豁免设立了两个条件：一是所涉机构必须是一国中央银行或其他货币当局；二是所涉财产属于此机构。本案中，针对原告提出哈萨克斯坦国家银行与母国之间缺乏独立性的质疑，法院提出依据哈萨克斯坦共和国《国家银行法》，哈萨克斯坦国家银行具有制定与实施货币政策、管理外汇储备及监管金融体系职能。该银行有权以自己名义确立民事关系；除非明确规定，该银行不对政府的义务承担责任。虽然该银行资本为国家所有且其运营受哈萨克斯坦共和国总统的管控，这并不足以证明该银行缺乏自治以至于应否认其中央银行的地位。法院认为哈萨克斯坦国家银行属于《公约》第

---

[30] Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, Y*earbook of the International Law Commission*, 1991, Vol . II, Part Two, p. 56.

[31]《维也纳条约法公约》第 31 条（1）。

[32]《能源宪章》第 26 条。

[33] Republic of Kazakhstan v Stati et al, the Svea Court of Appeal, 17 June 2020，paras. 42-49.

21（1）款规定的中央银行。[34]

依据《维也纳条约法公约》第 31 条的解释通则，上诉法院认为中央银行所有“拥有、管理、持有或控制的财产”都属于第 21（1）款规定的财产。[35] 文本上看，《公约》第 21（1）款没有限制享有强制措施豁免的中央银行财产必须是央行用于货币管理目的；从上下文看，如果《公约》第 21（1）款仍受限于第 19 条关于用于某一特定目的财产不享有豁免的规定，则它失去独立存在的意义；从《公约》的目的与宗旨及谈判历史看，这一解释也合适。[36] 本案中，按照与其政府签署的《国家基金管理协议》，哈萨克斯坦国家银行有权持有、使用和处置哈萨克斯坦国家基金的资金。上诉法院认为这一被中央银行直接“拥有、管理、持有或控制”的国家基金财产完全属于第 21（1）款的适用范围，且该银行对国家基金的管理明显是一项主权行为。[37] 法院亦表示上述解释并不排除在有些情况下中央银行的财产不能依据第 21（1）款享有强制措施豁免，尤其是明显非用于中央银行正常运作的财产且适用第 21（1）款明确会导致不合理结果的财产。例如中央银行与其他市场参与者一样向消费者提供银行服务，该项银行服务的商业性财产就难以享有《公约》第 21（1）款规定的强制措施豁免。[38]

本案显现了瑞典法院对中央银行与母国政府间密切关系予以充分包容的立场。只要母国政府对中央银行的监督管理不足以否定其央行地位，中央银行与其母国的独立性问题就不应成为适用《公约》第 21（1）款的法律阻碍。[39]瑞典法院也审慎地提出对于中央银行明显用于商业目的财产不排除第 21 （1）款不予适用的可能性。瑞典上诉法院对《公约》第 21（1）款的解释与适用值得借鉴。

（二）英国《国家豁免法》与中央银行及其财产的管辖豁免

英国于 2005 年 9 月 30 日签署了《公约》但尚未正式批准。英国法院认为《公约》为促进国家间友好关系而赋予中央银行财产强制措施豁免是“合理的”，但它仅是中央银行财产豁免问题的重要指南，尚未构成国际法中的强行法。[40]目前英国法院主要依据其《国家豁免法》审理外国中央银行及财产管辖豁免问题，且倾向于对相关条款予以从宽解释。[41]“友邦资本诉哈萨克斯坦共和国案”中，英国商业法院认为中央银行拥有财产权益的任何资产均免于被扣押和执行。[42] 这一解释与《公约》附件提出中央银行“财产”应当理解为比“所有或占有更广泛”的意义基本趋同。[43]

1.《国家豁免法》第 14（4）款

《国家豁免法》对中央银行（或其他货币当局）及其财产的管辖豁免分为两部分：一是中央银行的管辖豁免：如果中央银行是母国的一个政府机构，则享有与母国一样的管辖豁免并受制于法定例外情形；[44]如果中央银行是一个独立实体，其仅在行使主权权力事项的诉讼

---

[34] Republic of Kazakhstan v Stati et al, the Svea Court of Appeal, para. 34.

[35] Republic of Kazakhstan v Stati et al, the Svea Court of Appeal, paras. 42-49.

[36] Republic of Kazakhstan v. Stati et al, the Svea Court of Appeal, para. 48.

[37] Republic of Kazakhstan v. Stati et al, the Svea Court of Appeal, para. 42.

[38] Republic of Kazakhstan v.Stati et al, the Svea Court of Appeal, para. 52.

[39] Republic of Kazakhstan v. Stati et al, the Svea Court of Appeal, para. 41.

[40] AIG Capital Partners Inc v. Kazakhstan WL2802313(2005), para.15.

[41] State Immunity Act of 1978(UK).

[42] AIG Capital Partners Inc v. Kazakhstan WL2802313(2005), para.61.

[43]《公约》附件：对公约若干规定的解释。

[44] State Immunity Act of1978(UK), Section 3(3)and Section 14(1).

中享有与母国一样的管辖豁免；[45]二是中央银行财产的强制措施豁免：除非国家书面同意接受法院的强制措施管辖或所涉财产属于“用于或意图用于商业目的的财产”，国家财产免于另一国法院判决或裁决的执行程序。[46] 第 14（4）款特别规定中央银行（或其他货币当局）的财产不应被视为 “用于或意图用于商业目的财产”。该条款与《公约》第 21（1）款内容相同，赋予了中央银行财产不适用“商业财产”强制措施豁免例外的特殊保护。

2. “友邦资本诉哈萨克斯坦共和国案”

本案原告作为投资者从国际投资争端解决中心获得针对东道国哈萨克斯共和国的一份仲裁裁决。该裁决要求哈萨克斯坦共和国向其支付约 995 万美元的赔偿金。[47]原告申请英国法院对托管哈萨克斯坦国家基金在英国存款和证券的第三方签发收款令，以执行裁决。[48]哈萨克斯坦国家银行提出所涉财产是其委托第三方代管的中央银行财产，享有《国家豁免》第 14（4）款规定的强制措施豁免。[49]原告提出本案所涉财产的所有者及最终受益人是哈萨克斯坦共和国，且该财产在第三方管理的账户里被频繁交易以获取投资收益，因而它不应属于第 14（4）款规定的中央银行财产。[50] 英国商业法院认为第 14（4）款规定的中央银行财产应解释为中央银行“拥有财产权益的任何资产，无论中央银行持有该财产的用途或目的是什么。” [51] 同时，如果中央银行在某一财产上享有财产权益，而母国在同一财产上也享有其他权益，则该财产仍享有免于强制措施的豁免。该法院认为哈萨克斯坦国家基金在第三方管理的账户内进行交易并不意味着它是“用于或意图用于商业目的财产，”而是经哈萨克斯坦国家银行授权为增加其政府收入与稳定经济的财产。哈萨克斯坦国家银行作为国家基金的信托管理人对第三方代管的国家基金存款和证券享有合同处置权与收益权。中央银行在该财产上的权益足以使它应被视为属于第 14（4）款规定的中央银行财产。[52]

英国商业法院阐述了《国家豁免法》第 14（4）款与《欧洲人权公约》第 6（1）款个人诉诸司法权及《华盛顿公约》要求缔约国执行仲裁裁决义务的关系。[53]该法院认为，尽管第 14（4）款赋予中央银行财产免于强制措施的豁免会影响当事人执行裁决的权利，但这一限制是“合理且适当的。”[54]《华盛顿公约》要求缔约国执行有关仲裁裁决的义务也不影响国家财产的豁免。《国家豁免法》赋予中央银行财产免于强制措施的豁免并不意味着相关裁决无效或废止，当事人可以寻求国家其他财产以执行裁决。[55]英国商业法院对《国家豁免法》第 14（4）款予以从宽解释有利于保护中央银行在英国享有财产权益的财产免于被扣押与执行以承担母国责任。同时，英国商业法院对中央银行与母国间的密切联系亦给予相当程度的包容，未援引“揭开公司面纱”制度。

---

[45] State Immunity Act of1978(UK), Section 3(3)and Section 14(1).

[46] State Immunity Act of 1978(UK), Section 13(2)(b) and (4).

[47] AIG Capital Partners, et al v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6, Award, 7 October 2003.

[48] 英国《民事诉讼程序法》第 72.2 规定债权人可以向英国法院申请由第三方偿付债权人。

[49] AIG Capital Partners et al v. The Republic of Kazakhstan, UK Queen’s Bench Division, Commercial Court, case no. 2004/536.

[50] AIG Capital Partners, et al v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6, Award, 7 October 2003.

[51] AIG Capital Partners Inc v. Kazakhstan WL2802313（2005）,para.61.

[52] AIG Capital Partners Inc v. Kazakhstan, WL2802313（2005）,para.60.

[53]《欧洲人权公约》第 6（1）款：“在确定公民权利和义务时…每个人都有权在合理时间内由依法设的独立和公正的法庭进行公正和公开的审讯。”

[54] AIG Capital Partners Inc v Kazakhstan, WL2802313（2005）, para.78.

[55] AIG Capital Partners Inc v Kazakhstan, WL2802313（2005）, para.87.

（三）美国《外国主权豁免法》与中央银行及其财产的管辖豁免

目前美国尚未签署《公约》。美国法院主要依据其《外国主权豁免法》审理中央银行及其财产豁免问题。[56] 美国已将保护美元作为国际货币的主导地位、打击恐怖主义的外交政策与相关国家中央银行财产豁免密切结合，在该问题上显示出比瑞典与英国更复杂的利益考量。[57] 一方面，美国法院较早确立了“揭开公司面纱”制度以否定独立法人资格的审判标准，却未将其适用于处理中央银行与母国民事责任的案件中，并且倾向于对《外国主权豁免法》相关条款予以从宽解释，完全保护中央银行用于“通常理解的央行职能”（包括其商业活动）的财产免于被扣押或执行。[58]另一方面，为打击恐怖主义及执行《外国主权豁免法》“恐怖主义例外”下的判决，美国通过特别立法限制或完全剥夺特定国家中央银行财产的强制措施豁免，使其用于承担母国在此类判决中的民事赔偿责任。

1、《外国主权豁免法》第 1611（b）款

《外国主权豁免法》中的“外国”包括三类主体：国家、政治分机构以及代理机构或媒介。[59] 外国中央银行被视为“代理机构或媒介”而享有该法规定的管辖豁免。该法第 1610（b）款规定代理机构或媒介“在美国任何涉及商业活动的财产”不享有强制措施豁免。[60] 但是第 1611(b)款规定外国中央银行（或其他货币当局）“以自己名义持有的财产”免于被扣押和执行，除非该银行或其政府明确放弃其豁免权。[61]这一条款体现了《外国主权豁免法》给予中央银行财产特殊保护的立法意图，因为立法者意识到 “未经明确放弃豁免，如果对这些财产采取强制措施会阻碍外国资金在美国存储，且对外国储备采取强制措施会导致严重外交问题。”[62]

基于对上述立法意图的尊重，美国法院对第 1611(b)款亦予以从宽解释。 “第一城市银行诉古巴对外贸易银行案”中（1983），美国最高法院提出具有独立法人资格的外国代理机构或媒介应有别于其母国，且一般不互为对方的债务承担责任。如果“独立法人已被其所有人控制而构成事实上代理人关系；并且承认独立法人资格会导致“欺诈或不公正”的结果，则该规则不适用。[63] 本案中，古巴对外贸易银行在美国法院起诉美国第一城市银行，要求其承兑信用证；第一城市银行提出反诉，要求法院允许将其持有的古巴对外贸易银行资金用于抵消它被古巴政府征收的财产。最高法院认为古巴对外贸易银行已被古巴国有化且该银行真正的受益人是古巴政府。如果承认该银行的独立法人资格，将使古巴在美国法院获得救济却又逃避其对美国企业的责任。最高法院认为古巴对外贸易银行已构成古巴的“替身”，因而同意第一城市银行的反诉请求。[64]

但是“对冲基金诉阿根廷中央银行案”（2011）中，美国联邦第二巡回法院拒绝将上述“替身”标准适用于中央银行与母国民事责任问题。它认为中央银行与母国间的关系不影响

---

[56] Foreign Sovereign Immunity Act of 1976, codified as 28 U.S.C.§1602–11.

[57] 郭华春：我国央行资产豁免制度的完善：以利益平衡为视角，载《上海财经大学学报》第 16 卷第 2 期（2014），第 265 页。

[58] NML Capital, Ltd., 2011 WL 2611269, at 17.

[59] 28 U.S.C. §1603(2).

[60] 28 U.S.C. § 1609.

[61] 28 U.S.C. § 1611(b).

[62] H.R. REP. No. 94-1487, at 31 (1976).

[63] First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba,462 U.S. 611 (1983), 629.

[64] First National City Bank,462 U.S. 611 (1983).

其享有第 1611(b)款规定的豁免。[65] 美国联邦第二巡回法院强调该条款适用的唯一法定要求是中央银行（或其他货币当局）“以自己名义持有的财产”。美国立法者通过《外国主权法》时应意识到中央银行财产可能也是其母国的财产，因而没有理由要求其独立于母国，且当时大多数国家的情况也不是那样。[66] 此案中，原告持有阿根廷到期未能承兑的国债，其在美国纽约地区联邦法院获得胜诉后要求法院扣押阿根廷中央银行在美联储纽约分行的财产以执行判决。纽约地区联邦法院援引了上述“替身”标准，认定阿根廷政府对其中央银行的高度控制已使该央行实际上成了母国的“替身”，因此它不应享有第 1611(b)款规定的强制措施豁免，否则将导致“欺诈和不公正”的结果。[67]第二巡回法院驳回了地区法院的判决，提出中央银行“以自己名义持有的财产”可以直接推定享有第 1611(b)款规定的强制措施豁免；原告可以提供具体证明反驳这一推定，即证明这一财产没有用于“通常理解的中央银行职能。”[68] 本案所涉阿根廷中央银行的财产是阿根廷商业银行的美元储备，属于“通常理解的中央银行职能”的财产，因而享有第 1611(b)款规定的强制措施豁免。[69]美国最高法院拒绝提审此案，显然其认同第二巡回法院的判决。

最近“洲际技术转让公司诉尼日利亚案”中（2019），纽约地区联邦法院直接采用了第二巡回法院的上述立场，拒绝该案原告要求查封尼日利亚中央银行在纽约摩根银行的资金账户以执行针对尼日利亚的一份仲裁裁决。法院认为，即便尼日利亚中央银行账户内的资金来自母国且用于支付母国在美国的商业交易费用，该财产仍属于中央银行“以自己名义持有的财产”而享有第 1611(b)款规定的强制措施豁免。法院明确指出，通常情况下“中央银行与母国政府间高度的互动”并不必然损害其豁免。[70]

上述判例法为外国中央银行在美国的财产安全提供了法律保障。目前，美联储纽约银行持有 250 多家外国中央银行（或其他货币当局）多达 3 万亿美元的储备。[71] 美国法院的上述判决有助于吸引外国银行继续将美国作为其购置资产和存放外汇储备的首选地点，而从加强了美国作为美元储备持有者的主导角色。

2、《外国主权豁免法》“恐怖主义例外”与中央银行财产豁免限制

1996 年，美国在其《外国主权豁免法》中增设了国家豁免“恐怖主义”例外，允许美国受害者在满足一定条件下可以在美国法院起诉被美国政府指定为“恐怖主义资助国”的国家。[72] 随后，国会颁布一系列立法限制相关外国在美国财产的强制措施豁免范围，以执行依据“恐怖主义”例外获得的判决。2002 年《恐怖风险保险法》规定恐怖方被美国政府冻结的财产可被用于该恐怖方的赔偿责任。“恐怖方”包含恐怖主义分子、恐怖主义组织及被

---

[65] NML Capital, Ltd. v. Banco Central de la República Argentina, 652 F. 3d 172, 187-188(2d Cir.2011).

[66] NML Capital, Ltd., 2011 WL 2611269, at 10.

[67] EM Ltd. v. The Republic of Argentina, 720 F. Supp. 2d 273, 303-304 (S.D.N.Y. 2010).

[68] NML Capital, Ltd., 2011 WL 2611269, at 17.

[69] NML Capital, Ltd., 2011 WL 2611269, at 20.

[70] Continental Transfert Technique, Limited v. Federal Government of Nigeria et al, 2019 WL 3562069, p.6-10.

[71] NML Capital, Ltd., 2011 WL 2611269, at 2.

[72] Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 规定符合下列条件的恐怖主义受害者赔偿诉讼中，被诉外国在美国法院不享有管辖豁免:（1）该外国在恐怖行为发生时或因该行为被美国政府指定为“恐怖主义资助国”;（2）该外国官员、雇员或代理人在其职权范围内实施了恐怖行为或向恐怖行为人提供了物质支持;（3）涉及酷刑、法外行刑、破坏航空器或劫持人质行为;（4）上述行为造成美国公民死亡或人身伤害。

美国政府宣布为“恐怖主义资助国”的国家。[73] “魏格纳诉卡斯特罗案”中 (2006), 原告依据 “恐怖主义例外”获得古巴应向其赔偿 2300 万美元的胜诉判决后，要求纽约地区联邦法院对古巴在摩根斯坦利银行的账户采取强制措施。法院认为古巴已被美国政府宣布为“恐怖主义资助国”，因而《恐怖风险保险法》适用于它在美国被冻结的财产，包括中央银行财产，且无论其是否是独立法人。[74]

2012 年《减少伊朗威胁和叙利亚人权法》明确规定伊朗在美国的资产可用于执行美国受害者依据“恐怖主义例外”获得的判决，包括伊朗中央银行资产。[75]“伊朗中央银行诉皮得森案”中（2016），美国最高法院依据此法判定对伊朗中央银行在纽约花旗银行账户内的资金采取强制措施。[76] 同年，伊朗在国际法院起诉美国，指控美国上述行为违背两国签署的《友好协议》及国家豁免习惯法，要求美国停止此项不法行为并向伊朗赔偿所有损失。[77] 2019 年 2 月 13 日，国际法院宣布依据《友好协议》对此案享有管辖权，但国家豁免问题被排除在法院管辖权之外。[78]这意味着在本案实体问题审理阶段，国际法院可能不对美国《外国主权豁免法》“恐怖主义例外”及相关法律是否符合国家豁免习惯予以全面审查。为此，美国政府应诉律师认为美国在本阶段就已经取得了“一个重大胜利。”[79]

美国通过特别立法限制或完全剥夺古巴、伊朗中央银行财产的强制措施豁免旨在实现其特定的反恐外交政策，这一单边行为与《公约》第 21（1）款对中央银行财产的特殊保护相背离。[80]它是美国对中央银行财产豁免问题所涉不同利益作出的自我选择，也因此遭到了国际社会普遍谴责和抵制。2016 年 5 月 5 日，代表 120 多个国家的不结盟运动协调局致函联合国秘书长，呼吁美国应尊重国家豁免原则，避免进一步产生不利影响，造成国际关系的不确定与混乱。[81]

四 我国《国家豁免法》与中央银行及其财产的管辖豁免

2005 年 9 月 14 日，我国签署了《公约》但尚未批准。考虑到《公约》诸多条款已被广泛视为习惯国际法，我国拟制定的《中华人民共和国外国国家豁免法》（简称《国家豁免法》）应与《公约》主要内容保持一致。中央银行及其财产豁免问题涉及国家合理行使管辖权、保护相关私人利益、投资环境、反恐及国家间友好关系等多种利益诉求，我们需对该法中相关条款予以慎重考虑。在符合《公约》相关条款内容的基础上，兼顾中央银行及其财产管辖豁免的国家实践以及我国基本国情，尤其是我国正在积极推动的人民币国际化进程。目前，已有 70 多个外国中央银行将人民币纳入外汇储备。[82] 在国际金融市场存在多种国际货币竞争

---

[73] Terrorism Risk Insurance Act of 2002, art. 201.

[74] Weininger v. Castro，462 F.Supp.2d 457(S.D.N.Y,2006).

[75] Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act of 2012, 22 U.S.C. § 8772(a)(1).

[76] Bank Markazi v. Peterson, 136 S. Ct. 1310 (2016).

[77] Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights, 该《友好协议》于 1957 年 6 月 16 日生效，其第 21 条第 2 款规定:“缔约国之间关于本条约解释或适用的任何争端，如未能通过外交商谈获得令人满意的结果，应提交国际法院，除非缔约国同意以其他和平手段解决。”

[78] Certain Iranian Assets(Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Judgment of 13 February 2019, para.52.

[79] US Statement on ICJ Preliminary Judgment in the Certain Iranian Assets Case, 12 February 2019,

[80] Cory J Wroblewski, Bank Markazi v. Peterson: Threating the Separation of Powers Doctrine, *Denver Law Review* (2017), Vol 94, Issue 2, p.418.

[81] A/70/861(2016).

[82] 中华人民共和国中央人民政府新闻：http://www.gov.cn/xinwen/2020-08/15/content_5534916.htm（2021 年

的情况下，《国家豁免法》应为人民币作为国际货币的安全性提供必要法律保障，以提高外国中央银行持有人民币储备的信心。[83]

（一）《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》的未决问题

2005 年 10 月，我国通过了第一个国家豁免专项立法-《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》。该法有 3 个主要条款。[84] 第 1 条明确我国“对外国中央银行财产给予财产保全和执行的司法强制措施的豁免;但是外国中央银行或者其所属国政府书面放弃豁免的或者指定用于财产保全和执行的财产除外。” [85]第 2 条规定所涉外国中央银行包括“外国的和区域经济一体化组织的中央银行或者履行中央银行职能的金融管理机构;”所涉外国中央银行财产指“外国中央银行的现金、票据、银行存款、有价证券、外汇储备、黄金储备以及该银行的不动产和其他财产。” [86]第 3 条规定外国不给或所给予中国人民中央银行或者特别行政区金融管理机构的财产豁免低予本法规定，我国根据对等原则待之。[87]

该法产生的直接原因是填补香港特别行政区回归中国之后英国法律不再适用留下的法律空白。[88] 它将《公约》第 21（1）款关于中央银行财产的强制措施豁免规则直接转化为国内法。[89] 该法内容单一，已不足以处理中央银行及其财产豁免的所有问题。它仅规定了中央银行财产的强制措施豁免，未涉及中央银行的管辖豁免问题；它对《公约》第 21（1）款内容的两个未决问题也未涉及。虽然它列举了享有强制措施豁免的中央银行财产的物质类型，但未涉及更具实践意义的中央财产用途与豁免的问题，即中央银行用于商业目的财产与主权职能目的的财产是否享有同等的强制措施豁免。

（二）我国《国家豁免法》与中央银行及其财产的管辖豁免

我国拟制定的《国家豁免法》应遵循《公约》相关规定，同时兼顾外国立法与司法经验，推动人民币国际化进程的需要及与国内其他法律的相互衔接。具体而言，该法对中央银行及其财产管辖豁免的规制可分为两部分：

1. 中央银行的管辖豁免

中央银行作为《国家豁免法》适用的“国家”的一个组成部分而享有有限管辖豁免。依据其在国内法的不同法律地位，中央银行与母国的管辖豁免有联系也有区别。一方面，作为独立实体的中央银行应受制于“商业交易”管辖豁免例外，而其母国管辖豁免不受影响。这体现了《公约》第 10 条的主要内容。另一方面，虽然我国《公司法》第 20 条确立了“揭开

1 月 10 日上网访问）。

[83] 郭华春：外国中央行资产豁免制度的完善：以利益平衡为视角，载《金融与保险》2014 年 07 期。

[84]《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》（2005）第 4 条规定本法的实施之日。

[85]《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》（2005）第 1 条。

[86]《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》（2005）第 2 条。

[87]《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》（2005）第 3 条。

[88] Zhu Lijiang, State Immunity from Measures of Constraints for the Property of Foreign Central Banks: The Chinese Perspective, *Chinese Journal of International Law* (2007), Vol.6,No.1, 67-81.

[89] 王虎华,罗国强：《联合国国家及其财产管辖豁免公约》规则的性质与适用，载《政治与法律》2007 年第 1 期，第 34-38 页。

公司面纱”制度，[90]基于中央银行与母国必然的高度互动关系，《国家豁免法》在处理中央银行与母国民事责任问题上应慎用此项制度。这也符合在此问题上多国的国家实践。

2. 中央银行财产的强制措施豁免

如上文所述，《公约》第 21（1）款规定中央银行财产不应被视为“政府非商业性用途以外目的的财产”而享有判决后强制措施豁免。但该条款没有明确界定其适用的中央银行财产的具体范围。虽然有学者倡导《公约》第 21（1）款应理解为无论是否用于商业目的，中央银行财产均应被视为国家“用于或打算用于政府非商业目的的财产，”[91] 但是这一解释尚待更多国家实践的确认。目前美国和英国法院对中央银行财产强制措施豁给予从宽解释仍被视为是鼓励外国中央银行在其境内存储与投资，而不是遵守国际法义务。”[92] 这至少意味着国家对中央银行非直接用于主权职能财产的豁免问题具有裁量权。具体而言，《国家豁免法》对中央银行财产的强制措施豁条款免应包括以下内容：

（1）不得在诉讼中针对中央银行（或其他货币当局）财产采取判决前或判决后的强制措施，除非 (a) 该国明示同意采取此类措施；或（b）该国已经拨出或专门制定该财产用于清偿诉讼标的的请求。

（2）中央银行（或其他货币当局）的财产不应被视为用于或意图用于政府非商业性用途以外目的的财产。

上述（2）的规定体现了《公约》第 21（1）款内容，也与英国《国家豁免法》第 14（4）款内容相似。这一规定为司法部门在具体案件中处理中央银行财产强制措施豁免问题预留了充分的裁量空间。如立法者倾向于在《国家豁免法》中明确限制享有上述强制措施中央银行财产的范围，可以采用美国《外国主权豁免法》第 1611（b）款的模式，即增加中央银行（或其他货币当局）“以自己名义持有的财产”限制用语；或进一步限制为中央银行（或其他货币当局）“自己名义持有的财产”且“非用于或意图用于商业目的的财产。”[93]

鉴于国家豁免法中“恐怖主义”例外仍存在诸多争议，且美国限制特定外国中央银行财产强制措施豁免的单边行为引发了国际社会的普遍谴责与抵制，我国《国家豁免法》中不宜针对中央银行财产设置此项强制措施豁免例外。但《国家豁免法》应保留对等原则，当外国对我国中央银行财产肆意采取强制措施时，我国可以依法采取对等措施。

五 结 语

因其特殊主权职能，中央银行是国家豁免法中一类特殊主体。《公约》将其财产视为特殊种类的财产，享有免于强制措施的豁免。虽然《公约》谈判期间，各国对如何区分具有独立法人资格的实体与母国民事责任问题存在分歧，但是在多国国家实践中，它们皆倾向于对中央银行与母国的密切联系予以充分的包容与理解，不适用“揭开公司面纱”制度以否定中央银行独立人格，迫使其财产用于承担母国民事责任。除美国《外国主权豁免法》“恐怖主义”例外下的特殊情形，各国在对享有强制措施豁免的中央银行财产范围亦给予从宽解释。无论是瑞典法院提出的中央银行所有“拥有、管理、持有或控制的财产”标准，英国法院主张的中央银行“拥有财产权益的任何财产”标准，还是美国法院提出的“通常理解的中央银

[90]《中华人民共和国公司法》（2018）第 20 条：“公司股东滥用公司独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”

[91] Philippa Webb and Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press(3rd edition, 2015), Chapter 17.

[92] Philippa Webb and Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Chapter 17.

[93] State Immunity Act of 1985 (Canada) Section 12(4).

行职能财产”标准，均确保中央银行用于履行央行职能的财产享有强制措施豁免。中央银行用于商业目的的财产豁免问题仍由各国裁量决定。

中央银行及其财产豁免涉及多重利益诉求。我国在制定《国家豁免法》时不仅需考虑《公约》的相关规定与中央银行及其财产豁免的最新国家实践，还要考虑我国目前推行人民币国际化的切实需要，并在具体条文的设计中给司法部门预留一定范围与时俱进的自由裁量空间。[94]

马克思主义对国际法认识论的启示：唯物史观的展开

魏晓旭*

摘　要：国际法认识论是国际法哲学的核心主题，通过考虑如何看待、理解和认识国际法，为国际法的理论建构、话语表达、实践具现和发展方向提供关键指引。国际法主流理论从规范性与具体性的其中之一出发构建认识论，但却无法解释理论自身在规范性与具体性间的摇摆与对立。以批判法学为代表的国际法新潮流理论正确地指出，主流理论的困境源于自由主义的固有矛盾，但其批判仍限于自由主义的框架，因而具有不彻底性。正确认识国际法，不能忽略在国际社会中占据主导的西方国家资本主义属性和长期以来的殖民掠夺、剥削和压迫的历史。这便要求我们以马克思主义唯物史观为指引，梳理资本逻辑下资本主义全球体系的扩张和国际社会中经济基础与阶级斗争对国际法的塑造、发展与推动作用，从而突破自由主义框架，完善国际法认识论的建构。

关键词：国际法；认识论；马克思主义唯物史观；自由主义；资本主义

问题的提出

国际法，一如博登海默对正义的描述，[1]有着一张在不同情况下呈现不同容貌的“普罗透斯之面（Protean face）”，令人难以捉摸。因而当越来越多的国际法律人（international lawyers）[2]不再自陷于国际法本体论的泥潭并挣身而出后，[3]却发现迎面横亘着认识论的迷阵：在接受国际法以一定的规范形式存在于国际社会的基础上，如何在道德、理性、权力、利益等众多与国际法密切相关的要素中做出权衡取舍，又应当以何为本位来认识、理解国际法，并构建相关理论？[4]

为了更好的“看清”国际法，数百年来，国际法律人不断发展关于国际法的理论，一些拥趸众多、影响巨大的学说逐渐占据了话语表达、理论构建和实践分析的核心，并被称为“国

* 魏晓旭，吉林大学法学院博士研究生，weixiaoxu0102@163.com。本文仍为初稿，还需进一步深入思考和论证，因此请勿引用。

[1] 参见[美]E.博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 265 页。

[2] International lawyer 并非仅限于律师等执业者，而是一个围绕国际法的广泛的学术与职业共同体。

[3] 围绕“国际法是不是法”这一核心命题，国际法律人对国际法的本质展开了长达数百年但至今未果的论战。参见何志鹏：《国际法哲学导论》，社会科学文献出版社 2013 年版，第 22-54 页。国际法本体论因而也被称为国际法哲学的“黑箱”，see China Miéville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Leiden: Brill, 2005, p. 2.

[4] 根本而言，本体论与认识论并非相互割裂，哲学的认识论转向是以本体论为基础的。只是相比于对“事物之所以是事物”的本质性依据的追问，认识论更强调构建如何观察、分析和理解事物的理论。参见何来：《“认识论转向”的本体论意蕴》，载《社会科学战线》2005 年第 3 期，第 1-6 页。

际法主流（mainstream）理论”，与之相对的则被称为“国际法边缘（marginal）理论”，[5]但前者却因无法化解国际法固有矛盾而被以国际法批判法学（Critical Legal Studies）为代表的“国际法新潮流（newstream）理论”质疑。[6]而批判法学从认识论层面对主流理论进行解构，但未能从根本上革新传统范式、撼动主流地位。[7]

构建国际法认识论不能仅停留在国际法自身层面，而是需要深挖国际法理论与实践的内核。国际法主流理论的内核是西方传统的自由主义（liberalism）理论，因而对自由主义自身所固有的矛盾无能为力；批判法学认识到这一症结，但仍未能、也无力超越自由主义并建构国际法理论。[8]这意味着在认识论层面，即使批判法学比主流理论多走了一步，只要拘泥于自由主义的窠臼，其批判只能是不彻底的“缝缝补补”。根本而言，主流理论和批判法学基于西方中心主义的视角观察国际法的同时，却始终未能充分考虑西方国家的资本主义性质、资本主义全球化和殖民主义对国际法长达数百年的塑造与影响。无论是自由主义的束缚，还是资本主义对国内、国际的影响，倘若我们无法做出回应，就很难在认识论的层面更加深刻、准确地理解国际法。而理论与实践均充分表明，马克思主义提供了化解上述难题的最有力的世界观和方法论。[9]

因此，本文拟从认识论层面梳理国际法主流理论及其内在矛盾所引发的批判法学的批判，并归纳二者所面临的相似困境及后者对前者的批判性不足，继而从马克思主义唯物史观出发，从国际社会的历史、经济基础和阶级斗争出发，归纳马克思主义的启示，以期进一步完善国际法的认识论。

一、国际法认识论进路：“主流”构建和“新潮流”批判

国际法主流理论有着这样的使命：必须同时回应国际法的规范性和具体性才能被作为“国际法”的理论，否则就会丧失相对于政治或道德的独立性。[10]因而，在认识论层面，主流理论可分为两类范式：在规范性和具体性中取其一作为本位，并试图兼顾另一要素。但以批判法学为代表的国际法新潮流理论却认为主流理论不仅难以平衡规范性和具体性，在应对

---

[5] 当然，鉴于国际法理论的多样性，很多情况下“主流”和“边缘”的界限并非泾渭分明，仅将理论二分为主流和边缘是武断的，see Martti Koskenniemi, “Letter to the Editors of the Symposium”, (1999) 93 *American Journal of International Law* 251, pp. 351-379. 也有学者指出，很多情况下学者尽管被认为、或自认为是“边缘”的，但在遇到国际法具体实践问题时，却往往仍在“主流”之中，see Rein Müllerson, *Ordering Anarchy: International Law in International Society,* Leiden: Martinus Nijhoff, 2000, p. 50.

[6] Nigel Purvis, “Critical Legal Studies in Public International Law”, (1991) 32(1) *Harvard International Law Journal* 81, pp. 81-127.

[7] 因此有学者将批判法学同样归入了国际法边缘理论的序列。See Rein Müllerson, *Ordering Anarchy: International Law in International Society*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2000, p. 54.

[8] Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 1-15.

[9] 参见习近平：《在纪念马克思诞辰200周年大会上的讲话》，载《人民日报》2018年5月5日，第2版。

[10] 例如路易斯·亨金认为，国际法既是政策性工具，也是有约束力的规则的集合，see Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy,* 2nd edition, New York: Columbia University Press, 1979, pp. 88–98.

国际法新发展、新挑战时不仅难以做出足够灵活、合理的解释，也暴露出理论所固有的矛盾。[11]然而，批判法学与主流理论相同，均陷于自由主义的窠臼，因而发掘自由主义并寻求突破，成为构建国际法认识论的关键。

（一）“主流”的二分法：规范性与具体性

对国际法来说，规范性的核心是高于国家、并得以约束国家的法律效力，[12]具体性的核心是国家的具体行为和意志与国际法间的必要联系和相互作用。[13]缺乏规范性，国际法将与纯粹的政治辩解并无二致，并丧失维持国际秩序时的不可替代性；[14]缺乏具体性，国际法将无法有效组织具体话语表达自己的内容，并成为缺乏现实基础的空中楼阁。[15]基于规范性和具体性的二分法，按照国际法主流理论构建认识论的不同本位，可以分为规范性本位范式和具体性本位范式两类。

1. 规范性本位范式

以规范性为本位的国际法主流理论认为，倘若国际法仅因国家同意而生效，便同样会因国家反对而弃置。因此，确保国际法对国家的持续约束和国家对国际法的持续遵守，需要将国际法植根于超越国家的更高维度，并与人类的目的和价值榫接，如正义、最高善、公共利益、道德伦理、人的理性甚至神的意志等。这些理念，尽管不可避免地具有一定的模糊性、抽象性、甚至超验性，但依旧被作为一种“给定的规范法典（a given normative code）”，指引国家正当地行动和创设具体法律规则。[16]这意味着，国家纵然可以影响具体国际法规则的创设、解释和适用，但在面对整个国际法时，却不能将自己置于国际法的框架之外，更无法阻碍国际法发展的历史洪流。[17]

在规范性范式看来，国家通常都会主动、或不得不向上述“规范法典”靠拢。即使国际法在制裁和救济方面始终弱于国内法，[18]任何违反、或被质疑违反国际法的国家仍须在国际法的框架中自辩，[19]公然践踏国际法的国家终究会走向覆灭，[20]这便是规范性的体现。由此，

[11] David Kennedy, “Theses about International Law Discourse”, (1980) 23 German Yearbook of International Law 353, 390.

[12] See Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law”, (1983) 77 *American Journal of International Law* 413, p. 442; Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 39.

[13] See J. Verzijl, *International Law in Historical Perspective,* Vol.1, Leiden: Sijthoff, 1968, pp. 391–393.

[14] See Hedley Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, 3rd edition, New York: Palgrave, 1977, pp. 136–137.

[15] See Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 20.

[16] See *ibid*, p. 59.

[17] 强行法及国际人权法往往被作为这方面的典范。See Malcolm Shaw, *International Law,* 9th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 91-95, 210-287.

[18] 这也是历来质疑国际法法律属性，认为国际法不是法的一个重要原因。例如，奥斯特认为国际法只是实证道德，哈特尽管不认同奥斯特的结论，但也认为国际法因制裁上的不足，而只是一种发展程度较低的法。参见[英]H.L.哈特：《法律的概念》（第二版），许家馨、李冠宜译，北京：法律出版社 2006 年版，第 196-217 页。

[19] See Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America),

超越国家的规范性在一定程度上[21]得以牵引国家的行为和意志向国际法靠拢，并由此派生出国际法的具体性。这种将高于国家的国际法“下凡”到国际社会的范式，也称为“下行论证模式（descending pattern of justification）”[22]或“软性论证（soft arguments）”，[23]包括从上帝意志和神圣法[24]转向人的理性和道德[25]的自然法学派，[26]以及强调共同体价值、强调共同体利益高于个体利益的社会法学派（如社会控制论、[27]社会连带主义[28]和纽黑文学派[29]等）、[30]国际法公共秩序路径[31]和宪政主义及全球治理理论。[32]

2. 具体性本位范式

以具体性为本位的国际法主流理论认为，国际法不是在国家的“仰视”中“从天而降”，而是植根于具体的国家行为、意志和利益的人造物。作为广泛的政治性、社会性进程的一个方面，国际法反映并回应了不断发展的社会现实，而非相反；国际法应当是具备实质性实施基础的“活着的法”、国家的法，而非缥缈的神谕。[33]

具体性本位范式中实际存在着二元悖论：国家不应受任何法律限制，而国际法给出了这一限制。[34]而具体性本位范式给出的答案是，国际法实际是基于国家意志而限制国家，其内

Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 98, para. 186.

[20] 参见何志鹏：《国际法与大国崛起》，载《吉林大学社会科学学报》2017 年第 1 期，第 74-83 页。

[21] 需要明确的是，即使同样以规范性为本位，不同的国际法主流路径对“程度”的理解仍然存在分歧。

[22] 这种表述最初被用于描述国内法形成过程时所提出的，See Walter Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages: An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press, 1975, pp. 30-31，后被科斯肯涅米教授借鉴, See Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 59.

[23] See David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and expertise Shape Global Political Economy*, Princeton: Princeton University Press, 2016, p. 286, note 5.

[24] See Robert Carlyle and Alexander Carlyle, A *History of Mediaeval Political Theory in the West*, Vol. 1, Edinburgh–London: William Blackwood & Sons Ltd., 1927, pp. 210-292; 何勤华：《西方法学史纲》（第三版），商务印书馆 2016 年版，第 23-29 页。

[25] 参见[美]E.博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 184 页；何勤华：《西方法学史纲》（第三版），商务印书馆 2016 年版，第 487-488 页。

[26] 当代自然法将国际法作为理性对国际社会规律的认识和调整国际社会关系的发现性规则。参见罗国强：《国际法本体论》，法律出版社 2008 年版，第 51 页。

[27] 参见[美]庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵、童世忠译，法律出版社 1984 年版，第 22 页；Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 20.

[28] See Stephen Neff, *Justice among Nations: A History of International Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2014, pp. 424-432.

[29] See Myres McDougal, “International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception”, (1953/I) 82 *Recueil des Cours* 133, pp. 168, 190–191.

[30] 认识论层面的相似性并不会消除具体理论建构时的方法论分歧。在法社会学看来，自然法学派因远离国家实践而显得抽象。See Roscoe Pound, *Jurisprudence,* Vol.1, St. Paul: West Publishing Co., 1959, p. 19

[31] See Michael Byers, “Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules”, (1997) 66 *Nordic Journal of International Law* 211, p. 226.

[32] See Andrea Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 44-71.

[33] See Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 39

[34] Joseph Frankel ：International relations in a changing world，Oxford University Press,1988, p. 23.

在合理性需进一步追溯到西方自由主义政治理论（liberal theory of politics）：本应自由且不受约束的国家因彼此交往而需求规则，由此形成的国际法必然与国家的行为、意志和利益密切相关，且一经制定就得以约束国家，任何国家因自我意愿而无视国际法，便违背了国家间共同的意志与利益；[35]同时，国家理性经囚徒悖论式博弈可以认识到，一般而言，中立、普遍和明确的国际法规则才能最大限度地保障自己的利益。[36]

由此，法律创设时的具体性保障了法律实施时的规范性。国家之间、而非之上的国际法扎根于国际社会的土壤中而枝繁叶茂。因而，具体性本位范式也被称为“上行论证模式（descending pattern of justification）”[37]或“硬性论证（hard arguments）”，[38]包括与自愿主义（voluntarism）[39]密切相关、强调“国际法对国家的约束力源于国家的自由意志”[40]和“逐利的正当性”、[41]反对将所谓共同体的主张强加给国家[42]的实证法学派，[43]和将理性国家作为无政府状态下国际社会的最主要行为体、[44]强具体性而弱规范性的国际关系理论。[45]

---

[35] Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 21-22.

36 参见[美]大卫·鲍勃温主编：《新现实主义和新自由主义》，肖欢容译，浙江人民出版社 2001 年版，第 59-70 页。

[37] 与前述“下降型论证模式”语出同源，这里的“上升”同样也是 Ullmann 教授对国内法形成模式的归纳。See Walter Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages: An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press, 1975, pp. 30-31。Ullmann，30-31。而后，科斯肯涅米教授指出，这种“上升”和“下降”的二分法在逻辑和方法上，与“归纳主义/演绎主义”二分法相近，但鉴于归纳注意和演绎主义的范式划分本质上是严格对立的，但上升和下降在很多法律理论中往往是并存而非泾渭分明的，并未采用“归纳/主义”，仍继续以“上升/下降”相称。See Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 59.

[38] See David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and expertise Shape Global Political Economy*, Princeton: Princeton University Press, 2016, p. 286.

39 See Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law”, (1983) 77 *American Journal of International Law* 413, p. 420.

[40] see the Case of the S.S. “Lotus”, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A. - No. 10, September 7th, 1927, Collection of Judgment, p. 18

[41] 严格来说，瓦特尔意在将自然法从国际法系统中排除，但在具体论证中，却不可避免地存在自然法的痕迹。因此也有学者指出，瓦特尔似乎同时是自然法学派和实证法学派。See Anthony Carty, *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester: Manchester University Press, p. 90.

[42] See Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 136-137。

[43] 需要强调的是，并非所有实证法学家都认同国际法的法律属性，如奥斯丁（Austin）将国际法视为“实证道德”，参见何志鹏：《国际法哲学导论》，北京：社会科学文献出版社 2013 年版，第 24-25 页。而本部分所论述的实证法学派，主要是在认同国际法法律属性的基础上，以实证法学的认识论和方法论分析国际法。

[44] Karen Mingst, Ivan Arreguín-Toft, *Essentials of International Relations*, 7th edition, New York : W. W. Norton & Company, 2017, pp. 5-19.

[45] 根本来说，国际关系理论并无执着于国际法的法律属性的动力及必要，也无需论证国际法相比于其他国际规范的独特性。从国际关系的角度分析国际法，问题往往是“如何看待国际法的规范性”，而非“如何论证国际法应当具有规范性”。但国际关系理论中也存在承认国际法法律属性的论述，这些广义上的强具体性、弱规范性的理论仍可视为“关于国际法的理论”。参见刘志云：《当代西方国际关系理论与国际法学

（二）“主流”的维谷和“新潮流”的突破

在规范性/具体性二分法中，国际法主流理论面临着自身难以解释的二律背反困境，也引发了以批判法学为代表的新潮流理论的批判。

1. “主流”二分法下的二律背反

规范性与具体性的二分法反映了国际法的应然本质，但国际法主流理论以二者之一作为本位去认识国际法时，却会出现自身难以解释的二律背反：越坚持规范性，仿佛就越远离具体性，反之亦然：规范性本位范式难以准确把握国家及其实践对国际法的影响及国际社会深层次的结构问题，难以避免抽象的先验性或主观性，对国际法的确定性和可预期性过于乐观，从而落入形式主义（formalism）的窠臼，[46]成为一座乌托邦式的空中楼阁；具体性本位范式则正相反，以国家的具体行为和意志为锚点，尽管避免了形而上的抽象性，但却可能会迷失于错综复杂的国际关系中，陷入形而下的泥淖，成为国家辩解的工具。[47]

在规范性本位范式中，自然法学派始终从抽象的先验价值出发认识国际法，并以客观主义（objectivism）的姿态来说明这些价值的普世内涵，但却始终难以避免将人类世界分割为“可见的经验世界”和“可知的超验世界”，原本意在把握“存在”，但却引申出一个无法实在触碰的“超感性世界”，[48]反而在实质上呈现出较强的主观性。[49]社会法学派等寻求从具体社会生活中提炼出现实价值，并指出自然法学派的抽象性，但却难以在价值的种类和内涵上达成普遍共识；而将“理性的人都会赞同”的标准引入作为决策进程的法律描述中，则被指为走向了主观主义。[50]

在具体性本位范式中，实证法学派在无政府状态的国际社会中仍然坚持“法是国家意志的体现”，但又因缺乏中央权威而只能寄希望于国家的自我约束。但 19 世纪兴盛的实证法学派并未能阻止 20 世纪的战争、甚至未能约束战争中的行为，不仅被视为国际法的失败，也促使对国际法规范性的反思。[51]20 世纪的重大国际变革促进了当代国际关系理论的发展，只

跨学科合作的勃兴》，载《国外社会科学》2008 年第 1 期，第 56-65 页。

[46] Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement,* Cambridge: Harvard University Press, 1986, pp. 1-14.

[47] See Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 59-69.

[48] 参见何来：《“认识论转向”的本体论意蕴》，载《社会科学战线》2005 年第 3 期，第 1-2 页。

[49] 例如，早期自然法学派将自然法寄托于统治者的智慧与自律或所谓的人民公意，后来转为基于理性的人类心智中的纯粹思维形式。然而，这些看似客观的事项，却往往以充满主观性、甚至偏见的形式收场。参见[美]E.博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 44-81 页、184-229 页。

[50] See James Boyle, “Ideals and Things: International Legal Scholarship and the Prison-House of Language”, (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 327, pp. 327–359; Gray Dorsey, “The McDougal-Lasswell Proposal to Build aWorld Public Order”, (1988) 82 American Journal of International Law 41, pp. 41-51. 有学者认为，纽黑文学派将国际法作为一个由权威决定的综合性全球进程，在一定程度上包容了强权，但却未能（或不愿）阐释强权的本质。See B. S. Chimni, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches,* New Delhi: Sage, 1993, ch. 3.

[51] 19 世纪的国际法理论被此后的学者批判为“从属政治”“丧失了所有批判性和建构性”，在“集结法

是国际关系学者走向了不同的方向：国际法受挫的现实反而促使他们更加强调国家行为、意志和利益等具体性范畴的事项，并对国际法的规范性持保守、怀疑甚至否认的态度。[52]

2. 批判法学的“新潮流”批判

批判法学发轫于 20 世纪 70 年代的美国，[53]以批判传统法学理论的客观主义、形式主义为特征，强调法的政治性、社会依附性、不确定性，认为传统理论自身存在着固有矛盾和不一致性（incongruity）。[54]随着主权国家影响力的相对下降和国际社会多元化的提升，批判法学也被应用到国际法中，通过解构和批判主权等传统概念，寻求回答国际法主流理论无法有效应对的问题。[55]批判法学并非严格意义上的学派，而是以批判性为标识，以哲学后现代主义转向为指引进行跨学科研究，因而也被称为“后现代主义国际法理论”，[56]强调自由主义内在逻辑的不一致性、对国际法话语的结构限制的认识、国际法的不确定性、国际法自我赋予的权威性和合法性。[57]

批判法学并不否认国际法的规范性和具体性，但却无意将二者粘合，反而认为国际法中强调国家主权、认可国家斗争的部分和强调共同体利益、正义观念的部分，本质上是自相矛盾的，因而强行将二者绑定在一起是不合理的。[58]这种矛盾在国际法中极为普遍，在作为国际法核心概念的主权和渊源中尤其明显。[59]因此，国际法的不确定性（indeterminacy）是认识国际法的关键，表现为在规范性与具体性、正义与同意、规范与事实等两极间摇摆，并在摇摆中营造出问题已被解决的表象。[60]因而，戴维·肯尼迪（David Kennedy）认为“除了放弃传统范式，我们别无选择，传统范式已经放弃了我们”。[61]

总体上，批判法学并不回避国际法的政治属性，也不否认国家是国际法的首要行为体，并将这些作为国际社会中的既成事实。[62]从认识论的层面，国际法被视为一种“为因政治、

学家为国家利益辩护”上有着强烈的趋向。See Georg Schwarzenberger, *The Frontiers of International Law*, London: Stevens & Sons Limited, p. 300.

[52] See Karen Mingst, Ivan Arreguín-Toft, *Essentials of International Relations*, 7th edition, New York : W. W. Norton & Company, 2017.

[53] 参见沈宗灵：《批判法学在美国的兴起》，载《比较法研究》1989 年第 2 期，第 1-2 页。

[54] See Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement,* Cambridge: Harvard University Press, 1986, pp. 15-119; 吴玉章：《批判法学评析》，载《中国社会科学》1992 年第 2 期，第 141-155 页。

[55] Tim Hillier, *Sourcebook on Public International Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 1998, p. 19.

[56] Andreas Paulus , “International Law After Postmodernism: Towards Renewal or Decline of International Law ?”, (2001) 14(4) *Leiden Journal of International Law* 727, p. 727.

[57] Nigel Purvis , “Critical Legal Studies in Public International Law”, (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 81, p .92

[58] See David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden: Nomos, 1987, p. 31.

[59] 关于批判法学对传统主权理论和国际法渊源理论的批判，see *ibid.*, p.145; Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 224-473.

[60] See David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden: Nomos, 1987, pp. 32-33.

[61] See David Kennedy, “Theses about International Law Discourse”, (1980) 23 *German Yearbook of International Law* 353, p. 390.

[62] See Martti Koskenniemi, “The Politics of International Law”, (1990) 1 *European Journal of International Law* 4, pp. 4-32.

文化、意识形态、经济发展等而割裂的世界提供的共同话语”，[63]一种缺乏内容、或者内容不确定的语言，通过形式上的转化，在一定程度上实际上回避了其宣称要解决的问题。[64]

具体而言，使用国际法“说话”的主要群体是具有国际法知识、从事专业实践的“专家（experts）”[65]或“国际法律人（international lawyer）”。[66]他们能够塑造意识形态和利益的含义，提供学习政策的技术与经验，从而将知识实践和权力实践置于同一框架中，对国际法这一“语言”的发展产生实质影响，并通过运用国际法的话语实现某种目的或结果。[67]也正因此，国际法中存在着“结构性偏见（structural bias）”，掌握更多话语权的群体在对国际法有着较为一致的理解和特定的偏好，并导致特定结果更容易发生。[68]作为语言，国际法遵循着因历史传统、国家诉求、人类文明等诸多因素塑造而成的“语法”。[69]科斯肯涅米（Koskenniemi）围绕国家主权和国际法渊源归纳了“语法”：对法律只能通过事实进行评估，而一个行为也只有在被理解为法的实践才是有意义的，国际法的合理性在于其表面含义及深层意图间相互关系。对科斯肯涅米来说，“语法”并不是对国际法内容的描述，而是使用国际法时的规律和表达出的内容。寻找国际法的“语法”是为了超越描述，并为以国际法为话语而进行的交流或辩论划定场域。[70]

二、“新潮流”的不彻底批判与马克思主义的引入

批判法学揭示了国际法主流理论的固有矛盾，并具有内在合理性。[71]但批判是否就此足矣？仅驻足于批判法学，难免因“只缘身在此山中”而认识不足，因而需要深入到国际法主流理论和批判法学更深层次的内核——作为西方传统主流思想的自由主义。

（一）自由主义窠臼下批判的不彻底性

批判法学直截了当地指出，国际法主流理论本质上以自由主义，或更准确地说，更以自

---

[63] See Robert Jennings, “International Courts and International Politics”, in David Freestone *et al.*, *Contemporary Issues in International Law: A Collection of the Josephine Onoh Memorial Lectures*, Hague: Kluwer, 2002, pp. 13-28.

[64] See David Kennedy, “Theses about International Law Discourse”, (1980) 23 *German Yearbook of International Law* 353, p.376.

[65] David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy,* Princeton: Princeton University Press, 2016, p. 2.

[66] Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 1.

[67] David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy,* Princeton: Princeton University Press, 2016, pp. 1-20.

[68] See Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 600-615.

[69] 戴维·肯尼迪将之称为“主导困境中话语变化的规则”。See David Kennedy, “Theses about International Law Discourse”, (1980) 23 *German Yearbook of International Law* 353, p. 390.

[70] See Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 576-589.

[71] 相关合理性分析，参见李鸣：《国际法的性质及作用：批判国际法学的反思》，载《中外法学》2020年第 3 期，第 801-825 页。

由主义政治理论为理论内核，并将其对国内社会的认识类比到国际社会，国际法的诸多核心观念本身就源于自由主义。[72]也正是自由主义自我宣称的非政治性和其对实质性政治选择的影响间的矛盾、所倡导的个人自由与社会秩序间的彼此威胁与限制、所宣称的客观性和所显现的主观性间的对立，直接导致了国际法的不确定性，并体现为理论层面的支左诎右和实践层面中“完全无法被接受的现实结果”的多发。[73]

尽管如此，批判法学并无意舍弃自由主义，其所反对的是以自由主义为理论内核的国际法主流理论，而非自由主义本身。在科斯肯涅米看来，国际法无法拒绝自由主义的核心信条。[74]因而批判法学的认识论革新体现在对自由主义投射在国际法理论中的固有矛盾的揭示，并以接受现实中存在的矛盾为基础考虑如何认识国际法。[75]但这也意味着，批判仍然囿于自由主义的框架中，难以充分吸收自由主义以外的思想。[76]这也是批判法学批判的不彻底性的根本原因，理解这种不彻底性需要对自由主义进行深挖。

严格来说，经过数百年发展，自由主义已经成为了一个范畴概念，涵盖着西方社会的各个层面，尽管存在多个递进阶段与理论支脉，但我们仍能从中抓取出一以贯之的、作为共性的核心脉络，[77]并在此基础上认识上述批判的不彻底性。

从历史的维度，自由主义发轫于宗教神学衰退后的欧洲世俗社会，以商品经济发展、资本主义扩张为背景，是资产阶级长期以来的首要指导思想，在当时的确具有历史进步性。[78]因而，自由主义在本质是，资产阶级在西方历史文化传统下以西方视角对西方国内社会观察和思考下而构建的话语及理论体系，不仅反映了西方中心主义下的一元论观念，[79]也是资产阶级将自己的价值观打上“普世”标签的重要手段。[80]这是无涉意识形态的客观事实。因此，

---

[72] 如自由、平等、独立、法治、权利、同意等。See David Kennedy, “A New Stream of International Law Scholarship”, (1988) 7(1) *Wisconsin International Law Journal* 1, p. 3.

[73] See Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. pp. 5-6, 71-94.

[74] *See ibid*, p. 5.

[75] See M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies,* Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 3.

[76] 例如，科斯肯涅米在思考马克思主义对国际法的启示时，也仅涉及马克思主义的辩证批判的方法论，且对“批判”的强调也是与国际法不确定性这一批判法学的核心观点相结合，而并未过多关注马克思主义的其他方面。Martti Koskenniemi, “What Should International Lawyers Learn from Karl Marx”, (2004) 17(2) *Leiden Journal of International Law* 229, pp. 229-246.

[77] 相关论述参见[美]约翰·凯克斯：《反对自由主义》，应奇译，江苏人民出版社 2003 年版；苏长和：《自由主义与世界政治——自由主义国际关系理论的启示》，载《世界政治与经济》2014 年第 7 期，第 15-20 页。

[78] 参见吴春华：《西方自由主义政治思潮研究》，中国社会科学出版社 2018 年版。

[79] 参见[英]以赛亚·伯林：《反潮流：观念史论文集》，冯克利译，译林出版社 2002 年版，第 99-100 页；[英]以赛亚·伯林：《自由及其背叛》，赵国新译，译林出版社 2005 年版，第 23-26 页；马德普：《历史唯物主义对伯林价值多元论的破解》，载《中国社会科学》2013 年第 11 期，第 27-29 页。

[80] 这里反复提及“西方”，并不是基于意识形态的对立，而是遵循历史对自由主义本质的探究。相关论述，可参见中国社会科学院“新自由主义研究”课题组：《新自由主义研究》，载《马克思主义研究》2003 年第 6 期，第 18-31 页；何秉孟：《新自由主义：通向灾难之路——兼论新自由主义与自由主义的渊源和区别》，载《马克思主义研究》2003 年第 6 期，第 124-137 页。

自由主义无法、也不愿回应作为栖身之所的资产阶级在国内外对资产阶级价值观的实质性背离，反而有时还会为之辩解；[81]尽管充分论证了市场与资本的自由，但却始终回避资本主义扩张造成的苦难；尽管对西方社会进行了充分思考，但却对更为广袤的非西方社会缺乏兴趣与关怀，将所谓“非文明国家”直接贬黜为国际体系中的客体。[82]一方面是西方社会的繁荣鼎盛和文明进步，另一方面却是非西方世界的殖民掠夺和资本扩张。但自由主义和以其为底色的国际法理论仅着眼于前者，而忽视或漠视了后者。[83]

与此同时，将自由主义对国内社会的观察类比到国际社会，也存在着水土不服。以自由主义为底色的国际法理论尽管会考虑国内因素的国际影响，但对国家的认识却是如国内社会的个人一般，是原子式的理性行为体，这往往会遗漏国家与国际法交互中的国家自身的多元性和复杂性。其直接后果便是，国家被推定为自由且彼此平等的，但却长期只是形式层面的自由、平等，非西方国家在西方主导、脱胎于“欧洲公法”的国际法中长期“有名无实”，甚至被作为“客体”对待，无法真正地参与到国际法的制定、解释、适用中，在话语和结果上都无力确保主流国际法理论所彰显的正义与秩序。而这种以形式上的自由、平等掩盖实质上的不自由、不平等，导致以自由主义为底色的国际法理论往往将国际法的发展视为一种自发向善的述进程（narrative of progress），国际法曾经的罪恶（sins）都是实现共同的善（common good）的阶段。[84]换言之，在自由主义的认知中，国际法或许会遇到挫折，但会随着人类文明的发展，当然地朝着正义和秩序的“光明未来”前进。[85]而殖民和帝国主义等往往被作为政治、经济、军事、社会或文化的“事实”，而非国际法中的“规范性现象”。[86]

由此便不难理解批判法学批判的不彻底性，也不禁令人怀疑，以自由主义为底色的国际法理论究竟能否真正地反映历史及当下真正存在的国际法？这便需要从批判自由主义乃至其背后的资本主义入手，分析对世界历史造成重要影响的资本主义全球体系和殖民体系的发展过程，从而实现国际法认识论的完善。

---

[81] 例如，早期自由主义思想家和自然法学家“论证”西班牙如何能够“合法”取得印第安人财产一样。See David Kennedy, “Primitive Legal Scholarship”, (1986) 27 *Harvard International Law Journal* 24, pp. 24–31. 因此有学者指出，西方思想家往往会自然地将剥削阶级和被剥削阶级分开。See F. Fanon, *The Wretched of the Earth,* C. Farrington (trans.), London: Penguin, 1967, p. 29.

[82] 而在一些强调欧洲传统的学者看来，将基于欧洲文明形成的国际法适用于非欧洲国家和地区，反而是非自然的，甚至是有害的。而欧洲人则将教育“非文明国家”并使其能接轨欧洲标准视为历史使命，如[英]约翰·密尔：《论自由》，许宝译，商务印书馆 1959 年版，第 11-12 页；[英]J.S.密尔：《代议制政府》，王瑄译，商务印书馆 1984 年版，第 227-228 页。

[83] 例如，尽管科斯肯涅米在思考国际法史时，并不刻意回避西方国家在非西方世界的种种行径，但他仍将 19 世纪后半叶以来的国际法描述为“代表了现代自由主义思想”，国际法的现代性象征着“进步和普世的精神”和“坚信能够在全世界实现民主、法治的信心”。Martti Koskenniemi, “What Should International Lawyers Learn from Karl Marx”, (2004) 17(2) *Leiden Journal of International Law* 229, p. 230.

[84] See A. Orford, “Embodying Internationalism: The Making of International Lawyers”, (1998) 19 *Australian Yearbook of International Law* 1, p. 16.

[85] See Susan Marks (ed.), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 54.

[86] See Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 99.

（二）马克思主义唯物史观的必要性

单论基于批判国际社会中压迫与不平等而对国际法进行考察，马克思主义并非唯一路径。晚近较具代表性的还包括第三世界国际法路径和女性主义国际法路径。第三世界国际法路径尽管被认为揭示了“国际法中的位阶性”和发达国家与第三世界国家间的差异，但一方面仍未能摆脱国际法主流理论的影响，[87]另一方面本身也较为松散，更多体现为一种共同的实践目标，在系统的方法论上有所不足。[88]女性主义国际法路径则更多着眼于性别差异在国际法中的体现，批判国际法对女性脆弱性的关注不足和由此造成的女性边缘化现实。[89]因而，相比于马克思主义，二者均难以从历史维度对资产阶级和资本主义全球体系下的国际法进行系统性、全局性批判。

遵循马克思主义对资本主义世界进行批判分析的合理性与可行性已经在百余年实践中得到了充分的证实。[90]这意味着，从理论层面沿循马克思主义的路径对国际法进行分析，并不存在障碍。但鉴于国际法本身并不是马克思主义观察国际社会的重点问题，以马克思主义分析国际法也被一些人视为“传统意义上不属于马克思主义的工程”，[91]则对国际法来说，马克思主义何以必要？

对此，需要从历史维度寻求答案。近代以来，国际法长期以西方资本主义国家间关系作为现实场域，国际法理论反映了该场域中的实践，并与之相互影响。而马克思主义唯物史观对国际法认识论的必要性也由此展开：

首先，西方资本国家长期以来无疑都是“欧洲公法”及如今国际法的当然主体，并在国际法的造法、解释与适用等各环节都占据着绝对主导的地位。[92]钱穆指出，“要讲一代的制度，必先精通一代的人事”。[93]这就要求我们在认识国际法时，不能只满足于将所有国家视为同质化的抽象概念，还要对西方国家的“秉性”——即资本主义属性——有深入认识，因为其“秉性”必然深刻塑造并影响了国际法。

其次，对上述国际法现实场域进行关注的同时，也不能忽视，在近代以来资本主义全球体系的蔓延中，西方资本主义国家间直接的“主体与主体”交互仅仅是国际法发展进程的冰

[87] See Rein Müllerson, *Ordering Anarchy: International Law in International Society,* Leiden: Martinus Nijhoff, 2000, pp. 53-54.

[88] See Andrea Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 205-226

[89] See *ibid,* pp. 183-204.

[90] 参见习近平：《在纪念马克思诞辰 200 周年大会上的讲话》，载《人民日报》2018 年 5 月 5 日，第 2 版。

[91] Martti Koskenniemi, “What Should International Lawyers Learn from Karl Marx”, (2004) 17(2) *Leiden Journal of International Law* 229, p. 230.

[92] 事实也是如此，不管是中国学者还是西方学者，都把 1648 年《威斯特伐利亚合约》视为近代国际法的起点，而格老秀斯于 1625 年出版的《战争与和平法》则被视为国际法的奠基之作。参见[英]劳特派特修订：《奥本海国际法》（下卷•第一分册），王铁崖、陈体强德译，北京：商务印书馆 1972 年版，第 58-61 页；王铁崖：《国际法引论》，北京：北京大学出版社 1998 年版，第 5-6 页； Peter Malanczuk, *Akehurs's Modern Introduction to International Law,* 7th edition, London: Routledge, 1997, pp. 10-12.

[93] 钱穆：《中国历代政治得失》，九州出版社 2012 年版，第 1 页。

山一角。更广阔的时空范围内，西方与非西方之间的“主体与客体”关系，全球资本流动、积累及作为其主要手段的殖民、掠夺与剥削，由此引发的反抗斗争和因“分赃”不均而引发的西方内部冲突，以及延及至今的形式平等与实质不平等，在构建国际法认识论时均不容忽视。

这些都是自由主义底色的国际法理论所未能重视或有意回避的问题，[94]但却是国际法历史发展和现实塑造中无法消除和剥离的真实。因此，欲准确认识国际法，就必须直面上述问题；而回答这些问题，就必须结合历史维度。因而，以马克思主义唯物史观[95]为指导完善国际法认识论便有着充分的必要性。[96]

同时，在以马克思主义唯物史观进行分析，也需注意：首先，缺乏最高中央权威的无政府状态是国际社会的本质特征，也是与国内社会的最大差异，这是分析国际问题的基本前提。[97]因此，切忌生硬地将马克思主义对国内社会的解释和马克思主义一般理论机械地套用到国际社会。[98]其次，本文采用的是以马克思、恩格斯所建立的经典马克思主义为核心，并包含了此后马克思主义领袖人物根据新的历史发展的实践和要求而进行的继承、发展和创新。[99]而不包括诸如庸俗马克思主义[100]和前苏联中后期借马克思主义之名谋求利益等背离经典马克思主义理论的所谓观念。[101]

正如霍尔（Hall）“整合法理学（integrative jurisprudence）”理念所提到的，法学理论应避免“以单一因素去阐释复杂现象的谬误”，而是要将诸多价值因素、事实因素和形式因素整合在一起。[102]本文并非全盘否定了自由主义及其影响下形成和发展的国际法理论，也无意仅从意识形态的角度制造对立，更无意彻底打破现有的国际社会及国际法体系。上述必要性分析已经表明，倘若资产阶级和资本主义在国际法认识论中缺位，任何理论构建和话语表达都无法真实地反映国际法的前世今生，任何批判也都难以鞭辟入里。

---

[94] See M. Byers and G. Nolte (eds.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law,* Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 98.

[95] 这并不意味本文放弃了辩证唯物主义，事实上，在以历史唯物主义进行分析时，也必然会使用到辩证唯物主义。

[96] 关于以马克思主义分析国际问题的继承性和创新性、真理性和时代性、实践性和革命性、开放性和发展性、完整性和体系性、人本性与和谐性、原则性与指导性等论述，可参见李慎明主编：《马克思主义国际问题基本原理》（上卷），社会科学文献出版社 2013 年版，第 3-18 页。

[97] 参见何志鹏、孙璐：《国际法的辩证法》，载《江西社会科学》2011 年第 7 期，第 143 页。

[98] 如生硬地将一些国家直接划为国际社会的统治/被统治阶级或剥削/被剥削阶级，参见吕岩峰：《马克思主义与国际法研究》，载《当代法学》1991 年第 3 期，第 22-25 页。

[99] 参见李慎明主编：《马克思主义国际问题基本原理》（上卷），社会科学文献出版社 2013 年版，第 10-11 页。

[100] 参见[德]亨利希·库诺：《马克思的历史、社会和国家学说》，袁志英译，上海译文出版社 2014 年版，第 554-557 页。

[101] 前苏联中后期的一些所谓马克思主义的主张，实质上已经背离了马克思主义，如所谓的“勃列日涅夫理论”。See Susan Marks (ed.), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 135-137.

[102] See Jerome Hall, “Integrative Jurisprudence”, in John Dunsford (ed.), *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory,* New York: Oceana Publications, 1958, pp. 25-47.

综上所述，为了更加准确地把握国际法、构建国际法的认识论，也有必要从自由主义的范畴之外寻求新的指导思想，实现对历史与现实中资本主义全球扩张及其对国际法影响的更为充分彻底的认识。马克思主义唯物史观无疑是最佳选择。

三、国际法资本逻辑的唯物史观展开

如前所述，鉴于西方资本主义国家在国际法中的传统主导地位，倘若其普遍的资本主义本质属性和长期以来全球范围的资本扩张与积累未能在国际法中留下痕迹，反而是不正常的。因而探究国际法中的资本逻辑，是在完善国际法认识论的关键。

（一）唯物史观视野下的资本逻辑

资本逻辑的展开需要从资产阶级取得国家政权加以分析。

根据马克思主义国家理论，[103]国家并非自始存在，其根源在于私有制基础的经济发展分割了社会阶级。[104]在此过程中，承担社会运作必要功能的群体在社会分工中形成新的部门，在获得与其他群体相对立的利益和地位的同时，[105]逐渐壮大并形成具有经济统治地位的阶级，并最终借助国家实现政治上的统治地位。[106]为了巩固统治地位，统治阶级会以国家为手段系统性地适用暴力，以镇压和剥削被压迫阶级并强迫其服从。[107]因此，国家是一种从社会中产生但又自居于社会之上且日益与社会相脱离的力量，[108]是“阶级矛盾不可调和的产物和表现”，[109]是“一个阶级镇压另一个阶级”、[110]“维护一个阶级对另一个阶级统治”[111]的机器。

具体到资本主义国家，《共产党宣言》指出，“现代的国家政权不过是管理整个资产阶级共同事务的委员会罢了”。[112]资本主义国家尽管本身并非“实际的资本家”，但却是“理想的总资本家”，[113]是一个回应资本共同需求的政治机制，需要提供促进生产、商品交换和资本积累的法律及货币系统。[114]资本派生出国家形式，而资本积累所需的功能性先决条件，需要通过国家居间来实现。[115]

---

[103] 尽管马克思等人并未如《资本论》一般系统性建构国家理论，但（资本主义）国家仍然是其政治经济学核心考察的内容，并且可以在马克思主义经典著作中得以寻觅。Bob Jessop, “Recent Theories of Capitalist State”, (1977) 1 *Cambridge Journal of Economics* 353, p. 354.

[104] 参见《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 1995 年版，第 174 页。

[105] 同上注，第 482 页。

[106] 同上注，第 168 页。

[107] 参见《列宁全集》第 37 卷，人民出版社 1986 年版，第 62-63 页。

[108] 参见《马克思恩格斯选集》，第 4 卷，人民出版社 1995 年版，第 170 页。

[109] 参见《列宁选集》第 3 卷，人民出版社 1995 年版，114 页

[110] 参见《马克思恩格斯文集》，第 4 卷，人民出版社 2009 版，第 111 页。

[111] 参见《列宁全集》第 37 卷，人民出版社 1986 年版，第 66 页。

[112] 参见《马克思恩格斯选集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 274 页。

[113] 所谓“理想的总资本家”的论断。恩格斯同时指出，资本主义国家本质都是资本主义的机器、资本家的国家。参见《马克思恩格斯选集》第 3 卷，人民出版社 1995 年版，第 318 页。

[114] B. Jessop, *State Theory Putting the Capitalist State in Its Place*, Cambridge: Polity Press, 1990, p. 35.

[115] *See ibid*, p. 52.

因而，资本是资产阶级占据主导的社会中支配一切的经济权力。[116]作为占据统治地位的现代生产关系，资本具有能动的主体性，天然地具有追求剩余价值、实现自我增值和扩张，由此形成的资本逻辑是自为存在的、自行倍增的、自我中心的，个人乃至整个社会都会被异化为实现作为最高目的的资本积累和扩张为的工具，并衍生出持续无休的生产与扩大再生产的动态结构。然而，无论是生产资料还是的市场规模，单一民族国家受制于自身社会规模，只能在有限范围内提供，因此资产阶级必须开拓海外资源以扩大生产规模、开拓海外市场以倾销剩余商品，并将获得的收益投入到扩大再生产之中，由此循环累加。[117]

然而，彼时广大非西方世界仍处于自然经济状态，能够相对稳定地自给自足，对外来商品缺乏需求，也缺乏可用于处置的剩余商品或处置的必要性，不存在发展商品经济的市场。[118]面对这种与资本逻辑完全抵触的情况，在国内资产阶级革命中表现出历史进步性的资产阶级，却选择强行闯入以消灭自然经济，通过剥夺原住民的生产力、生产方式，打破原有的社会关系，以武力将其改造为资源来源和商品市场，从而实现自己的资本积累。[119]由此，资本逻辑驱使下的资产阶级通过其所主导的资本主义国家将殖民掠夺和剥削作为资本扩张的主要、甚至唯一手段。通过迫使几乎所有民族在灭亡和接受资产阶级生产方式间进行选择，资产阶级遵循资本逻辑，按照自己的样貌和偏好对整个世界进行粗暴改造。[120]只要对资本积累和扩张不产生影响，他们对殖民地的境遇并不在乎。[121]

然而，受限于生产力及科技发展水平，能够被据为殖民地的区域是有限的，这意味着，相互平等的西方资本主义国家各级建立的殖民体系必然会随着资本扩张而相互遭遇。在资本逻辑的驱使下，殖民者只会继续加强殖民政策，从而扩大资本积累，而殖民地逐渐提升的“稀缺性”则加剧了西方资本主义国家间的矛盾和冲突。在 19 世纪西方主要大国的“殖民扩张竞赛”后，20 世纪初，整个世界基本已被瓜分完毕。而资本主义越发达，原料就越感稀缺，竞争和追逐原料产地及市场的矛盾就越尖锐，而抢占殖民地的斗争也就越激烈。[122]

尽管二战后建立的国际新秩序极大地改变了国际事态，但资本逻辑依然发挥着作用。大卫·哈维（David Harvey）梳理了二战后以美国为代表的资本主义国家行为后，认为西方资本主义国家主导的全球秩序始终都是以掠夺为基础的。掠夺的本质未变，只是方式有所不同。

---

[116] 参见《马克思恩格斯全集》第 30 卷，人民出版社 1995 年版，第 49 页。

[117] 参见《马克思恩格斯全集》第 46 卷，人民出版社 2003 年版，第 371 页。关于对资本逻辑的详细论述，参见郗戈：《超越资本主义现代性——马克思现代性思想与当代社会发展》，中国人民大学出版社 2013 年版，第 148-177 页。

[118] See Rosa Luxemburg, *The Accumulation of Capital,* London: Routledge, 2003, p. 349.

[119] See *ibid,* pp. 349-351.

[120] 参见《马克思恩格斯选集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 276 页。

[121] 19 世纪后期，与看似繁荣兴盛的欧洲社会不同，广大被殖民地区遭遇了大范围饥荒。据考证，这些饥荒非但不是因为殖民地的落后，反而是一种现代现象，是殖民地被强行纳入全球资本体系的结果：在被迫进入全球商品市场和接受殖民经济秩序后，殖民地原有的自然经济及自我救济体系均被破坏。然而，殖民者对此并不在意，只是掠夺和剥削。See Susan Marks (ed.), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 11-14.

[122] 参见列宁：《帝国主义是资本主义发展的最高阶段》，人民出版社 2014 年版，第 74-85 页。

这些国家通过暴力掠夺和剥削实现了资本的原始积累，尽管这一事实如今越老越少地被提起，但至今仍发挥着连续且持久的功效。正是在殖民时期原始积累取得的优势下，西方资本主义国家目前仍然在掠夺全世界，只是出了直接使用武力外，手段更加“温和”，更多是以经济手段，如控制企业信贷、股票市场、兼并收购、对冲基金和金融投机等。[123]因此，资本逻辑及由其催生的殖民体系至今依然留存并影响着国际社会，只是更加隐秘。[124]

（二）资本逻辑的国际法具现

因此，当我们回看 19 世纪至 20 世纪初期，就不难发现为何当时基于欧洲场域而辛苦构建的国际法理论（尤其是对战争的定位与限制）在战争面前几无“缚鸡之力”：在缺乏高于国家的权威的情况下，仅靠欧洲内部的“兄友弟恭”并不能解决西方资本主义国家间的结构性矛盾。在马克思看来，倘若在权利上获得形式平等，就只有力量才能发挥决定性作用。[125]而立场与马克思完全相左的俾斯麦（Bismarck）更是直白地提出“强权即公理”。[126]诉诸武力是解决资本问题的最终手段，但也只能解决资本分配基础上的资本积累问题。[127]这些都是资本逻辑的必然结果。由此便不难理解，国际法为何对“文明国家”与“非文明国家”区别对待，[128]也不难理解关于战争乃至领土取得、国家承认、国家责任、贸易与关税、跨国投资等规则的发展：尽管这些规则的源头可能早于资本主义的全球扩张时期，但却在这一时期得到极大丰富，并维持、巩固了殖民体系。[129]

人权领域亦然。人权萌芽于欧洲，被视为人类文明的重大进步，但却长期被作为不涉国际法的内政。[130]以“自由、平等、博爱”的法国大革命口号来看，倘若人权是自由的，为何殖民地人民要受到剥削和压迫？倘若人权是平等的，为何殖民地人民不能和西方资本主义国家的公民一样享有“人生而为人所应具备的权利”？倘若人权是博爱的，为何这些国家迟迟不能以国内的人权关怀兼济天下？19 世纪的英国的确提出反对奴隶制和鼓励殖民地独立，但这并不是为了实现法治与人权，而是以此为武器更好地打压竞争对手，且口惠而实不至。[131]

---

[123] David Harvey, *The New Imperialism*, New York: Oxford University Press, 2003, pp. 137-182.

[124] 关于二战后殖民主义、帝国主义、霸权与斗争的更为详尽的论述，see Jochen von Bernstorff, Philipp Dann (eds.), *The Battle for International Law South-North Perspectives on the Decolonization Era*, Oxford: Oxford University Press, 2019.

[125] 参见《马克思恩格斯全集》第 23 卷，人民出版社 2016 年版，262 页。

[126] 在俾斯麦看来，西方国家虽然在全球范围内号称“以亲睦礼仪相交往”，但这只是表面做派，“实则强弱相凌、大小相辱，于己不利则幡然诉诸武力，固无常规也”。参见蒋立峰、汤重南主编：《日本军国主义论》（上册），河北人民出版社 2005 年版，第 10-11 页。

[127] See Rosa Luxemburg, *The Accumulation of Capital,* London: Routledge, 2003, p. 351.

[128] 例如，在《奥本海国际法》的早期版本中，对国家仍进行“文明与否”的划分。参见李天纲主编：《奥本海国际法》（上卷），上海社会科学院出版社 2017 年版，第 109 页。

[129] See Susan Marks (ed.), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 61-91.

[130] See Malcolm N. Shaw, *International Law*, 8th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 213-214.

[131] 例如，英国支持拉丁美洲国家从西班牙的殖民统治中独立，并在国际上承认这些新国家，但时任英

在自由主义发展的同时，资产阶级将自己的价值观打上普世性标签，但同时却在资本逻辑的驱动下，在世界范围内长期与其价值观背道而驰，这才是矛盾的根源。[132]因此，批判法学指出国际法在“正义”和“同意”间摇摆的不确定性，但只能将其归于自由主义的固有矛盾，而无法直接回答矛盾本身：因为在自由主义框架内是无法回答这一问题的。

由此便需要思考，近代以来的国际法是否真正纯粹地“代表着现代的自由思想、进步的普世精神和构建民主、法治世界的信念”？[133]以自由主义为底色的国际法理论不仅为充分考虑殖民主义和国际法的联系，反而通过忽略国际法起源而将当代国际法合理化；受害者与加害者视为平等状态，但法律上的形式平等却在现实中被转化为从属与控制，而这一事实竟“如此不受关注地被一带而过”。[134]不可否认，当下的国际法不比往日，但也无法否认国际法曾经百余年遵循资本逻辑、应和殖民体系的事实，也不能否认这一事实对国际法形成和发展的深远影响。

（三）启示一

由此，可以得出马克思主义唯物史观对国际法认识论的第一点启示：国际法自始就不是当然地反映了善与正义，也不可能脱离国际社会现实去理解。国际法的确呈现出历史进步性，但却并非理所当然地因人类文明而自发走向善与正义。我们不应不假思索地就把国际法理解为纯粹的美好事物，并对其话语深信不疑，而是要思考真正推动国际法发展进步的真正动力。国际法并非纯粹的善，也绝非纯粹的恶，也的确呈现出正义的趋向性和文明的建构性，则马克思主义唯物史观应作何理解？

四、国际法发展动力的唯物史观解构

从结果来看，无论曾经如何，资产阶级价值观如今已经成为国际法的重要追求；曾经被作为客体对待的广大殖民地区域，如今已经成为“文明国家（civilized states）”；[135]曾经的殖民主义和帝国主义似乎已经成为历史的尘埃，西方资本主义国家也的确做出了许多实质性退让。由此我们需要思考，究竟是什么导致了这些结果，这又是否与上述第一点启示？而这个问题的实质，是探寻推动国际法发展进步的根本动力。以二战结束为界，国际法整体上有着两大阶段划分：国本主义时期和人本主义转向，[136]本部分的分析也将以此展开。

国外交大臣的坎宁（Canning）坦率地说，鉴于英国对这些国家的经济控制力，支持西班牙通知下的美洲独立，能够将美洲置于英国的统治之下。See E. Hobsbawn, *The Age of Revolution,* Cambridge*:* Cambridge University Press, 1967, p. 131.

[132] 有学者也指出，这同样是资本主义现代性矛盾的根源。参见郗戈：《超越资本主义现代性——马克思现代性思想与当代社会发展》，中国人民大学出版社 2013 年版，第 145-148 页。

[133] See Martti Koskenniemi, “What Should International Lawyers Learn from Karl Marx”, (2004) 17(2) *Leiden Journal of International Law* 229, pp. 229-230.

[134] See Susan Marks (ed.), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 62.

[135] 参见郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社 2011 年版，第 27 页。

[136] 首先是由 1648 年威斯特伐利亚和会开启、并在此后资本主义全球扩张中逐渐巩固的国际法的国本

（一）国本主义时期的动力提炼

近代以前，全球各区域间隔绝大于交往，“国际社会”更是无从谈起。[137] 资本逻辑驱动下的资本主义全球体系和西方主导的国际社会的形成，主要存在三方面的现实因素：首先，物质生产力和物质生活生产方式的大幅提升，在推动西方各国经济基础变革的同时，也使得其拥有了探索世界的物质基础和技术能力，且如前所述，资本逻辑需要不断发展扩张，因而资产阶级也存在构建全球市场的主观意愿。[138]其二，在上述基础上，西方各国的资产阶级通过斗争逐渐取得统治阶级地位，并在大工业和世界市场建立的潮流下实现了代议制国家中独占的政治统治。[139]其三，西方资本主义国家有着远超非西方国家的实力（尤其是武力），因而后者无法真正在无政府状态下的国际社会得到平等对待，逐渐被剥夺了国家资格、甚至成为“无主地”。因而马克思指出，“当我们把目光转向殖民地时，资产阶级文明的极端伪善和它的野蛮本性就赤裸裸地呈现在我们面前”。[140]

遵循唯物史观，我们可以提炼出这一时期资本主义全球体系和国际社会的发展脉络：首先，倘若不是手工业与商业随着城市的产生而发展，改变了欧洲中世纪以来的生产力水平和生产关系，形成了新的经济基础，就不会诞生城市资产阶级，资产阶级运动也将成为无本之本；[141]其次，倘若不是经济基础的持续提升，资产阶级便无法取得通过斗争夺取国家政权的足够实力，西方国家将仍旧处于教权、王权、贵族的彼此纷争中，无暇放眼世界；[142]其三，倘若经济基础不足，资产阶级即使掌握政权，也无力将资本主义扩展到全球范围，资本逻辑的驱动也将有心无力；其四，正因为西方与非西方在生产力和生产关系上的巨大悬殊，使后者在遭遇前者时缺乏足够实力进行斗争，并被迫成为世界市场的一部分，而持续的剥削与掠夺进一步扩大了殖民者与殖民地之间的差距，在这也奠定了国际社会整体的经济基础，资产阶级进而塑造了包括国际法在内的国际秩序。

毫无疑问，资产阶级自形成到获取国家政权，再到建立资本主义全球体系的全过程，均离不开经济基础和阶级斗争的塑造。这里需要注意国际社会的独特性。在国内社会，资产阶级曾是被压迫阶级，面对的是旧有的封建王权与贵族，并在经济基础支撑下通过阶级斗争实现自我解放和政权获取。但在国际社会，此前并不存在一个既有的统治阶级，甚至在资本主义将世界串联在一起前，根本就不存在一个全球范围的国际社会。资产阶级面前并没有须经阶级斗争推翻的“旧秩序”，要做的只是建立新秩序，推行符合自己利益的国际法，尽管并

主义传统，其次是二战结束后日渐兴盛的国际法的人本主义转向。参见曾令良：《现代国际法的人本化发展趋势》，载《中国社会科学》2007 年第 1 期，第 89-103 页；何志鹏：《全球化与国际法的人本主义转向》，载《吉林大学社会科学学报》2007 年第 1 期，第 113-120 页。

[137] 参见[美]斯塔夫里阿诺斯：《全球通史：从史前史到 21 世纪》，董书慧等译，北京大学出版社 2005 年版，第 343 页。

[138] 参见《马克思恩格斯选集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 110 页。

[139] 同上注，第 274 页。

[140] 参见《马克思恩格斯全集》第 12 卷，人民出版社 1998 年版，第 250-251 页。

[141] 参见《马克思恩格斯选集》第 3 卷，人民出版社 1995 年版，第 334-336 页。

[142] 同上注。

未建立“世界国家”，但按照自己的面貌为自己创造出一个世界，并成为主导者。[143]相反，广大非西方国家和地区面对的，则是已经占据国际社会主导地位的强大力量，并限于生产力和生产关系而无法有效抵抗，因而只能接受资本主义全球体系之下的秩序，而无力通过斗争来改变对自己不利的国际法和争取更多的权利。

由此，我们便能够提炼出两个关键词：经济基础和阶级斗争。这正是马克思主义唯物史观的两个核心命题：经济基础决定上层建筑，阶级斗争推动社会发展。凭借经济基础和阶级斗争，资产阶级占据本国、进趋世界、构建秩序；无力改变经济基础、进行阶级斗争，殖民地人民丧失地位、屡受剥削、被迫服从。因此，正确认识国家本位阶段的国际法，就不能忽视经济基础和阶级斗争的因素。

（二）发展动力的理论呈现

国际社会存在着整体的经济基础。尽管不存在一个独立的至高权威，但随着资本主义全球体系的建立，世界市场一方面使一切国家的生产和消费都具备了世界性，[144]同时也成为资本主义生产方式的基础。[145]大工业和世界市场将所有人都卷入其中。[146]因此，在资本逻辑的驱动下，连结为全球市场的国际社会有着整体的经济基础。[147]人们的活动也受到世界市场力量的支配。[148]这意味着以马克思主义唯物史观分析包括国际法在内的国际社会是合理可行的。

在马克思主义看来，生产力是全部历史的基础，[149]生产关系则随着生产资料和生产力的发展变化而发展变化。[150]由生产力决定的生产关系的总和构成社会的经济基础，法的关系与国家形式都建立在这一基础之上。[151]生产力不足必然会导致社会分裂为剥削阶级和被剥削阶级、统治阶级和被统治阶级。[152]不过，问题在于，鉴于无政府状态及与国内社会的差异，在对国际社会进行分析时，必须更加精确，而非生搬照抄，否则只会走向“唯物主义的对立面”。[153]

前文已经表明，国际社会存在着生产力不足的情况，这便意味着阶级会因此形成。只是我们不能以国家为单位，简单地将西方资本主义国家划为统治/剥削阶级，非西方国家划为被统治/被剥削阶级。即使西方资本主义国家内部也存在着被压迫的阶级，而历史已经证明这些阶级在国际关系中有可能发挥足够的力量；而被压迫国家的资产阶级很可能与殖民者沆

[143] 参见《马克思恩格斯选集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 276 页。
[144] 同上注，第 276 页。
[145] 参见《马克思恩格斯全集》第 46 卷，人民出版社 2003 年版，第 371 页。
[146] 参见《马克思恩格斯全集》第 44 卷，人民出版社 2001 年版，第 873-874 页。
[147] 参见《马克思恩格斯全集》，第 46 卷，人民出版社 2003 年版，第 371 页。
[148] 参见《马克思恩格斯选集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 89 页。
[149] 参见《马克思恩格斯全集》第 3 卷，人民出版社 1965 年版，第 83 页。
[150] 参见《马克思恩格斯选集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 345 页。
[151] 参见《马克思恩格斯全集》第 31 卷，人民出版社 1998 年版，第 412 页。
[152] 参见《马克思恩格斯全集》第 20 卷，人民出版社 1971 年版，第 306-307 页。
[153] 参见《马克思恩格斯全集》第 37 卷，人民出版社 1971 年版，第 410 页。

瀣一气，作为代理人并为虎作伥；[154]甚至一些表面上取得独立的国家，在资本层面仍处于主动依附的地位。[155]

因此，对国际社会中的阶级划分，必须深入到各国内部，结合生产资料及生产关系的具体情况来判断：那些在全球资本体系中占据主导和控制地位的资本主义国家的统治阶级，共同构成了国际社会的统治阶级，只是相比于国内社会，这个统治阶级在国际社会中非常松散，且彼此间可能会矛盾重重，只是在通过剥削进行资本积累的方法上存在共同之处，并在特定情况下存在着共同利益。与之相对应的便是各国被压迫的阶级，他们从整体上构成了国际社会的被统治阶级，并存在连成一片的可能，[156]这在拉丁美洲与非洲各国的反殖民独立运动中已经得到了体现。但我们也必须认识到，即使我们可以在世界范围内划分阶级、即使全球化将所有人更紧密地联系在一起，但这些阶级间的紧密性是无法和国内社会等量齐观的。

进而，马克思主义唯物史观认为，生产方式和交换方式的变更则构成了社会变迁和政治革命的终极原因，[157]阶级斗争则是“历史的直接动力”和“社会变革的巨大杠杆”。[158]需要强调的是，马克思和恩格斯尽管在早期均十分强调武装斗争，[159]但并不否认和平的斗争方式，[160]只是对此不抱有过高期待，[161]并在此后逐渐认识到阶级斗争并不必然意味着军事行动，[162]一些曾经的（即 1848 年以前）斗争方法会因时代发展而落后，以更为缓和的手段和统治阶级对抗是可能的。[163]而倘若能和平实现，则武断地斗争就是不明智的。[164]阶级的存在，使得通过阶级斗争来认识和理解包括国际法在内的国际社会成为可能。

综上所述，关于经济基础的论述显然与国本主义时期的国际法及其所处的国际社会相一致，但这一阶段的国际法本质上是从无到有的塑造，而非真正意义上因直接的阶级斗争形成。欲充分证明“经济基础—阶级形成—阶级斗争—社会发展”的链条，就需要更具针对性地分析。而国际法人本主义转向为此提供了最佳的实践范本。

（三）人本主义转向的动力契合

[154] 参见《列宁全集》第 28 卷，人民出版社 1990 年版，第 58 页。

[155] 同上注，第 346 页。

[156] 参见《马克思恩格斯选集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 234 页。

[157] 参见《马克思恩格斯全集》第 20 卷，人民出版社 1971 年版，第 292 页。

[158] 参见《马克思恩格斯全集》第 25 卷，人民出版社 2001 年版，第 362-363 页。

[159] 参见《马克思恩格斯全集》第 47 卷，人民出版社 2004 年版，第 423 页。

[160] 参见《马克思恩格斯全集》第 2 卷，人民出版社 1965 年版，第 625-626 页。

[161] 参见《马克思恩格斯选集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 239 页。

[162] 参见《马克思恩格斯全集》第 11 卷，人民出版社 1995 年版，第 264 页。

[163] 就国内阶级斗争而言，这种缓和的手段包括罢工、谈判、选举及议会斗争等，事实证明了这些斗争的成效。参见《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 1995 年版，第 510-524 页。

[164] 参见《马克思恩格斯全集》第 17 卷，人民出版社 1963 年版，第 683 页。

二战结束后，国际法开始进入人本主义转向。[165]这离不开国际社会经济基础变革和阶级斗争推动。其中，经济基础的变革需要追溯到更早的19世纪末期。

在二战结束前，国际社会长期以来并不缺乏斗争。但这些斗争绝大多数都是西方资本主义国家之间的斗争，是资产阶级为“争取世界霸权、分赃、金融资本获得有利的市场、扼杀弱小民族”[166]而进行的帝国主义战争，其核心特征在于竭力追求利润和瓜分殖民地。[167]这种斗争并非纯粹地源于资本家的恶念，而是受到资本逻辑的驱动。[168]因而这种斗争本质上是国际社会中相对松散的统治阶级内部冲突，并不会直接引发生产关系的变革，也不会根本上改变资本主义全球体系，只会因斗争的结果而变换体系中的优势对比。

但量变引起质变，资本逻辑驱动下的频繁战争极大得破坏了物质财富、消耗了生产力，动摇了人类社会的根基。[169]作为战争的主要发起者，西方资本主义国家长期积累的国力与优势在对抗中不断地被消解，对殖民地的掌控能力也不及往昔，且帝国主义的垄断同样加剧这资产阶级腐朽。[170]与此同时，事物又是普遍联系且对立统一的，殖民地人民在长期遭受剥削和压迫的同时，也在客观上不断积累实现解放和改善社会的物质前提，并等待生产力真正归属于自己的时机。[171]

此消彼长之下，尽管未从根本上直接改变国际社会中的强弱态势和阶级划分，但却足以逐渐动摇资产阶级在国际社会经济基础中的绝对主导，使被统治阶级通过阶级斗争获取解放和权益成为可能。一战的爆发及结束极大促成了殖民地的革命浪潮，土耳其、埃及、伊拉克、印度等国家与民族通过斗争，获得了西方资本主义国家不同程度的让步；而二战彻底削弱了殖民体系，全球范围内的非殖民化运动以武装斗争与和平交接等形式遍及广大亚非拉地区，西方资本主义国家也无力如一战后那边继续维持对殖民地的统治。[172]

由此，广大殖民地前所未有地取得了更具形式平等性的国际法主体地位，前所未有地参与到国际法制定、解释和适用中。在国际法规则层面，更能反映和保护曾经备受殖民压迫的人民权益规则逐渐丰富，包括以1949年日内瓦四公约为代表的国际人道法、以1948年世界人权宣言为代表的国际人权体系，以及外交关系、贸易、投资、知识产权、公共健康、国际刑法等国际法各领域的递进发展。由此，世界上所有的国家才真正成为国际法的主体而不再

---

[165] 首先是由1648年威斯特伐利亚和会开启、并在此后资本主义全球扩张中逐渐巩固的国际法的国本主义传统，其次是二战结束后日渐兴盛的国际法的人本主义转向。参见曾令良：《现代国际法的人本化发展趋势》，载《中国社会科学》2007年第1期，第89-103页；何志鹏：《全球化与国际法的人本主义转向》，载《吉林大学社会科学学报》2007年第1期，第113-120页。

[166] 参见《列宁全集》第29卷，人民出版社1985年版，第483-484页。

[167] 参见《列宁全集》第27卷，人民出版社1990年版，第43页。

[168] 参见《列宁全集》第29卷，人民出版社1985年版，第160页。

[169] 参见《列宁全集》第29卷，人民出版社1985年版，第441-449页。

[170] 帝国主义和社会主义运动中的分裂。参见《列宁全集》第28卷，人民出版社1990年版，第70-71页。

[171] 参见《马克思恩格斯全集》第12卷，人民出版社1998年版，第250页。

[172] 参见[美]斯塔夫里阿诺斯：《全球通史：从史前史到21世纪》，董书慧等译，北京大学出版社2005年版，第477-742页。

是客体，所有国家的人民才真正地成为“人”。尽管国际层面的阶级斗争并不充分，自由与平等仍然更多体现为形式意义，西方资本主义国家仍然占据实际的主导性，但 20 世纪长期反殖民、反侵略的阶级斗争却是国际法人本主义转向的首要动力。[173]

当然，除了经济基础和阶级斗争对国际法的塑造，思想意识在国际法人本主义转向中同样发挥着重要作用。在恩格斯看来，物质的第一性并不排除思想对物质的反作用，经济基础也非影响斗争的唯一因素。[174]源于西方自由主义传统的自由、人权、法治等价值在国际法人本主义转向中的推动作用同样不应被否定。但我们也应认识到，仅靠这些价值本身是无法达成任何结果的。倘若我们仅把二战后的人权国际化和国际法人本主义转向归结于人类的文明进步和因战争被警醒并哀恸战争苦难，就难以回答为何一战未能阻止二战的产生，难道一战给人类带来的苦难与伤痛是不充分的？社会生活本质是实践的，历史本质是由人创造的，因此马克思主义唯物史观强调应当从物质实践出发来解释观念，而非相反。[175]无论是国家还是个人，权利都需靠斗争来产生。[176]

（四）启示二

由此，可以得出马克思主义唯物史观对国际法认识论的第二点启示：在构建国际法认识论时，应当充分考虑“经济基础—阶级形成—阶级斗争—社会发展”的逻辑主线，西方资本主义国家因此而获得了国际社会长期的主导权，而遭受殖民掠夺、剥削和侵略的非西方国家和地区也因此实现了国际法人本主义转向。国际法及其所宣称的自由、平等、权利等价值，需要通过斗争而非坐享其成，而经济基础对斗争有着决定性的影响。因此，我们可以对国际法抱有期待，但也应认识到，国际法的美好未来不是来自于施舍、来自于文明的自发结果，而是来自于主动争取。

五、结论

自由主义和以自由主义为底色的国际法理论的确具有一定的历史进步性和文明建构性，并因资产阶级及其主导的资本主义国家在国际社会的长期主导地位而对人类整体文明进程发挥着重要作用。但这并不意味我们可以忽视全球范围内长达数百年的殖民掠夺、剥削和压迫，和西方资本主义国家以牺牲广大非西方国家和地区为代价实现了自己的发展。在资本逻辑驱使下的资本主义全球体系中，曾与殖民主义、帝国主义相伴而行的当代国际法一路走来，也绝非出淤泥而不染。资本逻辑今犹在，帝国主义和殖民主义的遗毒仍有留存，西方资本主义国家仍然在国际法理论建构、话语表达和规则设置中占有优势地位。这意味着以马克思主义唯物史观为指导，通过沿循历史轨迹、结合现实因素，实现国际法认识论的建构与完善，

[173] 关于国际法各分支领域的具体情况，see Jochen von Bernstorff, Philipp Dann (eds.), *The Battle for International Law South-North Perspectives on the Decolonization Era*, Oxford: Oxford University Press, 2019.

[174] 参见《马克思恩格斯全集》第 37 卷，人民出版社 1971 年版，第 489-490 页。

[175] 参见《马克思恩格斯选集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 92 页。

[176] 参见何志鹏：《权利基本理论》，北京大学出版社 2012 年版，第 98-108 页。

仍尤为重要。我们不能理所当然地将国际法视为美好的文明进程，也无需因国际法理想与现实的反差而丧失信心。影响国际法变革的是国际社会的经济基础，推动国际法发展的是国际社会的阶级斗争，更合理的规则、更公正的秩序、更光明的未来，并非来自于“超验世界”，也非得益于强者恩赐，而是经由自己的双手实现。这是我们认识国际法并改造国际法的关键。

浅析中国脱贫攻坚战的胜利对国际法发展的贡献

杨 晶*

摘要：2015 年第七十届联大通过《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》,明确了 17 项可持续发展目标，其中目标一为在全世界消除一切形式的贫困。我国于 2020 年顺利打赢脱贫攻坚战，有效提高了中国人民的生活水平，对世界范围内的脱贫减贫事业作出了重大贡献。

中国的脱贫攻坚事业在思想理念上，体现了以人民为中心的理念；权利保障和实现方面，推动了发展权的实现水平进一步提高。在法律制度方面，我国在立法、执法、司法全方面提供有力支持，在立法方面，各层级法律制度相互衔接，法制保障水平全面，并以部门规章为主，同时，将于今年 6 月施行的《中华人民共和国乡村振兴促进法》将为促进乡村振兴、巩固脱贫脱贫攻坚成果发挥作用；在执法方面，众多机构、部门投入其中；司法方面，最高院创建“司法+”扶贫模式，助力脱贫攻坚。我国脱贫攻坚战的胜利促进了可持续发展目标的提早实现，为世界减贫事业作出贡献，创新了减贫模式，促进了减贫方面国际法的发展，为相关国家提供思路，推动其从思想理念、权利保障、法制保障和国际层面推动本国脱贫减贫事业的进步。

关键词：脱贫攻坚　　可持续发展目标　　减贫模式

1971 年 10 月 25 日，第二十六届联大以 76 票赞成、35 票反对、17 票弃权的压倒多数通过了阿尔巴尼亚、阿尔及利亚等 23 国的提案，决定恢复中华人民共和国在联合国的一切合法权利、并立即把国民党集团的代表从联合国及所属一切机构中驱逐出去，即联大 2758 号决议,它从政治上、法律上、程序上公正彻底地解决了中国在联合国的代表权问题。第二十六届联大恢复中华人民共和国在联合国的合法权利，是新中国外交工作一次重大突破，让新中国的外交事业迈上更高的台阶。

时至今日，中华人民共和国恢复联合国合法席位已满 50 周年。在这 50 年中，我们不仅在外交实际工作中取得长足进步，在国内经济建设方面亦取得突出成就。2020 年，我国打赢脱贫攻坚战，消除绝对贫困，这不仅使得广大中国人民的生活水平得到提高，更在国际层面上推动了减贫事业的发展，创新了减贫模式，还促进了脱贫减贫领域国际法的制定与实施的进步。

一、脱贫攻坚基本情况概述

《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》（A/RES/70/1）（下称《议程》）于 2015 年在联合国大会第七十届会议上通过，自 2016 年 1 月 1 日正式启动。《议程》确定了世界今后 15 年为实现 17 项可持续发展目标而努力的方向，并在导言中明确承诺：“我们承诺做出不懈努力，使这一议程在 2030 年前得到全面执行。我们认识到，消除一切形式和表现的贫

*杨晶 华东政法大学国际法学院博士研究生

困，包括消除极端贫困，是世界的最大挑战，对实现可持续发展必不可少。我们决心采用统筹兼顾的方式，从经济、社会和环境这三个方面实现可持续发展。”同时在 17 项可持续发展目标中，目标 1 便就消除贫困事宜作出规定，表示“在全世界消除一切形式的贫困”。[2]2016 年 4 月 22 日，中国政府发布《落实 2030 年可持续发展议程中方立场文件》，该文件明确了包括“消除贫困和饥饿”在内的 9 项的重点领域和优先方向，并明确“今后 5 年，中国将帮助现有标准下 5575 万农村贫困人口全部脱贫，这是中国落实 2030 年可持续发展议程的重要一步，也是中国下定决心必须争取实现的早期收获。”[3]

2021 年 2 月 25 日，习近平主席在全国脱贫攻坚总结表彰大会上庄严宣告：“经过全党全国各族人民的努力，在迎来中国共产党成立一百周年的重要时刻，我国脱贫攻坚战取得了全面胜利，现行标准下 9899 万农村贫困人口全部脱贫，832 个贫困县全部摘帽，12.8 万个贫困村全部出列，区域性整体贫困得到解决，完成了消除绝对贫困的艰巨任务.....提前 10 年实现《联合国 2030 年可持续发展议程》减贫目标”。中国脱贫攻坚的实现为不仅在国内使得农村贫困人口脱贫，更在国际层面上为《议程》目标的实现和国际法的发展作出了突出贡献。

二、脱贫攻坚战的理念核心与人权保障

（一）理念核心：以人民为中心

《议程》体现了以人民为中心的理念。《议程》第 2 段对以人民为中心做了最直接的表述：“我们代表我们为之服务的各国人民，就一套全面、意义深远和以人为中心的具有普遍性和变革性的目标和具体目标，做出了一项历史性决定。”同时第 52 段表示“'我联合国人民'是《联合国宪章》的开篇名言。今天踏上通往 2030 年征途的，正是'我联合国人民'.....这是一个民有、民治和民享的议程，我们相信它一定会取得成功。”可以看出，《议程》所追求的“以人民为中心”是一个民有、民治和民享的理念，“民有”是指人民是国家的 “主权者”或 “所有者”，民治指国家的一切权力属于人民，“民享”是指政府以人民为目的，为人民服务。[4]同时，在《议程》的 17 项目标中，有 10 项目标直接指向人的生存、生活水平的提高和便利，并且剩余 7 项即使没有在表述中直接体现人，其所追求实现的目标也有助于提升人类生活水平。《议程》全文均体现了对人民的关怀和对人类命运的关切，这对世界各国的发展方向具有较强的指引作用。

我国各项制度均体现了以人民为中心的理念。《中华人民共和国宪法》（下称《宪法》）序言中明确“中国人民掌握了国家的权力，成为国家的主人”，第二条明确规定“中华人民共和国的一切权力属于人民”，从国家制度层面上保证了人民的主体地位。[5]同时，各项具体

[2] 参见《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》

[3] 2016 年 4 月 22 日《落实 2030 年可持续发展议程中方立场文件》

[4] 参见赵建文：《遵循 <联合国宪章>:实现发展权的基本保障——以<改变我们的世界: 2030 年可持续发展议程>为视角》，载于《人权》2016 年 4 月，19—39 页

[5] 参见《中华人民共和国宪法》

制度的实施也体现了以人民为中心的思想理念，在脱贫攻坚过程中，各项政策文件的出台和实施亦体现了该理念。2015 年 11 月 29 日《中共中央 国务院关于打赢脱贫攻坚战的决定》指出：“扶贫开发事关全面建成小康社会，事关人民福祉.....打赢脱贫攻坚战，是促进全体人民共享改革发展成果、实现共同富裕的重大举措”，国务院于 2016 年 12 月 2 日发布的《“十三五”脱贫攻坚规划》亦体现了这一理念，该《规划》提出：到 2020 年，确保现行标准下建档立卡贫困人口实现脱贫，不愁吃、不愁穿，义务教育、基本医疗和住房安全有保障，12.8 万个建档立卡贫困村有序摘帽，832 个贫困县全部摘帽，解决好区域性整体贫困问题。[6]2021 年 2 月 25 日习近平主席在《在全国脱贫攻坚总结表彰大会上的讲话》明确指出：“坚持以人民为中心的发展思想，坚定不移走共同富裕道路。“治国之道，富民为始。”我们始终坚定人民立场，强调消除贫困、改善民生、实现共同富裕是社会主义的本质要求。”[7]可以看出，我国脱贫攻坚的实现过程和实现结果都实现了以人民为中心的理念。

（二）人权保障：推动发展权实现水平提高

国际人权保护的基本内容可以分为三大类：第一是公民权利和政治权利，第二是经济、社会和文化权利，第三是民族、发展和环境等集体权利。在第三个大类中包含民族自决权、发展权和环境权三个权利，其中发展权是一项集体人权。根据《发展权利宣言》等人权文件，发展权至少应包括以下内容：（1）人是发展进程的主体，因此，人应成为发展权的积极参与者和受益者；（2）创造有利于各国人民和个人发展的条件是国家的主要责任，国家有权利和义务制定适当的国家发展政策；（3）国际和平与安全是实现发展权利的必不可少的因素，各国有义务在确保发展和消除发展的障碍方面相互合作；（4）发展是经济、社会、文化和政治的全面进程，其目的是不断改善全体人民和所有个人的福利。[8]从该定义中可以看到，实现发展权需要国内与国际两个方面的支持与配合。在国内，国家需制定发展政策，以从经济、社会、文化和政治全方面改善全体人民和所有个人的福利，保证人成为发展权的积极参与者和受益者；在国际层面，各国需要保障国际和平、安全与合作。

在保障实现发展权方面，我国无论是在国际公约的签署还是在国内政策的制定和实施方面均作出了突出贡献。 在参与公约方面，我国积极参加《发展权宣言》的起草工作，于 1997 年 10 月 27 日签署《经济社会和文化权利国际公约》并于 2003 年 3 月 27 日批准该公约，于 1998 年 10 月 5 日签署《公民权利和政治全力国际公约》；在国内政策制定和实施方面，我国所实施的脱贫攻坚、精准脱贫是实现和促进发展权实现的重要表现之一。我国实施坚持精准扶贫方略，用发展的办法消除贫困根源；坚持开发式扶贫方针，坚持把发展作为解决贫困的根本途径，改善发展条件，增强发展能力，实现由“输血式”扶贫向“造血式”帮扶转变。精准扶贫是打赢脱贫攻坚战的制胜法宝，开发式扶贫方针是中国特色减贫道路的鲜明特征。

[6] 参见《国务院关于印发“十三五”脱贫攻坚规划的通知》【国发〔2016〕64 号】

[7] 习近平总书记在全国全国脱贫攻坚总结表彰大会上的讲话，新华社北京 2021 年 2 月 25 日电

[8] 王虎华主编：《国际公法学》（第四版），北京大学出版社，第 471 页

[9]从上述所实施的政策基本内容可以看到，我国注重扶贫的精准性和长效性，保证贫困人口脱贫后的内生动力和自身发展能力。从时间发展脉络上来看，我国始终注重保证发展权的高水平全面和精准实现。2012 年年底，党中央强调，“小康不小康，关键看老乡，关键在贫困的老乡能不能脱贫”，承诺“决不能落下一个贫困地区、一个贫困群众”；2013 年，党中央提出精准扶贫理念，创新扶贫工作机制；2015 年，党中央召开扶贫开发工作会议，提出实现脱贫攻坚目标的总体要求，实行扶持对象、项目安排、资金使用、措施到户、因村派人、脱贫成效“六个精准”，实行发展生产、易地搬迁、生态补偿、发展教育、社会保障兜底“五个一批”。2017 年，党的十九大把精准脱贫作为三大攻坚战之一进行全面部署。2020 年，为有力应对新冠肺炎疫情和特大洪涝灾情带来的影响，党中央要求全党全国以更大的决心、更强的力度，打好收官战。[10]从实施效果层面看，我国脱贫攻坚战的全面胜利促进了发展权实现水平的进一步提高。通过脱贫攻坚，我国现行标准下 9899 万农村贫困人口全部脱贫，脱贫地区经济社会发展大踏步赶上来，基础设施建设突飞猛进，社会事业长足进步，义务教育阶段建档立卡贫困家庭辍学学生实现动态清零，脱贫群众精神风貌焕然一新，增添了自立自强的信心勇气。广大脱贫群众激发了奋发向上的精气神，社会主义核心价值观得到广泛传播，文明新风得到广泛弘扬。[11]故从上述政策的整体脉络和实施效果中可以看到，我国实施脱贫攻坚、精准脱贫非常好地保障了人民的发展权，所实施的政策在经济、社会、文化和政治等全方面改善了全体人民的生活和所有个人的福利，保证人民成为发展权的积极参与者和受益者，尤其保障和提高了贫困地区人民的生活水平和生活质量，促进了发展的平衡程度，进而对于促进了全球范围内发展权实现水平的提高。

三、法制保障：立法、执法与司法全方位保障

在实施脱贫攻坚过程中，我国在法律制度方面建立了全面的保障制度，保证给予脱贫攻坚以坚实的制度后盾。

首先，在立法方面，各层级法律制度相互衔接，法制保障水平全面，并且以部门规章为主。根据笔者在“北大法宝”数据库中以“脱贫攻坚”为关键词所得的检索发现，行政法规有 6 项，部门规章有 145 项，司法解释有 2 项。除此之外，党内法规有 8 项，行业规定有 3 项，团体法规有 4 项。通过进一步对法规内容的分析可以发现，在 6 项行政法规中，有 1 项涉及“十三五”期间的脱贫攻坚规划，有 1 项涉及消费扶贫助理脱贫攻坚、2 项涉及脱贫攻坚普查、1 项涉及加强社会保障体系助力脱贫攻坚，1 项为脱贫攻坚工作情况的报告。从上述数据中可以发现，在行政法规角度来看，国务院从宏观制度设计层面上为脱贫攻坚做整体设计，并且在所涉及的内容方面，从初期的整体规划、中期的消费和社会保障助力脱贫攻坚、到后期的普查以及脱贫攻坚成果报告均有所涵盖，可以说，在整个脱贫攻坚的整个进程中，行政法规均发挥着引领、指导和总体规划作用。在 145 项部门规章中，从发布时间上来

[9] 习近平总书记在全国全国脱贫攻坚总结表彰大会上的讲话，新华社北京 2021 年 2 月 25 日电

[10] 同 2

[11] 同 2

看，发布时间最早的为 1993 年 2 月，最近的为 2021 年 1 月；从所涉及的部门来看，上述部门规章的发文部门为多个部门，包含财政部、国家卫生健康委员会、教育部、国务院扶贫办、国家发展和改革委员会、国家广播电视总局、能源局、交通运输部等较多部门，并且部分文件为多部门联合发文；在效力级别上，效力为部门工作文件的为 101 项，部门规范性文件为 44 项；从是否仍现行有效的角度看，现已失效的法规只有 1 项，剩余 144 项均为继续有效的法规。从部门规章角度分析可以发现，从发布时间脉络上可以看出，脱贫攻坚是一项长期工程，至少从部门规章层面可以看出从 1993 年便已开始实施，到 21 世纪继续实施，经过长时间接续努力和奋斗，才能如期实现脱贫攻坚目标；从发文部门上可以看出，脱贫攻坚是一项各个部门、各个机构、众多工作者合力攻坚克难、取得胜利的过程，并且是一项系统工程，不可能由单个或少数几个部门工作就能实现，每一个地区、一个家庭遭遇贫困的原因各不相同，并且脱贫工作需要相互衔接、相互配合，不能仅仅通过一刀切的政策就可以让每一个家庭都摆脱贫困，多部门联合工作可以脱贫工作的顺利实施和实现；从效力上来看，部门工作文件许多，部门规范性文件较少。脱贫攻坚在实践中遇到较多细节性问题和需要拆分细化的工作，同时我国在脱贫攻坚中改“大水漫灌”为“精准滴管”，保证贫困家庭的致贫原因得到精准解决，故此需要用部门工作文件的形式使工作需求得到一步步的细化落实。最后从是否仍现行有效的角度来看，仍然现行有效的占绝大多数，占比达到 99%。我国虽然已经在脱贫攻坚上取得全面胜利，但人民生活水平提高的步履不能停歇，同时还存在有一部分已脱贫人口的脱贫成果仍需进一步巩固和发展，因此保证相关部门规章继续有效具有其现实必要性。

同时，在脱贫攻坚取得全面胜利之后，相关立法工作并未彻底终止，而是进一步发展。《中共中央国务院关于实现巩固拓展脱贫攻坚成果同乡村振兴有效衔接的意见》指出：打赢脱贫攻坚战、全面建成小康社会后，要在巩固拓展脱贫攻坚成果的基础上，做好乡村振兴这篇大文章，接续推进脱贫地区发展和群众生活改善。做好巩固拓展脱贫攻坚成果同乡村振兴有效衔接，关系到构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局，关系到全面建设社会主义现代化国家全局和实现第二个百年奋斗目标。[12]。在该背景下，2021 年 4 月 29 日，习近平主席签发第七十七号主席令，宣布《中华人民共和国乡村振兴促进法》已由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议于 2021 年 4 月 29 日通过，现予公布，自 2021 年 6 月 1 日起施行。《中华人民共和国乡村振兴促进法》（下称《乡村振兴促进法》）为实施乡村振兴战略提供有力法治保障。该法共包括 10 章七十四条，涉及产业发展、人才支撑、文化繁荣、生态保护、组织建设、城乡融合、扶持措施、监督检查及其他相关内容，同时该法第二条第一款规定：全面实施乡村振兴战略，开展促进乡村产业振兴、人才振兴、文化振兴、生态振兴、组织振兴，推进城乡融合发展等活动，适用本法。

[12] 新华社北京 3 月 22 日电 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1694987486551434003&wfr=spider&for=pc（2020 年 12 月 16 日）

[13]不难看出，《乡村振兴促进法》重视在产业、文化、生态、组织振兴与城乡融合等方面，与脱贫攻坚的相关内容实现了有效衔接，并且与发展权的内在要求相契合，保证在经济、社会、文化和政治全方面改善人的福利，保证人成为发展权的积极参与者和受益者。因此，无论在脱贫攻坚全面胜利之前还是之后，我国的相关立法工作均在有效开展和实施，助力脱贫攻坚和乡村振兴的进一步发展。

其次，在执法方面，众多机构、部门投入这项伟大的事业中。8 年来，中央、省、市县财政专项扶贫资金累计投入近 1.6 万亿元，其中中央财政累计投入 6601 亿元，开展产业扶贫、科技扶贫、教育扶贫、文化扶贫、健康扶贫、消费扶贫等活动，实施“万村帮万企”。坚持精准扶贫方略，用发展的办法消除贫困根源。始终强调，脱贫攻坚，贵在精准，重在精准，坚持因村因户因人施策，因贫困原因施策，因贫困类型施策，对症下药、精准滴灌、靶向治疗，真正发挥拔穷根的作用，落实驻村第一书记和工作队、东西部协作、对口支援、社会帮扶等制度，[14]可以看到，在实施脱贫攻坚过程中，各级部门采取措施积极应对贫困问题，从财政、产业、科技、教育、文化、健康、消费等各方面采综合方法，并结合致贫原因、家庭特点等情况对症下药，最终取得了脱贫攻坚的良好成绩。

最后，在司法方面，最高人民法院开展定点扶贫工作，将全面依法治国与精准扶贫、乡村振兴战略相融合，将司法与扶贫工作有机结合，创建独具特色的“司法+”扶贫模式，助推司法扶智、党建引领、法治宣传、信息化建设、舆情引导、电商扶贫等工作大放异彩， 帮助两县实现了历史性的跨越。[15]

综上所述，在法制保障促进实现脱贫攻坚方面，我国在立法、执法、司法层面设立了全面的保障机制，用法治手段确保脱贫攻坚的实施有法可依、有法必依、执法必严、违法必究，并且保证贫困地区人民诉诸司法手段时的便利性，更加完整的促进了我国脱贫攻坚战略的顺利实施。

四、国际意义：推动世界减贫事业发展

我国顺利实现脱贫攻坚不仅在国内具有历史性的重大意义，对世界范围内摆脱贫困、提升人民福祉、实现《议程》目标同样具有重要意义。习近平总书记在脱贫攻坚总结表彰大会中的讲话指出：中国的脱贫攻坚创造了减贫治理的中国样本，为全球减贫事业作出了重大贡献。摆脱贫困一直是困扰全球发展和治理的突出难题。改革开放以来，按照现行贫困标准计算，我国 7.7 亿农村贫困人口摆脱贫困；按照世界银行国际贫困标准，我国减贫人口占同期全球减贫人口 70%以上。特别是在全球贫困状况依然严峻、一些国家贫富分化加剧的背景下，我国提前 10 年实现《联合国 2030 年可持续发展议程》减贫目标，赢得国际社会广泛赞誉。我们积极开展国际减贫合作，履行减贫国际责任，为发展中国家提供力所能及的帮助，

[13] 参见《中华人民共和国乡村振兴促进法》

[14] 习近平总书记在全国全国脱贫攻坚总结表彰大会上的讲话，新华社北京 2021 年 2 月 25 日电

[15] 《脱贫攻坚：“司法+”托起新生活护航新奋斗》http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-289401.html，发布时间：2021-03-07，最后访问时间：2021 年 5 月 1 日

做世界减贫事业的有力推动者，这个成绩属于中国，也属于世界，为推动构建人类命运共同体贡献了中国力量！[16]

中国脱贫攻坚的实现为实现《议程》目标 1、为世界的减贫工作探索出中国方案，助力世界其他国家和国际组织脱贫减贫工作的顺利开展。《议程》目标 1 为在全世界消除一切形式的贫困，目标 2 为消除饥饿，实现粮食安全，改善营养状况和促进可持续农业。目标 1 中的 1.1、1.2、1.3[17]三项具体目标分别涉及消除极端贫困、贫困人口数量减半标准、社会保障措施较大程度上覆盖穷人和弱势群体三大内涵。经过我国的脱贫攻坚，党的十八大以来，平均每年 1000 多万人脱贫，相当于一个中等国家的人口脱贫。贫困人口收入水平显著提高，全部实现“两不愁三保障”，脱贫群众不愁吃、不愁穿，义务教育、基本医疗、住房安全有保障，饮水安全也都有了保障。2000 多万贫困患者得到分类救治，曾经被病魔困扰的家庭挺起了生活的脊梁。近 2000 万贫困群众享受低保和特困救助供养，2400 多万困难和重度残疾人拿到了生活和护理补贴。[18]可以看出，我国的脱贫攻坚已经在很大程度上促进了《议程》目标 1 的实现。

同时，中国脱贫攻坚的实现还为世界范围内的脱贫减贫事业提供了中国方案，可以为其他需脱贫减贫的国家提供可借鉴思路和方案，创新了减贫模式。当前，世界各国都在探索适合本国国情的减贫道路。在研究中国减贫经验和理论时，多国专家发现，中国减贫经验不乏普遍意义，某种程度上可以被概括为“5D”要素，即坚强领导（Determined Leadership）、细绘蓝图（Detailed Blueprint）、发展导向（Development Oriented）、数字管理（Data-based Governance）、分级实施（Decentralized Delivery）。此外，中国不仅着力于理论和经验层面的世界共享，还广泛开展减贫援助、减贫协作等，具体说来，包括“援助式”方案直接为全球减贫输血、“发展式”方案有效推进多国减贫、“共享式”方案助力世界减贫可持续。[19]可以看出，中国的减贫经验不仅在理论经验方面具有可复制性、可推广性，在与相应国家特定国情相匹配的情况下，可以帮助其他国家实施减贫工作，更从实际行动层面上帮助有需要的国家提升减贫水平，提高当地人民生活水平，为世界减贫事业提供了中国模式与中国智慧，为相关国家提供减贫思路，推动其从思想理念、权利保障、法制保障和国际层面促进本国脱贫减贫事业的发展。

---

[16] 同 1

[17] 1.1 到 2030 年，在全球所有人口中消除极端贫困，极端贫困目前的衡量标准是每人每日生活费不足 1.25 美元[极端贫困标准]

1.2 到 2030 年，按各国标准界定[各国自行界定的贫困标准]的陷入各种形式贫困的各年龄段男女和儿童至少减半

1.3 执行适合本国国情的全民社会保障制度和措施，包括最低标准，到 2030 年在较大程度上覆盖穷人和弱势群体

[18] 习近平总书记在全国全国脱贫攻坚总结表彰大会上的讲话，新华社北京 2021 年 2 月 25 日电

[19] 新华社国家高端智库发布了报告《中国减贫学——政治经济学视野下的中国减贫理论与实践》（2021 年 2 月）

五、结语

新中国自 1971 年恢复联合国合法席位以来，已有 50 周年。在这 50 年中，中国取得了举世瞩目的发展成就，已成长为世界第二大经济体、第一制造业大国和最大的货物贸易国。在国际规则方面，尤其近年来，我国积极运用国际规则，实现了从“旁观者、跟随者”到“参与者、引领者”的转变。2015 年联合国大会第七十届会议通过《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》（A/RES/70/1）,为今后 15 年的发展确立了发展方向，并明确了 17 项可持续发展目标，其中目标一便明确在全世界消除一切形式的贫困。贫困是人类社会的顽疾，这一问题阻碍个人和家庭更好地享受生活，阻碍人类社会的发展进步。2020 年，我国打赢脱贫攻坚战，完成了消除绝对贫困的艰巨任务。这不仅是中国人民的胜利，也是世界的胜利，促进了可持续发展目标的实现，并为世界范围内脱贫减贫事业提供了中国模式与中国智慧，为该领域国际法的制定和实施作出了突出贡献。同时，脱贫攻坚战的胜利并非终点，我们将继续努力，并以《乡村振兴促进法》为法制保障，实施乡村振兴战略，巩固脱贫攻坚成果。未来，中国将继续维护以联合国为核心的国际秩序，维护国际法，并进一步为国际法的理论与实践的发展作出积极贡献。

打击跨国有组织犯罪的新形势：治理难题与中国因应

杨艳楠*

（北京外国语大学法学院 北京 100089）

摘 要:全球化趋势下的今天，由有组织性、跨国性两大特性叠加加持的跨国有组织犯罪依然是困扰世界各个国家和地区安全及经济社会发展的共同难题。中国作为《联合国打击跨国有组织犯罪公约》签约方，遏制有组织犯罪滋生蔓延，既是我国承担的国际义务，也是确保人民群众安全和社会稳定的现实需要。《反有组织犯罪法（草案）》体现了刑事一体化思想，统一了有组织犯罪的法定内涵，对打击与预防跨国有组织犯罪的国际刑事司法合作进行了指导，为常态化开展扫黑除恶斗争提供充分的法律依据，有利于实现对有组织犯罪于国内“从小到大”后发展成为跨国犯罪组织的全过程预防和规制。

关键词：跨国有组织犯罪；国际刑事司法合作；反有组织犯罪法；恶势力组织

1 跨国有组织犯罪问题的界定

联合国将跨国有组织犯罪列为世界安全的五大主要威胁之一[1]。前联合国秘书长安南曾评价跨国有组织犯罪为：“通讯工具和个人流动性使民间社会的分子能够进行全球运作，同样地也使“不文明社会”的分子能全球运作。在这个边界漏洞越来越多的世界上已经出现跨国犯罪、贩毒、洗钱和恐怖主义等对国家安全、经济发展、民主和主权的新威胁”[2]。

自上个世纪初以来，随着犯罪的不断演化，各国国内出现了有组织犯罪。随着全球化程度的不断加深，各国之间的经济联系更加紧密，国家的边界提供了分割的市场和管制，违禁品也因此有了不同的价格，[3]而有的国家政府不能对违法商品和服务实现有效的政府管制，任由一个利润丰厚的法外市场存在，当非法市场和合法市场的界限变得模糊时，犯罪组织越做越大，呈现出了跨国性的特点，跨国有组织犯罪由此产生。

上个世纪六十年代，人们便将非法毒品、劳工市场的兴起视作“经济全球化”的另一表象。因此有学者将这种全球商品、人员、服务和货币工具横向流动的跨国网络作为跨国有组织犯罪的内涵，[4]认为跨国有组织犯罪是一种运营违禁品的商业结构，正如联合国秘书长在

* 杨艳楠，女，北京外国语大学法学硕士在读，研究方向为国际司法与执法合作、国际刑事司法合作。

[1] 参见搜狐新闻:“联合国改革提出新集体安全观称全球有五大威胁”，http://news.sohu.com/20041201/n222327127.shtml，2021 年 5 月 6 日最后访问。

[2] 参见联合国官网，https://www.un.org/chinese/events/palermoconvention/，2021 年 5 月 6 日最后访问。

[3] 参见王晨宇，齐大伟:《跨国有组织犯罪与失败国家：挑战与应对》，载《福建警察学院学报》2015 年第 3 期，第 1 页。

[4] *See*: Michael Levi, *The Organization of Serious Crimes for Gain* in Mike Maguire, Rod Morgan &

发言中提到的："犯罪组织有着类似公司企业一般的结构形式"[5]，如此加以牟取经济利益的限定条件[6]，则将那些出于政治或其他目的而从事恐怖活动的犯罪组织实施的跨国恐怖犯罪、跨境黑社会组织实施的暴力犯罪以及反社会的邪教组织实施的跨国犯罪等排除在外，存在内涵不足的问题，"这就是为什么一些有关跨国有组织犯罪的论述中一些涉及腐败犯罪、环境犯罪、战争犯罪和国际犯罪的概念很少被关注。"[7]还有学者主张从犯罪的组织形态上界定跨国有组织犯罪的概念，认为只要实施了涉及两个以上国家刑法规定之罪的犯罪人是具有组织形态的，即属于跨国有组织犯罪。

2 跨国有组织犯罪的治理困境

谈论跨国有组织犯罪问题需要把握其"有组织"和"跨国性"两个基本特性，正是这两个要素的叠加使得跨国有组织犯罪成为危害最重、最难治理的犯罪问题。自上个世纪初以来，各国国内的犯罪不断演化，犯罪现象由低级的个体犯罪向高级的集体犯罪进化，出现了有组织的犯罪形式。同时随着全球化程度的不断加深，各国间的经济联系日益紧密，国家边界线的存在提供了分割的市场和管制，违禁品也因此有了不同的价格，现如今，跨国有组织犯罪的领域不仅局限于走私、贩毒、洗钱等传统犯罪，扩展到人口贩卖、贪污贿赂、制售假币、恐怖主义活动等更大的范围，甚至已经渗透到各国的金融、经济和政治系统，构成了对世界各国和国际社会安全与发展的严重威胁，直接影响着国际社会的政治稳定、人民安全、经济发展，成为国际社会的公害。

有组织犯罪历来被认为是犯罪的最高形态，由于其具有严格的分工和组织结构，具有高度的专业化和规模化特征，这种犯罪将对国家和社会造成其他犯罪不可比拟的损失和威胁。

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第一条中规定，有组织犯罪集团是指"由三人或多人所组成的、在一定时期内存在的、为了实施一项或多项严重犯罪或根据本公约确立的犯罪以直接或间接获得金钱或其他物质利益而一致行动的有组织结构的集团；[8]"。有组织犯罪与一般的共同犯罪不同，一般的共同犯罪是孤立的个人行为形成的合意，而有组织犯罪是一种群体性的社会恶势力，组织成员不再是孤立的个人，其背后有强大的组织力量为支撑，犯罪

Robert Reiner, The Oxford Handbook of Criminology, Oxford University Press, 2012, p595.

[5] 参见联合国第十届预防犯罪和罪犯待遇大会文件《全世界犯罪和刑事司法状况》中的秘书长报告(A/CONF/187/5)。

[6] 参见孙茂利：《有组织犯罪论》，载杨春洗主编：《刑法基础论》，北京大学出版社 1999 年版。转引自赵永琛：《关于跨国有组织犯罪的若干理论问题》，载《政法论坛》2000 年第 6 期第 86-94 页。

[7] *See*: James Sheptycki: *Against Transnational Organised Crime* in Margaret E.Beare: Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption, Toronto University Press, 2003, p120-144.

[8] 参见中国人大网："联合国打击跨国有组织犯罪公约"：http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2003-11/07/content_323719.htm，2021 年 2 月 9 日最后访问。

能量更为巨大，确定个人刑事责任更为困难，预防和打击难度都比一般的共同犯罪更大。

这些犯罪组织在本国国内和国外都建立了自己的网络，犯罪规模不断扩大，犯罪的组织化程度不断提高，变得越来越复杂[9]。

世界经济朝着全球化、一体化发展，而国际社会的多元化态势永远不会削减，各国各民族的政治制度、文化传统、法律制度仍存在着极大的差异，犯罪一旦跨国越国境，将会涉及不同的司法管辖权的冲突问题。跨国有组织犯罪的跨国性将这些差异与冲突转化为逃避追究的避风港。

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第三条规定，跨国犯罪是指以下四种情形：“ 在一个以上国家实施的犯罪；虽在一国实施，但其准备、筹划、指挥或控制的实质性部分发生在另一国的犯罪；犯罪在一国实施，但涉及在一个以上国家从事犯罪活动的有组织犯罪集团；犯罪在一国实施，但对于另一国有重大影响。[10]”这些跨国犯罪组织往往会选择法律风险较小的国家，最大限度的逃避法律制裁，降低犯罪成本，趋利避害，加之部分国家内部政治、经济、社会动荡，国家治理能力显著不足，跨国有组织犯罪成为国际社会公认的治理难题。

2《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的有关规定

面对全球化趋势和日益猖獗的跨国有组织犯罪，国际社会认识到依靠单一国家的努力难以解决此类问题，相反，只有在各国的立法和司法中加强协调与合作才能得以遏制。

从 1937 年开始，国际社会陆陆续续制定了很多法律文件类规范此类问题，但因缺乏国际法律约束力，签署的国家也非常少而收效甚微。联合国从 20 世纪 90 年代以来，先后通过了《有组织犯罪问题》《预防和控制有组织犯罪》《禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》等文件，并于 1994 年意大利那不勒斯跨国有组织犯罪世界部长级会议达成了发展新的国际合作战略以应对此类犯罪的共识，认为应当制定具有强制约束力的打击跨国有组织犯罪的国际公约。

2000 年前后，联合国通过了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及打击贩运人口、偷运移民、非法制贩枪支、弹药等三个补充议定书，包括中国在内的一百二十的个国家共同签署加入。

《公约》的宗旨是促进国际刑事司法合作，形成打击跨国有组织犯罪的统一的全球认识、统一的法律措施[11]，以便更有效地共同预防和打击有组织犯罪。即使有了相同的出发点，各国的社会制度、所处发展阶段、具体国情、刑事法律体系各有差异，这直接导致了对打击对

[9] 参见联合国第十届预防犯罪和罪犯待遇大会文件《全世界犯罪和刑事司法状况》中的秘书长报告(A/CONF/187/5)

[10] 参见中国人大网：联合国打击跨国有组织犯罪公约:http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2003-11/07/content_32

3719.htm.2021 年 2 月 9 日最后访问

[11] 参见《政治宣言和打击跨国有组织犯罪全球行动计划》.

象的认识和取舍标准上的差异。而联合国认为，打击跨国有组织犯罪的核心是合作打击有组织犯罪集团的暴利犯罪所得，同时，这也应当被视作打击跨国有组织犯罪的全球共识。

《公约》第一条、第三条分别对“有组织犯罪”、“跨国犯罪”的概念作出表述，为正确认定跨国有组织犯罪提供基本前提。《公约》还通过将洗钱行为的入罪化，使得洗钱行为被国际社会认同为有组织犯罪的下游犯罪和伴生产物，促成联合国提出的全球共识。

犯罪分子集合起来组成跨国犯罪组织的动力来源于经济，尽管在许多场合跨国犯罪组织追逐着政治影响或一方权势，但这也只是其犯罪手段或附随现象。跨国犯罪组织的经济性表现在两个方面：一是这些犯罪集团建立和发展在一定的经济基础之上，高度的组织化、专业化、信息化使得跨国犯罪组织的运转需要大量的资金支持；二是其追逐的经济目的决定了其一切其他特征和行为，跨国犯罪组织总是通过依法成立的公司、企业、法人代表团体或者空壳公司掩饰其犯罪集团的主体身份，通过从事正当生意，例如经营娱乐场所、物流公司、房地产开发、采矿等，掩盖其犯罪犯罪行为，如此披着经营合法行业的外衣，既方便他们非法运输毒品、武器等违禁品，也方便将巨额犯罪所得的收入洗白，从而投入下一轮犯罪的成本之中。

在近日意大利一场对于黑手党“恩德朗盖塔”的刑事审判中，警方披露这个犯罪组织控制着欧洲 80% 的可卡因交易，每年赚得 500 亿英镑（约合人民币 4409 亿元），约占意大利 GDP 的 3%[12]。在追逐非法经济利益的跨国犯罪活动中，巨额犯罪收益的转移是关键。洗钱既是跨国有组织犯罪的一种形式，又对所有跨国有组织犯罪起到保护和促进作用，成为维持跨国有组织犯罪的“生命线”。如果没有洗钱的帮助，犯罪分子无法享受犯罪的巨额收益，犯罪规模会相应缩减很多。

3 中国对于《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的执行与贯彻

中国作为《有组织犯罪公约》签约方，遏制有组织犯罪滋生蔓延，既是我国承担的国际义务，也是确保人民群众安全和社会稳定的现实需要。

一直以来，国际社会主要通过国际公约规制程序方面的事宜来促成跨国犯罪的国际刑事司法协助与合作，而对于打击跨国犯罪的实体法，则需要依据一国的国内法。《公约》所构建的打击跨国有组织犯罪的法律机制开辟了国际刑事司法合作的新领域，使打击跨国犯罪的国际法律合作延申到实体法领域。为了使这部“千呼万唤始出来”的《公约》发挥效用需要各国的努力调整国内的实体法来实现制度的接轨，否则很难在国际合作中找到交集。

具言之，各缔约国应采取有效的预防有组织犯罪的具体措施，包括减少有组织犯罪集团进入合法市场机会的措施、矫正犯罪人的措施、法律和制度评估与完善的措施、宣传打击与预防有组织犯罪的措施等。一直以来，我国刑法未对“有组织犯罪集团”做出界定，仅界定

[12] 参见潇湘晨报 2021 年 1 月 20 日报道：意大利最富有黑手党受审：每年赚 500 亿镑，嫌疑人达 300 多名：http://app.myzaker.com/news/article.php?pk=6007c0c532ce40eb05000037&f=zaker_live.2021 年 5 月 6 日最后访问。

了暴力化的有组织犯罪集团——黑社会性质组织与恐怖主义组织，将有组织犯罪集团作为一般犯罪集团处理，忽略了有组织犯罪的特殊危害性[13]。

历史上，中国长期存在着黑社会组织。新中国成立后，历史上臭名昭著的黑社会在我国大陆地区基本被铲除。但是，黑社会造成的不良影响却并未消失。改革开放以来，我国经济社会发展繁荣，同时也为黑恶势力、跨国犯罪组织的产生和发展提供了土壤和空间。我国在立法上规定有黑社会性质组织，而否认黑社会组织的存在。但是，这些犯罪组织经过十几年的发展，其犯罪手段与组织规模都发生了变化，其中一部分犯罪组织已经完成犯罪资本的原始积累，进入了商业化的有组织犯罪阶段，具有充足的资金与完善的组织结构，而少数的犯罪组织则已经进入了黑社会发展的更高阶段，开始积极地扩张并与其他的黑社会组织联合，包括与境外黑社会组织合作，进行发规模的跨国、跨区域的犯罪活动。

涉及我国的跨国有组织犯罪，从无到有、从轻到重，从犯罪团伙发展为有组织的跨国犯罪集团，呈现为一个不断发展和恶化的趋势。由于在打击跨国有组织犯罪方面，涉及到我国国际合作机制和成效的局限性，使我们国家和人民的利益受到重大损失。因此，我国有加强国际刑事司法和执法合作，建立健全打击有组织犯罪法律制度并籍此打击跨国有组织犯罪的需要。

从整体眼光看，跨国有组织犯罪的特殊性和复杂性使得此类问题成为国际社会安全与发展的顽疾，加强国际合作，建立统一的防控机制与网络，以提高应对有组织犯罪的成效，不仅是各国的共同需要，也是各国的共同责任。2017 年 9 月 26 日，习近平总书记在国际刑警组织第八十六届全体会议开幕式上发表了主旨演讲，指出“全球安全问题的内涵和外延在不断拓展，传统犯罪在互联网和新媒体的作用下翻陈出新……跨国有组织犯罪有所升级，各种复杂的安全问题相互交织、相互作用，治理起来的难度变得更大了。”据此，习近平总书记强调，打击跨国有组织犯罪应当认真履行《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》。2018 年，党中央、国务院决定在全国开展为期三年的扫黑除恶专项斗争。在全国扫黑除恶专项斗争领导小组办公室协调下，2019 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部先后发布了《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》《关于办理事实“软暴力”刑事案件若干问题的意见》《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》《关于办理利用信息网络实施黑恶势力犯罪刑事案件若干问题的意见》《关于跨省异地执行刑罚的黑恶势力罪犯坦白检举构成自首立功若干问题的意见》《关于在扫黑除恶专项斗争中分工负责、互相配合、互相制约严惩公职人员涉黑涉恶违法犯罪问题的通知》等文件，对黑恶势力相关犯罪行为的认定标准做了进一步明确和细化，同时对公职人员涉黑涉恶案件的协同办理做了具体的规定。

4 作为中国因应的《反有组织犯罪法（草案）》

[13] 参见储槐植、梁根林，《论刑法典修订的价值取向》,中国法学，1997 年第 2 期，第 26 页.

我国前述有组织犯罪的法律制度虽然粗具规模，但仍未成体系，部分文件效力位阶低，无法满足预防与打击有组织犯罪的需要，亟需建立制度化、法治化和常态化的长效机制。根据最新统计，自国家开展扫黑除恶专项斗争以来，至 2020 年 10 月底，全国打掉涉黑组织累计三千多个、涉恶犯罪集团一万余个，查控涉黑涉恶资产五千多亿余元。从上述数据可以看出：为期 3 年的扫黑除恶专项斗争，效果显著[14]。在履行国际义务和国内惩治黑恶犯罪需要的双重背景下，草案吸收了前述的相关规定，系统总结扫黑除恶专项斗争实践经验，提上议程的时间在我国为期三年的扫黑除恶的收官阶段，因此，这部法律被认为是专项斗争成果的标志性体现，也是常态化开展扫黑除恶斗争的重要法治基础，为推进国家治理体系和治理能力现代化提供法治保障。

学术界对有组织犯罪立法模式有过长期、激烈的争论，究竟应当采用专门法规型的立法模式，还是应当在刑法典和刑事诉讼法上分别对有组织犯罪进行规定，并没有达成共识[15]。可以看到，我国反有组织犯罪法法案最终采取了单独立法的模式，以单行法对有组织犯罪的实体和程序问题进行系统的规定，这种立法模式与大多数国家的反有组织犯罪立法模式保持一致，契合刑事一体化思想。

首先，引入国际术语”有组织犯罪“是回应国内与国际上打击跨国有组织犯罪的前提。草案正式的廓清了“有组织犯罪”的含义，用其统称刑法当中规定的犯罪以及由黑社会性质的组织、境外黑社会组织、恶势力组织实施的犯罪，除此以外的犯罪集团被排除出有组织犯罪的范围。既有与《联合国打击跨国有组织犯罪公约》以及国家有组织犯罪法律相一致的部分，比如强调有组织犯罪行为的组织性、暴力性、渗透性等，也有突出的中国特点。[16]我国《刑法》第二百九十四条规定了组织、领导、参加黑社会性质组织罪，但并没有为恶势力组织规定独立的罪名，只分别追究恶势力集团实施的具体犯罪。草案首次将“恶势力组织”上升为法律概念，指经常纠集在一起,以暴力、威胁或者其他手段，多次实施违法犯罪活动，为非作恶，欺压群众，但尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织，并将有组织犯罪的范围限定于此，恶势力组织犯罪和黑社会性质组织犯罪之间的差异较大，对二者的区别作出明晰为有组织犯罪的司法认定提供了法律依据。使得我国刑法典的术语与联合国公约及其他国家刑事司法中的术语基本一致，利于展开国际刑事司法合作，同时更好的贯彻“打早打小”、“宽严相济”的刑事政策。由此，不具备黑社会性质组织、恶势力组织特征的犯罪集团、产业链式犯罪（如电信诈骗、跨境赌博）等不适用本草案的相关规定，仍需严格按照刑法关于

[14] 参见腾讯网成都刑事律师浅谈《反有组织犯罪法（草案）》，https://new.qq.com/omn/20210424/20210424A045HS00.html，2021 年 5 月 6 日最后访问。

[15] 从比较法上来看，美、意、日等国家以及我国港澳台地区都通过单行立法、专门立法的方式规制有组织犯罪。如美国的《防止诈骗及反黑法》（又称“RICO 法案”）、日本的《关于有组织犯罪之处罚以及犯罪收益之规制等法律》、意大利的《反“黑手党”法》《同“黑手党”犯罪作斗争紧急措施法》《“黑手党”型犯罪防止法》、我国香港地区的《有组织及严重罪行条例》、我国澳门地区的《有组织犯罪法》、我国台湾地区的《组织犯罪防制条例》等都是典型的立法范例。

[16] 参见《中华人民共和国反有组织犯罪法（草案）》第二条：“刑法第二百九十四条规定的犯罪，以及由黑社会性质组织、境外黑社会组织、恶势力组织实施的犯罪。”

犯罪集团、共同犯罪的规定进行规制。

其次，兼顾一般预防和特殊预防与打早打小方针是我国司法机关对于打击黑社会性质组织犯罪的重要刑事政策。我国刑事法律制度往往忽略犯罪预防制度的建设，当前处于转型时期的我国社会亟需需从减少犯罪诱因和机会、预防重新犯罪、堵塞制度漏洞、加大打击与预防有组织犯罪宣传等方面预防有组织犯罪的产生和发展。草案第二章专章规定了有组织犯罪预防和治理措施，吸筹和细化了《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》等文件，除司法行政机关以外，还增加了基层群众性自治组织、学校、互联网服务提供者等主体的预防义务；鼓励单位和个人提供有组织犯罪的线索；通过建立联审机制遏制黑恶势力渗透基层群众性自治组织的乱象，防止干扰基层自治组织选举等。此外，《办理黑社会性质组织犯罪座谈会纪要》中规定："结合组织化程度的高低、经济实力的强弱、有无追求和实现对社会的非法控制等特征，对黑社会性质组织与恶势力团伙加以正确区分。本着实事求是的态度，正确理解和把握打早打小方针。"只有正确的把握这一刑事政策的界限，才能打早打小又能打得准、打得实，如果不青瓷界定恶势力组织的特征而贯彻打早打小方针，会出现司法机关将尚不具备黑社会性质组织特征的恶势力组织提前拔高为黑社会性质组织犯罪对待、将不构成有组织犯罪的一般共同犯罪案件拔高为黑社会性质组织、恶势力组织进行打击，这样就扩大了打击对象的范围，偏离了立法者原意。同时，危害巨大、盘根错节的跨国有组织犯罪往往是经由国内有组织犯罪势力发展壮大而成的，如果能在国内实现对恶势力组织这一跨国犯罪组织的苗头打早、打小乃至铲除，既履行了我国的国际义务，也有效促进了国际范围内打击跨国有组织犯罪的进程。

再次，跨国有组织犯罪因其特殊的组织形式及其隐蔽性和反侦查性，单纯采取常规的侦查手段已经很难推进，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》鼓励各国缔结双边或多边协定或安排涉及多国的跨国有组织犯罪案件建立联合调查机构，或者在个案的基础上商定进行联合调查；针对很多有组织犯罪头目日常保有良好的正面形象，还规定各缔约国在本国法律允许下可视情况采取控制下交付、监视和特工行动等特殊侦查手段。草案首次回应了公约的此项规定，对有组织犯罪的控制下交付和秘密侦查两种侦查手段进行了规定[17]，但是对比刑事诉讼法相关规定[18]草案没有明确针对除黑社会性质组织以外的境外黑社会组织及恶势力组织能否采取技术侦查措施，还需要结合具体案件情况审慎作出认定。同时，跨国有组织犯罪的势力盘根错节，往往因涉及"黑""白""红"而尤为隐蔽，这时知情人士的线报就显得尤为重要，草案规定了有组织犯罪的证人、鉴定人、被害人的保护制度，鼓励污点证人作证，但对于证人保护制度的具体措施及实施主体的分工规定不足。

最后，资金是有组织犯罪运转的源头活水，跨国犯罪组织中的资金筹集、资金转移、资

[17] 参见《中华人民共和国反有组织犯罪法（草案）》第十三条："必要时，经县级以上公安机关负责人批准，可以实施控制下交付，可以由侦查人员或者公安机关指定的其他人员隐匿身份进行侦查。"

[18] 参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百五十条："公安机关在立案后，对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件，根据侦查犯罪的需要，经过严格的批准手续，可以采取技术侦查措施。"

金掩护无不伴随着洗钱活动，杜绝其资金来源、切断洗钱的途径是消灭跨国犯罪组织最有效的方法，在刑罚的执行问题上也应当遵循“打财断血”的思路。对于有组织犯罪的犯罪嫌疑人、被告人，草案特别规定应当采取异地羁押、分别羁押或者单独羁押的强制措施，能够降低有组织犯罪分子的再犯可能性；对于有组织犯罪的前科人员，草案规定了特别的处置和监管，比如个人财产及日常活动报告制度等，这些措施能够发挥对有组织犯罪的特殊预防作用。日本《有组织犯罪处罚法》即规定了没收、追缴及保全有组织犯罪所得收益的制度，草案在财产刑的设置上，既强调对于涉案财产处置的证据支撑和及时保护，也强调对于合法财产和非法财产的区分问题。同时，对于已经灭失、混同而应予追缴、没收的涉案财产，草案第五十条规定可以依法处置有组织犯罪分子的其他等值财产；对于财产来源无法查清、且有证据证明该财产可能与有组织犯罪存在关联的，证明该部分财产的合法来源的举证责任由被告人承担，若其本人或利害关系人无法说明的，予以没收。

Abstract

Nowadays, under the trend of globalization, transnational organized crime, reinforced by the superimposed characteristics of organized and transnational crime, is still a common problem perplexing the security and economic and social development of all countries and regions in the world.As a signatory of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, China's efforts to curb the growth and spread of organized crime are not only an international obligation undertaken by China, but also a practical need to ensure people's safety and social stability."Against organized crimes (draft) embodies the integration of criminal thought, unified the legal connotation of organized crime, to combat and prevent transnational organized crime has carried on the guidance of international criminal judicial cooperation, as the normalized anti-triad putting the struggle to provide adequate legal basis, is advantageous to the implementation of organized crime" growing up "the whole process of the development of prevention and regulation.

再论国际法院咨询意见的法律效力
——基于“毛里求斯诉马尔代夫案”思考

杨 钊*

摘要 历来公认国际法院咨询意见不具有针对会员国的法律拘束力，其权威性使其发挥极大作用。然而，快速发展的国际社会与国际法律制度更新的滞后性，让我们确已不能按照“非黑即白”的论断判定咨询意见的效力。“毛里求斯诉马尔代夫案”审理中，特别分庭对“查戈斯咨询意见”作为裁判依据的直接运用，再次表明确有必要对咨询意见法律效力问题进行重新审视，以明确当下咨询意见的法律地位以及能否作为习惯国际法、先例亦或是软法发挥作用。并以此为基础结合中国利益需求，有准备、有把握地面对未来咨询意见带来的挑战。

关键词 国际法院；咨询意见；主权；拘束力；权威性；软法

一、问题提出

2021 年 1 月 28 日，国际海洋法法庭特别分庭（简称“特别分庭”）就毛里求斯和马尔代夫在印度洋海域边界争端的初步异议做出判决。案件中，毛里求斯寻求根据《联合国海洋法公约》（UNCLOS，简称《公约》）判定毛里求斯的查戈斯群岛与马尔代夫关于印度洋的海洋边界问题。马尔代夫提出五点初步反对意见，其中包括认为毛里求斯和联合王国（英国）之间存在关于查戈斯群岛主权争端问题，特别分庭不具有管辖权。特别分庭在最后判决中同意毛里求斯国的观点，认为根据国际法院（ICJ）2019 年 2 月 29“关于 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果的咨询意见”（简称“2019 年查戈斯咨询意见”），可以推断出查戈斯群岛主权归毛里求斯国所有，不存在群岛主权争端问题，因此驳回了马尔代夫的初步反对意见。该案关于咨询意见效力问题再次引起理论与实务界的讨论。理论上，咨询意见并不具有法律约束力，但实践中咨询意见其自身的权威性对成员国有一定的约束力。

在“毛里求斯诉马尔代夫”案中，特别分庭全程表现对咨询意见的高度依赖，说理论证都以咨询意见为基准，然 2019 年“查戈斯咨询意见”显然并不是为了解决英国和毛里求斯之间的主权争端，特别分庭是否错误理解和利用了这份咨询意见？直接将咨询意见作为裁判依据的法理依据为何？有学者表示特别分庭宣布查戈斯咨询意见已经决定性解决了有关的主权争端，是混淆了“权威法律声明”与“法律约束力”的表现。[1]那么在现在的国际社会中，咨询意见的地位怎样，其法律效力究竟又如何？其能作为习惯国际法、先例亦或是软法

*作者：杨钊，山东大学法学院 19 级国际经济法学硕士研究生，电话：17853262207，通讯地址：山东省青岛市即墨区滨海大道 72 号山东大学青岛校区法学院，电子邮箱地址：yangzhaosdu@163.com 。

[1] Sarah Thin, The Curious Case of the”Legal Effect”of ICJ Advisory Opinions in the Mauritius/Maldives Maritime Boundary Dispute,

ejiltalk.org/the-curious-case-of-the-legal-effect-of-icj-advisory-opinions-in-the-mauritius-maldives-maritimeboundary-dispute/.

发挥作用吗？由此，笔者将在本文中思考咨询意见的法律效力相关问题，首先对“毛里求斯诉马尔代夫”案关于咨询意见争议焦点进行梳理总结，随后聚焦 ICJ 咨询意见的实然与应然法律效力问题分析，最后考虑我国应如何应对当前咨询意见效力所带来的挑战，最后做以总结，以期为我国在面对海洋纠纷中受到咨询意见影响上提供一定的注意与应对措施。

二、“毛里求斯诉马尔代夫案”有关 2019 年“查戈斯咨询意见”的讨论

（一）“毛里求斯诉马尔代夫案”案件简述及争议焦点

毛里求斯和马尔代夫都是印度洋国家，两国均由若干岛屿组成。毛里求斯认为其领土范围除了其主岛外，还包括位于毛里求斯主岛东北部约 2200 公里处的查戈斯群岛。[2]该群岛距离马尔代夫 517 公里。2010 年 7 月 26 日马尔代夫根据《公约》第 76 条第 8 款规定，向大陆架界限委员会提交划界意见书。其请求的大陆架范围与毛里求斯的专属经经济区存在重叠状态。2011 年 3 月 24 日毛里求斯正式抗议马尔代夫提出的外大陆架主张侵犯了毛里求斯专属经济区的权益。2019 年 3 月 7 日毛里求斯请求与马尔代夫进行第二轮海洋划界讨论，马尔代夫并未就此进行回复。随后 2019 年 6 月 18 日，毛里求斯根据 UNCLOS 附件七对马尔代夫关于在印度洋的专属经济区和大陆架的划界问题提起仲裁，后双方经特别协议将争端移交给国家海洋法特别分庭审理。2019 年 12 月 18 日，马尔代夫提出 5 项先决性抗辩内容，请求特别分庭审理并判决对毛里求斯提交特别分庭的诉求没有管辖权，其诉求不可受理。

在本案中，马尔代夫提出的五项抗辩请求包括：1.英国是不可或缺的第三方；2.查戈斯群岛涉主权争议问题；3.UNCLOS 第 74 条和第 83 条的要求；4.双方不存在争端；5.本案存在程序滥用问题。本案主要就马尔代夫第二项抗辩请求以及特别分庭的论证展开。

马尔代夫在第二项先决性抗辩请求中认为，根据 UNCLOS 第 73 条第 1 款和 84 条第 1 款的规定，只有海岸“相邻”或“相向”的国家才能提起相关程序，而毛里求斯由于存在与联合王国之间关于查戈斯群岛领土主权的长期未解决的双边争端，其是否属于马尔代夫的“相邻”或“相向”国存在争议。而如果特别分庭确定毛里求斯是否满足“相邻”或“相向”国的要求，将不可避免需要明示或暗示确定毛里求斯与联合王国关于查戈斯群岛主权争端问题。根据 UNCLOS 第 288 条第 1 款规定，UNCLOS 仲裁庭对陆地领土争议问题不具有管辖权。因此，特别法庭对该争议并没有管辖权。

毛里求斯认为，2019 年“查戈斯咨询意见”和联合国大会第 73/295 号决议已经表明联合王国对查戈斯群岛并不拥有主权，并确信查戈斯是毛里求斯领土主权不可分割的一部分，由此国际法院和联合国根据国际法已经承认毛里求斯是与马尔代夫相对或相邻的沿海国家。[3]因此特别法庭仅需要承认和尊重 ICJ 对该问题的权威决定即可，并着手划定各方之间的海洋划界纠纷问题[4]。马尔代夫从四个方面回应咨询意见效力问题。首先，其认为 ICJ 并没有被要求就主权纠纷提供咨询意见，更不必说哪个国家是《公约》有关沿海国的问题。其次，

[2] Preliminary Objections Judgment, Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), 28 January 2021, p.19, para. 56.

[3] supra note 2, p.34, para.108.

[4] supra note 2, p.36, para.114.

主权争议的解决并不是“咨询意见的隐含或必然结果”，再次，即使 ICJ 就主权争端提供咨询建议，任何这种意见对各国也不存在约束力。最后，ICJ 并没有被要求、没有权力、也没有可能推翻查戈斯仲裁裁决。[5]

（二）查戈斯群岛争端的始末

实际上，查戈斯群岛的法律地位是双方对第二次处反对意见分歧的核心。为清楚理解马尔代夫的抗辩请求，本文接下来对毛里求斯与联合王国关于查戈斯群岛主权争端问题进行简要介绍。

1814 年法国通过《巴黎条约》将毛里求斯及其附属地割让给英国，在 1814 年至 1965 年期间，英国最为毛里求斯的殖民地国对其进行属地管理。1965 年，英国根据《兰卡斯特供协议》，将查戈斯群岛从毛里求斯分离，并建立英属印度洋殖民地并将其主岛迭戈加西亚岛租给美国作为军事基地。1968 年毛里求斯独立，随后一直致力于收复查戈斯群岛，联合王国宣布在查戈斯群岛内部及外围建立海洋保护区。12 月 20 日，毛里求斯按照 UNCLOS 第 287 条向 UNCLOS 附件七组成的仲裁庭对联合王国提起仲裁，就其建立海洋保护区提出质疑。2015 年 3 月 18 日，仲裁庭做出查戈斯海洋保护区仲裁裁决。2017 年 6 月 23 日，联合国大会通过 71/292 号决议，请求法院发表咨询意见，解决两个问题，即毛里求斯的非殖民化进程是否依法完成，以及根据国际法，联合王国继续管理查戈斯群岛将产生的后果。2019 年 2 月 25 日 ICJ 发表了“关于 1965 查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果”的咨询意见，表明毛里求斯在 1968 年独立后并没有完成非殖民化进程。[6]ICJ 认为，英国有义务尽快结束对查戈斯群岛的管理，所有成员国也有义务与联合国合作，完成毛里求斯的非殖民化进程。2019 年 3 月，联合国大会通过第 73/295 号决议，赞同 ICJ 的咨询意见，其声明“查戈斯群岛是毛里求斯不可分割的一部分”。联合国大会呼吁英国在 6 个月内从查戈斯群岛撤出。英国并不认为 ICJ 以及联合国大会是解决与毛里求斯双边争议的合适平台，并声称查戈斯群岛从未属于毛里求斯。

（三）特别分庭针对国际法院咨询意见效力的分析

1.查戈斯群岛咨询意见是否涉及主权纠纷。特别分庭首先考虑了向 ICJ 提起咨询意见的性质以及咨询意见的范围、内容与效力问题。特别分庭注意到联合国大会提出的问题涉及到毛里求斯非殖民化进程的合法性以及联合王国继续管理查戈斯群岛所产生的的国际法后果。而且注意到 ICJ 已表明大会并不是向其寻求意见用以解决两国之间的主权争端。[7]马尔代夫与毛里求斯就该问题存在不同观点，马尔代夫鉴于所提问题的性质，认为 ICJ 不能处理英国与毛里求斯之间的主权争端。毛里求斯认为大会请求的咨询意见是处于非殖民化的更广泛范围内，ICJ 在回答该问题时还会确定查戈斯群岛的主权问题。[8]特别分庭认为，大会没有请求

[5] supra note 2, p.43, para.141.

[6] Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019.

[7] Advisory Opinion I.C.J. Reports 2019, supra note 6, p. 95, at p. 117, para. 86, and at p. 129, para. 136.

[8] supra note 2, p. 50, para.165.

ICJ 就主权争议问题提供咨询意见并不表明咨询意见对主权相关问题没有相关性或隐含含义。另外，特别分庭在 2019 年咨询意见报告中发现 ICJ 有透露出查戈斯群岛属于毛里求斯领土主权部分的迹象，例如，ICJ 表示“根据国家法产生并由大会在毛里求斯非殖民化进程中通过的各项决议所反映的各项义务都要求管理过联合王国必须尊重包括查戈斯群岛在内的毛里求斯的领土完整”[9]。特别分庭还表示鉴于非殖民化与主权之间的密切关系，领土的非殖民化对该领土的主权问题会产生相当大的影响。[10]

2.能否依据查戈斯群岛咨询意见作为依据使用。特别分庭主要对咨询意见的法律效力进行分析。如前所述，马尔代夫认为即使 ICJ 就主权问题提供咨询意见，咨询意见本身也不存在法律拘束力，并且 ICJ 已经多次表示其咨询意见甚至对提出要求的机关都没有拘束力。所以更不用说是其他实体。其强调“无论咨询意见作为国际法的抽象声明在法理上有怎样的权威，其均不意味着属于约束国家处理争端手段的可能”[11]。毛里求斯表示，虽然咨询意见本身不具有法律拘束力，但这不意味着其没有法律效力。由于 ICJ 是联合国的主要司法机关，ICJ 的咨询意见是具有权威性的法律声明。ICJ 所做的咨询意见声明被认为与法院所做判决同等的地位，是其判例的组成部分。特别分庭深知国际普遍认为咨询意见不具有法律约束力，但同时咨询意见的权威性地位也被国际社会所承认。[12]特别分庭认为需要区分咨询意见的约束力（binding character）与权威性（authoritative）。咨询意见不具有拘束力是因为即使是请求方主体也没有义务像遵守判决一样遵守咨询意见。但在咨询意见中做出的司法决定的分量与权威并不亚于判决中的裁决。因为这些决定都是由联合国具有处理国际法事物的主要“司法机关”以同样严格的程序作出的。其表示不能仅仅因为咨询意见不具有约束力而无视 ICJ 在咨询意见中作出的决定，而应当对其在咨询意见中所做的法律与事实决定给予应有的重视。

3.特别分庭依据查戈斯咨询意见中的结论而非规则本身。特别分庭根据分析，就第二项争议最终认为，根据查戈斯仲裁裁决的决定以及查戈斯咨询意见的决定和联大第 73/295 号文件，对于查戈斯群岛，甚至在毛里求斯的非殖民化进程完成之前，就划界海洋边界而言，毛里求斯可以被视为沿海国。由此看来，特别分庭承认了咨询意见的法律效力，将其中隐身意——“承认查戈斯群岛归毛里求斯所有”的“决定”作为判定查戈斯群岛不存在主权争议问题，毛里求斯是马尔代夫的沿海国这一事实，从而排除了特别分庭因“案件存在主权争端”问题而引发的无管辖权的可能。

实际上咨询意见是对相关法律的权威解释，这种解释虽然没有解决争端，但是为有关国家提供了法律指导方针。[13]其功效主要集中在对规则的运用上，而本案法庭实际上是将“查

[9] Advisory Opinion I.C.J. Reports 2019, supra note 6, p. 95, at p. 137, para. 173.

[10] supra note 2, p. 58, para.188.

[11] supra note 2, p. 59, para.194.

[12] supra note 2, p. 61, para.202.

[13] Rüdiger Wolfrum，Ina Gätzschmann，international dispute settlement :room for innovation，SpringerLink，2013, p129.

戈斯群岛咨询意见”的结论用来作为指导内容，这也侧面表现出特别分庭认为咨询意见具有法律效力。这其中是否满足逻辑依旧存疑。特别分庭直接援用咨询意见作为判定毛里求斯对查戈斯群岛的主权，其法律依据为何？咨询意见的地位究竟为何？下面，笔者将从 ICJ 咨询意见的历史沿袭入手，从应然与实然角度考虑 ICJ 咨询意见的法律效力。

三、国际法院咨询意见的应然法律效力

（一）国家法院咨询意不具有法律拘束力

国际法院咨询意见是国际安理会或者联合国大会就法律问题，或联合国的其他机构（经社理事会、托管理事会、大会临时委会）、十五个专门机构以及与此有关的组织（国际原子能机构）在其工作范围内之任何法律问题，请求 ICJ 发表的咨询意见。[14]而 ICJ 对于任何法律问题有权决定是否发表咨询意见。[15]到目前为止其已经对 27 项法律问题提供咨询意见。[16]ICJ 的咨询意见基本上只是针对特定案件所提出问题的回答。

探究 ICJ 咨询意见的法律效力，就不得不追本溯源思考国际法效力的依据问题。国际法的主体是国家，关于国际法效力的根据，传统国际认为一切的法律义务都可以直接或间接追溯到主权国家的同意。何志鹏教授将其解释为“以诺为则”[17]。建构主义主张国家法的遵守是基于国家将规范内化并视为自己的组成部分。也即国际法的拘束力依据其本身的“合法性”，而这种合法性源于国际社会各个国家对国际法构建的国际体系的认同。[18]国际法规则之所以有约束力, 首先是因为国家认为自己受这些规则的约束 ,国家的同意和协议是国际法效力的依据 。[19]咨询意见的效力表现为会员国通过相关文件所表达的共同同意。如果一个决议或者有关决议的国际实践表现了基本文件的精神及会员国共同的法律信念, 那么就没有什么理由可以否认这个决议的法律性。所以 ,是否存在国家的法律信念, 是判断一个决议是否具有法律效力的主要标准。[20]

我们需要考察 ICJ，乃至联合国相关的基本文件的规定。对于 ICJ 咨询意见的效力，即请求者对咨询意见是否必须遵守或履行以及其本身的效力等,《国际法院规约》(简称《规约》)第 4 章专章就咨询意见的申请等相关程序进行规定，《联合国宪章》（简称《宪章》）第 96 条也对咨询意见的申请主体进行规定，但均未对咨询意见的效力问题进行阐述，其他联合国相关文件也无明确规定。在国际社会的普遍观念里，ICJ 咨询意见具有很高的价值，任何一项意见的提出都受到国际社会的重视，且很多意见是安理会等机构作出决定的基础性文件，

[14] 参见《联合国宪章》第 96 条。

[15] 参见《国际法院规约》第 65 条。

[16] 其中，联合国大会提出 16 项请求，安全理事会提出 1 项，经社理事会提出 2 项，世界卫生组织提出 2 项，国际海事组织提出 1 项。

[17] 何志鹏：《以诺为则：现代性国际法的渊源特质》，2019 年第 6 期，第 146-157 页。

[18] 韩书立：《走向平庸的国际法效力依据理论》,《暨南学报》(哲学社会科学版) 2015 年第 9 期，第 141 页。

[19] 杨泽伟：《再论国际组织决议的法律效力问题》,《法商研究》，1998 年第 6 期，第 93 页。

[20] 参见杨泽伟：《再论国际组织决议的法律效力问题》,《法商研究》，1998 年第 6 期，第 95 页。

但这一事实并不能使得意见本身具有法律效力[21]，ICJ 作为联合国的主要司法机构，有资格对法律是什么进行权威评价，但并不等同于说这种评价具有法律效力，即可以改变国际法律主体的权利或义务。有学者认为，咨询意见——仅仅是关于法律是怎么的建议，而不是本身就是法律的裁决——可能不得不被归类为纯粹的政治声明。[22]正如法官在 2010 年科索沃独立问题咨询意见中表明，咨询意见并不是“国家司法追索权”的一种形式。[23]ICJ 在相关咨询意见中也曾针对咨询意见的效力作出解释。早在 1950 年与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚签订的和平条约解释案咨询意见（第一阶段）中表示“本院的答复只具有咨询性质，不具有拘束力”。[24]Manley O Hudson 法官从严格的法律角度考虑咨询意见的效力，其认为法院的咨询意见就像其所宣称的那样，仅仅是咨询性质，其在任何意义上否不是判决与决定。[25]但不容忽视的是，尽管这些意见本身不可否认不具有约束力，但是它们详细说明了有约束力的规则需要什么。[26]

不过，一定条件下的协商一致可以使得 ICJ 咨询意见具有约束力。这种约束效力来源于协议本身所体现出来的国家意志协商与妥协。[27]例如，《联合国特权与豁免权公约》第 30 节或《专门机构特权与豁免权公约》第 32 节规定，当事方应接受法院所发表的咨询意见为具有决定性效力。[28]这样，咨询意见就当然具有了法律拘束力。

（二）国际法院咨询意见具有权威性与规范性

《布莱克法律词典》对“法律拘束力”的解释是具有强制性法律义务的效力或是必须遵守的内容[29]，对“法律效力”的解释包括产生的结果、后果或效果。[30]由此可知“法律效力”

[21] quoted from Hambro, E. (1954). The Authority of the Advisory Opinions of the International Court of Justice. International and Comparative Law Quarterly, 3(1), 2-22. https://doi.org/10.1093/iclqaj/3.1.2，p5.

[22] Guzman, Andrew T. and Meyer, Timothy, International Soft Law (August 4, 2010). The Journal of Legal Analysis, Vol. 2, No. 1, Spring 2011, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1353444, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1353444 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1353444, p208.

[23] Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo (Kosovo), Advisory Opinion, ICJ Reports 2010, p.403, 417, para.33.

[24] Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania， Advisory Opinion, ICJ Reports, 1950, p71.

[25]quoted from Hambro, E. (1954). The Authority of the Advisory Opinions of the International Court of Justice. International and Comparative Law Quarterly, 3(1), 2-22. https://doi.org/10.1093/iclqaj/3.1.2，p5.

[26] Guzman, Andrew T. and Meyer, Timothy, International Soft Law (August 4, 2010). The Journal of Legal Analysis, Vol. 2, No. 1, Spring 2011, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1353444, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1353444 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1353444， p208.

[27] 参见黄瑶：《国际组织决议的法律效力探源》，《政治与法律》，2001 年第 5 期，第 32 页。

[28] 除经当事各方商定援用另一解决方式外，本公约的解释或适用上所发生的一切争议应提交 ICJ。如联合国与一个会员国间发生争议，应依照宪章第九十六条及法院规约第六十五条请法院就所牵涉的任何法律问题发表咨询意见。当事各方应接受法院所发表的咨询意见为具有决定性效力。

[29] Black's Law Dictionary (11th ed. 2019) (Approx. 1 page)
https://www.westlaw.com/Document/Iffeda405808411e4b391a0bc737b01f9/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0

[30] EFFECT, Black's Law Dictionary (11th ed. 2019)
https://www.westlaw.com/Document/Iffed7df3808411e4b391a0bc737b01f9/View/FullText.html?transitionTy

的内涵与外延要大于“法律拘束力”，其除了包括“法律拘束力”所产生的的效果还包括其他法律上的结果与效力。因此，虽然 ICJ 咨询意见并不具有法律上的拘束效果，但由于其制定主体的特殊地位，使其自身具有其他国际法上的效力。由前述所知，ICJ 咨询意见对会员国并不必然产生必须遵守的法律拘束力。但咨询意见实际上并不是普通意义上的意见，也不是类似于律师为客户提供的意见，而是由 ICJ 在审议后制定的针对特定情况下适用法律的特别声明。[31]《规约》第 1 条规定，国际法院是依据《宪章》建立。此表明《宪章》是《规约》的上位法，前已叙述，《宪章》第 96 条直接赋予 ICJ 对联合国大会、安理会等机构提供咨询意见的权利，此突出表现出咨询意见实际上代表了 ICJ 的立场和判断，其制定主体的权威性使其同样具有权威性与规范性，而二者的具体表现在于使法院能够通过在解决国际争端、预防和发展国际法方面发挥作用，对联合国的总体目标作出贡献，还可以通过澄清可解决问题的法律参数，在防止争端或冲突发展方面发挥间接作用。在 1996 年 7 月 8 日关于“威胁使用或使用核武器的合法性案的咨询意见”（简称“核武器咨询意见”）中，法官证实其并不是在立法，而是确定法律的相关范围并注意其总体的发展趋势。[32]在保留问题上，Lauterpacht 大法官在 1951 年 3 月 28 日关于“《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留问题案咨询意见”（简称“种族灭绝咨询意见”）中表示，咨询意见仅仅是“致力于这一领域的法律发展”。[33]

四、国际法院咨询意见实然法律效力探究

（一）咨询意见的“习惯国际法”考察

《规约》第 38 条第 1 款第 2 项规定，“国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。”要确定一项习惯国际法规则的存在及内容，必须查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。[34]作为习惯国际法的一个要素所要求存在的一般惯例，主要指的是有助于习惯国际法规则的形成或表述的国家实践。其表明国际习惯需要满足两点要求，即客观上的国家实践与主观上的法律确信。此特征与咨询意见的性质有差异。咨询意见本身仅仅是针对特定案件和特定法律问题进行的解释，本身不具有拘束力，即使产生影响也是于争端双方和申请机构中，对其他成员国不具有影响。另外，因“持续时间、国家利益考虑等多方面原因”[35]这类咨询意见缺乏普遍实践的支持。因此其并不能满足国际习惯所要求的的国家实践。可能会有这样的疑问，ICJ 发布的很多咨询意见都通过了联合国大会的决议，例如，2004 年 7 月

---

pe=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0

[31] Hambro, E. (1954). The Authority of the Advisory Opinions of the International Court of Justice. International and Comparative Law Quarterly, 3(1), 2-22. https://doi.org/10.1093/iclqaj/3.1.2，p630.

[32] Julia Wagner，Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Nuclear Weapons), Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p.226, 237, para.18.

[33] The Chagos request: Does it herald a rejuvenation of the International Court of Justice’s advisory function? https://westminsterresearch.westminster.ac.uk/item/q91x3/the-chagos-request-does-it-herald-a-rejuvenation-of-the-international-court-of-justice-s-advisory-function

[34] 联合国国际法委员会报告第 70 届会议，(A/73/10)，p137.

[35] 何志鹏，魏晓旭：《速成习惯国际法的重思》,，东北师大学报《哲学社会科学版》2020 年第 1 期, 第 99 页。

9 日关于“巴勒斯坦被占领土上修建隔离墙法律后果案咨询意见”（简称“隔离墙咨询意见”）发布后，大会通过要求以色列遵守咨询意见所规定的的义的决议务，查戈斯群岛咨询意见发布后，大会通过了第 73\295 号决议要求英国在 6 个月内撤出查戈斯群岛，并重申查戈斯群岛是毛里求斯领土的有机组成部分。这种联合国大会通过的决议是否代表成员国的一种“法律确信”，进而表明咨询意见具有国际习惯法的特征呢？值得注意的是，尽管学术界有一些相反的意见，但没有一个国际法庭认为，仅仅投票赞成这类决议的行为本身就构成建立习惯规则所必需的国际习惯。[36]

咨询意见本身成为国际习惯的可能性很低，但其所涉及的对一般性规则的理解与分析监将促进国际习惯的形成与发展的。就查戈斯群岛咨询意见而言，虽然联合国大会仅就两个问题提请 ICJ 发表咨询意见，但是其中涉及大量国际法律问题。法院就“国家同意原则”的理解、“习惯国际法查明”的运用、“自决权与主权领土完整关系”的判定甚至违反国际法后果的阐述等内容将为国际法中相关规则的适用与发展引领方向，推动发展。咨询意见在一定程度上确认、阐明、甚至创立了某些国际法的原则和规范, 它们使一些习惯规范的内容和范围渐趋明确化、定型化 ,使之能适应国际形势发展的需要。[37]

（二）咨询意见作为“先例”的可能

由于 ICJ 具有很高的权威性，其咨询意见形式上虽然不具有拘束力，但是对国际法发展、相关机构的活动以及成员国的立法具有重要的影响价值。那么，咨询意见能否直接适用到后续案件中呢？实际上这一问题首先要考察 ICJ 是否遵循先例。有学者认为，如果统一法律问题在随后的诉讼中再次受到争论，法院将依赖其在咨询意见和诉讼案件中的结果，而不考虑其建议性还是诉讼性。从这个层面上看，咨询意见构成判例。[38]针对判例的规定，《规约》第 38 条规定了 ICJ 遵循的法律渊源，其中第 4 项要求适用司法判例，但其需满足第 59 条的规定，即“法院之裁判除对当事国及本案外，无拘束力”。从字面上来看，ICJ 的裁决并不能对其他国家产生先例效力。”但说一项裁决在争议之外没有约束力，并不等于说司法裁决不能对以后的案件产生任何影响。判例总是有其潜在的能力来约束后来的决策者，因此通过相应的引导促进发展。我国学者王涛认为，“不适用遵循先例原则仅意味着法院的裁决不是有约束力的先例，但并不能否定其先例的性质。”[39]如前述，简单以是否具有拘束力来判定 ICJ 的判决价值，已经不适应当今社会的发展。在巴塞罗那牵引案中，法官在讨论《规约》第 59 条时表示“法院裁决的影响力要远远大于其本身的拘束力”[40]现实中的 ICJ 在处理案件

[36] Alan Boyle, Christine Chinkin, The Making of International Law, Oxford University Press, 2007, p237.

[37] 参见杨泽伟：《再论国际组织决议的法律效力问题》，《法商研究》，1998 年第 6 期，第 94 页。

[38]von Bogdandy, Armin, Venzke, Ingo, international judicial lawmaking on public authority and democratic legitimation in global governance. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012, P111.

[39] 王涛：《国际法院司法裁决的先例效力》，《人民法院报》，2020 年 9 月 4 日第 8 版，第 1 页。

[40] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment of 5 February 1970, Separate Opinion ofJudge Jessup, ICJ Reports 1970, 163, para. 9.

时，经常从其先前的裁决中寻找指引，并将其自身的先例视为可靠的法律加以阐述。[41]如果故意忽略相关的先前判决裁定以及相关建议是如此武断，以致濒临闹剧的边缘。因此，在实际操作中 ICJ 会遵循自己的先例，除非现有案件有明显区别先例的情形、或先例存在明显问题或不适应现代社会需要。

那么，回归到咨询意见是否能够构成“先例”的问题。咨询意见由于其自身不具有法律拘束力，其或许不能像 ICJ 判决一样在现实中充当先例，但并不能否认咨询意见的先例价值。为了保持判例的一致性和可预测性，除非有令人信服的理由要求法院另作决定，否则将维持咨询意见中所述的规则。

（三）咨询意见作为“软法”的适用空间

另外，我们需要考虑的是咨询意见能否作为软法出现。与“硬法”相对，不具有约束力的规则被称为“软法”。这一点与咨询意见的特点是重合。20 世纪中叶后期，人们发现国际法发展的矛盾：传统国际法的形成进程不能满足日益加速的国际社会生活步伐和日益增长的国际社会生活领域的要求。习惯的形成需要相当长的实践和积累案作为基础，而条约、特别是多边条约则需要旷日持久的谈判协商，还很有可能会中途失败，不见其果。以 1948 年《世界人权宣言》为代表，在过去几十年里，不具有公众认可的组织与会议文件在国际社会起着越来越重要的作用，这些被称为“国际软法”的规则在效力与功能上获得越来越多的关注。司法实践中往往会援引国际软法作为对现有国际法体系的补充，以 20 世纪关于南斯拉夫问题的国际法庭中杜斯科一案为例，ICJ 援引《联合国秘书长报告》、《危害人类和平安全罪条约草案》等一系列国际软法文件，这类文件在很大程度上补充了现有国际法的不足。软法，被誉为“正式却不具有约束力但习惯性遵守”[42]的规范，其出现证明了民主治理规范性共识的日益增强，其甚至发挥着“速成习惯法”[43]的作用。

ICJ 的咨询意见不具有拘束力但拥有的权威性使其在现实中实际上发挥了“国际软法”的作用。虽然咨询意见不具约束力，但“它会造成一种情况，即败诉国根本无法抵制咨询意见中所述争端的解决”，因为“败诉国”的地位会被剥夺其合法性。[44]关于种族灭绝的咨询意见，实际上对有关保留问题的发展具有重要意义，并对《维也纳条约法公约》的起草产生了重大影响。联合国大会提起的 1975 年“关于西撒哈拉案咨询意见”以及 1999 年 4 月 29 日“关于人权委员会特别报告员在法律程序豁免方面的分歧咨询意见”对联合国后续工作有很大的帮助。前者为后续有关西撒哈拉问题的处理建立了相应的解决框架，后者所提到的联合国及其官员的特权与豁免仍非常重要。[45]另外，在“隔离墙咨询意见”发布后，欧盟也要

[41] 王涛：《国际法院司法裁决的先例效力》，《人民法院报》，2020 年 9 月 4 日，第 8 版，第 1 页。

[42] Thomas Franck, Simon Chesterman, David Malone, Law and Practice of the United Nations Documents and Commentary, Oxford University Press, 2008.

[43] 何志鹏，魏晓旭：《速成习惯国际法的重思》，东北师大学报《哲学社会科学版》，2020 年第 1 期。

[44] Julia Wagner, The Chagos request and the role of the consent principle in the ICJ’s advisory jurisdiction, or: What to do when opportunity knocks, QIL, Zoom-out 55 (2018) 186.

[45] See‘Outcome Paper for the Seminar on the International Court of Justice: In Retrospect and in Prospect’, 7 Journal of International Dispute Settlement (2016) , 240-241.

求以色列遵守相关国际法义务。

（四）小结

结合本节分析，笔者可以得出如此结论：首先，咨询意见本身不属于习惯国际法，但其中涉及的 ICJ 对规则、争议问题的阐释对国际习惯的形成具有重要促进作用。其次，咨询意见不是先例，现实中先前的咨询意见不被视为既判裁决。但是其本身却发挥着先例价值，能够对后续案件的发展起到引领作用，相关组织或机构不应该对咨询意见提有异议。最后，咨询意见可归入国际软法范畴，在一定程度上起着对国际法的补充与辅助作用。由此，笔者认为将咨询意见归入“国际软法”，发挥着“软法”的作用似乎更合适。由此回归本案，特别分庭直接援用查戈斯群岛咨询意见的法律依据也有了有效来源。实际上，本案表明 ICJ 咨询意见效力的认定界限越来越模糊，不具有拘束力的咨询意见有通过作为“软法”的身份直接在法庭中援用的趋向。这也表明，“非黑即白”的理念已经不适用国际法的发展趋势。

五、结语

（一）“毛里求斯诉马尔代夫”案再思考

通过前述分析可以发现咨询意见的地位与作用呈现扩张的趋势：咨询意见的作用已经慢慢超出其意见本身的“建议性”、“无拘束力性”特征，对国际法规则的解释、争议的理解以及隐身含义的表达已经被运用到其他案件中，成为法庭裁判案件的重要依据。“毛里求斯诉马尔代夫”案中特别分庭直接援用“查戈斯群岛”咨询意见作为判定毛里求斯对查戈斯群岛的主权归属依据的行为就是咨询意见效力表达的最新实践成果。但就像持反对意见的 Oxman 法官所言“特别分庭这样做可能会使 ICJ 行使其咨询意见的酌处权复杂化”。[46]援用咨询意见会对司法实践中产生怎样的影响并不明晰.笔者认为很有可能会打开“潘多拉的魔盒”，使得每个国家都面临一种新型司法风险：国家发现咨询意见是一块“香饽饽”，先将争端包装成 ICJ 具有咨询管辖的事项，提请 ICJ 发表咨询意见，然后再进行诉讼与仲裁，将咨询意见中对己方有利的内容作为权威依据援引，强迫他国就范。[47]

即使通过前述证明“咨询意见”可以作为“软法”在后案中作为裁判某一案件的依据，但本案关于使用查戈斯群岛咨询意见来确定查戈斯群岛主权问题仍存在漏洞。Thin 认为该咨询意见并不能明确消除毛里求斯与英国关于查戈斯群岛主权争端。首先，ICJ 是否已经明确指出查戈斯群岛归属毛里求斯问题仍存在争议，ICJ 仅仅就毛里求斯是否完成殖民化问题进行分析，而特别分庭仅通过咨询意见的结论来推论毛里求斯对查戈斯群岛的主权仍存在逻辑漏洞。其次，消除争端的“法律效力”并不一定与使当事方对判决具有约束力的“司法效力”相同，虽然有约束力的法律裁决确实可能会产生这样的效果，但是这并不是必然。消除

[46] Separate and Dissenting Opinion of Judge ad Hoc Oxman, para.32

[47] 参见王佳：《国际法院查戈斯群岛咨询意见案述评》，大连海事大学学报（哲学社会科学），2019 年第 4 期，第 18 页。

主权争端问题需要进一步的法律措施，这里似乎少了这一步。[48]Oxnan 法官认为，很难实现一项划界管辖权既符合对 ICJ 咨询意见法律拘束力的谨慎看法也符合对特别分庭在宣布土地领土权利方面的管辖权的克制看法。二者实际存在紧张状态。特别分庭所应该解决的不是针对查戈斯群岛主权地位问题是否应该达到与咨询意见一样的结论，讨论这些问题实际上已经与法庭管辖权限制背道而驰。应该避免该敏感点，讨论争议是否符合法庭不予受理的有关土地领土争端问题。[49]

（二）转变对咨询意见无“法律拘束力”的原有观念

随着社会的不断发展进步，简单的二元论判定咨询意见“有拘束力”或“无拘束力”——已经不适应当今社会的发展。现在的国际法趋势不能仅仅从原来的规则中找寻，还要根据时代发展，结合国际实践适时调整。ICJ 咨询意见就是如此，ICJ 在其咨询意见中作出的决定性内容逐渐被其他司法机构接受为具有拘束力的法律声明[50]。例如，Council of the European Union v. Front Polisario[51]案中，CJEU 认为 ICJ 对西属撒哈拉一案的咨询意见所做的决定是决定性的。在 Organisation juive européenne and Vignoble Psagot Ltd v. Ministre de l’Economie et des Finances[52]一案中，CJEU 直接适用了“隔离墙咨询意见”中的事实和结论。

这种趋势变化不仅体现在咨询意见上，在联合国大会决议效力上也凸显出来。众所周知，联合国大会决议不具有法律效力，针对其效力问题一直是学术界争论点。现如今，法院、法官和学者确实经常把联合国大会的决议当作具有独立的法律效力，例如，在“隔离墙咨询意见”中，国际法院写到：“法院现将寻求相关国际法规则和原则内容....这些内容可以在《宪章》和其他条约、习惯国际法以及大会和安理会通过的有关决议中找到。”[53]将大会决议作为法律渊源，与毋庸置疑属于法律渊源的条约、国际习惯放在一起，其表明决议的法律效力。另外，在“核武器咨询意见”中，法院被要求评估自卫权与保护环境义务之间的关系，法院讲到“现有有关保护环境的国际法并未具体禁止使用核武器，但在武装冲突中适用相关法律原则与规则时需要考虑环境因素。”法院赞赏性援引了联合国大会第 47\37 号决议[54]，其要求

---

[48] See Sarah Thin, The Curious Case of the”Legal Effect”of ICJ Advisory Opinions in the Mauritius/Maldives Maritime Boundary Dispute,

ejiltalk.org/the-curious-case-of-the-legal-effect-of-icj-advisory-opinions-in-the-mauritius-maldives-maritimeboundary-dispute/

[49] Separate and Dissenting Opinion of Judge ad Hoc Oxman, para.28-29, para.32-34.

[50] supra note 2, p.60, para.199.

[51] Council of the European Union v. Front Polisario, Case C-104/16P.

[52] Organisation juive européenne and Vignoble Psagot Ltd v. Ministre de l’Economie et des Finances, Case C-363/18.

[53] Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. p.136, para.171.

[54] 联合国大会第四十七届会议，议程项目 136.根据第六委员会的报告 A\47\591 通过的大会决议，47\37 武装冲突中的环境保护，1993 年 2 月 9 日。

“促请各国采取一切措施，确保遵守适用于武装冲突中保护环境的现行法”

因此，在日新月异不断丰富发展的国际法理论中，不应该固守成规，而应该以发展的眼光看待“咨询意见”等具有法律权威性的文件价值，为我所用。

（三）中国需思考如何应对咨询意见效力不断增强的现实

中国作当前积极参与国际事务，但在国际司法方面还显得十分谨慎，在利用国际司法体制维护中国合法权益上经验不足。“毛里求斯诉马尔代夫案”关于管辖权问题的论证对于理解咨询意见在国际法机制中的地位与效力、认清我国海洋权益面临的潜在国际法挑战具有启示意义。正确对待 ICJ 的咨询管辖权，正确运用 ICJ 的咨询意见，对加强我国在构建和发展国际法律秩序中的话语权，参加国际事务也具有重要意义。我国海上邻国众多，且大部分都与我国具有海洋争端，以南海争端为主的海洋性领土争端问题涉及的争端复杂数目居多。[55]我国需要有所思考，有所准备。

一方面，需要认识到的是，即使中国不自己主动运用国际法庭的咨询程序处理争端，也并不能保证其他国家不会将双边争端包装后，利用咨询程序提请咨询意见，引导对中国不利的局面。因此我国要严防将有损中国国家利益或涉及中国国内事务的事项提交 ICJ 申请咨询意见，严重打击有损我国国家主权与领土完整的行为，充分表明中国的立场。

另一方面，我国也需要积极参与 ICJ 的咨询程序，树立新的大国创新战略。积极研究相关法律规范与司法程序，深入学习 ICJ 的咨询管辖权、咨询意见效力等方面内容，进行正确导向指引。我国可以将“咨询意见”效力的影响力运用到日本福岛核废水排海事件中，与同样有利害关系的国家合作，通过联合国大会、安全理事会或联合国授权的机构请求 ICJ 针对“核废水排海的国际法责任与义务”内容做出“法律咨询意见”，其权威性以及软法特性的广泛影响，可以使其发挥极大的效力。也正如笔者前面所述，管中窥豹，由咨询意见效力地位的变化我们也可以感受到很多国际规则的变化，这便需要密切关注各个国际法庭规则、规约修改或解释的动向，积极表达我国自己的观点和态度，[56]引导国际社会建立健康、全方面的国际争端解决战略。

[55] 罗国强，于敏娜：《国际法庭咨询意见管辖权的扩张倾向与中国策略》，《学术界》2019 年第 10 期，第 145 页。

[56] 参见罗国强，于敏娜：《国际法庭咨询意见管辖权的扩张倾向与中国策略》，《学术界》2019 年第 10 期。

中国共产党的海洋战略对国际海洋法发展的贡献

姚 莹

[内容提要] 世界上主要大国的崛起有其内在原因与共性要素，但几乎所有的大国均为海洋大国。总结主要大国崛起的经验，立足中国的现实需要，有助于我们更清晰地梳理中国共产党海洋战略的演进过程。中国共产党的海洋战略经历了三个发展阶段：海洋防御战略、海洋开放战略、海洋强国战略。中国共产党的海洋战略所体现的核心理念很好地结合了马克思主义的义利观与中国传统“和”文化价值观，包括“求同存异”理念、“搁置争议、共同开发”理念、“和谐世界”理念以及“海洋命运共同体”理念，助力了国际海洋法的理念创新。同时，中国共产党的海洋战略在国际海洋法制度形式、海上安全制度、海洋公域开发制度、海洋环境保护制度以及和平解决海洋争端制度五个方面促进了国际海洋法的制度创新。

[关键词] 中国共产党；海洋战略；国际海洋法；海洋命运共同体

[基金项目] 国家社科基金重大项目（20ZDA098）

[收稿日期] 2020-11-12

[作者简介] 姚莹，吉林大学法学院、吉林大学国家安全与发展研究院副教授，法学博士（长春 130012）

古代中国不但是海洋大国，更是海洋强国。中国古代的造船和航海技术雄踞世界前列达17个世纪之久，为人类航海事业的发展作出了巨大贡献。[1]2 而从明代开始，中国采取了违背历史潮流的“禁海”政策，失去了一次历史发展的大好机遇。特别是从鸦片战争开始到新中国建立这百余年，更是一部“有海无权、有海无防”的屈辱史，而几乎所有的侵略者都来自海上。其原因是，在中国有文字记载的历史的大部分时间里，外患主要来自西北内陆方向，[2]275 传统上有“重陆轻海”的思想。然而，海洋是人类的未来，海洋问题关乎国家与民族的核心利益，因此自新中国成立以来，中国共产党从战略高度审视海洋问题，形成了独具特色的中国“蓝色战略”。[1]在中国共产党建党100周年即将到来之际，回顾世界上主要大国崛起的经验，梳理中国共产党的海洋战略思想以及其对国际海洋法的贡献，无疑具有重要的理论与现实意义。

一、大国崛起的经验给中国共产党确立海洋战略带来的启示

世界上主要大国的崛起有其内在原因与共性要素，而几乎所有的大国均为海洋强国。正如地缘政治学创始者拉采尔指出，“只有海洋才能造就真正的世界强国。”[3]63 总结主要大国

[1] 在中国之治的体制性结构中，中国共产党的领导地位与执政权力深深嵌入国家权力结构之中，建构了一种新型的政党关系。中国特色的政党复合体制从“先有政党、后有国家”这个历史路径出发的，遵循着以政党建设推动国家建设和治理的轨迹，党与国家、政府之间的关系是你中有我、我中有你（有关中国共产党与国家间关系的讨论详见王立峰：《中国特色党政复合体制的运作逻辑与治理效能》，《河南社会科学》2020年第10期；秦前红、刘怡达：《中国现行宪法中“党的领导”规范》，《法学研究》2019年第6期）。由于中国的国家实践是在中国共产党领导下的国家实践，所以本文在探讨中国海洋战略、海洋法实践对国际海洋法的贡献时不再区分政党行为与国家行为。

崛起过程中的经验与教训，立足中国的现实需要，有助于我们更清晰地梳理中国共产党海洋战略的演进过程，更全面地认识与把握大国发展的规律，更深刻地影响国际海洋法的未来发展。

（一）海洋大国崛起的经验及启示

葡萄牙和西班牙是最早通过国内统一成为大国的，航海大发现奠定了它们成为世界性海洋大国的物质基础。但是到了 16 世纪末期，它们把关注的焦点放在了通过发动战争来保护分布广泛的殖民地，忽视了发展国内经济与提高人民生活水平的重要性。对中国来说，最明显的教训就是没有强大的海上贸易和国家经济的增长，单纯的海上扩张是不稳定的。[4]365-366 荷兰的崛起依赖海上贸易，通过从事贸易而获得权势的商人们反过来更加支持面向海洋的政策。荷兰由于没有考虑发展海上军事力量，无力应对其他欧洲后起强国对其海上运输线的挑战而逐渐衰落。荷兰的教训告诉中国，贸易固然重要，但也需必要的海上力量作为保障。英国政治改革促进了其内部整合，工业革命、科技创新和自由放任资本主义使英国成为“世界工厂”，依托海上力量、扩张海外贸易加速了英国的崛起。过度扩张使英国开始走向衰败，而二战后英国放弃海外殖民地、专注提高国民生活水平从而维持自己的大国地位，[4]367-368 是英国给中国最好的经验。明治维新使日本摆脱了西方的殖民统治，成为现代化国家。海军的发展对日本的海外扩张至关重要，但过分迷信海权使日本步入歧途。日本给中国的经验非常直观，即不迷信海权、不走对外侵略扩张之路。“世界各地移民的贡献、具有前瞻性宪法的保护和文化产业发展以及自力更生”[4]370，并且美国注重对外输出其观念、制度，同时积极参与乃至主导国际秩序的构建，这些因素共同作用使其成长为一个超级大国，这也直接证明了大国崛起必然伴随着战争这种观念是错误的。马汉的海权论成为美国国家战略的指导思想，理论上直接支持了 20 世纪美国的崛起。同时，陆权在美国崛起过程中也具有重要作用。如果陆权发展不好，则美国的海外影响势必大大收缩。[5]所以，美国崛起给中国的经验是立足国内改革，坚持自力更生，在保持传统陆权优势的基础上大力发展海权，“向海而兴”，同时重视观念输出，积极参与国际秩序的构建。

（二）大陆国家崛起的经验及启示

法国历史上就是一个陆上强权。法国的海权地位是拿破仑战争时期确立的，但面对英国仍然是无可奈何的，因为英国的金融和工业实力是其最终取得胜利的关键。经历了两次世界大战后的法国依然是陆权大国，但是它在继续发展海上力量的同时，将主要精力用于发展自身独立的工业体系上来[6]185,217,231-232，这也是法国给中国的直接经验。德国地处欧洲心脏地带使其受到巨大的压力，地缘战略形式不利。之所以能够在 19 世纪末迅速崛起为一个工业化强国是得益于德国经济的发展，尤其是其教育与技术的发展，同时俾斯麦推动德国的统一也与德国现代化的发展方向一致。崛起后的德国将“大陆战略”转向“世界战略”，为拓展所谓“生存空间”开始对外侵略扩张。[4]373 两次世界大战的失败，德国受到国际社会的惩罚。中国从德国学到的主要经验是“永远要选择和平发展的道路”[2]277，另外，国家统一对于一国崛起会起到巨大的助推作用。彼得大帝在位期间，俄罗斯成长为一个强国，主要原因在于

他致力于将俄罗斯从一个传统的陆权国家向海权国家转型，标志之一就是全盘学习西欧，建立一支强大的海军，并通过战争抢占港口。叶卡捷琳娜二世延续了彼得大帝的战略。事实上，苏联也是一个“不断努力奔向大海的国家”[4]375，但它失败了。所以当苏联解体后，它“痛苦地意识到，没有海权，一个国家很难长期强大”[7]319。同为传统陆权大国，且俄罗斯曾经与中国有着相同的政治体制，所以俄罗斯的经验对于我们来说具有特别的意义，归纳起来有三点：1）大国崛起必须重视海权；2）向海权国家转型不能通过军事扩张；3）一国国民经济不发展、民生不改善是无法真正长期强大的。

通过对主要大国崛起过程的梳理，我们可以得出几点基本经验：其一，“向海而兴”是上述所有国家崛起过程中或者推行过或者贯彻始终的战略；其二，仅仅依靠海洋战略、发展海上力量是不足以支持一个大国崛起的；其三，国家的工业化水平、创新改革能力和有效的政治体制是大国崛起的核心力量。这些经验，给中国共产党确立海洋战略提供了借鉴。

二、中国共产党海洋战略的发展历程

海洋对于中国这样一个“陆海统筹”、地缘政治视角下的海洋“地理不利国”来说至关重要，因此必须站在战略的高度来看待海洋问题。海洋战略不仅事关军事和海防，而且与政治、经济、贸易、资源密切相关，[8]2 是统领性、全局性、左右胜败的海洋谋略、方案和对策。[9]中国共产党总结大国崛起的经验，把握大国崛起的规律，制定了有中国特色的海洋战略。

（一）建国初期中国共产党的海洋战略：海洋防御战略

建国初期，中国面临严峻的周边环境，这个时期的中国共产党专注于国家的生存，对可感知的外部威胁极为敏感，[10]34 所以这个时期的海洋战略是以维护主权和安全为核心的海洋防御战略。具体而言，海洋防御战略包括以下三个方面内容：第一，建设一支强大的海军。正如前文所述，自鸦片战争以来，所有的侵略者都来自海上，所以以毛泽东为核心的党的第一代领导集体很早就意识到建立一支海军的重要性。1949 年 4 月 23 日，中国人民解放军海军在江苏泰州白马庙宣告成立。1951 年 10 月，毛泽东颁布《中央军委命令》指出：“海防为我国今后主要的国防前线。”[11]第二，维护国家主权和领土完整。在毛泽东“打扫干净屋子再请客”政策思想的指导下，彻底清除西方列强在中国残留下来的特权，特别是驻军权、内河航行权和沿海贸易权[12]73，维护了国家主权。1951 年周恩来发表《关于美英对日和约草案及旧金山会议声明》痛斥美国绕过中国单方面起草对日旧金山和约、擅自处分中国领土的行为。1958 年中国政府发表《中华人民共和国政府关于领海的声明》明确了国家领土范围。第三，主张近海海洋权利。为了保护近海渔业资源，中国政府于 1955 年发布了《关于渤海、黄海及东海机轮拖网渔业禁渔区的命令》；为解决与邻国的渔业纠纷，1955 年中国渔业协会代表团与日本日中渔业协会代表团签署了《关于黄海东海渔业协定》，1957 年中国和越南签订了《中越北部湾帆船渔业协定》；为维护海上航行安全，1954 年颁布《海港管理暂行条例》，1957 年颁布《对外国籍船舶进出港口管理办法》，这些是在东西方冷战的大背景下维护中国领土主权与海洋权益的伟大实践。

（二）改革开放之后中国共产党的的海洋战略：海洋开放战略

1978 年党的十一届三中全会召开，这次全会把党的工作中心转移到经济建设上来，作出了实行改革开放的历史性决策。结合国际形势的发展变化，邓小平做出了和平与发展成为时代主题的判断。[13]105 在这一时代背景下，中国共产党转换思想观念，确立了近海防御与远洋开发并重、从狭义的海洋安全观到综合海洋观、以合作关系取代零和博弈的海洋开放战略。具体而言，海洋开放战略包括以下四个方面内容：一是对外开放，向海而兴。中国的共产主义革命，在马克思主义的领导下，引入了一个全球视野中的中国，[2]284 国家战略的海洋性主要体现在经济活力上。[2]280 在以邓小平为核心的党的第二代领导集体的领导下，中国经济贯彻了对外开放战略，形成了“经济特区——沿海城市——沿海经济开放区”这种具备“点、线、面”结构的、“向海而兴”的沿海经济开放格局，同时进行了工业现代化。二是积极参与国际海洋法规则的制定。1971 年中华人民共和国恢复在联合国的合法席位，由此开始积极参与国际海洋法规则的制定，并且自始至终参加了第三次联合国海洋法会议。中国在领海主权、领海中军舰的无害通过权等问题上表达了自己的立场，部分主张被《联合国海洋法公约》（下文简称《公约》）所吸纳。中国为推动《公约》的最终通过做出了贡献。三是启动国内海洋立法工作。随着“依法治国”基本国策的实施，国内海洋立法被提上议事日程，而中国参与《公约》的制定工作进一步推动了国内海洋立法工作。立法成果主要包括：1979 年《中华人民共和国对外国籍船舶管理规则》、1983 年《中华人民共和国海洋环境保护法》、1983 年《中华人民共和国海上交通安全法》、1986 年《中华人民共和国渔业法》、1986 年《中华人民共和国矿产资源法》等等。随着《公约》开放供各国签署，新的国际海洋法律制度逐步确立，中国在此基础上进一步建立和完善国内海洋管理制度。1992 年《中华人民共和国领海及毗连区法》和 1998 年《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》共同构成了中国海洋基本法，在此基础上，1999 年修订通过了《中华人民共和国海洋环境保护法》、2000 年通过了《关于修改中华人民共和国渔业法的决定》、2000 年《中华人民共和国飞行基本规则》（2007 年修订）、2001 年通过了《中华人民共和国海域使用管理法》等等。四是和平解决海洋争端。在解决争端问题上中国的立场始终是明确的，即钓鱼岛及其附属岛屿和南海诸岛主权属于中国，不是一个可以讨论的问题；和平解决争端是国际法的基本原则；争端应由直接相关方通过谈判、协商的方式解决；在解决争端前可以采取临时措施，例如共同开发争议海域，通过这种方式为最终解决争端创造条件。

（三）进入 21 世纪中国共产党的的海洋战略：海洋强国战略

伴随着“21 世纪是海洋世纪”共识的形成，[14]作为“自私的、理性的行为体”的国家[15]269-230 在海洋空间的竞争日趋激烈。一方面，中国所处的周边环境与面临的国际形势发生了深刻的变化，加之 2010 年中国超越日本成为世界第二大经济体，海洋开放战略已经无法满足中国快速发展的现实需要；另一方面，世界发展前景的“不确定性”要求中国新的海洋战略既能迎接康德“永久和平时代”的降临，也能从容应对“霍布斯时代”的卷土重来。[16]在此背景下，以习近平为核心的党的新一代领导集体提出了海洋强国战略，是在更高的起点上为中

国未来发展规划道路。2012 年 11 月 8 日，中国共产党第十八次全国代表大会报告中首次完整提出了海洋强国战略：提高海洋资源开发能力，发展海洋经济，保护海洋生态环境，坚决维护国家海洋权益，建设海洋强国。[17]2013 年 7 月 30 日，习近平在主持中共中央政治局第八次集体学习时发表讲话指出，为了推进海洋强国建设，我们需要实现“四个转变”，即要提高海洋资源开发能力，着力推动海洋经济向质量效益型转变；要保护海洋生态环境，着力推动海洋开发方式向循环利用型转变；要发展海洋科学技术，着力推动海洋科技向创新引领型转变；要维护国家海洋权益，着力推动海洋维权向统筹兼顾型转变。[18]2017 年 10 月 18 日，习近平在中国共产党第十九次全国代表大会报告中指出，“坚持陆海统筹，加快建设海洋强国。”[19]至此，海洋强国战略及其体系成型，并成为社会主义事业不可或缺的重要组成部分。2020 年 10 月 29 日中国共产党第十九届中央委员会第五次全体会议通过了《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》，强调“坚持陆海统筹，发展海洋经济，建设海洋强国”，“提高海洋资源、矿产资源开发保护水平。”[20]《建议》明确了第十四个五年计划与 2035 年前落实海洋强国战略的主攻方向，为实现这一战略提供了路线图。

三、中国共产党的海洋战略助力国际海洋法的理念创新

资源的有限性与现行资源分配机制存在缺陷这对矛盾决定了国家在海洋权益分配领域主要是一种竞争关系，《公约》生效后所引发的全球范围内的“蓝色圈地运动”即是例证。但是海洋自身的属性，即海洋的整体性以及海洋活动的国际性，[21]又对国家间合作产生了需要。国际海洋法要具备调整这两种对立关系的功能，这需要理念层面的支撑，需要一种中庸的、不单纯反应西方世界观和信条的理念。中国共产党的海洋战略所体现的核心理念很好地结合了马克思主义的义利观与中国传统“和”文化价值观，为化解这种竞争与合作之间的矛盾提供了新思路。

（一）“求同存异”理念

“求同存异”理念的提出有其特殊的历史背景。二战结束后，亚非拉地区的民族解放运动蓬勃发展，一大批殖民地国家脱离殖民统治建立独立主权国家。1955 年 4 月在印度尼西亚万隆召开了亚非国家会议（以下简称“万隆会议”），这次会议是广大亚非国家第一次在没有西方国家参加的情况下召开的多边会议，也是中华人民共和国政府第一次参加大型国际会议，意义重大。受这一时期美苏对峙局面严峻的影响，亚非国家之间也存在不信任、不合作的情形，这成为了万隆会议召开的隐患。在美国施压、阻挠、造谣、破坏的影响下，尚未获得国际社会普遍接受的中华人民共和国政府代表在会上遭遇了猜忌甚至敌意。在这一背景下，周恩来在会上发表著名演说，其中特别包含了“求同存异”理念。周恩来的发言获得了各方的肯定，打消了广大亚非国家对中国的疑虑。“求同存异”理念主要包含三层涵义：1）“求同存异”的目标是“求同”，即谋求共识，寻找一个最大公约数，而不是完全认同，这是开展进一步交流、合作的基础；2）“求同存异”意味着差异、不同是客观存在的，表现形式也多种多样，但差异不代表对立，也不代表放弃本国的立场去迎合其他国家，而意味着包

容，意味着相关国家应该在更大范围内谋求共识；3）“求同存异”意味着国与国之间的交往只要秉持这一理念，就可以达成不同程度的合作，包括不同意识形态国家之间的合作。“求同存异”理念与和平共处五项原则一脉相承，构成了建国之初指导中国外交的标尺。它是在维护中国国家主权与安全、保持中国政治制度独立的前提下，促进中国尽快融入国际社会。

（二）“搁置争议、共同开发”理念

“搁置争议、共同开发”理念其实是“求同存异”理念在解决领土海洋争端领域的进一步发展和具体化，其最早是邓小平为解决中日钓鱼岛及其附属岛屿主权归属之争提出的一个新思路。1978 年 10 月 25 日，邓小平访问日本。在谈及中日关于钓鱼岛及其附属岛屿主权归属之争时，他指出：“钓鱼岛问题放一下不要紧。我们这代人智慧不够，下一代人比我们聪明，总会找到一个大家都能接受的好办法来解决这个问题。”[12]102 1982 年 9 月 24 日，邓小平会见英国首相撒切尔夫人时表示：“关于主权问题，中国在这个问题上没有回旋余地。坦率地讲，主权问题不是一个可以讨论的问题。”[13]12-15 1984 年 2 月，邓小平在会见美国学者代表团时指出：“有些国际法上的领土争端，可以先不谈主权，先进行共同开发。”[13]49 如果涉及到解决岛礁归属等领土主权问题，“搁置争议、共同开发”理念应表述为“主权属我、搁置争议、共同开发”，包括三层涵义：第一，搁置争议是手段，目的在于共同开发。[13]87 搁置争议不是不解决争议，而是先将争议挂起，通过共同开发来实现互利共赢、建立互信，最终是为解决争议创造条件；第二，共同开发在争议区域进行，而导致争议的原因之一是争端各方都想开发，因此共同开发可以在一定程度上弥合分歧，实现共赢；第三，如果涉及到领土主权问题，那么“搁置争议、共同开发”应该有一个前提，即“主权属我”。这一理念只是为了帮助打破依据法律“主权属我”、但受制于实际的控制情况或国际舆论等因素而无法开发的困境，即先不谈主权，先进行共同开发，打破无一方受益的僵局，为最终解决问题创造条件。这一理念作为“求同存异”理念在解决领土海洋争端的具体化成果，依然是立足于解决实际问题而不是评判孰是孰非。

（三）“和谐世界”理念

2005 年 4 月 22 日，胡锦涛在雅加达亚非峰会的讲话中首次提出“和谐世界”理念：“尊重文明、宗教、价值观的多样性，尊重各国选择社会制度和发展模式的自主权，推动不同文明友好相处、平等对话、发展繁荣，共同构建一个和谐世界。”[22]7 月 1 日，“和谐世界”被写入《中俄关于 21 是国际秩序的联合声明》，这一理念逐步进入国际社会的视野。12 月 22 日发表的《中国的和平发展道路》白皮书，是中国落实“和谐世界”理念的承诺。2007 年 10 月 15 日，“和谐世界”理念在中国共产党第十七次全国代表大会上被重新阐发。[23]2012 年 11 月 8 日中国共产党第十八次全国代表大会上从人类未来的角度再次阐释“和谐世界”理念的重要意义。[24]至此，“和谐世界”理念得以牢固确立。“和谐世界”理念包含三层涵义：1）贯彻多边主义，“我们要摒弃冷战思维，树立互信、互利、平等、协作的新安全观，建立公平、有效的集体安全机制”；2）坚持互利合作，“我们应该积极推动建立健全开放、公平、非歧视的多边贸易体制”；3）秉承包容的精神，“应该以平等开放的精神，维护文明

的多样性，促进国际关系民主化”。[25]“和谐世界”理念受到国内外学术界的高度重视，“具有中国特色的国际法理论的初步形成与发展是在国际社会形成中国立场、中国话语、中国声音的重要基础”。[26]

（四）“海洋命运共同体”理念

“海洋命运共同体”理念是中国共产党对国际海洋法发展的最新贡献，但是这一理念是从属于一个上位概念——“人类命运共同体”理念的。2013 年 3 月，习近平主席在莫斯科国际关系学院发表演讲，向世界首次提出“人类命运共同体”的概念。[27]2017 年 1 月，习近平主席在联合国发表《共同构建人类命运共同体》的演讲，详细阐释了“构建人类命运共同体，实现共赢共享”的中国方案。[28]537-549 2017 年 10 月，“人类命运共同体”在中国共产党第十九次全国代表大会上被写入党章。2018 年 3 月，“推动构建人类命运共同体”在第十三届全国人大一次会议上被写入《宪法》，成为我国宪法的基本原则之一。“人类命运共同体”是一个内容丰富、开放的概念，从空间角度判断，应该包括“海洋命运共同体”。2019 年 4 月，习近平主席在会见应邀出席我国海军成立 70 周年多国海军活动的外方代表团团长时，正式提出了“海洋命运共同体”理念。他指出：“我们人类居住的这个蓝色星球，不是被海洋分割成了各个孤岛，而是被海洋连结成了命运共同体，各国人民安危与共。”[29]“海洋命运共同体”包括了“海洋安全共同体”“海洋惠益分享共同体”“海洋生态文明共同体”和“海洋和谐与和平共同体”。[14]“海洋命运共同体”理念是一个具有全局性、战略性、前瞻性的思想体系。它虽来自中国但属于世界，是走向人类文明自觉的共同体范式“海缘世界观”，其存在意义可以用八个字概括：以海为媒，广结善缘，[30]是中国对国际海洋法的贡献。

综上可以看出，以上理念的关键字或者为“同”、或者为“和”，都体现了一种中庸的、不单纯反应西方世界观和信条的理念。运用这种体现“认同”“协同”“共存”“和平”“和睦”“合作”的理念来解决国家间涉及海洋问题时竞争与合作的矛盾，具有现实的可能性。

四、中国共产党的海洋战略促进国际海洋法的制度创新

中国共产党的海洋战略与国际海洋法律制度之间具有密切关系。国际法是国际关系的规则，[31]3 国际关系的基础是政治关系，[32]47 而决定一国政治关系的就是一国的战略。具体到一国海洋战略与国际法之间的关系就是：首先，一国的海洋战略要在国际法的允许的范围内制定；其次，由于国际法是实施国家战略的重要途径，[33]33 所以一国的海洋战略要积极借助国际法来实施；最后，一国海洋战略的演进发展也会促进或推动国际法的制度创新，尤其是国际海洋法的制度创新。无论是条约还是习惯国际法的形成和发展都是对国家政治力量的反应。[34]56-57 作为典型的政治力量，国家战略会影响国际法律制度的形成、发展和形式，一国的海洋战略尤其是大国的海洋战略会影响国际海洋法制度的形成、发展和形式。脚踏实地是中国共产党的优良传统，现行的以《公约》为基础的国际海洋法律制度基本上符合包括中国在内的国际社会多数国家分配海洋权益的诉求，所以中国不会另起炉灶，彻底挑战现行国际海洋法律制度。但不能回避的是，现行国际海洋法律制度存在诸多不足，需要进行制度创新。作为世界上最大的发展中国家、GDP 排名第二的经济强国、海洋地理相对不利国，中国在

推动国际海洋法的制度创新过程中应发挥积极作用。结合前文有关论述，中国共产党的海洋战略在以下五个方面促进了国际海洋法的制度创新：

（一）硬法与软法并存的国际海洋法制度形式

海洋的物理特征决定了国家的涉海行为往往具有国际性，需要从国际社会的层面去评价和规制；海洋的重要战略意义决定了国家都热衷于强化对海洋的控制与利用，并不希望自己的行为受到过多来自国际法的限制。这就意味着，国家开发和利用海洋的行为需要进行规制，而现行的以条约和习惯国际法为表现形式的硬法存在不足，需要修改或补充，然而国家参与制定硬法的主观意愿并不强烈。在这种情况下，国际海洋法律制度就产生了对软法的需要，尤其在海洋环境保护领域。软法虽然不具有强制力，但其制定过程也经过了专业和审慎的论证，表达了人们对某些问题的共识，具有科学性和某种道义上的感召力，遵守软法会使相应的行为更具有正当性。[35]软法可能通过转化为条约或形成习惯国际法而获得拘束力，还可能被国际司法仲裁机构援引而通过裁决产生拘束力。软法的特有功能可以在很大程度上弥补当前海洋法律秩序的不足，因此应推动硬法与软法并存的国际海洋法制度形式的尽快形成。中国共产党的海洋战略中体现的“求同存异”理念、“和谐世界”理念和“海洋命运共同体”理念就具有这种促进软法形成的感召力。事实上，联大已有部分决议援引了“人类命运共同体”理念，中国应在海洋法领域积极行动，设置议题，有所作为，推进国际海洋法律制度创新。国际海洋法已经开始进行制定软法的尝试，获得良好的反响。2015 年联合国通过《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》，将“保护和可持续利用海洋和海洋资源以促进可持续发展”作为可持续发展目标之一，2017 年联合国支持落实可持续发展“目标 14”会议(联合国海洋大会) 积极推动将可持续发展目标作为全球海洋治理路线图组成部分，显示了国际社会在促进海洋治理与可持续发展相互融合方面的共同政治意愿。[36]

（二）建立在新安全观基础上的海上安全制度

海洋是一个和平系统和安全系统，[37]海上安全制度的科学构建是这个系统的最低要求。国家从事开发和利用海洋的行为时的合理预期和基本诉求就是它会获得海上安全制度的保护。国家面临的可能是来自传统安全因素的威胁，如来自其他国家的军事、政治、外交等威胁；也可能面临来自非传统安全因素的威胁，如海盗、恐怖分子、武器扩散、疾病蔓延、环境污染、气候变化等威胁，而这些都属于海上安全制度所要解决的问题。可以说海上安全制度的体系非常庞大，几乎触及到国际海洋法的每一个分支领域。海洋安全等重要权益本应得到《公约》和习惯国际法的尊重与保护，鉴于“安全”涵盖的内容比较庞杂，《公约》不必也不可能面面俱到。但属于最狭义的传统安全威胁因素的海上军事活动问题，包括在专属经济区的军事活动问题，都没有在《公约》中明确规定。《公约》虽然多处规定应和平利用海洋，但是“军事活动”本身就是一个没有法律定义的术语，“为军事目的的海洋利用”也没有明确含义。[38]安全利益理应包括在《公约》设定的领海及毗连区、专属经济区和大陆架制度之内。如果沿海国的安全都不能保障，在专属经济区的资源权利也无从谈起。[39]212 中国共产党的海洋战略理念的核心是“和”，有“和平”“和睦”之意，这表明中国对国际海上

安全制度的重视，为国家间开展海上安全合作创造了条件。习近平强调主权、安全和发展利益的核心地位，他指出，“我们要走和平发展道路，但决不能放弃我们的正当权益，决不能牺牲国家核心利益。任何外国不要指望我们会拿自己的核心利益做交易，不要指望我们会吞下损害我国主权、安全、发展利益的苦果。”[40]249 中国可以在如下几个方面推进海上安全制度的创新：第一，习近平提出并全面阐述了“共同、综合、合作、可持续的亚洲安全观”，倡导“创新安全理念，搭建地区安全和合作新架构，努力走出一条共建、共享、共赢的亚洲安全之路”，[40]353-359 这有助于推进地区海上安全合作，构建区域“海上安全共同体”。第二，通过修订《公约》或补充协定的方式明确“军事活动”的含义和范围。第三，沿海国在自己的领海及毗连区、专属经济区和大陆架的安全利益无法通过《公约》获得保障，沿海国有权采取立法、司法和执法措施对危及本国海洋安全的各类活动进行预防和反制。第四，建立包容性的海上安全制度，明确有关“海上安全”的公约之间的相互关系，更好地保护海上安全。

（三）建立在正确义利观基础上的海洋公域开发制度

海洋公域是指不属于任何国家管辖的海域，主要包括公海、国际海底区域与南北极（部分）。如果将讨论主题限定在海洋公域开发制度，则主要涉及三种开发制度，即国家管辖范围以外区域海洋生物多样性（BBNJ）养护和可持续利用制度、国际海底区域（简称“区域”）开发制度、南北极治理制度。随着“海洋世纪”的到来，海洋公域所蕴藏着巨大的经济价值吸引了各国兴趣。自利的国家热衷于开发、利用海洋公域的资源或分享惠益，造成一系列的全球问题，但国家不能或不愿承担责任。在现行的全球海洋治理机制下，这个问题基本是无解的。[41]中国共产党的海洋战略所体现的先进理念，例如“海洋命运共同体”理念能为解决这一困境提供一种思路，因为只有更新治理理念才能才能改革与完善治理机制。以“海洋命运共同体”理念为基础构建起来的海洋公域开发制度需要建立在正确的义利观基础上。习近平系统阐释了何谓正确的义利观：“义，反映的是我们的一个理念，共产党人、社会主义国家的理念……我们希望全世界共同发展，特别是希望广大发展中国家加快发展。 利，就是要恪守互利共赢原则，不搞我赢你输，要实现双赢……只有义利兼顾才能义利兼得，只有义利平衡才能义利共赢。”[42]

第一，制定 BBNJ 养护和可持续利用制度。2017 年 12 月联合国通过第 72/49 号决议，决定在联合国主持下召开政府间会议，审议筹备委员会关于 BBNJ 国际文书草案要素的建议，根据《公约》规定，拟订案文并尽早出台该 BBNJ 文书。在当下 BBNJ 国际文书草案的谈判过程中，发达国家与发展中国家关于国家管辖外海域生物遗传资源的地位及惠益分享机制存在分歧。我国身份多重——发展中国家、新兴大国、负责人大国与海洋地理相对不利国[41]——只有在“海洋命运共同体”理念的基础上提出“第三种分配方案”，才能在维护中国国家利益的基础上，协调发达国家与发展中国家的立场。

第二，制定“区域”开发制度。2016 年、2017 年和 2018 年，国际海底管理局制定了三个开发规章草案，然而各国分歧较大。理事会指出，规章必须反应《公约》和 1994 年《执行协定》的规定，反应包括关于“区域”内活动的政策和采取必要措施确保有效保护海洋环

境免受此类活动可能产生的有害影响的必要性。作为拥有四块专属勘探权和优先开采权矿区的国家，中国应在规章的制定过程中发挥积极作用，而只有建立在“海洋命运共同体”理念基础上的“区域”开发制度才能落实共同增进海洋福祉的海洋治理理念，处理好资源开发与环境保护之间的关系，平衡好国际社会整体利益与不同类型国家之间的利益。

第三，制定南北极治理制度。南极治理机制的发展和完善还有比较大的空间，南极条约协商会议和南极环境保护委员会会议讨论的议题更加具体和务实。2018 年中国代表团关于第五座南极考察站建设与运行的全面环境影响评价报告获得审议通过，中国的南极立法工作已经正式提上议事日程。这些都昭示着中国在南极治理机制深化过程中发挥越来越重要的作用。北极治理机制正在经历快速和深刻的变化，一方面各国合作继续深入，一方面地区安全形势被各国关注。中国于 2018 发表《中国的北极政策》白皮书，阐明了中国在北极问题上的基本立场。2018 年中—冰北极科考站在冰岛建成，开创了北极国家与非北极国家双边科技合作的成功范例。同年，《预防中北冰洋不管制公海渔业协定》签署，对北冰洋公海渔业的管理乃至北极治理具有深远意义。

（四）国家责任与国际合作并重的海洋环境保护制度

联合国大会在 2017 年发布的《海洋与海洋法》报告中指出，海水酸化问题到 21 世纪末将成为危及海洋环境的主要问题。[43]此外，海洋垃圾和塑料粒也受到国际社会的特别关注。海洋健康与海洋生物多样性仍在遭受多种压力带来的负面影响，全球和区域两个层面正在多措并举，解决污染问题。[39]3 然而现有的海洋环境保护制度存在不足，无法有效保护海洋环境。在问题属性上，海洋环境保护问题与海洋公域开发问题相似，都存在国际社会集体行动困境造成海洋的公地悲剧的情形。因此，也需要中国共产党的海洋战略所体现的先进理念，主要是“海洋命运共同体”理念为解决这一困境提供方法。环境问题的跨境性决定了单边或双边治理模式意义不大，因此，比较理想的制度设计是在“海洋命运共同体”（既是“利益共同体”也是“责任共同体”）理念指导下在全球和区域两个层面采取措施：1）由于除南极外，尚无国家或国际组织在国家管辖范围之外设立公海保护区，因此，可以借鉴在南极地区设立公海保护区的实践；2）可以借鉴联合国环境规划署比较成熟的区域海洋项目开展区域海洋环境保护合作。

（五）灵活性与强制性兼顾的和平解决海洋争端制度

《公约》生效后，就形成了以《公约》为基础和核心的现代海洋法律秩序。《公约》的争端解决机制具有“整体上的强制性、解决方法上的选择性以及适用范围上的不完整性”[44]7 的特点。“使用强制争端解决机制既不是国际法的一般特征，也不是海洋法的特有属性，国家更倾向于用政治方法解决它们之间的分歧，或至多使用建立在同意基础上的司法方法或仲裁。”[45]349 然而，一个强制性的争端解决机制不仅可以在客观上迫使各国在采取行动时保持自制与谨慎，从而有助于减少争端的发生，而且还会给违反规则的国家一个低成本的选择：“显然接受依赖于一个公正的第三方的决定要比其他选择更好，因为其他选择可能意味着冲突陷入僵局或被迫诉诸自卫”[46]103。出于这种考虑，一个强制性的争端解决机制就成为保证

所有缔约国适用公约的全面性与统一性的不可或缺的重要工具。和平解决争端原则应做宽泛解释。海洋权益通常事关国家核心利益，通过常规争端解决方式成功解决的可能性很小。对于争端各方来说，彻底解决争端无疑是最优选择，但可能性非常小；此时将争端搁置，等条件更加成熟再谋求争端的彻底解决显然是一个更务实的选择。中国共产党海洋战略理念中体现的“和”文化无疑为和平搁置争端提供了观念支持。

世界上主要大国的崛起有其内在原因与共性要素，但几乎所有的大国均为海洋大国。在中国共产党建党 100 周年即将到来之际，总结主要大国崛起过程中的经验与教训，有助于我们更清晰地梳理中国共产党海洋战略的演进过程，更全面地认识与把握大国发展的规律，更深刻地影响国际海洋法的未来发展。回顾并总结新中国成立 70 年来中国共产党海洋战略的演进过程，可以发现中国共产党的海洋战略经历了从“近岸”到“近海”再到“远海”；从“防御”到“开放”再到“强国”三个发展阶段，这是中国国家实力增长的缩影。中国共产党的海洋战略所体现的核心理念很好地结合了马克思主义的义利观与中国传统“和”文化价值观，为化解这

国际法上的多边主义及其当代涵义（仅供年会交流)

张乃根

摘要：传统国际法虽有多边体制，却鲜见多边主义理论。世界正处于百年未有之大变局，坚持以《联合国宪章》为基础的国际法多边体制，推动构建人类命运共同体，是应对各种国际挑战的必由之路。为此，主权平等独立的各国应和平共处，不干涉他国内政，和平解决国际争端；共商共建共享普遍安全的保障体制；国际经贸合作共赢，共同繁荣，将给予发展中及最不发达国家的优惠多边化；文明共存，将所有人权作为整体保护，并允许各国自主决定人权保护的具体措施；在联合国的协调下共同保护地球，走可持续发展道路。与国际法上多边主义当代涵义的中国特色理论诠释不同，所谓“有效的”和“选择的”多边主义缺乏国际法的依据。

关键词：国际法；多边主义；当代涵义；中国特色理论

引　言

近年来，“多边主义”（multilateralism）在国际法相关语境下频繁出现。譬如，有人认为“中国旨在将国际秩序转变为具有中国特色的选择性多边主义体系，其经济与社会权利将优先于政治与公民权利。”“欧盟应促进其利益，并与那些主张有效的多边主义和国际法优先性的国家紧密合作来实现之。”[1] 有人还认为中国在涉及领土主权争端的问题上反对任何多边解决，而在气候变化等方面采取多边主义，因而冠之以“选择性多边主义”。[2] 多边主义出自于西方的国际关系理论，[3]但是，随着中国的综合国力提升而在国际事务中的作用明显增加，所谓“有效的”（effective）和“选择的”(selective)多边主义说法，在西方不胫而走，并不同程度与国际法问题相联系。我国学界对究竟什么是国际法上的多边主义及其当代涵义，研究不多。[4] 作为回应，并澄清当代国际法上的多边主义问题，有必要从历史和现实的

* 复旦大学特聘教授，中国国际法学会副会长。本文为国家社会科学基金重大项目《“构建人类命运共同体”国际法治创新研究（项目编号 18ZDA153）》和国家社会科学基金重点项目《“人类命运共同体”国际法理论与实践研究（项目编号 18AFX025）》的阶段研究成果之一。

[1] Josep Borrell, “The Sinatra Doctrine. How the EU Should Deal with the US-China Competition”, IAI Papers 20/24, September 2020.“西纳特拉学说”取名于西纳特拉的一首歌“我的路”（My Way），意指欧盟应采取自己独立的对外政策。

[2] D.S. Rajan, “China’s Selective Approach towards Multilateralism”, https://www.c3sindia.org/2016/02/ (last visited February 14, 2021).

[3] 参见约翰.鲁杰：《多边主义》，苏长和等译，浙江人民出版社 2003 年版；又参见秦亚青：《多边主义研究：理论与方法》，载《世界经济与政治》，2001 年第 10 期，第 9 页。

[4] 近二十年《中国国际法年刊》很少有论文主题涉及多边主义，如孔庆江：《多边主义或去多边主义：从金转国家开发银行赫应急储备基金再看国际金融监管》，载《中国国际法年刊》（2014），第 249 页。中国国际法学会 2019 年学术年会的主题为《新中国 70 年与国际法的发展：多边主义面临的挑战及应对》，但是，以多边主义为主题的论文很少。晚近学者对该问题的相关讨论。参见车丕照：《我们需要怎样的

国际关系与国际法的联系中，加以探讨。

本文首先回溯近现代国际关系中以条约法体现的多边体制，以及传统国际法理论中却没有多边主义一说的缘故，然后重点讨论当代国际法上的多边主义，并尝试体现中国特色理论的诠释，最后辨析国际法相关“有效的”和“选择的”多边主义说法。

一、传统国际法上的多边体制而无主义之说：回溯

（一）国际关系与国际法及其传统

人类进入文明时代，或者说，有文字记载的社会，国家形态的政治实体逐渐产生。[5]即便在古代，国家之间也会发生类似现代的国际关系。譬如，史料记载的最早条约是古埃及帝国国王塞托斯一世（Sethos，约公元前 1318-1304 年在位）、拉美西斯二世（Ramesses，约公元前 1279-1213 年在位）与赫梯帝国先后签署的两个和约，尤其“后一个和约是一个比较持久的和约”。[6] 学界也有认为中国古代春秋战国时期（公元前 722-221 年）曾有过“先秦国际法”。[7] 实际上这是当时名义上仍为周朝之下各诸侯国相互间交往的成文或习惯法，因而“直到 19 世纪中叶，在中国始终没有国际法”[8] 这里所说的国际法，传统上是指由欧洲文艺复兴之后形成的民族主权国家以及逐渐扩展到世界其他地区国家之间法律。“特别是从格劳秀斯的名著《战争与和平法》刊行以后，国际法作为法律的观念才被明白认识出来；国际法的实体也才自成一个包罗丰富的法律体系”。[9]这是国际法学界公认的看法，也是该传统演变至今以《联合国宪章》（《宪章》）为基础的当代国际法之发展事实。[10]

（二）传统国际法至今的多边体制及其理论探源

传统国际法上的多边体制始于 1648 年威斯特伐利亚和会及其和平条约。这也是近代国际关系的开端。当时欧洲 16 个国家、66 个神圣罗马帝国下王国和 109 位参会代表签署了旨在恢复和确立欧洲和平及三十年战争之后的这项多边条约。[11] 这是“近代史上处理国际关

国际多边体制》，载《当代法学》2020 年第 6 期，第 3 页。

[5] 公认的古代四大文明发祥地美索不达米亚（幼发拉底河、底格里斯河流域）的楔形文字，埃及的象形文字、印度的图画文字和中国商朝的甲骨文。参见杰弗里.巴拉克勒夫主编：《泰晤士世界历史地图集》，中文版编辑邓蜀生，生活.读书.新知三联书店 1985 年版，第 52-53 页。中国夏朝虽尚未发现文字，但根据史料确定其历史存在。参见谭其骧主编：《简明中国历史地图集》，中国地图出版社 1991 年版，第 5-6 页。

[6] 杰弗里.巴拉克勒夫主编：《泰晤士世界历史地图集》，第 59 页。

[7] 参见禾木：《被遗忘的话语：20 世纪初期中国学者眼中的中国古代国际法》，载《中国国际法年刊》（2014），第 274 页。

[8] 王铁崖：《中国与国际法——历史与当代》，英文本、中文本先后发表于《海牙国际法学院演讲集》（1990）和《中国国际法年刊》（1991），后编入《王铁崖文选》（邓正来编），中国政法大学出版社 2003 年版，第 228 页。

[9] 周鲠生：《国际法》上册，商务印书馆 1976 年版，第 41 页。

[10] See James Crawford ed., *Brownlie's Principle of Public International Law*, 8th edition (Oxford: Oxford University, 2008), pp.3-6. 又参见张乃根：《国际法原理》，复旦大学出版社 2012 年第 2 版，第 6-25 页。

[11] 参见 *Encyclopedia of Public International Law*, Vol.7 (Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V.1984), pp. 160-162.

系的欧洲大会议之创举。”[12] 或者说，这开创了近现代国际关系和国际法上的多边会议或多边安排的先例。该和约规定了集体保障缔约方之间和平的多边体制，包括“参加协议的所有各方应有义务保卫和保护本和约的每一项条款不受任何人的侵犯，不论其信奉何宗教；如果发生任一规定被违反事，受害者首先应告诫违反者不要采取敌对行动，并将案件提交一个友好人士组成的组织或采取通常的司法程序。”（第 123 条）“经过三年都无法解决争端，同本协议有关的每一方都必须站在受害者的一方，向他提供意见何武力，协助他还击侵害者”。（第 124 条）[13] 虽然这一争端解决的多边体制实际上未曾运行过，但是，这一通过多边会议签署的多边条约被国际法史学界称为具有“多边特点”（multilateral character）的体制,，[14] 为以后几乎所有多边的国际法体制，尤其是 19 世纪初拿破仑战争之后的维也纳体系、20 世纪上半叶二次世界大战后的凡尔赛体系以及《宪章》下当代国际法体系，提供了可借鉴的威斯特伐利亚模式。

格劳秀斯在威斯特伐利亚和约之前创立的国际法学说为该多边体制奠定了理论基础，尤其该和约“在实践上肯定了格劳秀斯所提出的国家主权、国家领土与国家独立等原则是国际关系中应该遵守的准则”。[15] 但是，他的主要论著未提及“多边主义”，或者说，将多边体制归结为一种“主义”、“学说”。其原因在于他当时想要探寻新兴的民族主权国家调整相互间战争与和平关系的可适用法。譬如，他最早的国际法论著《捕获法》提出“初级国际法”（the primary law of nations，即，自然国际法）和“次级国际法”（the secondary law of nations, 即，实在国际法）的一系列“规则”（rules）和“法律”(laws),抽象的规则或原则在先，具体的法律在后。其中，“所有国家所表示的意志，即为关于所有国家之法律”，[16]就是关于“实在国际法”（positive law of nations）的规则。他的代表作《战争与和平法》进一步明确地将国际法归类为相对国内法而言的“人定法”（human law），其约束力源自于所有国家或许多国家的意志。[17] 在他看来，处理国家间关系，最重要的是遵循基于自然法的实在国际法。至于采取双边或多边的方式，则依国际关系的具体情况而定。他在论述条约法时认为，首先应该说，“有些条约确定了自然法上的同样权利，有些进一步有所增加。”[18] 有一类条约是交战双方在战后缔结的，另一类是双方友好通商的条约。前者为结束战争的和平条约，后者是和平时期各国交往的约定。因此，按照古希腊人的观念，可以说,“条约”（convention）

[12] 周鲠生：《国际法大纲》（商务印书馆 1932 年版），勘校本，中国方正出版社 2004 年版，第 10 页。

[13]《威斯特伐利亚条约——神圣罗马帝国和法兰西国王及他们各自的同盟者之间的和平条约》（1648 年 10 月 24 日订于蒙斯特），载《国际条约集》（1648-1871），世界知识出版社 1984 年版，第 31 页。

[14] Bardo Fassbender and Anne Peters, *The History of International Law* (Oxford: Oxford University Press 2012), p.85.

[15] 王绳祖主编：《国际关系史》（十七世纪中叶——一九四五年），法律出版社 1986 年第 2 版，第 9 页。

[16] [荷]格劳秀斯：《捕获法》，张乃根等译，上海人民出版社 2006 年版，第 31 页。

[17] Hugo Grotius, *The Law of War and Peace*, translated by Francis W. Kelsey (Oxford: at the Clarendon Press, 1925), p. 44.

[18] Hugo Grotius, *The Law of War and Peace*, p.393.

意味着“和平”（peace）。[19] 虽然格劳秀斯的论述主要针对国家间双边关系，但是，他的理论完全适用于多边关系。多边体制适应多边的国际关系，其可适用法还是各国应遵循的国际法规则。这是威斯特伐利亚模式确立的多边体制所蕴含的国际法理论。

1815 年维也纳体系及其“欧洲协作”（the Concert of Europe）机制通过“常规的多边会议”（regular multilateral conference）和“多边外交”(multilateral diplomacy)，调整当时包括俄国在内的欧洲国际关系,进一步发展了威斯特伐利亚模式的国际法多边体制，并形成了多边体制中的“大国原则”（great power principle）,[20]为以后大国主导的国际联盟行政院和联合国安理会所沿袭。这些都是各国交往所创造的多边体制。其理论基础是国际法学说，只是这些学说本身没有将这种实践冠之以“多边主义”。譬如，在 18 世纪中叶发表其代表作《国际法或自然法的原则》，并影响其后国际法学一百多年的瑞士法学家瓦特尔主张各国享有绝对的自由独立权利，“对于某一主权国家的行为，各国的基本和共同的权利应限于他们之间已有的社会宗旨。”[21] 也就是说，平等的主权国家之间关系应恪守国际社会赖以存在的“必要国际法”（the necessary Law of Nations，直接源于自然法）和“自愿国际法”（the voluntary Law of Nations, 各国为共同善而酌情认定的法）。[22]瓦特尔秉承格劳秀斯的理论，被认为是格劳秀斯学派的集大成者，同样也没有提及多边主义。

20 世纪初以来，国际法学说完全倾向实证学派，但基本观点仍未离开威斯特伐利亚模式的国际法。譬如，1912 年美国学者撰写的国际法论著，援引了欧美诸多国际法学说，认为国际法“是约束国际社会各国相互关系的原则、规则和惯例之总和”，即便是 1899 年和 1907 年两次海牙和平会议通过的具有“国际立法”（international legislation）特点的一系列战争法公约，各国也可自行决定加入或拒绝。[23]可见，无论是双边，还是多边，国际关系的处理方式取决于主权国家的选择。第二次世界大战之后修订的《奥本海国际法》在谈到联合国等国际组织时，用语是“普遍性”而非“多边性”。[24] 美国著名国际法学者亨金教授在冷战后认为，源自于君主制占统治地位的早期国际法学说中的“主权”用语应予以摒弃，但又将“独立”、“平等”和“自治”等视为国家地位的本质特征，并称越来越多的国际组织形成了“推动合作的国际法运动”。[25]显然，在他看来，国际法的多边体制是独立、平等国家间合作的方式。

---

[19] Hugo Grotius, *The Law of War and Peace*, p.394.

[20] Bardo Fassbender and Anne Peters, *The History of International Law*, p.87.

[21] E. de. Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law: Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, Translation of Edition of 1758, Published by the Carnegie Institution of Washington, 1916 (Geneva: Slatkine Reprints – Henry Dunant Institute, 1983), p.8.

[22] E. de. Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law,* Preface, p.11a.

[23] Amos S. Hershey, *The Essentials of International Public Law* (New York: The Macmillan Company, 1919), pp.1-8. 该书写作于 1912 年。

[24] [英]劳特派特修订：《奥本海国际法》上卷第一分册，王铁崖等译，商务印书馆 1981 年版，第 277 页。

[25] 参见[美]路易斯.亨金：《国际法：政治与价值》，张乃根等译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 11-14 页，第 138-139 页。

总之，从四百年前的格劳秀斯，到当代著名国际法学者，似乎都无意用作为主义或学说的理论来描述国际法多边体制。其共同原因也许出于条约法、习惯国际法等实在国际法的基础在于国家间明示或默示的共同同意，由此产生双边或多边的国际法体制。在这个意义上，共同同意是实质，多边体制是形式。形式取决于实质，根据所调整的国际关系而定。高度理论化、系统化的前者蕴涵了后者。简言之，只要基于共同同意，就可能采取多边体制。于是，传统国际法理论中似乎不仅没有多边主义学说，而且也鲜见多边主义用语。

（三）多边贸易体制及其多边主义

在回溯传统国际法上以条约法体现的多边体制却难循多边主义学说踪迹时，须留意以世界贸易组织（WTO）为代表的多边贸易体制的由来，及其可能对当代国际法上多边主义的理论影响。1995 年 1 月 1 日生效的 WTO《货物贸易多边协定》以 1947 年《关税与贸易总协定》（GATT）为基础。[26] GATT 是美国当时主张“国际贸易应该为多边而非双边”的对外贸易关系原则的产物，亦即，美国将 1934 年至 1945 年期间与其他国家签订的 32 项双边互惠贸易协定，通过“普遍最惠国待遇”（GATT 第 1 条）多边化，从而更大范围打开美国产品的世界市场。最早将 GATT 作为国际贸易条约法体系研究[27]的约翰.杰克逊教授在上世纪八、九十年代对此评论：当时“美国还是很支持 GATT 的无条件最惠国待遇条款所包含的多边主义和非歧视性原则。”[28] 这里所说的“多边主义”是相对“双边主义”而言，分别与贸易关系的多边协定或双边协定休戚相关。因此，这既是国际关系（尤其国际经贸关系）中，也是国际法上的用语。值得进一步思考的是：与 1947 年 GATT 同时期由美国主导建立的以《国际货币基金协定》（IMF）为基础的多边金融体制，由于没有像 WTO 货物贸易体制在历史上经过双边协定多边化的这一条约法现象，因此，鲜有讨论 IMF 时采用多边主义说法。[29]

综上回溯，可得出初步结论：近现代以来与多边的国际关系相应的国际法多边体制早已有之，却似乎还没有作为国际法学说的多边主义理论。在多边的贸易体制中，将双边协定多边化的多边主义，首先是对双边主义而言的一种对外贸易政策，然后通过条约法表现为国际法上的多边主义。这可否作为传统国际法上的多边主义，难以定论。

二、国际法上多边主义的当代涵义：中国特色理论的诠释

[26] 《货物贸易多边协定》（Multilateral Agreements on Trade in Goods），中文本载《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》[中英文对照]，法律出版社 2000 年版，第 16 页。下文援引该协定，出处略。该协定由 1994 年《关税与贸易总协定》（GATT1994）及一系列实施协定所构成，并说明 GATT1994“包括《联合国贸易与就业会议筹备委员会第二次会议结束时通过的最后文件》所附 1947 年 10 月 30 日的《关税与贸易总协定》的各项条款（不包括《临时适用议定书》）”。

[27] See John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (New York: the Bobbs-Merrill Company, Inc), 1969.

[28] John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, Second edition (Cambridge: The MIT Press, 1997) p.169.

[29] See Philip Wood, *Law and Practice of International Finance* (London: Sweet & Maxwell, 1980); 又参见王贵国：《国际货币金融法》，香港广角镜出版社有限公司 1993 年版；杨松：《国际货币基金协定研究》，法律出版社 2000 年版；韩龙：《国际金融法前沿问题》，清华大学出版社 2010 年版。

如本文开头提及，多边主义出自于西方的国际关系理论。“国际关系学作为一门独立的学科，始自本世纪二十年代，大发展于第二次世界大战之后，尤以美国为甚。”[30] 相比之下，对于“国际秩序以及国家之外法律的基本研究”[31]在格劳秀斯所处的十七世纪初期就已形成，甚至在格劳秀斯之前的贞提利（Alberico Gentili，又译真提利斯）的《论战争法》“在将国际法世俗化方面大胆创始并推进如此之远”，“可以称他是国际法世俗学派思想的肇始者”。[32] 如上所述，在近四百年来的国际法理论中，作为学说的多边主义却鲜为人知。也许，更深入、全面的研究会改变本文的初步结论。本文无意对有关多边主义的国际关系学与国际法学开展交互研究，下文尝试以上述初步结论为前提，讨论当代国际法上的多边主义以及具有中国特色理论诠释的当代涵义。

（一）有关当代多边主义的联合国文件：国际社会的共识

从一般国际法的角度看，当代国际法中的多边主义是指以《宪章》为基石，维护联合国在保障国际和平与安全方面的权威，并改进以联合国为核心的多边国际组织体系，包括联合国下设的专门机构和诸如 WTO 此类与联合国相关的专门性国际组织。[33] 讨论“我们需要怎样的国际多边体制”，可能更多隐含着国际法的“应然”思考。

联合国已走过了 75 个年头。国际社会如何看待这一当代最重要的多边体制的现实状态以及应然改革，是考虑当代国际法中的多边主义，不可回避的首要问题。2020 年 9 月联合国大会为纪念联合国成立 75 周年举行高级别会议并通过宣言，代表世界各国人民的国家元首和政府首脑，重申：作为国际法的基石，《宪章》宣布所有国家主权平等、尊重各国领土完整和政治独立、人民自决权利等原则。《宪章》申明不干涉各国内政、以和平手段并按照正义和国际法原则解决国际争端等原则。《宪章》确定，各国不得以武力相威胁或使用武力，或以与联合国宗旨不符的任何其他方法，侵犯任何国家的领土完整或政治独立。[34] 这些当代国际法最基本的原则具有条约法上的“强行法”（*Jus Cogens*）性质，即“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律”。[35] 联合国在 60 周年和 70 周年先后通过的决议或宣言，也都以相同或相似的表述确认

---

[30] 刘同舜：“序”，载倪世雄、金应忠主编：《当代美国国际关系理论流派文选》，学林出版社 1987 年版，第 1 页。

[31] Samantha Besson & John Tasioulas, ed., *The Philosophy of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 33.

[32] [美]阿瑟. 努斯鲍姆：《简明国际法史》，张小平译，法律出版社 2011 年版，第 67 页。

[33] 参见张乃根：《试论人类命运共同体制度化及其国际法原则》，载《中国国际法年刊》（2019），第 27 页。

[34] 参见 2020 年 9 月 21 日大会决议《纪念联合国成立七十五周年宣言》，A/RES/75/1，第 2 段。下文援引该决议，出处略。

[35] 《维也纳条约法公约》第 53 条。中文本载《国际条约集》（1969-1971），商务印书馆 1980 年版，第 42-77 页。又参见李浩培：《强行法与国际法》，载《中国国际法年刊》（1982），第 37 页；张潇剑：《国际强行法论》，北京大学出版社 1995 年版。

这些基本原则。[36] 鉴于国际法的理论与实践中对于强行法的识别与适用存在某些不确定性，[37] 联合国国际法委员会通过专题研究，初步确认禁止侵略、禁止种族灭绝、禁止反人类罪、国际人道法基本规则、禁止种族歧视与隔离、禁止奴隶、自决权这 8 项强行法规则。[38] 这些强行法规则与上述国际法基本原则，总体上是吻合的，只是在不干涉各国内政原则相关问题上的缺失，提示着国际社会对何谓《宪章》第 2 条第 7 款下“本质上属于任何国家国内管辖之事件”，尚未达成共识。[39] 这折射了以联合国为核心的国际法多边体制的现状。

当代国际法上多边主义应基于上述国际法基本原则。联合国虽是国际法上的多边机制，《宪章》本身却没有“多边”用语，而是采用“有效集体办法”（effective collective measures），“国际合作”（international co-operation）等表述。[40] 联合国 50 周年宣言提及“多边贸易体制”。[41]联合国 60 周年决议《2005 年世界首脑会议成果》多处用了“多边”：“重申按照国际法建立一个有效的多边体系极其重要”（第 6 段）；“在有关的多边和国际论坛作出努力，设法解决低收入发展中国家的发展需求”（第 23 段 f 次段）；“落实千年首脑会议以及联合国其他主要会议和首脑会议的成果，以便提出解决问题的多边方法”（第 16 段）；“致力于建设一个公开、公平、有章可循、可预测和非歧视的多边贸易和金融体系”（第 35 段）。该决议还在重申依据《宪章》和国际法原则处理各项国际挑战和问题时，“进一步强调对多边主义的承诺”。可见，多边主义是指在联合国系统，尤其是多边贸易和金融体系下依照国际法解决有关国际问题，并将基于国际法的多边主义作为应对挑战的手段。联合国 70 周年宣言未提及“多边”。但是，75 年周年宣言坦言“世界上仍然存在着日益严重的不平等、贫困、饥饿、武装冲突、恐怖主义、不安全、气候变化和大流行病。”（第 4 段）“我们面对的挑战是相互关联的，只能通过重振多边主义加以应对。”（第 5 段）该宣言明确：“在我们更好地重建一个更加平等、更具适应力、更可持续的世界时，多边主义不是一种选项，而是一种必要。联合国必须处于我们各项工作的中心。”（第 5 段）比较《2005 年世界首脑会议成果》强调对多边主义的承诺以应对各项国际挑战，75 周年宣言更进一步明确多边主义不是选项，而是必由之路。

体现国际社会共识的上述联合国文件表明：基于国际法基本原则的多边主义首先必然包

---

[36] 2005 年 9 月 16 日大会决议《2005 年世界首脑会议成果》，A/RES/60/1, 第 5 段；2015 年 10 月 23 日大会决议《纪念联合国成立七十周年宣言》，A/RES/70/3, 第 4-5 段。下文援引这两项决议，出处略。

[37] See Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford: Oxford University Press 2008), pp.50-66, 罗列“禁止使用武力”、“自决权”、“基本人权”、“环境保护”等强行法或相关规则。

[38] See Report of the International Law Commission, U.N. Doc. A/74/10, 2019, Chapter V. Annex.

[39] 参见张乃根：《互不干涉内政原则及其在当代国际法实践中的适用》，载《中国国际法年刊》（2014），第 36 页。

[40] 《联合国宪章》第 1 条第 1 款、第 3 款。中文本载《国际条约集》（1945-1947），世界知识出版社 1961 年版，第 35-59 页。下文援引《宪章》，出处略。学界从条约法角度认为：“《宪章》不仅是签约建立联合国的多边基础，而且也同时是该组织的基本宪政性文件”。Helmut Volger ed., *A Concise Encyclopedia of the United Nations*, Second Revised Edition (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010), p.25.

[41] 参见 1995 年 10 月 24 日大会决议《联合国五十周年宣言》，A/RES/50/6。下文援引该决议，出处略。

含对以联合国为中心的多边体制的维护和改进完善。脱离这一点，就谈不上什么国际法上的多边主义。其次须着眼于应对全球性挑战和解决普遍性国际问题的多边主义路径。这不同于对国际关系中双边性问题的处理。以联合国为中心的现行多边体制是“实然”的国际法；改进和完善之，是国际法发展的“应然”方向。下文结合两者进一步探讨国际法上多边主义的当代涵义及其理论问题，对于联合国多边体制改革的许多具体问题，则存而不论。[42]

（二）诠释国际法上多边主义的中国特色理论

联合国的多边体制需要改革，与时俱进，适应当今世界正处百年未有之大变局，朝着推动构建人类命运共同体的方向前行。从《威斯特伐利亚和约》到《宪章》，以多边条约为基础的国际法多边体制早已有之，但是，即便如今，也很难说已有作为一种国际法学说的多边主义理论。人类命运共同体理念包含的国际法理论与多边主义密切相关，尝试对中国特色国际法理论的进一步阐述，有助于理解国际法上多边主义的当代涵义。

众所周知，推动构建人类命运共同体是新时期中国特色大国外交方略，[43]并已载入 2018 年修正的《中华人民共和国宪法》序言，以此向全世界庄严宣示的国策。[44] 这标志着中国外交政策具有了清晰的多边主义导向。新中国成立后至 1971 年恢复在联合国的合法席位，长期受困于当时的历史条件限制，无法在多边机制中发挥应有作用。改革开放后，随着综合国力逐步提升，针对所谓“中国威胁论”，中国在和平共处五项原则的基础上先后提出了“和平发展或崛起”、“和谐世界”等主张。[45]人类命运共同体理念承接了这些原则和主张的核心思想，即“中国坚定维护国际法和公认的国际关系基本准则，坚持促进和平、发展、合作、共赢的总目标，坚持国际规则制定进程的平等和民主参与，坚定维护国际法权威性”。[46] 相比较而言，人类命运共同体理念的新颖点在于更具鲜明的时代特征，与体现国际社会共识的上述联合国文件精神高度吻合，并且更加明确地支持应对全球性挑战的多边主义。这种多边主义具有在人类命运共同体理念指引下，处理当代国际关系的方式、方法或路径的考量：“世界上的问题错综复杂，解决问题的出路是维护和践行多边主义，推动构建人类命运共同体。”其涵义包括：（1）“多边主义的要义是国际上的事要由大家共同商量着办，世界前途命运由

---

[42] 《2005 世界首脑会议成果》“决意创建人权理事会”（第 157 段）是迄今对联合国多边机制的一项突出的改革完善。参见张乃根：《论联合国“三重”理事会——以改革中的人权理事会为视角》，载《国际法研究》2014 年第 3 期，第 16 页。国际社会讨论的其他许多机制改革，尤其是安理会的改革，至今无果。See, Peter G. Danchin and Horst Fischer, *United Nations Reform and the New Collective Security* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010); Joachim Muller, *Reforming the United Nations*: *The Challenge of Working Together* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010). 还可参见《中国关于联合国成立 75 周年立场文件》（2020 年 9 月 10 日），https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/zcwj_674915/t1813750.shtml，(last visited February 19, 2021).

[43] 参见黄惠康：《中国特色大国外交与国际法》，法律出版社 2020 年版，第 469-470 页。

[44] 参见张乃根：《人类命运共同体入宪的若干国际法问题》，载《甘肃社会科学》2018 年第 6 期，第 81 页。

[45] 参见曹建明：《努力运用国际法，为构建和谐世界服务》，载《中国国际法年刊》（2006），第 3 页。

[46] 李适时：《夯实人类命运共同体的国际法治基础》，载《中国国际法年刊》（2017），第 18 页。

各国共同掌握。”（2）“坚持以国际法则为基础，不搞唯我独尊。”（3）“坚持协商合作，不搞冲突对抗。”总之，当代多边主义“要守正出新，面向未来，既要坚持多边主义的核心价值和基本原则，也要立足世界格局变化，着眼应对全球性挑战需要，在广泛协商、凝聚共识的基础上改革和完善全球治理体系。”[47]

中国国际法学界对人类命运共同体的已有理论研究，[48]为探讨国际法上多边主义的当代涵义，提供了中国特色理论的学术基础。下文加以扼要分述。

1. 当代国际法上的多边主义和平观

《宪章》开宗明义：“我联合国人民同兹决心欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸”。复数的“后世”（generations）是“世世代代”，“永远”的意思，永久地免受战争之祸害，就是永久和平。这就是当代国际法上以“联合国人民”的名义表示的多边主义和平观。推动构建人类命运共同体的首要内容就是遵循与《宪章》宗旨、目标及基本原则一致的和平共处五项原则，坚持走和平发展道路。多边主义和平观以承认各国主权平等独立为前提，而且这种承认必须以联合国会员国为条件。根据《宪章》第 4 条第 2 款，准许符合条件的国家为会员国，由联合国大会“经安理会之推荐以决议行之”。这是对双边承认国家的多边化要求。该多边化虽涉及政治因素，但毕竟是多边条约下的体制要求。[49]这种条约法上的多边化，具有类似多边贸易体制中的多边主义特点。在这样的多边体制下，各国得以拥有主权平等独立的国际人格，其“本质上属于任何国家管辖之事件”不容外来干涉。[50]只有这样，各国方可和平共处，推动构建人类命运共同体才有现实可能性。这是当代国际法上和平共处的多边主义涵义。

---

[47] 习近平：《让多边主义火炬照亮前行之路》，载《人民日报》2021 年 1 月 26 日，第 2 版。

[48] 参见李赞：《建设人类命运共同体的国际法原理与路径》，载《国际法研究》2016 年第 6 期，第 48 页；张乃根：《试探人类命运共同体的国际法理念》，载《中国国际法年刊》（2017），第 43 页；徐宏：《人类命运共同体与国际法》，载《国际法研究》2017 年第 5 期，第 3 页；罗欣欣：《人类命运共同体思想对国际法的理念创新——与“对一切的义务”的比较分析》，载《国际法研究》2018 年第 2 期，第 3 页；张辉：《人类命运共同体：国际法社会基础理论的当代发展》，载《中国社会科学》2018 年第 5 期，第 43 页；人类命运共同体课题组：《人类命运共同体的国际法构建》，载《武大国际法评论》2019 年第 1 期，第 1 页；彭芩萱，《人类命运共同体的国际法制度化及其实现路径》，载《武大国际法评论》2019 年第 4 期，第 7 页；马忠法：《构建人类命运共同体理念的国际法实践》，载《贵州省党校学报》2019 年第 6 期，第 12 页；何志鹏：《人类命运共同体理念中的底线思维》，载《国际法学刊》2019 年第 1 期（创刊号），第 22 页；张乃根：《试析人类命运共同体视野下的国际立法——以联合国国际法委员会晚近专题为重点》，载《国际法学刊》2020 年第 1 期，第 13 页。

[49] 联合国国际法院（ICJ）在“联合国会员国的条件（宪章第 4 条）咨询意见”（1948）中，对会员国的条件是否限于第 4 条，作出解释：第 4 条第 1 款规定了穷尽的条件，但这并不排除安理会考虑推荐与否涉及其他政治因素。Condition of Admission of a State to Membership in the UN (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion, ICJ Report 1948, pp.63-64. 安理会五个常任理事国在行使其各自拥有的否决权时，难免有其政治考虑。

[50] ICJ 在“和平条约解释咨询意见”（1950）中，对“本质上属于任何国家管辖之事件”进行解释：该咨询意见限于对援引和平条约有关争端解决的《宪章》条款进行解释，“为此目的而对条约用语的解释不能视为本质上属于国家国内管辖的问题。”但是，该意见没有直接回答涉案人权争端问题本身是否属于“一国内政”。Interpretation of Peace Treaty, Advisory Opinion, ICJ Report 1950, pp.71-71.

当代国际关系中发生的许多破坏国际和平的事件是由违反该多边主义的和平共处原则而导致的。譬如，1950 年因南北朝鲜内部统一问题引起武装冲突时，根本就没有联合国多边体制下的两个国家（朝鲜民主主义人民共和国和大韩民国），[51]美国等以联合国名义的武装干预，完全是干涉内政。战后的越南战争和冷战后的科索沃战争等，都是外来干涉导致的。

只有真正践行多边主义和平观，才能达至持久及永久的和平。诚然，在涉及人权、人道法等问题上，可否例外地采取外来干涉，《2005 世界首脑会议成果》曾表示："在这方面，如果和平手段不足以解决问题，而且有关国家当局显然无法保护其人民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害，"联合国可通过安理会采取包括军事行动在内的集体行动（第 139 段）。之后，欧美国家利用安理会通过设立"禁飞区"决议，[52] 干预利比亚内政。为防止此类滥用安理会授权，在中国和俄罗斯的反对下，安理会在军事干预叙利亚内战问题上再也没有通过任何决议。然而，这些地区因外来直接或间接军事干预造成数以百万计难民，至今仍影响着地区和国际和平安宁。吸取这些教训，联合国 70 周年和 75 周年宣言都不再提及国际社会干涉一国内政的"保护责任"，[53]而重申"不干涉各国内政"原则。

从理论与实践结合的角度看，当代国际法上多边主义和平观的涵义，至少包含联合国体制下承认的国家享有平等独立主权；各国和平共处，互不干涉内政；禁止未经安理会明确授权的使用武力。这样的多边主义是推动构建人类命运共同体，实现持久，乃至永远和平的必由之路。

2. 当代国际法上的多边主义安全观

《宪章》的核心是赋予安理会"代表各会员国"，"有效"（effective）行使"维护国际和平及安全之主要责任。"（第 24 条第 1 款）这是联合国建立"有效集体办法"的首要宗旨（第 1 条第 1 款），而贯彻了这一"有效"办法的关键在于安理会常任理事国对于非程序事项决议的大国一致原则。《宪章》仅有两处"有效"用语，均特指安理会的集体安全保障机制。就《宪章》约文而言，如果说联合国多边机制包含"有效的"多边主义，就是指该机制体现的多边主义安全观。历史教训表明：该机制是否，或如何"有效"，不可孤立地看，而应以上述多边主义的和平观为前提。或者说，只有基于多边主义的和平观及其国际法原则，集体安全保障机制才能真正"有效"运行。当然，将基于《宪章》运行的联合国大会、经济及社会理事会及其各机构和国际法院等各项机制的运行，都纳入"有效"的范畴考察，也不妨宽泛地说"有效的"多边主义。这与下文具体辨析的所谓"有效的"多边主义，毫不相干。

推进构建人类命运共同体，与各国和平共处不可分割的是其普遍安全。如今普遍安全不

---

[51] 两国均于 1991 年 9 月 17 日成为联合国会员国。1948 年 8 月 15 日、9 月 9 日先后成立的是当时摆脱日本殖民统治应恢复主权完全独立的朝鲜下两个政府，双方武装冲突"本质上属于任何国家管辖之事件"。美国在安理会常任理事国之一前苏联缺席的情况下通过军事干预的决议，由此引起朝鲜战争。参见方连庆等主编：《战后国际关系史（1945-1995）》（上），北京大学出版社 1999 年版，第 181 页。

[52] 参见安理会关于"利比亚局势——设立禁飞区"决议：S/RES/1973(2011)。

[53] 有关"保护责任"，See Alex J. Bellamy, *Responsibility to Protect: The Global Efforts to End Mass Atrocities* (Cambridge: Polity Press, 2009).

仅指传统的国家主权独立、领土完整等政治安全，而且涵盖恐怖活动等威胁的国家安全和非传统意义上粮食安全、网络安全、金融安全、公共卫生安全等。人类命运共同体的多边主义安全观，首先与联合国多边体制有关。如《2005 年世界首脑会议成果》重申："许多威胁相互关联，发展、和平、安全和人权互相加强，没有任何国家通过单独行事就能使自己获得最佳保护，所有国家都需要一个符合《宪章》宗旨和原则的有实效和效率的集体安全体系。"（第 72 段）其次，多边主义安全观与双边关系多边化存在不同关联。比如，国家间双边外交关系维系着相互政治安全。《维也纳外交关系公约》序言载明：基于《宪章》宗旨及原则包括"各国主权平等、维持国际和平及安全、以及促进国际间友好关系"。[54] 虽然联合国会员国间关系不同于双边相互承认的外交关系，但是，联合国提供的多边场合为大多数已有双边外交关系的会员国或者一些"暂时尚未建立外交关系或关系很差"的会员国创造了机会。[55]这种不限于相互承认的多边外交有利于共商、共建、共享普遍安全等各种形式国际合作事项。国际社会的大事由大家商量着办。这正是推动构建人类命运共同体的多边主义路径。

因此，当代国际法上多边主义的安全观，不仅涵盖集体安全的"有效性"，而且具有普遍性，并主张以多边方式共商、共建、共享保障传统或非传统的安全。这对于改进相对联合国绝大多数会员国而言，安理会大国一致（实质为一票否决）这种缺乏民主性的保障方式，是渐进的最佳之路。

3. 当代国际法上的多边主义共赢观

与和平及安全不同，共赢主要涉及经济方面。《宪章》序言明确要"促进全体人民经济及社会之进展"，并规定其宗旨之一："促进国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化、及人类福利性质之国际问题"。（第 1 条第 3 款）共赢应是合作的题中之义。和平共处五项原则之一的"平等互利"就是合作"共赢"（win-win）。国家间如同个人间，只有互相平等相待，才能开展互利共赢的合作，实现共同繁荣。就语义而言，共赢、共同繁荣最能体现人类命运共同体的特点。推动构建人类命运共同体，最终就是通过各种形式的国际合作，各国人民分享共赢利益和共同繁荣的未来福祉。因此，《宪章》宗旨、和平共处五项原则和人类命运共同体的构建，一脉相承。

问题在于世界各国各地区的经济社会发展水平不一，如何合作共赢，分享共同繁荣？譬如，GATT 的普遍最惠国待遇虽具有将双边互惠贸易协定多边化的多边主义特点，但实际上最有利于美国商品进入其他国家的市场。上世纪六十年代，顾及大量非殖民化运动诞生的新兴国家作为"欠发达缔约方"，GATT 才增加"贸易与发展"部分条款，明确"本协定的基本目标包括提高生活水平和逐步发展所有缔约方的经济，并考虑到这些目标的实现对欠发达缔约方特别迫切"（第 36 条第 1.a 款）。1974 年、1975 年，联合国连续召开两次特别会议，通过一系列建立新的国际经济秩序的原则性文件，"决心消除折磨广大人类的不公正和不平

[54] 《维也纳外交关系公约》（1961 年 4 月 18 日），载《国际条约集》（1960-1962），商务印书馆 1975 年版，第 304 页。

[55] Sir Ivor Roberts ed., *Satow's Diplomatic Practice*, sixth edition (Oxford: Oxford University Press 2009), p.18.

等，并加速发展中国家的发展”。[56]这些多边框架下基于区别原则，由发达国家给予发展中及最不发达国家更多优惠待遇的国际合作，虽有进展（如国际贸易的“普惠制”[57]），但总体上至今没有根本改变发达国家或地区主导的国际经济秩序。

合作共赢，共同繁荣的出路何在？人类命运共同体的共赢观之核心是普惠与平衡。普惠就是本着在走向共同繁荣的路上不让任何一个人掉队的出发点，坚持给予发展中国家及最不发达国家更多优惠的区别原则，并将双边优惠多边化。平衡就是在坚持普惠的基础上最大限度兼顾各方的权利与义务，或利益得失，并尽可能将这种平衡体制化、多边化。这些核心观念是当代国际法上的多边主义共赢观的基本涵义。中国在消除国内绝对贫苦，全面建成小康社会的同时，以各种多边方式向国际社会提供各种力所能及的公共产品，[58]践行普惠与平衡的共赢观。

4. 当代国际法上的多边主义包容观

《宪章》要求的国际合作“不分种族、性别、语言或宗教，增加并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。”（第 1 条第 3 款）这体现了多边国际法体制中的“包容性”（inclusiveness）。[59] 《2005 年世界首脑会议成果》强调“不同文化、文明和人民之间的包容、尊重、对话与合作。”（第 16 段）推动构建人类命运共同体的基本原则之一是文明共存原则。人类社会是一个文明多样性的共同体，因此，主权国家间除了和平共处，共享普遍安全，合作共赢，还应该文明共存。这四个“共”：共处、共享、共赢和共存是构建人类命运共同体“大厦”的四根顶梁柱，缺一不可。传统国际法及其多边体制确实是从欧洲逐渐扩展到全球，且某些体制至今还留有文明标准的痕迹。[60]虽然当代国际法理论已抛弃这种排他性的文明观念，[61]但是，以某种文化价值来衡量一切，以意识形态划分盟友的做法，依然难以

---

[56] 据联合国大会第七届特别会议特设委员会的报告而通过的决议：《发展和国际合作》，3362(S-VII), 1975 年 9 月 16 日。1974 年第六届特别会议通过《建立新的国际经济秩序宣言》及《行动纲领》，3201（S-VI），3202（S-VI），1974 年 5 月 1 日。

[57] “普惠制”（Generalized System of Preferences，GSP）是指发达国家成员可以在给予发展中国家的原产产品以关税优惠时，允许对其他成员不适用普遍最惠国待遇。See *Dictionary of the Trade Policy Terms*, Fourth edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p.162.

[58] 如“一带一路”倡议及其实施，发起建立亚洲基础设施投资银行和金砖开发银行，等。参见石静霞：《“一带一路”倡议与国际法——基于国际公共产品供给视角的分析》，载《中国社会科学》2021 年第 1 期，第 156 页。

[59] 参见张乃根：《论国际法与国际秩序的“包容性”——基于<联合国宪章>的视角》，载《暨南学报》（哲学社会科学版）2015 年第 9 期，第 112 页

[60] 比如，国际法院可适用法包括“一般法律原则为文明各国所承认者”。参见《国际法院规约》（1945 年 6 月 26 日），载《国际条约集》（1945-1947），世界知识出版社 1961 年版，第 60-73 页，第 38 条第 1 款（3）项。该规约作为《联合国宪章》的“构成部分”（第 92 条），不是与《宪章》同时起草的，而是几乎照搬《国际常设法院规约》（1920 年 12 月 16 日），载《国际条约集》（1917-1923），世界知识出版社 1961 年版，第 544-551 页。有学者认为该规约起草人“将文明标准引入国际法，在文明民族与未开化民族间画出了清晰且必要的界限”。郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽等译，法律出版社 2012 年版，“前言”，第 1 页。

[61] Malcolm D. Evans ed., International Law, fifth edition (Oxford: Oxford University Press 2014), p.98, 作者认

根除。这是构建文明共存的人类命运共同体面临的无形“绊脚石”。

当代国际法上的多边主义应该也必须以《宪章》宗旨为准绳，体现文明共存的包容性。人类进入有文字记载的文明时代，基于不同地区的人们所处自然环境，生活习俗等，所创造的文字、语言呈现了无比丰富的多样性。由于生产力及其生产方式的演变进程或路径的差异，因此各种文明的发展水平有所不同。如同大自然的五颜六色，只有不同，没有优劣之分，文明有不同，但无等级之分。对语言、宗教等文化要素为核心的文明之尊重，就是对各文明的人类之人权的尊重，在这个意义上，文明共存的包容性是《宪章》宗旨的应有涵义。这也意味着人权的发展和保护的包容性，允许各国各地区在遵循《宪章》的宗旨、目标及基本原则的基础上，自主选择人权保障的方式方法。这种选择不是“选择的”多边主义，而是在包容性多边主义下的选择。这是下文的辨析拟进一步展开的问题。

5. 当代国际法上的多边主义发展观

人类社会的“可持续发展”（sustainable development）是近半个多世纪来国际社会越来越重视的问题，其重要性已不言而喻。推动构建人类命运共同体的具体内容，与和平共处五项原则相比的主要新颖之处在于提出坚持可持续发展，建设清洁美丽的世界。这与当代国际法的发展是一致的。1992 年联合国人类环境与发展大会通过的《里约宣言》在 1972 年《人类环境宣言》的基础上，第一次明确地提出了环境保护与社会经济协调的可持续发展这一首要原则，并贯穿于有关环境与发展的各项原则。从 1995 年联合国 50 周年宣言到 2020 年 75 周年宣言，体现国际社会共识的各项基本文件，无不强调可持续发展。联合国《2030 年可持续发展议程》“重申联合国所有重大会议和首脑会议的成果，因为它们为可持续发展奠定了坚实基础。”[62] 可持续发展作为指导观念已载入 2015 年由 197 个国家通过的有关应对气候变化的《巴黎协定》[63]等国际条约。通览相关国际法文件，不难理解当代国际法上的多边主义发展观：只有在经济社会的可持续发展中，通过联合国的协调行动，保护好我们的地球，才能推动构建一个持久和平，普遍安全，合作共赢，文明共存的人类共同生活之美丽家园。

总之，作为新时期中国特色大国外交方略的人类命运共同体理念及其国际法理论具有多边主义的导向。以此为基础而进一步阐发的多边主义和平观、安全观、共赢观、包容观和发展观，是对国际法上多边主义的当代涵义之初步诠释。这是当代国际法上多边主义的中国特色理论。

三、国际法相关“有效的”和“选择的”多边主义：辨析

通过将人类命运共同体理念及其国际法理论运用于诠释国际法上多边主义的当代涵义，

为：“文明的”（civilized）这一限定语“现在应弃用了”(now is out of place)。

[62] 《改变我们的世界：2030 年可持续发展议程》，A/RES/70/1, 2015 年 9 月 25 日，第 11 段。

[63] 《巴黎协定》（《联合国气候变化框架公约》2015 年 12 月 12 日缔约方会议第二十一届会议通过，2016 年 11 月 4 日生效），序言“强调气候变化行动、应对和影响与平等获得可持续发展和消除贫困有着内在的关系”，等。

澄清中国坚持的多边主义，可以展开下文必要的辨析。如上所述，《宪章》没有“多边”用语，仅有两处“有效”用语，均特指安理会的集体安全保障机制。如果说联合国多边机制包含“有效的”多边主义，就是指该机制体现的多边主义安全观。此外，《宪章》唯一的“选择”（choice）用语，即，各国可自行选择其他和平方法，解决国家间争端（第 33 条第 1 款），所谓“多边的”和“选择的”多边主义及其对中国的指责，与该条款下“有效”或“选择”完全是南辕北辙。

（一）“有效的”多边主义之辨

有人主张有效的多边主义和国际法优先性，提及与 2019 年《欧盟-中国的战略展望》（《展望》）[64]的关联。该《展望》多处谈到欧盟视角下有效的多边主义，尤其第二部分标题“与中国合作支持有效的多边主义和应对气候变化”及项下第 2-3 段称：“欧盟承诺支持以联合国为核心之有效的多边主义。中国作为联合国安理会常任理事国和多边主义的受益者，中国有责任支持联合国的所有三个支柱：人权、和平与安全、发展。欧盟与中国有效地致力于人权的能力是提升双边关系质量的重要措施。欧盟承认中国在经济及社会权利方面取得的进步。但是，中国在其他方面的人权情况持续恶化，特别是在新疆和公民及政治权利方面，正如所看到的对人权律师和被告的持续镇压。欧盟和其他外国人在中国的人权必须得到保护。基于香港基本法的高度自治须得以尊重。”联系本文开头援引有人将所谓中国“选择的”多边主义与经济及社会权利优先相提并论，可见，在《展望》及有些人看来，“有效的”多边主义虽以联合国多边体制为核心，但该体制三大支柱及其顺序为人权、和平及安全、发展，且根据其理解的人权保护，中国对于《宪章》第 2 条第 7 款下“本质上属于任何国家管辖之事件”的新疆、香港特区的有关事务处理，均违反人权，相对所谓“有效的”多边主义而言，是“选择的”多边主义。欧盟及西方有些国家对中国在新疆的反恐与在香港特区维护国家安全所采取的必要措施，无端指责，肆意干涉，完全与《宪章》背道而驰。本文无意具体加以驳斥。

本文必须辨析的是：《展望》及有些人所谓“有效的”多边主义与以上诠释的国际法上多边主义的当代涵义，或者说，当代国际法上多边主义的中国特色理论，究竟何者符合《宪章》？

第一，所谓“有效的”多边主义所理解的联合国三大支柱及其顺序为人权、和平及安全、发展。如上所述，当代国际法上多边主义的和平观、安全观、共赢观和包容观的国际法依据是：（1）《宪章》序言第一句话表达国际社会要求永久和平的决心；（2）第 1 条第 1 款规定“采取有效集体办法”，“维护国际和平及安全”的首要宗旨；（3）第 1 条第 3 款规定的其他宗旨“促进国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化、及人类福利性质之国际问题”（发展）和“不分种族、性别、语言或宗教，增加并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”（人权）；（4）《宪章》第 1 条第 2 款规定“发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系，并采取其他适当办法，以增强普遍和平。”这是“增加普遍和平的”

[64] European Commission: EU-China- A Strategic Outlook, 12 March 2019. 以下援引该文件，出处略。

各国之间尊重平等权利和自决原则的友好关系之宗旨，并包含自决权。[65] 按照《宪章》第 1 条三款联合国的三大宗旨（多边体制的支柱或主要方面）循序是和平及安全、发展、人权，而不是人权、和平及安全、发展。根据《2005 年世界首脑会议成果》“决意创建人权理事会”（第 157 段）的共识，2006 年联合国大会通过的《人权理事会》决议明确：“认知到和平与安全、发展和人权是联合国系统的支柱，也是集体安全与福祉的基础，并确认发展、和平与安全以及人权是相互联系和相辅相成的”（序言第 6 段）。[66] 联合国的安理会、经济及社会理事会、目前隶属联合国大会的人权理事会，秉承《宪章》宗旨，分别负责和平及安全、发展、人权事务。当代国际法上多边主义的和平观、安全观、共赢观和包容观以及在国际合作的可持续发展观，尤其是《宪章》第 1 条第 3 款的宗旨下包容观，允许各国各地区在遵循《宪章》的宗旨、目标及基本原则的基础上，自主选择人权保障的方式方法。这是符合《宪章》的诠释。所谓“有效的”多边主义曲解《宪章》宗旨及其顺序，连《人权理事会》决议的明确表述也不顾。孰是孰非，除非故意混淆，否则不难辨别。

所谓“有效的”多边主义杜撰的三大支柱及其顺序，不是简单的排序问题，而是故意割裂和平及安全、发展与人权之间内在关联，并将人权剥离，看似置于优先地位，实质是将违反人权的大帽子扣在中国头上。其目的在于为干涉中国内政，披上冠冕堂皇的“国际法优先性”外衣。

第二，所谓“有效的”多边主义认为经济及社会权利优先就是“选择的”多边主义，同理推论，公民政治权利优先也许就是“有效的”多边主义。如上所说，《宪章》唯一的“选择”用语是指和平解决国际争端的方法多样化，不仅上下文不同于所谓“选择的”多边主义，而且与人权问题没有任何关系。《人权理事会》决议强调“所有人权都是普遍、不可分割、相互关联、相互依存、相辅相成的”（序言第 3 段），确认人权理事会“在审议人权问题时要确保普遍性、客观性和非选择性，并要消除双重标准和政治化”（序言第 9 段），并要求人权理事会“工作应以普遍性、公正性、客观性和非选择性以及建设性国际对话及合作等原则为指导”（决定第 4 段）。至少该决议提及“非选择性”是“普遍性”的进一步涵义。《展望》及有人认为，中国优先考虑经济及社会权利，就是“选择的”多边主义。这是将保护所有人权的“普遍性”问题，与各国决定是否加入，或何时加入人权公约或条约的自主权问题，混为一谈，人为设置所谓“有效的”和“选择的”对立。各国签署或加入国际人权公约，有先后之分。[67] 暂时没有加入某一人权公约或条约，不等于不保护该公约或条约项下人权。其

---

[65] 《公民及政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权国际公约》，载《国际条约集》（1966-1968），商务印书馆 1978 年版，226-260 页。两公约共同第 1 条规定“所有民族均享有自决权”。与传统意义上个人的人权相比，自决权是“集体人权”。参见白桂梅：《国际法上的自决》，中国华侨出版社 1999 年版。

[66] 联合国大会决议：《人权理事会》，A/RES/60/251, 2006 年 3 月 15 日。下文援引该决议，出处略。

[67] 譬如，《经济、社会权利、文化权国际公约》现有缔约国 171 个，中国于 1997 年 10 月 27 日和 2001 年 5 月 27 日先后签署和加入；美国于 1977 年 10 月 5 日签署，尚未批准加入；《公民及政治权利国际公约》现有缔约国 173 个，美国于 1977 年 10 月 5 日、1992 年 6 月 8 日先后签署和加入；中国于 1998 年 10 月 5 日签署，尚未批准加入。

原因不能一概而论。对各国决定加入和何时加入包括人权公约或条约在内国际条约的自主权，不予尊重或否定，有悖《宪章》下各国主权平等独立原则。因此，所谓“有效的”多边主义缺乏国际法依据。

（二）“选择的”多边主义之辨

《展望》及有些人除了指责中国在人权方面“选择的”多边主义，还论及南海诸群岛的领土主权及海洋权益争议。比如，《展望》称：“中国在南海的海洋权益主张和拒绝接受根据联合国海洋法公约的仲裁裁决影响国际法秩序，且导致对于欧盟经济利益极为重要的海上通道之紧张难以解决。”（第三部分第 4 段）有些人更进一步认为：中国“选择的”多边主义特点之一是“扩张主义”（expansionist），“中国在南海的扩张更加明显，不断通过创建人工的军事化岛屿增加在该地区的存在，并违反 2016 年支持其邻国的仲裁裁决。”[68]“在像南海岛屿主权的领土问题解决上，中国反对任何多边框架的作用，坚持与其他争端当事国的直接对话解决。”[69] 在此，所谓“选择的”多边主义指的是国际争端解决的方法。将中国主张当事国之间谈判解决领土主权争议，说成是“选择的”多边主义，似乎中国在这方面反对国际法上多边主义。这不仅曲解了国际法上多边主义的当代涵义，而且对《宪章》明文规定和平解决国际争端的方法多样化，视而不见。

当代国际法上多边主义和平观认为，联合国体制下承认的国家享有平等独立主权；各国和平共处，互不干涉内政；禁止未经安理会明确授权的使用武力。如有国际争端，根据《宪章》第 33 条第 1 款规定，可采取“谈判、调查、调解、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用，或该国自行选择之其他和平方法，求得解决。”和平解决国际争端的这一规定本身是《宪章》框架下的多边主义组成部分，其核心是主权平等独立的各国应和平解决相互间一切可能争端，禁止单边采取武力解决国际争端。在第二次世界大战结束前夕，著名国际法学者凯尔森曾提出建立一个各国接受其普遍强制管辖权的国际法院，所有国家负有义务“声明放弃战争和报复作为解决冲突的方法，将它们所有争端无例外地递交该法院裁决，并以善意执行之”。[70] 《宪章》第 2 条第 3 款、第 4 款分别规定“各会员国应以和平方法解决其国际争端”，“在其国际关系上不得使用威胁或武力”。这实质上起到了国际社会“声明放弃战争和报复作为解决冲突的方法”的作用。然而，建议“所有争端无例外地递交该法院裁决”的普遍强制管辖权，没有被国际社会所采纳。其根本原因在于和平解决国际争端的具体方法应由主权平等独立的各国决定。是否承认国际裁判机构的管辖权，取决于国家的明示同意。国际法院及其他国际裁判机构均通过“初步反对意见”（preliminary objection）的程序，先于审理案件的实质问题之前，确定当事国是否同意管辖。[71]

---

[68] Josep Borrell, “The Sinatra Doctrine. How the EU Should Deal with the US-China Competition”, p.5.

[69] D.S. Rajan, “China’s Selective Approach towards Multilateralism”, p.1.

[70] Hans Kelsen, *Peace Through Law* (Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944), p.14.

[71] 参见[日]杉原高岭著：《国际司法裁判制度》，王志安等译，中国政法大学出版社 2007 年版，第 244 页；又参见陈安主编：《国际投资争端仲裁》，复旦大学出版社 2001 年版，第 569 页。此外，1997 年《国际海洋法法庭规则》第 97 条规定“初步反对意见”程序。该规则英文本 Rules of the Tribunal (ITLOS/8), as

《联合国海洋法公约》下争端解决机制同样遵循国家同意的原则。该公约第 298 条规定缔约国可声明排除对特定争端的任何国际裁判管辖。[72] 根据中国 2006 年排除性声明，对于《公约》第 298 条第 1 款（a）项、（b）项和（c）项所述的任何争端，包括海域划界、必然涉及领土主权、军事活动等争端，中国政府不接受《公约》第 15 部分第 2 节规定的任何国际司法、仲裁或调解的程序管辖。[73]其中第 1 款（a）项分号后的第二句“任何争端”与分号前的第一句中“划定海洋边界的争端”和“涉及历史性海湾或所有权的争端”互为条约解释的上下文，即，分号前后两句话中的“争端”均涉及国家主权或主权权利。我国对南海诸岛屿的主权是在千百年的历史过程中形成、确立的。这是中国主张“历史性权利”的首要含义，因为没有对岛屿的领土主权，就不可能有相关海洋权益。这也是中国声明所排除的 298 条第 1 款（a）项下“争端”的完整含义。南海仲裁案裁决罔顾中国声明的完整含义，执意绕过岛屿的领土主权争议，对所谓海洋权益做出所谓划定。对此，中国国际法学界已经做了全面的评析。[74]

总之，《宪章》下和平解决国际争端的方法包括谈判等，任何国际裁判管辖应以当事国的同意为前提。中国在涉及领土主权的南海群岛诸岛屿及其海洋权益争端中主张当事国之间谈判解决，与《宪章》完全相符，所谓“选择的”多边主义缺乏国际法依据，因而，“‘有选择的’多边主义不应成为我们的选择。”[75]

综上所述，所谓“多边的”和“选择的”多边主义曲解或无视《宪章》的明文规定，在国际法上根本站不住脚。

结论

多边主义出自于国际关系理论。传统国际法的威斯特伐利亚模式问世以后，多边体制形成并逐步发展，直至当今以联合国为中心的多边国际法秩序。但是，回溯传统国际法理论，却难见多边主义学说。多边贸易体制中将双边协定多边化，可称为多边主义。近年来为应对各种国际挑战，以联合国为中心的多边主义成为人们关注焦点。为了回应所谓“有效的”和“选择的”多边主义说法，本文将人类命运共同体理念及其国际法理论适用于国际法上多边主义的当代涵义诠释。概言之，这就是在《宪章》多边框架下各国和平共处，互不干涉内政，禁止单边使用武力，和平解决国际争端；以多边方式共商、共建、共享保障传统或非传统的

adopted on 28 October 1997 and amended on 15 March 2001, 21 September 2001, 17 March 2009 and 25 September 2018，ITLOS official website：https://www.itlos.org/en/basic-texts-and-other-documents/（last visit February 24, 2021）

[72] 参见《联合国海洋法公约》（汉英），海洋出版社 1996 年版。

[73] 2006 年 8 月 25 日，中国向联合国秘书长提交的声明是：“关于《公约》第 298 条第 1 款（a）、（b）和（c）项所述的任何争端，中华人民共和国政府不接受《公约》第 15 部分第 2 节规定的任何程序。”

[74] 参见中国国际法学会：《南海仲裁裁决之批判》，外文出版社 2018 年版。

[75] 习近平：《让多边主义火炬照亮前行之路》。

普遍安全；合作共赢，共同繁荣，应坚持给予发展中国家及最不发达国家更多优惠的区别原则，并将双边优惠多边化而达到普惠，最大限度兼顾各方的权利与义务和平衡利益得失，尽可能将这种平衡体制化、多边化；文明共存，允许各国各地区在遵循《宪章》的宗旨、目标及基本原则的基础上，自主选择人权保障的方式方法；在经济社会的可持续发展中，通过联合国的协调行动，共同保护好我们的地球。在阐述当代国际法上多边主义的中国特色理论的基础上，辨析和驳斥所谓“有效的”和“选择的”多边主义，可得出这些曲解《宪章》的人为划分缺乏国际法依据的结论。

The Multilateralism of International Law and Its Contemporary Implications

Zhang Naigen

Abstract: The international law has the tradition of multilateral systems, but, virtually no theories about multilateralism. As the response for the fundamental changes unknown for a century, it should be the necessary approach to have the multilateral system of global governance based on the Charter of the United Nations while promoting the human community with shared future. From this multilateral perspective, the equal and independent sovereign nations shall be peaceful coexistence including no-intervene in domestic affairs, peaceful settlement of international disputes and the shared universal security by international cooperation. It is particular important to have the win-win cooperation in the respects of economy and trade and in considering to give developing and the least developed countries more favors on multilateral base. The inclusiveness shall be taken for coexistence of civilizations to holistically protect the human rights while allowing each country to decide the domestic implementation. It shall be consolidated under the United Nations’ coordination to take care of our earth for sustainable development. Being different from the multilateralism in contemporary international law construed by the theory with Chinese characters, the so-called effective and selective multilateralism is not consistent with the international law.

Keywords: International law; Multilateralism; Contemporary implications; Theory with Chinese characters

The Universal Declaration of Human Rights: Public International Law and the Confucian Legal Culture for 2030 and Beyond

Ying-Jun Zhang[1]

Abstract

Since the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) was adopted in 1948, the fundamental human rights and freedoms have been underway in the world as a common standard. Yet it is rarely remembered that this document, which seems to embody western "human rights" and values, also engages the wisdom of Chinese culture, contributed through its Chinese co-drafter Peng-chun Chang. Chinese Confucian legal culture not only addresses human rights thoughts but also the political governance. The core ideas of that culture may be put in concert with United Nations, the new goals of sustainable development, whose progress and impact depend on Member States' commitment to the Organization's objectives.

1 Introduction

In 1946, the countries that had just experienced the World War II were deeply aware of the ravages of war on human society. In order to avoid the future generations being ravaged again, the just founded United Nations (UN) has embarked on the drafting of a universally respected human rights legal instrument that proclaims the fundamental rights and freedoms of the human being. Over the next two years, under the umbrella of the UN Economic and Social Council, the Commission on Human Rights and the Drafting Committee were established. Through repeated consultations among Member States' representatives, the draft of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR/The Declaration) was elaborated. On 10 December 1948, the Declaration was adopted by the United Nations General Assembly.

More than 70 years have passed since the Declaration was adopted. Just as proclaimed in its preamble, the fundamental human rights and freedoms it stated have become the standard of human rights.[2] Inspired by the UDHR, a large number of international documents aiming to

[1] ZHANG Yingjun, associate professor, Law Faculty, South-Central University for Nationalities, Wuhan, P. R. China. Bachelor`s in Law, Wuhan University, China, 1990; L.L.M, 2003,Doctor in Law, The Institute of International Law, Wuhan University, 2006. Email: zyj2161@sina.com. The opinions expressed here is wholly personal. This article has published in: Slawomir Redo and Hulmut Kury *ed.*, *Crime Prevention and Justice in 2030 The UN and the Universal Declaration of Human Rights,* Springer 2021.

[2] "A Historical Record of the Drafting Process- Drafting of the Universal Declaration of Human Rights, https://research.un.org/en/undhr/introduction.Last accessed November 6, 2019.

protect human rights were promulgated. This has become the basis of international human rights law and a milestone in the history of human rights in the world.[3]

Yet what may not be well remembered is that this document, which seems to embody western "human rights" and values, also engages the wisdom of Chinese culture. Peng-chun Chang, the Vice-Chair of the Drafting Committee of the Declaration, and China's Permanent Representative to the United Nations, participated in its elaboration. A Chinese commentator informs, that "[i]ntroducing China's concept of human rights to delegates, creatively resolving many impasses using Confucian principles in the negotiation process and reaching compromises among conflicting ideologies"[4], had been Chang's input to break religious and cultural barriers that initially thwarted the drafting process (Tang 2018, p. 146).

This chapter introduces China's contribution to the drafting of the UDHR, and comments on the values and ideas of Chinese Confucianism embodied in it.

2. China's contribution to the drafting of the Universal Declaration of Human Rights

In the drafting of the UDHR, Peng-chun Chang was not the only one who attended as a representative of China.[5] However, among all Chinese representatives, he attended the most meetings and raised the most proposals, which had impacted the drafting of the Declaration. He attended 157 of the 210 drafting meetings of the Declaration, accounting for 75% of the total; made 110 statements, accounting for 70% of the meetings he participated (Sun 2017, p. 35). Therefore, his contribution is discussed below.

Peng-chun Chang (21 October 1892-19 July 1957), aka Peng-Chun, courtesy name Zhongshu, was born in Tianjin. He is brother of Boling Chang, Nankai University's founding president.[6] Peng-chun Chang studied psychology and sociology at Clark University (Worcester,

---

[3] The Foundation of International Human Rights Law, https://www.un.org/en/sections/universal-declaration/foundation-international-human-rights-law/index.html, Last accessed November 6, 2019.

[4] Supra note 2.

[5] Prior to the establishment of the Commission on Human Rights, Representative of China, Dr. Hsia Ching-lin, attended the Nuclear Commission on Human Rights (E/HR/6- E/HR/16, 1946). On December 2 – 10, 1947, during the second session of the Commission on Human Rights, the representative of China, Nan-Ju Wu, participated four times (28th – 31st). The rest sessions were attended by John Wu Ching-hsiung, China's deputy representative to the UN Security Council (E/CN.4/SR.23- E/CN.4/SR.42, 1947).

On May 3 – 21, 1948, the second session of the Drafting Committee was attended by Wu The-yao, Special Assistant to the Chinese delegation to the United Nations Secretariat (Sun 2017, P 35). In addition, during the drafting process, the Chinese scholar Chung-shu Lo, although not a representative of the Commission on Human Rights, provided feedback on the UNESCO survey on human rights concepts, entitled Human Rights in Chinese Tradition, which was included in the book below "Human Rights: Comments and Explanations". Chung (1948), p. 186, also Huang(2012), p. 172.

[6] He was the 2nd group of Boxer Indemnity Scholarship recipients. That was a scholarship program funded by

Mass., USA) where in 1913 he received a Bachelor of Arts degree. Next, he studied at the Columbia University (New York, NY, USA) where he received a master's degree in Literature, and a master's degree in education (Hua 2015, pp. 3, 25-27). After returning to China in 1916, he was working at the Nankai University (Tianjin). In 1919, he went to the United States again to pursue doctor's degree at Columbia University (New York), where he continued his studies in philosophy and education (Huang 2012, p. 168). While his doctoral dissertation was completed in 1922, but his dissertation was published in 1923. In 1923, upon his return, Peng-chun Chang was hired as a professor at the Nankai University. In 1924, he was awarded a Ph.D. in Education (Sun 2011, p. 41). At the same time, as one of the main founders of the Nankai University, he was invited to work at Tsinghua University as provost and to help reform Tsinghua University.

In the autumn of 1925, when Tsinghua University was officially established, and Peng-chun Chang resigned from his appointment there and returned to the Nankai University to serve as director of the middle school and professor of the university department. He taught philosophy and Western drama. In 1930, Peng-chun Chang went to the United States again. He taught at the University of Chicago, the University of Hawaii and Columbia University. During the Second World War, he was hired by publicize China's resistance against Japan in the United States and Great Britain to seek international assistance. In 1940 and 1942, he was successively appointed Chinese Ambassador to Turkey and to Chile.

After the Second World War, Dr. Chang was appointed as the Permanent Representative of China to the Founding Conference of the United Nations. He was elected the Vice-Chairman of the Commission on Human Rights. In this additional nominal UN capacity, he participated in the drafting of the UDHR. He later served as the China Representative of the United Nations Conference on Freedom of the Press and the China Representative to the Security Council until his retirement in 1952. He settled in New York. He died of a heart attack in New Jersey on 19 July 1957, at the age of 65 (Hua 2015, pp. 25-28; Huang 2012, p. 6).

Throughout the drafting of the UDHR, Peng-chun Chang participated as Vice-Chairman of the Commission on Human Rights and Drafting Committee.[7] He has made an important contribution to the drafting of the format and specific content of the Declaration, easing of the impasse in the process, and advancing the formation of the Declaration.

Boxer Rebellion indemnity money paid to the United States according to the Boxer Protocol which was concluded in 1901 after Eight-Power Allied Forces aggressive troops sent by Great Britain, the United States, Germany, France, tsarist Russia, Japan, Italy and Austria in 1900, to suppress the Chinese Yihetuan Movement（义和团运动）known to the West as the Boxer Rebellion. After negotiations, United States agreed to provide for Chinese students to study in the U.S. since 1909 on the part of money have paid by Chinese government.

[7] As the Chinese representative, Mr. Wu attended the 9th and 10th meeting, first session of UN Commission on Human Rights instead of Peng-Chun Chang. See E /CN. 4 /SR.9 and E /CN. 4 /SR.10.

2.1 Peng-chun Chang's contribution to the content of the specific provisions of the Universal Declaration of Human Rights

Having studied in China and the West, coupled with his experiences as diplomat in many countries, Peng-chun Chang had a certain understanding and observation of different cultures of different countries. In his growth in China, he received education mainly from traditional private school and was very knowledgeable in Chinese traditional culture. At his first meeting as the permanent Chinese representative to the UN Economic and Social Council, he quoted the saying of the most famous Chinese Confucianist *Mencius*, "Subdue people with goodness; people can never be subdued. Nourish people with goodness; the whole world can be subdued" (ECOSOC 1946, p. 14).[8]

Chang meant to say that the newly established United Nations, as an international organization leading the new post-war order, should take "nourish people with goodness" as its mission if it is to gain the trust and the "new loyalty" of the people. He used Confucianism to "consider others in one's own place" - an emblematic maxim for empathy in treating others as yourself (cf. ECOSOC 1946, p. 14). He proposed that it is through co-operative effort in the solution of common problems that peoples can attain real mutual understanding. In his second statement at the ECOSOC, he quoted Confucius' expectation of a "great society". He stated that the living standards of the people of the world should be improved through international cooperation, especially to help the underdeveloped countries out of hunger (Hua 2015, p. 45).

In the drafting of the UDHR, he argued that Western philosophy should not be the core, and other culture should also be considered (Mary Ann Glendon 2001, p 47; Ju 2011, p. 143). Under his suggestion, the Committee incorporated Confucianism, which reflected Eastern philosophy, and added "conscience" after "everyone is rational", that is the idea of "benevolence", in the first article of the draft UDHR.

In the Drafting Committee's discussion of the measures to implement the Declaration, he stated that, it will be no sufficient if confine the Commission of Human Rights only to the penalties for violators so that make it merely an appeals court for human rights complaints and to limit its mandate to the legal sphere. To that end, he quoted the saying of Mencius, "Good intentions alone are not sufficient for political order and laws alone are not sufficient to bring about results by themselves" ("Mengzi, Li Lou I", Mencius 2011, p. 126), to explain his point of view. He believed that the purpose of the Declaration is to create a better human nature, rather

[8] For the referencein the back: ECOSOC. (1946). Official records. First year. From the first meeting (23 January 1946) to the fourteenth meeting (18 February 1946), and annexes. Church House, Westminster. London.

than simply punish violators, and the law should promote the development and improvement of human rights in combination with educational and moral means (E/CN.4 /AC.1/SR.11, pp 10-11). The Mencius doctrine, which he cites, emphasizes that crime prevention should focus not only on punishment, but also on enlightenment; not only to emphasize the importance of strict law, but also to create a good society and promote the overall progress of human beings. It coincides with the United Nations Sustainable Development Goals' emphasis on education and enlightenment.

In the following, starting with the "preamble", this article lists the influence of Peng-chun Chang on the formulation of the provisions of the Declaration.

2.1.1 Advocates that the Declaration should be universal and applicable to all mankind.

During the discussion on the preamble at the first session of the Commission on Human Rights, Peng-chun Chang explained that the principle of human rights should be given universal application regardless of human level. He had referred to a minimum standard as a means of increasing the stature of man as opposed to animal (E/CN.4/SR.7, p. 4).

He advocated that the dec1aration of human rights should be brief and readily understandable by all. It should be a document for all men everywhere, not mere1y for lawyers and scholars (A/C.3/SR.91, 1948, p. 48).

2.1.2 Advocate equality of rights between different races.

Regarding human rights equality, he believed that, "a sentence might be included in the summary record to the effect that the Commission considered it necessary to emphasize this idea of the solidarity or unity of the human race. It would thereby be ensured that the Declaration of Human Rights would always be correctly understood, and that it would be possible at all times to see what had been formulated on the morrow of a war waged by the enemy in the name of racial inequality" (E/CN.4/SR.13, p. 5).

According to the Meeting Records of Drafting Committee, he remarked that in his opinion China was perhaps the least 'bothersome nation insofar as religious discrimination was concerned. This fact, he thought, had attracted the attention of the English philosophers in the eighteenth century (E /CN.4 /AC.1/SR.3, p. 4).

He asked the meeting's Rapporteur to clearly document this ideal for referencing in drafting. Thus, the "equality of rights without distinction between races" provision, which was not mentioned in the Secretariat Outline, appeared in Article 5 of Cassin's first draft, and equality of rights between the sexes was also included (Hua 2015, p. 126).

2.1.3. Advocates the inclusion of the "conscience" which embodies the Confucian virtue of "benevolence" into the Declaration

At the eighth meeting of the Drafting Committee, when discussing the first article of the first draft of the Declaration, Dr. Chang proposed that the Confucian virtue *"Ren"* should be included. He interpreted it in English as "two-man-mindedness", or "consciousness" as one of the essential attributes of being a human being. Finally, the Committee agreed to include the draft with the word "conscience" (E /CN.4 /AC.1/SR.8, p. 2).

When the Drafting Committee reviewing the second draft of the Declaration article-by-article, the representative of Lebanon proposed that article 1 should be replaced by "All men are brothers, endowed with reason and conscience". Peng-chun Chang believed that in addition to adding the word "conscience" he proposed, certain words should be added to clarify a certain moral meaning. Therefore, he proposed the following revision: "All men are brothers, endowed with ration and conscience. All men, being members of one family are free, possess equal dignity and rights" (E /CN.4 /AC.1/SR.13, pp. 5-6). At the fiftieth meeting of the 3rd Session of the Commission on Human Rights, the deletion of the first full stop and of the subsequent word up to and including the word *"conscience"* was rejected by six votes to five, with six abstentions (E/CN.4/SR.50).

When the draft Declaration was submitted to the Third Committee of the Third Session of the General Assembly for consideration, article 1 was hotly debated. Some countries advocated the inclusion of God or the Creator as an indication of the source of human rights. Peng-chun Chang reminded that Chinese, which accounts for a large proportion of the world's population, "has a different ideology and tradition from Christianity. These thoughts include good manners, etiquette and courtesy, and understanding of others, but the representative of China did not advocate must include them all in the Declaration" (A/C.3/SR.105, p. 177). He hoped that colleagues could show the same understanding, break through religious barriers and withdraw the metaphysical amendments to article 1. In his view, since Spinoza and Locke, the idea of religious inclusion has existed in Europe. Western countries should have a liberal attitude towards religious beliefs and should not impose believes to others. This point is illustrated in Confucian advocacy of "harmony in diversity", "not to impose on others what you do not desire" (Hua 2015, p. 132).

In addition, Peng-chun Chang objected to the expression of "Human being was endowed by nature with reason and conscience" in the first article of the draft of the Declaration (E/CN.4/SR.50). It was considered that it was easily reminiscent of natural law and God, and that brings human rights issues into the debate of religion and philosophy. Therefore, could not and should not it be raised in a so-called Universal Declaration of the world. He advocated deleting all expressions of "nature". Those who believe in God can find God's idea in this open clause, and others holding different believes could be able to accept this text. Finally, the Third Committee of

the General Assembly decided to avoid using words that claim, imply or deny that the international human rights system was based on any natural, human instincts, or God, and deleted any expression regarding "by nature" (A/C.3/SR.98, p. 114). The text of the Declaration is also acceptable to more non-religious persons. Peng-chun Chang's advocations reflect the inclusion of Confucian scholars of different religions and philosophies.

2.1.4 Impact on other articles of the Declaration

In addition, Peng-chun Chang also proposed the amendment of other articles of the Declaration, part of which was adopted by the Committee.

(1) Comments on the content of articles 2, 3, 4 and 5 of the Declaration

At the third meeting of the Drafting Committee, the Secretariat Outline and the U.K. proposal was compared. In response to the amendment of the U.S. proposal to the "Rights should be restricted", clause of Article 2 of the "Secretariat Outline", Peng-chun Chang believed that the amendment of the U.S. proposal was clearer and suggested adoption. Meanwhile, it was his opinion that the provisions proposed by the United States should be divided into two articles: one on the relationship between the individual and country, and the other on the relationship between the individual (E /CN.4 /AC.1/SR.3, p. 11).

While discussing article 3 of the outline, "Right to life", he said: "It is clear that all members are in favor of the right to life being enshrined in the Declaration. But should the definition of the term 'life' be further considered whether it means only physical existence or more?" (E /CN.4 /AC.1/SR.3, p. 12).

Regarding article 4, "Free from torture, punishment and humiliation", Peng-chun Chang believed that it is closely linked to article 3, "Right to life", and should be included in the draft. At the same time, he felt the need to emphasize the goodness of life itself in some way (E /CN.4 /AC.1/SR.3, p. 13).

In discussing article 5 of the outline, "individual freedom", he believed that from that article to article 11 dealt with the right to freedom of the human being. Therefore, all articles dealing with such subject should be discussed together. The Committee adopted this recommendation (E /CN.4 /AC.1/SR.3, p. 14).

(2) Comments on articles 6, 8, 10, 14 of the Declaration

In the discussion of Drafting Committee regarding article 6 of the outline, "No unlawful arrest and detention", Peng-chun Chang argued that the term "national emergency", as an exception for the provisions, needed to be clearly defined. In response to the expression "Slavery

is prohibited by the Declaration" in article 8, he considered that the wording was inadequate and that, as an important violation of human rights, slavery was universally accountable, rather than merely prohibited by the Declaration. In view of the provision of article 10 on "freedom of movement", he believed that it was a fundamental right, but, given the specific circumstances of each country, consideration might be given to drafting a principled provision, not in too much detail, but the specific implementation to be considered by each country.

When the Drafting Committee discussed "Legal Personality Rights" in article 14 of the draft, Peng-chun Chang thought that the term was too professional and formalistic. It should be more colloquial. It was later changed to "the person before the law" (E /CN.4 /AC.1/SR.13, pp. 15, 20).

(3) Comments on article 21, 28, 29, 30 and 31 of the Declaration

Also, regarding article 21 of the outline, "the right to establish an institution in accordance with the law", Article 28, "the right to association, procession and petition", he believed that the content of the right to petition should be clearly defined. When discussed the second draft of the Declaration, regarding article 28 of "the equal opportunities to engage in public employment", he proposed again to include the provision "free to participate in the examination for the admission in public employment" (E /CN.4 /AC.1/SR.14, pp. 3-4). On 25 June 1947, when the Drafting Committee discussed the draft of the Declaration attached to the summary report, regarding article 28, "Equal opportunities to engage in public employment", Mrs. Eleonore Roosevelt (Chair) proposed adding "hold public office" after "engage in public employment". Peng-chun Chang suggested adding "the public service examination should not be a matter of privilege or favor." This amend was eventually written into the recommendation draft (E /CN.4 /AC.1/SR.18, p. 9).

During the 9th meeting, when Drafting Committee considered the preliminary draft of the Declaration, Peng-chun Chang pointed out that article 29, "the right to take part in the government", should be amended in the light of the Secretariat Outline, in particular by including the provision of "competitive examination". It was believed that everyone had the right to participate in public life and that the system of "free competitive examination" should be regarded as true freedom and democracy (E /CN.4 /AC.1/SR.9, pp. 4- 6).

In response to the provisions of article 30, "the right to vote", he believed that, since the right to vote was a way of realizing human rights, "competitive examination" should also be seen as a means of implementation, thus being mentioned in the Declaration.

Regarding article 31, "Right to Asylum", the initial draft refers only from the state's perspective to the right of the State to "political asylum". Peng-chun Chang hoped to refer this

right from both the state and individual perspectives, which is that in the Declaration both the right of state to "asylum" but also the right of individuals to "seek asylum" to be included (E /CN.4 /AC.1/SR.9, p. 8).

(4) Comments on article 35 and 36 of the Declaration

While the Drafting Committee continued to consider the second draft of the Declaration, Peng-chun Chang argued that article 36, "Right to Rest and Leisure", should be separated from the right to acquire outside knowledge, which should be classified as the right to education (E /CN.4 /AC.1/SR.15, p. 2). Regarding article 35, "Right to Education", Peng-chun Chang proposed to revise the provision to be as following: "Everyone has the right to education. Elementary education shall be compulsory and provided by the country and society in which he or she lives. Technical, culture and higher education provided by the country and society shall be made generally available and equally accessible to all based on merit only, regardless of race, sex, language or religion." Mrs. Roosevelt suggested deleting the phrase "in which he or she lives", which Mr. Chang accepted. His above-mentioned statement was mostly adopted by the Committee (E/CN.4 /AC.1/SR.15, p. 4).

2.2 Peng-chun Chang's Contribution to the Form of the Universal Declaration of Human Rights

According to the records of the United Nations archives, the General Assembly and the Economic and Social Council, at the beginning of their decision to draft the UDHR, did not clearly state its nature and legal status, but merely referred to it as "International Bill of Human Rights". But "Bill" can be either a covenant or a declaration. Therefore, member states have been at odds since the beginning with whether to develop a specific human rights covenant or a general universal declaration. In this regard, as former ambassador to foreign countries with experiences in the West and the East, Peng-chun Chang, with a keen insight into the international situation, felt that there were tremendous difficulties for different camps to reach a detailed and specific covenant that included the implementation of measures. Thus, Dr. Chang advocated the "declaration before convention" strategy, proposing that a concise list of fundamental human rights and freedoms be presented in the form of a declaration, followed by a commentary on the article-by-article interpretation of the Declaration, and thirdly a proposal containing specific measures of implementation (E /CN.4 /AC.1/SR.4, p. 11; E /CN.4 /AC.1/SR.5, p. 4; E /CN.4 /AC.1/SR.8, p. 6). He also suggested in many occasions that the current Declaration should be in very simple and short terms to abstract the fundamental human rights so as to be accepted by the majority of states during vote (E /CN.4 /AC.1/SR.5, pp. 3-4; E /CN.4 /AC.1/SR.17, p. 10; E /CN.4 /AC.1/SR.13, p. 10). Although the Drafting Committee had not adopted this recommendation at

the meeting, the drafting of the Declaration was in fact well ahead of the covenant and the measures of implementation, due to the direction he pointed. Following the sixth meeting of the Drafting Committee, the first draft declaration (known as the “Cassin Draft”) was completed by the drafting group of which the French representative, René Cassin, was a member, followed by a proposal that the covenant and measures of implementation should be developed simultaneously. In this regard, Peng-chun Chang believed that since the Declaration has been drafted, the Drafting Committee should firstly review the first draft article by article before considering the covenant and measures of implementation (E /CN.4 /AC.1/SR.7, pp. 3-4).

This proposal was supported by the Chair, Mrs. Roosevelt. As a result, by the end of the first session of the Drafting Committee, the first draft of the Cassin Draft had been considered and a proposed draft had been submitted by the Drafting Committee on the basis of revisions, laying the groundwork for the adoption of the declaration ahead of the covenant (Hua 2015, p. 144). As Ashild Samnøy, a Swedish scholar, commented: “Although the formal decision made at the second session of the Commission on Human Rights in December 1947 emphasized the need for a declaration, a covenant and three implementing measures to be made simultaneously, the strategy of ‘declaration before convention’ actually prevailed”(Ashild 1999, p. 8). As we see today, the International Bill of Human Rights finally consists of three documents:“The Declaration”,“The International Covenant of Civil and Political Rights” and “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.”

In addition, after the adoption of the UDHR by the General Assembly, Peng-chun Chang served as the translator of its Chinese edition. As the Committee was especially careful to make the lying of each word, in 1948, during its consideration of the Declaration, the Third Committee of the General Assembly established a language group for the six official languages of the United Nations, including Chinese, to review the texts of each official language version to ensure that each word corresponds accurately (A/C. 3/380, 1948). Peng-chun Chang, as the Chinese representative involved in the drafting of the Declaration, led the translation work of the Chinese version. In 1948, the third session of the General Assembly adopted the Chinese of the UDHR by resolution A/RES/217 III, Chinese official translation). Peng-chun Chang’s deep knowledge of Chinese Confucian culture can also be seen from it. For example, he translated the “conscience” he had proposed in article 1 of the Declaration as “良知”, which was derived from *Mencius*, Jin Xin II: “The ability possessed by men without having been acquired by learning is intuitive ability, and the knowledge possessed by them without the exercise of thought is their intuitive knowledge” (Mencius 2011, p. 252) which is, the moral concept people born with (Hua 2015, p. 161).

For the second half of the first paragraph “should act towards one another in the spirit of brotherhood” is expressed as “act towards one another like brothers” in the first draft. Among them, the wording of the “like brothers”, which the United Nations Commission on the Status of Women considered inappropriate and suggested whether to consider adding the word“sister”for equality. This was supported by the representative of India, Mrs. Hansa Mehta. However, in order to preserve semantic integrity and nature, the final text of the Declaration did not adopt this recommendation, but instead replaced it with the phrase “in the spirit of brotherhood” (Gudmundur et al. 1999, p.50). In the Chinese version of the Declaration, this paragraph “All Human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in the spirit of brotherhood.” was translated as “人皆生而自由；在尊严及权利上均各平等。人各赋有理性良知，承应和睦相处，情同手足” (A/RES/217（Ⅲ）,Chinese official translation). Among them, using “和睦相处，情同手足” instead of the original text “以兄弟关系的精神相对待”, not only avoided the emergence of gender information and unnecessary disputes, but also semantic faith, which reflected the Chinese culture and the profound heritage of Confucianism.

2.3 The Confucian Legal Culture transferred into the UDHR through Peng-chun Chang’s contribution

With the deep understanding of Chinese traditional philosophy, Mr. Peng-chun Chang introduced the core thoughts and ideas of them, especially Confucianism to the world during drafting UDHR. Through his contribution, the Declaration adopted the idea of *Ren* and the other thoughts of Confucianism illustrated above. As the most important traditional culture in China, the thoughts of Confucianism were transferred into the UDHR, the common standard of public international law on human rights. From this point, those could be reviewed as the Confucian legal culture, which embodies the human rights ideas conveyed by the Universal Declaration.

3. The Human Rights Ideas in Confucian Legal Culture and Its Shortcomings

3.1 The Ideas of Human Rights in Confucian Legal Culture

3.1.1 The idea of Human rights in “benevolence” (Ren, 仁) of Confucian Thought

“Benevolence” is considered as the core idea of Confucianism (Yang 1980, p. 96; Zhou 2016). Confucius did not give a precise definition, but through the specific examples of different occasions to interpret. “Benevolence” was mentioned 109 times in *The Analects* (Yang 1980, p. 96). In the many interpretations of“benevolence”, it was described as“that to subdue one’s self and return to propriety is benevolence”, “the man of benevolence makes the difficulty to be

overcome his first business, and success only a subsequent consideration", "to be able to practice five things (gravity, generosity of soul, sincerity, earnestness, and kindness) everywhere under heaven constitutes perfect benevolence", "the benevolent man loves others" and so on.

What exactly is the meaning of "benevolence"? The scholar Yang Bojun believes that the true meaning of "benevolence" can be inferred from Confucius's passage to Zeng Shen (Yang 1980, p. 97). Confucius said to Zeng: "my doctrine is that of an all-pervading unity." Zeng said to the other students: "the doctrine of our master is to be true to the principles of our nature and the benevolent exercise of them to others, this and nothing more". "My doctrine" is all of Confucius's ideology, and it must be the core that throughout this ideology. It's "to be true to the principles of our nature" specifically and its "benevolence" in general.

Confucius himself defined "reciprocity": "not to do to others as you would not wish done to yourself", which is the negative side of "benevolence". The other side is positive: "he who wishes to be established himself, seeks also to establish others; he who wishes to be enlarged himself, seeks also to enlarge others." However, the highest state of Confucius is not "benevolence" but "sage". The goal of "sage" is: "a man extensively conferring benefits on the people, and able to assist all", and "a man cultivates himself so as to give rest to all the people". It is Confucius' belief that even Yao and Shun would not be able to achieve that (Yang 1980, p. 97).

I agree with the above point. Although, since ancient times, there have been many famous masters have a variety of fine understanding on "benevolence". I believe that, synthesizing their views, it seems that its connotation could be interpreted from the following two aspects.

First, from the perspective of individual's independent mind, "benevolence" is kindness, humanity, compassion, and hiddenness, and is the essential nature of human beings. Lin Yutong (1895-1976), Chinese inventor, linguist, novelist, philosopher, and translator, stated, it is very precise and appropriate to translate it as "true humanness" in English, sometimes just as "kindness" would suit (Lin 2014, p. 12). Of course, such highly moral true personhood is not something that everyone is born with, but to be learned, cultivated, and refined. "Human beings" can lead to "benevolence", but this journey is the inheritance of the accumulation through the history of the rich survival experience of humankind, and the process of individual playing the individual consciousness, initiative and creative in continuous learning and experience. The transformation of "human beings" to "benevolence" is the unity of history and the present. It is the process of human being to pursuit universal values and interests, which is a process to "pursuit excellence" (Cao 2015, pp. 19-21; David and Roger 2005).

However, this individual static nature of human beings is not the whole meaning contained in “benevolence”. As Mencius said: “The feeling of the mind is the principle of the benevolence” (in *Menzi, Gong Sun Chou I, Section VI).* The feeling of commiseration and compassion is only the beginning of “benevolence” (Mencius 2011, p. 60). Its secondary level of meaning is reflected in the relationship between individuals, which contains literacy of the kindness to others (the loving, respective, corresponding way of doing things in social relations including father and son, husband and wife, brothers and sisters, monarch and his ministers and so on) and the understanding of others (in place to think in a different place of generosity) as “the benevolent man loves others” and “consider others in one’s own place”. It also contains quality of loyalty to the principles of our nature as “not to do to others as you would not wish done to yourself” and “he who wishes to be established himself, seeks also to establish others; he who wishes to be enlarged himself, seeks also to enlarge others”.

So, in the process from “human being” to “benevolence”, how to practice to achieve “benevolence”? “To subdue one’s self and return to propriety”. Namely, through personal learning and understanding, indoctrination of society and government, a man who restricts the negative things in his mind, does not do evil, restores the inherent conscience of the heart, practice morals etiquette, and emphasizes rationality is the individual with “benevolence” (Mencius 2011, p. 336). Like Professor Aannping Chin interprets his understanding on the concept of *Ren* by the translation of Confucius`s *Analects* that,

“Yan Yuan asked about humaneness. The Master said, ‘Restrain the self and return to the rites. This is the way to be humane. If for one day you are able to restrain the self and return to the rites, this means that your capacity to be humane will open up to the world. Humaneness rests with the self. How could it come from others?”

Yan Yuan asked, “May I ask about the specific steps to go about this?” The Master replied, “Do not look at anything that is contrary to ritual propriety. Do not listen to anything that is contrary to ritual propriety. Do not speak in ways that are contrary to ritual propriety. Do not act in ways that are contrary to ritual propriety.” Yan Yuan said, “Even though I am not that smart, I will do my best to put into practice what you have said” (Aannping 2019, pp. 213-214).

Confucianism shows the respect for people through these ideas of dealing with social relations (Zhang 2017). This is different from the view of isolated individual human rights in the West(Dai Comp.2005). It advocates respect for people, understanding people, and tolerance of people, so as to harmonious personal social relations and the harmony of society as a whole. Thus, although thousands of years apart, it coincides with the goal of the 2030 Agenda for Sustainable Development of the United Nations, such as “envisage a world of universal respect for human

rights and human dignity, the rule of law, justice, equality and non-discrimination" (Para. 8), "the need to build peaceful, just and inclusive societies" (Para. 35), "We pledge to foster intercultural understanding, tolerance, mutual respect and an ethic of global citizenship and shared responsibility" (Para.36), etc. (A/RES/70/1).

3.1.2 Confucian social ideal of "public and common spirit" embodies the concept of collective human rights

Based on previously mentioned "benevolence", Confucius extended it from individual to entire society and established social morality as "In the time when the *great way* was practice, the land of heaven belongs to the people; they chosed the wise, talented and virtuous and set him up on the highest throne. The people went in for credit and lived in harmony. They knew how to love their parents, nurish their children, and support the aged till their death. They made the people in their prime years shows their ability, the children grown up, those widowers, widows, orphans, childless and disabled by disease supported sufficiently." in *Liji, Li Yun, History of Propriety* (Dai comp. 2005,p.110).

Mencius also proposed: "Treat with the reverence due to age the elders in your own family, so that the elders in the families of others shall be similarly treated; treat with the kindness due to youth the young in your own family, so that the young in the families of others shall be similarly treated" (Yang 1984, p. 28).

This ideal social state has been became a "Grand Union" society by Confucianism, which is the highest social goal pursued by Confucianism. In order to achieve this ideal state of "the world of Grand Union", people must have "a public and common spirit". This is another level of personal cultivation.

Confucian proposed personal cultivation steps are "rectifying their hearts, sincere in their thoughts, cultivating their persons, regulating their families, ordering well their own States, illustrating virtue throughout the world". It goes from ideal to practice, from themselves to family, thereafter to the society, the world, to achieve the ideal ethical realm. That is the individual should take the social interests and social ideals first and prioritize social interests in the conflict. Here, Mencius proposed the "righteous and benefit view", in which personal self-interest is the benefit and the world's great benefit is the righteous. In order to achieve the Grand Union, people should take "righteous" as the priority. In the conflict of righteous and benefit, taking benefit is not desirable. Gentle persons should give up their own benefit and see the world as their own duty ("shared responsibility" in term of the 2030 Agenda, para. 36).

This is the sacrifice spirit of public and common without self-benefit. It is a humanitarian concept with the primacy of national interests. Although this ideal cannot be achieved under the feudal system, but this self-linked with others, society, the fate of the country is undoubtedly an advanced culture of human rights (Wang 2004). This coincides with the provision of article 29 of the UDHR, "Everyone has duties to the community" (A/RES/217 III).

3.1.3. The values of the people embodied in Confucian "moral governance" and "benevolence governance" theory

Confucius promoted "benevolence" into the political field, which required the ruler "to rule by means of virtue". In Confucianism, morality is the foundation of politics. Confucius advocates "moral governance". He said "to rule by virtue is like the way the North Star rules, standing in its place with all the other stars revolving around it and paying court to it" (Aannping 2019, p. 15).

So, what is moral governance? That is "if you guide them with exemplary virtue and keep them in line with the practice of the rites, they will have a sense of shame and will know to reform themselves" (Aannping 2019, p. 16). It was advocated that good politics is "morality and courtesy" to guide the people to form a harmonious social atmosphere. "If you guide the people with ordinances and statutes and keep them in line with [threats of] punishment, they will try to stay out of trouble but will have no sense of shame. If you guide them with exemplary virtue and keep them in line with the practice of the rites, they will have a sense of shame and will know to reform themselves."

Advocating the courtesy of ordinary people, broke through the restrictions of "courtesy is not applied beyond nobles". It helped ordinary people to enhance their sense of social participation. It is also the human rights advocated in the UDHR, such as the equal education, equal development of personality, equal participation in social life. It has a progressive historical significance. Moreover, from this discussion, we can also see the thought of Confucius light punishment and re-education of the idea. It is more conducive to social harmony and good governance to give people "morality" and "courtesy" and to enlighten them than to pay attention to punishment.

Based on Confucius's "moral government", Mencius promoted "institute a government whose action be benevolent", saying that the interests of the people should be put first. Firstly, through a good system design to improve people's living standards, they thus no longer worry about livelihood, having not only enough income to support their own family, but also to support their parents, help brothers and sisters. Only when the people's lives are well off, it is possible to educate them, improve their spiritual state and ideological cultivation. Otherwise, forced by life,

the people will take risks, violate the law, which cannot be fundamentally prevented even using harsh law (Mencius 2011, p. 22). From here, it can also be seen that his idea of being valued indoctrination instead of punishment.

In his view, the governance of the country should follow doctrine of king craft "to serve the people by virtue", rather than tyranny "to rule the people by force". He pointed out "When one by force subdues men, they do not submit to him in heart. They submit because their strength is not adequate to resist. When one subdues men by virtue, in their hearts` core they are pleased, and sincerely submit" (Mencius 2011, p. 22). Meanwhile, Mencius described the values of civilization as "the people are the most important element in a nation; the spirits of the land and grain are the next; the sovereign is the lightest" (in: *Menzi, Jin Xin Zhang Ju II)*. He used the "trap" to vividly liken the country that not to be benevolent will be unfair to the people and disadvantage to the establishment of a good social order. He said: "They are only men of educations, who, without a certain livelihood, are able to maintain a fixed heart. As to the people, if they don`t have a certain livelihood, it follows that they will not have a fixed heart. And if they don`t have a fixed heart, there is nothing which they will not do, in the way of self-abandonment, of moral deflection, of depravity, and of wild license. When they thus have been involved in crime, to follow them up and punish them. This is to entrap the people. How can such a thing as entrapping the people be done under the rule of a benevolent man?" (Zhang 2016, p. 624).

For the rulers who practice tyranny, Mencius believes that the people have the right to make their own choices. They could rise and fight, or even kill the rulers. "He who outrages the benevolence proper to his nature, is called a robber; he who outrages righteousness, is called a ruffian. The robber and ruffian we call a mere fellow. I have heard of the cutting off of the fellow Zhou of Yin, but I have not heard of the putting a sovereign to death, in his case" (Mencius 2011, p. 33). Because one of the legal premises of the ruler's right to rule is that the monarch's moral achievements, and the governor who practice tyranny is not only not to be righteous, but even to deviate from the benevolence. Hence it lost the legitimacy of the rule, and was no longer a king but a mere fellow, whom everyone has the right to kill (Zhang 2012, p. 76). This right of resistance in the feudal society at that time was very advanced, from which we can see the importance he attached to the people, which is also a kind of human rights.

3.2 The shortcomings of human rights thoughts in Confucianism

Nevertheless, we should also realize that Confucianism is not a human-centered account of the fundamental rights that human beings should enjoy, but rather a reflection of respect for individual rights and dignity from the perspective of the social relationship between individuals

and the attitudes and behavior towards others, as well as how people are treated in governing. Thus, the realization of these individual rights depends on others, on other people, or on kings, or nations, or on ruling classes or managers. If they do not achieve the moral cultivation, which includes benevolent, righteousness, manners, wisdom and trustworthiness, advocated by Confucianism, these human rights will not be realized or guaranteed. This is the difference from the Western view of human rights and the rights elaborated in the UDHR, which is the human-centered affirmation of the fundamental rights and freedoms of human beings that are endowed by their Creator naturally. The nation, monarch and others have the obligation to respect, guarantee and should not violate and derive it without due process of law.[9]

4. Conclusion: Confucian Legal Culture for 2030 and Beyond

As illustrated, Confucian legal culture not only includes the individual rights of human being but the manner for rulers to govern. Although they do not define the concept of "rule of law", the "moral governance" and "benevolence governance" theory as we mentioned also reflect the idea of *justice.* The ground of justice, which for Mencius articulates "the *sensus communis* of the hearts"[10] lies in the hearts of the people. The ground of justice is humaneness *(Ren,*仁) the origin of which is none other than the human heart (Huaiyu Wang 2009, p. 321).

As discussed above, the thoughts or ideas of human rights contained in Confucian thinking also reflect the ground of justice to some extent, although in the different way from the Western philosophy. It emphasizes the human rights on the context of social relations, the relation between parents and children, the elder and younger, husband and wife, the monarch and his subjects and the one with each other. It also advocate that all humans are equal before law. Toward the social harmony, Confucian legal culture appreciates understanding others like own, keeping sympathy in mind to others. Like what Dr. P. C. Chang had advocated in discussing the Draft Declaration of Human Rights at 3rd session of the UN General Assembly in 1948, that, the second sentence of article 1 called upon men to act towards one another in a spirit of brotherhood. That attitude was perfectly consistent with the Chinese attitude towards manners and the importance of kindly and considerate treatment of others. It was only when man's social behaviour rose to that level that he

[9] Some scholars believe that western theory focuses on the rights of human beings as natural existence, so it emphasizes the sacredness and inviolability of individual rights. Whereas Chinese traditional philosophies pay more attention to the rights that people has as social existence, so emphasize the sociality and integrity. Therefore, when individual rights and collective rights are in conflict, Chinese tradition prefers giving up "small profits" to the sake of "great righteousness". This difference between Chinese and western culture determines that the West places more emphasis on individual rights and ancient China places more importance on responsibility. See Zhang (2012), p. 163.

[10] *Menzi, Kong sun chou I*, in Legge, The Works of Mencius(2011), p. 483.

was truly human.[11] If people treat each other in this spirit, the society where they stay will be harmony. By analogy, if the ruler of state, internally, treat their people in this manner, the spirit of *Ren,* the moral governance will apply, whereas engage in foreign relations also in this way, peace and friendly relations would appear. Within this kind of societies, the people will live in dignity and stay in peace.

From the *travaux préparatoires* of UDHR*,* we can see how ordinary man and woman may perceive and pursue "*ren*" (humanness) in Confucianism (Zackery 2005; Einstein 2014; Kim 2018). So this legal culture may contribute to global culture of lawfulness (Pływaczewski and Redo 2018), in line with the political science thesis that an external power merely reflects an extension of its domestic institutions" (A/RES/70/1). This seems act in concert with the United Nations, whose progressive ideals and power depend on its Member States' commitment to the Organization's objectives.

All those thoughts and ideas coincides with the 2030 UN Agenda for Sustainable Development, adopted by the General Assembly on 25 September 2015, announces 17 Sustainable Development Goals toward a world of universal respect for human rights and human dignity, the rule of law, justice, equality and non-discrimination; of respect for race, ethnicity and cultural diversity; and of equal opportunity permitting the full realization of human potential and contributing to shared prosperity (A/RES/70/1). In particular, the goal 16 "Peace, Justice and Strong Institutions", calling on to promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels. It is also the ideal of Confucian legal culture to achieve the peaceful and inclusive societies. As the spiritual values, they nourish the whole generations and promote them to go beyond. From this point, the Confucian legal culture makes the important contribution to Sustainable Development Goals, the endeavor of United Nations for the vision of better world.

References[12]

A/C. 3/380, The official documents of UN General Assembly, 3rd Session, 1948.

A/C.3/SR.91, the 91st Meeting, 3rd Session, General Assembly of UN, Meeting Records, 1948.

[11] P.C. Chang` speech at the 96st Meeting, 3rd Session, General Assembly of UN, Meeting Records, A/C.3/SR.96, 1948, p. 99.

[12]All United Nations parliamentary documentation starting with "A" & "E" symbol from the United Nations website http://www.un.org. Accessed 16 Jan 2020.

A/C.3/SR.96, the 96th Meeting, 3rd Session, General Assembly of UN, Meeting Records, 1948.

A/C.3/SR.98, the 98th Meeting, 3rd Session, General Assembly of UN, Meeting Records, 1948.

A/C.3/SR.105, the 105th Meeting, 3rd Session, General Assembly of UN, Meeting Records, 1948.

A/RES/217（Ⅲ), The official document of United Nations, Chinese official translation, 1948.

A/RES/70/1,“Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development”, UN Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015.

Aannping Ch. (2019). The Analects of Confucius. Guangxi Normal University Press: Guilin, China. (【美】金安平：《论语英译及评注》，鄢秀 译, 桂林：广西师范大学出版社，2019).

Ackerly, B. (2005). Is Liberalism the Only Way Toward Democracy? Confucianism and Democracy, Political Theory 33:547–576.

Chung-Sho, L. (1947). Human Rights in the Chinese Tradition. In: Human Rights: Comments and Interpretations. A Symposium edited by UNESCO. London ＆New York: Allan Wingat.

Cao, W. (2015). The philosophical Interpretation on the Concept of *Ren* in The Analacts: the perspective of American Academy of Sinology, Academic Exchange No.6.(曹威，论美国汉学界对《论语》中“仁”的哲学诠释，学术交流. 2015年第6期).

Hall, D., Ames, Roger T. (2005). Thinking Through Confucius. Chinese Translated by J-L He, Beijing University Press: Beijing. (郝大维、安乐哲，通过孔子而思，何金俐 译，北京大学出版社, 2005).

Einstein, D. (2014), *Democracy in Contemporary Confucian Philosophy*, Routledge: Oxon.

Dai S. comp. (2017), Li Ji: On Propriety [Social and Individual Behavior], English Translated by Luo Zhi-Ye. Southeast University Press: Nanking, China. (《礼记》，【西汉】.戴圣 编纂，罗志野 英译。南京：东南大学出版社，2017)

E/HR/6- E/HR/16 (1946), Nuclear Commission on Human Rights, Meeting Records.

UNESCO. (1946). The Economic and Social Council of UN, official records, 1st year, 1st Session.

E/CN.4/SR.7 (1947), UN Human Rights Commission, 1st Session, Meeting Records.

E/CN. 4 /SR.9 (1947), UN Human Rights Commission, 1st Session, Meeting Records.

E/CN. 4 /SR.10 (1947), UN Human Rights Commission, 1st Session, Meeting Records.

E/CN.4/SR.13 (1947), UN Human Rights Commission, 1st Session, Meeting Records.

E/CN.4/SR.23- E/CN.4/SR.42 (1947), Commission on Human Rights, 2nd Session, Meeting Records.

E/CN.4/AC.1/SR.11(1947), UN Commission on Human Rights, Drafting Committee, 1st Session, Meeting Records, 19 June.

E/CN.4/AC.1/SR.3(1947), UN Commission on Human Rights, Drafting Committee, 1st Session, Meeting Records.

E/CN.4/AC.1/SR.4(1947), UN Commission on Human Rights, Drafting Committee, 1st Session, Meeting Records.

E/CN.4/AC.1/SR.7(1947), UN Commission on Human Rights, Drafting Committee, 1st Session, Meeting Records.

E/CN.4/AC.1/SR.8(1947), UN Commission on Human Rights, Drafting Committee, 1st Session, Meeting Records.

E/CN.4/AC.1/SR.13(1947), UN Commission on Human Rights, Drafting Committee, 1st Session, Meeting Records.

E/CN.4/AC.1/SR.14(1947), UN Commission on Human Rights, Drafting Committee, 1st Session, Meeting Records.

E/CN.4/AC.1/SR.18(1947), UN Commission on Human Rights, Drafting Committee, 1st Session, Meeting Records.

Alfredsson G., Eide, A. eds. (1999), The Universal Declaration of Human Rights: Common Standard of Achievement, organized for translation by Chinese Society of Human Rights. Sichuan People`s Press: Chengdu,China. (【瑞典】哥德门德尔·阿尔弗雷松，【挪威】阿斯布佐恩 主编,〈世界人权宣言〉：努力实现的共同标准，中国人权研究会组织翻译，四川人民出版社，1999).

Huaiyu, W. (2009). The Way of Heart: Mencius` Understanding of Justice. *Philosophy East & West Volume 59/3*, 317-363.

Huang, J. W. (2012), Confucian Tradition and the Construction of Contemporary Human Rights*, Journal of Sun Yat-sen University* (Social Science Edition), No.6. (黄建武，儒家传统与现代人权建设：以张彭春《世界人权宣言》形成的贡献为视角，中山大学学报社会科学版, 2012年第6 期)。

Hua G. Y. (2015). The Chinese Contribution among International Human Rights Movement: Peng-Chun Chang and the UDHR. China University of Political Science and Law Press, Beijing. (化国宇.国际人权事业的中国贡献：张彭春与〈世界人权宣言〉.北京：中国政法大学出版社，2015) .

Ju C. W. (2011). The Contribution of Confucianism to the New International Human Rights Theory: from the Perspective of Peng-Chun Chang`s Contribution to the Drafting of The UDHR, Globe Law Review(Chinese), No.1.(鞠成伟，儒家思想对世界新人权理论的贡献——从张彭春对《世界人权宣言》订立的贡献出发，环球法律评论.2011年第1期).

Lin Y. T. (2014), The Wisdom of Confucius (Chinese). Nanking, China: Jiangsu People`s Press（林语堂.孔子的智慧.南京：江苏人民出版社，2014）.

Glen, M., Symonides, J. (eds.) (1998). The Universal Declaration of Human Rights: A History of its Creation and Implementation 1948 – 1998, Paris, Published by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.

Glendon, M. A. (2001). A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights, Random House.

Mencius（2011）. English translation by Sun Z.Z. Zhejiang University Press: Hangzhou, China.（孙芝斋编注.孟子今译.汉英对照.杭州：浙江大学出版社,2011）.

Chang P.C. (1923). Education for Modernization in China: A search for criteria of curriculum construction in view of the transition in national life, with special reference to secondary education. New York City: Teacher College, Columbia University.

Lauren, P. G. (2011), The Evolution of International Human Rights (3rd Edition), University of Pennsylvania Press, Philadelphia, PA.

Pływaczewski, E., Redo, S. (Eds) (2018). Advancing Culture of Lawfulness: Towards the Achievement of the 2030 Agenda. A special issue of Białystok Legal Studies (*Białostockie Studia Prawnicze*) 2018 Vol. 3, No. 23, http://bsp.uwb.edu.pl/bialostockie-studia-prawnicze-zeszyt-23-nr-3/.

Samnøy, A.（1999）. The Origin of The UDHR, Chinese translated by Gu Sheng-kai. In: Gudmundur Alfredsson and Asborn Eide ed., The UDHR: Common Standard of Achievement, organized for translation by Chinese Society of Human Rights. Chengdu: Sichuan People`s Press. (阿谢尔德·萨姆诺伊，《世界人权宣言》的起源，谷盛开 译，载：【瑞典】哥德门德尔·阿尔弗雷松，【挪威】阿斯布佐恩 主编，《世界人权宣言》：努力实现的共同标准，中国人权研究会组织翻译，成都：四川人民出版社，1999).

Sun P. H. (2011). Peng-Chun Chang: the Famous Human Rights Activist around World, Human Rights (Chinese), No.6. (孙平华.张彭春：享誉全世界的人权活动家，人权，2011年第6期)。

Sun P. H. (2012). The Study of The Universal Declaration of Human Right. Peking University Press: Beijing,China. (孙平华.世界人权宣言研究.北京：北京大学出版社，2012).

Sun P. H. (2017). Peng-Chun Chang and the Development of International Human Rights System, Journal of Zhejiang Gongshang University, N0.7.(孙平华.论张彭春与国际人权体系的建构.浙江工商大学学报,2017年第7期).

Kim, S. (2018), Democracy after Virtue: Toward Pragmatic Confucian Democracy, Oxford University Press: Oxford.

The Work of Mencius (2011). Book Ⅶ, LILOU Part One, Chinese-English, English translation by James Legge. Foreign Language Research Publishing House: Beijing, China.（孟子，汉英对照，【英】James Legge译.北京：外语教学与研究出版社.2011）.

Tang Y. X. (2018). The Drafting of The Universal Declaration of Human Rights and its Influence for Generations. Human Rights(Chinese), No.6.(唐颖侠.《世界人权宣言》的起草过程与后世影响:纪念《世界人权宣言》70周年国际研讨会综述.人权,2018年第6期).

Wang, X. S. (2004). The Analysis of Hunan Rights Ideas in Confucian Moral Principles. Journal of Social Science of Hunan Medical University, Vol.6, No.4, 2004: 18-20.（王新生.儒家伦理的人权理念分析.湖南医科大学学报（社会科学版）, 2004年第4期）.

Yang, B. J. (1980), The Brief Study on Confucius, Dong Yue Tribune (Chinese), No.2. (杨伯峻.试论孔子.东岳论坛，1980年第2期).

Yang, B. J. (1984), Comments on the Work of Mencius, Zhonghua Book Company: Beijing. (杨伯峻，孟子译注，北京：中华书局，1984).

Zang, Z. H. (2012).Virtue and Right: The Human Rights Thoughts in Pre-Qin Confucianism. The Peoples` Press: Beijing. (张志宏，德性与权利：先秦儒家人权思想研究.北京：人民出版社，2012).

Zhang, Y. J. (2016). The United Nations, Equal and Inclusive Society and Crime Prevention: Chinese Philosophical Contributions to the Idea of Sustainable Development for Women and Children, and the Current Practice in China, In: H. Kury, S. Redo, E. Shea (Eds.), Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention, Reintegration. Springer: Heidelberg.

Zhou, X. K. (2016). The French Translation on Core Concepts in The Work of Confucius: from the Perspective of *Ren.,* Etudes Francaises (Chinese), Vol.103. No.4. (周新凯.《论语》核心概念法译研究——以“仁”为例，法国研究，2016年第4期).

Zhang, Z. H. (2017). Rights and Boundary: A Discussion of Confucian Thinking on Human Rights Thoughts, Philosophical Research (Monthly), No.12, 2017:107-114.(张志宏.权利与经界:兼论儒家视野中的人权思想.哲学研究,2017年第12期).

《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭管辖权的“必要性”审查析论——由意大利诉印度“艾瑞克·莱谢号”案裁决引发的思考

赵 鹏

摘要：《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭并不能够基于“诉讼的实效性”和“审查的必要性”而对于《联合国海洋法公约》明确规定外的事项行使管辖权，“诉讼的实效性”和“审查的必要性”并不必然引发“管辖的必要性”。《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭对于某事项的管辖权应当源自《联合国海洋法公约》对于该事项的明确规定，而非基于“诉讼的实效性”和“审查的必要性”考量而在某事项与《联合国海洋法公约》规定事项之间建立起的间接联系。否则，《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭将不当扩张其管辖权至其专业职能之外，此将会对于国际法的良性发展构成威胁。

关键词：《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭 管辖的必要性 管辖权扩张

2020 年 5 月 21 日，《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭就“意大利诉印度‘艾瑞克·莱谢号’案”（以下简称“‘艾瑞克·莱谢号’案”）作出裁决。在“艾瑞克·莱谢号”案中，意大利和印度双方争议的焦点问题是印度能否对于两名意大利军人行使刑事管辖权。对于该问题，意大利持否定态度，其理由之一便是两名意大利军人在印度享有外国刑事管辖豁免权，该管辖豁免权阻碍了印度对于该两名意大利军人行使刑事管辖权。对于意大利的该主张，印度指出，依据《联合国海洋法公约》附件七成立的“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭无权管辖国家官员外国刑事管辖豁免问题，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭应当拒绝对于意大利提出的该问题进行审理。如此，意大利和印度双方对于《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭是否有权管辖国家官员外国刑事管辖豁免问题的争议便产生。鉴于“艾瑞克·莱谢号”案是《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭对于国家官员外国刑事管辖豁免问题作出系统裁决的首案，且“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭在对于其是否有权管辖该问题进行裁决的过程中较为充分地阐释和应用了“必要性”审查标准，故本文结合“艾瑞克·莱谢号”案裁决的相关内容，对于管辖权的“必要性”审查和《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭能否基于“必要性”审查而对于国家官员外国刑事管辖豁免问题行使管辖权等进行论证。

一、“艾瑞克·莱谢号”案的背景

“艾瑞克·莱谢号”（Enrica Lexie）是一艘由意大利籍公司所有和运营的、悬挂意大利旗帜的油轮。“圣安东尼号”（St. Antony）是一艘由印度国民弗雷迪船长（Captain Fredy）所有的渔船。2012 年 2 月 15 日，该两船在位于印度西南方向、距离印度海岸线约 20 海里的海域相遇。彼时，该两船的既有航向和航速极有可能导致二者间发生碰撞。在此情形下，在“艾瑞克·莱谢号”油轮试图与“圣安东尼号”渔船取得联系但失败且向其示警但仍未使其改变航向后，“艾瑞克·莱谢号”油轮上负责保障该船航行安全、协助其抵御海盗攻击的“船舶保护分遣队”（Vessel Protection Detachment, VPD）[1]的指挥官、意大利海军一级军士长马西米

[1] “船舶保护分遣队”模式，国内又称之为“随船护卫”模式，该模式是被相关的联合国文件确认的

兰·拉托尔（Chief Master Sergeant Massimiliano Latorre，以下简称“拉托尔军士长”）怀疑“圣安东尼号”渔船正试图对“艾瑞克·莱谢号”油轮实施海盗攻击；在此情形下，拉托尔军士长与该分遣队的副指挥官、意大利海军中士萨尔瓦托·吉隆（Sergeant Salvatore Girone，以下简称“吉隆中士”）在该两船距离分别约为 500 米、300 米和 100 米时向“圣安东尼号”渔船进行了三次共 12 轮射击，射击造成了“圣安东尼号”渔船上两名印度籍船员的死亡。[2]

上述事件（以下称之为“‘艾瑞克·莱谢号’事件”）发生约两小时后，印度当局迅速对“艾瑞克·莱谢号”油轮进行了识别并且锁定了其位置。与此同时，印度当局派出其军方直升机和舰船对“艾瑞克·莱谢号”油轮进行了追踪。最终，“艾瑞克·莱谢号”油轮在印度军方直升机和舰船的伴航下驶向位于印度西南部的科奇港（Kochi Port），以应印度当局的要求配合其对“艾瑞克·莱谢号”事件进行调查。在“艾瑞克·莱谢号”油轮驶入科奇港后，印度当局对该船进行了扣押，并于 2012 年 2 月 19 日对该船上“船舶保护分遣队”的全部 6 名成员实施了逮捕。[3]

此后，因拉托尔军士长和吉隆中士两人直接进行了射击而造成了“圣安东尼号”渔船上两名印度籍船员的死亡，且虑及该两人为“船舶保护分遣队”的主要负责人，因此,印度当局在意大利当局的交涉下释放其他四名“船舶保护分遣队”的成员返回意大利后，继续对于拉托尔军士长和吉隆中士两人进行刑事审判。[4]对此，意大利当局在就印度对于拉托尔军士长和吉隆中士两人进行刑事审判的事项与印度当局交涉无果后，将印度诉至《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭，请求仲裁庭判定印度对于该两人行使刑事管辖权的行为违反《联合国海洋法公约》的规定，据此请求仲裁庭命令印度终止其对于该两人的刑事审判程序并且赔偿相应的损失。

二、管辖权的“必要性”审查——“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的论证进路

依据《联合国海洋法公约》第 288 条的规定，该公约附件七仲裁庭的属事管辖权范围为其“对于向其提出的有关本公约的解释或适用的任何争端，应具有管辖权”，“对于按照与本公约的目的有关的国际协定向其提出的有关该协议的解释或适用的任何争端，也应具有管辖权”。在“艾瑞克·莱谢号”案中，因该案不涉及与《联合国海洋法公约》的目的有关的国际协定的解释和适用，因此，该案中附件七仲裁庭对于其能否就该案行使管辖权的讨论围绕着案件争端双方的争议问题是否有关《联合国海洋法公约》的解释和适用展开。

对其管辖权问题，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭裁决指出：该案中意大利和印度双方的争议焦点问题是印度能否对于“艾瑞克·莱谢号”事件行使管辖权的问题，进而该争议问题的核心便是印度能否对于两名意大利军人行使刑事管辖权的问题；对于上述问题，意大利和印度双方均基于对《联合国海洋法公约》相关条款的解释和适用证成其各自的主张，因此，该

应对海盗活动的模式。关于对该模式的解析，可参见冯旭：《在他国专属经济区内“随船护卫”导致的管辖权分配和豁免问题——兼论“艾瑞克莱谢号案”》，载《中国海商法研究》2017 年第 3 期，第 52 页。

[2] PCA Case No. 2015-28, *Award on the Enrica Lexie Incident*, 21 May 2020, pp. 22-24.

[3] PCA Case No. 2015-28, *Award on the Enrica Lexie Incident*, 21 May 2020, pp. 33-42.

[4] PCA Case No. 2015-28, *Award on the Enrica Lexie Incident*, 21 May 2020, pp. 47-52.

案中意大利和印度双方的争端是关于《联合国海洋法公约》的解释和适用的争端；故仲裁庭对于该争端有权进行管辖。[5]至于意大利主张印度无权对于两名意大利军人行使刑事管辖权的理据之一，也即该两名意大利军人在印度享有外国刑事管辖豁免权的问题，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭进行了“必要性”审查。仲裁庭认为，在该案中对于意大利军人在印度能否享有外国刑事管辖豁免权这一问题的处理是判定印度能否对于意大利军人实际行使刑事管辖权的有机组成部分，前者对于后者而言是必要的和不可或缺的；因此，仲裁庭若要在“艾瑞克·莱谢号”案中完整和彻底地解决该案双方存在争议的管辖权问题，则其有必要对于意大利军人的外国刑事管辖豁免问题进行一并处理；否则，若仲裁庭在该案中只判定印度对于“艾瑞克·莱谢号”事件中意大利军人的行为享有管辖权而不问其能否实际行使该管辖权，则仲裁庭对于前者的判定是无意义的。[6]

因此，尽管“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭承认《联合国海洋法公约》并无直接关于国家官员外国刑事管辖豁免的法律规定，承认其无权单独就国家官员外国刑事管辖豁免问题行使管辖权，但是其依然基于“必要性”审查认定自身在该案中对于国家官员外国刑事管辖豁免问题享有管辖权。[7]

三、“必要性”审查的“非理性因素”分析

由“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的上述论证可知，该仲裁庭并非因两名意大利军人在印度是否享有外国刑事管辖豁免权的问题直接关乎《联合国海洋法公约》的解释和适用而判定其对于该问题享有管辖权，而是因该问题与其享有管辖权的、该案争端双方争议的核心问题存在“关联”（link）——也即，因管辖与管辖豁免之间的关联——而认定了其审查国家官员外国刑事管辖豁免问题的“必要性”，进而确认了其对于该问题的管辖权。对此，笔者认为“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭就其管辖权问题所采取的所谓“必要性”审查存在着诸多不足和待商榷之处。

（一）“管辖权”与“管辖权行使”的区分

在对于“必要性”审查进行分析和论证之前，应先明确“管辖权”与“管辖权行使”二者的区别。简而言之，“管辖权”是一种权属的状态，其关乎“管辖权的划分和归属”；而“管辖权行使”则是对于管辖权的实际运用。管辖豁免是一项阻碍“管辖权行使”的因素，而非阻碍“管辖权”享有的因素。因此，“管辖豁免”之于“管辖权行使”而言具有对其进行审查的“必要性”，而对于“管辖权”而言则无该审查的“必要性”。

据此，“艾瑞克·莱谢号”案争端双方的争议焦点问题亦可一分为二：一是关于“管辖权”的问题，也即管辖权在谁的问题，此类问题是双方争论的首要问题，双方针对于该问题进行主张的各自依据均源于对《联合国海洋法公约》相关条款的解释和适用；二是“管辖权行使”的问题，也即两名意大利军人在印度是否享有国家官员外国刑事管辖豁免权的问题，“艾瑞

[5] PCA Case No. 2015-28, Award on the *Enrica Lexie Incident*, 21 May 2020, para. 243.

[6] PCA Case No. 2015-28, Award on the *Enrica Lexie Incident*, 21 May 2020, para. 239.

[7] PCA Case No. 2015-28, *Award on the Enrica Lexie Incident*, 21 May 2020, paras. 809, 842.

克·莱谢号”案争端双方对于该问题的争论亦集中围绕着《联合国海洋法公约》的相关规定展开。[8]具体而言，意大利主张《联合国海洋法公约》第 2 条第 3 款、第 56 条第 2 款、第 58 条第 2 款和第 297 条第 1 款均包含着对于国家官员外国刑事管辖豁免的规定，而印度对此则持有不同意见。[9]

据此，若“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭否定其对于国家官员外国刑事管辖豁免问题的管辖权，则该案双方的争议问题便仅限于“管辖权”的问题。如此，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭所谓的“必要性”审查则是指就“管辖豁免”之于“管辖权”的“必要性”进行审查。在此情形下，依据“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的观点，管辖权的享有是为了最终行使管辖权，若只对管辖权的归属进行判定，而不对影响管辖权实际行使的管辖豁免等因素进行审查，则管辖权问题并不能够得到充分和有效的解决。[10]对此，笔者将“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的该观点概括为基于“诉讼实效性”考量而确立起对于《联合国海洋法公约》规定外事项进行管辖的“必要性”。

若“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭肯定其对于国家官员外国刑事管辖豁免问题的管辖权，则该案双方的争议问题的确亦涉及到“管辖权行使”的问题。然而，此时的“管辖权行使”问题因“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭肯定其对于国家官员外国刑事管辖豁免问题的管辖权而产生；而非独立于国家官员外国刑事管辖豁免问题而存在，从而使得国家官员外国刑事管辖豁免问题仅作为处理“管辖权行使”问题的考量因素“之一”出现。因此，在“管辖权行使”与“国家官员外国刑事管辖豁免”之间便产生了“鸡生蛋，还是蛋生鸡”的问题。显然，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭对于该问题进行了模糊处理，其在需要时便笼统地将该案双方争议的焦点问题概括为关于“管辖权行使”的问题。暂且假定“艾瑞克·莱谢号”案双方争议的焦点问题是关于“管辖权行使”的问题，则国家官员外国刑事管辖豁免问题能够作为处理“管辖权行使”问题的必要考量因素之一出现。如此，则审查国家官员外国刑事管辖豁免问题对于彻底解决“管辖权行使”问题而言便具有了逻辑上的“必要性”。在此情形下，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭认为其应当将国家官员外国刑事管辖豁免问题作为“管辖权行使”问题的附带问题（incidental question）而对其进行管辖。[11]在此，笔者将“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的该观点概括为基于“审查必要性”而认定对于《联合国海洋法公约》规定外事项进行管辖的“必要性”。

对于“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的上述两种关于“管辖必要性”的观点，笔者认为其均不能够成立。具体而言，对于“诉讼实效性”的片面追求并非引发管辖权的正当和充分理由。此外，即便在逻辑上存在着审查《联合国海洋法公约》规定外事项的“必要性”，但是对于此类事项的审查并非必然应当由《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭进行。不能够指望着《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭总是能够对于关乎《联合国海洋法公约》解释和适用

[8] PCA Case No. 2015-28, *Concurring and Dissenting Opinion by Dr. Sreenivasa Rao Pemmaraju*, para. 39.

[9] PCA Case No. 2015-28, *Award on the Enrica Lexie Incident*, 21 May 2020, paras. 734, 762, 782, 791.

[10] PCA Case No. 2015-28, *Award on the Enrica Lexie Incident*, 21 May 2020, paras. 803, 807.

[11] PCA Case No. 2015-28, *Award on the Enrica Lexie Incident*, 21 May 2020, para. 811.

的事项进行完整和彻底的处理，《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭负责审理其管辖权内的事项即可。况且，即便《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭有权对于该公约规定外的事项进行审查，但是“审查”并不等于“管辖”，“审查的必要性”亦不等于“管辖的必要性”。对此，笔者在下文将结合“艾瑞克·莱谢号”案对于相关问题予以详细阐释。

（二）对于“诉讼实效性”的考量并不必然引发“管辖权”

1.“管辖豁免”之于“管辖权”审查的“非必要”

若“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭意图讨论“管辖豁免”之于“管辖权”审查的必要性，则该“必要性”在逻辑上是不存在的。管辖权和管辖豁免是两个相互独立的概念。[12]从逻辑上讲，管辖权的存在是讨论管辖豁免的前提。[13]对此，国际法院在比利时诉刚果“逮捕证”案（以下简称“逮捕证案”）中便指出，只有在一国依据国际法就某事项享有管辖权的前提下，才会在就该管辖权的行使产生管辖豁免的问题。[14]依据逻辑学中的命题，即管辖权的存在是讨论管辖豁免问题的“必要条件”，有管辖权方能够有管辖豁免，无管辖权则无管辖豁免；同时，管辖豁免是管辖权存在的“充分条件”，若有管辖豁免则必然有管辖权。[15]反之则不然，对于是否存在管辖权的判定显然无需伴随着对于管辖豁免的考察，也即对于管辖豁免的考察之于管辖权有无的判定而言是“不必要”的，若无管辖豁免则并非必然无管辖权。

2. 基于“诉讼实效性”考量的管辖权行使所存在的悖误

依据上述对于“管辖权”与“管辖豁免”二者之间关系的论证，若《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭基于“诉讼实效性”考量就其在逻辑上不存在审查必要性的事项行使管辖权，则其管辖权的行使便会出现难以自圆其说的悖误。

以“艾瑞克·莱谢号”案为例，该案仲裁庭在确定其对于国家官员外国刑事管辖豁免问题享有管辖权后，便实际上完全脱离了《联合国海洋法公约》的规定而全然援引了其所谓的相关“习惯国际法”规则对于国家官员外国刑事管辖豁免问题进行了裁判。“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭在其对于国家官员外国刑事管辖豁免问题进行论证的其裁决的第 843 段至第 874 段，并未丝毫涉及《联合国海洋法公约》的相关规定及其规制的相关事项。

对于“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的上述适用法律的情形，尽管依据《联合国海洋法公约》第 293 条的规定，《联合国海洋法公约》第 287 条第 1 款规定的具有管辖权的法院或者法庭可以适用《联合国海洋法公约》以外的国际法规则，但是该规定并不意味着上述法院或者法庭对其管辖范围内的事项作出的裁判能够全然与《联合国海洋法公约》的规定及其规制的相关事项无涉。就诉讼中的“法律适用”与“管辖权”二者的关系而言，前者建立在后者的基础之上，法律适用围绕着管辖事项展开，而非在管辖范围外创设新的管辖事项。[16]据此，

[12] A/CN.4/661, para. 35.

[13] See A/CN.4/601, para. 43, and A/CN.4/701, para. 145.

[14] Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, ICJ, Judgement of 14 February 2002, para. 46.

[15] 参见中国人民大学哲学院逻辑学教研室编：《逻辑学（第 3 版）》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 35-36 页。

[16] PCA Case No. 2015-28, *Concurring and Dissenting Opinion by Dr. Sreenivasa Rao Pemmaraju*, para. 31.

因《联合国海洋法公约》第 287 条第 1 款规定的具有管辖权的法院或者法庭有权管辖的事项是关于“本公约的解释或适用”的事项，故其对于法律的适用不可能完全绕开《联合国海洋法公约》的规定及其规制的相关事项。如上文所述的“北极日出号”案，该案仲裁庭对于《欧洲人权公约》的相关规定的援引是为了解释《联合国海洋法公约》中的“执法活动”这一概念；又如国际海洋法法庭（International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS）在其审理的第 2 号案中对于国际人权规则等国际法规则的援引，是为了判定几内亚在逮捕他国船只的过程中使用武力的行为是否符合《联合国海洋法公约》的规定。[17]

由此，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭对于国家官员外国刑事管辖豁免问题进行的审查和裁判俨然与其单独就该问题进行的审查和裁判无异。然而，如上文所述，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭明确指出其无权单独就国家官员外国刑事管辖豁免问题行使管辖权。由此，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的实际做法便与其所持的理论观点相悖，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭主张的所谓“必要性”审查也便成为了一种迎合和促使《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭不当扩张其管辖权至公约外事项的掩人耳目的工具。

“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的实践出现上述悖误的根本原因在于其基于“诉讼实效性”考量而对于在逻辑上并不存在审查必要性的事项行使了管辖权。在“艾瑞克·莱谢号”案中，除国家官员外国刑事管辖豁免事项外，“艾瑞克·莱谢号”案争端双方的其他争议问题仅限于“管辖权享有”，而不涉及“管辖权行使”。在此情形下，当“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭明确肯定《联合国海洋法公约》无关于国家官员外国刑事管辖豁免问题的直接规定后，因管辖豁免之于“管辖权享有”并不存在逻辑上的“必要性”，故国家官员外国刑事管辖豁免问题亦不能够通过案件双方关于“管辖权享有”的争议问题与《联合国海洋法公约》的规定建立联系。如此便产生了“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭关于国家官员外国刑事管辖豁免问题的裁判完全与《联合国海洋法公约》的规定无涉的结果。“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的裁决所体现出的上述悖误同样存在于《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭对于在逻辑上并不存在审查必要性的事项进行管辖的其他情形中。

（三）“审查的必要性”并不等于“管辖的必要性”

若“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭意图讨论管辖豁免之于“管辖权行使”的必要性，则即便承认该“必要性”在逻辑上成立，则该“必要性”仅指“审查”的必要性，并不必然引发“管辖权”。管辖权意味着行使管辖权的主体原则上应当对于其管辖的事项作出具有拘束力的裁判，而审查则不必如此。[18]例如，国际法院在“逮捕证”案中明确指出，虽然其在该案中对于国家官员外国刑事管辖豁免问题——即比利时基于其国内法规定的“普遍管辖权”对于时任刚果（金）外交部长签发逮捕证的行为是否侵犯后者的外国刑事管辖豁免权的问题—

[17] ITLOS, Case No. 2, the M/V “SAIGA” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), *Judgement of 1 July 1999*, para. 155.

[18] 参见张华：《论混合型海洋争端的管辖权问题》，载《中国法学》2016 年第 5 期，第 76 页。且参见江国青、杨慧芳：《参见联合国改革背景下国际法院的管辖权问题》，载《外交评论》2012 年第 2 期，第 121 页。

一的讨论会不可避免地涉及到比利时依据国际法是否享有“普遍管辖权”这一前提性的问题，但是这并不意味着国际法院能够在其判决中对于“普遍管辖权”问题作出具有拘束力的裁判（rule）。[19]在此情形下，国际法院在“逮捕证”案中仅是在“假设”（assume）比利时依据国际法享有“普遍管辖权”（Universal Jurisdiction）的前提下，对于该案中上文所述的国家官员外国刑事管辖豁免问题进行了论证。据此，国际法院在“逮捕证”案中实际上否定了其对于在逻辑上存在着审查“必要性”的“普遍管辖权”问题的管辖权。[20]又如，在“北极日出号”案（The Arctic Sunrise Arbitration Case）中，依据《联合国海洋法公约》附件七成立的该案仲裁庭指出，尽管对于人权事项的处理与对于《联合国海洋法公约》规定的“执法活动”的解释存在着“关联”，且前者对于后者而言可谓是“必要”的，但是该案仲裁庭仍然审慎地指出，其对于《欧洲人权公约》的援引是将该公约的相关规定作为判定俄罗斯的“执法活动”是否适当的标准之一，而非为判定俄罗斯的执法活动是否违反该公约。[21]换言之，“北极日出号”案仲裁庭将《欧洲人权公约》的相关规定作为解释和适用《联合国海洋法公约》相关条款的辅助工具，适用《欧洲人权公约》的相关规定不是目的，利用其解释和适用《联合国海洋法公约》的相关条款才是目的。[22]故此，“北极日出号”案仲裁庭实际上将相关的人权事项排除在其管辖权范围之外。

相较之下，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭指出，鉴于管辖豁免对于“管辖权行使”的直接和重要影响，对于管辖豁免问题的处理便成为彻底解决“管辖权行使”问题的必要环节，因此其能够对于国家官员外国刑事管辖豁免问题行使管辖权。相较于上述法院或者法庭的做法，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的该观点和做法显然是过分激进和欠缺理智的。诚然，管辖豁免关乎“管辖权行使”，管辖豁免是“管辖权行使”的障碍，审查“管辖豁免”问题对于彻底解决“管辖权行使”问题而言是必要的。但是，正如上文所述，对于某事项予以审查的必要性并不意味着对于该事项行使管辖权。

不可否认，相关法院或者法庭对于《联合国海洋法公约》的解释和适用会不可避免地涉及到对于其他法律规定和《联合国海洋法公约》规定外事项的审查。但是，相关法院或者法庭在此情形下的工作重心仍是对于《联合国海洋法公约》进行解释和适用，而非完全就该公约规定外的事项进行裁判；后者不是目的，而是辅助于前者的实现的手段。然而，对于《联合国海洋法公约》规定外的事项行使管辖权则意味着相关法院或者法庭的工作重心在于对该事项所涉及的问题进行彻底的解决，而非解释和适用《联合国海洋法公约》。若相关法院或者法庭动辄以审查某事项的“必要性”为由从而肯定其对于该事项的管辖权，则以“艾瑞克·莱谢号”案为例，该案仲裁庭在裁定其有权管辖国家官员外国刑事管辖豁免问题的基础上，

[19] Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ, *Judgment of 14 February 2002*, para. 43.

[20] Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ, *Judgment of 14 February 2002*, para. 46.

[21] PCA Case No. 2014-02, Award of the Merits, 14 August 2015, para. 197.

[22] PCA Case No. 2015-28, *Dissenting Opinion by Judge Patrick Robinson*, para. 35.

亦有可能依据同样的逻辑将其管辖权扩张至与国家官员外国刑事管辖豁免问题之外且与其相关的其他事项。如此，则《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭的管辖权将会无限扩张至《联合国海洋法公约》规定以外的事项。

况且，尽管审查“管辖豁免”问题对于彻底解决“管辖权行使”问题而言在逻辑上是必要的，但是这不仅不意味着有权审理“管辖权行使”问题的法院或者或法庭有权同时对于“管辖豁免”问题进行“管辖”，也并不意味着相关的法院或者法庭有权同时对于“管辖豁免”问题进行“审查”。正如国际法院在其审理的玻利维亚诉智利“关于进入太平洋通道的谈判义务”案（Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean）中所表明的，案件当事方之间的特定争议事项通常出现在大的争端背景下。[23]由此，法院或者法庭不可能总是能够对于大的争端进行完整的和彻底的解决，其应当在进行客观判断的基础上识别出大的争端中自身能够管辖的具体的和特定的事项，从而对于被识别出的具体事项和特定事项进行审查和裁判即可。具体至“艾瑞克·莱谢号”案而言，该案仲裁员斯雷尼瓦萨·拉奥·彭马拉朱（Sreenivasa Rao Pemmaraju）在其就该案裁决发表的反对意见中便直截了当地指出，仲裁庭应当仅就其管辖范围内的事项行使管辖权，至于其管辖范围外的国家官员外国刑事管辖豁免事项，仲裁庭将其留待印度法院处理便可。[24]否则，以世界贸易组织（WTO）的争端解决机制为例，若某 WTO 会员国声称某其他 WTO 会员国侵犯了其在《联合国海洋法公约》项下的权利而因此对于某其他 WTO 会员国采取了反措施（countermeasure），则 WTO 争端解决机制的专家组（panel）对于该反措施是否合法的审查便意味着其亦有权对于某其他 WTO 会员国是否实施了侵犯《联合国海洋法公约》的行为进行审查。[25]显然，这一结论是不合理的。

四、总结和评论

（一）《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭无权管辖国家官员外国刑事管辖豁免问题

由上文所述可知，并非所有关乎海洋的事项或者与此类事项相关的其他事项均可落入《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭的管辖范围内，尽管对于此类事项的审查对于《联合国海洋法公约》的解释和适用是必要的。《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭有权管辖的事项，亦即此类仲裁庭能够就其作出对于案件当事方具有法律拘束力的裁决的事项，应当严格是《联合国海洋法公约》予以规定的事项。《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭判定其对于某事项是否享有管辖权的依据应当是该事项是否直接源自《联合国海洋法公约》的规定，而非基于所谓的“必要性”审查而得出的与《联合国海洋法公约》规定的间接联系，否则，《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭的管辖权范围将会无限超出“有关‘本公约’的解释或适用的任何争端”的限制。总之，无论基于审查的“必要性”或者其他何种考量，管辖权的扩张

[23] Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), ICJ, Preliminary Objections, *Judgment of 24 September 2015*, para. 32,

[24] PCA Case No. 2015-28, *Concurring and Dissenting Opinion by Dr. Sreenivasa Rao Pemmaraju*, para. 24.

[25] See Deepak Raju, *The Enrica Lexie Award - Some Thoughts on "Incidental" Jurisdiction*, availabl e at http://opiniojuris.org/2020/07/22/the-enrica-lexie-award-some-thoughts-on-incidental-jurisdiction-part-ii/, la st vi-sited on 28 April 2021.

应当是合法的和有序的，管辖权的扩张应当有其明确的和充分的法理依据。据此，在“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭明确承认其无权单独就国家官员外国刑事管辖豁免问题行使管辖权的情形下，其亦不可基于所谓的“必要性”审查而将该事项与《联合国海洋法公约》的规定建立间接联系而取得对该事项的管辖权，故其无权管辖国家官员外国刑事管辖豁免问题。该关于“艾瑞克·莱谢号”案的结论原则上适用于所有的《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭。

对于“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭就国家官员外国刑事管辖豁免问题行使管辖权的否定，除上文予以论证的管辖的“必要性”不成立的角度外，亦有观点从以下角度对其进行了阐释。其中，有观点指出，在《联合国海洋法公约》的第 95 条和第 96 条明确规定了“军舰”和“专用于政府非商业性服务的船舶”的管辖豁免的情况下，其未对于国家官员外国刑事管辖豁免问题进行明确规定便反向证明了《联合国海洋法公约》无意将该问题纳入其规制范围，由此，依据《联合国海洋法公约》第 288 条第 1 款的规定行使管辖权的法院或者法庭则无权对于该问题进行管辖。[26]此外，还有观点指出，管辖豁免基于领土主权平等原则而产生，其直接关乎领土主权；因依据《联合国海洋法公约》第 298 条第 1 款(a)项的规定，关乎领土主权的争端属于适用该公约第十五部分第二节规定的“强制争端解决程序”的“任择性例外”，如此，若关乎领土主权的争端被排除在“强制争端解决程序”的适用范围之外，则国家官员外国刑事管辖豁免作为国家主权的体现因素之一亦不应当接受《联合国海洋法公约》规定的相关法院或者法庭的强制管辖。[27]

同时，在此亦需要补充说明的是，国际海洋法法庭（ITLOS）在其审理的“拘押三艘乌克兰海军舰船案”（Case concerning the detention of three Ukrainian naval vessels, Ukraine v. Russian Federation）和“自由号”案（The“ARA Libertad”Case, Argentina v. Ghana）案中就是否采取临时措施进行审查时均似乎在客观上对于船上军事人员等国家官员的外国刑事管辖豁免问题有所涉及，《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭亦似乎能够依据相同的路径实现其对于该问题的管辖。[28]然而，国际海洋法法庭在上述两案件中实际上将船上军事人员等国家官员的外国刑事管辖豁免附属于《联合国海洋法公约》第 95 条和第 96 条规定的“军舰”和“专用于政府非商业性服务的船舶”的管辖豁免而存在，也即其讨论的管辖豁免实质上是《联合国海洋法公约》予以明确规定的“军舰”和“专用于政府非商业性服务的船舶”的管辖豁免，而非国家官员的外国刑事管辖豁免。[29]对此不难予以理解，国际海洋法法庭早在其审理的第 2 号案中便已经明确指出，船舶及其上的一切人员和事物作为一个整体（entity）而存在。[30]如此，则其管辖豁免亦应当统一存在。况且，该路径对于商船上国家官员的外国

[26] PCA Case No. 2015-28, *Dissenting Opinion by Judge Patrick Robinson*, para. 38.

[27] PCA Case No. 2015-28, *Concurring and Dissenting Opinion by Dr. Sreenivasa Rao Pemmaraju*, para. 38.

[28] See the “ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana), ITLOS Case No. 20, Provisional Measures, *Order of 20 November 2012*; see also the Case concerning the detention of three Ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation), ITLOS Case No. 26, Provisional Measures, *Order of 25 May 2019*.

[29] 参见王全达：《军舰豁免权研究》，载《西安政治学院学报》2010 年第 6 期，第 86 页。

[30] The M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Prompt Release, ITLOS Case No. 1, Judgment of 4 December 1997, para. 106.

刑事管辖豁免问题——如“艾瑞克·莱谢号”案中随商船从事安全护卫任务的军事人员的外国刑事管辖豁免问题——并无适用的空间。

（二）《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭的“管辖权扩张”评析

1.《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭的管辖权不当扩张的新路径和新进程

对于《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭的管辖权不当扩张趋势的批判早已有之且是多视角和多方面的。[31]“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的裁决使得该趋势被进一步强化。一方面，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的裁决确认了一条可能无限扩张《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭管辖权的路径——通过“诉讼的实效性”建立起《联合国海洋法公约》规定外事项与该公约规定事项的联系，进而基于该“联系”对于《联合国海洋法公约》规定外的事项行使管辖权。在此情形下，对《联合国海洋法公约》规定外事项的处理于《联合国海洋法公约》的解释和适用而言并不具有逻辑上的必要性，该对于逻辑上的“必要性”限制的突破是《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭无限扩张其管辖权的重要推动因素。

另一方面，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭将通过“审查必要性”而确立管辖权的观点付诸实践。事实上，早在毛里求斯诉英国“查戈斯海洋保护区”案（Chagos Marine Protected Area Arbitration Case）中，《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭便指出，若对于《联合国海洋法公约》规定外事项的处理对于该公约的解释和适用是“必要的”（necessary），则依据《联合国海洋法公约》第 288 条第 1 款的规定行使管辖权的法院或者法庭有权对于该公约规定外的事项进行相应的事实认定和法律裁定；尽管如此，该案仲裁庭同时强调，上述法院或者法庭有权管辖的争端在实质上仍应当是关于《联合国海洋法公约》解释和适用的争端，其他争议事项与该争端的偶然联系（incidental connection）并不能够引发上述法院或者法庭对于该争议事项的管辖权。[32]有学者将“查戈斯海洋保护区”案仲裁庭的该观点所蕴含的对于案件争端进行定性的方法称作“重心检验”方法。[33]

在“查戈斯海洋保护区”案中，“重心检验”方法的提出是在该案存在着同时涉及领土主权问题与海洋权益问题的“混合型海洋争端”的背景下。在此之后，关于“审查必要性”的考察亦主要围绕着“混合型海洋争端”中“领土主权”问题的处理对于处理“海洋权益”问题的“必要性”展开。然而，“查戈斯海洋保护区”案仲裁庭并未将《联合国海洋法公约》的解释和适用问题认定为是该案中相关争端的重心；相反，其以毛里求斯提出的关于沿海国权利的主张主要关乎“领土主权”问题为由，裁定自身无权对于该主张和双方就此的争端进行管辖。[34]在乌克兰诉俄罗斯“黑海、亚速海和刻赤海峡内沿岸国权利争端”案（Case of Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait）中，该案仲裁

[31] 参见罗国强、于敏娜：《<联合国海洋法公约>附件七仲裁庭管辖权的发展倾向和中国应对》，载《河北法学》2020 年第 12 期。

[32] Chagos Marine Protected Area Arbitration, Mauritius v. United Kingdom, ICJ, *Award of 18 March 2015*, para. 220.

[33] 参见张华：《论混合型海洋争端的管辖权问题》，载《中国法学》2016 年第 5 期，第 80 页。

[34] Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), ICJ, *Award of 18 March 2015*, para. 212.

庭同样以其对于沿海国权利的处理不可绕避“领土主权”事项为由，否定了其对于乌克兰相关主张的管辖权。[35]此外，尽管“南海仲裁案”仲裁庭对于案件的争端作出了错误的定性——错误地认定该案争端在实质上并非是关于“领土主权”事项的争端，并且据此错误地对于案件的争端行使了管辖权，但是这显然并不意味着“南海仲裁案”仲裁庭承认其可基于包括“审查必要性”在内的任何理由对于“领土主权”事项行使管辖权。

据此而言，《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭在确认其是否对于某事项享有管辖权的过程中，主要将“必要性”审查应用于对其管辖权的“排除性事由”进行的审查中。也即，《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭通常以处理“领土主权”事项对于解决“海洋权益”争端而言具有“必要性”且其无权管辖“领土主权”事项为由，从而否定其对于案件中相关争端的管辖权。相较之下，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭将“审查必要性”用于肯定其管辖权的情境中，并且在实际上基于“审查必要性”肯定了其对于《联合国海洋法公约》规定外事项的管辖权。由此，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的相关裁决便推进和加速了《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭的管辖权不当扩张的进程。况且，在“艾瑞克·莱谢号”案中，在该案仲裁庭否定了意大利除其关于国家官员外国刑事管辖豁免问题主张外的其他全部主张的情况下，其仅凭支持了意大利提出的其军人在印度享有外国刑事管辖豁免这一项主张便否定了印度对于意大利军人的刑事管辖权。依据上文所述的“重心检验”方法，“艾瑞克·莱谢号”案中的国家官员外国刑事管辖豁免问题俨然已成为决定该案件走向的核心因素和该案件的“重心”，而并非仅作为“附带问题”出现。正如“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭帕特里克·罗宾逊（Patrick Robinson）仲裁员在其就该案裁决发表的反对意见中所指出的，该案中的争议问题并无主要争议问题和附带争议问题之分。[36]

2.《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭的管辖权不当扩张的消极影响

《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭对于其管辖权的不当扩张将不利于相关国际法的发展。具体而言，《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭就该公约规定外事项进行管辖的“非专业性”会导致对于相关国际法的解释和适用出现混乱。在“艾瑞克·莱谢号”案中，《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭处理国家官员外国刑事管辖豁免问题的“非专业性”的突出表现之一便是其在对于“国家官员外国刑事管辖豁免”与“国家主权豁免”二者之间关系的错误处理。

具体而言，依据“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭的观点，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 12 条规定的“国家及其财产管辖豁免”的“领土侵权例外”（Territorial Tort Exception）亦可适用于国家官员的外国刑事管辖豁免。然而，尽管国家官员的管辖豁免脱胎于国家的主权豁免，但是，国家官员管辖豁免的内容并不完全受制于国家主权豁免的支配，也即国家官员管辖豁免的内容有别于国家主权豁免的内容。[37]例如，就《联合国国家及其财产管辖豁免

[35] Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation), ICJ, *Award of 21 February 2020*, para. 197.

[36] PCA Case No. 2015-28, *Dissenting Opinion by Judge Patrick Robinson*, para. 41.

[37] A/CN.4/631, para. 22.

公约》对于国家行为进行的统治权行为（acts *jure imperii*）和事务权行为（acts *jure gestionis*）的区分是否影响到国家官员管辖豁免的问题，联合国国际法委员会特别报告员的报告便指出，并不能够因国家对其“事务权行为”不享有管辖豁免而否定国家官员对其代表国家实施的此类行为享有管辖豁免。进而言之，不能够因为国家对其某行为不享有主权豁免而判定代表其行使该行为的国家官员亦对于该行为不享有管辖豁免。况且，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》规定的国家及其财产管辖豁免主要是民事管辖豁免且并不涉及刑事管辖豁免，对于国家是否应当承担刑事责任是存在较大争议的，而国家官员的外国刑事管辖豁免恰恰仅涉及刑事管辖豁免。[38]与民事管辖程序相较，刑事管辖程序更具强制性，其冗长、深入的调查程序和逮捕、拘留等强制性措施的采取将可能严重威胁到国家官员的个人利益及其所属国家的国家利益。[39]因此，对于国家官员的刑事管辖权的行使应当更为慎重。据此，尽管《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 12 条规定了“国家及其财产管辖豁免”的“领土侵权例外”，但是该例外并不能够同样适用于其国家官员的外国刑事管辖豁免，有权对于国家实施非刑事的管辖权并不意味着亦有权对其国家官员行使刑事管辖权。因此，“艾瑞克·莱谢号”案仲裁庭对于国家官员外国刑事管辖豁免的审理显然存在着纰漏，体现了其处理国家官员外国刑事管辖豁免问题的“非专业性”。

此外，就解决国家间争端的诉讼管辖权而言，“国家同意构成了法院诉讼管辖权的基础和前提”。[40]尽管《联合国海洋法公约》第十五部分第二节规定的是“导致有拘束力裁判的强制程序”，但是《联合国海洋法公约》缔约国加入该公约便已经表明了其对于该强制管辖程序的同意。据此，若《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭不当地扩张其管辖权，则将会使其管辖权超出《联合国海洋法公约》缔约国所明确同意的范围，从而违背国际法院或者法庭行使其管辖权时所应遵循的“国家同意”原则。[41]就“艾瑞克·莱谢号”案而言，该案的《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭将《联合国海洋法公约》未明确规定的国家官员外国刑事管辖豁免问题作为所谓的“附带问题”而对其行使管辖权，实际上便是将其管辖权扩张至印度所明确同意的范围之外，致使其管辖权的行使缺乏国际法的基础。

---

[1] 杨文鹤、陈伯镛：《海洋与近代中国》，北京：海洋出版社，2014 年。

[2] 索尔·科恩：《地缘政治学：国际关系的地理学》第 2 版，严春松译，上海：上海社会科学院出版社，2011 年。

[3] 杰弗里·帕克: 《二十世纪的西方地理政治思想》，李亦鸣等译, 北京：解放军出版社，1992 年。

---

[38] A/68/10, para. 49.

[39] A/CN.4/601, para. 53.

[40] Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1920-1996 (Martinus Nijnhoff Publishers，1997), p. 563, 转引自宋岩：《国家同意原则对国际法院行使咨询管辖权的限制——兼论“查戈斯群岛咨询意见案”的管辖权问题》，载《国际法研究》2018 年第 1 期，第 5 页。

[41] See PCA Case No. 2015-28, *Dissenting Opinion by Judge Patrick Robinson*, para. 30. See also PCA Case No. 2015-28, *Concurring and Dissenting Opinion by Dr. Sreenivasa Rao Pemmaraju*, para. 45.

[4] 安德鲁·S. 埃里克森、莱尔·J. 戈尔茨坦、卡恩斯·洛德主编：《中国走向海洋》，董绍峰、姜代超译，北京：海洋出版社，2015 年。

[5] 叶自成：《从大历史观看地缘政治》，《现代国际关系》， 2007 年 6 期。

[6] 唐晋主编：《大国崛起：以历史的眼光和全球的视野解读 15 世纪以来 9 个世界性大国崛起的历史》，北京：人民出版社， 2006 年。

[7] 杨毅：《国家安全战略研究》，北京：国防大学出版社，2007 年。

[8] 阿尔弗雷德·塞耶·马汉：《大国海权》，熊显华编译，南昌：江西人民出版社，2011 年。

[9] 林诚：《国际法视野下的中共海洋战略》，《党史研究与教学》，2013 年 4 期。

[10] 埃里克·安德森：《中国预言：2020 年及以后的中央王国》，葛雪蕾、洪漫、李莎译，北京：新华出版社，2011 年。

[11] 贾宇、张小奕：《毛泽东、邓小平和习近平的海洋战略思想初探》，《边界与海洋研究》， 2018 年 3 期。

[12] 段洁龙主编：《中国国际法实践与案例》，北京：法律出版社，2011 年。

[13] 邓小平：《邓小平文选》第 3 卷，北京：人民出版社，1993 年。

[14] 姚莹：《“海洋命运共同体”的国际法意涵：理念创新与制度构建》，《当代法学》，2019 年 5 期。

[15] Keohane R O. *Institutional Theory and the Realist Challenge after the Cold War*, in David A. Baldwin (ed.) Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate. New York: Columbia University Press, 1993.

[16] 倪乐雄：《从陆权到海权的历史必然——兼与叶自成教授商榷》，《世界经济与政治》，2007 年 11 期。

[17] 胡锦涛：《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗——在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》，http://www.12371.cn/2012/11/17/ARTI1353154601465336_all.shtml，2020 年 11 月 8 日。

[18] 习近平：《要进一步关心海洋、认识海洋、经略海洋》，http://www.gov.cn/ldhd/2013-07/31/content_2459009.htm，2020 年 11 月 8 日。

[19] 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，www.12371.cn/2017/10/27/ARTI1509103656574313.shtml，2020 年 11 月 8 日。

[20] 《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》，http://www.12371.cn/2020/11/03/ARTI1604398127413120.shtml，2020 年 11 月 8 日。

[21] 姚莹：《“人类命运共同体”视域下南海海洋保护区建设：现实需要、理论驱动与中国因应》，《广西大学学报》（哲学社会科学版），2019 年 4 期。

[22] 《国家主席胡锦涛在 2005 年亚非峰会上的讲话(全文)》，https://www.chinanews.com/news/2005/2005-04-22/26/566076.shtml，2020 年 11 月 8 日。

[23] 胡锦涛：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗——在中国共产党第十七次全国代表大会上的报告》，http://cpc.people.com.cn/GB/64162/64168/106155/106156/6430009.html，2020 年 11 月 8 日。

[24] 胡锦涛：《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗——在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》，http://www.12371.cn/2012/11/17/ARTI1353154601465336_all.shtml，2020 年 11 月 8 日。

[25] 《胡锦涛在联合国成立 60 周年首脑会议上的讲话(全文)》，https://www.chinanews.com/news/2005/2005-09-16/8/626611.shtml，2020 年 11 月 8 日。

[26] 何志鹏：《中国特色社会主义国际法理论》，《法制与社会发展》，2013 年 3 期

[27] 《国家主席习近平在莫斯科国际关系学院的演讲（全文）》，http://www.gov.cn/ldhd/2013-03/24/content_2360829.htm，2020 年 11 月 8 日。

[28] 习近平：《习近平谈治国理政》第 2 卷，北京：外文出版社，2017 年。

[29] 《人民海军成立 70 周年 习近平首提构建“海洋命运共同体”》，http://cpc.people.com.cn/n1/2019/0423/c164113-31045369.html，2020 年 11 月 8 日。

[30] 王书明、董兆鑫：《“海缘世界观”的理解与阐释——从西方利己主义到人类命运共同体的演化》，《山东社会科学》，2020 年 2 期。

[31] 何志鹏、孙璐、王彦志等：《国际法原理》，北京：高等教育出版社，2017 年。

[32] 张乃根：《国际法原理》，上海：复旦大学出版社，2012 年。

[33] 刘志云：《当代国际法的发展：一种从国际关系理论视角的分析》，北京：法律出版社，2010 年。

[34] 路易斯·亨金：《国际法：政治与价值》，张乃根等译，北京：中国政法大学出版社，2005 年。

[35] Baade H W. The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises, *German Yearbook of International Law*, 1979, 22: 11.

[36] 马金星：《全球海洋治理视域下构建“海洋命运共同体”的意涵及路径》，《太平洋学报》，2020 年 9 期。

[37] 庞中英：《全球海洋治理：中国“海洋强国”的国家目标及其对未来世界和平的意义》，《中国海洋大学学报》（社会科学版），2020 年 5 期。

[38] Pirtle C E. Military Uses of Ocean Space and the Law of the Sea in the New Millennium, *Ocean Development & International Law*, 2000, 31 (1): 8.

[39] 自然资源部海洋发展战略研究所课题组：《中国海洋发展报告（2019）》，北京：海洋出版社，2019 年。

[40] 习近平：《习近平谈治国理政》第 1 卷，北京：外文出版社，2014 年。

[41] 叶泉：《论全球海洋治理体系变革的中国角色与实现路径》，《国际观察》，2020 年第 5 期。

[42] 《习近平的外交义利观》，http://cn.chinadaily.com.cn/2016xivisiteeu/2016-06/19/content_25762023_2.htm，2020 年 11 月 8 日。

[43] UNGA. Oceans and the Law of the Sea Report of the Secretary- General, https://un.docs.org/en/A/72/70, 2020-11-08.

[44] 高健军：《<联合国海洋法公约>争端解决机制研究》修订版，北京：中国政法大学出版社，2014 年。

[45] Klein N. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

[46] 熊玠：《无政府状态与世界秩序》，于逊达、张铁军译，杭州：浙江人民出版社，2001 年。

The Contribution of the CPS’s Maritime Strategy to the Development of the International Law of the Sea

YAO Ying

Abstract: The rise of major powers has its internal reasons and common elements, but almost all of them are maritime powers. Based on summarizing the experience of the rise of major powers and analyzing China's practical needs, we can sort out the evolution process of the CPC's maritime strategy more clearly. The CPC's maritime strategy has experienced three stages of development: maritime defense strategy, maritime opening-up strategy and maritime power strategy. The core concepts embodied in the CPC’s maritime strategy combine the correct values

of Marxism with the values of traditional Chinese harmonious culture, including the concept of seeking common ground while reserving differences, the concept of pursuing joint development while shelving disputes, the concept of harmonious world and the concept of maritime community of shared future, which have helped to innovate the concept of international law of the sea. Meanwhile, the CPC's maritime strategy has promoted the institutional innovation of the international law of the sea in respect of the form of the international law of the sea, the system of maritime security, the system of marine public domain development, the system of marine environmental protection and the system of peaceful settlement of maritime disputes.

Key words: the Communist Party of China; maritime strategy; international law of the sea; maritime community of shared future

习近平法治思想与国际法研讨会
暨中国国际法学会 2021 年学术年会

论文集（第三卷）
加强涉外法治体系建设国际法

主办：中国国际法学会
海南大学
协办：海南大学法学院

中国·海口
2021 年 5 月 21-23 日

免责声明

本文集所刊载之内容仅代表作者个人立场与观点，并不代表本次会议主办方和协办方的立场与观点。若因文章引起的任何版权及其他争议，应文责自负，由论文作者自行解决，主办方及协办方不承担任何法律或连带责任。对本文集的论文观点的援引，敬请自行与署明作者联系并取得授权。

编排说明

本文集根据论文所属议题分类收编，共分为五卷：

第一卷：习近平法治思想与国际法研讨会

第二卷：恢复联合国合法席位 50 周年：中国的国际法贡献

第三卷：加强涉外法治体系建设与国际法

第四卷：运用国际法防范应对风险与挑战

第五卷：人类命运共同体理念与全球治理体系变革

所有论文原则上根据作者注明的议题予以归类，部分论文所属议题由会务组根据论文内容进行归卷调整。

各卷论文按照作者姓名拼音从 A-Z 依序排列。

目　录

论人类命运共同体理念在网络空间治理中的影响与意义　白佳玉.....1
船员遣返权的法律性质及立法问题研究　曹艳春　马钱丽.....15
海牙国际私法会议“直接管辖权”项目的发展与未来　柴裕红　瞿子超.....30
海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制构建研究　陈利强　邱梦婷.....46
美国主权豁免例外的适用及中国应对——以新冠肺炎疫情案为例　陈　瑞.....58
中国应对美国“长臂管辖”之路　陈　胜.....82
跨境代孕儿童的国籍问题研究　陈小迪.....89
我国争议海域海上维权执法活动的强制管辖风险及防范建议　——基于“军事活动例外”条款和海上维权执法性质的分析　池芷欣.....95
英国2015年《保险法》对我国海商法的借鉴意义　——以防范海运欺诈性索赔为切入点　戴　颖.....123
美国专利法域外适用制度：流变、适用与启示　单　娟.....133
论建设海南自贸港背景下的外资保护　——基于涉经济特区投资仲裁案例之考察　范晓宇.....147
“一带一路”金融监管法律国际协调机制　弓宇峰.....161
美国证券法的域外管辖：历史发展、制度解析及对我国的借鉴　郭　帅.....170
域外管辖的合法性、正当性及其限制研究　郭玉军　王岩.....186
诉讼离婚冲突规范的司法应用　侯国鑫.....202
当前我国海上维权实践的国际法战略选择　黄译莹.....211
网络空间“二次立法论”：国际法适用于网络空间的理论解读与实践启示　黄志雄.....220
争议海域与海上维权执法问题研究　——以中韩渔业纠纷为例　贾媛媛　裴兆斌229
从适足住房权视角探讨中国《民法典》设立居住权的国际法价值　蒋志琦.....236
海南自贸港国际商事纠纷多元解决中心的构建　赖宛仪.....248
国际储备货币特性及其对人民币国际化的启示　郎　平.....258
美国“汇率低估”反补贴新规适用与我国因应　李　本.....268
商标权的地域性及域外效力　李凤琴.....273
论数据立法的域外适用与中国因应　李昊恩.....286
法治视野下的最密切联系原则　以司法适用存在的问题为切入　李华清.....300
论墨西哥海外侨胞权保障及其对我国的启示　李健男　赵丽玉.....313
国际法治视域下涉外法治人才培养的反思与创新-兼论澳门大学法学院本科教育的新方向　李可.....328
粤港澳大湾区行业法治進路——以游艇业为例　李　可.....334
反思与优化：同意规则体系的规范构造　李　蕤.....344
金融消费者信息权保护的特性及法律保护探析　李想.....363

从“真空”走向“繁荣” ——浅析各国对于习惯国际法如何适用于网络空间的国家实践及其影响 梁蕾庭.....377
习惯国际法视域下航行自由——兼驳美国“航行自由行动”的习惯国际法依据 廖雪钰.....388
中国自由贸易试验区原产地预裁定制度研究 林玲羽.....402
中国自由贸易协定效力地位论：直接效力抑或间接实施？ 刘 彬.....416
想引领国际经济法课程思政建设的创新途径 刘 丹.....436
我国对外反制法的比较研究——从美英中涉疆制裁的法律依据说去 刘祎佳..442
海南自由贸易港加工增值免关税制度的解析与构建 卢荔 邹立刚.....460
粤港澳大湾区背景下的刑事司法协助研究 卢颂馨.....474
用足用好海南立法变通权路径研究——以中国特色自由贸易港背景下完善法治保障为视角 卢腾达.....487
南海海域合作中建立信息交换机制的障碍————以法律机制重构视角初步探究 吕祯祯.....500
国际航权充分自由化的困境及其纾解：开放第七航权 马得懿.....512
两岸暨港澳民航法规的衔接问题研究 濮云涛.....528
《海南自由贸易港法（草案）》的三维透视与修改建议 戚红梅.....536
论司法审查选择境外仲裁机构协议效力的专项机制构建 ——从 11 个案例到 5 项建议 秦 男.....547
人权风险：“一带一路”背景下对外投资面临的新风险 瞿胜雨.....561
美国商标法的域外适用及其对我国的借鉴与启示 ——以 SOYLENT NUTRITION 案为切入点 曲星吉.....569
论美国域外证据开示制度的阻击及启示 邵 琼.....584
全球治理视野下国际软法何以被遵行 申天娇.....593
三大评级巨头霸权形成过程中的法律因素及其清理路径 ——美国经验及其对中国的启示 盛建明.....609
法律域外适用的理论基础与技术支撑 ——以管辖权功能为出发点 宋 杰.....629
主权原则在网络空间适用的理论冲突与应对 王 超.....640
中国法域外适用的司法路径 王承志.....658
民法典背景下国际条约条款研究 王玫黎 669
网络犯罪国际合作治理机制的困境与中国方案 王沛 李雅迪.....684
国际执行便利化与执行豁免 王 卿.....693
论我国间接管辖权制度的构建 王祥修 马伯尧.....701
我国海上维权执法法律问题研究 王颖，裴兆斌.....712
论我国法院在非涉外案件中直接适用条约的证成与完善 王 勇.....721

辩证法视野下“网络空间版主权”的生成 吴双全 王甜甜.....741
《海上交通安全法》无害通过规则完善阐释 邢厚群.....752
我国冲突法立法之局限性及其克服 徐伟功.....758
“冰上丝绸之路”：法律挑战与中国应对 徐文韬.....775
论自由贸易试验区管理体制的立法冲突与解决进路 许皓 李晓郛.....790
美国国际法实践的法理基础与不确定性——以条约实践为例 玄涛 江河.....807
虚拟加密货币财产属性及相关信托问题研究：以新西兰高等法院对 CRYPTOPIA 案件的判决为视角 闫伟泽 李华.....826
跨境数据流动贸易规制之例外条款：定位、范式与反思 杨署东 谢卓君 839
CONFLICT OF OBLIGATIONS: TREATIES IN THE UNITED STATES ZIXUAN YANG854
国家安全、商业交往权与人格权位阶博弈： ALIOS 在大湾区的个人信息跨境合规视角 叶 湘.....872
中国的国家豁免实践、政策评析和立法建议 叶 研.....886
FSIA 侵权行为例外条款中“自由裁量豁免”的适用 叶子雯.....910
判断协定当事国缔结国际条约意图的标准 张海飞.....921
网络空间自卫权的行使对象问题 张 华.....927
论现行条约单方退出机制的限制与完善 张佳玥.....932
《民法典》下存托凭证法律适用问题研究 张建雨.....943
自由贸易港与自由贸易试验区的法治建设研究 ——以航运法治建设为切入点和突破口 张 磊.....970
CISG 在我国法院的适用-兼论《民法典》实施后国际条约的适用问题 张 普.987
美国刑事合规案件长臂管辖制度的批判与应对——以美国《反海外腐败法》为视角 张沈锲.....1015
论跨境数据流动之欧盟充分性决定制度 张伟华.....1036
信息媒体在预防冲突中的作用：欧安组织《数字时代的媒体与少数民族之塔林指南》 张颖军 陈可心.....1054
自由贸易港与单独关税区的关系辨析与启示 张玉屏.....1061
论文题目：个人数据跨域流动的规则比较与安全保护 赵阿琼.....1073
UNCLOS 中的“北极例外”条款：第 234 条的解释与适用 庄 媛.....1082
网络空间管辖权冲突研究 左李福.....1094

论人类命运共同体理念在网络空间治理中的影响与意义

白佳玉

（南开大学，法学院，天津 300350）

摘要：网络空间作为国际法治新兴领域，正处于国际规则制定的重要历史时期。人类命运共同体理念不仅仅是中国针对全球治理提出的"中国方案"，也是中国参与全球网络治理的重要主张。面对网络空间带来的机遇与挑战，借助人类命运共同体理念，可以帮助确立主权国家在网络空间的地位，并促使各方通过合作制定有利于网络空间和平稳定的相关国际规则。人类命运共同体理念对于中国促进网络空间国际法治具有深厚的理论和应用价值，但同时也需要中国不断实践形成建设性成果，为人类命运共同体理念作用于网络空间提供更具说服力的成功先例。

关键词：人类命运共同体理念、网络空间、治理理论、主权原则

Research on the Impacts and Significance of Community for Shared Future for Mankind for the Governance about Cyberspace

BAI Jia-yu

(Nankai University School of Law, Tianjin 300350)

Abstract: As a new field of international law, cyberspace is in an important historical period of international rule making. The concept of community of shared future for mankind is not only a "China plan" put forward by China for global governance, but also an important proposition for China to participate in global network governance. Facing the opportunities and challenges brought by cyberspace, with the help of the concept of community of shared future for mankind, it can help to establish the status of sovereign States in cyberspace, and urge all parties to formulate relevant international rules that are conducive to peace and stability in cyberspace through cooperation. The community of shared future for mankind has profound theoretical and practical value for China to promote the international rule of law in cyberspace, but it also needs China's continuous practice to form constructive achievements, providing a more convincing successful precedent for the community of shared future for mankind to act on cyberspace.

Keywords: community of shared future for mankind; cyberspace; governance theory; the principle of sovereignty

从阿帕网（ARPANET）诞生到21世纪的全球智能互联，互联网技术的飞速发展，不仅促成了使用人群的爆炸式增长，也使人类社会固有的联结方式以网络化的形式再现和重组。

基金项目：本文系国家社科基金“新时代海洋强国建设”重大研究专项项目“人类命运共同体理念下中国促进国际海洋法治发展”（18VHQ001）阶段性成果。

作者简介：白佳玉，教授，法学博士，博士生导师，从事国际法基础理论和海洋法研究。

[1]人们生活的方方面面均受到网络空间的影响，国家社会对网络空间的依赖性空前加强。中国作为新兴网络大国，正积极参与网络空间国际规则博弈。探究中国在新时代提出的“人类命运共同体理念”在网络空间治理中的融入具有重要意义。

一、网络空间的国际法定位与治理现状

在网络空间以互联性和开放性为推动全球化做出积极贡献的同时，网络空间潜在的风险和危机也日益突出。网络攻击、网络犯罪、网络恐怖主义等多样化网络安全威胁不断涌现。于是国际社会开始讨论国际法在网络空间的适用问题，进入有关网络空间国际立法和实践的活跃期。

（一）网络空间概述

“网络空间”一词最早出现于美国科幻小说家威廉·吉布森（William Gibson）1984 年出版的小说《神经漫游者》（Neuromancer）中。[2]其首次使用“Cyberspace”一词来形容主人公所进入的全球性互联网空间。随着互联网的普及化，网络空间正在成为除了陆地、海洋、空气空间和外层空间以外的对人类生活产生重要影响的第五空间。[3]

1.网络空间的概念

网络空间的确切概念大致形成于 20 世纪 80 年代，当时人们基本已经形成了“网络空间是独立于物理世界的空间”的普遍认识。随着理论界研究的不断深入以及世界各国对网络空间重视度的提升，关于网络空间的定义也不断得到丰富与发展。从各国目前给出的网络空间定义来看，大致可以包括三种情况。第一种主要从技术层面出发，关注网络空间的硬件、信息等物理组成。如格雷格·拉特雷（Greg Rattray）认为网络空间是通过连接物理系统和网络同时由软件和通信协议等一系列规则进行管理的物理环境。[4]《美国国防部军事术语官方定义》将网络空间定义为：“在计算机网络上进行数字信息化交流的虚拟环境”。[5]第二种，在技术要素之外，增添人类活动的要素。如北约网络合作防御卓越中心大使雷恩·奥的斯（Rain Ottis）在《网络空间：定义与含义》中指出网络空间是一个人造空间，其由相互连接的信息系统以及其中交互的人类用户所组成。[6]第三种则认为网络空间是设施、数据、人与操作等各种要素的集合。即在互联网、电信网络、计算机系统和嵌入式处理器、控制器等相互依赖的技术基础设施之外，还包括人通过控制与操作活动进行信息沟通从而发生的交互行为。第三种观点是目前国内普遍比较认可的观点。

2.网络空间的特征

---

[1] 吕晓轩.中国参与全球互联网治理研究——基于国际法理的视角[M],北京:人民日报出版社,2018:1.

[2] William G,Neuromancer[M],Phantasia Press Edition, 1984:4.

[3] 黄志雄. 网络主权论—法理、政策与实践[M],北京:社会科学文献出版社,2017:64.

[4] Rattray G, Evans C, Healey J,*Chapter V: American security in the cyber commons*[EB/OL].https://s3.amazonaws.com/files.cnas.org/documents/CNAS-Contested-Commons_1.pdf.

[5] U.S. DoD, *Cyberspace Definition*[EB/OL]. http://www.militaryfactory.com/dictionary/military-terms-defined.asp?term_id=1464.

[6] Cyber space, *Definition and implications*[EB/OL].https://ccdcoe.org/multimedia/cyberspace-definition-and-implications.html.

网络空间主要有三大特征：第一，现实性。网络空间的现实性，即网络空间与现实空间的同质性，主要体现在三个方面。首先，构成网络空间的基础性设施、计算机设备、通讯电缆等都是处于现实空间的客观事物，即网络空间是在现实事务基础上搭建起来的。其次，在网络空间中进行发布信息、传递信息、获取信息并发生交互行为的主体是客观世界中的人。即网络空间中的行为主体与现实世界中的行为主体是一致的。最后，网络空间中发生的行为具有实在性，其均会留下线索与证据，只是以信息的方式存储于网络空间。网络空间的行为虽然看起来是一个行为体针对一台物理设备发出的动作，但实际设备只是中介，行为的真正作用对象和信息的接受者是处于另一时间与空间的人。而且网络空间发生的行为往往作用于对现实世界，甚至影响很大。第二，虚拟性。网络空间的虚拟性往往体现在其区别于我们现实空间的特点。从某种意义上来说，一个真正的虚拟空间的标准，应该是在其中发生的一切对现实中的人、物以及事件不会产生直接影响。换言之，假设个体存在于虚拟空间，那么其在虚拟空间中的经历应该只是属于这个个体大脑记忆中的组成部分，只能通过改变这个个体的思维方式，进而作用于其行为，然后对真实世界施加影响与作用，而不能直接对现实中的其他个体或事件产生影响。按照这种标准，网络空间的虚拟性其实是一种相对的虚拟性。这种虚拟性的界定来自于人们基于现实世界的认知与理解而对其做出的判断，因为“网络空间”中的每个人在做出行为时，没有另外一个真实的“人”作为人们行为的对象，人们直接面对的只是“一台机器”，这与人们在现实中行为通常的发生机制是显著不同的。人们无法感知在同一空间存在实际受到作用力的“人”的对象，因此它看上去是虚拟的。但这种网络空间的这种虚拟性特征实际上是比较行为在现实空间中发生的差异得来的。第三，无边界性。网络空间无边界性的特征是网络空间的监管在实际中难以处理或者值得被讨论的一个重要原因。网络空间中的核心内容是数据和信息资源，而这种无形资源具有显著的流动性的特点且这种流动不同于现实世界中人的流动，而是往往在一瞬间跨越多个国家到达全球各地的用户端。这使得对国家很难对网络空间中无形资源如同现实空间设立国界线或者海疆线那样对其进行控制。

（二）网络空间国际法律规制现状

在 20 世纪 90 年代之前，关于网络空间的主导观念是倡导其“自我规制”。代表性事件是电子前线基金会创始人约翰·P·巴洛于 1996 年发表《网络空间独立宣言》，[7]以网络代言人身份称网络空间独立于现实世界，国家与政府的管辖难以介入。随着国家网络用户人群数量的增长以及网络侵权、网络病毒等安全威胁的发生，20 世纪 90 年代后开始陆续出现关于网络空间活动管理的国内立法。[8]在全球网络用户人群急剧扩张以及网络攻击、网络恐怖主义等新型、复杂、严重性网络安全威胁频发后，学术界已经开始产生是否有必要将网络问题纳入国际法框架下的讨论。2011 年，美国奥巴马政府出台《网络空间国际战略》，提出“网络空间法治”的概念，同时主张国际法适用于网络空间反映了网络空间国际秩序构建的客观需

[7] Barlow J P . A Declaration of the Independence of Cyberspace[C]// MIT Press, 1996.

[8] 黄志雄.网络空间规则博弈中的“软实力”——近年来国内外网络空间国际法研究综述[J].人大法律评论, 2017,(3).

要。[9]2012 年的网络空间布达佩斯会议上，中国代表团团长黄惠康提出："当今世界是一个以规则为基础的世界，网络空间虽然是虚拟空间，同样需遵循公平、合理的规则"。[10]2013 年中美互联网论坛上，中国代表进一步提出："我们需要一个国际法治的网络空间…我们需要法律规则的引领，法治应成为网络治理的基本方式"。[11]在此基础上，2013 年 6 月，联合国信息安全政府专家组通过一份关于国际法适用于网络空间的报告，确认国际法——特别是《联合国宪章》相关基本原则，应当适用于网络空间。目前联合国信息安全政府专家组已经举行过 5 次专家组会议，并成功达成三项会议报告（2017 年的第五次会议未能达成一致文件，但 2019 年预计会重启谈判）。可以说，网络空间的国际法治已经成为国际社会广泛接受的观念。总体来讲，目前网络空间的国际法规制具有以下几大特点：

1、阵营化

在世界各国争相提出网络空间国际规则新倡议时，以美国为代表的西方国家纷纷出台国家网络安全战略，主张网络空间的多利益攸关方治理模式。以中俄为代表的新兴国家，则更多关注网络空间主权。2015 年，中国出台《中华人民共和国国家安全法》，首次以法律形式明确了"网络空间主权"的概念。2015 年 12 月 16 日，国家主席习近平在第二届世界互联网大会的主旨演讲中，进一步将"尊重网络空间主权"列为全球互联网治理体系四项原则的核心。2016 年 6 月 25 日，中俄两国发布《关于协作推进信息网络空间发展的联合声明》，明确表示要建构以网络空间主权为基础的网络国际准则。在 2017 年实施的《中华人民共和国网络安全法》在第 1 条便开宗明义地申明 "维护网络空间主权"的立法主旨，再次强调国家在网络空间主权的重要性；由此，网络空间国际规则在发展路径和方向上基本形成两个不同阵营。

2、碎片化

网络空间国际法规制的碎片化一方面体现在网络空间国际法规则制定场所和方式的多样性。除了联合国政府安全信息专家组，由英国政府于 2011 年发起的"伦敦进程"以及其他的全球性、区域性和双边磋商在目前的网络空间国际法规则制定中都发挥着重要作用。另一方面，这种碎片化还体现在网络空间国际法规制的内容上。目前于 2001 年签订的布达佩斯《网络犯罪公约》是目前唯一有关网络犯罪的多边协议；北大西洋公约组织（NATO）组织专家学者制定的《网络战国际法塔林手册》（简称《塔林手册》）和《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》（简称《塔林手册 2.0》）则主要围绕网络战这一问题展开，主张现有国际法中的国际战争法和武装冲突法等适用网络攻击行为。此外，还有部分网络空间国际立法的讨论集中于网络恐怖主义、网络间谍等问题。因此，无论是已经展开的网络空间国际立法还是正在讨论中的网络空间国际立法均呈现出碎片化的特点。

3、软法化

---

[9] 黄志雄. 网络空间国际法治：中国的立场、主张和对策[J].云南民族大学学报（哲学社会科学版），2015，(4)．

[10] 黄惠康. 外交部条法司司长黄惠康在网络问题布达佩斯国际会议上的发言，中国国际法年刊[M]，北京：法律出版社,2013:718.

[11] 中国代表在中美互联网论坛上的发言，中国国际法年刊[M]，北京:法律出版社,2014：666.

网络安全威胁的频发促使网络空间国际立法进入活跃期。而需要注意的是，目前网络空间尚不存在一套为国际社会普遍认可的、具有法律拘束力的国际规则，网络空间国际法仍处于野蛮生长的状态。就已有的布达佩斯《网络犯罪公约》而言，其是在欧洲委员会指导下签订完成的，成员方数量极为有限；近年来受到广泛关注并讨论的《塔林手册》和《塔林手册2.0》虽然具有较大影响力，并被认为是目前国际社会有关网络空间国际法最为广泛且全面的资料。但其是一项专家以个人身份独立参与和完成的非官方进程，从国际法意义上来说，不具有任何国际法上的约束力。而就中俄2011年提交的《信息安全国际行为准则草案》而言，虽然其进入联合国项下加以讨论，同时其更新后的草案也在2015年第69届联大会议上作为正式文件分发各国讨论，但也仍然停留在草案和推进的过程当中。因此，网络空间法律规制整体呈现出软法化的特点。

二、人类命运共同体理念在网络空间法中的体现与缺失

中共十八大报告明确指出"要倡导人类命运共同体意识"，从而首次提出人类命运共同体的概念。[12]2013年，中华人民共和国主席习近平在俄罗斯莫斯科国际关系学院发表题为《顺应时代前进潮流 促进世界和平发展》的演讲，从而在国际场合中提出"人类命运共同体"概念。[13]两年后在纽约联合国总部召开的第70届联合国一般性辩论会中，习近平主席进一步提出要"继承和弘扬联合国宪章的宗旨和原则，打造人类命运共同体"，[14]在国际法治层面提出对人类命运共同体的需求。[15]虽然构建人类命运共同体是中国在21世纪提出的一个新命题，但其有着多方面的思想渊源，体现了中国积极参与全球治理与国际法治的新思路，也是中国参与与发展网络空间国际法治的重要内容。

（一）人类命运共同体理念在网络空间国际条约中的体现与缺失

目前网络空间已经形成的最为主要的国际条约主要是《网络犯罪公约》，又被称为"布达佩斯公约"。在1980年前后，网络犯罪问题就已经陆续在世界各国出现并受到各国政府的重视。1997年，欧盟委员会设立网络空间犯罪专家委员会，旨在起草一项专门用于打击网络犯罪的国际公约。在1997-2001年四年间，美国、加拿大、日本和南非等国均以观察员身份参与到专家委员会公约起草工作中来，最终于2011年11月23日在布达佩斯开放签署。条约的初始签署方包括26个欧委会成员国以及四个观察员国，但现在已经有约40个国家签署和批准。《网络犯罪公约》是第一个专门针对网络犯罪的国际公约，也是目前网络空间极为具有影响力的国际条约。虽然其本质上仍属于区域性多边公约，但由于观察员国的加入以及近些年来其对条约开放签署所持有的积极态度，使得其影响力事实上超越了区域范

[12] 倡导和打造人类命运共同体—十八大以来外交述评[EB/OL].载中央政府门户网站，http://www.gov.cn/jrzg/2013-12/15/content_2548061.htm.

[13] 国家主席习近平在莫斯科国际关系学院的演讲(全文) [EB/OL].载中央政府门户网站，http://www.gov.cn/ldhd/2013-03/24/content_2360829.htm.

[14] 习近平出席第70届联合国大会一般性辩论并发表重要讲话[EB/OL].载外交部网站，https://www.fmprc.gov.cn/web/zyxw/t1301612.shtm.

[15] 王政淇. 习近平日内瓦演讲一周年:为何世界青睐人类命运共同体[EB/OL].载人民网，http://politics.people.com.cn/n1/2018/0117/c1001-29771064.html.

畴。

网络犯罪国际公约作为第一个应对计算机犯罪以及电子证据问题的多边条约，协调了成员国关于网络犯罪的实体性法律规范和关于调查、起诉网络犯罪的程序性法律规范，[16]尤其是主张建立打击网络犯罪的国际合作机制（如规定缔约国均应制定相关实体与程序法并应为引渡被指控犯下网络犯罪的个人提供协助等），致力于使世界各国针对网络犯罪问题形成统一的打击网络，反映了对于全人类共同面对的网络安全危险进行共同应对的理念，是人类命运共同体理念的一种间接体现。但同时，由于公约缔结于 90 年代左右，对比网络空间近年来迅速发展的新罪名、新情况已经具有一定滞后性，而且初始缔约方主要是欧盟成员国，其关注的主要罪行和利益诉求具有比较鲜明的地域特点，在其推广至全球适用时就面临着无法满足世界各国不同利益需求的特点，只能实现区域内各国利益的最大化，而难以体现人类命运共同体的理念。

（二）人类命运共同体理念在网络空间相关国际决议中的体现与缺失

联合国及联合国下设专门机构、政府专家组等一直在网络空间国际法发展方面做出努力。2000 年，联合国大会通过第 56/121 号决议，授权经社理事会对网络犯罪问题展开讨论。2001 年，联合国大会通过召开信息社会世界峰会（World Summit on Information Society, WSIS）的决议。在此基础上，国际电信联盟于 2003 年召开峰会通过《日内瓦原则宣言》和《行动计划》，并于 2005 年的突尼斯会议上通过《突尼斯承诺》和《突尼斯信息社会议程》。其中，《行动计划》不仅提到各国的信息通信技术能力建设问题，还提到各国要发展环境以及相关的文化建设。而《议程》则强调了惩治网络犯罪的重要性，同时呼吁各国在互联网治理方面加强国际合作。2013 年 6 月，联合国信息安全政府专家组达成了关于国际法适用于网络空间的决议，[17]被称为“里程碑式的共识”。[18]这些均构成人类命运共同体理念的体现。

2015 年 1 月，中国、俄罗斯、哈萨克斯坦等上合组织成员国共同向联合国大会提交新版《信息安全国际行为准则》（以下简称《准则》）。《准则》共十三条，重申和强调了网络空间主权、尊重各国历史和文化多样性等内容，并指出各国应和平利用网络，推动民主、透明、多变的互联网管理机制，同时尽力弥合不同国家间的数字鸿沟。在第 66 届联合国大会上，《准则》已作为正式文件散发，旨在促进各国在联合国框架下就网络信息安全问题达成共识。《准则》从不同角度对世界各国以及全人类共同体需求的网络空间利益作出反映。但是《准则》整体篇幅较短，规定主要还是原则性的，需要进一步落实到具体领域以及具体问题的应对中。

（三）人类命运共同体理念在网络空间国际专家著作中的体现与缺失

目前网络空间最为重要以及最具有影响力的专家著作即为《塔林手册》和《塔林手册

[16] 王孔祥. 计算机网络攻击的法律规制[J].西安政治学院学报, 2013, (3).

[17] United Nations General Assembly, *Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (24 June 2013)*[R], Sixty-eighth session:19-20.

[18] US Department of State, *Statement on Consensus Achieved by the UN Group of Governmental Experts on Cyber Issues*[EB/OL], https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2013/07/212095.htm.

2.0》。自 2007 年爱沙尼亚大规模网络攻击事件后，北约开始组织国际法专家就网络空间国际法问题展开研究，尤其是网络攻击问题。为此，北约专门成立了“卓越协同网络防御中心”，邀请网络空间专家组成专家组编写关于网络攻击问题的国际法规制手册。2013 年，由 20 名西方国际法专家历时三年时间完成的《塔林手册》正式出版。《塔林手册》主要分为“国际网络安全法”和“武装冲突法”两大部分，重点针对网络攻击问题构成网络战争的要件与标准展开讨论。2016 年底，《塔林手册 2.0》正式出版。与《塔林手册》相比，其更近一步阐述了关于网络空间主权的问题，主要关注和平时期“低烈度”的网络行动的国际法规则，还邀请了来自中国、白俄罗斯和泰国的非西方专家。[19]两版《塔林手册》都是网络空间国际法专家为应对网络空间安全问题而制定的国际法规范，对于解决网络空间安全问题都有积极作用。《塔林手册 2.0》对比《塔林手册》军事因素降低而更加关注主权、和平，对于非西方国家学者的吸纳也使得其更具有国际性和代表性，反映不同国家和人民的利益诉求，关乎更为广阔的人民利益的实现。但同时，两版《塔林手册》总体上由西方国家主导的性质还是没有发生改变，总体反映的还是西方国家的立场和诉求，尤其是对于一些问题的扩大解释，使得对于网络空间安全问题在国际法解释中存在较大的“自由裁量”空间。

以《塔林手册 2.0》的海洋法部分为例。《塔林手册 2.0》对比《塔林手册》侧重网络空间武装冲突法而言，增加了有关特别领域国际法在网络空间适用的内容，从规则 45 至规则 54 专门讨论了海洋法相关规则在网络空间的适用问题。[20]其中，在公海以及海底通信电缆部分，《塔林手册 2.0》中的相关规定可以反映人类命运共同体理念的存在。国际专家组指出，公海上的网络行动仍然只能用于和平目的，不应将网络活动排除在“公海自由”的范畴之外。就海底通信电缆的铺设而言，专家组认为各国应平等享有铺设海底电信光缆的自由，国家还可以在公海中建造海底数据中心。无论是公海上网络活动的和平化还是海底通信电缆的铺设自由与平等，都构成人类命运共同体理念在海洋法领域中相关网络活动中的反映。尤其是海底通信电缆承担着全球大多数国际语音、数据和视频通信的功能，对于人们社会生活都有着极大的影响。实现公海海底通信电缆铺设的平等化有利于平等实现人们的信息技术福利。当然，相关规定仍处于初步探讨阶段，仍有不足，如该如何保证海底通信电缆利用的非军事化，以使其更好地为谋求世界各国人民的网络权利服务等。

三、人类命运共同体理念下网络空间法的发展方向

人类命运共同体理念是在国家主权平等、谈判协商解决争端 、平等使用国际法等公认国际法原则基础上结合时代发展要求提出的中国思路。作为人类命运共同体国际法治构建的核心理念，“良法善治"不仅是构建人类命运共同体的方向指引，也是网络空间国际法发展需要考虑的重点内容。通过人类命运共同体理念，在深化网络空间国际法治基本原则内涵的同

[19] 黄志雄. 网络空间国际规则制定的新趋向——基于＜塔林手册 2.0 版＞的考察[J.厦门大学学报（哲学社会科学版）, 2018,(1).

[20]包括公海上的网络行动、登临权与网络行动、专属经济区内的网络行动、领海内的网络行动、武装冲突期间在领海内的网络行动、在领海内对外国船舶行使管辖权、在毗连区内的网络行动、国际海峡内的网络行动、群岛水域内的网络行动以及海底通信电缆。

时，促进网络空间国际法治的发展。

（一）人类命运共同体理念下网络空间法的主体

前已提及，在最初的网络空间治理中，政府与主权、国家被排斥于网络空间之外,网络空间被认为是一个超越了领土边界而独立于现实世界的独立空间，适用“自由放任”的体系。在理想化的这种“自由放任”体系中，规则的制定者和网络空间的管理者主要是网络服务的提供者，换言之，是各大互联网公司以及软件服务平台。然而，随之而来的弊端是明显的。无论是早期的爱沙尼亚大规模网络攻击事件，还是全球爆发的 WannaCry 勒索病毒攻击等等，从美国到英国到丹麦，从美洲到欧洲到亚洲，网络安全威胁的大规模和全球性反衬出了自由放任网络空间管理体系的无力。与此同时，大量的用户数据和个人信息存储于私人管理的服务平台上，由以获利为主要目的的大型企业经营者管理，也带来了个人信息的安全性与隐私保护问题。

在此基础上，美国等西方国家也借此提出网络空间基于全球性和无边界性而作为“全球公域”，并因此应适用“多利益攸关方治理模式”（Multi-stakeholder Governance Model）。在多利益攸关方模式中，政府、私营部门和民间团体共同发挥作用，按照一定的决策程序，制定统一的原则、规范和制度。国际互联网治理论坛协调执行人 Markus Kummer 将其描述为“一种让所有利益攸关方在平等地位上，经由开放性、包容性和透明性的程序参与到政策对话中的手段”。[21]这一模式旨在突出几个重要要素：第一，不预设任何的“中心权威”，更不存在单一的领导者；第二，赋予所有参与方以共同的权利、义务与责任；第三，要求所有决策都来自各参与方的合作和同意。[22]可以看出，多利益攸关方模式在互联网公司企业在网络空间法中占据管理者地位的基础上进行了调整和改进。多利益攸关方模式项下的网络空间国际法律规则制定的主体不仅包括私营的部门，也将政府包含进来，甚至还有民间团体，并力求让其平等的参与网络空间国际法律规则制定。然而，这种主张背后是存在逻辑的相悖性的。如果主权国家与私营部门和民间团体享有平等地位，那么相关国内法中政府对民间机构的管理如何成立，因为在国际层面的规则必然最终要落实到国内层面加以细化和实施。如果二者在国际规则制定上都享有平等地位，那么在国内层面很难实现上下级的监管。如果二者在国内层面相互独立，政府无法实现有效监管，那就又回到网络空间自我规制的情况。而相反的，如果，政府本质上可以对私人企业或公司实现监管，那么意味着政府与这些私营部门或民间团体之间存在实际的控制与被控制的关系，即在网络空间国际法律规则制定中的私营部门或民间团体背后所实际反映的还是国家以及政府的意思表示，其存在只是起到一种形式上的象征作用。

就人类命运共同体理念在网络空间法的适用上而言，由于目前国际法上各国人民的利益主要还是由主权国家代表其体现的，因此全人类共同利益的实现离不开世界各国的平等参与

[21] Lawrence Strickling, *Moving together beyond Dubai*[EB/OL], http://www.ntia.doc.gov/blog/2013/moving/-together-beyond-dubai.

[22] Avri Doria, *Use and abuse of multistakeholderism in the internet*[EB/OL], http://psg.com/~avri/papers/Use%20and%20Abuse%20of%20MSism-130902.pdf.

和协商。而且考虑到网络安全问题的全球性以及严重性，国家的身份在网络空间国际法治中不仅是不可避免的，而且应是主要的身份。要通过世界各国共同的合作才能更有效的管理、控制和打击网络犯罪、网络间谍、网络攻击等危及全球网络安全的问题。当然，在这个过程中，国家要注意发挥私营网络企业和相关机构的作用。

（二）人类命运共同体理念下网络空间法的主要发展场所

网络空间国际法发展的碎片化特点很大程度上受到发展场所和方式多样化的影响。目前网络空间国际法发展的场所有双边、多边、区域性机制和联合国等多种情况。

双边方面，中俄、中美、美俄之间等都已建立关于网络安全的定期磋商机制。中美在2011 年提出在战略安全对话框架下建立网络工作组并于 2013 年举行了第一次网络工作组会议。多边方面，除了上述提及的信息社会世界峰会，西方八国集团（G8）也在 2011 年 5 月将“加强网络安全、保护个人信息和防止网络犯罪”列为核心议题并推出在个成员方中得以适用的相关具体举措。2011 年在慕尼黑召开的第 48 届国际安全政策会议、在英国伦敦召开的全球网络安全峰会和伦敦网络空间大会、2013 年在泰国举行的事件响应与安全组织论坛（FIRST）等都成为网络空间国际规则探讨和发展的重要场所。区域性机制方面，欧盟近年来在网络空间关键性信息基础设施保护方面表现突出。欧盟先后于 2002 年、2007 年通过了《关于在网络和信息安全领域的一个共同方法和具体行动》的决议以及关于建立欧洲信息安全社会战略的决议。联合国一直在网络空间国际法治发展中发挥着重要作用。自 1998 年的第 53/70 号决议开始，联合国大会每年都会通过关于国际网络信息和电信安全方面的决议。在网络犯罪领域，联合国专门成立了信息安全政府专家组，讨论全球话联网安全问题。除此之外，联合国安理会以及联大还通过了多份涉及网络恐怖主义的决议。

考虑到网络安全问题的全球性，在人类命运共同体理念指导下的网络空间国际法治要求将联合国作为其发展的主要场所。一方面，人类命运共同体理念指导下的网络空间国际法治的主体是国家，意味着其发展场所应是由各主权国家构成的国际组织或由各主权国家参与并享有发言权的多边会议机制等。另一方面，出于全人类共同利益的考虑，这要求能够参与到网络空间国际法治的国家要尽量具有广泛性，不能仅是某个区域内的国家或者某个集团内的国家，且这些国家间不分网络空间与国家实力大小，应享有平等对话的权利。当充分考量以上两点时，就会发现联合国仍然是网络空间国际法治发展的首选。这不仅基于联合国在之前海洋、外太空等新兴领域发展国际法律规则时发挥的作用和积累的经验，更重要的是其在保证各国普遍参与以及平等对话方面不可取代的优势。

（三）人类命运共同体理念下网络空间法应坚持的基本原则

目前网络空间国际法治基本已经得到国际社会的普遍认可。在此基础上，关于适用何种国际法律规范以及现代国际法能否直接适用于网络空间一直是各国学者讨论的焦点问题。如同国际法适用于现实空间的基本原则构成国际法适用于现实空间的基础性问题，人类命运共同体理念下网络空间所要坚持的基本原则也是网络空间国际法治发展所要关注的重点问题之一。

1、主权原则

网络空间主权原则应是人类命运共同体理念指导下网络空间国际法治发展的基本原则。信息的流动性对界定国家管辖权范围制造了困难，非政府组织或大型企业在网络空间中发挥作用似乎超过政府，等等原因，对建立在传统领土基础上的主权概念适用于网络空间产生了冲击。然而，首先，在国家仍然作为网络空间主要治理主体与网络空间国际法治发展主体的情况下，主权作为国家的核心属性，不可分割。换言之，倘若国家主权原则在网络空间无法适用，则国家在网络空间的地位与控制力都将丧失来源和依据，进而在国家主权基础上发展形成的国际法治也将丧失适用于网络空间的合理性。其次，从西方国家开始制定网络空间国内法开始，各国事实上已经在网络空间行使主权。而《塔林手册》、《塔林手册》2.0 等专家著作中所讨论的不干涉原则、国家的独立权、国家的自卫权、国家的属地管辖权等问题都有一个重要的前提条件，那就是国家主权。倘若国家主权原则在网络空间不能得以适用，则这些讨论也将丧失讨论的基础和存在的意义。最后，网络空间的无边界性给主权在网络空间的适用于过渡增加了困难，但如同海洋、外太空等领域一样，其边界也是难以确定的，但最终也通过一定的标准和划定方式，使得国家的管辖权事实上得以行使。因此，最大的困难是主权原则如何适用于网络空间，而关于主权原则能否适用于网络空间的答案则应是肯定的。

2、和平利用网络空间原则

“和平利用网络空间”原则，也可称为“安全原则”。传统国际法中，禁止使用武力是一项国际法基本原则。该项原则体现了现实世界制定国际法律制度的重要意义之一，即实现各国之间的和平。而在网络空间，当追溯网络空间国际法发展的源头，会发现网络空间国际立法的重要原因在网络安全威胁的急剧扩大。因此，网络空间国际法治发展必然要以维护网络空间的安全为重要方向和目标。一方面，和平利用网络空间原则要求各国不得对他国网络发起攻击或破坏性行为，另一方面，和平利用网络空间原则也要求各国要控制和共同应对网络空间的安全威胁，以维护网络空间的安全与稳定。

3、平等利用网络空间原则

当主权国家进入网络空间时，其与现实空间一样，会形成网络空间的技术强国与技术弱国。然而，与现实空间不同的是，在现实空间中国家实力弱的国家可能具有较高的网络空间技术实力，而综合国力强的国家也可能拥有较弱的网络技术实力。这使得，一方面，网络空间的技术强国很容易形成网络技术垄断，从而影响别国的利益或者侵害别国网络权益；另一方面，综合实力弱但网络实力强的小国也有更为强烈的意愿与实力参与网络空间的治理进程。因此，网络空间国际法治发展要遵守平等原则，主要包括三方面的内容，即，要克制网络技术大国的权力，保证网络技术强而综合实力弱的国家在网络空间国际规则制定上享有平等话语权以及要尽量促进弥合网络弱国与网络强国之间的技术能力差距。

4、合作原则

网络空间信息的流动性、无边界性以及网络安全危害全球性的特点都共同指向合作原则在网络空间国际法治发展中的重要性。一个网络犯罪和网络攻击事件，其背后可能存在来自

不同国家的犯罪行为人，而网络空间的虚拟性和跨国性将成为这种网络犯罪行为的保护伞。同时，若一个犯罪行为同时发生在不同国家或地区，那么一国认定的网络犯罪行为在另一国也很难确保会有同样得以适用的法律规定。在互联网高速发展的大背景下，国家间合作打击网络犯罪、发展网络国际法治是网络空间实现有效治理的必要环节。要想解决难以确定边界的问题，最有效的方式就是使它的应对不需要区分边界。因此，这种合作不仅要是区域的、某个领域的，而要是全球的和全方位的，才能尽可能的灵活、及时且有效的应对网络安全问题。

四、中国推动网络空间法与人类命运共同体理念融合的机遇与挑战

在推动人类命运共同体理念适用于网络空间并促进网络空间国际法治发展的过程中，机遇与挑战并存。

（一）网络空间法与人类命运共同体理念融合的“网络命运共同体理念”特点

“网络空间命运共同体”理念是“人类命运共同体”理念在网络空间的发展和反映。也是中国在国家主权平等、谈判协商解决争端、平等适用国际法等公认国际法原则基础上结合时代发展要求提出的网络治理新思路。

“网络空间命运共同体”理念有几大特点：第一，虽然是“人类”命运共同体，但其立足点并非单个的“私人”或“个人”，而是“全人类”这个整体。由于目前绝大多数人都受到国家的属人管辖，进而全人类的利益往往由各主权国家代表其体现，因而人类命运共同体理念仍然肯定国家在其中的核心地位。“网络空间命运共同体理念”作为人类命运共同体理念的发展，也承认国家在网络空间治理中的主体地位。考虑到主权作为国家的核心属性，可以认为“网络空间命运共同体理念”承认主权原则在网络空间的适用；第二，“网络空间命运共同体理念”反映了“和平利用网络空间”和“平等利用网络空间”的基本需要。其不仅要求各国不得对别国任意发起网络攻击或对网络基础设施展开的其他破坏性行动，也希望各国可以共同控制和应对网络空间的安全威胁，已维护网络空间的安全与稳定。同时，平等利用网络空间的要求使其不希望网络技术强国形成网络技术垄断，而希望可以尽量弥合网络技术强国与弱国之间的技术能力差距。第三，网络空间命运共同体理念力图应对现实中网络空间信息流动性、无边界性以及全球性的特点，鼓励国家间突破边界在打击网络犯罪、网络攻击等问题上展开合作。不仅是区域性的、某个领域的合作，而是站在全人类共享网络空间这一命题下的全球、全方位的合作，从而尽可能灵活、及时且有效的应对网络安全问题。

（二）中国推动网络空间法与人类命运共同体理念融合的机遇

中国推动人类命运共同体理念在网络空间国际法治发展中的融入主要有三个有利的客观条件，分别是人类命运共同体理念与网络空间自身特点的相融性、各国对在网络空间国际法律规则制定中平等话语权的需求性以及网络空间可供人类命运共同体理念融入领域的广泛性。

1、网络空间安全威胁的全球性

网络空间的无边界性给主权国家行使管辖权以及确定国际法在网络空间的适用增加了

障碍，但也正是因为网络空间的这种无边界性，其事实上将世界各国人民连接为了网络空间的命运共同体，为人类命运共同体理念在网络空间的融入创造了空间。就网络攻击问题而言，当一国网络遭受网络攻击时，往往难以凭借单一国家的力量有效应对，而且由于一国政府网络上可能存储着本国国民的大量信息，甚至是该国家涉及国家安全的秘密信息，这种攻击的受害范围无疑将涉及到整个国家国民的利益。而这种危险一旦发生不仅会限于某个国家而是会殃及全球的另一个重要原因在于，目前全球网络用户群往往活跃于一些主要的公共平台，比如 Facebook、twitter、Youtube 等等。大量的用户信息由这些公共平台及背后的管理者管理，而且这些用户是来自全球各地的。所以，即便是发生在美国境内的网络攻击，但其受害方的范围却是全球性的。此外，网络空间信息的流动性会使主权国家在客观世界有效查明并及时针对网络犯罪做出行动变得困难，单一国家很难对跨国界或者跨领域的犯罪者及时的查明并进行跟踪，将造成极大可能性使犯罪者逍遥法外，而这会进一步增大网络空间继续受到攻击的风险。因此，网络空间自身的特点要求在治理网络空间并且发展网络空间国际法治的过程中要融入人类命运共同体理念，促使各国在应对网络安全威胁问题上可以在各国共有利益的基础上展开合作，共同确保网络空间的安全和稳定。

2、各国在新规则制定中话语权的需求性

一方面，几个传统的西方网络大国掌握着核心的互联网技术，这给其他国家的网络安全带来了潜在的风险。另一方面，又有新兴的网络技术强劲的中小型国家，他们由于国家综合实力的弱小往往在国际事务中难以获得话语权。因此，结果是，除了几个传统西方网络大国以外的大部分国家都急需要提升自己的网络空间技术实力，需要确保自己在网络空间国际规则制定的话语权，即使是现实世界中的中小国家也希望可以在网络空间这一新兴领域中发出自己的声音。因此，此时人类命运共同体理念的提出是符合大部分国家的利益需求的。因为从人类命运共同体的角度而言，网络强国应当适当帮助网络弱国发展网络空间技术实力，而在现实中是中小型国家的新兴网络大国也因此应获得平等的话语权。

3、人类命运共同体理念可融入领域的广泛性

网络空间正在受到国际社会普遍重点关注的同时是网络空间还是一个新兴领域，而且尚不存在一个多方均认可的国际规则，整体还处于野蛮生长的状态。这意味着，网络空间的国际法律规则制定将迎来繁盛的时期，而且各个领域都有这种需求且尚未形成广泛认可的习惯国际法，从而为人类命运共同体理念的融入创造了条件。在规则制定过程中融入人类命运共同体理念不仅更易被各国所接受，而且相较已经形成的国际条约而言，融入空间更大。同时，此时的中国和大部分国家一样站在同一起跑线上，也有更多的机会和去推广适用人类命运共同体理念。

（三）中国推动网络空间法与人类命运共同体理念融合的挑战

关于中国推动网络空间法与人类命运共同体理念相融合所面临的挑战主要可以分为外部挑战和内部挑战。

1、外部挑战

中国推动网络空间国际法治最大的挑战是来自于外部的。首先，网络空间国际法治问题之所以会存在诸多障碍，一个重要原因还是因为网络空间自身的特点以及网络攻击所带来的网络安全问题都涉及到特殊的政治性安全问题。网络安全威胁与网络安全的维护是网络空间国际规则制定的重要初衷，因此关于网络安全领域的国际法律规则制定时网络空间国际法治目前最为首要的也是最受关注的立法领域。但由于涉及主权等政治性，使得涉及安全领域的国际法律规则制定变得困难，从而进一步的造成整体网络空间国际规则制定进程的阻滞。目前中西方所形成的两大阵营的对立，就是这种关键性问题难以调和的结果。比如西方国家将重点放在网络攻击的定性上，希望确定一套将网络攻击定性为网络战争的方式，以便在受到别国网络攻击的时候可以在物理空间进行反击。从某种程度上而言，对于战争的自卫措施也是符合国际法规定的，但这在无形中促使网络空间国际法在向战争与军事的方向发展。在武装冲突和国家责任法的适用方面，西方国家想把现实空间的高压措施应用到网络空间，这就与以和平、互利共赢、合作等为主要内容的人类命运共同体理念想要指引的网络空间国际法治呈现出截然相反的两种发展方向。其次，西方网络大国，如美国等国家始终有着核心的网络技术实力（全球网络根服务器有 13 台，其中主服务器在美国，其他的 12 个辅根服务器有 9 个位于美国，其他 3 个分别位于英国、瑞典和日本）。换言之，美国包括欧洲的几个国家事实上可以在网络空间形成一定的控制性与网络垄断，而这种网络技术实力也使其事实上容易招揽更多的盟友支持代表其利益的治理理念或者规则制定方式，从而使人类命运共同体理念的融入变得困难。此外，在西方盛行的传统网络空间自由的理念对如何接受新兴的人类命运共同体理念以及其指导下国家主权在网络空间的适用也会造成一定障碍。

2、内部挑战

中国推动人类命运共同体理念在网络空间国际法治发展中的内部挑战主要体现在：自身对于人类命运共同体理念的解释和法理的探索；提升本国的网络空间技术实力；通过国内立法体现人类命运共同体的融入等几个方面。首先，作为人类命运共同体理念的推崇者和倡导者，要将人类命运共同体理念推广适用于网络空间这一新领域的规则制定，中国首先就要提出自己的方案。即关于人类命运共同体理念的具体内涵、尤其是人类命运共同体理念的国际法理阐释，向国际社会其他国家阐述中国所主张的人类命运共同体理念的具体内容是什么以及人类命运共同体理念得以适用于网络空间的依据、优势和最终目的等等。这些均需要中国的专家和学者展开大量的理论性研究，不断丰富人类命运共同体理念的内涵，证明网络空间命运共同体的存在意义。其次，中国要在网络空间新规则制定环节中掌握话语权，要在众多国家激烈的国家利益竞争中表达并让其他国家接受本国的观点，尤其需要中国自身提高网络实力。如果中国自身的网络技术实力无法达到一定水平，很难在规则制定中掌握优势。而且，就网络空间命运共同体的构建而言，一个重要的内容是网络大国要帮助网络弱国发展网络技术实力，这也要求中国自身的网络实力。第三，目前世界各国往往是从网络空间国内立法开始走向国际立法，中国也已颁布本国的网络空间国内立法。这就要求中国在国内的网络空间立法时就要体现出人类命运共同理念，为中国提出命运共同体理念在网络空间国际法治发展

中进行融入提供证据与经验。

五、结论

网络空间作为国际法治新兴领域，正处于国际规则制定的重要历史时期。人类命运共同体理念不仅仅是中国针对全球治理提出的“中国方案”，也是中国参与全球网络治理的重要主张。面对网络空间带来的机遇与挑战，借助人类命运共同体理念，可以帮助确立主权国家在网络空间的地位，并促使各方通过合作制定有利于网络空间和平稳定的相关国际规则。与此同时，中国也有必要从国际法理论角度丰富人类命运共同体的理论内涵，为人类命运共同体理念适用于网络空间提供更多的国际法理论依据，从而使网络空间国际法治朝着对全人类共同利益和共同命运有利的方向发展。总体而言，人类命运共同体理念对于中国促进网络空间国际法治具有深厚的理论和应用价值，但同时也需要中国不断实践形成建设性成果，为人类命运共同体理念作用于网络空间提供更具说服力的成功先例。

船员遣返权的法律性质及立法问题研究[1]

曹艳春 马钱丽

摘 要

海洋强国背景下，为了促进船员行业的发展，船员的各项权益都应当加强保护，遣返权关乎到船员的生存问题更应当格外重视。正值《海商法》修改之际，建议统一船员遣返相关的规定，将“遣返权”纳入《海商法》；遣返权条文设计的基本价值取向应该在平衡劳资之间的权益基础上，凸显对船员的倾向性保护；条文框架设计考虑全面履行《2006 年海事劳工公约》的需要；明确确定遣返权是一项法定权利，具体规定遣返权的适用前提及内容。

关键词：船员；遣返权； 2006 年海事劳工公约

Study on the Legal Nature and Legislation of the Crew's Right of Repatriation

Cao Yan Chun Shanghai Maritime University

Ma Qian Li Shanghai Maritime University

Abstract: In order to promote the development of the crew industry, the rights and interests of the crew should be strengthened in the context of Marine power strategy. As a survival-relating issue, the right of repatriation ought to be especially concerned.At the time of the revision of the Maritime Code, we propose to harmonize the provisions related to the repatriation of crew members and incorporate the “repatriation right” into the Maritime Code.The basic value of the provisions about repatriation right in Maritime Code should be balancing the interests between the employers and the employees, and giving priority to the protection of crews’ interest . In general, the framework design considers the need to fully implement the Maritime Labour Convention, 2006.As for details,The right to repatriate is clearly defined as a statutory right, The applicable premise and specific content of the right of repatriation are clarified.

Keywords：crew, repatriation right, The Maritime Labour Convention, 2006

引 言

航运产业离不开素质精良的船员队伍，“海洋强国”更是应该储备一支高素质的船员队伍。然而目前在我国船员劳动权利保护力度不强，海陆工资差日益减少的情况下，船员职业吸引力越来越小，人才流失现象严重。在当前《海商法》全面修改过程中，船员的各项劳动权益理应得到关注与重视。船员的遣返权不仅是船员的一项基本权利，还是一项关乎船员生

基金项目：国家社科基金项目《海洋强国背景下船员劳动权益保护问题实证研究》（18BFX196）阶段性成果

作者简介：曹艳春 女 上海海事大学法学院教授、博士生导师

马钱丽 女 上海海事大学法学院研究助理

存与健康的重要权利。在我国法律上，船员遣返权尚不够明确，导致遣返权无法得到充分保障，相关纠纷的司法处置存在相当程度的不一致，司法公信力也受到损害。根据 Openlaw 对近几年我国船员遣返费用案件的统计，涉及船员遣返费用案件自 2012 年逐步增加，2015 年，由于我国航运经济不景气，国内多家航运企业经营困难走向破产，[2]导致我国在 2015 年主张船员遣返费用的案件增长到近几年的峰值。[3]我们通过对判决抽样调查发现，在司法实践中，法院对遣返权性质界定不明确、对遣返费用认定标准不统一，同案不同判的现象相当普遍，应当引起重视。

一、司法实践中船员遣返权问题缘由

船员遣返具有较强的船员职业特点。[4]船员遣返权是指船员在受雇佣期间或受雇佣期满，应享有被送回本国或其受雇佣的港口或船舶开航的港口的权利，[5]并且得到遣返的船员无需承担任何遣返费用。[6]船员遣返权的目的是维护船员的人身权利，保障船员在非常情况下平安回家，然而，现实中船员遣返权的实现并不顺利。我们通过对将遣返费用作为诉讼请求的诉讼类案件的法律适用情况进行调查，来考察船员遣返权保护的实然状况和存在的问题，寻求对船员遣返权在立法层面上的保障路径。

为有针对性地研究船员遣返权在实践中存在的问题，我们从 Openlaw 案例检索数据库中查找涉及“船员、遣返”的案例，检索显示诉讼请求中涉及“遣返费用”的 2553 件海事海商纠纷案例，并对其进行抽样分析。[7]案件按照法院审理分布情况如表一（选取审理数量前 11 的法院），以审理法院为变量，采用简单随机抽样与分层抽样相结合的抽样方法选取 619 个[8]样本逐一进行分析，根据对样本案例的特点进行分类（见表二、表三）以从样本中总结法院针对船员遣返权的认定存在的问题。

表一 涉及遣返费用的海事海商纠纷案件法院审理分布图

[2]航运界：《2015 年度十大国内航运新闻》http://www.ship.sh/news_detail.php?nid=19194，2019 年 1 月 29 日。

[3]参见 Openlaw 裁判文书网 http://openlaw.cn/analytics/search?type=&typeValue=&lawyerId=&lawFirmId=&courtId=&keyword=船员，遣返，2019 年 1 月 29 日。

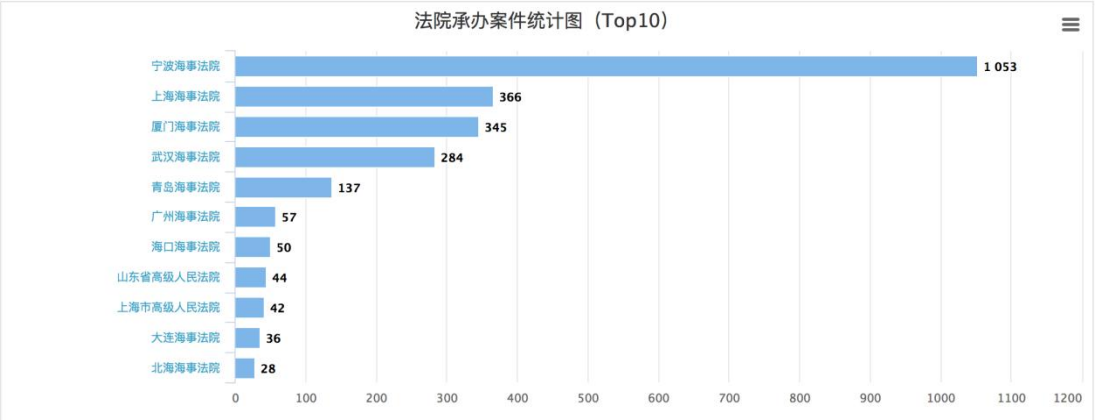
[4]刘功臣、赵晓光、何建中《中华人民共和国船员条例释义》，人民交通出版社，2007 年 6 月第 1 版，第 84 页

[5]参见《1926 年海员遣返公约》第 3 条（已被《2006 年海事劳工公约》修订）。

[6]参见《2006 年海事劳工公约》规则 2.5 遣返第 1 条。

[7]参见 Openlaw 裁判文书网 http://openlaw.cn/search/judgement/default?type=&typeValue=&courtId=&lawFirmId=&lawyerId=&docType=&causeId=91a7892e8b574d2e8641284c138f037f&judgeDateYear=&lawSearch=&litigationType=&judgeId=&procedureType=&judgeResult=&courtLevel=&procedureType=&zone=&keyword=船员，遣返，2019 年 1 月 29 日。

[8] 本部分将以不同的法院作为变量采用简单随机抽样与分层抽样相结合的抽样方法选取样本。



表二 各法院判定遣返费用时适用的法律依据统计

审理法院	选取案例总数	法律依据				
		MLC	海商法第二十二条	船员条例		海员船上工作和生活条件管理办法
				三十一条	三十三条	
宁波海事法院	225	0	223	0	0	0
上海海事法院	76	0	67	0	33	0
厦门海事法院	76	0	76	24	61	0
武汉海事法院	75	0	75	75	75	0
青岛海事法院	33	0	33	33	33	0
广州海事法院	29	0	13	13	21	0
海口海事法院	19	0	19	19	19	0
山东省高级人民法院	12	0	12	0	0	0
上海市高级人民法院	35	0	35	35	35	0
大连海事法院	25	0	23	1	1	0
北海海事法院	17	0	16	1	1	0

表三 各法院判定遣返费用时依据的前提以及对证据的态度

审理法院	支持遣返费用诉讼请求的认定标准				
	支持遣返费用的前提		是否有证据证明费用实际发生的角度认定		
	直接支持遣返	考虑是合同约定而确定	没有费用支出的	没有证据	有证据证明遣

	费用	是否支持遣返费用	依据直接驳回遣返费用的诉请	酌情计算	返费用的
宁波海事法院	123	4	81	28	94
上海海事法院	65	16	0	67	15
厦门海事法院	76	0	0	49	27
武汉海事法院	75	0	0	75	0
青岛海事法院	33	0	0	33	0
广州海事法院	21	8	0	5	16
海口海事法院	19	0	0	19	0
山东省高级人民法院	12	0	0	12	0
上海市高级人民法院	35	0	0	35	0
大连海事法院	0	23	0	0	24
北海海事法院	0	16	12	0	4

（一）支持遣返权的法律依据不统一

根据表二可以看出，在判定是否支持遣返费用时，各地法院适用的法律依据很不一致，可以概括为以下三种类型：

第一类，直接适用《船员条例》。厦门海事法院、武汉海事法院、青岛海事法院、海口海事法院、上海市高级人民法院的样本案例显示，法庭一般不考虑船员劳务合同是否约定遣返权，遇到有遣返权主张时会根据《船员条例》第三十一条与三十三条，对遣返的理由以及遣返费用的范围进行审查[9]。

第二类，有约定适用《合同法》，无约定适用《船员条例》。上海海事法院认为有合同约定就根据合同的约定进行认定遣返权[10]，没有合同约定法院直接根据《船员条例》三十三条确定遣返费用的数额，选取样本中没有案例显示法庭适用《船员条例》三十一条对遣返情形进行审查。[11]。

第三类，仅适用《合同法》，排斥适用《船员条例》。抽取样本案例中，宁波海事法院、北海海事法院部分法庭认为当事人双方有约定遣返费用则支持，没有约定则不支持。[12]

[9]参见部分样本案例 厦门海事法院 （2015）厦海法商初字第 1156 号民事判决书、武汉海事法院（2015）武海法商字第 00524 号民事判决书、青岛海事法院（2015）青海法海商初字第 906 号民事判决书、海口海事法院(2015)琼海法商初字第 198 号民事判决书

[10]参见样本案例之一 上海海事法院 （2013）沪海法商初字第 1084 号民事判决书

[11]参见样本案例之一 上海海事法院（2017）沪 72 民初 967 号民事判决书

[12]参见样本案例之一 宁波海事法院（2016）浙 72 民初 2336 号民事判决书、北海海事法院（2017）桂 72 民初 251 号民事判决书

另外，根据样本统计（见表三）还可以看出，即使在同一法院遣返权的认定前提也可能认定不统一；有的法庭则直接认定有遣返权却没有说明依据。

（二）《2006 年海事劳工公约》（以下简称《公约》）与《海员船上工作和生活条件管理办法》（以下简称《管理办法》）在司法实践中的缺位

《公约》于 2016 年 11 月 12 日对我国正式生效。《公约》是在国际劳工组织框架下，经政府、船东和海员三方取得共识后缔结的一部综合性海事劳工条约，对海员的劳动保护和社会保障作出了明确的规定，是中国籍国际航行和国内沿海航行商船海员工作的最低劳动保障。[13]但从选取的案例统计可以看出，没有案例引用《公约》的规定来认定遣返费用。而《管理办法》是交通运输部 2013 年 7 月 16 日印发给各直属海事局、中国船级社、各航运公司的，该《管理办法》是我国加入《公约》后为了落实的《公约》的规定而制定的，法院在司法实务中也没有参照适用。

（三）遣返费用证明责任分配标准的不统一

根据上表三，可以看出在遣返费用相关事实证据认定方面各地法院的标准也不统一:

第一，不同法院之间证明责任分配不一致。有的法院将遣返费用的证明责任加于船员，如果船员没有提供遣返费用的证据直接驳回请求。[14]而上海海事法院、厦门海事法院、武汉海事法院等对支撑遣返费用的证据认定标准采取较为宽松的态度，只要船员主张遣返费用真实发生并且被告没有相反的证据反驳，无论船员是否提供书面证据，法庭都会支持遣返费用，在没有事实证据的情况下，法庭会酌情进行判决或者根据其他同船船员的标准进行金额认定[15]。

第二，同一法院内部证明责任分配标准也不一致。例如，宁波海事法院针对有关遣返费用证明责任的认定存在不一致，在一些案件中，船员虽然对其主张的遣返费标准未提供证据证明，但是法庭会结合路途远近和通常交通费用标准，判定船员胜诉支持其诉讼请求，酌定遣返费用数额[16]；但在另一些案件中，由于船员未提供相应证据证明遣返费用数额，则判定其败诉驳回船员关于遣返费用的诉讼请求[17]。

二、遣返权的法律界定

对船员劳动权利的漠视是遣返纠纷的社会根源，遣返权的法律性质不明是遣返纠纷的法律根源。遣返权的法律界定包括四个方面：遣返权作为船员基本劳动权利的法定性、遣返权的触发前提、遣返权的义务主体、遣返权的实体内容。

（一）船员遣返权的法定性

司法实践中法院对船员的遣返权是否为法定权利存在不同的认识，遣返权在法律上的界

[13]参见《2006 年海事劳工公约》2016 年 11 月 12 日起对我国正式生效，《航海技术》2016 年第 6 期。

[14]参见部分样本案例 宁波海事法院 （2015）甬海法温商初字第 43 号民事判决书、北海海事法院（2017）桂 72 民初 18 号民事判决书

[15]参见部分样本案例 上海海事法院（2015）沪海法商初字第 381 号民事判决书、厦门海事法院（2015）厦海法商初字第 831 号民事判决书、武汉海事法院（2016）鄂 72 民初 893 号民事判决书

[16]参见样本案例之一 宁波海事法院（2016）浙 72 民初 2341 号民事判决书

[17]参见样本案例之一 宁波海事法院（2016）浙 72 民初 204 号民事判决书

定不明直接导致法律适用的不一致。由于遣返权的法定性不明确，当船员与船东的劳务合同中未涉及遣返费用的时候，判断是否支持遣返费用的依据各地法院存在相当大的差异（如表三所示）。有的法院认为船员劳务合同里没有约定遣返费用则应驳回原告对遣返费用的诉讼请求[18]，这时法院偏向于认为遣返权是一项约定权利；有的法院则无论船员劳务合同中是否约定遣返费用法院都会支持遣返费用[19]，这时法院偏向于认为遣返权是一项法定权利。从支持遣返权的前提和认定遣返费用事实证据态度两个方面可以看出，我国目前在法律层面对遣返权规定的不明确给司法实践在具体法律适用时造成困扰并造成司法结果不统一的困境。

解决这一前提的关键在于明确遣返权是一项法定权利。关于权利的分类，自休谟以后，主要将权利分为应然权利与实然权利。这种划分忽视了一个对权利主体而言非常重要的步骤，自身的权利如何从应然转化为实然。然而，应然权利的法律化是权利实现的一个最重要的途径，尽管权利的法定化并不等于权利的实现。[20]从应然权利转化为法定权利再转化为实然权利，这是人权在社会生活中得到实现的基本形式。[21]克兰斯顿将权利划分为法律权利和道德权利，他认为，法律权利可以称为“实证权利”也就是受到实证法承认的权利，而道德权利则是应然的权利。两者显然的区别就在于实证权利必然是可以强制实施的，如果不能强制实施那么就不能是实证权利；而一项道德权利并不必然是可以强制实施的。[22]就遣返权的法定性而言，美国法院有判例认为，尽管合同当事人的权利应当在合同中具体约定[23]，但是，船员遣返的权利是隐含在合同中法律推定的权利。[24]船东有义务允许船员留在船上直到该船在航行结束后返回（装运港）[25]，除非航行的目的港口是船员的居住地所在地[26]。由此可见，美国法院在判例中确定了遣返的法定性，其将遣返权规定为法定权利会给予船员的遣返更加强有力的法律保障，更有助于其成为实然权利。

（二）船员遣返权的触发前提

航海广泛被认为是一项危险的职业。船员在船服务期间，跟随船舶航行于全国各地和世界各地经常遇到上船协议到期、劳动合同到期等情况，也可能遭遇各类突发事件，船员遇此类情况离船时往往身处异地、异国，难以寻求经济上的支持和亲友的帮助自行返家。此时，船员用人单位或者船舶所有人作为船员身处异国他乡的指派者，船员服务的受益者，有责任、有义务动用自己的经济资源、社会资源帮助船员返家。[27]为了平衡船员与船员用人单位或者船舶所有人的利益，遣返权触发前提的确定非常重要，一来可以确定遣返权的法定权利的性

[18]参见样本案例之一 宁波海事法院（2016）浙 72 民初 2336 号民事判决书

[19]参见样本案例之一 上海海事法院（2017）沪 72 民初 967 号民事判决书

[20]郝铁川：《权利实现的差序格局》，《中国社会科学》2002 年第 5 期。

[21]李步云：《论人权的三种存在形态》，《法学研究》1991 年第 4 期。

[22]Maurice Cranston,What Are Human Right?London:TheBodley Head,1973,pp.4-6and p.19 转引自黄金荣：《司法保障人权的限度—经济和社会权利可诉性问题研究》，社会科学文献出版社，2009 年，第 34 页

[23]Johnson v. Standard Oil Co. of New Jersey, 33 F. Supp. 982 (D. Md. 1940).

[24]Worth v. The Lioness No. 2, 3 F. 922 (E.D. Mo. 1880).

[25]Keep v. White, 195 A.D. 736, 187 N.Y.S. 736 (2d Dep't 1921).

[26]Thompson v. the Sam Brown, 45 F. 508 (W.D. Pa. 1891).

[27]刘功臣、赵晓光、何建中：《中华人民共和国船员条例释义》，人民交通出版社，2007 年，第 84 页

质，二来可以明确权利边界。

1.遣返权触发前提的规定

目前，我国《船员条例》和《管理办法》中规定了船员遣返情形。《船员条例》的制定是根据《1926 年海员遣返公约》（已被《公约》修订）、参考《公约》的规定制定[28]，而《管理办法》是根据《船员条例》以及《公约》制定的，《船员条例》和《管理办法》中关于遣返权的表达大致是相同的但也不完全相同，《管理办法》与《船员条例》相比更加贴近《公约》的要求但因其法律层级较低，在司法实务中却没有得到参考适用，因此，我们认为船员遣返权的触发前提应在《海商法》中得以确定。我们将国内外遣返情形进行整合整理分为以下三类：

第一，在船员劳动合同解除的基础上设定的遣返情形，我国这一类遣返情形主要包括船员的劳动合同或者上船协议终止或者依法解除的；船员不具备履行船上岗位职责能力的；船舶灭失的；由于破产、变卖船舶、改变船舶登记或者其他原因，船员用人单位、船舶所有人不能继续履行对船员的法定或者约定义务的。由此可见，我国目前对船员劳动合同解除条款的制定基本是普通劳动者的劳动合同解除条件的改写，在此基础上我们认为缺乏船上中途患病遣返的条款，无论是《公约》[29]还是日本《船员法》、挪威《船员法》等都将患病遣返的情形作为一项单独的遣返情形。至于在船船员的健康状况，无论从船舶安全航行的角度还是船员生命健康的角度考虑都有非常重大的意义。因此，在遣返情形中应当有该类规定的体现，我们建议在船员获得遣返权的情形中增加“船员由于职务内原因导致的受伤、疾病或其他健康问题不能履行其职责，需要遣返的情形”。[30]

第二，根据船员职业的特殊性确定的遣返情形，主要包括未经船员同意，船舶驶往战区、疫区的；船员连续在同一船上服务超过 12 个月的。[31]这部分我们主要想强调的是船员在船上连续工作的最长时间的确定问题。《公约》在标准 A2.5 中规定的最长的船上服务时间为 12 个月。但是根据美国一项统计分析，显示货船船员和客船船员在船上呆 200 天以上的遣返率为 1.6%，其中疾病是船员遣返的主要原因（货船船员为 94.5%，客船为 73.9%，此结果初步排除了与“200 天以上在船时间”有关其他变量的影响，例如船员本身的身体状况）[32]，

[28]刘功臣、赵晓光、何建中：《中华人民共和国船员条例释义》，人民交通出版社，2007 年，第 84 页

[29] 参见《公约》B2.5.1“因患病、受伤或其他健康问题需要遣返且身体状况适于旅行”

[30]参见日本《船员法》第四十七条船员获得遣返权的情形有：因船舶沉没或灭失、完全不适航、或在 1 个月期间内下落不明而推定船舶灭失而使雇佣合同终止的情形；船东在船员明显不胜任职务或其他不得已情况下解除雇佣合同的情形；船员由于职务内除故意或重大过失导致的受伤或者疾病不能胜任职务，船东与其解除合同的情形；在雇佣契约成立时船舶丧失了国籍或雇佣契约所规定的劳动条件和事实明显不符的情况下解除雇佣合同的情形；无固定期限的雇佣合同，船东或船员已在 24 小时以上书面申请解除合同的情形；船东变更后，船员按照原雇佣合同的解除条件要求解除合同的情形；船员因为没能取得健康证明而被解除的情形。

[31]参见《中华人民共和国船员条例》第 31 条和《中华人民共和国海员船上工作和生活条件管理办法》第 32 条。

[32] See Antonio Roberto Abaya,Jose Jaime Lorenzo De Rivera,SarenRoldan,RaymondSarmiento,“Does long-term length of stay on board affect the repatriation rates of seafarers?,”Int Marit Health 2018; 69(3)

由此可见，船员在船时间超过 200 天可能会影响船员的身体健康。这方面挪威《船员法》对船员的保护力度较大，将船员在同一船上或同一公司所有的船舶上从事远洋航行最长的时间规定为 6 个月，并且挪威的《船员法》为了更好地保护船员规定其贸易和工业部可以针对船员遣返权部分进行更加具体的规定，例如在遣返权产生条件方面，可以规定遣返到居住地以外的地方；特殊情况下，服务期限可以短于 6 个月。[33]

第三，凸显对特殊船员特别保护的遣返情形，例如，《公约》指导规则中规定未成年船员首次在国际航行船舶上实习或者见习 4 个月后，表现出不适应海上生活的，应当尽快安排其在合适的港口遣返。[34]挪威《船员法》中专门为怀孕女性规定“怀孕船员已获准休假的”为遣返情形之一。而我国目前关于遣返情形的立法中缺少对特殊船员（未成年船员、女性船员等）的特别照顾。

2.针对遣返权触发情形除外情形的处理经验

《公约》规定船员除了严重失职的情况外都应享有遣返权。但是《公约》中没有明确什么样的行为称得上“严重失职”，也没有规定“严重失职”行为的认定主体，因此，各国立法、司法实践规定不一。日本《船员法》将“故意或重大过失”作为除外情形，并将其确定为“船员明显的怠慢职务或者有职务上的重大过失时；船员没有在船长指定的时刻到港时；船员明显扰乱船内秩序时”除此之外将船员由于工作外的原因受伤、患病的情况也排除在船东应当遣返的范围中。[35]美国有判例认定“当船员由于自身的不端行为被解雇，船东没有义务承担遣返费用”[36]由此可见，该案法官认为船员的不端行为达到被解雇的程度时船员则不享有遣返权。而我国《海商法》和《船员条例》中没有对遣返除外情形进行规定，《管理办法》中规定“海员经海事管理机构认定出现严重违反海事管理规定的情况”下船东不支付遣返费用，也就是说我国将“严重违反海事管理规定的情况”认定为《公约》中提到的“严重失职”的行为，但是我们认为“海事管理规定”范围太过宽泛，这对船员来讲有失公平，也不具有操作性，因此，这里应当改为“用人单位的规章制度”更加合理。再有将是否严重失职行为的认定主体规定为“海事管理机构”也有不妥，如若对遣返情形的认定需要海事管理部门的认定，这无疑相当于为此类案件增加了前置程序，不仅影响司法的效率，也有失权威性，我们认为将认定主体回归给法院更具有可执行性。

（三）船员遣返权的义务主体

该研究研究样本的选择：2014 年 1 月到 2016 年 12 月在船时间超过 200 天的船员关于医疗遣返的数据研究样本，共计 840 个案例涉及 51,830 名船员。

[33]See Act of 21 June 2013 No.102 relating to employment protection, etc. for employees on board ships (Ship Labour Act), As amended, most recently by Act of 16 June 2017 No. 51 (in force on 1 January 2018) and Act of 16 June 2017 No. 72 (in force on 1 July 2017)，Section 4-6

[34]参见《2006 年海事劳工公约》B2.5.2 中成员国实施中规定“首次出航国外的 18 岁以下未成年海员在船上服务至少四个月后，如显示出不适应海上生活，应给予其从设有船旗国或其国籍国或居住国领事馆的第一个合适的挂靠港口被免费遣返回国的机会。”

[35]参见日本《船员法》第四十七条第八款第 2 项、第四十条第二到四款、第四十条第五款

[36]See American Foreign S.S. Co. v. Matise, 423 U.S. 150, 96 S. Ct. 410, 46 L. Ed. 2d 354, 1975 A.M.C. 2594 (1975); Kraljevic v. Panam Trinity Shipping, S.A., 1998 WL 230188 (E.D. La. 1998).

1.船员遣返权的义务主体

根据《公约》的有关规定，遣返义务的承担者是船东，当然船东有根据第三方合同安排收回遣返费用的任何权利。[37]由此可见，根据《公约》的要求遣返义务的承担者是船东，船东可以通过合同的方式将风险转嫁给第三方。我国《船员条例》的第 33 条明确规定“船员的遣返费用由船员用人单位支付”。本条明确了船员遣返费用的承担者，即船员的遣返费用由船员用人单位承担，无论该船员用人单位是否为船舶所有人。[38]我们认为该条船员遣返权的义务主体应当在《船员条例》的基础上增加船舶所有人，因为在我国船员外派的情形下船员用人单位和外籍雇佣者可能不是同一主体，为了最大保障船员的遣返权，应当将船员用人单位和船舶所有人均定为船员遣返权的义务主体。

2.国家有义务保障权利的实现

《公约》中有规定如船东未能为有权得到遣返的海员安排遣返或负担其遣返费用，船舶悬挂其旗帜的成员国的主管当局应安排有关海员的遣返；如未能安排，海员遣返的起程国家或海员国籍国可安排遣返，并向船舶所悬旗帜成员国收回费用；船舶悬挂其旗帜的成员国应能够向船东收回遣返海员发生的费用。[39]

相应地，我国在《船员条例》第 34 条也有相关规定，其中蕴含三层含义：（一）明确我国政府处理船员遣返事宜的主管机构，当船员的遣返权遭到侵犯或者延迟时，船员在境内时，由船员当时所在地的民政部门处理相关事宜；船员在境外由我国驻境外的领事机构处理相关事宜。（二）对民政部门和领事机构的援助工作内容提出了要求，在船员提出援助申请或者发现船员需要援助时，需要接受申请或主动提出援助。（三）强调了船员用人单位是船员遣返费用的最终承担者。[40]我国在《船员条例》中确定我国政府在保障船员遣返过程中的义务，但是没有明确具体申请程序以及缺乏时效性的规定，尤其是针对身处在异国的海员，若不及时进行遣返容易导致船员被遗弃。具体应包括船员向政府机关申请的程序，以及政府处理时效等都需要进行细化。作为目前船员输出大国菲律宾，在《海外劳工与海外菲律宾人法》在劳工遣返一章专门规定遣返程序：当海外劳工雇主未支付遣返费用，可以向海外劳工办公室求助，菲律宾海外劳工办公室会将海外劳工的遣返要求通知菲律宾海外劳工福利机构以及菲律宾海外就业署，菲律宾海外就业署会向遣返义务方发出通知，并要求其在接到通知的 48 小时内，向菲律宾海外就业署或菲律宾在海外的领事馆提供海外劳工遣返所需要的机票，并将该行为向菲律宾海外就业署备案。若海外劳工雇主不承担该责任，海外劳工福利机构会提供该遣返费用，同时享有向海外劳工雇主追偿的权利。[41]由此可见菲律宾的最终遣返义务主体是海外劳工雇主，并在实践层面有程序性的规定，配合救助、监管的机构也较为明确，有

[37]参见《2006 年海事劳工公约（中译本）》标准 A2.5 遣返

[38]刘功臣、赵晓光、何建中：《中华人民共和国船员条例释义》，人民交通出版社，2007 年，第 86 页

[39] 参见《2006 年海事劳工公约》标准 A2.5 第 5 条

[40]参见刘功臣、赵晓光、何建中：《中华人民共和国船员条例释义》，人民交通出版社，2007 年，第 87 页

[41]See Republic of the Philippines,Omnibus Rules and Regulations Implementing The Migrant Workers and Overseas Filipinos Act of 1995,As Amended By Republic Act No.10022,Rule XIII,Sec 3.

利于在海外的本国船员的权利迅速得到保护，值得我国借鉴。

（四）遣返权的实体内容

遣返权的内容主要涉及三个方面的内容：遣返费用、遣返方式以及遣返地点的确定。

在我们选取的案件样本的研究中，可以总结出司法实践中确定遣返费用的争议较大，争议焦点主要来源于没有证据证明遣返费用支出（例如：车票、住宿费发票等）的情况下是否可以支持遣返费用以及遣返费用所包含的事项范围。首先，不同法院（如表三）针对没有事实证据证明遣返费用确实发生而对是否支持遣返费用判定不一的情形，我们认为该分歧主要源于不同的法官对遣返费用的举证责任认定的观点不同。民诉中举证责任分配一般遵循的原则是“谁主张谁举证”，而在特殊情况下需要遵循举证责任倒置。理论上实现举证责任倒置的路径有在民事实体法中对举证责任实行倒置、由最高院在司法解释中规定举证责任倒置、由法官在针对个案的裁判中倒置举证责任、当事人在证据契约中倒置举证责任[42]。而目前我国还没有在实体法或司法解释中规定主张遣返费用可以采取举证责任倒置，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七条规定[43]，对于法院没有规定的某些案件，则由法院根据不同案件的实际情况推定可否适用举证责任倒置，这是法院在诉讼程序上的自由裁量权。[44]由此可见，法官有权利根据案件实际情况确定遣返费用是否适用举证责任倒置。船员相对于船东来说属于弱势群体，出于弱势群体的保护，我们认为个案中遣返费用的诉讼请求适用举证责任倒置是合情合理的。司法实践中对该问题的认定观点不一主要是因为没有在法律层面明确船东在遣返费用上可采用证明责任倒置，遣返权关乎船员的基本生命权，因此我们认为在遣返费用举证责任的分配上应当对船员有倾向性保护，只要船东没有证据证明遣返费用没有发生，法官就可以根据客观实际情况酌情确定遣返费用的数额。其次，关于遣返费用的范围的确定，《公约》在指引条款中规定船东应承担的遣返费用至少包括：到达遣返目的地的旅费；从海员离船时起至抵达遣返目的地时止的食宿费；如本国法律、法规或集体协议有规定，从海员离船时起至抵达遣返目的地时止的工资和津贴；将海员个人行李 30 公斤运至遣返目的地的运输费，必要时，提供医疗使船员身体状况适合前往遣返目的地的旅行。[45]我国《船员条例》第 33 条规定遣返费用包括船员乘坐交通工具的费用、旅途中合理的食宿及医疗费用和 30 公斤行李的运输费用。我们认为我国目前关于遣返费用的规定较窄，并不能完全填补船员在遣返事件中遭受的损失。相比我国的规定，日本船东必须支付与遣返船员所需日数相应的工资额等额的遣返津贴，遣返津贴在船东遣返时，按月支付，在支付代送费用时，必须同时支付。[46]美国在判例中关于遣返费用还确定了“如果船员无法返回到其原先

[42]参见李浩《举证责任倒置：学理分析与问题研究》，《法商研究》2003 年第 4 期。

[43]《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七条，“在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。”

[44]邓代红王映辉，《民事诉讼举证责任倒置的若干问题》，《法学评论》1993 年第 6 期。

[45]参见《2006 年海事劳工公约》标准 B2.5.1 应享权利。

[46]参见日本《船员法》第四十九条。

被雇佣的装运港，船员有权利获得在岸上等待遣返期间的生活费[47]和遣返船员回其登船港口的费用。[48]”也就是说，船员在岸上等待时间的生活费也是遣返费用的一部分。我们认为可借鉴日本和美国的做法进行补充更加合理，一方面有效填补船员的损失，另一方面这样规定更有助于提高遣返的效率。

关于遣返方式和遣返地点的确定，各国根据《公约》的规则制定标准比较统一，尽可能为船员提供便利。关于遣返方式，《公约》要求船东负责通过适当和快速的方式对遣返作出安排，通常的旅行方式应为乘坐飞机。日本规定在遣返船员时，船东除非有正当理由运输工具必须符合船员的要求。[49]我国《船员条例》中并没有直接对交通工具进行限制。有学者认为合理的交通工具乘坐标准可以在集体合同、劳动合同中约定；也可由船员用人单位与船员协商确定，所确定的标准不得低于集体合同、劳动合同约定的标准。[50]《管理办法》中船东对船员遣返至遣返目的地途径安排增加了通过方便、快捷的方式使海员抵达遣返目的地的要求。关于遣返地点，《公约》规定，海员可被遣返的目的地应包括可视为海员与之存在着实质性联系的国家，并有权从规定的目的地中选择其将被遣返的地点。各国国内立法，在避免船员任意选择遣返地点从而增加船东的成本的基础上尽可能为船员提供便利。例如，日本关于遣返地点规定，原则上遣返地点为雇佣港或雇佣契约成立时的居住地，为了加强对船员的保护将遣返地点扩大到到达雇佣港或雇佣契约成立时的居住地的任一地点所需费用的范围内能够送回的其他地点[51]；我国《船员条例》32 条[52]则将遣返地点分为法定地点和约定地点，船员在列明的法定地点中选择一个作为遣返地点时，船员用人单位必须接受，船员选择法定地点以外的遣返地点时，船员用人单位可以同意，也可以拒绝。[53]

三、船员遣返权的立法建议

通过对遣返权具体法律界定还原遣返权应然的状态，目前我国司法实践对遣返权认定不统一的主要原因在于法律层面上没有明确遣返权的性质以及具体的规定。现正值《海商法》修改期间，我们试从“遣返权”引入《海商法》的必要性、具体条文设计的价值取向和框架思路及条文规范具体内容等方面提出合理化的立法建议。

（一）统一船员遣返相关的规定，将“遣返权”纳入《海商法》

一项权利是否适合由法院进行裁判首先是要看这种权利规范是否具有坚实的法律基础，

[47]Alaska S.S. Co. v. Gilbert, 236 F. 715 (C.C.A. 9th Cir. 1916); The Trader, 17 F.2d 623 (E.D. S.C. 1926).

[48]Johnson v. Isbrandtsen Co., 91 F. Supp. 872 (E.D. Pa. 1950), judgment aff'd, 190 F.2d 991 (3d Cir. 1951), judgment aff'd, 343 U.S. 779, 72 S. Ct. 1011, 96 L. Ed. 1294 (1952).

[49]参见日本《船员法》第四十七条第八款，第 3 项

[50]参见刘功臣、赵晓光、何建中《中华人民共和国船员条例释义》，人民交通出版社，2007 年 6 月第 1 版，第 86 页

[51]参见日本《船員法》第四十七条

[52]参见《船员条例》第三十二条船员可以从下列地点中选择遣返地点：（一）船员接受招用的地点或者上船任职的地点；（二）船员的居住地、户籍所在地或者船籍登记国；（三）船员与船员用人单位或者船舶所有人约定的地点。

[53]参见刘功臣、赵晓光、何建中：《中华人民共和国船员条例释义》，人民交通出版社，2007 年，第 86 页

即这项权利规定是否清晰。[54]如果立法机关规定的清晰，那么法院适用过程中自然会统一，船员的权益更容易得到充分的保障。

目前，国内涉及遣返费用的规定散见于《海商法》《船员条例》以及《管理办法》等规定中。实际法律适用过程中，只要当事人请求遣返费用的同时主张优先权则都会适用《海商法》第二十二条。但是涉及遣返费用的认定问题时，实务中的法律适用则存在差异。在抽取的案例中是否适用《船员条例》的情况有所不同，而且适用的情况与条款也不统一，而关于《管理办法》在抽取的 619 份案例中则无一案例参照适用[55]。针对船员遣返权在司法实践中不统一的问题,最佳的解决方案是在法律层面将其进行统一规定。船员的劳动权利应系统地规定在《船员法》中，由于我国目前还没有《船员法》而且《船员法》的实现还需要很长一段时间，因此需要在《海商法》中尽早考虑规定船员的遣返问题。一方面为了履行《公约》缔约国的义务，另一方面由于船舶优先权条文中已经确定了船员遣返权的优先权地位，而《海商法》的条文里却没有关于遣返权的其他规定从而导致各法院认定不一，为了使法律适用统一实现同案同判，应当把遣返权的具体规定引入《海商法》。

（二）“遣返权”条文设计的价值取向以及条文结构基本思路

“遣返权”进入《海商法》首先要考虑条文的基本价值取向，其次“遣返权”是一个复杂的权利体系，并不能将其内容全部引入《海商法》,具体引入内容需要结合《海商法》本身的性质、《公约》的特点以及目前我国具体履约情况确定。

1.遣返权条文设计的基本价值取向

立法是个利益平衡的过程，在保护劳动者权益的同时还需要注意劳动成本也是企业运营的成本之一。在我国海洋强国的背景下，我们不仅要培养出一批高水平的船员也要考虑吸引船东在我国进行注册。从吸引船东在我国注册的角度来说，船舶的船东选择在一个国家注册而不是在另一个国家注册会考虑节省成本的问题，考量的因素包括在该注册国家给定劳工成本标准是否明确，或者该注册国家的标准比另一个国家更低、更灵活，船员的遣返费用是雇佣船员的成本也是重要的考量标准之一。[56]因此在授予权利的同时还要注意权利的限度平衡好劳资之间的权益。但是，整个权利体系中生命健康权优于其他权利，遣返权关乎船员的生存权尤其远洋船员可能发生遗弃，给船员的生命、健康造成威胁，所以在整个遣返权权利体系的设计上应凸显对船员的倾向性保护。

2.条文框架设计需要考虑全面履行《公约》

《公约》的出台提供了一个提升船员待遇，使他们获得体面工作环境的大好机会，如果不能抓住机会并全面完善及修正国内船员权益保障方面的立法，船员数量质量齐下降的趋势

[54]黄金荣：《司法保障人权的限度—经济和社会权利可诉性问题研究》，社会科学文献出版社，2009 年，第 209 页

[55] 本文选取案例全部为《海员船上工作和生活条件管理办法》（2013 年 7 月 26 日）生效以后的案例。

[56]See Iliana Christodoulou-Varotsi， Dmitri A. Pentsov，“LABOR STANDARDS ON CYPRIOT SHIPS: MYTH AND REALITY，”Vanderbilt Journal of Transnational Law，May,2004.

将可能延续。[57]国内法院审理案件过程中没有适用《公约》主要有两个原因：第一，一国缔结或参加了国际条约之后，缔约国通常需要将条约并入或转化为国内法。关于我国所缔结或参加的国际条约在国内适用的问题，我国采取的是逐一立法的方式。也就是说，只有当我国的一项立法明确规定某项或某类条约可在我国直接适用时，该项才可以通过并入的方式直接在我国适用；否则，只有通过制订国内法的方式，将条约内容转化为国内法。[58]我国的宪法和《立法法》都没有对国际法与国内法的关系作统一的一般性规定，在一些涉及特定领域的外国人权利或者民商事法律中确实有规定直接使用国际条约，或者在国际法和国内法相冲突的情况下优先适用国际条款。但是在涉及公民基本权利的法律中，诸如《劳动法》立法者对于适用相关国际条约的问题却只字未提。[59]因此，对于法院来说，立法的沉默必然使法院在涉及此类问题上，采用非常谨慎的态度，也就是说，立法没有引入国际公约，是这类案件没有直接适用国际公约的直接原因。第二，我国法官不够重视《公约》的内容，《公约》的适用范围是适用于中国籍国际航行和国内沿海航行的商船海员不包括内河船员，而国内审理船员案件并不会对船员进行分类适用法律，忽略了《公约》的要求。因此，无论从顺应国际公约国内适用的角度还是从引起法官重视公约的角度，为了使中国的船员更好的受到《公约》要求的保护，应当在《海商法》中引入《公约》，但是引入不能简单的全盘托出。应该结合《公约》的特点以及我国目前的履约情况分别进行引入。

《公约》在条文设计方面分为两部分，一部分是强制性的规定，另一部分是指导性的规定，这两方面结合起来对遣返权从适用的条件到范围做出了较为全面的规定。第一部分国内在适用的过程中应当完全适用，强制性规定往往都是比较模糊的规定仅强调保障的底线，而指引性规定更加细化，各国在具体化的过程中可以参照而不做强制性规定。[60]针对《公约》的这一特点，《海商法》可以通过确定性规则和准用性规则[61]相结合的方式进行规定。

为了使船员的遣返权能够在我国全面落实，应结合我国实际履约能力通过确定性规则将《公约》B 部分指引性规定在《海商法》进行确定，明确其标准从而在国内法适用的过程中实现同案同判，需要强调的是这里并不主张《公约》规定的所有需要转化的指引性规定都纳入《海商法》，《公约》中遣返权权利体系涉及船东、船员以及成员国三方主体，从权利确定以及权利保障两方面展开，权利保障方面涉及行政管理的规定以及成员国义务的承担，经调研发现目前履约的部门主要是海事局，例如上海海事局有专门研究《公约》的研究小组，并

[57] 参见邵帅，郭萍：《维护海员权益法律保障机制研究 从部分国家和地区履行〈2006 年海事劳工公约〉的角度》，《中国海商法研究》2012 年第 1 期。

[58]参见车丕照：《论条约在我国的适用》，《法学杂志》2005 年第 3 期。

[59]参见黄金荣：《司法保障人权的限度—经济和社会权利可诉性问题研究》，社会科学文献出版社，2009 年，第 377 页

[60]参见《2006 年海事劳工公约》规则 2.5-遣返

[61]确定性规则是指直接而明确地规定某一行为规则的内容，无须援引其他立法文件加以说明的法律规则。

准用性规则是虽然没有直接规定某一行为规则的内容，但明确指出在这个问题上可以适用其他法律条文或法律文件中某一规定的规则。转引自朱景文主编《法理学》，中国人民大学出版社，2008 年，第 356 页

且目前已颁布的《船员条例》和《管理办法》主要执行主体也是国家海事管理机构，因此我们认为遣返权进入《海商法》主要解决司法实践中对《公约》的漠视问题。避免造成《海商法》体例冗杂，仅将遣返权利体系中涉及船东与船员权利义务的部分纳入《海商法》其余涉及行政管理性规定应在其他法律法规中加以确定。

其次，在遣返部分增加一条准用性规定涵盖《公约》以及其修正案中的强制性规定，这些规定我国作为成员国必须全面履约。由于《海商法》的篇幅有限不能把《公约》的所有的强制性规定内容都直接吸收并且《公约》每两年进行一次修改，修正案中关于遣返权的规定也可能会更新，因此，将《公约》本身和修正案的强制性条款的内容直接引入《海商法》，在立法层面明确船员遣返权保护适用《公约》的强制性规定，指引法官适用并关注《公约》的变化更有利于保护船员的合法权益，并且确定《公约》在我国的法定地位，为其他行政法规规章的细化提供法律层面的依据。

（三）船员遣返权具体条文设计

结合司法实践，目前我国船员遣返权权利确定方面的问题主要有遣返权的法定地位、义务主体、遣返权内容的确定。我们认为应当在《海商法》中增加三条关于遣返权的规定：第一，包括触发前提以明确遣返权的法定地位；第二，是明确界定遣返权内容的范围和义务主体的规定；第三，增加一条指引适用《公约》的条款，这一条不单独设置在遣返权条款中应在船员章与其他需要指引的内容统一设置。因此，本部分只讨论第一、二点的条文设计。

1.明确遣返权利法定地位的规定

首先应在法条中引入“遣返权”的概念，遣返权是一个权利体系其内容不仅仅包括享有请求遣返费用的权利，还包括选择遣返地点和遣返方式的权利，因此在触发情形的条款设计中应使用“遣返权”的概念。其次，具体遣返权情形的确定在《管理办法》、《船员条例》的基础上进行改进，由于船员工作条件及船员的健康无论对船舶的安全运行还是船员自身来说都非常重要。因此，增加“船员由于职务内原因导致的受伤、疾病或其他健康问题不能履行其职责，需要遣返的情形”为享有遣返权的情形；综合考虑美国相关实证研究 “在船时间超过 200 天增加医疗遣返的概率”的数据，我国虽然无法达到挪威船员在船最长时间 6 个月的高福利，但是我们结合调研结果在《公约》基础上适当提高标准，规定 10 个月还是可行的。另外，增加对特殊船员的特别保护条款，该条款具体可以表述为：

“船员在船工作期间，有下列情形之一的享有遣返权：（一）船员的劳动合同或者上船协议终止或者依法解除的；（二）船员不具备履行船上岗位职责能力的；（三）船舶灭失的；（四）未经船员同意，船舶驶往战区、疫区的；（五）由于破产、变卖船舶、改变船舶登记或者其他原因，船员用人单位、船舶所有人不能继续履行对船员的法定或者约定义务的；（六）船员由于职务内原因导致的受伤、疾病或其他健康问题不能履行其职责，需要遣返的情形；（七）船员连续在同一船上服务超过 10 个月的；（八）怀孕船员已获准休假的；（九）未成年船员首次在国际航行船舶上实习或者见习 4 个月后，表现出不适应海上生活的。”

2.遣返权内容的规定

本条综合考虑外派船员法律关系的复杂性，将船员用人单位和船舶所有人均规定为遣返权义务的主体。并将遣返费用、遣返地点、遣返方式、义务主体概括为遣返权的内容条款进行统一规定，遣返方式和遣返地点沿用《管理办法》的规定，在遣返费用范围中借鉴日本和美国的相关规定进行补充。具体条文可表述为：“

对于满足遣返条件的船员，船员可以从下列地点中选择遣返目的地：

（一）船员接受招用的地点或者上船任职的地点；

（二）船员的住所或者户籍所在地；

（三）船员与船员用人单位或船舶所有人约定的地点。

船员用人单位或船舶所有人应当及时做出安排并通过方便、快捷的方式使船员抵达遣返目的地。

除非船员经法院认定出现严重违反用人单位的规章制度的情况下，船员的遣返费用由船员用人单位或船舶所有人支付。遣返费用包括船员等待遣返期间的生活费、乘坐交通工具的费用、旅途中合理的食宿及医疗费用、30 公斤以内行李的运输费用和遣返船员所需日数相应的工资额等额的遣返津贴。”

结 语

船员的遣返权是船员相对于普通劳动者的一项关乎船员生命健康的特殊劳动权。劳动权的存在必然是要保护劳动者的利益，吸引越来越多的人才从事船员职业，为我国“海洋强国”储备一支高素质的船员队伍。在法律制定或修改过程中，船员劳动权的特殊保护应予以足够的重视。在《海商法》中明确遣返权的法定地位不仅可以有效的解决司法实践中的困惑，还能为其他法规规章制定针对遣返权权利保障措施奠定上位法基础，从而给予船员遣返强制性的保护，提高船员的职业安全感。

海牙国际私法会议“直接管辖权”项目的发展与未来

柴裕红 瞿子超*

（兰州大学 法学院，甘肃 兰州 730000）

【摘 要】近期海牙国际私法会议正就“直接管辖权”项目进行国际立法展开研究。上世纪末至本世纪初曾就在该领域制定一部同时解决法院的国际管辖权与外国判决的承认与执行的公约进行过谈判，但没有成功，其主要原因在于各方矛盾分歧过于尖锐。经过二十年的发展，随着《选择法院协议公约》《承认与执行外国民商事判决公约》等成果的达成以及作为当时主要争议焦点的美国管辖权规则和谈判的时代背景都发生了变化，重新引发了在该领域订立公约的讨论。当前管辖权项目立法对国际民商事纠纷当事人、各国以及国际社会都具有重大意义。如果谈判顺利，最终目标宜设为制定一部能够规定直接管辖权基础、减少平行诉讼并且促进国际民事诉讼统一化的公约。我国在该领域应当发挥更大的作用。

【关键词】海牙管辖权项目 直接管辖权 国际平行诉讼

一、背景

“直接管辖权”项目是海牙国际私法会议所提出的一项旨在解决跨国民商事案件中法院管辖权问题的研究课题。起初海牙国际私法会议试图通过制定一部双重公约同时解决法院的国际管辖权与外国判决的承认与执行这两个领域的问题，但由于各国分歧过大使得谈判破产。在将这一宏大目标进行拆分后，2005 年达成的《选择法院协议公约》与 2019 年达成的《承认与执行外国民商事判决公约》都是在这一问题上的继承与深入。《选择法院协议公约》解决了双方当事人协议选择法院前提下法院的直接管辖权问题，而《判决公约》则解决了在外国判决的承认与执行领域法院的间接管辖权问题。在以上两项公约所取得的成功的基础上，海牙国际私法会议将民商事领域的工作重心重新转回了管辖权领域，试图解决国际民商事纠纷的当事人凭借何种理由可以向某一国家的法院起诉、一国法院可以基于何种理由在国际民商事领域内行使管辖权，以及如何采取协调规则以降低可能发生的平行诉讼风险这些问题。[1]

海牙国际私法会议总务与政策理事会（The Council on General Affairs and Policy）于 2011 年设立了一个专家组就拟定与管辖权事项(包括平行程序)有关的规则的可取性和可行性开展工作，截止到 2021 年 2 月共计召开了五次专家组会议。2021 年 3 月，该理事会授权设立一个跨国民商事诉讼管辖权问题工作组，并邀请常设局近期安排两次工作组会议。

二、对 2001 年公约草案失败的回顾

海牙国际私法会议于 1999 年起草的公约草案与 2001 年形成的临时公约文本是各国在这一问题上取得的重大进展。虽然最终没有达成正式公约，但临时公约文本中对法定管辖权

* 柴裕红，法学博士、兰州大学法学院副教授；瞿子超，兰州大学法学院法学硕士研究生。

[1] Jurisdiction Project，海牙国际私法会议官网，https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/jurisdiction-project，2021 年 4 月 22 日访问。

的例外、过度管辖权等具有创新性的制度设计对于今天的学者们仍然具有借鉴意义。因此，回顾当时各国之间的分歧，以及审视过去 20 年间各国之间分歧的变化是判断是本次管辖权项目最终能否取得成功的关键要素。

（一）当时存在的分歧

各国对于公约临时文本的分歧主要存在以下部分：（1）互联网和电子商务对管辖权规则的影响；（2）经济活动管辖权规则；（3）消费者合同和雇佣合同管辖权规则；（4）专利、商标、版权和其他知识产权的管辖权规则；（5）与其他有关管辖权和承认与执行判决的公约的关系；（6）公约的双边化问题。[2]在以上所有这些分歧中，（1）在当时属于新兴领域，学界的研究和各国司法实践尚不充分故争议较大，（3）、（4）可以通过允许各缔约国以保留的方式予以排除适用，（5）、（6）亦可以通过立法技术进行处理，但是上述第（2）项，以及禁止性的管辖权基础（即管辖权黑色清单），则由于英美法系与大陆法系国家之间根本性的对立而难以达成共识。[3]

1.商业活动管辖权

首先双方分歧最大的领域在于商业活动管辖权规则。这一规则被规定在了公约临时文本第 6 条、第 9 条与第 10 条中。在 1999 年版的公约草案中，第 6 条对于合同的管辖规定是：

原告可就合同案件在下列国家的法院提起诉讼；

ａ）与提供货物有关的事项，货物全部或部分提供地国；

ｂ）与提供服务有关的事项，服务全部或部分提供地国；

ｃ）与提供货物和服务均有关的事项，主义务全部或部分履行地国。[4]

这一规定被认为是更偏向于欧洲国家的主张。在上述文本中可以看出，草案以特征履行地作为连结点，并且将特征义务履行地直接措词为货物提供地或服务提供地，便于法院判断是否行使管辖权，具有相当的明确性。[5]对于是否在大陆法系所坚持基于合同履行地所采取的管辖以外，额外将美国所主张的“活动”纳入管辖规则，欧盟起初没有做出明确的承诺，而是抱着如果能够确保明确的预见可能性的前提下并非不可能纳入的灵活态度，并且同意以 2001 年 4 月爱丁堡非正式会谈的成果为出发点进行讨论。在该次会议上根据瑞士等国的提

[2] 参见孙劲：《迈向关于外国判决承认与执行的新公约——海牙民商事管辖和外国判决公约草案的新发展》，《中国国际私法与比较法年刊》第 6 卷（2003 年），第 570 页，转引自何其生：《海牙管辖权项目的新发展》，《武大国际法评论》2020 年第 4 期。时任北京大学教授的何其生先生作为中国代表参与了海牙国际私法会议管辖权项目专家组第三次会议。

[3] 参见道垣内正人「裁判管轄等に関する条約採択をめぐる現況−2001 年 6 月の第 1 回外交会議の結果−(上)」ジュリスト（1211）p.80-91（2001 年）。时任东京大学教授的道垣内正人先生作为日本代表担任了海牙国际私法会议《民商事管辖权和外国判决公约》项目特别委员会副议长兼起草委员会委员。

[4] 公约临时文本翻译自 Interim Text - Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference (6-20 June 2001), prepared by the Permanent Bureau and the Co-reporters, https://assets.hcch.net/docs/e172ab52-e2de-4e40-9051-11aee7c7be67.pdf. 并参照公约临时文本日语版（道垣内正人译）进行校对。

[5] 参见沈涓：《存异以求同　他石可攻玉——海牙<民商事管辖权和外国判决公约>(草案)与中国相关法律之比较研究》，《中国国际私法与比较法年刊》2001 年第 4 期。

案形成了一个融合的版本，即：

原告可以向被告为了合同的促进、〔缔结、〕或谈判为目的，在进行频繁或重大活动的国家或〔意图〕向该国从事此类活动的国家的法院，以与该活动直接相关的基于合同的请求为条件，提起合同诉讼。

但是，欧洲方面能够接受的是将“活动”限定为与合同的促进、谈判和履行相关，并且重视对上述概念的界定，而美国则主张为了不给伴随着社会变化发展的判例造成阻碍，不应对“活动”做出太多的限定。由于双方分歧过大，最终达成的草案中第 6 条如下所示。其中第 1 款中规定了以“活动”作为管辖权的依据，第 2 款则由于不同国家对于“活动”定义的分歧分为两个版本：

第 6 条 合同

1、（在遵循第 7 条和第 8 条的规定的条件下，）原告在以下情况下，可以向该国的法院提起关于合同的诉讼。但是，仅限于该请求基于与该活动直接相关的合同〔而且，该国与被告整体的关系使被告在该国服从诉讼是合理的〕的情况。

a）被告在该国进行频繁〔且〕〔或〕重大活动的场合

〔b）被告向该国进行频繁〔且〕〔或〕重大活动的情况〕

〔方案一

2、在前款的适用上，“活动”是指以下任意一项或多项的组合。

a）被告为签订此类合同对其商业或专门事业〔持续且重大〕的促进

b）被告为谈判此类合同的持续性的所在。但是，仅限于该合同的至少一部分在该国履行的情况。〔本款中的履行是指除货币借贷或买卖合同的金钱支付外〔仅包含〕非金钱债务的履行〕

c）对提供物品或服务合同全部或重大部分的履行〕

〔方案二

2、在前款的适用上，“活动”特别包括合同的促进、谈判和履行在内。〕[6]

下略……

临时公约文本第 9 条的内容如下所示：

第 9 条 分公司〔及持续性商业活动〕

原告可以向被告的分公司、代理机构及其他营业机构所在的国家〔或被告以其他方式持续进行商业活动(regular commercial activity）的国家〕的法院提起诉讼。但是，仅限于诉讼与该分公司、代理机构及其他营业机构的活动〔或该持续进行的商业活动〕直接相关的场合。

〔2、在前款的适用上，当该法人为被告的子公司时则不被视为“分公司、代理机构及其他营业机构”。 〕

在本条中，当被告在该国没有设立分公司、代理机构及其他营业机构的情况下，能否仅

[6] 海牙《民商事管辖权和外国判决公约》临时公约文本（2001 年）第六条。〔〕内的内容指在各参会国之间存在争议，下同。

依据被告在该国持续进行的商业活动认定则是美国与欧洲国家之间争议的焦点。由于需要等待合同与侵权行为中基于活动的管辖是否应当被纳入公约白色清单的问题讨论的结果，因此第九条的内容在会上并没有讨论。

在第 10 条，临时公约文本规定了侵权的管辖规则。与合同的管辖规则一样，美国主张对于侵权案件也需要着眼于被告活动的管辖规则。美国举了这样一个例子：美国国外制造的枪在美国销售，被美国居民购买，在加拿大狩猎时突发意外造成损害。如果按照 1999 年草案第 10 条，美国既不是加害行为地也不是损害发生地，因此不允许管辖，但美国强调了自己应当在此种案件中具有（基于被告商业活动而非原告国籍的）管辖权。欧盟等国对此表达了反对意见，其中法国认为同意将仅基于原告国籍的管辖列入黑名单的国家无论如何也不能接受将这种美国式的规则列在白名单上。因此最终在没有达成一致的情况下，该条文在维持了 1999 年草案第 1 款规定侵权行为地以及损害发生地作为管辖原因之后，额外加入了美国主张的第 2 款。

〔2、原告可以向被告从事频繁或重大活动的国家或频繁或重大活动指向国家的法院提起关于侵权行为的诉讼。但是，该请求必须直接从该活动中产生，该国与被告整体的关系使被告在该国服从诉讼是合理的。〕

由于美国和欧盟之间关于商业活动管辖权存在不可调和的矛盾，上述关于合同和侵权案件的管辖规则都生硬地设计了两套双方各自版本的条文，这也导致了最终谈判没有达成共识。[7]

2.禁止性的管辖权基础

临时公约文本第 18 条规定了禁止性的管辖权基础。其第 1 款内容规定为：

〔当被告惯常居所位于某一缔约国时，如果〔其他的〕缔约国与争议〔或被告〕没有实质联系，则禁止适用该〔其他的〕缔约国国内法中的管辖权规则。〕

美国主张，不能根据一般条款设定黑色清单，而是应该在各国法已经认可的管辖原因中确定禁止管辖的范围，其理由在于美国的管辖规则着眼于法庭地与被告的关联性，对法庭地与请求的关联性的审查缺乏经验；实质关联性这一基准不够明确，可能产生纠纷；如果遇到在第 2 款中未具体列出的本国法律上的管辖原因，法院不太可能根据第 1 款判定为过度管辖。欧盟、瑞士以及加拿大提出了反对意见，认为在混合条约中第 18 条第 1 款非常重要，并且谈不上适用困难。[8]

第二款则是规定了具体的禁止管辖事由：

2、〔特别是，〕〔被告在缔约国有惯常居所的情况下〕缔约国的法院不能仅基于以下〔一种或多种〕事项行使管辖权。

〔a〕被告在该国财产拥有财产或其财产被该国扣押。但是，纠纷与该财产直接相关的除外。〕

[7] 参见道垣内正人「裁判管轄等に関する条約採択をめぐる現況−2001 年 6 月の第 1 回外交会議の結果−(下)」ジュリスト（1212）p.87-95（2001 年）。

[8] 同上注。

b）原告的国籍

c）被告的国籍

d）原告在该国的住所、惯常居所、临时居所的存在或者或原告在该国出现

〔e）〔不论是否通过被告的分支机构、代理机构及其他营业机构进行，〕被告在该国的商业及其他活动。但是，纠纷与该活动直接相关的除外。〕

f）在该国向被告送达传票

〔g）原告单方面指定管辖法院〕

h）〔在该国对判决宣布可执行、登记或判决执行的程序。但是，纠纷与该程序直接相关的除外〕。〔被视为管辖权行使对象的当事人已经在该国开始了以批准或执行其他国家判决为目的的程序〕

〔i）被告在该国临时居住的存在或在该国出现〕

〔j）发生纠纷的合同在该国签字〕

〔k）被告在该国的子公司或其他关联公司的存在〕

〔l）在该国存在相关刑事诉讼〕

关于上述（e）项，美国认为被告只要在该国进行了为获取利益为进行的活动即有义务根据美国宪法规定的正当程序原则接受法院的管辖，因此认为将作为一般管辖权的“经济活动管辖权”列入禁止性的管辖权基础会在其国内司法界引起巨大的问题。如果其他国家接受将（e）项删去则可以在上文基于活动的管辖方面采取更宽松的态度。法国则主张（e）项的存在是（c）项存在的前提，删除（e）项将会导致谈判基础的动摇。德国、奥地利、欧盟等成员的代表也都对此表达了强烈的反对。因此草案该条文本也保留了双方各自表述的版本，等待之后与第 6 条和第 10 条一起继续讨论。[9]

3.其他重大分歧

除去上文的介绍以外，当时会议在直接管辖权领域内，关于惯常居所地与住所地的概念和选择之间，消费合同和雇佣合同案件的管辖权，专属管辖的范围，知识产权案件的管辖权，临时和保全措施的管辖权等多个问题间都存在重大分歧。限于篇幅，无法对各国在这些问题上的分歧一一评述。这些问题一来可以通过各缔约国声明保留的方式予以排除，二来亦可以通过后续的谈判寻求共识，且大多不如上述两项分歧重要和尖锐，因此本文将不再赘述。不夸张地说，即使各方在除了上文所述的两个领域以外全部达成了共识的话，公约谈判仍然大概率会失败。美国和欧盟都试图将本国法中的管辖权规则推广到其他国家，由此产生的矛盾和冲突是不可避免的。

（二）谈判失败的原因总结

从 1992 年美国国务院法律顾问 Edwin D. Williamson 致函海牙国际私法会议秘书长建议该会议着手谈判一项关于管辖权和承认与执行判决的多边公约开始，到 2002 年 2 月美国宣布将不再继续参与一项全面的管辖权和承认与执行公约从而使谈判事实上失败，一共经过了

[9] 同上注。

十年。究其失败原因，可归纳为以下几点。

1.目标过于宏大

首先，过于宏大和全面的目标一开始就人为增大了谈判的难度。在 1971 年《民商事外国判决的承认和执行公约》因缔约国严重缺乏而无法发挥预定的作用后，国际民商事领域判决的跨境流通受到了严重的阻碍。在此背景下，美国提议重新谈判一项新的关于管辖权和承认与执行判决的公约得到了各国的响应，但在当时的背景下试图制定一部同时解决管辖权和承认与执行判决的双重公约显然难度极大。若一开始就将谈判任务细分为不同的模块，或许当时就可以达成《选择法院协议公约》乃至于《判决公约》。至于“直接管辖权"问题则由于与国家主权和司法传统与判例紧密相关，在当时的历史背景中可能的确生不逢时。

2.矛盾过于尖锐

其次，英美法系与大陆法系国家之间的矛盾过于尖锐。一为各国相关领域法律制度和司法实践的差异和冲突，另一则为法律条文背后所隐藏的各国经济利益的冲突。[10]起初问题暴露得并不是很多，但随着谈判的深入几乎在每一个条款上双方都有不同的观点。谈判中没有达成共识的内容将被置于括号内，而管辖权条款几乎都在括号内。最终公约临时文本共有 30 多页，有 200 多个脚注，如同一篇法学论文一般。一位代表在谈判结束时说道：这是一个极好的机会能够参加为期三周的比较法课程。但不幸的是，我的政府希望我能带着更多的东西回来。[11]需要特别说明的是美国的商业活动管辖权。学者公认，美国的 “商业活动管辖权”，是导致谈判破裂的 “沉没鱼雷"之一。[12]简而言之双方分歧的根本出发点在于美国的司法管辖制度是建立在宪法正当程序原则限制的基础上的，而宪法限制的重点往往不同于欧洲各国以民法为导向的布鲁塞尔规则。[13]

3.参与缺乏广泛性

最后，当时的时代背景也不利于谈判的达成。在九十年代初期的苏联解体与欧盟成立后，美国与欧盟成为当时世界上影响力最大的两个区域，双方都试图将自己所熟悉并理解的一套规则推向其他国家。尤其是欧盟，在获得了代替成员国参会的授权后，以 2000 年《布鲁塞尔条例》为蓝本对公约草案进行了“欧洲化”的改动。当时许多成员国的判决在美国得到承认和执行几乎没有困难，因此他们将谈判视为一次机会，以限制他们认为美国属人管辖权过高的方面，特别是商业活动管辖权、基于活动的管辖权，以及仅基于管辖范围内的送达（tag jurisdiction）。[14]与此同时，包括中国在内的新兴市场国家在当时国际经济活动中的地位还没

[10] 胡斌、田妮：《十字路口的海牙管辖权公约：海牙〈民商事管辖权和外国判决公约〉谈判情况介绍》，《中国国际私法与比较法年刊》第 5 卷（2002 年），第 543 页。

[11] Louise Ellen Teitz, Another Hague Judgments Convention? Bucking the Past to Provide for the Future, 29 Duke Journal of Comparative & International Law 491-511 (2019). 路易丝·埃伦·泰兹女士是罗杰·威廉姆斯大学法学院教授，曾担任海牙国际私法会议第一秘书。自 1992 年以来，她以多种身份参与海牙判决项目。

[12] 甘勇：《论美国国际民事诉讼中的“商业活动管辖权”》，《国际法研究》2016 年第 4 期，第 97-113 页。

[13] Brand, R.A. Jurisdiction and Judgments Recognition at the Hague Conference: Choices Made, Treaties Completed, and the Path Ahead. Netherlands International Law Review 67, 3–17 (2020).

[14] Louise Ellen Teitz, Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgements in Transnational Litigation. Roger Williams University Law Review. 10 (2004): 1.

有完全奠定，缺乏亚非拉美等其他重要经济体的参加使得谈判的覆盖面略有不足。

（三）谈判失败至今的成果与变化

2001 年公约临时文本谈判的失败引起了全世界的关注。在此之后，各国政府与学者继续在这一问题上投入了巨大的努力，最终使得今天与 20 年前相比多了一些成果与变化。

1.已经缔结的条约的经验

受制于过于雄心勃勃的宏大目标，最初的尝试陷入了僵局。2002 年 4 月 24 日，海牙会议第十九届会议第一委员会修改了整个项目，设立了一个非正式工作组对已达成实质性共识的管辖权条款起草一项公约，也就是《选择法院协议公约》。该公约已于 2015 年 10 月 1 日生效，目前对欧盟及其 27 个成员国、英国、墨西哥、黑山和新加坡生效。中国、美国、以色列和乌克兰已经签署，但尚未批准。2011 年，海牙国际私法会议总务和政策理事会重新考虑审议民商事判决项目，大多数专家都强烈要求制定一项解决直接管辖权以及承认和执行问题的公约，特别是一些欧洲成员国，但是美国坚决拒绝考虑直接管辖权。各方在妥协之后决定仅就判决的承认与执行领域开展谈判，最终于 2019 年 7 月 2 日达成《承认与执行外国民商事判决公约》。

目前，在以上两个条约的基础上，20 年前谈判的目标只剩下了直接管辖权项目。经验表明，一次会议解决所有问题的幻想是不可取的。2001 年的谈判初期，很多代表都期待“海牙魔法”能够扫平一切障碍促成谈判的成功，但是这是在过高地估计了各国的共识以及过低地估计了任务的难度后得出的错误结论。从共识出发，而非直接从问题出发的讨论更有利于凝聚共识。在本次的管辖权项目中，很多专家主张仅就关于平行诉讼的问题订立一个具有约束力的国际条约就体现了这种化繁为简、求同存异的思维方式。

2.美国管辖权规则的变化

美国因为其独特的管辖权规则经常受到其他国家的批评，这也是上一次谈判失败的直接原因之一。那么，在新的一轮谈判开始前，就有必要对美国管辖权规则在过去 20 年中的大致发展趋向有一个整体的把握。否则，谈判将变成又一场冗长的“比较法课程”。

限于本文的主题与篇幅，本文仅针对上个世纪以来美国联邦最高法院对于一系列管辖权案件的判决结果进行分析评述，以期对美国管辖权发展的趋势做一个基本的把握。美国的民事诉讼管辖权传统上分为持续商业活动管辖权和特定商业活动管辖权，前者简称一般管辖权，以被告在法院地持续系统的商业活动作为管辖依据；后者又称特殊管辖权，以被告在法院具有“最低联系”的商业活动作为管辖依据。

（1）一般管辖权

在 2011 年美国联邦最高法院审理的“固特异轮胎公司诉布朗案”[15]中最高法院提出了一个新的标准——“在家标准”，作为判断商业活动的程度，即被告在法院地从事商业活动的持续系统的程度和性质，使法院地仿佛被告的家之所在时，则法院地可以对外国公司行使

[15] Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown, 564 U.S. 915 (2011).

一般管辖权。随后，在 2014 年的“戴姆勒诉鲍曼案”[16]中，最高法院进一步发展了“在家标准”，明确提出外国公司典型的“家”之所在包括其注册地和主营业所所在地，其他外国公司从事实质性持续系统商业活动的地方，不能作为对外国公司主张一般管辖权的依据。[17]以上两个判例可以得出美国持续商业活动管辖规则已经被以注册地和主营业所所在地为代表的“在家标准”所取代。过去，持续商业活动管辖权常常因标准模糊而为人诟病，不同的法院由于对持续商业活动的不同理解往往对被告的行为做扩大解释。现在明确将注册地和主营业所所在地等作为公司的“家”实质上与大陆法系国家所坚持的法人的住所地标准已然十分近似。可以说，在一般管辖规则上美国与欧盟的差距逐渐在缩小，甚至有趋同的可能。这样的改变有利于协调国家间管辖权的行使，减少美国一般管辖权制度和他国发生冲突的可能，对美国管辖权制度的发展具有积极意义，也对世界其他整个管辖权制度的发展具有启发作用。[18]

（2）特殊管辖权

虽然美国的一般管辖权规则目前已经有了明确和限缩的适用范围，但是其特殊管辖权的规定仍然尚不明晰。美国的特定商业活动管辖权又被称为“长臂管辖”，起源于 1945 年的国际鞋业公司诉华盛顿州上诉案[19]。由于美国的管辖权建立在宪法正当程序原则的基础上，因此美国法院决定是否对被告人进行管辖取决于被告人能否收到美国宪法第五和第十四修正案中正当程序的保护。该案中法院要求“被告（与法院地国）进行某些最低限度的联系，以便维持诉讼不违反‘公平参与和实质正义’的传统观念”。本案开创了美国法院可以根据被告与法院地之间的联系进行管辖的先例，从这以后的发展都是对这一原则的丰富，比如在汉森诉丹克拉[20]一案中，法官认为“在每一案件中，被告都必须通过某种行为有意利用其在法院所在地国进行活动的特权，从而享受法律的利益和保护”。即使被告从未到过法院地，只要其有意利用当地法律对其行为的保护则可以构成法院地的管辖权。大法官们在裁判书中的说理义正辞约，可是在实践中，“最低联系”与“有意利用”等词概念的模糊性暴露无遗，不同的法官对此产生了不同的理解。起初一些法院以可预见性作为判断标准，但是由于世界贸易的发展，商家的产品可以轻松地在任何一个国家销售，那么这能否证明商家应当对自己可能在任何一个国家被起诉可以预见呢？不出意料地特殊管辖权的范围也被无限扩大。在世界大众汽车案[21]中，最高法院试图这此类管辖权进行限缩，指出可预见性并非仅仅是产品进入法院地的可能性，而是指被告的行为以及与法院地的联系使得他应当合理地预见会在那里的法院被起诉，最高法院在分析对人管辖权时也首次使用了“商业流通”一词。紧接着在

[16] Daimler AG v. Bauman, 571 U.S. 117 (2014).

[17] 甘勇、王淑娟：《论美国法院确立一般管辖权的“在家标准”》，《中国国际私法与比较法年刊》第 2 卷（2018 年）。

[18] 同上注。

[19] Int’l Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310, 316 (1945).

[20] Hanson v. Denckla, 357 U.S. 235, 253 (1958).

[21] World-Wide Volkwagen Corp. v. Woodson :: 444 US 286 (1980).

1987 年的朝日金属公司案[22]中，布伦南大法官等四位大法官主张仅商业流通测试，即被告只需要将商品投入法院所在州的分销链中则可以构成对其管辖的依据，但是戴·奥康纳等另外四名大法官主张在商业流通的同时测试被告是否有将商品向法院地进行销售的意图。由于平票最终没有得出多数意见，但无论按照以上何种观点，将产品投放到商业流通中至少被视为行使特殊管辖权的有效起点。[23]美国法院就在上述两种不同观点的指引下对案件开展审判，某种程度上这也是判例法固有的缺陷之一。在麦金太尔机械公司诉尼加斯托案[24]中，多位保守派大法官对特殊管辖权进行收缩的意图愈发明显。金斯伯格等自由派法官也对此表达了抗议：尽管这在昨天看起来还很不可思议，但今天分裂出的多数意见“把时间倒回到现代长臂法实施之前的日子，当时的制造商为了避免受到使用者受到伤害之地的法院管辖，只需要通过独立的经销商来销售产品就可以像 Pilate 那样将洗脱对该产品的责任。”[25]

2017 年的百时美施贵宝诉上诉法院案[26]美国最高法院在管辖权领域最新的案件之一。本案中法院甚至都没有提到“商业流通”，取而代之的是用“既定的对人管辖权原则”来边缘化“商业流通”对人管辖权。法院认为对被告行使特殊对人管辖权必须无条件地满足三个条件：（1）被告通过在法庭所在州进行活动，从而有意利用法庭所在州获益；（2）诉讼由被告在法庭所在州的活动引起或与之有关；（3）合理性。[27]本案在最高法院以 8 比 1 通过，本案的贡献在于确定了法院不应允许非居民原告因非法庭所在地的损害在法庭所在州的法院针对非居民被告提起诉讼。多数意见中亦明确指出制造商仅将产品投放给第三方经销商不会对制造商产生特殊对人管辖权。

2021 年 3 月审理完成的福特汽车案是对百时美施贵宝案的扩展。法院以 8 比 0 一致认为法院对被告福特汽车公司具有管辖权。福特汽车公司的律师援引了百时美施贵宝案的判决结果，主张其不应当被管辖。法院阐述了本案与百时美施贵宝案的不同之处：“法院与潜在争议之间的联系，主要是一种活动或发生在那里的事件”。百时美施贵宝案中的原告并非法院所在地的居民，亦不是在法院所在州受到伤害，因此管辖权不能成立。多数意见认为，原告的主张“必须产生于或与被告与法院的接触有关”，产生于是一种因果关系，而“与……有关”则不需要考虑是否存在因果关系。本案中福特虽然并不是针对法院所在地销售该款车型，但是在法院所在地的居民可以看到这辆车的广告、福特经销商随时准备为汽车提供服务、其他汽车商店有充足的福特零件供应以及福特为其老款车型培育了一个活跃的转售市场，这

[22] Asahi Metal Indus. Co., Ltd. v. Superior Court of Cal., 480 U.S. 102 (1987).

[23] Suzanne Lecocke, Personal Jurisdiction Uncertain Based on Stream of Commerce: Part II, Obwbip Newsletters (July 20, 2020), https://www.obwbip.com/04D540/assets/files/News/SCN-SoC-Pers-Jurx-Article-Part-II.

[24] J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro, 564 U.S. 873 (2011).

[25] 何其生教授和 Brand, R.A.教授都认为尼加斯托案的判决使美国进一步偏离了关于特别管辖权的布鲁塞尔体系规则，Louise Ellen Teitz 教授亦提及了这个案例。

[26] Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of California, San Francisco County, 582 U.S. ___ (2017).

[27] Suzanne Lecocke, Personal Jurisdiction Uncertain Based on Stream of Commerce: Part III, Obwbip Newsletters (Aug. 28, 2020), https://www.obwbip.com/newsletter/personal-jurisdiction-uncertain-based-on-stream-of-commerce-part-iii.

些都构成了与法院的接触，因此法院对本案享有管辖权。阿利托大法官在协同意见书中写道："承认'关系到'作为特殊管辖权的独立基础有可能造成不必要的复杂情况。短语'relate to'的"普通意义"是一个宽泛的含义。为了控制这句话，必须找到限制，但在没有任何迹象表明这些限制可能是什么的情况下，我怀疑下级法院是否会认为这一观察非常有用。"在戈萨奇大法官撰写，托马斯大法官加入的协同意见书中亦写道："随着旧的国际鞋业案二分法看起来越来越不确定，很难不问我们是如何来到这里，我们可能会走向何方。我不禁要问，我们是否注定要回到我们开始的地方。或许，本法院自国际鞋业案以来的所有努力，包括今天大多数人的努力，都可以理解为寻求以新的术语重新建立一个关于公司管辖权的判例法，这一判例法是在本法院于 20 世纪初进行强有力的干预之前发展起来的。也许过去是，现在是，最后总是要公正地评估一个公司被告的存在或同意。国际鞋业案可能已经试图回避这些问题。但也许从那时起，我们所做的只是努力寻找新的词汇来表达旧的思想。或许，这一切也不应该让人感到意外。用新技术和新方案逃避诉讼的企业将永远伴随着我们。"但是，如果我们关心的是'公平参与和实质正义的传统观念'，而不仅仅是我们对这些事物的个人和特殊印象，也许我们最终会问同样的问题。可以看出，美国最高法院在面对影响至今的国际鞋案时态度也发生了变化，未来美国对于特殊管辖权的具体操作仍然需要更多最高法院判例的指引。

（3）小结

美国最高法院所做出的判决不可避免地受到大法官们各自政治立场的影响。美国联邦最高法院自从进入罗伯茨时代之后，已经越来越趋于保守。保守派向来坚持司法克制主义，对司法国际主义持怀疑态度。他们一方面反对美国法院援用外国法律解释美国宪法，甚至反对美国法院在任何案件中适用任何外国法律。另一方面，他们也反对任意扩大美国法律的适用范围。[28]特朗普前总统在任期内任命了三位保守派大法官，这将在未来二十年甚至更长的时间跨度内维持保守主义的司法影响力。这种变化对我们来说是好事，美国对自身管辖权的肆意扩张是对他国主权的侵犯以及对国际礼让准则的破坏，现在美国适时收缩，对于美国与其他国家管辖权制度的趋同是具有重大意义。在某种层面上讲，或许我们可以对管辖权领域公约的制定抱有更大的乐观。

3.时代背景的转变

随着全球化的不断推进，在习近平总书记提出并亲自倡导的人类命运共同体理念的指引下，越来越多的国家开始体会到在国际民事诉讼领域内注重国际合作与国际条约的重要性。时至今日，海牙国际私法会议已经有 88 个成员，包含 87 个国家和欧盟，有超过 150 个国家至少是一项海牙公约的缔约国[29]。此外，过去 20 年间，中国的发展成就举世瞩目，包括金砖国家在内的一大批发展中国家都走上了经济发展的快车道。海牙国际私法会议在阿根廷布宜诺斯艾利斯和中国香港分别设立了拉丁美洲办事处和亚太区域办事处，体现出亚洲和拉丁美洲国家国际话语权的提升，世界终于不再只是美国与欧盟的舞台。另外随着经贸往来的

[28] 杜涛：《美国联邦法院司法管辖权的收缩及其启示》，《国际法研究》2014 年第 2 期。

[29] Hague Conference on Private International Law, About HCCH: A World Organisation，海牙国际私法会议官网，https://www.hcch.net/en/about，2021 年 4 月 28 日访问。

愈加频繁，国际民商事纠纷更为复杂繁多，许多国家纷纷设立国际商事法院以应对日益增长的诉讼需求，足以体现诉讼在纠纷解决中的作用仍举足轻重。以上这些时代环境的变化也正在深刻地影响着当下谈判的氛围和基调。

三、重新出发的“管辖权项目”

（一）“管辖权项目”在当下的意义

在世界经济全球化的背景下，货物、服务、资本、人员的跨境流动带来了市场的繁荣，同时也导致了纠纷的增加。如果各国之间不能就纠纷的诉讼解决途径展开很好的合作的话，企业将会面临巨大的法律风险和商业风险。上一次海牙《民商事管辖权和外国判决公约》的谈判是国际民事诉讼领域统一化运动的一次尝试，在 2005 年和 2019 年两个公约通过以后，剩下的唯一缺失就是在管辖权领域，很多人都会有一种想把拼图的最后一块补全的想法。对此有学者就提出了质疑：我们有理由把重点放在争取 2005 年和 2019 年公约的批准和加入上。毕竟，如果现有条约尚未得到有效执行，另一项条约又有什么好处呢？第三项公约也有可能在某种程度上减少对两项现有条约的兴趣，从而使在一项管辖权公约方面的进一步努力成为更大进程中的倒退。此外，一旦判决得到承认（如 2019 年公约所述），解决原审法院直接管辖权的理由就大大减少。毕竟，《布鲁塞尔公约》处理的是直接管辖权，目的是获得关于判决承认的规则。如果你已经达到了目标，你是否需要回去为目标增加额外的手段？[30]这些观点中的确有一些很有说服力，但是这是一种悲观的思维方式，并且也并非全面。现在重新谈判也只不过是在完成 20 多年前预定的目标而已。重新开始对这一问题进行讨论至少具有如下的几重意义。

1.国际民商事纠纷当事人的需要

直接管辖权现有基础的不确定性以及由此产生的国际民商事诉讼的不可预测性对跨境贸易和投资造成了极大的阻碍。随着交通运输工具和通信技术的发展，企业的活动范围早已突破了国家的地理疆界，将商品投入到世界上任何一个角落。贸易的发达自然就引起了纠纷的增加，而无论是哪一方当事人，在纠纷发生后向法院起诉都成为了一项重要的救济途径。但是在过去，对于跨国诉讼当事人都面对这两项困难，一是场所风险，即可能要到非本国的法院起诉或者应诉的风险，二是执行风险，即法院所作判决在另一国承认与执行的风险。执行风险在《承认与执行外国民商事判决公约》通过后基本已经解决，但是目前场所风险仍然困扰着当事人。对于一起纠纷，按照现行的各国民事诉讼法，通常会有不止一个国家的法院对同一个案件享有管辖权，这构成了管辖权的积极冲突。被告在这一环节中处于更不利的地位，因为原告作为提起诉讼的一方可能对法院进行选择，以获取自身更大的优势。因此，对民商事纠纷的当事人而言，一部对各国直接管辖权进行明确规定的公约可以使其对自身诉讼权利有一个更好的认识，从而为其是否进入某地市场提供决策依据，进而更进一步地推进经济全球化的发展。

[30] Brand, R.A. Jurisdiction and Judgments Recognition at the Hague Conference: Choices Made, Treaties Completed, and the Path Ahead. Netherlands International Law Review 67, 3–17 (2020).

2.已有公约的作用尚不全面

目前《承认与执行外国民商事判决公约》已经规定了间接管辖权问题。那么是否只需要一部《承认与执行外国民商事判决公约》就可以高枕无忧了呢？恐怕并没有这么简单。《海牙判决公约》没有规定各国法院的直接管辖权，而是从判决承认与执行的角度规定了间接管辖权基础。间接管辖权来源于直接管辖权，但其范围通常要小于直接管辖权。[31]对于间接管辖权中没有规定的事项，意味着外国法院的判决将无法在本国法院得到承认与执行。对于这一部分纠纷如果其他法院拒绝行使管辖权则有可能导致当事人无法得到救济的可能，因此需要各国通过制定一部关于直接管辖权的公约加以明确各国应当进行管辖的义务。另外，目前各国法律中都会有一些要求本国法院专属管辖的条款，如果存在多个国家的法院对同一案件均要求专属管辖则可能引起国家之间管辖权的冲突，甚至上升到外交事件。平行诉讼、关联诉讼的问题究竟应该如何处理仍然困扰着各国。只涉及间接管辖权的国际民事诉讼法就如同一条腿走路一般。因此通过公约的形式对管辖权的种类与范围进行界定是极具必要性的，而这都是目前公约所不能满足的。

3.世界需要统一的民商事诉讼规则

与国内法层面上的诉讼制度相比，国际民事诉讼由于受到他国主权的限制，统一化趋势是不可避免的。国际私法就是为了高效、公正地解决当事人之间的纠纷而存在的，而国际民事诉讼法就是为了实现这一目标而配套的工具。各国在有关民事诉讼上的分歧，必然影响这种公平与正义的实现。因此, 必须实现国际民事诉讼规则的内部和谐与统一，才能保证诉讼主体对其涉外民事行为的后果有一个较为准确的预期, 使国际民事诉讼法在解决涉外民商事纠纷时实现公平、正义的目标。[32]举例而言，美国在尼加斯托案与百时美施贵宝案中都对本国特殊管辖权进行了限缩，而欧盟则同意在《海牙判决公约》文本中将基于活动的要素纳入合同和侵权案件中。各国在国际民事诉讼管辖领域趋同的速度可能远超大部分人的想象。欧洲的一些法律学者直率地指出：（对于《海牙判决公约》）要么努力将美国包括进来，因为“美国是欧盟最大的经济伙伴”，接受他们眼中的“狭隘的美国管辖标准”；“或相反地探讨一项更为雄心勃勃和实际有用的公约，遵循欧洲的管辖权标准，看是否能被许多其他国家，特别是亚洲国家所接受。”[33] 由此看来，实用主义更是各国在这一问题上的行为依据，因为所有人都清楚世界需要统一的民商事诉讼规则。

（二）专家组会议的最新内容

在过去的两年中，海牙国际私法会议管辖权项目专家组进行了五次会议，并于 2021 年 3 月向海牙国际私法会议总务与政策理事会提交了报告。报告主要内容包括就国际民商事诉讼管辖权问题成立工作组；授权专家组就国际民商事诉讼管辖权拟定草案；重点关注在平行

[31] 何其生：《海牙管辖权项目的新发展》，《武大国际法评论》2020 年第 4 期。

[32] 杨三正：《国际民事诉讼法统一化趋势及其立法构想》，《西南政法大学学报》2005 年第 4 期。

[33] Louise Ellen Teitz, Another Hague Judgments Convention? Bucking the Past to Provide for the Future, 29 Duke Journal of Comparative & International Law 491-511 (2019).

诉讼领域制定有约束力的规则；探讨建立合作机制等。[34]总务与政策理事会批准了这一报告。

根据之前专家组会议的讨论，目前各国专家在就平行诉讼领域制定有约束力的规则已经达成了一致意见，在上述工作顺利的情况下将考虑对直接管辖权项目制定公约或软法。在直接管辖权问题上，今后的工作将以《海牙判决公约》第 5 条为基础讨论法定管辖权，以 2001 年临时案文第 22 条为基础讨论法定管辖权的例外，以及以 2001 年临时案文第 18 条为基础讨论过度管辖权。在平行诉讼规则上，针对相同当事人相同诉因的平行诉讼，存在先受理原则、更适合法院规则以及以直接管辖权为基础的更适合法院规则三种意见，在涉及关联诉讼请求的平行诉讼问题上，各方态度不一。各国专家普遍支持建立合作机制。

从上述内容可以看出许多争论的焦点仍然是以 2001 年临时案文作为讨论基础，如此看来 2001 年的谈判虽然失败了，但也并非没有留下一笔厚重的遗产。

四、“管辖权项目”的未来

（一）关于公约前景的设想

1.规定直接管辖权基础的公约

虽然目前各国专家对于是否通过公约的形式对直接管辖权进行规定仍然存在争议，但是长期来看只有公约才能发挥应有的作用。与公约相比，软法更多情况下是硬法陷入磋谈困境之时的被迫之举，也是国际关系行为体基于自身利益考量下考虑到理论上软法不具有约束力特性所作的主动选择。[35]因此，在国际民商事领域一部清晰明确具有约束力的公约才能最大限度地提升法律的确定性。

在对于直接管辖权的规定问题上，继续采用冯·梅伦（Arthur von Mehren）所提出的混合公约形式应该是最好的方案。在冯·梅伦之前，大多数学者主张管辖权要么必须是必需的（即所有成员国的法院在某些情况下必须行使管辖权），要么是禁止的（即法院在某些情况下不得行使管辖权）。冯·梅伦提议增加允许的直接管辖权的基础，这使得各国可以决定是否要根据某些标准主张管辖权。然而，在冯·梅伦将其引入混合公约之前，这一范畴基本上没有引起学者们的注意。原因可能是，在没有规定的情况下，所有管辖权的依据都是允许的。学者们可能希望将管制的概念局限于必要和排除的基础，正如权利领域的注意力长期局限于义务和主张权利，而自由却被忽视。[36]冯·梅伦的这一创造性想法与霍菲尔德的权利理论不谋而合。在公约中将法定管辖权规定为缔约国的权利，将过度管辖权规定为缔约国的义

[34] Report on the Jurisdiction Project，海牙国际私法会议官网，https://assets.hcch.net/docs/5fbec58b-d14f-49c6-8719-b1fb68fd6d5b.pdf，2021 年 5 月 1 日访问。

外交部条约法律司对之前数次工作组会议内容进行了翻译，详见《海牙国际私法会议“管辖权项目”专家组第五次会议情况简介》，载微信公众号“中国国际法前沿”，2021 年 3 月 8 日；《海牙国际私法会议管辖权项目专家组第四次会议情况简介》，载微信公众号“中国国际法前沿”，2020 年 12 月 30 日；《海牙国际私法会议管辖权项目专家组第三次会议情况简介》，载微信公众号“中国国际法前沿”，2020 年 6 月 19 日。

[35] 何志鹏、申天娇：《国际软法在全球治理中的效力探究》，《学术月刊》2021 年第 1 期。

[36] Ralf Michaels, Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions, in Conflict of Laws in a Globalizing World: A Tribute to Arthur von Mehren (2006).

务，在此之外的部分就是允许缔约国通过国内法调整的自由。

在直接管辖权与间接管辖权是否应当一致这一问题上，2001 年的公约临时案文中为了直接管辖权和间接管辖权的统一采用了对称的概念，因此，临时案文的起草者有可能认为国际直接管辖权的理由与关于间接管辖权的规定之间存在这种对称关系，即当前直接管辖权项目应以《海牙判决公约》规定的间接管辖权为基础展开。[37]但是这种一一对应显然是不必要的，使用霍菲尔德的理论进行解释的话，直接管辖权和间接管辖权是不同且不相关的。在国家之间，直接管辖权是一种特权——A 国的法院可以自由行使直接管辖权，而 B 国无权（与特权相反）要求 A 国不行使这种管辖权。相比之下，间接管辖权是一种权力——如果 A 国的法院拥有间接管辖权，那么它随后的判决将为 B 国的法院带来责任。[38]可以以《海牙判决公约》规定的间接管辖权作为讨论的基础，但最终一定是各国所能接受的一个平衡点，而不会是对间接管辖权的复制。

出于寻求共识的考虑，可以首先在公约文本中将各方均没有异议的内容纳入，对于各方争议较大的领域可以通过议定书的形式另行谈判。之前海牙国际私法会议在判决项目开展研究的非正式专家组在报告中指出：如果建立一份法定管辖理由的清单，则不能期望这一清单会是“全面的”。[39]的确，各国国内法上规定的管辖理由不尽相同，目前的首要任务是将其中共同包含的原则进行提取，从而得出法定管辖权与过度管辖权的范围。

综上所述，能够制定一部对法定管辖权和过度管辖权进行列举式不完全规定，同时对允许管辖权进行肯定，与间接管辖权内容并非完全一致的国际公约可能是现阶段我们对直接管辖权项目谈判的一个美好愿景。

2.减少平行诉讼的公约

平行诉讼问题与直接管辖权问题是密不可分的，多个国家对同一起纠纷同时主张管辖权必然会引起不同国家之间的平行诉讼。在前不久举行的专家组会议中，各国专家填写了与平行诉讼即相关联问题的调查问卷。这一问题也将是接下来工作的重点。无论是采用“先立案规则”还是采用“更适合法院规则”亦或是“以直接管辖权为基础的更适合法院规则”，目的都在于通过不方便法院制度等方式将案件交由一个法院进行审理，这从源头上堵住了多个法院对同一起案件进行审理的机会，为国际民事诉讼冲突的减少具有重要作用。虽然目前标准还存在不同的看法，但各国在此问题上的的目的都是一致的，无论采取何种方案有区别的只在于程序方面，最终都能殊途同归。

3.促进国际民事诉讼统一化的公约

无论何时，对于任何一方当事人诉讼权利和实体权利的保护都是国际民事诉讼法所意图达成的目标。但是，一些国家对于管辖权的过度扩张无形中损害了他国的主权与当事人的权

[37] Jueptner, E. The Hague Jurisdiction Project: What options for the Hague Conference?, Journal of Private International Law, 16(2), 247-274, (2020).

[38] Ralf Michaels, Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions, in Conflict of Laws in a Globalizing World: A Tribute to Arthur von Mehren (2006).

[39] 参见“Ongoing work on international litigation” (Prel. Doc. No 3 of March 2013)，海牙国际私法会议官网，https://assets.hcch.net/docs/18fab31c-706e-4430-b2ca-ebae7c8af5e1.pdf，2021 年 5 月 2 日访问。

利形式。通过谈判达成公约是国际民事诉讼统一化运动的最重要途径之一，正如 1962 年《布鲁塞尔公约》限制了缔约国对居住在另一缔约国的被告的管辖权这一过高的国际直接管辖权一样。一些国家指出，行使过度管辖权的理由是为了确保在根本没有法院地或不容易找到法院地的情况下，诉讼当事人能够诉诸司法。[40]那么只要其他国家遵守公约对法定管辖权设立的义务，那么上述问题就迎刃而解了。在此之后再通过对过高的管辖权基础的限制，并配合《海牙判决公约》对于依据过高的管辖权基础做出的判决不予承认和执行，迫使各国遵从公约的规定，将进一步促进各国在管辖权领域的趋同发展，使得判决能够顺畅地跨境流通，实现国际民事诉讼法的目的和宗旨。

（二）中国的态度和声音

随着中国综合国力和国际地位的提升，中国正在世界舞台上发挥更大的作用。签署《选择法院协议公约》、《新加坡调解公约》等国际民商事领域的重要公约均体现了我国坚持经济全球化战略方向不动摇，坚持多边主义外交方针不动摇。本次管辖权项目的谈判中国从早期就开始参与，向世界传达出中国对这一问题的重要看法和思考。

中国坚持通过多边外交解决问题。包括平行诉讼在内的直接管辖权问题是中国面临的问题，也是世界面临的问题。这些问题只要国内法上的规定是不够的，需要与各国建立紧密的合作，共同应对方能解决。如果少数国家不愿意加入在这样的讨论中来，或者不接受国际条约对自己的约束，那么大可以不参加，毕竟这个世界上爱好和平、谋求经济发展、人民幸福的国家才是大多数。

对于我国具体的直接管辖权规则，有学者在上一次公约谈判时指出我国涉外民事案件管辖权的立法与司法实践中缺少的正是一个贯彻始终的原则规定，对具体管辖权规则的必要的限制，以及必要情形下又可以使法官自由裁量的规定。[41]经过二十多年的发展，我国国际民事诉讼法的发展成就是有目共睹的，与我国经济社会发展的现状是相符的，与国际主流国家相比也是成功的。我国将来如果批准《选择法院协议公约》，应当注意使我国的域内法规则与海牙《选择法院协议公约》中的规定尽量保持一致，能够具有外向型的特点，而不只是局限于以前相对保守的做法。[42]通过参与国际会议，多学习其他国家的经验对于我国管辖权制度的完善都具有非常重要的意义。

在“一带一路”项目建设的时代潮流中，我国更应该发挥国际法在维护涉外法治中的突出作用，如何构建适应对外开放新形势的国际民事诉讼法是一个艰巨的课题。管辖权制度是国际民事诉讼的出发点，也是其中最重要的一个部分之一。在现代国际社会，具有竞争力的争议解决制度，尤其是司法制度是维护经济发展、彰显本国综合国力的一个重要因素。大国

40 Jueptner, E. The Hague Jurisdiction Project: What options for the Hague Conference?, Journal of Private International Law, 16(2), 247-274, (2020).

41 郭玉军、甘勇：《美国法院的“长臂管辖权”——兼论确立国际民事案件管辖权的合理性原则》，《比较法研究》2000 年第 3 期。

42 涂广建：《构建外向型的国际民事诉讼程序体系》，《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016 年第 5 期 93-97 页。

的司法制度已经超出传统上化解争议的范畴，上升到服务于经济、提升本国或本地区综合竞争力的高度。[43]我们应当在习近平新时代中国特色社会主义法治思想的指引下，加强运用国际法维护我国主权、安全和发展利益，运用国际法解决各方面问题，应当积极参与、推进和引领国际规则的制定和发展，积极做好我国相关规则与现行国际规则的衔接[44]，推动建设相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系，共同构建人类命运共同体。

五、结语

成功的道路不会一帆风顺，公约的谈判总是伴随着曲折与挫折，海牙管辖权项目的明天还犹未可知。今年是 1971 年《民商事外国判决的承认和执行公约》达成五十周年，虽然该公约事实上并没有取得成果，但是同领域 2019 年通过的《承认与执行外国民商事判决公约》却被学者们寄予众望。历史发展是螺旋式上升的，只要我们相信国际社会在这一问题上有着共同关切的利益，那么未来该领域公约的达成将不是可能而是必然。

THE DEVELOPMENT AND FUTURE OF THE “JURISDICTION PROJECT” OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Abstract

Recently, the Hague Conference on Private International Law is conducting research on the legislation of "Jurisdiction Project". From the end of last century to the beginning of this century, there have been negotiations on the formulation of a convention to simultaneously solve the international jurisdiction of the court and the recognition and enforcement of foreign judgments in this field, but it was not successful. The main reason was that the contradictions and differences of the parties were too sharp. After two decades of development, with the achievement of the Convention on Choice of Court Agreement and the Hague Judgment Convention, as well as the US jurisdiction rules and the background of negotiations, which were the main focus of disputes at that time, have changed. These have reignited discussions on the establishment of a convention in this field. At present, the legislation of "Jurisdiction Project" is of great significance to the parties of civil and commercial disputes, countries and the international community. If the negotiation goes well, the ultimate goal should be to formulate a convention that can provide for the basis of direct jurisdiction, reduce parallel litigation and promote the unification of international civil procedure law. China should play a greater role in this field.

Key words: The Hague Jurisdiction Project; direct jurisdiction; parallel litigation

[43] 何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，《中国社会科学》2017 年第 5 期 123-146 页。

[44] 宋建立：《<承认与执行外国民商事判决公约>及对我国的影响》，《人民司法》2020 年第 1 期 88-92 页。

海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制构建研究

陈利强 邱梦婷

摘　要：多元化纠纷解决机制是营造国际一流自由贸易港法治环境和营商环境的重要制度保障。随着海南自由贸易港涉外商事的发展，建立多元化商事纠纷解决机制成为其打造法治化、国际化、便利化营商环境的迫切需要。目前，机制的构建面临改革授权力度小、商事纠纷解决专门立法不足、制度不完善等主要难题。中国特色自贸区（港）“事权法治制度环境一体化”的方略和路径以及“特别授权法模式”可以为海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制构建提供思路和方法。

关键词：海南自由贸易港；商事纠纷解决机制；特别授权法模式

作　者：陈利强，浙江工业大学法学院硕士生导师、浙江外国语学院“一带一路”学院教授；邱梦婷，浙江工业大学法学研究生。

一、问题的提出

海南在逐步建设中国特色自由贸易港的过程中，因其实施一系列措施，如降低市场准入门槛、优化海关监管环境、对企业税负的优惠等，外来投资将大幅度提升，自由贸易港的商贸活动会愈发频繁。[1]因此，自由贸易港中各类民商事纠纷，尤其是涉外贸易、跨境法律纠纷将频繁产生。海南自由贸易港迫切需要打造一个法治化、国际化、便利化的营商环境，从而保障商贸活动的安全有序以及纠纷的平稳解决。诉讼因其成本高、程序繁琐、耗时长等缺点逐渐不再成为人们解决纠纷的唯一选择，在纠纷解决的方式选择上，国际上也越来越偏向纠纷的多元化解决，因此多元化纠纷解决机制应运而生。[2]2019 年 11 月，国务院副总理、推进海南全面深化改革开放领导小组组长韩正表示，“海南要对标世界最高水平的开放形态，努力在政策和制度体系上实现重大突破”。[3]贸易自由和投资自由是海南自由贸易港政策和制度体系设计的主要价值取向，具体表现为 12 个方面的海南自贸港政策和制度信息。其中自由贸易港法治体系[4]应当认定为海南自由贸易港“最核心政策和制度体系”[5]内容之一。在 2020

本文系 2020 年度国家社科基金一般项目：“海南自由贸易港建设法治保障创新研究”的阶段性研究成果，项目编号：20BFX201。

[1] 参见王琦：《海南全面深化改革进程中的国际商事纠纷调解机制研究》，《海南大学学报》人文社会科学版 2019 年第 3 期。

[2] 多元化纠纷解决机制是指一个社会中各种纠纷解决方式、程序或制度（包括诉讼与非诉讼两大类）共同存在、相互协调所构成的纠纷解决系统。参见范愉：《当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示》，《中国应用法学》2017 年第 3 期。

[3] 参见新华社：《韩正主持召开推进海南全面深化改革开放专家座谈会和领导小组全体会议》，http://www.gov.cn/guowuyuan/2019-11/09/content_5450519.htm，中华人民共和国中央人民政府网，2020 年 1 月 9 日访问。

[4] 参见新华社：《韩正主持召开推进海南全面深化改革开放专家座谈会和领导小组全体会议》，http://www.gov.cn/guowuyuan/2019-11/09/content_5450519.htm，中华人民共和国中央人民政府网，2020 年 1 月 9 日访问。

[5] 参见陈利强：《中国特色自贸区（港）法治建构论》，人民出版社 2019 年版，第 177 页。

年 5 月两会召开期间，全国人大常委会工作报告提出将制定海南自由贸易港法。《海南自由贸易港建设总体方案》（以下简称“《总体方案》”）明确指出要建立以海南自由贸易港法为基础，以地方性法规和商事纠纷解决机制为重要组成的自由贸易港法治体系。[6]2020 年 6 月，习近平总书记对海南自由贸易港建设作出重要指示，强调要把制度集成创新摆在突出位置，要支持海南大胆创新，要高质量高标准建设海南自由贸易港。[7]作为海南自由贸易港法治体系的重要组成部分和制度创新的重要载体，多元化商事纠纷解决机制的构建是海南自由贸易港构建国际一流（稳定、公平、透明、可预期）法治环境或法治化营商环境中必不可少的一环。

法律规定的“诉讼和仲裁制度”是国家专属事权（中央专属立法权/国家立法权）。因法律缺位，制度集成创新不足等因素，海南自由贸易港尚未形成专业、高效、便利的多元化商事纠纷解决机制。解决这一问题的关键在于厘清国家事权（中央专属立法权）与地方立法权的关系，在分步骤、分阶段建立自由贸易港政策和制度体系进程中，必须处理好改革与法治的关系。因此，本文运用中国特色自贸区（港）“事权法治制度环境一体化”[8]的方略和路径，旨在破解多元化商事纠纷解决机制构建所面临的主要难题，从“事权、法治、制度”三个层面提出完善建议，以期为机制构建提供理论支撑与实践思路。

二、海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制构建的主要难题

海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制的构建，重点在于集诉讼解决机制与非诉讼解决机制于一体，完善国际商事纠纷案件集中审判机制，提供国际商事仲裁、国际商事调解等多种非诉讼纠纷解决方式。[9]当前，构建这两种机制都面临立法不足与制度不全的难题，而纠纷解决的立法与国家事权紧密相连，厘清其关系成为破解法治与制度难题的基础。下文将分别在诉讼解决机制与非诉讼解决机制两大层面，对多元化商事纠纷解决机制构建的主要难题进行“事权-法治-制度”三个层次的剖析。

（一）诉讼解决机制

立足中国国情与海南省情，诉讼方式在商事纠纷解决中仍是一种重要途径。自自贸区设立以来，有关专门法庭积极探索自贸区审判体制机制改革创新。但是，目前的改革创新是探

---

[6] 参见新华社：中共中央 国务院印发《海南自由贸易港建设总体方案》，http://www.gov.cn/zhengce/2020-06/01/content_5516608.htm，中华人民共和国中央人民政府网，2020 年 6 月 2 日访问。

[7] 参见《习近平对海南自由贸易港作出重要指示强调要把制度集成创新摆在突出位置 高质量高标准建设海南自由贸易港》，http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-06/01/c_1126059817.htm，新华网，2020 年 6 月 2 日访问。

[8] 中国特色自贸区（港）“事权法治制度环境一体化”的方略和路径，高度聚焦国家战略实施中的事权分配、法治保障、制度创新、营商环境四位一体高度统一，针对的是中国特色自贸区（港）建设中的“立体式改革”，旨在为加强改革“系统集成、协同高效”提供破题思路和路径选择。参见前引②，第 47-52 页。

[9] 参见新华社：中共中央 国务院印发《海南自由贸易港建设总体方案》，http://www.gov.cn/zhengce/2020-06/01/content_5516608.htm，中华人民共和国中央人民政府网，2020 年 6 月 2 日访问。

索性质的，成熟改革经验尚未完全形成并转化为立法，涉及现行诉讼法律法规的调整，海南自由贸易港缺少立法权、修法权，制度集成创新难于深入推进。

1.事权层面：立法权受限导致诉讼机制法律缺失

依据《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）第 8 条的规定，“诉讼和仲裁制度”属于国家事权事项，诉讼机制中涉及的法律，制定或者修改需要遵循《立法法》的规定。《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》），其制定和修改主体为全国人大常委会。涉及上述法律，海南省人大在没有经过全国人大常委会的特别授权之前不具有立法或者修法的主体资格，地方立法机关只拥有地方立法权（包括一般立法权与特殊立法权），无权对《民事诉讼法》进行调整。因此，针对海南自由贸易港的涉外商事纠纷，有必要对有关法律的部分规定以及制度进行完善，例如调解的自愿性规定、涉外民事诉讼程序中的部分规定。从当前海南自由贸易港事权与立法权关系的实践角度看，不管是地方立法权还是经济特区立法权，都无法完全满足政策文件中的“立改废释”等法治保障重大需求。[10]即需要对法律进行修改，但海南自由贸易港并无调法（即“立改废释”）的权限。

2.法治层面：商事纠纷案件审判机制尚未系统形成

自海南自贸区设立以来，最高人民法院《关于为海南全面深化改革开放提供司法服务和保障的意见》（法发[2018]16 号）（以下简称“《意见》”）强调要建立国际商事纠纷案件集中审判机制。2018 年 4 月，最高人民法院第一巡回法庭在海南成功挂牌。2019 年 9 月，海南分别设立了第一、第二涉外民商事法庭和海口知识产权法庭。这些新型法庭的设立是海南自贸区审判机制的改革创新，但是还存在优势资源紧缺、案件审判水平不够高等问题。涉外民商事法庭行使完全的司法主权，在审理过程中存在判决迟延、难以应对国际商事争议中的技术问题等弊端。[11]对于海南而言，《意见》是政策上的引导，但难以将其应用于实践之中。因此，如何将《意见》的精神体现在具体规则中是自贸区专门法庭改革创新的重要任务。在司法实践工作中，法院应当在多元化纠纷解决机制中发挥主导作用，但因其受制于有限的影响力与物质条件，难以发挥引导与监督的功能。[12]在国家政策层面，法院需要发挥引导、推动、保障之功能，但在实际操作过程中，司法必须配合立法的脚步，无法越过立法进程。

3.制度层面：诉讼与非诉讼程序划分不清

法院的“保障”作用贯穿于机制构建的全过程中，但只有在纠纷解决体系健全、制度完备、队伍精良的前提下，司法保障才能被视为一种主流和常规状态。[13]传统法院的调解模式是存在弊端的，表现为调解主体与审判主体界限不清、审判程序与调解程序划分不清。在程序上，审判员仍秉持传统的司法理念，即将调解视为与审判一样的司法职权，而不是当事人

[10] 参见赵爱玲：《建设自由贸易港 助力全面开放新格局》，《中国对外贸易》2017 年第 11 期。

[11] 参见王淑敏，李忠操：《海南自由贸易港拟建国际商事法庭应重点聚焦国际化改革》，《政法论丛》2019 年第 3 期。

[12] 参见江苏省泰州市中人民法院课题组，徐军：《矛盾纠纷多元化解机制的实践困境与路径探析》，《中国应用法学》2017 年第 3 期。

[13] 参见蒋惠岭：《引领—推动—保障：司法作用的发展进阶》，《人民法院报》2015 年 4 月 10 日。

自治解决纠纷。[14]这说明两种纠纷解决方式在程序上出现混乱。而外部问题则表现为机构之间对接出现的“断裂”现象。多元化纠纷解决方式如调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等皆有其独立的主管部门，各种程序处于独立运作状态，相互之间缺乏协调配合，同时纠纷解决资源无法实现共享。

（二）非诉讼解决机制

非诉讼纠纷解决机制的国家立法并不健全，仲裁、调解机制层面的地方立法权受限。海南有关纠纷解决机构的国际化程度不高，专门规则与制度不全，机构之间对接规则不清晰。

1.事权层面：立法权受限导致非诉讼机制法律缺失

海南自由贸易港的发展定位是新型特殊经济功能区，普适意义上的国家法律在自由贸易港并不完全契合。其中，有关法律如《中华人民共和国人民调解法》（以下简称《人民调解法》）《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）的制定与修改主体为全国人大常委会，地方人大并无立法或修法的权限，这对非诉讼解决机制的法治建构产生了较大阻碍。海南自由贸易港中商贸纠纷频发，所涉案件多为与贸易、投资相关的商事纠纷，因此，对解决商事纠纷的法律有着更为具体的要求，但海南自由贸易港又无权直接调整商事纠纷解决中涉及的法律。为了支持海南自贸试验区的建设与发展，2020 年 4 月，全国人大常委会授权国务院在海南自贸试验区暂时调整适用有关法律，[15]对其提供了强有力的法治保障。作为核心政策和制度的纠纷解决体系，因尚未在法律适用上进行相应调整，导致海南自由贸易港在贸易投资纠纷解决中缺乏竞争性与可比性，从而可能丧失贸易与投资的机会。

2.法治层面：商事纠纷解决专门法律缺失

有关多元化纠纷解决机制的立法规范数量虽然较多，如《仲裁法》《人民调解法》已经吸收了仲裁、调解等非诉讼纠纷解决方式并对其作了相应的规定，但在商事仲裁、商事调解领域尚欠缺法律规范。就目前的实施情况来看，上述的法律也并未在纠纷解决中得到广泛的应用，解决纠纷效果不佳。[16]《仲裁法》仅有 80 个条文, 有些条文因过于原则性和概括性在应用中存在难度，最高人民法院《关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》(2008 调整)在《仲裁法》实行了多年以后才出台，说明仲裁制度的发展是较慢的。而在调解方面, 除人民调解外, 其他如商会、行业协会及调解机构的专门规则也处于缺位状态。以上情况制约了仲裁和调解制度的发展。[17]因国家层面尚无专门立法规制商事调解、仲裁等纠纷解决方式，海南地方立法机关也就难于取得立法突破。2020 年 6 月，海南省人大常委会通过了《海南省多元化解纠纷条例》（以下简称“《条例》”），明确了商事调解组织的设立主体和调解范围，同时也界定了国际商事调解机构的案件受理范围，但规定较为原则且专业化程度不够，

[14] 参见刘晓红：《构建中国本土化 ADR 制度的思考》，《河北法学》2007 年第 2 期。

[15] 参见《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国（海南）自由贸易试验区暂时调整适用有关法律规定的决定》，http://www.gov.cn/xinwen/2020-04/29/content_5507538.htm，中华人民共和国中央人民政府网，2020 年 5 月 1 日访问。

[16] 参见江苏省泰州市中人民法院课题组，徐军：《矛盾纠纷多元化解机制的实践困境与路径探析》，《中国应用法学》2017 年第 3 期。

[17] 参见刘晓红：《构建中国本土化 ADR 制度的思考》，《河北法学》2007 年第 2 期。

在实务中会遇到操作难题。目前，尚未存在相关法律或者专门条例，规制海南自由贸易港商事纠纷解决。海南省关于仲裁与调解的地方立法成果，如《海南经济特区劳动争议仲裁规定》（1997）《海南省实施<中华人民共和国人民调解法>办法》（2017），在商事仲裁与调解方面的立法规范存在缺失。

3.制度层面：商事纠纷解决组织与规则短板

在仲裁与调解机制方面，2018 年至 2020 年成立的海南国际仲裁院、海南国际仲裁院省企业联合会仲裁调解中心、中国贸促会（中国国际商会）海南调解中心、中国贸仲委海南仲裁中心在一定程度上为海南自由贸易港商事纠纷解决提供了法治保障，但与国际一流的商事纠纷解决机构差距较大，其国际化、法治化、便利化程度都不足以令国外商事主体趋向选择。

三、中外多元化商事纠纷解决机制构建经验与启示

通过分析机制构建的主要难题，本文认为有必要对国内外商事纠纷解决机制构建经验进行类型分析，为海南自由贸易港提供经验借鉴。法治是机制构建的统领要素，而制度体系则是该机制不可或缺的组成部分。在发展多元化纠纷解决机制过程中，世界各国依据自身的法律与制度条件，建立了不同的纠纷解决机制。

（一）机制的立法模式

多元化纠纷解决机制的构建不能缺少立法的指引。域外替代性纠纷解决机制（Alternative Dispute Resolution ；简称 ADR）立法规范的途径主要包括成文法、案例法、组织机构的流程规则、政府政策以及法院规则与政策。纵观世界各国的立法，模式有所不同，包括国家统一立法，如综合法或者单行法；国家授权立法，如美国联邦和各州的 ADR 立法；国家通过宪法支持非诉讼纠纷解决程序，如南非宪法规定通过调解实现社会和解。[18]

1.“国家统一立法模式”

很多国家的 ADR 机制或者多元化商事纠纷解决机制采用“国家统一立法模式”加以确立，因此该模式下的法律具有规范性和普遍性，效力最高。“国家统一立法模式”下纠纷解决机制立法可以概括为三种法律形式：综合型立法、单行型立法、融合型立法。美国在 1998 年颁布的《ADR 法》授权和鼓励联邦机构使用 ADR 方式解决纠纷，主要用于行政争议的解决，这是世界上第一部《ADR 法》。2012 年，德国生效了《法庭外争议解决促进法》，在此基础上通过了《调解法》，并修改了《劳动法》《民事诉讼法》等法律。[19]前述法律虽不能称作严格意义上的国家统一法，但对纠纷解决机制的统一立法有重要的参考作用。相比于综合促进法，单行型立法显得更为专业，其直接对非诉讼纠纷解决方式进行调整和规制。2008 年，欧盟颁布了《关于民商事调解若干问题的 2008/52 号指令》，此后大多数成员国修改了法律中关于调解的规定，以此证明该指令具有参考价值以及引导功能。[20]2018 年，联合国国际贸易法委员会（以下简称“联合国贸法会”）通过了《贸易法委员会国际商事调解示范和

[18] 参见龙飞：《替代性纠纷解决机制立法的域外比较与借鉴》，《中国政法大学学报》2019 年第 1 期。

[19] 参见张泽涛、肖振国：《德国〈调解法〉述评及其启示》，《法学评论》2013 年第 1 期。

[20] 同注①。

调解所产生的国际和解协议示范法》，[21]同年，联合国大会会议审议通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》，公约旨在解决国际商事调解达成的和解协议的跨境执行问题。[22]在仲裁制度的发展过程中，1985 年联合国贸法会制定了《国际商事仲裁示范法》，为各国提供了仲裁立法参考。最有影响力的是《承认和执行外国仲裁裁决公约》，即《纽约公约》，已有 157 个成员国加入该公约。还有国家将非诉讼纠纷解决机制与诉讼体制进行融合立法，如德国的和解法官制度和转介调解制度就体现在其 2012 年修订的《民事诉讼法》中。[23]英国在民事司法改革中制定《民事诉讼法》，其中对调解制度有较多规定，旨在推行调解方式。

2.“国家授权立法模式”

相比于“国家统一立法模式”法律的普遍效力，“国家授权立法模式”则为经济功能区的发展提供了高效的法治环境。迪拜的经济繁荣与其高度法治化有重要联系，在国际一流的法治化营商环境中，高效、公平的多元化商事纠纷解决机制保障了迪拜国际金融中心的成功运行。迪拜通过立法设立了自由贸易区，在司法保障方面，为自由贸易区设置了与国际标准统一的纠纷解决服务标准，而这些并不影响迪拜的司法主权。[24]在中国国内，上海自贸试验区也采取了法律调整先行的做法。2014 年，上海国际仲裁中心（上海国际经济贸易仲裁委员会）制定并发布了《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》（以下简称“《自贸区仲裁规则》”）。[25]《自贸区仲裁规则》将临时措施决定机构的范围从法院扩展到了仲裁庭和紧急仲裁庭，但前提是临时措施执行地所在国或地区的法律规定仲裁庭有权做出临时仲裁措施决定。[26]可见，《自贸区仲裁规则》在不与现行法律规定冲突的情况下，进行了有益创新，而这也为国家层面的仲裁立法提供了良好的基础。

（二）机制的制度建设

不同国家和地区的商事纠纷解决机制的制度建设呈现多元化发展趋势，主要以诉讼、商事调解、商事仲裁方式为主，发展到后来，涌现出越来越多的合作型、综合型纠纷解决中心

---

[21] 参见《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》(2018 年)，https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation，联合国国际贸易法委员会网，2020 年 6 月 2 日访问。

[22] 参见新华社：中国签署《新加坡调解公约》，http://www.xinhuanet.com/2019-08/07/c_1124849699.htm，新华网，2020 年 1 月 10 日访问。

[23] 德国 2012 年通过修订《民事诉讼法》，建立和解法官制度和转介调解制度，第 278 条第五款修改为：“法院可以让当事人参加由非主审法官组织的和解庭审，以及其他试图解决该纠纷的其他形式的尝试 (和解法官制度)。和解法官可以采用所有纠纷解决的形式，包括调解。”参见齐树洁：《外国 ADR 制度新发展》，厦门大学出版社 2017 年版，第 23-24 页。

[24] 参见赵蕾，邓迪心，何晓懿：《沙漠金融中心之门—迪拜国际金融中心的纠纷解决机制》，《人民法院报》2017 年 7 月 14 日。

[25] 参见上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）：《中国(上海）自由贸易试验区仲裁规则》，https://www.china-shftz.gov.cn/PublicInformation.aspx?GID=3ca690fe-ac4b-4558-8a31-03fc086a64a6&CID=953a259a-1544-4d72-be6a-264677089690&MenuType=1&navType=0，中国（上海）自由贸易试验区管理委员会网，2020 年 1 月 10 日访问。

[26] 参见袁杜娟：《上海自贸区仲裁纠纷解决机制的探索与创新》，《法学》2014 年第 9 期。

或机构。例如，呈现市场化发展趋势的美国司法仲裁调解服务公司，抑或是国际纠纷解决机构“集散地”—新加坡麦克斯韦多元纠纷解决中心[27]，都为多元化商事纠纷解决机制各机构的国际化协同发展提供了便利。

1.纠纷解决服务市场化

1979 年，美国联邦最高法院原首席大法官沃伦提议创建了美国司法仲裁调解服务股份有限公司（Judicial Arbitration and Mediation Services，Inc；简称“JAMS”）。JAMS 公司是非营利的法律服务机构，在全球设有 26 个纠纷解决中心，在册纠纷解决工作人员超过 300 人，这些“中立第三人”由美国法律专业人士组成，其中大部分是法官与律师，并且在之前就从事纠纷解决工作。JAMS 为委托人提供多样化的纠纷解决服务，包括中立分析评估、调解、仲裁、企业法务 ADR 方案等，专业、保密、高效则是其服务特点，该公司由此吸引了大量的客户。JAMS 根据纠纷解决服务项目不同，实行不同的收费标准，收费标准由解决纠纷的“中立第三人”确定，当事人、案件管理人与当事人律师协商定价作为补充。JAMS 不仅仅提供专业的纠纷解决服务，通过宣传 ADR 的优势，同时也发展了美国的纠纷解决服务市场。[28]

2.“一站式”纠纷解决中心

近年来，新加坡作为亚洲地区最重要的纠纷解决中心备受全球瞩目，其前瞻性的 ADR 纠纷解决机制的顶层设计、战略布局以及纠纷解决服务产业化、“一站式”服务的理念等，其产生的实际效果显示了强劲的竞争力。麦克斯韦多元纠纷解决中心选址在新加坡中央商业区，将“一站式”纠纷解决服务引申为一种多元化纠纷解决服务，满足顾客除纠纷解决工作之外的需求，增强了客户的纠纷解决体验。目前多家国际纠纷解决机构都入驻了该中心，例如，世界知识产权组织仲裁和调解中心（WIPO）、国际商会仲裁院（ICC）等。同时，新加坡本土争议解决机构也入驻该中心，国际著名的埃塞克斯大律师事务所也在该中心设立了分所。麦克斯韦多元纠纷解决中心是全球第一个纠纷解决服务聚集程度很高的中心，最大程度地满足了国际纠纷解决市场的需求。麦克斯韦中心的设计思路、管理模式不仅取得了成功，而且实现了示范效应、规模效应以及带动效应。[29]

（三）对建立多元化商事纠纷解决机制的启示

中国多元化纠纷解决机制与域外 ADR 机制有很多的相似之处。从 20 世纪 80 年代开始，世界各国通过发展 ADR 推动司法和社会治理体系改革。[30]各国纠纷解决机制的法律与制度呈

[27] 麦克斯韦多元纠纷解决中心的成立旨在为在新加坡开展替代性纠纷解决（ADR）服务提供一站式的、一流的设施和服务，目前，大约有 50 个著名的国际纠纷解决机构入驻该中心。参见赵蕾：《打造“一带一路”国际纠纷解决机构“集散地”—新加坡麦克斯韦多元纠纷解决中心的启示》，《法制日报》2018 年 3 月 7 日。

[28] 参见赵蕾：《纠纷解决服务市场化运行的领跑者—美国司法仲裁调解服务公司的最新发展》，《人民法院报》2018 年 6 月 22 日。

[29] 参见赵蕾：《打造“一带一路”国际纠纷解决机构“集散地”—新加坡麦克斯韦多元纠纷解决中心的启示》，《法制日报》2018 年 3 月 7 日。

[30] 参见齐树洁、许林波：《域外调解制度发展趋势述评》，《人民司法（应用）》2018 年第 1 期。

现了丰富的纠纷解决文化，可以为海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制的构建提供有益经验。在立法方面，通过授权海南进行多元化商事纠纷解决机制的相关法律调整是可行的。例如，通过修改《民事诉讼法》对有关调解的条款作更符合现代纠纷解决理念的修改，海南可充分利用地方立法权，在商事调解、商事仲裁等专业领域，制定专门规则；在制度建设方面，推动多元化商事纠纷解决机制的社会自治和市场化发展。司法由于其地位、功能以及资源的限制，并不足以应对所有不经分流而涌入法院的纠纷。市场化运作模式可以促使非诉讼纠纷解决机制健康发展，保持长远的发展活力和竞争力。不过在市场化发展的过程中，保持行业自律也尤为重要。

四、构建海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制的建议

海南探索建设中国特色自由贸易港，应当坚持“事权法治制度环境一体化”的方略和路径以及“为改革调法”的核心理念，[31]前文运用该方略破解了海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制构建的难题，解决这些难题的重点在于把握“央地关系”动态框架，厘清国家事权与立法权的关系，强化法治保障力度，以及建设集成化而非碎片化的制度体系（见图 1）。

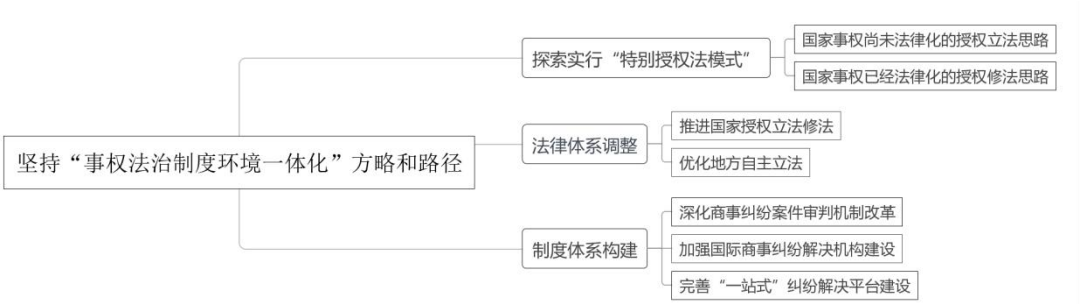


图 1：多元化商事纠纷解决机制构建框架

（一）探索实行“特别授权法模式”

海南自由贸易港的建设，不能局限于传统法学意义上的立法、司法、执法、守法之法律保障逻辑，而是国家事权及中央专属立法权与地方事权划分、地方立法权、经济特区立法权与国家立法权行使等复杂的事权分配及其法治化问题。[32] 换句话说，传统的法治保障很难实现海南自由贸易港高度的法治化，因此更为切实可行的途径是转换思维，运用“特别授权法模式”[33]，授权特定主体进行立法、修法，完善自由贸易港的法治建设。

1.国家事权尚未法律化的授权立法思路

对于国家事权尚未法律化的内容，建议由国家事权主体以及专属立法权资格主体授权特定主体进行立法。海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制亟需一部综合性的条例，来构建其整体框架，调整机制内法院与各非诉讼纠纷解决主体的关系。国务院制定的法规在全国范围内具有相同效力，并不只对海南自由贸易港存在约束力，自由贸易港尚在快速发展阶段，

[31] 参见陈利强：《中国特色自贸区（港）法治建构论》，人民出版社 2019 年版，第 143 页。

[32] 同注①，第 136 页。

[33] “特别授权法模式”是学界新的理论创新，模式特点注重央地关系的梳理，涉及面广，包括立法、修法、法律豁免等法律调整活动，陈利强教授首次提出了该模式，并对其进行了深刻研究与论证。 参见前引①，第 103-107 页。

结合资源以及效率因素分析，海南自由贸易港更适合走特别授权立法路径。相关专属立法权资格主体授权海南自由贸易港，制定“中国（海南）自由贸易港多元化商事纠纷解决机制促进条例”，以实现资源利用最大化，这也是构建海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制的合适选择。

2.国家事权已经法律化的授权修法思路

海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制，如调解、仲裁事项属于国家事权且已经经法治化[34]，主要成果为《民事诉讼法》《仲裁法》《人民调解法》等法律。因此，此类法律的调整路径可以由制定法律的主体，例如全国人大常委会行使国家立法权，授权国务院为“已经法律化的国家事权”事项进行修法。落实到海南自由贸易港，即为国务院授权海南自由贸易港对相关法律进行调整，如暂停使用或者修改（见表 1）。

国家事权尚未法律化：授权立法	国家事权已经法律化：授权修法
1.“中国（海南）自由贸易港多元化商事纠纷解决机制促进条例”	1.《民事诉讼法》 第 93 条，第 96 条自愿性原则 第 122 条“先行调解原则”但书部分 将自愿性原则解读为对调解结果的是否自愿接受，而非开启调解程序的自愿。
2.“中国（海南）自由贸易港商事调解规则”	
3.“中国（海南）自由贸易港商事仲裁规则”	

表 1：海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制特别授权法律调整基本思路

（二）法律体系调整路径

通过健全多元化商事纠纷解决机制立法，为海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制地方性法规的制定奠定基础，加快推进地方性法规的立法进程，构成有效的地方立法体系。

1.推动国家授权立法

在机制构建过程中，通常会出现职能部门多且乱、职责功能划分不清、纠纷解决标准不严谨、调解仲裁与诉讼之间不协调等问题，这些是单项法规无法解决的问题。目前，多元化商事纠纷解决机制的法律地位与基本制度皆处于空白状态，应予以明确，从而保障纠纷解决工作有效开展。[35]立法机关应当考虑构建纠纷解决机制的整体框架，将零散的法律法规进行规整，明确行政机关、各社会组织以及仲裁、调解机构等在纠纷解决中行使的职能；将各职能部门的权力进行合理划分，明确其功能与制度，科学系统地推动该机制的构建与完善。[36]

[34] 参见陈利强：《中国特色自贸区（港）法治建构论》，人民出版社 2019 年版，第 142 页。

[35] 参见王淑敏,沈敬怡,何悦涵：《海南自由贸易港发展 ADR 的必要性及可行性研究》,《南海法学》2019 年第 3 期。

[36] 参见江苏省泰州市中级人民法院课题组，徐军：《矛盾纠纷多元化解机制的实践困境与路径探析》,《中国应用法学》2017 年第 3 期。

在立法技术方面，应避免出现过多原则性规定，减少抽象的表达；在必要情况下，同时出台相关解释，辅助法律的准确运用。海南省应当积极争取国家对自由贸易港多元化商事纠纷解决进行授权立法，在多元化商事纠纷解决机制、商事调解、商事仲裁领域进行立法，例如“中国（海南）自由贸易港多元化商事纠纷解决机制促进条例”“中国（海南）自由贸易港商事调解规则”“中国（海南）自由贸易港商事仲裁规则”等。

2.优化地方自主立法

国家为推进海南自由贸易港的建设提供了强大的政策基础，但是政策没有立法支撑则无法落地实施，因此亟需加快推进海南自由贸易港的地方立法。2015 年，中国第一部关于多元化纠纷解决的地方性法规出台，即《厦门经济特区多元化纠纷解决机制促进条例》。之后，有关多元化纠纷解决机制的地方立法在多地先后开始筹备制定。[37]《中国（海南）自由贸易试验区总体方案》中提出了“强化法制保障”，地方立法可发挥积极补充作用，在立法上更具针对性。[38]在 2020 年 6 月新出台的《条例》的基础之上，以及不与上位法冲突的情况下，海南可以进行有关地方立法的探索，旨在解决国际商事纠纷。

（三）制度体系完善路径

随着司法体制改革各项措施的落实，司法应回归其本质属性，提供“法治保障”服务，发挥其后台推动与保障的功能，将市场的活力注入到纠纷解决机制的构建中，稳步推进“一站式”纠纷解决服务平台的建立，从而带来更多良性发展。

1.深化商事纠纷案件审判机制改革

作为自贸区审判机制改革创新的试验田，涉外民商事法庭可在总结审判经验的基础上，逐步形成新型涉自贸区审判机制。[39]首先，在条件成熟时，借鉴已建立的国际商事法庭的经验，在海南设立具有自由贸易港特色的“自由贸易港国际商事法庭”。其次，通过赋权改革，法院应该被赋予“先行先试”的权力，而这种权力可以通过立法或者其他规范加以授予，重点应放在外国法查明途径的拓宽，送达程序的高效便利化以及司法协助的实质化等方面。法院在提升专业素养的同时也需发挥组织协调与监督功能。[40]随着多元化纠纷解决方式越来越被社会所接纳，法院也被赋予推动多元化机制发展的使命。例如在诉调对接上，通过修法，将《民事诉讼法》第 93 条、第 96 条以及 122 条但书部分对于调解自愿性的规定解释为对调解结果的意愿自由，授权法院进行调解或者委托调解，从而来开启调解程序。在委托调解过程中，法院应尽引导与监督之责，协助调解协议进入司法确认程序，提高调解的正当性。[41]

---

[37] 参见龙飞：《多元化纠纷解决机制立法的定位与路径思考—以四个地方条例的比较为视角》，《华东政法大学学报》2018 年第 21 期。

[38] 参见王淑敏,沈敬怡,何悦涵：《海南自由贸易港发展 ADR 的必要性及可行性研究》，《南海法学》2019 年第 3 期。。

[39] 参见王琦：《探索自贸区自由贸易港纠纷解决新机制》，《海南日报》2019 年 12 月 13 日。

[40] 参见梁平：《多元化纠纷解决机制的制度构建—基于公众选择偏好的实证考察》，《当代法学》2011 年第 3 期。

[41] 参见范愉：《自贸区建设与纠纷解决机制的创新》，《法治研究》2017 年第 1 期。

2.加强国际商事纠纷解决机构建设

《意见》明确提出支持建立多元化国际商事纠纷解决机构，[42]《条例》规定允许境外商事调解机构，依照国家有关规定参与商事调解。[43]目前海南自由贸易港较为缺乏一流的商事纠纷解决机构，应积极借鉴国内自贸区商事纠纷解决机构的经验，例如上海国际仲裁中心，尝试建立国内一流的商事调解机构以及商事仲裁机构，同时积极引进国际商事纠纷解决机构，比如国际商会仲裁院（ICC）、国际投资争议解决中心（ICSID）等。政府在此过程中应发挥主导力量，积极提供政策及资金支持。

3.完善“一站式”纠纷解决平台建设

对于“一站式”纠纷解决服务平台的建设，海南自由贸易港具有政策基础与实践基础。[44]纠纷解决机构应当积极引导当事人优先选择高效、对抗性弱的方式解决纠纷，力争建成多层级递进的“一站式”纠纷解决平台。[45]通过和解、调解或者仲裁程序的分流后，再启动诉讼程序，既能高效利用司法资源，同时也推动了非诉讼纠纷解决机制的发展。《海南省优化营商环境行动计划（2018-2019 年）》中指出，要为投资者营造良好的法治环境，将对标一流国际交易秩序、国际机构运营规则，同时构建争端解决多元化机制，对采取调解方式解决争端的企业给予财政鼓励支持。[46]纠纷解决市场化发展已经成为海南的选择，海南省政府在“一站式”纠纷解决平台构建方面制定了多项待实施的政策，并划定了责任，制定了任务分配计划。在机构设置方面，建议海南自由贸易港在海南省人民政府的支持下，借鉴美国纠纷解决服务市场化以及新加坡麦克斯韦多元纠纷解决中心的经验，重视开发社会资源与市场资源，积极引进国际知名仲裁机构以及尝试建立国际商事纠纷调解机构，同时纳入已经设立的海南国际商事仲裁院等国际纠纷解决机构，以此逐步建设成体系完善的“一站式”纠纷解决服务平台。此外，海南自由贸易港也需要通过立法将人才引进计划规范化、法律化，加强国际纠纷解决人才、技术、服务的法律保障。

---

[42] 参见最高人民法院《关于为海南全面深化改革开放提供司法服务和保障的意见》，http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-111631.html，中华人民共和国最高人民法院网，2020 年 1 月 9 日访问。

[43] 参见《海南省多元化解纠纷条例》，http://www.hnftp.gov.cn/zcfg/zcwj/hnzc/202006/t20200619_3281935.html，海南自由贸易港网，2020 年 6 月 20 日访问。

[44] 最高人民法院设立国际商事法庭，牵头组建国际商事专家委员会，支持“一带一路”国际商事纠纷通过调解、仲裁等方式解决，推动建立诉讼与调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制，形成便利、快捷、低成本的“一站式”争端解决中心，为“一带一路”建设参与国当事人提供优质高效的法律服务。参见中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》，http://www.gov.cn/zhengce/2018-06/27/content_5301657.htm，中华人民共和国中央人民政府网，2020 年 1 月 9 日访问。

[45] 参见王琦：《探索自贸区自由贸易港纠纷解决新机制》，《海南日报》2019 年 12 月 13 日。

[46] 参见海南省发展和改革委员会：《海南省优化营商环境行动计划（2018－2019 年）》，http://www.hainan.gov.cn/hainan/zxxx/201812/c0a9e0fb9d1448a7b1ab228163299f83.shtml，海南省人民政府网，2020 年 3 月 6 日访问。

Research on the Construction of Diversified Commercial Dispute Resolution Mechanism in Hainan Free Trade Port

Abstract： A diversified dispute resolution mechanism is an important institutional guarantee for creating a world-class free trade port's legal environment and business environment. With the development of foreign-related commercial affairs in the Hainan Free Trade Port, the establishment of a diversified commercial dispute resolution mechanism has become an urgent need for it to create a legal, international, and convenient business environment. At present, the construction of the mechanism is facing major problems such as small reform authorization, insufficient special legislation for commercial dispute resolution, and imperfect systems. The strategy and path of the “integration of powers and legal system environment” in the Free Trade Port with Chinese characteristics and the “special authorization law model” can provide ideas and methods for the establishment of a diversified commercial dispute resolution mechanism for the Hainan Free Trade Port.

Key Words: Hainan Free Trade Port;Commercial Dispute Resolution Mechanism;Special Authorization Law Model

美国主权豁免例外的适用及中国应对——以新冠肺炎疫情案为例

陈 瑞

（中南财经政法大学法学院国际法学国际公法方向 2018 级法学硕士研究生）

摘要：1976 年生效的《外国主权豁免法》通过列举的方式，明确规定美国联邦法院获得对他国行为管辖权的具体情形，其具体内容具有一定的国际法法理支撑。但是在其发展实施过程中，面对不同的被诉主体，依然会存在主体豁免资格不明的问题。中国因新冠肺炎疫情被美国起诉的系列案件有助于厘清中国各个被诉主体在《外国主权豁免法》中的豁免情况。此外，在新冠肺炎疫情案件中，美国政府企图通过新的立法，扩大解释其例外规则内涵并改变其法律适用规则，在一定程度上与国际法原则相悖。针对美国适用国家豁免法，就新冠肺炎疫情对中国政府和地方机构提起诉讼并索取高额赔偿的行为，中国有必要重视其影响力。面对被诉，中国既要采取适当的诉讼举措，预防可能发生的缺席审判的情况，并在适当的情况下，运用国际法规则和美国《外国主权豁免法》的规定积极为自己抗辩。另外，从长远看，中国也需要完善自身的国家豁免制度，做好制度上的准备。中国有必要尝试转换为限制豁免的立场，改变国家豁免法不成体系的现状。通过制定系统、对等的国家豁免法，以及构建中国司法的进取型管辖权体系，为中国国家豁免制度做好框架建设，以期实现有效反制。

关键词：美国主权豁免例外；限制豁免理论；新冠肺炎疫情案；国家豁免制度

一、美国主权豁免例外概述及其适用的法律争议

美国主权豁免法是 1976 年生效的《外国主权豁免法》（Foreign Sovereign Immunities Act，以下简称 FSIA）。FSIA，不同于其他一般法律，具有明显的域外适用效力。美国国会在审议《外国主权豁免法》草案时，曾在报告中指出 FSIA 是长臂管辖法（Long-arm statute），[1]即允许美国法院对外国政府行使对人管辖权和事项管辖权。因此，有必要明晰 FSIA 在国际法上的法理基础以及可能存在的法律争议，从而对其豁免例外的适用具有更清晰的国际法认知。

（一）美国主权豁免例外概述

1、美国主权豁免例外的规定

FSIA 在其立法中，原则上赋予其他主权国家管辖豁免权，同时采用列举式具体明确了国家无法享有国家及其财产豁免的情形。FSIA 的豁免例外规定主要见于其第 1605 条，当中规定十种左右的豁免例外情况。其豁免例外可以大致分为以下几类：第一类，是国家通过条约或仲裁协议明示或后期默示授予放弃其豁免权。[2]放弃的形式有多种，比如（1）通过双边或多边协议的方式明确放弃国家豁免资格，包括同意由特定法院或者仲裁机构处理有关争议的情形；（2）通过诉讼中的表现形式默示放弃国家豁免资格，例如一国虽未主张豁免但却主动提起诉讼或者以被告身份应诉，又或以其它方式加入诉讼等情形。第二类，是基于属地管辖和普遍性管辖而获得对其他国家的管辖权，包括非商业活动侵权例外和非法征用例外。[3]第

[1] H.R. REP. 94-1487, H.R. Rep. No. 1487, 94TH Cong., 2ND. Sess.1976.

[2] See the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), 28 U.S.C. § 1605a(1)(6).

[3] See the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), 28 U.S.C. § 1605a(3)(5).

三类，是与国家主权无关的行为，包括商业活动例外、继承或赠予例外、以及基于商业活动的海上留置权例外。[4]其中，商业活动例外是有限豁免原则的主要体现，也是美国对外国主权国家进行管辖所运用的主要例外原则。符合商业例外必须满足三种情况：（1）被告方在美国境内进行（perform）商业活动，而原告方的诉求直接来源于被告方该商业活动；（2）被告方在美国境内外均有商业活动，原告方的诉求产生于被告方美国境内的商业活动，同时该活动与美国境外的商业活动存在关联；或者（3）被告方在美国境外进行商业活动，原告方的诉求产生于被告方美国境外的商业活动，同时该活动在美国境内导致了“直接影响”（direct effect）。这种例外涉及的案件比较复杂，法院必须考量相关行为的性质，而不是被告方实施该行为的目的。另外，1996 年美国国会新增了恐怖主义例外，恐怖主义例外主要是美国国务院针对被美国列为支持恐怖主义的国家而设立的，当前包括叙利亚、伊朗、朝鲜以及古巴等国。[5]其判定一国是否属于支持恐怖主义的国家，关键在于其是否参与或资助了诸如酷刑，非法囚禁，人质劫持和绑架之类的恐怖主义行为。一旦美国政府依照其国内法律规定认定任何主权国家参与或支持了恐怖主义行为，该国在美国则失去国家豁免权，并大概率面临来自美国公私主体的起诉与索赔。[6]

美国通过制定 FSIA，为其起诉其他国家提供国内法的管辖依据。这一行为是限制豁免理论发展的体现，顺应了特朗普政府时期通过采取单边措施实现其制定的政策目标的理念。美国通过对 FSIA 的域外适用，促进了国家豁免理论的新变化，同时也对过往的国际法秩序提出了更多的挑战。

2、美国主权豁免例外的法理基础

FSIA 作为限制豁免原则下的立法产物，符合美国的时代发展背景和需要。同时在现代国际法框架下，其豁免例外的产生与发展拥有一定的国际法原理和基础作为支撑，需要进一步挖掘和解读。除了其自身限制豁免理论的发展之外，国际法不禁止即允许原则也是其大胆立法的国际法基础与来源。

（1）美国限制豁免理论的确立与发展

各国政府的对外政策和立法规定一般是随着国际关系和国际社会的发展而变化调整的。1952 年之前，美国和世界其它国家一样，采用绝对豁免的立场。但是随着美国经贸发展的需要，美国政府开始改变其豁免立场。1952 年的“泰特公函”正是促使美国突破传统的一个标志性事件。根据对欧洲国家实践的考察，美国国务院代理法律顾问泰特建议美国法院可以对外国主权的私行为（jure gestionis）行使管辖权，而对外国主权行使的公权力（jure imperii）行为保留豁免权。[7]采用绝对豁免的立场，不利于美国公民或企业在与其他国家主体进行商业交易时维护其海外利益，也会削弱美国对与国际投资的吸引力。在美国针对主权豁免问题

[4] See the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), 28 U.S.C. § 1605a(2)(4); b.

[5] State Sponsors of Terrorism [EB/OL]. [2021-01-12]. https://www.state.gov/state-sponsors-of-terrorism/.

[6] See the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), 28 U.S.C. § 1605A.

[7] See Letter of department of state acting legal adviser, Jack B. Tate, to acting attorney general of the department of justice, Philp B. Pearlman, 26 Dep’t St. Bull. 984 (1952).

立法之前，政府一直在涉及国家豁免的案件中对司法进行干预，而法院也往往接受政府所给予的建议来判断是否使某一国享有国家豁免。可是，这一行为易导致法院判案出现标准不一的做法，不利于司法独立和司法公正。例如，当政治因素影响了美国国务院的外交政策时，本应享有豁免的主权国家，在美国国务院的豁免建议下，不享有主权豁免。这种由多种因素干扰、经由行政机关和司法机关的主权豁免认定，不具有清晰和统一的标准。[8]

美国法院认为需要有权自己决定司法管辖豁免问题，而不是再由国务院干涉。国会从20世纪60年代中期开始研究国内立法的问题。1973年，FSIA草案提交众议院讨论，后提交司法委员会，进一步交下属委员会进行听证。1976年，FSIA将限制豁免原则以法典的形式确立下来，并增加了几项外国主权豁免例外。FSIA的出台也是美国逐渐将国家是否享有豁免权的决定权由行政机关移交给法院的结果。自那之后，FSIA成为了美国法院对外国主权国家行使管辖权的唯一依据，也使得主权豁免的认定主体正式从行政机关变为司法机关。此后，其他西方国家甚至国际组织也纷纷开始出台以限制豁免理论为基础的国家豁免法。[9]

（2）国际法不禁止即为允许原则的延伸

早在1927年的“荷花号”案中，国际常设法院关于国际法本质的论断为之后国家的实践指引了方向，认为国际法规范的是独立国家之间的关系，而国际法的拘束力来源于国家意志，这些意志表现在国家缔结的条约以及习惯法中。因此，在理解国际法时，不可假定国际法对国家的独立性有所限制。[10]不少国际法学者和国际关系学者认为这段话是将国家主权与独立立于高地，其自然的结果就是：国际法无禁止即自由。目前，国际法并没有禁止国家将自己的法律或法院的管辖适用于域外的人、财产、或行为；相反，国际法给予国家很大自由裁量的空间，除某些为国际法所限的情形外，例如国际人权法领域和国际刑法领域，每个国家在不违背国际强行法的情况下，可以采取其视为最优与适当的措施。国际法对国家唯一的要求是不能逾越国际法对管辖权的明确界限，在这些界限之内，国家行使管辖权的权利来源于国家主权。因此，当前对于一国国内法域外适用的行为，判断其是否符合国际法的基本原则往往是，默认这一域外适用行为的合法性，除非能查找到明确禁止这种行为或理念的国际法原则。

目前国际法上还尚未就限制国家主权豁免问题形成有效条约。虽然在《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property，以下简称《豁免公约》）尝试对限制豁免主义的例外规定提供统一、细化的标准，但是《豁免公约》并未生效，美国也并未签署、批准该条约，所以当中的规定难以形成普世规则。在这一领域的真空中，美国率先制定明确的成文法，而后其他西方发达国家也

[8] See Republic of Austria v. Altmann [EB/OL]. [2020-10-20]. https://www.law.cornell.edu/supct/html/03-13.ZO.html.

[9] 英国也于1978年颁布《国家豁免法》，加拿大1982年颁布《国家豁免法》，澳大利亚1985颁布年《外国国家豁免法》等。

[10] See the Lotus Case [EB/OL]. [2020-10-25]. http://www. worldcourts. com/pcij/eng/decisions/1927.09.07 lotus.htm.

多有追随。然而，以上观点存在明显的不足之处。[11]国家主权平等原则在《联合国宪章》中确立并发展为当代国际法的基石，为国家采取绝对豁免的立场提供了坚实的法律支撑。这说明在国家豁免领域，当限制豁免主义还不足以形成新的国际习惯之时，绝对豁免主义更具有国际法原则的背书。同时，国际社会依然存在与之不同的实践，不少国家依然采取绝对豁免的立场。因此，有关美国公私主体依据 FSIA 豁免例外进行域外适用的行为是否符合其法律规定，对其他主权国家进行审判的行为是否具有国际法合法性，以及中国可以采取何种应对措施以应对 FSIA 豁免例外适用所造成的法律争议等问题，还需要进一步探讨。

（二）美国主权豁免例外适用的法律争议

尽管 FSIA 的建立与其豁免例外的形成具有一定的国际法理论作为支撑。但是在其适用过程中，仍然存在一定争议。明确 FSIA 中豁免主体资格问题是正确适用 FSIA 的前提。此外，在当前国际社会，限制豁免主义虽然形成一股势不可挡的趋势，但尚未有明显证据证明其已然成为一项国际习惯法规范。目前国家主权豁免原则仍是确定的国际习惯规则，即绝对豁免规则的运用不存在违背国际法规则之嫌。而美国单方面适用其豁免例外并进一步扩大其领域，在一定程度上与国际法上国家主权平等原则相悖。其次，FSIA 在美国国会的努力下，有改变其溯及力和重新适用惩罚性赔偿规定的倾向。这使得其他国家可能因为其过去不被 FSIA 所禁止的行为，在日后被美国提起诉讼并索取高额赔偿。而这一改变也可能与国际法上禁反言原则相违背。

1、国家豁免主体资格问题

依据最高法院的先例判决，FSIA 是美国法院享有对其他国家的民事管辖权唯一法律渊源。[12]FSIA 规定的是“外国国家”的主权豁免，所以首先需要解决的问题是判断哪些主体构成 FSIA 中的“外国国家”。而依据 FSIA1603（a）款[13]的规定，可以依照“外国政治分支机构”以及“外国代理机构或媒介”这两类主体对中国被诉主体进行相应的法律定性分析。

按照国际惯例和国家实践，“外国国家”首先应当包含已经独立的国家实体，即使该国未得到美国承认，按照宣告说，这也不影响其拥有主权国家所享有的豁免特权。至于“外国政治分支机构”的具体概念，由于 FSIA 并未在其条文予以明确，因此主要从以往司法实践探知一二。从涉及清政府的“湖广铁路债券案”、[14]到“莫里斯旧债案”、[15]再到马绍尔群岛公司执行仲裁裁决案，[16]美国法院均认定中国政府为 FSIA 中的“外国政治分支机构”，构成

[11] 陈一峰. 国际法不禁止即为允许吗?——“荷花号”原则的当代国际法反思[J]. 环球法律评论, 2011(03):22.

[12] Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp, 488 U.S. 428, 439 (1989). the U.S. Supreme Court held that “the FSIA provides the sole basis for obtaining jurisdiction over a foreign state in federal court...” ; see also Republic of Argentina v. Weltover, 504 U.S. 607, 611 (1992).

[13] 根据 FSIA 第 1603（a）款规定，“外国国家”可以分为“外国政治分支机构”以及“外国代理机构或媒介”这两类。

[14] 参见孙昂. 美国对外事务法律机制（下）[M]. 北京：国际文化出版公司, 2010：671-682.

[15] 参见中华人民共和国外交部条约法律司编著. 中国国际法实践案例选编[M]. 北京：世界知识出版社, 2018：388-406.

[16] First Inv. Corp. of Marshall Islands v. Fujian Mawei Shipbuilding, Ltd [EB/OL]. [2020-11-11].

“外国国家”的一部分，享有国家豁免。而地方政府，作为中央政府的地方延伸，自然也是构成 FSIA 中的“外国国家”的一部分。例如，在加拿大天宇公司诉四川省政府案中[17]，起诉方主张适用 FSIA 中的商业例外，但由于四川政府的境外活动对美国缺乏“直接影响”，因此不适用商业例外。同理，在仰融诉辽宁省人民政府案[18]中，仰融曾主张辽宁省政府的行为构成 FSIA1605（a）（2）项和（a）（3）项的商业例外以及征收例外，但该政府的征收行为，依据其行为性质，是一国主权行为的表现，而不具有商业性，因此不构成商业行为。同时，其征收行为没有违法国际强行法规定，不符合 FSIA 中征收例外的构成要件，因此辽宁省政府享有国家豁免，不受他国管辖。此外，在洲际工业公司诉湖北省政府案[19]中，由于诉状未能依照 FSIA1608 条的送达程序完成送达给政府负责人，最终被法院驳回起诉。上述案例中，无论诉由和结局如何，都不影响美国法院乃至起诉方认定有关地方政府因属于中国政府的“政治分支机构”而构成 FSIA 中“外国国家”的一部分这一观点。由此可以推断出，中华人民共和国政府及其中央及地方部门、政府都属于 FSIA 中的“外国政治分支机构”的一部分，属于该法规定的享有豁免的主体。

依照 FSIA1603 条（b）款中的规定，“外国国家”还包含“外国代理机构或媒介”，具体来说作为“外国代理机构或媒介”应由以下三种条件同时组成：（1）具有独立法人资格，可以自身名义进行订立合同、持有财产，和进行诉讼等行为，具有明显的商业职能；（2）与外国政府及其分支机构具有紧密联系，具体表现在政府出资或持股比例超过 50%；（3）依据本国相关法律、法规在本国进行设立，而无关其他国家的法律。在中国，“外国代理机构或媒介”首要代表无疑是各国有企业，依据中国法律设立，具有独立的法人资格，由政府进行主要出资从事与其他市场主体一致的商业活动，具体表现形式包括各运输公司、海运公司、矿山公司等[20]

在实践中，被诉主体，除了常见的中央和地方政府以及国有企业外，在本次的新冠肺炎疫情案（以下简称“新冠疫情案”）中，还有两个特殊主体的豁免资格需要被进一步明确，即中国共产党和武汉病毒研究所。是否享有豁免资格关系到之后法律适用和应诉策略，因此，需要提前做好相应研究。

2、豁免例外的新增与国家主权平等原则的冲突

国家主权平等原则于国际法的重要性不言而喻，[21]许多重要的国际文件，如《联合国宪

https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca5/12-30377/12-30377-2012-12-21.html.

[17] Big Sky Network Canada, Ltd. v. Sichuan Provincial Government [EB/OL]. [2020-11-12]. http://library.law.virginia.edu/gorsuchproject/big-sky-network-canada-ltd-v-sichuan-provincial-government/

[18] Rong v. Liaoning Provincial Government [EB/OL]. [2020-10-31]. https://www.courtlistener.com/opinion/2453758/rong-v-liaoning-provincial-government/

[19] Intercontinental Industries Co v. Wuhan State Owned Industrial H, et al [EB/OL]. [2020-11-17]. https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/13-56136/13-56136-2015-07-27.html

[20] H.R. REP. 94-1487, H.R. Rep. No. 1487, 94TH Cong., 2ND. Sess.1976.

[21] 《联合国宪章》序言、第 1 条、第 2 条第 1 项和第 78 条。1965 年《关于各国内政不容干涉及其独立与主权之保护宣言》、1970 年《国际法原则宣言》等法律文件都规定了国家主权平等原则。

章》，甚至将它列为各项原则之首。22可以说没有国家主权平等原则的兴起与发展，就没有国际法的形成与繁荣。因为如果没有国家之间的平等，就没有国家的共同意志的产生，国际法的形成也就无从谈起。而国家豁免是国家间平等的重要表现，国家无论大小都享有豁免，这种互惠互让行为在相当长一段时间的国际实践中已经成为一种国际习惯法。[23]

在现代国际法中，限制豁免原则仅仅在国际刑法和国际人权法中逐渐形成国际强行法规范。[24]在其他领域，尤其是国际经济贸易方面，限制豁免主义虽然在逐步扩大并与绝对豁免的纷争中并占据了一定的上风，但其实际上还未发展成为国际社会的主流立场，未形成一种习惯国际法规范，未得到国际性公约的有效确认。[25]根据“荷花号”原则，美国有权自行设立具有域外效力的国内法并予以实施，但是前提是不违背现行的国际强行法规定，不与国际法禁止性条款冲突，否则不具有合法效力。美国通过 FSIA 规定了一系列豁免例外规定，大多是基于外国的非主权行为或者该行为因符合某一国际罪行而取得普遍或保护性管辖权，具有一定的国际法学理背书。但是美国在新冠疫情案中，企图通过新的立法，进一步扩大其豁免例外情形。具体表现形式包括将恐怖主义例外的内涵进行扩大解释，以及新设生物武器例外等行为。这无疑会使美国获得更多对其他国家的管辖权，存在与国家主权平等原则相悖之嫌。

3、豁免例外的规则变更与禁反言原则的冲突

禁反言原则在国际法上的发展历史较短，最早的国际实践发生在 1929 年塞尔维亚同法国之间的一个债券案（Serbian Loans Case）之中，在此案中，“禁反言”（estoppel）一词首次明确出现在国际常设法官的判决之中。[26]此后，逐渐适用于更多国际法领域，[27]并发展成为国际法中的一般法律原则。[28]在国际法中，禁反言是一种法律技术，一国在与另一国商定某些事项后就不能随意改变其立场。[29]国际法中禁反言原则的首要基础是善意原则（good faith），这要求一个国家不要采取与先前的表述不符的行动，从而损害另一个国家的利益；其次是一致原则（consistency），在现代国际社会，国家之间的信任是脆弱的，任何一个变化可能导致两国之前关系的恶化。究其原因，主要在于不存在一个超国家实体进行第三方的

---

[22] 《联合国宪章》第 2 条第 1 项规定国家主权与平等列为各项原则之首，作为联合国的一项基本组织原则。

[23] 参见[美]路易斯·亨金.《国际法：政治与价值》[M]. 张乃根等译. 北京：中国政治大学出版社, 2005：382.

[24] 参见[英]马尔科姆·N·肖. 国际法[M]. 白桂梅等译. 北京：北京大学出版社, 2011：117-119.

[25] 其未发展成为习惯国际法最显著的证明在于，截至 2020 年 12 月 20 日，《欧洲国家豁免公约》《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的批准国家数量都未超过 30 个，一直未能生效。

[26] See Dissention Opinion by M. Bustamente [EB/OL]. [2020-12-26]. https://jusmundi.com/en/document/opinion/en-serbian-loans-dissention-opinion-by-m-bustamente-friday-12th-july-1929#opinion_409

[27] 在解决领土争端、海洋划界争端、国籍和外交保护等诸多领域均得以适用，且范围在不断扩大，如 1933 年的东格陵兰岛、1955 年的诺特博姆案、1969 年的北海大陆架案，以及 1977 年智利与阿根廷的毕哥海峡案。

[28] 参见[英]伊恩·布朗利著. 国际公法原理[M]. 曾令良，余敏友等译. 北京：法律出版社，2007：41.

[29] 参见[英]马尔科姆·N·肖. 国际法[M]. 白桂梅等译. 北京：北京大学出版社，2011：439.

监管与处罚，至多通过设立多边会议或组织来保持国家行为的一致性，维护国际社会的安全和稳定。

根据一般国际实践和习惯，禁反言规则在国际法中的适用必须满足声明明确、自愿、且受信赖这三个条件。具体说来，一国所做的声明必须明确且清晰的，而不存在任何可能招致歧义的地方；其次，声明必须是在未受胁迫、自愿的情况下作出的，且国家在行使国家行为时表示愿意受该声明约束；第三，声明获得其他国家信赖（reliance），并为这种信赖做出有利于声明国的决定。反言之，若声明国擅自违反自己所作声明，信赖此声明的国家将因此蒙受损失。[30]

上述三个构成要件中，信赖要件尤为重要。首先在于信赖要件的产生犹如某种兜底条款一样，涵盖无法在条文中穷尽的情形，维护信赖国的核心利益，保证受信赖国遵守承诺。其次，这一要件也可以避免让受信赖国承受过多法律责任。在国际社会，主权国家有权根据其本国发展情势独立制定和改变对外政策。信赖要件可以避免声明国因某一声明而被其他国家过多地限制其制定对外政策的自由。通常情况下，只有当政策变更不利于实现或者损害信赖国在声明中被保护的利益时，才可以要求受信赖国保持行为上的一致性。

美国在 FSIA 的适用过程中，通过新的联邦司法判例的形式，更改了此前有关 FSIA 豁免例外中有关惩罚性赔偿以及溯及力的规定，推翻了此前相关案件的法律适用与解释，[31]极大地加重了被告国的法律责任。这使得他国在不可预见的情况下，因其过去不应由美国管辖的行为而重新受到美国的管辖与审判，并承担数额巨大的惩罚性赔偿。这意味着他国因信赖美国此前的法律规定而实施的行为可能重新处于法律风险之下，损害其他国家利益，违背信赖要件。

二、争议阐释：以新冠肺炎疫情为例

2020 年 3 月 13 日，美国佛罗里达州一律所（The Berman Law Group）因新冠疫情事件首次对中国政府及其地方机构提起集团诉讼，[32]随后内华达州也遵循了相同的范式提起集团诉讼。4 月 21 日，中国政府及其他地方机构被美国密苏里州司法部长以涉嫌违反 FSIA 中的商业例外为由进行起诉。这次诉讼和之前几次诉讼不同的是，这是美国首例以政府官方名义起诉中国，不得不引起重视。截至到 2020 年 12 月，美国各州依据 FSIA 中的相关豁免例外因新冠疫情对中国政府及其分支提起的诉讼超过十余次。尽管目前有的诉讼被撤回或驳回，[33]但大多数案件依然还在审理之中，在这些拥有不同诉由及请求的系列案件中，产生了对某

[30] 参见史中伟. 禁止反言在国际法中的适用问题研究[D]. 南昌：南昌大学, 2009: 65.

[31] FSIA 最初文本的第 1606 条禁止原告在基于第 1605 节中所规定的任何主权豁免的例外规则提出的诉讼中，提出惩罚性赔偿的诉求；湖广铁路债券案中明确了 FSIA 不具有溯及力。

[32] 2020 年 5 月 4 日，本案原告代理律师依据《美国联邦民事诉讼规则》第 15（a）（1）项的规定向受理法院提交了经过修订的诉状，在被告名单中删除了此前诉状首页被告名单中的应急管理部和民政部。同时增加了中国共产党、湖北卫生健康委员会、武汉卫生健康委员会、中科院武汉病毒研究所等 4 位被告。依据原告代理律师在 2020 年 5 月 4 日诉状中第 46 段的表述，中华人民共和国、国家卫生健康委员会、湖北卫生健康委员会、武汉卫生健康委员会、湖北省人民政府、武汉市人民政府统称为“中国政府被告”。

[33] 2020 年 3 月 13 日，佛罗里达州一案第一原告 Logan Alters 以学业为由委托律师申请撤回诉讼。法官

些特定主体豁免资格问题的讨论，同时也进一步放大了 FSIA 豁免例外的适用与某些国际法原则的冲突。

（一）被诉主体国家豁免资格

1、中国共产党的豁免问题

如前述，中国政府及其地方政府的豁免主体资格无须质疑，但在密苏里州诉讼案中，对中国共产党的豁免资格的认定还存在一些争议。在诉状中，密苏里州将中国共产党列为被告，并建议外国政党不应享有 FSIA 中“外国国家”的豁免资格，因为作为一国党派，它似乎不属于“外国政治分支机构”和“外国代理机构或媒介”中的任何一类。但是，诚如在仰融案、天宇案，以及洲际工业公司案中的分析思路，判断某一主体是否属于“外国国家”，需要从其行为性质上去斟酌。美国联邦第九巡回上诉法院在审理多尔食品公司诉帕特里克森案（Dole Food Co. v. Patrickson）时，认为应以原告在起诉时被告的状态来认定被告主体是否属于“外国国家”的一部分。[34]同时，《美国对外关系法（第四次）重述》（Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States）认为，[35]应该参照国会立法报告的说明，从宽解释“外国机关”。而中国共产党按照中国宪法的规定，属于我国的执政党派，统领整个中国行政机构的运转和社会秩序的运行，其领导人是我国的国家主席，享有外交豁免权。因此，不同于美国的多党派，存在权力更迭的情况。中国只有一个执政党，即中国共产党，其政治性质和国家代表属性不容置疑。既然中华人民共和国政府及其中央及地方部门、政府都属于 FSIA 中的“外国政治分支机构”的一部分，作为其领袖团体或政党无理由不属于该法规定的享有豁免的主体。

密苏里州的这一行为，除了显示自身对中国政体的无知，并不会产生其他有用的结果。美国法院在审理案件时，出于 FSIA 的立法目的以及对法律条文的基本尊重，不可能将中国共产党独立于中国政府之外。所以中国共产党作为我国的执政党理应属于 FSIA 的适用主体“外国国家”的一部分，依据其强烈的政治属性，显然是属于“外国政治分支机构”这一类。

2、武汉病毒研究所的豁免问题

在新冠疫情系列案件中，另一个存在争议的豁免主体是武汉病毒研究所。在 2020 年 11 月 24 日，美国公民巴兹（Buzz）起诉中科院武汉病毒研究所（以下简称研究所），并就疫情所受损失索赔，[36]法官就研究所在 FSIA 中的所属类别进行讨论。原告方声称研究所按其核

于同月 16 日发布同意 Logan Alters 撤回诉讼动议的决定；2020 年 6 月 10 日，纽约南区地区法院以诉讼“毫无意义或充满恶意”（frivolous or malicious）为由，驳回了 Medina 对武汉市人民政府的诉讼。

[34] Dole Food Co. v. Patrickson [EB/OL]. [2020-11-12]. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/468/.

[35] See American Law Institute, Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States: Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity, American Law Institute Publishers, 2018, pp225.

[36] Buzz PHOTOS, et al., Plaintiffs, v. The PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, et al., Defendants.https://1.next.westlaw.com/Document/Ife1eaae02ef511eb8c0bd9ea329472d4/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad73aa500000177d712a8ee27fdfffd%3FpcidPrev%3D63dfdaec6bd747f2979a53dc54c18df3%26Nav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3DIfe1eaae02ef511eb8c0bd9ea3

心职能应该属于商业性（commercial）而非政府性（governmental），因此将研究所归于“外国代理机构或媒介”这一类。虽然依照 FSIA 规定，研究所即使按照诉方所称的“外国代理机构或媒介”这一类，也可以依此享有国家豁免资格。但是中国需要采取的应诉策略将会和“外国政治分支机构”有所不同，毕竟两者的送达、答辩时间以及有关缺席判决的规定有所不同，因此依然有必要厘清研究所具体所属地位。

美国哥伦比亚特区巡回上诉法院主张核心职能（core functions）标准，认为被诉主体在被诉时，可以依据该机构的核心职能判断其性质。如果核心职能主要是政府职能（governmental），则可以判断该实体属于“政治机构”；若核心职能主要是商业职能（commercial），则可以判断该实体为“代理机构或媒介”。[37]随着时间的推移，各法院在适用时，运用这一标准来区分“外国政治分支机构”与“外国代理机构或媒体”。行使国家权力的实体，即主要是政治职能，属于“外国政治机构”；反之，若实施非主权行为，则主要是商业职能，属于“外国代理机构或媒体”。[38] [39]

在法官的审查过程中，研究所属于由中科院依照中国法律、利用国有资产设立的，专业从事病毒学基础研究及相关技术创新的，提供传统上与政府有关服务的综合性研究机构。同时，拥有中国科学院新发暴发性传染病病原与生物安全重点实验室。按其重要程度以及与政府合作的紧密程度，法官判定研究所的核心职能属于“政治职能”而非诉方所称“商业职能”，因为其职能显然不是为了进行商业交易而设立的，也不是一般商业主体可以承担的。因此，研究所应该属于 FSIA 中 1603（a）款下“外国政治分支机构”这一类，与中华人民共和国和中华人民共和国解放军享有同等豁免地位。

在确立中国被诉争议主体的豁免资格后，需要进一步对 FSIA 中豁免例外的具体规定加以阐释，从国际法的角度判断美国豁免例外适用的合法性与正当性，主要涉及 FSIA 当中新增的一些规定，以及先前规定的重要改变等。例如，美国某些共和党官员正积极推动 FSIA 的进一步修订，企图将中国此次的疫情事件划分到“制造生物制剂”以及“释放生物武器”一类，从而打开向中国提起诉讼并索取高额惩罚性赔偿的大门。这一系列行为进一步加剧了 FSIA 域外适用与国际法原则之间的冲突。

（二）豁免例外的新增与国家主权平等原则的冲突

1、恐怖主义例外解释的扩大化

29472d4%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=2277ae025cfeb12e82d557c52c80ef72&list=CASE&rank=3&sessionScopeId=24f3f42c0fd27f75522c14d37d9726231da868bab29aac89f6564ea2c60ef87f&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29

[37] Transaero, Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana [EB/OL]. [2020-11-10]. https://www.leagle.com/decision/1998886162f3d7241799.

[38] Transaero, Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana [EB/OL]. [2020-11-10]. https://www.leagle.com/decision/1998886162f3d7241799.

[39] See American Law Institute, Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States: Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity, American Law Institute Publishers, 2018, pp334-335.

原告要求美国法院适用恐怖主义例外来行使管辖权，因为原告认为新冠病毒是中国政府制造的“生物制剂”（biological agent）。依照原先 FSIA 中有关恐怖主义例外的规定，恐怖主义例外应该仅管辖那些被美国认定为支持恐怖主义的国家。当该国家再次资质恐怖主义分子对其他国家进行诸如人质劫持、暴力伤害等恐怖主义行为时，该国依据 FSIA 中有关恐怖主义例外的规定，不再享有国家豁免权。如果一个国家支持了恐怖主义，还导致美国的相关人员受到伤害，则该受到伤害的美国人可以直接在美国联邦法院起诉支持恐怖主义行为的国家。所以，只有在外国政府因为帮助恐怖组织而直接使美国公民受到伤害或者死亡的时候，才可以构成主权豁免例外。中国的行为显然不符合条文中中的任何一项。首先，中国从来不是美国支持恐怖主义国家名单上的一员；[40]其次，中国也没有实施或者支持任何暴力行为。因此很难直接将中国新冠疫情事件和 FSIA 中的恐怖主义例外挂钩。

为了适用该例外规定，美方企图利用《美国法典》第 18 卷第 175 条的规定[41]来扩大解释 FSIA 中的恐怖主义例外，将一国释放“生物制剂”的行为归入该例外的管辖范围下，由此，将中国的新冠疫情事件归属于释放“生物制剂”这一类，从而取得对中国的管辖权。但即使通过此种方法改变恐怖主义例外的有关含义，也很难就此证明新冠病毒是中国制造并释放的一种病毒。毕竟，早在 2020 年上半年，世界卫生组织（World Health Organization，以下简称 WHO）已经明确表示新冠肺炎病毒来源于自然界。[42]也就是说，新冠病毒不可能是中国或其研究所人为做出来的“生物制剂”。

美国这一扩大解释恐怖主义例外的行为，与国家主权平等原则相左。各国负有尊重他国管辖豁免的义务，即使依照限制豁免理论，一国也应严格遵守其国家主权豁免法的有关规定来判断是否给予一国管辖豁免，而不是为了管辖而改变其国内法的规定与法律解释。如果此举获得美国法院的支持，无疑是将一国是否享有豁免的问题重新归还于美国政府进行判断，因为完全可以根据政府的需要，对有关条文进行扩大或缩小解释，以实现政府利益。如此这般，无疑是把他国利益和国家主权平等的有关理念置于一边，不利于国际法的运行与发展以及国际社会的和平与安全。

2、生物武器例外新增的倾向性

为了使中国承担美国新冠疫情的损失，规避政治上的不利影响。在 2020 年 3 月，以共和党众议员兰斯·古登（Lance Gooden）为代表的一批反华议员就向美国国会提交了一项《阻止新冠传染病法》（Stop COVID Act of 2020），[43]试图促使美国国会修订 FSIA 以方便美

[40] 因为在新冠疫情爆发时，中国并不在名单之中，被确定资助恐怖主义的国家只有朝鲜、伊朗、苏丹和叙利亚。

[41] 依据《美国法典》第 18 卷第 175 条的规定，明令禁止研究、制造、储存、运输、获得、持有任何可用作“武器”的生物制剂和毒素，以及相关的投送工具，也禁止任何美国人协助任何外国政府和组织从事这类活动。

[42] 参见央视新闻. 世卫组织：确信新冠肺炎病毒来自自然界 [EB/OL]. [2020-11-21]. http://news.cctv.com/2020/05/02/ARTIluHd4eIkI3wFgBZI439C200502.shtml.

[43] 其具体条文如下：修订《外国主权豁免法》，以便为释放生物武器和其他目的的外国确立管辖豁免的例外。

国原告对中国政府提起涉及新冠疫情的诉讼。如果法案顺利通过，FSIA 将会新增一项“生物武器”（biological weapon）例外，使得美国法院更有可能因新冠疫情获得对中国的管辖权。但是，该项法案的适用范围十分有限，[44]即使该法案被采纳，新冠病毒也不可能被认定为中国政府释放的生物武器。诚如 WHO 所说的，病毒来源于自然界，而非人为制造的，显然不符合“生物武器”的内涵。且美国也没有找到能证明该病毒是中国政府所释放的确切证据。但是上述行为说明美国政府为了使中国承担疫情的不利后果，逃脱本国抗疫不利的责任，而无所不用其极。即使法案以看似合法的方式通过，如其扩大解释恐怖主义例外一般，依然存在与国家主权平等原则相悖的地方。

从其行为本质上看，很难看出美国新增生物武器例外是为了实现司法公正，维护国际社会秩序与公平。反而，从其系列操作上看，政治目的占据主导。虽然各国都是以本国国家利益为重，在力所能及的范围遵守和维护国际法规则和原则，但是这也说明国际法规则和原则是有一定拘束力，轻易不得违反。国家主权平等原则作为国际法的基石与核心，更是属于国际强行法的一部分。美国罔顾事实，在各国应该齐心抗疫，维护本国和世界的安全时，不仅拒绝国际合作，还通过新增豁免例外的方式对中国提起诉讼，干扰中国正常的抗疫进程。同时，拒绝承认中国人民已经实现的抗疫成果，不尊重以人民平等权利及自决原则为根据的友好关系，这显然违反国际法核心原则。

（三）豁免例外的规则变更与禁反言原则的冲突

1、惩罚性赔偿的重新适用

美国国会于 1996 年将恐怖主义例外增补入 FSIA1605 条。该例外允许受害人针对从事或支持特定恐怖主义行为的国家以及被国务院认定为对恐怖人员提供资助的国家提起诉讼。有关惩罚性赔偿的规定最初是在 FSIA 的 1606 条，简单说来，出于对其他国家审判并索赔的谨慎考虑，防止其他国家的日后报复行为，美国国会在立法之初禁止原告方在基于 FSIA1605 条中所规定的豁免例外诉讼之中，对被诉国家提出数额巨大的惩罚性赔偿。

但是 2008 年美国国会却主动打破了这一规定，开始重新适用惩罚性赔偿，并首先在恐怖主义例外中进行尝试。通过《国防授权法》（National Defense Authorization Act，以下简称 NDAA），对 FSIA 恐怖主义例外的适用及其惩罚性赔偿规定进行了重新梳理，通过更改有关条款的位置及内容，使得恐怖主义例外可以成为获取惩罚性赔偿的诉由。[45]。

总共有四处修订，[46]通过这一系列修订，NADD 中的规定赋予了美国公民等主体可通过

---

[44] 仅适用于“外国被指控有意或无意地排放《美国法典》第 18 编第 178 条所界定的生物制剂”的情形。而《美国法典》第 18 编（刑法和刑事诉讼法）第 178 条是刑法有关“生物武器”（Biological weapons）的规定，它规定的是因使用生物武器而造成美国人人身、财产或商业损害的犯罪行为。

[45] Opati v. Republic of Sudan [EB/OL]. https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17-1268.

[46] 第一，在 NDAA 的第 1083（a）款，国会将国家资助的恐怖主义例外从其原来所在的《外国主权豁免法》第 1605（a）（7）项移至新的一节第 1605A 节。这样的结果是，根据恐怖主义例外提起的诉讼不再受《外国主权豁免法》通常禁止惩罚性赔偿的限制。

第二，在 NDAA 的同一节，国会明确为恐怖行为创设了一个联邦法下的诉由。这个新的诉由，通过《外国主权豁免法》第 1605A（c）款的规定，向美国公民、武装部队成员、美国联邦政府雇员或承包商，及其

此事由向其他主权国家的提起诉讼并提出高额的惩罚性赔偿的权利。在联邦法下创设一个新的诉讼事由，进一步扩大国家主权豁免例外的情形。变相加重了其他主权国家的法律义务、增加了其法律责任以及遭遇诉讼的风险。

在此次新冠肺炎系列案件中，原告方在主张中国有释放“生物制剂”的恐怖行为的同时，无一例外都在其诉由中请求法院判决中国方被告承担数额巨大的惩罚性赔偿，所有案件的请求赔偿数额综合起来，即使在一个国家看来都将是天文数字。而之后美国国会企图通过新的法案，进一步打开对中国的诉讼道路，减少 FSIA 中对国家主体的豁免保护，并使得美国对其他国家“先前行为”拥有管辖权。

2、法不溯及既往原则的改变

在普遍观念里，“法不溯及既往”如同一般法律原则一样，适用于几乎所有法律规定，然而，即使如此，美国依然打算在 FSIA 中打破这一规定。早期，美国法院在适用 FSIA 时，依然秉承着“法不溯及既往”原则，与中国有关的最明显的案例便是“湖广铁路债券案”。“湖广铁路债券”案所涉及的客体是的 1911 年发行的铁路债券，该债券早在 1951 年便宣布失效，不具有偿还效力。更为重要的是，债券的生效和失效时间都发生在美国还没有转化豁免立场的时候，即美国和其他大部分国家一样，依然采取绝对豁免的立场。法院在审理该案时认可中美之间当时的绝对豁免立场，以及中国政府发行债券时对此立场的信赖。由此，不能因为 FSIA 的通过，而对中国此前的债券发行行为进行管辖，FSIA 应该如其他法律一样，不具有任何溯及力。更为重要的是，FSIA 本身并没有有关条款明确规定其拥有溯及既往的能力，故法院不能依据 FSIA，获得对本案的管辖权。此判决不仅得到上诉法院的支持，也为美国其他各地法院效仿。这也符合我们对法律规则适用地一般认知，即立法通常仅约束其后的行为，这一原则诚如大法官在欧帕蒂诉苏丹共和国案（Opati v. Republic of Sudan）中所说的那样，“法不溯及既往原则在我们的法理中根深蒂固，并且体现在比我们共和国还要早的数百年的法律原则之中”。[47]

但是有关 FSIA 的溯及力问题却发生了改变。[48]美国联邦最高法院在审理“奥地利共和国

个人代表等原告开放，并且明确允许提出惩罚性赔偿的诉求。

第三，在 NADD 的第 1083（c）（2）项，包含了一个名为“先前的诉讼”条款，这里“先前的诉讼”是指那些已经提起的诉讼，它们由于先前的法律没有创设这一类针对国家的诉由，因而受到了不利影响。国会指示道，这一类诉讼将被视为依据《外国主权豁免法》第 1605A（c）节中的新的联邦法诉由而提起的诉讼。

第四，在 NADD 的第 1083（c）（3）节，包含了一个名为“相关诉讼”条款，其中国会规定，已经提起诉讼的原告，在一段有限的时间内，可以以先前诉讼中的同一个行为或事件提起新的诉讼，根据《外国主权豁免法》第 1605A 节的规定提出惩罚性赔偿的诉求。

[47] Opati v. Republic of Sudan [EB/OL]. [2020-11-12]. https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17-1268

[48] Republic of Austria v. Altmann [EB/OL]. [2020-10-20]. https://www.law.cornell.edu/supct/html/03-13.ZO.html.

541 U.S. 677 (2004). Writing for the majority, Justice Stevens said that “Congress’ purposes in enacting such a comprehensive jurisdictional scheme would be frustrated if, in postenactment cases concerning preenactment conduct, courts were to continue to follow the same ambiguous and politically charged ‘standards’ that the FSIA

诉奥特曼”（Republic of Austria v. Altmann）案时，明确表示 FSIA 具有“溯及既往”的能力，不论诉讼时效。在该案中，法官释法道，FSIA 中的“法不溯及既往”原则不同于其他国内法律，并不是为了给予公民一种指导，让其调整自身的行为，使之与法律规定相符。事实上，FSIA 作为一种以外国国家为管辖主体的法律，其是否“溯及既往”都不影响其他国家自身的行为，因为一国在行动时，不可能是对照他国的法律而行事。其次，法官认为，FSIA 是否“溯及既往”是美国的一种“礼让”行为，而非“权利”赋予，所以撤回某种“礼让”并不会实质影响对他国的法律责任。

然而，这一解释是难以让人接受的。美国针对其他国家过去无法改变的行为专门进行立法而获得管辖，虽然使得二战时期人道主义灾难的受害者在有生之年终能获得救济，但是此类行为实际上是与美国过去的司法理念与实践完全不一致，因信赖“法不溯及既往”的国家很可能因其过去政府的行为而被重新起诉并索赔，这是任何一个主权国家都难以接受和理解的事实，无疑是与国际法上对国家禁反言原则的违背，同时此类修订也冒着违宪的风险。[49]

在此次新冠疫情肺炎案中，美国故技重施，即在事件发生后，为了减少 FSIA 适用的障碍，迅速制定新的法律。除了《阻止新冠传染病法》（Stop COVID Act of 2020），还有《为新冠病毒受害者追求正义法案》（Justice for Victims of Coronavirus Act），这些法案明显是针对此次疫情事件而精心准备的。法案中规定美国公民不仅可以直接起诉中国政府及其政党，让中国政府在美国法院承担民事诉讼责任，也会因中国在武汉首次出现病毒时的疏忽和掩盖行为而受到惩罚。[50]一旦法案通过并生效，无论事件产生多久，以及后续中国政府采取任何措施去阻止病毒的扩散，几乎所有美国民众都拥有随时向中国起诉并索取赔偿的权利，无限扩大中国政府及其政党的法律责任。

三、新冠疫情肺炎案中国的诉讼应对

（一）对中国做出缺席判决的预防措施

面对新冠疫情被诉，目前中国政府的态度依然比较消极，很多学者和官员认为，这不过是美国政府为了转移其国内疫情压力而自导自演的一出闹剧。但是既然诉讼已经提起，就必须依照法律程序而进行，对于中国来说，最有可能遭受的不利结果便是遭受美国法院的缺席判决。这无论是在国际声誉上还是在国家财产所有权上，对我国是百害而无一利。[51]因此，合理运用我国现行的绝对豁免立场，并积极关注有关文书送达的法律程序规范，有利于更好地预防外国法院对我国做出缺席判决。

1、国家主权豁免主体资格的运用

中国在坚持绝对豁免立场时，可以将其作为一种管辖豁免理由进行主张。即通过绝对豁

---

replaced.” Id. at 699.

[49] 联邦宪法在很多方面都不鼓励立法溯及既往，比如宪法禁止颁布事后立法、剥夺公权的法律，以及损害合同义务的法律，并要求任何征收（剥夺公民利益）必须支付正当补偿等。

[50] Justice for Victims of Coronavirus Act, S2 (1).

[51] 较早的“湖广铁路债券案”，由于我国尚无这方面的经验，对美国法院的受理和审理未予理睬而遭受缺席判决，尽管最终因我国外交部与美国国务院的外交交涉使得缺席判决被撤销，但期间过程异常艰难。

免的现状，拒绝他国对自身的任意审判及其结果。目前，随着中国不断对外开放，经贸来往逐渐增多，尤其是与美国等贸易大国之间的往来不断增加。因此，两国也极易产生与贸易有关的民事纠纷。美国作为限制豁免主义立场的持有者，拥有这方面丰富的诉讼经验。在不打算参与答辩的情况下时，中国可以依据现行采取的绝对豁免立场予以抗辩，拒绝美国的无端、不合理的诉由及猜测。事实证明，这种主张确实会得到美国法院的重视，并非完全没有作用。例如在仰融诉辽宁省案[52]、天宇诉四川省和成都市政府案[53]中，相关政府立刻积极主张豁免，对美国的无礼诉求予以了及时的回应，最终美国法院也驳回了有关原告方的诉请。但是在其他案件中，由于中国没能及时主张豁免，不幸遭到美国的缺席审判，例如湖广铁路债券案以及沃尔特斯夫妇案（Walters v. People's Republic of China）[54]。尽管之后，中国政府通过外交途径进行积极斡旋，最终得以避免被强制执行的结局，但这也给中国政府敲响了警钟。因此，在此次新冠疫情的系列案件中，中国政府及其他主体即使拒绝参与这场“闹剧”中，也应该运用基绝对豁免的基本立场来排除被美国法院缺席审判的结局，从而尽早终结有关诉讼的发展。

此外，除了合理运用我国绝对豁免的立场，我们也可以关注美国法院的文书送达情况。程序上合法性必将影响到实体上的公正性。对文书送达合法性的质疑，是避免美国法院做出缺席判决有效措施。

2、文书送达合法性的质疑

美国若想对中国做出缺席判决，必须完成对中国被诉主体的依法送达，否则即使做出的缺席判决，该判决也是无效的。FSIA 的 1608 条对文书送达和缺席判决方面做了详细的规定。由于此次新冠疫情系列案件中被诉主体主要是 FSIA1603 条（a）款中“外国政治分支机构”这一类，因此主要通过下述四种途径予以预防准备。

针对“外国政治分支机构”，联邦法院应严格适用 FSIA 第 1608（a）款中的规定，按照特定顺序送达传票。一是依据两国之间的特殊协议进行文书送达；二是在没有特殊协议的情况下，依据有关司法文件送达的国际公约进行，如《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书的公约》（Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters，以下简称《海牙送达公约》）；三是在上述两者都不存在的情况下，则需要美国法院书记员通过邮件的方式，将有关诉讼文件尽快寄交给被诉国外交部长；四是如果按照第三种方式邮寄三十天后仍然无法送达，则需要通过需要国务卿通过外交途径将上述文件的副本一份转送给该外国。这四种送达方式的顺序不能有任何打乱，否则送达就存在瑕疵，美国法院就不享有对人管辖权和事项管辖权，即使作出缺席判决也很可能被撤销。[55]

---

[52] 同前注[18].

[53] 同前注[19].

[54] Walters v. People's Republic of China [EB/OL]. [2020-11-12]. https://www.leagle.com/decision/20091245672azfsupp2d57311194

[55] 2020 年 7 月 28 日，加州中区地区法院在“Bourque CPAs & Advisors 公司诉中华人民共和国案”中，

中国与美国之间暂时没有形成有关文书送达的双边条约，但双方均是《海牙送达公约》的缔约国，因此美国法院主要依据《海牙送达公约》对政府负责人进行送达。中国加入《海牙送达公约》时指定司法部为中央机关，原告只能先通过《海牙送达公约》规定的中央机关送达，即由美国法院通过中国司法部转送给国务院及其部门等有关被告。在本次新冠疫情案中，中国司法部完全可以通过援引《海牙送达公约》第 13 条第 1 款的规定，以送达将严重损害中国主权或安全为由拒绝美国法院的送达。

（二）国际法规则和美国豁免例外规定的积极运用

美国在依据 FSIA 对中国及其政府、地方机构进行起诉，不仅不符合 FSIA 的例外规定，在国际法角度同样缺少最基本的管辖权。中国作为主权国家，拥有国际社会所认可的管辖豁免特权。在国际法上，拥有和美国平等的法律地位。美国无视中国所采取的绝对豁免立场，运用本国法要求中国承担所谓的国际责任，实际上是对国际法的曲解和对国际责任的违背。中国政府的行为不仅没有违反国际法律责任，美国起诉中国的行为反而可以归因于一种对他国内政的“无礼”干涉。

1、中国政府行为未构成国际不法行为

按照联合国国际法委员会于 2001 年通过的《国家对国际不法行为的责任条款草案》（Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act，以下简称《条款草案》）中有关国家责任的规定，美国仅仅基于新冠疫情，可能没有向中国要求赔偿的立足点。国际不法行为的重要组成部分是一国违反其国际义务。具体包含两个构成条件：一是该行为构成国际不法行为，即该行为违反了其国际义务；二是该行为构成了国际不法行为可以判定属于或归属于该国家，并成为该国家的国家行为。

就新冠疫情而言，根据 2005 年《国际卫生条例》第 6 条和第 11 条的规定，中国作为缔约方有义务通知 WHO 疫情最新的进展。从 2020 年 1 月 3 日起，中国便定期、主动地向其及有关国家和地区组织通报了疫情信息。1 月 9 日，中国从武汉市未知原因的病毒性肺炎流行病原学鉴定中获得了初步结果，与 WHO 分享进展。当天，WHO 网站发表了关于中国武汉地区肺炎病例群的声明，指出在短时间内初步鉴定出此为一种新的冠状病毒是一项重大成就；1 月 13 日，在 WHO 官方网站上发表的一份声明指出，中国与基因组测序的结果共享，更多的国家可以迅速诊断出患者等等。[56]由此可以看出，中国并没有违反其国际义务，没有进行国际不法行为，不满足国家责任的核心构成要件，因此不需要承担有关国家责任。

此外，从历史的角度来看，从未有一国因传染疾病的暴发而需要承担国际责任。原因在于，疾病的暴发本身具有较大的偶然性，尤其是新型病毒。受限于科技与医疗水平的发展程度，许多疾病并非人为可以完全控制和避免。如果让一国为其无法控制的事件的发生承担责任，无疑会加重该国的注意义务和法律责任，不利于国际合作与国际秩序的稳定。同时，疫情的暴发国往往是受灾最严重的国家之一，在缺乏有效研究和数据支撑时，每一步都需要十

以文书未能在起诉后 90 日内送达被告方为由，驳回了原告的起诉

[56] 参见中华人民共和国国务院新闻办公室.《抗击新冠肺炎疫情的中国行动》白皮书 [EB/OL]. [2020-11-22]. http://www.gov.cn/zhengce/2020-06/07/content_5517737.htm.

分谨慎。作为灾情受害国，让其承担法律责任如同让受害人承担法律的不利后果一般，这一行为既不合理也不合法。

2、美国诉中国行为违反不干涉他国内政原则

不干涉内政原则，和国家主权平等原则一样，是国际法的基本原则之一，也是国家须遵守的国际准则之一。“干涉”是指一个国家对另一个国家的事务的强制或专断的干预，旨在针对另一个国家强加某种行为或后果。[57]也有学者称，“干涉”是指一个国家或组织通过强迫或专横的方式干预另一个国家的事务，以便强迫或阻止该国从事某种行为”。

有关“内政”的多数解释是指在本质上属于任何国家国内管辖之事件。1965 年 12 月 21 日通过的《关于各国内政不容干涉及独立与主权之保护宣言》（Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty）第 5 条对“内政”的定义是：“自择其政治、经济、社会文化制度”。总体而言，“干涉”是一国对他国的主权事务通过各种方式予以干预、阻挠的行为。所以“不干涉内政”是指任何一个国家或者国际组织，都无权用任何方式对他国本质上属于一国国内管辖内的一切事务，包括政治、经济、文化等各方面进干预、阻挠。

起诉状中声称中国政府的行为缺乏透明度，同时也被其本国国内法律所禁止。例如“中华人民共和国承认武汉警方行为不当”，被告利用李文亮医生的被胁迫下所做的虚假陈述“误导国际社会”等。且不论事实真相是否如此，即便是像其所指控地那样可能违反了一些未指明的中国法律。但是，这些行为无疑是一国内政行为。中国依据《传染病防治法》第 38 条，中国政府行使公共权力应对新型冠状病毒，对国内疫情研判拥有自由裁量权，美国政府无权加以评判和干涉。

3、豁免例外具有不可适用性

即使美国依据其国内法进行管辖，FSIA 中豁免例外情形也无一可适用于中国的新冠肺炎事件中，除前文已经分析过的恐怖主义例外，针对商业例外的商业行为、侵权例外中因果关系及自由裁量权，我国依然可以主张豁免。

（1）商业例外中的商业行为分析

商业例外的成立必须是建立在中国政府在疫情发生期间的行为具有其法律规定的商业性，符合其法律中有关“商业行为”的定性，否则这项诉由就是无源之水、无本之木。根据 FSIA 第 1603 条 d 款的规定，商业活动是指某种正常做法的商业行为，或是指某种特殊的商业交易或行动。[58]

美国法院通过具体案件对“商业行为”这一关键要素进行阐释，其中具有里程碑意义并为诸多法院和学者普遍认可的判例为阿根廷共和国诉威尔特欧尔公司案（Republic of Argentina v. Weltover, Inc.），[59]该案解答了商业行为的内涵。在以美元或其他类似美元的货

[57] 同前注[24]: 313-315.

[58] See the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), 28 U.S.C. § 1603(d)(f)..

[59] Republic of Argentina v. Weltover Inc [EB/OL]. [2002-11-13]. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/607/.

币在美国纽约支付的前提下，威尔特欧尔公司同意购买由阿根廷中央银行发行的债券。然而，出于稳定货币政策的考虑，阿根廷中央银行单方面违反了合同的有关规定，并延长了公司债券的支付期限。威尔特欧尔公司为了维护自身利益，以违反合同为由对阿根廷中央银行提起了相关诉讼。阿根廷中央银行即刻向纽约南部地区法院主张管辖豁免，声称其是在行使国家主权行为，不受他国法院管辖。经过审理，纽约南部地区法院驳回了阿根廷及其中央银行有关法院缺乏管辖权的主张，裁定对该案具有管辖权。美国第二巡回法院，作为上诉法院，也以阿根廷中央银行的行为对美国有“直接影响”为缘由，裁定阿根廷中央银行的合同违约行为构成 FSIA 中的商业例外，维持了初审法院的观点。阿根廷中央银行随即向美国联邦最高法院提起诉讼。美国联邦最高法院认为需要从豁免理论出发对行为的商业性质进行判断。依据 FSIA1603（d）款的规定，如果外国政府的行为是如同市场私人参与市场活动而非以市场监管者参与，那么依据其行为的性质，该外国主权国家的行为应是“商业性的”，从而适用商业例外的有关规定。阿根廷中央银行从其行为的目的解释其行为，事实上背离了 FSIA 中的有关规定。美国法院在随后进行的沙特阿拉伯诉尼尔森案（Saudi Arabia v. Nelson）[60]中也援引了联邦最高法院在上述案例中对“商业行为”的定义。

依据行为性质来看，中国“被指控”的新冠疫情防控行为无疑属于政府公共管理行为，比如，审查社会媒体、销毁医疗数据、约谈举报人以及发布关于疫情的不实声明等等，这些行为无一涉及私人贸易或者商业交易，任何被告都不是相关交易的一方主体。既然都不能归属于其定义的“商业行为”中，那就不无从谈起对商业例外的适用。此外，依据商业例外中的“直接影响”要件，中国被指控的行为无一不是发生在中国境内的，而美国在疫情初期便已经与中国断航，中国政府的抗疫行为很难被认定与美国内部的疫情发生存在直接联系。在 2020 年 6 月 23 日，美国参议院司法委员会举行的“疫情涉华听证会”（以下简称听证会）中，密西西比州总检察长林肯·费奇（Lincoln Fitch）试图从中国在疫情期间从事的商业活动，例如生产、购买、进口和出口个人防护设备等活动，中寻找用以证明符合 FSIA 中商业例外条款的证据，以支持其要求中国政府承担责任的主张。即使中国从事防疫用品贸易的行为具有商业性质，这一行为也难以产生对美国疫情发生的“直接影响”，毕竟中美之间在疫情之初便已断航，没有人员与商贸流通。以这种非常牵强的理由来主张中国承担责任，说明美国实际上也发现了这两者之间并没有实质上的联系。

（2）侵权例外中因果关系及自由裁量权分析

侵权例外规定于 FSIA 第 1605 条第（a）款第（5）项之中，主要内容是指外国国家的非商业行为对美国公民、企业乃至国家利益造成不良影响和损失后，受损主体可以向联邦法院提起诉讼，向相关外国国家主张赔偿。构成侵权例外须符合“完整侵权”规则，即侵权行为和侵权结果都发生在美国境内，此时美国法院才有可能获得对外国国家的管辖权。然而，中国在发现和查明这是一种新型病毒之后，自一月份便采取了封锁措施，全国人民均居家隔离，

[60] Saudi Arabia v. Nelson [EB/OL]. [2020-11-12]. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/507/349/.

除了医护人员外，完全停止了人口流动。[61]而美国也在 2 月份之前便与中国断航，其国内疫情在 3 月份才呈现暴发之势。相隔一个多月，很难证明这种新冠病毒在美国的传播与中国政府对病毒的延缓应对有关。

此外，“斯特灵诉中华人民共和国案”（Stirling v. China）的判决结果中，也说明了美国法院认为此案不适宜适用侵权例外。[62]原告称其因中国暴发的新冠疫情而导致无法离开监狱，造成其情绪上的困扰（emotional distress），中国政府应就其精神损失赔偿 3000 万美元。法院经审理后认为，中国的行为并不符合 FSIA 中的侵权行为例外。本案中对中国的索赔是基于 FSIA 侵权例外中予以明确排除的情形。依据 FSIA1605（a）（5）项的规定，一国政府自由裁量职能（discretionary function）不适用《外国主权豁免法》第 1605（a）（5）项规定的侵权例外。[63]

由此，法院宣布对该案不享有管辖权。斯特灵案的重要意义在于其是第一起根据 FSIA 驳回原告起诉的新冠诉讼案件。另外，无论是依据商业例外还是侵权例外，美国都无权对主权国家索取高额的惩罚性赔偿，因为 FSIA 明确地将惩罚性赔偿排除在 1605 条下例外规则的救济范围之外。

四、新冠疫情肺炎案启示下中国国家豁免制度的完善

在面对美国部分官员妄图开主权豁免之例外，向中国主张疫情责任时，中国需要思考本国国家豁免相关法律制度是否完备，在面对该类国际争端时，是否有相关法律可以参照等问题。新冠疫情无疑将这些问题进一步暴露在国家面前，在某种意义上也是敦促我国加快国家豁免相关立法的契机。

（一）现行中国国家豁免制度的立法现状及不足

目前，我国被认为是坚持绝对豁免原则的国家，尚未制定全面、系统的国家豁免法，但这并不意味着我国关于豁免例外方面的法律完全空白。有关豁免的零碎的规定散见于国内一些法律规定之中，包括《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）、1986 年《中华人民共和国外交特权与豁免条例》（以下简称《外交特权与豁免条例》）、以及 1990 年《中华人民共和国领事特权与豁免条例》（以下简称《领事特权与豁免条例》）。在中国签署《豁免公约》后，第十届全国人大常委会于 2005 年 10 月通过了《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》（以下简称《外国央行财产豁免法》）。以上法律按照立法主体和立法对象可以划分为四类法律渊源。

1、现行中国国家豁免制度的法律渊源

第一是基本法律中出现的国家豁免制度，例如 2017 年颁布的《民事诉讼法》第 261 条。

[61] 参见新华网. 疫情“大考”下的“中国方案”与国际合作 [EB/OL]. [2020-11-20]. http://www.chinanews.com/gn/2020/03-06/9115455.shtml.

[62] Stirling v. China et al [EB/OL]. [2020-11-15]. https://dockets.justia.com/docket/oregon/ordce/3:2020cv00713/152319.

[63] 依据 FSIA 第 1605 条第（a）款第（5）项规定：索赔行为不适用于下列情况：

（甲）基于行使或履行或者未能行使或履行自由裁量权（discretionary function）而提起的任何权利要求，不管此项自由裁量是否被滥用。

[64]这种立法类型下，规定在基本法律制度中的国家豁免制度实则是一个转介条款，[65]具体哪些外国人、外国组织或国际组织享有外交特权与豁免则需要参考具体的相关规定。虽然《民事诉讼法》第 261 条并没有对国家豁免实质性的规定，但这起码使得我国司法机关在面对以外国政府为被告的案件时，有法可引、有章可循。

第二是对于国家豁免中的特殊问题也制定了专门法律。颁布了《外国央行行财产豁免法》，以填补有关主要外国银行财产在香港归国后是否享有法律保护的法律空白。2000 年底，应香港地区政府请求，中央政府专门制定了《外国央行财产豁免法》。这一法律规定，给予了外国国家财产同中国国家财产同等的豁免地位，并对外国中央银行及其财产的内容进行了明确地定义。最为重要的一点在于，该法律中明确阐明了“报复”原则，即如果外国国家不能给予中国银行或金融监管机构及其财产相同的豁免地位，则中国将依照对等原则予以对待。这在为香港创造优质营商环境的同时，有力的保障了我国政府的财产安全。香港在面对来自外国不公平司法对待时，香港政府能有法可依地提出反制措施，保障了我国的核心利益。

第三是国务院针对特殊对象专门制定的条例。例如，1986 年《外交特权与豁免条例》以及 1990 年《领事特权与豁免条例》，对外国驻中国使领馆及其工作人员享有的特权与豁免作了明确规定。

第四是我国签署的相关国际公约。这里主要涉及的是我国 2005 年签署的《豁免公约》，虽然有学者指出这表明了我国对限制豁免理论的接纳态度。但是《豁免公约》至今并未生效，而且我国还未正式批准该《豁免公约》，只能说《豁免公约》中明确以列举的方式规定的 8 种司法管辖豁免的例外对我国建立自己的国家豁免法具有一定的借鉴意义，例如商业交易、雇佣合同、人身伤害和财产损害等。

在 2020 年 6 月 23 日举行的听证会上，美国政府官员及学者都围绕着 FSIA 的例外情况对自己的观点展开论证，这说明 FSIA 确实在美国国家豁免制度中起到了主导作用，基本实现了立法者希望借该部法律稳定国家豁免制度的功能。因此，中国应在此次系列案件发生后，应该主动理解国家豁免法对一国的重要性，并分析现行法律中有关国家豁免法律制度的特点。

2、中国国家豁免制度的不成体系性

不管从国际形势来看，还是从国内法治的发展来看，中国亟需制定国家及财产方面的专门法律。然而，从现实中看，中国国家豁免制度仍然处于一种零散化、不成体系的情况，对比英美等具有相对成熟的国家豁免制度的国家，中国的有关立法无法为实践提供正确、有效的指引，在与其他国家交往时难以维护有关主体的合法权利。

（1）相对零散的立法结构

相对于西方各国以及亚洲的很多国家有自己的国家豁免法，中国的相关立法很少而且很零散，只在外交代表、领事代表，军舰、政府用非商业船舶以及外国央行的豁免等领域有一

[64] “对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理”。

[65] 陈胜，袁普. 新冠疫情后中国国家豁免制度的立法展望 [EB/OL]. [2020-11-27]. https://mp.weixin.qq.com/s/d8o-rV75BbAq2yfCNmhJ9Q.

些较为明确的规定。除前述相关国内法外，主要是关于军舰、非商业船舶以及外国中央银行的豁免等方面上，例如我国是《联合国海洋法公约》、[66]《国际油污损害民事责任公约》[67]的缔约国。

但是即使如此，也不能说中国在接受限制豁免原则方面是完全没有意愿的，因为中国曾以积极的态度参与了《豁免条约》的谈判，并进行签署。作为签署国，中国负有遵守公约的临时义务，因此有可能在之后的国家实践中，向限制豁免进行转变。

（2）总体被动应对的司法实践

由于我国一直坚持绝对豁免主义，所以我国法院不会审理涉及外国国家及其财产的案件。美国则与之相反，主动通过国内立法和司法缩减外国国家豁免的范围，划清外国国家豁免的边界。在二战期间，中国有大量劳工和慰安妇的存在，这些受害人都曾试图在中国本土起诉日本国家和企业，但是基本上都没有被中国法院所受理。除了在前文所提及的方面，面对外国国家在中国法院，尤其是在中国香港起诉时，我国并没有转变其态度，依然坚持绝对豁免主义。例如 FG 诉刚果案（FG Hemisphere Associates v. Democratic Republic of the Congo）中，我国外交部驻香港特别行政区特派员公署经授权向香港政府及法院先后发出三封信函，表明我国政府明确和一贯的绝对豁免立场。[68]据此，香港高院最终裁决，中国香港的豁免立场与中央政府一致，主张绝对豁免立场，不具有对刚果案的管辖权，而驳回起诉。

综上所述，在立法实践中，中国只有一些零散的规定，尚无专门立法，也没有形成一个完整的体系。[69]在司法层面，中国对他国在我国起诉或者他国起诉我国的行为，一贯采取不立案、不接受的消极态度。本次新冠疫情系列案件的产生无疑暴露出中国缺乏系统、对等国家豁免制度的问题，从长期看，当前非体系化的国家豁免制度并不利于中国海外经贸活动的展开，不利于维护我国政治和经济利益。

（二）中国国家豁免制度的完善建议

中国采取绝对豁免主义立场的初衷在于使自己的行为不受他国法律的管辖，免除他国对自身的诉讼。但是自新中国成立以来，中国政府并没有因绝对豁免立场而脱离国际诉讼的纷争，反而时常使自己陷入一种被动局面。本次新冠疫情案的发生，我国国际法学者无一不从 FSIA 本身或现行国际法原则、规则以及法理学说中寻找法律支撑，为中国抗疫行为和努力正名。但是这只能解决一时的问题，事实上，新冠疫情案加快暴露出中国坚持绝对豁免立场的问题。绝对豁免立场使中国被诉时无法即使采取对等措施进行反制，例如在美国诉我国防疫不力时，某武汉市民采取了对等的措施，在武汉提起对美国的诉讼。其实这一举措能有效鼓励中国公民或企业面对他国诉讼时，积极、及时地进行维权。然而目前为止，此案件在武汉中院尚未立案成功，这与中国所采取的绝对豁免立场不无关系。

---

[66] 参见《联合国海洋法公约》第 32 条、第 95 条、第 96 条。

[67] 参见《国际油污损害民事责任公约》第 11 条。

[68] FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Others, HCMP 928/2008, para.55 .

[69] 何志鹏. 主权豁免的中国立场[J]. 政法论坛，2015(03):27.

中国若能借此次新冠疫情系列案件，及时转向限制豁免主义的立场，必将有利于中国法院以更加积极、进取的方式应对外国国家的诉讼。同时，外国国家在面对中国的立场转化，将会以一种更加谨慎的态度对我国及有关财产行使管辖权。在当前的历史阶段，中国采取限制豁免可以适应当今国情的变化，以及融入国际发展的大环境。

1、制定系统、严格的国家豁免法

在制定的国家豁免法中，我国应从基本国情出发。结合我国现有立法以及已签署的《豁免公约》，借鉴外国的立法经验，制定与 FSIA 定位类似的国家豁免法，以对我国涉及国家豁免的制度的问题进行梳理和澄清。

中国早在 2005 年就已签属的《豁免公约》，但至今还没有在全国人大常委会进行审议。究其原因，主要由于与我国开展贸易的国家中还有不少坚持绝对豁免主义立场，中国贸然改变国家豁免政策的态度可能会引起这部分国家的担忧，不利于经贸活动的继续开展。况且“一带一路”计划中许多国家对国家豁免的态度也相对保守，甚至有的国家只以国家作为国际经济贸易的代表。针对这种国际形势，国家并不应当停止制定相关的国家豁免法，同时保持国家豁免上一定的灵活性，以保证不影响与上述国家的原有经贸活动。比如说，可以在国家豁免法中规定，对于严格坚持绝对豁免主义的国家，我国可以采用绝对豁免主义以同等对待。这样，我国可以在保证原有经贸活动不受影响的情况下，紧跟国际发展趋势，将《豁免公约》的内容转化为国内法。

此外，中国已签署《豁免公约》，其实际上负有不能破坏《豁免公约》目的及宗旨的临时义务，[70]这也是为了保证他国的信赖利益。所以，虽然《豁免公约》尚未生效，但是中国不应该固守绝对豁免立场，而是可以适时将《豁免公约》中的立场和规定内化为国内法的一部分。即使当中有争议或不清楚的因素，特别是国家元首的特权和国际法院的强制管辖权，可以在今后批准该公约时作出保留声明。

2、明确中国国家豁免法中规定的对等原则

在有的国家已经采取限制豁免立法的情况下，中国坚持绝对豁免立场将使自己处于不对等地位。对一国而言，如果所有与之交往的国家均采用绝对豁免原则，自然无须立法。但是，在有的国家已经采取限制豁免立法的情况下，如依然采取绝对豁免的态度，实际上将使自己在与这些国家的交往中处于不对等和不利的地位。

为了保护国家的核心利益，防止外国法院对中国财产的肆意裁判，我国应在国家豁免法中明确对等原则。如果外国的司法机关无视我国的主权，对我国的国家行为肆意裁判，我国可采取对等报复的措施。根据《民事诉讼法》[71]中对等原则的精神，如果美国法院以要求我

[70] 1969 年《维也纳条约法公约》第 18 条规定：一国负有义务不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动：

(a)如该国已签署条约或已交换构成条约之文书而须经批准。接受或赞同，但尚未明白表示不欲成为条约当事国之意思；或(b)如该国业已表示同意承受条约之拘束，而条约尚未生效，且条约之生效不稽延过久。

[71] 《民事诉讼法》第 5 条规定：“外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则”。

国承担新冠疫情责任，对我国的国家财产加以强制执行和扣押，我国也可对美国在中国的资产也采取对等报复的措施，以维护我国的国家利益和国家尊严。

面对美国少部分民众和政府官员以新冠疫情为借口在美国法院接连提起的诉讼，我国若只通过外交途径表示抗议，不足以表明我国反对这种践踏我国主权的行为的坚决态度，也难以向美方展示我们可能采取的反制措施。如果我国的国家豁免法制定了有关的反制措施，便可以积极地采取对等的报复措施。对于不同立场的国家，对等原则已成为协调两国之间关于国家豁免权的法律关系的重要手段。在考虑国家豁免法的重要性，英国大法官曾指出，英国之所以需要尽早制定英国国家豁免法，重要原因在于美国已经于 1976 年制定了 FSIA。FSIA 的制定有利于在美投资的个人和企业在与其他国家进行商品或金融交易时，能够维护其民事权利和海外利益，这将使得英国处于明显不利的位置，毕竟英国的商人们还不具有向法庭对其他国家提起诉讼的权利，而这可能会导致伦敦失去其世界金融中心的地位。作为一个重要的贸易国，中国也面对着同样的困境。目前中国通过“一带一路”倡议，“亚洲基础设施投资银行”和“中国参与特别提款权”等一系列活动与更多国家接触，这对协调国家豁免有关问题提出了更高的要求。为了适应时代的变化，有必要及时调整应对策略，并制定相应的国家豁免法，以巩固和加强香港和上海的国际金融市场的地位。

3、构建中国进取型管辖权体系

进取型管辖权是指一个国家通过建立广泛的管辖豁免体系来扩大自己的管辖领域，以便其可以根据履行国际义务和保护本国利益的需要，在必要时通过遵循一定要求和程序，通过行使管辖权的方式对他国事务和国际事务进行合法的介入。[72]它的主要功能是提供国内管辖的法律基础，以保护国家和国际社会的利益。在国家法律体系内，使国家对其他国家的反制、报复合法化，它还反映了国际事务的对等，国家平等原则和不干涉原则。例如，当美国对伊朗实施“恣意”制裁时，伊朗宣布已对特朗普总统和其他人发出逮捕令，以进行报复。无论国家行为的性质如何，都必须首先确认相应管辖的依据。建立有效的进取型管辖权体系的目的是为上述各种行动提供管辖权基础。[73]

我国根据国家法律确立的现行管辖权显然是保守的和被动的，法律的域外可适用性不强，或者域外可适用性的灵活性是有限的，无法应付我国在国际事务中的法律斗争，相应的国家利益和本国国民不能得到充分保护。我国需要改革这种被动的管辖权制度，并将其转变为具有进取性的管辖权体系。

在国际民事诉讼领域全球化的时代，中国作为一个大国，如果不能参与当代国际民事诉讼规则的制定，必将受制于西方国家所制定的诉讼规则之中，一直处于被动地位。美国学者约翰·H·威格莫尔（John H. Wigmore）曾劝诫美国政府主动融入国际民事规则的制定当中，否则美国立法者之后将大概率接受外国国家所制定的有利于其本国发展的规则当中；如果直接拒绝适用该法律，有可能会使美国落后于其他国家，乃至整个国际统一体，并遭受法

[72] 宋杰. 国际法上的司法干涉问题研究[M]. 北京：中国政法大学出版社，2018：23.

[73] 宋杰. 我国刑事管辖权规定的反思与重构——从国际关系中管辖权的功能出发[J]. 法商研究, 2015(04):15.

律分歧和冲突的不利影响。[74]如今中国也遇到了同样的困局，面对以美国为首的西方规则体系，一味拒绝了解和接受只会使中国脱离当前的国际民事规则体系，并不断落后。在因此造成的极其不利的国际秩序和国际环境下，中国的国际利益将被边缘化。[75]

而构建进取型管辖权体系中最重要的部分，无疑是发挥中国法院适用国家豁免规则的新作用，加强涉外法律工作。[76]但是由于中国奉行的是绝对豁免主义，在国家出台相关立法之前，法院从未受理过对任何第三方国家的起诉。从国际法的国家实践角度来看，法院实践在很大程度上是居于核心环节的。法院实践的好处在于，相关实践具有试探性和引领性，通过法院的初步实践来推动立法的发展；同时，法院实践还具有“可纠错性”，即可以通过上诉来“纠正”过于激进的实践。通过法院的此种实践，实际上可以推动我国在国家豁免领域的相关立法与实践的发展。从这些角度来看，在国家豁免和诉讼这个领域，法院的相关尝试既有必要，也是完全值得鼓励的。发挥中国法院适用国家豁免规则的新作用，实现大国司法职能，是构建进取型管辖权体系的核心要素与重要手段。国家通过国内司法实践可以积极影响国际规则的制定，中国也可以通过此种方式对国际民事诉讼的国际法治发展贡献中国智慧。

五、结语

新冠肺炎疫情案件，无论是从国际法原理还是 FSIA 自身的法律规则上解释，美国起诉方大概率不会得到其法院的支持。但是，这并不意味中国就此可以放松警惕，忽略其自身在国家豁免制度上的不足。此后，必将继续发生对中国进行起诉的有关国家豁免的案件。外国法院届时根据本国的国家豁免法对中国进行审判，针对中国的审判是否公正合理的，中国却无法进行核实，更无法直接予以纠正可能存在的问题。中国可以主张“绝对豁免主义”或者找到起诉方程序上的瑕疵，又或者主动运用相关法律抗辩其裁决，但从长远来看，这些方式并不是解决国家豁免问题的良好解决方案。　面对这些问题，更为有效的方法便是制定和完善自身的国家豁免法。只有尽快制定对等的中国国家豁免法，构建中国进取型管辖权体系才能为这些问题提供统一的解决机制。同时，要制定国家豁免法就得接受限制豁免方法本身的弊端，例如，不能期待在他国享有绝对豁免，将直接面对更多其他国家的诉讼，因此有必要进一步增强我国在国家豁免方面的法律实践能力。同时，我国制定国家豁免法时，必须考虑如何处理和绝对豁免立场国家的关系。对待某些友好国家，我国可以通过诸如“法庭之友”的方式，给法院提供一定的行政意见，或者通过订立双边条约的方式，使得法院对其采取绝对豁免的立场，从而增加法律实施中的灵活性。

最后，要想通过制定国家豁免法有效反制美国对华发起的众多诉讼是不现实的。不仅是因为美国作为一个私有制的资本主义国家，在我国不存在所谓的国有财产，也是由于这类赋予本国在一定情况下可以行使对外国国家及其财产管辖权的法律并不能阻止美国对华的滥诉，更不能解决美国通过剥夺中国主权豁免资格企图给中国带来的损害问题。所以我国完善

[74] 转引自李双元主编. 中国与国际私法统一化进程[M]. 武汉：武汉大学出版社，1998：427.

[75] 刘敬东. 大国司法：中国国际民事诉讼制度之重构[J]. 法学, 2016(07):56.

[76] 2014 年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》第七部分第七条规定 [EB/OL]. [2020-12-11]. https://www.ccps.gov.cn/xytt/201812/t20181212_123256_4.shtml.

国家豁免制度，提升法院运用国家豁免规则的能力和国际法规则的运用能力更多是为中国创造主动的管辖权契机，增加其他国家起诉中国的顾虑，有利于在他国起诉后实现对等的反制。

中国应对美国“长臂管辖”之路

陈 胜

当前，外国法律与措施的不当域外适用时有发生，不断冲击以规则为基础的多边贸易体制，给世界经济复苏带来了不利影响。2021 年 3 月 20 日，美国对此前实施旅行限制的 24 名中方官员施加金融制裁。3 月 22 日，欧盟跟风美国以所谓的新疆人权问题为借口，对中国四名官员和一个实体实施单边制裁。而早在 2020 年 9 月 23 日，美国众议院就审议通过《防止强迫维吾尔劳动法》，炒作所谓新疆“强迫劳动”。同时，美国针对华为、中兴、TikTok、微信等中国软件与中概股的总统行政令在过去 3 年频繁发布。在如此背景下，中国开启了反制美国“长臂管辖”之路。

2020 年 9 月 19 日中国商务部公布了《不可靠实体清单规定》（以下简称“《清单规定》”）这第一枪；同年 10 月 17 日十三届全国人大常委会第二十二次会议表决通过《出口管制法》从法律层面纲领性、系统性地促进和保障我国出口管制工作、维护我国国家安全和利益，再到 2021 年 1 月 9 日商务部公布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称“《阻断办法》”）。这一系列规范性文件的出台彰显了我国对于维护国际经贸秩序的责任担当，为在域外不当法律侵害下的我国企业提供了合法救济渠道，对于维护国家主权与安全具有关键意义。

除了制定法律法规，央行加强了对 SWIFT 相关数据的监管。2021 年 3 月 23 日，央行发布消息称，SWIFT 已与 4 家中资机构成立金融网关信息服务有限公司，向用户提供金融网关服务，包括建立并运营金融报文服务的本地网络集中点、建立并运营本地数据仓库等。改变了以往美国掌控 SWIFT 的局面，为实现央行对国际清算、跨境支付等领域的有效监管打下坚实基础。

一、美国金融制裁及国际应对措施

1. 美国金融制裁特点

近年来，美国金融制裁已由“法律对总统在国家紧急状态时的特殊授权”逐渐转变为“常态化外交工具”。由于美国主导的国际金融体系和美元在国际结算中的核心地位，加之信息技术的发展让追踪、堵截资金流动更为方便可行，美国金融制裁呈现出非对称、低成本、易执行、难规避等特点，对全球贸易和金融交易产生深远的影响。主要特点有：

（1） 适用频次和制裁对象不断增加

目前，美国金融制裁主要执法部门美国财政部下属的海外资产控制办公室（OFAC）共实施 35 个制裁项目，涉及 24 个国家和地区，涵盖 9 个制裁名单，共包括 10675 名个人和实体[1]。在上任美国总统商特朗普的任职期间，共 3201 名个人和实体被美国财政部列入制裁名单，

[1] 数据来自 OFAC 官网（www.home.treasury.gov）

已经超过小布什总统与奥巴马总统任期内新增的制裁人数（布什总统和奥巴马总统八年任期内分别将 2549 名和 2595 名个人和实体列入制裁名单）。在制裁对象方面，特朗普政府更是多线作战，短短三年多的时间内对伊朗、委内瑞拉、俄罗斯、古巴等传统受制裁国家持续施压，发起数轮制裁，将委内瑞拉国家石油公司、伊朗伊斯兰最高领袖及其办公室等大型国有企业、政要人士和金融机构列入制裁名单。

（2） 制度手段不断翻新，精准度高、威慑性强

在制裁措施上，除了冻结资产、禁止交易以外，美国还通过限制或禁止进入美国金融市场、禁止美国金融机构提供金融服务等，以切断受制裁对象美元融通渠道，使其隔绝于国际主流金融体系，极端情况下，甚至会要求独立的国际金融组织停止向被制裁实体提供服务。

同时，美国相关法规的域外效力不断扩张，单边主义色彩更加浓厚。①在美国制裁法律或法令中对伊朗、朝鲜、俄罗斯等国家或地区明确规定大量针对第三国主体的次级制裁条款，外国金融机构不论以何币种、期限、渠道向被制裁对象提供融资服务都可能导致处罚。已有中国企业因与古巴企业开展交易而被美国人起诉并索赔 9 0 0 0 余万美元。②美国监管机构在执法实践中，通过行使自由裁量权，进一步扩展了制裁适用范围。如美国制裁法律和总统令中往往有“ 重大交易”、“ 重大欺骗性或结构性交易” 等表述， 在实践中如何判定完全取决于执法机关的裁量。特别是近年来，很多美国总统制裁令授权财政部可以对任何在财务、技术、服务等方面对受制裁对象提供实质性协助或支持的任何人进行制裁， 而“ 实质性协助” 并没有明确标准，OFAC 有很大裁量权。③强权政治和单边主义色彩更加浓厚。2017 年针对全球范围内“侵犯人权”和“贪腐”行为，美国根据《全球马格尼茨基人权问责法》设立全球马格尼茨基制裁项目，授权总统可以禁止侵犯人权和贪腐人士进入美国，或冻结其在美国的财产。2020 年 7 月，美国财政部将我国 4 名新疆官员列入制裁名单，严重干涉我国内政，违反了国际关系基本准则。

2. 国际应对策略

（1） **阻断**。主要包括预先阻断和立法阻断两种方式。

一是在立法阶段。潜在受制裁对象或利益关系方通过政府外交谈判， 雇佣美国政治游说集团，借助美国国内权力制衡机制等，积极活动，阻止国会通过相关法律或条款，争取总统行使制裁豁免权。

二是立法阻断。阻断立法最早出现于加拿大抵制美国反垄断法的域外适用，后来扩展到制裁领域，是为排除单边制裁造成的管辖冲突，限制或拒绝适用制裁规则的立法总称。目前，欧盟、澳大利亚、加拿大、法国、瑞士、英国等均已制定了此类法律。如欧盟《抵制第三国立法域外适用效果及行动条例》（第 2271/96 号理事会条例，2018 年 8 月 7 日修订，以下简称《阻断法令》）通过否定美国法律在欧盟境内的治外法权，禁止欧盟企业遵守美国制裁法律法规，拒绝承认依据长臂管辖做出的判决，赋予欧盟企业寻求因制裁造成损失的法律权利

等，保护欧盟企业不受制裁影响。

（2） **反制**。针对美国和北约成员国对俄罗斯公民和企业采取的“不友好措施”，俄罗斯出台一系列反危机计划和反制裁措施。如 2018 年 6 月 4 日，俄总统普京签署《关于针对美国和其他国家不友好行为的反制裁措施法案》，为俄罗斯反制裁提供了重要的法律依据。法案赋予了总统针对外国制裁行为采取相应反制措施的权力，如停止或暂停与不友好国家或实体在特定领域的国际合作；禁止从其进口或向其出口特定产品和原材料；禁止其参与国家、地方工程或采购项目或私有化进程等，以及俄总统决定采取的其他措施。为应对美欧制裁，俄罗斯财政部设立反制裁司，负责制定和落实相关反制措施并在降低外国制裁带来的危害方面与各部门进行协调。

（3） **规避**。规避金融制裁最有效的方式是独立于美国打造的国际支付清算体系。建立本国支付和清算系统，作为 SWIFT 的替代方案。目前全球大多数国家正在使用 SWIFT 系统进行结算，SWIFT 运营着世界级的金融电文网络，银行与其他金融机构都通过它与同业机构交换电文来完成金融交易。虽然 SWIFT 总部位于布鲁塞尔，但美国能够获取其所需的金融交易信息，所以基本拥有对 SWIFT 的掌控权，能够获取所有想获得的资金交易信息。

2019 年 1 月 31 日，法国、德国和英国宣布成立 INSTEX（贸易互换支持工具），该系统以近似以物易物的方式规避美元和美国金融系统。另外，在克里米亚事件爆发后，俄罗斯为应对美国的定向制裁从根本上解决 SWIFT 系统对俄罗斯的影响，俄罗斯央行自 2014 年年底开始启动建设俄罗斯金融信息传输系统（SPFS），作为 SWIFT 系统的替代方案。

二、中美不可靠实体清单制度比较分析

在过去的两年多时间里，美国政府不断升级对中国企业的极限施压，参与新疆与南海建设的企业，以及华为附属的 114 家分支机构均被列入美国商务部的《实体清单》。美国政府及立法机构通过这一系列手段禁止这些企业的相关产品进入美国，使其在获取涉美产品、软件和技术上都受到严重限制，从而导致生产经营活动遭受重创。

在此大环境下，于 2020 年 9 月 19 日中中国商务部公布了《清单规定》，此举意味着中国开始从法律法规层面维护有关企业的正当合法权益以及正常的市场秩序。但是，美国依据其《出口管理条例》制定实体清单的制度已有 20 余年，从立法到实际操作上相比中国目前都要更加成熟，我们试就以下不同之处进行分析对比。

1. 立法宗旨与适用范围

《清单规定》的宗旨在第一条已有阐明，旨在维护国家主权安全、保护中国企业合法权益的同时，兼顾公平、自由的国际经贸秩序。而《管制条例》更倾向于保护美国国家安全及其外交政策利益。

在适用范围上，《管制条例》对不同出口产品接受者进行了细分并专门规定了相应的限制措施。在《管制条例》第 4 号附属文件中对列入实体清单的所有企业，一一制定不同的出口限制。中方制定的反击措施固然令人欣喜，但在“实体清单”的研究和细分方面，与美国有一定的差距。若想通过“不可靠实体清单”进行反制，则需要加速相关研究分类，才能更好的维护国家安全、市场秩序及中方企业的合法权益。

2. 调查程序

根据《清单规定》，工作机制在决定将某个实体放入“不可靠实体清单”前，必须要经过调查程序。在调查过程中，被调查对象有陈述、申辩和举证的权利。而相比之下，美国则是概括性的将需要办理出口许可证的 10 项物品列入商业控制清单，并公示了实体列表中包含的企业，由各企业自行申报办理。因此，绝大多数情况下，在美国被列入实体清单的企业事先并不会得到通知，更没有机会和渠道提前进行申辩，只有事后才能提出异议，此举可能会导致相当一部分企业蒙受冤屈。

3. 实体列入或移除清单的程序

尽管美国对程序上做了详尽的规定，但对可被列入“实体清单”的企业的情形描述得相对宽泛，即：该实体被合理相信对美国国家安全及外交政策利益存在重大风险。但是，该实体若想要被移除清单，则需要 ERC 所有委员代表的一致同意，这给了美方政府较多自由裁量的空间，但却会对被列入的企业造成非常严重的后果。

在救济措施上，美国给予了被列入企业向 ERC 提交书面报告并申请复议的方式，但需要 ERC 所有委员一致同意才能被移除“实体清单”的规定较为严苛，该救济措施是否能有效开展，需要做进一步了解。而另一边，《清单规定》中并未提及相关外国主体是否可以通过行政复议或行政诉讼得到救济，未来如何落实，也有待观察。

4. 处罚措施

处罚力度上，美国对被列入实体清单的处罚非常的严苛，不仅是被列入实体清单或制裁清单的实体会受到高额罚款甚至是监禁处罚，任何与其交易的企业或个人也会同样受到处罚，无疑对该实体的生产经营活动是一记重创。在具有此种威慑力的前提下，希望 ERC 在未来能更加谨慎的将境外企业列入实体清单或制裁清单。

《清单规定》中设置的改正行为的期限，是《管制条例》中并未涉及的制度。如果被列入清单的实体在改正期限内改正其行为，并消除行为后果，工作机制“应当”将其移除清单。可见，《清单规定》的宗旨仍是维护市场秩序，赋予了被列入“不可靠实体清单”的企业改正的机会，而非一味的打压对方。

三、《出口管制法》的颁布

2020 年 10 月 17 日，历经三次审议，十三届全国人大常委会第二十二次会议表决通过《出口管制法》，并将于同年 12 月 1 日期施行。作为我国在出口管制领域方面纲领性、系统性的法律规范，该法将为商务部公布的《不可靠实体清单规定》奠定法律基础，更好地促进

和保障我国出口管制工作，维护我国国家安全和利益，成为对抗美国《出口管理条例》的重要举措。

1. 立法宗旨

《出口管制法》第四十八条关于对等措施的条款尤其引人关注。根据第四十八条规定，任何国家或者地区滥用出口管制措施危害中华人民共和国国家安全和利益的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者地区对等采取措施。该条款是针对美国近年来多次恶意制裁中国在美企业的正面回击，也为我国执法机关利用不可靠实体清单实施对等反制措施提供了有力的法律依据。

事实上，自上世纪 90 年代以来，我国就已制定了 6 部关于出口管制的行政法规，包括《监控化学品管理条例》、《核出口管制条例》、《军品出口管理条例》、《核两用品及相关技术出口管制条例》、《导弹及相关物项和技术出口管制条例》、《生物两用品及相关设备和技术出口管制条例》等，但由于缺乏统一的基础立法，出口管制的执法实践难以统筹兼顾。

《出口管制法》从多个方面体现了中国既维护国家安全和利益，也履行国际义务和遵守国际规则的原则；不仅规范出口管制，也鼓励国际合作。

2. 适用范围

《出口管制法》的适用范围相较于现行出口管制相关条例有了较大的扩充，在第二条中除了将两用物项、军品、核囊括进适用范围，同时以维护国家安全和利益、履行防扩散等国际义务作为兜底，并且相较征求意见稿，在“国家安全”之后增加了“利益”两字进一步扩大了管制物项的涵盖范围。同时，管制物项的过境、转运、通运、再出口或者从保税区、出口加工区等海关特殊监管区域和出口监管仓库、保税物流中心等保税监管场所向境外出口，都将依照《出口管制法》的有关规定执行。这与美国《出口管制条例》第 744 章第 1 至 21 条非常相似，都采用了概括与列举相结合的描述，在整体适用范围上也同样宽泛，体现了全面管制的原则。

3. 管制措施

《不可靠实体清单规定》规定对列入不可靠实体清单的外国实体可采取限制或禁止其从事相关活动的措施，《出口管制法》在此基础上分别在第九条和第十条新增了临时管制和禁令。

《出口管制法》也遵循了“穿透原则”，对管制物项的最终用户或最终用途进行严格管控，要求出口经营者向国家出口管制管理部门提交由最终用户或最终用户所在国家和地区政府机关出具的相关证明文件。强化了出口经营者的报告义务，若进口商或出口商发现最终用户或最终用途可能改变的，应当立即报告国家出口管制管理部门。第十七条要求监管部门建立相应风险管理制度，对最终用户和最终用途进行评估、核查。但是，执法机关实地到境外核查，尚需国家与目标国之间的双边协议或备忘录作为支撑。

4. 引导机制

《出口管制法》规定了诸多监管措施的同时也强调了企业主动做好合规管理的重要性。

例如第五条规定了，国家出口管制管理部门适时发布有关行业出口管制指南，引导出口经营者建立健全出口管制内部合规制度，并可会同有关部门建立出口管制专家咨询机制，为出口管制工作提供咨询意见。出口经营者亦可依法成立和参加相关自律组织。

该法将内部合规制度的建立与一定奖励措施挂钩，若出口经营者建立了运行情况良好的出口管制内部合规制度，国家出口管制管理部门可以对其出口有关管制物项给予通用许可等便利措施。此举势必激励多数企业自觉守法，加强合规管理工作。

四、商务部发布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》

商务部于 2021 年 1 月 9 日公布了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称“《阻断办法》”），《阻断办法》的出台彰显了我国对于维护国际经贸秩序的责任担当。《阻断办法》的核心在于阻断禁止或限制中国企业与第三国企业正常经贸活动的不当域外适用，为拒绝承认、执行和遵守有关外国法律与措施提供了法律依据。

1. 适用范围

《阻断办法》适用于当外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则不当禁止或限制中国公民、法人或其他组织与第三国公民、法人或其他组织进行正常的经贸活动的情形。并对“不当禁止或限制”的认定列举了相关考虑因素，包括：

（1） 是否违反国际法和国际关系基本准则；

（2） 对中国国家主权、安全、发展利益可能产生的影响；

（3） 对中国公民、法人或其他组织合法权益可能产生的影响；

（4） 其他应当考虑的因素。

2. 报告制度

《阻断办法》规定中国公民、法人或者其他组织遇到外国法律与措施禁止或限制其与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动情形的，应当在 30 日内向国务院商务部主管部门如实报告有关情况。

《阻断办法》将 30 日报告义务履行期限的起算点规定为“遇到”相关情形之时，“遇到”是指中国企业知道或应当知道相关情形的时点，亦或是在业务开中过程中被外国法律禁止或限制之时尚无法确定，有待主管部门后续澄清和解释。相比之下，欧盟的《阻断法令》规定，报告义务的履行期限起算日是报告义务人“获取（obtain）”到期经济或财务利益因外国法律而直接或间接受影响的信息之日。

《阻断办法》将“报告”设定为被制裁企业的义务，若中国公民、法人或其他组织未按照规定如实报告的，将可能面临警告，责令期限改正，甚至罚款的处罚。

3. 禁令制度

（1）禁令发布

工作机制根据《阻断办法》第六条对外国法律与措施的域外适用进行评估，如确认存在不当情形的，可以发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令，阻断该法律、措施对我国主体的影响。若遵守禁令范围内的外国法律与措施，不遵守禁令的，国务院商务主管部门将依法作出行政处罚。

（2）禁令豁免

中国公民、法人或者其他组织可以向国务院商务主管部门申请豁免遵守禁令。申请豁免禁令的，申请人应向国务院商务主管部门提交书面申请，书面申请应当包括申请豁免的理由以及申请豁免的范围等内容。国务院商务主管部门应当自受理申请之日起 30 日内作出是否批准的决定，情况紧急时应当及时作出决定。

4. 司法救济

根据《阻断办法》，若当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施，侵害中国公民、法人或者其他组织合法权益的，中国公民、法人或其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求该当事人赔偿损失。例如，第三国企业遵从了外国了禁令，毁约了跟中国企业已签好的合同，导致中国企业的利益受损，那么中国企业有权向该第三国企业索赔。

根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定指使中国公民、法人或者其他组织遭受损失的，中国公民、法人或其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求在该判决中、裁定中获益的当事人赔偿损失。例如，某国以中国企业 A 跟第三国合作触犯了该国禁令为由，对中国企业 A 实施了严厉的制裁，导致企业 B 的市场份额因此大涨，那么企业 A 有权起诉企业 B，向企业 B 索赔。

五、结语

《出口管制法》的颁布以及《清单规定》与《阻断办法》的先后出台，表明了中国政府反对外国法律与措施不当域外适用的严正立场，提供了保障企业合法权益的救济渠道，也体现了中国维护国际经贸秩序的责任担当。这些法律及规范性文件是中国政府在当前的国际政治经济背景下，对美国的有理反击和有利尝试，具有里程碑意义。但是解决问题的前提是遵守国际法律及通行的国际惯例规则。国际私法原则和国际交往规矩是长时间实践形成的，未来完善中国“反制裁”体系的过程中应当继续考量国际合作的因素，为中国同胞修缮好与世界各国交流的“丝绸之路”。

跨境代孕儿童的国籍问题研究

陈小迪

摘要：跨境代孕的出现与发展，引发了一系列的法律冲突。目前，各国各地区在法律上就该问题尚未达成共识，甚至同一国家的立场前后也有变化。本文通过研究其他国家的做法，深入探讨跨境代孕给国内法的域外使用带来的挑战，并积极提出对策，以期为正确处理跨境代孕儿的国籍问题提出参考，避免代孕儿无国籍现象或双重国籍现象的存在，保护无辜代孕儿的利益，体现我国对人权的保护；同时维护我国的传统伦理道德秩序和出入境管理秩序。

关键词：跨境代孕；国籍；国际条约；亲子关系；

一、跨境代孕的概念、特征和分类

（一）跨境代孕的概念

关于对代孕概念的界定目前学术界尚未能形成通说。依据我国《人类辅助生殖技术管理办法》第二十四条：“本办法所称人类辅助生殖技术是指运用医学技术和方法对配子、合子、胚胎进行人工操作，以达到受孕目的的技术，分为人工授精和体外受精－胚胎移植技术及其各种衍生技术。”代孕指依托人类辅助生殖技术将人工培育成功的受精卵或胚胎植入代孕者的体内，由其代为怀孕并分娩婴儿的一种辅助生育方式[1]，。

以代孕为基础的跨境代孕的概念，目前更没有统一的标准，最为权威的界定是在海牙国际私法会议（HCCH）2011 年发布的《关于跨境代孕的初步报告》。该报告指出: “跨境代孕是指代孕母居住国与意向父母居住国或代孕行为的实施，至少与两个国家有关。”跨境代孕，又称跨国代孕、国际代孕，广义上泛指一切拥有涉外因素的代孕行为，如中介机构为境外、生殖细胞捐赠者来自境外国家、代孕母出生地为境外等等。鉴于实际工作，本文中“跨境代孕”作狭义解释，仅指意向父母跨境委托境外的代孕母进行代孕，并意向将代孕儿带回意向父母所在国生活的代孕行为。同时在此注明：本文所称“儿童”为刚一出生即被意向父母意图带回接受国的新生儿。

（二）跨境代孕的特征

1.涉外性[2]

跨境代孕，顾名思义，涉外性是跨境代孕的首要特征，也是产生国籍认定不清等问题的首要根源。涉外性主要表现为主体涉外和行为涉外。主体涉外指跨境代孕中的关系人，尤指代孕母与意向父母不同国籍的情况（本文不讨论仅有中介机构涉外、代孕母为同一国家的情况）；行为涉外指代孕母实施代孕的行为发生在境外的情况，是与国内代孕不同的本质区别。无论是两者有一还是两者皆含，跨境代孕毫无避免地会拥有涉外性这一首要特征。

2.自愿性

在跨境代孕中，无论是意向父母还是代孕母，都是自愿签订代孕协议、进行代孕交易。

[1] 冯燕.国际代孕父母子女关系及国籍问题研究[D].北京邮电大学,2017:1-2.

[2] 出 入境管理局“推进‘移民管理法治化’专班调研组”.出入境管理视角下跨境代孕若干问题研究[J].上海公安学院学报,2020,30(05):5-22.

意向父母自愿让他人代为怀胎生子，代孕母自愿接受意向父母的委托实施代孕行为。代孕行为是双方交易的基础，只有双方达成合意，秉持自愿的原则和态度，才能进行下一步的孕育行为，直至分娩，双方的约定、协议才会发生效力。因此，自愿性是跨境代孕的基础特征。

3.亲子关系模糊性

有关跨境代孕的亲子关系认定问题一直是令国家出入境管理有关部门头疼的问题[3]。跨境代孕儿童出生后，意向父母意图带代孕儿童回自身国籍所在国，即接受国生活，但出生国和接受国常在此问题上存有法律和伦理上的冲突。在以“分娩者为母”为原则的国家，代孕母为亲生母亲，而往往签订协议时双方先前规定代孕母不得为代孕儿童生母，而协议的效力也有待商榷；在以“契约说”为原则的国家，往往根据双方的先前协议判定，即意向父母为跨境代孕儿童的亲生父母；在以“基因说”为原则的国家，谁提供跨境代孕儿童的卵子谁就是亲生母亲，这是唯一的判定标准；而根据 1989 年 《联合国儿童权利公约》第 2 条第 1 款的规定，“关于儿童的一切行动……均应以儿童的最佳利益为首要考虑”，“儿童利益最大化”原则成为了当今最为流行的趋势，综合考虑双方当事人的经济状况、健康情况、社会地位以及跨境代孕子女在不同国家的法律地位等因素。

（三）跨境代孕的分类

依据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》第一条之规定，我们可将跨境代孕行为分为同一国籍的意向父母委托另一国籍代孕母的代孕行为、不同国籍的意向父母委托另一国籍代孕母的代孕行为、意向父母委托同一国籍代孕母在境外进行的代孕行为三种类别。

1.同一国籍的意向父母委托另一国籍代孕母的代孕行为

此类行为占跨境代孕行为的大多数，指意向父母均为同一国籍，因本国禁止代孕行为等某些原因，前往境外其他国家委托另一国籍代孕母进行代孕的行为。在代孕母顺利生下代孕儿童后，意向父母携代孕儿童返回意向父母国籍国。

2.不同国籍的意向父母委托另一国籍代孕母的代孕行为

此类代孕行为中三方当事人的国籍都不相同，意向父母与代孕母为不同国籍，且意向父母之间也为不同国籍，因此在跨境代孕儿童的亲子关系认定和国籍认定中更加复杂。

3.意向父母委托同一国籍代孕母在境外进行的代孕行为

此种情况多发生在经济状况较好的家庭。意向父母为避免国籍认定产生过多麻烦，选择本国国籍的代孕母前往生活条件更好、允许实施代孕行为的境外国家安胎直至分娩，甚至是为了让孩子能够获得“出生地主义”发达国家的国籍，故意将代孕母送至非意向父母国籍国的发达国家，成为快速实现移民的“捷径”。

二、我国和各国相关立法司法实践

（一）我国相关实践：明令禁止与默认国籍

[3] 袁泉,罗颖仪.跨境代孕亲子关系认定所涉及的若干国际私法问题[J].国际法研究,2016(06):104-116.

目前，我国虽未对跨境代孕问题作出专门明确的法律规制，但在部分法规中明确表示出了对一切形式的代孕明令禁止的态度，自然也就包括了对跨境代孕的零容忍态度。我国原卫生部曾出台《人类辅助生殖技术管理办法》、《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》，明确了代孕违法且追责的态度。其中《人类辅助生殖技术管理办法》第三条规定："禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术"。但此类规定针对的主体是医疗机构和医务人员，并未针对委托代孕行为的意向父母和实施代孕行为的代孕母。

我国在 2015 年修订《计划生育法》时将草稿中的禁止代孕条款删除，引发大众争议代孕的合法化问题。国家卫生计生委法制司司长张春生就此专门做了解读，表示删除禁止代孕条款并不是意味着代孕合法、适度放开，而是该问题涉及面广、复杂性高，并不适宜"一刀切"，需要进一步征求意见慎重考虑，所以暂时不做法律层面的规定，仍然按照《人类辅助生殖技术管理办法》《人类精子库管理办法》等部门规章执行。2017 年据中国之声《新闻和报纸摘要》报道，国家卫计委新闻发言人毛群安作出明确表态，代孕涉及法律、伦理和社会问题，国家卫计委将继续严厉打击涉及代孕的违法违规行为，再一次表明我国禁止代孕的立场。

我国司法实践已经出现了有关跨境代孕的案例，由于我国明令禁止代孕，在这些案例中，代孕协议往往以违反公序良俗、社会公德为由被判定无效。并且在亲子关系认定方面，我国认为"分娩者为母"，更强调血缘。无血缘关系的意向父母与代孕所生子女不存在亲子关系。并且推而言之，若中国籍的意向父母前往境外寻求跨境代孕，根据 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 5 条："外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。"的规定，我国法院将排除外国法的适用而适用国内法，对外国判决拒绝承认，然而我国国内法对跨境代孕的一系列问题都没有明确规定，无法可依。但同时出于对人权的保护和儿童利益最大化原则，根据我国国籍法，如中国籍意向父母申请且同意放弃出生地国籍，在实际案例中我国允许其跨境代孕的儿童按照国籍冲突的处理办法，取得中国国籍。

（二）各国处理跨境代孕儿童国籍的方式及评价

1.出台专门法律明确规定亲子关系和国籍

泰国代孕成本低廉、劳动力众多，跨境代孕产业十分盛行，和印度同为"世界代孕工厂"。2014 年的"Gammy 事件"[4]直接促进泰国政府进行代孕法律改革，出台了《保护以辅助生殖技术生产婴儿法》，又称《代孕法》，其中规定符合规定的意向父母为代孕儿的法定父母，无论是生殖细胞捐赠者还是代孕母都与跨境代孕儿童无亲子关系。同时泰国也不是一个传统的移民国家，根据泰国国籍法所采取的限制出生地主义：父母有合法泰国居留权，满足一定居住年限，其孩子可以落地出生入籍。由于跨境代孕的性质，意向父母并不能满足一定的居

[4] 2014 年澳大利亚夫妇 David Farnell 和 Wenyu Li 在泰国找了一个代孕妈妈生育了一对双胞胎，后来因为双胞胎中的男孩 Gammy 有唐氏综合症于是被弃养了，由泰国代孕妈妈一直抚养。

住年限，所以在泰国出生的跨境代孕儿童并不能获得泰国国籍，但由于承认意向父母和跨境代孕儿童的亲子关系，返回接受国时带其取得接受国国籍并不会遭遇太大阻碍，同时也避免了被弃养儿童的无国籍可能。

然而当遇到采取出生地主义的出生国、或以“分娩者为母”等其他原则进行亲子关系认定的国家，返回接受国取得接受国国籍就会遇到很多法律冲突问题，甚至致使无国籍现象、双重国籍现象的发生。

2.采取收养方式授予国籍

2008 年的 Jan Balaz 案中，德国国籍的意向父母委托印度国籍的代孕母进行代孕。然而依据印度的法律，跨境代孕儿童的法定父母为意向父母，跨境代孕儿不具有印度国籍，而德国严禁代孕行为，拒绝给予代孕儿国籍，导致了跨境代孕儿童的无国籍问题。最终经过多方协商，其意向父母通过办理收养手续使得代孕儿拥有德国国籍。

同样新西兰颁布的《人类辅助生殖技术法案》中，代孕母为法定母亲，在代孕子女出生后，意向父母必须以收养的方式确认与跨境代孕子女的亲子关系，赋予其相同国籍。这种方法虽最为折中，但颇耗费相关机关的精力，成本过高负担较重，且子女关系仍为模糊。

3.采取儿童利益最大化原则

该方式认为在整个跨境代孕儿童的亲子关系和国籍认定中，应当首要考虑跨境代孕儿童的利益。[5]如 2011 年英国法院受理的一案中，意向父母中与跨境代孕儿有血缘关系的父亲突然去世，意向母亲与跨境代孕所生子女并不血缘关系，在这种情况下英国法院最终仍然判决承认意向母亲与跨境代孕所生子女的亲子关系，允许取得亲权令，授予跨境代孕儿童英国国籍。在比利时也存有相似的案例，在 2011 年的萨麦尔委托乌克兰代孕母跨境代孕子女一案中，比利时法院最终采取儿童利益最大化原则，承认该单身男士与其跨境代孕所生子女之间的亲子关系，授予跨境代孕儿比利时国籍。跨境代孕儿童是法律关系中的主体，具有独立人格，不应该和普通物品一样成为协议或合同的标的物，有权自由处分自己的合法权益。然而跨境代孕儿童刚刚出生，尚无法凭借自由意志做出选择，就需要法官进行判断，综合衡量双方当事人的健康情况、经济基础、社会地位以及是否会存在跨境代孕儿童无国籍/双重国籍等情况，最终站在跨境代孕儿童的立场做出判断，做出最有利判决，具有极强的人道主义色彩。

此方式很好地维护了跨境代孕儿童的权益，竭力避免了国籍取得上存在的问题。但该方式主观色彩过重、法官权力过大，且具有模糊性，没有统一的衡量标准，个案差别较大。

4.承认代孕协议有效

在著名的美国加利福尼亚州发生的 Johnson v. Calvert 案件中，法院承认意向父母与代孕母先前签订的代孕协议有效，跨境代孕儿童的亲子关系认定和国籍认定均按照双方协议的先前约定履行。出生国和接受国应当按照双方的协议颁布出生证明、亲子关系证明和授予国籍。从某种程度来说，这种方法也是在贯彻延续“意向主义”和儿童利益最大化原则。

[5] 刘怡纯. 跨国代孕国际私法问题研究[D].广西师范大学,2019.

然而实践中，美国各州关于代孕的立法和司法实践都有所不同，很难统一。并且这种方法看似满足各当事人的诉求，形成了和谐局面，但却使接受国的行为受到了当事人进行代孕行为的操控，不论接受国国内是否禁止代孕、抑或是对代孕有着怎样的法律规制，都成为空壳，国家的公共秩序会受到极大的破坏，国家的司法部门、移民和出入境管理部门的职权会受到严重的限制，不利于跨境代孕问题的实质解决。

三、对跨境代孕儿童国籍问题的法律思考

（一）建议对代孕行为进行专门立法

无论是普通的境内代孕还是跨境代孕，对于代孕所生子女处于何种法律地位，其与卵子提供者、代孕者、抚养者形成何种法律关系，并无法律明文规定。我国现有的卫生部发布的部门规章无论是从法律效力还是规范主体上，都不足以对代孕行为进行完善的法律规制，“法不禁止即自由”，严厉打击代孕行为必须上升到法律层面给予完整且明确的答复。随着世界各国对代孕问题的逐步重视，我国应在保持司法实践统一性的基础上合理借鉴他国做法，建立并完善跨境代孕行为的法律规制，对代孕进行专门立法，同时根据儿童利益最大化原则制定相关法律保护代孕儿童的合理权益。无论是完全禁止，还是合理开放；无论是亲子关系，还是国籍认定都有明确的法律规定可以依照，杜绝法律上的空白。

（二）国家移民管理局联合外交部出台指导性政策

在办理国籍事宜中，国家移民管理局可以从国内法出发，联合外交部，综合考量移民管理秩序、儿童最大化利益，阐述对于跨境代孕亲子认定、必备证件材料、国籍认定的看法，兼采典型性和科学性的案例颁布指导性政策，在全国范围内形成示范，有利于国籍认定的统一性和合理化。

（三）积极参与海牙国际私法会议制定相关国际条约

跨境代孕从来不是一个国家的问题，是全世界需要一同解决的重大课题，有众多问题需要达成国际合作，制定统一的规范。如因某些原因被意向父母抛弃的跨境代孕儿童、或因此次疫情滞留在乌克兰暂时无法被意向父母接走的跨境代孕儿童，由于代孕母不是其法定父母，其无法获取出生国国籍，也就无法拥有一个合格公民的身份。海牙国际私法会议专门成立代孕项目组，主张世界各国共同协商立法，形成具有共识性的合约以解决在代孕亲子关系认定、代孕儿童国籍认定方面存在的分歧，目前尚处于研究的推进阶段，还未达成统一认识、制定合理的条约框架。中国作为海牙国际私法会议的成员国，更应该在攻坚克难之时展示中国智慧和中国方案，展现负责任的大国形象，积极参与国际条约的制定，加强国际协商与合作。

四、明确跨境代孕儿童国籍认定的意义

由于跨境代孕所涉及的问题较为复杂，缺少案例等相关的研究素材，在过去较长的一段时间里研究进展不大，对相关问题缺乏深入探讨。由于我国法律尚不允许代孕，国内的研究多集中在跨境代孕是否合法化、亲子关系认定的问题上，关于跨境代孕儿童国籍问题的研究少之又少。我国国籍法自 1980 年制定以来尚未修订，在当代的实际应用上存有很多与社会实际截趾适履的情况。但可喜的是，随着相关案例的不断出现，域外司法裁判的不断增多，

跨境代孕引起了越来越多学者的关注。海牙国际私法会议的研究报告系目前有关跨境代孕最为前沿的进展，相信未来跨境代孕问题一定会得到合理的解决。

（一）保护儿童权利，保障人权

我国于 1991 年加入的 《联合国儿童权利公约》第 2 条第 1 款规定：“关于儿童的一切行动……均应以儿童的最佳利益为首要考虑”，明确规定了儿童的权利保护，优先于其他任何权利的保护，保护儿童利益最大化原则已经成为处理涉及儿童的跨国问题的重要原则。相应地，我国也在国内制定颁布了《未成年人保护法》，保护未成年人权益。国籍是公民身份的象征，是通向公民权利的钥匙，确定跨境代孕儿童的国籍将直接给予代孕儿童作为公民的基本生活权利，体现了我国对人权的保障和尊重。

（二）维护移民和出入境管理秩序

在移民和出入境管理工作中，为跨境代孕儿童办理出入境证件时遇到两难问题屡见不鲜：意向父母因采用不合法的代孕方式而无法出示有效的亲子关系证明材料；在出生地主义国家取得出生地国籍后与我国国籍产生冲突；孩子的亲生母亲究竟认定为意向母亲还是代孕母亲……种种难题摆在移民管理和出入境管理部门眼前，因此确定跨境代孕儿童的国籍将大大提升移民和出入境管理部门的工作效率，解决工作难题，有力地维护移民和出入境管理秩序。

（三）贴合海牙国际私法会议的需要，取得制定优势

海牙国际私法会议尚处于推荐研究、倡导各国参与的阶段。我国对此也一直高度关注并派代表参加，在近两年的国际私法全国年会上，外交部条法司的孙昂副司长也曾提及：我国现在对海牙国际私法会议所进行的“父母身份/代孕项目”正处于非实质性介入阶段，对国际代孕相关问题的研究有着迫切的需要。[6]同时，我国作为一个农业基础深厚的人口大国，暗含着广阔的代孕市场，更由于我国禁止代孕的立场，跨境代孕市场极其活跃，更应该深入研究跨境代孕问题、积极参与相关国际条约的制定，与周边国家就管辖权确定、亲子关系认定、国籍认定、国内法的域外使用、法律冲突解决、外国判决的承认等方面达成一致意见，取得参与制定的先前优势。

[6] 周杰韬. 国际代孕亲权纠纷中若干国际私法问题研究[D].南京工业大学,2018.

我国争议海域海上维权执法活动的强制管辖风险及防范建议
——基于“军事活动例外”条款和海上维权执法性质的分析

池芷欣

摘要 2021 年 2 月 1 日起，《中华人民共和国海警法》（以下简称为《海警法》）正式实施。这是我国第一部与海上维权执法活动相关的法律。但是《海警法》并没有解决我国海上维权执法活动的性质问题。而这一问题与我国在争议海域的海上维权执法活动是否面临着强制管辖的风险息息相关。从 “军事活动例外”条款和海上维权执法活动性质的角度来看，我国在争议海域的维权执法活动仍然面临着很高的强制管辖的风险，对此，我国应当从明确海上维权执法活动的法律依据、提高海上维权执法能力、加强争议海域冲突风险的预先管控和重视海上维权执法的证据记录、保存和提交工作几个方面来防范强制管辖的风险。

关键词：军事活动例外；军事活动；海上维权执法

一、“军事活动例外”条款的解释和适用

（一）“军事活动”的定义与特征

“军事活动例外”条款的核心是“军事活动”的定义。但是在第 298 条的文本中并没有对“军事活动”的范围进行界定，因此，在解释和适用“军事活动例外”条款时，需要对“军事活动”的定义和特征进行探析。“军事活动”的定义和特征会影响该条款的适用。而在讨论“军事活动”的定义的时候，除了对条款本身的探析之外，还需要讨论在军事学、其他国际法条约等领域内，军事活动是如何被定义的，这有助于探析“军事活动例外”条款所指的“军事活动”的定义和特征。

1. 军事学上军事活动的内涵和外延

从军事理论上来说，军事活动包括了狭义的军事活动和广义的军事互动。狭义的军事活动通常也被称为军事行动，是指军队有目的、有计划、有组织地使用武装力量的过程，根据是否涉及战争可以被分为战争性军事活动和非战争军事活动，而非战争军事活动包括了军演、维和、反恐等活动。[1]而广义的军事活动范围则更大，它是军事主体进行军事实践的领域：军事主体通过参与到现实的军事实践成为军事活动中的主体。[2]这让广义的军事活动涵盖了军事主体活动的绝大部分领域。可以说，存在军事主体参加实践的活动都属于广义的军事活动。而根据上述对狭义的军事活动和广义的军事活动的定义的分析，可以确定军事活动的主体、开展的方式和目的。

军事活动的常见主体是军队，但是随着军事实践的发展，非军队的其他主体开始参与军事活动。由上述定义可知，广义的军事活动通常在各种情况下都可能发生，只要军事活动进行了军事实践，即存在军事活动。而狭义的军事活动的发生则要求军队有目的、有计划、有组织地使用武装力量，这意味着部分存在军队参与的活动会因缺少具有目的性、计划性和组织性的武装力量的适用而无法被认定为军事活动。从军事活动的实际发展情况来看，军队是

[1] 刘跃进：《我国军事安全的概念、内容及面临的挑战》，《江南社会学院学报》2016 年第 3 期，第 10 页。

[2] 高红：《论军事实践的逻辑定位》，《海军工程大学学报（综合版）》2015 年第 1 期，第 29 页。

最常见的参与军事活动的主体。甚至在很长一段时间内，军队是能够进行军事活动的唯一主体。在这一时候，广义的军事活动和狭义的军事活动在主体上并不存在区别。但是随着军事实践的发展，开始有军队以外的主体开始参与军事实践，进行军事活动，比如政府控制的其他拥有武装力量的主体。这使得广义的军事活动主体的范围得到了扩展。但是军队以外的主体通常承担着其他的职能，比如进行行政执法活动。而从表现形式上看，军队以外主体履行他们职能的形式和他们进行军事活动的形式十分相似。这就导致了在使用广义的军事活动概念的时候，会就如何判断军队以外的主体是否是在开展军事活动产生争议。

进行军事活动的主要方式是武装力量的使用。狭义的军事活动要求将武装力量作为军事主体开展军事活动时必须使用的方式，并且武装力量的使用必须具有目的性、计划性和组织性。但广义的军事活动并不要求军事活动主体以特定的方式开展军事活动，只要军事主体参与了军事实践即可，而军事实践中包括许多与使用武装力量无关的实践，比如军事工业的研发和生产活动。但是，武装力量的使用仍然是展开军事活动的主要方式。

军事活动的根本目的是为了保护国家的根本利益。无论是狭义还是广义的军事活动，它们的目的都是相同的。军事活动的目的是为了实现和保障军事安全，并且通过这种方式来保障国家安全。[3]军事安全则与通过军事力量“维护国家的主权完整和长治久安，保卫人民的生命财产，为国家的发展和人民生活提供一个相对稳定的内部和外部环境”有关。[4]通过上述两点论述可以发现，军事活动的根本目的是通过军事的方式来保护国家的利益，包括维护国家主权完整、保护国家安全等方面。这一点是其他同样由军事活动主体或使用类似或者等同于军事手段的活动所不具备的。以执法活动为例，执法活动虽然同样可以由军队实施或者由警察通过使用武装力量实施，但是执法活动的直接目的是为了执行法律，而其根本目的虽然也和保护国家安全相关，但通常不直接涉及保护国家主权完整这一问题，即使是国际性的执法活动也是如此。也是这一目的使得军事活动具有了高度的政治敏感性，容易引起或者加剧国家之间的争端。因此，在判断某一活动是否构成军事活动的时候，需要着重关注该活动的目的是否和保护国家的根本利益相关。

2. 《海洋法公约》等国际条约和其他国际文件对军事活动的认定

在讨论“军事活动例外”条款所指的“军事活动”的定义的时候，首先需要对对“军事活动例外”条款本身的叙述和《海洋法公约》上下文相关的规定进行探析。首先，从“军事活动例外”条款本身来看，正如上文所说，该条款本身的文本在表达上具有模糊性，这使得该条款并未对军事活动这一概念进行明确的定义。而只是笼统地使用了“军事活动（military activities）”这个概念进行叙述。但根据该条款的规定，该条款所指的“军事活动”包括了“从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端”。这意味着该条款所指的“军事活动”的主体并不同于狭义的军事活动定义的要求：除了军队外，从事非商业服务的政府船只和飞机也有可能成为军事活动的主体。从这一点上来看，“军事活动例外”条款在使用军事

[3] 刘跃进：《我国军事安全的概念、内容及面临的挑战》，《江南社会学院学报》2016 年第 3 期，第 7 页。

[4] 吴兴佐：《我国军事安全面临的挑战与思考》，《国家安全通讯》2000 年第 4 期，第 44 页。

活动这一概念的时候更倾向于使用广义的军事活动的概念。但是该条款为了避免广义的军事活动导致的关于非军队的主体开展军事活动的判断标准的争论，该条款明确规定了除了军队这一传统的军事活动主体以外，只有“从事非商业服务的政府船只和飞机”能够成为军事活动的主体。这在一定意义上有助于明确“军事活动例外”条款所指的“军事活动”的定义。而《海洋法公约》的其他条款并没有使用“军事活动”这一概念。

除此之外，对其他的国际公约如何定义、解释和使用军事活动这一概念进行考察，也有助于定义和解释“军事活动例外”条款所指的“军事活动”。首先， 2005 年 9 月出版的《专属经济区内水域航行与上空飞越的行动指针》这一建立在《海洋法公约》、国家实践和演进中的“软法”基础之上的法拘束性规范中[5]，可以发现对于军事活动的界定。根据《专属经济区内水域航行与上空飞越的行动指针》的规定，军事活动是指“军舰、军用飞机和军用器械进行的活动，包括情报收集、军事演习、军事实验、军事训练和武器使用”。[6]虽然该规定采用的仍然是根据进行活动的主体的性质判断行为是否属于“军事活动”的做法，但这个定义划定了军事活动的范围，包括情报收集、军事演习、军事实验、军事训练和武器使用”。这涵盖了大部分常见的军事活动的范围。但是这种规定方式将非军队主体进行的活动完全排除在军事活动的范围之外，这和“军事活动例外”条款的规定有所出入。

其次，同在海洋法领域内，《海战法》对于海上军事活动进行了规制。《海洋法》由海战习惯法和以及 1899 年和 1907 年两次海洋国际和平会议制定的《海牙公约》组成，规制战争状态下的海上军事活动。这种战争状态下使用武力的活动通常不会面临是否构成军事活动的争议。

再次，在人道法、空间法等其他国家条约和国际公约中，也有与军事活动相关的条款。这些条款可以作为对军事活动进行定义的参考。相关条款包括了《日内瓦第一公约》、《南极条约》和《关于各国探索和利用包括月球和其它天体在内外层空间活动的原则条约》。

（1）《日内瓦第一公约》是国际人道法中的重要国际公约，根据《日内瓦第一公约》第二条的规定，《日内瓦第一公约》适用于“两个或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态”。[7]这就涉及对“武装冲突”这一概念的解释。虽然《日内瓦第一公约》中所说的“武装冲突”并不直接等同于“军事活动例外”条款中所指的“军事活动”，但是武装冲突通常都带有一定的军事性质。并且在《日内瓦第一公约》将其所使用的武装冲突的概念限定在发生在国家与国家之间的武装冲突的情况下，《日内瓦第一公约》所指的武装冲突和军事活动这两个概念在主体、方式、目的等方面是高度相似的。如果武装冲突是发生在战争时期，这个武装冲突几乎等同于狭义的军事活动概念下的战争性军事活动。因此，可以参考“武装冲突”的定义和判定标准来讨论如何认

[5] 邹立刚：《<专属经济区航行与飞越指南>述评》，《福建警察学院学报》2013 年第 3 期，第 70 页。

[6] Ocean Policy Research Foundation. Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone EEZ Group 21. Article 1 (a) (6), 2005.

[7] ICRC. Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, Article 2, 12 August 1949.

定“军事活动例外”条款中的“军事活动”的概念。

为了更好地适用《日内瓦第一公约》，国际红十字委员会在《2016 年<日内瓦公约>评注》（以下简称为《2016 年评注》）中，对于第二条中所指的“武装冲突”进行了进一步的解释。根据《2016 年评注》，第二条中所说的“武装冲突”的判定必须要建立在“表明交战方之间事实上存在敌对行动的普遍事实”之上[8]，而事实指的是“涉及两个或两个以上国家的武装部队采取敌对手段”[9]。这是国际人道法中所使用的“武装冲突”的概念。这一概念强调涉及争端的各方在参与武装冲突的主体和使用的方式在性质上是特殊的，即武装冲突的主体应当是武装部队，使用的方式在性质上属于敌对性的。但是，《2016 年评注》特别指出，海军使用武力并不一定构成国际武装冲突，在判断海军使用武力的性质的时候应当考虑其使用武力的目的。《2016 年评注》认为“根据海上国际法的规定，在部分情况下，各国可以合法地对另外一国拥有或经营的船只使用武力”，这并不会导致其被认定为存在武装冲突，但是当“国家在海洋使用武力的动机不是国家执行海上管理制度时，”其有可能属于国际武装冲突。[10]从这一评注中可以发现，在《2016 年评注》看来，海军使用武力的目的是判断海军的行动是否属于武装冲突的重要标准。考虑到武装冲突概念和军事活动概念之间的高度相似性，在判断海军使用武力的行为属于军事活动还是执法活动的时候，海军使用武力的目的也应当成为判断其行为是否构成军事活动的重要参考因素。

（2）《南极条约》确立了南极非军事化的地位，要求各国不得在南极展开军事活动。这一规定就意味着《南极条约》需要对军事活动这一概念进行解释。《南极条约》的第一条第一款规定：“南极洲应仅用于和平目的。在南极洲，应特别禁止任何军事性措施，如建立军事基地和设防工事，举行军事演习，以及试验任何类型的武器”但是第一条第二款规定“为科学研究或任何其他和平目的而使用军事人员或设备”属于《南极条约》允许的行动。根据该条的规定，可以发现，《南极条约》对于南极非军事化的规定包括了以下两个方面。第一，使用军事人员或设备的行为属于军事性措施。从《南极条约》第一条的文本上看，第一条第二款属于但书，其将为了和平目的而使用的军事人员或设备排除在被第一条第一款所禁止的军事性措施之外。从逻辑上来说，这意味着使用军事人员或设备的行为从性质上来说属于军事性措施，只是因为被用于和平目的而被排除在《南极条约》第一条第一款的禁止性规定之外。当这些军事人员或设备是为了非和平目的被使用的时候，其仍然是被禁止的。第二，《南极条约》区分军事化与非军事化的标准是相关行动的目的。根据《南极条约》第一条第二款的规定，军事人员或设备是为了科学研究或任何其他和平目的而被使用的时候，这种军事性

[8] ICRC. Commentary of 2016: Article.2 Application of the Convention, para.211, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518, visited on 31 March 2021.

[9] ICRC. Commentary of 2016: Article.2 Application of the Convention, para.219, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518, visited on 31 March 2021.

[10] ICRC. Commentary of 2016: Article.2 Application of the Convention, para.227, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518, visited on 31 March 2021.

措施是被允许的。因此可以发现，《南极条约》的非军事化条款实际上并没有将所有的军事性措施等同于军事化。而从第一条第二款的规定来看，《南极条约》判断是否构成对南极军事化使用的标准是：相关行为是否是为了将南极用于军事用途。结合前一点的内容可以发现，这意味着《南极条约》认为一个使用了军事人员或设备的行动可能因为其的目的并不是为了将南极用于军事用途而不属于对南极的军事化利用，但是这种行动的军事性质并没有被否认。换言之，军事性措施可以因其目的是否是对于相关对象的军事利用目的而被分为军事化活动和非军事化活动。

但《南极条约》这种根据军事性措施的目的区分是相关行动是否属于对南极的军事化利用的做法实际上导致了南极的非军事化目标受到了现实的挑战。南极事实上存在由各国建立并控制管理的军事基地，比如智利的奥希金斯陆军基地，但是建立这些军事基地的国家却援引《南极条约》第一条第二款的规定辩称其在南极建立军事基地是为了和平和科研目的；此外，各国虽然在南极地区开展科研活动，但是这些活动通常都不是纯粹的科研活动，而是兼具将南极用于军事用途的目的的。[11]对于这种兼具将南极用于军事用途的目的的活动是否应当被禁止是《南极条约》现在面临的问题之一。从《南极条约》的规定来看，这个问题的回答应当是肯定的。因为在这些具有一定的科研目的或其他和平目的的军事性措施实际上兼具将南极用于军事用途的目的，这个是在考察该活动的目的时必须考虑的，只考虑这些措施的科研目的或其他和平目的显然是对这些措施所具有的目的的考察的不完整；并且，这些活动的成果极有可能被用于军事用途。如果不对此加以禁止，就和南极非军事化的目标相违背。如果不对活动的所有目的进行考虑，会导致科研目的或其他和平目的成为相关国家使得其本应被禁止的军事性措施在《南极条约》下合法化的工具。比如美国在南极进行的电磁武器和气象武器的研究虽然被包装成是为了对气候和地球磁场进行研究，但是其目的要包括根据这些研究的结果观察和研制气象武器。[12]在考察这些行动的目的的时候，这一部分是必须得到考虑的。否则，如果仅根据这些行动目的中部分的科研属性或其他和平属性进行判断，这些行动就会认定为是为了科研目的或其他和平目的而进行被允许的军事性措施。这种做法容易导致对军事性措施目的考察的不完整，从而对行动的目的所具有的军事性的遗漏，从而违背《南极条约》关于南极非军事化的规定。换言之，考察某一军事性措施是否是为了科研目的或其他和平目的时，应当考察该措施的全部目的，如果其中具有明显的为了将南极用于军事用途的目的，那么该措施就属于被《南极条约》禁止的措施。

《南极条约》面临的上述问题和军事活动现在面临的争议之一类似：当一些使用军事人员或设备的行动在最初并不是为军事目的而是为其他目的而进行的时候，或者当相关的行动兼具军事目的和其他目的的时候，这些行动是否能够被认定为军事活动？参考《南极条约》的规定，军事活动面临的这一争议的回答也应当是肯定的。因为对于这些行动而言，其要么具有目的在后期转化的可能，要么同时兼具军事目的和其他目的，这些都赋予了这些行动不

[11] 石伟华、郭培清：《过热的南极——南极非军事化面临挑战》，《海洋世界》2008 年第 7 期，第 75-77 页。

[12] 石伟华、郭培清：《过热的南极——南极非军事化面临挑战》，《海洋世界》2008 年第 7 期，第 77 页。

可被忽略的军事色彩，其涉及的利益、带来的影响也和纯粹为军事目的进行的行动具有很高的相似性。因此，这些最初不是为军事目的而是为其他目的进行，但是后期可能转化为军事目的的行动，以及同时兼具军事目的和其他目的的行动，也应当被认定为军事活动。

（3）《关于各国探索和利用包括月球和其它天体在内外层空间活动的原则条约》（以下简称为《外空条约》）的第四条第二款规定“各缔约国必须把月球和其他天体绝对用于和平目的。禁止在天体建立军事基地、设施和工事：禁止在天体试验任何类型的武器以及进行军事演习”但是“不禁止使用军事人员进行科学研究或把军事人员用于任何其他的和平目的；不禁止使用为和平探索月球和其他天体所必须的任何器材设备。”《外空条约》关于外空的非军事化利用的规定中对于军事性措施和军事化的规定和《南极条约》的规定是相同的。《外空条约》和《南极条约》都将使用军事人员或军事设备列入到军事性活动中，但是对为科学研究目的和和平目的而使用军事人员或军事设备的做法给予特别的许可。虽然在各方对于《外空条约》第四条第二款的解释和实践中，仍然存在对于 “和平目的”这一术语的争议，[13]但是不可否认，《外空条约》采取的仍然是根据军事性行动的目的是否是为了将太空用于军事用途来判断闲逛行为是否是对太空的军事化利用。

从对于上述三个国际公约和国际条约中与军事活动相关的条款的分析来看，它们都认为使用军事人员或设备的目的是判断该行为是否构成国际武装冲突或军事化的重要参考因素。海军使用武力的目的是否是为了执行一国的海上管理制度会影响是否存在国际武装冲突的目的；而在南极或外空使用军事人员或设备是为了科研目的和其他和平目的，还是同时也具有明显的将南极或太空用于军事用途的目的或转化为将南极或太空用于军事用途的目的的可能，也会影响对该行为是否构成对南极或外空的军事化利用的判断。根据上述规定以及这些规定中使用的概念和军事活动的相似性来看，在讨论军事活动的定义和判断标准的时候，相关活动是否是为了军事目的或者是否有可能转化为军事目的也是必须要被考察的因素。

3. “军事活动”的特征

结合上述对于军事活动的定义可以发现，“军事活动例外”条款所指的“军事活动”至少有以下几个特征。

第一，“军事活动例外”条款所指的“军事活动”是类似于广义的军事活动而非狭义的军事活动。首先，从《海洋法公约》中“军事活动例外”条款的文本来看，其将“从事非商业服务的政府船只和飞机”这一主体也纳入了“军事活动”的主体的范围，并且对于进行“军事活动”的方式没有进行特别的限定。这都是广义的军事活动的特征。其次，从“军事活动”被纳入《海洋法公约》的“任择性例外”的过程和原因看，“军事活动”的高度政治敏感性是其被纳入“任择性例外”的重要原因，这会导致《海洋法公约》实际上倾向于让“军事活动”这一概念涵盖更多可能涉及具有高度政治敏感性的争端的活动，因此这一概念并不是狭义的军事活动的概念。但是同时，出于平衡海洋大国利益和发展中国家利益的需要，《海洋法公约》采用“军事活动例外”而不是采用习惯国际法中的军舰豁免原则。这会让“军事活

[13] 何奇松：《国际太空法与太空军事利用》，《复旦国际关系评论》2017 年第 2 期，第 41-44 页。

动例外”所指的“军事活动”这一概念并不可能是纯粹的广义军事活动。因为这同样会导致海洋大国利用该条款侵犯发展中国家的利益的情况出现。因此，“军事活动条款”对其所指的“军事活动”的概念会进行一定的限制。比如对于执法活动和军事活动的区分：该条款将军队执行的执法活动排除在“任择性例外”的范围之外。此外，参考《海战法》、《专属经济区内水域航行与上空飞越的行动指针》、《南极条约》等的规定，常见的、并且被公认的军事活动包括了军事情报收集、军事演习、军事实验、军事训练、建设军事基地和设防工事等。但是，“军事活动例外”条款所指的“军事活动”并不限于这个范围。

第二，“军事活动例外”条款所指的“军事活动”的主体的范围并不仅限于军队。除了军队之外，根据该条款的明文规定，“从事非商业服务的政府船只和飞机”也能够进行军事活动。但是考虑到该条款所使用的“军事活动”的概念更类似于广义意义上的军事活动，需要讨论的另外一个问题是：是否有军队和“从事非商业服务的政府船只和飞机”以外主体也能够开展军事活动。《海洋法公约》的文本并没有对这个问题进行回答。

第三，“军事活动例外”条款所指的“军事活动”要求“军事活动”的主体使用武装力量进行，但是其他的方式也能够成为开展“军事活动”的方式。在“军事活动例外”条款中，并没有直接对构成军事活动需要使用的方式进行要求，但是参考广义的军事活动的定义可以发现，武装力量是开展“军事活动”使用的主要手段，但是其他的方式也有可能成为开展“军事活动”的方式。对于其他手段的认定可以参考《日内瓦第一公约》和《2016 年评注》的规定进行认定。《2016 年评注》要求武装冲突中需要存在各方“采取敌对手段”。[14]这强调的是武装冲突中所使用的手段使用在目的和性质上需要表现出敌对性。而考虑到军事活动和武装冲突的相似性，这能够成为判断某一方式是否能够成为军事活动所使用的方式的重要参考因素。

第四，判断某一活动是否属于“军事活动例外”条款所指的“军事活动”主要要对该活动的目的进行考察。这是由于军事活动的目的具有特殊性，其赋予了军事活动和其他活动不同的特征和更高的政治敏感性。这使得军事活动和其他的活动相区别。首先，从军事学对军事活动的定义来说，军事活动的根本目的是为为了保护国家的根本利益，比如国家主权和领土完整等。这赋予了军事活动和执法活动等其他活动不同的特征，使得军事活动在政治上的敏感程度更高。这也是第三次海洋法会议将“军事活动例外”纳入“任择性例外”条款中的主要原因。其次，虽然“军事活动例外”条款本身没有对此进行规定，但是从《海洋法公约》以外的国际公约和国际条约的规定中都可以发现，在判断某些行为是否构成军事活动动或者类军事活动的行动时，这些规定都会对相关行为的目的是否包括军事目的进行考察。军事目的是判断某一行为是否构成“军事活动”的重要参考因素。

此外，还需要注意，虽然在各类官方文件中，军事活动（military activities）一词经常与军事化（militarization）和军事行动（military operation）混同使用，但是这三个词实际

[14] ICRC. Commentary of 2016: Article.2 Application of the Convention, para.219. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518, visited on 31 March 2021.

上存在着区别。

第一，军事活动和军事行动这两个概念之间存在区别。军事行动通常等同于狭义的军事活动，其对于行动的主体、方式、使用的方式等有着比“军事活动例外”条款所指的“军事活动”和广义的军事活动更加严格的限制。它要求进行军事行动的主体是军队，并且只有当军段有目的、有计划、有组织地使用武装力量的时候才能构成军事行动。相关行为必须能够同时满足上述三点才属于军事行动。

第二，军事活动和军事化虽然具有联系，但是仍然是两个不同的概念。它们的区别在于，军事化的目的比军事活动的目的是更为直接的。军事化希望能够将某一区域用于军事用途，而军事活动的目的则是为了维护国家的根本利益。即使某一活动不属于军事化活动，它仍然可能属于军事活动。但是比如利用军事人员和军事设备在一国存在争议的边界地区建设民用的设施，这一活动因为其目的并不是为了将相关设施用于军事而不属于军事化活动，但这一活动仍然属于军事活动，因为其运用了军事主体、军事手段，并且在存在争议的边界地区建设民用设施也有出于维护国家主权的目的。

（二）“军事例外”条款文本中“关于（concerning）”的解释

1. “关于（concerning）”的一般含义

根据《牛津字典》对于“关于（concerning）”的解释，其是指“about something；involve something”。从这个解释来看，“关于（concerning）”和“涉及（involving）”这两个词区别并不是特别明显，其强调的都是用这两个词进行连接的事物之间存在内在或者外在的联系，并且这两个词都对这种联系的紧密程度缺乏要求，并不要求它们是直接相关关系。从文义上来看，“关于（concerning）”的适用意味着其连接的事物之间存在关联，这种关联可以是直接联系，也可以是一个事物作为另外一个事物发生的背景这样的联系。

2. 国际海洋法法庭和附件七仲裁庭对“关于（concerning）”的解释

在《海洋法公约》的文本中，有多处使用了“关于（concerning）”一词。比如，除了“军事活动例外”条款之外，在《海洋法公约》的第 286 条“导致具有拘束力裁判的强制程序的适用”这一条款中，就要求能够被提交强制性争端解决程序的争端必须是“关于（concerning）”《海洋法》公约的解释或适用的争端。因此，在海洋法法庭和附件七仲裁庭的裁决中，有多处会涉及到对于“关于（concerning）”一词的解释问题。对国际海洋法法庭和附件七仲裁庭在各类裁决中对“关于（concerning）”一词的解释整理如下。

表 1 国际海洋法法庭对于“关于（concerning）”的解释

案例	时间	观点	要求
路易莎号案	2013	“关于（concerning）”一词表明，宣言不仅延伸到明文含有“逮捕”或“扣押”一词的条款，而且延伸到《海洋法公约》中任何与逮捕或扣押船舶有关的规定。[15]	事件和争端之间有关联即可

[15] The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Judgement, ITLOS, 28

北方之星号案	2016	国际海洋法法庭援引了路易莎号案中对于“关于（concerning）”的解释，认为“关于（concerning）”一词的存在要求案件事实和《海洋法公约》的条款是相关的。[16]	事件和争端之间有关联即可
加纳和科特迪瓦海洋划界案	2017	“关于（concerning）”一词可以被理解为在争端范围内的、不属于划界，但是与划界密切相关的其他问题。[17]但是国际海洋法庭认为，加纳和科特迪瓦之间关于国际责任的争端虽然是由于划界争端引起的，但是如果将其认为是和“海洋边界划定”相关的争端，会过度扩大“关于海洋边界划定的争端”的含义。[18]	事件和争端之间密切相关，但是不能过度扩大

表 2 附件七仲裁庭对于"关于（concerning）"的解释

案例	时间	观点	要求
毛里求斯诉英国查戈斯群岛仲裁案	2015	《海洋法公约》的谈判记录中不存在任何关于领土主权管辖权的内容，这意味着第三次海洋法公约的参与方并不希望将关于领土主权的争端视为“关于（concerning）”解释或适用《海洋法公约》的争端。[19]领土主权问题的敏感性使其被划定在关于解释或适用《海洋法公约》的争端范围之外。[20]	应当根据《海洋法公约》的谈判和起草记录来判断“关于（concerning）”涉及的范围
杜兹吉特诚信仲裁案	2016	《海洋法公约》第 288 条第一款将法庭的管辖范围限制在“关于（concerning）”解释或适用《海洋法公约》规定的有关争端上。而圣多美和马其他对于圣多美是否在《海洋法公约》规定的执行管辖权的合法范围内行事存在分析，属于有关解释和使用	争端内容和《海洋法公约》的解释和适用有所关联即可

May 2013, para.83.

[16] The M/V “Norstar” Case (Panama v. Italy), Preliminary Objections, Judgement, ITLOS, 4 Novermber 2016, para. 110.

[17] Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary Between Ghana and Cote Dtvoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote Dtvoire), Judgement, ITLOS, 2017, para.548.

[18] Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary Between Ghana and Cote Dtvoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote Dtvoire), Judgement, ITLOS, 2017, para.548.

[19] Chagos Marine Protected Area Arbitration (the Republic of Mauritius v. the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), Award, PCA Case No. 2011-03, 18 March 2015, para. 215.

[20] Chagos Marine Protected Area Arbitration (the Republic of Mauritius v. the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), Award, PCA Case No. 2011-03, 18 March 2015, para. 216-21.

案例	时间	观点	要求
		《海洋法公约》的情形。[21]	
沿海国权利案	2019	附件七仲裁庭认为和其他可以被广泛解释的术语不同，“关于（concerning）”将军事活动例外限制在那些主题是军事活动的争端中；如果所谓的军事活动与有争议的活动之间仅存在“因果关系”或历史联系，则不属于军事活动例外条款所规定的的范围。[22]	两个事件之间是直接相关关系，或军事活动是争端的主题。
Enrica Lexie 案	2020	法庭认为，虽然该案相关的争端可能引起海军陆战队的豁免权问题，但是该案争端引起的问题并不限于此；该案的争端被描述为关于哪个国家有权对 2012 年 2 月 15 日的事件行使管辖权的争端是更为恰当的，而这与《海洋法公约》若干条款的解释和适用有关。[23]	只要争端引起的问题中存在和《海洋法公约》的解释和适用相关的问题即可。

从表 1 的整理可以发现，国际海洋法法庭在解释“关于（concerning）”一词的时候，仅要求“关于（concerning）”连接的两个事件之间存在联系，并没有对这种联系的紧密程度进行要求，只要不要过度扩大即可。但是在加纳和科特迪瓦海洋划界案中，国际海洋法法庭并没有多什么是过度扩大进行解释，仅说明了将加纳和科特迪瓦由于海洋划界引起的国际责任争端纳入和海洋划界有关的争端会导致对于“关于海洋边界划定的争端”的含义被过度扩大。而从表 2 的整理可以发现，附件七仲裁庭对于“关于（concerning）”一词的解释态度多次反复。在毛里求斯诉英国查戈斯群岛仲裁案和杜兹吉特诚信仲裁案中，附件七仲裁庭对于“关于（concerning）”一词的解释要求有两点：（1）事件和争端之间存在联系即可；和（2）应当根据《海洋法公约》的谈判和起草记录来判断“关于（concerning）”涉及的范围。在 2020 年的 Enrica Lexie 案中，附件七仲裁庭也采用了类似的观点，认为只要两个事件之间存在关联的部分即满足了“关于（concerning）”一词的要求。但是在 2016 年的“南海仲裁案”和 2019 年的沿海国权利案中，附件七仲裁庭却采用了缩小解释的方法，要求只有事件和争端之间是直接相关关系，或者事件是争端的主题才符合“关于（concerning）”

[21] Duzgit Integrity Arbitration (the Public Malta v. the Democratic Republic of Sao Tome and Principe), Award, PCA Case No. 2014-07, 5 September 2016, para. 138.

[22] Case Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation), Award Concerning the Preliminary Objection of the Russian Federation, PCA Case No. 2017-06, 21 February, 2020, para.330.

[23] The 'Enrica Lexie' Incident (the Italian Republic v. the Republic of India), Award, PCA Case No. 2015-28, 21 May 2020, para.243.

的要求。[24]这种缩小解释的做法显然和附件七仲裁庭在此前此后的裁决中展示的解释是不一致的

结合上述分析可以发现，“关于（concerning）”一词并没有对其连接的事物之间的相关程度进行限定。不论是从“关于（concerning）”的一般含义出发，还是参考国际海洋法法庭和附件七仲裁庭在历次裁决中对于“关于（concerning）”一词的解释，这一点都能够得到证实。从文义上来说，“关于（concerning）”一词和“涉及（involving）”一词几乎是等同的。两者都仅要求它们连接的两个事物之间存在关联即可。而从国际海洋法法庭和附件七仲裁庭的历次裁决来说，国际海洋法法庭在涉及对“关于（concerning）”一词进行解释的裁决中，一贯坚持这一词仅意味着相关的活动和争端之间存在关联。而附件七仲裁庭的态度从总体来看，其采用的是和国际海洋法法庭相同的观点，认为只要相关活动和争端之间存在联系即可，而无论这种联系是否是紧密的或相关活动是否是争端的主题。仅在 2016 年的“南海仲裁案”和 2019 年的沿海国权利案中，附件七仲裁庭采用了缩小解释的方法对“关于（concerning）”一词进行解释

（三）国际海洋法法庭和附件七仲裁庭对“军事活动例外”条款的解释实践

根据目前国际海洋法法庭和附件七仲裁庭适用“军事活动例外”标准进行裁判的安利，“军事活动”认定标准和争议问题的解释如下。

1. “军事活动”的认定标准

根据对于已有的案例，国际海洋法法庭和附件七仲裁庭认确定的“军事活动”认定标准如下。

第一，根据荷兰诉俄罗斯北极日出号案中仲裁庭的裁决结果，沿海国除了拥有《海洋法公约》明确规定的严格意义上的执法权外，还基于专属经济区的主权权利而享有广义上的执法权。 而基于执法权作出的活动在绝大多数情况下都属于执法活动。换言之，行动的依据在绝大多数情况下可以成为行动性质判断的依据。

第二，根据荷兰诉俄罗斯北极日出号案和圭亚那诉苏里南案中仲裁庭的裁判，判断某一活动属于“军事活动”还是“执法活动”，不能够仅依据行为主体的性质决定，而需要考虑相关行活动的目的是否是执行法律；并且在过程中，可能出现因活动的目的的变化而导致活动性质变化的情况。

第三，判断某一活动是否属于“军事活动”需要参考该活动进行的更加广泛的背景来进行判断，而不能仅仅依据某一原因单独确认活动的性质。这一点在“刻赤海峡事件”的两个裁决中均有所叙述。

2. “军事活动”和“执法活动”的区分

国际海洋法法庭和附件七仲裁庭在讨论“执法活动”和“军事活动”的区别的时候很少关注

[24] See the South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. the People’s Republic of China), Award, PCA Case No 2013-19, 12 July 2016, para.225-229; Case Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation), Award Concerning the Preliminary Objection of the Russian Federation, PCA Case No. 2017-06, 21 February, 2020, para.330.

活动主体的性质，因为他们认为，在现在的国家实践中，活动主体性质并不会对活动主体实际上进行的行为产生较大的影响，并且大部分的国家混合使用执法船舶和军事船舶。存在执法船舶进行军事活动而军事船舶进行执法活动的情况。因此，国家海洋法法庭和附件七仲裁庭在区分"执法活动"和"军事活动"的时候，更多的是关注该活动的目的是否是为了执行法律，同时也会对活动的背景进行更加广泛地考察以进行确定。这一点在 1998 年的渔业管辖权案、圭亚那诉苏里南案和"刻赤海峡事件"现有的两个裁决中都有所展示。并且需要注意的是，并不能因为活动中军事船舶的存在就将该活动认定为"军事活动"而非"执法活动"。这种做法实际上是根据活动主体的性质和出现与否来判断活动的性质，这在极大程度上降低了"军事活动"的门槛。"南海仲裁案"曾试图确立"只要有海军存在，就属于军事活动"的标准，[25]但是根据附件七仲裁庭的初步裁决并不接受这样的标准，而是主张需要考虑相应主体行为的目的、原因、背景和方式等因素。

3. 混合行动性质的认定

沿海国权利案的初步裁决涉及到了混合行动性质的认定的问题。而在"南海仲裁案"涉及混合目的行动的性质认定，而"沿海国权利案"的初步裁决则涉及混合主体行动的性质认定。本部分分别对这两种类型的混合行动的性质认定进行分析。

根据"南海仲裁案"中的观点，对于在判断混合目的行动的性质时，只要军事目的不是这个混合行动的主要目的，混合目的行为就不属于"军事活动"。这种观点的缺陷是很明显的。第一，混合行动和混合行动的成果的用途并不是一成不变的。以"南海仲裁案"中中国在美济礁的建设为例。虽然该行为并不是为了谋求南海的"军事化"，但是，此类建设活动除了民用目的之外，由于建立地点等原因，不可避免地还会具有维护国家主权、保护国家领土等目的。此外，在与中国在南海存在领土争端的国家控制着相当数量的岛礁的情况下，中国在本国控制的岛礁上修建设施具有自卫的目的，如果发生涉及军事的冲突，原本用于民用的设施可以被用于军事冲突，这两者不不是互相冲突的。[26]仅仅因为军事目的不是混合目的行动的主要目的就否定相关活动的军事性质，是对相关混合行动和混合行动成果用途的误判。第二，军事活动因其的高度政治敏感性导致其成为了"任择性例外"之一。这一事实隐含的意思是，即使是在目的混合的行动中，只要军事目的或者军事性质对于行动的影响足以让相关行动或者相关争议具有足够的政治敏感性，这个混合行动就具有足以使其成为《海洋法公约》第 298 条规定的"军事活动例外"条款所指向的"军事活动"的军事性。这并不要求军事目的必需是混合行动的主要目的。而如上文所述，军事活动具有高度政治敏感性主要是由于军事活动通常涉及到国家核心利益，比如国家主权、领土等。因此，即使军事目的并不是某一混合目的行动的主要目的，但只要这一混合目的行动涉及一国核心利益，比如国家主权、领土等问题，这个混合目的行动就拥有了"军事活动例外"条款所要求的足够高的政治敏感性，从而属于"军事活动例外"条款所指向的"军事活动"，相关的争端可以不受强制

[25] The South China Sea Arbitration, PCA Case No 2013-19, Award of 12 July 2016, para.1181.

[26] 贾兵兵：《<联合国海洋法公约>争端解决机制研究：附件七仲裁事件》，清华大学出版社 2018 年 11 月第 1 版，第 104 页。

性争端解决程序的管辖。因此，对于混合目的行动，只要该行动的含有的军事目的足以让该行动所具有的政治敏感性达到“军事活动例外”条款要求的程度，该行动就应当被认定为“军事活动”，而非“执法活动”。

根据附件七仲裁庭在“沿海国权利案”的初步裁决中的观点，在认定混合主体行动的性质时，应当综合考虑导致混合主体中的军事主体的行动的目的、原因、背景、方式等因素。但是正如上文所述，虽然附件七仲裁庭给出了影响混合主体中军事主体行动性质的因素，但是附件七仲裁庭没有解决军事主体行动的性质对于混合行为性质的影响程度这一问题。这仍然会导致相关各方在使用这一方法认定军事主体的行为性质时候产生争议。在这种情况下，对“军事活动例外”条款的立法背景和立法目的的回顾有助于对这一问题的回答。“军事活动例外”条款的目的是为了避免将具有高度政治敏感性的争端纳入《海洋法公约》强制性争端解决机制的管辖中，以维护强制性争端解决机制的权威性。如上所述，这意味着只要军事主体的行为性质足以使混合主体行动的性质具有“军事活动例外”条款所要求的足够高的政治敏感性，该混合主体行动就能够成为“军事活动例外”条款所指向的“军事活动”。比如在执法主体和军队混合海上执法的情况下，如果军队是出于维护国家主权的目的而参与到和争端有关的行动中，即使军队没有实际的攻击行为，该混合主体行为也能够成为 “军事活动”。

二、海上维权执法的概念与性质探析

（一）海上维权执法概念探析

虽然在消费者权益等领域也会使用“维权执法”一词，但是当该词被用于形容我国的海军或海上执法队伍在海上的活动的时候则具有了不同的含义。其即具有执行我国涉海管理法律的含义，也具有通过包括执法、巡航在内的各类海上活动维护我国主权和利益的含义。前者属于海上执法活动，而后则属于海上维权活动。海上维权执法这一概念主要由这两个活动构成。但是，这两个概念之间的区别不是泾渭分明的，在大部分的情况下，海上执法活动的同时也具有海上维权的目的，而海上维权活动则通过海上执法活动表现出来。但是，仍然需要对海上执法和海上维权这两个概念分别进行分析和讨论，因为这两个概念结合构成了海上维权执法这一概念。对这两个概念的澄清有助于对海上维权执法这一概念的界定和理解。

海上执法是指一国在海上为执行本国的涉海法律而进行的行动，比如执行本国的海洋管理制度等。目前我国涉及海洋执法的法律可以分为领土与主权类法律规范、海洋资源类法律规范、特定行业类法律规范和涉海技术性法律规范四类；海洋执法的事项范围包括自然资源、生态环境、生产安全、社会安全和国家权益五个部分。[27]2018 年 6 月 22 日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于中国海警局行使海上维权执法职权的决定》（以下简称为《授权决定》），根据该文件，海上维权执法的内容包括了“执行打击海上违法犯罪活动、维护海上治安和安全保卫、海洋资源开发利用、

[27] 董加伟、王盛：《中国海洋执法概念界定之“法律规范”说》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2016 年第 6 期，第 21-28 页。

海洋生态环境保护、海洋渔业管理、海上缉私等方面的执法任务”。[28]这基本划定了海上执法的事项范围。而 2021 年 1 月，《中华人民共和国海警法》（以下简称为《海警法》）通过且生效。[29]根据《海警法》第五条的规定，海上维权执法工作的基本任务包括“开展海上安全保卫，维护海上治安秩序，打击海上走私、偷渡，在职责范围内对海洋资源开发利用、海洋生态环境保护、海洋渔业生产作业等活动进行监督检查，预防、制止和惩治海上违法犯罪活动”[30]根据《海警法》对于海上安全保卫、海上行政执法和海上犯罪侦查这三类海警职责的划分，在上述列举的海上维权执法的基本任务重中，“维护海上治安秩序，打击海上走私、偷渡，在职责范围内对海洋资源开发利用、海洋生态环境保护、海洋渔业生产作业等活动进行监督检查，预防、制止和惩治海上违法犯罪活动”属于海上执法活动的职责而从海上执法活动的目的来看，其的目的在于本国的涉海法律法规。虽然执行这些涉海法律法规可能会事实上起到维护国家权益的作用，比如依据法律法规对可疑船舶进行监视和驱逐能够维护国家沿海安全，但这并不是此类行动的直接目的。

此外，需要注意的是，海上维权执法活动中的海上执法活动虽然也是海上执法活动的一种，但是其并不等同于一般的海上执法活动。海上维权执法概念下的海上执法这一概念虽然直接目的是为了执行本国法律，从而维护本国的权益，但是这种维权目的具有很强的对外特征，而一般海上执法活动针对的对象是中国籍船舶、人员及其活动。这表现在 2000 年以来，当我国政府使用海上“维权执法”一词的时候，即使是明显的执法目的的活动，除了部分无对象的活动外，针对的对象军事外籍军用船舶或外籍非军用船舶。[31]这使得海上维权执法概念下的执法活动具有很强的对外的特征，从而使其不同于针对本国船舶开展的一般海上执法活动。

根据《中国人民解放军军语》，海上维权是指“国家依据《联合国海洋法公约》和本国法律法规，在海上执法或军事手段维护海上权益的行动。”[32]但是这种定义方式会导致海上维权的概念中包括了海上执法的概念。虽说海上执法的目的中也包括了维护国家海上权益的部分，但是这并不是其的主要目的。更重要的是，根据目前国际海洋法法庭和附件七仲裁庭倾向于采取目的作为“军事活动”的判断标准，这种将海上执法视为海上维权的一部分的做法会导致部分海上维权活动被判断为“军事活动”而部分海上维权活动被判断为非“军事活动”。这在某种程度上会导致这些概念运用的混乱。因此，需要有一个能够和海上执法相互区分的海上维权的概念。而从活动的主体、方式和效果这三个方面进行考察，会发现：海警局和海军都可以从事海上维权活动的主体，并且海上执法和海上维权的方式和效果又具有很高的相

[28] 中国政府网：《全国人民代表大会常务委员会关于中国海警局行使海上维权执法职权的决定》，http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/23/content_5300665.htm，2021 年 4 月 7 日访问。

[29] 中华人民共和国司法部：《中华人民共和国海警法》，http://www.moj.gov.cn/Department/content/2021-01/25/592_3265256.html，2021 年 4 月 7 日访问。

[30] 《中华人民共和国海警法》，第 5 条。

[31] 毛晨宇：《海上“维权执法”的概念界定与未来展望》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2020 年第 1 期，第 17 页。

[32] 军事科学院：《中国人民解放军军语》，军事科学出版社 2011 年第 2 版，第 165 页。

似性。从这三个方面很难将海上维权和海上执法活动区分开。因此，如果要对海上维权和海上执法做一个概念上的去区分，需要从目的上进行考虑。

根据我国国内法的规定，海上执法的直接目的是为了执行本国的涉海法律法规，而海上维权的目的则是为了保护国家主权、安全，维护国家的海上权益。这在《海警法》中有明确的规定。根据《海警法》第十二条的规定，海警机构的职责之一是通过各类执法行为“预防、制止、排除危害国家主权、安全和海洋权益的行为”，[33]海警机构承担的安全保卫的职责则是为了“维护海上安全和秩序”，[34]并且，为了保护国家主权、主权权利和管辖权在海上不受到“外国组织和个人的不法侵害或者面临不法侵害的紧迫危险”，海警有权依据《海警法》和其他相关的法律、法规，“采取包括使用武器在内的一切必要措施施制止侵害、排除危险。”[35]海上执法活动和海上维权活动在目的上的差别非常明显。

此外，从国际法上看，参考圭亚那诉苏里南案中国际海洋法法庭和附件七仲裁庭的态度可以发现，虽然苏里南宣称自己是为了执行本国的沿海法律法规而使用武力，但是判决认为苏里南海军行为的目的在实践的过程中实际上从执行法律转变成了通过武力威胁迫使圭亚那和加拿大 CGX 公司离开，从而保护苏里南的海上权益的目的，那么该行动就转化成了“军事活动”。[36]从该案来看，海洋法法庭和附件七仲裁庭倾向于认为，在混合了海上维权和海上执法的活动中，当执法目的不再是相关行动的直接目的的时候，相关目的就属于“军事活动”。结合上述分析，可以将海上维权定义为相关行为的目的是为了保护国家主权、安全，维护国家的海上权益的活动，并且这种海上维权行动可以通过海上执法的方式实现。

但是，海上维权的目的是特定的，不是所有的为了维护海洋权益的活动都属于海上维权互动。根据《海警法》第十二条和第十六条的规定，海上安全保卫，即海上维权活动的目的实际上被限定在保护国家主权、安全，维护国家的海上权益的范围上，这意味着并不是所有具有维权目的的活动都能够被认定为海上维权。只有涉及国家主权和安全海上维权活动才属于海上维权执法概念下的海上维权，否则，该活动属于海上执法活动。

由此可以看出，区分某一活动属于海上执法活动还是维权执法活动的主要依据是该活动的目的是为了执行我国的涉海管理法律还是为了保护国家主权、安全，维护国家的海上权益。但是，在实践中，大部分海上维权执法活动是同时兼具海上执法目的和海上维权目的的活动，并且在很多时候这两个目的的主次是难以被区分的：比如海警执法船驱离非法在争议海域开展活动的外国船只。仅从这一行为的表现上看，很难区分这种活动是通过海上执法方式进行的海上维权活动，还是兼具海上维权目的的海上执法活动。这也是海上维权执法活动不同于一般的海上执法活动的一个特点：一般的海上执法活动是纯粹的行政执法活动或刑事执法活动，而即使开展的是海上维权执法这一概念下的海上执法活动，该活动也带有不可忽视的海上维权的目的和性质。

---

[33] 《中华人民共和国海警法》，第 12 条。

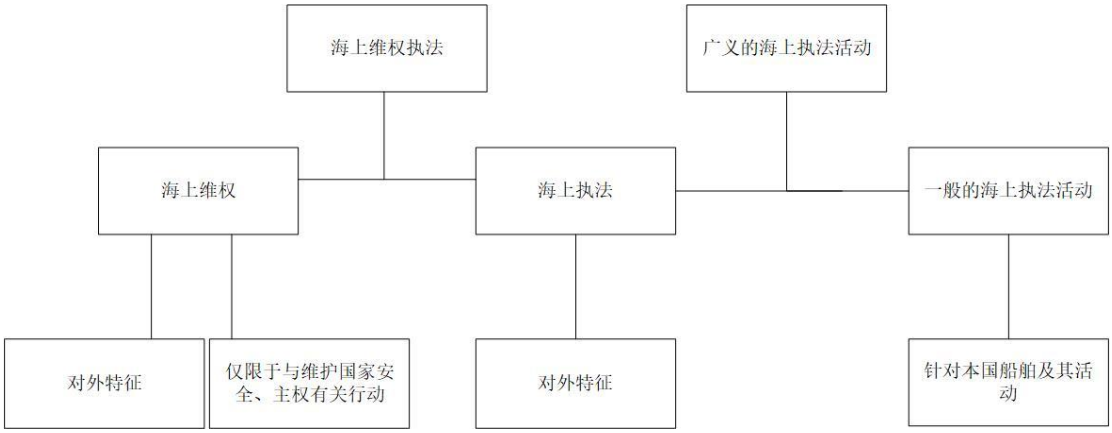
[34] 《中华人民共和国海警法》，第 16 条。

[35] 《中华人民共和国海警法》，第 22 条。

[36] Guyana v. Suriname, Award of the Arbitral Tribunal, PCA Case No 2004-04, 17 September 2007, para.445.

综上所述，海上维权执法活动是一种海上执法和海上维权混合的特殊执法活动。而对外性是这种特殊的执法活动的重要特征之一。这种对外性的例证之一是：根据统计显示，从2000年开始，当我国政府使用海上“维权执法”一词的时候，除了部分无对象的活动外，针对的对象军事外籍军用船舶或外籍非军用船舶。[37]从这一点看，海上维权执法这个概念在被使用时带有很强的对外执法和对外维权的色彩。而一般的海上执法活动则不具有此类特征，一般的海上执法活动通常是指针对对中国籍船舶及其活动的执法。不存在针对本国船舶的海上维权执法活动。

图1 海上维权执法相关概念关系图



（二）海上维权执法活动特征

从海上维权执法的主体来说，我国海上维权执法的主体是中国海警局，同时海军在部分情况下也可以参与到海上维权执法活动中。2018年的《授权决定》将海上维权执法的权力和职责授予了中国海警局。[38]根据该《授权决定》，中国海警局成为了海上维权执法活动的主体。但是就实践情况来说，除了中国海警局之外，在部分情况下，海军也会协助地方执行海上维权执法任务，从而参与到海上维权执法活动中。此外，以南海地区为例，虽然南海维权和维稳的任务主要由海警局和不脱离生产的海上民兵承担，但是海军也需要为两者提供必要的军事支持。[39]这也是海军参与到海上维权执法活动中的一种方式。因此，虽然根据《授权决定》，中国海警局才是我国海上维权执法的主体，但是海军也会在部分情况下参与到海上维权执法活动中，主要体现为行动协助海上维权执法任务和通过军演、军事存在等方式为海上维权执法活动提供军事支持这两种模式。

有观点认为，中国海事和邻海省市的海上执法力量也是我国海上维权执法活动的主体。[40]这种观点忽视了海上维权执法活动和一般海上执法活动的区别：海上维权执法活动有很强

[37] 毛晨宇：《海上“维权执法”的概念界定与未来展望》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2020年第1期，第17页。

[38] 中国政府网：《全国人民代表大会常务委员会关于中国海警局行使海上维权执法职权的决定》，http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/23/content_5300665.htm，2021年4月7日访问。

[39] 陈永：《海军职能与中美南海“灰色地带”竞争》，《国际关系研究》2019年第5期，第91-92页。

[40] 张君丽：《中国南海渔业维权执法模式研究》，《海南热带海洋学院学报》2018年第25（01）期，第19页。

的对外执法和对外维权的色彩，而一般海上执法活动更多的则是对本国的船只、人员及其活动进行执法。海上维权执法活动是不同于一般上执法活动的特殊执法活动，只能够由中国海警局和海军行使；中国海事和邻海省事的海上执法力量开展的是一般的海上执法活动，而非海上维权执法活动。

从海上维权执法的对象来说，我国海上维权执法活动可以分为有特定对象的海上维权执法活动和无特定对象的海上维权执法活动，但这两种海上维权执法活动都具有很强的对外特征。有特定对象的海上维权执法活动通常与外籍军用船舶或外籍非军用船舶相关，具有很强的对外维权和对外执法的特征。[41]而无特定对象的海上维权执法活动，通常表现为争议海域巡航或其他宣誓我国对特定海域的主权与管辖权的活动。这种活动也具有很强的对外维护我国主权和其他权益的特征。

从海上维权执法涉及的事项来说，虽然从法律规定上看，海上维权执法涉及的事项包括自然资源、生态环境、生产安全、社会安全和国家权益五个部分，[42]但从《海警法》和对实际使用“维权执法”一词形容的事项的总结上看，海上维权执法的事项主要可以分为两个部分：一个是执行海洋管理法律活动，比如对船舶各类作业的监管和查处，这种活动在《海警法》中被进一步地分为“海上行政执法”和“海上犯罪侦查”；另一个则与保护国家主权、安全，维护国家的海上权益有关，比如对特定海域的巡航和在争议海运宣誓主权，[43]这一活动在《海警法》中被概括为“海上安全保卫”。

从海上维权执法的方式来说，海上维权执法采取的方式以执法手段为主。根据对使用“海上维权执法”一词描述的案例的统计显示，我国海上维权执法采取的方式可以分为发现手段、监督手段、取证手段、示警手段、处置手段和保护手段。[44]但是在海军为海上维权执法提供行动协助或提供军事支持的时候，可能会有部分军事手段或产生于类似军事效果的使用武力的手段也被应用到海上维权执法活动中。并且《海警法》第四十六条至第四十八条对我我国海警在开展海上维权执法活动时在不同情况下能够适用的武器级别进行了明确的规定，分为使用警械或者现场其他装备、工具，使用手持武器，和使用舰载或机载武器三个级别。[45]其中，前两个手段都是常见的执法用武器，仅有最后一个手段属于常见于军事活动中的手段。而根据列举，海警仅能够在反恐任务、严重暴力事件以及执法船舶、航空器受到武器或其他危险方式攻击的时候使用舰载或机载武器。这种对使用舰载或机载武器的严格限制，说明海上维权执法虽然能够采用军事或类军事的手段，但是仍然以执法手段为主。

---

[41] 毛晨宇：《海上“维权执法”的概念界定与未来展望》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2020 年第 1 期，第 17 页。

[42] 董加伟、王盛：《中国海洋执法概念界定之“法律规范”说》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2016 年第 6 期，第 21-28 页。

[43] 毛晨宇：《海上“维权执法”的概念界定与未来展望》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2020 年第 1 期，第 16-17 页。

[44] 毛晨宇：《海上“维权执法”的概念界定与未来展望》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2020 年第 1 期，第 14-16 页。

[45] 《中华人民共和国海警法》第 46-48 条。

从海上维权执法的目的来说，海上维权执法的目的不同于一般海上执法的目的，它的目的同时包括了执行我国涉海法律法规和保护国家主权、安全，维护国家的海上权益两个方面。这种目的具有很强的对外性特征，不同于一般的海上执法活动。

（三）海上维权执法行为的性质

根据 2018 年 6 月的《授权决定》，海警队伍整体被划归武装警察部队，设立武装警察部队海警总队，即中国海警局；海上维权执法的职责统一由中国海警局承担；并且海上维权执法职责被《海警法》划分为海上安全保卫、海上行政执法和海上犯罪侦查三个部分，[46]而在这三者中，海上安全保卫属于海上维权活动，而海上行政执法和海上犯罪侦查均属于海上执法活动。考察海上维权执法行为的性质时，因同时对海上维权和海上执法的性质进行讨论。

有观点认为，根据 2018 年的《授权决定》的列举和表达，海上维权执法活动的性质是执法活动。[47]这种观点存在两个问题。第一，这种观点忽略了海上维权执法活动的对外性和一般的海上执法活动的对内性之间的区别。第二，这种观点只关注到了海上维权执法活动中海上执法的部分，而忽略了海上维权部分的存在和重要性。在讨论海上维权执法活动的性质的时候，应当同时关注海上执法和海上维权两类活动的性质，否则会导致海上维权执法活动的概念和一般海上执法活动之间概念趋同。这不符合海上维权执法活动在我国的官方文件和政府网站中将海上维权执法活动作为海上执法活动的上级概念使用的现状。[48]

海洋维权执法活动并不是纯粹的、一般的执法活动，而是特殊的执法活动，并且由于海军在部分情况下也会参与到海洋维权执法活动中，其中的某些方式是典型的军事活动，比如海军通过军演为海上维权执法活动提供军事支持这种方式。这会导致海上维权执法活动在部分情况下可能会具有一定的军事属性。从海上维权执法的定义、构成、主体、对象、方式和目的等方面对海上维权执法活动的性质进行讨论。

首先，从海上维权执法的定义和构成上看。海上维权执法活动是一种海上执法和海上维权混合的特殊执法活动，由海上维权和海上执法这两个部分组成。海上维权执法活动具有鲜明的对外特征。但是这种对外性并不会影响海上执法本身的特征和目的，即执行我国的涉海法律法规。这使得海上维权执法活动具有了执法属性。但在海上维权以及海上维权和海上执法混合的行动中，执法属性可能并不是这些活动的唯一属性。比如在为了维护和宣誓我国在争议海域的主权而进行的海上军演、海上巡航等海上维权活动中，由于这些活动的目的和军

[46] 中国政府网：《全国人民代表大会常务委员会关于中国海警局行使海上维权执法职权的决定》，http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/23/content_5300665.htm，2021 年 4 月 7 日访问。

[47] 毛晨宇：《海上“维权执法”的概念界定与未来展望》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2020 年第 1 期，第 13 页。

[48] 在中国海警局网站的“维权执法”栏目下，虽然还未有涉及海上维权的案例或新闻报道，但在现有的 8 项新闻和案例中，其均使用“海上执法”或“海上综合执法”而非“海上维权执法”。如果认为海上维权执法活动的性质属于海上执法活动，被全国人大赋予承担海上维权执法职责的海警局无需在表述中对这两类词进行区分使用，只需统一使用“海上维权执法”一词即可。此外，在 2021 年通过且实施的《中华人民共和国海警法》中，将海警的职责分为海上安全保卫、海上行政执法和海上犯罪侦查三种，也显示了 2018《授权命令》中所指海上维权执法这一概念中包括海上维权和海上执法两个相互区别但也相互联系的概念。

事活动的目的具有很强的相似性，进行相关活动的主体要么是海军要么是海上执法船这样“从事非商业服务的政府船只”，并且进行相关活动的方式也可能和使用武力相关，这些活动极有可能成为“军事活动例外”条款下认定的“军事活动”，从而具有一定的军事性特征。因此，在部分情况下，海洋维权执法活动可能会具有一定的军事属性。

其次，从海上维权执法的主体、对象和方式上看，海上维权执法的主体是海警局，在部分情况下海军也能够参与到海上维权执法活动中，不论是海警局还是海军都能够进行执法活动和军事活动。更重要的是，根据《授权决定》，海警局被划归武警部队领导指挥。《人民武装警察法》第二条的规定“人民武装警察部队是中华人民共和国武装力量的重要组成部分，由党中央、中央军事委员会集中统一领导。”[49]这条规定是的武警部队兼具了执法属性和军事属性。执法属性体现在武警部队负责的任务和执行法律有关，比如“处置突发社会安全事件、防范和处置恐怖活动、海上维权执法”。[50]而武警部队的军事属性则体现在武警部队和军队一样属于“武装力量的重要组成部分”，并且由“党中央、中央军事会员会集中统一领导”。如果否认武警部队的军事属性，则无法解释武警部队为何同军队一样可以拥有和使用武装力量，也无法解释武警部队的领导权归属为何与普通警察不同这一事实。因此，海上维权执法的主体兼具执法属性和军事属性。海上维权执法的对象是外籍船舶，无对象的海上执法活动则与宣誓和维护主权相关，海上维权执法对象的对外性特征使得其有可能兼具执法属性和军事属性。而根据《海警法》的规定，海上维权执法的方式则是以执法手段为主，军事手段为辅助。在特定的三种情况下，海警也能够使用舰载或者机载武器这种常见于军事活动的方式进行海上维权执法，这说明海警开展海上维权的方式兼具执法属性和军事属性。

再次，从海上维权执法的目的上看，海上维权执法活动通常具有双重目的。它的直接目的是执行我国涉海法律法规，而根本目的是保护国家主权、安全，维护国家的海上权益。而海上维权执法活动中涉及保护国家主权、安全的部分，和军事活动的根本目的是类似的。

综上所述，虽然海上维权执法活动在一般情况下属于特殊的执法活动，但是其在部分情况下，也有成为“军事活动例外”条款所指的“军事活动”的可能。因此，应当将海上维权执法活动视为以执法属性为主，但在部分情况下可能具有军事性质的活动。此外，如果将海上维权执法活动认定为执法活动，无论主张其是特殊的执法活动还是一般的执法活动，都无法解释为何在我国的对外涉海争端中，特别是对外涉海洋领土争端的活动中，都有海警执法船的活动。因此此类活动一般由军事主体进行，比如在我国的陆上领土争端相关的活动，活动的主体一般是军队。

三、我国海上维权执法的基本模式及主体行为性质分析

（一）我国海上维权执法基本模式

2018 年 6 月，全国人大通过《授权决定》，将海上维权执法的权力授予了中国武警部队海警总队，即中国海警局；海上维权执法的职责统一由中国海警局承担。根据该规定，海警

[49] 《中华人民共和国人民武装警察法》，第 2 条。

[50] 《中华人民共和国人民武装警察法》，第 3 条。

局承担了主要的海洋维权执法任务。2021 年的《海警法》则明确了海警开展海上维权执法活动的职责、方式等内容。海警是海上维权执的主体。但是，根据实践中的情况来看，海军也通过协助海警局进行海上维权执法任务和通过军演、军事存在等方式为海上维权执法活动提供军事支持这两种方式参加到海上维权执法活动中。因此，目前，我国的海上维权执法活动中存在两类主体的参与：中国海警和海军。

海警进行海上维权执法活动的权力依据来源于 2018 年全国人大通过的《授权决定》。但是在此之前，海警就已经是我国进行海上维权执法活动的重要主体了。2013 年，国家海洋局进行改革和重组，对各个海域的维权执法的相关权限进行了主要划分.目前在中国南海，国家海洋局南海分局成为了主要的维权执法力量，其中以中国海警南海分局的名义负责管辖海域的维权执法相关事宜。在中国东海，国家海洋局东海分局负责维权执法。在中国黄海和渤海海域，则由国家海洋局北海分局负责相关海域的维权支付事宜。上述三个国际海洋局分局在相关海域的维权执法活动通常属于行政执法活动。2018 年 7 月起根据《授权决定》，海警划归武警部队领导指挥，承担海上维权执法的职责。但是这一调整没有改变海警的基本任务属性，即海警负责海上维权执法。[51]包括海警在内的武警部队，在我国的组织架构下仍然并没有被列入海军的范围内，[52]其的属性兼具执法属性和军事属性，和具有纯粹的军事属性的海军有着本质的区别。

中国人民解放军海军根据《海洋法公约》、《领海及毗邻区法》等法律在我国管辖的海域范围内进行巡航，协助海警开展海上维权执法活动，维护我国的海上合法权益，此外，解放军海军也会在相关海域进行军事演习等军事活动，这能够为海警开展海上维权执法活动提供军事支持和保护。根据《新时代的中国国防》白皮书的声明，海军承担着维护国家领土主权和海洋权益的使命，其任务包括“组织东海、南海、黄海等重要海区和岛礁警戒防卫，掌握周边海上态势，组织海上联合维权执法，妥善处置海空情况，坚决应对海上安全威胁和侵权挑衅行为”。[53]

因此，我国目前的海上维权执法模式属于海警局维权执法力量为主，海军的军事力量为辅的状态；处于海警局在前，海军在后的梯次防卫体系。[54]并且，三沙市等部分地区目前在探索军、警、民联合海上执法的机制，但是目前，合力并没有完全形成。[55]

此外，中国在黄岩岛对峙期间形成了被称为“黄岩岛模式”的海洋维权方式。“黄岩岛

---

[51] 中华人民共和国国防部：《海警队伍转隶武警部队没有改变其基本任务属性》，http://www.mod.gov.cn/topnews/2018-06/28/content_4817923.htm，2020 年 12 月 20 日访问。

[52] 国务院新闻办公室：《新时代的中国国防》白皮书，http://www.mod.gov.cn/regulatory/2019-07/24/content_4846424.htm，2020 年 12 月 20 日访问。

[53] 国务院新闻办公室：《新时代的中国国防》白皮书，http://www.mod.gov.cn/regulatory/2019-07/24/content_4846424.htm，2020 年 12 月 20 日访问。

[54] 中华人民共和国国防部：《中国海警局将于海军形成梯次防卫体系》，http://news.mod.gov.cn/big5/headlines/2014-10/03/content_4541430.htm，2020 年 12 月 20 日访问。

[55] 张君丽：《中国南海渔业维权执法模式研究》，《海南热带海洋学院学报》2018 年第 25（01）期，第 19 页。

模式”是指不使用海军介入争端，而是使用行政执法船等船只进行争议海域巡航等活动，并且结合运用外交、经济等多种手段，获得对争议岛屿及附近水域的实际控制权，这一模式在后来的中日钓鱼岛争端中也有所实践。[56]这种模式实际上也是海警局在前，海军在后的梯次防卫体系的一种体现。

1. 海警局在海上维权执法中承担的责任

根据《授权决定》，海警局在海上维权执法中承担的责任包括两个方面。

第一，海警局承担海上维权执法职责。这种职责包括“执行打击海上违法犯罪活动、维护海上治安和安全保卫、海洋资源开发利用、海洋生态环境保护、海洋渔业管理、海上缉私等方面的执法任务。”[57]在《海警法》中这一职责被区分为自带海上维权活动的海上安全保卫，以及自带海上执法活动的海上行政执法和海上犯罪侦查。

第二，海警局也承担一般的海上执法的责任。这种海上执法职责包括了行政执法和刑事执法。行政执法是指海警局行使法律规定的公安机关相应执法职权，执行海洋资源开发等方面的执法任务。而刑事执法则和海警局负责打击海上违法犯罪活动有关。当海警局执行此类海上执法任务的时候，并不属于开展海上维权执法任务。

2. 海军在海上维权执法中承担的责任

海军通常不直接参与海上维权执法活动。其参与海上维权执法活动的方式通常是协助海警执行海上维权执法任务。此外，在部分较为敏感的海上维权执法活动中，海军还能够通过军事存在、军事演习等形式为海警开展海上维权执法活动提供支持。海军在海上维权执法活动中并不承担主要的责任，在海上维权执法活动中发挥的作用也是协助性的。

（二）我国海上维权执法活动主体行为性质分析

1. 海警进行维权执法活动的性质认定

在维权执法活动中，海警局进行的活动一般包括三种，即维权活动、执法活动以及维权和执法混合行动。以下分别对海警局进行的这三种类型的活动的性质进行讨论。

（1）海警开展海上维权活动。在判断某一行动是否构成“军事活动”的时候，国际海洋法法庭和附件七仲裁庭倾向于在考虑各类影响因素的基础上，重点关注该行动的目的是否是军事目的。依据该标准来看，海警执法船作为从事非商业服务的政府船只，能够成为“军事活动”主体；海警进行海上维权的方式通常是通过军事巡航、驱逐等处置手段和保护手段开展的，在此过程中会涉及对武力的使用，并且考虑到我国海警执法船的装备水平，如果在海上维权的过程中涉及到武力的使用，那么相关活动产生的效果极有可能和海军使用武力产生的效果是类似的；而从目的上看，海上维权活动的目的是保护国家主权、安全，维护国家的海上权益，并且由于海上维权执法活动的对象的对外性的特征，海上维权活动涉及的我国海上权益会和我国在争议地区的领土主权、经济权利等权益有关。这和军事活动的目的具有很高的相似性。因此，海警开展海上维权活动的性质极有可能被认定为 “军事活动”。

[56] 张洁：《黄岩岛模式与中国海洋维权政策的转向》，《东南亚研究》2013 年第 4 期，第 25-28 页。

[57] 中国政府网：《全国人民代表大会常务委员会关于中国海警局行使海上维权执法职权的决定》，http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/23/content_5300665.htm，2021 年 4 月 7 日访问。

（2）海警开展海上执法活动。此处所指的海警开展的海上执法活动是指作为海上维权执法下级概念的海上执法，如前所述，其和一般的海上执法活动之间存在区别，具有很强的对外性特征。但是，这两种海上执法活动的共同点在于，它们的目的都是为了执行我国的涉海法律法规。其目的不具有军事性特征。并且，海上执法行动采取的手段通常比较温和，比如发现手段、监督手段、取证手段、示警手段等。海警虽然可能在使用这些手段开展执法活动时使用了武力，但是其产生的效果很难达到具有军事效果的程度。因此，海警的海上执法活动的性质应当属于“执法活动”而非“军事活动”。

（3）海警开展海上维权和执法混合行动。这是海上维权执法活动中最常见形式。海上维权执法活动通常兼具海上维权目的和海上执法目的，属于混合目的行动。就国际海洋法法庭和附件七仲裁庭在历次裁决中展现的态度来看，它们倾向于在军事目的不是混合行动的主要目的时，将混合目的行动排除在“军事活动”之外。但正如前文所述，这种分析倾向是存在问题的。即使军事目的不是混合行动的主要目的，但是如果混合行动所具有的军事目的足以使得该混合行动具有“军事活动例外”条款所要求的政治敏感性，该活动就属于“军事活动”。而导致“军事活动”被列“任择性例外”的政治敏感性通常与国家主权、领土等国家根本权益相关。因此，在海警开展海上维权和执法混合行动时，应当根据该行动维护的权益的性质认定该活动是“军事活动”还是“执法活动”。

2. 海军进行海上维权执法活动的性质认定

如前所述，海军一般通过两种形式参与到海上维权执法活动中：通过军演、军事存在等方式为海上维权执法活动提供军事支持这两种模式和行动协助海上维权执法任务，即海军在海上维权执法活动中存在和海军在海上维权执法活动中行动两种。以下分别对海军通过这两种方式进行海上维权执法活动的性质进行分析。并且，由于海军开展的海上维权执法活动在主体、方式和效果上都具有明显的军事性特征，在分析海军开展的海上维权执法活动的性质是，主要对海军进行海上维权执法活动是否具有军事目的进行讨论。

（1）海军在海上维权执法活动中存在。这通常是指海军不直接参与海上维权执法活动，而是通过军事存在、军演等方式为海上维权执法活动提供间接的军事支持，海上维权执法活动的任务仍然由海警局承担，海军并不会直接参加到该任务中。对于这种海军参与海上维权执法活动的方式的性质的判断，应当对海军在海上维权执法活动中的目的进行判断。参考附件七仲裁庭在圭亚那诉苏里南案的裁决中作出的判断：当海军的行为具有通过武力威胁实现其要求的目的时，无论海军在此前的行动是否是为了执行本国的涉海法律法规，都应当将该活动认定为“军事活动”。[58]当海军的存在只是海上维权执法活动的部分背景，而不具有通过武力威胁等目的的时候，应当将相关的海上维权执法活动认定为“执法活动”；但是当海军的存在是为了通过武力威胁实现目的的时候，即使海军没有直接参与到该海上维权执法活动中，也会导致这一海上维权执法活动的性质被认定为 “军事活动”。

（2）海军在海上维权执法活动中开展行动

[58] Guyana v. Suriname, Award of the Arbitral Tribunal, PCA Case No 2004-04, 17 September 2007, para.445.

海军在海上维权执法活动中开展行动一般是指海军作为海警的协助方的角色参与到海上维权执法活动中，比如海警海军联合开展海上维权执法活动。[59]在此类活动中，海军主要通过两种方式发挥作用。第一种是海军作为协助，使用海军兵力掩护海警执法船进行海上维权执法活动。在这种情况下，海军的目的是为了协助海警开展海上维权执法活动，其的行动实际上成为了海警实现其海上维权执法目的的一个工具，并不构成独立的海上维权执法活动。这种海军参与海上维权执法活动的方式不会对海上维权执法活动整体的性质产生影响，仍然应当根据海警开展海上维权执法活动的性质认定方式来进行认定。第二种则是海军参与到海上维权执法活动的过程中，希望通过武力威胁的方式实现海上维权执法的目的。在这种情况下，参考圭亚那诉苏里南案的裁决，该活动极有可能被认定为“军事活动”。除了上述两种活动之外，海军也有可能通过其他的方式参与到海上维权执法活动中，但由于海军开展的海上维权执法活动在主体、方式和效果上都具有明显的军事性特征，这时候仅需要对海军进行行动的目的是否具有军事属性来判断该活动的性质。

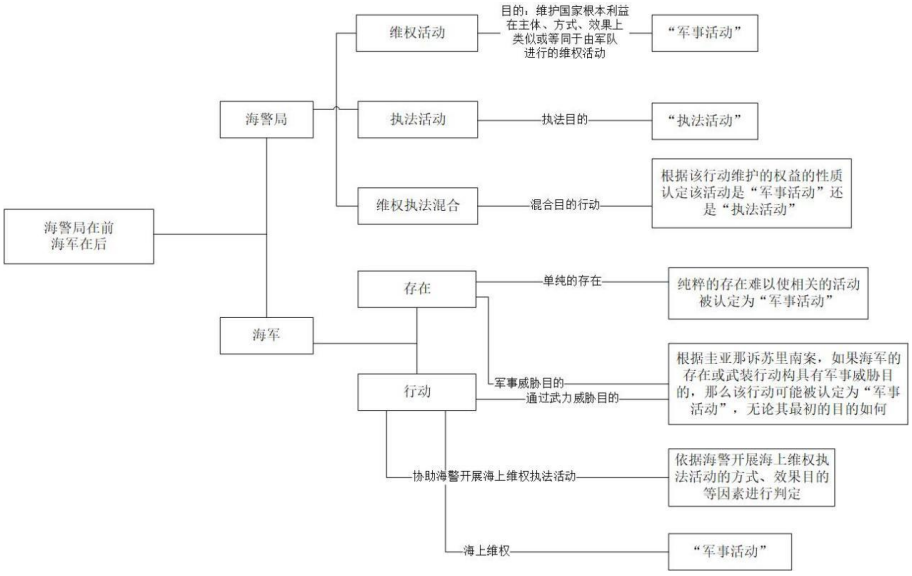
此外，在极少数的情况下，海军也有可能单独开展海上维权活动。海军单独开展海上维权活动的依据来自《新时代的中国国防》白皮书的声明。根据该声明，“组织东海、南海、黄海等重要海区和岛礁警戒防卫，掌握周边海上态势，组织海上联合维权执法，妥善处置海空情况，坚决应对海上安全威胁和侵权挑衅行为"也是海军需要承担的职责。[60]在执行上述任务的时候，海军开展的行动的目的属于军事目的，关注的是保护我国的海上军事安全和维护我国的国家主权。这种又海军进行的海上维权行动属于“军事活动”。

结合上述分析，根据国际海洋法法庭和附件七仲裁庭在历次裁判中展现出的对于确定“军事活动”的标准的态度，本部分对我国的海上维权执法活动属于“军事活动”还是“执法活动”的分析判断如下图所示。

图 2 我国海上维权执法活动的性质认定

[59] 环球网：《中国海军海监渔政东海演习 协同演练海上联合维权执法》，https://china.huanqiu.com/article/9CaKrnJxqnN，2021 年 4 月 10 日访问。

[60] 国务院新闻办公室：《新时代的中国国防》白皮书，http://www.mod.gov.cn/regulatory/2019-07/24/content_4846424.htm，2020 年 12 月 20 日访问。



（三）我国现行海上维权执法模式的必要性

海警局维权执法力量为主，海军的军事力量为辅；海警局在前，海军在后的梯次防卫体系是我国现行的海上维权执法模式。[61]这一海上维权执法模式的形成有其原因和必要性。

第一，这种模式能够避免我国的海上维权执法活动违反国际法中的禁止非法使用武力原则。《联合国宪章》第二条规定了禁止非法使用武力原则，根据该规定，在国际法规定的特定情况之外，各国使用武力的行为属于违反国际法的行为。而一国的执法人员依据本国的国内法，在必要的时候使用武力执行本国的法律法规属于合法使用武力的情形。[62]我国的海上维权执法模式和 2018 年《授权命令》明确了海警局作为我国海上维权执法活动的主体的地位，2021 年颁布并且生效的《海警法》则为我国的海上维权执法活动提供了法律依据，并且明确了海警开展海上维权执法活动的职责、权限、方式等内容。这让海警作为海上执法的主体人员的身份得到了明确。此外，《海警法》为我国海警在开展海上维权执法活动中使用武力提供了法律依据，也明确了使用不同级别武力的情况。这能够保证我国海警在开展海上维权执法活动的过程中使用武力的方式具有合限性。通过上述措施，我国的海上维权执法模式能够保证我国海上维权执法活动的武力使用被控制在合法的范围内，不会违反国际法中的禁止非法使用武力原则。

第二，我国的海上维权执法活动的主体是以海警局，并且根据《授权决定》、《海警法》和我国的海上维权执法活动实践显示，我国在开展海上维权执法活动采取主要采取执法手段。虽然《海警法》允许达到军事级别的“舰载或者机载武器”的使用，但是这种使用仅限于被明确列举的三种情况。这说明，我国的海上维权执法活动在使用武力上非常克制，除了少数情况外，我国的海上维权执法活动均将使用武力的程度控制在执法活动级别。这能够使得我国的大部分海上维权执法活动不会因其方式和效果而被认定为“军事活动”。这种做法能够

[61] 中华人民共和国国防部：《中国海警局将于海军形成梯次防卫体系》，http://news.mod.gov.cn/big5/headlines/2014-10/03/content_4541430.htm，2020 年 12 月 20 日访问。

[62] 王亚男：《海洋维权执法武力措施研究——国际法上的禁止非法使用武力原则与例外》，《中国太平洋学会海洋维权与执法研究分会 2016 年学术研讨会论文集》2017 年，第 9 页。

尽可能地将海上冲突保持在可控的范围内，从而避免争议海域冲突升级，符合我国和平解决国际争端的原则。

四、中国争议海域维权执法风险及防范措施

（一）中国争议海域维权执法面临强制管辖风险

我国在参与海洋争端解决时主张争端各国通过外交协商等方式和平解决海上争端，并且倾向于排除强制性争端解决机制，避免相关争端进入国际司法程序或仲裁程序。在解决海洋争端的具体做法上，我国采用的是通过维权执法活动应对争议海域的冲突，综合利用外交手段、经济手段等方式，并且以军事力量作为后端解决海上争端。[63]基于这种思路，我国的海上维权执法形成海警局在前，海军在后的梯次防卫体系。这种梯次防卫体系的优点在于海上维权执法的大部分活动都属于“执法活动”而非“军事活动”，能够避免由于海上维权执法活动给的开展导致争议海域冲突升级，符合我国和平解决国际争端的原则，并且能够避免违反使用武力原则。但是，这种海洋维权执法模式也会提升我国在争议海域面临的强制管辖的风险。

首先，我国的海上维权执法模式可能导致大部分海上维权执法行为被认定为“执法活动”而被强制管辖。如上所述，除了少数情况外，我国的海上维权执法活动均将使用武力的程度控制在执法活动级别。这能够使得我国的大部分海上维权执法活动不会因其方式和效果而被认定为“军事活动”。并且，《海警法》第十二条和第十六条实际上将海上安全保卫，即海上维权活动的目的限定在保护国家主权、安全，维护国家的海上权益的范围上，这意味着并不是所有具有维权目的的活动都能够被认定为海上维权。这大大缩小了我国海上维权执法活动被认定为“军事活动”的可能性。但是同时，这会导致，在相关争端被相关国家提交到国际海洋法法庭和附件七仲裁庭进行裁判时，我国在争议海域维权执法活动被强制管辖的风险大大提升。这不符合我国希望通过外交谈判等方式解决争端，避免进入国际司法程序和国际仲裁程序的观念。

其次，海军参与海上维权执法活动的依据不明，并且这导致海军在海上维权执法活动中的地位、作用不明，这也会影响海军参与海上维权执法活动的性质认定。《海警法》规定了海警在海上维权执法中的地位、职责、使用武力的方式等内容。但是目前仍然缺少能够为海军参与海上维权执法活动提供依据的法律。这会影响到海军参与海上维权执法的身份、方式等内容。而如果相关争端被提交到争端强制解决程序，这些内容都会对国际海洋法法庭和附件七仲裁庭对于海军参与海上维权活动的性质的认定产生影响。考虑到国际海洋法法庭和附件七仲裁庭展现出的管辖权扩展倾向和为了实现管辖权扩张而违背国际法和《海洋法》公约

[63] 这一点在黄岩岛对峙和 2012 年的钓鱼岛争端中有所展现。在黄岩岛对峙中，我国海军并未接入争端中，而是由执法船在争议海域进行巡航，并且结合外交手段、经济手段解决争端。在 2012 年钓鱼岛争端中，我国采取的是行政、外交、军事等多种手段相结合的方式，但是在其中承担主要职责的仍然是海上执法船而非海军。而从理论上来说，2018 年的《授权决定》将海上维权执法的权力授予给了海警局也是我国倾向于通过海上维权执法而非军队介入的方式解决海洋争端的证明。而根据《新时代的中国国防》白皮书，我国海军在部分情况下仍然可以参与到海上维权执法活动中。这证明了我国并未放弃在海洋争端解决中使用军事力量，而是选择将军事力量作为海洋争端解决的最后保障。

的原意进行解释的做法，[64]在我国国内法没有对海军参与海上维权执法活动进行明确规定的情况下，该活动性质认定的不确定性会大大提高。无论我国主观上是否愿意进入争端强制解决程序，这种不确定性都会对我国产生负面的影响。比如，在维权执法背景下由海军执行的海上维权活动，从主体、方式、效果、目的上看都具有军事属性，应当属于“军事活动”；但是根据国际海洋法法庭在乌克兰舰艇扣押案的临时措施命令中展现的态度，该活动可能会被因为其属于在海洋执法背景下采取的行动而被认定为“执法活动”，从而导致相关争端进入到强制性争端解决程序中。[65]

（二）中国应对争议海域维权执法面临强制管辖风险的防范措施

1. 通过国际合作等方式加强争议海域的冲突风险的预先管控

避免海洋争端被提交到强制性争端解决程序的最好的办法是通过各种方式对相关的争端进行风险管控，从而尽量避免冲突的发生。为了防止强制性争端解决程序被引入争议海域的争端解决中，我国可以采取和相关国家建立签订双边协议，增强国际合作避免双方在争议海域中产生较大和国际的冲突的风险。[66]这能够从根本上降低我国在争议海域维权执法面临的强制管辖风险。这是我国当下针对我国可能面临的海洋争端采取的解决方式。

首先，我国提出要构建人类命运共同体和海洋命运共同体的理念。海洋命运共同体是人类命运共同体的重要组织部分，也是人类命运共同体理念在海洋领域的运用。[67]海洋命运共同体包括了政治、经济、安全、生态和文化五个方面。通过在这五个方面加强世界各国的联系和共同体的建设，能够促进各个国家通过和平手段解决涉海争端。其次，我国提出要建设“21 世纪海上丝绸之路”和构建“蓝色伙伴关系”。这两个倡议强调的是加强我国和“21 世纪海上丝绸之路”沿线各国在经济等方面的联系和互动，而“蓝色伙伴关系”则强调要构建从国际到国内地方的多层级联动和多主体合作的一体化的海洋治理与合作方案。[68]通过上述两种措施，我国和相关国家在各个领域内的联系都更加紧密。这使得相关国家在试图挑起海洋争端，或者想要将现有争端诉诸《海洋法公约》规定的强制性争端解决机制的时候，相关国家必需要考虑这样的行为会给他们的国家利益带来的损害。这有助于减少海洋争端爆发的可能，并且促使相关国家选择通过和平谈判等非国际仲裁或国际司法的方式解决中国和相关国家的海洋争端。

2. 明确海军参与海上维权执法活动的法律依据，提高我国海上维权执法能力

---

[64] 罗国强、于敏娜：《<联合国海洋法公约>附件七仲裁庭管辖权的发展倾向和中国应对》，《河北法学》2020 年第 12 期，第 66-67 页。

[65] 刘美：《争议海域维权执法的强制管辖风险及中国因应——基于“乌克兰舰艇扣押案”中海洋法法庭指示临时措施的反思》，《国际法研究》2020 年第 2 期，第 85 页。

[66] 刘美：《争议海域维权执法的强制管辖风险及中国因应——基于“乌克兰舰艇扣押案”中海洋法法庭指示临时措施的反思》，《国际法研究》2020 年第 2 期，第 86 页。

[67] 张琪悦：《新中国成立 70 年来中国海洋法律外交实践与能力提升》，《理论月刊》2019 年第 10 期，第 16-17 页。

[68] 张琪悦：《新中国成立 70 年来中国海洋法律外交实践与能力提升》，《理论月刊》2019 年第 10 期，第 17 页。

（1）明确海军参与海上维权执法活动的法律依据

虽然根据法律的规定，海警是海上维权执法的主体，但是海军实际上参与到海上维权执法活动中也是我国海上维权执法的现实。海上维权执法活动涉及国家主权和安全的活动也的确需要海军参与到海上维权执法活动中。而如前所述，缺乏海军参与海上维权执法活动的法律依据会导致该活动性质认定的不确定的提高。无论我国主观上是否愿意相关的争端被提交到强制性争端解决程序中，这种不确定性都会导致我国在争议被相关国家提交到强制性争端解决程序时更加被动。因此，应当明确海军参与海上维权执法活动的法律依据，并且对职责、方式等内容进行明确的规定，以降低这种不确定性。

（2）提高海上维权执法能力，提高风险管辖意识

我国应该提高海上维权执法的能力，在执行海上维权执法任务的时候注意武力使用的限度，保证不违反禁止非法使用武力原则。但是同时，考虑到国际海洋法法庭和附件七仲裁庭近年在裁决中展示出的注重行动目的在“军事活动”认定中发挥的作用，在面对涉及不希望被强制管辖的海洋争端的海上维权执法任务时，海上维权执法的主体可以着重强调执行本次任务的目的是为了保护我国主权和安。考虑到这一目的和军事活动目的的高度相似性，这么做可以提高相关行动被认定为“军事活动”从而规避强制管辖的可能性，而同时，执行海上维权执法方式上的克制也能够保证相关的行动不会违反禁止非法使用武力原则。

在海上维权执法时，开展海上维权执法活动的主体应当提高强制管辖的风险意识。[69]比如，我国在海上维权执法的时候可以参考苏里南海军在圭亚那诉苏里南一案中的做法，强调如果相关行动方不停止侵犯我国合法权利的行为，就将会采取使用武力的方法。参考圭亚那诉苏里南中仲裁庭的裁判，这种做法可以让原本属于“执法活动”的行为转变成“军事活动”，从而规避强制管辖的风险。

3. 在冲突发生的情况下，要重视证据的记录、保存和提交工作

当涉及“军事活动”的海上冲突发生的时候，为了避免此后因为证据不足而无法证明相关活动属于军事活动而被强制管辖，我国负责承担海上维权执法活动的海上执法船或海军应当做好证据的记录和保存工作。具体而言，这包括两个方面的要求：第一，在海上维权执法人员培训的过程中，要强调维权执法工作记录的必要性和重要性，让海上维权执法人员养成在海上维权执法行动时记录和保存证据的意识和习惯；第二，在对海上维权执法活动进行记录之后，要将相关的记录文件、录像等证据材料分类并专门保存，在对相关证据材料进行分类的时候，需要区分保密信息和非保密信息，证明相关活动性质的必要证据和非必要证据，从而确保相关证据能够形成证明相关活动的“军事活动”性质或非“军事活动”性质的证据链。当相关的争端被其他国家诉诸争端解决机制时，这种做法能够保证我国提交的证明相关活动性质的证据不会泄露机密信息，也能够保证我国提交的证据是足够充分的，能够证明相关的活动性质。

[69] 刘美：《争议海域维权执法的强制管辖风险及中国因应——基于“乌克兰舰艇扣押案”中海洋法法庭指示临时措施的反思》，《国际法研究》2020 年第 2 期，第 86 页。

英国 2015 年《保险法》对我国海商法的借鉴意义
——以防范海运欺诈性索赔为切入点

戴 颖

摘　要：在经济全球化背景下，频繁的跨国交易促进了海上货运和海上保险的发展，但层出不穷的海运欺诈也随之而来。尽管英国《1906 年海上保险法》对保险业立法的意义深远，但是由于海运技术不断进步，消费者需求日益多样化，MIA1906 已经难以适应现代海上保险的发展，因此在英国法律委员会以及保险业专家的共同努力下，于 2015 年通过英国 2015 年保险法，该法对欺诈性索赔进行了专章规定，克服了 MIA1906 的立法缺陷。而中国作为一个海洋运输大国，海上保险业不断发展完善，但是关于欺诈性索赔的立法规制却极为匮乏，因此本文试图对英国 2015 年保险法中对欺诈性索赔的规制进行全面分析，以供我国立法对其进行辩证的吸收借鉴，完善我国海商法和保险法对欺诈性索赔的立法规制，以促进我国海上保险业的稳步发展。

关键词：欺诈性索赔；夸大损失；使用欺骗方式索赔；团体保险；保险人欺诈

一、2015 年《保险法》对欺诈性索赔进行法律规制的必要性

（一）国际贸易链条漏洞导致海运欺诈频发

自海上保险问世以来，欺诈性索赔就从未停止过。[1]尽管引起保险欺诈性索赔的原因各种各样、层出不穷，但是就海上保险的欺诈性索赔而言，导致其发生的最主要原因是国际贸易链条中存在漏洞。

首先，海上运输的“方便旗”制度极易发生海运保险欺诈。“方便旗”制度最早可以追溯到 16 世纪，主要是为了方便国际贸易交往。如英国船东，为了方便与处于西班牙控制下的西印度群岛交易，经常悬挂西班牙的国旗航行。“方便旗”制度带来的“方便”是指：对于船舶所有者而言，悬挂方便旗可逃避其本国的高额税收和其他制约；对于授出方便旗的国家，可通过允许和鼓励外国的船舶去本国廉价注册以及课税较低的手段，以从中获取大量的收入。也正因如此，授予方便旗的国家可能对船籍申请要求降低，资料审查较为宽松，以便世界各地的申请人都可以获得该国船籍，但这也意味着方便旗船的存在使世界上约三分之一的船舶实际上处于缺乏船旗国有效管辖和控制的状态。因此“方便旗”制度带来极大的安全隐患，不法船东往往就是利用方便旗船，即“鬼船”进行海运欺诈，这种船东身份不明的“鬼船”一旦披上合法的外衣，其真实的船东便可以利用法律规制的漏洞成功逃避法律制裁，给货主和保险人带来极大的损失。

其次，在国际贸易的银行结汇环节出现漏洞，导致欺诈性索赔的频发。在国际货物运输、买卖活动中，商业行为大多是通过交付并审核单证进行的，在银行进行结汇付款时，银行所遵循的是“信用证的独立抽象性原则”，即只要银行确认受益人提交的单据在表面上与信用

[1] ［英］克拉克：《保险合同法》，何美欢、吴志攀译，北京大学出版社 2002 年版，第 193 页。

证条款严格相符，即可履行付款义务。信用证独立抽象性原则与单证严格相符原则为一些不法商人提供了可乘之机，伪造符合要求的文件，用以结汇骗取货款。到最后因伪造单据而付款或放货所产生的损失都将由保险公司承担。

最后，对欺诈性索赔的司法处理程序障碍颇多；第一，保险人举证困难。保险人若想获得法律救济，必须证明被保险人实施了欺诈性索赔，但是从投保到保险事故发生，保险人和被保险的货物在物理空间上一直处于一个分离的状态。保险人很难确切的了解到保险事故发生的整个过程，对于船货的损失情况的判定大多都是依赖被保险人的描述，特别是在被保险货物随船舶一起沉没而导致全损时，其可以依赖的证据往往也随之灭失，使其的调查和取证变得更加困难和被动。第二，对欺诈性索赔开展诉讼的难度大，这种类型的案件可能到涉及到实施欺诈性索赔的被保险人所在国、船籍国、保险人所在国、保险事故发生地所在国等多个国家，极易发生管辖权冲突或适用法律冲突。这会导致诉讼的时间延长，成本增多。即使最终通过诉讼得到判决，但是该判决牵涉多国多方利益，其是否能够得到有效执行尚未可知。实施低成本易操作的欺诈性索赔和进行费时费力的司法救济的不相称性，加剧了海上保险的欺诈性索赔。

（二）英国 1906 年《海上保险法》对欺诈性索赔的规定不足

除了上述贸易环节的问题，从立法层面上看，缺乏对欺诈性索赔的有效法律规制，也是导致欺诈性索赔泛滥的原因之一。在 2015 年英国保险法颁布之前，对世界各国的海上保险立法影响最为深远的是被称为“海上保险法之父”的英国《1906 年海上保险法》（简称 MIA1906），甚至一些英联邦的国家把该英国立法不加以任何改变地或以类似方式列入本国法规中，但是随着经济全球化的加深，航海技术日益成熟，MIA1906 立法逐渐显现出滞后性，其表现之一则是对欺诈性索赔规定的缺失。

首先，MIA1906 中未对欺诈性索赔作出统一的集中性的规定。对于欺诈性索赔的相关规定，在 MIA1906 第 17 条的保险最大诚信原则[2]以及第 55 条[3]承保责任和除外风险第 2 款 a 项有所体现，其赋予了保险人在对方未遵守最大诚信原则即可宣告合同无效的权利，以及规定了保险人对于被保险人恶意造成的损失不负保险责任及除外情形。在现代海上保险业市场下，仅仅以这两项概括性的条款去规制层出不穷的欺诈性索赔是远远不够的，这显然不能满足维护海上保险业平稳发展的需要。

其次，MIA1906 中对欺诈性索赔的处理方式单一且具有争议。早期英国判例显示对于欺诈性索赔的处理等同于违反最大诚信原则的处理，即运用 MIA1906 第 17 条的规定，如果被

[2] MIA1906, section 17,“A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party.”

[3] MIA1906, section 55 (2), “(a) The insurer is not liable for any loss attributable to the willful misconduct of the assured, but, unless the policy otherwise provides, he is liable for any loss proximately caused by a peril insured against, even though the loss would not have happened but for the misconduct or negligence of the master or crew.”

保险人一方实施欺诈性索赔，则保险人唯一的救济方式可以宣告整个合同归于无效。一直以来，这种对欺诈性索赔的处理方式在理论界和实务界备受诟病，MIA1906 第 17 条可以理解为，保险合同的任何一方只要被认定为是违反了最大诚信原则，不论其程度、范围、与损害结果的因果关系或造成损害的大小，另一方都可宣告合同无效。但问题在于：如果被保险人使用夸大损失或其他欺骗性方式只是为了确保其获得一项真实合法的索赔时，欺诈性索赔是否仍可以视为违反最大诚信原则？并且宣告合同自始无效意味着在合同订立到因欺诈性索赔宣告无效这段时间内被保险人所提出的合法索赔均无法得到赔付。这种宣告合同无效的唯一救济方式对于被保险人来说过于严厉，被保险人的合法权益难以得到保障，使得海上保险合同两方的地位和关系趋向于失衡，一方面违背了公平公正的法律原则，另一方面也有碍于海上保险业的发展。

最后，在 MIA1906 下，保险人在遭受欺诈性索赔后要求返还的范围未明确规定。保险人在面对一个情况紧急、损失巨大的保险事故时，只能判断被保险人的索赔请求归属于承保范围，但是对于被保险人提出的赔付金额一时难以认定，但此时情况危急为了保障被保险人可以及时或得经济支持以开展必要的救援活动，保险人需要先行赔付保险金。如果被保险人实施欺诈性索赔，保险人要求返还的部分是否包括先行赔付的部分，该问题的解决可以有效遏制欺诈性索赔频发，但是 MIA1906 并未对这一问题给予重视。

二、2015 年《保险法》对欺诈性索赔进行法律规制的创新性

英国《1906 年海上保险法》以保护保险业发展为目的，设置一系列机制以防止被保险人滥用权利并保护保险人，但其对被保险人过于严苛，已不能适应现代保险业的发展。英国法律委员会已于 2012 年修改了消费者保险，制定了《消费者保险（披露和陈述）法案》（CIDRA2012），随后，在英国法律委员会的进一步努力下，2015 年 2 月 12 日，英国 2015 年保险法在英国议会获得通过并将于 2016 年 8 月生效。该法被视为英国“无争议法律委员会立法”的典范，是继 MIA1906 之后的海上保险制度的又一里程碑式的发展。

（一）对欺诈性索赔救济规则进行统一规定

英国 2015 年保险法在其第四章中对欺诈性索赔相关法律规制进行了统一规定，克服了 MIA1906 对欺诈性索赔规定的零散性，其中第 12 条明确了欺诈性索赔的救济方式，第 12 条第 1 款[4]规定：如果被保险人在保险合同下提出欺诈性索赔：（a）保险人无义务赔偿该索赔；且（c）除上述规定外，保险人可以通知被保险人，保险合同自欺诈行为发生之时起视为已经终止。该条的规定取代了之前引用 MIA 第 17 条将欺诈性索赔类比成违反最大诚信原则，宣告合同无效的唯一救济方式，而最大诚信原则则在 2015 年保险法第五章进行规定。根据 2015 年保险法第 12 条规定，保险人可以根据被保险人欺诈性索赔的程度和范围，选择

[4] Insurance Act 2015, section 12 (1), “ If the insured makes a fraudulent claim under a contract of insurance(a) the insurer is not liable to pay the claim,(b) the insurer may recover from the insured any sums paid by the insurer to the insured in respect of the claim, and(c) in addition, the insurer may by notice to the insured treat the contract as having been terminated with effect from the time of the fraudulent act.”

是否需要终止合同。并且第 12 条的第 3、4 款[5]明确说明了终止合同的具体法律效果：（3）本条视保险合同已经终止的规定不影响在欺诈行为发生前因相关事件而产生的各方当事人的合同权利和义务。（4）本条第（2）款（a）项和第（3）款中的“相关事件”是指保险人根据保险合同应当承担责任的任何事件（包括例如：损失的发生、索赔的提出或通知潜在的索赔，具体视合同的约定而定）。这意味着在合同订立到因欺诈性索赔终止合同这段时间内保险合同双方的合法权利义务关系不会受到合同终止的影响，对于被保险人来说，这样的规定相对之前一刀切的做法可以更好保障其合法权益。

（二）对返还范围问题进行明确规定

英国 2015 年保险法第 12 条第 2 款 b 项[6]对保险人在特殊情况下先行偿付部分返还问题做出了明确规定：如果被保险人在保险合同下提出欺诈性索赔，保险人可以要求被保险人退还保险人就该索赔已支付的全部保险金。“全部保险金”就包括先行赔付的部分。这一规定借鉴了先前司法实践中的做法，曼斯大法官曾对先行赔付问题提出了建议：如果被保险人实施了欺诈性索赔，那么他将被剥夺欺诈性索赔下的所有利益，这一救济的范围也包括了保险人对该项索赔先行赔付的部分，即使先行赔付的部分并没有任何欺诈。因为无论是先行赔付的请求还是欺诈性索赔的请求都是基于同一保险事故的基础上。因此，尽管先行赔付的索赔请求可能是真实有效的并且和之后的欺诈性索赔没有关系，但是仍需要返还给保险人。

2015 年保险法将这一司法惯例以书面的成文法形式固定下来，一方面表示现行成文法吸收了司法实践中的有效经验，与之前司法实践中的普遍处理办法保持一致；另一方面，要求被保险人返还先行赔付的金额，可以体现欺诈性索赔法律规制的有效惩治作用，对之后意图实施欺诈性索赔的被保险人具有威慑作用。

（三）对团体保险欺诈性索赔的创新性规定

随着跨国贸易越来越频繁，先进航海技术的也促使海上运输的繁荣发展，海运保险业也随之发展：船舶运量增大，船舶航次增多都意味着海上保险的数量、金额也随之增多，在这种情况下，多个行为人可以作为一个集体向保险人进行投保，团体保险应运而生。2015 年保险法为了适应现代海上保险中团体保险的大量市场需求，在其文本第 13 条规定了团体保险欺诈性索赔的救济方式。第 13 条第 2 款规定：本法第 12 条的规定适用于该索赔，视“欺诈索赔相关人”的风险由保险人与被视为被保险人的“欺诈索赔相关人”之间独立存在的个人保险合同所承保。该项规定的创新性在于：当发生欺诈性索赔时，将团体保险视为各被保险人与保险人之间订立的多个独立个人保险合同，因此规制欺诈性索赔的规定只适用于与其

[5] Insurance Act 2015, section 12 (3) and(4),“(3) Treating a contract as having been terminated under this section does not affect the rights and obligations of the parties to the contract with respect to a relevant event occurring before the time of the fraudulent act.

(4) In subsections (2)(a) and (3), "relevant event' refers to whatever gives rise to the insurer's liability under the contract (and includes, for example, the occurrence of a loss, the making of a claim, or the notification of a potential claim, depending on how the contract is written).”

[6] Insurance Act 2015, section 12 (1)(b),“ the insurer may recover from the insured any sums paid by the insurer to the insured in respect of the claim.”

相关的受益人或者保险人，其他的善意的被保险人或受益人根据合同的权利义务关系不受影响。

这种区分性规定不仅可以保障团体保险不被滥用，而且可以有效的遏制欺诈性索赔。对于实施欺诈性索赔的被保险人来说，可以运用第 12 条的规定，对其违法行为进行有效惩治；对于团体保险中其他被保险人来说，一方面，法律对实施欺诈性索赔相关人的规制不会使其权利收到损害，也不用承担分担返还欺诈性索赔数额的义务，即使保险人宣告和其中实施欺诈性索赔的被保险人的合同无效，其保险合同依旧有效，另一方面，对违法的被保险人的有效惩治也可以对其起到一定的威慑作用，使其不会参与到相关的欺诈性索赔活动中；对于保险人来说，这种责任分割的处理办法，不仅使其被欺诈的部分可以得到有效的救济，而且不会影响其和其他善意被保险人之间的合同关系，有利于维护团体保险的稳定性。

三、2015 年《保险法》对欺诈性索赔进行法律规制的不足点

（一）欺诈性索赔定义不清晰

尽管英国 2015 年保险法相较于 MIA1906 更符合现代海上保险业的发展需求，但是其仍存在不足之处。无论是 MIA1906 还是 2015 年保险法都未对“欺诈性索赔”的定义，甚至是“欺诈”的定义作出清晰的表述。对于怎样的行为可以构成欺诈性索赔只能依据从英国判例总结出的经验进行判断，英国学者根据司法判例对欺诈性索赔分为三类，分别是明知、疏忽和轻率。

所谓“明知”的情形是指：行为人明知其无法获得合法有效的索赔，因此故意采取某些行为骗取保险人的信赖，为自己或他人谋利。这种行为可以比较明显分辨其主观故意的心理状态，因此也被称作“纯欺诈”。在司法实践中，这种行为是欺诈性索赔的最典型的表现形式。

所谓“疏忽”的情形是指：行为人对其本可以预见到风险可能会导致损害发生，但是由于疏忽大意而未能预见可能发生的风险并采取有效预防措施，换言之，被保险人在不清楚该索赔申请是否是合法有效的前提下，仍然提出了该索赔。

所谓“轻率”的情形是指：行为人预见到风险发生并导致损害的可能性，但是并未采取行动进行预防，放任风险导致损害，也就是说行为人在损失发生后，不考虑该索赔的合法有效性，即使是虚假无效的索赔也直接向保险人提出索赔申请。

“疏忽”和“轻率”的情况都是被保险人的主观过失所导致的，但是两者的程度不同，在“疏忽”的情形下，被保险人对风险和损失的预见并不是绝对的，因此，在司法实践中这种情形一般都不被认为是欺诈性索赔，但是在极其疏忽的情况下是否被认定为欺诈性索赔，依赖于法官对具体案件的裁量。“轻率”的过失程度明显该与“疏忽”的情形，根据司法判例，“轻率”的情形一般是可以被认定为欺诈性索赔的，但也存在例外情形。综上所述，由于 2015 年保险法未对“欺诈性索赔”进行明确的界定，因此，对于该行为的认定，尤其是对被保险人“疏忽”和“轻率”行为的判定主要依赖司法判例，但是由于司法判例中存在例外情形，从而加剧了这两种行为的认定难度。由此可见，在成文法中明确规定欺诈性索赔的

概念是必不可少的。

（二）夸大损失，使用欺骗方法索赔的认定标准不统一

上述“纯欺诈”的情形又可以分为三种具体表现形式，分别是：被保险人编造未曾发生的保险事故，被保险人故意制造保险事故以及被保险人使用夸大损失、使用欺骗方法向保险人索赔，其中前两者的主观恶性程度较高，也是海上保险中常见的欺诈性索赔方式，但是第三种夸大损失、使用欺骗方法索赔的认定难度较大：首先，2015 年保险法在其文本中未对欺诈性索赔作出明确规定，因此对于使用夸大损失，使用欺骗方法索赔是否可以认定为欺诈性索赔存疑；其次，如果使用该方法是可能被认定为欺诈性索赔的，那该行为要达到什么程度即索赔的数额要达到多少才能被视为欺诈性索赔；再次，若使用该方法已经构成欺诈性索赔，那么保险人可以要求其返还的数额如何确定。对于使用该方法索赔的认定，在司法实践中也未形成统一的处理办法。

当被保险人在保险事故发生后采用夸大损失的方式向保险人提出索赔申请，面临的第一个认定障碍则是对被保险人主观心理状态的判断，保险人夸大损失进行索赔是出于谋求额外赔偿的故意，还是为了在之后对于索赔数额进行谈判时为自己留有一定的弹性空间，以避免保险人的过分还价。对于这两种主观意志的判断全凭法官的自由裁量，并没有统一的立法规定和司法意见。第二个障碍则是夸大损失的数额要达到多少才能认定为欺诈性索赔，在这一问题上，英国司法判例中存在不同的观点：在加洛韦诉卫报皇家交易所（英国）案[7]中，上诉法院的 Woof 法官认为，如果被保险人提出的夸大损失数额占整个索赔数额的比例较大，则被认定构成欺诈性索赔，而上诉法院的另一位法官 Millet 提出不同的观点：将索赔中的真实部分和夸大部分区分开来，不应以夸大部分占总体索赔额的比例来认定，而应当单独看夸大损失部分的金额是否大到可以被认定是欺诈。但是这两位法官也都没有对其所说的“比例”和“金额”给出确定的界定标准。

使用过欺骗方式进行索赔也同样会产生上述的主观意图认定障碍：被保险人运用该方法进行索赔的目的可能是意图获得额外赔偿，但也又可能是为了确保其能够获得保险赔偿，出于第二种主观意图作出的欺骗行为，在英国判例中被称为“附带谎言”。对于附带谎言是否可以被认定为欺诈性索赔，在英国判例中也存在不同观点。在阿加皮托斯及其他诉阿格纽案[8]中，Mance 法官认为：只要该欺骗行为可能影响保险人对索赔的评估，则该索赔申请被认定为欺诈性索赔。可见 Mance 法官将附带性谎言与普通欺诈同等对待，一旦发生保险人则可要求被保险人返还赔偿的全部金额。但是在 2010 年“the DC Merwestone”案中，一审和上诉法院法官仍然遵循了之前 Mance 法官的先例，但是最高院的桑普顿法官认为作出附带谎言的被保险人的主观恶性程度低，附带谎言虽然是不诚实的，但是索赔是真实有效的，并且被保险人的附带谎言并不会给其带来额外的赔偿，保险人的权益不会因此受损，因此保险人支付保险金使其应尽的法律赔偿义务。

---

[7] Galloway v. Guardian Royal Exchange (UK), 1999, Lloyd’s Rep IR, pp. 209-214.

[8] Agapitos v Agnew (The “AEGEON”), 2003, QB, p. 556.

由此可见，对于以夸大损失，使用欺骗方法进行索赔的认定在司法实践中并未达成一致的做法，大多仍是依赖法官对个案的具体分析和裁判，这类裁决的普遍适用性还有待考量。

（三）保险人欺诈的民事责任规定缺失

在海上保险合同中，除了被保险人或投保人可能提出欺诈性索赔之外，保险人也有实施欺诈的可能性。保险人相对于被保险人一方，其掌握更多保险业领域的专业知识，以帮助其规避保险欺诈的风险，并且可能为了稳定其在海上运输保险业内的竞争地位，诱使被保险人向其投保，增加其业务量获得更多保费。在 2015 年英国保险法的第 13A 条第一项规定：所有保险合同均存在一项默示条款，即如果被保险人依据保险合同提出索赔，保险人必须在合理时间内对该索赔下的任何已到期金额进行赔付。第五项规定违反第（1）款规定的默示条款时得采取的救济措施（例如：损害赔偿）是额外的.....只有这两项条款对保险人的责任进行了规定，并且仅仅只涉及到保险人的赔付责任。2015 年英国保险法对被保险人及相关人实施欺诈性索赔进行来专章规定，但是却对保险人欺诈的民事责任及救济方式未作规定，法律应当对合同两方的权利义务进行平衡规定，但是该法对保险人一方责任规定过于缺乏，不仅反映法律体系的漏洞，也有违公正平等的立法精神。

四、欺诈性索赔法律规制对完善我国海商法的借鉴意义

我国海商法对欺诈性索赔并未进行系统性的规定，只是在其第 242 条规定：对于被保险人故意造成的损失，保险人不负赔偿责任。2018 年交通运输部起草的《中华人民共和国海商法（修订征求意见稿）》中也未对规制欺诈性索赔给予重视。但是我国保险法第 182 条规定：海上保险适用《中华人民共和国海商法》的有关规定；《中华人民共和国海商法》未规定的，适用本法的有关规定。对海商法进行补充的《保险法》对欺诈性索赔的规定较为全面，但是仍有不足之处，可以借鉴英国 2015 年保险法的立法经验，加以完善和补充。

（一）对欺诈性索赔含义进行明确界定

我国保险法和海商法对欺诈性索赔的含义未作明确规定，在这一点与 2015 年英国保险法的弊端相同，虽然我国理论界的部分学者对欺诈性索赔的定义有所探讨，但一般都是援引民法中“欺诈”的概念来帮助定义“欺诈性索赔”。例如：欺诈性索赔是指被保险人以欺诈行为提出保险索赔以取得其无权得到的利益[9]。但是欺诈性索赔的定义在理论界仍未达成共识。

但是值得注意的是我国保险法第 27 条对欺诈性索赔的分类进行了详细的明文规定，其分类与英国判例对“明知”情况的分类基本相同，并且其中第三款明确规定：保险事故发生后，投保人、被保险人或者受益人以伪造、变造的有关证明、资料或者其他证据，编造虚假的事故原因或者夸大损失程度的，保险人对其虚报的部分不承担赔偿或者给付保险金的责任。该项条款明确规定了夸大损失和使用欺骗方法索赔的具体法律效果。

尽管对欺诈性索赔的分类有助于理解欺诈性索赔的含义，但是对于夸大损失和使用欺骗方法索赔的认定上依旧受制于主观意图的判断。对于英国这种判例法国家，尽管对欺诈性索

[9] 王欣.最大诚信原则在海上保险合同履行过程中的适用[J].中国海商法年刊,2002(00):209-219.

赔的定义在理论层面仍存在争议，但是法官在审理案件是可以参考类似的判例进行裁决。而我国属于成文法国家，在司法实践中，法官面对各种类型的欺诈性索赔案件，如果没有成文法的明确指引判断欺诈性索赔更是难上加难。因此，笔者认为，无论是在我国的保险法还是海商法内都应当对欺诈性索赔进行详细的明文规定，只有这样才能解决司法实践中审理此类案件时的认定障碍问题，有效的规制海上保险中的欺诈性索赔问题。

（二）对团体保险欺诈性索赔进行法律规制

我国海商法和保险法均未对团体保险的欺诈性索赔进行规定，但是从现代海上保险法的发展趋势来看，团体保险的市场需求度会越来越高，但是我国海商法以及保险法都未对团体保险的欺诈性索赔规制给予应有的重视，使海上团体保险处于无法可依的状态，反映出我国立法的滞后性。因此，我国有必要借鉴 2015 英国保险法中第 13 条对团体保险中的欺诈性索赔的立法规定。

根据第 13 条的规定，将团体保险视为各被保险人与保险人之间订立的多个独立个人保险合同，因此规制欺诈性索赔的规定只适用于与其相关的受益人或者保险人，其他的善意的被保险人或受益人根据合同的权利义务关系不受影响。这种规定的最大优势在于：其一方面可以保障团体保险不被滥用，另一方面不会影响保险人和其他善意被保险人之间的合同关系，有利于维护团体保险的稳定性。

反观我国立法，我国不仅未对团体保险未作规定，而且我国的团体保险仅仅指团体人身保险，并将团体保险划分为团体人寿保险（含团体养老保险）、团体健康保险、团体意外伤害保险。可见其中并未涉及财产相关内容，但是随着经贸一体化的加深，我国市场经济的蓬勃发展，团体保险已经广泛的应用于海上运输、船舶建设等领域，如果将团体保险只视作人身保险的一个分支，那并不符合我国市场经济中消费者的多样性需求。因此，笔者认为应当在我国保险法内明确团体保险的定义，并将财产保险纳入团体保险的调整范围，在规定团体保险欺诈性索赔进行相关事项时参考英国 2015 年保险法的立法经验。只有保险法对团体保险进行细致立法规定后，若之后的海上团体保险一旦出现欺诈性索赔的情形，法官则可以援引我国保险法的相关规定予以裁决。

（三）对保险人欺诈的民事救济进行详细规定

我国保险法在第 116 条[10]和 131 条[11]列举了保险公司及其工作人员、保险代理和保险经纪

[10] 1995 年《中华人民共和国保险法》第 116 条（2015 修正）：“保险公司及其工作人员在保险业务活动中不得有下列行为：（一）欺骗投保人、被保险人或者受益人；（二）对投保人隐瞒与保险合同有关的重要情况；（三）阻碍投保人履行本法规定的如实告知义务，或者诱导其不履行本法规定的如实告知义务；（四）给予或者承诺给予投保人、被保险人、受益人保险合同约定以外的保险费回扣或者其他利益；（五）拒不依法履行保险合同约定的赔偿或者给付保险金义务；（六）故意编造未曾发生的保险事故、虚构保险合同或者故意夸大已经发生的保险事故的损失程度进行虚假理赔，骗取保险金或者牟取其他不正当利益；（七）挪用、截留、侵占保险费；（八）委托未取得合法资格的机构从事保险销售活动；（九）利用开展保险业务为其他机构或者个人牟取不正当利益；（十）利用保险代理人、保险经纪人或者保险评估机构，从事以虚构保险中介业务或者编造退保等方式套取费用等违法活动；（十一）以捏造、散布虚假事实等方式损害竞争对手的商业信誉，或者以其他不正当竞争行为扰乱保险市场秩序；（十二）泄露在业务活动中知悉的投保人、被保险人的商业秘密；（十三）违反法律、行政法规和国务院保险监督管理机构规定的其他行为。”

人及其从业人员实施欺诈的具体表现行为并在第七章中规定了保险人欺诈的相关法律责任，相对于 2015 年英国保险法，我国保险法对保险人欺诈的法律规制较为丰富，在这一点上值得肯定，但是这并不代表对保险人欺诈的民事责任规定上没有欠缺。

虽然按照保险法第 179 条规定，如果保险人实施欺诈行为构成犯罪的，依法追究其刑事责任，但是如果要认定为是保险诈骗罪，必须出于非法占有的目的并且在数额上要达到“数额较大”的程度，并非所有的欺诈性索赔都能满足这两个要件，不能构成犯罪的欺诈性索赔就不能获得刑法上的救济，因此根据保险法第 161 条[12]和第 165 条[13]对保险公司及其工作人员、保险代理和保险经纪人及其从业人员实施欺诈的法律后果的规定，寻求行政法救济，当保险人以及上述相关人员实施欺诈行为由保险监督管理机构责令改正，处五万元以上三十万元以下的罚款；情节严重的，限制其业务范围、责令停止接受新业务或者吊销业务许可证。但是由于海上保险涉及的人员众多，金额巨大，如果由于保险人的欺诈行为给被保险人带来了极大财产损失，仅凭行政救济很难弥补被保险人的损失。对于保险人欺诈的民事责任的规定在保险法的第 175 条中，但是这只是原则上的规定，因此被保险人很难根据该项规定获得民法上的救济。

保险法第 15 条[14]赋予了投保人解除合同的权利，在投保人认为保险人对其实施了欺诈行为后，投保人可以不用对欺诈进行举证就选择解除合同。因此该条款在实践中常常被投保人引用，但是该条款的适用也存在潜在的问题，合同的解除意味着合同双方退回到订立之前的地位，投保人需要退还保险金，按照保险公司的要求办理退保手续，但是退保手续较为繁琐，其中包括各种手续费用。因此，尽管合同解除了，但是被保险人不仅未对其欺诈行为付出法律代价，而且投保人的权益也不能得到充分保障。

笔者认为，若被保险人想针对保险人欺诈行为获得有效的民事救济，可以运用我国合同法第 54 条[15]和第 58 条[16]的规定，由于保险合同也是属于合同的一个类型，因此对保险合同中

---

[11] 1995 年《中华人民共和国保险法》第 131 条（2015 修正）：“保险代理人、保险经纪人及其从业人员在办理保险业务活动中不得有下列行为：（一）欺骗保险人、投保人、被保险人或者受益人；（二）隐瞒与保险合同有关的重要情况；（三）阻碍投保人履行本法规定的如实告知义务，或者诱导其不履行本法规定的如实告知义务；（四）给予或者承诺给予投保人、被保险人或者受益人保险合同约定以外的利益；（五）利用行政权力、职务或者职业便利以及其他不正当手段强迫、引诱或者限制投保人订立保险合同；（六）伪造、擅自变更保险合同，或者为保险合同当事人提供虚假证明材料；（七）挪用、截留、侵占保险费或者保险金；（八）利用业务便利为其他机构或者个人牟取不正当利益；（九）串通投保人、被保险人或者受益人，骗取保险金；（十）泄露在业务活动中知悉的保险人、投保人、被保险人的商业秘密。”

[12] 1995 年《中华人民共和国保险法》第 161 条（2015 修正）：“保险公司有本法第一百一十六条规定行为之一的，由保险监督管理机构责令改正，处五万元以上三十万元以下的罚款；情节严重的，限制其业务范围、责令停止接受新业务或者吊销业务许可证。”

[13] 1995 年《中华人民共和国保险法》第 165 条（2015 修正）：“保险代理机构、保险经纪人有本法第一百三十一条规定行为之一的，由保险监督管理机构责令改正，处五万元以上三十万元以下的罚款；情节严重的，吊销业务许可证。”

[14] 1995 年《中华人民共和国保险法》第 15 条（2015 修正）：“除本法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除合同，保险人不得解除合同。”

[15] 1999 年《中华人民共和国合同法》第 54 条：“一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下

保险人欺诈行为的规制援引合同法的规定并无不妥。合同法第 54 条规定的是可撤销合同的情形，如果被保险人遭受保险人的欺诈，那么被保险人可以撤销该保险合同，根据第 58 条的规定，合同被撤销后，由于被保险人是过错方，因此保险人需要赔偿被保险人因次所受到的损失，这种民事救济方法克服了保险法第 15 条解除合同的不足，一方面可以对保险人的欺诈行为进行有效的惩治，另一方面可以保证被保险人因此欺诈所受的损失得到充分有效的补偿。

结　语：海上保险是对充满风险的海上运输的最重要的保证之一，但是心怀不轨的被保险人或投保人可能利用海上保险单进行海运欺诈——即提出欺诈性索赔，这种做法无疑会伤害保险人和相关货主的合法权益，影响海上保险业的健康发展。因此，笔者认为我国海商法和保险法应当完善欺诈性索赔相关立法，对英国 2015 年保险法进行批判式继承和发展，一方面借鉴英国 2015 年保险法对于团体保险的集中规定，另一方面对欺诈性索赔的含义以及保险人欺诈的民事救济方法进行明确规定以克服英国 2015 年保险法的缺陷，从而更好的打击海上保险中各式各样的欺诈性索赔行为，保障保险合同双方的合法权益得到公平合理的救济，维护我国海上保险业和海上货运业的良好运行。

订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构撤销。”

[16] 1999 年《中华人民共和国合同法》第 58 条：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失。”

美国专利法域外适用制度：流变、适用与启示

单 娟*

内容摘要：专利权被认为是最具有领土性的权利。长期以来，专利保护的国内立法和国际条约均未突破专利权的地域性。伴随着专利跨国保护的重要性与专利权地域性的矛盾日益突出，在美国专利权人的游说下，美国国会不断修订专利法，赋予部分规则域外效力以规制境外组装、境外制造等境外行为；同时美国法院在司法实践中对这些规则的界限和范围表现出不确定性。但总体而言，这些规则的实践进一步实现了美国专利权人维权与竞争的双重功能，起到对美国专利创新与维护国家利益并重的作用。我国处于从专利引进大国向创造大国转变的特殊时期，立法上未雨绸缪确立适度的符合我国现实的保护专利权的域外规则，同时应注意积极调动私人能动作用和发挥法院的积极作用。

关键词：专利法域外适用；专利权地域性；流变

c 一、问题的提出

专利权通常被认为是所有知识产权中最具有领土性的。[1]数字化时代的到来和全球市场的出现给专利法等知识产权法带来了独特的挑战，然而专利保护国际化的发展并未突破其地域性属性，专利权人原则上仍以享有特定国家赋予的专利权为前提寻求权利的保护。[2]发达国家的专利权人认为专利权的地域性导致放纵境外市场的“侵权”行为，因此美国在立法、执法[3]上不断突破专利地域性，对境外行为予以规制以保护美国专利权人利益。与此同时，美国国会通过修改美国专利法确立了具有域外效力的规则，美国专利权人也不断寻求美国法院解释立法对境外行为及损失予以救济。[4]

2020 年 11 月 30 日，习近平总书记在中央政治局第二十五次集体学习时的重要讲话指出“积极参与知识产权国际合作竞争。……强化我国知识产权有关法律规定的域外适用，……推过司法裁判维护推动完善相关国际规则，推动全球知识产权治理体制向着更加工作合理方向发展。”[5]未来 15－20 年中，新技术的创新发展和扩散应用将处于持续的加速期，[6]专利跨

* 吉林大学法学院国际法博士研究生，山东科技大学文法学院讲师，硕士研究生导师。

1 See Donald S. Chisum, Normative and Empirical Territoriality in Intellectual Property: Lessons From Patent Law, 37 Virginia Journal of International Law . 603, 605 (1997).

2 理论上专利可以同时在多国申请并被分别授权，专利权利人在其权利受到侵害时，在各专利授予国寻求相应的行政和民事保护。但是现实是专利权人不一定得到其“理想”的保护，而且存在多国诉讼的风险、费用、不确定性，同时绝大多数不在某一国从事生产经营的企业因为专利申请的复杂性等因素而并未在某一国申请或者即使申请也因种种原因不能取得相关国家专利，基于专利权的地域性也就无法得到相应的保护。

3 美国依靠《贸易法》确立的“301 调查”和《关税法》确立的“337 调查”，针对“不合理或不公正贸易做法”和进口乃至非进口产品中侵犯美国知识产权及其他不公平竞争行为，对外国国家和企业实施单边调查和制裁。

4 See Timothy R. Holbrook, Boundaries, Extraterritoriality, and Patent Infringement Damages, 92 Notre Dame Law Review, : 1745, 1763 (2017).

5 《习近平在中央政治局第二十五次集体学习时强调 全面加强知识产权保护工作 激发创新活力推动构建新发展格局》，载新华网 2020 年 12 月 1 日，http://www.xinhuanet.com/2020-12/01/c_1126808128.htm。

6 参见宋紫峰：《全球产业分工格局:未来走势及中国位势》，载《国家治理》2018 年第 23 期。

国保护的重要性与专利权地域性的矛盾日益突出。我国正逐渐向技术先进国、技术输出国转变，如何充分的保护本国发明创新、保护国家和私人利益，我们必须仔细衡量我们的法律政策，其中如何构建我国专利法域外适用[7]规则成为亟待回答的问题。我国立法是否可以借鉴美国模式在保持专利权地域性的基础上，赋予专利法部分条款以域外效力。对于美国专利领域的“301 调查”和“337 调查”等执法研究，我国学界取得一定成果。相对而言，对于美国专利法立法本身的域外效力规则及美国法院的司法实践，国内研究相对较少。

本文将聚焦美国专利法，介绍其专利法域外效力规则从无到有的发展演变和美国法院的实践，并予以评析。研究将一方面为我国构建专利法域外效力规则，积极利用司法推动全球知识产权治理提供借鉴；另一方面有助于我国企业知己知彼，防范在美国法院被以侵犯美国专利权为由被诉并为可能的被诉应对提供合理应对依据。

二、专利权的地域性与美国专利法域外效力规则的确立

在过去的两个多世纪里，国际政治经济结构制度的变化以及技术、组织创新等带来了法律领域巨大变化，专利法领域被认为是美国近代法律发展领域最不稳定的领域之一。

专利权的地域性与专利保护的国际化

所谓专利权的地域性是指在一国境内根据该国法律所取得的专利权，只能在该国境内有效，受该国法律保护，不能得到其他国家当然的承认和保护，在没有取得专利权的国家，人们可以随意利用已知的智力成果，而不受法律的追究。[8]关于专利权地域性之成因的经典理论解释认为，专利权脱胎于封建特权，封建割据的地域性使得其也只能在产生的地域内有效，而在资本主义国家追逐发展经济的目标驱动下，这一性质一直延续至今，成为专利权等知识产权最基本的属性之一。[9]一般认为地域性具有两重意义:一方面它在形式上似乎限制了创造者享有权益的空间范围；另一方面它在实质上又是创造者享有权益的切实保障。

十七世纪末到十八世纪初，作为英国殖民地的美国承担着英国制造业的半成品原料如木材、生铁、羊毛等供应商的角色。这一切随着美国独立战争而发生变化，大规模的“盗窃”外国技术、机器设备和相关知识为美国工业化服务成为美国社会的常态。这一时期的美国法律和政策也为工业领域知识产权的“盗取”提供了宽松的环境。虽然 1787 年制定的《美利坚合众国宪法》赋予发明专利一定期限内的独占权，但 1790 年第一部美国专利法并没有确保发明专利原创性的实质性条款，这也就意味着允许一些进口商可以相对容易的将他人已在

7 法的域外效力一般是指法律在本国管辖范围以外产生确定拘束力。本文赞同法的域外适用是指国家将具有域外效力的本国法律适用于其管辖领土范围以外的人、财产和行为的过程；一国行政机关或司法机关实现国内法域外效力的过程就是国内法域外适用。参见廖诗评：《国内法域外适用及其应对》，载于《环球法律评论》2019 年第 3 期。本文讨论的专利法的域外适用，区别于传统国际私法上一国法院在处理涉外专利纠纷中对他国专利法的适用；按照传统国际私法的观点，一国法院一般依据本国冲突规范的指引选择适用内国法或某一外国法。本文探讨的法的域外适用可以称为积极的域外适用，而传统国际私法上的域外适用可以称为消极的域外适用。专利权是专利法范围内的权利，因此立法确立的专利法规则的域外效力也就意味着专利权在此规则范围内享有域外效力。

8 参见吕岩峰：《知识产权之冲突法评论》，载《法制与社会发展》1996 第 6 期。

9 参见费艳颖：《“专利权的地域性”评析》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2007 年第 1 期，第 89 页。

外国获得专利的“专利”转化为自己所有而获得美国专利权。甚至，在诸如马萨塞斯州还专门为此类行为提供购买贷款，宾夕法尼亚州为此类从欧洲“盗取”技术的人发奖金。[10]同时，专利法否认外国人可以在美国获得专利的保护，颁布了大量的吸收欧洲创新者的战略。[11]到十九世纪中叶，美国已从专利的净“接受者”转变为净“制造者”。基于此，美国对专利保护的态度也随之慢慢转变。

1836 年，美国国会开始要求专利申请人证明他们寻求美国权利的发明的新颖性，并创建了美国专利局来审查申请。虽然旨在削弱盗取行为，但这些变化也增加了专利申请的繁杂和费用的高昂，使专利持有越来越成为“富人的运动”。在许多行业中，专利被用作吸引资本的商业资产，进一步集中于大公司的创新活动。与此同时，大国之间更加注重贸易往来，各国也逐渐意识到剥夺外国公民的知识产权成为阻碍自由贸易的重要因素。19 世纪 70 年代，大国开始寻找解决专利等工业产权被“盗取”的方法。1883 年《保护工业产业的巴黎公约》拉开了专利保护国际化的大幕，美国也在 1886 年加入了该公约。巴黎公约确立了以互惠为基础的国民待遇原则，仍以各国国内立法为基础，坚守了专利权严格的地域性。[12]

两次世界大战使得国际知识产权保护基本处于搁置状态。二战后，美国在经济和政治上成为西方世界无可争议的领导者。随着专利产品占出口产品比重逐年上升，美国实体越来越多地感受到知识产权的国际协调的重要性。但是美国参与国际知识产权合作过程并未达到其原本意图，美国支持创建的 WIPO 作为联合国专门机构，到 20 世纪 70 年代成为发展中国家鼓励经济发达国家给予知识产权优惠待遇的主要场所，此外 1975 年发展中国家要求改革巴黎公约以满足发展的需要。毫不奇怪，发展中国家的这些努力遭到美国的坚决反对。正是在这种不断变化的背景下，美国企业开始利用私人诉讼将司法域外管辖视为跨国保护其专利权的可能途径。

（二）美国法院对专利法反域外适用推定原则的坚守

反域外适用推定原则是美国法院在解释联邦制定法的域外适用问题中所运用的一项法律适用规制，即“除非出现相反的意图，否则国会的立法只适用于美国的领土管辖范围。”[13]相较于商标领域，美国法院在专利领域法的域外适用是较为保守的。反域外适用推定原则在专利法领域的运用可以追溯到 1857 年，自此美国法院和国会在随后的漫长时间里一直将专利权保护限制在“美国领土范围内”，这在早期的案例中都有所体现。[14]

上世纪 70 年代的 Deepsouth Packing Co.v.Laitram Corp.案（以下简称 Deepsouth 案）[15]

10 See Doron S. Ben-Atar, Trade Secrets: Intellectual Piracy and the Origins of American Industrial Power, Yale University Press,2004,p.141.

11 See May, Christopher and Susan K. Sell, Intellectual Property Rights: A Critical History, Lynne Rienner, 2006, p.111.

12 参见吕岩峰：《知识产权之冲突法评论》，载《法制与社会发展》1996 第 6 期。

13 参见韩永红：《美国法域外适用的司法实践及中国应对》，载《环球法律评论》2020 年第 4 期。

14 See,eg:Brown v. Duchesne, 60 U.S. (19 How.) 183,195（1857）;Dowagiac Manufacturing Co. v. Minnesota Moline Plow Co.235 U.S.641（1915）.

15 Deepsouth Packing Co., Inc. v. Laitram Corp., 406 U.S. 518 (1971).

被认为是美国法院适用反域外适用推定原则的典型案例。Laitram 公司起诉 Deepsouth 公司未经同意制造其拥有专利的去除虾线设备的零部件并出口，然后在境外组装成一台完整的设备，该设备侵犯了其专利权。上诉人 Deepsouth 公司辩称美国专利法并不禁止在美国国内生产专利产品的组成部分，并将这些部分出口到国外进行组装并使用。美国联邦最高法院以 5:4 同意了上诉人的主张。[16]在 John Mohr and Sons v. Vacudyne Corp.案[17]中美国伊利诺伊州北部东区地方法院同样否认了对未经授权使用方法专利的美国专利法的域外适用。该案中，美国专利持有人拥有在卷烟制造过程中用于再存储烟草的蒸汽工艺，Vacudyne 公司未经其授权在美国境内使用这种方法生产，组装和测试了一台机器并销往境外。尽管如此，法院裁定没有发生任何侵权行为，因为制造与销售的全过程并不是完全在美国境内的行为。 在此期间，美国联邦法院在涉及侵犯美国专利的设备在美国领土上的临时存在案件中也反对域外适用美国专利法。在 Cali v. Japan Airlines, Inc.案[18]中，美国喷气发动机专利持有人起诉日本航空公司侵权，主要问题是外国飞机在运送乘客和往返美国的运费时是否需要支付美国的专利特许权使用费。美国纽约东区联邦地区法院决定支持外国航空公司，理由是根据 1944 年《芝加哥国际民用航空公约》第 27 条，允许在另一国领空内临时使用专利装置。

总体而言，到 20 世纪 70 年代末美国法院仍坚持专利法反域外适用推定原则。维持这一立场的关键是美国法院确立的在美国境内界定受保护专利应满足“全要件原则”，即要求生产、组装、销售等各阶段行为都应在美国境内发生。

（三）美国国会专利法域外适用立法的例外突破

美国国会于 1952 年制定的专利法第 271（a）明确规定，发明专利侵权除另有规定外以属地主义原则为限。[19]此外，1948 年的《司法及司法程序法》(Judiciary and Judicial Procedure)第 1498（a）条和第 1498（c）条从政府责任承担角度也进一步明确规定，凡未经授权而使用或制造美国发明专利，该使用或制造是美国联邦政府所为或为其需要而提供，专利权人可向美国联邦法院对美国联邦政府提起诉讼并请求赔偿；若引起起诉理由的行为发生于外国则不适用该法。[20]

上世纪 70 年代开始美国经济增速下降，企业研发投资率的持续下降。出于对美国的经济竞争力下降的担忧，1974 年美国国会先后修改关税法第 337 条和贸易法第 301 条，并于 1982 年设立联邦巡回上诉法院(the United States Court of Appeals for the Federal Circuit，简称 CAFC)，专门审理专利、海关和政府合同相关的索赔。

Deepsouth 案对专利法域外效力的否定引发了广泛的热议，美国国会在强大且高度协调

16 同上，四位反对的法官认为，允许非专利持有人以这种方式“收获美国经济的成果”将“剥夺对一部分专利权人的保护。”

17 John Mohr and Sons v. Vacudyne Corp.， 354 F.Supp. 1113（N.D.Ill.1973）.

18 Cali v. Japan Airlines, Inc., 380 F.Supp. 1120 (E.D.N.Y. 1974).

19 35 U.S.C. § 271(a).除本法另有规定外，在专利保护期间内，任何人未经许可在美国境内制造、使用、许诺销售或销售取得专利权的发明的，即为侵害专利权。

20 28 U.S.C. § 1498.

的美国专利权人的压力下于 1984 年修正了专利法增加第 271（f）条[21]。首先，第 271（f）（1）条适用于“全部或基本部件”在美国制造并出口以进行境外组装的情况。其次，国会通过第 271（f）（2）条进一步超越了 Deepsouth 案，该规定将某部件打算在国外组装成专利发明时，没有实质性非侵权使用的部件的出口定义为侵权。立法突破性的将境外组装行为视为侵权，尽管存在国内联系，但目标是针对从事零部件组装出口的新兴市场国家和地区，最终影响是规范专利的国外市场，因此被认为是美国专利法立法首次例外肯定域外效力的情形。美国参议院司法委员会的报告中指出“当为外国提供部件以避开美国专利时，情况与在美国制造或出售创新产品是一样的；该法案对于维护创新和投资环境是必要的。”[22]

1988 年美国国会专利法修正案为管辖域外专利侵权又增添新基础第 271（g）条。[23]虽然该条表面上是排除根据方法专利制造的产品进口到美国，实际上是保护美国的方法专利免于在境外被“使用”，在该条的约束下，当事人在美国境外使用该方法专利制造了产品，然后出口到美国的行为应承担侵权责任。在立法推动下，涉及域外主张的专利诉讼案件不断增加。除上述条款外，专利法第 105 条[24]关于外太空活动的规定，第 271（b）条[25]关于境外诱导侵权规定和第 271（a）条中关于许诺销售规定是否具有域外效力也引起实践的争议。此外，第 284 条[26]是否可以包含域外损害的赔偿也是一直以来存在争议的问题。

总体上，国会对专利法的修正赋予部分规则以域外效力，这些修正案试图弥补由于专利

---

21 35 U.S.C. § 271(f).美国专利法第 271 条(f)款：(1)任何未授权的主体在美国境内或从美国供应或帮助供应具有专利的发明的部件的所有或实质性部分，其中这些部件整体或部分未组装，以这样的方式主动诱导在美国之外组装这些部件，如果这种组装发生在美国境内将会侵权该专利，应当承担侵权责任；(2)任何未授权的主体在美国境内或从美国供应或帮助供应特别制造用于或特别适用于具有专利的发明的任何部件，并且不是适用于基本上非侵权使用的商品或物品，其中这些部件整体或部分未组装，知晓这些部件制造用于或适用于该发明，并且意图使这些部件在美国境外组装，如果这样的组合发生在美国境内是侵权的，应当承担侵权责任。

22 See Andrew S. Kerns, Fight or Flight: Traversing the Extraterritorial Battlefield of Modern United States Patent Law, 63 Baylor Law Review , 462 ,471 (2011).

23 35 U.S.C. § 271(g). 任何未经授权向美国进口、在美国许诺销售、销售或使用美国获得专利权的专利方法制造的产品的，如果进口、许诺销售、销售使用行为发生在专利保护期内，则行为人应负侵权人之责。在侵害方法专利权的诉讼中，不能根据产品的非商业使用或零售来确定救济方式，除非考虑到产品的进口、其他使用、许诺销售或销售无法通过本法实施充分救济。在下述情形下，不能认为产品是通过专利方法制造的：（1）后续使用的方法使产品发生了实质性变化；或（2）产品成为了另一产品的可忽略不计的不重要的组成部分。

24 35 U.S.C. § 105.(a)除非美国参加的国际协定特别指定了太空物体或部件的所属国，或依《联合国关于登记射入外层空间物体的公约》的规定登记为外国的太空物件或部件的以外，任何在美国管辖或控制的太空物体或部件中于外太空所进行发明的制造、使用或销售，视为在美国制造、使用和销售。（b）若在依《联合国关于登记射入外层空间物体的公约》的规定登记为外国的太空物件或部件中于外太空进行发明的制造、使用或销售，如果美国与该国通过国际协议做出了特别约定的，应该视为在美国境内制造、使用和销售。

25 35 U.S.C. § 271(b).积极诱使侵害专利权的人应该负侵权人的责任。

26 35 U.S.C. § 284. 法院在做出有利于请求人的裁决后，应该判给请求人足以补偿其所受侵害的赔偿金；但无论如何，不得少于侵权人使用该项发明应该支付的合理使用费，以及法院所确定的利息和诉讼费用。

权的地域性引发的漏洞。但整体上这一时期的美国法院虽然积极参与跨国知识产权诉讼，但是他们并不太积极主动的将本国专利法适用于域外。这一点与期望保护自身权利的“经济民族主义者”的期望相违背，因此这些美国企业又再次游说政府积极参与国际合作。于是今天我们看到美国以“301 调查”和“337 调查”为代表的国内行政手段，以 Trips 为代表的国际条约机制和专利法域外适用制度相结合的系统的以维护美国利益为前提的美国专利权保护制度。

三、美国专利法域外适用司法实践的限制与扩张

国内法院的司法实践是国家对外关系和对外政策的重要保障，这一趋势在美国法实践中体现得尤为明显。[27]伴随着立法的变革，美国专利权人不断作为原告出现在美国法院测试美国专利法域外适用的界限，但美国地方法院、联邦巡回上诉法院和最高法院在评估法院在此问题上存在不一致之处。[28]鉴于篇幅本文将重点围绕联邦巡回上诉法院和美国最高法院的实践展开分析。

（一）美国联邦巡回上诉法院限制专利法域外适用的实践

首先，尽管专利法第 271（f）条被认为赋予域外效力，但是美国联邦巡回上诉法院在多起案件解释其适用范围时仍是比较保守的。在 Waymark Corp. v. Porta Systems Corp.[29]、Pellegrini v. Analog Devices, Inc.[30]、Cardiac Pacemakers, Inc. v. St. Jude Med., Inc.[31]等案中，联邦巡回上诉法院均认为第 271（f）节禁止出口专利发明的部件，以部件实际从美国运出为责任承担前提，不包含方法专利索赔的情况。例如在 Cardiac Pacemakers 案明确“鉴于国会几乎完全没有任何打算根据第 271（f）节保护专利方法，而且国会明确打算推翻深南案的问题，反域外适用推定迫使我们不要将第 271（f）节的范围扩大到方法专利。”

其次，美国联邦巡回上诉法院还狭义的解释了与第 271（g）款的规定。例如在 Bayer AG v. Housey Pharmaceuticals 案[32]中，法院确定该条文仅适用于通过方法专利获得的有形产品的进口，由此将该条款排除了根据方法专利产生的无形产品的进口构成侵权的情形。通过 Eli Lilly v. Cyanamid 案[33]解释方法专利的实质性变更不构成侵权。此外，法院明确指出，侵犯方法专利需要侵权人在美国境内履行该方法的所有步骤。[34]在历经七年的 Akamai Techs.,

27 参见蔡从燕：《中国崛起、对外关系法与法院的功能再造》，载《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2018 年第 5 期。

28 这些原告主要是出于行业前沿的大型出口企业，以美国企业为主，也出现少数寻求适用美国法律来限制美国竞争对手的外国实体。一方面，原告中的许多人同时游说美国政府，以更多地保护知识产权。在另一方面，许多被告也是美国公司，或者是以美国为基础的部件的跨国公司实体。在外国被告中，早期案件往往涉及德国和日本公司，后期逐渐扩展到新兴市场生产经营的公司。See Dariush Keyhani, U.S. Patent Law and Extraterritorial Reach, 7 TUL. J. TECH. &INTELL. ,32,51 (2005).

29 Waymark Corp. v. Porta Systems Corp.,245 F.3d (Fed. Cir. 2001).

30 Pellegrini v. Analog Devices, Inc.,375 F.3d (Fed. Cir. 2004).

31 Cardiac Pacemakers, Inc. v. St. Jude Med., Inc., 576 F.3d 1348, 1359 (Fed. Cir. 2009).

32 Bayer AG v. Housey Pharmaceuticals.,Inc.340 F.3d.1367 (Fed. Cir., 2003).

33 Eli Lilly & Co. v. American Cyanamid Co., 82 F.3d 1568 (Fed. Cir. 1996).

34 NTP, Inc. v. Research In Motion, Ltd., 418 F.3d 1282, 1318 (Fed. Cir. 2005).

Inc. v. Limelight Networks, Inc.案[35]中，法院最终裁判认为 Akamai 和 Limelight 作为互联网内容服务提供商，由位于美国和全球各地的数百或数千个服务器组成，在互联网上执行的方法专利的各个步骤可以在不同的地方执行，美国专利法无权对此予以管辖。

再次，对于“销售”和“许诺销售”，美国联邦巡回上诉法院一般认为专利持有人必须能够证明侵权实体出售或许诺出售“专利产品”，同时专利产品的实际“销售”必须在美国进行，单独进行谈判和执行销售合同并不是根据第 271（a）条构成侵权行为的销售。[36]此外，法院在一些案例[37]中裁定，许诺销售仅适用于在美国要约并实际在美国销售的情形。

此外，禁令救济是用于侵权补救的关键手段，禁令通常直接规制侵权行为。美国法院可以利用其权力授予禁令规范外国行为，但美国联邦巡回法院在早先的案例中持谨慎态度。[38]在 Spindelfabrik 案[39]中，法院指出由于机器都是在德国制造的，美国的专利法是在美国防止侵权的合理和允许的努力，因此禁令不允许将美国专利法的范围扩大到美国的边界之外，将其禁令适用于这些机器。在 Int'l Rectifier Corp. v. Samsung Elecs. Co.案[40]中，法院认为三星的行为并非在美国发生，因此不会受禁令限制。

最后，一直以来损害赔偿的标准是一个争议性的话题。除因境外行为造成的境外损失外，在日益全球化的世界，国内侵权行为可能会影响海外市场，对于这些海外损失是否应该赔偿也是现实问题。美国联邦巡回法院对两种情形下的境外损害赔偿的态度一直遵循否定观点，严格遵守专利权的地域性。在 Power Integrations Inc. v. Fairchild Semiconductor Inc.案[41]中，被告境外的行为无疑影响了原告的海外销售，但联邦巡回上诉法院否定了专利权人可以追回境外利润损失的诉求。在随后的 Carnegie Mellon Univ. v. Marvell Tech. Grp 案[42]中，被告侵犯了原告专利并向第三方收取特许使用费，原告主张该部分海外特许使用费损失，法院以行为发生在境外并不构成对专利法第 271（a）条规定的侵权，而损害赔偿应以构成法律上的侵权为前提，，因此损害赔偿自然不成立。在 WesternGeco LLC v. ION Geophysical Corp.案（以下简称 WesternGeco 案）[43]中，联邦巡回上诉法院的态度也保持一贯性。

---

35 Akamai Techs.,Inc. v. Limelight Networks, Inc., 797 F.3d 1020 (Fed. Cir. 2015).该案经历了马萨诸塞州、联邦巡回上诉法院、美国最高法院，最终联邦巡回上诉法院作出终审裁决。

36 See eg Halo Elecs., Inc. v. Pulse Elecs., Inc., 831 F.3d 1369, 1380 (Fed. Cir. 2016)

37 See eg Rotec Industries,Inc v. Mitsubishi Corp 215F.3d 1246 (Fed.Cir.2000).此案是涉及美国 Rotec 公司起诉 Mitsubish 公司在中国制造的塔式起重机侵犯其美国专利权，美国联邦巡回法院认为，被控侵权者的合同签订等活动都是在中国进行的，根据美国法律，专利的使用范围仅限于美国及其领土，并且不能以国外行动为由认定侵权，其结论表明在美国提出要约是侵权的先决条件。

38 Marketa Trimble, *the Territorial Discrepancy between Intellectual Property Rights Infringement Claims and Remedies*,23 Lewis & Clark Law Review , 501,516(2019) .

39 Spindelfabrik Suessen-Schurr v. Schubert & Salzer Maschinenfabrik Aktiengesellschaft, 903 F.2d 1568, 1577-78 (Fed. Cir. 1990).

40 Int'l Rectifier Corp. v. Samsung Elecs. Co., 361 F.3d 1355, 1360 (Fed. Cir. 2004)

41 Power Integrations, Inc. v. Fairchild Semiconductor Int'l, Inc.,711 F.3d 1348, 1372 (Fed. Cir. 2013).该案地区法院裁定侵权，并且陪审团裁定应支付合理的专利使用费并赔偿利润损失。

42 Carnegie Mellon Univ. v. Marvell Tech. Grp, Ltd., 807 F.3d1283, 1311 (Fed. Cir. 2015).

43 WesternGeco L.L.C. v. ION Geophysical Corp., 837 F.3d 1358, 1361 (Fed. Cir. 2016).

（二）美国联邦巡回上诉法院扩张专利法域外适用的实践

首先，联邦巡回法院在部分案件中对第 217（f）条做出宽泛的解释。在 Waymark Corp. v. Porta Sys. Corp.案[44]中，法院裁定即使在境外未组装，仅为境外组装而运输关键部件并打算组装就构成侵权；在 Eolas Technologies Inc. v. Microsoft Corp.案（以下简称 Eolas 案）[45]、AT&T v. Microsoft 案（以下简称 AT&T 案）[46]中均裁定指出部件可以包括无形软件，软件复制可以构成软件的“提供”；此外在 Life Techs. Corp. v. Promega Corp.案（以下简称 Life Techs 案）[47]中，法院还裁定即使只有一个部件也引起构成实质部分而侵权。

其次，第 271（g）条明确依据方法专利在境外制造产品并进口到美国的行为构成侵权。一般而言，美国法院关于专利纠纷的举证责任遵循谁主张谁举证原则，但在 Creative Compounds v. Starmark 案[48]中，美国联邦巡回上诉法院指出，在此种案件中，被告较原告更具有确定真实制造方法的优势，基于公平原则，被告应揭示其制造方法，否则应承担侵权责任。

再次，第 271（a）条是关于在美国境内直接侵权责任的规定。一直以来，美国法院对该条款的理解一直坚持反域外适用推定原则。1994 年的专利法修正案对第 271（a）条增加了关于专利发明的“进口”和“许诺销售”也构成侵权的规定。但联邦巡回上诉法院在 Transocean Offshore Deepwater Drilling, Inc v. Maersk Contractors USA.Inc 案[49]中突破性裁判认为，无论要约在何处发生，即使在世界各地进行谈判，只要潜在的销售可能在美国进行，就可能构成侵权。此外，特拉华州地方法院曾裁定只要要约在美国境内，即使销售目的地不在美国也构成侵权。[50]

此外，联邦巡回上诉法院裁定，在美国境外发生的诱导行为可能会引发专利侵权责任。在 Merial Ltd. v. Cipla Ltd.案中，美国联邦巡回上诉法院判决指出：如果外国当事方具有必要的知识和意图，利用域外手段积极诱使在美国境内发生的直接侵权行为，则该行为属于第 217（b）条的侵权行为。[51] 在 Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.案中，法院进一步认为，被告关于专利有效性的认识并非引起侵权抗辩的理由。[52]

最后，在 1998 年 Johns Hopkins University v. CellPro, Inc.案[53]中，联邦巡回上诉法院一改以往对境外行为发出禁令谨慎的态度，指出只要是为了阻止美国专利权免遭侵犯，对于一些本身并不构成直接侵权的境外行为，法院也可发出禁令予以规制。在随后的涉外专利诉讼

44 Waymark Corp. v. Porta Systems Corp.,245 F.3d (Fed. Cir. 2001).

45 Eolas Techs. Inc. v. Microsoft Corp., 399 F.3d 1325-1340(Fed. Cir. 2005).

46 AT&T Corp. v. Microsoft Corp., 414 F.3d 1366, 1370-71 (Fed. Cir. 2005).

47 Life Techs. Corp. v. Promega Corp., No. 14-1538 (Feb. 22, 2017).

48 Creative Compounds, LLC v. Starmark Laboratories, 651 F.3d 1303 (Fed. Cir. 2011).

49 Transocean Offshore Deepwater Drilling, Inc v. Maersk Contractors USA.Inc 617E.3d l296(Fed Cir 2010).

50 Wesley Jessen Corp. v. Bausch & Lomb, Inc., 256 F. Supp. 2d 228 (D. Del.2003).

51 Merial Ltd. v. Cipla Ltd., 681 F.3d 1283, 1302 (Fed. Cir. 2012).

52 Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A., 563 U.S. 754, 766(2011)

53 The Johns Hopkins University v. Cellpro Inc., 47 USPQ2d 1705 (Fed. Cir. 1998).

中，美国法院常常毫不吝啬颁发域外禁令。[54]专利权人通过向法院申请域外禁令阻止境外侵权产品进口至美国。[55]同时美国法院发出的域外禁令不仅包含消极性禁令，也包括要求被告在域外积极履行特定行为的禁令。56

（三）美国联邦最高法院专利法域外适用的实践

近二十年来，美国联邦最高法院尤为关注专利案件，几乎同时最高法院也开始解决制定法的反域外适用推定问题。鉴于联邦巡回上诉法院在专利法域外适用问题上的不一致，美国最高法院在几起相关案件中着力解决此问题。

美国联邦最高法院在前期的案件中一直保持谨慎的态度。在 AT&T 案[57]中，最高法院审查了两个关键问题，计算机软件是否构成第 271（f）条的“部件”以及该软件的复制是否构成“提供”，法院最终判定抽象意义的“软件”不构成第 271（f）条的部件；同时法院法院进一步明确即使第 271（f）条是具有域外效力的条款，但反域外适用推定仍然适用。Life Techs 案[58]提出一个问题即单个商品成分是否构成第 271（f）条的实质部分，法院驳回联邦巡回上诉法院的解释，认为对“实质部分”作定量解释更符合立法原意和条文逻辑，仅提供 Taq 聚合酶一个组成部分在数量上仅占总体组成元素的 1/5，与法条规定的情形相去甚远，故 Life Tech 公司不应当承担侵权责任；但该案法院并未提及反域外适用推定问题。此外在 2014 年的 Limelight Networks, Inc. v. Akamai Technologies, Inc.案[59]中，美国联邦最高法院认为若无他人完成系争方法专利中所有步骤以构成专利法第 217（a）条的直接侵权行为时，被告不能构成同法第 217（b）条的诱导侵权。

WesternGeco 案是美国最高法院在过去三十年里首次审理涉及专利侵权损害赔偿案件，该案颠覆了最高法院在专利法领域对反域外适用推定原则一贯的谨慎传统。2018 年 6 月 22 日最高法院以 7:2 裁定终局这场历经近十年的案件，判决被告 ION 公司应补偿原告 WesternGeco 公司海外利润损失 9340 万美元。[60]最高法院在分析该案时，适用了 RJR Nabisco 案确定的判断制定法域外效力的两步走方法，但是跳过第一步即判断是否存在美国立法机关的明确表述，直接进行第二步通过制定法规范的焦点判断是否属于该规范的域内使用。法院认为美国专利法第 271（f）（2）条是原告提出专利侵权损害之诉和利润损害赔偿的法律基础，本案必须将第 271（f）条和第 284 条结合，美国专利法第 284 条关注的焦点是“侵权损害结果”，最主要的目的是使专利权人获得基于损害的完全赔偿，被告在美国境内制造零

---

[54] 参见赵雷：《美国法中涉外专利之诉的法律适用与执行——基于管辖与禁令执行的分》，载《知识产权》2018 年第 2 期。

55 Litecubes, LLC v. N. Light Prods., Inc., 523 F.3d 1353 (Fed. Cir. 2011).

56 Micro International Ltd. v. Beyond Innovation Technology Co., 521 F.3d 1351 (Fed.Cir.2008).一家台湾公司将产品进口至美国销售，侵犯了原告关于转换器的两项美国专利，美国联邦巡回上诉法院对此颁发的永久禁令不仅包括消极的禁止即生产、使用、销售、许诺销售或进口至美国，也包括了积极的禁止即要求被告在其境外生产的涉案产品上贴有标签，显著地注明“不在美国销售、使用，不进口至美国”。

57 Microsoft Corp. v. AT&T Corp., 550 U.S. 437, 441 (2007).

58 Life Techs. Corp. v. Promega Corp., 136 S. Ct. 2505 (2016).

59 Limelight Networks, Inc. v. Akamai Techs., Inc.,134 S. Ct. 2111 (2014).

60 Western Geco LLC v. ION Geophysical Corp.,138 S. Ct. 2129 (2018).

部件故本案的焦点是被告的境内行为，因此判给原告的利润损失构成第 284 条的国内应用。戈萨奇和布雷耶两位大法官共同撰写了冗长且详尽的反对意见。其中布雷耶法官认为，因在美国境外使用发明而判决损害赔偿，“可能会实际上默许美国专利权人利用美国法院将自己的垄断扩大到国外市场上。”该案引发了美国学界广泛的讨论，反对的观点认为专利的过度赔偿将导致非专利实体的兴起，从而给创新带来负面作用，而且专利所有人本身不一定具有境外利润的预期。支持的观点则认为此判决为美国专利权人的境外求偿打开了了大门，是对过去美国专利政策的反思和重整。[61]WesternGeco 案的判决结果也引起了动荡，特拉华州地方法院得出结论认为此案暗含推翻之前的判决。

四、美国专利法域外适用评析

在美国宪法框架下，美国立法、行政与司法在国内法域外效力的事项上，逐渐发展出某种程度上的相互借力和支撑关系，共同推动美国对外制裁法律机制的形成与强化。[62]美国专利法的域外适用是以尊重专利权的地域性为前提的，以效果原则为基础，仅针对部分类型的个别规则赋予域外效力，是一种有限度的域外适用。

（一）美国专利法域外适用的谨慎与扩张

美国法的域外适用充满了不确定性，行为类型、主体、影响事实结构、经济背景、社会因素、监管环境、法官背景等都会带来影响，这种不确定性自身反复变化。鉴于理论与司法实践的分歧，美国国会不断根据司法实践和经济发展状况等调整立法，这一点在专利领域表现为自上世纪八十年代以来，美国国会对专利法的不断修正，逐渐从立法扩大了其域外管辖的基础。但我们必须清楚的看到，美国在立法上仍以尊重专利权的地域性为基础，仅针对境外组装和境外依方法专利制造并进口为突破，确立部分规则的域外效力。

同时，美国司法界在限制与扩张之间表现出不确定性与不一致性。美国司法界谨慎的原因是多方面的，除传统对国内法域外适用的担忧义务，[63]还有如下几个因素影响美国法院的决定。首先美国对专利权地域性特征一定的尊重，这体现在对直接侵权的地域性遵守上；其次认为专利权人可以通过国外专利注册寻求外国专利保护救济；再者专利法的域外适用可能会对专利的国际合作带来障碍，如果其他国家也予以相同的反制，势必为自由贸易造成障碍；最后，美国专利法的域外适用可能会在一定范围内由于仅约束美国公司的境外组装和境外投资制造等，而最终对总部在美国的公司利益产生影响，这与其并不约束不出口到美国的境外侵权而获利的外国企业相比，在长期竞争中势必会造成对美国经济不利的影响。[64]但我们看

61 Timothy R. Holbrook, *What Counts as Extraterritorial in Patent Law*, 25 B.U. J. Sci. & TECH. L. ,291,314 (2019).

62 参见霍政欣：《国内法的域外效力:美国机制、学理解构与中国路径》，载《政法论坛》2020 年第 2 期。

63 参见朱巧慧：《美国反域外适用推定原则》，苏州大学 2019 年硕士论文，第 20 页。

64 美国立法确立以产品进口到美国为前提，因此在实践中如果假冒专利不流向美国，或者这些实体回避与美国发生联系，美国法院基于美国宪法确立的正当程序原则，原则上排除了对此类案件的管辖。此外，知识产权案件的判决承认与执行一直是具有争议的话题，2019 年《海牙判决公约》将知识产权排除在外。因此，美国企业认为很多时候无法对境外侵权者提前诉讼，这对美国专利权人是不利的。

到美国法院对专利法域外适用建立在“效果原则”基础上，在不断的尝试突破，逐渐对在境外组装、境外诱导、境外制造进口到美国的境外行为予以本国法的适用，在域外禁令救济和域外损害赔偿方面也不断扩张，甚至部分法院在一直仅适用于美国境内的直接侵权领域在“许诺销售”问题上有所突破。对此，美国理论界认为首先在美国经济优势的下滑、国际知识产权合作乏力的情况下，扩张域外适用与专利法促进科技创新的目的相一致，这种扩张将使美国能够继续在全球市场上制定专利保护和竞争规则处于领先和主导地位；其次扩张并不一定违反礼让原则，美国专利法域外的有限使用可以防止对美国法的规避，也并不会对外国创新造成影响；此外与外国的法律冲突也可能被夸大了，因为在巴黎公约等国际条约的努力下，各国国内专利法越来越趋于协调一致，美国国会对第 271 条的系列修订填补了跨国监管空白。[65]

（二）美国专利法域外适用的维权功能与竞争功能

现代社会，单纯的通过胜诉来实现维护自身权益、弥补损失的维权功能已经不再是许多企业提前和参与诉讼的唯一目的，打击竞争对手、争端市场份额才是其真实目的。[66]专利诉讼是富有公司的游戏。[67]近年来，美国专利权人常常采用申请“337 调查”和法院专利侵权诉讼相结合的方法，双管齐下展开专利诉讼活动。

“337 调查”更注重的是对不正当竞争行为的维护，如果被裁定违反 337 条款，则被申请人的产品将被禁止进入美国，但申请人无法获得侵权赔偿。比较而言，采用法院的侵权诉讼的模式，可以既主张就侵权行为颁发禁令以禁止侵权产品的制造、使用、出售或加工，还可请求经济赔偿。相对于“337 调查”一年左右的周期，联邦地区法院审理专利案件的平均周期达 25 个月，加之众所周知美国专利诉讼高额的代理费、复杂的证据举证规则等使得很多企业迫于压力而转向和解赔偿。在 NTP, Inc. v. Research In Motion 案68中，联邦巡回上诉法院一方面判决 RIM 公司作为加拿大企业不应适用美国相关法律；另一方面却支持了 NTP 的权利主张。对于这一矛盾的判决，RIM 向最高法院提起调卷令请求，但随后案件以 RIM 支付 6.125 亿美元以作为补偿和解结案。“337 调查”与专利侵权诉讼并举的策略，使得企业可能将竞争对手永久性地从国内市场加以排除并获得丰厚的赔偿金；即使企业在专利诉讼中不能胜诉，也能暂时性地限制竞争对手的产品进入本国市场，为抢占新市场创造了有利时机。[69]

---

65 See Melissa Feeney Wasserman, *Divided Infringement: Expanding the Extraterritorial Scope of Patent Law*,82 New York University Law Review ,281 ,304-309(2007)；Robert W. Pierson Jr., *Extraterritorial Reach of U.S. Patent Law: Has the Federal Circuit Gone Too Far*, 17 Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, 651 ,685-692(2007)；Andrew S. Kerns, Fight or Flight: Traversing the Extraterritorial Battlefield of Modern United States Patent Law, 63 Baylor Law Review , 462 ,487-491 (2011).

66 参见何华：《“中美知识产权第一案”述评与启示》，载《法商研究》2007 年第 6 期。

67 参见彼得·达沃豪斯，约翰·布雷斯韦特著、刘雪涛译：《信息封建主义》，知识产权出版社 2005 年版，第 189 页。

68 NTP, Inc. v. Research In Motion, Ltd., 418 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2005).

69 参见杨宇静：《中国清洁能源涉外知识产权诉讼的特点与趋势—兼论美国超导诉中国华锐风电案》，载《北京理工大学学报(社会科学版)》2019 年第 3 期。

（三）美国专利法域外适用对专利创新与维护国家利益并重的作用

林肯总统有一句非常形象的概括：“专利制度是给天才之火浇上利益之油。”为了鼓励积极创新，政府必须对市场竞争行为加以调节，从法律上给创新者市场垄断权，使其能从创新中获利，从本质上讲是对私权利的维护。美国通过立法确立具有域外效力的专利法规则，并通过司法强制力实现域外适用，进一步扩大了美国专利权保护的地域范围，实现了更大程度对美国专利创新的维护。

知识产权的商业价值很大程度上取决于获取和使用的法律。美国专利发展的历史上是从“海盗”开始的，但随着全球化及互联网的“无国界”，使得一些美国企业为了躲避美国专利制度通过在外国设立子公司规避美国法律，也有越来越多的外国企业通过对美国专利“盗取”进入美国市场。美国的法律制度和专利政策逐渐认识到全球经济的现实，通过建立具有域外影响的新框架，试图保护专利政策最基本的前提即激励创新，并进而达到维护美国经济利益的目的。对此有美国学者总结道：“美国法的效力止于国界的时代一去不复返了……美国乐见这一趋势。如果可以通过单边立法并动用执行资源规制其他国家的人，超级大国无须征服更多土地，就可以扩大其利益”。[70]

但是，随着这种发展，同其他领域的法的域外适用一样，专利法的域外适用也难免带来他国对本国主权利益的担忧，在 NTP 案中，加拿大政府通过法庭之友表达了美国专利法域外适用的不满，认为这对加拿大与美国间的礼让原则产生不利影响。因此，美国法律体系不得不努力平衡国内经济利益与对外关系问题，以及宪法规定的公平性与合理性之间的平衡。[71]这也就表现在美国地方法院、联邦法院和最高法院在判决中的不一致。但总体而言，美国对美国国家利益的维护仍是美国法院最主要的衡量标准。

c 五、对中国启示

随着经济和贸易的全球化发展，工业产品的系统化、集成化程度越来越高，赋予专利权以域外效力成为美国、德国等发达国家平衡专利权地域性与全球保护矛盾的重要手段。习近平总书记指出，当前我国正在从知识产权引进大国向知识产权创造大国转变，我们必须从国家战略高度和进入新发展阶段要求出发，全面加强知识产权保护工作，促进建设现代化经济体系，激发全社会创新活力，推动构建新发展格局。确立具有域外效力的专利法规则，对于保护我国专利权人利益和国家利益具有重要的战略意义。

首先，法律移植是近现代各国知识产权立法活动的重要路径，同时知识产权法律保护水平也应以尊重国家科技、经济发展水平为前提。[72]我国目前正处于专利引进大国和专利输出起步国这一特殊历史时期，一方面我们面对因专利引发的美国制裁与诉讼，另一方面存在我国专利数量和质量飞跃发展同时我国企业专利保护意识薄弱的现实。我们看到，即使美国在

70 参见霍政欣：《国内法的域外效力:美国机制、学理解构与中国路径》，载《政法论坛》2020 年第 2 期。

71 Dariush Keyhani, *U.S. Patent Law and Extraterritorial Reach*, 7 TUL. J. TECH. & INTELL.,51,64(2005).

72 参见吴汉东：《中国知识产权法律变迁的基本面向》，载《中国社会科学》2018 年第 8 期。

专利法域外适用问题上也是谨慎的，立法仅例外的在境外组装、境外制造、境外引诱等行为上有限的域外规则确立，在司法上由于对专利法域外适用的担忧至今并不具有确定性。因此建议我国专利法域外效力规制的确立应建立体现中国理念和尊重专利权地域性的前提下，适度的有限的结合我国专利发展等现实确立具有一定弹性空间规则。当然除实体规则义务，也应重视禁令等程序规则的设计。[73]

其次，立法确立域外效力后，如何适用尤其是如何有效适用是关键。在私人专利法的域外适用中，私人发挥着重要作用。私人促进立法的变革，并积极利用司法途径来实现维权和竞争双重功能。对于私人而言，当专利诉讼具有跨国特征的时候，谁赢谁输可能会对某个经济领域产生国际影响，尤其在一些高新技术领域如涉及公共卫生的药品、通讯等创新方面，甚至会对整个国家的发展轨迹产生影响。因此，积极调动我国专利权人的能动作用是重要的路径。

最后，司法具有填补立法漏洞、细化法律规定、适度扩张适用等积极作用，[74]应对全球风险离不开国内法院的积极作为。美国法院从最初对专利法反域外适用推定的坚守，到逐步谨慎的域外适用，这种法律实施过程中的谦抑性做法对国际法显得更加尊重。此次我国自2014 年以来陆续在多地建立知识产权法院和专门的知识产权法庭，尽管不同于普通法系，我国法院和法官不具有直接造法功能，但在法律的解释和适用上具有一定的能动空间。因此在司法实践中，应鼓励我国法院结合具体案情，技术性的扩张专利法的域外适用。当然，知识产权判决的承认与执行问题一直是国际社会争议较大的问题，美国专利法域外适用判决的执行依靠美国强大的金融体系，这一点也是我们短期内不具备的。

The extraterritorial application system of American Patent Law: evolution, application and Enlightenment

Shan Juan

Abstract：Patent right is considered to be the most territorial right. For a long time, domestic legislation and international treaties on patent protection have broken through the regionality of patent rights. With the deepening of globalization and the regional contradiction of patent rights, with the lobbying of the US patentees, the US Congress has constantly revised the patent law to give some rules extraterritorial effect to regulate overseas activities such as overseas assembly and overseas manufacturing. At the same time, the US courts show uncertainty on the boundaries and scope of these rules in judicial practice. But generally speaking, the practice of these rules has further realized the dual functions of the patentee's rights protection and competition in the United States, and

73 参见沈红雨：《我国法的域外适用法律体系构建与涉外民商事诉讼管辖权制度的改革》，载《中国应用法学》2020 年第 5 期。

74 参见肖永平，焦小丁：《从司法视角看中国法域外适用体系的构建》，载《中国应用法学》2020 年第 5 期。

played an important role in both patent innovation and national interests. China is in a special period of transformation from a big country of patent introduction to a big country of patent creation. In legislation, we should take precautions to establish appropriate extraterritorial rules to protect patent rights in line with China's reality. At the same time, we should pay attention to actively mobilize private initiative and play the positive role of the court.

论建设海南自贸港背景下的外资保护
——基于涉经济特区投资仲裁案例之考察

范晓宇

c（武汉大学 法学院，湖北 武汉 430072 ）

摘要：投资自由便利是海南自由贸易港建设的重点开放与政策突破领域。海南自贸港投资框架具有高位阶的法律支持、特色的投资管理、更大的投资自由、有力的投资促进、切中要点的外资保护等特点。高度开放的外资促进政策亟需合理设计的外资保护框架支持，否则自贸港可能成为投资争端频发的特殊地域。自由贸易港作为经济特区的一种，与经济特区在外资保护及投资争端解决上具有相似性。涉经济特区的投资仲裁实践表明，特区内外在征收认定方面几乎一致、区内政策变动并非一定引发国际责任，但区内投资争端更容易认定为违反公平公正待遇标准。鉴于此，增强海南自贸港外资保护需从提高管理机构外资保护意识、合理设计投资框架、创新争端解决机制三方面入手。

On the Protection of Foreign Investment in the Context of Building Hainan Free Trade Port--An Examination of Investor-state Arbitration Cases Involving Special Economic Zones

Fan Xiaoyu

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

ABSTRACT: Investment liberalization and Facilitation is the key area of opening and policy breakthroughs in the construction of Hainan free trade port. The investment framework of Hainan free trade port has higher level of legal support, characteristic investment management, greater investment freedom, strong investment promotion, and to-the-point foreign investment protection. A highly open foreign investment promotion policy needs to be supported by a reasonably designed foreign investment protection framework, otherwise Hainan free trade port may become a special territory where investment disputes are frequent. As a type of special economic zone, free trade ports have similarities and correlations with special economic zones in terms of foreign investment protection and investment dispute resolution. Investment arbitration practices involving special economic zones show that the expropriation determinations are almost identical inside and outside the zone, but investment disputes within the zone are more likely to be determined as violations of fair and equitable treatment standards, and policy changes within the zone do not always trigger international liability. In view of this, the enhancement of foreign investment protection in Hainan free trade port needs to start from three aspects: improving the awareness of foreign investment protection of management agencies, rational design of investment framework and innovative dispute resolution mechanism.

关键词：海南自贸港；经济特区；外资保护；国际投资仲裁；

Key World: Hainan Free Trade Port; special economic zone; foreign investment protection; national investment arbitration

序言

自十九大报告提出“赋予自由贸易试验区更大改革自主权，探索建设自由贸易港”，我国海南省自贸港制度体系的建设工作正分步骤、分阶段展开。目前，海南自由贸易港政策制度框架初步建立，已出台 110 多份政策文件，涉及自贸港建设的诸多方面，如贸易、投资、金融支持、税收优惠、运输服务、人员进出、数据流动、风险防控等。其中，投资是海南自贸港建设的重点开放与政策突破领域。世界上绝大多数经济特区的建设都将吸引外资作为极为重要的政策目标，并为此提供一揽子投资优惠政策。海南自贸港作为新时代中国改革开放的新高地，目前已为促进投资自由便利出台一揽子激励政策，其独特的投资促进机制对投资者的激励是前所未有的。持续优化外商投资环境、促进投资自由便利是自贸港建设中的主要内容之一，是《海南自由贸易港建设整体方案》和《海南自由贸易港法》的重点制度设计和重要发展目标之一。

更加开放的外资政策在带来更多投资者及日趋频繁活跃的投资的同时，也可能导致发生投资争端频发。因此，海南自贸港外资政策在推动投资自由便利的同时，需兼顾外资保护和投资争端风险防控。结合现行投资仲裁实践来看，经济特区内优惠政策的不稳定性及制度框架的频繁变动性，使其成为容易引发投资争端的特殊地域。据不完全统计，目前已出现 14 起涉经济特区的投资者-东道国仲裁案件，基于部分案件的保密性，实际案件数量可能更大。海南自贸港作为我国最高水平的开放形态，同时也属于广义经济特区的一种，其在外资保护和投资争端解决方面与经济特区具有一定相似性。鉴于此，本文拟先聚焦于海南自贸港独特的外资开放政策进行制度分析，再对涉经济特区外资保护的投资仲裁案件予以实证分析并从中吸取一般经验，在此基础上将一般经验与建设海南自贸港的具体实践相结合，为建设海南自贸港过程中的对外开放与外资保护提出合理的对策建议。

一、海南自贸港投资框架之特殊性

《中华人民共和国外商投资法》及《中华人民共和国外商投资法实施条例》等一系列法律法规的颁布，建立了我国全面开放新格局下的外资框架。全国性的外资法框架以负面清单管理系统、外国投资信息报告系统和外国投资安全审查机制为三大基础，规范监管外国投资；通过明确禁止强制技术转让、承诺更好地保护知识产权以及建立外商投资企业投诉工作机制等方式降低外资顾虑。

海南自贸港作为对外开放最前沿，其外资政策与全国性外资框架相比，追求更高水平的投资自由便利。目前，海南自贸港已出台一揽子促进投资自由便利的激励政策与特殊监管政策（如表 1）。具体包括更开放的市场准入负面清单、税收优惠政策、新增鼓励类产业、更

便利的外汇结算、良好的营商环境、产权保护、知识产权保护、公平竞争政策等。

表 1 海南自贸港的一揽子投资措施

外资措施	具体方面	投资促进、便利及保护措施
投资管理	监管模式	准入前国民待遇加负面清单 以信用监管为基础的过程监管体系
投资促进	企业设立	“证照分离”改革，实行承诺即入制、极简审批投资制。
	外资准入	出台最开放的自贸港负面清单（共 27 条），且将进一步缩减清单限制。
	税收政策	零关税、低税率、简易税制的特殊税制
	政务服务	“国际投资单一窗口”服务，为外资企业设立提供“套餐式”、“一站式”政务服务
	外汇管理	更加便利、省时、高效的外汇结算，目前用时仅为前期的五分之一。
	企业注销	试行公告承诺注销登记制度，简化破产清算企业注销程序
投资保护	知识产权	建立健全知识产权领域信用分类监管、失信惩戒等机制，对知识产权侵权行为严格依法追究法律责任，成立海南自由贸易港知识产权法院。
	竞争政策	加强和改进反垄断和反不正当竞争执法，强化公平竞争审查，清理废除妨碍统一市场和公平竞争的规定和做法。

海南自贸港在投资框架方面的特殊性主要体现于以下几个方面：

其一，更高位阶的法律支持。在自贸港建设基本法中明确对投资自由便利的重视。《海南自由贸易港法（草案）》是保障和实施海南自贸港这一国家重大战略的基本法，统领着海南自贸港法律法规体系，承担着构筑自贸港法治大厦的“四梁八柱”和为自贸港建设提供基本制度遵循的重任。在提纲挈领、总括全局的自贸港建设基本法中设立专章（第三章共 7 条）规定“投资自由便利”以及外资保护、外资管理等各方面措施，彰显了外资开放在自贸港建设中的重要作用。

其二，具有特色的投资管理模式。海南自贸港投资管理模式的特色，具体体现在管理主体和管理方式两方面。在管理主体方面，相较于其他自贸区管理机构，海南省人民政府具有中央下放的更大管理自主权。海南省政府作为位于自贸港建设最前沿队伍，是建设海南自由贸易港的责任主体，其在相关管理权限、立法权限上拥有更大自主权。根据建设需要，中央及时向海南省下放相关管理权限，以实现自贸港行政管理的突破性改革。为支持海南全方位、大力度进行改革创新，海南省人民政府有权制定投资相关的法规，积极探索建立适应自由贸易港建设的、更加灵活高效的监管模式和管理体制。在管理方式方面，海南自贸港更加强调

以信用监管为基础的过程监管体系。《海南自由贸易港法（草案）》明确采用“过程监管”。过程监管联合使用以预防式监管为主的事前监管和以纠错式监管为主的事中事后监管，是更强调全程监管的方式。在事前环节以信用查验、准入前诚信教育、信用报告为重点；在事中环节加强分级分类监管、公共信用综合评价；在事后环节强调失信惩戒。推进信用服务市场化新机制，建立信用信息服务，检测市场主体运行服务机制，创新政府服务监管的信息体系，以净化市场营商环境。

其三，更大程度的投资自由化。目前，海南已明确对外商投资实行“准入前国民待遇加负面清单”制度，并且制定了单独的自由贸易港外商投资准入负面清单。自贸港版负面清单与 2020 年版全国和自贸试验区外资准入负面清单的 33 条、30 条相比进一步缩减，以支持自贸港在数字经济、乘用车制造、采矿业领域率先开放。将内外资平等扩大到准入权领域，在港内实行更宽口径的外资准入，这意味着海南自贸港在外资准入上的开放程度不仅高于全国水平，而且还高于自贸试验区水平，代表了中国最高的开放水平。

其四，更有力的投资促进措施，具体包括优良营商环境、税收优惠方面的特殊税制、鼓励类产业目录等方面。在优良营商环境方面，海南已连续三年出台《海南省创一流营商环境行动计划》，为外资提供优良的营商环境。打造法治化、国际化的营商环境，从企业设立、运营贯彻到注销阶段。在设立阶段，实行“证照分离”改革，独创性地以市场主体承诺即入制作为企业设立基本制度，推进负面清单从“非禁即入”到“非禁即可”，打破原来外资企业能获得营业执照但在获得经营许可上不透明、低效耗时的局面，大大节约审批时间、提高监管效率。在运营阶段，实行“单一窗口”服务，为外资提供“套餐式”政务服务。在企业注销阶段，试行公告承诺注销登记制度，简化破产清算企业注销程序，实现市场主体退出便利化。除营商环境等软环境的促进外，自贸港还从税收优惠、鼓励产业等方面提供促进投资的硬要素。在税收优惠方面，海南实行零关税、低税率、简易税制的特殊税制，对注册在海南自由贸易港并实质性运营的鼓励类产业企业，减按 15%的税率征收企业所得税；对在海南自由贸易港设立的旅游业、现代服务业、高新技术产业企业新增境外直接投资取得的所得，免征企业所得税。在鼓励类产业方面，《海南自由贸易港鼓励类产业目录》（2020 年）新增 14 大类、143 个细分行业，进一步扩大了鼓励外商投资范围，为引导投资提供依据。

其五，切中要点的外资保护。海南自贸港切实保护外商到中国投资特别关切方面，即知识产权保护和公平竞争。知识产权、竞争中立属于新兴营商责任法制化中的敏感议题。在加强知识产权保护方面，建立健全知识产权领域信用分类监管、失信惩戒等机制，对知识产权侵权行为，严格依法追究法律责任。2020 年 12 月 31 日海南自由贸易港知识产权法院正式成立，以加强知识产权保护力度。在海口国家高新技术产业开发区、三亚崖州湾科技城试点探索建立专利快速审查、快速授权绿色通道，打造海南自由贸易港知识产权保护示范区。探索建立知识产权海外侵权损失补偿保险，鼓励保险机构开展知识产权海外侵权责任险、专利执行险、专利被侵权损失险等保险业务。在公平竞争方面，加强和改进反垄断和反不正当竞争执法，保护市场公平竞争、内资与外资的公平博弈。更严格的知识产权制度环境在外汇结

算方面，实行更加便利、省时、高效的外汇结算，支持外汇结算便利创新具有便利的外汇结算措施。银行在遵守“了解客户、了解业务、尽职审查”的展业原则外，对于在符合相关监管规定的前提下，可自主决定审核交易单证的种类，目前用时仅为前期的五分之一。并且海南进一步便利合格境外有限合伙人(QFLP)资金汇出入管理，完善投资者权益保障机制。

总体而言，海南自贸港的投资政策具有以下特点：更高位阶的法律支持、具有特色的投资管理、更大程度的投资自由化、更有力的投资促进措施、更切中要点的外资保护。在自贸港一系列投资自由便利措施的推动下，海南自贸港的外商投资规模成倍增长。

二、 涉经济特区的投资仲裁案件分析

经济特区（Special economic zones，SEZ），为“经济特别开发区”的简称，是一个主权国家或地区，在对内、对外经济活动中为实现特定经济目标，在其境内所开辟的实施特殊经济管理体制和特殊经济政策的区域。作为中国最高水平的开放形态，海南自由贸易港属于广义上经济特区的一种。高水平的投资促进、自由化，更需注意投资保护和投资争端问题。一方面，更高水平的开放，会导致投资总量及投资者数量增多，理论上矛盾摩擦的可能性更大。另一方面，作为政策创新频率高、政策变动可能性大的特殊地域，更需要在投资保护和投资争端解决方面加强意识。在自贸港内外不同法规政策双轨制下，巨大的投资风险正在滋生。鉴于此，本节拟通过实证分析法，聚焦于涉经济特区外资保护的投资仲裁案件并总结一般经验。

（一）涉经济特区的投资仲裁案件基本概况

目前，经济特区已成为各国推动经济发展的新型工具，在全球范围内广泛使用。根据2019年世界投资报告显示，经济特区在2008年至2018年10年时间内从3500个发展到约4500个，全球140多个经济体、近四分之三的发展中经济体和几乎所有转型经济体都在利用经济特区促进经济发展。随着经济特区的广泛建立，经济特区内的投资者-东道国争端（Investor-State Disputes, ISD）更加频发，案件总数已达14起。从实践来看，涉经济特区的投资争端多是由于法律改变或执法问题所导致的。从引发东道国国际责任的具体行为来看，主要包括取消经济特区投资者地位、对投资者施行新的不利税收规则、单方终止与投资者的土地租赁协议以及其他不当干预行为（见表二）。从东道国最常被控诉的争议焦点来看，主要是对公平公正待遇条款和征收条款的违反。而违反公平公正待遇标准，主要涉及稳定和可预见的法律与商业环境、合理期待、非歧视待遇、稳定条款等。

表二：东道国引起国际投资法责任的具体行为及案件

引发东道国国际责任的具体行为	所涉具体ISDS案件
1. 取消经济特区投资者地位，包括撤销经济特区内的投资者许可证、撤销经济特区内投资者资格	Bawabet Al Kuwait Holding Company v. Egypt; Ampal-American and Others v. Egypt

2. 对投资者施行新的不利税收规则，例如取消免税措施或税收优惠、实行高税率政策	Goetz v. Burundi; Link-Trading v. Moldova; Lao Holdings N.V. v. Laos; Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania I
3. 单方面终止与经济特区内投资者的土地租赁协议	Lee John Beck v. Kyrgyzstan
4. 其他东道国作出的不当干预行为，如施行更为繁重的海关制度等	Yury Bogdanov v. Moldova

（二）审理涉经济特区的投资仲裁之特殊性

一系列涉经济特区投资仲裁实践表明，仲裁庭在审理涉经济特区仲裁案时存在一些特殊性，表现为以下几个方面。

1. 更容易违反公平公正待遇标准

公平公正待遇被喻为国际投资协定中的帝王条款。涉经济特区 ISDS 争端中最常出现的控诉即违反公平公正待遇。一般而言，公平公正待遇标准禁止东道国采取“不公正、任意、歧视性、违反正当程序”，包括“使投资者合理期待受挫”的行为。若东道国在经济特区内的干预行为不符合上述要求，违反提供稳定、可预期的法律与商务框架的义务，挫败投资者的合理期待，则将引发投资者的国际控诉。在涉经济特区的投资争端中，由于以下两方面具体原因，仲裁庭更可能确认东道国违反了公平公正待遇标准。

其一，经济特区内的投资者往往具有比特区外投资者更高的合理期待。当东道国建立一个经济特区并认可外国投资者为该特区居民时，事实上表明相比于特区外，东道国更愿意支持外国投资者在经济特区内投资。经济特区的建设往往由国家颁布一系列具体政策规则，以吸引、激励、促进向经济特区内投资。经济特区投资优惠政策往往以具有正式性、明确性、固定运营期限性的特区法律形式确定下来，从而更容易被视为具体承诺。例如，在 Albacora SA 诉厄瓜多尔案中，厄瓜多尔建立了适用于自由区的特殊财政、海关和劳动制度，包括为期 20 年的 100%所得税豁免。在 Ioan Micula 等诉罗马尼亚案中，罗马尼亚通过第 24/1998 号紧急政府法令授予经济特区内投资者享受为期 10 年的一般性免税政策。在安帕尔诉埃及案中，埃及政府承诺对自贸区内的投资者实行 20 年免税政策。附有具体期限的激励政策使投资者对特区内优惠制度的稳定性产生期待，将这些更高水平的投资优惠政策规则视为东道国作出的具体承诺，秉持更高程度的信赖和合理期待开展具体投资。无论东道国承诺向投资者提供特定待遇、保护或权利的方式是以合同、法规或其他形式作出，此后东道国对待遇的拒绝和优惠承诺的打破，都可能构成对公平公正待遇的违反。

其二，经济特区内更频繁变动的制度框架更容易引发投资争端。经济特区是一国政策的试验区，根据改革需要政策变动的需求也更大。并且，特区内国家监管一般更灵活，特区管理者往往拥有中央下放的权力，对特区监管具有一定的自由裁量权限和更大行动空间，这意味着特区内监管政策发生变动的可能性更大。更高频率的投资激励政策变化、监管框架变化，更容易挫败投资者的合理期待，从而违反公平公正待遇标准。例如在 Ioan Micula 等诉罗马

尼亚案中，罗马尼亚构建了东道国在经济特区内激励政策的一般性法律框架，承诺自贸区内的投资激励措施将在 10 年内保持不变。此后，罗马尼亚通过向投资者颁发永久投资者证书的形式，将法律框架中的一般性权利具化到特定投资者身上，成为该案投资者的特定权利。但在投资者信赖此种激励政策进行投资之后，罗马尼亚为寻求加入欧盟而在 2005 年提前终止了该免税政策。最终仲裁庭裁定罗马尼亚挫败投资者合理期待，违反了公平公正待遇，并授予投资者约 1.16 亿美元的赔偿金。

2. 征收的认定几乎一致

对经济特区内投资制度和监管政策做出不利于投资者的改变，不仅可构成对公平公正标准的违反，而且可构成直接或间接征收。征收，是指东道国为国家、社会公共利益而对外资实施征收或类似措施，致使外国投资者的投资以及有关权益遭受损害。涉经济特区内有关征收的系列案件，主要因东道国税收优惠政策的变动、撤销投资许可证等不当干预行为而引发。绝大多数的双边投资条约规定若征收出于公共目的作出，且依据正当法律程序并予以赔偿，则允许东道国以非歧视的方式征收投资。

但经济特区内的投资仲裁案在征收标准的适用上并没有明显区别，而是同样适用征收认定的四要件：即公共目的、非歧视、正当程序、补偿。在高兹诉布隆迪案中，仲裁庭认为东道国布隆迪单方面撤回投资者自贸区许可证的行为构成间接征收。1993 年，一家由比利时家族企业高兹创建的采矿公司获得了布隆迪工商部长颁发的自由贸易区许可证。但 1995 年 5 月 29 日，布隆迪颁布一项部级命令彻底撤销了投资者的许可证。虽然根据布隆迪的法律该撤销许可证的行为是合法的，且是出于公共目的、非歧视的，但征收未给予充分补偿，最终仲裁庭裁定东道国的行为构成比利时-布隆迪 BIT 第 4 条中的间接征收。在 Lee John Beck 诉吉尔吉斯斯坦案中，韩国投资者 Lee John Beck 在吉尔吉斯斯坦创建中亚发展公司，并于 1997 年与吉尔吉斯斯坦签订了土地租赁合同，以在吉尔吉斯斯坦的比什凯克经济特区内开发一个主题公园。2006 年，比什凯克经济特区的管理机构撤销了与投资者的土地租赁合同，摧毁了投资者的投资项目。仲裁庭认定吉尔吉斯斯坦法律的重大负面变化挫败了投资者的合理期待，持续的政治不稳定、吉尔吉斯斯坦税务和海关当局的不合理干预以及政府几次剥夺土地产权的尝试等行为构成蚕食征收(creeping expropriation)。在安帕尔诉埃及案中，埃及撤销了经济特区内东地中海天然气公司的许可证，导致其 20%的免税损失。仲裁庭裁定，免税许可证对于申请人而言构成“投资”本身，因此撤销许可证的行为相当于对该投资的直接征收，是对投资直接、完全的剥夺。取消投资者的免税地位，使投资者丧失了在开始投资时埃及法律所保障的规定期间内的明确经济利益。因此，仲裁庭认定东道国的行为构成直接征收。

值得注意的一点是，为证明征收的存在，投资者必须证明申诉措施的直接后果导致了索赔人的投资被剥夺。虽然经济特区内的政策变动对投资者造成损失，但不一定均构成征收。在联贸股份公司诉摩尔多瓦共和国案中，仲裁庭着重判断了摩尔多瓦税收框架的变化与投资者投资失败之间是否存在直接的因果关系。该案仲裁庭认为，投资者未提供足够证据证明税

收优惠措施的不利变化是其遭受投资损失的根本原因。尽管新税收措施可能会对联贸公司造成损害，但这不足以构成征收，否则此概念将是无限制的，联贸公司应当证明更为直接和必然的因果关系。最终，仲裁庭裁定摩尔多瓦对税收政策的变更本身并不构成间接征收，并认可了东道国的监管权。

3. 政策变动并非一定引发国际责任

除上述两个特点外，涉经济特区的投资仲裁实践表明，经济特区内的政策变动并非总是引发东道国的国际责任。任何偏离经济特区内以往优惠政策的国家行为，对投资者经济造成损失并非总需在投资仲裁中付出代价。尽管经济特区的财政激励措施被形容为具有“粘性”，一旦实施往往很难取消，但东道国政策变动需求存在其合理性。一方面，东道国对经济特区内政策与监管框架加以调整，此乃国家主权权力的正当行使。正如 Parkerings-Compagniet AS 诉立陶宛案仲裁庭所述：“每个主权国家都有无可否认的权力和特权来行使立法权。一个国家有权利颁布、修改或取消一项法律，这完全取决于本国的自由裁量权。”另一方面，国家在不同发展阶段必然存在不同发展需求。要成功走向下一发展阶段，就必须允许国家修改政策，使其国内经济特区的发展制度能够反映阶段性发展需要。“一国的法律框架为了适应日益更新的社会，需要不断的调整和变动，一国有权行使包括立法行为在内的主权行为。”因此投资者不能期待东道国政策会完全保持不变。事实上，任何一个理智的投资者都应知悉法律会随着时间进步。实践表明，东道国撤销特区内的激励措施、对特区内的监管框架作出不利于投资者的变化是否会引发国际责任，取决于三方面因素。

其一，是否存在稳定条款至关重要。例如，Micula 诉罗马尼亚案仲裁庭裁定“除非稳定条款存在于双方投资协议中，否则对于修改一项投资时存在的法律框架不应有任何异议。”UFG 诉埃及案仲裁庭裁定：“在缺乏东道国作出的类似于稳定条款的具体承诺时，外国投资者没有权利期待投资期间的税收政策不会发生任何变化。”

稳定条款（Stabilization clause）是指一国通过合同或立法条款，向外国私人投资者作出承诺，保证外国投资者的合法权益不致因该国法律或政策的改变而受到不利影响。例如在 Yuri Bogdanov 诉摩尔多瓦案中，摩尔多瓦国内法规定载明：“如果通过了新的法律，使自由区投资者在本法规定的海关和税收制度方面的运营条件恶化，投资者有权在新法颁布之日起十年内继续依赖摩尔多瓦共和国在经济自由区登记之日生效的立法。”独任仲裁员认定该条款构成稳定条款，理由在于该条款规定了明确具体的内容、具有明确承诺冻结监管框架的确切期限、在此期限内投资者将持续享有优惠待遇。稳定条款具有以下特征：（1）以明确授予投资者一个固定监管框架的权利为结果，该框架以国家立法或合同承诺为基础；（2）稳定条款非常具体、清楚地表明了当事各方对这一结果的意图；（3）稳定条款使得投资者产生的预期水平和信赖程度远远高于公平公正待遇中的合理期待。在公平公正待遇下，投资者不能期待东道国政策会完全保持不变，仅能期待东道国以合理方式进行监管，提供较为稳定的法律和商务框架，从而免受监管政策方面的剧烈性、根本性变化的影响。因此，在公平公正待遇下东道国的政策变动不一定会引发国际责任。但若存在稳定条款，投资者享有对特区内监管

政策锁定的权益，此时东道国作出的监管框架变动违背稳定条款中监管锁定的约定，则东道国需承担国际责任。

其二，东道国对投资者作出的优惠政策是否构成具体承诺。是否存在具体承诺将对投资者的合理期待范围产生较大影响。正如 Philip Morris v. Uruguay 案仲裁庭所提及的：“合理期待取决于东道国为吸引投资者进行投资而作出的具体承诺和陈述。”并非所有东道国的声明和行为均构成具体承诺。若东道国以立法形式作出政策安排，则该法规或条例的措辞必须足够明确、正式、有针对性或附有一定期限，才能构成具体承诺。例如，在 Micula 等诉罗马尼亚案中，罗马尼亚通过经济特区特别立法的方式，将作出了具体承诺，使投资者产生了经济特区内免税政策将 10 年不发生不利变化的合理期待。

其三，东道国作出政策变动是否属于正常行使国家监管权的范畴。在不存在稳定条款和具体承诺的情形下，若东道国根据公共利益，以公平、合理、可预期的方式进行循序渐进的政策变动，将会被视为东道国规制权的正常行使，反之则可能诱发违反公平公正待遇的风险。在 UFG 诉埃及案中，在缺乏稳定条款和具体承诺的情况下，仲裁庭认定埃及对自由区法律框架的修改是公平和公正的，是根据当时的情况并在权衡各方利益的基础上作出的正确决定，因此东道国撤销投资者经济特区居民身份及取消免税地位的行为不具有歧视性，未违反埃及-西班牙双边投资协定第 4 条第 1 款所规定的公平公正待遇条款。

三、建设海南自贸港之投资保护建设

海南自贸港在实行更高水平的优惠政策、更大程度的对外开放以吸引外资的同时，需着重外资保护以避免投资争端的频发与升级。为此，需从提高自贸港管理机构外资保护意识、合理设计自贸港法律框架、创新自贸港争端解决机制三方面入手。

（一）提高自贸港管理机构外资保护意识

根据《海南自贸港草案》第 7 条规定，“国务院及其有关部门根据海南自由贸易港建设实际需要，依法授权或者委托海南省人民政府及其有关部门行使管理职权。”建设海南自贸港的责任主体为海南省政府，其下包括具体管理机构。自贸港管理机构在监测自贸港法律框架的合规性和执行情况以及促进自贸港内土地使用、商业登记、环境和建筑许可证等事项有关的许可监管服务方面发挥着至关重要的作用。投资仲裁实践已表明，经济特区管理当局的行为往往被视为东道国的行为，经济特区管理当局造成的损失往往由东道国承担国际责任。因此，作为自贸港的直接管理者，自贸港管理当局除提供优质服务、优化管理体制、提高监管效率外，应提高外资保护意识，谨慎行事以避免作出不当管理行为引起国际责任。

其一，自贸港管理层应了解我国已签订的双边投资协定以及最新签订的区域自贸协定中的投资章节。经济特区中涉及外资保护的法律框架一般由国内法制与国际法制两部分组成。在国际法制度层面，国际投资协定往往对一国给予他国投资的保护予以规定。从目前大多数条文本身来看，国际投资协定文本几乎不会提及经济特区，且不包含任何关于经济特区的明确规定。但不直接针对经济特区的外资保护作出单独规定并不意味着经济特区内的外资不受

国际投资协定保护。虽然国际投资协定针对一般意义上的外资进行普遍性保护，但鉴于经济特区属于东道国领土的一部分，特区内外投资者均受国际投资协定保护。根据投资条约，各国同意向外国投资者提供保护，使其免受公共当局对其作出不利行为的危害。根据国际投资协定中的外资保护，外国投资者有权就经济特区条款不利变化造成的损失进行索赔。Julien Chaisse 教授表示：“经济特区当局本应应该对本国的投资条约有一定的了解，但在这方面他们还没有跟上。”因此，海南自贸港管理层有必要加强对我国已签订国际投资协定内容的了解。

其二，海南自贸港的管理机构在变更经济特区内监管措施之前，应考虑其行为可能导致的国家在投资法庭上的责任。践行《外商投资法》第 25 条，避免任意改变对自贸港内外国投资者的承诺而引发投资争端。一个地方管理当局改变监管措施行为引发投资者控诉的典型例子，便是 2020 年 11 月 12 日瑞士投资者 Eugenio Montenero 先生与中国政府的投资争议。投资者声称在 2013 年首届海南国际爵士音乐节举办成功后，在 2014 年音乐节举办的几个月前海口市政府突然改变立场，拒绝批准投资者的后续届次音乐节。因此投资者控诉海口市政府的此种行为违反《中国-瑞士双边投资协定》第 6 条、第 4（1）条、第 8 条，构成非法征收、违反公平公正待遇、不履行承诺，并要求超过 500 万瑞士法郎的赔偿。

其三，过程监管应遵循正当程序和比例原则。海南自贸港实行过程监管，具体包括以负面清单管理模式的事前监管、分级分类监管为重点的事中环节信用监管、以失信惩戒为基础机制的事后环节信用监管。在相关领域推行以备案制或告知承诺制改革，采取审批流程倒置，实行“先证后审”，办事企业或群众只需承诺即准营，打造外商投资全过程监管信息平台。但目前海南自贸港尚未出台具体的信用监管事项清单，而信用监管操作细则也有待细化，在此背景下基层和一线监管人员应在日常监管和信用承诺核查的过程中确保监管行为符合正当程序要求，监管决定的作出应遵循比例原则，规范自身监管权力的行使。正当程序是公平公正待遇要素之一、判断征收合法性的一个必要标准，同时也是国际法的一般法律原则之一。而比例原则在平衡投资者私人权利和东道国公共利益上发挥着重大作用。过程监管属于监管创新模式，应注意避免投资监管程序“简单化”、“一刀切”、提高投资监管水平，确保监管措施的适当性、必要性、合法性，确保过程监管的自由、公平、法治、高水平。例如，若在检查过程中，存在外商投资者企业多次推诿、态度极差、拒不配合检查等无法顺利开展监督检查的情形，应采用符合比例原则和正当程序的对待方式，给予不偏不倚的无歧视对待、合理的预先告知、公正的聆听。信用承诺核查和监管过程中，对在核查或日常监管中发现承诺不实或虚假承诺的，要按照具体情形符合比例原则，采取终止办理、责令限期整改、撤销行政决定或者予以行政处罚。

（二）合理设计自贸港法律框架

实践表明，除了优越的地理位置和配套的基础设施外，设计良好的法律框架对自贸港的成功至关重要。设计和执行不当的自贸港倡议可能导致投资者的索赔。海南自贸港作为法律例外适用的空间和立法先行的开放领域，将拥有“豁免适用”相关法律的特权、下放的立法

权和独立的监管体系。在《海南省自贸港法》通过后海南还将出台一系列地方性的、“自由贸易港”层面的法律法规，以形成自贸港自己的法律体系。

但目前海南自贸港的投资政策框架并不完善，体现为《自贸港法草案》仅着重强调投资自由便利，但对投资保护措施的提及并不全面，如缺乏征收条款、投资争端解决条款；缺乏体现最新发展的外商投资条例，《海南经济特区外商投资条例（1991 年）》因条文陈旧亟需更新，目前已被列入海南省六届人大常委会立法规划（2018－2022）。因此，仅单独的海南自贸港版外资准入负面清单是远远不够的，还需要设立一系列外资管理及保护的配套措施，以建立自贸港独立的外资框架。自贸港投资政策和相关法律法规的配套实施，将保障自贸港的投资促进、管理、保护依法进行。在建立海南自贸港独立的外资框架中，应注意以下几个方面。

其一，作为我国对外开放的最前沿，海南省自贸港制度应确保以合理稳定地方式设计，避免歧视性、不合理的框架变动引发投资者的国际索赔。具有可预见性、一致性和稳定性的自贸港投资法框架将发挥引导、推动、规范、保障改革的作用。建立独特的海南自贸港外资框架制度，应增加更为详细的投资者保护规定，如增加征收条款、投资争端解决条款等。

其二，自由贸易港在法治理念上超越自由贸易区，承担主动对标国际先进标准，进行高水平建设的示范任务。采取国际化思维方式，密切关注正在进行的全球举措对自贸港的定位，对标国际高标准的投资规则，如全面与进步跨太平洋伙伴关系协定（CPTPP）、《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）、《中欧全面投资协议（CAI）的投资章节条款，以确保自贸港的法律基础设施及其运作符合世界先行标准。例如在负面清单方面，尽管海南自贸港版负面清单是我国目前最开放的负面清单，但其仍然与国际通行标准存在一定的差距。具体体现在清单内容、限制措施数量两方面。在清单内容方面，国际通行的投资领域负面清单要素清晰、内容全面，具体包括限制性行业及部门、不符措施违背的正面义务、政府层级、现行措施的国内法律依据、具体不符措施描述；而海南版负面清单内容较为单一，仍是关于股权比例限制、经营形式限制的简单描述。目前中国在最新缔结的 RCEP 和正在推进的 CAI 中作出的负面清单已经采用了国际通行标准，清单内容涵盖要素全面。因此作为中国国内最高水平的开放清单，海南自贸港版投资负面清单理应改革清单模式，对标国际通行的清单模板，完善清单要素。在限制措施数量方面，发达国家清单限制措施数量较少，如美国在《美墨加协定》（USMCA）中限制措施数量为 9 项、欧盟在《中欧投资协定》中给出的限制数量为 15 项；而海南自贸港负面清单 2020 版的限制措施数量为 27 项。虽然相比于全国版，海南自贸港负面清单在数量上已从 30 项下降为 27 项，缩减的 3 条已经反映了海南自由贸易港领先全国的开放形态，但仅仅缩减 3 条恐怕仍很难与国际通行标准对接。因此应降低具体限制措施的数量，体现更大程度的开放水平。2020 年 4 月 20 日，习近平主席在博鳌亚洲论坛 2021 年年会开幕式上发言：“中国将继续缩减外资准入负面清单，推进海南自由贸易港建设，推动建设更高水平开放型经济新体制。”改革负面清单，不仅是更大程度上的投资促进，更是加强投资保护、不断对接国际高标准以增强法律透明度和可操作性的重要方式。

其三，为在增强投资保护的同时能够使自贸港合理行使规制权，应增加规制权条款。目前国际最高标准的投资章节均体现了对东道国规制权的回归。规制权并非否定投资自由，而是一种带有内嵌自由特征的高水平平衡措施。为了实现投资活动与自贸港公共利益之间的可持续发展，在海南自贸港投资框架中增加规制权条款具有必要性和重要性。必要性体现为，我国目前国际投资协定体系存在形式多样、结构混乱、内容存在矛盾等问题，不利于东道国规制权的维护，因此在自贸港投资框架下明确强调规制权确有必要。重要性体现为增加规制权条款有利于海南自贸港建设中公共利益的合理维护和自贸港规制权的正常行使、有利于减少甚至消除外国投资者利用国际投资协定挑战东道国规制权的情形、有利于在投资仲裁中将规制权条款直接作为我国维护本国公共利益的有效抗辩。在法律框架中增加规制权条款有理由让投资者认为未来的干涉是可能的。具体方式可包括，（1）在环保、劳工和知识产权保护上把控规制权，明确不能以促进投资为由放宽环保、劳工标准等对社会公共利益至关重要的内容。（2）限制间接征收的范围，将用于保护公共健康、安全和环境等合法公共福利目标的非歧视性监管行为排除在间接征收的概念之外。（3）增加规制权条款，自贸港政策中的任何内容不得解释为阻止自贸港采取、维持或执行自贸港认为对保证在其港内的投资活动以积极考虑环境、卫生或其他监管目标的方式开展所适当的任何措施。

其四，海南自贸港立法中对稳定条款的设计需更加谨慎，兼顾国家主权利益和投资者权益保护。虽然稳定条款有利于消除外资在海南自贸港内的投资顾虑，但一旦违反稳定条款，我国将因打破投资者的合理期待而在投资仲裁中付出代价。稳定条款的内容涉及对东道国立法权或行政权的限制，使得一国法律具有一定程度的僵硬性。从实际出发，海南自贸港建设过程中各产业发展需要政策的及时调整，因此所对应的投资优惠政策也存在调整需求。优惠政策的调整并非一定走向更开放，而是根据实际需要扩大或缩小优惠政策。例如，虽然海南自贸港目前税收政策优惠力度大，但也可能随着部分产业饱和、竞争政策的调整需要，而对目前的税收政策进行对投资者更不利的调整。正如其他经济特区的发展历史表明，成功的经济特区均越来越倾向于取消财政激励措施，整合特区内外税收制度以使两者一致。若海南自贸港对税收优惠作出稳定条款的承诺，将极大地压缩自贸港未来在税收方面的政策变动空间，即尽管自贸港仍有权进行政策调整但一旦调整就可能承担违反稳定条款的赔偿责任。而投资仲裁实践已表明，对税收政策作出不利于投资者的变化属于易引发 ISDS 争端的主要行为之一。因此，在我国自贸港法律框架搭建过程中应对稳定条款采取谨慎、理智态度，树立中长期政策考量观，为自贸港建设预留一定的政策调整空间。已缔结的稳定条款，应尽可能履行承诺；未缔结的，尽可能审慎缔结。

（三） 创新自贸港争端解决机制

无论自贸港内制度设计和运作如何良好，自贸港内投资不可避免地会引起投资者之间、投资者与自贸港管理机构之间以及参与自贸港运作和管理的任何其他实体之间的争端。为自贸港设计完善的投资争端解决机制和争端预防机制，有利于有效处理潜在争议、确保争端的公平解决，从而为投资者在自贸港内投资提供更大保护、避免外国投资者将争端升级为投资

者-东道国投资仲裁。我国上海自贸区已在区内进行了一系列争端解决机制创新。海南自贸港作为最高水平的开放形态，在争端解决领域也应当统筹考虑构建符合自贸港的投资争端解决机制，实现高于自贸区的争端解决机制创新，为自贸港扩大外资开放与投资管理机制提供有效的司法（仲裁）保障。《关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》提出，将在海南自贸港建设国际商事纠纷解决中心，主要包括国际诉讼、国际商事仲裁、国际商事调解。整体而言，海南自贸港应设立自成体系的、符合自贸港发展投资争端解决机制规则。鉴于《外商投资法》中仅规定外商投资企业投诉工作机制，缺乏对外商投资争端解决机制的专门条款；而我国目前已签订的国际投资协定中争端解决方式又规定不一、各具差异，因此自贸港相关投资法律法规中有必要对港内投资争端解决进行细化明确。这既有利于为投资者更大程度的投资保护，也有利于增强自贸港内投资争端解决的可预见性。

其一，强调自贸港投资争端应首先利用我国国内救济，包括协商、行政复议、行政诉讼、投资协商机制等。强调用尽当地将有利于争端的友好解决、避免争端升级。首先，要求投资者在提起行政复议或行政诉讼前应首先寻求自贸港管委会通过友好协商的方式加以解决。其次，推动外国投资者投诉协调机制在海南自贸港落地，及时有效处理港内外商投资企业投诉。再次，设立自贸港法院作为专门法院，集中管辖自贸港内纠纷。国际化的争端解决机制是成功自由贸易港的必备条件。目前已存在一些经济特区在特区内进行争端解决机制创新，例如卡塔尔金融中心和迪拜国际金融中心均设立了独立于国内法院的专门法院、采用普通法审判体系和英文版法律法规、使用英语作为中心语言、提供仲裁调解多元争端解决机制，以供国际投资者选择。因此，一方面。海南自贸港也应设立自贸港专门法院、明确法院审级，以集中管辖自贸港纠纷；另一方面，对标世界上成功自贸港的经验，自贸港专门法院应采用英语作为工作语言和英文法律法规作为审判依据，以体现国际性。

其二，建立能够获得外国投资者信任的、体现国际化的自贸港投资仲裁机制。中国国际经济贸易仲裁委员会已于 2017 年颁布《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则》，弥补了我国仲裁在国际投资仲裁领域的空白。并且目前中国国际经济贸易仲裁委员会海南仲裁中心已成立，将为投资者利用该规则提起投资仲裁提供制度选择。但截至目前，我国仲裁机构仍没有受理国际投资争端的实践。因此，引入国际知名商事仲裁机构进驻海南设立分支机构，将有助于在较短时间内建立起能够满足海南自贸港建设需要的争端解决机制。另一方面，海南自贸港应当率先尝试突破《仲裁法》的制约，构建投资者-东道国投资争端的临时机制。我国在加入《纽约公约》时未对临时仲裁作出保留声明，但《仲裁法》又未明确临时仲裁的效力，这导致我国有义务承认与执行境外作出的临时仲裁裁决，却无法保障我国境内作出的临时仲裁裁决在境外的效力。在投资仲裁中临时仲裁属于 ISDS 的主要途径之一，当事人选用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》进行临时仲裁的情形时常发生。并且鉴于临时仲裁中当事人具有更大的灵活性和自主选择权，世界上大多数发达国家均承认临时仲裁的效力。因此，有必要突破我国仲裁法不允许我国境内进行临时仲裁的制约，在海南自贸港内确立临时仲裁的合法地位，颁布具有示范意义的临时仲裁规则，从而海南国际仲裁院

和中国国际经济贸易仲裁委员会海南仲裁中心可为临时仲裁的当事人提供仲裁员选任、仲裁规则选择、开庭场地以及其他方面的服务。另外，在承认或执行境外仲裁机构所作出的商事裁决方面进行制度创新，从顶层制度设计上解决承认和执行外国仲裁裁决有法可依的问题。

其三，允许投资者选择中立第三方进行调解，搭建多元化纠纷解决机制。晚近以来，运用调解方式解决国际投资争端受到前所未有的重视。《新加坡公约》的颁布将促进因调解产生的和解协议的国际化执行，各机构如 UNCITRAL 和 ICSID 也纷纷更新其调解规则。调解具有节约争端解决时间、降低争端解决成本、利于维护双方友好关系以及促进争端彻底解决等一系列优势。因此利用调解解决投资争端，有利于自贸港内投资争端的友好解决。并且建设调解机制符合《海南自贸港法草案》第 54 条提出的“建立多元化商事纠纷解决机制”需求，以完善诉讼、仲裁、调解相衔接、相协调的多元化纠纷解决机制。提供更系统完备的争端解决机制是国际主要自由贸易港通行做法，也是提升投资者信心和自由贸易港竞争力的重要举措。

“一带一路”金融监管法律国际协调机制

弓宇峰

摘要：本文从国际金融危机事件切入，“一带一路”金融监管法律协调机制的研究是保证沿线国家金融合作安全的制度之一，也是推进沿线国家金融合作的动力。在“一带一路”共商、共建、共享原则的指导下，通过对国际经济法基本原则的研究，列出了“一带一路”金融监管法律协调的三项基本原则，包括国家金融主权原则、维护金融安全原则、促进金融发展与合作原则，作为“一带一路”金融监管法律协调机制的价值评判标准。通过对“一带一路”金融监管法律协调机制的主体、协调特点的研究和分析，得出“一带一路”金融监管法律协调机制模式中首先应当注重中国的作用，通过推出金融监管法律协调的中国“最佳实践”，影响“一带一路”沿线国家的金融监管法律协调。与全球金融监管法律协调机制模式以多边途径为主的情形不同，“一带一路”金融监管法律协调机制模式应当是以双边合作主，通过谅解备忘录、监管对话、技术援助项目等方式推进金融监管法律的协调。

关键词： 协调原则 协调主体 协调机制

“一带一路”倡议下，金融合作与发展是未来经济发展的重要领域，不仅事关中国金融国际化的发展，而且是“一带一路”沿线国家金融合作的重要契机。在“一带一路”框架下如何深化国际金融合作，面临诸多难题，例如，“一带一路”沿线国家普遍经济基础相对薄弱，金融市场发展不完善，并且政治、宗教、文化情况差异巨大，如何保障这些国家金融监管的有效合作是亟待解决的问题。

问题的提出

有效的“一带一路”框架下的金融监管法律国际协调机制能够促进我国与沿线国家的金融监管合作和效率，这不仅是推进我国金融走向全球的助力，更是维护金融稳定的需要和金融监管法律自身发展的需要。全球经济和政治紧密联系并且瞬息万变，“一带一路”沿线国家的经济基础相对薄弱，地缘政治关系复杂，我国金融机构在走出去的过程中面临巨大的风险和挑战；另外在金融全球化背景下金融风险的跨市场传染性增加，系统性风险隐患不断增多。这些都是要求我们建立有效的金融监管法律协调机制，实施有效的跨境监管措施的内在因素，也是本文研究的现实意义之所在。

维护“一带一路”框架下区域金融稳定的需要

全球金融市场一体化背景下，金融稳定评价和管理制度仍然是以主权国家为基础，无法获得全球金融安全这一目标的实现，并且由此带来的国际金融监管法律不协调在一定程度上会引起或者加剧金融危机的发生。1974 年赫斯塔特银行危机中首次体现出金融监管法律国际协调问题。作为对赫斯塔特银行危机的国际监管回应，巴塞尔银行监管委员会成立，并于第二年出台《巴塞尔协议》，确立了国际银行母国并表监管原则，协议中强调任何银行的国外机构都不能逃过监管，母国和东道国应共同承担责任。2008 年雷曼银行危机更是体现出，尽管在金融全球化背景下国际金融机构倒闭一再出现，但是国际金融监管法律的不协调因素

却没有被解决，并且持续影响着危机的处置。由于庞大的全球性经营网络，雷曼的全球实体不仅收到美国监管机构的监管，也接受来自东道国的法律管线。同样的，在美国进入破产程序后，各东道国也在其管辖范围内开始了清算程序，70 多个清算程序在 40 多个国家法院展开，而这些程序的协调是非常有限的，这些程序的有效进行也受到了直接的影响。2009 年各国清算人达成了一个有关雷曼清算的协议，[1]但是由于破产程序司法管辖权分散的原因，这个协议并不具有法律效力，各国法院没有遵守的义务。

前文所述的 1974 年德国赫斯塔特银行危机、雷曼兄弟危机，都显示出国际金融监管法律不协调在金融危机中的作用，并且这些危机的时间跨度很长，前面危机中已经显现出不协调问题，而在后续的危机中同样的问题仍然存在。这显示出在金融全球化背景下，金融监管法律协调并不成功，而维护全球金融稳定需要对金融监管法律进行国际协调。

在“一带一路”框架下，从目前的进展来看，尚未形成深度的金融合作，但是资金融通是“一带一路”建设的重要支撑，金融合作是实现跨境资金融通的关键举措，金融合作深化是“一带一路”高质量共建目标实现的有力支撑。银保监会 2020 年全国银行业保险业监督管理会上表明已有 11 家中资银行在 29 个“一带一路”沿线国家设立 80 家一级机构。[2]未来在“一带一路”框架下金融合作的广度和深度均会加强，为了防止出现金融监管法律不协调在金融危机中的负面作用，对“一带一路”框架下金融监管法律国际协调机制进行构建是具有现实需要的。

推进“一带一路”框架下金融合作的需要

金融监管法律的不协调会对“一带一路”框架下金融合作形成法律障碍。如前文所述，资金融通是“一带一路”建设的重要支撑，金融合作是实现跨境资金融通的关键举措。金融合作的深化具体表现为政府间金融合作框架完善，本币市场结算合作内容丰富，金融机构跨境业务广泛拓展以及双边金融监管合作不断加强。[3]国家金融监管法律的不协调直接或者间接的会阻碍金融合作的深化。

欧盟银行监管委员会在修改大额暴露时的监管调查中发现：由于欧盟成员国对于大额暴露的规定不同，导致相关机构的合规成本相当于大额暴露成本的 50%，进一步说明这种法律的不协调，会直接阻碍跨境业务的发展，这份工作报告中直接表明欧盟各国不协调的做法限制了建设真正单一欧洲金融市场的进程。[4]当前，“一带一路”框架下，各国金融市场发展阶段差别较大，金融监管法律发展程度也不尽相同，必然存在诸多不协调之处，这些不协调则会阻碍“一带一路”框架下的金融监管合作，为了推进“一带一路”框架下的金融监管合作，需要对沿线各国金融监管法律进行协调。

---

[1] Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies, May 12, 2009.

[3] 李仁真，申晨：《“一带一路”背景下的中俄金融合作: 进展与深化》，《边界与海洋研究》2019 年第 6 期，第 97 页。

[4] See European Commission Staff, Impact Assessment for Proposal for a DIRECTIVE OF THE EU-ROPEAN PARLIAMANT AND OF THE COUNCIL amending Directive 2006/48/EC and 2006/49/EC as regards banks affiliated to central institutions, certain own funds items, large exposures, supervisory arrangements, and crisis management, Commission Staff Working Document COM(2008) 602 final, Brussels, 2008, p. 47.

“一带一路”金融监管法律国际协调原则

法律原则是法律实施的一般标准，是法律实施的指导和约束。金融监管法律国际协调原则是金融监管法律国际协调实施的指导和约束，研究“一带一路”金融监管法律协调原则，能够为协调机制的运行提供基本价值准则。

“一带一路”金融法律国际协调原则是在国际经济交往中产生的，它是一种价值评判标准，首先应当符合国际经济法律秩序的基本要求；它又是“一带一路”框架下的协调准则，同时需要符合“一带一路”倡议的基本要求。因此“一带一路”金融法律国际协调原则的设置应当满足国际经济法基本原则和“一带一路”倡议宗旨的要求。

(一)国家金融主权原则

国家金融主权原则是国际经济法基本原则国家经济主权原则的具体化，由于现代市场经济中金融市场的重要性不断增加，金融主权原则成为了经济主权原则的重要部分。

金融作为国民经济命脉，对金融市场的监管是主权国家的内在权力，尊重国家金融主权是进行国际金融合作和交往的前提。因此“一带一路”金融监管法律协调的首要原则国家金融主权原则，根据国家经济主权原则的内容，包括两个方面。

一方面，国家金融主权原则的基础是承认各国对本国金融资源具有永久主权，各国对本国的金融市场和金融活动具有监管的权力，他国无权干涉。这是进行金融监管法律国际协调的基础条件。另一方面，承认国家金融主权，在金融全球化的背景下，它还表现为一种义务。这与金融稳定的公共物品性质相联系。

(二)维护金融安全原则

金融安全的界定没有统一的国际国内标准，它的实质为一种价值判断。依据法的基本特性，安全是法律的基本价值取向。[5]有学者从法律角度对金融安全进行分析，从整体安全角度，金融安全可以从积极和消极两个意义进行界定。积极意义上的金融安全，表现为保障金融制度的稳定、金融体系的健康、可持续发展的协调状态；消极意义上的金融安全，表现为抑制金融系统中不协调因素与力量，控制和防范金融风险，防止金融动荡、金融危机的消极状态，也即一国能够抵御国内外冲击，即使受到冲击也能保持金融正常运行和发展的能力和状态。[6]

由于金融全球化的发展，金融安全已经不是单纯的国内目标，成为国际金融监管目标；也就是说金融安全已经没有办法从单纯或者孤立的国内监管秩序中获得，必须借助国际金融监管的支持，金融监管法律国际协调就是促进国际金融监管有效性的重要机制。“一带一路”合作包括金融市场一体化的合作，实现资金的融通，合作范围内的金融安全是“一带一路”发展的内在需求。

另一方面，维护金融安全原则要求对金融监管法律国际协调要注重适度性。因为一国的金融监管法律具有其特定的经济和制度基础，监管法律的有效性依赖于监管法律工具与其制

[5] 法的确定性、公开性、可预测性无一不是为参与者提供秩序的安全感。

[6] 张忠军：《论金融法的安全观》，《中国法学》2003 年第 4 期，第 109 页。

度、经济环境的适应性，过度推进金融监管法律国际协调可能会破坏一国的金融秩序。因此推进金融监管法律国际协调需要以维护金融安全为前提。尤其“一带一路”合作国家金融监管法律发展水平差距大，对金融监管法律的国际协调更要注重适度性，否则会引发一国的金融危机，最终也不利于“一带一路”金融市场的融合与发展。

(三)促进金融发展与合作原则

由于“一带一路”合作框架的特殊性，例如以发展中国家的合作为主体，金融市场的成熟程度和金融监管法律的发展程度均与发达国家为主导的体系存在较大差别，结合国际经济法公平互利、全球合作的原则以及“一带一路”合作框架的宗旨，本文认为将促进金融发展与合作列为“一带一路”框架下金融监管法律协调的第三个基本原则更符合“一带一路”合作框架的特点以及现阶段的监管法律协调目标和需求。当然，随着“一带一路”合作的发展，各国经济实力的提升，“一带一路”金融监管法律协调原则也必将与全球范围内的金融监管法律协调原则更加具有一致性。

促进金融发展与合作作为金融监管法律协调的原则，是以公平互利为基础的。在《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》（以下简称《愿景与行动》）文件中提出了“一带一路”的五项共建原则，第五项原则为坚持互利共赢。兼顾各方利益和关切，寻求利益契合点和合作最大公约数，体现各方智慧和创意，各施所长，各尽所能，把各方优势和潜力充分发挥出来。[7]

“一带一路”全球金融监管法律协调主体建设

由于“一带一路”是一个开放型的合作平台，根据《愿景与行动》的机制设置，“一带一路”合作机制包含：双边合作机制、多边合作机制和沿线各国区域、次区域相关国际论坛、展会、博览会等，以及“一带一路”高峰论坛。

根据“一带一路”合作机制的设置，金融监管法律协调的主体就是国家、区域型政府间合作组织、非正式国家集团。

表 1：“一带一路”金融监管法律国际协调主体架构

<table>
<tr><td colspan="3">“一带一路”金融监管法律国际协调主体</td></tr>
<tr><td>双边途径</td><td colspan="2">各国金融监管主管机构</td></tr>
<tr><td rowspan="3">多边途径</td><td rowspan="2">政府间国际组织</td><td>金砖国家开发银行、亚洲基础设施投资银行</td></tr>
<tr><td>中国-东盟，RCEP（国内法律程序尚未完成）等</td></tr>
<tr><td>非正式国家集团</td><td>“一带一路”国际合作高峰论坛</td></tr>
</table>

表 2：截至 2021 年 1 月 30 日，中国已经同 140 个国家和 31 个国际组织签署 205 份共建“一带一路”合作文件：

[7] 国家发展改革委外交部商务部：《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，2015 年 3 月，第二部分。

与中国签订共建“一带一路”合作文件的国家	
洲别	国家
非洲	苏丹、南非、塞内加尔、塞拉利昂、科特迪瓦、索马里、喀麦隆、南苏丹、塞舌尔、几内亚、加纳、赞比亚、莫桑比克、纳米比亚、毛里塔尼亚、安哥拉、吉布提、埃塞俄比亚、肯尼亚、尼日利亚、乍得、刚果布、津巴布韦、阿尔及利亚、坦桑尼亚、布隆迪、佛得角、乌干达、冈比亚、多哥、卢旺达、摩洛哥、马达加斯加、突尼斯、利比亚、埃及、赤道几内亚、利比里亚、莱索托、中莱、中科、中贝、莱索托、科摩罗、贝宁、马里、尼日尔、刚果（金）、博茨瓦纳。
亚洲	韩国、蒙古、新加坡、东帝汶、马来西亚、缅甸、柬埔寨、越南、老挝、文莱、巴基斯坦、斯里兰卡、孟加拉国、尼泊尔、马尔代夫、阿联酋、科威特、土耳其、卡塔尔、阿曼、黎巴嫩、沙特阿拉伯、巴林、伊朗、伊拉克、阿富汗、阿塞拜疆、格鲁吉亚、亚美尼亚、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、泰国、印度尼西亚、菲律宾、也门。
欧洲	塞浦路斯、俄罗斯、奥地利、希腊、波兰、塞尔维亚、捷克、保加利亚、斯洛伐克、阿尔巴尼亚、克罗地亚、波黑、黑山、爱沙尼亚、立陶宛、斯洛文尼亚、匈牙利、北马其顿（原马其顿）、罗马尼亚、拉脱维亚、乌克兰、白俄罗斯、摩尔多瓦、马耳他、葡萄牙、意大利、卢森堡
大洋洲	新西兰、巴布亚新几内亚、萨摩亚、纽埃、斐济、密克罗尼西亚联邦、库克群岛、汤加、瓦努阿图、所罗门群岛、基里巴斯
南美洲	智利、圭亚那、玻利维亚、乌拉圭、委内瑞拉、苏里南、厄瓜多尔、秘鲁
北美洲	哥斯达黎加、巴拿马、萨尔瓦多、多米尼加、特立尼达和多巴哥、安提瓜和巴布达、多米尼克、格林纳达、巴巴多斯、古巴、牙买加

（资料来源：中国一带一路网）

“一带一路”合作机制内的区域性组织包括国际金融组织和区域性贸易组织。前者主要包括亚投行、金砖国家开发银行；后者主要是指与“一带一路”合作倡议有区域重叠的经贸合作组织，包括上海合作组织（SCO）、中国－东盟“10+1”、亚太经合组织（APEC）、亚欧会议（ASEM）、亚洲合作对话（ACD）、亚信会议（CICA）、中阿合作论坛、中国－海合会战略对话、大湄公河次区域（GMS）经济合作、中亚区域经济合作（CAREC）等现有多边合作机制作用，以及已经开始进入国内程序的区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）。

表 3：作为“一带一路”金融监管法律协调主体的区域性金融组织

主体 内容	金砖国家开发银行	亚洲基础设施投资银行

成立时间	2014 年	2015 年
成立依据	《成立新开发银行的协议》	《亚洲基础设施投资银行协定》
成员性质	国家	国家
覆盖范围	中国 巴西 俄罗斯 印度 南非	64 个国家和地区
主要宗旨	旨在为金砖国家和其他发展中国家的基建和可持续发展提供资源支持。 大大简化金砖国家间的相互结算与贷款业务，并且减少对美元和欧元的依赖。	通过在基础设施及其他生产性领域的投资，促进亚洲经济可持续发展、创造财富并改善基础设施互联互通；与其他多边和双边开发机构紧密合作，推进区域合作和伙伴关系，应对发展挑战。
组织架构	董事会、理事会、行长	理事会、董事会、管理层
法律地位	政府间国际组织	政府间国际组织
协调路径	通过业务促进金砖新兴经济体和发展中国家的紧密合作和经济发展、防范金融风险和维护金融稳定。	结合其业务职能进行，例如技术援助等。

（资料来源：各组织官方网站整理）

“一带一路”合作机制中非政府国家集团是“一带一路”国际合作高峰论坛，截至目前已经召开两届，论坛会发布圆桌峰会联合公报、成果清单。第二届高峰论坛还发布了《“一带一路”国际合作高峰论坛咨询委员会政策建议报告》，对“一带一路”制度构建提出的建议。高峰论坛作为首脑会议，虽然没有固定的形式和机构支持，但是作为首脑峰会，可以对金融监管政策产生导向作用。

表 4：“一带一路”非正式国家集团

创建时间	首届论坛 2017 年举行
论坛宗旨	加强“一带一路”倡议和各种发展战略的国际合作，建立更紧密合作伙伴关系，推动南北合作、南南合作和三方合作
覆盖范围	首届论坛（包括中国在内 31 个国家，联合国、IMF、世界银行代表）
	第二届论坛（包括中国在内 39 个国家，联合国、IMF 代表）
组织架构	目前尚无机构支持，无秘书处，尚未正式确定召开频率和会议

	模式
会议层级	国家或政府首脑
协调路径	可以通过政策导向和项目合作进行金融监管法律国际协调。

（资料来源：“一带一路”国际合作高峰论坛官网）

“一带一路”金融监管法律国际协调的特点

(一)“一带一路”金融法律国际协调方式的特点

由于“一带一路”合作框架的开放性，对框架内金融监管法律的协调也可以软法和硬法结合的方式进行，其中软法协调应该是“一带一路”金融监管法律协调的主要方式。

从实践层面来说，由于“一带一路”合作框架是中国提出和主导的多元合作平台，旨在为沿线所有国家的合作提供一个开放、包容发展的模式，但是目前所取得的实践成果还是以中国和各方的合作为主。金融监管法律的协调也会围绕中国与沿线国家的双边合作为主。可以预见在一段时期内“一带一路”金融监管法律协调方式将以软法的形式为主，目前采用较多的形式是谅解备忘录，兼顾了沿线国家法律差异性较大，以及一方协调主体为中国的特点。、

(二)“一带一路”金融法律国际协调机制的特点

“一带一路”合作框架下的金融市场是全球金融市场的有机组成部分，基于相互联系和影响的金融市场，“一带一路”金融监管法律协调国际机制与全球金融监管法律协调国际机制存在一致性，同时又具有“一带一路”合作框架机制的特点。

首先，“一带一路”一个由中国提出和主导的倡议合作平台，中国在整个合作机制其中发挥着重要的示范和引导作用。“一带一路”金融监管合作中中国也同样起着主导和示范作用。

其次，“一带一路”合作机制是一个开放、多层次的平台，它的合作是以现有的双边和多边合作协议为基础。机制完善途径有一下三个方面，一是通过加强双边合作，开展多层次、多渠道沟通磋商，推动双边关系全面发展；二是强化多边合作机制作用，发挥上海合作组织（SCO）、中国－东盟“10+1”、亚太经合组织（APEC）、亚欧会议（ASEM）、亚洲合作对话（ACD）、亚信会议（CICA）、中阿合作论坛、中国－海合会战略对话、大湄公河次区域（GMS）经济合作、中亚区域经济合作（CAREC）等现有多边合作机制作用，相关国家加强沟通，让更多国家和地区参与“一带一路”建设；三是建立“一带一路”国际合作高峰论坛。

最后，“一带一路”合作被称为是“南南合作”的创新模式，一方面意味着部分成员主体的经济和金融发展水平较低，“一带一路”沿线国家之间存在金融市场发展不均衡的状态，金融监管法律的发展水平亦表现出参差不齐的状态，这是与其他金融一体化市场中金融监管法律协调的不同之处；另一方面意味着发展程度不同的金融监管法律为协调增加了难度，不健全的金融监管制度所带来的无序性，在金融市场自由化过程中可能增加危机产生的风险，对于金融监管法律国际协调的需求将会更高。

“一带一路”金融监管法律国际协调机制模式建议

结合前文所述的“一带一路”金融监管法律协调特点，在此合作框架内的金融监管法律

协调机制模式中首先应当注重中国的作用，这与中国主导和以中国为联结点开展“一带一路”沿线合作的特点是一致的。

第一，由于“一带一路”合作框架中国的主导型，中国注重示范效应的发挥，通过推出金融监管法律协调的中国“最佳实践”，影响“一带一路”沿线国家的金融监管法律协调。

第二，利用自身在“一带一路”合作中的主动性，完善“一带一路”金融监管法律国际协调机制的主体建设。为了完善“一带一路”合作机制框架，中国主导召开“一带一路”国际合作高峰论坛，但是目前对于论坛的制度建设和结构支撑没有进一步的跟进，这是我们下一步需要重点研究的内容，可以借鉴 G20 模式。

与全球金融监管法律协调机制模式以多边途径为主的情形不同，“一带一路”金融监管法律协调机制模式应当是以双边合作主，通过谅解备忘录、监管对话、技术援助项目等方式推进金融监管法律的协调。这与“一带一路”合作机制建设是相符的。“一带一路”合作机制的基本路径是积极利用现有双多边合作机制，加强双边合作，开展多层次、多渠道沟通磋商，推动双边关系全面发展。推动签署合作备忘录或合作规划，建设一批双边合作示范。金融监管法律协调目前是以中国与相关国家的双边合作为主，也符合中国主导和推出“最佳实践”的建议。多边模式选择中，主要是发挥现有多边合作的作用，这些多边合作框架是以经贸合作为主的，如同 WTO 在金融监管法律协调中的问题，这类协调模式与专业性的金融监管法律协调组织相比，协调范围相对狭窄，关注的目标也不一样，多边经贸合作模式下更加关注的是市场的自由化和竞争平等性，金融监管法律协调的需要取得的维护金融稳定的目标在这样的框架中无法实现；另一方面，经贸领域的多边合作机制主要是通过贸易待遇制度实现其协调目标，这样的协调方式下对于金融监管法律的差异性关注度不够。

主要参考文献

Jordan, C. and G. Majnoni. Financial Regulatory Harmonization and the Globalization of Finance. Policy Research Working Paper No. 2919, World bank, 2002.

Joseph Jude Norton, Devising International Bank Supervisory Standards, Graham & Trotman, 1995.

Kern Alexander, The Role of Basel Standards in International Banking Supervision, CBR Working Paper No. 153, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, 2000.

Kern Alexander, The Role of Soft Law in the Legalization of International Banking Supervision: A Conceptual Approach. CBR Working Paper No. 81, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, 2000.

Kern Alexander, John Eatwell, and Rahul Dhumale, Global Governance of Financial Systems: The International Regulation of Systemic Risk, Oxford University Press, 2006.

Benston, G. J.. International Harmonization of Banking Regulations and Cooperation among National Regulators: An assessment. Journal of Services Research, 1994.8.

Commission of European Communities, Financial Integration(White Paper), COM(83)207 final, Brussels, 20th April 1983.

George Joseph Stigler, THE CITIZE AND THE STATE: ESSAYS ON REGULATION, University of Chicago Press, 1975.

D. Held, A. McGrew, D. Goldblatt and J. Perraton, Global Transformations: Politics, Economics and Culture, Polity Press Limited, 1999.

J. N. Rosenau, Toward an Ontology for Global Governance, In Martin Hewson and Timothy Sinclair(eds.), Approaches to Global Governance Theory, State University of New York Press, 1999.

Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies, May 12, 2009.

Norton, Joseph J. . Tribute: "International Financial Law", An Increasingly Important Component of "International Economic Law": A Tribute To Professor John H. Jackson. Michigan Journal of International Law, 1999(20).

杨文云：《金融监管法律国际协调机制研究》，上海财经大学出版社 2011 年版。

杨文云：《金融监管法律国际协调实践评介》，《外国经济与管理》2006 年第 6 期。

周仲飞：《巴塞尔国际银行监管合作模式的缺陷和完善》，《法学评论》2003 年第 1 期。

周仲飞：《全球金融法的诞生》，《法学研究》，2015 年第 3 期。

李仁真，申晨：《"一带一路"背景下的中俄金融合作: 进展与深化》，《边界与海洋研究》2019 年第 6 期。

俞可平：《全球治理引论》，《马克思主义与现实》，2002 年第 1 期

聂盛平：《西方全球治理理论前沿评析》，《中国社会科学网-中国社会科学报》。

张忠军：《论金融法的安全观》，《中国法学》2003 年第 4 期。

国家发展改革委外交部商务部:《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，2015 年 3 月。

廖凡：《跨境金融监管合作: 现状、问题和法制出路》，《政治与法律》2018 年第 12 期。

王佳佳、许争：《"一带一路"沿线国家金融监管合作机制研究》，《沈阳师范大学学报（社会科学版）》2018 年第 1 期。

徐忆斌，马小晴：《"一带一路"国家间金融监管合作法律问题研究》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2019 年第 3 期。

中国一带一路网，https://www.yidaiyilu.gov.cn/index.htm。

第二届一带一路国际合作高峰论坛，

http://www.beltandroadforum.org/GB/index.html。

美国证券法的域外管辖：历史发展、制度解析及对我国的借鉴

郭 帅*

摘 要：本文聚焦证券法领域，分别从立法、司法和行政三个方面探讨美国的域外管辖。本文梳理了美国证券法域外管辖的历史发展，总结了立法条文和司法执法实例，并分析了美国施行域外管辖的目的、制度基础以及可能的后果。本文认为，适度的域外管辖可以有效保护市场秩序和投资者利益，而过度的域外管辖则会招致国际社会的质疑，从而阻碍国际资本市场的发展。故而，我国在接下来施行域外管辖之时，也需要平衡国内外利益，在保障我国利益的同时尊重他国的司法主权，共同构建能够健康发展的国际证券市场。

关键词：美国；证券法；域外管辖；历史发展；制度解析

一、引言

金融危机以来，美国经济下挫，逐渐丧失其在经济、社会、国际治理等各个领域的领先优势和领导力。而 2020 年以来的新冠疫情更是对美国原本已经脆弱的经济体系造成了巨大的打击。近年来，尤其是上届特朗普总统任职之后，为了践行“美国第一”的施政纲领，美国不断通过扩大其国内法的域外适用打击外国竞争对手，以期长期维持其世界范围内的霸主地位。[8]而新任拜登政府上台之后，虽然采取的手段不如其前任那么极端，但其施政的重要目的仍是维系美国在国际社会的领导力和竞争力。2021 年 4 月 21 日，美国参议院通过并公布了《战略竞争法》草案，旨在对我国采取全面的战略竞争政策。[9]可想而知，美国将不断扩大其域外管辖权和加强其国内法的域外适用，向外国人、外国公司乃至外国政府施压，以扰乱其他国家的发展。

目前，中美之间的竞争已经扩展到各个领域，包括贸易、科技、货币、金融等种种方面。在证券领域，由于我国有大批量的在美国上市的中概股企业，美国监管机构对我国在美上市的公司有天然的管辖权。2020 年 12 月 18 日签署生效的《外国公司问责法》是在证券领域最新的针对外国公司的法案。[10]根据该法案的要求，只要是在美国上市的外国公司都须向美国证券交易委员会（SEC）报告信息，而这些信息常常是外国监管机构禁止向美国证交会披露的。此法案出台之后，引起众多中概股不得不选择逐步退出美国市场。[11]然而，这些中概

* 中国政法大学讲师，荷兰莱顿大学法学博士。

[8] 参见，例如，李庆明：“论美国域外管辖：概念、实践及中国因应”，载《国际法研究》2019 年第 3 期；廖诗评：“国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例”，载《环球法律评论》2019 年第 3 期；霍政欣：“国内法的域外效力——美国机制、学理解构与中国路径”，载《政法论坛》2020 年第 2 期。

[9] 参见新华网报道，“美参院提 280 页战略竞争法案 鼓动用三招打压中国”，2021 年 4 月 9 日，http://www.xinhuanet.com/mil/2021-04/09/c_1211104218.htm。

[10] Holding Foreign Companies Accountable Act, Pub. L. No. 116-222, 134 Stat. 1063 (Dec. 18, 2020).

[11] “详解美《外国公司问责法》，中概股退市压力大增？”，第一财经，2021 年 3 月 25 日，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1695193893828454879&wfr=spider&for=pc。

股也不一定能够立即回到我国资本市场上市，其国际竞争力将大大受挫。如何应对美国证券法不断扩张的域外管辖，有效维护我国企业尤其是跨国企业的合法利益，并且发展并建立有效的反制措施是我国亟需考虑的问题。

本文聚焦证券法领域，分别从立法、司法和行政三个方面探讨美国的域外管辖。[12]本文梳理了美国证券法域外管辖的历史发展，总结了立法条文和司法执法实例，并分析了美国施行域外管辖的目的、制度基础以及可能的后果。据此，本文进一步提出我国在国际竞争的大背景下如何保障我国证券市场的活力，通过域外管辖保护我国投资者和我国证券市场秩序。

二、美国证券法域外管辖的历史发展

（一）立法中的域外管辖权

1. 1933 年《证券法》和 1934 年《证券交易法》

美国立法中的域外管辖主要体现在国会制定的有关域外管辖的法律及其条文中。在证券法领域，在美国建国之初，联邦政府并没有证券规制的权力，证券上市和交易由各州政府分别规制，即所谓的“蓝天法”阶段。[13]而经历过 1929-1933 的经济大萧条之后，罗斯福总统实行新政，在联邦层面确立了以注册制为基础，以信息披露为核心的现代美国证券体系。[14]其中，最主要的两个法案便是 1933 年《证券法》[15]和 1934 年《证券交易法》[16]。

然而，这两个法案并没有对美国证券法的域外适用有一个明确的规定。其中，一个经常被提及的条款是《证券交易法》第 10 条 b 款。该条规定了反欺诈的内容：任何人直接或间接所为，与任何证券买卖相关、且违反证券交易委员会所拟的规章采用操控性或欺骗性手段的活动为非法。[17]与此适配的是美国证券交易委员会（SEC）第 10b-5 条规则。该规则规定，从事内幕交易、操作市场等不当行为的行为人对交易向对方负有赔偿责任；对内幕交易进行控制和与内幕交易人存在重大非公开信息交流的人负有连带赔偿责任。[18]但是，从条款的表述上很难看出在反欺诈条款是否具有域外适用的效力。[19]或许可以认为，美国立法者在早期并没有意图或者没有考虑到证券法的域外适用的问题。

2. 经济领域的域外立法管辖发展

不同于证券领域，经济尤其是贸易领域，美国早已布局其域外管辖权。比如最早的 1917

---

[12] 此种分类参见 Christopher A. Wyhtock, Domestic Courts and Global Governance, (2009) 84 Tulane Law Review 67, pp. 76-82.

[13] 参见李海龙、刘沛佩：“证券发行实质审查法律制度：起源·衍变·启示——围绕美国州‘蓝天法’展开”，载《证券法苑》2015 年第 2 期。

[14] 参见王年咏、朱云轩、陈尚静荷、陈九龙：“美国证券注册制及证券监管对我国的启示”，载《西南金融》2019 年第 10 期。

[15] Securities Act of 1933, 48 Stat. 74, 15 U.S.C. §§77a-77aa.

[16] Securities Exchange Act of 1934, P.L. 73-291, 48 Stat. 881.

[17] 15 U.S.C. §78j(b).

[18] SEC Rule 10b-5.

[19] Alfadda v. Fenn, 935 F.2d 475, 478 (2d. Cir.) (citing 15. U.S.C. §78aa), cert. denied, 502 U.S. 1005, 112 S.Ct. 638, 116 L.Ed.2d 656 (1991).

年的《与帝国交易法》，[20]授权总统在战争或者其他紧急状态期间调整与敌国的贸易关系。20世纪60年代，美国财政部曾根据该法案要求一家受美国人实际控制的法国公司停止履行与中国的商业合同。[21]而现在更被大众所知悉的大概是1977年的《国际紧急状态经济权力法》[22]和1979年的《出口管理法》。[23]近些年，前总统特朗普已经多次利用这几个法案限制对我国的贸易行为。

此外，自上世纪八九十年代开始，美国陆续出台了针对某几个国家的特别法案，向这些国家实施单边制裁，阻止美国公司乃至外国公司和外国政府跟这些国家发生贸易往来。比如针对古巴的《古巴自由民主团结法》，[24]或称《赫尔姆斯－伯顿法》和针对伊朗的《伊朗利比亚制裁法》，[25]或称《达马托法》。由于全球大部分贸易和投资仍然以美元结算，需要通过美国主导的环球银行金融电信协会（Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication, SWIFT）进行，美国能利用其霸权地位有效阻止其他国家与其被制裁的国家交易。[26]

而911恐怖袭击事件之后应运而生的2001年的《爱国者法》，扩大了美国执法机关的域外管辖权，尤其是加大了对于外国金融机构的反洗钱的措施。[27]其中，美国证交会加大了对于经纪做市商的监管，要求这些中介机构加强对于外国账户的尽职调查，并且禁止与外国壳银行交易。[28]然而，该法案也并没有特别针对证券上市和交易的域外管辖作出明确规定。

3. 2010年《多德—弗兰克法案》

2008年金融危机之后，美国监管机构立即针对金融部门做了一个系统性的审查，随之立新法以解决危机之前监管不足的问题。2010年，《多德—弗兰克华尔街改革和消费者保护法案》正式出台，简称《多德—弗兰克法案》，成为美国目前金融监管领域的一套综合法案。[29]

在该法案长达1603条的条文中，最受跨境证券投资者关注的就是第929P条b款（“联邦证券法反欺诈条款的域外管辖权”）。该条的规定，“（1）（c）域外管辖权。对于证券交易委员会或美国政府以违反第17（a）条为理由提出或发起的任何诉讼或程序，如果涉及以下

[20] Trading with the Enemy Act of 1917, 50 App. U.S.C.A. §10, Fed. Reg. 2503-04 (1942).

[21] 参见霍政欣：“国内法的域外效力——美国机制、学理解构与中国路径”，载《政法论坛》2020年第2期，第176页。

[22] International Emergency Economic Powers Act (IEEPA), Title II of Pub. L. No.95–223, 91 Stat. 1626 (1977).

[23] Export Administration Act of 1979, 50 U.S.C. app. §2401(a)(1); 2402(2)A; 2402(2)C; 2405(a)(1) (Supp. III, 1979).

[24] Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996, Pub. L. No. 104-114, 110 Stat. 785, codified as amended at 22 U.S.C. §§1643(i))-(m), 6021-6091 (2006&Supp. III 2009).

[25] Iran and Libya Sanction Act, Iran and Libya Sanctions Act of 1996, Pub. L. No. 104-172, 110 Stat. 1541 (to be codified at 50 U.S.C. S 1701 note).

[26] 陈尧、杨枝煌：“SWIFT系统、美国金融霸权与中国应对”，载《国际经济合作》2021年第2期。

[27] USA PATRIOT Act, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

[28] SEC, Anti-Money Laundering (AML) Source Tool for Broker Dealers, January 5, 2021, https://www.sec.gov/about/offices/ocie/amlsourcetool.htm.

[29] Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub.L. 111–203, H.R. 4173.

事项，则美国任何地方的法院以及任何属地的美国法院都拥有管辖权：（1）构成该违法活动的关键步骤的行为发生在美国境内，即使证券交易发生在美国以外并且只牵涉到国外投资者；或（2）发生在美国境外的行为在美国境内造成了可预见的实质性影响”。[30]该条同时对美国1934 年《证券交易法》第 27 条和 1940 年《投资顾问法》第 214 条各增加了一个新的域外管辖条款，内容于上述条款一致。该条款事实明确了证券法的域外管辖效应。

不过，在该条款出台之前，美国最高院在 Morrison v. National Australia Bank 一案中已经判决，美国法院克制实施域外管辖，只有当证券交易事实上是在美国境内发生的才有管辖权。美国学界对这一条新法的出台是否改变了前述最高院的判决有不同的理解。[31]这个问题将在下一节谈论到 Morrison 案之时具体解释。

（二）司法实践中的域外管辖权

1. 效果标准和行为标准

当美国司法实践中将管辖权延伸到外国人的时候，经常被提及的一个名词是“长臂管辖”。在 International Shoe Co. v. State of Washington 一案中，美国最高院以“最低联系”作为确定管辖的标准。[32]然而，需要注意的是，长臂管辖是美国民事诉讼中的特有概念，而域外管辖的概念则更宽泛，包含了证券等公法规制的领域。

在证券法领域，在很长一段时间内，美国采用的是效果标准和行为标准。

效果标准可以追溯到 1945 年 United States v. Aluminum Co. of America 一案。在本案中，法官认定美国的反垄断法不仅适用于美国国内，而且适用于在美国境外的行为。只要某行为意图响美国市场或者事实上影响到了美国市场，起到了限制竞争的效果，那么美国法院就有管辖权。[33]

在 1968 年第二巡回法院审理的 Schoenbaum v. Firstbrook 一案中，法官采取了效果标准，如果一个行为对美国投资者或者证券市场造成了损害，即认定该行为受美国法管辖。[34]在本案中，法院认为，虽然违反美国证券法的交易行为是在美国境外发生的，但涉案证券是在美国注册登记并且在美国交易所上市的，只要该行为损害到了美国投资者的利益，那么美国法院就有事务管辖权。而在 1975 年的 Bersch v. Drexel Firestone 一案中，法院将效果限缩为伤害了美国证券购买者和销售者，而不包括对美国市场总体的消极影响。[35]

美国第二巡回法院 1972 年审理的 Leasco Data v. Maxwell 一案中确定了行为标准。在本案中，被告英国公司为了让原告美国公司购买其股票，在纽约从事了一系列含虚假陈述的行为。法院认定，只要某项证券行为是在美国领域内发生的，无论该行为是否对美国境内的投

[30] Dodd-Frank Act § 929P(b), 124 Stat. at 1864-65.

[31] 杜涛：《美国证券法域外管辖权：终结还是复活？——评美国联邦最高法院 Morrison 案及<多德—弗兰克法>第 929P(b)条》，载《国际经济法学刊》2012 年第 4 期。

[32] International Shoe Co. v. State of Washington, 326 U.S.310 (1945).

[33] United States v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

[34] Schoenbaum v. Firstbrook, 405 F. 2d 200 (2d Cir. 1968).

[35] Bersch v. Drexel Firestone, Inc, 519 F. 2d 974 (C. A. 2 1975).

资者或美国证券市场产生影响，都应该受到美国法院的管辖。[36]

在后续的案件中，也有法官将效果标准和行为标准结合起来审查是否存在法院的管辖权。比如，在 Itoba v. Lep 一案中，原告 Itoba 购买了被告 Lep 在伦敦股票交易所发行的股票，而被告同时在美国纳斯达克发行了可供交易的美国存托凭证（ADR）。法官认定，被告 Lep 未向美国证交会 SEC 披露某些信息，对美国境内的投资人会产生有害影响，故而法院有管辖权。[37]

2. 交易标准

然而，在 2010 年 Morrison v National Australia Bank 一案中，美国最高院首度对涉外证券侵权案件进行裁决，保守派的斯卡利亚大法官在判决中沿用了其一贯的司法克制主义，批判了之前下级法院采用的效果标准和行为标准，重新定义了涉外证券欺诈的审查标准。[38]

在本案中，被告澳大利亚国民银行是依据澳大利亚法律成立的澳大利亚银行，其没有在美国证券市场发行普通股，而是通过发行美国存托凭证在纽约证券交易所交易。而原告莫里森购买了在澳大利亚证券交易所发行交易的该银行的普通股。被告设在美国的子公司 HomeSide 因为适用了错误的估价模型对其抵押贷款服务费用的模型做出了错误的估算，从而导致股价下跌，原告要求其赔偿损失。

法官在审判该案件的过程中援引了“反域外适用推定”（presumption against extraterritoriality）原则，即国会立法的意图只适用于美国领土管辖范围内，除非国会有相反的意图。[39]据此，斯卡利亚法官认定《证券交易法》第 10 条 b 款不具有域外适用的意图，因而不能域外适用。该案进一步确立了“交易标准”，一改之前的效果标准和行为标准，将 10 条 b 款限缩为两种情形：（1）涉及在美国证券交易所上市的证券交易行为；（2）其他在美国境内的证券交易行为（比如场外 OTC 交易）等。

该判决出台之后，引起诸多外国证券相关群体的欢迎，因为这个判决限缩了美国法院域外管辖证券事务的权限。然而，在美国国内，对于该判决争议不断。美国司法部和证券交易委员会提交的法庭之友意见书不同意该判决中提出的交易标准，[40]而斯蒂文斯和金斯伯格等自由派的最高院大法官也给出了相反论证的协同意见。他们认为，交易标准过于僵化，不利于保护去往境外投资的美国投资者以及来美国投资的境外投资者。

在上述《多德—弗兰克法案》出台后，第 929P（b）条似乎是从立法角度确认了之前的效果标准和行为标准。[41]如何解释最高院判决和成文立法之间的不一致，成为了美国这个普

---

[36] Leasco Data Proceeding Equip. Corp. v. Maxwell, 468 F. 2d 1326 (2d Cir. 1972).

[37] 例如，Itoba Ltd. v. Lep Group PLC., 54 F. 3d 118 (2d Cir. 1995).

[38] Morrison v. National Australia Bank, 561 U.S. 247 (2010). 参见 Symeon C. Symeonides，Choice of Law in the American Courts in 2010: Twenty-Fourth Annual Survey, (2011) 59 American Journal of Comparative Law 303.

[39] 参见 Foley Bros. Inc. v. Filardo, 336 U.S. 281, 285 (1949).

[40] DOJ, Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Respondents, No. 08-1191, https://www.justice.gov/osg/brief/morrison-v-national-austl-bank-ltd-amicus-merits; SEC, Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Respondents, https://www.sec.gov/litigation/briefs/2010/morrison0210.pdf.

[41] 参见 Andrew Rocks, Whoops! The Imminent Reconciliation of U.S. Securities Laws with International Comity after Morrison v. National Australia Bank and The Drafting Error in the Dodd-Frank Act, (2011) 56

通法系国家需要深入探讨的问题。有些观点认为，929P（b）的出台意味着对于前述 Morrison 案的推翻，尤其是打破反域外适用推定，赋予证券法域外效力。[42]而另一方的观点认为，《多德—弗兰克法案》针对是监管机构能够提起的民事、行政和形式诉讼，而 Morrison 案仅仅限于私主体提起的民事诉讼。[43]

在后 Morrison 时代，下级法院似乎在 Morrison 案和《多德—弗兰克法案》之间寻求解释的路径。比如，如果是通过电子方式远程购买的外国交易所交易的外国股票，法院没有域外管辖权。[44]再比如，欺诈条款不能适用于同时在美国和外国交易所交易，但是涉案交易仅在外国交易所进行的证券。[45]但也有法院依据《多德—弗兰克法案》的规定，而没有适用 Morrison 案中的交易标准。[46]部分学者提出需要平衡效果/行为标准和交易标准，综合考虑各个涉外因素。[47]需要注意的是，十年前美国最高院可能仍秉持着司法克制主义，但经历这十年的发展，尤其在美国立法和行政部门正在不断扩张其域外管辖的背景下，美国法院改变其立场也未必是不可能的。

（三）执法实践中的域外管辖权

在证券领域，美国最主要的执法机关就是证券交易委员会 SEC。其职责在于保护投资者，维护公平有序且有效的市场，以及协助资本的形成。[48]在执法过程中，美国证交会既可以就其监管的实施行政处罚，也可以向法院提起诉讼。本节选取两部目前热议的法案——《反海外腐败法》和《外国公司问责法》解释美国证交会的域外管辖权。

1. 《反海外腐败法》

美国《反海外腐败法》（Foreign Corrupt Practices Act, FCPA）最早出台于 1977 年。[49]其适用于美国人和某些外国证券发行人，并且大范围禁止为诱使外国官员协助任何人获得、保留或为其介绍业务，而向外国官员进行任何腐败性支付或做出支付承诺。[50]其主要条款包括：

Villanova Law Review 163.

[42] Richard W. Painter, Douglas Dunham and Ellen Quackenbos, When Courts and Congress Don't Say What They Mean: Initial Reactions to Morrison v. National Australia Bank and to the Extraterritorial Jurisdiction Provisions of the Dodd-Frank Act, (2011) 1 Minnesota Journal of International Law 1.

[43] Jennifer Wu, Morrison v. Dodd-Frank: Deciphering the Congressional Rebuttal to the Supreme Court's Ruling, (2011) 14 University of Pennsylvania Journal of Business Law 317, p.337.

[44] Plumbers' Union Local No. 12 Pension Fund v. Swiss Reinsurance Co., 753 F. Supp. 2d 166, 178 (S.D.N.Y. 2010).

[45] In re Royal Bank of Scot. Group PLC Sec. Litig., 765 F. Supp. 2d 327, 336 (S.D.N.Y. 2011); In re Vivendi Universal, S.A. Sec. Litig., 765 F. Supp. 2d 512, 532 (S.D.N.Y. 2011).

[46] SEC v. Compania International Financiera S.A., 2011 U.S. Dist. LEXIS 83424, *19 n.2 (S.D.N.Y, 2011); SEC v. A Chi. Convention Ctr., LLC., 961 F. Supp. 2d 905; 908 (N.D. III. 2013).

[47] Alina Veneziano, A New Era in the Application of U.S. Securities Law Abroad: Valuing the Presumption Against Territoriality and Managing the Future with the Sustainable-Domestic-Integrity Standard, (2019) 23 Annual Survey of International & Comparative Law 79.

[48] 参见美国证交会网站：www.sec.gov.

[49] The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§7833-1, et seq.

[50] 参见，例如，陈宇："从 Petrobras"案看美国《反海外腐败法》的域外管辖问题，载《河北法学》2020 年第 5 期；练泰霖、于改之："论我国反海外商业贿赂犯罪的立法完善"，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 6 期。

禁止商业贿赂[51]和要求满足会计准则。[52]为了落实《经合组织反腐败公约》（OECD Anti-Corruption Convention），该法案历经 1988 年和 1998 年两次修订。[53]1998 年以前，除了在美国发行证券的外国企业外，该法案不约束任何外国人，同时也不对美国公司或个人在美国境外对外国公职人员的行贿行为具有域外管辖权。1998 年，美国修订该法案，扩大了该法案的管辖范围。[54]具体包括：

第一，属人管辖。受美国管辖的主体，只要实施了商业贿赂行为，无论行为发生地在美国境内或境外，也不管该行为是否利用了美国的邮政系统或者任何跨州的商业方法和手段，都可以构成《反海外腐败法》所规定的违法行为。这些受管辖的美国主体包括：（1）任何向美国证券交易委员会（SEC）提交文件的发行人；[55]（2）任何美国公民、国民或居民，以及任何依据美国法成立的或者在美国有主要营业地的除了发行人之外的公司、合伙企业、社团、股份有限公司、商业信托、非法人组织或者个人独资企业等；[56]（3）美国公司的子公司、关联公司或代理人，以及这些主体的高级管理人员、董事、职员、代理人或者代表主体行事的股东。[57]

第二，属地管辖。任何主体只要在美国境内，或虽未在美国境内但该主体利用了美国的邮件、任何跨州的商业方法或手段实施了 FCPA 所禁止的行为，美国政府都有权行使属地管辖。[58]

如此可见，美国《反海外腐败法》的管辖权是非常广泛的，不仅涉及到美国公司和在美国上市的外国公司，还涉及到这些公司的高管、员工乃至代理人等，此外，即使在美国本土没有公司，只要在美国境内实施贿赂行为，或者仅仅是利用美国的邮政和银行系统，都可能触发调查。在调查中，美国的监管部门包括美国司法部（DOJ）和 SEC。其中，SEC 拥有对证券发行人及其管理人员、董事、职员、代理人、股东违反反贿赂条款和会计条款的民事执法权；而 DOJ 对其他类型的人员和活动享有反贿赂条款的民事和刑事的执法权。

尽管《反海外腐败法》颁布于 1977 年，但在 2000 年之前的执法调查都很少，几乎每年都是个位数。根据斯坦福大学外国腐败行为信息交换中心（SFCPAC）对美国证券交易委

---

[51] 15 U.S.C. §§78dd-1, 78dd-2, 78dd-3.

[52] 15 U.S.C. §78m.

[53] H.R. 4848 (Public Law No. 100-418) Singed August 23, 1988; The International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1988 (S. 2375: Public Law No. 105-366) Signed November 10, 1988. 参见美国司法部网站：https://www.justice.gov/criminal-fraud/legislative-history。

[54] The Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission: 'FCPA: A Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act Second Edition'. July 2020.

[55] 15 U.S.C. §78dd-2(i).

[56] 15 U.S.C. §78dd-1(g).

[57] 15 U.S.C. §78dd-3. 不过，在 2018 年 U.S v. Hoskins 案件中，美国联邦第二巡回上诉法院限制了 FCPA 的适用范围，认定执法机关不得通过共谋犯罪指控扩大 FCPA 对外国公民的域外管辖。特别是，针对非居民的外国人，既不是美国发行人，也不是美国发行人的高管、董事、职员、代理人或者股东，也没有在美国领土内采取犯罪，不能根据共谋理论承担责任。参见 U.S v. Hoskins, 902 F. 3d 69, 76-97 (2dr Cir. 2018).

[58] 15 U.S.C §§78dd-1, 78dd-2, 78dd-3.

员会和司法部执法行动的联合数据统计，第一次执法行动发生在 1978 年，到 2000 年底只有 52 项行动，而且只有一起是针对非美国企业。[59]而进入 21 世纪以来，美国在反海外腐败上的执法力度愈发加强，而且越来越针对外国企业。截止目前，DOJ 一共执法 421 件，SEC 执法 249 件，共计 670 件，绝大多数都是在 2007 年之后调查的，仅 2020 年就一共执法 37 件（DOJ28 件，SEC9 件）。[60]而与中国相关的案件最多，总计 68 件，是所有国家中最多的。[61]这对我国廉洁高效的政府和企业的国际形象造成了重大的不利影响。

2. 《外国公司问责法》

近日，美国《外国公司问责法案》出台，业界普遍认为这会阻止中国企业赴美上市，甚至强制某些已在美国上市的中概股退市。该法案主要涉及到两个方面的内容：一是如果外国公司连续三年未能通过美国公众公司会计监督委员会（PCAOB）的审计，将被禁止在美国任何交易所上市；二是上市公司需披露自己与该国政府的关系。[62]

《外国公司问责法案》最早可以追溯到 2020 年 4 月。届时，瑞幸财务造假事件曝光，引发美国投资者对其集体诉讼，共和党参议员约翰·肯尼迪和民主党参议员范·霍伦借机联合提出了该法案。故此，业界普遍认为，该法案主要针对的就是在美上市的中概股企业。[63]2020 年 5 月 20 日该法案获美国国会参议院批准通过，12 月 2 日获美国国会众议院表决通过，12 月 18 日经美国时任总统特朗普签署后生效。

该法案同时要求美国证券交易委员会就相关问题发布更详细的实施细则，部分细则要求在 90 天内发布。随后，SEC 于 2021 年 3 月 24 日发布了《外国公司问责法案》的暂行规定，细化了材料提交和信息披露要求。[64]

根据《外国公司问责法案》和 SEC 发布的暂行规定，如果在美国上市的中概股公司聘请了位于外国管辖的会计师事务所，由于外国主管部门的立场，PCAOB 将无法对该会计师事务所进行彻底检查或调查，这样的公司可能会被认定为“委员会认定的发行人”（Commission-Identified Issuers）。数据显示，目前在不接受美国 PCAOB 检查审计底稿的外国上市企业中，中国（包括中国香港）企业占了近 90%。[65]

根据该法案规定，这一类主体需要提交：（1）为该公司准备审计报告的审计机构，如果该审计机构已被认定为未能收到 PCAOB 的审视和调查；（2）该公司注册地政府实体所拥有

---

[59] 参见斯坦福大学网站 Stanford Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse: https://fcpa.stanford.edu/.

[60] 同上。

[61] SFCPAC: Location of Misconduct Alleged in FCPA-Related Enforcement Actions (by Country), https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html?tab=8. 另见 SFCPAC：2020 FCPA Year Review, https://fcpa.stanford.edu/fcpac-reports/2020-fcpa-year-in-review.pdf.

[62] Holding Foreign Companies Accountable Act, Pub. L. No. 116-222, 134 Stat. 1063 (Dec. 18, 2020).

[63] “详解美《外国公司问责法》，中概股退市压力大增？”，第一财经，2021 年 3 月 25 日，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1695193893828454879&wfr=spider&for=pc。

[64] SEC, SEC Issues Amendments, Seeks Public Comment on Holding Foreign Companies Accountable Act, March 24, 2021, https://www.sec.gov/news/press-release/2021-53.

[65] “SEC 出手 中概股美国退市危机陡增”，中国网，2021 年 3 月 29 日，http://finance.china.com.cn/stock/usstock/20210329/5532693.shtml。

的股权比例；以及（3）其审计机构所在国政府是否对公司拥有控制权。此外，尤其针对中概股，要求这类公司披露董事会成员里中国共产党官员的姓名，以及确认发行人的公司章程是否包含中国共产党的任何章程，包括该章程的文本。[66]

不过值得注意的是，目前 SEC 发布的暂行规定不够明确，尤其是哪些审计机构以及哪些在美上市的外国公司应受到该法案的管辖还没有出台明确的清单目录。此外，由于该法案计算会计年度是从 2020 年 12 月 31 日之后结束的财年才开始，那么最早的认定只会是 2021 财年，而财报只可能在 2022 年才会出，而监管部门的审查则可能到 2023 年。也就是说，在近期内，该法案对我国在美上市的中概股企业影响有限。至于该法案未来会如何实施仍不够明晰。

然而，对于满足 PCAOB 检查这一点要求，如果中概股企业遵守了该条规定，则直接违反了我国 2009 年出台的《关于加强在境外发行证券与上市相关保密和档案管理工作的规定》中的第六条规定，即“在境外发行证券与上市过程中，提供相关证券服务的证券公司、证券服务机构在境内形成的工作底稿等档案应当存放在境内”。[67]此外，另外，新《证券法》第一百七十七条也有明确规定，“境外证券监督管理机构不得在中华人民共和国境内直接进行调查取证等活动。未经国务院证券监督管理机构和国务院有关主管部门同意，任何单位和个人不得擅自向境外提供与证券业务活动有关的文件和资料。”[68]事实上，美国该法案的出台有很大程度上都是针对中国在美上市的企业。中国企业被迫在遵守美国法和遵守中国法之间做出选择。

根据《外国公司问责法案》规定，如果 PCAOB 连续三年无法对我国在美上市公司的美国境外审计机构进行审查，SEC 应该禁止该公司证券在美国交易所或者在美国境内以其他形式（比如场外 OTC 市场）进行交易。也就是说，这些在美国上市的中概股面临着退市的风险。但 SEC 需要对强制退市的途径做进一步的说明并发布相关的实施细则，但该项内容并不包含在 90 天内发布的暂行规定中。SEC 仍在针对强制退市的条件和程序征求意见。目前不太清楚 SEC 接下来会对强制退市做出如何的具体规定。即使目前没有明确的规定，但该法案已然如一把利剑悬在众多中概股之上，逼迫我国公司退出美股市场，或者构建更复杂的交易架构规避，增加我国企业运行成本，同时势必降低我国企业在国际上的竞争力。

三、美国证券法域外管辖制度解析

（一）美国证券法域外管辖的目的

如上所述，美国证券法的历史发展伴随着证券法域外管辖的扩张。但值得注意的是，域外管辖的目的经历了一个变化的过程。二战之后，国际经济复苏，全球化进展迅速，各国有吸引海外投资者的需要，投资者也有前往其他国家进行投资的想法。随着证券市场的不断国际化，跨国问题也随之而来。最初，美国证券法的域外管辖可能是为了保护美国的投资者和

[66] SEC Form 20-F Part II Item 161, Form 40-F(B)(18), Form 10-K Part II Item 9C; Form N-CSR Item 4.

[67] 《关于加强在境外发行证券与上市相关保密和档案管理工作的规定》第 6 条。

[68] 《证券法》第 177 条。

维护美国的资本市场秩序。[69]上世纪六七十年代的 Schoenbaum v. Firstbrook 和 Leasco Data v. Maxwell 等案裁判之时，美国立法中并无对证券法的域外管辖的明确规定，法官只能通过解释立法意图和依据美国民诉法/国际私法的基本原则逐渐形成的例如效果标准和行为标准的域外管辖判定标准。比如，对于 Morrison 案件的批判观点之一就是认为其倡导的交易标准太窄，不能满足保护投资者的需要。[70]

然而，之后美国继续扩大其证券法的域外管辖则伴随着主导国际证券市场的意图。[71]虽然最高院的 Morrison 案对证券欺诈行为的域外管辖进行了一定的限缩，但是并没有阻却美国扩张其域外管辖的脚步。《多德—弗兰克法案》更是明确了证券领域的域外管辖。美国似乎更倾向于利用其在证券市场的领先地位获得更多的竞争优势。[72]比如在阿尔斯通一案中，美国利用了海外反腐这一有效工具，是的这家法国公司市值大跌，最终被迫卖给其竞争对手美国通用。[73]而最近的《外国公司问责法》更是很明显的对于中概股的打压。

（二）美国证券法域外管辖的制度基础

1. 庞大的美国资本市场

虽然说美国的立法、司法和执法系统中已经有完善的证券领域域外管辖的法律规定和相关实践，但仅仅有纸面上的规定是远远不够的。美国能够有效实施域外管辖依赖于其发达的证券市场和完善的证券执法体系。

美国完善的资本市场和国际化的金融系统是美国机构，尤其是执法机关能够有效实施域外管辖的重要因素。如果没有这样的经济金融基础设施，那么即便有完善的域外管辖的法律规定，可供执法部门进行域外管辖的机会也不会太多。而美国则是全球最大的资本市场所在地，吸引了全球最优质的公司。截至 2020 年 5 月 4 日，美国共有上市公司 5606 家，总市值合计约 62.62 万亿美元。[74]

相比而言，截至 2018 年底，根据我国证监会的统计，沪深两市共有上市公司 3548 家，总市值约 43.50 万亿人民币（约合 6.32 万亿美元）；当年总市值位于全球第二，但相较于美国的 30.44 万亿美元仍有不小的差距。[75]而具体到交易所的市值，截至 2018 年底，上海证券交易所市值 3.92 万亿美元，落后于纽约泛欧证券交易所（20.68 万亿美元）、纳斯达克证券交易所（9.76 万亿美元）和东京证券交易所（5.30 万亿美元），排全球第四。[76]而深证证券

[69] Stephen J. Choi & Andrew T. Guzman, The Dangerous Extraterritoriality of American Securities Law, (2004) 17 Northwestern Journal of International Law & Business 207.

[70] Alina Veneziano, Studying the Hegemony of the Extraterritoriality of U.S. Securities Laws: What It Means for Foreign Investors, Foreign Markets and Efforts at Harmonization, (2019) 17 Georgetown Journal of Law and Public Policy 343.

[71] Austen L. Parrish, Evading Legislative Jurisdiction, (2013) 87 Notre Dame Law Review 1673.

[72] Paul B. Stephan III, The Political Economy of Extraterritoriality, (2013) 1 Politics & Governance 92.

[73] 弗雷德里克·皮耶鲁齐、马修·阿伦，法意【译】:《美国陷阱》，中信出版社 2019 年版。

[74] 参见 wind 统计数据：www.wind.com.cn.

[75] 《中国证券监督委员会 2018 年年报》，第 23-24 页。

[76] 《中国证券监督委员会 2018 年年报》，第 24 页。

交易所以 2.41 万亿美元的市值排名全球第八。[77]仅从单个交易所的市值来看，我国两个交易所仍远远落后于美国的两个交易所。

2. 便捷的注册制

美国资本市场规模巨大的一个主要原因就是其采用的注册制。注册的优势在于其遵循了自由资本市场的原则，强调评判发行主体的标准是其未来创造价值的能力，而不仅仅是过去的经营经历和创收财产等。[78]这样一来，能够允许更多朝阳行业上市融资，吸引优质企业。但注册制并不意味着完全的放任市场自由，与注册制配套的是美国完善的信息披露制度。这都要求上市主体合法披露真实信息，如果一旦发现有证券欺诈行为，也有相应的制裁措施。[79]

庞大的市场加上较低的准入门槛，美股市场吸收了众多优质的跨国公司。根据我国证监会的统计，截至 2018 年底，我国共有 268 家企业在境外上市，融资总额约 28365 亿港元。[80]而截止至 2020 年 10 月 2 日，在美国上市的所谓“中概股”大概有 217 家。[81]在美国证券交易所上市的公司都被归入“发行人”的行列，无论该公司是在哪国注册的，都算美国证交会应当监管的主体。这样一来，美国事实上掌握了全球大部分优质公司的监管权。

3. 专业的执法团队

此外，美国的证券执法部门 SEC 具有非常高效的执法效率。根据美国证交会公布的数据，2020 年，SEC 共发起 715 件执法案件。[82]其中，涉及到经纪做市商的共 142 件，逾期申请 130 件，反海外腐败 10 件，内部交易 33 件，投资顾问 137 件，发行人报告/审计会计 74 件，市场操纵 28 件，其他案件 6 件，评级组织 NRSRO 案件 4 件，公共金融滥用 12 件，证券发行 138 件，转让代理人 1 件。[83]SEC 能够处理的案件类型丰富，案件数量庞大，是其他国家的证券监管机构难以匹及的。

（三）美国证券法域外管辖的后果

1. 对于市场和投资者的影响

美国证券法域外管辖的一个很明显的效果就是在美国起诉的外国证券投资者变多。比如前述 Morrison 案中，外国投资者即使没有在美国，也没有购买在美国发行的美国证券，但是仍想借助美国完善的证券法律维护自己的利益。一方面，外国人可以利用美国的域外管辖，但另一方面，外国人又受到美国法的过度约束。美国的立法、司法和执法机关仅需向其国民负责，而不需向外国投资者和外国机构负责；尤其是在立法过程中，美国国会并不会考虑外国人的利益，也没有外国人的参与，结果却是出台了约束外国人的立法。有学者批判这样的

[77] 同上。

[78] 参见王伦强：“论我国证券发行注册制推进的路径”，载《西南金融》2020 年第 8 期。

[79] 同上。

[80] 《中国证券监督委员会 2018 年年报》，第 57 页。

[81] U.S-China Economic and Security Review Commission, Chinese Companies Listed on Major U.S. Stock Exchanges, 10/02/2020, https://www.uscc.gov/research/chinese-companies-listed-major-us-stock-exchanges.

[82] U.S. Securities and Exchange Commission, Division of Enforcement, 2020 Annual Report, p. 7.

[83] U.S. Securities and Exchange Commission, Division of Enforcement, 2020 Annual Report, p. 29.

过程是缺乏民主性和合法性的。[84]

然而，有关美国证券法的域外管辖的范畴在司法实践中还有争议，这样的不确定性会给国外市场带来更多的未知和更大的成本。外国投资者和外国机构会不清楚是否需要遵守美国法，以及在多大程度上应该遵循美国法。[85]更有甚者，过度的域外管辖会阻碍其他国家的投资者进入美国市场，而美国投资者也可能缺乏前往国外投资的动力，反而会进一步抑制国际资本市场之间的流动，从而降低国际和国内市场的活力。[86]

2. 其他国家和国际社会的反应

由于美国证券法管辖权的扩张，势必会与其他国家的管辖权发生竞合。在此过程中，美国利用其在资本市场领域绝对的市场支配地位，迫使其他国家不得不遵守美国的法律，即使美国的法律可能会跟自己的国内法相冲突。[87]这也就是所谓的“司法霸权”。[88]这样事实上是不利于美国的国际形象的。[89]

过度的域外管辖会使得其他国家会不满美国全球执法的行为，降低与美国合作的意愿，不主动甚至拒绝美国的合作请求，比如联合执法或者信息共享等。[90]然而，合作是在国际证券领域非常重要的，尤其是在全球化的市场下，追索证券犯罪、反腐败、反洗钱等问题都需要国际合作。这样会影响美国实现其他证券法的目标。

过度的域外管辖还会促使其他国家采取阻断措施[91]乃至反制措施。这一方面就会让美国面临着是否接受国外域外管辖的两难。[92]如果接受，那就会让美国规制证券市场的权力受限；如果不接受，那么就会造成司法体系内部得不一致，降低司法得公信力。此外，此种监管竞

---

[84] Austen L. Parrish, Morrison, The Effects Test, and the Presumption Against Extraterritoriality: A Reply to Professor Dodge, (2011) 105 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 399, p.401.

[85] Hannah L. Buxbaum, Transnational Legal Ordering and Regulatory Conflict: Lessons from the Regulation of Cross-Border Derivatives, (2016) 1 UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law 91, p.94.

[86] Stephen J. Choi & Andrew T. Guzman, The Dangerous Extraterritoriality of American Securities Law, (2004) 17 Northwestern Journal of International Law & Business 207, pp.224-225.

[87] Wulf A. Kaal & Richard W. Painter, Extraterritorial Application of U.S. Securities Law – Will the U.S. Become the Default Jurisdiction for European Securities Litigation?, (2010) 7 European Company Law 90, p.91.

[88] 参见，例如，Robert Wai, Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization, (2001) 40 Columbia Journal of Transnational Law 209, p. 248; Ralf Michaels, Two Paradigms of Jurisdiction, (2006) 27 Michigan Journal of International Law 1003, p. 1058; Mark P. Gibney, The Extraterritorial Application of U.S. Law: The Perversion of Democratic Governance, the Reversal of Institutional Roles, and the Imperative of Establishing Normative Principles, (1996) 19 Boston College International and Comparative Law Review 297, pp. 304-305.

[89] Austen L. Parrish, Fading Extraterritoriality and Isolationism? Developments in the United States, 24 Indiana Journal of Global Legal Studies 207.

[90] Wulf A. Kaal & Richard W. Painter, Extraterritorial Application of U.S. Securities Law – Will the U.S. Become the Default Jurisdiction for European Securities Litigation?, (2010) 7 European Company Law 90, pp. 90-97.

[91] 例如，《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（商务部令 2021 年第 1 号）。

[92] Austen L. Parrish, Evading Legislative Jurisdiction, (2013) 87 Notre Dame Law Review 1673.

争的行为也会造成国际资本市场的撕裂，不利于继续发展有活力的国际市场，这对于全球经济复苏是不利的。由此可见，域外管辖是把双刃剑，如何把握这其中的平衡是立法、司法和执法者需要斟酌的问题。

四、我国设计证券法域外管辖的方案

（一）新《证券法》的规定

我国在《证券法》颁布初始并没有关于域外管辖的规定。但随着我国证券市场不断发展完善，为了配合我国打造国际金融中心和推进人民币国际化的进程，2020 年 3 月 1 日起施行的新《证券法》新增了有关域外管辖的规定：“在中国人民共和国境外的证券发行和交易活动，扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，依照本法有关规定处理并追求法律责任”。[93]根据该条，我国《证券法》也能够有权管辖域外事项了。

根据该条款的规定，我国《证券法》似乎采用了“效果标准”，即只要某一项行为扰乱了我国的证券市场秩序，损害了我国投资者权益，即使这项行为是在我国境外发生的，我国法院也有管辖权。[94]这样规定的目的是为了保护我国的证券市场和投资者，但该条应如何实施仍不明朗。

（二）我国《证券法》域外管辖面临的挑战

1. 《证券法》管辖权条款不明确

如上所述，目前最不清晰的问题就是《证券法》第 2 条第 4 款如何适用的问题。以瑞幸咖啡案为例，新修订的《证券法》能否适用呢？[95]瑞幸咖啡 2017 年 10 月成立，2019 年 5 月登陆美国纳斯达克。但随着 2020 年 2 月 1 日浑水机构曝光瑞幸的财务造假问题，瑞幸声誉受到影响。随后的 4 月 2 日，瑞幸自曝出造假交易额 22 亿元人民币。股价暴跌 85%，市值蒸发 300 亿美元。美国证交所介入调查。2020 年 6 月 29 日，瑞幸咖啡停牌，并在纳斯达克办理退市备案。不过目前，瑞幸咖啡已与美国证交会达成协议，也已在开曼群岛办理债务重组，并申请了美国破产法第 15 章跨境破产保护。[96]2021 年 4 月 29 日，上海律师声称已经受美股投资人的委托，针对瑞幸造假的诉讼案件向上海金融法院起诉。目前法院已正式立案，该案或成为中概股首例。[97]

在此案件中，可能会遇到如下几个会有争议的问题：

第一，我国《证券法》是否保护外国投资者？在本案中，美国的投资者是否是适格的原告呢？从第 2 条第 4 款的条文来看，本法的目的是为了保护境内投资者，而对于境外投资者

[93] 《证券法》第 2 条第 4 款。

[94] 何俣：“新《证券法》的域外效力概论”，载《上海法学研究集刊》2020 年第 22 卷。

[95] 参见曹明：“我国证券域外管辖规则构建研究——以瑞幸咖啡财务造假时间为切入点”，载《南方金融》2021 年第 2 期；李有、潘郑：“瑞信咖啡虚假陈述案法律适用探讨——以中美证券法比较为视角”，载《法律适用》2020 年第 9 期。

[96] 参见瑞幸官网：https://investor.luckincoffee.com/news-releases。

[97] “美股投资者上海起诉瑞幸！法院正式立案或为中概股首例”，东方财富快讯，2021 年 4 月 29 日，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1698373933018683066&wfr=spider&for=pc。

不置可否。而就在不久前的 4 月 22 日，最高人民法院开始实施《关于修改〈关于上海金融法院案件管辖的规定〉的决定》，增加了上海金融法院的金融民商事案件管辖范围："（一）境内投资者以发生在中华人民共和国境外的证券发行、交易活动或者期货交易活动损害其合法权益为由向上海金融法院提起的诉讼；（二）境内个人或者机构以中华人民共和国境外金融机构销售的金融产品或者提供的金融服务损害其合法权益为由向上海金融法院提起的诉讼。"[98]这一条涉及域外管辖，但是适格原告仍然仅限于境内投资者，包括个人或机构。仅从文本解释的角度，外国投资人是不能够成为原告的。

随之而来的另外一个问题是，如果是境内投资者外国设立的投资机构作为直接的投资人而遭受损失，境内投资者作为投资人的境内母公司是否有权提起诉讼呢？与此类似的，如果一个中国人在境外开户，在境外参与证券交易，是否能算境内投资者呢？这些可能都是悬而未决的问题。

第二个问题是效果标准应如何解释和适用？根据《证券法》第 2 条第 4 款，域外管辖要求存在"扰乱中华人民共和国境内市场秩序"或者是"损害境内投资者合法权益"的行为。而瑞幸并没有在中国上市，是否存在扰乱我国境内市场秩序的行为呢？而在本案中，现有的原告都是美股的投资人，是否算损害了境内投资者合法权益呢？一个更宽泛的问题则是什么是扰乱我国市场秩序呢？这些问题可能都有待进一步的学理解释和法院判决的说明。

2. 域外执法的效用不确定

从《证券法》第 2 条第 4 款的条文来看，似乎更多的是针对我国境内投资者在境外市场交易的活动。这不同于中概股的企业，大多在中国有营业场所和资产。该条的规定可能会涉及到与我国没有什么联系的外国企业。如果出现这样的情况，我国在判决执行和执法机关执法的过程中，是否能够有效地对这些外国企业采取措施呢？这涉及到我国《证券法》域外管辖的效果。如果不能对外国企业采取有效的措施，那么所谓的域外管辖的效用则大打折扣。

（三）我国的应对方案

1. 明确我国法院和监管机构的域外管辖权

在我国大力推广国际金融中心、人民币国际化、国际证券市场的背景下，我国法律应该赋予我国法院和证券监管机构足够的域外管辖权，以保护我国的投资者和有序的证券市场。鉴于新法对管辖权仍然不够明确，我们可以通过司法解释或者指导案例进一步明确管辖权。

比如，在证券民事诉讼中，适格原告可以不仅限于境内投资人，而可以考虑扩大到境外投资人。如果我国继续扩大开发我国的资本市场，那么势必会有更多的投资者来到我国参与我国的证券市场中。如果仅将投资人限定为境内的，那么势必对于境外投资人的保护力度是不够的，这样一来会不利于吸引境外投资者来我国投资，也不利于打造我国的国际金融中心。此外，我国域外管辖的主体应该不限于某个单独的个人或机构，其关联公司、董监高乃至代理人都可以纳入我国的域外管辖的范畴，这也是为了更好地保护我国的市场秩序和投资者利益。

[98] 《关于修改〈关于上海金融法院案件管辖的规定〉的决定》（法释[2021]9 号）第三条。

而对于效果测试的认定，我们可以参考美国之前的案件，综合考虑效果、行为乃至交易等多个维度，仅列出效果这一单一考量标准或许不能解决所有的问题。

不过，本文认为，在域外管辖过程中仍应坚守司法克制主义，如果我国在国际交往中过多地适用域外管辖，那么可能会造成司法霸权的不好印象，反而会阻碍我国开拓国际化的商业版图。[99]比如，我国也可以像美国那样构建我国的反海外腐败的制度，打造廉洁高效的营商环境；但我国不能像美国那样无限制地扩张自己的管辖权，肆意打压国际竞争者。再者，我国可以要求今后来我国上市的公司披露相关的信息，但如果出现与其本国法相冲突的情况，我们可以与其本国的监管机构谈判合作，信息共享，在合适的情况下给予豁免。这样，既能保护我国的市场秩序，又能吸引优质的外国企业。

2. 加强建设国际化的证券市场

一个国际化的证券市场才能保障法律域外适用的功效。我国目前所缺失的除了法律条文的规定之外，更是国际化证券市场的基础设施。加强国际化的证券市场建设体现在如下几个方面：

第一，继续进行注册制改革。目前，我国《证券法》的修改已经开始试行注册制。[100]首次公开发行（IPO）的审核权限已经下放到交易所，而非原来的证监会发行审核委员会，下一步将继续推进注册制度。而债券的发行已经实行了注册制。可以说，我们正在逐步简化证券上市和交易的手续，能够吸引更多的企业。与此同时，新《证券法》加强了披露义务，提高了违法成本，我国的资本市场将进一步的规范化。

第二，扩大开放的证券市场。美国证券法能够得到有效的域外管辖的主要原因就是有很多外国公司到美国上市，借助美国的资本市场进行投融资交易；并且全球投资者都愿意到美国投资。目前，我国已经在逐步开放我国的证券市场，比如陆港通的开通，已经使得外国投资人能参与我国内地证券市场的交易。但开放度还不够，在我国上证和深证的交易所中还没有外国公司。哪怕是在外国注册的我国公司（红筹股）回国直接上市仍有困难，主要还是通过科创版或者存托凭证进行。[101]这跟我国的公司法的要求和外汇管制法的限制有关。[102]如何构建外国公司到中国上市的体系是目前仍在讨论的话题，这也与我国能够更好地实现证券法的域外管辖息息相关。

第三，培养更多精通国内外证券法的法官和监管部门的执法人员。相较于美国法院和证交会的专业人士，我国司法和执法机构在专业度上仍需加强，还不能处理复杂的跨国案件。法律体系的不完善可能不足以支持构建健康发展的资本市场，从而也会阻碍一些有意愿的外国投资者。这也是我国需要加强的部分。

---

[99] Austen L. Parrish, The Effects Test: Extraterritoriality's Fifth Businesses, (2008) 61 Vanderbilt Law Review 1455, pp. 1492-1493.

[100] 何俣："新《证券法》的域外效力概论"，载《上海法学研究》集刊，2020 年第 22 卷。

[101] 《国务院办公厅转发证监会关于开展创新企业境内发行股票或存托凭证试点若干意见的通知》（国办发[2018]21 号）。

[102] 王靖萱："有凤来仪：红筹企业回国国内资本市场"，载《金融市场研究》2021 年第 3 期。

五、结语

在当下国际局势日益复杂，国际竞争常态化的时代背景下，我国需要保护好我国的证券市场秩序，维护好我国投资人的合法利益，这就势必要求我国证券法能够实现域外管辖。我国新修订的《证券法》已经做出了尝试，但是由于我国目前证券市场涉外因素较少，法院和执法机构也没有经历丰富的案件，对于我国证券法的域外管辖应该如何开展在实践中仍不够明晰。本文分析了美国将近一百年的证券法域外管辖的历史，发现美国正在不断扩大其证券法域外管辖的范围。但是，适度的域外管辖可以有效保护市场秩序和投资者利益，而过度的域外管辖则会招致国际社会的质疑，从而阻碍国际资本市场的发展。故而，我国在接下来施行域外管辖之时，也需要平衡国内外利益，在保障我国利益的同时尊重他国的司法主权，共同构建能够健康发展的国际证券市场。

域外管辖的合法性、正当性及其限制研究

郭玉军[1]　王岩[2]

摘　要：域外管辖与域外性、域外管辖、国内法域外适用、域外效力等概念既有联系又有区别，其中域外管辖是相关概念中的上位概念。域外管辖因其单边主义性质，特别是因美国的频繁滥用而引发了有关其合法性、正当性的激烈争论与矛盾冲突。国际法律秩序与国内法律秩序的传统界限趋于模糊，相关领域国际法发展相对滞后，为避免出现法律监管真空地带，适度合理的域外管辖成为多边主义和双边主义之外的一种必然选择；符合国际法和本国宪法的域外管辖具有合法性；维护国家安全和国家利益，履行域外义务、被普遍接受的具有效力的域外管辖具有正当性。但域外管辖不能超过适度边界，应当通过不违反国际法、国际礼让原则、合理性原则等施以必要限制，框定其边界。深刻认识和利用好域外管辖及其边界可以有效捍卫国家利益，推动实现国家对外政策，保护当事人合法权益，维护国际社会和谐。

关键词：域外性；域外管辖；域外适用；域外效力；国家利益；国际法

随着作为全球化引擎的国际贸易的发展、新技术的进步、跨国企业新结构的建立、跨国旅游的兴起，各国之间的联系与互动日益紧密，域外发生的行为可能与本国有密切的联系，一国的利益不再局限于本国领域内，为避免法律监管的真空，跨越国境行使域外管辖权的必要性不断增长，国家主权和平等的概念受到挑战。一国的域外管辖可能会产生影响世界秩序、本国或外国公民权益的后果，他国也会选择提出域外主张（extraterritorial claim）。[3]全球化压力之下，越来越多的国家将域外管辖付诸实践，“法律叠加适用”（superposing law）的冲突愈演愈烈。[4]域外管辖一方面是一国维护国家利益，推行本国对外政策的有力工具，另一方面过分、滥用的域外管辖往往引发其他国家对域外管辖合法性、正当性的质疑，存在侵犯他国主权和干涉内政、法律霸权主义之嫌，遭到有关国家的强烈抵制。域外管辖因缺乏明确性和可操作性常被诟病，国际法律框架或特定指导的缺失也使得域外管辖广受质疑，全球化时代如何构建一国域外管辖体系，防止其成为单边主义“逆流”，成为纷繁复杂的全球法律竞争中必须面对的问题。因此，十分有必要厘清域外管辖的内涵，对其适用的限制及其边界进行理念和方向上的思考，使其沿着正确轨道发展，消除对域外管辖定义及功能的误解，确保域外管辖的合法性、正当性和有效性，发挥其有效维护国家安全、捍卫国家利益、促进国际社会和谐稳定的作用。

---

[1] 武汉大学国际法治研究院核心团队首席专家，武汉大学国际法研究所教授、博士生导师、武汉大学艺术法研究中心主任。

[2] 武汉大学国际法研究所 2019 级博士研究生。

[3] See Dan Jerker B. Svantesson, “A Jurisprudential Justification for Extraterritoriality in (Private) International Law”, Santa Clara Journal of International Law, 2015, 13 (2), p. 524.

[4] See Matthias Lehmann, “New Challenges of Extraterritoriality: Superposing Laws”, in Franco Ferrari & Diego P. Fernández Arroyo, Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance (Edward Elgar Publishing, 2019), p. 258.

c 一、域外管辖及其相关概念界定

与域外管辖（extraterritorial jurisdiction）相关的概念，主要有域外性（extraterritoriality）[5]、国内法域外适用（extraterritorial application of national law）、域外范围（extraterritorial reach）、域外效力（extraterritorial effect）等。[6]

关于“域外性”，学界主要是从调整对象所在地、执法活动范围、内涵等角度进行定义。域外性问题通常发生在一国调整发生于其域外的行为时，主要体现在一国可以制定具有域外效力的法律，可行使裁决管辖权以司法方式裁决未发生在其领域内的案件，或在该国域外执行法律。[7]

关于“域外管辖”，学界主要是从实施主体、行为发生地、是否具有域外效力等角度进行界定。域外管辖多指一国在其境外行使主权权力或权威。[8]域外管辖分类有两分法和三分法，前者包括立法管辖（prescriptive jurisdiction，指立法机关制定法律及法官造法）和执行管辖（enforcement jurisdiction，指有权机关执行法律），后者包括立法管辖（legislative jurisdiction，指立法机关制定法律）、执法管辖（executive jurisdiction，指行政机关实施法律）和司法管辖（adjudicative jurisdiction，指法院适用法律）。[9]

关于“国内法域外适用”，主要是从调整对象所在地、适用结果、实施主体等角度进行理解，是指将法律适用于位于域外但仍受其法律约束的人、物、行为。包括通过执法管辖权和司法管辖权将具有域外效力的法律适用于域外的人、物、行为。[10]

关于“域外效力”，主要从实施领域、主体、后果等角度分析，一般认为域外效力即法律在一国域外具有约束力。[11]

关于上述概念的关系，有学者认为 extraterritorial effect、extraterritoriality 或 extraterritorial jurisdiction 均为域外效力的英文表述。[12]有学者指出，美国学者和美国法院常将“域外适用”与“域外管辖”等同视之。[13]有学者反对域外管辖与国内法域外适用是同义词或

[5] Extraterritoriality 存在治外法权、领事裁判权等译法。本文采纳“域外性”的翻译。

[6] 上述概念的含义国内外学术界有不同表述，各有侧重，囿于篇幅不予赘述，本文定义是笔者结合不同学者观点加以概括，相对普遍接受的定义。

[7] See International Chamber of Commerce Policy and Business Practices, “The Negative Impact of Extraterritorial Application of National Legal Norms on International Business Transactions”, Doc. No. 825-162/5, 2018, p. 1.

[8] 参见联合国：《联合国大会第 61 届会议正式记录补编第 10 号》，A/61/10，2007 年，第 390 页。

[9] See International Bar Association, “Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction”, 2008, p. 7-8. 本文主要采取三分法。为尊重外文文献，部分表述遵从两分法。

[10] 参见霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，《政法论坛》2020 年第 2 期，第 174 页。

[11] 参见孙国平：《劳动法域外效力研究》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 26-31 页。参见霍政欣、金博恒：《美国长臂管辖权研究——兼论中国的因应与借鉴》，《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期，第 82 页。

[12] 参见张世明：《欧洲竞争法域外效力中的经济统一体原则新论》，《政法论丛》2015 年第 3 期，第 25 页。

[13] 参见杜涛：《论反垄断跨国民事诉讼中域外管辖权和域外适用问题的区分——以中美新近案例为视角》，《国际经济法学刊》2019 年第 1 期，第 76 页。

近义词的观点，认为域外管辖的概念广于国内法域外适用，是一个统称概念。[14]有学者认为域外管辖、国内法域外适用、域外效力具有逻辑上的先后关系，域外管辖是前提，国内法域外适用是方法，域外效力是结果。[15]

综上所述，域外性可被理解为一种属性，是对域外管辖、国内法域外适用等行为本身性质的表象描述，可被作为域外管辖、国内法域外适用、域外效力等概念的同义词使用；域外管辖是统称概念，国内法域外适用是域外管辖的后续阶段，域外管辖是国内法域外适用的前提和基础，域外效力是域外管辖的结果和目的；具有域外效力是国内法域外适用的前提，产生域外效力是国内法域外适用的后果。

域外管辖的合法性、正当性

“合法性”（legality）有狭义和广义之分，广义的“合法性”包含了法哲学、政治哲学意义上的“正当性”（legitimacy）和法学意义上的“合法律性”，狭义的“合法性”即法学（特别是实证主义法学）意义上的“合法律性”。广义的合法性是正当性与合法律性的结合体，狭义的合法性即为合乎法律规定的合法律性。正当性主要通过合法性来体现，合法性是正当性的重要形式，但二者不能混同。正当性是为法律、法治及统治秩序寻求道德论证，而合法性的标准是符合实定法的规范原则，为社会生活提供特定意义上的正当性证明。正当性与合法性是对立统一关系，合法性是特定意义上的正当性，正当性是终极意义上的合法性。[16]本文采狭义的合法性与正当性概念，即合法性是指合法律性，即符合法律规定；正当性是指符合价值标准或道德原则。

（一）域外管辖的合法性

域外管辖是法律承认的跨国主义形式（legally recognized form of transnationalism），通过立法管辖权调控相应行为是合法的。国际法和国内法相关原则或规定为域外管辖提供了合法性基础。

1.符合国际法

域外管辖的合法性建立在被国际法所接受的基础上。国际法并未完全禁止域外管辖。判断域外管辖是否不违反国际法，要看其所适用的人、事或行为是否与立法国的和平、秩序和良好统治相关联。“一国可以在不违反国际法的前提下，对发生在他国境内的不法行为施加制裁。”[17]应从国际法中寻找国内法域外适用的根据和支持。若国际法无明令禁止，则域外管辖不违反国际法。[18]对于域外立法或司法管辖权，若国际法上不存在强制性禁止规定，则可以各国不需要许可性规则（permissive rule）即可制定或使用调整位于其领土之外的人或

[14] 参见李庆明：《论美国域外管辖：概念、实践及中国因应》，《国际法研究》2019 年第 3 期，第 4 页。

[15] 参见廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，《中国法学》2019 年第 6 期，第 22 页。

[16] 参见刘杨：《正当性与合法性概念辨析》，《法制与社会发展》2008 年第 3 期，第 18-20 页。

[17] See Hans Kelsen, General Theory of Law and State (Anders Wedberg, trans., The Lawbook Exchange, 2011), p. 209.

[18] 宋杰：《进取型管辖权体系的功能及其构建》，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 5 期，第 24 页。

行为的规则；对于域外执法管辖权，仅在国际法规则明确允许的情况下方能行使。[19]

（1）国际条约

部分国际公约或区域性公约承认在特定领域符合一定条件时的域外管辖的合法性，为某些领域的域外管辖提供了条约基础。如《联合国海洋法公约》第 220 条第 1 款将一国的立法管辖权扩展至专属经济区。《经济、社会和文化权利国际公约》第 2 条第 1 款并未将国家义务所针对的对象限制为“在其管辖下的”人。《欧洲人权公约》第 1 条中的“管辖”不限制于一个缔约国的领土范围以内，在国家代理职权和有效控制的例外情况下，缔约国在域外的行动也可能被包括在“管辖”范围之中。

部分国际组织曾积极主张形成国际管辖权一般原则或构建全球统一的管辖权规则体系，早在 2006 年联合国国际法委员会（ILC）便在第 58 号会议报告的附件中提出要为域外管辖权设置一般原则和具体规则，然而时至今日该项工作已经被搁置。[20]美洲国家国际私法协会（ASADIP）对于跨国司法救助（Transnational Access to Justice）提出了遵循 TRANSJUS 原则的倡议，[21]但实际效果欠佳。国际社会形成规范域外管辖的一般国际性或区域性公约尚任重道远。

（2）习惯国际法

管辖权是习惯国际法的产物，习惯国际法为各国决定是否在其本国领域内外行使管辖权提供合法性依据。

1935 年《有关刑事管辖权的哈佛研究公约草案的注释》中规定的属地管辖原则、属人管辖原则、保护管辖原则、普遍管辖原则，[22]构成了习惯国际法，是域外管辖的主要习惯国际法基础和依据，域外管辖在习惯国际法允许的最大范围内可获得认可。上述原则近年来被用作判断管辖权行使合法性的全球性标准（global test），即判断管辖事项与管辖权来源之间是否存在实质且善意的联系（substantial and bona fide connection）。如果能够满足这一标准，则一国域外管辖权的行使便是合法的。[23]

然而，以上原则没有为特定情形下判断域外管辖是否合法提供统一直接的权威模式，且各原则之间存在一些重叠。实践中，有关国家通常依其本国利益从上述原则中选择能够使其立法或政策具有合法性的原则。判断标准是，如果上述原则能使被告意识到他的行为可能适用某国的国内法，则域外管辖就不是武断或不公平的。

---

[19] See An Hertogen, “Letting Lotus Bloom”, The European Journal of International Law, 2016, 26 (4), pp. 907-908.

[20] See International Law Commission, “Report on the Work of the Fifty-Eighth Session”, 2006, Annex E, para 10, UN Doc A/61/10.

[21] See Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, “ASADIP Principles on Transnational Access to Justice (TRANSJUS)”, 2018, available at http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-EN-FINAL18.pdf, visited on December 26, 2020.

[22] See Edwin D. Dickinson, “Introductory Comment to the Harvard Convention Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime”, American Journal of International Law, 1935, 29 (1), p. 445.

[23] See Ian Brownlie, Principles of Public International Law (7th edn., Oxford University Press, 2008), p.311.

（3）国际法基本原则

主权平等原则属于国家的基本权利，是国际法律秩序的基础。主权平等原则要求国家被视为管辖权权力的平等享有者，如果一国声称对本应属于他国管辖的事项更有管辖利益，则此种域外管辖可能会违反或至少对主权平等原则造成威胁。互惠与对等原则（reciprocity）是国家主权平等的必然要求，意味着一国凭借某个国际法规范向他国主张权利，则该国也应受该规范的约束。[24]域外管辖不是仅赋予一国而不赋予他国的权利或特权，各国都同样有权在任何时间使用任何管辖权原则。若意欲对他国行使域外管辖的一国接受他国对本国的域外管辖，遵循互惠与对等原则，就没有理由认为其违反主权平等原则。[25]

国家享有领土完整权是国际法的既定原则，保护了一国在其领土内的排他性统治（exclusive dominion）。域外管辖可能会对一国对其领土的排他性统治造成冲击，从而违反领土完整原则。通说认为，领土完整原则是指国家实体意义上的领土不受他国权威行为的侵蚀。[26]若未对他国实体意义上的领土造成侵犯，则不构成对领土完整原则的违反。领土完整权的实质是不被其他国家施加武力的权利。域外执法管辖权和域外司法管辖权若行使不当可能会冲击领土完整原则，但域外立法管辖权因不会对他国实体意义上的领土造成侵犯而不可能违反领土完整原则。

不干涉内政原则认为若某一事项是一国内政，而他国对此事项主张域外管辖权，则该国可以援引不干涉内政原则阻止他国行使域外管辖权。但是如果不能证明某一事项是一国的内政，该国就不能援引不干涉内政原则。同时，并非所有干预行为都构成干涉，仅强迫才可以使干预被认定为被禁止的干涉行为。故即使一国的域外管辖行为可视为对他国的干预，却并不一定会被认定为干涉他国内政。[27]例如，任何一个国家都很难主张并证明其对于动物福利事项具有专属管辖权，动物保护领域的域外管辖并不违反国际法的一般原则。未在他国执行的域外立法管辖权并不构成强迫，因此不违反不干涉内政原则。美国的次级制裁因存在违反不干涉内政原则的问题而导致很难被认为具有合法性。

（4）国际软法

近年来国际实践发展表明，司法说理和国家行为赋予了国际软法性规范以半拘束力（semi-binding）的特点。诚然，软法并未被公认是国际法的正式渊源，甚至存在怀疑软法除了宣告性以外是否还具有其他作用的观点，但较之难以达成的国际条约以及具有抽象性的国际法基本原则和不确定性的习惯国际法，软法作为一般国家实践的初始步骤更容易获得广泛认可，已成为可以显示特定问题在特定时刻的现状，使各国积极参与讨论和拟定宣言及其

[24] 参见杜涛：《互惠原则与外国法院判决的承认与执行》，《环球法律评论》2007 年第 1 期，第 110 页。

[25] See Charlotte E. Blattner, Protecting Animals Within and Across Borders (Oxford University Press, 2019), p.387.

[26] See David Weil, “International Limitations on State Jurisdiction”, in Cecil J. Olmstead, Extra-territorial Application of Laws and Responses Thereto (International Law Association in association with ESC Publishing Limited 1984), p.33.

[27] See Charlotte E. Blattner, Protecting Animals Within and Across Borders (Oxford University Press, 2019), p.390.

他形式文件的有用工具。

软法能够反映各国的共同关切和信念，形成的准则是全球公认的对某一问题的共识与要求。软法是对法律确信（opinio juris）的反映，而法律确信是习惯国际法规则的核心主观要素，最终可能形成习惯国际法。联合国《商业与人权指导原则》（以下简称“《指导原则》”）[28]、《关于国家在经济、社会和文化权利领域的域外义务的马斯特里赫特原则》（以下简称“《马斯特里赫特原则》”）[29]等国际软法性文件，为包括国家和政府间国际组织在内的全球行为体（global actors）域外社会经济权利的全球义务的实现提供指引。法国在《指导原则》中的人权尽职调查的主要原则的指引下，[30]为履行其域外人权保护义务，出台了《母公司注意义务法》[31]，为法国法院就外国子公司的人权侵犯或严重损害行为行使域外管辖权提供了依据。

在对同一问题均具有管辖权的国家就管辖权问题产生争议时，即产生并行管辖权（concurrent jurisdiction）问题时，若无相关条约进行调整，且产生争议的国家间也未就该问题达成合意时，判断一国域外管辖是否符合国际法，应比较联系的紧密程度，域外行为与一国联系越紧密，域外管辖的合法性越强。同时，应当审视管辖权主张的依据：基于国际社会普遍认可的管辖权依据提出的域外管辖主张在国际法上具有确定的合法性；若是基于尚未得到普遍国际认可的管辖权依据行使域外管辖权，则虽可推定为合法，但存在不确定性；若没有管辖权依据作支撑，则该国的域外管辖主张的合法性高度存疑。最后，只有在国际法对某事项存在明确的禁止性原则时，该事项的域外管辖方可被确定为违反国际法。[32]

值得注意的是，对于国际法证明域外管辖合法性的作用，各方意见不一，构成了法律巴别塔（legal Tower of Babel）。[33]坚持法律工具主义（legal instrumentalism）的观点认为，国际法仅为证明域外管辖合法性的便利工具（convenient tool）。从美国实践看，如果国会域

---

[28] UN Human Rights Council, “Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, UN Res. A/HRC/RES/17/4 (6 July 2011).

[29] FIAN International, “Maastricht Principles on the Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights”, 2013, available at https://archive.crin.org/en/library/legal-database/maastricht-principles-extraterritorial-obligations-states-area-economic.html, visited on December 18, 2020.

[30] See European Coalition for Corporate Justice, “French Corporate Duty of Vigilance Law Frequently Asked Questions”, 2017, available at https://corporatejustice.org/documents/publications/french-corporate-duty-of-vigilance-law-faq.pdf, visited on December 18, 2020.

[31] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074 du 28 mars 2017.

[32] 参见霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，《政法论坛》2020 年第 2 期，第 185 页。

[33] See Dan E. Stigall, “International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction in U.S. Domestic Law”, Hastings International and Comparative Law Review, 2012, 35 (2), p. 323. 巴别塔的传说是指，古时人类联合起来兴建希望能通往天堂的高塔，为了阻止人类的计划，上帝让人类说不同的语言，使人类相互之间不能沟通，计划因此失败，人类自此各散东西。此处是指对于国际法在限制域外管辖中的作用的意见不统一。

外立法管辖权的行使违反国际法，美国法院一定会忽视国际法而适用本国法。[34]这或许是因为，对于美国而言，国际法虽然被视为是美国法的一部分，但其效力可能高于州法但并不一定高于联邦法。如果认为国际法在一国国内法律秩序中占据重要地位，则应当秉持域外管辖应不违反国际法的理念。法律工具主义虽然有其合理性，但功利地利用甚至类推解释国际法以证明本国实属违法的域外管辖合法，本身就是对国际法的滥用。在进行域外管辖时，应不违反国际法，拥有坚定的不可被推翻的国际法依据，才能得到国际社会的认可与接受。

2.符合宪法

合法性原则的基础是合宪性。一国域外管辖的合法性基础植根于对宪法的遵守和服从。无论在世界何处行事，一国都应当遵从其本国宪法。

在美国法视角下，在行使域外司法管辖权之前，美国法院必须首先确认根据美国宪法和任何相关法规享有此种权力。如果国会立法要将某一法律域外适用，法院应当遵从，除非将之域外适用违反宪法。宪法是美国法院域外管辖的正当性和合法性的依据和护身符。在 Reid v. Covert 案中，法官认为美国完全是宪法的产物，其权力和权威没有其他来源，只能按照宪法规定的所有限制行事。[35]依据契约理论（compact theory），宪法被认为是美国国民与美国政府之间的契约，宪法并未限制美国政府对待外国国民的方式。美国宪法中的言论自由、正当程序、征用条款（the takings clause）等规定未被限制为仅能适用于“美国人”，对宪法边界进行限制的思考最终发展成为域外管辖理论。在 Verdugo-Urquidez 案中，法官认为宪法权利可以适用于域外，除非此种适用是不可行且反常的（impracticable and anomalous）。[36]此种判断方法称为“全球正当程序”（global due process）。[37]我国学者也认为，应当在宪法性法律中为域外管辖提供概括性依据。[38]

（二）域外管辖的正当性

法律制度要具有正当性，需要道德论证与得到社会学意义上的民众的实际认可，这两个要素互依互补。具体到域外管辖的正当性，需要证明域外管辖具有合道德性（morality），同时应当证明该制度在一定程度上获得了民众的认可。

1.全球化发展和国际法发展滞后的矛盾

随着全球化的发展，人类社会利益、诉求等相互交织，密切联系，各国唇齿相依，都面临着来自于气候变化、恐怖主义、疾病传播、网络安全等共同挑战，需要世界各国合力应对。由此导致国际法律秩序与国内法律秩序的传统界限趋于模糊，为国家扩张其域外管辖权提供了一定的正当性依据。与此同时，国际法体系发展相对滞后，强制力不足，一些国家对国际法的效力产生怀疑。通过域外管辖发挥国内法对全球规则塑造的影响力，维护国际法权威、

[34] See Herma Hill Kay, Larry Kramer, Kermit Roosevelt & David L. Franklin, Conflict of Laws: Cases-Comments, Questions (10th edn., West Academic Publishing, 2018), p. 925.

[35] Reid v. Covert, 354 U.S. 1, at 5-6 (1957).

[36] Verdugo-Urquidez, 494 U.S. 259, at 278 (1990).

[37] See Gerald L. Neuman, “Whose Constitution?”, The Yale Law Journal, 1991, 100 (4), p. 920.

[38] 参见韩永红：《美国法域外适用的司法实践及中国应对》，《环球法律评论》2020 年第 4 期，第 174-175 页。

实现国际秩序核心价值、增强国际法强制执行力成为其扩张域外管辖权的正当性理由。[39]

2.对国家利益的维护和主权利益的可协调性

国际法国家中心理性选择理论（state-centered rational choice theory of international law）的核心为，国际法产生于各国基于对本国国家利益及国家间权力分配的认知，理性地追求利益最大化的行为。[40]以国家为中心的自我利益至关重要，国家利益是国家行事的根本遵循，国家利益向全球延伸是国家扩张其域外管辖权的现实原因，国家利益是域外管辖的正当性依据。Eden v. Eden 案[41]表明，当一国法院认为本国在该案中有强烈的利益，且如将其法律域外适用能够更好地实现该利益时，本国法得被域外适用。国家利益的实现是域外管辖的重要推动力，国内关切（domestic concerns）是一国应当行使域外管辖权的重要因素。域外管辖并不必然损害他国主权，各国之间可以通过充分协商实现主权利益之间的相互协调，一国行使域外管辖与他国主权利益受损之间不存在必然的因果关系。

3.域外义务

国家在一些领域承担着域外义务（extraterritorial obligations），特别体现在人权领域。[42]这些义务对于人权发挥其作为规范全球化的法律基础至关重要，并为普遍实现经济、社会和文化权利创造有利的国际环境。考虑到当今许多侵犯人权的行为具有跨国界性质，例如气候变化、生态破坏、跨国公司对他国国民的侵害等，如果不同时遵守国内义务和域外义务，就不可能实现普遍保障人权。域外义务的规范性权力不能局限于国家管辖范围，而是要求国家在必要的情形下进行域外管辖。《马斯特里赫特原则》便对国家在经济、社会和文化领域的域外义务进行了规定。

4.接受

如果相关群体接受有关治理制度为制定管理活动规则的适当机制，且该群体承认这些规则是以适当方式制定，则该治理制度具有正当性。如果外国人接受了行使域外管辖权的国家的域外管辖，此种域外管辖权行使具有正当性。在精心设计和合理应用的情况下，域外管辖可获得他国民众的认可，因此不必然会违背民主的原则和规范（democratic principles and norms）。[43]

5.避免出现法律监管真空

对于一些领域的某些问题，国际法或多数国家国内法可能未予规制，成为法律真空地带（lawless territory）。由于他国未予规定，便不存侵犯他国主权问题，此时出于国际道义的

[39] 参见车丕照：《是“逆全球化”还是在重塑全球规则？》，《政法论丛》2019 年第 2 期，第 17-18 页。

[40] 参见姚俊倩：《理性选择理论视角下的国际法与国家利益——<国际法的局限性>述评》，《武大国际法评论》2015 年第 1 期，第 343 页。

[41] CA 6056/93, 51(4) PD 197 (1997).

[42] See Klaus D. Beiter, “Extraterritorial Human Rights Obligations to ‘Civilize’ Intellectual Property Law: Access to Textbooks in Africa, Copyright, and the Right to Education”, The Journal of World Intellectual Property, 2020, 23 (3-4), p. 232.

[43] See Dan Jerker B. Svantesson, “A Jurisprudential Justification for Extraterritoriality in (Private) International Law”, Santa Clara Journal of International Law, 2015, 13 (2), pp. 537-538.

考量，行使域外管辖权便具有正当性。最为典型的例证便是基于必要法院原则（forum necessitatis）行使域外司法管辖权，为孤立无援的受害人提供司法救济，使其能够获得公正。[44]

综上所述，域外管辖在符合一定条件时具有合法性和正当性。其中合法性主要体现在不违反国际法和符合宪法；正当性植根于对国际法完善的促进功能、对国家利益的维护、履行域外义务、获得民众接受和避免出现法律监管真空地带。

三、对域外管辖的限制

一国可以为保护其国家利益进行域外管辖，但应加以限制。

（一）不得违反国际法

虽然国家的立法、行政、司法机关行使有关职权是一国国内法律和政治制度的问题，国际法允许国家基于各种理由行使管辖权，但变动中的国际法原则又产生限制和缩小其范围的效果。在行使域外管辖权时避免违反国际法是减少国家间冲突的重要方法。域外管辖既应符合实体国际法（substantive international law），也应符合立法管辖权的国际法（international law of prescriptive jurisdiction）。前者是指国际公约和条约，后者是指国际法基本原则。[45]在管辖领域之外，各国只有在国际法允许的情况下才能行使域外管辖权。

首先，不得违反国际法基本原则。为避免国际法基本原则成为国家扩大国内法适用范围而滥用的工具，应当在域外管辖领域强调国际法基本原则的强制性和义务性。若一国在行使域外管辖权时不符合国际法基本原则，则域外管辖违反国际法。国家在国际法上享有的属地优越权和属人优越权是国家主权平等原则派生出来的权利。如果以违反国家主权平等原则的方式行使一国的属地优越权和属人优越权，该属地优越权和属人优越权的行使便会丧失国际法基础，其行使的域外管辖权便具有非法性。侵犯不干涉原则的域外管辖权须被禁止。

其次，不得违反习惯国际法。在推定国内法在跨国案件特别是刑事案件中是否能域外适用的情况下，习惯国际法起着核心作用，发挥限制国家域外管辖的功能。对于立法管辖权，习惯国际法要求管辖事项与意欲行使管辖权的国家存在真实联系（genuine connection），[46]真实联系通常取决于国家与被管制主体之间的特定联系，如领土、效果、主动人格、被动人格或保护。至于普遍管辖权，真实联系在于各国普遍关注制止某些严重反人类罪行，但对此存在争议。[47]美国《第四次对外关系法重述》（以下简称“《重述》”）中的管辖合理性原则（jurisdictional reasonableness）的初步要求便是真实联系。真实联系指如果被规制对象和

[44] See Steve Coughlan, Robert J. Currie, Hugh M. Kindred & Teresa Scassa, Law Beyond Borders: Extraterritorial Jurisdiction in an Age of Globalization (Irwin Law Inc, 2014), pp. 146-148.

[45] See Zachary D. Clopton, “Replacing the Presumption against Extraterritoriality”, Boston University Law Review, 2014, 94 (1), p. 53.

[46] See International Law Commission, “Report on the Work of the Fifty-Eighth Session”, 2006, Annex E, para 10, UN Doc A/61/10.

[47] Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States IV 1 Intro. Note (Am Law Inst 2018).

寻求规制的国家之间存在真实联系，则行使立法管辖权符合习惯国际法。[48]换言之，只有利益相关国有权制定规制域外管辖的相关法律。欧盟也认可真实联系，认为真实联系是行使国家管辖权的先决条件，只有存在真实联系时才可域外管辖。[49]在 Nottebohm 案中，国际法院将真实联系定义为"以社会事实，存在、利益和情感的真正联系，以及相互权利和义务的存在为基础的法律联系"。[50]有德国学者基于美国的真实联系原则，衍生出了"实体联系理论"（Theorie von der sinnvollen Anknüpfung），用以限制一国域外管辖的自由。[51]法国学者认为，国际法允许各国为域外管辖自由设定其认为最合适的联系因素，域外管辖应当建立于存在充分联系的基础上。[52]此外，执法管辖权要求符合属地原则，未经他国同意不得在他国境内行使；[53]司法管辖权受限于国家豁免这一习惯国际法规则。[54]

最后，不得有违条约义务。依据条约必须信守原则，国内法律不能违反条约的规定，否则就构成国际不法行为，需要承担相应的后果。当一国制定本国某一领域的立法并试图赋予其域外效力时，需要考虑本国所承担的多边或双边条约义务，不得制定有违条约义务的法律。

（二）不得违反国内法

除不得违反国际法外，域外管辖还应当关注对本国法特别是宪法规定的遵守。

1.不得违反宪法

宪法限制主要针对立法管辖权和执法管辖权，但是在司法管辖权中也应遵从宪法限制。宪法限制有益于一国获得国际和国内双重支持，树立一国良好形象。[55]

从美国的实践看，法院在解释未对地域适用范围明确规定的法律条文时，认为应在制衡的宪法框架（constitutional framework of checks and balances）下进行。[56]宪法为域外民事管辖权和域外刑事管辖权均设定了一定的限制。主要对域外管辖从结构和正当程序两个角度设定限制。结构限制（structural limits）主要体现为对国会立法管辖的权力来源的审查，例如对外贸易条款（Foreign Commerce Clause）、犯罪条款（Offences Clause）、必要和适当条款（Necessary and Proper Clause）等的关切；正当程序限制对联邦政府和国会进行约束。

---

[48] Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States § 407 (Am Law Inst 2018).

[49] See Peter Behrens, "The Extraterritorial Reach of EU Competition Law Revisited: The 'Effect Doctrine' Before the ECJ", Discussion Paper No. 3/15 of Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2016, pp. 5-6.

[50] Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala), [1955] ICJ Rep 4, at 23.

[51] Karsten Kramp, Die Begründung und Ausübung staatlicher Zuständigkeit für das Verbot länderübergreifender Fusionen nach dem geltenden Völkerrecht 33 (Duncker & Humblot 1993). Vide Alexander Dlouhy, Extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts im europäischen und US-amerikanischen Recht 33 (Broschiert 2003).

[52] Voir La commission des affaires européennes, « L'extraterritorialité des sanctions américaines », Sénat, 2018, n° 17, p. 49.

[53] Case of the SS Lotus (France v Turkey) [1927] PCIJ (Ser A) No 10, 18-19.

[54] See Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy, Greece Intervening) [2012] ICJ Rep para 78.

[55] See Galia Rivlin, "Constitutions Beyond Borders: The Overlooked Practical Aspects of the Extraterritorial Question", Boston University International Law Journal, 2012, 30 (1), p. 226.

[56] See Tonya L. Putnam, Courts Without Borders: Law, Politics, and US Extraterritoriality (Cambridge University Press, 2016), p. 11.

[57]"正当程序条款使得美国法院管辖权的行使有一个外在的框架。"[58]正当程序是美国宪法衍生的概念，体现了普通法的"公平正义"追求。正当程序原则在大陆法国家的重要性也日益提高，该原则要求域外管辖不能是任意或根本不公平的，对公平与正义的追求使其能够抑制一国立法、执法和司法机关非理性地、滥用域外管辖权的冲动。

德国联邦宪法法院在《联邦情报局法》（BND）案[59]中强调，无论德国政府在何处行使权力，宪法约束都适用于它，体现了一种辐射全球的德国宪政观。德国法院强调，宪法中规定的基本权利具有域外效力，这为执法机关和立法机关的域外管辖行使施加了宪法限制。[60]

2.维护国际礼让原则

国际礼让是国内限制规则（domestic rules of restraint）。随着全球化的发展，各国之间的联系增多，各项管辖原则之间产生交叉和重叠，导致各国在管辖时存在冲突。特别是在维护国家主权和国家利益面前，各国都很难让步。为此，有必要运用国际礼让原则限制域外管辖，使一国在行使管辖权时尊重他方利益、对本国行使管辖权的行为有所节制。

国际礼让原则强调国家之间应相互尊重主权与利益，尊重他国的立法、行政或司法行为，要求一国的司法或政府部门在适用规定或适用有域外效力的法律时保持克制。《重述》第 401 条规定："国际礼让反映了在国际法未作强制规定时对他国的尊重。"[61]国际礼让原则对于限制域外管辖权的行使可发挥较大作用，能够限制国内法的地域适用范围，发挥潜在威力且具有实效。

国际礼让原则可进一步细分为"立法礼让"（prescriptive comity）和"司法礼让"（comity of courts）。依据立法礼让，法院在解释含义模糊的法条时应避免对他国主权的不合理干涉；依据司法礼让，法官得拒绝受理在他国得被妥善判决的案件。立法礼让是对域外管辖的合理限制，主要体现为对联邦法地域适用范围的限制，主要工具是反域外适用推定（presumption against extraterritoriality）、Charming Betsy 原则[62]等；司法礼让则主要是不方便法院和正当程序原则的适用。[63]国际礼让原则还可划分为"消极礼让"和"积极礼让"，前者限制本国管辖权的行使，后者承认和执行外国判决，并在本国法院适用外国法。[64]虽然消极礼让被更广泛

---

[57] See Dan E. Stigall, "International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction in U.S. Domestic Law", Hastings International and Comparative Law Review, 2012, 35 (2), pp. 340-341.

[58] 参见郭玉军、甘勇：《美国法院的"长臂管辖权"——兼论确立国际民事案件管辖权的合理性原则》，《比较法研究》2000 年第 3 期，第 266 页。

[59] 1 BvR 2835/17 (2020).

[60] See Russell A. Miller, "The German Constitutional Court Nixes Foreign Surveillance", Lawfare, May 27, 2020.

[61] Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States § 401 cmt. A (Am Law Inst 2018).

[62] Charming Betsy 原则要求对美国国内法的解释不应违反国际法。See Donald Earl Childress III, "International Conflict of Laws and the New Conflicts Restatement", Duke Journal of Comparative & International Law, 2017, 27 (3), p. 367. 有关反域外适用推定的解释详见下文。

[63] See William S. Dodge, "The New Presumption Against Extraterritoriality", Harvard Law Review, 2020, 133 (5), p. 1624.

[64] 参见陈兵、顾敏康：《<谢尔曼法>域外适用中"礼让"的变迁与启示——由我国"维生素 C 案"引发的思考》，《法学》2010 年第 5 期，第 104 页。

地接受，但积极礼让原则对于解决因域外管辖而引发的冲突具有更现实的意义。

然而，该原则因其自身的不确定性会使判决结果具有不可预测性，且使法官承担了解他国利益的过重压力，因而受到质疑。国际礼让原则是一个自由裁量的概念，而非法律义务，[65]可能会不恰当地扩大公共政策和国际政治在国内法院中的作用，是政治工具而非法律工具，就这一点而言该原则并非是令人满意的限制域外管辖的方式。应提高国际礼让原则的地位，将其重新定义为法律测试（legal test）的支配原则，以解决域外管辖背景下主权国家的利益竞争。[66]在美国，运用国际礼让限制域外管辖已经成为其司法理论上一个牢不可破的观点。[67]欧盟学者也认为，鉴于欧盟基础条约和其他相关条例等并未明确规定欧盟法域外适用及相应前提条件，相关问题只能通过对具体法律规范的解释加以解决，同时应当考虑国际礼让等原则。[68]中国近期司法实践也开始运用国际礼让原则，最高人民法院在 2019 年的一个案件中指出，对于审查是否应准许禁止当事人申请执行域外法院裁判以及禁止其在域外寻求司法救济的行为保全申请，也应考量国际礼让因素。[69]体现了我国法院在行使域外管辖权时的克制。

虽然国际法没有规定处理相互竞争的管辖权原则的优劣顺序，但许多国家制定了处理实际或潜在国内法重叠冲突的规则，以减少发生冲突的可能性。例如，一些国家推定不在域外适用本国法律，体现了国际礼让的理念。

需要注意的是，不同国家的国际礼让原则的理论基础存在一定差异。美国运用国际礼让原则是为了佐证美国法院自由裁量权的正当性；而欧洲大陆法系国家运用国际礼让原则是出于对其他国家主权和管辖权的尊重。在进行域外管辖时，既应遵守立法礼让，也应遵守司法礼让，以积极礼让作为发展目标，将国际礼让原则作为利益衡量分析时的必须要考虑的因素之一，使国际礼让原则成为限制域外管辖权滥用的“安全阀”。

国际礼让原则在立法管辖权、司法管辖权和执法管辖权领域均可发挥限制作用：在立法管辖权方面，要求法律制定适当考虑他国合法利益，或避免采用特定立法技术以免触及任何礼让问题；在执法管辖权方面，行政机关应谨慎行使执法权力，防止政治化滥用；在司法管辖权方面，法院可将礼让作为指导法院行使司法管辖权的解释原则。[70]

3.遵循成文法解释原则

法律解释是法律实施的前提，立法机关、行政机关、司法机关均可为法律解释的主体。美国法院通过反域外适用推定和合理性解释原则（principle of reasonableness in

[65] See Cedric Ryngaert, Jurisdiction in International Law (2nd edn., Oxford University Press, 2015), p. 136.

[66] See S. Nathan Park, “Equity Extraterritoriality”, Duke Journal of Comparative and International Law, 2017, 28 (1), p. 170.

[67] Hartford Fire Ins. Co. et al. v. California et al., 509 U.S. 764, 818 (USSC 1993).

[68] Rehbinder, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EU (Teil 1), 5 Aufl., C.H. Beck 2012, II. Abschnitt, A, Rn. 1.

[69] 康文森申请执行德国法院关于华为侵犯 SEP 的判决民事裁定书，中华人民共和国最高人民法院（2019）最高法知民终 732、733、734 号之一，2020 年 9 月 11 日。

[70] See Steve Coughlan, Robert J. Currie, Hugh M. Kindred & Teresa Scassa, Law Beyond Borders: Extraterritorial Jurisdiction in an Age of Globalization (Irwin Law Inc, 2014), pp. 43-44.

interpretation）这两个成文法解释原则限制美国法的地域适用范围。两者都属于“立法礼让”，是习惯国际法要求之外的国内法问题。[71]美国《第四次对外关系法重述》第 404 节是反域外适用推定，第 405 节是合理性解释原则。反域外适用推定是指除非国会明确表明，否则法律只得在领土管辖范围内适用。合理性解释原则指出作为立法礼让，法院可以在解释条文时纳入其他限制因素。[72]

反域外适用推定（presumption against extraterritoriality）是一种灵活的法律解释工具，起源于国际法的领土主权原则，是法律解释的法官造法规则，最初是用于避免与国际法冲突，现在则是为了防止与外国法的意外冲突导致国际矛盾不和，这一推定也反映了美国国会“主要关注国内情况（domestic condition）”的假设。反域外适用推定不是宪法性原则，并不支配宪法的域外适用。反域外适用推定不排除其他限制因素的适用，但会使得其他限制因素无用武之地。[73]反域外适用推定为域外管辖权的行使增设了屏障，因为一旦认为本国法院对案件享有管辖权，则对域外适用范围的判断就失去意义。同时，反域外适用推定使国际法在一国法院实践中起到更为重要的作用，在将国内法域外适用的案件中，一国法院常须借助国际法证明将国内法适用于域外的合法性和正当性。这一推定允许美国法院对联邦法规的地理范围逐条（provision-by-provision）分析进行确定，具体做法是采用行为标准、效果标准、交易标准或其他标准，依据国会对地理范围所表达的意图和该条款的焦点（focus）加以确定。逐条确定的方法不同于个案（case-by-case）分析，它否认美国法院有权根据自己对每个案件的合理性的直觉不适用联邦法律，从而保证法律域外适用更公平和更具可预见性。

合理性解释原则是反域外适用推定的补充原则（residual principle），在反域外适用推定尚未考虑到其他国家的利益时才应适用。第 405 节以“避免不合理地干涉其他国家的主权权力”的原则为基础。该节所言“限制因素”，其实是对礼让的反映。第 405 节并未列明限制因素，法院可依据文本、立法历史和特定条文的目的解释礼让限制。[74]合理性解释原则关注其他国家合法的主权利益，有助于不同国家就可能相互冲突的法律进行协调。

从国际法层面看，符合习惯国际法关于真实联系要求的域外管辖具有合理性。 从国内法层面看，通过反域外适用推定和合理性解释原则可以实现合理的域外管辖，防止滥用。在判断是否合理时，可将下列原则或学说作为其他限制因素加以考量：

第一，国家行为理论（act of state doctrine）。该理论是一国法院运用的对域外管辖加以限制的国内法律学说（domestic legal doctrines）。国家行为理论是指一国法院不能审查他国在其管辖范围内所做行为的合法性。[75]国家行为理论不会剥夺一国法院的管辖权，法院对

[71] See William S. Dodge, “Jurisdictional Reasonableness Under Customary International Law: The Approach of the Restatement (Fourth) of US Foreign Relations Law”, Questions of International Law, 2019, 62, p. 6.

[72] Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States § 405 (Am Law Inst 2018).

[73] Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States § 405 Reporters’ Notes 4 (Am Law Inst 2018).

[74] Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States § 405 cmt. D (Am Law Inst 2018).

[75] See Jacob Schuman, “Developments in the Law – Extraterritoriality”, Harvard Law Review, 2011, 124 (5), p. 1242.

争议当事人有管辖权，只是当国家的行为处于争议之中时，法院将不对其行为进行评价。只要一项行为是国家出于公共利益目的所为，即可援引国家行为理论。在国家或其政府未被控告，但法院被要求对外国政府在其领域内所实施之行为作出判断时，法院可以外国主权行为不受法院审查为由，拒绝行使域外司法管辖权。国家行为理论是司法机关的自我设限和自我克制。

第二，比例原则（proportionality principle）。该原则被称为法律的"黄金法则"（golden rule of law）。比例原则包含适当性原则、必要性原则和狭义比例原则三个子原则。将比例原则作为限制域外管辖的方法，是一个相对新颖和未被探讨的领域。因此，比例原则的在域外管辖限制过程中的适用标准尚不明确。虽然有少数学者认为合理原则即为比例原则，[76]但主流观点是比例原则与合理原则相似但不相同，是一种竞争利益（competing interests）平衡分析方法。比例原则除考虑国与国之间的利益衡量问题外，还会将当事人利益考虑在内。鉴于比例原则是效果理论适用的限制因素，法院可将之作为限制以效果理论为基础的过度域外管辖权行使的有用工具。比例原则得被用于排除不合比例地非必要的域外管辖情形。

第三，三权分立原则。以美国为主的国家主张通过对三权分立的尊重限制域外管辖。法院应当避免将国内法过度解读为具有域外管辖的效力，因为此种不当自由裁量权的行使会给行政机关和立法机关协调对外关系造成困扰。法院并不适合决定协调不同国家的利益，这也并非美国法律体系下法院应尽的职责。依据三权分立原则，立法权、行政权、司法权应当各司其职，而不应越俎代庖。因此，基于对三权分立的尊重，法院不应插手国际关系的敏感问题。

第四，己所不欲勿施于人。一国在作出域外管辖决定前，应当设身处地，考虑若他国在本国境内作出域外管辖行为时，本国的态度可能为何。若本国对此种域外管辖行为持强烈反对态度，则他国同样可能反对本国进行域外管辖。此时，该国不应行使域外管辖权。同时，一国应当意识到特定管辖权的行使可能对国际法规范本身的形成或解释产生影响。虽然一国在某一问题上行使域外管辖权在短期内可能使其获利，但这可能会引起他国的竞相效仿，以至于对该国的中期或长期利益不利，形成反噬。为避免这种情况的发生，各国在行使域外管辖权需要更为理性谨慎。

实际上，对于域外立法管辖的限制较少，而对域外执法管辖和域外司法管辖的限制较多。域外立法管辖主要要求不违反国际法特别是应植根于习惯国际法；域外执法管辖要求通过国际合作协调机制或条约等形式获得他国同意；域外司法管辖应当受域外立法管辖和域外司法管辖两套规则的制约，因为法院承担适用或解释法律规则、证据开示等任务，这既包括"立法活动"，又包括执法活动。

总之，有关国际社会的实践表明，应当从两个维度对域外管辖进行限制：一是遵循国际法要求，尊重国际法；二是自我克制，符合国内法特别是宪法限制，通过国际礼让原则、合

[76] See Stefano Saluzzo, "The Principle of Territoriality in EU Data Protection Law", in T. Natoli, A. Riccardi, Borders, Legal Spaces and Territories in Contemporary International Law (Springer, 2019), p. 136.

理性原则等对国内法域外适用进行自抑，避免出现“长臂部门法和短臂宪法”[77]的情形。

四、结语

域外管辖并非新生事物。新的只是域外管辖发生在世界更多国家和更多领域。随着时代的变迁和科技的发展，世界各国互相联系、互相依存的程度越来越高，传统的严格属地主义原则和对主权的保守理解已不能满足解决现实矛盾的需要。域外管辖成为越来越多国家解决全球性问题、跨国冲突、维护国家利益的重要法律方法和“新常态”。域外立法、执法、司法管辖的实践愈加丰富，特别是在互联网、生态环境、金融监管等领域，各国都越来越需要将其法律强加于境外的活动，以使这些法律更加有效。遵循适度合理限制的域外管辖具有合法性和正当性，可以在全球治理中发挥应有作用。但同时，单边主义的域外管辖也会导致不同国家强制性规则重叠适用于全球运营者、活动或市场的现象更加频繁发生，从事跨国或全球活动的个人和实体常常陷于相互矛盾的法律标准和义务中。无论是从个人或实体的微观角度看，还是从全球福利的宏观角度看，都不应该忽视法律叠加适用的负面影响，对域外管辖不加适当限制地滥用会引发、助长去全球化进程和回归属地主义，最终损人害己。

加快中国法域外适用的法律体系建设是我国涉外法治体系完善的重中之重，既有战略性又有紧迫性。目前我国含有域外管辖内容的立法已经具有一定规模，从总体上看，我国立法对域外管辖持谨慎克制态度。存在的主要问题是：域外管辖法律体系尚不够健全，缺乏顶层设计；对于是否域外管辖，有的规定模糊不清，有的规定较为原则，缺乏可操作性，有的立法并未意识到域外管辖的问题，处于“无自觉意识”状态；有的立法层级低，没有上位法依据；有的立法目标政策不明确；有的法律责任模糊。同时，行政执法能力和司法能力亟待提高。特别是对域外管辖的核心问题，域外管辖对象、域外管辖条件及其限制无论是立法、实践还是理论研究均存在不足。我国域外管辖应在准确界定域外管辖的基础上，以宪法序言中的和平共处五项原则、互利共赢开放战略，推动人类命运共同体建设为理念，以维护国家利益，构建公平公正的域外管辖的立法、执法和司法体系，维护国际秩序和谐、保护当事人合法权益为目标，秉持国内法治与国际法治统筹推进，坚持不违反国际法和国内法原则，遵循国际礼让、合理限制等原则，采纳适当的域外管辖依据，构建适度的域外管辖的立法、执法和司法边界，有所为、有所不为地构建合理行使域外管辖权的治理体系，树立域外管辖的“中国法律模式”，为应对全球性挑战、为人类命运共同体建设贡献中国智慧和中国力量。

[77] See Mark Gibney, “Policing the World: The Long Reach of U.S. Law and the Short Arm of the Constitution”, Connecticut Journal of International Law, 1990-1991, 6, pp. 103-126.

Legality, Legitimacy and Limitations of Extraterritoriality

GUO Yujun WANG Yan

Abstract: The concepts of extraterritoriality, extraterritorial jurisdiction, extraterritorial application of national laws, extraterritorial effect are similar but not totally the same. Among those terms, extraterritoriality is the superordinate concept. Extraterritoriality's nature of unilateralism and the exorbitant extraterritoriality of the USA in particular trigger the fierce debates and conflicts about its legality and legitimacy. Seeing that the traditional boundary between the international legal order and the domestic one is more and more ambiguous and the development of international law has a relatively bleak outlook, in order to avoid the lawless territory, the moderate extraterritoriality becomes a sure alternative to the multilateralism and the bilateralism. Extraterritoriality which conforms to the international law and constitutional law has the legality. Widely accepted extraterritoriality which takes the national interests and the extraterritorial obligation in account has the legitimacy. However, the extraterritoriality should not exceed the necessary outer boundary. It should be framed by necessary limitations such as the non-violation of international law, international comity, reasonableness and so on. A profound understanding and coping with extraterritoriality as well as its limitations will safeguard national interests effectively, motivate the realization of national foreign policy, protect the lawful rights and interests of the parties, and promote the harmony of the international community.

Key Words: Extraterritoriality, extraterritorial jurisdiction, extraterritorial application, extraterritorial effect, national interests, international law

诉讼离婚冲突规范的司法应用

侯国鑫

（华南师范大学 法学院，广东 广州 510631）

摘　要：在涉外诉讼离婚案件中，部分法官将夫妻财产关系与父母子女关系纳入诉讼离婚范畴，与夫妻身份关系一并适用涉外诉讼离婚冲突规范。笔者认为涉外诉讼离婚的法律范畴应仅包含夫妻人身关系，法官不能仅仅依法院地法说进行识别，将夫妻财产关系与父母子女关系定性为诉讼离婚，否则将排斥夫妻财产关系冲突规范与父母子女关系冲突规范的适用，忽略夫妻财产关系法律适用中的合意选法原则，无法实现对父母子女关系中弱者权益的保护。诉讼离婚是解除婚姻关系的一种方式，离婚以及因离婚所引起的实体问题可以在同一诉讼中进行审理，在适用冲突规范的过程中，则应明确诉讼离婚冲突规范不能排斥夫妻财产关系与父母子女关系准据法的适用。对于涉外诉讼离婚中夫妻财产关系、父母子女关系，应分别适用冲突规范，以尊重夫妻财产关系的契约性，保护父母子女关系中的弱势群体。

关键词：涉外诉讼离婚 夫妻身份关系 夫妻财产关系 父母子女关系 识别

The judicial application of the Litigation divorce conflict rule

ABSTRACT

In divorce cases involving foreign litigation, some judges include the proprietary consepqences of marriage and parent-child relationship into the scope of divorce litigation, and apply the rules for divorce conflict in foreign litigation together with the personal effect of marriage. The author believes that the legal scope of divorce in foreign-related litigation should only include the personal effect of marriage. The judge cannot only identify the proprietary consepqences of marriage and parent-child relationship as a litigation divorce according to the law of the court. Otherwise, the conflict between the proprietary consepqences of marriage and parent-child relationship　will be excluded.The application of the relationship conflict norms ignores the principle of autonomy of will in the application of the law of the proprietary consepqences of marriage, and cannot realize the protection of the rights and interests of the weak in the parent-child relationship.Litigation divorce is a way to dissolve the marriage relationship. Divorce and the substantive issues caused by the divorce can be heard in the same litigation. In the process of applying the conflict criterion, it should be clear that the litigation divorce conflict criterion cannot exclude the property relationship between the husband and the parent. The application of applicable laws on the relationship between children. Regarding the property relationship between husband and wife and the relationship between parents and children in foreign-related divorce proceedings, conflict rules should be applied separately to respect the contractual nature of the property relationship between husband and wife and protect vulnerable groups in the relationship between parents and children.

KEY WORDS:divorce in foreign litigation；personal effect of marriage；the proprietary consepqences of marriage；parent-child relationship；qualification

引言

《法律适用法》第 27 条规定了涉外诉讼离婚冲突规范：诉讼离婚，适用法院地法律。该规范指引法官在涉外诉讼离婚司法实践中，适用法院地法对夫妻身份的存续进行裁判。笔者查阅了援引第 27 条的司法案例，发现实践中存在将离婚时夫妻财产关系与父母子女关系共同适用诉讼离婚冲突规范的现象。夫妻身份关系适用该冲突规范毫无争议，但夫妻财产关系和父母子女关系能否援引该冲突规范则需要进一步探究。

对适用诉讼离婚冲突规范案件的梳理

笔者整理了中国裁判文书网、北大法宝案例库中援引《法律适用法》第 27 条的案例，发现在涉外司法实践中，法官对诉讼离婚冲突规范的援引存在不同模式。

第一类模式中仅夫妻身份关系适用诉讼离婚冲突规范。在该类案件中，夫妻一方请求法院裁判解除婚姻关系，法官认为以诉讼方式解除婚姻关系，应援引诉讼离婚冲突规范，依法院地法（中国法）进行裁判；[1]

第二类模式中夫妻身份关系、夫妻财产关系与父母子女关系共同适用诉讼离婚冲突规范。在该类案件中，法院认为离婚时夫妻身份关系、财产分割与父母子女关系，属于诉讼离婚范畴范，因此援引诉讼离婚冲突规范一并指引准据法。[2]

通过梳理，我们发现部分法官仅将夫妻身份关系适用涉外诉讼离婚的冲突规范，部分法官则将夫妻财产关系与父母子女关系纳入涉外诉讼离婚范畴，与夫妻身份关系一并适用涉外诉讼离婚的冲突规范。解除夫妻身份关系援引涉外诉讼离婚冲突规范并无争议，因为“解除夫妻人身关系，是离婚的直接效力。”[3]但离婚时夫妻财产关系与父母子女关系能否适用涉外诉讼离婚的冲突规范，需要对该问题进行深入的分析与说理。选择何种适用模式将影响《法律适用法》的正确适用，事关司法实践能否实现冲突规范的价值取向并保护当事人的合法权益。

从诉讼离婚的识别看冲突规范的适用

探究诉讼离婚冲突规范应如何适用，首先要对“诉讼离婚”这一法律概念进行识别。《法律适用法》规定法官依“法院地法说”进行识别，因此要在国内法中寻找答案。

《婚姻法》没有对“诉讼离婚”的概念进行定义，但将诉讼离婚规定为离婚的一种方式，指夫妻一方基于法定的离婚原因，向人民法院提出离婚请求，法院依法对此进行调解、判决的制度。[4]诉讼离婚是形成之诉，婚姻关系的解除是其诉讼标的，它首先导致夫妻身份关系的终止。因为夫妻身份关系的解除是诉讼离婚的直接效力，所以夫妻身份关系适用诉讼离婚

[1] 参见（2019）辽 0112 民初 5322 号，此类案件还有（2018）豫 1121 民初 556 号、(2015) 深南法沙民初字第 498 号、（2020）闽 01 民终 751 号、（2017）辽 0283 民初 6280 号、（2019）云 3102 民初 1322 号。

[2] 参见（2015）南法民一初字第 805 号，此类案件还有（2013）川民提字第 516 号、（2015）南法民一初字第 805 号、（2017）粤 0305 民初 29 号、（2018）粤 1973 民初 20672 号、（2016）闽民申 1983 号。

[3] 余延满:《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版，第 347 页。

[4] 参见马忆南:《婚姻家庭继承法学（第四版）》，北京大学出版社 2019 年版，第 144 页。

冲突规范不存在争议。在我国的冲突规范体系中，《法律适用法》与《民法通则》一脉相承，均规定诉讼离婚适用受理案件的法院所在地法律，这是因离婚制度涉及一国公共秩序、民众心理以及善良风俗，所以法院需要遵守法院地的法律。值得注意的是《民法通则》与《法律适用法》均没有说明“该冲突规范规定的是诉讼离婚的条件还是效力或是全部相关问题都适用法院地法”，[5]因此造成了法律适用上的争议。

离婚时夫妻财产关系、父母子女关系等实体问题应如何处理，《婚姻法》没有明确规定，但学界认为婚姻关系的解除引起一系列法律后果，“诸如夫妻财产关系的终止、债务的清偿、子女抚养方式的变更以及探望权的行使等，”[6]这些问题对家庭、社会均产生重大影响。学者认为“离婚之诉为本质的合并之诉，不但要解决是否准予离婚，而且在准予离婚时必须一并解决离婚的诸多法律后果问题。”[7]实务界也赞同这种观点，最高人民法院民事审判第一庭在其司法评述中表示：“一般情况下，对完整意义上的离婚而言，无论协议离婚还是诉讼离婚，双方都应当解决包括婚姻关系解除、夫妻共同财产分割以及子女抚养在内的全部问题”。2010 年 6 月 22 日，上海市高级人民法院发布了《婚姻家庭纠纷办案要件指南（三）》，该文件第三部分第一条第三款明确规定：“请求分割夫妻共同财产，应在离婚时提出；离婚后请求分割或再次分割夫妻共同财产的，应当符合法律、司法解释对起诉期限做出的规定。”2006 年广东省高级人民法院发布了《关于审理婚姻纠纷案件若干问题的指导意见》，该文件第三条规定人民法院受理诉讼离婚案件时，应当告知当事人可以探望子女的权利提出诉讼请求；第四条规定人民法院可以就涉及《收养法》实施后发生收养行为效力的离婚案件，对被收养的未成年子女的生活照顾问题在判决书中予以处理。司法实践中雷某某诉宋某某离婚纠纷案，李汉兰与付翔离婚案、宋振洲诉宋湘敏离婚纠纷案、[8]马高波诉王冬英离婚纠纷案以及庄丽琴诉范春勇离婚案，[9]体现了对上述理论的实践。此外若因夫妻身份关系的解除，对相关家事关系提起诸多独立诉讼而非一并处理，将有违司法经济原则，对司法资源造成极大浪费。

笔者认为在国内司法实践中将离婚以及因离婚所引发的实体问题一并处理并无争议，这是有司法解释、司法实践支撑的。但国际私法调整的国际民事法律关系具有涉外性质，是广义上的民事法律关系，使它同国内存粹的民事法律关系有所区分，离婚以及离婚所引发的实体问题适用何种法律才是国际私法所要讨论的问题，而非是否并案处理。法官依据法院地法说，将诉讼离婚时夫妻财产关系识与父母子女关系识别为诉讼离婚法律范畴，进而适用涉外诉讼离婚冲突规范，这是错误的。冲突规范作为一种特殊的法律规范，是明确某一涉外民事

[5] 乔雄兵:《涉外离婚的法律适用：传统、变革及发展——兼评<涉外民事关系法律适用法>有关规定》，载于《江汉学术》2013 年第 6 期，第 47 页。

[6] 参见马忆南:《婚姻家庭继承法学（第四版）》，北京大学出版社 2019 年版，第 102 页。

[7] 杨立新:《家事法》，法律出版社 2013 年版，第 135 页。

[8] 参见最高人民法院、最高人民检察院:《司法解释与指导案例（第五版）》，中国法制出版社 2018 版，第 117 页。

[9] 参见最高人民法院、最高人民检察院:《司法解释与指导案例（第三版）》，中国法制出版社 2014 版，第 127、129 页。

关系应适用何种法律的选择规范，这使它不同于实体法规范也不同于诉讼法规范，[10]法官在进行识别时，不能将涉外法律实践与国内法实践简单等同，忽视了《法律适用法》的特殊性。在涉外诉讼离婚中，夫妻间身份关系当然消灭，但离婚后的财产分割的适用，就要考虑到夫妻财产制准据法，对于离婚后子女的监护与抚养，要考虑适用父母子女关系的准据法。[11]

三、夫妻财产关系不能适用诉讼离婚冲突规范

笔者认为不能仅以“法院地法说”推导离婚时夫妻财产关系适用涉外诉讼离婚冲突规范。法官依据“法院地法”进行识别时，并没有明确的标准，其自由心证将一定程度影响案件的定性。在现有的冲突规范体系，我们无法得到这样的指引。此外离婚时夫妻财产关系适用诉讼离婚冲突规范将排斥《法律适用法》第 24 条的适用，单一适用法院地法将无视夫妻财产关系法律适用中的合意选法原则，违背《法律适用法》的立法目的。

（一）夫妻财产关系的法律适用应尊重当事人合意选法

夫妻财产关系又称夫妻财产制，是指男女双方在婚姻存续期间对家庭财产的权利、义务，涉及婚姻对夫妻双方婚前财产的效力，婚姻存续期间所获财产的归属，夫妻对财产的管理、处分，以及夫妻间债务承担问题。[12]《法律适用法》第 24 条规定了夫妻财产关系的法律适用，当事人可以有限的协议选择适用准据法，没有选择准据法时由当事人共同属人法来予以确定。该冲突规范强调尊重当事人合意选法，当事人所选择的法律用于支配双方之间的财产关系。该项原则作为一项国际私法立法的创新与突破，被《法律适用法》提升到了基本原则的高度，充分说明了“尊重当事人自主意识”为立法的真实意图。[13]

在司法实践中，如果法官将离婚时夫妻财产关系适用诉讼离婚冲突规范，将剥夺夫妻间协商选择适用法律的权利，违背夫妻财产关系的契约性，[14]不利于夫妻财产的保护。部分国家在其立法与判例上将婚姻关系看作一种特殊的契约关系，因此在涉外夫妻财产关系的法律适用问题上，均主张适用意思自治原则，例如奥地利、美国、英国、日本等。[15]之所以对合意选法的范围进行限定，是因为夫妻财产关系不同于合同领域的财产关系，它是家庭关系中的一个重要部分，涉及伦理道德、 善良风俗、家庭与社会的稳定，“如果允许当事人任意选择法律，难以保护处于弱势地位的妇女的合法权益，造成社会秩序的不稳定。”[16]此外诉讼离

[10] 参见韩德培:《国际私法（第三版）》，高等教育出版社 2014 年版，第 391 页。

[11] 参见杜涛:《国际私法原理》，复旦大学出版社 2014 年版，第 170 页；宋连斌、陈曦:《<涉外民事关系法律适用法> 第 24 条的司法应用——基于 48 份公开裁判文书的分析》，载于《国际法研究》2018 年第 1 期，第 97 页。

[12] 参见杜新丽:《国际私法》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 174 页。

[13] 王姝:《意思自治原则在涉外婚姻司法实践中的困境与出路——兼评<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>第 24、26 条》，载于《法律适用》2017 年第 23 期，第 114 页。

[14] 参见汪金兰:《关于涉外婚姻家庭关系的法律适用立法探讨——兼评<涉外民事关系法律适用法>(草案) 的相关规定》，载于《现代法学》2010 年第 4 期，第 164 页。

[15] 参见韩德培:《国际私法（第三版）》，高等教育出版社 2014 年版，第 224 页。

[16] 许军珂:《论当事人意思自治原则在<涉外民事关系法律适用法>中的地位》，载于《法学评论》2012 年第 4 期，第 52 页。

婚冲突规范作为单边冲突规范，单一的连接点不能体现夫妻间合意选法的理念，这背离了夫妻财产关系具有契约性的理念。[17]法院地法本身就关切本国的风俗习惯、公共秩序、社会道德、法律理念，是强制适用本国法的体现，如果将离婚时夫妻财产关系纳入涉外诉讼离婚冲突规范的适用范畴，那么夫妻财产制度中的“意思自治”将无法实现。

（二）夫妻财产关系冲突规范应得到适用

在《法律适用法》出台前，对于夫妻财产关系的法律适用没有专门的规定，仅在《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民通意见》）第 188 条有所提及，并且与离婚的法律适用规定在一起，规定我国法院受理的涉外离婚案件以及引起的财产分割适用我国法律。该法规作为有限制的双边冲突规范，规定了我国法院受理的涉外离婚案适用法院地法，其夫妻财产关系也适用法院地法（中国法）处理。此种规定与我国实行法定夫妻财产制项下的夫妻共同财产制有关，该财产制度依照法律规定直接适用处理现实夫妻财产关系，[18]因此由离婚引发的夫妻共同财产制的终止，也即夫妻共同财产的分割，也依照法律规定进行处理，无需当事人合意选法。但笔者认为，对上述司法解释进行解读时，不能仅依据涉外离婚与财产分割适用共同的连接点，就认为它们同属一个法律范畴，《民通意见》第 188 条应囊括了三条冲突规范，即涉外离婚适用我国法律；因离婚而引起的财产分割适用我国法律；认定其婚姻是否有效适用婚姻缔结地法律。该司法解释将婚姻效力问题与离婚的实体问题进行了区分，其中婚姻效力问题适用婚姻缔结地法律，而夫妻身份关系的存续，与夫妻财产分割同作为实体法问题，共同适用我国法律。因此在我国的冲突规范中，并没有规定涉外诉讼离婚与离婚时夫妻财产分割同属共同的法律范畴，适用中国法仅仅是因为连接点相同，当《法律适用法》以明确的冲突规范对夫妻财产关系的法律适用进行规定时，法官不能依照旧有的逻辑拒绝对其适用。

（三）夫妻财产关系不因离婚区别适用不同的冲突规范

最高人民法院民事审判第四庭在其编著的《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》中写道“第 27 条与第 24 条涉及的财产关系并不一致。前者是因离婚这个法律事实的发生而产生，解决的是离婚后的法律关系，即财产分割；而后者则是指婚姻关系存续期间所产生的权利义务，夫妻财产关系是调整夫妻在存续期间的财产归属问题。”[19]由此可以看到，民四庭认为夫妻财产关系因诉讼离婚这一法律行为割裂开来，导致其在不同阶段适用不同冲突规范，离婚时所产生的夫妻间财产分割应适用第 27 条。

笔者不赞同上述观点，夫妻财产制包含夫妻财产关系在夫妻关系终止后应如何清算的问题，[20]夫妻财产分割属于对财产的处理，隶属于夫妻财产关系范畴。我国的夫妻财产制包括

---

[17] 参见于飞:《意思自治原则在涉外离婚领域的适用》，载于《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2011 年第 1 期，第 52 页。

[18] 参见马忆南:《婚姻家庭继承法学（第四版）》，北京大学出版社 2019 年版，第 87 页。

[19] 万鄂湘、刘贵祥、王玩、于喜富、王天红、王玩:《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版，第 205 页。

[20] 参见余延满:《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版，第 253 页。

法定财产制与约定财产制，在契约财产制中，夫妻可以因离婚时财产争端向法院提出诉求，在法定财产制中，当事人也可以就达成协议的财产分割协议，请求法院判决，法官将夫妻财产分割作为离婚的法律后果一并加以解决，仅作为一种处置条款，基于双方无法就财产问题进行协商处理，但并不排斥夫妻对财产的处分权。因此不能认为夫妻双方合意选法的权力在诉讼离婚中被排除，财产分割并非一个独立的法律关系。因此民四庭的观点不具有说服力。

（四）夫妻财产关系的法律适用应体现密切联系原则

制定一项冲突规范，其连接点要注意选择的范围。在夫妻财产关系冲突规范的制定中，需要注意“被选择法律与配偶的客观联系，离婚领域的意思自治对选择法律的空间有着较为严格的限制,即所作选择要与配偶具有客观联系，”[21]大多数国家会规定适用婚姻一般效力的准据法，也即支配夫妻人身关系的准据法，如德国、罗马尼亚、奥地利等。[22]《法律适用法》也有体现，即“当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。”当事人若未选择准据法，需要适用冲突规范进行指引，采用最密切联系原则，才能有效的保护夫妻间财产，因此各国在制定夫妻财产关系准据法时，并非僵硬的适用法院地法。如果忽视财产与适用法律之间的实际联系，不仅使夫妻无法预见其财产行为的预期后果，也将会出现无法执行的情况，因为域外财产所在国在执行裁判文书时会进行审查，如果没有实际联系，法官很难不会认为当事人在通过挑选法院进行法律规避。

四、父母子女关系不能适用诉讼离婚冲突规范

笔者认为父母子女关系适用诉讼离婚冲突规范将排斥《法律适用法》中相关冲突规范的适用，单一适用法院地法不利于父母子女关系中弱者利益保护，从而违背《法律适用法》的立法目的,此外并不能从现有冲突规范体系中推导出离婚时父母子女关系适用涉外诉讼离婚冲突规范。

（一）父母子女关系的法律适用应保护弱者利益

父母子女关系又称亲子关系，是指基于子女出生或收养的事实而形成的亲权关系，国际私法所调整的涉外父母子女关系依照父母子女间是否有血缘关系分为亲生父母子女关系和养父母子女关系，涉及婚生子女、非婚生子女的准证、收养、父母子女关系的效力等问题。各国立法在规定父母子女关系时，主要涉及父母对未成年子女的人身和财产的权利义务，人身方面涉及抚养、教育、惩戒以及保护，财产方面涉及财产的取得、管理、收益和分配。[23]《法律适用法中》涉及父母子女人身与财产关系、收养、抚养、监护的法律适用，除收养冲突规范外，其均明示法律适用时要“保护弱者利益”。这需要法官在涉外司法实践中对准据法进行考量。

保护弱者原则是国际私法基本原则之一，目的在于实现法律所追求的公平正义，“在强

[21] 杜涛:《国际私法原理》，复旦大学出版社 2014 年版，第 50 页。

[22] 参见韩德培:《国际私法（第三版）》，高等教育出版社 2014 年版，第 167 页。

[23] 参见刘仁山:《国际私法》，中国法制出版社 2012 版，第 331，333 页。

调法律面前人人平等的同时，根据人所处的社会关系，进一步界定某一社会群体所处的社会弱者地位，由法律予以倾斜。”[24]在国际私法层面上，“弱者指在涉外民商事关系中处于弱势或不利地位的当事方”，[25]涉外父母子女关系中的弱者即未成年子女，“虽然《法律适用法》的弱者保护条款之中没有明确出现‘未成年人保护’的字眼，但是其保护未成年人的精神贯穿在本法的相关条款中。”[26]《法律适用法》第 25 条保护的对象是未成年子女，在准据法选的择过程中，首先适用父母子女间共同经常居所地法，其次在一方当事人经常居所地法或国籍国法中选择最能对弱者合法权益进行保护的法律，所以第 25 条为有条件的选择型冲突规范赋予，它法官依其自由心证进行选法的权利，这体现了弱者保护的立法原则。在涉外收养关系中，为了保护被收养人的合法权益，《法律适用法》第 28 条规定了收养的实质要件与形式要件适用双方经常居所地法，对收养关系的解除适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。通常意义上，“收养关系产生之前被收养人一般是与其亲生父母或者其他监护人生活在一起，那么收养时被收养人的经常居所地或法院地，即为其亲生父母或收养之前的监护人的经常居所地或法院地，适用这两地的法律则可以在极大程度上维护被收养人的合法权益。”[27]在涉外抚养和涉外监护关系中，限制行为能力人或无行为能力人的未成年子女通常是被抚养被监护的对象，《法律适用法》第 29 条、第 30 条规定抚养与监护，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护被监护人权益的法律，其中涉外抚养关系的法律适用强调适用主要财产所在地法律作为连接点之一，这有利于保护未成年人的合法权益。

在父母子女关系中，子女作为弱势一方，需要得到侧重保护。这需要法官在法律适用中进行比较。在“李敏等诉区兆深抚养费案”中，二审法院依据《法律适用法》第 29 条基于“弱者利益保护原则”，对香港《未成年人监护条例》以及《中华人民共和国婚姻法》进行适用比较，最终选择了拥有更大保护力度的香港法律。[28]因此我们可以看到，只有在不同法律适用结果的比较中进行最优选择，才能最大限度保护弱者权益，通过法律挑选实现对弱者的倾斜保护，这是父母子女关系准据法结果导向的要求，由结果导向才能体现弱者利益保护原则，如果将父母子女关系适用诉讼离婚冲突规范，单一的连接点将不具有上述作用。

（二）父母子女关系适用诉讼离婚冲突规范没有依据

在《法律适用法》出台之前，涉外父母子女关系案件依据《民法通则》与《婚姻法》的相关规定进行实践。《民法通则》对一般亲子关系的法律适用没有详细规定，仅在第 148 条规定了扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律，《民通意见》第 189 条进一步规定了扶养人和被扶养人的国籍、住所以及供养被扶养人的财产所在地视为与被扶养人有最密切

[24] 同上，第 29 页。

[25] 田园:《保护弱者原则对国际私法基本原则的影响》，载于《中国国际私法与比较法年刊（第四卷）》2001 年版，第 85 页。

[26] 参见杨立民:《比较法视角下我国涉外身份关系中的弱者保护原则评析——以<涉外民事关系法律适用法为中心>》,载于《法学论丛》2016 年第 5 期，第 75 页。

[27] 同上，第 76 页。

[28] 参见国家法官学院、中国人民大学法学院：《中国审判案例要览（2012 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 414 页。

联系的国家，该冲突规范采用了最密切联系原则，用密切联系原则保护当事人合法权益，避免因适用法院地法而忽视父母子女关系的特殊性。此外在学界立法《示范法》中，第 135 条、第 136 条将父母子女关系分为父母子女人身关系与父母子女财产关系，父母子女人身关系适用共同住所地法，或者适用保护弱者利益的任何一方当事人本国法、住所地或惯常居所法。父母子女财产关系适用上述规定，当涉及不动产时，适用不动产所在地法。[29]由此可以看到，在我国，保护弱者利益始终是父母子女关系法律适用中的核心原则，学界实务界均强调对子女合法利益的保护，所以从父母子女关系不能适用诉讼离婚冲突规范，排斥父母子女关系准据法的适用。

总结

《法律适用法》第 27 条规定诉讼离婚适用法院地法律，该冲突规范反映出我国处理涉外离婚纠纷采用法院地法原则，要求法官在审理涉外诉讼离婚案件时适用中国法。诉讼离婚冲突规范规定了涉外离婚的条件，即夫妻双方以诉讼程序解除夫妻婚姻关系，但是对于涉外离婚的实体问题，该准据法的适用并非是万能的。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 12 条规定“案件涉及两个或两个以上的涉外民事关系时，应当分别确定应当适用的法律”。因此对于涉外诉讼离婚中夫妻财产关系、父母子女关系，应分别适用《适用法》24 条、25 条，以尊重夫妻财产关系的契约性，保护父母子女关系中的弱势群体。应该明确，诉讼离婚是解除婚姻关系的一种方式，离婚以及因离婚所引起的实体问题可以在同一诉讼中进行审理，在适用冲突规范的过程中，则应明确诉讼离婚冲突规范不能排斥夫妻财产关系与父母子女关系准据法的适用。在涉外民事司法实践中，法官在自由心证时要尊重冲突规范的特殊性，尊重《法律适用法》的立法目的，正确理解并适用每一条冲突规范。在今后的司法实践中，应利用司法解释、指导案例进一步明确诉讼离婚的法律适用规则，发挥法条应有的作用以体现社会正义，对冲突规范进行正确的适用，力求在当下的司法改革进程中，提升我国涉外婚姻案件的审判水平。

参考文献

1.余延满：《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版。

2.马忆南：《婚姻家庭继承法学（第四版）》，北京大学出版社 2019 年版。

3.乔雄兵：《涉外离婚的法律适用：传统、变革及发展——兼评<涉外民事关系法律适用法>有关规定》，载于《江汉学术》2013 年第 6 期。

4.杨立新：《家事法》，法律出版社 2013 年版。

5.最高人民法院、最高人民检察院：《司法解释与指导案例（第五版）》，中国法制出版社 2018 年版。

6.最高人民法院、最高人民检察院：《司法解释与指导案例（第三版）》，中国法制出版

[29] 参见中国国际私法学会编：《中华人民共和国国际私法示范法》，法律出版社 2000 年版，第 31 页。

社 2014 年版。

7.韩德培：《国际私法（第三版）》，高等教育出版社 2014 年版。

8.杜新丽：《国际私法》，中国人民大学出版社 2010 年版。

9.王姝：《意思自治原则在涉外婚姻司法实践中的困境与出路——兼评<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>第 24、26》，载于《法律适用》2017 年第 23 期。

10.汪金兰：《关于涉外婚姻家庭关系的法律适用立法探讨 ——兼评<涉外民事关系法律适用法>(草案) 的相关规定》，载于《现代法学》2010 年 7 月第 32 卷第 4 期。

11.许军珂：《论当事人意思自治原则在<涉外民事关系法律适用法>中的地位》，载于《法学评论》2012 年第 4 期。

12.于飞：《意思自治原则在涉外离婚领域的适用》，载于《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2011 年第 1 期。

13.万鄂湘、刘贵祥、王玩、于喜富、王天红、王玩：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版。

14.杜涛：《国际私法原理》，复旦大学出版社 2014 年版。

15.刘仁山：《国际私法》，中国法制出版社 2012 年。

16.田园：《保护弱者原则对国际私法基本原则的影响》，载于《中国国际私法与比较法年刊（第四卷）》2001 年版。

17.杨立民：《比较法视角下我国涉外身份关系中的弱者保护原则评析——以<涉外民事关系法律适用法为中心>》,载于《法学论丛》2016 年第 5 期。

18.国家法官学院、中国人民大学法学院：《中国审判案例要览（2012 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社 2014 年版。

19.中国国际私法学会编：《中华人民共和国国际私法示范法》，法律出版社 2000 年版。

20.宋连斌、陈曦：《<涉外民事关系法律适用法> 第 24 条的司法应用——基于 48 份公开裁判文书的分析》，载于《国际法研究》2018 年第 1 期。

当前我国海上维权实践的国际法战略选择

黄译莹*[1]

【摘要】当前我国海上维权实践面临着一定的困境，以合作机制推进缓慢、海域管控难度大最为显著，我国目前较弱的国际法实践和固有的恶劣舆论环境同样是维权实践的不利因素。“海洋命运共同体”的内涵是我国化解困境的重要指向，而海上维权中国际法战略布局的理论和实践意义也不可忽视。以“海洋命运共同体”为视角进行国际法的战略规划和实施，能够对于海洋霸权主义国在争议海域进行干扰起到良好的消解作用，能够更好地推进权益争议国的合作。同时，我国应当直面周边国家提起的争议解决程序，利用国际法工具最大程度争取正当权益，辅以国内立法体系的完善和对于领土领海的立场固定，为建成海洋强国而不懈努力。

【关键词】 海上维权 海洋命运共同体 国际法战略 南海争端 海洋强国

当前我国海上维权实践的难点

随着陆地资源开发进展放缓，有待开发的矿产富集区域所剩无几，各国都将海洋作为资源开发的重点，海岸线较长、自然资源需求多样化的我国同样有类似的需求，在地形上也占据了一定的便利条件。但在历史遗留、外交因和划界争议的影响下，周边国家抢占我国海洋资源，率先对南海油田进行开发，与我国产生海洋权益争端的频次也逐渐增加。除北部湾外，我国围绕海岸线的海洋划界争端解决进程常年胶着，主权争议和资源开发引起的海上冲突是我国开发海洋资源的一大阻碍。尤其是黄岩岛、钓鱼岛、南海仲裁案的影响巨大，争端产生的间隔时间较短，且都有着较大的应对难度，中国几近陷入进退两难的维权困境，主要面临着如下难题：

合作机制推进缓慢

南海问题凸显了沿海国在领土争端和资源开发上存在的矛盾，而围绕南海搁置争议、共同开发的合作机制推进缓慢，成为了我国维护领海主权、缓解利益冲突进程的风险因素。具体合作内容上，由于争议范围从领土、领海争端扩大到了资源开发、环境保护等多个议题，这需要沿海国展开全面合作，换言之，这需要南海的合作机制上升到政治层面。尽管中国已经与越南、菲律宾、文莱等南海当事国建立双边涉海磋商机制，然而多边机制的协调仍然有待进一步加强。尤其体现在当事国的关系上，南海沿海国尤其是已经产生争端的当事国间政治互信程度不高，个别国家对于落实《南海各方宣言》的内容存在顾虑，[2]越南政府更是已

[1] 黄译莹，女，1996 年出生，现为中国人民大学法学院国际法学 2020 级博士研究生。

[2] 参见外交部部长助理吴江浩在博鳌亚洲论坛 2021 年年会南海主题分论坛的主旨发言。吴江浩：《践行命运共同体理念，开创南海合作新局面》，
https://mp.weixin.qq.com/s?src=11&timestamp=1620061022&ver=3046&signature=GivWBMK7Bj5Hu17Y*Yj0yOeBOB0JuRgw4Qg*CPHVOm1LeTb1gpeXbx14CEGsUoKao0l6SO7*jPd5v2mvOwIAquZVErI51gdBzm1ovOTEtTum*EoRKUOA66f18VHrgngZ&new=1（最后访问于 2021 年 5 月 1 日）

经在联合国递交的外交照会、官方出版物等不同场合多次宣誓了西沙群岛、南沙群岛及其相关海域拥有主权、主权权利和管辖权。合作进展上，《“中国-东盟”南海行为准则框架协议》在2013年确定签订意向后，正式开始协商历时两年有余，到2019年2月方才推进到二读阶段，后续仍然有外长、首长会议等磋商环节，到真正的实施阶段还有很长的路要走，中间也可能受到其他的外交因素干扰，最后能够达成的框架具体内容尚具有一定的变数，这和我国南海问题解决的紧迫性不成比例。外交背景上，美国等西方发达国家在南海周边领域制定的外交政策可能也会成为左右局势的一大变数，对中国而言，西方发达国家与中国存在较强竞争关系，常年以“亚太战略”、“重返亚太”等口号插手东海、南海周边局势，以限缩中国的海洋相关权益，打击中国的海洋实力为政策目标。对南海国家而言，每个国家面临的外交环境和主要诉求也不尽相同。这一定程度上干扰了各国寻找共同海洋利益诉求的过程，进一步分散了各国的凝聚力和合作意愿，同样是合作推进中不得不考虑的重要负面因素。

海域管控任务较为艰巨

当前，我国争取关键岛礁主权及相关资源开发的形势不容乐观。在全部的海洋边界中，目前仅有与越南的北部湾划界工作已经基本完成，不论是东海的钓鱼岛、黄岩岛争端还是我国提出的南海“九段线”划界和历史性权利主张仍然不被周边国家认可和接受。南海周边国家彼此主张的管辖海域存在重叠，已经存在部分国家抢先开发渔业与油气资源，开展海洋勘探工作的先例，但近期共同开发的可能性低，例如我国与菲律宾等国的油气共同开发进展停滞，[3]真正推行并落实双方的共同开发框架协议还需要较长的磋商和谈判以便落实关键条款的起草问题；而马来西亚在南海的油气开采量已经尤为惊人，[4]我国在海洋治理的角力中暂时还处于不利境地。

围绕海陆主权的争议，我国维护海上通道的实践仍然面临考验，海上执法的经验有待进一步丰富。南海周边国家也存在我国的船只频繁发生海上冲突的情况，历来有与科考船、公务船对峙、扣押渔民及其船只等事件发生。越南更是与美国签订谅解备忘录，制定并开展为越南渔业执法机构提供技术支持的合作计划/项目，阻止越南渔民“在南海受到的非法恫吓”。军事安全上，尽管我国已经声明设立了防空识别区，日本和美国等国家仍会不时派出航母、巡逻船队或飞机进入钓鱼岛海域等我国领海、领土，干扰我国军演和正常的海事活动，美国“罗斯福”号航母战斗群再入南海，美军机更是频繁抵近中国进行侦察活动。处于第一岛链上的台湾有着非常重要的战略地位，但历史遗留的台海问题使其立场和实践并不完全与中国大陆地区一致，这更会加重我国海域管控和维权执法的难度。综上而言，我国主张管辖权的海域态势复杂，多种势力交织，实际管理难度极大。

[3] 笔者查阅了《中菲关于油气开发合作的谅解备忘录》签署前后，外交部新闻发言人于2017年5月17日、2019年9月5日、2020年10月16日的相关发言。《备忘录》于2019年9月签订，但签署《备忘录》前后外交部对于相关进展的总结大意均为：“中菲两国已就在南海开展油气资源共同开发达成共识，并建立了相关磋商合作机制。希望并相信双方会相向而行，推动共同开发不断取得积极进展。”

[4] 参见海洋油气网：《马来西亚国家石油公司攫取南海油气资源，加剧南海紧张局势》，https://mp.weixin.qq.com/s/qzQBFTtLD67dlj3RjDqxvQ（最后访问于2020年5月5日）

舆论和法律环境对我国不利

国际涉海舆论方面，我国在国际关系中面临的固有不利因素仍然存在。西方发达国家出于“中国威胁论” 和自身外交利益的考量，对我国长期遏制打压的态势难以改变。其中美国长期的海上霸权主义尤其值得警惕。在美国总统候选人拜登获得美国总统选举中的绝对多数票后，拜登在与日本首相菅义伟举行的电话会谈中声称，钓鱼岛（日本称“尖阁诸岛”）是《日美安保条约》第五条的适用对象，重点提出了关注钓鱼岛的问题并支持了日本在钓鱼岛上的立场。2021 年 4 月，美国国会更是通过了《美国战略竞争法案》，提出全面对华竞争战略，首次直接将中国置于负面语境，通过援助印太区域的“印太海上安全倡议”、发放对外军事援助资金、建立“基础建设交易与协助网络”等方式，向印太区域投入近 40 亿美元，作为联络南海周边国家和抑制中国的资本，并继续宣扬中国威胁论，追求通过加强国际组织影响力和推行亚太战略加强对中国的外交孤立；南海方面，周边国家对于《南海合作宣言》仍然保持警惕的态度，对于我国在南海吹填岛屿等合乎国际法规定的开发行为屡次提出了抗议；外国媒体在报道“南海仲裁案”时，多次对我国的立场声明、“历史性权利”的性质以及合作意愿进行了歪曲，企图为我国挂上海洋霸权主义的名称并误导受众，加剧当事国之间的割裂和对立，缩小对话和协商谈判的空间。

法律争议与运用方面对我国的不利因素更为明显。纵观我国的海上维权实践不难发现，我国更多运用外交途径和军事武装力量进行海上维权的实践。而“南海仲裁案”我国的立场因为未出庭并未为仲裁庭所充分、客观考量，这对于周边国家而言并不是一个良好的先例，尤其是屡次提出领土主权声明的越南，一旦就划界纠纷再次提起仲裁，我国目前的应对策略仍不算是最优解，并有可能引起周边国家的再三仿效。在海上维权中，尤其是考虑到需要参与实际的争端解决过程中时，国际法作为我国主张自身权益的有利保证，是不可或缺的维权工具。而不参与任何争端解决程序，也可能面临更大的政治外交压力，导致海洋局势的复杂化。

“海洋命运共同体”视角下的国际法战略价值

国内各界已经就近年来系列海洋权益争端事件的实质普遍达成了共识。目前周边国家对我国发起系列海洋权益争端的最终目的，均是尽可能地通过减少我国可开发的海洋面积，为我国的海洋资源开发进程制造障碍，削弱我国的海洋实力和海洋话语权，同时为自己的国家尽可能多地夺取资源。而由我国海上维权面临的难题种类不难看出，现阶段我国的海上维权行动虽然取得了阶段性的成效，但是由于缺乏国际法争端解决实践经验和系统的国际法战略作为维权行动的指导，在南海仲裁案的先例下，一旦周边国家再次将权益纠纷上升至国际法层面乃至提交第三方争端解决机制，即便有我国 2006 年作出的相关声明在前，无论最后我国针对争端解决程序采取什么样的应对策略，我国仍然面临着裁决或诉讼不利的法律风险。相较于谈判协商能给留足充分的争端解决余地，争端解决机制固有的结果不确定性和对于周边国家潜在传递的不利讯号是当下我国需要首先进行避免的。[5]那么，以国际法为武器进行

[5]余民才.南海仲裁案仲裁庭管辖权程序与菲中两国的政策选择[J].亚太安全与海洋研究,2016(04):32.

战略建构就有其紧迫性和必要性。

国际法是以国家间的礼让和主权让渡为基础建立的国际秩序体系，以消解国家在实践中的利益冲突，维护国际社会的动态平衡。究其本质而言，国际法是多国在共同利益导向下建立的契约体系，因共同的利益诉求而具有一定的普遍性，[6]共同利益是维护秩序、化解争端的核心。毫无疑问，我国在海上维权的行动也应在既定的国际法框架下进行的，且基于国际法提供了后果的可预测性，我国的维权行为后果亦应当符合国际法的要求，更应当以国际法的视角分析和回应国际法上被提出、被挑战的问题。因此，以习近平涉外法治思想、总体国家安全观、全球治理观、“人类命运共同体”价值理念和海洋强国战略的提出为背景，我国在海洋正当权益的最大化诉求下，应当积极实践国际法，以国家主权和国家根本利益为底线，利用好国际法的工具，长远布局，以提高我国在国际海洋治理的影响力和话语权为长期目标。笔者认为，我国在实践国际法的过程中，已经有了同样倡导谋求共同利益的“人类命运共同体”思想作为指导方针，在海洋权益的维护和实践中，也应当重点考虑将“构建海洋命运共同体”作为国际法战略的重要目标，以追求共同利益倡导海洋资源的开发利用，在承担国际义务的同时尽可能地维护我国的正当海洋权益，以实现我国“海洋强国”的根本目标，更能够提高我国相关领域的治理水平，回答“世界怎么了，我们怎么办”这一国际局势上的终极之问。

具体而言，首先，“海洋命运共同体”指导下的国际法战略具有引领我们反思国内海洋治理情况的现实价值。“海洋命运共同体”倡导我国以遵守海洋相关的国际法律规则，加强自身海洋权益维护的实践。发展的前提在于自身有治理体系和治理能力作为基本保障，因此，我们应当首先认识到，以法治手段进行海洋治理、以司法途径寻求海洋争端解决是当前国际海洋治理的重大趋势，海上维权不能只依赖外交途径进行。海上维权的国际法战略需要我国以自身发展“海洋强国战略”为前提，在《联合国海洋法公约》等与海洋问题紧密相关的国际法律文件对于历史性权利、岛礁界定等问题上留有解释空间之时，紧扣目前存在的领土争端和海洋权益争端问题，完善海洋法律体系，明确我国诉求，这是加强海洋危机管控，增强我国在海上维权议题中的话语权的第一步。

其次，“海洋命运共同体”“共商共建共享”的基本原则，以倡导在海上维权中搁置零和博弈的方法为前提，以共同利益的追求和开放为切入点，实现共同合作，共建共赢，这能够在切中争端当事国的根本利益诉求的同时维护我国的根本利益，避免无端的风险和损失。这与国际法和平解决争端等基本原则的精神契合，具有显明的实践价值，符合国际社会的共同利益，也是我国现阶段海上维权实践的关键所在。另外，“共商共建共享”原则也是我们提出海洋合作机制的重要基础，只有发挥合作机制“软法”的特性，减少周边国家加入的顾虑，才能更好地展示我国合作共建的姿态，确保我国的合法利益在国际法框架下得到最大程度的保障，将海洋危机治理和海洋资源开发的主动权掌握于我国自己手中，实现长期稳定的多边利益最大化。

[6]蔡从燕.国际法的普遍性:过去、现在与未来[J].现代法学,2021,43(01):90.

最后，“海洋命运共同体”与国际法均倡导构建和平公正的国际秩序，为我国的海上维权设立了不可忽视的长期目标，具有极高的远期价值。鉴于当前海洋治理的国际法碎片化程度较高，相关规定具有滞后性，有待进一步完善。但规则空白和滞后应当以一体两面的视角看待，规则创建和话语权的争取也是“碎片化”赋予我国树立涉外法治理念和全球治理的最佳时机。我国应当遵循“海洋命运共同体”的协同治理理念，从区域化的海洋协同开发平台开始，通过一系列的条约或协定积极促进国际海洋法治的发展和相关法律文件的制定或完善，倡导共同开发、惠益分享，加深中国在海上维权和海洋开发合作中的话语权和影响力。

“海洋命运共同体”导向下我国海上维权的国际法战略规划

总体而言，除了政治和外交途径中我们需要有系统的框架，以长久树立维护海洋权益和探索海洋资源的意识，我国也还需要建立海上维权的国际法战略规划，以提升远期的法治意识，认识到国际法战略的重要性，充分在维权行动中将国际法作为主张正当权益诉求的依据，提升国际法的实践水平，加强我国的海洋话语权和影响力。

积极倡导“共商共建共享”的国际海洋新秩序

“海洋命运共同体”是我国国家主席习近平继“人类命运共同体”之后，在海军成立70周年之际提出的新概念，是对于“人类命运共同体”在海洋问题上的一次细化，更强调了海洋命运共同体的政策概念与战略实践在本质上具有一体性，一体两面，相辅相成。[7]陆地并不能将海洋割裂成若干个各自独立的区域，相反地，是海洋将所有的陆地进行联结，因此，沿海国因享有共同的利益，互相关联的权利义务和共同面对的资源开发走向而“拥有共同的命运”。

从国际法尤其是国际海洋法的理论出发，由于现行国际海洋法律文件并不能对传统和新型海洋危机进行良好的覆盖，《联合国海洋法公约》虽然界定了公海的航行自由并对国家的领海、专属经济区、大陆架权利作出了一系列规定，但对于国际海底区域、岛屿的认定、200海里外大陆架划界等问题仍然留有开放的空间。[8]在新一轮的规则制定和基于联合国宪章宗旨的多边磋商中，国际社会必然会对于非传统的海洋问题进行议定和解决，以调和多方利益，推动多方共享海洋利益。积极参与国际海洋治理是我国的责任和义务，同时也是推动我国以参与法律文件的制定推动海洋治理的绝佳契机。

以国际法的实践角度出发进行考量，国际秩序是出于国家间共同的礼让需求和利益需求，由平等的国际法主体间所构成的契约体系，因此“海洋命运共同体”所代表的利益认同到身份认同的路径有利于其他国家接受，符合各国海洋利益的诉求。在二战后世界格局屡生变动的今天，仅仅由部分西方国家倡导的海洋秩序既不符合广大发展中国家的根本利益，个别国家的海上霸权主义也违反了国际法的基本原则。“共商共建共享”代表着的路径和国际海洋新秩序的建立，更有利于中国参与国际海洋治理，保障我国的根本利益。

建立符合共同利益的多边合作框架或平台

[7] 翟崑：习近平外交思想的海洋命运共同体的知行体系[C].人民画报,2020年7月24日.

[8] 参见余民才.中国与《联合国海洋法公约》[J].现代国际关系,2012(10):55-62.

我国是一个不论从地理条件、经济实力还是海洋建设意识都在飞速进步的海洋大国。以发起“一带一路”倡议，提出“人类命运共同体”、“海洋命运共同体”为背景，我国现阶段已经充分表达了自身开放和愿意合作的态度，为发展中国家争取尽可能多的利益，发挥我国的引领作用，维护广大发展中国家的利益，努力构建海洋命运共同体。虽然实践中，我国的合作框架推进缓慢，但是我们应该客观分析推进缓慢的客观原因，科学结合域外势力在海洋局势当中的作用力和影响力来科学分析看待问题，并设计针对性的解决方案。例如，从争议较小的海域入手推行共同开发；或是先争取个别关键国家的表态，逐步推进，分散领域进行合作以提高推行合作框架的效率；结合我国提出的其他发展倡议或是其他区域性协定，将多国涉及到的共同利益进行有机整合；争取关键国际组织的力量，积极磋商谈判，规避霸权政治对于国际秩序构建的不当影响，避免更多“恶法恶规”操纵世界格局长远的和平发展。

国际政治语言和国际关系对于国际法的影响不可忽略，但是影响并非仅有负面。[9]科学创建国际政治和国际法之间的连接，采取普遍被接受的外交策略能够让我国在不同规模和意识形态的国家下得以周旋，在博弈中寻求最优策略，争取资源的早日开发和局势的尽快缓和。总之，我国应当长期不放弃推进合作的努力，从多个角度入手推进和平对话机制和多边合作、共同开发平台的构建，坚定立场，用更符合共同利益的协同机制减少合作国家的顾虑，提高我国海洋治理能力和履约水平。

完善国内海洋相关法律体系作为契合多方利益诉求的根本保障

提升海洋治理水平离不开国内法的制定和完善，这更涉及到了国际法与国内法衔接的经典国际法问题。根据宪法的规定，我国对于条约和协定需要转化适用，因此，在国际法和国内法的协调上，我国进行海上维权也需要完善的国内海洋相关法律体系进行支撑。

目前我国海洋立法体系中尚缺海洋基本法未出台实施，因而加快《海洋法》的立法进程就具有关键意义。具体而言，通过强调我国基本海域的管理制度、各主体的在国内国际海洋实践中的职能划分和职责权限；整合散见于各个行政规章的海上执法架构设计，明确海洋资源使用者的范围、准入条件和惩戒措施，明确我国对南海等关键海域的基本权益范畴，以此作为我国海上维权、执法行动和资源开发的有力依据，并规范我国不同主体的海洋利用和资源开发行为，通过海洋基本法的确立，明确我国对于领土争议和海洋权益中维护国家海洋安全的立场以及不同情形的应对方式，更能与已有的专属经济区、大陆架、深海海底区域、海上执法等立法构成完善、相呼应的海洋法律体系。最重要的是，应当在《海洋法》的序言和附录中进行必要的说明并附上我国完整的海陆地图，对于我国长时间涉及的主权争议进行澄清，以便从顶层设计和争议焦点两方面完善海洋基本法的内容，让海上维权真正有法可依，落到实处，为国际事务的参与奠定有力的基础。另外，《海上交通安全法》等法律法规中更应当注重处理上下位法和它与其他同位法之间的关系，与其他涉海法律所使用的用语保持一致，重点厘清“水域”和“海域”的使用场景，保证外籍船舶的有关规定与《联合国海洋法公约》对接，保持一致，以避免缩小了《联合国海洋法公约》赋予沿海国的行动权利，乃至

[9] 参见高潮.国际关系的权利转向与国际法[J].河北法学，2016，（11）：174.

增加国家。在“有毒有害化学品”、“有毒有害物质”等可能影响海上执法的重点概念的使用上应当保持严谨和体系性。

“海洋命运共同体”导向下我国海上维权的国际法战略实施

积极参与海洋争议解决程序

现阶段我国海上维权的争议集中体现在与南海周边国家的领土主权和权益主张当中。[10]而“南海仲裁案”充分暴露了争端解决程序的过度利用或者滥用可能带来的弊端。客观而言，其实《联合国海洋法公约》的强制程序其实并不像它的名字那么强势，不仅有触发条件和限制条件，更对对敏感话题留有一定的后门，可以说并没有在公约之内建立一个真正全面的、导致有拘束力裁判的强制管辖体制，当然可能从当年谈判的角度来看，各国也不希望这样一个体制的存在。因此，整个《联合国海洋法公约》的机制更倾向于"兜底"，而非真正意义上的"创新"，《联合国海洋法公约》作为"海洋宪章"，更希望确保能用和平方法解决关于UNCLOS 的解释和适用的争端，是否适用《联合国海洋法公约》规定的方法并不是关键。也需要注意到，并非所有海洋法争端都受《联合国海洋法公约》的调整，在满足条件的时候，UNCLOS 的争端解决机制并不是优先适用的。因此，我国质疑菲律宾突然提起仲裁而非通过和平争端解决方式先行交换意见，违反了《联合国海洋法公约》279、280、293 等条的规定，不仅仅是合理的，更暗含了我国对于南海问题后续周边国家态度倾向的担忧。

具体而言，“南海仲裁案”为我国带来了一个后续可能被频繁提起仲裁的不良先例。我国根据《联合国海洋法公约》第 298 条规定，在没有事先作出声明的情况下，有极大的可能性得到不利判决，但我国的不出庭等于直接放弃了话语申辩，极大增加了败诉概率。我国在缺席的情况下，仲裁庭只要认为自己有仲裁权就仍然可以做出裁决，而根据《联合国海洋法公约》中国对裁决有履行的义务。积极参加海洋争议解决程序并不代表我国的任一个立场会受到质疑或者面临不利地位，例如可以效仿美国诉尼加拉瓜案，在管辖权和实体审理二分的情况下，参与并申明管辖权问题的立场，再缺席实质问题的审理，这不会有碍于和解或调解以及后续合作的洽商，更能最大程度保证我国在争议解决中不会出于完全下风，更是我国积极利用国际法工具参与国际实践的一大力证，更是对于南海国家施压和表态的一大契机。

作为实施海洋强国战略，着力于“构建人类命运共同体”的当下，我国积极参与国际法治的姿态是开放合作的必要一环，能够减少国际话语体系中被施加的压力，更是非常重要的自我申辩的机会。在后续的争议解决中，我国可以考虑积极参与并表达立场，通过积极的争议解决实践开启双边或多边谈判协商的先行环节。

（二）创新合作与利益共享体制

一方面，保持合作态度的开放。从国际政治和国际法的互动上看，不同形态的国家政治立场和外交策略均会不同，[11]例如南海国家普遍实力在发展中国家中不算突出，这意味着南海沿海国在政治外交的立场上，对于西方发达国家存在不可避免的依赖性，西方国家完全存

[10] See James L. Kateka,“Advisory Proceedings before the Seabed Disputed Chamber and before the ITLOS as a Full Court”,17 Max Planck Yearbook of United Nations Law (Brill),168(2013).

[11] 参见李国选.东盟方式与南海争端[J].中国石油大学学报·社会科学版，2015,（3）：33-38.

在阻挠南海达成合作协议、从而干扰我国海上维权的顺利进行。出于历史遗留的问题，国际社会对我国和我国的意识形态也尚存在不少的误解乃至刻板印象。此时，应当遵守国际法中和平解决争端的适度原则，同时发挥我国自己的大国引领作用加以补强。我国应当引导南海等争议海域的沿海国关注多方的共同利益，始终保持开放的合作态度，化解权益争端中各国的对立状态，借助区域性合作组织的力量推动合作，尽可能排除域外国家对于合作框架议定的干涉。

另一方面，我国可以灵活推进合作，参考东盟国家的合作惯例，从小规模海域或者双边开始协同开发、合作的尝试，在成功的经验基础上进行逐步推进，或将非正式声明和行为准则转化为具有法律约束力的多边条约或协议。这同时也是排除域外势力干扰的有效办法。例如，可以借鉴《印度洋行为准则》草案的规定，在开展多边区域合作的同时也并不排斥双边合作，或是在油气争端区域从个别储量适中、争议程度较为缓和的区域，在协议中明确对于国家安全和区域安全的基本共识。而对于不会影响我国根本立场的权利主张，在博弈的权衡中可以灵活斟酌，不需反复强调，以明晰开放合作的姿态，明确我国的底线和明朗的态度。

（三）和平进行海上维权的国际法实践

我国可以在海上维权的实践中，加强对于国际法工具的利用，善用国家单方行为的形式主张自己的根本利益和基本立场，转变固有的通过外交渠道进行抗议的做法，转消极抗议为积极主张，敦促有关海洋权益争端的解决。

其一，坚决捍卫我国的航行自由，要求各国尊重我国符合国际法的通航权利，对应地，也尊重其他国家正当行使航行和飞越自由的权利。但对于美国主张的涉及军事的通航问题，尤其是关于军舰无害通过的争议，在《联合国海洋法公约》对沿海国海洋安全重视不足，留有解释空间之时，我国应该积极表达自己的态度和立场，将他国军舰出现于领海内的情形视为对海洋安全和国家安全造成威胁的情形。

其二，增强领土争议上的国际法实践，关注国家行为尤其是单方面行为的国际法效果，积极行使岛礁吹填等开发措施，并对于某些国家单方面恶化南海形势的做法，将争议海洋地物视为无主地，强占我国岛礁的行为进行充分有力、准确清晰、重复作出的立场声明，必要时进行岛礁有效占领的实践，对他国的占领拒绝承认效力。对于岛屿和周边海域的关键主张则需要谨慎表态，警惕禁反言原则对领土问题造成的后续影响。

其三，明确领土和主权的基本立场。现阶段我国海上维权的争议集中体现在与南海周边国家的领土主权和权益主张中，我国应坚持反对某些西方国家对于海洋权益争端问题国际化的主张，坚决反对任何不属于争议地区的外部势力介入南海问题。譬如，在南海后续协同开发的协商和谈判中，明确排除外部势力介入南海问题的立场；呼吁国际社会承诺、尊重和并支持沿南海国家维护南海和平稳定的努力，不采取导致南海地区局势紧张或扩大化的行动；加快自身的海洋立法进程，统一国家安全法和海洋相关立法对于尊重主权、海洋权利和局势安全的表述。

结论

以《联合国海洋法公约》的争端机制的设置为显著代表，海洋权益争端解决机制的设立初衷是不拖延、和平有效地对争端进行解决，而无所谓采用的是什么解决手段。我们注意到了近年出现了一些新实践，和整个国际法体系中各主体“造法”的趋势相同，无论是仲裁还是法庭，都在运用新的“司法救济”途径，扩张自己的管辖权和影响力。不论是肯定国际法院咨询意见的权威、还是运用演进解释证成国际海洋法法庭的全庭咨询管辖权；不论是在混合争端中倾向于扩展对于领土主权争端的管辖权，还是违背国家同意原则发起仲裁并作出不利裁判创造了一个国际仲裁上非常尴尬的先例，不论是毛里求斯运用法律组合拳争取到对于查戈斯群岛主权的间接认定，还是中方坚决不接受不执行南海仲裁案的裁决并常年通过其他途径试图解决南海问题，都在一定程度上形成了对于当代国际法原则和规则的挑战，但在这样的规则体系中也有不少国家作出了有利于自己国家的解释和主张从而达到了自己的目的。在国际秩序大变动的今天，很难说未来海洋权益争端解决会不会进一步迎来所谓的“规则的滥用或者创建”，但是对于规则的利用一定是双向的，我们应该认真审视现有的争端解决机制在解决海洋争端中的作用，真正从实际上重视和加强国家实践，注重对于规则的理解和使用，最大化维护我国的利益。

我国的海洋问题与历史遗留牵涉紧密，且与国际政治格局有错综复杂的联系，但问题的解决并不能仅仅用“海上维权”四字一言以蔽。不论是东海还是南海，目前的僵局都与国际法实践尚不充分、大国战略博弈中的利益交错有着密切的关系，因此，在积极参与海洋治理、扩大国际海洋议题中我国的话语权和影响力时，我国应当认识到国际法战略的重要性，在执行“构建海洋命运共同体”的政策目标（及指导思想）时将其与国际法相联结，不断巩固和统一我国的基本立场，与霸权主义形成有效的话语竞争，另一方面，还必须通过推行新型、有效合作机制，在南海地区与周边国家的开展合作，且可考虑灵活、小规模的合作形式并逐步推行，让“海上维权”这一法律概念充分与国际法战略相结合，从而更有效地补足自身在国际法实践上长期的短板，从被动参与规则到积极参与国际海洋新秩序的制定，维护自身的合法权益。

网络空间“二次立法论”：国际法适用于网络空间的理论解读与实践启示*

黄志雄**

摘要：国际法可以并需要适用于网络空间，已得到国际社会普遍接受。但是，由于网络空间的独特属性，物理世界已得到澄清和确立的现有国际法规则在适用于这一新空间时，往往需要对其内容加以“再澄清”“再确认”，即通过“二次立法”形成与现有规则既共生又相对独立的新的习惯国际法规则。可称为“二次立法”的这一独特现象，在国际法的发展历程中几乎没有先例，有必要在理论和实践层面加以认真对待。相关国家近年来纷纷就国际法适用于网络空间表达本国立场主张，正是网络空间“二次立法”实践进程的生动体现。我国提升在网络空间的国际话语权和规则制定权，需要对国际法适用于网络空间的“二次立法”相关问题加以高度重视，并通过积极表达本国立场主张、影响和塑造相关国际规则加以有效应对。

关键词：国际法 网络空间 二次立法

国际法在网络空间的适用，已成为国际社会普遍认可的网络空间基本立法路径之一。但物理世界业已形成的现有国际法如何适用于“虚拟”网络空间，却面临着一系列模糊之处，引发了各国之间的大量讨论和争议。一方面，网络空间作为一个基于现代信息通信技术发展起来的新空间，具有不同于物理世界的若干独特属性，必然会对现有国际法的适用提出新的挑战；另一方面，国际法整体上在某一空间或某一领域的适用，也是一个此前尚无先例的新话题。鉴于国际法适用于网络空间对于这一战略新空间“建章立制”将会产生的深远影响，从理论和实践层面对相关问题加以深入探讨，已经成为国际社会面临的一个重大课题。

一、国际法适用于网络空间：问题的由来

进入 21 世纪以来，网络空间在人类生活中的地位作用日益凸显，网络空间亟需加快建章立制、确立国家和其他行为体的行为准则，已经成为国际共识。不过，类似于上世纪九十年代美国有关“马的法”的争论，[1]基于对网络空间技术和法律属性的不同认识，对于应当通过何种方式来确立网络空间的国际规则，同样出现过不同的主张。分歧的关键在于所谓的“新旧法之争”：网络空间的国际规则[2]究竟应当通过适用物理世界已有的国际规则来加以确立，还是应当“另起炉灶”制定一套全新的规则？如果将网络空间视为一个独立于现实世界的全新空间，选择后一路径就将是不言而喻的；但如果网络空间被理解为仅仅是现实世界的映射和延伸，现有国际规则延伸适用于网络空间的适用就将是不可避免的结果。

* 国家社科基金重大项目“网络空间国际规则博弈的中国主张与话语权研究“（20&ZD204）的阶段性成果之一。本文为提交中国国际法学会 2021 年年会讨论和交流的初稿，请勿引用。

** 武汉大学国际法研究所教授、国际法治研究院首席专家、网络治理研究院研究员。

[1] 这一争论的焦点是：可否依靠现实世界的法律来解决网络空间的问题，而不需要制定专门性的新法律？

[2] 本文所指的“网络空间国际规则”或“网络空间国际法”，主要指国际公法意义上以国家为主要行为体的国际规则。

经过多年争论和探索，各国认识到，“旧法”和“新法”的齐头并进，或许是网络空间建章立制最为合理、可行的路径：一方面，网络空间并不是一个完全独立于物理世界的全新空间，而首先和主要是人类利用信息通讯技术发展起来的一种新的交往手段和方式，这种新的交往手段和方式，总体上并不排斥国际法上已经确立的现有国际行为准则和规则的适用。另一方面，网络空间具有不同于物理世界的某些新的特征和属性，也提出了物理世界几乎没有涉及、现有国际法难以加以有效规制的若干新问题（如跨境数据流动、网络犯罪和网络恐怖主义等），需要通过新的专门性规则来加以约束。

正因为如此，在网络空间国际规则发展历程中具有里程碑意义的 2013 年联合国信息安全政府专家组（UN GGE）报告，肯定了国际法特别是《联合国宪章》的适用，对国际维持和平与稳定及促进创造开放、安全、 和平和无障碍的信息通信技术环境至关重要。3同时，这一共识性文件也指出：除了现有国际法的适用外，“可随着时间的推移拟订更多规范。”[4]2015 年 UN GGE 报告除了再次确认现有国际法的适用，还提出了 11 项“自愿、非约束性的负责任国家行为规范”。[5] 除了这类作为现有国际法适用于网络空间的重要补充而被提出来的软法规范，制定“硬法”性质的网络空间专门性国际条约也取得一定进展。2019 年 12 月 27 日，第 74 届联合国大会通过题为“打击为犯罪目的使用信息通信技术”的第 74/247 号决议，决定设立一个代表所有区域的不限成员名额特设政府间专家委员会，以拟订一项关于打击为犯罪目的使用信息通信技术行为的全面国际公约。6

在上述关于网络空间国际规则的多元发展路径中，现有国际法在网络空间的适用无疑具有某种必然性和合理性。网络空间的形成主要基于互联网这一现代通讯技术，而从法律角度来说，人类通过这一新技术从事的一些活动，与通过传统手段从事的类似活动并没有本质上的区别。例如，互联网已经成为继报纸、广播、电视之后，当代信息传播与交流的主要载体，因此，很难主张国际人权法上有关保护信息传播与交流自由（包括言论自由）的规定，不能适用于通过互联网从事的信息传播活动。又如，随着网络技术在军事领域的广泛运用，在现代战争中，网络攻击已经成为一种被频繁使用的作战手段。在 2008 年俄罗斯和格鲁吉亚的军事冲突，双方的若干军事和非军事目标都受到另一方的攻击。在此情况下，似乎也没有理由主张，国际人道法中有关限制作战手段和作战方法的规定（如在敌对行动中对军事目标和民用目标加以区分的原则）不能适用于“网络战”中。[7]

---

[3] See United Nations General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (24 June 2013), Sixty-eighth session, A/68/98, para.11, paras. 19-20. 联合国信息安全政府专家组全称为“国际安全背景下信息和通讯领域的发展政府专家组”，由中国、俄罗斯、美国、英国等主要国家的代表组成，具有广泛的国际代表性，并且在网络空间国际法规则的制定中发挥着越来越重要的作用。

[4] Id, paras. 11, 16.

[5] See United Nations General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (22 July 2015), Seventieth session, A/70/174, pp.7-8.

[6] UN, A/ RES/ 74/ 247.

[7] 黄志雄：《国际法在网络空间的适用：秩序构建中的规则博弈》，《环球法律评论》2016 年第 3 期。

而且，相较于发展网络空间负责任国家行为规范和制定网络空间专门性国际条约这两条制定新规则的路径，作为“旧法”的国际法适用于网络空间，有其一定的优势和便利：在网络空间国际规则博弈趋于激烈、有关国家在意识形态、价值观以及现实国家利益等方面的差异乃至对立趋于明显的背景下，有利于依托相对成型的现有国际法的适用，以“速成”的方式相对快捷地填补相关国际规则的空白状况，构建网络空间国际规则体系。2013 年出版的《塔林手册》1.0 版和 2017 年出版的该手册 2.0 版，正是通过对现有国际法如何适用于网络空间进行学者层面的类推解释，从而在较短的时期内初步构建了一个包括战时法和平时法、相对完备的网络空间国际规则体系。[8]正因为如此，国际法在网络空间的适用已成为网络空间“建章立制”最基础和最核心的路径。

三、围绕国际法适用于网络空间的争议与“二次立法”的必要性

然而，现有国际法在网络空间的适用，也是一个异常复杂的问题。这是因为，网络空间的各种独特属性，必然会对国际法的适用提出很多新问题、新挑战。以下试举近年来国际上围绕国际法适用于网络空间存在的几个争议问题，对此加以阐述。

（一）禁止使用武力原则的适用与“使用武力”和“武力攻击”的认定

尽管国际社会公认《联合国宪章》第 2.4 条所确立的禁止使用武力原则可以适用于网络空间，但网络空间何种行为可以构成 2.4 条所禁止的“使用武力”和第 51 条触发各国自卫权的“武力攻击”，是一个十分复杂的问题。国际法院在 1986 年“尼加拉瓜诉美国军事与准军事行动案”中提出：应当根据一项军事行动的规模和后果来判断该行动是否构成对他国的“武力攻击”，这一标准被认为是一项习惯国际法规则。9目前多数国家和学者主张：对于网络行动是否构成《联合国宪章》第 2.4 条所指的使用武力和第 51 条所指的武力攻击，也应根据“规模和后果”标准，通过分析一项网络行动是否与达到使用武力或武力攻击程度的非网络行动在规模和后果上相当来加以判定。10但不能不看到，网络攻击的规模和后果有着比传统军事行动更大的多样性、复杂性和不可预见性，因而在大多数情况下，对一起网络攻击是否与传统军事攻击在规模和后果上相当加以客观判断，将是极为困难的。这一问题在那些未直接造成人员伤亡和财产毁损的网络攻击（大多数网络攻击都属于这一类）中表现得尤为明显。由此可见，脱离传统军事行动这个特定的“语境”，将“规模和后果”标准套用到网络攻击上，难免会得出偏颇和似是而非的结论。[11]

（二）国家主权原则的适用与网络空间主权的义务属性和侵犯门槛

[8] 黄志雄：《网络空间国际规则制定的新趋向——基于<塔林手册 2.0 版>的考察》，《厦门大学学报》（哲学社会科学版）2018 年第 1 期。

[9] International Court of Justice Reports of Judgments, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986, para.195.

[10] See Michael Schmitt, “Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework,” Columbia Journal of Transnational Law, vol. 37 (1998-1999), pp.914-915; Michael Schmitt, “Cyber Operations and The Jus ad Bellum Revisited,” Villanova Law Review, vol.56 (2011), pp.573-575; Michael Schmitt, ed., Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, p.45, p.54.

[11] 参见黄志雄：《国际法视角下的“网络战”及中国的对策———以诉诸武力权为中心》，《现代法学》2015 年第 5 期。

联合国信息安全政府专家组 2013 年和 2015 年报告均确认国家主权原则适用于网络空间。但是，传统国际法上主权原则的确立，是以主权国家对特定物理边界内的人、事、物行使最高权威为基础的。在全球互联互通和“去边界”的网络空间，各国对于主权原则究竟应当如何适用存在着一系列的分歧。例如，

主权原则被国际社会长期公认为国际法的基石性原则，侵犯他国主权和领土完整将构成严重的国际不法行为。在网络时代，一国采取的网络行动可以导致对他国主权的侵犯，这已成为学界的主流观点。但值得注意的是，近两年来，在西方国家出现了一种否定主权原则作为独立的习惯国际法规则和第一性义务的主张。《美国国际法杂志》在线版（AJIL Unbound）2017 年 4 月发表了美国网络司令部军法检察官 Garry Corn 和国防部前副总法律顾问 Robert Taylor 题为《网络时代的主权》的文章，该文承认主权原则是“一项指引国家交往的国际法原则”，但同时认为它本身“不是一项在国际法上规定特定后果的约束性规则”。更具体地说，两名作者认为，主权原则本身没有对一国影响他国境内网络基础设施的网络行动加以一般性禁止，除非有关网络行动所产生的影响达到非法使用武力或非法干涉的程度（这时，不使用武力原则或不干涉内政原则将适用）。2018 年 5 月英国总检察长杰里米·赖特（Jeremy Wright）在查塔姆研究所发表的《21 世纪的网络与国际法》演讲中，也提出了类似观点。而在赞同网络空间国家主权构成一项独立的习惯国际法规则和第一性义务来源的国家及学者之间，对于何种网络行为将构成对他国网络空间主权的侵犯，仍存在较大争议。[12]

（三）不干涉原则的适用与网络空间干涉内政行为的认定

不干涉原则是一项久已确立的国际法基本原则，该原则在网络空间的适用也在联合国信息安全政府专家组 2013 年和 2015 年报告等文件中得到认可。2016 年“俄罗斯干涉大选事件”引发的大国博弈，更是使这一原则在网络空间的适用受到前所未有的关注。传统国际法主流观点认为，只有那些强迫性的对他国内政的影响才构成被禁止的干涉（intervention），而非强迫的干预（interference，如经济上施压、劝说、宣传等）不受不干涉原则的禁止。13 但是，美国和其他西方国家指控俄罗斯从事的通过公布特定敏感信息甚至传播虚假新闻来影响一国大选的行为，难以符合传统国际法所界定的“强迫”要素，因而使不干涉原则在网络空间的适用面临一定障碍。为此，一些西方学者试图对网络空间的不干涉原则加以新的界定，特别是主张放弃该原则中西方国家普遍认为必须具备的“强迫”要件。14按照这些学者的研究，现有的干涉概念过于依赖对“强迫”的认定，这并不必然符合数字时代的需要，因为在网络空间，一国为了干扰他国的正当政治进程（如选举）入侵他国系统获得敏感文件并加以公布的网络行动日益增多，它们可能威胁着不干涉原则所保护的同样的价值，因而亟需重新

[12] 参见王超：《主权原则在网络空间适用的理论冲突与应对》，《法学》2021 年第 2 期。

[13] 例如，《奥本海国际法》一书指出：干涉“是指一个国家对另一个国家的事务的强迫（coercive）或专断（dictatorial）的干预，旨在对该另一个国家强加某种行为或后果。”【英】詹宁斯、瓦茨修订，王铁崖等译：《奥本海国际法》（第一卷第一分册），中国大百科全书出版社 1995 年版，第 314 页。

[14] See Ido Kilovaty, Doxfare: Politically Motivated Leaks and the Future of the Norm on Non-Intervention in the Era of Weaponized Information, in Harvard National Security Journal, vol.9 (2018), pp.151-152.

评估不干涉原则对这类技术上不具有强制性但具有很大干扰性的网络攻击的适用。15

此外，在大多数网络技术（包括硬件和软件）都可军民两用、网络空间民用和军用设施往往互联互通的情况下，区分原则等国际人道法的基本原则如何适用于网络战？在国家责任法领域，网络攻击的归因标准如何认定，反措施如何采取？这些问题都引发了大量争论。限于篇幅，本文不一一讨论。

上述争议的根源在于，尽管国际法适用于网络空间有其必然性和合理性，有利于基于现有国际法确立的框架，在相对较短的时期内为网络空间确立可以适用的基本法律框架，但由于网络空间行为的独特属性，现有国际法的适用面临着很大的不确定性，或者说，物理世界已经得到澄清和确立的某一个国际法规则，在适用于网络空间时往往需要加以“再澄清”“再确认”。美国奥巴马政府 2011 年 5 月出台的《网络空间国际战略——网络化世界的繁荣、安全与开放》（以下简称《网络空间国际战略》），是最早明确推动国际法适用于网络空间的一份国际文件，该文件指出：“网络技术的独特属性要求通过进一步的努力来澄清相关国际法规范如何适用，以及还需要有哪些其他的理解来补充有关规则。”16

事实上，上述现有国际法适用于网络空间的“再澄清”“再确认”，在很大程度上正是一个对现有国际法相关规则进行“二次立法”、明确相关规则在网络空间的内涵和外延的进程。在主权原则、不干涉原则、禁止使用武力原则等现有国际法的“旧瓶”内，装上可以适用于网络空间的“新酒”（新的法律内涵）。经过这一“二次立法”进程，既有的主权原则、不干涉原则、禁止使用武力原则等国际法原则和规则，将在物理世界确立的原有法律内涵之外，衍生出一套相对独立的、适用于网络空间的规范体系。只不过，在高度分权的国际社会内，没有一个处于各国之上的立法机关来制定各国都应遵守的国际法。国际法的两大主要渊源——习惯国际法和条约国际法都必须经主权国家的首肯才能得以形成。[17]因此，与有关国际法原则和规则的“初次立法”相同的是，这一“二次立法”进程也主要是由各社会成员（特别是各主权国家）“自下而上”地提出立法主张，并推动相关规则的确立。

三、网络空间“二次立法”的实践进程：晚近国家立场主张的考察

在 2013 年联合国信息安全政府专家组就国际法适用于网络空间达成重要共识前后，各国总体上不愿对相关国际法如何适用的争议问题发表明确立场主张，一些学者认为，这造成了网络空间国际立法的“权力真空”，并有可能带来网络空间国际法的危机。[18]不过，近几年越来越多的国家通过高官演讲、发布本国的立场文件等方式，就国际法如何适用于网络空间的相关问题表达本国的立场主张，正是网络空间“二次立法”实践进程的生动体现。

例如，美国作为当今世界网络技术实力和网络话语能力最为强大的国家，尽管迄今为止

---

[15] Ido Kilovaty, Doxfare: Politically Motivated Leaks and the Future of the Norm on Non-Intervention in the Era of Weaponized Information, in Harvard National Security Journal, vol.9 (2018), pp.170-172.

[16] The White House, International Strategy for Cyberspace: Prosperity, Security, and Openness in a Networked World, p.9.

[17] 李浩培：《国际法的概念和渊源》，贵州人民出版社 1994 年版，第 27 页。

[18] Kubo Mačák, From Cyber Norms to Cyber Rules: Re-engaging States as Law-makers, Leiden Journal of International Law, Vol.30 (2017), pp. 877–899.

没有出台有关国际法适用于网络空间的单一立场文件，但它不仅通过 2011 年 5 月《网络空间国际战略》等文件最早明确推动国际法适用于网络空间，而且还通过两任国务院法律顾问高洪柱（Harold H. Koh）和布莱恩·依根（Brian J. Egan）分别于 2012 年 9 月和 2017 年 11 月发表相关演讲等方式，积极就国际法如何适用于网络空间表达本国立场主张。[19]高洪柱的演讲着重围绕网络空间使用武力等国际法问题进行了阐述，提出网络行动在一定情形下可以构成联合国宪章第 2 条第 4 款和习惯国际法下的使用武力，国家有权依据《联合国宪章》第 51 条对相当于“武力攻击”的计算机网络活动行使国家自卫权。[20]伊根演讲则进一步强调：现有国际法的各项原则构成美国关于在和平时期和武装冲突中维护网络空间稳定的战略框架的奠基石（cornerstone），而且其着重点开始从“网络战”威胁向和平时期网络行动的规制，并开始提出之前并不强调的国家主权的义务和“反措施”等问题。[21]美国国防部总法律顾问保罗·内伊（Paul Ney）2020 年在美国网络司令部法律会议上的演讲22和其他一些文件，也对美国关于国际法适用于网络空间美国的核心立场和主张进行了持续的阐述。

英国是美国之后较早表达本国立场的国家。2018 年 5 月 23 日，英国司法大臣杰里米·赖特在著名智库查塔姆研究所发表题为《21 世纪的网络与国际法》的演讲，内容涉及网络空间的主权与不干涉原则、武力攻击标准、自卫权和人道法的适用、国家责任等问题。这不仅是英国历史上关于国际法适用于网络空间的首次官方发声，对除美国外的其他国家打破在国际法适用于网络空间问题上的沉默态度也有积极意义。特别值得注意的是，这一演讲明确主张网络空间国家主权仅仅是一项国际法原则，但从该原则中无法推衍出一条具体规则，要求各国不得从事低于不干涉原则门槛的网络行动。换言之，网络空间国家主权是一项国际法原则而不是包含具体义务的法律规则。23一国对他国实施的网络行动是否构成国际不法行为，英国强调已通过禁止使用武力原则和不干涉原则划定了界限，对于现行国际法中不存在特定的主权规则。这一主张，使英国成为迄今为止国际上第一个也是唯一一个明确否认网络空间主权原则义务属性的国家。

2019 年 9 月 9 日，法国国防部发布了一份《适用于网络空间行动的国际法》文件，系统阐述了法国政府关于国际法适用于网络空间的主张，这也是迄今为止最为详尽地阐明本国主张的一份文件，在网络空间国家主权的义务属性、反措施的范围和方式、自卫权的行使等

[19] 黄志雄、应瑶慧：《美国对网络空间国际法的影响及其对中国的启示》，《复旦国际关系评论》第二十一辑（2017 年），第 57-63 页。

[20] Harold Honhgu Koh, “International Law in Cyberspace”, Harvard International law Journal Online, Vol. 54, December 2012, p. 9.

[21] Brian J. Egan, “International Law and Stability in Cyberspace”, Berkeley Journal of International Law, Volume 35, Issue 1, pp. 169-180.

[22] See Paul Ney, DOD General Counsel Remarks at U.S. Cyber Command Legal Conference (March 2, 2020), https://www.defense.gov/Newsroom/Speeches/Speech/Article/2099378/dod-general-counsel-remarks-at-us-cyber-command-legal-conference/.

[23] Attorney General’s Office and The Rt Hon Jeremy Wright MP, Cyber and International Law in the 21st Century (October 15, 2017), https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century.

问题上都提出了值得关注的见解，受到了有关国家和学界的重视。[24]

2021 年 3 月 5 日，德国政府发布《国际法在网络空间的适用》立场文件，围绕国际法在网络空间适用的主要问题提出了德国政府的立场主张。文件分为五个部分，除第一部分“概述”和第五部分“结论”外，第二部分“源于《联合国宪章》的国家义务”主要讨论了网络空间的国家主权原则、不干涉内政原则和禁止使用武力等问题，第三部分“国际人道法规定的国家义务”主要涉及区分原则、比例原则、预防原则及禁止引起过分伤害和不必要痛苦原则等国际人道法基本原则适用于武装冲突背景下的网络活动的相关问题。第四部分“国家作出回应的选项”，阐述了网络行动的归因问题以及在“使用武力”门槛以下可用于回应恶意网络行动的三个主要选项，即反报（retorsion）、反措施（countermeasure）和基于危急情况（necessity）采取的措施，同时主张包括自卫权在内的诉诸武力权适用于网络空间。[25]

除此之外，荷兰、爱沙尼亚、新西兰、以色列、伊朗等国也通过高官演讲或发表立场文件等方式，对本国有关国际法适用于网络空间的立场主张加以阐释。这些国家以及其他一些国家还通过联合国信息安全开放式工作组（OEWG）等多边场合，积极表达本国相关立场主张，参与网络空间的“二次立法”。

从上述国家围绕国际法适用于网络空间表达本国立场主张的方式和内容来看，这与以往国际交往中各国通过国家实践和法律确信的表达影响习惯国际法的形成并没有实质性差异，也就是阿库斯特所说的通过各国自由意志的表达逐步达成自愿性的默示协议。[26]一个著名的先例是，1945 年 9 月 28 日，美国总统杜鲁门发布《美国关于大陆架底土和海床自然资源政策宣言》，宣称“鉴于养护和慎重地利用其自然资源的紧迫性的关心，美国政府认为连接美国海岸、处于公海之下的大陆架自然资源归属于美国，并受其管辖和控制”。这一公告引发了其他国家的纷纷效仿和跟进，最终导致国家对毗邻其海岸的大陆架底土和海床的管辖权在较短时间内得到国际法上的确认。

尽管目前为止网络空间的“二次立法”远未结束，但鉴于各国对网络空间建章立制的普遍重视，上述以国家实践和法律确信为主要内容的立法进程很可能在未来趋于加快，并最终推动网络空间专门的习惯国际法规则逐步形成，或者在此基础上制定新的条约。

四、网络空间“二次立法”的启示与应对

从“二次立法”的视角阐释国际法适用于网络空间的有关争论和实践，可以为我们理解网络空间的国际立法进程获得若干有益的启示。

---

[24] Droit International Appliqué aux Opérations dans le Cyberspace (International Law Applicable to Operations in Cyberspace)(September 9, 2019), https://www.defense.gouv.fr/content/download/565895/9750877/file/Droit+internat+appliqu%C3%A9+aux+op%C3%A9rations+Cyberespace.pdf. 中文版参见法国国防部：《适用于网络空间行动的国际法》，王岩译，黄志雄、谢垚琪校，《武大国际法评论》2019 年第 6 期。

[25] On the Application of International Law in Cyberspace Position Paper-March 2021, https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2446304/2ae17233b62966a4b7f16d50ca3c6802/on-the-application-of-international-law-in-cyberspace-data.pdf.

[26]

首先，国际法在网络空间的适用，并不意味着现有国际法规则在网络空间的简单搬用，而是不可避免地将引发一个动态的“二次立法”进程，对现有规则如何约束网络空间的相关主体及其行为逐步加以确立，并催生相应的网络空间习惯规则。这一进程，集中体现了国际法适用于网络空间的“双刃剑”效应，特别是在推动达成早期原则性共识方面的积极意义和后期需要基于各国立场主张开展复杂博弈的艰巨性。

其次，在网络空间的“二次立法”进程中，一国能否积极参与这一进程、表达本国立场主张、塑造和影响相关国际规则，具有极大的重要性。国际法本质上是各国立场主张博弈的产物。由国际社会高度分权的结构性特点决定，这个在现有国际法基础上为网络空间“重新造法”、发展符合网络空间特性的规则的进程，必然会是一个各国的不同主张和实践相互博弈的过程，也主要是一个自发、非正式的立法进程。在这个过程中，一国如果不能比较系统、明确地提出自己的立场主张，就会在很大程度上“自废武功”，把自己排除在相关国际立法进程之外，从而无法基于自身利益影响其他国家。

随着中国的和平发展和国际地位的提升，中国政府日益重视积极参与国际规则制定，增强我国在国际法律事务中的话语权和影响力。27网络空间国际秩序的走向与我国未来的发展空间休戚相关，该领域相关国际法规则和制度尚未成型，这为我国参与网络空间国际规则制定提供了前所未有的契机。但另一方面，在网络空间这样的新领域，由于国际法是否适用、如何适用等诸多问题还存在不确定性，这对我国运用和塑造国际法的能力提出了更大的挑战。近年来，我国对网络空间国际规则制定日益重视，并提出了一系列的重要主张。当然，与西方主要大国相比，我国在网络空间的话语权和影响力仍处于某种弱势地位。究其根源，我国在研究和运用国际法并据此提出符合本国利益的主张这一“软实力”上还有着较大的欠缺。

“国际法律体系中最为强大的国家的行为对国际习惯法的形成具有更为重要的作用……多数国际习惯法是由极少数国家创设出来的。”28中国作为一个网络大国和网络空间的核心利益攸关方之一，也应当在网络空间国际法领域实质性地引领国际议题，主导规则的内容，影响相关国际规则的制定和形成，使有关规则真正反映和维护中国利益。为此，我国应在深入研究其他国家相关立场和准确把握我国核心利益的基础上，更加积极地表达我国关于国际法适用于网络空间的立场主张，甚至尽早出台较为详尽的官方立场文件。当然，在提出我国相关立场主张的时候，一定要经过深入的研究，所有的主张都尽可能的有详尽的法律分析和论证。29

---

[27] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（2014 年 10 月 23 日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过），《人民日报》2014 年 10 月 29 日，第 1 版。

[28] Alan Boyle, Christine Chinkin, The Making of International Law, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 28.

[29] 在以往的网络空间国际博弈中，我国可能存在运用国际法话语方面的能力欠缺。例如，在“网络战”的国际法上，我国政府迄今为止的公开立场，都主要是泛泛地从诉诸武力法和国际人道法在网络空间的适用将导致“网络空间军事化”角度来反对西方国家的相关主张，有关说理的充分性和说服力都存在疑问；Arun Mohan Sukumar, “The UN GGE Failed. Is International Law in Cyberspace Doomed As Well?”, 4 July 2017, https://www.lawfareblog.com/un-gge-failed-international-law-cyberspace -doomed-well, 2017-07-18.

四、结论

现有国际法在网络空间的适用已经得到国际社会普遍接受，并已成为网络空间国际立法进程中最基础、最重要的路径之一。但是，现有国际法究竟应当如何适用于网络空间，仍有着很大的复杂性和不确定性，需要通过“二次立法”来加以澄清和确立。网络空间的“二次立法”进程，对于包括中国在内的世界各国而言，既意味着在网络空间建章立制初期参与和塑造国际规则的难得机遇，也带来了如何充分利用本国实力（特别是国际法领域的软实力），积极、有效地表达本国立场主张、影响和引领相关国际规则制定的挑战。

争议海域与海上维权执法问题研究
——以中韩渔业纠纷为例

贾媛媛 1，裴兆斌 2

摘要：中韩两国隔海相望，海域最宽处也不足 400 海里。按照《联合国海洋法公约》的规定，一个国家拥有对距其海岸线 200 海里海域的经济专属权，中韩两国同为公约缔约国，由此便产生了较大的海洋权属争议。加之黄海、东海海底油气资源丰富，更进一步加深了两国间对于海洋主权以及海洋资源的较量。自 2001 年《中韩渔业协定》签订以来，中韩渔业纠纷不断，不论是从数量还是性质上来看，无不存在着愈演愈烈的态势，究其原因，在于韩方对于其专属经济区以及争议海域的执法巡航力度不断加大，动用武器装备，执法态度严苛且冷漠，其目的绝不仅仅在于维护其渔业资源，而是想通过行政管辖事实影响未来的海域划界，根本目的依然在于争夺争议海域的主权以及宝贵的海洋资源。由此，我国应当加大对争议海域及海上维权执法等有关问题研究，早日明确海洋主权，维护我国合法海洋权益，实现海洋发展的安全和稳定。

关键词：国际法；争议海域；中韩渔业纠纷；海上维权执法；体系化建设

中国海岸线绵长，但地形复杂，由此与许多国家存在着海域划界争议的问题。中越两国于 2000 年签署《中越北部湾划界协定》，双方海域划界问题得到妥善解决，此协定标志着我国海上第一条边界的诞生[1]，具有里程碑意义，我国可从此协定中提取有关经验，为将来与其他国家海域划界提供有益参考。

一、争议海域与中韩渔业纠纷概况

《联合国海洋法公约》于 1994 年正式生效，1996 年 1 月韩国率先于我国批准加入且单方面积极宣布对 200 海里专属经济区的所有权，为维护国家合法海洋权益，我国不得不紧随其后，也宣布建立 200 海里专属经济区[2]。由于对划界原则暂时无法形成合意，在大陆架划界上，韩国主张“中间线”原则，而我国主张“自然延伸”原则；在专属经济区划界上，韩国主张采取“中间线”原则，中国则主张采取“公平”原则[3]。但无论以何种原则划界，出于自然地理环境的限制，韩方的主张都是对自身有利的。鉴于此，2001 年两国协议签署了《中韩渔业协定》，作为海洋最终划界前的临时性安排。

但由于协定当中存在一定的灰色地带，故不免产生了一系列连带问题。表现出来较为严重的一个问题便是渔业纠纷，从某些程度上来看，它是两国间争夺争议海域主权以及海洋资

[基金项目]1、教育部备案 2017 年度国别与区域研究中心项目“海洋法律与政策东北亚研究中心”（GQ17091）；2、“新时代海洋强国背景下海洋法治人才培养体系创新与实践”，大连海洋大学 2019 年度校级本科教育教学改革研究项目（大海大校发【2019】152 号；

[1] 张晏瑜,张旭东.论南海区域渔业活动所面临的困境与解决方案[J].海南大学学报(人文社会科学版),2020,38(06):8-17.

[2] 董加伟.论中韩、中日渔业协定框架下的传统捕鱼权保障[J].东北亚论坛,2014,23(04):35-47+126.

[3] 詹德斌.海洋权益角力下的中韩渔业纠纷分析[J].东北亚论坛,2013,22(06):61-70+126-127.

源的一个手段[4]。中韩间第一次较为严重的大规模渔业冲突爆发于 2003 年，韩渔民不满中国渔民前来捕鱼，抢夺有限的渔业资源，遂 60 多艘韩国渔船对中国渔船实施围追堵截，直至韩海军舰队出动才制止了韩渔民的过激行为，此事件导致了韩国官方态度的转变，开始对中国渔民的非法捕捞加以关注和采取行动。2008 年韩海警不幸落船遇难事件致使矛盾进一步升级，韩国方面开始允许海警带枪执法以及动用各类现代化武器，加大了对非法捕捞的中国渔民的执法力度，由此，中国渔民海上作业环境恶化[5]。2016 年韩海警执法时遭到拒绝，遂向中国渔船轮机室投掷震爆弹，导致船员身亡。韩国海警与中国渔民的冲突由来已久且层出不穷，冲突所导致的流血伤亡事件颇多，两国民间情绪也十分对立，但不论从哪一方来看都是较为严重的损失。

解决渔业纠纷的关键在于两国间尽快明确各自海洋主权，但这不是一蹴而就的事情，我国应当积极主动推进与韩国海洋划界的进程。随着中国的不断发展，同时作为《联合国海洋法公约》的缔约国以及一个负责任的海洋大国，我们不应当再对此予以搁置和回避，要尽早地解决争议，为海洋发展以及两国间睦邻友好关系谋求一个安全稳定的环境。当然，这需要两国间的协调配合。在相关争议海域最终划界前，海上维权执法便是最应当值得关注的一个问题。

c 二、海上维权执法建制沿革与现存挑战

（一）海上维权执法概述

东海、渤海、南海和黄海是我国的领海，我国蓝色国土面积可达 300 多万平方公里，海岸线逶迤曲折，与众多邻国，如朝鲜、韩国、日本、菲律宾、马来西亚、文莱、印度尼西亚、越南等存在海上领土主权争议[6]。伴随着国家海洋意识的觉醒，世界沿海各国不断加强对国家管辖海域的管理，相继调整海洋战略，强化海洋综合管理与执法，以维护本国在海上的各项利益。我国也不例外，人类已经处在大规模开发利用海洋时代，海洋对于国家经济发展格局以及对外开放有着十分重要的意义和深厚的影响，首先它在国家主权、安全、发展利益方面的作用更加突出，其次在国家生态文明建设中的地位不断上升，再有在国际政治、经济、军事以及科技竞争中，海洋的角色更加显著。“建设海洋强国”在十八大报告中被首次明确提出，说明国家大战略已将“海洋强国”纳入，海洋的战略高度前所未有。同时我国是一个陆海兼备的发展中大国，全面建设社会主义现代化强国理应包括建设海洋强国这一重要组成部分。

2018 年《全国人民代表大会常务委员会关于中国海警局行使海上维权执法职权的决定》当中指出，中国海警局履行海上维权执法职责，包括执行打击海上违法犯罪活动、维护海上

[4] 邱昌情.中国与周边国家的渔业纠纷及其对中国周边外交的影响[J].社会主义研究,2013(06):147-154.

[5] 山长旭,吴天宇,戴瑛.海洋权益争端与中韩渔业纠纷的法律分析[J].沈阳农业大学学报(社会科学版),2018,20(01):41-44.

[6] 何传添. 中国海洋国土的现状和捍卫海洋权益的策略思考[J]. 东南亚研究,2001(2):52.

治安和安全保卫、海洋资源开发利用、海洋生态环境保护、海洋渔业管理、海上缉私等方面的执法任务，以及协调指导地方海上执法工作。这便是对于“维权执法”范围的界定，其执法手段主要涉及以下几种，包括巡航，巡航监视，随航监管，护航警戒，监督检查，监视，监管，巡护，警告，拍摄录像、照片，喊话，责令停止，责令离开，登临，跟踪，驱离，拦截，保护，查处[7]。

（二）海上维权执法建制沿革

自新中国成立以来，我国海洋管理体制大概经历了四个阶段，现行体制可溯至计划经济时期形成的以行业执法和管理为主的模式，第一阶段大致为新中国成立至 20 世纪 60 年代中期，为分散管理阶段，海洋政策不明确，海上执法建设落后，存在部门间、区域间职能交叉、管理真空等现象；第二阶段是海军统管阶段，从 1964 年到 1978 年，同时成立国家海洋局，为局部统一管理基础上的分散管理体制；第三阶段是海洋行政管理形成阶段，地方海洋管理机构开始建立，初步形成了分级海洋管理局面，但海上行政执法管理与涉海行业或产业管理权力混淆，中央及地方海洋行政管理部门、涉海行业部门各自为政，多头执法；第四阶段是综合管理酝酿阶段，《国务院机构改革和职能转变方案》于 2013 年 3 月 14 日在第十二届全国人民代表大会第一次会议通过，为进一步提升海上执法成效，国务院整合了国家海洋局下的中国海监，农业部中国渔政，公安部边防海警，海关总署海上缉私警察，重组国家海洋局，由公安部业务指导，国土资源部管理，对外以中国海警局的名义开展海上维权执法活动[8]。至此，在中央层面，维护中国海上权益的执法机构统一为中国海警局。在这一轮的改革中，虽然整合了原有的海监、渔政等力量形成海警局，但目前在海洋执法方面仍旧平行地存在两个执法机构，即海警局和海事局，同时地方层面也尚未整合完毕，地方政府也有着一定的海洋执法力量，缺少海上维权执法的法律依据，存在着统一执法难等问题。

中国海警局于 2018 年开始转隶，7 月 1 日起组建中国人民武装警察部队海警总队，称中国海警局，归属中央军委建制，改变了由国务院、国土资源部、国家海洋局多重领导的局面，实现了中共中央、中央军委集中统一领导。其性质随之变化，由行政机关变为武警部队，但基本职能维持不变，仍然是统一履行我国海上维权执法职责的队伍。但在法律层面和实务工作当中，有很多问题亟待解决，例如与海事局、海军之间的分工协作等，因此海上维权执法仍面临挑战，改革方兴未艾[9]。

（三）海上维权执法现存挑战

1.法律制度顶层设计的欠缺

作为一项涉及多种职责、多种内容和形式的综合性机制，海上维权执法机制的理想构建路径是先在立法层面做出顶层设计，就其实施主体、权责划分及联动协调等问题做出规划，然后再具体构建与细化。顶层设计即全局意识，于高处俯瞰，了解和掌握各方面的具体情况，对全局工作统筹兼顾。因此，要有顶层设计的高度和视野，才能使全局高效协调运转。但这

[7]毛晨宇.海上“维权执法”的概念界定与未来展望[J].大连海事大学学报(社会科学版),2020,19(01):11-19.

[8] 裴兆斌,蔺妍,李艳等.《海上行政案件查处》[M].南京：东南大学出版社，2020.11：1-4.

[9] 裴兆斌.新时代海警制度的移植与本土化[J].社会科学辑刊,2020(05):114-119.

显然与现状不符，《海洋基本法》自 2014 年起就被全国人大常委会列入立法规划，但进展缓慢，仍未出台。这部法律旨在“明确我国的海洋基本政策，理顺法律关系、消除法律冲突、弥补重要制度的缺失以及建立协调海上执法制度等问题”，这也是以往多头管理、整体性欠缺和效率低下等问题所在。虽然自 2013 年改革重组后，由中国海警局统一负责海上维权执法，但其与海军、海事局之间的分工协调机制尚未建立，如何联动协调依旧缺乏法律指引。我国海上维权执法现状实际是机构改革倒逼立法，实践急需法律指引[10]。

2.法律法规原则化，欠缺可操作性

海军以及海警局依照国际公约和国内法不断扩大自身巡航海域范围，但相关法律依据存在过于原则和宽泛的问题，欠缺可操作性。例如《联合国海洋法公约》虽为海洋方面的根本性国际法律，但它更是众多国家利益调和的产物，为此一些规定原则化、模糊化是不可避免的，因此也产生了大量的条约解释问题，不同的解释则导致了矛盾的产生；再有《中韩渔业协定》第八条第三款后半部分表述为“还可采取联合监督检查措施，包括联合乘船、勒令停船、登临检查等”，其中“登临”在《公安机关海上执法规定》《海事局水上巡航工作规范》等中有相关规定，但对于具体的程序、手段及责任没有细化，给实务工作带来一定困难。此外，从 2021 年 2 月 1 日开始施行的《中华人民共和国海警法》第八条规定，为国家建立陆海统筹、分工合作、科学高效的海上维权执法协作配合机制。国务院有关部门、沿海地方人民政府、军队有关部门和海警机构应当相互加强协作配合，做好海上维权执法工作。但就如何协作配合并未作出细则要求，规定是很模糊和笼统的，这也导致另外一个问题，海上执法主体之间，与行政、司法部门之间协调性不足，缺乏联动机制。

3.联动协调机制有待构建与完善

除中国海警局，海事局、海军、农业农村部、生态环境部、自然资源部以及渔业渔政管理局也有相应的海上执法权[11]，与中国海警局存在一定的职能交叉，造成了执法资源的浪费，这就需要对相关执法部门进行进一步的职责分工以及完善构建科学的联动协调机制，如先期预警、情报共享等，提升其运作的准确性、及时性、灵活性与变通性[12]。未来的联动协调机制不仅应当包括以上各执法部门间的，还应当包括与其他行政、司法机构间的，有关方面应当做到紧密衔接、高效联动，为查处、打击相关违法犯罪活动提供规范化保障。

三、海上维权执法的优化路径

（一）法律制度体系化

国际法与国内法的缺陷给我国海洋维权带来困境和不便，对于实现海权保障造成一定阻力，需要我们做出法律应对。我国是负责任的海洋大国，一贯践行相关国际法规则，这也为

[10] 程洁玲,司玉琢.当代海权视角下我国海上巡航机制重构的法律保障[J].河南大学学报(社会科学版),2020,60(03):111-117.

[11] 段穷,曲亚囡.中国海警海上行政执法权问题研究[J].沈阳农业大学学报(社会科学版),2019,21(06):669-674.

[12] 赵立明,孔繁明,王新.新时代海上维权执法理论创新应重点关注的几个方向[J].公安海警学院学报,2019,18(01) :7-10.

进一步谋求全球海洋治理的话语权打下良好基础。

基于全球海洋新秩序的大背景下，我国海上维权执法的法律框架也必然是国际法与国内法的双层架构，出于国际法有约必守的原则，我国海上维权执法应当遵守的最主要的国际法渊源主要分为两类：一是多边和区域性国际公约，如《联合国海洋法公约》，为我国海上维权执法提供了最基本的规则框架；二是双边国际条约，如《中韩渔业协定》，就两国相关海域秩序做出安排，为解决渔业纠纷以及海洋资源保护等提供了制度保障。国内法而言，众多的法律法规，如《海上交通安全法》《渔业法》《海关法》等，都涉及到海洋主权、监管职责等规定，但是存在缺乏顶层制度设计以及过于原则化问题，故当下紧要任务应当是，在国际法与国内法的双重框架内，结合我国海上维权执法的实际情况以及考量未来海洋治理方略，完善、融合相关法律法规，尽快制定出台《海洋基本法》，为我国维护海洋权益提供最根本的法律保障。然后按照整体指导思想和规划，各部门单位做出相应的调整和细化，为实务工作提供充分的制度支撑以及全方位、细致的指引[13]。

（二）维权执法协调化

我国海上维权执法机制不同于美国等，由统一的海上力量加以实践，而是由海警局、海事局以及海军分工合作，其他部门如自然资源部、渔业渔政管理局等也具有海上执法职能，故海上维权执法的统一性和协调性是构建的重点，如何将现有的各类交叉、重合职能最优化，需要理论研究、实践经验总结以及相关人才的培养，如加快建设海上维权执法学科体系等[14]，以求在最大程度上良好运用相关执法资源以形成执法合力，同时与行政、司法有效衔接。因此，应当强化高层议事机构，建立联动协同机制，在海洋政策和战略层面形成统一的国家意志，统筹协调海上维权有关事宜。虽然在 2013 年机构改革中已提出设立国家海洋委员会，但其具体工作由国家海洋局承担，由于级别较低，在实际操作过程当中仍难以避免协调的困难。因此应当建立起一个能够真正高效协调指挥海警局、海事局等相关部门的统筹力量，真正意义上提升海上维权执法的效率和实际效果[15]。

（三）深化国际合作，推动构建海洋命运共同体

一方面，在有权属争议的海域应当开展定期的联合执法活动。韩联社 2020 年 11 月 4 日消息，2020 年，应中方要求，韩国海警首次参加联合巡查。一方面应当积极推进类似联合巡逻执法常态化，以此加强双方的对话交流与合作，为缓解地区纷争及维护与有关国家睦邻友好关系具有十分重要的意义。还可以在签订合作协议的基础上开展争议区域维权执法，可借鉴《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》，并结合实际情况商讨合作执法的适用范围，适当地将海上交通规制、海洋环境保护等纳入协议范围[16]。另一方面，要联合不同海上执法主体，从而增强海上维权执法派出力量，强化我方的实际管控。

---

[13] 程洁玲,司玉琢.当代海权视角下我国海上巡航机制重构的法律保障[J].河南大学学报(社会科学版),2020,60(03):111-117.

[14] 和先琛.海上维权执法学科体系建设的回顾与展望[J].公安海警学院学报,2018,17(05) :1-8.

[15] 姜秀敏,刘光远.美日俄海上维权机构设置及对我国的启示[J].东北亚论坛,2013,22(06):51-60+126.

[16] 李志文.我国在南海争议区域内海上维权执法探析[J].政法论丛,2015(03):92-99.

另一方面，世界沿海各国不断加强对国家管辖海域的管理，对海洋问题的重视程度也不断加深，相继制定、调整海洋战略，构建完备的法律体系，以维护本国在海洋上各项利益。海洋命运共同体理念是人类命运共同体思想的丰富和发展，是共同维护海洋秩序，促进海洋和平、繁荣的中国方案，这是契合各国利益以及时代潮流的。因此，我国应当从海洋命运共同体理念以及我国海洋权益维护的实践需求出发，积极参与到相关国际法规则的解释和发展当中，为相关争议提供中国解决方案，由一个国际规则的被动接受者转化为主动参与者、创建者和解释者，积极构建我国的规则话语权[17]。

c 四、总结

为建设强大的海洋国家，实现中华民族的伟大复兴，更好地维护我国海洋权益和保障我国海上安全，有效地遏制有关国家在海上对我国的侵扰和公然挑衅，尽快制定完善海上维权执法法律体系、构建高效协同联动机制显得尤为必要，这也是现阶段的紧迫要求和时代赋予我们的神圣使命。

Research on Dispute Sea Areas and Maritime Rights Protection and Law Enforcement Take the fishery dispute between China and South Korea

Abstract: China and South Korea face each other across the sea, and the widest part of the sea is less than 400 nautical miles. China and South Korea are both signatory parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), which states that one country has economic exclusive rights to waters 200 nautical miles from its coastline. In addition, the Yellow Sea and the East China Sea are rich in undersea oil and gas resources, which further deepens the competition between the two countries over maritime sovereignty and Marine resources. Since the sino-south Korean fishery agreement signed in 2001, China and South Korea fishery disputes, both on the number and nature of it, is there is a growing trend, investigate its reason, is South Korea for its exclusive economic zone and the disputed maritime law enforcement cruise strength increasing, the use of weapons and equipment, law enforcement attitude of rigid and indifference, its purpose is to maintain the fishery resources, not just for facts but to through administrative jurisdiction affect future maritime demarcation, fundamental purpose lies in the battle for the disputed waters sovereignty and still valuable Marine resources. Therefore, China should step up research on the disputed waters, maritime rights protection and law enforcement, clarify maritime sovereignty at an early date, safeguard China's legitimate maritime rights and interests, and realize the security and stability of maritime development.

[17] 程洁玲,司玉琢.当代海权视角下我国海上巡航机制重构的法律保障[J].河南大学学报(社会科学版),2020,60(03):111-117.

Key words: international law; Disputed waters; Fishery dispute between China and South Korea; Maritime rights protection and law enforcement; Systematic construction

从适足住房权视角探讨中国《民法典》设立居住权的国际法价值

蒋志琦

复旦大学 2020 级国际法学硕士

摘要：《经济、社会和文化权利国际公约》将适足住房权视为基本权利之一，“适足住房权”的内涵随着相关国际法渊源的丰富而不断发展。《经济、社会和文化权利国际公约》的签约国负有通过内国立法对前述权利进行保障的国际条约法义务。本文基于对适足住房权概念的讨论，并结合中国《民法典》中新增的“居住权”专章，意在指出从立法目的和用益物权的属性而言，居住权的设立具有回应国际条约中保障适足住房权的价值。落实适足住房权保障的视角或能够为中国《民法典》现行有关居住权的规定提供新的法理论证基础，使得居住权立法与中国《宪法》第三十三条相呼应，并为在内国立法中落实国际条约法义务提供了不止于诉诸内国公法的新思路。

关键词：适足住房权 居住权 国际条约

引言

2020 年起始生效的中国《民法典》在物权编中增设专章[1]，将“居住权”正式确立为法定物权之一。针对前述将居住权引入中国现行物权体系的立法创新之举，目前学界相关讨论主要立足于民法领域并结合比较法对我国居住权的立法予以评价[2]，其中不乏质疑与挑战[3]；而早在正式将居住权法典化前，对于我国物权立法中是否有必要设立居住权便存在较大分歧，有观点一度否认了居住权立法的必要性并认为“房屋租赁制度与婚姻家庭法中的扶养制度完全可以替代居住权”[4]。且不论现行居住权立法规定的解读是否存疑[5]、实践中应如何进行居住权登记，究其立法目的，居住权的设立不仅为保护房屋所有权人的财产权，更侧重于满足不具有房屋所有权且无法承担购房费用的居住权人的“生活居住需要”[6]，从这一角度而言，居住权立法具有实现国际条约法义务的价值，并有助于落实对于社会部分较弱势群体适足住房权的保障。

尽管已有文章指出中国《民法典》中设立的居住权制度有助于维系社会稳定、保障民生

[1] 《中华人民共和国民法典》，第 366-371 条。

[2] 参见，例如王利明：《论民法典物权编中居住权的若干问题》，载《学术月刊》2019 年第 7 期，第 91-100 页；肖俊：《居住权的定义与性质研究——从罗马法到<民法典>的考察》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》，2020 年第 12 期，第 79-89 页。

[3] 参见，刘迁：《浅析我国居住权现有法律之规定》，载《湖北经济学院学报(人文社会科学版)》，2021 年第 1 期，第 89 页。

[4] 孙茜：《<民法典>视野下居住权制度的理解与适用》，载《法律适用》2020 年第 21 期，第 28 页。

[5] 参见，崔建远：《物权编对四种他物权制度的完善和发展》，载《中国法学》2020 年第 4 期，第 36 页，作者在该文中指出应对居住权采取扩张解释，将包括生活性居住权与投资性居住权一并纳入现行居住权立法框架下。

[6] 参见王晨（全国人民代表大会常务委员会副委员长），《关于<中华人民共和国民法典（草案）>的说明》，第十三届全国人民代表大会第三次会议，2020 年 5 月 22 日。

[7]，但鲜有研究专门从国际条约法视角就中国有关居住权立法的国际法价值进行深入阐释；另一方面，有关适足住房权立法保障的国内外研究[8]中一般以区域立法[9]，内国法中宪法、行政法规，政府所颁布的社会政策[10]以及在推进适足住房权的社会运动下产生的法令和判例法[11]等作为讨论对象，有关居住权的私法受关注度低。对此本文认为，设立居住权的内国民事立法亦能够为国家切实履行保障适足住房权的国际法义务提供不止于公法的、多层面法律保障；虽然中国《民法典》第 366 条中的居住权条款本身并不作为适足住房权的法律渊源，却具有保障适足住房权得以实现的立法价值。

本文由此从落实适足住房权保障的视角出发，探讨在我国《民法典》中确立居住权的国际法价值，旨在为我国居住权立法的法理基础提供新的论证视角并丰富我国政策或立法规划文件中提出的“住有所居”[12]内涵。文章将主要围绕下述问题展开：所谓“适足住房权”是什么？国际法语境下的“适足住房权”与作为民法概念的“居住权”之间存在怎样的关系？国家是否需要通过立法保障适足住房权？有关居住权的民事立法是否构成国家通过立法保障适足住房权的方式之一？

一、适足住房权概论

《经济、社会和文化权利国际公约》（以下简称“ICESCR”）第 11 条第 1 款[13]中明确将“适足住房权”列为基本权利之一[14]。ICESCR 下，国家或政府作为保障适足住房权的义务主体，需从内国立法、司法及社会政策等多层面地为保障全民的适足住房权。适足住房权被视

[7] 王利明：《论民法典物权编中居住权的若干问题》，载《学术月刊》2019 年第 7 期，第 95、100 页；朱列玉：《居住权入典：更好保障特定群体住房和养老》，载《中国人大》2020 年第 19 期，第 40 页。

[8] See Albert Mathews, the Right to Housing, Black Law Journal, Volume 6, Issues 2 & 3, 1978, pp. 247-264; Leckie Scott, The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Right to Adequate Housing: Towards an Appropriate Approach, Human Rights Quarterly, Volume 11, No. 4, 1989, pp. 522–560. 并参见，陈红梅：《适足住房权法律保障研究》，北京：中国政法大学出版社，2016 年，第 121-123，143-178 页。

[9] See Padraic Kenna, Héctor Simón-Moreno, Towards A Common Standard of Protection of the Right to Housing in Europe Through the Charter of Fundamental Rights, European Law Journal, Volume 25, Issue 6, 2019, pp. 608-622. Albert Mathews, the Right to Housing, Black Law Journal, Volume 6, Issues 2 & 3, 1978, pp. 247-264.

[10] 参见，金俭,梁鸿飞：《公民住房权：国际视野与中国语境》，载《法治研究》2020 年第 1 期，第 153，155 页。See also, Ingrid Leijten and Kaisa de Bel, Facing financialization in the housing sector: A human right to adequate housing for all, Netherlands Quarterly of Human Rights, Volume 38, Issue2, 2020, pp. 101-103.

[11] See Lisa T. Alexander, Occupying the Constitutional Right to Housing, Nebraska Law Review, Volume 94, 2015, pp. 248, 257-259.

[12] 《全国人民代表大会常务委员会办公厅关于“十四五”规划纲要编制工作若干重要问题专题调研工作情况的报告》，2020 年 8 月 10 日；《国务院 2017 年立法工作计划》，国办发〔2017〕23 号。

[13] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, entered into force 3 Jan 1976, U.N. Doc. A/6316 (1966), Article 11(1) provides that “The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.”

[14] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 4 on the Right to Adequate Housing (Article 11.1 of the Covenant), 1991, U.N. Doc. E/ E/1992/23, paras. 6-7.

为个体与生俱来的权利，但该权利的侧重点在于“住”而非对于“房”的所有权，从这一点而言，源自罗马法具有用益权属性的“居住权”亦带有近现代的“基本人权色彩”[15]。

（一）作为基本权利的适足住房权

适足住房权是一种经济、社会和文化权利，具有基本人权的属性，其内涵随着相关国际法渊源的丰富而不断发展[16]并能够作为内国立法及社会政策的法理基础[17]。

当下，与适足住房权概念相关的英文用语尚存在不统一的情况，比如同一份联合国文件中会交替使用“住房权”（housing rights）与“适足住房权”（the right to adequate housing）两词[18]，又如国际性会议宣言中使用的“adequate shelter and services”[19]、个别学者使用的“栖居权”（a right to habitable housing）[20]以及更换表达形式的“the right to housing”[21]。还有观点认为相较于作为人权概念所使用的适足住房权，“住房权”（housing rights）侧重于指代以内国法为基础的具体法律权利[22]。为避免模糊性并侧重于从人权视角讨论前述概念，本文采用了与适足住房权相关的重要联合国官方文件[23]中所广泛使用的“适足住房权”这一中文翻译以统一表述。

1. 适足住房权的国际法渊源

适足住房权享有广泛的国际法基础。《人权宣言》第 25 条[24]与 ICESCR 第 11 条[25]是适足

[15] 肖俊:《居住权的定义与性质研究——从罗马法到<民法典>的考察》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》,2020 年第 12 期，第 82 页。

[16] 陈红梅:《适足住房权法律保障研究》，北京：中国政法大学出版社，2016 年，第 3、9 页。

[17] Courtney Jung, Ran Hirschl & Evan Rosevear, Economic and Social Rights in National Constitutions, American Journal of Comparative Law, 62:4, 2014, p. 1043.

[18] See e.g., United Nation Housing Rights Programme, Housing Rights Legislation: Review of International and National Legal Instruments, Report No.1, 2002, p.1, “The strongest references to housing rights in the international legal context is the right to adequate housing.....”.

[19] United Nations Conference on Human Settlements, The Vancouver Declaration on Human Settlements,31 May to 11June, 1976, U.N. Doc. A/CONF.70/15, Section III para 8, “Adequate shelter and services are a basic human right which places an obligation on Governments to ensure their attainment by all people.....”.

[20] Albert Mathews, the Right to Housing, Black Law Journal, Volume 6, Issues 2 & 3, 1978, p.248.

[21] Jessie Hohmann, The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities, Hart Publishing, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 146, 2013, p.1. See also, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 U.N.T.S. 195 (1969), Article 5(e).

[22] Jessie Hohmann, The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities, Hart Publishing, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 146, 2013, p.6.

[23] 例如，联合国经济、社会和文化权利委员会，《关于适足住房权的第 4 号一般性意见》（1991 年）（E/1992/23）；《生境议程》(1996)；经济、社会和文化权利委员会，《关于适足住房权：强迫驱逐问题的第 7 号一般性意见》（1997 年）（E/1998/22，附件四）；联合国人权事务高级专员办事处与联合国人类住区规划署，《适足住房权》第 21 号概况介绍（修订 1），2010 年。

[24] Universal Declaration on Human Rights, adopted 10 Dec. 1948, U.N. Doc. A/810 (1948), Article 25(1) “Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances

住房权的重要基础性国际法渊源[26]，依据对于前述条款的文义解释，适足住房权起初作为与人的健康福祉（well-being）有关的适足生活水平（an adequate standard of living）的下位概念[27]出现在人权文本中。而后，在由联合国机构发布的解释性文件中，例如经济、社会和文化权利委员会对于 ICESCR 第 11 条第 1 款作出的《关于适足住房权的第 4 号一般性意见》[28]（以下简称为“《第 4 号一般性意见》”）、《关于适足住房权：强迫驱逐问题的第 7 号一般性意见》[29]和联合国人类住区规划署出品的《<适足住房权>第 21 号概况介绍》[30]，已然将适足住房权从适足生活水平中提取而出、视为一种需予以充分重视和保护的基本权利。

区域一级的条约法中，《美洲关于人的权利和义务宣言》第 11 条[31]在《人权宣言》签署生效以前便已经将住房权列为受保护的与维系人的健康生活密切相关的基本权利之一[32]；《人权宣言》生效后，《美洲国家组织宪章》第 31 条[33]与《欧洲社会宪章》第 31 条[34]，也明确将适足住房权纳入受保护的基本权利之中。

此外，在联合国人类住区会议上达成的《温哥华人居宣言》与《伊斯坦布尔人居宣言》及《人居议程》[35]以及 21 世纪初联合国大会通过的《联合国千年宣言》[36]虽不具有强制约束力，但相关会议文件通过聚焦以作为人权为基础的住房保障问题，明确宣告对于适足住房权的保护[37]，亦提高了国际范围内对于适足居住权的关注度。

---

beyond his control.”

[25] Ibid 13.

[26] Arturs Kucs, Zane Sedlova & Liene Pierhurovica: The Right to Housing: International,European and National Perspectives, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, No. 64/65, 2008, p. 103.

[27] 陈红梅：《适足住房权法律保障研究》，北京：中国政法大学出版社，2016 年，第 4 页。

[28] Ibid 14.

[29] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment No. 7 on the Right to Adequate Housing forced evictions (Article 11.1 of the Covenant), 1997, U.N. Doc. E/1998/22, annex IV.

[30] UN Habitat & Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 21 The right to adequate housing, Fact Sheet No. 21/Rev. 1, 2009.

[31] American Declaration of the Rights and Duties of Man, the Ninth Conference of American States, 1948, Article XI.

[32] 注：《欧洲保护人权与基本自由公约》第 8 条中也采用了相近的表述，笼统地将包括保护住房（“home”）在内的与人的私人、家庭生活相关的权利列为受保护对象。See European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 1950, CETS No.005, Article 8(1).

[33] Charter of the Organization of American States, 1948, Article 31(k), “To accelerate their economic social development, in accordance with their own methods and procedures and within the framework of democratic principles and the institutions of the Inter-American System, the Member States agree to dedicate every effort to achieve the following goals…(k): adequate housing for all sectors of the population.”

[34] European Social Charter (Revised), Council of Europe, 1996, CETS No. 163, Part I Article 31, “Everyone has the right to housing”.

[35] The United Nations Conference on Human Settlements (Habitat II), Istanbul Declaration on Human Settlements and the Habitat Agenda (1996), A/CONF.165/14.

[36] UN General Assembly, United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2, 2000; available at: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_55_2.pdf.

[37] Ibid 35, Annex II, p. 17, para. 26 “... and we reaffirm our commitment to ensuring the full realization of the human rights set out in international instruments and in particular, in this context, the right to adequate housing

2. 适足住房权的概念解释

由于《人权宣言》和 ICESCR 均未专门就适足住房权概念进行定义，相关条文用语的“开放结构”为具体理解带有自然法特性的适足住房权提供了较大解释空间[38]，故本部分主要参考前文中提及的有关适足住房权概念的解释性国际文件[39]，以更好地确定“适足住房权”概念的核心[40]与其本身所具备的自然法属性[41]。

《第 4 号一般性意见》开篇第 1 段中将适足住房权定性为“源自于适足的生活水准权利，对于享有全部的经济、社会和文化权利具有关键意义”[42]，并进而强调应以适足住房权具有“人身固有的尊严”（the inherent dignity of the human person）的人权价值作为出发点，不得在解读该权利时采取限缩解释的方法[43]。建立在前述价值判断与人权保护目的之上，需将“住房”与“适足”二词联动进行理解，适足住房权中的住房不仅指作为财产的所有物或物理空间上的蔽身之处，还需满足适足的程度。

至于何为“适足”？《第 4 号一般性意见》第 8 段中详细列举了七项被经济、社会和文化权利委员会视为与“适足住房”相关的不同方面，分别为：（1）使用权的法律保障；（2）服务、材料、设备和基础设施的提供；（3）力所能及（Affordability）；（4）乐舍安居（Habitability）；（5）住房机会（Accessibility）；（6）居住地点（Location）；（7）适当的文化环境。

衡量前述七个方面是否得到满足的标准因国而异、因发展水平而不同[44]，但“适足住房”的精髓在于通过立法和制度设计以确保机会平等、消除潜在歧视，而不在于追求国家为每个公民建造住房的结果正义。由此可见，为居住人对住房的“使用权”提供法律保障是落实适足住房权的重要基础，具体有如通过立法及司法途径使居住人免受非法驱离、骚扰等对其使用权的妨害。

3. 适足住房权的主体

鉴于适足住房权具有基本权利属性，其权利主体范围为全体人类；依据非歧视原则，享有适足住房权的主体不受性别、年龄、国别、种族、经济地位等任何因素的限制[45]，包括如不具有房屋所有权的租客[46]、无家可归者（homeless）等在住房问题中处于相对弱势的群体。

---

as set forth in the Universal Declaration of Human Rights and provided for in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Convention”

[38] See H. L. A. Hart, Concept of Law (Second Edition), Oxford University Press, 1994, pp. 123, 130.

[39] Ibid 28-29.

[40] See H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, Harvard Law Review, Volume 71, No. 4, 1958, p. 607, “There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out.”

[41] Ibid 35, pp. 193-199.

[42] Ibid 14, para.1, “The human right to adequate housing, which is thus derived from the right to an adequate standard of living, is of central importance for the enjoyment of all economic, social and cultural rights.”

[43] Ibid 14, para.7.

[44] Scott Leckie: The Right to Housing. Economic, Social and Cultural Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 2001, p. 150.

[45] Ibid 14, para. 6.

[46] Balakrishnan Rajagopal, Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context, A/75/148, p.7,

相应地，享有公权力并能调控资源分配的国家或政府往往被视为适足住房权的主要义务主体[47]，负有避免侵犯该人权的义务；除了履行前述消极义务外，以 ICESCR 为法律基础，明确将适足住房权作为受保护权利的国际“软法”文件如《人居议程》又指引国家和政府应积极通过立法、司法或颁布政策等途径[48]，落实有关适足住房权保障的国际法义务。

（二）适足住房权与居住权

《人居议程》第 61 段[49]与《第 4 号一般性意见》第 8 段中均提及国家负有通过立法保障房屋使用权的义务，对于试图实现保护房屋使用权的目的与法律效果而言，不难令人联想到民法中的“居住权”概念，故有必要首先对适足住房权与居住权的关系进行辨析。

“适足住房权”与“居住权”分别源自国际条约法和内国民事立法的不同法律体系，法律渊源的差异使得两概念在调整的法律关系与主体方面存在区别。适足住房权的核心价值在于保护人所固有的生存发展权，其权利主体范围既包括有产者，也包括无产者，调整国家与公民间的关系；而居住权属于财产用益权，用于确立与不动产物权有关的占有与使用权，其权利主体限定在居住权人以内，调整私主体间有关物的占有、使用民事关系。适足住房权因其具备的人权维度而比包括居住权在内的财产权拥有更为宽广的权利内涵[50]。

但若抛去公法和私法权利二分的视角，转而从立法目的进行探究，源自罗马法的“居住权”概念实则具有近现代色彩，如学者所言“民法上的居住权在法律形式上属于一般法律权利，但是这种民事权利设置的出发点却是人权考虑。”[51]

居住权的设立初衷源自于保障部分弱势群体生活权利的现实考虑，这是由于在罗马“家长制”的制度下，每逢家主过世，不具有继承权的家庭成员如妻子、嫡系子女和被视为物的奴隶便面临着可能被继承者驱逐出户的现实威胁，为使前述群体得以“生有所靠，老有所养”[52]，民事领域中逐渐形成了居住权概念。现代民法继承了居住权的立法初衷，在保留了居住权概念的现代民法居住权条款中，如《法国民法典》第 632 条[53]、《德国民法典》第 1093 条[54]及《意大利民法典》第 1022 条[55]，均将居住权限定为一种不具有收取孳息权的不动产使用权，并将居住权的行使框定在居住目的内[56]。由此可见，居住权虽然在规范内容层面具有民

available at: http://www.undocs.org/A/75/148.

[47] 除政府以外，国际组织（NGO）、社区、跨国企业等在《人居议程 II》第 61 段中均被列为了需共同参与保护适足居住权的主体，但因本文主要关注国家的相关立法义务，未将前述主体引入本部分的介绍。

[48] Ibid 37, p.34, para 61.

[49] Ibid, “(b) Providing legal security of tenure and equal access to land for all, including women and those living in poverty…”.

[50] Ibid 26, p. 111. See also, Ibid 30, p. 7.

[51] 王宏哲：《适足住房权研究》，中国政法大学,2007 年博士学位论文，第 22 页。

[52] 周枏:《罗马法原论》，商务出版社, 1994 年版，第 361 页；转引自前注 49，第 24 页。

[53] 参见罗结珍译: 《法国民法典》，北京: 北京大学出版社，2010 年版。

[54] 参见陈卫佐译注: 《德国民法典》，北京: 法律出版社，2010 年版。

[55] 参见费安玲译: 《意大利民法典》，北京: 中国政法大学出版社，1997 年版。

[56] 肖俊:《居住权的定义与性质研究——从罗马法到<民法典>的考察》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》，2020 年第 12 期，第 83 页。

法属性，但其法律目的并不在于追求不动产带来的经济价值，而是为解决部分社会群体住房困难，具有所谓“法律目的上的人权性”[57]。

基于前述，适足住房权与居住权在立法目的层面存在共通性，具有国际条约法意义的适足住房权能够为现代民法中设立的居住权提供更为丰富的权利论证基础。而居住权也为在内国立法中落实对于保障适足住房权的国际法义务提供了新思路，由于居住权具有用益权性质，不以所有权为前提条件，从而降低了取得该权利的门槛，使得部分无能力承担购房费用的群体也能通过居住权而取得对于住房的使用，作为基础权利的适足住房权从而得以通过内国民法中的居住权而实际获得保障。

二、适足住房权的内国立法保障

联合国人类住区规划署发布的《关于适足住房权的第 21 号概况介绍》中将适足住房权下的国际义务分为尊重、保护和履行三类，其中履行义务要求国家通过采取适当的立法、行政、司法等措施，以全面实现适足住房权[58]。在联合国机构对于适足住房权的保障过程中所起作用有限的情况下，内国立法[59]作为适足住房权下的国家履行义务，是有效落实适足住房权保障的途径之一，不仅为权利人寻求司法救济提供了法律基础，也是国家恪守国际法义务、重视基本权利保护的体现。

（一）立法保障适足住房权的必要性

依据现行国际法，联合国机构在落实适足住房权保护的过程中因缺乏强制执行力而作用有限，为充分实现适足住房权，还应由具有立法权和执行权的国家主体通过内国立法建立完善有关适足住房权的保障，从而形成内国法与国际法的良性互动。现行联合国框架中涉及经济、社会和文化权利的保护实施机制作用十分有限60，依据 ICESCR 第 16 条，经济、社会和文化权利委员会仅能够通过报告程序而对国际范围内国家对于 ICESCR 下规定权利的保护情况进行监督而不具有强制执行力。虽然本世纪以来国际间对于适足住房权的重视程度不断提升，比如，2002 年联合国大会通过决议将联合国人类住区中心（UN Commission on Human Settlements）改组为联合国大会的直接下属机构并设立了联合国人类住区规划署（UN Habitat）[61]（以下简称“人居署”）以负责制定城市发展新战略、加快住房目标的实现；但由于缺乏强制力，对于在适足住房权下的国家义务仍仅具有依据报告进行监督为主，纯粹依

[57] 同前注 49。

[58] See Ibid 30, pp.33-34, “State obligations fall into three categories, namely the obligations to respect, protect and fulfil. ..... The obligation to fulfil requires States to adopt appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial, promotional and other measures to fully realize the right to adequate housing.”

[59] 注：本文不涉及有关社会住房保障政策的讨论，本部分及后文中所使用的“内国立法”均指主权国家所颁布的法律法规等法律性文件，对于“法”采用狭义解释，不包括政策文件。

[60] Timothy Hillier: Principles of Public International Law (Second Edition), Cavendish Publishing Limited, 1999, p. 300.

[61] UN General Assembly, Strengthening the mandate and status of the Commission on Human Settlements and the status, role and functions of the United Nations Centre for Human Settlements (Habitat), A/RES/56/206, 2002, available at: https://mirror.unhabitat.org/downloads/docs/2070_46506_gae.pdf.

靠外部的联合国机构监督并不现实，适足住房权的保护还需将关注点落回内国立法。

内国立法为有关适足住房权的救济提供了明确法律依据，不仅对国家公权力创设了义务、规范限制公权力的行使，还能够规范自然人的活动，从而使得不作为主要国际法义务主体的自然人也被纳入广义范围内的调整对象中。比如，考虑到租客所享有的租赁房屋使用权与解决其生活住房需要密切相关，通过在内国法中规定房东不得恣意要求租客搬离住房以调整房东与租客间的租赁关系，限制房东凭借其所有权而采取的实质损害租客适足住房权的行为；结合新冠疫情的背景，联合国特殊报告员在报告[62]中也提出，尽管目前各国已通过颁布临时法令或政策的形式限制房东在疫情期间恣意提高租金或要求租客搬离，但前述文件有效期短暂，仍期待各国通过更高位阶的立法规范以排除前述私人主体间可能发生的侵害适足住房权情形。

由此可见，通过内国立法以完善适足住房权保障具有必要性，内国立法是落实适足住房权保护的国家义务的重要途径。

（二）相关内国立法实践

目前国际间的内国立法中被认为与适足住房权相关的规定[63]以公法为主，多为保护私有住宅不受侵犯的宪法性原则以及行政法领域为防止强制迁徙、拆除而对公权力滥用进行限制的规定。前述公法规范立足于个人与国家间的法律关系，旨在保护个人住房的所有权免受公权力的侵害，为国家创设了消极义务，而未明确设立国家履行适足住房权的积极义务[64]，并且未能直接为适足住房权所关注的“使用权”提供法律依据。本部分故而选取了在宪法中明确将适足住房权列为受保护权利的南非，以及通过颁布立法为实施适足住房权保护提供法律基础的法国作为讨论对象，与中国目前与适足住房权相关的立法进行比较。

1. 南非《宪法》第 26 条中的适足住房权

“在南非，适足住房权的立法保障受到了高度重视”[65]，南非《宪法》第 26 条[66]第 1 款

[62] Balakrishnan Rajagopal, Report: COVID-19 and the right to adequate housing, Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context, A/75/148, pp.8-9, available at: http://www.undocs.org/A/75/148. “The Special Rapporteur welcomes the measures. However, there are two questions that logically follow. First, what comes after the expiration of the temporary measures to avoid the resumption of evictions as before? Second, why is it not possible for States to move to a more permanent solution by adopting national legislation that strengthens tenants’ rights and provides strong safeguards against evictions in full compliance with international human rights law?”

[63] Leckie Scott, The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Right to Adequate Housing: Towards an Appropriate Approach, Human Rights Quarterly, Volume 11, No. 4, 1989, p. 524.

[64] Human Rights Council, Access to justice for the right to housing, Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to nondiscrimination in this context, A/HRC/40/61, para.17, available at: https://www.undocs.org/A/HRC/40/61; “Principle 5 – Access to justice must apply to both negative and positive State obligations, including obligations to progressively realize the right to housing.”

[65] 陈红梅：《适足住房权法律保障研究》，北京：中国政法大学出版社，2016 年，第 160 页。

[66] South Africa's Constitution, 1996 (amended in 2012), Article 26, “1. Everyone has the right to have access

中明确指出全体公民享有适足住房权(the right to have access to adequate housing)，并在第2款中规定国家负有通过立法保障适足住房权的积极义务，“国家应在其可利用的资源范围内采取合理的立法和其他措施，以逐步实现本权利。”[67]这种明确将人权中的适足住房权概念“入宪”的立法模式使得南非《宪法》第26条作为基础性法律，为其国内积极推动适足住房权相关立法以及南非宪法法院通过审理与适足住房权相关的司法案件[68]时提供了明确的法律依据，由此确保公民能够获得有关适足住房权的充分司法救济。

须留意的是，南非《宪法》第26条的立法带有明显的时代与国家特性，反映了南非重视适足住房权的人权保护价值。如前文所述，有别于南非《宪法》第26条直接将人权内化为宪法权利的立法模式，其他国家宪法中被视为保护适足住房权的条款仍以保护财产所有权为核心价值，并非出自保护基本权利的考虑，为何1996年颁布的南非《宪法》第26条的立法模式未形成国际主流？笔者认为适足住房权的词源发展历史能对前述疑问进行回应——考虑到适足住房权概念是随着20世纪下半叶经济、社会和文化权利的人权概念发展而逐渐进入人们的视野并成为单独的讨论对象，多数国家目前尚未通过修宪的方式单独将此概念确立为宪法性概念。直接将适足住房权概念引入内国宪法的南非立法不仅反映了国家重视人权保护的价值追求，还具有效率性，能够使得法院或立法主体免于通过解释的方式将适足住房权纳入内国法中既有的“基本人权”保障基础条款，具有借鉴意义。

2. 法国《可抗辩住房权法案》（DALO）

法国宪法中虽并未存在与前述南非宪法第26条相似的直接保护适足住房权的条文，但鉴于法国具有履行《欧洲社会宪章》第31条[69]下有关提供充足住房权保护的义务，为更好地落实前述欧盟条约法义务，法国立法机关于2007年颁布了《可抗辩住房权法案》（Droit au Logement Opposable，以下简称为“DALO”），旨在通过立法为适足住房权的具体实施（enforce）提供明确的法律依据。从立法目的及内容而言，DALO被视为欧盟国家中首部为保障适足住房权的实施而设立的内国法，具有通过立法避免适足住房权的保护流于表面、成为空泛的不具有内国法保护基础的人权口号[70]的价值。

---

to adequate housing. 2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. 3. No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.”

[67] Ibid.

[68] See e.g., Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others, 2001 (1) SA 46 (CC), 4 October 2000; available at: http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf.

[69] Ibid 34.

[70] See, Leilani Farha, “End of Mission Statement by The Special Rapporteur on the right to adequate housing presents her preliminary findings after her visit to the Republic of France, conducted on 2 – 11 April 2019”, available at: https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24475&LangID=E; “In its conception, it is my view that the DALO law creating a justiciable right to housing is of fundamental importance. It is well understood that access to justice is a necessary requirement to ensure human rights are more than just policy objectives or hollow entitlements. The DALO law is intended to ensure that the State and social housing associations respond with priority to individuals whose right to adequate housing has either been violated or is at risk of being violated. And where this is not achieved, for individuals and families to be able to claim their rights.

然而，联合国特殊报告员 Leilani Farha 前往法国实地走访后于 2019 年在初步调查中指出，DALO 在法国的实际执行情况难以支持实现其保障适足住房权的立法目标[71]，比如，DALO 中明确规定符合“住房困难户”标准的居住于法国的个体均可以提出社会住房申请，而前述申请的实际受理过程进展缓慢，并且政府难以保证在人口密度较大的巴黎等地区提供充分的住房资源，使得 DALO 出台后的法律效果差强人意。

对于尝试专门针对“适足住房权”进行保护的内国立法而言，前述有关 DALO 的实际执行情况与立法目的间存在的差距具有警示作用，还需充分结合实际国情以进行有关适足住房权的立法设计。

3. 中国的相关立法尝试

中国现行法律体系中尚不存在能够直接作为公民享有“适足住房权”依据的内国立法。与前文介绍的南非宪法第 26 条立法模式有别，现行中国《宪法》中与能够视为保护适足住房权的条文分别为保护公民合法私有财产不受侵犯的第 13 条与第 33 条第 3 款中“国家尊重和保障人权”的宣示性表述，但均无法作为适足住房权的直接法律基础；有学者进一步指出，包括我国民事立法在内的有关公民住房保障的规定均作为住房所有权保护的基础却无法作为公民享有适足住房权这一基本权利的内国法基础[72]。

但住房问题一直作为我国立法的关注重点，中国也分别在 2008 年与 2015 年分别尝试通过以法律、行政法规的不同立法形式，为住房提供内国法基础。我国外交部于 2017 年发布的《中国落实 2030 年可持续发展议程国别方案》目标 11 中指出“到 2030 年，确保人人获得适当、安全和负担得起的住房和基本服务，并改造贫民窟。”[73]；中国国务院于 2019 年发表的《为人民谋幸福：新中国人权事业发展 70 年》白皮书中将生存发展权视为首要的基本人权并明确了“人民基本居住条件显著改善”的目标。“住房保障法”被列为 2008 年的第 11 届全国人大常委会五年立法规划之一[74]；“城镇住房保障条例”又在《国务院 2017 年立法工作计划》[75]被列为与“实现住有所居”相关，为保障和改善民生，促进社会和谐稳定需要而制定的行政法规。在前述立法均未出台的情况下，我国也可一定程度在前文所列举的法国 DALO 立法教训之上，依据对于我国社会资源的合理规划与实际国情而调整立法。

---

[71] See Ibid, “Unfortunately, implementation of the DALO Law is constrained.”

[72] 参见，金俭,梁鸿飞：《公民住房权：国际视野与中国语境》,《法治研究》2020 年第 1 期，第 155 页，“无论是宪法、刑法等公法或是物权法等私法对公民住房保护的法律规定均是建立在住房所有权的基础之上，是住房财产权保护的法源基础，但并非公民有获取住房居住的作为基本权利的法源基础。”

[73] 中国外交部，《中国落实 2030 年可持续发展议程国别方案》，第 31 页；https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/zt_674979/dnzt_674981/qtzt/2030kcxfzyc_686343/P020170824649973281209.pdf，最后访问时间：2021 年 2 月 23 日。

[74] 《十一届全国人大常委会立法规划》，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/wxzl/gongbao/2008-12/26/content_1467452.htm，最后访问时间：2021 年 2 月 23 日。

[75] 《国务院 2017 年立法工作计划》，国办发〔2017〕23 号，“为了规范城镇住房保障工作，保障住房困难家庭和个人的基本住房需求，促进实现住有所居，制定城镇住房保障条例（住房城乡建设部起草）。”。

三、中国《民法典》第 366 条设立"居住权"的国际法价值

古有《宅经》云“宅者，人之本。人因宅而立，宅因人得存。”[76]在我国，“住房”自古以来便被赋予了不止于财产的价值，更与人的社会身份[77]息息相关，具有文化内涵。到近现代，随着国际法领域人权概念的发展，住房被视为实现前述权利的客体，重视对住房的居住权保障而并不关注住房的所有权，从这一点而言，作为基本权利的适足住房权与内国民事立法中的居住权存在异曲同工，法定的居住权带有保障适足住房权的基础权利属性。

只是，讨论与适足住房权有关的内国立法时，往往以公法作为主要研究对象并追求明确将适足住房权列入条文表述之中的文本设计，鉴于我国现行立法中尚不存在直接针对适足住房权的立法，又受到我国去年起生效的《民法典》中首次正式引入“居住权”概念的启发，本文意在指出，虽然中国《民法典》第 366 条中的居住权条款本身并不作为适足住房权的直接法律渊源，却具有保障前述基本权利得以实现的立法价值、为在内国立法中落实对于适足住房权的人权保障提供了不止于诉诸公法的新思路；从实现国际条约义务角度能够为我国《民法典》中的居住权立法提供更为丰富的理论基础。

（一）中国《民法典》设立居住权的立法目的

与罗马法中设立居住权的立法目的相近似，“针对我国的现实情况，……以满足特定人群的居住需求”[78]，我国立法机构经反复衡量后将居住权纳入我国民事立法中，使得居住权人在物权法定的原则下能够在不享有所有权的情况下，主张对于房屋的占有使用权。依据人大常委会《关于<中华人民共和国民法典（草案）>的说明》，中国《民法典》中引入居住权的立法目的在于满足居住权人“稳定的生活居住需要”[79]，居住权被进而解释为具有“扶弱、施惠的社会保障功能”[80]。

我国设置居住权的目的在于保障有房可住，而弱化了对于住房所有权的重视，考虑到国家土地资源的紧张与我国一线城市商品住房价格往往远超一般民众的经济实力范围，将居住权法典化属于“曲径通幽”地解决部分群体有关住房的现实需要。如王利明教授在对于我国居住权制度目的进行界定时指出的，居住权的立法目的在于实现“住有所居”，实现“住有所居”并不意味着人人都拥有住房所有权，而是指能有房屋用于居住并且能长期所用，这一

[76] 《旧题黄帝撰·宅经》：四库数术类丛书（六），上海古籍出版社，1991 年版，第 2 页。

[77] 参见瞿同祖，《中国法律与中国社会》，北京：商务印书馆，2010 年版，第 172-173 页。

[78] 黄薇：《<民法典物权编草案>(二审稿)对若干重点问题的回应》，载《中州学刊》2019 年第 7 期，第 59-62 页。

[79] 王晨（全国人民代表大会常务委员会副委员长），《关于<中华人民共和国民法典（草案）>的说明》，第十三届全国人民代表大会第三次会议，2020 年 5 月 22 日，“多渠道保障住房制度的要求，增加规定“居住权”这一新型用益物权，明确居住权原则上无偿设立，居住权人有权按照合同约定或者遗嘱，经登记占有、使用他人的住宅，以满足其稳定的生活居住需要”

[80] 《最高人民法院、国家发展和改革委员会关于为新时代加快完善社会主义市场经济体制提供司法服务和保障的意见》，法发〔2020〕25 号，第 24 段，“准确把握民法典关于居住权的立法目的与成立条件，依法妥善审理涉居住权案件，充分发挥居住权扶弱、施惠的社会保障功能，保护弱势群体的居住权益。积极运用司法手段支持政府严控房价，防范炒地炒房投机行为，保障房地产市场平稳健康发展。”

目的完全可以通过居住权制度得以实现[81]。

（二）中国《民法典》设立居住权的国际条约法价值

结合本文第一部分与前述讨论，从立法目的而言，我国《民法典》中确立的居住权具有保护适足住房权的国际法价值。居住权立法通过最大程度发挥用益物权的特性、不以财产所有权为主张权利的前提要件从而为保障基本权利而服务，可以被视为一种“跨界的”从私法领域对公法所关切的基本权利保护进行回应的立法方式，由此本文也认为能够将有关居住权的民事立法一并概括视为国家在适足住房权下积极通过内国立法以落实权利保障的内国法依据。

还有，鉴于中国立法相关政策及规划文件中出现的“住有所居”用词实则与适足住房权具有相近的重视保障基本生活权利的价值，本文认为有必要以国际间通行的“适足住房权”概念取代我国独创的“住有所居”用语以避免歧义并节省从国际法转换到内国法的理解负担，使得适足住房权更为深入人心。推广普及适足住房权概念也有助于开拓完善住房保障相关的内国立法乃至政策文件的制定思路，从国际条约法角度为前述文件提供更为丰富的理论基础，将居住、使用权而非排他性的财产权作为核心保护权利，通过调整私人主体间的行为以解决部分群体的住房问题，使得国家得以更为合理地分配现有住房与土地资源，维持可持续发展。

[81] 王利明：《论民法典物权编中居住权的若干问题》，载《学术月刊》2019 年第 7 期，第 94-95 页。

海南自贸港国际商事纠纷多元解决中心的构建

赖宛仪*

中南财经政法大学 硕士研究生

文献摘要：随着海南自由贸易港开放程度不断加深，越来越多的外资企业及资金不断涌入，海南将面临着国际商事纠纷数量的增长，完善国际商事纠纷多元解决机制、助力纠纷的高效公正解决已成为海南自贸港建设的重点内容。目前，海南已成立第一、第二涉外民商事法庭、海南国际仲裁院以及四个国际商事调解中心，在此基础上海南可以向前迈进，以现有机构为基础并充分利用政策优势构建国际商事纠纷多元解决中心。但在中心构建过程中，仍然面临着如何提升国际化水平以及如何促进诉讼、仲裁、调解之间的衔接等问题。笔者建议通过引入境外知名仲裁机构、不断提升纠纷解决队伍的专业化水平、设计诉讼、仲裁与调解的衔接路径以及将现代化技术充分运用到纠纷解决的过程中等方式，不断完善海南国际商事纠纷解决机制，并构建一个国际化、专业化、一站式、智慧化的国际商事纠纷多元解决中心。

关键词：海南自由贸易港；国际商事纠纷；纠纷的多元解决

引 言

2020 年 6 月 1 日，中央国务院发布《海南自由贸易港建设总体方案》（以下简称《方案》），标志着海南自贸港建设正式开局。其中，《方案》第 33 条明确指出要建立多元化商事纠纷解决机制。完善国际商事纠纷案件集中审判机制，为当事人提供国际商事仲裁、国际商事调解等多种非诉讼纠纷解决方式。2021 年 1 月 15 日最高人民法院发布《关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》（以下简称《意见》）中也明确提出推动海南构建国际商事纠纷多元解决中心，并允许海南在多个领域先行先试。完备的纠纷解决机制系考量一个地方营商环境的重要指标，商事纠纷的高效、合理、公正的解决不仅关乎当事人权益的保障、也关系着当地交易秩序的维系与稳定。随着海南开放程度的加深，将会有大量的外资涌入，这同样也预示着涉外商事纠纷将面临同步增长，如何为外商企业提供良好的投资环境，填补国际商事纠纷解决的空白，增加外商企业对当地纠纷解决能力的信任成为了海南自贸港建设中需要解决的问题，因此海南需要建立国际商事纠纷多元解决中心，为企业提供国际化、全天候、一站式的纠纷解决服务。本文将分析海南构建国际商事纠纷多元解决中心的必要性与可行性，并着重研究海南国际商事纠纷多元解决中心构建面临的挑战以及为中心的构建提供建议。

海南构建国际商事纠纷多元解决中心的必要性

是海南自贸港建设的应有之义

《海南自由贸易港建设总体方案》的发布，表明了海南自由贸易试验区向自由贸易港加速迈进。《总体方案》要求在海南建立商事纠纷多元解决机制，为当事人提供多种非诉讼纠纷解决方式的选择。《海南自由贸易港法（草案）》第 53 条也表明了构建国际商事纠纷多元解决机制是海南自贸港建设的重要方向和应有之义。因此，在 2021 年海南两会上，王萍委

员便提出了在海南构建国际商事纠纷多元化解中心的建议，并希望以此作为海南自贸港法治营商环境展示的重要窗口，促使各国企业到海南进行商事纠纷的解决，不断提升中国特色社会主义法律制度的国际影响力和司法公信力。[1]目前，北京法院国际商事纠纷一站式多元解决中心在北京第四中级人民法院内成立，深圳也将依托前海合作区法院、深圳国际仲裁院等不断完善其国际商事纠纷的多元解决机制，全国各自由贸易试验区都在加快完善其内部的国际商事纠纷化解机制。作为全国首个自由贸易港，不断完善其国际商事纠纷的多元化解机制、打造国际商事纠纷多元解决中心是对多方的呼吁与要求的回应，也是自贸港建设的应有之义。

是促进商事纠纷的高效解决现实要求

海南在关税、投资、贸易等领域的开放使得有越来越多的企业来海南进行投资并设立公司。2020 年，海南新增企业 14.9 万家，同比增长 107%，新设外资企业 1005，同比增长 197%，实际利用外资超过 30 亿美元，达到历史新高。[2]可以预见，随着海南的开发程度的加深，将有越来越多的企业在海南进行投资，海南的市场活动也愈加活跃。随着进驻企业的增多以及实际经营活动的开展，不可避免会进行大量的商事往来活动从而产生商事纠纷。一般而言，商事纠纷可以通过诉讼、仲裁、调解的方式进行解决，但不同纠纷解决方式各有利弊，相较于诉讼而言，仲裁、调解等非诉讼纠纷解决方式更加尊重当事人的意思自治、程序设计更加的灵活，而相较于当事人在诉讼、仲裁中“针尖对麦芒"的关系，通过调解解决纠纷有利于当事人商事关系的维系以及商事合作的继续开展。因此，海南应当构建国际商事纠纷解决中心，不断完善其内部机制，并引导当事人选择适合此项纠纷的解决方式，达到纠纷的分流处理以实现纠纷高效解决的目的。

（三）是优化海南自贸港营商环境客观需求

优化自贸港营商环境是现在海南自贸港建设中的重点内容，也是吸引投资者的重要举措。据研究表明，投资者更愿意将资金投入到拥有良好法律制度的市场以保护自己的利益免受不正当的剥削。[3]因此，是否具有良好的投资法律环境是吸引外资的重要影响因素。从广义上来说，营商环境是指与经济活动相关的一切制度因素，而纠纷的解决也是其重要组成部分。[4]根据世界银行发布的《2020 年营商环境报告》显示，中国营商环境从去年的第 46 位上升至了第 31 位，其中，在合同的执行率、少数投资者保护、解决破产等方面中国取得了重大进步，[5]而这些领域与国际商事纠纷的解决息息相关。在法治领域，营商环境的衡量除了体

[1] 参见法治日报传媒海南公众号：《关注 2021 海南两会丨王萍委员建议： 设立自贸港国际商事纠纷多元化解中心 打造国际一流营商环境》。

[2] 《海南自贸港何以成为全球投资“新热土”？》，https://new.qq.com/omn/20210225/20210225A0415400.html，2021 年 4 月 16 日访问。

[3] See La Porta R, Lopez-de-Silanes F,Shleifer A, Vishny R. Legal determinants of external finance. The Journal of Finance, 1997,52(3): 1131-1150.

[4] 参见蔡伟、赖晨枫：《法治先行示范区与深圳国际民商事纠纷多元解决中心建设》，《深圳社会科学》2020 年第 5 期。

[5] 参见《2020 年世界银行营商环境报告》，http://www.goclee.com/Uploads/file/202008/20200803112259_1508.pdf，下载日期：2021 年 4 月 17 日。

现在完备的法律法规给予企业权益的保障外，还体现在国际商事纠纷解决机制的完善与否。在对江东新区入驻企业进行调研的过程中，王萍委员表示，企业在对目前海南营商环境肯定的同时，也表示海南在涉外商事纠纷解决领域存在较大的空白。企业在纠纷解决过程中如遇到较大的阻碍将影响其对海南营商环境的甄别。[6]因此，建立一个一站式的国际商事纠纷解决中心是入驻海南的企业的客观真实需求，也是海南优化其法治营商环境的重要举措，只有企业在一次次的纠纷解决的过程中获得良好的体验，才能提高对当地纠纷解决乃至营商环境的信任与好感。

（四）不断提升我国国际商事纠纷化解能力

目前，各国纷纷在竞争国际商事纠纷解决的高地，试图将本国打造成为国际商事纠纷解决的中心。比如新加坡在其良好法治的基础上，于 1991 年建立了新加坡国际仲裁中心，2014 年设立的新加坡国际商事调解中心，2015 年建立了新加坡国际商事法院，同时，其也是《纽约公约》《法院选择协议公约》与《新加坡调解公约》的缔约国。新加坡共同搭建的国际商事纠纷解决的网络使得其成为了世界各国商事纠纷解决的首选地之一。目前，我国已在西安与深圳成立了国际商事法庭，并在法庭的建立和法庭规则的制定中不断创新，希望能够不断完善本国国际商事纠纷解决的机制。海南自贸港在建立国际商事纠纷解决中心的过程中可以发挥先行先试的功能，充分利用自贸港的政策红利和制度基础，为将来中国打造国际商事纠纷解决的高地提供可复制、可推广的经验，提高中国在国际商事纠纷解决领域的司法公信力与国际影响力。

海南构建国际商事纠纷多元解决中心的可行性

构建海南国际商事纠纷多元解决中心有利于优化海南自贸港的营商环境、促进商事纠纷的高效解决，同时为我国完善其商事纠纷解决机制提供可复制、可推广的经验。但在海南构建商事纠纷多元解决中心是否具备现实可能性仍然是我们需要思考的问题，笔者将从海南现有的制度基础以及政策优势两方面分析海南构建国际商事纠纷多元解决中心的可行性条件。

（一）海南构建国际商事纠纷多元解决中心的制度基础

为服务自贸港建设，海南不断完善其涉外民商事纠纷解决的体系与机制。2019 年 9 月 26 日，位于海南省第一中级人民法院的海南第一涉外民商事法庭正式挂牌，并集中审理海口市、三沙市、儋州市、澄迈县等 12 个市县范围内诉讼标的额 50 亿以下的第一审涉外民商事案件的审理与执行，与设在三亚市的海南省第二涉外民商事法庭一起共同搭建涉外审判的平台，集中审理海南范围内的涉外民商事案件。同时，海南第一涉外民商事法庭在制度上大胆创新，其推出“立审执”一体化集中管理与一站式纠纷解决平台，努力为当事人提供最便利的服务。2020 年 6 月 1 日，海南第一家国际商事调解中心——海南国际仲裁院国际商事调解中心正式成立，中心建立国际商事调解队伍，为境内外当事人提供调解服务。[7]根据

[6] 参见法治日报传媒海南公众号：《关注 2021 海南两会丨王萍委员建议： 设立自贸港国际商事纠纷多元化解中心 打造国际一流营商环境》。

[7] 参见海南省国际仲裁院官网：http://www.hnac.org.cn/list/12.html，2021 年 4 月 18 日访问。

调解中心公布的调解员名单，港澳台及境外调解员人数约占总数的四分之一。[8]同年，中国国际贸易促进委员会海南调解中心、海口国际商事调解中心、三亚国际商事调解中心成立，努力为境内外的当事人提供专业的法律服务，促进海南高效市场环境的形成。

截至目前，海南现共成立了 2 个涉外民商事专门审判机构，1 个国际仲裁院以及 4 个国际商事调解中心，其在机构设置方面覆盖了诉讼、仲裁与调解的纠纷解决方式，基本形成了国际商事纠纷解决体系的雏形。为此，国际商事纠纷多元解决中心的构建可以站在现有制度的基础上，将上述机构纳入多元纠纷解决的平台，并不断完善其内部的衔接机制以及有关制度设计，充分发挥不同制度的优势，为当事人提供一个高水平、一站式的多元纠纷解决中心。

海南构建国际商事纠纷多元解决中心的政策优势

作为中国的第一个自由贸易港，中央给予了海南许多政策性支持，允许海南在服务贸易、关税减免等多个领域先行先试，同样，中央也希望海南能够完善本地的商事纠纷解决体系，打造一个高水平、国际化的国际商事纠纷多元解决中心。无论是《海南自贸港总体方案》还是即将通过的《中华人民共和国海南自由贸易港法（草案）》都明确提出建立并完善国际商事纠纷多元解决机制。作为海南自贸港建设的“母法”，将建立多元国际商事纠纷解决机制写入其中，表明了海南构建纠纷解决中心的目标与决心。而最高人民法院于今年发布的 1 号司法意见——《关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》中则为海南如何完善国际商事纠纷多元解决机制提供了具体指引，并允许海南在多方面进行大胆尝试与创新。比如第 5 条关于调整案件管辖范围规定，允许当事人在与我国司法辖区无实际联系的一审涉外商事案件中协议选择海南涉外民商事专门审判机构管辖。第 8 条创新涉外民商事审判机制中鼓励探索港澳台居民担任人民陪审员参与案件审理；以及对于一方当事人提交的英文材料，在对方同意的情况下无须提交中文翻译。再比如第 9 条明确表示支持海南建设国际商事纠纷解决中心，在允许海南设立市场化的国际商事调解机构的同时，还鼓励境外知名仲裁机构、调解机构进入并开实质业务。[9]目前，最高院已经允许海南在以上领域进行大胆尝试与创新，体现了对自贸港国际商事纠纷解决中心建设的大力支持，而海南则需要在中心的建设中充分利用现有的政策优势，借鉴上海自由贸易试验区、广东自贸试验区等成功经验，不断完善其纠纷解决体系，打造国际化、专业化的国际商事纠纷多元解决中心。

海南建设国际商事纠纷多元解决中心的困境

海南自贸港的建设尚处于起步阶段，尽管在海南建设国际商事纠纷解决中心具有一定的制度基础和政策优势，但其建设仍然面临着如何提升国际化水平、以及如何实现调解、仲裁、诉讼三者有机衔接等诸多现实问题与挑战，国际商事纠纷解决中心的建设将仍处于不断尝试、不断创新、不断突破的过程之中。

[8] 根据海南国际仲裁院公布的调解员名单，第一批公布了调解员共 346 人，其中境内调解员 265 人，港澳台及境外调解员 81 人。

[9] 具体内容参见《关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》。https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/01/id/5718152.shtml，2021 年 4 月 18 日访问。

国际化水平有待提升

如何提升海南在国际商事纠纷解决过程中的国际影响力与司法公信力是构建国际商事纠纷解决中心亟需解决的问题。海南国际化水平不足主要体现在以下两个方面，首先是民商事纠纷解决机构设置的国际化水平不足。目前，海南已设立 1 个国际仲裁院和 4 个国际商事调解中心，且在最高院发布的《为海南自贸港建设提供司法服务和保障意见》中也允许境外知名仲裁机构与调解机构在海南设立分支机构并开展业务，但目前境外仲裁机构以及调解机构尚未入驻海南并开展法律服务。这归结于目前海南的经济体量较小，入驻的企业有限，涉外商事纠纷案件数量较小，涉及的标的额也不大，仲裁机构、调解机构目前的受案量有限，而作为市场化的机制，仲裁机构与调解机构需要有一定的案件量从而获得收入维系其运行。另一方面是纠纷解决机制人员配备的国际化水平有待提升。虽然根据海南国际仲裁院公布的仲裁员名单与调解员名单[10]中我们可以均看到有一定数量的外籍与港澳籍仲裁员与调解员的名单，但其参与的国际仲裁案件审理的数量有限。除了发挥外籍仲裁员、调解员纠纷解决的作用外，我们还需在与外国机构的交流合作中培养本国涉外法律服务的人才，不断提升我国涉外法律服务水平与能力。

调解、仲裁、诉讼三者的衔接机制有待完善

国际商事纠纷解决中心的建立，并不仅仅是单纯的建立国际商事纠纷解决的诉讼、仲裁、调解机构并将三者放入一个平台之中，而是如何充分发挥三者的制度优势，相互取长补短，促进制度间的有机衔接与快速转化，以实现国际商事纠纷的高效、合理、公正解决。比如有的国家为了促进贸易的流通，在商事纠纷解决以及判决的执行等方面大胆创新。如迪拜国际金融中心为了突破国内判决在境外流动和执行的困难，推出将金融中心制作的判决转化为仲裁裁决，再依托《纽约公约》实现跨境的承认和执行。[11]再比如奥地利、斯洛文尼亚《仲裁法》允许调解员调解成功后，仲裁机构可以指派该调解员作为仲裁员依据调解协议制作仲裁裁决，以解决调解协议的执行问题。这些国家认为，纠纷解决机制的设计是为了服务于国际商事纠纷主体的，因此不应当将调解与仲裁割裂开，当事人如果调解结束进入仲裁阶段后，发现还存在继续调解的空间，仍然可以返回调解。[12]在研究诉仲调三者衔接的过程中，国外的经验固然可以提供参考，但我们不能简单的将其移植国内，仍需要考虑制度的适应力与可行性问题，对其进行本土化改造，并在实践中不断进行探索，不断完善三者的有机衔接以及法院对调解和仲裁的支持。

海南自贸港国际商事纠纷多元解决中心的构建

---

[10] 参见海南国际仲裁院官网：http://www.hnac.org.cn/upload/default/20210126/d836bb99f3992abe58347785e8135427.pdf，2021 年 4 月 19 日访问。

http://www.hnac.org.cn/upload/default/20200708/5cb704dc8a26f9ff7848c3b89b4f60ef.pdf，2021 年 4 月 19 日访问。

[11] 参见梁文才：《论国际商事法庭多元化纠纷解决机制——兼评我国国际商事法庭“一站式”机制的运行》，《海外投资与出口信贷》2019 年第 4 期。

[12] 参见占慧娟：《论我国国际商事法庭纠纷解决机制的完善》，《湖南行政学院学报》2020 年第 2 期。

海南可以依托第一涉外民商事法庭，在位于江东新区的第一中级人民法院内部设置海南自贸港国际商事纠纷多元解决中心，将海南国际仲裁院、海南国际仲裁院国际商事调解中心、海口国际商事调解中心以及贸促会海南调解中心纳入国际商事纠纷多元解决中心的平台，为每一个机构都设置相应的服务窗口，为当事人提供“一站式”的纠纷解决服务。此外，在构建“一站式”纠纷解决中心时，还可以通过引入境外仲裁机构等措施提升中心的国际性，注重促进调解、仲裁、诉讼三者的有机结合，充分利用现代技术成果，打造国际化、专业化、一站式、智慧化的国际商事纠纷多元解决中心。

构建国际化的国际商事纠纷多元解决中心

在国际商事纠纷多元解决中心的构建中，应当不断提升其国际化水平与国际影响力，努力在海南打造国际商事纠纷解决的高地，为当事人提供更多元的服务选择。作为国际商事纠纷多元解决中心构建的应有之义，国际化可以通过以下两个方面来具体实现。

首先，鼓励引入境外知名仲裁机构，并允许其开展实质性业务实。最高院发布的《司法意见》中明确表示支持境外仲裁机构在海南设立分支机构并开展业务。而如何引入境外仲裁机构并解决实际中产生的问题，上海的经验可以给我们带来有效的指引与启发。为打造面向全球的亚太仲裁中心，上海从 2015 年起尝试引入境外知名仲裁机构，国际商会仲裁院、香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心、大韩商事仲裁院先后在上海设立办事机构并开展非营利性工作。[13]2019 年 7 月国务院推出《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》，进一步允许境外仲裁机构在境内开展实质性仲裁业务。同年，上海市司法局、最高人民法院分别出台相关《机构管理办法》与《司法服务保障意见》，从行政和司法两个角度对境外仲裁机构落地并开展业务进行保障和支持，使境外仲裁机构落地上海完成了从顶层设计到制度到制度落地。因此，在已有司法保障意见的前提下，应当完善海南本地的行政支持。对于如何引入境外仲裁机构，海南司法局可以出台相应的《机构管理办法》对允许落地海南的境外仲裁机构的准入条件、准入程序以及其开展业务的范围作出具体规定，并提供行政保障。此外，境外仲裁机构在落地海南后，同样将其纳入多元纠纷解决中心的平台之中，并由涉外民商事法庭依法支持其仲裁前、仲裁中的财产保全、证据保全以及行为保全等临时措施的申请和执行。

其次，提升英语在纠纷解决中的运用。目前，英语仍然是国际商事交往中使用最频繁的语言，这也是助力英国、新加坡成为国际商事纠纷解决的中心与高地的重要原因之一。根据《民事诉讼法》以及《海南涉外民商法庭涉外民商事诉讼须知》的规定，涉外民商事案件的审理使用中华人民共和国通用的语言文字。因此，鉴于目前的情况来看，使用英语作为审判语言无法突破，但在法律没有禁止的范畴内，可以提升英语的使用。比如运用英语对当事人的纠纷进行先行调解，在立案时运用英语与当事人沟通与协商交流以及在证据的提交时，如对方当事人同意不提交中文译本，国际商事纠纷解决中心的各机构也可以予以允许。此外，

[13] 参见刘晓红、冯硕：《制度型开放背景下境外仲裁机构内地仲裁的改革因应》，《法学评论》2020 年第 3 期。

中心内还可以为翻译机构和翻译中心设置窗口，为当事人提供多种语言的翻译选择，并不断增加英语翻译设备的投入，满足纠纷解决过程中英语的运用。

构建专业化的国际商事纠纷多元解决中心

商事纠纷解决中心构建的核心是为当事人提供专业的纠纷解决服务，而这在很大程度上取决于参与跨国商事纠纷解决的法官、仲裁员以及调解员是否具备较高的国际法视野以及专业的国际商事法律素养。因此，在构建国际商事纠纷解决中心的过程中，我们需要不断扩充国际商事纠纷解决的队伍，不断提升其纠纷解决的能力。对此，笔者认为可以从以下两个方面进行提升。

首先，推进选任港澳居民担任人民陪审员的制度。在海南第一涉外民商事法庭实习期间，我发现涉港涉澳案件在涉外案件中占了相当大的比重，为了消除港澳同胞因生活环境以及制度差异而产生的司法距离感，[14]更好的提升涉港涉澳案件的审理，笔者建议海南探索推进港澳籍人民陪审员制度。深圳前海合作区法院不断探索建立香港居民担任人民陪审员制度值得我们借鉴。2016 年第一批共 13 名香港地区人民陪审员在前海合作区法院宣布就职，并在之后一年内参与了 60 多个案件的审理，案件类型涵盖金融保理、融资租赁、跨境电商、国际货运等，香港地区人民陪审员的参与，能够在在法庭调查时发表针对性提问，在评议案件中发表权威性意见以及协助法官在制作法律文书时使用更加准确的语言，提升了法院在商事纠纷解决领域的水平。[15]截止 2019 年 5 月，深圳前海合作区共有 32 名香港籍人民陪审员，其中还包括 20 名专家陪审员，共参审案件 386 件。[16]海南第一、第二涉外民商事法庭可以在借鉴深圳前海合作区有效经验的基础上，逐步推进港澳籍人民陪审员制度，以人民陪审员制度为依托，选任香港籍、澳门籍在投资、金融、知识产权、税收、财务、医疗、文化产业等领域具有专业知识的人担任人民陪审员，参与部分疑难复杂的涉港涉澳案件的审理，一方面，其可以在当事人选择香港、澳门地区法律是提供法律查明等服务，另一方面，其可以利用其专业知识对案件的事实认定、法律适用等发表专业性意见，并利用其熟知的行业规则等提供调解服务，不断提升涉外民商事法庭纠纷化解的能力与水平，为当事人提供更加专业的法律服务。

其次，不断加强国际商事纠纷解决的人才培养与合作交流。比如构建合作交流学习平台，与深圳前海合作区法院法官、北京第四中级人民法院法官以及国际商事法庭法官交流国际商事审判中的疑难问题以及“一站式”纠纷解决平台的构建和利用问题；打造涉外法律服务人才培养课堂，邀请境内外的实务以及学术专家前来讲学，不断提升纠纷解决队伍的国际商事纠纷化解能力；输送本土的法官、仲裁员、调解员到境外进行短期的专项学习交流，加深其

[14] 《港澳台籍陪审员制度研究》，https://www.szqhcourt.gov.cn/SFGG/sfggDetail.aspx?cls=5&id=262，2021 年 4 月 20 日访问。

[15] 参见何其生主编：《国际商事法院研究》，法律出版社 2020 年版，第 191 页。

[16] 《前海法院推进港籍人民陪审员制度斐然》，https://www.sohu.com/a/341748666_487447，2021 年 4 月 21 日访问。

对境外法律制度以及法治理念的了解；[17]完善商事调解员的准入机制与准入门槛，设置调解员的培训和考核制度，在关注其法律知识等专业素养的同时，也应当注重其调解能力以及其国际化水平[18]的培养和提升，以打造一支国际化、高素质的商事调解员队伍，为国际商事纠纷解决贡献力量。

（三）构建“一站式”国际商事纠纷多元解决中心

“一站式”的国际商事纠纷多元解决中心的构建，并不仅仅是将诉讼、仲裁、调解等机构放置于一个平台中并为其设置服务窗口，让当事人选择其需要的纠纷解决方式，而是应当不断深化其内部结构，设计并优化不同制度之间的衔接路径，为当事人提供便捷、高效、专业化的商事纠纷解决服务。

首先，可以考虑建立“法庭-调解-法庭”机制，对于当事人提交涉外法庭进行解决的商事案件，法庭可以首先询问当事人的调解意愿，并向其介绍通过商事调解解决纠纷的好处。如果双方当事人目的在于解决纠纷，愿意选择调解，则可以将案件提交给位于中心的其他商事调解机构进行解决。如果经平台内的商事调解机构调解成功并达成和解协议，可以通过以下两种方式赋予和解协议效力。第一，依据双方当事人共同申请，对和解协议进行司法确认，经法院司法确认的和解协议具有强制执行的效力；第二，对于平台内调解机构主持下的和解协议，涉外民商事法庭可以依据当事人的申请制作调解书或判决书，从而使和解协议具备强制执行的效力。如果调解中心调解失败，则由涉外民商事法庭恢复对案件的审理，依据法律作出判决。但值得注意的是，调解中心对调解应当作时间限制，如要求调解需要在 30 日内完成，否则则有可能出现一方利用其优势地位使纠纷解决的时间过分拖延，不利于另一方当事人权益的维护。此外，法庭还可以在受理案件后，特邀在某一领域具有专业知识的调解员对案件进行调解，调解成功的，法庭可以依据调解协议制作调解书，如遇一方不履行，另一方则可以依据调解书申请法院强制执行。

其次，完善“仲裁-调解-仲裁”的衔接模式。“仲裁-调解-仲裁”的模式是新加坡国际仲裁中心与新加坡国际调解中心两个独立的机构推出的调解与仲裁相结合的特殊机制。当事人可以在将纠纷提交新仲解决时，暂时搁置仲裁程序，到新加坡国际调解中心进行调解，调解成功后，仲裁中心可以依据达成的调解协议制作合意裁决，调解失败则重新启动仲裁程序。[19]目前，海南国际仲裁院下设的国际商事调解中心可以在调解完后申请仲裁院组成仲裁庭依据调解协议制作调解书或裁决书，但需要按照其仲裁案件收费标准的 50%另行收取费用。[20]海南国际仲裁院以及其成立的调解中心也可以不断探索和疏通其内部衔接机制和路径，其也可以与海口调解中心以及贸促会海南调解中心进行合作，对于提交仲裁解决的案件，可以在当

[17] 参见蔡伟、赖晨枫：《法治先行示范区与深圳国际民商事纠纷多元解决中心建设》，《深圳社会科学》2020 年第 5 期。

[18] 比如其对域外法律制度的了解以及运用程度，其掌握的外语水平等内容。

[19] 参见黄一文、王婕：《新加坡商事调解制度的发展及其启示》，《商事仲裁与调解》2020 年第 3 期。

[20] 参见《海南国际仲裁院商事调解中心调解规则》第 33 条，http://www.hnac.org.cn/list/34.html2021 年 4 月 23 日访问。

事人同意的情况下，先行由调解中心进行调解，调解成功可以申请仲裁院依据仲裁协议制作调解书或裁决书，失败则重启仲裁程序进行仲裁，一方面可以推广当事人采用调解的方式解决纠纷，另一方面可以促进当事人商业关系的维护。

（四）构建智慧化的国际商事纠纷多元解决中心

在信息技术高速发展的今天，将不断革新的现代化技术成果运用到纠纷解决的过程中，不但可以提升纠纷解决的效率，还可以为当事人提供更加便利化的法律服务。[21]为此，在构建国际商事纠纷多元解决中心的过程中，海南应充分发挥现代化技术的效用，为当事人提供更加方便快捷的服务。首先，海南可以借鉴互联网法院、金融法院等有效经验，将 5G 通信技术、大数据技术、区块链技术、语音识别技术、人脸识别技术、电子签名技术等充分运用到司法实践中。比如海南第一涉外民商事法庭自主研发了海南涉外民商事纠纷在线多元化解平台小程序，通过小程序，当事人可以进入云平台，完成在线的调解服务并查询调解进度，同时还可以进行案例和法规的检索。但在实际运用中我们可以看到，在线调解服务对网络的流畅度和清晰度的要求较高，其仍然存在提升和优化的空间，当然，随着 5G 网络的不断普及，我们有理由相信在线调解以及在线庭审中卡顿等问题会逐步得到改善。其次，努力实现从立案到审判到执行的信息化管理。即允许当事人在网上提交立案材料，对于符合立案条件的案卷，自动将立案材料转为电子卷宗，供后续查阅，对于遗漏以及存在瑕疵的材料，立案法官一次性告知其补正。[22]在审判阶段除了搭建互联网诉讼平台以满足在线的庭审过程外，还可构建数据库，并运用大数据对数据库对案件进行分析，方便法官进行类案对检索和学习。最后，建立国际商事纠纷多元解决中心的网站和平台，在平台中可以直接了解到各入驻平台的机构简介和人员信息以及相关的政策法规，平台还可以公布典型案例供当事人参考学习。同时，平台允许当事人在线进行材料的提交、案件流程的查询，相关程序的申请等，并能够实现材料在不同机构之间的转交。在便利当事人、提升纠纷解决效率的同时，也能够不断增加平台的吸引力，以最终实现智慧化的国际商事纠纷解决中心的建设。

结　论

国际商事纠纷多元解决中心的构建不是一蹴而就，除了搭建平台外，还应当不断进行制度设计与创新。海南国际商事纠纷多元解决中心的构建应当朝着国际化、专业化、一站式、智慧化的方向不断迈进。构建国际化的国际商事纠纷多元解决中心，通过引入境外知名仲裁机构，提高英语在纠纷解决过程中的运用等方式提升中心的国际化水平；构建专业化的国际商事纠纷多元解决中心，选任港澳籍专家担任人民陪审员，不断优化审判团队，并不断加强涉外法律人才的培养；构建一站式的国际商事纠纷多元解决中心，通过设计“法庭-调解-法庭”“仲裁-调解-仲裁”等模式，不断优化内部的衔接路径，实现不同纠纷解决方式的取长补短与有机结合；构建智慧化的国际商事纠纷多元解决中心，充分运用互联网技术、5G 技术、大数据技术、区块链技术等现代化技术成果，并打造国际商事纠纷多元解决中心的网

[21] 参见何其生主编：《国际商事法院研究》，法律出版社 2020 年版，第 203-205 页。

[22] 同上注。

络平台，实现从立案到执行的信息化管理，为国内外当事人提供更加便利的服务。

参考文献

[1]蔡伟,赖晨枫.法治先行示范区与深圳国际民商事纠纷多元解决中心建设[J].深圳社会科学,2020(05):117-126+157+160.

[2]La Porta R, Lopez-de-Silanes F,Shleifer A, Vishny R. Legal determinants of external finance.[J] The Journal of Finance, 1997,52(3): 1131-1150.

[3]何其生主编.国际商事法院研究[M].法律出版社 2019 年版。

[4]王琦.海南全面深化改革进程中的国际商事纠纷调解机制研究[J].海南大学学报(人文社会科学版),2019,37(03):116-123.

[5]王淑敏,何悦涵.海南自贸试验区国际商事调解机制:理论分析与制度建构[J].海南大学学报(人文社会科学版),2018,36(05):26-35.

[6]刘晓红,冯硕.制度型开放背景下境外仲裁机构内地仲裁的改革因应[J].法学评论,2020,38(03):125-138.

[7]王琦. 探索自贸区自贸港纠纷解决新机制[N]. 海南日报,2019-12-13(A10).

[8]薛源,程雁群.以国际商事法庭为核心的我国“一站式”国际商事纠纷解决机制建设[J].政法论丛,2020(01):149-160.

[9]黄一文,王婕.新加坡商事调解制度的发展及其启示[J].商事仲裁与调解,2020(03):88-113.

[10]范愉.商事调解的过去、现在和未来[J].商事仲裁与调解,2020(01):126-141.

[11]伍红梅. “一带一路”国际商事争端解决机制之构建[A]. 最高人民法院.司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第 30 届学术讨论会获奖论文集（上）[C].最高人民法院:国家法官学院科研部,2019:20.

[12]占慧娟.论我国国际商事法庭纠纷解决机制的完善[J].湖南行政学院学报,2020(02):139-144.

[13]梁文才.论国际商事法庭多元化纠纷解决机制——兼评我国国际商事法庭“一站式”机制的运行[J].海外投资与出口信贷,2019(04):42-48.

[14]王淑敏,沈敬怡,何悦涵.海南自由贸易港发展 ADR 的必要性及可行性研究[J].南海法学,2019,3(02):40-48.

[15] 徐强.自贸区纠纷解决机制创新:深圳个案[J].重庆社会科学,2015(11):38-43.

国际储备货币特性及其对人民币国际化的启示

郎 平

摘要：2016 年人民币加入 SDR 货币篮子，具有了国际储备货币的身份标识，意味着人民币国际化将开启新的征程。重新审视国际货币体系中储备货币的演进轨迹，储备货币在类别上有了官方与非官方之别；国际储备货币间具有“中心——外围”的从属关系；国际储备货币的流动性与币值的稳定性存在关联性；国际储备货币间凸现出“金字塔”状的货币层级的特性。这些储备货币的不同特性给人民币国际化给出了不同的方向：一是 SDR 对人民币作为国际储备资格的标准，要求我国资本项目开放应与国际储备货币官方标准相衔接；二是国际储备货币间“中心——外围”的关系警示人民币国际化过程中要重视防范国际中心货币带来的负面影响；三是储备货币的国际流动性与稳定性之间的关联性时刻提示，在推进人民币国际化的过程中要注意协调人民币币值稳定性与国际流动性之间的矛盾；四是现有国际储备货币间的货币层级明确了人民币国际化的新使命——提升国际储备货币之层级。

关键词：国际货币体系；储备货币；特性；货币层级；人民币

引言

2008 年全球金融海啸爆发，显现出全球经济对美元的依赖性——“美元是我们的货币，却是你们的问题”。如何摆脱全球经济发展中对美元的依赖，转变人民币非国际化的政策成为关键。2009 年 7 月启动人民币跨境贸易结算试点，开启了人民币国际化征程。2016 年 10 月人民币正式加入 SDR 货币篮子，这是人民币向国际化迈出的重要一步。然而，现有国际货币体系仍然彰显着美元霸权，例如美元的法定贬值、汇率涨跌，随时影响着主权国家经济增长的稳定性。已具备“国际货币”身份的人民币，如何继续在国际货币体系中突围成长，成为人民币国际化的又一新征程。国际货币体系是国际贸易和国际金融的基础，因此聚焦于国际货币体系的研究，不仅有助于锁定人民币国际化下一使命，而且有助于为人民币国际化提供参考。目前对国际货币体系的研究主要聚焦于国际货币体系的构成要素。学术界有关国际货币体系的构成要素的学说主要如下：一是三要素说。河合正弘（Kawai，1986）、萨科曼尼（Saccomanni，2000）、卡尼（Carney，2009）等认为国际货币体系主要由汇率制度、国际收支调节规则、国际流动性构成。二是四要素说。斯卡梅尔（Scammel，1987）认为国际货币体系包括国际货币的形式；维系资本市场运作的制度安排；国际货币分配调节规则；以及对国际货币规则的管理机构。黄梅波等（2002）在认同三要素的前提下，认为国际货币体系还应该包括国际货币协调（或者国际货币合作）。以上观点倾向于从宏观层面对国际货币体系的架构进行研究。但货币“国际化”是一个动态、渐进的过程，因此着眼于国际货币体系中储备货币的特性，有助于探寻人民币入篮后“国际化”的着力点，进而为接下来人民币国际化的进路提供理论参考。

一、国际储备货币“官方”标准对我国资本项目开放的“倒逼”之势

（一）国际储备货币的标准及其分类

郎平（1989—）女，中南财经政法大学法学院博士研究生。

传统上，货币具有三个职能：记账单位、交易媒介、价值储藏。[1]在商品经济覆盖整个经济生活的过程中，为了促进了区域内商品与服务之间的高效互换。货币的价值不再由商品的自身价值决定，而是由法令或政府条令确定。[2]依附于法律而生的信用货币取代了实物货币，同时使充当一般等价物的实物货币从社会制度进入到了国家制度。[3]随着人们经济往来中对信用货币便利、高效、安全的需求，信用货币的“载体”随着交易的需求不断在蜕变。因此，根据法律条令中所确定的信用货币的实际价值与其“载体”是否具有关联性，信用货币制度分为了三个阶段：最初可兑现金属货币阶段、不完全兑现信用货币阶段、完全兑现信用货币阶段。与此同时，信用货币从国内向国外的流通，由此在域外形成的流通规则孕育出了具有阶段特征的国际货币体系：英镑本位的虚金本位制、美元本位的布雷顿森林体系、以及现有的国际不可兑现纸币流通制度。国际不可兑现纸币流通制度运转至今，实际上可将其细分为四个阶段：第一阶段——被动管理的浮动制度（1973-1984 年）；第二阶段——强国协调货币干预时期（1985-1998 年）；第三阶段——欧元崛起时期（1999-2008 年）；第四阶段——后危机时代（2008-至今）。[4]不同的国际货币体系、同一国际货币体系中的不同阶段都显现出主权货币在国际货币体系中的一个共性：即一国主权货币超出其国界，逐步拓展、完备其交易媒介、记账单位、价值储藏货币职能，这是主权货币“国际化”所呈现出的一种规律。[5]在记账单位方面，具有基准定值的货币在官方领域会成为其他国家货币的价值瞄，同时在私营领域也会发挥对“合约”的计价功能。在交易媒介方面，既可以成为一国干预外汇的工具，也可以充当各种交易的支付工具。在价值储藏方面，不仅可以在官方领域中成为一国的外汇储备，而且可以在私营领域中可以作为保值货币或“商品”进行投资。然而，在国际货币体系中，不同的主权货币无法在官方领域和私人领域平等地具备货币的记账单位、支付手段、价值储藏职能。因此，根据货币在官方和私人领域是否可以完全发挥货币职能，可以将国际货币体系中的主权货币划分为两类：一是主要货币，指可以在官方和私人领域能够完全发挥货币三大职能的主权货币，如英镑、美元。二是外围货币。在官方领域和私人领域无法完全充分发挥货币三大职能的主权货币。可见，在国际货币体系中，外围货币虽然是主权货币，但是却无法成为国际货币体系中的储备货币，只有主权货币成为国际货币体系中的主要货币时，才有资格胜任国际货币体系中的储备货币。

此外，在国际货币体系中信用货币并未与黄金脱钩之时，英镑、美元因国际货币制度之规定，成为与黄金等价的国际储备货币。但是自牙买加体系建立之初，就对布雷顿森林体系《国际货币基金协定》中的“黄金条款”做了修改，切断了各国政府持有的美元储备与黄金

[1] Simon Gleeson, The Legal Concept of Money,Oxford University Press,2018,P7.

[2] （美）劳埃德 B.托马斯（Lloyd B. Thomas）著，杜朝运译，《货币银行学：货币、银行业和金融市场》，机械工业出版社，2008 年，第 21 页。

[3] 张庆麟.论货币的法律概念及其法律属性[J].经济法论丛,2003(02):164-186.

[4] 徐飞彪著：《新视野下的国际货币体系变迁及中国货币战略》，时事出版社，2016 年，第 193-200 页。

[5] 参见蒋冠、张萌著：《货币国际化视角下的系统性风险传导机制与监管策略研究》，云南大学出版社，2015 年版，第 72 页。

间的自由兑换关系，实现了黄金的非货币化。同时，《IMF 协定》将 SDR 与一篮子货币挂钩，意味着主权货币如果满足 IMF 的国际储备货币标准，经 IMF 审查认可后，就可以成为具备“官方资质”的国际储备货币。但是，在国际货币体系中只要主权货币可以在官方和私人领域能够完全发挥货币三大职能，就可以成为国际货币体系中储备货币。因此，国际货币体系中的储备货币又可以将其分为两类：一类是具备“官方资质”的国际储备货币，一类是不具有官方认可“凭证”，但却在国际贸易、国际金融投资领域中被普遍接受、能够充分在官方和私营领域发挥货币三大职能的主权货币。

国际储备货币官方标准与我国资本项目开放的衔接之策

1.人民币入篮前 SDR 的历史回顾

自 IMF 创设 SDR 以来，不仅 SDR 的功能、地位在变化，而且对篮内货币的标准也在不断变化。起初，为了维系布雷顿森林体系的正常运转，1968 年 3 月十国集团提出了 SDR 方案，将 SDR 作为美元的补充性国际储备资产。1969 年 IMF 创设 SDR，1SDR=1 美元。SDR 由 IMF 发行，分配于《国际货币基金协定》中的成员国，在美元外汇储备流动性匮乏时，各成员国可以通过持有的 SDR 来偿还 IMF 的债务、以及成员国间的国际收支逆差。可见，SDR 能够发挥的效用仅是辅助性的。其后，为解决国际储备货币“单一性”引起的国际货币体系的不稳定这一问题，将 SDR 与一篮子货币挂钩，拉开了国际储备货币从“单一性”向“多元化”发展势头。根据 IMF《国际收支和国际投资头寸手册》（第六版），国际储备资产包括货币黄金、SDR、在 IMF 的储备头寸、货币与存款、证券（包括债券和股票）、金融衍生品、其他债权（贷款以及其他金融工具）。[6]SDR 也从补充性国际储备资产转变为主要国际储备资产。但 SDR 入篮货币及其标准并不是一成不变的（如表一所示）。1974 年入篮的主权货币有 16 种，对篮内货币要求是：在篮子生效前五年内，成员国的主权货币在世界商品和劳务出口总额中占比在 1%以上。1976 年篮内货币发生了第一次变动，丹麦的克朗、南非的兰特被沙特阿拉伯和伊朗的里亚尔所替换，标准并未发生改变。1980 年 SDR 篮内的货币变化最大。篮内的 16 国货币骤缩成五国，入篮货币的标准也发生变化，主要由“入篮”货币主权国的国际收支情况决定。2004 年，区域性货币欧元入篮，打破了五国长期垄断货币篮子的局面。其后 IMF 执行董事会在 2005 年 11 月明确对篮内货币给出如下标准：一是要求货币发行国在篮子生效前一年的前五年考察期间内出口货物和服务总量是全球四大商品、服务的贸易出口地之一；二是入篮的主权货币必须是根据《IMF 协定》第 30 条 f 款规定能够“自由使用的货币”。2016 年 10 月，人民币正式加入货币篮子，不仅标志着新兴发展中国家在国际货币体系中的崛起，也标志着人民币已具备了国际储备货币的“官方资质”。

表一：SDR“入篮”货币及占比权数一览表

[6] 韩龙,景司晨.现行国际货币制度是否构成人民币国际化之桎？[J].经贸法律评论,2019(05):15-29.

1974 年	16 种货币[7]				
1976 年	16 种货币，增加了沙特阿拉伯（里亚尔）、伊朗（里亚尔），去掉了丹麦（克朗）、南非（兰特）				
1980 年	美元	联邦德国马克	日元	法国法郎	英镑
占比权数	42%	19%	13%	13%	13%
1986 年	美元	联邦德国马克	日元	法国法郎	英镑
占比权数	42%	19%	15%	12%	12%
1991 年	美元	联邦德国马克	日元	法国法郎	英镑
占比权数	40%	21%	17%	11%	11%
1996 年	美元	联邦德国马克	日元	法国法郎	英镑
占比权数	39%	21%	18%	11%	11%
2004 年	美元	日元	英镑	欧元	
占比权数	45%	15%	15%	29%	
2016 年	美元	欧元	人民币	日元	英镑
占比权数	41.73%	30.93%	10.92%	8.33%	8.09%

2.人民币入篮后我国资本项目开放的应对之策

人民币入篮成为国际储备货币的同时，倒逼着我国资本市场中资本项目的开放。否则人民币就会丧失被国际市场各类主体接受的基本条件和资格。[8]根据 IMF 对资本项目的定义，资本项目是除贸易、服务以外的资金流动，包括直接投资、证券投资、其他投资和储备资产。但资本项目的开放需要以某一时期、具备特定条件后才能开放某一项，不然外资的涌入会冲击我国国内金融市场的稳定性。这些条件包括宏观经济的稳定性、金融监管制度的完善程度、充足的外汇储备等。自 1996 年我国实现经常项目的可兑换以来，我国一直循序渐进的在推进资本项目开放，跨境贸易结算、直接投资等方面也在不断的为我国资本项目的可兑换夯实基础。2009 年推出跨境人民币贸易结算试点，为人民币的回流增添了渠道。其后在 2011 年推出的 RQFII、熊猫债券等，使离岸人民币向境内资本市场涌入。但是这些都是促进资本

[7] 这 16 种主权货币是：美元、联邦德国马克、日元、英镑、法国法郎、加拿大元、意大利里拉、荷兰盾、比利时法郎、瑞典克朗、澳大利亚元、挪威克郎、丹麦克郎、西班牙比塞塔、南非兰特以及奥地利先令。

[8] 韩龙.IMF 对跨境资本流动管理制度的新认知述评[J].环球法律评论,2018,40(03):137-153.

回流的措施。根据 2012 年央行课题组公布的《我国加快资本账户开放的条件基本成熟》这一报告中“先流入后流出、先长期后短期、先直接后间接、先机构后个人”的路线逐步对资本账户进行开放。但是，实际在人民币入篮后，人民币发挥国际货币结算、计价、储备等货币职能时，并未遵循先结算货币、再计价货币、最后储备货币路径，而是采取了同步进行的方式。在当下国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新格局下，境外对人民币的需求将进一步加大，因此可以将资本项目侧重回流的单向开放拓展为双向开放，以行动回应 SDR 的倒逼之势。

防范国际储备货币间从属关系对人民币国际化的负面影响

（一）国际储备货币间具有“中心——外围”的从属关系

国际货币体系中的储备货币以有无进入 SDR 货币篮子，在类别上有了官方与非官方之别；而且从主权货币到区域货币，甚至在理论层面提出的超国家储备货币，币种也呈现出从单一性向多元化的发展趋势。但是，从英镑本位的虚金本位制、美元本位的布雷顿森林体系、到当下的国际不可兑现纸币流通制度中的后危机时代，国际储备货币都呈现着“中心——外围”的从属关系。在英镑本位的虚金本位制以及美元本位的布雷顿森林体系，由于国际货币体系并未实现货币的非黄金化，这种以单一币种为储备货币的国际货币体系还有黄金可作为其最后的储备支付手段。加之国际货币制度的导向，国际储备货币间“中心——外围”的关系明显且固定。在国际不可兑现纸币流通制度中，因为 SDR 与一篮子货币挂钩，出现了储备货币的多元化。储备货币间虽有竞争，但是仍然凸显出“中心——外围”的从属关系。即国际货币体系中的储备货币可以有多个，但是国际储备货币中的中心货币只有一个，非中心储备货币基本要围绕中心货币或根据中心货币的变化而调整。[9]国际货币体系中这种“中心——外围”的从属关系的形成逻辑如下：首先，中心货币必然是国际货币体系中的主要货币，同时也是具备“官方资质”的储备货币，因此其货币职能在官方领域和私营领域发挥的程度是最强的，通常表现是货币的流通广度与深度的扩张程度。流通广度的扩张主要倾向于货币在辖域外流通范围的扩张。因为国家主权平等，主权货币在国际货币体系中的流通无法再依赖于国家公权力的强制性，而是需要先通过货币信用的影响力来实现普遍的可接受性，然后根据“可接受性”之需求通过双边条约或多边条约来实现货币的域外流通范围的扩张。流通的深度扩张主要依赖于国内金融的自由化程度，金融的自由化程度越高，越有利于货币的流通。例如，美国会通过金融市场自由化，放松管制来刺激对美元的使用，进而维系美元在国际货币体系中的地位。其次，随着中心货币在流通广度与深度两个维度的推进，国际货币体系其他主要货币对中心货币的依附性越来越强。在英镑本位的国际货币体系中，采用固定汇率制，各国货币币值会随英镑的波动而波动。在美元本位的国际货币体系中，布雷顿森林体系基本延续了英镑本位时的国际货币流通规则，因此，以英镑为本、以美元为本位的国际货币体系崩溃的“症状”雷同，都因国际中心货币的信用价值出现信用危机，难以维系币值的稳定性而瓦解，但也表明，国际货币体系中的中心货币并不依赖于时序的先后，而是取决于

[9] 姜波克,张青龙.国际货币的两难及人民币国际化的思考[J].学习与探索,2005(04):17-24.

货币信用价值的可靠性（或币值的稳定性）。但是货币信用价值除依赖于主权货币币值的稳定性、外部交易网络的便利性等内在因素外，还取决于国家的政治权力、军事力量等其他外部因素。例如，一战期间，美国通过军火贸易等从债务国成为债权国，战事并未影响美元币值的稳定性，促使美元逐渐成为国际贸易中的结算货币。二战期间美国通过《租借法案》向盟国供应战争物资，成为全世界最大的债权国。在 1980 年初，美国财政赤字剧增，为了解决其巨额贸易赤字带来的美元贬值问题，1985 年 9 月 22 日，与日本、联邦德国、法国、英国五国达成《广场协议》，在 1987 年 2 月，美国与日本、德国、英国、法国、意大利、加拿大七国签署《卢浮宫协议》，两协定的目的都是为了防止美元持续性贬值，保持美元币值的稳定性。因此，国际条约也可能会成为保持货币信用价值的外部条件之一。立足当下，现有国际货币体系虽处于国际不可兑现纸币流通制度中的后危机时代，但并未改变自牙买加体系建立之初美元就是国际中心货币这一事实。据 IMF 提供的官方外汇储备货币数据（Currency of Official Foreign Exchange Reserves，简称 COFER）显示，2014 年美元在国际储备总额中的份额仍保持在 60%以上。美元在国际货币体系中“挟天子以令诸侯”的“特权”越来越大。各国不仅随时面临美元法定贬值的汇率风险，有时可能还要为美元货币政策效果外溢来买单，例如自 2019 新型冠状病毒疫情以来，美国施行的量化宽松政策。

（二）防范国际中心货币带来的负面影响

现有国际货币体系所处的后危机时代阶段，与 2008 年爆发的全球金融危机息息相关。2008 年爆发的全球金融危机虽因雷曼兄弟的破产引起，但却导致欧洲、日本经济陷入发展低谷，发展中国家经济发展乏力，全球经济复苏困难重重，暴露出世界经济对中心货币（美元）的过度依赖性。同时，国际中心货币的信用危机带来的后果从空间上和时间上这两个维度向世界各国转嫁、扩散，最终由国际货币体系中的各个主权国家分摊，其中由于储备货币间“中心——外围”的从属关系，外围的储备货币发行国将分摊的更多。面对中心货币带来的冲击，首先就是要防范中心货币冲击“触发”人民币信用价值不稳定的可能性。其次，预防美元货币政策效果的外溢。例如，美国的量化宽松政策可以促使美元的法定贬值，利率下跌，甚至会实行零利率或者负利率。低利率促使美元的外流，不仅会引起发展中或者新兴国家主权货币发行量过剩，而且也会导致美元外汇贬值。第三，由于利率与汇率之间具有联动性，加之主权国对美元形成高度依赖，防止人民币陷入汇率困境。美国具有高度发达的金融市场，而美元又是国际货币体系中的国际中心货币，这使美联储担任起国际货币体系的中央银行，向世界提供低风险、低收益、高流动性的资产，这被戴高乐（DeGaulle）称为美元的“过度特权”（Exorbitant Privilege）。[10]麦金农和施纳布尔（McKinnon&Schnabl）指出，东亚经济体由于相似的经济发展模式和对美元的过度依赖，其实已经陷入了汇率困境，这是造成东亚金融脆弱的主要原因。[11]意味着人民币可能也会随时陷入这一汇率困境。例如，2014

[10] Gourinchas P O , Rey H . From World Banker to World Venture Capitalist: US External Adjustment and the Exorbitant Privilege[J]. NBER Working Papers, 2005.

[11] Schnabl G , Mckinnon R I . The East Asian Dollar Standard, Fear of Floating, and Original Sin[J]. Review of Development Economics, 2004, 8(3):331-360.

年由于受美联储加息预期的影响，美元汇率上升，导致我国央行的汇率政策陷入困境，最终央行通过人民币贬值来顺应市场供求，稳定经济增长。[12]原因如下：美元汇率上升会引起我国短期资本外流，损害我国金融市场的稳定性，影响经济增长。所以必须通过贬值人民币来维持人民币与美元汇率的稳定性。

国际储备货币的流动性、币值稳定性对人民币国际化之镜鉴

（一）国际储备货币的流动性与币值的稳定性之间具有关联性

流动性是一种货币现象。[13]在一经济体内，货币总量与货币流通速度的乘积应该等于预期价格水平与实际产出水平的乘积。但如果货币总量与货币流通速度的乘积大于预期价格水平与实际产出水平的乘积，则表明流动性过剩，反之则属于流动性紧缩。因此，可以将流动性过剩与流动性紧缩均理解为实际经济中的货币存量对于理想均衡水平的偏离。但是，一旦货币成为储备货币，国际货币体系中储备货币的发行国掌控着货币的发行总量，但是却很难通过货币政策的宏观调控来管控货币的流动性，甚至辖域外货币还会影响到发行国币值的稳定性。宏观上，一国中央银行通过增加基础货币的投放、以及二元货币创造系统扩大货币乘数等途径来增加货币供给量。在流动性过剩的情况下，过多的货币供给无疑会压低利率水平。如果两个对外开放的市场经济国家的利率水平不同，那么货币资本就会从利率水平偏低的国家流向利率水平偏高的国家。流出的货币资本会成为利率水平偏高国家的外汇储备，引起利率水平偏高国家的流动性过剩。通常资本盈余的国家一般都是发达国家，并且这些国一般都采取低利率、零利率甚至负利率等货币政策来促进本币的外流。但是利率较高的国家大部分都是发展中国家或者新兴国家，导致发展中国家或者新兴国家的货币供应量也会因外资的流入出现过剩，引起发展中国家或者新兴国家本币的贬值。此外，由于美元是国际货币体系中的国际中心货币，大部分国家的国际商品与服务交易都以美元结算。主权国通过贸易盈余、外汇储备所积累的美元，以及主权国私人投资者购买的美国的股票、债券等金融资产，必然会以美元资产的形式回流到美国。美元的流动性过剩导致美元的货币存量与理想均衡水平偏差越来远大，引起美元贬值。尤其那些持有美元外汇的发展中国家或者新兴国家的金融系统，将在遭受外资流入导致货币供应量过剩引起的本币贬值的“小震”后，还将面临美元外汇贬值的“余震”，导致主权货币在国际货币体系中可发挥的货币职能越来越弱。因此，在现有国际货币体系中，中心储备货币的流动性过剩，不仅会引起本国币值的不稳定性，还会导致除那些储备货币国之外的发展中国家或者新兴国家的币值不稳定。

回溯历史，在以英镑为本位、美元本位的国际金汇兑本位制中，随着世界经济和国际贸易的增长，英镑及美元都因无法再满足各国的贸易需求而陷入流动性枯竭的泥淖，为解决货币国际流动性紧缩问题，英镑币值的高估或者美元的过量发行，导致英镑、美元的币值与黄金实际价值的偏差的加剧，从而引起债权挤兑，导致固定汇率制度垮台，凸显出国际储备货币流动性枯竭与保持英镑、美元稳定性之间的冲突。可见，黄金与信用货币是否脱钩成为国

[12] 张明. 人民币汇率的困境与突破[N]. 企业家日报,2015-02-15(W02).

[13] 黄海波、熊爱宗著：《国际货币体系改革：困境与出路》，经济科学出版社，2012 年，第 90 页。

际储备货币流动性过剩或紧缩的“分水岭”。在黄金与信用货币未脱钩时，由于黄金可以作为国际货币体系中最后的储备货币，充当国际储备货币的英镑、美元在国际货币体系中呈现出流动性枯竭与币值稳定性之间存在相关性。但在黄金与信用货币脱钩后，国际储备货币以主权国的信用背书发行、流通，中心储备货币的回流引起储备货币发行国流动性过剩，引起本币贬值之外，还会导致发展中国家、新兴国家的本币贬值。

（二）协调人民币币值稳定性与国际流动性矛盾间的可行性措施

从国内货币制度的货币非黄金化到国际货币体系中纸币与黄金的完全脱钩。纸币名副其实的成为主权货币。纸币由国家发行，纸币单位由发行国依基准定值，具备记账单位、交换媒介和价值储藏的纸币作为身着一国制服的法定货币在一国地域内流通。当黄金不再成为货币供应量的组成部分时，一国总的货币供应量=中央银行纸币+活期存款，由此形成了央行——存款货币银行的二元货币信用创造系统。由于存款货币具有需求的内生性，所以存款货币银行位于货币信用创造系统的第一个层次上；央行发行纸币因以内生性需求为“指标”具有外生性特点，所以央行位于货币信用创造系统的第二层次上。因此，中央银行可以通过增发纸币，确保存款货币银行从准备存款账户中不断地提取现金，从而支持存款货币银行创造信用货币的能力。中央银行纸币和活期存款所创造的货币乘数越高，发行国凭借纸币所获得的铸币税等利益也就越大。由于纸币的跨境流通可以实现纸币的信用扩张，这将使发行国的国际铸币税等收益增加。因此，纸币外流成为关键信用货币信用扩张的关键，而这一关键的利器就是利率。低利率一直是发达国家资本输出的有效措施。因此，首先，降低人民币利率成为加强其流动性的关键。我国央行数字人民币的落地为人民币利率的降低提供了契机。央行发行的数字人民币为负利率的实施创造了空间及条件。[14]加之“一带一路”倡议的推进，人民币作为沿线各国的结算货币成为可能，内部因素及外部条件都可为人民币国际流动性提供助力。但是，需要防范人民币“回流”引起的国内货币过剩，引起人民币贬值的问题。因此，央行首先可以根据存款货币银行的之需求来增发人民币，同时存款货币银行也应该紧随国内的“利率政策”，从源头上控制货币发行总量，有效防范人民币回流引起的贬值问题。其次，大力发展离岸人民币市场。由于目前我国资本项目并没有完全开放，所以发展离岸人民币市场有助于人民币的流出与回流，扩大人民币的国际流通规模，形成人民币在境外的定价机制，加强人民币流动性。第三，建立国际金融中心。国际金融中心能够全方位的开展国际资本借贷、外汇买卖、债券发行等业务。2013 年 9 月 29 日上海自由贸易试验区成立，随后 2015 年 10 月 29 日，《进一步推进中国（上海）自由贸易试验区金融开放创新试点加快上海国际金融中心建设方案》拟制了建设上海国际金融中心的方案。2020 年 9 月 25 日，英国智库 Z/Yen 集团第 28 期全球金融中心指数公布，上海国际金融中心排名跻身全球前三，仅次于纽约和伦敦。随着上海国际金融中心影响力的与日俱增，影响力带来的辐射效应将有助于促进人民币的流动性。加之自贸区的离岸金融业务模式将与目前其他离岸中心的业务模式相类似，因此可以形成香港、上海等离岸市场的错位发展。自贸区内的离岸市场与香港的

[14] 张姝哲,韩兴国.数字人民币运营模式、政策影响与发展建议[J].理论月刊,2020(10):50-58.

离岸市场可以根据自身地缘优势、经济优势，协同发展，共同促进人民币在域内与域外的循环流通。

国际储备货币凸显的货币层级成为人民币国际化新使命

（一）国际储备货币凸显出“金字塔”状的货币层级

Desai&Radhika（2016）指出，货币层级实际上是根据世界经济往来中主权货币流动性所凸显出的层级关系。Cohen（1998）根据货币的流动性程度，将主权货币分为“金字塔”状的 7 个层级，即顶尖货币（Top Currencies）——国际广泛使用；高贵货币（ Patrician Currencies）——区域内广泛使用；杰出货币（Elite Currencies）——广泛认可但国际影响力较小；普通货币（Plebeian Currencies）——国内具有强执行力但国际使用有限；被渗透货币（Permeated Currencies）——国内使用面临外币威胁，特别是在价值储上有外币替代现象；准货币（Quasi Currencies）——国内使用面临计价、交易和储藏等全面威胁；伪货币（Pseudo Currencies）——仅名义上存在。[15]顶尖货币在国际货币体系中的流通范围最广。在主权货币成为顶尖货币时，这一主权货币将在各种类型的国际交易中占据主导地位，其货币流通范围是世界性的，不再受特定地域之限制。反之，在最底层的伪货币流通程度最弱，可能还会将顶尖货币作为国内的法定货币。例如，巴拿马。巴拿马在本国只发行铸币巴波亚（BALBOA），同时发布法令将美元作为作为本国的法定流通货币。但笔者认为，货币层级是以国际货币体系中的储备货币为元素，根据货币职能在官方和私人领域发挥的强弱程度为参照，依据储备货币间的竞争结果所呈现出的层级。Desai&Radhika（2016）认为国际货币体系中的储备货币“金字塔”状的货币层级依次应该是：美元、欧元、其他国际货币是（日元、英镑、瑞士法郎、法郎等）。2016 年人民币加入 SDR 货币篮子，这是人民币向国际化迈出的重要一步，至今人民币加入货币篮子已五年，从人民币在 SDR 篮内货币的占比权数、国际贸易额的占比、我国的经济规模、金融自由化的实现程度等方面，加之“一带一路”倡议的推进中亚投行的建立。方方面面都足以证明，在国际货币体系中人民币的货币层级位居美元、欧元之后，与日元、英镑、瑞士法郎、法郎等同级，如何稳步提升人民币在国际货币体系中的货币层级成为人民币“国际化”的新使命题。

（二）提升人民币国际储备货币层级的进路

众所周知，货币信用价值越可靠，在国际货币体系中的影响力就越大，产生的影响力就越大，在国际层面流通范围就越广，进而可以在官方和私营领域发挥货币职能的空间就越大。因此，货币流通范围的扩张首先取决于货币信用价值的可靠性。货币的信用价值的可靠性取决于多种原因，但货币政策却可以从法律的强制性方面为其提供最有力的信用支撑。然而，国内货币政策都优先服务于国内经济增长、充分就业和物价稳定目标，而不会牺牲本国经济利益顾及外部协调。[16]但理论上对国际储备货币的要求有三点：一是应保持币值稳定、保证

[15] 甄峰.货币竞争与人民币国际化[J].金融监管研究,2014(08):62-76.

[16] 中银证券全球首席经济学家 管涛. 从全球分化的经济复苏看国际经济政策协调难题[N]. 第一财经日报,2021-04-12(A12).

货币可有序供应。二是货币总的供给量能够根据需求及时、灵活调控。三是对货币总供给量的调控应该超脱于任何国家的经济状况和利益。[17]因此，一国在制定货币政策时应注重国内货币政策与国际储备货币“标准”之间的协调。

其次，扩张人民币的流通范围，对人民币流通范围的扩大可以采取从周边、区域到全球化的渐进式路径：第一，构建人民币与周边国家的支付体系，将人民币作为与周边国家国际贸易、金融投资的结算工具。第二，借力“一带一路”中的亚洲基础设施投资银行来推动亚太地区内的互联互通和一体化，促进人民币在区域内的流通、使用。第三，通过签署货币互换协议，促使人民币在国际贸易中的使用。货币互换协议不仅可以作为各国解决流动性问题的金融衍生工具，而且能够促进国际贸与金融投资，为市场提供投资便利。截至 2019 年我国已与 36 个国家签署了双边本币互换协议，总额超 11 万亿元人民币。[18]但 2013 年 3 月 26 日，中国和巴西签署的《中巴货币互换协议》的首要目的就是为了避免美元的汇率波动。可见，货币互换协议还有消除美元汇率波动带来的汇率风险之功能。

[17] 周小川.关于改革国际货币体系的思考[J].黑龙江金融,2009(04):6.

[18] 于国才,王晨宇.货币互换协议、金融市场与中国对外直接投资[J].南方经济,2021(03):19-35.

美国“汇率低估”反补贴新规适用与我国因应

李 本

摘要: 2020 年 4 月 6 日起美国商务部发布《关于反补贴利益及专向性规定的修订》生效，使得美国商务部可以据此对汇率低估项目采取反补贴措施。从该法规实际可操作性来看，认定“汇率低估”构成补贴的逻辑链很难形成。我国一方面应在国际法的框架下对美方的不合法指控进行反驳，同时也要在相关立法及实践举措中做出因应完善。

关键词：汇率低估　补贴　美国反补贴新规

2020 年 7 月 17 日美国商务部宣布对进口自中国的扎带进行反倾销和反补贴立案调查，这是“美国反补贴新规”自 2020 年 4 月 6 日起生效以来美国商务部首次在反补贴案件中立案调查所谓“人民币汇率低估”项目。11 月 24 日，美国商务部宣布对进口自中国的扎带作出反补贴肯定性初裁，以中国企业未应诉为由，以不利事实推定的方式，裁定中国涉案企业的补贴幅度为 122.5%。其中，针对所谓“人民币汇率低估”项目，以存在严重问题的美国财政部报告为基础认定“人民币汇率低估”，并借用美国在以往对华反补贴案件中贷款项目的最高税率裁出 10.54%的补贴幅度。同日我国商务部贸易救济调查局负责人就此初步裁定发表谈话，指出该做法严重违反有关国际规则。类似此案包括对越南的相关调查等均系美国自 2020 年 2 月修改法规以对别国汇率进行反补贴调查后发起，已涉嫌违反世贸规则，受到多方面反对；同时该“汇率低估”反补贴条款本身也存在适用的重大困难。尽管此案在 2021 年 2 月 16 日的终裁中并没有认定涉及汇率低估的税率裁定，但这一不良开端很可能引发后续系列争端。 应对这一事件，我国的策略应是立体和长效的，及时高效地对该类调查进行准确评估,在国际法的框架下对美方的不合法指控进行反驳，对相关问题进行申明，从而避免出口企业无辜受害，同时也要在相关立法及实践举措中做出因应完善，防患未然。

---

*作者简介：李本，上海大学法学院教授，国际法学博士，博士生导师。

本文系 2020 年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“境外投资立法重大问题研究”（项目编号：20JZD018）的阶段性成果。

一、汇率主权的全球协调与汇率低估的现实可能

汇率是各国货币之间进行交换的兑换比率。正因为是一种货币与另一种货币之间的比价关系，汇率问题兼具货币主权和天然外部性，要达到对汇率主权与全球协调的制衡是相当困难的。各国首先应力争达致均衡汇率。均衡汇率就是一个国家经济对内对外同时达到均衡状态时对应的水平，即经济达到潜在增长水平、物价保持基本稳定、实现充分就业、国际收支也基本平衡时对应的汇率水平。但是均衡汇率难以量化，虽然目前有购买力平价法、利率平价法、资产组合理论等多种方法、多种理论来定义均衡汇率，但理论上并没有统一的标准。

事实上不论是政府还是市场，对于均衡汇率都没有先天的信息优势。从布林顿森

林体系到牙买加体系，各国协调汇率的目标主要是规制操纵汇率行为，对于各国在达致均衡汇率中仍然赋予较大的裁量权，在遵循市场化的大前提下，允许各国基于维持国内金融稳定对汇率有一定的预期管理。

《国际货币基金组织协定》第一条便规定了成员国在汇兑安排方面应当承担的宗旨性义务，即“促进汇率的稳定，保持成员国之间有秩序的汇兑安排，避免竞争性通货贬值”。IMF 对于会员国在汇兑安排方面的义务更多的集中于《协定》的第四条和第八条的相应规定，其核心是避免操纵汇率，但对于什么构成汇率操纵，《协定》文本未能提供说明，但无疑出于 IMF 认可外的动机并达到严重后果的汇率低估可能构成汇率操纵。至于达到严重程度的标准则应考察对 IMF 所要求的汇率稳定的背离情况。多边汇率体系的稳定来自成员国的稳定，各成员国的经济发展状况不一，以及其他各种政治经济因素的影响，如“脱欧”、“大选”等诸多因素都可能造成短期汇率波动。而在全球经济下行趋势下，各国采取竞争性货币贬值也可能造成不定期的汇率波动，加之各国在汇率主权上都会争取国内金融利益的最大化，“汇率稳定”必然是动态的和相对的。这也为汇率低估提供了一种现实可能性，说明汇率低估在某种意义上是达致汇率均衡与“汇率稳定”过程的一种可能状态。

二、美国“汇率低估”反补贴新规出台背景及适用困难

中美两国间在汇率问题上的争议由来已久，无论是在中美战略与经济对话或是中美全面经济对话的框架下，都曾对汇率问题进行过讨论。目前及未来，汇率也将一直是两国经贸关系发展中重点关注的问题。近年来，由于中美间贸易失衡，美方就人民币汇率稳定问题频频向中国施压并提出要求中美之间“汇率稳定”。中美之间的贸易不平衡无法从人民币汇率上找到答案，归根结底是由于两国经济结构、产业竞争力和国际产业分工决定的，并非“操纵汇率”等人为因素。在同样的汇率水平下，中国在劳动密集型产品上是顺差，而在资本技术密集型产品、农产品和服务贸易方面都是逆差，可以在一定程度上说明贸易逆顺差与汇率水平无关，而与产品竞争力相关。从经济结构上看，美国经济以服务业为主，低储蓄、高消费使得本国生产无法满足国内消费需求，需要进口大量产品。从国际分工来看，中国贸易顺差与跨国公司全球产业布局密切相关，大批外资企业来华投资，组装制造产品，销往全球市场。而美国特朗普政府时期错误地把汇率问题做为引起贸易逆差的问题，2019 年美国时间的 8 月 5 号，美国财政部根据特朗普总统的指示，把中国列为货币操纵国，我国迅速争取到国际货币基金组织的支持。

国际货币基金组织早在 6 月份的时候结束第 4 条款磋商，认为灵活的汇率形成机制能够很好的吸收外部不确定性带来的挑战，明确了 2018 年以来人民币汇率既没有高估也没有低估，直接否认了美方关于中国货币操纵的说法，因此美国指责中国货币操纵缺乏国际法上和道义上的双重支持，这也构成美国再次寻找其他的汇率问题突破口的动机。其后不久于 2020 年初中美双方签订《中美第一阶段经贸协议》,其中协议第 5.2 条专门针对汇率问题设置了争端解决条款，但这些都没有阻却美国继续从其他角度以汇率问题对中国发难的各种尝试。

2020 年 2 月 4 日，美国商务部发布《关于反补贴利益及专向性规定的修订》（下称“美国反补贴新规”）对反补贴的利益及专向性计算的相关规定进行了修订，以使得美国商务部未来可以据此对汇率低估项目采取反补贴措施。

“美国反补贴新规”出台后，有学者对此发表了评论意见，认为其违反《中美经贸协议》。因为依据协议的有关规定，汇率争议应当由双边评估和争端解决安排框架解决。而“美国反补贴新规”授权商务部对汇率问题采取单方面措施，有违《中美经贸协议》。

是否存在汇率低估和汇率操纵在国际法上是通过国际货币基金组织评估。但 IMF 框架对一国是否构成“汇率操纵”因标准问题而认定困难，认定汇率低估则因为缺少有效的执行机制和制裁措施显得力不从心，意义不大。因此，根据 IMF 协定规定和人民币汇率形成机制具体实践情况，美国就汇率问题在程序上直接诉诸 IMF 并不具有什么优势。根据 IMF 协定，判定是否构成“汇率操纵”需要满足以下两个条件：成员国：1）实施了以汇率低估为形式的，以获得严重汇率偏差为目的的政策；2）获得严重偏差的目的是为了增加净出口。然而，何种程度上的汇率低估，达到了严重的汇率偏差，其中的“严重”程度，在 IMF 协定文本和相关的《2012 双边和多边监督决议》中并未提及具体的标准。既是如此，美国国会又曾多次试图通过国内法案将人民币汇率与补贴挂钩，意图将此诉诸世贸组织。

WTO 规则涉及汇率及汇兑的条款较为模糊，既未明令允许，也未明令禁止成员国以此为由发起反补贴调查。世贸组织解决此类问题可能的途径有三种: 基于 GATT 第十五条第 4 款，基于禁止性补贴和倾销，基于非违约之诉。但这三种途径对人民币汇率提出指控的实际操作性基本不存在的，并且汇率操纵、汇率低估很难纳入现行 WTO 的补贴与反补贴框架。

正因如此，美国在中美经贸第一阶段协议签署之后出台“美国反补贴新规”对所谓“汇率低估”问题意图进行补贴的单方面认定。但从该法规实际可操作性来看，认定“汇率低估”构成补贴的逻辑链很难形成。

就美国商务部决定对原产于中国的金属扎带产品发起了反倾销反补贴调查一案来看，该案申诉方提出认定汇率补贴的理由是中国进行了“汇率操纵”，这与“美国反补贴新规”的立法指向已严重不符。 即使按照“美国反补贴新规”并且在反补贴程序中针对所谓“人民币汇率低估”项目发起调查，该调查涉及的也应是银行和出口企业之间的利益接受与否问题，也就是说，这个“人民币汇率低估”的所谓“补贴”认定所涉及的调查直接针对的是从事外汇业务的银行对出口企业提供的结售汇业务。

外汇市场通常包括两级市场，一是银行间外汇市场，二是零售市场即银行柜台交易市场。我国目前人民币汇率形成采用模式是由中国人民银行授权中国外汇交易中心于每个工作日上午 9 时 15 分对外公布当日人民币对美元、欧元、日元和港币汇率中间价，作为当日银行间即期外汇市场（含 OTC 方式和撮合方式）以及银行柜台交易汇率的参考价。而各银行则根据中国外汇交易中心公布的人民币汇率中间价以及国际外汇市场行情，于 9 时 30 分开始实时对外公布各种外币与人民币之间的买卖价格从而形成当日外汇实时牌价。对应到实践

中，协议第 5.2 条意义上的外汇市场更多指的是银行间即期外汇市场。所谓“汇率操纵”通常也指的是在这个市场进行大规模、持续、单向干预。这个对“汇率操纵”相关的问题达成的共识并未超出 IMF 协定框架。

相较而言，中美第一阶段经贸协议第 5.2 条第四款中对解决汇率争议的程序性规定是理性，公正，有效率的：“双方将保持经常沟通，并就外汇市场情况、活动与政策进行沟通协商；”“双方将就 IMF 对各自的汇率评估进行沟通协商”。

从协议第 5.2 条第四款规定来看，这类结售汇业务解决争议的方式就是沟通协商。事实上无论是该金属扎带产品案还是以后的相关案例，申诉方就所谓认定“汇率操纵”和“汇率低估”构成补贴的主张是很难成立的，因此，我国应坚持协议条款，要求进行协商解决，一方面需要指出美国此举超出了一成员按照世贸组织规则进行反补贴调查的权限；另一方面可根据美国国内法条款进行有理有据的申明，尽早杜绝类似此类案件发生。

三、针对美国“反补贴新规”中认定“汇率低估”问题的应对

其一，对银行进行汇率兑换的相关情况予以申明

“美国反补贴新规”自 2020 年 4 月 6 日起生效，内容涉及汇率的相关条款规定：如要判定汇率低估，一国政府必须有造成汇率低估的汇率兑换行动，且独立央行及其他货币主管机关的货币及信贷行动并不属于要被分析的行动。

关于汇率操纵问题主要涉及银行间市场，而汇率低估则主要涉及柜台交易。 按照美国“反补贴新规”，汇率低估补贴应是发生在从事外汇业务的银行对出口企业提供的结售汇业务过程中，补贴提供者是特定的银行。事实上，我国目前在银行间外汇市场的做市商共 500 家左右，其中外资银行占到 100 家左右，其中绝大多数属于上市公司。按照上市公司的规范要求，银行所有相关信息需要披露，各银行是根据中国外汇交易中心公布的人民币汇率中间价以及国际外汇市场行情，来形成当日外汇实时牌价的，的确存在不同银行因各自经营优势，出口企业的结汇量大小，不同币种之间的头寸，甚至地域因素等等情况兑换中存在议价空间。但这个空间是非常小的，即使对应在补贴利益里属于不需计提的。我国在协商时需要对商业银行的市场化兑换行为进行申明和澄清。

其二，对企业在问卷过程中的相关信息填报进行必要培训

美国商务部计算由兑换被低估的货币导致的补贴利益提供指引时，汇率低估的判断是分析是否存在补贴利益的前提。而判断是否存在汇率低估，美国商务部通常会考虑一国实际有效汇率（“real effective exchange rate, REER”）与均衡实际有效汇率（“equilibrium REER，经过了能反映合理政策影响的中期达到外部平衡的实际有效汇率”）之间的差异。在这两种汇率存在区别的情况下，利益通常等于企业因汇率低估而多收的本国货币数量。

根据美国“反补贴新规”，有关收款人从美元兑换中收到的本国货币数量的信息通常应通过美国商务部的问卷过程从收款人处获得。我国相当数量的出口企业对此类填报随意性强，甚至可能出现因填报的技术错误而被美国方认定为汇率低估补贴。同时，疫情时期经济遭受重大影响，各地提供的企业援救行动中也存在可能被统计到汇率低估项下的情形。因此，

在疫情时期对企业在问卷过程中的相关信息填报进行培训是有必要的，也是避免无辜受害的重要举措。

其三，对美国“反补贴新规”中关于补贴“专向性”问题进行澄清

从理论上说，汇率低估状态下，外汇指定银行对出口企业提供的结售汇业务，构成了财政资助，并且授予了出口企业一项利益，进而构成了 SCM 协定下所界定的补贴。但是，WTO 协定所禁止的只是具有专向性的补贴，专向性是指补贴是向其管辖下的某个或某些企业、产业、某些特殊地区特别提供的，具体包括企业专向性、产业专向性、地理上的专向性和拟制上的专向性。只有证明被低估的人民币汇率构成了专向性，才可以在 WTO 体制下采取反补贴措施。

“美国反补贴新规”中有关专向性的法律瑕疵，主要源于该法案里关于认定“主要使用”或“不成比例的大量”的方法。实际上，汇率低估如果可以构成补贴的话，那么这个补贴也是在一国经济中充分地广泛地可获得；如果它疑似构成 SCM 协议事实上专向性，也是由一国经济的内在的多样性程度决定的，因此不具有反补贴意义上的专向性。

其四、从外汇市场主体扩大角度，将买卖外汇和办理结售汇业务由“许可制”转向“备案制”，以避免商业银行被误解为受政府“委托或指示”

目前，我国商业银行作为我国从事外汇交易的经营主体，在“美国反补贴新规”中面临着被美国认定为公共机构、买卖或结售外汇须经有关部门批准被认定为经政府“指示或委托”从事外汇活动，进而构成财政资助的潜在风险。

在实践中，外汇市场准入包括主体准入、业务准入、人员准入。现行市场准入机制较为侧重业务准入，即明确市场主体能从事何种业务。 我国的汇率市场化深化改革是以全国外汇市场自律机制为载体的，已经运行四年时间，从实践反馈，对从事外汇业务的市场准入更多的只是形式审查。目前我国不论从政策以及现实的角度看都具备了由“许可制”向“备案制”的转变的充分条件。从金融开放的实际需求角度，我国当下急需促进多元化市场结构的形成，进一步丰富外汇市场的主体。这需要在《商业银行法》和《市场准入负面清单》中进行相应的立法修订和完善，一方面避免从事外汇业务的商业银行被误解为受政府“委托或指示”，进而增大被作为补贴主体的可能性，另一方面也是我国自身促进多元化市场结构的形成，进一步丰富外汇市场的主体的诉求所在。

参考文献:

[1] 李本，人民币汇率形成机制的自律协调制度分析，华东政法大学学报,2018 第 5 期

[2] 李本,游广，厘清及破解:人民币入篮与汇率主权让渡问题，上海对外经贸大学学报,2017 第 4 期

[3] 李本，人民币入篮后的“不可回撤义务”与践行路径，社会科学研究,2017 第 1 期

[4] 石静霞,杨幸幸，TPP 金融服务规则评析，社会科学家,2017 第 11 期

商标权的地域性及域外效力

李凤琴

摘要：商标权具有属地效力，不同的权利取得方式，直接影响着商标权的地域范围。通过使用取得的商标权，其效力范围可以扩大至其商誉范围，而与国家地域无关；通过注册取得的商标权，其效力范围及于授予国领域之内。然而，随着跨境商业的发展，商标权属地主义逐渐被打破，美国等国司法实践已经基于效果标准将商标权的效力扩张至域外。我国立法对商标权的地域性问题未作规定，司法实践中在商标授权确权案件以及涉外定牌加工案中，一般采严格的地域性观点，但这并不符合国际经济全球化发展的现实需求。我国应当在坚持商标权地域性原则的基础上，以“对相关公众认知的影响”为中心建立商标权地域性例外的适用标准。

关键词：商标权 地域性 域外效力 对相关公众认知的影响

传统观点认为，包括商标权在内的知识产权具有属地效力，这意味着商标权的保护只能在授予个人专有权的国家的领域内进行。原则上域外的商标使用行为不会造成对本国商标权的侵害，反之，本国的商标使用行为也不会造成对域外商标权的侵害。然而，随着通信和贸易的全球化，商标权的地域性越来越受到挑战。由于坚持严格的属地主义可能会造成对跨国商业监管的不足，且不足以保护本国商标权人的合法利益，美国等国司法实践已经基于效果标准将商标权效力扩张适用于域外行为，但是关于“效果标准”并未达成共识，因此可能造成商标权域外效力的不确定性。我国学界较少关注商标权的域外效力问题，而这关系到商标授权确权中以及跨境商标侵权中我国商标法的正确适用和实施，因此，有必要在界定商标权地域性概念的基础上，针对商标权域外效力呈现的趋势，提出我国的立场。

一、商标权的地域性

（一）知识产权的地域性

事实上，所有知识产权都具有地域性特征。[1]虽然有关知识产权国际公约并没有明确规定知识产权的地域限制，但是根据《保护工业产权巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）中的国民待遇原则，在公约成员国内，其他成员国的国民在遵守对该国国民适用的条件和手续的情况下，应和该国国民享受同样的保护，并且在他们的权利遭受侵害时，得到同样的法律救济；而根据知识产权独立性原则，知识产权的保护条件，由成员国根据本国法律决定。这就意味着同一知识产品在不同国家可能存在不同的权属，即使知识产权归属同一主体，其在各国的保护期限、终止及保护等情况都会因各国立法规定的不同而不同。由此看来，《巴黎公约》不仅没有克服知识产权的属地效力，反而确认了知识产权保护在地域上所受到的限制。上述原则在《与贸易有关的知识产权协议》（以下简称《TRIPS 协议》中得到了延续和巩固，

[1] G Dinwoodie G B . Territorial Overlaps in Trademark Law: The Evolving European Model. Notre Dame Law Review（2017）, Vol. 92, p.1673.

并被视为这是包括商标权在内的知识产权属地性的必然结果。[2]

在国内法层面，有人将地域性原则视为国家主权的表现，即国家可以自由制定法律并在其领域范围内实施，但是为了防止在其他领域与外国权力发生冲突，公共行为须接受地域性原则的制约，因为一旦将其域外适用可能会造成对外国主权的侵犯。而知识产权通常通过国家授权产生，因此该种专属权利仅在其授权国家范围内产生效力。[3]可以说没有任何无形财产受到适用于全世界统一权利的保护。这一属地原则早已被欧盟及其成员国如德国、荷兰、其他欧洲国家如瑞士、普通法系国家以及日本等国所接受。[4]

然而，不同种类的知识产权，其地域性的强弱存在差异。[5]版权自作品创作完成之日起自动取得，无需经国家行政机关的注册登记；但专利权需经国家授权才能产生；而商标又与版权、专利不同，商标权的取得一般需要通过注册登记，但也有通过使用而获得相关权利的情形，由此导致三大传统知识产权的地域性强度并不一致。一般而言，版权的地域性相对较弱，专利权的地域性最强，而商标权的地域性问题则相对复杂，需要区分权利来源进行具体分析。

（二）商标权地域性的具体分析

目前，在世界范围内主要存在两种不同的商标权取得方式，即使用取得与注册取得。而不同的取得方式，直接影响着商标权的地域范围。

1、通过使用获得商标权的情形。商标权就其自然属性而言，是一种私权，属于财产权范畴。然而，商标有别于专利和版权等创造性劳动成果，保护商标并不是为刺激商标所有人或竞争者创造商标，而是起到在市场上传递正确信息的功能。因此，围绕着专利和版权而展开的激励创新理论很难解释商标财产权保护的正当性。有观点认为，商标财产化的正当性受到 19 世纪自然权利理论的影响。在自然权利观念下，商标权的正当化基础即在于保护商家“创造商誉的劳动投入”。[6]因为，处于自然状态的商标资源并没有任何价值，正是商标主体通过 “生产性"劳动的投入，才使这些无主的商标资源从无价值变为有价值。所以，商标权的本质就在于保护“创造商誉的劳动投入"，而不是标记本身。标记是“标”，商誉才是“本”，只有通过实际使用，“标”与“本”才能融贯为一。在法理上，只有实际使用才是商标权获得的必由之路。[7]因此，使用取得作为最早的权属确定模式，是最符合商标的自然属性和商

[2] Graeme B. Dinwoodie，Trademarks and Territory: Detaching Trademark Law from the Nation-State，Houston Law Review（August 2005）, Vol.41, p.891.

[3] 杨长海：《知识产权与冲突法连结之理论依据 ———地域性原则效力再辨》，《安徽大学学报(哲学社会科学版) 2012 年第 1 期，第 128 页。

[4] Peukert, Alexander, Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law (April 19, 2010). Günther Handl, Joachim Zekoll & Peer Zumbansen (eds), Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization, Queen Mary Studies in International Law, Brill Academic Publishing, Leiden/Boston, 2012, 189-228, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1592263.

[5] 阮开欣：《论知识产权的地域性和域外效力》，《河北法学》2018 年第 3 期，第 88 页。

[6] 参见吕炳斌：《商标财产化的负面效应及其化解》，《法学评论》2020 年第 2 期，第 57 页。

[7] 刘春田主编：《知识产权法》，高等教育出版社，2015 年第 5 版，第 263 页。

业道德的。[8]

世界上一些国家，比如美国可以通过使用获得普通法上的商标权，它建立了一种与商誉相关的权利模式。不过普通法上的商标权，虽然在取得时没有明确的地理疆界，但其仍具有地域性特征，因为根据商标的自然属性可以得出，商标权的范围可以扩大（或限制）至商誉的地理范围。 然而，界定商誉的范围本身是一个挑战，这也使得商标权的地域范围变得模糊不清，导致在很长的一段历史时间里，在美国司法实践中此种普通法上的商标权被解释为几乎是无限的。

而美国联邦最高法院的 Tea Rose/Rectanus 规则，标志着普通法商标权地域保护受到限制的转折点。该案中，“Tea Rose”商标曾被三方使用，并导致了两起法律诉讼。第一位当事人 Allen & Wheeler 公司于 1872 年只在俄亥俄州开始以“Tea Rose ”商标进行生产并销售茶叶。第二方当事人 Hanover Star Milling 公司（以下简称 Hanover 公司）在 1885 年善意地使用类似商标“Tea Rose”，并在阿拉巴马州和其他南方各州广泛地宣传和销售该商标下的产品。双方销售产品的地域范围并不重叠。第三方 Metcalf 是阿拉巴马州的一家零售店，其生产的茶叶由其他厂家生产，但也以相同的“Tea Rose”商标进行销售。第一个案件中 Allen & Wheeler 公司指控 Hanover 公司侵犯商标权。在第二个案件中，Hanover 公司则以商标侵权和不公平竞争为由起诉 Metcalf，Metcalf 以 Allen & Wheeler 的在先使用为由，对 Hanover 所谓的专有权提出异议。美国联邦最高法院最终裁决 Hanover 在这两起纠纷中均胜诉。根据普通法规则，法院重复了之前对商标作为财产权的定性，同时法院参照商标功能和与市场的相关性对商标权保护范围进行了限制。驳回了之前案件中确立的商标保护地域性无限的解释，指出普通法上的商标权，其地域范围不能超过商标使用的范围。[9]因此，商标的使用地区是决定商标权地理范围的核心因素。

2、通过注册获得商标权的情形。商标作为一种区别商品来源的工具，其最初目的在于降低消费者的搜索成本，避免消费者的混淆，从而激励市场形成有效率的竞争。可以说，商标权在经济政策上，是为促进有序竞争而被赋予的。[10]在商标史上，注册取得制度的出现晚于使用取得制度，但却为世界上绝大多数国家所采用。[11]虽然使用取得符合商标的自然属性和目的，但是市场上可能会出现范围不确定的商标，从而增加生产者、经营者以及消费者的搜索成本。而商标注册制克服了使用制的缺陷，它通过注册登记公告的方式将商标权的取得和存在予以充分公示，这在一方面可以有效防止消费者对商品来源的混淆，降低搜索成本，从而有效发挥商标作为“信息工具”的作用；另一方面可以提醒市场竞争者在经营活动中尽

[8] 参见黄汇：《商标权正当性自然法维度的解读———兼对中国＜商标法＞传统理论的澄清与反思》，《政法论坛》２０１４ 年第 5 期，第 134 页。

[9] Tim W. Dornis，Trademark and Unfair Competition Conflicts Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives，Cambridge University Press，2017，pp.102-104.

[10] 罗晓霞：《商标权的双重属性及其对商标法律制度变迁的影响》，《知识产权》2012 年第 5 期，第 31 页。

[11] 王太平、邓宏光主编：《商标法》，北京大学出版社 2017 年版，第 71 页。

量避免使用与他人已经注册的相同或近似的商标，以免带来不必要的市场投入或额外损失，从而提高市场效率，节约经济资源，调和经济秩序。因此，注册制度在更大程度上反映了商标法作为经济贸易政策工具的作用，以及实现有效执法的目标，其地域性更多的是由于决策或执法机关的视角，而不是由商标的内在属性所致，因而使其不可避免地具有政策工具的社会属性。

由此看来，已注册的商标权在效力范围上更有可能与授予这些权利的国家当局的权力范围相一致。当商标权被认为仅仅是国家的创造时，属地原则将被表述为“商标权只在创造该权利的国家有效”。此种地域限制也可能因实际或实用的原因而得到支持，它一方面可以使他国相对容易地承认并执行有关商标权纠纷的本国判决，另一方面也可以基于国际礼让规则避免侵犯他国主权。

需要注意的是，在实行注册制的国家，也不排除通过使用获得商标法上的合法权益，比如一些在商业上已经使用但尚未注册的知名商标，以及未注册的驰名商标等也可以在商标法上获得相应保护。而在实行使用取得制的美国，在 1946 年颁布了《兰哈姆法》（Lanham Act）以后，也建立了联邦商标注册制度，商标注册后起到了推定通知的效力，一方面推定向以后的使用者发出了通知，后来的使用者不得以不知情而证实他的善意，另一方面在主注册簿上注册的商标视为注册人对专有权主张的全国性推定通知，注册人的商标权在全国范围内都有效力，尽管在某些地区该商标并未使用。[12]

可见，在一国内部商标权的取得并非采取某种单一的模式，商标权的注册取得和使用取得往往交织在一起，而商标的不同属性可用以解释商标权不同取得时的属地效力。商标的自然属性，根植于社会实践和商业规范，而这些规范是不固定的，而且与国家地域没有特殊联系；而商标的社会属性反映了国家的经济政策，因此与国家的地域范围密切相关。然而，商标“自然属性”与“社会属性”之间的界限并不总是泾渭分明的，但尝试这种分析确实有助于解释商标权的某些属地性正在发生的改变。

二、商标权属地主义的突破

虽然商标权传统上受制于属地原则，但是鉴于过去几十年来逐渐经历的跨境商业的扩张，特别是考虑到商品和服务在全球的加速流通，属地原则被证明在当代现实中越来越没有原来想象的那么有利，[13]而且严格的“属地主义”在知识产权法中并未被全盘接受。

第一，《巴黎公约》作为保护工业产权方面的基础性条约，在实质内容上对成员国课以极少的实体义务，它主要通过国民待遇原则确保公约国民之间能平等地寻求法律保护。然而，商标权的属地性表明，同一商标申请人如欲在《巴黎公约》成员国内获得商标权，仍需通过向每个寻求保护的国家当局单独提出商标注册申请，这势必增加商标申请人的申请成本并降低效率。为解决此种弊端，知识产权国际公约的相关规定在一定程度上突破了商标权的属地

[12] 吴汉东主编：《知识产权法学（第六版）》，北京大学出版社 2014 年第 6 版，第 218 页。

[13] Graeme B. Dinwoodie，Territorial Overlaps in Trademark Law: The Evolving European Model, Notre Dame Law Review(2017),Vol.92.p.1675.

主义。首先，《巴黎公约》第四条规定的国际优先权使商标申请人能够在巴黎公约成员国内提出同一商标的申请后六个月内，又向《巴黎公约》的另一个成员国提出商标注册申请的，后一申请可以获得第一次申请的优先权；其次，《巴黎公约》第六条之五规定了商标独立性原则的例外，即“在原属国正式注册的每一商标，除应受本条规定的保留条件的约束外，本联盟其他国家也应和在原属国注册那样接受申请和给予保护。”如果从广义上解释，“商标独立性的例外”可能是对属地原则的实质性背离。但是无论是“优先权原则”还是“商标独立性的例外”，并没有减损商标权是通过单独或连续向国家当局提出申请而获得的前提。[14]

相比之下，1891 年签订的《马德里协定》和 1989 年签订的《马德里协定有关议定书》（两者统称马德里体系）建立了商标国际注册制度，旨在通过商标申请人在其原籍国提出单一的注册申请，同时便利其在多国获取商标权利。马德里体系是对商标属地主义的微小改动，在这种模式下，利用国际程序启动和便利国家当局根据国内法以决定是否核准该商标注册申请。其主要的好处在于提高效率，它不仅可以通过集中的申请程序实现商标的国际注册，而且还允许商标持有人通过一次申请续展并维持整套权利的有效。

第二，一国在决定是否授予商标权，以及在多大程度进行保护时，已经考虑到了域外行为的影响。比如美国《兰哈姆法》规定商标注册申请必须以实际使用为条件，之后 1988 年商标法修改后虽放宽了注册条件，但仍以使用意图作为提出联邦注册申请的前提。而《巴黎公约》第六条之二强调，如果一个商标在另一个国家是驰名商标，各国可以拒绝在本国境内注册该商标。该条款是由 1925 年海牙修订会议引入《巴黎公约》的，后来经 1934 年伦敦修订会议和 1958 年里斯本修订会议修改。该条的适用范围以前只涉及拒绝或取消与有关国家驰名商标相冲突的商标的注册，后来扩大到禁止使用。美国通过了《巴黎公约》，并在之后的条约中重申了所谓的 “驰名商标”原则，[15]并同意了这一原则。对于如何将这一理念落实到国内法中，虽各家法院意见不一，但是，美国司法实践中在坚持地域性为原则的同时，更加开放地考虑域外因素，承认驰名商标在地域性原则上的例外规则，放宽了不在美国使用的驰名商标在美国获得保护的条件，即只要在美国国内市场具有第二含义并具有一定的认知度（比如在互联网和其他全球媒体上的宣传而闻名于世），外国驰名商标权利人仍能在美国获得商标的优先权。如在美国联邦第九巡回上诉法院审理的吉甘特公司诉达罗公司（Grupo Gigante S.A. de C.V. v. Dallo & Co.）案中，原告是一家在墨西哥长期著名的连锁超市，其商标“GIGANTE”在 1999 年前从未在美国使用过，而美国一家本土公司在 1995 年以同样的商标开办连锁超市，但在此之前国内一部分墨西哥裔的美国人已经认知墨西哥公司的商标。法院认为，尽管地域原则是商标法上的重要原则，但它不是绝对的，为使消费者免受混淆或欺诈，确实在地域性原则上存在着驰名商标的例外，法院最终认定墨西哥公司优先于美

[14] Graeme B. Dinwoodie，Trademarks and Territory: Detaching Trademark Law from the Nation-State，Houston Law Review（August 2005）, Vol.41, p.903.

[15] Ahmad Takouche，Well-Known, or Not Well-Known? That is the Question. The Paris Convention for the Protection of Industrial Property’s Article 6bis in the Context of American Trademark Law，UC Irvine Law Review（2019）,Vol.9，p.506.

国本土公司获得商标权。[16]

在巴西，驰名商标可以受到巴西专利商标局的特殊保护。《巴西工业产权法》第126条规定，“无论之前是否在巴西已经注册或申请注册，按照《巴黎公约》第六条第二项认定的驰名商标应受到法律保护。”由于法律没有明确驰名商标的认定标准，巴西专利商标局在实务中会考虑商业活动中导致的公众对商标的知悉程度，包括各成员国在各国宣传商标所达到的知悉程度。因此，巴西法律肯定性地保护了在其他国家驰名而未在巴西注册的商标。[17]印度最高法院在“惠而浦（WHIRLPOOL）洗衣机”一案中认为，驰名商标可以在商标尚未注册和带有该商标的商品尚未销售的国家中得到保护。该案尤其以确立了这样一个概念而著称，即通过证明商标所有人的广告已经进入该国相关公众的视野，就可以确定一个商标为驰名商标（尽管没有注册和没有使用，但仍有资格获得保护）的重要支持证据。[18]

此外，商标的地域性和商业的国际性之间的紧张关系也令人关注，它主要与平行进口货物的问题有关。目前，国际上对于商标平行进口的态度已经从原来的绝对禁止向逐渐放宽转变。就商标平行进口而言，商标权的属地主义是严格禁止平行进口的法理基础。因为既然商标权的取得和行使等都受到地域性的限制，则商标权在一国范围内的权利用尽并不意味着商标权在另一国的当然用尽，权利穷竭原则也应受到地域性限制。[19]然而，商标法目的之一在于刺激公平竞争，目前越来越多的国家的商标法选择了商标权的国际穷竭，从而在一定程度上弱化了商标权的属地效力。

可见，虽然各国已经普遍接受商标权的属地原则，但是仍然认可例外情形的存在。特别是随着经济全球化以及跨境电子商务的发展，许多贸易实际上是在全球展开，但是商标的取得和保护却必须受限于一国法律。市场的全球影响力与商标权的地域限制之间的冲突加剧，由此带来商业成本的增加和不确定性，使人们对商标权属地原则的实际意义产生了质疑，各国该如何重新配置商标权的地域性原则以符合商业现实的需要？

三、商标权地域性突破的美国实践

美国司法实践中有关商标权突破地域性的案例较多，值得我们分析与思考。而商标权地域性的突破从根本上是由于商标法的域外适用所决定的，因此在美国，《兰哈姆法》的域外适用使得在美国取得的商标权其效力逐渐扩张至美国领域之外。《兰哈姆法》虽然授予人们对任何在商业中不当使用注册商标的人提起民事诉讼的权利，但是该法并没有明确其是否可以适用于域外的商标侵权行为。1952年美国联邦最高法院在“斯蒂尔与宝路华手表案”

---

[16] See Grupo Gigante S.A. de C.V. v. Dallo & Co.，119 F. Supp. 2d 1083 (C.D. Cal. 2000).

[17] Weissberger Alexis，Is Fame Alone Sufficient to Create Priority Rights:An International Perspective on the Viability of the Famous/Well-Known Marks Doctrine，Cardozo Arts & Entertainment Law Journal（2006），Vol.24，p.769.

[18] James E. Darnton，Darnton, James E. . "The Coming of Age of the Global Trademark: The Effect of TRIPS on the Well-Known Marks Exception to the Principle of Territoriality." Michigan State International Law Review (2011). Vol. 20，p.20.

[19] 孙玉芸，陈奇伟：《商标平行进口的法律分析》，《南昌大学学报（人文社会科学版）》2007年第2期，第88页。

（Steele v. Bulova Watch Co.）[20]（以下简称“斯蒂尔案”）中就商标法的域外适用分析和判决标准成为美国各级法院裁决商标法域外适用问题的基本标准，该案被誉为美国商标法域外适用方面的里程碑案例。

在该案中，被告斯蒂尔（Steele）为居住在德克萨斯州的美国公民，原告宝路华公司（Bulova Watch Co.）是手表生产商，于 1927 年在美国注册了“Bulova”商标，但是未在墨西哥注册，被告得知后于 1933 年在墨西哥抢注了“Bulova"商标，之后从瑞士和美国进口手表零部件至墨西哥进行组装，然后标上“Bulova"商标进行销售，这些行为都是在墨西哥境内进行。虽然手表并未直接进口到美国，但是一些顾客把在墨西哥购买的假冒“Bulova"手表拿到美国境内的店铺要求维修并抱怨手表的质量。于是原告在美国和墨西哥同时起诉被告侵权，后被告的商标在墨西哥被撤销。美国地区法院驳回了原告的诉讼请求，认为美国法院无管辖权，案件上诉至美国联邦第五巡回法院，直至美国联邦最高法院，随后案件被推翻，美国联邦最高法院认为《兰哈姆法》可以适用于本案，并在分析《兰哈姆法》是否适用境外的商标侵权行为时确立了三个考量因素（“宝路华标准”）：第一、 被告的国籍或公民身份；第二、对美国商业的影响 ；第三、与外国法律的冲突。[21]但是由于美国联邦最高法院对三个考量因素判断标准较为模糊，因此，基于这些因素，美国各地法院仍形成了不同的检验标准，其主要分歧在于“对美国商业的影响”的判断。如第二巡回法院在 1956 年作出的名利场 •米尔斯诉伊顿公司案（Vanity Fair Mills, Inc. V.T. Eaton Co.）[22]中采“实质性影响”标准，而第五巡回法院在 1977 年的“富国银行诉富国快递公司案”（Wells Fargo & Co.V.Wells Fargo Express Co.）[23]中则采“一些(some)影响”标准。但不管标准如何变化，“对美国商业的影响”成为实践中最相关的检测因素，受保护的标的物是商标所有人基于使用所形成的商誉。《兰哈姆法》在国际上的适用与国内的商标保护理论一样，都是基于防止不当商誉入侵的概念，而且各地法院多乐于采用扩大化适用《兰哈姆法》的判断标准。[24]

最宽范围商标法域外适用案例是第五巡回法院在 1983 年美国大米案中的判决。[25]该案中，原告的商标在美国注册，被告使用相同商标将大米销售到沙特，即使这些大米没有返销到美国，法院仍认为，被告行为构成侵权，因为销往沙特的大米在美国加工、包装、运输，这些也属于商业行为的一部分。但是笔者认为，此种类型应当属于“从内到外”的出境监管。与“从外到内”的入境监管（涉及“进口权”）不同的是，出口管制并没有明确地确立为 TRIPS 协议下的最低保护标准。国际公约一般规定知识产权人的“进口权”但是没有提及“出口权”这一事实可能反映出，在地域性扩张上很难为其辩护。毕竟进口即涉及地域性又涉及对当地

[20] Steele v. Bulova Watch Co., 344 U.S. 280 (1952).

[21] Graeme Austin，The Story of Steele V. Bulova: Trademarks on The Line，7 VUWLRP 138/2017，available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3051603.

[22] Vanity Fair Mills, Inc. v. T. Eaton Co., 234 F.2d 633 (2nd Cir. 1956).

[23] Wells Fargo & Co.V.Wells Fargo Express Co.，556 F.2d 406 (9th Cir. 1977).

[24] 赵雷：《美国商标权保护的域外扩张》，《电子知识产权》2013 年第 7 期，第 76 页。

[25] American Rice, Inc. v. Arkansas Rice Growers Co-op. Ass’n , 701 F.2d 408, 410 (5th Cir. 1983).

商业的影响，而出口则不涉及地域性，而且在任何情况下与“当地的商业影响”微乎其微。[26]

美国第九巡回法院 2016 年在百货乔公司诉哈拉特（Trader Joe's Co. v. Hallatt，以下称 Trader Joe's 案）判决中对于《兰哈姆法》域外适用上出现的新动态值得关注。[27]在该案中，被告 Hallatt 曾是一名美国合法永久居民，其在美国生活期间成为了 Trader Joe's 特别食品的常客。之后 Hallatt 在加拿大以 Pirate Joe's 的名义开展业务，向无法购买 Trader Joe's 食品的加拿大顾客加价销售正宗的 Trader Joe's 商品，虽然这些商品均来自在美国 Trader Joe's 授权的零售店，但是“Pirate Joe's”商店所售商品均未按照 Trader Joe's 严格的质量控制标准进行运输或储存。因此，消费者向 Trader Joe's 投诉称其在食用了从 Pirate Joe's 购买的 Trader Joe's 牌产品后患病。于是 Trader Joe's 在美国起诉 Hallatt 侵权。地区法院以缺乏管辖权为由驳回了 Trader Joe's 的起诉。在上诉中，美国第九巡回上诉法院推翻了地区法院的裁决，驳回了 Hallatt 关于“首次销售”的抗辩，并认定《兰哈姆法》在该案中域外适用的合理性。然而值得注意的是，法院对该案的分析已经将商标法域外适用范围扩大到了斯蒂尔案的事实之外。斯蒂尔案的被告（美国公民）在墨西哥销售假冒手表，而且被告的一些域外销售是向美国公民进行，且可能已经将假冒手表带回美国。相比之下，在 Trader Joe's 案中，诉讼涉及到的加拿大被告并没有销售假货，也没有证据表明，这些食品已经被带回美国。因此，该案并没有明确的证据证明 Trader Joe's 在美国的声誉损害，此种商标权的域外扩张可能会遏制首次销售原则，并将给在灰色市场合法转售商品的全球商业活动带来实质损害。

从以上分析可以看出，美国司法实践已经承认美国商标法的域外适用，从而使得在美国取得的商标权其效力能扩张至美国领域之外，但是对于此种扩张，美国司法实践仍持克制态度，目前主要限于针对作为美国公民的被告，并要求对美国商业产生影响。这一方面是基于美国法律在域外适用上的可执行力上的考量；另一方面也是为避免与其他国家的司法主权相冲突。如果外国也纷纷将国内法适用于域外行为，则执行美国法律将使跨国公司可能承担相互冲突或者相互重叠的责任，如此将不利于国际贸易的顺利展开。因此，只有在例外情形下才可以实现商标法的域外适用。由此可见，美国法对商标地域性原则的理解是出于对国家市场和贸易有利的经济政策考量。[28] 但是值得注意的是，美国司法实践对于“实质性影响”标准较为模糊，这可能会导致当事人对于法律适用缺乏可预见性与确定性。

四、我国实务界对商标权地域性的理解

我国立法并没有规定《商标法》的适用范围以及商标权的地域性问题，学术界一般认为，

[26] eukert, Alexander, Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law (April 19, 2010). Günther Handl, Joachim Zekoll & Peer Zumbansen (eds), Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization, Queen Mary Studies in International Law, Brill Academic Publishing, Leiden/Boston, 2012, 189-228, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1592263.

[27] Trader Joe's Co. v. Hallatt, 835 F.3d 960 (9th Cir. 2016).

[28] 杨静：《商标权确权中地域性原则的重构——基于中美实践的比较》，《知识产权》2020 年第 3 期，第 69 页。

包括商标权在内的知识产权仍有地域性特征，其效力仅及于本国境内，但是，随着国际经济一体化进程的加速，知识产权的地域性已经有被淡化的趋势，[29]然而这一自封建法到现代法固有的法律特征是否被完全打破，仍有待继续观察和研究。[30]但也有学者认为，商标权的地域性，仍然是各国商标立法和司法的基本立足点和出发点。这既源于现代商标法国家竞争工具的禀赋和主权国家属地管辖优越性的特征，也是商标法作为一种制度文明之社会历史根源的必然要求，因此，即使在全球化的今天，商标权的地域性仍牢不可破。[31]

与美国司法实践不同的是，我国目前司法实践鲜有基于我国商标法取得的商标权而去控制境外发生的商标使用行为的案例，目前涉及商标权地域性效力的案件主要包括两类:一类是商标授权确权纠纷案；第二类是涉外定牌加工商标侵权纠纷案。

在商标授权确权案件中，外国知名商标所有人针对他人在中国境内抢注其商标的行为，通常依据《商标法》第 13 条第 2 款有关“未注册驰名商标的特别保护”条款以及第 32 条后半段有关“已经使用并有一定影响的未注册商标”条款寻求救济。然而由于该商标并未在中国实际使用，因此，外国商标所有人只能以在中国境外已经使用并达到一定知名度的事实来支持自己的主张。但是，实践中很多法院通常对境外已经使用的事实不予考虑，其原因在于商标权的地域性特征。如在“费列罗”案中，北京第一中级人民法院认为，“原告提交的大部分证据是原告商标在香港和台湾地区以及其他国家和地区的使用、宣传的证据，但根据商标权的地域性原则，在香港和台湾地区以及其他国家和地区的使用、宣传的证据，并不能当然等同于其在中国大陆所作宣传。”[32]在“尼古拉公司与商标评审委员会商标行政争议”一案中，北京高级人民法院认为，根据“《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第 18 条，在中国境内实际使用并为一定范围的相关公众所知晓的商标，即应认定属于已经使用并有一定影响的商标。因此，尼古拉公司虽然提出在法国、欧盟等地注册了域名，但尼古拉公司在其注册商标争议裁定申请书中并未明确提出保护域名权益的主张，也没有提供证据证明其域名在我国大陆地区经过使用取得一定知名度，因此其所提出的作为在先权利的域名所受保护不受地域范围限制的主张缺乏事实和法律依据”。[33]

可见，在此类商标授权确权争议案件中，法院一般执行严格的地域性规则，将商标权的使用仅限于在中国境内的实际使用行为，并不关注商标使用对相关公众认知的影响。从表面看来，似乎有利于国内主体可以根据外国人在中国境内的商标使用情况来申请商标，从而避免因不了解外国知名商标而动则被追究责任的窘境，但是却无法遏制和打击国内主体恶意抢注在外国已经使用的知名商标现象，这将有悖于商标法所确立的诚实信用原则，也不利于我国打造良好的知识产权保护氛围和营商环境。

在涉外定牌加工侵权案中，对于“未在中国境内市场流通的定牌加工行为是否属于商标

[29] 王迁著：《知识产权法教程》（第五版），中国人民大学出版社 2016 年 8 月第 5 版，第 9 页。

[30] 吴汉东主编：《知识产权法学》（第六版），北京大学出版社 2014 年 1 月第 6 版“，第 9 页。

[31] 黄汇：《商标使用地域性原理的理解立场及适用逻辑》，《中国法学》2019 年第 5 期，第 82 页。

[32] 北京第一中级人民法院（2012）一中知行初字第 108 号行政判决书。

[33] 北京高级人民法院（2011）高行终字第 977 号行政裁定书。

法意义上的使用行为”的争议上，一些法院主要从商标权的地域性角度进行分析。在“喻德新等与沭阳中远进出口有限公司等商标侵权”案中，最高人民法院认为，“商标权的地域性，是商标权保护的重要原则。依据我国商标法注册的商标，应适用我国商标法的相关规定获得保护。对商标识别功能的保护，也应受到地域性的限制。被诉侵权产品并未在我国市场上销售，加工方在被诉侵权产品上贴附的‘SOYODA’标志不具有使中国的相关公众将贴附该标志的商品与国内商标权人的商品来源产生混淆的可能性。”[34]在“扬州金福工贸有限公司（简称金福公司）等确认不侵害商标权纠纷”案中，上海第一中级人民法院认为，“商标权的地域性特点决定了涉案牙刷是否会因贴附被控侵权标识而在美国境内造成消费者对其商品来源产生混淆或误认，非我国商标法所能规制。因此，金福公司出口贴附被控侵权标识的牙刷的行为并非我国商标法意义上的商标使用行为。”当然，也有法院提出了不同的观点。在“莱斯公司与浦江亚环锁业商标侵权案”中，浙江省高级人民法院认为，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条第二款并未对“相关公众”作地域限制，我国《知识产权海关保护条例》第三条第一款明确规定“国家禁止侵犯知识产权的货物进出口”。因此，亚环公司提出的被诉侵权产品完全出口墨西哥，未在中国市场实际销售，不会引起中国境内消费者的混淆和误认抗辩不能成立。[35]可见，该案对于商标混淆可能性的判断主体实际上已经突破了地域性限制，虽然该案并没有进一步分析对哪些地域范围的“相关公众”可能造成混淆从而构成商标权侵权，但是笔者认为，此种突破是否恰当仍值得商榷，因为这意味着国内商标权主体可以依据在中国取得的商标权去控制对境外相关公众造成混淆的行为。最高人民法院在“本田技研工业株式会社与重庆恒胜鑫泰贸易有限公司侵害商标权纠纷一案”中的观点值得关注。在该案中，法院认为，“随着电子商务和互联网的发展，即使被诉侵权商品出口至国外，亦存在回流国内市场的可能。同时，随着中国经济的不断发展，中国消费者出国旅游和消费的人数众多，对于“贴牌商品”也存在接触和混淆的可能性。”[36]可见，在判断“是否给相关公众造成混淆的可能性”时，法院不再将“本国的相关公众”视为一个静态的封闭的群体，而是结合电子商务、互联网的发展以及消费者的频繁流动等因素进行综合判断，关注贴牌加工行为所带来的实际效果，即只要给中国相关公众带来混淆，即使不在中国销售，也存在侵权可能性。

可以看出，涉外定牌加工行为是否构成商标侵权行为，法院不再只关注行为本身，而是注重贴牌加工行为给“相关公众”带来混淆的可能性，而且更加注重开放的国际商业环境以及消费者的跨境流动给“相关公众”的认知所带来的影响，只不过现阶段对于“相关公众”地域范围的理解以及混淆可能性的影响判断标准不一，因此实践中类似案件的裁判结果仍存在不一致的现象。

五、商标权地域性原则在我国的重构

[34] 最高人民法院（2014）民申字第669号民事裁定书。

[35] 浙江省高级人民法院（2012）浙知终字第285号民事判决书。

[36] 最高人民法院（2016）最高法民再339号民事判决书。

（一）摒弃商标权严格地域性的观念，允许其在一定条件下突破地域限制

地域性原则已为国际公约及世界各国所普遍承认，我国主流观点也认为，从发展中国家的经济政策出发，现阶段宜保留知识产权的地域性原则。[37]但是这一源于封建时期的法律制度，需要跟上现代经济的发展步伐，一味地坚持严格的地域性，并不符合国际经济全球化发展的现实需求。笔者认为，我国应当在坚持地域性原则的前提下，允许商标权地域性效力例外情形的存在，理由如下：

1、从商标的双重属性看商标权地域性效力的例外。上文已述及，商标兼具自然属性和社会属性，通过使用取得商标权最符合商标的自然属性，其效力与国家地域没有特殊联系；通过注册取得的商标权，其不可避免地带有政策工具的社会属性，因而其效力与国家的地域范围密切相关。然而，以经济决策为基础的商标属地性不太可能发生根本性变化，因为这种属地性概念与决策机构有关。“属地原则 ”的弹性只能通过考虑商标的自然属性方面进行制度设计。在我国，商标只有经过注册才能取得专用权，因此，商标权的效力原则上仅限于国家的地域范围，但是我们也应当注意到，我国并不排除未注册商标通过使用获得商标法上的正当权益，此种通过使用获得的合法权益，与商标的声誉有关，其范围已不单单局限于某一国家或地区，此时商标的识别功能就不应受严格地域性的限制。

2、允许商标权地域性效力的例外符合国际贸易发展的现实需要。随着全球贸易以及网络经济的发展，商标使用的地域范围与其商誉或知名度所及的地域范围可能并不一致，通过消费者的跨境移动、全球范围的网络购物以及互联网广告宣传等形式，在一国境内尚未注册或使用的商标可能已经被该国的“相关公众”所广为知晓，从而起到了商标所具有的识别来源的功能。那么，从保护本国“相关公众”免于混淆或欺诈角度出发，在这种情况下，商标的实际使用地域范围就应当突破地域限制，而不能只限于一国境内，应当将境外的商标使用导致本国相关公众混淆的情况考虑在内。

3、司法实践中已经逐渐认可在商标平行进口案中可以对商标权的地域性进行突破。虽然我国商标法并未规定商标权用尽规则，但是考虑到我国有支持平行进口发展的相关政策，因此，在此类案件中，法院通常抛开商标权的地域性原则，而从商标功能的受损、消费者混淆等方面进行考量，即如果平行进口的商品系来源于商标权人，该平行进口行为未切断该商品和商标权人之间的联系，未损害商标的识别功能，也不会使消费者对商品的来源产生混淆，那就不会构成商标侵权行为。此种做法主要基于国际贸易的发展态势以及国家经济政策角度的考量，这也表明，我国司法实践并没有一味地坚持商标权的地域性原则，而允许存在突破或例外情形。

（二）以“对相关公众认知的影响”为中心建立商标权地域性例外的适用标准

美国司法实践将商标权的效力扩张至美国领域之外，采取的是效果检测标准，即主要以“对美国商业的影响”为标准，但是该标准模糊不清，以至于美国各地法院对其适用的标准

[37] 杨静：《商标权确权中地域性原则的重构——基于中美实践的比较》，《知识产权》2020 年第 3 期，第 61 页。

不一，有采“实质性影响”标准，有采“一些影响”标准，在 Trader Joe's 案法院甚至采取更加宽泛的“名誉上的损害”标准。可见，美国的效果检测标准严重依赖基于“商业的损害”而非“对相关公众的认知”造成的损害，这将导致美国商标法的适用缺乏确定性和可预见性，也可能导致商标权域外效力的过度扩张，从而影响全球贸易的顺利开展。

笔者认为，鉴于美国目前“效果检测标准”存在的缺陷，我国在确定商标权地域性效力的例外情形时，应当对其进行校准，建立起以“对相关公众认知的影响”为中心的效果标准。即在商标授权确权争议案中，只要在先使用人的商标已经在我国消费者心中产生了较高的知名度，则当该商标在我国境内被抢注导致我国对我国消费者的混淆时，在先商标使用人应有权依据我国商标法的相关规定予以禁止，而不管其在我国境内是否有实际的商标使用行为。而在涉外定牌加工案中，即使贴附商标的商品全部销往中国境外市场，但是由于消费者的跨境流动，网络代购等原因，仍可能给我国消费者带来混淆的，则仍应当构成商标侵权行为。采用“对相关公众认知的影响”标准符合商标法的宗旨和目的，它一方面可以保护在先权权益人或商标权人的合法利益，另一方面也可以有效维护我国消费者免于欺诈的正当利益。商标的本质是以符号的形式承载关于商品或服务来源的信息，对其加以保护商标的目的是区分商品来源，帮助消费者认牌购物，并促进经营者之间有序竞争，其重要之处在于是否导致消费者的混淆。[38]而商标的使用是需要面向消费者的，商誉等是经过商标在市场上不断持久地与消费者接触，达到消费者的固定认知后才能形成，因此，消费者的混淆所在地即是商标权人的利益受损地，这也就成为我国商标法所管辖的地域边界。

Territoriality and Extraterritoriality of Trademark Rights

Jiaxing University　Li Fengqin

Trademark rights are territorial in natrue. Different ways of acquiring rights directly affect the territorial scope of trademark rights. Trademark rights acquired through use may extend to the scope of its goodwill, regardless of national territory； registered rights are more likely to conform in scope to the political authority that issued them. However, with the development of cross-border commerce, the territoriality of trademark rights is gradually broken down, and judicial practice in the United States and other countries has expanded the effectiveness of trademark rights to extraterritoriality based on the effects standard. China's legislation does not provide for the territoriality of trademark rights, and in judicial practice, the courts generally adopt a strict territoriality view in cases of trademark authorization and foreign-related fixed-brand processing cases, but this does not meet the realistic needs of the development of international economic globalization. On the basis of

[38] 马洪 洪婧《涉外定牌加工商标侵权纠纷中地域性原则的适用》，《中华商标》2019 年第 10 期，第 60 页。

the principle of territoriality of trademark rights, China should establish the criteria for applying exceptions to territoriality of trademark rights centering on the "impact on the perception of the relevant public".

Key Words: Trademark rights ;Territoriality; Extraterritoriality; Impact on relevant public perception.

论数据立法的域外适用与中国因应

李昊恩*

摘要：数字经济的快速发展带来了数字治理模式的多元化。目前，各国都谋求在数字治理中抢得先机，而数据立法的域外适用则逐渐成为实现这一目标的共同趋势。欧盟、美国通过输出代表本国利益的数据立法，进一步抢占数字治理的话语权，也带来了数据管辖权零和博弈的潜在危机。中国在实现法律域外适用的过程中，应当注重数据立法的特殊性，明确数据立法的价值导向，形成域外管辖的良好实践，引领数据管辖权的全球治理。

关键词：数据治理 域外适用 域外适用

引言

互联网被认为是 21 世纪的贸易通道。[1]在互联网及其相关技术高速发展的推动下，国际贸易进一步打破了地域的限制，资源与要素流动的成本大大降低。在逐步进入数字化的全球经济中，数据的重要性堪比工业时代中的石油，成为驱动全球经济社会发展的核心资源。[2]然而，数据流动依托的互联网有其天然的开放性与自由性，而数据的本地化存储又是对数据资源利用的必然要求。数据自由化要求与本地化现状带来了三方面的问题：第一，数据的流动并非是国家间的均匀流动，而是由发展中国家流入发达国家的态势[3]；第二，数据所有者与储存地的分离，常使其落入不同的主权领土内，因而导致了数据管辖权的碎片化与治理主体的不确定化。[4]第三，国际贸易制度框架中缺少相应的协调机制，高度分散的

论数据立法的域外适用与中国因应

监管体制大幅度推高数据流动的成本，数据治理的话语权竞争可能走入零和博弈的困局。实践中，欧盟与美国已经在其数据立法中确立了域外适用规则，力图将本区域与本国的数据治理规则适用于域外，进一步扩展其在数字治理领域的影响力。然而，这种管辖权的单方面扩张往往建立在对他国网络主权与数据安全的侵害之上。[5]目前，中国正加快建设中国法域外适用的法律体系，数据治理的特殊性与域外数据立法的现状，使得数据立法在中国法的域外适用研究中具有重要的典型价值与现实意义。本文将结合欧盟与美国数据立法中有关域外适用的规定，分析其立法动因并做出评析。同时，梳理与总结中国数据立法域外适用的现状，

*北京大学法学院国际经济法方向博士生

[1] Enabling Trade in the Era of Information Technologies: Breaking down Barriers to the Free Flow of Information, at https: / /www. transnational-dispute-management. com/article. asp? key = 1658, January 1, 2021.

[2] Neil Robinson, Hans Graux, Maarten Botterman &. Lorenzo Valeri, Review of the European Data Protection Dorective 13.

[3] Nottebohm, Manyika J , Bughim J, et al, Online and Upcoming: The Internet’s Impact on Aspiring Countrie, McKonsey&Company, 2012, p, 2.

[4] Mattoo A, Meltzer J P , ”International Data Flows and Privacy:The Conflict and Its Resolution” , Journal of International Economic Law , Vol. 21 , 2018 , p.770.

[5] 邵怿：《论域外数据执法管辖权的单方扩张》，载《社会科学》2020 年第 10 期，第 1 页。

并对进一步提高中国数据治理的制度竞争力，参与全球数据治理体系的建设提出具体建议。

一、欧盟数据立法中的域外适用

欧盟国家较早就开始了统一的数据立法工作。1981 年欧洲委员会颁布了《个人数据自动化处理中的个人保护公约》，但是这一公约并未在当时的欧共体中产生重要的影响。1995 年，欧洲委员会发布了《数据保护指令》（Data Protection Directive，以下简称“指令”），这一指令以最低保护限度为原则，最大程度上的保证了对欧洲各国的协调适用，初步建立起欧洲国家之间共同的数据保护体系。2016 年 4 月 27 日，欧盟通过了《一般数据保护条例》（General Data Protection Regulation，以下简称 GDPR），该条例于 2018 年 5 月 25 日正式生效。这部新的数据保护条例凝结了几十年来欧盟在个人数据保护领域的丰富实践成果，也体现了欧盟对个人数据权利的持久关注和对其日趋严格的保守倾向。[6]

欧盟 GDPR 的域外适用主要体现在其正文第 3 条及相关的解释说明中。其中第 3 条第 1、2 款确立了 GDPR 管辖的两个标准—“设立机构标准”和“目标指向标准”；第 3 款规定了因国际法规则使得 GDPR 得以适用情况。该条确立了 GDPR 管辖的地域范围，并考虑了数据收集、处理、流动中可能的多重连结点，使位于欧盟外的数据运营者、数据处理行为、以及非欧盟公民的数据流动

都有可能受到 GDPR 的管辖，最大程度地扩张了 GDPR 的适用范围。2019 年 11 月 12 日欧洲数据保护委员会（European Data Protection Board，以下简称 EDPB）

论数据立法的域外适用与中国因应

发布了《关于 GDPR 地域范围的第 3/2018 号指南》（以下简称《指南》），进一步对 GDPR 第 3 条的适用适用作出了指导性解释。

“设立机构标准”的适用

GDPR 第 3 条第 1 款确立了对欧盟内数据控制者和处理者处理行为的管辖权。在欧盟内设有经营机构的数据控制者或数据处理者，一旦数据处理行为发生在该机构的活动背景之下，即使数据处理行为发生在欧盟之外，该行为也要受到 GDPR 的管辖。“设立机构”标准确立了数据的属地管辖原则，但是考虑到数据的流动性与监管的需要，进一步将属地管辖的对象由欧盟内的实体扩大解释至实体活动下的行为，产生了域内管辖与域外管辖的双重效果，初步实现了数据管辖权向欧盟外实体的扩张。该条标准的适用应当考虑以下三个要件：其一，存在 GDPR 定义下的“设立机构”；其二，数据处理行为与设立机构活动的关联性；其三，该处理行为的发生地不限于欧盟内部。

1.GDPR 中关于“设立机构”的界定。GDPR 序言第 22 条中对设立机构进行了说明，其强调了“稳定安排”与“有效真实活动”两个要件，并且无论安排的形式如何，都不会影响对“设立机构”的认定。[7]同时，对“设立机构”的解释还具有逐渐扩大的趋势，欧盟法院

[6] 孔庆江 于华溢：《数据立法域外适用现象及中国因应策略》，载《法学杂志》2020 年第 8 期，第 1 页。

[7] GDPR 序言第 22 条：“设立是指通过稳定的安排来实施有效和真实的活动工作，而这种稳定的安排是

的判决认为：仅仅进行最低程度的工作，只要满足上述两个要件，就有可能构成对“设立机构”的认定。[8]因此，是否在欧盟内设立了机构，不能单单以是否在欧盟内部设立经营实体进行判断，而是以在欧盟内部经营活动的稳定性和有效程度来判断。而“最低工作程度”标准的引入，又进一步使雇佣、代理等间接商业行为具有成为“设立机构”的可能，只要这些行为具有足够的稳定性。

2.数据处理行为与设立机构的关联性。根据欧盟数据保护委员会（European Data Protection Broad，EDPB）的解释，关联性应当从两方面进行理解。一方面，不能对“在设立机构的背景下”进行过多地限制解释，从而导致 GDPR 管辖权的限缩。设立机构对数据的直接处理应为自然被认为是与设立机构具有关联性，但是在设立机构并未直接对数据处理行为的情况下，在该设立机构直接影响下的欧盟外实体对数据的处理行为，也将被认为与该设立机构具有关联性，因而受到

GDPR 的管辖。另一方面，也不能对这一概念做超出其合理性之外的扩大解释，例如不可能仅仅因为企业网站在欧盟中是可访问的，就断定非欧盟实体在欧盟内

论数据立法的域外适用与中国因应

设立了机构。[9]鉴于 GDPR 扩大其管辖权的立法目的，数据处理行为与设立机构的关联性应当秉持个案分析的思路，结合具体案情展开分析，欧盟法院是其最终裁断者。但是“在设立机构的背景下”应当理解为设立机构是否直接进行了数据处理行为，或者间接对数据处理行为施加了影响的范围内善意解释之。《指南》中对如何界定这种影响的程度做出了进一步解释：某些数据处理行为虽然发生在欧盟内，但是与欧盟鲜有联系（或者偶有联系），也不能对该行为的法律适用进行过度扩大解释，导致 GDPR 的错误适用。[10]

3.数据处理行为的发生地不限于欧盟内部。GDPR 序言第 14 条表明，不论自然人的国籍与居住地如何，该条例对其个人数据的处理均能加以保护。同样的，GDPR 第 3 条第 1 款也印证了这一宗旨，即只要数据控制者或处理者在欧盟内部设立机构，其处理个人数据的行为就应当收到 GDPR 的管辖。这一规则突破了属地管辖权的地域限制，实现了其技术性扩张。

（二）“目标指向标准”的适用

GDPR 第 3 条第 2 款确立了“目标指向标准”，即在欧盟境内没有设立机构的数据控制者或者数据处理者，其处理欧盟内数据主体个人数据的行为，也将受到 GDPR 的管辖。而处理活动包括向欧盟内的数据主体提供商品或者服务以及对数据主体在欧盟内行为的检测。[11]

何种形式，如法人的分支机构或者附属机构等，并不影响该安排的性质。”

[8] Weltimmo v NAIH，CJEU C - 230 /14，1 October 2015，paragraph 31.

[9] Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sarl，CJEUC－191 /15，28 July 2016，paragraph 76.

[10] 俞胜杰 林燕萍：《《通用数据保护条例》域外效力的规制逻辑、实践反思与立法启示》，载《重庆社会科学》2020 年第 6 期，第 68 页。

[11] GDPR 第 3 条第 2 款规定:“本条例适用于由未在欧盟内设立的数据控制者或处理者处理欧盟内的数据主体的个人数据，其中处理活动涉及:（一）提供商品或服务，而不论数据主体是否需要支付费用;（二）对上述数据主体在欧盟境内的行为进行监测。”

对该条标准的适用应当考虑以下两个要件：其一，存在“欧盟内”的数据主体；其二，存在向“欧盟内”主体提供商品或者服务，以及检测了数据主体在欧盟境内发生的行为。

1.“欧盟内”的数据主体。GDPR 的原文为：“subjects who are in the Union”，因此这一概念既可以包括事实上的存在，也可以包括法律上的存在。除了一般认为的国籍、身份连结点外，在欧盟境内的居住、工作、旅行也有可能被认为是在“欧盟内”。这一概念极为宽泛地扩大了数据主体的概念的范围。

2.提供商品或服务，或检测数据主体在欧盟内的行为。GDPR 序言第 23 条

表明，在确定是否向在欧盟中的数据主体提供货物或服务时，应当考虑数据处理

者或者控制者是否有“明确地设想”。[12]这一标准加入了对数据控制者或者处理

者的主观意图判断。欧盟法院的相关判例对以上标准做出了进一步的阐释，在帕玛尔案(Peter Pammer 案) 和海勒案(Oliver Heller 案)中，法院认为判断是否意图提供商品或服务，应包括但不限于相关商业活动的合同在消费者住所地国订立；或者通过任何手段，在该国或者包括该国在内的多个成员国实施商业活动，且订立的合同处于该商业活动范围之内。[13]笔者认为，这一标准要求数据处理者或控制者的商业行为具有“明确性”，因此向不特定多数人公开的联系方式，或者网站在欧盟内可以访问等事实，不足以成为法官认定明确性的依据。

“目标指向标准”的第二类活动强调了数据控制者或处理者的监测行为也应当受到 GDPR 的管辖。GDPR 第 3 条第 2 款 b 项规定的该种行为类型极为广泛，基本囊括了目前互联网服务商对数据主体进行数据监测的主要情形。[14]对数据主体的检测并未要求数据控制者或处理者具有“明确地设想”这一主观意图，而是通过对具体情况的列举对其行为进行客观考量，推定监测行为具有其特定的目的。GDPR 序言第 24 条表明，对监测行为的管辖规制的是数据控制者或处理者对个人数据进行跟踪处理并预测其决策的行为，笔者认为，考虑到欧盟在互联网产业上的逐渐式微，大数据下的商业模式进一步的加剧了欧盟个人数据输出与商业数据输入的不匹配地位。这一条规定试图对这一现状加以影响，但是缺乏法理基础与现实可能，不具有足够的可执行性。

（三）引入“代表制度”强化可执行性

GDPR 第 27 条第 1 款规定，未在欧盟设立经营场所的数据控制者或者处理者应该以书面方式指定一名在欧盟的代表。EDPB 在《指南》中指出，代表与数据控制者或处理者之间

---

[12] GDPR 序言第 23 条规定: “为了确定这样的控制者或处理者是否向在欧盟中的数据主体提供货物或服务，应当确定他们是否明显地设想向在欧盟中的一个或多个成员国的数据主体提供服务。”

[13] Peter Pammer v．Reederei Karl Schlüter GmbH ＆ Co．KG，CJEU C － 585 /08 and Hotel Alpenhof GesmbH v. Oliver Heller, CJEU C -144 /09, 7 December 2010．

[14] GDPR 第 3 条第 2 款 b 项规定的数据控制者或处理者监测数据主体在欧盟中的行为类型广泛，尤其是: a 根据用户行为而特别提供广告; b.为了营销目的而实施地理定位活动; c.通过使用 cookie 或其他跟踪技术(如指纹) 进行在线跟踪; d.个性化饮食和监测或定期报告个人的健康状况; e.使用监控设备; f.根据个人资料进行市场调查和其他行为研究。

为雇佣关系，其遵从后者的意志完成特定的任务。这一规定最终落实了 GDPR 的管辖权向域外的扩张，通过代表的设立，在数据监管机构、数据控制者或处理者、数据主体之间构建了平台，从立法层面为最终的执法管辖权进行背书。

论数据立法的域外适用与中国因应

二、美国数据立法中的域外适用

美国政府对境外数据管辖权的确立源于 2014 年的“美国诉微软案”，该案的核心争议点在于美国司法部的执法管辖权是否及于微软公司储存于美国境外的数据。案件双方各执一词，直至上诉到美国最高法院。然而在 2018 年 3 月，美国政府紧急通过了《澄清境外数据合法使用法案》（Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act，以下简称“CLOUD 法案”），在美国最高法院作出判决之前，确立了美国政府对境外数据的管辖权。最终案件以美国司法部的撤诉结束，而该法案引入的“控制者标准”也成为美国数据管辖权域外扩张的基本立场。

与 GDPR 不同的是，CLOUD 法案主要解决的是跨境收集数据中的执法问题，因此主要解决以下两个问题：一是明确美国政府对储存在他国数据的执法管辖权；二是规制他国政府对储存在美国数据的执法管辖权。同时，“控制者主义”带来的管辖权冲突会导致企业陷入合规困境当中，CLOUD 法案通过“礼让分析”的方法对这一问题加以弥合。

“控制者标准”的适用

与 GDPR 不同的是，美国拥有全球最发达的互联网产业，是主要的商业数据输出国。因此，虽然两部法令都力图实现管辖权的域外扩张，相对于 GDPR 的保守性与防御目的，CLOUD 法案更具有侵略性与实操性。CLOUD 法案规定：“无论通讯、记录或其他信息是否存储在美国境内，服务提供者均应当按照本章所规定的义务要求，保存、备份、披露通信内容、记录或其他信息，只要上述通信内容、记录或其他信息为该服务提供者所拥有、监护或控制。”这一规定以美国企业为连结点，突破了属地管辖与属人管辖，实现了管辖权的扩张。在外国政府能够向美国企业要求提供储存在美国的数据资料这一问题上，CLOUD 法案提出了苛刻的要求。法案要求外国政府必须是“适格外国政府”，而这一身份的判断权掌握在美国当局手中。总得来说，美国政府对“适格”的标准有着严格的限制，这与美国极具对储存在他国的司法域外适用形成了鲜明对比，二者在实践中并不对等。

论数据立法的域外适用与中国因应

“礼让分析”的适用

CLOUD 法案中的“控制者标准”确立了美国数据立法域外适用的基本立

场，但是这这一标准的适用也让美国本土的数字企业面临潜在的法律义务冲突。一般来说为了维护一国的数据主权，数据存储地国都会对数据的出境施加一定的限制，“控制者标准”有可能会让数字美国本土的数字企业不可避免的陷入其中一国的法律制裁中。“礼让分析”选择作为“控制者”标准的例外规定，在满足一定要求的情况下豁免了企业的数据披露

义务。

“礼让分析”的适用有两个前提条件：第一，适用对象不适格，数据指向的用户并非美国公民且不在美国居住; 第二，产生立法冲突，即服务提供者披露数据会违反“合格外国政府”的立法。[15]在满足以上两个条件的情况下，法官还需要结合 CLOUD 法案列举的七项因素来进行个案的“礼让分析”。[16]

笔者认为，这一原则的适用条件较为严格，在个案中能否证成的不确定性很大。首先，该标准适用的对象是“非美国公民或居民”，从适用主体上就进行了大范围的排除；其次，美国对于“适格外国政府”有着严格的要求，仅仅包括那些与美国政府签订了双边取证行政协议，并且在实体和程序上为数据服务企业提供了充分的法律保障的外国政府。[17]而与美国签订双边取证行政协议，又需要以下三个要件[18]：第一，该国该国已对隐私等公民权利提供了充分的法律保护[19]; 其次，该国应采取适当的数据获取程序，使得该国对美国公民数据的获取降至最低程度; 最后，该国政府依据协议发布的数据披露指令满足法案规定的十一项限制。20

论数据立法的域外适用与中国因应

三、数据立法域外适用的影响与反思

（一）数据立法域外适用的影响

除欧美之外，世界上其他国家（地区），如英国、日本、韩国、南非、巴西等国也在近年相继出台或革新了个人信息保护相关法律。虽然在具体制度设计上存在差异，但在法律地域适用范围上，将符合法定条件的境外数据控制者和处理者纳入管辖范围成为多数国家（地区）的共通做法。

德国是欧盟首个将 GDPR 转化为国内法的成员国。在《德国联邦数据保护法》（Bundesdatenschutzgesetz，简称“BDSG”）第一节目的和范围部分，区分了公共机构和私人机构，对于公共机构，其处理行为基于属地原则受到约束。对于私人机构，数据控制者或处理者在德国境内或者是在德国设立机构背景下实施的处理行为要受到约束。此外，受

[15] CLOUD 法案第 3 节第 2 款。

[16] CLOUD 法案第第 3 节第 2 款第 3 项：包括美国以及外国政府在本案中的利益相关性、运营商与美国的关联程度、披露信息所引发外国法上的法律后果、涉案用户与美国的关联性、被要求披露的信息对于案件调查的重要性以及是否存在其他更便捷的数据获取方案。

[17] 同上注 15。

[18] CLOUD 法案第 5 节第 1 款。

[19] 对于公民权利保护标准的评估，CLOUD 法案规定了六项审查要素，分别是: (1) 该国立法是否在网络治理方面提供了符合《网络犯罪公约》的程序和实体保护; (2) 该国对法治、非歧视原则以及国际基本人权的承诺和尊重程度; (3) 该国政府收集、获得、使用和共享数据的行为是否有明确的法律要求和监管程序; (4) 该国政府是否会为其收集和使用数据的行为承担行政责任; (5) 该国是否建立起保障程序合法性和透明度的机制; (6) 该国是否作出促进和维护全球信息自由流动、开放互联网的承诺。

[20] 同上注 18。

GDPR 管辖的境外机构同样要受到该法的约束。[21]因此，德国在域外效力制度上与 GDPR 保持了一致。

《英国数据保护法 2018》（Data Protection Act of 2018，以下简称“DPA2018”）第 207 条规定了域外适用情形，基本上沿用了 GDPR 的效果原则，将在英国设立机构背景下实施的数据处理行为纳入规制范围。除此之外，对于在英国不存在设立机构的情况下实施的数据处理行为，在 GDPR 第 4 条规定的第二种情形基础上，还要求处理行为与英国境内的数据主体有关，这一点与 EDPB 的意见一致。随后，该条还规定了设立机构的四种情形，其中甚至包括了自然人。[22]相较于 GDPR，英国 DPA2018 将效果原则规定得更加清晰，即凡是涉及英国境内数据主体的处理行为， 原则上都要受到约束。同时，考虑到现代办公的移动化和灵活化，对于设立机构的认定也尽可能地覆盖所有情形，不以拥有特定组织或办公场所为必要条件。

我国台湾地区个人资料保护相关规定第 51 条第 2 款对域外效力进行了规定，相较于 GDPR，虽然该规定也基本采纳了效果原则，但这只是一种原则性的规定，难以为司法实践提供明确指引。[23]我国澳门地区《个人资料保护法》第 3 条借鉴欧盟 95 指令，也进行了域外管辖规定。[24]

论数据立法的域外适用与中国因应

2020 年 7 月 1 日生效的《南非个人信息保护法》（Protection of Personal Information Act，简称“POPIA”）第 2 章适用条款“法律的适用与解释”部分在属地管辖的基础上，借鉴 95 指令第 4 条（1）（c）的做法，将非在共和国境内定居，但在共和国境内使用自动化或非自动化工具处理个人信息的“负责主体（Responsible Party）”纳入规制范围，除非这些工具仅被用于通过共和国传输个人信息。[25]2019 年 12 月，《印度 2019 个人数据保护法令》（The Personal Data Protection Bill, 2019）提交国会审议，第 2 条规定了法令的域外效力。在适用情形上，其基本沿用 GDPR 的模式，将任何与印度有业务联系，向印度境内数据主体（Data Principal）提供商品或服务的系统性活动和实施用户画像的境外企业纳入规制范围。[26]在具体表述上，印度立法者摒弃 GDPR 中的“背景”（in the context of）概念，而采用“联系”（in connection with），使其在法律解释上更加清晰明确。2018 年 8 月出台的《巴西通用数据保护法》（Lei Geral de

[21] See The German. Federal Data Protection Act, Part I, Chapter 1, Section 1.

[22] See The UK. Data Protection Act 2018, 207 Territorial application of this Act.

[23] 我国台湾地区个人资料保护相关规定（2015 年修正），第 51 条规定：公务机关及非公务机关，在中华民国领域外对中华民国人民个人资料收集、处理或利用者，亦适用本规定。

[24] 2005 年我国澳门地区《个人资料保护法》第 3 条第 3 款规定，本法律适用于对可以认别身份的人的声音和影像进行的录像监视，以及以其他方式对这些声音和影像的取得、处理和传播，只要负责处理数据的实体的住所在澳门特别行政区（以下简称特区），或者通过在特区设立的提供信息和电信信息网络服务的供货商而实施。

[25] See The South Africa. Protection of Personal Information Act, Chapter 2, Application Provisions.

[26] See The India. The Personal Data Protection Bill, 2019, Chapter I, 2, Application of Act to processing of personal data.

Proteção de Dados，简称“LGPD”）借鉴 GDPR 规定了域外效力，将适用范围延伸至巴西领土范围之外，将以为巴西境内数据主体提供商品或服务或处理其个人数据为目的的行为纳入规制范围。此外，还增加了“所处理的个人数据是在巴西境内收集的”这一情形。[27]澳大利亚 2018 年修订的《隐私法 1988》（Privacy Act 1988）第一节 5A 明确规定该法适用范围延伸至外部领土，5B 对域外管辖作了具体规定，其中最重要的即为“澳大利亚连接”（Australian link）概念，其情形包括了澳大利亚公民，在澳大利亚境内非因法定原因持续存在的人，在澳大利亚或境外设立的合作组织、信托、法人、其他组织等，在实质上，其内容与 GDPR 中的“in the context of” 相似，均是通过境外企业与主权国家或地区的联系来扩大域外管辖范围。[28]

综上可见，在个人信息保护法域外效力制度上，多数国家和地区以 GDPR 为参考，虽然在表述上有所不同，但基本上以更具弹性的地域连接点为主要触发条件。这一国际立法主流表明，在尚未形成国际惯例和条约的现状下，通过各国（地区）立法进行域外效力扩张是各国（地区）维护数据主权并参与网络空间国际治理的共通做法，而由此引发的管辖权冲突也将加速双边或多边国际条约的形成。

论数据立法的域外适用与中国因应

（二）数据立法域外适用的反思

1.实质：数字时代下的制度竞争

管辖权是一国主权的直接体现，管辖权的域外扩张本质上是一国主权向域外延伸的企图，其体现了国家意志，也是国家间竞争的直接体现。首先，数字经济的飞速发展带来了一系列的监管难题，迫切的监管需要与日益广泛的数字贸易之间存在着内在张力，数字治理体现出了碎片化的态势，数据在不同国家之间的流动带来了不同监管模式之间的摩擦。其次，数据的流动与本地化导致数据有可能落入多重主权的领域内，而数据在当今的重要价值使得对数据的主权宣示具有重要意义，将监管的摩擦加剧至主权的冲突。最后，数据在不同层面上兼具了个人利益、社会利益与国家利益，不同国家由于历史观念与现实需要不同，对数据的治理有着不同的侧重点，这种治理理念的差异，实际上基本反映了不同国家制度构建中的侧重点。因此，数字立法的域外适用不仅仅是表面监管模式的摩擦，加以借鉴与取舍即可弥合。也不只是国家主权间的冲突，以传统的礼让与条约方式予以化解。本质上来讲，它体现的是不同国家制度间广泛而深层次的竞争。

2.困局：管辖权冲突的零和博弈

零和博弈（zero-sum game），是指参与博弈的各方，在严格竞争下，一方的收益必然意味着另一方的损失，博弈各方的收益和损失相加总和永远为“零”，双方不存在合作的可能。[29]数字经济的繁荣依赖于数据的流动，而管辖权的域外扩张总是建立在伤害他国利益的基础

[27] See The Brazilian. General Data Protection Law, Article 3.

[28] See The Australia. Privacy Act 1988, Part I—Preliminary, 5A, 5B.

[29] 艾瑞卡·S.奥尔森. 《零和博弈》.中国财政经济出版社, 2014.

上。以 CLOUD 法案为例，在微软案中，美国司法部指令微软公司提供存储在爱尔兰的数据，而这些数据本身由于存储国的国家安全原因不得出境。同时 CLOUD 法案的“适格外国政府”标准也会使一些国家陷入，美国与他国、他国与他国之间适用不同待遇的两个“差别待遇”中，这类不公平的待遇会加剧他国的反制倾向。2020 年 7 月 3 日，《中华人民共和国数据安全法（草案）》公布并公开征求社会意见；2020 年 10 月 21 日，《中华人民共和国个人信息保护法(草案)》公布并公开征求社会意见。两则法律中对规定了法律的域外适用情况。2021 年 1 月 9 日商务部公布了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称为《阻断办法》）以实现对他国法律域外适用的阻却。规定法律的域外效力与实施阻断法是目前国际上处理管辖权冲突的一般做法，在对等原则的指导下，这些做法能在一定程度上维护我国的利益，但是要以更加主动的姿态实现中国法的域外适用，必须要实现合法性与合理性的双重考量，避免陷入零和博弈的困境。

论数据立法的域外适用与中国因应

3.理论：数据立法域外适用的合法性

如上文所述，要解决实践中出现的管辖权冲突与零和博弈的危机，有必要引入的问题是：传统理论上数据立法管辖权的域外扩张是否具有合法性？或者说传统的国家管辖权理论还能否赋予数据立法足够的合法性？一般认为，国家管辖权分为以下几种：（1）属地管辖权：以领土为对象对领土及资源管辖；以领土为范围，对领土内人、物、事管辖。（2）属人管辖权：包括船舶、航空器、航天器等获得国籍的特定物。（3）保护性管辖权：外国人在领土外行为所侵害的是该国或其公民的重大利益，构成该国刑法规定之罪行或规定应处一定刑罚以上的罪行，并且该行为根据行为地法律同样构成应处刑法的。（4）普遍性管辖权：战争罪、破坏和平罪、违反人道罪、海盗罪。还包括灭绝种族，贩卖毒品，种族隔离，实施酷刑，劫持航空器等犯罪，各国均具有管辖权。

上述的管辖权理论产生于主权国家兴起后的国际实践，是由领土、人民、主权组成的现代国家理论的必然推导，但是数据流动中的特性使得传统的管辖权理论产生了局限性。首先，属地管辖解决的是国家主权空间效力的问题，领土的边界即是管辖权的边界。但是数据的流动与本地化可能涉及一个以上国家的领域问题，以属地原则进行管辖权的追索必然带来管辖权的冲突；其次，属人管辖解决的是国家主权主体的问题，国籍的确认即是管辖权的确认，但是数据的主体通常不是数据的控制者与处理者，数据的控制者与处理者往往也是不确定的，以属人原则主张管辖权势必加剧管辖权的不确定性。最后，保护性管辖权一般解决的是外国人在领土外的犯罪问题，通过行为人进入该受害国境内被依法拘捕和管辖或通过国家间对行为人的引渡实现受害国的管辖权，可以看出并没有超出属地管辖的一般理解，只是对某些特性情况的适当变通，并不能直接解释为一国有权力直接将其法律的效力扩张至域外。

以 GDPR 第 3 条为例，其中的“目标指向标准”将在欧盟内没有设立机构的数据控制者或处理者纳入了管辖的范围内，只要该数据处理行为对欧盟境内的数据主体产生了实际上的“效果”或“影响”。有研究认为，GDPR 的该项标准采纳了效果性原则作为其合法性来源，

即国家对外国人在外国所做的，对本国产生影响的行为享有管辖权。[30]这一原则确立于美国的反托拉斯案裁判，该原则可以被认为是属地管辖的延伸，又与保护性管辖权相像。虽然国际法给各国在数据保护领域的立法留有余地，在不违反国际法的情况下各国立法管辖权不受限制，但是无论采取何种理论为数据立法的域外管辖权背书，都无法获得足够的合理性，最终必然会使各国的管辖权陷入不可调和的冲突之中。合法性认同的背后首

论数据立法的域外适用与中国因应

先是广泛的合理的实践，不能仅仅因为国际法对该种行为未加以规制，就理所当然的认为管辖权的域外扩张就具有合法性，而冲突后的调和与解决本质上还是对管辖权理论的回归。

4.再反思：谁才是数据真正的拥有者？

在一国领域内，数据的管辖仅需要调和数据主体和数据控制者或处理者之间的矛盾，调和的法律表达即是寻求自然人民事权益与数据企业商业利益的平衡。有研究认为，应当为自然人的权利数据提供防御性的保护，仅在侵害自然人既有民事权益时提供侵权法上的救济。同时，考虑到大数据时代的数据活动的实际情况，肯定数据企业对数据的合法收集行为形成了对数据的原始取得，并给予与物权、人格权同等的绝对权地位加以保护。[31]这一观点较好的调和了数据所蕴藏的个人权利与企业利益之间的界限，但是仅仅局限于一国的主权范围之内。在一国数据立法管辖权域外扩张的过程中，国家安全、产业政策、文化价值、法律制度等多方面的原因，必然使其成为诉求数据价值的第三方，进一步加剧了数据监管的复杂程度。因此，在讨论数据立法管辖权的域外扩张时，必然要对这一问题加以明晰。

笔者认为，当数据在黏着于不同主体时，具有不同的属性。在个人层面，数据的属性是个人信息，涉及自然人的隐私权等民事权利；在社会层面，数据的属性更接近与企业的资本，需要以产权加以确认；在国家层面，数据的属性可被视为是领域内的资源，国家对其拥有主权。数据的真正拥有者介于这三者之间，而如何定位数据的坐标，取决于一国如何权衡国家利益、社会利益与个人利益之间的关系。结合本文前述欧美谋求数据立法域外适用的动因，可以看出对以上三个价值的取舍，是决定一国数据立法域外适用态势与目的的重要原因。因此，若要实现我国数据立法的域外适用，除了法律条文中的规定与阻断外国法的适用，更应当研究我国数字制度竞争的定位与方向，在可能的零和博弈出现之前，尽早提出我国数字监管的国际方案，争取未来国际经贸体系中的主动权。

四、中国因应：现状与展望

中国数据立法中的域外适用与阻断法

目前，中国已经在《数据安全法（草案）》、《个人信息保护法（草案）》中规定了法律的域外适用条款，同时中国商务部发布的《阻断外国法律与措施不

论数据立法的域外适用与中国因应

当域外适用办法》（以下简称“《阻断办法》”），标志着我国正在建立以“长臂管辖”为

[30] 同上注 10.

[31] 程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，载《中国社会科学》2018 年第 3 期，第 122 页。

代表的外国法律与措施的不当域外适用的反制措施。

《数据安全法（草案）》首次扩张了我国数据立法中的管辖权，但是在适用原则、适用范围和法律责任上还有待完善。[32]《个人信息保护法（草案）》中有关域外效力的条款实现了进一步的扩充，并且从条文看来确有借鉴 GDPR 之处，但是措辞上仍有一些重要区别。首先，相对于 GDPR 的“设立机构标准”，《个人信息保护法（草案）》采取了“处理行为发生地标准”：即便数据控制者或处理者在中国境内并未设立“经营场所”，但只要其处理个人信息的行为在中国境内发生（《草案》第三条第二款规定的境外处理活动除外），《草案》仍然适用。[33]其次，《个人信息保护法（草案）》也采取了 GDPR 中的“目标指向标准”，但是与 GDPR 中的“目标指向标准”不同的是，《个人信息保护法（草案）》的措辞似乎更加表明，向中国境内自然人提供产品或服务的实际结果将成为决定是否适用于境外数据控制者或处理者的决定性因素，而境外数据控制者或处理者自身的期望或目标并没有那么重要。[34]同时，该草案还适用于还适用于“分析和评估”中国境内自然人行为的境外处理活动。“分析和评估”的含义非常广泛，似乎能够涵盖 GDPR 规定的“监测活动”，而且还可能涵盖针对中国境内自然人的行为进行的一切观察、分析、评估和研究活动。最后，《个人信息保护法（草案）》还规定了域外适用的兜底条款，即“法律、行政法规规定的其他情形”，进一步增强了其域外适用的不确定性。

论数据立法的域外适用与中国因应

表 1 GDPR 与《个人信息保护法（草案）》域外适用的对比

GDPR		《个人信息保护法（草案）》	
“设立机构标准”	第三条第一款：本条例适用于在欧盟内部设有经营场所的数据控制者或处理者对个人数据的处理，不论其实际数据处理行为是否在欧盟内进行。	“处理行为发生地标准”	第三条第一款：组织、个人在中华人民共和国境内处理自然人个人信息的活动，适用本法。

[32] 《数据安全法（草案）》第 2 条：在中华人民共和国境内开展数据活动，适用本法。中华人民共和国境外的组织、个人开展数据活动，损害中华人民共和国国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的，依法追究法律责任。

[33] 《个人信息保护法（草案）》第 3 条第 1 款：组织、个人在中华人民共和国境内处理自然人个人信息的活动，适用本法。

[34] 《个人信息保护法（草案）》第 3 条第 2 款：在中华人民共和国境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动,有下列情形之一的，也适用本法：(一)以向境内自然人提供产品或者服务为目的；(二)为分析、评估境内自然人的行为；(三)法律、行政法规规定的其他情形。

“目标指向标准”	第三条第二款：本条例适用于如下相关活动中的个人数据处理，即使数据控制者或处理者在欧盟没有设立经营场所： (a)向欧盟内的数据主体提供商品或服务——不论此项商品或服务是否要求数据主体支付对价；或 (b)对发生在欧洲范围内的数据主体的活动进行监控。	“目标指向标准”	第三条第二款：在中华人民共和国 境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动,有下列情形之一的，也适用本法： (一)以向境内自然人提供产品或者服务为目的； (二)为分析、评估境内自然人的行为； (三)法律、行政法规规定的其他情形。

《阻断办法》的核心内容主要包括立法目的、适用范围与适用主体、及时报告义务、工作机制、合规标准判断、相关救济保密规定等七个部分。其中《阻断

论数据立法的域外适用与中国因应

办法》第六条规定的合规标准判断具有一定的探讨价值。[35]本条是对《阻断办法》立法宗旨和相关条文的具体化。其中，第二、三种情形下的适用情况与我国数据立法域外适用的立法目的相同，第四中情形为兜底条款。值得注意的是，第一种情形中对是否违反国际法的判断具有一定的明确性，但是如何确认国际关系基本准则有一定的困难，包含一切成文的和不成文的规则。在数据立法方面，目前尚缺少对跨境数据流动管辖的国际法规则，而传统国际关系准则似乎又很能与跨境数据管辖的复杂性相协调。

因此，我国已经初步在数据立法中实现了域外适用，并且配套以《阻断办法》对他国不合理的法律域外适用进行规制。但是，相关条款仍具有适用中的不确定性与进一步完善的空间。同时我国在《阻断办法》中的合规标准似乎不能完全解决数据立法管辖权的冲突。这些

[35] 《阻断办法》第 6 条：有关外国法律与措施是否存在不当域外适用情形，由工作机制综合考虑下列因素评估确认：（一）是否违反国际法和国际关系基本准则；（二）对中国国家主权、安全、发展利益可能产生的影响；（三）对中国公民、法人或者其他组织合法权益可能产生的影响；（四）其他应当考虑的因素。

问题凸显了数据立法在中国法域外适用中的特殊性与重要性，亟待进一步的研究。

中国模式的构建

针对数据立法的域外适用与域外适用的中国模式构建，笔者认为应当从以下三个方面加以考虑：

明确数据立法的价值导向。数据立法的域外适用本质上是制度竞争与制度输出，必须对数据立法背后的价值立场、历史影响与现实考量进行全面的理解。[36]这一方法不仅应当用于对欧美数据立法的解读，也应当作为我国数据立法域外适用的首要考量。我国目前并没有基于个体主义的隐私文化，我们对个人信息的理解，某种意义上依然具有社群主义的特征。[37]同时，中国作为电子商务大国，应当注重保护数字企业的商业利益，并最终维护数字的国家主权。因此，中国应当对数据黏着在不同主体间的利益取舍加以明确：为个人的信息提供防御性的保护，仅在其受到侵害时提供侵权法上的救济；承认企业对合法收集的数据的原始取得，给予其绝对权的保护；强调数据对国家的战略资源意义，维护国家数据主权，对一些涉及涉及国家安全的重要数据参考《出口管制法》的思路对其进行绝对的限制流动。

形成域外管辖的良好实践。在明确数据立法价值导向的前提下，中国应当以上述价值为导向进行规则输出，并形成良好的实践。首先，可以对现行数据立法

中的管辖权条款进行充实和完善。例如在《数据安全法（草案中）》对域增加一款数据活动应遵循“合法、正当、必要、安全”的原则，要求明示数据活动的目的、方式和范围，确立数据域外适用的合理性。其次，遵循中国数据立法的价值导向，协调国家管辖权理论，避免数据立法管辖权的无序扩张。对于涉及国家安全并且已经本地化的数据，其本质是国家的重要战略资源，应当实行严格的属地管辖；对于数字企业合法取得的个人信息，其本质接近于企业的资本，在维护其自由流动的同时，应当以属人管辖与属地管辖相结合的方式进行管辖，并且在属地管辖的情况下摒弃欧盟 GDPR 的“最低联系”原则，而是以“最低保护标准”予以解决，即只有数据本地化国家的数据保护水平达到一定条件才能主张属地管辖，防止数据本地化对数据流动的过度限制；对于个人数据，应当进行有限度的保护性管辖，而主张保护性管辖则必须证明数据的取得违反了上文中所提到的数据活动原则。中国可以首先在“一带一路”沿线国家以及《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）成员国内对上述原则进行实践，并且积极利用目前可行的争端机制，以判决的形式对上述原则加以检验和确认，进一步达成多数国家内的共识。

引领数据管辖的全球治理。数字技术正日益改变国际贸易格局。由于数字环境的无国界性，在大多数领域，国际合作正帮助各国政府从数字贸易中获取更多利益。然而，各国在贸易自由、网络隐私、言论自由、国家安全等方面有着不同的侧重点，很难实现跨境数据流动

[36] 叶开儒：《数据跨境流动规制中的“长臂管辖” ——对欧盟 GDPR 的原旨主义考察》，载《法学评论》2020 年第 1 期，第 116 页。

[37] 刘晗：《隐私权、言论自由与中国网民文化：人肉搜索的规制困境》，载《中外法学》2011 年第 4 期。

战略的全球统一。[38]现有的国际贸易法律规则无论实在双边还是多边层面，都无法对数据流动的合理监管作出回应。考虑到数据管辖权的特殊性和其在数字经济时代的重要性，国家之间对数据管辖权之间的争夺与阻断已经成为类似于关税的贸易壁垒，WTO 在应对跨境数据流动监管挑战方面的作用应得到重视。WTO 相关改革提到，可以在 GATS 8 个附件的基础上增加一个专门的跨境数据流动附件。[39]但是 WTO 的陈旧规则似乎已经无法适应数字经济的快速发展所带来的的压力，国际社会亟待一个健全的跨境数据流动治理框架。中国应当把握时机，在区域进行管辖权实践的前提下，不断实现国际法规则的固定化。事实表明，诸边贸易协定为 WTO 上诉机制的功能性瘫痪解决提供了可能方案。中国同样可以以诸边贸易协定的方式，在 WTO 成员国内输出监管规则，可以考虑将 WTO 的争端解决机制适用于成员国间数据管辖权的确认之中，以斡旋、谈判、调解等必要的前置程序友好解决数据管辖权冲突，论数据立法的域外适用与中国因应对争议较大的冲突，率先引入“管辖权之诉”作为争端解决的前置程序，以保证不同监管方法与模式在全球范围更好地实现互操作性，防止数据管辖走向滑入零和博弈的陷阱。

[38] 戴艺晗，《贸易数字化与监管碎片化：国际贸易制度框架下跨境数据流动治理的挑战与应对》，载《国际经济法学刊》，2021 年第 1 期，第 13 页。

[39] GATS 包括《关于第 2 条豁免的附件》《关于本协定项下提供服务的自然人流动的附件》《关于空运服务的附件》《关于金融服务的附件》《关于金融服务的第二附件》《关于海运服务谈判的附件》《关于电信服务的附件》和《关于基础电信谈判的附件》共 8 个附件。

法治视野下的最密切联系原则 以司法适用存在的问题为切入

李华清

（福建师范大学法学院，福建福州 350117）

[摘要] 最密切联系原则的弹性，一方面能够带来法律适用的灵活性，另一方面会引发自由裁量权的滥用。根据各自的法律传统大陆法系和英美法系形成了不同的针对最密切联系原则的控制模式和手段。然而，在司法大数据的背景下，我国最密切联系原则的灵活性处于失控状态。导致这个问题的原因是多方面的，既包括立法方面的原因也包括司法方面的原因。未来中国要从立法和司法两个方面增强对最密切联系原则灵活性的控制。

[关键词] 国际私法　最密切联系原则　立法完善　司法适用

2010 年，我国颁布实施了《涉外民事关系法律适用法》(下文简称《法律适用法》,此法提出了众多与最密切联系原则相关的立法规定，且在《法律适用法》第 2 条中将其性质定义为兜底条款。可见最密切联系的原则不仅在我国的立法中得到了确认。

在我国，有学者注意到了最密切联系原则自由裁量权滥用等问题，但对该问题的解决与对该原则进行司法控制等问题还没有深刻的描述和分析。随着我国法治的发展，我国的国际私法经历几次变迁，最终形成《法律适用法》，但无论从立法还是理论上都并未对最密切联系的司法中的缺陷进行弥补。本人通过查阅威科法律信息以及其他裁判文书网，从高院二审中截取一部分案件，对其进行分析，客观呈现我国最密切联系原则在司法实践中出现的问题，同时结合其他国家的做法去寻找其不足的原因，以提升我国最密切联系原则的司法适用质量，还原其原则在司法实践中的本质效果，尽可能的消除其造成的消极影响，使之能更好地为我国涉外案件的审理服务。

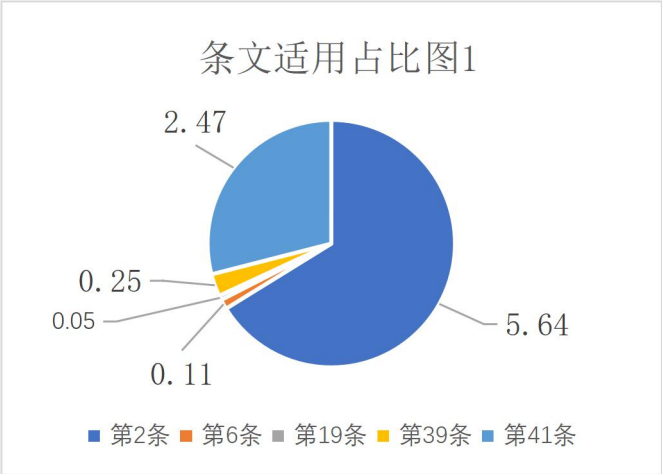
一、最密切联系原则司法适用存在的问题

此原则也被称之为重力中心原则或最强联系原则,指的是某涉外民事案件中法院以有关因素为指引而对某一涉外民及商事案件实施审判,分析与案件当事人存在紧密联系的诸多因素,且分析其关联性最为密切的因素,通过此因素所处地域的法则来处理与审判相关案件。

最密切联系原则在司法实践中大量存在，几乎每三起案件中就会涉及一起适用最密切联系原则的案件。但最密切联系原则的灵活性在这些案件中并没有得到很好的控制，法官的自由裁量权尚未被有效限制。主要体现于下列方面：

（一）法律适用混乱

我国《法律适用法》中有关最密切联系原则适用的法律规定有 7 条。其中有 5 条为明示规定，分别为：第 2 条，一般规定；第 6 条，区际私法冲突的解决；第 19 条，国籍冲突的法律适用；第 39 条，有价债券的法律适用以及第 41 条，涉外合同的法律适用。此外，还包括散见于其他法律中涉外民商事法律关系的规定。在本人所查阅高院的裁判文书中，几乎都适用第 2 条，以及第 41 条，对于其他相关条文很少引用。（见图 1）。



有学者认为，《法律适用法》第 2 条与第 41 条的制度是一个具有创新性的方法，尽管与此，我国法官在司法上仍然无法做到运用类似第 2 条和第 41 条这样的“抽象规定”，1这也间接的反映出，我国法官在运用最密切联系原则时会产生一些问题，问题如下：

1.条款之间适用的混乱

根据《法律适用法》的立意，其第 2 条是兜底条款，在无法确定法律适用时，用其找出可适用的法律。据此，若某一案件中，本应存在适用的条款时，就不应适用第 2 条的规定，但是实践就往往存在本应适用彼条款而不用，却运用了此条款的情况。

如:2019 年,三明市中级人民法院在对一起涉外起金融借款合同纠纷进行审理时,便出现了此应适用《法律适用法》第 41 条而不用，错误的适用了第 2 条的情形。后经二审，由福建省高级人民法院进行了纠正，适用了第 41 条。

2.法律运用于案件类型标准的混乱

在涉外民事案件中,涉及最密切联系原则的大不部分案件均为合同纠纷(见表 2 与表 3)。第 2 条多适用于于合同纠纷、股东知情权纠纷、遗嘱继承纠纷等；而第 41 条适用的更为广泛，几乎适用所有合同类型的法律适用，以及部分知识产权侵权中。

第二条适用情况表 2		
序号	纠纷类型	数量
1	民间借贷纠纷	104
2	金融借款合同纠纷	43
3	船员劳务合同纠纷	17
4	股权转让纠纷	17

[1]田洪鋆、张雪媛:《失去控制的灵活性：最密切联系原则在我国的适用及反思》，载《社会科学在线》2019 年第 8 期，第 218 页。

5	海上、通海水域货物运输合同纠纷	16
6	股东知情权纠纷	10
7	确认合同无效纠纷	9
8	财产损害赔偿纠纷	8
9	追偿权纠纷	8
10	离婚后财产纠纷	8
11	遗嘱纠纷	8
……	……	……

第四十一条适用情况表 3		
序号	名称	案件数
1	民间借贷纠纷	6,880
2	金融借款合同纠纷	2,042
3	委托合同纠纷	301
4	不动产买卖合同纠纷	253
5	商品房预售合同纠纷	249
6	合伙协议纠纷	215
7	房屋租赁合同纠纷	213
8	保证合同纠纷	172
9	商品房销售合同纠纷	142
10	居间合同纠纷	142
11	物业服务合同纠纷	125
12	加工合同纠纷	124
13	国际货物买卖合同纠纷	114
14	债权转让合同纠纷	113
15	确认合同无效纠纷	108
16	劳务合同纠纷	103
……	……	……

从上述数据可看出，许多相同的合同纠纷案件，有的适用了第 2 条的一般规定，有的选择了 41 条涉外合同的法律适用。除此外，涉外股权纠纷以及涉外劳动以及劳务合同，两者有着特殊规定，本应适用其特殊规定，但却没有，反而适用了 41 条。可见，法官对法律适用混乱之严重，随意将最密切联系原则适用于各种类型案件——即任意决定法条的援引，而导致了最密切联系原则条款和其他法律条款的粘连、适用错误以及界限不清。换言之，最密

切联系原则的范围正在被不正常的扩大以及被异化。

综上可以看出，法官在面对该适用最密切联系原则审理的案件时，存在着法律适用混乱这样严重的问题，从而使得某些案件出现同案不同判的情形。

（二）说理不充分

案件的审理是要经过充分的说理并证明的，即在法律规范之下，通过分析来获得一个正确结果的过程。在著名案件“Babcock v.Jackson1963”中，法官就是通过充分的说理，而没有简单地、机械地采用传统国际私法理论中的客观标志来确定应适用的法律，相反，他灵活地运用了最密切联系原则来进行审理，使得法律适用公正合理。[2]

从我所查阅的案例中发现，法官采用最密切联系原则来确定涉外民事案件应适用的准据法是最常见的做法之一。我国《法律适用法》就是为如何审理涉外民事案件所提供的方法，也是法官在审理案件中必须所参照的依据，即法官依据该法对最密切联系原则的推理过程做出解释。也就是说法官首先应准确识别案件，其次根据所识别的结果确定应适用的冲突规范（此处假设适用最密切联系的条款），再者分析案件事实，最后依据冲突规范指引找出应适用的法律。但是在本人所查找并截取的数据中，有一部分案件并没有做到此，反而出现一审说理牵强，甚至有些案件无任何推理，（见表 4）则直接推理的过程。可见大部分案件并未进行充分的说理，法官在推理环节存在肆意的现象。

2016 年漯河市中级人民法院审理的涉外买卖合同纠纷，案件在一审时就存在论证说理不充分——被告是中国法人，其住所地和履行买卖合同义务的行为发生地均在中华人民共和国境内，所以适用了《法律适用法》第 2 条与 41 条，而该案在上诉，由二审变更了说理过程且改变了法律的依据。[3]

---

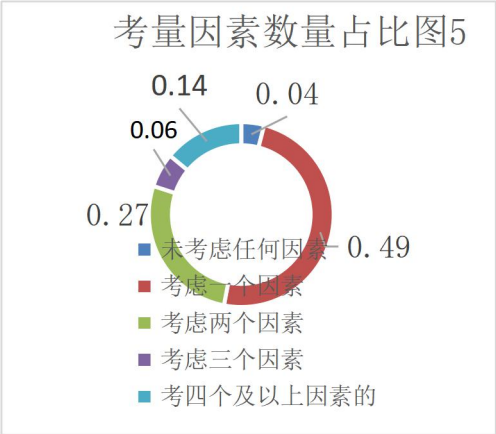
[2]首先，该案中的侵权者和受害者户籍地为纽约州，除此之外，事发车辆存放处的地点、保险场所和车主取得驾驶执照的区域等地点也同为纽约州，不仅如此，除了案件发生地在安大略省，连周末的终点和初始地都为纽约州；再者，就法律制定的目的而言，纽约州的法律是以保护乘客的安全为目的，乘客受伤，那么司机或者是车主也要负有一定的责任；此外，一个纽约州的受害人因另一纽约州的侵权人在安大略省对其进行侵害而提其诉讼，就安大略的法律制度而言，即使是乘客的利益受到损害，但是根据相关法律的内容，车主和司机也没有责任，而乘客却遭到损失得不到弥补。安大略省的法规目的是要保护安大略省的保险公司，防止乘客与驾驶员串通一气对保险公司提出欺诈性指控。就案件的整个发生过程来说，案件中的主人公杰克逊和该小姐的纠纷并不涉及对保险公司的欺诈问题，因为欺诈保险公司是以获得保险公司补偿为目的，而在案件的整个过程中，如果想要获得补偿那么应该选取乘客获得侵权支持的地域为事发地，而不是一个产生争议的地方，所以他们不存在这种欺诈的意图。就客观的分析来看，案件在最密切联系原则上更加适用纽约州的法律，所以应该按照纽约州的法律来判决。

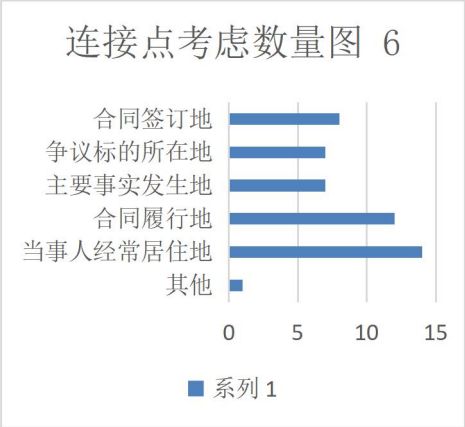
[3]《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》自 2011 年 4 月 1 日起施行，本案涉外民事关系发生《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》实施以前，按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第二条的规定，应当适用该涉外民事关系发生时的有关法律规定确定应当适用的法律。对于涉外民事关系的法律适用涉及中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，根据《中华人民共和国民法通则》第一百四十二条第二款的规定，除中华人民共和国声明保留的条款除外，中华人民共和国缔结或者参加的国际条约应优先适用。由于案涉合同系营业地分属于中华人民共和国和土耳其共和国两国当事人之间订立的国际货物买卖合同，而中华人民共和国和土耳其共和国均为《公约》成员国，故本案因成员国当事人之间履行国际货物买卖合同引发的纠纷受《公约》约束。由于《公约》赋予

（三）缺乏因素考量标准

最密切联系原则的难点在于其在司法实践中如何被确定和具体化。在国际社会中，英美法系国家，通常在确定最密切时，采用列举式的方式来规定其标准，例如：美国《第二次冲突法重述》第 6 条中所规定的参考因素。[4]通常情况下，大陆法系国家把特征性履行原则以及最密切联系原则两者规定在一起,把它视作限制最密切联系的标准。就我国而言，现有的法律并未明确指出最密切联系参照的标准为何，仅仅单一规定适用最密切联系。使得我国司法操作没有任何一句,这就导致了法官在断案时缺乏参考因素,从而无法约束法官主观判断。

本人所选取高院的 49 份裁判文书中，法官在自由裁量时，所考虑三个以上最密切联系要素的案件比例还没有未参考要素或只考虑一个要素的比例高。（见图 5）可见，法官在考虑因素，往往不会去进一步判断——对政策、利益等其他软性层面予以适当考量，而是简单的任务一个要素与本国相关就认为是最密切联系的，从而适用相应法条。另外，从法官考虑的要素来看，法官几乎考虑的都是当事人的经常居所、合同履行地和签订地（见图 6）。个别法院甚至将管辖权问题和法律适用问题放置于一起进行考虑，认为案件是通过中国法院所裁判的，所以认定案件的判定法律与中国法律有着密切关联，故而可适用中国法，这样的观念不仅片面，而且非常不合理。[5]





（四）法院地法适用比例大

美国著名的国私学者柯里曾说过，每一个国家法律都表现着一种政策和目的，而国家在实施这些政策和目的过程中自然会得一些利益。也正因如此，许多法官认为适用自己国家的法律具有特定的意义且有利于本国的政策和目的保护，所以倾向性的适用本国法。

在本人所查阅的高院二审的 61 份裁判文书中，在一审或二审中,我国法院大多与涉外民

成员国当事人可以选择“不适用本公约”，而本案当事人均明示适用中华人民共和国法律解决纠纷，且《中华人民共和国民法通则》第一百四十五条规定“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律”，故尽管一审法院直接适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》之“密切联系”原则确定准据法理由欠妥，但一审法院适用中华人民共和国法律作为本案准据法并无不当。

[4]（1）州际及国际体制的需要；（2）法院地的相关政策；（3）其他利害关系州的相关政策以及在决定特定问题时这些州的有关利益；（4）对正当期望的保护；（5）特定领域法律所依据的政策；（6）结果的确定性、可预见性和一致性，以及（7）将予适用的法律易于确定和适用。

[5]张梦怡：《论最密切联系原则之补缺功能及其完善》 载华东政法大学法学院 2018 年。

事有关的案件几乎均与中国法相适用，（当然不排除有的案件适用正确的可能性）但 61 份裁判书有超过百分之九十以上适用法院地法——中国法，所以不得不思考我国法院地法适用比例大的问题。

那么，则可发现：我国有关涉外案件的法律适用不具有开放性,且和我国的国际地位以及经济发展水平不相适应；以及司法体系可以通过所具有的自由裁量权来实现适用法院地法的目的。受法官自由裁量权所影响，最密切联系原则成为了属地主义的一种工具。[6]

《法律适用法》有关该原则的规定的目的在于，若法官无法根据现有的冲突规范连接点判断出应适用何国法时，参照其自由裁量应适用与某国准据法解决涉外民事法律关系，从而达到更好的解决案件，维护当事人合法权益。然而从上述四点来看，该原则并非达到其应达到的目的，且还与其本质相背离，沦为法官肆意裁判的工具。

二 最密切联系原则司法适用存在问题的原因

我国 2010 年颁布的《涉外民事关系法律适用法》，通过研究，发现我国在法律适用时关于最密切联系原则的问题有：第一，就立法上而言，法律规定缺乏可操作性以及法律依据不明确的问题；第二，就司法而言，法官自由裁量权过大，导致对该原则的滥用。

（一）立法未能对最密切联系原则进行限制

1.法律规定缺乏可操作性

纵观我国《涉外民事关系法律适用法》，从以上规定可知最密切联系原则规定在一般规定、婚姻家庭关系、债权关系、物权关系、人身关系等方面。立法者虽然在不同法律中都规定了法律适用问题的最密切联系原则，但是却并未指出如何在不同法律关系中适用，可以看出对该原则的规定呈现出一种散乱无章，不成体系的特点，看似有法可依，实则相反。从而无法在司法实践中给法官提供有效的指导，严重缺乏可操作性。在实践中，许多法官在认定最密切联系因素是的主管随意性很大，且许多法官各行其是，按照自己的标准对最密切联系的各种因素进行认定，缺乏系统的指导。也因此，相同案件在国内不同法院审理会得到不同的审判结果，无法保证案件的公正以及维护当事人的权益。最终致使最密切联系地的确定具体不确定性。在这种状态下，使得不仅使得法官自由裁量过大，对其主观臆断的事实无需论证便加以适用，更是加剧了不确定因素的存在。

从这些状况背后，可以反映出一个问题——法官在实践中对于作为“兜底原则”最密切联系原则的含义是如何理解的；对于最密切联系原则如何正确的行驶以及最密切联系因素的判断是怎么样的等自由裁量的问题是很模糊的。比较悲观的是《法律适用法》第 2 条 2 款所作的规定并未明确应参照的标准，而是规定了一个待推点，甚至在相关司法解释中也未曾对这一原则进行了解释。因此，实践中的该项原则并不具备可操作性。[7]

故而，在审理涉外民商事件当中，我国法官常会运用最密切原则进行审理，又由于法律

[6]田洪鋆：《我们究竟需要怎样的灵活性?——对中国最密切联系原则可控性的思考》，载《中国国际私法与比较法年刊》2018 年第 2 期，第 77 页。

[7]沈涓：《合同准据法理论的解释》，法律出版社 2000 年版，第 135 页—第 166 页。

规则指导的缺失，所以导致属地主义倾向、自由裁量权滥用等问题的时常出现，从而使得法律适用缺乏可预见性。

2.法律依据的不明确性

最密切联系原则自从在我国立法中被确立后，受到我国法官的青睐，有学者统计，从目前中国的司法实践来看，法官采用最密切联系原则来确定涉外民事案件应适用的准据法是最常见的做法之一。从上文图中可看出合同领域尤其如此。

大部分法官在对涉外民事案件适用最密切联系原则确定准据法时，并未列出任何有效的法律依据，使得该类判决成为“不讲理的判决”。尽管统计中发现，也有部分案件在适用时列出了法律依据，但是其列出所援引的法律依据种类较多，有的引用了《涉外民事法律关系法律适用法》、有的引用了《合同法》、有的引用了《民法通则》，甚至还有引用已被废止的司法解释。由此可见，我国法官的法律素质不高，不仅对最密切联系原则缺乏一定的认识，还对最密切联系原则的适用是否应援引法律依据而困惑；另外，也可以看出我国法官在同级法律位阶的适用上产生混乱，没有理清各单行法直接的关系，即 10 年后，《涉外民事法律适用法》的颁布意味着新法优于旧法的适用，而较之于《涉外民事关系法律适用法》的《民法通则》和《合同法》为旧法，应优先适用《涉外民事关系法律适用法》，法官在法理不明的情况下援引其他法，明显存在不当行为，其作为专门调整涉外民事案件的《法律适用法》较之于其他民事单向法也应为特殊法，特殊优于一般而得以援引适用。

司法活动是法治建设的重要部分，在进行司法判决和司法处理时都必须有法律作为依据。司法审判活动是进行司法活动最关键的一个环节，若没有明确的法律作为依据，将会导致案件的合法性遭到质疑，审判活动也会大大丧失权威性和公众的信服力。[8]

（二）最密切联系原则的适用标准的不统一

本文中多次叙述，最密切联系原则的显著特点为灵活性，弹性空间大，它克服了传统冲突规则的束缚，也是各国连接点软化趋势中所采用的一种方式。任何事物都存在两面性,最密切联系原则也不例外,它的一个主要弊端为法官具有过大的自由裁量。最密切联系的适用，就是要让法官做到在审理案件时对各个要素综合分析，按照单一连接点缺点准据法，抛弃传统的做法，看其是否与案件事实以及当事人存在密切联系，从而确定准据。这一过程中，难免会因法官的主观臆断而导致一些个案问题，也正因这样裁量权上的自由就能被法官最大程度上的获取。在实际各国的案件审理中，“最密切联系原则”能够赋予法官较大的裁量自由，但是在给予法官这样较大的裁量自由权的同时，又要防止在行使权力时的过度使用和权利滥用。所以，各个国家会对法官的自由裁量权上进行一定程度的限制，让法官在审理案件时时刻秉承着案件的合理性为案件审判的初衷，不能违背这一原则进行过度的自由裁量行为，以保证案件审理的客观、公平与公正。

1.自由裁量滥用：无法判断何为最密切联系

在本文第一部分的论述中可以看出，我国无论是立法还是在司法实践中，法官对此原则

[8]杨雪：《我国最密切联系原则司法适用问题研究——借鉴美国经验》载吉林大学法学院 2017 年。

的适用都没有一个具体的衡量标准，而只是一味依靠法官的主观判断。

在 2011 年“陈洋、林飞腾、林婷婷、林金珠”不动产转让合同纠纷案就是一个典型的例子。[9]从这个案件中反映出法官在对最切联系原则进行解读时，明显存在错误，且过度使用了自己的裁量权上的自由。因此我们除了注意法律层面外，也应该关注自由裁量权使用的法官的法律素养的高低。

以目前现状而言，我国的法官大部分为转业人员，因此，在法学理论方面缺乏相关的知识，特别是在国际私法领域方面，法官对此不熟悉以及不了解某些原则的理论基础，因此在适用时无从下手，就导致了自己的理所当然。所谓的自由裁量，并不是根据自己想当然，而是要发挥自己的法律素养，综合各种因素，即是否存在量变，在量变的基础上是否发生质的飞越等类分析，最终自由裁量。

2.属地主义倾向：保护本国利益

由于受到国际私法制度的影响，使得法官将最密切联系原则变为适用法院地法的借口。就正如外国文献中所述：使用国外的法律进行案件的审理时，审判者往往对国外的法律适用有所顾忌，因为在使用过程中要时刻小心谨慎，考虑是否与本国的相关法律冲突，又或者是否与本国的相关政策和国情相匹配，还有许多后续的影响甚至是公众的舆论等等，所以不能像适用本国的法律那么熟练，也不像适用本国的法律那样的大胆。也正因如此，许多法官认为适用自己国家的法律具有特定的意义且有利于本国的政策和目的保护，所以倾向性的适用本国法。2011 年 4 月，上海高级法院黄浦区法院的法官回顾了一起案件的审理过程，双方当事人在涉外合同案中未明确表明合同应适法律，外国法相关规定的适用查明有一定程度的困难，据我国冲突规范来看又应适用外国法，所以在实际的案件审理过程中，法院的审判者根据付款地在中国的联系因素，适用了中国的法律处理了这起涉外合同案件。虽然看起来这起涉外合同案件是采用了最密切联系原则，但是就实际情况来说，这案件的审判只是为了适用中国法律而进行的权衡。

实际上，法院的此种做法一是为了维护本国的利益和国家的相关政策，且根据目前的国际实践来看，各国都乐于将自己的法律扩大适用，尽可能的避免适用外国法；二是为了促进司法效率，及时审结案件，法官也免于担负查明外国的义务，以及实质性对最密切联系因素进行审查等。尽管其做法不合理，但现实中还是有效的存在的，这样做会很大程度有益于诉方，即挑选对自己有利的法院进行诉讼，限制某些国家的管辖，得到有利于自己的判决。在国际交往、国际合作如此频繁的今天，若一味的为了本国的利益，而忽略国际社会的利益，必将给自己带来不好的结果。因此，国家与国家之间应该彼此礼让，即考虑自己的利益也考虑对方的利益，有利于国家之间的民商事交往。这要求司法机关在解决涉外民商事法律关系

[9]当事人请求法院审理土地所有权共有份额转让过程中的争议。一审被告三位林姓当事人均为新西兰公民，争议所涉土地位于新西兰奥克兰市。案件一审法院仅支付共有份额转让款的行为而言，以合同签订地与履行地在中国为由，不理会实际上与新西兰的联系显然最为密切，认定该案件中国与案件的联系最为密切，所以适用中国法。

时，要以最密切联系原则和国家利益为主，也要考虑到相关国家的法案规定和各自利益。那些既满足了相关国家在法律关系中的利益需求，又维护了利益保障的法律就是最密切联系法律。

所以说，法官自由裁量以及其导致的属地主义倾向性问题也是我国需要解决的重要问题之一，其目的在于与各国保持一个友好往来，促进与各国之间的民商事交往。

三、最密切联系原则司法适用的完善

1.立法：完善判断标准

在上文谈到最密切联系原则适用一个关键问题——即最密切联系地的确定。在实践中因为法官的操作不当导致最密切联系原则的价值大打折扣——无法准确的预见最密切联系地。具体到我国，从《涉外民事关系法律适用法》以及《最高人民法院关于<涉外民事关系法律适用法>司法解释一》中都并未对最密切联系地的界定作出详细的规定，而在司法实践中也仅有在涉外合同中以特征性履行来约束最密切联系，在其他领域并未有任何与此类似的做法。可以看出关于最密切联系地的确定依据是一个应十分重视的问题。

从美国司法实践中来看，美国最密切联系原则的适用时采取一种“质的分析”的方法，也是需要法官在审理时进行一系列的推理证明最后归纳。美国此种做法无疑对法官的素质要求极高，有的学者则认为这是我国法官所不能达到水平，。当然，我们应该承认我们国家法官在此方面确实不如他国，但是发展都会经历一个过程，我国于 2010 年才以单行立法出台《法律适用法》，而英美法系国家则是早 19 世纪便存在国际私法制度，相对于此，我国的发展还是很迅速，而英美法系国家则还是停留原有的基础之上并未向前。从我国这两年依法治国思想的贯彻以来，我国法官素质一直在不断的提高，因此，我国移植美国的做法来确定最密切联系原则是势在必行的。

首先，想要增强最密切联系地的明确性，便是要使得法官在对该原则适用时有一个衡量标准，以避免同案不同判的结果。因此，建议我国在适用最密切联系原则时，应当区分不同法律关系的特质，且在适用时比较各个要素背后的价值利益。若在不同地区之间，仅仅只有一个地区有正当利益，而且它地区没有则以该地区的法律为准据；若不同地区之间有两个或两个以上的地区都具有正当利益且它们之间法律相互冲突，那么久要仔细斟酌，或制定一定标准来确定最密切联系地。这样一来，会提高最密切联系地的确定性，也使得案件与其所适用的法律更为密切。至于如何采用美国所谓的“质的分析”的适用法，我认为应该有以下几方面：第一个方面将案件中的所有连接因素归纳总结，并以此作为标准确定相关的区域；第二个方面，判断上述连接点因素所指向的区域与案件的争议以及当事人之间是否具有密切联系的因素，在判断时，可参照美国《第二次冲突法重述》的规定考虑一些因素，例如：国家和国际的体制的需要、国际关系的协调、相关国家的利益、政策以及当事人所期望得到的保护……。当然，不同法律关系中，参照的标准不同。例如，涉外合同领域，为了保护合同中双方当事人的合法权益，应参照当事人所期望得到正当保护的因素（此处不考虑特征性履行）；相对于在侵权领域，侵权人对自己的过错应适用的法律并未有过任何期望，而被侵权人则希

望其受到严厉处罚以及自己能够得到补偿，且国家为了维护国内的政策，此时法官就应对不同的因素进行分析和考虑。不同的法律关系中，且连接因素所指代的意义也有所不同，因此才需要法官考虑一些重要因素。第三个方面，在前两方面的基础上更进一步，即确定最密切联系地，将该地的法律适用于案件中，以确定当事人之间的实体权利义务。

其次，有了前述为基础，在立法上对各种因素加以明确，使得法官在处理案件时有法可依，最后又具体的法律依据可寻，且说理充分，也会使当事人更加的信服。这更加体现公平审判的司法精神。因此，假设构建以下规定：

《涉外民事法律适用法》第 XX 条，确定最密切联系地的过程分为以下四个步骤:（一）通过找出某个案例中的相关因素，对这些相关因素进行比较，并进行差异区域的数量比较；（二）在不同地域、不同国家特定的法律关系和法律规定下，对这些连接因素进行区别性的重要性分析；（三）一般通过以上步骤来确定最密切联系，如果经过以上普遍手段仍然不能确定，需要考虑个案中的特殊连结因素，进行具体问题的争诉；（四）对各种因素进行权衡分析，最终确定最密切联系法律。[10]

关于对最密切联系地确定的案件，法官有 X 日分析期间，在 X 日届满后应以书面的形式告知当事人最密切联系地确定的依据为何，若 X 日届满后，一审法院无法确定最密切联系地的，由一审法院移送至上一级人民法院加以认定，但上一级人民法院不得对一审法院所做的事实认定进行变更。

若最高法也无法认定，法院推定适用有利于原告经常居所地法；若被告涉及履行或赔偿的问题，则采用公平原则加以适用，若要履行的则要求被告强制履行，若涉及赔偿的不附加惩罚性赔偿，赔偿数额不超过原告所支付数额的 X 倍；若不涉及的为身份关系、婚姻关系，那么运用保护弱者原则,与弱者一方常居所地法律相适用。

经重新构建,在法律中明确规定法官应用最密切联系原则对涉外民事案件进行审理时应参照的标准，在标准下给予法官一定的期间进行分析，以及无法断定时如何适用法律，来形成对法官的制约，减小最密切联系地确定的随意性。

2.司法：合法、科学、合理行使自由裁量权

如前所述，在最密切联系原则被异化，以及实践中存在大量“不讲理”判决和国际私法制度的影响，使得法官变相的将最密切联系原则变为适用法院地法的借口的情形下，应该正视且及时限制。在限制时应当从合法性、客观性、合理性等方面进行控制。

就合法性而言，是指在没有任何法律指导的情况下，发挥法律对法律适用的指引和控制的作用。《法律适用法》第 2 条中明确了该原则的地位。但值得注意的是：国际私法中准据法的确定是依靠冲突规范的指引，而冲突规范中起到连接作用的则是连接点，因此准据的确定是依靠连接因素的作用，而不是依据演绎推理得来的。冲突规范到准据法的过程，必须要有一个具体化的过程。随着冲突法灵活化的发展，其中法官具有极大的自由裁量权,此自由

[10]徐伟功:《述评<涉外民事关系法律涉外民事关系法律适用法>——以有限理性和自由裁量权为视角》载《河南财经政法大学学报》2012 年第 2 期，第 150 页。

应被控制于一定范围内。合法性并不表示一定要运用法条主义,单一且机械地实施法律适用,也并不是讲未经明文规定便无法适用这一原则。冲突规范的主要作用为处理涉外民事关系的法律冲突问题。所以说，合法性是相对而言的。如果法官采用最密切联系原则确定准据法，法官就必须要进行证明其所适用法律所在的地区与案件最密切。对于法院地法的适用，我们并不排斥以及回避它，而只是应当对法院地法的适用加以限制。尽管法院地法在许多情况下与争议案件有一定的密切联系，其适用也是存在一定道理的，但是一味的不加区分，大范围的适用法院地法，无疑使得最密切联系原则失去了其价值。因此，我们应该整理总结，并且将判例视为我国国际私法的辅助渊源,这样能使得作为先例的法院判决成为适用法院地法的正当合理依据，同时也使得法院地和最密切联系地有一定区分，即在最密切联系原则下适用法院地法是最密切联系原则的例外情形。

在采用最密切联系原则时：一是法官不得就着自己的主观喜好，法律适用的过程是非个人化的；二是法律适用必须站在一般的立场上去思考价值问题，且法官在思考此法律适用可能所产生的结果外，还应当预测此结果对将来的相同或者类似案件所带去的影响。三是法官必须尊重客观事实，其对客观事实进行评价时，要受到其职业以及相关学术规则的限制。要注意的是，法律适用的过程是法官向当事人中的失败方以及其他参与人来证明他的选择。所以说，最密切联系原则的适用不能像发明创造一样，使其完全个人化。冲突规范的作用在于解决涉外民事关系的法律冲突问题,法院地法的扩大适用其实在一定程度冲击着冲突规范的灵活趋势。因此从国家的判例中整理归纳出哪些为在最密切联系原则下适用法院地法的例外,以及考虑当事人的态度如何等方面去对法院地法的适用加以限制,从而达克服属地主义倾向的目标。

最后关于合理性。在实践当中，为法官在处理某一涉外民商事案件时，他不可能仅仅依据“中国法”或“美国法”就能判案，他必须要结合案件性质和事实进行分析和评价，这样在适用此原则时才能到准确的准据法。但是，只要涉及到最密切联系原则时，法律的适用将是主观的、任意的和不完整。为了解决这些问题，法官在采用该原则后应该考虑向前文所说的考虑所有的连接因素和背后所隐藏的利益关系。在此基础上经过对比和论证分析确定一个最合适的法律。由于对合理性问题的分析通常受到主观评价的影响，通常认为该合理性问题不能根据已得到的标准来进行评价。但是也需要对最密切联系原则的使用情况进行评估，它一方面能够准确的体现评价结果，一定情况下还可以转化为选择法律的标准和依据。这需要法官用科学的评估标准来进行最密切联系原则的合理化和适用范围规范化。由于判断审判的案件适用法律条文和原则是否合理是一个主观上的意见,而并不是一个客观的存在的衡量和判断，所以，在进行“最密切联系原则”适用时，要考虑其实际应用的语境和情景下的具体情况，要根据是否合理化的相应条件去进行适用。所以理论上应该从三个维度对案件挑选合理化的评估标准与实质基础进行审查：一是审查其做法是否符合国际社会的一般做法,尽量使自己的权规范符合国际社会的认可；二是监测其是否具有规范意图在具体冲突规则中；三

是看其是否与《法律适用法》的立法理念相悖，以及是否体现了法秩序。[11]

虽然我国国际私法立法一直再向前发展，但是将其适用条件和判断方法具体化才是当下亟待解决的问题，也就是在以后的《涉外民事关系法律适用法》司法解释 X 中对该原则的适用加以明确。只有这样，才可以控制法官在司法实践时自由裁量的恣意，保证该原则有效地实施。此外，我们应该认识到运用最密切联系原则是法律论证的过程，所以，应当在立法上设定必要的论证形式和规则，确保适用该原则产生的结果为合理的和可接受的。这样一来，不仅约束了法官，确保判断价值可查。为实现这一点，在案件审理中还要保证选择的法律条例适用最密切联系原则，即可以法官可以选择说理的方式适案件当事人认可最终结果。从本质上看，说理主要是指将法律选择结论得到的结果公之于众来说明一般公众、法律职业共通体和案件当事人等群体对结论表示认可，而并非对法官心理过程进行深入讨论，这也是说理与一般审理的主要区别。[12]

四、结语

2011 年 4 月 1 日，《涉外民事关系法律适用法》在我国开始实施，它是国内首次通过单行立法的立法模式来系统地对我国国际私法规范进行整理，使其现代化。此次的立法借鉴了各国先进的立法理论以及司法实践上的经验，将最密切联系原则作为补充原则，使得我国国际私法在法律选择时体现出公允，重视软化冲突规范,通过多层次，且灵活开放的连结点来选取法律,以实现科学且公正的法律适用结果。

我国正式从立法层面上确立了最密切联系原则，标志着对该原则的研究和探索进入了一个新的阶段，但由于法律制度的不完善和缺乏相关配套司法解释，《涉外民事关系法律适用法》中对最密切联系原则的规定，使得现实中对法律的适用出现了一系列不当问题，使该制度的设立与立法者原意相悖。本人从学者们的论文以及相关书籍中对这些问题进行了分析，针对这些问题和分析，在立法层面上、司法层面上提出了一些解决方案和建议，这些方案和建议包括，对该原则进一步完善立法以便司法中能更好的适用，和解决司法本身存在的几大问题，使得法律适用更具确定性和可预见性。同时以期望我国立法做出进一步规定，使得该原则能发挥出其真正的作用。

参考文献

[1]田洪鋆,张雪媛.失去控制的灵活性:最密切联系原则在我国的适用及反思[J].社会科学线，2019，(8)：218.

[2]田洪鋆.我们究竟需要怎样的灵活性?——对中国最密切联系原则可控性的思考[J].中国国际私法与比较法年刊，2018，23(02)：77.

[3]翁杰.最密切联系原则的司法适用——以《涉外民事关系法律涉外民事关系法律适用

[11]翁杰：《最密切联系原则的司法适用——以<涉外民事关系法律涉外民事关系法律适用法>第 2 条为中心》，载《法律科学》 (西北政法大学学报) 2017 年第 6 期，第 198 页。

[12]翁杰：《最密切联系原则的司法适用——以<涉外民事关系法律涉外民事关系法律适用法>第 2 条为中心》，载《法律科学》 (西北政法大学学报) 2017 年第 6 期，第 199 页。

法》第 2 条为中心[J].法律科学(西北政法大学学报)，2017，35(6)：198—199.

[4]梁艳艳.冲突规则的重构——以美国《第三次冲突法重述》为视角[J].政法论坛，2017，35(4)：153.

[5]田洪鋆.最密切联系理论立法设计的缺陷及完善路径——兼论对我国国际私法立法思路的启示[J].当代法学，2016，(1)：119—120

[6]马志强.最密切联系原则在中国的立法完善——前瞻《民法典》编纂中的涉外篇[J].当代法学，2016(6).

[7]梅傲.论涉外民商事审判中的选法规则[J].当代法学，2016，(2)：112—113.

[8]马志强.正确适用最密切联系原则的理论构想[J].郑州大学学报：哲学社会科学版，2015，(5)：77.

[9]王艺.《涉外合同最密切联系条款下的裁量权滥用及其控制》[J].法商研究，2015，32：158.

[10]叶竹梅.《涉外民事关系法律涉外民事关系法律适用法》中“最密切联系原则”之立法定位[J].甘肃政法学院学报，2014，(3)：113—114.

[11]方杰.最密切联系原则考证[J]. 比较法研究，2013，(2)：111—115.

[12]徐伟功.述评《涉外民事关系法律涉外民事关系法律适用法》——以有限理性和自由裁量权为视角[J].河南财经政法大学学报，2012，(2)：150.

[13]刘仁山.国际私法[M].北京：中国法治出版社，2012.

[14]肖永平.法理学视野下的冲突法[M].北京：高等教育出版社，2008：20—23.

[15]徐东根.国际私法趋势论[M].北京：北京大学出版社，2005：30.

[16]沈涓.合同准据法理论的解释[M].北京：法律出版社，2000：25.

[17]姜明坤.最密切联系在我国的立法地位研究——从密切联系原则的特质角度入手[D].吉林：吉林大学法学学院.2017.

[18]杨雪.我国最密切联系原则司法适用问题研究——借鉴美国经验[D].吉林：吉林大学法学学院.2017.

[19]乔一.最密切联系原则在我国涉外合同领域的范式研究[D].吉林：吉林大学法学学院.2017.

[20]罗小源.试析最密切联系原则在我国的适用的问题[A]. 荆楚学术 2017 年第 7 期（总第十五期）[C].：海归智库(武汉)战略投资管理有限公司，2017：3.

[21]SymeonC. Symeonides.Codification and Flexibility in Private International Law [A].General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law [C].Karen B.Brown David V. Snyder Springer,2011.

[22]WilisL.M.Reese.Choice of law：Rules or Approach[J].Cornell Law Review,Vol57 1971—1972(3).

论墨西哥海外侨胞权保障及其对我国的启示*

李健男，赵丽玉

（暨南大学法学院，广东 广州 510632 ）

摘 要：墨西哥海外侨胞权保障大致经历了严格管控、自由放任、积极保护三个阶段的历史演变，最终实现了根本性的突破。根本性突破的内在逻辑在于对“不干涉原则”的重新定义，以及海外侨胞治理逻辑的深刻转变；根本性突破的法律基础是双重国籍制度的确立。在承认双重国籍的基础上，墨西哥不断完善侨胞权保障组织体系，努力寻求双边和区域合作，不遗余力保护海外侨胞权益，并因此成功将海外侨胞由墨西哥的“资源消耗”转变为“资源收益”。墨西哥的成功经验对于我国侨胞权保障制度的构建具有重要的启示意义。

关键词：墨西哥；海外侨胞权；双重国籍；组织体系；国际合作

On the Protection of the Rights of Mexican Diaspora
and Its Enlightenment to China

LI jian-nan, ZHAO li-yu

（Law school of Jinan University, Guangzhou, Guangdong 510632, China）

Abstract：The protection of the rights of Mexican diaspora has experienced three phases from strict control to a laissez-faire policy and then to active protection, and finally achieved a fundamental breakthrough.The internal logic of the fundamental breakthrough includes the redefinition of the principle of "non-intervention" and the deep shift in the logic of governing of oversea Mexican. The legal foundation for the fundamental breakthrough is the dual nationality legislation. Based on recognizing dual nationality, Mexico has continuously improved the organizational structure and sought bilateral and regional cooperation to serve its diaspora.Through sustained efforts to maintain the rights and interests of Mexican diaspora, Mexico has remarkably transformed its diaspora from "resource drain" to "resource gain". The successful experience of Mexico has great significance to provide guarantee for oversea Chinese.

Key words： Mexico; the rights of diaspora; dual nationality; organization system; international cooperation

我国是移民大国，也是侨务资源大国。党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央对凝聚侨心侨力实现中国梦作出了一系列新的重要部署。2014 年 6 月，习近平总书记在北京会见

* 基金项目：本文系 2017 年度国家社会科学基金重大项目“中国海外侨胞保护的重大法律问题研究”（项目编号：17ZDA143）的成果。

作者简介：李健男，暨南大学法学院教授、博士生导师，研究方向：国际私法、国际法；赵丽玉，暨南大学法学院硕士研究生，研究方向：国际私法。

第七届世界华侨华人社团联谊大会代表时强调：“海外侨胞对实现中国梦有不可替代的重要作用”。中共十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确要求：“依法维护海外侨胞权益”；党的十九大报告进一步明确指出：“广泛团结联系海外侨胞和归侨侨眷，共同致力于中华民族伟大复兴”。国务院印发的《国家侨务工作发展纲要(2016—2020 年)》对加强侨务法治建设、依法维护海外侨胞和归侨侨眷权益提出明确的具体要求。在这一背景下，加强对海外侨胞权保障的研究，探索我国海外侨胞权益保障机制的建立和完善，具有重大的现实意义。鉴于我国有关海外侨胞权保护的理论和实践都处于起步阶段，探讨其他移民大国的相关经验和教训，是一项很有必要的基础性研究工作。

墨西哥是一个移民大国，就目前的情况来看，该国的移民现象有以下几个显著特点：一是移民数量占总人口的比例很高。目前，墨西哥有 1180 万人生活在海外，占墨西哥总人口的 9%，移民数量高居全球第二位。〔1〕二是移民高度集中于美国，且非法居留移民比例很高。墨西哥人移民美国的历史至少可以追溯到 19 世纪中期。据调查，2017 年共有 1160 万海外墨西哥人居住在美国，占美国接收移民总数的 25%，其中有 43%属于非法居留。〔2〕三是移民对国家的经济发展具有重要意义。2018 年，墨西哥侨汇达到了 334 亿美元的历史新高，其中绝大多数（94.2%）汇款来自美国，〔3〕占同时期墨西哥 GDP 比重达到了 3%，〔4〕海外侨民对墨西哥经济发展功不可没。鉴于墨西哥移民的上述特点，如何处理与海外移民（即海外侨胞，以下统称“海外侨胞”）之间的关系，理应成为墨西哥政府慎重处理的重大问题。但实际上，墨西哥政府在这方面也走了很长的弯路。只是从 20 世纪 90 年代开始，墨西哥政府决心改善与海外移民之间的不信任关系，并取得了显著的积极效果，墨西哥也因此成为了其他拉美国家效仿的典范。通过对墨西哥移民政策历史演变的考察，可以发现，墨西哥与海外侨胞之间良性关系的建立得益于墨西哥海外侨胞权的确立以及海外侨胞权保障机制的构建，对此加以研究对于我国海外侨胞权益保护机制的建立和完善具有重要的参考价值。

一、墨西哥侨胞权保障的历史演进

20 世纪以来，墨西哥的移民政策大致经历了三个阶段：一是严格管控阶段（20 世纪 70 年代之前）；二是自由放任阶段（20 世纪 70 年代至 80 年代中期）；三是积极保护阶段（80 年代后期至今）。与此相应，墨西哥侨胞权的保障也大致可以分为以上三个阶段。

（一）严格管控阶段的侨胞权保障

1910 至 1921 年的墨西哥革命和 1926 至 1929 年墨西哥宗教战争期间，大批墨西哥人背井离乡流往美国。基于民族主义立场和巩固政权的需要，墨西哥联邦政府一方面积极呼吁移民返回墨西哥，另一方面采用各种手段阻止国民出境，这些手段包括宣传运动、拒绝向某些职业和

〔1〕International Organization for Migration, World Migrant Report 2020, November 2019, p. 3.

〔2〕Ana Gonzalez-barrera and Jens Manuel Krogstad, What we know about illegal immigration from Mexico, June 28, 2019, Pew Research Center, accessed October 9, 2020, https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/06/28/what-we-know-about-illegal-immigration-from-mexico/.

〔3〕Consejo Nacional de Población, Fundación BBVA y BBVA Research, Anuario de Migración y Remesas México 2019, México: CONAPO, 2019, p. 156.

〔4〕World Bank Group, Annual Remittances Inflows Data (updated as of Apr. 2019), accessed October 9, 2020, https://www.worldbank.org/en/topic/migrationremittancesdiasporaissues/brief/migration-remittances-data.

某些地域的工人发放旅行证件、对遣返给予物质奖励、要求移民首先从事家庭农业，甚至在边境或火车上进行胁迫。〔5〕尽管墨西哥官方明确表示反对移民，斥责移居美国的同胞是祖国的叛徒，甚至通过 1926 年移民法授权当局采取各种打击措施，但都没能阻止人口大规模迁移至美国。在这一阶段，墨西哥与美国之间的移民关系又经历了两次特殊时期，一是 30 年代世界性经济大萧条期间，大约有 40 万墨西哥公民和墨西哥裔美国公民被驱逐出境。〔6〕二是 1942 年美国为解决其本土因二战导致的劳动力短缺问题，与墨西哥签订了“短工计划（the Bracero program）”，允许数百万墨西哥男性到美国工作。该项目在 1964 年被美国单方面叫停，期间共签订 460 万份短期劳动合同。〔7〕在这二十年间，墨西哥政府一直通过与美国签订双边协定的方式严格管控移民。

这一阶段，墨西哥保护侨胞的主要方式是领事保护。1923 年的《墨西哥领事馆组织法》和 1934 年的《墨西哥领事馆组织法条例》（以下统称“1923 年和 1934 年领事法”）明确规定了墨西哥领事馆负有为居住在洛杉矶的大量墨西哥裔工人阶级以及其他墨西哥裔社区的墨西哥裔工人阶级提供服务的职责。在所有这些职责当中，最高的职责就是保护墨西哥国民的利益和权利。墨西哥领事通过组织有关东道国法律的会议、介入民事纠纷和刑事案件、调查死亡情况、审查劳动合同、帮助工人获得工业事故赔偿、向墨西哥裔社区通告那些不履行合同的公司等方式来为墨西哥同胞提供帮助。〔8〕但是，总的来说，这一阶段领事保护能够发挥的作用有限。主要原因在于，无论是墨西哥加入的《哈瓦拉领事条约》还是 1923 年和 1934 年领事法都禁止领事为东道国公民提供协助，而墨西哥领事又常常面临区分墨西哥公民和墨西哥裔美国公民的困难，这就给墨西哥的领事保护带来极大的困扰。

值得一提的是，墨西哥利用“短工计划”，通过双边协议的方式为侨胞争取在工资、待遇和社会福利等方面的公平对待，从而得以在领事保护之外实现了对侨胞权益的保护。不过，这种双边协议的保护方式并非一帆风顺，实际上，自 1948 年以来，美墨两国政府在劳工合同、工资和工作条件的监督方面长期存在分歧。〔9〕

（二）自由放任阶段的侨胞权保障

随着 20 世纪 70 年代新自由主义思潮在拉美的流行，墨西哥开始放松移民管控，逐步取消阻止和打压移民的措施。在这一背景下，1974 年墨西哥颁布了修订后的《总人口法》，该法虽然保留了政府为国家利益限制移民的权力，但其立法目的其实是通过调节人口分布，实现公正和公平地分享社会和经济发展利益的目标。〔10〕因为该法需要解决的就是人口快速增长与就业

〔5〕David Fitzgerald, Inside the Sending State: The Politics of Mexican Emigration Control, International Migration Review 40, no. 2 (Summer 2006), 259-293.

〔6〕Agustín Escobar Latapí and Eric Janssen, Migration, the diaspora and development: The case of Mexico, International Institute for Labour Studies discussion paper, 2006.

〔7〕Bracero History Archive, accessed October 9, 2020, http://www.braceroarchive.org/about.

〔8〕Francisco E. Balderrama, In Defense of La Raza: The Los Angeles Mexican Consulate and the Mexican Community, 1929 to 1936, Tucson, AZ: University of Arizona Press, 1982, p. 6-7.

〔9〕David Fitzgerald, Inside the Sending State: The Politics of Mexican Emigration Control, International Migration Review 40, no. 2 (Summer 2006),259-293.

〔10〕Ley General de Población Artículo 1o, 7 enero 1974.

不充分这一迫在眉睫的挑战，以及由此带来的大量未经审批的人口流动。譬如，一方面，法律要求离开墨西哥的国民证明其是被授权进入另一个国家，而另一方面，实际上这些规定难以实施，这就无异于鼓励墨西哥人避开正式渠道寻找出国机会。〔11〕要真正理解这一点，就必须认识到，当时的墨西哥，较之于行使限制移民的权力，更实际的利益在于促进人口的分散从而与减缓城市化的意愿相一致，最后从逻辑上推断，其效果就是把人口推向墨西哥边境，进而流入美国。〔12〕

随着非法移民数量的增加，如何保护这一部分移民的基本权利成为墨西哥政府必须直面的问题。首先，在政策上，墨西哥政府一直承认移民是一项基本人权。因此，尽管其摆出一种劝阻移民的姿态，但倾向于宽待其非法移民，因为无证件工人不过是在寻求国外就业而已，当然也应该享有基本人权，因此应获得与居住国国民同样的基本保护。〔13〕其次，在实践中，墨西哥政府在 20 世纪 70 年代初期多次尝试恢复“短工计划”，但没有获得成功，因为在美国看来，既然非法移民能够持续满足美国对劳动力的需求，所以没有必要恢复“短工计划”，以免作茧自缚。1974 年 10 月，埃切维里亚总统通知福特总统，墨西哥不再寻求延长短工计划。〔14〕从此之后， 两国政府实际上默认了大规模的无证移民。

美墨两国对墨西哥非法移民的自由放任以及美国的不合作政策引发了严重的边境问题。在美国，边境问题导致了国内反移民情绪的高涨，迫使美国国会于 1986 年通过了《移民改革和控制法案》，旨在控制非法移民、改进移民执法和规范移民管理，并且允许非法移民在符合条件的情况下加入美国国籍。〔15〕两年后，墨西哥也尝到了自由放任的苦果，1988 年选举凸显了执政了 70 年之久的革命制度党与海外公民之间日益疏远的关系，选举本身和政府的公信力受到海外墨西哥裔社区的广泛质疑。〔16〕自由放任政策已经难以维系，一个全新的阶段正在悄然到来。

（三）积极保护阶段的侨胞权保障

墨西哥移民政策的彻底转型以及海外侨胞权逐步确立显然是多种因素的作用结果。首先，如前文所述，自由放任政策难以为继；其次，墨西哥政府希望借助海外侨胞助推与美国签署自由贸易协定。1982 年发生的经济危机促使墨西哥开始谋求实现与美国的经济一体化，以提振墨西哥的经济，这就使得墨西哥政府开始考虑将移民问题与美国贸易协议谈判挂钩，这就亟需得到在美国的侨胞的支持；最后，海外移民的政治影响力和经济潜力上升，也促使墨西哥政府转

〔11〕Francisco Alba and Manuel Ángel Castillo, New approaches tomigration management in Mexico and Central America, Washington, DC: Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2012, p.4.

〔12〕Stephen P. Mumme, Mexican Politics and the Prospects for Emigration Policy: A Policy Perspective, Immigration and Nationality Law Review 3 (1979-1980), 245-272.

〔13〕Stephen P. Mumme, Mexican Politics and the Prospects for Emigration Policy: A Policy Perspective, Immigration and Nationality Law Review 3 (1979-1980), 245-272.

〔14〕David Fitzgerald, Inside the Sending State: The Politics of Mexican Emigration Control, International Migration Review 40, no. 2 (Summer 2006), 259-293.

〔15〕Immigration Reform and Control Act of 1986, Pub. L. 101-238, 103 Stat. 2099.

〔16〕Jorge Durand, From Traitors to Heroes: 100 Years of Mexican Migration Policies, Migration Information Source, March 1, 2004, accessed October 9, 2020, https://www.migrationpolicy.org/article/traitors-heroes-100-years-mexican-migration-policies.

变原先消极和被动的移民政策。据统计，1990 年墨西哥侨汇流入金额突破 30 亿美元，〔17〕成为墨西哥重要的外汇来源。

基于上述因素，自上个世纪 80 年代中期以后，墨西哥的历届政府都采取了积极措施，墨西哥海外侨胞权得以逐步确立，一系列保障侨胞权的机制也逐渐完备起来。萨利纳斯政府（Carlos Salinas de Gordari，1988-1994）为争取海外侨胞对墨西哥参加北美自由贸易区的支持，主动采取措施修复政府与侨胞之间的不信任关系，包括在 1989 年启动“同胞”方案（Program Paisano）以便利侨胞返回原籍地，以及在 1990 年出台海外墨西哥裔社区方案（Programa para las Comunidades Mexicanas, PCME）。〔18〕在塞迪略总统任期内（Ernesto Zedillo Ponce de Leon，1994-2000），海外侨胞权的保障更是上升到了宪法层面，取得外国国籍即自动丧失墨西哥国籍的宪法条款被废除，不仅为海外侨胞参加国内选举投票铺平了道路，而且为侨胞权的确立奠定了宪法基础。到了福克斯执政时期（Vicente Fox Quesada, 2000-2006），墨西哥政府对海外侨胞权的保障达到了空前的高度。2000 年竞选期间，福克斯在多次访美中将海外侨胞称作“墨西哥的英雄”，公开承认侨民的努力和成就。〔19〕为实现《国家发展计划 2001-2006》中提出的“加强墨西哥关于移民流动和迁徙的主权决定，并向在国外旅行或居住的国民提供和寻求有尊严的待遇”的目标，〔20〕福克斯政府对内整合原有资源组建了三个专门机构（IME、CNCME 和 CCIME）协作推行海外侨胞政策，〔21〕对外将移民问题的全面解决列为美墨双边谈判议程中的优先事项，〔22〕并在任期内持续努力寻求与美国的合作。这些举措全面推进了墨西哥侨胞权保障的制度化和体系化，从而使墨西哥海外侨胞权的保障政策与措施保持了延续性和稳定性。

二、墨西哥侨胞权保障根本性突破的内在逻辑与法律基础

（一）根本性突破的内在逻辑

历经三个阶段的演变，墨西哥侨胞的身份实现了从“叛徒”到“英雄”的嬗变，墨西哥侨胞权的保障也实现了根本性的突破。这一根本性突破的内在逻辑主要在于以下两个方面：一是重新定义不干涉的外交原则，海外侨胞权的保障不再视为是不可干涉的他国内政，而是一项跨国性的本国行政管理事项；二是重新构建国家与海外侨胞的关系，并在此基础上重构海外侨胞的治理逻辑，将侨胞视为墨西哥海外事务的参与主体，而不仅仅是政府行政管理的客体。

---

〔17〕World Bank Group, Annual Remittances Inflows Data (updated as of Apr.2019), accessed October 9, 2020, https://www.worldbank.org/en/topic/migrationremittancesdiasporaissues/brief/migration-remittances-data.

〔18〕Robert C. Smith, Diasporic Memberships in Historical Perspective: Comparative Insights from the Mexican, Italian and Polish Cases, International Migration Review 37, no. 3 (Fall 2003), 724-759.

〔19〕Robert C. Smith, Diasporic Memberships in Historical Perspective: Comparative Insights from the Mexican, Italian and Polish Cases, International Migration Review 37, no. 3 (Fall 2003), 724-759.

〔20〕Plan Nacionalde Desarrollo 2000-2006, México presidencia de la república, p.132.

〔21〕Jorge I. Domínguez and Rafael Fernández de Castro, The United States and Mexico: Between Partnership and Conflict , Routledge, 2009, p.197.

〔22〕1930 年，墨西哥时任外交部长艾斯特拉达在新政府承认问题上表示，承认本身构成对一国主权侵犯，并意味着其他政府可以对一国的内部事务作出某种判断，墨西哥将避免作承认或不承认的意思表示。See Jorge G. Castañeda, Los ejes de la política exterior en México, 1 Diciembre 2001, nexos, accessed October 9, 2020, https://www.nexos.com.mx/?p=10240.

1.“不干涉原则”的重新定义

不干涉内政原则（non-intervention）是国际法的一项基本原则，被认为是弱小国家对抗强权保护自身主权的有力武器。墨西哥在历史上曾遭受过美国等国家的入侵，向来特别重视重视并严格执行不干涉原则，即便对于政府承认也是如此。〔23〕正是通过不干涉他国内政以换取他国不干涉墨西哥内政这一理念和实践，墨西哥得以保护自身免受外国的干预和威胁。1988 年，墨西哥正式将不干涉写入本国宪法，〔24〕规定总统在执行外交政策时应遵守包括不干涉在内的七项原则。〔25〕

按照墨西哥传统的主权观点，移民一旦进入美国，就受美国的管辖，会受到怎样的对待，属于美国主权范围内的问题。因此，传统主权观念下，不干涉规范禁止墨西哥直接就墨西哥在美国的移民制定外交政策，因为这会干涉美国的管辖权。〔26〕一方面，墨西哥如果插手美国对其移民的政策，有可能导致美国反过来对墨西哥事务采取类似的干涉行为。另一方面，护侨政策是一国行政管理职能在他国领土的延伸，政策的跨国性限制了墨西哥政府采取行动的能力。而且，侨胞保护行动一旦影响美国某些群体利益而激起大范围的消极情绪，反而对海外侨胞不利。因此，墨西哥在很长的一段时间内，甚至没有尝试介入美国对墨西哥移民的政策。可见，如果不能从观念上破除刻板的不干涉原则的禁锢，要想实现海外侨胞权保障的根本性突破，就是一句空话。

墨西哥严格的不干涉主张很大程度上是为了避免引发他国对其国内事务的干涉。但是到了 1990 年代，墨西哥外交政策的主题变为外交“经济化”以及与美国的一体化。不干涉的概念已经不符合萨利纳斯政府时期发展起来的进一步开放和融入世界经济的政策趋势。〔27〕实际上，上世纪 90 年代中期，墨西哥的外交实践开始以不那么绝对的方式在外交上运用不干涉原则，最明显的例子是墨西哥在《北美自由贸易协定》（NAFTA）谈判中对美国国会所进行的广泛的立法游说。1993 年到 1994 年间，墨西哥雇佣了令人印象深刻的一系列公关公司、政治咨询公司和律师事务所，努力确保 NAFTA 谈判成功并作为美国法律付诸实施。如果基于传统的绝对的主权观念，墨西哥理应避免为了 NAFTA 的通过而干预美国的立法过程、游说美国的立法者，因为游说美国国会显然违反了传统主权观念下的不干涉原则。正是在这个意义上，墨西哥迈出游说美国立法者的这一步，标志着墨西哥在主权观念上的重大转折。〔28〕这一重大转折的法理基础应该是：尽管某一事项属于他国的内政，但只要这一事项与本国的利益息息相关，那么他国对于这一事项的管辖权就不是绝对的，本国的适当介入就不能解释为违反了不干涉原则。具体到墨

〔23〕Estrada Doctrine of Recognition[J]. The American Journal of International Law,1931,25(4).

〔24〕Alonso G6mez-Robledo Verduzco, Mexican Foreign Policy: Its Fundamental Principals, MEX. L. REv. No. 3, (2005), http://info8.juridicas.unam.mx/cont/mlawr/3/arc/arc5.htm#IX.

〔25〕Political Constitution of the United Mexican States, Article 89-X.

〔26〕Ernesto Hernandez-Lopez, International Migration and Sovereignty Reinterpretation in Mexico, California Western Law Review 43, no. 1 (Fall 2006), 203-234.

〔27〕 Jorge Chabat, Mexico's Foreign Policy in 1990 : electoral sovereignty and intergration with the united states, 1991.

〔28〕Ernesto Hernandez-Lopez, International Migration and Sovereignty Reinterpretation in Mexico, California Western Law Review 43, no. 1 (Fall 2006), 203-234.

西哥游说美国立法者通过 NAFTA 这一做法，其正当性在于，NAFTA 对于墨西哥的经济来说，有着巨大的潜在利益，所以墨西哥政府将 NAFTA 的实施视为国内关切事项，尽管这么做意味着实质性地介入美国立法。〔29〕基于这一逻辑，墨西哥海外侨胞对于墨西哥来说不光具有经济利益，而且还有政治和文化利益，那么在有关侨胞权益保障领域，同样可以重新定义不干涉原则。由于海外侨胞涉及到墨西哥的国内利益，实施保护海外侨胞的外交政策就不属于对美国国内事务的干涉。不干涉仍然是墨西哥对外政策的宪法性原则，但该原则已经不再严格地约束政府在侨胞保护方面的跨国性行动。

“不干涉原则”的重塑为墨西哥政府突破海外侨胞权保护与不干涉原则遵守之间的两难提供了正当性解释，大大拓展了墨西哥政府保护海外侨胞权的空间和方式。就领事保护来说，对海外侨胞保护的力度大大加强。《墨西哥领事注册条例》规定，只要是墨西哥人，不论其在其居住国的移民身份如何，均有权在与其住所相对应的领事馆进行登记从而获得领事保护，〔30〕这就意味着墨西哥不再将海外侨胞仅仅视为驻在国管辖下的移民。美国在 911 事件之后加强了移民安全审查，针对这一新情况，墨西哥政府加大了领事身份证（Matrícula Consular）的推广力度，并促使美国公私机构在广泛的领域接受了该证件。墨西哥领事身份证的有效期为 5 年，初次申请只需要提供照片、墨西哥国籍证明文件和现住址证明材料。〔31〕目前此卡可在美国用于开设金融机构账户、获得个人纳税人识别号（ITIN）、申请驾驶执照或用于执法目的的身份证明。据墨西哥驻美国大使馆统计，截至 2013 年 8 月，有超过 371 个郡、356 个金融机构和 1036 个警察部门接受了该卡作为身份的有效证明。〔32〕墨西哥的领事身份证制度为其侨胞在驻在国的生活提供了极大的便利，大大拉近了墨西哥与其海外侨胞的距离，这一做法为许多拉美国家所效仿。〔33〕

侨胞治理逻辑的深刻转变

对于一种客观存在的现象，不同的视角会形成不同甚至截然相反的认识，进而构成不同甚至截然相反的关系。墨西哥政府之所以能够在上个世纪 80 年代末开始在海外侨胞权保护方面实现了根本性的转折，除了对不干涉原则的重新认识以外，还有一个重要因素就是根本性地改变了对海外侨胞价值的认识，进而重塑其与海外侨胞的关系，并在此基础上重塑了海外侨胞的治理逻辑。长期以来，墨西哥政府将海外墨西哥人视为一种“资源消耗”，所以也就能理解为什么墨西哥政府先是严格管控甚至阻止移民，不成之后继而放任自由并在侨胞权保护方面消极不作为。20 世纪 70 年代末期之前，在墨西哥国内，上至政府官员，下至街头民众，都把移民美国

〔29〕Ernesto Hernandez-Lopez, International Migration and Sovereignty Reinterpretation in Mexico, California Western Law Review 43, no. 1 (Fall 2006),203-234.

〔30〕Reglamento De Matrícula Consular, Artículo 3 Poder Ejecutivo Secretaria De Relaciones Exteriores.

〔31〕Consulado General De México En Nueva York, Matrícula consular, 4 Enero 2020, accessed May 16,2020, https://consulmex.sre.gob.mx/nuevayork/index.php/espanol/servicios-consulares/matricula-consular.

〔32〕National immigration law center, Basic Facts about the Matrícula Consular, December 2015, accessed October 9, 2020, https://www.nilc.org/wp-content/uploads/2015/11/Basic-Facts-about-the-Matricula-Consular.pdf.

〔33〕Andorra Bruno and K. Larry Storrs, Consular Identification Cards: Domestic and Foreign Policy Implications, the Mexican Case, and Related Legislation, CRS Report for Congress, Updated May 26, 2005, p.1.

的侨胞视为“叛徒”。〔34〕在这种极端的甚至可以说是敌视的态度下，不可能在母国与海外侨胞之间构建正常的关系，也难以动员海外侨胞的力量助推母国的发展。现实也是如此，在相当长的一段时期，墨西哥在美国的侨胞只能痛苦地难堪地看着自己的祖国处于持续贫困之中而无能为力。直到上个世纪 70 年代末，墨西哥政府才开始反思与海外侨胞的关系，那些战略思想家们开始把在美国的侨胞视为“资源收益（resource gain），而不是资源消耗（resource drain）”。〔35〕

与此相联系，一系列观念上的变化为侨胞治理逻辑的深刻变化提供了理论和思想准备，这些变化包括：第一，侨胞身份从祖国的“背叛者”转变为国家的“英雄”。在一次著名的演讲中，福克斯总统将海外侨胞称之为“2300 万亲爱的墨西哥英雄，2300 万在美国生活和工作的墨西哥人”。第二，移民不再是问题而是机会。福克斯总统在 2001 年断言“移民不是问题，对于两国来说都是机会”。第三，国家被重新定义为一个涵盖海外公民的超越领土限制的存在。为此，福克斯总统自豪地宣称他是第一位为 1.18 亿墨西哥人执政的总统，其中 1 亿人在墨西哥国内，1800 万生活在国外。〔36〕上述观念的变化为墨西哥侨胞治理逻辑的变革扫平了道路，新的治理逻辑的核心就是：侨胞是治理的活跃主体，必须以侨胞为中心构建治理体系。〔37〕这就要求在重构国家与海外侨胞的关系的全过程中，国家必须首先尽到保护海外侨胞的职责，以重新获得侨胞对祖国的认同和信任，在此基础上才能扭转“资源消耗”，实现“资源收益”。墨西哥政府正是基于这一逻辑，一方面加紧实施侨胞保护战略，另一方面引导侨资向墨西哥流动，助力墨西哥经济发展。

在引导侨资向墨西哥流动助力墨西哥经济发展方面，墨西哥政府通过降低侨汇汇款成本和鼓励在本土投资置业等一系列举措，加强海外侨胞与本土的经济联系：实施“直达墨西哥”（Directo a México）项目，实现了美国联邦储备银行与墨西哥银行付款系统的互联互通，大大提升了资金流动的便利化程度；〔38〕推出“你的墨西哥住房”（Tu Vivienda en México）项目，墨西哥政府不仅提供最高可达房屋价值 90%的信贷额度，而且还允许海外侨胞授权国内的家庭成员办理相关手续，大大提升了海外墨西哥侨胞在墨西哥购置住房的积极性；〔39〕推广“你的土地，同胞投资”计划（Paisano invierte en tu tierra），汇款与墨西哥农业转型与发展直接挂钩，鼓励海外侨民成为墨西哥农业发展的直接参与者。〔40〕

（二）根本性突破的法律基础

〔34〕Rubin Patterson, Transnationalism: Diaspora-Homeland Development, Social Forces 84, no. 4 (June 2006), 1891-1908.

〔35〕Rubin Patterson, Transnationalism: Diaspora-Homeland Development, Social Forces 84, no. 4 (June 2006), 1891-1908.

〔36〕Rahel Kunz, The Discovery of the Diaspora, International Political Sociology 6, no. 1 (2012),103-107.

〔37〕Rahel Kunz, The Discovery of the Diaspora, International Political Sociology 6, no. 1 (2012),103-107.

〔38〕Instituto de los Mexicanos en el Exterior, Directo a México, 2016, accessed October 9, 2020, https://www.gob.mx/ime/acciones-y-programas/directo-a-mexico-59159.

〔39〕Secretaría de Gobernación, Tu Vivienda en México, 2017, accesed October 9, 2020,https://www.gob.mx/ime/acciones-y-programas/tu-vivienda-en-mexico.

〔40〕Instituto de los Mexicanos en el Exterior, Sácale provecho a tus Remesas, 2016, https://www.gob.mx/ime/acciones-y-programas/inversion-de-remesas-en-proyectos-productivos-y-empresariales.

侨胞权的保护，既涉及国际关系，也涉及国内关系。就国际关系来说，必然涉及他国的属地管辖权和/或者属人管辖权，特别是对于已经加入或已经取得所在国国籍的侨胞的保护，很可能引发有关国际法依据的争议；就国内关系而言，涉及到海外侨胞与国内国民之间的利益平衡，特别是对于那些已经加入或者取得所在国国籍的侨胞，是否应该享受以及如何享受国内国民的待遇，很可能存在有关正当性的争议。对此，一个较为有效且经由国内法就能解决的方案，就是承认双重国籍。墨西哥政府采取的就是这一路径。1997 年 3 月 20 日，墨西哥修正了宪法第 37 条第一款，有关"任何人因出生而获得的墨西哥国籍不受剥夺"的规定奠定了墨西哥承认双重国籍的宪制基础，〔41〕不仅为墨西哥海外侨胞权的保障提供了国内法基础，而且还在相当程度上扫清了国际法上的障碍。

双重国籍制度的主要内容

第一，取得"国籍"并不意味具有"公民"身份。《墨西哥宪法》第 30 条、第 34 条分别对"国籍"和"公民"做出了规定。获得墨西哥国籍有两种途径：一是因出生而获得墨西哥国籍，二是因归化入籍而获得墨西哥国籍。〔42〕而获得墨西哥公民身份需要满足三个条件：一是拥有墨西哥国籍，二是年满 18 周岁，三是拥有诚信的生活方式。〔43〕拥有墨西哥公民身份是获得选举和被选举权以及参军权等政治权利的基础，这就意味着侨胞并非理所当然拥有墨西哥"公民"权利。

第二，国籍的取得兼采出生地主义和血统主义。墨西哥宪法规定，无论父母的国籍如何，出生在墨西哥国内（包括在军用、民用船舶和航空器内）的人均可获得墨西哥国籍；出生在墨西哥国外且其父母一方或双方是因出生或者因归化入籍而获得墨西哥国籍的，也可以获得墨西哥国籍。

第三，单向承认双重国籍。墨西哥宪法第 37 条有关"任何人因出生而获得的墨西哥国籍不受剥夺"的规定表明，只要出生时取得了墨西哥国籍就永远拥有墨西哥国籍，即便以后加入了他国国籍。而对于他国国民归化入籍者，申请外交部的入籍批准文件，必须提交放弃原有国籍并加入墨西哥国籍的意愿声明书。〔44〕可见，墨西哥的双重国籍制度是仅承认因出生而获得墨西哥国籍的人所获得的他国国籍，也即单向承认双重国籍。

2. 双重国籍制度的推动因素

墨西哥双重国籍制度的改革是内外因素共同作用的结果，内部因素主要是墨西哥海外侨胞的强烈呼吁和墨西哥政府政治诉求的需要，外部因素主要是美国移民制度变革和反移民浪潮的兴起。

第一、内部因素的推动。首先，不承认双重国籍使海外侨胞陷入了两难境地，要求承认双重国籍的呼声日益高涨：一方面，如果放弃墨西哥国籍，则意味着放弃既得的合法利益。比如，根据墨西哥宪法的“限制区条款”，外国人不能在墨西哥边境 100 公里以内以及海岸线 50 公里以内拥有房产，〔45〕这就意味着一旦侨胞加入美国国籍，其在墨西哥边境的财产将被没收。又

〔41〕Political Constitution of the United Mexican States, Article 37.

〔42〕Political Constitution of the United Mexican States, Article 30.

〔43〕Political Constitution of the United Mexican States, Article 34.

〔44〕Ley De Nacionalidad, Artículo 19.

〔45〕Political Constitution of the United Mexican States, Article 27.

如，墨西哥外商投资法对外国人在国内经济活动设有准入限制和持股比例要求，〔46〕这又意味着如果放弃墨西哥国籍势必增加侨胞在墨西哥投资的障碍和成本。另一方面，放弃加入美国国籍又导致绝大部分墨西哥侨胞因为没有美国国籍，在美国的生活和工作得不到保障。〔47〕另外，海外侨胞的后代因为出生在美国而获得美国国籍，由于不能同时获得墨西哥国籍，导致父母与孩子国籍不统一，一旦父母被美国当局遣返，就会造成亲子分离的人伦惨剧。其次，不承认双重国籍使得海外侨胞难以发挥墨西哥政府所期望的对于美国相关政策的政治影响力。如果墨西哥侨胞拥有美国和墨西哥双重国籍，就可以作为美国公民参加美国选举，并影响美国的移民政策，从而实现侨胞权益和国家利益的双赢局面。

第二、外部因素的推动。1986 年美国《移民改革和控制法案》（IRCA）旨在对移民进行控制，但同时也为非法移民合法化提供了出路，非法移民在符合条件的情况下可以加入美国国籍，墨西哥政府因此看到了通过双重国籍制度改革引导海外侨胞加入美国国籍的前景。而美国反移民浪潮的兴起则促使墨西哥政府痛定思痛，加快了通过修正宪法承认双重国籍的步伐。1994 年，美国加利福尼亚州通过了 187 提案，否定了非法移民在该州接受教育、医疗保障等诸项权利，并激发了美国国内反移民的浪潮。虽然该提案后来被联邦最高法院判定违宪，〔48〕但也促使墨西哥政府意识到通过立法消除侨胞加入美国国籍的法律障碍，保障侨胞在美国的合法权利的紧迫性。

3. 双重国籍制度对于侨胞权保护的意义

首先，在双重国籍制度之下，海外墨西哥侨胞在墨西哥国内的权利不再是没有国内法基础的权利，而是一种作为墨西哥人的宪法权利，所有流散海外的墨西哥人都成为了侨胞保护的对象，无论其是否取得海外居留身份。其次，双重国籍制度允许持有外国国籍的侨胞同时保留墨西哥国籍，意味着海外墨西哥人在加入他国国籍后，依然能够继续保有他们在墨西哥的财产利益，实现了国内和海外墨西哥人在经济利益上的平等。最后，在双重国籍制度这一法律基础之上，墨西哥开始了一系列侨胞权保障的探索之旅。比如，1996 年墨西哥全面开展选举制度改革，2005 年海外侨胞正式获得总统选举的投票权。〔49〕根据《墨西哥选举制度和程序通则》第 329 条的规定，海外侨胞参与选举可以通过邮寄方式投票，也可以在领事馆进行投票，〔50〕投票方式的便利点燃了海外侨胞的政治参与热情，越来越多的海外侨胞积极地行使投票权。在 2005 年-2006 年的选举中，只有 40876 名海外侨胞参与投票，在 2011 年-2012 年的选举中，投票人数增加到了 59115 名，而在 2017 年-2018 年的选举中，投票人数激增到 181873 名。〔51〕

〔46〕Moore Stephens Mexico, Doing business in Mexico 2017, January 2017, p.21.

〔47〕Jorge A. Vargas, Dual Nationality for Mexicans-A Comparative Legal Analysis of the Dual Nationality Proposal and Its Eventual Political and Socio-Economic Implications, Chicano-Latino Law Review 18(1996),1-58.

〔48〕California: Proposition 187 Unconstitutional, Migration News Volume 4 Number12, December 1997, accessed October 9, 2020, https://migration.ucdavis.edu/mn/more.php?id=1391_0_2_0.

〔49〕Roger Waldinger and Thomas Soehl, The Bounded Polity: The Limits to Mexican Emigrant Political Participation, Social Forces 91, no. 4 (February 2013),1239-1266.

〔50〕Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Art. 329.

〔51〕Instituto Nacional Electora, Voto de los mexicanos residentes en el extranjero, accessed October 9, 2020, http://www.votoextranjero.mx/web/vmre/historico.

三、墨西哥侨胞权保障的组织结构

（一）国内的组织结构

在墨西哥，侨胞权保障工作由州和联邦具有移民管理职责的机构负责。作为联邦制国家，各州都有隶属州政府的海外移民事务机构。但是，移民政策应该保持全国范围内的一致性，为此，墨西哥成立了全国移民事务协调处（Coordinación Nacional de Oficinas Estatales de Atención a Migrantes，CONOFAM）负责协调各州的移民事务。该机构在墨西哥的 29 个州政府中都有代表，职责是保护墨西哥境内外移民，为移民提供适当的服务。〔52〕

在联邦层面，墨西哥海外社区全国委员会（Consejo nacional para las comunidades mexicanas en el exterior, CNCME）负责协调墨西哥政府内部有关海外移民事务的机构运转与政策运行。委员会由联邦行政首长领导，由外交部长等九位部门首长组成，不提供咨询、不推荐或制定行动指南或方案，但拥有建议权，相关政府机构在执行政策时必须对其建议加以考虑。〔53〕

主管移民事务的政府部门主要是外交部（Secretaría de Relaciones Exteriores, SRE）及其下设机构。其他政府部门如教育部、卫生部则在其职责范围内配合外交部开展相关工作。例如隶属于内政部（Secretaría de Gobernación，SEGOB）的国家移民办公室（Instituto Nacional de Migración, INM）主要管理移入墨西哥的移民事务，也涉及部分归侨、被遣返侨胞安置等海外侨胞事务。外交部涉及海外移民事务的下设机构众多，主要包括海外墨西哥人保护总局（Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior）、领事服务总局（Dirección General de Servicios Consulares）、海外墨西哥人办公室（Instituto de los Mexicanos en el Exterior, IME）。

外交部下设的海外墨西哥人办公室（IME）在移民政策的设计、运行和实施方面发挥着最重要的作用。该办公室的主要工作包括收集来自墨西哥裔社区成员、组织和咨询机构的提案和建议，加强侨胞同墨西哥的联系，帮助侨胞融入当地社会。〔54〕值得一提的是，IME 还牵头成立了海外墨西哥人办公室咨询委员会（Consejo consultivo del Instituto de los Mexicanos en el exterior, CCIME）。CCIME 是一个多元化、无党派的咨询机构，由美国和加拿大海外侨胞代表和拉美组织代表等成员组成，旨在调研分析海外墨西哥裔社区面临的问题、挑战和机遇，并向政府提出相关建议，供墨西哥政府决策参考。〔55〕

（二）海外领事网络

墨西哥海外移民法律和政策主要通过驻外使馆和领事馆实施。截至 2019 年年底，墨西哥在全球共有 150 个代表机构，其中有 80 个大使馆，67 个领事馆（其中有 51 个位于美国、6 个位

〔52〕Coordinación Nacional de Oficinas Estatales de Atención a Migrantes, accessed October 9, 2020, http://www.cursosinea.conevyt.org.mx/cursos/oh/recursos/directorio/dir6.htm#subir.

〔53〕Acuerdo por el que se crea el Consejo Nacional para las Comunidades Mexicana en el Exterior 8 agosto 2002, Artículo 3.

〔54〕Decreto por el que se crea el Instituto de los Mexicanos en el Exterior, con el carácter de órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el, 16 abril 2003.

〔55〕Instituto De Los Mexicanos En El Exterior Consejo Consultivo 14 abril 2011, Artículo 4.

于加拿大）以及 3 个办事处。[56] 领事馆在周六、周日仍然正常办公，以方便海外侨胞随时获得领事服务。[57] 同时，墨西哥还在教堂、学校等墨西哥裔社区机构设有流动领事馆，以方便那些远离领事馆的墨西哥裔社区获得领事服务。更值得称道的是，墨西哥甚至还把流动领馆设在车内，即所谓的“车轮上的领事馆”。

墨西哥驻外领事馆的领事保护服务范围广泛，海外侨胞可以通过阅览领事保护程序指南（Guía de procedimientos de protección consular）获取服务项目信息和服务流程。除了常规的领事保护之外，领事馆还提供一些比较特殊的领事服务，如海外寻人、向墨西哥运送侨胞遗体、重病患者的遣返与弱势群体的遣返等。[58]

近年来，墨西哥着力提升领事服务的智能化与便利化。比如，开发运行了海外墨西哥人注册系统（SIRME，Sistema de registro para los mexicanos en el exterior），该系统便于紧急情况下通过人员定位开展保护工作，并通过电子邮件和社交网络向登记注册的侨胞及时发送通知、警报和具体建议，指引紧急情况下可以求助的领事代表处，提供相关指南和旅行警报链接。[59] 除了该系统之外，墨西哥人信息和援助中心（Centro de Información y Asistencia a Mexicanos, CIAM）也可以为海外侨胞提供可靠、便捷的服务。该机构的特色和优势在于，它有一只训练有素的专业团队，通过墨西哥在美国的领事馆，每天 24 小时为海外侨胞提供人性化、专业化的服务和响应，不仅提供有关美国移民措施的最新信息和各方面的法律建议，而且还开展信息讲习班、社区论坛、法律会议等各种活动。[60]

（三）海外墨西哥裔社区和组织

墨西哥政府非常重视动员和引导海外侨胞通过社区和侨胞组织保护自己的权益，并将社区和侨胞组织纳入到领事服务与保护网络，取得了良好的效果。从 1990 年海外墨西哥裔社区方案（PCME）开始，移民社区一直是领事网络开展活动的落脚点，领事服务和保护的触角和覆盖范围因此得以大大延伸。例如从 2001 年起，墨西哥领事网络与墨西哥裔社区合作开展了社区广场项目（The Plazas comunitarias），为 15 岁以上尚未完成基础教育的墨西哥侨胞提供识字、小学及中学教育服务。[61]

---

〔56〕Secretaría de Relaciones Exteriores, México en el mundo, accessed October 9, 2020, https://www.gob.mx/gobierno/mexico-en-el-mundo.

〔57〕Secretaría de Relaciones Exteriores, ¿Sabes qué son los Consulados Móviles y Sobre Ruedas?,2016,accessed October 9, 2020, https://www.gob.mx/sre/articulos/sabes-que-son-los-consulados-sobre-ruedas.

〔58〕Secretaría de Relaciones Exteriores, Folletos - Servicios de protección consular, 20 diciembre 2019,accessed October 9, 2020, https://www.gob.mx/sre/documentos/folletos-servicios-de-proteccion-consular?idiom=es.

〔59〕Secretaría de Relaciones Exteriores, Sistema de Registro para Mexicanos en el Exterior, accessed October 9, 2020, https://sirme.sre.gob.mx/.

〔60〕Instituto de los Mexicanosen el Exterior, Centro de Información y Asistencia a Mexicanos (CIAM),22 febrero 2017, accessed October 9, 2020, https://www.gob.mx/ime/prensa/centro-de-informacion-y-asistencia-a-mexicanos-ciam-96934?idiom=es.

〔61〕United States of America, UNESCO Institute for Lifelong Learning, Plazas Comunitarias,29 April 2016, accessed October 9, 2020, https://uil.unesco.org/case-study/effective-practices-database-litbase-0/plazas-comunitarias-united-states-america.

侨胞组织是墨西哥海内外文化联系的纽带和社会资本流动的桥梁。一方面，侨胞组织通过营造一种超越直接家庭关系身份的氛围，为在美国出生的年轻一代墨西哥人提供了一种与祖先故土更深层次的连结。墨西哥侨胞组织以家乡协会为主，这样更能拉近侨胞与祖国的情感距离，如位于美国宾夕法尼亚州的瓜纳华托之家（Casa Guanjiato）就是在墨西哥瓜纳华托政府的资助下成立的。〔62〕另一方面，侨胞组织可以整合墨西哥侨胞的经济资源，为墨西哥本土经济发展服务。由墨西哥社会发展部负责的 3x1 计划（Programa 3x1 para Migrantes）就是联邦政府、州政府与侨胞组织合作整合侨胞经济资源助推墨西哥国内经济发展的典范。该计划的模式是通过州政府、联邦政府的资金配套，吸引海外侨胞组织整合的资金，用以支持墨西哥社会基础设施、社区服务以及教育等项目建设，促进墨西哥当地的经济转型和发展，其中海外侨胞社会组织和联邦政府各承担 25%的资金比例，州政府承担 50%的资金比例，〔63〕截止至 2017 年 1 月，该计划已经支持了 8000 多个项目。〔64〕

四、墨西哥侨胞权保障的国际合作

（一）与美国的双边合作

基于美墨间不对称的依存关系，墨西哥的侨胞权保护常常受制于美国的移民政策。在“短工计划”终止之后，墨西哥一直希望两国放弃互相指责、重启双边移民协议谈判。福克斯政府与布什政府加强了对话并启动了双边谈判。2001 年，一个墨西哥-美国移民问题小组提交《墨西哥-美国移民：共同责任》，提出在共同责任原则下“使美国墨西哥移民关系逐渐成为一种真正的伙伴关系”。〔65〕但 911 事件后美国移民政策紧缩，改变了双边移民的议程。不过，墨西哥没有放弃争取改善移民待遇的双边谈判。美国方面坚持认为移民政策是美国政府决定的国家主权问题，墨西哥与美国之间非对称关系导致两国在宏观移民政策上利益分歧严重。

但近年来，美墨两国都在对抗来自中美洲的人道主义和其他移民的大规模混合流动，而且两国的庇护系统都难以满足激增的保护请求。事实上，美国和墨西哥长期以来一直是这些问题上的合作伙伴，两国在移民问题上的结构性关系随着时间的推移也变得更加紧密，虽然国内情况不完全一样，但比以往任何时候都要相似得多。〔66〕众多微观层面的双边合作项目，仍然有效保障部分弱势墨西哥移民的权益。由于许多海外侨胞因其非法身份问题被遣返，为了规范遣返活动和安置被遣返人员，近年来墨西哥政府开展了各种工作，保障被遣返人员在途权益。墨西

〔62〕Acerca De Casa Guanajuato, accessed September 23,2020, https://www.casagks.org/acerca-de.

〔63〕Secretaría de Bienesta, Programa 3x1 para Migrantes, 2017, accessed October 9, 2020, https://www.gob.mx/bienestar/acciones-y-programas/programa-3x1-para-migrantes.

〔64〕Secretaría de Bienestar, Fortalece la Sedesol el Programa 3x1 para Migrantes, lazo entre personas, familias y comunidades, 2017, accessed October 9, 2020, https://www.gob.mx/bienestar/prensa/fortalece-la-sedesol-el-programa-3x1-para-migrantes-lazo-entre-personas-familias-y-comunidades.

〔65〕The U.S.-Mexico Migration Panel, Mexico-U.S. Migration: A Shared Responsibility, 2001, accessed October 9, 2020, https://carnegieendowment.org/pdf/files/M%20exicoReport2001.pdf.

〔66〕Andrew Selee, Silvia E. Giorguli-Saucedo, Ariel G. Ruiz Soto and Claudia Masferrer, Investing in the Neighborhood: Changing Mexico-US Migration Patterns and Opportunities for Sustainable Cooperation, Migration Policy Institute Report, Septermber 2019, p. 30.

哥外交部和内政部与美国国土安全部加强了两国在遣返政策执行小组（RESPECT）的框架内的合作。截止至 2017 年底，墨西哥和美国当局续签了 26 项地方遣返安排，为遣返人员提供领事援助和保护。[67]

（二）与拉丁美洲国家间的区域协作

尽管各国在能力和动机上存在差异，在区域团结和统一的思想的推动下，拉丁美洲国家之间的侨民参与的实践和政策趋于一致。2011 年在美国芝加哥举办的拉丁美洲健康周（the Latin American Health Weeks）等活动反映了墨西哥在侨民问题上与其他拉丁美洲国家发展伙伴关系的努力。[68] 在特朗普政府极端保守的移民政策和增加关税的威胁下，墨西哥不得不配合打击非法移民。因此，与其他拉丁美洲国家采取共同行动，以应对日益收紧的美国移民政策，成为墨西哥保障在美国侨民权益的突破口。2017 年，面对奥巴马时期的“抵美儿童暂停遣返计划（Deferred Action for Childhood Arrivals，DACA）”被美国政府终止的困境，墨西哥、萨尔瓦多、危地马拉和洪都拉斯组成中美洲北部三角和墨西哥驻美国领事协调小组（Grupos de Concertación de Cónsules del Triángulo Norte de Centroamérica y México en Estados Unidos，TRICAMEX），先后与美国当局进行了五次会议和开展了三项预防性保护活动。[69]

五、墨西哥侨胞权保障对我国的启示

自从 20 世纪 80 年代末期以来，历届墨西哥政府在侨胞权保障方面可谓不遗余力：在宏观层面，在突破不干涉原则的观念误区，实现侨胞治理逻辑深刻变革的前提之下，通过宪法修正案承认双重国籍，奠定了侨胞权保护的法律基础；在微观层面，构建了健全的侨胞权保护组织体系，并努力寻求双边和区域合作争取侨胞利益的最大化。通过持续努力，墨西哥成为保护侨胞权益，引导侨胞助力本土发展的典范。

中国的海外侨胞超过 5000 万，毫无疑问是海外侨胞最多的国家，侨胞主要分布在东南亚国家和美国。鉴于中国海外侨胞与墨西哥海外侨胞的某些相似性，比如长期受到东道国歧视、拥有高度文化自信、不容易融入东道国社会等，同时鉴于墨西哥在侨胞权保障方面的成功经验，探讨墨西哥侨胞权保障对于我国的启示，具有重要的现实意义。不过，另一方面，我们也应该清醒地认识到，无论是中国本身与墨西哥之间，还是中国海外侨胞与墨西哥海外侨胞之间，又都存在很大的差异。这就决定了我们在借鉴墨西哥海外侨胞权保障时，不能照搬照抄。比如，在如何平衡不干涉内政和海外侨胞权保护方面，我国作为安理会常任理事国和人类命运共同体的倡导国，应该采取更加慎重的态度；又如，在是否承认双重国籍问题上，也应该充分顾及我国海外侨胞数量巨大、分布极广，从而面临与几乎世界上所有国家之间的复杂关系等特点，不宜贸然作出选择。鉴于本文的篇幅限制，关于如何借鉴墨西哥海外侨胞权保障机制，本文只做如下简单陈述。

海外侨胞与中国的国家利益息息相关，中国对于海外侨胞具有安全、政治、经济和文化意义，确认和保障海外侨胞权具有正当性和法理基础，不能解释为与不干涉内政原则相抵触或者

〔67〕Secretaría de Relaciones Exteriores, Informe De Labores 2017-2018, p. 193-194.

〔68〕Alexandra Délano, The Diffusion of Diaspora Engagement Policies: A Latin American Agenda, Political Geography 41 (2014), 90-100.

〔69〕Secretaría de Relaciones Exteriores, Informe De Labores 2017-2018, p. 194.

根本就不存在干涉内政的问题。第一，如果海外侨胞的合法权益在他国受到侵害，中国可以视情分别根据或者并用消极属人管辖原则（the passive personality principle）、保护性管辖原则或者普遍管辖原则行使管辖权，保护海外侨胞的合法权益，此时不能解释为与不干涉内政原则相抵触；第二，如果中国通过国内立法或者政策赋予海外侨胞一定权利和利益，此时根本不存在干涉别国内政的问题。

第二，目前我国侨务服务管理机构过于分散，在中央一级就有中共中央统战部、全国人大华侨委员会、外交部、全国政协港澳台侨委员会、国务院侨务办公室等，不利于侨胞权保护的集中统一实施；另外，在海外护侨体系方面，我国虽然已经建成了具备事前预防机制和应急响应机制的领事网络，但领事服务总体上还是以应急为核心，欠缺像墨西哥领事网络那样细致全面、深入基层的工作机制。为此，应健全侨胞权保障的海外组织体系，进一步完善领事服务保障工作机制。

第三，海外华人社会的内部差异性和复杂性日益显著〔[70]〕，华人社区和组织虽然数量多、规模大、影响广，但整体组织结构显得比较松散。我国侨务机构尚未与海外华人社区组织形成制度化、非官方（既然是侨务机构《如何建立非官方的关系？）的互动模式，与海外侨胞关系的紧密程度有待提高。因此，有必要鼓励和引导海外华裔社区及华裔社团组织团结合作维护自身利益，并通过华裔社区和组织促进海外侨胞与中国本土的联系，整合海外侨胞的政治和经济资源助力中国发展。

通过长期开展海外侨胞保护行动，墨西哥在其与美国之间就海外侨胞问题创建了一个跨国公共空间。〔[71]〕利用这一空间，墨西哥能够在两国关系不对称的情况下，推进双边的移民问题谈判，回应美国对海外墨西哥人的法律和政策。针对侨胞保护这一跨国性议题，建议积极谋求与侨胞所在国政府合作，尽可能将侨胞权的保护置于双边合作框架之下，同时应该考虑与东盟合作，应对亚裔所在国移民政策法律的变化。

〔70〕张秀明.21 世纪以来海外华侨华人社会的变迁与特点探析[J].华侨华人历史研究,2021(01):1-16.

〔71〕Robert C. Smith, Migrant Membership as an Instituted Process: Transnationalization, the State and the Extra-Territorial Conduct of Mexican Politics, 37 Int'l Migration Rev. 297 (2003).

国际法治视域下涉外法治人才培养的反思与创新-兼论澳门大学法学院本科教育的新方向

李可[1]

摘要：随着习近平“国际法治”思想的逐渐深入，培养符合中国参与国际事务需要的复合型、应用型、国际型卓越法律人才的需求越发迫切。在过去十几年中，在政府的主导下，各高校积极配合与探索，通过“卓越法律人才教育培养计划”等项目，涉外法律人才的培养工作得以全面铺开。为进一步提升涉外法律人才培养水平，在总结既往经验的基础上，现阶段应重点关注和着重解决专业教育与职业教育脱节、法学理论研究与实践脱节、国际法教学比重不足、精英人才选拔机制尚待完善等问题。对此本文建议，在学科设置方面应强调国际视野下的法律研习，在语言培养方面强调“二元三语”训练，教学方式上宜强调结合实践、多元创新，在人才选拔及培养方面或可采用精英式培养模式。依“一国两制”制度优势及“中葡平台”的战略优势，澳门大学法学院将于近期推出“中国法与环球法学”英文本科课程，以培养兼具家国情怀与世界担当的卓越国际化法律人才。

关键词：习近平法治思想、涉外法律人才培养、教学改革、“一国两制”、中葡平台

习近平法治思想中“国际法治”的理念内核与涉外法律人才培养

“法者，治之端也”。2017 年 1 月 18 日，习近平主席在联合国日内瓦总部的演讲中指出“法律的生命在于付诸行动，各国有责任维护国际法治权威，依法行使权力，善意履行义务”，“要推进国际关系民主化，不能搞'一国独霸‘或‘几方共治’，‘国际规则应由各国共同书写’”。[2]国际法治是习近平法治思想中重要的组成部分，在“百年未有之大变局”[3]中，国际法在稳定国际秩序，规范国际关系，塑造国际规则方面的作用愈发明显。[4]习近平国际法治的理念内核在于“坚持民主、平等、正义”[5]，构建“共享共赢”的“人类命运共同体”。[6]其中，中国应“以负责任大国参与国际事务，积极参与国际规则制定，做全球治理变革进程的参与者，推动者，引领者”。[7]

遵循习近平国际法治的理论逻辑，目前中国涉外法律人才培养应符合中国参与国际事务的需要，达到对内全面提升法治水平，对外增强中国在国际规则制定中的话语权，使其与中国的国际影响力、感召力和塑造力相匹配的目的。

---

[1] 李可，澳门大学法学院，kellyli@umac.mo

[2] 习近平：《共同构建人类命运共同体-在联合国日内瓦总部的演讲》，（2017 年 1 月 18 日），新华网，http://www.xinhuanet.com/world/2017-01/19/c_1120340081.htm，最后访问时间 2021 年 5 月 3 日。

[3] 《习近平：努力开创中国特色大国外交新局面》，人民网，http://politics.people.com.cn/n1/2018/0623/c1001-30078644.html ， 最后访问时间 2021 年 5 月 3 日。

[4] 参见杨洁篪：《深刻认识和用好国际法，鉴定捍卫国家利益，共同维护世界和平与发展》，载《求是》2020 年第 20 期。

[5] 习近平：《携手构建合作共赢、公平合理的气候变化治理机制-在气候变化巴黎大会开幕式上的讲话》（2015 年 11 月 30 日），载《人民日报》2015 年 12 月 1 日，第 2 版。

[6] 习近平：《共同构建人类命运共同体-在联合国日内瓦总部的演讲》。

[7] 习近平：《加强党对全面依法治国的领导》，载《求是》2019 年第 4 期。

目前中国涉外法律人才培养现状

在理论界和实务界对加强涉外法律人才培养的呼声愈来愈高

在司法界，最高人民法院院长周强在 2021 年 1 月 12 日举行的学习贯彻习近平法治思想、推进社会主义法治人才培养工作座谈会上强调：深入学习贯彻习近平法治思想，大力加强社会主义法治人才培养，构建具有中国特色和国际视野的法治话语体系。[8]在教育领域，涉外卓越法治人才培养的重要性是所有学者的共识。多名学者，包括中国法学会副会长黄进、全国政协委员张海文、全国人大代表，辽宁大学副校长杨松等在今年两会期间均呼吁在法学本科教育中加强中英双语的教学比重，增加英美法、国际经济贸易法等涉外法律的课程设置。黄进认为现有的涉外法治人才储备还远远不能够满足新时代扩大对外开放的实际需要，主要表现为数量不足、能力不足、经验不足、培养不足。9 郭雳认为我国当前高端法治人才的短缺，需要具备国家利益意识、法律专业素养、语言文化底蕴三方面素质的复合型人才。10 当前中国正日益走近世界舞台中间，涉外活动日益增多，涉外法律事务频繁，同时，“一带一路”倡议提出，中国更加积极地参与全球治理，促进国际法治建设与完善，需要培养大量涉外卓越法治人才。

在人才培养实践上从高校自发的“零星试点”到政府主导的“全面铺开”

在专业人才培养方面，国内高校一直在尝试创新，并积累了丰富的成功经验。涉外法律人才的培养主要通过与境外、国外高校合作，以联合培养或交换、交流的方式进行。例如，中国人民大学法学院与国外知名法学院校建立 14 个“法学双学位”项目，与哈佛大学法学院、悉尼大学法学院、日内瓦大学法学院等数十所世界知名法学院校建立学生交换合作，覆盖全部本、硕、博学生群体，其中部分学生交换项目入选国家留学基金委优秀本科生国际交流项目。

随着依法治国理念的不断完善和“一带一路”方针的不断推进，培养涉外卓越法律人才越来越受到政府的重视和关注。在政府的指引和带领下，涉外法律人才的培养得以全面铺开。其中，国际法的研习比重得以逐步提升。

2011 年，中共中央政法委员会、教育部联合发布 “卓越法律人才教育培养计划”[11]，并于 2012 年正式启动实施，以提高中国法律人才培养质量。该计划从“建立法律人才培养国家标准”、“改革法律人才培养模式”、“建设法学师资队伍”、和“建设法学教育实践平台”四方面入手，与法律实务部门密切配合，以培养应用型、复合型法律专才。该计划实施以来，各高校单位积极配合，专设法律人才培养基地，探索课程体系和人才培养机制的改革，为培养涉外型卓越法律人才积累了丰富的经验。如中国政法大学国际法学院于 2013 年开设“涉外法律人才培养模式实验班”培养中、英、法三语法律人才，并于 2015 年开设 “法学西班牙语特色人才培养实验班”。目前全国范围内高校共建立应用型、复合型法律职业人才教育培养基地 58 个、涉外法律人才教育培养基地 22 个、西部基层法律人才教育培养基地 12 个。

在国际组织法律人才培养方面，在教育部和国家留学基金委指导下，中国人民大学法学院

---

[8] “周强出席座谈会强调深入学习贯彻习近平法治思想，大力加强社会主义法治人才培养”，最高人民法院，http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-284031.html， 最后访问时间 2021 年 5 月 3 日。

[9] 黄进：《完善法学学科体系，创新涉外法治人才培养机制》，载《国际法研究》，2020 年第 3 期。

[10] 郭雳：《创新涉外卓越法治人才培养模式》，载《国家行政学院学报》2021 年第 12 期。

[11] 中央政法委教育部《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》（高教【2011】10 号）

与北大法学院、清华法学院和武汉大学法学院 4 所国内院系，与瑞士日内瓦大学合作，主动响应国家战略布局，于 2015 年设立创新型人才国际合作培养项目——“中欧欧洲法项目”，以培养精通中国法、欧盟法与国际法，熟练掌握英语和法语，具备国际组织实践经验的中国青年法律精英。该项目以 20 年为中国培养 200 名具备参与全球治理能力和国际组织实践经验的高层次法律精英为实施目标，坚持“两种合作”和“三地培养”，培养“双语(英语和法语)双法(欧洲法和国际法)”国际组织人才。

在区域法治人才培养方面，中日韩三国政府联合倡导“亚洲校园”学生流动计划，该项目涵盖了三国语言、政治与法律的学习，学生用英语学习专业课，同时学习当地语言，以此培养掌握英语及东亚三国语言、了解三国法律文化的东亚地区法律精英，在未来东亚地区事务中的，增强中国的话语权与影响力。

在涉外律师培养方面，2021 年教育部学位管理与研究生教育司联合司法部律师工作局发布《关于实施法律硕士专业学位（涉外律师）研究生培养项目的通知》（教研司【2021】1 号），在重点法律院校全面铺开法律硕士专业学位（涉外律师）研究生培养项目，强调高校与法律实务部门密切合作，共同培养一批政治立场坚定、专业素质过硬、跨学科领域、善于破解实践难题的高层次复合型、应用型、国际型法治人才。

既有成果与未来挑战

在过去 10 年的法学教育改革中，各高校都积累了丰富的教学经验，培养了一批高素质的法律专才。特别是 2021 年涉外律师研究生培养项目的开展，相信会培养更多高素质、复合型涉外法律人才。但“十年数木，百年树人”，要打造与中国的国际影响力和感召力相匹配的涉外法律人才队伍，在涉外法律人才培养方面，尤其是在培养方案设计、师资队伍打造等细节方面仍有不足之处，若不及时反思并加以完善，将会成为未来涉外法律人才培养之掣肘。

首先，在复合型法律人才培养方面，存在专业教育与职业教育的脱节。目前我国仍以法学专业教育与法律职业教育分立的培养模式为主。高校负责专业教育，职业教育更多是毕业生进入社会后，在司法机构、律所等法律实务部门完成。以教授法学科目的知识为主的传统法学本科教育，强调学生对知识的理解，但缺乏学生对思维方式的培养，以及对分析问题、解决问题能力的培养。更重要的是，法学是一门社会科学，是人类调整社会关系的基本规范。脱离社会学体系学习法学，缺乏对经济学、社会学等学科的研习，仅了解法律知识，缺乏运用思维解决实际问题的能力，难以满足社会对复合型法律人才的需求。

其次，在应用型法律人才培养方面，法学理论研究与实践脱节。在专业教育与职业教育分立的法学人才培养模式下，高校重点培养研究型法学人才，而非应用型法律人才。在本科教学设置中，应用型教学科目比例有限，仍局限于实习、法律诊所、辩论技巧等学科上。但应用型教学并非单设一些教学科目可以完成，而应贯穿于整个法学教育体系中，要加强实务教学、案例教学在传统教学模式中的比重。这就需要配备具有一线实务经验的律师、法律顾问等加入到教学团队中来。但目前因科研人员考核“唯论文论”之风盛行，法学教育工作者更多精力放在发表文章，增加学术成果上，对教学方法、教学内容的研究相对不足。虽可通过与律所等实务部门达成合作协议，引进律师或法律顾问加入教学团队，但合作模式仍有阶段性的特点，无法满足持续性教学要求。

再次，在国际型法律人才培养方面，国际法学在整个法学学科体系中的地位有待提升。1997年在学科专业调整过程中，国际法本科专业被取消，国际公法、国际私法和国际经济法的三个法学二级学科也被取消。在科研领域，国际法学研究也未能受到足够重视。以新公布的2021-2022年南大核心期刊目录（CSSCI）24本法学类核心期刊为例，其中并无针对国际法的专门期刊，综合类法学期刊中所含国际法相关议题的文章占比也少。司法考试中“三国”相关内容的考试占比也不足20%。正如黄进教授建议，涉外法治人才培养机制的完善，“应将国际法学确立为法学门类之下的一级学科”,“在高校设置国际法学本科专业，设立国际公法、国际私法、国际经济法、国际商法、国际刑法等硕士、博士学位授权点，打造汇聚高素质国际法教师和专门培养涉外法治人才的平台”[12]。除此以外，随着中国的综合国力提升，中国法律体系的日趋完善，在研习国际法时，应从改革开放之初主要以将外国经验，国际标准“引进来”为主的思路，调整、转变为向世界介绍中国经验，提供中国方案，让中国法律制度“走出去”的模式。为此，传统的“法律+英语”的涉外法律人才培养模式或已不足以满足现阶段中国对国际化法治人才需求：一方面，在外语语种方面，除英语外，需加强法语、德语、葡语等小语种法律人才培养；另一方面，在以外语研习法律时，既要强调运用外语直接翻译或表述中国法律的能力，更要具备从比较法的角度，以英美等国熟悉的话语体系解释中国法律的合理性和先进性的能力。

最后，在卓越法律人才培养方面，需要看到现阶段法学教育普及化与人才精英化之间的矛盾。根据《普通高等学校本科专业目录》（2020年版），法学类项下包括法学、知识产权、监狱学、国际经贸规则、司法警察学、社区矫正等7类专业。获本科学历及学士学位者均可通过报考《国家统一法律职业资格考试》获得法律从业资格。根据统计，目前中国共有580所大学开设有法学专业，每年法学专业全国普通高校毕业生规模在80000人左右，法学已经成为报考热、就业难的“红牌专业”。但另一方面，涉外法治人才却出现供不应求的情况。全国政协常委、社会和法制委员会主任，最高人民法院原常务副院长沈德咏在2020年全国政协双周协商座谈会上指出，我国涉外法律服务人才队伍建设方面主要呈现队伍“小”、人才“少”、分布“散”、市场“乱”的特点，需要国家层面的统筹规划。[13]鉴于国际性法律人才培养的成本高、周期长，对人才的综合素质要求高等特点，现阶段涉外法律人才培养应在“精”不在“多”，应注重卓越人才选拔体系，将优势教育资源集中在精英人才培养上，在国际法的重点领域，如国际海洋法、国际环境法、贸易投资仲裁法等打造政治过硬、业务专精、外语娴熟的高素质“青年国家队”。

现阶段涉外法治人才培养的改革与创新路径

随着近年国家对国际法的重视，教育部、商务部、外交部等国家部委均做出相应部署，旨在统筹、扶持中国的涉外法律人才培养，取得了显著成绩。现阶段，除上层统筹外，应将更多注意力放在具象的国际型法律人才培养上面，在具体的学科设置、教学计划、教学模式、教学资源和团队方面做文章，将人才培养的工作做精、做深。

学科设置方面强调国际视野下的法律研习

[12] 黄进：《完善法学学科体系，创新涉外法治人才培养机制》。

[13] “努力造就一支高素质涉外法律服务人才队伍，更好维护国家主权、安全和人民群众利益-全国政协‘建设高素质的涉外法律服务人才队伍’双周协商座谈会发言摘登”，人民政协报，http://www.cppcc.gov.cn/zxww/2020/04/22/ARTI1587515479870225.shtml，最后访问时间2021年5月3日。

在学科设置方面，除将国际法学确立为法学门类之下的一级学科外，应以国际法与国内法并重的二元体系开展法学教育。具体而言，一方面，除对中国法本身的学习外，应强调从国际法视角理解中国法在国际法治中的地位和作用。另一方面，应从比较法视角理解中国法与他国法律的冲突或融合。此外，应将理论与实践紧密结合，密切关注正在发生的国际法问题以及国际法改革动态，对事件中产生的问题进行有针对性的跟踪研究。

语言培养方面强调“二元三语”

这里的“二元”指的是“法律” 与“外语”两种元素，但并非两种元素的简单相加。目前国内高校较普遍的是培养中英双语法律人才，主要培养模式有两类，一类是在校接受英语强化教育，学生被要求通过某级别语言考试（大学英语六级或雅思、托福英语考试等），另一类是提供法律英语课程，教授学生使用英文表达中国法律的方法。但这两种模式未能使学生有机会系统深入的学习英美法，这种知识结构上的缺陷，使得即使英文水平达到一定程度者，也无法在法律层面与国外法律从业人员达成有效交流和沟通。因此法律语言的培训要与特定法律语言背后的法律制度、法律文化相衔接，才能达致“法律”与“外语”的融会贯通。这里的“三语”，是指除中文、英文外，还应培养第三语种法律人才，以配合“一带一路”倡议下对沿线国家法律制度、法律实践的研究需要。

教学方式强调结合实践、多元创新

与美国、德国、日本等国家的法学教育相比，中国在法律人才培养上一直存在理论教育与职业技能训练脱节的问题，学校仅负责理论教育，职业技能训练往往依赖于社会法律服务机构。但目前中国法律服务良莠不齐，且将职业技能训练排除在高校教育范围之外，无形中增加企业或单位培训成本。因此，在教学过程中应充分运用多主体进行理论和实践教学。在教学内容上，应改革现有教材，将实践技能培养贯穿于理论教学过程中；在教学方法和手段上，可采用先进的数字化教学手段，如部分高校正在尝试的法学虚拟仿真课程建设，通过数字化技术建立虚拟场景，让学生仿佛“身临其境”，了解法律在现实生活中的运用方式等；在教学团队中，吸纳国际化教师，并与律所等实务企业建立长期稳定的教、学、研合作关系，为学生提供更多实习、实践平台。在国际化教学团队的构建方面，可发挥中国上海、广东、天津、浙江、福建、海南等自贸区、自由港的灵活制度优势，吸引更多国际化人才加入到涉外法律人才培养的团队中。

人才选拔和培养机制方面可采用精英式培养模式

目前中国的法律职业资格以通过国家统一法律职业资格考试来获取。虽然职业资格考试一向维持 10%-12%的通过率，但由于考试参与者的总人数逐年增大，近年通过考试获取法律职业资格的人数都以每年 10 万+人的规模递增。法律服务从业人员数量逐年增加导致就业市场饱和，这也是法学专业报名遇热，就业遇冷的原因。普通法律服务市场尚可通过市场化竞争，通过优胜劣汰逐步产生业内精英，但就国际法领域的人才培养而言，单靠“丛林法则”无法有效培养出国家所需的政治素质高、通晓国际规则，具有国际眼光和国际视野的涉外法律精英。因此对国际性法律人才培养应强调精英选拔，而不同于法律从业资格的通过性考试。在人才选拔上可设置区别于国家统一法律职业资格考试的选拔考试，增加国际法及比较法的考察比重，同时增加法律语言要求（如通过 ILEC 考试获得剑桥国际法律英语证书等）。选拔后的高层次法律人才，可集中国内、国际一流教学资源，通过培训、交换、实习等多种模式进行规范性、针对性培养，以满足不同行业、不同领域的国际法人才需求。

涉外法治人才培养理念下澳门大学法学院的本科教育新方向

作为澳门特别行政区唯一综合性公立大学，澳门大学自建校起一直致力于培养立足本土、服务大湾区、面向世界的国际化人才。澳门大学法学院是澳门地区历史最悠久的法学院，是培养澳门司法从业人员、法律服务者的摇篮。法学院拥有来自澳门特区、中国大陆、欧洲和其他国家/地区的杰出学者，他们有着多元化的研究背景和丰富的执业经验。在 2021 年泰晤士高等教育世界大学学科排名中，澳门大学法学院在法学专业上排名第 91。同时，学院与中国和世界各地的顶尖法学院保持着密切的合作，并定期邀请著名教授，法官，律师和法学家来澳访问交流。澳门大学法学院目前开设以中文、葡文为授课语言的澳门法本科项目，以及以中文、葡文、英文为主要授课语言的硕士研究生、博士研究生项目。为了更好的发挥澳门大学独有的“中欧传统及全球网络优势”，澳门大学法学院正筹备开设“中国法与环球法学”的本科课程项目。在课程设置上，除按照《普通高等学校法学类本科专业教学质量国家标准》要求，并涵盖国家统一法律职业资格考试所有必考科目外，还设置相当比重的英美法、国际法研习课程，同时利用澳门独特地域及战略优势，以及澳门大学的教学团队优势，设置“‘一带一路’法制”、“金砖国家多边合作机制”等特色课程；在授课语言上，拟以英文为授课语言，以培养系统掌握中国法律并具有全球视野和创新精神的双语法律人才，对接粤港澳大湾区人才发展战略，并能更好的与中央推行的涉外法律人才培养硕士项目衔接。项目落地后，将面向包括内地、港澳台地区及世界范围招生（特别是欧美发达国家以及“一带一路”沿线国家）。希冀借助“一国两制”下澳门大学在教学设置、人员配备方面的灵活性优势，以及澳门作为“中葡平台”的平台优势，以“中国法与环球法学”英文本科项目为载体，实现对外宣传中国法、加强中国法律文化输出，对内培养兼具家国情怀、国际视野与全球竞争力和世界担当的国际化法律人才之目的。

参考文献：

《高校层面的涉外法律人才创新培养》，孟献策，《法制与社会》，2021.03

《新时代涉外卓越法治人才培养路径探索》，陶立峰，《黑龙江教育（高教研究与评估）》，2021.02

《创新涉外卓越法治人才培养模式》，郭雳，《 国家教育行政学院学报 》，2020.12

《完善法学学科体系，创新涉外法治人才培养机制》，黄进， 《国际法研究》 ，2020.03

《从战略高度推进高素质涉外法律人才队伍建设》，黄慧康，《国际法研究》，2020.03

《关于加强涉外海洋法律人才队伍建设的几点思考——兼谈涉外海洋法律“国家队”建设》，张海文，《国际法研究》，2020.03

《全英文金融法学教学的思考——以中国政法大学研究生通选课为例》，李文，《中国法学教育研究》，2020.02

《卓越法律人才培养背景下法学专业英语课程设置研究》，孟超、雷震，《法学教育研究》，2020.01

《特色国别智库下的涉外法律人才培养研究》，刘畅、周江，《渤海大学学报（哲学社会科学版）》，2020.06

《“一带一路”法律外交视角下高校涉外法律人才培养机制探究》，王群、武姣，《黑龙江高教研究》，2020.06

粤港澳大湾区行业法治进路——以游艇业为例

李 可*

摘要：粤港澳大湾区城市间的合作，关键在于内地城市与香港、澳门两个特别行政区之间的合作，特别是港澳与毗邻地区深圳、珠海之间的合作。深度合作必是在以相关法律制度的支撑下逐步推进。但目前看来，粤港澳不同法律制度产生的冲突给三地间的合作造成了一定阻碍。本文在梳理大湾区法制现状的基础上，对“一国两制”下三法域在商事领域的制度衔接与合作立法提出建议，并以游艇业为例，在比较分析香港、澳门与内地对游艇行业规制后，对完善三地间行业政策协调、构建行业跨境管理新模式提出建议。

The key to cooperation among cities in the Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area is the cooperation between the mainland cities and the two special administrative regions, i.e. Hong Kong and Macau, especially the cooperation between Hong Kong, Macau and their adjacent areas-Shenzhen and Zhuhai. In-depth cooperation must be gradually promoted under the support of a well-established legal system. However, the conflicts arising from different legal systems in Guangdong, Hong Kong and Macau has caused certain obstacles to the cooperation between these three areas. On the basis of sorting out the status quo of the Greater Bay Area legal systems, this paper puts forward suggestions on the system connection and cooperation on the legislation of the three jurisdictions in the field of business under the “one country two systems” principle. It takes the yacht industry as an example. After comparative studying the laws and regulations of yacht industry of the three jurisdictions, the paper discusses the possible ways to improve the coordination of industry policies between the three areas and to construct a new model for cross-border management in the industry.

关键词：一国两制、粤港澳大湾区、行业立法、游艇业

Keywords: one country two systems, the Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area, occupational law, the yacht industry

2015 年 3 月国家发展改革委、外交部、商务部联合发布《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景和行动》，首次提出建设粤港澳大湾区。2019 年 2 月 19 日中共中央、国务院印发《粤港澳大湾区发展规划纲要》（2019 年《规划纲要》），为粤港澳建设提出具体指导意见，粤港澳合作的重要性以及粤港澳大湾区建设的战略意义逐步提升，粤港澳合作方向日益明晰。但无论是行动愿景、还是规划纲要，性质上都是由国家公权力机关制定的、关于区域合作和发展规划的顶层设计，属于政策指导性文件，政策的落实和三地间的深度合作必是在以相关法律制度的支撑下逐步推进。目前看来，由粤港澳不同法律制度产

*作者简介：李可（1982-）女，国际经济法博士，澳门大学法学院，EMAIL: kellyli@umac.mo

生的冲突给三地间的合作造成了一定阻碍：一方面，当人员、物资、资本、信息在不同法域跨境流动时，除了三地间法律本身的不同造成的法律适用冲突、司法管辖权冲突外，更深层次的冲突源于特区享有的高度自治权在粤港澳合作中所产生的制度藩篱；另一方面，虽然香港澳门与内地签署了一系列的合作协议，包括司法合作协议、经贸合作协议等，但这些协议从签署主体、生效程序、生效后的保障措施等方面均无统一的安排，以至于某些协议的效力问题、生效后的执行问题未能得到妥善解决，协议的真正效用未能得到发挥。因此，粤港澳大湾区的法制协调和完善是大湾区建设的前提和重要保障。

相比“一揽子”经贸合作协议，本文建议，大湾区可以新兴行业为抓手，通过协调经贸领域的行业立法，以点带面、逐步消除“一国两制”的制度壁垒。本文以游艇业为例，探讨构建游艇业协同立法的可行性。

一、游艇业的行业立法

（一）行业法制的重要性

所谓行业法（occupational law）,是指以行业划分为基础的，调整某一特定行业的所有具法律效力的规范集合。[1]从范围上讲，包括法律、行政法规、部门规章、地方性法规和地方政府规章，以及自治性行业规范等多种法律渊源；从内容上讲，可能涉及多个部门法，兼具公法和私法、实体法和程序法，例如信息技术法，涉及知识产权法、商法、刑法、以及证据法和诉讼程序法等。

每个行业都具有独特的行业规律和行业权利义务特点，随着社会的进步和行业分工的细化，行业法制的重要性日益凸显。过去以部门法为中心的立法或法学研究因部门法划分缺乏科学的统一标准而造成内容不全面，某些行业法律关系无法可依，而当不同部门法调整某一行业时会又出现法律之间的矛盾，法律适用上存在模糊和分歧，严重阻碍行业发展。行业法制的重要性已逐步被重视，从过去 20 年的立法实践看行业立法逐年增长，以弥补部门立法漏洞，1990-2010 这 20 年中，由全国人大级常委会制定的行业法律就多达 111 件。随着科技进步带来的行业发展日新月异，相应的行业法研究和完善是一个持续的、永不间断的工作，具有持久的生命力。

（二）游艇业在粤港澳大湾区的发展前景瓶颈

粤港澳大湾区以“9 +2”城市群和泛珠三角区域合作为基础。其中作为旅游业门类的游艇旅游是近年来大湾区的热门行业，是“漂浮在黄金水道上的黄金产业”。特别是对澳门而言，游艇旅游可为澳门多元化经济的新动能。

关于澳门单一化博彩产业带来的弊端和未来澳门经济多元化发展的问题已经讨论多年，但是，对于如何推进澳门产业的适度多元，近年来各方虽有尝试，收效并不明显。一方面，在博彩业中增加餐饮、娱乐等非博彩元素，不仅盈利有限，且这些非博彩元素仍以博彩产业

[1] 孙笑侠，《论行业法》，载于《中国法学》，第 2013 年第 1 期，第 46-59 页。

为支撑，并且以服务博彩业为终极目标，不能从根本上解决澳门产业单一化的问题；另一方面，完全脱离博彩业的其他产业，如会展、物流、中医药等产业，虽呼声很高，但盈利有限，无法与博彩业抗衡，也不能对澳门产业带来结构性变化。[2] 旅游业一直是澳门的支柱产业之一，无论是在国家“十二五”规划、“十三五”规划、还是 2019 年“规划纲要”，均将澳门定位为“世界旅游休闲中心”。发展旅游业也是澳门经济改革方向，《澳门特别行政区五年发展规划(2016-2020) 》提出“形成旅游休闲大业态，建设宜游宜乐城市”的发展目标。

2015 年中央人民政府公布《中华人民共和国澳门特别行政区行政区域图》，决定将澳门特别行政区海域面积明确为 85 平方公里，为澳门发展游艇旅游提供重要资源。2017 年 9 月澳门特区政府旅游局出台《澳门旅游业发展总体规划》，建议引入海上旅游产品，完善游艇旅游设施，通过海上旅游产品的综合开发，将澳门发展成为珠江三角洲短途一程多站旅游的核心城市。2019 年规划纲要对澳门在整个大湾区的战略定位确定为“世界旅游休闲中心”、“中葡商贸合作平台”、“以中华文化为主流、多元文化共存的交流合作基地”，并对澳门提出“大力发展海洋经济”“促进经济适度多元”的目标。在此前提下，《纲要》中五次提及“游艇”3，支持澳门与邻近城市探索发展国际游艇旅游项目，大力推进粤港澳游艇自由行的实施。澳门旅游业发展态势良好，利用澳门旅游服务业管理优势和资金优势，通过与大湾区城市联动，推进粤港澳游艇自由行，可以解决澳门经济土地资源有限瓶颈，缓解陆地游压力，以建立和巩固澳门在大湾区的核心旅游城市地位，为澳门经济适度多元提供助力。

虽然行业优势显著，政府政策鼓励，但游艇旅游行业发展却不及预期。2017 年粤港澳游艇自由行政策落地，但目前粤港澳游艇自由行频次不高。原因除了开放游艇码头偏少、港澳游艇入境审批手续复杂、费用过高外，游艇行业法制不完善是行业发展的最大阻力。

目前我国并未出台专门的游艇业法，游艇行业由多部门法共同规范。从法律关系客体来讲，游艇属于船舶的一种，但与一般船舶相比，游艇体积较小，且多为自用，非以盈利为目的，与一般运载货物或人员的货船或邮轮有本质的区别，因此以调整海上货物或人员运输关系的海事的法律规范不必然适用于游艇，造成了游艇行业的法律空白和法律适用的争议。内地与香港、澳门不同的法律体系以及针对游艇出台的法律法规的差异，也造成大湾区游艇行业领域的法律冲突。法律的不完善给行业发展带来阻碍，但从另一角度看，也为未来粤港澳行业法制的统一和协调预留空间。梳理内地与港、澳游艇行业的相关立法，弥补法律漏洞，制定游艇业法律协调规范，可为游艇业的可持续发展提供支持动力。

二、粤港澳大湾区的法制基础

目前大湾区的法制结构从整体来说可从法律效力的角度大致分为四个层次，第一层次是由国家宪法和香港特别行政区、澳门特别行政区基本法共同构成的宪制基础，有最高的法律效力。宪法第三十一条授权成立香港特别行政区、澳门特别行政区，并保留香港资本主义的

[2] 高婕、盛力，《澳门海洋特色金融业未来发展建议》，载于《“一国两制”研究》2018 年第 3 期。

[3] 《港澳大湾区发展规划纲要》第八章“建设宜居宜业宜游的优质生活圈”，第三节“构建休闲湾区”

普通法律制度、澳门资本主义的大陆法律制度五十年不变。最终形成“一国两制三法域”的独特政治、法律体系。这一层次的法律规定以原则性内容为主，主要规范国家及特区关系，以及特区在对外事务方面的协议签署权等。第二层次是适用于大湾区九市的国内法律法规规章等，以及分别适用于两个特别行政区的除了基本法外的法律条例法令等。根据宪法的规定，特区法律包括经保留的特别行政区成立前已经生效的部分法律、以及特别行政区成立后新制定的法律。除了列入基本法附件三的全国性法律外，其他全国性法律不在特区实施。特区具有独立的的立法、行政、司法和终审权。第三层次是香港、澳门与内地签署的政府间协议，这类协议又可分为两种：一种是已经通过本地立法程序、具有可执行效力的政府间协议，包括两地司法协助安排等。另一种是两地政府签署，仅对两地政府产生约束力，但尚未转化为本地法的法律性档。最后一个层次是中央及地方政府关于推进粤港澳大湾区建设的纲领性档或政策指导性档，例如 2008 年国务院公布的《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008 一 2020)、2009 年广东省委和省政府出台的《关于推进与港澳更紧密合作的决定》，以及 2019 年《规划纲要》等。这些政府档性质上属行政规划性档，并非严格意义上的法律，只起到政策指引作用，无强制约束效力。

“一国两制”对香港、澳门两个特别行政区意味着高度的法律“自决权”以及灵活的制度制定空间，但从粤港澳大湾区的整体发展来看，一国两制三法域造成的经济体制、法律和制度等差异给粤港澳三地的深度融合造成阻碍，粤深港高铁香港西九龙站“一地两检”通关模式所引发的对香港独立执法权的争议，就是现实中比较典型的例子。在“一国两制”框架下粤港澳大湾区范围内实现制度的突破，如果直接通过改动第二层次的法律，即港澳既有法律条例等，以达成法律制度层面的协调和统一，难度和阻碍最大，近期难以实现，除非是在港澳既存法律并未涵盖的领域，针对港澳立法盲点，通过前期对粤港澳三地调研，协调统一立法。总而言之，立新法比除、改旧法难度小。但在港澳法律体系相对成熟完善的前提下，存在的立法盲点不多，且应以产业发展需要为导向，具体问题具体分析。

三、粤港澳游艇业行业规范

就游艇行业来说，粤港澳三地中香港的游艇产业最发达，每年可创造高达 40 亿港元的产值，凭借优良的港口资源和完善的配套服务制度，香港游艇业的软硬件设施完善，游艇的注册、管理规范对标国际。但香港游艇产业瓶颈在于游艇泊位数量有限，无法满足日益增长的游艇停泊需求。相比之下，受地理空间等因素的限制，澳门游艇产业规模不大，但澳门的旅游服务产业有良好的经验积累，资金充足，在经济适度多元化改革的政策下游艇旅游业发展具有潜力。内地游艇业相比香港起步较晚，大众对游艇的定位目前逐步从奢饰品向大众旅游消费品转变，在扩大内需的政策下，游艇业在内地有巨大的市场潜力。另外，内地的硬件资源好，很多旅游资源集中的码头对港澳游艇的吸引力很大，但目前内地游艇码头多为私人俱乐部码头，停靠费用高，且多位于不对外轮开放的水域，对港澳游艇开放的口岸和码头目前集中在南沙、深圳和珠海[4]，选择不多，广东地区更多受港澳游艇青睐的良港码头如惠州

[4] 目前首批指定的游艇出入境口岸包括广州南沙客运港口岸、太子湾邮轮母港、珠海九洲港口岸和珠

市巽寮湾码头尚未开放，且入境审批手续复杂、耗时长、担保费用高，在游艇管理和服务方面的标准与国际标准有距离，限制了港澳游艇自由行的发展。由此看来，如果粤港澳三地能发挥各自所长，统筹合作，则游艇业发展前景良好，并能产生更多就业岗位，带动产业链中的其他产业，如游艇制造业、零配件供应业、以及旅游服务、餐饮消费等周边产业发展。[5]三地产业的统筹协调，以三地法制协调为基础和前提条件。

（一）游艇业相关的全国性法律法规、行业规范

在全国范围内，针对国际游艇入境的法律法规主要是《海上交通安全法》、《海上海事行政处罚规定》。《海上交通安全法》第十一条规定：外国籍非军用船舶，未经主管机关批准，不得进入中华人民共和国的内水和港口。但是，因人员病急、机件故障、遇难、避风等意外情况，未及获得批准，可以在进入的同时向主管机关紧急报告，并听从指挥。外国籍军用船舶，未经中华人民共和国政府批准，不得进入中华人民共和国领海。《海上交通安全法》第十二条规定：国际航行船舶进出中华人民共和国港口，必须接受主管机关的检查。本国籍国内航行船舶进出港口，必须办理进出港签证。《海上海事行政处罚规定》第二十七条规定：违反《海上交通安全法》第十一条规定，外国籍非军用船舶未经中国海事管理机构批准进入中国的内水和港口或者未按规定办理进出口岸手续，依照《海上交通安全法》第四十四条的规定，对船舶所有人或者船舶经营人处以 3 万元罚款，对船长处以 1 万元罚款。

其他在全国范围内适用的针对游艇的相关立法和行业规范包括：2006 年交通部《中国海事局关于加强游艇管理的通知》对游艇的定义、适用范围、游艇检验、游艇环保等做出了相应规制。交通运输部于 2008 年 7 月发布，于 2009 年 1 月开始施行的《游艇安全管理规定》对游艇的定义、适用人员、游艇操作人员等相关问题做了规制。2010 年 9 月 10 日国家海事局发布《游艇安全管理工作实施意见》将游艇安全管理纳入水上交通安全管理的范畴。2012 年中国船级社（CCS）颁布了《游艇入级与建造规范》（2012），这是一部集大、小游艇入级检验于一体的综合性规范，也是 CCS 首次颁布的涉及大型游艇的规范。由此，CCS 完善了整个游艇技术检验标准体系，使国内大小游艇的设计、建造与检验有据可依。2013 年国家海事局发布《游艇法定检验暂行规定（2013）》，新规定提出了所有长度游艇的检验要求，对舱室布置、消防、稳性、安全设备与环保要求作出了明确规定，并进一步规范了游艇的检验和证书签发。该规定于 2013 年 9 月 1 日起实施。《交通运输部关于发布〈游艇码头设计规范〉(JTS165-7-2014)的公告》中规制了交通运输部在游艇码头功能和管理码头设计的权限。

其他适用于游艇的全国性法律规范还包括：交通部《关于对〈中华人民共和国水路运输

海万山港口岸，首批指定的游艇停泊码头包括南沙游艇会码头、太子湾邮轮母港游艇码头、深圳湾游艇会码头、横琴法拉帝游艇码头、横琴长隆游艇码头等。

[5] 广东省游艇行业协会预测，基于粤港澳大湾区总人口近 7400 万以及 7%的平均增长率，以人均游艇保有率 1560 人/艘计算，在不考虑人口增长等因素情况下，粤港澳大湾区的游艇需要 47200 艘，商业效益达 730 亿元，能造就 21 万个就业岗位，拉动下游产业的经济效益达 210 亿元。

管理条例〉及其实施细则若干条款解释的通知》，此通知规定了我国交通运输部在水运方面的相应法律规制，并且把陆运与水运区分开来。《中华人民共和国船舶最低安全配员规则》有游艇驾驶人员相应标准的规定。《中华人民共和国车船税法》（中华人民共和国主席令第四十三号）从税收管理的角度把船舶分为机动船舶和游艇，并对游艇的长度做了规制。《中华人民共和国海船船员适任考试和发证规则》对游艇船员获得相应驾驶与条件进行了规制。此外，《海上交通安全法》《内河交通安全管理条例》《中华人民共和国船舶和海上设施检验条例》《中华人民共和国船舶登记条例》等对游艇的定义、营运、建造、停泊等均做出了相应的规范。游艇行业发展规划方面，《国务院关于印发服务业发展“十二五”规划的通知》规制了旅游业节能环保的措施。《国务院关于印发船舶工业加快结构调整促进转型升级实施方案（2013-2015 年）的通知》的规定为游艇转型与升级提供了法律依据。环境保护方面，2014 年出台的《环境保护法》、2018 年交通运输部发布的《船舶与港口污染防治专项行动实施方案》都对游艇使用中的环境保护义务做出规定。地方立法方面，海南省对游艇的立法最为完善，《海南省游艇管理试行办法》具有较高的参考价值。特别是针对非本地游艇出入境管理方面做出很多革新性的立法尝试。如 2013 年颁布的《海南出入境游艇检疫管理办法》规制了出入境游艇应当接受检验检疫的条件、途径和相应措施，以及在检验检疫过程中遇到的紧急情况处置等。

（二）港澳法律对游艇业的相关规范

澳门方面，游艇被定义为“长度不小于 2.5 米，不论属何性质的器具或设备，其作为或可作为水上的移动装置，且用于非牟利的海上运动，钓鱼运动或娱乐”，[6]澳门港务局（CPM）是游艇分类、容积及发出证明书、监管安全条件的遵守情况的负责实体。关于游艇航行规范，由第 82/99/M 号法令-《游艇航行规章》规范，《游艇航行规章》对游艇种类、游艇登记、设备、人员资格、航行安全规则、游艇出入境、救助、污染等方面都有详细规定。除此规范外，第 90/99/M 号法令-《海事活动规章》、第 12/2019 号法律船舶商业登记法、第 104/99/M 号法令-设立游艇民事责任强制保险之法律制度、第 422/99/M 号训令-设立适用于游艇驾驶员之培训、考试及培训大纲之规则在游艇登记、保险和驾驶员资格培训等方面有详细规定。在澳门，澳门航海学校是有权培训游艇驾驶员的实体，澳门港务局对培训考核过程进行评核。另外，根据澳门基本法关于澳门特区外事方面对外签约权的规定，部分规范游艇的国际公约，如《国际海上碰避规则》、《1926 海员协议条款公约》等也适用于澳门。

香港游艇业发达，虽然香港采普通法体系，但仍有成文条例规范香港游艇，如《商船（本地船只）条例》在游艇驾驶、维修、防污等方面做出规定。该条例将“已装设引擎，或设计为可装设或载有引擎”、“纯为游乐用途”、以及“除非根据书面租船协议或书面租购协议的条款，否则并不出租以收取租金或报酬” 的私人游艇、中式帆船、充气式船只等视为“游乐船

[6] 《遊艇航行規章》第二条：為著《遊艇航行規章》的效力：a）遊艇（ER），係指長度不小於 2.5 米，不論屬何性質的器具或設備，其作為或可作為水上的移動裝置，且用於非牟利的海上運動，釣魚運動或娛樂；

只”。《商船（注册）（费用及收费）规例》规范游艇注册登记及为船舶量度吨位和做出标记等收费标准。《商船（海员）条例》对游艇驾驶者资格进行规定。与澳门相同，部分适用于游艇的国际公约，如《国际海上碰避规则》等也适用于香港，并通过转化为本地立法的方式在香港实施。[7]

四、粤港澳三地游艇行业法的问题及完善

游艇属于船舶的一种，但又不同于普通货物运输船舶，《海商法》中调整海上货物运输环节的承运人责任限制章节并不适用于游艇。游艇与邮轮相似，都属于载客船舶，但游艇以非经营性自用为特点，《海商法》并无特别针对游艇的规范性立法。然而这些都丝毫不影响游艇使用过程中所可能产生的复杂法律关系。例如，游艇所有人、游艇经营人、乘客之间的旅游合同关系和运输合同关系，游艇经营人与所雇游艇驾驶人之间的劳动合同关系，游艇保险人与船舶所有人之间的保险合同关系，游艇驾驶过程中如遇事故产生的人身侵权责任关系，游艇建造时产生的海事合同关系，游艇在建造、登记、检验等过程中与监管机关产生的行政管理关系，甚至在游艇上或游艇经营公司可能发生的侵犯财产、危害公共安全等刑事法律关系。规范行业市场，应从理顺行业法律关系的角度，建立行业法对行业进行精准调整。

（一）游艇纠纷逐年增加，并以民事行政类纠纷为主

以“中国裁判文书网”为平台进行检索，搜索 2018 年 1 月到 2020 年 5 月期间包含“游艇”和“旅游”关键词的裁判文书，共检索出裁判文书数量有 550 篇（检索日期：2019 年 5 月 12 日）；数据显示旅游业诉讼案件近年来有逐渐增多的趋势，峰值在 2018 年出现，当年诉讼案共 282 起，2019 年诉讼案为 247 起，有少许回落。从地域分布来看，广东为游艇纠纷高发地区，其次是北京、浙江、江苏等。这些地区均为游艇旅游业较发达城市，具有优良的临海地理条件、丰富的旅游资源，因此蕴藏广大的游艇旅游消费市场。从案件类型来看，以民事案由为主，占比 73.34%，行政案由次之，占比 18.03%。行政纠纷则主要以商标有关的行政复议为主。民事纠纷方面以旅游合同纠纷、劳务合同纠纷以及侵害身体权、健康权的侵权纠纷为主。需特别注意的是，游艇经营人对游客承担的安全保障义务范围及责任。

在四川康辉国际旅行社有限公司与刘滔旅游合同纠纷案 [案号:（2017）川 01 民终 4808 号]中，涉及到旅行社在提供出境旅游服务中游艇游览项目。法院认定旅行社应根据《最高人民法院关于审旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》，作为旅游经营者向游客承担安全保障义务，并对此承担举证责任。另外，在没有旅行社介入的场合，船舶所有人则将被视为旅游经营人，在管文志、深圳市南澳大众船舶管理服务有限公司海上、通海水域人身损害责任纠纷二审案【（2019）粤民终 970 号】中此立场得以明确。另外，游艇船东或船舶经营人对船舶的安全承担的是合理的注意义务，并非完全无过错责任。对此我国尚未出现典型案例，澳大利亚新南威尔士上诉法院在改判地区法院一起关于游艇营运人对乘客承担照顾义务的

[7] 马新民，《香港特区适用、缔结和履行国际条约的法律和实践：延续、发展与创新》，载于《中国国际法年刊》2012（1），第 121 页

案件中判定，营运人的义务是采取合理的措施使船舶安全，并不是使船舶安全到没有任何受伤可能。

（二）游艇行业立法需构建成体系的法律规范

游艇行业法制规范涉及多个法律部门，既包括关于游艇注册、税收、船上人员资格、安全驾驶等方面的行政管理类法律规范，也涉及到调整游艇航行中可能造成的侵权、救助、污染后所产生的民事权利义务关系的民事法律规范、以及相关责任保险等制度，还涉及到游艇犯罪等刑事法律制度；从法律位阶的不同层次看，涉及游艇的规范既包括法律、法规、部门规章、地方性法律、地方政府规章，也包含行业自治规范等；从适用范围来看，既包括国内法、也包括国际条约。但目前游艇行业立法不成体系，虽有针对游艇的专门立法，但数量较普通船舶类立法少，未能涵盖的领域需要参考适用其他法律，但哪些法律法规可以适用于游艇以及如何适用并无明确指引，特别是游艇相关的民事法律适用问题，尚待厘清。我国对于游艇的行政类立法较全，但目前并无特别法律规范游艇民事法律关系，而是综合适用《民法》、《合同法》、《海商法》等。不同于海事行政类法律从功能区分游艇与其他类型船舶，强调游艇的非营业性，《海商法》则以吨位为标准，规定吨位在 20 总吨以下的小型船艇不适用《海商法》，这是否意味着海上航行的 20 总吨以下游艇不适用《海商法》所规定的碰撞、拖航、海难救助和共同海损等规则？另外，游艇旅游合同兼具既有海上运输合同性质，也有旅游合同性质，同时与传统的跨境旅游有区别，具有海上旅客运输合同和旅游服务合同的混合合同性质。在游艇旅游中，游艇租赁合同是否适用《旅游法》，《消费者权益保护法》？这些问题有待进一步厘清。《内地与香港/澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》（CEPA）补充协议十和 CEPA 服务协议给予港澳服务者在内地开办旅行社和从事旅游经营者服务（CPC7471）实施国民待遇。但游艇运营多以加入游艇会或游艇俱乐部为主，在产生法律纠纷时游艇会或游艇俱乐部应承担怎样的责任？游艇所有人/船东对游客承担怎样的责任？是严格责任还是过错责任？这些问题有待通过立法进一步厘清。

除对既有法律体系对游艇规范的进一步梳理和协调外，对未有规范的问题应加强研究。游艇业的立法专业技术性强，与行业发展特点联系密切，且不同法域之间的相关立法差异不大，内地与港澳之间还存在共同签署的适用于游艇的国际条约，如《国际海上避碰规则》International Regulations for Preventing Collisions at Sea（COLREGS）。因此对于三地法律都未规定或规定不详的领域，合作立法阻碍小，这方面应加强三地立法协作，如对游艇俱乐部的定义和管理、游艇服务企业的市场准入等。另外，对于已生效的法律法规，如有不合理的部分也应加强改革，如在游艇登记方面，目前中国内地的做法是按照商业船舶的标准进行，对小型娱乐用游艇而言手续繁琐[8]。通过内地与香港、澳门相关法律制度的对比，进而进行法律修订，完善三地相关制度衔接，特别是在游艇管理，如游艇登记、检验等方面，内地与香港澳门三地可协商达成协议，对进入内地的港、澳船舶在入境、检验、登记等方面给予便利，促进粤港澳大湾区区域内游艇行业的发展。

[8] 《中华人民共和国船舶登记办法》第七十五条，《游艇安全管理规定》第六条。

（三）游艇业执法需形成成熟的跨域执法合作机制

粤港澳大湾区的游艇业发展，离不开跨域执法机构的联动、协作。目前，三地游艇监管部门的合作困难，部分是由于三地法律差异造成。例如，将内地与香港、澳门关于游艇的立法做横向比较，三地法律对某些问题的规定不统一，对于游艇的定义，澳门《游艇航行规章》定义为“长度不小于 2.5 米，不论属何性质的器具或设备，其作为或可作为水上的移动装置，且用于非牟利的海上运动，钓鱼运动或娱乐”，香港则将游艇纳入“游乐船只”（pleasure vessel）的范畴，强调游艇须是靠引擎推进、纯游乐用途、租售协议必须书面形式等。[9]我国内地法律中对游艇定义也不统一，如《游艇安全管理规定》将“游艇”定义为，“仅限于游艇所有人自身用于游览观光、休闲娱乐等活动的具备机械推进动力装置的船舶”；《中国海事局关于加强游艇管理的通知》增加“包括以整船租赁形式从事自娱自乐活动”，允许除游艇所有人外，其他人可以通过整船租赁方式使用游艇；《海南省游艇安全管理暂行办法》则规定，“本办法所称游艇，指用于游览观光、休闲娱乐等非经营性活动、且具备机械推进动力装置的船舶”，但对船体大小，船舶使用人范围没有限制。游艇定义的不一致，造成法律适用的障碍，另外，虽各地法律法规都对游艇的“非经营性”做出规定，但缺乏具体认定标准，也造成当地政府对各类游艇无法进行有效监管。另外，执法部门分工也存在模糊地带。由于游艇既可在海域航行，又可在内水航行，在中国内地，交通部和海事局都对游艇有监管权，实践中出现职能重叠或互相推诿的情况，执法权分配有待于进一步明晰。在三地执法机关合作时，也应明确对口单位职权。

另外，在游艇入境管理方面，三地执法部门应加强沟通，对三地游艇通关问题进行研究，在法律允许的前提下简化港、澳门入境通关手续，同时，三地执法部门应加强海上救助合作与环境保护方面的执法协作，建立三地联合救助、应急机制，加强海岸线管理，共同防范及打击跨境犯罪。

（四）由于过往案例有限，游艇司法中的司法管辖冲突和司法协作有待解决

由于跨境游艇旅游在粤港澳大湾区尚未形成规模，与游艇旅游相关的过往案例有限。澳门于 2015 年 12 月开始才明确对周边水域的管理权限。在此之前，在澳门周边水域范围发生的纠纷如船舶碰撞、油污纠纷等都是由珠海海事局负责执法、由内地海事法院管辖，适用中国法。今后随着跨境游艇自由行的放开，如在澳门管辖水域发生纠纷，司法管辖权如何确定、法律冲突如何解决需要进一步研究。游艇虽然具有其特点，但仍属海上交通工具，在海上及内河范围航行，规范游艇航行的法律属海事法律范畴。由于航运的国际性，海事法律范畴的统一实体法进程较快，许多航运领域的国际公约及民间规则在各国的接受度很高，如内地、香港与澳门游艇航行均适用《国际海上避碰规则》。三地间海事实体法的差别和冲突虽然存在，但这种冲突是可调和的。海事实体法如此，海事冲突法的协调空间更大。因为海事

[9]《商船(本地船隻)條例》（2006 年第 282 號法律公告）导言、释意。

冲突法只涉及法律适用问题，不涉及法律的实质内容。因此，在区际海事法律范畴，实体法和冲突法的协调都具有现实可能性。在此方面，内地与香港、澳门可充分协商，在海事法律方面先制定统一的区际海事冲突法，达到区际海事法律冲突规范的统一。

除此之外，由于游艇跨境航行的频繁，在涉及游艇的纠纷中，涉及更多跨境证据保全、跨境财产保全和跨境执行的问题。在此方面，也需要三地司法机关开展协调合作。此外，还应针对游艇航行的特点，在纠纷解决机制方面除诉讼外，建立仲裁、调解等多元化纠纷解决机制，灵活处理跨境游艇的合同、侵权、环保方面的法律纠纷。

总体而言，在粤港澳大湾区开展国际游艇旅游自由行，需要扩大内地水域向港澳游艇的开放，放宽游艇旅游的管制措施，进一步简化手续，降低门槛，为进境游艇实施免担保政策。针对游艇的监管，包括入境检验检疫、安全管理、海上污染防治以及游艇担保等多个方面，建议由特别合作区出台专门规定。2018 年 12 月 12 日，国家发改委下发了《关于印发<海南省建设国际旅游消费中心的实施方案>的通知》。该方案里同样涉及游艇旅游内容。其中提到要"放宽游艇旅游管制，简化入境手续，探索在海南省管辖海域对境外游艇实施游览水域负面清单管理。降低游艇入境门槛，进一步提升游艇通关便利化水平，对海南自驾游进境游艇实施免担保政策。在满足相关法规和安全管理要求的前提下，积极支持游艇租赁业务发展。创新游艇监管体制机制，研究将游艇户口簿管理改为备案管理。便利港澳游客驾乘游艇赴海南旅游。"在实践中，上述措施在海南落实的具体情况还无法得知，但可以明确的是，要获得上述政策支持，主要应获得海关总署和交通运输部的支持，在具体形式上，可以请求它们制定一份针对特别合作区游艇的管理办法。

五、结语

粤港澳大湾区游艇跨境游产业发展前景广阔，但行业发展必是以成熟的行业法制为基础和前提。在完善游艇行业相关法律制度的过程中，应强调内地与香港、澳门的合作，在立法、行政和司法领域的协商沟通、统一立法、执法和司法标准，减少同一行业内法律冲突，确保法制统一性和法律适用的平等性、一致性。这就对三地在立法主体、对象、目的、内容、要求与适用范围、冲突机制等方面提出了挑战，要求地方立法从传统意义上的本地方立法走向区域立法，从"闭门造法"走向"合作立法"。同时粤港澳三地应在司法和执法层面加强合作沟通，在游艇管理、环境保护、打击犯罪、解决纠纷方面形成联动机制，为游艇业的发展提供法律支持。

另外，由于海事法的国际性较强，区际海事法律无论从实体法还是冲突法层面，统一和协调的难度都较小。游艇旅游属娱乐休闲活动，有助于提高人们的生活品质，游艇行业法在大湾区范围内的构建和协调阻力较其他行业法小，在粤港澳大湾区建立统一的游艇行业法律对未来大湾区的区域法律一体化也可提供宝贵的经验和参考。

反思与优化：同意规则体系的规范构造

李 蕤[1]

摘　要：同意规则作为调整信息主体意思表示的规范，在人格利益与财产利益角力中生成了弹性规范构造及多元规则制式。其中，欧美在“人格利益本位”和“财产利益优位”的价值分野下建构了强弱不一的同意规则体系。然上述立法实践片面强调信息保护的外在环境而忽略了同意行为的内在本质。有待从法律自创生系统论的内在视角再识信息主体同意行为并重整本体规则的规范要件，从而不断完善同意规则体系的规范形态，以期为同意规则体系的中国方案提供智识引导。

关键词：信息保护；信息流通；同意规则体系；法律自创生理论；规范构造

一、问题的提出

同意规则关涉信息处理者与信息主体间法律关系的形成与消灭，是个人信息[2]保护法中的核心规则。其规则安排关乎个人信息保护的强度与信息利用的限度，决定了信息流动的效率与信息自由的程度，深受各国信息立法关注。远起美国公平信息实践准则[3]首提同意规则，同意规则逐渐在全球个人信息保护的规范表达中占据一席之地。全球视阈下，OECD 在相关国际性指导规则《关于隐私保护与个人数据跨国流通的指南》（Guidelines on Protection of Privacy and Trans border Flows of Personal Data）[4]中以收集和使用限制规则的细化来落实信息主体同意。区域法制层面，欧盟基于对公民基本权利的保护创设了凸显人格利益色彩的同意规则体系。APEC 的隐私保护框架协议[5]（APEC Privacy Framework）亦创制了同意规则体系，但较为粗疏且沿袭了传统个人主义隐私观的法律保护进路。此外，美国、德国、日本等国均将信息主体同意作为个人信息处理的合法性基础之一。无独有偶，我国《民法典》、《个人信息保护法（草案）》（以下简称《草案》）视之为个人信息处理的首要合法性基础，以期矫治大数据背景下个人信息滥用之弊害。

然与风行于各国信息保护立法活动相异，意图通过个人控制保障信息自决的同意规则体系在实践中遭遇有效性困境。实践中，信息处理者发布的隐私政策往往繁冗且隐晦。“信息过载”、“信息不对称”及“有限理性”诱发了信息主体的非理性行为。“信息自决”的愿景

---

[1] 作者简介：李蕤（1994-），女，宁夏银川人，贵州大学法学院，博士研究生，研究方向：国际经济法。

[2] 对此各国立法称谓不同，欧盟择“个人数据”、美国取“个人信息隐私”、我国采“个人信息”。此外，各国、地区对享有信息控制权的主体的称谓亦存在差异，欧盟多用“数据控制者”、美国多用“信息控制者”、我国多用“信息处理者”。

[3] US Department of Health,Education ＆ Welfare,Records,Computers,and the Rights of Citizens, Fair Information Practice Principles(1973), https: //epic.org/privacy/hew1973report (accessed August 29,2020).

[4] Organization for Economic Co-operation and Development，OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (1980),http:// www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data.htm (accessed August 29,2020).

[5] APEC,APEC Privacy Framework(2004),http://publications.apec.org/Publications/2005/12/APEC-Privacy-Framework (accessed August 29,2020).

沦落为“信息他决”的现实，同意规则体系陷入有名无实的泥淖。据此，同意规则介入个人信息保护领域的正当性、可行性等关键问题引发学界关注。首先，关于正当性的论争。“同意失灵”之实然窘境[6]和信息之公共物品属性[7]成为批判内生于信息自决权的同意规则的理据。但上述论断要么陷入以有效性否定正当性的逻辑误区，要么脱离信息自决权的原旨教义而过度解读信息主体同意的私权化效果，均未能推翻同意规则的正当性。[8]嗣后，学界脱离正当性分歧转至规则建构场域。同意规则地位的强弱首当其冲的成为论争中心。学者们多在比较法经验观照下泾渭分明地主张建构“强同意”[9]或“弱同意”[10]规则体系。但考察全球立法实践可知，同意规则体系构造实为在强弱两极间滑动，且并非以“全有或全无”的规则形态存在，而是呈现盘错交织的规则制式。进而思之，如何构建强弱适度的同意规则体系构造？又如何选择与之匹配的规则制式？以及相应同意规则体系构建后是否实现了其预期功能？上述问题若仅通过法解释学、比较法学的研究方法予以解答恐力不从心。故笔者试图引入法社会学中的法律自创生理论范式，通过内外一体、动静结合地系统论视角提炼出同意规则体系的弹性构造、多元表达及其影响因素，从而检视全球立法实践中同意规则体系的不同选择，进而审思我国同意规则体系的最新立法方案。

二、同意规则体系的规范构造：以法律自创生理论为分析框架

法律自创生理论为德国、欧盟近几十年来逐渐勃兴的重要学术流派和法学方法论。德国学者贡塔·托伊布纳（Gunther Teubner）在 1993 年出版的《法律：一个自创生系统》一书中予以体系化阐述。贡塔·托伊布纳以路德维希·冯·贝塔朗菲（Ludwig Von Bertalanffy）的系统论为基石，站在尼克拉斯·卢曼（Niklas Luhmann）社会系统论的延长线上建构了视法律为自我关联、循环演进的自创生系统学说。该学说围绕法律系统的构成与发展方式形成了如下命题。第一，每个法律系统内均包含直接调整相关社会关系的本体规则和间接辅助本体规则运行的依赖规则。第二，法律系统有内外两种发展方式。一是内在路径，法律在不断自我观察和描述的过程中构建并完善自身的规范形态。二是外在路径，法律在不同社会环境的作用下生成了样态不一的规则体系。[11]上述命题是一种极具张力和解释力的法学分析框架。它在整体与部分有机统一的系统论范式下审视了法律规则体系的构成，亦在法律自治及与其

[6] 任龙龙：《论同意不是个人信息处理的正当性基础》，《政治与法律》2016 年第 1 期。

[7] 高富平：《个人信息保护：从个人控制到社会控制》，《法学研究》2018 年第 3 期。

[8] 王籍慧：《个人信息处理中同意原则的正当性——基于同意原则双重困境的视角》，《江西社会科学》2018 年第 6 期。

[9] 王雪乔：《论欧盟 GDPR 中个人数据保护与“同意”细分》，《政法论丛》2019 年第 4 期；翟向娟：《个人信息保护立法中“同意规则”之检视》，《科技与法律》2019 年第 3 期；姜盼盼：《欧盟个人信息保护法中当事人同意的立法经验与启示》，《图书馆建设》2018 年第 11 期。

[10] 张新宝：《个人信息收集：告知同意原则适用的限制》，《比较法研究》2019 年第 6 期；蔡星月：《数据主体的“弱同意”及其规范结构》，《比较法研究》2019 年第 4 期；宁园：《个人信息保护中知情同意规则的坚守与修正》 ，《江西财经大学学报》2020 年第 2 期。

[11] ［德］贡塔·托伊布纳：《法律：一个自创生系统》，张骐译，北京：北京大学出版社，2004 年，第 27-31 页。

社会互动的内外视角下洞察了法律演进，从而动静结合地剖释了法律应然规范与实然规则的双向互生图景。因此，引入法律自创生理论分析框架可对同意规则体系进行多维考察与全局洞视。

由法律自创生理论分析框架可推知同意规则体系的构成及发展进路。第一，同意规则体系由直接调整信息主体同意行为的本体规则和规范本体规则运行环境的依赖规则构成。第二，同意规则体系一方面从内在视角不断观察、描述信息主体同意行为，并据此构建、修正其规范形态，另一方面在差异化信息保护环境的作用下生成了表征不一的规则体系。本文通过前述推论动静结合、内外一体地剖视了同意规则体系，并提炼出同意规则体系的弹性构造及多元表达。

		侧重人格利益 强化同意规则体系 ⟷	侧重财产利益 弱化同意规则体系
依赖规则	适用规则	一般适用	例外适用
	补强 / 被补强规则	信息处理者的告知义务	信息处理者的要约权利
	救济规则	侵权救济为主	违约救济为主
本体规则		独立型（实质、形式要件）	依附型

表一：同意规则体系的弹性构造

从静态看，同意规则体系内包含本体规则和依赖规则。第一，本体规则旨在剖释信息主体同意的内在意涵，为研判是否尊重信息主体的内心意思提供合理判准。其包含决定信息主体意思表示真实有效的实质要件和形式要件。第二，依赖规则意在运维同意规则体系的运行环境，实现与个人信息保护法律体系乃至私法、公法体系的有效衔接。其涵括规范信息主体同意是事前准入还是事后择出的适用规则、调整信息处理者告知行为的补强/被补强规则、保障信息主体同意落实的救济规则。

从动态看，同意规则体系在内在自我认识与外在环境作用下日臻完善。第一，信息主体同意行为的性质决定了有效同意的实质、形式要件。其一，实质要件是规范有效同意构成要素的规则，具体、真实、自由[12]是其核心要素。其二，形式要件是规范有效同意作出方式的规则，明示、默示是其具体形式。第二，个人信息保护环境的差异使同意规则体系生成了在人格利益、财产利益两极间滑动的弹性构造。其一，人格利益属性彰显了人格尊严、自由不可侵犯，不断强化个人信息的保护价值，从而决定了信息主体同意的首要地位及其规则体系的日趋周密。其二，财产利益体现了个人信息聚合的财产价值及公共属性，愈加凸显了个人信息的流通价值，从而决定了信息主体同意的边缘化地位及规则体系的附属性。进一步值得深思的是，同意规则体系构造的差异对具体规则制式的影响为何？

一是本体规则在人格利益与财产利益的影响下呈现出独立式或依附式的规则制式。一则侧重人格利益的个人信息保护法律体系期冀通过严控信息主体同意之有效性以保障信息自

[12] 本文中“自由”、“自愿”为同义表达。“自由”实为“自愿”规则表述的理论蕴含。

决，故致力于独立设计周密的本体规则要件。即不断强化同意作出的具体、自由、真实等实质要求，亦致力于完善同意形式要件的明确性。二则在偏重财产利益的个人信息保护法律体系中，信息主体同意在一般情形下并非是个人信息处理的准入门槛，而是被弱化为个人信息处理的择出路径。随着信息主体同意功能的边缘化，本体规则沦为附庸，更无需单独构设实质要件和形式要件。

二是依赖规则在人格利益与财产利益的作用下表现出系统化或边缘化的规则形态。一则审视人格、财产利益对适用规则的不同作用。人格利益属性决定了个人信息的人格权定位及基本人权面向，从而凸显了信息自决的必要性。在此认识下，信息主体同意成为个人信息被处理的正当性基础，信息处理者的正当利益、他人合法利益、社会公共利益不得与之相抵。鉴于此，信息主体同意具有优先性，作为其规则表达的同意规则也因而具有普遍适用性（一般适用）。不同与上，财产利益属性一定程度上增添个人信息的财产权色彩及相对权特质，从而强化了信息处理者的信赖利益及信息交易安全的保护价值。在该智识下，信息主体的权益仅是信息流通中所保护的利益之一，其与信息处理者的正当利益、他人的合法利益及社会公共利益形成信息利益共同体。更有甚者，随着其他利益尤其是信息处理者信赖利益重要性的显著提升，表示主义替代意思主义占据主导地位。据此，昭示信息主体意志力的同意规则随之边缘化，演变为例外适用。纵览前述，适用规则在人格利益、财产利益的作用下分别形成了一般适用与例外适用的规则制式。然个人信息所蕴含的人格利益、财产利益间除了互斥性外亦具共生性，因此适用规则的制式并非泾渭分明，而是通过增设一般适用的例外情形与提升例外适用情形的自身地位来实现两极相通。上述适用规则的弹性构造可为不同国家、地区建构、完善本土化适用规则提供理论注脚。

二则聚焦人格、财产利益下信息处理者告知行为的不同规则定位。在强调个人信息人格利益的场域中，信息处理者示明信息处理目的、范围、方式的行为被视为告知义务之履行。其旨在避免信息不对称带来的认知偏误，充分保障信息主体的知情权使其作出理性决策。就此而论，信息处理者告知义务是辅助、支撑同意规则体系运行的补强规则。较之上述，在注重个人信息财产利益的场域中，与其说信息处理者通过发布隐私政策履行告知义务，毋宁视之为主动发出要约的权利。此时，信息主体同意被视为后续承诺的作出，从而起到辅助信息处理者隐私政策运行的作用。就此而言，同意规则是信息处理者要约权利的补强规则，换言之，信息处理者的要约权利是被补强规则。循上所述，信息处理者告知行为在主张人格、财产利益的个人信息保护法律体系中均举足轻重，只是因主次地位不同而被分别定性为补强规则和被补强规则。上述规则定位差异可为不同国家、地区规范信息处理者告知行为提供理据。

三则体察人格、财产利益对救济规则的不同影响。个人信息人格利益之维护被寓于基本权利、人格权之救济中，多采取侵权救济方式。与之不同，个人信息财产利益之保护浸润于企业隐私政策的规范和调整中，常采合同救济。综合而言，同意规则的救济规则在人格、财产利益的影响下分别生成了以侵权救济为主和以违约救济为主的规则形态。然随着个人信息兼具人格利益和财产利益成为通识，前述救济方式不应再以片面地“全有或全无”的方式存

续，而应呈现出复杂交织的规则形态。上述救济规则的多元表达可为不同国家、地区设置信息主体同意的救济体系提供智识。

综上，通过引入法律自创生理论分析框架，本文提炼出了体系化、动态化的同意规则体系弹性构造。但是，理论上的构造命题仍需在法律实践中予以检验。纵观全球个人信息立法实践，欧盟、美国分别建构了两种极具示范性、典型性的同意规则体系，并被其他国家、地区相继借鉴、效仿。有鉴于此，下文以欧美立法实践为典例，检验同意规则体系弹性构造的解释力与生命力。同时，亦依托该构造反向检视欧美同意规则体系的构造缺陷及规则罅漏。

三、同意规则体系构造的立法检视：在人格利益与财产利益间滑动

无论是注重个人数据保护、坚守人格利益本位的欧盟同意规则，还是偏重个人信息流通、秉持财产利益优位的美国同意规则。其均可在同意规则体系的弹性构造中标记自身的坐标，从而体察其同意规则体系构造的不足之处。

（一）欧盟同意规则体系的构造审视：人格利益本位

欧盟同意规则体系根植于基本人权语境中的个人数据保护法律体系，尤为重视数据保护价值。在此理念下，欧盟视个人数据为人的延伸，强调个人数据中所蕴含的人格利益，相继在《个人数据自动化处理中的个人保护公约》（Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data，下称《108 公约》）第 5 条[13]、《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流通的指令》（Data Protection Directive，下称 DPD）第 2 条[14]、《一般数据保护条例》[15]（General Data Protection Regulation，下称 GDPR）相关条款中逐步强化同意规则体系，以期实现数据自决从而维护人的尊严与自由。

第一，欧盟不断细化同意规则体系的本体规则。较之《108 公约》、DPD 概括式凝练数据主体同意的构成要素，GDPR 进一步阐释了自愿、具体、明确三大要素的意涵。一是自愿要素。欧盟在 GDPR 主文第 4 条、[16]7 条，[17]“鉴于条款”第 43 条[18]及实施指南中明晰了自愿要素及其解释路径，即从双方关系不对等、附加条件、细致程度要求以及不利后果判断数据主体同意是否自愿作出。[19]二是具体要素。GDPR 主文第 4 条、“鉴于条款”第 32 条、[20]33 条、[21]39

[13] Article 5,Legitimacy of data processing and quality of data,Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data,ETS No 108, 28.01.1981.

[14] Article 2(h)The data subject’s consent,Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data,95/46/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

[15] General Data Protection Regulation, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

[16] Article 4(11),Definitions, General Data Protection Regulation, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

[17] Article 7,Conditions for consent, General Data Protection Regulation, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

[18] Recital 43,Freely Given Consent, General Data Protection Regulation, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

[19] WP29, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of

条、42 条[22]围绕该要素制定了相关规则。就数据控制者而言，其处理目的应清晰、特定，需将请求同意的内容明确体现。此外，若数据处理活动涵盖多种目的时，每项均需征得单独同意，不得采取一揽子形式。就数据主体而言，同意之作出须是依其意思表示所为肯定、具体之指示，概括的同意并非有效的同意。三是明确要素。GDPR 主文第 7 条正面规范了同意的表达方式，而“鉴于条款”第 32 条则是作出反向说明。数据主体的单纯沉默或者不作为非数据主体的明确表示。值得注意的是，GDPR 第 9 条[23]就个人敏感数据提出了更高的“明示”规定，但未厘清“明示”与前述“明确”同意的差异。

第二，欧盟不断强化同意规则体系的依赖规则。相较于《108 公约》、DPD 粗放式的规范，GDPR 系统化地设置了适用规则、补强规则。一是适用规则，GDPR 主文第 6 条[24]强调了数据主体同意是数据处理的首要合法性基础。与此同时，其严格地规范了其他主体利益构成合法性基础的适用限制。即他益之维护不能与数据主体的基本权利和自由相抵牾。二是补强规则，GDPR 主文第 12 条[25]及“鉴于条款”第 39 条、[26]58 条[27]等明确规定数据主体同意必须系告知后所为。且数据控制者须以简洁、易理解、易获得的方式告知数据主体数据处理的目的、方式、范围等，使数据主体在权衡告知内容的基础上作出同意与否的选择。由此可知，告知义务旨在保障数据主体的知情同意，从而发挥补强、支撑同意规则体系的效用。此外，GDPR 承继 DPD 将个人数据诠释为基本权利并从民法上加以衔接的做法。其依据侵犯个人数据人格或财产利益分采人格权或人格权商品化的救济方式。

循上所述，依托同意规则体系弹性构造的分析框架可知。欧盟同意规则体系在数据人格利益的推动下形成了独立的本体规则和系统化的依赖规则，从而强化了数据主体意志力以实现个人数据的有效保护。但是，欧盟同意规则体系仍为数据财产利益的保护预留了立法空间。其通过具化适用规则的例外情形和设置财产利益救济规则等方式调整依赖规则形态，从而兼顾数据流通中不同主体的不同利益诉求。不难发现，欧盟同意规则体系的立法实践难以逃脱

Directive 95/46/EC, WP217(2014).

[20] Recital 32,Conditions for Consent, General Data Protection Regulation, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

[21] Recital 33,Consent to Certain Areas of Scientific Research, General Data Protection Regulation, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

[22] Recital 42,Burden of Proof and Requirements for Consent, General Data Protection Regulation, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

[23] Article 9,Processing of special categories of personal data, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

[24] Article 6,Lawfulness of processing, General Data Protection Regulation, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

[25] Article 12,Transparent information, communication and modalities for the exercise of the rights of the data subject, General Data Protection Regulation, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLI AMENT AND OF THE COUNCIL.

[26] Recital 39,Principles of Data Processing, General Data Protection Regulation, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

[27] Recital 58,The Principle of Transparency, General Data Protection Regulation, REGULATION (EU) 2016 / 679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL.

个人数据的人格、财产双重属性的桎梏，始终寓于同意规则体系弹性构造之中。

（二）美国同意规则体系的构造剖视：财产利益优位

美国同意规则体系内嵌于行业规制下的隐私政策中，而隐私政策是意在保护人格利益的隐私权与旨在维护财产利益的公开权[28]共同作用下的产物。且行业自我规制模式决定了信息控制者利益保护的优位性，而信息的自由流通及其财产利益恰是信息控制者一侧的利益归宿。因此，与欧盟以数据的人格利益为本，强化个人数据的保护力度，不断完善同意规则体系不同。美国注重信息的财产利益，适度弱化个人信息保护的强度，不以同意规则为核心建构个人信息保护法律体系。其不仅将同意规则定位为信息主体的择出路径，还将同意规则体系依附于各特别领域的立法中，具言之。

美国同意规则体系较不发达。一方面，尚未独立地设置本体规则。究其原因，在隐私政策中信息主体同意实为对信息控制者发布要约的承诺，故将其归属于合同法调整。另一方面，依赖规则的功能收缩，谦抑性较强。详言之。一是，适用规则的边缘化。信息主体同意不是信息控制者处理信息的必要合法性基础。信息主体在个人信息处理过程中仅享有退出的权利，即个人信息被收集后的“不同意”。无论是在诸如《电信法案》（Telecommunications Act）[29]的联邦立法中，还是在诸如《加州消费者隐私法案》（California Consumer Privacy Act）的州立法中。其均确立了信息主体事后择出规则的主导地位，仅在敏感信息、儿童信息等人格利益显著的情形下适用信息主体事前同意规则。就此而论，较之维护个人信息中的人格利益，美国更重视个人信息在流通中的财产利益。二是补强规则的倒置。看似与欧盟设置数据控制者告知义务来补强数据主体同意的规则设计并无二致，美国实则是背道而驰地以同意规则辅助信息控制者隐私政策之运行。具言之，企业以在线文件的方式告知用户隐私政策，一般含括收集、利用和共享用户个人信息的目的、范围、方式及个人信息保护措施等。若用户在阅读隐私政策的基础上未作出相反表意，其随后未离开该交互界面或继续浏览的行为将被视为同意。美国部分法院将上述过程定性为企业与用户形成了合同关系，用户同意被视为对企业发布隐私政策要约的承诺。[30]三是救济规则的疲软。在以行业自律为主，辅之以行政监管的制度土壤中，违背同意规则存在司法与行政双重救济方式。然事与愿违的是，一方面，虽可采合同法救济方式，但在司法实践中，要么因隐私政策的不具体、允诺不具备执行性[31]而无法认定成立合同关系，要么虽成立合同关系但陷入违约所致具体损失举证不能的困局中。

---

[28] 随着隐私的财产价值日渐凸显，公开权应时而生。1953 年美国法院在 Hanna Manufacturing v.Hillerich ＆Bradsby 一案中首次提出公开权，承认隐私权中的肖像权具有财产价值。后在 1977 年 Zacchini v.Scripps-Howard Broadcasting 一案中正式作出公开权属于财产权的认定。

[29] Article47.251,TELECOMMUNICATIONS ACT OF 1996, United States Code Annotated Popular Name Table for Acts of Congress,Pub.L. 104–104, Feb. 8, 1996, 110 Stat. 56.

[30] Dennis D.Hirsch,“The Law and Policy of Online Privacy: Regulation,Self-Regulation,or Co-Regulation?”,SeattleUniversity Law Review,Vol.34,2011.

[31] 据《美国合同法重述（第二版）》第 90 条第 1 项规定可知，合同成立需一方的允诺使对方产生了合理信赖，即该允诺需具备可执行性。然实践中网络服务提供者所发布的隐私政策通常不会使用户产生合理信赖，故其允诺不具备可执行性。

另一方面，实践中仅在未经同意处理个人信息的行为构成不公平或欺诈行为时才可获得行政救济。信息主体同意之背离并不当然具备可救济性。[32]

纵览前述，依托同意规则体系弹性构造的分析框架可知，美国同意规则体系在信息财产利益的驱动下生成了依附式本体规则和谦抑性依赖规则，从而克减了信息主体意志力对信息自由流通的掣肘。但是，美国同意规则体系仍为信息人格利益留下了保护进路。其通过明确“选择退出”的适用规则和释明违约救济路径等方式修整依赖规则制式，从而保护信息主体的权益。就此而言，美国同意规则体系的立法实践亦妥协于个人信息的人格、财产双重属性，始终寓于同意规则体系弹性构造之中。

（三）欧美同意规则体系的构造缺陷：本体规则羸弱

同意规则体系的弹性构造动静结合、内外一体地诠释了欧美同意规则体系的立法实践。一方面，其系统化地厘清了欧美个人信息保护法律体系中的本体规则、依赖规则范畴。另一方面，其揭示了欧美个人信息保护环境中人格利益、财产利益的价值分野对同意规则具体制式的不同形塑作用。据此，不难发现欧美同意规则体系已初步体系化，并分别生成了“人格利益本位”、“财产利益优位”型同意规则体系。但颇为遗憾的是，较之依赖规则体系的日趋完备，欧美的本体规则仍较为薄弱。

欧盟尚未体系化地规范数据主体同意的实质要件和形式要件。一是实质要件尚不周延。欧盟虽提炼出具体、自愿两个实质性要件，并据实用主义经验进一步阐释数据主体同意具体、自愿的评判标准。但除了上述要件外，真实即意思与表示的一致亦是关键实质要件。毕竟，实践中数据主体常因对隐私条款、合同或政策产生错误认识而做出同意的表示。申言之，数据主体因误解而产生的意思表示不真实是实践中数据主体同意瑕疵的主要情形。故有必要进一步斟酌在欧盟现有规则体系内设置真实要件的可行性。二是形式要件存在罅隙。欧盟依据个人数据的类型建构了差异化的形式要件，但尚未廓清一般数据的“明确”与敏感数据的“明示”两种形式要件间的差异性，有待进一步完善。

较之欧盟，美国信息主体同意适用承诺的相关规范。然由于司法实践中信息控制者发布的隐私政策不一定成立要约，因而信息主体据此作出的同意不必然成立承诺。除了上述对信息主体同意本质认识存在偏差外，美国过度弱化了信息主体同意的形式规范，单纯沉默亦可被视为同意信息处理的意思表示。这种缺省式设置虽与“选择退出权”配套，但仍极易使信息控制者肆意抓取信息主体信息，侵害信息主体的权益。因此，是否以默示同意代替单纯沉默成为信息主体同意的最低形式规范，值得进一步探讨。

概言之，在同意规则体系弹性构造的审视下，欧美本体规则仍存在缺漏，亟待完善。毕竟，本体规则作为直接调整信息主体同意行为的规范是同意规则体系的基石性规范。其完备与否直接关乎同意规则体系的运行实效，亦关乎信息流通与信息保护的价值衡平。是以在反

[32] Article 5,Unfair methods of competition unlawful; prevention by Commission, Federal Trade Commission Act, Sept. 26, 1914, c. 311, § 5, 38 Stat.719.

思以欧美为代表的全球立法实践的基础上，再识信息主体同意行为并再造本体规则尤为必要。

四、同意规则体系的本体规则再造：内在视角下规范要件的重构

自我审视和环境作用是推动同意规则体系发展演进的关键驱动力。与之呼应，全球立法实践确在人格利益、财产利益这一组关键环境变量的作用下衍生出了独立型本体规则和依附型本体规则。但是，现有本体规则规范要件的粗疏及内在逻辑关系的薄弱，隐射了全球立法实践尚未从内在视角审视信息主体同意的行为机理及本质。有鉴于此，下文旨在从内在视角不断观察、描述信息主体同意行为，并据此再造、修正其规范形态。

（一）本体规则的认识考辩

本体规则作为回答信息主体同意是什么的规范，确需在观察、描述信息主体同意行为功能、性质的基础上进一步建构其规范要件。目前，学者对信息主体同意的描述与认识不一。

从法教义学视角观之，学界虽鲜有专门著述，但在研析个人信息保护法律体系时有所关涉且不乏洞见。有学者[33]在溯源个人信息保护的理论根基时，认为信息主体同意与信息自决权互为表里，浑然一体。[34]但是，信息自决包括但不限于同意，还涵摄访问、更正、被遗忘及可携带等内容，二者有待界分。后有学者[35]亦在权利语义下解读信息主体同意，并将同意作为个人信息保护权所涵射的具体权利之一。然作为该论断的前提，将个人信息保护权定性为框架性权利的观点有待商榷。[36]此外，同意是否契合权利的外观仍值得深思。即同意作为权利所保护的特定私益为何？又应以何种法律之力保护？等规范性问题的阐释迷障。为此，有学者[37]秉持信息选择与信息访问、信息更正、信息删除等共同构成个人信息保护权的权能体系。其比照占有、使用、收益、处分之于所有权，将信息主体同意界定为一种权能，具有一定解释力。但权能依附于权利，时下就个人信息能否权利化[38]学者们仍持对立态度。那么，若视个人信息为权益则无法将信息主体同意定性为权能。此外，该观点采并列式列举却未论证信息选择与访问、更正、删除等是否具有同质性、可比性这一逻辑前提。

---

[33] 王籍慧、徐丽枝、齐鹏飞等学者在《个人信息处理中同意原则的正当性——基于同意原则双重困境的视角》、《个人信息处理中同意原则适用的困境与破解思路》、《论大数据视角下的隐私权保护模式》等文献中尚未区分信息主体同意与信息自决，简单化约为外在规则与内在理论之关系。

[34] 叶名怡：《论个人信息权的基本范畴》，《清华法学》2018 年第 5 期。

[35] 解正山：《数据驱动时代的数据隐私保护——从个人控制到数据控制者信义义务》，《法商研究》2020 年第 2 期。

[36] 若将个人信息置于权利维度，学界主要存在基本权利与自由说、物权或所有权说、隐私权说、一般人格权说、具体人格权说、人格权兼财产权说、新型公法权利说、框架性权说等八种观点。框架权说仅为观点之一，且颇受质疑，常被指忽略了个人信息权逐渐成熟的稳定体系。

[37] 张融：《试论个人信息权的私权属性——以隐私权与个人信息权的关系为视角》，《图书馆建设》2020 年 6 月 11 日网络首发。

[38] 王利明、杨立新等学者在《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》、《个人信息：法益抑或民事权利》等文献中支持个人信息的权利化，而以梅夏英为代表的学者在《数据的法律属性及其民法定位》、《在分享和控制之间数据保护的私法局限和公共秩序构建》等文献中对个人信息的权利化持质疑态度，且尤为反对拘泥于私法权利及理论视野中解读个人信息。

前述法教义学认识多从信息主体同意的法律定位考辩其性质，尚未反映信息主体同意在社会实践中的功能。故从功能主义视角切入，有学者[39]着力解构信息主体和信息处理者对信息的支配权限及位阶，将同意界定为以债权性用益物权为内容的许可。也有学者[40]在信托语境下分别赋予信息主体信息信托权利和信息处理者信息信义义务。较之受信托人的主导性、独立性，有学者[41]认为将同意视为信息主体的持续性委托授权行为更为妥当。上述识见多侧重在信息主体与信息处理者二者关系中剖释同意的性质。然除主体间的关系外，同意所调整的信息客体也尤为关键。基于同意发挥着侵权违法阻却事由（一定范围内）的消极防御功能和对信息处理者要约承诺的积极利用功能，有学者[42]开创性地将其描述为意思表示，但尚未进行正面证成。本文亦持此观点，并尝试通过考察实践中信息主体同意的功能来证成此识见。

本文以我国司法实践为例，通过威科先行法律信息库、Alpha 案例库，以“个人信息”、“用户同意”、“隐私政策”为关键词，搜索了自 2012 年同意规则诞生至 2021 年 4 月的司法裁判文书，总计 95 件。其中，在排除信息处理者间及其与第三方纠纷后，直接关涉信息主体同意与信息处理行为的仅 18 件。在上述司法裁判案件中，侵权权占纠纷 7 件，合同纠纷占 11 件。

首先，审视侵权纠纷中信息主体同意的性质及功能。实践中，信息主体同意被视为“受害人同意”，在排除他人处理信息的不法性层面发挥关键作用。反之，信息处理者未经信息主体同意处理个人信息，除了存在其他违法阻却事由外，则构成侵犯信息主体的个人信息权益、隐私权。以在刘瑞博与乐元素科技（北京）股份有限公司隐私权纠纷一案为例，[43]法院认为 APP“天天消消乐”在未取得刘瑞博授权的情况下，全项开启手机应用权限并调用刘瑞博个人手机位置信息的行为侵害了其个人信息权益。

其次，聚焦合同纠纷中信息主体同意的性质及功能。实践中，信息处理者提供的隐私政策一般以格式合同为载体。其提供隐私政策的行为被视为要约，信息主体同意被视为承诺。以章玉栋与重庆易极付科技有限公司等合同纠纷案为例，[44]法院认为用户填写个人信息并阅读相关隐私条款的过程实质上是一种服务合同缔结的过程，用户同意并完成注册即用户和易极付公司的网络服务合同法律关系成立并生效。但是，值得注意的是，实践中存在信息处理者发布隐私政策的行为是否构成要约的质疑。虽然，所阅裁判文书中尚无法院支持，但在相关 11 起合同纠纷中，有 3 位原告援引《信息安全技术——个人信息安全规范》，[45]认为置顶

---

[39] 刘召成：《人格商业化利用权的教义学构造》，《清华法学》2014 年第 3 期。

[40] Jack M.Balkin,“Information Fiduciaries and the First Amendment”,UC Davis Law Review,Vol.49,No.4,2016.

[41] Jennifer Barrigar＆Jacquelyn Burkell＆Ian Kerr,“Let’s not Get Psyched Out of Privacy:Reflections on Withdrawing Consent to the Collection”,Use and Disclosure of personal Information,Canadian Bisiness Law Journal,Vol.44,2006.

[42] 陆青：《个人信息保护中同意规则的规范构造》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版） 2019 年第 5 期。

[43] 北京市第一中级人民法院（2020）京 01 民终 8911 号。

[44] 乐山市市中区人民法院（2014）乐中民初字第 4481 号。

[45] 《信息安全技术——个人信息安全规范》第 5.6 条（g）项附注，“个人信息保护政策的主要功能为公开个人信息控制者收集、使用个人信息范围和规则，不宜将其视为合同。”

于网站主页以公告形式发布的个人信息保护政策不构成合同，[46]信息处理者发布隐私政策的行为应被认定为要约邀请。因此，信息主体同意无法定性为承诺，仅能视为信息处理者要约邀请下的要约行为。

最后，无论是作为处分自己权益的“受害人同意”行为，还是作为同意要约的承诺行为或回应要约邀请的要约行为。其均是信息主体意欲发生使特定个人信息在特定范围内可被特定信息处理者处理之法律效果的行为。该行为体现了信息主体同意具体内容的意思和欲使其表示内容发生法律效力的意思，并以信息处理者足以理解的行为示之。故信息主体同意兼备了规范学语义下意思表示之目的意思、效果意思和表示行为三大构成要素，实质为意思表示。[47]

（二）本体规则的规范再造

信息主体同意实为意思表示的认识决定了依托意思表示理论建构本体规则的必要性。更为重要的是，意思表示理论的基石性决定了以其为理据重整本体规则更易实现与既有民事法律制度的圆熟融合，发挥体系效应。由此引发的问题是，

如何参照意思表示理论再造本体规则？

第一，廓清意思表示理论中可资借鉴的规范框架，即意思表示的构成要素和作出形式两大部分。其一，意思表示是指向外部表明意欲发生一定私法上效果之意思的行为。[48]它由作为主观要件的目的意思、效果意思和作为客观要件的表示行为构成。上述构成要素的欠缺或冲突将导致行为人意思表示的不真实或不自由，影响民事法律行为的效力。[49]其二，意思表示具有明示、默示两种作出形式。明示即以作为的方式（口头或书面等）将内在意思明确示于外部。默示是从行为人的某种作为推断出来的意思表示。单纯的沉默或不作为不构成意思表示，仅在有法律规定、当事人约定或形成交易习惯时，才被视为意思表示。

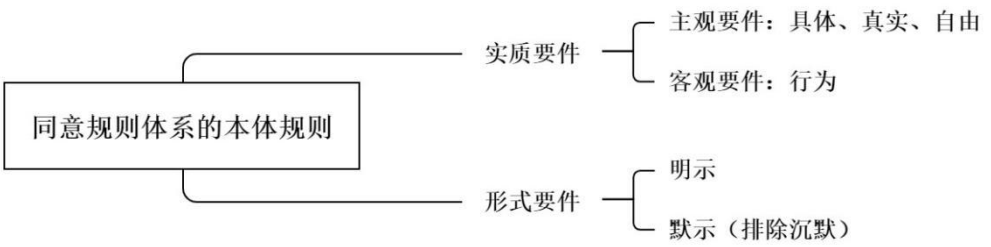
---

[46] 北京市第四中级人民法院（2020）京 04 民终 451 号。

[47] 我国学者对意思表示的构成要素众说纷纭，存在五种观点。一是一要素说，杨代雄、纪海龙认为意思表示的构成要素仅限于表示行为；二是二要素说，佟柔主张效果意思与表示行为构成论；三是三要素说，一种为由王利明、马俊驹、余延满、杨立新、王轶、程啸、魏振瀛等所提的目的意思、效果意思及表示行为构成论。（此为我国理论上影响力较大的观点，故本文择此分类）另一种是梁慧星、陈华彬、李永军、尹田、苏号朋等所持的效果意思、表示意思及表示行为构成论。四是四要素说，李开国、王雷所提的表示意思、行为意思、效果意思及表示行为构成论。五是五要素说，德国传统民法理论中的行为意思、表示意思、目的意思、效果意思及表示行为构成论。

[48] 王利明、杨立新、王轶、程啸著：《民法学》（第五版），北京：法律出版社 2017 年版，第 163 页。

[49] 王利明：《民法总则》，北京：中国人民大学出版社，2017 年，第 313 页。



图一：同意规则体系的本体规则

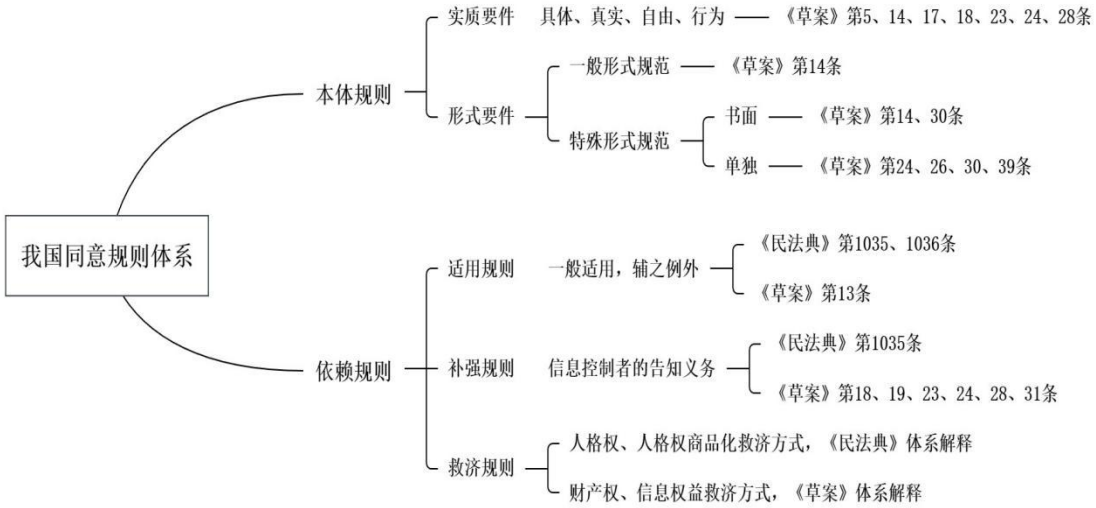
第二，如图一所示，依托意思表示理论范式再造了本体规则的规范要件。其一，依据意思表示的构成要素阐释信息主体同意的构成要素，从而提炼出本体规则的实质要件。从静态来看，信息主体同意的实质意涵如下。一是表达信息主体同意具体内容的目的意思。二是蕴含信息主体欲使其同意内容发生法律拘束力的效果意思。三是信息主体将个人信息处理的目的意思和效果意思以一定方式表现于外部，使信息处理者所了解的表示行为。从动态来看，信息主体同意构成要素间的冲突导致同意的不真实、不自由，从而影响同意的效力。前者如信息主体错误认知勾选同意对话框行为的法律效果，导致外部表示不符合信息主体内心真实的目的或效果意思，从而影响同意的效力。后者如在信息主体与信息处理者处于不平等、依附关系的情形下，信息主体受信息处理者不当干涉致使自身的意思与表示不自由，继而影响了同意的效力。在动静结合地剖析了信息主体同意构成要素的基础上，本文初步提练出本体规则的实质要件，具言之。一是从信息主体同意的目的意思可知，信息主体同意是针对特定信息处理行为的具体同意。因此，具体为信息主体同意不言自明的实质要件之一。二是从信息主体同意必须示于外部可知，其必须依托于行为这一实质要件。三是从信息主体同意的目的意思、效果意思与表示行为的一致性可知，自由、真实亦是不可或缺的实质要件。

其二，遵照意思表示的形式规范塑造信息主体同意的形式要件。信息主体以明示或默示的方式作出同意。明示是指信息主体以口头、书面、符号或其他直接表意方法向信息处理者表示同意。默示是从信息主体特定积极行为推定其表示同意。此外，单纯的沉默（消极不作为）在法律规定、当事人约定或符合当事人间交易习惯时，可被视为默示意思表示。然基于以下两点理由，本文以为沉默在个人信息保护领域中应一律不构成同意。一是以信息主体同意为核心建构个人信息保护法律体系的国家，一般不存在将沉默推定为信息主体同意的法律明文规定。沉默仅在信息主体同意边缘化的国家被法律明文规定为同意的表现形式。但是，即使在以沉默作为同意最低形式规范的美国，此举亦饱受诟病。二是基于隐私政策的格式条款化和网络信息主体的弱势地位，理应排除据当事人约定、当事人交易习惯而视沉默为同意的情形。

综上所述，本体规则的再造始于信息主体同意行为机理及本质的再认识，后在意思表示理论范式下系统化重整实质要件和形式要件。至此，在法律自创生理论范式的指引下，内外兼顾、动静结合地不断修缮了同意规则体系的规范形态。不仅可为前述欧美同意规则体系的完善提供智力支撑，亦可为我国同意规则体系的立法实践提供有益参考。

五、同意规则体系的中国进路：聚焦《个人信息保护法（草案）》

纵观我国同意规则的立法沿革，远起 2012 年《全国人大常委会关于加强网络信息保护的决定》首提同意规则，我国接连通过专门性立法规定了电信业务、征信管理、网络安全、消费者权益维护等特定领域的同意规则。但上述规则始于行政管理之需，公法色彩有余而私法底色不足。直至 2019 年，《民法典》方在个人信息人格法益保护模式下初步确立了同意规则。《草案》则是进一步在公私协力的语境下系统化地构建了同意规则体系。是以《草案》成为我国当下同意规则体系的研究重镇。鉴于此，本文将《草案》放置于同意规则体系的弹性构造及规范形态下予以审视。从静态看，我国与欧盟的同意规则体系近似，均是在优先保护信息人格利益的同时兼顾信息流通中的财产利益，包含独立型本体规则和体系化依赖规则。从动态看，一方面，我国从内在视角定位了信息主体同意行为，并初步探索了本体规则的规范要件。另一方面，我国从外在视角衡平了个人信息保护环境中的价值分野，并调适了依赖规则的规则制式。整体而言，我国同意规则体系日趋完善（如图二所示），但仍不乏规则设计上的罅隙，并诱发了一定的体系冲突。



图二：我国同意规则体系

（一）我国同意规则体系的突破与优化

1. 本体规则的突破

较之《民法典》等既有规范，《草案》开创性地将信息主体同意界定为意思表示并据此构设了本体规则，弥补了旧有同意规则体系的罅漏，且有益于克服信息主体同意的有效性困境。

第一，在意思表示的定性下，《草案》从具体、真实、自愿及行为四方面初步阐释了信息主体同意的实质要素。一是具体要素。《草案》第 18 条通过细化信息处理者的告知内容来实现同意的具体化，从而避免了由一揽子式告知所诱发的概括式同意。此外，《草案》第 23、

24、28 条通过规定信息处理者在信息处理目的、方式、范围变化时重新告知的程序义务来严守信息主体同意的具体性。二是真实要素。《草案》第 5 条明确规定处理个人信息应遵循诚信原则，不得通过欺诈、误导等方式处理个人信息。该条通过规范信息处理者的行为来保障信息主体作出真实的意思表示。三是自愿要素。《草案》第 14 条正面规范了同意为信息主体自愿作出的意思表示。与此同时，第 17 条禁止了信息处理者通过拒绝提供产品、服务逼迫信息主体同意其信息处理行为，这一实践中严重阻碍信息主体意思表示自由的情形。四是行为要素。信息主体同意依托于外在表示行为是其作为意思表示不言自明之理，《草案》亦无需专门规定。较之行为本身，信息主体同意行为的外在形式要件更为关键所在。

第二，《草案》对信息主体同意的形式要件进行了一般性与特殊性规范。一是，一般形式规范。《草案》第 14 条将信息主体同意定性为意思表示，故其理应契合意思表示明示或默示的形式要求。与此同时，本条进一步规定需“作出明确的意思表示”。即在符合意思表示形式规范的基础上，还应符合“明确”的形式要求。二是特殊形式规范。《草案》将书面、单独同意作为特殊形式规范。就书面同意而言，《草案》第 14、30 条规定应遵从法律、行政法规关于个人一般信息、敏感信息适用书面同意的规范，该做法颇具开放性。就单独同意而言。《草案》第 30、26、24、39 条分别规定在涉及个人敏感信息、公开个人信息、向第三方提供或境外提供四类存在较高侵害人格利益风险的情形下，信息处理者应取得个人单独同意。

2. 依赖规则的优化

在延续《民法典》人格法益保护底色的基础上，《草案》通过进一步调整、具化依赖规则来衡平信息保护与流通中不同利益、不同主体间的角力。一方面通过具化信息处理的多元合法性基础来反向弱化信息主体同意的适用，另一方面通过体系化建构信息处理者的告知义务来正向补强信息主体同意的适用。此外，《草案》更是在公私协力的视域下初步构建了信息权益特有的救济规则体系。

第一，《草案》延续了《民法典》不再视同意为个人信息处理唯一合法性基础的做法，并围绕信息主体的义务和权益、信息处理者的义务、他人合法权益、公共利益四方面完善了其他合法性基础。一是《草案》具化了《民法典》第 1036 条中的“自然人合法权益”。其规定为订立、履行一方当事人合同所必需时无需经信息主体同意。质言之，信息主体在与信息处理者存在合同关系时，应依诚实信用原则提供必要的个人信息以履行自身合同义务或协助对方履行合同义务以确保交易安全。二是《草案》将信息处理者通过采集个人信息来履行自身法定义务视为同意的例外情形，积极回应了企业的实践需求，弥补了《民法典》的空白，并实现了与网络金融安全相关规范的有效衔接。三是《草案》虽视自然人生命、财产等重大合法利益为信息处理的合法性事由，但将其限定为“紧急情况下所必需”。其在多重限制下填补了《民法典》关于“他人合法权益”的留白，极为审慎。毕竟，设置同意的例外，是对以意思表示为内核的私法自治之突破。四是《草案》将《民法典》中的“公共利益”具化为因实施新闻报道、舆论监督等而处理个人信息的情形，并将该处理行为限定在合理范围内。

第二，《草案》汲取了《民法典》以信息处理者告知义务保障信息主体知情权的经验，

将其设置为同意规则的补强规则，并从告知的方式、内容、变更及例外四方面体系化地建构了《民法典》第1035条中信息处理者的告知义务。具言之，一是告知的方式。信息处理者应以显著方式、清晰易懂的语言进行告知，从而避免信息主体在繁冗信息下的不理性选择。二是告知的内容。《草案》第18条主要从信息处理者的身份信息、处理行为及信息主体的权利行使方式三方面规范了告知内容，并预留了其他应当告知事项的兜底条款。譬如第31条规定了涉及个人敏感信息时，信息处理者还应告知处理行为的必要性及对个人的影响。三是告知的变更。一方面是因信息处理主体变动导致的变更告知。《草案》第23、24条分别规范了信息控制权转移、共享过程中信息处理者的告知义务。另一方面是因信息处理客体变化产生的变更告知。《草案》第23、24、28条均设计了信息处理目的、范围、方式变更时信息处理者的重新告知义务。四是告知的例外。《草案》第19条规定了无需告知和事后告知两种例外情形。前者是存在法律及行政法规所规定的应当保密或不需告知的情形。后者是基于保护自然人生命健康、财产安全的紧急情况而无法及时告知的情形。

第三，《草案》在吸纳《民法典》私法保护方式的基础上，进一步规范了侵害个人信息的行政责任、刑事责任，提供了多维救济进路。除了通过上述个人信息权益救济规则来救济信息主体同意的侵害外，《草案》亦完善了直接救济信息主体同意的规则。《草案》第14、16、47条分别设置了同意、撤回权及删除权，三者共同勾勒出信息处理过程中信息主体的能动性边界。且通过对个人信息进行差异性法律保护，以期实现信息主体对个人信息权益的层级性处分。申言之，信息主体在同意后可选择适用撤回权、删除权来救济自身意思表示的瑕疵。

（二）我国同意规则体系的罅隙及完善

1. 本体规则的不足与完善

诚如前论，《草案》通过规范信息主体同意的实质要件与形式要件初步构建了本体规则。但是，《草案》尚未充分在意思表示的认识下调适规则体系、设计规则制式，从而存在一定规则设计缺陷及体系安排罅隙。

第一，就实质要件而言，《草案》尚未正面、明确地规范信息主体同意的实质要件，而是分散在信息处理过程的相关规范中。且《草案》多从信息处理者视角间接规范同意的实质要件，忽视了信息主体自身视角的不可替代性。上述做法一方面使除自愿外其他实质要件无法直接作为信息主体同意有效性的判准，从而
减损了其他实质要件的规范效果及实践效用。另一方面，过于倚重信息处理者面向极易导致信息主体同意有效性判准的异化。实践中已然如是，信息主体同意的有效性判准被置换为信息处理者告知义务的履行。从某种程度上来说，告知义务反成为信息处理者完成合规义务的“避风港”，[50]信息主体同意不仅被架空更沦为信息处理者转嫁责任的尚方宝剑。

为此，《草案》应立足信息主体视角，在意思表示认识下正面规范信息主体同意的实质

[50] 万方：《隐私政策中的告知同意原则及其异化》，《法律科学》（西北政法大学学报）2019年第2期。

要件。其中，除了《草案》明确规定的“自愿”和不言自明的“行为”要件外，还应在第14条中明确地将“具体、真实”规定为同意的实质要件，而非仅通过体系解释间接规范。毕竟，在实践中，信息主体的概括式同意和基于认知偏误的同意是使同意出现效力瑕疵的主要情形。[51]上述举措则通过实质要件的完善来落实信息主体同意的有效性判准，并与信息处理者的充分告知义务共同作用，以破解信息主体同意的效用困境。

第二，就形式要件而言，无论是一般形式规定还是特殊形式规定，在《草案》中均存在关系不明的弊病。一是就一般形式而言，除了符合意思表示的形式规范外，《草案》进一步提出了“明确”的形式要求。但是，尚未进一步厘清“明示”、“默示”及“明确”三者间的关系。这导致一方面无法厘清具有授权效力的同意形式，另一方面无法划分同意形式要件的类型，从而难以制定契合信息流通实践的多层次形式规范。二是就特殊形式而言，单独作为针对特殊情形规定的更高形式要求，其能否更充分的保障意思自治，仍有待商榷。追根溯源，无论是欧盟第29条工作组对GDPR的进一步述明，还是我国中央网信办等四部在《关于开展App违法违规收集使用个人信息专项治理的公告》中，都强调当信息处理存在多项目的时，每一个处理行为均应单独取得同意。由此可知，单独同意的提出旨在解决一揽子式捆绑同意的实践问题，确保信息主体同意的具体化。故单独本质是实现作为意思表示实质要件中“具体”的表现形式。其已然是信息主体同意的一般形式要求，因而无法再作为特殊情形下的加强版形式要件。

据此，《草案》应立足意思表示的形式规范，廓清几种形式规范间的内部关系。一是界定“明确”的具体意涵。明确包含明示形式和默示形式，但不包含单纯沉默或消极不作为。[52]具言之，明示的主动同意声明和默示推定的特定积极行为均符合明确的形式要求，且前者为更严格的形式要求。二是以“明示”替代“单独”，作为个人敏感信息、公开个人信息、向第三方提供或境外提供四类情形下的更高同意形式要求。上述做法在意思表示形式规范的框架下，重整了信息主体同意的形式要件，厘清了各形式要件间的内在逻辑关系，从而推动了多层次形式规范的良性运行。

2. 依赖规则的缺漏与完善

循上所述，《草案》通过系统且精细地建构依赖规则，力图衡平人格利益与财产利益的价值分野、信息主体与信息处理者间的紧张关系、信息流通与信息保护的内在张力。但颇为遗憾的是，《草案》在规则推敲上仍存在疏漏，且尚未充分从我国本土化实践中汲取养分。

---

[51] 北京互联网法院（2019）京0491民初16142号，在黄某与被告腾讯科技（深圳）有限公司广州分公司、腾讯科技（北京）有限公司隐私权、个人信息权益网络侵权责任纠纷中。法院认为腾讯公司未清晰告知及未获得用户有效同意的情况下不当处理了用户信息。即未在用户具体、明确知晓其信息处理方式的前提下开启了社交功能。

[52] 北京市第四中级人民法院（2020）京04民终451号，在赵建平与上海轩盒网络技术服务有限公司网络服务合同纠纷中。法院认为盒马APP在用户协议在登录页面下用黑蓝两色字体提示“认真阅读理解和同意《盒马会员服务协议》、《盒马隐私权政策》、《淘宝平台服务协议》、《法律声明及隐私权政策》，如您不是消费者，或者不同意本协议或任何条款约定，您应立即停止注册使用本软件及服务。”赵建平阅读后勾选“我同意”并完成注册的行为属已作出明确同意。

第一，审视适用规则，《草案》虽具化了同意规则的例外情形，但整体较为粗糙，缺乏精当地设计。一是《草案》第 13 条第 2 款虽规范了作为相对人一方履行合同所必需的情形，但尚未有限度地扩展至合同外第三人。二是《草案》第 13 条第 3 款将国家机关履行法定职责和企业履行法定义务不加区分地并列于一款内的做法有待商榷。三是《草案》第 13 条第 4 款虽限制其他自然人生命、财产等重大合法权益的维护仅在紧急情况下构成信息处理的合法性基础，但尚未明确紧急情况消除后的回复机制。四是《草案》第 13 条第 5 款在设置“公共利益”例外时存在规则缺漏。一方面，其仅直接罗列了新闻报道、舆论监督两种情形，致使对随后“等”的理解出现了“等内等”与“等外等”的分歧。换言之，是应释为针对新闻、舆论类的规定还是扩大解释为公共利益？另一方面，“合理范围”的具体判准亟待厘清，且需进一步思考“合理范围”与“所必需”是否为程度相同的限定条件。

职是之故，《草案》应在动态衡平多方主体利益中推敲例外情形的设置。一是作为相对人一方履行合同所必需的情形，应适当突破合同相对方的范畴，毕竟实践中关联方以及代理人处理信息亦为履约所需。二是国家机关履行法定职责及企业履行法定义务应分置两款，毕竟，二者作为处理个人信息的合法性理由在正当性基础、具体情形、适用限度方面均存在差异。三是因维护他人生命、财产等重大合法权益而处理个人信息的，应在紧急情况消除后及时告知信息主体。即适用《草案》第 19 条第 2 款的事后告知规则。四是立足公共利益的必要性考量以及与相关信息流通规则的协调，该款中的“等”应理解为“等外等”。同时，应进一步丰富列明公共利益的具体内容，[53]以体现公共安全、国家安全等典型公共利益面向。此外，应注意“合理范围”与“所必需”为不同程度的限定条件。较之第 4 款自然人重大生命、财产利益适用的必要性要件，关涉公共利益的信息利用应适用更为宽松的合理性要件。《草案》在完善上述其他合法性事由的同时，理应将其贯彻《草案》始终，以便发挥体系效应。

第二，检视补强规则，《草案》虽精细地设置了信息处理者告知规则体系，但需进一步回应实践需求。一是《草案》仅从表达形式来规范信息处理者的告知方式，尚未关注到实践中存在性质不同的告知方式。详言之，实践中企业通过具体式个人信息保护的交互界面或概括式个人信息保护政策公告来征求信息主体同意。前者是信息处理者向信息主体发出的具体要约，而后者的主要功能在于公开信息处理者收集、使用信息的规则，实质是要约邀请。但颇为遗憾的是，《草案》对此未加以区分。二是《草案》尚未设置常态化的告知变更机制。实践中信息处理者需根据个人信息适用的情景化及自身业务类型的场域化而不断调整、更新其隐私政策。这种动态化信息处理模式降低了信息主体的可期待性，也决定了信息主体对知情的要求处于动态化之中。《草案》理应将告知的变更常态化，否则知情同意无异于刻舟求剑。

就此而论，《草案》应在汇聚本土实践智慧的基础上完善告知规则系。一是在提炼出实

[53] 韩旭至：《个人信息保护中告知同意的困境与出路——兼论<个人信息保护法（草案）>相关条款》，《经贸法评论》2021 年第 1 期。

践中不同性质告知行为的基础上，明确其各自的适用情形。若产品或服务仅提供一项收集、使用个人信息的业务功能时，企业可以通过个人信息保护政策公告向用户发出要约邀请。反之，若产品或服务提供多项收集、使用个人信息的业务功能时，企业则需要通过动态交互界面向用户提供收集、使用该个人信息的目的、方式和范围，以便用户作出具体承诺。[54]二是在探明信息处理者需变更告知的情形基础上，进一步构建信息处理者变更告知的程序规范，以期推动信息处理者告知变更的规范化、常态化，从而充分保障落实信息主体的知情权。

第三，审思救济规则，《草案》虽已间接、直接地规范了信息主体同意的救济规则体系，但不乏规则疏漏及体系偏误。一是就个人信息权益救济规则而言，《草案》确立的民事救济规则背离了《民法典》乃至《草案》的立法初衷。较之《民法典》依据个人信息的人格、财产利益属性分采人格权救济进路[55]和人格权商品化救济进路[56]。《草案》第 65 条未对个人信息所关涉的人格利益、财产利益进行区分，一并采取了侵害财产利益的责任承担方式。该做法背离了我国以个人信息人格利益为主，财产利益为辅的本土制度语境。二是就直接救济信息主体同意的规则而言，《草案》尚未探明撤回权、删除权的行权模式及法律效果，从而致使二者存在规则交叠和适用迷障。更有甚者，《草案》第 47 条第 3 款将撤回作为行使删除权的条件并企图叠加适用二者的做法，仍有待斟酌。

有鉴于此，《草案》应在体察我国个人信息保护本土化语境的基础上，进一步修缮信息主体同意的救济规则体系。一是就间接救济规则而言，《草案》应在第 65 条中增设侵害人格利益的救济路径，并明确规定受害人享有停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉的请求权，且上述请求权不受诉讼时效的限制。此外，还应注重统筹新增人格利益救济方式与旧有财产利益救济进路间的关系。具言之，当信息主体同意的悖反同时构成违约和侵权时，适用请求权竞合的规范。但值得注意的是，当造成严重精神损害时，违约责任的承担不妨碍精神损害赔偿的诉请。二是就直接救济规则而言，《草案》应阐释撤回权、删除权的实质意涵，并进一步廓清二者的关系。撤回权实质是人格权撤销权，要求信息处理者不得对已收集的信息进行再次处理及禁止对未来信息进行收集。[57]较之撤回权行使后，信息处理者对已收集的信息仍享有持有权，删除权则是要求信息处理者对已收集的个人信息进行实质性删除。由此可知，通过叠加适用删除权和撤回权以实现信息权益的充分保护，实属赘余之举。毕竟删除权的行使已然覆盖了撤回权的法律效果。

六、结语

[54] 郑佳宁：《知情同意规则在信息采集中的适用与规则建构》，《东方法学》2020 年第 2 期。

[55] 当信息处理者未经信息主体同意处理个人信息侵害人格权（益）时，可适用《民法典》第 995、996、997、1000 条的人格权救济进路。

[56] 《民法典》第 993 条作为人格权编的一般规定，规范了人格权商品化。该条属若无相反法律规定便普遍适用人格权编的共性规则，也即同样适用于个人信息。加之，该条在列举姓名、名称、肖像后使用了“等”，更为个人信息之归入增加了解释空间。在明确了个人信息的财产利益受民法保护的基础上，其亦适用《民法典》侵权编第 1182 条关于侵害他人人身权益造成财产损失的救济规则。

[57] 万方：《个人信息处理中的“同意”与“同意撤回”》，《中国法学》2021 年第 1 期。

近年来，各国围绕个人信息、数据及隐私展开了如火如荼地立法活动，为立法及司法工作提出了新要求。要衡平信息主体与信息处理者间的紧张关系以及信息中人格利益与财产利益间的内在张力，尚需系统化地把握作为信息保护与流通枢纽的同意规则的规范构造。为此，应引入法律自创生系统论的分析框架，从而开示出在人格利益与财产利益间滑动的同意规则体系弹性构造，并在意思表示的认识下重构本体规则的实质要件和形式要件，以期激活告知同意模式下的个人信息保护法律体系。此外，更应在我国本土司法实践中进一步考察前述同意规则体系再造是否具有实质合理性，以推出真正适合中国的个人信息保护立法。

金融消费者信息权保护的特性及法律保护探析

李 想

（1.中南财经政法大学，湖北 武汉 430073

2.甘肃政法大学，甘肃 兰州 730070）

摘 要：金融消费者信息权，是金融消费者享有的特殊个人信息权利。健全保护金融消费者信息权的法律规范体系，对保障金融消费者信息权益的实现、金融交易安全、金融体系运行稳定、完善金融监管均具重要意义。现阶段我国相关法律法规，仅规定个人信息、消费者金融信息、金融消费者信息安全权受法律保护，未就如何保护金融消费者信息权做出明确规定。使我国金融消费者信息权的法律保护特性不突出、范围不清、力度不足，无法有效限制金融机构滥用金融消费者信息，严重影响金融消费者信息权益的实现。完善保护金融消费者信息权的法律规定，将金融消费者信息的安全、自决、知情、更正删除权赋予金融消费者，可有效抑制金融机构的金融消费者信息控制权。加强金融消费者信息权保护的功能性监管，及事前、事中、事后全环节保护，可提升我国金融消费者信息权保护监管水平，保障金融消费者信息权益的实现。

关键词：金融消费者信息权；特性；金融消费者信息权益；个人信息；金融消费者信息安全权；法律保护

金融消费者信息，是金融机构在金融交易中收集的自然人信息[1]。金融消费者信息权，是金融消费者对其信息享有的安全、自决、知情、更正删除的权利，是特殊的个人信息权。金融消费者信息权的法律保护，对维护金融消费者的合法信息权益，防范金融行业系统性风险，保障我国金融市场稳定，维护金融秩序，构建安全、平等、公平的金融交易环境至关重要[2]。

然而，我国 2020 年 5 月颁布的《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第一千零三十四条仅规定个人信息权益受法律保护[3]，《国务院办公厅关于加强金融消费者权益保护工作的指导意见》（以下简称《意见》）第二条规定保护金融消费者信息安全权[4]，2016 年

作者简介：李想（1985-），女，满族 ，河北省秦皇岛人，中南财经政法大学博士研究生在读，甘肃政法大学讲师，研究方向：国际经济法学、国际金融法学。

[1] 《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》（2016 年颁布实施）第二十七条规定：“本办法所称个人金融信息，是指金融机构通过开展业务或者其他渠道获取、加工和保存的个人信息，包括个人身份信息、财产信息、账户信息、信用信息、金融交易信息及其他反映特定个人某些情况的信息。”

[2] 参见《个人金融信息保护技术规范》引言：“……个人金融信息一旦泄露，不但会直接侵害个人金融信息主体的合法权益、影响金融业机构的正常运营，甚至可能带来系统性风险。为加强个人金融信息安全管理，指导各相关机构规范处理个人金融信息，最大程度保障个人金融信息主体合法权益，维护金融市场稳定，编制本标准。”

[3] 《中华人民共和国民法典》第一千零三十四条规定：“自然人的个人信息受法律保护”。

[4] 《国务院办公厅关于加强金融消费者权益保护工作的指导意见》第二条规定：“……工作要求……（二）银行业机构、证券业机构、保险业机构以及其他从事金融或与金融相关业务的机构（以下统称金融机构）

实施的《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》（以下简称《办法》）第三章规定保护个人金融信息权益[5]，2020 年实施的《办法》将其修改为消费者金融信息保护[6]。均未就如何保护金融消费者信息权作出规定。但如后所述，现阶段仅保护金融消费者信息权益，或仅用金融消费者信息安全权指代金融消费者信息权，已无助于金融消费者运用法律制约金融机构滥用信息控制权，保证金融消费者信息权的完整实现。

金融消费者信息权法律保护的缺失，使学界对金融消费者信息权的意涵、具体内容及其保护方式，均缺乏明确界定和深度研究[7]。目前研究可见：针对个人信息权与个人信息权益区别联系的研究[8]，金融消费者信用权研究[9]等专题研究成果。未见区分金融消费者信息权与金融消费者信息权益[10]、金融消费者信息权与金融消费者信息安全权，及金融消费者信息权保护的特殊性[11]等相关研究。使金融消费者信息权保护的研究处于基本概念不明、范围不清、特性不突出的状态。

鉴于此，本文通过研判金融消费者信息权保护与金融消费者信息权益保护、个人信息权保护的区别和联系，辨明金融消费者信息权保护的特性。探寻我国金融消费者信息权法律保护尚存的问题。提出我国金融消费者信息权法律保护的设想和建议。

一、金融消费者信息权保护的特性

金融消费者，是购买、使用金融机构提供的金融产品和服务的自然人，较之购买使用其他商品和服务的自然人和消费者，有其特殊性。此处为何要强调其身份的特殊性呢？这取决于金融行业存在明显的流动性风险、系统性风险，相关监管机构对其的保护力度和监管力度

应当遵循平等自愿、诚实守信等原则，充分尊重并自觉保障金融消费者的财产安全权、知情权、自主选择权、公平交易权、依法求偿权、受教育权、受尊重权、信息安全权等基本权利，依法、合规开展经营活动。”

[5] 参见《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》（2016 年颁布实施）第三章：“个人金融信息保护”。

[6] 《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》（2020 年颁布实施）第二十八条规定：“本办法所称消费者金融信息，是指银行、支付机构通过开展业务或者其他合法渠道处理的消费者信息……”

[7] 参见管斌：《金融消费者保护散论》，载《华中科技大学学报》(社会科学版)，2010 年第 1 期；杨悦：《金融消费者权益保护的国际经验与制度借鉴》，载《现代管理科学》，2010 年第 2 期； 李林芳、徐亚文：《社会信用体系法治化原理探析》，载《学习与实践》，2019 年第 11 期。上述成果，均侧重金融消费者信息安全权作为金融消费者权利之一的研究，但未讨论金融消费者信息权是否包含其他权利，或涉及金融消费者信息权保护特性的直接研究。

[8] 参见王利明：《论我国《民法总则》的颁行与民法典人格权编的设立》，载《法学》，2017 年 9 月；张新宝：《从隐私到个人信息: 利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》，2015 年第 3 期；程啸：《我国民法典对隐私权和个人信息的保护》，载《人民法院报》，2020 年 07 月 30 日，第 5 版。

[9] 参见文小梅：《金融消费者信用权新论》，载《湖北大学学报（哲学社会科学版）》，2020 年第 5 期。

[10] 参见田俊生：《金融消费者信息权的法律保护》，载《时代金融》，2020 年第 3 期，该研究未区分金融消费者信息权益与金融消费者信息权之区别，将二者混同；吴天：《论我国互联网金融消费者信息权的法律保护》，河北经贸大学 2019 年硕士学位论文，该研究主要针对信息权与隐私权之辨析，未涉及金融消费者信息权益与金融消费者信息权的区别联系。

[11] 同前注[7]。

均大于普通行业的特殊性[12]。而金融消费者在与金融机构进行交易、参与金融系统资金流转中，可获取一般自然人属性外的金融主体的特殊属性，是金融市场中不可或缺又处于弱势地位的主体。其对金融机构的信心，时刻影响金融交易的实现和金融信用体系的稳定。因此，金融消费者权益保护，是金融规制监管的重点内容[13]。而金融消费者信息安全，可直接影响金融机构交易安全，进而关乎金融市场稳定。所以加强金融消费者信息权益保护，可规范金融机构行为，防范系统性风险的发生[14]。

本文所探讨的金融消费者信息权，是用于保护金融消费者信息权益实现的权利。那么，如何区分金融消费者信息权保护与金融消费者信息权益保护之间的区别与联系呢？金融消费者信息权保护与个人信息权保护的不同又体现在何处？研究伊始，有必要从以上两个问题入手，辨明金融消费者信息权保护的特性、价值和重要意义。

1、金融消费者信息权保护与金融消费者信息权益保护的异同

金融消费者权益，受金融监管机构规制监管的保护。我国金融消费者信息权益法律保护体系，自 2013 年银监会增设了金融消费者保护局[15]，并颁布实施《中国银监会银行业消费者权益保护工作指引》（以下简称《保护指引》）[16]伊始建构。后有前述《意见》、《办法》出台，与《中华人民共和国中国人民银行法》、《中华人民共和国商业银行法》等法律法规共同构成了我国金融消费者信息权益保护的法律体系。其中 2016 年的《办法》，首次通过专章对保护个人金融信息权益做出了规定[17]。2020 年颁布的新《办法》不仅地位由规范性文件升格为部门规章[18]，且将第三章由个人金融信息保护修改为消费者金融信息保护[19]，对诸多细节做出修订，增加了对金融机构信息处理者的义务要求[20]，进一步加强了金融消费者信息权益

[12] 参见韩龙：《金融法为何是规制与监管之法?》，载《甘肃政法学院学报》，2008 年第 3 期，第 1-8 页。

[13] 罗传钰：《金融消费者保护监管优化与国际合作》，法律出版社 2014 年版，第 46 页。

[14] 韩龙：《国际金融法前沿问题》，清华大学出版社 2010 年版，第 308-309 页。

[15] 参见中国银监会金融消费者保护局（简称消保局）介绍：“主要职责为研究国内外金融领域消费者（投资者）保护情况，制定银行业金融机构消费者权益保护总体战略、政策法规，并对监管政策制定和执行中对消费者权益保护的充分性和有效性进行评估。协调推动建立并完善银行业金融机构消费者服务、教育和保护机制，建立并完善投诉受理及相关处理的运行机制。统筹策划、组织开展银行业金融机构消费者宣传教育工作。组织开展银行业金融机构消费者权益保护实施情况的监督检查，依法纠正和处罚不当行为。”http://www.cbrc.gov.cn/chinese/nsbm/FCADE0C47D9E481D9BAC31E06863E7E2.html，最后访问时间：2020 年 1 月 30 日。

[16] 《中国银监会银行业消费者权益保护工作指引》第五条规定：“银行业消费者权益保护工作应当坚持以人为本，坚持服务至上，坚持社会责任，践行向银行业消费者公开信息的义务，履行公正对待银行业消费者的责任，遵从公平交易的原则，依法维护银行业消费者的合法权益。”

[17] 同前注[5]。

[18] 李林鸾：央行将《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》升格为部门规章，回应新关切点，中国银行保险报，2019 年 12 月 28 日，https://bank.hexun.com/2019-12-28/199814329.html，最后访问时间：2020 年 4 月 14 日。

[19] 同前注[6]。

[20]参见《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法（征求意见稿）》起草说明：“第三章消费者金融信息保护，从消费者金融信息的全生命周期保护角度，对信息收集、披露和告知、使用、管理、存储与保密、

保护的力度。

同时，金融消费者信息权益还受到《民法典》和 2014 年颁布实施的《中华人民共和国消费者权益保护法》保护。如：《中华人民共和国消费者权益保护法》第十八条规定，经营者有警示风险义务，保障消费者各项权益实现。其第二十六条将银行、证券、保险等金融行业亦纳入经营者范围内[21]。说明，金融消费者信息权益保护包含在个人信息保护和消费者权益保护中，属特殊的个人信息权益和特殊的消费者信息权益。

而金融消费者信息权，是金融消费者对自身信息享有的安全、自决、知情、更正删除的权利。其主体是自然人，受保护对象为金融消费者信息。可通过保护金融消费者信息权，进而保障金融消费者信息权益的实现。由于金融消费者身份的特殊性，使其信息权，也成为一种特殊的个人信息权和特殊的消费者信息权。所以，学界对金融消费者信息权保护与金融消费者信息权益保护的争议，多见于个人信息权益与个人信息权法律保护的研究。

自我国《民法典》颁布起，学界普遍认同《民法典》所保护的个人信息，指向一种人格利益，即个人信息权益，并非个人信息权[22]。其中，“权利”与“权益”的主要区别在于：权利是一种社会关系，指主体依法享有并受法律保护的利益范围或实施一定行为的自由，以实现某种利益的资格和可能性[23]。权利不必然产生利益，是法律赋予人实现其利益的一种力量[24]。而权益是一种利益，会计学上的“权益”则是指资产[25]。从汉语言词汇的构成看，“利”和“益”是近义词，但“利”一般指好处[26]，“益”则指增加[27]。在英语里，这两个词语的区分更明确，“权利”是“Rights”，而“权益”是“Equity”。“Rights”强调正确的，正当的，好的，近

删除与更正、跨境传输、外包服务管理等进行了全链条优化，进一步强化了信息知情权和信息自主选择权。”2019 年 12 月 27 日，http://www.moj.gov.cn/news/content/2019-12/27/zlk_3238877.html，最后访问时间：2020 年 11 月 24 日。

[21]《中华人民共和国消费者权益保护法》第十八条规定：“经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示……应当对消费者尽到安全保障义务。”……第二十六条规定：“经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。”

[22] 同前注[8]。

[23] 郭丹：《金融服务法研究——金融消费者保护的视角》，法律出版社，2013 年版，第 64 页。

[24] 参见维基百科：“权利”， https://wiki.mbalib.com/wiki/%E6%9D%83%E5%88%A9，最后访问时间:2020 年 1 月 31 日。

[25] 参见维基百科：“权益”，https://wiki.mbalib.com/wiki/%E6%9D%83%E7%9B%8A，最后访问时间：2020 年 1 月 31 日。

[26] 参见汉典：“‘利’的词义是指：1. 好处，与“害”“弊”相对：～弊。～害。～益。～令智昏。兴～除弊。2.使顺利、得到好处：～己。～用厚生（充分发挥物的作用，使民众生活优厚富裕起来）。3. 与愿望相符合：吉～。顺～。”http://www.zdic.net/z/16/js/5229.htm，最后访问时间：2020 年 1 月 31 日。

[27] 参见汉典：“‘益’的词义是指：1.增加：～寿延年。增～。损～。 2.好处，有好处：利～。～处。公～。权～。受～非浅。3. 更加：～发。日～壮大。4.古同“溢”，水漫出来。”http://www.zdic.net/z/1f/xs/76CA.htm。最后访问时间：2020 年 1 月 31 日。

义词有“Interests”和“Profits”，常与法律上的关切和好处有关，归类为 Legal 词汇[28]。“Equity”强调账面资金的增长，近义词有“Asset”和“Capital”，常与资金相关，归类为 Finance 词汇。[29]王利明认为，个人信息权与个人信息权益的保护权能不同，个人信息权中的信息控制权大于个人信息权益[30]。相较信息权益保护，信息权保护的力度亦更强、范围更大[31]。张新宝认为，个人信息权比个人信息权益的权利位阶更高，保护力度更大[32]。程啸认为，《民法典》这样规定的原因，是限制个人享有过大的信息权利，保护信息技术发展和公共利益需要[33]。

总之，金融消费者信息权益，是金融消费者对自身信息享有的人格利益。我国法律不仅保护金融消费者信息权益，同时基于公共利益或其他利益的需求，限制金融消费者信息利益的实现[34]。而金融消费者信息权，指向一种法律意义上的人格权而非仅指人格利益，其保护的权能、范围、力度均大于金融消费者信息权益，是金融消费者对其信息享有的使用、支配、收益的权利[35]，是法律赋予金融消费者和金融机构保护金融消费者信息权益的力量和手段。依后所述，金融消费者信息权，有助于金融消费者制约信息处理者出于利益需求滥用信息控制权的行为[36]。较之金融消费者信息权益，金融消费者信息权更重视归属性、排他性，保护力度更强，比金融消费者信息权益的保护范围更广，程度更深。

2、金融消费者信息权保护与普通个人信息权保护不同

[28] 参见百度牛津词典“rights”：“1.adj.morally good[not usually before noun] ~ (to do sth)，morally good or acceptable; correct according to law or a person's duty。2.true/correct，true or correct as a fact。3.correct for a particular situation or thing, or for a particular person……”https://fanyi.baidu.com/#en/zh/right.最后访问时间：2020 年 1 月 31 日。

[29] 参见百度牛津词典“equity”：“1. [U] (finance) the value of a company's shares; the value of a property after all charges and debts have been paid see also negative equity，2.[pl.] (finance) shares in a company which do not pay a fixed amount of interest.”
https://fanyi.baidu.com/?aldtype=85&keyfrom=alading&mod=oxford#en/zh/equity.最后访问时间：2020 年 1 月 31 日。

[30] 参见王利明：《论人格权保护的全面性和方法独特性——以《民法典》人格权编为分析对象》，载《财经法学》，2020 年第 4 期，第 7 页。

[31] 参见王利明：《论我国<民法总则>的颁行与民法典人格权编的设立》，载《法学》，2017 年 9 月，第 71 页。

[32] 参见张新宝：《个人信息收集：告知同意原则适用的限制》，载《比较法研究》，2019 年第 6 期，第 7 页。

[33] 参见程啸：《论我国民法典中的个人信息合理使用制度》，载《中外法学》，2020 年第 4 期，第 1006 页。

[34]同前注[34]，第 1004 页。

[35] 参见程啸：《论<民法典>对人格权中经济利益的保护》，载《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》，2020 年第 6 期，第 137 页。“《民法典》通过侵权赔偿责任制度对人格权主体的经济利益给予保护，即依据《民法典》第 1182 条的规定，民事主体因人格权益遭受侵害致使财产损失时，按照被侵权人因此遭受的损失或者侵权人因此所获得的利益对被侵权人进行赔偿。”故《民法典》所保护的个人信息权益，亦包括经济利益。

[36] 参见张新宝：《从隐私到个人信息: 利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》，2015 年第 3 期，第 43-44 页。

前述，金融消费者信息权，是一种特殊的个人信息权。我国《民法典》并未采取保护个人信息权的立法模式，而是采用了个人信息权益的保护模式。但实际上，保护个人信息权在全球范围内已属较通行的立法模式：个人信息权概念的提出始于 1968 年联合国大会。其后 1971 年德国的《黑森州个人资料保护法》、1980 年国际经合组织（Organization for Economic Cooperation and Development，以下简称 OECD）的《隐私保护与个人数据跨境流通的指导原则》、1990 年 12 月联合国大会的《关于自动资料档案中个人数据信息的指南》、1995 年欧盟的《个人数据保护指令》、2018 年欧盟的《一般数据保护条例》（《General Data Protection Regulation》，以下简称 GDPR）等法律法规的出台，逐步推动了世界各国和各组织的个人信息权法律保护体系的进步。现有包括：英国、荷兰、美国、加拿大、瑞士、德国、澳大利亚、日本、韩国等国，均制订了与个人隐私权、个人信用信息权、个人通讯信息权、个人影像资料信息权、个数据信息权相关的个人信息权保护的法律规范[37]。所以，金融消费者信息权保护已有较多可借鉴的国外个人信息权保护的立法经验。

而金融消费者信息权保护因以下三方面特性，与个人信息权保护存在区别，亦与我国《民法典》规定的个人信息权益保护并不冲突：

保护金融消费者信息权与保护个人信息权的需求和重要性不同。虽然现阶段我国《民法典》为了维护公共利益和信息技术的发展，未使用“个人信息权”的表述[38]，而是选择了保护个人信息权益。但属金融消费者信息权保护内容之一的金融消费者信息安全权的保护，早已获我国法律确认[39]（本文第二章第一目将详述其内容）。那么，为何会出现这种不同呢？因为前述，金融消费者信息安全，严重影响金融机构交易安全，甚至影响金融体系稳定。所以相较《民法典》规定的“让步”，金融消费者信息权益的保护，更应采取一边保护，一边利用的形式，不能以牺牲个人权益为代价换取社会发展[40]，更不能以牺牲金融体系安全为代价换取信息技术发展。可见保护金融消费者信息安全权的需求和重要性与保护个人信息权不同，应高于信息技术发展和信息利益之上。

第二，金融消费者信息权具财产权属性，而个人信息权属人格权保护范围[41]。众所周知，信息在金融行业具有巨大价值，而金融消费者和金融机构间地位的差异，主要源自信息不对称。有手段和条件更快获得大量信息的一方，能在金融交易中获得优势地位。获取的信息量和获得信息的速度，使金融机构能够决策精准、规避风险、攫取利益。而 2020 年《办法》规定，金融机构因营销、业务拓展等需要，收集、使用金融消费者信息的，需经金融消费者授权[42]。说明我国金融监管机构允许金融机构将金融消费者信息用于营销，金融机构可通过

[37] 张才琴 齐爱民 李仪：《大数据时代个人信息开发利用法律制度研究》，法律出版社 2015 年版，第 12 页。

[38] 同前注[24]。

[39] 同前注[4]。

[40] 参见程啸：《我国《民法典》个人信息保护制度的创新与发展》，参见《财经法学》，2020 年第 4 期，第 32-53 页。

[41] 同前注[33]，第 2 页。

[42] 《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》）》第三十条规定：“银行、支付机构收集消费者金融

使用金融消费者信息获取商业、经济利益。据此，可确认金融消费者信息权有财产权特征。较之《民法典》则通过其总则编第五章对民事权利及人格权的列举，确定了个人信息权益的人格权属性。而其第一千零三十二条禁止使用短信、电话、邮件等形式侵扰个人生活安宁、侵犯个人信息权益[43]，和其第一千零三十五条不得过度处理个人信息的规定，一千零三十八条禁止信息处理者泄露其收集、存储的个人信息，及未经个人同意对外非法传递个人信息的行为[44]，排除了个人信息用于商业营销、广告用途的商品性和财产权属性[45]。因此，金融消费者信息权含有更明显的财产性，与个人信息权的权利属性不同。

第三，2020 年中国人民银行发布的《个人金融信息保护技术规范》（以下简称《技术规范》）规定了金融机构有金融消费者信息控制权，而《民法典》中没有规定个人信息控制权。前述，我国法律法规未确认个人信息权和金融消费者信息权的归属，但因为《技术规范》规定了金融机构的信息“控制权”[46]，所以使金融机构间或金融机构与其他合作企业间，可通过转移、传输金融消费者信息，获得独立的金融消费者信息控制权[47]（此规定造成的问题将在第二章第二目详细论述，此处仅用于讨论个人信息权与金融消费者信息权保护的不同）。而《民法典》规定的信息处理者，仅可依“合法、正当、必要”原则处理个人信息，且“不得过度处理”[48]，并不享有此种“信息控制权”。

综上，金融消费者信息权保护，因其信息主体身份特殊性，信息本身具有的财产权属性，及在金融交易中的特殊作用，应有别于金融消费者信息权益保护和个人信息权益保护，建立起顺应其特性的，有足够力度的权利保护法律体系，才能更好地适应金融行业技术发展和信息利用的需要。

二、金融消费者信息权法律保护存在的问题

信息用于营销、用户体验改进或者市场调查的，应当以适当方式供金融消费者自主选择是否同意银行、支付机构将其金融信息用于上述目的；金融消费者不同意的，银行、支付机构不得因此拒绝提供金融产品或者服务。银行、支付机构向金融消费者发送金融营销信息的，应当向其提供拒绝继续接收金融营销信息的方式。”

[43] 虽然《民法典》第一千零三十二条针对的是隐私权保护，但其第一千零三十四条规定：“个人信息中的私密信息，适用隐私权保护的规定”。说明个人信息中的私密信息，适用《民法典》第一千零三十二条的规定。

[44] 《中华人民共和国民法典》第一千零三十八条规定：“信息处理者不得泄露或者篡改其收集、存储的个人信息；未经自然人同意，不得向他人非法提供其个人信息，但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外。信息处理者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全，防止信息泄露、篡改、丢失；发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，应当及时采取补救措施，按照规定告知自然人并向有关主管部门报告。”

[45] 同前注[34]，第 1006 页。

[46] 《个人金融信息保护技术规范》第 3.5 条规定：“个人金融信息控制者，有权决定个人金融信息处理目的、方式等的机构。”；第 3.6 条规定：“收集，获得个人金融信息的控制权的行为。”

[47] 《个人金融信息保护技术规范》第 3.8 条规定：“转让，将个人金融信息控制权由一个控制者向另一个控制者转移的过程。”第 3.9 条规定：“共享，个人金融信息控制者向其他控制者提供个人金融信息，且双方分别对个人金融信息拥有独立控制权的过程。”

[48] 《中华人民共和国民法典》第一千零三十五条规定：“处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理，并符合下列条件……”

前述，金融消费者信息权保护在力度上、重要性上有别于金融消费者信息权益保护、个人信息权益保护。而现阶段我国金融消费者信息权保护的法律缺失，带来了哪些保护范围不清、力度不足的问题，严重影响我国金融消费者信息权益的实现呢？要寻找这些问题，可从法律规定、现实情况、当前监管存在的问题入手，进而探讨金融消费者信息权法律保护存在的缺陷。

1、金融消费者信息权法律保护力度、完整性不足

现阶段我国法律规定仅确认保护金融消费者信息权益和金融消费者信息安全权，未确认保护金融消费者信息权，使金融消费者信息保护的力度不足，严重影响金融消费者信息权益的保护。此力度不足主要体现在：前述因金融消费者信息权保护与《民法典》个人信息权益保护在安全性、重要性上的考量不同，故我国在金融消费者信息权益保护体系中增加了对金融消费者信息安全权的保护。因为前述相较权益，权利保护是高位阶、力度强的保护手段，所以金融消费者信息安全权的保护相较金融消费者信息权益保护更重要、力度更强。但仅明确保护金融消费者信息安全权，未明确保护金融消费者信息权，仍使金融消费者无法享有完整的信息权，阻碍了金融消费者信息权益的实现。

金融消费者信息安全权，属金融消费者八项权利之一[49]。2010 年以前，我国法律并未规定保护金融消费者信息权或金融消费者信息权益、金融消费者信息安全权等。当时学界的研究成果普遍认为，金融消费者主要权利包括隐私权、知情权在内等共六项权利，未包含信息权。如：郭丹认为，依照消费者权益保护法的规定，金融消费者的权利主要有：知情权、隐私权、求偿权、公平交易权、自由选择权[50]。笔者在之前的研究中，亦界定过金融消费者拥有的主要权利包括：隐私权、获知信息权、自由消费权、公平交易权、享受服务权、监督评论权、损害求偿权[51]。而自前述 2013 年《保护指引》第十二条明确规定了保护金融消费者信息安全权[52]后，2015 年《意见》第二条也规定，金融消费者的权利包括财产安全权、知情权、自主选择权、公平交易权、依法求偿权、受教育权、受尊重权、信息安全权八项权利。[53]自此，金融消费者享有的主要权利受法律确认。学界对“金融消费者隐私权”的研究亦转变为对“金融消费者信息安全权”的研究。

但随着大数据、云计算、区块链等网络信息技术的发展，金融技术和技术金融逐渐扩展了金融行业的产业边界。金融消费者信息量剧增，金融机构承担的金融消费者信息保护义务

[49] 同前注[9]，第 158 页。

[50] 同前注[24]，第 72-78 页。

[51] 参见李想：《金融消费者权益保护法律问题研究》，北京交通大学 2012 年硕士学位论文。

[52] 《中国银监会银行业消费者权益保护工作指引》第十二条规定：“银行业金融机构应当尊重银行业消费者的个人金融信息安全权，采取有效措施加强对个人金融信息的保护，不得篡改、违法使用银行业消费者个人金融信息，不得在未经银行业消费者授权或同意的情况下向第三方提供个人金融信息。”

[53] 《国务院办公厅关于加强金融消费者权益保护工作的指导意见》第二条规定：“工作要求……（二）银行业机构、证券业机构、保险业机构以及其他从事金融或与金融相关业务的机构（以下统称金融机构）应当遵循平等自愿、诚实守信等原则，充分尊重并自觉保障金融消费者的财产安全权、知情权、自主选择权、公平交易权、依法求偿权、受教育权、受尊重权、信息安全权等基本权利，依法、合规开展经营活动。”

随之增加。除信息安全权外，金融消费者信息权还包括：金融消费者信息自决权。自决权指自由选择权和自由支配权（亦可称控制权[54]）。其中，自由选择权指金融消费者可自由选择是否授权金融机构对其自身信息进行收集、存储、使用、传输的权利。自由支配权属金融消费者信息所有权，即金融消费者信息的占有、使用、收益权[55]，及对信息产生的附加价值的所有权。金融消费者信息知情权。此种知情权不同于金融消费者知情权。金融消费者知情权属事前获得与金融交易相关信息的权利，金融消费者信息知情权则属金融消费者对自身信息的处理情况拥有的事前、事中、事后知情权。主要包括信息查阅权和信息处理知情权。金融消费者信息删除、更正权。金融消费者作为信息产生源头和信息所有人，是最清楚自身信息是否完整、正确的主体之一。保障信息的准确性、完整性，可直接决定金融消费者在金融交易中的受信程度，亦可避免不必要的损失。是金融消费者对不正确或不必要收集的信息提出删除、封存、被遗忘，及对有误或不完整的信息作出更正或补全的权利。[56]

可见，信息安全权、自决权、知情权、删除更正权，可共同构成完整的金融消费者信息权。四者同等重要、缺一不可。而当前，金融消费者信息安全权已不能涵盖完整的金融消费者信息权。界定金融消费者信息权概念、范围、内容的法律缺失，使金融消费者信息自决权、知情权、删除更正权均无法获得法律确认，严重影响金融消费者信息权的完整性。对金融消费者信息权利的实现，造成严重障碍，亦使金融消费者信息合法权益受到挑战。

2、难解金融消费者信息权益与金融机构信息控制权之争

而且，金融消费者信息权完整性的缺失，使金融消费者信息权益无法对抗金融机构的信息控制权。信息控制权理论，起源于美国学者 Alan Westin《隐私与自由》一书中对信息隐私控制权的描述。其认为信息控制权，是个人对是否或何时、如何向他人公开自身信息享有的选择权利[57]。而信息处理者的信息控制权，主要来源于法律赋予信息控制者对信息的意志控制权利，这种控制权常与信息财产权相关，并使信息主体的信息控制权出现比较明显的失控，使其无法享有与信息处理者对等的信息控制权。出现这种问题的原因，主要源于信息主体自身的技术能力低下、地位弱势和信息技术共享的需要等[58]。

从现实情况看，因为金融机构是金融交易中较强势的主体，所以其在使用金融消费者信息控制权获取商业利益方面，也严重挑战着金融消费者的合法信息权益。如：保险公司相互倒卖金融消费者信息以获取潜在客户源，并通过电话、短信等方式进行广告推销的行为屡见不鲜[59]。国内多家银行因使用外包 SDK[60]，过度收集、滥用、共享金融消费者信息受到监管部

---

[54] 同前注[31]。

[55] 参见张瑞怀：《个人金融信息保护问题研究》，载《金融经济》，2014 年第 2 期，第 3 页。

[56] 孔令杰：《个人资料隐私的法律保护》，武汉大学出版社，2009 年版，第 47 页。

[57] 参见鲁冰婉：《大数据背景下域外信息隐私权的困境及应对——以个人信息控制为切入点》，载《情报杂志》，2020 年 11 月 10 日，http://kns.cnki.net/kcms/detail/61.1167.G3.20201109.1647.004.html，第 3 页。

[58] 同前注[58]，第 4-6 页。

[59] 参见搜狐网：保险公司交换个人信息 69 万条，检察官：这是非法获取！，2019 年 6 月 5 日。https://www.sohu.com/a/318748079_382470 最后访问时间：2020 年 12 月 2 日。

[60] SDK：Software Development Kit，中文为软件开发工具包，指一些软件工程师为特定的软件包、软件

门查处[61]。或银行通过对外提供金融消费者信息进行外包催收，遭金融消费者投诉[62]等。以上种种现象表明，金融行业对金融消费者信息的过度控制权，正严重影响着金融消费者信息权益的实现。金融消费者不仅缺乏应有的信息控制、知情、选择权利，更无法限制金融机构过度收集、使用、传输其信息，转移信息控制权的行为。虽然我国相关监管部门一直在加强监管力度，并通过限制金融机构使用 SDK 获取用户信息和滥用用户信息获利，并要求金融机构在其隐私协议中，向金融消费者告知其使用的 SDK 清单及合规标准[63]等方式，限制金融机构滥用金融消费者信息控制权的行为[64]。但是上述监管手段并未给予金融消费者足够的知情、选择权利，或保障金融消费者自主选择是否允许金融机构通过 SDK 收集其何种类别的信息的权利。

而在我国《民法典》和前述 2020 年新颁布实施的《办法》中，亦未见提及金融消费者如何通过行使自身信息控制权，限制金融机构信息控制权等问题。虽然我国《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）规定保障个人的人格权[65]，且经济利益不得对抗人格权益[66]。但前述权利和权益之间，权利又受更高位阶的法律保护。所以，在“信息控制权”和“金融消费者信息权益”间，尚无法律明确规定其保护力度及位阶先后，使得金融机构可在信息控制权和金融消费者信息权益之间做出自由裁量和自主选择。而其往往因趋于获取信息控制权带来的经济利益，选择侵害金融消费者的信息权益。可见，在当前我国法律赋予金融机构金融消费者信息控制权，限制金融消费者享有的信息权益前提下，使金融消费者无权、无力对抗金融机构对金融消费者信息控制权的滥用，导致了金融消费者信息权的缺失，成为金融消费者信息权益实现的又一障碍。

3、缺乏功能性规制监管

功能性监管，是指通过横向的单一部门监管，实现混业经营下的单一监管制[67]。其优势在于：可通过金融产品和服务的特性，实现跨行业、跨部门的监管。以韩国《金融消费者保护法》为例：该法通过采取横向规制、采用单一监管部门的方式，统一了对金融机构的监管，

框架、硬件平台、操作系统等建立应用软件时的开发工具的集合。

[61] 参见 21 世纪经济报道：银行系 App 整改背后：金融机构个人信息采集监管开启，2019 年 12 月 11 日。https://finance.qq.com/a/20191211/000232.htm，最后访问时间：2020 年 12 月 2 日。

[62] 参见搜狐网：外包催收是个难题，个人信息保护的边界在哪里？，2020 年 11 月 18 日，https://www.sohu.com/a/432561660_120868893，最后访问时间：2020 年 12 月 2 日。

[63] 参见新华网：国内首个 SDK 国家标准成功立项，2020 年 8 月 20 日，http://www.zj.xinhuanet.com/2020-08/20/c_1126392932.htm，最后访问时间：2020 年 12 月 4 日。

[64] 参见移动支付网：金融 App 注意！工信部发文整治 SDK 乱象 进行“地毯式”排查，2020 年 7 月 17 日，https://www.mpaypass.com.cn/news/202007/17191843.html，最后访问时间：2020 年 12 月 4 日。

[65] 《中华人民共和国宪法》第三十八条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”

[66] 同前注[33]，第 6 页。

[67] 韩龙：《国际金融法》，高等教育出版社 2020 年版，第 332-333 页：“金融行业法律规制，分为机构性规制和功能性规制。其中，机构性规制属纵向规制监管，通过不同监管部门协调运作，实现多头监管。而功能性规制属横向规制监管，通过单一监管部门，实现混业经营条件下的单一监管制”。

从而实现对金融消费者权益的保护[68]。同时，该法强化了对金融机构的事前、事中、事后监管。从增强金融机构信息披露、加强内控体系的要求，到完善金融消费者权利救济制度、加强对金融机构侵害金融消费者权益行为的处罚力度四方面，完成了金融消费者权益保护的规制监管闭环[69]。而具体到金融消费者信息权益的保护，此种单一监管制亦有利于金融消费者方便、快捷的寻找到可求助的监管机构。当监管机构适用统一的法律时，也可避免类似案件适用不同法律产生同案不同判的不良结果。[70]

与韩国不同，我国保护金融消费者信息权益的监管机构和法律规制，以机构性监管和纵向规制为主，缺乏统一的，具有足够跨行业、跨领域监管的横向法律规制和功能性监管机构。不仅法律规制的层级低，而且缺乏处理金融消费者信息的事前、事中、事后的完善法律规制和监管体系。

一方面，我国金融消费者信息权益保护法律规范体系，现以前述《保护指引》、《意见》、《办法》、《技术规范》为主，且内容、规定有冲突之处。如：《保护指引》、《意见》要求金融机构保障金融消费者信息安全权，2016 年的《办法》则规定保护个人金融信息，2020 年《技术规范》沿用了这一词语，2020 年的《办法》又将其改为保护消费者金融信息。且此类规制以银行业监管机构颁布的法律规范为主，无法涵盖其他金融行业。可见，我国金融消费者信息保护因未有足够高位阶、效力强的法律规范，统一金融消费者信息权的法律保护，导致金融消费者信息权概念的缺失，及金融消费者信息权益保护规定的不一致，尚无法有效保护金融消费者合法信息权益的实现。

另一方面，我国金融消费者信息权益保护的监管体系，尚未对金融机构的内控体系提出足够要求。如：未要求金融机构在自由裁量是否转移金融消费者信息控制权时征求金融消费者同意，或要求其及时向金融消费者披露此类操作。未要求金融机构对金融消费者信息处理过程的披露。未增加金融消费者信息自由授权保护力度，如：除告知同意外的单项授权要求等。未对金融机构侵害金融消费者信息权益的行为加强监管、提高惩罚力度等。以上问题，均易致金融消费者信息权益保护流于形式和表面、难得实现。

三、完善我国金融消费者信息权法律保护的建议

纵观全球，2008 年金融危机发生后各国、各地区金融消费者权益保护法规的力度均有增加。如：2010 年美国的《多德.弗兰克法案》、2011 年我国台湾地区的《金融消费者保护法》、2012 年英国的《金融服务法》、韩国 2020 年 3 月的《金融消费者保护法》[71]等。而前述 GDPR 等法的出台，亦使世界范围内个人信息权、金融消费者信息权保护的法律规范体系得到了较大发展。参考上述各国和各地区保护金融消费者信息权的法律规制和监管体系建设，站在保护金融行业稳定、防范系统性风险、维护金融消费者完整信息权的角度，结合我国金

[68] 参见董新义：《一部金融消费者保护强化法案：评韩国《金融消费者保护法》》，载《河北法学》，2020 第 38 期，第 62-76 页。

[69] 同前注[70]。

[70] 同前注[31]。

[71] 同前注[70]。

融消费者信息权保护的现状，可为我国加强金融消费者信息权的法律保护提供有效建议。

1、保护金融消费者信息权和具体信息权利

前述，当前保护我国金融消费者信息的法律规范体系，仍以保护金融消费者信息权益为主，尚缺金融消费者信息权及其具体权利的法律保护。而保护金融消费者信息权，则应借鉴许多国家和组织均已采用的个人信息权保护模式[72]。使金融消费者信息权保护，独立于个人信息权益保护。因为前述，金融消费者信息权不同于个人信息权益，具有较明显的商业价值和潜在利益性[73]。金融消费者通过购买、使用金融机构提供的产品和服务，付出智力劳动和做出自主选择的信息，是经过商品化后的信息，具有知识产权的特征。金融机构对金融消费者信息的利用，也不应成为金融消费者通过利用自身信息获取利益的掣肘[74]。所以，金融消费者信息因利用、转让获得的收益，不应只由金融机构或控制金融消费者信息的机构享有。应将金融消费者信息的收益权，归还于金融消费者[75]。

而对于如何限制信息处理者信息控制权，欧盟 GDPR 有较先进的经验。其通过信息最小化的规定和加强信息主体对自身信息的自决、知情、删除更正权的规定，限制了信息处理者的信息控制权。如：明确、明示及无含糊的授权[76]，限制信息处理的目的和范围[77]，保障信息处理透明度[78]等。所以，参照以上经验，我们亦可在保护金融消费者信息安全权的基础上，增加对金融消费者其他具体信息权利的保护。依前所述，考虑到金融消费者信息安全对金融系统运行的重要性，应将保护金融消费者信息安全，置于金融机构的信息技术发展和信息经济利益之上。保障金融消费者信息权，要确认金融消费者拥有自身信息的自决权、知情权、更正、删除权。通过加强金融消费者信息权的地位，提高其法律位阶。要求金融机构在尊重上述权利基础上利用金融消费者信息，而非放任其采取自由裁量方式、选择利益至上，随意转移金融消费者信息的控制权。即承认金融消费者信息具有财产权属性，保护金融消费者对自身信息的控制权，通过法律规定，保障完整的金融消费者信息权，限制金融机构的信息控制权。

采取主动方式保护金融消费者信息权。诸多案例和经验表明[79]，金融消费者将其与金融

[72] 同前注[32]，第 72 页。

[73] 参见王利明：《论人格权商品化》，载《法律科学》（西北政法大学学报），2013 年第 4 期。

[74] 参见彭诚信：《数据利用的根本矛盾何以消除——基于隐私、信息与数据的法理厘清》，载《技术》，2020 年第 2 期，第 82 页。

[75] 同前注[76]，第 83 页。

[76] GDPR 第 4 条规定：“定义……(11)数据主体的“同意”指的是数据主体通过一个声明，或者通过某项清晰的确信行动而自由作出的、充分知悉的、不含混的、表明同意对其相关个人数据进行处理的意愿。”

[77] GDPR 第 18 条规定：“限制处理权……1．当存在如下情形之一时，数据主体有权要求控制者对处理进行限制：……”

[78] GDPR 第 5 条规定：“…2．除了第 1 段所规定的信息，控制者应当在获取个人数据时为数据主体提供确保合理与透明处理所必要的进一步信息：……”

[79] 参见新浪财经：银行泄露个人信息，5 个真实案例……，2020 年 5 月 8 日。此类案例表明：金融消费者信息的泄露，往往伴随金融消费者个人财产的损失，而当经过漫长的诉讼程序之后，此类损失往往难以追回。https://baijiahao.baidu.com/s?id=1666098199706010520&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2020 年 11 月 30 日。

机构的信息权纠纷诉至监管机构或法院，并等待漫长的裁决或判决后，其信息权的损害结果往往随时间延长而扩大，甚至无法控制。而我国《民法典》第九百九十七条规定的侵害人格权的禁令制度，可通过赋予信息主体要求行为人立即停止侵害的权利，强化对损害结果的预防[80]。故，金融消费者信息权保护也应参照《民法典》这一规定，采取主动预防大于被动保护的方式。应赋予金融消费者信息损害禁令请求权，要求金融机构或其他控制金融消费者信息的机构，在金融消费者提出请求时，立即停止收集、使用、传递金融消费者信息的行为，将金融消费者信息权损害结果，控制在最小范围内。

2、统一监管、加强金融消费者信息权全环节保护

因前述我国金融消费者权益保护体系尚以纵向监管为主，存在监管机构不统一、规制不统一的劣势。加强金融消费者信息权的保护，应从单一部门的功能性监管入手。所以，我国亦应要求金融监管机构统一监管法律规范，设立独立于“一行二会”的金融消费者权益保护、金融消费者信息权保护机构。通过实现金融消费者信息权单一监管，保护金融消费者信息合法权益的实现。而通过统一规制，明确金融消费者信息权的概念、特征、范围等，亦有助于满足金融行业统一保护金融消费者信息权益的监管要求。

另一方面，加强金融消费者信息权的事前、事中、事后全环节保护。参考前述韩国《金融消费者保护法》，我国可通过加强对金融机构事前、事中、事后监督机制，增加金融机构保护金融消费者信息权的义务，加强金融机构侵害金融消费者信息权惩罚力度等。如：金融机构通过非法使用金融消费者信息获取收益的，应设立增加 30%-50%的非法所得的行政处罚[81]等措施。该类措施，可加强金融监管机构对金融机构保护金融消费者信息权的义务要求，使金融机构将金融消费者信息权益，置于行使或转让金融消费者信息控制权，利用金融消费者信息获取利益之前。

结语：

金融消费者信息权，属应采取积极手段、防范非法使用、排除非法侵害的重要权利。金融消费者财产安全权、公平交易权，均建立在金融消费者信息权实现的基础上。保障金融消费者对自身信息独立的自决权、知情权及删除更正权，更能体现我国《宪法》、《民法典》加强事前保护个人人格权利的要求。对完善我国金融体系法律监管，保障金融消费者其他权利的实现，具有重要作用。

参考文献[82]：

[1] 全国人大常委会：《中华人民共和国民法典（草案）》，2019 年 12 月 28 日发布。
[2] 全国人大：《中华人民共和国民法典》，2020 年 5 月 28 日颁布，2021 年 1 月 1 日起实施。
[3] 中国人民银行：银发[2016]314 号，《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》，2016

[80] 同前注[31]，第 8 页。

年 12 月 14 日颁布实施。
[4] 中国人民银行：《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法（征求意见稿）》，2019 年 12 月 27 日发布。
[5] 中国人民银行：中国人民银行令〔2020〕第 5 号，《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》，2020 年 9 月 18 日颁布，2020 年 11 月 1 日起实施。
[6] 中国人民银行：《个人金融信息保护技术规范》，标准号：JR/T0171——2020，2020 年 2 月 13 日发布实施。
[7] GENERAL DATA PROTECTION REGULATION (GDPR)https://gdpr-info.eu/art-4-gdpr/.
[8] 郭丹：金融服务法研究——金融消费者保护的视角[M].北京：法律出版社,2013。
[9] 孔令杰：个人资料隐私的法律保护[M].武汉：武汉大学出版社,2009。
[10] 罗传钰：金融消费者保护监管优化与国际合作[M].北京：法律出版社,2014。
[11] 韩龙：国际金融法前沿问题[M].北京：清华大学出版社,2010。
[12] 韩龙：国际金融法[M].北京：高等教育出版社,2020。
[13] 张才琴 齐爱民 李仪：大数据时代个人信息开发利用法律制度研究[M].北京：法律出版社, 2015。
[14] 李想. 金融消费者权益保护法律问题研究[D].北京交通大学,2012。
[15] 吴天. 论我国互联网金融消费者信息权的法律保护[D].河北经贸大学,2019。
[16] 程啸. 我国民法典对隐私权和个人信息的保护[N]. 人民法院报,2020-07-30(005)。
[17] 程啸.论《民法典》对人格权中经济利益的保护[J].新疆师范大学学报(哲学社会科学版),2020,41(06):109-120+2。
[18] 程啸.论我国民法典中的个人信息合理使用制度[J].中外法学,2020,32(04):1001-1017。
[19] 程啸.我国《民法典》个人信息保护制度的创新与发展[J].财经法学,2020(04):32-53。
[20] 董新义.一部金融消费者保护强化法案:评韩国《金融消费者保护法》[J].河北法学,2020,38(08):62-76。
[21] 管斌.金融消费者保护散论[J].华中科技大学学报(社会科学版),2010,24(01):53-58。
[22] 韩龙.金融法为何是规制与监管之法?[J].甘肃政法学院学报,2008(03):1-8。
[23] 李林芳,徐亚文.社会信用体系法治化原理探析[J].学习与实践,2019(11):29-35。
[24] 鲁冰婉.大数据背景下域外信息隐私权的困境及应对——以个人信息控制为切入点[J/OL].情报杂志:1-8[2020-11-10]. http://kns.cnki.net/kcms/detail/61.1167.G3.20201109.1647.004.html。
[25] 彭诚信.数据利用的根本矛盾何以消除——基于隐私、信息与数据的法理厘清[J].探索与争鸣,2020(02):79-85+158-159+161。
[26] 田俊生.金融消费者信息权的法律保护[J].时代金融,2020(03):15-16+25。
[27] 文小梅.金融消费者信用权新论[J].湖北大学学报(哲学社会科学版),2020,47(05):158-167。
[28] 杨悦.金融消费者权益保护的国际经验与制度借鉴[J].现代管理科学,2010(02):115-117。
[29] 王利明.论人格权商品化[J].法律科学(西北政法大学学报),2013,31(04):54-61。
[30] 王利明.论我国《民法总则》的颁行与民法典人格权编的设立[J].政治与法律,2017(08):2-11。
[31] 王利明.论人格权保护的全面性和方法独特性——以《民法典》人格权编为分析对象[J].财经法学,2020(04):3-13。
[32] 张新宝.从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排[J].中国法学,2015(03):38-59。
[33] 张新宝.个人信息收集：告知同意原则适用的限制[J].比较法研究,2019(06):1-20。
中国人民银行长沙中心支行课题组,张瑞怀.个人金融信息保护问题研究[J].金融经济,2014(02):3-6。

从“真空”走向“繁荣”
——浅析各国对于习惯国际法如何适用于网络空间的国家实践及其影响[1]

梁蕾庭

【摘要】随着关于“国际法是否适用于网络空间”的讨论暂歇，“国际法怎样适用于网络空间”越来越引发人们的关注和讨论。近年来，各国也纷纷通过高级官员演讲、政府文件等形式系统地阐释自身对于传统国际法中武装冲突法、国际人权法、国家责任法等领域的立场，在这其中许多国家关注的焦点就在于传统国际法中习惯国际法规则如何适用于网络空间。这一系列的国家实践充分证明了各国对网络安全、网络空间治理的重视，也对整个网络空间国际规则的制定产生了重要影响。

【关键词】国家实践；法律确信；习惯国际法

自“现有国际法是否适用于网络空间”的问题被提出伊始，各国对其不免有争论，但是总体上现有国际法适用于网络空间这一观点还是得到了大多数国家的认可，并且在 2013 年和 2015 年联合国政府专家组的相关报告中得以体现。

然而，在承认国际法适用于网络空间的基础上，一个更具有复杂性的问题应运而生：现有国际法如何适用于网络空间？面临这个问题，美国是最早的回应者：两任美国国务院法律顾问高洪柱及依根的演讲中就曾阐述武装冲突法、国际人权法、主权原则等具体国际法的领域如何适用于网络空间[2]。

然而，在相当长的一段时间内，其他大多数国家对这个问题更多地持一种犹豫的态度，没有系统性地阐释自身的立场，这难免造就了网络空间中的“法律真空”。在有些情况下，形成“法律真空”的原因在于国内政治意见的分歧或者一种有意的等待策略[3]。在另一些情况下，国家本身的“网络安全知识漏洞”[4]才是造就这种情况的主因，即网络攻击对于一些国家来说仍是陌生的议题，并未引起足够的重视。显然，这种滞后与网络空间本身的复杂性与特殊性是紧密相关的。

随着近年来越来越多网络攻击事件的发生，一种紧迫感逐渐在各国间蔓延。以荷兰为例，2018 年 4 月位于海牙的国际禁止化学武器组织遭到俄罗斯军事情报局（GRU）的网络行动恰恰成为了荷兰明确自身立场的契机[5]。在 2019 年 10 月 14 日，通过外务大臣就网络空间国

---

[1] 梁蕾庭，武汉大学国际法研究所 2019 级国际公法专业硕士研究生。

[2] Hongju Koh, Harold, "International Law in Cyberspace" (2012).Faculty Scholarship Series. 4854. https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4854; Brian J. Egan,International Law and Stability in Cyberspace, 35 BerkeleyJ. Int'lLaw. 169 (2017). Available at: http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol35/iss1/5.

[3] Kubo Mačák. From Cyber Norms to Cyber Rules: Re-engaging States as Law-makers, Leiden Journal of International Law (2017).

[4] Ibid.

[5] Letter of 5 July 2019 from the Minister of Foreign Affairs to the President of the House of Representatives on the international legal order in cyberspace, available at https://www.government.nl/binaries/government/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace/BZ129031A+letter+to+Parliament+-+international+

际法问题致议会的函及附件，荷兰具体阐明了其对诸多国际法规则适用于网络空间的看法[6]。其他国家也在近两年来通过高级官员演讲、政府文件等形式纷纷参与在网络空间的背景下解释和适用一般国际法的规则，尤其是在一般国际法中得到广泛承认的习惯国际法规则。可以说，针对国际法适用于网络空间的国家实践呈现出前所未有的"繁荣"状态。

因此，笔者将以梳理各国针对国际法如何适用于网络空间的国家实践作为起点，探讨其在网络空间特殊背景下体现的特点，并对其可能产生的影响进行剖析。

针对习惯国际法规则如何适用于网络空间的国家实践

在一般国际法领域，国家实践与习惯国际法规则密不可分。对于习惯国际法规则的形成，"北海大陆架案"中国际法院已经做出了明确的解释：有关行为不仅需要形成固定的实践，而且通过这种实践特定的法律规则能够产生义务性，即各国相信其遵守的是一种法律义务[7]。简而言之，构成习惯国际法规则需要满足"国家实践"（state practice）及"法律确信"（opinio juris）两个条件。进一步地，政府文件、官方声明、国内法乃至法院的判决都能够成为证明国家实践存在的依据[8]。

相似地，在网络空间领域，近两年来各国通过官方文件讲话阐明的主张其实恰恰填补了对国际法规则适用于网络空间的国家实践的空缺。在传统国际法发展相对成熟的现在，各国鲜少质疑诸如人道法中区分原则、比例原则等习惯国际法规则的法律约束力，而是转向讨论其适用于网络空间领域的可能性，并呈现出十分差异化的态势。具体而言，各国的立场如下：

美国针对习惯国际法规则如何适用于网络空间的立场

美国作为探讨国际法适用于网络空间的先行者，其对于习惯国际法规则如何适用于网络空间的讨论也自然相当充分。其主张通过两任国务院政府法律顾问的演讲、2014-2015 年度向联合国政府专家组提交的书面材料、2019 年至 2020 年参与联合国信息安全开放式工作组（OEWG）的进程中得到了集中的体现。

首先，针对主权原则在网络空间中的适用，美国持十分审慎的态度。一方面，其承认"国家在网络空间中开展活动时必须考虑他国的主权，包括在武装冲突之外也是如此[9]"，并指出国际法院在尼加拉瓜案中提到的"禁止各国采取强制性行动来影响他国根据主权原则有权自由决定的事项"这一习惯国际法规则同样能够在网络空间得以适用，尤其是针对一国干涉另

law+-+cyberspace+-+NL.pdf

[6] Appendix: International law in cyberspace, available at https://www.government.nl/binaries/government/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace/International+Law+in+the+Cyberdomain+-

[7] North Sea Continental Shelf (Ger./Den.; Ger./Ned.), Judgment, 1969 I.C.J. 3.

[8] ILC, 'Identification of Customary International Law: Text of the Draft Conclusions Provisionally Adopted by the Drafting Committee', UN Doc. A/CN.4/L.872, 30 May 2016.

[9] Hongju Koh, Harold, "International Law in Cyberspace" (2012).Faculty Scholarship Series. 4854. https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4854.

一国大选的事件[10]。另一方面，美国又倾向于在主权原则上施加限制，以“领土国家行使管辖权需符合可适用的国际法，包括国际人权义务”[11]来保证国家对于言论自由方面国际义务的遵守。

其次，针对武装冲突背景下的网络行动规制，在诉诸武力权（jus ad bellum）的层面，美国明确认为国家同样能够在网络空间领域行使自卫权，只要这种网络行动达到了武装攻击的程度，且现实存在并迫在眉睫[12]。在战时法（jus in bello）的层面，美国认为传统国际法上的区分原则和比例原则仍然适用于网络空间。

最后，针对国家责任法，美国肯定了非国家行为体作为国家“代理人”实施网络攻击所引发的国家责任[13]。针对网络空间中反措施的实施问题，美国提出的标准与传统国际法上对反措施的要求相一致：即采取反措施应以加害国采取了可归因于该国的国际不法行为为前提；反措施只能针对实施了国际不法行为的国家采取；反措施的实施必须符合必要性和相称性原则，且其目的是使加害国遵守其国际义务；受害国在采取反措施前应明确要求加害国遵守其国际义务[14]。

法国针对习惯国际法规则如何适用于网络空间的立场

法国对于这一问题的立场最集中的体现应为法国国防部于 2019 年 9 月 9 日发布的名为《适用于网络空间行动的国际法》的文件。其分别讨论了国际法规则对和平时期的网络行动以及武装冲突期间的网络行动的规制。

在和平时期针对法国实施的网络行动范畴内，与许多西方国家持回避态度不同，法国首先明确承认主权原则的适用，即“主权原则适用于网络空间。法国对位于其领土上的信息系统行使主权”[15]。在自卫权行使层面，法国不承认自卫权可以扩展至不能直接或间接归因于他国的非国家行为体实施的行为，但承认存在对“伊斯兰国”这样具有“准国家”性质的恐怖组织行使自卫权的可能[16]。在审慎原则（due diligence）的适用层面，法国明确传统国际法上审慎原则可以适用于网络空间，即国家不应“故意允许其领土被用来利用信息通信技术实施国际不法行为”。但是，法国进一步阐明，国家违反审慎原则并不构成受害国对其行使自卫权

[10] Brian J. Egan,International Law and Stability in Cyberspace, 35 BerkeleyJ. Int'lLaw. 169 (2017). Available at: http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol35/iss1/5

[11] Ibid.

[12] Digest of U.S. Practice in International Law 2014, available at https://2009-2017.state.gov/documents/organization/244504.pdf.

[13] Open-Ended Working Group (OEWG) - First substantive session, available at https://dig.watch/events/open-ended-working-group-oewg-first-substantive-session.

[14] Brian J. Egan,International Law and Stability in Cyberspace, 35 BerkeleyJ. Int'lLaw. 169 (2017). Available at: http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol35/iss1/5

[15] DROIT INTERNATIONAL APPLIQUÉAUX OPÉRATIONSDANS LE CYBERESPACE, available at https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2019/09/droit-internat-appliqu%C3%A9-aux-op%C3%A9rations-cyberespace-france.pdf.

[16] Ibid.

的正当理由[17]。

在规制武装冲突期间的网络行动时，法国明确承认国际人道法适用于在武装冲突情况下实施且与该冲突相关的网络行动。换言之，国际人道法中十分重要的区分原则、预防原则和比例性原则仍需在网络战的情境下得到遵守。具体地，法国对于人道法意义下"攻击"[18]的认定标准与《塔林手册》专家组的标准存在较大差异。法国认为，只要所针对的设备或系统失效（无论是暂时性的还是永久性的，是否可逆），这一网络行动就构成攻击。相比于《塔林手册》中所规定的需要造成实质性人员伤亡或者物体损毁的标准[19]，法国所采取的认定标准是相对宽松的。

英国针对习惯国际法规则如何适用于网络空间的立场

英国立场的集中体现主要为英国时任总检察长杰里米·赖特 2018 年 5 月在查塔姆研究所的演讲。其阐述的立场与美国的立场十分具有相似性，但又呈现出更加激进的特点。例如，在主权原则适用部分，英国持鲜明的否定态度。具体而言，英国认为主权原则是许多国际法律体系的基石，但这并不代表主权原则本身能够衍生出更加具体的规则或者对国家施加额外的限制，且主权原则不能够被适用于破坏国家安全与人权保护间的平衡。此外，英国认为在网络空间领域下，人道主义干涉可以作为禁止使用武力或以武力相威胁原则的适用例外[20]。

甚至在一些特定的规则适用上，英国持与美国完全相反的观点。以反措施在网络空间的适用为例，英国明确指出网络攻击的受害国在使用反措施前无需通知对方，因为这样显然会使己方机密的设备暴露在对方的视野下[21]。

荷兰针对习惯国际法规则如何适用于网络空间的立场

2019 年 10 月 14 日，通过外务大臣就网络空间国际法问题致议会的函及附件，荷兰系统地阐释了本国对于国际法规则适用于网络空间的立场。

在主权原则的层面，荷兰通过引用国际法院对尼加拉瓜案的判决确认主权原则在网络空间领域依然适用，并指出问题在于哪种类型的网络攻击才算作侵犯他国主权。在这个问题上，荷兰认为只要网络攻击影响了他国管辖的领土或者对他国政府职能造成严重的干扰，就可以构成对主权原则的违反[22]。

---

[17] DROIT INTERNATIONAL APPLIQUÉAUX OPÉRATIONSDANS LE CYBERESPACE, available at https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2019/09/droit-internat-appliqu%C3%A9-aux-op%C3%A9rations-cyberespace-france.pdf.

[18] 《日内瓦公约第一附加议定书》第 49 条规定："'攻击'是指不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为。"

[19] M. N. Schmitt (ed.), Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations (2017).

[20] Cyber and International Law in the 21st Century, available at https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century.

[21] Ibid.

[22] Appendix: International law in cyberspace, available at https://www.government.nl/binaries/government/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace/International+Law+in+the+Cyberdomain+-

在对于使用武力的认定上，荷兰采取了相对宽松的立场，尤其是认为：尽管传统国际法下对一国经济的损害并不被认为构成“使用武力”的情形，但是在网络空间下造成严重金融财政损害的网络攻击可以被认定为“使用武力”[23]。

在行使自卫权的问题上，荷兰则采取了相当审慎的态度，认为不是一切使用武力都能够当然为自卫权的行使提供合理性。荷兰明确指出，根据传统国际法，在尼加拉瓜案中，法院认为只有最为严重的使用武力形式才能够构成武力攻击[24]。而在网络背景下，即使受害国受影响的程度非常深，但是只造成非物质性的损害仍然不足以为自卫权的行使提供正当性。

澳大利亚针对习惯国际法规则如何适用于网络空间的立场

2019 年，澳大利亚同样针对国际法适用于网络空间的问题颁布了一份政府立场文件。首先，澳大利亚确认关于禁止使用武力的国际法规则及国际人道法的相关规则适用于网络空间。值得注意的是，澳大利亚认为未达到使用武力门槛的网络攻击行为仍需要受国家责任法的规制。

澳大利亚并未在政府的官方立场中单独提及主权原则的适用问题。其仅仅在阐释网络空间下的审慎义务时提出，正因为一国对自己领土管辖范围内的物体和活动行使主权权利，所以一国同时也负担保证自己管辖范围内的人或物不对他国造成损害的义务。进一步地，在审慎原则层面，澳大利亚认为让一国阻止所有在其领土管辖范围内发生的网络攻击是不现实的。但是一国如果明确知悉在其领土管辖范围内有人进行恶意网络活动且有能力阻止其行为，那么该国就应当采取合理的措施[25]。换言之，澳大利亚确认，在网络空间领域下，各国遵守审慎原则的义务是行为性义务，非结果性义务。

新西兰针对习惯国际法规则如何适用于网络空间的立场

2020 年 12 月 1 日，新西兰政府同样公布了一份本国对于网络空间国际法议题的立场文件。首先，在禁止使用武力相关规则层面，新西兰政府认为在一定情况下网络行动能够达到使用武力的门槛。具体而言，判断网络行动是否达到使用武力的门槛需要考察网络行动在规模、性质上产生的影响。这种影响可能包括对人的严重伤害、致死或对受害国物体、职能造成的重大损害。

其次，在主权原则层面，新西兰政府认为主权原则禁止一国干涉另一国固有的政府职能，禁止在另一国领土上行使国家权力。在网络空间领域，新西兰认为，一方面，主权原则通过适用禁止使用武力以及不干涉原则的适用而得以体现；另一方面，主权原则同样能够作为一项独立的规则得到适用，只是需要进一步的国家实践才能明确主权原则在网络空间中的适用

[23] Ibid.

[24] Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua. v. U.S.A.), Merits, Judgment, 1986 I.C.J. 14.

[25] Annex A: Australia's position on how international law applies to state conduct in cyberspace, available at https://dfat.gov.au/international-relations/themes/cyber-affairs/aices/chapters/annexes.html#Annex-A

范围。此外，新西兰政府强调适用于网络空间的领土主权原则并不禁止各国采取必要措施，以最低限度的破坏性防范恶意网络行为者的有害活动。

最后，在审慎义务层面，新西兰政府指出其不认为网络空间下的审慎义务已经成为一项具有约束力的国际法规则。相反地，新西兰政府认为各国没有义务监测其管辖范围内的所有恶意网络活动，也没有义务防止网络攻击的实施者在其境内恶意使用网络基础设施。即使网络空间下的审慎义务发展成为一项具有约束力的国际法规则，新西兰政府认为这项规则也只适用于国家“明知”恶意网络攻击实施发生的情况，并且这项义务也只要求各国在其能力范围内采取合理措施。

中国针对国际法规则如何适用于网络空间的立场

中国对于该问题的立场在近期向联合国信息安全开放式工作组（OEWG）提交的文件中得到了较完整的体现。首先，中国坚持国家主权原则适用于网络空间，各国不得利用信息通信技术实施有悖于维护国际和平及安全的行为[26]。其次，中国对诉诸武力权和战时法（国际人道法）适用于网络空间持谨慎态度，其指出这样的适用很可能会导致变相承认“网络战”合法性的后果，网络空间不应当成为新的战场[27]。中国代表在之后召开的 OEWG 第一届会议上重申了该主张，并指出适用武装冲突法的过程中大量的技术性难题尚未获满意解决，如此轻率的加以适用有着加剧网络空间军事冲突的风险[28]。最后，在中国针对 OEWG 报告草案的意见中，中国认为国家责任法尚未在一般国际法层面得到广泛承认，因此将其适用于网络空间为时尚早。

网络空间下各国国家实践所体现的突出特点

各自为政——西方“统一战线”出现裂痕

在国际法是否适用、如何适用于网络空间的讨论中，一般有两大阵营：一为以美国为首的西方国家，一为以中国、俄罗斯为代表的部分发展中国家。但随着西方各国逐渐以高级官员的演讲、政府的文件等行使表达本国的立场，西方各国对国家利益的不同诉求必然导致其立场出现差异乃至分歧。例如，针对主权原则在网络空间中的适用，仅有美国和英国明确指出主权原则的适用不应当与国际人权法中的义务相悖的主张，其他国家都倾向于承认主权原则适用于网络空间的必要性，并且对适用主权原则的具体情形进行了阐释。

一方面，这样的差异体现了各国对于网络空间的理解日益加深，尝试对国际法规则适用于网络空间做出符合本国利益的解释。另一方面，尽管在大致立场上西方各国仍保持一致，但是上述提及的差异和分歧无疑会使之后对于网络空间具体规则适用的讨论更加复杂化。

[26] China’s Submissions to the Open-ended Working Group on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security.

[27] Ibid.

[28] Open-Ended Working Group (OEWG) - First substantive session, available at https://dig.watch/events/open-ended-working-group-oewg-first-substantive-session

解释抑或创设——与一般国际法上国家引导习惯国际法形成间的差异

在传统国际法上，国家财产及其豁免这个重要的习惯国际法规则是通过各国国内的司法实践建立起来的，如美国国内法院的“交易号案”、英国的“比利时国会号案”、法国的“西班牙政府诉卡索案”等等[29]。在条约法的领域也是如此，南极地区的国际法机制的建立始于 1959 年的《南极条约》。《南极条约》尽管对条约的缔约国具有法律约束力，但是其还停留在相对宏观的层面，没有涉及南极保护的具体方方面面[30]。在 1960-1970 年代，许多国家通过国内制定“软法规范”来推动对南极生物以及非生物资源的保护[31]。逐渐地，这些“软法规范”上升到国内法层面，并最终促成了 1991 年《关于环境保护的南极条约议定书》的最终通过[32]。

相应地，在网络空间层面的国家实践与上述提及的国家实践存在相当大的差异。其最明显的一点就是传统国际法中的国家实践是在规则尚未形成或者尚未具有法律约束力的情况下对规则进行创设，相当于“设置”规则的范围、构成要素及可能的例外。相反，在网络空间的国家实践中，国家更倾向于对现有的习惯国际法规则进行解释，将其“移植”到网络空间中进行适用。

此外，传统国际法中国内法院的判例是国家实践的具体体现之一，也是促成习惯国际法规则形成的重要基础[33]。然而，由于网络空间的虚拟性及隐秘性以及国家的政治考量，国家对于其遭受的许多网络攻击都是秘而不宣的[34]，更难以将其提交给国内法院进行审理,因此这就造成国家对于国际法适用于网络空间的国家实践常常局限于官员演讲以及政府文件，更多地停留在理论假设层面，很少就个案的具体问题进行探讨。

新兴的力量出现——非国家行为体行为对各国国家实践的贡献

如前所述，在相当长的一段时间内，大多数国家对于表达本国的立场持犹豫的态度。而在这一段“真空期”内，非国家行为体反而活跃在网络空间规则制定的舞台上。早在 2014 年，微软就发布了名为《国际网络安全规范：在一个依赖网络的世界里减少纠纷》[35]的倡议，其主要目的是为了防止信息和通信技术被滥用于军事行动中，由此微软提出六条具体的规范来呼吁和倡导国家改善针对网络攻击的防卫措施并对参与网络行动做出限制。

---

[29] 参见张文彬：《比较法与国际法》，比较法研究，1994 年第(Z1)期，第 331 页。

[30] Antarctic Treaty, 402 UNTS 71 (1959).

[31] C. C. Joyner, ‘The Legal Status and Effect of Antarctic Recommended Measures’, in D. Shelton (ed.), Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System (2003), 163 at 175–176.

[32] Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, 30 ILM 1455 (1991).

[33] ILC, ‘Identification of Customary International Law: Text of the Draft Conclusions Provisionally Adopted by the Drafting Committee’, UN Doc. A/CN.4/L.872, 30 May 2016.

[34] Gary Brown，Keira Poellet：The Customary International Law of Cyberspace，available at https://www.airuniversity.af.edu/Portals/10/SSQ/documents/Volume-06_Issue-3/Brown-Poellet.pdf

[35] A. McKay et al., International Cybersecurity Norms: Reducing Conflict in an Internet-Dependent World (2014).

《塔林手册 1.0》和《塔林手册 2.0》的系统性编纂则是非国家行为体参与网络空间国际规则制定的集中体现。尽管《塔林手册》的制定过程是在北约"网络合作防御卓越中心"（CCD COE）的推动下，但是在其正文中已明确指出《塔林手册》反映的仅仅是所召集学者的观点，不反映任何国家政府和组织机构的立场[36]。值得注意的是，《塔林手册》自身并不具有任何法律约束力，但是各国在针对国际法适用于网络空间发声时往往倾向于以《塔林手册》中的标准作为参照。以荷兰为例，在不干涉原则、使用武力的标准判断、审慎原则认定、归因等问题上荷兰与《塔林手册》专家组的观点相一致[37]。

事实上，在传统国际法上非国家行为体的行为就与认定国家实践的存在密切相关[38]。对于国际法适用于网络空间的尝试恰恰证明其承担了"法律规则实验场"的角色，即非国家行为体的倡议更像是对规则正式形成的一种铺垫，在规则的具体内容尚悬而未决的中间阶段，国家能够就非国家行为体提出的倡议、规范进行参照乃至修改[39]（如法国就对《塔林手册》中对武力攻击的定义持反对意见），进而提出符合本国利益的主张。

网络空间下各国国家实践产生的影响

网络空间下各国国家实践产生的影响是多方面的：一方面，国家表达自身立场的过程彰显了其对网络安全的日益重视，对其国内网络空间战略、立法、基础设施建设、人才培养等多个具体层面会产生积极影响。另一方面，国家表达自身的立场实际上是推动网络空间中习惯国际法规则逐渐形成、条约制定的重要力量，并能够为网络空间中具有法律拘束力的国际规则形成做铺垫。

（一）国内层面：立法战略的完善以及人才技术的培养

事实上，国家表达自身对于国际法适用于网络空间的立场同样能够在国内层面发挥影响。以最早系统性表达自身立场的美国举例，近年来美国的国内立法战略逐渐向专门化、具体化的方向发展。在明确表达自己立场之前，美国关于网络安全的国内法律、政府文件较为稀少，且网络安全往往只是其中的一部分[40]。而在 2015 年后，关于网络安全的国内立法[41]、行政命

[36] M. N. Schmitt (ed.), Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations (2017).

[37] Appendix: International law in cyberspace, available at https://www.government.nl/binaries/government/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace/International+Law+in+the+Cyberdomain+-+Netherlands.pdf

[38] ILC, 'Identification of Customary International Law: Text of the Draft Conclusions Provisionally Adopted by the Drafting Committee', UN Doc. A/CN.4/L.872, 30 May 2016.

[39] M. E. O'Connell, 'The Role of Soft Law in a Global Order', in D. Shelton (ed.), Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System (2000), 100.

[40] 例如 2001 年的《爱国者法案》。

[41] 2017 NIST Small Business Cybersecurity Act，https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/2105/text；2015 Cybersecurity Act，https://www.dni.gov/files/documents/OGC/LegalRefBook2019.pdf.

令[42]、战略文件[43]呈现出非常明显的增长趋势，其关注内容也关涉基础设施建设、人才培养等多个具体方面。因此，有关国际法适用于网络空间的国家实践更像是释放了一种“信号”，展现出国家对于网络安全威胁的重视程度，并引导国家在国内层面对网络安全规则体系进行建设。

（二）国际层面：软法到硬法的全球化趋势

截至目前，网络空间尚缺少足够具有法律约束力、为世界各国所认可的法律规则。负责任国家行为规范的提出是一项有益的尝试，但是其缺乏强制力的特点使其不能够完全填补网络空间国际规则的空白。传统国际法领域下有关核安全的国际规则制定就是一个绝佳的参照，当时国际社会同样面临核这一新鲜事物争论不休，难以达成共识。在真正对各国具有法律拘束力的法律（硬法）——《核安全公约》出台前，规制核问题的是由国际原子能机构制定的一系列没有强制效力的规范和标准[44]。这显然展现了一个趋势：面对国际法的新兴领域，软法的制定是硬法的基础和铺垫，最终会有一个为各国所广泛认可、具有强制法律效力的规范出现。

因此，各国在讨论网络空间中软法规范的适用之外也纷纷就传统国际法上具有法律拘束力的习惯国际法规则提出自己的主张，以期能够使网络空间国际规则的制定向符合本国利益的方向发展。在此过程中，各国通过表达自己主张的国家实践来塑造法律确信，并且开始尝试与他国进行合作，推出没有法律拘束力的共同声明和协定来为条约的制定做铺垫，并最终为全球背景下各国的对话合作扫清障碍。

1.习惯国际法规则的产生

在传统国际法领域，习惯国际法规则的形成建立在国家实践的基础上，然而仅仅证明国家实践(state practice)的存在是不足够的，法律确信(opinio juris)在习惯国际法规则的形成过程中也扮演着重要的角色。对于法律确信的概念学界众说纷纭，主流的观点认为法律确信指各国相信某一实践具有法律约束力，有法律义务感。因此，其更像是一种主观的感受[45]（perception）。因此，在传统理论中法律确信被视为实践的心理伴随物，源于相一致的国

[42] Executive Order 13691—Promoting Private Sector Cybersecurity Information Sharing, 2015, https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/02/13/executive-order-promoting-private-sector-cybersecurity-information-shari;Executive Order -- "Blocking the Property of Certain Persons Engaging in Significant Malicious Cyber-Enabled Activities", https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/04/01/executive-order-blocking-property-certain-persons-engaging-significant-m.

[43] NATIONAL CYBER STRATEGY of the United States of America,2018.9, https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2018/09/National-Cyber-Strategy.pdf.

[44] IAEA, ‘Measures to Strengthen International Co-operation in Nuclear, Radiation, Transport and Waste Safety’, IAEA Doc. GC(45)/INF/3, 31 August 2001.

[45] Arrow. The Customary Norm Process and The Deep Seabed, OCEAN DEV INT’ L.L.J,1981.

家实践，将实践更进一步演变成规范的结果[46]。

相应地，在网络空间领域，有学者呼吁各国对国际法如何适用于网络空间进行解释，并指出表达自身立场的过程同样也是巩固塑造法律确信的过程[47]。进而单一的国家权力逐渐向具有法律约束力的习惯国际法义务转变[48]。

2. 条约制定的发展趋势

在网络空间领域，各国对制定条约来规制网络空间的热情始终不高。尽管中国和俄罗斯曾经向联大提交了关于制定信息安全公约的倡议[49]，但是并没有最终产生实质性的进展。

然而，美国在通过高洪柱演讲、依根演讲等形式表明自己立场后，其积极与各国签订没有法律约束力的共同声明、协定，其中主要包括与澳大利亚、印度、日本、英国等国家就网络安全议题达成共识[50]。事实上，这是各国在表达立场后所必然需要承担的任务：弥合各国间的分歧，达成合作。在网络空间国际条约制定前景尚不明朗的现在，一系列国家双边层面的协定能够充分地展现各国间达成的共识，并为最终具有真正法律约束力的条约制定扫清障碍。同时，条约的制定也能够使习惯国际法规则得以“固定”下来，有益于国家更好地遵守网络空间国际规则。

3．创造全球背景下各国合作的可能

纵览各国对于国际法适用于网络空间的立场，可以看出各国的关注侧重点不一，针对具体问题的看法也有不小的差异。但是，在另一方面，相比于之前各国出于自身考量选择缄默

---

[46] 参见姜世波：《习惯法形成中的法律确信要素——以习惯国际法为例》，民间法, 2009 年第 00 期，第 10 页。

[47] Kubo Mačák. From Cyber Norms to Cyber Rules: Re-engaging States as Law-makers, Leiden Journal of International Law (2017)

[48] M. Byers, Custom, Power and the Power of Rules (1999), 13.

[49] Letter dated 12 September 2011 from the Permanent Representatives of China, the Russian Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/66/359, 14 September 2011, at 3–5; Letter dated 9 January 2015 from the Permanent Representatives of China, Kazakhstan, Kyrgyzstan, the Russian Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. 69/723, 13 January 2015, at 3–6.

[50] FACT SHEET: The United States and Australia: An Alliance for the Future，June 12, 2014，https://obamawhitehouse.archives.gov/the-pressoffice/2014/06/12/fact-sheet-united-states-and-australia-alliancefuture；JOINT STATEMENT: The United States and India: Enduring Global Partners in the 21st Century，June 07, 2016，https://obamawhitehouse.archives.gov/the-pressoffice/2016/06/07/joint-statement-united-states-and-india-enduringglobal-partners-21st；FACT SHEET: U.S.-Japan Cooperation for a More Prosperous and Stable World，April 28, 2015，https://obamawhitehouse.archives.gov/the-pressoffice/2015/04/28/fact-sheet-us-japan-cooperation-more-prosperousand-stable-world；President Donald J. Trump Is Working with the United Kingdom To Secure A Stronger and More Prosperous International Partnership，June 3, 2019，https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/president-donald-j-trump-workingunited-kingdom-secure-stronger-prosperous-international-partnership/

的状况，现在的情境是有利于网络空间国际法规则发展的。追根溯源，网络空间的开放性和隐秘性使各国常常会面临共同的网络安全威胁，诸如“僵尸网络”这样新型的网络安全威胁已经成为了一个全球性的议题。因此各国倾向于合作而非对抗的趋势必将是今后网络空间国际规则制定的主要基调。

联合国召开信息安全开放式工作组（OEWG）第一届实质性会议的召开恰恰是一个积极的信号。在 2017 年 UN GGE 谈判破裂后，此次会议就国际法如何适用于网络空间进行了讨论。尽管就武装冲突法的适用等问题参会各国仍存在着较大的差异，但是其反映了一个趋势：各国并不是孤立地表达本国对于国际法适用于网络空间的立场，而是谋求将其主张展现在国际平台上进行讨论，并影响其他大多数未对此问题发表系统主张的国家，最终促进各国就网络空间国际规则的特定议题达成共识。进一步地，这种共识能够推动习惯国际法规则的建议乃至成文条约的制定。

四、结论

综上所述，近年来各国逐渐对于“国际法如何适用于网络空间”的问题积极发表自己的主张，并通过高级官员演讲、政府文件等多种形式来具体探讨在传统国际法领域已被广泛认可的习惯国际法规则的可适用性。越来越多的国家认可，网络空间的国际规则制定过程需要习惯国际法这样具有法律约束力的规则参与。

一方面，这样的讨论当然是有益的，不仅有利于各国国内网络空间安全治理体系的建立，也会在国际层面促进有约束力的法律规范形成。然而，在积极的表态背后仍有隐忧，部分国家在将习惯国际法规则适用于网络空间的过程中倾向于降低适用门槛（如前文中法国对于“攻击”的定义），这难免会有随意扩大解释国际法之嫌。且习惯国际法的认定存在更大的模糊性和更多的大国主导色彩[51]，如何使网络空间中习惯国际法规则的适用与发展向更良好的方向发展是亟需解决的问题。对于中国而言，我国政府应当更加重视国际法在网络空间的适用问题，培养相关的人才，在更多的国际性、区域性平台上表达立场，为网络空间国际规则的制定过程贡献力量。

[51] 参见黄志雄：《国际法在网络空间适用：秩序构建中的规则博弈》，《环球法律评论》2016 年第 3 期。

习惯国际法视域下航行自由——兼驳美国“航行自由行动”的习惯国际法依据

廖雪钰*

内容摘要：美国近年来频频针对我国实施“航行自由行动”，未经事先许可便派军舰经过我国领海、在我国的专属经济区开展军事侦测活动，以挑衅我国的正当海洋利益。美国宣称，即使其非《联合国海洋法公约》成员国，其“航行自由行动”亦有习惯国际法意义上的“航行自由”作为合法性依据。然而，在采取国际主流认可的国家实践和法律确信“两要素”方法对航行自由的发展历程与各国实践进行考察后，可以发现习惯国际法意义上的“航行自由”既不能支持美国未经沿岸国事先许可便派军舰通过沿岸国领海、亦不能支持其未经沿岸国许可来到沿岸国的专属经济区开展军事活动，美国的主张是对“航行自由”规则的滥用。

关键词：航行自由；习惯国际法；航行自由行动

一、问题的提出

美国的“航行自由计划”（Freedom of Navigation Program）是美国海洋总体战略中的核心环节，其核心目的在于抗议沿岸国在《联合国海洋法公约》授权（以下简称为《公约》）之外的“过度海洋主张”（excessive claims），以维护其航行自由利益。[1]中国作为南海地区最大的沿岸国，近年来更加注重提升海洋实力、坚决维护我国海洋权益。[2]美国为加强其在亚太地区的地位，更加重视在海洋事务上展开与中国的政治及法律角力。[3]

在航行自由议题上，美国认为中国有关要求外国军舰在领海行使“无害通过”的权利需要事先批准[4]、禁止在专属经济区（以下简称为 EEZ）进行军事侦测活动属于“过度海洋主张”[5]。因而，近年来美国海军部队频频在南海展开“航行自由行动”（Freedom of Navigation Operation）。例如,2015 年美国“拉森”号驱逐舰未事先获得中方允许而进入渚碧礁临近的领海，并被美国学者认为是一次对中国“过度海洋主张”的一次成功抗议[6]。2021 年 1 月 20 日拜登正式宣誓就职美国总统[7]，仅十余日后，美国海军航母“罗斯福”号和“尼米兹”号

* 复旦大学法学院 2020 级国际法学硕士研究生，联系电话：15392029391。

[1] Dale Stephens, Legal Efficacy of Freedom of Navigation Assertions, The, 80 Int'l L. Stud. Ser. US Naval War Col. 235 (2006).

[2] 外交部党委:《推进新时代中国特色大国外交的科学指南——深入学习《习近平谈治国理政》第三卷，载中国人大网 2020 年 10 月 10 日，http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202010/8e1477dec24c4a519bc1a0875544286d.shtml。

[3] Theodore S. Kontopoulos, Fish, Friends, and Flashpoints in the South China Sea, 2018 U. ILL. L. REV. 1885 (2018).

[4] 《中华人民共和国领海及毗连区法》第 6 条规定：“……外国军用船舶进入中华人民共和国领海，须经中华人民共和国政府批准。“

[5] Raul Pedrozo, U.S. Freedom of Navigation Program, 97 Int'l L. Stud. Ser. US Naval War Col. 70 (2021).

[6] Benjamin K. Wagner, Lessons from Lassen: Plotting a Proper Course for Freedom of Navigation Operations in the South China Sea, 9 J. E. Asia & INT'l L. 137 (2016).

[7] The White House Briefing Room: < Inaugural Address by President Joseph R. Biden, Jr.>, see

就在南海开展了联合军演。[8]由此可见，美国的“航行自由行动”不仅有可能加剧南海紧张局势，还直接挑衅了我国的海洋利益。

美国并非《公约》成员国，但为何却频频援引《公约》作为其认定“过度海洋主张”的依据？美国对此的回应是，1982 年《公约》编纂了海洋法领域的习惯国际法规则，而“航行自由”正是一条重要的习惯国际法规则，因此，即便不加入《公约》，其依旧可以援引《公约》体现的习惯国际法规则，作为其认定“过度海洋主张”与实施“航行自由行动”的国际法依据。[9]

我国学界目前关于“航行自由”规则与美国“航行自由行动”的研究主要集中于国际政治与《公约》解释两个方面——前者主要分析航行自由制度在国际政治博弈下各国（尤其是中美两国）之间的角力以及中国的政策选择[10]；后者主要针对《公约》有关“航行自由”条款的模糊之处作出解释以证明我国海洋主张的合法性，例如军舰未遵守沿岸国要求事先批准便通过沿岸国领海的行为是否属于《公约》第二部分规定的“无害通过”[11]、外国在沿岸国的 EEZ 开展军事测量活动是否落入《公约》第 58 条规定的“航行自由”范畴[12]等。然而，目前仍然没有文章系统地从习惯国际法视角对“航行自由”展开论述——而这恰恰是美国频频挑衅我国海洋主张的“航行自由行动”的核心国际法依据。因此，本文将“航行自由”制度置于习惯国际法下进行检视，以厘清作为一种习惯国际法的“航行自由”的边界，并证明美国之“航行自由行动”实则缺乏习惯国际法依据。

二、习惯国际法的认定

---

https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/01/20/inaugural-address-by-president-joseph-r-biden-jr/.

[8] USS Theodore Roosevelt Public Affairs： < Theodore Roosevelt, Nimitz Carrier Strike Groups conduct dual carrier operations>, see cpf.navy.mil/news.aspx/130807.

[9] Joshua L. Root, The Freedom of Navigation Program: Assessing 35 Years of Effort, 43 Syracuse J. INT'l L. & COM. 321 (2016).

[10] 参见潘玉：《美国“航行自由”与<联合国海洋法公约>》，载《东亚评论》2019 年第 1 辑，第 79-100 页；杨力：《对航行自由问题的法律和政策思考》，载《边界与海洋研究》2020 年第 4 期，第 44-54 页；袁发强：《航行自由制度与中国的政策选择》，载《国际问题研究》2016 年第 2 期，第 82-99 页；包毅楠：《美国“过度海洋主张”理论及实践的批判性分析》，载《国际问题研究》2017 年第 5 期，第 106-131 页；余敏友、冯洁菡：《美国“航行自由计划”的国际法批判》，载《边界与海洋研究》2020 年第 4 期；郑实：《美国“航行自由行动”的法理根基与双重本质——兼论中国的因应之道》，载《武大国际法评论》2020 年第 1 期，第 35-北大 52 页；晁译：《美国对<联合国海洋法公约>的态度》，载《国际法研究》2015 年第 3 期，第 18-42 页；牟文富：《美国在<联合国海洋法公约>之外塑造海洋秩序的战略》，载《中国海洋法学评论》2014 年第 2 期，第 183-267 页。

[11] 参见郭中元、邹立刚：《美国南海航行自由行动的国际法和国际政治视角剖析》，载《海南大学学报人文社会科学版》2019 年第 6 期，第 1-7 页。

[12] 参见郑雷：《论中国对专属经济区内他国军事活动的法律立场——以“无暇号”事件为视角》，载《法学家》2011 年第 1 期，第 137-179 页；杨显滨：《专属经济区航行自由论》，载《法商研究》2017 年第 3 期，第 171-180 页。

长期以来，习惯国际法都与条约一同被视作国际法律秩序的奠基石。[13]然而，不同于后者的是，习惯国际法是一种“不成文”法，正如联合国国际法委员会（International Law Commission，以下简称为 ILC）在其 2018 年有关习惯国际法识别的整套结论草案评注中所言：“习惯国际法是源自被接受为法律的惯例的不成文法”。[14]由于习惯国际法的“不成文性”，导致对习惯国际法的认定在理论与实践上都存在较大争议。

ILC 是联合国大会的附属机构，承担着编纂国际法与促进国际法的渐进发展的独特任务[15]，其对习惯国际法规则的认定具有特别重要的价值；国际法院（International Court of Justice，以下简称为 ICJ）的判例虽无先例效力，但 ICJ 是联合国的主要司法机关，《国际法院规约》是《联合国宪章》的组成部分，ICJ 成员由大会和安理会选举产生，其是唯一具有一般管辖权的常设国际性法院——上述事实使得 ICJ 在个案中对构成习惯国际法要件的论证与澄清具有重要影响。[16]因此，笔者在此结合 2018 年 ILC 的结论草案及其评注与重要的 ICJ 判例，并辅之以若干权威学者的研究，梳理认定习惯国际法的相关规则。[17]

（一）“两要素”认定

一般认为，习惯国际法包含“国家实践”和“法律确信”（opinio juris）两个要素，这一对习惯国际法的认定规则源于《国际法院规约》第 38 条，该条确定了国际公法的渊源，其中第一款（丑）项认为习惯国际法是“作为通例之证明而经接受为法律者”。[18]ILC 在其 2018 年报告中强调，若要认定一规则构成习惯国际法，两要素需同时满足，缺一不可。[19]例如，在“通行权案”中，ICJ 便认为没有证据表明葡萄牙武装部队在飞地之间的反复通行的惯例伴有法律确信，因而否定了这一惯例作为习惯国际法的存在[20]；在“以核武器相威胁或使用核武器的合法性案”中，ICJ 在咨询意见中认为虽然有新的法律确信出现，但国际社会中仍存在对核威慑做法的强烈坚持，因而不能认定存在一禁止核威胁的习惯国际法[21]。此外，ILC

---

[13] Brian D. Lepard, Why Does Customary Law Need Reexamining?, in Brian D. Lepard eds., Reexamining Customary International Law, Cambridge University Press, 2017, p.1-8.

[14] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 127 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

[15] 《国际法委员会章程》第 1 条第 1 款规定：“国际法委员会以促进国际法的逐渐发展和编纂为宗旨。”

[16] 参见 Hugh Thirlway, The Source of International Law (Second Edition), Oxford University Press, 2019, p. 66-91. 该文对构成习惯国际法的“国家实践“与”法律确信“进行阐述时大量引用了 ICJ 案例。

[17] 需要强调，习惯国际法的认定包含诸多方面，例如在对“国家实践”要素的认定上就涉及实践的主体、实践的形式、实践的程度等多方面的评估，但由于篇幅原因，笔者在此仅挑选与下文“航行自由”的认定最为相关的规则进行阐述。

[18] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 127 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

《关于习惯国际法的识别的结论草案案文》结论 3 第 2 段:“两个构成要素中的每一要素必须单独予以确定，这就要求评估每一要素的证据。”

[19] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 126 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

[20] Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgment, I.C.J. Judgement of 12 April 1960, p.40-43.

[21] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Advisory Opinion of 8 July 1996,

在其报告中指出，不能通过一要素的存在推断出另一要素的存在，需要对每个要素展开单独的调查。尽管如此，并不排除同一材料可既用于查明惯例，又用于查明被接受为法律(法律确信)。[22]

虽然在 20 世纪下半叶以来，有郑斌等学者对“两要素”说提出了挑战，认为仅依靠强烈的法律确信就能形成习惯国际法，也就是所谓的“速成习惯国际法”。[23]采这一观点的学者或从现代国际社会交往的高频性与便捷性出发，认为习惯国际法能通过在更短时间内由高频的国家间交往形成[24]；或是将“国家实践”作为“法律确信”要素的附属证据——例如，达马托的“澄清”理论意在取代“法律确信”，以摆脱后者的模糊性[25]。其理论将习惯国际法要素重塑为“表达”（articulation）和“行为”（act）两部分[26]，要求“表达”先行，再通过“行为”证明“表达”所蕴含规则的存在，实则赋予“对一规则具有法律效力的表达”这一“法律确信”因素以优先于“行为”或是说“国家实践”的地位[27]；或是结合国际社会发生的“根本性变局”（fundamental change），例如科技的发展、新的反人类罪行、战争或者恐怖主义的新手段等，认为人类社会已经来到“格劳秀斯时刻”（Grotian Moment），这一时刻意味着“为应对这些新情势，迅速发展的习惯国际法也许是必要的”。[28]

值得肯定的是，上述学者的研究反映了时代发展对国际法规则提出的新要求，但其难以回应几点问题：第一，速成习惯国际法主张的“法律确信”单要素说与习惯国际法的实在法特征不符。[29]正如 ILC 在其 2018 年结论草案评注中强调：“习惯国际法的识别只认可实际存在的规则。"考察“国家实践”要素正是确认此类规则存在的关键。第二，习惯国际法被视为是一种“流动的法律渊源”，因为它的内容并不是固定的，而是可以随着新情势的变化而变化的[30]，因此，习惯国际法的识别通常需要“归纳式”思维，应当从动态发展的国家实践中发现特定规律的行为模式，“速成习惯国际法”采取的恰恰是相反的“演绎式”思维，预设一个习惯国际法规则的存在，这与习惯国际法认定的归纳性特征不符。第三，“法律确信

---

p. 33, para. 73.

[22] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 133 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

[23] Bin Cheng, United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?, 5 Indian Journal of International Law 23 (1965), p.45.

[24] Karol Wolfke, Custom in Present International Law, Wroclaw Scientific Society, 1964, p. 65-69.

[25] 邓华：《国际法院认定习惯国际法之实证考察——对“两要素”说的坚持抑或背离？》，载《武大国际法评论》2020 年第 1 期，第 20-34 页。

[26] A. D’Amato, The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, 1971, p. 73-88.

[27] 何志鹏，魏晓旭：《速成习惯国际法的重思》，载《东北师大学报（哲学社会科学版）》2020 年第 1 期，第 102-109 页。

[28] Michael P. Scharf, Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments, Cambridge University Press, 2013, p. 8.

[29] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 129 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

[30] E. A. Roberts, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation, 95 AJIL (2001) 757 at 784.

决定论”者在面对所谓“时序悖论”（chronological paradox）时无法自洽。所谓“时序悖论”在于，若“法律确信”指的是“确信一规则实际存在”的心理要素，那么就意味着该规则已经实际存在，但若该规则已经作为法律存在了，便无需诉诸习惯国际法对其进行认定，如此一来，新的习惯国际法便无从产生了。[31]因此，才需要结合“国家实践”要素进行考察。正如学者肖所指出，若某些国家认为某一实践构成了新规则，那么就需要将这一问题放置于国家之间的实际交往中进行检视，考察其他国家是否表现出接受该规则的实践。[32]综上，纵然学术界对是否应当继续坚持将“两要素”作为认定习惯国际法的要件进行了激烈的争辩，但目前各家学说都没有提出能够超越“两要素”说的更为圆洽的方案。故而此处继续坚持“两要素”作为认定习惯国际法的要件，似乎更为妥帖。

（二）国家实践与法律确信的认定

1. 国家实践

根据 2018 年 ILC 报告结论 6，国家实践具有多种形式，包括实际行为、言语行为，甚至在某些情况下不作为也可被视为国家实践。[33]ILC 在此结论的评注中进一步澄清，不作为若要构成国家实践，需要国家“蓄意”地不采取某项行动，例如有意地避免对外国国家官员提起刑事诉讼。[34]

此外，ILC 报告结论 8 指出，实践程度必须达到一般性标准（The practice must be general），为达该标准，一实践必须同时满足两项要求——一方面，该事件必须足够广泛且具有足够代表性（sufficiently widespread and representative）；另一方面，实践需要具备一致性(consistency)。[35]需要注意对于这两项要求，并没有绝对的标准，而需要结合个案情况进行考察。例如，针对“广泛且具有足够代表性”的要求，并没有一个确切的量化指标。但需要给予特别受所称规则影响的国家实践以充分的考虑，如 ICJ 在“北海大陆架案”中指出：“一项必要的要求是，在所涉时期内，即便该时期较短，国家实践，包括特别受到影响的国家的实践，必须是既广泛又基本上统一的。”[36]在考察“一致性”时，ILC 评注采“行为模式”（pattern of behavior）标准，要求各国对一规则的实践至少要达到可以从中观察出“一定的行为模式”的地步，否则便不能认定实践具有一致性。[37]ICJ 在 1951 年“英挪渔业”案中

---

[31] Michael Byers, Customs, Power, and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law, Cambridge University Press, 1999, p. 130-131.

[32] Malcom N. Shaw, International Law (Eighth Edition), Cambridge University Press, 2017, p. 358-359.

[33] 《关于习惯国际法的识别的结论草案案文》结论 6 第 1 段：“实践可有多种形式，既包括实际行为，也包括言语行为。在某些情况下，还可包括不作为。”

[34] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 137-138 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

[35] 《关于习惯国际法的识别的结论草案案文》结论 8 第 1 段：“有关惯例必须具备一般性，即必须足够广泛和有代表性，还必须是一贯的。”

[36] North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, I.C.J. Judgement of 20 February 1969, p.43, para. 74.

[37] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 141 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

便认为就“禁止海湾单条领海基线超过 10 海里长”这一规则而言，由于不能观察出一定的行为模式，而否定了 10 海里规则作为习惯国际法的存在：“虽然一些国家采用了 10 海里规则，但另一些国家采用了不同的限值。因此，10 海里规则并未取得一般国际法的地位。”[38]与此同时，“一致性”要求不能理解为另一个极端——即要求各国的实践完全一致。正如 ICJ 在“尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动”案中指出：“不应期望所涉规则在各国实际中的适用情况是完美的……各国的行为只要大体上与所涉规则一致，就足以推导该习惯规则的存在。”[39]若一实践满足了上述的“一般性”测试，那么就不需要考虑时间要素，即 ICJ 在“北海大陆架”案中说明的“所经过的时间较短这一事实本身并不妨碍一项新的习惯国际法规则的形成”。[40]

2. 法律确信

法律确信要件又被称为习惯国际法的“主观要件”。[41]要求国家在遵循某一实践时“必须带有一种法律权利或义务感”。[42]具体而言，若要证明存在“法律确信”，则需要做到“逐案证明国家以某种方式行事是因为它们感觉或相信，它们因一项习惯国际法规则而在法律上必须或有权利如此行事：它们必须作为一项权利采用这项惯例，或作为一项义务遵守这项惯例。”[43]正是由于“法律确信”的存在，才将构成习惯国际法的实践与礼让、作为政治上权宜之计的行为区分开来，正如 ICJ 在“庇护权”案中强调“领土所属国承认其庇护行为似乎是基于便利或政治权宜的考量，而非任何法律义务感”，因而在该案中拒绝确认习惯国际法规则的存在。[44]

如 ICJ 在“尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动”案中指出的，考察法律确信的对象应当是“采取这种行动的国家”和“那些有能力对其作出反应的国家”。[45]与考察“国家实践”要素的程度标准相似，法律确信的程度亦不要求所有国家都承认某一规则，需要的是“广泛和有代表性的解释以及没有反对或很少反对”。[46]在“以核武器相威胁或使用核武器的合法性案”中，ICJ 认为，若国际社会成员对一规则是否具有法律约束力存在“极度

---

[38] Fisheries (United Kingdom v. Norway), Judgment, I.C.J. Judgement of 18 December 1951, p. 19.

[39] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Judgement of 27 June 1986, p. 98, para. 186.

[40] North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, I.C.J. Judgement of 20 February 1969, p.43, para. 74.

[41] Brian D. Lepard, Customary International Law: A New Theory with Practical Applications, Cambridge University Press, 2010, p.117.

[42] 《关于习惯国际法的识别的结论草案案文》结论 9 第 1 段：“关于一般惯例须被接受为法律(法律确信)的要求作为习惯国际法的构成 要素，意味着有关惯例的采用必须带有一种法律权利或义务感。”

[43] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 143 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

[44] Asylum (Colombia v. Peru), Judgment, I.C.J. Judgement of 20 November 1950, p. 277.

[45] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Judgement of 27 June 1986, p. 109, para. 207.

[46] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 144 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

分歧”，则不能确认法律确信的存在。[47]

另外，法律确信的证据形式亦是多样的，当“有关国家有能力做出反应并且有关情况也要求做出某种反应的情况下，对一种惯例经过一定时间而没有做出反应”[48]时，沉默也能构成一种法律确信。

（三）“持续反对者”规则

一般而言，习惯国际法具有普遍效力，不能被国家单方面排除，正如 ICJ 在“北海大陆架”案指出：“就其本质而言，必须对国际社会的全体成员具有平等效力，因而不得受制于其中任何一方出于有利于自身的目的、任意行使的任何单方面排除的权利。”[49]然而，“持续反对者”（Persistent Objector）规则作为习惯国际法普遍约束效力的一项例外，在学界与国家实践中都得到了广泛认可。[50]

根据 2018 年 ILC 结论草案的评注，若要援引“持续反对者”规则[51]例外，需要满足相应的时间与形式要件。首先，就时间要件而言，一国需在“某一特定做法具体化、成为一条习惯国际法规则之前”[52]表示反对，且该反对必须是“持续的”，在习惯国际法规则出现之前及以后都必须始终坚持反对立场。其次，反对的形式要求是明确的，且必须向其他国家公开反对立场，确保这一立场能狗为其他国家知晓。[53]

需要厘清的是，若一国对某一规则自其开始形成时便保持反对，则可能产生两种后果：一则由其他为数众多的国家一齐反对某一习惯国际法新规则，因此阻止某一规则被认定为习惯国际法；二则若该习惯国际法规则被认定存在，则至少该规则不得对持续反对国适用。[54]

三、作为习惯国际法的航行自由边界

（一）航行自由制度的发展历程

1. 15-18 世纪：开放与封闭海洋的论战

---

[47] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Advisory Opinion of 8 July 1996, p. 254, para. 67.

[48] 《关于习惯国际法的识别的结论草案案文》结论 10 第 3 段：“在有关国家有能力做出反应并且有关情况也要求做出某种反应的情况下，对一种惯例经过一定时间而没有做出反应，可用作已接受其为法律(法律确信)的证据。”

[49] North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, I.C.J. Judgement of 20 February 1969, p.38-39, para. 63.

[50] David J. Bederman, Custom as a Source of Law, Cambridge University Press, 2010, p.154; Fisheries (United Kingdom v. Norway), Judgment, I.C.J. Judgement of 18 December 1951, p. 19.

[51] 《关于习惯国际法的识别的结论草案案文》结论 15 第 1 段：“如果一国在一项习惯国际法规则的形成过程中对其表示反对，只要该国坚持其反对立场，则该规则不可施用于该国。”

[52] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 157 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

[53] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 158 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

[54] 联合国国际法委员会：《认定习惯国际法》，载《2018 年国际法委员会年鉴》第 5 章，第 156 页，https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf。

15 世纪，人类进入了地理大发现时代，随着新航路的开辟与新大陆的发现，欧洲船队开始发展新的贸易路线，进行资本主义积累。最先成为海洋霸主的是葡萄牙和西班牙，两国成为 15 世纪最强大的海上力量。随着两国海上势力范围的扩张，葡萄牙和西班牙之间的海权冲突频发。为明确各自势力范围，彼时均属天主教的两国共同向教皇请求仲裁它们之间有关海洋势力范围划分的争端，教皇亚历山大六世最终以亚速尔群岛和佛德角群岛以西 100 里格的子午线作为分界——这便是著名的“教皇子午线（Papal Meridian）”的由来。[55]

后来，“海上马车夫”荷兰崛起，并不断扩张其与东印度的商业活动，进而触及葡萄牙的利益，因而葡萄牙禁止了荷兰在东印度的航行与贸易，荷兰则允许本国船只在海上捕获葡萄牙船只及其货物作为报复。[56]1603 年阿姆斯特丹舰队捕获了葡萄牙“凯瑟琳”号商船，荷兰学者雨果·格劳秀斯（Hugo Grotius）受托为捕获行为进行辩护。格劳秀斯完成《论捕获法》后，其中第十二章后来以《论海洋自由》单独发行，自此，“海洋自由”（拉丁文为 Mare Liberum）概念便对后世产生了深远影响。[57]然而，当时“海洋自由”说远没有当下那么理所当然。以英国人约翰·赛尔顿（John Selden）为代表的诸多学者对格劳秀斯的学说进行了激烈的批判。其中影响力最大的当属赛尔顿的《闭海论》（拉丁文为 Mare Clausum Site De Dominio Maris），认为海洋与陆地一样都可以成为私产，从而能被占有瓜分，因而英国国王有权占有环绕英国的海洋。[58]18 世纪后，该论战随着英国取代荷兰并作为海上帝国的崛起而告终，因为英国为追求海洋霸权，转向开放的海洋政策——此时的英国已是海洋自由论的坚定支持者。[59]

2. 19 世纪-第一次世界大战：战时中立国商船免受抓捕的抗争

19 世纪，美国开始作为一只独立的海上力量登上国际舞台。在美国独立后的拿破仑战争英法对立期间，英国对法国进行了海上封锁，并且将与法国进行贸易的美国商船也作为敌船捕获。[60]为维护商船的航行自由及美国的贸易利益，1812 年，美国国会首次根据美国宪法对外宣布战争。战争初期，美国海军舰队赢得了几场以少胜多的海战，美国海军创立时建造的首批军舰之一“宪法号”先后在三场海战单独击毁或俘获四艘英国皇家海军军舰，使英国皇家海军也不得不重视美国的海军实力。[61]1814 年，英美在比利时城市根特签署《根特条约——大不列颠和美国和平友好条约》，互相归还捕获的财产和俘虏。

---

[55] James Kraska, Paul Pedrozo, The Free Sea: The American Fight for Freedom of Navigation, Naval Institute Press, 2018, p. 18.

[56] 袁发强，张磊等：《航行自由的国际法理论与实践研究》，北京大学出版社 2018 年版，第 1-2 页。

[57] [荷] 雨果·格劳秀斯：《论海洋自由》，马忠法译，上海人民出版社 2020 年版，第 9-12 页。

[58] Edgar Gold, Maritime Transport—The Evolution of International Marine Policy and Shipping Law, Lexington Books, 1981, p. 121-124.

[59] Ruth Lapidoth, Freedom of Navigation - Its Legal History and Its Normative Basis, 6 J. MAR. L. & COM. 259 (1975).

[60] James Kraska, Paul Pedrozo, The Free Sea: The American Fight for Freedom of Navigation, Naval Institute Press, 2018, p. 64-68.

[61] James Kraska, Paul Pedrozo, The Free Sea: The American Fight for Freedom of Navigation, Naval Institute Press, 2018, p. 79-80.

直到 20 世纪初期与一战期间，“航行自由”的概念仍然局限于战时的中立国船舶使用海洋的权利。[62]此时有著名的“巡航舰规则”（Cruiser Rules），要求交战国不能对中立国的船舶未经警告实施攻击。[63]然而，在德国与英国交战期间，德国将不列颠群岛附近海域划为“交战区”，对经过交战区的商船实施“无限潜艇战”（Unrestricted Submarine Warfare），授权其潜艇未经事先警告便可击沉任何开往英国的商船。[64]美国的商业利益受到严重威胁，因此加入了对德战争。第一次世界大战以德国的战败而告终，在美国总统威尔逊发表的《十四条和平宣言》中，第二条强调：“无论战时还是和平时期，在领海（原文表述为“territorial water”）外的海域应当确定绝对的航行自由，但为执行国际公约而采取的国际行动可能会部分或全部关闭海洋。”[65]自此，“航行自由”从一种战时中立国的权利开始转向一条国际海洋法治规则。

3.第一次世界大战后至今：作为一项国际法规则的航行自由

一战后成立的国际常设法院在 1927 年作出的“荷花号”案判决中将公海自由原则解释为，国家不得在公海上行使领土主权。例如，原则上一国不得在公海上对悬挂外国旗帜的船舶行使管辖权，否则便违反了国际法。[66]

二战爆发后，英美两国首脑于 1941 年签署了《大西洋宪章》，不但形成反法西斯政治同盟，且《宪章》还成为后来《联合国宪章》的基础。其第 7 条规定了“航行自由”的内容：“这样的和平将使所有人能够在公海上不受阻碍地自由地航行。”标志着反法西斯同盟正式成立的《联合国家宣言》共得到了美、苏、英、中等 26 个国家的签署，其在宣言中称：“本宣言签字国政府，对于……大西洋宪章内所载宗旨与原则的共同方案业已表示赞同”，借此，《大西洋宪章》中的“航行自由”亦得到《联合国家宣言》签字国的认可。

战后联合国的成立为国际海洋法的制定提供了更大的谈判桌，联合国第一次海洋法会议于 1958 年召开，开启了通过多边条约构建国际海洋法治的时代。此次海洋法会议达成了《领海及毗连区公约》、《公海公约》、《大陆架公约》和《公海渔业和生物资源保护公约》。其中与航行自由相关的规定有《领海及毗连区公约》14 条规定的领海无害通过制度：“无论是否沿海国之各国船舶依本条款之规定享有无害通过领海之权。”《公海公约》第 2 条确定了各国船舶在公海上享有“航行自由”。[67]

但在 20 世纪 70 年代，随着第三世界的崛起，越来越多的发展中国家认为其在第一次海洋法会议中并没有机会对塑造国际海洋法秩序参与表决，因此它们表示拒绝认可上述的

---

[62] James Kraska, Paul Pedrozo, The Free Sea: The American Fight for Freedom of Navigation, Naval Institute Press, 2018, p. 88.

[63] Gillespie, Alexander, A History of the Laws of War, Volume 1, Hart Publishing, 2011, p.174.

[64] Gillespie, Alexander, A History of the Laws of War, Volume 1, Hart Publishing, 2011, p.175-176.

[65] 这一条原文为“Absolute freedom of navigation upon the seas, outside territorial waters, alike in peace and in war, except as the seas may be closed in whole or in part by international action for the enforcement of international covenants.”

[66] The Lotus (Judgement No.9), Judgement, P.C.I.J. Judgement of 7 September 1927, p.25.

[67] 《公海公约》第 2 条规定：“公海对各国一律开放，任何国家不得有效主张公海任何部分属其主权范围。公海自由依本条款及国际法其他规则所规定之条件行使之。公海自由，对沿海国及非沿海国而言，均包括下列等项：(1)航行自由…… “

“日内瓦海洋法四公约”。[68]后来，联合国第三次海洋法会议于 1973 年召开，但直到 1982 年才通过了新的海洋法公约，也就是如今的《联合国海洋法公约》。[69]由于引入了群岛水域与 EEZ 等新制度，《公约》对“航行自由”的规定根据海域的不同作出了进一步细分：在领海继续沿用《领海及毗邻区公约》的“无害通过”制度、在用于国际航行的海峡适用“过境通行”制度、在 EEZ 与公海适用“航行自由”制度……从中可以观察到，船舶享受航行自由的程度与相关海域距沿岸国的距离呈正相关特征。例如，在领海的无害通过需要受到“应继续不停和迅速进行”的限制，并且不得“损害沿海国的和平、良好秩序或安全”[70]；虽说在 EEZ 与公海均适用航行自由制度，但在 EEZ 内行使航行自由的权利时，《公约》要求应当“适当顾及沿海国的权利和义务”[71]，而在公海行使航行自由权时，仅需要“适当顾及”的他国家行使公海自由的利益”[72]

（二）习惯国际法标准下航行自由的边界

从上述对海洋航行自由制度沿革历史的梳理中，可以看出航行自由是一个动态发展中的概念。但值得注意的是，虽然航行自由的内涵具有可变性，但也绝不意味着可以对其进行肆意扩张解释，滥用航行自由规则。笔者在此结合航行自由发展历程中所体现的国家实践和法律确信要素，论证并不存在支持美国主张的“外国军舰未经许可即可在沿岸国领海行使无害通过权”与“外国可未经许可在沿岸国 EEZ 内进行军事侦测活动”的习惯国际法意义上的航行自由规则。

1. 习惯国际法意义上的航行自由规则不支持军舰未经许可于领海内无害通过

首先，结合上述各国对航行自由规则的实践历程，宜以 1970 年代第三世界国家的崛起为分水岭，将航行自由的国家实践划分为前后两个阶段——这是因为在大批发展中国家独立并争取国际话语权之前，海洋控制权被几个海上霸权国家牢牢把握，无论是“海洋自由”抑或“航行自由”，均由霸权国家提出、并为维护霸权国家的海上利益服务。只有在大量发展中国家能够通过联合国海洋法会议的平台参与相关实践后，才为国际海洋法治的发展贡献了更多发展中国家的声音。

在英美等霸权国家控制海洋的前一阶段，航行自由相关的主要国家实践集中于维护各自

---

[68] 马得懿：《海洋航行自由的秩序与挑战——国际法视角的解读》，上海人民出版社 2020 年版，第 43-52 页。

[69] Anisa Heritage, Pak K. Lee, Order, Contestation and Ontological Security-Seeking in the South China Sea, Springer Nature, 2020, p. 109-110.

[70] 《联合国海洋法公约》第 18 条第 2 款规定：“通过应继续不停和迅速进行。通过包括停船和下锚在内，但以通常航行所附带发生的或由于不可抗力或遇难所必要的或为救助遇险或遭难的人员、船舶或飞机的目的为限。“；第 19 条第 1 款规定：“通过只要不损害沿海国的和平、良好秩序或安全，就是无害的。这种通过的进行应符合本公约和其他国际法规则。”

[71] 《联合国海洋法公约》第 58 条第 3 款规定：“各国在专属经济区内根据本公约行使其权利和履行其义务时，应适当顾及沿海国的权利和义务，并应遵守沿海国按照本公约的规定和其他国际法规则所制定的与本部分不相抵触的法律和规章。”

[72] 《联合国海洋法公约》第 87 条第 2 款规定：“这些自由应由所有国家行使，但须适当顾及其他国家行使公海自由的利益，并适当顾及本公约所规定的同‘区域’内活动有关的权利。”

的海上商业运输与贸易的利益以实现资本积累，而非同美国如今的“航行自由行动”，意在通过其海上武装力量的行动来强化己方的海洋主张。[73]此外，该阶段的航行自由实践强调的是在非国家主权海域内的航行自由，即公海上的自由。就法律确信而言，各国实践中对外主张的仍然是公海上的航行自由，正如美国总统威尔逊在一战结束时发表的《十四条和平宣言》称，绝对的航行自由仅能够在领海外的海域行使。

后一阶段，在发展中国家的推动下，沿岸国的权利得到进一步扩张。例如，《公约》正式确认了 12 海里的领海宽度、沿岸国可主张不超过 200 海里的 EEZ 等。[74]为平衡沿岸国与航行大国的利益，《公约》规定了外国船舶在领海的无害通过制度，但却未明确军舰是否可以不经许可在沿岸国领海行使无害通过权，实践中各国做法也存在巨大分歧。苏丹、罗马尼亚拒绝了军舰在领海享有的无害通过权的主张[75]；有的国家要求军舰通过领海之前履行通知义务，例如，印度 1976 年的《领海、大陆架、专属经济区和其他海洋区域法》第 4 条规定“含潜水艇和其他潜水器在内的外国军用船舶进入领海，须事先向中央政府作出通知”[76]；有的国家要求事先获得许可，例如，中国《领海及毗连区法》第 6 条规定“外国军用船舶进入中华人民共和国领海，须经中华人民共和国政府批准”[77]；有的国家接受外国军舰享有完全的无害通过权，例如，荷兰就在 1982 年批准《公约》时指出军舰亦可在其领海行使无害通过权[78]……结合 ILC 有关认定习惯国际法的结论草案，从国家实践的角度看，种种分歧反映出给与军舰完全的无害通过权的实践既不“广泛”、亦不“具有足够代表性”，也由于其不能在国际社会中形成“一定的行为模式”而不具有“一致性”。因此，可以判断并不存在允许军舰未经许可便经过沿海国领海的国家实践。此外，根据 ICJ 在“以核武器相威胁或使用核武器的合法性”案中的标准，因为目前国际社会在这一问题上的态度存在“极度分歧”，因而也不能确定存在相应的法律确信。

综上，纵观整个航行自由规则的演变历程，都不能得出美国所诉称的、能够允许外国军舰不经许可便在沿岸国领海行使无害通过权利的国际法，美国不能援引存在这样的习惯国际法规则为其有关的“航行自由行动”辩护。此外，从“持续反对者”的视角评价，虽然“持续反对者”是指在习惯国际法已经形成时才可以援引的豁免规则，但根据 ILC 在其报告中的评注，若有众多国家对某一被诉称正在形成的国际习惯共同表达了“持续反对”，那么这样的“集体持续反对”行为还能够达到阻止一习惯国际法形成的效果。因此，国际社会中不接

---

[73] 牟文富：《美国在<联合国海洋法公约>之外塑造海洋秩序的战略》，载《中国海洋法学评论》2014 年第 2 期，第 183-267 页。

[74] 《联合国海洋法公约》第 3 条规定：“每一国家有权确定其领海的宽度，直至从按照本公约确定的基线量起不超过十二海里的界限为止。”；《联合国海洋法公约》第 57 条规定：“专属经济区从测算领海宽度的基线量起，不应超过二百海里。”

[75] 金永明：《论领海无害通过制度》，载《国际法研究》2016 年第 2 期，第 60-70 页。

[76] 采此立场的还有埃及、马耳他、克罗地亚、芬兰、瑞典、塞尔维亚和黑山、孟加拉等国。

[77] 采此立场的还有伊朗、阿曼、也门、阿尔及利亚等国。

[78] 赵建文：《论<联合国海洋法公约>缔约国关于军舰通过领海问题的解释性声明》，载《中国海洋法学评论》2005 年第 2 期，第 1-17 页。

受美国主张的军舰在领海完全的无害通过权利的那些国家，通过领海立法等行为表示了持续反对，构成了 ILC 报告中指称的“为数众多的国家一齐反对”，故得以阻止美国主张的习惯国际法规则的形成。

2. 习惯国际法意义上的航行自由规则不支持未经许可在 EEZ 内的军事活动

习惯国际法意义上的 EEZ 制度起源于二战后美国总统杜鲁门发表的《杜鲁门宣言》，其宣称美国对其毗邻大陆架上的自然资源具有管辖与控制的权力。该宣言还引发了世界范围内的“海洋圈地运动”(Ocean Enclosure Movement)，沿岸国纷纷主张扩张其对临近海域自然资源的管辖权。[79]在 1972 年“非洲国家关于海洋法的区域研讨会”通过了《雅温得研讨会结论》，“专属经济区”概念被正式提出，后来被正式纳入《公约》中作为一项特殊的海洋制度。在 EEZ 制度发展过程中，多数国家均认可 EEZ 上国际法承认的航行自由不受影响。[80]同时也可以发现，在 EEZ 制度从产生到被纳入《公约》专门章节的过程中，“广泛而足够具有代表性”且“一致”的国家实践仅包括沿岸国对自然资源行使排他管辖权的同时，允许外国船舶自由航行通过的实践，而非允许外国船舶“自由开展军事活动”的实践。

恰恰相反，在国家实践中，除我国外，亦有不少国家明确要求外国需获得事先许可才能在其 EEZ 开展军事活动。例如，巴西在内国法中要求外国船只只有在巴西政府事先批准的情况下才能在其 EEZ 开展军事活动；印度在批准《公约》时亦声明在其 EEZ 与大陆架开展军事活动需经事先许可；马来西亚禁止未其许可而在其 EEZ 内的军事活动。[81]此外，虽然亦有意大利、美国等海洋大国持相反态度，认为“航行自由”含括了到他国 EEZ 进行军事活动的权利[82]，但至少从习惯国际法的视角评价，军舰不经许可便在他国 EEZ 开展军事活动在国家实践要素上并未达到 ICJ 在“北海大陆架”案指称的“广泛又基本上统一”的标准，亦未满足“英挪渔业”案中“可以观察出一定的行为模式”的“一致性”要求。因此，可以认为并不存在支持外国军队未经事先许可而径直进入沿岸国 EEZ 开展军事活动的国家实践。同理，根据“以核武器相威胁或使用核武器的合法性”案中判断法律确信的消极标准，因目前国际社会对此习惯规则是否存在产生了“极度分歧”，因而也不能认定存在相应的法律确信。

综上所述，美国频频到我国 EEZ 开展军事侦测的“航行自由行动”，亦不能得到“航行自由”的习惯国际法支撑，各国的“持续反对”也阻止了外国军队未经事先许可到沿岸国 EEZ 开展军事活动的习惯国际法形成。

四、结论

著名的国际公法学者奥康纳尔曾对航行自由制度的发展历程作出精确的概括：“主权国

[79] Lewis M. Alexander, Navigational Restrictions within the New LOS Context, Brill Nijhoff, 2017, p.3-4.

[80] 吴少杰：《专属经济区概念的提出与美国的反应（1970-1983）》，载《世界历史》2016 年第 2 期，第 40-52 页。

[81] 贺赞：《专属经济区内的有限军事活动》，载《政法论坛》2015 年第 4 期，第 160-167 页。

[82] Stephen A Rose, Naval Activity in the EEZ-Troubled Waters Ahead?, Naval Law Review, Vol. 38, 1990, p. 74.

家的海洋管制和航行自由之间的冲突是决定海洋法历史演进的核心主题。在几百年的海洋法历史中，国家主权和航行自由的冲突随着国际社会政治结构和经济发展而演进。”[83]结合航行自由发展的历程，可以发现航行自由是一个随着国际社会政治结构的变化而不断演进的概念。但也需要厘清，即便航行自由规则的概念本身具有弹性，亦不能将其作无限地扩张解释，作为某些国家扩张海洋霸权的借口。

美国作为非《公约》成员国，对《公约》的规定合则用、不合则弃，利用其单方面认定的“航行自由”习惯国际法规则，频频挑衅我国正当的海洋主张。通过对习惯国际法认定规则的检视，采纳目前在理论与实践上均属主流的国家实践与法律确信“两要素”的认定法，可以发现“航行自由”习惯国际法规则并不能为美国军舰未经许可便经过我国领海、未经事先批准便到我国 EEZ 进行军事侦测活动提供国际法上的合法性依据。一方面，美国上述两项行动在国家实践的层面均未达到 ICJ 在“北海大陆架”提出的“广泛又基本上统一”的标准以及在“英挪渔业”案提出的“可以观察出一定的行为模式”的“一致性”要求；另一方面，因目前国际社会各国对该两项行动的态度存在 ICJ 在“以核武器相威胁或使用核武器的合法性”案中提出的“极度分歧”，继而也不能认定存在相应的法律确信。

综上所述，美国所谓的“航行自由”习惯国际法依据，只不过是为了支撑其霸道的海洋政策与海上军事行动而编造的谎言。因此，我国应当主动拿起国际法的武器捍卫我国正当的海洋利益，联合其他国家共同对美国的“航行自由行动”表达“持续反对”，以防美国挑衅的海上军事行为真正形成其诉称的习惯国际法。

Freedom of Navigation under Customary International Law

——Refuting the Customary International Law Basis of the “Freedom of Navigation Operation” of the United States

Abstract： In recent years, the United States has frequently carried out "Freedom of Navigation Operation" against China, sending warships through China's territorial sea and carrying out military detection activities in China's exclusive economic zone without prior permission, in order to provoke China's legitimate maritime interests. The United States claims that even if it is not a member of the United Nations Convention on the Law of the Sea, its "Freedom of Navigation Operation" has the legitimacy from "freedom of navigation" in the sense of customary international law. However, after examining the development and actual practice of freedom of navigation by adopting the "two elements" method recognized by international mainstream, it can be found that "freedom of navigation" in the sense of customary international law can neither support the United States to send warships through the coastal countries' territorial sea without prior permission, nor can it support the United States to come to the coastal countries' exclusive economic zone to carry out military

[83] D. P. O’Cornell, I. A. Shearer ed., The International Law of the Sea, The Clarendon Press, Vol. 1, 1982, p. 1.

activities without coastal states' prior permission. Therefore, the United States' customary international law assertions are distorting the freedom of navigation as an international law.

Key Words： Freedom of Navigation; Customary International Law; Freedom of Navigation Operation

中国自由贸易试验区原产地预裁定制度研究

林玲羽*

（南京师范大学 法学院，江苏 南京 210024）

内容提要 自2013年9月中国（上海）自由贸易试验区建立，我国目前为止共有21个自贸区，形成了全方位、多层次的，以自贸区为新高地的对外开放新格局。试行原产地预裁定制度作为自贸区促进贸易便利化的重要措施之一，却还未充分发挥其推动自贸区发展的作用，在整体法律框架以及与自贸区其他制度之间的协调性等方面仍需进一步完善。因此，本文旨以对原产地预裁定制度在中国自贸区实施过程中存在的不足之处进行探讨，并提出具有可行性的建议。

关键词 中国自贸区 海关预裁定 原产地预裁定 贸易便利化

一、前言

截至2021年3月，我国共设立了21个自由贸易试验区（以下简称“自贸区”），形成了“沿海+内陆+沿边”全方位、多层次的，以自贸区为新高地的对外开放新格局。习近平总书记强调，中国将支持自贸区深化改革创新，发挥自贸区改革开放试验田作用。[1]随着《贸易便利化协定》（Agreement on Trade Facilitation,以下简称“TFA”）的正式生效，如何提高自贸区的贸易便利化程度,使之适应国际高标准要求并能持续释放改革红利，成为值得关注的问题。

建设自贸区是我国为顺应世界经贸发展新趋向，应对国际经贸规则重构挑战以及持续推进国内新一轮改革开放等现实需求而提出的一项国家战略。全文论述的自贸区，[2]实指“自由贸易园区”（Free Trade Zone, FTZ），是指某一国家或地区在其境内设立的小块特定区域，区内在货物监管、企业设立、税收政策、外汇管理等领域实施特殊的经济管理体制和政策。[3]自贸区作为“境内关外”的海关特殊监管区域，一直在进行涉及海关通关、投资、贸易便利化等多个领域的改革创新。其中，原产地预裁定制度作为海关预裁定制度的组成部分之一，同时也是一项贸易便利化措施，其在自贸区内的推广实施对推动自贸区发展以及提升区内贸易便利化程度具有重要意义。莫塞（Evdokia Moïséi）、奥利亚西（Thomas Orliacii）和米诺（Peter Minor）在通过对OECD成员国贸易便利化措施的实施情况进行统计分析后也指出，在12个贸易便利化指标中，“预裁定”对贸易量和贸易成本的影响最大。[4]

本文提及的原产地预裁定，是海关对进出口货物的原产地或原产资格作出预裁定的简称。

---

* 林玲羽，女，南京师范大学法学院硕士研究生。

[1] 《习近平谈自贸区建设》，载新华网2018年11月26日，http://www.xinhuanet.com/video/sjxw/2018-11/26/c_1210001952.htm。

[2] 自贸区涉及两个概念，一是自由贸易区FTA（Free Trade Area），二是自由贸易园区FTZ（Free Trade Zone）。

[3] 喻新安，杨保成主编：《河南自贸区建设发展研究》，社会科学文献出版社2019年版，第4页。

[4] Evdokia Moïséi, Thomas Orliacii and Peter Minor , Trade Facilitation Indicators: The Impact on Trade Costs，OECD Trade Policy Papers, 22Aug2011.

前者是指海关根据《进口货物原产地条例》，对使用非优惠性贸易措施以及政府采购、贸易统计等活动所涉货物的原产地进行预裁定；而原产资格预裁定则是指海关依据申请的优惠贸易协定项下的原产地管理办法，就货物是否符合该办法的要求从而具备中国或其他缔约方的原产资格进行预裁定。原产地预裁定将部分通关程序前置，使贸易商能够通过申请原产地预裁定提前获知进出口货物是否能依据其原产地享受相关贸易协定项下的优惠税率，有助于为企业决策提供缓冲并防范风险。这也有利于提高海关的行政效率，减少贸易商和海关之间的摩擦冲突。

我国正式设立原产地预裁定制度的时间并不长，法律法规总体还不完善，海关的实践经验非常少，且原产地预裁定在自贸区中的推行，还会受到各自贸区发展情况不同的影响，需要考虑的因素更为复杂。因此，本文将从全国自贸区建设的整体来考量该制度存在的问题，同时也会根据不同自贸区的实际情况不同，分类梳理出各自贸区推行原产地预裁定制度过程中的问题和实践经验，结合国外先进经验，以期获得符合我国自贸区发展实际的制度改善路径。

二、我国自贸区原产地预裁定制度的现状

（一）总体法律框架

由于《海关法》还未引入“预裁定”的概念，《中华人民共和国海关预裁定管理暂行办法》（以下简称“暂行办法”）是目前规制预裁定的主要法律文件。在实际适用原产地预裁定的过程中还可能涉及包括《进出口关税条例》、《进出口货物原产地条例》、《海关统计条例》在内的相关海关行政法规以及《海关行政复议办法》等部门规章。

目前，中国自贸区基本已经形成全国人大“授权决定”+国务院“总体方案”为顶层设计，18 个自由贸易区的条例或管理办法为基本框架，国家或地方的部门决定、行政规章等法律性文件作为支撑的相对松散的法律体系。[5]

国务院发布的《总体方案》是相关部门根据各自贸区先行先试的需要所出台的政策性规定。在已发布的《总体方案》中，《国务院关于印发全面深化中国（上海）自由贸易试验区改革方案的通知》（国发〔2017〕23 号）、《国务院关于印发中国（海南）自由贸易试验区总体方案的通知》（国发〔2018〕34 号）、《国务院关于印发 6 个新设自由贸易试验区总体方案的通知》（国发〔2019〕16 号）均提及要在上海、海南、广西自贸区推广原产地预裁定制度和原产地自主声明制度。在《国务院关于印发中国（天津）自由贸易试验区总体方案的通知》（国发〔2015〕19 号）中，则要求天津自贸区“改革和加强原产地证签证管理，便利证书申领，强化事中事后监管”。除此之外，大部分自贸区的《总体方案》中均提及了要加强企业信用分级管理以及推广“经认证的经营者”（Authorized Economic Operator，以下简称“AEO”）制度等，这些制度同样与原产地预裁定制度息息相关。

国务院各部门还会围绕自贸区建设出台一系列的政策性规定，涉及自贸区的预裁定制度、

[5] 李善民主编：《中国自由贸易试验区发展蓝皮书（2018-2019）》，中山大学出版社 2019 年版，第 40 页。

原产地管理、原产地自主声明、原产地电子数据交换等，为自贸区配套建设上述制度的工作提出了意见。[6]同时，这些国务院规范性文件对地方政府的工作也具有指导性作用。此外，海关总署还印发了《海关预裁定操作规程》，具有海关内部执行和解释的效力，也是预裁定制度的必要补充。[7]

截至 2018 年，各省级（或直辖市）地方政府基本完成了对自贸区基本地方立法的工作，对管理机构、运行机制、建设任务与目标等进行规范（具体法律文件名称包括管理条例、管理办法、试行管理办法等）。[8]但仅有天津、河南自贸区在其自贸区条例或专项方案中提及原产地预裁定。通过对与原产地预裁定有关的法律法规、规范性文件进行梳理可以发现，自贸区在推进实行原产地预裁定方面，普遍缺乏法律法规的统一指导，而是以国务院、地方政府规范性文件的指导意见居多，且缺乏专门的细则规定。

（二）各自贸区的具体实践

部分自贸区已经为推行原产地预裁定制度开始了尝试。首先，河南省不仅发布了《中国（河南）自由贸易试验区管理试行办法》，还针对不同问题制定了专项方案。在《中国(河南）自由贸易试验区监管服务体系建设专项方案》第三部分“主要任务和措施”中，提及要优化原产地预裁定流程以及优先选择高级认证企业作为预裁定适用对象，[9]并积极引导重点企业认证为 AEO 企业，对不同信用等级的企业实行分别管理。[10]并在每一项措施下详细标明了牵头单位和配合单位，权责分明。

在国务院《总体方案》等文件的指导下，江苏、海南、辽宁、天津政府在其发布的有关促进进口的意见中，均表明要在自贸区中推进预裁定制度。其中，天津市的做法与河南自贸区的做法相似，认为应当在自贸区内对试点企业推广价格预裁定、汇总征税等通关便利化措施；[11]《广西壮族自治区人民政府办公厅关于印发促进中国（广西）自由贸易试验区跨境贸易便利化若干政策措施的通知》（桂政发办〔2020〕45 号）以明确责任单位的方式，要求相关单位推广原产地预裁定制度，提高通关效率，并且还要依照自由贸易协定安排，推动实施原产地自主声明制度；另海南省政府和青岛市政府也通过发布地方规范性文件的形式，提出

[6] 参见《国务院办公厅转发商务部等部门关于扩大进口促进对外贸易平衡发展意见的通知》（国办发〔2018〕53 号）、《国务院关于加快实施自由贸易区战略的若干意见》（国发〔2015〕69 号）。

[7] 郭永泉：《海关预裁定制度的确立及相关问题研究》，载《海关与经贸研究》2018 年第 39 期。

[8] 李善民主编：《中国自由贸易试验区发展蓝皮书（2018-2019）》，中山大学出版社 2019 年版，第 40 页。

[9] 《中国(河南）自由贸易试验区监管服务体系建设专项方案》第三部分第（一）条第 4 款：实施“自主缴税、自助通关、自动审放、重点稽核”等监管制度改革，优化申请、制发价格、归类、原产地等预裁定流程，对高级认证企业优先选择作为预裁定适用对象。

[10] 《中国(河南）自由贸易试验区监管服务体系建设专项方案》第三部分第（五）条第 1 款：建立自贸试验区内重点企业孵化培育机制，实施自贸试验区内企业联络员制度，及时办理通关通检事务，引导重点企业成为 AEO（经认证经营者）高级认证企业，在自贸试验区对检验检疫 AA 信用企业推行“信用放行”和原产地证“信用签证”管理制度。

[11] 参见《天津市人民政府办公厅转发市商务委等 26 部门和单位关于进一步扩大进口若干意见的通知》（津政办发〔2018〕39 号）。

要鼓励企业充分利用我国已达成的自贸协定优惠安排，引导、支持企业利用原产地优惠政策，扩大企业进出口贸易。[12]

其次，部分海关就其他预裁定或者先前的预确定事项提出过支持措施，同样具有借鉴意义。郑州海关在 2017 年也曾就原产地预确定发布过支持措施，提到对符合条件的自贸区内企业进口货物开展原产地预确定；哈尔滨海关则为支持自贸区内农业企业的“走出去”发展，结合自贸区与俄罗斯经贸往来紧密的特点，积极创新对如大豆等俄罗斯粮食的回运完税审价机制，并通过价格预裁定确认其完税价格相关要素，从而保证完税价格合理。[13]

在后疫情时代，部分地方海关开出原产地预裁定决定书助力企业复工复产的实践值得关注。2020 年新冠肺炎疫情在全球范围内大爆发，受物流周期延长、航次缺少的影响，时常会有原产地证书赶不上物流安排的情形。海口海关将原产地预裁定措施作为疫情期间“稳外贸”的十六条措施之一，宣传引导企业申请原产地预裁定。[14]海阳海关在接到当地某企业的原产地预裁定决定书后，与青岛海关通力合作，并通过“关企联络员”对接企业，为企业准备原产地预裁定的材料以及申报工作提供了详细的指导。[15]还有部分出口货物原产地国家则因邮路受阻，无法制证从而缺少空白原产地证，导致我国一些进出口企业因此难以及时享受相应的关税减免优惠政策。针对此种情况，南宁海关签发了首份最不发达国家原产地预裁定决定书，为申请企业顺利完成货物进口事宜的同时，预计减免税款 19.37 万元，帮助企业避免了经济损失。[16]另外，原产地预裁定使申请企业不仅可以享受关税优惠待遇，也免去了为申请、签发、转交提交证书而需处理的各种繁杂事务和流程，为企业减少了大量通关成本，以及在有效期内大幅缩短原产地核查时间，提升了通关效率。其他地方海关可以在借鉴的同时，进一步完善相关做法，更好保证企业享受到政策红利。

最后，从各地海关当前的实践中也可以看出在公开原产地预裁定决定书方面明显存在着透明度不足的情况。通过海关总署、直属海关、单一窗口及各自贸区官方网站等渠道均查询不到完整的原产地预裁定决定书，仅能从海关总署官网的“信息公开”板块查询到各自贸区海关作出原产地预裁定的简短新闻报道。这不利于发挥公众对海关执法事务的监督作用，也无法发挥预裁定决定书对有申请意愿企业的指导作用。

三、我国自贸区原产地预裁定制度存在的问题

如前文所述，无论是自贸区还是原产地预裁定制度，在我国都处于刚刚起步的阶段。而

---

[12] 参见《海南省关于扩大进口促进对外贸易发展的若干措施》（琼商贸〔2019〕17 号）、《青岛市人民政府办公厅关于进一步激发进口潜力的实施意见》（青政办发〔2019〕12 号）。

[13] 吴玉玺，曲静：《哈尔滨海关出台“支持自贸区建设 20 条”》，载《黑龙江日报》2019 年 12 月 25 日，第 2 版。

[14] 《海口海关关于印发<海口海关帮扶企业“防疫情，稳外贸”十六条措施的通知》，载海南自由贸易港网站 2020 年 2 月 14 日，
https://www.hainan.gov.cn/hainan/tgjdl/202006/03c7311b369c4bd3b8bade82c1542f14.shtml。

[15] 《“一次裁定、三年有效”！海阳辖区首份原产地预裁定决定书来了》，载微信公众号“海阳发布”，2020 年 9 月 3 日。

[16] 《助力复工复产，南宁海关开出首份最不发达国家原产地预裁定决定书》，载微信公众号“南国早报”，2020 年 5 月 16 日。

原产地预裁定制度在自贸区的试行过程中，不仅要适应自贸区的运行规则，还要受到各自贸区发展程度不同的影响。在这种情形下，势必会产生诸多问题。囿于篇幅和能力所限，本章仅选部分核心问题进行分析。

（一）法律体系不完善

1.立法结构松散

在中央层面，原产地预裁定的法律法规尚未配套完善，且存在着上下位法之间相互冲突以及新旧法律条款混淆的情况。作为上位法的《海关法》延续了行政裁定的规定，却没有新增“预裁定”的概念，有关海关预裁定的内容多分布在《暂行办法》以及其他海关总署的公告中。而《暂行办法》也没有对预裁定制度建立起清晰的法律体系，海关预裁定和海关行政裁定在申请范围等内容和功能上均有重叠，就两者之间的关系与适用问题并没有法律法规作出解释。

此外，《暂行办法》作为用来规制原产地预裁定各项事务的主要规范性文件，其仅属于部门规章，法律位阶较低，还存在着与上位法的规定相冲突的问题。以《暂行办法》第 19 条规定为例，该部分对罚款金额的规定就与《海关行政处罚实施条例》第 15 条和《行政处罚法》第 12 条相冲突。

随着“三预”制度退出海关法领域以及随后预裁定制度正式确立，新旧法律条文却没有做好衔接，为相关主体适用法律造成混淆。根据海关总署 2018 年第 14 号公告的规定，海关自 2018 年 2 月 1 日起不再受理“三预”的申请，但并未使用“废止”等措施明文废止“三预”制度，“三预”制度的条文仍分散在各行政法规以及其他规范性文件中。虽然可以根据“新法优于旧法”的方式解决适用问题，但这无疑不利于立法的协调性。

在地方层面，原产地预裁定制度在自贸区内的推广实施实际上对立法供给提出了较高的要求，但由于我国自贸区立法体系带有强烈的“试验”性质，采用先建设园区，再由国家立法机关授权地方立法机关根据自贸区的筹备工作制定法规规范的方式，导致自贸区从一开始就没有顶层法律提供清晰的改革指引，在制度创新过程中基本遵循“地方政府报需求与方案——更高级别政府或职能部门开展讨论后达成最终决策或意见”的立法模式，由此也影响自贸区原产地预裁定整体的立法结构，使其呈现不完整和松散的状态。

聚焦到地方立法，仔细审视自贸区人大常委会、地方政府颁布实行的各类条例、管理办法、意见、通知等可以发现，有关原产地预裁定制度的规定很少且内容单一，大多仅是概括题及，且与国务院发布的“总体方案”、“深化改革方案”中的有关内容无异。换言之，各自贸区对原产地预裁定制度的实施未作实质性规定，缺乏地方立法特色。

总的来说，受到海关预裁定立法体系尚未构建起来以及自贸区自身立法模式的影响，原产地预裁定制度在自贸区中的实施缺乏系统化的规定指导，存在着相关主体在适用法律时法律检索任务繁重、缺乏可参考的实施细则以及配套地方政策等问题。

2.《暂行办法》部分内容存在的不足

（1）虚瞒行为的处罚问题

《暂行办法》第 19 条是有关虚瞒行为的条款，[17]但实际上其内容并不符合上位法的规定，在实践中也具有争议。《暂行办法》由海关总署发布，在法律位阶上属于部门规章。根据《行政处罚法》第 12 条的规定，部门规章可以在法律、行政法规规定的行政处罚范围内作出具体规定，没有对应法律、行政法规规定的，部门规章可以设置警告或一定数量罚款的行政处罚，其处罚限额由国务院规定。[18]此时，需要知道《暂行办法》第 19 条对虚瞒行为作出罚款的规定是否有法律或者行政法规作为依据？这涉及到对《海关法》第 82 条、86 条以及《海关行政处罚实施条例》第 15 条内容的讨论。

应该明确的是，包括原产地预裁定在内的所有预裁定行为仅仅是一种由海关对申请人的申请事项作出的预期判断，并不是正式的通关申报，也没有形成齐全的税收要素。因此，适用《海关法》第 82、86 条有关偷逃应缴税额、货物申报不实的规定存在争议。相比之下，适用《海关行政处罚实施条例》第 15 条更为合适。[19]这一规定比《海关法》的规定更加细致，也对预裁定对象作出了具体的罗列。但是也会带来新的问题：第一，如果适用该规定，则《暂行办法》中 1 万元的罚款定额并不会完全符合该条规定的罚款范围。在违反该条例第 15 条第（三）、（四）、（五）款的情形中，需要根据货物价值或申报价格计算罚款，1 万元或者以下的罚款则有可能低于上述条款的最低罚款限度；第二，如果不适用，根据《行政处罚法》第 12 条的规定，此时没有相对应的法律、行政法规的规定，则罚款限额应当由国务院规定。因此，无论如何《暂行办法》中就虚瞒行为罚款 1 万元的规定都是不合适的。

在实践层面上，存在取证难、定性难的问题，也会使该条规定无法得到准确执行。以原产地预裁定申请为例，由于需要在实际进出口前 3 个月内进行申请，此时部分企业仅仅有贸易意向，对实际商品的原产地并未完全确定，后续有可能因市场、价格等因素的变动而使货物的原产地更换变动。换句话说，预裁定时期企业提交的材料并不一定与其最终申报的信息完全相符，且企业也无法通过预裁定在货物实际进出口前获得利益，由此就认定申请人存在主观上的故意虚瞒并不合适。在这种情形下，结合企业管理和风险管理措施对企业信用进行评级并与相应的优惠措施相结合更为合适。

（2）透明度规定不足

[17] 《中华人民共和国海关预裁定管理暂行办法》第 19 条规定：申请人提供虚假材料或者隐瞒相关情况的，海关给予警告，可以处 1 万元以下罚款。

[18] 《行政处罚法》第 12 条规定：国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。 尚未制定法律、行政法规的，前款规定的国务院部、委员会制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定。 国务院可以授权具有行政处罚权的直属机构依照本条第一款、第二款的规定，规定行政处罚。

[19] 《中华人民共和国海关行政处罚实施条例》第 15 条规定：进出口货物的品名、税则号列、数量、规格、价格、贸易方式、原产地、启运地、运抵地、最终目的地或者其他应当申报的项目未申报或者申报不实的，分别依照下列规定予以处罚，有违法所得的，没收违法所得：（一）影响海关统计准确性的，予以警告或者处 1000 元以上 1 万元以下罚款；（二）影响海关监管秩序的，予以警告或者处 1000 元以上 3 万元以下罚款；（三）影响国家许可证件管理的，处货物价值 5%以上 30%以下罚款；（四）影响国家税款征收的，处漏缴税款 30%以上 2 倍以下罚款；（五）影响国家外汇、出口退税管理的，处申报价格 10%以上 50%以下罚款。

透明度原则是世界贸易组织(World Trade Organization，以下简称“WTO”)的原则之一，TFA 也对成员方在货物贸易领域的透明度义务进行了明确规定。根据 TFA 的规定，各成员方均应以非歧视且方便获取的方式快速公布与商品归类、估价规定以及与原产地规则有关的普遍适用的法律、法规和行政裁决。此外，成员方应当兼顾保护商业机密的同时，尽力披露其认为对其他利害关系方具有实质性利益的预裁定信息。我国作为 WTO 的成员国亦是 TFA 的签署国，应当在预裁定的透明度方面作出更多努力。《暂行办法》已初步实现与 TFA 规定的对接，但在透明度要求方面还存在着不足：

第一，按照 TFA 第 3.8 条的规定，预裁定决定的撤销也属于海关应当通知的义务范围。《暂行办法》第 16 条规定当出现因申请人提供的材料出现问题或者预裁定决定错误时，由海关撤销预裁定并通知申请人。[20]但该规定并未涵盖预裁定决定所依据的法律法规以及海关总署公告等规定作出改变而使预裁定决定自动失效的情形，在这种情况下海关不负有通知申请人的义务。然而依照 TFA3.8 条规定，由于法律法规以及其他规范性文件的变动影响预裁定决定效力的，也应当认为是属于成员方应当努力披露的信息。综上，《暂行办法》第 16 条的规定不符合 TFA 的规定以及 WTO 的透明度原则要求，也不利于对申请人权利的保障和救济。

第二，按照《暂行办法》第 17 条的规定，海关并不是应当公开预裁定决定书，而是“可以”向公众公开预裁定决定的内容，[21]且国内立法还没有明确规定预裁定的公开形式、公开的程度以及公众查阅的方式和途径。也就是说，是否公开预裁定决定书，公开程度的多少，由海关来做决定。实践中，海关并没有指定渠道公开预裁定决定书，公众只能通过部分新闻报道获知各地海关作出预裁定的情况。

提升预裁定的透明度，将会对企业，特别是小型企业的贸易产生积极影响。有学者提出，所有贸易便利化措施都会对大型企业的贸易产生积极影响，而对小型企业的贸易有积极影响的仅限于有利于获得信息的措施（如信息和表格可在互联网上公开获得和方便获取）。[22]信息成本是固定的事前成本，与贸易商品的价值和数量无关。预裁定决定书是否通过指定的途径向公众公开，在海关网站上是否能直接下载预裁定申请表和相关文件，通过电话或者互联网向海关询问相关问题的可能性等，这些成本的减少特别有益于对目的地市场的程序了解有限的小型出口商。为此，应当着力提升预裁定的透明度，助力小型企业更好利用预裁定制度享受优惠政策，降低贸易成本。

（二）原产地预裁定制度与自贸区内其他制度“协同性不强”

[20]《中华人民共和国海关预裁定管理暂行办法》第 16 条规定：已生效的预裁定决定有下列情形之一的，由海关予以撤销，并且通知申请人：（一）因申请人提供的材料不真实、不准确、不完整，造成预裁定决定需要撤销的；（二）预裁定决定错误的；（三）其他需要撤销的情形。撤销决定自作出之日起生效。依照前款第（一）项的规定撤销预裁定决定的，经撤销的预裁定决定自始无效。

[21] 《中华人民共和国海关预裁定管理暂行办法》第 17 条规定：除涉及商业秘密的外，海关可以对外公开预裁定决定的内容。

[22] Lionel Fontagné, Gianluca Orefice and Roberta Piermartini, Making small firms happy? The heterogeneous effect of trade facilitation measures, 28Review of International Economics565, 565-598（2020）.

目前，各自贸区内都存在着制度创新集成度不够，制度之间协同性不强的问题，原产地预裁定制度在自贸区内的实施同样面临着该问题。四川自贸区、黑龙江自贸区等少部分自贸区尚未开始推行原产地预裁定制度，而已开始推行原产地预裁定制度的大部分自贸区则没有从制度发展的整体考量。大部分自贸区对原产地预裁定制度的要求仅停留在“推广”的阶段，至于怎么推广？如何优化制度的运行环境？如何提升企业申请原产地预裁定的积极性？以上问题都需要自贸区其他制度的协同配合，却没有细化的方案，也没有对企业申请后产生的后续问题跟进配套制度，导致企业对申请原产地预裁定存在担心疑虑，缺乏积极性。

应当认识到的是，原产地预裁定制度的实施，应与自贸区内的其他制度相互配合，如企业联络员制度、海关监管制度等，为原产地预裁定提供良好的关企沟通渠道、简便的流程以及事中事后监管保障,通过制度间的相互配合优化原产地预裁定的运行环境。

（三）海关处置程序不利于保障原产地预裁定决定的统一性

我国《暂行办法》明确规定了由各直属海关承担受理和作出预裁定的职责，此种处置程序实际上不利于保障原产地预裁定决定的统一性。

原产地预裁定作为一种复杂的技术认定工作，虽然有明确的原产地认定标准，但不同类型的货物可能对应不同的认定标准，不同国家的货物适用的原产地规则也可能有所不同，且由于技术能力、经验积累上的差别，在不同主体间也必然存在着认知差异。目前，仅有部分自贸区推行原产地预裁定制度，具有作出原产地预裁定决定经验的海关更是屈指可数。在没有先例以及资料支持的情形下，加上各地海关设关条件和业务量水平参差不齐，一些直属海关可能会凭借惯例或经验作出不同的认定结果，重新导致关际之间产生执法不统一问题。

此外，与先前的“三预”制度不同，预裁定决定将在全关境适用，因此一个海关的技术认定结果将会影响到其他地区海关的通关，一旦预裁定决定出现差错，其带来的后果将会加倍放大，从而影响全国的纳税准确性。为了解决以上问题，应该尝试对海关处置预裁定的程序作出适度调整。

四、完善我国自贸区原产地预裁定制度的建议

自贸区作为接受国际高标准以及制度创新的试验田，在国内承担着对各类制度措施先试先行的责任。面对原产地预裁定制度在实施过程出现的问题，要通过完善法律法规、调整制度安排、提供政策支持等方式配套解决。在调整制度安排方面，可先在不改变相关法律法规原有规定的情形下，由自贸区内试点实行，经实践有效后再向全国推广，从而减少试错成本，充分发挥自贸区的优势和定位。

加强立法规范化、体系化建设

自贸区原产地预裁定制度的发展离不开海关立法体系的完善以及自贸区整体的法制建设，应做到便利化和规范化、体系化相结合，对不合理之处进行调整，对规定不足的地方做出修改补充，做好新旧条文的衔接以及法条清理工作。同时也要注意处理好与国际条约的关系，适应国际高标准的要求，体现原产地预裁定法律体系架构的前瞻性。

1.完善相关法律体系架构

（1）统一海关立法体系

纵观 WTO 发达成员以及国际组织有关海关预裁定的立法和实践成果，例如许多国家通过海关法典或法律规定其本国的预裁定制度,可以看出预裁定制度在海关法领域的重要地位。然而我国《海关法》中仅有行政裁定的规定而没有“预裁定”的概念，行政裁定与预裁定的关系和适用问题也没有法律法规予以明确，这显然不符合立法协调性的要求。因此，我国应当尝试考虑将预裁定制度纳入《海关法》以明确其法律地位的可行性。除此之外，国内法与国际法的联系密切，建议以该统一立法为契机，对国际条约的适用问题作出原则性规定，以弥补《宪法》对相关国际条约在国内法中适用规定的空白。

（2）健全自贸区法律体系

健全的自贸区法律体系会为原产地预裁定制度在自贸区内的运行提供保障。在中央层面，应由最高立法机关制定《自由贸易试验区法》弥补法律体系的顶层缺陷。在地方层面，原产地预裁定制度虽然已经正式设立，但在全国范围内仍处于试行状态，部分自贸区仍没有相关立法和政策，导致原产地预裁定制度没有能在该自贸区推行。还未推行原产地预裁定制度的自贸区，应当着手于相关立法和政策的构建；已经开始试行该制度的自贸区，则要继续深化地方立法特色，根据自贸区发展实际做好制度配套，并确保自贸区立法和政策性规范的有效对接。

各自贸区在立法时，应充分认识法和政策的不同功能，以及政策阶段性、易变性的特点，避免将政策性规定照搬到地方性法规中去。自贸区立法要做到与上位法相配套实施，对上位法规定空白的地方进行细化补充，弥补法律修改成本高、程序复杂的缺陷，为立法或者修改上位法积累地方经验。同时，也应当对国务院政策性规范进行总结提炼，并根据地方实际，发挥先行先试的作用，展现地方立法的能动性。此外，其他地方规范性文件则应在遵守自贸区法规以及上位法的情况下，细化各部门、各领域的工作事项。

上述认为自贸区要进行地方特色立法，更多是指对自贸区整体建设以及推广原产地预裁定制度方面，有关原产地预裁定规则的适用则建议进行统一立法，防止出现各自贸区规范各异而导致执法不统一的情况。

（3）系统清理规范性法律文件

构建规范化、系统化的自贸区原产地预裁定法律体系只进行立法工作是不足够的，还要做好相关法律之间的衔接，对已经被新法律代替的旧法律予以废止，对法律之间前后不一致、不衔接的问题进行修改。做到立法活动与法律清理一同进行，确保法律体系形成。

在中央层面，应当通过法律清理厘清预裁定立法体系中各法律、行政法规的基本情况，确定能够继续适用和需要废止的条文，对于需要修改、补充的法律法规及时做出行动，如对已经停止实施的“三预”制度条文予以清理，完善《暂行办法》的规定。在地方层面，由于不同级别的职能部门在不同时间就不同问题发布不同类型或效力等级的法律法规，导致自贸区整个法律体系的庞杂和碎片化。由此，自贸区立法部门或法制办梳理自贸区法律法规体系以及原产地预裁定相关的法律法规、政策的实践很必要。对此，可复制推广上海自贸区、湖

北自贸区和海南自贸区的经验，对整个自贸区的法律法规以及其他规范性文件进行整理汇编。三个自贸区整理汇编的方式各有不同：上海市人大就法律法规的整理发布了具体细则，[23]湖北自贸区采用的是在门户网站发布政策汇编的形式，[24]海南自贸港则是在门户网站设置了“政策法规”的专栏，详细列出了自贸区相关的政策文件、法规条例以及部分政策解读，[25]极大地便利公众更系统、全面地了解自贸区规则，也保障了法律法规的透明性与公开性，值得各个自贸区借鉴。

2.修改和完善《暂行办法》的规定

《暂行办法》对虚瞒行为予以罚款的规定，在立法以及实践上均有不合理之处，可考虑删除该罚款规定，以其他处罚措施替代。主要做法是结合企业管理和风险管理措施，将企业在预裁定申请中以及后续的申报行为与其信用评级挂钩。当申请人存在提供虚假材料或者隐瞒相关情况等虚瞒行为的，海关有权采取降低该企业信用评级，纳入失信名单，对其以往进出口记录开展回溯式稽查以及对其在一段时间内的进出口设置高风险参数等一系列惩戒措施。[26]如果是在实际通关或者稽查过程中被海关查实其实际货物进出口情况与使用的预裁定决定书不符，并构成偷逃税行为的，则可以按《行政处罚条例》的规定对其进行处罚。相关法规的具体适用问题可以通过出台行政解释的方式予以明晰。

为符合透明度原则，与 TFA 规定更好衔接，也是保障申请人权利以及监督海关工作的需要，应完善《暂行办法》的透明度规定。《暂行办法》第 16 条应采用“应当”的措辞，对海关通过指定渠道公布除涉及商业秘密之外的预裁定决定书作出强制要求。同时，增加第 17 条海关负有通知义务的情形，因法律法规和行政规章等规范性文件变动导致预裁定决定自动失效的，海关也按该条规定对申请人负有通知义务。

使原产地预裁定制度与自贸区其他制度形成合力

从本质上看，原产地预裁定制度是自贸区整体发展规划中的一部分，是自贸区优化营商环境和提升贸易便利化程度的措施之一。因此推动原产地预裁定制度在各自贸区内的实施应与自贸区的整体建设紧密结合起来。自贸区不仅要提供便利的贸易政策和法规环境，也要有便利的实际操作保障制度落实到位。然而，申请原产地预裁定流程的繁琐、涉及知识的复杂性往往让企业提不起积极性，海关在事中事后的监管也有不足之处。这些问题的解决需要原产地预裁定制度与自贸区内的其他制度相结合，在优化原产地预裁定制度运行环境的同时，释放出综合改革成效，为自贸区建设带来效益。

1.与 AEO 制度相结合

[23] 参见《上海市人民代表大会常务委员会关于在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定》、《上海市人大常委会关于在中国（上海）自由贸易试验区调整实施本市有关地方性法规规定的决定（2016 修正）》、《中国（上海）自由贸易试验区管理委员会行政规范性文件法律审查规则》。

[24] 《中国（湖北）自由贸易试验区政策汇编》，载中国（湖北）自由贸易试验区网站 2018 年 10 月 10 日，https://www.china-hbftz.gov.cn/optDetail.html?id=77DD40F8B8BA1961E053090BA8C0BFB7。

[25] 参见海南自由贸易港网站，http://www.hnftp.gov.cn/，2021 年 4 月 30 日访问。

[26] 郭永泉：《海关预裁定制度的确立及相关问题研究》，《海关与经贸研究》2018 年第 39 期。

AEO 制度已逐渐成为国际社会平衡贸易便利和贸易安全及促进国际贸易发展的首选安排。[27]将原产地预裁定制度与 AEO 制度相结合，能实现企业通关便利与海关监管效率的兼顾。

针对企业申请积极性不高的问题，应充分发挥优质企业的带头作用，通过优先选择 AEO 企业作为原产地预裁定对象的试点实行方式，让更多企业看到申请原产地预裁定实际带来的通关便利和优惠，加深对原产地预裁定的了解。这种做法也让自贸区对实际推广过程中产生的问题能及时得到反馈，从而进一步完善和修正。[28]另外，部分申请人在申请原产地预裁定或者正式通关申报时存在着虚瞒行为，为了便利海关监管，维护正常贸易秩序，也是为了提高贸易商的守法遵从度，应当根据企业信用等级的不同，对企业实施差异化管理。在自贸区内实施认证企业(AEO)优惠措施清单制度，对申请原产地预裁定的 AEO 企业，海关可给予其简化申请流程、减少后续稽查等便利措施。对办理原产地预裁定事务时提供虚假材料或隐瞒相关情况的企业，则降低其信用等级，纳入失信名单。

2.与原产地自主声明制度相结合

在传统模式下，企业若想使进出口货物快速通关并获得优惠税率并不容易。在通关时，除了递交原产地预裁定决定书外，还需要一并提交原产地证书，这又需要企业经过另外的申领流程。原产地自主声明制度则很好解决了这个问题，将原产地预裁定制度与该制度相结合，则在进出口货物适用的优惠贸易协定允许原产地自主声明的情形下，企业就可以基于其原产地预裁定决定书或者“经核准出口商”的身份自主出具原产地声明，免去了原产地证书的申领流程，为企业节省更多的贸易成本。

在我国已签订的 21 个自贸协定中，有 13 个自贸协定项下规定了“预裁定”条款。[29]其中，中国-瑞士、中国-冰岛、中国-澳大利亚、中国-秘鲁以及中国-新西兰自贸协定项下允许实施原产地自主声明制度。中国-瑞士、中国-冰岛自贸协定是基于“经核准出口商”制度的原产地自主声明；中国-澳大利亚、中国-新西兰、中国-秘鲁自贸协定以及最不发达国家特别优惠关税待遇则是基于“原产地预裁定”的原产地声明。

“经核准出口商”可以自行出具原产地自主声明，并依此向直属海关申请适用中国-瑞士、中国-冰岛自贸协定项下的原产地预裁定，无需向签证机构申领原产地证书。海关会预先审核该份原产地自主声明，待作出原产地预裁定决定后再签发原产地声明。[30]若相关出口货物遭到原产地核查，则可以较大程度地缩短核查时间，帮助企业及时获惠，避免因货物通

[27] 石良平，黄炳志等:《贸易便利化与上海国际贸易中心建设》，中国海关出版社 2011 年版，第 188 页。

[28] 我国的 AEO 制度是以信用为核心实施认证的管理制度。依据《中华人民共和国海关企业信用管理暂行办法》，我国以企业信用高低为标准将企业分为认证企业（一般认证和高级认证）、一般信用企业和失信企业三类，并根据企业所属类型的不同对其实施不同的管理措施，其中认证企业就是我国目前的 AEO 企业，享有与 AEO 互认国家和地区的通关便利等权利。

[29] 中国与柬埔寨、马尔代夫签署的自由贸易协定尚未公布正式文本，无法了解其是否规定了“预裁定”条款。参见中国自由贸易区服务网，http://fta.mofcom.gov.cn/index.shtml，2021 年 4 月 4 日访问。

[30] “经核准出口商”在我国的取得方式就是由在海关注册登记的 AA 类（现为高级认证）生产型企业可向直属海关提交书面承诺书，海关总署每季度最后一个工作日前将授予企业“经核准出口商注册号码”，而相关企业从次月 1 日起享有该“经核准出口商”资格。

关时间过长导致成本增加。若适用的是基于“原产地预裁定”的原产地声明，则企业可在海关作出原产地预裁定后的有效期内，自行出具原产地声明替代原产地证书，享受自贸协定关税优惠待遇。

3.与原产地证签证管理制度相结合

尽管我国签署的自贸协定数量越来越多，但中国的五大贸易伙伴中，只有东盟和韩国与中国签订了自贸协定，即中国的大多数进出口货物在申请原产地预裁定时仍要适用非优惠原产地规则。[31]在目前的管理措施中，适用非优惠原产地规则的货物在符合“两反一保”的情形下也要按照海关的要求提交原产地证书。即使企业申请原产地预裁定有可以适用的自贸协定，也仅有少部分自贸协定允许使用原产地自主声明。换句话说，企业大多数情况下申请原产地预裁定需要申领原产地证书，并且在通关时将两者一并提交才能保证进出口货物最后能够根据其原产地真正享受关税减免待遇。[32]申领原产地证书的琐碎流程也需要花费企业一定的人力物力，这就需要同时优化自贸区原产地签证政策，保证企业迅速便利申领原产地证书。通过两个制度的结合，更好促进海关通关便利化，使企业受惠更多，从而能激励更多企业申请原产地预裁定。

优化原产地签证政策可以尝试以下五种方式：第一，提高签证工作效率，实现原产地签证当日办理当日完成；第二，推进无纸化申请原产地证书，帮助企业进一步减少成本花费；第三，实施敏感产品负面清单制度，对清单外的产品实施“即到即签”；第四，加强企业信用管理体系建设，取消年审制度，进一步简化企业办理环节；第五，可对自贸区内的 AEO 企业适用原产地证预签模式。

4.与企业联络员制度相结合

《暂行办法》自 2018 年 2 月 1 日起施行，但是 2018 年 12 月青岛海关才签发了全国首份原产地预裁定决定书。截止 2019 年 6 月，据不完全统计，全国各地海关共签发原产地预裁定决定书 32 份。原产地预裁定制度在自贸区内使用率并不高，企业缺乏申请的积极性。企业之所以不申请原产地预裁定，一部分是因为对原产地预裁定及相关优惠政策的不了解，缺乏主动申请意识，另一部分则是由于涉及原产地规则的专业性让一些企业望而却步。

要解决上述问题，就要加强政策的宣贯力度，为企业提供与有关部门之间的沟通渠道。通过建设企业联络员制度，利用专业人员的专业知识帮助企业解答相关领域的疑惑，实现及时回应、事后反馈的良好机制。做到就企业在申请前遇到的如对申请流程、优惠政策和原产地规则适用等的疑问及时进行解答，就企业对原产地预裁定决定提出的意见和问题及时与海关沟通。通过企业联络员制度保证企业与政府、海关沟通渠道的畅通，为企业申请原产地预

[31] 据海关统计，2021 年前 2 个月，我国的四大贸易伙伴按顺序排列分别是东盟、欧盟、美国、日本。参见中华人民共和国中央人民政府网站，http://www.gov.cn/shuju/2021-03/08/content_5591365.htm，2021 年 4 月 11 日访问。

[32]《海关总署关于实施<中华人民共和国海关预裁定管理暂行办法>有关事项的公告》（海关总署公告 2018 年第 14 号）第 9 条规定：申请享受协定税率或者特惠税率的，进口人应当在货物进口时按照规定方式提交原产地证书或者原产地声明。

裁定事务提供帮助，打消企业对申请原产地预裁定的疑虑。

5.允许第三方代理申请

原产地预裁定会涉及对进出口货物原产地的判定，需要熟知相关的原产地规则，这对部分企业来说有一定的难度。《暂行办法》第 4 条将预裁定申请人的范围限定为“与实际进出口活动有关，并且在海关注册登记的对外贸易经营者”，导致只能由企业自行申请。企业联络员制度能够为部分企业解决申请中碰到的难题，但只靠企业联络员负责为企业答疑解惑会加大包括海关在内的相关部门的工作压力，也不利于提高其行政效率。

应当发挥自贸区的试验田作用，在自贸区内适度放宽申请人的范围，允许具有资质的报关企业提供相关咨询和原产地预裁定申请填报服务。通过第三方代理申请以及企业联络员制度为企业申请原产地预裁定提供多元支持。即做到遇事“先找市场不找海关”，通过社会化渠道完成原产地预裁定的申请，由报关企业解决申请企业的“初始疑难”，在一定程度上减少海关的行政压力。

（三）在自贸区内试点调整海关部分制度安排

我国目前由海关负责受理和作出预裁定决定的做法实际上造成了职责的错位。预裁定属于一种技术认定结论，涉及对税收要素风险的集中、专业处理，本应是税收征管中心和关税专业机构专门负责，但当前却是由各直属海关作出预裁定决定。该做法不仅有可能导致各地海关由于执法能力和经验不同对相似的预裁定申请作出不同的处置，在后期的通关中造成争议，也不符合原先按照全国通关一体化要求形成的由税收征管中心和关税专业机构管流程和技术、直属海关管事务和企业的分工安排。

针对该问题，应试点在自贸区内进行部分制度调整。直属海关应仅负责受理预裁定申请以及依据税收征管中心下达的风险参数和指令开展验估作业。在受理申请后，则负责按照税收要素进行分类，通过内部作业平台流转到关税专业机构，由其作出预裁定决定。作出的决定书应统一编署代码，及时公布在指定渠道并通过电子方式向申请人反馈。由此能尽量保证作出原产地预裁定决定的专业性和准确性，维持海关执法的统一性。

五、结语

自贸区建设是一项系统工程，原产地预裁定制度作为贸易便利化措施之一，与自贸区其他制度间的协同性仍需加强，制度实施综合成效还未完全显现。且虽然我国签订和生效的自贸协定不断增多，但自贸区内的企业却对申请原产地预裁定积极性不高，以及存在着立法结构松散等问题。我们应从自贸区发展的整体角度出发，加强立法规范化和体系化建设，并促进原产地预裁定制度与自贸区其他制度形成合力，也要为企业申请原产地预裁定提供多元支持，以及在自贸区内尝试调整海关部分制度安排等，多管齐下优化原产地预裁定制度在自贸区内的实施环境。接下来，自贸区还应继续坚持“先试先行”的试验田定位，借鉴国内国际的先进经验，继续对原产地预裁定制度进行改革创新，同时加强自贸区法律体系的建设，加快政府职能的转变，从而使原产地预裁定制度的实施环境得到优化，与其他制度共同推进自贸区又快又好发展。

Abstract： Since the establishment of the China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone in September 2013, China has a total of 21 pilot free trade zones so far, forming a comprehensive and multi-layered new opening-up pattern with the free trade zone as a new highland. As one of the important measures to promote trade facilitation in the free trade zone, advance ruling for origin has not fully exerted its role in promoting the development of the free trade zone. The overall legal framework of this system and the coordination between the system and other systems in the free trade zone need to be further improved. Therefore, the purpose of this article is to explore the deficiencies in the implementation of advance ruling for origin in China's pilot free trade zone, and to make feasible suggestions.

中国自由贸易协定效力地位论：直接效力抑或间接实施？

刘 彬*

【摘要】条约在国内法上的效力地位是国际法经典问题，在中国尚未得到解决。晚近中国自贸协定中的私人权利禁止条款表明缔约方有否定自贸协定直接效力的倾向，但中国缔约实践并不统一。理论与实践层面的分析均表明中国自贸协定效力地位问题具有独特性。基于世贸组织其它成员方的先例、“政策治理”模式下的条款内在素质、规则谈判中的各种疏漏、协定统一解释的需要等理由，中国应明确、全面地否定自贸协定的直接效力，细化国内法相关规定，考虑设立“国内法优先条款”，并积极运用其它国内机制使自贸协定得到间接实施，让私人充分享受自贸协定利益。在自贸协定造法功能日益突出、自贸伙伴中新兴经济体和发达经济体日益增多的趋势下，预先处理自贸协定的效力地位问题有助于防范国外私人的滥诉行为。

【关键词】中国自贸协定；直接效力；条款内在素质；政策治理模式；间接实施

2020 年 11 月，区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）正式签署，标志着以自由贸易协定（以下简称自贸协定）为载体的中国自贸区战略正在不断推向纵深。自贸协定相关法学研究也日益深入。以往法学文献多侧重于自贸协定文本层面的制度构建，对另一层面相对着墨不多，即国内对自贸协定的制度支持。然而，国际层面的制度构建与国内层面的制度支持应当实现双翼并举，如此，自贸区战略方能得到有效实施。本文立足于国际法与国内法这两个层面的相互联系性，对中国自贸协定在国内法上的直接效力这一问题展开探讨。

一、导论

条约在国内法上效力地位的讨论在国际法经典著作中历来是必备内容。[1]在中国，相关讨论起步要晚得多，较早文献可追溯至上世纪 90 年代。[2]本世纪初中国加入世界贸易组织（以下简称入世）之际，就世贸组织法的直接效力问题，学界曾有所探讨。[3]2010 年《涉外民事关系法律适用法》通过前后，学界就条约在国内法上地位问题（包括条约直接效力问题）又

* 西南政法大学国际法学院副教授，法学博士。

[1] See David Harris and Sandesh Sivakumaran, Cases and Materials on International Law, Sweet & Maxwell, 2015, pp. 74-84; Lori F. Damrosch, et al., International Law: Cases and Materials, Thomson Reuters, 2009, pp. 679-754.

[2] 参见李适时：《中国的立法、条约与国际法》，载中国国际法学会主编：《中国国际法年刊 1993》，中国对外翻译出版公司 1994 年版；李兆杰：《条约在我国国内法效力若干问题之探讨》，载中国国际法学会主编：《中国国际法年刊 1993》，中国对外翻译出版公司 1994 年版；王铁崖：《条约在中国法律制度中的地位》，载中国国际法学会主编：《中国国际法年刊 1994》，中国对外翻译出版公司 1996 年版。

[3] 参见邵沙平、余敏友主编：《国际法问题专论》，武汉大学出版社 2002 年版，第 115—117 页；陈海波：《世贸组织协议在欧盟法中的法律地位》，载陈安主编：《国际经济法学刊》2004 年第 4 卷，北京大学出版社 2004 年版；袁泉：《有关 WTO 规则在我国适用的若干法律问题》，载《河北法学》2004 年第 7 期。

掀起一波小高潮。[4]2020 年中国首部《民法典》通过，一个争议点是取消了原先《民法通则》第 142 条关于条约与国内法的关系的规定。总体上，国内学者多认为，条约与国内法的关系问题在中国，无论是理论层面还是现实法律体系中都尚未梳理清楚，依然未得到系统解决。

关于条约在国内法上的地位，两位国际法大家——美国约翰·杰克逊与中国李浩培——观点十分相似，都倾向于分为三个递进的层面：第一，条约是通过转化方式还是并入方式在国内法上得到接受；第二，如果采用并入方式，条约在国内是否具有自动执行效力，即个人是否根据条约规定在国内享有直接诉权；第三，如果条约在国内具有自动执行效力，则当条约与国内法发生内容冲突时，何者优先。[5]可见，条约在国内是否具有直接效力的问题，基本属于上述第二个层面，即在满足第一层面的并入前提下，个人是否根据条约规定在国内享有直接诉权。完整地讲，条约在国内是否具有直接效力，首先要看缔约国对其采取转化方式还是并入方式。如果是转化方式，当然不存在直接效力；如果是并入方式，也未必就具有直接效力，还要看该条约是否属于自动执行的性质。据国内典型文献的分析，条约的直接效力与“可引用性”、“自动执行”属同义语，这个问题在美国叫作“自动执行”，在欧洲称为“直接效力”。[6]

本文以自贸协定直接效力为主题，是指自贸协定作为条约，其条款能否被缔约方国内私人直接引用以保护自己的相关权利，或缔约方行政、司法机关在行使职权过程中能否将自贸协定条款作为直接依据。之前学界对关贸总协定/世贸组织法的直接效力问题有较多讨论，但自贸协定在国内法上是否具有直接效力却是一个新问题。今天值得注意的是关于自贸协定中私人权利的讨论。所谓的私人权利，是指私人直接援引自贸协定的有关规定在国内提起诉讼或仲裁的权利。有学者指出，当代自贸协定中出现了一类专门限制私人诉讼（仲裁）权利的条款，其中限制程度最严厉的便是私人权利禁止条款。此类条款又可分为两种，一种是如“跨太平洋伙伴关系协定”（TPP）第 28.22 条：任何缔约方不得在其法律中规定以另一缔约方采取的措施与本协定不符或者另一缔约方没有履行其义务为由的诉讼权利。这种条款禁止缔约方国内私人援引自贸协定条款起诉另一缔约方的行为；另一种是如欧盟—加拿大“全面经济贸易协定”（CETA）第 30.6（1）条：除国际公法为其创设的权利义务外，本协定不得解释为为个人授予权利或施加义务，也不得解释为允许在缔约方的国内法律体系中直接引用本协定。这种条款禁止了自贸协定对于私人的直接效力。[7]

---

[4] 参见左海聪：《直接适用条约问题研究》，载《法学研究》2008 年第 3 期；赵建文：《国际条约在中国法律体系中的地位》，载《法学研究》2010 年第 6 期；陈卫东：《条约入宪基本问题研究》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2012 年第 3 期；彭岳：《国际条约在国内适用中的制度僵化及其解决》，载《中国法学》2014 年第 4 期；徐锦堂：《关于国际条约国内适用的几个问题》，载《国际法研究》2014 年第 3 期。

[5] 参见：John H. Jackson, The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations, Cambridge University Press, 2000, pp. 301-304; 李浩培著：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 314—331 页。

[6] 参见余敏友、陈卫东：《欧共体围绕 WTO 协定直接效力问题的争论及其对我国的启示（一）》，《法学评论》2001 年第 3 期，第 94—95 页。

[7] 参见漆彤著：《“一带一路”国际经贸法律问题研究》，高等教育出版社 2018 年版，第 151 页。

“跨太平洋伙伴关系协定”第 28.22 条本质上是禁止缔约方国内私人援引协定条款在本国法院起诉另一缔约方的国家行为。但即便没有这样的规定，基于国家主权豁免这一重要的国际法原则，一国国内法院本来也不可管辖以另一国经贸管理行为为起诉对象的案件。[8]但如果外国私人援引自贸协定条款，在一国法院提起针对该国政府的经贸管理行为的诉讼，这种理论上的可能性确实存在，因此“跨太平洋伙伴关系协定”第 28.22 条的规定就显得不充分了。欧加“全面经济贸易协定”第 30.6（1）条则指出了问题隐含的另一面，即缔约方国内法院如能在司法文书中直接引用自贸协定条款作为裁判依据，或行政机关如能在具体行政行为中直接引用自贸协定条款作为执法依据，也就等于条约“为个人授予权利或施加义务”。这在中国并非无先例：根据 1987 年最高人民法院的转发通知，国内中级以上地方法院、铁路运输中级法院和海事法院须在涉外经济审判工作中正确执行该公约。通知还指出，该公约与国内当时合同法律有许多不一致的地方。[9]以上表明，该公约在中国国内是采取“并入”方式，且具有直接效力（即美国所说的“自动执行”），而且与中国国内法存在一定冲突，有待协调。与此相类似，中国自贸协定的直接效力问题也值得认真对待。

在此问题上，中国自贸协定的现行状况如下：（1）中国—东盟自贸协定、中国—新加坡自贸协定、中国—新西兰自贸协定、中国—瑞士自贸协定、中国—澳大利亚自贸协定、RCEP 没有“私人权利条款”或类似条款。（2）中国—马尔代夫自贸协定、中国—毛里求斯自贸协定因中国官方的自由贸易区服务网尚未披露协定文本，不计入考察范围。（3）中国—智利自贸协定、[10]中国—巴基斯坦自贸协定、[11]中国—秘鲁自贸协定、[12]中国—哥斯达黎加自贸协定、[13]中国—冰岛自贸协定、[14]中国—韩国自贸协定、[15]中国—格鲁吉亚自贸协定[16]均有专门的“私人权利条款”，且均位于各自的争端解决章中。

其中，大部分“私人权利条款”均采用同一模板的表述：任一缔约方都不得在其国内法下提供以另一方措施不符合本协定为理由的诉讼权利。但中国—格鲁吉亚自贸协定的表述有些不同：“任何一方不得提供在其国内法下的诉讼权利，包括在其各自的国内法院以另一方措施不符合本协定为理由，针对另一方启动诉讼程序。”该规定的后半部分与前述模板大同小异，但第一句话中“其国内法下的诉讼权利”理论上还包括了外国私人在本国法院起诉本国行政行为的情形，因此相比前述模板，其逻辑周延性要更强一些。不过，该规定也仅限于诉讼而不包括仲裁，也不包括行政裁定等具体执法行为。中国—巴基斯坦自贸协定第 74 条

[8] 当代不少国家规定外国国家的商业行为不得享有主权豁免，但国家的经贸管理行为实为体现纵向关系的公法意义行为，并非体现横向关系的私法意义上的商业行为。

[9] 参见最高人民法院转发对外经济贸易部《关于执行联合国国际货物销售合同公约应注意的几个问题》的通知，1987 年 12 月 10 日。

[10] 参见中国—智利自贸协定第 95 条。

[11] 参见中国—巴基斯坦自贸协定第 74 条。

[12] 参见中国—秘鲁自贸协定第 192 条。

[13] 参见中国—哥斯达黎加自贸协定第 157 条。

[14] 参见中国—冰岛自贸协定第 122 条。

[15] 参见中国—韩国自贸协定争端解决章的第 20.17 条。

[16] 参见中国—格鲁吉亚自贸协定争端解决章第 16 条。

则更为独特，表述为：“任何关于一缔约方是否采取与本协定一致的措施的问题，应根据本协定第十章（笔者注：即争端解决章）提交和处理。”这是以条约争端解决程序专门管辖的形式，间接排除了国内司法和行政机构处理此类争端的可能性，在调整范围上较中国—格鲁吉亚自贸协定的规定更为宽广，覆盖了可能出现的诉讼、仲裁、行政执法等多种情形。

另外，严格地讲，自贸协定的直接效力问题不但指向其文本的效力层面，还指向其争端裁决报告的效力层面，其典型者便是中韩自贸协定，有关条款表述为：“专家组报告……不应对个人创设任何权利或义务。”[17]学界对类似问题确有讨论，典型者便是过去围绕美欧“香蕉案”的世贸组织裁决报告的直接效力问题。[18]但鉴于中国自贸协定的争端解决机制利用率迄今趋近于零，世界范围内的同类实践除美洲地区（主要是北美自贸协定等）外也大体如此，这一层面的实证意义不大。因此，本文对这一层面不纳入讨论范围，只讨论自贸协定文本本身的直接效力问题。

二、处理自贸协定国内直接效力问题的必要性

为何要处理自贸协定在中国国内的直接效力问题？将这一问题引入新时代中国自贸区战略的考量范围有何必要性？对此，可从理论和实践两层面进行分析。

（一）理论层面

国内外学界现存关于条约在国内法上地位的若干学说，可为中国自贸协定的直接效力问题提供指引。但仔细推敲之下，这些学说均存在一些局限，表明中国自贸协定的直接效力问题又具有独特性。

1.“重要协定”说

目前“21 世纪贸易协定”渐成大国自贸协定实践主流，[19]主要大国的自贸协定都在走向深度一体化和规则高水平化。在此宏观背景下，中国自贸协定的议题覆盖面也越来越广，许多新领域超出商务部、海关总署主管的贸易投资范围。例如，竞争政策、服务和投资的负面清单开放模式可能涉及对外资的反垄断审查与国家安全审查，学界对此存在可诉性讨论。[20]知识产权涉及国家知识产权局和国家版权局的职责；监管一致性涉及进出口检验检疫局的职责；电子商务和数据流动可能涉及工信部的职责；人力资源涉及教育部、人社部的职责；环境保护涉及生态环境部的职责；文化例外可能涉及文化和旅游部、广电总局的职责。而发改委、财政部、国家外汇管理总局、国家税务总局、国家工商行政管理总局、国家市场监督管

[17] 参见中国—韩国自贸协定争端解决章 20.11 条第 7 款。

[18] See Joel P. Trachtman, Bananas, Direct Effect and Compliance, European Journal of International Law, Vol. 10, Iss. 4, pp. 655-678.

[19] “21 世纪贸易协定”的概念参见：C. L. Lim, Deborah K. Elms and Patrick Low eds., The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-first-Century Trade Agreement, Cambridge University Press, 2012, pp. 8-9.

[20] 参见赵海乐：《论外资并购国家安全审查中的投资者保护缺失》，《现代法学》2015 年第 4 期，第 139—147 页；黄志瑾：《论国家安全审查措施在 WTO 中的可诉性》，《河北法学》2013 年第 12 期，第 121—128 页；龚柏华、谭观福：《美国总统以国家安全为由否决外资并购令可诉性分析》，《国际商务研究》2014 年第 3 期，第 45—56 页。

理总局、国家卫生健康委员会等部门，与以上各个领域的议题都有可能发生牵连。以上现象意味着，新时代的中国自贸协定，尤其以新兴经济体、大型经济体为对象的中国自贸协定，将不再是简单的“贸易投资协定”，而是有可能与当初世贸组织一样，也将给中国经济社会各方面带来重要影响。那么，既然当初中国入世是由全国人大常委会批准的，[21]那么上述具有重要影响的自贸协定，也将浮现出是否需提交全国人大常委会批准的问题；[22]既然世贸组织相关协定在中国的直接效力事实上已经被否定，[23]那么上述自贸协定的直接效力问题也理应引起重视。

必须指出，这些协定只是名为“协定”，但其法律本质就是条约，形式称谓不应影响其法律本质。在对外协定的重要性上，值得特别注意的是，刘永伟曾就中国双边税收协定进行了分析。他指出，中国法律体系事实上将对外协定（agreement）分为“重要协定”和“非重要协定”，其中重要协定需要全国人大常委会进行批准，而非重要协定原则上只需要国务院进行核准。[24]这种划分依据体现于中国现行的《缔结条约程序法》相关法条中。该法第 7 条系针对须由全国人大常委会批准的情形，规定：

“条约和重要协定的批准由全国人民代表大会常务委员会决定。

前款规定的条约和重要协定是指：（一）友好合作条约、和平条约等政治性条约；（二）有关领土和划定边界的条约、协定；（三）有关司法协助、引渡的条约、协定；（四）同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定；（五）缔约各方议定须经批准的条约、协定；（六）其他须经批准的条约、协定。”

该法第 8 条第 1 款系针对须由国务院核准的情形，规定：

“本法第七条第二款所列范围以外的国务院规定须经核准或者缔约各方议定须经核准的协定和其他具有条约性质的文件签署后，由外交部或者国务院有关部门会同外交部，报请国务院核准。

刘永伟认为，中国缔结的双边税收协定理应属于《缔结条约程序法》第 7 条所说的“重要协定”，从而应超越国务院核准层面，上升到全国人大常委会的批准层面。对此，他不但从税收对于国民经济和社会发展的宏观重要性、西方国家对待税收协定的宪法处理方式等角度开展了论证，而且指出，这些双边税收协定事实上有可能在某些方面作出了不同于中国国内税收法律法规的规定，因此可归入该法第 7 条第 2 款所列举的第四种情形。[25]双边税收协

[21] 参见《全国人民代表大会常务委员会关于我国加入世界贸易组织的决定》，2000 年 8 月 25 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过，2001 年 11 月 9 日公布。

[22] 以 RCEP 为例，其在签署方的国内立法机关审核程序上同时规定了“核准”“接受”“批准”三种方式，对这三种可能性不作任何排除。参见 RCEP 第 20 章第 6 条。

[23] 由 2001 年《反倾销条例》《反补贴条例》、2002 年《最高人民法院关于反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》《最高人民法院关于反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》等文件可知，世贸组织相关协定在中国国内是以“转化”方式加以接受。

[24] 参见刘永伟：《重要协定与非重要协定——兼谈中外税收协定的重要性》，载《政法论坛》2008 年第 5 期，第 171—173 页。

[25] 参见刘永伟：《重要协定与非重要协定——兼谈中外税收协定的重要性》，载《政法论坛》2008 年第 5 期，第 175—177 页。

定与中国国内法的差异可能性，在国内法层面上有《税收征收管理法》《企业所得税法》关于国内法与税收协定的冲突处理条款为印证，[26]在国际法层面上有税收协定中交由跨国纳税人触发的缔约方相互协商程序[27]与晚近呼声很高的强制性税收仲裁机制设想[28]为印证。

这对于中国自贸协定的理论分析有重要启示。新时代中国自贸协定基于其日益广阔的议题覆盖面和日益强化的规则约束力，对于国民经济和社会发展的宏观重要性可以说比之双边税收协定有过之而无不及，且相关条款已经产生或可能产生一些不同于中国国内法的内容（下文分析中可见）。因此，新时代中国自贸协定完全可被认定为“重要协定”，上升到全国人大常委会层面接受批准。而一个须由全国人大常委会批准、从而其效力地位等同于国家基本法律的重要协定，其在国内是否具备直接效力，是应予以明确的重大问题。中国至少可以就自贸协定的影响力设置一定的标准，例如像“区域全面经济伙伴关系协定”（以下简称 RCEP）这样议题面广阔、成员数量达到 15 个且囊括了日本、韩国、东盟、澳大利亚等亚太重要经济体的巨型自贸协定，可依照《缔结条约程序法》第 7 条第 2 款第 6 项构成“重要协定”。另外，中国领导人已明确表示将“积极考虑加入”的 CPTPP，[29]其议题覆盖面、规则标准、成员数量、经济影响力，较之 RCEP 总体上更有过之而无不及，重要性无疑更胜一筹。

但从最近动向看，RCEP 仍按以往惯例由国务院核准。[30]“重要协定”说似未对中国实践产生影响。然而退一步论，即使国内审批程序上不作变化，这种具有重大影响力的综合性经贸协定在国内是否具有直接效力，也是新时代中国日益走向世界舞台中央的过程中迟早将要面对的涉外法律问题。这就构成了实践与理论的悖反。

2.“条约内容性质分类”说

杨鸿指出：经贸类条约从其性质看，通常有公法性、私法性、公私混合性之分。公法性条约着眼于规定主权国家等传统国际法主体的权利与义务，对私人自无直接效力可言。私法性条约、公私混合性条约的情况则较为复杂，其包含了针对私人的民商事权利义务的内容，而这些内容又可分为统一实体法规范、[31]冲突法规范[32]和程序法规范[33]。其中，统一实体法规范直接规定了私人的权利义务，且条文细致明确，可以被私人直接援引并据以请求司法机关、

[26] 参见《税收征收管理法》第 91 条、《企业所得税法》第 58 条。两法都规定：本法如与税收协定相冲突，按照协定的规定办理。

[27] 例见《中华人民共和国和罗马尼亚对所得消除双重征税和防止逃避税的协定》第 26 条。

[28] 参见廖益新、冯小川：《强制性仲裁并非解决国际税收争议问题的灵丹妙药》，载《税务研究》2020 年第 2 期，第 59-61 页。

[29] 参见人民网：《中国积极考虑加入 CPTPP 引关注：推进自由贸易 鼓励多国效仿》，at http://world.people.com.cn/n1/2020/1123/c1002-31941390.html，2020 年 11 月 25 日访问。

[30] 参见中国自由贸易区服务网：《李克强主持召开国务院常务会议 要求按时间表抓紧做好区域全面经济伙伴关系协定落地实施国内相关工作等》，at http://fta.mofcom.gov.cn/article/zhengwugk/202011/43653_1.html，2020 年 11 月 25 日访问。

[31] 如 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》、1924 年《关于统一提单若干法律规则的公约》（海牙规则）等条约的基本内容。

[32] 如《保护工业产权巴黎公约》第 2、3 条。

[33] 此类规范极多，如《保护文学艺术作品伯尔尼公约》关于缔约方行政管理措施的程序性规定。

行政机关适用，从而具有直接效力；但冲突法规范和程序法规范则不然，其往往侧重于规定缔约方立法机关、行政机关的义务，被私人直接援引的可操作性不高，需要借助国内法才能对私人产生效力。在完成以上类型归纳后，他以众多知识产权条约为例，认为这些条约具有公私混合性，其项下统一实体法规范、冲突法规范和程序法规范兼而有之，故不能简单断言某一条约整体是否具有直接效力，而应具体情况具体分析。[34]

以上观点确有见地，但现实中存在一些反例。1987 年最高人民法院在相关通知中要求各高级、中级人民法院应对《承认与执行外国仲裁裁决公约》（以下简称纽约公约）“切实依照执行”，[35]这明显是承认其直接效力。但是，纽约公约显然不是如《联合国国际货物销售合同公约》、海牙规则那样的私法性条约，而是公法性条约，内容基本都是冲突法规范与程序法规范，但却被认为具有直接效力。双边税收协定也是个准反例。许多双边税收协定并未排除跨国纳税人在认为缔约国主管当局的税收措施与税收协定不一致时，可不触发缔约方相互协商程序与强制性税收仲裁机制，依然选择在缔约国国内司法机关提起行政诉讼，缔约方税务机关也可作出单方面调整。[36]这表明双边税收协定可能具有某种程度的直接效力，然而税收协定显然也属于公法性条约，内容也多为程序法规范。纽约公约与双边税收协定的共性在于，它们都是“影响”私人权利义务的条约，而非直接规定私人权利义务，同时它们的条款内容足够清晰与精确，法院在执行时不会产生理解歧义。这就表明，“条约内容性质分类”说还需要结合其他因素，才能具有更全面的解释力。

值得注意的是，杨鸿也指出：从本质上看，条约的内容要具有直接效力，必须具备某种能为法院在其权力范围内所理解、并直接适用于私主体的“内在素质”。所谓“内在素质”，在各国实践中包括了条约的目标、调整对象、缔约者意图、相关规范的性质特征与细致程度等一系列因素。由于各个条约的以上因素各有不同，相应条款的确定性、清晰和精确程度也各不相同，未必都能如一般国内法那样为私人直接创设权利或义务。[37]这就表明，他也意识到“条约内容性质分类”说的局限。但是，缔约者意图、规范的确定性与细致程度等因素，事实上已超越了他对条约内容性质的上述分类，反而与西方国际法理论中的“可司法性”说（justiciability）关联度更高。

3.“可司法性”说

西方这一学说最初认为，分权体制下司法机关不能介入本质上属于行政机关的事务，涉及国际事务时亦应如此，这就与条约的直接效力问题发生了关联。[38]在美国 1829 年的福斯特与伊兰诉内尔森案中，联邦最高法院首席大法官马歇尔即认为：美国与西班牙的条约是调

[34] 参见杨鸿：《以知识产权条约为视角看条约对国内私主体的效力问题》，载《江淮论坛》2005 年第 1 期，第 37—39 页。

[35] 《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》，1987 年 4 月 10 日。

[36] 参见廖益新主编：《国际税法学》，北京大学出版社 2001 年版，第 450—461 页。

[37] 参见杨鸿：《以知识产权条约为视角看条约对国内私主体的效力问题》，载《江淮论坛》2005 年第 1 期，第 37 页。

[38] See Ian Brownlie, Brownlie’s Principles of Public International Law, edited by James Crawford, Oxford University Press, 2012, p. 72.

整国家之间的关系，是要求缔约国行政机关为某种行为，而非针对私人。因此，他反对这一条约在美国具有直接效力。[39]后来，“可司法性”说有所扩展，迈向对条约所涉义务本身的分析。瓦斯克斯指出，晚近美国部分判例存在一种倾向：条约是否可自动执行（即是否具有直接效力），并不取决于缔约方政府的意图，而是取决于条约所涉义务的性质，如果是劝诫性、倡导性质，或规范较为模糊，则不能自动执行；换句话说，只有那些清晰、精确、具有较强可操作性的条约规范才可以自动执行。[40]这是“可司法性”说的升级形态，表明对条款“内在素质”的考察，才是判断条约直接效力问题的关键。

不过，“可司法性”说的发展历程一直是以西方国家分权体制为基础的，在判断中国自贸协定直接效力时不能完全照搬，只能说其对条款“内在素质”的重视确有可取之处。此外，相关范畴的划分也不是泾渭分明的。瓦斯克斯指出，在某些情况下，“模糊”与“清晰”、“倡导性”与“强制性”之间并非截然可断，即便是模糊或倡导性的条约规范也有具备自动执行效力的可能。[41]中国自贸协定中的大量条款恰恰具有他所说的这些特征，存在模糊地带。

4.“私人诉权”说

“私人诉权”说认为，条约中有无明确赋予私人诉权的条款，是其是否具有直接效力的关键。[42]该说事实上与“可司法性”说中的缔约方意图因素有一定关联。也就是说，缔约方意图是反映在条约文本中的。如果缔约方有赋予条约直接效力的意图，就会约定私人诉权条款，把决定权交由缔约方意思自治才是最合适的。

但问题在于，许多条约在私人诉权问题上处于“文本沉默”状态。虽然晚近中国自贸协定多规定了禁止私人诉权的条款，但先前也有相当一部分中国自贸协定，甚至最新的 RCEP，并没有规定此种条款。在文本沉默状态下，“私人诉权”说就值得推敲了。这类似于投资条约中最惠国待遇条款是否适用于争端解决机制的问题，晚近确有不少投资条约对此明确禁止，但过去许多投资条约并没有明确规定，各个国际仲裁庭的相关裁决也不一致，不能简单断言条约“沉默即允许”或“沉默即禁止”。[43]中国自贸协定投资章多为对以往投资条约的照搬，无疑也存在这个问题。而且，《联合国国际货物销售合同公约》中并没有私人诉权条款，然而中国却接受了其直接效力。这表明，“私人诉权”说的局限性比较明显，其只是强调了问题的一个方面。

以上理论分析表明，关于条约直接效力的各种传统学说都多少存在一定的缺陷或局限，对于分析中国自贸协定的直接效力问题不能简单套用。中国语境下自贸协定的直接效力问题

[39] See Foster & Elam v. Neilson, 27 U. S. (2 Pet.) 253, pp.314-316, 1829.

[40] See Carlos M. Vazquez, The Four Doctrines of Self-Executing Treaties, American Journal of International Law, Vol. 89, Iss. 4, 1995, pp. 710-715.

[41] See Carlos M. Vazquez, The Four Doctrines of Self-Executing Treaties, American Journal of International Law, Vol. 89, Iss. 4, 1995, p. 715.

[42] 参见彭岳：《国际条约在国内适用中的制度僵化及其解决》，载《中国法学》2014 年第 4 期，第 289 页。

[43] 参见王海浪著：《ICSID 管辖权新问题与中国新对策研究》，厦门大学出版社 2017 年版，第 141—171 页。

具有一定的独特性，对此需要作出新的理论探索。

（二）实践层面

目前，该问题的实践意义是潜藏性的，具有转化为现实法律危机的可能性。兹以中国自贸协定与国内新近《外商投资法》可能存在的两个衔接问题为例进行说明：

1.法律问题之一

这里涉及的是对“投资”的界定，即投资定义问题。中国自贸协定投资章基本上将双边投资条约的内容直接纳入，在投资定义问题上系采取以资产为基础的定义方式，大体包括五类核心资产：动产和不动产、公司权益、合同权利、知识产权、商业特许权利、其它资产等。[44]以 2015 年中国—澳大利亚自贸协定为例，其第 9 章第 1 条规定的投资定义为：“投资者直接或间接拥有或控制的、具有投资性质的各种资产，……形式可包括：1.企业及其分支机构；2.企业的股份、股票或其他参股形式，包括其衍生权利；3.债券、信用债券、贷款及其他形式的债务，包括其衍生权利；4.合同权利，包括交钥匙、建设、管理、生产或者收益分享合同；5.合同项下的任何与投资相关且具有经济价值的金钱请求权和履行请求权；6.知识产权；7.依据法律、法规或合同授予的权利，如商业特许经营权、许可、授权及许可证；以及 8.其他有形及无形资产、动产、不动产以及任何相关财产权利，如租赁、抵押、留置权、质押权。”显然，这里的投资定义指向名词意义，是“资产”。

但在中国国内 2019 年《外商投资法》及其配套司法解释中，投资定义却指向动词意义，是“行为”。《外商投资法》第 2 条规定：“本法所称外商投资，是指外国的自然人、企业或者其他组织（以下称外国投资者）直接或者间接在中国境内进行的投资活动，包括下列情形：（一）外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内设立外商投资企业；（二）外国投资者取得中国境内企业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益；（三）外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内投资新建项目；（四）法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资。”2019 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》旨在为审理平等主体之间投资合同纠纷案件的法律适用问题提供解释，第 1 条专门界定了“投资合同”，规定投资合同“包括设立外商投资企业合同、股份转让合同、股权转让合同、财产份额或者其他类似权益转让合同、新建项目合同等协议”，另外“外国投资者因赠与、财产分割、企业合并、企业分立等方式取得相应权益所产生的合同纠纷，适用本解释”。

以上国内法与国际条约的显著差异表明，明确自贸协定在国内法上是否具有直接效力是有重要实践意义的。中国—澳大利亚自贸协定投资章中诸如知识产权、债券、贷款、商业特许经营权、抵押权、留置权、质押权等内容，在中国法律体系中显然更多由知识产权法、证券法、银行法、担保法等其它领域调整，而非《外商投资法》的关注重点。诚然，中国—澳大利亚自贸协定投资章与中国其它双边投资条约一样，内容仅限于准入后的投资保护，但该

[44] See Norah Gallapher and Wenhua Shan, Chinese Investment Treaties, : Policies and Practice, Oxford University Press, 2009, pp. 60-67.

自贸协定投资章同时又规定：澳大利亚采取负面清单承诺模式，而中国继续采取正面清单承诺模式，并将在未来合适时机与对方开启基于负面清单承诺模式的新谈判。[45]那么，诸如知识产权、债券、贷款、商业特许经营权、抵押权、留置权、质押权等内容，将与这些领域的投资准入发生关联，即涉及准入前国民待遇。如果中国—澳大利亚自贸协定投资章在中国国内法上具有直接效力，那么这将在一定程度上引发《外商投资法》关于投资定义的规定是否不够周延的问题，[46]或中国—澳大利亚自贸协定投资章的投资定义（事实上也是中国众多双边投资条约的通行投资定义）是否外延过广的问题。

显然，2020 年 11 月签署的 RCEP 存在相似问题。中国关于负面清单开放模式的意向承诺在 RCEP 中已经初步实现——中国同意对服务业以外的制造业、农业、林业、渔业矿业的外资准入采取负面清单承诺。[47]目前，RCEP 规定投资准入审批不适用协定的争端解决机制，表明其尊重成员国内法的倾向。然而，RCEP 争端解决章并未以“私人权利条款”禁止私人在缔约方国内提起诉讼，在投资准入审批及其它问题上似有埋雷嫌疑。

2.法律问题之二

这里涉及的是外国投资者待遇的公共政策例外。“S. D. Myers 公司诉加拿大案”仲裁庭认为：为保护公共利益而对本国投资者和外国投资者区别对待的政府规章是正当的。[48]“Pope & Talbot 公司诉加拿大案”仲裁庭认为：当东道国对外国投资者背离国民待遇与东道国正当的、非歧视的公共政策之间具有“合理联系”时，前者具有合法性。[49]以上判例尊重了东道国公共政策、公共利益的应有地位。目前，中国缔结的自贸协定对投资领域中缔约国公共利益的处理，要么是体现于投资章的“一般例外”中，[50]要么是体现于自贸协定的例外章中，[51]要么是没有明确提及。[52]如果中国自贸协定在国内具有直接效力，就意味着：对于那些在投资章和例外章中作出了处理的自贸协定，中国对公共利益的界定也就只能局限于其明确列举的“公共道德”“公共秩序”“人类、动植物生命健康”“保护不可再生自然资源”等情形，不会再包括未来可能的其它重要内容（如人工智能、大数据、云计算、区块链、基因编辑等新技术领域的必要监管措施）；至于对缔约方投资领域公共利益没有明确提及的自贸协定，中国甚至不能以公共利益为由对外资采取必要限制措施。

反观中国国内法，2019 年《外商投资法》第 6 条规定：“在中国境内进行投资活动的外国投资者、外商投资企业，应当遵守中国法律法规，不得危害中国国家安全、损害社会公共利益。”该条显然旨在为国家对外资的规制权保留空间，但并未解释“社会公共利益”的具

[45] 参见 2015 年中国—澳大利亚自贸协定服务贸易章第 24 条第 3 款、投资章第 9 条第 3 款。

[46] 关于周延性的概念，参见《逻辑学》编写组编：《逻辑学》，高等教育出版社 2018 年版，第 37 页。

[47] 参见 RCEP 附件三，中国投资保留及不符措施承诺表。

[48] See S. D Myers v. Canada, First Partial Award of NAFTA tribunal, 13 November 2000, para. 250.

[49] See Pope & Talbot v. Canada, Award on the Merits of NAFTA tribunal, 10 April 2001, para. 78.

[50] 例如参见中国—澳大利亚自贸协定投资章、中国—东盟自贸区投资协议的“一般例外”条款。

[51] 参见中国—新西兰自贸协定例外章中的“一般例外”条款。

[52] 典型者是中国—韩国自贸协定，既未在投资章中规定一般例外，也未在协定例外章中规定“一般例外”条款适用于投资领域。

体含义。如果自贸协定在中国国内不具有直接效力，那么中国仍可在国内法层面上具体解释“公共利益”，将主动权掌控在自己手中。这里存在国家的自主裁量空间，[53]但自主裁量的前提是自贸协定在国内法上不具备直接效力，否则便无从谈起。

以上实践分析表明，中国自贸协定的直接效力问题即使在当下尚未凸显，在可预见的未来也具有关怀价值。2020 年 10 月 29 日，《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》提出“实施自由贸易区提升战略”，相比以往多了“提升”一词。由此，面向自贸协定实践问题的法学探究也需要更加深入。

三、明确否定自贸协定国内直接效力的主要理由

本文认为：中国应当明确否定自贸协定在国内的直接效力，理由阐述如下：

（一）否定国际经贸协定的直接效力存在他方前例

这方面，最引人注目的无疑就是欧盟及其前身欧共体。这一实践最先始自欧共体法在成员国国内的直接效力问题。欧共体法院在长期的判例法实践中确定，欧共体法的某一条款要具有直接效力，必须满足几个条件：（1）该条款必须是清楚的、不含混的；（2）必须是无条件的，如没有时间限制和无保留；（3）其实施必须不取决于欧共体和成员国机构采取进一步行动。[54]在这些标准的基础上，欧共体法院后来对欧共体大量区域贸易协定中的条款也作了司法认定，认为：（1）如果这些区域贸易协定自身有关于直接效力的规定，就从其规定；如果没有，欧共体法院就按照自己的标准来认定；（2）按照欧共体法院自己的标准，这些区域贸易协定的条款在欧共体成员国国内原则上具有直接效力，例外情况下才没有。[55]

关于关贸总协定/世贸组织法的直接效力的认定，欧共体法院的实践始于 1972 年“国际水果公司”案。欧共体法院认为，1947 年《关贸总协定》基于互惠的谈判原则，其条款有极大的灵活性，这种结构性弱点足以表明 1947 年《关贸总协定》不能赋予个人在国内法院中引用的权利。但问题在于，本案中欧共体法院并未遵循它先前考察欧共体法和区域贸易协定的直接效力时所采用的方法，即它并不是考察 1947 年《关贸总协定》有关条款的具体性质，其结构和措辞是否足够清楚、精确和明白，从而是否满足直接效力的条件，而是基于整个关贸总协定体制的所谓“结构性弱点”而否定了 1947 年《关贸总协定》所有条款的效力。[56]而且，欧共体所缔结的区域贸易协定，与 1947 年《关贸总协定》同样是欧共体与第三方缔结的对外条约，诸如保障措施、争端解决机制等内容在这些区域贸易协定中也同样存在，

[53] 欧洲人权法院等司法机构在国家自主裁量何为公共利益的问题上也如此行事，奉行“国家自由裁量权理论”。参见蔡从燕、李尊然著：《国际投资法上的间接征收问题》，法律出版社 2015 年版，第 167—169 页。

[54] 参见余敏友、陈卫东：《欧共体围绕 WTO 协定直接效力问题的争论及其对我国的启示（一）》，载《法学评论》2001 年第 3 期，第 98 页。

[55] 参见余敏友、陈卫东：《欧共体围绕 WTO 协定直接效力问题的争论及其对我国的启示（一）》，载《法学评论》2001 年第 3 期，第 98—99 页。

[56] 参见余敏友、陈卫东：《欧共体围绕 WTO 协定直接效力问题的争论及其对我国的启示（一）》，载《法学评论》2001 年第 3 期，第 100 页。

且相关措辞的精确性和程序的严格性还不及 1947 年《关贸总协定》的对应条款，但欧共体法院在直接效力问题上却对两者采取了双重标准，也没有详细论证采用双重标准的理由。[57]在之后多起案件中，欧共体法院都引用在“国际水果公司案”中形成的标准，否定 1947 年《关贸总协定》有关条款在欧共体具有直接效力。在世贸组织取代了关贸总协定之后，晚近以来，围绕着欧盟对世贸组织规则及世贸组织争端解决报告的直接效力问题的立场，又出现了一些新的司法和学说动态。但总体而言，可以认为欧盟大体上拒绝承认其具有直接效力，基本考虑有二：一是世贸组织规则的灵活性、不确定性；二是在承认世贸组织规则的直接效力上缺乏互惠性。

欧盟（欧共体）的以上实践，无疑为中国处理同类问题提供了先例，值得中国认真思考和借鉴。但欧盟（欧共体）对待区域贸易协定、关贸总协定/世贸组织法的双重标准式的摇摆，又是一种历史教训。笔者认为，与其像欧盟（欧共体）那样，先承认较为简陋的区域贸易协定规则的直接效力，后又否认更为精确、严格的关贸总协定/世贸组织法的直接效力，然而在法律上又说不出实行双重标准的理由，中国不如对区域贸易协定和世贸组织法的直接效力一并否定，如此方能保持法律立场和政策考量的一致性和连贯性。

（二）中国自贸协定的“政策治理”模式导致软法条款、不明确条款大量存在

以条款内在素质为考察中心，中国自贸协定项下的绝大部分条款主要是为缔约方而非为私人设定义务，如关税削减、贸易待遇、贸易监管、贸易救济、投资待遇、环境标准、竞争执法等。纵然涉及私人权利义务的知识产权、电子商务等章，仔细观察也可发现，其私法性规范旨在确立缔约方国内制度的一般性框架或最低限度义务，其条款细致性、精确性往往不足，而且涉及缔约方措施的公法性规范仍然很多，有不少还是劝诫性、鼓励性、倡导性条款。[58]由此观之，中国自贸协定当不应具有直接效力。欧盟（欧共体）反复强调，关贸总协定/世贸组织法的灵活性、不确定性甚至模糊性，是导致其不能享有直接效力的根本内在因素。而中国自贸协定在这一维度上，相比关贸总协定/世贸组织法可谓大有过之而无不及。笔者认为，中国自贸协定总体上奉行的是一种“政策治理”模式，这就注定非约束性的软法条款将大量存在。由此，中国自贸协定作为整体的直接效力也就应当被否定。国内有其它学者也提出了类似思想，主张中国自贸协定是一种“政策治理”模式。[59]

“政策治理”模式的原因在于：中国目前面临着两方面的复杂多样性，一是自身状况的复杂多样性，二是自贸协定对象的复杂多样性。[60]因此，中国就不宜采用“一衣适众体”的简单方式来处理自己的自贸协定文本。当代中国处于转型期，在许多具体议题上面临进取和防御的双重处境（如资本输出与资本输入、知识产权保护与知识产权限制等），不宜如美国

[57] 参见余敏友、陈卫东：《欧共体围绕 WTO 协定直接效力问题的争论及其对我国的启示（一）》，载《法学评论》2001 年第 3 期，第 100 页。

[58] 参见中国 2015 年以来各个自贸协定的知识产权章、电子商务章（如有）。

[59] 参见王燕：《区域经贸法治的“规则治理”与“政策治理”模式探析》，载《法商研究》2016 年第 2 期，第 161—171 页。

[60] 参见刘彬著：《新时代中国自由贸易协定法律范式研究》，北京大学出版社 2020 年版，第 274 页。

那样推行单一的僵化立场。中国近年来国际经贸政策导向正在发生积极变化，从过去处处强调防守需要的发展中国家立场，逐渐转向展示主动性、进取性的特征。但中国毕竟还没有全方位迈入发达阶段，目前比较中肯的定位是一个发展尚不平衡的转型期大国。新时代中国的国际经贸实践，身份与利益的双重性凸显，主动进取性和被动防御性的两种角色并存，使得其对各种经贸议题的相关立场和处理难度更为复杂，这在自贸协定谈判中有集中体现。

国内顶层设计文件 2015 年《中共中央、国务院关于构建开放型经济新体制的若干意见》指出：加快实施自由贸易区战略要坚持“分类施策”，这也佐证了中国自贸协定的“政策治理”模式，因为“分类施策”就意味着须区分不同谈判对象、不同谈判议题，进而采取不同的对策。中国应深入分析各个议题的利弊得失，秉承具体问题具体分析的实践论，深入研究在面对不同谈判对象时，各种议题是否应接受、是否能接受以及如何接受，在议题设置和标准设定上应当务实灵活。这在“一带一路”背景下更是如此，因为“一带一路”倡议是非约束性、弹性灵活的顶层设计，而中国自贸区战略与“一带一路”倡议恰恰是相互包含、相互服务的，[61]因此其“政策治理”模式也是必然的。

“政策治理”模式下，中国自贸协定中软法条款、不明确条款必定大量存在，这是一种“建设性模糊”。[62]中国自贸协定的软性合作章充满大量软性条款，自不待言。即便审视中国自贸协定近年来引进的竞争政策章、环境章，也可以看出，中国事实上意图保留这些领域的立法、司法和执法的自主权。例如，中国—韩国自贸协定“竞争政策”章第 14.2 条第 2 款规定：“各缔约方应依据各自的相关法律法规，对反竞争商业行为采取相应措施，防止贸易自由化利益受损。”第 14.11 条规定：“本章不应干预缔约双方竞争执法的独立性。”在这里，何谓“反竞争商业行为”、“贸易自由化利益受损”、“竞争执法的独立性”都属于没有明确界定的概念。第 14.12 条第 2 款规定：“对于本章下产生的任何事项，任何一缔约方不得诉诸本协定第二十章（争端解决）。”显然，这也表明了竞争政策章的软性特征。中国—格鲁吉亚自贸协定“环境与贸易”章第 1 条规定：“缔约双方重申每一缔约方各自拥有确定各自环保水平及其环境发展优先领域，以及制定或修订其环境法律和政策的主权权利。”第 2 条第 2 款规定：“本章的任何内容都不应被理解为授权一方有关当局在另一方领土内开展环境执法活动。”这些条款，要么软性特征仍然十分明显，要么仍然高度强调缔约方主权权力的保留。即便是传统上比较成型的货物贸易规则，例如贸易救济条款中何谓“武断或保护主义的行动”、“合理的磋商机会”、“透明的方式”、“认真审查”、“并未造成损害”，[63]在法律上明显没有得到明确界定。笔者的理解是，这些措辞实质上旨在强调缔约双方应努力建立良好的经贸合作关系。

---

[61] 参见国家发改委、外交部、商务部经国务院授权发布：《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，2015 年 3 月；《国务院印发〈关于加快实施自由贸易区战略的若干意见〉》，at http://fta.mofcom.gov.cn/article/zhengwugk/201512/29896_1.html，2020 年 10 月 18 日访问。

[62] 参见韩逸畴：《国际法中的“建设性模糊”研究》，载《法商研究》2015 年第 6 期，第 171—179 页。

[63] 参见中国—韩国自贸协定“贸易救济”章第 7.7 条第 3 款、中国—澳大利亚自贸协定“贸易救济”章第 10 条第 4 款、中国—新西兰自贸协定“贸易救济”章第 64 条第 1 款。

总之，“政策治理”模式下软法条款、不明确条款大量存在，此种条款素质特征决定了中国应采取与欧盟（欧共体）相似的态度，在国内否定自贸协定的直接效力，以确保立法、司法和执法的充分主权。

（三）中国自贸协定的硬性规则中也存在各种谈判疏忽

即便是中国自贸协定的硬性规则，也可能由于人力有限、推敲不足等因素，出现各种文本疏漏。本文在此围绕“规则密集型”的知识产权章，试举两例。

第一例：中国—瑞士自贸协定第 11.17 条第 1 款关于中止放行的边境措施程序中，效仿世贸组织《与贸易有关的知识产权协定》（以下简称 TRIPS 协定）第 57 条，规定了在中止放行之后申请人及其它相关人员应享有的“货物检查权”（英文文本为 opportunity to inspect the goods）。但这其中有个问题，TRIPS 协定第 57 条不但赋予申请人检查权，也赋予进口人（极可能是侵权方）检查权，而涉及“检查”的 TRIPS 协定的英文原文是 have the products inspected，是“请人检查”而不是自己检查。我国知识产权法前辈郑成思教授早就指出，TRIPS 协定在这里的本意必然是“请人检查”，以杜绝进口人（侵权方）在检查过程中擅作手脚的可能性。[64]对此中瑞自贸协定无论中文本或英文本均未有体现。另外，中瑞自贸协定第 11.17 条第 3 款规定了 TRIPS 协定所没有的内容：“涉嫌侵权货物的申报人、持有人或所有者可在检查中出席。”此款中的“申报人、持有人或所有者”显然代表侵权方。那么从此款规定来看，第 1 款中的“其它相关人员”就不应如 TRIPS 协定那样包括侵权方，因为如果赋予了侵权方“货物检查权”，则又何必规定侵权方“可在检查中出席”？“出席权”与“检查权”显然不是一回事。[65]那么，侵权方是否被第 3 款剥夺了检查权，仅有权在检查中“出席”？还是说，按照第 1 款侵权方同样有权请人检查，并且按照第 3 款在检查中也有权出席？协定规定得很不清楚。

第二例：中国—韩国自贸协定知识产权章执行部分的条款相当详尽，尤其值得注意的是涉及自贸试验区的若干条款。中韩自贸协定第 15.26 条标题为“有关边境措施的特殊要求”，其规定：

一、各缔约方应当根据国内法规定，采取程序使有正当理由怀疑在一个自由贸易区进口、出口、转运、存放及在保税仓库存放侵犯知识产权货物的行为有可能发生的权利人，能够向行政或司法主管机关提出书面申请，要求海关中止放行此类货物进入自由流通或者扣留此类货物。

二、各缔约方应当根据国内法预先规定，在进口、出口、转运以及进入包括自由贸易区在内的保税区环节，如提供足够的信息（例如涉嫌侵权的进口商或出口商、涉嫌侵权的货物的识别方法），权利人可以请求海关保护其权利。如海关发现与权利人请求保护的权利相关的涉嫌侵权货物，可以告知权利人包括出口商和进口商名称、进口商地址、产品说明、数量

[64] 参见郑成思：《WTO 知识产权协议逐条讲解》，中国方正出版社 2001 年版，第 171—172 页。

[65] 这里涉及国际司法机构在条约解释中常用的有效性解释原则，即条约不应出现冗语，对条约中一措辞的解释结果不能使其它措辞成为冗余甚至无意义。参见冯寿波著：《〈WTO 协定〉与条约解释》，知识产权出版社 2015 年版，第 145—146 页。

和申报价格等在内的细节，并可给予权利人申请启动中止放行货物程序的机会。

很明显，这里的第 15.26 条第 1、2 款表明：（1）中韩自贸协定将国际贸易中的知识产权边境保护措施不但适用于彼此的一般关境，而且扩大适用于国内的自贸试验区；（2）在国内自贸试验区中，对知识产权的保护不但适用于 TRIPS 协定本身所要求的进口环节，[66]也适用于中国《知识产权海关保护条例》所涵盖的出口环节，[67]并且进一步，扩大适用于转运环节，而这是中国《知识产权海关保护条例》没有规定的。问题就在于此。

这个例子表明：在中韩自贸协定的文本谈判过程中，出于我们不清楚的原因，中方谈判者事实上作出了超越当时（乃至直到现在）的中国国内法规定的条约承诺。如果我们承认自贸协定在国内的直接效力，则意味着将置国内法权威于不顾；如果我们不承认自贸协定的直接效力，则如有知识产权权利人要求中国海关当局对上海、广东等自贸试验区内的转运货物进行知识产权执法，并针对侵权人或不作为的海关当局提出相关诉讼，此类案件将面临国内无明确法条可依的局面，或许只能从中国《海关法》的一些笼统、原则性的规定中去寻找救济了。随着上海等地自贸试验区建设的深入进行，自贸试验区内转运货物的知识产权侵权问题不容小视，需要在法律上作出及时反应和处理。国内已有知识产权法学者专门分析了此问题，也同样指出中国目前国内法的空白状况。[68]

目前，国内自贸试验区已经出现了不少新型民商事案件，为此中国专门成立了若干自贸试验区法院，这足以表明自贸试验区这一新生事物在将改革开放推向纵深的同时，也将为中国带来更多的法律挑战。中韩自贸协定第 15.26 条第 1、2 款超越中国国内法的规定是个潜在的谈判疏忽。此种疏漏表明，中国目前仍是一个发展中国家，对外经贸谈判的人才储备厚度仍显不足，谈判资源较为紧张，谈判任务相对繁重，有许多法律问题仍然没有明确解决，出现法条议定上的疏忽可能在所难免。从亡羊补牢的角度讲，在这种现状下，如果赋予自贸协定在国内的直接效力，将可能带来无法确定的后果，因此中国还是不宜承认自贸协定的直接效力。

（四）承认自贸协定的直接效力将导致缔约方国内法院在解释协定上自行其是

徐泉曾就 WTO 法的直接效力问题指出：WTO 争端解决机制的条约解释与适用，可以让 WTO 法得到统一实施；如果赋予 WTO 法直接效力，则成员方国内或域内法院对 WTO 法将出现解释不一致现象，从而影响 WTO 法的统一实施。[69]可以说，这是反对赋予 WTO 法直接效力的一个精当理由。法律追求稳定性与可预测性，对于自贸协定这个道理也是一样，成员数量越多的大型自贸协定越是如此。例如在中国—东盟自贸协定中，缔约方多达 11 国，承认自贸协定的直接效力将会导致各缔约方国内法院自行其是地解释协定，完全可能在同一

[66] 参见 TRIPS 协定第 51 条。

[67] 参见中国《知识产权海关保护条例》第 3 条。

[68] 参见王迁：《上海自贸区转运货物的知识产权边境执法问题研究》，载《东方法学》2015 年第 4 期，第 37—46 页。

[69] 参见徐泉：《WTO 争端解决机制下私人诉权之审视》，载《现代法学》2007 年第 3 期，第 75 页。

条款上出现不同的解释，这对于中国和东盟的企业与商界人士而言，实非幸事。

目前，包含 15 个成员国的 RCEP 文本已经签署。这是全球范围内巨型自贸协定谈判的重大成就，构成南南合作与南北合作的典范。15 国经济发展水平参差不齐，利益立场差异较大，有日本这样的顶级发达经济体、韩国等高收入经济体，也有中国、新加坡等新兴经济体，还有东盟众多中小发展中国家乃至最不发达国家。如果承认 RCEP 在成员国内的直接效力，极可能导致各国法院从本国角度对条约文本作出有利于己的解释，这将加剧本已令人诟病的国际贸易法“碎片化”态势。RCEP 具体的条款解释，仍应交给缔约方联合经贸委员会或协定下的争端解决机构进行，以保持其条款含义的统一性和权威性。

四、对待自贸协定国内效力地位的恰当方式

综上所述，基于其它重要经济体的立场前例、中国自贸协定“政策治理”模式下大量的软性或不确定条款、谈判资源紧张和推敲不足导致的硬性规则疏漏等因素，并吸取欧盟（欧共体）在对待区域贸易协定和 WTO 法上的摇摆态度的教训，中国应明确否定自贸协定在国内具有直接效力，同时采用其他机制让自贸协定得到间接实施。围绕此问题，本文作出以下几点建议：

（一）中国应在自贸协定中对其效力地位作出完整定性

首先，在否定方式上，有两种可选方案：一是如 TPP 第 28.22 条、CETA 第 30.6（1）条那样作出条约规定，二是由全国人大常委会批准或国务院核准自贸协定之际加上明确说明。本文认为：前一种方式更为稳当，因为后一种方式是中国国内单方意图声明，其国际法上效力存疑。[70]假设韩国私人在中国国内法院以中韩自贸协定的条款为诉由，起诉中国经贸主管机关的相关行为，则中国国内单方声明恐仍然无法避免争端。为稳妥起见，中国可采取两种方案相结合的否定方式。

其次，在定性表述上，中国应意识到现行自贸协定中的“私人权利”条款表述不完整的局限。本文建议综合 TPP 第 28.22 条、CETA 第 30.6（1）条的精神，再补充若干要素，作全面表述：一是不赋予私人在缔约方国内的诉权（无论其起诉本国政府还是外国政府）；二是不直接为缔约方私人授予权利或创设义务（无论协定制度本身还是协定项下的争端裁决报告）；三是缔约方国内机关不得直接引用自贸协定条款为其行动的法律依据（无论司法机关作出司法裁判时还是行政机关实施具体行政行为时）。

再次，在定性条款的位置上，基于上述完整意义上的定性，中国不宜再将其一直置于自贸协定的争端解决章中，可考虑置于协定的“初始条款”“一般条款”或“最终条款”等更具宏观意义的位置。

（二）中国应细化国内法相关规定以避免潜在法律风险

否认自贸协定的直接效力是一方面，但如果国内法规定还是不完善，那么法律风险依然

[70] 在 1951 年国际法院的英伊石油公司案中，伊朗对己方过去的单方面声明就一度不能确定其法律效力。See See Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), ICJ Judgement of 22 July 1952, p. 16.

存在。仍以投资领域为例，2019 年《外商投资法》对之前 2015 年商务部《外国投资法（草案征求意见稿）》（以下简称商务部原草案）作了明显简化。这样的简化将导致粗线条立法，难免在法律实施中出现争议。新时代中国需要更加精细化的立法技术，在《外商投资法》的具体实施环节上，商务部原草案仍然极具参考价值。

在“外国投资者”的概念上，2019 年《外商投资法》仅界定为“外国的自然人、企业或者其他组织”，这是简单的属人法原则。[71]对比中国现有自贸协定的投资章，其对“缔约一方的投资者”（即外国投资者）的界定，表面上似乎也大体遵循简单的属人法原则。[72]但值得注意的是，自贸协定投资章在投资定义上往往引入了“控制”标准，[73]也就等同于在“外国投资者”的界定上增加了控制标准。对照《外商投资法》与中国自贸协定投资章的规定，可发现《外商投资法》在“外商投资”的界定上没有规定“控制”标准，只规定了“间接”一词，但对何为“间接”投资又未作任何说明，[74]后来的《外商投资法实施条例》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》对“间接”也未作任何解释。国内法与国际条约之间在这一点上差异明显。由于中国现有自贸协定投资章多将中国双边投资条约的内容直接纳入，因此这种不一致，实质源于中国双边投资条约的相关规定。

而商务部原草案在“外国投资者”的界定上，在自然人国籍标准、企业成立准据法标准之外，又特别规定了“控制”标准，并对何为“控制”的具体情形作了详细说明。[75]这样就能在相当程度上缓解国内法与国际条约之间的法律冲突。归纳起来，中国有必要仔细研究自贸协定与国内法的衔接问题，在一切关联领域中细化国内法相关规定，以堵塞可能出现的法律漏洞。

（三）中国可考虑在自贸协定中设置“国内法优先条款”

即便《外商投资法》以商务部原草案为蓝本，与自贸协定的现有文本仍存在一些差异，且中国现有自贸协定的相关条款并不统一。面对国内法与国际条约在关联领域的这种差异，除了进一步细化国内法规定之外，中国还可考虑在自贸协定中设置“国内法优先条款”，以确保国家立法主权。

此话题的由来，在于美国若干自贸协定中含有“国内法优先条款”，类似于先前关贸总协定时期的“祖父条款”。[76]典型例子是原 NAFTA 第三章附件中规定了美国国内《1975 年能源政策与保护法》和《企业平均燃料节约法》关于企业节约燃料的条款对墨西哥和加拿大的售美汽车的适用，这不得视为违反 NAFTA 第 1103 条规定的投资最惠国待遇。[77]另一个引人

[71] 参见 2019 年《外商投资法》第 2 条第 2 款。

[72] 参见中澳自贸协定投资章第 9 章第 1 条、中韩自贸协定投资章关于“一方投资者”的界定。

[73] 参见中澳自贸协定投资章第 9 章第 1 条、中韩自贸协定投资章、中瑞自贸协定投资章的“投资”定义。

[74] 参见 2019 年《外商投资法》第 2 条第 2 款。

[75] 参见 2015 年商务部《外国投资法（草案征求意见稿）》第 11、14、15、18、19 条。

[76] 关于关贸总协定“祖父条款”的经典论述，参见：John H. Jackson, The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations, The MIT Press, 1997, pp. 40-41.

[77] See NAFTA, Chapter Three, Annex 300-A, Appendix 300-A.3, para. 5.

注目的“国内法优先条款”是，《北美自由贸易协定》中还规定了美国国内“301 调查”条款的例外。[78]美国的经贸单边主义历来臭名昭著，中国当然不学。“301 调查”这种霸道机制，中国更不学。但在自贸协定中，明确约定本国一些国内法基本制度的优先地位，似乎属于一种中性的法律技术工具，只要是基于谈判各方的自愿约定，并无先天的褒贬色彩。改革开放长期以来，中国的习惯性思维是“与国际接轨”，强调国内法要适应国际义务，然而我们却可能忽略了，让国际义务在一定条件下服从国内法优先地位，有利于国家利益的更好维护，而这样做并不为国际法所禁止。

有多例可资佐证。一是新近签署的 RECP 中，有多个章规定不适用协定争端解决机制。尤其值得注意的是，投资准入审批问题不适用争端解决机制。[79]这就意味着，在这些问题上若发生纠纷，东道国国内法仍居于优先地位，纠纷固然可提交 RCEP 缔约方联合委员会进行讨论，但其并无硬性约束力。二是即便未来外国投资者引用自贸协定投资章的条款，在“解决他国国民与东道国投资争端国际中心”（ICSID）提起以中国政府为被申请方的国际投资仲裁案件，仲裁庭根据 1965 年《华盛顿公约》的规定，也完全可能以中国国内法规定作为裁判依据。[80]因此，“国内法优先条款”在国际法上并不被禁止。

显然，如果中国自贸协定采纳“国内法优先条款”，规定在“间接控制”等情形下，中国国内法居于优先效力地位，同时中国国内法又在“间接控制”等问题上作细化规定，这就能从根本上化解自贸协定与国内法的冲突风险。另外，在投资领域中东道国公共政策的问题上，中国也完全可以在《外商投资法》的配套立法中，直接将公共政策列为外国投资者待遇的例外，强调公共政策的正当性和非歧视性，明确公共政策的内涵，并为未来的新技术、新产业、新业态、新情势留下必要的政策自主空间。如此，即可通过“国内法优先条款”，弥补自贸协定投资章对东道国公共利益列举未尽或界定不明的问题。这里的“国内法”，不一定只是一部《外商投资法》，还可以包括一切与《外商投资法》解释相关的国内法律渊源，如《外商投资法实施条例》、关于实施《外商投资法》的司法解释、与《外商投资法》直接配套的外资负面清单、与外资相关的其它法律法规等。

以上分析表明，国际经贸条约中的“祖父条款”并非都不好，它对于缔约国以国内法掌控主导权具有不可忽略的意义。考虑到中国自贸协定尚存许多不稳定、不一致、不清晰的条文，在自贸协定中确立“国内法优先条款”有助于中国掌控进一步开放带来的风险，更能体现中国作为发展中大国的产业政策需求与公共监管需求。

（四）中国可积极运用其它国内机制使私人充分享受自贸协定利益

尽管否定自贸协定的直接效力，但中国仍可积极运用其它国内机制，使私人能够充分享受自贸协定所赋予的种种利益，让自贸协定得到间接实施。有学者曾就 WTO 的直接效力问

[78] See NAFTA, Chapter Three, Annex 301.3.

[79] 参见 RCEP 第 17 章第 11 条。

[80] 参见 1965 年《华盛顿公约》第 42 条第 1 款：“仲裁庭应依照双方可能同意的法律规则对争端作出裁决。如无此种协议，仲裁庭应适用作为争端一方的缔约国的法律（包括其冲突法规则）以及可能适用的国际法规则。”

题指出，在国内层面不宜让私人享有直接诉权，但可让其享有“间接诉权”，典型做法便是外贸壁垒调查制度，让国内私人就外国贸易壁垒向国内商务主管机关提起申诉，要求国内商务主管机关进行贸易调查或与外国机关进行磋商协调。[81]双边税收协定提供给私人触发的缔约方相互协商程序在性质上与之相似，但税收协定没有排除私人在国内起诉的直接诉权，而外贸壁垒调查制度因应国际贸易领域的特点，只提供了“间接诉权”。当然，中国的外贸壁垒调查制度早已建立。不过在当代，中国自贸协定的国内配合工作尚有其它方面可为，例如建立贸易调整援助制度、[82]自贸协定第三方评估制度、[83]公众参与制度，以及组织人才队伍积极研究自贸协定与国内法衔接问题、继续完善国内配套立法等。

五、结论与展望

自贸协定在国内法上的直接效力问题，表面似乎风平浪静，但暗流涌动，不可等闲视之。从中长期来看，可虑者有二：

一是当前多边贸易体制深陷泥潭，多边回合谈判持续停滞，且对于方兴未艾的数字贸易以及大数据、云计算、人工智能、区块链等新技术带来的新型法律问题，多边贸易体制囿于其庞大的成员数量和协商一致的决策体制均不能作出迅速回应。而自贸协定尤其巨型自贸协定由于其谈判的相对便利性，事实上已经崛起为国际经贸规则制定的最活跃舞台甚至中心舞台，地位日益突出。在 RCEP 签署背景下，中国又将积极考虑加入 CPTPP。未来一些自贸协定完全可能具备中国国内法上的“重要协定”地位，其在国内法上的直接效力问题也会逐渐浮出水面。

二是新时代中国日益走向世界舞台中央，面对的涉外法律挑战必定越来越多，其中外国私人向中国提起的意外法律挑战不在少数。[84]按照中国自贸区战略顶层文件的构想，未来中国将更多面向发达国家和新兴经济体缔结自贸协定，[85]RCEP、CPTPP 都是典型，连欧盟以及“脱欧”后的英国也浮现出与中国开展自贸谈判的可能。因此，虽然中国以往自贸协定在履行过程中暂未发生重大争端，但以后中国的经贸管理行为仍可能遭遇来自发展水平较高且具有丰富国际讼争经验的自贸伙伴（如英国、欧盟、日本、澳大利亚、加拿大、印度等）的私人的强劲法律挑战。RCEP 未设置“私人权利禁止条款”是个法律隐患。在国际经济法领域内，税收条约、投资条约早已出现私人权利的设定，产生一国私人挑战另一国政府的大量纠纷，而融贸易、投资、知识产权、税收问题等于一身的当代自贸协定，未必能超脱于外。

因此，中国对自贸协定的直接效力问题宜未雨绸缪，提早预备。除了在自贸协定中更明

---

[81] 参见徐泉：《WTO 争端解决机制下私人诉权之审视》，载《现代法学》2007 年第 3 期，第 76—77 页。

[82] 相关探讨参见陈利强著：《美国贸易调整援助制度研究》，人民出版社 2010 年版。

[83] 国家关于自贸区战略的顶层文件曾提及对该制度的构想，但至今尚未实施。参见《国务院印发〈关于加快实施自由贸易区战略的若干意见〉》，at http://fta.mofcom.gov.cn/article/zhengwugk/201512/29896_1.html，2020 年 10 月 18 日访问。

[84] 例如新冠肺炎疫情期间，国外私人对中国提起的一系列“索赔”滥诉。

[85] 参见《国务院印发〈关于加快实施自由贸易区战略的若干意见〉》，at http://fta.mofcom.gov.cn/article/zhengwugk/201512/29896_1.html，2020 年 10 月 18 日访问。

确、更全面地否定其直接效力外，中国还应认真细化国内法关联规定，考虑在自贸协定中添加“国内法优先”条款，并积极运用其它国内机制使私人充分享受自贸协定的利益。此外，中国可能还需要在自贸谈判中注重字斟句酌，在条约文本特别是中文本上及时查漏补缺，特别在服务贸易、投资、知识产权等“规则密集型”领域，更应加强关注。

习近平法治思

想引领国际经济法课程思政建设的创新途径

刘 丹

内容摘要：《国际经济法》作为本科教学的重要内容，其课程思政的建设必须以习近平法治思想为基本遵循，并将习近平法治思想融入课程思政的具体环节。当前课程思政建设存在着教学改革的作用不明显，课程建设难度大、教学模式单一及实践课堂的开展不到位的问题。在习近平法治思想的引领下，《国际经济法》课程思政建设的创新途径包括改变教学观念、设计多元化的教学模式、合理使用教材，有效发挥实践课堂的作用及提升专业技能水平，重视《国际经济法》课程思政改革的任务。

关键词：国际经济法　课程思政　习近平法治思想

国际经济法是高等学校法学专业核心基础课程之一，它是调整国际贸易法律关系、国际投资法律关系、国际金融法律关系、国际税收法律关系及国际经济争端解决的法律部门。国际经济法是国际经济关系及其法律调整社会化的客观条件和有关国际经济法的主观学说共同作用的产物。二战后，国际经济法的作用不断加强，成为各国意志与利益角逐的国籍法律领域。国际经济法是国际经济内在矛盾的必然产物，是各国意志的历史性反映，同时也是各国经济权力对比的实证产物。国际经济法课程不仅需要专业化的知识解释，更需要符合国家利益的思想层面的全面解释。在此背景下，国际经济法课程思政建设就显得尤为必要。2020年11月，习近平法治思想的提出，作为马克思主义法学中国化的重大理论成果[1]，提示了中国特设社会主义法治发展的额基本规律，[2]为国际经济法课程思政建设提供了思想引领。

一、国际经济法课程思政建设的背景及意义

2016年习近平总书记在全国高校思政工作会议上的讲话强调：“高校思想政治工作关系高校培养什么样的人、如何培养人以及为谁培养人这个根本问题。要坚持把立德树人作为中心环节，把思想政治工作贯穿教育教学全过程，实现全程育人、全方位育人，努力开创我国高等教育事业发展新局面。”因此，高校课程建设要用好课堂教学这个主渠道，各类课程都要与思想政治理论课同向同行，形成协同效应，培养德智体美劳全面发展的社会主义建设者和接班人。结合习近平总书记对课程思政建设的要求，在普通高校课程思政的建设中将课程思政的德育元素融入《国际经济法》课程的教学改革中，成为该课程改革的必然趋势。同时，因国际经济法课程中存在大量国际贸易、国际投资及国际金融等经济立法，同时，《国际经济法》的独立性特征和社会性也强调《国际经济法》追求的是国家本位、国际合作与全球离法治化。[3]所以，在教学的过程中需要学生以正确的价值观、人生观去看待国际经济法中的社会性与公平性，这也成为国际经济法课程与课程思政改革的连接点。

[1] 张文显：《习近平法治思想研究(上)——习近平法治思想的鲜明特征》，载《法制与社会发展》，2016年第22期，第5页

[2] 公丕祥：《习近平法治思想述要》，载《法律科学(西北政法大学学报)》，2015第33期，第3页

[3] 徐汉明.：《习近平社会治理法治思想研究》，载《法学杂志》，2017,年第38期，第1页

二、《国际经济法》课程思政建设中存在的问题

在本科《国际经济法》教学的过程中主要以课程思政建设的重要意义为教学改革思路，让学生认识到我国社会主要矛盾已转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾，经济发展的不平衡、不充分问题，国内循环与国际循环并重，以及需要完善《国际经济法》的制度建设等问题。通过设计育人因素，将育人因素融入课程改革中，开展基础性课堂教学，通过典型案例分析和课堂探讨交流把课程思政的要素融入改革的各项环节，并对教学内容和学习效果进行评价。然而，通过以上方式开展经济法课程建设的同时，其效果并不明显，主要存在如下问题：

（一）教学改革的作用不明显，课程建设难度大

学生使用的教材与《国际经济法》法律规范存在不相匹配情形。最新的课程思政指导理论和精神与课程使用的教材保持同步需要经过一定时间的验证，这一情况导致在《国际经济法》课程思政建设中，学生无法直接从教材上找到最新理论。同时，教材中对课程思政德育元素知识点的讲述不全面、不具体，教材整体以各专业课的专业知识体系作为框架，学生在自主学习的过程中难以清楚发现教材传达出的课程思政观点，在一定程度上导致学习的积极性不够。例如，当前《国际经济法》马工程教材中未对国际贸易术语进行更新，法条具有滞后性。

（二）教学模式单一

在《国际经济法》课程思政的教学改革中，虽然运用了大量教学改革的模式，但对于学生掌握了解知识点以及对课程思政元素的运用依然呈现出教学模式单一的情况。日常专业课程的教学中多采用板书、多媒体课件的案例教学法，在进行改革的过程中这些方式仍然是《国际经济法》课程的主要教学模式，同时也利用翻转课堂的教学形式，这在一定程度上提高了学生的参与度和积极性，但是即便如此，也未能从根本上解决存在的问题。这样单一的教学模式未能积极调动学生的学习主动性，教学模式的改变并未触及到实质问题。

（三）实践课堂的开展不到位

《国际经济法》课程内容多以各项国际经济制度和国际经济政策及国际经济法律法规为主，在采取案例教学和进行实践教学的过程中确实能从一定程度上让学生理解经济法课程的专业知识体系，但是实践课堂的运用仍然存在一定问题。例如，通过典型案例的分组演练、情景剧的排演和参加实际庭审等实践活动的开展，也仅仅是通过这些手段让学生掌握了专业知识点。但课程思政内容、课程思政的育人元素未能较好地体现于实践训练课堂中。也就使学生感受不到《国际经济法》课程中所蕴含的思政原理，课程思政实践活动的开展与专业知识教授实践活动的开展区别不大，最终难以通过实践课堂对学生的人生观、价值观进行正确引导，《国际经济法》中蕴含的思政元素也难以在实践课堂中体现。

三、以习近平法治思想引领《国际经济法》课程思政建设

2020年11月召开的中央全面依法治国工作会议上，我们党正式提出“习近平法治思想”，这为我国依法治国提供了基本思想遵循，更为我国的本科法学教育指明了方向。习近平法治

思想是新时代中国特色社会主义法治建设思想的集大成者，反映了新时代法治建设的客观需求。当前，国际法治的发展空间但是相对充分的，[4]习近平法治思想为国际法治的实现提供理论依据。从法学教育的角度看，课程思政建设是法学教育的核心环节之一，是培养符合中国特设社会主义法治人才的重要保障。据此，开展《国际经济法》课程思政建设是非常必要的。习近平法治思想则是课程思政建设的基本遵循，即要用习近平法治思想引领《国际经济法》课程思政的建设。

（一）习近平法治思想是《国际经济法》课程思政建设的基本遵循

习近平法治思想是《国际经济法》课程思政建设的基本遵循。当前，课程思政建设是全国高等学校课程建设的核心内容。各高校本科教学都在积极需求《国际经济法》课程思政建设的创新途径。从理论上看，无论采取何种课程思政的创新模式，都属于具体教学实践的问题。然而，《国际经济法》课程思政建设不仅需要具体教学模式的创新，更需要课程建设的基本思想遵循。习近平法治思想为《国际经济法》课程思政建设提供了基本遵循。从微观层面看，处理国际事务需要国际法治思维，[5]

习近平法治思想中提出统筹推进国内法治与涉外法治，是建设法治强国的必然要求。伴随中国国家实力的提升，中国参与国际事务的机会增多，参与国际法治的程度也不断加深。参与全球治理应该善于运用法治思维。国际经济法则为法治思维的运用提供了实证基础。据此，应当以习近平法治思想作为《国际经济法》课程思政建设的基本遵循。

（二）将习近平法治思想融入《国际经济法》课程思政建设的具体环节

从课程结构上看，本科阶段的《国际经济法》是以创新教学模式为基础的融入思想政治教育内容的教学模式。为确保课程思正建设的有效运行，需要将习近平法治思想深度融入到具体的教学环节中 。从教学环节上看，《国际经济法》课程思政的教学环节包括三个方面：其一、建立以学生为中心的教与学新型关系传统的国际经济法教学主要以讲授、案例教学及分组讨论等为主。教师处于绝对主导的地位。为突破传统教学模式的局限性，在教学合作理念引导下建立学生为中心的教学型关系。在创建教与学的新型关系中应当深度融入习近平法治思想。其二、通过深度学习培养学生批判思维及复杂问题解决能力。国际经济法具有很强的理论性与实践性，教学内容难度较高。传统教学方式很难使学生形成有效的问题方法。通过深度学习，使学生形成批判性思维与解决复杂问题的能力。在深度学习的过程中也应当充分融入习近平法治思想。其三、构建研究型教与学互动模式。国际经济法具有较强的实践性。研究型学习是基于学生认真研习国际经济法基本知识的基础上进行的具有学术创新意义的学习模式。通过深入学习，以人类命运共同体的基本理念作为研究型学习的基本指导思想，使用学生深刻掌握国际经济法的基本内涵与原理。

三、《国际经济法》课程思政建设的创新途径

---

[4] 何志鹏：《国际法治:一个概念的界定》，《政法论坛》，2009 年第 27 期，第 63 页

[5] 曾令良：《国际法治与中国法治建设》，载《中国社会科学》，2015 第 10 期，第 135 页

[4]

当前，在国际法全球化的背景下，[6]通过良法与善治，国际法治是可实现的。[7]中国是国际法治的坚定维护者，[8]我国需要大量的国际经济法律人才。在此背景下，应当推进中国特色的国际经济法学教育。[9]在对国际经济法课程思政建设的过程中，发现现阶段课程改革模式上存在的问题，明确实施课程思政建设的意义。按照习近平总书记在全国高校思政工作会议上的讲话内容，严格要求把思想政治理论中的育人要素融入高校的课程教学中，教育部2018年4月下发了《新时代高校思想政治理论课教学工作基本要求》以此推进高校课程思政教育教学改革和思想政治工作建设。结合目前课程建设存在的问题和指导精神，将开创适合当前《国际经济法》课程思政建设的创新途径。

（一）改变教学观念

作为授课教师首先要树立正确的思政观，要把思想政治课和专业有机联系起来，把思想政治课作为一个有机体来看待，改变教学观念。这就要求教师在组织课堂前不断学习与课程思政建设相关的理论知识和政策要求，充分认识到提升自身教学能力的重要性。要以学生为切入点，通过与实际相结合，掌握学生的学习动态和教学状况。改变在已有课堂讲授方式下，对课程思政德育元素的引入，将具有针对性的分析、探讨融入相关案例中，不要针对案例讲案例，不要针对专业知识点讲案例，要把育人因素融入案例来剖析案例，并让学生看到“为与不为”的法律后果及社会评价。

（二）设计多元化的教学模式

基于国际经济法课程思政建设中所存在教学模式单一的问题，虽有案例法、分析法和法律角色扮演的方式，但依然不能满足教学改革的需要。所以，可以学习、借鉴其他已完成或建设中优秀的专业课课程思政模式，通过增加新模式和建设方法使教学模式趋于多元化，如：增加微电影的观看量，以专题的形式进行“立德树人”知识理念的讲授和实践，开展焦点问题的辩论赛、开展知识竞赛等。同时，可以考虑在《国际经济法》课程思政建设过程中采用“互联网+”的创新教学形式，利用现有网络课程资源或者通过专项网络平台录制国际经济法网络课程和微视频，把德育元素穿插于网络课程和微视频中。在坚持常规课堂PPT课件形式教学的基础上，将已有网络资源和教师录制的网络课堂和视频发送与学生，要求学生在课堂之外进行学习，并完成相关作业，撰写学习的心得体会。还可以增加网络翻转课堂的形式，利用腾讯课堂、雨课堂、钉钉等在线平台由学生来自主发挥，分享课程知识点，分享各自对经济法中思政理念的理解，也可通过网络课堂组织社会责任承担的讨论。总之，希望通过丰富有效的活动形式使学生能在学习专业课的同时，结合有关经济决策学习具体法律制度，注重理论性和实践性的统一，从而将课程思政的全方位要求与《国际经济法》中的专业知识有效结合。

（三）合理使用教材，有效发挥实践课堂的作用

[6] 车丕照.:《法律全球化与国际法治》，载《清华法治论衡》，2002年第1期，第111页

[7] 何志鹏.:《国际法治:良法善治还是强权政治》，载《当代法学》，2008年第2期，第55页

[8] 王毅.:《中国是国际法治的坚定维护者和建设者》，载《光明日报》，2014年10月24日。

[9] 莫世健:《中国特色的国际经济法双语教学模式思考》，载《中国司法》，2006年第6期，第85页

鉴于目前学生所使用的的《国际经济法》课程教材与课程思政建设的新思想、新理论会产生实质差距，出现不统一或者滞后的情况。那么，在教学中就要选择一本具有较新知识体系和思政建设思想理论的教材，如“马工程”重点教材。当然，作为教师在基本教材之外，也应通过对教材外知识补充来拓展学生的视野。

专业实践的运用通常是对学生所学知识的检测，也是学生学习能力的延伸。因此，《国际经济法》课程思政建设中的实践形式一定要能体现专业课中的重要知识点，并能通过实践训练让学生形成较强的逻辑思维和对课程思政内容的正确认知。同时，课程思政实践内容旨在让学生树立正确的价值观、人生观以及正确看待国际经济法中的社会责任。让学生认识到我国社会主要矛盾已转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾，经济发展的不平衡、不充分问题，以及需要完善的《国际经济法》的制度建设的问题。所以，实践课堂的设置必须紧扣育人精神，实践内容的确定必须体现德育元素，实践活动的开展必须能够反映课程思政建设的全过程。

（四）提升专业技能水平，重视《国际经济法》课程思政改革的任务

在课程思政建设的过程中，其目的是要将思政元素融入专业教学中，让学生认识到专业知识中蕴含的各项课程思政所要体现的内容。因此，要做到从教师自身入手，教师充分深刻认识到“课程思政”的建设是自己的本职工作和任务，加强教师作为“引路人”对“课程思政”教学改革的重视。所以，作为教师，要带头学习与“课程思政”建设相关的理论，并主动地将新型的教学方法运用于改革的实践中，确保能正确引导学生树立正确的人生观和价值观。

结语

高校开展课程思政建设是时代的需求，更是大学实现“立德树人”目标的重要方式，因此，将思政理念引入专业课程教学是一个合理且有效的途径和设计方式。本科院校开展《国际经济法》课程思政建设的过程，要始终抓住课程思政建设宗旨和意义，要结合学科、专业性质去制定合理有效的建设方案，要突出专业自身特点，也要重视专业知识与课程思政育人元素的连接，只有牢牢把握这一原则才能引导学生掌握《国际经济法》中的专业知识，并把课程思政中的育人元素有效地融入学生的专业学习中，实现有温度的教学，形成有情怀的课程，让学生感受到在扮演市场经济活动主体中的不同角色时，其自身的经济权利和法律责任是不同的，德育元素中要求公民守法、合法行使自己权利，依法承担自身责任。通过不断的引导和教育使学生真正成为“德才兼备”之人。

参考文献：

1. 张文显：《习近平法治思想研究(上)——习近平法治思想的鲜明特征》，载《法制与社会发展》，2016 年第 22 期

2.公丕祥：《习近平法治思想述要》，载《法律科学(西北政法大学学报)》，2015 第 33 期

3.徐汉明.：《习近平社会治理法治思想研究》，载《法学杂志》，2017,年第 38 期

4. 何志鹏：《国际法治:一个概念的界定》，《政法论坛》，2009 年第 27 期，

5.曾令良:《国际法治与中国法治建设》,载《中国社会科学》,2015 第 10 期

6.车丕照.：《法律全球化与国际法治》，载《清华法治论衡》，2002 年第 1 期

7.何志鹏.：《国际法治:良法善治还是强权政治》，载《当代法学》，2008 年第 2 期

8.王毅.：《中国是国际法治的坚定维护者和建设者》，载《光明日报》，2014 年 10 月 24 日

9.莫世健：《中国特色的国际经济法双语教学模式思考》，载《中国司法》，2006 年第 6 期

我国对外反制法的比较研究——从美英中涉疆制裁的法律依据说去

刘祎佳

北京大学法学院 法律硕士研究生

摘 要

本文首先梳理了美国及英国涉疆人权制裁的实施主体、制裁对象、制裁措施和法律依据。相较于美英两国明确的法律授权，本文认为，我国目前主要的对外反制法《不可靠实体清单规定》及《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》未能为外交部发言人宣布对等制裁美英个人及实体的反制行为提供足够的法律依据。其问题表现在其一，外交部作为制裁实施主体系法律错位；其二，《阻断办法》无法针对初级制裁。在此基础上，本文强调未来我国对外反制法应当注重程序规则的构建，保障外国实体及个人的公正审判权。

关键词：人权制裁 反制措施 不可靠实体清单 阻断办法 公正审判权

自 2019 年开始，以美国为首的西方国家持续就新疆人权问题向我国发难。美国先后六次实施对疆制裁，既有针对个人的资产冻结和入境限制，也有针对涉疆实体的出口限制；[1]2021 年 3 月 22 日，英国亦宣布冻结新疆生产建设兵团公安局及四名官员的资产并禁止入境。[2]在此背景下，我国自 2020 年 7 月开始就新疆问题对美英采取反制措施，两次制裁美国官员，对等制裁英方九名人员和四个实体，制裁措施包括冻结财产、旅行禁令及禁止中国公民或机构与其交易。[3]

美英对新疆的指控是彻头彻尾的谎言，但这场打着人权旗号的法律战天然地聚合了三国的制裁法律依据及其具体落实。相较于美国庞杂而完备的制裁法律体系、英国列明了制裁所依据的《2020 全球人权制裁条例》（The Global Human Right Sanctions Regulations 2020，以下简称“2020 Regulation”）及其上位法《2018 制裁和反洗钱法》（The Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018，以下简称“2018 Act”），我国由外交部宣布对外反制时似乎缺乏准确的法律定位。

本文由此产生。第一部分首先梳理美国和英国涉疆制裁的国内法依据，着重关注实施主体、制裁对象、制裁措施及法律依据四个方面。第二部分通过比较中方三次对等措施，分析我国对外反制存在的国内法赋权不足的问题。第三部分关注我国未来对外反制法程序规则的

[1] 分别为 2019 年 10 月 7 日、2019 年 10 月 8 日、2020 年 5 月 22 日、2020 年 7 月 9 日、2020 年 7 月 31 日和 2021 年 3 月 22 日六次制裁，下文将详述。

[2] Foreign Commonwealth & Development Office of the United Kingdom, “UK sanctions perpetrators of gross human rights violations in Xinjiang, alongside EU, Canada and US,” available at <https://www.gov.uk/government/news/uk-sanctions-perpetrators-of-gross-human-rights-violations-in-xinjiang-alongside-eu-canada-and-us>(last visited April 13, 2021).

[3] 外交部：“外交部发言人宣布中方对英国有关人员和实体实施制裁”，载中国外交部官网，https://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/t1864363.shtml（访问日期：2021 年 4 月 13 日）。

建设。

一、美英涉疆制裁的国内法依据

美国共计对新疆采取了六次制裁措施，梳理如下：

①2019 年 10 月 7 日。美国商务部工业和安全局（Bureau of Industry and Security, BIS）将 28 个中国实体[4]添加进了“实体清单”（Entity List）。理由是这些实体“侵犯人权和虐待维吾尔族、哈萨克族以及新疆维吾尔自治区的穆斯林少数群体”，违反了《出口管制条例》（Export Administration Regulations, EAR）第 744.11 条之“违反美国国家安全或外交政策利益”。[5]被列入实体清单后，美国公民或实体向这 28 个实体出口、再出口或者转让出口管制清单上的产品和技术，均需事先向 BIS 申请许可。[6]

②2019 年 10 月 8 日。美国国务卿蓬佩奥宣布限制中国政府官员、共产党员及其亲属的赴美签证。理由是“这些官员对中国新疆维吾尔族，哈萨克族或其他穆斯林少数民族的拘留或虐待负有责任或与之有牵连”。[7]这一行为构成了《移民和国籍法》（The Immigration and Nationality Act, INA）第 212 条(a)(3)(c)之“国务卿有理由相信，该外国人进入美国或拟在美国进行的活动将对美国的外交政策产生潜在的严重不利影响，则该外国人不得入境”。[8]但蓬佩奥并未公布此次制裁的具体名单。

③2020 年 5 月 22 日。BIS 再度将 9 个中国实体[9]列入“实体清单”，法律依据依然是 EAR

[4] 这 28 个实体分别为：大华科技（Dahua Technology）、海康威视（Hikvision）、科大讯飞（IFLYTEK）、旷视科技（Megvii Technology）、商汤科技（Sense Time）、厦门美亚柏科（Xiamen Meiya Pico Information Co. Ltd.）、依图科技（Yitu Technologies）、颐信科技（Yixin Science and Technology）以及新疆维吾尔自治区公安局及下属 18 个县市公安局和 1 个研究所。

[5] “The twenty-eight entities are being added based on § 744.11 (License requirements that apply to entities acting contrary to the national security or foreign policy interests of the United States) of the EAR.” See Department of Commerce, Bureau of Industry and Security, 15 CFR Part 744 [Docket No. 190925-0044], Federal Register, Vol. 84, No. 196, October 9, 2019.

[6] Supra note 2, 15 CFR § 744.16 (Entity List). 参见廖凡：“比较视角下的不可靠实体清单制度”，《比较法研究》2021 年第 1 期，第 168 页。

[7] U.S. Department of State, Press Statement, Michael R. Pompeo, Secretary of State, “U.S. Department of State Imposes Visa Restrictions on Chinese Officials for Repression in Xinjiang”, October 8, 2019.

[8] “(c) Foreign Policy (i) In general An alien whose entry or proposed activities in the United States the Secretary of State has reasonable ground to believe would have potentially serious adverse foreign policy consequences for the United States is inadmissible.” See 8 USC 1182, available at < https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title8-section1182&num=0&edition=prelim> (last visited at May 5, 2021).

[9] 这 9 个实体分别为：中国公安部法医学研究所（China’s Ministry of Public Security’s Institute of Forensic Science）、阿克苏华孚纺织有限公司（Aksu Huafu Textiles Co.）、云从科技（Cloud Walk Technology）、烽火科技集团及其子公司南京烽火星空通信发展（FiberHome Technologies Group and the subsidiary Nanjing FiberHome Starrysky Communication Development）、东方网力及其子公司深网视界（NetPosa and the subsidiary SenseNets）、云天励飞（Intellifusion）及易思维（IS’Vision）。See “USA: Department of Commerce lists nine Chinese entities and firms for alleged human rights abuses in Xinjiang”, available at < https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/usa-department-of-commerce-lists-nine-chinese-entities-and-firms-for-alleged-human-rights-abuses-in-xinjiang/>(last visited May 5, 2021).

第 744.11 条之违反国家安全与外交利益条款。

④2020 年 7 月 9 日。国务卿蓬佩奥宣布禁止三名新疆官员及其亲属进入美国，分别是：新疆党委书记陈全国、政法委书记朱海仑、时任公安厅党委书记王明山。理由是“他们参与了严重侵犯人权的行为”，这一行为构成了《2020 财年国务院、对外行动和相关计划拨款法》（FY 2020 Department of State, Foreign Operations, and Related Programs Appropriations Act）第 7031 条(c)之“国务卿掌握可靠信息的外国政府官员及其直系亲属参与重大腐败，包括与自然资源开采有关的腐败，或严重侵犯人权的，应无资格进入美国境内”。[10]蓬佩奥同时宣布将对其他侵犯人权的中共官员及其亲属依据《移民和国籍法》第 212(a)(3)(c)条施加签证限制。此外，就在同一天，美国财政部（Department of the Treasury）宣布对新疆公安厅（Xinjiang Public Security Bureau, XPSB）、陈全国、朱海仑、王明山及霍留军（前任公安厅党委书记）进行财产制裁。制裁的法律依据是《全球马格尼茨基人权问责法案》（Global Magnitsky Human Rights Accountability Act）及第 13818 号行政命令“关于封锁参与严重侵犯人权或腐败行为者的财产”（“Blocking the Property of Persons Involved in Serious Human Rights Abuse or Corruption”）。[11]

需特别说明的是，第 13818 号行政命令由前任总统特朗普签署，它的上位法包括《国际紧急经济权力法》（IEEPA）、《国家紧急情况法》（NEA）、[12]《全球马格尼茨基人权问责法案》、《移民和国籍法》（INA），几乎囊括了所有针对个人制裁的法律规范。该行政命令赋权财政部长、国务卿和司法部长协商提名任何外国人，冻结其资产、禁止其交易、禁止其入境，其中第 9 条授权美国财政部执行经济制裁措施。[13]这使得新增加的人权与腐败类制裁与既有的恐怖主义制裁统归于财政部海外资产管理办公室（Office of Foreign Assets Control, OFAC）执行。依据第 13818 号行政命令被制裁的人员同时进入 OFAC 的“特别指定国民和资产冻

[10] “(c) Anti-Kleptocracy And Human Rights. — (1) INELIGIBILITY. — (A) Officials of foreign governments and their immediate family members about whom the Secretary of State has credible information have been involved in significant corruption, including corruption related to the extraction of natural resources, or a gross violation of human rights shall be ineligible for entry into the United States.” See H.R.2839 - Department of State, Foreign Operations, and Related Programs Appropriations Act, 2020 [Report No. 116-78], available at <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2839/text?q=%7B%22search%22%3A%5B%22russia%22%5D%7D&r=1&s=2>(last visited May 5, 2021).

[11] U.S. Department of State, Statement by Secretary Michael R. Pompeo, “The United States Imposes Sanctions and Visa Restrictions in Response to the Ongoing Human Rights Violations and Abuses in Xinjiang”, July 9, 2020, available at <https://china.usembassy-china.org.cn/secretary-pompeos-statement-on-xinjiang-07092020/ >(last visited May 5, 2021).

[12] 根据 IEEPA 和 NEA，当总统认为美国以外的某一局势或事件对美国的国家安全、外交政策和经济利益构成非同寻常威胁时，就可宣布进入紧急状态，从而采取直接的制裁措施。参见王佳：“美国经济制裁立法、 执行与救济”，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 5 期，第 53-54 页。

[13] Executive Order 13818 of December 20, 2017, 82 FR 60839, available at<https://www.federalregister.gov/documents/2017/12/26/2017-27925/blocking-the-property-of-persons-involved-in-serious-human-rights-abuse-or-corruption>(last visited May 5, 2021).

结人清单"（Specially Designated Nationals and Blocked Persons List, SDNs），[14]其个人在美资产被冻结，个人直接或间接拥有 50%以上份额的实体在美资产也被冻结，且美国国民不得与此类个人或实体交易，除非获得 OFAC 颁发的许可或其他豁免。

⑤2020 年 7 月 31 日。财政部 OFAC 宣布制裁新疆生产建设兵团（Xinjiang Production and Construction Corps, XPCC）及兵团党委副书记、司令员彭家瑞，时任兵团党委书记孙金龙。法律依据依然是《全球马格尼茨基人权问责法案》和第 13818 号行政命令，制裁措施同样为经济制裁，包括冻结财产和控制交易。[15]

⑥2021 年 3 月 22 日。财政部 OFAC 宣布制裁新疆生产建设兵团现任党委书记王君正、新疆维吾尔自治区公安厅厅长陈明国。法律依据和制裁措施同上。[16]

表 1 美国六次对疆制裁情况概览

序号	日期	实施主体	制裁对象	制裁措施	法律依据
①	2019.10.7	BIS	28 个实体	列入“实体清单”	EAR §744.11 国家安全与外交利益条款
②	2019.10.8	国务卿	中国政府官员及共产党员*未公布名单	限制入境	《移民和国籍法》Section 212(a)(3)(c)
③	2020.5.22	BIS	9 个实体	列入“实体清单”	EAR §744.11 国家安全员与外交利益条款
④	2020.7.9	国务卿	陈全国	禁止	《2020 财年国务

[14] See SDN List, Office of Foreign Assets Control, available at <https://sanctionssearch.ofac.treas.gov/>(last visited May 5, 2021).

[15] 宣布制裁的财政部官方公告中这样描述制裁手段：“由于今天的行动，上述实体和个人的所有财产和财产利益，以及由他们个人或与其他被封锁者直接或间接拥有的 50%或以上的实体，在美国境内或由美国人拥有或控制的财产和财产利益都被冻结，必须向 OFAC 报告。除非得到 OFAC 颁发的一般或特定许可证的授权，或有其他豁免，OFAC 一般禁止美国人或在美国境内（或过境）进行涉及指定或其他被封锁人员的任何财产或财产权益的所有交易。这些禁令包括由任何被封锁者提供或向其提供资金、货物或服务，或为其利益提供资金、货物或服务，或接受任何此类人员的任何捐助或提供资金、货物或服务。 在采取这一行动的同时，OFAC 正在发布一项一般许可证，授权与新疆生产建设兵团（XPCC）被封锁的子公司有关的某些停业和撤资交易和活动，直至 2020 年 9 月 30 日东部夏令时间上午 12:01。详情请见第 2 号一般许可证。” See Treasury Sanctions Chinese Entity and Officials Pursuant to Global Magnitsky Human Rights Executive Order, July 31, 2020, available at <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm1073>(last visited May 5, 2021).

[16] See Treasury Sanctions Chinese Government Officials in Connection with Serious Human Rights Abuse in Xinjiang, March 22, 2021, available at <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0070>(last visited May 5, 2021).

			朱海仑 王明山 及其亲属	入境	院、对外行动和相关计划拨款法》§7031(c)
			其他中共官员及其亲属*未公布名单	限制入境	《移民和国籍法》Section 212(a)(3)(c)
		财政部（OFAC）	新疆公安局 陈全国 朱海仑 王明山 霍留军	冻结财产 禁止交易	《全球马格尼茨基人权问责法案》 第 13818 号行政命令
⑤	2020.7.31	财政部（OFAC）	新疆生产建设兵团 彭家瑞 孙金龙	冻结财产 禁止交易	《全球马格尼茨基人权问责法案》 第 13818 号行政命令
⑥	2021.3.22	财政部（OFAC）	王君正 陈明国	冻结财产 禁止交易	《全球马格尼茨基人权问责法案》 第 13818 号行政命令

通过上述梳理可以发现，美国在人权制裁上立法数量多、层级复杂，联邦基本法律、专门性制裁立法、行政命令犬牙交错，同时面临授权型法律与执行型法规相衔接的问题。[17]但其内部有章可循，存在一以贯之的逻辑：以限权类型区分实施制裁的主体，人身/财产权利、国务院/其他部门相互区分且对应。国务卿的制裁措施针对个人的人身权利，赋权法律为联邦法《移民和国籍法》以及专门约束国务院行政权力的《2020 财年国务院、对外行动和相关计划拨款法》；财政部/商务部的制裁措施则针对个人的财产权利，赋权法律为单行立法《出口管制条例》及行政命令。同时美国政府部门信息较为公开透明。以《全球马格尼茨基人权

[17] 授权型立法指的是并不直接规定制裁对象和范围，而是将实施制裁的权力授予美国总统的立法。例如上文提到的《国际紧急经济权力法》（IEEPA）将经济制裁权力赋予美国总统，而唐纳德·特朗普经由第 13818 号行政命令又将这一权力下放给国务卿、财政部长和司法部长，从而衔接起《出口管制条例》（ERA）这类原本就归属于具体执行部门的法规。参见王佳：“美国经济制裁立法、 执行与救济”，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 5 期，第 53 页。参见郑联盛：“美国金融制裁：框架、清单、模式与影响”，《国际经济评论》2020 年第 3 期，第 127-128 页。

问责法案》为例，财政部的官网上以“全球马格尼茨基制裁”为题罗列了从授权到执行的全部法律依据，[18]这在一定程度上缓解了因立法碎片化导致的执行混乱。

相较于美国，英国的人权制裁立法则更为体系化。

2021 年 3 月 22 日，英国外交大臣多米尼拉·拉布（Dominic Raab）和外交、联邦及发展事务部发布联合公告，宣布“因在新疆境内严重侵犯人权”而制裁新疆生产建设兵团公安局及朱海仑、王君正、王明山、陈明国四名官员。[19]根据该公告，此次涉疆制裁的英国法依据是“全球人权制裁制度”（UK's Global Human Right sanctions Regime），主要包含两项法律：作为上位法的 2018 Act 和作为其次级立法（secondary legislation）的 2020 Regulation。20

2018 Act 肇始于英国脱欧。脱欧前，《1972 年欧洲共同体法案》（European Communities Act 1972）赋予了英国在国内反恐和出口管制方面的制裁权力，但随着脱欧议程的确定，英国将在后脱欧时代缺乏维持制裁合法性的国内法律，同时也面临着反洗钱与反恐怖主义融资制度的停摆。在此背景下，2018 Act 就此产生。21

2018 Act 正文包含 65 个条款，涵盖制裁的目的、指定制裁人（designated person）的标准、制裁的类型、可能适用的例外、政府如何执行制裁以及相关金融机构的报告义务等。22涵摄甚广也造成了 2018 Act 在专门领域（例如防止恐怖主义、保护人权、反腐败）上缺乏可操作的指导，故而 2018 Act 在第一部分就明确，该法将授权英国国务大臣（appropriate Minister）在具体领域制定属于下位法的制裁条例，23由此产生了专门针对人权议题的制裁条例 2020 Regulation。24

---

18 See U.S. Department of the Treasury, “Global Magnitsky Sanctions”, available at <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/global-magnitsky-sanctions>(last visited May 6, 2021).

19 Foreign Commonwealth & Development Office of the United Kingdom, “UK sanctions perpetrators of gross human rights violations in Xinjiang, alongside EU, Canada and US,” available at <https://www.gov.uk/government/news/uk-sanctions-perpetrators-of-gross-human-rights-violations-in-xinjiang-alongside-eu-canada-and-us>(last visited April 13, 2021).

20 国内有的学者将 2018 Act 称之为《马格尼茨基修正案》，这一称呼并不准确。参见罗艳华、庞林立：“美国人权制裁的新动态及其影响——以《全球马格尼茨基人权问责法》为例”，《国际政治研究》2019 年第 3 期，第 32 页。

21 Legislation of the Government of the UK, EXPLANATORY NOTES on Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/13/pdfs/ukpgaen_20180013_en.pdf>(last visited April 23, 2021).

22 Legislation of the Government of the UK, Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018, available at < https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/13/contents/enacted >(last visited April 23, 2021).

23 Ibid, Section 1(1), 1(2).

24 Legislation of the Government of the UK, The Global Human Rights Sanctions Regulations 2020, available at < https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/680/made>(last visited April 23, 2021).

表 2 英国涉疆制裁所涉法条概览

法律名称	性质	目的	实施主体	制裁对象	制裁措施
2018 Act	上位法-法律	遵守联合国义务、其他国际义务及国务大臣认为适当的目的	国务大臣	被指定的任何个人与组织，指定条件： 国务大臣指定 联合国安理会决议指定25	金融/移民/贸易/飞行/船运/其他制裁26
2020 Regulation	下位法-法规	阻止侵犯人权的行为，包括侵犯： 生命权 不受酷刑或残忍、不人道、有辱人格的对待或处罚 不受奴役、从事强迫或强制劳动27	国务大臣	被指定人员/组织： 参与或曾经参与侵犯人权的活动 由参与或曾经参与的人直接或间接控制 代表上述人或按其指示行事 上述组织的成员或与其联络 此外，“参与”指的是： 负责或投入此种活动 煽动、促成活动或提供便利与支持 隐瞒证据 明知或有合理怀疑，但仍提供金融服务、资金、经济、货物或技术 从该活动中获益 故意或过失未能履行调查或起诉的职责 违反或协助违反本法第三部分有关金融制裁的规定28	金融制裁： 资产冻结 提供经济支持的犯罪 金融制裁的例外 移民制裁 报告义务及违反后的处罚29

25 Legislation of the Government of the UK, Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018, Section 9(2)

In each of those provisions, “designated persons” means—

persons designated under any power contained in the regulations that authorizes an appropriate Minister to designate persons for the purposes of the regulations or of any provisions of the regulations, or

persons who are designated persons under any provision included in the regulations by virtue of section 13 (persons named by or under UN Security Council Resolutions).

26 Ibid, Section 3, 4, 5, 6, 7, 8.

27 Section 4(1), 4(2) of Legislation of the Government of the UK, The Global Human Rights Sanctions Regulations 2020, available at < https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/680/made>(last visited April 23, 2021).

28 Ibid, Section 6(1), 6(2), 6(3).

29 Ibid, Section 10-Section 37. 此处需说明的是，2020 Regulation 仅对 2018 ACT 中的金融制裁、移民制裁及报告义务做了进一步的规定，但这并不意味着其他制裁方式例如贸易制裁、飞行制裁就不适用于侵害人权的行为。

相较于 2018 Act，2020 Regulation 在人权制裁上相当详尽，不仅罗列了涉及侵犯人权的各种行为，同时对每种行为对应的刑罚也做了详细规定。30此次涉疆制裁英国官方认为所制裁的人员及机构涉及“大规模拘留和监视、酷刑以及强制绝育”，采取的制裁措施包括资产冻结和旅行禁令，31支撑其的具体法条有：

Section 4(2)(3) 任何人在英国境外实施侵犯人权的行为，本条例皆能问责；32

Section 5 国务大臣公布姓名指定人员冻结其资产；33

综上所述，英美两国的人权制裁法律制度不尽相同。美国完备而琐碎，英国更具体系性；同时二者也有共通之处。体现在第一，制裁实施主体的法律授权明确。美国联邦立法赋权总统，总统再通过行政命令赋权国务卿、财政部长，或者由单行立法直接赋权商务部，权力掌握在谁手中就由谁宣布制裁。英国同样如此，外交大臣作为国务大臣成员之一依据 2020 Regulation 有权宣布制裁。第二，制裁所依据的法律明确。两国均在公告制裁时明确所依据的法律。而这两个明确恰恰是我国对外反制措施目前所欠缺的。

我国对外反制措施的法律分析

自 2020 年以来，我国针对美英涉疆一系列干涉内政的制裁行为采取了三次对等反制措施，[34]梳理如下：

30 例如违反金融制裁相关规则的人员，经简易程序定罪的应被处以不超过 12 个月的监禁或罚款。Supra note 3, Section 32.

31 此处需特别说明的是，英国外交大臣宣布的旅行禁令（travel ban）这一制裁形式并未明确规定在 2018 Act 及 2020 Regulation 中。唯一可供解释的法条是 2018 Act Section 8“其他制裁”这一兜底性条款，在此不做列举。Supra note 1, Section 8 Other sanctions for purposes of UN obligations.

32 Legislation of the Government of the UK, The Global Human Rights Sanctions Regulations 2020, Section 4:

(2) An activity falls within this paragraph if it is an activity which, if carried out by or on behalf of a State within the territory of that State, would amount to a serious violation by that State of an individual's—

(a) right to life,

(b) right not to be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, or

(c) right to be free from slavery, not to be held in servitude or required to perform forced or compulsory labour,

whether or not the activity is carried out by or on behalf of a State.

(3) An activity falls within paragraph (2) if it is carried out—

(a) outside the United Kingdom by any person, or

(b) in the United Kingdom by a person who is not a United Kingdom person.

33 Ibid, Section 5. (1) The Secretary of State may designate persons by name for the purposes of any of the following—

(a) regulations 11 to 15 (asset-freeze etc.);

34 我国首次提出对外反制是在 2020 年 3 月 18 日，但该反制与涉疆人权问题无关，故而未予列明。参见外交部发言人表态：“中方针对美方打压中国媒体驻美机构行为采取反制措施”，载中国外交部官网，https://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/t1757128.shtml（访问日期：2021 年 4 月 24 日）。同时除了针对英美的对外反制外，外交部还于 2021 年 3 月 22 日宣布的对欧盟的对等制裁。参见“外交部发言人宣布中方对欧盟有关机构和人员实施制裁”，载中国外交部，

①2020 年 7 月 9 日。外交部发言人赵立坚在回答法新社记者提问如何看待美国国务卿蓬佩奥将新疆官员列入制裁名单时，回答到“美方上述行径严重干涉中国内政，严重违反国际关系基本准则……针对美方错误行径，中方决定对在涉疆问题上表现恶劣的有关美国机构和个人采取对等措施”。[35]随后 7 月 13 日，外交部发言人华春莹表示“中方决定自即日起对美国‘国会-行政部门中国委员会’以及美国务院国际宗教自由无任所大使布朗巴克、联邦参议员鲁比欧、克鲁兹、联邦众议员史密斯实施相应制裁”。[36]但华春莹并未言明“相应制裁”具体指何种制裁措施。

②2021 年 3 月 26 日。外交部发言人宣布“英国以所谓新疆人权问题为借口对中国有关个人和实体实施单边制裁，公然违反国际法和国际关系基本准则”，中方决定对恶意传播谎言和虚假信息的英方 4 个实体和 9 名人员实施制裁，制裁措施包括禁止上述人员及其亲属入境、冻结在华财产、禁止中国公民及机构同其交易。[37]

③2021 年 3 月 27 日。外交部发言人宣布“针对美国（和加拿大）基于谎言和虚假信息于 3 月 22 日对中国新疆有关人员和实体实施单边制裁的行径，中方决定对美国国际宗教自由委员会主席曼钦、副主席伯金斯……实施制裁”，制裁措施包括禁止上述人员入境、禁止中国公民及机构同上述人员交易或同上述实体往来。[38]

表 3 我国就新疆问题对英美采取反制措施情况概览

序号	日期	宣布主体	制裁对象	制裁措施	法律依据
①	2020.7.9	外交部发言人赵立坚			未写明
	2020.7.13	外交部发言人华春莹	实体：国会－行政部门中国委员会； 个人：布朗巴克、鲁比欧、克鲁兹、史密斯	相应制裁*不明	
②	2021.3.26	外交部发言人	实体：“中国研究小组”、保守党人权委员会、“维吾尔独立法	禁止本人及其直系家属入境（包括香港、澳	

<https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1863102.shtml>(访问日期：2021 年 5 月 6 日)。

[35] “2020 年 7 月 10 日外交部发言人赵立坚主持记者会”，载中国外交部，<https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1796800.shtml>(访问日期：2021 年 5 月 6 日)。

[36] “2020 年 7 月 13 日外交部发言人华春莹主持例行记者会”，载中国外交部，<https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1797412.shtml>（访问日期：2021 年 5 月 6 日）。

[37] “外交部发言人宣布中方对英国有关人员和实体实施制裁”，载中国外交部<https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1864363.shtml>(访问日期：2021 年 5 月 6 日)。

[38] “外交部发言人宣布对美国、加拿大有关人员和实体实施制裁”，载中国外交部<https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1864786.shtml>(访问日期：2021 年 5 月 6 日)。

			庭”、埃塞克斯园大律师事务所； 个人：图根哈特、邓肯—史密斯、奥布莱恩、奥尔顿、劳顿、加尼、肯尼迪、尼斯、芬利	门）； 冻结在华财产； 禁止中国公民及机构同其交易	
③	2021.3.27	外交部发言人	曼钦 柏金斯	禁止本人入境（包括香港、澳门）； 禁止中国公民及机构同其交易	

因此目前我国宣布对英美涉疆制裁进行反制，均是由外交部发言人作出，在外交部网站予以发布，亦未明确对外反制的国内法依据。由此带来法律程序上的疑虑——外交部有无法律资格公告制裁？

从我国目前的立法实践来看，直接涉及对外反制的法律39有两项：《不可靠实体清单规定》（以下简称《清单规定》）和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称《阻断办法》）。二者的立法定位是对他国的制裁措施进行反制，[40]因此本文认为这两个部门规章属于我国“对外反制法”[41]的一部分，或者说是当前对外反制最为重要的法律依托。此外，我国还有以"对等原则"施加间接反制效果的《对外贸易法》、《出口管制法》等。42但上述法

39 实际上《不可靠实体清单规定》和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》由商务部公布，都属于部门规章，在此采取广义的法律概念。

40 这一点基本得到了学界的公认。参见张辉：“论中国对外经济制裁法律制度的构建——不可靠实体清单引发的思考”，《比较法研究》2019 年第 5 期，第 141 页。参见沈伟：“中美贸易摩擦中的法律战——从不可靠实体清单制度到阻断办法”，《比较法研究》2021 年第 1 期，第 180 页。

41 有的学者也称之为“对外经济制裁法律制度”。但就《清单规定》第 10 条来看，第（三）款之限制出入境、第（四）款之限制境内工作与居留许可已具有人身权利的性质，并不仅限于经济制裁，因此合称为“对外反制法”是较为贴切的。参见《不可靠实体清单规定》载中国商务部官网，http://www.mofcom.gov.cn/article/b/fwzl/202009/20200903002593.shtml（访问日期：2021 年 4 月 24 日）。参见张辉：“论中国对外经济制裁法律制度的构建——不可靠实体清单引发的思考”，《比较法研究》2019 年第 5 期，第 142 页。

42 《出口管制法》第 18 条规定，对可能危害国家安全和利益的进口商和最终用户建立管控名单，列入管控名单的可以禁止、限制管制物交易。该法第 48 条还规定，任何国家或者地区滥用出口管制措施中国安全和利益的，中方可以根据实际情况对等采取措施。参见 2020 年《中华人民共和国出口管制法》，载中国人大网，http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202010/cf4e0455f6424a38b5aecf8001712c43.shtml（访问日期：2021 年 4 月 24 日）。《对外贸易法》第 7 条规定，任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。参见 2016 年《中华人民共和国对外贸易法》，载中国人大网，

律针对是企业的进出口贸易行为，与此次涉疆制裁的禁止入境、冻结财产、禁止交易无涉，故在此不予讨论。

《清单规定》由中国商务部于 2020 年 9 月第 4 号令公布，其立法目的在于将危害中国国家利益、中断与中国企业交易或采取歧视性措施的外国企业、其他组织和个人列入不可靠实体清单。列入清单后可采取六项相应的“处理措施”，包括 2021 年 3 月 26 日及 3 月 27 日我国对外反制中的“限制或者禁止其在中国境内投资”、“限制或者禁止其相关人员、交通运输工具等入境”。43因此《清单规定》理论上为我国的反制措施提供了国内法依据。但适用《清单规定》赋权涉疆对外制裁存在一个核心问题：制裁实施主体的错位。

《清单规定》中第四至八条规定，应由国家设在商务部的“工作机制”负责不可靠实体清单制度的组织实施，由该工作机制调查外国实体的行为，作出并公告是否将外国实体列入不可靠清单的决定。44 而我国目前的制裁均是由外交部发言人作出，在外交部网站予以发布。此类公布既没有令号，亦无部长签名。根据《立法法》第 85 条第 1 款，“部门规章由部门首长签署命令予以公布”。而上述“公布”既没有令号，亦无部长签名，因此外交部作出的发言至多属于部门规范性文件，[45]而尚未进入部门规章的行列；又根据《立法法》第 80 条第 2 款，没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。[46]既然部门规章都不能在没有上位法的情

---

http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2017-02/21/content_2007588.htm（访问日期：2021 年 5 月 6 日）。

43 参见 2020 年商务部第 4 号令《不可靠实体清单规定》，载中国商务部官网，http://www.mofcom.gov.cn/article/b/fwzl/202009/20200903002593.shtml（访问日期：2021 年 4 月 24 日）。

44 第四条 国家建立中央国家机关有关部门参加的工作机制（以下简称工作机制），负责不可靠实体清单制度的组织实施。工作机制办公室设在国务院商务主管部门。

第五条 工作机制依职权或者根据有关方面的建议、举报，决定是否对有关外国实体的行为进行调查；决定进行调查的，予以公告。

第六条 工作机制对有关外国实体的行为进行调查，可以采取询问有关当事人、查阅或者复制相关文件、资料以及其他必要的方式。调查期间，有关外国实体可以陈述、申辩。

工作机制可以根据实际情况决定中止或者终止调查；中止调查决定所依据的事实发生重大变化的，可以恢复调查。

第七条 工作机制根据调查结果，综合考虑以下因素，作出是否将有关外国实体列入不可靠实体清单的决定，并予以公告：

（一）对中国国家主权、安全、发展利益的危害程度；

（二）对中国企业、其他组织或者个人合法权益的损害程度；

（三）是否符合国际通行经贸规则；

（四）其他应当考虑的因素。

第八条 有关外国实体的行为事实清楚的，工作机制可以直接综合考虑本规定第七条规定的因素，作出是否将其列入不可靠实体清单的决定；决定列入的，予以公告。

45 有的学者认为外交部印发的通知只是行政公文，属于部门工作文件而非规范性法律文件。参见黄瑶、庄瑞银：“中国执行联合国安理会制裁决议的现状与前景”，《现代国际关系》2018 年第 4 期，第 5 页。

46 《立法法》第 80 条第 2 款：部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。

参见 2000 年《中华人民共和国立法法》（2015 年修正），载中国人大网，

况下减损公民权利，那么至多属于部门规范性文件的外交部发言就更加无法单凭自身实施制裁。

因此这里存在着程序性的瑕疵：如果适用《清单规定》赋权制裁行为，应当由国务院工作机制作出决定并予以公布，外交部及其发言人无此项职权；如果认为外交部可以独立行使反制或制裁的职能，通知函件又仅属于部门规范性文件，无法提供权力依据。

事实上这一问题由来已久。我国过去在承担联合国安理会制裁措施时就是通过外交部的行政函件通知其他相关部门，47而行政决定并非总能与既有法律相适配。例如 2001 年外交部下发《关于执行安理会第 1267 和 1333 号决议对有关个人和实体实施金融制裁的通知》，要求冻结本·拉登及有关恐怖主义组织的资金。48当时国内没有支持冻结恐怖分子在华资金的法律依据，这与 1995 年《商业银行法》第 29 条第 2 款规定之“对个人储蓄存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划，但法律另有规定的除外”相冲突。49此后，随着 2006 年《反洗钱法》、2011 年《全国人大常委会关于加强反恐怖工作有关问题的决定》、2014 年《涉及恐怖活动资产冻结管理办法》的陆续出台，50我国最终在 2015 年通过《反恐怖主义法》以“先上车后买票”的方式补上了这一制裁行为的法律空白。51

因此通过外交部宣布制裁措施，既是一个国内行政行为的惯例，也不无与美国制裁由国务卿宣布、英国制裁由外交大臣宣布的程序对标之意。但与此前和英美的情况皆不相同，安理会制裁决议自身具有国际法上的合法性，英美由国务卿或外交大臣宣布制裁均有其国内法的明确授权，而我国在缺乏国内法律授权的情形下由外交部直接宣布对外国个人和实体的制裁，存在程序和效力的瑕疵，可能留下可供他国指摘之处。

表 4 我国涉疆对外反制可适用的法律及其问题

---

http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/dbdhhy/12_3/2015-03/18/content_1930713.htm（访问日期：2021 年 4 月 24 日）。

47 参见张辉：“论中国对外经济制裁法律制度的构建——不可靠实体清单引发的思考”，《比较法研究》2019 年第 5 期，第 142 页。参见黄瑶、庄瑞银，见前注 1，第 2-4 页。

48 “关于执行和安理会第 1267 和 1333 号决议对有关个人和实体实施金融制裁的通知”外发〔2001〕20 号，载中国政府网，< http://www.gov.cn/gongbao/content/2002/content_61464.htm >（访问日期：2021 年 4 月 25 日）。

49 1995 年《中华人民共和国商业银行法》，现已修正，载全国人大网，<http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content_4640.htm>（访问日期：2021 年 4 月 25 日）。

50 参见 2006 年《中华人民共和国反洗钱法》第 26 条，载中国政府网，<http://www.gov.cn/jrzg/2006-10/31/content_429245.htm>（访问日期：2021 年 4 月 25 日）。参见 2011 年《全国人大常委会关于加强反恐怖工作有关问题决定》，载中国政府网，<http://www.gov.cn/jrzg/2011-10/29/content_1981428.htm>（访问日期：2021 年 4 月 25 日）。参见中国人民银行 公安部 国家安全部令（2014）年第 1 号《涉及恐怖活动资产冻结管理办法》，载中国政府网，< http://www.gov.cn/gongbao/content/2014/content_2654521.htm>（访问日期：2021 年 4 月 25 日）。

51 第十四条 金融机构和特定非金融机构对国家反恐怖主义工作领导机构的办事机构公告的恐怖活动组织和人员的资金或者其他资产，应当立即予以冻结，并按照规定及时向国务院公安部门、国家安全部门和反洗钱行政主管部门报告。参见 2015 年《中华人民共和国反恐怖主义法》，载中国政府网，<http://www.gov.cn/zhengce/2015-12/28/content_5029899.htm >（访问日期：2021 年 4 月 25 日）。

法律名称	性质	目的	实施主体	制裁措施	可适用性	存在问题
《不可靠实体清单规定》	商务部令-部门规章	限制或禁止不可靠外国实体在中国境内的活动	国务院工作机制	限制或禁止进出口 限制或者禁止其在中国境内投资 限制或者禁止其相关人员、交通运输工具等入境 限制或者取消其相关人员在中国境内工作许可、停留或者居留资格 罚款 其他	具备可适用性	实施主体应为国务院工作机制而非外交部
《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》	商务部令-部门规章	阻断外国次级制裁	国务院工作机制	中国公民、法人、或者其他组织可以不承认、不遵守、不执行外国法律 中国公民、法人、或者其他组织可向人民法院起诉遵守禁令的当事人及受益的当事人要求赔偿 中国政府可采取必要的反制措施	尚无可适用性	仅阻断次级制裁，而英美涉疆制裁均为初级制裁； 反制措施不明

除了《清单规定》外，商务部 2021 年第 1 号令还公布了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称《阻断办法》），被视为我国对外反制的一大强心剂。该办法的立法目的有三：禁止有关主体承认、遵守、执行外国的特定法律（第七条），允许相关主体就外国特定法律带来的损失进行索赔（第九条），赋权我国政府采取必要的反制措施（第十二条）。[52]

52 第七条 工作机制经评估，确认有关外国法律与措施存在不当域外适用情形的，可以决定由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令（以下简称禁令）。 工作机制可以根据实际情况，决定中止或者撤销禁令。

第九条 当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施，侵害中国公民、法人或者其他组织合法权益的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求该当事人赔偿损失；但是，当事人依照本办法第八条规定获得豁免的除外。 根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定致使中国公民、法人或者其他组织遭受损失的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求在该判决、裁定中获益的当事人赔偿损失。 本条第一款、第二款规定的当事人拒绝履行人民法院生效的判决、裁定的，中国公民、法人或者其他组织可以依法申请人民法院强制执行。

美国和英国涉疆制裁均属于国内法律的域外适用，53因此《阻断办法》的第十二条似乎为我国政府采取相应的反制措施提供了法律基础。但该条的前提是“外国法律与措施不当域外适用”，而《阻断办法》中没有明确规定何为“不当域外适用”；从《阻断办法》第二条属事适用范围条款来看，不当域外适用似乎专指“不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形”。54这一表述的指向是次级制裁。55

次级制裁（Secondary Sanction）指的是阻止第三国的公民或公司与一级制裁目标进行交易的经济限制措施。56但无论是美国还是英国的涉疆制裁，均停留在初级制裁的层面：美国和英国针对我国官员的措施——例如冻结财产、限制入境、禁止交易——系点对点式的“聪明制裁”（smart sanctions）；[57]而美国将我国实体放入“实体清单”的做法禁止的是美国实体及个人与我国实体进行交易，我国实体尚属于初级制裁对象，而非“不当限制或禁止我国公民与第三国地区及其公民”进行交易的次级制裁对象。[58]这使得《阻断办法》亦无法为我国对美、对英反制提供国内法上的法律依据。

第十二条 对外国法律与措施不当域外适用，中国政府可以根据实际情况和需要，采取必要的反制措施。

参见 2021 年商务部第 1 号令《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》，载中国商务部官网，http://tfs.mofcom.gov.cn/article/bc/202101/20210103029710.shtml（访问日期：2021 年 4 月 25 日）。

53 域外管辖（Extraterritorial Jurisdiction）根据国际法委员会的定义，指的是“一国在其境外行使主权权力或权威”。域外适用（Extraterritorial Application）则指的是“本国针对位于或发生在本国领域之外的人、物或行为适用本国法律规则的过程”。一般而言有了域外管辖权，域外适用才具有国内法依据。就美国而言，《全球马格尼茨基人权问责法》可制裁一切国籍的人，属于美国法的域外适用；就英国而言，《全球人权制裁条例》亦赋权英国国务大臣制裁一切国籍的人，属于英国法的域外适用。参见廖诗评：“国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例”，《环球法律评论》2009 年第 3 期，第 168-169 页。“The notion of extraterritorial jurisdiction may be understood as referring to the exercise of sovereign power or authority by a State outside of its territory”, See UN ILC, Report on the work of the fifty-eighth session (2006), Annex E, p. 229.

54 第二条 本办法适用于外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则，不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形。同前注 1。

55 在 2021 年 1 月 9 日商务部发布的《保护正当合法权益 维护国际经贸秩序——权威专家就<阻断外国法律与措施不当域外适用办法>答记者问》中，中国人民大学法学院教授韩立余将《阻断办法》解释为针对次级制裁。从法条原文及后续解读来看，有充分理由认为《阻断办法》中第十二条规定“反制措施”的指向即为次级制裁。参见“保护正当合法权益 维护国际经贸秩序——权威专家就<阻断外国法律与措施不当域外适用办法>答记者问”，载中国商务部官网,<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/202101/20210103029706.shtml>(访问日期：2021 年 4 月 25 日)。

56 “‘secondary sanctions’—economic restrictions designed to deter third-country actors from supporting a primary target of unilateral sanctions.” See Jeffrey A. Meyer, “Second Thoughts of Secondary Sanctions,” 30 University of Pennsylvania Journal of International Law (2009), p. 906.

57 又称“定向制裁”（targeted sanctions），指的是仅针对某个违反国际义务或能决定某国政治行动的个人施加制裁措施，常见的措施有冻结个人资产、禁止个人入境等。这一做法系联合国安理会制裁手段的发展。近年来由于一般性的针对一国的制裁常被诟病侵犯了该国国内公民的人权，安理会逐渐发展出仅制裁个人的“聪明制裁”措施。参见顾婷：“安理会反恐‘聪明制裁’之困境及其出路”，《法学》2011 年第 10 期，第 120-123 页。参见《联合国人权事务高级专员办事处关于单方面强制性措施对享受人权的影响的专题研究报告，包括就旨在终止此类措施的行动提出的建议》（A/HRC/19/33）。

58 参见廖凡：“比较视角下的不可靠实体清单制度”，《比较法研究》2021 年第 1 期，第 170 页。

综上所述，《清单规定》可以为我国涉疆对外反制的行为提供国内法依据，但实施主体应为国务院工作机制而非外交部，在具体执行层面上出现主体错位；《阻断办法》仅针对次级制裁而无法阻断初级制裁，目前暂不能为我国涉疆的对外反制提供法律依据。

进一步地，通过上述分析可总结出我国与英美制裁法律体系的差别：

其一，英美均完成了从国际法赋权国内法、再从国内法律赋权国内条例的立法流程，使得制裁行为有明确的法律依据；[59]我国则存在着国际法与国内法、国内法与行政决定的双重断裂。前者表现在过去执行安理会制裁决议的国内衔接法律缺失、当前《清单规定》与《阻断办法》两大反制法均未能明确国际法与国内法对二者的授权，后者则表现在法律主体（国务院工作机制）与实际权力主体（外交部）的错位。

其次，英国的 2018 Act 和 2020 Regulation 是打着人权旗号服务国家利益的“主动式立法”，故而具有体系性，集制裁对象、方式、执行于一体；而我国目前的立法属于“被动防御式立法”，是围绕反制裁、反干涉、反长臂管辖的工具箱，60要根据外方行动回到国内法律体系中去逐一寻找可能适用的法律（例如《清单规定》旨在反制措施，《阻断办法》针对次级制裁），具体的落实措施还要再度进入次级立法去一一检索，61这就难免造成立法的碎片化和“头痛医头、脚痛医脚”的掣肘之感。相比之下，美国的立法虽然琐碎，却在长期的实践中形成了一套完整的以财政部 OFAC 主管财产限制、商务部 BIS 主管出口限制的执行制度。我国虽然在《清单规定》中列明了制裁措施，但具体落实仍有待进一步明确。

三、我国对外反制法的程序构建

通过上文的分析，当前《清单规定》和《阻断办法》作为我国对外反制法基本工具较为突出的问题是法律授权主体与实际权力主体的错位，以及对外反制法尚不完备，这导致了既有立法的悬置以及既有反制措施的程序瑕疵。对于此，已有相当多的学者讨论如何协调对外反制法与国际义务——例如不违背世贸组织的规则；[62]讨论《清单规定》和《阻断办法》的

---

[59] 英国 2018 Act 和 2020 Regulation 均强调了国际法义务的国内化，美国人权制裁法律亦表明了与国际法的承继关系。《全球马格尼茨基人权问责法案》§1262 提到，本法规制的“对国际公认的人权的严重侵犯”（gross violations of internationally recognized human rights）这一术语来自于 1961 年《对外援助法》（the Foreign Assistance Act），而《对外援助法》明确美国是依据《联合国宪章》所规定的国际义务促进更多国家遵守人权；国务卿在做人权报告时，应充分考虑《防止及惩治灭绝种族罪公约》等国际条约的规定。See 22 U.S. Code § 2304.

60 中国纪检监察报：“反制裁 反干涉 反制长臂管辖 涉外领域立法步伐加快”，载中国新闻网，< https://www.chinanews.com/gn/2021/03-11/9429780.shtml>（访问日期：2021 年 4 月 25 日）。

61 例如《不可靠实体清单规定》第十条虽然提出了六项处理措施，但同时提到“前款规定的处理措施，由有关部门按照职责分工依法实施，其他有关单位和个人应当配合实施。”以第一种措施“限制或禁止进出口”为例，其涉及的具体法律法规就包括《出口管执法》、《对外贸易法》、《海关法》、《海关行政处罚实施条例》及针对六种不同物品出口管制的行政法规，所涉权力主体有商务部、工业和信息化部、海关等。散见于大大小小法律、行政法规、部门规章的各项规定为《不可靠实体清单规定》的具体落实增加了难度。

[62] 参见沈伟：“中美贸易摩擦中的法律战——从不可靠实体清单制度到阻断办法”，《比较法研究》2021 年第 1 期，第 194 页。

上位法——例如《对外贸易法》——如何细化授权；[63]讨论如何整合对外反制法律体系——例如将经济制裁与进出口管制制度衔接起来。[64]本文不再赘述。

在这一部分，本文选择强调对外反制法中程序规则的构建。

目前也有学者论述应当高度重视我国反制程序的合法和透明问题，给予被制裁方救济途径，其理由为“既向被制裁方及其本国政府施加压力，同时又表明中国制裁措施的反制属性，以及中国对国际经贸合作的开放态度，从而最终达到改变对方政策和行为的目标”。[65]本文认为，还可以从遵守国际法的角度论证程序规则的重要意义——英美人权制裁法违反了公正审判权这一习惯国际法规则，而我国应当尽量避免此种风险。

公正审判权以 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条为核心的权利，指的是人人皆享有的接受公平审判的权利，具体内容包括公开公正审判、无罪推定、告知指控、陈述申辩等。66它同时出现在《世界人权宣言》（第 8 条）、《美洲人权公约》（第 25 条）、《欧洲人权公约》（第 6、13 条）等国际人权文件中，被视为习惯国际法规则之一。67

但英美的人权制裁立法及其执行直观地违反了这一国际法规则。就美国而言，无论 EAR§744.11 的“违反美国国家安全或外交政策利益”、《移民和国籍法》的“国务卿有理由相信，该外国人……将对美国的外交政策产生潜在的严重不利影响”，还是《全球马格尼茨基人权问责法案》的“总统根据可靠的证据，对任何外国人实施制裁”，都将极大的自由裁量权赋予了行政首长而非法院，被制裁人的人身、财产权利由行政程序而非司法程序剥夺。且制裁名单形成后，美国亦无法律规定被错误制裁者如何申诉除名或请求赔偿。以 OFAC 为例，当事人仅可以通过信件或电子邮件的方式向 OFAC 申请除名，但对其最终决定没有进一步申诉的救济途径。[68]

英国同样如此。2018 Act 和 2020 Regulation 将禁止入境、冻结财产等制裁行为交由英国国务大臣作出，也是通过行政命令而非司法程序的方式或限制或剥夺了被制裁人的行动自由和财产权利；且没有任何对国务大臣信息来源、判断标准的法律要求，甚至国务大臣制裁某人的理由陈述都不是必须的。[69]制裁名单形成后，被制裁人无法提起（行政）诉讼、无法申诉与答辩、无法获得救济，2018 Act 和 2020 Regulation 也没有提供索赔的法律依据。这种做法显然侵犯了当事人的公正审判权。

事实上，这一问题已经频繁出现在联合国安理会的“聪明制裁”当中。例如 2008 年欧洲法院推翻了 Kadi 案中欧洲初审法院的判决，认为欧盟理事会依据安理会第 1267 号决议制

---

[63] 参见廖凡：“比较视角下的不可靠实体清单制度”，《比较法研究》2021 年第 1 期，第 172-173 页。

[64] 参见张辉：“论中国对外经济制裁法律制度的构建——不可靠实体清单引发的思考”，《比较法研究》2019 年第 5 期，第 141-153 页。

[65] 参见张辉，同上注。参见廖凡，同前注 4。

66 联合国大会《公民权利及政治权利国际公约》1966 年 12 月 16 日，第 2200（XXI）号决议。

67 顾婷：“安理会反恐‘聪明制裁’之困境及其出路”，《法学》2011 年第 10 期，第 122-123 页。

[68] 王佳：“美国经济制裁立法、 执行与救济”，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 5 期，第 59-60 页。

[69] Section 12(9), Legislation of the Government of the UK, Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018, available at < https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/13/contents/enacted >(last visited April 23, 2021).

定的制裁本·拉登、基地组织和塔利班的 2002 年第 881 号条例70因违反基本人权而无效。712009 年，加拿大联邦法院在 Abdelrazik 案中指出，安理会 1267 号决议违反了国际人权法，而加拿大政府与之配套的措施侵犯了当事人进入加拿大的宪法性权利。72也正因为如此，联合国人权理事会强调，“聪明制裁”——无论是安理会作出还是国家单方作出——必须考虑与人权法的冲突问题：

“冻结恐怖分子嫌疑人或目标政权领导人的银行账户等强制性措施在他们没有机会或很少有机会质疑这类决定的情况下，可能会侵犯其接受公平审判的权利及其隐私权和财产权。

人权事务高级专员指出，即使为结束严重侵犯人权行为而在广泛的外交努力中并宜在多边框架内实施的谨慎选定目标的制裁，也必须遵守严格的条件。

各国采取的单方面强制性措施不得违反其根据条约法或国际习惯法承担的义务。联合国所有会员国应避免采取对人权、尤其是对最弱势人群造成不良影响的任何强制性措施。如果采取这类措施，必须要有保护人权的明确保障。”73

显然，英美的全球人权制裁立法均无法满足上述要求，既缺乏限缩行政权和透明程序，又未能保障被制裁人公平审判和寻求救济的权利。美国的全球人权制裁已广受程序不公的诟病，打着保护人权旗号的英美“人权斗士”同时也在侵犯人权，最终落入“彻底的人权悖论”之中。74

因此对于正在建设对外反制法的我国来说，从一开始就注重程序规则，提高反制措施的透明度，给予外国公民及实体陈述、申辩、救济的权利，不仅能“显示反制属性、表明开放态度”，也是为了我国的对外反制法能够具备国际法上充足的正当性。

2020 年 11 月，习近平总书记在在中央全面依法治国工作会议上强调，要坚持统筹推进国内法治和涉外法治，综合利用立法、执法、司法等手段开展斗争，坚决维护国家主权、尊严和核心利益。75从南海仲裁案到加拿大政府逮捕孟晚舟，再到英美涉疆的一系列动作，国际法的斗争性凸显，而涉外法治的建设还有待加强。可以想见，未来对外反制法将更为频繁地出现在国内和国际舞台上，成为我国维护国家安全与利益的法律武器。

从外交部而非国务院工作机制宣布对外反制措施来看，我国目前仍然面临着行政思维向法治思维转变的“阵痛”。通过对外反制法中程序规则的构建——包括但不限于公开制裁的

---

70 Council Regulation (EC) No. 881/2002 of 27 May 2002.

71 See Yassin Abdullab Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council of European Union and Commission of the European Communities [2008] ECR I – 6351. 参见顾婷：“安理会反恐‘聪明制裁’之困境及其出路”，《法学》2011 年第 10 期，第 119 页。

72 See Abousfian Abdelrazik v. Minister of Foreign Affairs and Attorney General of Canada, 2009 FC 580, 4 June 2009. 参见顾婷，同上注，第 119 页。

73 Para. 27, 38, 40, 41, in A/HRC/19/33.

74 August Reinisch, “Developing Human Right and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions”, 95 American Journal of International Law (2001), p. 859.

75 “习近平在中央全面依法治国工作会议上强调 坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障”，载人民网，<http://cpc.people.com.cn/n1/2020/1118/c64094-31934590.html>(访问日期：2021 年 4 月 27 日)。

审核标准与确切证据、反制措施的时效及范围、被提名人的申诉抗辩权等，进一步强化法治思维，提高对外反制法的立法与执行水平，从而与英美违背国际法的人权制裁法律制度形成显著对比。这既体现了我国负责任大国的谨慎形象，也是对人类命运共同体的小心呵护。

海南自由贸易港加工增值免关税制度的解析与构建

卢荔 邹立刚**

（海南大学 法学院，海南海口 570228）

摘要：海南自由贸易港属海关监管特殊区域，含进口料件但满足在海南自由贸易港加工增值超过30%（含）的货物经“二线”进入内地免关税制度，是中国特色自由贸易港的特色制度，是其区别其他海关特殊监管区域的关键。海南加工增值免关税制度与原产地规则具有一定程度的形式耦合但有本质区别。通过结合海南加工增值免关税制度的原则和要求分析，立足鼓励大幅进口、适当进口、减少进口等多维视角比较，明确提出要以相对于进口料件和国内原产料件的总价值为加工增值客体，即在海南自由贸易港内所有附着于加工所需料件上的除该料件原值外的价值部分，相对于该料件的增加比例。但基于加工增值的区域累积规则考虑，亦提出可以参照原产地认定标准中区域价值成分原理来确定计算公式，形成切合实际的贸易新制度国际供给。

关键词：海南自由贸易港；加工增值；免关税；公式

［中图分类号］D922 ［文献标识码］A ［文章编号］1002—4670（2021）

［收稿日期］

［基金项目］国家社会科学基金重大项目（18ZDA156）；海南省法学会重点课题（hnfx2018a14） ［作者简介］卢荔（1987-），男，湖南邵阳人，海南大学法学院2019级博士研究生，研究方向为国际经济法。

邹立刚（1955-），男，湖南长沙人，海南大学法学院教授，博士生导师，主要从事国际法学研究。

引言

2020年6月1日，党中央、国务院发布《海南自由贸易港建设总体方案》(以下简称《总体方案》)，明确了海南自由贸易港建设的目标和实施步骤。《总体方案》提出，在海南岛设立“一线”“二线”，[1]同时明确对鼓励类产业企业生产的不含进口料件或者含进口料件在海南自由贸易港加工增值超过30%(含)的货物，经“二线”进入内地免征进口关税，照章征收进口环节增值税、消费税(以下简称“海南加工增值免关税制度”)。

海南加工增值免关税制度是海南自由贸易港作为海关监管特殊区域区别于其他海关特

[1] 根据《海南自由贸易港建设总体方案》，在海南自由贸易港与中华人民共和国关境外其他国家和地区之间设立“一线”，在海南自由贸易港与中华人民共和国关境内的其他地区之间设立“二线”。

殊监管区域的关键特色之一，也是我国首次对境内(除港澳地区外)区域实施基于价值增值的关税优惠安排。但是，海南加工增值免关税制度与国际贸易通用的原产地规则在形式上存在耦合，非常容易让国际社会对这一规则产生与原产地规则的混淆。因此，海南自由贸易港需要准确赋予海南加工增值免关税制度内涵，厘清制度原理并加强解读，合理设计加工增值比例计算公式，以达充分利用内外资发展海南自由贸易港鼓励类产业、提升岛内产业链配套能力的目标。

一直以来关于原产地规则的研究成果很多，并跟进 CPTPP、RCEP 等区域协定关于原产地新规则的研究十分及时，而针对加工增值规则的研究很少。放在整个知网进行检索，以“主题”为“原产地规则”为检索条件，发现共有 2796 篇，时间跨度自 1971 年至今，而以“全文”为“加工增值”为条件，发现与进出口货物关税有关的研究成果仅 1 篇，并且没有涉及到加工增值与免关税之间逻辑关系的论述，也并未涉及到对加工增值认定标准的推导和设定。本文将聚焦海南加工增值免关税制度的逻辑，分析其与原产地规则的形式耦合及本质区别，同时借鉴原产地标准经验，推导海南加工增值比例计算公式，在此基础上提出对海南自由贸易港加工增值比例认定的公式和方法建议。

一、海南加工增值免关税制度与原产地规则存在形式耦合

原产地规则是指识别产品原产地的方法，是各国为了确定国际贸易中货物的原产地及原产国家和地区，而制定的法律法规和普遍实施的行政命令及措施。[2]在国际贸易中，商品的原产地是指与产品的生产地有关的产品的“法定国籍”，也就是货物的原产国（地区）。原产地规则可以是国家之间、国家集团之间，也可以是地区之间关于确定货物生产地或制造地、签发原产地证书或实施原产地声明的法律依据。[3]

关税及贸易总协定（General Agreement on Tariffs and Trade，GATT）在乌拉圭谈判回合制定的《原产地规则协议》（Agreement on Rules of Origin）中，将原产地规则明确为任何成员方为确定货物的原产地而实行的普遍适用的法律法规和行政管理决定。这从国际协定的角度对原产地规则进行了框架式非强制性的约定,为此后双边、诸边间签署的自由贸易协定（Free Trade Agreement，下称 FTA） 中的原产地规则的设定，提供了指导性参考范本。世界各国签订的区域自由贸易协定在 WTO 原产地规则框架下，形成了不尽相同的原产地认定标准。

根据 WTO 原产地规则协定(1986)，明确原产地认定标准主要包括完全获得与实质性改变两种。完全获得标准，是指完全在一个地区获得的产品，譬如在某地区收获、开采的农产品、矿产等，即以该地区为原产地；两个以上地区参与生产的产品则适用实质性改变标准，以最后完成实质性改变的地区为原产地。实质性改变包括三种准则：一是从价百分比要求；

[2] 国家质检总局：《原产地签证概要与操作实务》，中国质检出版社，2016 年 4 月第 2 版，第 21 页。

[3] 海关合作理事会（Customs Cooperation Council, CCC）在《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》（International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures，《京都公约》）在附约 D 中关于原产地规则内容，专门指出上述定义中的“国家”一词，可包括一个国家集团、一个地区或一个国家。

二是税则分类改变；三是制作或加工操作标准。这三种准则既可单独使用也可联合使用(Estevadeordal and Suominen,2005[4];Krishna,2005[5]；Ansonet al.,2005[6])。

如前述《总体方案》明确的海南加工增值免关税制度，其题中应有之义，自然应当包含以下两个方面：

一方面，海南自由贸易港鼓励类产业企业利用海南岛本土完全原材料，或自内地进入到海南岛的原材料来生产加工的产品，在进入内地时适用免关税优惠安排；对于非鼓励类产业企业利用海南岛本土完全原材料、或自内地进入到海南岛的原材料来生产加工的产品进入内地，将正常征收关税，这意味着非鼓励类产业企业完全在海南岛获得和生产的产品，将被内地视作为进口产品予以征收关税。

另一方面，海南自由贸易港鼓励类产业企业利用进口料件并在海南自由贸易港加工增值超过 30%（含）的产品，在进入内地时享受同样的免关税优惠安排。这一实质在于既要是鼓励类产业企业，又要满足加工增值标准；当鼓励类产业企业满足加工增值标准时，该产品就可与海南岛本土完全原材料、或自内地进入到海南岛的原材料来生产加工产品，享受同样的免关税待遇。

由此可以看出，海南自由贸易港鼓励类产业企业，无论是使用海南岛本土完全原材料、或自内地进入到海南岛的原材料来生产加工的产品，还是利用进口料件并在海南自由贸易港加工增值超过 30%（含）的产品，在经“二线”进入内地时，与原产于我国或与我国签订零关税协定国家和地区的产品一样免征关税，在形式上可视为满足“完全获得”标准和“实质性改变”标准，而当作“原产于我国”的产品，进而免征关税；而非鼓励类产业企业的产品以及鼓励类产业企业利用进口料件但加工增值未达 30%的产品，则都可视为“非原产于我国”而当作进口产品予以征收关税。

这就能够得出，海南加工增值免关税制度的关键不是鼓励类产业企业的认定，而是对鼓励类产业企业不含进口料件的认定以及含进口料件而加工增值超过 30%（含）的认定，其中自然包括对进口料件的认定。其实质是可以将其视作为，对不含进口料件的产品可认定为海南岛本土完全获得或生产的产品，对含进口料件而加工增值达 30%（含）的产品，可视作满足“实质性改变”标准而认定为产自海南岛的产品，从而确保海南加工增值免关税制度适用的统一性和非歧视性。

认定或视作为海南岛本土完全获得或生产的产品，以及视作满足“实质性改变”标准而认定为产自海南岛的产品，在形式上就归结到“海南岛”是否可视作为该产品的“产地”（不是“原产地”），这就导致海南加工增值免关税制度与原产地规则的逻辑形成一定程度上的形

[4] ESTEVADEORDAL A，SUOMINEN K. Rules of Origin in Preferential Trading Arrangements: Is All Well with the Spaghetti Bowl in The Americas[J]. Economic: Journal of the Latin American and Caribbean Economic Association,2005,5 (2): 63-92.

[5] KRISHNA K. Understanding Rules of Origin[R].NBER Working Paper,2005,11150.

[6] ANSON J，CADOT O，ESTEVADEORDAL A,et al．Rules of Origin in North－South Preferential Trading Arrangements with an Application to NAFTA[J]．Review of International Economics,2005,13 (3) : 501-517.

式耦合，即进口货物在符合进口方的原产地标准时，可被认定是产自协定成员方的产品，进而享受约定的关税优惠税率。7这也成为部分学者和政府部门将海南加工增值免关税制度解读为“原产地规则”或“类似于原产地规则”的主要原因。同时这也就使得海南加工增值免关税制度，不得不在深入解析当前世界主流的货物贸易原产地规则基础上，借鉴原产地认定标准的规则，形成合理的、独特的认定标准，从而构建世界公认的、区别于原产地规则的海南自由贸易港加工增值认定标准，并为推动形成统一的、广泛适用的国际贸易规则提供经验参考。

二、国际贸易中主要的原产地认定标准

原产地规则的作用。

除进行贸易统计功能外，贸易协定成员方普遍认为原产地规则的功能主要是，一方面，可以防止关税规避，即让不符合原产地标准的非成员方产品无法享有优惠关税，即使这些产品已经从最低对外关税的成员进入了区域FTA市场（Ju and Krishna,2005[8];Krishna,2005;Ornelas,2005[9];Ishikawa et al.,2007[10]）。另一方面，用以保护成员方与进口产品相对弱势的产业，由于只需采用国内法选择原产地标准进行规制，成员方可针对不同产业或产品采用不同的原产地标准，由此，原产地规则便经常成为一种针对敏感产业或幼稚产业的隐性贸易保护措施，这也导致原产地规则已成为企业重点关注并进行政治游说的目标(Stefano,200911)。此外，可以吸引非成员方市场主体到成员方进行对外直接投资(Outward Foreign Direct Investment，OFDI)，Krishna和Krueger(1995)指出，原产地规则会吸引非成员企业到生产成本较低的成员进行OFDI，因为通过OFDI，非成员企业的产品可以进入FTA市场并满足原产地标准，进而规避所有成员的对外关税。[12]Rodriguez(2001)13通过构建一个三国模型，证明了严格的原产地规则会引致贸易量缩减，但会增加FTA成员的OFDI流入。Estevadeordal等(2006)14通过检验墨西哥的产业层级数据，证实了原产地规则对OFDI的促进作用。

（二）主要的可供借鉴的原产地认定标准。

---

[7] 多数FTA承诺在5－15年内完全消除其内部关税。例如，北美自由贸易区(NAFTA)要求其大部分产业在5年内达成内部关税归零的目标，然而在某些敏感产业，如农业，NAFTA花了15年才完全消除其内部关税。

[8] JU J，KRISHNA K. Firm Behavior and Market Access in a Free Trade Area with Rules of Origin [J].Canadian Journal of Economics，2005，38 (1) : 290－308.

[9] ORNELAS E. Trade Creating Free Trade Areas and the Undermining of Multilateralism[J]．European Economic Review，2005，49 (7) : 1717－1735.

[10] ISHIKAWA J，MIKINOKI H，MIZOGUCHI Y. Economic Integration and Rules of Origin under International Oli-gopoly[J]．International Economic Review，2007,48 (1) : 185－210.

[11] STEFANO I. Rules of Origin in International Trade [M].Cambridge University Press，2009，New York，USA.

[12] 陈建隆、李建成：原产地规则、贸易保护与市场进入模式，载《国际贸易问题》2020年第12期，第17页。

[13] RODRIGUEZ P L. Rules of Origin with Multistage Production[J].The World Economy,2001,24(2) :201－220.

[14] ESTEVADEORDAL A,LOPEZ－CORDOVA J E,SUOMINEN K. How Do Rules of Origin Affect Investment Flows? Some Hypotheses and the Case of Mexico[R]. IDB－INTAL Working Paper,2006,22.

由于海南加工增值免关税制度的核心是加工增值比例的认定及其计算方式，从前述的原产地规则中的“完全获得”和“实质性改变”规则内容可以看出，对于这一比例的计算和确定，可供借鉴的主要是“实质性改变”规则中的“从价百分比”标准及“区域价值成分”标准。

1.中国—东盟自由贸易协定（CAFTA)原产地认定标准借鉴要点。以原产于东盟成员国为例，在东盟成员国制造、加工的产品符合 CAFTA 项下产品特定原产地规则规定的，应当视为原产于东盟成员国的货物，制造、加工该产品的东盟成员国为其原产国。除了完全获得、实质性改变—税则分类变化标准，还规定了以下规则：

（1）在东盟成员国非完全获得或者生产的货物，其生产过程中使用的非原产于中国—东盟自由贸易区的材料、零件或者产品的总价格不超过该货物船上交货价格（FOB）的 60%，并且最后生产工序在东盟成员国境内完成的，应当视为原产于东盟成员国境内。这可以简化理解为，使用自东盟成员国外的进口料件用于在东盟成员国内加工形成的货物，只要该进口料件价格占货物总价格（FOB）的比例不超过 60%（自区外进口料件价格/货物 FOB 价格≤60%），即应当认定东盟成员国为货物原产地，从而享受协定优惠税率。

（2）在东盟成员国非完全获得或者生产的货物，其生产过程中使用的原产于任一东盟成员国的中国—东盟自由贸易区成分不低于该货物船上交货价格（FOB）40%的，应当视为原产于东盟成员国境内。即单一东盟成员国料件价格占货物总价格（FOB）的比例不低于 40%（单一东盟成员国料件价格/货物 FOB 价格≥40%），即认定该东盟成员国为货物原产地。

（3）除另有规定外，原产于中国的货物或者符合该办法第三条规定的东盟成员国原产货物在其他东盟成员国境内被用作制造、加工其他制成品，最终制成品的中国—东盟自由贸易区成分累积值不低于 40%的，该货物应当视为原产于制造或者加工该最终制成品的东盟成员国境内。即规定了价格累积规则，即多个东盟成员国的料件价格占货物总价格（FOB）的比例不低于 40%（多个东盟成员国料件价格/货物 FOB 价格≥40%），应当视最终制成品的东盟成员国为货物原产地。

2.我国内地与港澳协议的原产地认定标准借鉴要点。根据《中华人民共和国海关《〈内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排〉货物贸易协议》项下进出口货物原产地管理办法》《中华人民共和国海关《〈内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排〉货物贸易协议》项下进出口货物原产地管理办法》，除了完全获得或者生产、在内地或者香港、澳门全部使用符合该办法规定的原产材料生产的，属于该地原产。同时，还规定了以下规则：

（1）不属于上述《协议》项下产品特定原产地规则适用范围，但是满足按照累加法计算的区域价值成分不低于 30%标准的，或者按照扣减法计算的区域价值成分不低于 40%标准的）：

区域价值成分标准应当根据下列公式计算：

累加法：区域价值成分=〔（原产材料价值+劳动力价值+产品开发支出价值）/离岸价格〕×100%≥30%

扣减法：区域价值成分=〔（离岸价格－非原产材料的价值）/离岸价格〕×100%≥40%

（2）“区域价值成分”是指香港原产料件的价格以及在香港产生的劳动力价值和产品开发支出价格的合计与出口制成品船上交货价格（FOB）的比值。该比值大于或者等于 30%，并且产品的最后制造或者加工工序在香港境内完成的，视为进行了实质性加工。用公式表示如下：

区域价值成分=〔（原料价格+组合零件价格+劳动力价值+产品开发支出价格）〕/出口制成品的船上交货价格（FOB）〕×100%≥30%

3.区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）原产地认定标准借鉴要点。

除了完全获得、实质性改变—税则分类变化标准，还规定了如下规则：

区域价值成分标准应当根据下列公式计算：

累加法：区域价值成分=〔（原产材料价值+直接人工成本+直接经营费用价格+利润+其他成本）/离岸价格〕×100%≥40%

扣减法：区域价值成分=〔（离岸价格－非原产材料的价值）/离岸价格〕×100%≥40%

三、海南加工增值免关税制度加工增值比例认定公式的推导

海南自由贸易港背靠内地大规模市场，在具有与内地不一样的零关税政策优势基础上，实施加工增值 30%免关税政策，将极大激发全球企业通过在海南自由贸易港对其进口料件进行加工增值后，经“二线”进入内地消费市场。这就需要对该加工增值认定标准进行合理设计，以防范经“二线”进入内地对市场造成较大冲击。通过前述分析可以认为，海南自由贸易港加工增值认定标准应当是不同于原产地规则，但又与原产地规则原理紧密相连，可以互相参照，从而制定好海南加工增值免关税制度。与非完全获得产品的原产地认定标准是原产地规则的关键相对应的是，设计好海南加工增值免关税制度的关键，就在于对认定加工增值比例的公式的确定。

对此，设计好加工增值比例认定公式的原则，一方面，应当基于海南自由贸易港“三区一中心”的战略布局，要聚焦鼓励类产业发展的定位，准确把握海南加工增值免关税政策的目的；另一方面，应当深刻理解海南自由贸易港是我国推进自由贸易的“试验田”“测试器”，将持续推动我国进口关税总体水平的下降，进而扩大进口。此外，加工增值比例认定公式理所应当遵循国际规则规制及通行惯例，要对接国际通行规则进行标准化，以助于实现数据对接畅通，不断提升贸易便利化水平。

海南加工增值比例认定公式设计的基本原则。

有利于海南自由贸易港鼓励类产业的巨大发展。目标产业发展与否是检验制度的最好标尺。海南加工增值免关税制度设置的“初心”，就是促进海南自由贸易港鼓励类产业的发展，进而做大海南经济流量，实现海南经济的快速腾飞。一方面，认定公式应当体现“自由贸易”的特点，即鼓励全球任一市场主体在海南针对鼓励类产业设立加工工序，“自由贸易”下的进口料件在海南进行加工具备区别优势，形成了强大引力场。另一方面，认定公式应当体现“加工”产业化特点，也就是说，加工必然要对产业发展产生资源集聚效应，形成产业发展

的有利条件。

有利于海南自由贸易港做好两类资源、两个市场的“衔接器”。海南自由贸易港建设是我国面对国际国内社会需求形势，实施进一步扩大对外开放的“压力测试”，是当前对国内国外资源进出口、国内国外市场准入开放规则的“衔接器”。认定公式应当要鼓励较大程度的进口，因而支持较高比例的进口料件是公式设计的应有之义。同时，公式要在国际规则的原则下构建加工增值这一市场开放规则，形成国际市场准入的重要制度供给。

3.有利于防范海南自由贸易港形成“税收规避”对内地市场造成冲击。合理设计计算公式，避免海南加工增值免关税制度“一放就乱、一乱就管、一管就死”，坚决杜绝不法企业利用这一特别制度，采取“微小加工和处理”“微小含量”等钻政策空子，形成“税收规避”，对内地市场造成冲击。

（二）海南加工增值比例认定公式的基本要求。

1.应税进口料件通过实际加工获得增值。即海南加工增值免关税制度的本意是应税进口料件与海南（内地）原材料、零部件和半成品在海南自由贸易港内进行加工程序后，实现应税进口料件增值的比例不少于 30%，从而被视为海南（内地）的货物（料件），按国内货物免关税流转。

2.海南（内地）原产料件自由流转。要充分发挥海南自然资源丰富以及背靠超大规模国内市场和腹地经济等优势，促进海南（内地）原产料件进入海南自由贸易港的加工环节，促进我国生产要素供给优势的充分发挥。

3.国家（地区）协议零关税货物不计入应税进口料件。我国参与加入国际（地区）零关税协议货物本来进入国内市场是零关税，在进入海南自由贸易港经加工后，更没理由对该部分征收关税，应视同国内货物自由流动免征关税。因此，以下内容中，对我国与其他国家（地区）协议下零关税货物（料件）视作为国内原材料。

4.按照基于成本基础计算加工增值计算规则。即海南自由贸易港加工增值是在成本的基础上计算加工增值，而不应按照毛利润计算方式在销售价格基础上计算加工增值。

5.符合公认会计准则。计算价格（成本）应当能够依据《公认会计准则》相关公认的会计准则和《关于实施 1994 年关税与贸易总协定第 7 条的协定》的有关规定确定。

（三）海南加工增值比例认定公式的推导。

我们分两种情况分析海南加工增值比例认定公式。第一种情况是，不考虑海南自由贸易港加工增值免关税制度的特殊性以及上述分析所需要遵循的原则和要求，简单照搬我国当前实施的原产地认定标准，采用区域价值成分标准来确定海南加工增值比例的公式设计。第二种情况是考虑其特殊性及其所需要遵循的原则和要求，把握“增值”这一本质问题来进行公式设计。由于当前增值价值的评价指标主要是价格，因此公式可使用各项目的“价格”进行计算。

首先，第一种情况简单照搬我国当前实施的原产地认定标准，将包含两种计算公式。

1.第一种计算公式，区域价值成分中“累加法”计算公式。

加工增值比例=〔（国内原产料件价格+直接人工成本+直接经营费用价格+利润+其他成本）/出岛内销成交价格〕×100%≥30%

“国内原产料件价格"是指直接用于制造或装配最终出岛内销货物而产自海南或国内的原材料、零部件或半成品的价格。我国与其他国家（地区）协议下零关税原材料、零部件或半成品可视为国内原产料件。“直接人工成本、直接经营费用价格、利润、其他成本"，均为在海南自由贸易港内加工环节所产生的，以及行业规则所普遍认可的项目和标准。“出岛内销成交价格”是指加工增值货物由海南自由贸易港出岛进入内地销售时的成交价格。以下公式中出现的相同名词，为同一说明，因此只在首次出现时作具体含义说明。

主要内涵分析：为使得鼓励类产业加工环节更加容易在海南自由贸易港集聚，必然将分子项目越多越好，因此采用 RCEP 原产地认定标准的计算公式。按该公式，进口料件价格在货物成交价格中的占比最高不超过 70%，将鼓励较大幅度的进口料件，企业进口料件较容易达到加工增值标准，可以吸引较多原材料在国外且市场在我国内地的企业，在海南自由贸易港设立加工厂。

但此认定公式实质是货物中除进口料件价格外的部分在货物价值中的占比，对加工增值所针对的客体是含糊不清的。同时，由于分子项目众多，企业在加工和经营过程中的管理成本巨大，也很有可能因该成本超过给予免除的关税额，而不考虑在海南自由贸易港设置加工环节。

2.第二种计算公式，区域价值成分中“扣减法”计算公式。

加工增值比例=〔（出岛内销成交价格－非国内原产料件价格）/出岛内销成交价格〕×100%≥30%

“非国内原产料件价格"是指直接用于制造或装配最终出岛内销货物而产自国外的应税原材料、零部件或半成品的价格。我国与其他国家（地区）协议下零关税原材料、零部件或半成品可不视为“非国内原产料件”。

主要内涵分析：按一般理解，非国内原产料件价格即进口料件价格，但该进口料件应当不包含我国与其他国家（地区）协议下零关税进口料件。按此公式，进口料件价格在货物成交价格中的占比仍然是最高不超过 70%，将鼓励较大幅度的进口料件。这也使得进口料件较容易达到加工增值标准，可以吸引较多原材料在国外且市场在我国内地的企业，在海南自由贸易港设立加工厂。同时，由于分子项目比第一种计算公式较少，企业在加工和经营过程中的管理成本实现较大幅度下降，比第一种计算公式具有更大优势。

但此认定公式的实质是，货物中除进口料件价格外的部分在货物价值中的占比，对加工增值所针对的客体依然是含糊不清的。

对照海南加工增值免关税制度的特殊性及其所需要遵循的原则和要求，前述的第二种公式，虽然较为符合鼓励进口料件在海南自由贸易港进行加工的政策本意，但依然难以解决“加工增值”所对应的客体问题。同时，区域价值成分认定标准普遍用来对国家（地区）间贸易货物原产地的认定，对于海南自由贸易港与内地贸易货物加工增值标准认定也存在一定程度

的冲突，简单应用原产地认定标准的计算公式，将导致该认定规则虽然是由国内法规进行规制，但很有可能导致来自国际贸易原产地规则的评判和规制。因此认为，不能简单参照原产地规则来设计加工增值认定公式。

由此可知，第二种情况是，就是要考虑海南加工增值免关税制度的特殊性及其所需要遵循的原则和要求，把握“加工增值”这一本质问题来进行公式设计。那我们首先需要考虑的问题，就是理解“加工增值”所相对应的客体，即关键是相对于哪一部分来计算增值。如，是指对进口料件的增值，还是对国内原材料或仅含有本土原材料的半成品而言的增值，或者是对货物中进口料件相应比例部分的增值？继而顺势推导，这包括三种计算方式。

3.第三种计算公式，以进口料件为加工增值所对应的客体。

加工增值比例=〔（出岛内销成交价格-进口料件价格）/进口料件价格〕×100%≥30%

“进口料件价格”是指直接用于制造或装配最终出岛内销货物而产自国外的应税原材料、零部件或半成品的价格。我国与其他国家（地区）协议下零关税原材料、零部件或半成品可不视为“进口料件”。

主要内涵分析：该“加工增值”是相对于进口料件的增值部分，即在海南自由贸易港内所有附着于进口料件上的除进口料件的原值外的价值部分，相对于该进口料件价值的增加比例。按此公式，进口料件价格最高只能占出岛内销成交价格的约 76.9%，进口料件比例为零时，适用不含进口料件货物免关税。这使得进口料件较容易达到加工增值标准，且所占比例较前述两种计算方式更大，将鼓励较大幅度的进口料件加工，可以吸引较多企业在海南自由贸易港设立加工厂。同时，由于计算公式项目仅涉及两项，企业管理和行政机关监管成本均不会大幅度增加，因此该公式具有优势。

4. 第四种计算公式，以国内原产料件为加工增值所对应的客体。

加工增值比例=〔（出岛内销成交价格-国内原产料件价格）/国内原产料件价格〕×100%≥30%

我国与其他国家（地区）协议下零关税原材料、零部件或半成品可视为国内原产料件，以下均作如此设定。

主要内涵分析：该“加工增值”是相对于国内原产料件的增值部分，即在海南自由贸易港内所有附着于国内原产料件上的除国内原产料件的原值外的价值部分，相对于该国内原产料件价值的增加比例。按此公式，国内原产料件价格最多只能占出岛内销成交价格的约 76.9%；货物所含的进口料件越多，则越容易达到加工增值标准，但当货物全部由进口料件组成，即进口料件接近 100%时，含有极少国内原产料件价格的极其简易加工即可满足加工增值认定标准。该计算方式，鼓励货物几乎全部由进口料件进行加工完成，而就这可能导致在海南自由贸易港内的加工环节仅含极少量国内原产料件，可以视为简易加工后的转口贸易也将享受经“二线”免关税政策，这就与海南自由贸易港坚持不以转口贸易为主的政策本意不符。

5.第五种计算公式，以货物中全部料件为增值客体。

加工增值比例=〔（出岛内销成交价格-进口料件价格-国内原产料件价格）/进口料件价

格+国内原产料件价格〕×100%≥30%

主要内涵分析：该“加工增值”是相对于料件的增值部分，即在海南自由贸易港内所有附着于加工所需料件上的除该料件原值外的价值部分，相对于该料件的增加比例。按此公式，进口料件和国内原产料件价格之和最多只能占出岛内销成交价格的约 76.9%，其余的部分价格是由于在海南自由贸易港加工产生的各类成本及利润等项目的价格。同时，该计算公式也规制了进口料件和国内原产料件的任意一种占出岛内销成交价格均不能超过约 76.9%，进口料件或国内原产料件均分别可接近于零，只要加工过程产生的成本能达到加工增值标准即可；但当进口料件为零时，适用不含进口料件免关税。

6.第六种计算公式，以货物中进口料件所占比例部分为增值客体。

第一步，进口料件所占比例=进口料件价格/（进口料件价格+国内原产料件价格）

第二步，加工增值比例=〔（出岛内销成交价格×进口料件所占比例-进口料件价格）/进口料件价格〕×100%≥30%

第三步，对上述两个公式可进行合并简化为：

加工增值比例=〔（出岛内销成交价格-进口料件价格-国内原产料件价格）/进口料件价格+国内原产料件价格〕×100%≥30%

由此可以看出，以货物中进口料件所占比例部分为增值客体，加工增值比例计算公式与第五种计算公式一致。其主要内涵也与上述第五种计算公式基本一致。

7.第七种计算公式，以货物中国内原产料件所占比例部分为增值客体。

第一步，国内原产料件所占比例=国内原产料件价格价格/（进口料件价格+国内原产料件价格）

第二步，〔（出岛内销成交价格×国内原产料件所占比例-国内原产料件价格）/国内原产料件价格〕×100%≥30%

第三步，对上述两个公式也可进行合并简化为：

加工增值比例=〔（出岛内销成交价格-进口料件价格-国内原产料件价格）/进口料件价格+国内原产料件价格〕×100%≥30%

由此可以看出，以货物中进口料件所占比例部分为增值客体，加工增值比例计算公式与第五种计算公式一致。其主要内涵也与上述第五种计算公式基本一致。

四、对海南加工增值免关税比例认定公式的建议

海南自由贸易港是当前我国唯一正在建设的中国特色自由贸易港。作为我国全面深化改革开放试验区，明确要积极探索建立适应自由贸易港建设的更加灵活高效的法律法规、监管模式和管理体制，这既是改革开放 40 年来我国治理经验的系统集成的需要，也是向全世界释放扩大开放的坚定决心和信心，将在我国深度参与重塑全球贸易规则中发挥重要作用。由此，海南加工增值免关税制度既要对标国际先进做法，又要具有中国特色，符合海南实际情况，特别是要将该制度作为撬动全球贸易要素流向海南的关键性力量，实现我国对世界贸易规则的制度供给，提升我国在全球贸易规则制定中的影响力和话语权。

（一）海南加工增值比例认定公式确定建议。

对照海南加工增值比例认定公式设计的基本原则和要求，结合上述的两种情况下的7种认定公式，可以看出，采用第五种认定公式是最大程度符合相关原则和要求的，体现了最大的特色是对全球贸易加工增值的最新制度供给；采用第二种认定公式，在较大程度上也是符合相关原则和要求的，体现了与当前普遍采用的原产地规则区域价值成分认定标准相衔接的特色。

1.建议一：首先采用第五种计算公式认定。

加工增值比例=〔（出岛内销成交价格-进口料件价格-国内原产料件价格）/进口料件价格+国内原产料件价格〕×100%≥30%

“出岛内销成交价格”是指加工增值货物由海南自由贸易港出岛进入内地销售时的成交价格。“进口料件价格”是指直接用于制造或装配最终出岛内销货物而产自国外的应税原材料、零部件或半成品的价格。“国内原产料件价格”是指直接用于制造或装配最终出岛内销货物而产自海南或国内的原材料、零部件或半成品的价格。我国与其他国家（地区）协议下零关税原材料、零部件或半成品可视为国内原产料件。

如上的海南加工增值比例认定公式，有着明确清晰的加工增值客体，符合国际社会公众对增值的普遍理解和预期；同时，对进口料件价格占出岛内销货物总价格的比例仅进行了76.9%以下的限制，较为合理，既实现了鼓励类产业企业在海南自由贸易港吸引设立加工基地的初衷，也符合海南自由贸易港不以转口贸易和加工制造为重点发展的定位，这将是我国对全球贸易新规则的重大供给。

需要注意的是，国际上对于价格的认定具有普遍的复杂性。在此公式中，“出岛内销成交价格”建议采用自海南自由贸易港起运时并申报进入内地时的成交价格，包括运费、税收保险、利润、特许使用权费用等等，这与现行的进口申报一致，不会对企业造成更多负担。

“进口料件价格”建议采用进口料件到岸价格（CIF价格），并以当时的汇率计算的人民币价格。由于进口料件价格一般是以外币结算，汇率波动会对进口料件价格、出岛内销成交价格产生直接影响，而出岛内销成交价格理所应当可随汇率波动而波动，因此可以进口料件价格不随汇率波动而变化，可更大程度提升预期，也减少了企业和监管部门的管理成本。

“国内原产料件价格”建议采用企业购买国内原产料件时的交易价格。

2.建议二：可采用第二种计算公式进行补充认定。

加工增值比例=〔（出岛内销成交价格－非国内原产料件价格）/出岛内销成交价格〕×100%≥30%

“出岛内销成交价格”是指加工增值货物由海南自由贸易港出岛进入内地销售时的成交价格。“非国内原产材料价格”是指非国内原产材料的进口成本、运至目的港口或者地点的运费和保险费，包括原产地不明材料的价格。非国内原产材料价格应为直接用于制造或装配最终出岛内销货物而产自国外的应税原材料、零部件或半成品的价格，该价格建议采用到岸价格（CIF），并以当时的汇率计算的人民币价格。价格认定的时间点与前述第五种认定的时

间点一致。按照前述原则，我国与其他国家（地区）协议下零关税原材料、零部件或半成品可不视为非国内原产料件。

以下费用可以从非国内原产材料价格中扣除：

（1）将非国内原产材料自到岸运至生产商的运费、保险费、包装费，以及在此过程中产生的其他运输相关费用；

（2）已缴税款和报关费用；

（3）扣除废料及副产品回收价格后的废品和排放成本。

（4）我国与其他国家（地区）协议下零关税原材料、零部件或半成品到岸价格（CIF）。

该认定公式是国际贸易协定中普遍应用的区域价值成分认定方式，具有普遍性。采用该公式作为海南加工增值免关税制度认定的补充，将实现中国特色自由贸易港创设的加工增值免关税的特色制度与国际规则的对接。

理由是，海南加工增值免关税制度在区域自由贸易协定项下的制度竞争力是制度设计本身所必然需要考虑的内容，与国际原产地规则的衔接，将极大增强海南加工增值免关税制度的吸引力和生命力。

海南加工增值比例认定公式验证。

对建议一公式的验证。

加工增值比例=〔（出岛内销成交价格-进口料件价格-国内原产料件价格）/进口料件价格+国内原产料件价格〕×100%≥30%

（1）假设“出岛内销成交价格”为 100 元，进口料件价格为 38.45 元，国内原产料件价格 38.45 元。

加工增值比例=〔（100-38.45-38.45）/（38.45+38.45）〕×100%=30%≥30%

（2）假设“出岛内销成交价格”为 100 元，进口料件价格为 0 元，国内原产料件价格 76.9 元。

加工增值比例=〔（100-76.9）/76.9〕×100%=30%≥30%

（3）假设“出岛内销成交价格”为 100 元，进口料件价格为 76.9 元，国内原产料件价格 0 元。

加工增值比例=〔（100-76.9）/76.9〕×100%=30%≥30%

（4）假设“出岛内销成交价格”为 100 元，进口料件价格为 30 元，国内原产料件价格 30 元，来自与我国签订自由贸易协议项下零关税原材料、零部件或半成品的非国内原产料件价格 16.9 元。

加工增值比例=〔（100-30-30-16.9）/（30+30+16.9）〕×100%=30%≥30%

按照上述假设，平均含有进口料件和国内原产料件的价格约 38.4%、以及进口料件为零且国内原产料件价格占比达约 76.9%、国内原产料件价格为零且进口料件价格占比达约 76.9%时，均可享受海南加工增值免关税制度优惠，符合社会预期。按照上述公式，我国与其他国家（地区）协议下零关税原材料、零部件或半成品可视为国内原产料件，不影响加工增值比

例的认定。

对建议二公式的验证。

加工增值比例=〔（出岛内销成交价格－非国内原产料件价格）/出岛内销成交价格〕×100%≥30%

假设“出岛内销成交价格”为100元，非国内原产料件价格（即进口料件价格）为70元。

加工增值比例=〔（100-70）/100〕×100%=30%≥30%

（2）假设“出岛内销成交价格”为100元，非国内原产料件价格为100元，其中有来自与我国签订自由贸易协议项下零关税的非国内原产料件价格30元。

加工增值比例=〔（100-（100-30）/100〕×100%=30%≥30%

这将导致含有来自与我国签订自由贸易协议项下零关税的非国内原产料件价格达出岛内销成交价格的30%时，但因不被视为非国内原产料件，使得非国内原产料件价格达出岛内销成交价格100%时，仍然可享受海南加工增值免关税制度优惠，这与海南加工增值免关税制度的本意背离。因此，适用该公式时，应当明确我国与其他国家（地区）协议下零关税原材料、零部件或半成品应当视为非国内原产料件。

五、结语

经过公式验证，海南加工增值免关税制度认定计算公式可以采用如下两种公式，以最有利于企业的方式进行选择：

1.加工增值比例=〔（出岛内销成交价格-进口料件价格-国内原产料件价格）/进口料件价格+国内原产料件价格〕×100%≥30%

我国与其他国家（地区）协议下零关税原材料、零部件或半成品可视为国内原产料件。

2.加工增值比例=〔（出岛内销成交价格－非国内原产料件价格）/出岛内销成交价格〕×100%≥30%

我国与其他国家（地区）协议下零关税原材料、零部件或半成品应当视为非国内原产料件。

当前，如RCEP、中国-东盟等自由贸易协定下原产地规则的区域价值成分累积规则，将吸引大量企业在与我国签订自由贸易协定的国家（地区）设立加工基地，从而在产品出口至我国时享受关税优惠。当海南加工增值免关税制度仅采用上述第一种认定公式，自成一体，企业必须在海南进行较为深度加工，才能享受免关税安排，而企业在自由贸易协定项下的几个国家（地区）进行增值累积后也只需达到区域价值成分为40%即可免关税，这与在海南实施的加工增值达30%免关税形成较小差距，制度的竞争力并不明显。第二种认定公式，可在下一步顺利与原产地规则衔接，将在海南实施的加工增值比例可以与前一环节在自由贸易协定项下的国家（地区）的区域价值成分进行累积，将促进该自由贸易协定项下的国家（地区）的加工企业在海南自由贸易港设立加工基地，形成海南自由贸易港的更大吸引力和竞争力。

上述建议的两种计算公式中的所有价格均接受所属行业同类产品同时间的平均价格的

风险管控。参照最高人民法院对如何认定《民法典》规定的“明显不合理的低价高价”意见，[15]建议可对该价格超过或低于所属行业同类产品平均价格的 30%，作为风险管控的临界价格。如浮动幅度 30%，企业需要主动向行政管理部门作进一步说明。

上述计算认定公式中价格应当参照《WTO 估价协定》计算。[16]所有成本应当依照公认会计准则记录和保存。

[15] 2021 年 4 月 6 日，最高人民法院印发《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》，其中，对明显不合理的低价或者高价认定意见为：转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价 70%的，一般可以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或者市场交易价 30%的，一般可以视为明显不合理的高价。

[16] 《WTO 估价协定》是指《关于履行 1994 年关贸总协定第七条的协定》。

粤港澳大湾区背景下的刑事司法协助研究

卢颂馨[1]

摘要：根据《粤港澳大湾区发展规划纲要》的要求，澳门特区需要融入国家发展大局，维护其长期繁荣稳定。然而，由于特殊的产业结构和地理位置，澳门特区的跨境洗钱犯罪非常泛滥，因此刑事司法协助也被提上了日程。本文将从澳门邻近地区针对洗钱犯罪的的立法和司法现状出发，在探索刑事司法协助困境的过程中分析争议问题所涉及的原则问题，同时从宪制基础、法律基础和实践基础三个维度论证粤港澳大湾区背景下刑事司法协助的可行性。最后，在坚持主权唯一原则和相互尊重原则的前提下，通过拓展个案协查制度、增强区际警务合作交流机制、促进各地间刑事司法协助协议签订的三种具体路径，从而寻求在“一国两制”下形成粤港澳大湾区刑事司法协助的新模式。

关键词：粤港澳大湾区 澳门特区 “一国两制”刑事司法协助 跨境洗钱犯罪 随着粤港澳大湾区的落成，两岸三地的经济、文化和社会交流将会日益加强、关系日益密切，同时根据“一带一路”倡议和《十三五规划纲要》的要求，澳门将要建设成为世界旅游休闲中心和中国与葡语国家商贸合作服务平台，且博彩业发达，而作为国际金融中心的香港一直实行自由和宽松的金融监管制度，以及中国内地的经济腾飞、经济交易来往的日益频繁，与机遇相伴的还有表现为跨境性的洗钱犯罪。近年来，澳门的众多洗钱犯罪案件的涉案人员或者资金流动等均是具有跨境性的因素。因此，打击跨境洗钱迫在眉睫，加强区际刑事司法协助也日益被提上议程。

一、立法与司法现状

根据提供协助主体之间的关系不同，刑事司法协助可以划分为国际刑事司法协助和区际刑事司法协助。前者是指国与国之间或者一国与他国某地区之间在刑事司法领域相互提供合作，后者则是指一国内部不同地区之间在刑事司法领域相互提供合作。2本文主要探讨的是后者，即我国四个地区之间的刑事方面的互相协助，主要包括情报交换、调查取证、逃犯移交等内容。

在“一国两制”框架下，目前我国的法律体系呈现出“一国两制三法域”的样态。从法系来划分，仅管中国内地的法律制度源于大陆法系，然而由于实行社会主义制度的缘故，因此与传统的大陆法系有所区别，故一般称其为“社会主义法系”；香港地区实行的是英美法系，其代表性特征是遵循先例原则；澳门地区则实行大陆法系，受葡萄牙的影响很深。而台湾地区也是实行大陆法系的地区，其法律以成文法的方式存在。由于四地的法律制度差异，尤其是在管辖限制、公共秩序保留原则等方面，为跨境的洗钱犯罪提供了便利。

目前，内地与港澳地区的刑事司法协助举步维艰，主要表现为以下四个方面：

（一）博彩业在世界各国和各地区的合法范围存在重大差异：1、如前所述，中国内地

[1] 作者简介：卢颂馨，深圳职业技术学院讲师，辽宁科技大学硕士生导师，联系方式：michelle517985998@163.com。

[2] 赵国强：《“一国两制”下的中国区际刑事司法协助》，载《广东外语外贸大学学报》2008 年第 5 期，第 17-22 页。

的《中华人民共和国刑法》第 303 条规定了赌博罪和开设赌场罪，还有最高人民法院和最高人民检察院颁布的一系列关于办理赌博相关案件的解释和意见，如 2005 年《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的第 9 条[3]规定中使用了“少量”一词，对此该如何界定？2、又比如 2014 年 3 月 26 日《最高法、最高检、公安部关于办理利用赌博机开设赌场案件具体应用法律若干问题的意见》等司法解释规定了赌博犯罪具体的刑事立案追诉标准。近至台湾地区和香港地区，远至美国和加拿大，博彩的合法性范围的认定是各异的。

（二）洗钱犯罪的侦查检控难度较大，其行为的隐秘性强，是一种智能犯罪，在侦查过程中收集证据非常困难，也难以达到法定的证明标准。例如：1、中国内地的法条中使用了“明知”一词，根据 2009 年出台的《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的第一条[4]采用推定的六种方式判断是否为“明知”。这是一种相对推定，但有证据证明的除外，从而保障被告的机会。2、关于上游犯罪未经刑事判决确定的洗钱犯罪案件，根据中国内地 2009 年的司法解释，应当以上游犯罪事实成立为认定前提，上游犯罪尚未定罪，需要证据支撑。这与澳门地区的规定不同，侦查难度也不同。

（三）刑事管辖权竞合的处理规则尚属空白。《澳门刑法典》第四条的规定了属地管辖权，而第 3/2017 号法律《预防及遏止清洗黑钱犯罪》第 3 条的第四款规定“又或即使作出该事实的所在地或正犯的身份不详”，即普遍管辖权。而中国内地的罪《中华人民共和国刑法》第 6 条[5]直截明确规定了普遍管辖权。就中国内地与澳门地区之间，两者在刑事管辖权竞合的处理规则并无明确规定，导致刑事司法协助难以进行，例如李泽楷绑架案的办理中就体现出重重困难。

（四）缺乏正式的司法协助机制。内地与港澳开展的刑事司法协助仍然是基于 2000 年最高人民检察院发布的《关于办理涉港澳刑事个案协查工作程序的规定》和 2001 年签署的《内地公安机关与香港警方关于建立互相通报机制的安排》。前者主要确定了“个案协查”

---

[3] 第 9 条：不以营利为目的，进行带有少量财物输赢的娱乐活动，以及提供棋牌室等娱乐场所只收取正常的场所和服务费用的经营行为等，不以赌博论处。

[4] 第 1 条：刑法第 191 条、第 312 条规定的“明知”，应当结合被告人的认知能力，接触他人犯罪所得及其收益的情况，犯罪所得及其收益的种类、数额，犯罪所得及其收益的转换、转移方式以及被告人的供述等主、客观因素进行认定。

具有下列情形之一的，可以认定被告人明知系犯罪所得及其收益，但有证据证明确实不知道的除外：

（一）知道他人从事犯罪活动，协助转换或者转移财物的；

（二）没有正当理由，通过非法途径协助转换或者转移财物的；

（三）没有正当理由，以明显低于市场的价格收购财物的；

（四）没有正当理由，协助转换或者转移财物，收取明显高于市场的“手续费”的；

（五）没有正当理由，协助他人将巨额现金散存于多个银行账户或者在不同银行账户之间频繁划转的；

（六）协助近亲属或者其他关系密切的人转换或者转移与其职业或者财产状况明显不符的财物的；

（七）其他可以认定行为人明知的情形。

被告人将刑法第 191 条规定的某一上游犯罪的犯罪所得及其收益误认为刑法第 191 条规定的上游犯罪范围内的其他犯罪所得及其收益的，不影响刑法第 191 条规定的“明知”的认定。

[5] 第 9 条：对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。

工作机制，后者主要针对双方居民非正常死亡及被采取刑事强制措施的个案互相通报特别行政区。由于这两个文件仅仅规定涉港澳的个案刑事司法协助，而非制度性和系统化的规定，且距今已有接近 20 年的历史，因此可以说并未取得实质性的进展。针对逃犯移交的问题，唯一的区际刑事司法协助也只有 2005 年由香港和澳门两个特别行政区之间签订的《关于移交被判刑人的安排》。由此可见，随着内地和港澳之间的交流日益密切，跨境调查取证、追逃追赃等其他方面的司法协助亟需解决。实际上，澳门曾于 2015 年年底向立法会提交过《区际刑事司法协助法》的草案，旨在促进澳门特别行政区与中华人民共和国的其他司法管辖区未来的刑事司法协助安排，务求透过此法案订定区际刑事司法协助的一般原则及规定，维护司法协助程序的参与人的权利及保障，规范接收、传送、提出、组成及决定刑事司法协助请求的内部权限；并规范常见的刑事司法协助的内部程序，包括：移交逃犯、执行刑事判决、移交被判刑人、移管刑事诉讼，以及其他的刑事司法合作。然而，后来却因为条件不成熟，无法在不同的法律制度之间寻求到各方均满意的平衡点，因此特区政府特区政府致函立法会主席要求撤回了法案。客观而言，内地与香港特区、澳门特区所开展的区际刑事司法互助活动虽然很多，但主要表现为个案协作、警务合作，刑事司法互助的制度性建设并没有取得重大进展。6针对澳门地区与中国内地的刑事司法合作从澳门回归之初已经开始，主要包括 2000 年-2010 年由两地检察机关磋商的《内地与澳门特别行政区关于刑事司法协助的安排》和 2014 年至今由中国内地公安部和澳门行政法务司磋商的《内地与澳门特别行政区相互移交逃犯安排》的两份文件，然而目前仍未达成一致意见。针对不容乐观的现象，实务界人士认为：“粤港澳大湾区建设是在不同法系、不同司法和法律制度下开展的区域合作，法律冲突是必然面对的挑战，其中，澳门与内地在刑事司法协助方面的安排更是空白，不利于打击日益增加的跨境犯罪和维护澳门法制的尊严，也有损澳门作为法治之区的形象。在刑事司法协助方面，有必要重点推进区际刑事司法协助。”7

至于台湾方面，两岸于 1990 年签署了《金门协议》就互相遣返偷渡者、刑事嫌疑犯或者罪犯等问题在一定范围内达成一致意见，从制度的层面为海峡两岸司法机关在刑事法律方面开展协作提供了明确的依据。十年后的 2009 年中国内地与台湾地区又签署了《海峡两岸共同打击犯罪和司法互助协议》，比较全面地构建了海峡两岸刑事司法合作的框架，标志两岸间刑事合作新时代的来临8。该《协议》的内容包括送达文书、调查取证、裁判认可三项，以及罪赃移交和罪犯移交两项司法互助，有学者认为：“该《协议》使两岸开展司法互助的依据由各自规范上升为共同规范，开展司法互助的方式由个案协助转变为通案机制，两岸的司法合作自此被纳入协议框架下来进行。”9为落实该《协议》，最高人民法院于 2011 年发

[6] 赵秉志，黄晓亮：《论内地与澳门刑事司法互助机制的构建》，载《澳门研究》第 46 期，2013 年，第 144 页。

[7] 岑浩辉：《粤港澳刑事司法协助须放上议程》，载《市民日报》2018 年 10 月 20 日。

[8] 时延安：《海峡两岸刑事合作新时代的来临—〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉解读》，载《法制日报》2009 年 5 月 20 日，第 5 版。

[9] 邵中林：《两岸及内地与港澳法院司法合作与交流之状况与展望——以大陆人民法院为视角》，载《公正司法的制度保障》第三届海峡两岸暨香港澳门司法高层论坛文集，2016 年，第 172 页。

布了《关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助案件的规定》。相比而言，中国内地与台湾方面的刑事司法协助较中国内地与港澳之间更为乐观。

而澳门地区与香港地区则在 2005 年签署了《关于移交被判刑人的安排》。据统计，从 2005 年《安排》开始生效至 2015 年 7 月 17 日十年间，“初级法院刑事起诉法庭共处理 127 个相关案件，其中 47 个被判刑人已移交香港服刑，11 个被判刑人因不符合移交条件而不获准移交，放弃移交申请的有 11 人，未有移交结果前已因假释或服刑期满而出狱的有 39 人”10。为了加强两地的刑事司法协助，港澳两地也就此方面多次磋商，仅管两地同为中华人民共和国的特别行政区而不涉及主权问题，然而由于两地分属两个不同的法系，法律制度差异较大，因此就文书送达、调查取证、逃犯移交、刑事判决的承认与执行等刑事领域的司法协助均仍然未启动。至于澳门地区与台湾地区之间则未签订任何司法互助。

在此磋商的过程中，各地区的争议问题主要集中在一下几个原则：

（一）双重犯罪原则。这是主权国家之间逃犯移交的常用国际惯例之一，也是罪刑法定原则在刑事司法合作领域的体现。该原则指的是只有当被请求移交的逃犯所实施的行为根据请求国和被请求国的法律都构成犯罪时才可进行移交。澳门地区第 6/2006 号法律《刑事司法互助法》第 6 条（双重处罚）11规定了引致提出刑事司法互助请求的违法行为必须按照请求方和被请求方双方都应该是可科处刑事处分的行为。同时，澳门与其余三地关于罪与非罪的规定差异也很大，尤其是在经济犯罪领域，譬如在税务相关的方面，在澳门违反税务领域属于行政处罚的范畴，而并未在刑法规制领域对此进行规定。然而，有学者认为该原则并不符合我国国情，不应该适用于我国的刑事司法协助，原因在于“事实上，即使在不是‘一国两制’的国家或地区，‘双重犯罪’国际惯例也并非一定适用，比如，英国《1967 年逃犯法》就规定英国与英联邦成员国之间移交逃犯，不适用‘双重犯罪’国际惯例。”12

（二）死刑犯不移交原则。此原则是目前世界各国普遍接受的一项原则。由于目前中国内地和台湾仍然属保留死刑的法域，而香港和澳门则属废除死刑的法域。香港地区于 1993 年废除了死刑，并在《逃犯条例》第 13 条明确规定了死刑犯不移交的原则；《澳门刑法典》第 39 条明确规定了不得设死刑，第 6/2006 号法律《刑事司法互助法》第 7 条规定对有关请求所涉及的事实可处以死刑的须拒绝刑事司法互助请求。实际上，澳门地区废除死刑距今更是超过了一个世纪13。也正是因为各地区对此问题的差异，港澳地区往往成为严重犯罪份子的庇护所，因此在区际刑事司法合作中如何平衡各方的文化传统和价值观点，如何规定该原则的适用范围和技术上如何处理，如何制定移交逃犯机制成为一大难题。有澳门的学者认

[10] 宋敏莉：《澳门与海峡两岸暨香港澳门司法合作之现状与深化》，载《公正司法的制度保障》第三届海峡两岸暨香港澳门司法高层论坛文集，2016 年，第 201 页。

[11] 第 6 条（双重处罚）：一、引致提出刑事司法互助请求的违法行为，按照请求方及被请求方的法律，均应可科处刑事处分。二、如有关事实在澳门不受处罚，但刑事司法互助请求的目的为证明是否存有阻却事实的不法性或阻却被追诉人的罪过的事由，则可接纳该刑事司法互助请求。

[12] 赵国强：《论“一国两制”下的移交逃犯机制》，载《澳门刑法研究》，第 349 页。

[13] 宋敏莉：《澳门与海峡两岸暨香港澳门司法合作之现状与深化》，载《公正司法的制度保障》第三届海峡两岸暨香港澳门司法高层论坛文集，2016 年，第 204 页。

为美国州际司法协助机制对解决中国区际司法协助问题颇有参考价值，由于“美国州际遣返规定在宪法、联邦法例和各州法例内，考虑是否引渡时只会着眼于有关程序是否符合法律上的要求。假如无死刑的被请求遣返州，须把被控以一级谋杀罪的逃犯交予另一个设有死刑的请求遣返州时，并不会因该逃犯可能会被判死刑而拒绝遣返。”[14]有鉴于此，只要遣返程序符合相关法律的规定，可能判处死刑并不应该成为在区际之间移交死刑犯的问题时拒绝移交的理由。

（三）本地居民不移交原则。该原则体现在澳门第 6/2006 号法律《刑事司法互助法》的第 33 条的第 1 款，即“被请求移交的人为澳门居民，但其国籍国提出移交请求，或移交的义务源自澳门适用的国际协约中的自行实施条款者除外”。在国际刑事司法协助中会涉及本国居民不引渡的原则，而在区际刑事司法协助中通常会被称为“本地居民不移交原则”。换言之，本地居民不移交原则是以区别主权国家为要义的。该原则在不同的国家或地区和不同的时代均有不同的表现：“在英美国家一般不主张本地居民不移交原则，即使在主张有关原则的大陆法系国家，在进入 20 世纪以后，越来越多大陆法系学者支持引渡本国公民，第二次世界大战以后这种趋势更是越发明显”15。由此可见，该原则也是有逐渐被摒弃的趋势，在今天针对被请求过不被认定为犯罪的行为一般也可以实施司法协助16。导致这一差异的主要原因在于英美法系的国家大多严格奉行属地管辖原则，而大陆法系国家则将属地管辖和属人管辖结合在一起17。因此，有澳门的学者认为“‘本国公民不移交’实际上是大陆法系国家所奉行的一种国际惯例”18，同时“该原则在两地移交逃犯的机制中也是不能适用的”19。

（四）公共秩序保留原则。“公共秩序保留原则（Reservation of Public Order）是国际私法中的一项基本原则，起源于学者巴托鲁斯提出的法则区别说，当时将之称为”令人厌恶的法则”。20之所以谈及“公共秩序保留原则”，原因在于本文涉及澳门的博彩业，而“博彩”又往往被等同于“赌博”。在除了“博彩合法化”外的地区，法院在审理由此产生的涉外民事案件或承认与执行澳门法院的判决时通常会以此原则作为不予支持的理由，例如中国内地在审理因澳门博彩而衍生的债务时就认为澳门赌博债权不受内地法律保护，认为“赌博是我国法律明令禁止的行为，严重侵害了社会公共利益，涉及赌博的债权严重影响了家庭、社会利益，法院应以‘适用外国法律或国际惯例不得违背中华人民共和国社会利益’的规定拒绝适用澳门地区法律，同样应当判定此类债权无效”21。因此，有澳门的学者认为，“公共秩

[14] 赵琳琳：《论中国区际刑事司法互助机制之构建——以澳门特区为视角的分析》，载《澳门日报》紫荆论坛，2019 年 5 月 7 日。

[15] 森下忠：《国际刑法入门》，阮齐林译，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 163 页。

[16] 森下忠：《国际刑法入门》，阮齐林译，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 202 页。

[17] 黄亚英：《论对本国人的引渡问题》，载《法学研究》1993 年第 6 期，第 70 页。

[18] 赵国强：《论“一国两制”下的移交逃犯机制》，载《澳门刑法研究》，第 349 页。

[19] 前引[18]。

[20] 卢颂馨：《中国内地对于澳门地区因博彩而衍生之债务的追偿问题研究》，载《法治社会》2017 年第 6 期，第 27 页。

[21] “张祥洪因受让澳门赌博债权诉张洪债务纠纷案”，参见《江苏省高级人民法院公报》2011 年第 5 辑（总第 17 辑），案例 12。

序保留制度往往成为一国一地拒绝向他国他地提供协助的最后理由”22。

二、理论依据

（一）宪制基础

根据《中华人民共和国宪法》第 31 条的规定，港澳特区实施的制度按照具体情况由全国人大规定。全国人大也颁布了《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》，分别于 1997 年和 1999 年在香港特区和澳门特区实施。按照《澳门特别行政区基本法》第 93 条和第 94 条的规定，澳门特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和相互提供协助，并在中央人民政府协助和授权下可与外国就司法互助关系作出适当安排。这是澳门特区开展国际司法协助和区际司法协助的原则性规定。按照《香港特别行政区基本法》第 95 条和第 96 条的规定，香港特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和相互提供协助，并在中央人民政府协助或授权下可与外国就司法互助关系作出适当安排。这是香港特区开展国际司法协助和区际司法协助的原则性规定。由此可见，预防和打击洗钱犯罪的区际刑事司法协助符合我国宪法和港澳基本法的精神，即具有其宪制基础。

（二）法律基础

澳门《刑事诉讼法典》第 213 条至第 223 条对澳门特别行政区司法当局与区外当局进行刑事司法协助进行了规定，亦就区外司法当局作出的刑事判决的审查及确认作出规范，其中《刑事诉讼法典》第 217 条明确移交逃犯的程序由特别法规范。同时，澳门于 2002 年和 2006 年分别通过了《司法互助请求的通报程序法》和《刑事司法互助法》，这两部法律均都在第 1 条规定：澳门特区可依法与其他国家或地区进行刑事司法互助。这些都是配套性的法律法规，也是预防和打击洗钱犯罪的区际刑事司法协助的法律基础。

（三）实践基础

一直以来，中国内地和港澳台各地区间一直共同致力于打击跨境犯罪活动活动，在长期的合作过程中也积累了丰富的经验，为反洗钱的刑事司法协助奠定了实践基础，主要体现在警务合作方面。

如上可知，在港澳回归前，香港廉政公署与内地检察机关自 1983 年开始接触23，1988 年为便利粤港两地案件协查工作，经香港廉政公署提议，并在最高人民检察院的支持和授权下，广东省人民检察院与香港廉政公署设立“个案协查计划”，安排双方人员互访会见在贪

[22] 徐京辉：《“一国两制”框架下的中国区域刑事法律及刑事司法协助》，载《中国区际刑事司法协助探索》，中国人民公安大学出版社，2003 年，第 19 页。

[23] 《香港廉政公署介绍》，载《第一期香港法律信托基金会资助之全国反贪局长培训班教材》。

污案中自愿提供协助的证人。241994 年最高人民检察院授权广东省人民检察院成立“涉港澳案件个案协查办公室”负责与香港之间进行案情互访、会见证人和代为搜集证据等相关工作。关于澳门方面，最高人民法院也于 1996 年 11 月成立了涉港澳案件工作专门机构，并且先后与香港和澳门签署了关于互相委托送达民商事司法文书、相互执行仲裁裁决及相互调取证据等协议安排。1998 年最高人民检察院证实成立了个案协查办公室。25除此以外，近年来各地区在打击犯罪方面也多次采取联合行动，互相合作，形成一套解决“一国两制”下的刑事司法协助运作的新模式。

三、指导原则与具体途径

（一）指导原则

笔者认为，在讨论我国的刑事司法协助时必须严格遵守两个原则：一是坚持主权唯一的原则，二是坚持互相尊重的原则：

1、坚持主权唯一的原则。这应当是各方在合作的过程的前提条件。此处所谓的“主权唯一”也即“一国”原则。之所以不使用“一国”是为了与“一国两制”下的“一国”相区分，主要考虑到台湾地区与香港地区和澳门地区不同，目前并不适用“一国两制”原则。实际上，坚持主权唯一原则要求的是建立区域刑事司法协助的过程必须以维护国家的统一和安全，绝对不能以牺牲国家主权为代价，否则不但不能促进各地区的合作，而且将会产生比不建立区域刑事司法协助时更为严重的后果。

2、坚持相互尊重的原则。所谓相互尊重的原则，实际上是要求各地区在签订区际刑事司法协时应当互相尊重各方所实行的不同法律、不同制度和不同文化背景，不能以各自的原则和制度强加于另一方之上。如果体现在香港和澳门特区方面，这也是“一国两制”中的“两制”的要求。比如在逃犯移交的问题时常常涉及的死刑犯移交的问题，由于香港和澳门早已废除了死刑制度，那么中国内地和台湾地区就不能以自身仍然有死刑制度而强制香港和澳门实行死刑制度。

除此以外，还有学者[26]主张法域平等原则、便捷高效原则等原则，然而笔者认为根据目前的严峻形势来看，最基本需要坚持的应当是主权唯一原则和相互尊重原则两个原则。

（二）具体途径

1、拓展个案协查制度，包括内容和形式两方面

追溯历史，粤港的个案协查制度最早起源于 1987 年，即港英时代。当时广东省人民检察院与香港廉政公署积极探索双方建立的个案协查关系，目的是为了共同打击贪污贿赂犯罪。

[24] 陈雷：《我国区际刑事司法合作的实践与发展》，载《国家检察官学院学报》第 21 卷第 5 期，2013 年 9 月，第 138 页。

[25] 陈雷：《从温庆巍受贿境外追赃取证案的办理看“一国两制”下的区际司法协助》，载《中国区际刑事司法协助新探》，中国人民公安大学出版社，2010 年版，第 467-468 页。

[26] 焦艳鹏：《论中国区际刑事司法协助制度的原则》，载《太平洋学报》2009 年第 5 期，第 4-5 页。

所谓贪污个案协查，是指通过双方的协调，派员到对方境内对贪污个案以及与贪污相关的个案进行调查取证，合作的方式表现为：（1）双方对协查的请求由当时的新华社香港分社和香港政府政治顾问转达；（2）个案协查的运作由合作双方业务层面，即广东省人民检察院个案协查办公室主任和香港廉政公署执行处首长负责协调，并各自指定一名代表办理具体事务；（3）双方派往对方境内从事执行调查取证的人员，以广东检察官（中国内地检察官）和香港廉署调查员的身份，公开参与调查活动；（4）调查取证的活动依照协助方的法律程序操作。[27]该制度的内容包括了刑事方面的调查取证、刑事诉讼文书的送达、诉讼结果的通报、证据交换、移送赃物和证人作证等方面。据廉署 2014 年的统计，内地检察院来香港调查取证 16 次，共询问 5 名证人，廉署人员共前往内地 18 次，共会见 36 名证人。[28]由此可见，该制度在反贪方面的合作是深度且有效的。

然而，目前内地与港澳地区的在其他方面的刑事司法协助的现状却不容乐观，依据仍然是 2000 年最高人民检察院发布的《关于办理涉港澳刑事个案协查工作程序的规定》和 2001 年签署的《内地公安机关与香港警方关于建立互相通报机制的安排》，而由于这两个文件不仅历史久远，而且并未涉及详细且具体的操作规定。因此，内地与港澳间反贪污犯罪的个案协查制度值得引借鉴。

笔者认为，拓展个案协调制度应当包括两个方面：一方面，从内容上来讲个案协查制度的范围可以引用于跨境经济犯罪的领域，包括了打击清洗黑钱犯罪，原因在于：虽然内地和港澳台四地之间的法律渊源、证据规则和诉讼文化的不同，然而“查清洗钱及其上游犯罪的全部案情事实，不仅需要到上游犯罪所在法域查明上游犯罪的性质，还需要到洗钱行为地扣押提取与犯罪有关的物证、书证等”[29]；另一方面，从形式上来讲个案协查制度应当包括多边性和系统性两方面，即不再是目前的中国内地、香港地区、澳门地区和台湾地区之中两地之间的双边协议，同时可以将此作为一个系统性的制度，而不再是个案层面的协助。

2、增强区际警务方面的合作交流机制，包括数据共享和情报资源等方面

在区际警务合作方面，目前我国四地的情况是相当复杂的。从体制上来看，中国内地的公安机关具有刑事司法和行政执法两个职能；香港警务处是编制最庞大的香港政府部门及纪律部队，根据《香港法例》第 232 章《警队条例》第 10 条的规定其职责非常广泛；澳门的警务机构分为司法警察和治安警察，前者隶属于保安司，但在刑事调查工作中接受检察院领导，而后者职能则是包括维持公共秩序及安宁和预防、侦查及打击犯罪等为主；台湾地区则与香港非常相似。因此，在部门合作时往往出现权责不一致和不对应，导致刑事程序协调较

[27] 曾伊山：《加强国际检务合作 打击跨国有组织犯罪》，载《跨境经济犯罪理论对策研讨会论文集》，第 106 页，详见司法警察局网页 http://www.pj.gov.mo/Web/u/cms/www/201608/021247432m0t.pdf，2020 年 9 月 12 日访问。

[28] 傅华伶：《香港和内地的司法协助》，载《港澳研究》2017 年第 3 期，第 35 页。

[29] 陈晖：《内地与港澳跨境洗钱犯罪的刑事司法协助问题》，载《西南政法大学学报》第 8 卷第 5 期，2006 年 10 月，第 35 页。

为混乱的情况出现。

笔者认为，各区域应当增强区际合作机制。第一，从立法层面上，可以通过签订协议的方式明确具体程序，协议内容应当包含相互委托的提出、审查、安排和执行，证据的调取和移交、证人的质问和证言的取得方式、以及犯罪收益的追查、扣押、没收和返还方面等内容的合作。针对这一问题，无论是与洗钱犯罪有关的国际公约，还是其他区域性的反洗钱法律律文件中都做出了明确的规定，确立了有关犯罪收益追查、扣押、没收的原则、程序、条件等相应的准则和规则。30在此，有学者认为可以参考世界其它地区，尤其是欧洲警务合作的先进经验，具体来说就是 FALCONE 计划及 OCTOPUS 计划，通过深化及简化国内警务机关与国际及区际警务机关（国际刑警、欧洲警察）等合作方式，31例如借鉴欧洲委员的作法，指定及公布关于预防及遏止跨境经济犯罪犯的“适当行为”手册；第二，从机构层面上，可以通过联席会议机制的方式搭建四地部门间的区际刑事犯罪警务协助平台，联席会议由各省、自治区、直辖市公安厅（局），香港警察署、澳门保安司、台湾警察署中的刑警、出入境管理、边防部门组成，32也可以通过建立区际警务合作委员会或者合作联络处的方式，也可以建立区际警务协作情报信息中心，定期或者不定期地开展部门级例会，在保密合法和相互信任的基础上对收集到的数据和情报进行收集、检索、研判、共享和互通，针对期间出现的问题进行协商达成一套各方接受的程序模式。针对跨境的洗钱犯罪，机构的合作不仅侷限于中国内地的公安机关的广东省公安厅港澳警务联络科与香港、澳门司法警察局商业罪案调查科之间的通力合作，还应当包括相关部门的合作。就澳门方面而言，机构应当包括澳门博彩监察协调局、金融情报办公室、金融管理局、经济局和海关等部门的联合行动，从而共同对跨境洗钱犯罪进行高效、迅速和及时的预防和打击。建立粤澳两地清洗黑钱风险通报合作机制、探索构建跨境可疑资金监测模型，构建联合风险防控合作机制等交换意见，从而提升两地跨境清洗黑钱违法犯罪活动的防范及预警监测能力。第三，从操作层面上，由于目前是互联网和大数据的时代，因此各方能否共同确认互联网出庭、证人作证和送达文书方式的有效性，能否通过建立电子数据库协调有关犯罪的统计资料并及时更新，必要时针对案件的特殊情况采取特殊的网上行动，比如简化可疑交易报告申请的程序，相关账户的资金冻结（包括博彩娱乐场的账户）和在紧急情况下的证据及时保全等方面。通过大数据监控的数据碰撞筛选出异常的交易活动，从而增强反洗钱的能力和提高破案率。

笔者认为，在增强区际警务方面的合作交流机制的方面，出于广东的区位优势和实际需求，以及过去的实践经验基础，可以以点带面，先以粤港澳大湾区为试点，先行在粤港澳大湾区内开展区际刑事司法协助，待时机成熟再逐步推广。

3、促进澳门与各地间的逃犯移交，尽快签订相关刑事司法合作协议

[30] 赵金成：《洗钱犯罪研究》，吉林大学法学院 2005 年博士学位论文，第 235 页。

[31] 欧蔓莲：《跨境经济犯罪——有何对策？对刑事政策的一点看法》，载《跨境经济犯罪理论对策研讨会论文集》，http://www.pj.gov.mo/Web/u/cms/www/201608/02124741tr6x.pdf ，2020 年 9 月 12 日访问。

[32] 李中凡：《两岸三地区际刑事司法协助问题研究》，山东大学 2012 年硕士学位论文，第 30 页。

目前，关于逃犯移交的问题已经成为两岸四地一个非常迫切解决的问题。除了对犯人及其家属人道主义方面的考虑，香港对于已决犯尤其是来自中国内地的已决犯移管具有比内地更为强烈的诉求。33有统计表明，回归后 10 年，双方未移交过一个已决犯，并且，来自大陆的犯人占香港所有在押犯的 28.8%（2005 年）、23%（2008 年），其中来自大陆的女犯人，占据香港所有在押女犯的 70%（2006 年）。34根据 2018 年公布的数据[35]显示，内地居民在澳门违反刑法共 4,230 人涉及 3048 宗案件；非刑事违例中在本澳各赌场被发现从事兑码/扒仔的内地居民共 649 人。

之所以出现如此状况，笔者认为关键在于各方之间缺乏足够的信任。有香港的学者也持有相似的观点，认为“中国至今为止还未能和一个传统的普通法国家签订引渡条约，而中澳（澳大利亚）引渡条约的最终流产更是提出了一些值得反思的问题”，同时，“香港在有关中央和特区的关系、高度自治的范围、民主化进程的争论耗费政治资源，也使得两地司法协助的一些法律问题政治化。”36而澳门方面同样迫切，澳门终审法院的第 12 /2007 号裁判及第 3 /2008 号裁判中包含的结论中提到，来自其他国家/地区的逃犯可以依法予以移交，但要来自本国（中华人民共和国）特定地区（内地）的逃犯在外的法律依据在于内地与澳门间尚未签订刑事司法协助的有关协议，也即无法可依。因此，有澳门学者则认为“中国内地和澳门两地在‘一国两制’之下毕竟各自有独立的刑法体系和刑法制度，各个法域之间的政治、经济和法律制度不同，甚至在本质上是根本对立，这种对立和具体法律制度和法律观念上的差别使彼此间对同一问题的规定和认识存在分歧，单是对同一行为的罪与非罪、轻罪与重罪的判断就已各有不同，在许多方面难以达成共识或采取一致行动，而目前这种分歧难以达到统一。”37

然而，如文章第三章提到的实践中遇到的往往是跨境洗钱犯罪，例如 2013 年 1 月香港高等法院以洗黑钱罪判处 1 名内地男子入狱 10 年 6 个月监禁，案件中的男子在 2009 年 7 月在香港购买一家本地公司，并在香港开设了公司和个人的银行账户，从 2009 年 8 月至 2010 年 4 月期间洗钱数额达到 131 亿元[38]；中国银行广东开平支行案中原行长贪污案主犯徐超凡在挪用中国银行资金达到 4.85 亿美元后，通过澳门的赌场洗成现金，逃往美国[39]。由此可见，，

---

[33] 王丽姗：《粤港澳大湾区战略背景下内地与港澳区际刑事司法协助问题研究》，载《粤港澳大湾区建设中的区际法律问题研讨会论文集》，2019 年 3 月 30 日，第 74 页。

[34] See Kristine Kwok, Jail Revamp to Create 2,600 Places in Ten Years, South China Morning Post, Feb 3, 2005. As cited in Choy Dick Wan, Prisoner Transfer between Hong Kong and Mainland China: A Preliminary Assessement, 33 Brook. J. Int’1 L. 463（2008）. 转引自王丽姗：《粤港澳大湾区战略背景下内地与港澳区际刑事司法协助问题研究》，载《粤港澳大湾区建设中的区际法律问题研讨会论文集》，2019 年 3 月 30 日，第 74 页。

[35] 数据来源于《保安司司长向传媒发布 2018 年全年罪案情况》，第 19-20 页，参见 https://www.gss.gov.mo/pdf/2018_C_full.pdf ，2020 年 9 月 12 日访问。

[36] 傅华伶：《香港和内地的司法协助》，载《港澳研究》2017 年第 3 期，第 34 页。

[37] 郑锦耀：《内地与澳门签署区际移交逃犯协议的困境及其解决》，载《“一国两制”研究》2017 年第 1 期（总第 31 期），第 105 页。

[38] 《内地男子在香港洗黑钱 131 亿港元获刑 10 年半》，载《人民日报（海外版）》，2013 年 1 月 24 日。

[39] 《国银行开平支行案》，载维基百科， https://zh.wikipedia.org/wiki/中国银行开平支行案 ，2020 年

犯罪份子洗钱三阶段往往涉及不同的法域，另外司法机关对案犯以实际控制为条件，而在此过程中实际控制犯罪份子的法域一方应将移送至行使管辖权法域的一方，这使得打击活动必须与其它地区进行合作。

其中涉及引渡的问题，由于涉及以上提到的双重犯罪原则等几个原则问题，因此在洗钱犯罪日益国际化的情况下，世界各国都在自己的国内刑事立法中进行规定，并且缔结有关引渡的协议。然而，逃犯往往逃亡去没有与犯罪地签订协议的国家或地区，因此遣返外逃罪犯只能通过协商和合作的方式，这就会涉及很多法理以外的因素。除了引渡以外，目前还有其它移交逃犯的方式。以英国为例，具有典型意义的区际移交逃犯模式主要包括两种，分别是遣送制度和签发逮捕令制度，前者适用《逃犯法（1976 年）》，主要调整英国和英联邦成员国之间和英国本地与其领土之间的关系；后者适用《签发逮捕令法（1965 年）》，主要调整英伦三岛与爱尔兰共和国之间的逃犯移交问题。相比而言，中国内地就有学者[40]认为第二种方式是更为符合我国区际的逃犯移交要求，原因在于该程序更为便捷，只需要被请求方对请求方签发的逮捕令的适用条件和程序进行认可，省略了两法域间的行政审查和司法审查程序，即可产生相同的法律效力，即逃犯可以通过两地的司法机关的直接合作而被拘捕并移交。而在此讨论的中国内地与澳门或香港之间的区际刑事司法协助关系实际上是一个国家内部不同法域之间的关系，有澳门学者也认为，“准确地说，移交逃犯的两地并非‘中华人民共和国’与‘中国澳门特别行政区’，而是‘中国内地’与‘中国澳门’，不应将‘内地’等同于‘中国’，无论是‘内地’，还是‘澳门’，都是同属中华人民共和国的‘两地’。”[41]

因此，在逃犯移交的问题上，笔者认为在确立这个共识的基础上，对待此问题的不应该完全对照国际公约的标准和方式适用于区际关系，移交逃犯原则问题的解决也应当成为可能。具体而言，采取先易后难的态度是一个方向，在已经取得的共识的基础上，暂时将仍然有争议的放在待列清单中，将不涉争议的罪名整合签订协议，如将澳门《刑法典》和《刑事司法互助法》、香港法律第 200 章《刑事罪行条例》、第 503 章《逃犯条例》和《刑事事宜相互法律协助条例》与中国内地《中华人民共和国刑法》中所规定的罪名进行比对，以及普遍管辖原则所涉及的罪行，在进行广泛而深入的讨论和考虑之后，将这些无争议部分先行列为两地必须共同打击的对象，譬如“以普通物品为对象的走私行为、并非以残忍手段致人重伤的伤人行为、普通的欺诈行为和绑架行为等”42，这些行为在内地和澳门均属犯罪，但是并不涉及公共秩序原则和死刑犯的问题。 在澳门与台湾、香港及中国内地均协商一致的基础上，确立区际逃犯移交的基本原则，拟定审查程序，签订长期多边移交逃犯协定，逐步达成全面协议；抑或“先由内地与澳门特区达成有关刑事司法协助安排，再由香港特区与澳门特区，

9 月 12 日访问。

[40] 成良文：《刑事司法协助》，法律出版社 2003 年版，第 228 页。

[41] 方泉：《澳门与内地移交逃犯的法律问题——兼议澳门〈刑事司法互助法〉的原则规定》，载《中国刑事法杂志》2009 年第 7 期，第 122 页。

[42] 郑锦耀：《内地与澳门签署区际移交逃犯协议的困境及其解决》，载《“一国两制”研究》2017 年第 1 期（总第 31 期），第 105 页。

内地与香港特区相互签署刑事司法协助安排，最终实现内地与港澳地区的全面合作”[43]这种循序渐进的方式。只有尽早签订协议，踏出第一步，建立健全的逃犯移交的刑事司法协助制度才是解决“逃犯天堂”问题的有效措施。

值得一提的是，澳门地区于 2019 年 3 月 1 日与内地已就开展移交被判刑人工作交换了意见并达成初步的共识，将共同努力以移交被判刑人合作为起点，以深入推进刑事司法互助方面的交流与合作。而香港方面，由于最近一宗香港居民于 2018 年涉嫌在台湾触犯谋杀罪的案件（陈同佳案），以及对缺乏引渡协议下处理个案移交的迫切需要，因而行政长官会同行政会议亦于 2019 年 3 月 26 日通过向立法会提交《2019 年逃犯及刑事事宜相互法律协助法例（修订）条例草案》，并于 4 月 17 日和 30 日分别就此召开第一次和第二次会议。若此草案获得通过，香港与台湾、香港与内地、香港与澳门，和香港与其他地区以个案方式启动逃犯移交安排将成为可能。该建议的目的是通过“特别移交安排”[44]来引入临时引渡制度，即类似英国《2003 年引渡法》第 194 条下的“特别引渡安排”，以及加拿大《1999 年引渡法》第 10 条下的“特别协定”。尽管有香港的学者提出质疑认为“英国和加拿大等国家的临时引渡模式是否适合中国大陆与香港之间的引渡，值得商榷”[45]，也有香港人士[46]认为需要分两阶段进行改革，第一阶段先改革现行法律以便通过引渡台湾的方式迅速处理陈同佳案，第二阶段才引进受争议的“特别移交安排”[47]，笔者认为质疑在理，且两阶段的方法也是值得考虑的。值得欣喜的是，2019 年 5 月 15 日，澳门与葡萄牙司签署了《中华人民共和国澳门特别行政区与葡萄牙共和国移交逃犯协定》，澳门与中国内地、香港地区和台湾地区之间签订逃犯移交协议也就指日可待了。

国际刑法学协会中国分会副主席、中国刑法学研究会常务副会长、中国社会科学院国际法研究所研究员陈泽宪教授于 2018 年 12 月 9 日举办的“中国国际刑事司法协助法的立法与实践”研讨会主旨发言中也指出“《国际司法协助法》是一部诸法合体，既包括程序法又包括实体法还包含了腐败预防和执行方面的法律，是一部科学性和严谨性并存的法律。”[48]国际刑法的概念体现了两个双重性的交织，即国际法的刑法化和国家刑法的国际化的交织，以

[43] 杜磊：《内地与港澳区际刑事司法协助问题初探》，载《江汉大学学报（社会科学版）》第 34 卷第 3 期，2017 年 6 月，第 23 页。

[44] 《2019 年逃犯及刑事事宜相互法律协助法例（修订）条例草案》中的特别移交安排带来的后果是：一旦与另一个司法管辖区缔结“特别移交安排”，并由行政长官发出相关安排的“证明书”，有关引渡安排，便可如有引渡条约般进行，即当作已经提交立法会完成审查一样进行，换言之“特别移交安排”若获得通过，毋须再通过立法会审议。

[45] 陈弘毅：《修逃犯例 应考虑加额外保障》，载《明报》，2019 年 5 月 8 日，参见英文原文 A Commentary on the Fugitive Offenders and Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Legislation（Amendment）Bill 2009（“the Bill”）：https://bit.ly/2LuJkSf (Last visited on October 24, 2020).

[46] 田北辰：《政府未能解释港人港审不可行 有法律挑战应迎难而上》，载《星岛日报》，2019 年 5 月 7 日，http://std.stheadline.com/instant/articles/detail/995657-香港-【逃犯条例】田北辰：政府未能解释港人港审不可行+有法律挑战应迎难而上 ，2020 年 10 月 7 日访问。

[47] 亦被称为“港人港审”。

[48] 陈泽宪教授的会议发言，载 https://www.legal-theory.org/?mod=info&act=view&id=24627，2020 年 3 月 12 日访问。

及实体法和程序法的交织，[49]国际刑事司法协助是运用国际刑法解决问题的，而且国际刑事司法协助的内容已经从过去狭义上的调查取证、交换情报、文书送达等方面，逐渐扩大到国际法院的补充性管辖权问题、引渡、人员移交、判决的承认与执行中的方方面面。本文所提刑事司法协助便是国际刑事司法协助， 因此笔者认同学者们的观点，刑事司法协助法的问题应当既包括实体法的问题，也包括程序法的问题。

四、结论

综上所述，本文是从在粤港澳大湾区的背景下以澳门地区打击跨境洗钱犯罪为例对刑事司法协助问题所进行的探索。因为粤港澳大湾区涉及“一国两制三地”，香港遵循英美法系，而澳门特区遵循大陆法系，与中国内地最为接近，因此以此为桥梁，从而寻求粤港澳大湾区的刑事司法协助模式最具可行性。同时，澳门地区以博彩业为支柱产业，洗钱犯罪以此为温床，加上澳门地区特殊的地理位置，跨境洗钱犯罪泛滥。基于此，本文通过理论基础和实践基础等方面对刑事司法协助的可行性进行论证，并针对澳门地区乃至整个大湾区法治的困境和特点，提出一些符合“一国两制”的具体构想和建议，希冀对澳门在预防和打击洗钱犯罪方面的立法和实践有所裨益，从而推进粤港澳大湾区的刑事司法协助的进程。

[49] 高铭暄，王秀梅：《当代国际刑法的新发展》，载《法律科学》，2006 年第 2 期，第 75 页。

用足用好海南立法变通权路径研究——以中国特色自由贸易港背景下完善法治保障为视角

卢腾达*

摘要：四十余年来，深圳等几大特区各方面建设成就巨大，很大程度得益于特区立法权提供的制度优势。作为我国最大经济特区和改革开放试验田，海南在特区立法权行使方面亮点不少，但相比之下还存在特区法规数量较少、创新力度不够等问题。目前，海南正在加快推进中国特色自由贸易港建设，比过去任何时期都更迫切需要发挥好这一特殊立法权。《海南自由贸易港建设总体方案》明确，“支持海南充分行使经济特区立法权，立足自由贸易港建设实际，制定经济特区法规”。鉴此，本文结合深圳等地的立法经验，以及海南目前存在问题有针对性提出用足用好用巧特区立法权的五方面建议，以期推进自贸港建设。

关键词：经济特区；立法权；变通；先行先试；自由贸易港

立法变通权是我国立法体制中最具有特色的一种立法权力，它为深圳、珠海、海南等地的制度创新和经济发展奠定了坚实基础。根据《立法法》，在遵循宪法和法律、行政法规基本原则前提下，海南作为经济特区可对法律、行政法规进行变通。《海南自由贸易港法》出台后，海南可能将拥有更大立法空间、变通权。国家赋予海南“特殊政策”和“特别立法”双重保障，目的就在于鼓励在制度集成创新方面积极探索，解放思想、敢闯敢试、大胆创新，以立法创新、变通为自贸港发展注入强大动力。在建设中国特色自由贸易港背景下，海南作为我国最大的经济特区，而更应深入地研究如何用好用足这一特殊立法权，为海南全面深化改革和自由贸易港建设提供有力的制度保障。

一、特区立法变通权在我国改革开放历程中发挥了巨大作用

1980 年深圳、珠海等四个经济特区成立伊始，主要特别之处在于中央赋予其诸多其他地区很少享有的经济优惠政策。1988 年海南建省办特区，七届全国人大一次会议通过关于建立海南经济特区的决议，首次授予海南省人大及其常委会特别立法权。后中央又在 1992 年、1994 年、1996 年陆续赋予深圳、厦门及珠海、汕头以特区立法权，这一特殊立法权便成为经济特区另一独特标签。不过，自 1996 年起国家逐步取消特区进口自用物资免税、半税物资优惠等政策，2001 年我国加入 WTO，特别是 2007 年《企业所得税法》颁布后 5 年内特区企业原享有 15%优惠税收被逐渐取消，特区所享有的其他经济优惠越来越少。至此，特区立法权就日益成为成就特区之“特”的关键，甚至成为特区在体制上最本质特征。[1]

海南办特区后的前十年立法中约有 2/3 法规规章在全国具有超前、突破或试验的特点，填补国内立法诸多空白。例如，在我国《公司法》尚未出台前，海南就于 1992 年、1993

* 卢腾达，男，全日制研究生学历，工作单位：海南省委全面深化改革委员会办公室（省委自由贸易港工作委员会办公室）政策法规处，电话 010-68501992，19943389001。

[1] 参见“深圳市委书记：特区立法权是深圳‘特’之所在”，载 http://news.sohu.com/20120711/n347848537.shtml，2020 年 4 月 13 日访问。

年颁布《海南经济特区股份有限公司条例》和《海南经济特区有限责任公司条例》，率先对股份公司和有限公司的组织制度、财产制度等予以规范。为推进投资体制改革，海南省 1994 年制定颁布《海南经济特区基础设施投资综合补偿条例》，条例颁布仅 5 个月，美国安然发展公司、国际贸易公司就在海南投资 1 亿美元，兴建一座装机容量 15 万千瓦的发电厂，有效引导了投资投向。[2]

深圳也在很多领域扮演了全国立法“试验田”角色。据统计，在其 105 项先行先试类法规中，有 41 项早于国家法律、行政法规出台，包括律师条例、政府采购条例、循环经济促进条例等。[3]有很多借鉴了香港和国外成功经验，比如《和谐劳动关系促进条例》吸收了法国民法典有关破产财产优先支付职工工资，以及美国劳工法有关劳动争议行动的冷静期制度；《集体协商条例》借鉴了法国、加拿大等处理集体协商僵局的有关规定。[4]可以说，深圳率先将自主创新提升为城市发展主导战略，培育出华为、腾讯、比亚迪、大疆等一批具国际竞争力创新型企业，很大程度归功于特区立法权，为高新技术产业发展保驾护航。

二、变通性立法权是特区之“特”的最核心要素

相比先行性立法，变通性立法更加能够凸显特区立法权区别于一般立法权的独特之处，是货真价实的“金字招牌”。根据《立法法》，省、自治区、直辖市和设区的市等地方人大及其常委会，既可以制定执行性法规外，也可以结合本地具体情况和实际需要制定创制性法规，但无论如何，其制定的一般地方性法规都不能与法律和行政法规已有规定“相抵触”。而正是这一点，特区立法权就体现了其核心价值。从全国人大及其常委会有关授权决定看，经济特区均可根据具体情况和实际需要，遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则制定法规，《立法法》第 90 条也明确“经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定”。

所谓“变通”，《现代汉语词典》解释是“依据不同情况，做非原则性的变动”，法律领域的“变通”，则一般是指下位法可以对上位法的规定有所偏离，对相同事项作出与上位法有所不同的规定，前提是“遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则”。[5]通常来说，基本原则是笼统、模糊的，侧重法律的价值倾向，而法律规则和条文是明确、具体和刚性的。这就意味着，通过特区法规可以“光明正大”超越省级人大及其常委会制定的地方性法规的限制，在不违背“基本原则”前提下，甚至还可超越国务院行政法规乃至全国人大及其常委会制定的法律的具体规定。当然，这也不代表特区立法可以“无法无天”、毫无约束，我国《立法法》规定在经济特区法规报送备案时，应当说明对变通情况作出说明。这也是很多人认为变通性立法越来越难操作的原因之一。

---

[2] 唐小然：《经济特区立法问题研究》，载《海南大学学报人文社会科学版》2017 年第总 35 卷第 6 期。

[3] 参见“立法先行助推深圳改革创新”，载 http://sz.people.com.cn/GB/n2/2017/1012/c202846-30822654.html，2020 年 4 月 8 日访问。

[4] 谭波、黄琰：《论我国经济特区立法权的改革路径》，载《江汉大学学报（社会科学版）》2013 年 6 月。

[5] 李洪雷：《在新的历史条件下用好经济特区立法权》，载《公共治理》2018 年 7 月上。

无论任何，特权立法为海南等特区大胆试、大胆闯，率先改变和突破不适应生产力发展的条条框框和法律法规提供了重要保障。比如，2003 年海南省人大常委会通过《关于加快处置海南经济特区停缓建工程的决定》，从工程停缓建、代为处置、司法查封等方面对相关法律法规作出变通，为顺利盘活积压工程提供了法治保障。[6]事实上，仅在 1992 年至 2015 年间，深圳就根据特区建设实际共进行变通性立法 56 项，占其特区立法总数 32%，[7]这也是创造“深圳奇迹”的重要因素之一。

三、深圳等地近年来立法“变通规定”经典范例剖析[8]

（一）变通《公司法》《个体工商户条例》注销公司、注册登记的程序，率先创设除名和依职权注销、自愿登记等商事制度

【变通解读】2020 年 10 月 29 日，深圳市第六届人大常委修订通过《深圳经济特区商事登记若干规定》，变通《公司法》关于注销公司需成立清算组、登记债权等 7 个步骤的要求，在我国现行依申请注销制度之外，率先创设了除名制度、依职权注销等制度。这有利于破解“失联企业”“僵尸企业”“虚假登记”等商事主体风险隐患，以强制退出机制解决“出生容易死亡难”问题，防范系统性风险。该条例还变通《个体工商户条例》第 8 条个体工商户应当注册登记的规定，实施自愿登记，对从事依法无需经有关部门批准的经营活动的，直接办理税务登记即可开展活动，不视为无照经营；允许个体工商户直接办理经营者变更登记，相关许可审批文件也无需重新申办，有利于进一步释放市场活力。

【变通前】《公司法》第 184 条-189 条：注销公司依法需按如下七个步骤：1.成立清算组；2.公告并通知债权人，登记债权；3.接管公司，展开清算；4.全面清理公司财产、编制资产负债表和财产清单；5.制定清算方案，并报股东会、股东大会或法院确认；6.根据确认的清算方案分配公司财产；7.制作清算报告，报股东会、股东大会或法院确认后，申请注销登记，公告公司终止。

【变通后】第 27 条：商事主体因通过其登记住所或经营场所无法取得联系被列入经营异常名录或被标记为经营异常状态满 2 年，且近 2 年未申报纳税，商事登记机关可对其作出除名决定。……

【变通依据】2020 年 8 月 17 日，中办国办印发《深圳建设中国特色社会主义先行示范区综合改革试点实施方案（2020-2025 年）》首批授权清单明确：完善商事主体退出机制，创新企业注销制度。

（二）变通《专利法》关于职务发明创造归属于单位的规定，明确应当赋予完成人或团队成果所有权、长期使用权

【变通解读】2020 年 8 月 26 日，深圳市第六届人大常委会通过《深圳经济特区科技创新条例》，在股权设置、重大技术攻关等方面作出重大创新，并变通了《专利法》第 6 条“职

[6] 李永利：《对海南立法权“特”字的再认识》，载《海南人大》2007 年 03 期。

[7] 何家华、高頓：《经济特区立法变通权的变通之道——以深圳市变通类立法为样本的分析》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2019 年 3 月刊。

[8] 以下 9 方面的具体案例，均为笔者从深圳市等地官方网站收集信息所总结。

务发明创造申请专利的权利属于该单位，申请被批准后，该单位为专利权人”，在国内首次以立法规定利用财政资金取得职务成果的，应赋予完成人或团队成果所有权、长期使用权，若约定按份共有的则份额不低 70%，以激发科研人员创新活力。同时，条例还明确了科技成果决策尽职免责机制，规定“没有牟取非法利益或恶意串通的，可以免予追究其在科技成果定价、自主决定资产评估以及职务科技成果赋权中的决策失误责任”。2019 年 12 月，海南省市场监管局等 8 部门印发《关于支持我省高等院校和科研院所开展职务发明专利所有权或长期使用权改革试点的指导意见》也提出类似政策，支持通过约定将职务发明专利所有权给予职务发明人，但尚未进行地方立法。

【变通前】《专利法》第 6 条：执行本单位任务或主要利用本单位物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位，申请被批准后，该单位为专利权人。

【变通后】第 37 条：全部或主要利用财政性资金取得职务科技成果的，高等院校、科研机构应当赋予科技成果完成人或者团队科技成果所有权或者长期使用权，但是可能损害国家安全或者重大社会公共利益的除外。……约定按份共有的，科技成果完成人或者团队持有的份额不低于 70%；赋予科技成果完成人或团队科技成果长期使用权的，许可使用期限不少于 10 年。

【变通依据】《深圳建设中国特色社会主义先行示范区综合改革试点实施方案（2020-2025 年）》明确：深化科技成果使用权、处置权和收益权改革，在探索赋予科研人员职务科技成果所有权或长期使用权、成果评价、收益分配等方面先行先试。

（三）变通《公司法》“一股一权”“同股同权”制度，允许设置拥有大于普通股份表决权数量的特别表决权

【变通解读】2020 年 8 月 26 日通过的《深圳经济特区科技创新条例》，变通《公司法》关于“一股一权”规定，允许在深注册的科技企业实施“同股不同权”，可约定表决权差异安排。这又称“双层股权结构”，通过给予小部分股东“选举董事会”等排他特权、对特殊事项表决权等，使得决策权掌握在特定人手中。目前，美国等提供“同股不同权”安排的资本市场，往往更受新科技企业青睐。阿里、京东等赴美上市，很大程度是由于“同股不同权”。

【变通前】《公司法》第 103 条：股东出席股东大会会议，所持每一股份有一表决权。但公司持有的本公司股份没有表决权。

【变通后】第 99 条：在本市依照《公司法》登记的科技企业可以设置特殊股权结构，在公司章程中约定表决权差异安排，在普通股份之外，设置拥有大于普通股份表决权数量的特别表决权股份。……设置特殊股权结构的公司，其他方面符合有关上市规则的，可以通过证券交易机构上市交易。

【变通依据】中央和国家部委层面并未就此项改革，针对深圳出台相关政策。系深圳结合发展所需自行作出的立法变通。

（四）变通《社会保险法》包括“五险”的社会保障制度，建立“第六险”长期护理保

险制度

【变通解读】深圳市户籍老人中，80 周岁以上老年人近 4 万人，60 岁-79 岁中重度失能的居家老人 8500 多人，解决其护理问题成为迫切需要。2020 年 10 月 29 日，深圳市第六届人大常委会通过《深圳经济特区养老服务条例》，在长期护理保险、养老机构分类收费、加大处罚力度等方面对《社会保险法》进行变通。长期护理险，被称为除养老、医疗、工伤、失业、生育之外的“第六险”。此外，还对《广东省养老服务条例》进行变通，对擅自改变养老服务设施用地用途、未按规划配套建设社区养老设施等行为，提高处罚幅度。

【变通前】《社会保险法》第 2 条：国家建立基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度，保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。

第 64 条：社会保险基金包括基本养老保险基金、基本医疗保险基金、工伤保险基金、失业保险基金和生育保险基金。

【变通后】第 51 条、第 52 条：建立长期护理保险制度。用人单位职工和满 18 周岁且未在校就读的非在职人员，已参加本市基本医疗保险的，应当参加长期护理保险。

第 53 条：长期护理保险费以本市上年度在岗职工月平均工资为基数，按照 0.1%的比例逐月缴交。参保人为职工的，由用人单位和个人各按照 50%比例缴费；参保人为退休人员、居民及其他人员的，由个人缴费；困难人群缴费由财政给予补助。……

【变通依据】国家并没有单独针对深圳出台特殊的政策，仅有全国性导向政策。根据 2020 年 9 月公布的国家医保局 财政部《关于扩大长期护理保险制度试点的指导意见》（医保发〔2020〕37 号），参保人员仅从职工基本医疗保险的参保人群起步。但深圳进一步扩大参保人员范围，除单位职工外，将年满 18 周岁且未在校就读的非在职医保参保人员也纳入其中。

（五）变通《土地管理法》《城乡规划法》有关永久建筑、临时建筑的分类，创设第三类短期利用建筑

【变通解读】2020 年 8 月 26 日，深圳市第六届人大常委会通过《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区条例》，变通我国《土地管理法》《城乡规划法》永久建筑、临时建筑的分类，明确在前海合作区的土地上建设可循环利用、结构相对简易的短期利用建筑的法律地位，有利于各类土地灵活高效开发。同时，还调整《深圳市城市规划条例》关于临时建筑用地上简易构筑物不超 2 层的规定。此外，还突破《国有土地上房屋征收与补偿条例》有关土地整备、储备、房屋征收补偿的规定，授权前海管理局负责合作区内相关工作；授权探索“土地立体一级开发”模式，并试点空间不动产权证，解决前海合作区土地发展空间问题。

【变通前】《土地管理法》第 57 条：临时使用土地的使用者应当按照临时使用土地合同约定的用途使用土地，并不得修建永久性建筑物。临时使用土地期限一般不超过二年。

《城乡规划法》第 44 条：在城市、镇规划区内进行临时建设的，应当经城市、县人民政府城乡规划主管部门批准。临时建设影响近期建设规划或者控制性详细规划的实施以及交

通、市容、安全等的，不得批准。……临时建设应当在批准的使用期限内自行拆除。

【变通后】第 28 条：前海合作区可以根据基础设施建设情况和土地开发建设时序，建设可循环利用、结构相对简易的短期利用建筑。短期利用建筑使用期限为 5 年以上 20 年以下，建筑物高度原则上不得超过 24 米。临时用地上搭建的建筑物不得超过 4 层，建筑高度不得超过 15 米。

【变通依据】中央和国家部委层面并未就此项改革，针对深圳出台相关政策。系深圳结合发展所需自行作出的立法变通。

（六）变通《慈善法》公开募捐应取得募捐资格的限制，规定可指定卫生健康、市场监管、民政等部门负责社会捐赠

【变通解读】2020 年 8 月 26 日，深圳市第六届人大常委会通过《深圳经济特区突发公共卫生事件应急条例》，是新冠疫情后我国第一项突发公共卫生事件应急地方法规，赋予应急指挥机构法律地位、创设专家委员会、构建应急物资储备制度等，变通《慈善法》关于公开募捐应取得募捐资格的规定，规定市、区政府或应急指挥机构可指定卫生健康、市场监管等负责社会捐赠工作，单位或个人可直接向有关部门等防控单位捐赠。这有利于扩大应急物资捐赠渠道，确保捐赠款物符合应急需要，及时、精准交付使用。

【变通前】《慈善法》第 22 条：慈善组织开展公开募捐，应当取得公开募捐资格。依法登记满二年的慈善组织，可以向其登记的民政部门申请公开募捐资格。……

【变通后】第 37 条：突发公共卫生事件应急响应期间，市、区人民政府或者应急指挥机构可以指定卫生健康、市场监管、民政等部门负责社会捐赠工作，明确捐赠物资的质量要求、捐赠款物的分配机制，保障捐赠款物及时、精准交付使用。单位或者个人直接向有关部门、医疗卫生机构等单位捐赠的，受赠单位应当将情况报市、区人民政府或者应急指挥机构指定的部门备案。

【变通依据】中央和国家部委层面并未就此项改革，针对深圳出台相关政策。系深圳结合发展所需自行作出的立法变通。

（七）变通《劳动法》综合工时需经主管部门批准的规定，探索实行“共享用工”等灵活用工制度

【变通解读】2020 年 10 月 29 日深圳市第六届人大常委会审议通过《深圳经济特区优化营商环境条例》，从市场主体全生命周期角度出发，对市场准入、开办经营、破产重整、退出等重点环节进行规范。同时，为适应不同市场主体的用工需求，变通《劳动法》关于综合工时需经主管部门批准的规定。新冠肺炎疫情爆发后，“共享用工”作为相对灵活的就业模式，缓解了就业和用工的双重困难。

【变通前】《劳动法》第 36 条：国家实行劳动者每日工作时间不超过 8 小时、平均每周工作时间不超过 44 小时的工时制度。

第 39 条：企业因生产特点不能实行本法第 36 条、第 38 条规定的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。

【变通后】第 71 条：用人单位因生产经营特点不能实行法定标准工时制度且符合特殊工时制度适用范围，经协商实行不定时或者综合计算工时工作制度的，可以实行告知承诺制。

【变通依据】《深圳建设中国特色社会主义先行示范区综合改革试点实施方案（2020-2025 年）》：允许探索特殊工时管理，并在首批授权清单明确：允许修订促进和谐劳动关系的相关经济特区法规，扩大特殊工时制度适用行业和工种岗位范围，探索适应新技术、新业态、新产业、新模式发展需要的特殊工时管理制度。

（八）变通《药品管理法实施条例》等监管规定，允许港、澳已上市但未获境内批准的急需药品、医疗器械在指定医疗机构使用

【变通解读】2020 年 8 月 26 日，深圳市第六届人大常委会通过《深圳经济特区前海蛇口自由贸易试验片区条例》（10 月 1 日起施行），变通我国《药品管理法实施条例》《医疗器械监督管理条例》等，允许港、澳已依法批准上市但未获境内注册批准且在自贸片区医疗机构临床急需的药品、医疗器械在指定医疗机构使用。这一举措，有利于为港澳同胞、前海以及大湾区内地民众提供三地趋同且优质的医疗用药用械服务，为三地居民特别是港澳同胞在大湾区内地工作、学习和生活提供了便利，并推动我国医疗监管科学研究和国际交流合作。

【变通前】《药品管理法实施条例》第 35 条：进口药品，应当按国务院药品监督管理部门的规定申请注册。国外企业生产的药品取得《进口药品注册证》，中国香港、澳门和台湾地区企业生产的药品取得《医药产品注册证》后，方可进口。

《医疗器械监督管理条例》第 11 条：向我国境内出口第二类、第三类医疗器械的境外生产企业，应当……向国务院食品药品监督管理部门提交注册申请资料和注册申请人所在国（地区）主管部门准许该医疗器械上市销售的证明文件。……

【变通后】第 50 条：自贸片区医疗机构临床急需的药品、医疗器械，在港澳已经批准上市但是尚未获境内注册批准的，可以在指定的自贸片区医疗机构使用。

【变通依据】2020 年 9 月 29 日，国家市场监管总局等 8 部委印发《粤港澳大湾区药品医疗器械监管创新发展工作方案》明确“在粤港澳大湾区内地 9 市开业的指定医疗机构使用临床急需、已在港澳上市的药品，由国家药监局批准改为由国务院授权广东省政府批准”“在粤港澳大湾区内地 9 市暂停实施《医疗器械监督管理条例》第 11 条第 2 款，区域内开业的指定医疗机构使用临床急需、港澳公立医院已采购使用、具有临床应用先进性的医疗器械，由广东省政府批准”，先期在香港大学深圳医院试点。此政策发布比深圳立法时间要晚一个月。

（九）变通《道路交通安全法》处罚金额上限，推行“史上最严厉”交通处罚制度

【变通解读】在借鉴香港、新加坡等城市管理经验基础上，深圳市人大常委会 2010 年 1 月 19 日通过“史上最严”处罚的《深圳经济特区道路交通安全违法行为处罚条例》，首创累计加罚、违法后自愿维护秩序可免罚款和社会服务令等措施。其最大突破是，大幅提高处罚金额。例如，使用其他机动车号牌、行驶证等的，依法扣留机动车，处 3 万元罚款。而当时《道路交通安全法》对此仅并处 200 元-2000 元罚款。此外，条例还对重中型载货汽车严

重超载、交通肇事逃逸等违法行为，都作出变通罚则。条例实施后，深圳交通违法行为大幅减少，对提升城市文明起到重要作用。

【变通前】《道路交通安全法》第 96 条：伪造、变造或使用伪造、变造的机动车登记证书、号牌、行驶证、驾驶证的，由公安机关交通管理部门予以收缴，扣留该机动车，处 15 日以下拘留，并处 2000 元以上 5000 元以下罚款；……

【变通后】第 36 条：有下列行为之一的，依法扣留机动车，按下列规定处罚：（一）伪造、变造机动车登记证书、号牌、行驶证、驾驶证的，依照《道路交通安全法》的规定处 15 日以下拘留，并处三万元罚款。

【变通依据】中央和国家部委层面并未就此项改革，针对深圳出台相关政策。系深圳结合发展所需自行作出的立法变通。

四、海南在“用足、用好、用巧”特区立法权上存在较大提升空间

（一）“用足”方面尚存较大潜力。截至 2021 年 1 月 29 日，海南省人大及其常委会制定的地方性法规中现行有效 330 件，其中特区法规 63 件，行使率 19.09%。而深圳市制定的地方性法规中现行有效 362 件，其中特区法规 300 件，行使率达 82.87%。深圳、厦门制定的经济特区法规数量最多，分别达到 300 件、119 件，特区立法权行使率也相对较高，分别达 82.87%、70.83%。虽海南经济特区远远早于深圳、厦门等率先获得特区立法权，但海南制定的特区法规数量只有 63 件，仅有深圳的 1/5 左右，特区立法权行使率也只有 20.13%，。

我国五个经济特区制定地方性法规、特区法规情况（1988-2021）[9]

经济特区	地方性法规数量（现行有效）	经济特区法规数量（现行有效）	特区立法权行使率
深圳	362	300	82.87%
汕头	87	65	74.71%
厦门	168	119	70.83%
珠海	95	44	46.32%
海南	330	63	19.09%

此外，与深圳相比，海南在一些方面尚存在立法空白有待“开发”。比如，为了促进科技创新和经济发展，深圳主动利用经济特区权制定了《改革创新促进条例》《科技创新促进条例》《国家自主创新示范区条例》《高新技术产业园区条例》《政府投资项目管理条例》《知识产权保护条例》《产品质量管理条例》《企业技术秘密保护条例》《合同格式条款条例》等一大批特区法规，而这些方面海南都“无人问津”。又比如，深圳 2006 年就制定《深圳经济特区反走私综合治理条例》，而海南 2020 年 1 月才制定《海南省反走私暂行条例》，且未动用特区立法权。

（二）“用好”方面也有提升空间。海南制定的特区法规中有一些篇幅较长，原则性、口号性条款过多，存在“为了立法而立法”“大而全”等立法倾向，可操作性、问题导向上

[9] 该数据为笔者根据“北大法宝”网站统计而来，最后访问时间 2021 年 2 月 3 日。

还需下功夫。法规中条文繁琐，或大量转抄上位法和外地法，到头来也难以解决海南实际问题，一些就难免成了观赏品和摆设。比如，海南经济特区《促进中小企业发展条例》《公共信息标志标准化管理规定》《促进私营个体经济发展条例》等，除个别条文具有相应法律效果外，多数条文主要以倡导性为主，现实中很少有人知晓、使用。同时，某种程度上也存在立法技术欠缺的问题。比如，《城镇从业人员医疗保险条例》中的部分规定，由于对现实估计不足，存在对住院医疗费个人自负比例过高、医疗保险结构、层次单一，退休、企业下岗失业人员基本医疗保险待遇缺乏保障机制等问题。[10]

（三）“用巧”上存在创新不够问题。深圳作为我国创新力最强的城市之一，这方面发挥得比较充分。比如，1995 年深圳出台《深圳经济特区企业破产条例》突破了当时《企业破产法（试行）》适用范围，将所有企业都纳入破产范围，此后该规定也被全国性法律制度所采用。又比如，为铁腕整治城市交通，2013 年《深圳经济特区道路交通安全违法行为处罚条例》对我国《道路交通安全法》作出大幅变通，将行人违法最高罚款从 50 元提高到 100 元，机动车最高罚款从 2000 元提高到 5 万元，堪称“史上最严厉处罚”，为提升城市文明、提高社会管理水平发挥了积极作用。[11]相比之下，除了建省办特区最初十来年外，近些年海南少有此类“大胆闯、大胆试”的典型案例。

（四）立法程序有待进一步优化。还存在起草渠道单一、部门立法倾向明显、公众参与度不高、专家咨询力度不够、审议程序走过场等诸多问题，都亟待系统性加以解决。比如，立法机关存在被动“等米下锅”现象，省人大常委会的立法主要是政府推动，若省政府、各厅局等不提出，立法机关很少主动制定特区法规。政府及各部门对一些工作中急需或涉及本部门切身利益的立法项目，争先上报，而对一些涉及多部门且分歧较大或复杂利益关系的立法项目，往往积极性不高，无法立项。人大立法主导性不强的直接结果就是立法部门化，使法律法规打上部门行业利益的烙印，导致内容失衡。[12]

四、调法调规推进难，海南比任何时期都更加需要立法变通权

自由贸易港建设作为一项前无古人的系统性改革工程，海南在推动实现贸易、投资、资金等方面高度开放、自由和便利过程中，无疑将大量涉及与现行法律法规相冲突的情形。一般来说，要实现改革决策和立法相结合，除了用好用足特区立法权之外，还有另一种立法授权模式，那就是我国《立法法》第 13 条所规定的授权调整法律实施制度，即“调法调规”。但实践来看，一是过程可能比较漫长，无论是从全国人大常委会或国务院获得专门的授权还是修订法律法规通常都要经历复杂的程序。二是灵活性和容错性相对不够，中央就某个事项进行专门授权一般都要求有关制度改革有较成熟的方案。单项授权意味着由中央而非地方来决定哪些法律、行政法规可以被突破，这对相关决策的效率影响较大。三是，改革措施与现行法律之间的矛盾冲突往往是在改革推进过程中才逐步显现，改革之初到底需突破哪些法律

[10] 李永利：《对海南立法权“特”字的再认识》，载《海南人大》2007 年 03 期。

[11] 王成义：《深圳经济特区立法权：历史、学理和实践》，载《地方立法研究》2019 年 1 月 15 日。

[12] 刘锋：《30 年来海南运用特区立法权促进改革发展的实践与启示》，载《海南师范大学学报（社会科学版）》2018 年第 2 期。

法规通常难以全面掌握，而单项授权在改革之初就需作出，后续难以视情自主灵活调整。而特区立法权则可以有效弥补这方面不足。[13]

从海南过去情况看，2018 年 4 月党中央国务院宣布支持海南全岛建设自贸区近两年来，海南方面一直努力推动所涉改革事项“调法调规”，直至 2020 年 4 月 29 日全国人大常委会审议通过《关于授权国务院在中国（海南）自由贸易试验区暂时调整适用有关法律规定的决定》，历时两年。因此，对于海南建设自由贸易港而言，若事事都要求中央授权或修订法律法规，既不现实也无必要，用好用足变通权才是必须要走的路。当然，下一步海南省也将努力推动国家有关部门进一步研究简化调整现行法律法规的工作程序，但这与用好特区立法权并不冲突，“两条腿走路”更有利于海南发展。

五、用足用好用巧立法变通权，为自由贸易港建设保驾护航

（一）科学合理把握变通性立法的尺度和边界

要让地方立法发挥法治创新作用，又确保不对国家法制统一造成破坏，必须谨慎规范行使立法变通权，不可信马由缰。一是我国《宪法》规定不能变通。《宪法》所规定的国家制度、基本国策和公民基本权利义务等根本性制度，具有最高法律效力，海南自贸港建设必须不折不扣全面遵行，不得作出任何变通，这是维护国家宪法权威的基本要求。二是上位法的基本原则不能变通。每一部法律、行政法规的基本原则是其核心和灵魂，比如，《民法典》总则篇规定了平等、自愿、公平等基本原则，还引入绿色原则，将生态环保、节约资源上升为基本原则，因此变通时须严格遵守，价值导向不能偏。有的原则需从规则加以提炼，理解“基本原则”时不能过于宽泛或狭隘，而应在合理文义范围将党中央决策部署科学融入。三是妥善对待立法“绝对保留”事项。一方面，假若《海南自由贸易港法》能赋予更大“自贸港立法”权限，支持突破《立法法》第 8 条部分规定就财政、海关、金融和外贸等基本制度立法，那海南变通空间将大大增加。另一方面，必须守住底线，对于《立法法》第 8 条以下款，不可变通：（一）国家主权事项；（二）各级人民代表大会、政府、法院和检察院的产生、组织和职权；（三）民族区域自治、特别行政区、基层群众自治制度；（四）犯罪和刑罚；（五）对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚。

（二）小切口立法入手，推动解决大问题、打开大局面

紧扣自贸港建设早期收获及未来所需，坚持“精细化”立法，不流于形式，不为立法而立法、立不解决问题的法，不做上位法“复写纸”。一是以市场主体和社会各方面的呼声为导向。在制定立法计划、起草条文等各环节，都要紧紧围绕市场主体、公众迫切需求和安危冷暖，将其诉求和问题放在心上，不可关起门立法、与社会热点“不搭界”，更不能“你说你的，我立我的”。要研究透有哪些阻碍政策落地的中枢梗阻、哪些不合时宜的上位法条文、是否有创新变通空间，做到把脉清楚、问诊清楚、对症下药、药到病除。二是确保每一部法规都“立得住、行得通、真管用”。地方立法无需“大而全”，不宜也不必简单重复上位法已有规定，国家条例、自贸港政策落地确所需的，可通过地方立法、特区立法、自贸港立法予

[13] 李洪雷：《在新的历史条件下用好经济特区立法权》，载《公共治理》2018 年 7 月上。

以细化补充；国家法律、条例在海南不能或不宜全面套用的，则可通过变通权予以完善。要针对痛点、堵点和难点，拟定变通性、创新性措施。比如，深圳结合发展中遇到的紧迫问题，大胆变通《专利法》职务成果权属、《慈善法》公开募捐应取得募捐资格、《公司法》“一股一权”等诸多制度，解决真问题、取得真实效。三是让每一部立法都成为精品。立法质量是立法工作核心，直接关系到实施效果。事实上，市场主体对立法的期盼，不再是有没有法，而是管用不管用、能否解决实际问题。一旦确定立法计划，就要确保堪称精品，每一条款都能体现高超的政治智慧、立法理念、变通技巧，能表达立法者尊崇民意、追求完美、力求实效的伟大境界。比如，《深圳经济特区优化营商环境条例》就以优化营商环境综合立法为携领，衔接好综合立法、专项立法，从 8 方面提出多项创举，可以称得上一部良法、精品法。

（三）聚焦贸易自由投资自由广泛进行立法变通

海南自贸港建设过程中，要聚焦贸易投资自由抓紧谋划放开、放宽、放权、放行的立法。比如，为进一步为我省《关于大力发展农村市场主体壮大农村集体经济的十八条措施》《关于建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系集成创新的实施意见》等政策文件提供法治保障，及时将其转化为“法言法语”，特别是为推动社会资本与集体经济深度合作、盘活闲置宅基地和设施、村集体承建项目等，可对《农村土地承包法》《土地管理法》等进行变通。也可以立法明确短期利用建筑的法律地位，以区别传统永久建筑、临时建筑分类方式。比如，可以借鉴深圳经验，以立法规定利用财政资金取得职务成果的，应当赋予相关人成果所有权、长期使用权，以激活科研人员潜能。比如，为保障国企做大，可立法规定国有企业参与创投企业、创设创业基金等的“容错机制”“豁免制度”，避免因惧怕国有资产流失而导致的不敢作为。比如，为加快国际航空枢纽建设，可立法变通进一步扩大美兰机场、三亚机场等航权开放，允许国外飞机起降和中转。比如，结合“极简审批”、事中事后监管改革，可对《公司法》《企业破产法》《对外承包工程管理条例》等予以突破。

（四）构建各方广泛参与、各部门协同配合的立法机制

一是实现制度集成创新与立法的同频共振、同影共舞。要避免政策与立法“两张皮”，既要把制度集成创新摆在自贸港建设的重中之重位置，聚焦“五自由便利一安全有序流动”落实最突出问题、最紧迫需求出台政策，同时还要坚持政策与立法相向而行、同步推进。要做到每推出一批制度创新案例，就同步推出一批配套地方立法，让法治为政策决策者、推动者撑腰鼓劲，解决政策落地中的责任风险、后顾之忧。二是强化厅局市县与省人大及其常委会的协同配合。对一些必须由政府业务部门起草的法规项目，省人大常委会要主动提前参与法规草案论证，协调各部门分歧。对一些易产生部门倾向的法规，要由省人大常委会组织力量起草，邀请专家学者、实务部门同志组成专门立法研拟小组。三是完善专家咨询、立法辅助制度[14]。广泛收集资料，包括上位法、国内同类法、规范性文件、学术成果、调研材料等，纳入参考资料作为背景资料存档。同时，做好法条比对，强化理论创新。建立立法辅助制度，

[14] 黄喆：《论深圳经济特区立法的成果、不足及完善》，载《江汉大学学报（社会科学版）》2012 年 10 月。

明确辅助人员职责，确定人员配备方式、工作规程，设立立法助理办公室。四是完善公众参与、审议机制。通过立法听证、立法调研等形式，倾听公众对改革与立法的现实需求，将公众对自贸港建设合理期待上升到法律层面。审议中，引入论辩过程，完善对审议意见的处理标准、反馈机制。尤其对某些涉及立法实质的意见，比如是否符合宪法和《立法法》相关规定、有悖于改革方向等问题，均需另行组织研究，并对所提意见进行书面反馈。

（五）扎实做好备案审查报送的前期工作

一是严把立法质量和社会效果自评关。报送全国人大常委会备案审查前，要科学审查立法变通权“尺度”和限制，比如是否违反法律法规“基本原则”内涵、是否有悖于自贸港建设总体目标实现、是否会造成负面舆论等。二是严格解读并适用备案程序。根据 2019 年 12 月 16 日全国人大常委会颁布的《法规、司法解释备案审查工作办法》第 9 条“法规、司法解释应当自公布之日起 30 内报送全国人大常委会备案”，并没有规定需事前沟通、请示。按照《立法法》第 98 条，我们严格执行事后 30 日内备案要求即可，关键在于扎实做好变通情况说明。三是尊重工作规律和现实路径。事实上，全国人大常委会法工委法规备案审查室的工作可谓“日理万机”，仅 2019 年就收到全国各地上报备案的法规、司法解释多达 1485 件（此外，还对公民、组织提出的 138 件审查建议进行研究，督促地方修改 300 件、废止 44 件，推动对集中清理发现的 37 件部门规章、456 件地方政府规章、2 件司法解释及 11000 余件各类规范性文件及时废立改），可见工作量极其巨大。因此不难理解，凡是事前沟通、请示，恐很难逃脱被否决、被搁置的命运，因为很难进入一定层级领导参与的实质审查程序，或者说根本无暇顾及。

作者简介：

卢腾达，男，全日制研究生学历

工作单位：海南省委深改办（自贸港工委办）

联系地址：海南省海口市国兴大道 69 号海南省委 1 号楼 432 室

联系电话：010-68501992，19943389001

主要调研成果（2016-2020）

1.撰写的《擦亮海南地理标志“金字招牌”》，载于海南日报 2020 年 12 月 23 日理论版块。

2.撰写《用足用好海南经济特区立法权路径研究——以中国特色自由贸易港背景下完善法治保障为视角》，载《人大研究》2020 年第 8 期。

3.撰写的《提早谋划授权调整法律实施 加快推动海南自贸港建设》，载《中国发展观察》

2020 年第 3 期。

4.撰写的《全力推动三大主导产业 积极应对“三个大考”》，载《今日海南》2020 年第 4 期。

5.参加 2018 年度上海高院刘晓云院长主持的党组重大调研课题《上海司法体制综合配套改革的探索与实践》，系主要执笔人。

6.撰写的《新时代城乡融合背景下基层人民法庭的法治保障机制研究》一文，2018 年 9 月获“第十五届长三角法学论坛”二等奖。

7.参加 2017 年度顾伟强上海高院党组重大调研课题《司法体制综合配套改革探索的思考与实践》，系主要执笔人。

8.参加 2017 年度上海法院报批调研课题《语音识别系统应用于庭审记录的实现路径与配套制度研究》，系主要执笔人。

9.参加 2016 年度上海高院党组重大调研课题《司法改革背景下完善庭审实质化的理论思考与制度构建》部分章节的撰写。

10.参加最高法院“第二届司法保障学术论坛”征文，《新时代司改背景下人民法院社会化服务购买问题研究》2018 年 5 月获全国三等奖。

11.参加最高法院“第二届人民法庭建设高层论坛”征文，提交的《新时期城市化背景下人民法庭的职能定位研究》2017 年 11 月获全国二等奖。

12.撰写的《新时代背景下司法体制综合配套改革》，载《中国应用法学》2018 年第 3 期。

13.撰写的《民事纠纷调解前置程序的法律规制研究》，载《时代法学》2018 年第 2 期。

14.撰写的《庭审语音识别转写系统优益与配套机制研究》，载《人民司法·应用》2018 年 7 月上旬，第 19 期。

15.撰写的《新时代人民法院社会化服务购买相关机制问题研究》，载《人民司法·应用》2018 年 10 月，第 28 期。

16.撰写的《借鉴与移植：国家综合配套改革试验区对深化司法体制综合配套改革的启示》，载《中国上海司法智库》2019 年第 19 期。

南海海域合作中建立信息交换机制的障碍———以法律机制重构视角初步探究

吕祯祯

（海南大学 法学院，海南 海口 570228）

摘要：南海海域合作的信息交换机制是全球治理理论在南海海域应用的初步创设模型。由于全球海洋治理机制供给不足，加之南海海域合作参与国国内法律基础薄弱，东盟国家的法律机制在南海海域所发挥的合作治理效率低下，并且南海海域外大国强制对南海海域资源利用的介入，使得南海海域合作既成为必然，同时也是挑战。通过从法律机制视角分析信息交换机制在南海海域合作遇到的障碍，有利于加快推进南海海域合作的信息交换机制的磋商进程，推动南海海域区域合作机制的进一步构建和完善。

关键词：南海　信息交换　立法

一、南海海域合作信息交换机制的界定

南海海域合作的信息交换是指南海海域信息包括渔业资源信息，生物多样性遗传资源信息，打击海盗信息数据，联合执法信息，海上航道安全信息在南海海域合作参与国作为的海域信息信息实体之间进行数据交互的过程，其目标是在大南海海域还存在诸多类似主权争议、海域管辖权重叠、海洋权益冲突等争议环境中实现海域信息数据的共享，从而有效地利用南海海域资源信息，提高整个南海海域信息交换系统的性能，加快南海海域信息系统之间的共享数据流通，实现海域各种信息数据的集成和共享。南海海域合作的信息交换是用于解决理解和开发不同数据环境之下海域信息源间信息交换的理论基础，同时也是解决海域不同类信息孤岛的强有力工具。在分布式网络环境下，南海海域信息交换为不同的海域合作国位置、其本国原有的平台和格式的数据以一种统一的交换标准展现给不同的南海海域合作参与国自身的数据系统，以便其进行数据交换和系统集成。

二、创建信息交换机制模型初步设想

信息交换机制核心是大数据系统，但这大数据系统的需要具体的运作人。南海区域海域合作的每个成员国就是这个大数据系统的具体运作人。每个成员国都是这个大数据系统的运作个体，彼此共同组成大数据系统的运行团队。

每个南海区域海域合作的成员国都应设立一个“国家中心”级的南海区域海域合作信息交换情报机构（情报指挥中心），负责其本国在南海区域海域接收和分析南海区域海域信息，并将分析数据以及结果上传到南海区域海域合作信息交换大数据系统。信息交换情报机构（情报指挥中心）应当能够从报告义务主体获取足够的信息，包括其本国的各个职能部门在南海区域海域教学科研，行政管理，司法适用运行中所获取的信息。而报告义务主体是指本国的涉及南海海域管理的职能部门以及从事南海海域科研和开发的机构。至于何种机构才能成为报告义务主体，则属于南海区域海域合作成员国国内法自主权限所具体规定的事项。

信息交换机制作为一个系统，行政组织结构的设置由部长级会议（议事规则制定者，责任承担裁判者）、每个成员国设立的国家情报指挥中心（信息上传者、信息分析者）、每个成员国信息报告主体（具体信息收集者）和惩戒小组（责任承担执行者）构成。

南海海域在本文中特指广义的南海，也就是所谓的"大南海"。大南海虽然是一些学者提出，甚至有相关学术专著和论文对大南海的范围界定作出探讨。但我们在要设想创建信息交换机制就必须对大南海有相应的科学依据和法理支撑。在地理科学方面来看，大南海是具备相应的地球地理科学基础。从国际水文组织给予的界定中可以看出，"南中国海"的西部边界延伸至越南海域，与泰国湾开放的湾口相连，其水域面积达到了 350 万平方千米，并不限于九段线内约 210 万平方千米的"中国南海"[1]。

三．南海海域信息交换机制的功能和特征简介

南海海域合作的信息交换系统主要由以海域合作参与国的本国情报指挥中联合组成的南海海域信息交换中心与海域合作参与国国内对海域信息收集的执法部门作为情报报告主体的业务端的信息交换组件构成，其功能大致如下：

南海海域合作信息交换中心：南海海域合作信息交换中心接收从客户端发送过来的海域信息消息通过其信息交换中心服务器进行转发或是从业务端应用海域信息数据库中提取需要发送的数据，并将其保存到南海海域共享数据库。其中，南海海域合作共享数据库是南海海域信息共享交换系统的信息平台的核心，它存储了海域合作参与国国内对海域信息收集的执法部门向外发布的信息和从其他执法部门交换过来的涉及海域信息数据。南海海域合作共享数据库的建立还具有保护南海海域合作国其本国海域信息情报可用户端应用系统的独立性和安全性的功能。

南海海域信息业务端的信息交换组件：如果南海海域合作参与国需要将自己的南海海域信息业务应用系统接入到某个统一的信息共享交换系统中，只需要安装南海海域合作的统一信息交换系统应用业务端的组件，在不需要修改南海海域合作参与国海域信息情报业务应用系统的情况下，便可以实现与统一南海海域合作信息共享交换中心进行信息交换。该插件主要功能是南海海域合作参与国业务系统中的数据与统一标准的数据之间的相互转化，与南海海域合作信息交换中心服务器进行交互，发送和接收数据等。 由于信息交换系统主要是针对各行业企业之间信息集成，信息交换和共享的一个网络系统大平台，但同时也可能是各种不安全因素的大集合，特别是当前南海海域合作参与国网络安全威胁越来越严重。在当前的这种网络安全环境下，又由于南海海域合作信息交换系统中的交换的信息主要是南海海域合作参与国内或是南海海域合作参与国之间与南海海域执法部门之间的内部信息，这些信息有可能是敏感的、重要的、甚至是有可能是关系切身利益的海域信息机密。因此不希望外部或其竞争对手知道，但又要能保障行业内部、各企业联盟内及企业内部的正常合法用户能及时了解共享交流、发送、接受南海海域信息信息等等，南海海域信息交换系统除了保障正常的

[1] 唐寅初: 《"海权之争"——南海成中美战略博弈主战场》,《国家智库》2014 年第 1 期，第 24 页。

业务功能外，针对安全方面还要做到：

第一，身份认证功能：只有那些被认可的合法的南海海域合作参与国的其本国情报指挥中心才有有权访问使用南海海域合作信息交换机制系统资源，且用户身份的唯一性可防止涉及南海海域信息交换过程的抵赖，同时要拒绝非南海海域合作信息交换机制的系统外用户及防止非法用户通过非法手段伪装成合法用户来欺骗系统达到一些目的。因此只有确认了南海海域合作参与国情报指挥身份的合法性，南海海域信息交换才能进行。可以说，身份认证是南海海域信息交换系统的安全基础。

第二、每个合作参与国的情报指挥中心和其本国的情报报告主体权限控制：每个合作参与国的情报指挥中心和其本国的情报报告主体都是信息交换机制系统的用户，只是这两个登录类型的系统用户在登录系统中权限不一样。例如作为南海海域信息具体收集者的情报报告主体用户使用系统时，信息交换机制系统要对其权限进行判定控制，根据不同级别的权限的角色用户享有访问、使用系统资源服务各有不同。南海海域合作中的信息交换机制特征就是对其界定和功能的总结：及时性，便捷性，真实性，共享性。

三、信息交换机制在南海区域合作的必要性和重要性

南海不仅是在政治方面具有十分重要的战略意义，并且在经济效益方面也是具有不可估量的价值重要性。南海的重要地理位置和丰富的生物资源等决定了南海相关问题不能以单一化处理方式去解决，南海问题不仅是地缘问题，甚至涉及到一些非地缘地区国家的战略态度。例如美国，英国等非南海地缘国家在对待南海问题上也有其各自的意图和动机。另一方面东南亚国家在南海资源开发利用，安全理念和措施方式都是与我国有所区别。所以南海问题不能只从国内视角去看待，南海问题更多时候是一个国际挑战问题，但换另外一个角度来看，也是一个国际化合作的机遇。因为南海在地域上看，也有公海部分，对于公海的资源如何分配开发利用，公海航行安全如何保障，靠谁去保障，保障哪方面，再者就是中国与东盟国家。以及东盟内部各国之间还处在南海的领土争端这种情况下如何能做到共同利益最大化等等，都是需要中国与东盟，甚至一些在南海区域活动的其他国家协调解决的问题。和平与发展是当今世界两大潮流。合作共荣也是历史趋势。合作最重要的途径就是建立一个完善的机制，而信息交换机制则是一个系统合作机制中首要机制。没有信息交换机制的合作机制就是不完整的机制，信息交换机制实质上是一个共享效益的机制。只有建立和完善信息交换机制，才能体现各国在南海问题上达成合作共荣的诚意和良好发展局面。信息交换机制也是一种国际法法治机制。信息交换是指在南海区域渔业矿产打击海盗抢险救灾等数据在不同的地区合作信息实体之间进行交互的过程，其目标是在在不同的主体之间还存在一定不同对待南海问题系统异构环境中实现大数据的共享，从而有效地利用资源，提高整个南海区域信息系统的性能，加快南海各种信息系统之间的数据流通，实现南海信息数据的集成和共享。

四、信息交换机制在南海海域的区域合作中法理困境

（一）南海区域合作参与国宪法和法律与信息交换机制的立法冲突

随着法治国际法化的发展，国家之间的在国际法法治原则之下的法律领域合作的不断增

加，即使目前难以有完善的国际法法制统一局面出现，但在区域合作方面努力维护国际法制统一的任务在南海区域合作中变得日益重要、但同时这种情形凸显的难度也变得尖锐化和复杂化。信息交换机制要在南海区域合作中发挥效用首先面临的就是南海区域海域合作主体国内法之间对待信息交换机制立法的冲突问题。在现实实践中，南海区域合作成员国国内的破坏其本国法制统一存在诸多的其本土因素，以及发生在法律运行的环节也是呈现有多方面的，以及阶段性的特征。例如虽然在 2005 年，中菲越三国曾经签署了《联合海洋地震工作协议》。《联合海洋地震工作协议》[2]明确表明了中菲越三国三方同意的 143000 平方公里范围内进行勘探。这种多边国际条约属于国际法的其中一类别。在法理效力上，《联合海洋地震工作协议》对中菲越三国具有强制约束力。但在菲律宾国内对该协议的合宪性提出质疑，并且通过其本国违宪审查制度对该协议进行合宪性审查，并且最终认定该协议为不符合菲律宾的宪法，即该协议在菲律宾国内因违宪而终止。对菲律宾来说，菲律宾不承认其已经和中越所签署的《联合海洋地震工作协议》对菲律宾的约束[3]。　可以这样认为，立法冲突作为信息交换机制创建所遇到法理问题的源头，这种南海区域合作主体国内法之间对待信息交换机制立法的冲突将极大地损害南海区域合作所达成以及签署一系列关于信息交换机制的法律文件的尊严，削弱法律文件的实效。其中我国在对待海域资源的管理以及开发，海事管辖权，渔业资源管制，海上违法行为查处也存在相当多的立法冲突。这具有历史原因，也有现实利益博弈因素在内。南海区域合作的其他国家其自身也同样存在类似我国在此方面的诸国内立法冲突。南海区域合作国家国内的立法冲突会直接削弱信息交换机制在南海区域合作中所产生的应有作用，甚至会使得信息交换机制只成为一个纸面上的文件，而无法在实践中达到大数据共享的效用。如果南海区域合作主体国内法之间对待信息交换机制立法的冲突问题没有得到改善，那么信息交换机制即使创建成为一个完整的机制，也难以在日后的运行中得到顺畅的执行。信息交换机制最明显的作用就数据及时共享从而达到效地利用资源。但如果每个国家国内法都对南海区域所搜集的信息有不同的规制而产生滞后，那么也直接否定信息交换机制所具有的最重要的及时性特征和共享性特征。

（二）对待信息交换机制所涵盖内容和范围在各自国内法定义的不一致

对待信息交换机制所涵盖内容和范围在各自国内法定义的不一致是信息交换机制立法的冲突具体体现。信息交换机制所涵盖内容和范围在南海区域合作成员国国内法律体系中也存在差异，并且每个南海区域合作成员国国内法对信息交换机制所涵盖内容和范围在其自身国内法的法律语境中也存在与别国不同的解读。南海区域合作的国家横跨大陆法系和英美法系，不同的法系的国家对法律规则以及法律概念在法律思维逻辑方面的理解是存在天然的差异。这种差异性最直接体现在其国内法对待信息交换机制所涵盖的内容和范围的理解是有不一样。在国际法视域来看，现存的国家之间所签署的多边公约或者双边条约以及软法虽然都

[2] 《联合海洋地震工作协议》

[3] 中华人民共和国外交部，《外交部条约法律司司长谈外交中的海洋工作》，网址：http://austriaembassy.fmpre.gov.cn/web/wjbxw_673019/t255507.shtml.132.

在一定程度上发挥着各自的约束力作用，但各自的局限性也是非常明显的[4]。如果信息交换机制所涵盖内容通过南海海域国家双边条约覆盖面又太窄，无法约束缔约双方以外的第三方;如果南海海域合作国家通过软法方式规定信息交换机制所涵盖内容，但可能导致出现没有具体规则、奖惩机制和程序界定，缺乏执行力，无法切实约束国家行为

（三）信息交换机制运行需要国内何种执法部门的支持存在差异

信息交换机制只是一个大数据系统，这个大数据系统需要大量的数据来源，而数据来源则依靠信息交换机制中的每个国家的情报指挥中心上传共享数据，但情报指挥中心虽然在信息交换机制中起到核心作用，但这个核心是离不开数据收集者的支持。在信息交换机制中，数据信息收集者担负的原始数据的集成提供者的角色。甚至可以这样认为，信息交换机制所起到信息共享作用是否真实是否起到共同增进南海海域合作者共同的利益，取决于基础数据是否真实和可靠。可见，我们可以将南海海域合作国家其本国法律规定对海域职能管理执法部门称之为信息交换机制的报告主体。在信息交换机制中，这个报告主体看起来似乎有明确的职责，但在现实操作起来，报告主体却存在诸多问题。

首先，信息交换机制是一个虚拟大数据系统，并且这个系统依靠南海海域合作参与国的支持，南海海域合作参与国不仅仅是几个国家之间的互动，在这个信息交换机制中模拟系统中，参与国不仅是中国和东盟十国，并且也在未来可能吸收其他非大南海海域的其他国家在内，甚至一些国际组织在内。中国与泰国因为渭公河案件促进了中泰联合执法，有过类似联合执法经验和模式可以借鉴，甚至相互之间有一定的信息互换。但这仅仅是双边合作模式，即使有一定信息交换机制，也是简单的双向传送模式的，远远没有达到南海海域合作所需要的信息交换机制这种参与国数量众多，并且是开放方式的合作机制。中国已经成立海警部门，由海警部门进行海域刑事逮捕等执法，同时渔政部门，海事管理部门也在海域有相应的执法权限。但中国国内行政系统中还是依然存在执法部门执法重叠现象出现。这点与中国行政机构设计和执法权限配置有关，也难以在短时期内有较大的改观。同样，信息交换机制的其他参与国也会存在我国执法重叠的问题。这种执法重叠，会直接导致信息交换机制中信息重复和压缩数据更新速度。这样会使得信息交换机制所表现出及时性有所打折扣。例如马来西亚作为大南海的重要的沿岸国，它本国海洋管理机构也是十分繁多，导致马来西亚执法部门在作为信息交换机制中报告主体所收集的海域信息会出现政出多门的现象。因为这些机构在大南海海上都使用相同或相似的信息收集技术，面临相同环境的南海海域信息挑战，并且都在马来西亚所签署的在国际条约和国内相同的海事法律法规框架下运转。因此，一定程度上造成了资源和管理的重叠和浪费。东盟各国为了加强其本国对南海海域层面的区域影响力，往往利用本国海上行政执法部门作为桥梁，联合军事力量来扩大本国在南海海域的力量管控范围。但这也很容易导致本来属于行政执法问题演变为武装或者军事冲突，会导致一些海上纠纷军事化加剧，这也不利于南海海域合作的初衷。例如马来西亚的海事执法局每年还与马来西亚的水上警察部门以及皇家海陆空军进行大规模的联合演习，以便达到利用军事力量介入

[4] A． Aust，Handbook of International Law，Cambridge University Press，2010: 11．

普通的国内行政执法行动之中。在南海海域合作成员国中，有部分成员国国内对海域执法部门构成与马来西亚类似，所以马来西亚在信息交换机制中存在的国内执法情况作为一个典型例子来分析。从马来西亚国内海事执法部门问题可以看出，马来西亚海事管理部门难以在海域执法中指挥和协调其他执法部门，更不要说能指挥协调军事部门来进行海域信息的收集，而使得信息交换机制得以良好运行。

其次，南海海域合作国家即使设立国内海事协调部门，但在行动中，所起到即使有效作用不大，形同虚设。菲律宾就是作为此处典型的例子进行分析和论证。菲律宾海洋执法有着与马来西亚不同的执法的体制以及执法力量。甚至从某一个度来看，菲律宾在南海海域执法体制和力量比马来西亚更加完善。但是在信息交换机制所求的及时有效，共享要求来看，菲律宾这种 南海海域执法部门所收集的海域信息仍然存在缺陷。首先，菲律宾为了避免像马来西亚海上执法联合执法模式所带了行政级别混乱以及缺少核心指挥者的局面，菲律宾在国内立法方式建立菲律宾海洋管理协调委员会。为了贯彻实施维护菲律宾在南海海域的海洋权益菲律宾，菲律宾成立内阁海洋事务委员会，随后也组建菲律宾国家海上安全协调委员会。这两个委员会属于菲律宾海洋管理协调委员会的下属组成部门。这两个委员会在负责来具体协调菲律宾海洋执法管理的部门与职责。可见，菲律宾在指挥协调执法部门这层面上，的确避免了马来西亚的不足之处。 但菲律宾在具体的海域执法中也存在与马来西亚那样有众多执法部门去对海域执法，形成执法重叠局面出现。这种局面也会直接反馈到信息交换机制的具体运作中，因为执法重叠，那么执法过程信息收集都数据也必然出现重复数据，甚至诸多与信息交换机制不需要的信息都会被包含在内。因为菲律宾将在南海海域执法分为几个部分组成，首要部分是海洋安全，指的是菲律宾领海以及专属经济区等海域的安全问题，在这部分的执法则由国家安全委员会作为主要力量，同时结合传统的警卫力量例如菲律宾海岸警卫队，再配合政府行政部门属性的的菲律宾海监中心和海关。其次菲律宾海军也参与在海洋安全执法之中。从马来西亚和菲律宾这两个典型的国家执法力量中都可以看到海军等军事力量参与到南海海域执法之中。这点也是信息交换机制所面临的问题的复杂化原因所在。菲律宾在海洋海域执法中另外一个组成领域就是渔业执法。在渔业执法方面，菲律宾是通过国内立法《菲律宾渔业法》将渔业执法权授予传统的政府行政执法部门例如渔业和水产资源局。但《菲律宾渔业法》将渔业执法权授予给菲律宾的军事部门例如菲律宾海军 。这些执法部门都是国家机构，也是传统意义上的国家公权力。但菲律宾有一点与其他国家做法不一样的地方，就是菲律宾也委托地方政府雇员和渔民组成的协管队伍。这种协管队伍，在法理上是不享有国家公权力属性，但在菲律宾渔业执法过程中，这些协管队伍却是实实在在地进行海域执法，那么在信息交换机制角度来看，这些协管队伍能否成为报告主体，享有信息交换机制的信息数据收集权力呢？这点是值得商榷的。 从马来西亚和菲律宾这两个典型的的例子中可以看信息交换机制运行需要国内何种执法部门的支持存在差异对建立信息交换机制来说也是不能回避的问题。

（四）领海外海域管辖权的争议在信息交换机制中凸显

南海海域合作中的信息交换机制涉及到另外一个重要的问题就是海域管辖权问题，特别是领海外海域管辖。一个国家在领海海域享有刑事民事和行政管辖权是南海海域合作国家的共识，即使有争议，也是领海界线重叠的争议，但对各自领海范围内的刑事和民事和行政管辖权没有明显的争议。在“南中国海”的广阔海域中，不仅存在着“六国七方”基于九段线而产生的岛屿主权及海域划界争议，也存在着九段线之外的海洋权利争议[5]。持有不同海域划界理论就会导致不同国家的海域管辖权直接存在重叠情况出现，也引出一系列的领海外海域管辖权的争议。

我们所设想创建信息交换机制的目的是让信息交换能在南海海域合作中起促进作用。这里的南海海域也是指大南海。南海海域由两部分构成，一部分是南海沿岸国的国家管辖权所管控的海域范围，另一部分是国家管辖范围外海洋海域部分。海域管辖权的争议在信息交换机制中凸显，这也是十分复杂的问题。 但至于领海之外的海域是否收到国家完全管辖权的覆盖，却存在不同立场和看法，并且这种争议也比较大。在信息交换机制中也会面临到此类问题。第一、管辖权涉及到合作参与国的国内执法部门是否能够在此海域执法的问题。如果在此海域没有管辖权，那么也意味在此海域没有执法权限。一旦没有执法权限，那么海域信息的来源就无法被海域合作参与国的执法部门获得，至少可以说执法部门获得此海域信息的是没有法理依据。如果没有法理依据的海域信息被上传到信息交换机制系统，那么如果出现信息不当，或者信息失误导致共享主体因此而受到损害，责任理应被追究。那么就会出现另外一个问题，既然在此海域没有执法权限的执法部门提供的信息被允许上传到信息交换机制系统，那么就意味认可这种不法信息来源。既然认可这种不法信息来源，为何又要追究这种不法性。这就产生逻辑矛盾，也不符合法理和情理要求。如另一方面，如果不承认领海外海域的管辖权，南海海域合作中信息交换机制的信息来源就会收到极大的限制，无形中削减了信息交换机制作为共享大数据的效用。所有领海外海域管辖权问题是必须解决的问题。目前，对于领海外海域管辖权领域，在国际上存在诸多争议。归纳起来有以下几个方面：第一种观点，在领海外的毗连区和专属经济区享有完全的管辖权[6]，这种观点认为，管辖权必须扩张，这样可以在毗连区和专属经济区进行有效管辖，利于打击走私海盗以及破坏海洋环境资源的行为。第二种观点认为只有领海才享有完全管辖权，因为完全管辖权是国家完全主权的体现，包括刑事民事行政等全面的管辖，具有完全的自主性和排他性，在领海海域享有完全的管辖权也是符合国际法的精神和原则的解读，至少没有对国际法进行过度的解读，是尊重了法的谦抑性了。在法理逻辑上更是周圆的。南海海域合作的参与国对以上两种观点是也是有所认同，部分南海海域合作参与国支持第一种观点，但也有部门的南海海域合作参与国支持第二种观点。针对领海外海域管辖权的争议在信息交换机制中凸显，我们有必要对一些南海海域合作参与国或者南海海域沿岸国的具体情况作为典型例子来分析。领海外海域管辖权问题即

[5] See Robert Beckman and Ian Townsend — Gault eds，Beyond Territorial Disputes in the South China Sea，Cheltenham:Edward Elgar Publishing Limited，2013，p. 45.

[6] 王金鹏:“论国家管辖范围以外区域海洋保护区的实践困境与国际立法要点”,《太平洋学报》,2020 年第 9 期，第 53 页。

在领海以外一个国家对此是否有管辖权的问题。这里的管辖权不仅是刑事管辖权，也只民事和行政管辖权在内。领海外海域有毗连区的海域和专属经济区海域，也有公海海域在内。这些海域国家是否存在管辖权，是否存在完全的管辖权，还是仅仅存在部分管辖权，这些涉及到南海海域沿岸国国内立法情况。例如我国的情况，由于为了进一步维护我国南海海洋权益，加上越来越多的外籍渔船在我国毗连区、专属经济区进行捕鱼和走私等，并且这些问题日益严重。2016 年我国最高人民法院相继出台的《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定（一）》[7]和《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定（二）》[8]。在《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定（一）》中首次以司法解释的法律文件形式明确肯定了我国海域管辖权的组成部分。此文件对我国管辖海域的范围作出了解读，认为我国海洋海域管辖既包括传统意义上的领海管辖同时也包括领海外的海域管辖。一方面肯定我国对领海海域的完全、绝对的无限制的管辖权。另一方面，也对肯定了我国对领海外海域也具有管辖权，并且还具有绝对的刑事管辖权，但同时也对领海外海域的管辖权作出了一定限制要求，认为领海外海域管辖权也必须受到联合国海洋法公约的限制，不能突破联合国海洋法公约的限制。可见，我国对领海外管辖权的立场更加倾向于上述关于领海外海域管辖权观点立场中第二种观点的立场。南海海域中一些国家如泰国，越南等国也是持第二种观点的立场。但第二种观点立场中也有出现国内法与国际法不协调甚至冲突的地方。最典型就是在关于水域的刑事管辖权。我国刑法将刑事管辖权局限内水与领海。但领海外海域是否具有刑事管辖权却置于空白状态。因此当前我国对于领海外管辖海域行使刑事管辖权并没有刑法上的依据。刑法是我国基本法律，是刑事判断的依据。但作为刑事判断的唯一依据的法律却没有规定领海外海域刑事管辖权，而是通过司法机关发布《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定（一）》对领海外海域享有刑事管辖权。最高人民法院的司法解释不是法律。最高人民法院的司法解释出台是针对人民法院系统在办案和审判中提供具体的操作指引而言。司法解释不能替代刑法典的所起的作用。信息交换机制是讲究国际之间的合作，但具体到落实操作层面，这种国际之间的合作最后还是依赖南海海域合作参与国国内的刑事实体法和刑事程序法的配合。第二、我国刑事立法没有体现信息交换机制中要求信息界定明确具体，例如《联合国海洋法公约》中具体涉海罪名没有在我国刑事法典或者刑事单行法中体现。我国作为《联合国海洋法公约》缔约国，国内刑事立法应该与《联合国海洋法公约》相衔接和配合，将《联合国海洋法公约》关于领海外海域的管辖条文和精神融入刑法典之中，为日后南海海域开展国际合作提供了国内法支持和扫清障碍。但是我国刑法典却没有对《联合国海洋法公约》中涉海罪名进行转化引入。这种涉海罪名在我国刑事立法中的缺失会直接导致信息交换机制中违法与犯罪信息之间区分的模糊化，造成法理上的混淆，也不符合信息交换机制中信息明确具体的要求。第三、东盟国家也有类似我国这种情况。其没有针对《联合国海洋法公约》赋予沿海国

[7] 《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定（一）》

[8] 《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定（二）》

在不同海域以不同性质与范围的管辖权作出相应的国内立法规定。这种立法缺失直接导致信息交换机制在专属经济区，大陆架海域直接产生海域信息属于哪国报告主体收集的义务产生了冲突和不确定。如果一国在其本国刑事立法尚缺乏有针对性地维护领海外海域刑事管辖权的罪刑规范， 就会使得在领海外海域的是否享有以及享受何种管辖权的维护在信息交换机制运行无法全面落实明确南海海域系信息种类以及内容范围信息。

（五）信息交换机制中的惩罚机制在合作参与国国内配套立法的缺位

信息交换机制模型设想都也指明了设立惩罚机制方向。但东盟国家在对南海海域中的执法都是在各自不确定性的政策中进行，并且所采取非立法规定的手段采取惩戒措施，甚至有些惩戒措施有些极端。例如在 2014 年 11 月，印尼海事部门和渔业部门部发布了禁止外国渔船在印尼以及相关海域捕鱼命令，如有违反规定的渔船将面临被公开击沉的威胁。在南海海域执法中，印尼仅仅依据非法律规定的行政部门的政策就对海事和渔业领域的渔船采取极端的手段进行处理，这种做法体现印尼国内没有相关的在南海海域渔政执法的合法合理的惩戒措施。东盟其他国家，例如，菲律宾也是采取一些人身扣留方式对外国渔船中的人员采取人身强制措施。越南的一些对南海海域手段也是与南海海域信息交换机制的目的是相违背。例如例如，越南忽视在南海海域作业的渔民的生活水准和生活收入，对渔业违法者过于严苛的刑事制裁，越南海事和渔业部门执法人员可以没有经过国内正规的法律程序就直接从拍卖涉案渔船、渔具等所得中获得奖励，甚至越南政府给予其本国的渔业监察员、执法船都可配备武器。这些做法不利于南海海域信息交换机制的中要求设立合适的合理合符国际法非武力手段解决国际争端的原则。这反映出南海海域合作参与国家，特别是东盟国家，其国内立法体制和立法缺位比较严重。相对比之下，俄罗斯和日本在领海海域外的国内立法比较完善。俄罗斯刑法典第 11 条就规定刑事管辖效力及于领海外管辖海域。日本也颁布了《专属经济区与大陆架法》[9]。日本在《专属经济区与大陆架法》中不但明确了日本国在其专属经济区与大陆架可以行使刑事管辖权，还规定了一些对领海外海域的一些违法处理措施，以法律形式规定了对领海外海域的惩戒措施，避免政策的不稳定性和随意性，也为日后与其他国家开展海域合作提供了国内立法的支持。其次，惩戒机制可以有效对海域环境保护起到促进作用。随着全球经济一体化，人类活动对海洋环境的的威胁加剧，海域养护和可持续利用国家管辖范围外区域生物多样性成为南海海域合作的信息交换机制面临的最严峻挑战之一。南海海洋污染、公海海域捕鱼、非法航运、有争议的海底钻井和采矿等活动对国家管辖范围外区域的生态环境造成了威胁。《南海各方行为宣言》是中国与东盟国家签署的有国际法约束力的多边条约[10]。并且《南海各方行为宣言》规定在全面和永久解决南海海域争议之前，中国与东盟各国应海海域海洋环保和打击在南海海域跨国犯罪、南海海域搜寻与救助等领域开展合作。这些协议和声明也对南海海域合作中信息交换机制要求南海海域合作参与国通过立法方式设置相应南海海域执法惩戒措施的依据。 再次，南海海域合作的信息交换机制中涉及到惩

[9] 日本《专属经济区与大陆架法》

[10] 《南海各方行为宣言》

戒机制可以参考《京都协定书》[11]中的带有惩罚性质的合作机制。《京都协定书》对协约国进行碳排放的配额。如果南海海域合作参与国在其本国也制定类似碳排放的配额模式的机制对南海海域渔业实行实行配额制度行配额制度，对渔船在有争议的海域超额捕捞的部分实行关税制裁，剥夺其在南海海域渔业作业的环境标识，这样执法信息也可以成为南海海域合作中信息交换机制中的惩戒机制的核心力量。同样原理，可以推广到南海海域船舶污染方面的惩戒机制运行。

五、南海海域的区域合作中创建信息交换机制的困境几点启示

（一）秉持一个开放性和包容性的相互合作理念

南海海域区域合作是不仅是"一带一路"建设的组成部分，也是全球治理的应有之义。全球治理离不开区域合作，不同的区域合作共同构成全球治理的。全球治理是个开发性包容性的模式，面向世界各国各地区，共同最追求人类社会福祉。南海海域区域合作的中信息交换机制同样也具有开放性特点。首先南海海域合作参与国都必须秉持一个开放性和包容性的相互合作姿态来为创建信息交换机制的讨论之中。南海海域的组成也十分复杂有传统地理意义上的南海沿岸国的领海，经济专属区，毗连区等，也有大面积的公海海域。甚至也存在领海重叠争议区域等，如果南海海域合作参与国没有开放性、包容性的态度，那么也无从谈南海海域区域合作，也根本不会有信心交换机制的设想的创建等。信息交换机制也是一个开放性和包容性的产物，因为其作为一个大数据系统，里面的数据都是参与国国内执法部门收集到的信息，当然也涉及到参与国在南海海域的一些信息，如果没有开放性和包容性信念，又怎能愿意将本国的南海海域情报信息拿出来给其他国家共享情报成果呢？因此，构建开放性的信息交换机制也是对进一步开展更加紧密的南海海域合作的回应。开放和包容不仅是"一带一路"倡议秉持的理念，也是我中国对外交往和合作的优良传统。首先，南海海域合作的参与过需要摈弃冷战和零和思维。其次，如果有些国家企图搞排他性的甚至是损他性的目的来进行南海海域合作，也是无法达成一致创建信息交换机制。信息交换机制是一个高度开放性和包容性产物，也是信息情报共享的要求体现。其与一般合作机制有着本质的不同。

（二）联合执法信息共享合作的深入开展

信息交换机制运行需要执法部门的支撑，特别是在信息交换机制中担负信息来源报告主体角色的成员国内的执法部门的支持。这对参与信息交换机制的成员国来说这不仅是一种权利，也是一种义务。在南海海域区域合作中，参与国都是在一定国家法原则或者其所签署或者加入一些国际法框架作为谈判或者开展信息交换机制的活动规则。换另外一个角度来看，有相关国际文件，不论是条约、规则还是规章都规定，在区域和次区域层面，在南海海域加强执法部门之间合作是南海海域合作国家在国际法上的应尽的责任和国际法上的义务。例如《联合国海洋法公约》序言[12]规定: "有需要"通过《联合国海洋法公约》"便利国际交通和促进海洋的和平用途，海洋资源的公平而有效的利用，海洋生物资源的养护以及研究、保护

[11] 《京都协定书》

[12] 《联合国海洋法公约》

和保全海洋环境”。中国与东盟国家在作为广义上南海的沿岸国，也需要遵循《联合国海洋法公约公约》来围绕信息交换机制中执法部门之间的联合执法，获取信息，进行共享。广义的南海，也有学者称之为大南海，大南海属于半闭海[13]。因此也符合《联合国海洋法公约》第 123 条明确规定: 闭海或半闭海沿岸国应互相合作，在信息交换机制的运作之下，南海海域合作的参与国本国的执法部门可以直接或通过信息交互机制的情报指挥中心的区域协调进行与其他参与国的执法部门联合执法，共同对南海海域海洋生物资源的管理、国际航道的养护、渔业资源勘探和旅游资源的开发，并且在信息交换机制中数据系统可以起到协调参与国在行使和履行信息交换机制中所要求参与国在南海海域环境包补和海域公共安全的权利和义务。《联合国海洋法公约》也对半闭海在科学研究方面做出了国家之间合作的法理支持，例如半闭海半闭海沿岸国之间可以相互协调各自本国的在半闭合海海域的科学研究政策，以便在不损害人类在公共海域的利益，以及不产生武力冲突状态之下，一平和方式和手段进行状态海域地区实施的科学研究方案，也可以在符合《联合国海洋法公约》123 条[14]的规定之下，南海海域合作国家邀请其他有关国家以及国际组织与其合作。

[1] 全国人大常委会：《中华人民共和国民法典（草案）》，2019 年 12 月 28 日发布。
[2] 全国人大:《中华人民共和国民法典》，2020 年 5 月 28 日颁布，2021 年 1 月 1 日起实施。
[3] 中国人民银行：银发[2016]314 号，《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》，2016 年 12 月 14 日颁布实施。
[4] 中国人民银行：《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法（征求意见稿）》，2019 年 12 月 27 日发布。
[5] 中国人民银行：中国人民银行令〔2020〕第 5 号，《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》，2020 年 9 月 18 日颁布，2020 年 11 月 1 日起实施。
[6] 中国人民银行：《个人金融信息保护技术规范》，标准号：JR/T0171——2020，2020 年 2 月 13 日发布实施。
[7] GENERAL DATA PROTECTION REGULATION (GDPR)https://gdpr-info.eu/art-4-gdpr/.
[8] 郭丹：金融服务法研究——金融消费者保护的视角[M].北京：法律出版社,2013。
[9] 孔令杰：个人资料隐私的法律保护[M].武汉：武汉大学出版社,2009。
[10] 罗传钰：金融消费者保护监管优化与国际合作[M].北京：法律出版社,2014。
[11] 韩龙：国际金融法前沿问题[M].北京：清华大学出版社,2010。
[12] 韩龙：国际金融法[M].北京：高等教育出版社,2020。
[13] 张才琴 齐爱民 李仪：大数据时代个人信息开发利用法律制度研究[M].北京：法律出版社, 2015。
[14] 李想. 金融消费者权益保护法律问题研究[D].北京交通大学,2012。

[13] 张艾妮:《论半闭海制度对南海渔业合作的启示》,《南海法学》，2017 年第 2 期，第 100 页。

[14] 《联合国海洋法公约》第 123 条

[15] 吴天. 论我国互联网金融消费者信息权的法律保护[D].河北经贸大学,2019。
[16] 程啸. 我国民法典对隐私权和个人信息的保护[N]. 人民法院报,2020-07-30(005)。
[17] 程啸.论《民法典》对人格权中经济利益的保护[J].新疆师范大学学报(哲学社会科学版),2020,41(06):109-120+2。
[18] 程啸.论我国民法典中的个人信息合理使用制度[J].中外法学,2020,32(04):1001-1017。
[19] 程啸.我国《民法典》个人信息保护制度的创新与发展[J].财经法学,2020(04):32-53。
[20] 董新义.一部金融消费者保护强化法案:评韩国《金融消费者保护法》[J].河北法学,2020,38(08):62-76。
[21] 管斌.金融消费者保护散论[J].华中科技大学学报(社会科学版),2010,24(01):53-58。
[22] 韩龙.金融法为何是规制与监管之法?[J].甘肃政法学院学报,2008(03):1-8。
[23] 李林芳,徐亚文.社会信用体系法治化原理探析[J].学习与实践,2019(11):29-35。
[24] 鲁冰婉.大数据背景下域外信息隐私权的困境及应对——以个人信息控制为切入点[J/OL].情报杂志:1-8[2020-11-10].
[25] http://kns.cnki.net/kcms/detail/61.1167.G3.20201109.1647.004.html。
[26] 彭诚信.数据利用的根本矛盾何以消除——基于隐私、信息与数据的法理厘清[J].探索与争鸣,2020(02):79-85+158-159+161。
[27] 田俊生.金融消费者信息权的法律保护[J].时代金融,2020(03):15-16+25。
[28] 文小梅.金融消费者信用权新论[J].湖北大学学报(哲学社会科学版),2020,47(05):158-167。
[29] 杨悦.金融消费者权益保护的国际经验与制度借鉴[J].现代管理科学,2010(02):115-117。
[30] 王利明.论人格权商品化[J].法律科学(西北政法大学学报),2013,31(04):54-61。
[31] 王利明.论我国《民法总则》的颁行与民法典人格权编的设立[J].政治与法律,2017(08):2-11。
[32] 王利明.论人格权保护的全面性和方法独特性——以《民法典》人格权编为分析对象[J].财经法学,2020(04):3-13。
[33] 张新宝.从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排[J].中国法学,2015(03):38-59。
[34] 张新宝.个人信息收集：告知同意原则适用的限制[J].比较法研究,2019(06):1-20。
中国人民银行长沙中心支行课题组,张瑞怀.个人金融信息保护问题研究[J].金

国际航权充分自由化的困境及其纾解：开放第七航权

马得懿

摘要：《海南自由贸易港建设总体方案》（《方案》）明确试点开放第七航权，但如何实施开放第七航权的体制机制尚未形成。航空自由的变迁规律，决定国际航权开放具有自由化特质、主要以航空运输双边协定的模式展开以及若干航空运输大国主导的特点。国际航权开放主要是美国的积极推动和主导、欧盟的谨慎融入以及亚太地区国家的积极跟进。然而，国际航权充分自由化面临着国际航权开放融入多边体制步履维艰和全面惠及各国的国际航权自由化的多边体制尚未形成的困境。在建设海南自由贸易港战略背景下，中国应该通过凝练成熟谈判范本以确立中国主导国际航权开放双边体制的主导地位，以《方案》试点开放第七航权为基础和原点推动国际航权开放的区域性多边体制，以“海南自由贸易港法”为立法契机纳入国际航权开放的制度设计。

关键词： 国际航权；自由化；困境；海南自由贸易港法；纾解

引言

历史上，海南作为我国航权开放的重要试点地区，积累了丰富的航权开放的经验。作为离岛，海南具有特殊的区位优势和特点，大胆试点航权自由化改革具有得天独厚的条件。然而，海南航权开放的体制机制尚未成熟。《海南自由贸易港建设总体方案》（《方案》）明确了海南将实施高度自由便利开放的运输政策。作为目前中国的“天空特区”的海南，被赋权了探索国际航权自由化的“特权”。《方案》的基本原则之一是借鉴国际经验，高标准构建国际航权开放规则，同时凸显中国特色和符合海南定位。根据总体方案，实施更加开放的航空运输政策，支持在海南试点第七航权，允许相关国家和地区航空公司承载经海南至第三国（地区）的客货业务。[1]此次海南第七航权开放的探索成为中国尝试推进国际航权开放力度最大的一次革新。

然而，《方案》关涉试点开放第七航权，仅仅是提出问题，更为深层次的问题，诸如构建如何实施开放第七航权的体制机制尚未形成，如何构建第七航权开放的制度保障以凸显中国特色和符合海南定位，得进一步探讨。与此同时，《方案》中的航权开放问题必须置于国际航权开放的双边或者多边国际法治情境之中展开讨论才具有意义，因为一国航权开放体制的形成必须依赖于国际合作才得以实现。从该角度上看，探究《方案》下开放第七航权的问题，应该建立在充分考察国际航权自由化国际法治基础之上。

一、航空自由的变迁与国际航权开放的特点

国际法意义上的航权（freedoms of the air）渊源于 1944 年芝加哥会议。芝加哥会议形成了以《芝加哥公约》、《国际航班过境协定》以及《国际航空运输协定》为国际法基础的体

[1] 参见《海南自由贸易港建设总体方案》“分步骤分阶段安排”。

制。[2]由此，航权开放也即国际航权自由化，通常是指一国或地区开放另一国或地区的航权。传统上，航权开放实施对等原则。某种意义上，航空自由的变迁与国际航权开放密切关联。特定的航空自由理念总是与特定国际航权开放的特点相呼应。古老国际法认为，与海洋一样空气也是自由的。[3]各国被赋予一定范围空域的自由和权利。随着飞机作为重要的作战工具被用于战争，各国对于其一定范围空域适用于绝对国家主权原则，禁止外国飞机飞越或者进入本国领空。航空主权观念构成各国国家主权重要和敏感范畴，为了本国的经济利益和国防安全，各国对于开放本国航空主权持有相当谨慎态度和立场。与此同时，世界范围内各国航空运输业发展水平存在极大差异，这加剧了各国“让渡”本国航空主权的分歧。

20 世纪中叶，美国追求“航空自由”，这符合美国当时航空运输业发展的诉求和目标。然而，1944 年《芝加哥公约》以英国为代表的“航空秩序论”一定程度上战胜美国所主导的“航空自由论”。特别是 20 世纪 70 年代以来，美国基于自身在国际航空运输的强大竞争力和显著地位，一贯主张对航空运输业实行放松管制的政策，并将国内航空运输立法逐渐向国际航空领域渗透。自从 1978 年以来，美国政府先后施行《航空公司放松管制法》和《国际航空运输竞争法》，将“航空自由”立法理念和实践逐渐推向国际航空运输领域。随着美国航空运输业竞争力优势日益明显，美国意识到对于本国航空运输业的管制而引发的负面作用不断显现。1978 年，美国开始实施《航空公司放松管制法》，逐步在航空运输市场准入批准权、航线审批以及运费浮动权利上实现了自由化。为了在国际航空运输中谋取更多利益，1979 年，卡特总统又签署颁布了《国际航空运输竞争法》，试图将本国国内的“放松管制”政策推向国际，在国际航空运输中推行自由化主张。[4]从国际航空运输经济学角度看，尤其是由斯蒂格勒提出俘获理论到可竞争理论，主张对于国际航空运输业应该秉承放松管制的理念被印证是可行的。作为积极倡导国际航权自由化的重要立法，美国《航空放松管制法》于 1978 年通过实施。由此，标志着美国积极促成国际航权开放以实现自由化时代的到来。[5]

20 世纪 70 年代“航空自由”之所以在国际航空运输业产生较大影响，除了美国等航空强国积极推动以外，更重要的是航空主权的理念发生变革。航空主权是基于各国保护本国完整的权利而不是妨碍国际经济交流的权利的理念得到国际认同。[6]航空自由理念的变迁，一定程度上导致国际社会关注国际航权自由化的多边合作。但是，将国际航权开放引入到多边合作框架诸如 WTO 多边框架，其效果并不理想。[7]总括而言，国际航权开放具有如下特点：

第一，国际航权开放具有自由化特质，但隐含着制度张力。从空间、地缘以及合作模式上看，海洋运输迥异于航空运输。与海洋运输的国际合作不同，作为一种比较典型的网络型

[2] Andreas F.Lowenfeld, Aviation Law: Cases and Materials, 2ded, 1981, p.56.

[3] I.H.Ph. Diederiks-Verschoor, An Introduction to Air Law, 7th Edition, Kluwer Law International, 2001,p.112.

[4] Bin Cheng, The Law on the International Air Transport, Stevens& Sons, 1962, p.323.

[5] Baumol William J., Contestable Markets: An Up-rising in the Theory of Industry Structure, A.E.R, 1982, 72(1): 1-15.

[6] 赵维田：《国际航空法》，社会科学维文献出版社 2000 年版，第 121 页。

[7] R. Ebdon, A Consideration of GATS and Its Compatibility with the Existing Regime for Air Transport, Air and Space Law, 1995.

产业，航空运输的跨国运输更加需要各国的密切合作。根据航权开放的程度，国际航权被界分为九个“自由”，这充分彰显国际航权开放需要国际合作作为支撑的天然特质。[8]从国际经贸合作上看，国际航权开放是一国开展国际经济活动的主要手段。历史上，美国实施《美国提升航空业竞争力行动方案》，积极推动“天空计划”的经济政策。[9] 欧盟热衷于“经济一体化”的国际航权策略，正是基于国际航权开放对于区域经济的促进作用和刺激作用。故此，从国际航权开放在促进经济区域化、全球化以及国际合作领域的功能上看，国际航权开放需要充分自由化。

然而，国际航权开放的历程却隐含着内部制度张力。1919 年巴黎和会上缔结的《巴黎公约》第 1 条明确了航空主权原则，并且强化了其作为习惯国际法的地位。1944 年《芝加哥公约》旨在构架具有竞争的国际航空运输秩序，同时重申领空主权原则。[10]由于各国民用航空运输力量和经济基础存在较大差异，即便是世界上航空运输业发达国家之间在如何构建国际航空运输秩序上也存在较大分歧，形成了所谓“航空秩序论”和“航空自由论”两个派别和利益集团。[11]这构成了国际航权开放在制度安排上的分歧和冲突。不仅如此，这种内部制度张力还体现在航空运输发达国家与发展中国家在国际航权开放上的矛盾与对立。各国尤其是发展中国家对于维护本国航空运输业和安全相当持有相当的谨慎。这一点在《芝加哥公约》中得到反映，公约序言强调国际民航应该“安全和有序”来发展。某种意义上，国际航权开放一直在“航空自由论”和“航空秩序论”博弈中发展，其内部制度张力一直贯穿在国际航权自由化中。美国与欧盟国家在航空自由化进程中不断拓展合作的领域和方式，但其制度张力始终存在。就欧盟成员国内部体系而言，欧盟主要国家在此期间通过的相关法令和规则实际上为欧盟成员国内部之间的航空运输自由化奠定了制度基础。实质上也是欧盟在协调和缓解欧盟与美国之间存在的对立的结果。[12]不仅如此，欧盟不断探索欧盟与亚洲地区国家之间实施“天空开放”的可行性。[13]

第二， 国际航权开放主要以航空运输双边协定展开。自从 20 世纪 70 年代以来，国际航权开放的双边协定日渐涌现。这主要是美国与欧盟国家之间不断推动的结果。起初这些协定具有一定程度的航空运输管制的色彩。英国及其一些英联邦国家意识到适度的航空自由对于促进本国航空服务业发展和经济贸易具有积极的意义，遂逐渐展开与美国在航空运输领域的合作以实现航空运输自由化。这种双边协定模式不仅广泛地存在于欧盟国家与美国之间，而且在欧盟国家之间也日益流行。[14]

---

[8] Pablo Mendes de Leon, Cabotage in Air Transport Regulation, Martinus Nijhoff Publishers, 1992,p.233.

[9] 李家祥：《中国民航人要为建设民航强国而努力奋斗》，《民航管理》2013 年第 3 期，第 36 页。

[10] Alan P. Dobson, Peaceful Air Warfare, Clarendon Press, 1991, pp.162.

[11] Ragas Doganis, The Airlines Business, 2nd ed, Abingdon: Routledge, 2006, p.27.

[12] Henri Wassenbergh, Towards Global Economic Regulation of International Air Transportation through Interregional Bilateralism, 26 Annals Air & Space Law 237(2001).

[13] Panayotis Christidis, Four shades of open skies: European Union and four main external partners, Journal of Transport Geography 50(2016)105-114.

[14] Erwin Von Den Steinen, National Interest and International Aviation, Kluwer Law International, 2006,

国际航权开放之所以盛行以航空运输双边协定模式展开，是因为双边协定的达成具有高效、灵活和务实的特点。除此以外，从国际民航运输跨国（跨境）特点而言，一国航空器必须获得地面国、经停国或者授权国的特许或同意，才能完成正常的国际民用航空运输。故此，国际航权最能直接体现的一个外向型经济的主要特征。在经济全球化背景下，国际航权在拉动世界或者区域性经济具有联动效能。尤其，基于各国在开放本国航权中对于本国安全的顾及，相关国际公约和国内法非常重视这一点。比如，《芝加哥公约》第 44 条强调发展国际航空业要满足世界人民对安全和有效民航运输的需要。美国《航空公司放松管制法》确立了保持一种为偏远地区和社区提供方便全面服务的系统。[15]根据欧盟 Regulation 1008 和 2008 法令，也要求成员国承担公共服务的责任。《中华人民共和国民用航空法》第 1 条也强调“保证民航活动安全和有秩序进行。”而航空运输双边协定在保障航空运输“安全和有序”上被证明具有良好的法治效果。因为，通常在双边民航运输协定中包含各国受制于指定航空公司国籍条款，即各国立法对航空公司的“实质所有权和有效控制权”加以明确，以在国际航权交换中通过指定这一行为来强化对航空公司安全和安保的监管。[16]由此观之，以双边协定作为推动国际航权开放的主要法律手段，在保障国家安全、达成共识以及减少谈判成本上具有一定的优势和灵活性。

第三，单一或若干航空运输大国主导国际航权开放。国际航权开放的重要规则由世界上少数航空大国所主导和推行。美国和欧盟主要国家在主导国际航权开放中留下浓墨重彩。美国推动国际航权开放的进路主要采取国内立法向双边协定拓展，进而再向多边区域诸边立法迈进。[17]在国际航权开放领域或者范畴上，主要采取由少数事项向多事项和综合性事项领域发展。其中，比较典型的美国国内立法《国际航空运输竞争法》，该法立法目的是将美国倡导“航空自由”理念和实践向国际社会，并说服其他航空国家逐渐开放航权形成国际航权开放自由化的多边体制。美国在主导和推动国际航权不断自由化过程中，意识到国际航权开放的必然受到各种因素的制约，故此，其十分注重国际航权自由化的灵活和务实立法的采用。以美国《国际航空运输竞争法》为例，该法对违反美国航空运输市场秩序的航空公司包括本国航空公司在内，实施制裁措施。同时，该法案重视宣示 1944 年《芝加哥公约》所确立的国际航空秩序的确认，以尽可能获得国际社会的认同。[18]

美国极力推动航权开放自由化中，持有“航空秩序论”的一些航空大国诸如英国和荷兰等国并不认同“航空自由论”。对此，美国按照既定计划展开双边协商的谈判策略，分

---

p.158.

[15] Paul B. Larsen, Joseph C. Sweeney, and John E. Gillick, Aviation Law, Cases, Laws and Related Sources, Transnational Publishers, 2006,p.37.

[16] Angela Cheng-Jui Lu, International Airline Alliance: EC Copetition Law/ US Antitrust Law and International Air Transport, Kluwer Law International, 2003, p.21.

[17] Martina Blaskova, Towards to Liberalisation Measuring in Air Transport, Transport Problems, Vol.9, Iususe2(2014), p.35.

[18] Brain F. Havel, Beyond Open Skies: A New Regime for International Aviation, Kluwer Law International Press, 2009, p.273.

别形成了“比荷卢模式”，进而形成“开放天空模式”。“比荷卢模式”的最大特征是实行无限制的第五航权的开放政策，同时在开放运价和有限度开放货物航空运输第六航权实行突破。[19]但是，由于美国在以双边协定模式推行国际航权开放进程中，也会遭遇到美国国内航空公司和外国航空公司的待遇对等而引发的反对航权开放的声音，为此，美国通过不断完善和修订“比荷卢模式”而消除反对声音。在“比荷卢模式”基础上，美国不遗余力启动“开放天空模式”。“开放天空”模式具有开放所有航线、实行无限制第五航权、航空货物运输市场要素全面自由化以及实行联盟行为和代码共享等。[20]由美国主导的“开放天空模式”仍旧采用双边航空运输协定模式推动国际航权开放自由化，进而不断巩固美国在国际航权开放自由化上的国际话语权。同时，美国十分注重国际航权开放自由化范本的形成和推广，进而获得谈判对象的规则认同感。[21]

二、国际航权开放的实践及其充分自由化的困境

（一）国际航权开放的实践

1.美国的积极推动和主导

随着美国积极以航空运输双边协定推动国际航权开放日益深入，接受“比荷卢模式”的欧洲国家日渐增多，国际航权成分自由化的趋向日趋明朗。从这一意义上，美国倡导的航空自由逐渐获得航空运输国家的认同。[22]同时，美国与欧盟主要国家之间形成的“比荷卢模式”培育了国际航权开放的规则体系范本，构成国际航权自由化的法治保障。[23]美国基于自身航空运输的竞争力以及其谋求国际航空运输市场较大的份额和国际话语权的考虑，从此 20 世纪 90 年代以来，美国不断完善其航空自由化政策而提出了“开放天空”政策以更深入促进国际航权的开放程度。“开放天空”是“比荷卢模式”的深化，进一步在航线开放、运力配置、完全第五航权的实施上实现自由化。美国先后与欧洲部分航空运输大国签署了“开放天空”的双边协定，并形成国际航权开放的双边范本。[24] “开放天空”也标志着英国坚持的“航空秩序论”在国际航权秩序上的影响力日渐消退，逐渐失去了主流地位。

美国在“开放天空”模式上的成功，为其推行国际航权开放的多边体制奠定和树立自信。自从 21 世纪初以来，美国开始谋划与部分亚太地区国家展开开放国际航权的国际合作，签

[19] P.P.C. Haanappel, Bilateral Air Transport Agreements: 1913-1980, 5 International Trade Law Journal 262 (1980).

[20] Paul Dempsey, Carving the World into Fiefdoms: The Anticompetitive Future of Commercial Aviation, 27 Annual of Air and Space Law 247(2002).

[21] Brain F. Havel, Substantive and Procedural Critique of the U.S. Open Skies Policy, in Pablo Mendes De Leon ed., From Lowlands to High Skies-A Multilevel Jurisdictional Approach towards Air Law, Martinus Nighoff Press,2013, p.6.

[22] Richard W. Bogosian, Aviation Negotiations and the U.S. Model Agreement, 46 Journal of Air Law and Commerce 1007(1981).

[23] Amir Ali Majd, Impact of Current U.S. Policy on International Civil Aviation, 32 German Journal of Air and Space Law, 297(1983).

[24] Gloria Schaffer, Stephen H. Lachter, Development in United States-International Air Transportation Policy, 12 Lawyer of the Americans 595(1980).

署了影响较大的《国际航空运输自由化多边协定》。这意味着美国不再满足于以国际航权开放的双边协定作为推动国际航运运输自由化的主要手段，而是寻求以多边协定作为推动开放国际航权作为主要法律手段。在迈向航权开放的进程中，《国际航空运输自由化多边协定》在货物运输的第七航权开放、旅客运输第五航权的尝试以及航空公司的选择上均较以前双边协定有很多的突破。为了真正实现国际航权开放在区域规模上得到实现，美国将国际航权开放的多边协定模式转向欧盟及其各成员国，与欧盟及其成员国签署《美国与欧盟及其成员国航空运输协定》及其议定书。[25]如此，美国与主要欧盟及其成员国在航空运输市场准入、竞争政策、劳工标准、实质所有权和有效控制权上实现了自由化。从美国与欧盟及其成员国之间的国际航空运输协定内容上看，其具有对以前实施的国际航权开放双边协定和多边协定的总结和升华的显著特征。

2.欧盟的谨慎融入

欧盟及其成员国推行国际航权开放的显著特征在于以区域的国家集团为基础而展开。一直以来，欧洲国家向往着“统一的欧洲”的梦想，设想各国之间通过优惠贸易安排，努力实现区域内贸易自由化。在追求自由化过程中，必然也会寻求航空运输市场的一体化和自由化。1957 年缔结的《罗马条约》设立了“非歧视的内部市场”和“无国界”的原则，该原则同样适用于航空运输市场。此后，欧共体内部就欧洲国际航班的竞争、航空运输市场的自由进入以及运力、运价等问题进行自由化尝试，并于 1989 年公布了建立欧洲统一航空运输市场的计划。1992 年欧盟积极寻求航空运输市场的一体化，欧盟的法令普遍适用于航空运输领域的诸如认证、市场准入、定价、运力、市场竞争、计算机订座系统以及机场使用等方面。[26]然而，欧盟及其成员国在应对美国打开欧盟及其成员国航空运输市场上，持有相当谨慎的态度。

欧盟及其成员国在国际航权开放主要面临着内部自由化和外部自由化两个层面的问题。自从 20 世纪 80 年代以来，欧共体理事会办法分别通过若干“一揽子”方案。这些“一揽子”方案在航空运输运费、运力分享、市场注入、内部航线准入、第五位航权的完全开放以及“单一天空”等系统敏感问题不同程度实现自由化。[27]然而，事实上欧盟在与美国实现国际航权开放的进程中，欧盟的外部的国际航权开放问题，一直构成欧盟及其成员国的敏感问题。欧盟委员会获得代表欧盟与美国之间航权开放的谈判权，这也是美国乐于见到的。这为欧盟委员会构建一个统一和高效的航权自由化政策奠定了基础。当然，欧盟及其成员国针对欧盟成员航空运输发展水平的差异性，欧盟理事会也尊重欧盟成员国与第三国之间业已生效的航权自由化双边协定的执行。[28]总体而言，欧盟及其成员国在国际航权开放中呈现出谨慎

[25] Danial C. Hedlund, Toward Open Skies: Liberalizing Trade in International Airline Service, Minnesota Journal of Global Trade, Vol.3, 1994, p.259.

[26] Martin Bartlik, Impact of EU Law on the Regulation of International Air Transportation, Ashgate Publishing Company, 2007, p.48.

[27] See Regulation(EEC) No..2411/92 of 23 July 1992, OJ1992L 240/19.

[28] 张焱：《欧洲“天空开放”：航权交换区域合作模式的新发展》，《华东政法大学学报》2017 年第 3 期，

融入的特征。

3.亚太地区国家的积极跟进

在美国积极推动“开放天空”航空运输政策和欧盟及其成员国与美国在国际航权开放领域的积极呼应的背景之下，国际航权开放自然会触及到作为世界上重要经济增长一极的亚太地区国家。受到美国与欧盟及其成员国在“开放天空”领域的突破和自由化实践的鼓舞，亚太地区国家尤其是澳大利亚、日本以及韩国等国在国际航权开放上采取了积极跟进的政策。20 世纪 90 年代，亚太经合组织发表《奥克兰声明》，坚决支持建立一个更具有公平竞争机制的航空运输服务市场秩序，促进航空运输自由化的实现，为最终实现《茂物宣言》确立的目标努力。21 世纪初叶，东南亚国家联盟成员国运输部长初步同意航空旅行一体化路线图，并及时宣布“一体化路线图”实施时间表。该举措进一步推动了东南亚国家的国际航权开放的自由化计划。东南亚国家在国际航空运输自由化上希望构建一个类似于欧盟及其成员国“单一天空”航运运输市场。[29]

亚太地区国际航权开放的程度与方式，与欧盟及其成员国航权既有相同之处，也有差异性。两个区域的航空运输发展水平和经济贸易情境存在很大不同，决定了亚太地区在航权开放方式表现出一定的警惕性。在亚太地区主要国家与美国签署《国际航空运输自由化多边协定》之际，虽然初步形成了国际航权自由化的“诸边俱乐部”，但是部分亚太地区国家认为该诸边协定有失公允，没有很好顾及到亚太国家的利益。故此，一些亚太地区航空运输大国诸如澳大利亚、日本以及韩国对该多边协定并不认同。[30]总体而言，亚太地区区域性组织对国际航权开放表现出很大的兴趣，诸如东盟在实现其内部航权自由化上取得很大进展。

（二）国际航权充分自由化的困境与《方案》下试点开放第七航权

所谓国际航权充分自由化，就是为各国所广泛接受的在国际航空运输业实现国际航权资源配置自由化的区域性多边体制或者全球多边体制。有学者认为，国际航权充分自由化应该借鉴世界贸易组织《服务贸易总协定》航空运输服务附件的做法，仅将航空器修理和保养服务、航空运输销售和营销服务、计算机订座系统服务纳入多边贸易体制，将比较成熟的区域内的航空自由化体制纳入《芝加哥公约》，作为推进区域航空自由化的样板。同时，针对国际航权自由化中产生国际争端的特点，建立一个适应国际航空运输争端的争端解决机制。[31]国际航权开放的区域性双边体制为构建国际航权开放充分自由化积累了实践经验，但是，国际航权开放的双边体制不能适应全球范围国际航权开放的潮流。更是由于目前国际航权开放的双边协定盛行，各个双边协定采用术语不尽统一、术语和举措的含义存在分歧以及争端解决机制存在缺失，这导致国际航权开放的双边体制弊端成为全球范围的航权开放的阻碍。[32]以

第 135 页。

[29] Brain F. Havel, Gabriel S. Sanchez, The Emerging Aviation, Georgetown Journal of International Law, 2011(Spring).

[30] 周亚光：《美国航空运输协定的模式演进及我国的借鉴》，《法商研究》2017 年第 4 期，第 169 页。

[31] 赵劲松：《机遇和变革　芝加哥公约未来可期》，《中国民航报》2014 年 12 月 8 日，第 0023 版。

[32] Stephen Dolan, Reform of Air Cargo Transport Regulation Through the WTO and GATS, 29 Transport Law J.

美国、欧盟及其成员国以及亚太主要国家所构建的国际航权开放的双边体制或多边体制，为促进和发展国际航空运输自由化作出积极贡献，为区域性经济贸易的运输提供了便利化。然而，目前国际航权开放的基本格局距离充分自由化尚存在一定的差距。在认真梳理和反思美国、欧盟及其成员国以及亚太地区国家国际航权开放实践基础上，真正实现全球性的国际航权开放充分自由的多边体制的困境在于：

其一，国际航权开放融入多边体制步履维艰。作为推动国际航权自由化的重要力量，美国主导的“开放天空模式”在国际航权自由化的效果存在区域上和空间上的不足。为此，美国将国际航权自由化的目光转移到世界经济增长重要一极的严重地区国家，比如韩国、日本和澳大利亚等国。对国际航权自由化产生重要影响的典型诸边协定为《跨太平洋航空运输协定》。自从 21 世纪以来，美国在充分与欧洲国家进行协商之后，开始致力于与亚太地区主要航空大国展开关于国际航权自由化谈判，其谈判的启动，标志着国际航权自由化的多边立法时代的到来。《跨太平洋航空运输协定》的签署实现了国际航权在充分自由化道路上迈出重要一步，其重要标志是开始尝试开放货物运输第七航权和完全的旅客运输第五航权。然而，由于亚太地区重要航空大国并不如认同《跨太平洋航空运输协定》，在很大程度上导致国际航权自由化程度尤其是多边自由化进程受到一定的减损。

为此，有学者探索了国际航权自由化纳入到 WTO 多边框架的可行性。有学者认为，国际航权自由化的特征和趋势越来越明朗，国际航权自由化追求的理念和目标，在实质上与 GATS 第四部分所秉承的原则是一致的，这构成国际航权自由化纳入到 WTO 多边框架的基础。同时，国际航权自由化在透明度原则与最惠国原则是具有高度的相通性。在 GATS2000 关于航空运输服务谈判中，非常细致地触及到国际航空户的重要事项，诸如航空运输的运力、运价以及航空公司等。[33]故此，将国际航权自由化这一议题纳入到 WTO 多边框架是可行的。但是，也有学者质疑将国际航权自由化纳入到 WTO 多边框架在促进国际航权自由化方面的积极意义。这是因为将国际航权自由化纳入到 WTO 多边框架面临的首要法律障碍是绝对的国家主权观念在航空运输商根深蒂固，这一点为《芝加哥公约》所强调。国际航权自由化引入到 WTO 多边框架必然引发国家必须让渡出航空主权，进而引发一些国家对于维护本国安全的担忧。[34]同时，国际航权自由化的双边协定机制具有很强的流行性和灵活性，深得各国的认同。即便是一直以推动国际航权自由化的多边立法的美国，也是承认以双边协定来推动国际航权自由化是比较符合实际的。[35]更何况，国际航权开放实质是航权交换问题，其基本上建立在互惠基础上的，作为 WTO 多边体制基础原则的最惠国待遇原则，将很难适用于国际航权交换的实际运作。各国航空运输业的发展水平差异较大，且航空运输发展水平与国家安全、重大经济贸易利益息息相关。这导致航空运输实力较弱国家对于国际航权开放的多边

189, 2001-2002, p.193.

[33] 张世良：《WTO 航空立法研究》，中国民航出版社 2006 年版，第 168 页。

[34] Usha Balasubramaniam, Market Access and the GATS Air Transport Annexure: Possible Approaches for India, Journal of Air Law and Commerce, Vol.72, 2007, p.55.

[35] 李国安：《WTO 服务贸易多边规则》，北京大学出版社 2006 年版，第 345 页。

体制持有相当的谨慎态度。由此观之，国际航权自由化融入 WTO 多边体制框架实属艰难。[36]

其二，全面惠及各国的国际航权自由化的多边体制尚未形成。《芝加哥公约》第 6 条和第 15 条非常重视国际航权的有序开放。国际航权开放以实现国际航空运输自由化是一个涉及国际政治和国际关系而非单纯法律问题，这其中蕴含着国家利益、平等互惠、政府保护以及合作发展等诸多理念与原则。国际航权开放的国际法基础在促进国际航权开放以惠及到大多数国家的体制尚未形成。比如，历史上生效的《国际航班过境协定》只是赋予缔约国第一航权和第二航权的开放，虽然《芝加哥公约》和该协定强调国际航权开放合作的多边国际法基础的重要性，但是其强调“技术降停权”，显然属于非商业运营模式。同时期生效的《国际航空运输协定》国际航权开放的“自由”增加为“五种自由”。[37]然而，世界航空运输大国包括美国在内并未真正实施该公约和相关协定。晚近以来，以美国和欧盟及其成员国为主导的国际航权开放的双边体制和多边体制，真正实现惠及各国的国际航权开放体制存在很多“失衡”，进而导致全面惠及各国的国际航权开放的体制存在不足。这种多重“失衡”主要体现如下情境：

美国在致力于推行“开放天空”计划进程中，无论与欧盟形成的双边协定，还是与亚太地区国家实施的区域性多边协定，美国非常重视“开放天空模式”下双边和多边范本的形成，并极力将美国的利益诉求充实到双边或者多边范本中。晚近以来，美国与主要航空国家开放合作均以此范本作为蓝本展开，不断完善这些双边或者多边范本。尤其是肇始于 1996 年推行与亚洲国家的单边或多边航空运输开放的协定，美国强化了谈判的筹码。比如，美国不断优化双边或者多边谈判筹码以确保美国航空公司继续在世界航空运输业中发挥主导作用。值得注意的是，美国与一些亚太地区的协议经济体诸如台湾、菲律宾、文莱和新加坡等国，就货物航空运输高度自由化和旅客运输的第五航权开放等问题，规定了非常详实的举措。[38]这事实上形成了以美国为最大受益者的国际航权开放体制。

就欧盟及其成员国和亚太地区国家而言，一直以来是美国推行国际航权开放自由化的主要对象或谈判对手。在国际航权开放的多边体制中，由于欧盟及其成员国与亚太地区国家之间也存在着国际航权开放的诉求，这必然增添了以美国为主导的国际航权开放的多边协议的复杂性。如果欧洲航空运输公司被赋予欧盟-新加坡-欧盟之间的国际航权开放，那么，欧洲航空公司在第三国的国际航权待遇可能高于或低于东盟国家的航空公司在同样国家的待遇。所以，国际航权开放的区域性双边协定与多边协定的交叉适用，尤其是在区域性组织的介入

[36] Angela Cheng-Jui Lu, International Airlines: EC Competition Law/ US Antitrust Law and International Law and International Air Transport, Kluwer Law International, 2003,p.294.

[37] Brian F. Havel, Gabriel S. Sanchez, Do we Need a New Chicago Convention?, 11 Issues in Aviation Law and Plicy 7(2011).

[38] Anming Zhang, Yimin Zhang, Issues on Liberalization of Air Cargo Services in International Aviation, Journal of Air Transport Management 8(2002) 272-287.

情境下，自然产生“失衡”的效果和局面。[39]

故此，真正全面惠及各国和各个区域组织的国际航权开放的多边体制尚未有效运转。欧盟及其成员国与东盟之间的全面国际航空运输自由化协定，即便是不断尝试完全的第五航权的开放，但是由于欧盟及其成员国和东盟分别业已存在的与美国之间的国际航空运输双边和多边协定的制约，极有可能美国从中获得相当的利益，而某些国家的利益受损。从国际航空运输经济学角度看，与欧盟相比较，东盟国家尚未形成一个真正的单一国际航空运输市场体系。因此，东盟根本不能完全实施国际航权开放的自由最大化。这也是与东盟国家在国际航空运输协定中“所有权和有效控制权”条款存在缺憾有关。[40]

在认知国际航权充分自由化困境的情境之下，考察海南自由贸易港国际航权开放问题具有重要意义。世界范围内的自贸港在运输领域实行较为自由化的规制政策，以便为贸易自由和生产要素的自由流动提供便利。《方案》试点开放第七航权，构架三个层面的航权开放制度体系。第一个层面是以对等为基础，推动在双边航空运输协定中实现中国与其他国家相互开放往返海南的第三航权和第四航权；第二个层面是扩大包括第五航权在内的航权安排，以对等为基础推动扩大能够使用海南第五航权的国家范围；第三个层面是支持在海南试点开放第七航权。[41]《方案》开放第七航权可以增加国际客源和货物的运输，可有效弥补航空运输淡季的不足，使航空运输客货资源得到长年的持续循环，有助于中外航空公司以海口和三亚为基地构建国际航空枢纽。

然而，与美国等航空运输大国相比较，中国的远程国际航线的竞争相对不充分。尽管中国民航业国际化脚步是迅速的,但其国际化水平和国际竞争力与其他民航强国相比,仍存在着一定的差距。比如，在单方面实施第七航权可能会面临着国际航线绕行大、航程长以及成本高的劣势。与此同时，作为中国重要的离岛，海南岛在国家安全和海洋维权上承载独特的地位与作用，开放第七航权必将增加与空域监管和空军训练产生冲突风险。[42]故此，南海自由贸易港试点开放第七航权，不仅需要处理好宏观调控、公共利益以及风险可控等问题，而且要构建第七航权开放实施的制度设计和路径，力求稳定的国际航权开放政策。尤其是，如何将第七航权开放的政策落到实处，需要进一步探讨。

三、困境的纾解：国际航权充分自由化的路径

（一）如何理解国际航权充分自由化：不同视角的解读

如同《方案》在追求和构建中国高质量高标准国际航权开放水平的同时，务必关注国际航权开放产生的经济效益和政治效益一样，如何破解国际航权开放的困境以实现充分自由化

[39] Alan Khee-Jin Tan, The ASEAN multilateral agreement on air services: En Route to open skies? Journal of Air Transport Management 16(2010) 289-294.

[40] A.A Mencik von Zebinsky, European Union External Competence and External Relations in Air Transport, Kluwer Law International, 1996, p.60.

[41] 郑兴无：《航权开放与海南自贸港建设》，《中国民航报》2020 年 6 月 18 日，第 001 版。

[42] 尤怀墨：《开放第七航权 释放海南发展新动能》，《中国民航报》2020 年 6 月 17 日，第 001 版。

的问题，必须从不同视角给予解读，才能获得困境纾解的正解。

从中国国际航权开放和利用情况看，海南自由贸易港试点第七航权不是一个孤立的国际航空运输自由化政策的尝试。理解开放第七航权应该将其置于目前中国的国际航权开放情境之下考量，才能正确认知国际航权开放充分自由化。根据有关研究表明，目前中国的国际航权整体利用率偏低，各个地区的执行率差距较大。由此可以推断出，中外双边航空运输自由化具有很大提升空间，尤其在在东南亚、澳洲、中亚、东欧等地区，但某些热点国家和地区的航权趋于饱和。这充分表明中国整体的国际航权开放情境具有不平衡的特征。此种格局的形成，一方面是由于中国在国际航权开放的政策存在缺憾，另一方面是由于国外航空运输公司对中国国际航权开放的政策吸引力不足。有关研究显示中国国际航权开放的空间仍旧巨大，《方案》试点第七航权是正确的航空运输自由化政策选项。对于中国不断增长的国际航空运输市场需求，构建怎样的国际航权开放格局和政策，是中国国际航权开放是否成败的关键。[43]故此，在细化和完善海南自由贸易港试点第七航权开放政策，必须意识到国际航权开放的新业态。

从国际航权开放所隐含的公共利益和折射市场竞争秩序趋向视角看，国际航权充分自由化的方式和程度体现了一国的重大利益倾向或者国际航空运输市场竞争秩序趋向。以尼日利亚国际航权开放自由化进程为例，虽然“开放天空”协议至少可以刺激该国航空运输大约65%的增长，但是由于航权自由化导致该国在取消航空运输运价、市场进入和退出的监管和控制方面失去话语权，使该国的航空运输暴露于自由市场力量之下，进而该国逐渐产生为了保护国家利益而不断修正国际航权开放的政策。不仅如此，尼日利亚对于航空运输自由化政策下取消运力配置和限制运价等，持有谨慎的态度。作为发展中国家，尼日利亚虽然享受到国际航权开放带来的经济繁荣和航空运输的发展，但是也折射出发展中国家在国际开放格局中的困扰。[44]因此，一个充分自由化的国际航权开放体制，除了能够激发国际航权资源充分释放的同时，亦应该在优化一国航空运输市场秩序和维持本国安全方面提供政策保障。

不仅发展中国家关切国际航权充分自由化，即便是传统航空运输强国或者区域性国家集体，亦非常关注双边或多边航运运输协定在维护本国航空运输市场秩序和优势上的作用。作为非常流行和影响力较大的“开放天空”航空运输政策而言，根据其而签署的双边航空运输协定数量众多，但是，并非所有双边协定的内容和执行效果是相同的。“开放天空”政策在美国与欧盟及其成员国之间、美国与亚太地区国家之间以及中国与东盟国家之间的理解和执行效果并不相同。比如，新加坡与大多数国家签署“开放天空”双边协定，但是由于受制于东盟国家与欧盟及其成员国之间的航空运输协定的限制，新加坡的国际航权开放仍旧没有达到其预期。同样，美国与墨西哥之间的双边航权开放，虽然短期能够进一步强化两国尤其是墨西哥的商业交往和经济活力，但是，由于美国和墨西哥两国航空运输发展能力和市场竞争

[43] 朱诺：《我国国际航权利用情况及未来政策建议》，《市场分析》2009 年第 11 期，第 37-41 页。

[44] Danjuma Adamu Ismaila, David Warnock-Smith, Nick Hubbard, The Impact of Air Service Agreement Liberlisation: The Case of Nigeria, Journal of Air Transport Management, 37(2004) 69-75.

力存在较大差距，导致墨西哥在理解“充分自由化”的国际航权开放方面持有保守和谨慎的态度。[45]

由此观之，从不同视角审视国际航权开放的充分自由化，其侧重不同。这是由于国际航权开放不仅仅是航空运输自由化问题，更是一个融入国家主权安全、航空运输文化以及政治因素的综合运输政策问题。由此，在理解和应对国际航权开放的困境以构建或者探寻国际航权开放充分自由化上，顾及到海南自由贸易港试点第七航权的现实，中国应该重视形成逐渐推进国际航权开放充分自由化的路径。

（二）国际航权充分自由化的路径

某种意义上，国际上界分不同程度的航空运输自由化程度和方式而提出的国际航权“自由”，一定程度上具有理想化的学理色彩。国际航权开放的自由化程度的严谨表达，应该密切联系一个国家或者地区航权开放的现实和存在的问题。作为海南自由贸易港试点第七航权的政策尝试及其实施效果的评估，需要不断探索。因此，分阶段和分步骤探索推动国际航权充分自由化的多重路径是必要的和可行性的。这也是细化和充实海南自由贸易港试点第七航权开放政策的需要。

1.凝练成熟谈判范本以确立中国主导国际航权开放双边体制的主导地位。

国际航空运输自由化的特质与实践经验表明，通过凝练成熟的谈判范本以推动国际航权开放的双边体制的发展，具有灵活性优势。在国际航权自由化的初期阶段，美国和欧盟及其成员国便十分重视采用双边协定模式推动国际航空运输的自由化，并逐渐确立了本国或国际组织在国际航权开放中的话语权和主导地位。

根据《方案》试点第七航权开放政策，中国民航局印发《海南自由贸易港试点开放第七航权实施方案》，据此，在海南自由贸易港分阶段、分步骤试点开放第七航权，以推动中国航空运输高水平对外开放。[46]与中国其他地区不同，海南在航权开放很早进行了改革和探索，积累了“海南模式”。根据《方案》确定按照国家外交和航空安全等宏观调控政策，应该在早期中国与相关国家签署双边航空运输协定范本基础上，逐渐提炼和凝练中国展开双边谈判的范本。双边协定范本应该侧重以下范畴：（1）航线选择权。海南自由贸易港应该强化对非主流航空运输市场的开拓力度，矫正传统市场和新兴市场不均衡。在双边协定增加关于国际航权配置不预设航空承运人数量的条款，鼓励中国境内航空承运人有权选择符合自身利益的航线。（2）竞争秩序。海南自由贸易港试点第七航权应该鼓励境内外航空运输承运人实施差异化经营航线，在条款安排中突出国际航权分配规则和程序保障。（3）公共利益。国际航空运输的特质承载着国家和国际社会的公共利益。此类双边协定在明确传统国际航空运输条款中关于市场准入、航线选择、运价批准、机型及其其他通常条款以外，基于海南岛在中国国家海洋维权、深海战略以及“一带一路”倡议保障的地位之考量，中国实施第七航权开放应

[45] Drew M. Stapleton, Enhancing Competitiveness and Connectivity: The new US-Mexico air services agreement, Journal of Transportation Management, Volume26, Issue1, p.7-28.

[46] 参见中国民航局印发《海南自由贸易港试点开放第七航权实施方案》。

该逐渐推行的航空运输自由化双边条款应该包含维护中国国家利益的条款。（4）承运人的优化。目前广泛流行的航空运输的双边条款在承运人的选择上非常崇尚自由化，几乎没有任何限制。基于单方面试点开放第七航权，中国应该在双边协定条款设计务必关注航空运输承运人的在国际航空运输业的影响和信誉，充分顾及到从事航线是否属于战略性航线，是否对于南海自由贸易港航空枢纽建设具有积极意义。海南离岛的特殊区位优势和特点决定了试点第七航权应该考虑到航线的地理覆盖范围、运力投入以及航班衔接等重要因素。

2.以试点开放第七航权为基础和原点推动国际航权开放的区域性多边体制。

推动国际航权开放的区域性多边体制是国际航空运输自由化的重要法治成果，也是目前国际航权开放以实现充分自由化的重要途径。历史上美国和欧盟及其成员国之间、美国与亚太地区国际之间、欧盟与东盟之间以及中国与东盟之间实施或尝试实施国际航权开放的多边体制，诸如“两洋模式”等，为进一步深入和完善国际航权开放的多边体制积累了前期经验。[47]海南自由贸易港试点单方面开放第七航权强调根据宏观调控需要、公共利益考虑或依据试点评估结果，适时调整第七航权试点开放政策。这为构建灵活和务实的第七航权开放的体制机制预留了政策空间。同时，顾及到到推动国际航权开放的区域性多边体制的复杂性，以《方案》试点开放第七航权为基础推动国际航权开放的区域性多边体制，是实现国际航权开放充分自由化的重要路径。

事实上，中国具有实施国际航权开放多边体制的重要基础。早在 2010 年，中国与东南亚国家联盟签署航空运输协定，签署重要的区域性多边协定，该协定旨在促进“自由市场竞争”的形成。中国与东盟之间的航空运输协议本质上属于“开放天空”模式，但是由于签署该协议的国家大多数属于发展中国家，因此，其国际航权开放自由化程度具有区域性限制，不允许市场自由定价。同时，对于第六航权和全货运第七航权作出保留，即尚未开放第六航权与全货运第七航权。[48]目前，中国的国际航权资源分配日益健全，试点开放第七航权以推动国际航权开放的区域性多边体制完全可能。中国应该切实贯彻亲诚惠容理念，重点发展和推动中国与东盟国家和亚太地区国家航空运输市场自由化合作，这不仅是建立通畅的空中丝绸之路以实现“一带一路”沿线国家互联互通的需要，而且也是推动国际航权开放的区域性多边体制的重要区域。中国试点开放第七航权应该从战略高度明确构建国际航权开放的多边体制在区域全面经济伙伴关系（RCEP：Regional Comprehensive Economic Partnership）的目标定位，将海南试点开放第七航权纳入多边贸易协定谈判的内容，深入研究海南自由贸易港的交通区位比较优势，细化门户枢纽的市场连接范围，精选航权开放政策的多边协定的谈判对象，以提高第七航权等开放政策的精准性。[49]本文称之为 RCEP 模式，质言之，此种模式强调将国际航权自由化的开放理念和制度设计融入到 RCEP 条款体系之中。

---

[47] Thomas D. Grant, An End to Divide and Conquer- EU May Move toward More United Approach in Negotiating Open Skies Agreements with USA, 67 Journal of Air Law and Commerce,1057(2002).

[48] 参见《中华人民共和国与东南亚国家联盟全面经济合作框架协议》，访问中国商务部官网。

[49] 邹建军：《打造航权开放政策高地，助力海南自由贸易港建设》，《中国民航报》2020 年 6 月 15 日，第 001 版。

在多中心合作治理中，不同的治理主体承担最优化的公共职责，合作机制的实质就是一个责任机制。[50]为此，中国在设计开放第七航权的多边协定条款以构架 RCEP 模式，应该非常重视的范畴包括但不限于以下：航空运输大国的主导和驱动、区域安全保障机制、国际航权的合理分配、第三国的因素、环境保护、劳工标准以及争端解决机制。中国在试点开放第七航权以构建 RECEP 模式应该及其注重国际话语权的提升，努力形成作为航空运输大国在区域性多边体制中的主导和驱动地位。国际航权开放的区域性体制对于安全保障体制提出新要求，探究区域安全保障机制是制约多边体制成败的重要环节。海南自由贸易港试点开放第七航权尤其关注国际航权的合理分配、环境保护、劳工标准等系列复杂和敏感问题，在推动区域性多边体制中不断完善谈判条款。[51]长期以来，国际航权开放的争端机制机制问题，一直游离于国际航权自由化协定中，试点开放第七航权可以尝试构建区域性多边体制下的争端解决手段。

3.注重国际航权开放的国内立法质量和位阶。

国际航权开放以实现充分自由化的最高境界和途径在于构建国际航权开放的法治化体系。这也是世界上重要航空运输大国的重要经验。《中华人民共和国反垄断法》和《中华人民共和国民用航空法》对于航空运输市场秩序的保障具有很大不足，尤其两者之间缺乏一定的协调性。“中国东方航空公司与澳大利亚航空公司联盟案”暴露出中国相关规制国际航空运输市场秩序的法律在维护中国航空承运人利益上存在诟病。[52]在不能及时修订上述法律的情境之下，可以考虑将落实开放第七航权的法治保障纳入到“海南自由贸易港法”体系之中。然而，即便是上述基本法律得以修改和完善，基于开放第七航权等国际航权自由化的复杂性，法律只能是作出原则性和粗线条规制，具体的国际航权自由化问题需要辅以实施细则。

故此，本文非常注重全国立法机关审议“海南自由贸易港法”的历史契机，将试点第七航权的根本原则和制度框架纳入到该法中。国际航权开放的法理与立法模式具有与“海南自由贸易港法”的立法动向相吻合。海南自由贸易港建设的目标是达到全球最高的开放水平，打造中国改革开放的前沿阵地。“海南自由贸易港法”不可能预先事无巨细地对建设过程中的方方面面作出规范。为了应对建设高水平自由贸易港过程中面临的种种挑战，“海南自由贸易港法”势必要作出充分授权，使海南具有能够进行制度创新的能力。这种能力要对现有法律法规的突破以及与国际规则的对接。“海南自由贸易港法”必须在宪法的框架内事先处理好与其他法律和我国参与的国际协定之间的关系，才能为海南的自由贸易港规则制定建立基础。[53]《方案》试点开放第七航权，体现了国家对海南自贸港建设在航权开放上的最大支

[50] 刘水林，吉星：《海南自由贸易港法的观念转化和制度创新——以监管为切入点》，《海南大学学报人文社会科学版》2021 年第 2 期，第 3 页。

[51] 中国民航管理干部学院国际航权分配与使用管理研究课题组：《适度引入竞争促进我国国际航空市场健康发展》，《中国民航报》2017 年 6 月 29 日，第 001 版。

[52] Australian Competition and Consumer Commission Determination, Applications for Authorisation Lodged by Qantas Airways Limited and China Eastern Airlines Corporation Limited in Respect of a Joint Coordination Agreement Authorisation Numbers: A91470 and A91471.

[53] 张牧君：《海南自由贸易港建设的目标、挑战及立法应对》，《东南学术》2021 年第 2 期，第 77 页。

持力度。不仅如此，《方案》试点开放第七航权属于单向自主开放。历史上“天空开放”协议下的航权开放一般遵循对等互相开放。事实上，无论国际航权开放的“自由”多大，其实施的基本制度理念是类似的。故此，基于“海南自由贸易港法”的立法原则与制度设计方案，明确将国际航权开放的立法精神和制度设计融入到“海南自由贸易港法”体系之中是国际航权开放的重要法治路径之一。

四、结论

国际航权开放面临的困境及其历史经验表明，以航空大国和强国为主导的国际航空运输协定的双边或多边体制一直扮演者着重要的角色。也正是因为如此，国际航权开放以实现充分自由化的多边体制的构建充满着困境和艰辛。历史上的国际航权开放的实践和国际航空运输的属性，所不断形成和完善的国际航权开放的体制分别通过当事国或国际组织签署双边或多边航空运输协定来实现。而作为国际航权开放度和开放水平较高的区域性多边体制的形成，受制于各国多重因素的制约。

《方案》向世界宣示海南自由贸易港建设试点开放第七航权的宏大愿景。基于国际航空运输的特质与国际航权自由化实践的考察，作为重要的优化国际航权资源配置的举措，需要以高层次立法予以固化和表达。审议中的“海南自由贸易港法”应该预见到未来国际航权开放问题必将与诸如反垄断发和民航法等国内相关重要立法的适用、冲突与协调问题相互关联，不仅如此，国际航权开放必然也会涉及到国内法与国际协定的衔接与适用问题。故此，作为应对国际航权开放面临困境的重要纾解手段，“海南自由贸易法”纳入国际航权开放是重要法治举措。如此以来，中国的国际航权话语权的法治基础得以确立。（责任编辑：）

The Dilemma of the Freedoms of the Air and Its Solution

Ma Deyi

(East China University of Political Science and Law, International law school, Shanghai 201620)

Abstract: The general plan for the construction of Hainan free trade port (“the plan”) has made it clear that the project will open the seventh freedoms of air. However, how to implement the system and mechanism of opening the seventh freedoms of air has not yet been formed, which is worthy of further discussion. The changing law of air freedoms determine that the freedoms of air has the characteristics of liberalization, mainly in the mode of bilateral air transport agreements, and dominated by some major air transport powers. And also, the freedoms of air rights is mainly promoted and led by the United States, prudently integrated by the European Union and actively followed up by countries in the Asia Pacific region. However, the full liberalization of freedom of air undergoes the dilemma

that is hard to integrate into the multilateral system, and the multilateral system of freedoms which benefits all countries has not yet formed. Under the background of building Hainan free trade port, China should establish the leading position in the bilateral system of freedoms of air, promote the regional multilateral system of air freedoms on which based the pilot in the seventh freedom of air in " the plan", as well as incorporated into the legislation of "Hainan Free Trade Port Law" .

Key words: Freedoms of air; liberalization; dilemma; Hainan freed trade port laws; solution

作者马得懿，华东政法大学教授、博导，中组部选派挂职海南政法职业学院。

两岸暨港澳民航法规的衔接问题研究

濮云涛[1]

摘　要：港澳台民航事务具有特殊性，其发展有赖于区际合作，而区际合作与国家主权、安全联系密切，需要内地民航行政管理部门在涉港澳台政策法规方面更加积极作为。坚持“一国两制”，必须将维护中央对港澳的全面管制权和保障特区高度自治权有机结合。对于纯粹的港澳事务，中央无权直接立法；但对于同时涉及港澳台和内地的情形，中央有权制定相应的法律。衔接两岸暨港澳民航法规，要全面梳理立法和区际协议，弥补存在缺漏的部分；要坚持区分原则，在涉及国家主权和安全、特定类型的经贸领域、粤港澳大湾区的港澳台事务中，不宜比照规范涉外事务的条款处理涉港澳台民航事务；要将提升国家安全保障水平和为港澳台民航纾困相结合，提升两岸暨港澳民航融合发展水平。

关键词：两岸暨港澳融合发展，民航法规，国家安全

Research on the Connection of Civil Aviation Regulations Between Chinese Mainland, Hong Kong SAR, Macau SAR and Taiwan Region

Abstract: The civil aviation affairs of Hong Kong, Macao and Taiwan are unique, development of which depends on regional cooperation. This kind of regional cooperation and is closely related to national sovereignty and security. It requires the Civil Aviation Administration of China to enact regulations and policies more actively relating to Hong Kong, Macao and Taiwan. To adhere to "One Country, Two Systems," it is necessary to integrate the maintenance of the central government's comprehensive control over Hong Kong and Macao and the protection of the SAR's high degree of autonomy. For purely Hong Kong and Macao affairs that do not involve national defense or diplomatic issues, the central government has no power to directly legislate; however, for issues involving both Hong Kong, Macao, Taiwan and the Chinese Mainland, the central government has the power to enact corresponding laws. To connect the civil aviation laws and regulations between Chinese Mainland, Hong Kong SAR, Macau SAR and Taiwan Region, it is necessary to comprehensively sort out the legislation and regional agreements to make up for the missing parts. The principle of distinction ought to be adhered; when the issue relates to security and sovereign, certain economic and trade fields, or the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area, laws for foreign affairs should not be referred to deal with civil aviation affairs related to Hong Kong, Macao and Taiwan. Improving the level of national security and resolving problems for civil aviation industry of Hong Kong, Macau and Taiwan

1 濮云涛（1992—），男，江苏南京人，中国民用航空局国际合作服务中心国际航空法研究部助理研究员，法学博士，研究方向：国际航空法、国际私法。

should be combined to enhance the ability of integrated development.

Keywords: Integrated Development between Chinese Mainland, Hong Kong SAR, Macau SAR and Taiwan Region; Civil Aviation Regulations; National Security

一、问题的提出

近年来，两岸暨港澳在民航领域的联系愈发紧密。两岸开通直航以来，航班量逐年攀升，增速较快。2019 年，台湾地区机场起降航班中，两岸航线起降 6.90 万架次，相较于 2009 年增长了 336%。[2]在港澳，内地航线在香港、澳门机场中有举足轻重的地位。2019 年 4 月至 2020 年 3 月，香港国际机场的内地客运市场占全部客运市场的 18%。[3]澳门国际机场提供的数据显示，2019 年内地航线的客运量与 2018 年相比，增长了 25%。[4]自香港、澳门回归以来，内地与港澳民航在多个领域签署了合作安排，建立起多层次的交流合作机制，促进了内地与港澳民航业的发展。海峡两岸自实现直航以来，海协会与海基会签署了《海峡两岸包机协议》《海峡两岸空运协议》《海峡两岸空运补充协议》和《海峡两岸飞行安全与适航合作协议》等协议，两岸民航业界在航空运输、空管气象与情报、院校师生等多个领域展开交流与合作。

习近平总书记指出，推进互联互通、加快融合发展成为促进共同繁荣的必然选择。必须充分贯彻“四个全面”中的依法治国理念，加快建设中国特色社会主义法治体系，以法治思想和行动引领对外开放。必须坚持总体国家安全观，统筹外部安全和内部安全，以适应新时代对外开放的新要求。要支持香港、澳门融入国家发展大局，推动两岸经济社会融合发展，落实“一国两制”，推进祖国统一，实现中华民族伟大复兴。尽管两岸暨港澳在民航领域不断加强互联互通，两岸暨港澳仍然是四个不同的法域。在法律层面，除了《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》《香港特别行政区维护国家安全法》等法律以外，内地民航领域的法律、法规、规章不能够在港澳实施，台湾亦同。两岸暨港澳民航方面的法律、法规和规章的形式、内容和适用方式存在差异，欠缺必要的协调机制。

“融合发展”体现了新时代国家对台、对港澳工作的新要求。实现融合发展，不仅要经济、科技领域的互联互通，更要求制度和规则方面的协调。在民商事领域，两岸暨港澳尚可通过区际私法的方式进行协调；而在行政法等公法领域，协调的难度就会比较大。本文从民航法规的特殊性出发，考察衔接两岸暨港澳民航法规的必要性和可行性，并论证衔接两岸暨港澳民航法规应采取的立法模式，最后对衔接两岸暨港澳民航法规的具体方式提出建议。

2 数据来源于台湾地区“民航局”：《民航运输各机场营运量——按国际、两岸及“国内”航线分》，https://www.caa.gov.tw/FileAtt.ashx?lang=1&id=24118。

3 数据来源于香港国际机场管理局：《19/20 年报》，第 55 页，https://www.hongkongairport.com/iwov-resources/file/airport-authority/publications/annual-and-interim-reports/tc/19_20/12_AR1920_Chi_Passenger_Services.pdf。

4 数据来源于新华社：《澳门国际机场 2019 年旅客量和航班量均创纪录》，http://www.gov.cn/xinwen/2020-01/03/content_5466375.htm。

二、衔接两岸暨港澳民航法规的必要性

民航不同于国防和外交事务，我国民航法规不能直接适用于港澳地区。尽管如此，民航事务亦不同于一般的社会经济事务，它与国家整体布局以及国家安全具有密切联系。我国内地民航曾经由中央军委管理，体现了民航事务在国家安全领域的特殊性。本文拟从民航事务的特殊性角度出发，分析衔接两岸暨港澳民航法规的必要性。

港澳台民航运输的发展有赖于国（区）际合作。香港、澳门的运输航空中，跨境国（区）际航班占据了绝大部分。与此同时，香港飞行情报区临近中国内地的飞行情报区，且澳门没有自身的飞行情报区。如果没有内地的支持和合作，香港、澳门就很难发展民航事业。台湾作为岛屿地区，其民航业发展的支柱是国（区）际航空运输。只有提升与中国大陆和外国之间的国（区）际合作水平，台湾地区民航业才能够从新冠疫情的不利影响中恢复。

国（区）际民航合作强调国家主权原则。就港澳而言，国际民航组织的成员均为主权国家，香港、澳门并非国际民航组织的成员。在中华人民共和国于 1974 年宣布承认《芝加哥公约》之后，中国政府宣布该公约适用于港澳。港澳在国际民航组织的地位不同于其在世界贸易组织的地位，对于后者，港澳是以单独关税区的名义加入的，具有会员地位。港澳和内地之间开展民航合作，有利于推动“大交通枢纽”建设，使港澳充分履行依法参与国家整体治理的权利和责任；[5]台湾与中国大陆开展民航合作，亦有利于提升两岸在“一个中国”框架下的合作水平，在实践中强化国家主权原则。

民航事务与国家安全联系密切。坚持总体国家安全观，需要把国家安全贯穿国家发展的各个领域。2019 年出现的国泰航空事件表明，民用航空可能被利用成为危害国家安全的工具。特别是民航本身涉及空域的使用，对国家安全和公共安全的影响更为直接。就台湾而言，台湾民航发展牵涉国家主权和领土完整问题，加强两岸民航合作，亦具有必要性和紧迫性。

两岸暨港澳融合发展，更加需要内地民航行政管理部门在涉港澳台政策法规方面更加积极作为。由于民航事务具有较强的国（区）际性，民航领域的政策法规可能通用于两岸暨港澳。探索两岸暨港澳民航法规的统一化，有利于减少两岸暨港澳的制度壁垒，提升港澳台同胞对中国的制度认同，促进深层次的融合发展。这种深层次的融合发展实际上是国家统合的过程。在新的历史时期，要以中央主导、多方商议的规则引导确立新的国家秩序，逐步构建统一的大中华区。[6]在国家统合过程中，要发挥民航法规的优势，推动国家治理新秩序的构建。

从国家责任角度出发，我国作为国际民航组织的缔约国，有维护香港、澳门民航安全的国家义务。虽然国家主权原则为《芝加哥公约》所认可，然而国家主权原则必须受到一国所加入国际条约的限制。[7]无论航空公司或机场属于国有企业还是私营企业，该企业登记国都

5 参见田飞龙：《具有澳门特色的“一国两制”实践经验解析：港澳比较及国家战略的视角》，《港澳研究》2019 年第 4 期，第 59-60 页。

6 参见魏健馨：《“一国两制”原则下国家统合机制研究》，载《统一战线学研究》2021 年第 1 期，第 27 页。

7 See Ruwantissa Aberyratne, Law and Regulations of Aerodromes, Springer, 2014, p. 47.

有依据《芝加哥公约》及其附件保障航空安全的义务。尽管香港、澳门是我国的特别行政区，但是香港、澳门并非国际民航组织成员，故我国内地应完善相关法规，提升对香港、澳门民航的监管效能。

由此可见，民航事务在国家主权、安全、国际责任以及本身的业务发展模式上具有特殊性，两岸暨港澳民航发展须以国家统筹规划为基点，衔接两岸暨港澳民航法规具有必要性。

三、衔接两岸暨港澳民航法规的可行性

我国内地与香港、澳门协调民航领域的法规、标准等都是通过签订双边协议、备忘录等方式进行，协定的双方是平等主体。这种协调方式建立在缔约双方具有平等地位的基础之上。形成的协议、备忘录是双方意志的体现，充分尊重了香港、澳门的高度自治权。只有在国防、外交等涉及国家安全的领域，全国人大才采用解释基本法的方式行使对香港、澳门在立法方面的管制权；在其他领域，中央没有权力制定施行于特别行政区的全国性法律。除了民航领域，在民商事和经济领域，内地和港澳的区际协议均是通过一对一协商后达成的。[8]这体现出了我国内地立法机构在制定涉港澳法律时严格遵循“一国两制”的要求，尊重香港、澳门特区的立法权。就两岸之间民航法规的衔接而言，两岸通过海协会、海基会沟通的方式，缔结了空运协议，和港澳的差异主要在于缔约主体是非官方组织。

“一国两制”是衔接两岸暨港澳台民航法规的根本指导思想。“一国两制”是邓小平同志提出，并且不断发展的政治和法律概念。在新时代，坚持“一国两制”，必须把维护中央对香港、澳门特别行政区的全面管制权和保障特别行政区高度自治权有机结合起来，确保“一国两制”实践不变形、不走样。[9]要将“一国两制”中的“一国”和“两制”有机结合起来，不能对港澳事务放手不管，也不能在违规插手港澳事务。在民航领域，对香港、澳门民航事务的管理和调控必须严格依照《基本法》和相关法律的规定处理，并且充分发挥主观能动性，促进港澳和内地民航的融合发展。对台湾而言，“一国两制”要求所有涉台事务必须遵守“一个中国”的底线。如果台湾民航业出现违反一个中国原则的行为，则我国大陆可以单方面采取反制措施，遏制台独分裂势力。

《澳门特别行政区基本法》第 117 条规定，澳门特别行政区政府经中央人民政府具体授权可自行制定民用航空的各项管理制度。澳门特区政府制定民航管理制度需要中央政府的授权，而在教育、医疗、文化管理等领域，澳门特区政府可以自行制定有关规则。这表明，相较于其他社会管理领域，澳门特区政府管理民航业受到一定程度的限制，只能在中央允许的范围内制定民航法律法规。《香港特别行政区基本法》第 128 条规定，香港特区政府应提供条件和采取措施，以保持香港的国际和区域航空中心的地位。这说明中央对香港特区在民

8 参见郭玉军、徐锦堂：《中国区际法律冲突解决路径探析（下）》，载《时代法学》2008 年第 4 期，第 14 页。

9 习近平在中国共产党第十九届全国代表大会上的报告：《决胜全面建成小康社会，夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》。

航领域的发展有着整体定位和总体要求。该条款进一步表明，尽管香港、澳门地区的民航具体事务由特区政府负责，而在宏观政策方面，港澳民航的相关法律法规应服务于国家发展大局。

对于纯粹的港澳事务，且不涉及国防、外交问题，中央无权直接立法；然而对于同时涉及港澳和内地的问题，中央有权制定相应的法律。国际私法学界对此问题研究颇深。以国际民事诉讼管辖权为例，一国通常难以限制外国法院行使管辖权，除非该国法院颁布禁诉令或者禁执行令；然而各国一般都有涉外民事关系法律适用法规范，以调整在本国法院审理涉外案件的法律适用问题。法律的属地性有所减弱，是国际法的发展趋势之一。在民航领域，除了少数通用航空只在香港、澳门实际管辖的区域内运行以外，绝大多数运输航空和通用航空都要跨境运行，且这种跨境运行日益频繁；对于台湾而言，两岸航线亦是台湾民航的重要组成部分。在这种情况下，内地有立法权的机关可以就涉港澳台民航事务制定相应的法规政策，并不违背“一国两制”的要求。

衔接两岸暨港澳的民航法规，并不意味着使两岸四地的民航法规完全统一。不少学者认为，不同法系之间具有相互融合的趋势。在两岸暨港澳融合发展的过程中，两岸暨港澳法律法规之间的差异将逐渐缩小。尽管如此，由于历史和现实的原因，两岸暨港澳之间民航法规的差异将长期存在。这是因为香港、澳门长期受外国殖民统治影响，从法治观念、法律原则到法律规则等方面都有较大差异。英国作为一个历史悠久的国家，英格兰和苏格兰之间的法律冲突问题至今没有解决；美国各州之间的法律亦存在差异。这些差异没有影响美国、英国作为一个独立国家的稳定性。两岸暨港澳融合发展，不是要将两岸四地的法律全部统一，而是要提升关键领域法律的衔接性。对于一般性的技术性法规，可以“求同存异”。如果强行“统一”两岸暨港澳的民航法规，不仅有违“一国两制”的原则和精神，而且给国际社会以不良观感，对两岸暨港澳融合发展造成不利影响。

四、衔接两岸暨港澳民航法规的立法模式

衔接两岸暨港澳民航法规主要包括单方面立法和缔结区际条约（或协议、安排）两种方式。我国内地与港澳台在民航法规衔接的问题上，主要采用缔结区际条约（或协议、安排）的方式；就单方面立法而言，内地民航主管部门对于规章中涉及港澳台事项的部分，通常比照国际事务处理。在两岸暨港澳融合发展的背景下，本文着重考察比照国际事务处理涉港澳台民航事务的合理性，并探究不宜比照国际事务处理涉港澳台民航事务的类型。

（一）比照国际处理涉港澳台民航事务的合理性

在民航法规的技术性领域，涉港澳台事项确实可以比照涉外事项处理。一些国际私法学者也论证了比照涉外事项处理的合理性。不少学者指出，将涉港澳台事务比照或参照涉外事务处理，并不违反“一国两制”的原则。这是因为两岸暨港澳实行不同的法律制度，分别属于不同的法域；对于内地而言，港澳台属于境外，涉港澳台事务比照国际事务处理，充分尊重了港澳台地区法律的相对独立性。与此同时，“比照”、“参照”有别于“按照”，后者是把

港澳台事务当做国际事务处理，有违“一国两制”原则；而“比照”、“参照”是指这类事务仍然属于国内事务，仅法律法规参照国际事务应适用的法律。特别是民航法规中具有较强技术性的法规，具有技术中立特征，比照国际处理涉港澳台民航事务并无不妥。

从法律角度出发，一些国际条约/区际协定要求处理港澳台事务必须参照国际公约。例如，根据《内地和香港特别行政区间航空运输安排》《内地和澳门特别行政区间航空运输安排》第 1 条之规定，内地和香港/澳门之间的航空运输属于特殊的国内航空运输，参照国际航空运输管理，使用国际运输凭证，责任条款可参照有关国际公约。1999 年《蒙特利尔公约》适用于内地和港澳地区，故内地涉港澳或者港澳涉内地的航空运输事故责任应参照适用《蒙特利尔公约》。

现有的民航法律、法规和规章中涉及港澳台的部分，绝大多数都比照或参照国际问题处理。在现有的法律、法规和规章中，部分法律文件没有对涉港澳台内容作出特殊规定，如《民用航空法》。涉及港澳台部分的法律文件，绝大多数都将港澳台问题比照国际问题处理，如《外国航空运输企业航空安全保卫规定》《公共航空运输旅客服务管理规定》《民用航空统计管理规定》《航班正常管理规定》《公共航空运输企业航空安全保卫规则》《外国航空运输企业在中国境内指定的销售代理直接进入和使用外国计算机订座系统许可管理暂行规定》《外国航空运输企业航线经营许可规定》《民用航空安全信息管理规定》《外国航空运输企业不定期飞行经营许可细则》《民用航空预先飞行计划管理办法》《中国民用航空国内航线经营许可规定》等。绝大多数民航规章将港澳台事务比照国际问题处理，表明这种处理方式已经形成了相对固定的模式。从维护法律稳定性的角度出发，不宜将所有的涉港澳台民航法规推翻重修。

（二）不宜比照国际处理的涉港澳台民航事务的类型

虽然绝大多数涉及港澳台的民航法律文件将涉港澳台事务比照国际事务处理，但是在一些领域，涉港澳台事务不宜一律比照国际事务处理。这些领域主要包括：

涉及国家主权、安全、社会公共利益等敏感领域，不宜比照国际事务处理。在国际私法领域，学术界和实务界已经注意到港澳台的特殊性。例如，对于承认和执行境外法院民商事判决问题，《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 15 条规定了大陆人民法院承认和执行台湾地区法院判决的条件。这些条件中，绝大多数条款与我国和外国签订的民商事司法协助条约中的承认和执行外国法院判决条件一致，但是增加了“认可该民事判决将违反一个中国原则等国家法律的基本原则或者损害社会公共利益的，人民法院应当裁定不予认可”的特殊规定。这种处理方式充分考虑到台湾地区的特殊性，没有照搬承认和执行外国判决的条件。在民航领域，有些涉港澳台事务不适合参照国际事务处理。例如，对于航空器的国籍，两岸暨港澳的航空器国籍登记代码均为“B-”，港澳台航空器不可参照外国航空器进行国籍登记。

为了提高两岸暨港澳融合发展的水平，经贸领域的民航法规可以对涉港澳台问题作出特别规定，以提升港澳台参与内地民航发展的便捷度。虽然我国内地与香港、澳门、台湾均为

世贸组织成员，但是民航领域的大部分贸易属于服务贸易，我国在航空运输方面仅对航空器维修服务和计算机系统订座服务作出了部分承诺，[10]在航权、航线方面没有作出承诺。因此，在民航业的大部分领域，我国内地没有向其他 WTO 成员方提供最惠国待遇和国民待遇的义务；对港澳台而言，“同等待遇、融合发展”更加符合一个国家之内公共政策的公平公开精神。[11]为了使两岸暨港澳融合发展更加顺利，可以在民航的一些领域简化港澳台航空公司在内地开展业务的手续，适当降低其开展业务所需的实质条件，提升港澳台民航企业在国内大循环中的参与度。

为提升粤港澳大湾区建设水平，民航主管部门可以运用政策法规手段，深化内地与港澳在民航领域的合作。香港、澳门与内地临近，且澳门空域与内地共享，中央和地方有关部门制定区域内涉港澳的民航管理规定，不违反“一国两制”原则。对于香港、澳门周边的短程跨境民航业务，主管部门可以制定必要的便利措施。由于港澳与内地的联系日益紧密，三地之间需要更加便捷的交通方式，跨境直升机等通用航空业务的需求量不断增加。跨境通用航空业务受到多种因素限制，如果能够有效提升跨境通用航空在飞行计划、航线、边检等方面的用户体验，将有效提升内地与港澳的通行效率。对于深圳、香港、珠海、澳门等地机场协调的问题，内地民航主管部门也可以制定相关的法规和标准，维护粤港澳大湾区空域的公平使用。

五、相关建议——衔接两岸暨港澳民航法规的具体措施

衔接两岸暨港澳民航法规，首先要全面梳理内地涉港澳台民航法规，以及两岸暨港澳缔结的民航协议、安排、谅解备忘录等法律文件，弥补存在缺漏的部分。就单方面立法而言，有的民航规章在考虑涉外民航事务时，未考虑到涉港澳台民航事务。例如，《外国航空运输企业常驻代表机构审批管理办法》（CCAR-212）未规定港澳台地区的航空公司参照该办法执行，造成港澳台地区航空公司设立代表机构的审批无法可依。就协议与安排而言，内地和港澳缔结的协议和安排覆盖了航空运输、事故调查与搜寻救援、航空器维修、运行评审、适航审定、航空安保等领域；亟需检视它们与内地有关法律法规的异同，确保这些协议和安排为内地和港澳民航协同发展提供更为便捷的途径。

其次，在处理涉港澳台民航事务和涉外民航事务时，应当坚持有限的区分原则。两岸暨港澳民航法规的差异将长期存在，衔接两岸暨港澳民航法规，目的不是在于使两岸暨港澳的民航法规完全相同。在技术领域的立法中，对于纯粹的港澳台事务，建议比照规范国际事务的条款处理；在涉及国家主权和安全、特定类型的经贸领域、粤港澳大湾区的港澳台事务中，不宜比照规范国际事务的条款处理。坚持区分原则，有利于将“一国两制”中落实中央全面管制权和尊重特区自主权的要求有机结合。

---

10 See Schedule of Specific Commitments of China, GATS/SC/135, 14 February 2002.

11 参见郑振清：《涉台公共政策与两岸融合发展——新时代推进国家统一的动力机制》，载《两岸关系》2021 年第 4 期，第 10 页。

最后，要将提升国家安全保障水平和为港澳台民航纾困相结合，提升两岸暨港澳民航融合发展水平。针对近几年发生的涉港、涉台民航危害国家安全事件（或征候），民航行政主管部门要及时预判未来可能的风险，在航空人员、一般运行规则、市场管理、安全保卫等领域出台政策法规，对港澳台民航可能存在的危害国家主权和安全的行为进行规制。在经贸领域，应当以同等待遇为核心，以深化融合为主线，提升港澳台民航企业和航空人员在内地经营和就业的便利度。以港澳台飞行人员为例，我国内地民航企业聘请港澳台飞行员是参照聘请外籍飞行员的规则和程序处理的，[12]港澳台飞行员难以参与中国国内航线的飞行。在新冠肺炎疫情的背景下，要根据港澳台航空运输企业和航空人员所承受的痛点和面临的难点，完善相关法规和政策，尽可能落实国民待遇，全面依法纾困。

12 参见《雇用外籍飞行人员从事公共航空运输飞行的暂行规定》（CCAR60-FS-R1）第 30 条。该规定已废止，但是实践中航空公司聘用港澳台籍飞行员仍然参照该规定办理。

《海南自由贸易港法（草案）》的三维透视与修改建议

戚红梅

（海南大学 法学院，海南 海口 570228）

[摘要]：《海南自由贸易港法》作为海南自贸港法律法规体系的基本法，承担着打造我国对外开放新标杆和新格局的重大法律使命。为达成这一使命，海南自贸港需要建立对标世界最高水平的开放制度、与高水平开放相适应的管理制度，并保持这些制度的国际合规性。因此，市场开放自由、管理科学高效、制度创制国际合规是审视《草案》的三大维度，三者密切联系，互为一体。以此三维审视《草案》：在市场开放方面，《草案》包含的贸易、投资、金融等规则与世界最高开放水平尚存距离，建议对《草案》作出修改，以打造自贸港高水平开放的经贸规则。在管理制度方面，《草案》对中央与自贸港的关系、自贸港所辖范围的规定以及内地货物销往自贸港的定性，存在值得完善之处，宜进行修改，以建立与自贸港相适应的管理制度。在国际合规性方面，《草案》的一些规定与 WTO《SCM 协定》有背离之嫌，需要作出调整，以保障自贸港制度创制的国际安全性。

[关键词]：海南自由贸易港法（草案）；市场开放；管理高效；国际合规

［中图分类号］D927;D996　　［文献标志码］A　　［文章编号］1004-1710(2021)02-0000-08

建设具有中国特色并对标世界最高水平开放的海南自由贸易港（以下简称海南自贸港），是我国着眼国内国际两个大局作出的重大战略决策，是一项前所未有的伟大创举。海南自贸港需要在法治轨道上运行，以高质量立法引领和推动高质量发展。而《海南自由贸易港法》（以下简称《海南自贸港法》）是保障和实施海南自贸港这一国家重大战略的基本法，统领着海南自贸港法律法规体系，承担着构筑自贸港法治大厦的“四梁八柱”和为自贸港建设提供基本制度遵循的重任。今年 1 月全国人大向全社会公众征求意见的《中华人民共和国海南自由贸易港法（草案）》（以下简称《草案》）借鉴国际先进成熟的自贸港建设经验，注重与国际通行的高水平经贸规则相衔接，对海南自贸港基本制度进行了厘定，充分彰显出我国积极推动经济全球化和将海南自贸港打造成新时代我国全面深化改革开放的新标杆、新格局的坚强决心和意志。然而，“物有所不足，智有所不明，数有不逮”[1]，《草案》似仍有臻善的空间，值得关注。

对《草案》审视评价，实质上是对《海南自贸港法》该如何制定的研判。虽然国内外对经济开放特殊区域（以下简称经济特区）进行了法学、经济学和其他学科的研究，但这些研究在总体上仍较为薄弱。其中，瞄准国外经济特区的相关研究，由于不适合或不完全适合海

[收稿日期]2021-02-05

[基金项目]国家社会科学科基金重大项目（17ZDA144）

[作者简介]戚红梅，河南新乡人，海南大学法学院讲师，主要从事国际经济法、行政法、自贸港法等研究。

[1] 屈原：《楚辞·卜居》，林家骊译注，北京：中华书局 2010 年版，第 182 页。

南自贸港的实际，并不能简单地进行照搬。特别是，海南自贸港具有中国特色，在国内外独一无二，而针对性的深度研究十分匮乏。此外，《草案》才发布不久，虽偶有个别修改建议见诸刊物，但因缺乏分析框架体系的支撑而呈现碎片化状。黑格尔指出："若没有体系，就不能成为科学，……它的内容必定是偶然性的……只能是无根据的假设或个人主观的确信"。[2] 鉴此，本文根据党中央、国务院于 2020 年 6 月发布的《海南自由贸易港建设总体方案》（以下简称《总体方案》）的精神，以市场开放自由、管理科学高效、制度创制国际合规为三维分析框架，审视《草案》，并提出修改建议。

一、审视《草案》的三大维度及相互关系

评价《草案》可以有许多不同的维度。本文之所以采取市场开放自由、管理科学高效、制度创制国际合规三维合一的分析框架，盖因当今法律体系由国内法体系与国际法组合而成，而自贸港法作为我国国内法又覆盖交易领域和管理或监管领域。前述三维基本对应《海南自贸港法》理应聚焦的交易领域、管理领域和国际合规领域。以此框架分析《草案》，既可从国内法与国际法相互关系的角度进行审视，也可以进一步从国内法律体系中的交易和监管视角进行研判；不仅可以覆盖《草案》应有的主要场域，而且审视维度所嵌含的评价标准可以为《草案》的研判提供标尺。

海南自贸港的制度创制首先要加强市场的开放和自由。纵观全球数以千计的经济特区，其具有的一个共同特征就是：这些区域实行与所在国其他区域不同的商业规则，包括不同的国际贸易、投资、金融、税收和监管规则，所打造的营商环境更加自由高效。[3] 海南自贸港之所以应如世界其他经济特区那样需要实行高度的开放和自由，是因为惟其如此，自贸港才能从不应有的制度束缚之中解脱出来，焕发出生机和活力，高效地进行资源的市场化配置，才能有效地聚集全球的生产要素和经济活动，成为国际经济活动中心，也才能在日趋激烈的全球竞争中建设成为有世界影响力的自贸港，成为我国全面深化改革开放的新标杆。欲达此目标，海南自贸港就需要大力地开展制度创新，对标世界高水平开放，实行高度开放、灵活自由和具有国际竞争力的贸易、投资、金融、税收等制度。因此，对《草案》进行审视，应首当其冲地以市场的开放和自由为维度。

然而，市场开放和自由需要以科学而高效的管理制度为支持和保障。当今各国早已告别自发市场的阶段，对经济进行管理和调控，特别是对外经济活动更是建立了广泛的管理制度。即便是世界各国建立的经济特区，也概莫能外。对海南自贸港而言，不是要不要管理的问题，而是如何建立与市场高度开放自由相适应的管理制度和体制的问题。从我国和海南自贸港的实际需要出发，自贸港管理制度需要重点解决三大方面的问题：一是创制与市场高度开放自由相适应的管理规则。在许多情况下，"无形之手"与"有形之手"存在此消彼长的关系。海南自贸港要建立开放自由的市场，需要管理制度谦抑而高效，从而为"无形之手"腾出更

[2] 黑格尔：《小逻辑》，贺麟译，北京：商务印书馆 1980 年版，第 56 页。

[3] Emmanuel Laryea, Dennis Ndonga and Bosire Nyamori, "Kenya's experience with Special Economic Zones: legal and policy imperatives", African Journal of International and Comparative Law, Vol. 2, 2020, pp.173-174.

大的作用空间。二是建立有效的风险防控制度。风险防控制度与前述经济活动的管理规则具有密切的联系，但二者或各有侧重，或有本质差异。对比“一线放开”中的零关税制度与“二线管住”中的货物反走私制度[4]可以发现：零关税作为一项管理制度适用于合法的进出口行为，而反走私这一防控制度则是要制止以零关税进口到自贸港的货物走私到仍然保留关税的内地的违法行为发生。零关税伴随和支持进出口，反走私则是防范和制止走私。此外，风险防控制度针对的是风险，而前述管理规则重在维护市场秩序和追求规则蕴含的其他政策目标。三是建立科学而高效的管理体制。市场作用的空间和效果，受制于管理体制。[5]从实际出发，海南自贸港管理体制改革需要一方面科学而合理划分中央与自贸港的权限，以满足效率需要和稳定市场预期，另一方面需要厘定政府与市场的边界，充分发挥市场在资源配置中的根本作用。《草案》能否满足这些需要，亦是一个值得关注的维度。

国际合规性在不同语境下具有不同的含义，在本文中是指一国国内法规则不得违反该国适用的国际法律规则，亦即一国国内法不得违背该国承担的国际法律义务。虽然学界对于国内法与国际法的关系有不同的认知，但是一国国内法不得违背该国应承担的国际法律义务是一项不得违反的铁律。[6] 这一铁律也同样适用于海南自贸港的法律法规。前已述及，海南自贸港需实行高度开放自由的经贸规则以及与之相适应的管理制度，但国际社会存在广泛的多边、区域和双边的国际法律制度，这些制度对各国的国际经济活动定标立规，形成规制和约束。一旦海南自贸港的法律法规触犯我国应适用的国际法律规则，那么，国际合规风险就会爆发，自贸港建设就会遭受挫折。因此，对自贸港的制度创制，还需要从国际合规性的维度进行审视。

以上考察表明，在市场开放自由、管理科学高效、制度创制国际合规三大审视维度中，市场开放自由是审视《草案》的最重要的维度，是检验《草案》成色的最主要的依靠。这是因为实现高水平的对外开放是海南自贸港的核心任务，也是自贸港最鲜明的特征。管理科学高效和制度创制国际合规是重要保障。前者是重在从国内法的层面测试自贸港的管理制度和体制是否与自贸港的高度开放和自由相适应。后者重在从国际法律层面检视《海南自贸港法》的安全可靠性。以上三者相结合既直指《草案》需要解决的核心问题，又可囊括支撑《海南自贸港法》的“四梁八柱”。以此审视《草案》，足以透射出《草案》需完善之处。

二、《草案》拟定的市场开放自由制度仍有改进空间

对标世界最高开放水平，实行高水平的对外开放，是海南自贸港最突出的特征。纵观《草案》，这方面仍有改进空间。本节首先撷取《草案》中有关货物贸易、投资、金融三个方面的规定进行例示性的审视，然后对《草案》框架结构在体现海南自贸港开放和自由上的不足进行揭示。

[4] “一线放开”是指海南自贸港与境外之间的经济活动要充分开放，“二线管住”是指海南自贸港与我国内地之间要进行必要的管控。

[5] 刘家诚，杨瑞金，林涛：《中国特色自贸港建设背景下琼州海峡一体化发展对策研究》，《海南大学学报》（人文社会科学版）2018 年第 5 期，第 44 页。

[6] 韩龙：《美国汇率反补贴新规之国际合法性研判》，《法学》2020 年第 10 期，第 179 页。

（一）经贸规则“对标”最高开放水平仍有空间

就货物贸易而言，《草案》规定海南自贸港封关运作、简并税制后，对进口征税商品目录之外的商品免征进口关税，同时规定对外国货物进出自贸港实行清单管理，清单外的货物自由进出自贸港。零关税和自由进出口，对于提升自贸港的贸易开放和自由度助益巨大。与此同时，众多国家和地区为了收获经济全球化的利益，晚近通过单边、双边或区域制度安排，实行了更高水平和更广范围的贸易开放，突出地体现在以零关税、零壁垒和零补贴为代表的“三零”原则上。《海南自贸港法》应及时捕捉和反映国际贸易规则发展的新趋势。对照“三零”原则，《草案》没有充分体现零壁垒和零补贴的内容。就贸易壁垒来说，由于关税之外的壁垒会妨碍全球生产要素在自贸港的聚集和优化配置，因此，自贸港高水平的贸易开放不仅需要零关税，而且也需要零壁垒。再就补贴来说，补贴因扭曲正常的国际贸易而为 WTO 法和其他众多国际协定所制止，因此，补贴不仅会在国际层面受到法律追究，而且不利于自贸港从公平贸易中受益。鉴此，《草案》宜增加自贸港实行零壁垒和零补贴的规定，以落实对标最高贸易开放水平的目标。

就投资而言，《草案》规定自贸港对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度[7]，同时规定放宽市场准入特别清单，推进市场准入承诺即入制，从而发出了自贸港高水平投资开放的信号，但也有值得深思之处。首先，从世界各地经济特区发生的投资争端来看，这类争端多是由于法律改变或执法问题所导致，集中体现为外国投资者控告东道国对外国投资的征收征用[8]，这不仅关涉外国投资者的利益，而且严重影响这些区域的国际声誉和对国际投资的吸引力。如何避免这一问题在海南自贸港上演？为鼓励外商对自贸港的投资和稳定投资信心，建议《草案》加入“稳定条款”。所谓“稳定条款”，是指通过国内立法、国际协定或与外国投资者签订合同，向外国投资者保证其合法权益不因东道国法律或政策的改变而受到不利影响。因此，“稳定条款”不失为解决前述问题的可选方案。其次，如果海南自贸港发生了对外资的征收征用，该如何补偿？当下的一种态势是，无论东道国的征收征用合法与否，都需要对外国投资者给予充分、及时、有效的补偿。[9] 在国际社会对补偿标准论战多年之后，越来越多的国内立法和国际协定采用充分、及时、有效的补偿标准。故建议《草案》在投资自由便利一章中，增加一条规定，即“为了公共利益的需要，海南自贸港可以依照法定程序对外国投资者的投资实行征收或者征用，并给予充分、及时、有效的补偿”，以强化对外资的保护。最后，《草案》还应对《海南自贸港法》的投资规定与我国《外商投资法》的关系进行明确。这是因为海南自贸港要实行更高水平的投资开放，其有关投资的规定必然会与《外商投资法》的规定有所不同。从法理上看，就投资规定而言，《外商投资法》与《海南自贸

[7]国家发改委和商务部 2020 年 11 月发布的《海南自由贸易港外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2020 年版）》，保留了 27 项限制措施，是我国最瘦身的外商投资准入负面清单。

[8] Julien Chaisse, Xueliang Ji, “The pervasive problem of special economic zones for international economic law: tax, investment, and trade issues”, World Trade Review, Vol.19, No.4, 2020, pp. 580-583.

[9] Julien Chaisse, Xueliang Ji, “The pervasive problem of special economic zones for international economic law: tax, investment, and trade issues”, World Trade Review, Vol.19, No.4, 2020, pp.587-588.

港法》是一般与特殊的关系，因此，《草案》应增加一项内容，规定在两法不一致的情况下，海南自贸港应优先适用《海南自贸港法》的规定。

就金融而言，习近平总书记指出：“金融是现代经济的核心，在很大程度上影响甚至决定着经济健康发展。”[10]金融在自贸港经济开放中亦起着核心的作用，应高度重视。对于《草案》有关金融的规定，首先应在指导思想上明确自贸港金融市场的地位。在自贸港封关运作之后，自贸港金融市场与内地仍然是一个金融市场，还是关外的独立金融市场？从金融市场和资本项目没有充分开放的国家的实践来看，这些国家一般通过特别账户等电子围网的方法，将经济特区的金融市场与所在国其他地区隔离开来，形成一个事实上的独立金融市场。在目前情况下，海南自贸港实行高水平的金融开放，也只能采用这种模式。如果是这样，《海南自贸港法》应作出相应的立法布局和规定。其次，《草案》应弥补有关金融服务开放之专门规定的缺失。虽然《草案》第 49 条中有自贸港“率先落实金融业开放政策”的字眼，但《海南自贸港法》作为自贸港法律法规体系的基本法是“金融业开放政策”之源，《海南自贸港法》如欠缺相关规定，“金融业开放政策”从何而来？特别是，当下一些国际协定规定的金融服务开放度日趋增大，如果《海南自贸港法》中金融服务开放度不足，自贸港建设就会落伍。故建议《草案》增加专条，规定海南自贸港对金融服务实行充分开放。最后，《草案》应完善自贸港投融资的规定。与金融服务市场提供金融服务不同，投融资市场是供投融资者进行金融交易的市场，属于资本项目开放的范畴。[11]在此方面，OECD 的《资本流动自由化法典》要求各成员在彼此间逐步取消资本流动和交易的限制[12]， 并对保留的限制实行高度透明，按照 OECD 的分类和要求予以列明。海南自贸港要发挥金融对高水平经济开放的引擎作用，也需要开放资本项目。为此，《草案》第 50 条包含有自贸港分阶段开放资本项目的内容，值得肯定。但第 50 条的规定显得混乱。[13]如果自贸港开放了资本项目，那么，该条规定的非金融企业外债项下完全可兑换、自贸港与境外资金自由便利流动等内容均属赘余，因为资本项目开放本就包含这些内容，因此，将此条简化为海南自贸港逐步开放资本项目，会显得更合逻辑。

（二）《草案》的框架结构宜作出改进

框架结构是展现内容的一面镜子，《草案》的框架结构是展现自贸港高水平开放的镜子。从立法背景来看，制定《海南自贸港法》是要将党中央关于建设海南自由贸易港的决策部署，特别是《总体方案》转化为法律规范，为海南自贸港建设提供立法引领和法治保障。纵观《总

[10] 习近平：《关于<中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议>的说明》，《人民日报》2015 年 11 月 4 日第 2 版。

[11] 金融服务市场解决的是外国金融服务和金融服务提供者能否进入东道国提供金融服务以及以什么条件提供服务的问题，投融资市场解决的是本国居民与外国居民能否进行投融资的问题。参见韩龙：《国际金融法》，北京：高等教育出版社 2020 年 6 月版，第 34 页。

[12] OECD, Code of Liberalisation of Capital Movements, 2019, p.12.

[13] 第 50 条规定：“海南自由贸易港建立适应高水平贸易投资自由化便利化需要的跨境资金流动管理制度,分阶段开放资本项目,逐步推进非金融企业外债项下完全可兑换,推动跨境贸易结算便利化,有序推进海南自由贸易港与境外资金自由便利流动。”

体方案》，其规定了自贸港的五大自由、一大安全有序和一大优惠，即贸易自由便利、投资自由便利、跨境资金流动自由便利、人员进出自由便利、运输来往自由便利、数据安全有序流动和税收优惠。《海南自贸港法》的框架结构，应充分展现这些高水平开放的内容。然而，《草案》在总则、附则之外，仅将贸易自由便利、投资自由便利和财政税收制度在结构上做了专章设置，却将跨境资金流动自由混杂于综合规定之中（与土地、争端解决、风险防范混合在一起），并将人员进出自由便利、运输来往自由便利、数据安全有序流动置于第六章即产业发展与人才支撑之列，无法充分体现《总体方案》规定的上述自由和优惠，且容易造成结构体系和层次上的混乱。

故建议《草案》在已有的总则、贸易自由便利、投资自由便利、财政税收制度、附则之外，对跨境资金流动自由便利、人员进出自由便利、运输来往自由便利、数据安全有序流动分别作专章规定，外加一章“其他规定”来兜底。亦即建议《海南自贸港法》共设十章，即总则、贸易自由便利、投资自由便利、跨境资金流动自由便利、人员进出自由便利、运输来往自由便利、数据安全有序流动、财政税收制度、其他规定、附则，以便更好地体现《总体方案》的要求和海南自贸港全面扩大开放的风貌。

三、《草案》拟制的管理制度尚有值得完善之处

海南自贸港建设要收到成效，需要实现“放”与“管”的有机结合，即在实行对标世界最高水平开放的同时，建立与高水平开放相适应管理制度和管理体制。以此审视《草案》对自贸港管理制度和管理体制的规定，其主要存在以下值得完善之处。

（一）中央与海南自贸港的关系宜作出更加明确的厘定

《总体方案》多处提到自贸港的体制及其改革问题，如要求自贸港全方位大力度推进改革创新，积极探索建立适应自贸港建设的管理体制。海南自贸港实行对标世界最高水平的开放，原有体制难以适应，需要建立新体制，因此，体制改革是自贸港建设的关键一环。其中，科学而明确地划分中央与海南自贸港的权限，使自贸港享有充分的改革自主权，以满足自贸港的效率需要并稳定市场预期，是其中的重中之重。

虽然《草案》第 6、7、10 条尝试对中央与海南自贸港的关系从管理权限和授权立法两个向度进行厘定，但语焉不详，看不出中央与自贸港权限划分的依据、标准。先就管理权限来说，一方面《草案》第 6 条规定国务院有关部门指导推动海南自贸港建设工作，另一方面第 7 条又规定国务院有关部门根据海南自贸港建设的需要，依法授权或者委托海南省人民政府及其有关部门行使相关管理职权。国务院相关部委究竟是要授权海南管理，还是要指导着海南来管理？哪些事项是授权，哪些事项是指导？二者似乎纠缠不清。再就授权立法来说，《草案》第 10 条规定，海南省人大及其常委会可以根据自贸港法，遵循宪法规定和法律、行政法规的基本原则，就贸易、投资及相关管理活动制定法规，报全国人大常委会备案，但涉及法律保留事项或者依法应由国务院制定行政法规事项的，报全国人大常委会或国务院批准后生效。然而，根据《草案》看不出海南有权对哪些贸易、投资及相关管理活动制定法规，哪些法规属于备案性质，哪些需要全国人大常委会或国务院批准。或许有人会说可以以《立

法法》规定的权限进行判别，但《立法法》能否适应自贸港高度开放的需要，本身就值得讨论。对中央与自贸港的关系如若缺乏可操作的清晰划分，必然会导致自贸港法律法规零敲碎打地不断调整和碎片化地小修小补，影响自贸港所需要的效率、确定性和透明度，最终会影响自贸港的建设成效，与运用《海南自贸港法》对自贸港建设进行顶层设计、系统谋划、统筹推进的意图相悖。特别是，中央与自贸港权限划分不清，可能导致在今后实践中法律制度和政策的不断变化，造成制度的不确定性，不仅会影响市场主体的合理预期，甚至可能引发国际经济争端。一些境外经济特区发生的国际争端，为我们提出了警示。[14]

那么，如何科学、合理而又明确地划分中央与自贸港的权限呢？鉴于世界各地的经济特区的一个共同特征是：实行不同于所在国其他区域的更加开放自由的商业规则[15]，故建议，以商业规则为标准，厘定中央与海南自贸港的关系。《海南自贸港法》可规定，商业规则由海南自贸港自主制定，非商业规则适用国家的统一规定。至于哪些是海南自贸港可自主制定的商业规则，在政治决断的基础上，由中央出台海南自贸港可自主制定的商业规则清单，从而使中央与海南自贸港的关系得到合理而又清晰的划分，以满足自贸港建设的需要。

（二）海南自贸港的地域范围及其带来的管理问题值得重视

对于海南自贸港的地域范围，《草案》第 2 条规定："国家在海南岛全岛设立海南自由贸易港。" 由此可以看出，海南自贸港设于并限于海南岛，但不包括海南省辖治的其他岛屿。对自贸港地域范围的这一设计，隐含着不小的管理成本和法律局限。

众所周知，海南省除了海南岛之外，还包括其它多个岛屿，其中就有著名的三沙市所辖的岛屿。不止于此，在自贸港封关运作之后，自贸港在法律上将处于境内关外的地位，即海南自贸港虽在我国领土范围之内，但却在我国内地的关境之外，是海关监管的特殊区域，甚至构成另一个关境或关税领土。由此产生的问题是：如果将海南自贸港的范围仅限于海南岛，那么，海南省辖治的其它多个岛屿与海南岛就不在一个关境或一个海关监管特殊区域之内，按照"一线放开、二线管住"的自贸港基本制度设计，海南岛与这些岛屿彼此间的经济活动就需要按照跨境经济活动来对待。可见，将自贸港限于海南岛，并与海南省辖治的其他岛屿在法律上进行分割，不仅不利于保持和发展海南岛与这些岛屿之间固有的经济往来，而且在各小岛上建立基础设施和海关等机构代价高昂，得不偿失，这些岛屿与海南岛之间的交易需履行诸如报关、通关之类的手续亦不堪重负。因此，将海南省辖治的其他岛屿排除在自贸港之外的合理性和可行性，颇值得怀疑。此外，如果采用《草案》现有的方案，海南省下辖的海南岛之外的其他岛屿与我国内地（以下简称内地）是否处于同一关境，《草案》亦无交待，因此，这些岛屿的法律地位和性质不明。鉴此，建议对《草案》第 2 条进行修改，规定："国家在海南省所辖全域设立海南自由贸易港"，以期解决以上问题。

（三）我国内地对海南自贸港的货物销售宜恰当定性

[14] Julien Chaisse, Xueliang Ji, "The pervasive problem of special economic zones for international economic law: tax, investment, and trade issues", World Trade Review, Vol.19, No.4, 2020, pp. 580-583.

[15] Susan Tiefenbrun, "U.S. Foreign Trade Zones and Chinese Free Trade Zones: A Comparative analysis", Journal of International Business and Law, Summer, 2015, p.200.

对于海南自贸港与我国内地之间的货物贸易，《草案》第 13 条一方面规定货物由自贸港进入我国内地按进口规定办理相关手续，另一方面又规定货物由内地进入自贸港按国内流通管理。内地货物销售到自贸港按照国内流通对待，于法理和各国的普遍做法不符，也不利于内地货物在海南自贸港市场上开展公平竞争。

由内地销售到海南自贸港的货物按照国内流通对待，意味着内地货物在销售到海南自贸港时不能退还在内地已缴纳的增值税等。然而，在法理上，根据税收目的地原则（destination principle），增值税的征税权应在货物或服务最终被消费掉的那个地方，从而使进口产品仅在进口国或进口地承担增值税的税负，而在出口国或出口地免于承担该类税负。[16] 既然内地销售到海南自贸港的货物没有在内地消费，就不应在内地被征收增值税，或者在已征收的情况下应实行退税。但免征或退还增值税的前提是将内地对自贸港的销售作为出口对待。从国外经济特区所在国的法律实践来看，这些国家基本上都将此种销售以出口对待。以美国为例，美国《对外贸易区法》和《对外贸易区条例》将从美国其他区域出售到美国对外贸易区的货物，视为出口，实行免税或退税。[17]从公平竞争考虑，从外国进口到海南自贸港的货物在出口国是退税的，但如若内地货物销售到海南自贸港不以出口对待，其价格必然含有在内地缴纳的增值税，其在海南自贸港市场上与境外退税货物开展竞争会遭遇竞争劣势。鉴此，建议对《草案》第 13 条第 2 款进行修改，规定从内地销售到海南自贸港的货物以出口对待，并对在内地已缴纳的增值税实行出口退税，具体由内地税务机关或海关负责办理。

四、《草案》一些规定的国际合规性问题不容忽视

海南自贸港与境外各经济特区一样，以税收及其他优惠作为吸引国际资本和国际经济活动的主要引力，但如若处置不当，就可能与我国适用的国际规则相冲突，突出地体现在自贸港的税收优惠与 WTO《补贴与反补贴措施协定》（以下简称《SCM 协定》）的关系上。2019 年 10 月，WTO 专家组在“印度——出口措施案”中裁定印度经济特区相关措施构成出口补贴[18]，再次对各国的经济特区立法发出了国际合规性的警示。以下为了阐释国际规则内容便利起见，先对《草案》第 30 条，后对《草案》第 29 条第 1 款进行例示性的国际合规性审视，在此基础上提出《草案》修改的思路和建议。

（一）国际合规性审视：以《草案》第 29 条第 1 款和第 30 条为例

《SCM 协议》规定构成补贴需具备财政资助、利益授予和专向性三项要件。《SCM 协议》第 1 条规定，政府或其代行机构放弃应征收的税收，构成对企业的财政资助。而且，从 WTO 专家组和上诉机构所做裁决来看，这类财政资助也极易构成对受资助企业的利益授予。[19] 不

[16] 对间接税的税收管辖权，有目的地原则和来源地原则（principle of origin）之分。目的地原则文中已述。来源地原则是指间接税由货物或服务生产国或地区征收，而不论货物和服务在何处消费。目前，国际社会普遍适用目的地原则征收间接税。

[17] Susan Tiefenbrun, “U.S. Foreign Trade Zones and Chinese Free Trade Zones: A Comparative analysis”, Journal of International Business and Law, Summer, 2015, pp.201-202.

[18] Panel Report：India - Export Related Measures, October31, 2019, Paras. 7.342-403.

[19] Panel Report：India - Export Related Measures, October31, 2019, Paras..7.449-458.

止于此，该协定第 2 条还规定，将补贴限于一个或一组企业或产业，或限于指定地理区域的某些企业，构成专向性补贴。虽然第 2 条规定“有资格的各级政府确定和改变普遍适用税率，不得被视为专项性补贴”，但如果一项税收不是普遍适用于一个区域的所有企业，而是有选择地适用于某些企业，就极易触发补贴专向性。以此审视《草案》第 30 条，其规定：“对注册在海南自由贸易港符合条件的企业，实行企业所得税优惠……对在海南自由贸易港设立的旅游业、现代服务业、高新技术产业企业，其在全岛封关运作、简并税制前新增境外直接投资取得的所得，免征企业所得税。” 《草案》第 30 条规定的所得税优惠显然并不适用于自贸港的所有企业，因而可能被认为符合《SCM 协定》规定的专项性或区域专向性。可见，《草案》第 30 条容易满足补贴的三要素。

再看《草案》第 29 条第 1 款，其规定：“货物由海南自由贸易港进入内地，按照进口货物征税；但是，对鼓励类产业企业生产的不含进口料件或者含进口料件在海南自由贸易港加工增值超过一定比例的货物，免征关税。”这一规定事实上将从海南自贸港销售到我国内地的含有进口料件的货物分成了两类：在自贸港增值超过一定比例的货物与增值未超过一定比例的货物。对于前者，销售到内地免征关税；对于后者，则不能免征关税。是否免征关税，取决于这类货物在自贸港是否达到了规定的增值比例。虽然在我国对自贸港实行“一线放开、二线管住”，境外货物可以普遍地以零关税进入自贸港即实行“一线放开”，但在国际法律层面，当这些货物再从自贸港销售到内地时按出口征收关税，未必被当作国内“二线”对待。这是因为《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》第 16 条规定“各成员方应保证其法律、法规和行政程序与所附各协定对其规定的义务相一致”，而成员方保持其国内法与 WTO 各项协定相一致的义务在成员方境内并没有地域差异。特别是，许多加入 WTO 的成员方已确认 WTO 各协定统一地适用于其全部领土，包括经济特区在内。[20] 如果自贸港进口的境外货物在销售到内地时被视为境外货物的进口，而不被当作已进口货物进入国内“二线”，那么，含有进口料件的货物只有在自贸港加工增值达到规定比例才能免征关税的规定，就可能被视作是具有当地含量要求的进口替代安排，即货物需含有一定比例的当地原材料或零部件才能享有优惠，而《SCM 协议》第 3 条规定的禁止性补贴恰恰就包括了进口替代补贴。[21]

（二）《草案》第 29 条第 1 款和第 30 条国际合规化的建议

鉴上，我们应对照我国适用的国际规则和承担的国际义务，对《草案》中诸如第 29、30 条之类的规定进行审视和进行必要的调整，防止一些规定因与我国适用的国际规则相违背而在国际法律层面受到挑战。具体到《草案》第 29 条第 1 款和第 30 条所涉税收优惠而言，若要保留此类税收优惠并使之与 WTO《SCM 协定》的规定相一致，既需要从这些规定本身着手，也需要从这些规定之外谋划。

---

[20] Sherzod Shadikhodjaev, “International Regulation of Free Zones: An Analysis of Multilateral Customs and Trade Rules”, World Trade Review, Vol.10, No. 2, 2011, pp.199-200.

[21] 《SCM 协定》第 3 条第 1 款（b）项规定“视使用国内货物相对于进口货物的情况为惟一条件或多种其他条件之一而给予的补贴”，为进口替代补贴。

首先，就《草案》第 29 条第 1 款来说，保留此税收优惠并使之与《SCM 协定》相一致的一种思路是：变增值比例要求为原产地要求，即规定对于原产于自贸港的货物（包括含有外国进口料件的货物）在销售到内地时实行零关税，同时在原产地规则中将自贸港增值比例等作为认定自贸港原产地和核发原产地证书的标准。此外，为避免第 29 条第 1 款的现有规定与前述补贴专向性对号入座，《草案》第 29 条宜将享有免征进口关税的优惠仅限于鼓励类产业的内容删除，将优惠扩展到符合条件（但不以企业或产业为条件）的自贸港所有产业的所有货物。这样，只要货物具有自贸港原产地证书，在销售到内地时一律免征进口关税。接下来，对于不符合自贸港原产地规则的货物，该怎么办？从美国来看，外国料件在美国对外贸易区生产加工增值部分，在最终产品进入美国内地市场时，从关税估价中剔除[22]，即免征关税；对最终产品在进入美国内地市场时包含的外国料件，允许市场主体选择按照外国料件最初进口的关税税率或进入内地市场的最终产品适用的关税税率，缴纳关税。[23]我国宜借鉴此方法。但为避免繁琐，对此细节宜在相关法规中进行规定，不必出现在《海南自贸港法》中。如此一来，第 29 条第 1 款宜修改为：货物由海南自贸港进入内地，按照进口对待。内地对于具有海南自贸港原产地证书的货物，免征关税。对于不具有自贸港原产地证书的货物，按照我国相关法律法规或我国适用的国际条约办理。与此同时，《草案》还应对海南自贸港的法律地位进行明确，规定其构成独立的关境，并力争获得国际社会的认可，从而为自贸港原产地证书的承认和有效地发挥作用提供条件。

再就《草案》第 30 条来说，该条的前述规定容易与《SCM 协定》第 2 条第 2 款中“授予当局辖域中指定地理区域的某些企业才能获得的补贴构成专向性补贴”的规定对号入座。但《SCM 协定》在同款中又规定：“有资格的各级政府确定和改变普遍适用税率，不得被视为专项性补贴”。可见，区域性的税收优惠究竟是否构成专向性补贴，关键取决于确定和改变税率的政府资格或政府层级。确定和改变税率的政府层级越高，其规定的税率的适用地域就越广，就越有可能导致该税率适用范围内的某些区域在享有不同于一般税率的税收优惠时，被认为具有区域专向性。相反，制定税率的政府层级越低，就越有利于制定专门适用于该级政府所辖区域的优惠税率，就越有可能不被认为构成区域专向性补贴。那么，我国税收立法权在哪个层级上呢？我国《立法法》第 8 条规定，包括确定税率在内的税收基本制度，由全国人大或其常委会通过制定法律加以确定，此税率覆盖全国。如此一来，自贸港的优惠税率就会不同于全国适用的一般税率，从而有陷入区域专向性补贴之虞。因此，为了避免第 30 条规定的自贸港税收优惠落入专向性补贴的范围，建议《草案》不对自贸港所得税税收优惠做直接规定，而是授权由海南自贸港自行立法，即把自贸港所得税的税收立法权从中央下放到海南自贸港，再由海南作为有资格确定税率的政府确定自贸港的优惠税率，以便于迎合《SCM 协定》嵌含的上述要求。

[22] Howard N. Fenton III, “A New Era for Administration and Judicial Review of Foreign Trade Zones Board Decisions”, Minnesota Journal of Global Trade, Spring, 1995, pp.226.

[23] Michael Andrusak, “The Public Interest of the US Foreign Trade Zone”, International Trade Law & Regulation, 2012, p. 91.

综上，《海南自贸港法》作为规范海南自贸港的基本法目前尚处于创制阶段，应按照习近平总书记科学立法的法治思想进行统筹规划，使该法充分反映当下世界经济发展的规律、趋势和要求。目前，虽然多边主义遭受暂时的逆流，但经济全球化势不可挡，近期达成的RCEP、CPTPP 和《中欧全面投资协定》即是例证。这些协定及其带来的高水平开放，既体现了法律对经济全球化的呼应，反映了合作才能共赢的各国命运的共同性，也对我国的改革开放，特别是海南自贸港建设带来了巨大的压力和动力。《海南自贸港法》只有对标世界最高开放水平，建立高水平的市场开放制度和科学高效的管理制度，实现有效市场与有为政府的有机结合，才能在世界经济大潮中劈风斩浪，有所作为。同时，只有保持自贸港国内制度创制的国际合规性，才能将这些制度建立在安稳的磐石之上，才能实现以高质量立法带动高质量发展的目标。

（载《海南大学学报》（人文社会科学版）2021 年第 2 期）

Hainan Free Trade Port Act Draft: Examining Dimensions and Revision Proposals

QI Hongmei

(Law School, Hainan University , Haikou 570228, China)

Abstract: As the basic law in the family of Hainan Free Trade Port (HFTP) laws and regulations, HFTP Act carries on the significant legal mission to set up the new benchmark and new pattern for China's openness, thus needs to establish the open system targeting the highest level openness in the world and administrative system compatible with the above openness as well, and keep them in compliance with China's international obligations. Thus open and free market, scientific and efficient administration, and international legitimacy which are closely integrated are the three main dimensions for reviewing the HFTP Act Draft (Draft). Examining with this combined framework, in the field of market openness, there are still gaps between the rules of trade, investment and finance etc contained in the Draft and the world highest level openness, and Such gaps should be filled by revision of the Draft to accomplish the highly open trade and economic rules. In the field of administrative system, problems exist in the provisions governing the relation between the central government and the HFTP, demarcation of the HFTP's border and the nature of the sale of goods from the mainland of China to the HFTP, thus should be solved by revision of the Draft so as to establish the administrative system satisfying the needs of the HFTP . In the field of international legitimacy, certain provisions in the Draft run the risk of breach of the SCM Agreement of the WTO, thus should be redesigned to safeguard the international safety of the HFTP Act.

Key Words: HFTP Act Draft; openness of market; efficient administration; international legitimacy

论司法审查选择境外仲裁机构协议效力的专项机制构建
——从 11 个案例到 5 项建议

秦 男[1]

【摘要】近年来，我国多个自贸区施行鼓励境外仲裁机构至境内开展业务的相关政策，但司法实践对选择境外仲裁机构协议的效力认定在全国范围内存在广泛分歧，并表现出选择性适用法律、不当限制意思自治、准据法选择失准等外在趋向，反映出司法思维尚未开放、支持导向仍待铺展与法官自我认知尚待提高等内在动因。当下，构建司法审查选择境外仲裁协议效力的专项机制，确认尽量使其有效的审查原则、设立涉外因素识别负面清单、明确裁决国籍认定规则，同时纳入类案强制检索制度、开展司法风险压力测试，在实践层面具有多重意义。

【关键词】境外仲裁 仲裁协议 司法审查 机制构建

前言

自我国《仲裁法》颁布施行以来，仲裁作为商事争议尤其是国际商事争议的社会化解决途径，其地位的攀升速度有目共睹。[2]近年来，随着我国对外开放程度的持续提升，营商环境吸引力增强，境内外商事主体对仲裁服务的需求体量进一步提升。数据显示，继 2017 年、2018 年受案量以年均 15%的速度增长，2019 年全国仲裁机构的受案数量和争议金额再次大幅增加。[3]政策方面，多级别、多部门、多地方支持仲裁的措施紧凑上线：最高法院国际商事法庭成立一站式争议解决中心，中办国办印发提高完善仲裁制度相关意见，上海自贸区临港新片区、海南自贸港区、北京自贸区相继出台新政策及配套措施支持境外仲裁机构至区域内开展业务等等，整体上展现了顺应国际仲裁全球化发展、鼓励境外仲裁机构在境内设立业务机构并开展业务活动的明朗态度，亦使“境外仲裁”成为各级行政机关、司法机关及各类商事争议主体的热议对象。[4]然而迄今为止，从机构管理或商业经营角度讲，并没有国际知

---

[1] 秦男，华东政法大学国际法学博士研究生，上海市浦东新区人民法院自由贸易区法庭法官助理。

[2] See Daniel R. Fung & Wang Shengchang (gen. eds.), Arbitration in China: A Practical Guide, Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2004.

[3] 以贸仲和北仲为例。2019 年，贸受理案件总计 3333 件（同比增长 12.53%），其中涉外案件 617 件（同比增长 18.20%），当事人来自 72 个国家和地区（同比增长 20%，增加 12 个国家和地区）；北仲受理案件总计 6732 件，涉外案件数量达到 163 件。参见费宁、蒋弘、刘京：“中国商事仲裁年度观察（2020）”，载北京国际仲裁中心编著：《中国商事争议解决年度观察（2020）》，中国法制出版社 2020 年版，第 355-367 页。

[4] 2019 年中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》；2015 年国务院《进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案的通知》提出“支持国际知名商事争议解决机构入驻……加快打造面向全球的亚太仲裁中心”；2018 年国务院《中国（海南）自由贸易试验区总体方案》提出“支持引进国际化的……仲裁……等专业服务机构”；2019 年国务院《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》提出“允许境外知名仲裁及争议解决机构经上海市人民政府司法行政部门登记并报国务院司法行政部门备案，在新片区内设立业务机构”；上海市、北京市司法局相继出台配套境外仲裁机构设立业务机构申办指引或管理办法。

名的境外仲裁机构真正“落户”于我国境内。相比之下，在司法领域，越来越多的商事纠纷中却出现了对境外仲裁机构的选择协议或选择条款，这使得选择境外仲裁机构的协议效力问题聚焦于司法审查视野之内。对该类仲裁协议的效力如何看待，司法实践的态度多年来几经反转，依然做法不一。如何改善司法分歧的局面，进而将政策层面释放的支持信号有效转换为境外仲裁机构在境内“执业”的清晰路径，有必要重新审视已有司法实践的现状与特点，找出分歧表征下的内在缘由，并从司法角度探讨可行的解决途径。

一、司法审查实践分歧及其特点

选择境外仲裁机构进行仲裁的仲裁协议，属于涉外仲裁协议。笔者选取了裁判时间落款于2001年至2020年之间的11个对涉外仲裁协议效力进行了直接或关联性审查的案件。该些案件的裁判作出地覆盖北京、上海、安徽合肥、江苏常州、江苏苏州等省市；司法机关级别涵盖我国四级人民法院；纠纷类型包括申请确认涉外仲裁协议效力、申请撤销涉外仲裁裁决、申请承认与执行涉外仲裁裁决（下表中分别简称确仲、撤裁、申承、申执）以及普通涉外民商事案件中的管辖权异议（或应称主管异议）；争议焦点涉及纠纷涉外性质的判定、准据法的选择与适用等。

（一）案例样本及其审查要点[5]

序号	法院、案号、案件类型（简称）	事实要素	裁判理由及结果	法律依据
1	北京二中院京（2001）二中经仲字第1640号撤裁	①当事人：申请人为外商独资企业 ②仲裁程序：仲裁机构未使用涉外程序	外商独资企业系中国企业，不属于涉外仲裁案件，驳回申请撤销仲裁裁决请求	未明确依据。
2	最高法院（2012）民四他字第2号确仲	①仲裁条款：约定争议提交国际商会仲裁院仲裁 ②当事人：均为中国法人 ③标的物：在中国境内生产、运输 ④协议：在中国境内订立、履行	不具有涉外因素，确认仲裁协议无效	未明确依据。层报至最高法院前均依据： ①《合同法》第128条第2款 ②《民通意见》第178条 ③《民事诉讼法》第255条
3	最高法院（2013）执	①标的物：争议与加蓬制药厂及该厂股	系争民事关系的部分标的在外	《民通意见》第178条

[5] 本文检材获取于中国裁判文书网，故均为已生效裁判。数据截至2021年1月1日，顺序上依裁判做出时间先后排列。

	监字第182号申执（加蓬制药案）	权相关 ②其他：被执行人强调办理上述股权过户手续是其承担付款义务的前提，并提出相关反请求	国，属于涉外法律关系，撤销山东高院、淄博中院的执行裁定	
4	合肥中院（2011）合民四初字第00005号确仲、安徽高院（2013）皖民二他字第00001号确仲（龙利得案）	①仲裁条款：约定争议提交国际商会仲裁院仲裁，仲裁“管辖地”为上海(PLACE OF JURISDICTION SHALL BE SHANGHAI，CHINA) ②当事人：被申请人为意大利企业	因当事人未约定仲裁协议效力审查的准据法，但约定了仲裁“管辖地”（理解为仲裁地）为上海，故按我国《仲裁法》审查，仲裁协议条款有效	①《仲裁法》第16条 ②《仲裁法司法解释》第16条
5	北京二中院（2013）二中民特字第10670号申承（朝来新生案）	①仲裁条款：约定争议提交大韩商事仲裁院仲裁 ②当事人：均为中国法人，被申请人为外国自然人独资企业 ③标的物：位于境内 ④协议：在中国境内订立、履行 ⑤裁决准据法：中国法	双方均为中国法人，法律关系相关法律事实均发生于境内，争议标的物亦位于境内，无涉外因素，我国法律未授权当事人将不具有涉外因素的争议交由境外仲裁机构，仲裁协议无效，驳回承认申请	①《民事诉讼法》第271条第1款 ②《合同法》第128条第2款 ③《纽约公约》第二条、第五条第一款（甲）项
6	上海一中院（2013）沪一中民认（外仲）字第2号申执（黄金置地案）	①仲裁条款：约定争议提交新加坡国际仲裁中心仲裁 ②当事人：均为中国法人，均为外国独资企业，注册于上海自贸区内	表面上不具有典型涉外因素，但合同主体含有涉外因素，与普通国内企业相比具有明显涉外特征，且合同履行中交货地位于	《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第1条第5项

		③标的物：位于境内 ④协议：在中国境内订立，交货地位于上海自贸区内	自贸区内，交易流程具有国际货物买卖特征，本着支持自贸区法治可先行先试的精神，可以认为具有涉外因素，予以执行裁定	
7	上海二中院（2014）沪二中民认（仲协）字第13号确仲	①仲裁协议：约定由香港国际仲裁中心解决 ②其他：软件程序的运行平台位于香港	不符合民事诉讼法中的“标的物所在地”规定，无涉外因素，确认仲裁协议无效	《民事诉讼法》第271条第1款
8	常州中院(2015)常商辖终字第146号管辖权异议上诉	仲裁协议：香港国际仲裁中心仲裁，规则为香港国际仲裁中心机构仲裁规则	争议双方的主体、争议的标的物并无涉外因素，产生、变更或者消灭民事法律关系的法律事实亦发生在我国境内，无涉外因素，驳回上诉，维持原裁定	江苏高院《关于审理民商事仲裁司法审查案件若干问题的意见》第十条、第十七条
9	上海闵行法院(2019)沪0112民初14637号裁驳	仲裁协议：香港国际仲裁中心仲裁，规则为香港国际仲裁中心机构仲裁规则，仲裁地为香港	IT服务器的网络分布可能存在涉外因素，被告就仲裁条款对原告的起诉提出异议，基层法院对于确认仲裁条款效力案件无管辖权	①《民事诉讼法》第124条第2项 ②《仲裁法司法解释》第12条
10	苏州中院(2020)苏05民辖终797号管辖权异议上诉	①仲裁协议：应根据国际商会仲裁规则最终裁决，且未约定其他仲裁机构 ②当事人：均为外国法人独资企业	当事人均为中国法人，合同签订地及标的物在中国境内，不具有涉外因素，驳回上诉，维持原裁定	①《民事诉讼法》第271条 ②《仲裁法》第65条

11	上海一中院(2020)沪01民特83号确仲（普莱克斯案）	①仲裁条款：约定争议提交新加坡国际仲裁中心仲裁，开庭地点为上海市，仲裁地为新加坡，准据法为新加坡法 ②当事人：均为中国法人，均为外国独资企业，注册于上海自贸区内 ③诉讼标的：位于境内 ④协议：在中国境内订立，交货地位于上海自贸区内	系争仲裁裁决为涉外仲裁裁决。由于当事人未约定仲裁协议效力纠纷适用的准据法，适用中国法，经审查，仲裁协议有效。	《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第12条

（二）司法审查实践的表征归纳

第一，纠纷如“无涉外因素”，则选择境外仲裁机构的协议无效。11件案件中，6件以纠纷“无涉外因素”作为认定仲裁协议无效的关键事实依据，该些否认协议效力的裁判最早做出于2001年，最新做出于2020年。[6]法律依据主要为《民事诉讼法》和《仲裁法》中关于“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷”中与仲裁有关的规定。[7]江苏高院《关于审理民商事仲裁司法审查案件若干问题的意见》更明确规定，对没有涉外因素的民商事纠纷，当事人约定提请外国仲裁机构仲裁或者在外国进行仲裁的，仲裁协议无效。以上做法，可总结为司法实践中已形成“无涉外因素+境外仲裁机构=仲裁协议无效”的裁判公式，或者说已经成为法院的通识、习惯，亦有学者称之为司法惯例。[8]

第二，涉外因素的审查标准有所突破，但未形成普遍统一规则。最高法院对“朝来新生

[6] 其他相似案件包括：2007年六盘水恒鼎实业有限公司与张洪兴采矿权转让合同纠纷管辖权异议案、2012年江苏航天万源风电设备制造有限公司与艾尔姆风能叶片制品（天津）有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷案。参见万鄂湘主编，最高人民法院民事审判第四庭编:《涉外商事海事审判指导》(总第25辑)，人民法院出版社2012年版，第126-132页。

[7] 《民事诉讼法》1991年版第257条、2007年版第255条、2012年版第271条、2017年版第271条：“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的，可以向人民法院起诉。”《仲裁法》1994年版、2009年版、2017年版第65条：“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷的仲裁，适用本章规定。本章没有规定的，适用本法其他有关规定。”20年以来，该两部法律经过多次修订，但该两条规定未作任何修改。

[8] 张珍星：“无涉外因素纠纷约定外国仲裁协议无效的司法惯例剖析”，载《国际商务（对外经济贸易大学学报）》2018年第4期。

案”与“黄金置地案”批复结论的转变，被视为是法院在纠纷涉外因素的识别要素上开始突破“法律关系三要素”的重要转折点。[9]但上列案例可见，在此后上海二中院、常州中院、苏州中院做出的生效裁判中，仍然明显可见以争议主体、争议标的、法律关系三者为涉外因素识别要素的判断思路，文书中亦并无对其他涉外因素做出审查的表述。而与之相对，2019年，上海闵行法院则因纠纷中“可能具有涉外因素”而需要确认仲裁协议效力，以基层法院不具有对该类案件的专属管辖权为由驳回了原告起诉。此外，对同一要素（如软件运行平台、服务器）是否涉外，各级、各地法院之间判断也不一致。如果把涉外因素看作一把判断选择境外仲裁机构的协议效力的“滤筛”，那么可以说，这把“滤筛”在全国范围内并没有形成明确、通用、稳定的规格，仅偶有突破，审查结果依然不可预期。

第三，对涉外因素的识别审查为形式审查，同时协议效力准据法均为中国法。11个案例的裁判文书中，对涉外因素的审查过程均为若干要素的书面化、形式化比对，未体现出“对抗性”的审查过程。然而此处，主张仲裁协议有效的一方当事人对于纠纷具有涉外因素是否负有举证义务？是否允许当事人享有自证主张的程序权利？如果当事人选择了仲裁地、仲裁规则或仲裁协议适用的法律，是否仍应径直依中国法判断案件的涉外性？对该些问题，在前列案例的裁判文书中均无体现，亦即涉外因素的识别，在司法实践中仅处于形式审查层面。与此同时，11个案例协议效力审查的准据法均为中国法，其中仅“龙利得案”和“普莱克斯案”在认定涉外性的前提下载明了中国法的选择路径，其余案件则径直适用了中国法。

第四，对“境外仲裁机构”的认定尚无分歧。从上列案件中，不难看出涉外因素是选择境外仲裁机构的仲裁协议效力之关键要素。而笔者注意到，如何判断协议所选的仲裁机构是否属于“境外仲裁机构”尚未引起重视，换言之，尚未引起司法实践分歧。“普莱克斯案”中载明了协议效力审查的法律选择路径，即因当事人未约定仲裁协议效力审查的准据法，故适用中国法予以审查，其前提条件为案涉合同为“涉外民事合同”、案涉仲裁协议为“涉外仲裁协议”、案涉新加坡国际仲裁中心做出的裁决为“涉外仲裁裁决”，并在此基础上对《仲裁法司法解释》第16条进行演绎。[10]但该三处“涉外”的标准是否相同？“涉外仲裁协议”之下做出的“境外仲裁机构裁决”是否当然对应？境外仲裁机构在境内、境外所作裁决的国籍认定标准是否相同？既有案例中并无答案。然而可以预见，该些问题将愈加迫切地需要司法解答。

二、现有司法审查实践的外在趋向分析

（一）选择性、倾向性、习惯性适用法律

〔9〕 参见顾维遐：“无涉外因素争议的域外仲裁问题”，载《中外法学》2018年第3期；刘晓红、冯硕：“改革开放40年来中国涉外仲裁法律制度发展的历程、理念与方向”，载《国际法研究》2019年第6期。

〔10〕《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第12条:仲裁协议或者仲裁裁决具有《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第一条规定情形的,为涉外仲裁协议或者涉外仲裁裁决。《仲裁法司法解释》第16条：对涉外仲裁协议的效力审查，适用当事人约定的法律；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律。

在我国现行立法体系中，“涉外性”之存在感，如同岔路口耸立的路标，对有无“涉外性”的判断将在实体和程序上将纠纷引向截然不同的规则与效力体系。前述多个裁判所依《民事诉讼法》和《仲裁法》中关于“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷”仲裁的规定，实则并未涉及涉外性的具体判断。在《涉外民事关系法律适用法》出台前，由于没有明确的识别规则，国内零散立法规定、司法解释及学者观点共同构建起的“主体、标的、法律关系”三要素识别模式，其实已经无法有效回应司法实践的需求，因而当时审查协议效力的法律适用不切要害，有其客观困难。现行《涉外民事关系法律适用法》虽然没有明确“涉外民事法律关系”的界定方法，但其原因其实在于“法律适用角度研究涉外民事关系，一是有无必要区分国内民事关系和涉外民事关系，区分的意义有多大。二是……对涉外因素的认定不能拘泥，形式上、表面上、偶然地具有涉外因素在确定法律适用上一般不发生作用，至少不发生重要作用。三是民事关系的主体、客体、权利义务等因素因民事关系的种类、发生民事纠纷的原因不同而不同，在确定法律适用中的地位是不同的。什么是涉外，也可以说是法律施行中的具体问题，法律可以不作规定。”[11]亦即，立法的本意在于涉外民事关系无法穷尽且需分场合讨论其认定，无法一言以蔽之，并因此归于司法综合判断与自由裁量空间为宜，这一意愿也体现在嗣后颁布的司法解释以“可以认定为涉外民事关系的其他情形”兜底的做法之中。[12]然而，列举案例可见，即使立法及司法解释已经明确了存在“其他情形”的认定空间，最高法院亦已明确过“有利于有效”的调整性审查方向，[13]此后的司法实践中仍然存在惯于仅以三要素方式进行审查并否定协议效力的做法，反映出其法律适用存在选择性、倾向性，及习惯于遵循既有裁判方式的心态。可以理解，法院出于对裁判结果及其影响的保守考虑而完全遵循已有路径，却同时牺牲了全局视野与商事思维，使该些裁决的公正、客观、可信程度受到减损。

（二）对意思自治实施不当限制

不同于仲裁，诉讼是通过公权力实现权利救济的方式，法律直接且明确地规定无涉外因素纠纷选择外国法院诉讼的约定无效，系国家以立法方式捍卫司法主权的表现。作为与诉讼的权力根基完全不同的纠纷解决方式，在商事仲裁中，当事人意思自治的地位则另当别论。从对仲裁本身的选择，到对仲裁程序、仲裁规则、仲裁员、仲裁事项等具体纠纷解决要素的选择，均以当事人的意思自治为效力来源，而仲裁协议是当事人表达意思自治的集中载体，是一场仲裁得以开始的“启动键”。意思自治可谓是商事仲裁中的根本原则，也因此应当作为审查仲裁协议效力的基本且首要原则。有鉴于此，自《仲裁法》颁布施行以来，最高法院发布的仲裁司法解释、批复虽数目繁多，但总体上一致呈现出强调仲裁协议可执行性的趋势，

〔11〕王胜明：“涉外民事关系国际私法若干争议问题”，载《法学研究》2012 年第 2 期。

〔12〕最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释(一) 第一条：民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系：（一）当事人一方或双方是外国公民……（五）可以认定为涉外民事关系的其他情形。

〔13〕参见最高人民法院(2013)民四他字第 60 号《关于浙江逸盛石化有限公司申请确认仲裁条款效力一案请示的复函》。

即便仲裁协议存在瑕疵，但只要可以执行，则不应当轻易认定其为无效的仲裁协议。[14]然而，在前述否定仲裁协议效力的案件中，法院的审查重点均在于且仅在于是否具有涉外因素，并未表现出对当事人真实意思表示的考察与衡量。“朝来新生案”在这一点上可谓典型：法院在以三要素模式否认纠纷存在涉外因素之后，又将相关法律规定解读为“我国法律未授权当事人将不具有涉外因素的争议交由境外仲裁机构”，亦即“法无授权不可为”，表达了对当事人意思自治的漠视。可以说，对意思自治原则的“管理”倾向、司法惯有的职权主义思想、对仲裁“准司法性”的陈旧认识，对司法监督仲裁实践的轻重作为仍然具有隐性影响。

（三）准据法选择路径与结论失准

虽然尚无权威表述，但因有无涉外因素能够构成决定冲突规范及相应法律适用的关键法律事实，笔者认为对涉外因素的判断，或称对案件是否涉外的定性，在类别上应当归属于国际私法中的识别问题。前文列举的 11 个案件的准据法均为中国法，其实直观反映了我国法院在涉外审判实践中惯于径直将法院地法即中国法作为识别问题解决依据的倾向。[15]理论上，识别阶段的准据法适用应因识别问题的不同而具有差异。[16]无独有偶的是，在承认与执行仲裁裁决环节中审查协议效力时，依照《纽约公约》第五条第一款（甲）项规定，当一方在裁决的承认与执行环节质疑仲裁协议的实质有效性并请求确认其无效时，执行地国法院应优先适用当事人约定的准据法；若无约定，则适用裁决作出地国法律。然而从“朝来新生案”与“黄金置地案”的裁判文书可见，该两纠纷均符合《纽约公约》上列条款的适用条件，当事人均未约定仲裁协议的准据法，依照规定应选择裁决地国法律，即两案分别为韩国法、新加坡法，但法院均适用了中国法来审查协议效力。究其原因，系法院对实体争议准据法与仲裁协议准据法的适用发生混同所致。[17]

类似的准据法选择失准现象，在整个涉外审判领域并不罕见，即使是北上广深地带的资深涉外商事法官，在审限、改判风险及其他审判质效指标的压力下，对准据法的选择问题也无力关照周全。加之在选择路径上仍存在含糊认识，不甚准确的选择可以说是必然结果。在确定准据法的具体方式上，经笔者对上海市三个辖区法院涉外案件（含传统民事与商事）承

〔14〕参见最高人民法院立案一庭、最高人民法院立案二庭编：《最高人民法院民事立案工作指导》（第 28 辑），人民法院出版社 2011 年版，第 94-98 页。

〔15〕“我国法院在涉外审判实践中，从未发生以其他法律作为解决识别依据的情况，通常情况下都是依据法院地，即我国的法律观念或法律概念对案件进行定性。”参见陈力：“我国涉外民商事审判中的识别困境与出路”,载《东方法学》2012 年第 6 期。笔者在中国裁判文书网中也并未找到依据国际条约或其他国家法律处理识别问题的既有案例。

〔16〕参见陈力：“我国涉外民商事审判中的识别困境与出路”,载《东方法学》2012 年第 6 期；张红霞、侯向磊：“涉外民商事案件识别的几个问题”,载《国际私法》2004 年第 9 期；刘再辉:“涉外民商事案件识别问题新探”,载《法律适用》2010 年第 12 期；张建：“非涉外纠纷约定境外仲裁的条款效力问题探微”,载《北京邮电大学学报(社会科学版)》2016 年第 17 期。

〔17〕在国际商事仲裁立法与实践中，基于仲裁协议的独立性，虽然不排除某些情况下将实体争议的准据法推定适用于仲裁协议，但通常做法是将仲裁协议与实体争议适用的准据法进行区分。参见宋连斌：“涉外仲裁协议效力认定的裁判方法——以‘仲裁地在香港适用英国法’为例”，载《政治与法律》2010 年第 11 期。

办法官的采访调研，法官征询当事人法律适用意见的方式均为在庭审当场发问“双方/各方是否同意适用中国法”，而出于便于程序推进、降低诉讼风险及成本（如外国法查明普遍耗时长、价格高）的考虑，双方当事人通常也同意适用中国法。该种“当事人合意”的取得，是否真正有利于纠纷最终解决，无法量化、无从知晓，但可以肯定的是，显然并不符合法律在此处设置“合意”的原意。

三、司法审查实践现状的内在动因观察

（一）涉外商事司法思维尚未开放

司法实践中常言“涉外无小事”。近年来，从司法解释到典型案例，从批复回应到审判指引，全国各级人民法院推行各类司法举措，探索如何将该等重视态度外化为具象的体制机制。随着我国经济发展迎来全面开放新格局，加之国际经贸规则面临重构，境内外商事经营活动的交易模式类型、业务拓展渠道进一步扩充，境内外市场竞争热度继续提升，商事主体所承受的风险体量、种类、源点随之增长，从而带来纠纷复杂程度与化解难度的全面提高，该种趋势已经充分体现在近年来多地发布的涉外商事审判工作报告当中。然而整体上，以对选择境外仲裁机构的仲裁协议效力的司法审查为典型，我国涉外商事审判实践中仍然保有国内司法传统采取的“定论”思维与“管理”倾向：如在适用已对我国生效的自动、直接适用的国际条约时，仍习惯于寻找一条国内法上的法律适用依据；再如纠纷中出现新型交易模式时，更倾向于类比国家禁止的具体交易行为,而非向国家鼓励创新的宏观方向靠近；又如前文所述，在“涉外因素”的判断上鲜有突破。无论作为营商环境的重要组成、国家软实力的关键体现还是商事主体合法权益的最终防线，涉外商事司法的思维观念如果不能随着改革开放、时代发展而自我革新，便无力及时、有效、有力地回应司法需求，“涉外无小事”将等同于“涉外无新事”。在此视角下，对“涉外因素”的识别、对仲裁协议效力的审查分歧，本质上都可以视为是观念、价值、思维上的差异。

（二）境外商事仲裁支持导向仍待铺展

在涉外商事司法实践中，存在着许多“是否允许”与“应否允许”的顾虑，兼有事实与法律问题。事实上，对于境外仲裁机构能否在我国境内开展业务，制度层面的障碍已经消弭。仲裁舶来之初，出于保护国内仲裁机构考虑，我国曾明确禁止境外仲裁机构在境内开展业务。然而在加入 WTO 之后，这一态度已经在事实上发生转变。[18]列举案例亦说明，境外仲裁机构在境内已有业务活动，并体现于司法实践当中。故在审查选择境外仲裁机构的协议效力时，实则无需在是否及应否允许上踏步不前。应当体谅的是，从国内仲裁培育期的护内政策到积极引入境外仲裁机构的开放政策，这一完全转向仅仅耗时三四十年，而仲裁，尤其是涉外商事仲裁，在司法领域仍属“小众”议题，故这一转向并未引起足够广泛的讨论以及共鸣。整

[18] 我国加入 WTO 之后，学界曾就仲裁是否被包含于 GATS 服务开放承诺列表之中展开热议。实际上，在 WTO 法律框架下，GATS 对服务贸易的开放并未采用负面清单模式，成员只对其在承诺减让表中明确、具体列出的服务负有开放义务。因此，是否允许境外仲裁机构进驻完全由我国立法与政策决定，不属于我国所负有的国际法义务。

体上，在认识层面，司法对于涉外商事仲裁的认知与国际普遍实践、发展现状长期以来存在脱钩，而在实践层面，对于“支持”仲裁的表达又往往囿于认知限制，只得点到为止。故而，对境外商事仲裁的支持导向，仍待高层级的规范性文件进一步澄清与铺展，司法实践呼唤更为明确的司法解释、指导意见或指导性案例以获得补益性“授权”，否则在现有法律规则与如前所述“司法惯例”共同构成的框架下，个案裁判风险带来的过多疑虑，并不易于自动消解。

（三）基层涉外商事法官自我认知有待提高

《法官法》规定，法官是依法行使国家审判权的审判人员。[19]实践中“行使国家审判权”的职能对象、效力范围及影响界域主要在我国境内。然而，国家审判权，其实以“国家”为中心，连结了对内与对外两个层面的意义。近年来，一国国内司法裁判的国际法地位提高、影响增强，国际法委员会在其 2018 年度工作报告“习惯国际法的识别”栏目中，已将各国法院的裁判明确列为是一种能够体现国家意志的国家实践形式，与立法、行政行为并列。[20]该报告的评注版本中，更进一步述明“法院”包括各级别法院。申言之，国际法委员会认为，在国际法上，一国国内各级法院的各类裁判，一定程度上都能够成为国家意愿的证明材料。虽然该等报告对各国不具法律约束力，但其所载内容是世界各国国际法权威专家所达共识，能够反映国际法治前沿动态，并影响国际规则的形成。我国于 2019 年颁布了《外商投资法》，被视为是我国对国内公平、中立竞争环境的宣告，其意义远大于一部单行国内法律。[21]换言之，我国通过《外商投资法》向国际社会承诺了公平、中立的竞争环境。虽然境外仲裁机构从主体性质上并不属于《外商投资法》规制的范畴，但如前所列裁判方式，即使在国内尚属“稳妥”，如果在国际上被视为是对外籍当事人、境外仲裁机构或外国司法机关具有倾向性乃至歧视性的国家实践行为而加以指摘，则无疑将对我国已做承诺造成贬损，并不利于大国形象的整体打造。以此视角反观司法实践，特别是基层法院司法实践，因涉外商事纠纷与其他纠纷类型相比体量尚小，且承认、执行等重要职能均被立法分配予上级法院等原因，法官在涉外商事领域的自我认知定位基本与处理国内案件时无异，加之国际法理论与实践积累不足，并未在国家实践对外层面上积累足够的敏感性，或者说，该种敏感性的“触发”体系尚未形成。

〔19〕 《中华人民共和国法官法》第二条。

〔20〕 Chapter V. “Identification of customary international law” E.“Text of the draft conclusions on identification of customary international law” Conclusion 6 “Forms of practice” : “1. Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal acts. It may, under certain circumstances, include inaction.2. Forms of State practice include, but are not limited to: diplomatic acts and correspondence; conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference; conduct in connection with treaties; executive conduct, including operational conduct ‘on the ground’; legislative and administrative acts; and decisions of national courts.” See A/CN.4/732 on https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2018/english/chp5.pdf&lang=EFSRAC, 访问时间 2021 年 1 月 8 日。

〔21〕 新华网：“如何理解外商投资法的出台？这两个词是关键”，载 http://www.xinhuanet.com/2019-03/19/c_1124250641.htm，2020 年 1 月 11 日访问。

四、协议效力司法审查的专项化建制

应当看到，对选择境外仲裁机构仲裁协议效力的司法审查，不是一个纯粹关乎是非、权责的法律问题，而是一个需要考虑法律、政策、经济、社会的综合议题。在司法审查过程中，所涉各方主体的关切所在虽互不相同，但高度关联：司法机关关注否定或认定协议效力的示范效应及其社会影响；境外仲裁机构在个案角度上关注其裁决能否顺利得到承认执行，在运营角度上关注其业务范围有无延伸至“无涉外因素”纠纷领域的可能性；当事人则关注选择境外仲裁机构解决纠纷的可预期性及其成本，或者说性价比。其中的最大公约数，落脚于司法审查的规范性、专业性、透明度及稳定性。针对当下司法实践中的分歧局面，应当构建起关于司法审查选择境外仲裁协议效力的专项化机制，引导司法实践自我完善。结合前文论述，笔者为该机制提出如下五项建议：

（一）确认“尽量使仲裁协议有效”的司法审查原则

最高法院在为服务保障海南自贸港建设的意见中专门提出，自由贸易试验区或自由贸易港民商事案件的主体之间约定将争议提交域外仲裁解决的，不宜以无涉外因素为由认定无效。[22]该意见虽然不能作为法院的裁判依据，但可以视为最高法院对司法审查的方向性表态。如果将视角扩展至整个仲裁司法审查领域，可以发现，一个宽松、包容、积极的大环境业已形成，且有较为丰厚的实践基础来保证其稳定性。如在北京四中院 2019 年对仲裁协议效力作出判断的全部 254 件案件中，仅有 2 件否定了仲裁协议的效力，支持有效的裁定占比高达 99.21%。[23]“尽量使仲裁协议有效”是多数仲裁大国对于国际商事仲裁实施司法监督时的普遍做法，最高法院亦已在个案批复中明确过“有利于有效”的审查方向，含义相似。[24]此外，对于认可选择境外仲裁协议效力秉持正面态度，在当下也具有多重价值：既是对全国多地支持境外仲裁机构政策的司法回应，又有利于充实境内外市场主体纠纷解决方式的选择、优化营商环境，也便于提升司法服务保障对外开放战略实施举措的有效性，更在长远意义上有助于纾解国内法院长久以来案多人少的普遍压力。因此，有必要首先明确重申这一原则，以澄清实践导向，奠定整体基调。

（二）以负面清单模式规范涉外因素的识别

笔者以上海浦东法院自贸区法庭受理的案件为样本，对其中的涉外因素进行了统计分析。结果显示，近年来，涉外商事纠纷中的涉外因素已经广泛存在且仍趋向于扩张：自 2013 年 9 月上海自贸区成立至 2021 年 3 月，该法庭共受理涉外、涉港澳台商事案件（不含涉外商投资企业案件，即“纯涉外”）1228 件，所涉案由从 2014 年的 14 类增长为 2015 年的 33 类、2016 年的 39 类、2017 年的 44 类并此后稳定于 40 类左右。案件所涉过程性、程序性涉外特征明显，如诉讼参与人系外籍或经常居住于境外、系争合同文本系外文、关键证据材

〔22〕《最高人民法院关于为海南全面深化改革开放提供司法服务和保障的意见》，载 https://www.chinacourt.org/law/detail/2018/08/id/149789.shtml，2020 年 1 月 5 日访问。

〔23〕2019 年 12 月 10 日，北京四中院发布《仲裁司法审查案件审理规范指南》，载 http://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2019/12/id/4741541.shtml，2021 年 2 月 20 日访问。

〔24〕同前注 13，第 8 页。

料形成于境外、支付款项通过境外第三方公司完成等。[25]数据说明，随着境外资本在境内投资热情的高涨与跨国交易的精细化、专业化发展，“涉外因素”的内涵与外延早已不囿于传统的几个要素，而是处于不断更新、扩充当中。在前述列举的案例中，由于无法了解案件的全部情况，笔者无法得出是否存在其他涉外因素的结论，但可以肯定的是，如果秉持开放、探索的心态，法官必然较易发现更多涉外因素的存在，从而有利于形成更为精细的“滤筛”规格。[26]故此，对于涉外因素的认定，可以采用负面清单模式，明确列举不能被认定为涉外因素的具体情形，并视情增减，负面清单之外归于法官自由裁量。如海牙国际私法会议《国际商事合同法律选择原则》第 1.2 条规定：“依本原则之目的，合同具有国际性，除非每个当事人的营业地位于同一国家，且当事人之间的关系和与争议相关的其他因素仅与该国相关，不论被选择的法律”。在解释文本中，非穷尽的列举包括合同缔结地、合同履行地、一方当事人国籍国、一方当事人公司所在地或营业场所所在地、分支机构所在地，但不包括选择法律地、有形产品原产地、先合同的谈判地、特殊语言所属国等。[27]

（三）明确境外仲裁机构在境内所作裁决为外国仲裁裁决

仲裁裁决的国籍问题，是其协议效力的关联问题，直接决定了裁决最终将被纳入何种法律框架、以何种深度予以检视，在仲裁裁决审查环节起到的“路标”作用与涉外因素一脉相承。在前述列举案例中，依《仲裁法》以仲裁委员会所在地与《民事诉讼法》以仲裁机构所在地来标示裁决国籍的方式，境外仲裁机构所作裁决曾被认定为是非内国仲裁裁决或（国内）涉外仲裁裁决，分别属于《纽约公约》与我国国内法的调整范畴。在立法尚未改善这一标示规则的前提下，境外仲裁机构的“入驻”行为将带来一系列新问题：顺应国内法对裁决国籍的判断方式，机构的设立经营地无疑为其“所在地”，则在 2019 年司法部《仲裁委登记管理办法》颁布施行后，境外仲裁机构在境内设立的机构是否仍然是完整意义上的境外仲裁机构？[28]如果对境外仲裁机构在境内作出的裁决以国内涉外仲裁裁决的标准审查，是否实质上有利于纠纷的最终解决？进一步地，是否有助于境外仲裁机构业务的开展？结合“布兰特伍德案”[29]的整个裁决历程，答案显然不是肯定的。笔者认为，从实现纠纷解决目的、维护裁决流通性、降低裁决审查差异性的角度讲，整体上，将境外仲裁机构在境内做出的裁决统一

〔25〕 数据来源：上海法院自贸试验区司法大数据分析系统。

〔26〕 但笔者同时认为，在案件不同审理环节的涉外因素认定应有区分。如在审查仲裁协议效力时的识别尺度可以较为宽松，而在涉及形成冲突规范连接点并选择准据法时，则应重新考虑尺度松紧，以避免法律适用出现偏误。对后者，有学者称之为“有效涉外因素”，参见张晓东、董金鑫：“试论国际私法涉外标准之认定”，载《时代法学》2010 年 2 月第 8 卷第 1 期。

〔27〕 Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts，亦简称《海牙原则》，载 http://www.hcch.net/index_en.phpact=conventions.text&cid=135，2021 年 1 月 10 日访问。

〔28〕 2019 年 9 月 12 日，司法部公布《仲裁委登记管理办法》，包含不予登记的情形、分支机构的登记备案程序、换届复核、注销登记、登记管理机关对仲裁委员会进行监督检查的内容和形式、信用建设等规定，同时规定境外仲裁机构在境内分支机构的登记工作依照该办法办理。

〔29〕 (2015)穗中法民四初字第 62 号，该案整体耗时近 6 年，最终法院认定系争仲裁裁决为涉外仲裁裁决。。

认定为是外国仲裁裁决，继续遵循《仲裁法》对国内仲裁、涉外仲裁和外国仲裁的分流式审查机制，对其按照《纽约公约》路径进行形式审查，目前而言，仍是在司法机关、仲裁机构、当事人之间能够取得的最优平衡点。

（四）将仲裁协议效力司法审查纳入类案强制检索制度

2020 年以来，为了减少“类案不同判”现象的发生，最高人民法院通过《关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》等多个规范性意见，在人民法院内部奠定了类案强制检索制度的基础。进而，《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》将完善类案和新类型案件强制检索报告工作机制吸纳到法律适用统一机制的范畴内。目前，类案检索的主体、方式、范围、结果处理、技术保障等问题均已具备详细、直接的规范条文，成为司法改革系统工程中的一项重大举措。虽然面临高开低走、制度虚置的质疑，但在其保证强制推行的前提下，可以预见，以指导性案例为代表的类案参考价值将在司法实践中得到最大化的汲取。随着该制度在检索结果应用、法官反馈及应用激励等配套措施上的细化完善，其提高裁判质效、增强裁判结果可预见性、解放司法劳动力的预期效果是值得期待的。因此，将包括选择境外仲裁机构的仲裁协议效力审查案件纳入类案强制检索体制，对于解决司法实践分歧局面而言，可以作为一种恰当的结果保证。

（五）以正面清单模式实施司法风险压力测试

如果在整个扩大开放语境下观察，可以发现，作为一个已经拥有成熟自有体系的专业领域，境外仲裁机构在境内开展业务，相较于政策支撑，更紧迫的需求在于在法律体系中摸索合适的法律地位。这一开放过程，既是接纳更多当事人选择在我国境内化解纠纷、实现权益的过程，亦是将境外仲裁机构的主要仲裁活动均归置于我国法律视野之中的过程，必然要经历反复磨合与试错，并承担更多政策、法律乃至社会风险。如果能够预先实践并归纳经验，反哺于相关政策与法律之中，将会提高政策的科学性与法律的稳定性，避免规范落地时力不从心。为了减小风险，笔者认为，可以采用正面清单模式，选取适宜加大境外仲裁支持力度的区域（如已有制度基础、配套机构或已有成熟实践），综合考虑涉外商事纠纷化解需求与当地法院涉境外仲裁司法工作的开展深度及应对能力，由上级法院赋予、授权该些区域管辖法院集中受理涉及境外仲裁机构的协议效力审查案件、临时措施发布与执行案件、境外仲裁机构裁决的承认与执行等案件类型的方式，实施范围小、边界清的司法风险压力测试，并畅通该些区域管辖法院与最高人民法院的报核、请示、询问渠道，在减少纠纷处理过程性成本的同时，由上级法院共同对测试结果走向予以密切关注，并及时收集信息，参与相关政策与法律的制定，以最大限度使司法实践与之协调。

结论

将支持境外仲裁机构至境内开展业务的政策与选择境外仲裁机构协议效力的司法审查实践作为整体观察，不难发现，虽然国家层面对境外仲裁的友好态度已经明朗，但以全国各级法院为考察范围时，政策能量的释放力度可谓有限，个别突破不足以形成规模效应。无论是对国内法的选择性适用、对意思自治的不当限制还是准据法的选择失准，都是司法实践未

能从内在角度接受、消化并适应国际商事仲裁的本质特点，因而在实施监督时缺乏边界意识的外在表现。如此，必然导致我国司法对国际商事仲裁的监督实践与国际普遍做法存在实质不符，并凸显出当下制度供给与实践需求之间的参差龃龉。为提高司法实践的规范性、专业性、透明度及稳定性，可以在确认“尽量使仲裁协议有效”的司法审查原则的基础上，以负面清单模式规范涉外因素的识别，明确境外仲裁机构裁决的国籍标示标准，将该类司法审查案件整体并入类案强制检索系统，并探索以正面清单模式实施小范围的司法风险压力测试。

人权风险：“一带一路”背景下对外投资面临的新风险

瞿胜雨

（河南财经政法大学 法学院，河南 郑州 450046）

摘要：同对外投资所面临的传统法律风险和政治风险相比，对外投资的人权风险是我国企业“走出去”面临的一种新型风险。重视和研究引致人权风险的因素和规避策略，对“走出去”和“一带一路”倡议的健康实施具有重要意义。文章结合“一带一路”沿线国家的投资环境，分析了我国企业在对外投资过程中可能招致人权风险的因素。提出在国际经贸合作领域人权主流化的背景下，企业的对外投资应以尊重人权为原则，更好的遵守投资母国和东道国的人权法律政策，主动遵守和承诺遵守人权保障责任。在对外投资的准入、运营和撤出阶段通过尽职调查、人权风险评估、负责任运营和退出等规避人权风险。

关键词：一带一路　　对外投资　　人权风险　　规避

一、问题及其意义

在“一带一路”战略构想的新格局下，中国企业对外投资的频率和规模大幅增加，开启了我国对外开放的新征程。由于我国的投资营商环境与东道国的投资环境之间存在的差异，在开拓对外投资的新格局时，中国企业的对外投资也面临着形式多样的潜在风险。作为最大的发展中国家，截至目前，中国与 171 个国家和国际组织，签署了 205 份共建“一带一路”合作文件,对外投资主要集中在亚非拉地区发展中国家的能源、金属矿产和基础设施方面。[1]由于这些国家大多为经济社会发展落后且法制不健全，有的甚至时局不稳，时起战乱。在这种复杂且多变的环境中进行经贸活动的中方企业，除了面对传统的法律风险和政治风险，更时刻面临着人权风险的威胁。不同于对外投资中所面临的法律风险和政治风险，对外投资人权风险是我国企业在“走出去”过程中所面临的一种新型风险，已成为我国企业对外投资风险种类中极其重要的风险类型。实际上，自 20 世纪 90 年代初，国际社会就开始关注国际经贸合作与人权的关系，要求国际发展合作项目必须考虑对人权的影响。[2]然而，国内学界过多的关注于法律风险和政治风险这类传统风险的研究，“走出去”的中资企业也未能充分重视人权风险的潜在威胁。近年来，由此而引致的矛盾日益尖锐，不仅阻碍中资企业对外投资的健康发展，更严重损害了中国企业的整体形象和国家声誉。重视和研究人权风险及其规避策略，不仅有助于“走出去”的中资企业采取更加行之有效的人权政策，尊重人权，减少批评和冲突，提升国家形象，还能实现企业利益和国家利益的最大化。更能推动“一带一路”

[1] 2020 年中国“一带一路”沿线国家投资合作现状分析,https://www.chyxx.com/industry/202103/935252.html.2021 年 4 月 16 日访问。

[2] 例如，1989 年联合国即提出一切主要的发展合作活动都要“说明对人权的影响”。参见 UN Doc E/1990 /23，经济、社会及文化权利委员会第 2 号一般性意见; 国际技术援助措施 (《经济、社会及文化权利公约》第 22 条) ，第 8 (b) 段。

向更高质量的发展，让“一带一路"沿线国家的民众更好地共享“一带一路”的建设成果。

二、对外投资人权风险：国际经贸合作的新风险

人权运动发展至当今阶段呈现出一种新的发展趋势，即人权主流化。“人权主流化意味着尊重和保障人权成为经济发展和社会进步的内在目标和价值，人权成为政府立法、决策和工作的重要视角和目标。”[3]在此趋势下，政府和企业越来越重视自身行为对人权的可能性影响，“一带一路”背景下的国际经贸合作中，国际经贸协定更多地纳入了人权条款及与人权保护相关的条款，国际社会也越来频繁地强调跨国企业在人权保护方面的社会责任，在此背景下，人权风险（human rights risk)伴随着经济和人权运动的发展应运而生。2002 年发表于《环球法理学家》第 2 卷第 1 期的“人权风险、基础设施工程与发展中国家”一文中，Michael B．Likosky 首先提出了人权风险的概念。经过不断的研究和论证，联合国人权理事会在其 2011 年通过的《工商业与人权: 实施联合国“保护、尊重和救济”框架指导原则》(简称“企业人权指导原则”)中采纳了人权风险这一概念。[4]与对外投资过程中传统的政治风险和法律风险相比而言，对外投资人权风险是与其有区别的一种新型风险，是国际经贸合作所面临的新风险。对外投资人权风险是对企业的风险，即对外投资运营的企业在其自身的经营管理过程中因直接或间接、故意或无意的行为侵害或威胁投资东道国民众的人权而引致当地民众和国际社会的抗议，从而对其声誉和经营收益造成损失的可能性。[5]对外投资人权风险之所以是国际经贸合作的新风险，在于它被提出的时间较晚，概念新；还在于它是“一带一路”背景下客观存在的威胁中资企业对外投资的新风险，类型新。

前文之所以强调对外投资人权风险是与政治风险和法律风险具有区别的一种新型风险，其差异性主要集中在以下几个方面。首先，引发风险的成因不同。法律风险是指投资企业因违反东道国法律法规受到法律制裁的风险，产生法律风险的原因有以下三点：一是东道国法律体系不完备；二是由于法律信息不对称导致投资者对东道国法律体系不熟悉；三是贸易保护主义使得东道国对外资企业采取特别管制的政策。政治风险主要由东道国政局的变动及战争、汇兑限制、政府违约、资产国有化风险引起。而对外投资的人权风险是由于企业在对外投资的经营管理活动中，对《国际人权宪章》和《国际劳工组织核心公约》所载录的人权侵害而引致的风险。其次，风险造成的后果不同。对外投资人权风险不仅使投资者遭受巨大的财产损失，还使投资者母国的企业形象和母国的国际形象遭受严重的损害，更甚会损害母国在国际上的政治经济利益。而政治风险引发的后果只是让投资者遭受财产上的损失，和投资东道国国家形象的自损。相较于对外投资人权风险而言，对外投资法律风险在使投资者遭受

[3] 柳华文: 《论人权在中国的主流化与本土化》，载 《学习与探索》2011 年第 4 期，第 118 页。

[4] UN Human Rights Office of the High Commissoner，Guiding Principles on Business and Human rights: Implementing the United Nations “Protect，Respect and Remedy”Framework，HR/PUB/11 /04．

[5] 王国锋 海外投资人权风险规避析论———由达尔富尔问题引发的思考，《河南财经政法大学学报》2019 年第 6 期，第 114 页。

财产损失的同时，还使投资者母国的企业国际形象和国家形象受到损害，只是同人权风险相比，其不会对投资母国的企业和国家形象产生严重的损害。

三、对外投资跨国公司侵犯人权的行为模式

根据跨国公司是否直接侵犯东道国的人权，可将其分为直接侵犯人权和共谋侵犯人权两种模式。直接侵犯人权是指跨国公司在东道国的经营管理过程中，以其自身的行为直接侵犯了东道国或者其国内民众的人权。例如，跨国公司在东道国开采矿产给当地环境造成了极大污染。又例如，跨国公司在东道国雇佣童工、强迫劳动、规定过长的工作时间等，直接侵犯了东道国员工的劳工权益。以富士康科技集团（下称“富士康”）为例，富士康在我国的公司多次被爆出员工跳楼事件，并由此揭露出富士康侵犯劳工权益的真相。相关报道指出，富士康的工人被迫加班的时间超过法定上限；为了赶工，工人被要求连续工作十多天；在长达12 个小时的工作时间内，工人禁止交谈、坐下等等。正是由于这种高强度、高压迫的工作环境，导致了悲剧的发生，最终侵害不仅仅是员工的劳工权，甚至是生命权。[6]

共谋侵犯人权中跨国公司并不是侵犯人权行为的直接实施者，而是间接参与到由其他主体实施的侵犯人权的行为当中，致使侵犯人权行为的发生，这些主体包括东道国政府，也包括其他非国家行为体。在此共谋行为中，主观上跨国公司知道该或者应当知道该主体在侵犯人权，而以期从侵犯人权行为中获利。在客观上实施了促进、帮助、教唆、鼓励、支持某主体侵犯人权或为其提供方法的行为。[7] 典型案例是加州联合石油公司被指控充当缅甸军政府侵犯人权的帮凶。1996 年缅甸的工会组织和十多个缅甸村民在美国加州联邦地方法院对缅甸军政府、加州联合石油公司提起诉讼。原告指控，在项目进行过程中，加州联合石油公司和缅甸军政府合谋威胁、强迫当地民众为项目劳动，缅甸军政府对民众实施了谋杀、强奸和酷刑等严重侵犯人权的行为。员工在提起诉讼时提出了加州联合石油公司指导相关行为并从中获利的证据，因而指控其为缅甸军政府的帮凶。

四、“一带一路”倡议下对外投资引致人权风险的因素分析

中国企业“一带一路”对外投资项目具有显著的特殊性，总结有如下三点：第一，对外投资项目下的劳动者群体由东道国本地雇员和中国母公司的派遣人员共同组成，表现出雇员构成复杂性的特点。第二，“一带一路”倡议下中国对外投资项目多为基础设施建设类，呈现出投资周期较长性的特点。第三，在“一带一路”倡议下，中国对外投资项目会牵扯和涉

[6] 胡婷 从富士康系列跳楼事件解析新生代农民工的发展困惑，《法制与社会》2010 年第 23 期。

[7] 王国锋 海外投资人权风险规避析论———由达尔富尔问题引发的思考，《河南财经政法大学学报》2019 年第 6 期，第 118 页。

及东道国当地的民生、环保、就业、人权等多种非商业性利益，极易引起广泛关注，具有牵扯利益广泛性的特点。基于“一带一路”背景下对外投资项目自身所具有的特点，下文笔者将基于其特殊性，分析几类主要引致人权风险的因素。

因用工问题而引致

由于中国一度在较长时间以来依赖较低廉的劳动力作为发展优势，使中国企业在“一带一路”海外投资项目中的用工问题极具敏感性。对外投资过程中，企业有时会为了追逐利益，违反国际人权法或者相关人权条款，引致人权风险。在国际经贸合作的协定及条约中，多次明确并强调企业的用工责任。例如，于 2018 年替代《北美自由贸易协定》的《美加墨协定》中强调会更强劲地对劳工进行保护;在 2002 年推出的《联合国全球契约》中明确企业应维护结社自由，承认劳资集体谈判的权利，彻底消除各种形式的强迫劳动，消除童工，杜绝任何用工与行业歧视行为。[8]此外，2001 年由美国民间社会组织“社会责任国际”（Social Accountability International)发起制定的一项企业社会责任标准 SA8000，供企业参考适用。[9]中国企业“一带一路”对外投资东道国各有不同的法律环境，在开展“一带一路”投资项目时，经常发生由于企业控制劳动成本，不能令劳动者满意，引发劳动者的强烈抵制，给企业的经营发展造成不利的影响。例如 TCL 并购阿尔卡特移动电话业务，由于当地员工和中国员工的薪酬存在较大差异，并购后不久，就爆发了“离职”风波，造成 TCL 用工成本的大幅增加。这种中国人和当地雇员福利待遇的不平衡的情况会引起当地员工对福利待遇水平降低的担忧以及违背同工同酬标准、不尊重人权等问题的诟病。由于中国企业对投资东道国内部的法律及政治环境的研究不足，或由于疏忽，在招聘、裁员、薪酬和加班等问题上，极易被“包装”成有意压低工人工资、延长工作时间、歧视女工、限制工人权利等问题，从而引致人权风险。

因环境问题而引致

事实上，环境问题潜在地影响和决定着最基本的人权，是人的生存权、发展权、自由权、平等权的基础，二者关系密切，密不可分。[10]“一带一路”倡议提出以来，我国不断增加对“一带一路”沿线国家的投资。由于发达国家利用经济、技术、人才方面的优势先行投资了资源丰富、区位良好的地区，我国企业的对外投资，只能退而求其次，投资一些资源丰富但是政治、生态风险较高的地区。随着“一带一路”倡议的深入推进，我国企业在“一带一路”沿线国家投资了越来越多的项目，花费了大量的时间、人力和物力，却忽视了环境问题而引致人权风险。例如 2011 年发生在缅甸的密松大坝事件，由于我国企业在没有公开相关环境测评的情况下就开启工程，因此引起了东道国环境和人权组织的强烈不满，当地政府只能迫

[8] 数据来源于联合国全球契约网站，载 https: //www. unglobalcompact. org /，2021 年 4 月 18 日访问。

[9] See Social Accountability International，Social Accountability 8000 International Standard，June 2014，http: // www. sa-intl. org /index. cfm?fuseaction = Page. ViewPage＆pageId = 1459，2021 年 4 月 18 日访问。

[10] 程延军，《人权视域下的环境权及其保护》，《内蒙古大学学报（人文社会科学版）》2008 年第 40 卷第 1 期，第 28 页。

于压力将项目搁置。再如，紫金矿业也因被指没有披露奥布兰科矿项目的重大环境和社会风险问题，被东道国的环保组织和人权组织反对，最后该公司被开出了巨额罚单。“这种情况其实很普遍，特别是一些中小企业在边境的投资，对环境风险远远没有重视。”全球环境研究所环保执行主任金嘉满说。[11]近年来，中国的海外投资尽管在快速上升，但是部分企业并没有考虑当地的生态环境，有时更被曲解为对东道国民众人权的侵犯，结果投资受到抵制或被违约。甚至在一些西方国家别有用心地宣传下，将我国的对外投资评为“掠夺性发展”、“环境新殖民主义”、甚至上升为“中国环境威胁论”，不仅在财产上受到损失，企业和国家在国际上的形象也受到损害。由于确实我国企业对外投资过程中，对环境问题的忽视，以及投资地区的生态脆弱性，“一带一路”沿线国家在西方媒体别有用心地人权宣传攻势下，极易被媒体宣传的观点误导，使对外投资的企业陷入人权风险的泥沼之中。

因政治问题而引致

在对“一带一路”沿线国家进行投资的企业中，国有企业占据了绝大部分，是对外直接投资的中坚力量。但很多国家对我国国有企业的性质存在很大的认知误区，认为我国的国有企业带有政治色彩，是政府的附属物，它的对外投资是中国政府的对外扩张。一些国家甚至认为中国是一个潜在的敌人，担心中国的崛起对其产生威胁，因此，我国企业在“走出去”的过程中会受到东道国政府过多的政治性关注。[12]由于受政治因素的影响，中国企业在对外投资过程中，多被第三方国家以“侵犯人权”为由进行干涉阻碍。中国企业面临的第三方国家因政治因素而引致的人权风险主要来自美国，随着中国综合国力的提升，政治经济实力的增强，以美国为首的发达国家以保护人权为由，对中国对外投资企业的经营活动进行各种干涉围猎，以遏制中国的发展。例如，2020 年 7 月 15 日，美国国务院宣布对华为等中国科技公司的部分雇员实施签证限制，因为这些公司“在全球为侵犯人权的政府提供物质支持”。美国国务卿蓬佩奥还声称：“如果与华为做生意就是在与‘侵犯人权者’做生意。”[13]再如，今年三月份荒唐的新疆棉花事件，H&M 集团、耐克、阿迪、优衣库、新百伦等一线品牌，以新疆棉花采摘流程不够人道，采摘棉花的工人都是被强制劳动，如同之前在美国棉花园里被压榨劳动的非洲黑人奴隶一般，以侵犯人权为由，抵制新疆棉花。[14]可以看到，伴随着中国综合实力的不断增强，西方一些国家出于其“政治利益”的考虑，多以人权保护为由，歪曲事实，使我国对外投资企业面临人权风险，对我国的对外投资进行干涉、遏制。

五、“一带一路”背景下我国企业对外投资的人权风险防范

[11] 中国海外投资者破坏生态可能受国内严厉处罚，https://news.qq.com/a/20100709/000215.htm.2021 年 4 月 19 日访问。

[12] 贾冰姬 《海外投资中的政治风险界定》,《法制博览》2020 年 01 月（中），第 70 页。

[13] https://baijiahao.baidu.com/s?id=1672605528583719581&wfr=spider&for=pc.2021-4-18.

[14] https://zhuanlan.zhihu.com/p/359839445.2021-4-18.

防范人权风险应当坚持的原则

1.尊重人权原则

当前，《联合国全球契约》、SA8000、ISO26000 等要求企业承担社会责任的标准和指南，虽然在形式上属于建议的性质，但在国际经贸合作中已成为行业软法，企业是否遵守或承诺遵守已成为企业在国际经济舞台上是否具有竞争力的一项公认指标。中国的企业在“走出去”的过程中，能否很好地承担社会责任，尤其是切实地尊重和保护人权，将关系到企业的国际竞争力和可持续发展。在“一带一路”背景下，企业要切实地承担起尊重人权的责任，重视人权风险，以尊重人权为第一要义，尊重和遵守投资母国保护人权的政策与法规，更要在其投资经营过程中采取合适的人权政策和程序。[15]

公开、透明原则

在 2013 年，习近平主席第一次提出“一带一路”之初，美国、印度、日本、俄罗斯等国家先后提出了质疑，再由于沿线国家的政局动荡，对该倡议的兴趣不大，为我国企业在“一带一路”的投资带来了困难。在“一带一路”倡议下，我国企业在“走出去”的过程中，也暴露出由于法律观念淡薄、风险意识不足、社会责任意识不高、管理不善而遭到东道国政府和当地政府排斥的问题，极大地损害中国企业的国际形象。所以，为了更好地响应“一带一路”的倡议，有效地防范人权风险，优化我国企业在国际上的形象，企业应坚持公开、透明原则。对外投资的企业，要做好信息公开原则，同时保证信息公开的真实性和实时性，真实发布本企业的人权工作报告，通报企业内部在人权保护方面所做的工作，让东道国政府和民众了解企业在人权保护方面真实的运行状态，赢取舆论的主动权，改善与员工、社区、东道国、国际社会的外部关系，避免遭受不必要的人权风险。[16]

我国企业对外投资人权风险防范的对策

投资准入阶段的应对策略

投资准入阶段的主要任务，便是确定投资目标国或地区，而在此阶段规避人权风险首先要做到尽职调查。尽职调查的主要内容包括以下方面：（1）对东道国整体的人权环境进行调查，评估其对外国投资者产生人权风险的高低。这一基本的前提决定了我国企业在东道国如何投资、投资何领域、如何建设运营、如何退出等问题。（2）对投资对象和其关联公司进行尽职调查。明确调查投资对象和其关联公司在以往的经营活动中，有无侵犯人权的现象，以及其在人权保护方面的态度。（3）对投资项目所适用的人权法律政策进行尽职调查。[17]

依靠国内、国际律师、国际人权调查机构、相关研究中心组成的综合团队开展尽职调查，在多方综合探究的基础上，形成企业具体项目尽职调查报告，为企业对外投资提供真实、可靠的依据。在尽职调查进行完毕后，基于调查的内容做人权风险评估。人权风险评估应致力

[15] 戴瑞君 《“一带一路”建设中的人权因素》，《人权》2018 年 05 月，第 133 页。

[16] 赵威 《论中国企业海外投资的人权政策》，《法制与社会》2013 年 6 月（中），第 97 页。

[17] 张晓慧 《解读“一带一路”新形势下境外投资的法律风险管理》，《国际工程与劳务》2015 年第一期，31-36 页。

于：评估当地政府的人权保障态度与政策；评估投资经营的利益相关方，明确对于投资的支持者、反对者、中立者；评估企业人权工作重点、难点；评估企业的人权保障支出等。通过尽职调查和人权风险评估，可就准入阶段遭遇的人权风险进行判断分析，防范项目早期潜在的人权风险，最大程度地保护中国企业利益。

投资运营阶段的应对策略

针对环境问题，首先，要进行环境影响评价工作，制定环境影响评估报 告，对有可能发生的环境问题进行防范。其次，要牢固树立环保意识、坚持可持续发展理念，注重生产环保管理，按照东道国的标准开展项目；对已经产生的环境污染，要建立健全补偿机制。最后，积极参与东道国的相关环保公益活动，融入沿线东道国社会中，营造良好的企业形象，避免因环境问题而引致人权风险，推进项目合作的顺利进行。

针对劳工问题，为防范“人权风险”我国企业首先必须充分了解和遵守国际劳工标准和SA8000、东道国国内的劳工法律法规及我国国内《劳动法》、针对境外务工人员所出台的《境外劳务合作管理条例》《境外中资企业机构和人员安全管理规定》等标准和法律法规。其次，要充分了解“一带一路”沿线国家的劳工标准及其之间存在的差异，还要充分熟悉与我国之间、沿线国家之间的用工环境差异，根据国家的不同环境制定企业的劳动用工政策。[18]最后，“走出去”的企业要切实在用工过程中，积极承担起企业社会责任，防范人权风险。

（3）针对政治问题，为防范人权风险。首先，企业应致力于长期投资，实施经营本土化，更好地综合融入到东道国的政治经济环境中，实现人员本土化，提高本地员工在公司的比重，提拔优秀本地员工进入领导层。其次，“走出去”的企业要在国际上树立良好形象，企业的母国员工，要时刻注意自己的言行举止，熟知当地的风俗习惯，获得当地民众的支持与认同，缓和民族主义情绪和排外情绪。最后，企业要做好媒体公关工作，可邀请媒体到企业内部参观访问，主动增加曝光度，加大宣传，积极消除西方媒体对我国对外投资的恶意传播，引导民意，用广泛的民意认同来规避人权风险的发生。

投资撤出阶段的应对策略

无论是由于企业内部原因还是外部原因致使企业撤资退出在东道国的项目，其撤出行为都有可能对东道国产生有害影响，从而引致人权风险，所以，企业有责任做到负责地撤出。首先，企业应注意不在其撤出后留下闲置的矿山、污染的土壤、污染的水域或将生产废物随意倾倒等环境遗留债。其次，退出前，企业提前对技术不熟练的当地员工进行培训，使其熟练掌握。最后，撤出的公司应采取积极有效的措施与继任者进行交接，协助继任者顺利接手项目。

[18] 王黎黎 《“一带一路”下集体劳动关系调整风险及适应性防范》《中国人力资源开发》2018 年第 12 期，第 96 页。

Human Rights Risk:New Risks Faced by Foreign investment under the Background of "One Belt One Road"

Qu Shengyu

(School of law，Henan University of Economics ＆ Law，Zhengzhou Henan 450046)

Abstract:Compared with the traditional legal and political risks faced by foreign investment, the human rights risk of foreign investment is a new type of risk faced by Chinese enterprises in "going out". Paying attention to and studying the factors and avoidance strategies that cause human rights risks is of great significance to the healthy implementation of the "Going Global" and "Belt and Road" initiatives. Combining the investment environment of countries along the “Belt and Road”, the article analyzes the factors that may incur human rights risks for Chinese companies in the process of foreign investment. It is proposed that in the context of the mainstreaming of human rights in the field of international economic and trade cooperation, companies’ foreign investment should be based on the principle of respect for human rights, better abide by the human rights laws and policies of the investment home country and host country, and proactively abide by and promise to abide by the responsibility of human rights protection. Avoid human rights risks through due diligence, human rights risk assessment, responsible operation and withdrawal during the entry, operation and withdrawal stages of foreign investment.

Keywords：One Belt One Road ;foreign investment;human rights risk;avoid

美国商标法的域外适用及其对我国的借鉴与启示
——以 Soylent Nutrition 案为切入点

曲星吉*

摘要：2020 年，美国内华达州地方法院对于 Soylent Nutrition 案作出裁定，认为美国商标法可以域外适用，以规制本案中发生在中国境内的侵权行为。这一裁定使得美国商标法的域外适用制度进入大众视野。事实上，为了应对境外侵犯美国商标权的行为，美国各联邦法院之间已经就美国商标法的域外适用建立起成熟的体系。虽然这种单边主义的商标权保护策略目前仍存在着诸多争议，但从国际法的角度来看，一个主权国家可以在不违反国际法的前提下，对位于境外的人、物和行为行使管辖权。伴随着中国对外贸易的发展，境外侵犯中国商标权的案件也日益增多。因此，为了更好地在类似案件中应对美国商标法的域外适用，同时积极地维护中国企业商标权的海外利益，中国应在充分了解美国商标法域外适用制度的基础上，提升中国商标法对商标权的保护水平，尊重地域性原则，以效果原则作为基础，构建符合中国国家利益与国家发展水平的商标法域外适用制度。

关键词：商标法 域外适用 三方因素标准 理性管辖权标准 地域性原则

一、美国 Soylent Nutrition 案及商标法的域外适用问题

一直以来，商标权作为一种同某一法域的公共选择与公共政策密切相关的法定权利，其内容和范围都要受到该法域法律强制性规定的限制。因此，地域性是商标权的显著特征，根据某一法域法律规定确立的商标权只能在该法域内部保持效力。同理，某一法域的商标法也具有地域性，只能规范本法域内部商标权行为。[1]鉴于此，在商标权随着国际贸易的发展而跨境流动的今天，各国也主要基于地域性原则对商标权进行国际保护。除了传统的国内商标权立法之外，各国也相继通过双边或多边机制进行合作。如，《商标国际注册的马德里协定》以及《与贸易有关的知识产权协议》（简称 TRIPs）等多边条约的相继签订，中美两国政府也于 2020 年签署《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》，进一步深化了以 TRIPs 为基础的多边商标权国际保护。[2]

与上述基于地域性原则的保护方式相反，出于自身国家利益的考虑，美国联邦各级法院自上世纪 50 年代便开始了对于本国商标法——《兰哈姆法》（Lanham Trademark Act）的域外适用，以规范发生在美国境外的侵犯美国商标权的行为，并就《兰哈姆法》的域外适用建立起成熟的体系。美国这种域外适用《兰哈姆法》的做法在上世纪并未引起学者的重视。由于近些年美国政府在美国优先的国家战略下，大规模对本国国内法进行域外适用，加之，2020 年的 Soylent Nutrition 案首次确认了《兰哈姆法》可以规范该案件中的中国境内的“商

* 曲星吉（1996- ），山东烟台人，中南财经政法大学法学院 2019 级国际法学硕士研究生，研究方向为国际私法。

[1] 参见彭欢燕：《商标国际私法研究——国际商标法之重构》，北京大学出版社，2007 年第 1 版第 10 页。

[2] 参见韩书立：《我国专利法的域外适用问题研究》，载《法学评论》2021 年第 4 期。

标侵权行为”，因此，《兰哈姆法》的域外适用再度进入大众视野。

在 Soylent Nutrition 案中，原告 Soylent Nutrition 公司从 2013 年 2 月开始以合法的联邦注册商标“SOYLENT”在网上和美国各地的商店宣传和销售膳食、营养补充剂、营养强化饮料等商品，不仅在美国境内取得了巨大的成功，并且将商品销售拓展到海外。被告之一的内华达州居民 Jue 所有的香港公司 Archer Green 于 2013 年 11 月向中国商标局申请注册“SOYLENT”商标且获成功，后香港公司将商标转让给另一被告 Jun 的北京关联公司 Tianyilv。此外，被告 Jue 所拥有的一家北京庭院餐厅正销售带有“Soylent Green”标志的饮料。中国商标局以“SOYLENT”为北京公司 Tianyilv 所有拒绝了原告 Soylent Nutrition 公司提出的商标注册申请，并且，在原告 Soylent Nutrition 公司联系中国“SOYLENT”商标持有者 Tianyilv 公司时，Tianyilv 公司在被告 Jun 和 Jue 夫妻二人的“指示下”要求 Soylent Nutrition 公司支付接近 30 万美元的商标转让费。因此，Soylent Nutrition 公司指控被告 Jue 和 Jun 的上述行为侵犯了其合法的商标权，并引发了消费者对于商品的混淆，造成公司的经营损失，应当依据美国《兰哈姆法》对两被告“恶意抢注商标行为”进行索赔。[3]

对于《兰哈姆法》究竟是否可以用来规范本案中中国境内的“商标侵权行为”，案件的审理法官戈登（ANDREW P. GORDON）根据美国联邦第九巡回法院的过往判例，从被告的行为影响了美国的对外贸易方式（主要是被告作为中国“SOYLENT”商标持有者，阻止了原告向中国出口相关商品）、被告的商标侵权行为对原告的生产经营产生了影响（主要是被告的行为使消费者对于商品产生混淆，且被告的出售的商品不符合原告的产品标准易对原告的声誉造成损害）以及美国《兰哈姆法》对于本案的联系比中国《商标法》更为紧密等三个角度论证了《兰哈姆法》的域外适用是正当的。特别是对于美国《兰哈姆法》与案件联系的紧密程度这一因素，戈登法官列举了七个子因素进行分析，最终得出了《兰哈姆法》可以域外适用的结论，支持了原告 Soylent Nutrition 公司的诉讼请求。[4]

纵观 Soylent Nutrition 案，其特殊性主要有二：第一，由于美国国内各联邦巡回法院对于《兰哈姆法》究竟在何种情况下可以域外适用的标准并不相同，尤其是美国联邦第二巡回法院与联邦第九巡回法院在适用标准方面存在着一定的差异，因此，《兰哈姆法》究竟何时可以域外适用是含有极大不确定性的。第二，根据中国《商标法》第 32 条的规定，Jue 和 Jun 在中国境内的“SOYLENT”商标注册行为是合法的,[5]而根据美国《兰哈姆法》则属于“恶

[3] See Soylent Nutrition v. Li Jue, 2020 U.S. Dist. LEXIS 249693, 2020 WL 8459139.

[4] 主要是以下七个因素：与外国法律的冲突程度（Degree of conflict with foreign law）、当事人的国籍和营业地点（Nationality of parties and location of businesses）、补救办法（Remedy）、执行措施（enforcement）、效果的相对重要性（Relative significance of effects）、旨在损害美国商业和可预见性（Purpose to harm American commerce and foreseeability）、与国外行为相比，美国国内行为的相对重要性（Relative importance of conduct within the United States as compared with conduct abroad）。

[5] 中国《商标法》第 32 条规定了，不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标，但在该案中，被告人 Jun 和 Jue 的商标注册行为发生于美国 Soylent Nutrition 公司以“SOYLENT”为商标进行商业活动的九个月后，尚不构成以不正当手段抢先注册商标，且美国 Soylent Nutrition 公司在诉讼中也并未对“SOYLENT”商标在 2013 年 11 月已经拥有一定的影响力进行举证。

意抢注商标行为”，域外适用《兰哈姆法》确实冲击了商标权以及商标法赖以生存的地域性原则，属实存在着争议。因此，被告 Jue 和 Jun 最终是否接受内华达州地方法院的裁定尚未可知。基于此，本文将首先结合典型判例分析美国各联邦巡回法院关于《兰哈姆法》域外适用的标准。其次从国际法的角度分析商标法域外适用的合法性，最后在二者的基础上对构建中国商标法的域外适用体系，特别是对基于地域性原则和效果原则的中国商标法的域外适用提出一些建议。

二、美国商标法的域外适用标准

根据美国法中的反域外适用推定原则，除非美国国会有明确的意图表明某一法律可以规范发生在其他主权国家内部的法律行为，否则，该法律便不具有域外适用的效力。[6]这一原则出现的很大一部分原因在于美国认为，如果国际贸易中的企业遵守多项法规可能会降低该企业在世界市场上的竞争力，企业出于对美国法律的恐惧也会损害资本的自由流动和建立新的商业机会，最终有损美国对外贸易的发展。[7]因此，美国证券法、反垄断法等法律在域外适用过程中均含有反域外适用推定原则的身影。[8]

美国知识产权法的域外适用也是如此。相比较美国专利法在其条文中已经明确规定可以域外适用，[9]《兰哈姆法》并没有表明其可以适用于发生在美国境外的商标侵权行为，但却在第三章第 1127 条中规定：本法所指的商业是指可由国会依法调控的所有商业。[10]因此，美国商标法的域外适用更多地依赖于各级联邦法院通过对《兰哈姆法》第 1127 条的解释去阐明国会的立法意图。[11]首先开启《兰哈姆法》域外适用大门的是美国联邦最高法院，在 1952 年的 Bulova 手表公司诉 Steele 案(以下简称“Bulova 案”）中，美国联邦最高法院明确了《兰哈姆法》具有域外适用的效力。随后，美国各联邦巡回法院在 Bulova 案的指引下，相继进行《兰哈姆法》的域外适用，并逐渐形成以第二巡回法院“三方因素标准”、第九巡回法院“理性管辖权标准”为主的两大商标法域外适用体系。[12]

（一）美国联邦最高法院——Bulova 案三因素

---

[6] 参见韩永红：《美国法域外适用的司法实践及中国应对》，载《环球法律评论》2020 年第 4 期。

[7] See Robert Butts. Trademark Law: Interpreting the Congressional Intent of the Extraterritorial Applications of the Lanham Trademark Act, Florida Journal of International Law, Nov 8, 1993， p. 447-470.

[8] 在莫里森诉澳大利亚国家银行案中，美国联邦最高法院根据反域外适用推定原则认定美国 1934 年《证券交易法》反欺诈条款不能域外适用，不适用于那些主要的不当行为发生在境外，涉及在外国证券交易所的证券交易的外国原告告诉外国被告（附带美国被告）的私权诉讼；在 1991 年涉嫌垄断的平等就业机会委员会诉阿拉伯石油公司案中，美国联邦最高法院也根据反域外适用推定原则认定美国相关法律不能域外适用。

[9] 参见《美国法典》第 35 卷第 28 章专利侵权第 271 条第（f）项、第（g）项。

[10] 参见《兰哈姆法》第三章第 1127 条：除非内容显示明显相反，对本法的解释中：“商业”一词是指可由国会依法调控的所有商业。

[11] 参见杨松才：《论美国知识产权法的域外适用》，载《法学杂志》2007 年第 5 期。

[12] See Erika M Brown. The Extaterritorial Reach of United States Trademark Law: A Review of Recent Decisions under the Lanham Act, Fordham Intellectual Property、Media & Entertainment Law Journal 9， Nov 3， 1999, p. 863-884.

在 Bulova 案中，原告 Bulova 手表公司在美国合法拥有“BULOVA”商标并进行带有“BULOVA”标志的手表制作与销售，而被告美国公民 Steele 则在美国购买了原告公司的手表相关部件，并将部件运输到墨西哥进行组装和销售。由于美墨之间属于经贸往来频繁的陆上邻国，频繁的边境贸易导致了 Steele 生产的一部分手表产品经由美墨边境进入美国境内，部分美国民众因此购买了 Steele 生产的质量不佳的手表。[13]从侵权行为的构成要件上来看，Steele 的商标侵权行为完全发生在美国境外，只有商标侵权的部分效果发生在美国境内。我国有的学者曾将 Steele 的上述行为理解成涉外定牌加工行为，显然是有失偏颇的。[14]更值得注意的是，Steele 最初在墨西哥合法取得了“BVLOVA”商标，也就是说，Steele 从事的“商标侵权”行为根据墨西哥商标法是合法有据的。

基于此，美国联邦最高法院通过扩大解释《兰哈姆法》第 1127 条所规定的“国会控制下的商业”实现了对于《兰哈姆法》的域外适用。联邦最高法院认为，国会之所以如此规定，是想通过第 1127 条赋予《兰哈姆法》以广泛的管辖权，这样就解决了《兰哈姆法》究竟是否具有域外效力这一问题。[15]在具体域外适用《兰哈姆法》时，联邦最高法院主要考虑了以下三个因素：首先，联邦最高法院关注到了被告 Steele 是美国公民，美国国籍表明了 Steele 的行为属于国会控制下的商业，由于国际法并没有禁止美国管辖位于美国境外的美国人，因此，Steele 的行为就符合《兰哈姆法》第 1127 条。其次，联邦最高法院关注到了被告 Steele 在墨西哥的“合法”行为确实对美国境内的商业秩序产生了足够的影响，这主要是由于进入美国境内的 Steele 手表产品质量不佳，不仅导致了美国境内的消费者随即向 Bulova 手表公司进行售后索赔，还导致了 Bulova 手表公司国内外商业信誉受损。这其实是对 1945 年美国铝业公司案首次确立的效果原则（effect principle)的借鉴，[16]代表了侵权行为地标准的自由化，从非法行为的发生地转变为可以感受到其影响的地方。[17]最后，联邦最高法院鉴于商标法的地域性原则，也考虑到了域外适用《兰哈姆法》是否会与墨西哥的主权利益相冲突。关于最后一点，由于墨西哥商标局在联邦最高法院对案件作出判决之前，取消了被告 Steele 的墨西哥“BVLOVA”商标，因此这一问题被有效地避免了。[18]最终，联邦最高法院认为《兰哈姆法》可以规范被告 Steele 在墨西哥境内的行为。

---

[13] See Steele v. Bulova Watch Co., 344 U.S. 280, 73 S. Ct. 252, 97 L. Ed. 319, 1952 U.S. LEXIS 2663, 95 U.S.P.Q. (BNA) 391.

[14] See Steele v. Bulova Watch Co., 344 U.S. 280, 73 S. Ct. 252, 97 L. Ed. 319, 1952 U.S. LEXIS 2663, 95 U.S.P.Q. (BNA) 391.

[15] See Anna R. Popov, Watering down Steele v. Bulova Watch Co. to Reach E-Commerce Overseas: Analyzing the Lanham Act's Extraterritorial Reach under International Law, Southern California Law Review 77, Nov 3, 2004, p. 705-742.

[16] See United States v. Aluminum Co. of America, 377 U.S. 271, 84 S. Ct. 1283, 12 L. Ed. 2d 314, 1964 U.S. LEXIS 2165, 1964 Trade Cas. (CCH) P71,116.

[17] See Robert Butts. Trademark Law: Interpreting the Congressional Intent of the Extraterritorial Applications of the Lanham Trademark Act, Florida Journal of International Law, Nov 8, 1993，p. 447-470.

[18] See Marshall Leaffer, The Extraterritorial Application of U.S. Trademark and Copyright Law, International Intellectual Property Law & Policy, Nov 3, 1998, p. 33-1-33-16.

在 20 世纪 50 年代，各国的商标权和商标法仍然坚持严格的地域性原则，各国的商标法不存在域外效力。而美国联邦最高法院在 Bulova 案中却通过国籍、对美国商业的影响、与外国主权和商标法是否冲突等三因素，开创性地将《兰哈姆法》适用于完全发生在美国境外的侵权行为，并且这一结论的得出建立在美国联邦最高法院六位法官同意的基础上。[19]从这个角度讲，Bulova 案在美国商标法的域外适用过程中是具有里程碑意义的。况且，Bulova 案也是迄今为止美国联邦最高法院唯一对《兰哈姆法》的域外适用作出明确解释的判例，Bulova 案的域外适用三因素与《兰哈姆法》一同构成后期美国各联邦巡回法院域外适用《兰哈姆法》的基础。

（二）美国联邦第二巡回法院——三方因素标准（tripartite test）

美国联邦最高法院通过 Bulova 案三因素确立了《兰哈姆法》的域外适用，而第二巡回法院则在 Bulova 案三因素的基础上发展出了“三方因素标准”，在一定程度上限制了《兰哈姆法》的域外适用。

最为典型便是的 1956 年的 Vanity Fair 公司诉 Eaton 公司案（以下简称“Vanity Fair 案”）。在 Vanity Fair 案中，原告美国 Vanity Fair Mills 公司拥有美国合法商标“Vanity Fair”，并制作以“Vanity Fair”为商标的内衣在美国和加拿大进行销售。被告加拿大 Eaton 公司在美国公司注册“Vanity Fair”商标八年之后于加拿大成功注册“Vanity Fair”商标，并且，Eaton 公司在注册商标之前与 Vanity Fair Mills 公司进行过贸易活动。[20]相比 Bulova 案，Vanity Fair 案中被诉的侵权行为也完全发生在美国境外，但该案存在两个不同之处。第一，被告 Eaton 公司不属于美国公司，因此，不能通过扩大解释《兰哈姆法》第 1127 条所规定的国会控制下的商业进行域外适用。但受理该案的第二巡回法院随即指出，国会虽然不可以监管加拿大的商业，但可以监管美国与加拿大之间的商业、贸易，只要加拿大 Eaton 公司的行为对美国的贸易产生实质性的影响，《兰哈姆法》依然可以域外适用。[21]第二巡回法院的这一观点其实是将 Bulova 案“足够的影响”作为《兰哈姆法》域外适用的首要关注因素，并且将其上升为“实质性的影响”的高度，这强化了 Bulova 案对于效果原则的要求。第二巡回法院在后期审理的 C-Cure Chemical 公司诉 Secure Adhesives 公司和 Olympia Floor 公司案、[22]Sterling Drug 公司诉 Bayer 公司案[23]以及 Warnaco 公司诉 VF 公司案[24]等都坚持了实质性的影响这一观点，但究竟何为实质性的影响，第二巡回法院在上述案例中始终没有给出明确的答复。

Vanity Fair 案的另一不同之处在于，由于被告 Eaton 公司合法拥有加拿大“Vanity Fair”商标，且该商标后期并未被加拿大商标局取缔，这与 Bulova 案中墨西哥商标局的做法不同。

---

[19] See Steele v. Bulova Watch Co., 344 U.S. 280, 73 S. Ct. 252, 97 L. Ed. 319, 1952 U.S. LEXIS 2663, 95 U.S.P.Q. (BNA) 391.

[20] See Vanity Fair Mills, Inc. v. T. Eaton Co., 234 F.2d 633, 1956 U.S. App. LEXIS 5416, 109 U.S.P.Q. (BNA) 438.

[21] See Vanity Fair Mills, Inc. v. T. Eaton Co., 234 F.2d 633, 1956 U.S. App. LEXIS 5416, 109 U.S.P.Q. (BNA) 438.

[22] See C-Cure Chem. Co. v. Secure Adhesives Corp., 571 F. Supp. 808, 1983 U.S. Dist. LEXIS 14271, 220 U.S.P.Q. (BNA) 545.

[23] See Sterling Drug, Inc. v. Bayer AG, 14 F.3d 733, 1994 U.S. App. LEXIS 373, 29 U.S.P.Q.2D (BNA) 1321.

[24] See Warnaco Inc. v. VF Corp., 844 F. Supp. 940, 1994 U.S. Dist. LEXIS 1259.

此时，如果强制适用《兰哈姆法》将明显与加拿大的国家主权与商标法的相抵触。对于这一问题，第二巡回法院指出，国会不会有意将《兰哈姆法》适用于外国国民在其本国根据本国有效的商标注册实施的行为。[25]这一观点在 1983 年的 C-Cure Chemical 公司诉 Secure Adhesives 公司和 Olympia Floor 公司案中得到了第二巡回法院的重申。[26]在该案中，第二巡回法院认为被告之一的 Olympia Floor 公司是基于加拿大合法的商标进行贸易活动的，如果根据《兰哈姆法》对其采取行动，将必然与加拿大的商标法相抵触，因此，不予域外适用《兰哈姆法》。这是第二巡回法院尊重商标法地域性的体现。最终，对于 Vanity Fair 案，第二巡回法院基于国籍、与外国主权和商标法存在冲突两个因素，作出了《兰哈姆法》不能域外适用的裁定，根本没有考虑被告 Eaton 公司的行为是否对美国的贸易产生了实质性的影响这一因素。

以上 Vanity Fair 案裁判过程所确立的三方因素标准可以概括为两点：第一，美国国籍、不与外国主权和法律冲突两因素是与 Bulova 案相同的，但因素三，被诉的侵权行为对美国的贸易、商业产生的影响必须达到实质性的程度。第二，对于 Bulova 案三因素的具体适用，第二巡回法院后期补充到，缺乏一个因素“可能”会阻止《兰哈姆法》的域外适用，而缺乏两个因素则“必然”阻止《兰哈姆法》的域外适用。[27]以上两点的综合运用所导致的结果便是《兰哈姆法》的域外适用在一定程度上受到了限制。首先，第二巡回法院虽然未对实质性的影响作出解释，但第一巡回法院在审理 McBee 诉 Delica 公司案中，通过对美国反垄断法域外适用判例的梳理，对实质性影响广义解释道：在美国境内的影响必须“具有足够的性质和规模，使美国在诉讼中有相当大的利益”。[28]这一解释，无疑比 Bulova 案足够的影响要求更高。其次，如果说 Bulova 案确立了《兰哈姆法》域外适用的考虑因素，那么第二巡回法院所确立的三方因素标准就是为 Bulova 案三因素确立了具体的应用标准，只有三因素同时存在，《兰哈姆法》才能域外适用，缺乏任意一个因素都可能会阻止法律的域外适用。为了巩固这一标准，在 1994 年美国 Totalplan 公司诉加拿大 Colborne 案中，第二巡回法院只审查了被告 Colborne 不是美国公民、原告 Totalplan 公司无法证明被告的行为对美国商业产生了实质性影响等两个因素便作出了不予域外适用的裁定，继续严格执行了其在 Vanity Fair 案中确立的三方因素标准。[29]这表明第二巡回法院始终严格把握《兰哈姆法》域外适用的基本态度。除了第二巡回法院，第四巡回法院也在其审理的美国 Nintendo 公司诉台湾 Aeropower 公司案[30]中采取了与第二巡回法院相同的三方因素标准，从严把握《兰哈姆法》

[25] See Sarah Thomas-Gonzalez, Extraterritorial Jurisdiction of the Lanham Act: American Rice, Inc. v. Arkansas Ricegrowers Cooperative Ass'n, Brooklyn Journal of International Law 11, Nov 2, 1985, p. 411-438.

[26] See C-Cure Chem. Co. v. Secure Adhesives Corp., 571 F. Supp. 808, 1983 U.S. Dist. LEXIS 14271, 220 U.S.P.Q. (BNA) 545.

[27] See Vanity Fair Mills, Inc. v. T. Eaton Co., 234 F.2d 633, 1956 U.S. App. LEXIS 5416, 109 U.S.P.Q. (BNA) 438.

[28] See Jason Webster, Trademark Law - Extraterritorial Application of the Lanham Act -McBee v. Delica Co., Ltd., Suffolk Transnational Law Review 30, Nov 1, 2006, p. 263-270.

[29] See Totalplan Corp. of Am. v. Colborne, 14 F.3d 824, 1994 U.S. App. LEXIS 1641, 29 U.S.P.Q.2D (BNA) 1740.

[30] See Nintendo of Am., Inc. v. Aeropower Co., 34 F.3d 246, 1994 U.S. App. LEXIS 24117, 32 U.S.P.Q.2D (BNA)

的域外适用。

（三）美国联邦第九巡回法院——理性管辖权标准（Jurisdictional Rule of Reason）

与第二巡回法院和第四巡回法院从严把握《兰哈姆法》的域外适用不同，第九巡回法院所采取的标准相对宽松。特别是在 1977 年的 Wells Fargo 诉 Wells Fargo Express 案（以下简称“Wells Fargo”案）中，第九巡回法院放弃了 Bulova 案的三因素，采用了较为灵活的理性管辖权标准。

理性管辖权标准是第九巡回法院在 1976 年审理的反垄断法域外适用典型案例——Timberlane Lumber 案中确立的，主要包括三大因素，其中第三大因素又具体分为七个子因素。[31]具体到 Wells Fargo 案，原告 Wells Fargo 是一家在全球开展业务的美国公司。它使用了在美国和外国注册的“Wells Fargo”商标。被告是一家名为 AG 的外国公司和其美国子公司 Express。Wells Fargo 控诉，AG 公司试图在欧洲和美国使用“Wells Fargo”的商标。[32]关于案件中 AG 公司与其子公司 Express 在美国境内的使用商标行为，根本不存在《兰哈姆法》的域外适用问题，案件的关键在于《兰哈姆法》的适用范围是否可以扩大到被告在美国境外的使用商标行为。对此，第九巡回法院首先分析了被告的行为是否对美国商业产生了影响；其次，第九巡回法院分析了被告的行为对美国商业的影响是否产生了可以认知的损害，关于损害的程度，第九巡回法院特意指出，不需要达到第二巡回法院所要求的实质性程度，这就使得该因素被满足的可能性大大增加；最后，第九巡回法院通过列举七个子因素（subfactor），如美国商标法与外国商标法或政策的冲突程度、被告的国籍、公司的所在地或主要营业地以及影响美国商业的目的性和可预见性等，重点论证了美国的利益在该案件中已经足够强大，即使与外国商标法存在冲突，《兰哈姆法》的域外适用也是正当的。[33]通过上述裁判过程可以看出，第九巡回法院在确立《兰哈姆法》域外适用的过程中所要考虑的因素是很多的，需要对各种因素进行综合性地考虑。并且，在理性管辖权标准中，缺乏一个子因素、两个子因素乃至三个子因素都不会直接造成不予域外适用《兰哈姆法》的结果，只要所有考虑因素中的大部分能够被满足，《兰哈姆法》便可以域外适用。这赋予了受理法院以很大的自由裁量权，这与第二巡回法院通过 Vanity Fair 案确立的三方因素标准有很大的不同。前述内华达州地方法院对于 Soylent Nutrition 案的裁定便是基于这种标准，在不考虑事项管辖权的前提下，内华达州地方法院认为即使域外适用《兰哈姆法》将与中国的商标法冲突，也不会产生阻止《兰

1198, Copy. L. Rep. (CCH) P27,343.

[31] See Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, N.T. & S.A., 549 F.2d 597, 1976 U.S. App. LEXIS 5710, 1977-1 Trade Cas. (CCH) P61,233, 40 A.L.R. Fed. 314.

[32] See Wells Fargo & Co. v. Wells Fargo Express Co., 556 F.2d 406, 1977 U.S. App. LEXIS 13715, 194 U.S.P.Q. (BNA) 10.

[33] 第九巡回法院的关于七个子因素的分析，实际上是借鉴了《美国对外关系法重述（第二次）》对于州际案件管辖权划分的规定，具体包括：美国商标法与外国商标法或政策的冲突程度、被告的国籍、公司的所在地或主要营业地、强制执行的可行性、美国影响的相对重要性、影响美国商业的目的性和可预见性、以及与国外行为相比对美国境内被指控的违法行为的相对重要性等。

哈姆法》域外适用的结果，因为其他因素积累验证了美国的利益是十分强大的。[34]这与第二巡回法院特别重视“《兰哈姆法》的域外适用是否与外国商标法相冲突”的做法相反，在一定程度上冲击了商标权以及商标法的地域性原则。纵使理性管辖权标准存在着某些缺点，但毕竟内华达州地方法院属于第九巡回法院辖区，第九巡回法院的判例还是对其具有很大的约束力的。

其实，Wells Fargo 案只是第九巡回法院支持《兰哈姆法》域外适用的起步案例，理性管辖权标准在该案件中的运用尚不成熟。在 1992 年的 Reebok 公司诉 Marantech 公司案（以下简称“Reebok 案”）中，第九巡回法院充分展示了如何具体通过理性管辖权标准来确立《兰哈姆法》的域外适用。[35]第九巡回法院对于 Reebok 案中的七个子因素进行了平衡，但对于美国影响的相对重要性、影响美国商业的目的性和可预见性、以及与国外行为相比对美国境内被指控的违法行为的相对重要性等具有较大自由裁量权的三个子因素都作出了支持域外适用的裁定，最后，通过因素的积累得出《兰哈姆法》可以规制 Marantech 公司在墨西哥境内行为的结论。[36]

第九巡回法院通过借鉴 Timberlane Lumber 案确立的理性管辖权标准，特别是引入通过引入七个子因素来权衡“与外国商标法的冲突”与“美国的利益”，这一点相比第二巡回法院的三方因素标准更具合理性。但第九巡回法院的相关判例表明了其非常支持《兰哈姆法》域外适用的基本态度，并且，第九巡回法院将该标准运用到《兰哈姆法》的域外适用中忽略了一个非常重要的事实，那就是反垄断法与商标法的立法政策是不同的，因此，关于两法的域外适用标准也应具体问题具体分析。但第九巡回法院对于 Wells Fargo 案乃至后期审理其他案件却并没有如此，商标权与商标法的地域性原则虽然在其考虑范围之内，但其对于《兰哈姆法》域外适用与否的决定作用已经大大降低。灵活的理性管辖权标准虽然不像第二巡回法院三方因素标准那样僵化，但对于所有因素的分析与权衡却在一定程度上导致了《兰哈姆法》域外适用的扩张。

（四）域外适用标准的得与失

纵观第二巡回法院与第九巡回法院的相关判例，二者在域外适用《兰哈姆法》的过程中所要考虑的因素是有部分重叠的。例如，两种标准都注意到了效果对于《兰哈姆法》域外适用的必要性，只是对于效果的程度要求各有不同。但是，效果是否具有实质性并不是第二巡回法院与第九巡回法院的主要区别。两者最主要的区别是对于地域性原则的态度。这主要表现为两者对于如何“权衡”各考虑因素产生了很大的差异。第二巡回法院的三方因素标准特别重视对于商标权以及商标法地域性原则的保护，因此，将被告的国籍与是否存在商标法的冲突两因素置于很高的地位。一般来说，第二巡回法院不愿在被告不具有美国国籍以及存在

[34] See Soylent Nutrition v. Li Jue, 2020 U.S. Dist. LEXIS 249693, 2020 WL 8459139.

[35] See Reebok Int'l, Ltd. v. Marnatech Enters., 970 F.2d 552, 1992 U.S. App. LEXIS 15087, 23 U.S.P.Q.2D (BNA) 1377, 92 Cal. Daily Op. Service 5929, 92 Daily Journal DAR 9660, 22 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 1314.

[36] See Marc I. Steinberg, Kelly Flanagan, Transnational Dealings - Morrison Continues to Make Waves, International Lawyer 46, Nov 3, 2012, p. 829-866.

商标法冲突等情况下域外适用《兰哈姆法》，Vanity Fair 案便是很好的例证。而第九巡回法院的理性管辖权标准却将被告的国籍与是否存在商标法的冲突作为七个子因素之一，以用来论证美国的利益是否强大。看似更具有合理性，但实则更注重美国利益的保护，是为扩张域外适用铺路。因为，只要其他五个子因素支持《兰哈姆法》的域外适用，即使存在与外国商标法的冲突，即使被告不具有美国国籍，第九巡回法院也会对此忽略。前述所提及的在第九巡回法院判例指引下的 Soylent Nutrition 案很好地对此予以证明。

诚然，第二巡回法院的三方因素标准尊重了地域性原则，使得《兰哈姆法》的域外适用具有较强的可预测性，但在某些情况下僵化适用三方因素可能会导致不公平的结果。而第九巡回法院的理性管辖权标准虽然可以灵活地域外适用《兰哈姆法》，但这有可能导致《兰哈姆法》过度地域外适用。因此，美国各联邦巡回法院虽然对于《兰哈姆法》的域外适用已建立起成熟的体系，但这种域外适用因审理法院的不同而存在不确定性。更有美国学者指出，美国第五巡回法院曾经在 American Rice 案中尝试将第二巡回法院的三因素标准与第九巡回法院的理性管辖权标准统一起来，以解释《兰哈姆法》的域外效力，但这个问题最终没有得到有效地解决。[37]

三、商标法域外适用的合法性

鉴于商标权以及商标法的地域性原则，世界各国普遍认为一国的商标法只能支配本国领域内的商标权，不具有域外效力。因此，对于商标法域外适用的合法性，各国普遍存疑。但其实，从国际法角度来看，商标法的域外适用，具有一定的合法性。

根据国际法上的国家主权平等原则，主权国家具有独立自主、不受他国干涉，自由制定本国法律的权利。但主权国家对于国内法效力边界的规定需要经过国际法层面的审视。也就是说，国家在制定具有域外效力的法律时，应当考虑该法在具体域外适用时是否符合国际法的要求，如果二者相冲突，必然会引起各国对于该法律合法性的质疑。[38]因此，要对商标法进行域外适用，应当从国际法的渊源：国际条约、国际习惯以及国际法院判决等角度论证其合法性。[39]

（一）国际条约方面的合法性

基于对地域性原则的尊重，目前国际上尚无关于商标法域外适用的国际条约。但是从目前关于商标权保护的国际条约来看，商标权的地域性已经在一定程度上被打破。例如，《保护工业产权巴黎公约》（以下简称“《巴黎公约》”）第六条第二款对于驰名商标保护的规定已经明显打破了商标权的地域性。[40]按照地域性原则的要求，即使是驰名商标，原则上也只能

[37] See Andrew Cogdell, Extraterritorial Application of the Lanham Act: American Rice, Inc. v. Arkansas Rice Growers Cooperative Ass'n. , North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 9, Nov 1, 1983-1984, p. 133-146.

[38] 参见何叶华：《论数据保护法的域外效力》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2021-03-03。

[39] 参见王铁崖，陈公绰，汤宗舜，周仁译注：《奥本海国际法（第一卷第一分册）》，中国大百科全书出版社，1995 年第 1 版第 24 页。

[40] 参见《保护工业产权巴黎公约》第六条之二：（1）本联盟各国承诺，如该国法律允许，应依职权，或依有关当事人的请求，对商标注册或使用国主管机关认为在该国已经属于有权享受本公约利益的人所有

在驰名商标权利原始取得国有效，其他国家不必承认也没有义务对其进行保护。但《巴黎公约》要求成员国禁止本国商标局对类似商标给予注册，这显然是对基于权利原始取得国法律取得合法商标的尊重，承认该商标在本国境内具有一定的效力。此外，《巴黎公约》虽然通过第六条规定了独立性原则，但第二条第五款又规定了例外情况，要求其他成员国给予已经取得某一成员国承认的商标以本国境内的合法地位，[41]这实际上也是承认外国商标在本国境内的效力。

其实，包括《巴黎公约》在内的有关商标权的国际条约并未明文规定商标权的地域性原则，因此，尊重地域性原则不是国际条约法上的义务。但是根据国际礼让原则，实践中，地域性原则是被普遍各国普遍承认的。从这个角度讲，尊重商标权以及商标法的地域性，更加符合国际礼让原则的要求，而不是国际法所施加的义务。[42]这意味着，不管从理论的角度，还是从实务的角度，主权国家可以背离地域性原则而特别地实施商标法，包括对于本国商标法进行域外适用。只不过，由于目前各国总体上仍然遵从地域性原则，导致商标法的域外适用不被各国所普遍接受，但这并不等于对商标法进行域外适用违法国际法，二者并不等同。

（二）国际判决方面的合法性

关于国内法域外效力边界的问题，国际常设法院对 1927 年“荷花号案”作出的判决至今都具有重要的参考意义。在该案的判决中，国际常设法院指出，原则上，主权国家仅可以在本国领域内行使权力，但是，目前国际法中并没有一项规则禁止主权国家将国内法的适用范围和司法管辖权延伸到本国领域外的人、物和行为，因此，这一问题应交由各主权国家自行决定。[43]这意味着，国际常设法院对于域外适用国内法的默示同意。不仅在上世纪，现今的国际法中也没有发展出这样一种规则。因此，按照国际常设法院的逻辑，由于国际社会目前并未就国内法的域外适用问题形成统一的禁止性规则，主权国家便可以将本国的国内法进行域外适用。商标法当然也属于国内法的范畴。

国际常设法院的判决表明了国内外的域外适用并不违反国际法，而国际条约的发展表明了商标权的地域性已经在全球化的浪潮中逐渐被打破。虽然目前尚没有国际习惯支持商标法的域外适用，但也并无国际习惯对其表示禁止。事实上，从现状来看，许多国家和国际组织已经陆续开始了本国法的域外适用。[44]国际社会已经通过自身的实际行动表明，除非被国际

而驰名、并且用于相同或类似商品的商标构成复制、仿制或翻译，易于产生混淆的商标，拒绝或取消注册，并禁止使用。这些规定，在商标的主要部分构成对上述驰名商标的复制或仿制，易于产生混淆时，也应运用。（2）自注册之日起至少五年的期间内，应允许提出取消这种商标的请求。本联盟各国可以规定一个期间，在这期间内必须提出禁止使用的请求。（3）对于依恶意取得注册或使用的商标提出取消注册或禁止使用的请求，不应规定时间限制。

41 参见刘仁山：《国际私法》，中国法制出版社，2009 年第 6 版，第 247 页。

42 参见孔祥俊：《商标法适用的基本问题》，中国法制出版社，2012 年第 1 版，第 99 页。

43 参见何铁军：《国际法上的管辖权制度刍议——以“荷花号案”为视角》，载《齐齐哈尔大学学报（哲学社会科学版）》，2008 年第 4 期。

44 美国不仅在商标法领域进行域外适用，其在证券法、反垄断法等领域都有丰富的域外适用经验；欧盟的 GDPR 是数据保护立法域外适用的典范；我国也在证券法等领域开启了国内法域外适用的大门。

条约或者判决明确禁止，国家可以基于自身利益考量将国内法进行域外适用。当然，这一观点并不代表国家可以基于本国利益肆意对本国法进行域外适用，只是说，主权国家将本国法进行域外适用具有国际法上的合法性。

四、我国商标法域外适用机制的构建

美国之所以从 20 世纪 50 年代便开始对本国《兰哈姆法》进行域外适用，很大一部分原因在于美国企业的商标伴随着美国频繁地对外经济活动走向世界。由于各国商标法的发展水平不同，且基于地域性原则的存在，美国企业的商标在这个过程中不仅会容易受到他国企业或人民恶意抢注商标的侵害，而且商标法发展水平较低的国家给予美国企业的保护措施也可能难以弥补其所遭受的实际损失。即使目前存在多边商标权条约对恶意抢注行为以及各国商标法保护水准进行规制，但具体实施效果仍因各国而异。因此，在 21 世纪的今天，美国各联邦巡回法院仍存在域外适用《兰哈姆法》的现象。[45]

对于我国企业来说，目前也存在着此种困扰。例如，上海“英雄”牌钢笔被日本商人抢注，我国企业只能停止在日本的代销；“红星二锅头”在瑞典、爱尔兰、新西兰、英国等国被同一家英国公司抢注；“桂发祥十八街”商标被一家名为“加拿大中华老字号商标股份有限公司”的加拿大公司抢注等。这不仅会对我国相关企业的利益产生直接的影响，放任下去，更是会冲击我国对外贸易的发展。而我国目前的商标立法和参加的多边商标权国际条约并不能给予足够的保护。因此，我国应当适度构建我国商标法的域外适用制度，通过我国商标法的域外适用，以规范境外恶意侵害我国商标权的行为。

具体而言，应当从以下几点着力：

（一）明确我国商标法具有域外效力

据统计，截至 2020 年 10 月底，我国有效注册商标量为 2918.2 万件，已经连续多年居世界首位。[46]在有效注册商标量不断增长的同时，海外抢注我国企业商标的行为也在与日俱增。根据《企业商标国际抢注预警报告》披露，近年来，每年约有 12%至 34%的我国企业商标在海外遭遇抢注，被抢注主体和抢注地域存在高度的重叠性和延续性。例如，小鹏、知豆、雷丁、丽驰、智车优行、御捷 6 家新能源汽车公司的 15 枚商标分别在南亚的印度、东南亚的印度尼西亚、菲律宾等 3 国被抢注，而申请人均为住址为广东省的 JIANZHIHUANG，这可能是熟悉我国企业的职业商标抢注人所为。[47]因此，我国商标法应当在总则中明确其具有域外适用的效力，以规范境外侵犯我国商标权的行为。我国于 2019 年修订的《证券法》对此提供了很好的借鉴。[48]

---

[45] 如 2020 年 IMAPIZZA LLC 诉 AT PIZZA LIMITED 案，2017 年的 CHARISMA WORLD WIDE CORP 诉 AVON PRODUCTS INC 案以及前文提及的 Soylent Nutrition 案。

[46] 参见央视新闻：我国有效注册商标量连续多年居世界首位，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1685218728947570974&wfr=spider&for=pc，最后访问时间 2021 年 5 月 1 日。

[47] 参见产业发展研究网：我国企业商标在海外被抢注或被侵权问题日渐凸显，http://www.chinaidr.com/tradenews/2020-12/161924.html，最后访问时间 2021 年 5 月 1 日。

[48] 参见《中华人民共和国证券法》第二条第 4 款：在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动，扰

当然，我国商标法并不能广泛地规定“具有域外适用的效力”，这样就陷入了美国《兰哈姆法》第 1127 条规定的“国会控制下的商业”的弊端，这容易造成我国商标法域外适用的过度扩张。其实，美国各联邦巡回法院过往的判例表明，《兰哈姆法》域外规制的对象大多为美国国民或经常居所地在美国的企业于境外从事的侵权行为。不管是三方因素标准，亦或者理性管辖权标准，都将被告的国籍或者住所地作为《兰哈姆法》域外适用的重要考虑因素之一。虽然第二巡回法院曾经在 1989 年的 Calvin Klein 公司诉香港 BFK 公司案中提出了建设性公民的概念，将美国公司控制下的外国公民视为美国公民，并对其境外侵权行为适用《兰哈姆法》，[49]但随后却在美国 Totalplan 公司诉加拿大 Colborne 案中对于建设性公民为美国公民表示了否定。[50]因此，时至今日，美国《兰哈姆法》的域外适用的对象始终是住所在美国的被告于境外从事的侵权行为。这或许是由于对纯外国公民于境外从事的侵权行为适用《兰哈姆法》并不能产生任何实质性的作用，并不能为美国企业带来具有经济效益的补偿措施。

因此，我国恰当的做法应当是在总则中规定商标法具有域外效力的同时，将商标法域外效力的范围限定为“经常居所位于我国境内的当事人于境外从事的，恶意抢注我国商标或侵犯我国商标权的行为。”这不仅可以明确我国商标法的域外效力，还使得域外适用我国商标法能够产生一定实质性的作用。

（二）尊重地域性原则

虽然在经济全球化深入发展的今天，商标权与商标法的地域性原则受到冲击。但是，不可否认，商标权与商标法还是同主权国家的国家利益与公共政策密切相关。因此，应当在尊重地域性原则的基础上构建我国商标法的域外适用机制。

具体地讲，在域外适用我国商标法时，可以借鉴美国第九巡回法院理性管辖权标准，综合权衡我国商标法与外国商标法的冲突、我国企业的相对利益、侵权人的行为对我国的影响、涉外强制执行的可行性、侵权人的国籍或者经常居所地以及侵权人侵权行为的目的性等因素，在尊重外国商标法与礼让原则的基础上，得出是否可以域外适用我国商标法的结论。当然，这一过程注定是艰辛的。为了避免实践中出现美国第九巡回法院权衡过程中自由裁量权的弊端，对于我国来说就应当充分发挥我国最高人民法院指导性案例的在商标法域外适用中的指导作用。相对于法律条文的抽象性，最高人民法院所发布的指导性案例裁判文书，可以较为详细地显示出法律推理以及做出法律决定的全过程，可以为后续各级人民法院域外适用商标法提供一个基本的遵循。[51]

（三）将效果原则作为我国商标法域外适用的基础

乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，依照本法有关规定处理并追究法律责任。

[49] See Calvin Klein Indus. v. BFK H.K., Ltd., 714 F. Supp. 78, 1989 U.S. Dist. LEXIS 5436, 11 U.S.P.Q.2D (BNA) 1730.

[50] See Totalplan Corp. of Am. v. Colborne, 14 F.3d 824, 1994 U.S. App. LEXIS 1641, 29 U.S.P.Q.2D (BNA) 1740.

[51] 参见宋连斌,张溪璠:《我国涉外一般侵权法律适用的现状、特点及改进建议——基于 93 份裁判文书的实证分析》，载《江西社会科学》2018 年第 2 期。

“效果”原则允许一国对“发生在其领土之外,但对领土内产生了或可能产生实质效果的行为”行使立法管辖权。[52]我国的《证券法》、欧盟的《通用数据保护条例》以及德国的《反限制竞争法》等都基于效果原则进行域外适用。美国《兰哈姆法》的域外适用也是基于基于效果原则。虽然第二巡回法院与第九巡回法院关于效果的程度要求不同，但规范的行为都是“从美国境外影响到美国境内”的行为。这也是基于效果原则的域外适用与基于行为原则的域外适用关键区别所在。

在行为原则影响下的域外适用，可能会造成非效果发生地的行为所在国商标法域外适用的过度扩张，这会在相当程度上违反商标权的地域性原则。例如，甲国人 A 在甲国从事侵犯乙国商标权的行为，商标侵权行为虽发生在甲国但商标侵权的效果却发生于乙国，如果甲国法院基于行为原则适用甲国的商标法，实际上是保护的乙国的商标权利益，这显然是对地域性原则的挑战，这也将导致同一行为受到甲乙两国双重商标法的规制。[53]而效果原则却可以有效避免这一问题的发生。在上述假设的前提下，甲乙两国都秉持着基于效果原则的域外适用理论，甲国不会用本国商标法规制 A 在本国境内的行为，因为 A 的行为在甲国境内并没有侵犯甲国的商标权，不构成违法；乙国基于效果发生在乙国域外适用乙国的商标法将有效保护乙国的商标权利益。当然，如果甲国对于商标侵权的冲突规则为“被请求保护地法”，甲国法院可能会适用乙国的商标法。但这与商标法的主动域外适用是不同的。主权国家主动域外适用本国商标法是主动本国商标权利益的体现。

可以说，效果原则代表了侵权行为地标准的自由化，是基于属地原则引申出来的一个新的连结点。随着实践的不断发展，各国逐渐接受了基于效果原则的国内法域外适用。荷兰法学家胡伯也曾指出，基于效果原则，国家可以根据特定的情况，制定法律以约束发生在境外但对其境内产生重要影响的行为。[54]因此，笔者认为，我国可以借鉴美国的实践经验,以效果原则作为我国《商标法》域外适用的基础。当然，为了防止我国商标法域外适用的过度扩张，我国还应当将效果限定为“实质性”的程度，只有在商标侵权人的行为对我企业的利益或者国家利益造成严重影响的情况下，才能域外适用我国的商标法。

最后，我国应当在商标法总则中作出如下规定：经常居所位于我国境内的当事人于境外从事的，恶意抢注我国商标或侵权我国商标权的行为，给我国市场秩序、企业利益造成严重影响的，适用本法。关于如何认定严重影响以及具体运用，由最高人民法院颁布司法解释形式予以规定。

五、结语

伴随着一带一路建设进程的加快，我国将有越来越多的商标伴随着国际贸易走出国门。而我国现有的国内商标权立法以及相关国际条约并不能为我国的商标提供充足的保护。特别

[52] 参见韩书立：《我国专利法的域外适用问题研究》，载《法学评论》2021 年第 4 期。

[53] 参见阮开欣：《论跨境侵犯知识产权的法律适用———以涉外定牌加工问题为出发点》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 4 期。

[54] 参见孔祥俊：《商标法适用的基本问题》，中国法制出版社，2012 年第 1 版，第 99 页。

是对于完全发生在境外的恶意抢注我国商标或侵犯我国商标权的行为，我国无法通过国内商标法对其进行规制。因此，必须创新我国商标权的保护方式，一个比较可行的方法便是将我国的商标法进行域外适用。在加快推进我国法域外适用的法律体系建设的今天，商标法领域的域外适用也理所应当的包括在内。对于我国商标法进行域外适用，不仅具有国际法上的合法性，也具有社会现实的必要性。为此，我国应当明确我国商标法具有域外效力，尊重地域性原则与礼让原则，同时以效果原则为基础构建我国商标法的域外适用机制。这可以为商标权的国际保护贡献具有中国特色的方案，同时，这也是我国积极参与建设开放、包容的全球治理体系的有利体现。

参考文献：

[1]彭欢燕.商标国际私法研究——国际商标法之重构.[M].北京：北京大学出版社，2007.

[2]韩书立.我国专利法的域外适用问题研究[J].法学评论.2021(04).

[3]韩永红.美国法域外适用的司法实践及中国应对[J].环球法律评论.2020(04).

[4]Robert Butts. Trademark Law: Interpreting the Congressional Intent of the Extraterritorial Applications of the Lanham Trademark Act[J]. Florida Journal of International Law.1993(08).

[5]杨松才.论美国知识产权法的域外适用[J].法学杂志.2007(05).

[6]Erika M Brown. The Extaterritorial Reach of United States Trademark Law: A Review of Recent Decisions under the Lanham Act[J]. Fordham Intellectual Property、 Media & Entertainment Law Journal 9.1999(03).

[7]Anna R. Popov. Watering down Steele v. Bulova Watch Co. to Reach E-Commerce Overseas: Analyzing the Lanham Act's Extraterritorial Reach under International Law[J]. Southern California Law Review.2004(03).

[8]Marshall Leaffer. The Extraterritorial Application of U.S. Trademark and Copyright Law[J]. International Intellectual Property Law & Policy.1998(03).

[9]See Sarah Thomas-Gonzalez. Extraterritorial Jurisdiction of the Lanham Act: American Rice, Inc. v. Arkansas Ricegrowers Cooperative Ass'n[J]. Brooklyn Journal of International Law 11.1985(11).

[10]Jason Webster. Trademark Law - Extraterritorial Application of the Lanham Act -McBee v. Delica Co., Ltd[J]. Suffolk Transnational Law Review 30.2006(01).

[11] Andrew Cogdell. Extraterritorial Application of the Lanham Act: American Rice, Inc. v. Arkansas Rice Growers Cooperative Ass'n.[J]. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 9,1983-1984(01).

[12]何叶华.论数据保护法的域外效力[J].北京理工大学学报（社会科学版).2021-03-03.

[13]王铁崖，陈公绰，汤宗舜，周仁译注.奥本海国际法（第一卷第一分册）[M].北京：中国大百科全书出版社，1995.

[14]刘仁山.国际私法[M].北京：中国法制出版社，2009.

[15]孔祥俊.商标法适用的基本问题[M].北京：中国法制出版社，2012.

[16]何铁军.国际法上的管辖权制度刍议——以“荷花号案”为视角[J].齐齐哈尔大学学报（哲学社会科学版）.2008(4).

[17]宋连斌,张溪璠.我国涉外一般侵权法律适用的现状、特点及改进建议——基于 93 份裁判文书的实证分析[J].江西社会科学,2018(2).

论美国域外证据开示制度的阻击及启示

邵 琼

摘要：域外证据开示是一直是美国民事诉讼过程中取证的一项重要制度。美国取证范围的随意性和广泛性，对外国的司法主权乃至国家主权造成了重大威胁，因此，美国的域外取证遭到了众多国家的抵制，英国等一些国家由最初的外交抗议演变成制定专门的阻却法。但是美国通过多要素分析方法，决定是否命令域外证据开示时，往往会因为对外国利益缺乏了解，高估本国利益以及坚持外国法并不会被真正执行，选择漠视外国阻却法。基于此，《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》的出台，或许可以为我国解决与美国证据开示之间的冲突提供一种新的思路。

关键词：阻却法 证据开示 多要素分析方法

证据开示作为民事诉讼的审前程序，一方当事人可以通过该程序从另一方当事人那里获得与案件有关的事实和信息，以便为审判作准备。[1]1938 年美国《联邦民事诉讼规则》正式规定了将证据开示制度。证据开示制度的适用不仅在发现真相方面有实质性的优点，而且还能促进司法公正和提高诉讼程序的效率。[2]然而，根据美国法律的有关规定，民事诉讼中的当事人及其律师经常到现场收集他们认为应当收集的证据和信息，这受到证据所在国的强烈抵制。在美国法域外适用所引起的与外国的摩擦中，最严重的莫过于美国民事证据开示域外适用所引起的摩擦。[3]本文将就美国域外证据开示的特点进行分析，阐述其在国外所遭受的阻击及抵触以及分析美国对阻击的反应，在我国《《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》出台之际，为我国针对美国域外证据开示的反击提供启示与建议。

一、美国域外证据开示的扩张性

美国的域外证据开示程序之所以受到诸多国家的阻击与抵制，归根结底是因为其过度利用域外证据开示程序广泛取证他国企业及个人隐私，甚至于危害他国司法主权及公共利益。

（一）美国域外取证范围的广泛性

与其他采取证据开示制度的国家相比，美国的取证范围要远远大于其他国家。[4]在美国，根据美国《联邦民事诉讼规则》的规定，除非有关事项受保密特权保护，除此之外，凡是与案件有关联性的事项都可以被要求证据开示，即使是将来不会被法庭采纳为证据的事项。由此可见，在美国的民事诉讼中，证据开示主要受两个因素的影响：有关事项与案件的关联性和保密特权的限制。

---

[1] 参见薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 413 页。

[2] 温雪斌.域外证据开示冲突研究.清华大学,2002.

[3] Restatement (third) of Foreign Relations Lane of the United States $442,Reports'Note Ⅰ(1987).

[4] 例如，在出示书证材料方面，英国法律将这些材料仅限于正在或已在当事人持有、保管或权限范围之内的且与诉讼有关的文件，而不是像美国法律所规定的那样广泛而不特定的文件。参见沈达明:《比较民事诉讼法初论》（下册），中信出版社 1991 年版，第 39—41 页

首先，与案件的“关联性”，此“关联性”的范围过于广泛，甚至只要有联系就可判定为存在关联性。在美国，律师主导取证的过程，他不需要任何批准，就可以要求对那些与诉答书状中的争议问题，包括仅仅存在偶然联系的事实进行证据开示，哪怕这些事实并不能对案件事实有直接证明或反驳争议的关系。[5] 而这种“关联性”的认定来源于法官的自由裁量，从程序上讲，在一方当事人请求保护性命令，限制证据开示时，法院才会面对所谓的相关性问题，并且这种说服责任由提出保护性命令的一方当事人承担，而只有在法官认为所要求的开示的材料与诉讼标的之间确实不存在任何关系时，才会限制一方律师提出的证据开示请求的范围。实践中，律师通常会要求对方当事人提供所有的与诉讼标的相关的证据资料，而法院通常对其证据开示相关性也不会进行任何司法审查。

其次，有关保密特权的限制，美国民事诉讼中的保密特权基本上是基于证人与所寻求的事实之间的自然关系而产生的。主要的是防止自证其罪的保密特权、律师与委托人之间的保密特权、律师工作成果的保密特权、医生与病人之间的保密特权等，其他一些保密特权较少得到使用。[6]但是对于一些私人信息，例如商业秘密，原则上也属于证据开示的范围之内。当事人不能以商业秘密为理由拒绝证据开示，只能以此为理由，根据美国《联邦民事诉讼规则》的规定，申请保护性命令，请求法院加以保护。但是这种保护性命令通常只是具有临时性效力，因为，即使有关证据材料在证据开示阶段被保护不予披露，到开庭审理时也常常不能幸免。[7]而在一些国家，例如德国，证人不提供非公开的商业秘密被认为是正当的，一方当事人几乎也没有什么机会要求对方当事人出示商业秘密。所以，在美国域外取证的过程中，很多国家都担心美国商人利用证据开示的借口，从国外获取在请求国受到保护的商业机密信息。

（二）损害他国的司法主权

取证程序的差异引发了国际社会对取证性质的不同认知。在美国，由律师主导推进调查取证程序，因此取证并不能被视为一项司法行为，而仅仅是当事人私权利的行使。据此，美国法院常常签署命令，要求当事方或非当事方提供处于域外的文件，而不寻求外国当局的同意或协助。[8]但是对大陆法系的国家而言，取证行为是法院的职权行为，是一种行使国家司法权力的活动，在这种司法权力背后隐含的是国家主权。因此，域外取证行为是国家主权在司法权上的延伸和表现。强制当事人或证人提供证据，被看做是国家和政府的职能，不能由当事人分割或独享，大陆法系国家之所以反对证据开示程序，就是因为它允许当事人行使本应属于国家司法机关的权力，抑或分割了司法权。[9]因此，未经有关当局同意而在其国内进

[5] 张茂：《美国国际民事诉讼法》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 225 页。

[6] 《美国民事诉讼法导论》，杰弗里·C.哈泽德,米歇尔·塔鲁伊著，张茂译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 119 页。

[7] 戴维 J·格博,蔡彦敏.《域外证据开示和诉讼制度的冲突——以德国和美国为中心》,《环球法律评论》，2000 年第 2 期，第 34 页。

[8] 徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年版，第 174 页。

[9] 徐伟功：《美国国（区）际民事诉讼中的若干问题研究》，湖北人民出版社 2007 年版，第 29 页。

行的域外调查取证活动，都是属于非法的、侵犯国家司法主权的行为。并且，不单只大陆法系持这样的看法，很多英美法系国家，也将美国这种在本国境内实施的单方面的域外取证行为，看作是对本国司法主权的侵犯。由此，为了维护本国的司法主权，众多国家与美国在域外取证方面的摩擦日益突出。

二、美国域外取证程序遭受的阻击

起初，为了应对美国的域外证据开示程序，不少国家都通过外交照会发出抗议。但是外国政府的意见，无法改变美国法院进行单方面域外取证的政策，这就很难使外国的主权和利益得到切实保障。[10]随后，有些国家即采取了更加严厉的措施，纷纷制定本国的阻却法。除了专门立法之外，禁止披露特定领域的信息的法律也被看作是阻却法的一种，典型代表是为了保护银行客户的隐私，禁止相关银行披露客户身份和有关客户账户信息的银行保密法。

1948 年，加拿大的安大略省制定了最早的阻却法——《商业记录法》，以禁止本省的商业记录在外国诉讼时出示。[11]起因在于 1947 年，加拿大的一个国际纸业公司，是美国国际纸业公司的子公司，制造进口的新闻纸在美国销售，美国联邦州的联邦法院为了确定美国纸业公司是否违反了美国的反垄断法，向加拿大纸业公司发布了命令，要求其提供位于加拿大境内的文件，以用于大陪审团的有关新闻纸的调查。[12]

二战以后，美国法院发起了多起反托拉斯的诉讼调查，在这些案件中，都命令外国当事人出示位于美国境外的文件资料。可以说，国际社会中大多数的阻却法，都是在 1950 年至 1990 年之间通过的，以回应美国过度扩张的调查或诉讼。[13]20 世纪 50 年代，在美国司法部发起一项对一个石油卡特尔的调查中，英国、荷兰、法国和意大利政府都发布了禁止将境内资料提交到外国机构的命令。[14]

20 世纪 60 年代，美国海事委员会，就国际航运协会的歧视行为和垄断行为进行了一系列调查，它要求有关航运公司向其提交文件记录，而这一行为自然招致许多国家的反对。英国于 1964 年 7 月 31 日颁布了《海运合同和商业文件法》，这是英国最早的阻却法。对英国来说，一直以来，英国与美国在管辖权问题上存在的主要分歧点是美国反托拉斯法，特别是与航运有关的法律的域外适用范围，主要原因在于英美在航运领域政策的根本性差异：在英国，由船东组成船舶工会，已经被接受超过一个世纪了，这种工会不受英国竞争法的限制，可以自由地签订有关工会的协议，但是在美国，这种行为被认为是受反托拉斯法的限制并且是违反反托拉斯法的。[15]1968 年 7 月 26 日，法国颁布了《关于海商领域向外国机构转交文

[10] 徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年版，第 177 页。

[11] Gary A. Gotto, Foreign Blocking Legislation: Recent Roadblocks to Effective Enforcement of American Antitrust Law, 1981 Ariz. St. L.J. 945,at 951(1981).

[12] In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum, 72 F. Supp. 1013 (S.D. N.Y. 1947).

[13] Hoda, M. J. The Aerospatiale Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It, 106 Calif. L. Rev. 231,at 234 (2018).

[14] 王中美：《美国反托拉斯法精解》，上海交通大学出版社 2011 年版，第 41 页。

[15] A. V. Lowe, Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980, 75 Am. J. Int'l L. 257,at 258(1981).

件及信息的第 68-678 号法律》，此外，还包括德国 1965 年《联邦海上航运法》、挪威的《授权国王禁止船主向外国机构提供信息的法律》等，但此时它们对美国证据开示程序的限制，只集中在海上运输领域。

20 世纪 70 年代，西屋案件出现，美国在国际上展开了一系列关于铀生产的反托拉斯调查，由此引发了新一轮制定阻却法的浪潮。起因在于，1960 年和 1970 年早期，西屋电气公司签署了一系列合同向买方供应铀。1972 年到 1975 年，铀的国际价格猛增，导致西屋公司无法继续履行供应合同。1976 年，西屋公司依据反托拉斯法，向芝加哥的联邦地区法院提起了民事反垄断诉讼，以此对抗包括英国、法国、加拿大在内的 29 个铀的供应商，它声称铀价格的上升是因为世界上出现了一个企图控制铀的价格及供应的卡特尔。[16]为了获取更多证据，西屋电气公司要求外国铀供应商对所持有的文件进行证据开示，美国法院同意了该请求。为了回应该诉讼，1976 年，加拿大颁布了《铀信息安全条例》、澳大利亚颁布了《外国诉讼（禁止特定类型证据）法》，南非于 1978 年颁布《原子能法》，以专门禁止当事人披露与铀卡特尔有关的信息。这三个国家出台这些法律的目的很明确，即阻碍美国对铀的反托拉斯调查，反抗美国广泛的证据开示范围。

此后几年，为了回应西屋案件的相关具体诉讼，英国于 1980 年 3 月 20 日颁布了《保护贸易利益法》，取代了之前的《海运合同和商业文件法》，将禁止取证的范围扩大了任何可能损害或威胁英国贸易利益的贸易行为。法国于 1980 年 7 月 16 日修改了 68-678 号法律，颁布了《关于个人或官员向外国自然人、法人提供经济、商业、工业、财政或技术性文件或情报的第 80-538 号法律》，禁止任何人以口头或者任何形式寻求或者披露涉及到经济、商业、工业、金融或具有技术性质的文件或信息，以便用于外国司法或行政程序，供其作为证据。1985 年 2 月 14 日，加拿大联邦议会通过了《外国域外程序法》，禁止任何人遵守可能侵犯国际贸易或者加拿大主权的、外国法院采取的措施。1984 年，澳大利亚也颁布了《外国诉讼（超越管辖）法》，包含了之前阻却法的内容。至此，这些国家为了维护本国主权利益，纷纷扩大了禁止披露的信息的领域范围，完善了相关阻却法的内容，以全面应对美国的域外证据开示程序。

通过审查国家之间阻却条款或立法的产生，我们可以发现国际社会制定阻却法的共同特点：一般是美国某些有重大影响的案件或行为出现后，要求行使域外取证程序时，一些国家就会被迫制定相应条款或法律，并且这些条款的适用范围逐渐从个别领域扩大到了整个国民经济。

三、美国法院对阻击的反应

（一）美国法院处理阻击的方法

美国法院处理的第一个关于阻却法的案件是 1958 年的 Rogers 案。本案中，联邦最高法院通过审查该案件基本法律政策的重要性、当事人寻求证据开示请求的重要性以及反对证

[16] Westinghouse Elec. Corp. v. Rio Algom Ltd., 617 F.2d 1248 (1980).

据开示的当事人的国籍三个要素，确定了证据开示命令的有效性，[17]其次，法院评估了反对证据开示的当事人的善意程度，最终判决不对其施加惩罚[18]。Rogers 案首先采用了要素分析的方法，解决了美国法院的证据开示命令与外国阻却法之间的冲突。但是随后几年，该判例被忽视。第二巡回上诉法院在 20 世纪 50 年代末的一系列案件中提出了礼让分析（comity analysis）的方法。[19]一般来说，在域外证据开示的情况下，礼让分析方法要求美国法院，直接拒绝当事人提出的违反外国阻却法的证据开示请求，以表现出对外国法的尊重和对外国主权的维护。但是这种方法遭到学者的严厉批评，因为礼让分析方法完全忽略了证据开示的重要性，无视诉讼中美国当事人的利益，所以这种方法很快就被第二巡回上诉法院放弃。

1965 年，美国法学会通过了《美国第二次对外关系法重述》（以下简称《第二次重述》），《第二次重述》中第 40 条建议法院考虑五个因素以限制行使管辖权，但是这五项因素在适用中并没有得到统一，有的因素还存有争议。1987 年，美国法学会发布了《美国第三次对外关系法重述》（以下简称《第三次重述》），其中的第 422 条，专门对证据开示请求作出规定，更新了五项审查因素，使其在实践操作方面的可行性进一步增强。1987，Aérospatiale 案作出了判决，本案中，美国最高法院确认，美国民事诉讼中的美国当事人可以根据《联邦民事诉讼规则》，向外国当事人发起任何证据开示请求，并且“阻却法并不剥夺美国法院命令受其管辖的一方提供证据的权力，即使该行为可能违反该法令。”[20]并且，在确定是否根据美国《联邦民事诉讼规则》命令证据开示时，最高法院在脚注中列举了《第三次重述》中的五个因素，[21]进行了具体情况分析与国家之间的利益平衡。至此，该案为下级法院确定了多要素分析方法（balancing analysis）。但是该案的缺陷在于，它并没有规定一个具体的统一性规则，而只是提供了指导性审查因素。由此导致地区法院采取多要素分析方法时，适用的考量因素有所不同。

综合来说，美国法院在决定是否违反外国阻却法，发出证据开示命令时，会考虑《第三次重述》中所确立的五项要素：证据开示请求对诉讼的重要性、证据开示请求的具体化程度、所要求的信息的来源、获得信息的可替代性方式、不遵守该请求将在多大程度上损害美国的重要利益，或者遵守该请求将在多大程度上损害美国的重要利益（平衡国家利益），以及拒绝证据开示一方的善意、拒绝开示一方遵守请求的困难程度，共七个因素。[22]但是可以说，自从 1987 年 Aérospatiale 案判决以来，阻却法就不再对其他有正当理由的美国证据开示命令设置任何障碍，美国法院通常会漠视外国的阻却法，使得美国的证据开示请求在这场比较

[17] Société Internationale Pour Participations Industrielles, S.A. v. Rogers, 357 U.S. 197,at 204-205.

[18] Id.at 212.

[19] First Nat'l City Bank of New York v. Internal Revenue Serv., 271 F.2d 616 (2d Cir. 1959); Ings v. Ferguson, 282 F.2d 149 (2d Cir. 1960); In re Application of Chase Manhattan Bank, 297 F.2d 611 (1962).

[20] Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. Dist. Court for S. Dist. of Iowa, 482 U.S. 522, at 544(1987).

[21] Id.at 544.

[22] Hoda, M. J. The Aerospatiale Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It, 106 Calif. L. Rev. 231,at 242(2018).

中胜出。

（二）美国法院漠视阻击的原因

1．美国法院低估外国利益而高估本国利益

在法院适用多要素分析方法解决域外取证冲突的案件中，最常牵扯到的外国利益是外国银行保密和金融隐私方面的利益。原因在于很多国家虽然没有制定专门阻却法，但是大多会有相应的银行保密法等实体性法律规则来保护具体的私人客户的隐私，说明关于银行保密和金融隐私方面的信息涉及到国家的重大利益，这些法律具有重要意义而被国际社会普遍接受，但是美国法院在处理证据开示命令与该方面利益的冲突时，往往会将外国在这方面的利益置于美国法院全面公正地判决案件的利益之下。

1992 年，在 Richmark 案中，第九巡回法院指出，美国在执行判决方面的利益超过了中国在本案中的保密利益……中国的利益被形容为重要的（substantial），美国的利益则被形容为重大的（vital）。[23]通过这一措辞足以可见美国法院的偏见。在前述 NML Capital 案件中，纽约南区法院也指出“美国在法院全面而公正地判决，包括执行判决在内的这方面的利益，超过了外国在保护其银行客户记录方面的利益。”[24]在 Wultz 案中，原告要求中国银行出具与诉讼有关的信息，但该信息的出具将违反中国银行相关保密规则，纽约南部地区法院在综合衡量七个因素后判定，当美国完全公正地在法庭上裁判案件的利益和打击恐怖组织的利益结合时，美国的利益“被提高到最高，并且削减了所有相对抗的外国的利益”。因此美国在摧毁杀死美国公民的国际组织方面的利益极大超越了外国在银行保密法方面的利益和所维护的抽象而一般的主权利益。[25]

通常意义上，所谓的指控都是私人一方提出来的并且存疑的，而法院依然认定这些指控胜过已经存在的银行保密和金融隐私利益，这种分析显然是无法令人信服的。若是美国诉讼中全面公正的审判总是超过外国利益，那这种多要素分析方法便失去了存在的必要性。

2．外国阻却法并不会被真正执行

美国法院通常不会将外国的阻却法，特别是法国的阻却法，当做是外国的合法利益并且认为它们的阻却法几乎不可能被执行。1984 年，在 Compagnie Francaise 一案中，纽约南区法院在衡量相关国家利益，考虑到法国阻却法时就指出“从法律内容来看，法国的利益似乎很重大……但是该法的立法历史强有力地表明，它从来没有被期望或打算对法国国民强制执行，而只是打算为他们在外国法院中提供战术武器和谈判筹码。”[26]而在衡量当事人遵守证据开示的困难程度时，法院认为原告的担心是没有依据的，因为几乎没有证据表明法国阻却法已经或可能要被执行。2000 年的 Bodner 案和 2006 年的 Liberty Media Corp. v. Vivendi

[23] Richmark Corp. v. Timber Falling Consultants, 959 F.2d 1468, at 1477-78 (1992).

[24] NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina, Nos. 03 Civ. 8845(TPG), 2013 WL 491522, at 11(S.D.N.Y. Feb. 8, 2013).

[25] Wultz v. Bank of China Ltd.,at559. 910 F.Supp.2d 548 (2012).

[26] Compagnie Française D'assurance pour le Commerce v. Phillips Petroleum Co., 105 F.R.D. 16, at 30 (S.D.N.Y. 1984).

Universal S.A.案中，纽约南区法院依然坚持这一观点，即“法国的阻却法并不会使法国当事人面临被起诉的风险。”[27]

更为典型的是在 2014 年的 Motorola 案中，摩托罗拉公司向法国、约旦、阿拉伯联合酋长国和瑞士这四个国家的银行提出证据开示请求后，每个银行都表示本国的法律禁止公布所寻求的文件。纽约南区法院首先考虑了约旦和阿拉伯联合酋长国的银行保密法，法院指出“法院现在的注意力集中在约旦和阿联酋的银行或其官员因遵守外国法院的命令，而受到的公开起诉方面。最终确认那些银行没有收到任何此类起诉。”[28]其次在考虑法国阻却法时法院认为“法国当局实际上并不会起诉或者以其他方式惩罚出示证据一方”[29]。但是在涉及到瑞士银行保密法中，法院认为“瑞士的银行保密制度不仅成为了被严格执行的国家利益，而且几乎成为该国国家身份的因素……银行保密法正在被严格和认真的执行”，在 2013 年，瑞士一位银行职员就因违反瑞士银行保密法被判处三年有期徒刑。[30]因此最终法院判决，法国、约旦和阿拉伯联合酋长国银行出示相关材料，而驳回了要求出示瑞士银行相关材料的请求。

四、对中国的启示

在域外取证方面，我国对美国广泛的证据开示范围持反对态度，我国于 1997 年 12 月 8 日加入《海牙公约》并提出了两项保留声明。声明中指出，我国与其他缔约国之间的取证途径仅限于请求书途径和领事途径两种方式，并且取证的范围仅限于请求书中所确定的与案件有直接密切联系的文件。另外，我国《中华人民共和国保密法》第 48 条第 1 款第 4 项和《中华人民共和国刑法》第 219 条的规定，限制了关于国家秘密和商业秘密的出示，我国在一些银行和金融领域的立法，例如《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国反洗钱法》等，也都限制了相关记录和资料的出示。2021 年 1 月 9 日，我国商务部发布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》，对于巩固外交战略，维护司法主权具有重大意义。

（一）获取信息的可替代性方式

目前为止，《海牙取证公约》为美国法院的证据开示命令，提供了最为有效且显著的替代性方式。《海牙取证公约》作为一项国际性的取证协议，它的制定就是为了缓和国际间证据开示程序的冲突。一些国家主张《海牙取证公约》具有排他性，即必须诉诸公约规定的程序进行域外取证，但是美国法院在 Aérospatiale 一案中已经确认，公约不具有强制性，并且自此以后对《海牙取证公约》的使用一直在不断减少，美国法院指出公约规定的程序耗时久、成本高且效率低，因此依然坚持适用美国《联邦民事诉讼规则》的规定来调取域外证据。美国法院一再指出，可接受的“替代手段”在速度、成本和效力上必须“类似”于美国法院命令证据开示文件的做法。实际上，根据这一严格解释，将导致实践中难以实现可替代性方法这一方案。

[27] Bodner v. Paribas, 202 F.R.D. 370, at 375 (E.D.N.Y. 2000); In re Vivendi Universal, S.A. Securities Litigation, 2006 WL 3378115, Not Reported in F.Supp.2d.

[28] Motorola Credit Corp. v. Uzan, 73 F. Supp. 3d 397 ,at 405(2014).

[29] Id. at 403.

[30] Id. at 404.

（二）阻却法的实施历史

结合前述案例我们可以发现，美国法院通常会根据阻却法的实施情况，分析外国当事人遵守证据开示命令的困难程度，并且以此来衡量外国的国家利益。结合上述对美国法院漠视阻却法的原因分析，我们无法改变美国法院对美国利益的维护情况，阻却法的实施情况也许是我们影响美国法院多要素分析的最佳机会。近年来，中国与美国在这方面冲突的案件也显示出，我国阻却法的实施历史在美国法院多要素分析中的重要作用。

2010 年，在 Milliken 案中，中国银行表示其面临着无法抉择的抉择：如果不遵守法院命令，它将在诉讼中受到制裁；如果遵守了，将面临中国政府的刑事处罚，以及可能受到其账户持有人的民事处罚。纽约南区法院指出，中国银行在遵守证据开示命令方面的困难，充其量只是一种推测。尽管被告提到有可能被实施制裁，但它没有举出任何中国政府实施此类制裁的案例。[31]

2011 年，Gucci 公司状告几家中国电子商务公司侵犯版权，并要求与涉嫌侵权者有业务往来的中国银行出示相关账户记录，中国银行以中国银行相关保密规定为理由予以拒绝。纽约南区法院称“银行并没有列举任何中国金融机构，因遵守外国法院证据开示命令而受到处罚的具体案例”[32]该案被宣判的 9 个月后，在 Tiffany 案中发生了几乎相同的证据开示冲突。Tiffany 公司援引了 Gucci 案件，表示“中国银行并未因遵守证据开示命令而受到任何制裁”，这一观点得到法院的支持，法院还引用了 Milliken 判决中的措辞，认为“这种制裁的可能性只是一种推测”。[33]2012 年，在 Wultz 案中，纽约南区法院依然主张“有充足的证据支持 Tiffany 案中的判决，即中国政府对中国银行实施制裁是令人高度怀疑的。”[34]最终，纽约南区法院在国家利益和困难性因素方面都偏袒原告，判决中国银行遵守证据开示命令，虽然中国银行最终都提出异议，但美国法院经过审议，还是维持证据开示命令，但提高了请求的具体性，最终中国银行只能出示相关具体文件。

（三）《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》的适用分析

2021 年商务部刚刚发行的《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称《阻断办法》），分别从立法目的、适用范围、工作机制、法律责任等方面，为我国应对外国法律与措施的不当域外适用提供了基本的制度设计。《阻断办法》实施的核心目的是“阻断”外国行政和司法机关将其国内法和措施不当域外适用于中国相关主体，是我国商务部门立足中国具体国情、紧跟国际社会阻断立法趋势所采取的重要举措，也是我国在立法层面上反美国经济制裁的重大体现。国际上大多阻断法都有配套实施细则提供进一步适用指引，我国也可参考借鉴，在《阻断办法》的基础上发布配套细则和指南，以更好指导我国公民、法人和其他

[31] Milliken & Co. v. Bank of China, 758 F. Supp. 2d 238, at 250 (S.D.N.Y. 2010).

[32] Gucci Am., Inc. v. Li, No. 10 Civ. 4974(RJS), 2011 WL 6156936 ,at 11(S.D.N.Y. Aug. 23, 2011), vacated on other grounds, 768 F.3d 122 (2014).

[33] Tiffany (NJ) LLC v. Forbse, No. 11 Civ. 4976(NRB), 2012 WL 1918866, at 9 (S.D.N.Y. May 23, 2012), Vacated in Part by Tiffany (NJ) LLC, Tiffany and Co. v.China Merchants Bank, 2nd Cir.(N.Y.), September 17, 2014.

[34] Wultz v. Bank of China Ltd., 910 F.Supp.2d 548 ,at 554(2012).

组织使用这一强有力的法律武器维护自身合法权益。

1.《阻断办法》的适用范围

根据《阻断方法》第 5 条规定，中国公民、法人或者其他组织遇到外国法律与措施禁止或者限制其与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织正常的经贸及相关活动情形时，应当在 30 日内向国务院商务主管部门如实报告有关情况。也就是说，在中国公民、法人或者其他组织受到其他任何国家，任何外国法律与措施不当域外适用时，均应向商务部主管部门报告。工作机制经考虑评估，一旦确认存在外国法律与措施有不当域外适用的，可以决定由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令。同时，还对案件中的中国公民、法人或者其他组织规定了两种支持帮助措施：一是提供指导和服务。工作机制成员单位应当依照各自职责，为中国公民、法人或者其他组织应对外国法律与措施不当域外适用提供指导和服务；而是给予必要的支持。对因根据禁令，未遵守有关外国法律与措施并因此受到重大损失的中国公民、法人或者其他组织，政府有关部门可以根据具体情况给予必要的支持。此外，还对未按照规定如实报告有关情况或者不遵守禁令的中国公民、法人或其他组织，规定了警告，责令限期改正以及罚款等处罚措施。

2.《阻断办法》的局限性

我国《阻断办法》的出台《阻断办法》是我国的首部专门阻断立法，已于公布之日起生效，反映了对我国正当国际利益和企业合法权益保护的紧迫性和必要性，也是在合理国际法框架下通过国内法维护国家主权的重要法治手段。但是也不可避免存在一些问题：

首先，在中国公民、法人及其他组织向商务部报告时，受到 30 天的时间限制。但是，我国在此项办法未出台之前，就存在着大量的公民、法人及其他组织受到此类案件的影响与困扰，所以，笔者认为，应当对之前就受到影响的当事人，采取放宽时间的政策，以保障更多中国民事主体的权益。

其次，在保密制度上，我国《阻断办法》规定的主管部门保密义务存在“报告人要求保密”这一前提，而在国际上譬如《欧盟阻断法令》规定了主管部门的主动保密义务，即欧盟委员会所获取的信息必定用于特定目的，对于获取的保密信息和商业秘密，应当承担保密义务，未经提供者明确许可，委员会不得对外披露。因为商业交易中存在着很多商业秘密米等保密信息，主管机关的主动保密更能有效的给予当事人以安全感，使其能更加主动向有关机关报告。

此外，《阻断办法》第 7 条规定工作机制评估后，确认有关外国法律与措施存在不当域外适用情形的，可以决定由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令。但是并未明确该禁令的主体，仅包括中国各类主体设在境内的机构还是也包括中国各类主体设在境外的机构。因此，我国有必要出台相应的配套细则，以便《阻断办法》更好的操作与适用。

全球治理视野下国际软法何以被遵行

申天娇*

（吉林大学法学院，吉林长春）

摘要：无论自全球化时代到来国际法演进发展的欣欣向荣还是逆全球化或全球化规则重塑对条约创制和多边主义的冲击，国际软法在人权、环境、金融等领域有所作为纵深发展的同时其生命力还体现于向多领域的横向延伸。国际软法有效参与全球治理和收获遵行是不争的事实。参考并比照条约、习惯国际法等硬法之遵行，从软法动态的创制程序出发，包含制裁的威胁、行为体意愿、供需关系、心理因素、法律的信仰及惯性和自利及共益（公益）等隶属软法外部的遵行归因，此外，软法内在理性方面以“良法”谋“善治”不容忽视。而且，通常为多因一果的软法遵行中行为体主观的“随意性”左右遵行结果，也不回避软法总体上的有限遵行，毕竟，软法同硬法各司其职，各有定位，却也不意味着忽视软法之建设。软法满足着国际法诉求，是全球治理中的重要一环，利于小多边乃至全面多边建设，同硬法一道为法治的组成部分，契合其应有之意。

关键词：国际软法；遵行；行为体意愿；利益内在理性

一、问题的提出：从全球治理和国际法渊源谈起

从跨国法律体系的外围朝向中心地带，国际软法走近的距离有多远，又还能走多远？国际软法是否可能被包容为国际法新的渊源？疑问发源于国际社会现象观察，国际组织参与国际事务和国际软法参与国际社会多领域治理呈上升态势且已形成常态，纵然是逆全球化或全球化规则重塑[1]态势，条约发展受到重创，反而为国际组织和国际软法让渡些许机遇“生长”，何况它们也是促进多边主义的有力行为体和工具方法。自全球化时代开启，从全球治理和全球行政法概念的产生至兴起和热议，对传统国际法理论有所冲击，也“必定在国际法律秩序概念化上有所反响”。[2]“国际法新的渊源和主体”是被引发的“国际法律秩序正统观念”重思之一部分，不乏全球规章和全球行政法规则在国际法渊源中不能寻得身份认同，但是它们在部分领域中普遍存在且占据一定地位，身份确定和渊源理论捍卫僵持，冠以“非法”是否妥当？[3]Armin von Bogdandy 团队对国际公共权威（international public authority）开展研究，他们视之为国际公法（international public law）内核，在传统既定渊源之外，软法列作法律基础被肯定，理由是“全球治理环境下，软法同硬法功能相当”。[4]如出一辙，立足国际法在

* 申天娇，吉林大学法学院国际法学博士研究生。

本论文尚为初稿，有待完善，还请各位老师和同学批评指正。

[1] 车丕照：《是“逆全球化”还是在重塑全球规则？》，《政法论丛》2019 年第 1 期，第 15-23 页。

[2] Nico Krisch and Benedict Kingsbury, “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order,” The European Journal of International Law, Vol. 17, No. 1, 2006, p. 10.

[3] Nico Krisch and Benedict Kingsbury, “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order,” The European Journal of International Law, Vol. 17, No. 1, 2006, pp. 10-13.

[4] Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann and Ingo Venzke, “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority,” The European Journal of International Law, Vol. 28, No. 1, 2017, pp. 115-145.

国际社会的国际法治现状，基于法律多元主义理论，软法定位为广义“法”概念的组成部分。[5]从传统国际法迈向现代国际法，以国际法院规约第 38 条之规定为唯一判据的国际法之传统形式渊源的绝对地位受到震荡威胁，根源在于对全球治理需求的满足是艰难的。反观国际法学者专家和律师满载热情地探索新理论框架建构、方法路径和实用工具，切回软法视角，虽未规定于第 38 条之中，何止是被选择而在国际社会流通，重要的是，它发挥功能，产生和释放影响力，频繁为一众国家等不同类型的国际关系行为体所遵守和践行。软法挑战着国际法的传统渊源理论，挑战着“传统国际法律秩序的结构和实质”[6]。

进一步回归法理视野剖析，与质疑国际法是法非法无独有偶，从软法是否成为法律形式渊源的正反推理着手：逆向推理意味着在严格坚持传统二分法的学派和学者立场下法律身份的获得与否,相应地，表示通常以唯意志论作判据的承认规则的满足与否；正向推理牵涉有效性，涉及合法性。法律地位和应然约束力固然利于法之遵行，不具备或称不充分却也不等同于软法无法收获实然遵行。那么，国际软法缘何被遵行？需要说明的两点：第一，是否为法的法律地位因素暂不探讨，否则探讨主题将变更为法律或非法律的遵行；第二，至于不具有约束力因素，一定程度上有利于治理中选择软法，在软法遵行方面则不然。值得注意的是，软法规范内容向法律转换的原始动力是将规范长久的固定在行为体间关系中，强化预期遵守。软法的遵守无需过度神化。

不同于国家强制力保障实施国内法，至于“弱法”国际法，传统法律实证主义学派内有观点“国际法是国家同意的产物”，[7]行为体受主观意志决定或同意支配和制裁惩治是国际法遵行的主要倚仗。条约等国际硬法对应国家决定或同意和“硬”制裁，国际软法适配行为体决定或同意和“软”制裁。其中，国际法渊源赋予国际硬法身份为其被遵行提供了正当理由，此项国际软法缺失。尽管如此，二者的遵行归因在很大程度上存在一致性，在异曲同工中独有各自的逻辑，故而，以国际硬法的遵行为隐线贯穿探讨。谈及国际软法乃至国际法的遵行，或然性作祟中可寻确定性，行为体主观肯定意志的背后蕴藏着耐人寻味的动力，一果多因，是经综合衡量所为。本论文旨于归因有着广义“法”、“实在法”解释的国际软法何以被遵行。

二、从造“法”到遵行：程序演绎遵行原理

鉴于“国家同意”在传统造法理念中的支配地位，国家作为国际法渊源主体的地位和占

[5] Alan Boyle 提出软法（soft law）和无法律约束力文书（non-legally binding instruments）的指代关系，但是由于软法概念认知上的差异，两个集合概念是否“严丝合缝”划等号是存疑存异的。See Alan Boyle,“Soft Law in International Law-making,” in Malcolm D Evans (ed) International Law, 4th edition, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 118. 此外，鉴于经常被使用的软法这一术语及概念在学界引致困惑和分歧，有学者尽量减少该术语的使用转而使用“如非约束性的（non-binding）、非强制的（non-mandatory）、劝告的（hortatory）和模糊的（vague）”等词汇以达意。Cecily Rose, International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 16.

[6] Christine M. Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law,” International & Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 4, 1989, p. 850.

[7] Matthias Goldmann, "We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law," Leiden Journal of International Law, Vol. 25, No. 2, 2012, p. 340.

据份额是统治性的，而且作为国际法核心形式渊源的条约，造法和法遵守主体高度合一。国际软法在造“法”和“法”遵行上一定程度上有别，第一，创制主体范畴明显较硬法宽泛；第二，创制和贯彻的主体范畴不一致性并不罕见。故而，谈及国际软法的遵行乃至国际法之遵行，或然性的问题是不能也不应回避的事实，当然，却也不等于否定软法的遵行，毕竟软法的遵行事实胜于雄辩，从“法”运行程序源头入手，对软法的遵行环节具有提示性，或然性获得合理解释。换言之，聚焦软法的遵行，从创制谈起。

（一）创制主体同遵行主体羁绊：“国家质素”的识别

国际软法包容性彰显的一个方面即创制主体的多样性，在囊括具有约束力的国际法的造法主体之基础上向外延伸，换言之，超越国家概念使多类型国际关系行为体享有创制主体资格，即便行为体并不沾带“国家质素”。具体而言：第一，不乏瞩目为软法提供国际组织机遇赋予高光，而黯淡了国家在软法方面的创造。国家从传统国际法认定的唯一主体到主体扩容，至今是也仍将是现代国际法的核心主体，造“法”地位是资深且不可撼动的。第二，国际联通和交往促使国际协调机制产生并从欧洲局部地缘游走和扩及整个国际社会，国际组织也应运而生。自诞生以来，乃至全球化时代催化其强势发展，被承认主体资格的国际组织已然有着可以同国家相较量和抗衡的一面，是促动软法新生的主要力量。进一步，以“国家质素”因素进行国际组织的二级划分，联合国是政府间国际组织的典型代表，国家作成员方，带有国家本色，国家授权为底色。组织和主导法律和政策的制定是联合国工作的一个基本方面，当然包括从提案软法计划，历经磋商达成共识并草拟或直接由组织机构撰写并提交软法初稿，再经磋商讨论修改至最终通过，“国家性”因子活跃于投票表决等组织行为、活动。以“国家质素”有无和强弱与之区隔，整体而言，非政府组织是此分法下另一类国际组织，表征国家对内部事务介入、干扰甚至操控的程度理应是低水平的。实然“国家质素”的确存在于部分非政府组织内部，并且该因素不弱反强且带有意识形态等可识别特征的国家偏向性。第三，软法理论未圈定创制主体范围局限于国家和国际组织，意味着其他非国家实体创制主体角色的可能性。私营部门、专业协会等民间社会组织、跨国公司的影响力也能够触及至国际事务。Dinah Shelton 以国家在国际机构框架之外、之内、国家建立的国际监督机构和非政府组织类型化软法造“法”和遵行的行为体。[8]

从国际软法的创制主体联系遵行主体，以“国家质素”度量，同遵行程度成正比？首先，就国家而言，软法和硬法在功能性上有相似有相，那么，既然硬法获得遵守，软法是否相应能够收获遵行？其次，纵然国家是政府间国际组织成员方，构建起的组织结构之硬法和软法的基础是多国基础共识的搭建，而非全部意志的简单汇聚，不能够完全反馈国家的自主性，在一定程度上削弱国家属性，或称组织自主性同国家自主性之间的抗衡，例如欧盟。紧接着，至于非政府国际组织，至少国家偏向性所倾向的国家是遵行其软法的有力人选，因为带入了“国家质素”。组织本身通常也持贯彻立场。软法在超出其创制主体范畴获得遵行不令人意

[8] Dinah Shelton, "Compliance with International Human Rights Soft Law," Studies in Transnational Legal Policy, Vol. 29, 1997, pp. 127-128.

外。

（二）从创制环节到遵行环节的动态运行：主导的行为体意愿

承接上文，再进一步，与其认为“国家质素”和遵行程度成正比，其主观方面体现为国家的相对主动性，国家加入和退出组织机构是自由的，软法遵行亦如此，实际上，“国家质素”内核之国家意愿作主导。

1.造法目的透视行为体意愿的连续性

造“法”的目的为何？Dinah Shelton 提出论断“软法遵守问题可能首先同‘软法’发展的理由相关”，软法是在通往最终普遍一致共识和硬法制定之路过程中的“中转站”，软法本身是软法多源的遵行压力的一源。[9]无论创制或遵行，行为体选择有主、被动之分，正如目的性有为走向遵行的正向目的和其他目的之分，这便取决于国家意愿。例如，从未计划实施软法，只是以软法逃避条约制定将产生的义务和责任束缚，这是不利于国际法治的。这表明创制意愿通常连带推导出相契合的遵行意愿，但是严格意义上二者可以相悖。一方面，国家积极创制软法并预期遵行，该软法的遵行大概率是平稳顺畅的；另一方面，对创制软法国家持消极态度或无意主动遵行软法，该软法遵行的可持续性和彻底性堪忧。

至于国际组织，特别是非政府组织，从组织成长和长远发展的角度，不仅仅是谋求己方政策和法律的自我贯彻，推及多国多方乃至全社会更是国际组织的部分工作，而有关己方之外软法的贯彻，实际取决于组织决策。

2.行为体意愿 vs.消极因素

行为体决定遵行的背后有积极态度和消极态度之分。积极意志自然是利于遵行的，反观行为体真实的消极意愿对照遵行决定，伴随“捆绑”压力的劝说、忌惮权力恐惧不利后果、施压与胁迫等[10]试图“挤压”行为体意愿的消极因素发挥作用。换言之，行为体消极意愿同消极因素的对抗中败北，转化为遵行决定，不等于消极态度的彻底抛离，这是行为体全面的、综合的考量结果。这也是为什么此种情况下软法遵行不稳定的原因之一，有别于国家责任概念对违反国际硬法国家的追究，制裁端的缺失更是松动了软法遵行的土壤，一旦埋藏于行为体心底的火苗在情势演变中被助燃，或是情势变更削弱消极因素，本不情愿的遵行难保不出差错。简言之，二者此消彼长。然而，遗憾的是，并不是所有行为体的所有决定均源自主观慎思或是可为外人道和理解的主观慎思，随机的非理性是极大的变量。

3.实证演示

实证是最具信服力的证词。金融行动特别工作组（FATF）对国际反洗钱（AML）和反恐怖融资（CFT）国际标准的形成“负主要责任”。[11]自七国集团（G7）建立 FATF，FATF 率

[9] Dinah Shelton, "Compliance with International Human Rights Soft Law," Studies in Transnational Legal Policy, Vol. 29, 1997, p. 141; Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, Note by the Secretariat, U.N. Doc. HRI/GEN/1, 1992.

[10] See Daniel Bodansky, The Concept of Legitimacy in International Law, in Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (eds.) Legitimacy in International Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008, p. 309.

[11] IMF, IMF and the Fight Against Money Laundering and the Financing of Terrorism, March 10, 2021,

先于 1990 年提出 AML40 项建议，奠定了国际反洗钱法律体系的基础，成就了 FATF 在领域内的权威地位。此后，FATF 定期依据反洗钱技术、环境、趋势的演变开展修订，保持建议的实用性和先进性，随着工作范围的延展，2001 年提出 9 项打击自主恐怖主义的建议。FATF 独特的工作方法使其建议以“硬”约束力收获“硬”贯彻。在保障 FATF40 建议的遵守上，FATF 的表现是强势的，审查机制和制裁机制等机制保障是极为关键的，而这背后正蕴含着好言相劝、制裁威胁、政治高压等一系列消极因素在作祟，逐步升级的不利后果威慑着国家以忌惮。

第一，在成员资格方面，作出政治承诺的 FATF 成员被要求遵行 FATF40 建议，这是非任择性的条件；至于非创始成员国的加入，FATF 成员政策文件显示需要就认同 FATF40 建议、同意相互间评估和积极参与 FATF 工作等事项作部长级书面承诺，而且以接受 FATF40 建议遵守评估为前提换言之即要求加入前的遵守，因此，不遵守的代价或将是成员资格的剥夺或成员资格申请的拒绝。[12]第二，至于 FATF 的审查评估和制裁，设置黑名单算得上是一条脉络主线。FATF 成立早期，尽管 FATF 就已经构想设置国家或地区合作与否的黑名单和白名单，FATF 还是以“公共和同侪压力（public and peer pressure）”这种“‘软’方式”处理。[13]FATF 先后对土耳其和奥地利分步分级地大行压力政策，从最初的信件来往到出访土耳其会面，再到分别就两国问题发表公开声明，在因奥地利匿名储蓄存折系统消除问题而起的声明更是附条件“威胁”其成员资格的暂停，两国分别于公开声明的同年作出回应，土耳其通过第 4208 号防止洗钱法律，奥地利应 FATF 的两个条件要求一是发表公开声明，二则提出《银行法案》修正案改革国内法。[14]2000 年 FATF 的不合作国家和地区倡议（Non-Cooperative Countries and Territories Initiative，简称 NCCT）是由四个区域审查小组对该地理区域的国家和地区合作与否遵守 FATF40 建议与否展开评估，据结果列入黑名单甚至进一步采取反措施，在 FATF 看来瑙鲁、缅甸、菲律宾、俄罗斯、尼日利亚、乌克兰的评估结果不尽如人意，面对 FATF 的制裁警告和“威胁”，菲律宾、俄罗斯、尼日利亚、乌克兰迅速“取得足够进展”，瑙鲁、缅甸则收到了 FATF 针对他们真正提出的反措施建议，最终在二者努力之下，2006 年针对二者的反措施取消，黑名单中移除了这两个国家，同年该倡议结束。[15]设置黑名单的做法曾在国际货币基金组织（IMF）的交涉之下暂停，暂停是短暂的，2007 年国际合作和审查小组（International Co-operation and Review Group）开始使用黑名单列明“高风险”和“不合

https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/16/31/Fight-Against-Money-Laundering-the-Financing-of-Terrorism.

[12] FATF, Process and Criteria for Becoming a FATF Member, https://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/membershipprocessandcriteria.html.

[13] FATF, FATF Annual Report 1990-1991, 1991, pp. 16-17.

[14] Cecily Rose, International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 200-201; FATF, FATF Annual Report 1995-1996, 1996, p. 15; FATF, FATF Annual Report 1996-1997, 1997, pp. 10-11; FATF, FATF Annual Report 1999-2000, 2000, pp. 20-22.

[15] Cecily Rose, International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 202-207.

作”的国家和地区，“榜上有名”过的国家数目并不少。[16]FATF 在多地区发展的 FATF 式区域机构（FSRBs）也以黑名单的方式向非成员国强加 FATF40 建议使之被遵行。[17]的确，正如有的学者所言，FATF 独特的工作方法招致有关合法性、透明度和包容性的探讨，然而，所侧重的有效性之建树有目共睹，即 FATF40 建议对国际法和国内法的有效建设，最直观的体现是 AML 和 CFT 领域国际标准的贯彻和各国国内法、政策及行动的贯彻。[18]

FATF40 建议的事实说明审查评估和制裁等机制承载着从与国家意愿相左的视角识别的消极因素影响甚至左右国家的遵行意愿，而且前述机制的缺失或停摆不等同于消极因素不存在，其实 FATF 的工作方法也提示着软法的机制建设。再如，联合国人权会议一般性意见中包含人权委员会请缔约国报告人权议题相关软法中写有的联合国标准的遵行程度，[19]在国际人权监督机制中不失压力性的敦促。

当对照条约等硬法遵行的暗线，包括即将展开的具体因素的阐明在内，能够影响甚至改变国际法遵行的理由中很多也切合软法遵行的解释。反观软法因约束力引发的执行环节强制保障的缺口，虽然 FATF 实例做法略显极端，却证实为软法配置多样性的广义“制裁”手段效仿硬法遵行保障机制填堵缺口的做法是真实的，也提示着软法建设中部分软法之遵行在一定程度上的敦促和监管，哪怕可能是“软”力的。

但是，Louis Henkin 探讨国家对国际法的行为否认假定的执行机制和惩罚是国家遵守国际法的先决条件，主张“惩罚”非主因，“成本（代价）”和“优势（好处）”是他所得结论中的“灵魂”，从“对外政策”和“国内力量”两个面向作遵守行为的归结：前者涵盖社会和国际关系平稳及秩序化的共同利益、体面的声誉、避免指控和批评、国家间友好关系、遵守法律在国家间和历史时期间的差异性；国家机构和法律官员对于该国际法进入国内的可接受性即后者的主要方面。[20]此外，他的探讨始于的假定条件是行为体“行为慎重而理性，仔细权衡所有相关事实和因素”，[21]也不乏学者在探讨法的遵守理论时作类似假定排除非理性慎思引入的不确定性，“法律遵守通常是理性政策，但国家不总是理性地行为”[22]。“成本—效益”分析亦为国际关系学者研究软法之法之一。

除带入积极和消极（主、被动）情绪的视角审视行为体决定遵行的意愿心理，跳过法律

[16] Cecily Rose, International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 209-214.

[17] Cecily Rose, International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 177-178.

[18] See Cecily Rose, International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 27-58.

[19] Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, Note by the Secretariat, U.N. Doc. HRI/GEN/1, 1992, p. 32.

[20] Louis Henkin, How Nations Behave: Law and Foreign Policy, 2nd edition, New York: Published for the Council on Foreign Relations by Columbia University Press, 1979, pp. 49-68.

[21] Louis Henkin, How Nations Behave: Law and Foreign Policy, 2nd edition, New York: Published for the Council on Foreign Relations by Columbia University Press, 1979, p. 50.

[22] Louis Henkin, How Nations Behave: Law and Foreign Policy, 2nd edition, New York: Published for the Council on Foreign Relations by Columbia University Press, 1979, p. 68.

同其他学科间的壁垒界限后再回归法之本源，即“跳出来再跳进去”的思路，不失为一种归因软法遵行的方法进路，同时对于全球治理中的软法建设可能是启示性的，遵行原理的探索也能够回馈和服务于造“法”。

三、国际软法的外部推演循环

相比于传统法学理论解释国际法遵行的应然，国际关系理论直接就“国际法为什么得到遵行”命题给出了他们的答案，根据现实主义学派，国际法的遵从基于“威胁”；以合作为关键词的自由主义学派对应遵从理由的关键词是“计算”；建构主义凸显以“信仰”为内核的遵从。[23]这在一定程度上也解惑作为广义“法”之国际软法何以被遵行。以法律学科为中心，结合从法律学科外的视角和国际软法外部视野将帮助更全面地审视软法遵行问题，这种“描摹”不妨可以成为未来软法遵行预览图的模板。

软法的成功遵行往往由行为体更强大的内驱力驱动，表现行为体意愿上的主动性，是重要程度不同占比的变量因子的“化学反应”促成的。

（一）供需关系—环境和社会系统

行为体难逃满足需求的宿命去遵守软法是最基本的赤裸裸的理由去贯彻软法，同因需造软法如出一辙，需求贯穿法律运行程序并供给持续动力。

1962 年联合国人权委员会在“防止歧视和保护少数族裔”会议的“起草宗教权利和习俗方面的自由和不歧视原则”议程下就文件形式的提议中，“建议（recommendation）”和“宣言（declaration）”形式获得广泛支持，应人权委员会请求秘书处法律事务厅回应上述两种形式的区别意见，在这份备忘录中，其中指出“在联合国实践中，‘宣言’是正式而庄严的文书，适合在少数场合阐明具有重大和持续重要性的原则，例如《世界人权宣言》”，“最大限度的遵守被期望”。[24]《世界人权宣言》是国际社会诞生的首个宣言类型文书，《宣言》的起草背景承接战争史中给全人类带去浩劫的两次世界大战，和平诉求是《宣言》得以迅速地顺利诞生最大的驱动力。Abraham Maslow 的需求层次理论概括说明人的动机，[25]尊重和保障人权是国际社会的共同追求，是国际法其他领域可持续发展的基础，也是全人类致力于实现的终极目标，而软法是同硬法一并隶属法律层面方法作为满足人类需求的手段之一。

需求生长于境遇之中。Jaye Ellis 和 Matthias Goldmann 探讨全球化时代的软法不约而同谈及 Gunther Teubner 对 Niklas Luhmann 社会系统理论的运用：Teubner 和 Karl-Heinz Ladeur 基于自生系统论提出“没有国家的全球法”，非国家行为体的角色地位被看见和聚焦；Teubner 和 Andreas Fischer-Lescano 借其理论“呈现全球治理时代的国际关系”，软法在部分因全球化导致社会功能分化所需不同功能的诸如金融等制度的法律制度中“可能位居核

[23] 何志鹏：《国际法的遵行机制探究》，《东方法学》2009 年第 5 期，第 28-41 页。

[24] Commission on Human Rights: Report of the Eighteenth Session, 19 March -14 April 1962, U.N. Doc. E/3616/Rev. 1, pp. 13-15.

[25] Abraham Maslow, “A Theory of Human Motivation,” Psychological Review, Vol. 50, No. 4, 1943, pp. 370–396.

心”。[26]根据 Niklas Luhmann 的社会系统理论，外向性的环境和与内向性的社会系统有着不同的复杂性，社会系统之一的自创生法律系统运作封闭、认知开放，对应自我指涉和异己指涉，于“沟通”中产生“预期”。[27]而关于沟通，Luhmann 否定 Jürgen Habermas 交往行为理论沟通是共识导向的预设前提，认为沟通指向对捕获信息取舍的决断。[28]反复的信息取舍结果经汇总和加工处理构建着共识。顺应 Habermas 的理论思维，部分软法所完成的一项需求任务正是达成和汇聚共识，那么以 Luhmann 的观点“检视”软法，软法作沟通介质，软法磋谈—草拟—征求意见修改—通过的发展进程是沟通过程和信息处理过程，换言之，虽然二者就“沟通”问题存在分歧，软法化身国家间持续对话谋求共识的沟通“来使”以预设未来法满足或是暂且满足国际法诉求是说得通的，实践也证实是行得通的，对狭义法律的期待伴随发生，结论可推及非国家行为体。国际交往模式的变化中国际法迭代，国际软法能否可能成为新渊源的疑问源于国际法学者对国际社会诉求的提出和国际法响应诉求的对接水平和程度的观察。自全球化以来，逆全球化和全球化规则重塑在软法需求方面并不与之矛盾，以国际组织为典型的非国家行为体的发展向国际法提出了要求，软法回应和满足着规制方面的需求，在指引和指导国家行为方面、弥补领域规制空白及缺失方面和突破对话僵局谋得共识方面也是一种满足需求的作为。软法的部分宏观意义在于以沟通构建法律预期。软法供给匹配需求提升遵行内驱力的上限。

（二）权威和心理因素

行为体贯彻和遵行软法最直接、具说服力的动因莫过于心理认同，是自由意志的直白外显。软法遵行的随机性很大程度上同软法约束“力”这种隐形的条条框框之束缚的解脱脱不了干系，而追随随机性的把控和收紧的线索便涉及遵行方面的原因所在，一如实例显现的从制裁措施和机制建设提升软法规范和标准适用的可能性。

社会心理学中普遍存在于人类社群中的权威效应为解释软法遵行逻辑提供了另一个侧影。Stanley Milgram 完成的心理学史上著名的电击实验得到的令人意外的结果揭示了人“服从权威”的心理和人性部分“恶”；[29]另一个同样考验人性的社会心理学实验是 Philip Zimbardo 的斯坦福监狱实验，研究结果显示出“情境决定因素”对人类行为等方面的影响，[30]权威的

[26] Jaye Ellis, “Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law,” Leiden Journal of International Law, Vol. 25, No. 2, 2012, pp. 329-333; Matthias Goldmann, “We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law,” Leiden Journal of International Law, Vol. 25, No. 2, 2012, pp. 359-361.

[27] 关于卢曼理论的文献见 Niklas Luhmann, “Differentiation of Society,” The Canadian Journal of Sociology, Vol. 2, No. 1, 1977, pp. 29-53; Niklas Luhmann, Elizabeth King & Martin Albrow(trans.) Martin Albrow(ed) A Sociological Theory of Law, 2nd edition, New York: Rougledge, 2014; Niklas Luhmann, Klaus A. Ziegert(trans.) Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff & Rosamund Ziegert(eds.) Oxford: Oxford University Press, 2004.

[28] Niklas Luhmann, “What is Communication?” Communication Theory, Vol. 2, No. 3, 1992, p. 255.

[29] See Stanley Milgram, Obedience to Authority: An Experimental View, New York: Harper & Row, 1974.

[30] Philip G. Zimbardo, “On the ethics of intervention in human psychological research: With special reference to the Stanford prison experiment,” Cognition, Vol. 2, No. 2, 1973, pp. 243.

心理影响仍有体现[31]。权威的力量是心理认同的一个重要理由，服从权威是决定行事的一个理由，换言之，权威带动遵行。一个明显的法学领域投射例证是国际法院法官和法院本身“权威”辐射影响下国际法院判决的遵循先例以及判决的影响力超出案件本身，以拉兹的权威理论为代表不乏法学学者对权威命题的剖析。不可否认，通常软法的牵头者和牵头者组成的社群的权威性越强，该软法越可能被看好得到顺利推进，才能谈及足够的各级贯彻的可能，反之，在碎片体量庞大的国际法体系中默默无闻的软法悄无声息地“死掉”的数量并不在少数。反面来看，反权威冲击着这种论证，然而反权威的接续更可能是新权威的建立，换言之，在遵行问题上，影响的是遵行 A 软法或是造 B“法”再遵行。

心理因素可探寻的多面性不只有权威而已，Leon Petrażycki 关注心理过程在法律过程中的存在，行为行事的本因在于“确信”而非法典是如此陈述的，其“直觉法律”理论看重“意识”。[32]有学者指出“冲动”是 Petrażycki 法律理论的基本实质，“伴随行动想法的冲动 Petrażycki 也称之为‘理智冲动’”，“人们不是通过身体上的骨骼、肢体或肌肉联系在一起形成人与人之间的权利、义务和社会制度，他们只是通过自己承诺的双边强制的行动理念将他们自己在法律上和社会上联系在一起”。[33]“权威”也是 H. L. A. Hart 法律观中的关键词，[34]但是在此之外，不同于奥斯丁“命令—服从”式以及其他以“强制”为内蕴的理论之规则遵从，Hart“外在观点”指出观察者对规则的拒绝并视之为“一种可能惩罚之征兆”，强迫色彩浓重，而“内在观点”指出存在群体成员自愿接受规则并认同以之为生活中行为基准依据。[35]那么，这套社会规则遵行模式何尝不可在一定程度上借鉴于理解国际软法规则的遵行？存在软法是作为理性的存在，其存在通常表示存在行为体对软法的认同和预期遵行。

（三）源自所追求的精神和信仰的长期定式

多领域协商与合作是几乎没有国家谋求发展中会否定的充分必要条件之一和能脱离模式之一，聚焦世界上绝大多数国家共建的联合国运作系统，决议和行动充斥着国际合作和构建伙伴关系的问题处置方案，合作于国际交往中存在已久。从国际法有别于国内法在法律本身的体量和承载力上的本质差异，全球化造就了协商与合作需求的层层升级，进而逐级强化国际合作这一定式的深度和广度，催生合作意愿并巩固合作精神。合作是软法的标签之一，一方面，软法本身在内容中写明伙伴关系建立以合作。例如，在促进可持续发展的问题上，新千年之处《联合国千年宣言》获得通过，行动计划的目标 8 定位“全球合作促进发展”[36]，

---

[31] See The Stanford Prison Experiment: A Simulation Study of the Psychology of Imprisonment conducted August 1971 at Stanford University, https://web.stanford.edu/dept/spec_coll/uarch/exhibits/Narration.pdf.

[32]【美】E. 博登海默，邓正来译：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社，2017 年，第 156-157 页。

[33] F. S. C. Northrop, “Petrażycki's Psychological Jurisprudence: Its Originality and Importance,” University of Pennsylvania Law Review, Vol. 104, No. 5, 1955-1956, pp. 656-660.

[34] Hart 对“权威”这一理由的阐述详见其“Commands and Authoritative Legal Reasons”一文。

[35] H. L. A. Hart, The Concept of Law, 2nd edition, New York: Oxford University Press, 1994, pp. 88-91.

[36] United Nations, Millennium Development Goal 8: Taking Stock of the Global Partnership for Development, MDG Gap Task Force Report 2015.

到了 2015 年《改变我们的世界：2030 年可持续发展议程》的目标 17 强调“加强执行手段，重振可持续发展全球伙伴关系”[37]。另一方面，行为体间通过软法这种方法实现合作。而彻底地达成合作势必涵盖软法创制后的实践贯彻。加之行为体在国际合作中逐渐建构起趋于稳固的合作网，即行为体各点联结而成的网状空间架构，区域组织架构亦是如此，在外向性张力和内向性聚力的作用下，行为体行为的任意性有所收势，当软法在行为体所处网状结构中是大势所趋时，行为体在结构中羁绊的趋同力，就像有一双“隐形的手”对行为体向趋同方向施加推力。权威性和威慑交织其中，组合体足够强大更可能迫使行为体忌惮被排斥在外和边缘化从而作出趋同或顺从选择。

软法同行为体秉持的精神和信仰相悖则不利于遵行，精神和信仰的长期定式加持行为体对软法的贯彻，既指长期形成的传统的精神和信仰同软法相契合之意，也有长期定式已然成为习惯之意，即惯性使然。Henkin 认可心理因素下的法之遵守，习惯行为和模仿行为包括在内。[38]守法和法律本身就是一种精神和信仰。人权领域中在历史缘由的影响下真正将人权奉为信仰并坚持践行的国家加持人权软法制定至遵行的发展。经历纳粹后的德国将人权提升至国家价值排序中的前列，在难民问题上向寻求庇护者和难民一度敞开大门。国家容纳难民数量的承载量和难民社会融入等困扰使德国的难民政策呈收缩倾向，尽管如此，贯彻《纽约宣言》及随后达成的其成果文件《难民问题全球契约》，在国际合作安排上，《契约》设置难民问题全球论坛，各方以不同形式行动建设《契约》所设目标，据联合国难民署数据统计，德国共计 16 项承诺涵盖以资金、技术、法律和政策等多类别聚焦难民的教育、生机等多面向，承诺数量明显超过加拿大、丹麦、法国、荷兰、挪威、葡萄牙、罗马尼亚和瑞典。[39]此外，软法遵行障碍排位很靠前的理由之一是同国内现行法的冲突，例子比比皆是。法律制度看似是置放在那里冷冰冰的条文律法，对外映射着统治阶级的价值理念，参照软法调整国内法的实例也并不鲜见。

进一步，“全球契约”是包罗万象的软法形态呈现的一种，“达成契约—作出承诺—遵守期望”的逻辑结构预示着契约精神或将唤起软法遵行，受行为体信仰契约精神的忠诚度所左右。精神和信仰从行为体头脑的思想根源“怂恿”和“诱导”服从，且颇具深信不疑的意味。社会进步性科学探究中，Henry Sumner Maine 作出了“从身份到契约”的论断，[40]国际社会和国际法的“罗马”一定不是在毁约中建筑的。行为体坚持有约必守、信守承诺、正义和共

[37] General Assembly, Draft Outcome Document of the United Nations Summit for the Adoption of the Post-2015 Development Agenda, U.N. Doc. A/69/L.85, 2015.

[38] Louis Henkin, How Nations Behave: Law and Foreign Policy, 2nd edition, New York: Published for the Council on Foreign Relations by Columbia University Press, 1979, p. 60.

[39] General Assembly, Report of the United Nations High Commissioner for Refugees: Part II Global compact on refugees, U.N. Doc. A/73/12 (Part II), 2018; UNHCR, Pledges & Contributions Dashboard: Explore the pledges and contributions made towards the implementation of the Global Compact on Refugees, https://globalcompactrefugees.org/channel/pledges-contributions.

[40] Sir Henry Sumner Maine, Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, And Its Relation to Modern Ideas, 6th edition, London: John Murray, Albemarle Street, 1876, p. 170.

同善等积极精神和信仰对人权软法“流通”并“运转”是有利的。

（四）利己主义、行为体利益和国际共益（公益）

利己主义和从行为体维护角度出发利益捍卫是有细微差异的，前者的排他性意味更强，谈动机。而且就政府和国家的关系而言，“己”指代的未必一定是国家身份。软法本身的有利或是软法的遵行行为的有利是利己主义者的遵守动机，值得注意的是，有利的表现形式还可能是被动，诸如迫于、不得不遵守，一方面，同之前的归因有所重叠，另一方面，“利”和“遵行”同行。不单单是利己主义，行为体利益这一动因与绝大多数动因如影随形，因为它是行为体行为的首要考量。换言之，符合行为体利益的软法虽未必却更容易获得遵行。有学者指出“遵守的实证研究困难重重源于国家签订国际协议的选择性效应（selection effect）”，“遵守被理解为仅仅是反映当事方的优先权益”。[41]Daniel Bodansky 赞同 Robert O. Keohane 和 Curtis A. Bradley 自利是国际治理机构创设主因的观点，合理地解释了国家顺从于国际组织的行为，自利于机构本身板正着机构忠于创制初衷。[42]

Andrew T. Guzman 在理性行为者假定框架探讨国际法的遵守，在直接制裁外提出“声誉”诱因，国家因珍视声誉而遵守国际法，而且他还提示着声誉因素促进遵守的有限性。[43]然而，他也注意到 Jack L. Goldsmith 和 Eric A. Posner 对“声誉”因素对习惯国际法规范遵守“作为”的态度，“承认潜在可能性影响着遵守，但对其作用深表怀疑”，他们更看好“其他的国内利益”。[44]虽然就“声誉”因素与遵守的联系存在分歧，落脚点在于国内利益。行为体行动的目的性指向自利和国际共益（公益），其中也不乏道德理由诱因。

自利和共益（公益）确实可能面临针锋相对地冲突，就语言词性而言“自利”有时被视作偏贬义化，实际上从国家长远可持续发展角度，似乎智慧的做法是使将自利嵌入共益（公益）中，二者在共恰中共进，否则长此以往只顾自益损他益将面临的是自益受损。呼应联合国对多边主义的呼唤，在软法建设方面，兼顾多方共益（公益）更可能为其赢得更多、更好地遵行。

（五）动因集合的不封闭—未可穷尽的归结和联系的归因的一体性

Daniel E. Ho 从宏观经济层面和制度层面分析《巴塞尔协议》的国家遵行，随后以世界银行的数据结合其他数据库的指标建模验证预设的猜想和分析，研究结果确认了部分猜想也否定了部分猜想，在发觉宏观经济的支持证据外，就数据证据指向的国内制度方面，Daniel 指出民主这一变量对《巴塞尔协议》执行上的关键性影响，解释软法执行“必须考虑反映国

[41] Daniel E. Ho, “Compliance and International Soft Law: Why Do Countries Implement the Basle Accord?” Journal of International Economic Law, Vol. 5, No. 3, 2002, p. 650.

[42] Daniel Bodansky, The Concept of Legitimacy in International Law, in Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (eds.) Legitimacy in International Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008, p. 312.

[43] Andrew T. Guzman, “A Compliance-Based Theory of International Law,” California Law Review, Vol. 90, No. 6, 2002, pp. 1860-1872.

[44] Andrew T. Guzman, “A Compliance-Based Theory of International Law,” California Law Review, Vol. 90, No. 6, 2002, p. 1875. See also Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, “A Theory of Customary International Law,” University of Chicago Law Review, Vol. 66, No. 4, 1999, pp. 1135-1136.

内规制和法律环境的制度变量，以及国家承诺国际法律义务的能力”，而且“民主政权"、"腐败"和“政府内部分裂”起反效果，此外，数据模型还显示“区域规范和法治的存在”作为“非决定因素”存在，这与 Beth A. Simmons 的相关研究发现相悖。[45]他还指出软法问题上承诺（commitment）和遵守（compliance）的区分困难，因而其实证研究聚焦《巴塞尔协议》的国家执行（implement）。[46]论及 Daniel 所得结论强调国内制度之建设，[47] 法律制度本身是制度建设的一个方面，法律是制度建设的一种方法，法治同制度建设不无关系。

值得注意的是，Dinah Shelton 早在 20 世纪末探讨国际人权软法遵守问题时就人权评估问题指出“很多关于人权实践的报告不可靠、自相矛盾，有时有着高度偏见”，面对国际程序保密性等因素导致无法收集完整准确的数据、数据标准化等障碍，纵观以统计方法衡量人权情况的文献，研究者们的数据收集和解释有着无法达成共识的问题，“使用统计计量方法分析国际人权标准的遵行存在相当大的问题”。[48]其实以大数据统计为代表的数学方法的局限性不仅存在于人权领域，但是也确实在一定程度上呈现了直观的证据性结果且有着不可替代性，修正及强化数据的识别及选取、定性及定量研究的过程及结果的反思及纠正和使用多方法的综合分析或许可以更靠近现实真相。

据 Shelton 所言“无论以何种方法确定遵守，如果国家对国际规范影响的直接承认缺失，国家行为和国际软法或硬法因果关系的建立是困难的”，“联系”非“因果”。[49]此处的“直接承认”的内源同习惯国际法构成要素之法律确信在同质性上部分重合，而直接承认同心理认同之间是划等号、约等或不等的关系，是自由意志方面多因综合的决定。最关键的是，国家如何行为方算得上直接承认？必须是诸如国际场合公开发声、写入条约或国内法等方式？国家径直行为不符合“直接”要求？这大抵也是软法被认为遵行难察明的缘由之一，也不乏分歧，就好比习惯国际法证成中学者们对法律确信要素达成与否持相左异议一般。

切换一种思路，从软法的未遵行或遵行失败出发的反证未尝不可佐证其遵行和归因，好比充斥普适的、基础的共同价值的人权、环境等领域，行为体行为和软法的因果关系表现未必明确且明显，有时违反或不相符的现象却是显而易见的，用于评价的对象除标准外还有事件。[50]

众多学者对国际软法遵行动因多视角、多方法的挖掘和整合拓宽了对该命题的认知视野，

---

[45] Daniel E. Ho, “Compliance and International Soft Law: Why Do Countries Implement the Basle Accord?” Journal of International Economic Law, Vol. 5, No. 3, 2002, pp. 647–688.

[46] Daniel E. Ho, “Compliance and International Soft Law: Why Do Countries Implement the Basle Accord?” Journal of International Economic Law, Vol. 5, No. 3, 2002, pp. 650–651.

[47] Daniel E. Ho, “Compliance and International Soft Law: Why Do Countries Implement the Basle Accord?” Journal of International Economic Law, Vol. 5, No. 3, 2002, p. 684.

[48] Dinah Shelton, "Compliance with International Human Rights Soft Law," Studies in Transnational Legal Policy, Vol. 29, 1997, pp. 132-135.

[49] Dinah Shelton, "Compliance with International Human Rights Soft Law," Studies in Transnational Legal Policy, Vol. 29, 1997, p. 139.

[50] See Dinah Shelton, "Compliance with International Human Rights Soft Law," Studies in Transnational Legal Policy, Vol. 29, 1997, pp. 119-144.

一者软法遵行动因的“黑匣子”内部构造复杂且精密，软法遵行的一果多因仿佛匣子内的“零部件”，分则有主有次，合则各司其职。归因排序是主观的、不确定的，以个案分析下定论。归因而得的具体因素或称理由普遍意义讲也不是“孤立的”，如同五角关系图中占据五个顶点的势力一般，遵行决定是势力拉锯权衡后的结果，即便是行为体未深思熟虑的决定背后也有着有迹可循的逻辑可言，而软法遵行的随机性不可否认和忽视，同追问软法遵行的内在逻辑并不冲突。

四、国际软法的内在因素

顺着常规逻辑，国际软法兴盛态势的归因之一是它确实发挥功用产生实然有效性，刨除部分行为体的非约束性初衷和期待，至少非国家实体选择软法期盼它的奏效，联合国尤其如此，无论出于职能、治理目的和组织权威地位扩张等理由。遵行是有效性“变现”的主要方式，而制定决策、采取行动措施和立法与法律改革等均属于遵行的核心方式，哪怕是反向遵行也不妨视作一种特殊的遵行。政、经力量，武装力量，社会群体、舆论力量是遵行的压力来源，回归“法”本身，理性上的可接受是遵行的另一归因。[51]

鉴于国际软法不具有约束力的内在特性，其对国家的“捆绑”度理论上弱于硬国际法和国内法，却也因此受青睐。内在特性是内在理性的部分组成，内在理性是国际软法被遵守的内生动力。

（一）内在特性

1.约束力维度

跳出“零和博弈”和“囚徒困境”的“泥潭”在协商中聚合共识和成功地创制“良”“法”是谈遵行的基础前提。回溯国际法历史，从发展之初习惯法占据主导地位过渡至条约数目的爆发式增长再至当下“沉默”现状，当然，如今“难产”现象的背后存在现行法能够满足部分需求继而无需再创制新法的理由，可是新领域新态势新状况引发的诉求同硬法创制困难之间的矛盾是真实存在的。软法的约束力特性理论上不利于遵行，实然上并非完全不利于遵行，该特性反而容易卸下国家的心理防备和负担成为国家的选择，符合国家心理方面的偏好，使软法能够相对顺畅的推进和促成，首要满足了能够谈及遵行的先决条件，促动持积极的和不排斥态度的国家将文本规范规则实践化。诚然，强制性应然保障着法的遵行，被迫遵行能否长久维系？又是否将招致更加隐蔽的逃避方法和理由？又或是软法势必遵行无望？国家萌生拒绝遵行的念头后又会在多大程度上顾及是硬法或软法而打消念头？

进一步，面对充斥多元文化、观念、历史、意识形态等复杂元素的国际社会，志同道合的国家达成包括区域多边在内的小多边硬法的成功率相对高，全球性全面多边硬法达成在国家间分歧和摩擦不断中举步维艰，约束力特性赋予软法在区域和全球层级均存在达成空间，似乎取舍问题横亘在多边程度和约束力之间，那么，这正是硬法与软法兼施之处，在互利中共进，遵行是其中的一个方面和方向。

[51] See Matthias Goldmann, "Soft Law and Other Forms of International Public Authority - The View from Discourse Theory: A Reply to Jaye Ellis," Leiden Journal of International Law, Vol. 25, No. 2, 2012, p. 377.

在国家之外，国际组织以国际软法为参与领域治理的主要工具之一。不具备传统法律制定主体资格的国际组织通过国际软法的包容创制“法”以更多地参与到多领域法治中，是不具有约束力的软法提供着机会。继而，国际组织的活跃度、话语权、对领域发展的导向性等国际组织自身发展维度的多方面获得提升机会。至少，创制软法的组织本身是遵行软法且致力于推及软法的他方遵行的。国际组织擅用、惯用国际软法，而且许多国际软法指向执行方面，叠加效应之下，遵行软法的同时还同步落实着软法所指向的其他规范规则的遵行。

2.灵活性维度：类型化和程序方面

软法灵活性的表现之一是类型的多样化，对接现实诉诸法律的多样诉求，既有从整体布局统摄具体领域或（和）下伸至具体主题的软法，也也专注实践贯彻紧盯具体行动方面的软法，决议、宣言、指南、行动计划、行动准则等各具特色和倾向，其中，促进遵行本也是多类型软法本意和专长所在。进一步递进，多类型软法的交叉（联合）适用，铺张交织的软法以网状覆盖减少大范围遵行规范和指引上的空缺和迷茫，以链状贯通规范规则于遵行环节中的全过程，例如，B 软法的创制以促进 A 软法的贯彻不足为奇，常见的模式诸如制定指南或（和）行动计划推进既定宣言的落实。何以将条文转化为行动即何以作为也是国际关系行为体在遵行方面停滞、不知所措和迟疑的原因之一。

在程序方面，一方面，国际软法简化的程序设置为遵行提供便利，对照硬法拖沓的程序拖延条约的实施，省略批准环节和流程，化繁为简甚至为“零”。另一方面，软法的开放性在程序上也有所反映，程序的灵活性使软法本身的调整和另立新软法保持法之先进性是可行的。软法程序效率和效果未必输硬法。

（二）内在理性—“良法”以“善治”的遵行实现

通过“良法”以“善治”实现“法治”是国际软法参与全球治理旨在实现的抽象化的美好愿望。“良法”是否同法之遵行正相关？就利于软法遵行而言何为“良法”？国家立场的差异恐干扰法之“良”否的判断，从实践出发，软法的创制多具备多利益攸关方意见的听取过程，制定前或中阶段的磋商会议、就草案或预稿的反馈收集和据之修改等，在于国家利益和“法益”的兼顾和平衡，否则一味执着于“法益”轻视国家利益的软法恐难“落地”。落于关注国家利益的良性软法建设是利于遵行的。例如，写在《难民地位公约》及其《难民地位议定书》中的“不推回”原则，捍卫难民和寻求庇护者的权利，当国家接收难民数量和社会融入的承载力超出国家能力，多国变相推回政策迭代而出，对该原则是条约规定的忌惮并不等于去实际践行。当法律提出的要求超出国家能力和意愿，国家拒绝或不完全遵行，比照 Lon L. Fuller 阐释法律内在道德的八项“合法性原则”之一要求“官方行动与宣布之规则一致”[52]。国家利益同国家遵行意愿挂钩。不符合国家利益和超出国家容忍限度的利益让与消磨国家遵行的积极性，遵行情况堪忧。极左和极右均不可取，为保全国家利益而完全牺牲“法

[52] Lon L. Fuller, The Morality of Law, revised edition, New Haven and London: Yale University Press, 1969, pp. 81-91.

益”，软法制定的意义又将有所折损。法律不要求不可能之事同为八项原则之一，[53]不混淆义务道德和愿望道德，软法功能之一是试探着探索未来法，软法探索的本意在于未来能做到的事情以法律规定，诚然确实难保不会失败与这一原则相抵触。两条原则匹配着软法建设的实际适用性，或称实用性要求。

“良法”程度和正当性（legitimacy）存在正相关联系，某种程度上正当性是法之“良”性的代名词。在 Bodansky 看来，“理性规劝”是一方跟从（follow）另一方的基础之一，这里不同于前文提及的消极因素施压的游说，此处是基于令行为方主观认同决策和选择的正确性，另外，遵守的基础还分别指向“权力”和“正当性”，因“接受决策过程正当”遵从（deference），有别于强迫之下的服从（obedience）。[54]明显地，有别于后者破具“不得不”意味的被动性，前者的行动行为来自内心的肯定。Steven L. Schwarcz 探讨软法之商业合同准据法身份时提出国家选择的作为准据法之软法的执行以相信其具备正当性为前提，在探讨这种正当性的“合成”时首先给出他基于对西方世界认知的部分答案，“在西方世界，很大程度上建立在对制度安排的信任之中”,进而他通过实证研究回顾软法作准据法的先例归纳三种途径并作检视。[55]具体地，第一，“由主要的政府间机构颁布”，这是有争议的，是关心源于权威的威信和背书提升声誉正当性还是直奔软法本身；第二，“普遍接受”，反映心理因素之认同；第三即贸易法典，惯例性质使然；至于其他方面，一者为“国内明确授权适用”，例如美国《统一商法典》对《跟单信用证统一惯例》的授权，二者是软法本身“达到公正标准（being fair）”，例如海牙原则，欧盟对当事人选择的软法有着“中立和平衡”要求，然而问题是如何判定其“实质公平”，Schwarcz 给出的“转向”答案是盯住“颁布软法主体的中立性”。[56]

理想的国际法是基于行为体友好合作意愿共建的和谐国际社会和有序法律秩序，实际的国际法依然保持以行为体意愿为中心，主动性和被动性均包括在内。广义的行为体意愿是软法遵行与否的“阀门”，统摄遵行动因，利益无疑是能够拧开“阀门”的关键力量，软法质量同理，切勿片面侧重国际关系影响而忽视软法本身的建设，至于其他遵行因素，例如制裁威胁的杀伤力和促动力同行为体实力不无关系相挂钩，遵行理由能够“拧动”“阀门”的力量非一成不变的，软法遵行的探讨在理由的归纳中又有着一软法一议的不确定性，多理由相对力量浮动变化。

国际软法冲击着执着于具有约束力硬法“宁缺毋滥”的底线思维，也构建着领域治理遵行方面“补缺毋滥”的底线思维,是造法必要性和法律、社会有序性之间的折中。Guzman

---

[53] Lon L. Fuller, The Morality of Law, revised edition, New Haven and London: Yale University Press, 1969, pp. 70-79.

[54] Daniel Bodansky, The Concept of Legitimacy in International Law, in Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (eds.) Legitimacy in International Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008, pp. 310-311.

[55] Steven L. Schwarcz, “Soft Law as Governing Law,” Minnesota Law Review, Vol. 104, No. 5, 2020, pp. 2471-2489.

[56] Steven L. Schwarcz, “Soft Law as Governing Law,” Minnesota Law Review, Vol. 104, No. 5, 2020, pp. 2489-2496.

在探索国际法的遵守和违反中更是进一步看到条约必守这一简单结论背后的复杂性，看到国际法的局限性不可回避，对行为体行为的改变是有限的。[57]切换到遵行视角，遵行可能是打折扣的。

进一步思考，参考硬法遵行否定软法整体的非普遍性遵行是否苛求于软法？又或者是一个美好的误解？软法创制主体多元、种类繁杂、数量庞大，普遍性遵行是极为困难的，但是并不乏软法诸如部分诉诸领域框架构建的宣言产生不俗效果。全球治理中，软法是可建设的，助力于国际法治的到来，以广义“法”的身份填补不造法和造狭义法中间的真空区域回应源于国家和国际社会的国际法诉求，走在狭义非法和条约、习惯法等硬法之间的第三条路上。

结论

国际法有被指称弱法一说，国际软法亦难逃弱法宿命，然而，这不妨碍国际法之遵行理应也确为常态，同时，无论条约、习惯法等硬法亦或软法，其被不遵行和违反是事实，其被遵行亦为不争的事实。国际软法遵行的解构和剖析，一方面，打破软法无用论、无效论的偏见，它不应被忽视而埋没而应被“看见”；另一方面，一定程度上服务于软法方法论建设，若创制软法之目的旨于其获得遵行，从归因和成功的软法未尝不可有所借鉴以用于新软法之创制，尽管软法遵行状态参差不齐，但是也不乏全球性宣言、契约赢得尊重，为具体领域的法治奠定基础、引领加速发展和打造可期待的未来。全球治理中，国际软法参与并发挥着作用，同硬法的合作和共进开拓二者及其背后国家乃至整个国际社会构建伙伴关系合作共赢的局面，是多边主义和全球团结之国际法治布局。

[57] Andrew T. Guzman, “A Compliance-Based Theory of International Law,” California Law Review, Vol. 90, No. 6, 2002, pp. 1886-1887.

三大评级巨头霸权形成过程中的法律因素及其清理路径
——美国经验及其对中国的启示

盛建明

深圳大学法学院特聘教授

深圳大学跨境合规管理团队 首席专家

摘　要：穆迪等三大信用评级巨头的市场优势地位及其肆无忌惮地滥用评级霸权的种种现象，是多年以来美国政府立法培育下疯狂生长的“巨型恐龙”，是美国政府金融监管背书基础上开出的“罂粟之花”。正因如此，2007 年次贷危机之后，美国政府痛定思痛，对信用评级机构启动了一次时间跨度为 4 年之久且规模空前的监管规则清理行动。这次监管规则清理行动的根本目的，在于通过对 5 部国会立法与 20 余个部门规章进行了系统清理和全面修订，削减评级巨头享有的种种法定特权，从而最大程度地减少对美国金融监管体系评级服务的过度依赖。考虑到三大评级机构富可敌国的巨大实力、经验丰富的规则博弈能力和左右逢源的政府游说能力，美国政府在这一次规则清理行动中展示的旨在彻底清除评级机构特权的立场之坚定，决心之巨大和措施之有力，是前所未有的，亦是值得予以充分肯定的。但另一方面，在持续强化的美国法律因素导致的评级依赖不断加深的全球金融生态格局之下，此次规则清理的实际效果可能十分有限。值得警惕的是，面临贸易摩擦压力而被迫加大开放力度的中国金融监管体制，在对待信用评级机构的问题上似乎正在走美国金融监管的老路。有鉴于此，中国和其他国家与地区的金融监管机关，都应当汲取美国 2007 年次贷危机的教训，必须对金融监管体系中过度依赖信用评级的现象始终保持高度警惕，以免重蹈美国立法背书和监管扶持导致评级巨头肆无忌惮地滥用霸权之覆辙。

关键词：美国立法；金融监管；信用评级；评级霸权；规则清理

［中图分类号］D922.291.92　　［文献识别码］A　　［文章编号］2096-6180（2020）06-0001-15

穆迪（Moody）、标普（Standard & Poor's）和惠誉（Fitch），是举世闻名的三大国际信用评级巨头，其市场份额在全球信用评级和国家主权信用评级市场上均遥遥领先，并因此确立了牢不可破的优势地位乃至寡头统治格局。国际金融市场对三大巨头评级服务的高度依赖，使其在全球范围内拥有了呼风唤雨的巨大能量。2007 年美国次贷危机之后，《纽约时报》专栏作家弗里德曼针对三大评级巨头的穆迪评级公司有过这样一段评论：“我们目前生活在两个超级大国之间，一个就是美国，一个就是穆迪。美国可以用炸弹摧毁一个国家，穆迪可以用评级毁灭一个国家。有一点，请您务必要相信我，那就是：有时真的说不清在这两者之中究竟谁的权力更大一些。”〔1〕

〔1〕 源自《纽约时报》专栏作家托马斯·弗里德曼先生（Thomas L. Friedman）于 1996 年 2 月 13 日

笔者通过分析 2008 年全球金融危机前后评级市场的状况，探讨三大巨头评级霸权形成背后的法律因素及其关键作用，并重点剖析了 2010—2013 年期间美国通过全面彻底的监管规则清理去除上述法律因素的具体措施及其效果。通过本研究，可以使中国金融监管机关汲取美国政府对评级巨头与日俱增的监管依赖危及整个金融市场且尾大不掉之惨痛教训，并采取切实措施及早纠正我国金融监管中可能正在重犯那些美国金融监管已经犯过并已纠正的重大错误，为保持金融稳定提供正确的制度激励。

一、评级机构霸权形成的法律因素

一般来说，成为一个行业中具有优势地位的巨头，并能在相当长的时间内保持优势地位，主要有以下几个原因：（1）持续科技创新驱动的先进产品与服务；（2）杰出领导能力驱动的商业模式创新；（3）建立在优秀企业文化基础上的优质经营管理制度；（4）建立在法律与规则基础上的监管依赖等。那么，究竟哪一个因素，才是导致穆迪等三大评级机构成为称霸全球信用评级市场巨头的关键因素？笔者认为，在三大机构评级霸权的形成过程中，法律因素起到了决定性的作用。

（一）法律概念创设及其资质认定制度对三大巨头市场优势地位之确立的关键作用

穆迪、标普和惠誉诞生之后，尽管由于创始人的远见和起步较早的原因，与那些起步较晚的评级机构相比，确实具有一定的先发优势。但是其后在很长一段时间内，上述三大评级机构与普通评级机构之间的差距并不明显。但是 20 世纪 70 年代之后，上述三大机构仿佛按下了“快进键”，获得了突飞猛进的业务拓展。挖掘这一现象背后的原因，可以发现：美国政府对评级机构的立法背书和监管依赖，才是三大信用评级机构业务飞速增长并成为业内遥遥领先的市场巨头的真实原因。

在美国政府对三大评级机构的法律扶持措施之中，最有力的举措当属“全国公认的统计评级组织”（Nationally Recognized Statistical Rating Organization，NRSRO）这一法律概念的创设以及围绕这一概念的资质认定。

NRSRO 这一法律概念产生的历史背景是：1970 年发生了堪称美国历史上当时最大的破产案件，即宾州中央铁路交通公司（Penn Central）破产案。宾州中央铁路交通公司，是在前宾夕法尼亚铁路公司和前纽约中央铁路公司基础上，合并成立的铁路运输巨头。合并的初衷是占领更大的市场份额，达到基业长青的目的，然而结果却是 1970 年当年便宣告破产。对此，美国举国上下感到十分震惊。这一事件后，不仅广大投资者开始普遍重视投资风险，美国政府机关亦感到必须尽快采取行动，对投资风险加强监管。在这种背景下，美国证券交易委员会（SEC）率先采取行动，决定对那些持有信用等级低于“投资级别”（less than investment-grade）之债券的券商进行处罚。但此种措施立刻碰到了一个具体的门槛问题，

接受美国公共电视台《新闻时间》频道（PBS News Hour）主持人吉姆·勒瑞尔先生（Jim Lehrer）访谈的电视节目，此后被业内人士和媒体广为援引。转引自 Mustafa Kavas, Corporate Social Responsibility in Credit Rating Agencies: How to Manage Areas of Conflict and Conflicts of Interest in a Responsible Way, 7 Turkish Journal of Business Ethics, 1　20（2014）.

那就是某一种债券是否达到“投资级别”门槛的认定标准。在出台这一措施时，当时的 SEC 心目中认为达到“投资级别”评级门槛的债券，其实就是穆迪评出的 10 个较高信用等级的债券。然而，如果以穆迪公司评定的等级作为 SEC 处罚与否的法定评判标准，肯定会引起包括标普和惠誉在内的其他评级机构的不服。为了公平，当时的 SEC 在 1975 年修订《1934 年证券交易法》项下的相关监管规则时，借机创设了一个全新的法律概念，即“全国公认的统计评级组织”。〔2〕

NRSRO 这一概念以及相关规则最初的主要作用就是要认定一批具有全国声誉（national repute）的评级机构并以此作为证券市场监管的重要依据。依照 SEC 制定的相关规则，券商持有的证券是否低于“投资级别”，应以 SEC 认定的 NRSRO 发布的评级结果为准。在 1975 年，被 SEC 认定的 NRSRO，只有穆迪、标普和惠誉三家。此后，又有五家信用评级机构陆续获得 NRSRO 资质。〔3〕美国《工业组织评论》总编劳伦斯·怀特认为，“自此之后，实际上，这三大评级机构所给出的判断已具有了法律效应”。〔4〕

（二）NRSRO 概念的规则渗透是三大巨头评级霸权日益稳固的重要因素

赋予评级巨头 NRSRO 资质，只是美国一系列立法和监管扶持措施体系构建的开始。在 1975 年首创 NRSRO 这一概念后，SEC 依照《1933 年证券法》《1934 年证券交易法》和《1940 年投资公司法》等国会立法，颁布了数量众多的监管规则与条例，在这些规则与条例中，那些拥有 NRSRO 头衔的评级机构的信用评级，已成为美国证券市场须臾不可缺少的重要监管手段。例如，在《1940 年投资公司法》项下的 SEC 第 2a-7 号规则中，各个 NRSRO 的评级结果被 SEC 用以判断货币基金购买的证券是否符合法定标准的监管依据。这是因为，《1940 年投资公司法》将货币基金投资限定在高品质的短期证券范围之内，而判定某种货币基金投资的证券品质高低之标准，就是作为投资标的之证券是否获得了那些具备 NRSRO 资质的评级机构作出的最高或次高等级的信用评级结果。具体而言，依照《1940 年投资公司法》项下的 SEC 第 2a-7 号规则之规定，所谓高品质的短期证券，系指被那些具备 NRSRO 资质的评级机构评定为两个最高等级的短期债券（或与此种获得最高评级的短期债券具有相同品质的未经评级的证券）。与此同时，货币基金持有其他评级级别的劣质债券（或其他未经评级的相同品质之证券）之数量，则受到上述规则的严格限制。〔5〕再如，SEC 的《S-K 条例》在其第 1 条第 10 款明确规定：“鉴于信用评级对于投资者和市场的重要性，SEC 允许发行申

〔2〕 具体内容，请参见 SEC 依照《1934 年证券交易法》第 15 条 c 款颁布的第 3　1 号规则（英文文献索引号为 Rules 15c3　1）关于券商净资本计算之规定。

〔3〕 其他五家是：最佳公司评级股份公司（A.M. Best Company, Inc.，其英文缩写为 AMB），DBRS 股份公司（DBRS, Inc.，其英文缩写为 DBRS），埃根斯　琼斯评级公司（Egan-Jones Ratings Company，其英文缩写为 AMBEJR），克鲁尔债券评级社股份公司（Kroll Bond Rating Agency, Inc.，其英文缩写为 KBRA）和晨星信用评级有限合伙公司（Morningstar Credit Ratings, LLC，其英文缩写为 Morningstar）。

〔4〕 刘永刚：《危机大玩家：评级巨头与他们掌控的世界》，《中国经济周刊》2011 年 10 月 18 日第 01 版。

〔5〕 参见美国《联邦政府规章汇编》，详见该汇编第 17 编第 270 章第 2 条 a 款规定之内容，这一条款的英文文献索引号为 17 CFR 270.2a。

请人在自愿基础上，在其注册申请文件（registration statements）和定期报告中披露具备NRSRO资质的评级机构对其发行的某些各类债券、可转换债券和优先股类别的评级结果。”〔6〕据SEC统计，截至2004年底，SEC颁布的支持或赋权NRSRO的部门规章，已经达二十余个之多。〔7〕

（三）SEC颁布的部门规章之中需依法清理的相关条款

SEC对NRSRO的监管依赖，确实已经深入到美国证券市场监管的方方面面。根据SEC于2005年公开的一份文件显示：在其多年来颁布的关于证券发行与交易的部门规章中，明确推荐或要求发行人获得NRSRO评级的部门规章，就达二十项之多。〔8〕这主要涉及以下SEC部门规章中六种条款与规则。

1. 与证券发行合法性密切相关的SEC规则

此类SEC规章及其项下的规则，往往会以直接或间接方式，迫使证券市场相关主体聘请NRSRO对其进行证券评级。例如，《〈1934年证券交易法〉项下的一般规则与条例》的相关规定，可谓是以间接方式规定相关市场主体必须由NRSRO进行证券评级的经典之作。这一规则的主要内容是要求证券经纪商/自营商代理客户交易时，如果交易之公司债券未经“全国公认的统计评级机构”评级处理，则必须在交易发生之时或之前将作为交易标的物的证券系未经评级的实情告知客户，否则即属非法。〔9〕

2. 与证券市场准入资格相关的SEC规则

依照始于2010年的金融监管规则清理之前此类条款原先之规定，各类证券和市场主体的市场准入，往往与NRSRO的评级高低密切相关。这是因为，只有当某一特定主体或某一证券获得一家或数家NRSRO较高级别甚至最高等级的信用评级，才具有市场准入之资格。在这方面，SEC颁布的《旨在实施〈1940年投资公司法〉的规则与条例》（Rules and Regulations under the Investment Corporation Act）针对货币基金发行的监管规则最为典型。依照上述SEC部门规章中的相关规则：凡是在货币基金市场发行的证券以及入围货币市场基金公司投资组合的标的资产，均须为SEC认定的“合格证券”（Eligible Security）。而这里所谓的“适格证券”，其实具有十分严格的准入条件：首先，对发行人在货币基金市场上发行的标的证券，或货币市场基金公司所持有的标的证券实施信用评级的机构，须为四家以上NRSRO的

〔6〕这一条例的全称为《依照〈1933年证券法〉〈1934年证券交易法〉和〈1935年能源政策与保护法〉发行证券需要提交文件的标准格式指引》，参见美国《联邦政府规章汇编》，详见该汇编第17编第229章第10条c款规定之内容，这一条款的英文文献索引号为17 CFR 229.10(c)。

〔7〕参见美国证券交易委员会于2005年颁发《全国公认的统计评级组织定义（征求意见稿）》（Definition of Nationally Recognized Statistical Rating Organization），该文件的英文文献索引号为17 CFR Part 240，公告编号为Release Nos. 33　8570；34　51572。详见这一文献英文第10页至第11页关于“NRSRO这一概念的演变历史”（History of the NRSRO Concept）之内容。

〔8〕参见《全国公认的统计评级组织定义（征求意见稿）》英文第10页至第11页关于“NRSRO这一概念的演变历史”之内容。

〔9〕参见《联邦政府规章汇编》第17编第240部分第10章第2节第10条第1款第8项之规定，这一条款的英文文献索引号为17 CFR 240.10b-10(a)(8)。

任何一家；其次，实际承担评级任务的 NRSRO，须通过货币市场基金公司各位董事的集体指定；再次，只有当上述基金公司的董事们确认该 NRSRO 每一年都能作出足够可靠的信用评级时，才能在下一年获得续聘；最后，在程序方面，对该 NRSRO 之指定，须已被货币市场基金的发行人作为附加信息载入注册申请文件并对外披露。〔10〕依照上述规则，有意在货币市场发行基金的实体，事实上必须聘请 NRSRO 的大牌评级机构，否则就没有资格发行任何基金。同样，货币市场基金公司所持的证券，也必须经过 NRSRO 中的大牌评级机构的事先评级，才能入选投资组合。换言之，发行人及其拟发行之标的证券的市场准入资格，几乎完全依赖穆迪和标普等三大评级巨头的评级报告。

《〈1934 年证券交易法〉项下的一般规则与条例》项下的相关规则，也是与清算机构市场准入密切相关的监管规则。从表面上来看，这一规则主要涉及“要求证券经纪商和自营商依法提交的保证金的计算公式”（Formula for Determination Reserve Requirement of Brokers and Dealers under §240.15c3–3）。根据 SEC 在上述规章中对于这一公式的相关注释，证券/期货经纪商和自营商依法提交的保证金的数量，须视证券经纪商和自营商名下的证券/期货的期末头寸余额而定。不过，此种头寸的数额，须以经过依法注册的清算机构之清点结果为准。但是，此类清算机构的资信，必须维持在某一 NRSRO 评定的“最高投资级别”（highest investment-grade rating）之上。〔11〕换言之，上述部门规章，通过一个看似极不起眼的证券/期货市场保证金的计算公式项下的技术性注释，使那些获得 NRSRO 称号的评级机构拥有了一种对清算机构“生杀予夺”的权柄。清算机构是证券和期货领域的重要市场主体，而依照上述条款之规定，为美国证券市场和期货市场提供期末头寸清点服务的清算机构的市场准入地位，也几乎完全取决于评级巨头的评级结果。

3. 与某种证券是否具有投资价值的评判相关的 SEC 规则

SEC 颁布的规范性文件中，有部分规章与证券标的是否具有投资价值相关。例如在业内人士熟悉的《另类交易系统条例》（即 ATS 条例）中，SEC 对在“另类交易系统”市场上挂牌交易的证券作了明确的区分，其区分标准就是所涉的证券究竟是属于“投资级别”的证券还是属于“非投资级别”（non investment-grade）的证券。而所谓“具有投资价值”之证券，系指至少获得了一家 NRSRO 之评级，且其信用等级被评定为该评级机构认可的四种最高信用等级之一的证券。反之，即属于不具有投资价值之证券。〔12〕

4. 与禁止性规则豁免适用条件相关的 SEC 规则

众所周知，禁止特定主体在证券或期货市场实施某种行为，是金融监管机构的常用监管

〔10〕 参见《联邦政府规章汇编》，特别是其中第 17 编第 270 章第 2 条 a 款第 7 项（a）目第 11 段规定之内容，这一条款的英文文献索引号为 17 CFR 270.2a-7(a)(11)。

〔11〕 参见《联邦政府规章汇编》第 17 编第 240 部分第 15 章第 3 条第 3 款第 3 项，这一 SEC 规章条款的英文文献索引号为 17 CFR 240.15c3-3(a)。详见这一 SEC 规章英文附件 A（Exhibit A）中第 14 项（Item14）项下的第 7 个注释（Note G）之内容。

〔12〕 参见《联邦政府规章汇编》第 17 编第 242 章第 300 条(k)款第 3 项和第 300 条(l)款第 3 项之内容，这两个条款的英文文献索引号分别为 17 CFR 242.300(k)(3)和 17 CFR 242.300 (l)(3)。

手段。SEC 也不例外，因此颁布了不少旨在禁止市场主体实施某种行为或持有某种特定证券的监管规则。但是此类规则，又往往对禁止性规则设置了豁免适用的例外规则。能够享受此类禁止性规则豁免适用待遇的行为，一般与那些获得 NRSRO 称号的大牌评级机构较高级别信用等级的证券密切相关。

在这方面的例证之一，就是 SEC 第 101 号规则（SEC Rule 101）的相关规定。依照这一 SEC 规章，证券发行过程中的分销参与者（distribution participants）不得以直接或间接之方式竞购或申购首次发行（IPO）之证券。但是这一规则有一个例外，那就是如果竞购或申购之证券，系属曾经获得两家或两家以上 NRSRO“基准级别”（generic rating categories）评级的证券，那就不在禁止之列了。而这里所谓的“基准级别”的证券，其实就是被那些拥有 NRSRO 称号的大牌评级机构评定为“投资级别”的标的证券。〔13〕

在这方面的例证之二，就是 SEC 颁布的《关于〈1940 年投资公司法〉实施细则与条例》项下的相关规则。值得注意的是，《1940 年投资公司法》，规定了不少针对投资公司的禁止性规则。其中有一条规则的主要内容是：在彼等存续期间，证券承销团（或承销辛迪加）不得购买任何证券。但是，SEC 通过上述部门规章明确规定，上述禁止性规则对投资公司在同一时期购买“适格证券”（eligible securities）的行为豁免适用。而“适格市政债券”（eligible municipal securities），则属于上述“适格证券”之一种。依照本条款之规定，“适格市政债券”的构成要件如下：（1）符合《1934 年证券交易法》第 3 条第 1 款第 29 项之定义；（2）具有足够的流动性（sufficiently liquid），能够确保其在较短时间内按照不低于票面价值的价格出售；且（3）此种市政债券的信用风险等级须在中等以下，但发行此种市政债券的发行人、替市政当局创造财政收入或代理市政当局偿还债券本息的实体，若是运行时间不足 3 年，则此种市政债券的信用风险等级须在最低或较低以下。而此种市政债券的风险级别，则应由具有 NRSRO 称号的大牌评级机构最终加以敲定。〔14〕

5. 与资本充足率监管密切相关的 SEC 规则

众所周知，在证券业的监管过程中，要求证券市场和期货市场的各类主体满足最低资本充足率要求（Capital Adequacy Requirement，CAR）的规则是十分常见的。由此可以推定：净资本或净资产的计算方法或公式，对于需要满足最低资本充足率要求的各类主体的市场准入资格之维系，显然是十分重要的。而 SEC 颁布的不少规则，往往明确规定，如果市场主体持有的资产未经 NRSRO 评级，则其净资本的计算，就要打一些折扣。例如，《〈1934 年证券交易法〉项下的一般规则与条例》项下的一些规则即为典型例证：依照这一规则，证券市场的经纪商和自营商持有的外国货币，最好能够满足两个条件，一是发行该种外币的国家的短期国债至少曾获得 2 家或 2 家以上 NRSRO 的评级且信用级别属于其级别最高的两个等级

〔13〕 参见《联邦政府规章汇编》第 17 编第 242 章第 101 条（c）款第（2）项规定之内容，这一条款的英文文献索引号为 17 CFR 242.101(c)(2)。

〔14〕 参见《联邦政府规章汇编》第 17 编第 270 章第 10 条 f 款第 3 项（a）目第（3）段文字规定之内容，这一条款的英文文献索引号为 17 CFR 270.10f-3(a) (3)。

之一；二是此种外币能够在具有一定规模的银行间外汇市场进行自由兑换。否则，SEC 在核定此种经纪商和自营商的净资本（Net Capitals）并据此判断是否满足 SEC 关于净资本的要求时，就要按照外币的市场价值扣除一定的百分比。〔15〕表面上这一规则涉及的是证券市场所持净资本的计算方法，但事实上，其与对各类主体的资本充足率监管密不可分。

6. 与信息披露格式密切相关的 SEC 规则

总体来看，在 SEC 颁布的部门规章中，规范证券市场各类主体信息披露格式的规范性文件和指引性文件占据了相当大的篇幅。例如，《〈1933 年证券法〉项下信息披露格式要求》（Forms Prescribed under the Securities Act of 1933），主要内容就是关于证券市场信息披露的各种格式规范。这些格式规范以非常隐蔽的方式，将对 NRSRO 的监管依赖嵌入到形形色色的表格之中。具体来说，在上述部门规章中，与 2010 年金融监管规则清理相关的主要是以下三个关于信息披露格式要求的规范性文件。一是 SEC 制定的供特定发行人就特定种类的证券发行在提交注册申请文件时须遵守的代号为“S-3”的格式规范文件（Form S–3）〔16〕；二是 SEC 就特定外国私营发行人发行特定种类的证券在提交注册申请文件时须遵守的代号为“F-2”的格式规范文件（Form F–2）〔17〕；三是 SEC 关于特定种类证券发行人采用“储架发行”模式时其注册申请文件之申报须遵守的代号为“F-3”的格式规范文件（Form F-3）。〔18〕

总之，在这一系列立法规则和监管措施扶持之下，最早头顶 NRSRO 桂冠的标普、穆迪和惠誉的评级业务开始风生水起，迅速成为评级行业名副其实的三大巨头，其业绩不仅远超其他普通评级机构，而且自此开始一直保持遥遥领先的业界霸主地位。2007 年金融危机后，不少业内人士认为三大评级巨头难辞其咎，并对其进行了猛烈的抨击。在巨大的舆论压力下，美国国会成立了金融危机调查委员会（the Financial Crisis Inquiry Commission），对评级机构进行了长达 4 年的彻查。2011 年，这一委员会发布了一份调查报告。该报告指出：在 2007 年的金融危机中，美国评级机构在抵押贷款证券方面的虚假评级以及随即发布的评级下调，使美国家庭高达 11 万亿美元的财富灰飞烟灭。〔19〕该份报告中专门针对穆迪公司的一份

〔15〕 参见《联邦政府规章汇编》第 17 编第 240 章第 15 条 c 款第 3 项规定之内容，这一条款的英文文献索引号为 17 CFR 240.15c3。

〔16〕 参见《联邦政府规章汇编》第 17 编第 239 部分第 13 章之内容，这一部分条款的英文文献索引号为 17 CFR 239.13。

〔17〕 参见《联邦政府规章汇编》第 17 编第 239 部分第 32 章项下各条款之规定，这一部分条款的英文文献索引号为 17 CFR 239.32。

〔18〕 储架发行制度，是一次核准、多次发行的再融资制度。储架发行制度源于美国，已被英国、加拿大、日本、法国、西班牙、比利时等发达国家，马来西亚等发展中国家采用。在美国，具备一定资格的发行人提交的《储架注册说明书》经美国证监会审核并宣布生效后，发行人即被允许通过建立“储架”，在三年内连续多次地发行证券。其间，发行人还可以随时注册新的三年期“储架”。由此看出，与传统发行机制比较，这种发行机制不是每次发行都要重新注册，因此该机制可以简化注册程序，提高融资灵活性，降低融资成本，提升市场效率。储架发行的注册文件格式，就是 F-3，详见《联邦政府规章汇编》第 17 编第 239 部分第 33 章项下各条款之规定，这一部分条款的英文文献索引号为 17 CFR 239.33。

〔19〕 Roger Lowenstein, Triple-A Failure,

案例调研报告指出：在 2000 年至 2007 年这 8 年中，穆迪关于住房按揭债券发布的 AAA 评级报告高达近 45 000 份。金融危机爆发后，其中 83%的参评证券最终被降至垃圾级别。该委员会由此认为：“没有评级机构的参与，这场金融危机也许根本不会发生。”〔20〕或许是为上述触目惊心的事实所惊醒，美国国会痛定思痛，启动了一次规模空前的金融监管规则清理行动，其覆盖范围之广，涉及规则之多，都是美国立法史上比较罕见的。

二、美国信用评级巨头监管规则全面清理的主要措施和路径

美国国会经过调查认为：三大评级巨头之所以胆敢大肆滥用评级霸权助推金融危机，损害广大证券投资者的合法利益，乃至降低美国的国家主权信用评级，完全是因为其在信用评级服务领域已经成为美国各大金融监管机构的重要依靠。换言之，已经渗透到美国金融监管体系操作层面每一个角落的监管依赖，使得三大巨头拥有了举足轻重的市场优势地位。如果不能对这种扶持评级巨头的法定要求和监管规则进行全面清算，那么评级机构的霸权滥用和利益冲突，是无法得到彻底根治的。基于这种考虑，美国国会和金融监管机构最终痛下决心，决定对相关的法定要求和监管规则进行一次全面的清理。

从 2009 年启动修法程序，到 2010 年《多德　法兰克华尔街改革与消费者保护法》（下称《多德　法兰克法》）正式生效，再到 2013 年基本完成国会相关立法和监管机构部门规章之清理，美国政府花了整整 4 年的时间。通过对相关法律与规章条款的系统梳理和全面修订，消除对评级巨头的立法扶植和规则背书，削减评级巨头享有的种种特权，从而最大程度地减少金融监管体系对信用评级服务的严重路径依赖。下文将以《多德　法兰克法》第 9 章第 3 节项下 8 个条款的具体规定为基本线索，着力勾勒出美国国会清理那些严重依赖评级机构的相关法律及监管机构部门规章项下具体规则的路线图。

（一）国会立法层面的清理措施

2010 年开始的美国立法层面的规则清理，涉及的法律主要包括《联邦存款保险公司法》、《1992 年联邦住房企业金融安良法》《1940 年投资公司法》《美国制定法汇编（修订版）》《1934 年证券交易法》等。具体而言，美国于 2010 年正式启动的关于金融监管的国会立法清理行动的主要内容如下。

1.《联邦存款保险公司法》第 7 条相关内容之修改

美国《联邦存款保险公司法》第 7 条项下相关款项规定存款保险公司对其承保的办理存款吸收业务的金融机构可能遭受损失风险的信息收集渠道作了明确规定。依照原有条款之规定，除了联邦和各州层面各金融监管机构的执法报告信息之外〔21〕，存款保险公司还可依据来自评级机构和其他私营经济分析师或商业分析师的意见，作为风险管理的信息来源。《多德　法兰克法》将评级机构的措词从中删除，将上述规定修改成：除了联邦和各州层面各

https://www.nytimes.com/2008/04/27/magazine/27Credit-t.html(last visited June 18, 2019).

〔20〕参见美国国会金融危机调查委员会的听证报告视频资料，https://fcic.law.stanford.edu/videos/view/41，最后访问时间：2019 年 8 月 1 日。

〔21〕此类金融监管机构主要包括联邦和各州层面的银行业监管机构、保险业监管机构、证券交易委员会、商品期货交易委员会、美国财政部、美国联邦贸易委员会和美联储等。

金融监管机构的执法报告信息之外，存款保险公司还可依据来自私营经济分析师、私营信用分析师或私营商业分析师的意见，作为风险管理的信息来源。〔22〕

2.《联邦存款保险公司法》第 28 条相关内容之修改

美国《联邦存款保险公司法》第 28 条项下的相关条款，明文禁止储蓄合作社以直接或者间接方式，收购或持有低于“投资级别”的公司债券。〔23〕由于要判定“投资级别”与“非投资级别”两种不同投资价值的公司债券，必须依赖评级机构的信用评级，所以《多德　法兰克法》要求这一条款删除“评级机构”这一措词，以消除这一法条中原先对评级机构的监管依赖。修改后的条文内容变更为：“储蓄合作社不得以直接或者间接方式，收购或保留未能达到本存款保险公司所确立的信用标准之公司债券。”〔24〕

此外，依照修改前的《联邦存款保险公司法》第 28 条其他款项之规定，若在《1989 年金融机构改革、复兴和巩固法》生效之日，任何储蓄合作社仍持有“非投资级别”之公司债券者，均可购买合格票据加以替换，以符合该法之要求。《多德　法兰克法》同样要求立法机构在这一条款中删除“非投资级别”的措词，修改后的条文内容变更为：若在《1989 年金融机构改革、复兴和巩固法》生效之日，任何储蓄合作社仍持有未能达标的公司债券者，均可购买合格票据加以替换，以符合该法之要求。〔25〕

3.《1934 年证券交易法》第 3 条相关内容之修改

《1934 年证券交易法》第 3 条对相关概念的含义进行了界定。在始于 2010 年的金融监管规则清理和修改前，其中“与按揭相关的合格证券”，系指“至少获得一家 NRSRO 评定的两个最高信用等级之一的按揭担保债券”，“与小微企业相关的合格证券”被定义为“系指至少获得一家 NRSRO 评定的四个最高信用等级之一的公司债券”。《多德　法兰克法》要求对此条款进行修改，修改后这一条的规定变为：“与按揭相关的合格证券，系指达到 SEC 确立的信用标准之房产抵押担保债券”〔26〕；……“与小微企业相关的合格证券，系指达到 SEC 确立的信用标准之公司债券”。〔27〕

4.《1992 年联邦住房企业金融安良法》相关条款之修改〔28〕

---

〔22〕参见《联邦存款保险公司法》第 7 条（b）款第（1）项（E）目第 1 段之规定，这一条款的英文文献索引号为 Section 7(b)(1)(E)(i)，12 U.S.C. 1811 et seq.。

〔23〕所谓间接方式持有“不具有投资价值”债券，就是通过设立子公司之方式，持有“不具有投资价值”的债券的行为。

〔24〕参见《联邦存款保险公司法》，具体内容详见该法第 28 条（d）款之规定。

〔25〕关于公司债券达标与否的认定标准，应以美国联邦存款保险公司确立的信用标准为准。参见《联邦存款保险公司法》，详见该法第 28 条（e）款之规定。

〔26〕参见《1934 年证券交易法》第 3 条（a）款第 41 项之规定，该条款的英文文献索引号为 Section 3(a)（41），15 U.S.C. 78a(3)(a)。

〔27〕参见《1934 年证券交易法》第 3 条（a）款第 53 项之规定，该条款的英文文献索引号为 Section 3(a)（53），15 U.S.C. 78a(3)(a)。

〔28〕这里的联邦住房企业主要指“房利美”(Fannie Mae)和“房地美”（Freddie Mac）两家主营房地产抵押贷款业务的联邦“政府赞助企业”（Government Sponsored Enterprises，GSE），就其本质而言，其实就是美国联邦主要解决特定民众住房问题而以财政出资建立的美国国营企业。其中，房利美设立于 1938

依照《1992 年联邦住房企业金融安良法》相关条款之规定，主管部门有权以契约方式，将部分监管职能外包给具有 NRSRO 称号的企业。具体表述为：身为美国联邦国营房贷企业主管部门负责人的主任“有权按照其认为合适的条件与条款，与具有 NRSRO 称号的实体签订合同，委托后者审查被监管企业的资信状况。至于 NRSRO 之具体含义，可参见本法第 15 编第 78 条 c 款（a）项之定义”。〔29〕《多德　法兰克法》要求对此条款进行修正。经过修正，上述条款中具备 NRSRO 资质的字样被全部删除。具体条文变成：“……主任有权按照其认为合适的条件与条款，与任一实体签订合同，委托后者审查被监管企业的资信状况。”〔30〕

5.《1940 年投资公司法》相关内容之修改

美国的公司都是按照各州自行制定的公司法设立和运行的，美国在联邦层面并未制定全国统一适用的公司法，但这并不妨碍美国国会为统一实施联邦层面的证券法而制定一些特殊商事组织法，《1940 年投资公司法》正是此类联邦立法的典型例子。较之各州的公司法，《1940 年投资公司法》对投资公司规定了较高的设立门槛。例如，依照《1940 年投资公司法》的相关规定，若某一公司只是依照美国某一州关于提供财政资助的制定法在该州境内组建，那么在满足这一条款规定的其他条件的前提下，该公司之业务可以不受《1940 年投资公司法》的约束，而是仅受该州商事组织立法之约束。〔31〕上述条款规定的其他条件包括：（1）该公司不得从事发行可赎回证券的业务；（2）该公司不得购买依照《1940 年投资公司法》已经成立或即将成立的任一“投资公司”发行的任何证券。

不过，上述条件有若干项例外规则：第一，凡是购买的证券属于《1940 年投资公司法》第 3 条 c 款第 1 项至第 7 项项下投资公司发行的证券者，均不受上述条件之限制；第二，凡是购买的证券至少被一家 NRSRO 评定为属于“投资级别”的公司债券者，也无须受到上述条件之限制。按照上述条款规定的第二项例外规则，即便某种公司债券发行主体属于《1940 年投资公司法》界定的投资公司之范畴，只要此种公司债券是属于被那些具有“NRSRO”称号的评级机构评定为属于“投资级别”以上的低风险公司债券，那么此类公司照样有权免受《1940 年投资公司法》之约束，而只须遵守公司注册所在地的州法即可。〔32〕

年，成立时是政府机构，1968 年改为私营企业，但是改制很不彻底，国营和政府色彩仍然很浓。若不是美国政府出手相救，房利美 1979 年就已经破产倒闭。后来大家觉得市场上只有一家公司，缺乏竞争，于是在 1970 年又成立了房地美，其主要业务跟房利美几乎完全一样。具有 GSE 性质的两大公司的主要业务都是从抵押贷款公司、银行和其他放贷机构购买住房抵押贷款，并将部分住房抵押贷款证券化后打包出售给其他投资者。

〔29〕 参见《1992 年联邦住房企业金融安良法》第 1319 条之规定，这一立法的英文文献索引号为 12 U.S.C. 4519。

〔30〕 参见《多德-法兰克华尔街改革与消费者保护法》第 939 条 3 款［Section 939（c）］之内容，这一立法的英文文献索引号为 H.R 4173。

〔31〕参见《1940 年投资公司法》第 6 条 a 款第 5 项规定之内容，这一条款的英文文献索引号为 15 U.S.C. 80a-6(a)(5)(A)(iv)。

〔32〕 参见《1940 年投资公司法》第 6 条 a 款第 5 项（I）规定之内容，这一条款的英文文献索引号为 15 U.S.C. 80a-6(a)(5)(A)(iv)(I)。

然而，《多德　法兰克法》颁布后，《1940 年投资公司法》上述条款规定的第二项例外规则被修正了。依照《多德　法兰克法》第 1939 条（c）款之规定，只有当公司购买的公司债券达到了 SEC 确立的信用标准门槛时，此类公司才能可以摆脱《1940 年投资公司法》规定的法定义务。〔33〕换言之，原先的标准其实是评级机构制定的，而依照修订后的新法，能否摆脱《1940 年投资公司法》规定的法定义务，其标准则是 SEC 确定的监管标准。

6.《美国制定法汇编（修订版）》相关内容之修改

（1）《美国制定法汇编（修订版）》第 62 编第 5136A 条第 1 款第（2）项和第（3）内容之修改

依照《美国制定法汇编（修订版）》关于银行支行设立相关条款之规定，一家全国性银行可以通过控股或持股设立从事金融业务的子公司（financial subsidiaries），但须满足一定的条件，法定条件之一就是该全国性银行的信用水平“须达到任何一种适格信用评级（any applicable rating）门槛之要求或者本款第 3 项规定的其他条件”。〔34〕而“第 3 项规定的其他条件”所指的又是什么条件呢？依照 2007 年次贷危机之前未曾修改的旧法原文之规定，这一其他条件的主要内容包括：① 该全国性银行名列联邦存款保险公司承保的最大的 100 家银行之列；② 该全国性银行对外发行过 1 次以上的公司债券，且此等债券要么符合美国财长与美联储主席共同确定的某一“评级”要求或与这一评级具有同等效力的其他要求，要么符合美国财长与美联储主席共同确定的其他标准，两者必居其一。〔35〕

由于上述两个条款之中均出现了信用“评级”之字样，因此《多德　法兰克法》要求删除其中关于“评级”的相关措词。修改后的条款变成：“该全国性银行的信用水平须达符合美国货币监理署署长确定（established by the Comptroller of the Currency）的信用能力标准（standards of credit-worthiness）或本条第 1 款第 3 项规定的其他条件。”〔36〕修改后具有同等效力的其他条件于是变成：“该全国性银行对外发行过 1 次以上的公司债券，且此等债券要么符合美国财政部长与美联储主席共同确定的信用能力标准，要么符合美国财政部长与美联储主席共同确定的其他标准，两者必居其一。”〔37〕

（2）　《美国制定法汇编（修订版）》第 62 编第 5136A 条第 6 款内容之修改

《美国制定法汇编（修订版）》第 62 编第 5136A 条第 6 款的原标题为“未能维持公共评级或未能满足其他适用标准之情形”（Failure to Maintain Public Rating or meet Applicable Criteria）。

在这一标题之下，原有的第 1 项基本原则规定为：“在收购或新设某一金融业务子公司

〔33〕 参见《多德-法兰克华尔街改革与消费者保护法》第 939 条 3 款［Section 939（c）］之内容，这一立法的英文文献索引号为 H.R 4173。

〔34〕 参见《美国制定法汇编（修订版）》第 62 编第 5136A 条之规定，详见该条项下第 1 款第（2）项规定之内容，上述条款的英文文献索引号为 12 U.S.C.24a。

〔35〕 参见《美国制定法汇编（修订版）》第 62 编第 5136A 条第 1 款第（3）项规定之内容。

〔36〕 参见《多德-法兰克华尔街改革与消费者保护法》第 939 条第 4 款第 3 项规定之内容。

〔37〕 参见《多德-法兰克华尔街改革与消费者保护法》所引立法第 939 条第 2 款规定之内容。

后，若任一全国性银行未能符合货币监理署署长确定的某一适格评级之标准或本条第 1 款第（2）项第 5 目规定的其他要求，则该全国性银行应当自行出资或通过其金融业务子公司注入或获取额外的资本金（additional equity capital），以符合上述法定要求。”〔38〕

依照《多德　法兰克法》之规定，上述标题中涉及“公共评级”的措词应被删除，标题之内容应该改成“未能符合信用能力标准或其他标准之情形”。同样道理，《美国制定法汇编（修订版）》第 62 编第 5136A 条第 6 款正文中的“某一适格评级”的用词也应被删除，正文内容应改成：“在收购或新设某一金融业务子公司后，若任一全国性银行未能符合货币监理署署长确定的信用能力标准或本条第 1 款第（2）项第 5 目规定的其他要求，则该全国性银行应当自行出资或通过其金融业务子公司注入或获取额外的资本金，以符合上述法定要求。”〔39〕

（二）监管机构部门规章清理方面的法律措施

1.《多德　法兰克法》关于清理联邦政府规章的规定之内容

依照《多德　法兰克法》第 39 条 A 款第 1 项之规定，在该法颁布之日起 1 年内，每一个联邦政府机构不仅应当对该部门签发的旨在要求使用对某一证券或货币市场金融工具的信用能力进行评估的所有条例进行全面系统的审查，而且应当对此等条例中涉及信用评级的任何指导性推荐或任何强制性要求进行全面系统的审查。〔40〕

每一个联邦政府机构对其在依照上述条款之规定实施的审查中查明的涉及信用评级机构的条例，均应进行修订。此类修订之目的，在于由各联邦政府机构自行取缔各该部门政府规章中规定的信用评级的任何指导性推荐或任何强制性要求，并将此类相关规章中的“法定推荐”或“法定要求”，替换成各个监管机构依照此类条例确认为适当的“信用能力标准”。在确认此种标准是否适当的相关决定时，各相关政府部门在可行的范围内，应当结合受其监管的各个企业的具体情况，同时考虑相关规章之所以必须依赖上述信用能力标准来实现对相关企业之监管的目的，尽可能统一各个监管部门使用的信用能力的衡量标准。不仅如此，《多德　法兰克法》还要求每一个联邦政府机构在上述政府规章清理和修订工作完成之后，应当专程向美国国会提交报告，此等报告中必须含有提及“评级”或“NRSRO”字样的政府规章的详细描述，同时必须包含修改措施的详细情况。〔41〕

2. SEC 与联邦层面其他政府机构颁布的规范性文件中须依法清理的相关条款

总之，与联邦其他政府机构相比，SEC 由于位高权重，受到国会质疑最多，受到《多德　法兰克法》的影响最大，因此，承担的部门规章清理、修订和报告的任务最为繁重。

〔38〕 参见《美国制定法汇编（修订版）》第 62 编第 5136A 条项下第 6 款标题及其下第（1）项“一般原则”之内容，上述条款的英文文献索引号为 12 U.S.C.24a。

〔39〕 参见《多德-法兰克华尔街改革与消费者保护法》第 939 条第 4 款第 4 项和第 5 项（§939）规定之内容。

〔40〕 参见《多德-法兰克华尔街改革与消费者保护法》第 939A 条第 1 款之内容，这一立法的英文文献索引号为 H.R 4173。

〔41〕 参见《多德-法兰克华尔街改革与消费者保护法》第 939A 条第 3 款之内容。

好在 SEC 在 2008 年之后也确实下了很大决心，拿出了刮骨疗伤和壮士断腕的勇气，梳理了其长期以来对大牌评级巨头路径依赖的部门规章，并进行了全方位的深度清理与彻底修订。

作为美国全国境内证券与期货市场的监管机构，SEC 只是美国众多联邦层面的政府机构之一，按照《多德　法兰克法》之规定，除 SEC 之外其他联邦层面的政府机构，同样需要实施规章清理和修订工作，并在完成之后，应当专程向美国国会提交详细报告。由于受到篇幅之限制，此处不再赘述。

总体而言，由于认识比较到位，规则清理的准备比较充分，起步时间也较早，所以 SEC 在联邦政府机构中率先完成了其所颁布的部门规章的清理与修订工作。与 SEC 相比，美国联邦层面的其他各个金融监管机构的部门规章清理工作，其进度显得稍微慢一些，但截至目前，大体上也都已完成。

三、2010 年开始的美国金融监管规则清理行动之评述

（一）此次金融监管规则修订是美国金融史上史无前例的监管规则清理行动

从上文可以看出，在 2007 年次贷危机爆发之后，美国对与证券评级机构相关的联邦立法以及政府部门规章进行监管规则的修订和清理是十分全面的。根据笔者的梳理，始于 2010 年的金融监管规则清理行动，总计涉及 5 部联邦立法，20 多部联邦政府部门规章。

对于美国来说，单一立法或少量部门规章的修订，是经常发生的事情。但是，为实现某一特定目的对多部联邦法规以及多个部门的几十部部门规章进行全面的规则清理，也是极为罕见的事情。这是因为，美国社会有一种由来已久的民主僵局（democratic deadlock）现象。所谓的民主僵局，系指某一项或一揽子立法或修法计划，因为分权体制和党派之争（包括同一政党不同政治派别的利益之争），陷入旷日持久的规则博弈泥潭而难以推进之情形。正是这种民主僵局，导致步入白宫的许多新总统都无法兑现自己在竞选时制定的雄心勃勃的改革计划和信誓旦旦的诸多诺言，也导致旨在推动社会进步的民众呼声无法转化为能够产生实际效果的立法行动。这种民主僵局导致的一个后果就是，在美国历史上，在国会山上同一届国会密集通过多部新法或密集修订多部旧法的立法风暴，变得非常少见。屈指算来，貌似只有在美国共和党几乎独占国会的南北战争时期、大萧条之后罗斯福总统新政时期、二战期间以及越战之后民权运动高涨时期，才出现过此种现象。而这几个时期，都是美国政府和人民处于十分紧要的关口或前所未有的危机的历史时期。由此可见，只有当美国整个国家处于特别的经济和政治环境下，只有当美国整个社会表现出对制定新法或修改法律的强烈愿望并愿意信任国会和总统时，才能对关注选票的总统和国会议员产生压力，从而加速立法或修法之进程。

同样道理，2007 年美国爆发次贷危机，使得美国整个社会受到了极大的冲击，从而处于一种非常特殊的历史时期。一时之间，民众对华尔街资本家和信用评级巨头的愤怒，达到了空前的高度。正是在这样的历史背景下，上述规模空前的规则清理行动，才有可能出现并落地到新规则之中。总之，考虑美国立法和修法程序异常繁杂及其过程之中规则博弈极为激烈这一事实，考虑三大评级巨头富可敌国的雄厚实力和势不可挡的游说能力，如此规模的金

融监管规则清理，如此全面的评级特权削减，都堪称是史无前例的。

（二）美国政府在 2010 年金融规则清理中出现了矫枉过正的迹象

金融危机之后，面对巨大的舆论压力和沸腾的民怨，美国立法机关和金融监管机关对清除立法背书和监管扶持摆出了一种十分坚定的姿态，表明了坚决清除既往立法条文和监管规则中对评级巨头的立法背书和监管扶持的决心。

在此次规则清理过程中，凡是原先的监管规则中内含 NRSRO 这一概念的条款，均一律予以删除，凡是含有硬性指定或软性推荐“评级机构”的措词（wording），一律需要进行修订。从理性的角度来看，这或许是没有必要的。因为时至今日，金融市场的繁荣与发展，已经离不开信用评级机构的有效参与。建立在独立、公正与客观基础之上的信用评级服务体制，已经成为现代资本市场的标配。因此，适度依赖评级机构的专业服务，特别是让那些并不拥有 NRSRO 头衔的中小评级机构在金融监管中发挥应有作用，同时对评级机构利益冲突加以管制，不仅可以繁荣评级服务市场，而且可以节约金融监管机构的宝贵资源，让其有更多的时间和精力，对各个市场主体的行为进行更为有效和有力的监管。在 2010 年正式启动的金融监管规则清理行动中，美国国会和各大监管机构摆出一副与评级机构，特别是评级巨头彻底决裂的姿态，凡是出现 NRSRO 字样的条款，一律加以删除和修改的做法，或许做得有些矫枉过正。对 NRSRO 这一概念的过分依赖，固然应当予以彻底矫正，但是能够体现独立和专业品质的信用评级机构和评级服务，仍然是全球金融市场不可或缺的有机组成部分。

当然，从政治角度来看，在评级巨头利令智昏助推次贷危机的铁证面前，在怒不可遏的民意面前，国会议员和主要金融监管机构，对评级机构摆出一副彻底决裂乃至避之唯恐不及的姿态，更多的原因，恐怕也是选举政治的现实需要。

（三）2010 年金融规则清理在遏制评级霸权滥用方面的实际效果有待观察

从表面上来看，美国 2010 年开始的大规模金融监管规则清理行动的短期成果是十分可观的。至少从字面上来看，在各大金融行业的立法和部门规章中，对资本市场各类参与主体的金融监管，与具有 NRSRO 资质的大牌评级机构挂钩的条款，都已得到非常全面和十分彻底的清理。不过，此番金融监管规则清理对遏制和预防信用评级机构滥用评级霸权的实际效果，还有待进一步观察。

尽管美国国会的主观愿望是全面清除金融监管对信用评级的路径依赖，措施则是对与信用评级挂钩的规则条款的全面修订和清算。但这种主观愿望的落地，以及规则清理的实际效果，可能仍然有待进一步的观察。

这种立法规则之清理，对于改变以美国三大信用评级巨头为主的信用评级服务市场格局，其作用可能是十分有限的。这是因为：首先，金融市场对信用评级服务的依赖，已经延伸到当今世界金融系统生态的各个方面，成为金融生态系统不可缺少的组成部分。原因在于，在出台在先的众多国会立法以及部门规章的扶持之下，已经逐步形成了非常牢固的金融监管生态系统，金融市场和监管机构对信用评级服务的依赖不仅根深蒂固，而且具有很大的惯性。其次，在立法机构和监管机构的多重加持之下，三大评级巨头主导信用评级市场的竞争格局

已经确立，其在信用评级服务中的巨大市场优势地位，在短期内是很难得到根本改变的。由此可见，三大巨头滥用评级霸权这一“病根”，必将以盘根错节的方式，十分顽强地存活在当今乃至未来相当长一段时间的全球金融生态体系之中。在这种格局与前景之下，国际社会不能对美国国会的立法清理行动期待过高。

（四）美国的金融规则清理行动给中国金融监管体制对评级机构的路径依赖敲响了警钟

正如前述，在 2008 年全球金融危机之后，美国国会和金融监管机关启动了全方位的规则清理程序，与评级巨头切割的态度十分坚决。与此形成鲜明对比的是，近年来在我国金融监管的过程中，包括“一行三会”和发改委等各大金融监管机构或宏观调控部门，对信用评级机构的依赖，却呈现出了与日俱增的态势。

根据笔者对中国改革开放以来在各自领域拥有金融监管权限的五大机构颁布的部门规章的梳理和统计，除了国务院之外，从 1999 年至 2020 年 5 月底，上述五大监管机构一共颁布的明显依赖证券评级机构评级服务的部门规章，已达 47 部之多，其中 2008 年全球金融海啸爆发后颁布了 29 部。〔42〕具体统计数据如下：（1）国家发改委颁布的与其制定的信用评级机构直接挂钩的部门规章总计 10 部，全部属于 2008 年之后颁布的规范性文件〔43〕；（2）中国人民银行颁布的与其指定信用评级机构直接挂钩的部门性规章，总计 11 部，其中 2008 年起颁布的规范性文件 5 部〔44〕；（3）中国证监会颁布的与其认可的信用评级机

〔42〕 国务院层面与证券评级相关的行政法规，主要包括国务院于 1993 年 8 月 2 日颁布的《企业债券管理条例》（已根据 2011 年 1 月 8 日《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》进行修订）和于 2014 年 10 月 2 日发布的《关于加强地方政府性债务管理的意见》（国发〔2014〕43 号）。其中，《企业债券管理条例》第 15 条第 2 款明确规定，企业发行企业债券，可以向经认可的债券评信机构申请信用评级。这就是说，公司和企业发行债券之前可以雇佣主管部门认可的信用评级机构对其进行评级。

〔43〕 具体包括：（1）国家发改委于 2008 年 1 月 2 日发布《关于推进企业债券市场发展、简化发行核准程序有关事项的通知》（发改财金［2008］7 号）；（2）国家发改委财政金融司于 2014 年 9 月 26 日《关于全面加强企业债券风险防范的若干意见》；（3）国家发改委办公厅于 2015 年 4 月 7 日关于印发《养老产业专项债券发行指引》的通知（发改办财金〔2015〕 817 号）；（4）国家发改委于 2015 年 8 月 9 日关于印发《社会领域产业专项债券发行指引》的通知（发改办财金规〔2017〕1341 号）；（5）发改委于 2015 年 8 月 9 日关于印发《农村产业融合发展专项债券发行指引》的通知（发改办财金规〔2017〕1340 号）；（6）国家发展改革委办公厅于 2015 年 9 月 16 日《发展改革委关于推进企业发行外债备案登记制管理改革的通知》（发改外资［2015］2044 号）；（7）国家发改委于 2018 年 12 月 5 日《关于支持优质企业直接融资进一步增强企业债券服务实体经济能力的通知》（发改财金〔2018〕1806 号）；（8）国（转下页）（接上页）家发改委办公厅于 2015 年 12 月 9 日《关于简化企业债券审报程序加强风险防范和改革监管方式的意见》（发改办财金［2015］3127 号文正文）；（9）国家发改委办公厅于 2015 年 12 月 9 日《企业债券发行信息披露指引》（发改办财金［2015］3127 号文附件 2）；（10）国家发展改革委办公厅于 2015 年 12 月 9 日《小微企业增信集合债券发行管理规定》（发改办财金［2015］3127 号文附件 3）。

〔44〕 具体包括：（1）中国人民银行于 1997 年 12 月发布的《关于中国诚信证券评估有限公司等机构从事企业债券信用评级业务资格的通知》（银发［1997］547 号）；（2）中国人民银行于 2004 年《银行间债券市场发行债券信用评级有关事项的公告》（人民银行［2004］第 22 号公告）；（3）中国人民银行和银监会于 2005 年 4 月 20 日发布《信贷资产证券化试点管理办法》（［2005］第 7 号公告）；（4）中国人民银行周小川行长于 2005 年 4 月 27 日签发《全国银行间债券市场金融债券发行管理办法》（中国人民银行〔2005〕第 1 号令）；（5）中国人民银行于 2005 年 5 月 23 日发布《短期融资券管理办法》（［2005］第二号公告）；（6）中国人民银行于 2006 年 9 月 5 日发布《关于商业银行发行混合资本债券的公告》（中国人民银行公告〔2006〕

构直接挂钩的部门性规章总计 13 部，其中包括 2008 年起发布的规范性文件 5 部〔45〕；（4）我国银行业监管机构先后颁布的与指定信用评级机构直接挂钩的部门性规章 5 部，其中包括在银保监会成立之前由中国银监会颁布 4 部部门规章和银保监会成立之后颁布的 1 部部门规章，从 2008 年起发布的规范性文件 2 部〔46〕；（5）我国保险业监管机构先后颁布的与指定信用评级机构直接挂钩的部门性规章 7 部，这些规范性文件都是在中国银保监会成立之前发布的部门规章，其中绝大部分（6 部）是 2008 年以后发布的。〔47〕

在 2020 年 5 月 6 日召开的国务院常务会议上，李克强总理曾指出："我到一些地方考察，有些企业反映，现在表面看起来审批项目是简化了，但真要办事，还需要经过层层的中

第 11 号）；（7）中国人民银行于 2008 年 3 月 14 日发布《银行间债券市场非金融企业债务融资工具管理办法》(中国人民银行［2008］第 1 号令)；（8）中国人民银行于 2008 年 4 月 9 日签发的《银行间债券市场非金融企业债务融资工具管理办法》（中国人民银行〔2008〕第 1 号令）；（9）中国人民银行和银监会于 2009 年 8 月 18 日《金融租赁公司和汽车租赁公司发行金融债管理办法》（人民银行和银监会［2009］第 14 号公告）；（10）中国人民银行联合财政部、发改委和证监会于 2010 年 9 月 16 日发布联合公告，公告全称为《国际开发机构人民币债券发行管理暂行办法》（人民银行［2010］第 10 号公告）；（11）中国人民银行征信管理局于 2011 年发布《评级结果可以在信贷市场发布的评级机构名单》，80 家评级机构入围，其评级结果为人民银行总行认可，允许参加信贷市场信用评级。

〔45〕 具体包括：（1）中国证监会于 2001 年发布《上市公司发行可转公司债券实施办法》；（2）中国证监会于 2003 年发布的《证券公司债券管理暂行办法》（证监会第 15 号令）；（3）中国证监会于 2004 年发布的《关于修订〈证券公司债券管理暂行办法〉的决定》（证监会第 25 号令）；（4）中国证监会于 2006 年发布的《上市公司证券发行管理办法》（证监会第 30 号令）；（5）中国证监会于 2007 年发布的《公司债券发行试点办法》（证监会第 49 号令）；（6）中国证监会于 2007 年发布的《关于实施〈公司债券发行试点办法〉有关事项的通知》（证监发［2007］112 号文）；（7）中国证监会于 2008 年发布的《上市公司股东发行可交换公司债券试行规定》（证监会［2008］41 号文）；（8）中国证监会于 2011 年发布的《关于创业板上市公司非公开发行公司债券的有关事项公告（证监员会公告［2011］29 号）；（9）中国证监会于 2014 年发布的《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》（中国证监会［2014］49 号公告附件 1）；（10）中国证监会于 2014 年 11 月 19 日发布的《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务信息披露指引》（中国证监会［2014］49 号公告附件 2）；（11）中国证监会于 2015 年 1 月 1 日签发的《公司债券发行与交易管理办法》（证监会第第 113 号令）；（12）证监会 2015 年 3 月 2 日《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 24 号——公开发行债券申请文件》（证监会公告［2015］3 号）。

〔46〕 具体包括：（1）中国银监会于 2004 年发布的《商业银行次级债券发行管理办法》；（2）中国证监会于 2004 年发布的《商业银行授信工作尽职指引》；（3）中国银监会于 2004 年发布的《关于企业集团财务公司发行金融债券有关问题的通知》（银监发〔2007〕58 号）；（4）银监会和中国人民银行于 2009 年 8 月 18 日《金融租赁公司和汽车租赁公司发行金融债管理办法》（[2009］第 14 号公告）；（5）中国银行保险监督管理委员会于 2020 年 1 月 220 日颁布《信托公司股权管理暂行办法》（银保监会令第 4 号）。

〔47〕 具体包括：（1）中国保监会于 2004 年发布的《保险公司次级定期债务资金管理暂行办法》（保监会 2004 年第 9 号）；（2）中国保监会于 2010 年发布的《保险资金运用管理暂行办法》（保监会令 2010 年第 9 号）；（3）中国保监会于 2012 年发布的《保险资金投资债券暂行办法》（保监发〔2012〕58 号）；（4）中国保监会于 2013 年发布的《中国保监会关于加强保险资金投资债券使用外部信用评级监管的通知》（保监发〔2013〕61 号）；（5）中国保监会于 2014 年发布的《保险资金运用管理暂行办法》（保监会令 2014 年第 3 号）；（6）中国保监会与中国人民银行于 2015 年联合发布的下发《保险公司发行资本补充债券有关事宜》的公告；（7）中国保监会于 2015 年发布的《保险公司经营评价指标体系（试行）》（保监发（2015）80 号）；（8）中国保监会于 2018 年发布的《保险资金运用管理办法》（保监会令 2018 年第 1 号）；（9）中国保监会于 2010《中国保监会关于加强保险资金投资债券使用外部信用评级监管的通知》。

介服务。有些中介机构戴着政府的帽子，拿着市场的鞭子，收着企业的票子!”这一段话虽然不是专门针对信用评级机构的，但是把它用在深受各大金融机构监管青睐的评级机构身上，也不失为恰当。市场主体之所以耗费金钱和时间，聘请评级机构，特别是各大监管机构认可和钦定的大牌评级机构进行信用评级，在很大程度上是因为众多监管规则对评级机构的监管背书和规则扶持。

由此可见，美国在2007年次贷危机爆发之后启动的规模空前的金融监管规则清理行动，给当下正在重走美国金融监管路径依赖老路的中国金融监管机构，敲响了一次警钟。迄今为止，已经颁布的内含高度依赖评级机构规则条款的众多部门规章，确实也已到了该全方位清理的时候了。

四、美国此次金融监管规则清理行动对中国的启示

信用评级领域的三大巨头的市场优势地位及其肆无忌惮地滥用评级霸权的种种现象，主要原因当然是评级巨头谋求私利和合规管理缺位的结果。但是，大量法律文件足以证明，多年以来美国国会对评级巨头的立法背书和以SEC为代表的金融监管机构对评级巨头的路径依赖，也确实是难辞其咎。对评级巨头的立法背书和监管路径依赖的恶果在欧美金融市场已经根深蒂固，并成为金融巨头牟利的制度保障。但是需要反思的是，什么样的制度设计，才能使立法者和监管者远离利益集团、避免监管俘获什么样的规则体系，才能使规则之制定和规则之执行，不会成为利益集团的囊中之物。这或许是生活在各种不同社会制度之下人类社会的一个永恒命题。

对潜力巨大而且需求与日俱增的中国信用评级服务市场，包括标普、穆迪和惠誉在内的三大国际巨头早已垂涎三尺，一直在伺机而动。在我国这一领域市场准入政策尚未完全开放之前，三大评级机构就已通过合资和并购手段，积极提前布局。在我国这一领域允许境外评级机构在中国市场独立开业的政策出台之后，三大巨头更是马力全开，加速了部署中国地区业务拓展的步伐。最早进入中国信用评级市场并与本土评级企业合作的全球评级巨头是惠誉国际，其参股的中诚信国际资信评估有限责任公司于1998年9月11日成立，其中惠誉持股30%。此外，通过一系列的谈判博弈和出资收买，惠誉成功获得了中国另一家本土信用评级公司联合资信的部分股权，于2007年8月正式成为联合资信的第二大股东，持股比例为49%，这也是惠誉国际第二次通过合资方式，进军中国的信用评级市场。

与此同时，穆迪也走上了与大公国际信用评级公司的业务合作之路。1999年7月，穆迪与大公国际信用评级公司签署了为期3年的技术合作协议。按照合同规定，穆迪的主要义务是提供技术、咨询和培训，中方则是支付技术转让和服务费用。但双方的合作并没有顺利升级到合营阶段，并于2002年8月合作结束。穆迪当然并不满足上述单纯的技术合作模式。在穆迪的运作之下，中国诚信信用管理有限公司将其与惠誉共同出资组建的合资评级企业中惠誉参股的股权部分收回，于2006年9月21日将49%的股权转让给穆迪。此后，穆迪与中国诚信信用管理有限公司开始进一步接触，并约定只要中国政府同意，7年后穆迪持股比例可增至51%，成为中诚信国际资信评估有限责任公司的大股东。

在这种背景下，标普与上海新世纪资信评估投资者服务有限公司于 2007 年开始洽谈合作事宜，并于 2008 年 8 月 6 日正式签署技术服务协议，共同建立互利平台，以便共享双方的专业知识与经验。双方的合作领域包括培训、加强联合研究项目的合作以及分享信用评级技术，并组建了由双方人员参加的指导委员会和管理委员会。

2007 年次贷危机全面爆发并引发全球金融海啸之后，在美国政府着手全面清理评级巨头评级特权之际，三大评级巨头加快了在中国市场的业务布局和政策游说。2018 年是中国改革开放 40 周年，中国政府推出了一系列扩大对外开放举措，其中的重要内容之一，就是允许境外的国际评级机构在中国境内设立独资评级机构，承接相关评级市场的评级业务。与此同时，允许国际评级机构扩大其在此前已经设立的中外合资评级机构中股权比例，到 2021 年，允许其成为控股股东。

在这一背景下，三大国际评级巨头（标普、穆迪、惠誉）开始加速筹划在中国独资经营的步伐。综合各方面信息，截至目前，三大评级机构在中国都已完成了独资子公司的业务布局，其中，穆迪在 2018 年 5 月设立穆迪（中国）有限公司，注册资本为 1 亿元人民币；标普则在 2018 年 6 月在北京设立标普信用评级（中国）有限公司，注册资本为 1 800 万美元。此外，惠誉国际于 2018 年年底也在北京设立了惠誉博华信用评级有限公司，并启动营运。2019 年 1 月 28 日，央行营业管理部发布公告，对美国标普全球公司（S&P Global Inc.）在北京设立的全资子公司——标普信用评级（中国）有限公司予以备案。同日，中国银行间市场交易商协会亦公告接受标普信用评级（中国）有限公司进入银行间债券市场开展债券评级业务的注册。这标志着标普已获准正式进入中国开展信用评级业务。

令人不安的是，中国的金融监管体制，貌似正在步美国政府对证券评级巨头立法背书和监管依赖的后尘。目前，我国依赖证券评级的金融规则正在逐步增多，根据笔者之统计，除了国务院层面的法规之外，改革开放以来，我国已经颁布了 47 部将金融监管与指定信用机构挂钩的部门规章。我国依赖证券评级的部门规章从 2007 年的 16 部，增加 2017 年年底的 30 部。考虑美国从 2007 年开始正在全面清理评级巨头特权的法律规则这一事实，我国的这一立法演变趋势有些令人深感不安。

前事不忘，后事之师。美国的金融监管规则的清理行动，理应给中国的金融监管敲响了警钟。然而，一个无可辩驳的事实却是：一方面中央高层将金融风险的防控提高到前所未有的高度，但是在另一方面，在实际操作层面，各金融监管机构却对美国评级巨头助力推动金融危机的事实视而不见，正在通过与日俱增的部门规章，或者将评级机构的评级结论作为监管合规的硬性要求，或者将其作为享受金融监管优惠待遇的软性推荐，嵌入到金融监管体制的各个角落，使监管机构认可或指定的评级机构及其评级服务，成为金融监管不可或缺的组成部分。为了避免中国重蹈美国对评级巨头监管依赖导致金融危机加剧之覆辙，中国或许应当借鉴美国 2008 年规则清理的经验与教训，重新检视对信用评级机构不假思索的开放政策，重新反思我们自己的金融监管体制对评级机构与日俱增的监管依赖，并适时进行同样的部门规章清理，从而使得中央“守住不发生系统性金融危机的底线”的战略部署真正落地。

五、结语

自 20 世纪 70 年代以来，在不断增加的立法背书和监管扶持下，包括穆迪、标普和惠誉在内的三大信用评级巨头的市场份额迅速增加。在 21 世纪之初巴菲特等金融巨头入股穆迪等评级机构之后，穆迪等评级巨头的市场优势地位得到进一步巩固，对美国国会的游说能力得以进一步增强。因此，法律因素是三大巨头在全球信用评级市场支配地位日益稳固的关键因素。2007 年次贷危机之后，美国主流社会普遍认为，尽管导致金融危机的原因十分复杂，罪魁祸首不一定是信用评级机构，但有一点是十分肯定的，即三大评级机构滥用法定特权和市场霸权的行为，对金融危机起到了推波助澜的作用，评级机构对于次贷危机的爆发难辞其咎。这也正是美国国会在痛定思痛之后，对信用评级机构启动大规模监管规则清理行动的直接动因。2010 年开始正式实施的美国金融监管规则清理行动的根本目的，就是通过对相关国会立法与部门规章的系统梳理和全面修订，削减评级巨头享有的种种特权，从而最大程度地减少对美国金融监管体系评级服务的严重依赖。考虑评级机构非同小可的规则博弈能力和政府游说能力，美国国会在 2010 年启动的金融监管规则清理行动中彻底清除评级机构特权的决心和力度是史无前例的。但是，因为在原先的立法条文以及监管规则的扶持之下，依托信用评级实施金融监管的全球生态已经牢固确立，即使那些原先扶持评级巨头的法律措施被层层去除，其实际效果也将是十分有限的。中国的金融监管机关，必须汲取美国次贷危机的教训，必须对金融监管体系中过度依赖信用评级的现象保持高度警惕，避免重蹈美国立法背书和监管依赖导致评级巨头滥用霸权而危及金融市场稳定之覆辙。

The Legal Elements in Establishment of the Dominant Position of the “Big Three” in Credit Rating Business and the Approach for Eliminating the Regulatory Reliance Thereof

SHENG Jianming

Abstract: First of all, this thesis conclude that the dominating position of the “Big Three” credit rating agencies (CRAs) such as Moody Investor Services, Standard & Poor. and etc., and their abuse of such power is a direct result of the legislating endorsement and regulatory reliance thereof. It is for this reason that the US Congress initiated an unprecedented action to review and modify numerous laws and rules in relation to the regulation of CRAs after the occurrence of the subprime mortgage crisis in 2007. The aim of such an action is to screen congressional legislation and regulatory rules in relation to credit rating agencies in a systematic manner for the purpose of eliminating the legislative endorsement to and regulatory support for the giant rating agencies such as Moody Investor Services, Standard & Poor’s and Fitch. The ultimate goal of such an action is to cut the privileges granted to those rating agencies and to reduce the degree of regulatory reliance on such agencies. The screening action covers more than five legislative acts and 20

regulatory documents issued by various US financial regulators, especially those rules and regulations enacted by the SEC. The author takes of the view that the effect of this rules-screening action's effect on changing the fundamentals of the landscape of rating services may be very limited, given the fact due to the establishment of a financial ecosystem in which the heavy reliance on ratings has been habitual. The author suggest that Chinese financial regulators should not also learn the lesson from the US regulatory history, but also be vigilant to the excessive reliance on ratings provided by those giant rating agencies.

Keywords: US Legislation; Financial Regulation; Credit Rating; Rating Hegemony; Financial Rule Screening & Cleaning

（责任编辑：边永民）

法律域外适用的理论基础与技术支撑
——以管辖权功能为出发点

宋 杰*

【摘 要】法律域外适用体系分为被动的域外体系和主动的域外体系两种。从我国未来战略转型需要的角度和保护自身国民及国家利益的角度来看，我国有必要克服目前主要重视被动的域外适用体系建设倾向，更重视主动的法律域外适用体系建设问题，从而使本国主权形象呈现出积极进取性特征。而要做到此点，就必须重视充分发挥管辖权的功能，重视国内立法在国际关系中的作用与定位，并在立法过程中切实解决好私法公法化和公法私法化的问题，使二者具有对接性和互补性。与此同时，还要重视充分发挥不同的主体在法律域外适用中的作用，尤其是行政机关和个人主体的作用。

【关键词】法律域外适用；管辖权的功能；公法私法化；私法公法化；主权形象

Title: The Theoretical Basis and Technical Support of Extraterritorial Application of Law——A Perspective from the Functions of Jurisdiction

Abstract: The system of extraterritorial application of law could be divided into passive extraterritorial application system and active extraterritorial application system. From the perspective of the needs of its future national strategic transformation and the protection of its interest and national, it is necessary for China to overcome the current tendency of focusing on passive extraterritorial application system, and pay more attention to the construction of active extraterritorial application of law, thereby making its image of sovereignty positive and proactive. To do this, it is necessary to give full attention to the functions of jurisdiction, to the role and positioning of domestic legislation in international relations, and to solve the problems of public law privatize and private law publicize in the legislative process, so that both of them can interactive complementarily. At the same time, attention should also be given to the role of different subjects in the extraterritorial application process of law, especially the role of administrative authorities and individuals.

Key Words: extraterritorial application of law; functions of jurisdiction; public laws privatize; private laws publicize; image of sovereignty

2019 年 2 月 25 日，习近平总书记在中央全面依法治国委员会第二次会议上的重要讲话中指出，要加快推进我国法域外适用的法律体系建设。[1]以此讲话为指引，有关我国法域外

*宋杰，男，法学博士，国际法教授，博士生导师，浙江工商大学法学院副院长。

本文是国家社科基金项目“国际法和国内法视野下的普遍管辖权研究”（项目号 20BFX192）阶段性成果。

[1] 参见《习近平主持召开中央全面依法治国委员会第二次会议》，载新华网，http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2019-02/25/c_1124161654.htm，最后访问时间：2020 年 11 月 16

适用[2]的研究明显多了起来，[3]在实践中也推动了相关立法重视其域外可适用性问题。[4]

尽管如此，正如总书记在讲话中所指出的，“加快推进我国法域外适用的法律体系建设”，这实际上意味着，法律的域外适用是一个体系性问题。既然是一个体系性问题，在很大程度上也说明，法律的域外适用体系建设既非一日之功，也难以通过一部法律来予以解决。今日赋予某一部法律的相关规定以具有域外可适用性，其真正实际适用，则可能是几十年甚至是上百年之后。[5]

体系建设必然会涉及到法律域外适用建设所需要的理论基础和技术支撑等问题。而从当前既有研究来看，对于这些问题的讨论，如有关法律与外适用的基础理论等，现有研究是有不足的。体系建设要既要立足当下，也要着眼长远，需要厚植基础，提供工具。既需要看到当前的不足，也需要看到自身未来的战略需求，并为实现此种需求而在当下的立法中“埋置”适当的法律工具，使其具有域外可适用性，以便未来某一天可以启动其域外实际适用。

本文既无意于为我国法域外适用体系建设提供完整的理论体系，同时也无法解决我国法域外适用体系建设所需要解决的所有法律技术问题。本文将仅对当前研究所容易忽视、但又与未来我国法域外适用体系建设密切相关的一些问题进行讨论。这些问题包括：法律域外适用与主权形象构建的关系问题，国内法律在国际关系中的功能定位问题，国家行为的合法依据问题，以及启动法律域外适用的主体问题。

一、法律域外适用与主权形象构建

在讨论我国法律域外适用体系构建的问题的时候，有一个前置性问题我们必须要思考和回应：为什么要提出这个问题？建设法律域外适用体系的根本目的为何？

从学者目前的相关讨论和研究来看，主要是将法域外体系建设的目标界定为防御性的，即主要目的是为了对抗和消解美国法律域外适用之于我国所引发的诸种不利后果。例如，有学者主张，“随着这轮中美经贸摩擦的加深，法律应对已经成为必不可少的反制武器，加强

日。

[2] 法律的域外适用不同于域外执法。域外执法主要是从管辖权行使的角度使用的。由于未经他国同意，一国无权在另一国领土内行使其管辖权，因此，一般而言，域外执法原则上是应该禁止的。但就法律的域外适用而言，则主要是指国家法律基于某一要素或管辖基点，而能够适用于另一国的人。此时的域外适用，是建立在相应的管辖基点之上的，从而不同于在另一国领土内的执行性管辖权。

[3] 部分相关研究参见：廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，《中国法学》2019 年第 6 期；韩永红：《美国法域外适用的司法实践及中国应对》，《环球法律评论》2020 年第 4 期；霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理结构与中国路径》，《政法论坛》2020 年第 2 期；马忠法、龚文娜：《法律域外适用的国际法依据及中国实践》，《武陵学刊》2020 年第 5 期；陈文婧：《加快推进我国法域外适用的法律体系建设》，《学习时报》2020 年 7 月 1 日第 2 版。

[4] 例如，近期通过的《中华人民共和国出口管制法》第 44 条等就具有域外可适用性，《中华人民共和国个人信息保护法（草案）》第 3 条同样具有域外可适用性等。不可靠实体清单制度也属于此类。

[5] 例如，美国 1789 年制定通过了《外国人侵权索赔法》（Alien Tort Claims Act），但其第一次使用，则是在 1980 年。

对中国法律域外适用和域外管辖问题的研究已经成为指导国家实践的需要。”[6]还有学者认为，“在美国不断试图通过单边措施和国内法实现对外政策目标的大背景下，国内法域外适用问题已经引起党和国家领导人的高度重视，有必要对中国国内法域外适用规则体系进行重新认识和审视。”[7]

实际上，建设法律域外适用体系可以有两种完全不同的目的：一种目的是为了防卫，即抵消他国法律针对本国域外适用的法律效果。从国内学者目前的观点来看，持此论点者显然占多数。另外一种目的，则是为了适应本国未来战略转型的需要，是为了主动保护本国在海外的国民和海外利益。[8]所以，法律域外体系可以分为两类：被动的法律域外体系和主动的法律域外体系。被动的域外法律体系建设具有应急性和短期性，主动的域外法律体系建设则具有长期性和战略性。

对于我国当下而言，域外法律体系建设是应该以被动型为主，还是以主动型为主？或者二者同时兼备？这是我国在建设法律域外适用体系的时候首先要思考和解决的基本问题。

笔者认为，尽管我国在现阶段提出加强我国法域外体系建设的主要动力是为了反制和化解美国长臂管辖所带来的挑战和困扰，[9]具有被动性和防守性，但这只是应急之策。从长远角度来看，我国有必要构建主动的法律域外适用体系建设。主要原因在于如下三点：

第一、是保护我国在海外的公民的需要。据统计，我国公民每年出境旅游人数超 1.5 亿人次，出国留学、境外经商人数更是庞大。[10]这么庞大数量的本国公民在海外，不可避免地会出现遭受到伤害而无法得到有效的当地救济的情形。一旦当地救济无效，而国际法所能提供的救济极为有限且成本也比较高昂，[11]在此情形下，通过适用本国国内法进行救济或许不失为可能的且有效的选择。而要适用本国法进行救济，就需要事先解决相关法律的域外可适用性问题。

---

[6] 参见马忠法、龚文娜：《法律域外适用的国际法依据及中国实践》，《武陵学刊》2020 年第 5 期，第 81 页。

[7] 参见廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，《中国法学》2019 年第 6 期，第 21 页。

[8] 参见陈文婧：《加快推进我国法域外适用的法律体系建设》，《学习时报》2020 年 7 月 1 日第 2 版。

[9] 这里的长臂管辖是一种形象说法，是在最广泛含义上使用的。国务院新闻办公室 2018 年 9 月发布的《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书指出，“‘长臂管辖’是指依托国内法规的触角延伸到境外，管辖境外实体的做法。近年来，美国不断扩充‘长臂管辖’的范围，涵盖了民事侵权、金融投资、反垄断、出口管制、网络安全等众多领域，并在国际事务中动辄要求其他国家的实体或个人必须服从美国国内法，否则随时可能遭到美国的民事、刑事、贸易等制裁。”本文所使用的“长臂管辖”，正是在此含义上使用的。关于长臂管辖与其他相关概念的区分，参见：霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理结构与中国路径》，《政法论坛》2020 年第 2 期；肖永平：《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》，《中国法学》2019 年第 6 期。

[10] 参见评论员文章：《加强对境外我国公民的权利保障》，《光明日报》2020 年 3 月 30 日头版，网络链接：https://epaper.gmw.cn/gmrb/html/2020-03/30/nw.D110000gmrb_20200330_3-01.htm 2020 年 12 月 4 日最后访问。

[11] 国际法所能提供的救济途径和机制主要有：通过在国际法院提起诉讼；行使外交保护；通过临时仲裁的方式解决；通过投资争端解决机制等。

第二、是为了保护我国在海外的利益的需要。我国在海外的投资规模是非常大的。据统计，我国海外资产总量已超过 6.4 万亿美元，对外直接投资存量达到 1.8 万亿美元。[12]随着“一带一路”倡议的推行，未来的海外投资规模显然会继续扩大。这些海外投资，无论是在风险高的国家也好，还是在风险低的国家也好，都有遭受损失而得不到有效救济的风险。尤其是在高风险国家，遭受损害的风险就更大，寻求当地救济就更困难。由于投资类争端利用国际机制解决更复杂，期限也长，通过本国提供保护和救济可能更为有效，也更有必要。所以，如何使得我国相关法律具有域外可适用性，能够为本国在海外的巨大利益提供有效保护，也是我们亟需考虑的事项。

第三、是为了适用未来进取型国家战略的需要。我国目前的国家战略，主要还是防守型的战略，主要表现就是：坚持主权平等和不干涉原则。但是，正如前面所阐述的，随着我国公民遍布全球，我国国家利益和国民利益日益走出国门，我国的国家战略，终归是需要向进取型国家战略转型的。而且，随着我国综合国力的不断增强，国际社会对我国的期望越来越高，我国所需要承担的国际责任也会越来越大，[13]对国际事务介入的必要性也“与日俱增”。进取型国家战略是适应此种需求的有效路径。而要确立进取型的国家战略，加强本国法律域外适用体系是必不可少的。

进取型国家战略体现的是实质是进取型的主权形象。国家尽管是主权的，但主权并非是一个完全抽象的概念，相反，其是一个可以并且应该具象化的概念。不同的国家，体现出来的主权形象也是不一样的。国家之所以被称为保守性国家或进攻性国家，主要取决于该国展示给外界的主权形象。而在界定和具象化进取型主权形象方面，最主要的工作是由国家的国内法来“承担”的，是由国内法“构建”出来的。

国内法“构建”进取型主权形象的方式主要有两种：

第一种方式是直接规定国内法某一具体规定具有域外可适用性。例如，《中华人民共和国反恐怖主义法》第 71 条第 2 款规定，“中国人民解放军、中国人民武装警察部队派员出境执行反恐怖主义任务，由中央军事委员会批准。”与该条第 1 款[14]比较就可以看出，军队出境执行反恐怖主义任务这一规定直接具有域外可适用性，其只需要建立在中央军事委员会批准的基础之上，并不需要有关国家同意与否。当然，此规定在很大程度上是建立在以色列“恩德培国际机场行动”的基础之上的。[15]《中华人民共和国反垄断法》第 2 条规定，“中华人民

[12] 参见前注 10《光明日报》评论员文章：《加强对境外我国公民的权利保障》。

[13] 例如，仅以联合国会费为例，由于联合国经费分摊比例每三年调整一次，最新一次调整是 2018 年。根据该年联合国大会通过的决议，我国在今后三年（2019-2021 年）中，每年承担的会费比例为 12.005%，仅次于美国所承担的 22%的比例。根据中国于 2020 年 5 月 1 日缴费数额，此比例换算后的金额为 336,780,502 美元。关于经费分摊比例，参见联合国文件：A/RES/73/271，2018 年 12 月 22 日通过。关于中国缴费具体额度，参见如下链接：https://www.un.org/en/ga/contributions/honourroll.shtml 2020 年 12 月 4 日最后访问。

[14] 第 71 条第 1 款规定，“经与有关国家达成协议，并报国务院批准，国务院公安部门、国家安全部门可以派员出境执行反恐怖主义任务。 ”

[15] 关于以色列“恩德培国际机场行动”的相关介绍和描述，可参见（以色列）西蒙•佩雷斯著，吴越、刘洪译：《西蒙•佩雷斯自传》，上海译文出版社 2019 年第 1 版，第 87-116 页；也可参见电影《火狐行动》。

共和国境内经济活动中的垄断行为，适用本法；中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。”通过本规定，基于“效果原则”，反垄断法同样具有域外可适用性。[16]《中华人民共和国对外贸易法》通过第 7 条的规定，17同样使得该法具有域外可适用性。《中华人民共和国海洋环境保护法》第 2 条的规定与此类似。[18]

第二种方式是通过确立管辖权的方式来使得相关法律（或规定）具有域外可适用性。而在通过确立管辖权使相关规定具有域外可适用性的时候，一般都是建立在相应的管辖基点的基础之上的。例如，《中华人民共和国刑法》第 7 条第 1 款规定，“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。”第 6 条第 2 款规定，“ 凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。” 第 6 条第 3 款规定，“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”在“阿利穆拉多夫•沙米利•哈吉奥格雷劫机案”中，[19]中国法院正是根据第 6 条此款中所规定的“客观属地原则”确立和行使了本国的管辖权。在“湄公河惨案”中，中国对大毒枭糯康的审判，同样是根据《中华人民共和国刑法》第 8 条而域外适用的结果。[20]此外，根据《中华人民共和国刑法》第 9 条的规定，[21]针对印度尼西亚人奈姆在他国海域劫持他国船只的行为，汕头市中级人民法院行使了普遍管辖权并最终以抢劫罪的罪名作出了定罪量刑的判决。[22]

当国家通过确立管辖权的方式来使相关法律（或规定）具有域外可适用性时，至少从进取型主权形象构建的角度来看，国家必须借助于管辖权的功能，尤其是管辖权在主权形象构建上的功能和管辖权在预防和终结有罪不罚上的功能以及管辖权在填补传统管辖基点不足等上的功能来实现。[23]如果不重视管辖权的功能，就意味着国家在本国法域外适用体系的建设过程中“自动”放弃了一个最重要的武器。这样的话，必然会影响到最终所希望建成的域

---

[16] 实践中也有基于此条规定的实际执法案例。关于此点，参见廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，《中国法学》2019 年第 6 期，第 23-24 页。

[17] 该条规定，“任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。”

[18] 该条规定，“本法适用于中华人民共和国内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架以及中华人民共和国管辖的其他海域。 在中华人民共和国管辖海域内从事航行、勘探、开发、生产、旅游、科学研究及其他活动，或者在沿海陆域内从事影响海洋环境活动的任何单位和个人，都必须遵守本法。 在中华人民共和国管辖海域以外，造成中华人民共和国管辖海域污染的，也适用本法。”

[19] 阿利穆拉多夫是前苏联飞行员，在前苏联境内劫持航空器，最终降落在我国黑龙江境内。关于此案的详细情形，参见 1986 年第 2 号《中华人民共和国最高人民法院公报》。

[20] 该条规定，“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”

[21] 该条规定，“对于中国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中国在所承担的条约义务范围内行使刑事管辖权的，适用本法。”

[22] 参见：汕头市中级人民法院（2000）汕中法刑一初字第 22 号刑事判决书，来源：http://www.lawyer12345.com/xingshi/xs3info_657.html 2020 年 12 月 6 日最后访问。

[23] 关于管辖权功能的研究，参见宋杰：《进取型管辖权体系的功能及其构建》，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 5 期，第 24-26 页。

外适用体系的有效性和完整性。

然而，总体来看，由于进取型主权形象主要依赖大量的确立具有域外适用效力的法律规定的存在，而从现状来看，尽管已有部分法律确实有这样的规定，但正如有学者所明确指出的，“确立域外效力的法律规定仍然缺失”，[24]存在着严重的不足。这种不足，不仅体现在有类似规定的法律数量不足上，也体现在既有的有关域外效力规定本身的不足上。例如，同样以《中华人民共和国刑法》有关管辖权的规定为例。该法第 6 条尽管是有关属地管辖权的规定，是建立在“领土”这个概念的基础之上的，但显然，该条并没有穷尽与“领土”有关的诸多情形如我国在海外的军事基地、在他国的使领馆、在他国的军事行动等；同样地，该法第 7 条是有关属人管辖权的规定是建立在“国籍”这个概念的基础之上的，但很明显，对于与“国籍”相关的诸多情形如双重国籍者、无国籍者和难民等，则并没有确立我国的属人管辖权，对于公司尤其是跨国公司的国籍问题，第 7 条同样没有规定，而缺乏此种规定，明显地影响和削弱了刑法的域外适用范围与空间，实际上是非常不利于我国的。关于此点，下文第二部分将进一步展开阐述。

二、国内法在国际关系中的功能定位问题

法律域外适用体系建设中需要解决的另外一个重要问题就是：在国内立法的过程中，要对相关立法在国际关系中的功能有适当期待并精准定位。如果不重视国内立法在国际关系中的功能，没有对其功能有期待并准确定位，必然会导致法律域外适用体系的建设出现问题，会导致“想要用法而不得”的情形。

传统上都认为，只需要关注国内公法在国际关系中的功能。也正因为如此，在第一部分中，笔者所罗列的我国立法中既有的有关法律域外适用的规定，绝大部分都集中在公法领域如刑法、证券法、对外贸易法、反垄断法等。私法较少关注其相关规定的域外可适用性的问题。这方面最典型的例证可能是《中华人民共和国民法典》。如果将《中华人民共和国民法通则》[25]与《中华人民共和国民法典》[26]进行比较，就会发现，《中华人民共和国民法通则》第 8 章是关于“涉外民事关系的法律适用”的，共有 8 条规定，对民法通则的域外适用问题进行了较为系统的规定；与此相对照，《中华人民共和国民法典》既没有专章规定其“域外适用”问题，也很少有具体条文对此加以规定。国内研究国际私法的学者对此的解释是：虽然民法典没有纳入涉外民事关系法律适用法，但在国际合同纠纷的诉讼时效和涉外收养方面，民法典将和涉外民事关系法律适用法一起，在今后解决涉外民事纠纷时共同发挥各自不同的

[24] 参见廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，《中国法学》2019 年第 6 期，第 26 页。

[25] 《中华人民共和国民法通则》1986 年 4 月 12 日由第六届全国人民代表大会第 4 次会议通过，自 1987 年 1 月 1 日起施行。

[26] 《中华人民共和国民法典》2020 年 5 月 28 日由第十三届全国人民代表大会第 3 次会议通过，自 2021 年 1 月 1 日起施行。

作用。[27]尽管如此，《中华人民共和国民法典》相较于《中华人民共和国民法通则》的相关不足依然是非常明显的。

而从实践的角度来看，《中华人民共和国民法典》本来是应该在国际关系中有适当的定位和功能的，需要重视其某些规定的域外可适用性的。而要对民法典进行定位，就有必要同时考虑如下几个方面：

我国的当下需求。在过去的近 20 年中，曾在多国发生了以严重侵权等为由针对我国（个人）的侵权索赔诉讼，以及以疫情为由针对我国所提出的索赔诉讼。对于此类诉讼，我国法律并没有提供对等的应对机制。而此种机制，本身应该是由民法承担的。

我国的未来需求。随着我国公民大量地在全球范围内流动，以及大量的海外投资的存在，迫切需要民法对这些流动的公民和海外资产提供私法上的保护。在私法层面，民法应该成为这些流动公民和海外资产的“定海神针”。

技术和科技发展所带来的挑战。一方面，转基因技术发展迅速，转基因食品种类越来越多，其所带来的风险也相应出现和增高。另一方面，环境污染和生态破坏问题也越来越具有跨国性。对于这些因技术和科技发展而带来的风险与危害，民法同样需要在自身范围内提供相应的防控和救济机制。

因此，基于上述这些考虑，这里仅以民法典第七编有关“侵权责任”部分的规定为例，讨论民法典相关部分在其规定的域外可适用性上的不足：

首先，在本编“一般规定”部分，民法典既没有为将严重国际犯罪问题“严重侵权化”，无法为我国对等反制他国提供适当法律基础，也没有为我国国民在本国境内针对他国的诉讼“打开一扇窗”。由于限制豁免已经被越来越多的国家所接受，我国也签署了 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，[28]在民法典中为我国公民在本国法院诉他国提供一定的基础是有其必要性的，需要认真斟酌。

从其他国家目前实践来看，存在着将严重国际犯罪“严重侵权化”的倾向，在为严重国际犯罪受害者提供刑事救济的同时，也同时提供着可以选择的民事救济。受害者如果因为刑事起诉的门槛过高等原因而无法寻求刑事救济时，可以考虑将此类行为视作为“严重侵权行为”，在他国提起民事侵权之诉。他国据以确立的此类管辖权，我们称之为“普遍民事管辖权”。[29]在过去仅 20 年的实践中，他国针对我国的普遍民事管辖，正是在此逻辑基础上进行的。基于对等，我国有必要在“侵权责任”编中规定相应的机制。

其次，对于我国在全球流动的公民和存在于海外的资产，一旦在海外遭受到以侵权方式所带来的损失，即使相应侵权行为发生在海外，“侵权责任”编依然应该确立我国对此类侵权行为的管辖权。

---

[27] 参见沈娟：《民法典涉外规则》，《环球》2020 年第 12 期，第 72 页。

[28] 在很大程度上，公约所体现的立场正是限制豁免的立场，尽管其所使用的措辞是“不得援引国家豁免的诉讼”。

[29] 关于普遍民事管辖的研究，参见宋杰：《普遍民事管辖的发展与挑战》，《法学研究》2011 年第 1 期。

最后，在产品责任部分和环境污染及生态破坏责任部分，我国同样应持开放立场，对他国产品在我国引起的产品责任问题、对转基因产品带来的潜在和实际危害问题、对跨界环境污染问题确立本国在侵权责任领域的管辖权。

总体而言，民法典属于基本法，是那种一旦制定完成就不应该轻易修改的法律。制定这样的法律实际上意味着，在制定过程中一定要全面，要有战略性和前瞻性，既要充分考虑国家当下的需求，也要充分考虑和评估国家未来的需求。

而从我国法域外适用体系建设的角度看，不仅民法典在立法过程中需要考虑此种需求，要对其在国际关系中的功能进行适当定位，所有国内立法都需要对其在国际关系中的作用有适当期待，并在此种期待的基础上进行准确定位。不仅国内公法立法要如此，国内私法立法同样要如此。而从国际定位的角度来看，就必须特别重视如下两个问题：即公法私法化的问题和私法公法化的问题。

所谓公法私法化，就是在公法性质的立法过程中，要重视通过多种途径尤其是私人主体的角度“启动”规定在该公法中的相关机制的问题。公法私法化的主要目的，就在于为该公法的实施多增加一种途径，即通过私人来启动执行该公法的途径，而不是仅局限于传统的通过公权力启动的方式来实施的途径。例如，就反垄断法而言，除了传统的通过主管部门来启动反垄断程序的适用外，还可以考虑赋予私人主体在一定条件下的启动机制，如私人主体请求启动反垄断调查等。

所谓私法公法化，就是在私法性质的立法过程中，要“植入”传统中只能通过公法才能启动和处理的相关机制。例如，传统上，对于国际犯罪如酷刑等，国内法只从刑法的角度进行规定和规制。但根据前述有关美国普遍民事管辖的立法和相关实践，从民事的角度，也可以将其视为一种严重侵权行为，在民事法律领域内提供民事侵权救济。由于可以在刑事救济和民事救济之间进行选择，并且寻求民事救济的门槛显著低于寻求刑事救济的门槛，受害者往往倾向于优先考虑寻求民事救济。通过此种规定，就使得私法公法化了，也为国家介入国际事务、保护本国国民等提供了相应的合法路径。

三、国家行为的合法依据与法律域外适用的启动主体

通过前述讨论可以看出，从法域外适用体系建设的角度来看，管辖权在其中扮演着重要角色，发挥着重要作用。那么，该如何去认识和理解管辖权在这方面所发挥的作用呢？

管辖权所发挥的作用，主要体现在两个方面：解决了国家行为的“合法性”问题；通过管辖权的不同功能发挥着不同的作用。

国家行为“合法性”问题的含义是指：国家在采取任何会在国际关系中产生相关影响的行为的时候，无论该影响的大小如何，都应该确保相应行为具有相应的法律依据，具有合法性。而就法律依据而言，则需要分别从国际法和国内法的角度来看。

国家在解决自身行为合法性的时候，首先应注意使自己行为符合国际法。一旦行为符合

国际法，其行为当然地就具有合法性。而所谓“符合”国际法是指，只要国际法没有明确的禁止性规则，根据常设国际法院在“荷花号案”中的相关阐述，该行为即推定是为国际法所允许的，[30]就具有合法性。最典型的例证就是，在“911”恐怖袭击发生之后，美国为了解决将恐怖分子与平民区分开来，从而确保针对恐怖分子的攻击和杀害具有“合法性”的问题，专门提出了“反恐战争”（war on terrorism）这一口号。[31]当然，国家也可以正在形成中的国际法如国际法委员会制定完成的草案中的规定为依据，来主张和论证自身行为的“合法依据”问题。例如，在过去的 10 多年中，曾经有多个国家通过援引国际法委员会 2001 年二读通过的《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 42 条和第 48 条的方式，来论证自身在国际法院的“出庭权”依据。[32]

国内法依据是国家解决自身行为合法性的另外一种重要手段，甚至是比国际法更重要的手段。原因很简单：国际法规制是有限的，很多事情，国际法规定本身是空白的或是灰色地带。国际法自身并不足以为国家的相关行为提供充分的合法性依据。在此背景下，国家就必须依赖国内法来解决自身行为的合法依据问题。而国家在借助国内法来解决自身行为的合法性依据的时候，主要是借助于管辖权来达成相应目的的，即国家必须对相关事项确立本国的管辖权，确保本国“有权管辖”。[33]

管辖权的确立不同于管辖权的行使。确立解决的是管辖权行使的合法性问题。先有管辖权的确立，然后才会有管辖权的行使。在没有确立管辖权之前，国家是无权行使管辖的。而在确立管辖权的时候，国家需要综合考虑本国的未来战略和自身利益需求，需要对所确立的管辖权基点如“领土”“国籍”等进行想象性构建。例如，在以“国籍”为基点构建本国的刑事管辖权的时候，不仅要考虑针对本国国籍国民的刑事管辖权问题，要考虑针对无国籍人、双重国籍人、难民的刑事管辖权问题，同时还需要考虑针对法人的刑事管辖权问题。而在考虑针对法人的刑事管辖权问题的时候，如何确定法人的国籍尤其是跨国公司的国籍问题，无

---

[30] See PCIJ, Series A, No.10, Judgment, 7 Sept. 1927, pp.18-21; 进一步分析与评论参见陈一峰：《国际法不禁止即为允许吗？——“荷花号”原则的当代国际法反思》，《环球法律评论》2011 年第 3 期，第 132-141 页。

[31] See President’s Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism, § 1(a), 66 Fed. Reg. 57,833 (2001), also available at: https://www.federalregister.gov/documents/2001/11/16/01-28904/detention-treatment-and-trial-of-certain-non--citizens-in-the-war-against-terrorism last visit 23 Dec. 2020; Also see John C. Yoo and C. Ho, International Law and the War on Terrorism, available at: https://www.law.berkeley.edu/files/yoonyucombatants.pdf#:~:text=INTERNATIONAL%20LAW%20AND%20THE%20WAR%20ON%20TERRORISM%20By,2001%20attacks%20initiate%20a%20war%2C%20or%20%E2%80%9Cinternational%20armed last visit 23 Dec. 2020.

[32] 主要案例包括：比利时诉塞内加尔“或引渡或起诉义务问题案”、马绍尔群岛共和国诉英国、印度、巴基斯坦“停止核军备竞赛和实行核裁军的谈判义务案”、冈比亚诉缅甸“《灭种罪公约》适用案”等。关于这些案例的相关研究，参见宋杰：《国际法上的司法干涉问题研究》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 93-104 页。

[33] 关于此点的相关讨论，参见宋杰：《进取型管辖权体系的功能及其构建》，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 5 期，第 28 页。

疑就具有特别重要的意义。[34]基于“领土”确定立法性属地管辖权同样如此。在对“领土”进行界定的时候，同样需要坚持扩张性立场，将处于本国实际控制的地域纳入“属地管辖”的规制主题之下。[35]

另外一个重要问题涉及到域外适用启动主体的问题。立法是建设我国法律域外适用体系的第一步。第一步当然很关键，也很重要。但是，“徒法不足以自行”。在建立起相应的法律体系之后，或者在建立体系的过程中，如果不考虑该体系的实施，则相应的立法体系再完善，也将仅具有形式上的意义，还是无法实质性满足我国未来战略转型的需要。因此，在体系建设过程中，以及在体系建设完成之后，都需要考虑法律域外适用的启动主体问题。

从他国既有实践来看，法律域外适用的启动主体应该包括三类，分别是司法机构（主要是法院）、行政机关和公民个体。在这三类主体中，法院属于传统的启动主体，也是很重要的主体；行政机关和个人作为启动主体属于被忽视的部分，需要在立法和执行中重视和加强。

至少从美国实践来看，通过行政机关来启动本国法律的域外适用是一种非常重要的途径，在一定程度上甚至比法院更重要。原因就在于：法院要维持客观中立，其介入具有被动性，是建立在当事人启动诉讼程序的前提和基础之上的。行政机关则天然地具有外在介入（干涉）性和主动型。由于行政机关行使的是国家公权力，对于国家利益需求有着更及时的判断，因此，其介入比法院和个人介入更强势，更快捷，更有效，影响更大，也更深远。

而从我国行政机关的角度来看，与美国等国相比，可能存在着明显差距，并呈现出良莠不齐的状态。一方面，有的行政机关如商务部等，由于长期处于对外斗争的第一线，其域外适用本国法律的意识比较强，但另一方面，对于另外一些行政机关而言，可能根本就没有相关意识。从行政机关的角度来看，法律域外适用的最理想状态是：每个行政机关在实践中都应该有域外适用本国法律的相关意识，只是存在程度之别而已。例如，无论是海关还是税务等机关，都需要在实践中考虑中国法律能否域外适用以及如何域外适用的问题。但从实际情况来看，由于不同的行政机关对这个问题的认知不一样，意识存在着非常大的差别，导致行政机关整体层面对这个问题考虑的严重不均衡。

当然，从行政机关的角度和域外适用的有效性的角度来看，仅有意识也是不够的，还必须要有相应的技术能力和执法能力。意识是前提，相应的技术能力和执法能力是基础。没有及时能力和执法能力，意识再好，再超前，域外适用也无法做到有效。而在具有相应的技术能力和执法能力的基础之上，如果没有意识，域外适用就无法启动。

而从个人主体的启动机制来看，则可能更值得我们重视。自新冠疫情爆发以来，我们看到，美国为了转移其抗疫不力的责任，而在其国内发起了针对我国的“问责”诉讼。这类诉讼，除个别案例是以官方身份如州检察长的身份启动的外，[36]其他的都是个人启动的。与此形成对照的是，我国尽管最初也有多起个人同等起诉美国的案件，但受限于我国所坚持的国

[34] 同上注，第 32-33 页。

[35] 同上注，第 33 页。

[36] 例如，密苏里州州检察长针对我国的起诉（Case: 1:20-cv-00099, Filed: 04/21/20）。

家绝对豁免立场，以及民事诉讼法等对此并没有明文规定，相关诉讼，最终都呈现出“只开花不结果”的情形，不了了之。

实际上，对于个人在我国法院起诉他国的行为，有必要从反制的有效性及法律域外适用的角度重新“审视”。一方面，个人启动法律的域外适用，在很大程度上是私法公法化和公法私法化的重要实践路径，另一方面，个人启动相关法律的域外适用之后，在很大程度上意味着我国把握了反制的主动权。还是以疫情中国内个人诉美国政府为例。作为对美国“滥诉”的一种反制，国内法院完全可以先把相关诉讼受理下来。法院受理之后，先给美国发出传票，等美国作出相关反应之后，咱们再考虑后续行动。这样，处理的主动权就掌握在咱们手里。所以，从有效应对美国“滥诉”的角度来看，我国是有必要分阶段考虑的，具体策略则是：我先主动，然后以静制动；一旦美国动了，接下来如何行动，我国就掌握了主动权。这样的反制就更有针对性，也更有效。所以，从域外适用的主体角度来看，个人的启动问题有必要在立法中尝试，要迈开第一步。

就法律域外适用启动而言，不同主体之间应该是相互配合，相互补充的关系。例如，以行政机关启动为例。在行政机关主导启动的机制设计之中，不应该完全排除个人主体的介入和配合作用，例如，可以通过个人主体的投诉、递交信息等方式，“帮助”行政机关启动相关法律的域外适用。

四、简要结论

总体来看，法律域外适用体系可以分为两种：主动的域外适用和被动的域外适用。我国当前呼吁所建立的法律域外适用体系，重点关注的是被动层面，主要目的是为了反制美国针对我国的相关长臂管辖实践。但从我国未来战略转型的角度来看，为了更好地保护本国国民和国家利益，有必要更多地从主动的域外管辖角度去思考和构建我国法律域外体系建设问题。

在法律域外适用体系的构建中，管辖权理应发挥基础理论作用。一方面，国家主权形象主要是通过管辖权构建出来的，另一方面，管辖权的不同功能直接为进取型主权形象的构建提供了充分的理据与技术支撑。我国在构建法律域外适用体系的过程中，一定要重视充分利用管辖权的不同功能来予以构建的问题。管辖权是解决国家行为合法性的主要工具。而在这方面，就必须在立法过程中高度重视相关立法在国际关系中的功能与定位问题，需要重视私法公法化和公法私法化的这两种不同路径在立法中的应用及其价值。

法律域外适用体系建设还必须重视域外适用的启动主体问题。在这方面，不仅要重视传统的启动主体如法院，还需要重视其他主体如行政机关和个人的作用。就后二者而言，这不仅涉及到立法的问题，同时还涉及到域外适用的实践问题。行政机关和个人能够在公法与私法之间起到互相补充和对接的作用，从而能实现法律域外适用的最大和最有效功能。

主权原则在网络空间适用的理论冲突与应对

王 超*

【摘 要】当下关于网络空间主权原则适用的论战主要集中于间接适用论与直接适用论之间。前者弱化主权原则地位，与国际法主流和传统背离，有助长网络霸权的风险，但却自有其论证逻辑，且为美英官方青睐。后者内部也存在相对适用路径与绝对适用路径的分歧。相对适用路径未能充分展现其相对于间接适用论的优越性，无法排斥其存在，绝对适用路径目前主要体现于官方政策中，相关理论支撑不足。我国应在绝对适用路径下坚持网络空间主权的直接适用论，同时深入探究网络空间本体，积极研究主权的概念与法理、不正当干涉原则的内涵外延以及低烈度网络空间行为的规制，为抢占历史机遇期，提升本国网络实力和发展和平友好的网络空间环境发挥应有作用。

【关键词】网络空间 主权原则 不正当干涉 强迫性 《塔林手册 2.0》

一、主权原则在网络空间适用的理论演变

关于网络空间主权原则的适用争议伴随着互联网技术与经济的发展以及国际政治博弈，经历了阶段性演变。在上世纪九十年代初，互联网主要应用于小众技术群体，加之当时对网络空间的认知深受赛博朋克（cyberpunk）的影响，网络空间仍然被视为一个带有虚幻色彩的乌托邦（utopia）或敌托邦(dytopia)。此时的网络空间一度被视为二元空间，不受现实社会的影响，一些互联网先驱极度鼓吹网络空间自治，将国家权力拒之于外。当时的一些法学学者也认同这一观点，

认为网络空间不存在国家主权，〔1〕这一观点被称为“自身主权论（cyber as sovereign）”。〔2〕但互联网技术的发展也使现实社会随之改变，网络空间的现实性已无法忽视，网络空间也开始走出二元论，社会的网络空间认知从乌托邦或敌托邦过渡至异托邦(heterotopia)，直至大众空间。网络空间的国家主权逐步为学者认同。但“9.11”事件后，网络空间的国家主权受到二次冲击，美国以政治和军事利益为导向，提出网络空间与公海、空域同为全球公域，虽认可国家介入，但对网络空间行为的主权应被克减，相伴而生的是网络治理的多利益攸关方模式，政府与其它利益攸关方平等参与网络治理，各司其职，依角色不同而在不同层面实施主导。由此，仰仗当时网络资源在美国本土聚集的优势，美国政府依然可借助其本国互联网机构与公司的实力维持对全球互联网的控制，争夺网络霸权，这被称为“全球公域论

* 武汉大学国际法研究所博士后、武汉大学网络治理研究院特聘研究员。

〔1〕 这一时期相关法学学者论述包括但不限于如下：David Johnson, David Post, Law and Borders - the Rise of Law in Cyberspace, Stanford Law Review, 48(5), 1368-1378; David R. Johnson, David G. Post, And How Shall the Net Be Governed? A Meditation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law, in Brian Kahin, James H. Keller eds, Coordinating the Internet, MIT Press, 1997, pp. 62- 91; Lance Rose, little Governments in Cyberspace, Boardwatch Magazine (1994),8, 87- 91; Joel Reidenberg, Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace, Emory Law Journal, 45, 911- 930; Henry H. Perrit, Cyberspace Self-Government: Town Hall Democracy or Rediscovered Royalism, Berkeley Technology Law Journal (1997), 12, 413- 482.

〔2〕 Kristen E. Eichensehr, The Cyber-Law of Nations, The Georgetown Law Journal (2015), 103(2), 317- 380: 326.

(Global Commons)”。然而，随着以中国为首的竞争对手网络实力的提升，以及奥巴马时代对外战略从单边主义向“有选择的多边主义”的转向〔3〕，美国意识到网络治理，特别是网络安全问题的应对无法仅靠一己之力，而需全球通力合作实现，并在官方层面又开始提升对网络空间国家主权的尊重。〔4〕

二、网络空间主权原则的直接与间接适用之争

近年来，随着联合国政府专家组的立法推动，国家主权作为网络空间国际法基本原则的地位已逐步确立，自身主权论和全球公域论等否定网络空间主权的理论逐渐被法学界遗弃。但由于网络空间政治博弈日趋激烈、网络恐怖主义和其它形式的网络安全挑战日益复杂，关于主权原则在网络空间究竟如何适用的理解，又出现了新一轮论战。此番论战伴随着《塔林手册 2.0》的编纂趋于尖锐，并在 2017 年底由《美国国际法学报》（American Journal of International Law）举办的《塔林手册 2.0》研讨会上发展为了直接的、公开的正面交锋，争论焦点则是主权原则是否可以直接适用于网络空间。

（一）间接适用论

一派观点认为主权原则不可直接产生网络空间行为义务，可称为主权原则的“间接适用论”。《塔林手册 2.0》的法律评审专家加里•科恩（Gary Corn）和美国国防部原法律顾问罗伯特•泰勒（Robert Taylor）是持这一观点的代表人物。特别是曾担任美军网络司令部总顾问的加里•科恩，多年来一直在不同渠道鼓吹主权间接适用理论。

他们认为《联合国宪章》第二条（四）款和国际习惯法确立的诉诸战争权（jus ad bellum）以及禁止干涉（non-intervention）是广泛承认的适用于国家关系的有约束力的准则，除此之外，国际法框架下的具体规则因不同领域的特性而存在适用差异。大量国家网络行动既不构成武力使用，也缺乏传统干涉行为的要素，因此除非有行动所涉国际法领域的具体规定，不应被限制。尽管有人提出主权原则可直接适用于这类网络行动，从而弥补框架缺漏，但间接适用论者引用英国国际法学者伊恩•布朗利（Ian Brownlie）的理论提出，主权是国家所享有的权利集合，首先是国家作为实体对领土加以控制的资格，其次是在国际层面代表其领土和人民而行为的资格，因此可分为对内主权和对外主权，二者皆已通过特定国际法原则或规则的适用实现。基于对内主权，只有国家及其执政者才可以管理本国事务，允许国家禁止在

〔3〕 参见杨洁勉：《浅析奥巴马政府的全球战略调整》，《国际问题研究》2011 年第 2 期，第 19 至 22，71 页。

〔4〕 关于网络空间主权论的演变，可参考如下文献：Kristen E. Eichensehr, The Cyber-Law of Nations, The Georgetown Law Journal (2015), 103(2), 317- 380; Hildebrandt, Mireille, Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace? Bodin, Schmitt, Grotius in Cyberspace, The University of Toronto Law Journal (2013), 63 (2), 196–224; Demchak, Chris C. Uncivil and Post-Western Cyber Westphalia: Changing Interstate Power Relations of the Cybered Age. The Cyber Defense Review (2016), 1(1), 49–74; 张新宝，许可：《网络空间主权的治理模式及其制度构建》，《中国社会科学》,2016 年第 8 期，第 139 至 158，207 至 208 页；胡丽，齐爱民：《论“网络疆界”的形成与国家领网主权制度的建立》，《法学论坛》2016 年第 2 期，第 59 至 66 页；李彦：《网络空间国际法地位问题研究》，《武大国际法评论》2016 年第 2 期，第 387 至 405 页。

其领土内实施管理职能行为，这已通过禁止干涉内政原则得到保护，除此之外的他国非干政但可能侵犯或妨碍主权的行为并不受国际法禁止。对外主权则是指国家主权平等。主权平等可推导出不得预先推定国家独立性受限这一规则，该规则通过“荷花号”案中“除非被条约或习惯国际法禁止，国家的国际层面行动是自由的”这一著名论断所建立并被广泛接受。一个典例是除非违反了如禁止非法干涉或使用武力这类特定条款，各国都不认为间谍行为违反国际法。而在天空、海洋、外层空间的国际治理体制巨大差异也说明各国正在缺乏国际法相关规定的情况下，依据不同情况以不同方式适用主权原则。总之，主权原则只是背景原则，不是可直接适用的规则，未经目标国同意的网络行动，即使可能影响主权，但如果未达到干涉内政的程度，也无明确的国际法规则禁止，更未侵害《联合国宪章》第二条第（四）款之规定时，国家有权力实施。〔5〕

（二）直接适用论

另一派观点坚持主权原则可直接、独立适用，可称为主权原则的“直接适用论”。《塔林手册 2.0》的总主编迈克尔•施密特（Michael N. Schmitt）和执行主编丽斯•维芙尔（Liis Vihul）即持此观点。

施密特和维芙尔承认主权原则会因适用空间的不同而体现为不同的适用规则，但强调所有这些具体空间规则都建立于领土主权不可侵犯的基础之上，受其约束。比如在航空法中，一国军机未经允许进入另一国领空，是对后者领土主权侵犯，但并不触犯使用武力和强制干涉的规则。在外层空间法里，“主权真空”通过国家一致确认的外空不得主张国家主权这一习惯法而形成，反向证明了如果无此规则，传统的主权原则即可在外空适用。在海洋法，领海的无害通过和群岛水域通过等制度是作为领土不可侵犯的例外建立起来的。至于间谍行为本身，其不被视为侵犯主权也是因为习惯法形成了对主权规则适用的例外。因此，只有先承认主权原则适用的一般性，才会有特殊领域的例外性。领土的不可侵犯性和国家所承担的尊重他国主权的义务已经为“科孚海峡案”所确认，《奥本海国际法》中的相关论述同样支持对于未达到强制干预或武力使用程度的行为可能在不存在特殊法的情况下被认定为侵犯主权。此外，诸多国际法院及国际常设法院案例也可以支持这一观点。比如，“荷花号案”中，国际常设法院就指出，国际法对一国的首要和最大限制就是在不存在相反许可规则的前提下，一国不可以任何形式在他国领土施加权力。在 1973 年“核试验案”中，澳大利亚控诉法国未经同意使其在南太平洋大气核试验产生的放射沉积物及其分散物质进入了澳本土和空域，侵犯了澳大利亚主权，国际法院认为，一国以保卫人民或国家完整与独立的名义保护本国领土免受他国任何行为损害，属于该国法益（legal interest）。在“尼加拉瓜军事与准军事行动案”中，法院承认国家主权与禁止使用武力与强制干涉间的联系，但也存在明白无误的区别，单一行动可能违背不止一条准则，需要对是否违反尊重领土主权原则作专门评估，并最终认

〔5〕 Gary Corn, Robert Taylor, Sovereignty in the Age of Cyber, American Journal of International Law Unbound, Vol.111, Aug 22, 2017, pp. 207-212, https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/02314DFCFE00BC901C95FA6036F8CC70/S2398772317000575a.pdf/sovereignty_in_the_age_of_cyber.pdf, Feb 22, 2020.

定美国不仅违背了禁止干涉内政和使用武力，而且侵犯了领土主权。在 2015 年一起哥斯达黎加和尼加拉瓜的领土争端中，国际法院同样直接适用领土主权原则认定尼加拉瓜在哥斯达黎加挖掘运河和建立军事存在的行为侵犯了后者领土主权。[6]

三、对间接适用论的评述

尽管直接适用论有大量国际法理论与实践依据，且在逾五十国专家和政府代表参与编著或咨询的《塔林手册 2.0》中得以阐明，因此当前在国际法学界依然占据上风，但间接适用论亦有不少拥趸，其中不乏知名学者和政府重要部门。

一方面，一批美国学者对间接适用论趋于认同。一是部分有着政府背景的美国学者观点倾向于间接适用论。如前文提及的科恩和泰勒，他们一方面试图为主权间接适用论提供法理依据，另一方面以存在网络恐怖主义活动和所谓的“流氓国家”现实威胁为由，主张对他国境内网络基础设施造成影响的网络行动不应受主权原则的过分限制。二是其他一些颇有名望的美国学者，虽然表述有所不同，但也从其它角度为间接适用论提供理论注脚。《塔林手册 1.0》和《塔林手册 2.0》的国际专家组成员、杨百翰大学法学教授埃里克•詹森（Eric T. Jensen）认为，主权原则依赖于适用领域和国家实践需求而调整其适用，非统一适用的国际法原则。因此在不同空间的体现不同。在网络空间，依据国家实践，主权原则不排除针对另一国基础设施或领土，但不妨碍该国政府职能的网络行动。网络空间存在国家实践的相对真空，这只有通过国家关于网络能力与主权原则相互影响的阐释才能解决。[7] 詹森虽然自认为这是主权原则适用的第三条道路，实则拒绝承认主权原则适用的独立直接，因此仍属间接适用论。哥伦比亚大学教授马苏•韦克斯曼（Matthew C. Waxman）认为主权原则的概念与禁止干涉密切相关，但其具体内涵并不绝对且有些混乱，国际法一般理论对遵循主权原则的行为设立了过于严苛的标准，不适用于网络空间，不可仅因未经同意的网络空间行为对他国基础设施造成影响或发生在他国领土内就认定侵犯主权。〔8〕康奈尔大学教授延斯•奥林（Jens David Ohlin）认为，主权原则和保留领域（domaine réservé）这一概念息息相关，后者是前者的描述性和规范性使用。〔9〕然而奥林的论断将导致对侵犯主权的判断过分集中于是否存在对保留领域的不正当干涉。因为在一般国际法学者看来，保留领域主要是指国家的内部事务，〔10〕如经济、政治和文化制度等。对保留领域的不正当干涉其实只属于禁止干涉内政的内涵。侵犯主权行为的考察范围不仅包括干涉内政行为，还包括其它妨碍政府固有职能的行为，

〔6〕 Michael N. Schmitt, Liis Vihul, Respect for Sovereignty in Cyberspace, Texas Law Review (2017), 95, 1639-1671.

〔7〕 Eric Talbot Jensen, The Tallinn Manual 2.0: Highlights and Insights, Georgetown Journal of International Law (2017), 48, 741-744.

〔8〕 Matthew Waxman, “Cyber Strategy & Policy: International Law Dimensions”, at https://www.armed-services.senate.gov/imo/media/doc/Waxman_03-02-17.pdf, March 2, 2017 (Dec 13, 2019).

〔9〕Jens David Ohlin, Did Russian Cyber Interference in the 2016 Election Violate International Law? , Texas Law Review (2017), 95, 1579-1598: 1587.

〔10〕 “Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion”, 1923 PCIJ (Ser. B) No.4, at 24(7 February).

尤其是针对一国立法、行政和司法职能的广泛干扰甚至篡夺。〔11〕奥林的观点暗藏着在涉及主权问题时以不正当干涉原则作替代性分析的倾向。

另一方面，美英政府的官方表态也支持了间接适用论。2016 年 11 月，美国国务院法律顾问布莱恩•依根（Brian Egan）在公开演讲中说道，“互联网的特殊设计可能会侵犯其它主权国家的管辖权。准确来说，美国政府律师正在对未经同意的侵犯其它国家主权的网络行为继续加以认真研究，而问题最终将通过国家的实践和法律确信得到解决。”〔12〕言下之意，主权原则在依国家的网络实践和法律确信形成相关规则之前无法确定其适用性。这一论调相对其前任高洪株（Harold Koh）于 2012 年讲话中提到的“美国网络空间行为必须考虑他国主权，包括在武装冲突法之外的国家主权”〔13〕的观点出现了变化。两个月后，美国官方观点得到进一步昭示。2017 年 1 月，时任美国国防部法律总顾问的珍妮弗•奥康纳（Jennifer M. O' Connor）向美国作战司令部转呈了一份名为《军事行动中网络能力运用的国际法框架》（International Law Framework for Employing Cyber Capabilities in Military Operations）的备忘录，这份文件将国家主权定位为一种缺乏独立和实质性法律效力的国际法组织性原则（organizing principle），认为国家对网络空间和网络基础设施都仅有名义上的领土主权。备忘录还提出，禁止干涉原则在网络空间的适用方式尚不确定，而既未构成武力使用，又未违反禁止干涉的军事网络活动当前并不受国际法约束。在总结时，这份文件也强调，主权原则对影响可产生或显现于另一国境内基础设施的国家网络行动具有法律拘束力的论断，缺乏国家实践或法律确信的支持。〔14〕2018 年 6 月，美国参联会公布《网络空间行动》，将网络空间分为物理、逻辑和网络与人三个层次，却只承认物理层国家主权，只认为军事行动需考虑这一层面的主权问题。〔15〕然而，对境外网络基础设施造成物理影响的军事行动可能已达到武力使用的门槛，除此之外，应当有大量未构成武力使用但却侵犯国家主权的网络空间行为存在。它们包括逻辑和网络与人两个层面的网络空间行动。比如对他国政府网络服务器系统的破坏或向他国国民散布明显与事实不符且直接煽动破坏社会安定的谣言。美国参联会否认这些更具网络空间特殊性的行为可能侵犯国家主权，实则是在传统国际法已经确认的主权维护规则之外，排除了主权原则在网络空间的直接适用余地。而在 2018 年 5 月，英国司法大臣杰雷米•赖特（Jeremy Wright）在查塔姆研究所（Chatham House）发表的首份关于英国网络空间国际法适用立场的演讲也提出，主权原则是国际规则体系的根基，但不认为目前在网络空间可从主权原则中提炼出禁止干涉之外的其它禁止性规则，英国的立场是这样的

〔11〕 [美]迈克尔•施密特总主编：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，黄志雄等译，社会科学文献出版社 2017 年版，第 68 页。

〔12〕 Brian J. Egan, International Law and Stability in Cyberspace, Berkeley Journal of International Law (2016), 35, 169-180: 174.

〔13〕 Harold Hongju Koh, “International Law in Cyberspace”, at https://2009-2017.state.gov/s/l/releases/remarks/197924.htm, Jan. 1, 2018 (Jun. 18, 2018).

〔14〕 Sean Watts, Theodore Richard, Baseline Territorial Sovereignty & Cyberspace, Lewis & Clark Law Review (2018), 22 (3), 771- 840: 827- 829.

〔15〕 US Joint Publication 3-12, Cyberspace Operations, 8 June 2018, I3-I4.

规则在当前国际法中并不存在。〔16〕言下之意亦排斥了主权原则的直接适用性。

同时，间接适用论本身也并非脱离传统理论支撑的无稽之论。法律原则本身是可以在规则缺漏时直接适用于具体法律问题的，著名国际法学家克劳福德（James Crawford）认为，国际法一般原则可以是国际习惯法规则、一般法律原则或现有国际法基础上形成司法推理的特定逻辑命题。〔17〕克劳福德的结论并非国际法原则可作为规则适用的可能性认可，而是对但凡作为原则必然存在的一般性质的认定。因此，否定主权原则可直接适用，实际上也是否定了国家主权的法律原则地位本身。而在传统国际法中确实存在否定主权原则的论调。美国当代国际法受人权法泰斗路易斯•亨金（Louis Henkin）影响颇深。他是《美国对外关系法重述（第 3 版）》的首席报告人，国际宪法学协会创始人，前美国政治与法律哲学学会会长和美国国际法学会会长，有学者认为他在与人权有关国际法问题上的研究积淀无人能出其右。〔18〕亨金致力于人权的国际法保障，反对将人权视为一国内政绝对保留事项，〔19〕支持为拯救生命而必须使用武力的人道干预〔20〕。由于在西方语境下，人权的国际法保障与一国主权维护之间存在一定紧张关系，他的论著中也透露了削弱国家主权国际法地位的思想，并认为国家并非国际体系的唯一主体〔21〕。亨金认为，“主权”被视为国家隐含的公理性特点，并作为一个国际法术语存在是错误的。它只是一个政治的流行语和对思维与准确性的替代。这一概念来自君主时代，是君主的掌上玩物，不是国家的外部性质，而是政治最终合法权威之所在。现代国家体系下的国际法吸取这一概念并不适时。现代国家体系应该是国家实体的社会契约而非基于主权所建立。国家在现代国家体系下没有保留主权，而是保留了一部分自治权，但同时也放弃了另一部分自治权。因此，“主权”这一术语可以被视为早期时代的遗留品被放到历史档案架上，当代应分解这一概念，确定其内在的真正为现代国家可适用的国家本质特点。〔22〕这些特点或者说国家体系的价值，应通过具体的国际法规范得到保护。〔23〕

亨金以国家间的社会契约取代主权，作为现代国家体系的基础，强调国家利益皆能通过

〔16〕 Gary Corn and Eric Jensen, “The Technicolor Zone of Cyberspace – Part I”, https://www.justsecurity.org/57217/technicolor-zone-cyberspace-part/, May 30, 2018 (Dec 11, 2019).

〔17〕 James Crawford, Brownlie’s Principles of Public International Law (9th Edition), New York: Oxford University Press, 2019, p. 34. 英文原文如下：“[t]he rubric ‘general principles of international law’ may alternatively refer to rules of customary international law, to general principles of law as in Article 38(1)(c) [of the Statute of the International Court of Justice], or to certain logical propositions underlying judicial reasoning on the basis of existing international law.”

〔18〕 “The Quotable Louis Henkin”, at https://www.law.columbia.edu/louis-henkin/quotable-louis-henkin, Nov. 13, 2015 (Dec. 12, 2019).

〔19〕 [美]路易斯·亨金：《权利的时代》，信春鹰、吴玉章、李林译，知识出版社 1997 年版，第 35-38 页。

〔20〕 同上，第 179 页。

〔21〕 同上，第 6 页。

〔22〕 同上，第 9 至 12 页。

〔23〕 同上，第 149 页。

具体的国际法规范维护，国家主权原则应退出历史舞台，这一理念主要基于历史发展的脉络以及对社会现实的观察展开，带有浓厚的美国现实主义法学色彩。他在这一情境下深入详述，其观点又诞生于一个受西欧封建君主制影响甚少的新大陆国家，因而既与大陆法国家，乃至同为英美法的英国学者观点殊异，又能在美国国际法理论与实务界中得到广泛支持。虽然亨金的理论形成于前互联网时代，但其理论本身否定了主权原则的可适用性，因此也为网络空间国家主权的间接适用论提供了重要支撑。

四、对直接适用论的评述

反观直接适用论，虽然能得到国际法学主流支持，也与中国、俄罗斯、法国与荷兰等网络强国关于网络空间主权问题的官方政策契合〔24〕，但也并非完美无缺。首先，即使在直接适用论内部也无法对主权原则的适用路径形成一致认识，并可进一步分化为未授权行为达到相对严重的特定门槛才违反和任何未经同意的权力介入皆违反国家主权原则两种观点。前一观点可被称为主权原则适用的相对路径（a relative approach to sovereignty），后一种观点可被称为主权原则适用的绝对路径(an absolute approach to sovereignty)或纯化路径（a purist approach to sovereignty）。《塔林手册 2.0》及查塔姆研究所于近期发布的《国际法在国家网络攻击中的适用：主权与不干涉》（The Application of International Law to State Cyberattacks: Sovereignty and Non-intervention）是典型的主权原则适用相对路径，荷兰政府亦予以认同〔25〕；而法国和俄罗斯等国官方立场则倾向主权原则适用的绝对路径，下文分述。

（一）相对路径

《塔林手册 2.0》将侵犯主权的行为分为物理上进入他国领土的行为和在一国领土内产生影响的境外行为。后者又依两条标准确定，分别是对目标国领土完整造成的损害程度和是

〔24〕 中国在 OEWG（联合国信息安全开放式工作组）的立场文件中指明主权原则可在网络空间适用，且其内涵包括不得干预（interfere）他国内政，这一范围超过了互不干涉（intervene）内政（后文详述），同时在国际法的适用问题上指出主权平等与避免使用武力、互不干涉内政等共为网络空间秩序的基石；俄罗斯代表在 OEWG 第一阶段会议的发言中亦多次将国家主权与不正当干涉并列提出，作为维护网络空间秩序的法则。这些表述表明中俄两国坚持主权原则不是空洞的背景原则，可独立于使用武力与不正当干涉等其他基本原则直接发挥作用。荷兰政府在向议会和 OEWG 提交的官方文件中都表明了清晰的直接适用论立场，且明确支持《塔林手册 2.0》的观点。法国政府相关立场文件后文详述。参见 China's Submissions to the Open-ended Working Group on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2019/09/china-submissions-oewg-en.pdf, Sept., 2019 (Dec. 22, 2019); Statement by Amb Andrey Krutskikh, Special Representative of the President of the Russian Federation for International Cooperation in the Field of Information Security at the First Session of the UN Open-ended Working Group on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, New York, 3-4 June 2019, https://www.rusemb.org.uk/article/541, Jun. 7, 2019 (Dec. 23, 2019); Appendix: International Law in Cyberspace, https://unoda-web.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2020/02/appendix-Internaional-law-in-cyberspace-kingdom-of-the-netherlands.pdf, Feb. 8, 2020 (Feb. 20, 2020).

〔25〕 同上注。

否干扰或篡夺政府固有职能。〔26〕对目标国领土完整造成损害的行为，《塔林手册 2.0》专家认可通过三个层面分析：（1）物理损害；（2）功能丧失；（3）侵犯领土完整但未达到功能丧失程度。

对于第三个层面的认定专家组未达共识。至于前两层面，首先，大部分专家认为，若网络行动造成物理损害或伤亡或使他国境内网络基础设施丧失功能也构成主权侵犯。其次，对于“丧失功能”的程度认定，由于无国家表达法律确信，所以专家亦未达成共识，但都认为如果行为导致需更换设施物理部件或进行物理修复则属于此，但这实则亦属造成物理损害的行为。另有专家认为，网络基础设施重装系统或其它数据才能实现正常运作也等同于功能丧失，但对此仍有争议，需依国家实践澄清。〔27〕因此专家基本上只能确定造成物理损害或等同效果的行为属对领土完整造成损害的行为。然而，国际法对武力使用行为本身的界定即存分歧，因此留给各国依自身利益予以认定的余地，目前只就伤害或杀害人员，或造成物理损害满足使用武力的条件这一点形成法律确信。《塔林手册 2.0》只提出使用武力的界定应看其“规模和效果”是否相当于传统武力使用行为。〔28〕实则未将对目标国领土完整造成损害的行为与使用武力的行为作有效区分，这当然是缘于国家实践未对二者形成有效区分，因此相对于间接适用论的实践价值也就仅限于干扰或篡夺政府固有职能与不正当干涉，以及物理进入与他国境内的武力使用间的区别。

显然，干扰或篡夺政府固有职能和未经同意的物理进入应较不正当干涉和他国境内的武力使用有着更广泛的外延。然而区别价值有限，因为实践中最主要也最易引发冲突的篡夺政府固有职能行为就是不正当干涉。一种公认的典型不正当干涉行为是公开以强制手段迫使目标国内政向有利于己的方向转变，这类行为容易确定行为国及其责任。除此之外，多数国际法学者还认可一些间接的，甚至在目标国不明知时实施的行为也可认定为不正当干涉。比如以隐蔽手段篡改一国电子投票结果。〔29〕因“通俄门”影响，一些西方学者开始论证不正当干涉与自决权（self-determination）的关系，并断言一国利用网络平台散播虚假或机密信息，影响他国内政事务的行为，因侵犯一国人民自决权，构成不正当干涉。〔30〕此观点因与西方核心政制利益联系，日益受到西方学者重视。然而，如不正当干涉的适用范围如此，则基本覆盖所涉利益足以引发国家诉诸国际法需求的干扰与篡夺政府职能行为。除此之外的影响政府职能网络行为只能以更低烈度且隐蔽的方式实施。此时可能导致双向悖论：对于网

〔26〕 同上〔8〕，第 64-65 页。

〔27〕 同上〔8〕，第 65-66 页。

〔28〕 同上〔8〕，第 335 页。

〔29〕 [美]迈克尔•施密特总主编：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，黄志雄等译，社会科学文献出版社 2017 年版，第 326 至 327 页; Harriet Moynihan, “The Application of International Law to State Cyberattacks: Sovereignty and Non-intervention”, Chatham House, 2019, pp. 40-43.

〔30〕 Nicholas Tsagourias, “Electoral Cyber Interference”, https://www.ejiltalk.org/electoral-cyber-interference-self-determination-and-the-principle-of-non-intervention-in-cyberspace/#, Aug. 26, 2019 (Dec. 17, 2019); Jens David Ohlin, Did Russian Cyber Interference in the 2016 Election Violate International Law? , Texas Law Review (2017), 95, 1579-1598.

络弱国，他们无力追寻行为主体或行为与国家的归因关系，因此无法确认行为的确是国际法上的侵权；对于网络强国，如果可以有效归因，也大可不必以国际法应对，因为诉诸法律手段需坚实的证据基础，而且要提出明确可欲的法律诉求，由于成本不菲，步骤繁琐，行为损害也不易具化且往往不具有严重性，因而不如径直以国内法或技术手段反制，由此在网络强国间形成默契，并使行为游离于国际法语境之外，网络空间国家主权原则的直接适用仍难以实现。

至于物理进入的非武力使用网络行为，其中很多也同时违反国际法具体规则。比如在对方国家领土、领海、领空的执法，未经同意进入他国领空的公用航空器等，此时无需斟酌网络空间国家主权问题亦能予以规制，但对于不违反其它国际法的行为，依据《塔林手册 2.0》的意旨，也需达到干扰或篡夺政府职能的程度才可被认定为侵犯主权。比如间谍行为本身很难被认定为违反国际法，因为国家实践不支持。因此，进入一国境内实施的网络间谍行为，如未造成有形损害或篡夺政府职能，除非还涉及违反其它特殊国际法规则，否则很难以网络空间规则规制。〔31〕然而篡夺或干扰政府职能的境内网络行为在不存在不正当干涉时，又具有和境外实施的网络行为相同的隐蔽性特点；况且既然是无需造成物理损害或等同效果的网络行为，除不具有违法性的间谍窃密外，从技术与风险来评判，也可以被跨境远程操控替代，〔32〕缺乏讨论的现实意义。

总之，当前一般国家很难有能力或意愿及时主动锁定证据并对低烈度网络冲突实施法律反制。国家实践也未提供以合法反措施应对此类行为的充分实例，有限的实例亦陷入是否也违反不正当干涉的争议。其余低烈度网络对抗主要以网络间谍形式存在，其本身就不被认为违反国际法。因此，在《塔林手册 2.0》体系下，相对路径的确尚无确切有力依据彻底否定间接适用论。

查塔姆研究所研究员 Harriet Moynihan 于 2019 年底完成的研究报告从作为不正当干涉原则本质要素的“强制”入手分析主权原则与不正当干涉原则区别。她认为不正当干涉原则是主权原则的保障（safeguards），当侵犯主权原则的网络行为性质未达到使用武力门槛时，可以适用不正当干涉，当行为性质没有达到不正当干涉门槛时，则可直接适用主权原则。不正当干涉与主权原则直接适用的区别主要在于强迫性（coercive）。强迫性是在“尼加拉瓜军事与准军事行动案”中得到确认〔33〕并为西方国家普遍接受的不正当干涉构成要素。该报告指出，强迫是一种在驱使关于目标国某一保留事项的结果或进展的企图中对该国施加，从而剥夺目标国主权实施自由意志的压力。〔34〕以上观点与《塔林手册 2.0》多数专家基本

〔31〕 同上〔8〕，第 193-199 页。

〔32〕 网络空间（cyberspace）法不涉及仅与位于一国境内的局域网（LAN）及其设施保护相关的法律问题。

〔33〕 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, 1986 ICJ REP. 392 June 27, para. 205.

〔34〕 Harriet Moynihan, “The Application of International Law to State Cyberattacks: Sovereignty and Non-intervention”, Chatham House, 2019, p. 57.

一致。〔35〕不同的是，《塔林手册 2.0》将使用武力与不正当干涉作为并列原则，在第三部分分别陈述，而在第一部分论述主权原则适用时突出领土完整的损害及篡夺或干扰政府职能的并行标准，该报告则清晰集中地传达了“违反主权-不正当干涉-使用武力”的单向递进式判定体系，并将此作为认定主权原则何以直接适用的主要思路。由此，一方面形成了武力使用也是不正当干涉，侵犯主权行为即使未达武力使用的最低门槛，仍可能属于不正当干涉这一论断，从而避免了在多数情况下判断是否违反主权原则时，过分纠结于对领土完整造成损害的行为是否达到“规模与效果”的最低门槛考察；另一方面，将主权原则直接适用余地的探讨集中于不正当干涉与非不正当干涉行为的差异以及侵犯主权的最低烈度之上。

遗憾的是，该报告同样适用了较为宽泛的不正当干涉认定门槛（比如通过散布网络谣言左右目标国国民选举意向）〔36〕，而且主张对违反主权原则的门槛，仍应考察是否国家合意确定的国际不法行为，而非概念本身的考察。〔37〕因此，一方面相对《塔林手册 2.0》未体现更具有操作性的主权原则直接适用判定标准；另一方面由于网络空间国际法真实案例匮乏，间接承认了主权原则在网络空间的具体适用不明，有赖于具体规则形成，暗合了间接适用论重要论点。

综上，如果说主权原则还需考虑适用门槛或方式，那么仍需网络空间国家实践与合意才能明确，因而并非主权原则在网络空间的直接适用。因为以行动一致或文本约定的形式确定了国家合意的同时，也会形成新规则，需依这些规则的适用才能实现主权原则适用，这种直接适用论并未完全排除间接适用论的生存空间。

（二）绝对路径

关于主权原则直接适用的绝对路径主要来自一些国家政府的官方文件。比如法国国防部于 2019 年 9 月公布的官方文件《网络空间行动的国际法适用》提出，任何可归因于他国的破坏目标系统的机密、完整与有效性的网络空间行动，都是对法国主权的侵犯。因此，即使是对计算机系统的渗透也是侵犯了法国主权。〔38〕但这份二十页的文件并没有对法国观点提供理论上的充分论证，因此不足以体现法理说服力。此外，非西方国家对于主权维护的强烈意愿也会让他们更愿意接受主权适用绝对化的观点。比如，前苏联学者 Alexei Alexandrovich Moiseev 即认为主权绝对、不可分割且不能有任何限制。〔39〕在俄语中，“干涉（intervention）”被译为“невмешательство”，这与“干预（interference）”的俄译相同，〔40〕无论是前苏联还是俄罗斯，其官方表述都未区分“不干涉”与“不干预”。

〔35〕 同上〔8〕，第 324 页。

〔36〕 同上〔34〕，第 40 至 43 页。

〔37〕 同上〔34〕，第 50 页。

〔38〕法国国防部：《适用于网络空间行动的国际法》，王岩译，黄志雄、谢垚琪校，《武大国际法评论》2019 年第 6 期，第 142 页。

〔39〕 Lauri Mälksoo, Russian Approaches to International Law. New York: Oxford University Press, 2015, p. 101.

〔40〕Denitsa Raynova, Towards a Common Understanding of the Non-Intervention Principle, p. 2, https://www.europeanleadershipnetwork.org/wp-content/uploads/2017/10/170929-ELN-Workshop-Report-Non-Int

《奥本海国际法》指出，构成干涉（intervention）的干预(interference)必须具有强制、专断或其它类型的强迫性，从而对被干涉国就相关事物的控制形成剥夺性影响。〔41〕《塔林手册2.0》对此也持同样观点。〔42〕因此，学界一般认为“intervention”相对于“interference”的区别所在就是其所具有的强迫性。如果将“intervention”替换为“interference”，“不正当干涉”的适用将无需考虑行为是否具有强迫性甚至基于某种国际标准的“正当性”，而违反主权原则的行为只会更加宽泛。俄方官方及学者体现的立场将主权原则所有权化，意味着一国权力未经同意地介入另一国管辖事项，即违反主权原则，表明俄罗斯也对主权适用持事实上的绝对路径观。

首先，绝对路径避免了因网络空间行为的隐蔽性和各国在具体规则完善方面的显著利益分歧而带来的实践一致性难以实现的困境。各国不必执著于具体规则缺失而迟迟不能对低烈度网络对抗违法性予以认定的现状，将所有由他国实施的非同意进入都视为对主权原则的违反，为受到低烈度网络侵袭的国家实施反击提供了法律依据。其次，绝对路径在理论上因摆脱了对主权违反限度条件的纠结，从而避免了如相对路径下主权维护仍沿袭海洋、天空等传统空间依具体规则逐步完善的方式，进而陷入与间接适用论理论基础混淆的尴尬。最后，绝对路径反映了安东尼奥•卡塞斯（Antonio Cassese）所述的主权原则适用范围多样化扩张倾向，比如一国在未经习惯法或国际条约许可时越过领土界限的执法行为或通过立法对他国实施经济制裁即侵犯他国主权，〔43〕“棱镜门”后多国开始主张远程监听违反国际法也反映了这一现实。〔44〕因此主权原则内核认知正逐步扩大，而绝对路径正好顺应这一趋势，这对于低烈度对抗频繁，因此必要限度的反措施尚缺乏国际法明确且充分支持的网络空间意义重大。

然而，绝对路径也存在不足。

首先，该路径目前缺乏充分理论论证，或者说从法教义学角度难以论证其内在合理性。但凡未经同意的他国权力介入即违反主权的论断证伪，即是证明存在未经同意的他国权力介入不被认为违反主权原则的可能。即使特定间谍行为将来可在国家推动下被认定违反主权原则，大量低烈度的网络冲突亦不足以引发国家反措施，或至少是能引发外界关注的反措施。

---

ervention.pdf, Oct. 17, 2017 (Sep. 24, 2020) .

〔41〕 Robert Jennings, Arthur Watts. Oppenheim’s International law, Vol. 1, 9th ed. New York: Longman, 1996, p. 432.

〔42〕 同上〔8〕，第320页。

〔43〕 Antonio Cassese, International Law, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp.48-52.

〔44〕 比如中国、德国和巴西都曾在“棱镜门”事件后，在尚无明确法律依据的情况下指责美国特工远程监听其国家政要和驻外使领馆的行为违反国际法。See Tiago Vales, From Snowden´s Revelations to the Brazilian Legal Framework for the Internet: Desecuritizing the Cyberspace? at http://web.isanet.org/Web/Conferences/CEEISA-ISA-LBJ2016/Archive/e76286a0-e361-4083-b22a-7163220e845c.pdf, Jun. 1, 2016 (Feb. 13, 2020); Duncan Campbell, British Embassy Spying, at http://www.duncancampbell.org/british-embassy-spying, Oct. 31, 2013 (Feb. 2, 2020); Parterno Esmaquel, US Spying? PH: Envoys should Follow Law, at https://www.rappler.com/nation/42634-philippines-us-listening-post-espionage-dfa, Oct. 31, 2013 (Feb. 2, 2020); 《外交部发言人就“10·28”事件外媒质疑、美媒关于钓鱼岛社论等答记者问》，人民网，2013年11月04日，at http://world.people.com.cn/n/2013/1104/c1002-23428782.html，（访问日期：2020年2月5日）。

因此国家实践对于此类网络冲突是否违反主权原则缺乏明确指向，成为国际法适用的灰色地带。从规范法学视角，该原则的论证或许只能无限接近，却难以得出确切结论。

其次，绝对路径可能会影响各国完善网络空间国际法规则的积极性，导致规则粗放化。由于网络空间规则，尤其是低烈度网络对抗规则形成困难，当接纳绝对路径时，可能会因其对侵犯主权行为的概括性适用，使部分国家政府和学者认为现有网络空间法通过直接适用论的兜底，已经形成一个自足完整的体系，可较好应对当前网络空间国家实践的各种法律挑战，进而怠于对网络空间法持续完善。然而，由于绝对路径只涉及何谓违反主权原则的行为，对于其它问题，如第三国审慎义务、反措施的必要性和相称性、危急情况下的责任阻却以及受害国自身过错等，仍需要具体规则的细化才能使主权得以更好的维护。因此无论是否因绝对路径适用而更有力地遏制对主权的侵犯，仍需加强对具体规则的完善。

最后，绝对路径面对的最大问题是支持者过少，因此形成国际共识难度较大。国际法主流学界普遍支持相对路径，英美两国更不可能认同绝对路径。这不仅因为理论基石不够强大，也因为不符合主要网络强国利益。在网络空间立法仍然主要由网络技术强国推动，弱国声音微弱且认知深度有限的情况下，绝对路径即使符合后者需求，向具有普遍约束力的国际法转化也会阻力重重。

总之，即使绝对路径体现了一定理论与实践优势，仍是一种理论上不够成熟，且利益阻力较大的观点，即使被接受亦不足以充分维护网络空间国家主权。因此如果选择该理论，不仅要展开大量配套理论工作在，而且要推动具体规则的并行发展。

五、中国应对——在直接适用论下捍卫主权

以上评析了当前国际社会网络空间主权适用理论的内在冲突。一方面，间接主权论不仅脱离了主流国际法的理论根基，在事实上虚化了主权原则的原则地位，而且迎合了网络霸权的需要，还可能因当前对网络空间的本体认识不清，纵容网络行动对国家主权的挑战从网络空间向领土、太空等地理空间延伸，显著影响其它空间秩序稳定。另一方面，诚如前述，主权原则的适用外延在复杂的国际政治博弈和新技术的冲击下已呈多向度扩张之势。因苏联解体所诱发的民族主义当代复兴及其在东欧、中亚与伊斯兰世界的盛行，更使主权原则的地域界限受到国家有意识行动的步步冲击。“民族主权”〔45〕、“相互依存的主权”〔46〕、“作为责任

〔45〕“民族主权”与“人民主权”、民族主义等概念相互支持，极大地推动了十九世纪欧洲的民族统一运动。但在二战后的殖民地民族独立运动影响下，这一理念被注入新的意义，视为殖民地（无论是否作为一个单一的民族）自然拥有的自决基础。维护原殖民地在独立后对本国经济产业、自然资源等发展关键领域的绝对控制。参见[日] 篠田英朗：《重新审视主权——从古典理论到全球时代》，戚渊译，商务印书馆2005年版，第139至146页。

〔46〕尽管国际关系的相互依存理论早在史蒂芬·克拉斯纳（Stephen Krasner）之前即已被西方广泛接受，但克拉斯纳首次以其直接指代一种主权关系形态。克拉斯纳认为“相互依存的主权”指国家对跨境活动的控制，因而蕴含着控制(control)与权威（authority）的分离。国家在相互依赖的关系中可能失去对跨境活动的控制（即相互依存的主权），但其对内最高权威却不受损，而失去控制却会促使国家主动作出威斯特伐利亚主权的妥协。其理念暗含了一种超越地域的国家权力，即使在无条约的情况下也会存在。See Stephen D. Krasner, Sovereignty: Organized Hypocrisy, New Jersey: Princeton University Press, 1999, pp. 9-14.

的主权”〔47〕等主权既有概念的再诠释或新理念的注入亦使我们看到当今主权扩张主义也在不断探寻和深耕其理论根基。而在网络空间，数字鸿沟的愈久弥深和网络对抗的愈演愈烈也在孕育一片更适合主权直接适用论发展的土壤。

综上，我国应与间接适用论保持距离，立足主权理论演变和网络空间国际法发展的整体趋势，坚持网络空间主权的直接适用论，从而与在外交场合始终坚持宣示主权原则独立价值的本国实践相适应。但同时也要看清直接适用论的“内力”不足，正是这些不足的存在才会助长间接适用论的生存空间，并为网络霸权主义者利用。

因此，我们应继续以法律与政治武器捍卫网络空间主权原则的根基，明确其独立适用价值和路径，具体而言，可从以下几个方面着手：

（一）坚持网络空间本体探索，理清网络空间与现实空间界限

一些西方国家对间接适用论的接纳，实有军事和政治利益的考量，危险后果之一是对传统空间（如陆地、海洋、大气层和太空）主权的入侵。因此，在各国尚不能对网络空间法制形成有效一致认识的情况下，可以网络空间本体探索为切入，建立本国网络空间本体论方案，在网络空间与其它社会地理空间之间划清界限，由此明确哪些情形属于网络空间特殊问题，适用网络空间的特殊规则，哪些情形是发生在传统空间，仍应受更加成熟的传统空间主权规则约束，从而为遏制网络霸权主义的泛滥筑牢理论堤坝。在探索思路上，建议坚持网络空间是社会空间的论点，从社会学与哲学中汲取社会空间理论精髓，在理解社会空间共性与本质的基础上探索网络空间的特殊性，建立既能维护主权，也能维护网络空间人权，从而为全球认同，并打击网络空间军事化、殖民化和扩张化倾向的本体论方案。

具体而言，可参考社会空间论学者的理论成果。“社会空间”本身是一个指向抽象的概念，自十九世纪由涂尔干引入社会学，〔48〕对其本体认识就处于发展之中。但不同的解读又存在共性，二十世纪后半叶以来，由于后现代主义的影响，对“社会空间”的解构愈加倾向于将其从物理空间中抽离，从社会关系的角度展开论述，从列斐伏尔、福柯到布迪厄，后现代主义空间理论大师不断推波助澜。〔49〕在社会关系维度内的铺陈，不仅是解构社会空间的新思路，而且为概念的法学引入提供了一个“端口”。国内也有一批法学学者开始探讨场域

〔47〕 由弗朗西斯·邓（Francis M. Deng）提出，即主权国家为维护“国际公认标准”而保护和支持本国国民或对他国进行干涉的权力与责任。尽管“作为责任的主权”被部分国内学者解读为对主权的限缩，事实上却可能引致国家主权地位的不平衡。鼓励西方国家以维护普世价值观为依据对外扩张自身权力。参见毛维准、卜永光：《负责任主权：理论缘起、演化脉络与争议挑战》，《国际安全研究》2014 年第 2 期，第 42 至 63 页；Francis M. Deng, From Sovereignty as Responsibility to the Responsibility to Protect, Global Responsibility to Protect (2010), 2 (4), 353-370.

〔48〕 Anne Buttimer, Social Space in Interdisciplinary Perspective, The Geographical Review (1969), 59 (2), 418-419.

〔49〕可参考如下著述：[法]列斐伏尔：《空间与政治》，李春译，上海人民出版社 2008 年版；[法]福柯：《另类空间》，王喆译，载《世界哲学》2006 年第 6 期；[法]皮埃尔•布迪厄：《实践与反思—反思社会学导引》，李猛、李康译，中央编译出版社 1998 年版。

同上，第 94 页。

或空间对法律适用的影响。〔50〕笔者认为，可以在将“网络空间”的概念从作为具象化实体的“网络”概念中抽离的前提下，将不同场景下的法律适用转化为不同空间的法律适用，分析作为社会空间的网络空间与其它人类活动空间的异同，理解其本质，从而将真正发生于网络空间的行动抽取出来并通过网络空间法调整。对于并非发生在网络空间，而更应视为陆地、海洋或太空等空间的行为，则适用其它空间的国际法，进而在哲学、社会学与法理的多重助力下，促进多元空间正义的协调共存。

（二）坚持主权原则法理探索，发展主权原则适用绝对路径

在现有国际法框架下，网络空间的国家实践积淀明显不足，如果延续《塔林手册 2.0》或查塔姆研究所报告的观点，为主权原则的适用设定门槛，必然引发门槛认定分歧，最终解决仍依赖于国家合意，相当于仍将主权原则的适用借以合意之下的新规体现。在各国网络空间利益冲突明显的当下，国家合意形成面临较大困难，持续争论和法律真空对维护网络空间主权有着强烈诉求的我国及其它发展中国家不利。因此坚持网络空间主权就应坚持直接适用论下的绝对路径观，摒弃当前依国家实践逐步形成合意的国际法规则形成方式，坚持发掘和明确主权原则概念本身。如果坚持不受限制的主权原则适用路径，就应当回归国家主权原则的发展原点，即但凡他国未经同意进入目标国的主权范围，都可能构成对主权原则的违反。在网络空间则是一国未经同意进入他国的网络空间主权管辖范围，不论其主观状态，亦不论行为性质和后果如何，皆构成对主权原则的违反，至于行为烈度高低，只会引发追责的不同而已。

为此，一方面需完善相关理论，另一方面则需发现并联合倾向于绝对适用路径的国际势力。

就第一点而言，笔者建议应结合原则适用的一般法理、主权原则的起源、意义、本质属性、历史演变和网络空间主权与其它空间主权的关系探寻。由于实证主义的法律证成需要在法律规范内形成完整逻辑链接，导出具体结论，因此难以适应网络空间规范缺乏的现实，而且证明主权原则脱离其它规则的直接适用是当代国际法尚未解决的难题，在国际司法与准司法领域缺乏实践，因此适当的解决路径是回归近代国际法的自然法本源，从自然法正义的角度认识主权原则，并从新自然法学方法论成果中充分汲取理论精髓，为主权原则直接适用论所用。从二战后国际法的司法或准司法实践来看，〔51〕国际法并未脱离亦不可能脱离自然法

〔50〕 比如，朱苏力老师曾对地理空间与社会关系之间的关系作了长期深入研究；曾令健老师曾从场域的空间差异出发延伸至空间对人伦关系的影响，顺此探讨破解性骚扰诉讼举证这一问题的可行路径；朱垭梁老师敏锐捕捉到空间格局对法律制度带来的影响。参考朱苏力：《家族的地理构成》，《山西大学学报：哲学社会科学版》2007 年第 3 期，第 194 至 198 页；曾令健：《性骚扰案件的证据难题及其应对》，《山西师大学报》2012 年第 1 期，第 57 至 60 页；朱垭梁：《法律中的空间现象研究》，《湖北社会科学》2015 年第 8 期，第 134 至 142 页。

〔51〕 关于程序自然法的适用，可参考国际法院“西南非洲案”， South West Africa, Ethiopia v South Africa, Second Phase, [1966] ICJ Rep 6, ICGJ 158 (ICJ 1966), 18th July 1966；关于实体自然法的适用，可参考荷兰最高法院“东印度陆军部队复员案”，Thomas Spijkerboer, Freedom and Constraint in Adjudication: Dutch Courts on Aliens Law 1945-1967, in Anita. Böcker and Others eds., Migration Law and Sociology of Law, Collected

理念，因此从自然法角度认识主权原则和发展其适用进路，在规则缺失的情况下以主权原则直接填补空白，具有合理性。

就第二点而言，需要注意对网络空间主权原则适用倾向绝对路径的法国与俄罗斯，在其宪政传统上亦曾体现出具有相似性的主权至上理念。不同于英国《权利法案》与美国宪法，两国宪法都明确宣示了国家主权，并突出了“人民主权”（poplar sovereignty）观，两国历史上也都曾受到绝对主权理念的影响。法国《人权宣言》第三条为后世宪政确立了“主权在民”的信念，1791 年宪法第三篇第一条规定“主权是统一的、不可分割的、不可剥夺的、不可转让的”，雅各宾派当权期的 1793 年宪法第 27 条更是规定任何篡夺宪法者可被自由人立即处死。俄罗斯 1993 年宪法第三条也明确了“主权在民”。我们也不能忽略前苏联对于俄罗斯的宪政影响，在斯大林时期，前苏联官方对主权的表述曾长期坚持其至高无上的不可侵犯性。〔52〕冷战的结束使俄罗斯全面淡化共产主义的影响而追寻自己的民族性，但那些有利于民族团结的要素，比如绝对主权理论却被保留下来。在寻找志同道合者的路上，除了当前各国所面临的国际政治环境和本国利益外，不同的宪政传统也值得认真审视。

（三）坚持探索不正当干涉原则，降低其适用门槛

由于“通俄门”的影响，当前西方国际法出现了对不正当干涉原则作扩大解释的迹象。其中部分学者展开了不正当干涉与自决权关系的研究，并倾向于将不正当干涉与对自决权的介入等同。比如，有西方学者提出，“干涉(intervention)”中的“强迫（coercion）”要素是指剥夺他国对事项的控制（deprived of control over a matter），因而控制该国的权威或意愿。〔53〕这种标准相当于从外在表现评价干预行为是否使一国人民自我决定其内政事项的能力受到影响，而无需考虑被干预者对干预事实或自身意愿被扭曲明知，其意义已十分接近于未经同意的对内政有影响的干预(interference)。还有西方学者直言，不仅一国利用网络平台散播影响他国内政的虚假信息，而且对民主国家或地区实施网络舆论轰炸以发展一种主导性的政治叙事也构成不正当干涉。〔54〕西方政府层面，美国、英国、荷兰、澳大利亚也认为影响他国大选的网络行为构成不正当干涉。〔55〕笔者认为，淡化强迫要素，扩大对不正当干涉原

Essays in Honour of Kees Groenendijk, Nijemgen: Wolf Legal Publisher, 2008, pp. 351-352.

〔52〕苏联作为多个社会主义共和国的联合体，其对主权的阐述不可能从开始即接受绝对主权理念。但法西斯威胁的蔓延却使之成功地将对至上主权的维护从成员国转移至联盟本身。这体现于从三十年代到冷战初期的持续官方立场中，但冷战开始后，苏联立场开始向实至而名讳的“有限主权”转向。参见 Mark Vishniak, Sovereignty in Soviet Law, The Russian Review (1949), Vol. 8, No. 1, 36-43; Robert A. Jones, The Soviet Concept of 'Limited Sovereignty' from Lenin to Gorbachev: The Brezhnev Doctrine, New York: St. Martin's Press, 1989, pp. 152-154.

〔53〕 Nicholas Tsagourias, “Electoral Cyber Interference”, https://www.ejiltalk.org/electoral-cyber-interference-self-determination-and-the-principle-of-non-intervention-in-cyberspace/#, Aug. 26, 2019 (Dec. 17, 2019).

〔54〕 Steven Wheatley, Foreign Interference in Elections under the Non-Intervention Principle: We Need to Talk about “Coercion”, Duke Journal of Comparative & International Law, p. 24, Preprint. https://eprints.lancs.ac.uk/id/eprint/142784/4/WHEATLEY_Duke_08_21.pdf, Mar. 4, 2020 (Dec. 20, 2020).

〔55〕 同上〔34〕，第 11 页。

则的解释也符合中国利益。因为在主权原则是否及如何直接适用尚无定论的情况下，侵犯网络空间主权的行为仍需在不正当干涉原则下认定其违法性。所以如过分限缩不正当干涉原则的适用范围，一些网络空间侵犯主权的行为会难以得到违法性确认，目标国会因此无法得到充分的国际法保障。而且在一个去中心化的网络环境中，我们也不必担心不正当干涉扩张会影响我国的涉外宣传工作。事实上，当前中国媒体相对西方媒体的国际舆论话语地位依然十分弱势，我国新闻外交在争取国际舆论支持方面仍有很长的路要走，更侈谈主导他国或特定地区的舆论了。相反，在我国作为一个社会主义民主国家的性质不被抹黑的前提下，扩大不正当干涉原则外延亦有助于我国反击境外的意识形态攻势。目前，我国已在多个国际场合的官方表述中将主权原则下的“干涉内政”译为“interfere in internal affairs”。〔56〕笔者认为，在东西方都出现对“不正当干涉”的解释扩大化倾向下，中国应以此为契机，积极推动就不正当干涉原则适用门槛的降低形成全球共识，但也要确立严格的举证责任要求，以免该原则被某些西方强权滥用，沦为攻击他国的借口。此外，仍不可急于要求修改不正当干涉原则的表述本身（如将“non-intervention”改为“non-interference”），这可能牵涉到对《联合国宪章》及《国际法原则宣言》等重大文件的修改，成本和争议过大，而是通过联合国专家组、开放式工作组、国际法委员会等重要国际立法机构或政府合作机制下的文件对该原则作扩大阐释，这些机制下的“软法”性文件对国际法适用的影响明显且直接，是合理的突破口。

（四）积极参与网络空间“软法”制定，完善对低烈度网络空间冲突的规制

目前各国关于主权原则的分歧明显，虽然直接适用论下的绝对路径更符合我国和大多数发展中国家利益，但在国际法主流远未形成一致认识的情况下，从学界到政府之间建立统一标准都较为困难。然而，国际社会已然意识到网络空间法制不足的事实，特别是对低烈度网络空间冲突的应对缺乏有效方案，因此存在促进相关立法完善的普遍意愿。各种低烈度网络空间冲突的法律适用困境是主权原则模糊性对国际法实践最直接的负面影响，对于尚无法纳入不正当干涉原则规制的冲突，国际法中确实缺乏稳定规制手段。因此，除积极推动不正当干涉原则的扩张化认识外，中国还可以充分施展国际影响力，推动网络空间低烈度冲突治理的规则构建。

由于网络空间国际法发展迟缓，目前呈现软法超前发展，推动“硬法”制定并影响当前网络空间秩序的现象。因此，各种可能产生重大影响的网络空间软法制定场合是维护我国与其它发展中国家利益的良机。当前，中国已积极参与了联合国政府专家组的软法制定，并与

〔56〕 比如在“和平共处五项原则”的英文表达中，即将“干涉”译为“interfere”，在 2019 年 9 月的《联合国信息安全开放式工作组中方立场文件》中，中国同样将“干涉”译为“interfere”，尽管在这一份文件中也出现了“non-intervention”的表述，但这是对《联合国宪章》的引用，即使中国持将“不干涉内政”作扩大解释的立场，也不产生矛盾。参见 China’s Submissions to the Open-ended Working Group on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2019/09/china-submissions-oewg-en.pdf; 《联合国信息安全开放式工作组中方立场文件》, https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2019/09/china-submissions-oewg-en.pdf, Sept., 2019 (Dec. 22, 2019).

多国联手向联合国提交了《信息安全国际行为准则》，在国际电信联盟等国际组织的网络治理进程中也能扮演重要角色，但在软法治理方面依然存在与西方发达国家沟通缺乏、政府政治对立明显等问题，使得本国观点难以转化为国际共识。对此，笔者提出如下建议：

一是看清西方世界对于网络空间法问题的内部分歧，尽可能争取更多发达国家支持。从当前格局来看，西方国家并非铁板一块，美英澳等国立场较为一致，但作为欧盟的领导者，法德荷却另有所图，特别是法国，由于历史因素和当下面临的社会冲击，对主权维护有着更强烈的渴求，坚定地表达了维护主权原则直接且绝对适用的态度。我国可与这些欧洲国家加强互动，争取形成一致的主流认识。至于日本、韩国以及新加坡等其它地区发达国家，尽管可能存在对美国的附随倾向，但并非以追求网络强权为初衷的国家，亦不存在明显的外部安全威胁，我国也可借助在区域政治、文化认知以及经济往来上的关联优势，向他们传达符合共同利益的观点，促进东亚命运共同体意识，争取在具体问题上得到他们支持。二是重视非政府层面的软法治理机制，加强本国参与度。政府层面的接触易受政治因素影响，因此非政府层面的互动往往更具活力，也更易形成深入具体的共识性文件。《塔林手册 1.0》和《塔林手册 2.0》无疑是网络空间非政府层面软法治理的典范，即使对政府层面的工作也产生了很大影响。然而手册的两次编撰都是以英美专家居多，发展中国家参与学者甚少，今后中国应当更多关注此类立法活动，提早介入，提升本国观点对软法文件的影响力。三是警惕美国企图主导网络空间负责任国家行为准则制定的苗头。作为最具可行性，也最可能形成国际约束力的软法制定进程，负责任国家行为准则的制定权之争是美国关注的重点突破口。中国需要关注美国近年在这一领域的频频举动，及时联合与扩大盟友，形成有针对性和影响力的负责任国家行为准则“中国方案”。

五、结语

由于网络空间具有不同于其它空间的遍在性、强交互性和活动隐蔽性，因此极难应对其内部威胁，并进行事后归因与展开法律适用。这不仅使网络空间国际法形成所需的国家实践难以确定和积累，也影响了各国对延续传统进路实现网络空间国际法发展的信心，由此使主权原则的国际法适用之争日趋激烈，并形成截然对立的两派观点。对于一部分网络强国而言，他们倾向于以强权弥补法律真空，既然难以通过国际法律手段应对日趋复杂的网络威胁，不如跳出法律条框，杀伐自断，实施单边报复，因此倾向于接受主权间接适用论甚至维持网络空间“主权真空”；对于更多国家而言，他们担心因缺少国际法保障而使自身主权在网络环境下陷入风雨飘摇，受到网络霸权主义的伤害，因此倾向接受主权直接适用论。

我国作为发展中国家代表，始终坚持网络空间的和平利用，反对一切形式的霸权，自然应对主权间接适用论保持警惕，但也需理性辨析各种直接适用论思潮，独立自信地发展网络空间主权原则适用的理论基础。虽然普适共识的系统阐述尚未形成，因此不宜在这一论战中急于提出具体主张，但由于美、俄、英、法等世界主要强国已纷纷在不同官方场合使自身的网络空间主权观点走向明晰，我国学者也应积极行动，克服难关，助力我国尽早形成自己的网络空间主权论方案。

The Theoretical Conflicts of Sovereignty's Application in Cyberspace and Its Solutions

Wang Chao

Abstract: The contemporary debate on national sovereignty in cyberspace is mainly centered on whether it is applied in a indirect or direct way. The former weakens the status of national sovereignty, and deviates from the traditional and mainstream international law theory, which prompts the risk of cyber hegemony, although stands on its own logic of demonstration and gets welcomed in US and UK governments. The latter is faced in an inner divergence between the relative approach and the purist approach. The relative approach hasn't showed superiority over the theory of indirect application, and excluded its existence. The purist approach mostly appears in countries' official policy, and hasn't got enough theoretical support. China should insist on the theoretical of direct application through the purist approach, explore the ontology of cyberspace deeply, simultaneously research the concept and jurisprudence of sovereignty actively, the connotation and extension of non-intervention, and the regulation of low-intensity cyberspace operation, so as to make a due effect in seizing the historical opportunity period, enhancing the national cyber strength and developing a peaceful and friendly cyberspace environment.

Key Words: Cyberspace; national sovereignty; non-intervention; coercion; Tallinn Manual 2.0

中国法域外适用的司法路径

王承志*

摘　要：中国法域外适用法律体系的建设可以通过加强重要领域立法和提升涉外司法质量来实现。在涉外审判中，推动中国法的域外适用，需要做好二个方面的工作，一是准确理解和适用冲突规则，二是根据冲突规则的指引妥善确定准据法。除了要因势利导地利用连结点含义的多样性，做出功能性解读外，还应准确理解和适用冲突规则，妥善协调不同冲突规则之间的关系。发挥司法能动性，鼓励并规范法官妥善行使自由裁量权也是推动中国法域外适用的重要途径。

关键词：中国法；域外适用；冲突规则；连结点；自由裁量权

十九届四中全会提出“加快中国法域外适用的法律体系建设”，要求完善审判制度，加强对司法活动的监督，确保司法公正高效权威。中国法域外适用法律体系的建设一方面有赖加强重要领域立法，构建中国法域外适用的“良法”体系；另一方面通过提升涉外司法质量，打造中国法域外适用的“善治”局面。

在涉外审判中，推动中国法[1]的域外适用，建设中国法域外适用的法律体系，需要做好以下二个方面的工作：第一，准确理解和适用冲突规则；第二，根据冲突规则的指引妥善确定准据法。二者不可偏废，前者强调对冲突规则进行客观地解读；后者要求对冲突规则进行能动地适用。下文将以某涉港遗产继承纠纷的法律适用为视角，探讨中国法域外适用的路径问题。

一对祖籍广东汕头的男（张某）女（杨某）在内地缔结婚姻，育有一双儿女，后举家迁往香港，在香港定居并取得香港居民身份。2001 年，杨某罹患癌症。其后，杨某频繁往返内地和香港，大部分时间在内地随父母生活，由父母照料。杨某最后入境内地的时间为 2004 年 6 月 14 日， 2005 年 7 月 1 日在内地未留遗嘱死亡。后来，死者父母与张某因遗产继承纠纷在内地对簿公堂。[2]

本案为一起典型涉外遗产继承纠纷，历时近十载，曾引起媒体广泛关注，被称为“粤版小甜甜案”。对于本案继承纠纷的法律适用问题，双方各执一端，成为法庭审理的焦点。双方当事人、法院在本案法律适用问题上的不同观点凸显冲突规则在司法实践中面临的混乱局面。

一、通过连结点的指引扩大中国法的域外适用

作为沟通冲突规范的“范围”与“准据法”之间的桥梁和纽带，连结点是指引法官找到

*中山大学法学院副教授，法学博士，博士生导师，南方海洋科学与工程广东省实验室（珠海）研究员。

[1] 本文对“中国法”与“内地法”不作区分，下文会基于表述的需要，在不同语境下选择不同的提法。

[2] 有关该案的介绍，可参见新浪新闻中心：“亿万富婿月给 2 千元养老，丧女父母怒索 6 千万遗产”，http://news.sina.com.cn/s/2011-02-24/031322004071.shtml，2019 年 5 月 5 日访问。本文对当事人的身份信息及案情均进行了必要的技术性处理，具体内容以法院生效判决为准。

准据法的关键，其重要性毋庸置疑。无论是动态或静态连结点，也无论是客观或主观连结点，这种纽带反映的是具体案件与特定法域之间的“自然联系”（natural connection）。以《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第 31 条的规定为例，“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律”。在此，“经常居所地”就成为连结继承纠纷与特定地域法律之间的重要纽带或媒介。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《司法解释一》）第 15 条将“经常居所地”界定为：自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。[3]从措辞上看，经常居所地由两方面的条件组成：其一为积极条件，由“连续居住一年以上”和“作为其生活中心”两个要素构成；其二为消极条件，排除就医、劳务派遣、公务等情形。以上两个方面缺一不可。

在前述遗产继承纠纷中，杨父、杨母以杨某最后一次入境内地（2004 年 6 月 14 日）至杨某死亡（2005 年 7 月 1 日）之间超过一年为由，认为杨某的经常居所地在内地，要求以内地法作为调整动产法定继承的准据法。而张某则认为，杨某在入境内地至死亡期间曾三次住院治疗，共计 40 余天，扣除该段时间后杨某在内地连续居住时间不足一年，且内地为杨某治病就医的地方，而非其生活中心。因此，张某认为杨某的经常居所地在香港。

本案两造之间关于经常居所地的争议，反映了《司法解释一》第 15 条在实践中的尴尬。该条以“生活中心”为原则，辅之以量化的客观标准，并列举若干例外情形，试图在法律适用的灵活性与可预见性之间进行平衡，[4]但是这三个要素在认定经常居所地时均存在模糊之处，留下诸多辩驳的空间。

（一）对“连续居住一年以上”的理解

“连续居住一年以上”是认定经常居所地的客观要素。现实中存在“绝对连续”与“相对连续”之争。“绝对连续”观点认为，连续居住一年以上，是指自然人在居所地居住满一自然年，中间不得出现离开居住地的情况。否则，连续居住一年的期限应当重新起算。“相对连续”主张结合“生活中心”对“连续居住”进行解释，认为“连续居住一年以上”指的是一种相对持续的居住状态，在居住期间，即使自然人因工作派遣、短期学习、出国旅游、赴外就医等原因导致其不能始终居住在某一地，并不构成对“连续”的中断，只要其居住状态是相对持续的，且达到 1 年以上，即满足该条的要求。山东省高院在郭宗闵与李恕珍、青岛昌隆文具有限公司股东资格确认纠纷一案中即持这一立场。[5]

“连续居住一年以上”的规定最初见诸《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 9 条，被置于自然人“民事权利能力和民事行为能力”标题之下，将“公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方”认定为“经常居住地”；

[3] 法释[2012]24 号，2020 年修订版第 13 条。

[4] 参见薛童：《论作为自然人生活中心的经常居所地》，载《国际法研究》2015 年第 6 期，第 116 页。

[5] （2016）鲁民终 2270 号民事判决书。

后来《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》将其引入作为法院行使管辖权的基础；再后来《司法解释一》将其引入法律适用领域。自此，“连续居住一年以上”已全面涵盖实体法、程序法和冲突法三大领域。

“连续居住一年以上”既不同于诉讼时效，其不存在中断、中止或延长的问题；也不同于除斥期间，其并非权利的存续期。在性质上，其与“时效取得”颇有异曲同工之妙，都是从无权都有权的变动过程，只不过前者取得的是“经常居所地”，而后者取得的是某项物权。

在前文遗产继承纠纷案中，判断杨某在内地是否连续居住一年以上的客观标准系其入境记录所记载的时间。从最后一次入境至死亡，杨某在内地连续居住时间已经超过一年。另外，参考山东省高院在郭宗闵案中的观点，杨某在最后一次入境之前的三年时间内多次往返香港与内地的事实，在该案中认定杨某在内地连续居住一年以上是妥当的。

（二）对“生活中心”的把握

“生活中心”是认定经常居所地的主观要素。因“连续居住一年以上”的规定存在失之僵化之虞，《司法解释一》引入了“作为其生活中心”这一主观要素予以平衡。虽然晚近海牙国际私法会议通过的国际公约及欧盟立法较多采用经常居所地这一连结点，但相关国际文件均未对经常居所地作出技术性界定。[6]一般认为，应由法官根据案件具体情况，综合考虑涉案自然人的家庭、社交、职业、居住年限等多方面因素进行自由裁量。[7]上述考虑因素，即为认定“生活中心”的重要参考。

在前文遗产继承纠纷中，张某结合全家移居香港的背景、子女在香港生活的现状、杨某回内地治病的目的等几个方面认为内地并非杨某的生活中心。虽然“生活中心”的判断具有较大的主观性，但是，将杨某在内地最后生活的时间置于其整个生命周期予以评判，来认定其生活中心在香港而非内地，似有失偏颇。

根据《司法解释一》的规定，在认定经常居所地时应将客观要素和主观要素结合起来综合考量，只有这样才能找到当事人真实的经常居所地。

（三）对“除外”条件的运用

对于经常居所地的消极条件，《民法通则》《民事诉讼法》和《法律适用法》三部法律司法解释的措辞略有不同，先后采用“住医院治疗的除外”、“公民住院就医的地方除外”、“就医、劳务派遣、公务等情形除外”三种不同的表述。对于上述除外规定的理解可以从二个方面展开：

其一，从字面上看，《司法解释一》采取简单列举的方式，在原有住院就医情形之外增加了“劳务派遣”和“公务”两种情形。显然，这里的列举为非穷尽式列举，其实质意在排除那些非作为生活中心的临时性居所地，其他诸如求学、探亲之类的情形也应该包括其中，具体情况可根据个案裁量。

---

[6] 参见田萌、何其生：《涉外民事关系法律适用法中经常居所的界定》，载《人民法院报》2012 年 12 月 19 日。

[7] 参见杜涛、陈力：《国际私法》，复旦大学出版社 2004 年版，第 182 页。

其二，这里要排除的不是某段时间，而是某个地点。除外情形的本意在于：自然人离开住所或经常居所前往其他法域就医治疗、提供劳务或公务活动，即使在该法域连续居住一年以上，法院也不应将上述就医治疗地、提供劳务地或公务活动地认定为该自然人的经常居所地。在前述遗产继承纠纷中，杨某离开最后住所地香港，在内地与父母共同生活并养病治疗，其住院治疗的医院所在地与其居住地完全重合，均位于内地。在此情况下，并不存在需要排除的特定情形。一审法院将杨某在内地住院治疗的 40 余天予以扣除，进而认定其在内地连续居住时间不足一年的观点显然系对上述规定的误解。

显然，《司法解释一》第 15 条关于“除外”的规定本意不在指引当事人去做加减法运算，而是要将那些与自然人并无实质性联系或因外部原因而建立临时性联系的地点排除在经常居所地之外，这也是在认定经常居所地时应主客观相统一的必然要求。

本案中双方当事人对“经常居所地”认定上的争议，折射出司法实践中对连结点认识上的混乱。“经常居所地”只是众多连结点中的一个而已，其他诸如住所地、侵权行为地、财产所在地、最密切联系地等连结点在实践中也经常会发生认定上的分歧。尤其是，现当代以来，连结点经历了由简单到复杂、从僵硬向灵活方向发展的过程，连结点的含义呈现多样化的趋势。[8]在不断追求法律适用灵活性的大潮中，如能在不同的场合，根据不同的功能，在连结点的不同含义中作出适当选择，[9]对于推动中国法的域外适用，是大有裨益的。尤其是，当连结点的构成要素中存在一个甚至多个要素与中国相连时，积极追求中国法的适用，未尝不可。

二、通过冲突规则的协调促进中国法的域外适用

推动中国法在涉外案件中的适用，除了要因势利导地利用连结点含义的多样性，做出功能性解读外，还应准确理解和适用冲突规则，妥善协调不同冲突规则之间的关系。这里尤其需要注意处理好先决问题与主要问题的关系，合理界定主要问题准据法的调整范围。

先决问题原本是冲突法实践中发展出来的一个实践性问题。从历史的角度来看，其源于分割方法。[10]在 1930 年代以前，法院一般采用分割方法依照法院地的冲突规范确定其应适用的法律。随着德国学者 Melchior、Wengler 等人将这一问题引入英美法国家，先决问题才被作为国际私法上的一个重要问题加以研究。[11]

通说观点认为，先决问题由三个要件构成：（1）主要问题依法院地冲突规范必须以域外法作为准据法；（2）需要先行解决的问题具有相对独立性，可以作为一个单独的争议向法院提起诉讼，并有自己的冲突规范可供援引；（3）在确定先决问题准据法时，法院地的冲突规范和实体规范与主要问题准据法所属国的冲突规范和实体规范均不相同，从而会导致不同的

[8] 参见韩德培主编：《国际私法》（第二版），高等教育出版社 2007 年版，第 102-105 页。

[9] 参见肖永平：《法理学视野下的冲突法》，高等教育出版社 2008 年版，第 63 页。

[10] 关于先决问题与分割论之间关系的认识，可参见王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 63-66 页。

[11] See Dicey & Morris, The Conflict of Laws (10th ed., 1980), p.35.

判决结果。[12]

不过，对于先决问题的构成要件，学界也有不少质疑之声。同时满足上述三个要件的先决问题在实践中并不多见。正如莫里斯所言，在英国、英联邦和美国的判例中，涉及先决问题的判决甚至无约束力的法官意见都极为罕见。[13]有学者认为通行观点对先决问题含义之广泛性、构成要件之复杂性、解决方法的多样性认识不足，建议对先决问题的构成要件进行重新审视。[14]还有学者认为，先决问题依主要问题准据法所属国冲突规范确定准据法的主张在理论上和实践中都存在弊端。[15]也有学者认为，传统观点中先决问题的定义和构成要件在逻辑上存在问题，对先决问题的解决不应仅仅局限于先决问题准据法的确定，而首先应解决管辖权的问题。[16]

实践中，先决问题往往在解决与身份相关的财产纠纷类型案件中被提及，尤以涉外婚姻、继承纠纷为甚。其中，身份关系多为需要解决的先决问题，而财产纠纷则为主要问题。在前述杨某遗产继承纠纷中，法院将张某、杨某夫妻共有不动产范围的界定作为不动产继承这一主要问题的先决问题值得商榷，反映了先决问题在涉外审判实践中泛化的趋势。

《法律适用法》并未规范先决问题，《司法解释一》对先决问题予以了明确，规定涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。该条并未对先决问题的内涵作出界定，而仅对先决问题的适用条件及法律适用作出了规范。结合上述规定，我们可从以下几个方面来理解先决问题泛化的表现。

（一）主要问题和先决问题的涉外性

在国际私法语境下，主要问题具有涉外性是先决问题产生的基础，也是讨论先决问题的逻辑起点。但有观点认为，主要问题是否具有涉外性，不是先决问题的本质特征，不影响先决问题的成立。即使主要问题没有涉外因素，先决问题仍可能具有涉外性，此时应强调先决问题的独立性，用国际私法的方法予以单独处理。[17]

虽然实践中存在此种可能性，但上述处理方法并非解决先决问题的规范模式，其本质仍是先决问题泛化的体现。众所周知，对国内诉讼与涉外诉讼，各国诉讼程序法大多会从管辖

---

[12] 参见[英]J.H.C. 莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法》（上），李双元等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 63 页；韩德培主编：《国际私法》，高等教育出版社 2000 年版，第 130-131 页；李双元：《国际私法（冲突法篇）》，武汉大学出版社 2001 年修订版，第 224 页；黄进主编：《国际私法》，法律出版社 1999 年版，第 299 页；刘铁铮、陈荣传：《国际私法论》（修订 5 版），台湾三民书局 2011 年版，第 534 页；陈隆修：《比较国际私法》，台湾五南图书出版公司 1989 年版，第 33 页。

[13] 参见[英]莫里斯：《法律冲突法》，李东来等译，中国对外翻译出版公司 1990 年版，第 492 页。

[14] 参见肖永平、王葆莳：“国际私法中先决问题的理论重构”，载《武大国际法评论》，武汉大学出版社 2005 年版，第 35-58 页。

[15] 参见齐湘泉：“先决问题的构成要件与法律适用”，载《法治与社会发展》2003 年第 2 期，第 113 页；齐湘泉：《涉外民事关系法律适用法总论》，法律出版社 2005 年版，第 138-146 页。

[16] 参见吴一鸣：“国际私法中的先决问题：逻辑学上的重新审视”，载《西部法学评论》2013 年第 1 期，第 127-132 页。

[17] 参见王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 35-36 页。

权限、送达取证、审判机制等方面予以分别规定，区别对待。将具有涉外因素的先决问题加入正在进行的国内民事诉讼程序，在实践中显然是行不通的。

先决问题有自己的冲突规范可供援引，涉外性既是其内在要求，也是其区别于普遍法律意义上先决问题的重要特征。然而，涉外纠纷总是复杂多样的，如果 A 在法院地所属国与 B 缔结婚姻后在境外与 C 结婚，A 死亡后，B、C 因继承 A 在法院地所属国的遗产而发生纠纷，法院在认定 B、C 是否有继承权时均涉及对 A 与 B 及 A 与 C 婚姻效力的判断问题。对受案法院而言，后者具有涉外性而前者则不具有，这意味着 A、C 之间婚姻效力问题是解决继承纠纷的先决问题，而 A、B 之间婚姻效力问题则不属于先决问题。

在本示例中，涉外性的有无已成为判断是否构成先决问题的决定性因素了。一方面，这样的认定标准及结论并不总能让人信服；另一方面，若放宽对“涉外性”的限定，恐怕将回到“广义先决问题”的轨道之上了。由此可见，主要问题欠缺涉外性，先决问题就成了无本之木。而对先决问题苛求涉外性，无益于主要问题的解决。

（二）先决问题之诉程序的适当性问题

《司法解释一》第 12 条要求主要问题的解决须以另一涉外民事关系的“确认”为前提，明确将先决问题之诉限定为确认之诉。确认之诉，以当事人之间对某一法律关系（如人与人之间的身份关系、财产关系或人与物之间的权属关系、支配关系等）是否存在争议为基础，通过诉讼由法院对该法律关系存在与否作出司法认定。[18]为解决主要问题而由受案法院主动对先决问题所涉确认之诉作出实体裁判，虽有助于提高纠纷解决的效率，但在以下二个方面恐生龃龉：

其一，法官主动介入先决问题有侵犯当事人诉权之虞。民事诉讼秉持不告不理的基本原则，当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。当事人在其实体权利受到侵犯或就某一实体权利与他人发生争议时，是否诉诸法院，完全由当事人自行决定。在确认之诉中，当事人是否适格是法院需要优先解决的问题，对原告诉的利益的衡量贯穿其中。当原告法律地位现实地处于不安全或者危险状态，且确认之诉作为解决手段具有妥当性时，原告对被告才具有诉的利益。[19]只有在具有诉的利益的原告提起诉讼后，诉讼程序才启动，法院既不能强令当事人起诉，更不能在当事人不起诉的情况下主动进行审理。法院判决也须以当事人的起诉为前提，以双方争议为基础，以对抗和辩论为裁判要件，法院的裁判权应以当事人处分权为基础并受辩论主义制约。[20]

另外，法院对先决问题所作裁判还将剥夺当事人就该裁判结果寻求救济的权利。因为法院对先决问题的处理结果仅存在于法院判决文书中的“判决理由”部分，而不在“判决主文”

[18] 德日学者往往将法律关系文书的确认纳入确认之诉的适用对象，如[德]奥特马·尧厄尼希：《民事诉讼法》（第 27 版），周翠译，法律出版社第 185 页；[日]高桥宏志：《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社 2003 年版，第 59 页。

[19] 参见崔玲玲：《诉的类型研究》，法律出版社 2018 年版，第 43 页。

[20] 参见傅郁林：“先决问题与中间裁判”，载《中国法学》2008 年第 6 期，第 160 页。

之内。法院判决的既判力只限于对主要问题的判断，而不及于对其中先决问题的回答。[21]在判决理中对先决问题作出司法判定，最致命的缺陷是其效力的不确定性和救济途径的缺失，这不仅对于实践问题的解决存在着多方面的局限性，而且在制度的整体协调性和理论逻辑上导致紊乱，引发其他问题。[22]

由此可见，法官为了求得主要问题的解决，而主动审理与之牵涉的先决问题，在诉讼程序上有失范之嫌。

其二，法官对先决问题的审理还会引发管辖权的积极冲突。法院审理先决问题应该具备合格的管辖基础。管辖权来自诉讼法的规定，法院在处理先决问题时应当像处理主要问题一样，首先应基于诉讼法的规定考察其对先决问题是否有管辖权。[23]只有确认了管辖权，才能推进后续的实体审理程序，否则只能中止主要问题的诉讼程序，由当事人将先决问题向有管辖权的法院申请裁决。[24]虽然先决问题的解决是处理主要问题的逻辑前提，但并不能因此而赋予法院对先决问题无差异性地管辖权。在冯迈伦教授看来，“把管辖权和法律选择关联在一起所产生的规则和原则，与将二者视为单独领域的法律秩序相比，明显缺乏正义”。[25]

多数国家采取区分原则，将管辖权规则和冲突规则分别归类为程序法和实体法部门，除非法律另有明确规定，否则因解决主要问题的需要而赋予法院对先决问题的管辖权，恐将引起不必要的管辖权冲突。尤其是，当受案法院对先决问题的审理与当事人就先决问题达成的法院选择协议、仲裁协议相冲突，或与受案法院自身或其他法院有关级别管辖、专属管辖等规定相抵触时，受案法院行使对先决问题的管辖权显然就缺乏正当性了。

为了协调上述矛盾，有的国家通过立法予以明确，处理主要问题的法院有权处理先决问题。如法国、意大利等国的国际私法规定，如果对先决问题或其他不属于本国法院管辖范围问题的处理，对于本国法院诉讼为必要，则法院享有附带的审判权。[26]因为先决问题的解决而概括性地赋予本国法院管辖权，这既是管辖权扩张的体现，也是先决问题泛化的结果。

（三）主要问题准据法的发展倾向

主要问题的准据法为外国法是先决问题的第一构成要件。如果主要问题准据法是法院地法，则法院地的冲突规则和主要问题准据法所属国的冲突规则相重合，判决结果自然一致，先决问题便形同虚设，毫无实际意义。[27]

对于主要问题准据法须为外国法这一观点，学界一直存有质疑。有学者认为，即使主要

---

[21] 参见王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 182 页。

[22] 参见傅郁林：“先决问题与中间裁判”，载《中国法学》2008 年第 6 期，第 165 页。

[23] 参见齐湘泉：“先决问题的构成要件与法律适用”，载《法治与社会发展》2003 年第 2 期，第 114-116 页。

[24] 参见刘卫国：“论国际民事关系中先决问题的冲突法适用”，载《法商研究》1998 年第 1 期，第 75 页。

[25] 参见[美]阿瑟·冯迈伦：《国际私法中的司法管辖权之比较研究》，李晶译，法律出版社 2015 年版，第 25 页。

[26] 参见王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 181 页。

[27] 参见裴蕾：“论国际私法上的附随问题”，载《法学评论》1992 年第 6 期，第 19 页。

问题依法院地冲突规范以法院地法为准据法，但如果在适用法院地法律时出现有涉外因素的先决问题，则仍然要用国际私法的方法处理这个先决性的问题，这也是一个国际私法上的先决问题。[28]德国学者克格尔认为，主要问题准据法为外国法并非先决问题的必要特征。冯迈伦教授则进一步指出，无论主要问题的准据法是法院地还是外国法，均存在先决问题，甚至在纯国内案件中也存在先决问题。[29]

在前文遗产继承案件中，法院根据《法律适用法》第 31 条的规定，认为涉案不动产继承这一主要问题的准据法为不动产所在地法。由于本案不动产所位于法院所在地，主要问题准据法为不动产所在地法，亦即法院地法，而非外国法。法院将张某、杨某夫妻共有不动产的范围认定为涉案不动产继承必须解决的先决问题，实际上是对前述先决问题概念的背离。

实际上，在涉外审判中，先决问题是否具有涉外性或者主要问题的准据法指向何处并非法官关注的问题。法官大多从实用主义的角度出发，为解决主要问题而将牵涉的需要先行解决的问题予以解决，这既能起到定纷止争的作用，也能提高效率，达致“两便”。先决问题，在某种程度上沦为法官一揽子解决纠纷的工具，国际私法领域的先决问题与其他法律部门所言之先决问题并无实质性差别，先决问题呈泛化之势也就不足为奇了。

随着先决问题的泛化，主要问题准据法的调整范围不断被挤压，呈限缩之势。在先决问题出现之前，争议双方当事人因主要问题所生之实体争议皆受主要问题的准据法支配。引入先决问题之后，原本受主要问题准据法调整的部分民商事关系被划入先决问题调整的范畴，进而由先决问题的准据法支配。这种调整对象的流动是先决问题带来的必然结果，属正常现象。在某种程度上，先决问题准据法的适用与主要问题准据法的适用是此消彼长的关系。但是，由于界定先决问题的标准不甚明确，容易滋生以先决问题之名，逃避主要问题的准据法而寻求适用其他法律的乱象。

以涉外遗产继承纠纷的法律适用为例，继承准据法一般支配继承的开始、继承人、继承的财产、继承份额、继承的承认与放弃、遗产管理等方面的问题。其中，遗产的构成以及遗产的转移问题由继承的准据法确定，即被继承人的哪些财产构成遗产，以及遗产经过何种程序转移给继承人均由继承准据法决定。

由继承的准据法来确定遗产的范围本是继承法律适用的应有之义，但在前述杨某遗产继承案中，法院将夫妻共有不动产的范围认定为不动产继承的先决问题，并根据夫妻财产关系冲突规范的指引寻找准据法，以此确定被继承人的遗产范围。原本由不动产所在地实体法（即内地法）即可一并解决的问题却不得不拆分成两个问题分别处理，导致援引不同的冲突规范，适用不同的准据法。如果出现二级甚至多级先决问题，法律适用还将更加复杂。尤其是，当主要问题的准据法为中国法时，且所涉先决问题原本就属于主要问题准据法的调整范畴，此时是否还有必要坚持作先决问题和主要问题的分割？

---

[28] 参见吴光平：“国际私法上的先决问题”，载《法律评论》（中国台湾）第 96 卷，第 40 页。

[29] See von Mehren & Trautman, The Law of Multistate Problems 439-441 (1965)。转引自王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 35 页。

先决问题与主要问题二者关系处理妥当与否，对法院地法的适用会产生较大的影响。正如莫里斯教授所言，先决问题不能用一种机械的方法解决，每一个案件可能都依赖于所涉及的特定因素。[30]如果运用得当，先决问题可以成为推动中国法域外适用的重要环节。

三、发挥司法能动性推动中国法的域外适用

在构建中国法的域外适用体系过程中，良法是前提，善治是保障。正所谓，徒法无以自行。虽然《法律适用法》与《司法解释一》的结合，为现阶段的涉外审判提供了较为明确的规范指引，但是，涉外纠纷的多样性及复杂性不仅冲击着相关的冲突规则，更考验着我国涉外审判的水平。

通过对连结点含义的解读来扩张中国法的适用，或者通过冲突规则的协调来促进中国法的适用，二者都是法官发挥司法能动性，行使自由裁量权的体现。对于自由裁量权的行使，最高人民法院要求正确运用司法政策，充分发挥自由裁量权在保障法律正确实施，维护当事人合法权益，维护司法公正，提升司法公信力等方面的积极作用；要求秉持正确的司法理念，运用科学方法，对案件事实认定、法律适用以及程序处理等问题进行分析和判断，作出依法有据、公平公正、合情合理的裁判。[31]在涉外审判中，促进中国法的域外适用，是提升我国司法公信力的重要方面。因此，鼓励并规范法官在涉外审判中行使自由裁量权，是构建中国法域外适用体系的不二法门。

（一）国际礼让与当仁不让的选择

荷兰国际私法学者胡伯提出的国际礼让观点，经过几个世纪的发展，至今在推动跨国民商事纠纷解决中仍发挥着重要的作用，其所倡导的对交易安全和当事人权益的合理保护观念一直为后人所称道。树立正确的国际礼让理念，是我国涉外司法从封闭走向开放的必然选择。[32]

虽然国际礼让倡导的便利及礼遇精神有助于推动国际社会在承认与执行外国法院判决领域开展合作，但是在法律适用领域，国际礼让理论却难有用武之地。胡伯的理论本质上是平衡主权原则与现实经济贸易交往之间矛盾的产物。在胡伯看来，当外国法律通过礼让这种自愿的方式对内国法院的审判产生拘束力的时候，绝对主权原则和外国法的适用之间的冲突就不复存在了。[33]

随着国家主权内涵的演进和国际经贸交往形式的多样化，在民商事审判中以国际礼让的名义放弃法院地法的适用，鲜有实例。在涉外审判中，追求法院地法的适用这种“回家去”

[30] 参见[英]J.H.C. 莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法》（上），李双元等译，中国大百科全书出版社1998年版，第67页。

[31] 参见《最高人民法院关于在审判执行工作中切实规范自由裁量权行使保障法律统一适用的指导意见》，法发[2012]7号。

[32] 参见王承志：“承认与执行外国法院判决中的国际礼让”，载《武大国际法评论》（第18卷第2期），武汉大学出版社第2015年版，第116页。

[33] See Donald Earl Childress III, Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws, 44 U. C. Davis L. Rev. 22 (2010).

（homeward）的趋势已是世人皆知的秘密。对外国法的国际礼让已演变成法院地法的当仁不让了。

虽然冲突法的发展史，是一部抑制法院地法的历史，但是，法院地法因其与生俱来的优势一直为裁判者青睐。在美国冲突法革命漩涡中诞生的政府利益分析学说和最密切联系理论，也常沦为适用法院地法的借口，毕竟，受案法院总能找到理由证明案件与自己存在政府的利益或最密切的联系。以致于库克认为，法院在审理涉外民事案件的时候总要适用自己的内国法。

法院地法的扩张适用，本身并无对错之分，是现实选择的结果。但是，在此过程中，需要注意一种不良现象：畏难情绪对法院地法的侵蚀。涉外案件的审理本就是专业而复杂的司法活动，实体问题的判断、诉讼程序的桎梏、准据法的确定，三者叠加往往使法官限于迷茫之中。如果适用法院地法将导致复杂的实体裁判，而根据域外法则可以回避案件事实的调查，法院放弃法院地法而适用域外法，在实践中并不少见。在前述涉港遗产继承纠纷案中，如适用内地法认定夫妻财产关系及继承人的身份，则需要查明杨某及其配偶全部的动产及不动产。适用香港法，则可直接绕过这一实体问题。在该案中，法院舍近求远适用域外法，这并非出于对域外法的礼让，也许在一定程度上是畏难情绪作祟吧。如果仅仅为了简化司法任务，而放弃法院地法的适用，实为滥用自由裁量权的体现。一时的轻快，损害的恐是司法的公信力。

（二）妥善运用司法技巧，达致中国法的适用

在成文法传统下，立法者而非法官才是法律体制的建造者与改革的主导者。作为社会选择的结果，冲突规则在制定之时应体现立法者的社会利益和价值追求。正如里斯所言，任何法律规范，包括冲突规范，都是政策的产物。制定规范的初衷是为了实现立法者的基本政策，一条冲突规范的成功与否，将取决于它是否有效地实施了这些政策。[34]

譬如，在我国自贸区建立之初，曾大肆鼓励当事人在前海、横琴片区选择香港法、澳门法作为解决园区内经贸纠纷的准据法。显然，这只是特定历史时期的产物。随着自贸区建设进程的加快及配套制度的完善，鼓励适用外法域法律的迫切性和必要性明显下降。在我们大力倡导提升司法公信力的今天，法院判决的主要目的并非仅仅为了实现个案公正，还应利用个案诉讼的机会，建立一般性规范，引导社会经济的发展。

20 世纪上半叶，随着州际和国际贸易的急剧扩大与发展，美国各州相互之间以及与外国之间的联系越来越紧密。在此背景之下，深受法律工具主义熏陶的美国法院在审理跨州案件时经常反思那些缺乏弹性的属地规则的适用结果是否理性。法院通过审判活动在法律规则之外发展出某些方式实现社会经济的理性（socio-economic sense），[35]其中最直接的体现就是例外机制被频繁采用。法院通过识别，将实体问题归为程序范畴，或者将侵权问题识别为合同问题，甚至借助反致和公共政策，排除特定法律的适用。这种司法技巧或手法是法律工

[34] See Willis L. M. Reese, “Conflict of Laws and the Restatement Second”, 28 Law and Contemporary Problems 680-699 (1963).

[35] See Robert A. Leflar, “Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations”, 54 California Law Review 1587 (1966).

具主义在冲突法司法实践中的体现，法院因不愿接受传统冲突规则适用的结果，而不得不求诸这些例外机制。美国法院凭借社会对其的高度信赖，密切关注、配合社会流行思潮与民心所向，以应付层出不穷的新的法律问题。[36]

在中国不断深入改革和扩大开放的重要历史时期，推动中国法的域外适用，扩大中国法的影响力，是提升中国司法公信力的重要举措。客观而言，中国现行的以《法律适用法》为核心的冲突法体系尚不完美，受篇幅所限，其仅就传统民商事领域法律冲突的解决提供了指引，对解决公司、证券、投资、破产、反垄断、反不正当竞争等领域法律冲突的规定付之阙如。根据《法律适用法》第 2 条的规定，因立法空白或不周延而引发的问题，应适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。

无论是作为法律适用的一般规则，还是作为法律适用的指导原则，最密切联系原则越来越受到冲突法立法与司法实践的青睐。该原则的核心在于对最密切联系地的认定。虽然里斯（W. Reese）教授在美国《第二次冲突法重述》中罗列了多项确立“最密切联系地”的考虑因素，但其并未指明各因素在判断“最密切”联系地时的权重或次序。也许每一个法院、每一个法官心中的“最密切”标准都不一致。这虽然在一定程度上削弱了判决的“稳定性”和“可预见性”，但却为法院地法的扩张适用大开方便之门。这是里斯所始料不及的，他理想地认为法院会公正无私地选择所要适用的法律，而无需过多地考虑法院地的利益。显然，这种理想主义在司法实践中曲高和寡，并不现实。由此可见，借助司法技巧，通过对最密切联系地的合理解释，在涉外审判中推动中国法的适用是可行的，也是妥当的。

结语

从引导当事人主动选择适用香港、澳门法律，或鼓励当事人选择外国法律，到构建中国法的域外适用体系，这并非只是法律适用范围的变化，它既是推进国家治理体系的重要组成部分，也是中国经济扩大开放融入世界的内在需要。

在司法层面，推动中国法的域外适用实质就是积极扩大中国法在解决涉外纠纷中的适用范围。这要求法官既要重视法律规则的解读，又要注重司法方法的运用。前者，可以通过解释连结点和协调冲突规则等途径来实现；后者，则需要通过发挥司法能动性，妥善行使自由裁量权来实现。

本文结合个案，以经常居所地作为连结点的代表，以先决问题与主要问题关系的处理作为冲突规则协调的样本，试图从规则层面推演扩大中国法域外适用的路径；并通过对国际礼让的解读和对司法技巧的分析，以期从方法层面为中国法的域外适用探寻道路。规则的解释也好，方法的运用也罢，归根到底都源自法官的自由裁量权。套用卡多佐法官的名言：法官必须以国家及社会的需要为发展方向，并以此来确定现行法律规则该如何适当回应当代社会的发展。

[36] 参见王承志：“法律工具主义对美国冲突法的影响及其启示”，载《当代法学》2015 年第 3 期，第 156 页。

民法典背景下国际条约条款研究

王玫黎

西南政法大学 国际法学院，重庆 401120

摘 要：《民法通则》第142条关于国际条约地位的条款随着《民法典》的实施出现法律空白，《涉外民事法律关系适用法》对此也未作规定。第142条有关国际条约优先适用、国际惯例也可适用等内容在现有民事法律中未能完全覆盖。条约必须遵守来自各政治体意思自治与国家是独立于个体的组织体这一法理。国际条约地位条款事关国家立法权限的分配，将其置于宪法性文件最为合理。在民法典时代，针对民商事领域出现的国际条约地位漏洞的现实，存在立法论和解释论两个补充方法。

关键词：民法典、法律适用法、国际条约地位、法律漏洞补充

一、引言

《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）于2020年5月28日在第十三届全国人大三次会议获得通过，这是新中国第一部以“法典”为命名的法律，具有固根本、稳预期、利长远的功用。就内容而言，《民法典》除总则及附则外，还包括物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任等六个板块，它规定了人们从生前到身后的一系列财产权和人格权，是人们日常生活的权利宣言书。《民法典》的出台彰显了时代诉求，体现了中国人民的历史性夙愿。早在改革开放之初，我国就启动第三次《民法典》起草工作，囿于当时社会条件的限制，全国人大法制工作委员会（以下简称“法工委”）的同志形成了“成熟一个通过一个”的工作思路，[1]《中华人民共和国民法通则》（以下简称“《民法通则》”）于1986年4月12日第六届全国人大四次会议通过。在相当长的时间内，《民法通则》承担着调整民事关系的功能，其中，《民法通则》第142条关于涉外民法法律关系适用的规定，历来为国际法学者所重视。第142条是《民法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”的原则性规定，从结构上看，该条包括三款。第1款是原则性规定，它限制了适用该条款的范围；第2款涉及条约在我国的法律地位，它确立了民商事条约在我国国内法律的优先地位；第3款涉及国际惯例在我国的补充适用地位。[2]第2、3款在很多缔结或参加者国际条约的国家均有表述，可简称为“国际条约地位条款”。从其效力上看，国际条约条款更多指涉的是国际条约在一个国家中与国内法的关系以及适用的顺序。特别是，当一国加入了某一条约而国内

作者简介：王玫黎，女，四川成都市人，西南政法大学国际法学院教授、博士生导师，西南政法大学海外利益保护研究中心执行主任，法学博士。

[1] 参见王晨《关于<中华人民共和国民法典（草案）>的说明》，载《中华人民共和国民法典》，法律出版社2020年版，第247页。

[2] 《民法通则》第142条：【一般规定】涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

法的规定与相关国际条约的规定并不一致时就更是如此。从结构和文本上分析，国际条约和国家惯例在我国的适用，显然具有时间上的顺位关系，即，国际条约的优先适用；国际惯例的可适用性，但国际惯例位居国际条约和国内法之后。《民法通则》第142条的规定，对于我国处理涉外民事关系发挥了不可或缺的作用。《民法典》颁布之后，在第1260条废止了《民法通则》，其主要内容被整合到《民法典》中，但《民法通则》第142条第2、3款关于国际条约地位的内容未体现在其他法律中。2010年10月28日通过的《中国人民共和国涉外关系法律适用法》（以下简称“《法律适用法》”）对《民法通则》第八章涉外民事关系的法律适用进行了单独立法，但在该法中仅吸收了《民法通则》第142条第1款的内容，对第2、3款的内容未予规定。尽管《最高人民法院关于<适用涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》（以下简称“《法律适用法司法解释》”）第4条援引了《民法通则》第142条第2款、第5条援引了《民法通则》第142条第3款，但随着《民法通则》的失效也使《法律适用法》出现了法律真空。由此带来的问题是，国际条约在我国的地位应否规定？[3] 在《民法典》没有规定国际条约内容的前提下，当面临涉外民事法律关系纠纷时，如果国内法没有规定，该如何处理？国际条约地位条款涉及的是法律的地位和适用顺位，在比较法上有的国家将其置于宪法之中，我国该如何在立法上进行优化？

二、条约必须遵守的法理基础

（一）条约必须遵守的法理基础

条约是国家主体间缔结的以国际法为准的国际书面协定。自从人类进入政治社会以来，条约便伴随着战争进入各国的视野，[4]而“条约必须遵守”是罗马法以来确立的一项基本国际关系原则。国际条约从理念上来源于万民法，“即所有国家共同遵守的法律”。这一万民法被各个国家所遵守，得到了广泛和长期适用。[5]在梅因看来，罗马的统治者之重视国际法（万民法）只是出于政治的考量，他们不喜欢国际法，一如他们不喜欢外国人。[6] 进入近代社会以来，航海、通讯等新技术给全球交往带来了更多便利，民族之间的交往日益增多，为解决国家间各种政治经济制度的不一致，缔结各国共同遵守的国际条约称为现代政治体的重要内容之一。与此一致，“条约必须遵守”又称为国际社会交往的重要原则之一。

“条约必须遵守”是一条应然的国际交往规则，它指向的是，当不同的政治体在进行国际交往时，如果参加了同一个国际条约而又没有保留的前提下，在国际上，它们均需尊重国际条约的规定。这至少包括两个方面的内容：第一，各政治体作为一个独立的机构，在与其他政治体进行国际交往时，须按照所参加条约的规范行事；第二，当条约的内容涉及国内民

[3] 1969年联合国制定的《维也纳条约法公约》第2条规定：称‘条约’者，谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何。因此，该定义为广义条约定义，包含国际法主体依据国际法缔结的所有具有权利义务的书面协议，就名称而言有公约、专约、协定、议定书、宪章、规约、盟约、最后文件、联合声明、总文件等。

[4] 参见[古希腊]柏拉图《理想国》，刘国伟译，中华书局2000年版，第31页。

[5] 参见[荷]胡果·格劳秀斯《格劳秀斯私法导论》，张淞纶译，法律出版社2015年版，第5页。

[6] 参见[英]梅因《古代法》，沈景一译，商务印书馆2010年版，第33页。

商事主体的行为时，各政治体必须妥善处理所参加的国际条约与国内法的关系。从实然的层面看，不同的政治体因为自己利益的考量，经常发生不遵守所参加的国际条约的行为。由于在国际上并不存在一个超国家的政治体对国家进行制裁的组织和手段，这就为某些超级大国违反条约提供了可能性。但是，在国际社会上，主流的理论和实践都认为，“条约必须遵守”依然是国际社会的基本原则。

既然不存在一个强制性的国际组织可以对违法条约的政治体进行制裁，为什么条约必须遵守依然为国际主流社会所确认？从实然的角度看，这至少包括两个方面的内容：第一，国家具有充分的意思自治能力，它可以选择参加或者不参加某个条约，并对参加与不参加该条约的法律后果具有明确的判定。也就是说，“条约必须遵守”的法理基础是意思自治原则。意思自治原为罗马法确立的民事主体从事民事交往的私法原则，按此原则，当民事主体从事法律行为时，应确保当事人的意思自由。唯有意思自由，才具有自己责任的后果。[7] 《法国民法典》颁布实施以来，被全球很多国家所吸收，其确立的私法自治原则也随之传播。[8]具有自治能力的主体应对自己的行为负责的理念渐渐脱离了欧洲中世纪时期人依附于神的理念。这种理念通过法律拟制，从个体援引到组织上，并产生了法人实在说的观念。这一观念渐渐为主权国家所吸收。[9]由此，国家应对自己的选择负责称为各政治体的共识。近代以来，大规模的战争不再是国际交往的主流，通过各方谈判确定各政治体的权力和利益成为普遍方式，缔结国际条约就在国际舞台上发挥了重要作用。罗马法上的“条约必须遵守”被作为知识和理论资源重新进入国际交流舞台的视野。与此相应，作为民事主体从事民事交往基本原则的意思自治为政治体所借鉴。第二，国家是一个独立于其国民的独立存在物。关于国家的形成，在政治学上存在神意说、契约说和强力说等多种观点。神意说认为国家的产生基于神意，与我国古代“受命于天”的观念具有暗合之处。契约说以霍布斯和洛克最为著名，在霍布斯看来，人类在自然状态，由于没有政府与法律，终日处于互相争斗以求自保的状态。为避免这种状态，“一大群人相互订立契约，每人对它授权，以便使它能按其有利于大家的和平与共同防卫的方式运用全体的理论和手段的一个人格。”承担这一人格的人就是主权者，就是国家。[10] 洛克也持契约论的立场，但他与霍布斯的不同在于，霍布斯认为政府可不受民约的限制，而洛克认为统治者的权力在于保护人民的生命财产，其应限于人民让与的权利。[11] 强力说认为国家的产生并不依赖于人类的理性与契约，而是强者对弱者的支配这一自然现象。尽管三种学说对国家的契约提供了不同的理解角度，但均认为国家是一种独立于其组成国民的组织化的政治共同体。这种共同体正当性不仅在于对法秩序的保障，还在于其所服务

[7] 参见[德]卡尔·拉伦茨《法律行为解释之方法》，范雪飞、吴训祥译，法律出版社 2018 年版，第 30 页。

[8] 参见[德]K·茨威格特、H·克茨《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社 1992 年版，第 129 页。

[9] F.H.Hinsley, Sovereignty, Cambridge:Cambridge University Press, 1986, p.14.

[10] 参见[英]霍布斯《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 2017 年版，第 12 页。

[11] 参见王世杰、钱端升《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 49-50 页

的其他公共目的。[12] 博丹提出为保障国家这种政治共同体的和平秩序，国家应享有主权性的权力，无论在现代社会这种主权在君、还是在民。[13] 国家是一个独立于其国民的组织化的政治体，具有独立的意思能力，因之，它可以对外与其他政治体缔结国际条约，并践守“条约必须遵守”的原则。当然，从应然上看，“条约必须遵守”这一义务并不是基于利益的考量，并不是基于对强力的服从，而是作为判定规则体系之效力的“承认规则”的存在。除了人民大致上普遍能够服从法律外，官员也必须共同接受包含法体系效力之判准的承认规则更是完整描述一个法体系之存在的关键。[14]而国际法较之国内法，无论在形式还是在内容上，都较其他时候规范更近似于国内法，[15]一旦如此，条约必须遵守就成为国际法主体的应然义务。

（二）条约必须遵守的方法

一个国家在缔结了国际条约之后，必然面临着如何实施的问题。由于在一个国家还存在着国内法体系，遵守条约面临的第一个问题时，应当如何处理条约与国内法的关系？特别是，当一国缔结参加的国际条约在没有保留的前提下，如果条约的规定与国内法存在不同规定时，该如何处理？

国际条约属于国际法的范畴。在国际法与国内法的关系上，存在二元论和一元论两种理论和学说。在二元论的视角下，国内法和国际条约在内的国际法属于两个不同的法律体系，由于它们规范的主体和社会关系不同，法律渊源也不相同，因之，国际法和国内法不只是法律的不同部分或者分支，而是不同的法律体系。特里派尔、奥本海等均持这一观点，这一观点曾在德国、法国、意大利的国际法学者中较为流行。[16]一元论包括国际法优先说和国内法优先说。黑格尔的绝对国家主权理论是国内法优先说的起源，认为国家的绝对意志是国际法的法律效力来源，国际法受制于国内法，它只是国内法的一个分支，适用于国家的对外关系。[17]这一主张目前已没有太大影响。[18]国际法优先说认为，国内法和国际法都是法律，并无实质的不同，它们的主体都是个人，因为“一国的行为可以还原为代表该国的个人行动的。”在凯尔森看来，国际法律秩序是包括一切国内法秩序在内的普遍性法律秩序，法律秩序体现的是一种规范系统，一个规范的效力取决于另一个更为根本的规范，最后则追溯到一个基础规范。这个基础规范是整个法律规范体系的金字塔顶端的规范，所有的规范效力都来源于该基础规范。[19]我国多数学者认为国内法和国际法分属不同的法律体系，这是倾向于二元论的，

[12] 参见[德]莱茵荷德·齐佩利乌斯《法哲学》，金振豹译，北京大学出版社 2013 年版，第 225-226 页。

[13] 参见钱穆《中国历代政治得失》，九州出版社 2012 年版，第 139 页。

[14] 参见[英]哈特《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社 2011 年版，第 105 页。

[15] 同上，第 206 页。

[16] Heinrich Triepel,Droit international et droit interne,Oakland:University of California Libraries,1976,p.412-476;以及参见[英]劳特派特《奥本海国际法》，王铁崖、陈体强译，商务印书馆 1989 年版，第 24-31 页。

[17] G.W.F. Hegel,Elements of the Philosophy of Right, Cambridge:Cambridge University Press，1991，p.319.

[18] 参见王铁崖《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 184-185 页。

[19]参见[奥]凯尔森《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆 2013 年版，第 175、189 页。

但对其进行了修正，即两个体系之间存在渗透和互补的可能性。[20]

在一元论国际法优先说的立场下，由于国内法和国际法同属一个法律体系，而国际法的效力优先于国内法，无论是具有涉外因素的纠纷，还是纯属一国内部的纠纷，一旦二者冲突，条约都应当在该国直接适用。从实践中看，法国、德国、荷兰、西班牙、俄罗斯、罗马尼亚、希腊等绝大多数欧洲大陆国家都采用的是直接适用模式。[21]

国际条约在一个国家直接适用，涉及的是法律规范体系问题，特别是当国际条约和国内法规定不一致优先适用国际法时，更涉及的立法权的分配权限。理由在于，国内法是立法机构通过法定程序完成的立法；而国际条约同样经过了国家授权部门的参与，因之，国际条约在一国如何适用，无论这种条约调整的是外交关系、文化关系还是民事关系，都首先是国内立法权的分配关系。在这个意义上，一国如何适用国际条约，应属公法规范的范畴。因之，即使在理论上像凯尔森那样认为国家的行为可以还原为个人的行为，但考虑到法律功能的分工，将那些明显具有公法性质的关系置于私法规范中也是值得商榷的。与此相应，在法律适用上，当发生民事纠纷时，不直接适用宪法等公法，而是通过私法的基本原则来反应公法精神这样的体系效应，就更有说服力。[22]王铁崖先生认为，要使条约在国家之内有优越的效力，只有在国家的法律制度之中树立一个确定的这样的原则，要树立这样的原则，最恰当的方法为在宪法上做出明文的规定。[23]公法事关国家权力的运行，而私法是关涉个人利益的法律，法治不仅包括通过公法明确公权力的行使范围和程序,也包括通过私法维护市民社会的有序运行。[24] “宪法并不要求民法典承担公法的功能”，对于不属于民法条款,或许放在某部宪法相关法或行政法中比较合适。[25]

在采纳一元论国际条约优先说的大陆法系国家，多数采取的是在宪法中规定条约在一国的效力。法国、[26]荷兰、[27]俄罗斯[28]、南非[29]等均是在宪法中确定了条约的地位。根据艾瑞克•

[20] 参见周鲠生《国际法》（上），商务印书馆 1976 年版，第 19-20 页；端木正：《国际法》，北京大学出版社 1989 年版，第 35 页。

[21] 分别参见《法国宪法》第 52-55 条，《德国宪法》第 25 条，《荷兰宪法》第 90-93 条，《西班牙宪法》第 93-96 条，《俄罗斯宪法》第 15 条，《罗马尼亚宪法》第 11 条以及《希腊宪法》第 28 条。

[22] 参见林来梵《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社 2005 年版，第 56 页。

[23] 参见邓正来《王铁崖文选》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 577 页。

[24] 参见王利明《国家治理现代化的制度保障》，载《中外法学》2020 年第 4 期，第 5 页。

[25] 参见童之伟《宪法与民法典关系的四个理论问题》，载《政治与法律》2020 年的 5 期。

[26] 《法国宪法》第 55 条规定，依法批准或通过的条约或协定，一经公布则具有高于法律的效力。这条规定虽然确定条约在国内有高于法律的效力，但必须经缔约他方实施该条约为条件。第 53 条规定，对于和平条约、贸易协定、与国际组织有关的条约或协定、涉及到国家财政的条约、涉及到对保留条款的修订、与人的身份有关的条约、涉及到割让或交换或增设领土的条约，必须由法国议会通过或批准。在法国议会通过或批准之前，上述条约不发生效力。

[27] 《荷兰宪法》第 93 条国际条约公布后的约束力条款规定：缔结的国际条约一经公布即对所有荷兰公民具有约束力。这表明国际条约优先于国内法，甚至还优先于宪法。

[28] 《俄罗斯宪法》第 15 条第（4）款规定：“普遍公认的国际法原则和准则及俄罗斯联邦国际条约是俄罗斯联邦法律体系的组成部分。如果俄罗斯联邦国际条约确立了不同于法律所规定的规则，则适用国际条约规则”

斯戴因（Eric Stein）对中欧 15 个国家宪法的分析，其中有 5 个至 7 个国家规定条约优先于过去和将来的国内立法。[30]这些直接规定条约在国内效力的国家，并没有对各种不同领域的条约进行分类，而是笼统地规定条约在该国的效力。此外，还有个别国家，在宪法中规定了条约的适用模式，并对不同领域的不同条约进行了界分。《波兰宪法》在第 87 条，明确将批准的国际条约作为在其境内具有普遍约束力的法律渊源，但在第 91 条明确指出，批准的国际条约必须转化适用。按照波兰的做法，经法令事先同意后批准的国际条约优先于波兰国内法。但若经批准的国际条约旨在建立一个国际组织，那么该条约规定的法律将直接适用，并在发生法律冲突时具有优先效力。[31]

美国也在宪法第 6 条第 2 款中规定，美国缔结的条约，具有与美国国会制定的法律同等的效力。但在实践当中，条约在美国被区分为自动与非自动执行条约（self-executing /non-self-executing treaty)。[32]按照美国法院判例的解释，具有与美国国会制定的法律同等效力的条约只能是自动执行的条约。不是自动执行的条约必须经过国内立法补充和完善才有效力，而后在国内实施。如美国需要支付金钱的条约、有关关税的条约、需要改变美国国内法的条约、处分美国财产的条约、任命政府委员会的条约等。[33]

选择转化适用的国家均采纳的是二元论的模式。在二元论看来，国际条约和国内法是不同的法律体系，各自调整不同的法律关系，具有不同的适用范围，国内法和国际法分别适用于国内、国际社会。因此，如果要在国内适用国际法，必须将其转化为国内法，以某种国家行为的方式。也就是说，在二元论的国家看来，即使参加了相关的国际条约，由于国际条约与国内法存在调整范围的区别，国际条约如果调整属于国内法的关系，就必须经过该国的立法部门审批。在此意义上，国际条约是通过转化为国内法适用的。

英国是转化适用的典型代表。在英国，条约必须经过议会立法程序(implementing legislation)才得以适用于国内。由于英国议会拥有垄断性的立法权，即便条约已经签订并经英王批准，议会仍拥有否定条约效力的权力，即虽然该条约对英国有拘束力，但能否被国内法院适用，仍须经议会立法。在比利时国会号案（The Parlement Belge）中，英国要求比利时赔偿被撞沉船舶的损失，而比利时则援引 1876 年英比条约提出国家财产的豁免。在此案

---

[29] 《南非宪法》第 231 条第 4 款规定：“国际协议在依据国家立法并入法律时转变为南非共和国的法律”。

[30] Peter Malanczuk(ed.), Akchurst’ Modern Introduction to International Law, London：Routledge Press,1996,pp.67-68.

[31] 《波兰宪法》第 89 条列举了五种类型的国际条约应当在波兰法令的事先同意后方能缔结，经法令事先同意后批准的国际条约优先于波兰国内法：（1）和平、同盟、政治和军事条约；（2）涉及波兰宪法中规定的公民自由、权利与义务的条约；（3）涉及波兰共和国在国际组织中的成员资格的条约；（4）涉及到国家经济责任的条约；（5）法令规定之事项以及宪法要求应当以法令形式规定之事项。

[32] David Sloss,Non-Self-Executing Treaties:Exposing a Constitutional Fallacy,David Law Review,Vol.36,2002,pp.4-5;Carlos Manuel Vázquez,The Four Doctrines of Self-Executing Treaties,American Journal of International law,Vol.89,1995,p.695.

[33] 参见余民才《国际法专论》，中信出版社 2003 年版，第 10 页。

中，英国法院认为该条约因未经议会同意不能在英国法院得到适用。[34]

三、前民法典时代国际条约地位的体系结构

我国积极参加了一些国际条约，从内容上看，包含政治、经济、文化等各种不同的领域。民法典之前，国际条约在我国的适用，可大致分为如下情形。第一，对有的条约，采取了转化适用的方式。1961 年和 1963 年联合国分别主持制定了《维也纳外交关系公约》与《维也纳领事关系公约》，我国分别于 1975 年和 1979 年加入了这两个公约。之后，我国在 1986 年颁行了《中华人民共和国外交特权与豁免条例》，1990 年颁行了《中华人民共和国领事特权与豁免条例》将上述条约在国内转化适用。我国于 1986 年参加了《保护文学艺术作品伯尔尼公约》，随后国务院便于 1992 年颁布了《实施著作权国际条约的规定》，将当时我国著作权法与《伯尔尼公约》不一致的内容专门做出了规定，也是转化适用的一个例子。第二，比照我国参加的国际条约，对国内的法律进行废、立、改。如我国加入世界贸易组织之后，按照《与贸易有关的知识产权协定》（下简称“TRIPS 协定”）的内容，我国分别修改了当时的著作权法、商标法、专利法，使我国的知识产权法的水平达到了 TRIPS 协定的要求。第三，在《民法通则》中，单列“涉外关系法律的适用”一章，并在第 142 条对民商事法律范围的适用做出了原则性规定。第四，在部分民商事特别法中，对《民法通则》第 142 条的内容进行重述，如在《票据法》第 95 条第 1 款、《海商法》第 268 条、《民用航空法》第 184 条第 1 款中均重述了《民法通则》第 142 条的部分或者全部内容。《法律适用法司法解释》第 4 条第 5 条还援用了《民法通则》第 142 条第 2、3 款。从内容上看，准确爬梳第 142 条的体系结构与内容，对于我们准确把握民商事领域的国际条约地位具有非常重要的作用。从结构上看，第 142 条包括“一般规定”、“条约优先”、“但书”、“国际惯例的适用”四个部分。

（一）第 142 条的适用范围

第 142 条第 1 款规定“涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定”。这意味着，仅具有涉外性质的民事法律关系才存在适用国际条约的可能性。当然，按照文本和体系解释，由于这里仅限定了“民事”，因之，民事之外的国内纠纷，是否可直接适用国际条约，并没有明确的法律规范。在“闽燃供 2”号油污索赔案中，[35]审理法院适用了我国 1992 年加入的《1969 年国际油污损害民事赔偿责任公约》，但由于该案的当事人均为国内法人，发生油污的水域属于中华人民共和国水域，民事关系的标的物以及产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实均不在外国的，案件不具有涉外因素，因之，适用《1969 年国际油污损害民事赔偿责任公约》是错误的。[36]

当法院面临不具有涉外因素的国内纠纷时，如果我国参加了某一国际条约，在我国没有

[34] THE PARLEMENT BELGE. (1878. O. 60.), http://uniset.ca/other/css/5PD197.html(last visited by 27th Jul.,2020)

[35] 广州海事法院（1999）广海法事第 76 号民事裁定书。

[36] 参见王玫黎《海商法律实务》，厦门大学出版社 2017 年版，第 29 页。

保留且国内法没有规定的前提下，法院可否直接适用国际条约判案？尽管从理论上讲，我国加入的国际条约应当对我国以及国内的行为具有约束力，但是，无论是《宪法》还是《立法法》，都没有明确将我国加入的国际条约作为法律渊源，因之，笼统地承认国内民事纠纷直接适用国际条约并不存在法律依据。尽管《民法通则》第 142 条规定了国际条约在我国的地位，但该条也仅限于具有涉外因素的民事领域，并没有为国内民事纠纷适用国际条约提供依据。因之，本文认为，由于国际条约在国内的适用事关立法权限的分配，事关中国主权，中国国内的法律纠纷，无论属于民事领域还是其他领域，均不能直接引用国际条约判案，但这并不妨碍援引国际条约的精神。

（二）国际条约的优先适用

《民法通则》第 142 条第 2 款确立了我国缔结、参加的国际条约在与我国民事法律相冲突时的优先适用地位。从性质上看，国际条约与国内法均为一国制定的法律。国际条约是我国缔结或参加的，这种条约是国家参与制定的法律，它与我国民事法律来自国家立法机关的制定具有同质性，都能体现国家的政策和立场。当法院遇到涉外民事纠纷时，且国内法的规定与国际条约规定不一致时，此时应优先适用国际条约。该规则源于“条约必须遵守”的国际义务。也就是说，尽管法院此时面对的是民事纠纷，但由于该民事纠纷涉及外因素，它就比单纯的国内民事纠纷多了一个找法的环节。国内的民事纠纷无论如何复杂，只面对在国内法体系中寻找法律规范；但如果是涉外民事法律纠纷，如果国内法和国际条约的规定不一致，还涉及尊重他国主权的问题。由于条约是各国自由缔结参加的，体现了各国的自由意志，因之，当涉及的民事纠纷具有涉外因素时，如果国内法与国际条约规定不一致，优先适用国际条约是对他国主权的尊重。但是，该条仅针对民事法律做出的，不能扩大解释到所有的我国缔结或参加的国际条约。

对于中国的法律传统而言，国际条约优先适用具有习惯法的效力。条约生效后在国内产生的效力视为一种国际习惯，它不仅在各国实践中被遵守，也得到了一系列国际法律文件的明确。我国加入的 1969 年《维也纳条约法公约》对此有明确的规定。不少国际条约是在国际习惯基础上编纂而成的，兼具国际习惯和国际条约法性质。

（三）但书的保障功能

在《民法通则》第 142 条具有“但书”的内容。也就是说，中国缔结或者参加的国际条约，如果对某些条款做出了保留，则在涉外民事法律关系中，可以不适用国际条约有关条款的规定。但是的目的在于，保障不符合我国立场的某些国际条约内容在我国不予适用。

国际条约的制定并不像国内法那样，它并没有一个统一的立法机构，也无法体现一个统一的意志。在绝大多数情况下，国际条约的缔结显示的是各国之间的一种“重叠共识”，是最低程度的一致性，明显具有妥协的意向。因之，有些国际条约为保障其生效，允许各政治体对某些条款做出保留，以使这些政治体在国内尽快通过。保留，即一国在签署、批准、接受、赞同或加入某一条约时所作的目的为摈弃或否定条约中某条款对当事国的适用的单方面声明，无论措辞如何。当然，保留的做出容易引起缔约国的不满，其限制受到国际法的限制。

[37]

（四）国际习惯的适用

国际习惯的规定适用是《民法通则》第 142 条规定的第三层内容，是指国际惯例可以在我国法律和我国缔结或者参加的国际条约没有相关规定时得到适用，它是补充适用的规制，其适用次序排在国内法和条约之后，同时也受到了公共利益的限制和保留。

需要注意的是，我国《民法通则》第 142 条第 3 款的表述为“国际惯例”。严格说来，这一表述存在一定的误解。在国际法上，国际习惯与国家惯例存在严格的区分，绝大多数国家的表述是“国际习惯”。《联合国国际法院规约》第 38 条第一款中使用了国际习惯（international custom）这一提法而非国际惯例（international practice）。[38]在私法上，习惯与惯例也存在着明显的差别。惯例强调的是某些行为的重复性，侧重客观方面的表现；而习惯除了客观行为的重复性外，还强调相关主体的主观认可。习惯具有公开表明的协议，它被遵守是因为具有公开斥责与劝告的意旨。[39]国际惯例是各国重复类似的实践，其本身并没有法律效力，国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。也就是说，有些国际惯例经发展成为国际习惯，有些则没有。

四、民法典时代国际条约地位的缺失与不足

(一)涉外民事关系适用法律的空白

为解决国际条约的适用，我国专门制定了《法律适用法》。但是，《民法通则》第 142 条三个条款的内容，只有第 1 款被《法律适用法》所吸收，而关于国际条约的适用、国际惯例的地位均没有被《法律适用法》所引入。加之，《民法典》也没有相应的内容，同时《民法典》的生效导致了《民法通则》的废止，《民法通则》第 142 条第 2、3 款的内容就变成了立法漏洞。

事实上，在起草《民法总则》时就有学者注意到了这个问题。当时的主张是，将《民法通则》第 142 条第 2 及第 3 款纳入将来的《民法典》涉外民事关系法律适用法编（第七编），规定在该编第一章“一般规定”中，而《民法总则》就不对此作相应规定。[40]也就是说，当时的建议是，《民法典》单设涉外民事法律关系一编，《民法通则》的有关内容平移到《民法典》中。但由于《民法典》最终并没有将涉外民事关系法律适用法单独成编，导致我国民事法律关系中国际条约地位的问题出现了法律真空。

---

[37] 《维也纳条约法公约》第 19 条规定：“提具保留。一国得于签署、批准、接受、赞同或加入条约时，提具保留，但有下列情形之一者不在此限：（甲）该项保留为条约所禁止者；（乙）条约仅准许特定之保留而有关之保留不在其内者；或（丙）凡不属（甲）及（乙）两款所称之情形，该项保留与条约目的及宗旨不合者。”《海商法》第 268 条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。”

[38] Malcolm N.Shaw,International Law,Cambridge:Cambridge University Press,2017,p.352-253.

[39] 有社会学家将 custom 翻译为风俗。参见林端《儒家伦理与法律文化》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 39 页。

[40] 参见梁慧星《<中华人民共和国民法总则（草案）>：解读、评论和修改建议》，载《华东政法大学学报》2016 年第 5 期，第 11 页。

（二）国际条约地位规范的不科学

《民法通则》关于国际条约地位的规定，在性质上不属于国际私法（冲突法）的内容，而属于民事实体法。而《法律适用法》的主要内容是冲突法，因此，《法律适用法》没有吸收国际条约地位的内容有其合理之处。在制定《法律适用法》时，有学者就建议，由于国际条约地位的内容属于民事实体法，应将其置于《民法总则》中。涉外民事关系法律适用规范从法理上、体系上讲都属于民事法律的范畴。[41]2016 年 6 月，全国人大常委会审议《民法总则》草案时，曾有学者曾经提出，《民法总则》遗漏了关于中国缔结或者参加的国际条约的规定，建议保留《民法通则》第 142 条第 2 款适用国际条约的规定和第 3 款适用国际惯例的规定。[42] 这一建议未得到足够的重视，造成国际条约应否适用以及如何适用就变成了法律空白。当时，各方广泛关注《法律适用法》中是否规定国际条约的适用，如何规定国际条约的内容也存在较大争议。[43]鉴于国际条约有实体法、程序法和冲突法不同性质，有任意性规范和强制性规范，以及规范对象的不同，内容复杂，适用难以确定，因此在《法律适用法》表决前，全国人大宪法和法律委员会做出说明，本法不做规定为宜，待以后在其他法律中还可以再作规定。

更重要的是，我国不仅缔结和参加了涉及民商事领域的国际条约，还缔结了一些政治、文化和刑事方面的一些条约，这些条约在我国法律体系中处于何种地位，以及该如何实施并没有一个统一而系统的规定，就导致国际条约地位在我国处于非常不明确的状态。如，我国加入了《联合国反腐败公约》，但这种性质的条约显然不属于民商事领域，如果法院遇到类似的涉外案件，该如何处理就存在很大的问题。在本文看来，即使《民法典》吸收了《民法通则》第 142 条的规定，仍然无法解决这样的矛盾。

五、民法典时代国际条约地位的解决路径

《民法典》对既有的民法法律规范进行了体系化，这对加快社会主义法治建设，依法治国打下了良好基础。《民法典》颁布之后，《民法通则》不再具有法律效力。带来的问题之一，就是能否继续在涉外民事法律关系中适用国际条约的问题。目前，在《民法典》没有规定国际条约地位的前提下，如何对涉外民事关系适用法律，存在着解释论和立法论两种路径。

（一）解释论

解释论的路径在于，假设法律规范均具有自己的功能与使命，[44]当遇到法律纠纷时，通过体系解释，解决法律的适用问题。

《民法典》第 11 条事关特别法与一般法的关系。如果其他法律对民事关系有特别规定的，适用特别规定。在《民法典》之外，存在着大量的民事特别法，如海商法、知识产权法、

[41] 参见丁伟《涉外民事关系法律适用法与其他法律相互关系辨析》，载《政法论坛》，2011 年第 3 期，第 153 页。

[42]参见梁慧星《<中华人民共和国民法总则（草案）>：解读、评论和修改建议》，载《华东政法大学学报》2016 年第 5 期，第 10 页。

[43] 参见王胜明《涉外民事关系法律适用法若干争议问题》，载《法学研究》，2012 年第 2 期，第 193 页。

[44] 参见李琛《论修改权》，载《知识产权》，2019 年第 10 期，第 37-39 页。

票据法等。这些法律并没有因为《民法典》的生效而受到影响。因之，如果这些民事特别法对于条约的适用具有特别规定者，应优先考虑这些特别法的规定。《海商法》第 268 条、[45]《民用航空法》第 184 条等均采纳了与《民法通则》第 142 条的类似表述影响。本来，由于这些法律规范性质上都属于私法，既然《民法通则》是一般性质的法律，而且，《民法通则》是具有总括性的立法，这些特别民商法并无必要再在立法中对国际条约进行规定。从 1978 年 12 月 31 日到 2004 年 12 月 9 日，我国共计约有 87 部 132 个条款提及国际条约的适用，这些条款都做出了类似的国际条约优先适用的规定,[46]但是《民法通则》的失效反而显示了这种立法模式的优点。在《民法典》没有规定而《民法通则》失效的前提下，当发生的纠纷属于海商领域、民用航空领域时，可以直接适用这些特别法的规定。但基于法院补充法律的权限，当法官面临的涉外民事纠纷不属于这些领域时，就存在找法的困难。[47]

民法地域效力是民法的适用空间范围规定，它是民法效力适用的内容之一，包括中华人民共和国法域效力范围内的领陆、领水、领空及底土。《民法典》第 12 条沿袭了《民法通则》内容，对中国领域内的民事活动，做出了适用中国法的规定。诚然该条文是单边主义主张表现，考虑到民法具有的属地法特征，在我国境内从事的民事活动应当受到我国法律的管辖，同时，第 12 条考虑到属地管辖例外，特别指出法律另有规定者依其规定。据此，对于有涉外因素的案件，根据冲突规范的指引，还是有可能适用到外国法或国际法。[48]

（二）立法论

我国参加缔结了包括政治、经济、文化等领域的各种条约。条约应当遵守是自古以来各政治体遵守的基本原则，这既是各政治体参加国际条约的基础，又是各政治体的义务。因之，为使我国缔结或参加的国际条约能够顺利履行，尤有必要做好国内法和国际法的对接工作。我国认为国内法和国际法尽管属于两个不同的法律体系，但二者存在协调的可能性，采取的是二元论基础上的协调论。[49]之前，我国对某些领域的国际条约采取了转化适用的方式，对某些领域的国际条约采取了对国内法进行废、立、改的方式，并在《民法通则》第 142 条采纳了一种总括性的关于国际条约在我国地位的规定。《民法典》颁布实施之后，由于《民法通则》不再具有效力，这正好给我们提供了一个反思国际条约地位的机会。有学者曾经指出，目前我国在条约适用的立法上有三大误区，一是条约在我国的地位没有得到宪法或者宪法性法律的明确，二是条约在我国国内的位阶没有规定，三是条约在我国的适用没有得到相

[45] 《海商法》第 268 条规定，“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”幸运的是，2019 年 12 月 6 日司法部办公厅出台的《海商法》修改送审稿第 323 条基本上保留了该条内容。

[46] 参见王勇《中华人民共和国条约法问题研究(1949—2009 年)》，法律出版社 2012 年版，第 109 页。

[47] 参见黄茂荣《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 399 页。

[48] 2019 年通过的《证券法》第 2 条第 4 款规定，在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动，扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，依照本法有关规定处理并追究法律责任。瑞幸咖啡公司或将成为该法实施“长臂管辖”的第一案。

[49] 参见王铁崖《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 190 页.

应的法律规定。[50]因之，从立法论的立场，重塑国际条约在我国的地位，使其规定更加合理，就具有重要的现实意义。

1. 修改宪法性法律

我国《宪法》并未对条约我国的地位问题做出统一明确的规定。在我国《宪法》中，涉及到的有关内容主要是将坚持和遵守作为国际法基本原则核心的和平共处五项原则写入其中，这表明从最基本的原则上，中国尊重和遵守国际法的体系，履行自己的国际义务。我国《宪法》对国际条约在国内适用的方式没有做出规定，也就是说《宪法》本身既不排除直接适用，也不排除转化适用，无论直接适用还是转化适用都是符合履行国际条约义务的方式。我国是《维也纳条约法公约》的缔约国，我国在参加该条约时，对有关国际法与国内法的规定上并没有保留，我国一系列法律做了条约优于我国法律的规定，而不是相反。这说明我国在对待条约在国内法地位问题上倾向于条约优先原则。1987 年 8 月 27 日外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于处理涉外案件若干问题的规定》表明了我国在履行国际条约方面秉持的“维护主权的同时也恪守国际法义务”的一贯立场。[51]这一规定表明我国在履行国际条约方面的一贯立场。

在《民法通则》失效前的实践中，我国采取的是一种以纳入（并入）适用与转化适用相结合的方式来适用国际条约。当中国缔结的条约与国内法有不同规定时，对具有涉外因素的民商事案件在国内可以直接适用国际条约。除民商事法律范围以外的中国所缔结、参加的国际条约的内容需要经国内法转化才能适用，采用的是转化的方式。原则上，我国不论是在参与制定国际法规则时还是在制定国内法时，都要根据和考虑本国国内法的规定和立场的同时又充分考虑和尊重所承担的国际法义务，力争使二者协调互补，有机配合。从一些涉及到条约适用的国内立法看，条约的直接适用、条约与相关国内法并行适用、条约须经国内立法转化能适用几种情况都存在。[52]

但是，一如前文所讨论的，国际条约涉及和国内法的关系，涉及国际条约能否以及如何在国内适用，还涉及国际条约的位次等问题，这些问题说明无论是政治、外交方面的条约，还是民商事方面的条约，其首先面临的是立法权的分配问题，而此权限明显属于宪法或者宪法性文件的范畴。[53]正因为如此，绝大多数国家都在宪法中明确条约的地位和适用情况,国际法学者也一再呼吁在《宪法》或《立法法》中明确规定国际法与中国法的效力关系。[54]

---

[50] 参见王勇《中华人民共和国条约法问题研究（1949-2009）》，法律出版社 2012 年版，第 109 页。

[51] 《关于处理涉外案件若干问题的规定》：“涉外案件应依照我国法律规定办理，以维护我国主权，同时也应恪守我国参加和签订的多边或双边条约的有关规定。当国内法以及某些内部规定同我国所承担的条约义务发生冲突时，应适用国际条约的有关规定。根据国际法的一般原则，我国不应以国内法规定为由拒绝履行所承担的国际条约规定的义务。”

[52] 参见王玫黎《我国船舶油污损害赔偿案件的法律适用—以国内法与国际法的关系为中心》，载《现代法学》2007 年第 4 期，第 180-181 页。

[53] 参见赵万一《从民法与宪法关系的视角谈我国民法典制定的基本理念和制度架构》，载《中国法学》，2006 年第 1 期，第 118 页。

[54] 参见万鄂湘主编《国际法与国内法关系研究》，北京大学出版社 2011 年版，第 482 页。

鉴于宪法的修改程序较为复杂，宪法修改的启动程序也较一般法律期限较长，在《立法法》这种宪法性法律中规定条约的地位也是一种选择。2014 年，全国人大常委会第十次会议审议《立法法》修正草案时，一些常委委员和列席人员指出，由于我国一直没有采取统一或者单一的模式，条约地位不明确对我国的执行已经带来了许多问题和麻烦，希望在这部法律的修改中明确国际条约在我国的适用规定。[55]即在总则部分修改为“为法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,以及条约、法律、 行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例和规章的适用,适用本法。”以及在第五章适用与备案的各条中,增加全国人大常委会批准或者加入的条约、国务院核准或者加入的条约、政府部门名义缔结的协定与法律、行政法规、地方性法规、规章的法律效力关系的相关规定。对于具体条款的修改, 建议有关部门进一步研究论证。但有人认为，《立法法》是对立法技术问题的规定的法律，难以解决国际条约的地位问题。因此，在对《立法法》修改的讨论中是否将该问题纳入，意见较大。[56]2005 年出台的《立法法》无论在总则部分，还是备案部分，均没有将条约的内容放其中。但是，在本文看来，由于国际条约涉及到立法权限的分配分配，相比将国际条约地位问题置于民商事法律中，将其置于《立法法》中，具有一定的科学性。

也有观点认为，可以将国际条约地位的规定置于《中华人民共和国缔结条约程序法》（以下简称“《缔结条约程序法》”）中。全国人大常委在 1990 年 12 月 28 日通过了《缔结条约程序法》，这是我国第一部关于缔结条约程序性内容的法律，是对建国四十余年我国在缔结条约方面的经验的总结，其中也有对我国有特殊的有效的习惯性做法的科学总结。该法在需要批准的六项条约中明确，对与我国法规定不一致的国际条约需要批准。[57]在这种情况下，可以对我国缔结或者参加的国际条约的特定内容做出保留，或者对有关国内法中与有关条约内容不一致的地方做出修改或补充，对国内法以废、立、改方式做出修改或补充，以上其实就是将条约的内容转化为国内法的方式。但是，《缔结条约程序法》是对程序性规范进行规定，不涉及实体法规范内容，至于国际条约在我国法的地位既是实体法内容，涉及条约的效力、适用及解释问题，由该法来做规定显然不合时宜。

因此，本文建议，最理想的选择是，在未来修订我国《宪法》时，将国际条约地位条款置于宪法总纲部分，新增第 31 条规定置于特别行政区条款规定之前，具体内容为：“中华人民共和国善意履行我国签署或者批准的国际条约。在涉外民商事法律关系中，中华人民共和国缔结或者参加的国际条约与我国法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外，在涉外民商事法律关系以外，通过修改或者补充国内立法方式履行条约义务。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际习惯。”或者在对《立法法》修改中，可以将此项内容置于其中第五章“适用

[55] 参见陈丽平《明确国际条约在我国的适用》,《法制日报》2014 年 11 月 24 日第 003 版。

[56] 同上。

[57] 《缔结条约程序法》第 7 条的规定，凡是缔结与我国国内法有不同规定的条约，必须经全国人大常委会决定批准。

于备案审查”中，新增第 89 条内容，以补足这一法律缺失。理由在于：第一，置于《宪法》总纲和宪法性文件《立法法》中，这意味着关于条约地位的问题属于立法权的范畴，应当置于公法中。第二，国际条约地位条款仍然沿用之前《民法通则》第 142 条相关内容和我国的具体做法，分为涉外民商事法律关系和涉外民商事法律关系以外两部分，这种立法规定变化不大，易于接受。此外，专门提出“民商事”而非《民法通则》第 142 条提到的“民事”，这考虑到我国的民商合一立法模式中的商事法律的内容。第三，该条规定仅规定了我国善意履行签署或者批准的国际条约，将其作为国内法一部分，但未规定条约在我国的位阶内容，这一模糊处理既是国际上通行的做法[58]，也符合我国一直以来遵守的“成熟一个通过一个”的立法理念。

2. 通过《民法典》司法解释

我国涉外关系法律适用法没有规定国际条约的适用问题，当时的共识似乎是，“本法对该问题不作规定，民法通则、民事诉讼法等法律中有关规定仍然适用，以后在其他法律中还可以再作规定。”[59]

《民法典》编纂采用实体法与冲突法分离的立法思路，剔除了涉外民事关系法律适用的条款，这部分由《法律适用法》调整。因之，有人认为《民法典》编纂的这一立法思路、编纂方式是一种促进我国涉外民事关系法律适用规范乃至我国国际私法的法典化发展的历史性机遇。《民法典》废止了《民法通则》的效力，导致其中的国际条约地位条款调整的涉外法律关系出现了真空，因之，有学者指出，《民法典》编纂工作落下帷幕之际，正是涉外民事关系法律适用规范系统化、集成化的编纂工作拉开帷幕之时。[60]

但是，本文认为，如果从理论上看，国际条约在一国之内的地位问题，涉及的是立法权限的分配问题，置于《宪法》或者《立法法》中最为合理。如果不置于《宪法》或《立法法》中，将其置于《法律适用法》也意义不大。因为《法律适用法》是具有国际私法之冲突法的性质，而国际条约的优先适用显然属于民法实体法。[61]也就是这个原因，在 2010 年的《法律适用法》中并未吸收关于国际条约地位的条款，只在 2012 年 12 月 10 日最高人民法院《法律适用法司法解释》的第 4 条和第 5 条规定了国际条约地位条款。[62]这一司法解释，是在《民

[58] 有学者在对 152 个国家的《宪法》进行研究中，发现有 65 个国家（近 43%）仅规定经批准的国际条约是国内法的一部分，但未规定条约的国内的具体位阶，剩下的 87 个国家，规定了条约低于宪法高于法律、条约高于宪法和条约与宪法相同的位阶这三种情况。参见沈于华《宪法与条约关系研究》，知识产权出版社 2018 年版，第 230-231 页。

[59]参见孙安民《全国人民代表大会法律委员会关于<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（草案）>审议结果的报告》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2010 年第 7 期，第 646 页。

[60]参见丁伟《<民法典>编纂催生 2.0 版<涉外民事关系法律适用法>》，载《东方法学》2019 年第 1 期，第 33 页。

[61] 参见梁慧星《<民法总则草案（征求意见稿）>：解读、评论与修改建议》，载《华东政法大学学报》2016 年第 5 期，第 10 页。

[62] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）第 4 条规定：“涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的，人民法院应当根据《中华人民共和国民法通则》第 142 条第 2 款以及《中华人民共和国票据法》第 95 条第 1 款、《中华人民共和国海商法》第 268 条第 1 款、

法通则》还未失效情况下规定的，在《民法通则》失效后，这一规定显得功能不足且不能完全解决国际条约地位问题。

从《民法典》的立法史上看，一直有观点认为，应当将国际条约地位的内容置于《民法典》中。由于涉外法律关系编的删除，2016 年 2 月，全国人大法工委向有关单位发送《民法总则草案（征求意见稿）》后，该条款被遗漏。尽管有学者对此进行了提醒，[63] 但由于涉外法律关系编的删除而被遗漏，造成了法律空白。《民法典》最大的特点之一是稳定，因之不可能在短期内对《民法典》进行修改。但这并不是将国际条约条款置于《法律适用法》的理由，因为《法律适用法》的性质和国际条约的地位并不一致。本文认为，最成熟的做法是将国际条约地位条款置于宪法性文件中。如果此方案行不通，作为次优选择，可将国际条约条款置于《民法典》司法解释中。因为国际条约条款是实体法，而且调整的法律关系是涉外民事法律关系，按照最近原则，将之置于《民法典》司法解释中是较为合适的。这是司法机构在面临有关涉外民事纠纷时行使剩余立法权的表现。[64]在表述上，《民法典》司法解释可采纳《民法通则》第 142 条第 2、3 款的相同话语。但笔者认为，由于这种规定仅能适用于民商事领域的纠纷，与将其置于宪法性法律中相比，仅是次优选择。

结语

《民法典》的颁布实施使《民法通则》不再具有法律效力，其规定的国际条约条款也出现了法律漏洞和真空。我国缔结或参加的国际条约体现了我国的意思自治，相应地，我国也应当履行条约必须遵守的国际义务。关于国际条约地位的位置体系属于立法权限的范畴，最优选择是将其置于宪法性法律文件中。由于宪法性文件的修改程序较为复杂、启动较慢，作为次优选择，是将其置于《民法典》司法解释中。由此，因《民法典》的颁布实施而给涉外民商事法律关系的适用带来的漏洞便可以得到弥补。

《中华人民共和国民用航空法》第 184 条第 1 款等法律规定予以适用，但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外。”其第 5 条规定：“涉外民事关系的法律适用涉及适用国际惯例的，人民法院应当根据《中华人民共和国民法通则》第 142 条第 3 款以及《中华人民共和国票据法》第 95 条第 2 款、《中华人民共和国海商法》第 268 条第 2 款、《中华人民共和国民用航空法》第 184 条第 2 款等法律规定予以适用。”

[63]参见梁慧星《<民法总则草案（征求意见稿）>：解读、评论与修改建议》，载《华东政法大学学报》2016 年第 5 期，第 10 页。

[64] 参见[德]卡塔琳娜·皮斯托、许成刚《不完备法律之挑战与不同法律制度之回应》，李雨峰译，载吴敬琏、江平编《洪范评论》，第 2 卷第 1 辑，中国政法大学出版社 2005 年版，第 137 页。

网络犯罪国际合作治理机制的困境与中国方案

王沛 李雅迪*

摘要：面对日益猖獗的网络犯罪，世界各国已经产生通过国际合作来应对网络犯罪的共识。目前，国际社会已经形成了以《布达佩斯公约》等一系列条约、协定等为基础的国际合作治理机制。然而由于各国历史文化以及社会制度的差异，在现有的治理机制下各国无法达成广泛的共识，而且现有机制也不足以应对网络犯罪出现的诸多新变化，因此有必要对其进行完善或修改。但是在如何构建网络犯罪国际合作治理机制上这一问题上各国之间存在很大的分歧。而中国作为互联网使用大国，理应参与到网络犯罪治理规则的谈判中，坚持以联合国为平台提出中国方案，遵循和平、主权、共治、普惠的原则构建网络犯规国际合作治理机制。

关键词：网络犯罪　布达佩斯公约　网络犯罪公约

随着信息社会的发展和互联网全民化的普及，人们对于网络的应用逐渐延伸到日常学习、工作、生活等各个方面，人们的活动领域逐步扩展到与现实社会空间并存的网络空间，人们的生活进入了“双重社会”阶段。然而，互联网在为人们的生活带来便利的同时也产生了大量的不良信息，如计算机病毒、网络攻击、信息泄露、色情传播等，来自网络空间的诸多威胁对个人人身及财产、社会秩序甚至是国家政治、国防等产生极大的不利影响。网络安全问题尤其是网络犯罪问题成为了国际社会重点关注的问题之一。基于网络犯罪的跨国性特征，世界各国已经意识到开展广泛合作以打击跨国网络犯罪的重要性，并以诸多国际会议、国际组织等为平台进行协商，讨论网络犯罪的国际合作治理机制构建的路径及可能性，但由于各国不同的价值取向，导致迟迟无法形成全球范围内打击网络犯罪的国际“硬法”规则。

网络犯罪国际合作治理机制现状

（一）网络犯罪的发展状况

网络犯罪并非是指单一的某个犯罪，而是一类犯罪的总称，其核心概念为利用全球化信息通信技实施的具有跨国性的犯罪行为，常被描述为将计算机作为犯罪对象、工具，或者是以网络作为犯罪工具或将网络本身做为犯罪对象的的犯罪行为，主要包括破坏计算机网络数据或系统的机密性、完整性与可用性或者是滥用计算机数据或系统，这一种行为的犯罪也被称为“纯粹的网络犯罪”或者“技术性网络犯罪”；除此之外，网络犯罪行为还包含利用计算机实施的以谋求个人或经济利益为目的或者造成个人或经济损失的行为，以及利用计算机或网络储存或散布违反法律规定的内容的行为。[1]

在互联网发展初期，计算机及网络的使用主要集中在国家以及一些大型互联网企业，此

* 王沛(1976-)，女，山东聊城人，法学博士、河北经贸大学教授，研究方向：国际刑法；李雅迪（1995-），山东临沂人，河北经贸大学国际法专业研究生，研究方向：国际公法.

[1] United Nations Office on Drugs and Crime,Comprehensive Study on Cybercrime,Draft—February 2013.

时网络犯罪具有很强的技术性，其犯罪主体主要是一些精通计算机技术的人群比如黑客，因此初期的网络犯罪多以技术犯罪的面目出现。随着网络使用人数的增加及其与生产生活的联系愈加密切，互联网的发展进入网络空间时代，网络犯罪逐渐呈现出“去技术性”的趋势。[2]网络犯罪的主体以及被侵害的对象向普通人扩散，网络由初期的犯罪对象往犯罪工具方向发展，传统刑法上的犯罪可以借由网络这个新兴工具跨距离进行实施。技术性网络犯罪在网络犯罪活动中所占的比例逐渐减少，以计算机及网络为工具或者空间而实施的传统犯罪逐渐增多。相较于以一般传统手段实施的犯罪，通过网络实施的犯罪具有更大的社会危害性，其加快了犯罪实施的速度，也增大了犯罪的侵害范围；网络的虚拟性使得犯罪的行为更加隐蔽，同时还突破了时间与空间的限制，这也就加大了犯罪侦查的难度。

近年来，随着人工智能、云计算、物联网等新兴信息技术的迅速发展，网络犯罪案件数量呈现逐年上升趋势。以中美两个互联网运用大国为例，根据美国互联网犯罪投诉中心统计，2020 年其共收到 791790 起投诉，损失的金额超过 41 亿美元[3]；中国最高人民法院、最高检察院在提交到十三届全国人大四次会议的报告中提出，2020 年全国检察机关办理网络犯罪案件 3.3 万件，起诉网络犯罪人数高达 14.2 万人。[4]不仅如此，网络犯罪还逐渐呈现出组织化的趋势，犯罪主体也趋向年轻化。

网络犯罪国际合作治理机制

为了有效维护网络空间及社会生活的良好秩序，遏制网络犯罪，世界部分国家出台了关于网络安全、信息安全等方面的立法，其中对于与网络犯罪有关的术语、罪行等规定存在一定的差别。为了协调各国在网络犯罪立法方面的差异，促进各国间通过合作应对网络犯罪，一些区域之间达成了有关的多边条约及法律性文件；此外，以联合国为代表的国际组织也在探寻全球范围内打击跨国网络犯罪国际司法合作新机制。

2001 年 11 月由欧洲委员会的 26 个成员国与美国、加拿大、日本等国家共同签署的《布达佩斯公约》是目前世界上在治理跨国网络犯罪上最具影响力的区域性国际公约，2003 年 1 月欧盟还通过了该公约的补充协定，即《网络犯罪公约补充协定: 关于通过计算机系统实施的种族主义和排外性行为的犯罪化》。截止到 2020 年 9 月，已有 65 个国家加入并批准该公约。在定罪方面，该公约将 9 类行为纳入网络犯罪的范畴，其中有 5 类犯罪是属于纯粹的技术犯罪，4 类属于利用网络实施的传统犯罪；在程序法方面，该公约规定了关于证据调取，特别是电子证据调取的程序规范，同时还规定了 4 种行使管辖权的情况；在国际合作方面，公约规定了关于国际合作的一般原则与相互协助的特殊机制，其中涉及了引渡、国际司法协助等方面的内容。作为第一个专门性的国际网络犯罪公约，《布达佩斯公约》在构建网络犯罪国际合作治理机制上具有明显的进步性，其也对之后各个国家的立法及区域性国际公约的

[2]于志刚.缔结和参加网络犯罪国际公约的中国立场[J].政法论坛,2015,33(05):91-108.

[3] IC3：2020 年网络犯罪报告，http://www.199it.com/archives/1227711.html，访问时间 2021.4.21.

[4] 2020 年网络犯罪人数激增 47.9%，数据合规成企业命门，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1694550878957438306&wfr=spider&for=pc&searchword=2020%E7%BD%91%E7%BB%9C%E7%8A%AF%E7%BD%AA%E6%95%B0%E6%8D%AE，访问时间 2021.4.21.

制定产生了示范作用。

除欧盟外，其他的区域性组织也制定或通过了一系列包含网络犯罪国际合作治理的公约及协定，主要包括 2001 年 6 月独立国家联合体国家首脑理事会会通过的《独立国家联合体打击计算机信息领域犯罪合作协定》、2009 年上海合作组织成员国元首理事会签署的《上海合作组织成员国保障国际信息安全政府间合作协定》及其两个附件、2010 年阿拉伯国家联盟总秘书通过的《阿拉伯打击信息技术犯罪公约》。2011 年 8 月西部非洲国家经济共同体部长委员会第 66 届常规会议通过的《西部非洲国家经济共同体打击网络犯罪的指令》、2014 年非洲联盟第 23 届常规会议起草但尚未通过的《非洲联盟网络安全和个人数据保护公约》等。[5]以上这些公约在内容上存在一定的差异，如在对网络犯罪的理解及规定上，由于各区域内的所受到的来自网络的影响不同，其重点打击的网络犯罪的侧重点也相应的存在区别，表现出了一定的价值偏向，具有明显的区域性特征，因此公约或协定的使用只能局限在某一区域范围内。

联合国作为世界影响力最大的国际组织，早在 1990 年时就开始关注网络犯罪问题，联合国第八届预防犯罪和罪犯待遇大会就通过有关计算机犯罪的决议，随后制定了《联合国预防和控制计算机相关犯罪手册》。2010 年，联合国第十二届犯罪预防与刑事司法大会通过了《关于应对全球挑战的综合战略：预防犯罪和刑事司法系统及其在变化世界中的发展的萨尔瓦多宣言》，并建议建立政府间专家组研究并讨论如何开展国际合作应对网络犯罪。2019 年 12 月，联合国大会第 74/247 号决议决定建立一个开放式的政府间专家委员会开始关于国际网络犯罪公约的起草工作。[6]除此之外，联合国毒品与犯罪问题办公室于 2013 年发布了《网络犯罪问题综合研究报告》（草案），该草案指出，网络犯罪的跨国性使世界各国在预防和治理网络犯罪的合作受到许多挑战，包括执法活动与各国主权的冲突、跨境电子证据调取的效率性与程序性冲突等，为此各国要在积极达成司法协助合作的基础上探寻其他合作路径，建立网络信息共享机制。虽然该草案及有关文件不具有法律效力，但是在事实上促进了网络犯罪国际规则的产生。

网络犯罪国际合作治理机制的构建困境

虽然世界各国对于构建一个国际性的网络犯罪合作治理机制达成了共识，但在以何种方式构建以及如何寻求合作最大公约数上存在种种分歧。一方面，以美欧为代表的西方国家希望能够继续保持其在国际上的话语权以维持其自身的利益，企图推动《布达佩斯公约》的全球化，使其成为世界性的治理网络犯罪的公约；另一方面，以中国、俄罗斯为代表的新兴网络国家对此则持反对的态度，它们希望构建一个全新的世界性网络犯罪公约以反映新兴的网络国家及发展中国家的观点，维护其利益。但笔者认为，无论是《布达佩斯公约》的全球化还是构建新的世界网络犯罪公约都面临着重重困难。

《布达佩斯公约》的局限性

[5] 王肃之：打击网络犯罪国际规则的博弈与中国方案

[6]裴炜.网络犯罪治理国际合作：机制、主题与展望[J].中国信息安全,2020(09):81-85.

《布达佩斯公约》的文本内容确定时间是2001年，2003年时达成了一个补充议定书，虽然该公约的许多内容在当时具有一定的超前性，其作为世界第一部网络犯罪公约对于打击跨国性网络犯罪以及对世界各国的网络信息方面的立法都有积极的促进作用，但自该公约实施以来，世界网络技术得到了飞速发展，国际政治、技术格局发生了重大转变，网络犯罪逐渐呈现出了复杂化、组织化、去技术化等新特征，《布达佩斯公约》无论是在实体规定还是程序方面都具有明显的滞后性，无法适应新的国际环境下对于打击网络犯罪的要求。

1.实体规定上的缺陷

在罪名设定方面，《布达佩斯公约》一共规定了9种情况的犯罪，其中有5中属于纯粹的网络犯罪，包括非法入侵、非法拦截、数据干扰、系统干涉、设备滥用；其余四类属于利用网络实施的传统犯罪，即利用计算机进行伪造、诈骗、儿童色情、侵犯著作权。从公约的前言以及罪名的设计来看，该公约更着重于对纯粹的网络犯罪进行制裁，[7]这与公约制定时所处的互联网时代背景有很大的关系。然而随着网络的发展，纯粹的网络犯罪已不再是网络犯罪的主流，以网络为工具或者在网络空间内进行的传统犯罪不仅在数量上逐渐增多，而且还发展出了许多新的种类，比如说网络恐怖主义犯罪、利用网络侵犯个人信息的犯罪、利用网络从事金融诈骗犯罪、网络洗钱犯罪、网络攻击等。目前，这类犯罪才应是国际性网络犯罪公约所应重点打击的对象，而《布达佩斯公约》及《补充议定》的规定并未涉及到这些新出现的犯罪类型，因此其所强调的内容已经不能满足互联网发展新阶段国际社会打击网络犯罪的新需要。其次，在公约所用术语方面，《布达佩斯公约》中所使用的术语随着信息技术与网络的发展可能被赋予了新的涵义，在适用时需要对这些术语进行解释。此外《布达佩斯公约》未能对一些新出现的概念进行阐释，比如说恶意软件、僵尸网络等，其在术语的使用和解释上也具有一定的滞后性。

2.程序规定上的缺陷

首先在管辖权规则方面，《布达佩斯公约》第22条规定了缔约各方对网络犯罪的实施具有以下情形之一的享有管辖权：在其领土内、在悬挂该国国旗的船只上、在依缔约方法律注册的飞行器上，或者是由其国民进行的，如果该罪行在其行为地根据刑法具有可罚性或者该行为发生在任何国际领土管辖权之外。同时，该公约还允许各方保留该管辖权规则的适用，任何一方可以根据其国内法行使刑事管辖权，可以通过协商解决管辖权争议。尽管该公约对管辖权问题进行了规定，但实际上其管辖的基础仍为传统刑法中的属地管辖及属人管辖原则，而传统的管辖原则适用到网络犯罪领域只会加剧各国之间的管辖权冲突。除此之外，由于各国在网络犯罪的立法上存在差异，犯罪分子很有可能利用不同国家对网络犯罪的不同界定从而规避对其不利的法律的适用，从而形成管辖权的消极冲突。再则，该公约并不排斥国内刑法的效力，一国对于行为地的解释不同也会引起管辖冲突。此外，公约也没有规定管辖权优先取得的规则，而是通过各方协商的方式寻求罪适合侦查、起诉犯罪行为以及执行判决的法

[7]于志刚.缔结和参加网络犯罪国际公约的中国立场[J].政法论坛,2015,33(05):91-108.

庭地，公约所提出的解决方法实际上只有倡导作用，无法真正有效的解决管辖冲突。[8]

其次，在证据调取方面，《布达佩斯公约》针对网络犯罪的特性，对不同种类的电子证据设置不同的侦查措施,在传统侦查措施的基础上进行了修改和创新，比如说现存计算机数据的快速保护制度等，其能够迅速保护易被篡改的电子证据，有利于网络犯罪的侦查和国际司法协助的有效进行。然而，公约关于数据的跨境获取以及缔约国与网络服务供应商直接合作的有关规定，可能会对有关缔约国的主权以及网络用户的人权造成一定的冲击。[9]

国际合作规则上的缺陷

在国际合作机制上，《布达佩斯公约》既规定了相互协助，又规定了有关引渡的内容，同时公约还指出如果缔约方之间存在司法协助条约，那在缔约方之间可以优先适用司法协助条约的规定。然而，公约在国际合作原则、方式、条件、机构等方面的规定并不完整，被请求帮助国很可能以请求损害其主权、安全、公共秩序及其他重要利益为借口拒绝他国的司法协助请求。在很多情况下，这类司法协助的例外条款会成为国家维护其自身利益的保护伞，从而使得公约所提倡的国际合作成为空文。[10]

公约所体现的价值取向的片面性

《布达佩斯公约》是一部区域性的国际网络犯罪公约，其缔结谈判的国家主要集中于欧盟地区，除此之外美国、日本，加拿大等国家也参与到了公约的谈判之中，因此在该公约的内容方面，发展中国家所关注的罪名并未得到设置。该公约从设立之初就带有明显的欧美国家的价值倾向，其所规定的网络犯罪的类型及范围也迎合了欧美国家在刑法上的价值取向与关注的重点罪名。以网络色情犯罪为例，公约仅规定了网络儿童色情犯罪，这与欧美国家在成人色情领域合法化的态度相一致。然而中国的刑法严厉打击一切色情犯罪，《阿拉伯打击信息技术犯罪公约》也同样全面打击网络色情犯罪，对与未成年人有关的网络色情犯罪加重处罚。[11]由于各国在社会开放程度以及价值取向上的差异，体现欧美国家价值取向的《布达佩斯公约》无法回应国际社会打击网络犯罪的共同需求，无法应对发展中国家希望达成国际合作以应对的诸如网络诈骗、网络洗钱等网络犯罪的迫切愿望，这使得该公约无法得到世界上其他具有不同文化传统、价值理念的国家，尤其是发展中国家的认可。

5.公约的加入以及修改困难

《布达佩斯公约》第 37 条对于非缔约方加入该公约做出了规定，非欧洲理事会以及没有进入观察员程序的国家只有在缔约方一致同意后可以加入该条约，同时允许某一国加入的决定还要在部长委员会中获得 2/3 多数代表的投票及大多数有资格出席会议代表的支持，并且获得部长委员会登记的缔约方代表的一致同意才能作出。公约设置了严格的加入条件，使得该公约的任一缔约方及欧委会的成员国都有权阻止某一国家的加入。[12]即使是该公约成为

[8]郭玉辉.网络社会的国际法律问题研究.武汉大学出版社 2010 年版.

[9]皮勇.《网络犯罪公约》中的证据调查制度与我国相关刑事程序法比较[J].中国法学,2003(04):146-161.

[10]李彦.网络犯罪国际法律规则制定与中国方案研究[J].中国社会科学院研究生院学报,2020(03):92-101.

[11]王肃之.打击网络犯罪国际规则的博弈与中国方案[J].法学论坛,2021,36(01):81-92.

[12]李彦.网络犯罪国际法律机制建构的困境与路径设计[J].云南民族大学学报(哲学社会科学版),2019.

了全球性的网络犯罪公约，也并非所有国家都能进入这一合作体系中。此外，虽然欧委会许诺后加入的缔约国可以参与到公约未来的发展与修订中，[13]但实际上公约的修订同样要求缔约方的一致同意，这使得修订程序复杂且难以有效启动。因此，即使是发展中国家加入到该公约之中，也很难在公约的修订中发表自己的意见。

构建新的网络犯罪公约的现实困境

以中国、俄罗斯等新型网络国家主张在联合国的框架下构建新的网络犯罪公约，该主张得到了国际社会许多国家的认可。在诸多新型网络国家的推动下，联合国最终在 2019 年 12 月通过了 74/247 号决议，从此开始了关于国际网络犯罪公约的起草工作。然而在决定起草新的网络犯罪公约前以及网络公约起草过程中，以美欧外代表的老牌国家仍旧坚持《布达佩斯公约》的全球化，认为该公约实际上已经被世界各国广泛接受，其在国际合作治理网络犯罪上起到了重要的作用，是当今世界打击网络犯罪国际合作的唯一“黄金标准”，因此没有必要制定新公约。[14]

除了对于构建其全球性网络公约的路径选择存在不同意见外，在公约的许多实体内容方面各国也存在明显的争议。在网络犯罪的定罪方面，有些国家主张对于网络犯罪的概念进行统一的规定，比如法国、智利等，而有些国家认为只需要对打击的网络犯罪的行为有普遍认识即可，无需规定网络犯罪的概念，如美国；[15]对于利用网络或计算机实施的传统犯罪是否应该纳入网络犯罪的范畴各国之间也存在不一致的看法。此外，由于各国打击的犯罪侧重点的不同，对于公约应该包含哪些网络犯罪行为也存在不一致的看法。因此，新的网络犯罪公约的谈判过程还存在许多不确定性，在相当长的一段时期内全球性的网络犯罪国际合作治理机制还无法得到明确的适用。

网络犯罪国际合作治理机制的中国方案

路径选择

坚持在联合国框架内构建网络犯罪国际合作机制

相较于将某一区域性网络犯罪公约提升到全球性犯罪公约层面的方法，在联合国框架内进行网络犯罪国际合作治理机制的探讨更能达到世界各国之间的利益的相对均衡。某一国际公约的制定由谁来主导往往会对公约的走向和性质造成重大影响，联合国作为世界上最具有影响力的政府间国际组织，截止至今，世界共有 193 个国家成为其会员国，[16]由它来主持制定网络犯罪公约，更能集结世界上大多数国家的想法和意志，寻求各国在打击网络犯罪方面需求的最大公约数，平衡全球治理与国家主权之间的冲突。而且相较于《布达佩斯公约》严格的加入程序规定来说，联合国框架下的公约更具有开放性和包容性，更能发挥作为一个世

[13]胡健生,黄志雄.打击网络犯罪国际法机制的困境与前景——以欧洲委员会《网络犯罪公约》为视角[J].国际法研究,2016(06):21-34.

[14]李彦.建构新的全球打击网络犯罪公约路径[J].中国信息安全,2018(07):93-94.

[15]张路遥,龚雯聪.联合国打击网络犯罪公约相关法律问题的各国立场[J].中国信息安全,2020(09):85-88.

[16]网络空间合作战略-中共中央网络安全和信息化办公室,网址 http://www.cac.gov.cn/2017-03/01/c_1120552617.htm,访问时间 2021.04.28.

界性合作打击网络犯罪公约的作用。

其次，联合国很早就开始了对于网络犯罪国际合作的关注和研究，早在 1990 年第 8 届预防犯罪和罪犯待遇大会上，联合国便已通过《关于预防和控制与计算机相关犯罪手册》，开始了对于纯粹网络犯罪的关注；2000 年联合国大会授权预防犯罪和刑事司法委员会对网络犯罪问题进行讨论；之后联合国设置了专研网络犯罪问题的打击网络犯罪政府间专家组，并在该专家组意见的基础上形成了《网络 犯罪综合研究报告》；此外，致力于网络空间综合治理议程的国际电信联盟亦是联合国的重要专门机构。[17]因此，在对于网络犯罪的理论研究和世界各国的网络犯罪状况及立法方面，联合国都进行了深入了解，并通过多种国际会议、议程等给予了各国发表其关于网络犯罪的观点、立场的机会。同时，联合国已经正式开启了关于网络犯罪公约的起草工作，因此在联合国框架下进行关于网络犯罪国际合作治理机制的构建更具优势。

2017 年发布的《网络空间国际合作战略》中明确表示了中国在网络空间问题治理中的立场，“国际社会应该本着相互尊重、互谅互让的精神，开展对话与合作，以规则为基础实现网络空间的全球治理。”在网络安全治理方面，中国坚持和平、主权、共治、普惠的基本原则，这与联合国的基本宗旨相一致，因此在联合国框架下构建网络犯罪国际合作治理机制也有利于中国更好实践其在网络治理方面的主张。

多边双边体系共同推进

无论是《布达佩斯公约》的全球化还是在联合国框架下构建新的网络犯罪公约，从短时间来看都无法达到网络犯罪全球合作治理的目标，各国观念之间的差异及立场的不同会使公约的起草和谈判过程充满不确定性，因此，中国在参与联合国框架下网络犯罪公约谈判的同时，也可以从双边或者区域性达成治理网络犯罪的共识入手，推进双边网络犯罪公约的构建，构建以中国为一方缔约者的治理网络犯罪的网状体系，通过加强与发达国家之间的双边合作化解国家之间观念的分歧，初步达成合作治理网络犯罪的目的。同时双边体系的构建还可以为全球性网络犯罪公约的制定提供经验素材与制度路径，在诸多双边公约的基础上完成对全球性网络犯罪国际合作机制的构建。

公约内容设置方面

公约的宗旨应当彰显网络主权原则

《布达佩斯公约》的全球化之所以得到广大发展中国家及新兴网络国家的反对，原因之一在于以美欧老牌网络国家在不同程度上认可网络自由地治理观念，企图通过不受限制的网络访问向全球推行其的价值观念和政治主张。[18]此外，《布达佩斯公约》作为体现欧美价值观念的规则，即使是其他国家顺利加入该公约也无法通过修改公约来表达自身的治理观念，最

[17]蔡高强,焦园博.论联合国框架下网络犯罪国际治理的中国立场[J].中央民族大学学报(哲学社会科学版),2019,46(02):124-133.

[18]安柯颖.跨国网络犯罪国际治理的中国参与[J].云南民族大学学报(哲学社会科学版),2019,36(03):155-160.

终还是老牌的网络国家凭借自身的技术优势在网络犯罪国际治理领域享有主导权。因此，在联合国框架下构建的新的网络犯罪公约应该突出网络主权原则，禁止他国利用网络技术干涉他国内政或者损害他国利益。只有在各国网络主权不受侵犯的前提下，各国才能够参与到国际合作之中，对网络犯罪的治理才能落到实处。

公约实体内容方面

在公约的实体内容方面，公约可以在参考《布达佩斯公约》及其他区域性公约、协议、决议等的基础上，充分考虑到广大发展中国家的网络发展状况以及打击网络犯罪的重点及诉求，在避免盲目扩大网络犯罪所包含的罪行类型的基础上，将国际公认为属于网络犯罪的行为，比如网络金融诈骗、网络洗钱等纳入到网络的调整范围之中。对于只有在部分国家不认为是犯罪行为的罪行，比如网络色情犯罪，公约可以允许各国提出保留，或者规定缔约国均对网络儿童色情犯罪予以打击，同时明确缔约国可基于本国公共利益对网络成人色情犯罪进行打击，其他缔约国可以根据本国情况决定是否对该国予以协助，从而尽可能求得国际共识与协同。

同时，公约还要考虑是否将网络恐怖主义犯罪纳入到网络犯罪治理体制下。网络恐怖主义犯罪是网络犯罪与恐怖主义犯罪结合起来的犯罪类型，目前不论是《布达佩斯公约》还是在打击网络犯罪国际立法都未对这一犯罪类型予以重视。[19]然而网络恐怖主义犯罪确实已经对世界安全、秩序与稳定造成严重的威胁，因此理应被纳入到网络犯罪公约之中。但世界反恐怖主义的有关立法中也存在对于网络恐怖主义犯罪行为的规定，所以对于网络恐怖主义犯罪规定还要兼顾世界反恐怖主义有关的立法及公约，尽力避免在不同公约下对其规定的冲突，进一步加剧国际法碎片化的现象。

管辖权问题方面

由于网络犯罪的跨国性以及网络空间的无国界性，传统刑事法律中所规定的管辖原则对于网络犯罪而言并不能完全适用。确立管辖权是打击网络犯罪的前提，也是公约应当厘清的问题。在管辖权问题上，各类学者众说纷纭，有学者建议对于网络犯罪应采用普遍管辖原则，无论行为人以及受害人的国籍或者所在地，也不论侵害了哪国的利益，各国都有权实施管辖；挪威前法官、网络犯罪问题国际专家 Stein Schjolberg 认为可以建立网络空间国际法庭，专门管辖跨国网络犯罪；此外，还有学者主张以实害联系确定管辖权。[20]无论是哪种主张都无法从根源上解决网络犯罪的管辖权归属问题。所以新的网络犯罪公约在确定管辖权时应当顺应网络犯罪的特征及发展方向，尽可能使世界各国平等的享有管辖权，避免网络犯罪管辖权的过度扩张，保障各国的主权不受侵犯。

[19]陈攀,王肃之.科学构建全球性网络犯罪公约刑事实体规则[J].中国信息安全,2020(09):78-80.

[20]于志刚.“信息化跨国犯罪”时代与《网络犯罪公约》的中国取舍——兼论网络犯罪刑事管辖权的理念重塑和规则重建[J].法学论坛,2013,28(02):94-104.

参考论文

[1] 皮勇.《网络犯罪公约》中的证据调查制度与我国相关刑事程序法比较[J].中国法学,2003.

[2] 郭玉辉.网络社会的国际法律问题研究.武汉大学出版社 2010 年版.

[3] 于志刚.“信息化跨国犯罪”时代与《网络犯罪公约》的中国取舍——兼论网络犯罪刑事管辖权的理念重塑和规则重建[J].法学论坛,2013,28(02):94-104.

[4] 于志刚.缔结和参加网络犯罪国际公约的中国立场[J].政法论坛,2015.

[5] 胡健生,黄志雄.打击网络犯罪国际法机制的困境与前景——以欧洲委员会《网络犯罪公约》为视角[J].国际法研究,2016(06):21-34.

[6] 李彦.建构新的全球打击网络犯罪公约路径[J].中国信息安全,2018(07):93-94.

[7] 李彦.网络犯罪国际法律机制建构的困境与路径设计[J].云南民族大学学报(哲学社会科学版),2019.

[8] 安柯颖.跨国网络犯罪国际治理的中国参与[J].云南民族大学学报(哲学社会科学版),2019,36(03):155-160.

[9] 蔡高强,焦园博.论联合国框架下网络犯罪国际治理的中国立场[J].中央民族大学学报(哲学社会科学版),2019,46(02):124-133.

[10] 李彦.网络犯罪国际法律规则制定与中国方案研究[J].中国社会科学院研究生院学报,2020.

[11] 裴炜.网络犯罪治理国际合作：机制、主题与展望[J].中国信息安全,2020.

[12] 陈攀,王肃之.科学构建全球性网络犯罪公约刑事实体规则[J].中国信息安全,2020(09):78-80.

[13] [13]张路遥,龚雯聪.联合国打击网络犯罪公约相关法律问题的各国立场[J].中国信息安全,2020(09):85-88.

[14] 王肃之.打击网络犯罪国际规则的博弈与中国方案[J].法学论坛,2021.

国际执行便利化与执行豁免

王 卿*

摘要：国际社会为仲裁裁决、和解协议和法院判决的国际执行便利化作出诸多努力，《新加坡调解公约》《海牙判决公约》相继通过。国际执行便利化趋势理论上有利于缓解对外国国家财产的执行难题，但这一效应仅在转向限制执行豁免的国家间表现明显，而在坚持绝对执行豁免的国家间则收效甚微，并且对各国执行豁免理论和规范的影响不大。

关键词：《新加坡调解公约》 《海牙判决公约》 执行便利化 执行豁免

引 言

20 世纪中期以来，国家豁免制度无疑应当是国际法发展和演变最为显著的领域之一。大多数国家转向限制管辖豁免，并建构起较为成熟且相近的制度框架，为民商事领域的私人接近司法提供了关键的法律依据。越来越多的国家被提起诉讼，在外国法院面临实际审判和败诉的判决。当前，管辖豁免对法院管辖权和开展审判活动所产生的障碍作用已被显著减弱。然而，当原告依据胜诉的判决申请强制执行时，却常常受到“执行豁免”的阻拦，因为世界各国对待外国国家财产执行豁免问题的态度均体现出与管辖豁免相分离的立场，并更为谨慎和保守。所谓执行豁免，指的是一国财产免于在另一国法院诉讼中所采取的包括扣押、查封、扣留和执行等强制措施。1在诉讼程序过程中，执行程序是管辖和审判程序的结果。在限制豁免主义理论发展初期，其主要针对的是管辖豁免，并未对执行豁免产生什么影响。然而，随着针对外国国家的诉讼和判决越来越多，“执行难”对法院审判权威和效果的影响成为困扰各国的共同难题，对执行豁免限制主义的呼声也越来越高。执行豁免作为国家豁免最后的堡垒，也开始逐渐朝着限制豁免主义方向发展，只是发展程度和速度没有管辖豁免那样激进而已。

执行豁免既表现为外国国家的一项重要权利，又体现为对法院强制执行措施的抵制。法院面临二难选择，如果选择支持外国国家财产执行豁免，那么相当于否定之前的审判过程和审判结果；如果选择强行执行外国国家的财产，则可能招致对方的强烈抗议甚至对等报复措施。两种考量之间的权衡，最终将国家的执行豁免定格在一个相对适当的范围之中，即外国国家位于法院地国境内的用于商业目的或属于商业性质的财产可以作为被执行的财产范围；除此之外，现有国家豁免立法和条约还将一些特殊种类财产排除在可执行财产范围之外。在初步形成共识的基础之上，实践当中对外国国家财产的实际执行仍然受到多种因素的影响。例如，近几年来，国际社会大力推动国际民商事领域的司法判决、仲裁裁决、和解协议等的跨国流动和执行便利化，除《纽约公约》这一模范条约之外，2018 年和 2019 年相继通过《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（以下简称《新加坡调解公约》）和《承认与执行

* 西安财经大学法学院副教授，法学博士。

本文系国家社科基金《中国国家豁免立法的难点与应对研究》（15XFX024）、中国（西安）丝绸之路研究院 2019 年科研项目《“一带一路”倡议与提升中国司法保障的国际公信力问题研究》的阶段性研究成果。

1 参见龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社 2005 年版，第 267 页。

外国民商事判决公约》（以下简称《海牙判决公约》），并且前者已于 2020 年 9 月 12 日正式生效，这两个公约为顺利执行司法判决和和解协议提供了条约基础。《纽约公约》《海牙判决公约》《新加坡调解公约》这三个旨在推动仲裁裁决、法院判决、和解协议在全球范围内自由流通的条约，由于其并未排除国家作为当事方，因此可能客观上促进对外国国家财产的执行；但是，这并不意味着其对执行豁免问题本身产生任何实质影响。实际上，其仅能在转向限制执行豁免且立法比较相近的国家间产生促进执行的效果。

一、《海牙判决公约》与执行豁免

经过多年酝酿、谈判，2019 年 7 月 2 日，《海牙判决公约》终于获得通过，这是海牙国际私法会议近几年来最重要的谈判成果，标志着全球首个全面确立民商事判决国际流通统一规则的产生。通过当天，包括中国在内的多个国家签署确认了约文内容。根据该公约第 28 条第 1 款之规定，该公约自第二个缔约国批准书、接受书、核准书或者加入书交存满三个月之后的第一个月第一天开始生效，公约为其生效设置了比较宽松的条件。该公约的通过以及未来生效，必然推动民商事判决在全球范围内得以顺利执行，大大提升各国民商事司法的国际公信力。随着《新加坡调解公约》、《海牙判决公约》的相继通过，其与《纽约公约》一道，共同为国际民商事多元纠纷解决机制提供了承认和执行程序的保障。

《海牙判决公约》究竟与外国国家的执行豁免问题有何关联？《海牙判决公约》旨在促进民商事判决在国际间顺利得到承认与执行，如果某国法院所做的民商事判决需要到域外执行败诉方的财产，那么有该公约作为基础，域外执行将会容易很多。同样的逻辑，如果某一判决的败诉方或被申请执行方是某一国家或其政府，胜诉方持有生效的判决到域外法院申请强制执行败诉方的财产，接受申请的法院就有可能以外国国家财产享有执行豁免为由而拒绝执行。此时，如果《海牙判决公约》可以适用，则被请求国法院需根据条约义务，对上述请求予以承认和执行。因此，问题的关键点就在于，《海牙判决公约》是否适用于国家或政府作为当事方的特殊诉讼？在《海牙判决公约》谈判、起草过程中，与会代表充分考虑到这一问题。

涉及国家的判决执行问题主要体现在《海牙判决公约》第 2 条第 4、5 款，第 4 款规定：“不能仅因为诉讼当事人一方是国家包括政府、政府机构或者任何代表国家行事的人这一事实，就将判决排除在本公约适用范围之外。”从第 4 条之规定来看，与国家有关的判决不会仅仅因为主体的特殊性而被排除在公约适用范围之外。何其生教授认为，第 4 款之规定客观上扩大了国家相关判决承认与执行的几率，这是《海牙判决公约》所确立的全球流通机制的自然副产品。2 当然，这并不意味着对外国国家的判决就一定会得到顺利执行，其还必须满足公约规定的判决相互承认与执行的所有条件，主要体现在公约第 5 条和第 6 条。3但是，

2 参见何其生：“《海牙判决公约》与国家相关判决的承认与执行”，《环球法律评论》2020 年第 3 期，第 149 页。

3 第 5 条非常冗长，详细列举了判决承认与执行的诸多条件；第 6 条则极为简略，只是明确“裁定不动产物权的判决，只有在不动产位于原籍国时，才应得到承认和执行。”

第 4 款的规定在实际适用中的确会和外国国家财产的执行豁免权发生碰撞或冲突，是否意味着该公约意图逾越执行豁免这一堡垒而强行推动判决的执行呢？答案是否定的。在执行豁免领域，《联合国国家豁免公约》仅在非常小的范围内采取限制豁免原则，而国内实践也主要体现为比较绝对的豁免原则。《海牙判决公约》的宗旨和功能主要在于为民商事判决在国际范围内流通提供便利，其并不专门调整国家豁免问题，其也无意去触碰这一敏感问题。因此，为了防止引起误解，公约第 2 条第 5 款紧接着作出声明："本公约的任何规定不应影响国家或者国际组织自身及其财产所享有的特权和豁免。"此款之规定意在排除该公约可能对国家豁免问题产生的任何影响或后果。将第 4 款和第 5 款结合起来分析，不难总结出，该公约对国家豁免问题的潜在立场是认可限制豁免主义的。具体而言，在主张限制豁免国家之间以及当属于豁免例外范围内的领域，对外国国家作出的判决可以依据《海牙判决公约》得到顺利执行；如果有些国家坚持绝对豁免主义，或者虽然转向相对豁免但范围十分有限，那么对外国国家作出的判决可能无法以该公约为依据得到执行。但是，无论如何，相较《联合国国家豁免公约》第 21 条而言，《海牙判决公约》下国家相关判决的承认与执行没有如此多限制，条件更为宽松，机制更加灵活。4

《海牙判决公约》第 2 条第 1 款还规定了公约的排除适用范围，与国家行为或活动直接相关的是：武装部队的活动，包括其人员执行公务的活动；执法活动，包括执法人员执行公务的活动；通过国家单边措施进行主权债务重组。5其实，公约排除的其他事项，如核损害责任、知识产权、反垄断事项等，也有可能涉及到国家行为或活动。诸多被排除事项，从侧面反映了谈判国在这些领域无法达成妥协的合意，这些领域成为未来相关判决跨境执行中的疑难问题。如果对外国国家作出的败诉判决与上述事项有关，《海牙判决公约》将不予适用，因此也就不会对外国国家的执行豁免带来任何影响。此外，《海牙判决公约》第 19 条专门规定了对国家有关判决的承认与执行的"声明机制"，6以满足某些国家不愿将此种判决列入该公约约束范围的要求。这一声明机制如果被批准国或加入国广为接受，无疑将会使公约第 2 条第 4 款可能成为"沉睡规则"。

笔者完全同意何其生教授的结论：从绝对意义上看，《海牙判决公约》虽然增加了国家相关判决承认与执行的几率，但本身并无关于管辖豁免和执行豁免的规定，且设置了一系列

4 参见何其生："《海牙判决公约》与国家相关判决的承认与执行"，《环球法律评论》2020 年第 3 期，第 151 页。

5 原文为："(n) activities of armed forces, including the activities of their personnel in the exercise of their official duties;(o) law enforcement activities, including the activities of law enforcement personnel in the exercise of their official duties;…(q) sovereign debt restructuring through unilateral State measures."

6 《海牙判决公约》第 19 条第 1 款："一国可声明其对下列任何一方为当事方的诉讼所做出的判决不适用本公约—（a）该国或代表该国行事的自然人；或（b）该国的政府机构，或为该政府机构行事的自然人。作出这种声明的国家应确保声明不超过必要的范围，并确保明确和准确地界定排除在范围之外的情况。如果一国、该国政府机构或代表其行事的自然人在原诉法院的诉讼中是被告或求偿人，则声明不应区分这两种判决。"

的自我保护机制，因此最终获得承认与执行的国家判决可能并不会大幅度增加。7换言之，尽管《海牙判决公约》的确会对国家的执行豁免权产生一定影响，但这种影响很小，执行豁免立场和范围仍然取决于各主权国家自身的决定。可以预见，由于各国在执行豁免问题上的立场和具体政策尚未取得完全共识，意愿批准或加入《海牙判决公约》的国家必然会十分谨慎考虑第 19 条的“声明机制”，以最大程度上维护本国利益。

二、国际商事仲裁裁决执行与执行豁免

上述《海牙判决公约》涉及的是法院判决执行中可能发生的执行豁免问题，而国际商事实践中还存在大量通过仲裁解决纠纷的案件，当事方达成仲裁协议而排除了诉讼这种解纷方式。事实上，国家及其政府或其他国家机构作为当事一方参加的国际投资、借贷等，常常在合同中订立仲裁条款或专门达成仲裁协议。而国家之间达成的 BITs 中也多包含仲裁条款。通过仲裁方式解决国家与他国私人之间的国际商事纠纷，也会涉及管辖豁免和执行豁免的问题。如前面章节所述，现有国家豁免立法、国际条约以及司法实践基本上都确立了如下规则，如果当事方之间达成书面有效仲裁协议，那么国家一方不能在仲裁机构以及原应管辖法院再就与案件有关的事项提起管辖豁免之抗辩。亦即，管辖豁免对国际商事仲裁管辖权和相关诉讼的限制已经微乎其微了。然而，由于目前国际社会仍然坚持将执行豁免与管辖豁免区别对待，放弃管辖豁免并不意味着放弃执行豁免，而且执行豁免领域的主流立场和规则仍然体现为比较严格的豁免原则。例如《联合国国家豁免公约》第 17 条和第 19 条分别规定了仲裁协议情形下的管辖豁免和执行豁免，但规则表述并不相同。第 17 条规定：“一国如与外国自然人或法人订立书面协议，将有关商业交易的争议提交仲裁，则该国不得在另一国原应管辖的法院有关下列事项的诉讼中援引管辖豁免：（1）仲裁协议的有效性、解释或适用；（2）仲裁程序；（3）裁决的确认或撤销，但仲裁协议另有规定的除外。”按照语义解释，第 17 条暗含着国家订立仲裁协议本身就视为默示放弃管辖豁免的意思。而该公约第 19 条则规定，国家可以在仲裁协议或书面合同中放弃执行豁免，但是要求是“明示”，亦即如果国家虽然同意订立仲裁协议或书面合同，但没有明示表达放弃执行豁免的意思，便不能推论该国放弃了执行豁免。可见，公约的意图非常明确，国家订立仲裁协议，只可作为视为国家放弃管辖豁免的方式，而不能视为放弃执行豁免的方式。实际上，俄罗斯和以色列豁免法直接将签署仲裁协议明确视为默示放弃司法管辖豁免的一种方式，8但并没有将其作为默示放弃执行豁免的依据。因此，仲裁庭对与国家有关的纠纷作出仲裁裁决之后，在执行该仲裁裁决阶段，还可能遭遇国家当事方的执行豁免之抗辩。概言之，当国家一方违约而被私人当事人向仲裁机构提起仲裁申请时，即使获得胜诉的仲裁裁决，执行豁免问题将可能成为该仲裁裁决执行的绊脚石。

当然，上述是按照当下国家豁免法的理论、立法和司法现状进行的分析。如果相关国家

7 何其生：“《海牙判决公约》与国家相关判决的承认与执行”，《环球法律评论》2020 年第 3 期，第 155 页。

8 俄罗斯豁免法第 6 条第 2 款、以色列豁免法第 11 条。

间存在特别协议或安排，或者当事方选择的仲裁机构仲裁规则中对执行豁免问题有特别规定的，应当另当别论。而这些才是引发国际商事仲裁裁决执行与执行豁免问题复杂关系的根本原因。

第一，《纽约公约》作为全球缔约国数目众多、适用情况良好的条约之一，为商事仲裁裁决在全球范围内的流动和执行奠定了重要法律基础，对国际商事仲裁产生了非常深远的影响。该公约第 3 条要求“各缔约国应承认仲裁裁决具有拘束力”，但在执行仲裁协议的准据法上，第 3 条指出“依援引裁决地之程序规则及下列各条所载条件执行之”；该公约第 7 条强调：“本公约之规定不影响缔约国间所订关于承认及执行仲裁裁决之多边或双边协定之效力，亦不剥夺任何利害关系人可依援引裁决地所在国之法律或条约所认许之方式，在其许可范围内，援用仲裁裁决之任何权利。” 这说明，《纽约公约》虽然要求各缔约国承认域外仲裁裁决，也为之设立了诸多不予执行的情形，但在具体执行程序上几乎完全交由各国自行决定。亦即，《纽约公约》并未涉及和规定执行豁免问题。

第二，1998 年版《国际商会仲裁规则》第 28 条第 6 款规定：“每一项仲裁裁决都应当对当事人具有约束力。当事人根据本仲裁规则将争议提交仲裁时应承担立即执行仲裁裁决的义务，视为放弃可以有效放弃的任何其他形式的上诉权利。”该条文是否具有排除执行豁免的效果呢？不同法院采取不同的理解和解释。在引人瞩目的 Creighton 诉卡塔尔政府案中，国际商会仲裁庭作出申请人胜诉的仲裁裁决，卡塔尔政府需要向申请人支付总计约 800 万美元的赔偿金。为了使仲裁裁决得到执行，申请人向法国、美国法院起诉要求执行该仲裁裁决。颇为有趣的是，法国、美国的法院作出了不同的判决，给该案本就复杂的执行程序和执行豁免纷争蒙上一层迷雾。法国法院的推理过程是，卡塔尔既然签订了仲裁协议，且仲裁协议中约定适用《国际商会仲裁规则》，而《国际商会仲裁规则》中的要求“立即执行仲裁裁决的义务”应被视为放弃了执行豁免，但是一般认为放弃执行豁免权并不延伸到与外交活动有关的财产，后者由《维也纳外交关系公约》专门调整，最后法国法院拒绝撤销该裁决。9而受理该案的上诉法院美国哥伦比亚特区巡回法院则从另一条路径作出分析：卡塔尔政府同意就其与原告的合同纠纷在法国仲裁并不构成意图默示放弃在美国提起诉讼的主权豁免；虽然法国是《纽约公约》的缔约国，但卡塔尔却不是该公约的缔约国；此外，对美国《外国主权豁免法》适用仲裁例外并不具有追溯力，卡塔尔没有放弃对属人管辖权的反对，卡塔尔与美国缺乏最低限度的联系，最终裁定美国法院无管辖权，拒绝了 Creighton 的执行请求。10

为了促使仲裁裁决得到执行，通常，胜诉一方当事人会根据败诉国家的财产在国际上的分布情况、所在国对待国家豁免的立场和立法、是否存在执行成功先例等多重因素来考量和选择诉讼策略，甚至不惜在多个国家同时提起执行申请或诉讼。特别是，如果原债权人的债权被国际上的秃鹫公司低价收购，这些秃鹫公司凭借其丰富的诉讼经验和全球财产搜寻布局，

9 参见黄世席：“国际投资仲裁裁决执行中的国家豁免问题”，《清华法学》2012 年第 6 期，第 99 页。

10 Creighton Ltd. v. Government of State of Qatar, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 81 F.3d 118(1999).

在世界范围内寻求败诉国家的财产，以最大程度上获得执行利益。如“刚果（金）案”就凸显了“FG Hemisphere Associates LLC”公司的诉讼能力和经验，只是其完全没有意料到香港需要遵循中央政府的绝对豁免政策，导致其空手而归。这也说明，在请求执行针对外国国家的仲裁裁决上，选择法院现象颇为突出。如果该外国国家主张执行豁免，法院就会适用本国的国家豁免规则。由于国家豁免立法与实践在各国的分立，实际上涉主权国家国际商事仲裁裁决的命运变得又不确定。11

第三，在“投资者-东道国”国际投资仲裁裁决的执行中，同样会面临执行豁免问题。“投资者-东道国”国际投资争议仲裁解决往往有两种法律依据：一是当事方之间合同中的仲裁条款或专门达成的仲裁协议，二是东道国与外商投资者母国之间的 BIT 或共同作为缔约国的多边条约中的仲裁条款。在国际投资实践中，当事方倾向于将“投资者-东道国”国际投资争议提交 ICSID 仲裁中心来解决，当然近年来也有不少选择非 ICSID 仲裁机构去解决的12。ICSID 公约第 54 条一方面要求缔约国承认和执行公约体制下的仲裁裁决，缔约国的司法机构不得对 ICSID 仲裁裁决进行司法审查，只能予以承认和执行；另一方面又规定裁决的执行应受被请求执行国现行法律的管辖。紧接着，第 55 条作出声明：“第 54 条的规定不得解释为背离任何缔约国现行的关于该国或任何外国执行豁免的法律。”显而易见，ICSID 仲裁裁决的执行程序的开展需要遵照被请求执行国家的法律，若被请求执行国和败诉的外国国家都坚持限制豁免原则且内容比较接近，又都属于 ICSID 公约的缔约国，那么 ICSID 仲裁裁决的执行会比较顺利。反之，如果该国秉持绝对豁免论，那么被诉国家的执行豁免抗辩会严重影响仲裁裁决的执行力。例如，美国由于在国家豁免问题上的限制主义立场十分明显，即使被执行国提出执行豁免的抗辩，一些美国法院也会以 FISA 中的商业例外、执行豁免默示放弃等理由以及 ICSID 公约第 54 条之规定，对 ICSID 仲裁裁决予以执行。ICSID 公约体制下的仲裁裁决执行尚且如此，更毋庸说那些非 ICSID 仲裁了。具而言之，如果双方采取的是投资者与东道国间的特设仲裁方式来解决他们之间的投资争议，仲裁裁决的执行要比 ICSID 仲裁裁决的执行更加艰难，因为其执行的主要依据是《纽约公约》，如前所述，《纽约公约》并未对执行豁免的主张设置任何限制，完全依赖被请求国的国内法和司法先例，执行仲裁裁决可能更容易被主权国家的执行豁免抗辩所阻碍。

事实上，绝大多数 ICSID 仲裁裁决中的败诉国都主动履行了裁决规定的支付义务。但是，某些缔约国可能出于多种因素的考虑，也会拒绝执行 ICSID 裁决，或者通过其他手段来避免 ICSID 仲裁裁决的执行。例如在 ICSID 涉案最多的阿根廷，曾经通过重新协商公共合同、延长偿付债务时间、申请撤销仲裁裁决等多种手段来回避 ICSID 仲裁。有人指出，“让原告在投资者诉东道国案件中胜诉，尔后却用国家豁免去阻挠投资者获取胜诉的‘果实’，这样难免会让胜诉的投资者进退两难，并且使他们掉入一个貌似成功却难以执行的高额诉讼的陷阱

11 参见杨玲：“论国际商事仲裁裁决执行中的国家豁免”，《当代法学》2012 年第 5 期，第 142 页。

12 例如依据联合国国际贸易法委员会仲裁规则、投资者与东道国间的特设仲裁、国际商会仲裁规则等进行仲裁。

之中。”13长此以往，必然会动摇外国投资者来东道国投资的信心，除非东道国政府有意实施单边主义或投资保护主义，否则将会极大威胁到东道国的营商环境，不利于对外招商引资。

综上，即使有些条约仲裁规则中规定了一些较为强硬的缔约国必须执行仲裁裁决的要求，但仍然把执行豁免问题留给缔约国根据本国国内法自行处理。执行豁免无疑是阻碍仲裁裁决执行的最后一道屏障，因各国对执行豁免立场和规则的不同而差异明显。

三、《新加坡调解公约》与执行豁免

伴随着多元化纠纷解决机制在国际商事领域的提倡和推广，调解方式因其低成本、适应性强、和谐解纷等诸多优势，已经成为国际商事纠纷解决机制中的后起之秀。尽管调解向来被称作“东方瑰宝”，但在中国之外的其他国家，调解亦已非常普遍，甚至被不少国际条约、国际组织所采用。《联合国国际贸易法委员会调解规则》早在上个世纪八十年代就对调解的重要作用进行了阐述和肯定；国际投资争端解决中心也意识到了调解对于解决国际投资纠纷的独特作用，在实际工作中也会采用调解解决国际投资争端；许多国家也不乏成熟的调解（和解）机制、独立的调解机构以及较完善的调解规则14。相比诉讼和仲裁，诉讼外或仲裁外调解最大的劣势是和解协议往往不具备强制执行效力。而在国际商事调解中，和解协议在他国原则上也不具备强制执行力。为了解决此问题，联合国国际贸易法委员会经过 4 年多的研究，拟定了《新加坡调解公约》，并在 2018 年联合国大会上获得审议通过。2019 年 8 月，该公约开放签署，包括中、美、韩、印在内的 46 个国家和地区开放当日就签署了该公约。公约旨在解决国际商事调解达成的和解协议的跨境执行问题，赋予了和解协议与法院判决、仲裁裁决同等的执行力，明确准许一方当事人申请执行和解协议，可直接诉至缔约国法院，不必先取得法院的违约判决。因此，形成了对协议双方严格履行和解协议的震慑作用。虽然该公约尚未生效，但是在加强和解协议执行力方面为世界各国提供了解决方案。

《新加坡调解公约》与执行豁免会产生一定联系，但并不等于说《新加坡调解公约》一定会对执行豁免问题本身产生重要影响。首先，《新加坡调解公约》并未排除国家或政府作为当事人一方的和解协议。该公约并未像《海牙判决公约》那样明确声明本公约“不能仅因为诉讼当事人一方是国家包括政府、政府机构或者任何代表国家行事的人这一事实，就将判决排除在本公约适用范围之外”，但其第 8 条又规定了保留机制：“公约缔约国可声明：（a）对于其为一方当事人的和解协议，或者对于任何政府机构或者代表政府机构行事的任何人为一方当事人的和解协议，在声明规定的限度内，本公约不适用。”这就意味着，如果缔约国未作出此种保留，那么该公约同样适用于与国家相关的和解协议。这样一来，如果和解协议的当事方之一是某一国家或其政府或有权代表该国的机构，在非保留国之间，此种和解协议是属于《新加坡调解公约》适用范围之中的。其次，公约第 3 条第 1 款要求：“本公约每一

13 C. Schreuer，State Immunity: Some Recent Developments（1988），p.125. 转引自[美] 安德里亚·比约克隆：“国家豁免与‘投资者—国家’仲裁裁决的执行”，张启扉译，《现代法治研究》2018 年第 4 期。

14 具体可参见初北平：“‘一带一路’多元争端解决中心构建的当下与未来”，《中国法学》2017 年第 6 期，第 83-84 页。

当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议”，即缔约国有履行条约之义务并依据条约对域外和解协议予以执行，但具体执行程序的准据法仍是缔约国之国内法。换言之，公约并不妨碍和解协议执行国依据本国执行豁免之规则决定是否执行该和解协议。事实上，《新加坡调解公约》并未规定任何与国家豁免有关的条款，所谓与执行豁免产生一定关联也仅仅是实践中可能遇到的一种特殊情况：如被申请执行的和解协议的一方是外国国家，而恰好该国基于特殊原因对和谐协议表示反悔，于是在执行阶段提出国家财产执行豁免之抗辩，此时被请求执行国不得不考量此种执行豁免之请求是否符合本国法，是否与《新加坡调解公约》义务相违背。然而，没有哪个国家会轻易就调解达成的和解协议事后反悔。调解最大的优点是以相互尊重为基础实现友好解纷，以程序灵活、高度自治而实现调解结果的可接受性。在国际商事调解中，调解员为双方提供沟通、协商服务，充分尊重争议双方的意见，和解协议完全是基于双方当事人自愿达成的。因此，在调解过程中，每个当事方都有充分表达自己意愿和考虑的机会。除非有特殊情况，否则任何一方反悔和不执行和解协议，将会严重影响其商业信誉或声誉。对国家来讲，更是如此。所以，上述推论仅仅只是理论上的一种或然结果，实践中实际发生的可能性很小。

结 语

综上所述，《海牙判决公约》《新加坡调解公约》《纽约公约》以及国际仲裁机构的仲裁规则旨在推动法院判决、和解协议和仲裁裁决国际执行的便利化，其均未专门规定执行豁免问题，但又都会在一定程度上促进国家作为当事方的裁决或协议的执行，从而在客观结果上可能与执行豁免产生一定关联，被执行国家的执行豁免堡垒仍然强而有力。只是，三者不同之处在于，《海牙判决公约》处理的是具有严格司法性质的“诉讼判决”，且并不一定以国家的合意或同意为前提，因此执行豁免对判决执行的妨碍依然存在；而《纽约公约》及其他国际仲裁规则处理的是“仲裁裁决”，《新加坡调解公约》处理的是“和解协议”，此二者不仅以国家合意为发生前提，而且不具有司法性质，15被执行国基于这种合意往往会主动履行仲裁裁决或和解协议，执行豁免问题实际发生的概率很低。这三个公约本身其实并未对缔约国的国家豁免政策产生影响；相反，无论是判决、仲裁裁决抑或和解协议，其跨国执行在客观上仍然会受到被请求国执行豁免立场或规则之限制。总而言之，尽管国际社会在推动法院判决、仲裁裁决抑或和解协议跨国执行的便利化方面作出诸多努力，这种努力的效果似乎在转向限制豁免的国家间表现更加明显，而在比较保守的国家间则收效甚微。

15 参见何其生：“《海牙判决公约》与国家相关判决的承认与执行”，《环球法律评论》2020 年第 3 期，第 151-152 页。

论我国间接管辖权制度的构建

王祥修[1] 马伯尧[2]

摘要：外国法院具有管辖权是一国承认与执行外国法院判决的前提条件，而各个国家对间接管辖权的规定却各有不同，可以分为实际联系模式、被请求国模式和清单模式。2019年通过的《承认与执行外国民商事判决公约》采用了清单模式，体现了多边公约对间接管辖规定的新趋向。我国的国内法并未对间接管辖权加以规定，双边司法协助条约中也存在多种标准，互惠原则也为我国司法实践增加了难度。为了解决此种困境，我国在立法上可采用清单模式，细化间接管辖权的各类标准；在司法上积极发挥互惠原则的功效，主动降低互惠原则的标准；在国际上要积极参与多边公约，贡献中国智慧。

关键词：间接管辖权；承认与执行外国民商事判决公约；双边司法协助条约；清单模式

Abstract: The jurisdiction of foreign courts is a precondition for the recognition and enforcement of foreign court judgments, but the provisions of indirect jurisdiction vary from country to country, it can be divided into the practical linkage model, the requested country model and the list model. The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign in Civil and Commercial Judgments issued in 2019 adopts the list model, reflecting the new trend of indirect jurisdiction provisions in multilateral conventions. Our country’s domestic law does not provide for the indirect jurisdiction, there are many standards in bilateral judicial assistance treaties, and the principle of reciprocity also adds difficulties to our judicial practice. Our country has made corresponding measures in legislation, judicature and international level. In legislative, our country adopts the list model to refine the standards of indirect jurisdiction. In judicature, our country actively plays the effect of the principle of reciprocity and actively reduces the standard of the principle of reciprocity. In the international arena, our country should actively participate in multilateral conventions and contribute Chinese wisdom.

Keywords: Indirect Jurisdiction; Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in civil or Commercial Matters; Bilateral Mutual Legal Assistance Treaties; List Model;

引言

法院判决在世界范围内的自由流通已成为当今国际社会关注的焦点，而判决自由流通的

[1]王祥修：上海政法学院国际法学院教授、博士、硕士研究生导师，研究方向为国际经济法学、国际私法学等。邮编：201701；联系电话：13916181060；联系邮箱：wxx5167@163.com。

[2]马伯尧：上海政法学院国际法学院 2020 级硕士研究生，研究方向为国际经济法学、国际私法学。

基本条件是国家在司法领域之间的互相合作。承认与执行外国法院判决首先要求外国法院具有管辖权，但不同国家对间接管辖权的规定各有不同，这就为法院判决在世界范围内流通带来了一定的难度。为了推动判决的全球司法合作，海牙国际私法会议历经多次谈判，于 2019 年 7 月通过了《承认与执行外国民商事判决公约》，对间接管辖权的标准进行详细列举，为各国提供了明确的标准。由于我国国内立法对间接管辖权制度未加以规定，双边司法协助条约存在多种标准并且互惠原则又没有发挥应有的作用，这为我国的国际司法合作造成了阻碍。因此，本文通过分析各国关于间接管辖权的规定，结合公约最新的发展，来探索我国间接管辖权制度的模式选择、标准细化等相关问题。

一、间接管辖权制度概述

间接管辖权是一般管辖权的一种，是相较于直接管辖权而言的。直接管辖权是指根据一国的国内法规定来判断对某一国际民事案件是否具有管辖权；而间接管辖权是根据一国法律来判断外国法院判决在该国有没有效力的问题，也就是外国法院的判决能否在该国得到承认与执行。[3]间接管辖权和直接管辖权的区别主要体现在：（1）直接管辖权主要维护一国的独立司法主权，而间接管辖权主要保证双方当事人在原审国享有公平的管辖权。（2）直接管辖权不仅解决国内法院对国际民商事案件管辖权问题，而且还解决该案件由哪一国内法院管辖等问题，而间接管辖权只解决外国法院是否享有管辖权问题。

原则上，任何国家法院的判决只能在该国领域范围内发生法律效力，不发生域外效力。问题就在于：一国法院作出的判决是否在判决地以外的其他国家具有法律效力。如果一国法院的判决得不到外国法院的承认与执行，不仅导致诉讼双方当事人争议得不到决，当事人的合法权益得不到有效保护，诉讼利益也会受到损害，而且也无法维护国际法律关系的稳定，更不能促进法院判决的全球流通。因此，确立间接管辖权制度更有利于使法院判决在他国得到承认与执行，也对国际民事诉讼具有重要意义。

二、间接管辖权制度的国外立法

纵观国外情况，间接管辖权制度具有代表性的国家有美国、德国以及瑞士，由于这些国家的法律制度存有差异，也导致了对间接管辖权制度的规定有很大的差别。

（一）美国关于间接管辖权制度的法律规定

美国承认与执行外国法院判决的前提条件是外国法院需对案件具有属人管辖权和诉讼标的管辖权。[4]在大多数情况下，美国对外国法院管辖权的判断主要依照实际联系标准，[5]即在审查间接管辖权时都会考虑原判决与当事人之间是否具有密切联系，以确定请求法院是否对该案具有间接管辖权。美国在《统一外国金钱判决承认法》规定了以美国管辖权标准来判断外国法院的管辖权。其第 5 节对此加以规定，列举了外国法院具有管辖权的 6 种具体情形，以此来判断美国法院是否予以承认外国法院判决。

[3] 韩德培：《国际私法》，高等教育出版社 2014 版，第 488 页。

[4] 张茂：《美国国际民事诉讼法》，中国政法大学出版社 1997 版，第 282 页。

[5] 张珂：《我国间接管辖权审查规则之构建研究》，首都经济贸易大学 2019 年硕士学位论文，第 11 页。

（二）德国关于间接管辖权制度的法律规定

德国是以被请求国标准来判断外国法院的管辖权，是“映像原则”的典型代表。德国法院依照其《民事诉讼法》中有关直接管辖权的规定来判断外国法院是否具有间接管辖权。[6]例如德国《民事诉讼法》第 328 条规定，外国法院请求德国法院承认与执行其判决时，德国法院要求外国法院对案件具有管辖权，而对外国法院管辖权的判定则需依据德国法律中关于管辖权的规定。由此可知，除非有其他特别规定，若依照德国法规定外国法院享有管辖权，那么外国法院就对案件就具有管辖权；反之亦然。

（三）瑞士关于间接管辖权制度的法律规定

瑞士是清单模式的典型代表，《瑞士联邦国际私法典》第 26 条以列举的方式规定了外国法院所具有管辖权的情形。[7]瑞士采用以法典的形式，具体列举其直接管辖权和间接管辖权。在其他分编中，瑞士针对不同的法律类型也分别列举了间接管辖权的依据。例如外国法院关于不动产的管辖权规定在该法第 108 条中，该条定了被告住所地、动产所在地且拥有惯常居所地所在的国家拥有对不动产案件的间接管辖权。

三、间接管辖权制度的国际公约规定

2019 年，《承认与执行外国民商事判决公约》（以下称“《公约》”）在海牙国际私法会议第 22 届外交大会上顺利通过，是民商事判决在国际流通方面最具影响力的国际公约，对加强国际民事和商事领域司法合作具有重要意义。

（一）公约的谈判历程

1992 年，美国代表提议为民事诉讼管辖权和判决的承认与执行建立统一的全球规则，此项提议得到了大多数国家的积极响应，由此海牙会议开始建立工作组讨论“判决项目”。于 1999 年 10 月形成了《民商事管辖以及外国判决公约》草案，由于美国和欧洲对该草案的绝大多数内容存有争议，双方也未对主要条款达成一致，导致工作陷于“停滞”状态。为了继续推动“判决项目”的进行，海牙会议首先通过了各方争议较小的《选择法院协议公约》，但由于《选择法院协议公约》适用范围过于狭窄，没有达到承认与执行外国法院判决领域的预期效果，海牙会议于 2012 年重新启动“判决项目”的谈判。历经 4 年的谈判准备，于 2015 年达成了一份新的草案。此后，海牙国际私法会议于 2016 年至 2018 年间召开了 4 次特委会，直至 2019 年 7 月 2 日在外交大会协商一致通过该公约。

（二）公约的主要内容

公约第 5 条对承认与执行外国法院判决的基础作出规定，主要是从管辖权的角度，规定

[6] 李旺：《略论作为承认和执行外国法院判决的条件的一般间接管辖权》，载《国际法学论丛》2001 年第 1 期。

[7]《瑞士联邦国际私法典》第 26 条规定：外国法院基于下述原因，获得对案件的管辖权：（一）依本法规定所取得的管辖权，或被告在作出判决的国家拥有住所地的；（二）涉及财产继承时，当事人依本法规定订有协议自愿将案件提交法院的；（三）涉及财产继承时，被告应诉没有提出异议的；（四）在反诉案件中，作出判决的法院对原诉有管辖权的。

哪些案件在原审国法院可以获得承认与执行，被形象的称为“管辖权过滤器”。[8]第 5 条第 1 款规定了 13 项判决承认与执行的基础，只要原审法院判决满足其中一项就可以得到承认与执行。这些管辖权基础可以分为三类：一是与被告相联系，例如被告惯常居所地、被告分支机构或代理机构所在地。二是要求当事人一方表示同意，如被告明确表示同意管辖等。三是强调争议的实际联系，如合同履行地、不动产所在地等。

公约第 6 条和第 7 条分别对不动产的专属管辖权和拒绝承认或者执行外国法院判决的情形作出规定。从公约第 7 条可以看出，公约使用了“可以”而不是“拒绝”的措辞。因此，即使上述情形存在，被申请国法院对于外国法院的判决仍可以自行决定是否予以承认或执行。这最大程度上给予了被请求国法院一定的自由裁量权，[9]可以最大程度上来保证外国法院判决得到承认与执行。公约第 15 条的规定表明了公约和国内法的关系，即一国可以根据国内法的具体规定来承认与执行外国法院的判决。

（三）中国的立场

中国代表团是公约谈判的重要参与方，对公约存在重大分歧的问题上提出了很多建设性的意见，为公约的最终通过起到了关键性的作用。例如针对知识产权问题，我国对知识产权问题保持开放的态度，也同时强调知识产权具有严格的地域性，公约不能突破其地域性，这项主张得到大多数国家的支持。[10]各国对反垄断问题意见不一，各持己见，中国代表团提出增加“垄断行为和效果均发生在原审国”的限定，得到了各方的接受，扫除了公约的最后障碍。[11]

四、间接管辖权制度的我国立法现状及不足之处

我国法律对间接管辖权规定存有不足，《中华人民共和国民事诉讼法》并未对间接管辖权作出规定，最高法也未发布相关司法解释，双边司法协助条约又存在多重标准。双边司法协助条约虽以互惠原则将其灵活对待，但由于我国对互惠原则的适用极为严格，对判决的承认与执行反而增加了难度，也导致了近年来我国承认与执行外国法院判决的案件并不多。因此，构建我国的间接管辖权制度正逢其时。

（一）我国间接管辖权的法律制度存有空白

我国《民事诉讼法》中并没有直接规定间接管辖权条款，《民事诉讼法》第 265 条虽规定了涉外诉讼的管辖权条款，但从性质来看，其属于直接管辖权条款。我国对承认与执行外国法院判决的规定包含在《民事诉讼法》第 281 条和第 282 条以及最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉解释（2020 修正）》（以下简称“《解释》”）第 544 条中，

[8] 孙笑非、吴琼，《〈承认与执行外国民商事判决公约〉评介与展望》，载《国际法学刊》2019 年第 1 期。

[9] 宋建立《〈承认与执行外国民商事判决公〉及对我国的影响》，载《人民司法》2020 年第 1 期。

[10] See Prel. Doc. No 10 of April 2019 – Report of information working group 1Ⅰ- Intellectual Property Rights, 载于海牙会议网站.

[11] See Prel. Doc. No 6 of April 2019 - Report of informal working group V – possible exclusion of anti-trust (competition) matters, 载于海牙会议网站。

但也仅作出了程序性和原则性的规定。另外，最高法在《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定（2020 修正）》（以下简称“《规定》”）第 12 条规定了承认与执行外国法院判决需以外国法院具有管辖权为前提，但该条未规定如何判断外国法院具有管辖权及其标准，其适用范围比较狭窄，只能适用于离婚案件，在司法实践中不能很好地适用。[12]

（二）我国承认与执行外国法院判决实践较少

1．承认与执行外国法院非离婚判决

截止到 2021 年 2 月，笔者通过北大法宝数据库搜索以“外国离婚判决”为关键词的案件，检索到我国承认与执行了 23 起外国法院非离婚判决。我国法院在受理涉外非离婚判决时，主要根据以下几种情况来判断外国法院的间接管辖权：（1）依据条约关系。例如波兰弗里古波尔股份有限公司案。[13]（2）依据互惠原则。例如刘某与陶某等申请承认和执行外国法院民事判决案。[14]（3）若未与我国签订条约或建立互惠关系则予以拒绝承认和执行。例如俄罗斯国家交响乐团案。[15]

2．承认与执行外国法院离婚判决

截止到 2021 年 2 月，笔者使用北大法宝数据库搜索以“外国离婚判决”为关键词的案件，检索到我国承认与执行了 760 起外国法院的离婚判决。对于涉外离婚案件，我国法院主要依据《中华人民共和国民事诉讼法》《解释》以及《规定》来审理。从《解释》第 545 条规定可以看出，如果外国法院未与我国缔结或签订国际条约，或未建立互惠关系，外国法院的离婚判决也能够在我国法院得到承认与执行。

在花柱元案[16]中，我国法院依照互惠原则，依据《规定》第 12 条对五种情形进行逐一审查，对美国法院离婚判决予以承认和执行。另外，在汪潇潇 CHENGCHIANGSENG 案[17]中，我国与马来西亚并未缔结或参加国际条约、也没有缔结相关司法协助条约，但我国法院依据《解释》第 545 条第 1 款的规定以及《规定》第 12 条规定，判决予以承认与执行马来西亚法院的离婚判决。

由于我国缺乏对间接管辖权相应的规定，从而导致我国法院在审理中难以找到判案的依据，因此近年来我国处理承认与执行外国民商事案件数量并不多。但由于外国离婚案件，我国法院仅对外国法院的管辖权进行审查，所以我国近年外国离婚案件在外国法院判决的承认与执行中占据很大比重。

（三）我国签订的双边司法协助条约对间接管辖权的规定存在多种标准

---

[12] 王利华：《外国法院判决承认与执行中的管辖权标准研究》，中国政法大学 2008 年硕士毕业论文，第 20 页。

[13] 最高人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的典型案例之八：波兰弗里古波尔股份有限公司申请承认和执行波兰共和国法院判决案

[14] 刘某与陶某等申请承认和执行外国民事判决案—外国法院判决承认与执行中互惠原则的适用，参见（2015）鄂武汉中民商外初字第 00026 号。

[15] 参见（2004）二中民特字第 298 号

[16] 参见（1996）筑民字第 1 号

[17] 参见（2019）琼 02 协外认 2 号

对我国与其他国家签订的双边司法协助条约中关于间接管辖权的规定进行分析，大致可以分为以下三种类型：

一是我国与俄罗斯、塔吉克斯坦、乌克兰等 8 个国家[18]签订的双边司法协助条约中规定不得违反被请求方法院的专属管辖权。例如《中华人民共和国和塔吉克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助条约》，由于此种类型仅规定专属管辖权，其间接管辖权标准太过于宽泛，1997 年我国与乌兹别克斯坦签订后，我国再也没有签订此种类型的双边司法协助条约。

二是我国与立陶宛、匈牙利、土耳其、蒙古等 14 个国家[19]签署的双边司法协助条约中规定应适用被请求国的国内法来审查外国法院的管辖权。例如《中华人民共和国和土耳其共和国关于民事、商事和刑事司法协助条约》。这是目前我国签订最多的双边司法协助条约，但由于此类条约容易导致管辖权争议，所以近年来此类条约的数量一直在减少，2010 年我国与阿尔及利亚签订后，就再也没有签订此种类型的条约。

三是我国与塞浦路斯、埃及、越南、科威特等 12 个国家[20]签订的双边司法协助条约中详细列举了管辖权标准来审查外国法院的管辖权。[21]例如《中华人民共和国和保加利亚共和国关于民事司法协助的协定》。条约将管辖权标准大致分为 8 类，[22]并且对我国的专属管辖权作出单独规定。此种类型是国家间在谈判过程中互相协商产生的，对管辖权的标准达成了一致的共识，有利于解决判决自由流通中管辖权障碍问题，[23]这就为法院判决的流通提供最低限度的标准，是解决管辖权冲突的有效途径。但在各国的政治、经济、文化、法律传统等千差万别的条件下，必定不能详尽列举所有管辖权标准，势必会发生遗漏。2010 年以后，我国与外国签订的双边司法协助条约都是此种类型。

我国双边司法协助条约的适用范围较为复杂，对判决范围的规定各不相同，而且大部分条约尚未对判决的范围做出具体的阐述。有学者认为，不同的双边协定规则会导致多重标准，不仅给法院审查带来困难，同样也会增加法院不必要的负担。[24]

---

[18] 涉及的国家有：哈萨克斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、吉尔吉斯斯坦、希腊、乌克兰、白俄罗斯、俄罗斯

[19] 涉及的国家有：巴西、阿尔及利亚、阿根廷、朝鲜、立陶宛、摩洛哥、匈牙利、土耳其、保加利亚、古巴、罗马尼亚、蒙古、波兰、法国

[20] 所涉及的国家有：埃塞俄比亚、波黑、科威特、秘鲁、阿拉伯联合酋长国、老挝、突尼斯、越南、塞浦路斯、埃及、意大利、西班牙

[21] 何其生：《间接管辖权制度的新发展及中国的模式选择》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020 年第 5 期。

[22] 此 8 种情形为：（1）诉讼时存有住所或居所。（2）被告法人须在原审法院地存有代表机构并从事商业活动。（3）被告明示同意或默示法院管辖，并且被告对案件实质性的问题进行答辩，未提出异议。（4）合同案件，由合同签订地、履行地或标的物所在地法院管辖。（5）侵权案件，由侵权行为地或结果地法院管辖。（6）抚养案件须在原审法院地存有住所或居所。（7）继承案件，由被继承人死亡时住所或主要遗产所在地法院管辖。（8）不动产则由不动产所在地法院管辖。

[23] 刘力，《“一带一路”国家间法院判决承认与执行的理据与规则》，载《法律适用》2018 年第 5 期。

[24] See King Fung Tsang, “Chinese Bilateral Judgment Enforcement Treaties” 40（1）Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 19-22 （2017）

（四）双边条约中的互惠原则未充分适用

日本“五味晃”案使互惠原则在我国得以确立。[25]最高法院通过此案确立的是严格互惠和实际互惠标准：即须我国与他国存有互惠条约或存有互惠实践，这种互惠关系才得以在我国得以承认。我国法院首先要求他国法院具有承认与执行我国法院判决的司法实践，由此我国才可以对他国适用互惠原则，对互惠原则的适用极为严格。同样由于国家总是优先考虑其本国的利益，法院会关注其法院判决能否在其他国家得到同样的尊重，这样就会导致陷入“囚徒困境”。也会容易导致我国法院会直接推定与外国法院不具有互惠关系，导致成为他国法院报复我国法院的工具，不利于实现判决自由流动的目标。[26]

五、我国间接管辖权制度构建的建议

通过对美国、德国、瑞士间接管辖权立法模式以及《承认与执行外国民商事判决公约》的分析，我们认为我国间接管辖权制度的立法宜借鉴瑞士经验，采用清单制立法模式（简称“清单模式”）。

（一）借鉴外国经验采取清单模式

我国可以借鉴以瑞士为代表的采取“清单模式”来详细列举关于管辖权的规定。通过列举外国法院具有管辖权的具体类型，从而为被请求国法院提供明确的标准，也为当事人提供了可预测性的标准。《承认与执行外国民商事判决公约》作为近年来间接管辖权制度的最新发展成果，条约中有关间接管辖权制度的规定也是采用了“清单模式”，并通过协商一致的方式，得到了谈判各国的认可，对我国间接管辖权制度的构建具有极大的参考意义。

我国不宜采用以美国为代表的实际联系原则来判断外国法院的管辖权。美国的做法虽然比较灵活，注重原审法院判决与当事人的密切联系，有利于实现公平。[27]但是其概念过于模糊，经常在不同的法院对同一事实得出不同的结果。我国也不宜采用以德国为代表的适用被请求国的法律。我国有学者认为我国对于间接管辖权的审查应采用此种模式，可以通过本国法律的规定达到对外国法院管辖权的行使加以必要的限制，避免外国法院行使过分管辖权。[28]但此种模式会导致原审国和被请求国在适用法律审查管辖权时，各自认定都具有管辖权，容易发生管辖权冲突

（二）细化间接管辖权标准

在确定清单模式后，我国间接管辖权制度的构建还需进一步细化间接管辖权标准。

1.间接管辖权标准

（1）惯常居所。“惯常居所”是法院与被告具有足够联系的连接点。我国在双边司法协助条约中采用了惯常居所标准。《承认与执行外国民商事判决公约》中也采用了惯常居所这一标准。较于法人而言，其国外的代表机构代表了总部的权利和利益，也相当于惯常居所。

[25] 丁小巍、王吉文，《论我国互惠原则的司法改进》，载《学术交流》2018 年第 8 期。

[26] 黄志慧：《我国判决承认与执行中互惠原则实施的困境与出路》，载《政法论坛》2018 年第 6 期。

[27] 张珂：《我国间接管辖权审查规则之构建研究》，首都经济贸易大学 2019 年硕士学位论文，第 11 页。

[28] 濮云涛：《中外双边司法协助协定间接管辖权条款的模式和规则》，载《华东政法大学学报》2020 年第 1 期。

但规定这一管辖权依据的条约并不常见，也容易引起争议，因此可以考虑加入“其他派出机构”。

(2)协议管辖。协议管辖以双方当事人同意为前提，体现了双方当事人的意思自治，也是国际社会公认的一项基本法律原则。我国虽然已经签署《选择法院协议公约》，但考虑并不是所有的国家都加入此协议，我国应考虑将非协议管辖纳入到管辖权标准当中。

(3)推定管辖。在大陆法系中，推定管辖是指被告对法院的诉讼行为不服，来对实质问题进行答辩,而对于原告的诉讼行为则成为“反诉”[29]。对此种管辖权类型的标准，可以借鉴《承认与执行外国民商事判决公约》中的做法，将其分为三个条款：被告同意管辖；被告对实质问题进行答辩；反诉。

(4)合同案件。合同争议与法院地最密切联系的连接点是合同履行地，《承认与执行外国民商事判决公约》中也只规定了合同履行地，而我国规定将合同签订地与合同履行地作为确定合同案件管辖权的依据。由于各国立法的不同，在制定此项规则时可以采取合同履行地法院管辖为主并辅以最密切联系原则的方式来加以完善。[30]

(5)侵权案件。在某些特殊情形下，侵权行为地和侵权结果地两者是会发生分离的。但确立侵权结果地法院管辖不仅全面考虑了侵权案件的连接点，同时也有利于维护原告的合法权益。

(6)继承案件。继承案件，由被继承人死亡时住所地、居所地或主要遗产所在地法院管辖。继承案件的规定大都可以在我国与其他国家签订的双边司法协助条约中得以体现，另外《瑞士联邦国际私法》第 96 条规定了被继承人死亡时最后住所地或死亡时不动产所在地法院管辖。

(7)抚养案件。我国双边条约中抚养案件要求债权人在起诉时在原审国具有住所或居所。我国《民法通则》第 8 章第 148 条规定将做密切联系原则引入涉外抚养案件。最高法在《民通意见》第 189 条通过最密切联系原则加以“国籍”“住所”“财产所在地”连接点将其具体化。由于被抚养人在此类案件中总是会处于不利地位，我国法院在制定间接管辖标准时可以将最密切联系原则加以适用，不仅可以保护弱者权益，也可以给予法院一定的自由裁量权，简化了法官选择法律时的负担。[31]

2.纳入专属管辖权条款

专属管辖权是避免外国法院侵犯本国司法主权的重要制度，体现了对维护社会公共利益的重要性。我国《民事诉讼法》明确规定对三资企业的专属管辖权，同时在双边司法协助条约中大都也具有对专属管辖权的规定。对此，我国在制定间接管辖权规则时，应明确规定双方缔约关于专属管辖权的法律。

---

[29] 田平安：《民事诉讼法原理》，厦门大学出版社 2009 版，第 56 页。

[30] 乔雄兵、王怡文：《“一带一路”倡议下外国判决承认与执行中的间接管辖权问题研究》，载《武大国际法评论》2017 年第 5 期。

[31] 许睿：《浅析我国未成年人涉外监护与抚养的法律适用问题》，载《法制与社会》2009 年第 5 期。

3.以最密切联系原则为补充

清单式的间接管辖权模式不能穷尽列举管辖权的标准，当出现遗漏时，可能会给法院带来很大的负担。由此，我们可以借鉴美国的实际联系原则，给予我国法官一定的自由裁量权，如若案件与原审法院存在实际联系，可以认定原审法院具有管辖权。同时，自由裁量应有一定的限制，可以参照最密切联系原则的判断标准确定法院与案件的实际联系，可以做到列举式和灵活式的相互补充。

因此，对于《民事诉讼法》中关于间接管辖权的条款可以作如下规定：作出判决的外国法院符合下列情形之一的，即为对案件具有管辖权：（1）在提起诉讼时，被告在外国境内有惯常居所；（2）被告因其商业活动引起诉讼时，在该外国境内设有代表机构或其他派出机构，或者被告在该外国境内设有分支机构或其他派出机构，而诉讼是由其分支机构或其他派出机构的商业活动引起的：（3）被告以书面方式明示接受该外国法院管辖，或在提起诉讼后，被告自愿出庭应诉，就争议的实质问题进行答辩，或未就管辖权提出异议的；（4）在反诉案件中，由作出裁判的外国法院对本诉有管辖权的法院管辖；（5）在合同案件中，由合同签订地或履行地法院管辖；（6）在侵权案件中，由侵权行为地或侵权结果地法院管辖；（7）在抚养案件中，由被告在外国境内有住所或惯常居所的法院管辖；（8）根据被请求承认与执行裁决的缔约一方的法律，被请求的缔约一方法院对该案件有专属管辖权。

（三）充分发挥双边条约中互惠原则的功效

互惠原则从功能上来讲，一方面可以促进外国法院的判决在他国得到承认与执行，另一方面也可以促进国家间的司法合作。但事实上其实际功能与实际效果并非完全一致，不仅没有发挥互惠原则应具有的激励作用，而且导致了互惠原则成为了一国法院拒绝承认他国法院判决的报复性手段。[32]

随着我国国际经济地位的不断提升，承认与执行外国法院判决将成为常态化，若我国法院采取消极和报复主义心态适用互惠原则，必将对我国司法造成严重的阻碍。对此我国应：(1)最高法应发布“指导性案例”来修改自己先前确认的互惠原则。“指导性案例”也有利于各级法院在处理涉外判决时而“有例可循”。(2)在适用互惠原则时应充分衡量国家利益和个人利益。在承认与执行外国法院判决时，不能一味遵循国家和主权利益，应适当考虑私人利益，积极采取“合作”的策略，保证当事人的合法权益。(3)建立推定互惠制度。即当事方主动承担证明互惠关系存在的责任，如果一方不能证明或拒绝证明，则推定存在对等关系。

我国应加强国际合作，坚持友好的司法立场，主动降低我国的互惠要求，遵循国际礼让，促进双方法院判决在我国的流通，以此来提高我国的国际声誉。

（四）积极参加多边公约，贡献中国智慧

随着“一带一路”和世界自由贸易的蓬勃发展，我国与世界上其他国家的经贸往来会不断增加，承认与执行外国法院判决的民商事案件也将会不断增多。在此种情况下，双边司法

[32] 王吉文：《论我国对外国判决承认与执行的互惠原则——以利益衡量方法为工具》，载《法学家》2012年第6期。

协助条约显然不能满足我国目前的司法需求，并且也没有达到双边合作机制的效果。我国已经签署了《选择法院协议公约》和《承认与执行外国民商事判决公约》，我国在将来加入这两项公约的可能极大。

我国在《承认和执行外国民商事判决公约》中作为重要的谈判一方，在充分考虑了不同国家的法律制度和司法实践的基础上推进谈判，并为一些分歧性问题起到了关键性的作用。我国对外经济交往和人员交往将更加密切，民商事领域各种复杂的问题急需解决，海牙判决公约的通过为我国提供了良好的机遇，同时也可以解决国际民商事法律冲突，为“一带一路”沿线经贸人员的往来提供了有利的条件。我国应积极组织各方力量进行公约的研究，结合国内的法律制度和司法实践来分析公约的各项标准，在适当的时机来签署和批准公约。

六、结语

为了促进判决的全球自由流通，世界大多数国家都对间接管辖权做了具体的规定。间接管辖权理应在国内法中得到体现，但我国法律中并未对间接管辖权问题予以规定，导致我国法院在处理案件时对管辖权问题予以回避。我国与他国签订的双边司法协助条约中由于对间接管辖权的规定各有不同，互惠原则也由于适用标准高，未能有效的解决我国司法实践中的难题，反而增加了难度。伴随着经济全球化以及我国“一带一路”的发展，为了增强国际司法合作，我国应采取清单模式，细化规定间接管辖权标准，构建符合我国国情的间接管辖权制度。

参考文献

[1]韩德培：《国际私法》，高等教育出版社 2014 版，第 488 页。

[2]张茂：《美国国际民事诉讼法》，中国政法大学出版社 1997 版，第 282 页。

[3]See King Fung Tsang, “Chinese Bilateral Judgment Enforcement Treaties” 40（1）Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 19-22 （2017）

[4]何其生：《间接管辖权制度的新发展及中国的模式选择》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020 年第 5 期。

[5]王吉文：《论我国对外国判决承认与执行的互惠原则——以利益衡量方法为工具》，载《法学家》2012 年第 6 期。

[6]丁小巍、王吉文，《论我国互惠原则的司法改进》，载《学术交流》2018 年第 8 期。

[7]黄志慧，《我国判决承认与执行中互惠原则实施的困境与出路》，载《政法论坛》2018 年第 6 期。

[8]濮云涛：《中外双边司法协助协定间接管辖权条款的模式和规则》，载《华东政法大学学报》2020 年第 1 期。

[9]乔雄兵、王怡文：《“一带一路”倡议下外国法院判决承认与执行中的间接管辖权问题研究》，载《武大国际法评论》2017 年第 5 期。

[10]宋建立《〈承认与执行外国民商事判决公〉及对我国的影响》，载《人民司法》2020

年第 1 期。

[11]孙笑非、吴琼，《〈承认与执行外国民商事判决公约〉评介与展望》，载《国际法学刊》2019 年第 1 期。

[12]李旺：《略论作为承认和执行外国法院判决的条件的一般间接管辖权》，载《国际法学论丛》2001 年第 1 期。

[13]王利华，《外国法院判决承认与执行中的管辖权标准研究》中国政法大学 2008 年硕士毕业论文，第 20 页。

[14] 张珂：《我国间接管辖权审查规则之构建研究》，首都经济贸易大学 2019 年硕士学位论文，第 11 页。

我国海上维权执法法律问题研究

王颖，裴兆斌*

摘要：作为典型的半闭海国家，我国的海洋权益面临着来自多方面的威胁与挑战。改革开放以来，我国经济的高速发展离不开海洋经济的大力贡献。由于历史原因，我国的海洋立法起步晚、底子薄、效果差，与发达国家的海洋法律体系相比还有一定的差距。对此我国于2021年2月1日颁布《中华人民共和国海警法》，此举为强化我国的海上维权执法力量奠定了法律基础。然而，我国海上维权执法依然面临新的问题与挑战。本文从执法主体，执法方式以及法律依据等梳理了现今海上维权执法行为存在的法律问题，通过分析发现，目前海上维权执法行为存在法律执法体系不健全，执法机构仍然存在缺陷，国际合作能力等仍然存在一定问题。这些问题若无法及时有效的解决，将会使我国的国家安全以及权益受到严重损害。笔者拟通过完善海上维权执法体系、明确执法机构职责，建立海上维权执法监督制度、确立多方协作的合作机制等方法，推动我国海上维权执法法律体系的进一步完善，从而更好地维护我国的海洋权益。

关键词：国家海洋权益；维权执法；执法主体；执法方式；对策与建议

Research on legal Issues of Maritime Rights Protection and Law Enforcement

Wang Ying , Pei Zhao-bin

College of Marine Law and Humanities, Dalian Ocean University

Abstract :As a typical semi-closed sea country, China's maritime rights and interests are facing threats and challenges from many aspects. Since the reform and opening up, the rapid development of China's economy is inseparable from the vigorous contribution of the marine economy. Due to historical reasons, China's marine legislation started late, thin and ineffective, and there is still a gap compared with the marine legal system of developed countries. In this regard, China promulgated the Law of the People's Republic of China on Maritime Police on February 1, 2021, a move that laid the legal foundation for strengthening China's maritime rights defense and law enforcement forces. However, China's maritime rights enforcement still faces new problems and challenges. This paper compares the legal problems of maritime law enforcement from the main body of law enforcement, law

项目基金：1、2019年辽宁省高等学校国（境）外培养项目《海洋法律和政策中加合作研究计划》（项目号2019GJWYB019）；2、教育部备案2017年度国别与区域研究中心项目“海洋法律与政策东北亚研究中心”（GQ17091）；3、辽宁省教育厅2019年度科学研究经费项目“我省涉外渔业管控困境及法律对策研究”（DW201903）；4、“新时代海洋强国背景下海洋法治人才培养体系创新与实践”，大连海洋大学2019年度校级本科教育教学改革研究项目（大海大校发【2019】152号。

王颖（1997-），女，大连海洋大学法学硕士研究生（宪法与行政法方向）在读，研究领域：行政法、海洋行政法、渔业法，1003085023@qq.com；

通讯作者：裴兆斌（1968-），男，大连海洋大学海洋法律与人文学院院长，教授，研究领域：海洋行政法、渔业法、海洋安全（维权）与执法等，13904000110,13904000110@vip.163.com，通信地址：辽宁省大连市沙河口区黑石礁街52号大连海洋大学。

enforcement methods and legal basis, etc. Through the analysis, it is found that the current maritime law enforcement system is not sound, law enforcement agencies are still defective, and the ability of international cooperation still has certain problems. If these problems cannot be solved in a timely and effective manner, China's national security and rights and interests will be seriously damaged. The author intends to promote the further improvement of China's maritime rights enforcement legal system by improving the maritime rights enforcement system, clarifying the responsibilities of law enforcement agencies, establishing a maritime rights enforcement supervision system, and establishing a multi-party cooperation mechanism, so as to better safeguard China's maritime rights and interests.

Key words: National maritime rights and interests; Rights Enforcement; Law Enforcement Subjects;Enforcement methods;Countermeasures and Suggestions

在 2018 年，我国党中央决策部署，将海警队伍整体划入中国人民武装警察部队，并且由其领导和指挥，建立海警总队，称为中国海警局对其进行授权，由其统一行使国家海上维权执法的职责，但是，海上维权执法在现实中仍然存在不足，那么想要进一步研究以及梳理、解决海上维权执法在现实情况中所暴露出的弊端，首先需要从理论层面来了解海上维权执法的基本理论知识。学术界对于海上维权执法有两种不同意见。一些学者认为海上维权执法就是为了维护国家主权和海洋权益而产生的一种行政执法职能；[1]但也有的学者提出自己的观点，认为海上维权执法是海上刑事执法。笔者认为，海上维权执法是执法主体在我国领海海域内对行政相对人作出具体行政行为从而影响其权利义务，故海上维权执法应看作海上行政执法，故本篇所讨论内容均为海上行政执法。

一、海上维权执法一般理论

（一）海上维权执法的执法主体

海上维权执法是行使权力的活动，需要适格的组织作为该权力的载体。这种组织被称之为执法主体。在我国的理论中，行政执法的主体是指具有行政职能，并以自己的名义从事执法活动，同时能够独立承担因此发生法律后果责任的组织。[2]我国海洋维权执法主体作为维护国家海洋权益的执法力量，最先起源于前苏联海上执法体制，其前身为公安海巡部队。[3]海上维权执法的主体是指军事力量、地方海上维权执法力量或者军地联合海上维权执法力量；客体是当国家无论是在和平时期亦或是武装斗争时期，为捍卫国家主权、维护海洋权益、保护海上交通运输安全、打击海上违法犯罪以及一些恐怖组织活动、维护国际安全与和平并且适时的制止和抵抗外来入侵等为基本目标，独自或双方联合在海上进行的维权执法演练、海

[1] 范晓婷,罗婷婷.海洋维权执法的法律依据之辨[J].行政与法,2009(12):77-81.

[2] 潘瑶. 我国海洋维权行政执法问题研究[D].沈阳工业大学,2017.

[3] 王黎黎,王子欣. 我国海洋维权执法体制的困境及路径解析[A]. 中国太平洋学会海洋维权与执法研究分会.中国太平洋学会海洋维权与执法研究分会 2016 年学术研讨会论文集[C].中国太平洋学会海洋维权与执法研究分会:中国太平洋学会海洋维权与执法研究分会,2017:8.

上维权执法、海上巡逻警戒、海上搜救等海上法律行为。[4]

（二）海上维权执法的执法对象

海上维权执法的对象是指在维权执法活动中该执法行为被适用的主体。笔者通过翻阅大量案例发现，执法对象通常为外国船舶。这是我国海上维权执法的目的所产生的必然结果，主要是因为我国海上维权执法的目是为了保护我国的主权和海洋权益不受其他国家的侵犯和损害，故执法对象为外国船舶而非本国的船舶。并且作为执法对象的外国船舶存在着较大的差异性，有军事船舶也有民用船舶，军事船舶往往代表着该国家的政府方，有着较大的政治影响，而民用的船舶往往是该国家公民的私人船舶，政治影响较小。除此之外，也存在着无执法对象的情况，例如我国的海上巡航活动以及主权宣示等活动，都是并不存在执法对象的。

（三）海上维权执法的执法方式

1.海上巡航

我国海域广阔，海域内的岛屿较多，无论是岛屿还是海洋资源对于我国的经济发展均具有重要的意义。[5]属于我国管辖范围内的海域面积共为 300 万平方公里，但具有争议的海域面积多达 200 万平方公里。对于有争议的海域，通过海上巡航来宣示国家主权是及其重要的。海上巡航具有宣示性，例如在我国具有争议的南海等部分海域，我国通过船舶进行海上巡航，对主权、管辖权等权利进行对外宣示。海上巡航是最原始的海上巡查执法行为，它可以预防其他国家对于我国海洋合法权益的侵害，与此同时也可以巡查监督海洋开发使用活动是否遵守相关的法律法规以及防止相关海上犯罪行为的发生。海上巡航是大多后续海上维权执法行为的先决行为，往往海上维权执法主体通过海上巡航发现违法行为，从而进行后续的处罚等措施。

2 海上行政监督检查

海上行政监督检查是一种事实行为，目的是为了监督检查并且了解行政相对人是否遵守相关法律法规。[6]不同于海上巡航，海上行政监督检查针对的是特定的人和事，并且督查的形式也较为丰富，例如可以书面审查、实地检查、核实情况以及责令其停止违法行为等。并且海上行政监督检查重点在于对于行政相对人是否按照相关法律从事活动进行监督检查，若发现问题后，会采取一定的执法手段，在争议的海域容易引发与其他国家的矛盾。在适用该方式上，根据《公约》第 21 条的规定，我国在归属管辖的海域范围内，对于行政监督检查的事项和范围可以自行设定，以保护本国海洋权益。

3.紧追权和登临权

有学者认为接近权也应为一项独立的权利，它是实现登临权和紧追权的前提条件，但是《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）中仅明确规定了登临权和紧追权，并未明文规定

[4] 李凤图.海上维权的法律认定[J].经济研究导刊,2015(12):315-317.

[5] 赵雪洋.浅谈我国海警海上维权的内涵[J].公安海警学院学报,2019,18(02):9-14.

[6] 刘亮. 国家海洋维权行政执法权研究[D].海南大学,2015.

接近权，故本文并不对其进行陈述。《公约》第 111 条对于紧追权进行了明文规定，行使紧追权的主体为军舰、军用飞机以及政府授权的船舶以及飞机，并且紧追权的行使需要连续的不中断的，是对于不具有豁免权的外国船舶有充分合理的理由认为其触犯了本国的法律和规章才可以行使紧追权。并且紧追权的限制为当被追逐的外国船舶行驶回其国家领海或者第三方国家的领海时需要停止紧追行为。相较于登临权，紧追权往往伴随着武力行使，容易给他国船舶或者人员造成一定程度上的损害。登临权即为临检权，它是紧追权的后续执法方式，通常只有紧追上后，才有行使登临权的可能性，但也存在向外国船舶发出停船信号后，该船舶自行停下接受检查，即直接行使登临权而无需行使紧追权。《公约》中第 73 条明文规定了国家为确保自己的勘探、管理等一系列主权时行使登临权。《公约》第 110 条对于登临权的行使也明确规定了要求，要求登临的外国船舶为不具有豁免权的外国船舶，即具有豁免权的外国船舶不得对其行使登临权；并且要求登临的主体为军舰以及需要有合理的根据怀疑。

4.海上行政许可、行政强制措施以及行政处罚

行政许可是指国家依据我国法律规定根据行政相对人的申请对于其符合条件的人予以从事某方面活动的行为。海上行政许可依据的是我国国家主权权利以及管辖权，并且根据《公约》对于除了本国领水以外的水域进行设定，可设定的权限范围为在空间上由近向远逐渐递减。《公约》规定了各个国家为了维护自身的海洋权益，对于损害本国海洋权益以及安全的外国船舶可以行使一些强制措施，例如查封涉案场所，扣押财物以及涉案船舶，逮捕相关人员，包括行使登临权和紧追权等也属于海上行政强制措施。不同于行政强制措施，行政处罚是最终的行政行为，是执行机关对于该违法案件所作出最后的处理结果。在《公约》中，有许多条款涉及到了海上行政处罚，例如 73 条第 3 款明确规定的处罚，以及第 220 条规定的拘留和第 230 条规定的罚款等。

（四）我国海上维权执法的执法依据

1.我国在内水进行维权执法的执法依据

内水是领海基线以内的所有水域。我国在本国内水内拥有完全且排他的主权。所有外国船舶均要得到我国政府许可方可进入我国内水。在实际过程中，我国也会其他国家签订领事条约来具体针对两国之间的船舶往来管辖。例如我国与意大利签订《中国与意大利共和国领事条约》，其中第 18 条具体规定了管辖方法。对于影响了我国沿海公民的人身、财产以及威胁到我国的沿海的安全和平以及公共秩序等船舶，我国必须行使管辖权对其船舶进行相应干涉活动。

2.我国在领海进行维权执法的执法依据

领海作为国家领土的固有组成部分，是国家行使管辖权的先行条件。根据《公约》第 2 条的规定，领海主权基于领海的上空以及底土和海床部分，国家在领海上行使执法权以及管理的事务范围较为宽广。并且，在领海上，外国的船舶在不影响沿海国家的公共秩序以及安全，可以在不经该沿海国家允许的情况下，快速并且不停顿的通过该国家的领海，这就是所说的无害通过权。

3.我国在毗连区进行维权执法的执法依据

毗连区是靠近领海的区域，但其并不属于领海，故其并不属于国家领土的一部分。是沿海国家为了行使其必须行使的管辖权，从而设定的一种特殊海域，毗连区的主要职能是作为一种“检查区”或“缓冲区”。[7]《公约》对于沿海国在其毗连区的区域内行使的权利进行了明确的规定，一方面是防止外国船舶在其领海内或者领土内发生违法犯罪行为，另一方面是对于其上述发生的违法犯罪行为进行惩治。除此之外，我国《领海及毗连区法》中第 13 条也对于我国在毗连区如何行使管辖权进行了明文规定。

4.我国在专属经济区和大陆架进行维权执法的执法依据

《公约》第 56 条对于沿海的国家在其专属经济区内从事相应的管辖活动进行了明确规定，以开发和保护专属经济区域的海洋资源为主，并且通过后续的条款对于该条款进行细化。当然该条款中也规定了尚未明确的其他权利和义务，以便各个国家在实践中更加灵活便利的运用该条约。《公约》中对于沿海国家对于大陆架的管辖权的规定颇多，规定的内容主要有，勘探开发海洋生物资源，可以建造或者授权或者管理建造人工岛屿的权利以及对海洋的科学研发和保护海洋环境不受污染的权利。

5.我国在公海上进行维权执法的执法依据

公海在国际法上是指在各个国家的领水、专属经济区和岛屿之外的水域，不受任何国家的管辖以及支配，并且不归属于任何国家的水域。公海对于世界上所有国家均为开放状态，任何国家的船舶可以自由的行使在公海上，进行自由活动。但是公海上也是存在秩序的，公海的秩序主要体现为船籍国国家对于该船舶的管辖权，《公约》第 97 条便规定在公海上发生碰撞应当如何追究涉事船舶及其人员的法律责任。

二、海上维权执法存在的主要问题

海上的案件相较于陆地上的案件有着一些特殊的地方，例如海上的案件证据较难收集，人员流动性大，难以固定在一个地方，案件较为分散复杂，举证较难，再加上我国对于海上维权执法所涉及到的领域立法以及执法存在一定的缺陷，导致海上维权执法困难重重。[8]

（一）海上执法法律体系不健全

1.海洋法律体系尚未健全

近年来，海洋经济逐渐发展，我国越来越重视维护我国的海洋权益，也加快了制定完善相关法律的步伐。《海警法》的出台就是我国立法的一项重要进步。但是我国海上维权执法仅依据《海警法》是远远不够的，还需要其他法律以及配套司法解释的支撑辅助。目前在我国已经出台并施行的法律中，只有《海警法》明确规定了法律适用范围。但在大多已经出台的法律中，对于管辖权的确定仍不明确，例如《海域使用管理法》中，该法律适用范围为我国内水，领海等，对于我国其他管辖的海域并未涉及到，再如《海岛保护法》中第 2 条对于该法所涉及的海岛仅为高潮时高于水面的居民岛屿和非居民岛屿，并未涉及到其他岛屿；并

[7] 陈德恭：《现代国际海洋法》，海洋出版社 2009 年版，第 73 页。

[8] 裴兆斌等.海上安全与执法[M].南京：东南大学出版社，2017.12

且我国立法尚存在空白之处，[9]例如尚未建立对专属经济区以及公海等海洋资源的开发、利用和保护等相关法律，并且对于我国海洋资源的开发管理保护等也缺乏相关法律。

2.海洋法律效力有待于提高

《宪法》是我国的根本大法，在《宪法》中并未有关于海洋的规定，《立法法》中也没有将海洋的法律作为基本法律，我国目前出台并实施有关海洋的法律效力均不高，正是因为缺少上位法的依据，才使得关于海洋的法律中存在着交叉重叠甚至是相冲突的条款。[10]

3.《公约》对于海上维权执法的指导作用亟待加强

《公约》作为国际条约，在某些规定上往往过于笼统，适用范围较广，但是我国有自身的国情特点，对于某些具体事项往往需要具体明确的规范；我国海上维权执法往往直接涉及到能否合理合法保护我国海洋权益，并且是与其他国家之间产生的争议，处理不慎则可能引发政治问题，所以不应当赋予执法机关自由裁量权，而是应当具体的规定执法机关的执法权限及其程序；对于维护我国的海洋权益，不能只依靠《公约》上概括性的规定，还应当根据自己的国情对于相应法律条款具体化，使其具有可操作性。

（二）执法机构存在缺陷

1.执法机构存在混乱

我国 2018 年规定中国海警局统一履行海上维权执法职责，一定程度上改善了之前五个机关进行海上维权执法活动的混乱局面，但是在个别地方仍然存在海警机构尚未整合完毕，保留原渔政、海监等部门，并且各个部门之间缺乏沟通，目前仍然存在较为混乱的情况。我国海警局设立后，分为五级，与地方的执法队伍并未没有进行沟通或者进行实际指导，这就导致海警局因为缺乏地方的支持工作开展较为困难，地方机构因为缺乏上级领导而难以进行工作活动。

2.职能交叉模糊，效率低下

虽然我国海警局的组建是我国海上维权执法的一大进步，其改善了执法主体多元的问题，但是也存在着一定的问题。我国海警局虽然统一履行海上维权执法职责，但是在实际执法过程中，存在很多具体事项，而我国尚未对具体事项进行明文规定，例如海警局的职责中也存在承担部分海上救援工作的职责，这与海事局的部分职能交叉重叠，浪费执法人员时间精力，造成效率低下，不利于维护我国海洋合法权益；再者其他国家部门如农业农村部、中国海事局也具有一定的海上执法权，这对于海警局的执法资源造成了一定程度上的浪费。

3.海上执法监督机制尚未建立

监督是预防和制止行政权力滥用的一种重要手段。[11]在我国目前的监督体制中，我国检察院虽然具有一定的监督权，但是该监督权限有限，无法对海上的维权执法活动进行监督；我国设立了监察委员会行使国家的监察职能，但是由于该机构设立不久，相关制度建立仍然

[9] 和先琛.我国海洋维权的现实困境与法治化思考[J].公安海警学院学报,2014,13(04):57-62.

[10] 汪炳均. 完善我国海警执法制度的路径探析[D].中国人民公安大学,2019.

[11] 孙洁. 我国海上执法监督探析[J]. 行政与法,2019,(12):92-98.

需要改善；这就导致我国对于海上维权执法的过程并无专门的监督机制，权利的行使离不开监督，只有将权利放置在阳光下进行监督，才会更好的维护我国海洋权益，是海上维权执法的效果发挥到极致。

（三）国际合作能力尚需提高

海上维权执法的对象为外国船舶及其人员，在进行海上维权执法活动时，往往需要涉外部门与涉案国家进行友好的沟通以及协商。在海上维权执法的过程中，往往涉及到两个国家之间的关系问题，需要妥善处理，而目前我国与他国进行友好协商的机制尚不完善，随着海洋资源经济的不断发展，国家之间的问题和矛盾也会随之产生，这就需要加强我国与其他国家交流协商的能力。

三、完善的对策与建议

（一）完善相关法律法规

随着我国海洋资源的不断开发，海洋经济不断发展，海上维权执法形态越来越复杂多样，我国前些年出台的法律无法适应现在的情况以及状态，我国海洋法律制度尚存在一些漏洞并且具有不完善之处，立法仍然不够科学，而想更好的维护海洋权益是需要一个完善的海洋法律制度为前提条件的。面对以上我国现在所存在的海洋法律方面的问题，要完善相关法律法规制度，构建更加稳定的海洋法律秩序。具体建议如下：

1.完善相关法律以及相关制度

首先，要加强我国对于海洋的立法工作，填补我国对于管辖权、海洋资源开发管理保护等方面上的空白，对于法律中原则性的概述进行具体详细的规定。例如我国《领海及毗连区法》法律规定较为笼统概括，应当对其进行修改完善，对于早期出台的一些法律，该法律已经无法适应我国现在的海上维权执法情况，应当对其进行修改调整，使其符合我国现在的实际维权执法情况，增强实用性以及可操作性，面对将来的海洋法律体系，充分解决法律、司法解释在海上维权执法中的空缺。[12]目前，我国《海警法》已经正式出台并实施，应当完善与该法有关的相关配套的法律规范等，对于相冲突的法律进行调整修改，重点解决我国重实体轻程序，重陆上轻海上的立法问题。其次，完善我国相关领水制度，对于《公约》中对于其他国家经过我国领水的无害通过权，我国应当对于无害通过权的定义、情形以及执法的方式根据自己的国情进行确立完善。最后，对于专属经济区以及大陆架的管理与保护，多采用一些与《公约》可以衔接的术语制定完善法律，采用列举式方法制定，详细的陈述出执法方式以及程序等条款。

2.提高我国海洋法律位阶

适当提高我国海洋相关法律的法律地位，推动海洋法律入宪，使我国海洋相关法律有上位法可以依循，并且通过较高层次的立法来提高我国海洋相关法律在国家法律体系中的地位，尽快制定《海洋基本法》，使其成为我国所有关于海洋法律的上位法，所有法律的设立都依据该法，这样可以避免下位法之间相互冲突，增强下位法之间的协调性。日本在 2007 年

[12] 郭兴勇.当前海洋维权执法存在的问题与对策研究[J].人民法治,2015(06):29-31.

出台本国的《海洋基本法》，该法律的颁布缓解了原本部门机构之间职责交叉重叠甚至冲突情况，加强了国家对于涉海事务的协作管理，为其制定海洋国家的战略打下了牢固的基础。[13]

3. 依据《公约》建立完善我国特色海洋法律体制

我国海洋相关的法律之间的关联性以及协调性较差，缺乏整体的法律系统性。[14]我国是海洋发展大国，更要加强对于我国海洋权益的保护与维护，我国自 1996 年成为《公约》的缔约国之一，要合理合法利用《公约》的条款及内容，根据其完善自身与海洋权益相关的法律法规，充分利用《公约》所赋予的海洋权益以及带给我国的益处，增强我国关于海洋法律法规的远见性以及实用性。这样可以更好的进行海上维权执法活动，保护我国海洋权益不受损害。

（二）明确执法机构职责，建立监督机制

中国海警局于 2013 年组建，并且在 2018 年我国将海警转隶为武警部队，使其成为我海上执法力量，行使海上维权执法职责。但是由于我国国土面积广阔，地方海警机构建设仍未整合完毕，亦或是存在混乱的现象。首先，要推进机构整合，明确执法机构职责，推进地方海警机构的建设，使其受海警局统一领导管理，加强各个机构部门之间的联系交流，厘清海警内部各个层级机构的指导与领导关系，使其本身职能工作更加合理完善的推进。在自身工作顺利开展后，再对于与海事局的职责重叠交叉部分进行整改，可以先进行与海事的整合再对救援工作等进行整合，使得我国海上维权执法工作在节约资本人员的前提下更具有效率的开展。此外，对于我国争议较大的海域或者岛屿，设置专门机构，加强管理，进行海上维权执法，更好的维护我国海洋权益。其次，要建立我国海上维权执法监督机制，要推进监察体制在海上维权执法中的落实，海洋环境更为复杂，海上维权执法事务也更加复杂，更何况进行海上维权执法事务通常涉及到国家之间的政治问题，因此对于执法主体更应该合理合法的监督。设置独立于执法主体之外的专门的监督机构，如监察委员会等监察部门，发挥对执法主体进行海上维权执法的监督作用，使执法主体在进行海上维权执法时，更加规范合理的进行任务。

（三）建立多方协作机制

随着全球海洋资源的开发以及海洋经济的发展，我国进行海上维权执法的活动愈来愈复杂，并且海上维权执法具有涉外性的特点，这就需要我国在对海上案件进行处理时，与其他国家的政府机构进行沟通交流。同时需要我国执法部门加强与其他国家海上执法部门的合作，设立国家与国家之间的协作机制，尝试跨国之间的新的合作执法形式，通过签订双方或者多边协议等方法，建立友好合作机制，在发生海上维权执法案件后的第一时间，与涉案国家进

[13] 李景光,张占海.国外海洋管理与执法体制[M].北京:海洋出版社,2014:161-162.

[14] 刘通. 我国海洋维权法律体系研究[A]. 中国太平洋学会海洋维权与执法研究分会.中国太平洋学会海洋维权与执法研究分会 2016 年学术研讨会论文集[C].中国太平洋学会海洋维权与执法研究分会:中国太平洋学会海洋维权与执法研究分会,2017:8.

行友好磋商，更好的处理案件，维护我国海洋合法权益；除此之外，也应当进行军警民海上联合执法的活动，虽然我国海警被划为武装警察部队，但是我国海域较为广阔，海域环境难以捉摸，海上案件情况通常较为复杂，只依靠海警的海上执法力量是远远不够的。此时，更应当发挥军警民海上联合执法的优势，提高海上维权执法行动能力，灵活运用军警民海上联合执法的功能，更好的维护我国海洋权益，将海上维权执法活动保护的权益最大化。

四、结论

我国是个属于海洋陆地复合型的国家，作为海洋大国，我国拥有着约 180000 的公里的海岸线。海洋对于我国来说是一个具有着无穷资源的宝库，海洋资源对于我国的发展具有着非凡的意义。但我国在享受着海洋资源带来优势的同时也面临着来自于海洋的威胁。随着我国海洋强国战略的提出，坚持海陆统筹，全面实施海洋战略，推动我国海洋经济发展，维护我国海洋权益。随着我国海洋资源的不断勘探开发，海上维权执法在我国海洋权益维护中起着举足轻重的作用。因此，对于海上维权执法法律的问题进行研究极其重要。对于我国海洋权益面临来自于各方的严峻挑战，海上维权执法属于行政执法的一种，无疑在维护国家主权以及海洋权益上发挥着重要作用。虽然近年来，我国越发重视海洋权益的维护与保障，虽然我国今年来逐渐重视海洋权益的保护，加强立法，设立海警局等，但在实际中面对复杂多变的海洋环境中产生的问题仍然需要解决。建立完善的海洋法律体系，更好的维护我国的合法权益，这并非一朝一夕可以完成的。对于我国现如今存在的问题，笔者从法律体制层面思考，以现如今存在的问题为切入点，将问题上升至法律层面，完善法律法规，完善执法机构建设，使得更好的保护我国海洋权益，维护海洋资源的开发利用。

论我国法院在非涉外案件中直接适用条约的证成与完善

王 勇

（华东政法大学国际法学院 上海 200042）

内容提要：我国法院能否在非涉外案件中直接适用条约，学界争议颇多，时至今日尚未达成共识。近20年来我国法院直接适用条约的案件寥寥无几，且适用方式缺乏统一性。非涉外案件中直接适用条约的法律基础正当、法理基础扎实，但法律规定不统一、高位阶指引性法律缺失、法律依据不规范不正式等问题犹存。我国应完善宪法规定、制定《条约适用法》、完善司法解释制度和直接适用条约的司法机制，以规范和促进非涉外案件中条约的直接适用。

关键词：非涉外案件 条约直接适用 《条约适用法》 制度完善

我国国际法学界长期重点关注条约在国内的适用问题，从理论和实践层面深入研究，部分内容达成共识，对能否在国内非涉外案件[1]中直接适用条约却争议较大，目前主要有三种观点：一是“同意说”，认为我国参加的条约本身没有排除非涉外法律关系的适用，条约可直接适用非涉外案件。[2]二是“否定说”，主张条约不能直接适用于非涉外案件，只能适用于具有涉外因素的法律关系。[3]三是“折衷说”，认为应赋予我国参加的条约以法律效力，但不应在我国法院直接适用条约。国内法与条约都有规定的，适用国内法规定；国内法与条约不一致的，则适用条约规定。[4]三种学说观点迥异，均具有一定的合理性，但存在实证分析缺乏、说理不够透彻的通病，有待进一步完善。国内学者多认可“否定说”，主张只能在涉外案件中直

作者简介：王勇（1977-），男，汉族，浙江椒江人、华东政法大学国际法学院教授、博士生导师。

本文为上海市哲学社会科学规划一般课题“中国深度参与治理国际海底区域环境的国际法问题研究”（项目编号：2020BFX012）的阶段性成果，同时系2020年度国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”（20&ZD205）的阶段性成果。

[1] 关于非涉外案件，我国国内尚没有权威的定义，2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》提出了一个关于“涉外民事法律关系”的定义，2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第522条规定：有下列情形之一，人民法院可以认定为涉外民事案件：(一)当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；(二)当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；(三)标的物在中华人民共和国领域外的；(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的。以上是关于涉外民事案件的判断标准。另外，我国国际私法学者认为：涉外民事法律关系就是在民事法律关系三要素中，至少有一个要素与外国具有联系，包括主体涉外、客体涉外和内容涉外。参见杜涛：《国际私法原理》，复旦大学出版社2014年版，第3页。以上述标准作为重要参照，笔者认为不具有下列任何情形的，可以认定为非涉外案件：(一)当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；(二)当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；(三)标的物在中华人民共和国领域外的；(四)产生、变更或者消灭法律关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的。如果不具有上述任何一种情况的案件就是非涉外案件。

[2] 徐锦堂：《关于国际条约国内适用的几个问题》，载《国际法研究》2014年第3期。

[3] 宋建立：《国际条约国内适用的若干问题》，载《人民司法》2015年第5期。

[4] 郭瑜：《海商法的精神—中国的实践和理论》，北京大学出版社2005年版，第30页。

接适用条约。[5]事实上，非涉外案件中直接适用条约具有比较扎实的法理基础和一定的法律基础，国内相关判决在一定程度上也予以证成，故应当秉持“同意说”。然而，深入考察我国在非涉外案件中直接适用条约的司法实践，相关案例数量很少，适用条约类型的有限，条约的援引方式不统一，案件被改判或被否定的情形时有发生。此外，我国在非涉外案件中直接适用条约的法律依据和法律规范也存在诸多问题，在很大程度上影响我国法院在非涉外案件中直接适用条约的法律效果。因此，有必要明确我国法院在非涉外案件中直接适用条约的指导思想与具体适用条件,并在法律制度层面和司法实践层面不断完善相关制度，解决非涉外案件中我国法院直接适用条约面临的诸多问题。

一、证成与诠释：我国法院在非涉外案件中直接适用条约的正当性

我国法院在非涉外案件中直接适用条约具有扎实的法理基础和充分的法律依据，已经获得部分司法裁判的支持，在一定程度上证实了我国法院在非涉外案件中直接适用条约的正当性，也为相关制度的完善奠定了坚实基础。

（一）我国法院在非涉外案件中直接适用条约的法理基础

我国法院在非涉外案件中直接适用条约具有深厚的法理基础，具体可以从条约法的基本原则、条约在国内的效力、条约本身的适用范围以及条约所保障的利益类型等方面进行考察，具体分析如下：

一是条约必须遵守原则。条约必须遵守原则是国际法上的一项重要原则，要求缔约国善意地、全面地、不折不扣地履行条约规定的义务。[6]各国在国际社会中一律平等，不存在超国家的强制机构，因而缔约国信守自己的承诺是履行国际义务的重要途径。缔约国信守条约，包括缔约国在国际层面和国内层面全面履行条约规定的义务，后者要求作为缔约国的中国承担在国内适用条约的义务，可以作为我国法院在非涉外案件中直接适用条约的重要法理依据。

二是我国在国内认可条约的效力。我国宪法和宪法性文件尚未规定条约在国内的效力，但缔结的条约在国内法上具有直接效力已然成为通论。王铁崖教授曾指出：“在中华人民共和国，作为通例，并不需要制定法律以执行条约，条约的内部效力在中华人民共和国主席颁布后立即发生。”[7]此外，我国在多种国际场合亦庄严重申了条约在国内具有法律效力。1991年11月14日我国代表张克宁在联合国大会社会、人道和文化问题委员会上发言时指出：“按照中国的法律制度，有关的条约一经中国政府批准或加入并对中国生效后，中国政府就承担了相应的义务，不再为此另行制定国内法进行转换，《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》被中国批准后，已经在中国直接生效。”[8]我国于1992年10月提交的《执行〈禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约〉的报告之补充报告》

[5] 万鄂湘、余晓汉：《国际条约适用于国内无涉外因素的民事关系探析》，载《中国法学》2018年第5期。

[6] 李浩培：《条约法概论》，法律出版社1987年版，第329页。

[7] 邓正来：《王铁崖文选》，中国政法大学出版社1993版，第386页。

[8] 李兆杰：《条约在我国国内法效力若干问题之探讨》，载《中国国际法年刊》1993年刊。

指出："根据中国的法律制度，中国缔结或者参加的国际条约，要经过立法机关批准或国务院核准程序，该条约一经对中国生效，即对中国具有法律效力，我国即依公约承担相应义务"。[9]可见，我国缔结完成的条约具有国内法上的拘束力，在国内得到认可。

三是条约的适用范围没有限定于涉外因素，即条约本身没有限制非涉外法律关系的适用。缔约各方就相关内容达成一致后，条约的适用范围原则上由其自身规定。各个条约关于自身适用范围存在一定的差异，但均未将涉外性作为共同的适用条件。具体来讲，《儿童权利公约》、《濒危野生动植物国际贸易公约》、《与贸易有关的知识产权措施协议》（TRIPS）、《外观设计国际分类洛迦诺协定》、《1969 年油污损害民事责任公约》及其《1976 年议定书》和《1972 年国际海上避碰规则》的适用范围均未限定在涉外法律关系。[10]

四是我国需要在国内适用涉及私权益的条约以保障私权益。私权益是与公权益相对应的一个概念，后者是指国家和政府的权益，前者是指自然人和法人的权益。法律可以分为公法和私法。[11]相应地，条约可以分为公法性条约与私法性条约（或涉及私权益的条约）。[12]一般认为涉及私权益的条约指涉及中国公民或中国企业在经济、文化和政治等方面权利义务的条约。[13]涉及私权益的条约在国内具有可适用性，法律依据如下：首先， 自联合国成立以来，伴随着国际社会生产力的提高、全球经济一体化的快速发展，越来越多的条约规定国家保障个人或法人权利，即涉及私权益的条约越来越多。中国加入的 500 多项多边条约和 27000 多项双边条约中，[14]相当一部分条约规定中国公民和中国企业在劳工、人权、国际贸易、知识产权、投资、金融、争端解决、海商海事等方面的权利义务。其次，涉及私权益的条约具

---

[9] 参见中国于 1992 年 10 月提交的《执行〈禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约〉的报告》之补充报告，CAT/C/7/Add.14，第 61 段，
https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp，访问日期：2020 年 3 月 12 日。

[10] （1）《1972 年国际海上避碰规则公约》第 1 条第 1 款规定：本规则条款适用于在公海和连接公海可供海船航行的一切水域中的一切船舶。（2）《儿童权利公约》第 1 条和第 2 条规定：本公约适用于缔约国管辖范围内的 18 岁以下的任何人。（3）《濒危野生动植物国际贸易公约》第 2 条规定：本公约适用于缔约国的管辖范围内的濒危野生动植物的国际贸易。（4）《与贸易有关的知识产权措施协议》第 1 条第 1 款规定：各成员有权在其各自的法律制度和实践中确定实施本协定规定的适当方法。（5）《外观设计国际分类洛迦诺协定》第 1 条规定：（1）适用本协定的国家组成专门联盟，(2)上述国家采用统一的工业品外观设计分类法。（6）《1969 年油污损害民事责任公约》和《1969 年油污损害民事责任公约 1976 年议定书》第 2 条规定：本公约仅适用于在缔约国领土，包括领海上发生的污染损害，以及为防止或减轻这种损害而采取的预防措施。（7）《生物多样性公约》第 4 条规定：本公约规定应按下列情形对每一缔约国适用：（a）生物多样性组成部分位于该国管辖范围的地区内；（b）在该国管辖或控制下开展的过程和活动，不论其影响发生在何处，此种过程和活动可位于该国管辖区内也可在国家管辖区外。

[11] 卢云：《法学基础理论》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 55 页。

[12] 涉及私权益的条约，被有的学者称呼为"涉及人民的权利义务的条约"，参见周鲠生：《国际法》（下册），商务印书馆 1976 年版，第 652 页；被有的学者称呼为"对私人产生效力的条约"，参见车丕照：《论国际条约对私人的效力》，载朱晓青 黄列主编：《国际条约与国内法的关系》，世界知识出版社 2000 年版，第 45 页。

[13] 王勇：《条约在中国适用之基本理论问题研究》，北京大学出版社 2007 年版，第 27 页。

[14] 参见贾桂德："新中国成立 70 年来中国的国际法实践和贡献"，
http://aoc.ouc.edu.cn/2019/0719/c9828a254036/page.htm，访问日期：2020 年 3 月 12 日。

有国内可适用性，能实现此类条约的宗旨。涉及私权益的条约或属“私法性条约”，或该条约中含有“私法性条款”，唯有将该条约保护的私权益落实到中国公民或中国企业，才是对此类条约或条约中此类条款的全面履行，此即实现此类条约的宗旨。最后，在国家的保障下，涉及私权益的条约在国内适用可保障我国的公民和企业获得条约规定的正当权益。利益是产生法律的源泉，[15]为实现私权益，国家必须采取立法措施使抽象原则的条约权利具体化，促使我国的公民和企业以权利主体的身份行使条约赋予的权利。因此，周鲠生教授指出：“有的条约既确立了国家间的关系，又涉及人民的权利义务，国家为了履行国际义务，必须保证在国内执行（该条约）”。[16]综上，经由条约必须遵守原则、在国内认可条约的效力、不限制条约在非涉外法律关系的适用以及在国内适用涉及私权益的条约以保障私权益四个方面的论述，可证成我国法院在非涉外案件中直接适用条约具有比较扎实的法理基础。

（二）我国法院在非涉外案件中直接适用条约的法律基础

从我国现有法律、行政法规、地方性法规、行政规章、司法解释的规定及学界对相关法条的解释来看，条约的适用并不局限于非涉外案件，我国法院在非涉外案件中直接适用条约存在正当的法律基础，以下分论之：

一是我国有 58 部法律和行政法规将直接适用条约作为主要方式或唯一方式，且条约的适用未局限于涉外领域，宏观上构成非涉外案件中直接适用条约的法律基础。[17]相关法律和行政法规可以分为四种类型：（1）在相关事项上，应遵守条约的规定，这类法律法规有 3 部。[18]（2）当国内法规定与条约规定不一致时，适用条约规定，但我国声明保留的除外，这类法律法规有 21 部。[19]（3）在相关事项上直接适用条约，这类法律法规有 26 部。[20]（4）

[15] Philipp Heck, The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests, Harvard University Press,1948, p.158.

[16] 周鲠生：《国际法》，商务印书馆 1976 年版，第 652 页。

[17] 本文的法律法规的截止时间是 2020 年 6 月 30 日。

[18] 例如，（1）2016 年 11 月 7 日修订的《中华人民共和国体育法》第 9 条；（2）2017 年 2 月 24 日修订的《中华人民共和国红十字会法》第 4 条；（3）2017 年 3 月 1 日修订的《中华人民共和国水文条例》第 7 条。

[19] （1）1986 年 9 月 5 日通过的《中华人民共和国外交特权与豁免条例》第 27 条；（2）1990 年 10 月 30 日通过的《中华人民共和国领事特权与豁免条例》第 27 条；（3）1996 年 6 月 18 日通过的《中华人民共和国涉外海洋科学研究管理规定》第 14 条；（4）1999 年 10 月 31 日通过的《中华人民共和国气象法》第 44 条；（5）1999 年 12 月 25 日通过的《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第 3 条；（6）2002 年 10 月 15 日通过的《中华人民共和国军品出口管理条例》第 6 条；（7）2006 年 11 月 9 日修订的《中华人民共和国核出口管制条例》第 22 条；（8）2007 年 1 月 26 日修订的《中华人民共和国核两用品及相关技术出口管制条例》第 27 条；（9）2007 年 10 月 18 日修订的《中华人民共和国飞行基本规则》第 121 条；（10）2009 年 8 月 27 日修订的《中华人民共和国进出境动植物检疫法》第 47 条；（11）2011 年 1 月 8 日修订的《中华人民共和国民用航空安全保卫条例》第 2 条第 2 款和第 29 条；（12）2015 年 4 月 24 日修订的《中华人民共和国税收征管法》第 91 条；（13）2016 年 7 月 2 日修订的《中华人民共和国水法》第 78 条；（14）2016 年 11 月 7 日修订的《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第 90 条；（15）2017 年 10 月 7 日修订的《中华人民共和国野生植物保护条例》第 31 条；（16）2017 年 11 月 4 日修订的《中华人民共和国海洋环境保护法》第 96 条；（17）2018 年 3 月 19 日修订的《防治船舶污染海洋环境管理条例》第 73 条；（18）2018 年 4 月 27 日修订的《中华人民共和国国境卫生检疫法》第 24 条；（19）2018 年 9 月 18 日修订的《外

在相关事项上，有条约的，直接适用条约，没有条约的，按国内法或外交途径办理，这类法律法规有 8 部。[21]根据《立法法》，法律和行政法规是我国法律体系中层级较高的规范，如此多的法律和行政法规将直接适用条约作为主要方式或唯一方式，有力地证明了我国法院在涉外案件中直接适用条约的正当性。

二是我国地方性法规和地方政府规章中也存在一些在非涉外事项中直接适用条约的规定。涵盖文化遗产保护、[22]湿地保护、[23]非物质文化遗产保护、[24]运输野生动物、[25]船舶技术标

国企业常驻代表机构登记管理条例》第 13 条第 2 款；（20）2018 年 12 月 29 日修订的《中华人民共和国企业所得税法》第 58 条；（21）2019 年 3 月 2 日修订的《外国民用航空器飞行管理规则》第 6 条第 2 款。

[20] （1）1986 年 9 月 5 日通过的《中华人民共和国外交特权与豁免条例》第 24 条；（2）1992 年 11 月 7 日通过的《中华人民共和国海商法》第 208 条第 2、第 3 项；（3）1992 年 12 月 19 日通过的《药品行政保护条例》第 3 条；（4）1992 年 12 月 28 日通过的《中华人民共和国搜寻援救民用航空器规定》第 2 条；（5）2001 年 4 月 2 日通过的《集成电路布图设计保护条例》第 3 条第 3 款；（6）2001 年 12 月 22 日通过的《外国律师事务所驻华代表机构管理条例》第 15 条第 1 项；（7）2009 年 8 月 27 日修订的《中华人民共和国归侨侨眷权益保护法》第 22 条；（8）2009 年 10 月 31 日通过的《中华人民共和国驻外外交人员法》第 10 条；（9）2010 年 1 月 9 日修订的《中华人民共和国专利法实施细则》第 101 条；（10）2010 年 2 月 26 日修订的《中华人民共和国著作权法》第 2 条第 2 款；（11）2013 年 1 月 30 日修订的《计算机软件保护条例》第 5 条第 3 款；（12）2013 年 1 月 30 日修订的《中华人民共和国著作权法实施条例》第 33 条第 2 款、第 34 条第 2 款和第 35 条；（13）2013 年 12 月 28 日修订的《中华人民共和国渔业法》第 23 条第 4 款；（14）2015 年 4 月 24 日修订的《中华人民共和国动物防疫法》第 28 条第 2 款；（15）2016 年 2 月 6 日修订的《中华人民共和国认证认可条例》第 36 条；（16）2016 年 11 月 7 日修订的《中华人民共和国对外贸易法》第 24 条和第 47 条；（17）2017 年 2 月 24 日修订的《中华人民共和国红十字会法》第 14 条第 3 款和第 15 条；（18）2017 年 3 月 1 日修订的《中华人民共和国进出口关税条例》第 10 条；（19）2017 年 3 月 13 日修订的《外国人在中国就业管理规定》第 10 条第 1 款；（20）2017 年 4 月 27 日修订的《中华人民共和国测绘法》第 20 条；（21）2017 年 11 月 4 日修订的《中华人民共和国刑法》第 9 条；（22）2018 年 10 月 26 日通过的《中华人民共和国船舶吨税法》第 3 条；（23）2018 年 12 月 29 日修订的《中华人民共和国进出口商品检验法》第 25 条；（24）2018 年 12 月 29 日修订的《中华人民共和国民用航空法》第 110 条第 3 项和第 115 条第 3 项；（25）2019 年 3 月 2 日修订的《中华人民共和国船员条例》第 18 条和第 19 条第 2 款；（26）2019 年 3 月 2 日修订的《中华人民共和国进出口货物原产地条例》第 2 条第 2 款。

[21] （1）1985 年 4 月 10 日通过的《中华人民共和国继承法》第 36 条第 3 款；（2）1995 年 7 月 20 日通过的《中华人民共和国出境入境边防检查条例》第 9 条和第 13 条；（3）2000 年 12 月 28 日通过的《中华人民共和国引渡法》第 4 条；（4）2001 年 12 月 10 日通过的《中华人民共和国货物进出口管理条例》第 5 条；（5）2011 年 1 月 8 日修订的《外国公司船舶运输收入征税办法》第 17 条第 1 款；（6）2011 年 1 月 8 日修订的《海关总署关于外国驻中国使馆和使馆人员进出境物品的规定》第 10 条和第 11 条；（7）2013 年 12 月 28 日修订的《中华人民共和国渔业法》第 8 条第 1 款；（8）2018 年 4 月 27 日修订的《中华人民共和国国境卫生检疫法》第 25 条。

[22] 例如，2006 年 1 月 1 日《浙江省文物保护管理条例》第 30 条、2007 年 5 月 24 日实施的《吉林省文物保护条例》第 15 条、2005 年 11 月 1 日实施的《重庆市实施<中华人民共和国文物保护法>办法》第 13 条、

2004 年 1 月 1 日实施的《江苏省文物保护条例》第 8 条。

[23] 例如，2017 年 1 月 1 日施行的《福建省湿地保护条例》第 9 条、2012 年 5 月 1 日施行的《江西省湿地保护条例》第 11 条。

[24] 例如 2014 年 1 月 1 日施行的《苏州市非物质文化遗产保护条例》第 12 条、2017 年 3 月 1 日施行的《南京市非物质文化遗产保护条例》第 14 条。

[25] 例如 2013 年 3 月 20 日施行的《四川省<中华人民共和国野生动物保护法>实施办法》第 28 条、1998

准[26]和规范性文件合法性审查[27]等方面，为我国法院在非涉外案件中直接适用条约提供了一定的法律基础。依循我国《立法法》的规定，地方法规和地方政府规章在我国法律体系中层级最低，可也广泛存在一些非涉外事项中直接适用条约的规定，其合法性再次得以彰显。

三是部分司法解释也为我国法院在非涉外案件中直接适用条约提供了一定的可能性。最高人民法院和最高人民检察院发布的《办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》的第 15 条规定，将《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》附件所列物质认定为我国《刑法》第 338 条所规定的"有毒物质"。[28]2016 年 8 月 2 日开始实施的《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定（一）》序言和第 2 条将我国缔结或参加的国际条约作为司法管辖和法律适用的一项依据，为我国管辖海域发生的各类案件适用国际条约创造了可能性。

四是我国法院在非涉外案件中适用条约具有直接的国内法依据。如我国法院在非涉外案件中直接适用《外观设计国际分类洛迦诺协定》的直接法律依据是 1994 年 9 月 29 日最高人民法院颁布的《最高人民法院关于进一步加强知识产权司法保护的通知》。[29]我国法院在非涉外案件中直接适用《濒危野生动植物种国际贸易公约》的法律依据有两个：（1）《最高人民法院关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释（法释〔2000〕37 号）》；[30]（2）1989 年 11 月 8 日通过、2004 年 8 月 28 日和 2009 年 8 月 27 日修正的《中华人民共和国野生动物保护法》的第 40 条，二者均规定："中华人民共和国缔结或者参加的与保护野生动物有关的条约与本法有不同规定的，适用条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外"。[31]我国法院在非涉外案件中直接适用《1972 年国际避碰公约》的法律依据亦有两个：（1）《交通部关于执行"1972 年国际海上避碰规则公约"若干问题的通知》，即

年 7 月 1 日施行的《重庆市实施<中华人民共和国野生动物保护法>办法》第 27 条。

[26] 2005 年 9 月 1 日实施的《大连市船舶修理和地方船舶建造管理条例》第 13 条、2000 年 3 月 1 日起施行的《深圳经济特区海域污染防治条例》第 8 条、2001 年 10 月 1 日生效的《珠海市防治船舶污染水域条例》第 6 条、第 7 条、第 28 条。

[27] 例如，2005 年 8 月 31 日发布的《海南省人民政府办公厅关于做好规范性文件法律审核工作的通知》第 5 条、2016 年 11 月 1 日施行的《郑州市规范性文件管理规定》第 6 条、2017 年 11 月 24 日施行的《江苏省规范性文件和重大决策合法性审查程序规定》第 11 条。

[28] 参见法释 2016 第 29 号，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》，2016 年 11 月 7 日，第 15 条。

[29] 该《通知》指出：人民法院审理知识产权案件，要严格适用《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国技术合同法》、《中华人民共和国著作权法》和《中华人民共和国反不正当竞争法》等法律、法规以及我国参加或者缔结的有关知识产权的条约，充分、平等、及时地保护当事人的合法权益，严厉制裁各类侵犯知识产权的违法行为。

[30] 法释〔2000〕37 号第 1 条规定：刑法第三百四十一条第一款规定的"珍贵、濒危野生动物"，包括列入国家重点保护野生动物名录的国家一、二级保护野生动物、列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录一、附录二的野生动物以及驯养繁殖的上述物种。

[31] 遗憾的是，之后分别于 2016 年 7 月 2 日和 2018 年 10 月 26 日修订的《中华人民共和国野生动物保护法》中，均取消了该条款的内容。

（81）交船检字 665 号；[32]（2）1999 年 12 月 25 日修正的《中华人民共和国海洋环境保护法》的第 97 条，大致内容为：中华人民共和国缔结或者参加的与海洋环境保护有关的条约与本法有不同规定的，适用条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。此款规定均在 2016 年 11 月 7 日修正的《中华人民共和国海洋环境保护法》第 96 条和 2017 年 11 月 4 日修正的《中华人民共和国海洋环境保护法》第 96 条中得以保留。

五是我国有一些法律在涉外关系篇中规定，当国内法与我国缔结或加入的国际条约不一致时，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的除外。[33]部分学者主张上述规定已表明条约只适用于涉外案件，[34]然而，上述法律规定不能成为阻碍我国法院在非涉外案件中直接适用条约的法律依据，理由如下：（1）上述规定均指出，当国内法与条约规定不一致时，条约处于优先的地位。从性质上来讲，此类规定与其说是关于条约适用的规范，不如说是关于条约与国内法效力等级的规范。[35]因此，不能以这些规定为理由否定我国法院在非涉外案件中直接适用条约。（2）条约在国内的适用是我国国家主权范围内的事项，则对于权利义务内容明确、未禁止适用于非涉外案件的条约，我国可自主决定是否适用于非涉外案件，而不受上述规定的影响。（3）我国至少有 21 部法律法规在总则中规定应当直接适用条约，而非于涉外篇中规定条约的直接适用，[36]表明直接适用条约并不局限于涉外案件。（3）2020

---

[32] 我国交通部在（81）交船检字 665 号明确指出：“一船舶在海上和海港航行或停泊时，其操作和显示的信号应执行‘本规则’（即 1972 年国际海上避碰规则）；在其他水域航行或停泊时，执行我‘内河规则’”。

[33] 涉及的具体法律规定有：1986 年《民法通则》第 142 条第 2 款、1989 年《行政诉讼法》第 72 条、1991 年《民事诉讼法》第 238 条、1992 年的《海商法》第 268 条第 1 款、1995 年《民用航空法》第 184 条第 1 款、1997 年《国防法》第 67 条、2004 年《票据法》第 95 条、2012 年《民事诉讼法》第 260 条等。

[34] 万鄂湘、余晓汉：《国际条约适用于国内无涉外因素的民事关系探析》，《中国法学》2018 年第 5 期，第 16 页。又参见徐锦堂：《关于国际条约国内适用的几个问题》，《国际法研究》2014 年第 3 期，第 74 页。

[35] 美国著名的 WTO 专家 John H. Jackson 认为“当条约与国内法发生冲突时何者优先的问题就是规范等级问题”。See John H. Jackson, the jurisprudence of GATT and the WTO—Insights on Treaty Law and Economic Relations, Cambridge University Press, 2000, pp.301—304.

[36] 这些法律法规有（1）1989 年 11 月 8 日通过、并且分别于 2004 年 8 月 28 日和 2009 年 8 月 27 日修正的《中华人民共和国野生动物保护法》第 40 条。（2）1992 年 12 月 19 日通过的《药品行政保护条例》第 3 条。（3）1992 年 12 月 28 日通过的《中华人民共和国搜寻援救民用航空器规定》第 2 条。（4）1996 年 12 月 2 日通过的《中华人民共和国进出境动植物检疫法实施条例》第 2 条第 5 项。（5）1999 年 12 月 25 日通过的《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第 3 条。（6）2000 年 12 月 28 日通过的《中华人民共和国引渡法》第 4 条。（7）2001 年 4 月 2 日通过的《集成电路布图设计保护条例》第 3 条第 3 款。（8）2001 年 12 月 10 日通过的《中华人民共和国货物进出口管理条例》第 5 条。（9）2006 年 8 月 27 日通过的《中华人民共和国企业破产法》第 5 条。（10）2010 年 2 月 26 日修订的《中华人民共和国著作权法》第 2 条。（11）2011 年 1 月 8 日修订的《中华人民共和国民用航空安全保卫条例》第 2 条。（12）2013 年 1 月 30 日修订的《计算机软件保护条例》第 5 条第 3 款。（13）2013 年 12 月 28 日修订的《中华人民共和国渔业法》第 8 条第 1 款。（14）2016 年 11 月 7 日修订的《中华人民共和国体育法》第 9 条。（15）2016 年 11 月 7 日修订的《中华人民共和国对外贸易法》第 6 条。（16）2017 年 2 月 24 日修订的《中华人民共和国红十字会法》第 4 条。（17）2017 年 3 月 1 日修订的《中华人民共和国水文条例》第 7 条。（18）2017 年 11 月 4 日修正的《中华人民共和国海洋环境保护法》96 条等。（19）2017 年 11 月 4 日修订的《中华人民共和国刑法》第 9 条。（20）2018 年 10 月 26 日修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》第 18 条。（21）2019 年 4 月 23 日修订的《中华人民共和国商标法》第 17 条。

年 5 月 28 日十三届全国人大三次会议表决通过的《中华人民共和国民法典》的第 1260 条规定，包括《民法通则》在内的 9 部法律自本法实施之日起同时废止，《民法通则》第 142 条关于条约适用的规定也将被废止。因我国《民法典》未对条约适用问题作出任何规定，我国法院在非涉外案件中直接适用条约不应被阻碍。综上，经由国内法律、行政法规、地方性法规、地方政府规章、司法解释的规定及相关法条的解释，条约的适用并不局限于非涉外案件，我国法院在非涉外案件中直接适用条约具有一定的法律基础。

二、掣肘与挑战：我国法院在非涉外案件中直接适用条约面临的现实困境

纵使我国法院在非涉外案件中直接适用条约具有正当性，但是通过考察我国近 20 年来在非涉外案件中直接适用条约的司法实践以及相关法律规定，系列问题依然存在，我国法院在非涉外案件中直接适用条约面临诸多挑战。

（一）我国法院在非涉外案件中直接适用条约的司法困境

通过考察我国法院近 20 年来在非涉外案件中直接适用条约的案例数量、援引条约的类型与具体位置、直接适用条约的方式以及判决效果等方面，问题丛生（参见我国法院在非涉外案件中直接适用条约分析表）。

一是目前我国法院在非涉外案件中直接适用条约的司法判例很少。我国法院在非涉外案件中直接适用条约的案件主要集中于婚姻家庭案件、知识产权案件、刑事案件、海商海事案件和环境公益诉讼案件。笔者收集整理了北京、上海、浙江、广东、天津、云南、重庆、湖北、新疆、黑龙江十个省市法院近 20 年来 500 个直接适用条约的案例，[37]属于在非涉外案件中直接适用条约的仅 12 个。[38]

二是我国法院在非涉外案件中直接援引的条约类型具有局限性。通过考察我国法院近 20 年来在非涉外案件中直接适用条约的实践，发现只有《儿童权利公约》、《濒危野生动植物国际贸易公约》、《与贸易有关的知识产权措施协议》（TRIPS）、《外观设计国际分类洛迦诺协定》、《1969 年油污损害民事责任公约》及其《1976 年议定书》、《1972 年国际海上避碰规则》和《生物多样性公约》被援引或适用，远不如我国法院在涉外案件中直接适用条约的类型。[39]

三是我国法院在非涉外案件判决书中所援引条约在判决书中的具体位置不统一。部分法

---

[37] 王勇：《理论与实践双重视角下完善我国条约司法适用制度研究》，九州出版社 2016 年版，第 44-65 页。

[38] 这 12 个案例分别是上海市浦东新区人民法院（2011）浦刑初字第 1541 号、（2011）浦刑初字第 2549 号、（2012）浦刑初字第 3234 号、上海长宁区人民法院（2009）长刑初字第 415 号、上海闸北区人民法院（2011）闸刑初字第 26 号、上海市虹口区人民法院（2012）虹刑初字第 785 号、上海市第二中级人民法院（2003）沪二中民五（知）初字第 239 号、北京市第一中级人民法院（2003）一中行初字第 209 号、浙江省高级人民法院（2002）浙经二终字第 55 号、(2009)浙海终字第 49 号、宁波海事法院[2004]甬海法事初字第 74 号、浙江省高级人民法院[2005]浙民三终字第 225 号。

[39] 我国法院在涉外案件中直接适用条约的类型已经达到 33 个，而在非涉外案件中直接适用的条约类型只有 8 个，可见后者实现太少了。参见王勇：《理论与实践双重视角下完善我国条约司法适用制度研究》，九州出版社 2016 年版，第 26 页。

院仅在判决书中的说理部分援引条约，在（2015）沪一中少民终字第 56 号判决书中，上海市一中院仅在判决书中的说理部分指出：“联合国《儿童权利公约》第 3 条确立了‘儿童最大利益原则’，我国作为该公约的缔约国，应在司法中体现这一原则。法院在确定子女监护权归属时，应最大化地保护未成年子女利益，这恰恰是符合‘儿童最大利益原则’的。”在此基础上，上海市一中院根据《中华人民共和国民法通则》等法律的相关规定作出了最终判决，法院却未在判决书法律依据部分再次援引《儿童权利公约》。而有些法院在判决或裁定的法律依据部分直接援引条约，如 2000 年广州海事法院审理的“中国船舶燃料供应福建有限公司申请油污损害赔偿责任限制案”中（以下简称“油污损害赔偿责任限制案”），广州海事法院直接根据《1969 年国际油污损害民事责任公约》、《1976 年议定书》以及《民事诉讼法》的相关规定作出了裁决。[40]

四是我国法院在非涉外案件中直接适用条约的方式不规范不统一。目前，我国法院在非涉外案件中直接适用条约的方式有三种：单独适用条约、隐含适用条约以及与其它法律依据一起适用条约。单独适用条约指我国法院仅将条约作为裁判的法律依据。例如，上海市长宁区人民法院以《濒危野生动植物国际贸易公约》作为判断国家一级保护动物的唯一法律依据，于（2009）长刑初字第 415 号判决书中认定被告人李某从广州等地购进的红尾蚺、草原巨蜥、缅甸蟒、暹罗鳄等动物为国家一级保护动物。隐含适用指裁判文书中未明确提到条约，而在案件审理过程中将条约作为定案的重要法律依据。在（2016）豫 1224 刑初 208 号刑事判决书中，河南省卢氏县人民法院认定被告人秦某非法采伐国家重点保护植物蕙兰 3 株的行为已构成非法采伐国家重点保护植物罪。判决书虽未明确提及《濒危野生动植物国际贸易公约》，卢氏县人民法院却在审理过程中依据《濒危野生动植物国际贸易公约》认定秦某采伐惠兰的行为构成犯罪。（蕙兰是《濒危野生动植物国际贸易公约》附录二的物种，而不是中国《国家重点保护野生植物名录（第一批）》所列的物种）。[41]条约与其他法律依据一起适用指我国法院将条约与国内相关法律法规一起作为法律依据加以适用。在“杨某甲;马某故意杀人罪 2017 刑初 255 案”中，[42]广东省广州市南沙区人民法院亦在判决书中将《儿童权利公约》与《刑法》、《未成年人保护法》和《妇女儿童权益保障法》一起适用，实现对儿童基本人权的保护。

五是部分非涉外案件因不当适用条约而被改判或否定。在河南省卢氏县人民法院审理的系列非法采伐蕙兰案中，蕙兰系《濒危野生动植物种国际贸易公约》所列名录中的植物，法院据此认定蕙兰为刑法所述的“重点保护植物”，但现行的《国家重点保护野生植物名录（第一批）》未将蕙兰列入其中。上述案件经过再审，法院认为原审法院适用法律错误，原审判

[40] 参见中国船舶燃料供应福建有限公司申请油污损害赔偿责任限制案，https://ishare.iask.sina.com.cn/f/2Z6y6ibluZ2.html, 访问日期：2020 年 3 月 12 日。

[41] 参见张楠茜：“河南农民挖兰花获刑案再审，法院称原判决适用法律错误”，https://www.sohu.com/a/232770932_658437，访问日期：2020 年 3 月 12 日。

[42] （2017）粤 0115 刑初 255 号判决书。

决因不当适用条约而被改判。[43]在“油污损害赔偿责任限制案”中，广州海事法院依据《1969年国际油污损害民事责任公约》作出裁定之后，最高人民法院在2005年12月26日发布的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》[44]以及在2008年7月3日作出的《关于非航行国际航线的我国船舶在我国海域造成油污损害的民事赔偿责任适用法律问题的请示的答复》[45]均否定了《1992年国际油污损害民事责任公约》适用于非涉外案件。由于《1992年国际油污损害民事责任公约》是《1969年国际油污损害民事责任公约》的议定书与修正版，[46]且我国系《1992年国际油污损害民事责任公约》的缔约国，因而最高人民法院的上述意见很大程度上否定了广州海事法院对“油污损害赔偿责任限制案”作出的裁定。简言之，我国法院近20年来在非涉外案件中直接适用条约存在司法判例很少、所直接援引的条约类型具有局限性、判决书中援引条约的具体位置不统一、直接适用条约的方式不规范、部分非涉外案件因不当适用条约而被改判或否定等诸多问题。

我国法院在非涉外案件中直接适用条约分析表[47]

	婚姻家庭案件	刑事案件				知识产权类案件		海商海事案件			环境公益诉讼案件
案	海市	上海市浦东	河南省卢氏	上海长宁区	广东省广州	上海市第二	北京市第一	广州海	浙江省高级	宁波海事法	最高人民法

[43] 参见常亚飞：“河南非法采伐兰草案再审4人被改判无罪”，http://finance.sina.com.cn/roll/2018-11-09/doc-ihnprhzw7147768.shtml, 访问日期：2020年3月12日。

[44] 《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第141条规定：“我国加入的《1992年国际油污损害民事责任公约》适用于具有涉外因素的缔约国船舶油污损害赔偿纠纷，包括航行于国际航线的我国船舶在我国海域造成的油污损害赔偿纠纷。非航行于国际航线的我国船舶在我国海域造成的油污损害赔偿纠纷不适用该条约的规定。”

[45] 最高人民法院于2008年7月3日针对山东省高级人民法院的请示，作出《关于非航行国际航线的我国船舶在我国海域造成油污损害的民事赔偿责任适用法律问题的请示的答复》，指出：本案申请人锦州中信船务有限公司系中国法人，其所属的“恒冠 36”轮系在我国登记的非航行国际航线的船舶，其在威海海域与中国籍“辽长渔 6005”轮碰撞导致漏油发生污染，故本案不具有涉外因素，不适用我国加入的《1992年国际油污损害民事责任公约》。

[46] 《1969年国际油污损害民事责任公约》是指为解决船舶所有人因海上事故所引起的油污损害责任而签订的公约。该公约于1969年11月29日签订于布鲁塞尔，1975年6月19日生效。1992年11月，国际海事组织(IMO)在伦敦召开的国际会议上通过了《1969年国际油污损害民事责任公约的1992年议定书》(以下称《1992年责任公约》)。《1992年责任公约》于1996年5月30日生效。

[47] 本表格的案例数据来源有两个方面：（1）中国法律文书裁判网，http://wenshu.court.gov.cn，搜索时间范围是1998年1月1日至2018年12月31日。（2）王勇：《理论与实践双重视角下完善我国条约司法适用制度研究》，九州出版社2016年版，第44-65页。

号	第一中级法院（2015）沪一中少民终字第56号	新区法院（2011）浦刑初字第1541号、（2011）浦刑初字第2549号、（2012）浦刑初字第3234号	县人民法院（2016）豫1224刑初173号、（2016）豫1224刑初208号、（2016）豫1224刑初209号等系列案件	人民法院（2009）长刑初字第415号、上海闸北区人民法院（2011）闸刑初字第26号、上海市虹口区人民法院（2012）虹刑初字第785号	市南沙区人民法院（2017）粤0115刑初255号	中级人民法院（2003）沪二中民五（知）初字第239号	中级人民法院2003）一中行初字第209号	事法院于2000年审理的中国船舶燃料供应福建有限公司申请油污损害赔偿责任限制	人民法院（2002）浙经二终字第55号、浙江省海事法院(2009)浙海终字第49号	院（2004）甬海法事初字第74号、浙江省高级人民法院（2005）浙民三终字第225号	院民事裁定书（2016）最高法民再50号

								案		
适用的条约	儿童权利公约》	《濒危野生动植物国际贸易公约》			儿童权利公约》	《与贸易有关的知识产权措施协议》（TRIPS）	外观设计国际分类洛迦诺协定》	1969年油污损害民事责任公约》及其《1976年议定书》	《1972年国际海上避碰规则》		生物多样性公约》
判决书援引条约的具体位置	决书的说理部分	判决书的说理部分	判决书的说理部分	判决书的说理部分	判决书的说理部分	判决书的说理部分	判决书的说理部分	裁定书的裁定法律依据部分	判决书的说理部分	判决书的判决法律依据部分	裁定书的说理部分
如		一	隐	单	一	一	单	-	单	一	单

何适用	起适用	起适用	含适用	独适用	起适用	起适用	独适用	起适用	独适用	起适用	独适用
是否被改判或被否定		否	是	否	否	否	否	是	否	否	否

（二）我国法院在非涉外案件中直接适用条约的法律困境

上文已论述我国法院在非涉外案件中直接适用条约具有扎实的法理基础和正当的法律基础，但实践中条约的直接适用亦存在诸多法律问题，有必要逐一探讨明晰，并作出相应的修改完善。具体而言，包含以下几个问题：

一是规定直接适用条约的法律法规不统一。目前我国有 36 部法律法规规定适用条约的方式，主要包含以下四种类型：（1）在相关事项上，适用国内法或者直接适用条约。规定此种适用条约方式的法律法规有 14 部。[48]（2）在相关事项上直接适用条约，或按对等原则或互惠原则办理。规定此种条约适用方式的法律法规有 10 部。[49]（3）在相关事项上直接适用条约，并且按照国内法规定办理，这类法律法规有 3 部。[50]（4）在相关事项上适用条约和国

[48] （1）1992 年 11 月 7 日通过的《中华人民共和国海商法》第 208 条第 2 项和第 3 项；（2）1996 年 12 月 2 日通过的《中华人民共和国进出境动植物检疫法实施条例》第 2 条第 5 项；（3）2008 年 12 月 27 日修订的《中华人民共和国专利法》第 20 条第 3 款；（4）2012 年 11 月 9 日修订的《企业名称登记管理规定》第 25 条第 2 款；（5）2014 年 8 月 31 日修订的《中华人民共和国政府采购法》第 84 条；（6）2015 年 12 月 27 日修订的《中华人民共和国教育法》第 70 条；（7）2016 年 11 月 7 日修订的《中华人民共和国对外贸易法》第 16 条第 11 项和第 26 条第 6 项；（8）2017 年 2 月 24 日修订的《中华人民共和国红十字会法》第 11 条第 6 项和第 8 项；（9）2017 年 6 月 27 日修订的《中华人民共和国民事诉讼法》第 267 条第 1 项；（10）2017 年 9 月 1 日修订的《中华人民共和国公证法》第 45 条；（11）2017 年 11 月 4 日修订的《中华人民共和国海关法》第 56 条第 6 项；（12）2018 年 8 月 31 日修订的《中华人民共和国个人所得税法》第 4 条第 9 项；（13）2018 年 12 月 29 日修订的《中华人民共和国民用航空法》第 174 条第 1 款和第 182 条；（14）2019 年 3 月 2 日修订的《中华人民共和国中外合作办学条例》第 34 条第 4 款。

[49] （1）1990 年 10 月 30 日通过的《中华人民共和国领事特权与豁免条例》第 14 条第 1 款；（2）2001 年 12 月 10 日通过的《中华人民共和国货物进出口管理条例》第 5 条；（3）2006 年 10 月 31 日通过的《中华人民共和国反洗钱法》第 27 条；（4）2006 年 8 月 27 日通过的《中华人民共和国企业破产法》第 5 条；（5）2007 年 12 月 29 日通过的《中华人民共和国禁毒法》第 53 条；（6）2014 年 7 月 29 日修订的《中华人民共和国植物新品种保护条例》第 20 条和第 23 条第 1 款；（7）2016 年 11 月 7 日修订的《中华人民共和国对外贸易法》第 6 条；（8）2017 年 06 月 27 日修订的《中华人民共和国民事诉讼法》第 276 条第 1 款、第 280 条、第 281 条、第 282 条和第 283 条；（9）2018 年 10 月 26 日修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》第 18 条；（10）2019 年 4 月 23 日修订的《中华人民共和国商标法》第 17 条和第 25 条第 1 款。

[50] （1）2008 年 12 月 27 日修订的《中华人民共和国专利法》第 20 条第 2 款、第 3 款；（2）2017 年 2 月 24 日修订的《中华人民共和国红十字会法》第 4 条；（3）2018 年 9 月 18 日修订的《外国企业常驻代表机构登记管理条例》第 23 条第 3 款。

内法，这类法律法规有 9 部。[51]从上述四类规定条约适用的法律法规来看，条约只是与我国国内法、对等原则、互惠原则一并考虑的备选项而已，我国尚未形成以直接适用条约为主的条约适用模式。上述 40 余部法律法规与之前规定直接适用条约的 60 余部法律法规在内容方面是不一致的，加剧了我国法院直接适用条约的复杂性，甚至形成了我国法院直接适用条约的矛盾状态。

二是缺少高位阶的法律作为规范与指引。我国的宪法和宪法性文件未明确条约与国内法之间的效力与位阶关系，亦未明确条约在我国的适用方式，无法为我国法院在非涉外案件中直接适用条约提供权威的法律指引。此外，我国的《立法法》对于条约的法律地位问题未置可否。从基本的法理角度来看，下位法的分散与矛盾需由上位法进行统一和调整，而关于条约效力的高位阶法律的缺失显然不利于解决上述问题。

三是法律依据不正式、不规范。部分涉外案件中我国法院直接适用条约的法律依据仅仅是最高人民法院的通知、批复或者有关部门的通知。我国法院在非涉外案件中适用《1972 年避碰公约》的法律依据是《交通部关于执行“1972 年国际海上避碰规则公约”若干问题的通知》，即（81）交船检字 665 号；我国法院适用《外观设计国际分类洛迦诺协定》的法律依据是 1994 年 9 月 29 日最高人民法院颁布的《最高人民法院关于进一步加强知识产权司法保护的通知》，法院适用条约的上述依据仅为最高人民法院和交通部的通知，非正式的法律规定。值得一提的是，最高人民法院分别于 2005 年 12 月 26 日发布的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》和 2008 年 7 月 3 日作出的《关于非航行国际航线的我国船舶在我国海域造成油污损害的民事赔偿责任适用法律问题的请示的答复》，均指出不能在非涉外案件中适用《1992 年国际油污损害民事责任公约》，而此种答复是非正式的法律规定，凸显出法院适用条约的法律依据存在不正式、不规范的问题。

四是明确的法律依据不足。在全国首例代孕引发的监护权纠纷案中，上海市第一中级人民法院直接适用《儿童权利公约》尚无明确的法律依据，若非最高人民法院在其工作报告中予以肯定，法院直接适用《儿童权利公约》效力存疑。[52]类似的情况在广东省广州市南沙区人民法院作出的（2017）粤 0115 刑初 255 号判决书中亦有凸显，可见法院在部分案件中直

[51] （1）1979 年 9 月 18 日通过的《中华人民共和国对外国籍船舶管理规则》第 24 条、第 52 条；（2）1996 年 1 月 29 日通过的《中华人民共和国红十字标志使用办法》第 23 条；（3）1998 年 6 月 26 日通过的《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第 5 条；（4）2010 年 1 月 9 日修订的《中华人民共和国专利法实施细则》第 74 条第 4 款；（5）2011 年 1 月 8 日修订的《核电厂核事故应急管理条例》第 41 条；（6）2016 年 11 月 11 日修订的《中华人民共和国无线电管理条例》第 54 条；（7）2018 年 3 月 19 日修订的《防治船舶污染海洋环境管理条例》第 10 条、第 15 条第 1 款、第 51 条第 2 款、第 71 条第 2 项；（8）2019 年 3 月 2 日修订的《中华人民共和国船员条例》第 27 条第 1 款；（9）2019 年 3 月 2 日修订的《放射性同位素与射线装置安全和防护条例》第 26 条。

[52] 最高人民法院院长周强在 2017 年 3 月 12 日在第十二届全国人民代表大会第五次会议的《最高人民法院工作报告》指出：上海法院审结全国首例代孕引发的监护权纠纷案，以“儿童利益最大化”原则明确监护权归属。参见周强：《最高人民法院工作报告》，《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2017 年第 2 期，第 319 页。

接适用条约法律依据不足。此外，我国 2014 年修正后的《环境保护法》已经删除了直接适用国际条约的条款，[53]而在（2016）最高法民再 50 号民事裁定书中，最高人民法院却诉诸《生物多样性公约》，以解释中国《环境保护法》中"生物多样性"的概念，[54]最高人民法院适用《生物多样性公约》的法律依据存疑。值得一提的是，在非涉外案件中直接适用条约无明确法律依据时，我国法院在某些非涉外案件中直接适用条约甚至违反既有的司法解释。如法院在非涉外案件中直接适用 TRIPS 协议，违背《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》（法释[2002]27 号）和《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》（法释[2002]35 号）确立的我国法院不能直接适用 WTO 规则的司法精神。

五是指导性司法解释缺位。如前所述，最高人民法院于 2005 年 12 月 26 日发布的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》和 2008 年 7 月 3 日作出的《关于非航行国际航线的我国船舶在我国海域造成油污损害的民事赔偿责任适用法律问题的请示的答复》均指出不能在非涉外案件中直接适用《1992 年国际油污损害民事责任公约》，但最高人民法院 2011 年《关于审理船舶油污损害赔偿案件若干问题的规定》却要求法院在审理船舶污损赔偿案件时适用中国缔结或参加的有关国际条约，特别是《1992 年国际油污损害民事责任公约》，以确定赔偿限额。然而，此规定通篇并未提及或限定条约一定要适用具有涉外性的案件，且在规定中明确了"船舶"包括"航行于国际航线和国内航线的油轮和非油轮"。可见，就条约是否适用非涉外案件问题，最高人民法院的司法解释之间存在潜在的冲突。究其原因，我国司法解释并不创造基本权利与义务，仅对法律的适用进行解释，具有相应的法律效力。产生的问题是，现有立法中关于条约适用的规定存在诸多模糊与矛盾之处，而我国迄今没有出台专门的《条约适用法》，依赖司法解释处理条约适用问题则超越了司法解释本身的功能，具有"越俎代庖"之嫌。

三、进路与出路：我国法院在非涉外案件中直接适用条约的路径建构

我国法院在非涉外案件中直接适用条约总体上面临众多挑战，但鉴于其具有正当性基础，应该从明确指导思想与基本适用条件、完善法律规定与完善司法机制进行研究，探索可行性路径，助推相关条约适用制度的完善。

（一）明确我国法院在非涉外案件中直接适用条约的指导思想与基本适用条件

鉴于我国学界普遍认为非涉外案件不能直接适用条约的错误观点及实务界对非涉外案件中适用条约的具体适用条件缺乏精准把握，应明确我国法院在非涉外案件中直接适用条约的指导思想与基本适用条件，以期消解理论纷争，更好地指导司法实践。

---

[53] 即"中华人民共和国缔结或者参加的与环境保护有关的国际条约，同中华人民共和国法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外"。

[54] 中国生物多样性保护与绿色发展基金会诉宁夏华御化工有限公司环境污染公益诉讼案的再审申请人绿发会提起环境污染公益诉讼，一、二审法院认为其不是"从事环境保护公益活动"的社会组织，进而决定不予受理其起诉。再审法院最高人民法院却认为，一、二审法院适用法律错误。关于绿发会章程规定的宗旨和业务范围是否包含维护环境公共利益的问题，再审法院参照《生物多样性公约》进行了解释，从而认定绿发会是合格的诉讼主体。

一是要树立我国法院可以在非涉外案件中直接适用条约的指导思想。长期以来我国鲜有在非涉外案件中直接适用条约的案例，故国内理论界和实务界对此持保守态度。在“油污损害赔偿责任限制案”中，广州海事法院适用《1969 年油污损害民事责任公约》及其《1976 年议定书》的裁判一出，学界纷争四起，批评声不断。[55]从理论上说，一国如何适用条约是国家主权范围内的自主决定事项，我国法院可在非涉外案件中合理合法地直接适用条约，以彰显我国积极适用条约的良好国家形象，否则我国极有可能因司法上的自我封闭而落后于全球化，无法与国际法治进程步调一致。[56]为改变这一状况，我国可以先行发布一个指导性文件，表明在非涉外案件中可直接适用条约，以更好地展示我国遵守条约的良好国际形象。在历史上，我国外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部于 1995 年 6 月 20 日联合发布的关于处理涉外案件若干问题的规定，对于当时我国各部门在涉外案件中条约的直接适用起到了良好的指导作用。[57]基于此，我国可以再发布一个类似文件，并在文件中作出以下表述：“我国法院在符合法律规定的情况下应当在非涉外案件中直接适用条约”，以达致促进我国法院在非涉外案件中直接适用条约之目的。二是要明确我国法院在非涉外案件中直接适用条约的基本条件。我国法院在非涉外案件中直接适用条约应具备以下基本条件：（1）条约的权利义务关系明确，且具有可操作性；（2）条约的适用范围没有限定于涉外因素；（3）条约涉及中国公民或中国企业的权利义务；（3）相较于直接适用国内法，我国法院在非涉外案件中直接适用条约取得的效果更加显著。具体来说，法院适宜在下列情况中直接适用条约：（1）国内法没有规定，而条约中有规定；（2）国内法规定模糊笼统，而条约规定更加明确具体。如我国《未成年人保护法》第 3 条有关国家优先保障未成年人合法权益不受侵犯之规定笼统含糊，而《联合国儿童权利公约》第 3 条第 1 款确立的“儿童最大利益原则”之规定更加明确具体。2013 年 5 月儿童权利委员会发布了针对《儿童权利公约》第 3 条第 1 款的解释性意见，进一步明确了“儿童最大利益原则”的内涵与外延，适用性更强。[58]为更好地保护当事人权利，上海市一中法在（2015）沪一中少民终字第 56 号判决书中直接适用《联合国儿童权利公约》第 3 条的“儿童最大利益原则”，取得积极的效果，并获得最高人民法院的肯定，再次印证了我国法院在非涉外案件中直接适用条约取得的效果更加显著。总之，我国法院在非涉外案件中直接适用条约比在涉外案件中直接适用条约的要求更高，条件更严格。

（二）完善我国法院在非涉外案件中直接适用条约的法律规定

---

55 万鄂湘、余晓汉：《国际条约适用于国内无涉外因素的民事关系探析》，《中国法学》2018 年第 5 期。

56 D.S.Wood,In Defense of Transjudicialism, Duquesne Law Review, Vol.44, 2005, p.94.

57 该规定指出：“处理涉外案件，在对等互惠原则的基础上，严格履行我国所承担的国际条约义务。当国内法或者我内部规定同我国所承担的国际条约义务发生冲突时，应当适用国际条约的有关规定（我国声明保留的条款除外）。各主管部门不应当以国内法或者内部规定为由拒绝履行我国所承担的国际条约规定的义务。”

58 张雪莲：《国际人权公约在我国法院的适用——以“儿童最大利益”条款为切入点》，载《广州大学学报》 (社会科学版)2018 年第 9 期。

为填补我国宪法和宪法性文件的“空白”，消除我国法律法规关于非涉外案件中直接适用条约的矛盾与混乱现象，改进我国司法解释在此问题上的不足，完善我国法院在非涉外案件中直接适用条约的相关法律规定势在必行。

一是我国必须通过宪法或宪法性文件明确条约在国内的法律地位，这是完善我国法院在非涉外案件中直接适用条约的重要前提。我国宪法共有 4 个条款简单提及缔结和批准条约的程序和相关部门的职权，[59]条约与国内法关系的规定却是缺位的。基于宪法是我国的根本大法，宪法层面有关条约与国内法关系的空白，给我国的立法、法学理论的发展和司法实践设置了诸多障碍。随着我国对外交往的不断深入，在宪法中明确条约与国内法的关系变得尤为重要。具体到立法上，可以考虑完善宪法和宪法性文件中有关条约与国内法关系的具体条款，规定条约在国内法上的接受方式（转化或纳入）、条约与国内法之间的法律地位关系以及条约在国内的适用方式（直接适用或间接适用）。通过上述立法完善措施，可为我国法院在非涉外案件中直接适用条约提供更好的法律指引。二是为我国法院在非涉外案件中直接适用条约制定明确、规范且有效的法律依据。从司法实践来看，多数法院采用我国最高人民法院或相关国家部门的批复、意见、通知等作为直接适用条约的法律依据，存在不规范、不正式的弊端。为解决上述弊端，可考虑制定一部专门的《条约适用法》，以澄清现有立法在适用条约方面的矛盾与混乱之处，消除《民法典》对于条约适用问题“留白”带来的负面影响；同时，制定与出台《条约适用法》亦可为我国更好地出台适用条约的司法解释提供法律依据，指导法院在非涉外案件中直接适用条约。制定《条约适用法》要广泛吸收既有的司法实践经验，充分了解不当适用条约而被改判或是被否定的案件及适用条约而被肯定的案件。此外，《条约适用法》应区分“涉外案件”与“非涉外案件”适用条约的不同情况，分别规定基本适用条件，为我国法院在非涉外案件中直接适用条约提供明确的法律规范与指导。最后，《条约适用法》可以公布一些能够在非涉外案件中直接适用的条约名称与类型，以增加法院的审判的确定性。三是完善我国法院在非涉外案件中直接适用条约的司法解释制度。由于司法解释的法源基础是《中华人民共和国人民法院组织法》第 18 条（即最高人民法院可以对属于审判工作中具体应用法律的问题进行解释）及《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》的第 2 条（即凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释）。遵循《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 5 条、第 27 条的规定，最高人民法院发布的司法解释具有法律效力，人民法院以司法解释作为裁判依据的，应当在司法文书中援引。司法解释可以对法律规定的不明确之处予以具体化；或者对法律规定的空白之处，予以填补，可必须符合法律原理与法律精神，司法解释不能创造或者消灭基

[59] 这 4 个条款的分别是，我国《宪法》第 67 条第 14 项规定：全国人民代表大会常务委员会决定同外国缔结的条约和重要协议的批准和废除。第 67 条第 18 项规定：全国人民代表大会常务委员会在全国人民代表大会闭会期间，如果遇到国家遭受武装侵犯或者必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况，决定战争状态的宣布。第 81 条规定：中华人民共和国主席代表中华人民共和国，进行国事活动，接受外国使节；根据全国人民代表大会常务委员会的决定，派遣和召回驻外全权代表，批准和废除同外国缔结的条约和重要协议。第 89 条第 9 项规定：国务院管理对外事务，同外国缔结条约和协议。

本权利。因此，司法解释的作用在于填补法律漏洞，并不创造或消灭基本权利。为更好地发挥司法解释在非涉外案件中指导条约直接适用的作用，最高人民法院应积极推动制定一部专门的《条约适用法》，并且要围绕《条约适用法》的法律原理和法律精神，出台专门的条约适用司法解释，在发挥司法解释弥补条约适用漏洞的同时，为我国法院直接适用条约提供有效的指导。更为重要的是，我国最高人民法院在出台适用条约相关的司法解释之前，必须深入研析条约的内容及其在审判中的运用情况，并充分听取专家学者与其他实务部门的意见，确保司法解释的科学性和准确性。司法解释出台后，最高人民法院还要及时评估司法解释的实施效果，对于指导条约直接适用效果好的司法解释，及时总结经验并加以推广；对于指导条约直接适用效果差的司法解释，及时修改或废除。

（三）革新我国法院在非涉外案件中直接适用条约的司法机制

法院直接适用条约是发挥条约效力的重要保障，[60]故革新非涉外案件中直接适用条约的司法机制意义重大，且与完善相关法律规定相辅相成。可以考虑从规范判决书援引条约的方式、建立疑难条约适用的呈报制度、加强相关的指导性判例等方面完善司法机制。

一是鉴于实践中法院援引条约的形式多样且不规范之现象，可规范我国法院在判决中援引条约的形式。法院在撰写判决依据时，要做到准确、完整、具体。准确，就是要恰如其分地适合判决结果。完整，就是要把据以定性处理的法律规定和司法解释引全。具体，就是要引出条文外延最小的规定。[61]最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第 1 条规定：“人民法院的裁判文书应当依法引用相关法律、法规等规范性法律文件作为裁判依据。引用时应当准确完整写明规范性法律文件的名称、条款序号，需要引用具体条文的，应当整条引用。”遵循上述原则，（1）必须禁止我国法院隐含适用条约。（2）法院在判决书中具体援引条约时，判决书说理部分援引特定条约的，则判决法律依据部分也应该援引该条约，亦要注明援引条约的具体条、款、项。（3）应当允许我国法院单独援引条约作为判决的法律依据，而非必须与国内法律一起适用。二是我国法院应建立疑难条约适用的呈报制度。司法实践中，一个普遍存在的现象是：审判过程中遇到一些疑难案件或新型案件时，下级法院将向上级人民法院请示汇报，请求上级人民法院拿出指导意见。[62]我国地方各级人民法院在适用条约的过程中，难免会遇到诸如特定条约能否适用于具体案件（包括非涉外案件）、条约中的某些条款如何解释等棘手问题。鉴于条约适用的专业性与复杂性，地方各级人民法院无能力充分解答时，我国地方各级人民法院应当请求最高人民法院解答。目前国内相关法律制度薄弱，建议建立专门的条约适用司法报告制度。大体设想如下：在最高人民法院研究室下面单设条约适用研究部门，作为条约司法适用问题的专业咨询机构。地方各级人民法院在审判过程中遇到条约适用相关问题，可直接呈报给最高人民法院的条约适用

[60] A.Tzanakopoulos, Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol.6, 2011, p.20.

[61] 宁致远：《法律文书写作》，北京大学出版社 2006 年版，第 136 页。

[62] 任诚宇：《上下级法院间案件请示汇报的做法弊大于利》，《人民检察》1997 年第 3 期。

研究部门。对于条约的司法适用问题，条约适用研究部门需征求外交部条法司或商务部条法司的意见，以充分了解该条约的基本情况，必要时还需征求直接参与条约谈判与缔结的国务院及其相关部委的意见。[63]与此同时，条约适用研究部门还需听取专业法官与专家学者的意见，确保给地方各级人民法院提供全面、科学、专业的咨询意见。三是我国应大力加强法院在非涉外案件中直接适用条约的指导案例制度。从最高人民法院发布的指导案例情况来看，截至 2021 年 1 月 12 日，共发布了 26 批共计 147 个指导案例，[64]这 147 个案例涵盖民法、刑法、行政法和知识产权法等部门法。遗憾的是，没有一个指导案例与非涉外案件中直接适用的条约有关。鉴于最高人民法院发布的指导案例对于统一法律适用标准、指导下级法院审理案件和克服成文法的滞后性等意义重大，[65]我国应大力加强并完善指导案例制度。最高人民法院可以公布 2-3 个与非涉外案件中直接适用条约有关的精品案例，作为最高人民法院的指导案例，以填补指导案例制度在此方面的空白，更好地指导各级法院在非涉外案件中对条约的直接适用。

四、结语

条约在中国的适用涉及诸多问题，纵使我国学界和司法界已经对此达成很多共识，但我国法院在非涉外案件中直接适用条约仍然是最薄弱且尚未解决的问题。党的十八大报告提出全面依法治国，党的十九大报告在十八大报告的基础上，进一步要求“坚持全面依法治国”。依法治国之法既包括国内法，也包括国际法，因此，完善我国的条约适用制度，包括我国法院在非涉外案件中直接适用条约制度意义重大。只有从司法实践本身出发，分析出掣肘我国法院在非涉外案件中适用条约的各种因素，才能找出解决问题的方法，从而使我国成为条约法制的先进国家。

On the Proof and improvement of the Direct Application of Treaties by Chinese Courts in Non-Foreign Related Cases

Wang Yong

Abstract: Whether China's courts can directly apply the treaty in non-foreign related cases is controversial in the academic fields, and no consensus has been reached up to now. In recent 20 years, there are few cases in which the courts directly apply the treaties, and the

[63] 比如国家林业局负责《濒危野生动植物物种国际贸易公约》、《生物多样性公约》、《联合国气候变化框架公约》、《联合国防止荒漠化公约》等公约的执行，教育部负责各类“教育国际合作协议”的执行，国家知识产权局负责《专利合作条约（PCT）》、《世界知识产权组织版权公约》等公约的执行。

[64] 最高人民法院发布第 26 批指导性案例，中国新闻网，https://www.chinanews.com/gn/2021/01-12/9384748.shtml，访问日期：2021 年 1 月 12 日。

[65] 赵骏、张丹丹：《最高人民法院与条约司法适用机制的完善》，《浙江大学学报》(人文社会科学版)2017 年第 2 期。

application mode is lack of uniformity. The legal basis of direct application of treaties in non-foreign related cases is legitimate and solid, but there are still some problems, such as the inconsistency of legal provisions, the lack of high-level guiding laws, and the non-standard and informal legal basis. In order to standardize and promote the direct application of treaties in non-foreign related cases, China should improve the constitution, formulate the law on the application of treaties, perfect the judicial interpretation system and the judicial mechanism of direct application of treaties.

Keywords: non-foreign related cases; direct application of treaties; Law of application of treaties; system improvement

辩证法视野下“网络空间版主权”的生成

吴双全 王甜甜*

（兰州大学 法学院，甘肃 兰州 730030）

摘 要：随着互联网的诞生与发展，国家逐步进入网络空间并发挥规制效用。传统主权概念和相关制度能否适用于网络空间以及如何适用，成为国际社会广泛关注的焦点问题。以往的讨论或聚焦于网络空间与现实空间的同构性，认为网络主权是主权在网络空间的延伸，网络主权的构建应采用总体化的直接迁移路径；或聚焦于网络空间的特性，认为网络主权的核心是数据主权或信息主权，大大缩小了主权的范围。讨论网络主权问题必须坚持辩证法，结合“网络空间”和“主权”发展的新趋势，更新分析思路，从网络主权适用的现实基础，即从网络空间的架构与特性出发，构建辩证法视野下的“网络空间版主权”。

关键词：网络主权；层级理论；网络空间

一、导言

自 2013 年联合国信息安全政府专家组发布报告正式确认国际法适用于网络空间以来[1]，有关“国际法如何适用于网络空间”、“哪些国际法规则适用于网络空间”等问题的讨论层出不穷。随着各国对网络安全的重视，作为传统国际法基石的“主权”概念能否适用于网络空间这一问题也引起热议，网络主权(cyberspace sovereignty)或网络空间主权也就此成为讨论焦点。

对中国而言，网络主权和网络安全也早已不是新兴话题。早在 2010 年，针对“谷歌退出中国事件”[2]，我国发布的《中国互联网状况》白皮书就已提出“互联网主权”这一概念[3]。2015 年颁布的《中华人民共和国网络安全法》第一条规定：“为了保障网络安全，维护网络空间主权和国家安全……制定本法”。该法首次以法律形式明确提出了“网络空间主权”这一概念。此外，我国政府还曾在多种场合反复提及网络主权。例如，在 2015 年第二届世界互联网大会上，习近平总书记对“网络主权”做了深刻阐述，并将“尊重网络主权”作为推进全球互联网治理体系变革应坚持的原则之一[4]。2017 年外交部和国家互联网信息办公室共同发布的《网络空间国际合作战略》也将“维护主权与安全”作为我国参与网络空间国际合

* 收稿日期：2021-05-06

作者简介：吴双全，法学博士、兰州大学法学院教授；王甜甜，兰州大学法学院硕士研究生。

[1] 参见《关于从国际安全的角度看信息和电信领域的发展》，联合国文件 A/68/98，2013。

[2] 2010 年 3 月 22 日，Google 发布声明，称其在 12 月中旬监测到对 google 网络基础架构进行的高智能、目标明确的攻击来自中国，攻击的目的是为了盗取 google 的技术资源。Google 以此为理由正式宣布关闭 google.cn，这一事件成为中国参与网络空间国际法治的一次“前哨战”。

[3] 参见《中国互联网状况》白皮书（2010 年 6 月 8 日中国国务院新闻办公室发表），http://www.scio.gov.cn/tt/document/1011194/1011194_1.htm。

[4] 参见《习近平在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话》（2015 年 12 月 16 日中国国务院新闻办公室发表），http://www.cac.gov.cn/2015-12/16/c_1117481112.htm。

作的战略目标之一，并强调了“主权原则”在网络空间治理的基本原则地位[5]。

尽管总体上网络主权已经成为我国参与网络空间治理的基础概念，但是现阶段网络主权的概念及性质尚未明晰。国内关于网络空间国家主权的研究主要集中于网络主权的正当性、概念、价值、特征、面对的挑战及维护主权的路径等方面[6]。其中，现有关于网络空间国家主权概念的研究从四个维度展开，一是从功能角度对网络主权进行定义；二是从法理角度界定网络空间国家主权概念；三是从国家主权向网络空间的自然延伸的角度进行解读；四是从比较的视角对网络空间国家主权进行界定[7]。目前的主流观点以2020年11月25日武汉大学、中国现代国际关系研究院、上海社会科学院联合发起、众多高校联署发布的《网络主权：理论与实践（2.0版）》的“自然延伸说”为代表，认为“网络主权是国家主权在网络空间的自然延伸，是一国基于国家主权对本国境内的网络设施、网络主体、网络行为及相关网络数据和信息等所享有的最高权和对外独立权”[8]，强调网络空间与现实空间的同构性。诚然，这一观点以类比的高效便捷而具有突出的理论价值，但是网络空间与现实空间之间的微妙差异使得理想中的总体化直接迁移路径化为泡影。

基于前述，当务之急在于重新界定网络主权，结合“网络空间”和“主权”发展的新趋势，更新分析思路。一方面，网络主权是“主权”在互联网时代的新形态，“主权”自身存在着复杂的理论基础与演变逻辑；另一方面，网络主权是适用于“网络空间”的主权，其构建必须与网络空间的特性和内部结构相契合。因此，本文从“主权”和“网络空间”的概念出发，重新审视网络主权形态，同时以网络空间层级理论模型为基础，探讨网络主权层级法律形态下辩证的“网络空间版主权”生成逻辑。

二、网络主权的构成：主权与网络空间

（一）主权的辩证法

从词源上讲，“主权”主要是指一种“统治”，最初指独裁者统治王国的至上权，之后词

---

[5] 参见《网络空间国际合作战略》（2017年3月1日中国国务院新闻办公室发表），http://www.cac.gov.cn/2017-03/01/c_1120552617.htm。

[6] 参见盛文楷、肖光荣：《网络空间国家主权研究的回顾与思考—兼论结构功能主义分析框架的应用》，《中国矿业大学学报（社会科学版）》2020年第2期，第145-150页

[7]例如，刘杨钺、张旭从秩序性功能出发定义主权，见《政治秩序与网络空间国家主权的缘起》，载《外交评论》2019年第1期；张新宝、许可则从法理出发，从内外两个角度界定主权，见《网络空间主权的治理模式及其制度构建》，载《中国社会科学》2016年第8期；任明艳从国家拥有网络基础设施主权出发，认为国家自然延伸性地拥有网络主权，见《互联网背景下对国家主权的思考》，载《时代法学》2006年第6期；张学波、王宇、吴忠望通过对比数据主权、信息主权、网络主权而定义主权，见《网络主权理论理解与思考》，载《装备学院学报》2017年第1期，与之类似的是刘杨钺、王宝磊通过对比网络空间和现实空间提出了“弹性主权”的概念，见《弹性主权：网络空间国家主权的实践之道》，载《中国信息安全》2017年第5期。

[8] 参见《网络主权：理论与实践（2.0版）》（2020年11月25日中国国务院新闻办公室发表），http://www.cac.gov.cn/2020-11/25/c_1607869924931855.htm。

义逐渐扩大为民族国家对其领土的控制权，但主权并不代表绝对理论层面的逻辑，而是一种延展性的历史逻辑[9]。从政治学说史发展历程来看，主权概念的诞生和演变可以划分为古希腊时代、启蒙时代、全球化时代、网络时代四个阶段[10]。早在古希腊和古罗马时期，诸如苏格拉底、亚里士多德、西塞罗等先哲已有主权意识，并以此赋予统治以合法性。这种看法在理论上把主权赋予了对内具有“最高治权”的含义，但却不能说明国家主权对外具有抑或“平等”抑或“称霸”的特性[11]。直至启蒙时代，宗教与世俗激烈对抗，最早提出国家主权学说的是 16 世纪法国思想家、法学家、政治学家让·博丹(Jean Bodin)，而成功地把主权概念由国内政治引申到国际政治的，则是格劳修斯[12]。最终，1648 年《威斯特伐利亚和约》将关于主权的思想落为实践，使主权理论成为了现代国际法体系的核心。进入全球化时代后，资源流动加速，政治参与者广泛，传统主权概念受到冲击与挑战，学术界开始对主权的性质进行再思考[13]，传统主权的定义和内涵正在逐渐发生改变。现在，网络时代的主权受到了更大的挑战，得益于网络的多元开放和互联互通，全球性的市场、公民社会、非国家行为体正在逐步“分享”过去由主权国家垄断的权力，网络时代的主权走向了新的历史维度。于是，诸如主权过时论、主权危机论、主权多元论等思潮甚嚣尘上。

对此，1990 年我国知名国际法学家曾令良教授曾提出“国家主权的辩证法”。他认为，这一时期国际社会纷繁复杂的新现象只是时代表象，尽管对国家主权有一定程度的冲击，但是并未动摇国家主权的国际法核心之地位。在辩证法上，这些表象与国家主权是现象与本质的关系。本质是事物的内部联系，是决定事物性质和发展趋向的东西，而现象是事物的外部联系，是本质在各方面的外部表现。本质从整体上规定事物的性质及其基本发展方向，现象从各个不同侧面表现本质。因此，我们一方面不可被特定时期的突发事件和纷繁现象蒙住眼睛看不清主权这块“基石”，另一方面又不可忽视“基石”周围的“气候变幻”及其影响[14]。

在网络快速发展的当下，这一观点依然具有实践意义。网络社会带来的特殊现象只是时代的“烟雾弹”，国际社会虽然历经风雨，掌舵前行的终将还是国家，国家主权才是真正意义上的“时代基石”。如果说主权概念能够从现实空间“嫁接”到网络空间，那么我们在坚守传统国家主权的同时，也要根据主权周围的“气候变幻”对适用于网络空间的主权加以调

[9] 肖丹：《西方主权理论的嬗变：从卢梭到马克思的发展理路》，吉林人民出版社 2016 年版，第四章。

[10] 鲁传颖：《网络主权的历史维度》，载黄志雄主编《网络主权论：法理、政策与实践》，社会科学文献出版社 2017 年版，第一章。

[11] 赵宏瑞：《网络主权论》，九州出版社 2018 年版，第四章。

[12] 何其生：《格劳修斯及其理论学说》，《武大国际法评论（国际法学人）》2004 年，第 356 页。

[13] 例如，时殷弘提出传统主权概念面临着挑战，超国家行为体、跨国行为体、次国家行为体和超级强国正在逐步侵蚀和削弱传统主权。参见时殷弘：《论民族国家及其主权的被侵蚀和被削弱》，载《国际论坛》2001 年第 4 期。陈玉刚、俞正梁提出主权的层次理论，从国际、国家、国内三个方面分析主权。参见陈玉刚、俞正梁：《国家主权的层次分析》，载《欧洲研究》2001 年第 3 期。斯蒂芬·克拉斯纳(Stephen Krasner)提出主权四分说，认为主权一词至少包括威斯特伐利亚主权、国际法主权、相互依赖的主权和内部主权四种含义。参见 Stephen Krasner, Sovereignty: Organised Hypocrisy, Princeton University Press, 1999.

[14] 曾令良：《论冷战后时代的国家主权》，《中国法学》1998 年第 1 期，第 119 页。

整，以使其适应网络世界的独特性而获得全新发展。

（二）网络空间的层级理论

网络(cyber)是什么？这一问题在不同学科中有着不同的认知，计算机科学认为网络是计算机系统，电信科学认为网络是电信系统，而社会科学则认为网络是公众舆情空间。究其根源，对网络的本体认识要溯及起源。网络源于通信需要，互联网最初被创造的直接目的是为了应对在想象中因核武器攻击导致的通信瘫痪，其核心目标是实现强固的连接(robust connection)和稳健的信息传输[15]。在目的论上，网络是通信，而网络空间(cyberspace)是承载数字化信息的空间，空间容纳网络发展，网络承载信息传输。信息、网络、空间构成了由小到大逻辑相对的包含关系[16]，也即网络空间限定网络发展与信息传输。

事实上，网络维度已崛起，虚拟社会逐渐形成。诞生之初，网络架构采用的去中心化分布式设计从技术逻辑上决定了网络的互通共享[17]，但是初代互联网封闭、小众的特性使其适用范围局限于有限的实验室内，其本质仍是扁平化的“通讯工具”。后来，得益于网络硬件、软件的不断提升以及各种资源的疯狂投入，网络飞速发展，人类社会开始了从“PC 互联网”到“移动互联网”[18]再到“物联网”[19]的整体转型，网络也由以“连接”为主要形态的初级二维平面过渡到以“互联互动”为主要形态的高级三维立体。同时，网络性质改变，由“工具”拓展至“空间”。早期互联网被认为是技术研究对象，禁止用于私人或商业目的。随着“限制民用和商用”规定的突破，互联网迅速走向社交，几乎能够包容现实社会中所有类型的交往。于是，网络空间形成，网络从“工具”走向“空间”。此外，网络治理思维多样，范式复杂。即使初期，网络的运行仍需要一定的规制。初级技术协调规范主要包括“请求评论(Request for Comments)”和“开源合作(Open Source)”[20]。上世纪 90 年代开始，有学者试图跳出技术层面探讨这一问题，从而提出了“马匹法(Law of the Horse)”和“代码法(Code is

---

[15] 杨帆：《国家的“浮现”与“正名”——网络空间主权的层级理论模型释义》，《国际法研究》2018 年第 4 期，第 33 页。

[16] 参见赵宏瑞：《网络主权论》，九州出版社 2018 年版，第一章。

[17] 1964 年，保罗·巴兰(Paul Baran)发表《论分布式通信系统》，提出“去中心化分布”，其核心是“最好的中心就是没有中心”。后该理念为美国国会采纳，成为现代互联网鼻祖——ARPAnet 项目的理论基础。

[18] 以中国为例，根据中国互联网信息中心的统计，截至 2020 年 12 月，我国网民总规模达到 9.89 亿，其中手机网民规模达到 9.85 亿，占网民比例 99.7%，从“PC 互联网”到“移动互联网”的转型已大致完成。参见《第 47 次中国互联网络发展状况统计报告》（2021 年 2 月 3 日中国互联网信息中心发表），http://www.cac.gov.cn/2021-02/03/c_1613923423079314.htm。

[19] “物联网”最早出现于比尔盖茨 1995 年《未来之路》一书，在 2005 年信息社会世界峰会（WSIS）上，国际电信联盟（ITU）发布了《ITU 互联网报告 2005：物联网》，正式提出了“物联网”的概念。以中国为例，2020 年 8 月 7 日，在 2020 世界物联网博览会开幕式上，中国经济信息社发布《2019-2020 中国物联网发展年度报告》，报告提出我国移动物联网连接数已突破 12 亿，2019 年产业规模突破 1.5 万亿元，远超预期。参见新华财经“《2019-2020 中国物联网发展年度报告》在无锡发布”，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1674351546556625404&wfr=spider&for=pc。

[20] “请求评论”是一系列以编号排定的文件，包含了关于 Internet 的几乎所有重要的文字资料，1985 年 IETF 采纳其作为标准流程。“开源合作”是指事物规划为可以公开访问，人们可以修改并分享。

Law)”[21]。网络维度崛起，性质拓展至空间后，网络治理思维转向网络本质也即通信，信息从发送终端到达接收终端的过程与阶段被视作网络空间层级理论的开端与缘起。

所有的网络行为本质都是信息传输。在技术层面上，信息在发送终端（例如电脑和手机）完成内容输入，根据使用需求进入相对的应用层。例如，使用浏览器查询内容则进入浏览器应用层，使用即时通讯工具聊天则进入社交应用层。网络应用介入后，根据协议层的既定协议和网络规范，文本内容被转化为适宜传输的电子形式或数据包，通过硬件层将传输任务递交给网络，进而通过光纤、4G 等其他或有线或无线的物理连接传输至接收终端。终端沿着一个相反过程接收、还原信息原本内容，从而完成网络通信过程。当所有的网络行为都被逐步分解至这个多层架构中时，其复杂性似乎也被分解，明确各层级的功能和意义进而对其进行规制，似乎是突破网络治理难题的另一出路。

事实上，网络空间层级理论模型并不是新事物，现存诸多版本的“层级理论”。其中，劳伦斯·索伦(Lawrence Solum)和钟明(Minn Chung)识别出的网络层级最多，包括物理层—连接层—互联网协议层—传输层—应用层—内容层。此外，他们还提出网络治理的“层级原则”，包括“层级间独立”以及“最小限度越层”两项子原则[22]。上海国际问题研究院学者方芳提出“四层次说”，包括物理层—社会层—逻辑层—内容层，其中的社会层是指现实空间与网络空间通过人实现两个空间相互延展以及互动过程中的人、物和社会结果[23]。目前较为流行的是网络空间“三层次说”，但对其内容仍存在争议。美国学者马丁·利比基(Martin C.Libicki)提出，三层次模型包括语义层—语法层—物理层，语义层是指网络空间中流动的信息，语法层是指使信息传递成为可能的软件和协议，物理层是指构成网络空间的物理设施和设备[24]。哈佛大学教授亚历山大·克里姆伯格(Alexander Klimburg)认为，三层次包括物理层—逻辑层—内容层，物理层是指网络基础设施，逻辑层是指传输协议和标准，内容层是指传输的信息内容[25]。这一观点被清华大学学者刘晗采纳[26]。中国国际战略学会顾问郝叶力从国民、国际、国家三个视角出发，将三层次概括为物理层—应用层—核心层，物理层是指网络基础

[21] “马匹法”由弗兰克·伊斯特布鲁克(Frank Easterbrook)在 1996 年提出，其核心理念是已有法律体系可以直接、完美地适用于网络空间。“代码法”由劳伦斯·莱西哥(Lawrence Lessig)于 2006 年在《代码 2.0：网络空间中的法律》一书中提出，其核心主张是代码可以实现、甚至超越现实社会中法律的效果。

[22] 转引自杨帆：《国家的“浮现”与“正名”——网络空间主权的层级理论模型释义》，《国际法研究》2018 年第 4 期，第 39-40 页。See Lawrence Solum & Minn Chung “The Layers Principle: Internet Architecture and the Law”, Public Law and Legal Theory Research Paper 55, 2003, pp.1-114.

[23] 参见方芳：《国家主权在网络空间的适用性》，载黄志雄主编《网络主权论：法理、政策与实践》，社会科学文献出版社 2017 年版，第二章。

[24] 参见[美]马丁·利比基(Martin C.Libicki)著，薄建禄译《兰德报告：美国如何打赢网络战争》，东方出版社 2013 年版，第二章。

[25] See Alexander Klimburg, The Darkending Web: The War for Cyberspace, New York: Penguin Press, 2017, pp.25-40.

[26] 参见刘晗、叶开儒：《网络主权的分层法律形态》，《华东政法大学学报》2020 年第 4 期，第 73-81 页。

设施，应用层是指互联网平台的广泛应用，核心层是指政权、法律、政治安全和意识形态[27]。中国政法大学学者于志刚认为，三层次是指技术层—应用层—意识层，其核心思想在于网络具有意识形态性[28]。由此可见，尽管许多学者都认为网络空间应该划分为三层次，但对三层次如何划分、如何命名仍然存在很大争议，网络空间层级划分问题悬而未决。

基于前述，网络空间层级理论已被接受并广泛应用于网络问题研究。我们认为，网络主权研究的关键，是要用层级理论模型分析网络主权的可分性，并明确每一层级主权的适用限度，即排他性与让渡性衔接界限何在。

（三）网络主权：存在与否？

讨论网络主权的内涵，需要从概念生成的词源语境入手。“网络主权”的概念诞生于互联网早期，但其含义与现今的“网络主权”大相径庭。互联网兴起初期，以技术精英为主要群体的创造者认为，他们创造了属于全人类的、崭新的社会共同体，政府的管制被禁止延伸至这一自由开放的“自主体系”中[29]。网络无政府主义者约翰·吉尔莫(John Glimore)更是高呼：“审查制度只会毁掉网络，法律、警察、政府和公司，只能站在无尽数据不停流动的网络长河之外”[30]。与之相对，提倡“主权肯定论”的学者认为，首先，互联网如同电话和电报，其本质是通信技术，当然可以处于一国管制之下，因为一国网民可能侵犯另一国网民的法定权利[31]。此外，主权是一个开放的概念，政治主权、经济主权、文化主权等概念的诞生恰恰说明了主权的动态性和发展性。在此种意义上，网络主权并非是新概念，而是威斯特伐利亚主权在网络时代的新发展，其与传统主权同出一脉，自然具有法理基础。而且，网络空间全球治理、网络犯罪和网络战争等全球性议题无一不在强调国家互联网软实力的重要性，网络世界中国家的中心地位重现，此即网络主权的现实基础。

理论的莫衷一是将“话语权”转向实践。近年来，全球范围内政治经济问题层出不穷，数据信息和科学技术争夺日益激烈，恐怖袭击让各国产生安全恐慌，无论是陷入“安全困境(Security Dilemma)”[32]而提出网络行动军事化[33]以应对外部安全威胁的美国等西方国家，还

---

[27] 参见郝叶力：《三视角理论框架下的网络主权》，载黄志雄主编《网络主权论：法理、政策与实践》，社会科学文献出版社 2017 年版，第三章。

[28] 参见于志刚：《网络安全对公共安全、国家安全的嵌入态势和应对策略》，《法学论坛》2014 年第 6 期，第 5-18 页。

[29] [美]约翰·巴洛(John Perry Barlow)著，李旭、李小武译：《网络独立宣言》，《清华法治论衡》2004 年版，第 511 页。

[30] 转引自刘肖、朱元南：《网络主权论：理论争鸣与国际实践》，《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2017 年第 7 期，第 130 页。

[31] 转引自刘晗、叶开儒：《网络主权的分层法律形态》，《华东政法大学学报》2020 年第 4 期，第 69 页。See Jack Goldsmith, "Unilateral Regulation of the Internet: A Modest Defence" 11 European Journal of International Law 138.

[32] “安全困境”又叫“安全两难”，这一概念来源于国际政治，指一个国家为了保障自身安全而采取的措施，反而会降低其他国家的安全感，从而导致该国自身更加不安全的现象，其常被西方国际关系理论用以解释国际紧张、对立乃至冲突的形成机理。

[33] 2011 年，美国国防部发布首份《网络空间行动战略》，将网络空间的威慑和攻击能力提升到更重要的位置。2017 年，美国发布题为“在军事行动中使用网络能力的国际法框架”的备忘录，规定了很多与网

是构建防御性网络安全战略以抵制网络霸权的俄罗斯等国家[34]，其对本国网络安全的监管和对跨境数据信息的规制使得“国家对网络空间享有主权”不证自明。当前，关键问题不再是“是否认同网络主权”，而是国家实现网络主权的形式。恰如曾令良先生认为：“只要这个世界还是‘国际’的社会，只要调整这个社会的法还属于‘国际’的法，主权将永远与国家联系在一起，掌握主权命运者将永远是国家!”[35]。

三、网络主权：何种形态？

理论和实践已为“国家主权在网络空间的浮现”正名，不同视角下的网络主权形态也各有千秋。总体而言，现行网络主权形态理论可以大致归纳为以下几种。

（一）同构性视角下的“网络再主权”

众多新兴国家从同构性和网络本质出发，视网络为通信技术，引入国家管制，提出“联合国治理模式”，将网络社会类比国际社会。它们主张，不论国土面积大小、人口多少和实力强弱，在网络空间治理议题上，同联合国投票机制一样，世界各国平等享有表决权。它们认为，国家之外，实际构建并运营互联网的技术社群、商业力量、民间团体等组织的话语权被剥夺，要求强化政府、国际电信联盟和联合国等政府间国际组织的作用。尽管在具体实施路径上尚未达成合意，但其基本诉求在于国家合作共治。这种“网络再主权”[36]曾得到印度、巴西等新兴经济体和其他政府间国际组织的支持[37]。对广大发展中国家和不发达国家而言，其网络设施尚未完备，国家政治、经济、文化和社会生活对网络依赖程度相对较低，尽管网络主权立场不够鲜明，其国际弱势地位却使其天然抗拒网络霸权，呈现出支持“联合国治理模式”的趋势。

我们认为，同“网络巴尔干化(Cyber-balkanization)”[38]一样，“网络再主权”与创造互联网的初期目的截然相反。基于国家的参与，互联互通的整体网络空间被分割为由不同利益

络空间军事行动有关的国际法律问题。2018 年，美国再度提出“向前防御”战略，进一步推行其网络军事化主张。

[34] 俄罗斯宣布已成功测试“主权互联网”，本国互联网在跟国际互联网切断的情况下仍可独立自主运行。参见《俄罗斯着力打造“主权互联网”》，https://www.sohu.com/a/413794020_114731。

[35] 曾令良：《论冷战后时代的国家主权》，《中国法学》1998 年第 1 期，第 120 页。

[36] “网络再主权”这一提法得到了许多学者的支持，其通常与“网络去主权”并用，用来描述网络空间治理中国家的角色变化历程。例如刘杨钺、杨一心：《网络空间“再主权化”与国际网络治理的未来》，《国际论坛》2013 年第 6 期，第 1-7 页；杨帆：《国家的“浮现”与“正名”——网络空间主权的层级理论模型释义》，《国际法研究》2018 年第 4 期，第 31-47 页。

[37] 巴西曾在国际场合明确表达“支持各国管理各自互联网并保障其安全的主权”。但 2016 年后，巴西和印度的网络主权理念向欧美国家靠拢，逐步支持多利益攸关方治理模式。

[38] “网络巴尔干化”一词由 Alstyne brynjolfsson 在 1997 年提出，与之类似的是自由主义学者克莱德·韦恩·克鲁斯(Clyde Wayne Crews)于 2001 年提出的“分裂网(Splinternet)”概念，即分裂(splinter)与因特网(internet)的合成词，两者都是指网络空间由最初的互联互通到现在的分裂形态。

群体主导的“子空间”，其本质是现实世界对虚拟网络世界的完整投射，将现实世界的主权国家体系笼统“移植”到网络空间，最终使网络空间与现实空间同质化。我们认为，这种观点成立与否有待考证，或者说现阶段我们要对这种观点持谨慎态度。具言之，除去主权自身的发展性和不稳定性“拒绝”这种僵化的照搬模式，网络空间如何分裂为众多子空间？子空间是否具有界限以及界限何在？小国和弱国是否具有划分界限的技术能力？分裂的发展趋势是否会带来新一轮科技化“圈地运动”？这些问题似乎都没有答案。

（二）特殊性视角下的“网络新主权”

网络是新颖的社会现象，是依赖于科学的人类创造物，是基于网络基础设施、网络协议、网络规范、网络应用以及社会和人的参与互动而形成的虚拟空间。其本身具有现实空间难以比拟的特性，如最基本但最显著的全球互联性、即时性、大众性、参与性等特征。网络时代的信息可以瞬时到达地球的任意角落。不同于以自然社会为基础的现实空间，网络空间漫无边际、毫无界限，据此早期人们否定网络主权，认为网络自身是非主权的[39]。频发的网络乱象和网络危机赋予主权“进军”网络空间的机遇，但否定论学者的无奈妥协并不是将治理权拱手让出，而是主张“多利益攸关方治理模式”，即以传统的自由民主价值观为基石，坚持网络空间的“非政府性”，强调网络社会的“一体化”，希望所有独立的利益攸关方共同治理、共同努力，排斥某一群体（如国家和政府）主导的传统主权治理方式。如杰瑞米·马尔科姆(Jeremy Malcolm)就认为，多利益攸关方治理应是政府、市场和非政府团体各司其职，共同应对互联网治理中出现的问题[40]。此种模式下，除了国家之外，商业力量尤其是大型互联网公司也拥有治理权。于是，“主权”概念脱离原本含义，我们称此为“网络新主权”，即借鉴“主权”自身所蕴含的“管制力”，同时扩大权利主体范围，从而形成“多利益攸关方治理模式”。

以美国的互联网治理理念为例，相较于政府或政府间组织，其认为自由环境下私主体之间的竞争合作更能促进网络的创新发展。这一观点实际暗含美国对网络空间主权的态度，即基于领土和边界的威斯特伐利亚主权正在逐渐消亡，网络时代真正的“新主权”归属于国家之外的互联网技术群体。即便“多利益攸关方治理模式”承认国家的网络主权，占据技术优势地位的商业力量和民间团体也正在逐渐蚕食国家的力量。这放大了美国的传统技术优势，试图维护其在网络领域的特权和特殊利益。

由此可见，“网络再主权”和“网络新主权”的争论背后体现出的是不同发展水平国家之间的实力差距、价值观差异和对国际话语权的争夺，而绝不是关于网络的真理性认识，国家政策目的先行的证明路径使这两种理论天然丧失合理性。正如恩格斯所说，没有共同的利

[39] 典型代表人物有约翰·巴洛(John P· Barlow)、约翰·吉尔莫(John Glimore)、戴维·约翰逊(David Johnson)等网络主权否定论学者。

[40] Jeremy Malcolm, Multi-stakeholder Governance and the Internet Governance Form, Terminus Press, 2008, p. 319.

益，也就不会有统一的目的，更谈不上统一的行动[41]。

（三）层级理论视角下的“网络层级主权”

如前所述，“网络空间层级理论”自诞生以来被广泛应用于网络问题研究[42]。毫无疑问，网络空间的架构组成是研究网络问题的基石，而以“层级理论”分析网络主权问题在我国已有先例。例如，中国国际战略学会顾问郝叶力借鉴“层级理论”，将网络空间由低到高划分为物理层—应用层—核心层，从国民、国家、国际的追求和主权的排他性与让渡性出发，构建了三视角理论框架下的网络主权。其核心观点是：物理层、应用层应追求标准化，主张全球一网互联互通，国家需要作出集体让渡，保证资源从强者流向弱者，以填平数字鸿沟；核心层关涉政权、法律和意识形态，是一国执政根基、核心利益，不容挑战[43]。清华大学学者刘晗则采纳亚历山大·克里姆伯格(Alexander Klimburg)的观点，将网络空间划分为物理层—逻辑层—内容层。他认为，在目前的国际法和国际实践上，物理层主要适用威斯特伐利亚主权；逻辑层因其呈现出极强的互联互通性，更适宜相互依赖的主权；内容层日益多元化和自主化，该层面的网络主权实际上处于威斯特伐利亚主权和相互依赖的主权之间[44]。上海国际问题研究院学者方芳采用“四层次说”，将网络空间划分为：物理层—社会层—逻辑层—内容层。她主张，物理层和社会层的地域相关性使得与主权司法管辖相关的原则得以适用，国家主权在此可以得到有效延伸。内容层集中了与国家主权相关的虚拟空间资源，其适宜采用主权映射方式，并提出这一层面的“映射主权”可以借鉴海洋法制度，恰如国家的主权管辖和海洋权益从内水到公海和国际海底区域是梯次递减，而其他国家在这些区域的权益逐渐上升，网络空间中的局域网、城域网、广域网和全球互联网之间也存在着管辖和权益的梯次变化关系。此外，逻辑层属于网络空间独有，作为网络空间基本元素的编码从技术层面构建了网络空间运营和互动的规则，逻辑层的有效治理依赖“编码方案”[45]。

在论证上，前述学者不约而同地将主权多层含义与网络多层级理论相匹配，构建网络主权层级法律形态，相比强调网络空间与现实空间的同构性或特殊性。此种论证路径的突破使得网络主权理论研究提至新高度。此外，网络主权层级形态也体现出辩证法思想，即依据网

[41] [德]弗里德里希·恩格斯(Friedrich Engels)：《德国的革命和反革命》，《马克思恩格斯选集》，人民出版社 1995 年版，第 1 卷第 482-578 页。

[42] 例如，用于分析文化传播，参见尹金凤：《“层级化”视野下的网络趣缘文化传播》，《湖南师范大学社会科学学报》，2020 年第 6 期。此外还用于刑事案件的侦破，参见许星宇、李春光、黄丽《网络传销案件层级分析方法》，《2020 年“网络安全技术与应用创新”研讨会论文集》。

[43] 参见郝叶力：《三视角理论框架下的网络主权》，载黄志雄主编《网络主权论：法理、政策与实践》，社会科学文献出版社 2017 年版，第三章。

[44] 参见刘晗、叶开儒：《网络主权的分层法律形态》，《华东政法大学学报》2020 年第 4 期，第 73-82 页

[45] 参见方芳：《国家主权在网络空间的适用性》，载黄志雄主编《网络主权论：法理、政策与实践》，社会科学文献出版社 2017 年版，第二章。同“编码法”概念一样，“编码方案”是指通过编码改变网络基本结构，将规制要求暗含在网络协议中，从而达成治理目的。

络空间和现实空间的同构性而适用“主权”概念的同时，也强调基于网络空间的独特架构而形成的“网络主权”是对传统“主权”概念的创新发展，空间上的层级模型促使“网络主权”生成层级形态，为构建网络主权提供了新思路。

但与此同时，我们也发现了一些理论缺陷。例如，中国国际战略学会顾问郝叶力对网络空间的三层次划分似乎存在断层现象。从意指网络基础设施的物理层到涵盖各种计算机软件的应用层，遵循着从现实基础到网络技术的逻辑，而紧随其后的核心层却对传输内容忽略不计，直接上升至政权、法律和国家意识形态，其跨度之大违背了网络层级理论“最小限度越层”原则，网络空间的这种层次划分不合理。此外，上海国际问题研究院学者方芳认为，国家主权在物理层和社会层可以得到有效延伸，内容层宜采用主权映射，而逻辑层则依赖“编码方案”进行治理。这似乎存在颠倒逻辑的嫌疑，即先对网络空间进行层次划分，进而在每一层级上具体讨论网络主权存在与否。在某种程度上，她所主张的逻辑层“编码方案”是对网络主权的否定，这种观点并不符合实践。

四、网络主权辩证法思考

网络主权是何形态？对这一问题学者曾先后有过多种解释。我们认为，目前为止，网络主权层级形态较为符合实践情况，是主权和网络空间紧密结合的典范，既坚持了国家主权，同时也基于网络空间自身的层级特性对适用于网络空间的主权做出了调整。但如前所述，部分学者提出的网络主权层级理论存在一定的缺陷，原因在于他们没有坚持辩证法的观点。在网络主权问题上，主权是根本，其他是表象，探寻网络主权的形态，必须坚持辩证法。

受曾令良先生“国家主权辩证法”观点启发，抛开外部因素尤其是利益目的干扰，单从“网络空间”和“主权”的本质出发，以辩证的眼光理性看待“网络主权”，我们大胆提出“网络空间版主权”[46]，或者说提出网络主权研究理应普遍遵循的一项基本原则——“网络空间版主权原则”，具言之：

一方面，“主权”适用于网络空间已是不争的事实，那些否定网络主权存在或主张“网络新主权”的看法不仅在理论上经不起推敲，更是对实践规律的违背。互联网的全球性、即时性和大众参与性只是外在表象，基于现象而否定互联网的通讯工具本质的做法是逻辑悖论。时至今日，历经时代风雨洗礼，这个世界还是“国际”的世界，这个社会还是“国际”的社会，调整这个社会的法律还是“国际”的法，组成这个社会的主要成员还是“国家”。特定时代的突出特点和复杂表象无法否定国家的中心地位，国家与主权密不可分。即便是网络时代，只要国家不消亡，主权就长久存在。另一方面，网络时代巨幕下的“主权”拥有与生俱来的独特性质，我们暂且将其命名为“网络空间版主权”。如同现实社会中国家主权在国际法范围内受到限制一样，“网络主权”势必要适应网络空间的运行规则作出改变，只是在网

[46]“网络空间版主权”是指网络主权应在国家主权概念的基础上界定和发展，既不同于主张国家主权决定网络空间主权的“网络再主权”，也不同于主张网络空间主权超越国家主权的“网络新主权”。

络空间层级理论模型尚未明晰的情况下，如何改变仍去向不明。

如果“网络空间版主权”存在，沿袭传统主权规则和创新网络主权规则的界限在哪里？“数据主权”和“信息主权”的概念又能否像政治主权和经济主权之于国家主权一般，借助“网络空间版主权”而获得正当法理基础？“网络空间版主权”是否具有边界？以及如果有边界，其划定标准如何？如果没有边界，其主权实施方式又如何？这些可能存在的问题对构建“网络空间版主权”是巨大的挑战，作为展望，此处仅提出设想，具体制度留待发展。

五、结语

要而言之，“网络主权”是“主权”与“网络空间”结合的产物。网络主权制度的构建必须坚持辩证法，一方面，国家掌握主权，另一方面国家是在网络时代掌握主权。我们要构建的是辩证法下的“网络空间版主权”，而绝不是“网络再主权”或“网络新主权”。

《海上交通安全法》无害通过规则完善阐释

邢厚群

摘 要：无害通过规则作为国际海洋法航行自由原则的重要内容，与沿海国海上交通安全立法关系密切。过去我国无害通过规则集中规定于《领海及毗连区法》中，原《海上交通安全法》少量规定并不能有效发挥调整作用。《海上交通安全法》本次修订对无害通过规则进行了全面完善，在国际海洋法框架下提升了可操作性。通过描述假定条件、行为模式、法律后果，2021 年《海上交通安全法》全面构建了无害通过一般规则；对于高度危险船舶及潜水器，2021 年《海上交通安全法》顺应国际海洋法发展趋势新增了通过领海前报告义务要求；对于主要不涉及海上交通安全的非无害通过情形，则通过《海警法》等其他涉海法律加以调整。

关键词：《海上交通安全法》，无害通过，航行自由，国际海洋法

作者简介：邢厚群，大连海事大学海洋法治与文化研究院助理研究员，大连海事大学法学院博士研究生 （辽宁 大连 116026）

《海上交通安全法》（以下简称原《海安法》）制定于 1983 年，是改革开放以来国家海洋法治建设的首批立法之一，距今已近四十年。1几十年来随着国家经济贸易腾飞以及海洋强国战略、“一带一路”倡议不断深入，我国海上交通运输事业蓬勃发展，交通安全环境经历巨变，对完善海洋法治提出了迫切需求。22021 年 4 月 29 日，第十三届全国人大常委会第二十八次会议表决通过了《海安法》（修订草案），新修订的法律将于 2021 年 9 月 1 日起施行（以下简称 2021 年《海安法》）。与原《海安法》不同的是，本次法律修订充分借鉴了国际海洋法治成果，以保障海洋互联互通，维护国家海洋权益，深度参与全球海洋治理。本文结合当前国际海洋法律实践及域外立法例，试图揭示无害通过规则这一国际海洋法重要制度在 2021 年《海安法》中的具体体现，从国际海洋法治角度给予理论阐释并对规则适用及未来完善进行探讨。

（一）《海安法》无害通过规则与航行自由原则

从性质上无害通过应属于航行自由原则的内容之一。航行自由是国际海洋法中历史最为悠久、最得到普遍承认的原则之一，被认为是海洋法的支柱乃至现代国际法的支柱。3这一原则最早起源于格劳秀斯海洋自由思想，认为海洋是公共财产，各国家都享有海上自由航行

* 本文系国家社会科学基金重大项目“中国海权发展模式及海洋法制完善研究”（17ZDA145）研究成果。本文尚未公开发表，仅用于会议交流，如欲引用请与作者（xinghouqun@qq.com）联系，敬请谅解。

[1] 现行《海上交通安全法》于 1983 年 9 月 2 日通过，自 1984 年 1 月 1 日起实施。期间仅在 2016 年为配合国务院简政放权改革进行过小幅修改，取消了海船进出港签证制度。

[2] 李志文、范天娇：《〈海上交通安全法〉修改中对国家海洋权益的考量》，《中国海商法研究》2014 年第 2 期。

[3] Rüdiger Wolfrum, “Freedom of Navigation: New Challenges”, Myron H. Nordquist, Tommy Koh and John Norton Moore, Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention, Martinus Nijhoff, 2008, p.2.

的权利。4《公约》首次将航行自由从海洋自由原则中分离，成为以航行活动为调整对象的一项国际法律制度。5《公约》中不同水域所享有的航行自由程度并不相同，从公海水域最大程度的航行自由，到专属经济区受“适当顾及”原则限制的航行自由，再到领海之中无害通过权……正如有学者提出：“伴随着从公海到专属经济区再到领海的物理空间的变化，国家的管辖权在逐步增强，航行自由也逐渐向航行权过渡。”6在国家领海水域，航行自由已转变为无害通过权这样一项实体航行权利，是沿海国基于对航行自由原则的尊重而对主权的主动限制。

有关航行自由原则的边界很大程度上受各国海上交通安全立法影响。例如即使是在公海水域，根据《公约》94 条第 3 款船旗国仍应在船舶构造、装备和适航条件、船舶的人员配备等方面采取必要措施。但在另一方面，航行自由原则又对交通安全法律有所限制，阻止沿海国交通安全利益的过度扩展。例如在领海水域沿海国虽有权制定海上交通安全法律，但不得影响外国船舶无害通过权。可见，作为航行自由原则衍生制度，无害通过规则很大程度上塑造了沿海国领海交通安全权利边界。既然其在国际海洋法中意义重大但含义相对模糊，又与交通安全关系密切，理应在国家海上交通安全立法中予以充分诠释。

现行国内法中无害通过规则集中规定于《领海及毗连区法》与原《海安法》中。《领海及毗连区法》第 6 条规定：“外国非军用船舶，享有依法无害通过中华人民共和国领海的权利。外国军用船舶进入中华人民共和国领海，须经中华人民共和国政府批准。”第 7 条规定：“外国潜水艇和其他潜水器通过中华人民共和国领海，必须在海面航行，并展示其旗帜。”第 8 条规定：“外国船舶通过中华人民共和国领海，必须遵守中华人民共和国法律、法规，不得损害中华人民共和国的和平、安全和良好秩序。外国核动力船舶和载运核物质、有毒物质或者其他危险物质的船舶通过中华人民共和国领海，必须持有有关证书，并采取特别预防措施。　　中华人民共和国政府有权采取一切必要措施，以防止和制止对领海的非无害通过。”而原《海安法》第 11 条第 2 款规定：“外国籍军用船舶，未经中华人民共和国政府批准，不得进入中华人民共和国领海。” 从整体上，上述法律内容大多较为原则抽象，给治理外国船舶于我国领海的非无害通过带来了难度。结合海洋执法实践，在《海安法》中对现有规则加以具象化，为海洋执法部门提供明确、有力的执法依据，就成为《海安法》修订中无害通过规则设计的关键环节。

二、《海安法》无害通过一般规则修订

2021 年《海安法》第 53 条规定：“国务院交通运输主管部门为维护海上交通安全、保护海洋环境，可以会同有关主管部门采取必要措施，防止和制止外国籍船舶在领海的非无害通过。”

---

[4] ［荷］雨果·格劳秀斯：《论海洋自由或荷兰参与东印度贸易的权利》，马忠法译，上海世纪出版社 2013 年版，第 15-27 页。

[5] 袁发强、张磊、王秋雯等：《航行自由的国际法理论与实践研究》，北京大学出版社 2019 年版，前言部分。

[6] 杨泽伟：《航行自由的法律边界与制度张力》，《边界与海洋研究》2019 年第 2 期。

首先，与原《海安法》相比较，原第 11 条第 2 款外国籍军用船舶未经批准不得进入我国领海规定被删除。这一内容实质上涉及的是无害通过规则的适用范围——是否适用于军用船舶。对于这一问题迄今为止尚没有形成一致的国际实践及国际规则，属于沿海国主权自决事项。7而否认外国军用船舶的无害通过权是我国的一贯立场，除原《海安法》外，在 1958 年《中华人民共和国政府关于领海的声明》、我国加入《公约》所作解释性声明中以及《领海及毗连区法》中都一再重申。2021 年《海安法》表面上虽删去了外国籍军用船舶不享有无害通过权的规定，但并不意味着我国在这一立场上出现变化。这是因为本次《海安法》修订对外国籍军用船舶调整内容进行了整体排除，同时在第 120 条第 2 款规定，在中华人民共和国管辖海域内的外国籍军用船舶的管理适用有关法律的规定。结合前述法律与声明，表明我国仍遵循既往立场。同时这一规定也将有利于我国涉海法律体系的统一，并且为法律的未来调整预留了适应空间。随着我国海军力量的发展，我国军舰通过他国领海的必要性和可能性也在不断增加，否定军舰无害通过这一立场依据对等原则可能在未来成为我国远洋军事活动的阻碍因素。8一国海洋权利主张并非一成不变，历史上美苏两国针对军舰无害通过权的解释也曾多次反复，因此国内法相关条文的出发点应当是基于国家利益的识别计算所作出的最符合当前和未来一段时期内我国海洋权益的判断，而不必背负既往立场的包袱。未来我国一旦在海洋综合立法或者修改《领海及毗连区法》时对无害通过规则的适用范围予以调整，2021 年《海安法》这一规定的存在保证了海上交通安全立法能够与其他涉海立法保持体系一致，避免了法律的进一步修改。

其次，对于无害通过权的行使，我国既往法律仅笼统规定“无害通过”并未作进一步解释，只能理解为依据《公约》行使无害通过权。而各国对《公约》中无害通过措辞理解存在极大分歧，这相当于放弃了利用国内法作有利解释的良机。《海安法》本次修订试图将维护海上交通安全、保护海洋环境作为丧失无害通过的考虑因素，与《公约》“损害沿海国和平、良好秩序或安全”相比，2021 年《海安法》从海上交通角度进行了自身阐释：未将“和平”写入，可能是考虑到损害沿海国和平的航行行为多属极端情形，从执法的有效性、安全性、比例原则等角度，宜由海警机构等武装力量进行执法活动，我国《海警法》也授权海警机构对非法进入我国领海的外国船舶予以制止、驱离。而“海洋环境”虽然未能在《公约》定义中体现，但“违反本公约规定的任何故意和严重的污染行为”却是《公约》列举的 12 种非无害通过情形之一。从国际实践角度，不少国家亦在本国无害通过法律中对环境因素进行了规定，如《韩国领海及毗连区法》第 5 条规定“排放超过总统令规定标准的污染物”，《巴哈马 1993 年关于领海、群岛水域、内水和专属经济区的第 37 号法案》（An Act Respecting the Territorial Sea, Archipelagic Waters, Internal Waters and The Exclusive Economic Zone of the Bahamas）第 5 条规定“损害巴哈马资源和环境的任何有意或故意排污行为”。2021 年《海

[7] 葛淼：《论军舰的无害通过问题》，《中国海商法研究》2019 年第 2 期。

[8] Zou Keyuan, “Innocent Passage for Warships: The Chinese Doctrine and Practice”, Ocean Development and International Law, Vol. 29, No. 3, 1998, pp.202-213.

安法》这一规定将有利于海事管理机构作为防治船舶污染的主管部门保护我国海洋环境。需要注意的是，这里的损害海洋环境应当根据《公约》解释为故意和严重的污染行为，不可任意扩大。

但是，本次修订未将秩序作为无害通过的考虑因素却有待商榷。从维护海上交通安全的角度，良好有序的交通秩序本就是保障交通安全的重要条件。2021 年《海安法》甚至将“维护海上交通秩序”直接列入了第 1 条立法目的条款，表明了本次修订对海上交通秩序的高度关注。9并且《公约》也认可“良好秩序”构成无害通过权的基本内涵。既然已经具备了现实的修法需求，在国际海洋法治层面也并无障碍，本次修订完全可将海上交通秩序与海上交通安全、海洋环境一并规定，作为丧失无害通过权的考虑条件，扩张海事管理机构治理权限。

最后，《海安法》本次修订明确了非无害通过的法律后果。《公约》第 25 条第 1 款授权沿海国采取必要步骤防止非无害通过，这对于沿海国维护其海洋权益具有重要意义。我国《领海及毗连区法》第 8 条规定：“中华人民共和国政府有权采取一切必要措施，以防止和制止对领海的非无害通过。”在外国船舶损害我国海上交通安全以及海洋环境的情况下，2021 年《海安法》也采取类似措辞，明确国务院交通运输主管部门可会同有关主管部门采取必要措施防止和制止非无害通过。值得注意的是对于认定非无害通过的时机《公约》规定并不清楚，有观点认为沿海国须等待危害行为实施方可制止，另一种观点则认为沿海国有理由怀疑将要实施非无害行为即可。10 因此我国可以利用此处《公约》的模糊措辞强化交通安全治理能力，即继续沿用《领海及毗连区法》“防止和制止”措辞，表明既可以对既遂的非无害通过进行治理，也可以阻止将要发生的非无害通过。

由此，2021 年《海安法》从维护海上安全的角度对无害通过的一般规则进行了阐述，涵盖了假定条件（适用船舶范围）、行为模式、法律后果。对于不影响海上交通安全的非无害通过情形，应通过《海警法》等其他涉海立法加以调整。《海警法》第 17 条对此规定：“对非法进入我国领海及其以内海域的外国船舶，海警机构有权责令其立即离开，或者采取扣留、强制驱离、强制拖离等措施。”

三、《海安法》特殊船舶无害通过规则创设

2021 年《海安法》第 54 条规定：“下列外国籍船舶进出中华人民共和国领海，应当向海事管理机构报告：（一）潜水器；（二）核动力船舶；（三）载运放射性物质或者其他有毒有害物质的船舶；（四）法律、行政法规或者国务院规定的可能危及中华人民共和国海上交通安全的其他船舶。前款规定的船舶通过中华人民共和国领海，应当持有有关证书，采取符合中华人民共和国法律、行政法规和规章规定的特别预防措施，并接受海事管理机构的指令

[9] 现行《海安法》第 1 条规定：为加强海上交通管理，保障船舶、设施和人命财产的安全，维护国家权益，特制定本法。《海安法（修订草案）》第 1 条规定：为了加强海上交通管理，维护海上交通秩序，保障

生命财产安全，维护国家权益，制定本法。

[10] William K. Agyebengt, “Theory in Search of Practice: The Right of Innocent Passage in the Territorial Sea”, Cornell International Law Journal, Vol. 39, 2006, p.382.

和监督。”

随着造船、航海技术的发展，船舶的种类不断细分，一些新类型的船舶因其特性需要《海安法》中及时予以考虑，以实现法律的与时俱进。2021 年《海安法》新增核动力船舶与载运放射性物质或者其他有毒有害物质船舶（以下统称为高度危险船舶）、潜水器进出我国领海内容正是一例。高度危险船舶在领海内航行对沿海国具有极大的危险性，原《海安法》仅从危险货物运输监管角度设置有两个原则性条文，并不能充分发挥调整作用。国际海洋法上的争议焦点在于此类船舶是否享有无害通过权，因制定之时该问题并不突出，《公约》规定不明。直到 20 世纪 90 年代，发达国家开始频繁从事高度危险船舶运输，遭到沿海国强烈反对，纷纷禁止此类船舶未经同意通过本国领海，或要求提前通知。另外，随着国际环境法的不断发展，危险物质跨境运输前的报告或批准义务被逐渐视为“风险预防原则”（precautionary principle）的体现，出现在《1989 年巴塞尔公约》（Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal）、《地中海公约伊兹密尔议定书》（Protocol on the Prevention of Pollution of the Mediterranean Sea by Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal）等国际或区域性环境公约中。而相较于批准制度，报告制度对无害通过的影响程度较小，能够更好地平衡沿海国与船旗国权利。目前高度危险船舶通过领海前履行报告义务正逐渐发展成为一项国际习惯法规则。11因而《海安法》可以顺应国际法发展趋势，要求高度危险船舶进出我国领海前向海事管理机构报告，以便有关部门提前应对，更好地保护我国海洋环境。

对于潜水器，随着近年来各国开始关注深海战略新疆域，水下船舶技术发展迅速。但是水下航行环境复杂，加之现有海事立法大多以水面船舶为调整对象，水下航行缺乏必要的法律规范指引，存在着极大的交通安全隐患。而当前我国国内立法并未规定任何治理措施，仅《领海及毗连区法》参照《公约》要求潜水器须于领海海面航行并展示旗帜。2021 年《海安法》新增潜水器进入领海前报告义务，可有效提高我国对水下交通安全的治理能力。船舶报告制度是国际海事组织在《公约》实施后的一项重要制度创新。根据《SOLAS 公约》第 5 章第 11 条相关规定，沿海国可单方面规定船舶报告义务。因此在不影响外国潜水器无害通过的情况下，《海安法》有权对潜水器通过我国领海作出报告要求。无独有偶，加拿大于 2010 年正式通过《北加拿大船舶航行服务区规定》（Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations），要求包括军舰在内的外国船舶在进入以及通过加拿大北极水域的专属经济区时履行强制报告义务，尽管遭到美国等国家反对，甚至未获得国际海事组织的通过和承认，但仍坚持推行并被其他国家遵守和效仿。12

遗憾的是，2021 年《海安法》未对高度危险船舶或潜水器指定航道或分道通航作出规

11 张小奕：《海上核物质运输的安全性分析》，《太平洋学报》2012 年第 9 期。

12 杨显滨：《北极航道航行自由争端及我国的应对策略》，《政法论丛》2019 年第 6 期；James Kraska, “The Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations (NORDREG) and the Law of the Sea”, The International Journal of Marine and Coastal Law, Vol. 30, 1998, pp.248-251.

定。指定航道或者分道通航能够简化船舶会聚区域交通流模式，减少高度危险船舶碰撞危险。根据《公约》如果船舶不遵守沿海国上述要求，则丧失了无害通过的权利。13本次修订虽然在第四章“航行、停泊、作业”中对船舶通过船舶定线区、交通管制区等海上交通功能区域应遵守的航行规则进行了原则规定，其法律责任却未涉及无害通过权的丧失。这并不利于我国加强对特殊船舶航行监督管理不利，建议在未来的法律修改中明确。

四、结论

我国作为全球第二大经济体以及第一大货物贸易国，每天有大量外国船舶于我国管辖海域航行、停泊、作业，受到我国法律调整。如果执法部门在处理涉外海上交通安全事务时主要法律依据出现瑕疵，极有可能产生国家责任。海上交通被誉为人类海洋活动的“最大公约数”，对各国协调一致提出了极高要求，需要共同的海洋活动基础规则与作业技艺，以保证海洋活动的秩序和安全，以《公约》及国际海事公约为基础的国际法律体系应运而生。缔约国海上交通安全立法通过转化实施国际法，既履行了《维也纳条约法公约》善意履行国际义务的要求，也获得了自身涉外效力的合法性证成。这与《道路交通安全法》等几乎不含涉外因素的安全类法律有显著区别。不仅如此，中国作为“海洋命运共同体”理念的倡导者与实践者，更应在本国海洋法治建设中主动吸收借鉴国际社会法治文明成果，在积极运用国际法治维护国家利益的同时考虑他国正当合理利益诉求，推动形成符合人类共同利益的海洋法治新格局。这是包括海上交通安全立法在内的国内涉海法治建设的重要使命。

对无害通过规则的完善是《海安法》本次修订工作中协调国际海洋法治的一大重要成果。在领海海域，2021 年《海安法》构建了完整的无害通过规则，考虑到良好的交通秩序本就是交通安全的应有之义，建议参考《公约》将秩序要素纳入。针对近年来不断增多的外国特殊船舶，2021 年《海安法》创设通过领海前报告义务，顺应国际海洋法发展趋势兼顾了交通安全与航行自由，但在指定航道或分道通航内容上尚有完善空间。同时，《海安法》与《海警法》在领海内无害通过规则上密切配合，充分发挥了两部法律的交通安全治理合力，消解了因执法机构不同所可能产生的掣肘。考虑到涉海法律的整体性，本次修订还注意到交通安全特别法与涉海一般法之间的衔接协调，体现海上交通安全特别法与海洋一般法之间的脉络关联与逻辑映照，并为海洋立法未来的完善调整预留了适应空间。

[13] K Hakapaa, E J Molenaar, “Innocent passage- past and present”, Marine Policy, Vol. 23, No. 2, 1999, p.133.

我国冲突法立法之局限性及其克服

徐伟功*

摘要：冲突法立法具有滞后性、不合目的性等局限性。冲突法立法之滞后性是法律的稳定性与社会的生动性之间矛盾、人类认识能力的非至上性的必然结果，其主要采取国际私法原则或最密切联系原则进行弥补。《法律适用法》采取最密切联系原则的立法补缺功能难以承担克服其滞后性的重任，我国今后的立法应结合意思自治原则，采取“应然法——实体法”的二元逻辑结构共同克服其滞后性；冲突法立法之不合目的性是法律的普遍性与社会生活的特殊性之间矛盾的必然结果，其主要采取例外性规定以及增强准据法正当性与合理性措施进行克服，我国今后的立法应运用最密切联系原则的立法矫正功能，并完善梯次选择性冲突规范，增加结合性冲突规范，改造保护性冲突规范。

关键词：冲突法 滞后性 不合目的性 最密切联系原则 自由裁量权

Abstract: The limitation of the legislation of Conflict of laws lies in hysteresis, non-purposiveness, etc. The contradiction between the stability of law and the vividness of social life, along with the non-supremacy of the cognitive ability of human been, results inevitably the hysteresis of the legislation of Conflict of laws. It mainly adopts the principles of Private International Law or the Doctrine of the Most Significant Relationship to make up. It appears that the supplement function of the Doctrine of the Most Significant Relationship adopted by the Law of the People's Republic of China on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships can hardly take the responsibility of overcoming hysteresis. The future legislation of China should adopt the dual logical structure of “Lex ferenda-Lex lata” with the combination of the Theory of Party Autonomy to overcome hysteresis; The non-purposiveness of the legislation of Conflict of laws, which is the inevitable result of the contradiction between the universality of law and the particularity of social life, is mainly overcome by adopting exception stipulations and measures enhancing the legitimacy and rationality of applicable law. The future legislation of China should adopt the correction function of the Doctrine of the Most Significant Relationship, improve the choice rules for regulating the conflict of laws in echelon, increase associative conflict rules as well as transform protective conflict rules.

Keywords: Conflict of Laws; hysteresis; non-purposiveness; the Most Significant Relationship Doctrine; discretion

---

* 中南财经政法大学法学院教授、博士生导师。

基金项目：本文是2019年国家社会科学基金重点项目《我国涉外民事审判中法官自由裁量权实证研究》（项目批准号：19AFX026）阶段性成果；也是2020年国家社科基金重大项目《国际私法视域下中国法域外适用的制度构建研究》（项目批准号：20&ZD202）的中期成果之一。

法律的局限性是法律基于其防范人性弱点工具的特质在取得积极价值同时不可避免地要付出的代价，是法律由于其技术上的特点不能完善地实现其目的的情况。成文法的局限性主要有滞后性、不合目的性、不周延性以及模糊性。[1]同样，我国冲突法[2]的立法也明显具有成文法的主要局限性。冲突法成文立法的不周延性，可以通过解决滞后性的方法，或者通过立法和司法解释上的兜底性规定得以解决，模糊性可以通过立法的释义或者明确标准得以克服。这两方面局限性的克服不是研究的重点，本文仅对滞后性与不合目的性作出阐述。

我国冲突法的立法经历了从附属到独立、分散到集中的过程，其形式越来越完善、内容越来越丰富、法律选择方法越来越灵活。2010 年我国颁布了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》），标志着我国冲突法立法走上了一个新的台阶。《法律适用法》在克服成文法的局限性作出了诸多的努力。《中华人民共和国民法典》的制定与通过，再一次点燃了我国国际私法学者制定国际私法法典的热情。2019 年 12 月 20 日、2020 年 12 月 20 日中国国际私法学会分别在广西钦州、陕西西安召开中国国际私法法典（学会建议稿）编撰工作会议，启动了我国国际私法法典民间编撰工作。我国国际私法法典的编撰涉及到方方面面的问题，如何克服我国冲突法立法的局限性是一项重要的任务。对此，我们必须面对以下四个方面的问题：冲突法立法的局限性的缘由是什么？冲突法立法采取什么方法避免其局限性？我国《法律适用法》采取什么措施解决其局限性？今后我国国际私法的立法如何克服这些局限性？

一、冲突法立法之滞后性及其克服

（一）冲突法立法之滞后性的缘由

法律的滞后性是法律的稳定性与社会的生动性之间矛盾的必然结果。法律对安全性、权威性的价值追求，必然要求法律的确定性。法律的确定性是通过法律规范的明确性所体现出来的，法律规范的结构主要有三个部分组成，即法律规范适用的前提条件、行为模式及法律后果。行为模式告诉人们可以做什么、不可以做什么以及必须做什么。[3]人们的社会活动通过法律规范，可以预见其法律行为的后果。如此，法律必须具有一定的稳定性，不能朝令夕改。但是，社会生活又是生动的，其随着社会的发展不断出现新的现象、新的情况，呈现出多样性、特殊性以及生动性的诸多特征。法律一经制定，就落后于时代的发展要求，成为一种凝固的智慧。所以，法律的供给与法律的需求之间不可能达到完美的匹配，供给与需求之间永远存在着缝隙，立法者的主要任务是尽可能缩小它们之间的缝隙。正如梅因所说：“社会的需要和社会的意见常常是或多或少地走在法律的前面，我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处，但永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来，因为法律是稳定的，而我们

[1]徐国栋：《西方立法思想与立法史略（上）——以自由裁量与严格规则的消长为线索》，《比较法研究》1992 年第 1 期，第 3-5 页。

[2]本文冲突法与国际私法在同一意义上使用，主要是指关于法律适用方面的法律。

[3]张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 2018 年第五版，第 116-117 页。

谈到的社会是前进的。”[4]

立法者如何弥补法律与现实的缺口取决于其对于缺口的认识程度。这就涉及到立法者的理性问题。在文艺复兴时代，理性主义的高扬，立法者对人的认识能力至上性狂热的自信，导致封闭与复杂的法典，1804 年《法国民法典》就是那个时代理性主义的产物。甚至在古典经济学中，完全理性的假设成为其理论的前提。亚当·斯密在其名著《国民财富的性质和原因的研究》（又名《国富论》）中蕴含着完全理性人的假设，认为人是全知全能的、无所不知的。[5]新制度经济学研究表明，人不是完全理性的，而是有限理性的。美国诺贝尔经济学奖获奖者 K·阿罗率先提出了人的有限理性，认为人的行为是意识理性，但这种意识理性又是有限的。另一位美国诺贝尔经济学奖获奖者诺思则从客观环境的不确定性、复杂性所导致的信息的不完全性以及人的计算能力与认识能力的有限性主客体两个方面说明人的有限理性。[6]无论是哲学上的研究，还是新制度经济学上的研究，人的有限理性是目前普遍的认识。因为从主体角度来看，人的大脑资源是稀缺的。即使目前人工智能的发展也无法解决大脑资源稀缺性的问题。这就决定了决策主体能力的有限性，包括决策信息搜寻能力、决策分析能力与计算能力的有限性，无法达到完美的决策；从客体角度来看，客体世界，无论是自然社会，还是人类社会，都具有复杂性、不确定性与多样性，使得主体无法完全对客体进行感知、认识、理解与把握；从主体认识客体的过程来看，其存在着信息悖论的问题。一方面主体认识客体，需要信息的搜寻、分析、比较、甄别与计算，才能做出合理的决策；其决策的过程是需要成本且特别昂贵的；另一方面，主体在信息搜寻、分析与计算之前，是无法预知信息自身的价值，无法预测信息搜寻所需要的程度，即做出决策的临界点所在。同时，主体也是无法得知其搜寻信息的预期成本与受益，达到最合理的状态。所以，信息搜寻是主体从无知到有知不断进行的过程，一旦进行收集信息，就产生了成本与费用，而这些成本与费用是无法逆转的。信息悖论的存在往往阻碍了人们信息搜寻的动力，因为信息搜寻具有极大的风险性，无法得知信息收集的合理程度。[7]

以上两方面说明了冲突法成文立法之滞后性的局限性是客观存在的，冲突法立法主要任务之一就是寻找一种可行的方案，通过法官自由裁量权的行使，克服其滞后性。

（二）冲突法立法之滞后性的解决

立法者的主要工作就是寻找一种可行的方案尽量缩小法律规定与现实社会之间的缺口，其主要采取的措施就是将严格规则与自由裁量相结合，重视法官的自由裁量权，使得法官的司法活动成为立法的延伸。

由于早期涉外民商事关系并不频繁与复杂，所以冲突法立法之滞后性问题，并不是立法者考虑问题的重点。随着第二次工业革命的影响，涉外民商事关系发生巨大的变化，以传统

[4][英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1984 年版，第 15 页。

[5][英]亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》，郭大力、王亚南译，商务印书馆 1972 年版，第 14 页。

[6]卢现祥：《西方新制度经济学》（修订版），中国发展出版社 2003 年版，第 16 页。

[7]卢现祥：《西方新制度经济学》（修订版），中国发展出版社 2003 年版，第 17 页。

婚姻家庭、继承为主的涉外民商事关系逐步转向为以合同、侵权、知识产权、票据、运输、保险为主的涉外民商事关系；涉外民商事主体以自然人为主逐步转变以法人为主，法人主体的种类越来越多，越来越复杂；涉外民商事冲突的范围越来越广，总量越来越多；知识产权的法律冲突得到重视。[8]特别是第三次技术革命，涉外民商事关系不断地向广度与深度两个方向发展。第三次技术革命是以信息技术为核心，计算机技术、互联网的运用、空间技术、人工智能、原子能的利用、生物工程等高科技令人眼花缭乱。每一项高科技的发展都对人们的生活方式带来了极大的冲击。传统以汽车、钢铁为主的重工业时代，被现代以计算机为主的信息时代所取代。信息时代的涉外民商事交往呈现出与以往不同的景象。在新的世界经济环境下，全球形成一个网络，分工与合作在全球范围内展开。巨大的国际贸易规模、多样化的国际贸易方式、快捷的国际贸易速度、多元化的国际贸易主体，都增强了国际贸易的复杂化与特殊性。再加上各种贸易体制的交织在一起，多边贸易体制的建立、单边贸易保护主义的抬头，无不增加国际私法调整的难度。因现代科学技术的发展，时间、空间因素对国际私法影响似乎在减弱。[9]第三次信息技术革命主要在国际互联网以及经济全球化两个方面极大地影响了国际私法的立法。正如我国学者刘仁山教授所言："到二十世纪九十年代，人类经历的一次意义深远的重大技术革命就是互联网络、移动电话的广泛运用，它不仅是人类通讯方式的改变，而且将导致经济运行方式和人们交际方式的变革，以及社会组织方式和结构的改变，它正逐步改变整个经济和社会的面貌，人类从此进入信息时代。这就会更进一步促进全球经济的一体化。"[10]在当今信息化高速发展的时代，冲突法的立法者不得不考虑如何克服冲突法立法的滞后性问题，将立法内部的具体法律适用规则与外部生动的社会生活之间架构起一座沟通的桥梁。

纵观各国冲突法的立法，目前主要采取两种路径进行解决其滞后性问题：一种是采取普遍承认的国际私法原则进行弥补；另一种是采取最密切联系原则进行补缺。在冲突法单行法规或法典式的立法模式中，前者典型的立法有 1998 年委内瑞拉《关于国际私法的法律》第 1 条的规定，[11]后者典型的立法有 2012 年捷克《关于国际私法的法律》第 24 条第 2 款的规定。[12]在冲突法专篇专章式的立法模式中，前者典型的立法有 2013 年《阿曼苏丹国民法典》

---

[8]刘仁山：《再论国际私法的对象与方法——基于技术革命的影响所形成的认识》，载黄进等主编：《中国国际私法与比较法年刊》（第 4 卷），法律出版社 2001 年版，第 102-103 页。

[9]郑自文：《最密切联系原则的哲学思考》，《法学评论》1994 年第 6 期，第 33 页。

[10]刘仁山：《再论国际私法的对象与方法——基于技术革命的影响所形成的认识》，载黄进等主编：《中国国际私法与比较法年刊》（第 4 卷），法律出版社 2001 年版，第 103-104 页。

[11]1998 年委内瑞拉《关于国际私法的法律》第 1 条规定："与外国法律体系有关的案件，由与争诉有关的国际公法规范，尤其是对委内瑞拉生效的国际条约中所制定的规范调整；否则适用委内瑞拉国际私法的规定；若无此种规定，采用类推法；无类推法，则依普遍承认的国际私法原则。"

[12]2012 年捷克共和国《关于国际私法的法律》第 24 条第 2 款规定："对于在本法适用范围内的特定法律关系或法律问题，如果不能根据其他法律的规定确定其准据法，则该法律关系或法律问题适用与其有最密切联系的国家的法律，但当事人已为其选择了法律或者已表明适用某一特定法律的除外。"

第 25 条的规定；[13]后者典型的立法有 2014 年《俄罗斯联邦民法典》第 1186 条第 2 款的规定。[14]分析这两者不同的克服措施，其思维的进路有相同点，也有不同点。其相同点都是通过司法活动将立法的内部与社会的外部相连接，重视法官的自由裁量权。其不同点是前者更多地从主观方面入手，采取的是价值判断；后者更多地从客观方面入手，采取的是事实判断与形式判断。前者的问题在于何为国际私法的一般原则或者普遍承认的国际私法原则，并没有明确的答案，全凭法官自身的认识与自由裁量。这可能造成法官无所适从或者不同的法官具有不同的观点。后者的问题在于何为最密切联系的法律，法官更多地从法律关系诸要素与某地联系的量上进行判断，可能导致所谓最密切联系的法律不是该涉外民商事关系本质法律的怀疑。

（三）《法律适用法》的取舍

我国立法者期望《法律适用法》被制定为开放、包容、公平、合理的法律，其开放性就体现在该部法律的第 2 条第 2 款对最密切联系原则立法补缺的运用。[15]一般来说，最密切联系原则具有立法指导功能、立法矫正功能以及立法补缺功能。王胜明曾撰文说明了《法律适用法》仅仅采取最密切联系原则立法补缺功能的缘由，即起到一种补救的作用。[16]既然《法律适用法》采取了最密切联系原则的立法补缺功能，在今后的国际私法法典的构建中，能否直接将其第 2 条第 2 款直接照搬过去。这就涉及到两个问题：其一，最密切联系原则所指引涉外民商事关系所要适用的法律是否是本质、适当的法律？其二，最密切联系原则的立法补缺能否承担克服冲突法立法滞后性的任务？ 以上两个问题是相辅相成的，其实就是该原则能否承担连接立法的具体规定与社会的例外情况之间的桥梁的重任。这需要我们对最密切联系原则有着总体上的把握与认识。

最密切联系原则的理论源头可以追溯到萨维尼的“法律关系本座说”。[17]萨维尼理论的核心思想就是从法律关系的分类入手，认为每一个法律关系都有其本座，通过本座寻找到所要适用的法律。[18]萨维尼的理论蕴含着法律关系应该适用其本质法律的思想，与最密切联系原则的原理具有高度的一致性，成为最密切联系原则的思想源头。[19]只不过，萨维尼的理论面向立法，并基于国际私法判决结果一致性的价值追求，所采取的连结点具有唯一性、固定性

---

[13]2013 年《阿曼苏丹国民法典》第 25 条规定：“上述条款未予规定的法律冲突，适用国际私法的一般原则。”

[14]2014 年修订的《俄罗斯联邦民法典》第 1186 条第 2 款规定：“如依照本条第 1 款无法确定准据法，则适用与民事法律关系有最密切联系的国家的法律。”

[15]《法律适用法》第 2 条第 2 款规定：“本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”

[16]王胜明：《涉外民事关系法律适用法若干争议问题》，《法学研究》2012 年第 2 期，第 189 页。

[17]Friedrich K. Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, Boston Nijhoff, 1993, pp.35-36.

[18]［德］萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，法律出版社 1999 年版，第 2 页。

[19]叶竹梅：《<涉外民事关系法律适用法>中“最密切联系原则”之立法定位》，《甘肃政法学院学报》2014 年第 3 期，第 109 页。

的特征。而最密切联系原则主要面向司法，通过法官的自由裁量权，分析众多的因素，最终寻找出该法律关系本质的法律。如此，最密切联系原则所要考虑的因素具有多样性与灵活性。

在“法律关系本座说”通向最密切联系原则的道路中，英国学者威斯特莱克提出的“最真实联系”理论起到一定的作用，[20]但起到关键作用的是美国司法实践中的 “奥汀诉奥汀案”和“巴布科克诉杰克逊案”[21]。从该两个典型判例中可以看出，法官主要分析法律关系诸要素与案件联系的程度，采取了定量、定性的分析方法。[22]严格来说，无论是定量分析方法，还是定性分析方法，都是基于与该法律关系有关的客观存在要素进行分析，具有一定客观事实分析的倾向，法律价值的判断较少。所以，美国在《冲突法重述（第二次）》对最密切联系原则运用中，采取了具体领域列举因素并求助于总则第 6 条[23]所规定的法律价值相结合的做法。例如，《冲突法重述（第二次）》第 145 条第 2 款规定了侵权领域中适用最密切联系原则所要考虑的因素主要有行为地、国籍、住所、居所、营业地、公司成立地等。[24]根据该条第 1 款的规定，这些因素的考虑需要依据《冲突法重述（第二次）》第 6 条所规定的原则。美国《冲突法重述（第二次）》第 6 条所规定的原则是一种大杂烩的做法，不仅规定传统国际私法的价值取向，如法律的确定性、可预见性和一致性；也规定了现代国际私法的价值取向，如对正当期望的保护；不仅规定个人利益的保护，也规定州际利益、国家利益的保护以及国际秩序的维护。如此“卤菜拼盘式”的政策或法律价值的列举，并没有给法官作出正确的指导。由于第 6 条的模糊性，导致了最密切联系原则存在先天不足的状态。[25]就连《冲突法重述（第二次）》报告人里斯也无奈地说到，第 6 条所强调的是一些政策或价值的折中，并未告诉法院应遵循的选法路径。[26]

《法律适用法》第 2 条第 2 款将最密切联系原则引入到立法中，并作为一种具体的法律选择方法在合同等诸多领域中得到运用。我国法院根据“最密切联系原则”确定准据法的司法实践中，主要采取了定量的分析方法。我国学者在抽样调查 300 多个案例中发现，尽管

---

[20]Cheshire and North, Private International Law, Butterworths, 1979, p198.

[21]黄惠康、黄进编著：《国际公法国际私法成案选》，武汉大学出版社 1987 年版，第 325-327、329-331 页。

[22]徐伟功：《<涉外民事关系法律适用法>实施研究》，法律出版社 2019 年版，第 140 页。

[23]美国《冲突法重述（第二次）》第 6 条规定考虑的因素有以下七个方面：（1）州际和国际秩序的需要；（2）法院地相关政策；（3）在决定特定问题时，其他利害关系州的相关政策及其相应利益；（4）对正当期望的保护；（5）特定法律领域的基本政策；（6）法律的确定性、可预见性和一致性；（7）将予适用的法律易于确定和适用。

[24]美国《冲突法重述（第二次）》第 145 条规定：“1．对有关侵权行为当事人的权利和义务，依第 6 条的原则，应适用与侵权行为事件及当事人有最重要联系的那个州的实体法；2．在依第 6 条原则决定应适用的法律时，应当加以考虑的因素有：（1）损害发生地；（2）加害行为发生地；（3）当事人的住所、居所、国籍、公司成立地和营业地；（4）当事人之间有联系时其联系最集中的地方。上述因素是按其对特定问题的重要程度加以衡量的。”

[25]刘仁山：《国际私法与人类命运共同体之构建——以<涉外民事关系法律适用法>实施为据》，法律出版社 2019 年版，第 161 页。

[26]Wills L. M. Reese, American Trends in Private International Law: Academic and Judicial Manipulation of Choice of Law Rules in Tort Cases, 33 Vand. L. Rev., 1980, p.717.

在《法律适用法》颁布后，法官未采取任何因素分析就直接认定最密切联系地法的情况有增无减。即使运用定量分析方法，也只是选取为数较少的因素，往往没有推理的过程就直接认定法院地法是最密切联系的法律。[27]检索中国裁判文书网（2015 年——2020 年），我们总共得到 500 多篇法院适用《法律适用法》第 41 条第 2 款最密切联系原则的裁判文书，发现绝大多数裁判文书采取定量的分析方法，较少有法律的推理过程。如此说明，我国司法实践中对最密切联系原则的运用仍然处于简单地列举因素的做法。最密切联系原则作为具体的法律选择方法，在我国司法实践中存在两大客观问题：简单的定量分析方法，较少或者几乎没有法律价值层面上的分析；单边的因素分析方法，大多数列举与我国相关的因素，具有适用法院地法的倾向。偏重于客观因素分析的最密切联系原则，如果没有协调一致的价值指引，难以堪任解决冲突法立法之滞后性缺陷的重任。所以，《法律适用法》第 2 条第 2 款能否克服法律的滞后性，值得我们怀疑。

（四）我国未来冲突法立法解决滞后性之重构

在我国今后制定冲突法的过程中，我们必须寻找一种可替代的解决方案。克服冲突法立法的滞后性，既不能采取单一的最密切联系原则，也不能采取单一的国际私法一般原则。单一的最密切联系原则，侧重于客观联系的因素，可能导致所适用的法律并不是适当、本质的法律；单一的国际私法一般原则，侧重于主观价值的判断，使得法官无所适从。我们应该将两者结合起来作出规定，并充分尊重当事人选择法律的自由。

意思自治原则作为克服冲突法立法的滞后性，在我国冲突法的立法实践与司法实践具有深厚的基础。国际私法学者杜摩林的启蒙、胡伯和孟西尼等学者孜孜不倦的追求，[28]以及罗宾逊诉布兰德案（Robinson v. Bland）[29]与佩尼舒勒及东方航运公司诉香德案（P. & O. Steam Navigation Co. v. Shand）[30]的不断推进，意思自治原则首先在 1865 年《意大利民法典》得以确立。二十世纪中后期，意思自治原则得到全面地接受，并向非合同之外私法自治较高的领域快速扩张。可以说，法律选择中的意思自治原则是梅因“从身份到契约”命题[31]在冲突法上的体现，成为契约自由皇冠上一颗璀璨的明珠。意思自治原则之所以被广泛地接受，主要是五大基础——私法自治的理论基础、自由平等的哲学基础、市场经济的经济基础、可预见性的价值基础以及可操作性的实践基础——共同作用的结果。[32]与其他国家冲突法的立法相比较，《法律适用法》对意思自治原则作出了最广泛地运用，其不仅在第 3 条将意思自治原则上升到基本原则的高度，还最大程度地扩展到物权、侵权、婚姻家庭等诸多领域，作为克服法律滞后性的意思自治原则在我国没有适用的障碍。2012 年捷克《关于国际私法的法

[27]刘仁山：《国际私法与人类命运共同体之构建——以<涉外民事关系法律适用法>实施为据》，法律出版社 2019 年版，第 185-189 页。

[28]刘仁山主编：《国际私法》，中国法制出版社 2019 年版（第六版），第 37-38、42-43 页。

[29]See J. H. C. Morris, The Conflict of Laws, 3rd ed., Stevens and Stones, 1984, p.267.

[30]Peter North and J. J. Fawcett, Cheshire and North’s Private International Law, Lexis Nexis UK, 13th ed., 2004, p.534.

[31][英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1996 年版，第 97、72、96 页。

[32]徐伟功：《<涉外民事关系法律适用法>实施研究》，法律出版社 2019 年版，第 174-177 页。

律》第 24 条第 2 款“但当事人已为其选择了法律或者已表明适用某一特定法律的除外”的规定给予我们一定的启发，即在不违背我国公序良俗的前提下，允许当事人在私法自治程度比较高的领域里，对立法没有规定的涉外民商事关系进行选择法律。将克服法律滞后性的权力交由当事人行使，是私法自治、契约自由精神的体现，表达了对个人自由的尊重。

运用国际私法一般原则克服法律的滞后性略显虚无缥缈。何为国际私法的原则，国际私法学者并没有统一的认识。更何况立法者认为普遍接受的国际私法原则，司法者也可能产生不同的认识。一般来说，法律价值的选择存在“二律背反”的问题，[33]如果强调某一法律价值，可能在某种程度上损害其他的法律价值，法律适用正义与司法任务的简单化价值之间存在着矛盾。国际私法一般原则解决滞后性对冲突正义与实质正义的要求，必然给法官在处理具体案件带来繁重的司法任务。冲突法立法的滞后性问题的解决之道应该明确指出价值指导以及客观的分析方法，将两者结合起来。

冲突法的核心任务就是解决国际民商事法律冲突，寻找适当的法律处理涉外民商事案件。纵观冲突法的历史发展，寻找法律的思维进路主要采取两种方法，单边主义方法与多边主义方法。单边主义方法主要是从法则的分类入手，探讨法律的域外效力。[34]由于单边主义方法无法解决法则的分类标准问题，同时属人主义与属地主义之间存在着不可调和的矛盾，所以其在十九世纪被多边主义方法所取代。多边主义方法则从相反的思维进路出发，通过连结点的指引，寻找所要适用的法律。萨维尼的法律关系本座说奠定了多边主义方法的理论基础，促进了冲突法成文立法的发展，其思想路线的改变被西方学者称为国际私法的“哥白尼革命”。[35]经过美国冲突法的变革及欧洲大陆国际私法的改良，当代国际私法的立法仍然遵循着萨维尼选法的基本思路与方略。

萨维尼的核心思想就是通过本座将法律关系交由本质法律进行解决，只不过萨维尼的本座具有简单化与地理定位的特征，唯一、固定与中立连结点的选择是其主要的任务。当代法律选择方法逐步放松萨维尼连结点的选择要求，将地理定位的做法转向地理定位与社会定位相结合的做法，即从传统由立法者选择唯一与固定连结点的做法，在某些领域中转向规定复数、灵活的连结点，交由法官在具体案件中作出选择。换句话说，就是将连结点进行软化处理，改变连结点的唯一性、固定性与中立性，在一定程度上将立法者寻找连结点的权力，赋予司法者通过其自由裁量权进行发现具有“本质”联系的法律。本质的法律，也是合理与正当的法律。总之，冲突法立法的核心任务就是将法律关系交由本质法律进行处理。所以，冲突法立法之滞后性的解决也应该本着这一解题思路。我们发现英国学者所倡导的“自体法”可以作为解决冲突法滞后性问题的价值前提。

自体法的英文表述为 Proper Law，其起源于合同领域，[36]逐步扩展到侵权以及其他领域。

---

[33]徐国栋：《西方立法思想与立法史略（上）——以自由裁量与严格规则的消长为线索》，《比较法研究》1992 年第 1 期，第 5-6 页。

[34]张仲伯：《国际私法学》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 43 页。

[35]刘仁山主编：《国际私法》，中国法制出版社 2019 年版（第六版），第 37-38、42-43 页。

[36]肖永平：《Proper Law 的含义及其中文译法》，《比较法研究》1993 年第 4 期，第 409 页。

[37]我国学者对 Proper Law 有不同的译法，有自体法[38]、适当法[39]、特有法[40]、准据法[41]等。在所有的译法中，准据法并不能反映其本质的内涵，自体法或适当法最符合其本来的含义。一般来说，审理涉外民商事案件的过程是“法律关系——冲突规范——法律”的过程。首先将涉外民商事案件进行定性、分类，将其归入到特定的法律范畴，其次通过冲突规范的指引，最后找出所要适用的法律。英国自体法理论将法律关系到连结点的过程，中间插入自体法，即“法律关系——自体法——冲突规范——法律”的过程。自体法并不是通过冲突规范所指向的准据法，也不是系属公式。所以，认为自体法是准据法或认为自体法是无所不包的系属公式的观点，有待商榷。[42]自体法之所以发端于合同领域，后来主要扩展到侵权领域，主要是因为合同、侵权关系的复杂性，用传统固定的连结点寻找所要适用的法律，可能出现偏离立法者的目的，具有一定的不合理性。这就需要赋予法官一定的自由裁量权，采取灵活的冲突规范指引到适当的法律。如何指导法官进行自由裁量权，就需要一个总的原则或方法，自体法的理论就应运而生。从这个意义上来说，自体法就是法律选择的基本准则，指导法官正确地行使其自由裁量权。正如我国学者吕岩峰所言：“适当法”是对法律适用问题解决提出一项原则、一个标准、一种方法，其主旨在于告诉人们应该怎样确定“准据法”，或者说应该依据什么原则和标准来确定“准据法”，它所追求的效应是“提高和增强准据法的适当性”。[43]甚至有学者将自体法视为国际私法中的自然法，建立“应然法——实体法”的二元逻辑结构。[44]从“应然法——实体法”的二元逻辑结构来看，自体法属于应然法的范畴，作为指导法官确定准据法的一种原则，而最密切联系原则属于实体法的范畴，作为立法的指导原则与具体选择方法方法，两者并行不悖。

综上，我们可以给出解决冲突法立法滞后性问题的基本思路：本法和其他法律对涉外民商事关系法律适用没有规定的，适用该涉外民商事关系的自体法（适当法）。前款所述的自体法是与该涉外民商事关系有最密切联系的法律，但当事人在不违反我国公序良俗的情况下，已为其选择了法律或者已表明适用某一特定法律的除外。

二、冲突法立法之不合目的性及其克服

（一）冲突法立法之不合目的性的缘由

法律的不合目的性是法律的普遍性与社会生活的特殊性之间矛盾的必然结果，是事物共相与事物的诸相之间冲突在法律上的必然反映。所谓法律的不合目的性就是将法律规则适用于具体的案件可能违背自身的目的所产生非正义的现象。[45]法律的普遍性是指法律针对一般

---

[37]J.H.C. Morris, The Proper Law of a Tort, Harvard Law Review, Vol. 64, 1951, pp.881-895.

[38]《中国大百科全书·法学卷》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 474 页。

[39]吕岩峰：《英国“适当法理论”之研究》，《吉林大学社会科学学报》1992 年第 5 期，第 17 页。

[40]李双元：《国际私法（冲突法篇）》，武汉大学出版社 1987 年版，第 344 页。

[41]唐表明：《比较国际私法》，中山大学出版社 1987 年版，第 60 页。

[42]肖永平：《Proper Law 的含义及其中文译法》，《比较法研究》1993 年第 4 期，第 417-420 页。

[43]吕岩峰：《英国“适当法理论”之研究》，《吉林大学社会科学学报》1992 年第 5 期，第 24-25 页。

[44]谭岳奇：《自体法：通向自然法之路径》，《武汉大学学报（社会科学版）》2001 年第 1 期，第 40 页。

[45]徐国栋：《西方立法思想与立法史略（上）——以自由裁量与严格规则的消长为线索》，《比较法研究》

的社会关系而制定的，具有普遍的适用性。正因为法律的普遍性，法律才能作为社会治理的手段具有重复适用的功能。如果法律与社会生活存在着一一对应的关系，也就无所谓法律的存在，法律的重复适用的功能也不会存在。社会生活的多样性体现了每一个具体案件都具有其特殊的一面，是一种生动的社会关系。人类社会的立法能否将每一种具体的法律关系都规定在法律之中呢？正如前面所述，一方面立法者的理性是有限的，其不可能对所有具体的法律关系作出明确地预见；另一方面，如果对每一种具体的法律都进行立法，立法成本是无限的，这是没有必要的。正如柏拉图所说，法律绝不可能发布一种既约束所有人同时又对每个人都真正最有利的命令，法律在任何时候都不能完全准确地给社会的每个成员作出何谓善德、何谓正确的规定。人类个性的差异，人们行为的多样性，所有人类事务无休止的变化，使得无论是什么艺术在任何时候都不可能制定出可以绝对适用于所有问题的规则。[46]所以，法律只是针对社会生活的普遍性作出规定，达到重复适用的可能性。从某种意义上说，法律的制定过程就是对某一类法律关系抽象出具有普遍意义的规则的过程。普遍性的抽象规则与生动性的社会生活之间永远也不可能划等号，其只有逐步趋向于社会生活，呈现出“约等于”的状态。如果具体案件越具有特殊性与生动性，就越不符合法律规范要求的分类特征，就离被类型化的普遍性规则所要达到的目的越远。这种“约等于”就偏向了“不等于”。普遍性的法律规范适用这种具体的案件时，就会产生不合理、不适当、不公平的现象，与法律的正义、公平、合理的目的背道而驰。

在冲突法的立法中，不合目的性的现象显得尤为严重，这与冲突法制度的特殊性不无关系。一般来说，民事实体法决定当事人的实体权利与义务关系，注重的是实体正义；民事程序法决定当事人的程序权利与义务，注重的是程序正义；但是冲突法既不决定当事人实体上的权利与义务，也不决定当事人程序上的权利与义务，其核心任务就是寻找适当的法律处理当事人之间的争议。所以，现代冲突法制度一方面关注选法过程的正当性，即注重所谓的冲突正义；另一方面也需要关注选法结果的合理性，能够公平合理地处理双方当事人之间的纠纷，即注重所谓的实体正义。冲突正义与实体正义价值的共同追求被学者称为“双螺旋”结构。47两种价值的共同追求给冲突法立法增加了难度，法律选择的不合目的性问题凸显。正如前面所述，目前法律选择的方法主要还是遵循萨维尼的思维进路，通过连结点指向适当的法律。萨维尼将法律关系作出简单化的处理，形成了法律选择的简明公式，即“法律关系+连结点+法律”。在这简明的公式中，立法者的主要任务是选择每一类法律关系的本座。“本座”是构成法律关系的要素，是法律关系的核心特征，“本座”的设置，脱离了国别等实际要素，也不讨论法律规范的适用空间，而是不加偏见地将所涉国家的法律放在抽象的分析框架当中，具有绝对中立性。萨维尼对各国立法之实体内容保持一种“无立场之立场”，他悬搁不同国家相互冲突的立法价值准则，以寻找中立的解决方案，通过秉持中立的价值理念和对各

1992 年第 1 期，第 4 页。

[46][美]埃德加·博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译,华夏出版社 1987 年版，第 8 页。

[47]宋晓：《当代国际私法的实体取向》，武汉大学出版社 2004 年版，第 348 页。

种法律关系要素的实践考察，萨维尼寻找到的“本座”就是各国法律地位平等理念的最佳诠释。[48]承认各国法律体系地位平等是冲突正义得以实现的基石，但各国法律相互间的矛盾和冲突一向是国际私法理论需要直面的难题。各国立法在价值上观点不同，并都有维护一国立法主权的需要，内国法院的法官没有评价外国立法的善恶的合理立场，也就无法说明什么法律会在某种抽象的意义上满足公正的目的，只要涉外民商事争议是通过选择其中一个国家的法律来解决的，那么这种选择必定只满足了一个国家或一方当事人的需求，而损害了另一个国家或另一方当事人的公正满足感。[49]因此，不对法律适用结果进行选择，不作任何立法评价而致力于建设一种客观中立的选择方案既是没有办法的办法、同时也是那个时代的最佳办法。[50]

但是，历史的车轮总是不断地向前推进。随着自由资本主义阶段进入到垄断资本主义的阶段，第二次工业革命以及当今的第三次技术革命的浪潮，人类通讯方式、经济运行方式、社会组织方式和结构的变革，极大地改变整个经济和社会的面貌，涉外民商事交往呈现出与以往不同的景象。[51]尤其是互联网与人工智能的高速发展，带来了国际民商事法律冲突的复杂性，法律主体的不确定性、空间地理位置的模糊性、时间的即时性，无不冲击国际私法的立法。传统双边传统规范明显的形式主义的色彩，在现代社会中有利于显得力不从心，其不合目的性情况变得普遍起来。难怪美国学者柯里发出了强烈的不满：传统国际私法是空洞的、冷酷的、无情的、概念式的，是“一个架机器”“一个诡辩的神秘的和失败的领域”。[52]于是，柯里提出惊世骇俗的名言：没有法律选择规则我们会更好些。[53]但是，柯里用“方法”替代“规则”解决法律选择的不合目的性，大陆法国家的立法实践证明其解题方略具有不可行性。于是，各国纷纷寻找克服法律选择不合目的性的路径。

（二）冲突法立法之不合目的性的解决

现代冲突法成文立法之不合目的性解决主要有两种方式进行，一种是事后救济立法解决方法，即首先适用具体的冲突规则，在其指引的法律具有不当性的情形下，采取例外条款规定的方式进行矫正；另一种是事先救济立法解决方法，即立法者采取各种可能的措施，对冲突规范加以改造，增强法律适用的正当性与合理性。前者例外条款的运用又有一般例外条款以及特殊例外条款两种；[54]后者冲突规范的改造措施主要有结合性冲突规范、梯次选择性冲

---

[48]张春良：《美国冲突法革命的革命性理解——别于萨维尼，还是依然萨维尼》，《福建江夏学院学报》2013 年第 1 期，第 57 页。

[49][美]西蒙尼德斯：《20 世纪末的国际私法——进步还是退步？》，宋晓译,载梁慧星主编：《民商法论丛》2002 年第 3 期，金桥文化出版（香港）有限公司 2009 年版，第 395-396 页。

[50]张春良：《美国冲突法革命的革命性理解——别于萨维尼，还是依然萨维尼》，《福建江夏学院学报》2013 年第 1 期，第 57 页。

[51]刘仁山：《再论国际私法的对象与方法——基于技术革命的影响所形成的认识》，《中国国际私法与比较法年刊》（2001 年第 4 卷），法律出版社 2001 年版，第 103-104 页。

[52][英]莫里斯：《法律冲突法》，李东来等译，中国对外翻译出版公司 1990 年版，第 522 页。

[53]B. Currie, Selected Essays on the Conflict of Laws, Duke University Press, 1963.p180.

[54]刘仁山：《国际私法与人类命运共同体之构建——以<涉外民事关系法律适用法>实施为据》，法律出版

突规范以及保护性冲突规范等运用。

一般性例外是将整个冲突法具体规则作为例外的对象，采取最密切联系原则的立法矫正功能，在冲突法立法总则加以规定。一般例外条款主要采取“本法指定+更密切联系的法律”立法模式。也就是说，法官根据具体的法律适用规则指引所适用的法律，如果还存在与该涉外民商事关系更密切联系的法律，则作为例外适用更密切联系的法律，推翻具体规则所指引的法律，达到不合目的性的克服。2017 年最新修订的瑞士《关于国际私法的联邦法》第 15 条第 1 款的规定就是一般例外条款立法的典范。55其他国家也有与瑞士相类似的立法，例如 2007 年马其顿《关于国际私法的法律》第 3 条56的规定以及《韩国国际私法（2001 年修正）》第 8 条57的规定。总体上看，目前采取一般例外条款的国家主要有瑞士、黑山、韩国、马其顿、阿根廷、立陶宛、乌克兰、荷兰、比利时、塞尔维亚、斯洛文尼亚以及加拿大魁北克省。[58]我国学者一般将该条款称为“例外条款”、“替代条款”或“修正条款”。59最密切联系原则作为例外条款，其规定的目的在于矫正适用硬性冲突规则指向的法律的不合理性与不公平性，解决了法律规范的一般性与法律关系特殊性之间的矛盾，为解决特殊情况下的法律适用问题打开了灵活方便之门。由于该条款属于总则性的一般规定，其可以成为该法所有冲突规则的例外条款，只要具体的案件情况满足该条款的两个适用条件，即（1）与原应适用法律之间联系松散；（2）存在更密切联系的法律。所以，其必然存在推翻整个立法之担忧：如果所有法官都适用该例外条款，即适用更密切联系的法律，则整个立法的根基就不复存在。60此种担忧具有一定的道理，但将法官假设全部利用例外条款逃避原本所适用的法律是过于极端，立法者应该给予法官一定的信任，相信法官行使其自由裁量权时应当是谨慎与合理的。

特殊性例外是针对某一具体的法律关系的冲突规则作为例外的对象，在适用具体法律适用规则导致不合理的情况，采取更密切联系原则。特殊例外条款一般在合同法律适用领域中加以运用。鉴于合同的复杂性与多样性，目前各国国际私法立法主要采取主观理论与客观理

社 2019 年版，第 169-173 页。

552017 年最新修订的瑞士《关于国际私法的联邦法》第 15 条第 1 款规定：“如果根据所有情况，案件显然与本法所指引的法律仅有较松散的联系，而与另一法律确有更为密切的联系，则本法所指引的法律例外地不予适用。”

562007 年的《马其顿共和国关于国际私法的法律》第 3 条第 a 项规定：“如果所有情况表明，案件与本法所指引的法律无任何重要联系，而与另一法律具有本质上的更密切联系，则作为例外不适用本法所指引的法律。”

57《韩国国际私法（2001 年修正）》在总则第 1 章第 8 条第 1 项规定：“如果本法指定应适用的准据法与相关法律关系之间仅具有极少的联系，而另一国家的法律与该法律关系明显存在最密切的联系，在此情况下，应适用该另一国家的法律。”

[58]Symeon C. Symeonides, Codifying Choice of Law around the Word: An International Comparative Analysis, Oxford University Press, 2014, p.192.

59李华成：《论冲突法中最密切联系例外条款》，《大连海事大学学报(社会科学版)》2011 年第 2 期，第 55 页。

60李华成：《论冲突法中最密切联系例外条款》，《大连海事大学学报(社会科学版)》2011 年第 2 期，第 56 页。

论相结合的做法，即总体上采取“意思自治原则+最密切联系原则”的选法策略。如果合同当事人没有选择法律的情况下，适用最密切联系原则，对于何为最密切联系原则可以采取特征履行说原则，再具体化特殊合同按照该原则所要适用的法律。但是如果存在更密切联系的法律，则推翻具体合同法律适用的规则，适用更密切联系的法律。如此，立法者可以在具体的法律关系中达到自我调整的目的。2007 年土耳其《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的第 5718 号法律》第 24 条第 4 款[61]、2014 年黑山《关于国际私法的法律》第 39 条第 3 款[62]就是这一情形的典型立法。特殊例外条款不仅在国际私法国内立法中运用，而且在国际条约中也有相关的规定。1985 年海牙国际私法会议制定的《国际货物销售合同法律适用公约》规定，如果当事人未选择法律的，合同依合同缔结时卖方营业地国家的法律。同时规定了三种适用买方营业地国家法律的例外。但是在以上适用法律之外具有更密切联系的法律，则适用更密切联系的法律。其简明公式是：“当事人选择的法律+卖方营业地国家的法律（或例外适用买方营业地国家的法律）+ 更密切联系的法律”。[63] 此外 1980 年《罗马公约》第 4 条第 2 款[64]、2007 年《罗马条例 II》第 5 条第 2 款[65]也有相类似的规定。特殊例外条款的规定，比较好地解决了特定领域法律适用明确性与灵活性的问题。

例外条款的解决方式主要依靠法官的自由裁量权，尤其在一般性例外中，法官的自由裁量权更大，引起了立法者的担忧，可能出现原本是正确的法律适用，走到错误的法律适用道路上去。[66]所以，立法者在制定具体的法律适用规则时，竭力地采取增强法律适用的正当性与合理性的各种手段与措施。

结合性冲突规范是立法者采取复数连结点的做法，共同指向某一具体的法律，以达到所适用法律的合理性。例如，1973 年海牙国际私法会议制定的《产品责任法律适用公约》将

---

[61]2007 年土耳其共和国《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的第 5718 号法律》第 24 条第 4 款规定：“当事人各方未选择法律的，合同之债适用与合同有最密切联系的法律。这种最密切联系的法律，系指承担特征性履行的债务人订立合同时的惯常居所地法；如果订立合同属于商业或职业行为，则指承担特征履行的债务人的营业地法；若无营业地，则适用住所地法；如果承担特征履行的债务人具有多个营业地，则适用与合同有最密切联系的营业地法。但是，如果根据当时的整体情况，合同与另一法律具有更密切的联系，则合同依该另一法律。”

[62]2014 年黑山共和国《关于国际私法的法律》第 39 条第 3 款规定：“如案件的所有情况表明，合同显然与本条第 1 款或第 2 款所指国家以外的另一国家有更密切联系，则适用该另一国家的法律。”

[63]1985 年海牙《国际货物销售合同法律适用公约》第 8 条第 3 款规定：“从总体情况看，如在双方当事人的商业关系中，合同如果明显地与根据本条第一款或第二款规定将会适用于合同的法律以外的法律有着更加密切的联系，则该合同依该另一国的法律。”

[64] 1980 年《罗马公约》第 4 条第 2 款规定：“除另依本法第 5 款的规定，合同特征履行的当事人在订立合同时，其惯常居所地的国家，或者当事人是法人组织或非法人组织时，其管理中心所在地的国家，应推定为与该合同有最密切联系的国家。但是，如果合同是在当事人的贸易和职业活动过程中订立的，则与该合同有最密切联系的国家应是主要营业地所在的国家，或者如果根据合同规定，合同将在主要营业地以外的另一营业地履行，则与该合同有最密切联系的国家应是另一营业地所在国。”

[65]2007 年《罗马条例 II》是属于产品责任的法律适用的规定，其第 5 条第 2 款规定：“如果全部情况表明损害事实与前款所指国家以外的其他国家存在明显更加密切的联系，则适用该其他国家的法律。”

[66]王胜明：《涉外民事关系法律适用法若干争议问题》，《法学研究》2012 年第 2 期，第 189 页。

侵害地与直接遭受损害人的惯常居所地，或者被请求承担责任人的主营地，或者直接遭受损害人取得产品的地方相结合；将直接遭受损害人的惯常居所地与被请求承担责任人的主营地或者直接遭受损害人取得产品的地方相结合。[67]

梯次选择性冲突规范，也称之为有条件依次选择性冲突规范，是指在立法中规定两个或两个以上的连结点，按照所规定的顺序依次进行选择适用，在不存在前一个连结点的情况下，才能适用后一个连结点所指向的法律这一类的冲突规范。《法律适用法》在婚姻家庭以及继承等领域中大量采用梯次选择性冲突规范，例如第 21 条关于结婚法律适用，其梯次分别为共同经常居所地、共同国籍、婚姻缔结地。68梯次选择性冲突规范是 20 世纪中叶以来国际私法变革的产物，其主要目的是为了克服冲突法的不合目的性，努力避免传统国际私法法律选择方法的局限性。

保护性冲突规范，也称之为有利于保护弱者利益的冲突规范，是指在立法上规定数个连结点，在数个连结点所指向的法律中，法官适用对弱者最有利法律的一种冲突规范。严格来说，保护性冲突规范属于无条件任意选择冲突规范的一种特殊类型。只不过保护性冲突规范所规定的连结点具有价值的非中立性，倾向于保护弱者的利益。《法律适用法》在婚姻家庭中多采用保护性的冲突规范，主要有第 25 条69、第 29 条70与第 30 条71三条规定。为了达到保护弱者的利益，立法上赋予了法官极大的自由裁量权，必然对法官提出了较高的要求。一方面，需要法官具有较强的国际私法专业素养，能够准确查找相关国家的法律，能够熟悉与理解所有连结点所指向的法律，并具有比较与分析的能力；另一方面，需要法官具有良好的道德水平与职业素质，将公平正义作为自身内心的追求。正如前面所述，法律价值之间存在“二律背反”定理，司法任务简单化与个案公正存在着矛盾。立法者在立法中强调对弱者利益的保护，但在司法实践中，法官基于司法任务简单化的目的，往往不加分析地认为法院地法是对弱者最有利的法律。《法律适用法》保护性冲突规范的实践运用并不理想，往往出现不加分析、不加论证、不加解释，径直拷贝条文适用法院地法的现象。72所以，尽管保护

---

[67]1973 年《产品责任法律适用公约》第 4 条规定：“适用的法律应为侵害地国家的国内法，如果该国同时又是：（一）直接遭受损害的人的惯常居所地；或（二）被请求承担责任人的主营业地；或（三）直接遭受损害的人取得产品的地方。”第 5 条规定：“尽管有第四条的规定，适用的法律仍应为直接遭受损害的人的惯常所在地国家的国内法，如果该国同时又是：（一）被请求承担责任的人的主营业地；（二）直接遭受损害的人取得产品的地方。”

68《法律适用法》第 21 条规定：“结婚条件，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律；没有共同国籍，在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的，适用婚姻缔结地法律。”

69《法律适用法》第 25 条规定：“父母子女人身、财产关系，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护弱者权益的法律。”

70《法律适用法》第 29 条规定：“扶养，适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中有利于保护被扶养人权益的法律。”

71《法律适用法》第 30 条规定：“监护，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护被监护人权益的法律。”

72张丽珍：《<法律适用法>“有利于”条款实施研究》，《西部法学评论》2015 年第 6 期，第 73-75 页。

性冲突规范体现了对弱者的利益保护，反映了冲突法立法的人文关怀，但是立法的理想主义与司法的现实主义之间存在一定的差距，需要我们重新审视保护性冲突规范运用的实际效果。

（三）《法律适用法》的取舍及其重构

以上解决冲突法成文立法的不合目的性之局限的各种措施，《法律适用法》作出了不同的取舍。

对于一般性例外条款，主要采取最密切联系原则的立法矫正功能。《法律适用法》最终并没有采纳这一做法，这里就涉及到最密切联系原则的地位问题。关于其地位，主要有四种观点：基本原则、具体法律选择方法、合同法律适用的补充原则以及确定准据法的指导原则。[73]一般来说，最密切联系原则具有立法的指导功能、立法的矫正功能、立法的补缺功能以及具体的法律适用方法功能。最终，《法律适用法》舍弃了立法矫正与立法指导两方面的功能。正如王胜明所说，由于规定最密切联系原则的矫正功能，即例外条款，那么关于民事主体、婚姻家庭、物权、债权等各种涉外民事关系的法律适用变得不那么确定了，可能导致整个立法处于不稳定的状态，都有可能被推翻；同时由于最密切联系原则是灵活的原则，法官具有相当大的自由裁量权，可能出现原本是正确的法律适用，走到错误的法律适用道路上去。舍弃了立法矫正功能，再舍弃立法指导功能也不觉得可惜。[74]王胜明的担忧确实是存在的，但这种担忧是没有必要的。其一，现代国际私法立法的发展表明，其重视法官自由裁量权的作用，追求冲突法的实体正义是当今的主要趋势。也就是说，立法者理应对法官具有充分的信任与支持，而不是对法官抱有极大的怀疑态度。瑞士是采取最密切联系原则的立法矫正功能的典型国家，其司法实践也没有出现整个立法不稳定的状态；其二，我国采纳最密切联系原则的立法矫正功能也有着理论上的准备与立法的基础。刘想树教授认为，我国其实可以利用立法的后发优势，可以将最密切联系原则上升到基本原则的地位，可惜的是由于司法传统、司法统一、司法稳定、司法任务简单化等要求，立法表现出反现代化的特征。[75]其在分析最密切联系原则的理论与实践基础上，提出了“前拉后拽”的立法设想，即将意思自治原则与最密切联系原则相结合的立法方式，运用最密切联系原则的立法补缺与立法矫正功能。[76]早在 2002 年，徐伟功教授发文希望将最密切联系原则上升到基本原则的地位，提出了将最密切联系原则立法指导、立法补缺与立法矫正功能相结合起来的“三合一”的主张。[77] 其实，在《法律适用法》之前的草案之中，也是采取“三合一”的做法，只是全国人大常务委员会最终仅保留的最密切联系原则的立法补缺功能。其三，我国国际私法的司法实践发展，也为接受例外条款作出了准备。《法律适用法》生效以来的十多年，我国法官体制的改革，法官素质得到全面的提升，王胜明的担忧应该是不会出现的。所以，立法上采取一般性例外条款

73肖永平著：《法理学视野下的冲突法》，高等教育出版社 2008 年版，第 448 页。

[74]王胜明：《涉外民事关系法律适用法若干争议问题》，《法学研究》2012 年第 2 期，第 189 页。

75刘想树：《论最密切联系的司法原则化》，《现代法学》2012 年第 3 期，第 132 页。

76刘想树：《论最密切联系的司法原则化》，《现代法学》2012 年第 3 期，第 140 页。

77徐伟功：《国际私法中的自由裁量权论纲》，《华南师范大学学报（社会科学版》2002 年第 4 期，第 17 页。

还是可行的。关键问题是如何在司法实践中提高法官司法裁判的说理能力。

特殊性例外条款主要运用在合同法律适用领域。在长期的司法实践中，我国是采取了更密切联系原则的例外规定，即在当事人未选择法律情况下，适用合同特征履行一方当事人的属人法，如果合同明显地存在另一更为密切联系的法律，则适用更密切联系的法律。1987年最高人民法院《关于适用<中华人民共和国涉外经济合同法>若干问题的解答》（现已失效）第2条第（六）项[78]、2007年最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》（现已失效）第5条第3款[79]等均作出合同例外条款的规定。这些规定在之前的国际私法司法实践中被证明是行之有效的一种例外措施，很好地解决了合同法律适用中不合目的性的缺陷。其实《法律适用法》第41条[80]的规定，也蕴含着更密切联系原则的含义。该条规定首先采取当事人选择的法律，即意思自治原则。在当事人没有选择法律的情况下，采取最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。在我国目前的司法实践中，对《法律适用法》第41条的运用出现一定程度上的混乱，主要原因在于该条中“或”的理解问题。如果将“或”理解为是并列的关系，法官可以选择最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律，也可以选择与该合同有最密切联系的法律。目前的司法实践则是主要体现了这一理解，检索中国裁判文书网（2015年——2020年），我们收集到500多个适用第41条第2款案例表明，大多数案件是直接采用最密切联系原则。其实，第41条第2款“或”的理解应该结合“其他”一词作出解释，如此该条款的“或”具有顺位性，即先适用最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律，只有出现不合理的情况下，才能适用其他与该合同有最密切联系的法律。这里的“其他”具有例外的含义。所以，在今后我国冲突法立法中，应该将之前司法实践较好的做法上升到法律层面，并对《法律适用法》第41条第2款作出明确规定，明确表明更密切联系法律的例外规定。

至于前端冲突法成文法之不合目的性的克服，《法律适用法》某些做法已经作出了完善。我国今后国际私法的立法应该继续保持与完善梯次冲突规范，在产品责任法律适用等领域中增加结合性冲突规范，慎重运用保护性冲突规范，可以将保护性冲突规范作为以上两种冲突规范的辅助规范。

三、简短的结论

当今世界正经历百年未有之大变局。世界多极化、经济全球化深入发展，社会信息化、文化多样化持续推进，新一轮科技革命和产业革命正在孕育成长，各国相互联系、相互依存，

---

[78]1987年最高人民法院《关于适用<中华人民共和国涉外经济合同法>若干问题的解答》第2条第（六）项规定：“……但是，合同明显地与另一国家或者地区的法律具有更密切的关系，人民法院应以另一国家或者地区的法律作为处理合同争议的依据。”

[79]2007年最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第5条第3款规定：“如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的，适用该另一国家或者地区的法律。”

[80]《法律适用法》第41条规定：“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”

全球命运与共、休戚相关。[81]维护世界和平与发展、推进人类命运共同体，中国必须坚定不移地走有中国特色的社会主义法治道路。习近平总书记多次强调，依法治国是党领导人民治理国家的基本方略，法治是治国理政的基本方式。法治中国的建设是时代赋予中国的伟大使命。法治中国的建设不仅包括国内法治的建设，也包括涉外法治的建设。习近平总书记在2020年11月17日召开的中央全面依法治国工作会议上指出，“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治。……协调推进国内治理和国际治理，更好维护国家主权、安全、发展利益。”[82]国际私法作为连接我国国内市场与国外市场的法制桥梁，显得尤为重要。中国国际私法必须走法典化的道路，为我国“一带一路”倡议、“人类命运共同体”的构建提供法治保障，为涉外法治建设作出贡献。如此，在今后的国际私法法典化过程中，克服冲突法立法之局限性是立法中的关键问题。针对冲突法立法的滞后性，我们应该采取“应然法——实体法” 的二元逻辑结构，结合意思自治原则，即表明法律没有规定的，适用该涉外民商事关系适当的法律，并通过最密切联系原则找出该涉外民商事关系适当的法律，但当事人在不违反公序良俗的情况下选择法律的除外；针对冲突法立法的不合目的性，我们可以在后端采取一般性例外条款与在合同法律适用领域中采取特殊性例外条款，主要运用最密切联系原则的立法矫正功能。在前端应该加强适用法律的正当性与合理性，完善梯次选择性冲突规范，增加结合性冲突规范，改造保护性冲突规范。

[81]习近平：《共同构建人类命运共同体》，载习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社2017年版，第538页。

[82]习近平，《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，《求是》2021年第5期，第13-14页。

“冰上丝绸之路”：法律挑战与中国应对[83]

徐文韬

(武汉大学法学院，湖北武汉 430072)

摘要：全球变暖导致的北极海冰消融和冰期缩短，提升了北极航道的战略地位。2018 年 1 月中国政府发布《中国的北极政策》白皮书，正式向国际社会提出共建“冰上丝绸之路”的合作倡议。当前“冰上丝绸之路”建设面临严峻的国际法律挑战：北极海域国际法律制度不健全、北极航道的管辖权存在争议、俄罗斯和加拿大国内法律的阻碍。对此，“冰上丝绸之路”建设应当确立尊重、合作、共赢、可持续的原则，深入研究现行的国际法依据，充分运用现行国际法赋予的权利，不断深化与北极国家特别是俄罗斯的合作,积极参与北极法律规则的制定，不断提升中国的北极话语权。

关键词：国际法;冰上丝绸之路;北极航道;法律挑战;国际合作

一、引言及问题的产生

受全球气候变暖以及其他人类活动等多种因素的影响，北极气候与环境正在发生巨变，在带来挑战的同时为人类探索和发展北极提供了新的机遇。北冰洋冰期缩短导致北极航道可通航的时间逐步增加，北极海域的能源资源也更容易进行开发，给国际社会的政治经济也带来了深远影响。中国作为世界贸易大国和能源消费大国，对北极航道有重要的海上运输需求，也对北极海域的油气资源有一定需求，北极地区的开发和利用对中国的能源战略和经济发展产生重要影响。对此，中国提出合作共商共建“冰上丝绸之路”，与俄罗斯等北极国家共同开发北极航道。面对北极地区复杂的国际社会环境，中国作为北极域外国家与世界各国在北极地区开展合作，需要依靠相关的国际法律制度作为参与北极事务的法理基础。在利用北极和参与北极治理的过程中，面对法律规制、地缘政治、自然条件等多方面的制约因素，中国应当提前研究国际法律依据，做好法律应对，遵守基于国际法

[83]徐文韬（1992—），男，重庆江北人，武汉大学国际法博士研究生，德国汉堡大学联合培养博士研究生，主要研究方向：国际法、国际海洋法、国际经济法。本文系武汉大学杨泽伟教授主持的 2018 年度国家社科基金重大研究项目“‘一带一路’倡议与国际规则体系研究”（批准号：18VDL002）阶段性成果之一，同时得到国家留学基金委的资助（ 留基委学号: CSC201906270061)。

的北极法律秩序，充分利用现有的国际和区域合作机制，以此减少相关法律争议对我国参与北极事务的消极影响，切实维护中国在北极地区的合法权益。基于此，笔者拟系统分析“冰上丝绸之路”的提出背景，以及中国随之面临的国际法律制约所带来的法律挑战，进而提出中国在此情形下如何有效利用国际法律依据参与北极地区事务的应对之策。

二、“冰上丝绸之路”倡议的背景和缘起

“冰上丝绸之路”，是指通过北极圈连接北美大陆、亚洲大陆和欧洲大陆三大世界经济中心的北极航道，主要有穿越俄罗斯北极海域的东北航道、穿越加拿大北极海域的西北航道和穿越北冰洋中心海域的中央航道[84]。近年来，日益加剧的全球变暖造成北冰洋海冰大量融化，引发了国际社会对北极地区越来越多的关注。北极问题不仅涉及北极国家，与全球各国也息息相关，中国作为近北极国家，是北极地区的重要利益攸关方。随着中国综合国力的增长和国际地位的不断提升，充分利用北极航道,有利于我国进一步开拓能源渠道，节省航运成本，提高航运安全，助力我国实现海运强国的目标。

“冰上丝绸之路”始于俄罗斯对中国的邀请。2017 年 5 月，在北京举行的“一带一路”国际合作高峰论坛上，俄罗斯总统普京向中国提出“希望中国能利用北极航道，把北极航道同‘一带一路’连接起来”的倡议[85]。中国对俄罗斯的提议给予积极回应，中国国家发展和改革委员会与国家海洋局在 2017 年 6 月联合发布《“一带一路”建设海上合作设想》，提出推动共建经北冰洋连接欧洲的蓝色经济通道，积极参与北极开发利用的蓝图。2017 年 7 月，中国国家主席习近平在莫斯科会见俄罗斯总理梅德韦杰夫，表示要与俄方开展北极航道合作，共同建设“冰上丝绸之路”[86]。2018 年 1 月，国务院新闻办公室发布《中国的北极政策》白皮书，明确提出“中国愿依托北极航道的开发利用，与各方共建‘冰上丝绸之路’”，首次正式将北极地区纳入中国的“一带一路”倡议框架[87]，成为我国“一

[84]程晓.新时代“冰上丝绸之路”战略与可持续发展[J]. 人民论坛·学术前沿，2018(11):6-12.

[85]谢晓光，程新波.俄罗斯北极政策调整背景下的“冰上丝绸之路”建设[J]. 辽宁大学学报(哲学社会科学版)，2019(1):184-192.

[86]罗英杰.开拓北极航道，共建“冰上丝路” [N].光明日报，2018-12-26（2）.

[87]Putin and Xi Are Dreaming of a Polar Silk Road[EB/OL].
https://foreignpolicy.com/2018/03/08/putin-and-xi-are-dreaming-of-a-polar-silk-road-arctic-northern-sea-route-yamal, 2019-3-8

带一路”倡议的重要组成部分。

“冰上丝绸之路”是我国认识北极、利用北极和参与治理北极的国家战略，包括北极治理、经济合作、环境保护、航道利用、科学研究、能源开发、气候变化等诸多方面，也是“一带一路”倡议的有机延伸，具有不可估量的时代意义和战略价值。中国提出共建“冰上丝绸之路”，为现阶段的北极合作指明了重要方向，这一框架为国际社会在北极地区提供了广阔的双边、多边合作空间，各参与方可以以北极航道的合作利用为依托，广泛深入地开展互联互通、产能合作、贸易投资等领域的合作以及各种形式的人文交流，实现互利共赢[88]。

三、“冰上丝绸之路”建设面临的法律挑战

便利国际交通是海洋法的核心原则之一，保障航行自由贯穿于《联合国海洋法公约》始终。在国际海洋法的发展进程中，沿海国的管辖海域范围呈扩张趋势，相应的国际公域急剧收缩，并且基于国际社会特定公共利益的需要，传统公海自由受到越来越多的规制。这种制约在海冰覆盖的北极海域表现得尤为突出，在北极沿海国的积极主张下，《联合国海洋法公约》认可了对北极海域脆弱的生态环境给与特殊保护，赋予冰封水域沿海国对船舶更多的管辖权。部分北极沿海国据此对北极航道实行“内水化”管理，给中国开发和利用北极航道带来一定阻碍。具体而言，当前中国推进“冰上丝绸之路"主要面临以下三方面的国际法律挑战。

（一）北极海域国际法律制度不健全

尽管北极海域已经成为各国关注的焦点，但国际上还缺乏针对北极海域的专门单独国际条约，同时关于确立北极航道法律地位所需的法律依据也十分有限。当前，对北极海域的海洋法律秩序作出直接规定的国际法律，主要有全球层面的《联合国海洋法公约》和多边层面的《斯匹次卑尔根群岛条约》。虽然《公约》体现了国际法律的公平性和严肃性，对各国处理北极地区的法律问题提供了基本的法律框架，但存在的缺陷日益明显，无法真正解决当前各国在北极海域的权益纠纷[89]。

《公约》作为北极海域各国解决矛盾纠纷的主要国际法律依据，对于解决北极权益问题有着重要的指导和参考作用。2008 年 5 月，俄罗斯、美国、加拿大、丹麦和挪威在格陵兰的伊卢利萨特达成共识，决定在现行《公约》框架内，以文明方式和和平磋商来解决北极领土和自然资源归属的纠纷，而不考虑构建一个全新的综合性北极治理机制。但是，《公约》的第 234 条是唯一涉及北极海域的“冰

[88]刘惠荣，李浩梅.国际法视角下的中国北极航线战略研究[M].北京：中国政法大学出版社，2019：66-97.

[89]Zheng Lei, Freedom of Navigation in Arctic Routes: Regulations and Disputes[J]. China International Studies,2017(63):100-119

封区域”条款，该条款主要规制船舶在冰封区域航行的海洋环境污染问题。而对于冰雪正在不断消融的北极海域而言，该条款远不足以提供一个全面的治理机制。目前《公约》所体现的国际海洋法一般性规定，并不足以解决北极海域的科学考察、资源开发、航道开辟、渔业捕捞和环境保护与军事利用等若干特殊国际纠纷，且《公约》本身存在诸多缺陷[90]，在北极问题适用上存在不合理之处：其一，《公约》并没有明确规定什么是“历史性海湾”、“历史性水域”或“历史性权利”，从而对北极海域各国如何行使历史性权利没有给出明确的回答；其二，《公约》第121条对“岛屿制度”规定的模糊性，使得各国有关海洋划界的实践各有不同，从而导致部分北极国家向大陆架界限委员会提交的海洋划界案，在国际社会中存在诸多争议；其三，《公约》不能从北极特殊的地理状况、历史和现实出发，在如何处理北极航道相关权益归属以及海域划分方面的表述十分模糊。

随着全球气候变暖，北冰洋在未来极有可能会实现全面的商业通航，北极地区对于全球各国政治和经济上的重要性与日俱增。《公约》作为一部并不完整的北极海洋基本法，在处理北极问题方面存在严重缺陷，已经不能满足日益变化的北极问题需要，这对中国推动“冰上丝绸之路”的进程提出了挑战。

（二）北极航道的管辖权存在争议

随着北极海冰持续消融，北极航线商业通航的条件逐渐改善，由俄罗斯控制的东北航道和加拿大控制的西北航道组成的北极航道，有望成为连接我国与欧洲、北美经济贸易的新通道，但东北航道和西北航道及其所在水域的航行权，却存在管辖争议，这对我国船舶今后在北极海域的自由航行产生了负面影响。《联合国海洋法公约》作为北极海域各国解决矛盾纠纷的最主要法律依据，在北极航道相关权益的归属及区域划分方面存在诸多的模糊之处。由于北极航道具有巨大的潜在价值，世界主要大国对此产生了激烈的争议，并产生了两种泾渭分明的观点。争议的焦点在于，东北航道和西北航道的法律地位界定，究竟是属于俄、加两国拥有排他管辖权的两国内水范围，还是属于他国拥有过境通行权的国际航行海峡。

俄罗斯和加拿大分别对其邻近本国的东北航道和西北航道主张主权，都将北极航道视为本国交通线，对航道沿线部分北极水域和海峡实施内水化管辖。俄罗斯和加拿大两国的学者基于“历史性水域”、“直线基线”、“扇形理论”等理论，主张将东北航道和西北航道归为俄罗斯和加拿大的内水[91]。东北航道法律地位的有关争议，主要集中在俄罗斯沿海的北方海航段上，从1926年苏联发布《宣布北冰洋北部的陆地和岛屿为苏联领土》开始，苏联及后来的俄罗斯长期以来对

[90]杨泽伟.联合国海洋法公约若干制度评价与实施问题研究[M].武汉：武汉大学出版社，2018：15.

[91]刘惠荣，董跃.海洋法视角下的北极法律问题研究[M].北京：中国政法大学出版社，2012：23-35.

北方海航道中的重要海峡提出主权管辖的主张，并且在事实上对外国船舶通行北方海航道进行了内水化的管控[92]。而加拿大主张北极群岛水域是其历史性内水，外国船舶通过该群岛水域应当获得加拿大的事先批准。从 1970 年开始，特鲁多政府以环境保护为由主张加拿大在北极水域的主权，通过了禁止外国船舶在加拿大北极水域倾倒污染物的《北极水域污染防治法》，以国内法的形式宣布了加拿大在北极水域的功能性主权并对西北航道进行管理[93]。在 1985 年，加拿大外交部长克拉克在国会发表关于北极主权的声明，主张北极水域属于加拿大内水，不适用“无害通过”[94]。根据《公约》规定，不同管辖海域应当适用不同的航行制度，俄、加两国不加区别地将内水化管控实施在北极航道上，突破了海洋法确定的多种航行制度，损害了外国船舶在其领海的无害通过权、专属经济区内的航行自由以及用于国际航行海峡中的过境通行权，对此美国和欧盟多次明确提出反对，主张东北航道和西北航道是用于国际航行的国际海峡，应当适用《公约》所规定的过境通行制度，通行的外国船舶应当享有过境通行权。双方针对北极航道的管辖权争议，可能影响中国推进“冰上丝绸之路”。

（三）俄罗斯和加拿大国内法律的阻碍

《联合国海洋法公约》第 234 条的“冰封条款”对北极地区制定了专门条款，让冰封地区沿海国家有权制定和执行非歧视性的国内法规，以防止通行船舶在冰封地区沿海国的专属经济区可能产生的海洋污染。这一条款赋予沿海国不经相关国际组织介入、单方制定和执行超越国际标准的环境规则的权利，是俄罗斯、加拿大制定和实施北极航运管制法规的重要基础。俄罗斯和加拿大依据《公约》的“冰封条款”通过了多部相关国内法规，来管理东北航道和西北航道范围内的海洋污染和船舶航行，对东北航道和西北航道的通行船舶进行严格的管辖。

北极东北航道在苏联时期被当作国内运输水道，并不对外国船舶开放，直到 20 世纪 80 年代末，苏联才正式发出开放北部海航道的倡议，并陆续出台有关破冰船领航、引航员引航、船舶设计装备和必需品的专门技术规则[95]。2013 年 3 月，俄罗斯政府设立北方海航道管理局，对北方海域的航运安全和船舶环境污染进行

[92]李浩梅.北极航运的多层治理[M].北京：海洋出版社，2017：35-50.

[93]张笑一.中等强国外交行为理论视野下的加拿大北极政策研究[M].北京：时事出版社，2018：26.

[94]白佳玉.船舶北极航行法律问题研究[M].北京：人民出版社，2016:44-52.

[95]Sean Fahey. Access Control: Freedom of the Seas in the Arctic and the Russian Northern Sea Route Regime[J]. Harvard National Security Journa,2018(9):154-200.

管理，同时修改有关北方海航道的国内法律文件，出台《俄罗斯“北方海航道”水域商业航运法律修正案》，规定船舶在北方海航道范围航行，需要向俄罗斯北方海航道管理局提出申请，经航道管理局审核批准后才可进入北方海航道航行，同时制定了北方海航道航行的许可、航程中的报告、准入期间和区域、破冰船领航与引航员冰区引航等规则，并要求船舶在通行北方海航道时需要强制保险或者经济担保[96]。俄罗斯将应用于内水的航行管制制度，推行于本国领海和专属经济区，损害了《公约》赋予外国船舶在俄领海享有的无害通过权和俄专属经济区以及公海享有的航行自由权。

北极西北航道的通航被加拿大管控已久，最鲜明的特点是其国内环保法规极其严格。，加拿大先后制定了《防止北极水域污染法》、《加拿大航运法》、《海事责任法》、《海上交通安全法》等一系列防止污染和有关船舶航行安全的法律，将海洋环境保护作为加拿大管辖北极海域的核心。上述加拿大的国内法规要求通行西北航道的船舶应具备一定的抗冰能力，针对北极的气候和操作条件，制定通行船舶应当符合的设计、建造和装备标准，且禁止向北极水域排放废物，并将加拿大北极海域划分为 16 个安全控制区，对不同冰区加强等级的船舶规定了固定的开发和关闭时间表。随着 2010 年加拿大在北极海域建立的强制性航行报告制度，加拿大管控北极航运的力度逐渐加强，这种强制性航行报告制度的通关程序，具有审查外国船舶是否遵循加拿大国内法的实质，对外国船舶在西北航道的通行造成了负面影响。

上述情况表明，俄罗斯和加拿大援引《公约》的“冰封区域条款”，对北极航道实行严格管控的航行制度，推行与内水无差别的航行管制，损害了《公约》关于海域分区制度与相应的航行权制度，从直接限制污染物排放到提出适用冰区航行的船舶设计和建造标准，从要求冰区引航到要求全程航行报告，这些航道管理的单边主义国内法律对中国利用北极航道，共建“冰上丝绸之路”产生了阻碍。

四、“冰上丝绸之路”建设的中国应对

尽管北极地区没有统一适用的单一国际法律条约，但《联合国海洋法公约》、《斯约》等国际法为处理北极问题提供了基本法律框架，北极国家和北极域外国家依法享有权利并承担义务，在北极开展活动应当遵循现有的国际法框架，中国维护以法律规则为基础的北极治理体系。作为北极事务的重要利益攸关方，中国于 2018 年发布《中国的北极政策》白皮书，阐述了我国当前的北极政策目标、

[96]张侠.从破冰船强制领航到许可证制度——俄罗斯北方海航道法律新变化分析[J].极地研究，2014(3)268-275.

基本原则和主要政策主张，为我国参与北极事务指明了政策框架。面对建设“冰上丝绸之路”的国际法挑战，中国应当提前筹划和应对，对此笔者提出以下建议以供参考。

（一）坚持尊重、合作、共赢、可持续原则

《中国的北极政策》白皮书明确了中国是北极事务的积极参与者、建设者和贡献者的身份定位，提出了“尊重、合作、共赢、可持续”作为中国参与北极事务的基本原则。中国以“尊重”作为参与北极事务的基础，以“合作”作为参与北极事务的途径，以“共赢”作为参与北极事务的价值追求，以“可持续”作为参与北极治理的目标[97]。对于中国而言，“冰上丝绸之路”是中国参与北极事务、为北极和平建设与发展做贡献的重要途径。“冰上丝绸之路”为北极地区互联互通和社会经济建设带来新的合作机遇，体现了中国建立互相尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系的理念，是新时代中国特色外交政策在北极事务上的应用，也是中国构建人类命运共同体，为世界各国分享鲜活的中国经验、贡献厚重的中国智慧、提出有效的中国方案的表现[98]。

2017 年 1 月 18 日，中国国家主席习近平在联合国总部举办的“共商共筑人类命运共同体”会议上指出，“要秉承和平、主权、普惠、共治原则，把深海、极地、外空、互联网等领域打造成各方合作的新疆域，而不是互相博弈的竞技场”。在建设“冰上丝绸之路”的过程中，中国应当坚持习近平主席提出的创新、协调、绿色、开放、共享的新发展理念，以科研为先导，以法律为依据，注重环境保护，有序合理开发资源，坚持开展国际合作，尽力避免同北极海域各国的利益冲突，争取共同成长，实现互利共赢，做到维护自身利益与构建人类命运共同体的统一。中国在参与北极事务过程中，面对北极地区的气候变化、生态环境保护、公共空间利用、交通和贸易体系治理等问题，应当遵循 “尊重、合作、共赢、可持续”的原则，主动将自身利益融入北极地区的集体利益之中，寻求国际社会共同利益与中国在北极利益的共生、共存与共融，在维护国际社会共同利益的进程中实现中国的国家利益。

遵循“尊重、合作、共赢、可持续”的原则，我国可以从以下四个方面着手参与北极事务，推动“冰上丝绸之路”建设。其一，通过经济合作的方式参与到北极地区资源开发、港口建设和航运等基础设施建设中，发挥自身优势承担大国责任，通过在北极地区提供航道基础设施等公共物品，为中国未来利用北极航道打下良好的基础，引导商界和企业界在北极油气资源和矿产资源丰富的地区进行理

[97]杨剑.中国的北极政策解读[J].太平洋学报，2018(3):1-11.

[98]苗翠翠.人类命运共同体:中国方案引领人类文明新形态[J].重庆社会科学,2019(04):61-68.

性的商业投资，参与北极地区的能源共同开发。其二，在北极地区各利益攸关方之间,追求互利互惠，实现各参与方之间的互利共赢，在参与北极地区建设的过程中遵守当地环境、劳工标准，注重环境保护和资源开发过程中的可持续，坚决反对以破坏北极环境为代价的无序开发，建立北极可持续发展的长效机制，致力于北极的永续发展。其三，加强与北极原住民之间的语言、传统文化等领域的交流与沟通，尊重北极原住民的风俗习惯和语言文化，与北极原住民建立良好的合作关系，互相借鉴和分享在特殊自然环境中可持续发展的经验和技术，共享北极经济开发的红利，巩固中国进入北极地区的民意基础。其四，积极开展民间国际交流活动，包括涉及北极问题的文化交流、学术交流和传媒界的交流等，例如,中国海洋大学举办的“中俄北极论坛”、中国极地中心举办的“中国北欧北极合作论坛”等。此外，中国还应积极参与国外举办的各种关于北极的研讨交流活动，例如,近年来中国学者积极参与的“北太平洋北极论坛”、“北极对话”、“北极圈论坛”等。

（二）深入研究现行的国际法依据

第一，我国作为《联合国海洋法公约》缔约国，享有《公约》所规定的航道权益、资源权益、环境权益和科学考察权益。《公约》因其规制世界各国在所有海洋空间方面国家关系，对于地球所有海洋区域具有法律约束力而被誉为“海洋大宪章"，其宗旨为国际海洋交通和和平利用海洋资源，在妥善顾及世界各国国家主权的情况下，为人类和平利用和开发海洋建立有效的法律秩序。根据《公约》的规定，北冰洋沿岸国拥有内水、领海、毗连区、专属经济区和大陆架等多种管辖海域，但在此之外，北冰洋中央还存在公海和国际海底区域。虽然中国在北极不享有领土主权，但根据《公约》赋予的权利，我国在北冰洋公海海域享有科研、航行、飞越、捕鱼、铺设海底电缆和管道等权利，在国际海底区域享有资源勘探和开发等权利。尤为重要的是，《公约》的航行权规则为中国开发利用北极航道提供了法律依据。航行权作为《公约》的根本权利，北极海域域外国家的船舶在北极国家的北极海域领海范围内享有无害通过权，在北极海域中用于国际航行的海峡范围内享有过境通行权，在北极群岛的水域范围内享有无害通过权，在北极国家的专属经济区和公海范围内享有航行自由权。当前，北极航道的法律地位尚存争议。如果北极航道被国际社会最终判定为国际海峡，按照该公约第 38 条第 2 项“所有船舶和飞机均享有过境通行的权利，过境通行不应受阻碍” 的规定，则不必经过相关沿岸国的同意和批准。如此，我国使用北极航道推进“冰上丝绸

之路”适用过境通行制度。假如北极航道被国际社会最终判定为俄罗斯和加拿大的内水，按照公约第 8 条规定，依据直线基线法产生的海洋划界，使原来并未认为是该国内水的区域被认定为内水，那么外国船舶在此应当享有无害通过权。而俄罗斯和加拿大正是按照《公约》中的直线基线法，将东北航道和西北航道划为本国内水[99]，由此按照《公约》该条款规定，外国船舶在通过这类水域时应当享有无害通过权，如此我国船舶则无需事先通知或取得俄罗斯和加拿大的许可，能够迅速地和连续不停地通过北极海域的东北航道和西北航道。

第二，我国作为《斯匹次卑尔根群岛条约》缔约国，在斯匹次卑尔根群岛领土及领水内享有自由进入群岛及其周边水域，开展科学和经济活动等众多权利。《斯约》是北极国家与非北极国家就解决北极斯匹次卑尔根群岛的主权问题达成的多边合作条约，中国于 1925 年加入该条约。斯匹次卑尔根群岛位于北极冰封区外，在巴伦支海与格陵兰海之间，是北极航道的中转站。斯匹次卑尔根群岛作为北极海域位置至关重要的群岛，可以作为往来通行船舶的中转港和物资补给港，为通航船舶提供停靠、补给、物资供应、设备维护等服务。《斯约》第 3 条规定“缔约国国民，不论出于什么原因或目的，均应享有平等自由进出第 1 条所指地域的水域、峡湾和港口的权利。”据此，中国作为缔约国，享有在斯匹次卑尔根群岛的自由通行权和停靠权。该条约赋予我国在斯匹次卑尔根群岛的各项权利具有重要意义，其中停靠权和自由通行权是我国实现潜在的北极航道权益的重要补充。在当前北极航道的补给港和转运港不足的情况下，以《斯约》为基础拓展我国北极权益，积极参与斯匹次卑尔根群岛的港口建设、航道利用和能源开发，是我国较为可行的战略选择。《斯约》赋予我国在斯岛港口的停靠权，使我国有权将斯匹次卑尔根群岛作为北极航道上重要的物资补给港，成为我国介入北极事务的突破口，对我国推动“冰上丝绸之路”和利用开发北极航道具有重要意义。

（三）充分运用现行国际法赋予的权利

中国作为北极利益的攸关方，在参与北极事务的过程中，不仅要有坚实的国际法法理依据作为支撑，还应考察北极地区存在的相关治理机制，评估开发利用北极地区的战略环境，充分运用现行国际法赋予的众多合法权利，进而寻找中国参与北极事务的可行路径。从国际法的角度看，中国依据《联合国海洋法公约》在北极地区享有诸多合法权利。现行的《公约》将整个海洋分为内水、领海、群岛水域、专属经济区、大陆架、公海等具有不同法律地位的海域，同时规定了沿海国和内陆国的权利义务，以及海洋争端解决的原则等一系列有关海洋利用的法

[99] 方正.联合国海洋法公约适用于北极地区的基本法律问题研究[D].武汉：武汉大学法学院，2017.

律制度，是人类历史迄今最完整、最全面也最有实践性的海洋法典[100]，是我国在推进“冰上丝绸之路”建设、利用北极航道和参与北极事务的最根本国际法基础。美国、加拿大、俄罗斯、丹麦和挪威等北冰洋沿岸五国在2008年发布的《伊卢利萨特宣言》，认为没有必要发展新的北极治理国际机制，宣告将在已有《公约》框架下和平解决纠纷。我国作为《公约》的缔约国，享有在北极海域航行、科研和从事资源勘探开发活动的权利。随着《中国的北极政策》白皮书的推出，我国在应对北极事务方面的原则更加明确，即在尊重北极国家主权、主权权利和管辖权的基础上，维护以现有国际法为框架的北极治理体系[101]。鉴于我国在建设“冰上丝绸之路”的过程中，目前主要使用在俄罗斯实际控制下的东北航道，我国对东北航道的利用主要集中在航行权利，而以《公约》为基础的北极治理体系运作良好，那么通过维护现有的《公约》规制，充分行使《公约》规定的航行权利，是我国建设“冰上丝绸之路”的权利基础。

随着北极航道通航条件的日益好转，国际社会对于北极航道的法律地位争议将更加激烈，在可预见的未来，俄罗斯和加拿大一方与美国和欧盟另一方，在北极航道的相关法律争议还将持续下去。我国作为世界第三大航运国，支持美国和欧盟将北极航道划定为国际航行海峡，更有利于我国对北极航道的利用，但顾及俄罗斯和加拿大对北极航道由来已久的实际管辖，未来两大航道受到俄、加两国直接管辖的可能性极大[102]。对于北极航道法律地位的争端，《中国的北极政策》白皮书主张“根据《联合国海洋法公约》等国际条约和一般国际法管理北极航道，依据国际法妥善解决北极航道有关争议”。俄罗斯和加拿大主张东北航道和西北航道分属其领土主张而产生航行管控，由此产生的争端我方可持异议，并依据《公约》赋予我国的航行自由来主张我国利用北极航道的权利，但这一争议可以搁置，留待以后通过双边或多边协议协商解决。在当前北极航道争议无法于短时间内解决的背景下，俄罗斯提出与其他国家共同开发北方海航道，这使得“搁置争议、共同开发”成为我国利用北极航道，与各方共建“冰上丝绸之路”的最佳选择[103]。

（四）不断深化与以俄罗斯为首的北极国家合作

在我国建设“冰上丝绸之路”的过程中，目前成果最丰硕也最具代表性的是

---

[100] Henri Feron. A New Ocean: The Legal Challenges of the Arctic Thaw[J]. ECOLOGY LAW QUARTERLY,2018(45):83-128.

[101]China: We are a ‘Near-Arctic State’ and we want a ‘Polar Silk Road’[EB/OL]. https://www.cnbc.com/2018/02/14/china-we-are-a-near-arctic-state-and-we-want-a-polar-silk-road.html, 2019-3-10.

[102]吴军.中国北极海域权益分析-以国际海洋法为基点的考量[J].武汉大学学报（社会科学版），2014(3):51-55.

[103]王泽林.“冰上丝绸之路”航行自由法律问题研究[J].南京大学法律评论,2019(01):359-380.

与俄罗斯在北极地区的合作[104]。俄罗斯是环北极大国，也是中国共建“冰上丝绸之路”的重要战略伙伴，中俄两国经过多年的共同努力，确立了全面战略协作伙伴关系，将中俄关系塑造成新型大国关系的典范[105]。俄罗斯在北极地区具有强大的冰区通航能力和管控能力，在保障北极地区安全的基础上，正在努力推动北方海航道的开发利用，积极修改国内法律法规以提升北方海航道的竞争力，借助北极地区的航道优势和能源优势推动其国家复兴。中国以 “北极重要的利益攸关方”的定位，持续加强对北极事务的参与的背景下，中俄两国正积极推动“一带一路”和欧亚经济联盟进行对接合作，对此中国可以发挥自身在资金、市场等方面的优势，继续在以下三个重点方面与以俄罗斯为首的北极国家共同推进“冰上丝绸之路”，实现优势互补。

一是积极参与东北航道的开发和利用。东北航道作为连接西欧至东亚之间距离最短的海上航道，西起冰岛，经俄罗斯北方沿海，穿过白令海峡，比通过苏伊士运河从远东至西欧的传统航程缩短 25%-55%航程。根据测算，一旦大规模通行东北航道，每年可节省 533 亿到 1274 亿美元的海运成本[106]。2013 年 9 月，中远海运集团所属永盛轮顺利靠泊荷兰鹿特丹港，成为第一艘成功经北极东北航道到达欧洲的中国商船。永盛轮的整个航程为 7921 海里，航行为 27 天，比经过传统的马六甲海峡、苏伊士运河的国际航线减少 2800 多海里的航程，同时航行时间缩短了 9 天。截止 2017 年，中远海运特运公司共派出 10 艘船舶，累计完成了 14 个北极航次物流运输任务。由此可见，北极航道的开发利用前景广阔，特别是东北航道有望开发成为一条新的连接欧亚、沟通太平洋和大西洋的重要海上运输通道，一旦北极航道全面开通，将对我国的对外运输和贸易发展提供诸多机遇。

二是推进北极地区能源领域的国际共同开发。北极地区大陆架十分宽阔，自然资源极为丰富，分布着储量丰富的能源和矿产、生物、水力、森林等资源。根据美国地质调查局的报告推测，整个北极地区蕴藏着至少 900 亿桶石油、16.69 亿立方英尺天然气和 440 亿桶液化天然气，相当于世界 13%的未勘探石油、30%

[104]Zhao Long. China-Russia Sustainable Development Cooperation in the Arctic: Challenges and Approaches[J]. China International Studies,2018(73):115-132.

[105]李永成.“一带一路”倡议下的中国发展领导力[J].重庆社会科学,2018(02):38-45.

[106]北极航线离常态化运营有多远？[EB/OL]. http://www.ship.sh/news_detail.php?nid=30868, 2019-3-10.

的未勘探天然气和 20%的未勘探液化天然气[107]。北极地区不仅蕴藏着丰富的油气资源，依托北极能源开发的北极航道还有可能成为中国新的能源供应通道，能够有效提高中国进口能源供应的多元化，更有利于保障中国能源安全和经济安全。目前中国能源企业中石油集团已经与俄罗斯最大的独立天然气生产商诺瓦泰克公司，在北极地区展开油气开发合作，其联手共同开发亚马尔液化气项目是现在世界规模最大的北极地区液化天然气项目。2017 年 12 月，亚马尔液化天然气项目第一期正式投产，三期完全建成后每年可生产液化天然气 1650 万吨与凝析油 120 万吨，届时会有大量产自北极地区的液化天然气装船，通过北极航道从俄罗斯亚马尔半岛向中国输送[108]，为中国提供长期稳定的液化天然气供应。亚马尔项目的成功是中俄能源领域合作的典范，表明中俄合作共同开发北极油气资源的新时代正在到来。

三是积极开展北极地区的国际科考合作与交流。北极地区在地理上属于极寒地带，生态系统极为脆弱，海冰变化对全球大气系统和海洋系

统有持续显著的影响。北极地区的气候变化也对中国大陆产生直接影响，因此加大对北极地区气候环境和生态系统的科学研究投入顺理成章。2016 年与 2018 年中俄进行了两次联合科学考察，完成了对东北航道拉普捷夫海、东西伯利亚海和楚科奇海的断面调查，填补了我国海洋地质、水文气象等相关研究的多项空白。北极地区既是科学考察的理想场所，也是技术突破的试验场，掌握必要的科学技术并进行持续的科技创新和积累，是进行中国对北极进行综合利用和应对气候变化的能力保障。加强北极地区的科考研究，有利于为中国在北极地区的航运、渔业、资源开发提供技术支撑。同时，鉴于北极独特的地缘政治环境和国际治理平台，积极推动北极科学考察、提升北极科技创新和积累，也是中国参与北极事务的有效途径。

（五）积极参与北极法律规则的制定，提升中国的北极话语权

作为北极地区的“利益攸关方”，中国应当积极参与联合国框架下的海洋立法合作与磋商机制，参与北极地区的制度建设和机制创设，提升中国在北极事务中的国际话语权，这对于中国推进“冰上丝绸之路”具有重大的意义。

鉴于北极地区现有的国际法律规范不健全，我国应当充分利用现有的北极治理国际平台，积极参与北极法律规则的制定，实质性地为北极地区的善治贡献中

[107]贾凌霄.北极地区油气资源勘探开发现状[N].中国矿业报，2017-7-14（4）.

[108]Polar Silk Road [EB/OL]. http://www.geopolitika.hu/en/2018/08/22/polar-silk-road, 2019-3-8.

国力量，为推进“冰上丝绸之路”提出中国方案。第一，中国可以利用《公约》的缔约国会议，充分利用联合国框架下的多种海洋立法磋商机制，拓宽自身参与北极航道治理的途径，维护公海海洋航行自由以及开发利用海洋及其资源的权益，为我国未来在北极的“冰上丝绸之路”建设争取有利的空间。第二，北极理事会作为北极地区的高层次政府间论坛，是目前北极治理领域最具权威性的国际组织和主要平台，中国于2013年成为北极理事会的正式观察员国，这种身份赋予了中国参与北极事务的特殊身份和沟通渠道，为中国参与北极治理提供了一定的参与空间，中国可以利用这一身份参与北极理事会六大工作组的活动与会议，对北极沿海国的相关决策施加间接影响。第三，中国可以积极参与北极科学委员会、北极圈论坛以及北极前沿论坛等北极研究的国际平台，开展各种国际合作项目，以加强中国在北极地区的实际存在，创造性地发挥中国参与北极治理的能力[109]，更多地分担保护北极的责任和义务，以提升中国在北极事务中的话语权，为中国建设“冰上丝绸之路”创造有利条件。

当前，我国参加的的涉北极多边条约包括《联合国海洋法公约》、《生物多样性公约》、《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》、《斯瓦尔巴德条约》、《联合国气候变化框架公约》等。现有的国际法律规范并不能完全解决当前北极地区的国际法律问题，关于北极航道法律地位涉及主权权利、资源开发、环境保护等复杂问题，需要建立一个解决北极航道法律地位的法律机制来约束、规定、协调各个国家在北极地区的权益和行动，推动北极地区安全通航、环境保护和资源开发，合理利用北极。北极航道通行权的问题未来可以参考《斯约》的模式加以解决，通过协调北冰洋沿岸各国和潜在的北极航道利用国，建立一个关于北极航道合理通行权的多边特别条约，承认俄罗斯对东北航道、加拿大对西北航道拥有主权权利，同时认定北极航道国际海峡的法律地位，世界各国拥有无害通过权和过境通行权，各缔约国在条约的约束下，形成普遍认可的通道航行规则，在主权国的管辖下相对自由地使用北极航道[110]。对此，我国应当坚持主张在《公约》框架下寻求问题解决，按照《公约》精神对 “冰封条款”进行合理扩展，在尊重北极国家依法对其国家管辖范围海域内行使立法权、执法权和司法权的基础上，要求北极国家保障各国依《公约》所享有的航行自由及利用北极航道的权利，推动北极航道合理通行权特别条约的缔结，在维护各国共同利益的基础上促进国际社会的合作，共享“冰上丝绸之路”的建设成果。

五、结论

“冰上丝绸之路”是“一带一路”的重要组成部分，也是“一带一路”的创

[109]孙凯.对北极治理几个关键问题的理性思考[J].中国海洋大学学报，2016(3):1-5.

[110]李振福.北极航线问题的国际协调机制研究[M].北京：清华大学出版社，2015：55.

新和突破。气候变暖导致北极地区资源的可开采性和北极航道的可通航性提升，北极航道和北极能源的价值日渐凸显。中国想要参与北极事务，与各国共建“冰上丝绸之路”，在此过程中存在北极国家所带来的一些法律挑战。法律的功能在于定分止争，国际法在形式上是国际社会植根于各个主权国家国家利益基础之上的共同利益的一种反映，国际秩序的建构带来了国际法的演进和发展。《联合国宪章》、《联合国海洋法公约》、《斯约》等一系列国际条约和一般国际法适用于北极地区，赋予沿海国在相应海域主权和管辖权的同时，也赋予其他国家在北冰洋海域的多种航行权利。因此，中国想要实质性地参与北极事务，推动“冰上丝绸之路”倡议，需要遵守基于国际法的北极法律秩序，充分利用国际法律赋予的权利和现有的国际与区域合作机制，加

强与北极国家的国际合作，提升中国参与北极事务的话语权，以实现在北极地区的长远和稳定发展。

“Polar Silk Road”: Legal Challenges and China Path

XU Wentao

(Law School，Wuhan University，Wuhan，Hubei，430072)

Abstract：The melting of arctic sea ice and the shortening of ice age caused by global warming have enhanced the strategic status of arctic shipping routes. In January 2018, the Chinese government issued a white paper about China's arctic policy, which stated that China is willing to build the “Polar Silk Road” with other parties. The construction of the “Polar Silk Road” faces severe challenges from international law: the international legal

system of arctic waters is not sound, the jurisdiction of arctic shipping routes is disputed, and domestic laws of Russia and Canada hinder it. To this, construction of “Polar Silk Road” should establish “respect, cooperation, win-win, sustainable” principle, study the current international law basis further,

make full use of the existing international law rights, deepen the cooperation with the arctic countries, especially with Russia, participate in formulation process of the arctic legal rules, improved China soft power in arctic.

Key words：International Law；Ice Silk Road ; Arctic Shipping Routes；Legal Challenges; International Cooperation

论自由贸易试验区管理体制的立法冲突与解决进路

许皓 李晓郭*

（华东政法大学国际法学院，上海 200042、

黄冈师范学院政法学院，湖北黄冈 438000；

华东政法大学中国法治战略研究中心，上海 200042）

摘要：现在距离第一个自由贸易试验区成立已有 6 年，而且国内出现了 18 个自由贸易试验区。不单是上海，从整体建设来看，自由贸易试验区不仅行政管理创新较少，而且实践中引发管理体制的法律定位以及内外管理关系上的冲突。从表面来看，上述问题的来源是缺乏中央立法，然而，不同于开发区管委会等行政组织，自由贸易试验区管委会不仅具有临时性特征，而且具有创新性任务。应当根据自由贸易试验区创新功能的法律定位，从中央立法和地方立法两方面完善其管理体制，并在区内乃至更大范围推广法定机构作为管委会的存在形式。

关键词：自由贸易试验区；管理体制；职权法定；法律定位；法定机构

一、深化行政管理体制改革是试验区的主要任务

日前，国务院公布了第四批（6 个）自由贸易试验区信息，分别设立在广西、河北、江苏、山东、云南和黑龙江。至此，以上海为起点，国内现在已经有了 18 个自由贸易试验区。2018 年 10 月 16 日，国务院批复印发《中国（海南）自由贸易试验区总体方案》，这是国内第十二个自由贸易试验区总体方案，也是官方首次明确以中国特色自由贸易港为目标推进自由贸易试验区建设。这是“党中央着眼于中国改革开放和社会主义现代化建设全局做出的重大战略决策”以及“更进一步凸显我国改革开放四十年的重大意义”。不同于国际上的自由贸易（园）区（Free Trade zone），[1]亦不同于以往经济特区的“政策优惠”导向，制度创新

---

*作者简介：许皓（1983.6—），男，湖北省武汉市人，法学博士，华东政法大学国际法学博士后研究人员；黄冈师范学院政法学院讲师；“明珠学者”。研究方向为：国际投资法、国际竞争法。

李晓郭（1985.2—），男，安徽天长人，法学博士，华东政法大学副研究员。研究方向：自由贸易区、公共卫生。

2020 年度国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”（项目编号 20&ZD205）的阶段性成果。

本文属于 2017 年四川省高校人文社会科学重点研究基地基层司法能力研究中心重点项目“自贸区内管理型法定机构制度研究”（项目编号 JSCF2017-06）的阶段性成果。

[1] 所谓“自由贸易区”，是指两个以上的主权国家或单独关税区通过签署协定，在世贸组织最惠国待遇

既是自由贸易试验区/自由贸易港建设的核心动力，也是主要任务。

从各地总体方案的内容排序上看，除了海南，[2]“加快政府职能转变/深化行政管理体制改革”这项任务一直排在自由贸易试验区“主要任务和措施”的首位，放在“深化投资领域改革”、“推动贸易转型升级”、“深化金融领域开放创新”等经济建设任务的前面。也就是说，自由贸易试验区建设不仅要在构建与国际投资贸易规则相适应的高水平开放体制上取得重大突破，而且要为国家治理能力和治理体系现代化提供相对完整的政府管理样本。[1]66

党的十七大报告首次提出“实施自由贸易区战略”。2013 年，国家在上海浦东新区设立国内首个自由贸易试验区。目前，除了海南自由贸易试验区未明确具体行政管理体制（构架）之外，其他十个自由贸易试验区都以上海为模型构建了自己的管理模式：通常由省/直辖市一把手（省委书记）或者二把手（省长）担任领导小组组长，领导小组下设“管理委员会”，或简称“管委会”，作为辖区的具体行政管理机构。各地自由贸易试验区的主要区别：一是直接在片区设立自由贸易试验区管委会，还是在片区管委会上再设立一个自由贸易试验区管委会，二是管委会的具体模式。十一个自由贸易试验区多数采用相对独立的管委会模式；上海和天津两地自由贸易试验区采用管委会与当地政府合署办公的模式；[3]浙江自由贸易试验区管委会与舟山市政府、浙江舟山群岛新区管委会实行“三块牌子、一套班子”，不单独设立机构。

现在距离首个自由贸易试验区（上海）成立已经有 6 年的时间，这期间各地自由贸易试验区陆续有经验复制、推广到全国，国务院也先后发布五批自由贸易试验区可复制改革试点经验的信息，然而，行政管理方面的创新很少。调研中发现，自由贸易试验区管理体制在自身法律属性以及“管理者”与“被管理者”的关系上存在诸多问题。作为管理体制的核心，各地自由贸易试验区管委会习惯与

基础上，相互进一步开放市场，分阶段取消绝大部分货物的关税和非关税壁垒，改善服务和投资的市场准入条件，从而形成的实现贸易和投资自由化的特定区域。具体可见《商务部 海关总署关于规范‘自由贸易区’表述的函》（商国际函[2008]15 号）。

[2] “加快政府职能转变/深化行政管理体制改革”其实也是中央对海南的要求之一，只是没有排在首位。具体可见《中国（海南）自由贸易试验区总体方案》（国发[2018]34 号）。

[3] 合署办公机构指工作性质相近或联系紧密，在同一处所合并办公的两个机构。一般指党委机构和政府机构合署办公，如中央纪委与监察部。合署办公机构的基本特征：一是实质是两个机构，分别刻制印章，可以以共同或各自的名义对外开展工作。二是在党政机构序列中保留各自的名称，机构实体、人员编制及党政领导关系一般列入党委机构，不计入政府机构限额。三是可分别核定领导职数、配备领导班子。四是内设一套办公厅（室）、机关党务、干部人事、行政后勤机构。

当地政府联合发文，极少单独发文/盖章。社会特别是企业对自由贸易试验区的感知度较低。在管理关系上，自由贸易试验区的“管理者”——（工作）领导小组和当地政府之间关系、分工不明确。而且，片区管委会之间关系不明确，特别是海关特殊监管区域与非特殊监管区域之间的关系不明确。[4]逻辑上讲，派驻机构属于管委会的组成部分，实践中派驻机构与当地政府/原单位、管委会之间的关系不明确。对沪津两地而言，合署办公一般是指两个具有不同编制、职责的党政机构在一起办公。然而，自由贸易试验区管委会与浦东新区政府、天津滨海新区政府都不是党委机关，并且部分行政管理职权重合。总体而言，无论是省级层面，还是市级层面，都希望完善自由贸易试验区合作协调机制，特别是积极发挥工作领导小组“统筹指导改革试点任务”的作用。

在自由贸易试验区成立之前，已经有一些地方性法规和地方政府规章将当地开发区、实验区/试验区的管理机构定性为派出机构。也就是说，将管理机构视为特殊的行政主体，授予单一或者综合性行政管理职能。国内学术界对上述做法存在较大争议。[2] 类似的，虽然管委会在自由贸易试验区实际运行过程中综合协调各项事务，行使着广泛而重要的行政权力，但是管委会在我国行政序列中缺乏明确的法律地位，作为独立的一个/一级行政机构存疑。

纵观全局，自由贸易试验区管委会的法律定位不够准确、法律依据不足，其合法性危机不仅引发理论界的诸多争议，而且在现实中也面临一系列法律问题。本文认为，在自由贸易试验区建设亟待解决的诸多法律问题中，以管理主体的法律属性、权责问题最为紧迫。相应地，自由贸易试验区管理体制的核心——管委会的法律定位应当作为此类研究的逻辑起点。

二、自由贸易试验区管理体制的问题表象及根源

（一）自由贸易试验区管委会违反职权法定原则的种种表象

自由贸易试验区管理体制的法律冲突主要体现在管委会违反职权法定原则，这也带来了自身法律属性以及管理关系上的实践问题。在行政法的意义上，职权法定原则通常是指任何行政权的来源与行使都必须具有明确的法律依据，否则越权无效。具体来说，首先，行政权的取得和存在必须有法律依据，即行政主体的

[4] 比如，上海自由贸易试验区扩区之后，新设立的四块片区属于非特殊监管区域——陆家嘴管理局等以浦东新区政府派出机构的身份进行运作。在内部管理结构上，上下级关系的上海自由贸易试验区管委会与保税区管理局（五个片区之一）两者都拥有相同的行政管理者地位/身份——上海市政府派出机构。除了海关特殊监管区域和非特殊监管区域之间的关系问题，作为非特殊监管区域的四个片区管理局之间如何合作沟通，也是一大问题。

行政职权必须由法律直接设定或依法授予。其次，行政主体必须在法律规定的实体及程序范围内行使其职权，而不能滥用或超越职权。[3]

目前，省级/直辖市人民代表大会常务委员会通过的地方性法规（自由贸易试验区条例）是管委会作为自由贸易试验区综合性、行政性机构以及具有“派出机构”身份的主要依据，也是级别最高的法律依据。目前已经有 7 个省/直辖市出台自由贸易试验区条例：最先出台的《中国（上海）自由贸易试验区条例》将管理委员会定位为“市人民政府派出机构”（第 8 条），2016 年 4 月出台的《中国（福建）自由贸易试验区条例》要求“省人民政府在自贸试验区各片区设立派出机构”，并简称“片区管理机构”（第 10 条），较晚出台的《中国（浙江）自由贸易试验区条例》将管委会定位为“省人民政府的派出机构”（第 7 条）。而天津、广东、辽宁和湖北等条例尚未明确自由贸易试验区管委会的法律属性，只是“依法授权管理机构/管委会行使有关的省级、市级权限”。

由于种种原因，还有一些地方没有出台自由贸易试验区条例，省级政府通过的自由贸易试验区管理办法就成为当地自由贸易试验区管委会法律属性的主要依据。从《立法法》的规定来看，这些管理办法属于地方政府规章（省级政府规章），效力低于地方性法规（第 89 条）。

各地自由贸易试验区条例或者管理办法对于管委会的“定位”或者“模糊定位”面临两个层面的法律问题：一是法律概念统一性和确定性不足，在规范意义上无论是将自由贸易试验区管委会认定为“派出机构”，还是认定为“派出机关”，势必会突破现行法律法规的约束。[4]45 二是无论是作出行政行为还是制定规范性文件，管委会都不享有独立的主体资格。

“派出机构”或者“派出机关”之所以具备实施特定具体行政行为的资格，主要是基于两种可能：一是该组织得到较高位阶规范性文件的授权；二是该组织受到特定行政机关的委托。先讨论自由贸易试验区管委会经授权实施具体行政行为这种情况。根据《行政许可法》、《行政处罚法》以及《行政强制法》的相关规定，派出机构或者“依法授权”的管委会必须得到法律、法规的授权才能实施行政许可和行政处罚，必须得到法律、行政法规的授权才能实施强制措施和进行强制执行。相对于“派出机关”，依照自由贸易试验区条例（地方性法规）设立的管委会（派出机构或者“依法授权”的管委会），无权单独实施行政强制措施和进行强制执行；依照自由贸易试验区管理办法（地方政府规章）设立的管委会（派

出机构或者“依法授权”的管委会），无权单独实施行政许可、行政处罚、行政强制措施和进行强制执行。

再讨论自由贸易试验区管委会受委托实施具体行政行为这种情况。就实施行政许可、行政处罚和行政强制这三种行政行为而言，“派出机关”可以因特定行政机关的授权和委托实施行政许可。然而，派出机构却无法接受委托实施任何一种行政行为。

综上所述，无论是经授权实施还是受委托实施行政许可、行政处罚和行政强制这三类具体行政行为，“派出机关”在权力空间上都要明显大于“派出机构”。由此观之，如果将自由贸易试验区管委会认定为政府的“派出机构”，其权力空间无疑应当受到更为严格的限制。

此外，在行政复议领域，管委会的地位同样“尴尬”。《行政复议法》第 15 条明确：“对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服的，向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议。”自由贸易试验区管委会的设立依据主要来自地方人民代表大会（地方性法规）或者地方人民政府（地方政府规章），定性为派出机构或者“依法授权”的管委会能否适用上述法律条款，存在疑问。

在行政诉讼领域，依据 2000 年 3 月颁布实施的《最高人民法院关于执行中华人民共和国行政诉讼法若干问题解释》第 20 条第 1 款：“行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以组建该机构的行政机关为被告。”同条第 2 款亦明确：“行政机关的内设机构或者派出机构在没有法律、法规或者规章授权的情况下，以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告。法律地位的模糊不但会引起自由贸易试验区管委会职责权限上的混乱，在承载和传递行政任务时出现不通畅的局面，而且这也导致其行政诉讼主体资格认定的模糊。这是因为，行政诉讼被告确认的规则是“谁主体，谁被告”。按照现行法律制度，要判断某一组织能否成为行政诉讼的被告，首先需要确定该组织是否具备行政主体资格。以上海为例：一旦上海自由贸易试验区管委会被诉，被诉方就变成上海市政府。

在实施抽象行政行为方面，与其他行政机关相同，“派出机关”一般均有权制定行政规范性文件，或者作出行政规范行为。这一准立法性的权力来自于《宪法》和法律的概括授权。在立法没有特别限制和禁止的情况下，它可以在职权范围之内制定相关的行政规范性文件。相比之下，派出机构或者“依法授权”的管委会只能在法律、法规专门授权的情况下制定行政规范性文件。我国主流的行政

法学教科书有如下表述：“组织法上对行政规范性文件的制定主体，要求并不是很严格。也就是说，行政主体在组织法上都有行政规范性文件的制定权”、“非行政主体的行政组织，当然不具有组织法上的行政规范性文件的制定权。”笔者赞同这一观点。甚至有学者认为《行政诉讼法》第 53 条规定的“规范性文件制定主体”主要包括“国务院组成部门以及其他中央国家行政机关、地方人民政府、县级以上人民政府所属工作部门、省以下实行垂直管理的部门、县级以上人民政府依法设立的派出机关以及法律、法规、规章授权的组织，但临时性机构、议事协调机构、各级人民政府及其部门的内设机构以及各级人民政府及其部门的派出机构由于不具有行政主体资格，无权制定规范性文件。”[5]88-94 实际上，一些专门规范行政规范性文件的地方政府规章就明确禁止“派出机构”制定行政规范性文件。比如，根据《兰州市行政规范性文件制定和备案规定》第 7 第 3 项，“行政机关的派出机构”“不得制定规范性文件”。又如，根据《西宁市行政规范性文件制定和备案办法》第 9 条第 3 项，“行政机关的派出机构”“不得制定规范性文件”。再如，根据《天津市行政规范性文件管理规定》第 12 条第 4 项，“各级人民政府及其工作部门的派出机构”“不得制定行政规范性文件”。一旦自由贸易试验区管委会依据自身总体方案要求的目标或者任务制定了行政规范性文件，必然带来规范性文件的合法性问题。

值得一提的是，已经于 2018 年 5 月 1 日施行的《国务院关于修改〈规章制定程序条例〉的决定》思路与本文观点相近，该决定中没有出现关于“派出机构如何制定规章”的内容，反而在第 5 条明确：“制定规章，应当体现行政机关的职权与责任相统一的原则，在赋予有关行政机关必要的职权的同时，应当规定其行使职权的条件、程序和应承担的责任。”

最后，上海自由贸易试验区曾经于 2015 年扩区，2018 年再次扩区，未来上海乃至其他地方的自由贸易试验区/自由贸易港进行扩区存在很大可能性。从实践来看，国家级开发区、度假区等经国务院批准设立后，可以享受一定的区域优惠政策，因此，其设立或者扩大区域面积要经过严格的审批程序。随着经济社会的发展，有些开发区和度假区的面积不断扩大，这就出现该特定区域内的管理体制、优惠政策能否适用新区域问题。对于扩大了的区域，管委会管理和执法的依据出现了合法性危机，在行政诉讼中经常受到司法机关的质疑。比如，浙江省高级人民法院就之江国家旅游度假区管委会的执法行为曾经向杭州市政府发过司

法建议书。

（二）自由贸易试验区及其管委会缺乏高层次立法依据

总体来看，自由贸易试验区管委会模式的优点在于依据政策发挥在行政事务上的主动性，集中力量、迅速推进区内的各项建设工作，进行“先行先试”。然而，缺乏中央立法的现状下，管委会自身法律属性存疑，与国内现有行政管理秩序衔接不畅，加上地方政府在自由贸易试验区内设立了大量派驻机构，比如公安分局、市场监管局等，海关、税务等国务院直属部门也在各地自由贸易试验区设立了派驻机构，由于缺少规范性文件的指引，也引发了管理上的混乱。

首先，“自由贸易试验区”和“管理委员会”等字样在宪法文本中缺席。《宪法》第 30 条、第 31 条明确的行政区划序列不包括自由贸易试验区。[5]同时，《宪法》第 95 条规定：“省、直辖市、县、市、市辖区、乡、民族乡、镇设立人民代表大会和人民政府。地方各级人民代表大会和地方各级人民政府的组织由法律规定。自治区、自治州、自治县设立自治机关。”因此，从宪法角度，无论是自由贸易试验区，还是开发区，都没有被列入我国的行政区划之中，也不属于宪法规定的任何一种地方性政权。

其次，“自由贸易试验区”和“管理委员会”等字样在法律文本中缺席。《立法法》第 8 条明确“各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权”这些事项只能制定法律。《地方组织法》在第 1 章（总则）第 1 条规定：“省、自治区、直辖市、自治州、县、自治县、市、市辖区、乡、民族乡、镇设立人民代表大会和人民政府。”[6]3-15 自由贸易试验区或者开发区在其中都没有出现。《地方组织法》第 4 章有关地方各级人民政府的各项规定也不涉及自由贸易试验区管委会或者开发区管委会，只是允许“地方各级人民政府根据工作需要和精干的原则，设立必要的工作部门”（第 64 条）以及“地方人民政府在必要的时候，经批准，可以设立若干派出机关”（第 68 条）。今年刚刚通过的《外商投资法》第 13 条：“国家根据需要，设立特殊经济区域，或者在部分地

[5] 《宪法》第 30 条将中华人民共和国的行政区域划分如下：“一是全国分为省、自治区、直辖市，二是省、自治区分为自治州、县、自治县、市，三是县、自治县分为乡、民族乡、镇。其中，直辖市和较大的市分为区、县，自治州分为县、自治县、市，自治区、自治州、自治县都是民族自治地方。”《宪法》第 31 条明确“国家在必要时得设立特别行政区”。

区实行外商投资试验性政策措施，促进外商投资，扩大对外开放。”条款中的特殊经济区域是否包含“自由贸易试验区”，需要立法机关予以明确。《科学技术进步法》第 24 条规定：“国务院可以根据需要批准建立国家高新技术产业开发区，并对国家高新技术产业开发区的建设、发展给予引导和扶持，使其形成特色和优势，发挥集聚效应。”然而，整部法律没有对开发区的法律性质予以界定，更没有对开发区管理机构或者体制进行任何规定和安排。这就无法给予自由贸易试验区管委会的立法建设有益参考。从法律上看，自由贸易试验区管委会或者开发区管委会既不属于《地方组织法》规定的三种派出机关类型之一，又没有遵从法律规定的设立程序。因此，其既不是地方各级政府本身，也不是地方各级政府的派出机关，更不是法定的或者授权的行政主体，没有组织法意义上的法律地位。

再次，“自由贸易试验区管理委员会”等在行政法规中缺位。作为行政法规制定主体的国务院也有一定权限、通过专门立法来有效规范自由贸易试验区管委会，但至今尚付厥如：国务院只是通过行政规范性文件加以规范开发区和开发区管委会，然而，这类行政规范性文件均未提到开发区和开发区管委会究竟具有何种法律地位，自由贸易试验区无法获得参考经验。[7]109 自由贸易试验区是在中央授权下建立，包括出台《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》、《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国（广东）自由贸易试验区、中国（天津）自由贸易试验区、中国（福建）自由贸易试验区以及中国（上海）自由贸易试验区扩展区域暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》等重要文件，然而，一方面，尽管作为自由贸易试验区纲领性文件的总体方案是由国务院印发，其决定程序并未“依照中华人民共和国国务院组织法的有关规定办理”（《立法法》第 69 条），且起草单位不详，是否属于“国务院有关部门或者国务院法制机构”（《立法法》第 67 条）不得而知。18 个自由贸易试验区总体方案也非经由总理签署国务院令公布（《立法法》第 70 条），采用的是“国发〔20XX〕X 号”的形式，不是严格意义上的行政法规。事实上，“管理委员会”或者“管理机构”的字样就没有出现在任何一份自由贸易试验区总体方案之中，即便总体方案对自由贸易试验区管委会的性质、职能作出了规范，由于总体方案法规层级存疑，对自由贸易试验区管委会定性的效力自然大打折扣。另一方面，纵观国务院出台的、涉及自由贸易试验区的规范性文件，虽然种类繁多，但是同样也没有对自由贸易试验区管理委员会的性质、职能作出规范，更多的是类似于《国务院关于在自由贸易试验区暂时调整有关行政法规、国务院文件和经国务院批准的部门规章规定的决

定》、《国务院关于做好自由贸易试验区新一批改革试点经验复制推广工作的通知》、《企业投资项目核准和备案管理条例》，针对某一类或者某几类行政管理事项出台行政法规或者行政规范性文件。因此，自由贸易试验区管委会不仅在行政法规中缺位，而且在国务院行政规范性文件中缺位。

最后，“自由贸易试验区管理委员会”等在部门规章中缺位。自由贸易试验区建设大致可以分为四个阶段，首先是 2013 年上海自由贸易试验区率先成立，接下来是第 2 批共 3 个自由贸易试验区成立，之后的 2017 年又有 7 个自由贸易试验区成立，今年成立的海南自由贸易试验区/自由贸易港也可以算是新阶段的自由贸易试验区建设内容。但是，由于采用“中央支持、地方先行先试”的做法，整理国务院部委出台有关自由贸易试验区的规范性文件，可以发现这些文件主要是结合国务院部委自身职能，针对某一类或者某几类行政管理事项出台规范性文件，比如没有对自由贸易试验区管委会的性质、职能作出规范。

相比较而言，一些部门规章对开发区管委会作出了宏观规范或者原则性规定，比如，《国家高新技术产业开发区管理暂行办法》（第 8 条）、《国家经济技术开发区管理机构职责》（第 32 条）。[6]然而，这些规范性文件在诸多重大问题上未能涉及，比如，管委会如何与既有的行政机关进行职能分工和衔接？这导致地方人大或者政府在参考此类部门规章进行立法后，理论和实践中都出现诸多问题。

（三）学术界现有的解决路径不符合自由贸易试验区的功能定位

在部分地区将自由贸易试验区管委会定位为“派出机构”的现状下，也有部分学者建议将自由贸易试验区管委会定位为“派出机关”。[8]50-52 由于行政法上的“派出机构”与“派出机关”同属地方性行政组织范畴，是两个并存且对应的法律概念。基于这一逻辑，自由贸易试验区管委会不可能同时被认定为“派出机构”和“派出机关”，二者只能居其一。国内行政法学者习惯于借助行政主体

[6] 《国家高新技术产业开发区管理暂行办法》第 8 条：“国家高新技术产业开发区应当根据各地具体情况，按照精简、统一、高效的原则建立适合于社会主义市场经济和高新技术产业发展的管理体制和运行机制。开发区管理委员会作为开发区日常管理机构，可以行使省、自治区、直辖市、计划单列市人民政府所授予的省市级规划、土地、工商、税务、财政、劳动人事、项目审批、外事审批等经济管理权限和行政管理权限，对开发区实行统一管理。”《国家经济技术开发区管理机构职责》第 32 条：“国家经济技术开发区由所在市人民政府领导，实行中国经济特区的某些政策和新型管理体制，市人民政府在开发区设立管理委员会，作为市政府派出机构，代表市人民政府对开发区的工作实行统一领导和管理，协调市各部门、各单位与开发区有关的工作。”

理论在行政组织法、行政行为法和行政救济法上对二者加以区分。通说认为，派出机关是当然的行政主体，能够以自己的名义对外行使行政职权、承担行政责任，可以成为行政复议的被申请人以及行政诉讼的被告；[9]324 派出机构只有在法律、法规有明确规定或者授权时方才可以充当行政主体，亦或者以设立机关的名义实施行政行为。[10]580 派出机关和派出机构在依据、权力和种类三个方面都存在区别：一是派出机关源自《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》（以下简称“《地方组织法》”），而派出机构出现在其他法律、行政法规、地方性法规或者规章。二是就权力/职能范围而言，派出机关享有多种行政权力甚至是综合管理职能，而派出机构多数只享有特定领域的行政权力。三是派出机关目前只有行政公署、区公所及街道办事处三类，而派出机构的形式比较多样，开发区、试验区甚至风景区都有派出机构。[11]16

从表面来看，自由贸易试验区管理体制自身属性不明以及管理关系混乱的主要原因是缺少法律的明文规定。相应地，国内学者基于已有的管委会实践提出两类解决方案。第一类解决方案属于“限权控权”，将管委会定位为“派出机构”。选择、执行这一方案不需要修改既有的法律法规，反而需要匡正管委会执法实践。第二类解决方案属于“修宪修法”，将管委会认定为第四种“派出机关”。这也意味着在既有法律体系下改变《宪法》和《地方组织法》等有关规定。相比第一类方案，这类方案较为复杂，方式也有多种，具体的修宪、修法方案取决于修宪者、修法者的政治决断以及立法技术，并不唯一。[12]95-101

然而，基于管委会的历史以及自由贸易试验区的功能定位，将自由贸易试验区管委会界定为“派出机构”或者“派出机关”并不恰当，甚至笼统地称为“被授权或者受委托机关”也不能解决实践中的一系列问题。

在自由贸易试验区建设之前，伴随着国内的经济开发区热潮，管委会应运而生。国内开发区大致可以分为三个阶段，一是“土地开发阶段”、“税收特区阶段”和“综合社区阶段”。[13]79 根据统计，截至 2017 年上半年，国内有 7 个经济特区、19 个国家级新区、219 个国家级经济技术开发区、156 个国家级高新技术产业开发区、12 个国家综合配套改革试验区、5 个国家级金融综合改革试验区，各类国家级开发区总数共有 429 个。早在 2001 年，民政部发布《行政区划代码编制规则》，明确提出：“鉴于各种‘开发区’（或工业园区）不是实际的行政区划，因此均不编制县及县以上的行政区划代码。”

实践中，开发区管委会虽然具有临时性特征，而且“大部分高新区缺少行政执法的主体资格”，[7]但是已经成为当地政府（一部分），行使经济发展甚至管理职能。管委会后来成为一级政府的例子也不在少数，包括上海浦东新区、天津滨海新区等，都是由管委会过渡到当地政府的。相应地，一方面，部委出台规范性文件，授权国家级经济技术开发区管理机构“行使同级人民政府行政审批、经济协调与管理等职能”，[8]另一方面，中央明确管理机构“非独立行政主体”的地位，“除非有法律法规的明确授权，否则不能以自己的名义行使行政权力”。[9]

与经济技术开发区管理机构相比，自由贸易试验区管委会虽然也具有临时性，却有自己的特点：其一，开发区、高新区等设置派出机构是为了满足行政区域内政府管理的需要，而自由贸易试验区管委会成立的目的是为了探索出一套与改革开放相适应的、以市场为主导的发展模式。其二，开发区、高新区管委会没有独立的人事权和财产权，由设立的行政机关或者部门统一管理，相比较自由贸易试验区条例或者管理办法，多数开发区管委会权责单一，不能超出派出方的权责范围。而从国务院发布的总体方案来看，自由贸易试验区管委会地位相对独立，要求能够在传统行政体制框架之外和行政决策指令约束之外运行。其三，一些自由贸易试验区管委会行政级别高，比如采取“双领导”下的上海自由贸易试验区管委会，其主任由上海市副市长兼任，行政级别为副部级。如此定位下，上海自由贸易试验区管委会虽然是政府的派出机构，但是地位高于上海市各政府职能部门，与传统政府或者职能部门派出的派出机构迥然不同。其四，在实施行政行为方面，

---

[7] 科技部火炬中心、科技部政策体改司曾于2001年4月作过一份《关于国家高新区管理体制的调研报告》。该报告称：“大部分高新区仍缺少行政执法的主体资格，不能建立强有力的行政执法体系，使管委会无法在环境建设、减少行政审批、提高办事效率、保护高新技术企业合法权益等方面发挥其应有的作用。一个典型案例是，当某高新区合理扣留经常在夜间往高新区倾倒垃圾的车辆时，反而被告上法庭，原因是高新区仅是一级派出机构，没有行政执法的资格和权限。”

[8] 《国务院办公厅转发商务部等部门关于促进国家级经济技术开发区进一步提高发展水平若干意见的通知》一方面要求“（四）各省、自治区、直辖市可依法制定适用于本行政区域内国家级经济技术开发区的地方性法规和地方政府规章”，另一方面明确“（五）国家级经济技术开发区的管理机构一般是所在地市级以上人民政府的派出机构，除其中具有企业性质的外，根据授权行使同级人民政府行政审批、经济协调与管理等职能。国家级经济技术开发区原则上不与所在行政区合并管理或取消管委会建制”。“具体可见国务院办公厅转发商务部等部门关于促进国家级经济技术开发区进一步提高发展水平若干意见的通知（国办发〔2005〕15号）。

[9] 根据中国机构编制委员会办公室的说法，政府派出机构是指“政府或政府职能部门在一定区域或组织内设立、授权实施某方面行政管理职能的代表机构。”中国机构编制委员会办公室在网页上进一步说明：“根据派出主体的不同，政府派出机构主要有三种类型：一是各级政府驻外办事机构，如驻京办、驻外办等；二是政府在特殊经济区域或特殊地区的派出机构，如各类开发区（含高新技术产业园区、经济开发区、出口加工区）及风景名胜区管理机构等；三是政府职能部门设立的派出机构，如公安分局与派出所、国土分局与国土所、工商分局与工商所、地税分局与地税所、司法所等。”

自由贸易试验区管委会权力比之前的开发区管委会大得多，按照自由贸易试验区条例或者管理办法的要求，在其区域范围内具有综合管理能力，集中行使行政许可、行政处罚、行政强制等权力。

综上，自由贸易试验区具有与开发区等类似的临时性特征，又有开发区等不具备的创新性特征。其本质是进行“先行先试”的功能区和示范区，而非国内传统意义上的（政府）行政区，不能完全适用宪法、立法法、地方组织法等重要法律对行政区的定位和职能划分。在中国特色社会主义法律体系已经基本形成的今天，涉及自由贸易试验区/自由贸易港“先行先试”的事项，现行法律、行政法规等均有明确规定，自由贸易试验区制度创新不等于在正常的国家行政管理架构之外进行所谓的“机构创造”，需要在法治原则下选择解决路径。

三、构建符合功能定位的自由贸易试验区管理体制

（一）加快立法解决管理体制的法律属性及衔接问题

如前所述，缺乏中央立法的情况下，自由贸易试验区管委会现在属于法律性质不够明确的地方行政组织，将自由贸易试验区管委会界定为“派出机构”或者“派出机关”并不恰当，甚至笼统地称为“被授权或者受委托机关”也不能解决实践中的一系列问题。

法治下的自由贸易试验区管理体制解决路径应当超越“派出机构”、“派出机关”的选择。作为地方组织的一种过渡形态，自由贸易试验区主要作用是开放制度的“试验田”、经济增长的“发动机”，虽然目前缺乏充分的制度供给，其法律性质一直不甚明晰，但是不可“盲目立法”或者“急躁立法”。应当严格审视自由贸易试验区与行政区的界限，进而解决自由贸易试验区管委会的定性之难。一是从宗旨和目的来看，行政区承担常态化的社会发展和管理职能，而自由贸易试验区承担特定时期的创新性任务，既包括行政管理，也包括经济发展等。特别是《立法法》第 8 条以“列举+兜底”的方式明确了“只能制定法律的事项范围”，这些事项非是任何一个省级人大（常委会）或者省级政府有权立法的范围。在“先行先试”的要求下，一方面，自由贸易试验区只能探索中国特色社会主义法律制度下如何配合“中央事权”，比如税收、海关、金融、外贸等，另一方面，自由贸易试验区可以在“地方事权”上创新，比如哪些事项属于《立法法》第 8 条的“非民事基本制度”。二是从存续时间来看，不同于行政区，自由贸易试验区完成改革创新任务后，其使命可以被宣告终结。“皮之不存毛将焉附”，一旦自由贸易试验区变成行政区（一部分）或者撤销，相应的管委会自然不复存在，也不需要考虑其法律定位或者属性。因此，由于管委会法律属性、定位问题带来的管理问题，与其他机构、组织的职能衔接、分工问题等，也会消失。

通过中央立法和地方立法“双管齐下”完善自由贸易试验区管理体制，使其符合功能区、示范区的定位是当务之急。就中央立法而言，需要地方（联合）向全国人大（常委会）建议立法，不需要单独对自由贸易试验区立法，可以《地方组织法》修正案的方式加入若干内容，主要是三方面：一是肯定自由贸易试验区/自由贸易港及其管委会在特定时期的存在必要；二是明确自由贸易试验区的过渡特征及创新任务，特别是各个自由贸易试验区可以有不同的要求或者目标；三是在符合自由贸易试验区/自由贸易港建设目的的情况下，设立新的行政区或者将自由贸易试验区/自由贸易港归入既有行政区，在不符合自由贸易试验区/自由贸易港建设目的的情况下，撤销自由贸易试验区/自由贸易港。

就地方立法而言，以上海为例，一是需要修改管委会定位，放弃将其作为“市人民政府派出机构”或者“派出机关”的措辞，将其作为特殊的政府工作部门即可。对管委会的权限，应当集中于“先行先试”的事项，而非举例或者列举传统的行政（管理）类事项。二是完善推进工作领导小组机制，明确推进工作领导小组主要处理“先行先试”的事项以及自由贸易试验区管理体制内的问题，其他事项或者问题先由浦东新区政府处理，不能处理的事项或者问题逐级向上报送。三是在管委会的对内关系上，建议将五个片区管理局都作为浦东新区政府工作部门，明确上海自由贸易试验区管委会与片区管理局之间属于领导与被领导的关系，片区管理局之间属于合作关系，产生问题先由自由贸易试验区管委会处理，不能解决的问题分情况由工作领导小组机制或者政府（部门）处理。四是在管委会的对外关系上，由于现实中“自由贸易试验区管委会 3 个内设职能局成立后，其他有关行政职能由浦东新区政府相关部门对应承接”，因此建议将“合署办公”改为“合署”，实现自由贸易试验区管委会与浦东新区政府有关人员“两块牌子、一套班子”。自由贸易试验区日常行政类事项由浦东新区政府和管委会合作处理，属于改革创新的事项，分情况由浦东新区政府处理或者逐级向上报送。此外，建议明确“派驻机构属于管委会的组成部门”，一旦派驻机构与管委会之间或者派驻机构与原单位之间产生问题，日常行政类事项由浦东新区政府和管委会合作处理，属于改革创新的事项，分情况由浦东新区政府处理或者逐级向上报送。

最后，虽然《中国（上海）自由贸易试验区条例》已经成为其他自由贸易试验区条例的“模板”，但是从章节名字来看，侧重政府角度进行建设和管理，而从内容来看，“鼓励”、“探索”等用词较多，企业感受度不强。目前正值上海市及各地提升营商环境，建议以世界银行营商环境评估要素作为参考，修改条例时，调整章节名称以及措辞，增强社会特别是企业对自由贸易试验区的感知度。

（二）在更大的区域推广法定机构

明确自由贸易试验区临时性和创新性两大主要属性之后，管理体制也应当作出相应修改，建议以上海陆家嘴金融城发展局为模板，在各地自由贸易试验区乃至开发区推广法定机构（statutory board）这一上海自由贸易试验区的“行政管理创新实践”。

虽然不同国家/地区对于法定机构的定义以及特征不尽相同，但包括广东和上海在内的法定机构而言，[14]28-32 其具有如下几大特征：一是设立依据上，多采取“一法一机构”的模式，即法定机构的机构性质、职能范围、经费来源、权责体系等都以专门的法律/法规明确，行政职权法定原则突出。法定机构的设置不强制要求高层次规范性文件，可以在国家法律体系内因地制宜进行。二是机构性质上，作为新型的法人组织形式，法定机构一般不列入国家行政机构序列，不作为政府的组成部分，也不与任何政府部门形成上下级关系，只是依法接受政府以及社会的监督/监管。这也避免了自由贸易试验区管委会作为实际的行政管理部门，与已有行政管理机构/部门管理上的混乱。三是在职能设定上，法定机构既可以实施单一职能，也可以承担多种职能。各地自由贸易试验区可以根据总体方案，开发区也可以根据自身的建设目标，设立法定机构承担不同的职能。四是组织架构上，法定机构一般由政府部门和社会各界共同组成理事会（board），负责重大事务决策，并由内部执行层负责机构日常运营。各地自由贸易试验区可以通过政府主导理事会的方式，广泛吸收各界意见，加大创新改革力度。四是人事关系上，除了个别人员（主要是领导），法定机构绝大多数工作人员不属于公务员，而是类似企业的（受聘）职员。将来自由贸易试验区不论是成为新的行政区，或者并入既有行政区，甚至是消失，都不会引发公务员下岗、转岗等问题，处理方式相对简单。[15]83-109 五是经费来源上，法定机构的经费既可以来自政府的财政支付，也可以来自社会捐赠，亦可以来自机构的盈利。与行政机构不同，各国政府甚至鼓励法定机构通过资本市场进行融资。六是运作管理上，法定机构通常采用企业化的管理模式。在遵循法律法规的前提下，与国家行政机关相比，法定机构最大的特征是享有更大的自主权和灵活的变通权。七是在运营监管上，法定机构通常都有健全的责任机制和监管机制，围绕立法机构、决策部门、董事会、执行层四个权力单元勾画出了比较清晰的责任关系脉络。[16]101-104

在自由贸易试验区乃至更大范围推广法定机构，一方面，有助于政府职能转

变。纵观各国，法定机构虽然数量不少，但是主要承担执行职能或者智库功能，这可以缩短政府决策链条和时间，提高公共服务质量和效率，体现的是“小政府”或者“有限政府”的理念。法定机构采用现代企业管理制度和措施，拥有更为灵活的用人和收费制度，因此有利配合目前国家进行的“大部制”改革，降低政府行政成本，减缓财政压力。另一方面，进一步健全行政监管制度。法定机构的设立使政府的决策系统与执行系统相对分离，彼此监督、相互制衡，有利于政府的廉政建设。加上扩大了公民对社会公共事务管理的参与，有利于加强政府与社会和公众相互沟通，加速社会民主政治进程。[17]12

当然，还处于试点的法定机构，在建设过程中需要注意几方面的问题：一是中国地大人多，情况各异，在细节处理上，法定机构的建设需要“具体问题具体分析”；二是在现有的法律框架下，比如《民法总则》（第 97 条）将法定机构作为机关法人进行处理，涉及到的干部管理权限问题，比如“党管干部”原则如何体现，值得思考。三是机构新旧交替之际，如何避免职能重叠、机构重复的问题。四是法定机构的监管问题以及质量评价体系如何进一步完善。由于这些问题不属于本文讨论的重要内容，故不多做分析和讨论。

参考文献：

[1] 赵宇刚. 上海自贸试验区“一级政府管理体制”改革创新[J]. 科学发展，2017，（9）：66.

[2] 邹弈. 检视开发区管理机构的法律性质[J]. 中南大学学报（社会科学版），2017，（4）：45. 胡丽燕. 开发区托管行政区：因果透视与改革思路——基于法律地位与性质分析的视角[J]. 经济地理，2016，（11）：62-68. 课题组.平潭试验区行政主体资格与管理权能的界定[J]. 东南学术，2014，（2）：26-31. 于静涛. 困局、归因及抉择：平潭实验区管委会法律性质分析[J]. 江夏学院学报，2011，（2）：83-88. 潘波. 开发区管理委员会的法律地位[J]. 行政法学研究，2006，（1）：40-46. 刘松山. 开发区是违宪违法设立的审判机关[J]. 法学，2005，（5）：25-36. 袁明圣. 派出机构的若干问题[J]. 行政法学研究，2001，（3）：14-19.

[3] 任进. 职权法定：法治政府的最基本特征[N]. 学习时报，2012-05-14（5）.

[4] 邹弈. 检视开发区管理机构的法律性质[J]. 中南大学学报（社会科学版），2017，（4）：45.

[5] 程琥. 新《行政诉讼法》中规范性文件附带审查制度研究[J]. 法律适用，2015，（7）：88-94.

[6] 韩大元、刘松山. 宪法文本中“基本法律”的实证分析[J]. 法学，2003，（4）：3-15.

[7] 朱晓明. 地方立法中管委会的合法性危机及其化解进路——基于杭州市地方立法中管委会合法性的考量[J]. 中共浙江省委党校学报，2013（2）：109.

[8] 李余华、田阳. 关于中国（上海）自由贸易试验区管理机构行政主体资格的讨论[J]. 齐齐哈尔大学学报（哲学社会科学版），2016（8）：50-52.

[9] 北京大学法学百科全书编委会. 北京大学法学百科全书：宪法学 行政法学[M]. 北京大学出版社，1999：324.

[10] 北京大学法学百科全书编委会. 北京大学法学百科全书：宪法学 行政法学[M]. 北京大学出版社，1999：580.

[11] 袁明圣. 派出机构的若干问题[J]. 行政法学研究，2001，（3）：14-19.

[12] 王丽英. 论中国（上海）自由贸易试验区管委会的法律地位[J]. 海关与经贸研究，2015，（6）：95-101.

[13] 朱泳，姜诚：“论开发区的法律地位与开发区的政区化”，《江汉大学学报（社会科学版），2009，（3）：79.

[14] 黎少华、艾永梅. 广东法定机构改革试点调查[J]. 中国经济报告，2014（3）：28-32.

[15] 李晓郭. Rethink and suggestions on the practice of statutory board in Chinese Mainland[J]. 中国法学（英文版），2018，（5）：83-109.

[16] 林梦笑. 法定机构研究评述[J]. 石家庄经济学院学报，2016，（5）：101-104.

[17] 吴厚鉴、北川力地. 法定机构治理模式：深化中国大部制改革的路径选择[J].福建行政学院学报，2016，（1）：12.

美国国际法实践的法理基础与不确定性——以条约实践为例

玄涛 江河

摘要：多年来，美国屡次随意退出或公然违反国际条约，其外交关系法的实践影响国际法的实效性和权威性。在国际法双重法理的逻辑下，美国的国际法实践内在地受到普通法传统的影响，外在地决定于霸权式的大国政治。条约是现代国际法的主要渊源，普通法的个人主义和理性主义在美国条约法实践中主要表现为任意性、选择性地遵守和退出条约，而三权分立背景下多党制和个人主义的结合则强化了这种国际法实践的不确定性。在西方国家主导的单向度全球化进程中，经济上的新自由主义在外交政策中体现为霸权政治的实践。美国条约实践的不确定性使其合法性与正当性发生分离，从而违背了国际关系民主化和法治化的发展趋势，并最终危及国际社会的和平与安全。然而，国际法社会基础变迁、主体变化和价值转向将促进国际法的变革，人类命运共同体理念的多边主义和合作共赢将推动全球治理的深入发展，从而实现大国政治和国际法治的良性互动。

关键词：美国国际法实践；普通法传统；霸权主义；政党政治；条约

引言

自本世纪初的全球经济危机后，经济的衰退和地区矛盾的激化裹挟着孤立主义、民粹主义、民族主义重新抬头，对国际关系的和平稳定发展产生了不利影响。延伸到国际法领域，这种动荡突出表现为以美国为首的西方国家拒绝加入、随意退出或公然违反国际条约。条约是国际法的主要渊源之一，对条约法的违背便意味着对国际法的挑衅。作为世界上唯一的超级大国，美国在此方面的表现具有反面示范效应，对国际法的实效影响深远。从 1982 年拒绝签署《联合国海洋法公约》，2001 年拒绝批准《京都议定书》、退出《反导条约》等，到特朗普当选美国总统后接连宣布退出联合国教科文组织、联合国人权理事会、万国邮政联盟、跨太平洋伙伴关系协议（TPP）、《巴黎协定》《伊核协议》《维也纳外交关系公约关于强制解决争端之任择议定书》等国际组织和条约，美国一直以自身利益和偏好为出发点来选择国际法的实践方式；虽然拜登执政后试图重新加入《巴黎条约》《开放天空条约》等条约和组织，但美国根深蒂固的国际法实践传统仍然可能延续，而其出尔反尔、随心所欲的举动也进一步印证了其国际法实践的不确定性。

一、美国国际法实践的法理基础：以国际法的双重法理为视域

美国国际法实践有着独特的表现形式和深层原因，是由其国内法的传统法理和其在国际法上的霸权主义两方面共同作用的结果。以国际法的双重法理为视域，可以考察美国国际法实践的内在动因和外在意图。

（一）美国国际法实践的问题和国际法的双重法理

相比其他大国而言，美国的国际法实践仅有区区四五百年时间，却经历了从遵守国际法到发展国际法、从主导国际法到背弃国际法等过程，与其综合实力的发展和超级大国的确立具有同步性。美国国际法实践不仅对其自身崛起有着重要作用，对国际关系和国际法的发展也产生了重要影响。有学者将美国的国际法实践按时间划分为几个阶段，从建国初期的坚定守法者和执法者，到 19 世纪后开始利用国际法进行权力扩张，到 20 世纪初成为国际法体系的积极构建者，再到冷战结束之后试图建立合乎其霸权需要的国际法律秩序，美国的身影深深烙刻在国际法的发展过程中，其权力通过合法化的进程渗透于预设的国际法框架之中。[1]的确，美国在其外交史上一方面是国际法遵守的典范，尤其是建国初期，美国非常重视国际法，擅长利用国际条约和国际惯例解决国际争端，如 1872 年阿拉巴马号仲裁案的成功使美国国际法传统达到了情感上的至高点。[2]通过国际法，美国完成了与英国的权力转移和在拉美及全世界的权力扩张，其对国际仲裁的运用也起到了发展国际法的作用；而另一方面，美国也时常违反国际法，利用武力征服或外交压力来达成国家利益的谋取，提高其国际地位和扩大其国际影响力。以其最引以为傲的仲裁法为例，美国在 19 世纪和平运动推动下推动建立了海牙国际常设仲裁法院之后，在触及重要事项的时候却并未交由国际仲裁组织进行裁决。例如，美国拒绝了西班牙希望通过仲裁解决美国所遭受损失的索赔，从而加速了 1898 年美西战争的爆发。总体而言，美国对国际法的利用或破坏，是根据国际局势和国内利益的综合判断来取舍的。美国在两次世界大战之后确立了近现代世界强国的地位，其国际法实践更是延续了此种传统，在各个区域、多个领域作出违反国际法的行为，单边主义、干涉他国内政、诉诸武力、经济制裁等层出不穷，扰乱了国际法律秩序，影响国际法的实效。

当前国际社会关系纷繁复杂，国际法处于碎片化、非系统的状态，这与国际社会对国际法法律性的不同意见存在密切关系，而国际法的双重法理理论有助于

---

[1] 参见彭何利：《权力政治与国际法论——大国成长逻辑中的美国国际法观》，湖南人民出版社 2018 年版，第 1-9 页。

[2] 阿拉巴马号仲裁案的成功是 19 世纪美国国际法影响最为深远的事件。1872 年由来自美国、英国、意大利、瑞士和巴西的五位法官组成的特设仲裁庭，针对以下问题作出裁决：英国政府允许英国公司为联邦军队制造军舰用于美国内战期间对联邦船只的攻击，英国政府是否违反国际法？裁决认定，英国对美国负有积极审慎调查义务，应当阻止私主体为南方反叛军提供补给，但是没能恪守其作为中立国的国际法义务。因此，裁定英国赔偿美国 1550 万美元。参见[美]马克·威斯顿·贾尼斯：《美国与国际法 1776-1939》，李明倩译，上海三联书店出版社 2018 年版，第 172 页。

认清国际法的性质，探究国家进行国际法实践的动因。关于国际法性质的争辩基本上可以划分为两类：否定论和肯定论。无论是以普芬多夫、奥斯丁等为代表的实在法学家，还是以爱德华·卡尔、汉斯·摩根索等为代表的现实主义者，国际法法律性的否定论者们要么以国内法的定义标准来衡量国际法，从国际法软弱的强制力来否定其是一种法律；要么以国际政治为框架来分析国际法，将国家利益和权力政治作为影响国际法有效性的因素。而国际法法律性的肯定论者，如以汉斯·凯尔森为代表的纯粹法学派和以哈特为代表的新实证主义，从区分国内法和国际法的衡量标准入手，将国际法与道德区别开来，赋予了国际法较为独立的地位。然而，这两种观点都难免片面，对于国际法性质的评判，更需要一个综合的视角，国际法的双重法理分析就为此提供了一个较为辩证的视阈。该理论认为，国际法既奠基于国内法意义下的法理，也面向国际政治和国际关系开放，具有双重意义上的法理。[3]国际法的发展晚于国内法，并以国内法为基础进行演变。国内法对国际法的影响主要表现为在法律价值层面对自然法思想的继承，以及在法律规则层面对实证法的传承。然而，国际法所赖以生存的国际社会环境不同于国内法的社会基础，前者面临着众多不同政治、经济制度和不同法律文化的平等主体，这些主体间很难达成一致的意志，因而国内法中有关法律本质、目的、价值和原则等法理在国际法中很难适用，从而表现为另外一重法理，即在国际政治影响下的实证主义法理。国内法中的部分实体价值和程序价值被国际法所继承和运用，“自然国际法在内容上既包括那些从国内法中传承下来的实证法规则，也包括自然法依国际社会之特性而适用于国际关系并为各国所承认的自然法规则；实证国际法在内容上既包括那些从国内法中传承下来的实证法规则，也包括大国政治所决定的国际行为规则。”[4]总而言之，国际法的性质中既有自然法的成分，也有实证法的成分。

美国的国际法实践恰好是沿着自然法与实证法的双重法理路径展开，其内在受到普通法传统的影响，外在决定于霸权式的大国政治。一方面，美国诞生于北美殖民地人民追求独立的斗争，又深受英国普通法影响，骨子里镌刻着个人主义和理性主义的传统，在国际法上必然成为国家主权原则的坚定奉行者，于适当时积极选择运用国际法坚定地维护国家权利；另一方面，优越的自然条件、安全的地缘环境、新教徒信仰中“天选之子”的骄傲促进了其自由主义的发展，使其在实力不断增长的同时野心逐渐膨胀，霸权政治日渐左右其外交政策和国际法实践的选择，国际法成为其发挥国家权力的工具。

（二）双重法理之一:国内法的传统

[3] 参见江河：《国际法的基本范畴与中国的实践传统》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 296-300 页。

[4] 江河：《国际法的基本范畴与中国的实践传统》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 296 页。

美国国内法的传统主要与英国的普通法的关联主要表现为两个方面，一方面，美国因与英国的历史联系而承袭了英国的普通法，从而得以迅速建立起成熟的法律制度；另一方面，正是得益于普通法精神的启蒙，导致美国得以利用国际法主动割裂这种历史联系，因此迅速走上独立和崛起。而这个“反噬”亦或者说“脱胎换骨”的过程，也恰好解释了美国独特的价值观和国际法实践特点的根源。

纵观美国的法律史，受到宗教迫害的英国新教徒于 1620 年乘坐“五月花号”前往新大陆，因距离原定抵达的詹姆斯敦殖民区相去甚远，移民们签下自治的《五月花公约》，诞生了美国历史上首个公民协议，[5]其中确立的地方自治原则对后来美国的建立及其法律制度具有深远的影响。后来，英国通过七年战争战胜其他欧洲在美殖民者，取得了在北美的控制权，使得殖民地得以承袭了英国的普通法，且其国内法和国际法的后续发展都一直深受普通法的影响。美国国内法律制度的形成，得益于各殖民地对普通法法律原则、法律制度、法律组织机构等的承袭。例如，从 1619 年开始的治安法院、简易法院等法院开始建立，其审判的依据就是英国的普通法，法官和律师在审判中通常都直接援引英国法院的判例，“很多制定法都是普通法原则和规则的法典化”[6]，“英国的法理制度就在北美殖民地安家落户了”[7]。此外，大陪审团制度、检察官制度等法律制度，法院具有造法权、法官可以通过判例以及解释创造新法、法院判决以认定的案件事实为基础对具体争议作出裁决等原则，均是对英国普通法的参照。在国际法方面，美国也承袭了英国对于国际法和国内法一元论的认识。布莱克斯通指出，“万国法被普通法全面吸收，是英国法的一部分”[8]，但英国在一元论中具有国内法优先于国际法的倾向，英国法律并非“在一切情形下都承认国际法的最高性”[9]。其将国际法规则分为规定或禁止的规则，以及允许性的规则，而后者在英国法律中并非绝对包含；国会在条约批准前需要进行核准；制定法优于国际法，在二者产生抵触并有疑义时，“则推定国会并没有违反联合王国的国际义务而行事的意思”[10]。美国在建国之初对布莱克斯通的理论十分认可，并在案例中[11]对此进行了实践，使得

---

[5] 参见何家弘主编：《当代美国法律》，社会科学文献出版社 2001 年版，第 9 页。

[6] 何家弘主编：《当代美国法律》，社会科学文献出版社 2001 年版，第 25 页。

[7] 同上，第 10 页。

[8] [美]马克·威斯顿·贾尼斯：《美国与国际法 1776-1939》，李明倩译，上海三联书店出版社 2018 年版，第 2、9 页。

[9] [英]詹宁斯（Jennings，R.）等修订：《奥本海国际法》（第一卷第一分册），王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 35 页。

[10] 同上。

[11] 例如 1784 年的“共和国诉德·隆尚（De Longchamps）”一案中，法国人德·隆尚对法国驻美总领事弗朗西斯·巴贝·马霸进行肢体攻击，法国政府要求将隆尚接回法国审判，但美国宾夕法尼亚州法院认为必须根据万国法原则进行裁断，而这些原则本身也是宾夕法尼亚州法的组成部分，宾夕法尼亚州法院有权

国内法和国际法一元论的原则被美国逐渐接受，并在《美国宪法》第六条中规定：“本宪法及依本宪法所制定之合众国法律；以及合众国已经缔结及将要缔结的一切条约，皆为全国之最高法律；每个州的法官都应受其约束，任何一州宪法或法律中任何内容与之抵触时，均不得有违反这一规定。”不仅如此，美国条约签订之前也需要参议院进行批准的步骤、条约与法律同等地位但低于宪法的规定，以及在法律与条约冲突时“法院将解释国会的法律，以使其与美国在条约项下义务一致”[12]的习惯，也与英国的传统如出一辙。

在借鉴和承袭英国法理制度的同时，欧洲大陆遥远的距离使得北美各殖民地在建立法律制度时有很大的自主权，也正是由于受到普通法中自由平等精神的启蒙，殖民地逐渐萌生了自主自立的想法。经济上，“虽然北美大陆尚未形成独立的产业基础以及所谓的‘美利坚精神’，但是它和包括英帝国在内的欧洲国家的关系逐渐从对后者的过度依赖转向正常的平等互惠。”[13]思想上，美国的建国者们充分利用英国政治哲学和欧洲启蒙思想中约翰·洛克、大卫·休谟等人的学说，“美国人民能够将欧洲人的权利观念以及自由原则在新大路上尚创造性地付诸实践”[14]；国际法上，《威斯特伐利亚和约》确立了主权原则之后，独立者们为独立找到了法律上的支持。标志着美国得以从英国分离和独立的建国文件《独立宣言》中多处体现出对万国法的援引。从约翰·亚当斯、亚历山大·汉密尔顿，到本杰明·富兰克林、托马斯·杰斐逊，建国者们对万国法的研究也十分深入。“在国父们的著作中，‘关于格劳秀斯、普芬多夫以及瓦特尔的引用比比皆是。’”[15]《邦联条例》《美国宪法》中均有援引或依据国际法的内容。在这一阶段，国际法被自然地看作国内法的一部分，并且国会订立并批准的条约与合众国国会通过的法案一样，对各州而言具有最高的法律效力，对各州及其人民具有法律约束力。由弗朗西斯·沃顿编辑的美国《国际法汇篡》中也用一系列法庭引证来证明国际法的重要地位：“只要尚存任何其他可能的解释，国会的任何法案都不能采

对此进行审判并加以惩处。最终，隆尚向宾夕法尼亚州支付了罚款并受到关押。此案开始了美国对万国法是普通法组成部分的接受和认可。参见[美]马克·威斯顿·贾尼斯：《美国与国际法 1776-1939》，李明倩译，上海三联书店出版社 2018 年版，第 32 页。

[12] [美]路易斯·亨金《国际法：政治与价值》，张乃根等译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 101 页。

[13] 王黎：《美国外交：理念、权力与秩序——从英国殖民地迈向世界强国》，世界知识出版社 2019 年版，第 8 页。

[14] 同上，第 9 页。

[15] [美]马克·威斯顿·贾尼斯：《美国与国际法 1776-1939》，李明倩译，上海三联书店出版社 2018 年版，第 28 页。

用违背万国法的解释。”[16]国际法对于维护美国独立及其在国际上合法地位起到了至关重要的作用。

总之，美国脱胎于以英国为主的欧洲君主国家，其法律制度形成是在对英国普通法传统的继承基础之上利用本土法律资源进行的改造。“美国宪法所确立的宪政、法治、有限政府、分权制衡、联邦主义、人民主权等原则”[17]中均留有普通法传统的烙印，但又是对英国普通法的超越，不仅表现在其国内法中建立了全新的联邦制度，而且在国际法上也不断攫取霸权。

（三）双重法理之二：国际法的霸权

独立之后的美国经济、政治不断发展，并逐渐进一步展开了与英国的斗争，第二次英美战争中美国的胜利成为“美国崛起的始点”[18]；同时，美国开始举起在拉美扩大影响的“门罗主义”大旗，走上霸权主义之路。而以上权力扩张的过程，不仅展现为在实践中以国际法来掩盖政治目的，签订一系列双边或多边条约，积极促成建立并控制国际组织，而且表现在思想理论领域中对霸权主义的合法化论辩，二者的互动对美国全球霸权的确立产生了极为重要的作用。

实践中，美国从运用国际法维护自身权利，转变为利用国际法攫取大国权力。建国伊始，《杰伊条约》（1794 年美英条约）所确立的仲裁庭产生了近百项裁决，美国从此“更加重视国际法与国际诉讼程序的价值”[19]。1814 年第二次英美战争以《根特条约》的签订而告终，欧洲国家再也不敢轻视美国，给予了美国极大的信心，对待国际法的态度是也由此转向利用其争取更大的势力范围。1815 年美国对阿尔及尔等北非国家宣战，美国海军在欧洲附近耀武扬威；1819 年迫使西班牙根据美国意志签署了《亚当斯-奥尼斯条约》，开启了美国通向太平洋的自由通道；[20]1823 年，门罗总统在国会发表国情咨文中声明，只要欧洲国家存在将其政治制度强加给美洲大陆的企图，而不论是美洲大陆的哪个地方，都将被视为对美国的和平与安全的直接威胁。[21]门罗主义正面宣告了自己的势力范围，也开始

---

[16] 同上，第 124 页。

[17] 韩召颖：《美国政治与对外政策》，天津人民出版社 2007 年版，第 31 页。

[18] 王黎：《美国外交：理念、权力与秩序——从英国殖民地迈向世界强国》，世界知识出版社 2019 年版，第 82 页。转引自：Ralph Ketcham, *James Madison: A Biography*, New York: Macmillan, 1977, pp.597-798.

[19] [美]马克·威斯顿·贾尼斯：《美国与国际法 1776-1939》，李明倩译，上海三联书店出版社 2018 年版，第 40 页。

[20] 参见王黎：《美国外交：理念、权力与秩序——从英国殖民地迈向世界强国》，世界知识出版社 2019 年版，第 77-85 页。

[21] See Combs J A, The Origins of the Monroe Doctrine: A Survey of Interpretations by United States

了美国以其权力和利益为出发点、片面运用国际法征服美洲之路。1864 年，新格兰纳达（现哥伦比亚）与美国签署了实际上只保证美国享有独家使用地峡权利的通商条约，同年通过强权迫使墨西哥签订了合约；1872 年和 1875 年分别与萨摩亚和夏威夷签署了商业特许互惠条约，从而使美国西海岸与亚太地区连接起来。[22]美国以大国权力为威慑，将势力伸向亚太及全世界。近现代以来，美国还运用主权国家的自卫权为借口，对一些国家采取军事行动，如 1986 年美国以集体自卫权为由给予尼加拉瓜反对派部队军事支持；除此之外，美国利用合法干涉为理由，插手其他国家的内政，1962 年将古巴政府逐出美洲国家组织，1965 年采取行动阻止在多米尼加共和国建立共产主义政权等事例，均是美国干涉行为的例证。[23]与此同时，美国还通过积极构建国际组织等国际机制来达到霸权目的。政治方面主要是积极促成以联合国为核心的全球性国际制度体系和以北约、日美同盟等为核心的地区性国际制度体系；经济方面主要是设置布雷顿森林体系、国际货币基金组织、世界银行关贸总协定等，确立了以美国主导的战后国际经济体系。例如，美国对联合国的操纵就体现了大国的特权。联合国成立之初仅是美国的表决机器，美国还在一定程度上控制了联合国的财政；实践中美国热衷于加强联合国的维和，但只在政治和安全有关的问题上竭尽所能左右联合国，而对于南北差距、环境保护等关乎全人类发展的问题视而不见，不愿承担国际义务。[24]

理论上，美国建国初期十分强调国际法的作用和价值，以巩固其刚刚获得的独立主权地位，美国第一部法学名著《美国法释义》的作者詹姆斯·肯特与英语世界第一部专门的国际法著作作者、美国法学家亨利·惠顿对胡果·格劳秀斯推崇备至，并批判了约翰·奥斯丁对国际法实证主义的批评，极力肯定国际法在国际关系中的效力。但本质上，他们与格劳秀斯的普世主义不同，而是认为国际法只属于信奉基督教的文明国家，实则为美国国际法现实主义研究开创了先河。[25]二战之后，美国开始推崇现实主义思想，以权力和利益来对国家行为进行阐释，否定国际法的效用。“政治现实主义的奠基人”26爱德华·卡尔认为，“政治是道

Historians, *Australian Journal of Politics & History*, Vol. 27, 1981, pp. 186-196.

[22] 参见王黎：《美国外交：理念、权力与秩序——从英国殖民地迈向世界强国》，世界知识出版社 2019 年版，第 150 页。

[23] 参见同上，第 315-324 页。

[24] 参见蒲傅：《当代世界中的国际组织》，当代世界出版社 2002 年版，第 250 页。

[25] 参见[美]马克·威斯顿·贾尼斯：《美国与国际法 1776-1939》，李明倩译，上海三联书店出版社 2018 年版，第 56-79 页。

[26] See Kenneth Thompson, *Masters of International Thought*, Louisiana State University Press, 1986, p.69.

德和权力的交汇地。在社会生活中，法律有助于社会稳定和延续，但是，真正能够保证社会稳定的力量是权力而不是法律。权力是一切政治的基础。”27现实主义公认最著名的美国学者汉斯•摩根索虽然承认国际法的存在，但否认其在国际社会上的法律作用，认为国际法并非各国法律一样有效力，也无法“调节和约束国际舞台上的权力斗争……是一种原始形式的法律……一种几乎完全分散的各行其是的法律”28。20 世纪 60 年代开始的纽黑文学派也是从现实主义法学派理论出发，提出政策定向说，认为国际法是一系列来自国际社会中的权威决策，“揭示了政治权力、国家对外政策与国际法的关系”29。其实，现实主义生发于二战后美苏争霸的政治背景，实则为美国企图为其霸权主义扩张寻求的理论靠山，正如周鲠生指出的：“所谓现实主义或新现实主义的思想是为帝国主义的权力政策张目。”30

总之，美国在其发展过程中逐渐开始追求国际法双重法理中面向国际政治的一面，并从大国政治逐渐走向了霸权政治，将国际法从维护国家权利的武器变为争夺国家权力的工具，展现出国际法双重法理下延伸出的国家主权的双重属性[31]面貌。深层理解美国国际法实践的法理基础和不确定性，可以选取其国际法实践的一个方面进行重点考察。

二、美国条约法实践的外交政策与根源分析

《国际法院规约》第 38 条确立了国际条约为国际法的主要渊源之一，因此，对美国国际法实践的考察，可重点对美国条约法实践予以研究和分析。美国在条约法实践中的表现主要体现为多变性与一贯性的矛盾统一，对应国际法对内和对外的双重法理，体现了美国国际法实践的内在传统和外在追求。

（一）美国条约法实践的外交政策表现与特点

在美国，存在着两种条约的形式，一种是经过参议院三分之二席位投票通过建议和咨询程序的条约，一种是无需前种程序而仅由行政部门签署的“行政协议”。关于条约，至今未有公认性的权威定义，但根据 1969 年《维也纳条约法公约》（以下简称“公约”） 第一编第二条中“称‘条约’者，谓国家间所缔结而以国

转引自倪世雄：《当代西方国际关系理论》，复旦大学出版社 2004 年版，第 50 页。

[27] 倪世雄：《当代西方国际关系理论》，复旦大学出版社 2004 年版，第 55 页。

[28] [美]汉斯·摩根索：《国家间政治》（第七版），徐昕等译，北京大学出版社 2006 年版，第 353 页。

[29] 梁西主编：《国际法》（修订第二版），武汉大学出版社 2002 年版，第 12 页。

[30] 周鲠生：《国际法》（上），武汉大学出版社 2009 年版，第 24 页。

[31] 参见江河：《国家主权的双重属性和大国海权的强化》，载《政法论坛》2017 年第 1 期，第 127-137 页。

际法为准之国际书面协议，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关文书内，亦不论其特定名称为何”的规定可以推断，虽然美国并非公约的缔约国，但其行政部门官员曾声称美国依然将公约要求作为习惯国际法予以遵守，且美国法院经常援引公约来解决条约方面的案件，[32]因此不论美国对条约的称呼为何，这两种实质上都属于国际法上的条约，之所以要进行区分，主要是美国国内法上的区分，其背后均有着深刻的国内政治意义和国际霸权意义。

美国的条约缔约权由总统和参议院掌握。《美国宪法》第二条第二款规定，总统有权缔订条约，但需争取参议院的意见和同意，并需出席的参议员中三分之二的人赞成，因此美国的条约缔结权是被分给了总统和参议院两个部门。宪法的创始者们认为有必要授权代表国家的行政代理人去参与条约的协商，但不能因此就将缔约权赋予此人，因为这将使国家受到国际责任的约束；而参议院的绝大多数投票同意的要求，被视为一种确保联邦政府在缔结条约时不偏向特定部门利益的一种手段。在划分条约权力时，因众议院的规模太大、组成变化频繁，不能确保缔结条约时的保密程度、速度和政策一致性，因此众议院并不包括在内。然而，美国第一任总统乔治·华盛顿在任期结束时就已经不再在条约进程中征求参议院的意见，而仅仅依靠参议院批准已经谈判的条约，而这也称为美国此后的惯例：行政部门一般不与参议院正式协商就谈判条约，然后提交参议院批准。[33]后来，行政部门的权力进一步扩大，行政协议的逐渐增多。在宪法历史的前五十年，美国缔结的 60 项条约中只有 27 项行政协定，然而到了 1939 年至 1989 年期间，美国就缔结了 11698 项行政协定而仅有 702 项条约。[34]进入 21 世纪，尽管行政协定的数量有所回落，但其与条约各自所占的比例依然有显著差异。[35] 行政协议的增多一方面是为了提高条约的通过率，而参议院在某种程度上对此进行了默许。与此同时，国际协议与国会监管权力之间的重叠越来越大，促使条约从参议院的绝大多数通过转变为获得国会全体议员的多数通过，[36]这又是在国内法与国际法意义上均对美国有利的一种独特作法。

美国条约法实践呈现出多变性与一贯性相结合的特点。多变性主要体现在美国条约实践的外交政策经常出现难以捉摸的行为，其一，选择性缔结条约，包括

---

[32] See Curtis A. Bradley, *International Law in the U.S. Legal System (Second Edition)*, New York: Oxford University Press, 2015, pp.31-32.

[33] Ibid, pp.32-33.

[34] Ibid, pp.75-76.

[35] 参见王玮：《美国条约行为的模式》，载《美国研究》2011 年第 3 期，第 74-89 页。

[36] See Curtis A. Bradley, *International Law in the U.S. Legal System (Second Edition)*, New York: Oxford University Press, 2015, p.76.

总统签署后却不批准通过。例如，公认为海洋法宪章的1982年《联合国海洋法公约》，美国虽然积极参与谈判和制定，但恐于因此而丧失或削弱自身的海洋霸权，其参议院至今仍未批准通过；甚至连规制条约法本身的《公约》，美国也至今未加入。其二，随意退出条约或国际组织，根据国家利益和国内因素随时退出，政策需求不同时又要求重新加入。例如，作为联合国教科文组织创始国之一的美国对其在该组织中的影响力非常不满，[37]于1984年宣布退出该组织，因利益考虑又在2003年重新回归，然而于2017年再度宣布退出。其三，对条约提出各种形式的保留和附加条件。一项研究发现，自立宪以来，美国批准的所有条约中，约有15%都列入了附加条件[38]，使得许多条约都与其原本面目产生了一定的差别，在一定程度上缩小了自己的义务范围。一贯性是指在其反复无常的条约法实践中，存在其固有的模式和内在的根源。学界对其条约行为的模式有着诸多研究。义格拉底夫总结了美国签署却逃避条约责任、奉行双重标准、坚持国内法至上的三大行为特点，[39]蔡斯总结了拒绝批准、提具保留、违约、国内法优先、退出条约等八种具体表现，[40]还有学者认为美国条约实践最醒目的特征是签署而不批准条约和对行政协定的偏爱。[41]而以国际法双重法理的视阈下对美国条约法实践的特点背景和目的进行考察，可以发现其实践行为虽然模式特殊且纷繁复杂，但基本上与其内在的普通法传统和外在霸权主义的追求是密不可分的。

（二）美国条约法实践的一贯性与普通法传统的内在一致性

美国条约法实践的依据是《美国宪法》，虽然其中对条约的规定寥寥数百字，但简明扼要地阐述了条约法的地位为全国的最高法律；而该宪法创立的背景是根源于英国的普通法传统，因此，普通法中的精神，尤其是以个人主义和理性主义为代表的特性，深深根植在美国血脉之中，并影响美国条约法的实践。

美国人从移民至美洲时，就"具有强烈的个人价值观念和自我保护意识，而

---

[37] 参见刘铁娃：《霸权地位与制度开放性:解释美国对联合国教科文组织影响力的演变》，载《国际论坛》2012年第6期，第14-20+77页。

[38] See Kevin C. Kennedy, *Conditional Approval of Treaties by the U.S. Senate*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J. 89, 91, 97 (1996). *转引自* Curtis A. Bradley, *International Law in the U.S. Legal System (Second Edition)*, New York: Oxford University Press, 2015, p.35.

[39] See Michael Ignatieff, Introduction: American Exceptionalism and Human Rights, in Michael Ignatieff ed., *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, 2006, pp.1~26. 转引自王玮：《美国条约行为的模式》，载《美国研究》，2011年第3期，第74-89页。

[40] See Antonia Chayes, How American Treaty Behavior Threatens National Security, International Security, Vol. 33, No. 1, 2008, pp.45~81. 转引自王玮：《美国条约行为的模式》，载《美国研究》，2011年第3期，第74-89页。

[41] 王玮：《美国条约行为的模式》，载《美国研究》，2011年第3期，第74-89页。

这些都不可避免地影响甚至主导着美国法律制度的发展方向和轨迹"[42]。罗斯德·庞德在《普通法的精神》中认为，七个主要因素在历时上影响了美国普通法的形成：日耳曼法律制度和法律思想的原始基础，封建法，清教主义，17 世纪法院与王权之争，18 世纪的政治思想，19 世纪上半叶美国拓荒和农业社会背景，美国法院改造英国普通法时流行的关于正义、法律与国家的哲学思想。[43]而此发展过程中，个人主义一直在扮演着重要的角色且不断发展。“个人主义是对‘人与人之间应如何相处和组织’这一哲学认识论问题的一种回答。其一方面侧重强调个人的主体独立性和对既有私权的静态安全享有；另一方面突出宣扬个人的自主意志和理性决策能力，反对政府对私人社会生活的介入与组织，强调立法的目的中立性。”[44]从日耳曼法律阶段开始，个人主义就是主要特征，英美法一开始就孕育着严格法所具有的个人主义。[45]即便是在封建时期，佃户与地主之间也是依据契约而规定明确的权利和义务关系，英美法的每一方面都渗透着权利义务关系观念和法律后果观念。宗教改革之后，清教主义所倡导的“因信称义”理念使信徒摆脱教会的枷锁，个人依靠自己即可获得信仰，因此这也成为个人主义的源泉之一。文艺复兴和宗教改革时期所倡导的民权、自由等思想也进一步解放了个人主义思想，使个人主义所强调的权利与义务关系的观念深入普通法的核心。由个人主义衍生出来的便是理性主义。“在个人主义描绘的私人社会生活图景中，个人不仅是唯一真实的主体存在、是社会福利的最终归属者，而且具有理性的自主决策能力，能够在自由意志支配下对自身利益和行为作出最佳判断。这也就是广为社会科学所熟知的‘经济人预设’。”[46]理性主义在国际法上集中表现为国家主权和国家自治原则，即通过维护国家自主决定的自由来实现国家利益的最大化。

---

[42] 何家弘主编：《当代美国法律》，社会科学文献出版社 2001 年版，第 1 页。

[43] See Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, Boston: Marshall Jones Company, 1921, pp.14-15.

[44] 熊丙万：《私法的基础：从个人主义走向合作主义》，载《中国法学》201 第 3 期，第 138-155 页。

[45] 日耳曼法是普通法发展的一个阶段，称为严格法阶段（the strict law）。严格的法律要求在任何情况下都以法律形式充分、准确地履行职责，而不考虑事故等其他因素，对违约者毫不留情。因此庞德认为，英美法一开始就孕育着严格法所具有的个人主义。See Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, Boston: Marshall Jones Company, 1921, pp.18-20.

[46] 熊丙万：《私法的基础：从个人主义走向合作主义》，载《中国法学》201 第 3 期，第 138-155 页。

美国条约缔结和批准过程之复杂性，表面上是美国出于国家主权权利的自由选择，但深层原因则是因为这种作法对美国的国内政治和对外关系均可产生效益，符合美国个人主义和理性主义的追求。在国内政治方面，美国宪法所规定的缔约过程体现了宪法制定者对权力制衡的考虑，既将缔约权分摊给了总统和参议院，以满足双方的意愿来稳定国内政治，而又不完全将此种权力划分明确化，给双方留有争斗的余地以相互牵制。在对外关系方面，美国复杂的缔约过程促进了美国国际利益的最大化。一是总统向参议院进行咨询的过程有助于双方群策群力，作出最有利于美国利益的决策。总统签署之后寻求参议院批准的过程，为审慎缔结条约提供了条件。麦克奈尔也指出，条约签署和批准之间的时间差，可使已经完成条约谈判的政府有关部门有机会研究条约在总体上的利弊，而且这种研究要比代表谈判条约时更从容；[47]二是美国国内政治斗争的矛盾可以转嫁为总统在国际关系中讨价还价的筹码，以及各种形式的（包括"保留"、"修正"、"宣言""条件"等）"有条件同意"的前提。条约谈判中，政府为提高批准通过的可能性，经常要求对重要条约再三考虑，以至于谈判中不得不出现一些单方面的让步和一定的妥协。[48]"行政部门在面对国际谈判对手时，以克服国内反对声音为谈判条件，迫使谈判对手做出足够的让步。"[49] 据统计，自从美国宪制确立以来，美国所有批准通过的条约中，约有 15%的条约中存在条件声明。50这些条件通常来自于参议院所提供的咨询和同意决议中，而出现此类条件的现象，本质上正是参议院对总统刻意绕过其咨询权而直接提交其进行同意表决的权力争夺行为的抗议和反击。条件声明等附加条款也使得条约义务的范围得以缩小而权利扩大，也是霸权主义的一种行径。即便是一个批准通过的条约，其在美国国内法中的地位亦是不甚明确的。美国信奉国内法和国际法"一元论"，然而当联邦法律和条约发生冲突时，何者处于优先地位的问题，美国最高法院采取了一种"后者优先"的规则，即当自动执行条约与联邦法律冲突时，法院采纳时间顺序上的后者。这便会对条约的实效产生威胁，因为美国随时可用国内法改变国际条约，美国所负有的遵守国际条约的责任也将随之消失，构成对国际法的一种违反。

（三）美国条约法实践的多变性与政党政治的矛盾对立性

---

[47] See MacNair, *The Law of Treaties*, 1961, P.129.

[48] See MacNair, *The Law of Treaties,* 1961, P.120.

[49] 王玮：《美国条约行为的模式》，载《美国研究》，2011 年第 3 期，第 74-89 页。

[50] See Kevin C. Kennedy, *Conditional Approval of Treaties by the U.S. Senate*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.89, 91, 97 (1996).

个人主义和理性主义作为支撑美国的精神核心，维持了美国条约法实践的整体一贯性和统一性，但以二者为核心而形成的自由主义[51]，有着内在的悖论，引起了政治经济层面的分裂，也导致了美国条约法实践的多变性和不确定性。在以美国为首的西方国家主导的单向度全球化中，新自由主义在美国的外交政策中体现为霸权政治的实践。美国条约实践的不确定性使其合法性与正当性发生分离，违背了国际关系民主化和法治化的发展趋势，并危及国际社会的和平与安全。

霍布斯平等、自然权利、代议等概念的政治哲学启发了美国人的政治生活和学理发展。洛克、孟德斯鸠、布莱克斯通等学者通过使自由主义成为宪政主义，而将自由主义转化为政治性的，自由主义因而深嵌于法律与政府的网络之中。洛克提出主权的中心在于人民，孟德斯鸠强调了伤害个人安全的司法惯例，而布莱克斯通则集二者之大成，自由主义在美国得到不断发展。[52]自由主义在经济上表现为限制政府干预而采取自由放任的市场经济，近代资本主义无限扩张的海外殖民地和现代的经济全球化均是自由主义的体现；在政治上的显著表现就是三权分立制度和政党政治。三权分立制度使美国的行政、立法和司法权力分属于不同机构，目的是为了防止政府妨害个人的权利和自由。而正是由于三权分立的政治体系才衍生出了两党制，因为选举人团采取“胜者独占”的选票分配方式，相对多数票获胜才能成为行政首脑，投票之前必须达成同盟以取得过半数票。在议会选举中，单一席位选区加上相对多数票获胜也发挥了同样作用。[53]被两党轮流把控的国会以及由两党轮流选举上台的总统分别掌握了一部分条约缔结权，这种三权分立和政党政治的结合与互动，使得美国条约法行为经常出现反复无常的表现。另外，自由主义的核心充满矛盾，一方面是追求利益最大化的个人主义，一方面是过分信任个人能做出最正确的选择的理性主义，这种悖论使其发展不受限制，时常出现周期性经济衰退和社会危机。经过一系列波折，20 世纪 60 年代，美国当代自由主义者的政治对立面“新右派”逐渐崛起，一种回归古典自由主义基本取向的新自由主义成为美国政治的主导原则，其中“有限政府、减税、平衡预算以及对金融监管的松绑等构成了这一理念的核心，并且相较于古典自由主义，新自由主义进一步强调了财产权和私有化的重要性，认为‘私即好、公即坏’；同时，这一理念将个人主义和自由市场原则从国家层面推广到了全球层面，认为全球化可以让这些原则得以被更好地落实并扩展。”这正是现代经济全球化的本质，即

---

[51] See Marcus Paskin, *Liberalism: The Genius of American Ideals*, Lanham: Row-man and Little Field, 2004, p.37.转引自王浩:《美国政治的演化逻辑与内在悖论》,载《世界经济与政治》2017 年第 8 期,第 64-87+158-159 页。

[52] [美]小詹姆斯·R.斯托纳:《普通法与自由主义理论：柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》，姚中秋译，北京大学出版社 2005 年版，第 206 页。

[53] [美]L.桑迪·梅塞尔:《美国政党与选举》，陆赟译，译林出版社 2017 年版，第 23-24 页。

以美国为首的西方国家为了追求更大的经济利益而形成的单向度全球化，经济军事实力得以增强的事实也成为其大国政治的支柱，这种本质与其条约法实践互为表里，演变为国际法上随心所欲的霸权主义，加之持不同政见的政党轮流执政，也加重了美国条约实践中的不确定性。

美国以国家主权原则为表，行破坏“条约必须遵守”的国际法基本原则之实。美国近年接连宣布退出一系列国际条约和国际组织，例如《巴黎协定》《中导条约》《武器贸易条约》、联合国教科文组织、联合国工业发展组织、联合国反对种族主义大会等。“在实证国际法层面，结合其具体规定和特定情势，有些条约退出可能存在一定的合法性”[54]，例如《联合国教科文组织组织法》《万国邮联盟组织法》《巴黎协定》和跨太平洋伙伴关系协定均规定了专门的退出条款，给予缔约国以退出权，因此美国具有退出联合国教科文组织、万国邮政联盟、跨太平洋伙伴关系协定和《巴黎协定》的权利。然而，在国际社会民粹主义高涨的背景下，条约退出问题会影响到国际法的实效，尤其是《中导条约》等涉及安全的条约退出将会危及国际和平。在此情形下，条约退出的正当性问题值得拷问。“因国家主权绝对化而退出条约的行为，将削弱国际合作的民主基础和损害国际和平与安全，它在实证规则层面可能具有一定的合法性，但其因违背国际法的基本价值和国际关系的民主化而缺乏正当性”，导致其行为在国际法上的合法性和正当性产生分离。[55]事实上，从美国国内法的规定，即可窥见其霸权主义的用意。美国虽然缔结条约程序复杂，但终止条约的规定却简单许多，进而加剧了终止或退出条约的随意性。美国宪法仅规定了缔结程序，却对终止条约未予规定，国际法上也没有规定国家的哪个部门可以终止或退出条约。19 世纪时，似乎普遍的观点是总统在终止条约之前需要获得参议院或国会的同意；然而到 20 世纪，总统单方面终止条约成为一种常态，因为在大多数情况下，总统终止条约并不是行政部门和立法部门之间发生重大冲突的根源。根据历史惯例，只要国际法允许，只要参议院在建议和同意条约的决议中或国会在法规中都不禁止，总统就有权单方面终止条约。而当美国法院受理终止条约的案件时，也将其视为不可审理的政治问题而拒绝插手。[56]因此实际上，美国对于终止或退出条约的规定与缔结条约的规定是非对称性的，而这种对比和反差实则反映了美国对承担国际义务的谨慎和逃避，以及对享受国家权利（条约退出权）的热衷，即义务和权利的非对称性，是霸权主义的一种写照。

---

[54] 江河：《条约退出机制：法律困境、法理解读与中国方案》，载《环球法律评论》2020 年第 4 期，第 178-192 页。

[55] 同上。

[56] See Curtis A. Bradley, *International Law in the U.S. Legal System (Second Edition)*, New York: Oxford University Press, 2015, pp.70-72.

美国条约法实践的不确定性导致“自由主义的大国政治和自然国际法基本价值的对立”。在此负面作用下，“国际政治与国际法的双向互动发展为单向的支配与被支配关系，国际法的开放性将为霸权政治所滥用，它必然导向国际社会的‘自然状态’”，国际法的性质和权威再次受到怀疑，国际社会务必积极应对，共同维护国际法的地位，促进大国政治和国际法的良性互动，维护世界的和平与发展。

三、美国对国际法挑战之下国际法权威的重塑

当今世界生产力和科技的飞速发展促进了国际社会各方面的迅速变化，引起了国际法的社会基础的不断变迁，使国际法连结的范围越来越大，不同主体的实力也不断此消彼长，从而引导国际法在价值层面发生转向，国际社会应抓住这些积极变化的良好机遇，顺应和平与发展的潮流，降低霸权主义的影响，助力国际法权威的重塑。

（一）国际法社会基础变迁对国际法的影响

从国际法的发展历史来看，国际法的产生和发展有其特殊的社会基础，即“众多主权国家同时并存、且彼此进行交往和协作而形成的各种国际关系和整个国际社会的存在”57。国际法社会基础的形成和发展，如同复杂的有机体一样，遵循一种由初级到高级、由简单到复杂的规律，展现出由“细胞”到“组织”、再到“系统”和“整体”的过程，而此过程中，霸权主义存在的土壤不断受到侵蚀，平权的国际结构有利于国际法作用的真正发挥。

首先，独立主权国家的出现是国际法社会基础的“细胞”，是构成国际法社会基础的基本单位。路易斯·亨金也有类似的表述，他将国家称为“原子”，是国际体系的基本单位。58二战之后掀起的民族独立运动催生了一大批独立国家的产生，为国际社会增加了许多“细胞”，国际法调整的对象不断丰富和拓展。其次，主权国家之间的交往是国际法社会基础的“组织”。生产力的逐步提高、贸易扩大的需要和交通方式的进步促进了国家间的交往，单独的主权国家逐渐形成了区域性联盟和组织，例如最早形成社会的欧洲国际团体（Family of nations）就是将欧洲基督教文明各国划为一种集体。59随后，国际社会的组织化发展是国际法社会基础的“系统”。国际社会的发展趋势是从国际团体逐渐扩大为国际社会（Society of nations），国际法适用的范围从狭隘的所谓“欧洲文明国家”扩展到世界各国，自 20 世纪中期以来，国际法的社会基础又从“国际社会”演进为

57 梁西主编：《国际法》（修订第二版），武汉大学出版社 2002 年版，第 5 页。

58 [美]路易斯·亨金《国际法：政治与价值》，张乃根等译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 9 页。

59 梁西主编：《国际法》（修订第二版），武汉大学出版社 2002 年版，第 5 页。

“国际共同体”。60在此过程中，国际组织的迅速发展起了推波助澜的作用，国际社会逐渐整合为一个以联合国为中心的国际组织网络系统61。最后，国际关系、国际社会的发展使国际法社会基础相互交融成为一个“整体”。当今国际社会中，国际关系错综复杂，二战及冷战之后的世界格局发生了翻天覆地的变化。维护全人类共同的根本利益，加速各国尤其是贫困国家的经济及社会进步，“共同谋求和平与发展”已成为全国人民的普遍要求，共同利益的寻求促使国际社会进一步交融，形成一个唇齿相依的整体，对国际法社会基础的认识也因此从霍布斯的现实主义、康德的世界主义（或理想主义）和格老秀斯的国际主义，逐步转变为现当代的国际共同体理念和中国提出的人类命运共同体理念，62国际法的社会基础本身也从零散的国家集合到愈发融合的人类整体。

国家法社会基础的变迁，为国际法的主体和客体扩大提供了条件。战后各国的密切联系使国际合作与发展成为世界潮流，霸权主义的单边行为越来越为各国所批判。

（二）国际法主体变化对美国霸权主义的牵制

“法律的主体是指法律关系上享受权利、承担义务的个体，即在法律术语中称为人或人格者。”[63]国际法上的主体即为在国际关系上享受权利、承担义务者，也就是所谓国际人格者。传统国际法中，只有国家才是国际法的主体，甚至有学者认为强调国际组织为国际法主体的说法，实际上是所谓“世界政府”、“超国家”等反动思想的反映，是为帝国主义称霸世界的政策服务。[64]然而，随着历史的发展，国际法主体中包括政府间国际组织、甚至个人的事实也逐渐为国际社会所接受，“国际法的发展史在某种程度上是国际法主体的发展史”[65]。《奥本海国际法》中指出，国家是主要而并非唯一的国际法主体。国家以外的团体，只要在国际法上被给予了享有某些权利和权力、承担某些义务的能力，就使其在这个给予的限度内成为了国际法的主体。例如，国际法院曾表明了国际法发展受到国际生活需要的影响，国际组织也是国际法的主体；欧共体也有一些关于人权和基本自由的

---

[60] 张辉：《人类命运共同体：国际法社会基础理论的当代发展》，载《中国社会科学》2018 年第 5 期，第 43-68+205 页。

[61] 参见梁西：《国际组织法（总论）》（修订第五版），武汉大学出版社 2001 年版，第 328 页。

[62] 参见张辉：《人类命运共同体：国际法社会基础理论的当代发展》，载《中国社会科学》2018 年第 5 期，第 43-68+205 页。

[63] 周鲠生：《国际法》（上），武汉大学出版社 2009 年版，第 49 页。

[64] 参见周鲠生：《国际法》（上），武汉大学出版社 2009 年版，第 61 页。

[65] 江河：《国际法的基本范畴与中国的实践传统》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 13 页。

条约规定直接适用于个人，在这个限度内个人就成了国际法的主体。[66]然而，不论国际法的主体是国家、国际组织还是个人，人类整体的法律秩序最终必然通过自然人的主体性和人类的主体性的互动关系来建构；除了此二者以外的任何其他拟制的法人，本质上都是为实现此二者的基本权利而设计的工具性联盟。国际法上人类共同利益的形成及自然法观念的复兴，都促使国际法的主体最终向人类整体演进。[67]因此，从历史发展趋势来看，美国在国际法上的霸权主义之路终将越走越窄，必将受到国际法主体发展的牵制。

以国际组织的兴起和发展为例，可见美国国际法霸权生存空间从膨胀到逐渐受到挤压的过程。二战及冷战开始之后，美国逐渐建立起世界霸权，“美国的力量推动合作这个事实，部分是通过建立一种根据美国的利益取向来组织国家间关系的国际机制来实现的”[68]，而国际组织就是一种重要的国际机制。然而，“国际霸权通过其实力基础建立起来一定的国际制度，这些国际制度又辩证地削弱了霸权的基础。”诚如基欧汉所言，霸权国在获取利益的同时，也不得不助长了其他国家的发展。霸权国所提供的是煞费苦心地通过多边国际机制而提供的物品，包括行为标准和行为模式等信息，以及为各国遵守规则提供激励手段，不仅约束了他国，也约束了霸权国自身。[69]这些都在反面挤压着霸权国的发展空间，各国增长的政治理性削弱了单向度的霸权主义。例如，贸易领域的关贸总协定、世界贸易组织和金融领域的国际货币基金组织、世界银行集团等，基本都“以经济理性为基础，具有相对的开放性和广泛性”[70]，作为经济全球化主导的美国在获取了经济利益的同时，也给自己设立了对手和限制。联合国中的一些发展也是例证。“联合国帮人类带来了半个世纪的和平”，“联合国及其众多的专门机构，在战后半个世纪中，为经济、社会和文化领域的发展作出了贡献”[71]。二战后大量独立的发展中国家以中国为首，积极发挥在联合国中的作用，尤其重视国际人权公约的实践。虽然美国一直没有批准任何核心的国际人权条约，且在为数不多的签署的条约中附加声明，但国际组织的发展正在推动法中中国家人民对生存权、发展权和环境权的认识和重视，发展中国家积极促成联合国制定了一系列人权方面的法律文书，对于树立和保护人的主体性起到了推动作用。另外，经济全球化促进了国际市民社会的萌芽，全球经济的负外部性加速了全球公民社会的萌芽，这些

---

[66] 参见[英]詹宁斯（Jennings，R.）等修订：《奥本海国际法》（第一卷第一分册），王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 10-12 页。

[67] 参见江河：《国际法的基本范畴与中国的实践传统》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 13 页。

[68] [美]基欧汉（Keohane, R. O.）：《霸权之后：世界政治经济中的合作与纷争》，苏长和、信强、何曜译，上海人民出版社 2001 年版，第 166 页。

[69] 参见同上，第 166-167 页。

[70] 江河：《人类主权的萌芽：现代国际法的启示与回应》，中国社会科学出版社 2011 年版，第 154 页。

[71] 梁西：《国际组织法（总论）》（修订第五版），武汉大学出版社 2001 年版，第 215-216 页。

主体终将超越国家主权范围，[72]体现人类整体的主体性，进一步弱化单一国家的作用，进而削弱霸权主义。

（三）国际法价值转向对国际法权威重塑的引导

价值是主体对客体满足自身需求的一种反应，而法的价值“一方面体现作为主体的人与作为客体的法之间需要和满足的对应关系；另一方面，它又体现出法所具有的，对主体有意义的、可以满足主体需要的功能和价值”[73]。因此，国际法的价值，就是体现国际法主体对国际法客体的需求，以及国际法客体对国际法主体所提供的功能，国际法的主体决定了国际法要提供功能的对象。由于国际法主体逐渐扩大并最终向人类整体演进，国际法的价值因而也应该沿此路径，向最终有利于人类整体的方向发展。传统上，不同于建立于共同法律文化基础之上的国内法，国际法因国际文化多元化的影响，无法达成如同国内法上维护正义的统一观念，国际法的价值一直倾向于维护世界和平和国际秩序，只对应实证法意义上的法律价值，而不能反映自然法意义下对人类主体性的关怀，无法维护国际关系的实质正义价值。中国人类命运共同体理念的提出，符合国际法主体发展的趋势，为国际法的价值转向提供了理论基础。

人类命运共同体理念“吸收了康德永久和平思想、中国传统和谐思想和国际法共同体理论的合理部分”[74]，从经济、政治、文化等各方面促进国际法价值的转向。经济上，人类命运共同体理念中的“合作共赢，建设一个共同繁荣的世界”[75]目标，及其具体行动的体现——“一带一路”倡议，均是倡导顺应经济全球化趋势，坚持多边主义，为人类更好地相互依赖、相互连结奠定经济基础。政治上，“人类命运共同体的新安全观及其所追求的积极和平与普遍安全，将成为国际新秩序构建的价值基础。而这些价值和理念，将以保障各国和平权、发展权和环境权为路径，实现主权国家之间的实质平等和国际社会的和平与安全，从而为国际法治奠定社会基础。”[76]文化上，儒家和谐思想所体现的包容性有利于人类突破不同文化的沟壑，形成共同的价值，从而促进国际法从形式正义向实质正义价值迈进。目前的国际法基本上仍然上以基督教文化为基础的西方化的国际法，宗教差异造成了无数战争、歧视和不公平，宗教在国际法中的作用不容小觑。宗教文化上的兼容并济将促进国际法真正国际化和世界化。

---

[72] 参见江河：《人类主权的萌芽：现代国际法的启示与回应》，中国社会科学出版社 2011 年版，第 144 页。

[73] 江河：《国际法的基本范畴与中国的实践传统》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 145 页。

[74] 罗国强、徐金兰：《人类命运共同体的国际法价值研究》，载《新疆大学学报（哲学·人文社会科学版）2020 年第 2 期，第 17-27 页。

[75] 习近平：《共同构建人类命运共同体》，载《人民日报》2017 年 1 月 20 日，第 2 版。

[76] 江河：《条约退出机制：法律困境、法理解读与中国方案》，载《环球法律评论》2020 年第 4 期，第 178-192 页。

随着国际社会凝聚力的加强，国际法的碎片化和松散化也将朝着较为集中化的方向演进。国际法正义价值的树立，将有效打击霸权主义，国际法将在大国政治和国际法治的良性互动中不断发展，并最终有益于人类整体。

结语

美国国际法实践的历程伴随着美国崛起的过程，美国对国际法的遵守、创新、推动和破坏背后，均有其法理基础和实践动力。从国际法的双重法理和国家主权的双重属性角度来看，美国内在地受到英国普通法精神的影响，而普通法又奠基于个人主义和理性主义的发展，因此表现为擅于利用国际法维护其国家主权利益，尤其是在条约实践上倾向于采用选择性缔结和声明保留等方式，对自身权利和义务界限进行明确划分；但个人主义和理性主义结合产生的自由主义，在激发美国经济实力突飞猛进的同时，显示出了资本主义经济贪婪自私的局限性，在国内体现为权力部门间斗争和党派斗争，外溢到政治和国际法上，就体现为霸权主义和强权政治，影响国际关系的良性发展。然而，随着国际法社会基础的不断变迁，国家间关系日益紧密；国际法主体也不断扩大，国际组织尤其是欧盟一体化的趋势，都预示着国际法未来发展的目标为体现人类整体性和主体性价值的法律，而人类命运共同体理念的内涵恰好反映了这种价值转向，将从根本上促进国际法治的发展，维护人类的利益。

虚拟加密货币财产属性及相关信托问题研究：以新西兰高等法院对CRYPTOPIA案件的判决为视角[1]

闫伟泽[2] 李华[3]

北京理工大学法学院***

【摘要】

虚拟加密货币满足英美法体系下“财产”的要件，属于“Choses in action”财产类别。从新西兰高等法院的判决来看，CRYPTOPIA为账户持有人提供的信托与传统信托业务有明显不同。首先，CRYPTOPIA仅为委托人提供加密货币储存和流转的服务，并不参与管理与再投资。其次，在一般信托关系中必要存在的三方主体：委托人、受托人、受益人中，委托人与受益人由同一个主体去担任，此时便成立特殊关系下的自益信托。而且加密货币作为一种在线虚拟财产，即使法院授予其必要的财产属性，但由于其没有实物载体作为依托，因此在作为委托物时要做特殊解释。依据1956年Trustee Act和公司法的规定，信托财产不能够作为公司破产时被清算的对象，账户持有人理应优先于公司债权人获得公司剩余加密货币的优先受偿权。我国有必要在此次案件中学习新西兰高等法院对虚拟加密货币突发案件的处理意见，以便于更好应对未来有可能发生在我国的虚拟加密货币案件。

关键词：虚拟加密货币，CRYPTOPIA事件，财产属性、信托

绪论

虚拟加密货币的诞生并非是一个偶然，其诞生于2008年全球金融危机之后，经济学界试图探寻多种路径从而摆脱美元对于世界经济的影响。加密货币作为一种新兴的金融财产，虽未获得官方的明确肯定，但其“浩浩荡荡”的气势也在世界范围内掀起了一阵热衷的狂潮。

---

[1] 本篇论文经过修改将发表在期刊上，未经作者同意，请勿转载、引用。

[2] 闫伟泽 男，北京理工大学国际经济法硕士研究生, E-mail：ywz0223@163.com

[3] 李华 女，韩国首尔国立大学法学院国际经济法博士，北京理工大学法学院副教授, E-mail：avidyahua@163.com

***北京理工大学法学院，北京，100081

截止 2020 年 10 月，全球约有一亿用户在使用加密货币，而且这一用户数量每年呈现指数倍数的增长。不仅用户数量惊人，全球加密货币的市值也在猛增。根据相关统计，全球加密货币总市值为 2.31 万亿美元，超过了苹果公司的市值。作为加密货币佼佼者的“比特币”，截止 2020 年 11 月 18 日止，其市场价值可达 3356 多亿美元，超过了摩根大通管理的财产总值。随着支付巨头 PayPal、Visa、Mastercard、汽车制造商特斯拉和 Mazzanti、运输业的中环球船务（SINO US）、房地产 Piso Marato Inmobiliaria、委内瑞拉零售巨头 Rattan 等各行各业商业巨头纷纷踏入加密货币市场，加密货币的市值有望再次迎来历史新高。[4]

一方面加密货币受到市场的狂热追捧，而另一方面加密货币交易平台悄然成为黑客攻击的富矿，其中包括 2014 年的 Mt. Gox 事件、2018 年的 Coincheck 事件和币安事件以及本篇论文中重点要讨论的 2019 年 CRYPTOPIA 事件等。[5]这些事件中，被黑客盗取的加密货币没有被追回，虚拟加密货币交易平台由于资不抵债被迫破产，加密货币持币人损失惨重。

实际上基于区块链去中心化技术的虚拟加密货币的设计理念较为安全。但是加密货币持有人为了方便交易、降低交易成本、投资升值等多重目的，用户将虚拟加密货币通常保存在连接互联网的“热钱包”中，即交由交易平台代为保管，从而让黑客有了可乘之机。[6]

但，即便加密货币持币人未将私钥存储于交易平台的“热钱包”，也不能确保加密货币及其交易的安全。虚拟加密货币是从货币的生成、流转、投资者的信息、交易等，均发生在互联网环境中，数据风险与信息安全风险相互交织而存在。如果交易平台的安全系统不够牢靠，加上互联网固有的黑客风险，虚拟加密货币的交易仍存在大量数据丢失的风险，以及注册在境外的交易平台一旦倒闭‘跑路’，投资者交由其保管的加密货币难以追回的风险。

鉴于此，研究国内司法实践对加密货币是否属于“财产”的判断以及加密货

---

[4] 全球主要加密交易所、也是美国最大加密货币交易所的 Coinbase 即将于 4 月 14 日登陆纳斯达克，成为数字货币交易所第一股。日前，Coinbase 公布了今年第一季度的业绩情况。受到比特币等加密货币价格暴涨影响，Coinbase 一季度实现营业收入 18 亿美元，同比暴增近 9.5 倍。

[5] 参见洪艳蓉《金融法苑 总第 98 辑 2018 版》[M] 北京，中国金融出版社，2018.12

[6] 在这种情况下，加密货币平台中内部的技术安全体制是否健全，除了互联网固有的 Web 漏洞、系统漏洞等问题之外，还对虚拟货币的生成、流转、交易、身份验证等新的加密货币的数据风险与信息作好安全保障是保护用户虚拟加密货币的关键。

币平台与持币人之间是否形成信托关系的研究具有重要的理论价值和实践意义。

首先，它有助于减少加密货币权利人在发生盗币事件时进行权利救济存在的不确定性，有利于澄清交易平台的责任，从而最终可以达到提升虚拟加密货币平台通过自律进行合规管理和经营的效果。

其次，它有助于防范区域性及全球性金融系统性风险。部分加密货币交易平台利用各国对加密货币法律属性的态度模凌两可，ICO 是否属于各国《证券法》的调整范围存在争议，从而使得各国对 ICO 处于一种监管空白状态的漏洞，仅凭一份融资白皮书可在全球范围内募集数以亿计的虚拟财产。这严重威胁到各国金融安全和公共利益。而各国从国内立法或国际层面上对加密货币交易的全球治理短期内难以形成统一意见。因此，从国内司法实践的视角，审视加密货币的法律属性以及加密货币平台与持币人之间形成的法律关系，有助于降低加密货币持币人长期面临的风险，从而从一定程度上避免巨大的金融系统性风险。[7]

本篇论文首先考察新西兰高等法院对 CRYPTOPIA 案件中对加密货币的财产属性和信托相关法律问题的判决内容，并从普通法视角下，结合法条分析加密货币具有“财产属性”。这是加密货币可以成为设立信托之对象的前提条件。在此基础上，本篇论文第三部分以 CRYPTOPIA 案件为视角，从信托的基本原理和基本制度，以及加密货币账户持有人与交易平台完成的财产分隔等方面进一步论述加密货币持币人与交易平台之间形成了“信托”法律关系。最后，结合各国对加密货币的法律属性及相关信托问题的司法实践，研究了对我国的启示和挑战。

对加密货币具有“财产属性”的法律诠释

加密货币交易所的“加密货币”被盗风险

加密货币的概念于 2008 年在中本聪发布的白皮书中被首次提出，并于 2009 年出现在大众视野中。[8]其通过非对称加密、哈希算法、数字签名等区块链技术和计算机原理，为加密货币的用户提供了一套体系完备的操作流程。这一技术流程同时也为加密货币的去中心化、不可逆、匿名化提供了技术支持。[9]加密货币

[7] 参见姚倩倩《基于区块链技术的加密“货币”法律问题研究》[J]P39-41 经济法学评论第 19 卷 2019 第 1 期

[8] 参见 Satoshi Nakamoto Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System Satoshin@gmx.com

[9] 参见陈闻宇，李晓东，杨学，徐彦之《一种基于区块链的 DNSSEC 公钥验证机制》P2 [J] 自动化学报

可以在完全匿名的情况之下实现在全球范围内的实时流转和交易，在流转和使用的过程可以完全不被中间部门管理和监督，大大提高了交易效率，而其不可逆的特殊属性又可以保证加密货币交易的安全性，完全杜绝加密货币被盗的风险。[10]

但实际上，加密货币被盗的案件屡屡发生并且所涉金额巨大且难以追回。其主要原因在于以下几点。

第一、由于用户在使用过程中将个人的财产授信于第三方机构或者个人存储加密货币的"冷钱包"被黑客盗取有关。由于加密货币持有者遍布世界各地、加密货币种类繁多，持有者很难在短时间内凭借个人的能力找到合适的交易方，因此加密货币持有者多寻求中间机构交易所去完成储存与买卖，正如 CRYPTOPIA 案和 Coincheck 案中，在储存私钥过程中被黑客攻破"在线钱包"导致加密货币被盗。尽管为了确保用户所拥有的加密货币的安全性，CRYPTOPIA 加密货币交易平台采取相关技术措施使内部的任何人无权限查看用户的“公钥”与“私钥”，而黑客还是采用非法的手段截取了存储于 CRYPTOPIA 加密货币交易公司的“公钥”和“私钥”[11]，将对应的加密货币通过“暗网”转移到个人的手中，最终通过多次、多平台的交易“洗白”其所盗取的赃款。[12]

第二，由于加密货币交易平台内部信息存储的技术存在漏洞，致使高价位加密货币与低价位加密货币混同后进行错误交易，致使加密货币流失。

第三、由于加密货币平台的“交易延展性漏洞”，提现交易受到“伪造交易 ID 攻击”，使交易平台误以为交易失败，重新发送比特币，从而使得和课受到双倍数量的加密货币。

加密货币满足英美法的“财产”的要件

财产权(proprietary rights) 是由一个人对一个物（thing）可实施的（enforceable）排他性的权利（against the whole world)。相比之下，个人权利（personal rights）只能对特定的他人实施。

---

[10] 参见邢宇龙《先进计算将带给区块链哪些机遇与挑战？》[J] 人民邮电

[11] 公钥：公钥用来给数据加密，用公钥加密的数据只能使用私钥解密 私钥：用来解密公钥加密的数据。

[12] 参见梁倩《超半数加密货币交易所未执行标准安全措施 区块链存储安全标准亟待建立》[J]市场观察 2019（01）

尽管，英国法没有对"财产"作出全面或统一的定义，但威尔伯福斯勋爵（Lord Wilberforce）在 National Provincial Bank v. Ainsworth[1965 AC 1175] 案中认为，构成英国法下的的“财产”，必须满足以下要件。第一，可确定性（definable）；第二，可由第三方识别（identifiable）；第三，可由第三方承担责任（capable of assumption by third parties)；第四，在某种程度上永久（permanent）和稳定（stable）。

而加密财产满足以上所有财产的相关要件。首先，加密财产的公共参数（public parameters)含有关于财产的信息，包括其所有权（ownership）、价值和交易历史记录，定义该财产并对其进行识别（identify）。因此，财产的公共参数也使其能够被第三方确定；其次，对加密财产的控制和排他性是通过使用持有人的私钥来行使的，该私钥使持有人有权转让和进行交易，并排除他人的限制(transfer and deal with the asset to the exclusion of others)；再次， 一般而言，加密财产能够由第三方承担(capable of assumption)，即它们可以被转让和分配（assigned）；最后，虽然理论上密码系统中的"分叉"可能导致它分成具有单独规则和分类账的单独系统，但加密财产可以被看作具有充分的永久或稳定性，可以作为财产对待。即使是传统财产也有变质、腐化或损失的风险"。

总而言之，加密财产构成 National Provincial Bank v. Ainsworth[1965 AC 1175] 案中界定的财产。这一结论与新加坡国际商事法院（Singapore International Commercial Court)在 B2C2 Ltd v Quoine Ptd Ltd 案[[2019] SGHC (1) 03]以及新西兰高等法院在 CRYPTOPIA 案件中的法院的结论相一致。

加密货币属于英美法的“Choses in action”财产

在英美法系国家中，财产主要分为“real property”和“personal property”，国内法通常翻译为不动产与动产，二者主要的区分标志为是否是土地以及与土地

相关联的附着物[13]。在英美法系下的动产分类中又有诸多细化的内容,“choses in action”是一个法语词汇，其译为“事物”这里特指动产。

Choses in action 所包含的内容随着社会新生事物的出现而不断的增添新的内容，如本票、汇票、基金、股票、专利权、版权等，从英美法系惯常的分类习惯来看，此处的“choses in action”是一种“兜底性”的规定，其包含着不动产权之外的一切财产性权利；而且从上述分类的内容可以了解到，动产的存在形态并不会影响其财产权利的获得，例如股票、基金等以数字化内容呈现的金融业态很难找寻有体物去作为外化的表现形式[14]。

在英美法系视角下，加密货币属于这一类没有实体物作为依靠的财产类型之一。加密货币是一种民间自发形成的网络金融货币，其可以完全摆脱国家政府作为中间的授信中心从而在其社区内部进行独立的自主运营。加密财产的价值或其功用性，根本而言，在其数字社区内发生或体现。[15]加密货币是以数字信息的形式呈现在网络当中，没有实体物作为其兑换的凭证。当加密货币的公钥与私钥同时获得时就可以拥有对应数量的加密货币，同理，当转移和买卖加密货币时也只需要将手中的公钥与私钥转移给对方即可。加密货币的主要取得方式为挖矿和购买两种[16]，并且加密货币可以实现与相对应的法币进行实现兑换，具备一定的一般等价物的特征；虽然加密货币是一种非实体的金融财产，但是其社区内庞大的持有者团队又可以间接的证明其实际的可靠性。结合上述加密货币的特征以及英美法中对于动产“choses in action”的规定可以认定加密货币具备财产属性。

加密货币具有“财产属性”在加密货币被盗案件中的法律意义

财产（property）在当代生活中扮演着非常重要的角色。然而，问题是无法用一个精准的概念予以界定“财产”的含义。通常，当自然人或法人（如公司）认为其有形物（如土地或动产）或无形物（如知识产权、公司股份或金钱）受到他人（包括国家）的侵害，权利人寻求法律上的救济，要求国家立法机关或司法机关支持并保护其隶属于该财产上的权利时，法院或立法机关首先需要判断该权利人主张的新的财产上的权利是否应被予以认可。为了回答这一问题，首先需要明确的是，法律上的“财产”概念不是一个静态的概念，而是根据社会的变化和

13 参见李培锋《英美法要论》[M] 上海人民出版社

14 参见高鸿钧《英美法原论》[M] 北京大学出版社

15 参见周子衡《加密货币是否具备“货币”的“价值”属性》[N] 第一财经日报 2021 年 4 月 12 日第 A12 版

16 参见郭上铜 王瑞锦 张凤荔《区块链技术原理与应用综述》[J] 计算机科学

科技的发展不断被变化。而这种“财产”概念的流动性在对新的财产形式，即比特币时更加显而易见。[17]

以新西兰、英国和美国多数州通过法院判例和相关立法，认定加密货币是一种财产[18]，然而在中国，根据五部委出具的《人民币银行等五部委发布防范比特币风险的通知》等文件内容以及相关案例中，将加密货币视为非国家发行的不具备货币属性，而是属于一种商品。[19]

虚拟加密货币的法律属性之争不仅仅是学理上的理论问题，同时也是与加密货币持币人的切身利益具有密切关系的问题。2020 年 2 月，新西兰高等法院在审理 CRYPTOPIA 加密货币交易公司被盗的案件中，加密货币的法律属性的认定是原被告双方争论最激烈的问题之一。[20]首先，加密货币的法律属性问题是加密货币持币人对其持有的“加密货币”得到法律保护的前提。[21]根据新西兰 1993 年《公司法》第 253 条规定，清算人的主要职责，即接管、保护，并将公司的“财产”分配给债权人。第 313 条则也规定了“财产”的分配问题。《公司法》在这些法律条款中均规定了公司“财产”可以作为法律的保护对象。[22]鉴于此，只有当加密货币具有“财产”属性，具有实际价值才能得到法律的保护。[23]其次，CRYPTOPIA 案件中，只有加密货币具有”财产属性”，才能满足加密货币账户持有人与交易所之间针对该财产成立信托的前提条件之一。如果构成信托，加密货币账户持有人将会优于交易平台债权人享有对破产清算财产的优先受偿权。

对加密货币账户持有人与交易所形成信托法律关系的诠释

---

[17] 参见袁铭《虚拟货币的国际法监管问题研究》[D] P21-24 济南 山东大学

[18] 参见 civ-2019-409-000544---ruscoe-and-moore-v-cryptopia-limited-in-liquidation P30&P32-33 https://www.grantthornton.co.nz/cryptopia-limited/

[19] 参见中国人民银行、工业和信息化部、银监会、证监会、保监会《人民银行等五部委发布关于防范比特币风险的通知》 2013 年 12 月 3 日

[20] 参见 civ-2019-409-000544---ruscoe-and-moore-v-cryptopia-limited-in-liquidation P3-4 https://www.grantthornton.co.nz/cryptopia-limited/

[21] 参见卧龙《监管上行：超跌数字币机会何在？》[J] 股市动态分析，2017

[22] s 253 of the Companies Act describes this duty as being:

(a) to take possession of, protect, realise, and distribute the assets, or the proceeds of the realisation of the assets, of the company to its creditors in accordance with this Act; and

(b) if there are surplus assets remaining, to distribute them, or the proceeds of the realisation of the surplus assets, in accordance with section 313(4)–

[23] 参见薛原;程婷婷《论虚拟货币财产权归属问题》[J] 商，2015

加密货币信托财产与交易所破产的关系

信托基于委托人对受托人的信任，将个人的财产权委托于受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义为受益人的利益或特定目的，进行管理和处分的行为。[24]在如今的社会中随着互联网技术的不断发展，新业态下的经济内容逐步渗透到旧有的经济模式中进而焕发出新的活力，甚至替换了传统的经济内容。传统的信托行业在此背景下也在紧跟时代的步伐逐步的适应新的经济模式，原有的信托对象和信托形式也在进行不断的迭代与扩充，总体呈现出一种相对积极的发展态势。[25]

加密货币持有人与加密货币交易所之间的服务往来也呈现出这一特点。账户持有人和加密货币交易所的关系是其所要确定的前提条件，与此同时，由于加密货币交易所破产引发的问题也应当提前标注。加密货币是一种可以独立运营的数字财产，然而加密货币交易所的出现也有其必要的历史缘由。由于受到部分国家政府的严厉管控，其国内的加密货币持有人不能够自由的在本国境内进行加密货币的存储与买卖。因此大多数的加密货币持有者不得不寻求第三方的交易所为其提供相应的金融服务，由此加密货币交易所则大量出现。

在加密货币持有人与加密货币交易所的关系中，持有人担当着信托的委托人和受益人的角色，那么加密货币交易所则作为受托人为其进行金融信托服务。在CRYPTOPIA 案件中账户持有人和公司的债权人作为控辩双方对于信托的认定各执一词，其原因在于机密货币能否作为信托的对象成立自益信托[26]。根据新西兰国内公司法和 1956 年 Trustee Act 的规定：当信托依一定条件成立后，即便投资者转移了信托财产的所属权，也不能够成为信托公司破产清算的对象，则在CRYPTOPIA 案件中公司债权人不能够优先于账户持有人进行优先受偿。[27]

CRYPTOPIA 案件中加密货币账户持有人与交易所之间成立普通信托

在传统信托法的背景之下，信托可以分为商业信托与普通信托两种，其主要的分类标准是以委托人的委托诉求来划分的。信托传统上被作为管理与保护财产的工具，普通信托的典型目的是保存信托财产。[28]

商业信托则以营利为目的，营利性活动自然要求承担风险，不同于要求谨慎

---

[24] 参见沈四宝、王军《国际商法》[M]　对外经济贸易大学出版社，2010.10

[25] 参见张龄方李蕊《互联网消费信托中消费者权益保护研究》[J] 互联网金融法律评论. 2016,(03)

[26] 参见道垣内弘人《信託法入門》 [M] 法制出版社 2014 年版 姜雪莲译

[27] 参见 civ-2019-409-000544---ruscoe-and-moore-v-cryptopia-limited-in-liquidation P68 https://www.grantthornton.co.nz/cryptopia-limited/

[28] 参见信托法理论与实务入门 田中和明[M] 丁相顺译

管理及保守投资的普通信托。[29]普通信托的运营模式可以视为一种积极稳妥的财富储存和传承的方式，其在风险最小化的先决条件之下将个人的财产进行集成化的管理。在新西兰高等法院为 CRYPTOPIA 交易所出具的最终判决书中有明确的介绍。CRYPTOPIA 建立加密货币交易所的完全目的是提供一个平台，让账户持有人能够存储他们的货币，如果他们愿意，他们可以在自己之间进行加密货币交易。一般来说，CRYPTOPIA 并不从事出售加密货币的业务，而只是一个收取服务费的交易所。[30]在其业务介绍中明确说明了 CRYPTOPIA 作为一家信托公司仅提供普通信托这一项服务，并不会对客户的加密财产进行资本的运作，因而不提供商业信托的服务。其意在说明 CRYPTOPIA 仅承担普通信托下产生的相关法律责任，正如在新西兰高等法院在判决书中所列举的新加坡加密货币交易所案件中[31]所涉及的商业信托案件。

新加坡 QUOINE 公司同为一家为加密货币持有者提供服务的公司，其公司的运作模式与新西兰 CRYPTOPIA 公司极为相似，但是不同于 CRYPTOPIA 以普通信托为经营目的，QUOINE 为用户提供加密货币存储与交易服务的同时也会提供一些金融方面的帮助，QUOINE[32]更像是一种“作币商”。从上述案件中可以看出，商业信托与普通信托最大的不同之处在于是否存在有偿性和契约性，普通信托大多系无偿设立，受益人也会无偿取得受益权；商业信托财产则源于受益人的出资，受益人取得受益权作为出资的对价。

加密货币账户持有人与交易所为信托主体中的委托人与受托人

在一般信托关系中，主要存在三类主体：委托人、受托人、受益人。委托人基于书面或者口头的约定，将个人所拥有的财产所有权转移给受托人，受托人按照委托人的意愿将其所托财产包括所托财产的增值部分按照一定期限转移给受益人。在信托关系的体系下，各方主体都是信托成立的关键要素。[33]受益人作为

---

[29] 参见高鸿钧《英美法原论》[M] P839 北京大学出版社

[30] 参见 civ-2019-409-000544---ruscoe-and-moore-v-cryptopia-limited-in-liquidation P8-10 https://www.grantthornton.co.nz/cryptopia-limited/

[31] 参见 civ-2019-409-000544---ruscoe-and-moore-v-cryptopia-limited-in-liquidation P30-31 https://www.grantthornton.co.nz/cryptopia-limited/

[32] Ltd [2019] SGHC(I) 3，[2019] 4 SLR 17 [B2C2 (SGHC)]。Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd [2020] SGCA(I) 2 [B2C2 (SGCA)]

[33] 参见道垣内弘人《信託法入門》 [M] 法制出版社 2014 年版 姜雪莲译

信托关系中不可或缺的一部分，其享有此信托中的受益权，与此同时受益人也起到监督受托人对信托事务的处理的职能。信托的受益人与委托人均为不同的主体，当受益人暂未指定时委托人亦可兼任受益人，成立自益信托。在加密货币交易所的运行机制中账户持有人作为信托关系中的委托人负责出资并转移所有权的义务，这一过程通过转移其个人持有的公钥与私钥到加密货币交易所的冷钱包与热钱包种实现；加密货币交易所作为服务的提供者因此需要履行受托人的义务，其应依照预先签订的合同内容在安全可靠的前提之下提供信托的服务；虽然受益人在这一过程中缺位，但并不影响字益信托的成立。[34]

加密货币账户持有人与交易所之间完成了信托中的财产分隔

依照信托法中的一般原理，当信托财产转交于委托人之后即成为独立的责任财产。其所有权与委托人分隔，委托财产具有一定的独立性。[35]加密货币持有人与交易所间形成普通信托的关系，二者依据书面、口头的形式达成信托的意向，之后客户将自己所拥有的加密货币的“公钥”和“私钥”完整的移交到交易所的数据库中，这也意味着将财产所有权转移到 CRYPTOPIA 交易所去进行信托管理。转移后的加密货币财产所有权归属于交易所本身，与之前的账户持有人完成了财产的分隔。分隔后的财产则不对信托当事人的个人债务承担任何责任，换言之信托当事人也不会对信托的债务承担任何的责任。[36]

对中国的启示和挑战

我国有必要通过法律明确“加密货币”的财产属性

我国政府面对来势汹汹的加密货币浪潮采用了相对“冷静”的处理方法，中国政府对于加密货币的态度相对谨慎，我国政府先后关停了境内大多数的加密货币交易所，并且采用积极的方式妥善善后因关停交易所所产生的社会和经济影响。国内剩余的交易所多进行了经营项目的改制和经营体系的整改。在 2021 年最新召开的博鳌亚洲论坛中，加密货币相关问题再一次成为了讨论的焦点，央行副行长李波表示我国正研究对比特币、稳定币监管规则。

本人认为，现阶段中国尤其是有必要开发具有追踪能力的加密货币交易与反洗钱系统，用于监测虚拟加密货币的交易从而避免使其为犯罪活动提供帮助。同时，随着虚拟加密货币的结算更加便利化方向发展，中国有必要对加密货币进行征税。

然而，在我国现有法律框架下，没有明确如何界定加密虚拟货币的法律属性和权利内容，对我国政府有效监管虚拟加密货币及其相关交易存在法律障碍，配

---

[34] 参见赵廉慧《作为民法特别法的信托法》[J] 环球法律评论. 2021,43(01)

[35] 参见《赵廉慧信托财产独立性研究——以对委托人的独立性为分析对象》[J] 法学家. 2021,(02)

[36] 参见高鸿钧《英美法原论》[M] P857 北京大学出版社

套相应行政奖惩机制及刑事处罚则也很难落实。

尽管我国在《民法典》第 127 条规定，“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定”，但这一规定缺乏可操作性，在我国现有法律框架下网络加密货币的财产的性质问题存在不确定性。2013 年 12 月颁布的《中国人民银行工业和信息化部、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会关于防范比特币风险的通知》（银发〔2013〕289 号，以下简称“《通知》”）明确了比特币是一种特定的虚拟商品。这里所指的商品的概念与《民法典》第 127 条所指的“财产”并不完全一致。商品是用于交换的劳动产品，它强调的是“交换性”，基于劳动产生的。因此，这个《通知》的内容不能作为在无果加密货币具有财产属性的依据予以适用。[37]

另外，尽管深圳仲裁庭开创了明确比特币财产属性先例，但仍然不能成为《民法典》第 127 条规定的，通过立法或司法解释，对“财产”的范围做扩大解释，使其能够作为界定加密虚拟货币的财产属性的依据。在 2018 年的深圳国际仲裁院处理的一起加密货币案件中，仲裁庭指出，比特币具有财产属性，能够为人力所支配和控制，具有经济价值，能够给当事人带来经济方面的利益。对此，有些专家指出深圳仲裁填补了司法判例空白，确认比特币具财产属性受法律保护。

我国防范加密货币持币人通过与交易所设立信托从而规避监管

2020 年的 G20 峰会会后，G20 国财长和中央银行行长发表联合公报，共同敦促各国对虚拟资产特别是“全球稳定币”的监管和反洗钱标准制定以及实施。

但是问题是，信托法的一般规则是，委托人在设立信托之后，如果能完全从信托的场景中退出（out of the picture），实现信托财产不再是委托人的责任财产的效果，委托人的债权人不能扣押信托财产，信托财产独立于破产财产而存在。

但是，如果委托人保留权利，例如保留对受托人进行指示、更换受托人、变更受益人的权利，甚至保留撤回信托的权利等等，此时的信托是否还是信托，能否产生破产隔离之效果，值得探讨。

尽管有观点认为，从所有权和控制权的关系理论出发，认为委托人既然还保留着对信托财产的控制权，不能认为信托财产已经从其责任财产中脱离出去，委托人的债权人应有权强制执行信托财产。但是，我国 《信托法》在委托人保留

[37] 参见李旭东马淞元《民法典》合同编视域下的区块链智能合约研究 上海师范大学学报(哲学社会科学版). 2020,49(05)

撤回权的信托之中，委托人设立信托，即便自己保留控制权，只要能确保信托财产不回流至自己的责任财产之中，仍然能产生破产隔离功能，委托人的债权人不能强制执行信托财产。这对各国联合规制和监管利用加密货币从事洗钱和为恐怖主义融资、犯罪行为构成较大的挑战。[38]

促进和监督加密货币交易的透明化体系的构建

交易透明化法案旨在引入一种数字资产业务报告系统，其中包括客户身份识别和确立防止洗钱的义务，监督加密货币是否被利用在犯罪活动。犯罪痕迹不是个人隐私，透明度是加密货币的关键。随着加密货币被用于犯罪活动，区块链的负面形象逐步累积，这需要通过不断提升调查机构的专业度来破局。

海南自由贸易港作为加密货币交易所“生根发芽”的试验田

海南自由贸易港是我国近期在经济领域的一项新的举措，意在达成在相对自由的政策框架下尽可能的实现经济的自由发展。随着“火币”公司落户海南，中国的加密货币投资者又重新的燃起了投资的希望。

在国内相对谨慎的经济体系下，国内的加密货币持有人和加密货币交易所之间的关系比较微妙，但从保护大多数人利益的角度考虑，以信托的方式去规制二者的关系也可以被视为一种相对稳妥的方式。

参照新西兰 CRYPTOPIA 交易所的案例我们不难发现，以信托的模式去规制二者的关系不仅仅安全，更高效的划清了二者之间的责任与义务。从 CRYPTOPIA 交易所所拥有的 80 多万账户持有人和其所管理的众多财产我们可以看到以信托方式规制账户持有人和加密货币交易所的科学性和合理性，这一种管理模式很显然得到了广大投资者的认可，而且如果没有黑客的攻击，该交易所将会以这一种科学、高效的方法继续运行下去。在海南这个政策相对自由和开放的自由贸易港，加密货币一定会为其发展提供便利，以信托这一种传统并且成熟的法律规则去为国内的加密货币交易所和加密货币持有人提供法律参考是一种现实、可行的办法。[39]

虽然目前我国对于加密货币的态度相对保守，甚至有意限制其在国内的发展。但是国际经济一体化的格局已经建立，我国主导的“一带一路”经济带已经顺利铺开，未来新兴的经济模式将会逐步的渗透到各个经济的格局当中，这其中也包括加密货币。随着加密货币的在世界范围内的不断传播，其应用的场景也在不断地增加，甚至可以利用加密货币向联合国儿童基金会进行捐款，这一系列的良好发展态势都在向我们展现加密货币独特的魅力。虽然有网络技术不成熟、国际立

[38] 参见汤玮晨《关于中国实施“区块链应用”的政策监管建议》[J] 中国发展

[39]参考许多奇肖凯《加密数字货币的定性困境与间接监管出路》[J]

法滞后、黑客盛行等诸多缺点为加密货币贴上了很多的“不洁”标签，即便如此也不能完全否定加密货币的存在价值，在合理区间内，将海南自由贸易港作为加密货币交易所“生根发芽”的试验田，允许为国际经济提供有效的服务。[40]

面对这一问题，国际法学者意在通过建立国际软法进行加密货币的全球治理。在 2019 年日本福冈 G20 峰会中，各国政要探讨了加密货币自诞生以来对于国际经济所带来的机遇与挑战，国际货币基金组织(IMF)总裁拉加德(Christine Lagarde)在财长会议中提及加密货币，她认为国与国之间的监管协调非常重要，包括如何处理加密财产和非银行金融中介，而且这种监管协调也需要以金融稳定和消费者保护为目标。

在 2021 年最新召开的博鳌亚洲论坛中，加密货币相关问题也成为了讨论的焦点，央行副行长李波表示我国正研究对比特币、稳定币监管规则，在研究监管政策的同时我国也在全球范围内积极发起对于建立新型可靠的数字财产在国际经济中的合理应用。

[40] 参考孙梦龙《针对中外区块链加密货币法律监管的比较分析》[J]

跨境数据流动贸易规制之例外条款：定位、范式与反思

杨署东 谢卓君

（重庆大学 法学院,重庆 400044）

杨署东 谢卓君

（重庆大学 法学院,重庆 400044）

摘要：近年来，跨境数据流动成为新常态，其贸易规制问题广受关注。跨境数据流动国际贸易规则构建主要采用“原则+例外”模式，以 WTO 框架、CPTPP 体系以及 RCEP 规则为典型。其中，例外条款灵活性制度功能可以平衡个人隐私保护、数据自由流动与国家安全规制目标间紧张关系，协调冲突的国家利益。由于例外条款受自身核心悖论的影响，现有多边贸易规则中不同范式的例外条款优势明显，但也面临一定程度的适用难度与不确定性。结合主要的例外条款范式分析，中国应立足于自身利益，充分利用例外条款，寻求制度协调效应与制度供给效应的规则诉求。依据渐进开放的具体路径，选择符合自身发展水平的例外条款范式作为实现跨境数据流动政策目标的工具。

关键词：跨境数据流动；贸易规制；规制目标；例外条款；范式选择

中图分类号：DF961　　文献标识码：A　　文章编号：

一、引言

信息技术发展塑造 21 世纪经济格局，全面推动数字贸易的蓬勃发展，数字技术的广泛应用改变了服务贸易、货物贸易以及贸易中知识产权的界定。[1]根据麦肯锡全球研究院（MGI）在《数据全球化：新时代的全球性流动》报告指出，自 2008 年以来，数据全球化已然成为全球经济发展的助推器，跨境数据流动对全球经济增长的贡献已经超过传统跨境贸易与投资。[2]刺激数据领域创新成为不

基金项目：2020 年国家社会科学基金重大立项课题“人类命运共同体理念下我国核安全治理体系和治理能力现代化研究”(20&ZD163)。

作者简介：杨署东(1967-)，法学博士，重庆大学法学院教授，主要研究方向:国际法学、经济法学研究;谢卓君(1993-,重庆大学法学院博士,主要研究方向:国际经济法。

基金项目：2020 年国家社会科学基金重大立项课题“人类命运共同体理念下我国核安全治理体系和治理能力现代化研究”(20&ZD163)。

作者简介：杨署东(1967-)，法学博士，重庆大学法学院教授，主要研究方向:国际法学、经济法学研究;谢卓君(1993-,重庆大学法学院博士,主要研究方向:国际经济法。

1 根据 WTO 官网发布的《World Trade Report 2018:The future of world trade: how digital technologies are transforming global commerce》资料显示,https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/world_trade_report18_e.pdf.

2 根据 Mckinsey&Company 发布的《Digital Globalization: The new era of global flows》资料显示, https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Digital%20globalization%20The%20new%20era%20of%20global%20flows/MGI-Digital-globalization-Full-report.as

同发展水平国家新产业政策的核心，贸易政策是支持数字经济发展的引擎。[3]国际贸易进入新旧规则交替的时代，我国有必要对跨境数据流动新规则作出积极回应，参与国际贸易规则的“创制”。国际贸易规则需要顺应数字经济变化而革新，以解决新问题。2019 年 1 月，由世界贸易组织（World Trade Organization,以下简称“WTO”）成员方发起的电子商务诸边谈判中，针对跨境数据流动新规则，各成员方谈判立场与分歧显现。2020 年 9 月 8 日，中国在“抓住数字机遇，共谋合作发展”国际研讨会发布的《全球数据安全倡议》一文中，指出“各国应要求企业严格遵守所在国法律，不得要求本国企业将境外产生、获取的数据存储在境内。”我国作为数字经济大国，应代表大多数发展中国家利益，积极参与以跨境数据流动为核心的数字贸易新规则谈判与制定，提升我国在数字贸易领域的规则话语权，化解跨境数据流动贸易规制障碍。

全球数字经济治理事关国际经济社会发展与全球秩序安全。由于各政府对跨境数据流动规制所追求的“合法政策目标”之立场偏差，以何种理由作出何种程度限制来规制跨境数据流动成为争议焦点。例外条款作为一种灵活性规则，不仅可以处理结构性制度挑战，也可以保护与维持协定的稳定，其广泛存在于 WTO 框架、《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership,以下简称“CPTPP”）以及《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership，以下简称“RCEP”）等主要跨境数据流动国际贸易规则之中。部分学者指出在跨境数据流动国际规制方面，中国应当坚持“原则+例外”的规制模式，建立有约束力的承诺并设置相应的例外条款。[4]针对现有国际贸易规则体系中例外条款的不同范式，例外条款如何设计可以实现不同规制目标的协调，中国应当作出何种选择、采取何种策略来满足自身跨境数据流动的利益诉求，以达到跨境数据流动规制的预期效果。本文试图从例外条款入手，明确例外条款用于规制跨境数据流动的定位与功能，厘清国际贸易规则新发展与旧规则之间的关系，并针对跨境数据流动规制问题提出符合我国国情的策略，以回应数字贸易新规则的发展需要。

二、例外条款之定位：跨境数据流动贸易规制目标的平衡

各国跨境数据流动规制目标是多元结构的，只是各目标之间略有侧重。例外条款的存在可以区分不同规制目标的主次关系，通过设置宽松或者严格的适用条件实现规制目标间的兼容。越严格的援引条件实现例外条款项下政策目标的难度越大，与之相反，采取宽松的适用条件则实现原则中所寻求政策目标的阻碍越大。

---

hx.

3 根据 WTO 官网发布的《World Trade Report 2020: Government Polices to Promote Innovation in the Digital Age》资料显示,https://www.wto.org/index.htm.

4 例如，学者彭岳指出中国应当坚持“原则+例外”规制模式，与 GATS 以及 TPP 规则一致。学者石静霞指出，跨境数据流动国际规制需要建立有约束力的承诺但设置例外条款。

跨境数据流动贸易规制需要满足合目的性要求，即是否有助于实现规制目标。个人隐私保护、数据自由流动以及国家安全是较为典型的公共政策目标，是否可以满足规制跨境数据流动合目的性要求，有的达成共识，有的存在争议。

（一）个人隐私保护

个人隐私保护在欧盟拥有坚实的历史基础。个人隐私权在《欧洲保护人权与基本自由公约》第 8 条“私生活和家庭生活受到尊重的权利”以及欧共体法律的一般原则中都得到广泛的承认与保护。个人数据隐私保护是欧盟构建跨境数据流动规制体系的主要目标。欧盟采用严格限制跨境数据流动的规制模式，其中 1981 年《个人数据自动化处理有关的个人保护公约》(European Treaty Series,No.108,以下简称《公约》)、1995 年《个人数据保护指令》(EU Directive 95/46/EC,以下简称《指令》) 以及 2016 年《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation,以下简称“GDPR”) 构成欧盟规制跨境数据流动最为重要的三个法律文件。

1981 年《公约》作为区域性法律文件，确立了可以限制跨境数据流动的基本原则。但根据《公约》第 12 条第 2 款对上述基本原则进行限制，公约不允许成员国仅基于隐私权保护而禁止或特别许可授权的方式限制跨境数据流动。《公约》对跨境数据流动规制更多的是交由成员国国内法予以规定。1996 年《指令》提出著名的“充分保护原则”，欧盟较高的数据保护标准初具雏形。该《指令》旨在促进欧盟内部统一市场的建立，实现欧盟内部跨境数据的自由流动，同时，对欧盟内部个人数据向第三国流动进行严格限制。2016 年 GDPR 替代《指令》，欧盟限制个人数据转移至被认定为保护不充分的国家或地区，并设置例外情形。根据 GDPR 第 49 条，对于未被认定为保护充分或未采取适当保障措施的情况下，应允许个人数据转移措施仅须满足下列条件之一，即数据主体明确同意、履行或执行合同所必需、为第三方数据当事人的利益、为公共利益、确立行使抗辩法律所必要、数据主体在身体上或法律上无法给予同意但为了其切身利益以及根据联邦或成员国法律旨在向公正提供信息的注册簿进行。欧盟基于个人隐私保护的规制目的，对个人数据跨境流动采取限制措施，以限制跨境数据流动为原则，允许数据自由转让为例外。根据 GDPR 第 49 条例外条款规定，除（a）项没有“必要”、“必需”等这样的限制性用语外，（b）、（c）、（e）和（f）均采用了此种表述。上述限制性用语赋予了监督机构更多自由裁量权，监督机构可以自行根据情况认定是否“必要”、“必需”。实践中数据监管机构通常会对上述例外作狭义解释，以严格限制其适用，从而确保其本国或本区域公民的个人数据转移安全[1]。未来监督机构是否可以公正合理执行例外条款，仍需要后续司法实践予以检验。总体上，上述三个法律文件约束力逐渐增强，对个人数据跨境转移的限制也越来越严格，例外条款的规定也随之更加明晰，维持个人隐私保护处于相对稳定且灵活的

可控状态。欧盟对跨境数据流动立法较为全面，欧盟规制体系对其他国家产生影响，个人隐私保护也逐步成为其他国家跨境数据流动监管政策目标之一。

（二）数据自由流动

数据是信息时代的关键资源。美国作为数字贸易服务强国，强调遵循数据自由流动。美国将跨境数据自由流动作为寻求国际贸易规则的关键诉求。自由贸易协定是其推广“美式模板”的重要平台，强化数据自由流动的价值取向。早在2007年《美韩自由贸易协定》（U.S.-Korea Free Trade Agreement，以下简称“美韩自贸协定”）电子商务章节中第15.8条规定，缔约方双方认识到信息自由流动对促进贸易的重要性，并认识到保护个人信息的重要性，应努力避免对跨境数据流动施加或保持不必要的障碍。在美韩自贸协定中跨境数据流动条款规定较为原则，也未设定限制数据本地化的措施，只是初步确定了数据自由流动的主张，相关条款缺乏约束力，更多的是一种宣言或倡议的性质。

2015年，美国在《跨太平洋伙伴关系协定》（Trans-Pacific Partnership Agreement,以下简称“TPP”）中升级了有关数据自由流动的相关条款。第14.11条1款确认成员方可以对跨境数据传输制定自身的监管要求,即监管例外。第14.11条第2款认可跨境数据自由流动的基本原则，第3款规定了公共政策目标例外，并附加“实施方式不会构成任意或不合理的歧视手段或对贸易的变相限制”以及“对信息转让的限制不超过实现目标所需的限制”条件，限缩例外条款的适用范围。就数据本地化措施而言，第14.13条第1款采取了上述14.11条1款类似的表述，第14.13条2款确认禁止数据本地化措施的原则，并在第3款设置了公共政策目标例外，对例外条款附加类似第14.11条的限缩条件。2018年起草的《美墨加协定》（United states-Mexico-Canada Agreement，以下简称“USMCA”）于2020年7月正式生效，其进一步升级有关数据自由流动规则。USMCA承袭了TPP大部分内容，同时，也作了部分修改。USMCA第19.11条认可跨境数据自由流动原则，其与TPP第14.11条2款及3款一致，但删除了第14.11条1款的监管例外，仅保留了公共政策目标例外及其两个限缩条件。此外，USMCA第19.12条，仅保留禁止数据本地化措施，删除了监管例外与公共政策目标例外。USMCA通过删除部分例外条款的方式限制例外条款的适用，侧重保护数据自由流动利益，控制其他政策目标对数据自由流动的干扰。跨境数据流动贸易规制“美式模板”经历了从宣言性质到具有拘束力规则转变，实现数据自由流动规制目标的诉求也呈扩张趋势，其例外条款适用条件日益严苛就是有效例证。在“美式模板”规制体系下，例外条款充当数据自由流动的限制工具，不仅专门设置适用例外条款的条件，甚至删除部分例外条款，以最大限度的实现数据自由流动的规制目标。

（三）国家安全保护

我国将国家安全作为限制数据跨境流动正当性的现实基础。部分学者指出，

总体国家安全观是实行数据本地化措施的必然要求[2]。根据我国公布的《中华人民共和国数据安全法（草案）》总则第四条认定“维护数据安全，应当坚持总体国家安全观，建立健全数据安全治理体系，提高数据安全保障能力”是我国数据监管措施的宗旨。习近平总书记提出中国特色的总体国家安全观，强调国家安全涵盖政治、国土、军事等传统安全领域，也包括经济、文化、社会、科技、网络、生态、资源、核安全和海外利益安全等非传统领域，乃至太空、深海、极地等新型安全领域。[5]国家安全关乎国家核心利益，安全问题是国家生存与发展的基石。国家安全本身是一个宽泛的概念，具有地域、文化属性。国家安全作为规制跨境数据流动的合目的性依据，在我国国内存在一定的文化与理论根基。但在国际贸易规则中，国家安全规制目标通常借助例外条款予以实现，其中较为典型的是《关税及贸易总协定》（General Agreement on Tariffs and Trade，以下简称“GATT”）第 21 条安全例外条款。确定性与具有约束力是国际贸易规则得到有效遵守与执行的前提。国家安全概念本身过于复杂，并与国家核心利益挂钩，在短时间内，各国不可能就国家安全范畴达成共识。

正如部分学者指出，国家安全在中国法律语境下存在较少的争议，但在国际合作层面是否可以获得普适性和优先性还需进一步讨论[3]。近年来，特朗普多次以“国家安全”为由，对我国实施制裁措施。国家安全已经成为贸易保护主义的“避风港”，其极易被滥用。此外，数据利用、转移、存储等环节的安全防护，与技术和手段密切关联，不适当跨境数据流动立法也可能危及数据安全。数据本地化要求本身并不能使数据更加安全，只会制约云服务供应商的全球技术应用能力[4]。可见，将“国家安全”作为限制跨境数据流动的优先性理论依据存在困难，但在国际贸易规则例外条款中设置国家安全保护规则具有合理性与合法性。

三、例外条款之范式：跨境数据流动贸易规制的成效检视

跨境数据流动规制问题逐渐成为新一轮多边贸易谈判的新议题。WTO 规则、TPP 自由贸易协定以及 RCEP 自由贸易协定等框架体系对跨境数据流动贸易规制问题均有所涉及，并采取“原则+例外”规制模式，确认跨境数据流动规制自由化的基本方向，但例外条款适用规则有略微差异，不同范式下援引例外条款面临不同程度的难度或者适用上的不确定性。这导致利用例外条款实现规制目标间平衡的能力也有所区别。

本地化立法的正当性[J].西安交通大学学报（社会科学版）, 2016(1):55-56.

5 根据人民网公布的《坚持总体国家安全观 走中国特色国家安全道路》重要讲话内容, http://opinion.people.com.cn/n1/2018/0426/c1003-29952393.html。

[3] 彭岳.数据本地化措施的贸易规制问题研究[J].环球法律评论, 2016(2):180.

[4] Patrick S. Ryan, Sarah Falvey, Ronak Merchant.“When the Cloud Goes Local: The Global Problem with Data Localization”[J]. computer ,2013(46):57.

（一）WTO 框架下例外条款范式分析

2019 年 1 月 25 日，76 个 WTO 成员签署《关于电子商务的联合声明》，确认在 WTO 现有框架与基础上，启动与贸易有关的电子商务议题谈判。WTO 是一个以贸易自由化为主基调的多边贸易体系，并致力于协调贸易政策目标与非贸易政策目标关系。WTO 现有框架是否可以规制跨境数据流动学界已经展开广泛讨论，对跨境数据流动设置限制条件以及采取数据本地化措施可能违反《服务贸易总协定》（General Agreement on Trade in Service，以下简称“GATS”）相关规定。[6]根据美国博彩案、中国电子支付案等司法实践确认技术中立原则，GATS 承诺可以适用于电子方式提供的服务，但要满足各国具体承诺表所列明的义务。从 WTO 目的入手，由于发展中国家与发达国家发展不对称，片面的将数字产品归类于 GATT 会导致发展中国家承担过重的义务，在 GATT 与 GATS 之间应该将处于灰色地带的数字产品由 GATS 予以调整[5]。在 GATS 框架下，将个人隐私与国家安全置于例外条款予以保护，并贯彻数据自由流动的核心立场。因而，GATS 第 14 条一般例外与第 14 条安全例外可以适用于跨境数据流动贸易规制问题。

(1)GATS 第 14 条一般例外。GATS 第 14 条一般例外基本照搬 GATT 第 20 条的规定，两个条款的结构与内容相似，由导言和子项两部分组成。在某种程度上，GATS 第 14 条是 GATT 第 20 条在服务贸易领域的延伸。根据 GATS 第 14 条一般例外（c）款（ii）项“为使与本协定的规定不相抵触的法律或法规得到遵守所必需的措施，包括与下列内容有关的法律或法规：……(ii)保护与个人信息处理和传播有关的个人隐私及保护个人记录和账户的机密性”，将个人数据隐私保护作为违反 WTO 其他条款的特定国内措施的“免责”理由。通常上，一般例外条款的最终目的是保护和实现条约，保持法律的稳定性与规则的持续权威。WTO 争端解决机制的司法实践对一般例外条款进行合理定位，既不能放任以“个人隐私保护”为名滥用贸易保护主义措施，也不能无限度奉行“自由贸易优先而漠视一般例外条款下的合法目标[6]（207）”

跨境数据流动的限制性措施是否能够通过援引 GATS 第 14 条一般例外（c）款（ii）项予以抗辩，需要考量以下条件。迄今为止，上述条款并未被适用过，但由于 GATS 第 14 条与 GATT 第 20 条类似，以下分析 GATS 第 14 条时，将着重参

---

6 例如，学者刘维认为，通过立法对跨境数据流动设置限制条件以及设置本地数据中心，违反了 GATS 第 6 条国内法规、第 16 条市场准入和第 17 条国民待遇的相关规定；学者彭岳认为，数据本地化措施构成 GATS 第 1.1 条所言的“影响服务贸易的措施”，采取数据本地化措施可能违反 GATS 第 16 条具体承诺义务、GATS 第 17 条国民待遇义务。

[5] Sam Fleuter.“The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification” [J]. Chicago Journal of International Law,2016(17):172.

[6] 陈卫东. WTO 例外条款解读[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2002:207-217.

考 GATT 第 20 条的案例。一般例外条款援引条件是从 WTO 案例中得到澄清与明晰的，这也是 GATT 第 20 条使用次数较多的原因。根据统计数据表明，从 2003 年到-2014 年，平均每年至少有一例 WTO 案例中援引 GATT 第 20 条[7]（135）。“美国汽油案”要求适用 GATT 第 20 条时，需要采取双层分析法，即先审查措施是否符合子项的具体例外情形，后审查措施实施的方式是否符合序言要求。[7]具体而言，要适用该条款需要满足三个条件：第一，措施目的的合法性，即限制数据流动的措施是为了“保护与个人信息处理和传播有关的个人隐私及保护个人记录和账户的机密性”，属于 GATS 第 14 条一般例外（c）款（ii）所保护的政策目标。第二，措施的必要性审查。该措施是为实现该政策目标“所必需的”。根据“泰国—香烟案”所确立的“所必需的”含义，要求不存在援用方可被合理地期望去采取既能实现其政策目标又能与 GATT 基本义务相一致的替代措施，或者不存在对 GATT 基本义务违反程度更低的措施[6](217)。专家组以贸易自由化为基点，采取的一种“反推方法”。即使在援引 20 条 b 项成功的“欧共体石绵案”中，专家组和上诉机构仍然对“所必需的”采取较为严格的解释。第三，对序言要求的审查。GATS 第 14 条序言要求“此类措施的实施不在情形类似的国家之间构成任意或不合理歧视的手段或构成对服务贸易的变相限制”为前提。一般情况下，大多数措施难以通过必要性审查，更难经过序言要求的再次过滤。虽然，援引 GATS 第 14 条的限制条件颇多，其缩小解释使得援引该条款予以免责的难度较大而饱受学界诟病。[8]但 WTO 的目的价值在于贸易自由化，WTO 争端解决机制审查一般例外条款的谨慎态度，以免例外条款被滥用而减损该价值[8]。从这个角度而言，对一般例外条款

---

[7] Krzysztof J. Pelc. “Makin and Bending International Rules: The Design of Exceptions and Escape Clauses in Trade Law” [M]. (1d ed)Cambridge University Press,2016:135-259.

[8] 马乐.GATT 一般例外条款适用的价值导向与司法逻辑[J].华东政法大学学报, 2015(1):18.

[9] 梁咏.论国际贸易体制中的安全例外再平衡[J].法学, 2020(2):146.

[10] 刘维.跨境数据流动监管措施在 GATS 下的合规性分析[J].理论月刊, 2018(3):156.

[11] 丁丽柏,陈喆.论 WTO 对安全例外扩张适用的规制[J].厦门大学学报（哲学社会科学版）, 2020(2):127.

7 United States—Gasoline, WT/DS2/AB/R.2,22(1996).

[12] Mira Burri. “The regulation of data flows through trade agreements” [J]. Law and policy in international business, 2017 (48):436.

[13] 田旭.美国《云法案》对跨境司法机制的新发展[J].海关与经贸研究, 2018(4):94.

8 例如，学者刘雪红认为，WTO 一般例外条款被嘲讽为“最没用的条款”，由于采取过度严格的解释和适用方法导致其鲜被成功适用。

[14] 刘天娇.数据主权与长臂管辖的理论分野与实践冲突[J].环球法律评论, 2020 (2):189.

援用施加限制条件，更加符合 WTO 规则设计初衷，同时，给予“个人数据隐私保护”留有空间。

(2)GATS 第 14 条安全例外。正如前述所言，将国家安全作为规制跨境数据流动目标具有合目的性,GATS 第 14 条安全例外则是实现该目标的方式之一。GATS 第 14 条安全例外规定“本协定的任何规定不得解释为：（a）要求任何成员提供其认为如披露则会违背其根本安全利益的任何信息；或（b）阻止任何成员采取其认为对保护其根本安全利益所必需的任何行动：（i）与直接或间接为军事机关提供给养的服务有关的行动；（ii）与裂变和聚变物质或衍生此类物质的物质有关的行动；（iii）在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动；或（c）阻止任何成员为履行其在《联合国宪章》项下的维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。”

跨境数据流动限制措施违反 GATS 相关规定，是否可以利用 GATS 第 14 条安全例外条款予以免责，需要充分考虑以下几个条件。一是，序言的审查问题。与 GATT 第 21 条安全例外相似，GATS 第 14 条将一般例外与安全例外两个条款分开规定，导致 GATS 第 14 条一般例外的序言将不适用于 GATS 第 14 条安全例外，援引安全例外条款条件更为宽松。二是，对具体子项的审查。GATS 第 14 条安全例外（a)、(b）均采用“任何成员认为”的表述，由援用方拥有自我判断权，决定是否存在侵害其“根本安全利益”的情况。GATS 第 14 条安全例外（a）与（c）款适用于跨境数据流动规制问题的可能性较小，（a）款规制行为限于“披露”，（c）款规定以履行《联合国宪章》项下的义务为前提。相比之下（c）项更具有援引的可能性。2019 年 4 月，在“俄罗斯货物国境案”中，WTO 争端解决机制所作出的专家组报告，首次对 GATT 第 21 条安全例外条款作出具体解读。此前，涉及安全条款案件中，有援引该条款的情形，但专家组基于诸多原因并未对安全例外条款进行深入分析，如 1985-1986 年尼加拉瓜诉美国案，美方要求专家组不能审查美国援用 GATT 第 21 条安全例外的有效性和动机，专家组最终并未对第 21 条进行审查，并表明专家组不是无职权审查或 GATT 第 21 条无司法性。在“俄罗斯货物过境案”中，专家组对 GATT 第 21 条（b）款(i i i)项的审查基于文义解释与目的解释，并关注条款的起草过程[9]。专家组认可成员方自行判断其根本安全利益的权利，但“国家关系中的紧急情况”“根本国家安全利益”“必需的”等概念伴随成员方的自我界定而动态变化。有学者认为，由于除极少数事例外，基于网络安全为目的的跨境数据自由流动措施难以GATS第14条作为抗辩例外获得

[15] 俞胜杰,林燕萍.《通用数据保护条例》域外效力的规制逻辑、实践反思与立法启示[J].重庆社会科学,2020(6):68-70.

合规性[10]。也有学者认为，WTO 争端解决机制尚未对成员方的自裁决权形成有效约束，非传统安全的适用问题尚待厘清，缺乏对成员措施实施的“必要性”审查，安全例外存在被滥用风险[11]。与 GATS 第 14 条一般例外不同，GATS 第 14 条安全例外不仅缺乏序言部分的限制，对于子项条件的约束也较为有限。一直以来，成员方对援引安全例外较为谨慎，一旦援引成功成为先例，其他成员方也可以就相似情形与理由予以援引，安全例外被滥用风险会极具增长，为贸易保护主义打开阀门。

（二）CPTPP 规则中例外条款范式分析

2020 年 11 月 22 日，习近平在亚太经合组织第二十七次领导人非正式会议上发表讲话，中国将积极考虑加入 CPTPP。CPTPP 沿袭了 TPP 跨境数据流动的相关规则。其中，TPP 涵盖较为全面的数字贸易规则。正如上述所言，TPP 第 14.11 条第 2 款设置了跨境数据自由流动的原则，例外条款由第 1 款监管例外与第 3 款公共政策目标例外组成。第 14.11 条第 1 款监管例外承认各方“有自己的监管要求”，并未设置其他限制要求，也未列明何为符合自己监管要求的条件，给予成员方较大的自由裁量权。第 14.11 条 3 款公共政策目标例外设置，（a）项不构成不合理或变相限制类似 GATS 第 14 条一般例外的序言设立的约束条件，（b）项所规定的“不超过实现目标所需的限制”，与 GATS 第 14 条一般例外各子项的“所必需的”表述相似。就数据本地化措施而言，TPP 第 14.13 条 2 款确立禁止数据本地化措施原则，并设置与第 14.11 条相同的监管例外与公共政策目标例外。总体上，TPP 规制跨境数据流动的例外条款设计与 GATS 例外条款具有相似性，但区别也较为明显。GATS 第 14 条通过规定子项内容，列明了一系列公共政策目标或国家安全目标。但 TPP 笼统的强调各国监管目标与公共政策目标，并无列明具体情形。从某种程度而言，TPP 对数据保护与数据流动的回应并不完备，也未提出明确的可协调经济与非经济利益的例外规则[12]。

（三）RCEP 规则中例外条款范式分析

2020 年 11 月 15 日，中国同东盟十国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰 15 个国家，正式签署 RCEP，其标志着达成了全球规模最大的自由贸易协定。同时，中国首次在自由贸易协定中明确表明支持数据跨境自由流动的主张。RCEP 电子

---

[16] Benjamin Greze. “The extra-territorial enforcement of the GDPR: a genuine issue and the quest for alternatives” [J].International Data Privacy Law,2019 (9):127.

[17] 叶开儒.数据跨境流动规制中的“长臂管辖”——对欧盟 GDPR 的原旨主义考察[J].法学评论, 2020(1):115.

[18] 黄宁,李杨.“三难选择”下跨境数据流动规制的演进与成因[J].清华大学学报（哲学社会科学版）, 2017(5):172.

商务章节第14条限制数据本地化措施与第15条跨境数据传输措施在原则与例外规定与TPP相类似，但也存在略微差异，主要体现在以下几个方面：一是，RCEP限制数据本地措施第14条1款监管例外，增加“包括寻求确保通信安全和保密的要求”。明确“通信安全与保密要求”为监管例外保护的非贸易政策目标。但“通信安全和保密要求”本身缺乏明确界定，也未规定监管例外援引的约束条件，该条款具有不确定性。二是，RCEP与TPP最大的区别体现于公共政策例外条款。RCEP第14条限制数据本地化措施与第15条跨境数据传输措施，对公共政策目标例外表述基本一致，即“本条的规定不得组织一缔约方采取或维持：（一）任何与第二款不符但该缔约方认为是实现其合法的公共政策目标所必要的措施，只要该措施不以构成任何或不合理的歧视或变相的贸易限制的方式适用；或者（二）该缔约方认为对保护其基本安全利益所必要的任何措施。其他缔约方不得对此类措施提出异议。”TPP连接公共政策目标例外第1款与第2款以“和”为连接词，其为并列关系，要求条件同时满足才能成功援引该例外条款。而RCEP采用的是“或者”为连接，表明只需要满足其中之一即可。此外，RCEP在第2款后增加“其他缔约方不得对此类措施提出异议”的条件，意味着若各缔约方以保护其基本安全利益为由采取必要的任何措施，缔约方不得提出异议。但何为“基本安全利益”并未作出规定，也未对其进行具体列明。RCEP公共政策目标例外条款限制条件更为宽松。更深层次协议的达成需要更大灵活性的规则予以支撑，例外条款可以提供充分的灵活性。但任何不加约束的例外条款，最终将走向滥用或者无法使用，这将导致例外条款制度功能的丧失。RCEP例外条款将面临更大的适用风险。

四、例外条款之反思：我国跨境数据流动贸易规制的范式选择

跨境数据流动国际贸易规则中例外条款之制度功能在于协调数据自由流动、个人隐私保护与国家安全规制目标，一方面，允许当事方暂时性的逃脱规则约束，另一方面防止例外条款被滥用。例外条款自身围绕三个核心悖论，即一是规则因不完美而受益；二是各国寻求例外条款并非基于援引困难，而是在于例外条款的限制；三是例外条款的设计不是为了处理特殊的时间本身而是为了处理常态[7](259)。例外条款可以赋予规则更多的灵活性，便于建立更深层次的协议。但只有例外条款获得更多的约束，例外条款才能充分发挥其功能。例外条款在一定程度上决定跨境数据流动贸易规制措施能否达到预期效果，是否有助于保护规制目标。因而，我国跨境数据流动贸易规制应当明确例外条款范式选择的内在基准，并选择符合我国数字经济发展水平同时可以充分发挥例外条款制度功能的规制

---

[19] Jack Goldsmith and Eric Posener. “The Limits of International Law” [M]. (1d ed) Oxford University Press, 2005:225.

范式。

（一）例外条款范式选择的内在基准：自身利益

(1)利益争点。跨境数据流动是数字贸易规则构建的重要内容。伴随数字贸易规则国际合作的新发展，中国、美国、欧盟、澳大利亚、新加坡等主要国家在数据跨境流动贸易规制的利益争点逐渐明晰。跨境数据自由流动已经成为美国寻求国际贸易规则最重要的诉求，旨在建立更开放、高标准的数字贸易规则。欧盟支持跨境数据流动，但注重个人隐私保护，维护高标准的个人信息保护规则，禁止四种限制跨境数据流动的措施。[9]2020 年，澳大利亚与新加坡共同签署了数字经济协定，建立与 TPP 类似的跨境数据流动规则，支持跨境数据自由流动，禁止数据本地化措施。根据我国《网络安全法》第 37 条规定："关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估。"相较于其他主要国家支持跨境数据自由流动的主张，我国以境内存储为原则，以符合安全评估为基础而实施跨境数据流动。运用"重要数据"等宽泛的概念，国家拥有广泛的监管权力。对跨境数据流动设置过于严苛的限制，超过合理必要限度的规则，反而不利于我国开展数字经济竞争，阻碍我国参与数字经济贸易规则建构。我国应当改变严格限制跨境数据流动的态度，逐步完善国内跨境数据流动法律规范，并有序开放国内数字经济市场与国际市场接轨。

(2)规则诉求。数据被誉为 21 世纪数字经济的"石油"。由于数据的复杂性且没有地域性，判断数据地域性和域外性来规范数据信息的保护与管辖较为困难[13]。不同国家或地区都采取不同程度的管制措施保护其在全球数字市场中的竞争力，以满足自身公共政策目标。为协调各国管制措施，围绕跨境数据流动规制问题已经展开新一轮的贸易谈判，建立具有拘束力的国际规则是实现全球数据治理的未来路径。2018 年 3 月，美国通过《澄清域外合法使用数据法》(Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act，以下简称"云法案")。该法案授予美国执法机构单方调取域外数据的权力，将管辖权从仅限于"数据存储地"标准转向"数据自由"，建立长臂管辖规则[14]。欧盟 GDPR 扩张地域适用范围，赋予该条例域外适用效力以最大限度保护欧盟公民的数据权利。依据"经营场所标准"，GDPR 对欧盟境外数据控制者或处理者的数据处理行为拥有管辖权，只要该行为被认定为

9 欧盟禁止措施包括：要求适用境内计算设施处理数据；要求数据境内储存；禁止境外处理或存储数据；将使用境内计算设施或数据境内存储作为允许跨境数据流动的前提。"Joint Statement on Electronic Commerce, EU Proposal for WTO Disciplines and Commitments Relating to Electronic Commerce, Communication form the European Union", INF/ECOM/22,26 April 2019.

与欧盟境内经营场所开展的业务存在“无法割裂的联系”。实践中，“经营场所标准”客观上可能引起不同法域间法律价值冲突[15]。GDPR 域外效力面临最大的挑战是其执法效力[16]。由于国家的数据保护制度设置的动机较为自利。例如，欧盟扩张长臂管辖能力主要是为了逆转其在互联网与信息产业的劣势地位，争夺全球数据保护的制度话语权[17]。即使赋予数据跨境流动规制域外效力，其所能达到的效果有限，过度扩张易扰乱国际秩序。例外条款具有较好的平衡功能，可以协调隐私、贸易与监控的争点，也可以协调各国数字战略需求差异，赋予灵活性空间。我国应当根据现实需求，设置严格或宽松的例外条款限制条件，以期构建深入广泛的国际规则，抑制各自为政的管制状态扰乱数字经济市场的稳定，寻求例外条款的制度协调效应。

同时，国际制度和国际法是一种国际公共产品，跨境数据流动贸易规制的短板是国际公共产品的欠缺，国际合作是制度供给的前提。一方面，中国应加强对跨境数据流动规则构建的关注，基于友好协商达成契约成果，实现合作方之间的制度同化。制度同化要求协调各方的异质性，形成具有拘束力、包容性、广泛的规则框架，从而实现有效的制度供给。例外条款作为灵活性规则可以化解结构性制度的挑战。有效的制度供给应当注重制度的质量。另一方面，有效制度供给可以克服国际市场失灵而引发的全球治理“赤字”问题。“数字鸿沟”问题不仅困扰国内市场。由于发展中国家与发达国家数字经济实力与数据使用能力的差异，需要保持适合发展中国家的特殊制度安排。高质量的制度供给能够兼顾发展中国家利益与发达国家利益，建立共识性的国际社会公共利益，促进人类命运共同体的构建，寻求例外条款制度供给效应。建立强制约束力的国际贸易规则可以确保国际法律制度的稳定与权威，降低成员方实施背弃行为的动机。我国例外条款规则范式选择应当注重平衡常态与特殊情况的背弃行为，并立足于我国作为发展中国家的基本立场，适度考虑发展中国家建立高水平规制体系的困境。

（二）例外条款范式选择的具体路径：渐进开放

跨境数据流动规制大多采取“原则+例外”模式，如何配置权利与义务使得该模式可以发挥其制度功能，保障核心政策目标的实现，最终取决于各国谈判博弈的结果。当前，跨境数据流动国际规则碎片化，完备且统一协调的规制体系尚待构建。各国更多的是注重国内管制，各自为政。中国应当积极参与跨境数据流动国际规则的制定，提升国际经贸规则话语权。立足于自身利益和人类共同利益是构建跨境数据流动国际经贸规则中国方案的基础与前提。全球层面的规制面临“三难选择”，即“良好数据保护”“跨境数据自由流动”和“数据保护自主权”

无法同时兼顾[18]。本质上，这反映了个人隐私保护、数字贸易自由化和国家安全保障价值目标的制衡关系。国家因何故并于何时遵守国际法，最合理的解释是国家基于自身利益而行动[19]。当前，国际经贸规则中跨境数据流动规制的主流模式以跨境数据自由流动为原则，将个人数据隐私与国家安全利益放置于例外条款予以保护。

我国国内没有独立规制跨境数据流动的法律，相关规定散见于各类法律法规、部门规章等。从某种程度上而言，我国国内对于跨境数据流动规制立场保守，甚至模糊，导致我国参与国际规则谈判与制定的主张也较为不明确。[10]上述国际经贸规则中，跨境数据流动规制的例外条款范式最大的区别在于例外条款的限制条件方面，直接导致国家自裁权大小的不同。首先，在 WTO 框架体系中，跨境数据流动自由价值优先，并应当得到严格保护。在例外条款规则设计上对国家安全利益与个人隐私利益予以关注，但采用较多的限制性用语予以规范，并借助 WTO 争端解决机制形成严格解释的司法实践。其中，GATS 第 14 条一般例外受到成员方广泛援引，并在司法实践中形成成熟的适用条件，具有较强的借鉴意义。但 GATS 第 14 条安全例外受制于自身规则的局限性，被滥用风险较大。其次，CPTPP 中跨境数据流动例外条款规则仍强调自由化的价值目标，适用例外条款的限制条件相较于 WTO 更少，以国家安全利益与个人隐私保护为由，援引例外条款对不符措施予以免责的可能性更大。最后，RCEP 原则上支持跨境数据自由流动，其例外条款援引限制更为宽松，成员方拥有更大的裁量空间来保护国家安全利益与个人数据隐私。当前，跨境数据自由流动价值目标优先是主流趋势，例外条款限制条件的扩张或限缩可以调整其与国家安全与个人数据隐私保护的平衡关系，应当充分利用例外条款规制跨境数据流动。我国数字服务贸易发展水平以及总体规模明显落后于美国，在国家安全、个人数据隐私保护等事项上需要保持公共政策空间，注重保留公共监管权力。因而，我国应当采取渐进式的发展模式，逐步由 RCEP 国际合作框架为基础，转向加入 CPTPP 国际规则再造，并积极推动 WTO 电子商务诸边谈判的“功能转向”，最终形成以 WTO 为核心数字贸易规则构建的新兴功能。

五、结语

在数字经济蓬勃发展的时代背景下，数据跨境流动问题成为国际协定议题谈判关注的重点。无论是国际规则的调整还是制定，在讨论跨境数据流动贸易规制问题时，都应当注意个人隐私保护、数据自由流动以及国家安全保护利益的协调。

---

10 例如，中国在 WTO 电子商务诸边谈判中，中国提案偏原则性和声明性，无具体条文建议，且集中于跨境货物贸易及相关支付和物流服务，并关注服务贸易数字化趋势而已。

例外条款的特殊功能决定其对跨境数据流动贸易规制的作用不可忽视。本文研究表明：一方面，围绕例外条款制度功能，需要将例外条款的适用条件进行适度限制，为跨境数据流动规制目标的平衡与保护提供稳定的规则援引空间，制约例外条款被滥用的可能性。另一方面，充分利用现有国际贸易规则框架中的例外条款范式规制跨境数据流动，选择符合我国自身利益的例外条款范式，加深对跨境数据流动规制机理的认识和理解，提高我国在全球数字经济治理中的制度话语权。

Exception clauses of cross-border data flows in trade regulation: positioning, paradigm and reflection

YANG Shudong, XIE Zhuojun

(School of law, Chongqing University, Chongqing 40044, P. R. China)

Abstract: In recent years, cross-border data flows have become the new normal, and its trade regulation has attracted much attention. The model of "principle and exception" is mainly adopted in the construction of international trade rules for cross-border data flow with typical examples of WTO framework, CPTPP system and RCEP rules. The institutional function of flexibility of exception clauses can balance the tension between personal privacy protection, free data flow and international security regulation objectives in international trade rules. And it can coordinate conflicting national interests. Because of their core paradox, the exception clauses of different paradigms existing in multilateral trade rules are faced with a certain degree of difficulty and uncertainty in application. Combined with the paradigm analysis of the main exception clauses, China should make full use of the exception clauses, base itself on its own interests, seek the rule demands of the system coordination effect and the system supply effect, and choose the exception clauses paradigm that conforms to development level as a tool to achieve the policy goal of cross-border data flows.

Key words: Cross-border data flows; Trade regulation; Regulation goal; Exception clause; Paradigm selection.参考文献：

[1] 张继红.个人数据跨境传输限制及其解决方案[J].东方法学，2018(6):58.

[2] 王玥.试论网络数据本地化立法的正当性[J].西安交通大学学报（社会科学版），2016(1):55-56.

[3] 彭岳.数据本地化措施的贸易规制问题研究[J].环球法律评论，2016(2):180.

[4] Patrick S. Ryan, Sarah Falvey, Ronak Merchant.“When the Cloud Goes Local: The Global Problem with Data Localization ” [J]. computer ,2013(46):57.

[5] Sam Fleuter.“The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification” [J]. Chicago Journal of International Law,2016(17):172.

[6] 陈卫东. WTO 例外条款解读[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2002:207-217.

[7] Krzysztof J. Pelc. “Making and Bending International Rules: The Design of Exceptions and Escape Clauses in Trade Law” [M]. (1d ed)Cambridge University Press,2016:135-259.

[8] 马乐.GATT 一般例外条款适用的价值导向与司法逻辑[J].华东政法大学学报, 2015(1):18.

[9] 梁咏.论国际贸易体制中的安全例外再平衡[J].法学, 2020(2):146.

[10] 刘维.跨境数据流动监管措施在 GATS 下的合规性分析[J].理论月刊, 2018(3):156.

[11] 丁丽柏,陈喆.论 WTO 对安全例外扩张适用的规制[J].厦门大学学报（哲学社会科学版）, 2020(2):127.

[12] Mira Burri. “The regulation of data flows through trade agreements”[J]. Law and policy in international business, 2017 (48):436.

[13] 田旭.美国《云法案》对跨境司法机制的新发展[J].海关与经贸研究, 2018(4):94.

[14] 刘天娇.数据主权与长臂管辖的理论分野与实践冲突[J].环球法律评论, 2020 (2):189.

[15] 俞胜杰,林燕萍.《通用数据保护条例》域外效力的规制逻辑、实践反思与立法启示[J].重庆社会科学,2020(6):68-70.

[16] Benjamin Greze. “The extra-territorial enforcement of the GDPR: a genuine issue and the quest for alternatives” [J].International Data Privacy Law,2019 (9):127.

[17] 叶开儒.数据跨境流动规制中的“长臂管辖”——对欧盟 GDPR 的原旨主义考察[J].法学评论, 2020(1):115.

[18] 黄宁,李杨.“三难选择”下跨境数据流动规制的演进与成因[J].清华大学学报（哲学社会科学版）, 2017(5):172.

[19] Jack Goldsmith and Eric Posener. “The Limits of International Law” [M]. (1d ed) Oxford University Press, 2005:225.

Conflict of Obligations: Treaties in the United States

Zixuan Yang*

摘要：美国宪法第六条第二款确立了国际条约在国内法体系中具有“全国最高法律”的地位，是“条约入宪”的立法典型。但从美国司法判例来看，条约在国内法的“最高地位”在美国国内法院实践中时常被限缩与超越，导致美国法院多次陷入国内法与国际条约义务冲突的境地。本文以 2008 年美国联邦最高法院 Medellin v. Texas 为研究对象，对国际条约在美国国内法的历史背景、理论框架、体系位置、执行机构进行研究，试分析国际条约义务在美国国内法层面的实施困境，结合对国际法二元论理论体系的反思与转型，探究全球化进程中国家在国际法与国内法层面义务冲突的普遍性问题与应对措施。

关键词：条约适用；条约入宪；至上条款；国际法二元论；法律位阶

With the international community stepping into closer cooperation and communications, the state can find itself in rather conflicting positions in domestic governance and international society. Meanwhile, international law is increasingly “interpenetrating”[1] into the municipal law by treaties in terms of “human rights, environmental and international investment law”[2], leading to the overlapping areas subject to the regulation of domestic and international law. The issue how municipal courts exposit and apply treaties can be rather complex regarding to the separation of powers at a domestic level and international obligation at an international level.

The US Constitution provides that “all Treaties made or which shall be made with the authority of the United States, shall be the supreme law of the land and the Judges in every state shall be bound thereby”[3]. However, the U.S. municipal

* 杨紫璇，清华大学法学院 2019 级国际法硕士。

[1] M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2017, p.435

[2] *Ibid.*

[3] See Article VI Section 2 of Constitution of the United States, “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the

courts' approaches can lead to the violation of treaties' obligations, such as in the Medellin v. Texas. This article will discuss the treaties in the U.S. municipal courts from theoretical and practice aspects and try to figure out the issue of the "conflict of obligations" in the application of treaties in the United States.

I. The Background of the United States' Approaches towards Treaties

When it comes to the status of treaties in the United States, the U.S. Constitution of 1787 is always referred to as the authoritative source. As is stated in the constitution, treaties shall be the "supreme law of the land" all over the United States, however, the statute alone can only serve as the textual source. To figure out the historical and theoretical grounds for the "supreme law of the land", it is necessary to look into the development of international law in the United States.

I.A Origin of the Treaties' Status from Confederation to Federation

The treaties' status as "supreme law of the land" had gone through a winding way along with the United States' transformation from Confederation to Federation. The historical background may help us understand the application of treaties at the federal and the state level.

Before the 1787 Constitution came out, the United States was merely "a loose union of thirteen former colonies"[4]. The Congress, as the central authority, was vested with the control over foreign relations in a restricted way. First, the

---

Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding."

[4] Alona E. Evans, *Self-Executing Treaties in the United States of America*, 30 British Year Book of International Law 178, 179 (1953).

scope of treaties was strictly restricted while the residual power was vested in the several States.[5] It was stated in the Articles of Confederation that "no treaty could be concluded which would interfere with the States to establish customs duties or to engage in foreign trade or alliance could be made without the consent of at least nine of the thirteen States"[6] Second, when the treaties were ratified, Congress can only "recommend the States to take appropriate measures to enforce or exhort State authorities and the citizens to observe the treaty obligations of the country in general."[7] Such recommendation and exhortation of Congress seemed negligible and powerless within the loose structure of Confederation, resulting in the bad reputation of the U.S. foreign affairs.

The U.S. founders came to realize the problem through a series of cases, among which the execution of the Definitive Treaty of Peace with Great Britain of 1783 was especially remarkable. The Treaty of Peace was significant to the whole United States as it affirmed the United States to be "free sovereign and independent states"[8] and agreed on other essential issues in regard to territory, debt, military and sailing. Hence, Congress recommended that the States "reconsider and revise all their acts and laws" to make them conform to the provisions of the Treaty.[9] However, it turned out discouraging that the execution

---

[5] See Articles 6 and 9: United States Constitution, Sesquicentennial Commission, 935 History of the Formation of the Union under the Constitution, p. 534, 536.

[6] See Article 9: United States Constitution, Sesquicentennial Commission, 935 History of the Formation of the Union under the Constitution, p. 538.

[7] See, for example, Continental Congress, Secret _Journals of the Acts and Proceedings of Congress (182s), vol. ii, p. 569-70, vol. iii, p. 318, 395 (hereinafter cited as Secret Journals).

[8] See, Article 1, Definitive Treaty of Peace with Great Britain, (1783)

[9] See, for example, *Continental Congress*, Secret _Journals of the Acts and Proceedings of Congress (182s), vol. ii, p. 569-70, vol. iii, p. 433-43, 444-5, 445-6.

of the Treaty among the States was poor and stuffless. The Secretary for Foreign Affairs, Mr. Jay argued that "a valid treaty should be regarded as legally binding upon the United States as a whole, without additional approval by the individual States"[10]. Subsequently, Congress passed resolutions stating that treaties constitutionally concluded as "part of the law of the land…not only independent of the will and power of …[State] legislature, but also binding and obligatory on them".[11] Such resolutions, together with other responses against the loose Confederation, resulted in the revision of the Articles of Confederation in 1787.

The nature and scope of the treaty-making power was one of the issues discussed at the 1787 Convention. Based on the previous experience in states practice, it came to the "general consensus" that the treaty-making power is exclusively within the Federal Government and the treaties must be binding upon the States alongside federal statutes and the Constitution as the "supreme law of the land".[12]

This approach is often considered as the historical origin in the discussion of self-executing treaties' binding force upon the whole country, especially their "precedence over the constitutions and laws of the several States"[13]. The establishment of treaties' status in U.S. Constitution served not only as one of the essential impetuses for the Federalism Reform, but also part of the Federal

---

[10] United States Congress, *American State Papers, Class I: Foreign Relations*, vol. i, p. 228; Secret Journals, vol. iv, p.204

[11] *Ibid.*, p 282-3, 295-6,329-8

[12] Farrand, *Records of the Federal Convention of 1787* (191), vol. i, pp. 54, 164.

[13] Alona E. Evans, *Self-Executing Treaties in the United States of America*, 30 British Year Book of International Law 178, 181 (1953).

Government's sovereign and uniform power in foreign affairs. However, in the subsequent practice, the treaties' status as "supreme law of the land" seemed to be challenged in many ways. Questions come to my mind whether the "supreme law of the land" originate from the United States' advocacy and respect for the international law, or merely the defense of sovereign Federal Government. Further discussion will be presented in the second and third section.

I.B The Dualistic and Co-ordination System of International and Municipal Law

The positivists such as Triepel and Strupp took the position that "the rules of the systems of international law and municipal law exist separately"[14] considering the general difference in the subject, social relations and structures of two systems. Hence, the international law cannot be directly applied in municipal system. This theory, defined as dualism, had influenced the state practice after the end of 19th century. The dualism theory contributed significantly in establishing the mechanism of "incorporation" and "transformation" of international rules into municipal law. In the United States, treaties are classified into self-executing and non-self-executing. The self-executing treaty which "has left nothing to be supplied by legislative authority"[15] can be directly incorporated into municipal law and executed of its own terms. While the non-self-executing treaties require implementation or transformation into municipal law by legislative agency before applied in courts.

[14] M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2017, p.437.

[15] 4 Opinion of the Attorney. General. p. 209-210 (1843)

The classification served as the critical issue in many judgements concerning treaties in the United States, such as Foster v. Neilson and Medellin v. Texas.

However, the dualism theory has been gradually modified and formulated by the "theories of co-ordination".[16] As Fitzmaurice and Rousseau stated, international law and municipal law is "supreme in its own sphere" and "exist within different judicial orders"[17]. International law are "capable of being applied internally".[18] What is significant in the co-ordination theories is the emergency of "a conflict of obligations" where the state act within its own municipal sphere inconsistently with the obligations of international law, resulting in the breach of international law and international liability.[19] It is notable that in "a conflict of obligation", the municipal law is "not overruled by the contrary rule of international law"[20] and the liability only lies in the international field. As is often the case, the municipal courts draw a judgement perfectly consistent with the municipal law, but resulting in the breach of international law.

At the domestic level, the municipal court may draw a judgement perfectly consistent with the domestic order without negative consequences. At the international level, however, such approaches may "cause international liability"[21] towards the other party or the international community. Question arises whether the municipal courts are obliged to submit to the external international rules and

---

[16] M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2017, p.435

[17] M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2017, p 439

[18] *Ibid.*

[19] Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2003 p.33-34.

[20] M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 439.

[21] 99 L Ed 2d 333, 345–7 (1988); 121 ILR, p. 551.

judgements and to what extent the municipal courts should consider the consequences of municipal judgement at the international level. In the next section, I will discuss how the treaties are applied in the U.S. municipal courts and the issue of "conflict of obligation" in the Medellin v. Texas.

II. Medellin v. Texas: Conflict of Obligations and Domestic Approach

The Avena case and Medellin v. Texas may be considered as a series of cases concerning the "conflict of obligations" in the treaties' municipal application. In the Avena case, the Vienna Convention on Consular Relations was superseded by federal procedural default rules, leading to the U.S. international obligation in the ICJ. However, the U.S. municipal courts rejected to follow the ICJ judgements as it considered the ICJ decisions non-executive in Medellin v. Texas. As a result, the Vienna Convention was overridden and disregarded by the municipal courts with no appropriate remedies.

II.A The Hierarchy within the Supreme law of the land

The "supremacy clause"[22] of the U.S. Constitution affirmed the Constitution, the Laws of the United States and all Treaties "shall be the supreme Law of the Land". However, it is important to ascertain the hierarchy within the "supreme law of the land" before we evaluate certain U.S. approach towards the treaties in municipal courts.

II.A. a. The Constitution Authority over Treaties

Treaties, along with the laws of the United States are subject to the

[22] *Strother v. Lucas*, 12 Pet. 410 (1838).

Constitution. On the one hand, as it mentioned in the Restatement (Third), the treaties inconsistent with the U.S. Constitution will not have domestic legal effect.[23] On the other hand, the treaty-making power is within the constitutional limits in terms of the ratification and other procedural regulations.[24] Missouri v. Holland was the classical case where the application of the treaty was held to be "an unconstitutional interference with the reserved power of the States". Justice Holmes famously stated that "Acts of Congress are the supreme law of the land only when made in pursuance of the Constitution, while treaties are declared to be so when made under the authority of the United States."[25] Such approaches are common in most countries as the Constitution is representative of the state sovereignty and national interest. In practice, the state often undertakes a constitutional review before ratifies the treaty. Hence, the "conflict of obligations" seldom happens thereof.

II.A. b. Last-in-time Doctrine and the "Option of Noncompliance"

The relationship between the treaties and the congressional acts are quite complex and controversial, resulting in the "conflict of obligations" at times. There exists a presumption that "Congress will not legislate contrary to the international obligation of the state"[26] and the court tends to interpret the Act

---

[23] Third US Restatement of Foreign Relations Law, s. 105, p. 63 (1987)

[24] *Maiorano v. Baltimore & Ohio R.R. Co.*, 213 U.S. 268, 272-273 (1909).

[25] *Missouri v. Holland*, at p. 433

[26] See e.g. Marshall CJ, Murray v. Schooner Charming Betsy 6 US (2 Cranch) 64; Weinberger v. Rossi 456 US 25 (1982) and Cook v. United States 288 US 102 (1933). See also R. Steinhardt, 'The Role of International Law as a Canon of Domestic Statutory Construction', 43 Vanderbilt Law Review, 1990, p. 1103, and C. A. Bradley, 'The Charming Betsy Canon and Separation of Powers', 86 Georgia Law Journal, 1998, p. 479.

and treaty "without acting contrary to the wording of the either."[27] The presumption may reflect the influence of "principle of international comity" in the domestic sphere. As it stated in Schroeder v. Bissel, "unless it unmistakably appears that a congressional act was intended to be in disregard of a principle of international comity, the presumption is that it was intended to be in conformity with it."[28] However, such "comity" is fading away with the emergence of noncompliance in the U.S. recent practice.

The last-in-time doctrine is the primary and direct cause of the "conflict of obligations". It has been generally accepted in precedents that "the treaty or statute later in date supersedes the earlier"[29], however, there were almost "no cases where an Act of Congress superseded a treaty"[30] in the early 19th century. The courts made great efforts to avoid an interpretation or construction of the mutual supersession between the treaties and the Act of Congress.[31] Situations started to change in Diggs v. Schultz[32] where a Congress Amendment intended to legalize an expressly forbidden action by a United Nations Security Council resolution. The court admitted the Amendment was "in blatant disregard of our treaty undertakings" but affirmed that "under out constitutional scheme,

---

[27] See M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 472.

[28] 5 F.2d 838 (1925). p. 842. See also Macleod v. United States 229 US 416 (1913) and Littlejohn & Co. v. United States 270 US 215 (1926); 3 AD, p. 483.

[29] See, for example, The Cherokee Tobacco (1870), i Wall. 616, at p. 62o; Whitney v. Robertson (1888), 124 U.S. 19o; Hijo v. United States (19o4), 194 U.S. 315; United States v. Lee Yen Tai (19o2), z85 U.S. 213.

[30] Alona E. Evans, Self-Executing Treaties in the United States of America, 30 Brit. Y.B. Int'l L. 178 (1953). pp.183

[31] See, for example, Chew Heong v. United States (1884), l1z U.S. 536, at p. 549; Pigeon River Improvement, Slide & Boom Co. v. Cox (934), 291 U.S. 138, at p. x6o; Moser v. United States (i951), 341 U.S. 41, at p. 45.

[32] 470 F.2d 461, 466–7 (1972); 60 ILR, pp. 393, 397. See also Breard v. Greene 523 US 371, 376 (1998) and Havana Club Holding, Inc. v. Galleon SA 974 F.Supp. 302 (SDNY 1997), aff'd 203 F.3d (2d Cir. 2000).

Congress can denounce treaties if it see fit to do so."[33] A series of cases followed. In Bread v. Greene, the US Supreme Court made a bold statement that "it has been recognized in international law that absent a clear and express statement to the contrary, the procedural ruled of the forum State govern the implementation of the treaty in that State."[34] The Bread case had a great influence upon the LaGrand and Avena case at least in two points. On the one hand, the "last-in-time doctrine" was firmly established in disregard of the previous "principles of international comity". In contrast, "option of noncompliance" is coming out when "the Congress always has the option of passing a statute directing that courts not comply".[35] On the other hand, the Bread case appeared to put the treaties' implementation under the governance of the US procedural rules. Consequently, the "conflict of obligations" become rather apparent and the United States was often found internationally liable for the breach.

II.B. U.S. International Obligation at the Municipal Level

The ICJ decisions of the LaGrand and Avena cases served as the sources of international obligations of the United States and provided remedies at the municipal level. In LaGrand, the ICJ indicated the United States "should take all measures" to ensure LaGrand was not executed while in Avena, the ICJ used the stronger language by "shall implement all measures necessary". Based on the strong stance of ICJ judgement, Medellin filed for the review in the Texas Court

[33] M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 472

[34] 140 L.Ed.2d 529, 537 (1998); 118 ILR, p. 22.

[35] Donald Francis Donovan, *Medellin: Three Questions*, 102 American Society of International Law Proceedings,389 (2008).

and the Supreme Court. President Bush even sent a memorandum to the attorney general indicating the United States would comply with the Avena decision. The Supreme Court, in the first place, accepted the Avena as a binding international obligation of the United States. However, according to the Supreme Court's conclusion, the binding force of the international obligation was obstructed by the ICJ judgment's municipal legal effect.

II.B. a. Problems of the Non-Self-Executing Treaties

Whether the treaty is self-executing or not is the main reason for the Supreme Court to decide whether to permits parties to seek judicial remedies for the breach of treaty. The court analyzed the relevant treaty sources: the Optional Protocol, the U.N. Charter and the ICJ Statute as non-self-executing treaties, concluding that "the Avena judgment is not directly enforceable as domestic law in state court."[36] However, the methodology of the Supreme Court in determining whether the treaty is self-execution seemed to be problematic in the Medellin case.

Firstly, unlike the precious approaches considering a wide range of factors, the US Supreme Court heavily depended upon the "textual analysis"[37] of the treaty. The court focused on the text "undertake to comply" and concluded that the "undertake" argued the governments "to take certain action." However, as some scholars opposed, based on the initial text, it is hard to see how the phrase "undertakes to comply" constitute an evidence of "non-executing treaties".

[36] 06-984 U.S. Reports 1 (2007) Medellin v. Texas, p.8-27.

[37] M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 471.

[38]Indeed, as the guidance for the state act, treaties often adopt the guiding language like this to describe an international obligation, the textual analysis is not reliable thereof.

Secondly, the Supreme Court looked at the post-ratification behavior of the 171 parties to the Vienna Convention among which none has treated ICJ judgments binding in domestic courts.[39] However, to what extent the other countries' approaches should be considered is questionable in terms of the different constitutional structure and legal systems. As Justice Breyer contends, "what the text of a treaty and the practices of other states party might say about U.S. incorporation under the Supremacy Clause may indeed mount to "hunting the snark"."[40]

Thirdly, the Medellin case denied the previous "presumption in favour of self-execution"[41] and replaced it with a case-by-case approach, "depending upon the text, structure and ratification history".[42] Some scholar even pessimistically proposed it reflected an emerging "presumption in favor of non-self-execution of treaties".[43] Such an approach altered the predicable outcomes of future cases because there is no clear guidance in the determination. As a result, the treaties' status and application in the municipal field will be

---

[38] Donald Francis Donovan, *Medellin: Three Questions*, 102 American Society of International Law Proceeding 389, (2008).

[39] Margaret E. McGuinness, *Medellin v. Texas*, 102 American Journal of International Law 622 (2008).

[40] The Hunting of the Snark (An Agony in 8 Fits), at <http://etext.virginia.edu/toc/modeng/public/CarSnar.html>, is a Lewis Carroll poem that describes "the impossible voyage of an improbable crew to find an inconceivable creature.

[41] M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2017, p.471.

[42] *Ibid.*

[43] Margaret E. McGuinness, *Medellin v. Texas*, 102 American Journal of International Law 622,627 (2008).

impaired.

II.B. b. Who should "Undertake to Comply" the Obligation?

Another problem lies in the division of the domestic authority who is assumed to "undertake to comply" the international obligation in Avena case. Theoretically, international law doesn't involve in how the state complies with the international obligation in the domestic sphere. In Medellin case, the Supreme Court proposed that the undertaking was "not a directive to domestic courts", but by the political branches.[44] However, the approach can be challenged for the following reasons.

Firstly, as the ICJ ordered, the United States is required to provide "review and reconsideration of the convictions and sentences of the Mexican nationals" and "such reconsideration was to be made via judicial review".[45] The obligation was directed to the judicial branch from the judgements. In Edye v. Robertson, the Supreme Court defined such obligation as "of a nature to be enforced in a court of justice"[46]. Therefore, it is confusing why the court bother to let the Congress legislate first rather than enforce the review and reconsideration directly.

Secondly, it is necessary to figure out the character of the obligation before we determine which authority is obligated to undertake it. The approaches in the

---

[44] Donald Francis Donovan, *Medellin: Three Questions*, 102 American Society of International Law Proceedings 389 (2008).

[45] Vienna Convention on Consular Relations: Overview of U.S. Implementation and International Court of Justice (ICJ) Interpretation of Consular Notification Requirements. (2004) pp. 15

[46] *Edye v. Robertson*, 112 US 580 (1884)

previous classification of self-executing and non-self-executing treaties can be referred here. Generally, in terms of the "political questions or exposition", the Congress should undertake the legislation. As for the issue of ceasefire, it is directed to the President's authority to conduct the foreign affairs and military activity of the United States. However, when it comes to "the rights and duties of private citizens"[47], the relevant treaties would be considered as self-executing "in the same category as other laws of Congress"[48]. Hence, in Medellin case concerning the individual rights, the courts "needs no further authorization to give effect to that obligation as domestic law."[49]

From the discussion above, it seemed that the United States has drawn a distinct line between the international obligation and municipal law. There is no doubt that there was a binding international obligation for the United States to comply with in the municipal courts, especially when Medellin and other Mexican nationals were in the process of execution. It is notable that on July 14th, 2008, the Avena Case Implementation Act[50] was introduced in the House of Representatives. However, it didn't stop the execution of Mr. Medellin, together with 51 Mexican nationals in Avena case. The international antipathy to the United States "imposition without regard to international law"[51] can be inferred from the ICJ's attitudes in the relevant cases.

---

[47] M.N. Shaw, International Law, Cambridge University Press, 2017, p. 470.

[48] *Edye v. Robertson*, 112 US 580 (1884).

[49] Donald Francis Donovan, *Medellin: Three Questions*, 102 American Society of International Law Proceedings 392 (2008).

[50] H.R. 6481, 110TH Cong., 2d Sess (5a-6a)

[51] Margaret E. McGuinness, *Medellin v. Texas*, 102 American Journal of International Law 627 (2008).

IV. Comments and Conclusion

From the historical perspective, the Supremacy Clause of the U.S. Constitution established the treaties' status within the "supreme law of the land". The dualism theory provided the mechanism through which the treaties can be implemented in the municipal field. Although the treaties' implementation was limited by the Constitution and the last-in-time doctrines, we can see a harmonious system where the principle of international comity applied and treaties were given appropriate regards in early practice.

However, there is a rise of "conflict of obligations" in the recent U.S. practice. The "non-self-executing treaties" seem to be used to get away with the direct international obligation in the municipal field. The Medellin case has implied that the Supreme Court "is narrowing the way in which U.S. participation in the international system can be given automatic domestic legal effect."[52] The approaches can be exposited and analyzed from many perspectives. This essay focused on the following two issues.

IV. A The Treaties within the Constitutional Process

There indeed exists a distinction between "the capacity of the United States as a sovereign State to enter into international treaties and the delegated power of the authority of the United States."[53] The latter, as is mentioned above, was set up in the U.S. Constitution and carried out by the domestic authority, the

---

[52] *Ibid.*

[53] Alona E. Evans, *Self-Executing Treaties in the United States of America*, 30 British Yearbook of International Law 178 (1953).

domestic courts especially. As is often the case, the U.S. Constitution just set the basic structure while how the court exposits the treaties is much more significant. In Medellin case, even though none of the Supreme Court, President and Congress have disputed the existence of the international obligation, the Supreme Court drew a conservative and narrow approach in the distribution of the treaty implement. The way the Supreme Court exposits the international law depends upon "the will of the state" and is proportional to "the scope of the power" the state confers upon it.[54] The recent restrained approach of the Supreme Court may reflect the United States' passive and narrow attitudes towards the international law, leading to the frequent conflict of obligation with no appropriate remedies in the municipal sphere.

IV. B The rise of Sovereignty and National Interest in the Dualism Community

There is a classical saying of the Supreme Court in Boos v. Barry that "as a general proposition, it is of course correct that the United States has a vital national interest in complying with international law."[55] It is notable that "national interest" was raised in discussion of the international law. Dating back to 1787, it was the sovereignty and the unification of the Federalism that promoted the treaties into "supreme law of the land". Therefore, the consideration of national interest grew from beginning of the United States

[54] Charles Cheney Hyde, *The Supreme Court of the United States as an Expositor of International Law*, 18 British Yearbook of International Law 1 (1937).

[55] 99 L Ed 2d 333, 345–7 (1988); 121 ILR, p. 551.

approach towards the international law. However, the stress of sovereignty and national interest appeared to overgrow and expand from the domestic sphere to the international law. The previous principle of international comity no longer prevailed when the domestic courts used to "provide some comity or respect to foreign decisions". [56] Instead, the noncompliance and breach become prevailing. Some conservative scholars in the U.S. even considered the national interest as the good cause of the breach of the international law.[57] The approach has led to the international antipathy and criticism against the United States' credibility and reputation in international treaties. In 2017, for example, Present Trump declared the United States withdraw from the Paris Agreement for the protection of national interest. It is remarkable that the sovereignty and national interest of the United States has compressed the room for the international participation and responsibility.

In conclusion, the conflict of obligations originates from the dualism and co-ordinate system of the international and municipal community. With the rapid development of the globalization and international communications, how to appropriately coordinate the conflict needs not only the domestic efforts in the treaties' application but also the establishment of powerful international sanctions. It is no longer appropriate to assume the dual systems of municipal and international society running separately. As the U.S. Constitution has placed

---

[56] Curtis A. Bradley, *Enforcing the Avena Decision in U.S. Courts*, 30 Harvard Journal of Law & Public Policy 119 (2006).

[57] John F. Murphy, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge University Press (2004)

the treaties within the "supreme law of the land", there is room and possibility for the United States to apply treaties properly in the domestic sphere to settle the conflict. As Mr. Donovan once argued, "our consent to treaties is not a diminution of our sovereignty, but an expression of it."[58] It is wiser to make good use of the treaties' application considering the national interest and pay dual respect to the international law in a win-win cooperation of municipal and international community.

[58] Donald Francis Donovan, *Medellin: Three Questions*, 102 American Society of International Law Proceedings 389 (2008).

国家安全、商业交往权与人格权位阶博弈：AliOS 在大湾区的个人信息跨境合规视角

叶 湘*

（华东政法大学法律学院，上海 201620；山东理工大学外国语学院，山东淄博 255049）

摘要：我们以阿里云计算有限公司智能终端操作系统（AliOS）的个人信息保护政策为个案研究对象，个人信息在大湾区出境场景下，围绕个人信息生命周期五个阶段的信息处理行为（收集、存储、使用、转授、公开和删除等），考察中国收集个人信息最多之一的数字化企业的个人信息保护政策是否符合粤港澳三地的立法规定。同时，我们还探索在大湾区建立一体化的个人信息治理体系，统合网络安全与个人信息分等评估和审核机制，防范由 AliOS 为代表的企业以微观视角制定的个人信息保护政策出现漏洞、造成法律风险。

关键词：出境场景；跨境合规；信息处理行为；个人信息生命周期；治理体系

[基金项目] 国家社科基金重大项目“一带一路沿线国家法律文本翻译、研究及数据库建设”（18ZDA157）；山东省社会科学规划研究项目（19CWZJ36）；山东省高等学校人文社会科学研究项目（J18RB202）。

引言

习总书记在中共中央在十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议中提出“加快数字化发展”战略规划，国内法律法规建设要着重“建立数据资源产权、交易流通、跨境传输和安全保护等基础制度和标准规范”；国际上，“积极参与数字领域国际规则和标准制定”。1基础设施上，“扩大基础公共信息数据有序开放，建设国家数据统一共享开放平台”。经济目标是“发展数字经济”，在国内，“推动数字经济和实体经济深度融合”，面向国际，“打造具有国际竞争力的数字产业集

*叶湘（1980-），男，华东政法大学法律学院博士生，山东理工大学外国语学院讲师，研究方向：网络空间法、自贸区外国法查明、国际法史。

[1] 习近平：《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》，在新华社中央文件频道，http://www.xinhuanet.com/politics/2020-11/03/c_1126693293.htm，最后访问于 2021 年 3 月 8 日。

群"，确保产业数字化后在公平、合理、非歧视的数字国际规则和标准的保驾护航下走出去。治理目标是“加强数字社会、社会治理等数字化智能化水平”，“提升全民数字技能”。安全目标是“保障国家数据安全，加强个人信息保护”。[2]

在产业、政府、社会、全民数字化大趋势下，个人信息与隐私的数字化可谓“新型石油”。个人信息在粤港澳大湾区内部跨三个司法管辖区以及湾区与外部司法管辖区之间的跨境传输，都必须考量数据流动合规和个人信息对等保护问题。个人信息——保护客体——跨境合规是其得到保护的前提，由此，我们以 AliOS（指阿里巴巴集团研发的智能终端操作系统，法律主体为“阿里云计算有限公司”，以下简称“AliOS”）的个人信息保护政策（也称作“隐私保护政策”，目前最新版政策的生效日期是 2018 年 1 月 1 日）为个案研究对象，在个人信息出境场景下，围绕个人信息生命周期 5 个阶段的信息处理行为（收集、存储、使用、转授、公开和删除等），考察中国大陆收集个人信息最多之一的数字化企业的个人信息保护政策是否符合粤港澳三地的立法规定。同时，我们还探索在大湾区建立一体化的个人信息治理体系，统合网络安全与个人信息分等评估和审核机制，防范由 AliOS 为代表的企业以微观视角指定的个人信息保护政策中出现漏洞、造成法律风险。简而言之，在大湾区我们以行为要素（跨境流动中的处理行为是否合规）为框架，评价企业更看重法益要素（国家安全、人格权、用益物权）还是市场要素（商业交往权、成本、利润）。

一、大湾区个人信息跨境的法律冲突

（一）跨法域的大湾区

我国开放程度最高、经济活力最强的其中一个区域粤港澳大湾区包括珠三角九市（广东省广州市、深圳市、珠海市、佛山市、惠州市、东莞市、中山市、江门市、肇庆市）、香港和澳门两个特别行政区，总面积 5.6 万平方公里，2018 年末总人口约 7100 万人，GDP 占全国比重 12.07%，跨三个司法管辖区。弯区大体量的经济和人口规模必然伴随大体量的个人信息随着人才、资源、劳动力、技术等生产要素在湾区内部三个司法管辖区以及湾区与“一带一路”沿线国家和地区之间的流动。

---

[2] 习近平：《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》，在新华社中央文件频道，http://www.xinhuanet.com/politics/2020-11/03/c_1126693293.htm，最后访问于 2021 年 3 月 8 日。

粤港澳湾区的个人信息主体来自制造业、金融业和科创业，具有行业复合的独有特征。不同于东京湾区（产业湾区）、纽约湾区（金融湾区）和旧金山湾区（科技湾区），粤港澳湾区包括东莞制造基地、香港金融中心和深圳科创中心，兼具东京、纽约和旧金山三个湾区的产业特征，呈现复合特征。重视大湾区市场在数据跨境立法中的关键意义，利用大湾区兼有制造、金融、科创产业类型的市场优势服务于立法目的。

中国大陆涉及个人信息跨境传输的法律法规主要有六部，其中仅一部生效，其他六部为征求意见稿。2017 年 6 月 1 日施行的《网络安全法》、2017 年 4 月 11 日公布的《个人信息和重要数据出境安全评估办法》（征求意见稿）、2018 年 11 月的国家标准《信息安全技术数据出境安全评估指南（征求意见稿）》、2019 年 6 月 13 日的《个人信息出境安全评估办法（征求意见稿）》、2018 年 11 月的国家标准《信息安全技术数据出境安全评估指南（征求意见稿）》2020 年 7 月 3 日公布的《数据安全法（草案）以及 2020 年 07 月 15 日公布的地方法规《深圳经济特区数据条例（征求意见稿）》（以下简称《条例》）。该《条例》关于个人信息保护部分颇具前瞻性，迎合了十四五规划和二〇三五年远景目标中的数字化发展战略，明确提出自然人对个人信息拥有数据权，并规定相应保护规则，是主要创新内容之一。

（二）欧粤港澳域外管辖法条对比

欧盟	粤	港	澳
《通用数据保护条例》 第 3 条 数据处理者或控制者：在欧盟境内或境外设有办公场所（with an establishment in the EU, or	《个人信息保护法（草案）》 第 3 条 (一)以向境内自然人提供产品或者服务为目的; (二)为分析、评估境内自然人的行为;	《个人资料（私隐）条例》 第 2 条第 1 款 资料使用者（data user），就个人资料而言，指独自或联同其他人或与其他人共同控制该资料的收集、持有、	《个人资料保护法》 第 3 条 本法律适用于对可以认别身份的人的声音和影像进行的 录像监视，以及以其他方式对这些声音和影像的取得、处理

established outside the EU），其产品及服务的受众目标或其监察行为的目标是欧盟的数据当事人	(三)法律、行政法规规定的其他情形。	处理或使用的人（该款为2012年第18号第2条修订后版本）	和传播，只要负责处理数据的实体的住所在澳门特别行政区，或者通过在特区设立的提供信息和电信信息网络服务的供货商而实施。

表1：欧粤港澳域外管辖法条对比

香港地区的个人信息保护采取的是“弱保护模式”，香港对于违反《个人资料（私隐）保护条例》的行为并不直接可诉，只有资料使用人违反了其他法律条文才可以被起诉。澳门则选择“近似于欧洲对于个人信息的严格保护模式”，在个人信息保护“法律的位阶、广度和深度上均高于香港”[3]。

关于域外管辖界定原则，欧盟和中国大陆更确切地说都是基于信息处理行为，即都以被处理的信息涉及境内自然人即可以划定为域外管辖范围（如表1）。信息处理者在境内还是境外不重要。欧盟和中国大陆都没有围绕信息主体的狭义属人原则。这种以信息处理行为为原则的界定方式，所涉及的域外管辖范围比以信息主体为境内自然人的界定原则所涉的范围要大。

中国香港和澳门地区则采取不同的个人信息（在中国港澳地区立法文本里称作“个人资料/personal data”）域外管辖界定原则。可纳入域外管辖范围的个人资料包括两种情形：第一，信息处理主体在境内；第二，信息处理主体能通过设在境内的服务器或服务供应商执行处理行为。可将第二种情形进一步阐释为：信息处理主体在境外，信息处理主体通过设在境内的服务器或服务供应商执行处理行为。简而言之，无论是处理个人信息的行为人在境内、被处理的信息涉及境内自然人，还是处理行为发生地涉及境内的物理地址，只要三者有其一指向境内，跨境的个人信息就可以划入域外管辖的范围。

（三）问责及管治

欧盟采取风险为本的问责制。数据控制者须依据《通用数据保护条例》（GDPR）第24条，主动采取各项技术及措施以确保循规守法；（第25条）采纳贯彻自定

[3] 李建新：《两岸四地的个人信息保护与行政信息公开》，载《法学》2013年第7期，第104页。

义（by design）及默认（by default）隐私模式；（第 35 条）对高风险的程序进行数据保护影响评估；以及（第 37 条）特种机构指定数据保护官。

珠三角九市所在的中国大陆采取处理行为与安全风险为中心的问责制。中国大陆重视制度、法规、教育、环境四大因素，致力于构建（《个人信息保护法（草案）》第 11 条）各方参与个人信息保护的良好环境。（第 37 条）国家机关处理的个人信息应当在中华人民共和国境内存储；（第 38 条）向境外提供个人信息的应当至少经过以下其中一环来治理：安全评估、个人信息保护认证、与境外接收方订立合同且个人信息处理活动达标以及法规规定的其他条件。

中国香港地区基于“私隐管理系统”，通过“视察”、人事制度和评估来实施问责。依据《个人资料（私隐）条例》第 8 条，视察对应的政府部门或法定法团的资料使用者（data users）所使用的任何个人资料（中国大陆立法文本里倾向使用“个人信息”）系统；设置“保障资料主任”（即数据保护官）；评估私隐安全与风险。

中国澳门地区基于处理行为问责，个人信息处理主体是否采取足够的技术和组织措施来保护个人信息。依据《个人资料保护法》第 11 条，“在考虑到已有的技术知识和因采用该技术所需成本的情况下，上述措施应确保具有与资料处理所带来的风险及所保护资料的”。“成本”、技术与风险“相适应”是关键词，而且“成本"是一个侧重商业交往权的市场领域中的词汇，可见澳门《个人资料保护法》已充分考虑到市场、技术、安全三者之间的关系。委托第三方处理个人信息、（第 16 条）采取特别的安全措施以及（第 26 条）制订行为守则也需要考量上述两个关键词。

三、出境场景下个人信息的处理行为合规

2018 年 11 月 30 日干部网络安全保护局发布的《互联网个人信息安全保护指引（征求意见稿）》将个人信息的处理行为明确为 8 个：收集、保存、应用、删除、第三方委托处理、共享和转让、公开披露以及应急处置。个人信息的一个标准的生命周期可以按照处理行为来分为五个阶段：第一阶段（收集），第二阶段（存储、持有），第三阶段（使用、加工、传输、备份、恢复演练、应急处置），第四阶段（委托第三方处理、共享和转让给第三方、特定范围发布与传播、公共

范围公开或披露），第五阶段（撤销或删除控制或处理的信息、遗忘）。跨境个人信息在上述五个不同阶段涉及不同的行为原则，而且与行为原则挂钩的是域外管辖范围。我们以阿里巴巴集体个人信息保护政策和纽约科宁玻璃制造公司隐私政策为个案，考察互联网公司和传统制造业公司在大湾区个人信息跨境流动时是如何进行合规保护、风险防范的；同时，从大湾区个人信息治理（即国家安全）视角，在公司个人信息或隐私保护政策倾向商业交往权而对被保护对象的人格权造成侵害风险时，治理者的对策有哪些。本文所指的与跨境数据相关的国家安全指宽泛意义上对国家各方面核心利益造成影响的数据流动事项，数据跨境流动涉及国家主权的事项不是本文讨论的范围。

选择阿里巴巴的个人信息保护政策作为个案研究的原因有二：第一，大湾区是改革开放 43 年来商品经济到市场经济最活跃、最早开拓的区域，大湾区对中国网购与互联网金融服务看门人阿里的商业布局很重要，阿里大湾区的数据跨境流动非常频繁。第二，中国市场监管机构在 2020 年 11 月和 2021 年 4 月，以蚂蚁金服互联网金融风险过大、阿里垄断与反竞争行为为由要求叫停蚂蚁金服（此事件后更名为"蚂蚁集团）的上市计划，停止其反竞争行为，并在三年内提交自查合规报告，但是没有要求阿里巴巴做出其他重大让步。蚂蚁集体与阿里的回应提到了“加强个人信息保护与管理”，我们有必要考察阿里集团的个人信息保护政策是否存在漏洞，在大湾区个人信息跨境流动时，是否会产生法律风险。

2020 年 11 月，蚂蚁金服上市被叫停后，中国的市场监管机构迅速发布了针对互联网平台的《反垄断执法的指导意见（草案）》。2021 年 2 月出台的最终版本在几个关键方面与《草案》有所不同。《草案》中还有另一项条款没有在最终版本中出现，它本会让监管机构更容易提出理由说，持有大量用户数据的公司在滥用它们的主导地位。数据控制者的主导地位和独大的控制力量，某种程度上会影响审核、监管部门对个人信息跨境流动进行风险评估时的公正性。

个人信息流动各法域、各地区管理规则的不统一，已经越来越成为“发挥数据价值的障碍”，影响企业商业交往权的扩张，在大湾区相近而合理的个人信息跨境流动规则势在必行[4]。2019 年 6 月在日本大阪召开的 G20 峰会上，建立允许数据跨境自由流动的“数据流通圈”成了引入关注的提议。在大湾区的“数据流通圈”能够助力互联网企业找到新的创新点和经济增长点，解决网络空间涉及国家安全、商业交往、人权保护的国际社会课题。

[4] 孙军：《企业敏感档案跨境管理的合规风险》，载《档案学研究》2021 年第 1 期，第 119 页。

（一）收集阶段

AliOS 按经营地收集个人信息。AliOS 在大湾区的中国香港、澳门地区收集的 AliOS 账号中的个人信息，以及到后面 AliOS 使用信息阶段时，都会出现个人信息出境场景。

相较于《民法典》第 111 条、《个人信息保护法（草案）》第 4 条“个人信息”的定义，AliOS 个人信息保护政策（以下简称“该政策”）第 1 条“个人信息”定义同样以可识别和关联为定义核心要素，定义解构采用概括+列举结构，但是列举部分涵盖范围明显窄、现代科技特征非常突出。该定义列举的个人信息包括：基本信息（个人手机号码、电子邮件等）、网络身份标识信息（系统账号、邮箱地址与前述有关的密码、口令、密码/口令保护答案等）、个人上网记录信息（软件使用记录、点击启动记录、网站浏览记录、接入 W i-Fi 账号的 Sssid、mac 等）、个人常用设备信息（硬件型号、设备 MAC 地址、AliOS 版本、软件列表唯一设备识别码（如 IMEI/AliOS ID/UUID/IDFA/OPENUDID/GUID、SIM 卡 IMSI 信息）、位置信息（行踪轨迹、精准定位信息、经纬度等）。

在该政策的第 1 条第 1 款注册账号/会员环节，AliOS 收集的个人信息至少包括账户名（亦称“昵称”）、密码、个人手机号码、电子邮箱；同时，以手机短信验证码或邮件验证方式（即网络身份标识信息）为企业审查的必备一环，来确认是本人注册，这是依中国法律法规要求进行身份实人认证。除了以手机、邮件来激活确认 AliOS 账号，用户还可以通过淘宝账号、支付宝账号等阿里关联公司的账号登录激活 AliOS。然而，淘宝账号、支付宝账号里包含的主要是安全级别高、高度敏感的个人财务与支付信息，安全等级高于 AliOS 账号信息的安全等级，因此，AliOS 在收集个人信息阶段，可能存在未依据《网络安全法》第 41、42、43 条以及《网络安全等级保护基本要求》分等区别对待账户信息的风险。

注册 AliOS 账号时，如果用户补全个人信息：性别、出生年月日、居住地、名族（原文有错字，应为“民族”）、籍贯、本人的真实头像，AliOS 将提供“会

员生日特权”等“更个性化的会员服务”。然而，个性化服务增值的部分价值不是很大，而且补全的个人信息有违最小化原则。如果个人明示同意，被收集的个人信息（例如本人的真实头像）朝完全可识别、轻易可识别又迈进了一大步，而且为适用该政策的第 1 条第 3 款（基于特征标签进行间接人群画像并展示、推送产品或服务或广告信息）留下方便之门，为扩大了商业交往权埋下伏笔。而这一套扩大商业交往权的个人信息处理行为模式是阿里云计算有限公司或者任何一家市场化互联网公司都会执行的模式。

（二）存储持有阶段

欧盟《通用数据保护条例》和中国《网络安全法》都秉持数据本地化存储原则。依据香港《个人资料（私隐）条例》第 2 条第 1 款、澳门《个人资料保护法》第 3 条，香港和澳门持信息处理行为导向的数据可控原则，即本地区控制者能够控制数据为原则。依据 AliOS 的个人信息保护政策第 7 条，“在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息，存储在中国境内”，以下情形除外：法律法规有明确规定，用户明确授权，用户通过互联网进行跨境交易等个人主动行为。法律文本中“中国境内”不包括港澳台，仅指中国大陆地区。由此，通过 AliOS 个人主动在大湾区跨境交易产生个人信息可能存储在境外，这部分个人信息在出境场景下，AliOS 可依据港澳法规中的域外管辖规定保护个人信息，确保用户人格权。

（三）使用传输应急阶段

普华永道因处理员工个人信息缺少合法依据受到欧盟处罚，成为欧盟依据《通用数据保护条例》涉就业者个人信息的第一案[5]。2019 年 1 月 21 日，法国数据保护监管机构（CNIL）根据《通用数据保护条例》对谷歌处以 5000 万欧元(约 4 亿人民币)的罚款，理由是谷歌在处理个人用户数据时存在缺乏透明度、用户获知信息不充分以及缺乏对个性化广告的有效同意等问题，这是《通用数据保护条例》实施后数额最大的罚单[6]。

AliOS 的个人信息保护政策第 2 条第 1 款详细解释了 AliOS 如何利用 Cookies

[5] 安全内参：《涉及员工数据违规行为 GDPR 首罚：普华永道被罚 15 万欧元》，https://www.secrss.com/articles/13277，最后访问于 2021 年 5 月 6 日。

[6] 搜狐：《欧盟 GDPR 新政后开出最大罚单：罚款谷歌 5000 万欧元》，https://www.sohu.com/a/291499957_100191017，最后访问于 2021 年 5 月 6 日。

技术自动收集“您访问的页面地址、您先前访问的援引页面的位址、您停留在页面的时间、您的浏览环境以及显示设定等"个人行为偏好信息。该款还规定，“我们可将此类信息用于我们的营销和广告服务。"这是一种未经当事人明示或默示同意的直销活动，也是为了扩大商业交往权而对人格权的侵犯。个人信息出境至香港场景下，AliOS 利用 Cookies 技术收集个人行为偏好并直接营销构成不合规，因为香港《个人资料（私隐）条例》第 35E 条规定，“如无资料当事人同意，数据用户不得将个人资料用于直接促销"，第 35F 条还规定，“资料使用者首次将个人资料用于直接促销时须通知资料当事人”。

针对 AliOS 信息系统自动决策“定显著影响您的合法权益”，而 AliOS 无法很好约束系统后的救济，该政策的第 5 条第 6 款规定，“您有权要求我们做出解释，我们也将在不侵害商业秘密或其他用户权益、社会公共利益的前提下提供申诉方法"。这类“解释”加有条件进行申诉的救济方法不够直接，达不到充分保障人格权的目的。与此形成鲜明对比的是澳门《个人资料保护法》第 13 条“不受自动化决定约束的权利”，该条第 1 款还规定，“任何人有权不受对其权利义务范围产生效力或对其有明显影响并仅基于对资料的自动化处理而作出的决定的约束，且有关资料仅用作对该人人格某些方面，尤其是专业能力、信誉、应有的信任或其行为方面的评定”。个人信息出境至澳门场景下，AliOS 须考虑此类合规情形。

（四）委托共享披露阶段

关于个人信息转移存储地的情形，AliOS 涉及未经用户二次明示同意、自动转移的不合规情形，还涉及个人信息转移至境外的得不到对等或充分保护的可能情形。依据 AliOS 的个人信息保护政策第 4 条第 1 款，用户的个人信息“存储于中国的服务器上，为了安全及备份的需要，AliOS 可能将您的信息和资料储存到 AliOS 关联公司的服务器上"。这一条款增加了存储地不确定、脱离本地存储原则的风险。

AliOS 的个人信息保护政策第 3 条第 1 款对“共享”做了排除式反向定义，即“我们不会与我们关联公司、合作伙伴以外的公司、组织和个人共享您的个人信息”，共享行为很宽泛，而且共享对象也很宽泛、非特定，第 3 条第 1 款仅以列举式罗列了授权合作伙伴的类型。尽管第 3 条第 1 款第 1 项举例详细说明了信息脱敏与广告精准推送的时序、逻辑关系，该款意在理顺 AliOS、第三方广告商、用户个人三方在商业交往权与人格权上的共赢关系，但是第 3 条第 1 款第 2 项罗列了 4 条保密和安全的例外情形，让个人信息在共享后在不少情形下处于“无保护”状态，而且该项提供技术措施时（“这些支持包括提供技术基础设施服务、分析我们服务的使用方式、衡量广告和服务的有效性、提供客户服务、支付便利或进行学术研究和调查”）完全导向扩大商业交往权，有忽视人格权的嫌疑。个人信息在出境至香港地区的场景下，AliOS 这两款内容可能面临不合规的情形。香港《个人资料（私隐）条例》第 15 条第 2 款规定委托第三方处理须有足够的保障措施并在监察下执行保障措施。第 16 条第 1 款规定采用技术措施的目的在于控制处理信息各种行为，最终保护人格权。第 33 条规定“禁止除在指明情况外將個人資料移轉至香港以外地方”。

个人信息泄密频发，企业披露跨境个人信息需合规。2020 年《中国网络诚信发展报告》显示，28.5%的被调查者表示曾经常遭遇个人信息泄露，而仅有 14.8%的被调查者从未遭遇过个人信息泄[7]。AliOS 的个人信息保护政策第 3 条第 3 款第 2 项规定，“当我们确定您出现违反法律法规或严重违反 AliOS 相关协议规则的情况，或为保护 AliOS 及其关联公司用户或公众的人身财产安全免遭侵害，我们可能依据法律法规或 AliOS 相关协议要求征得您同意的情况下披露关于您的个人信息，包括相关违规行为以及 AliOS 已对您采取的措施。”该项违反法律法规的严重程度、披露范围都未明确说明，而且征得用户同意已然是“城下之盟”。该

[7] 光明网：《<中国网络诚信发展报告>发布》，https://politics.gmw.cn/2020-12/08/content_34440665.htm，最后访问于 2021 年 5 月 6 日。

项反映出国家安全、关联公司用户或公众的人身财产安全位阶高于人格权的情形。个人信息在出境至香港地区的场景下，AliOS 因用户违法违规而征得用户同意后披露个人信息，可能涉嫌不合规。香港《个人资料（私隐）条例》第 20 条第 5 款 b 项将查阅权与披露挂钩，该项规定，“除非决定该资料使用者须依从该项查阅资料要求，否则不得要求将该资料向该法律程序的任何一方披露 (不论是藉文件透露或其他方式披露)。”

该政策第 3 条第 4 款规定，“出于维护您或其他个人的生命、财产等重大合法权益但又很难得到本人同意的”属于共享、转让、公开披露个人信息时事先征得授权同意的例外的 6 种情形之一。如果出于维护与用户（如淘宝平台上发生买卖纠纷的香港买家与淘宝店主）利益冲突的其他个人的财产权益，但又很难得到用户本人同意的，AliOS 不必事先征得用户授权同意就可以公开披露其个人信息。无论在个人信息是否出境的场景下，该条款未充分考虑常见情形，未充分保护当事人个人信息，本身很难达成逻辑自洽，存在较大的不合规风险。

（五）删除遗忘阶段

针对删除个人信息达到遗忘、保护的目的，AliOS 的个人信息保护政策第 4 条第 2 款与第 3 款之间出现权益指向上的冲突。第 2 款规定，“围绕数据生命周期进行的数据安全管理体系，从组织建设、制度设计、人员管理、产品技术等方面多维度提升整个系统的安全性”，偏重个人信息安全，目的在于保护人格权。第 3 款规定，“我们只会在达成本政策所述目的所需的期限内保留您的个人信息，除非需要延长保留期或受到法律的允许。”该款不再以数据生命周期来管理个人信息，到生命周期尾端删除相关的个人信息；而是以“达成成本政策所述目的所需的期限”为管理个人信息的生命周期。成本政策所述目的是以收回成本、达成收益为依归，如果未收回成本，收支平衡就成为“需要延长保留期”的正当借口，所以即便个人信息流动至生命周期尾端，当事人的信息无法被删除、遗忘，侵害了当事人的遗忘权。此外，该政策第 5 条第 5 款规定，“在您主动注销账户之后，我们将停止为您提供产品或服务，根据适用法律的要求删除您的个人信息，或使其匿名化处理。”该款为 AliOS 本该是以删除操作处理生命周期尾端的个人信息，

非法保留了另一种处理行为：匿名化处理，脱敏后继续保留个人信息。个人信息在大湾区出境至澳门地区场景下，依据澳门《个人资料保护法》第 40 条第 2 款第 2 项，“行为人被通知后仍有下列情况之一者，科处相同刑罚：没有进行删除、全部或部分销毁个人资料”。AliOS 如未及时删除澳门用户的个人信息则构成不合规。

四、中国的对策

新冠疫情期间，一方面，个人信息处理处于高频状态，数字经济反而在疫情期间高速发展；另一方面，个人信息保护相对处于较为薄弱的阶段，后疫情时代，个人信息保护的法治环境会渐趋严苛，欧盟的 TBDF 规则正好反映了全球日益严苛的个人数据保护环境。在以数字经济拉动内需、推动国内国际双循环的当下，针对大湾区数据跨境流动中的个人信息保护，建立大湾区跨境个人信息的一体化治理体系是中国的应然目标。习近平同志为核心的党中央提出的总体国家安全观、党的十九届五中全会关于“坚定不移建设数字中国”的要求以及国务院《促进大数据发展行动纲要》从宏观上为粤港澳大湾区建立一体化个人信息保护与治理体系提供了政策指引。数据安全事件破坏数据、系统和网络的保密性、完整性和可用性，损害政府、企业和个人权益[8]。客观上维护国家安全、商业交往权和人格权呼唤大湾区创新个人信息保护与治理体系。

参照 2020 年 12 月 23 日生效的《关于加快构建全国一体化大数据中心协同创新体系的指导意见》，大湾区在建构行业数据大脑、城市数据大脑，全社会算力资源、数据资源向智力资源高效转化的态势基本形成之际，要保障个人信息安全的能力稳步提升，可遵循以下进路构建大湾区跨境个人信息的一体化治理体系。

（一）立法配置

我国《个人信保法（草案）》第 12 条规定，“国家积极参与个人信息保护国际规则的制定，促进个人信息保护方面的国际交流与合作，推动与其他国家、地区、国际组织之间的个人信息保护规则、标准等的互认。”因此，大湾区需要模仿欧盟建立单一体制的数据监管市场，巩固国家主权与国家安全的紧密联系，强化“港澳作为境外不同法域但属于中国主权一部分”，在个人信息风险防控上以风险等级区分出涉国家安全的个人信息进行专门监控，其建构进路是加强“一带

[8] OECD: *Digital Economy Outlook 2020*, https://www.oecd.org/digital/oecd-digital-economy-outlook-2020-bb167041-en.htm，最后访问于 2021 年 5 月 6 日。

一路”倡议在增大沿线国家进入大湾区的商业交往权，同时利用东盟+3（中、日、韩）机制，发挥中国在东盟个人数据保护松散框架内的软性影响力。充分利用《全球数据安全倡议》，主导制定并细化大湾区区域性数字治理规则。

构建以我国《个人信息保护法》（目前仍是《草案》）为核心框架的个人信息保护体系，在现有立法草案文本的基础上考虑对侵害敏感个人信息的行为配置更高强度的处罚规则、增设个人信息侵权领域的集团诉讼条款[9]。大湾区跨境数据一体化治理过程中，需提供各国通过国际法维护本国及其企业的海外利益的规则体系和申诉机制。

（二）标准的设置

建立大湾区一体化的个人信息安全流通标准，实现从国内立法再到国际标准方面的协同，充分考虑香港、澳门地区个人信息保护法律法规体系化建设比较完备的现实，完善珠三角九市的个人信息跨境流动的治理制度，确保粤港澳大湾区个人信息按照统一标准流动时，国家安全、商业发展、人格尊严三者兼顾。建立大湾区一体化流通标准的进路是政策上梳理跨境流通机制，减少跨境流动制度上的阻碍，进而尝试粤港澳个人信息保护法规、政策的调适与对接，按个人信息生命周期分段打通信息流通体系，实现全周期的统一流通标准。

（三）专门岗位的设置

增设审计管理员岗位，可以加大数据合规的审查力度，有利于保障国家安全，而且可依据《个人信息保护指南》第 4 条第 3 款第 1 项 c 目以及第 4 条第 3 款第 2 项 b 目将该岗位设为专职岗，与网络管理员、系统管理员、数据库管理员、数据操作员和安全管理员齐平。

（四）技术措施的支持

《网络安全法》第 21 条第 2、3、4 款规定，“采取防范计算机病毒和网络攻击、网络侵入等危害网络安全行为的技术措施”，“采取监测、记录网络运行状态、网络安全事件的技术措施”，“采取数据分类、重要数据备份和加密等措施”。可见，《网络安全法》旗帜鲜明地将技术措施作为安保义务的一部分。同时，《公安机关互联网安全监督检查规定》也明确以监督检查的职责来要求将被检查单位采取技术措施。

“有限度地数据本地化存储”，同时对跨境的关键数据保留国家层面的审核

[9]王淼;，数字经济发展的法律规制——研讨会专家观点综述》，载《中国流通经济》2020 年第 12 期，第 114 页。

权“已成为当前国际经贸规则的共识”，这两者也成为中国加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）的明确目标。

（五）明确相关主体的权责

在大湾区一体化个人信息治理体系下，将个人信息不仅当成产品，而且当成数据流通中的要素，要求进入大湾区的企业建立按“个人信息生命周期”为标配评估流程来评估保护治理主体的权责、保护成效等重要事项。个人信息出境会影响个人信息主体对其个人信息的控制，因而规定个人信息主体在个人信息出境场景下享有的权利，既可以缓解由于出境引发的个人信息主体对其个人信息安全的担忧，也是实现个人信息出境安全的重要手段。[10]

在该治理体系下，将信息处理主体区分为“公共主体和市场主体”并以不同要求区别对待。公共主体处理信息的目的在于维护公共利益而市场主体的处理目的在于维护主体的经济利益，公共主体“处理信息的要求低于市场主体”[11]。

要响应习主席所倡导的“丰富开放内涵，提高开放水平”，大湾区需要就开放内容进行转型升级，从开放商品流动和要素流动变为开放制度。[12]

[10] 刘新宇：《数据保护合规指引与规则解析》，中国法制出版社 2020 年版，第 177 页。

[11] 罗培新：《数据立法的基本范畴：数据权属及数据处理的头部、中部及尾部规则》，《中国法律评 论》微信公众号，https://mp.weixin.qq.com/s?src=11&timestamp=1619671689&ver=3037&signature=wk2-Of*m3m8xqzHOEuLg0Sz*0jAI6YsH9SJeVvvEH90TXloMKyYanbWPbT8t4Dhe*hZJc9XQtbpNtK*AqQUPE2wvJxlZ*vEw9ZkgmC9J14Lra9UHXR2zRjQ y8W3grFT&new=1，最后访问于 2021 年 4 月 29 日。

[12] 习近平：《在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话》，载《人民日报》2015 年 12 月 17 日，第 2 版。

中国的国家豁免实践、政策评析和立法建议

叶 研*

单位：西南政法大学国际法学院 中国石油国际勘探开发有限公司

摘 要：国家豁免是国际社会公认的习惯国际法原则，具有法律和政治外交、国内法和国际法的双重对立统一性。受对等原则的制约，各国在制定本国的国家豁免政策时会综合考虑国内国外两种环境，从本国国情和国家利益出发，在国际社会国家豁免博弈中做出对本国利益最大化的政策选择。中国长期的司法和立法实践证明，除“自愿接受”和“适用对等原则”这两种情况外，中国在国家豁免问题上坚持国家享有绝对豁免，国有企业不享有豁免，即“限制的绝对豁免”。国家豁免政策作为中国外交政策一部分，在目前和未来的一段时间里将继续坚持“既不主动对他国进行管辖，也不接受他国的管辖”的政策，该政策也是衡量中国具体的国家豁免规定是否合理的核心标准。在中国国家豁免政策的选择中，尽管限制豁免能够给市场经济下少数私人主体带来一定的额外法律保护，但这种保护仅具有象征意义且代价高昂，不但会使中国丧失在境外主张国家豁免的“话语权”，还会对中国当前的外交大局、“一带一路”倡议、面临的国际政治斗争形势、国家尊严和国际形象的维护、以及国家的整体经济利益带来不利影响，超出了中国现行司法系统的承受能力。限制豁免对于“新冠病毒诉讼”的应对有较大的负面影响，对于“新冠病毒诉讼”的反制具有完全的可替代性，是中国国家豁免政策选择中的较差选项。当前，“新冠病毒诉讼”及我国外交环境的变化，使中国的国家豁免立法具有高度的必要性和迫切性，中国应尽快对“限制的绝对豁免”予以立法确认，以更好地维护中国的国家利益。

关键词：国家豁免 限制的绝对豁免 新冠病毒 外交政策 立法 对等原则

随着新冠疫情在全球的扩散，美国出现了一些针对中国的新冠病毒恶意索赔，这种索赔宣称中国应当对美国新冠疫情的蔓延负责，要么要求中国对美国直接进行赔偿，要么宣称将通过施加关税等方式间接要求中国进行赔偿，要么允许美国

* 北京大学法学博士，中国石油国际勘探开发有限公司高级经济师，兼职教授，兼职研究员，中国贸促会联合国国际贸易法委员会观察员专家，研究方向为：经济制裁及其反制、域外管辖、国家豁免、国际投资、国际能源法和国际争端解决，邮箱：yeyan@pku.edu.cn。作者感谢北京大学李鸣教授、陈一峰副教授和中国法学会黄进会长就主权豁免在当代外交实践问题上给予的指导，感谢《国际法研究》编辑部和李庆明研究员的专业修改意见，文中学术观点及错漏由作者负责。

法院受理向中国提起的恶意索赔诉讼。[1]这些恶意索赔在涉及对中国的管辖和对中国资产的处置时，始终无法绕开中国的国家豁免问题。中国从未进行过系统的国家豁免立法，对于实践中遇到的涉及国家豁免问题的纠纷，主要通过外交层面解决。尽管中国的理论学界长期以来致力于推动中国采纳限制豁免，[2]但时至今日，中国在外交实践中仍然采纳的是黄进教授所称的“已经改变了的绝对豁免理论”，本文将其简称为“限制的绝对豁免”。在国家豁免问题上，中国的理论研究和外交实践之间的差异近年来愈发明显，并具体体现在中国政府对 2008 年“刚果金案”的处理意见中。中国的国家豁免研究目前亟需回答两个关键问题：第一，中国应当采取何种国家豁免政策？第二，中国是否应当进行国家豁免立法？当前，“新冠病毒诉讼”已在美国境内大量出现，[3]外交环境的变化为我们反思上述两个问题提供了契机，目前对中国国家豁免政策和立法问题的研究有着高度的迫切性和现实意义。[4]本文将尝试从法律、政治和经济角度对上述两个问题进行分析，并对中国的国家豁免立法提出参考性意见和建议。

一 国家豁免及其评述

国家豁免概述

国家豁免（又称主权豁免，State Immunity / Sovereign Immunity），[5]是指国家根据国家主权和平等原则不接受他国管辖的特权，来自于“平等者之间无管辖权（Par in parem non habet imperium）”的法律格言，是一项国际社会公认的习惯国际法原则。国家豁免的一般表现形式是，一国法院拒绝对涉及外国及其财产的案件行使管辖权，主要包括诉讼豁免和执行豁免两个方面，[6]这类案件一般被

---

[1] Jeff Stein, “U.S. officials crafting retaliatory actions against China over coronavirus as President Trump fumes”, 1 May 2020, The Washington Post, https://www.washingtonpost.com/business/2020/04/30/trump-china-coronavirus-retaliation/

[2] 参考本文第三章第（三）节中国学者建议采纳限制豁免的各种理由。

[3] “新冠病毒诉讼”是指从 2020 年 3 月起，美国一些州政府和民间团体在美国法院陆续提出了一系列针对中国的巨额集体诉讼，案件多以所谓的中国制造和传播“新冠病毒”、疫情防控不利、在疫情期间囤积抗疫物质等理由，要求中国对原告因为新冠疫情所遭受的损失予以巨额赔偿。

[4] 有人大代表和学者于近期提出就反制“新冠病毒诉讼”推进中国的国家豁免法立法工作，参考：《全国人大代表建议制定国家豁免法》，载《北京商报》2020 年 5 月 28 日，第 2 版；李庆明：《美国新冠疫情诬告滥诉的违法性分析》，载《法律适用》2020 年第 21 期。在 2020 年中国国际法和北京国际法年会上，不少专家学者同样表达出了此种观点，并寄希望于通过推动中国进行国家豁免立法来应对“新冠病毒诉讼”。

[5] Xiaodong Yang, Sovereign Immunity, Oxford Bibliographies, 24 NOVEMBER 2020, available online at https://www.oxfordbibliographies.com/.

[6] Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Psychology Press, 1997), p.118;

认为应由国家行政机关通过外交途径解决。[7]

在国家豁免的发展历史上，一直存在着绝对豁免和限制豁免两种理论和实践。尽管限制豁免在相当多国家已形成一种趋势，但学者们普遍认可，限制豁免仍未成为普遍接受的国际法规则。[8]

国家豁免的双重对立统一性

国家豁免具有国际法和国内法的对立统一性。如前所述，国家豁免首先是一项国际法的基本原则，各国在国际法层面应当尊重他国的豁免权。但与此同时，国家豁免又具有强烈的国内法属性，“是国际法原则在地方法院的适用…案件受理法院所在国的法律决定了其具体的适用范围和方式”。[9]

国家豁免具有法律和政治外交的对立统一性。国际法本身具有强烈的政治和外交属性，[10]这一点在国家豁免问题上表现的尤为明显。尽管国家豁免首先表现为国际法问题，但国家豁免被普遍认为是“政府无法彻底回避的、有关外交关系的政治敏感问题”，[11]处理不当会给“法院地国和有关外国之间的外交关系带来严重的后果”，[12]中国政府就认为国家豁免“既是一个法律问题，又是一个涉及国家对外关系的政策问题”。[13]

综上，国家豁免具有国际法和国内法、法律和政治外交的双重属性，两者对立统一于国际社会的国家豁免实践。

Peter-Tobias Stoll, “*State Immunity”*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Para.1, updated in April 2011.para.1.

[7] 王铁崖：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 131 页。

[8] 王铁崖：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 132 页；龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究: 当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》（第二版），北京大学出版社 2005 年版，第 339 页；Hazel Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2002), pp.235-236; G. Hafner, M.G. Kohen, S. Breau (ed.), *State Practice Regarding State Immunities/La Pratique des Etats concernant les Immunités des Etats* (Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006), pp.27-29.

[9] Hazel Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2002), p.1.

[10] Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law* (Hart Publishing, 2011), pp.33-62; Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2006); Christian Reus-Smit, *The Politics of International Law* (Cambridge University Press, 2004), pp.1-44.

[11] 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究: 当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》（第二版），北京大学出版社 2005 年版，第 122 页。

[12] Lauterpacht, Hersch. “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, British Year Book of International Law 28 (1951), p.243.

[13] 李飞，“关于《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释(草案)》的说明”，全国人大常委会法制工作委员会，2011 年 8 月 24 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议，第一章。

国家豁免中的对等原则

国际法上的对等原则又称互惠原则（Reciprocity），不同的国际法理论学派对其定义差异较大，[14]但主流观点认为对等原则要求“国家基于特定国际法规则提出主张，也必须要遵守此规则”，[15]中国国际法学者也接受此定义。[16]对等原则是在没有权威的机构确保国际法得以实施的情况下，存在于国际关系中的一种客观规则，甚至被称为是一切国际法的起源。[17]因为“各国在国际社会中属于平等的国际法主体，在国际关系上相互独立并需要相互给予尊重，否则国际法难以成立。”[18]国际社会目前在很大程度上仍然是一个“以对等原则为特征的去中心化的系统，并建立在国家按照其自身利益需求对法律的尊重之上”，[19]在国家豁免问题上，一个国家对外国采取何种国家豁免规则，就应当接受外国对自己采取同样的国家豁免规则，对等原则在其中主要表现在两个方面：

一方面，对等原则客观存在于国家豁免的国际实践中，并且使决策者的国家豁免政策选择成为经济学上的“博弈论”问题。另一方面，各国在国家豁免的立法和司法中会直接规定和适用对等原则。

但是在实践中，由于国家豁免案件本身就具有偶发性，因此对等原则效果的实现存在滞后性和不确定性，这会导致国家豁免的国家实践缺乏重复性和系统性。[20]因此有学者认为“没有任何直接的证据表明（在国家豁免问题上）存在互惠或

---

[14] 有学者认为它是一方的行为取决于另一方的行为并构成相同或对等待遇的国家间关系，有学者认为它是国家间互相提供协助和便利的行为，国际法委员会认为它是国家间对于某种权利的分享，即当一个国家从某种权利中获益，别的国家也应当享有同种权利，相关论述参考 Keohane, R., “Reciprocity in International Relations”, (1986) 40 (1) *International Organization*, p.3; Shahrad Nasrolahi Fard, “Is Reciprocity a Foundation of International Law or Whether International Law Creates Reciprocity?”, Doctor of Philosophy in the Faculty of Social Sciences, Aberystwyth University, p.26; Yearbook of the International Law Commission, 1976, Vol. II, Part Two, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its twenty-eighth session, A/CN.4/SER.A/1976/Add.l, p. 12.

[15] Bruno Simma, “Reciprocity”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, April 2008, para.2.

[16] 李双元等：《中国国际私法通论》（第 3 版），法律出版社 2007 年版，第 488 页；王欣濛、徐树：《对等原则在国家豁免领域的适用》，载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2015 年第 6 期，第 127-134 页。

[17] Gamal Badr, “State Immunity: An Analytical and Prognostic View”, *Springer Science & Business Media*, 2013, pp.101-102.

[18] 王吉文：《论我国对外国判决承认与执行的互惠原则——以利益衡量方法为工具》，载《法学家》2012 年第 6 期。

[19] Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session, A/53/10, p.74.

[20] Refer to Parisi, F. and N. Ghei, “The Role of Reciprocity in International Law”, (2003) 36(1) *Cornell International Law Journal* 93, pp.93-123.

有效的报复”，[21]还有学者对于在立法中直接规定对等原则提出了批评，认为这会导致国际法的不确定性并影响国际法治的实现，[22]但几乎所有的学者都认可对等原则是国家豁免最重要的原则之一。[23]

二 中国的国家豁免实践和“限制的绝对豁免”

中国的国家豁免司法实践

中国在国家的国家豁免问题上的司法实践

在国家的国家豁免问题上，中国的司法实践主要包括中国在外国的国家豁免实践和外国在中国的国家豁免实践两部分。

一方面，中国政府在外国法院被起诉时，历来主张自己享有绝对的豁免。1952年的“两航公司案”中，中国对英国法院的强制管辖的行为提出了绝对豁免主张，并在英国法院拒绝给予中国国家豁免并强制扣押中国政府财产的情况下对英国采取了报复措施。[24]实践中，对于外国法院强制对中国进行管辖的案件，中国政府通常会按照“对等原则”对相关国家采取或威胁采取报复措施。[25]

另一方面，中国政府历来尊重外国在中国法院享有的绝对豁免。“中国法院不但从未对其他国家行使过管辖权，也从未执行过任何涉及外国国家公共资产的决定。”[26]

由上述案件可知，在国家豁免的问题上，中国政府在国内外司法实践中的立场是一致的，始终认为国家享有绝对豁免，并且认为“如果外国国家无视关于国家豁免的原则，侵犯我国的国家及其财产豁免权，中国有权采取对等措施。”[27]

---

[21] Pierre-Hugues Verdier and Erik Voeten, “How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity”, (2015) 59 (2) *International Studies Quarterly*, p. 6 and p.12.

[22] Evans, Alona E. “Should Sovereign Immunity be Governed by Reciprocity?”, Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969), vol. 52, 1958, pp. 85–88; Hazel Fox, The Law of State Immunity, Oxford University Press, 3rd edn, 2002, pp. 14-15.

[23] Suy, Immunity of States before Belgian Courts and Tribunals, in 27 ZaoRV 660-692 at 692 (1967); Gamal Badr, “State Immunity: An Analytical and Prognostic View”, (2013) *Springer Science & Business Media*, p.162; Bankas, E.K., The state immunity controversy in international law: Private suits against sovereign states in domestic courts, Durham University, 2005, pp. 41-42.

[24] 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社 2005 年版，第 121 页。

[25] 例如前述“两航公司案”中，新中国在国家豁免问题上首次对英国采取了报复措施。在此后的“湖广铁路债券案”中，中国外交部在 1983 年给美国国务院的备忘录中也表示，如果中国的国家豁免在美国法院得不到保护，那么“美国国务院和美国政府须对此负责”，参考 Mr. Lincoln Davis, “Regarding the endorsement of U.S. citizens’ claims for payment by Chinese Government of defaulted Chinese bonds”, 24 May 2007, 110th CONGRESS, 1st Session, H. CON. RES. 160.

[26] Hanqin, Xue, Chinese Contemporary Perspectives on International Law: History, Culture and International Law, 355 Recueil Des Cours 41, 100–01 (2011), pp.86-87.

[27] 段洁龙：《中国国际法实践与案例》，法律出版社 2011 年版，第 2 页。

中国在国有企业的国家豁免问题上的司法实践

中国在国有企业的国家豁免问题上的司法实践，主要包括中国国有企业在外国的国家豁免实践和外国国有企业在中国的国家豁免实践两部分。

一方面，中国的国有企业多年来在外国（尤其是美国）法院经常主张自己是中国政府的一部分，并尝试利用国家豁免规避外国法院对自己的管辖，但中国政府对此并不认可。从 1956 年的“上海交通银行案”[28]到 1977 年的“海后一号案”[29]，从 2005 年的“中航油案”[30]到 2015 年的“中航工业案”，[31]直至 2020 年结案的“北新建材系列案”，[32]中国的国有企业多年来在外国法院（尤其是美国）的几十起案件中提出过国家豁免的主张。

另一方面，经检索中国的法院系统可以发现，尽管在中国境内起诉外国国有企业的案件数量并不多，但是诸如印度国家航运公司、阿联酋国家石油公司、英国电信和卡塔尔航空公司等外国国有企业都曾在中国法院成为原告或被告，这些企业也从未在中国提出过国家豁免主张。[33]因此，在国家豁免的问题上，中国政府在国内外的司法实践中立场是一致的，始终认为国有企业不享有豁免。

中国的国家豁免立法实践

中国在国家的国家豁免问题上的立法实践

中国目前在国家的国家豁免问题上并未制定统一的国家豁免法，仅在一些单项立法中对国家豁免的特定问题所有涉及。

首先，在普通民事司法领域，2005 年颁布的《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》原则上授予了外国中央银行在中国财产的绝对豁免，但同时又规定外国中央银行或其政府同意接受中国法院管辖以及适用对等原则这两种情况除外。[34]2007 年《最高人民法院关于人民法院受理涉及特权与豁免的民事案件有关问题的通知》规定，法院在受理以外国国家为被告的案件之前应逐级上报最高人民法院，[35]这意味着中国法院在最高人民法院批准之前不得受理以外国国家为被告的案件,原则上相当于明确了国家享有绝对豁免的原则，并为实践留有一定的

---

[28] Midland Inv. Co., 40 H.K.L.R. at 49.

[29] Paterson, Zochonis (U.K.), Ltd. v. Compania United Arrow, S.A., 493 F. Supp. 621.

[30] Ding Yilin (2012). Absolute, restrictive or something more: Did Beijing choose the right type of sovereign immunity for Hong Kong? Emory International Law Review, 26, p.1021.

[31] Global Tech., Inc. v. Yubei (Xinxiang) Power Steering Sys. Co., 807 F.3d 806.

[32] In re Chinese-Manufactured Drywall Prod.Liab.Litig., 168 F. Supp. 3d 918 (E.D. La. 2016).

[33] 叶研：《国有企业国家豁免问题与中国的立场选择》，北京大学博士学位论文，2018 年，第 84 页。

[34] 中华人民共和国主席令 2005 年第 41 号。

[35] 最高人民法院法〔2007〕69 号。

灵活操作空间。

其次，在外交领域，《中华人民共和国民事诉讼法》和《外交特权与豁免条例》则对外国驻中国使馆和使馆人员的外交特权与豁免问题进行了详细规定。由于外交特权和豁免属于专门的领域，本文对该问题不做近一步讨论。

最后，在船舶和航空器这一特殊领域，中国的相关法律和签署的国际条约一般都采纳了限制豁免。

因此，尽管中国并没有关于国家豁免的统一立法，但上述各规定一方面反映出中国在普通民事司法领域的绝对豁免立场，另一方面也反映出中国在国家豁免特定问题上的政策灵活性，并且尤其强调对等原则，为相关问题的灵活处理预留了政策空间。[36]

中国在国有企业的国家豁免问题上的立法实践

在外国国有企业在中国是否享有国家豁免的问题上，《中国民事诉讼法》第5条规定了“同等原则”，即“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务”，显然，中国在立法层面并未赋予国有企业享有国家豁免的特殊地位。

中国的国家豁免政策选择实践

中国主张国有企业并不享有国家豁免，这同限制豁免的主张基本一致，因此，中国国家豁免问题的关键是对于国家是否享有绝对豁免问题的回答。尽管中国在实践中一直坚持国家享有绝对豁免，但中国政府近年来对采纳限制豁免至少有过三次重大尝试：第一次是2005年前后，中国签署以限制豁免为原则的《公约》的行为被广泛解读为中国政府已初步接受了限制豁免。[37]但2008年“刚果金案”随即证明限制豁免同中国的国情和外交立场存在重大冲突，限制豁免立法的尝试也随即暂告一段落。第二次是2014年前后，随着中国改革开放的提速和对外经济交往的增多，为保护中国企业的海外利益和同国际社会接轨，中国政府再次就

---

[36] 尽管学者们对于在国家豁免立法中是否应当直接规定“对等原则”褒贬不一，但该原则对于保护中国的国家利益而言具有特殊重要的意义，因此笔者亦同意目前中国“限制的绝对豁免”实践中继续保留对等原则，同样观点可参考王欣濛、徐树：《对等原则在国家豁免领域的适用》，载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2015年第6期，第127和第130页；王虎华、罗国强：《〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉规则的性质与适用》，载《政治与法律》2007年第1期，第37页。

[37] 尹雪萍：《一国两制视野下的国家国家豁免问题:分歧与协调》，载《东岳论丛》2011年第11期，第178-179页；王立君：《国家及其财产管辖豁免规则的新发展——兼论我国的立法与实践》，载《法商研究》2007年第3期，第102和第104页。此外，《法学家》杂志曾于2005年6月就国家豁免的问题开设专栏，邀请中国政府和专家学者对《公约》签署的情况进行了评述，中国的官员和学者们整体上并表达了对《公约》及其采纳的限制豁免规则的支持。

限制豁免立法进行了多方调研，但由于限制豁免同中国国情和外交立场冲突的客观情况并未改变，此尝试再次被搁置。第三次是由 2020 年美国针对中国的“新冠病毒诉讼”引发，其目的是通过进行限制豁免立法，形成对美国“新冠病毒诉讼”的司法威慑和对等反制。[38]

中国的“限制的绝对豁免”

由上述中国在国家豁免问题上的司法、立法和政策选择实践可知，中国目前在实践中采取的国家豁免政策，是“不管辖……以外国国家为被告或针对外国国家财产的案件……也不接受外国法院对以我（中）国国家为被告或针对我（中）国国家财产的案件享有管辖权”。[39]该政策可以概括为中国“既不主动对他国进行管辖，也不接受他国的管辖”。这种国家豁免政策并非西方传统意义上的绝对或限制豁免，它在本质上属于绝对豁免，但排除了对国有企业的适用，在现实经济意义上同限制豁免已经十分接近，[40]有西方学者甚至认为中国的这种国家豁免政策“同限制豁免之间的主要差别仅存在于理论中…中国的实用主义的做法已经导致两者间差异在实践中几近消失”。[41]中国这种在长期外交实践中形成的国家豁免政策被黄进教授称为“已经改变了的绝对豁免”，[42]本文将其概括为“限制的绝对豁免（Restricted Absolute Immunity）”。[43]

中国的“限制的绝对豁免”认为，国家在“自愿接受”和适用“对等原则”这两种情况之外享有绝对豁免，国有企业不享有国家豁免。[44]“限制的绝对豁免”是绝对豁免，但是对绝对豁免的主体范围进行了限制，将国有企业排除在外。“限

---

38 《全国人大代表建议制定国家豁免法》，载《北京商报》2020 年 5 月 28 日，第 2 版；李庆明：《美国新冠疫情诬告滥诉的违法性分析》，载《法律适用》2020 年第 21 期。

39 李飞，“关于《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释(草案)》的说明”，全国人大常委会法制工作委员会，2011 年 8 月 24 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议，第三章。

40 当代社会以国家为被告的案件绝对数量极少，私人主体还能通过外交保护和国际仲裁等途径得到救济，而且中国的国家豁免政策还排除了对国有企业的适用，因此在现实经济意义上已经同限制豁免十分接近，参考本文第三章第（三）节第 1 段的分析。

41 Halsbury’s Laws of Hong Kong, 190.041, n.17 (2009), LexisNexis online.

42 黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 272-273 页。

43 本文主要讨论国家的国家豁免问题，而在这一点上“限制的绝对豁免”同绝对豁免具有相同的内涵，因此下文会按照论述的需要交叉使用“绝对豁免”和“限制的绝对豁免”两种表述，其指代相同。

44 同样的结论可见王虎华、罗国强：《〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉规则的性质与适用》，载《政治与法律》2007 年第 1 期，第 36-37 页；Huang Jin and Ma Jingsheng, “Immunitues of States and Their Property: the Practice of the People’s Republic of China”, Hague Academy of International Law. Association of Attenders and Alumni, Hague yearbook of international law (Martinus Nijhoff Publishers, 1990), p. 179。

制的绝对豁免”同绝对豁免的区别在于其并不将国有企业作为国家豁免的主体，同限制豁免的区别在于其认为国家在除“自愿接受”和适用“对等原则”这两种情况外享有绝对的豁免。“限制的绝对豁免”是一种“防御型”国家豁免政策，区别于西方国家以限制豁免为代表的“进攻型”国家豁免政策。中国使用“限制的绝对豁免”这一概念的意义在于：一方面，可以简明扼要地向国际社会明确中国在国家的绝对豁免问题上的原则立场，有助于中国在境外主张绝对豁免，维护中国的外交利益；另一方面，可以向国际社会阐明中国认为国有企业不享有国家豁免的立场，有助于维护中国自由市场经济的国家形象，有助于国际社会对中国在国际经济交往中“不滥用绝对豁免”立场的理解，并且可以驳斥一些西方学者对中国“国家豁免政策不连贯”、[45]“中国是固守绝对豁免的极少数国家”[46]等不实批评。中国目前有高度的必要性在国际社会明确使用“限制的绝对豁免”这一表述，消除西方学者对中国的误读和责难，在确保中国外交利益的同时，维护中国良好的国际政治和经济形象。

三 中国国家豁免政策的基本原则、关键问题与反思

中国国家豁免政策的基本原则

中国将国家豁免识别为以法律形式表现的政治外交问题，认为“国家豁免规则或政策属于国家对外事务中的外交事务范畴……外国国家及其财产在一国法院是否享有豁免，直接关系到该国的对外关系和国际权利与义务……国家豁免规则或政策是一种涉及外交的国家行为。”[47]当今世界处于“百年未有之大变局”，中国的国家豁免政策应当同中国的外交政策保持高度一致，这些外交政策也为中国的国家豁免政策设立了基本原则，主要包括如下几个方面：

---

[45] 西方学者较多僵化地使用绝对豁免和限制豁免两分法来看待国家豁免问题，经常混淆中国在国家和国有企业问题上的国家豁免立场，并因此认为中国在国家豁免问题上的立场是“不连贯”的。持有这种观点的学者有的存在认知上的错误，有的则是在故意曲解中国国家实践，以试图证明中国无权通过援引“一贯反对者”来拒绝适用限制豁免，参考 Ferdous Rahman, “Questioning Chinese Government’s Stand for Sovereign Immunity”, (2017) 9 (1) *Transnational Corporations Review*, p.42; Ding Yilin, “Absolute, Restrictive or Something More: Did Beijing Choose the Right Type of Sovereign Immunity for Hong Kong?”, (2012) 26 *Emory International Law Review*, pp.1020-1023. Roderick O’Brien, “Sovereign Immunity and the People’s Republic of China”, (1983)13 Hong Kong Law Journal, pp.202–203。

[46] 目前很多外国学者对中国将国有企业排除在国家豁免之外的做法熟视无睹，刻意将中国的“限制的绝对豁免”同“绝对豁免”划等号，并通过偷换概念的方式将中国纳入少数坚持“绝对豁免”的国家之列，认为这是中国落后的表现，参考 Tahirih V. Lee, *Foreigners in Chinese Law* (Garland Publishing, Inc., 1997), p. 55; Anthea Roberts, *Is International Law International?* (Oxford University Press, 2017), p.158; Edwin Egede, *Politics of International Law and International Justice* (Edinburgh University Press, 2013), p.228; Mikyung Yun, “An Analysis of the New Trade Regime for State-Owned Enterprises under the Trans-Pacific Partnership Agreement”, *East Asian Economic Review*, Vol. 20, No. 1, 2016. p.18。

[47] 2011 年通过的《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释》。

维护中国的国家利益

实在法学认为国际法是合作的法，是国际社会追求共同利益和相互间合作的结果，是将国际法内化为本国国内法、并使本国国内法获得国际社会“合法性（Legality）”认同的过程，[48]强调避免国际法的“碎片化”。[49]政策定向法学和批判法学认为，国际法是斗争的法，是国家谋求自身权力和利益的工具，是为本国国内法谋求国际法上“正当性（Legitimacy）”、甚至是将本国法转化为国际法的过程。[50]在国家豁免问题上，在实在法学看来，各国应尽量采取国际社会广为接受的国家豁免政策，而政策定向和批判法学则认为，一个国家采取何种国家豁免政策应当由其国家利益需求来决定。对中国而言，尽管中国的国际法实务工作者非常清楚法律与政治的密切联系，但中国的国际法理论研究同国际斗争的现实需要及中国的外交实践有所脱节。[51]有学者观察到，过去的几十年里，美国经常认为自己所做的就是国际法，而中国在很多问题上却倾向于认为其他国家所做的就是国际法。[52]当前，一些中国学者逐渐开始将“国际法是主权者捍卫自己利益和价值的工具”的理念付诸实践，并认为在新冠疫情全球爆发、中国外部环境高度复杂化的当下，中国应当尽快掌握和运用斗争的国际法为本国的国家利益服务，[53]以实现国际法的话语权工具价值，做出对本国利益最大化的政策选择。在国家豁免问题上，中国政府认为，国家豁免“直接关系到一国与外国国家的关系和该国对外政策的实施，直接涉及国家的对外关系和利益，各国都按照本国国情需要和对外政策，采用符合本国利益的国家豁免制度。”[54]在中国国家豁免政策的选择问题上，中国应当同世界各国一样，将对中国国家利益的维护作为评价中国国家豁免政策的基本出发点和落脚点。

---

[48] 李鸣，“国际法的性质及作用：批判国际法学的反思”，《中外法学》，2020 年第 03 期，第 807-808 页。

[49] Jakubowski, A. (Ed.), Wierczyńska, K. (Ed.). (2016). Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law. London: Routledge.

[50] Meyer, Lukas H. (ed.), *Legitimacy, Justice and Public International Law* (Cambridge University Press, 2009), pp. 60-64.

[51] 李鸣，“国际法的性质及作用：批判国际法学的反思”，《中外法学》，2020 年第 03 期，第 804 页。

[52] Roberts, A. and M. Koskenniemi (2017). Is International Law International?, Oxford University Press. pp. 161-162.

[53] 李鸣，“国际法的性质及作用：批判国际法学的反思”，《中外法学》，2020 年第 03 期，第 804 页。

[54] 李飞，“关于《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释(草案)》的说明”，全国人大常委会法制工作委员会，2011 年 8 月 24 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议，第一章。

以对话和协商的方式解决国际争端

党的十九大报告指出，中国新时期的外交政策要求我们“坚持以对话解决争端、以协商化解分歧”。[55]中国历来倾向于通过双边政治协商和谈判、而非强制诉讼或执行的方式来解决国际争端。与之形成鲜明对比的是，“西方国家国民具有通过诉讼解决纠纷的历史传统”，[56]甚至在国家豁免问题上，“从管辖权的角度防止和消除当事人滥用诉权……成了一个在国际民事诉讼中需要正视和解决的问题。”[57]但是在国际法层面，各国仍然有义务通过《联合国宪章》所认可的诸如谈判等方式来解决纠纷，而非单方面对另一国作出有法律效力的决定，大量的国际实践也证明了这一点。[58]综上，中国的国家豁免政策会尽量避免以诉讼的方式来解决同外国政府之间出现的纠纷。

坚持社会主义“大局观”和“义利观”

尽管在外交中应当以维护本国的国家利益为首要目标，但是在国家的整体利益和个体利益、长期利益和短期利益之间出现冲突时，各国却不得不做出权衡与取舍。中国当前的外交工作强调“大局观”和“义利观”，[59]倡导“国不以利为利，以义为利”甚至“重义让利，甚至舍利取义”，[60]将国家的政治利益和长远利益置于首要位置，其目的是“为我国改革发展稳定争取良好外部条件，为和平发展营造更加有利的国际环境，维护和延长我国发展的重要战略机遇期”。[61]

在国家豁免问题上，中国政府更强调对国家整体和长远政治外交利益的维护。例如在“刚果金案”中，中国政府表示限制豁免尽管能够为原告提供一定的法律救济，但却“无疑会损害中国的主权，对中国的整体利益产生长期影响和严重损

---

[55] 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，2017 年 10 月 18 日。

[56] 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究: 当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》（第二版），北京大学出版社 2005 年版，第 339 页。

[57] 黄进、李庆明：《诉权的行使与国际民事诉讼管辖权》，载《政治与法律》2007 年第 1 期，第 32 页。

[58] 孙昂.国家豁免案件的管辖权问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨（上）[J].国际法学刊,2020(04):1-57+154，第 19-21 页。

[59] 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，2017 年 10 月 18 日；习近平：《共创中韩合作未来 同襄亚洲振兴繁荣》，载《人民日报》2014 年 7 月 5 日，第 2 版。

[60] 王毅：《正确义利观是新时期中国外交的一面旗帜》，2014 年 01 月 11 日，http://www.gov.cn/govweb/gzdt/2014-01/11/content_2564331.htm。

[61] 闻言：《深入学习习近平外交思想，努力开创中国特色大国外交新局面》，载《人民日报》2020 年 1 月 6 日，第 6 版。

害”。[62]尽管中国政府的这种国家主义和集体主义的立场遭到了一些西方自由主义学者们对中国“忽视保护个人利益”的批评，[63]但从政治经济学的角度来看，很难说在个案中对个体短期利益的暂时减损不是对国家长期利益的保护。这两种模式并无优劣之分，体现的是东西方在解决国际纠纷问题上的外交和文化差异，也是中国对国家宏观利益和个体微观利益、国家的长期利益和个体短期利益、政治外交利益和经济利益进行权衡的结果。

坚持尊重国家主权和不干涉内政

中国外交中一直以来倡导“和平共处五项原则”，[64]始终坚持自己的主权和内政不受他国干涉，也从不干涉他国的主权和内政。在国家豁免问题上，中国政府一向认为国家豁免的法律依据是“联合国宪章所确认的国家主权平等的原则……主权国家无可非议地享有司法豁免权”。[65]因此，中国的国家豁免政策也应体现对国家主权的尊重并避免对国家内政干涉，于内于外均应如此。

维护党的权威和国家的尊严

新时代中国特色大国外交思想，要求我们“坚持以维护党中央权威为统领加强党对对外工作的集中统一领导”，[66]作为中国外交政策重要组成部分的国家豁免政策也要以维护党中央的权威和国家的尊严为重要使命。

综上所述，上述中国国家豁免政策的基本原则同中国“既不主动对他国进行管辖，也不接受他国的管辖”的“限制的绝对豁免”政策具有高度的一致性，共同服务于中国外交政策的大局。

衡量中国国家豁免政策的六个关键问题

当前中国国家豁免政策的主要问题，是“限制的绝对豁免”和限制豁免之间的选择，也即国家应当享有绝对豁免还是限制豁免的问题。由国家豁免的政治外交性和中国国家豁免政策的上述基本原则所决定，中国在对国家豁免政策进行选择时应当以“政治利益优于经济利益，国家整体利益优于个体利益，长远利益由于短期利益”作为评判标准。本文由此结合中国当前的外交实践，归纳出了当前

---

[62] *Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC* [2011] HKCFA 43; (2011) 14 HKCFAR 95; [2011] 4 HKC 151; FACV 7/2010 (8 June 2011), para.211.5.

[63] Ding Yilin, “Absolute, Restrictive or Something More: Did Beijing Choose the Right Type of Sovereign Immunity for Hong Kong?”, (2012) *Emory International Law Review*, 26, pp.1024-1031.

[64] 王铁崖：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 58-62 页。

[65] 中国外交部向美国国务卿提交的备忘录，转引自龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究: 当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》（第二版），北京大学出版社 2005 年版，第 121-122 页。

[66] 闻言：《深入学习习近平外交思想，努力开创中国特色大国外交新局面》，载《人民日报》2020 年 1 月 6 日，第 6 版。

评判中国国家豁免政策必须要考虑的六个关键问题，中国当前无论采取何种国家豁免政策，都必须要对这六个关键问题作出妥善的回答。

是否会使中国失去对外主张国家豁免的“话语权”？

如前所述，中国在国家豁免问题上的基本政策是“不接受他国的管辖”，以保护中国的外交、政治和经济利益。国际法本身具有不确定性，[67]更是被批判法学派称为“国际法律话语”，[68]是主权者捍卫自己利益和价值的工具。[69]由本文前述案例所示，西方国家（尤其是美国）在历史上针对中国政府提起的诉讼都是基于“商业例外”和“侵权例外”所展开，[70]中国政府对此历来主张绝对豁免。如果中国继续坚持国家享有绝对豁免的立场，就可以继续以国家豁免是一项国际法的基本原则、国家主权不容侵犯、外国法院对中国不存在管辖权、相关审判是非法和无效的等话语逻辑，拒绝承认外国法院可能对中国进行的管辖和作出的判决。相反，如果中国接受了限制豁免，无论外国相关诉讼的事实与理由多么荒谬，中国等同于在诉讼伊始就主动放弃了主张绝对豁免的法律基础和“话语权”武器，置自身于不利的境地，甚至还可能会使中国遭到其他采取绝对豁免国家的报复，增加了外国对中国管辖的可能性，同中国“不接受他国的管辖”的基本政策相矛盾。在某种程度上而言，限制豁免是一个“潘多拉的魔盒”，在中国当前所处的外部国际环境下，一旦开启，就容易沦为美国等西方国家制约中国的法律武器，[71]“新冠病毒诉讼”就是最好的例证，其逻辑前提却正是限制豁免理论。因此，采纳限制豁免将会使中国失去在国外主张豁免的“话语权”基础，并在“新冠病毒诉讼”中使中国处于不利的境地，而继续坚持“限制的绝对豁免”则能够避免此情况的发生。

---

[67] Jorg Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge Research in International Law, 2010), pp.1-4, 87-194.

[68] Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2006).

[69] 李鸣：《国际法的性质及作用：批判国际法学的反思》，载《中外法学》2020 年第 3 期，第 804 页。

[70] 美国《外国国家豁免法》第 1605(a)(2)条和第 1605(a)(5)条分别规定了“商业例外”和“侵权例外”两种情况，被广泛用于对他国的诉讼，其他的例外情况还包括“征收例外”和“恐怖主义例外”等，参考 David P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges*, Second Edition, (Federal Judicial Center, 2018), pp.47-79。

[71] 例如美国《外国国家豁免法》中就基于限制豁免规定了“恐怖主义例外”，尽管这种例外的合法性并未得到国际社会的认可，参考 Syed, Sofie, “Sovereign Immunity and Jus Cogens: Is There A Terrorism Exception for Conduct-Based Immunity?”, (2015) 49 (2) *Columbia Journal of Law and Social Problems* 251, pp.251-293，还有西方学者提出为国家豁免设立“人权例外”，认为在严重侵犯人权的情况下外国国家不享有国家豁免，参考 Anne Peters *et al*., *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (Brill | Nijhoff, 2014), pp. 236-243; Ingrid Wuerth, Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose, Exceptions, 23 Swiss. Rev. Int’l & Eur. L., 2013, p. 207。

是否会导致中国外交纠纷的产生？

如前所述，中国在国家豁免问题上的基本政策是“不主动对他国进行管辖”，其目的是为了妥善处理国际争端，更好维护中国的整体利益和长远利益。限制豁免会使中国法院得以对其他主权国家进行司法审判，不但明显同该基本政策背道而驰，而且容易被认为侵害到他国的主权和尊严，将经济问题升级为外交问题，最典型的就是 2008 年的“刚果金案”。如前所述，中国政府倾向于通过对话和政治协商的方式解决国际争端，[72]中国运用双边投资保护协定对东道国政府提起国际仲裁已是极为慎重，[73]由中国法院直接对他国政府进行强行审判和执行更是从未有过。“限制的绝对豁免”主张国家享有绝对的豁免，在除自愿接受和适用对等原则的情况下，不允许中国法院主动对他国行使管辖权，同中国的外交和国家豁免政策保持了良好的统一。

是否会影响“一带一路”倡议的顺利实施？

“百年未有之大变局”之下的当代中国正处于复杂的国际环境之中，深化“一带一路”倡议对中国具有极其重大的现实意义。但“一带一路”沿线国家的国情较为特殊，绝大多数是发展中国家，往往不将国家豁免识别为单纯的法律问题，如果中国贸然采取限制豁免，甚至会导致中国同这些国家之间的外交摩擦，不可避免地影响到中国在“一带一路”国家的长期外交政治利益，同中国“一带一路”倡议的外交大局不符。在经济层面，中国继续坚持“限制的绝对豁免”并不会对经济产生额外的不利影响，但采取限制豁免会对中国同“一带一路”沿线国家之间的经济交往带来不利影响。而且，由于“一带一路”沿线国家是中国重要的资源来源国、制成品销售国和投资目的国，在出现中国采取限制豁免并同“一带一路”国家互相强制执行对方资产的极端情况时，中国在经济层面遭受的损失也会更大。对于此类纠纷，中国可以考虑借助国际纠纷解决机制或中国特色的“一带一路”纠纷解决机制来处理。

是否会损害中国的国家尊严和主权？

“尊严说”是国家豁免的理论基础之一。[74]奥本海认为，尊严为国家的法律

---

[72] 同样的观察可参考张小虎：《“一带一路”倡议下中国对非投资的环境法律风险与对策》，载《外国法制史研究》2017 年第 20 期，第 159 页。

[73] 实践中，中国企业（尤其是国有企业）在起诉他国政府前需要获得中国外交和商务部门的认可和支持，中国企业在 ICSID 起诉他国政府的案件截止到 2021 年 4 月一共只有 7 起，其中涉及中国国有企业仅有 2 起，其中 1 起被仲裁庭宣告无管辖权，另 1 起在仲裁庭裁定有管辖权后双方主动终止仲裁，相比较中国境外投资纠纷的数量而言，这些案件数量几乎可以忽略不计，https://icsid.worldbank.org/cases/case-database，最后访问时间：2021 年 1 月 1 日。

[74] Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, Reprint edition ed. (Cambridge: Cambridge

人格所固有，[75]劳特派特将国家豁免的出现归因于对国家尊严的尊重。[76]

中国是礼仪之邦，区别于西方国家在国际关系中强调“法”治，中国历来尤其强调“礼”治，并尤其将国家尊严看成是国家主权的重要组成部分。[77]如前所述，中国目前仍将国家豁免识别为外交问题，认为外国法院对中国的强制管辖会损害中国的国家尊严和主权，例如在“湖广铁路债券案”中，中国外交部在向美国国务院提交的备忘录中就表示，“将美国国内法强加于中国……是损害中华民族尊严的行为。”[78]一些学者认为，中国被殖民的历史、[79]主权权力至上的传统文化和社会主义意识形态都是中国在国家豁免问题上采纳绝对豁免的原因。[80]如果中国采取限制豁免并赴其他国家法院应诉和答辩，这一行为本身就同前述中国追求的国家尊严和“不接受他国管辖”这一外交政策背道而驰。

是否有利于维护中国的国家形象、党的执政权威和领导人的声誉？

习近平总书记多次指出，“中国特色大国外交的最大特征和首要任务……坚决维护党的执政地位和国家政治安全。这也是党的对外交往工作的第一要义。”[81]近年来，随着国际社会的近一步割裂和美国主导下冷战思维的复苏，国际社会在意识形态领域的斗争已经不容忽视，西方国家（如美国、英国和澳大利亚等）近年来长期存在一些反华势力对中国政府、党和国家领导人的恶意诉讼，[82]中国政

University Press, 2015), p.16; I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (7th edn, 2008), p.326; H. Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp.27-28.

[75] Oppenheim, L (Lassa), Richard Jennings and Arthur Watts, Oppenheim’s International Law. Volume 1. Peace. (Longman, 9th ed. / edited by Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts., 1992), p. 379.

[76] Lauterpacht, Hersch, “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, (1951) 28 *British Year Book of International Law*, p.230.

[77] 汤岩：《古代中国主导的国际法:理念与制度》，载《中南大学学报(社会科学版)》2015 年第 5 期，第 100-104 页；齐静：《国家豁免立法研究》，人民出版社 2015 年版，第 106-108 页；李颖：《国家豁免例外研究》，知识产权出版社 2014 年版，第 153-158 页；Zhou Qi, “Conflicts over Human Rights between China and the US”, (2005) 27 (1) *Human Rights Quarterly*, pp.120-123。

[78] 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社 2005 年版，第 121-122 页。

[79] 美国政府在“湖广铁路债券案”中给法院的利益声明中就使用了此观点，参考 *Jackson v. People’s Republic of China*, 794 F.2d 1490, 1494 (11th Cir. 1986), para.III。

[80] Rahman, Ferdous, “Questioning Chinese Government’s Stand for Sovereign Immunity”, (2017) 9 *Transnational Corporations Review*, p.46.

[81] 郭业洲：《捍卫国家利益是所有对外交往工作的应有之义》，新华网，2017 年 10 月 21 日，http://www.xinhuanet.com/politics/19cpcnc/2017-10/21/c_129724190.htm。

[82] See for example: *A, B, C, D, E, F v. Zemin*, 282 F. Supp. 2d 875 (N.D. Ill. Sept. 12, 2003); *Doe I v. Liu Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258 (N.D. Cal. Oct. 28, 2004); *Li Weixum v. Bo Xilia*, 568 F. Supp. 2d 35 (D.D.C. Aug. 1, 2008); *Yaodi Hu v. Communist Party of China*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 186286 (W.D. Mich. Nov. 20, 2012); *Zhang et al. v. Baidu.Com Inc. et al.*, No. 1:2011cv03388 - Document 42 (S.D.N.Y. 2013); LI v. ZHOU 2013/56120, 2014

府对此一直坚持绝对豁免的立场，拒绝接受相关法院对自己的管辖。绝对豁免能够从法理上使一些国家受理此类案件并对中国进行审判的行为非法化和无效化，是驳斥相关国家借机干涉中国内政的“话语权”武器。

是否超出中国现行司法系统的承受能力？

以外国政府为被告的案件一般都较为复杂，极具外交和政治敏感性，需要适用多种语言和多国法律，对法官的整体素质要求很高。中国的司法系统目前并无足够的经验和人力应对此类案件。同时，由于国家豁免被中国识别为政治外交问题，因此在实践中，中国的司法系统并不具备独立审理此类案件的客观条件，会受到行政和外事部门的干预。这不但会给中国现行的“司法独立”带来一定冲击，还会带来一系列程序法上的问题。[83]

综合上述分析，在中国进行国家豁免的政策选择所必须要回答的六个关键问题中，中国长期以来坚持的“限制的绝对豁免”相比较限制豁免，显示出了绝对的优势。

中国视角下对限制豁免政策的反思

尽管限制豁免本身存在着诸如国家行为的性质难以界定等一系列固有弊端，[84]但中国的“限制的绝对豁免”实践在国家的国家豁免问题上却一直坚持绝对豁免。中国学者长期以来却一直在尝试推动限制豁免立法。但当我们从中国特殊的政治、经济和外交视角来看待上述问题，就会发现对当代中国而言，上述观点都需要予以慎重的再评估。

限制豁免在保障个体公平问题上的现实意义不大

支持限制豁免的学者认为，随着中国经济的高速发展，限制豁免将国家同私人主体置于同样的地位，有利于实现公平的竞争秩序，促进民事交往的顺利发展。

NSWCA 176 BC201404358, New South Wales Court of Appeal.; YAN XIE v. CHEN SHAOJI 20501 of 2006, 2008 NSWSC 224 BC200801611, Supreme Court of New South Wales.; Fang v. Jiang, [2007] NZAR 420; 2006 NZAR LEXIS 55.

[83] 例如在国家豁免案件的级别管辖问题上，学者们对于此类第一审案件应当由中级法院还是高级法院管辖存在争论，参考王卿：《国家豁免权的正当程序保障问题研究》，法律出版社 2016 年版，第 98-99 页；李华成：《论中国国家豁免立法中的初审法院——由“中铁刚果(金)案”谈起》，载《太原理工大学学报(社会科学版)》2012 年第 3 期，第 1-5 页.

[84] 即便是支持限制豁免的国际法学者也普遍认同，限制豁免下管理权行为和统治权行为之间并没有一个明显的界限，实践中会受到各国法院的任意解读，容易造成法律冲突，国际法委员会在《公约》的起草中也将其作为限制豁免尚未解决的主要问题之一，参考 Crawford, “International Law and Foreign Sovereigns”, (1983) 54 *British Year Book of International Law* 75 ; Hazel Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2002), pp.4, 33-38; Wang Houli, “Sovereign Immunity: Chinese Views and Practices”, (1987) 1 (1) *Columbia Journal of Asian Law*, p.29；李双元：《美国 1976 年〈外国国家豁免法〉所奉行的“限制豁免论”批判》，载《法学评论》1983 年第 2 期，第 68 页。

[85]但事实上，由当前中国的特殊国情所决定，从国际经济实务的角度出发，为建立公平的经济竞争秩序而在中国采取限制豁免的现实意义不大：

首先，以国家为被告的国家豁免案件绝对数量极少，采取限制豁免对于建立公平竞争秩序的现实意义不大。

其次，限制豁免仅能为建立公平竞争秩序提供效果欠佳的额外保护。

再者，国际商务实践在很大程度上也排斥在国内法院的诉讼。

最后，采纳限制豁免并允许在中国境内起诉他国政府，对原告而言也绝非好的选择。

因此，对当代中国而言，限制豁免是一种对于保护个体公平竞争秩序仅具有象征意义的国家豁免政策。

限制豁免是国际社会国家豁免博弈中对中国的较差选项

一些外国学者认为，如果同中国进行贸易的国家绝大多数已经采取了限制豁免，那么继续坚持绝对豁免对中国是没有任何益处的，[86]不少中国学者也持有此观点，[87]这些学者主要是通过对等原则作用下的博弈论分析得出该结论（见下图）。很明显，中国如果采取绝对豁免，在其他国家采取限制豁免的情况下，中国将处于不利的地位；中国如果采取限制豁免，在其他国家采取绝对豁免的情况下，中国将处于有利的地位。

外国 / 中国	绝对豁免	限制豁免
绝对豁免	双方平等	对中国不利
限制豁免	对中国有利	双方平等

但遗憾的是，这种分析不但错误地将中国的“限制的绝对豁免”同绝对豁免划等号，还忽略了“对等原则”的适用和“中国特殊国情”这两个重要变量。一方面，如前所述，中国“限制的绝对豁免”在国家的豁免问题上是包含了对等原则的绝对豁免，对等原则本身即可实现对中国行使管辖权的国家的精准反制，实

---

[85] 纪林繁：《不得援引国家豁免的商业交易诉讼研究》，法律出版社 2016 年版，第 250-251 页；郭玉军、徐锦堂：《论国家豁免的相对性》，载《武大国际法评论》2003 第 1 期，第 94 页。

[86] Verdier, P.-H. and E. Voeten, “How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity”, (2015) 59 (2) *International Studies Quarterly* 209, p. 212.

[87] Dahai Qi, “State Immunity, China and Its Shifting Position”，(2008) 7 *Chinese Journal of International Law*, p.307；齐静，《国家豁免立法研究》，人民出版社 2015 年版，第 59 页；郭玉军、徐锦堂：《论国家豁免的相对性》，载《武大国际法评论》2003 年第 1 期，第 95 页；何志鹏：《国家豁免的中国立场》，载《政法论坛》2015 年第 3 期，第 77-78 页。

践中并不会使中国处于不利的地位；[88]另一方面，尽管采取限制豁免确实可以使中国先发制人地取消其他所有国家的豁免权，从表面上看可以确保中国处于绝对有利的地位，但结合中国的特殊国情和中国国家豁免政策的基本原则来看，限制豁免对中国而言却是较差选项：

首先，限制豁免本身就是对社会主义国家天然不利的制度设计。

其次，限制豁免同中国当前的外交政策背道而驰并会损害中国的整体利益和长期利益。

再者，限制豁免对保护中国的国家利益而言，现实意义不大但却代价高昂。

最后，限制豁免并无法保证在国际社会国家豁免博弈中给中国带来实质性利益。

因此，相比“限制的绝对豁免”而言，限制豁免是中国在国际社会国家豁免博弈中的较差选项。

同国际社会接轨并不能成为中国采取限制豁免的理由

有中国学者认为，既然世界上绝大多数国家都采取了限制豁免，中国也应当采取限制豁免，以同国际社会接轨。[89]这种观点并不可取：首先，限制豁免并未成为普遍接受的国际法规则，中国并无国际法上必须采纳限制豁免的义务，本文开篇即有论述；其次，如前所述，“有限的绝对豁免”在现实经济意义上已经同限制豁免十分接近，这种认为中国目前采取的“有限的绝对豁免”同国际社会脱轨的观点本身也是错误的；最后，如前所述，国际法是国家谋求自身利益和国际法上正当性的工具，国家利益才是中国选择国家豁免政策所需要考虑的最重要的因素。中国目前所处的国际环境，要求中国必须采取对中国国家整体利益和长远利益最大化的国家豁免政策，而非机械地将西方的自由主义和人本主义作为衡量中国采取何种国家豁免政策的标准，这也是中国国家豁免政策基本原则的必然要求。

已签署《公约》并不能成为中国采取限制豁免的理由

有学者认为，中国既然已经签署以限制豁免为基础的《公约》，那么中国批准《公约》并采纳限制豁免也是必然的选择。[90]但如本文所分析，限制豁免并不

---

[88] 有学者认为这种反制“属于非和平方式……并不明智，甚至会产生许多副作用”，但并未解释为何不明智及会有哪些副作用，参考宋锡祥、谢璐：《国家及其财产管辖豁免的国内法调整到国际公约的转变——兼论莫里斯和仰融两案》，载《政治与法律》2007 年第 1 期，第 41 页。

[89] 张美榕：《〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉及其批准情形对中国的启示》，载《南京工业大学学报(社会科学版)》2013 年第 2 期，第 30-36；宋锡祥、谢璐：《国家及其财产管辖豁免的国内法调整到国际公约的转变——兼论莫里斯和仰融两案》，载《政治与法律》2007 年第 1 期，第 39-44 页。

[90] 宋锡祥、谢璐：《国家及其财产管辖豁免的国内法调整到国际公约的转变——兼论莫里斯和仰融两案》，载《政治与法律》2007 年第 1 期，第 41-43 页。

适应当前的中国国情，中国政府也明确表示尽管“我国签署了《公约》，但该公约尚未生效，全国人大常委会也未批准该公约，目前我国仍然实行一贯坚持的国家豁免（绝对豁免）规则和政策。”[91]因此，从维护中国国家利益的角度中国不应当、从国际法的角度中国也无义务采纳《公约》中规定的限制豁免，中国已签署《公约》的事实并无法成为中国采取限制豁免的理由。

限制豁免对于应对“新冠病毒诉讼”的作用不大但代价高昂

一些学者认为采纳限制豁免能够对美国的“新冠病毒诉讼”形成司法反制。[92]这种观点欠缺了对“新冠病毒诉讼”更深层次的考虑：一方面，中国即便采纳限制豁免并设立“商业行为”和“侵权行为”等例外情况对美国予以反制，也同样难以获得有效地在中国法院提起对美国“新冠病毒”诉讼的事实依据。另一方面，中国在处理“新冠病毒诉讼”问题上的策略包括应对和反制两部分：“限制的绝对豁免”不但使中国手握应对“新冠病毒诉讼”的国际法话语权，而且还能够通过对等原则的适用对“新冠病毒诉讼”形成有效反制；而限制豁免只能使中国获得反制“新冠病毒诉讼”的“双刃剑”，尽管能够同样在一定程度上反制“新冠病毒诉讼”，但却会使中国丧失应对“新冠病毒诉讼”的国际话语权，还会对中国的整体政治和外交利益造成甚至更大的伤害。因此，在“新冠病毒诉讼”的应对和反制上，限制豁免作用不大但却代价高昂，是中国国家豁免政策选择的较差选项。

为保证政策的稳定性而采取限制豁免并无必要

一些学者认为，绝对豁免会导致涉及外国国家的纠纷需通过外交途径解决，会导致案件的处理缺乏稳定性，给中国的外交带来压力，因此需要采取限制豁免并将此类纠纷纳入司法程序。[93]但如前所述，国家豁免是具有政治外交属性的法律问题，国家外交利益的最大化才是国家豁免政策所追求的目标。中国外交部门介入此类案件并促成其灵活的政治解决，是维护中国国家利益最大化的需要，在现阶段具有高度的必要性，[94]“限制的绝对豁免”就恰恰是实现这一结果的最便捷方式。

“限制的绝对豁免”是当前中国国家豁免政策的最佳选择

---

[91] 李飞，“关于《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释(草案)》的说明”，全国人大常委会法制工作委员会，2011 年 8 月 24 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议，第三章。

[92] 《全国人大代表建议制定国家豁免法》，载《北京商报》2020 年 5 月 28 日，第 2 版；李庆明：《美国新冠疫情诬告滥诉的违法性分析》，载《法律适用》2020 年第 21 期。

[93] 李颖：《国家豁免例外研究》，知识产权出版社 2014 年版，第 160 页。

[94] 郭华春：《外交介入国家豁免诉讼之“补缺”功能与结构安排》，载《法商研究》2017 年第 6 期，第 166-175 页。

习近平总书记强调，“全面推进依法治国，必须从我国实际出发，同推进国家治理体系和治理能力现代化相适应，既不能罔顾国情、超越阶段，也不能因循守旧、墨守成规”。中国在进行国家豁免的政策选择时，也应当以中国的基本国情为根本出发点，满足新时期中国外交的基本需求。通过本章的论证可以看出，社会主义中国的国情具有特殊性，尽管限制豁免能够给市场经济下极少数私人个体带来一些具有象征意义的额外保护，但在应对和反制“新冠病毒诉讼”的问题上却作用不大，是中国在国家豁免政策博弈中的较差选项，会使中国丧失在境外主张国家豁免的“话语权”，对中国当前的外交大局、“一带一路”的国家战略、面临的国际政治斗争形势、国家的主权和尊严、国际形象的维护以及国家的整体经济利益带来重大不利影响，超出了中国现行司法系统的承受能力，同中国“既不主动对他国进行管辖，也不接受他国的管辖”这一国家豁免外交政策背道而驰，中国在目前及今后的一段时间内仍需继续坚持“限制的绝对豁免”。但“限制的绝对豁免”也绝非完美，“限制的绝对豁免”认为国家享有绝对的豁免，这确实会使少数个体在个案中处于相对于不利的地位，同西方国家主导的限制豁免政策也存在一定的差异，但这些缺点相比较“限制的绝对豁免”对于当代中国的重要意义而言，几乎可以忽略不计。

四 中国国家豁免立法的必要性和立法进路

中国国家豁免立法的必要性

习近平总书记高度重视涉外立法工作，要求我们要“加强涉外法治建设，为推进改革发展稳定工作营造良好法治环境”，[95]中国专家学者也一直在呼吁推动国家豁免立法以消除立法空白。[96]在合适的时机出台国家豁免法，是中国特色社会主义法治建设的题中之义，也利于向国际社会明确中国在国家豁免问题上的法律立场，而中国目前面临的严峻外部国际环境也使中国国家豁免法的出台在现阶段具有了特殊的重要意义。

中国在历史上未进行国家豁免立法的原因

中国此前一直未进行国家豁免立法，这有着其特定的历史背景：首先，中国在国家豁免立法上空白会导致中国法院无法受理以外国国家为被告的案件，[97]而

---

[95] 习近平：《完善法治建设规划提高立法工作质量效率 为推进改革发展稳定工作营造良好法治环境》，载《人民日报》2019 年 2 月 26 日，第 1 版。

[96] 郭玉军、徐锦堂：《论国家豁免的相对性》，载《武大国际法评论》2003 年第 1 期；黄进、杜焕芳：《国家及其财产管辖豁免立法的新发展》，载《法学家》2005 年第 6 期；王虎华、罗国强：《〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉规则的性质和适用》，载《政治与法律》2007 年第 1 期；宋锡祥、谢璐：《国家及其财产管辖豁免的国内法调整到国际公约的转变——兼论莫里斯和仰融两案》，载《政治与法律》2007 年第 1 期，第 39-44 页。

[97] 《中华人民共和国民事诉讼法》第 5 条规定，中国法院受理的涉外诉讼，被告只能是“外国人、无国

这恰恰同中国“不主动对他国进行管辖”的外交政策具有一致性，国家豁免立法的空白并不会影响我国国家豁免政策的实施；其次，需要在中国法院提起的以外国国家为被告的案件在实践中数量极少，而且此类案件的私人主体可以通过其他渠道获得救济，没有国家豁免立法对中国私人主体的经济利益影响不大；[98]最后，尽管中国面临着在签署后批准以限制豁免为基础的《公约》的国际压力，中国主流学界长期以来也一直呼吁中国采取限制豁免立法，但中国的外交政策和实践仍然要求我们必须继续坚持“限制的绝对豁免”，以最大限度保护中国的国家利益。中国国家豁免政策在理论和实践中的冲突，也是导致国家豁免立法迟迟无法顺利进行的重要原因。

中国在当前应当进行国家豁免立法的原因

除中国特色社会主义法治建设要求我们进行国家豁免立法这一根本原因外，“新冠病毒诉讼”是中国当前进行国家豁免立法的重要动因。[99]“新冠病毒诉讼”的司法程序一经启动就不会轻易终止，并且相对独立于美国政府的更迭，中美之间就“新冠病毒诉讼”的法律战就将具有长期复杂性，中国对此应当做好积极和充分的应对准备。尤其值得注意的是，当前美国将向中国进行新冠病毒索赔同中美贸易、制裁、国家安全、人权等一系列问题挂钩，[100]新冠病毒问题已成为中美博弈的重要战场，“新冠病毒诉讼”已成为目前中国需要高度关注的外交安全问题之一。中国的国家豁免立法，是应对和反制“新冠病毒诉讼”的政治“话语权”武器和底线法律方案，具有高度的必要性。

综上，“新冠病毒诉讼”给中国政治和外交带来的系统性风险已不容忽视，中国国家豁免立法空白的现状已不再适合中国当前的政治外交需求，会导致中国在应对诸如“新冠病毒诉讼”类似的案件时出现立法和政策工具的缺失。中国应尽快做好国家豁免立法的准备工作，以便对“新冠病毒诉讼”及其今后可能引发风险提前做出有效的应对和反制准备。

籍人、外国企业和组织”，严格来说，除非中国司法机关对“组织”做出包括外国国家及其机构的扩大解释，中国法院并无权直接受理以外国国家及其机构为被告的案件。同时，即便是中国法院试图受理此类案件，也需要首先得到最高人民法院的批准，见《最高人民法院关于人民法院受理涉及特权与豁免的民事案件有关问题的通知》，最高人民法院法〔2007〕69 号。

98 参考本文第三章第（三）节第 1 段的论述。

99 相关建议参考：《全国人大代表建议制定国家豁免法》，载《北京商报》2020 年 5 月 28 日，第 2 版；李庆明：《美国新冠疫情诬告滥诉的违法性分析》，载《法律适用》2020 年第 21 期。

100 例如目前美国国会审议中的《2020 年向美国赔偿法案》中就规定，如果中国在新冠病毒问题上不对美国进行有效赔偿，美国将对中国采取冻结资产、投资审查、贸易禁运、技术禁令、禁发签证等一系列制裁措施，参考 Rep. Wagner, Ann, “Compensation for Americans Act of 2020”, H.R.7007, 116th CONGRESS, 05/22/2020。

中国国家豁免立法的进路

中国国家豁免立法的契机和模式

“新冠病毒诉讼”使中国的国家豁免立法在当代具有了特殊重要意义，目前中国进行国家豁免立法的客观、主观和时间要件也均已满足。[101]国家豁免立法应当是现实政策的反映。中国当前的国家豁免立法同样应当对中国“限制的绝对豁免”政策和规则予以确认，而非在这一国际政治敏感问题上超越现阶段国情进行限制豁免立法。

由于中国今后并不排除进行限制豁免立法的可能，通过比较法研究可知，限制豁免立法往往较为复杂，需要对主体资格、例外事项、执行方式等一系列问题做出详细规定。为避免在可预见的时间里对中国的国家豁免立法再做出从“限制的绝对豁免”到限制豁免的根本性调整，在立法的当前需求迫切性和未来长期稳定性之间寻找到平衡，中国目前可以通过制定试行或单行法律、甚至是通过司法解释的方式，快速对“限制的绝对豁免”从法律上予以明确。[102]

中国已签署的《公约》的处理方式

在“尤科斯案”中，欧洲人权法院认为，“尽管俄罗斯只签署但并未批准《公约》，但由于俄罗斯并没有对《公约》明确表示反对，因此《公约》中规定的限制豁免作为习惯国际法仍然对俄罗斯适用”，[103]并做出了对俄罗斯的不利判决。在“刚果金案”2008 年的一审判决中，香港高等法院认为“中国政府签署的《公约》在国家豁免的问题上采纳了限制豁免……该行为应当被认为至少表明了中国政府接受了《公约》条款中所包含的智慧（限制豁免）”，[104]中国政府此后不得不连续发出三封书面声明表明立场，并随后通过全国人大常委会“释法”的方式表明《公约》的签署并不能被认为是中国政府抛弃“绝对豁免”并接受“限制豁免”。[105]

但是从实在国际法的角度，按照《维也纳条约法公约》第 18 条之规定，中

---

[101] 郭道晖：《论我国立法的条件、步骤与方式(上)》，载《法学》1986 年第 6 期，第 6-9 页。

[102] 此前已有学者建议通过最高人民法院出台司法解释的方式来落实中国的国家豁免政策，参考莫世健、陈石：《AIIB 协定下国家豁免原则与中国法的冲突与协调》，载《政法论丛》2016 年第 1 期，第 29-36 页。

[103] Oleynikov v. Russia, Application no. 36703/04, The European Court of Human Rights, para.66.

[104] *FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Others* [2008] HKCFI 1110; [2009] 1 HKLRD 410; [2009] 1 HKC 111; HCMP 928/2008 (12 December 2008), paras.64-65.

[105] 李飞，“关于《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释(草案)》的说明”，全国人大常委会法制工作委员会，2011 年 8 月 24 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议，第三章。

国在《公约》签署后批准前不得采取任何足以妨碍《公约》“目的及宗旨”之行动，除非中国“明白表示不欲成为条约当事国之意思”。[106]尽管《公约》尚未生效的事实给中国提供了一定的抗辩依据，但中国仍然应当尽快发出不欲成为《公约》缔约国的声明，并做出撤回《公约》签字的意思表示，[107]以尽快修正中国目前在国际法法理上存在的瑕疵。如果中国今后需将国家豁免政策调整至限制豁免，可另行签署并批准《公约》。[108]

中国国家豁免立法同港澳台地区的司法衔接问题

中国在香港、台湾和澳门问题上的“一国两制”政策，也使中国的国家豁免政策相比较其他国家更具复杂性，中国的国家豁免政策选择也要考虑到法域衔接的问题。[109]例如，在香港问题上，中国此前并没有颁布国家豁免法，中国国家豁免政策在香港的实施主要通过行政命令和人大释法的方式进行。[110]在国家豁免立法完成后，全国人大常委会可直接将中国的国家豁免法列入香港《基本法》的附件三并予以实施。在香港和大陆之间的豁免权关系问题上，中央人民政府在香港特区享有的绝对豁免可继续按照香港法下的“官方豁免”制度予以执行。[111]也有观点认为香港特区等特别法域也可以在大陆独立享有同样的豁免权。[112]

---

[106] 国家在签字后批准前应当秉承“善意”原则，不得从事损害所签署的（条约）价值的行为，参考：*Oppenheim's International Law* (9th edn.), p. 1239; Fitzmaurice, Malgosia, Third Parties and the Law of Treaties, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 6, 37-137, (2002) Kluwer Law International, Printed in the Netherlands, p. 42; Gragl, P., & Fitzmaurice, M. , “The Legal Character of Article 18 of The Vienna Convention On The Law Of Treaties”, (2019) 68 (3) *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 699-717.

[107] 《公约》第 18 条并没有明确国家采取何种方式在《公约》签署后和批准前撤回《公约》的签字，但一般情况下，这种“明白表示不欲成为条约当事国之意思”需要通过书面形式向作为多边条约保存机构的联合国秘书长发出，see Dörr O., Schmalenbach K. (2012) Article 18. Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force. In: Dörr O., Schmalenbach K. (ed.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, Berlin, Heidelberg), https://doi.org/10.1007/978-3-642-19291-3_20, para.29.

[108] 历史上，联合国秘书长一般会允许各国在签署国际公约后，在公约生效前撤回签字，并在公约生效后的一段时间后再次加入公约的做法，参考 Dörr O., Schmalenbach K., “rticle 18. Obligation not to Defeat the Object and Purpose of a Treaty Prior to Its Entry into Force”, in: Dörr O., Schmalenbach K. (ed.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, Berlin, Heidelberg, 2012), para.29。

[109] Ferdous Rahman, “Questioning Chinese government's stand for sovereign immunity”, (2017) 9 (1) *Transnational Corporations Review*, p.45.

[110] 林峰：《论“一国两制”与中国有关国家行为的规则或政策在香港司法实践中的应用》，载《清华法律评论》2012 年第 1 辑，第 73-78 页。

[111] 叶研：《国有企业国家豁免问题与中国的立场选择》，北京大学博士学位论文，2018 年，第 18-23 页、第 99-104 页。

[112] 郭玉军、徐锦堂：《论国家豁免的相对性》，载《武大国际法评论》2003 年第 1 期，第 102-103 页。

五 结语

当今国际社会并非传统实在法学者所描绘的那样秩序井然，由新冠疫情所引发的“新冠病毒诉讼”等一系列国际问题，已经彻底撕下了以美国为首的西方社会的伪善面纱，将国际法的国际政治本质属性展示给了我们。[113]在国家豁免的问题上，美国目前正在不遗余力地利用国际法来为其压制中国寻求话语霸权。目前，无论从中国的外交政策、国际政治和经济需求、还是国内司法角度来看，限制豁免对中国都是弊远大于利，“限制的绝对豁免”是当前中国应当继续坚持的最优的国家豁免策略：一方面，它能够实现对外国限制豁免政策和美国“新冠病毒诉讼”的有效应对和反制；另一方面避免了采纳限制豁免会给我国的政治、经济、外交和法律带来的诸多重大不利影响。由中国现阶段所处的国际政治环境、外交政策和基本国情所决定，中国的国家豁免政策是维护中国国家主权和利益的盾，而绝非主动四面出击的矛。中国一方面应当明确向国际社会提出“限制的绝对豁免”概念，并通过立法对这种国家豁免政策予以确认，以同西方国家“限制豁免”或“绝对豁免”的两分法相区别，避免国际社会对中国误解的近一步扩大；另一方面也要继续推动对外开放并增强国力，为未来可能采取的限制豁免做好充分的物质和外交准备。

附件：《中华人民共和国外国国家及其财产豁免法（暂行）》（学者建议稿）

[113] 李鸣：《国际法的性质及作用：批判国际法学的反思》，载《中外法学》2020 年第 3 期，第 808 页。

FSIA 侵权行为例外条款中“自由裁量豁免”的适用

叶子雯

摘要：新冠疫情背景下中国正应对美国对华疫情滥诉，其中，分析和判定侵权行为例外条款在美国对华新冠诉讼背景下适用的问题正备受关注，特别是中国被诉行为是否属于行使“自由裁量权”决定中国是否享有管辖豁免。通过研究美国立法与司法实践，本文从界定“自由裁量权”出发，进而研究“自由裁量豁免”规则的适用问题。结合美国立法和判例对如何适用”自由裁量豁免“规则进行分析，试图就该规则形成全面的认识，归纳总结美国对华新冠疫情滥诉的法理依据，并提出中国策略以应对美国《外国主权豁免法》的新发展。

关键词：外国主权豁免；侵权行为例外；自由裁量权豁免；针对政府的侵权诉讼

Keywords：Foreign sovereignty immunity；Exception for noncommercial torts; Discretionary function exclusion；Tort suits against the government

美国《外国主权豁免法》（the Foreign Sovereign Immunities Act，FSIA）第1605 条规定了外国享有主权豁免的一般例外，其中第 1605（a）（5）条规定了侵权行为例外条款，外国主权豁免的侵权行为例外适用于商业活动例外未涵盖的情形，针对该外国或该外国的任何官员或雇员在其职务范围内的侵权作为或不作为造成的人身伤害或死亡、财产损害或损失，寻求针对该外国的金钱损害赔偿。但侵权行为例外条款有两个法定例外：其一为自由裁量权例外，即对基于行使自由裁量权的主张，不得放弃外国的豁免；其二为故意侵权例外，即对故意侵权的索赔不放弃豁免。

仔细研读侵权行为例外条款中的第一个法定例外，即“自由裁量豁免”规则，本文围绕一个不确定因素进行进一步研究，即对于“自由裁量权”概念的理解及界定，进而研究对于“自由裁量豁免”规则的适用。结合美国立法和判例对如何适用“自由裁量豁免“规则进行分析，试图就该规则形成全面的认识，为我国了解美国对华新冠疫情滥诉的法理依据、美国《外国主权豁免法》的新发展并制定中国反制措施及抗辩提供借鉴。

截止至 2020 年 12 月 9 日，美国联邦地区法院共受理了 20 起因新冠疫情起诉中国要求索赔的案件，其中援引《外国主权豁免法》侵权行为例外条款的案件

共有 7 件。本文首先界定《外国主权豁免法》侵权行为例外条款中的“自由裁量权”，接着介绍“自由裁量豁免"规则的适用，然后从“自由裁量豁免”角度分析美国法院对中国政府及相关主体抗击新冠疫情的行为没有事项管辖权，即新冠疫情诉讼不符合美国《外国主权豁免法》。最后，通过总结美国新冠疫情背景下《外国主权豁免法》的新发展，为中国应对美国滥诉提供路径。

FSIA 侵权行为例外中的“自由裁量豁免”规则

《外国主权豁免法》侵权行为例外规定了法定的自由裁量豁免。同样，依据《行政程序法》（Administrative Procedure Act，APA）规定，政府官员只有在行使“自由裁量权”职能时才能免于侵权诉讼。故界定哪些行为属于行使自由裁量权以及行使自由裁量权的前提是适用“自由裁量豁免”规则的首要问题。

（一）“自由裁量权”的定义

理论上，自由裁量权（discretionary function）是一个含义模糊的法律术语，缺乏一致的定义。

在立法层面，美国 1976 年《外国主权豁免法》第 1605 条第（a）款第（5）项涉及“自由裁量权”，该项规定：

“上述第（2）项未包括的其他情况，即某外国或者该外国官员或雇员在职务或雇佣范围内的行动中发生侵权行为或过失，从而在美国境内造成人身伤害、死亡或者财产损害或丧失，（受害一方）为此向该外国追索损害赔偿金的；但本项规定不适用于下列情况：

基于行使或履行或者未能行使或履行自由裁量权（exercise or perform a discretionary function）而提起的任何权利要求，不管此项自由裁量权是否被滥用。

由于诬告、滥用程序、文字诽谤、口头诽谤、歪曲、欺骗或者干涉契约权利而引起的任何权利要求。”[1]

根据上述美国法律规定，非商业侵权例外条款中有两个例外。其一、自由裁量豁免；其二、故意侵权例外。其中，“自由裁量豁免”规则可以看出美国外国

[1] 杜涛、叶子雯.:《美国俄勒冈州法院依<外国主权豁免法>驳回对华新冠诉讼》，载微信公众号“华政外国法查明中心”，2020 年 10 月 8 日。

主权豁免法纳入官员或雇员的自由裁量权，规定政府官员在行使“自由裁量权”职责时可以免于侵权诉讼。但本条并未对“自由裁量权”做出定义。

在学术界，围绕自由裁量权的解释也有不同的观点。例如二十世纪美国公法学者戴维斯（Kenneth Culp Davis）教授在《自由裁量的正义》（Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry）[2]一书中指出，在事实明确的情形下，行政机关可以做出一种以上选择时，法律即给与行政机关自由裁量权；但在事实明确的情形下，法律只允许做一种选择时，那么行政机关就没有自由裁量权。

另外，“滥用”自由裁量权与“超越”自由裁量权的含义也有本质区别。当行政机构在法律允许的可能性范围之外做出选择时，即超越了自己的自由裁量权。然而，当行政机构在法律允许的可能范围内做出选择时，但做出选择的依据是法律所不允许的，即滥用了自己的自由裁量权。例如，依据种族、贿赂或抽签等。

因此笔者认为，对自由裁量权的定义不必作复杂解释，应当通过特定政策获得其实质内容。

（二）行使自由裁量权的前提

为了认定外国国家可以在侵权行为例外条款下被起诉，美国法院必须认定两个问题。第一个问题是，外国国家雇员的侵权行为是在雇佣范围内进行的。第二个问题是，金钱索赔主张不是基于雇员行使或未行使自由裁量权。

根据 FSIA 第 1605 条第（a）款第（5）项规定，侵权行为需由“雇员”在“职务或雇佣范围内”行使。因此行使自由裁量权的前提即包括：（1）行为人为“雇员”；（2）雇员“在职务或雇佣范围内”行为或不作为。

1、侵权行为例外中的“雇员”

“雇员”（employee）一词作为法律概念，关于被告是否构成《外国主权豁免法》上的“雇员”，需要通过足够的事实证明。

2、侵权行为例外中的“在职务或雇佣范围内”

关于被告行使或履行的行为是否 “在职务或雇佣范围内”（within the scope

[2] K. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, University of inois Press, 1969, p.4.

of employment）的理解，俄勒冈最高法院认为[3]，依据俄勒冈法律，必须满足三个条件以证明雇员在职务或雇佣范围内行事：（1）该行为必须在雇佣授权的时间和空间限制内发生；（2）雇员必须至少部分以为雇主服务为目的；和（3）该行为必须是雇员受雇实施的。在原告诉牧师性侵犯案件中，性侵犯虽然不属于被告牧师的工作范围，但牧师执行对原告和家庭的牧师职责是实施性虐待的必要前提，性侵犯是该牧师职责范围内行为的直接结果，因此满足上述三个条件。

3、侵权行为例外中的“在美国境内”

“在美国境内"（occurring in the United States）依据众议院报告，国会制定第 1605（a）（5）条的最初目的在于排除在美国发生（committed）交通事故和其他侵权行为的外国主权豁免。[4]因此，该条立法历史表明，本条起初适用于交通事故，随后扩展适用于所有主张金钱损害赔偿的非商业侵权行为。根据该立法历史，法院通常将“在美国境内”解释为不仅要求损害和伤害发生在美国，而且要求侵权行为和不作为同样发生在美国。[5]

二、“自由裁量豁免"规则的适用

（一）“自由裁量豁免"规则制定目的

自由裁量豁免规则设置的目的是防止司法部门通过侵权诉讼对基于社会、经济和政治政策的立法和行政决定进行事后评价。[6]侵权行为例外诉讼中，司法部门对行政部门进行了干涉。为了使行政机构在政府系统中保留权力，并限制法院对行政机构的干涉，设置自由裁量豁免规则以对法院通过侵权诉讼指导行政部门的权力施加限制。

法律价值的种类包括：自由、正义和秩序。在法治国家中，自由是以法律的形式存在的。[7]法律体现自由，自由通过法律实现。《外国主权豁免法》侵权行为例外中的“自由裁量豁免”规则授予政府雇员权利，意味着雇员作为权利人可以在法律的允许范围内独立自主按自己的意愿作为或不作为。该法律条款使政府雇

[3] Fearing v. Bucher, 328 Ore. 367, 977 P.2d 1163 (Or. 1999),

[4] House Report No. 94-1487, UN State Immunity Materials, 12.

[5] See Doe v. Holy See, 557 F.3d 1066

[6] Rodriguez v. Republic of Costa Rica, 297 F.3d 1

[7] 参见徐永康：《法理学导论》，北京大学出版社，2006 年版，第 26 页。

员免于担心他们的行为会导致损害赔偿诉讼来确保高效有力的管理。从逻辑上分析，当政府而不是个人被起诉时，政府雇员就不会存在或至少减少了恐惧感。

（二） “自由裁量豁免"规则适用标准

实践中，美国最高法院通过一系列案例确定了适用“自由裁量豁免"规则的标准。美国最高法院确定适用“自由裁量豁免"规则应符合两个标准：（1）被诉行为是“自由裁量性质的”或“涉及判断或选择”；（2）被诉涉及判断因素的行为必须是自由裁量豁免规则旨在保护的判断。[8]

基于第一个标准，若联邦法令、法规或政策明确规定了雇员应当遵守的规则，那么就雇员就没有进行判断或选择的余地，即不适用自由裁量豁免规则。确定官员或雇员行使的职责是否是“自由裁量”的，必须由所依据的特定政策确定。在约翰·多伊诉罗马教廷（Doe v. Holy See）[9]案中，确定证明被诉行为是“自由裁量性质的"或“涉及判断或选择"的责任最终落在主张自由裁量豁免的罗马教廷身上，但原告多伊必须提出明显不属于自由裁量豁免的主张，才能避免诉讼被驳回。因此罗马教廷未能提出任何证据证明其行动实际上是基于政策考虑，与是否适用自由裁量豁免规则无关。

基于第二个标准，适用自由裁量豁免规则应分析政策做出基于的政治、社会和经济因素，即自由裁量豁免规则旨在保护基于公共政策考虑而做出的政府行为和决定。适用自由裁量权规则的关键问题在于判断行为与政策的关系，即被诉的侵权行为或不作为是否易受政策的影响。换而言之，即是否有合理的政策理由支撑雇员行使该侵权行为。因此，案件调查的重点并非在于雇员行使自由裁量权的主观意图，而是被诉行为的性质以及行为受政策影响的程度分析。例如，在约翰·多伊诉罗马教廷（Doe v. Holy See）[10]案中，美国联邦第九巡回上诉法院反对地区法院的判决，认为罗马教廷做出的雇佣、监管和警告的决策是基于考虑该行为会损害教会在当地的声誉、牧师雇佣的不稳定对教区居民的福祉产生不利影响以及人员短缺现状。在罗德里格斯诉哥斯达黎加共和国（Rodriguez v. Republic

[8] United States v. Gaubert, 499 U.S. 315, 322, 111 S. Ct. 1267, 113 L. Ed. 2d 335 (1991)

[9] Doe v. Holy See, 557 F.3d 1066

[10] Doe v. Holy See, 557 F.3d 1066

of Costa Rica）[11]案中，福涅尔夫妇是否、在哪里以及如何设立领事馆的选择显然涉及国家政策，因此美国联邦第一巡回法院认为将房屋作为经营领事馆的场所系依据公共政策行使自由裁量权做出的决定。

（三）适用“自由裁量豁免”规则的司法实践

通过总结美国对《外国主权豁免法》有关侵权行为例外条款中“自由裁量豁免”规则的司法时间，笔者总结以下三类主要的被诉行为进行分析，依据不同类别的被诉行为美国法院的实践也不尽相同。

1、监管行为

美国法院认为，对雇员的监管行为以及未能向大众警告其雇员具有危险性适用自由裁量豁免规则。

在约翰·多伊诉罗马教廷（Doe v. Holy See）[12]案中，原告对罗马教廷提起诉讼，诉称罗马教廷因过失未对所雇牧师罗南进行合理监管并未向与其接触的人提供警告，放任牧师罗南继续利用牧师之职侵犯儿童。虽然俄勒冈地区法院认定可以依据 FSIA 的侵权行为例外条款，但美国联邦第九巡回上诉法院认为罗马教廷的决定是基于政治、社会和经济因素做出的，因此是行使自由裁量权。另外，在伯克哈特诉华盛顿地铁公司（Burkhart v. Washington Metro）[13]案中，法院主张对雇员有关雇佣、培训和监管的决定属于行使自由裁量权。

在西格曼诉美国（Sigman v. United States）[14]案中，法院主张被告未能向空军基地的个人发出关于军人的潜在危险性属于行使自由裁量权，因为被告在实施该政策的同时考虑到安全保护、资源保护以及防止不必要的警报。另外，在魏斯里奇诉美国（Weissich v. United States）[15]案中，法院主张缓刑监视员未能警告检察官其对他构成威胁属于行使自由裁量权做出的决定。

---

[11] Rodriguez v. Republic of Costa Rica, 297 F.3d 1

[12] Doe v. Holy See, 557 F.3d 1066

[13] Burkhart v. Washington Metro. Area Transit Auth., 324 U.S. App. D.C. 241, 112 F.3d 1207, 1217 (D.C. Cir. 1997)

[14] Sigman v. United States, 217 F.3d 785, 797 (9th Cir. 2000)

[15] Weissich v. United States, 4 F.3d 810, 814-15 (9th Cir. 1993)

2、违法行为

美国法院认为，行使自由裁量权的被诉行为不会因为本身违反法律而失去自由裁量权，因为依据 FSIA 侵权行为例外条款主张金钱损害赔偿显然是以违反法律为前提的。[16]

在罗德里格斯诉哥斯达黎加共和国（Rodriguez v. Republic of Costa Rica）[17]案中，上诉人法戈夫妇诉称福涅尔夫妇将承租的房产用作哥斯达黎加领事馆的行为虽然系行使自由裁量权，但其行为违反波多黎各房东房客法和非法侵入法（Puerto Rico landlord-tenant and trespass law），因此法戈夫妇认为福涅尔夫妇没有违反美国法律的自由裁量权。对此，美国联邦第一巡回法院反对上诉人法戈夫妇的观点，认为该观点将滥用自由裁量权和没有自由裁量权混为一谈。福涅尔夫妇的行为可能违反波多黎各房东房客法和非法侵入法，但这一事实本身并不表明该行为没有自由裁量权。

3、严重犯罪行为

《美国对外关系重述（第三版）》（Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 454 n.3）规定了自由裁量豁免不适用于“严重犯罪行为”。并且在司法实践中，美国最高法院认为，自由裁量豁免不保护外国官员违反联邦刑法的行为。

在约翰·多伊诉埃塞俄比亚联邦民主共和国（Doe v. Fed. Democratic Republic of Eth.）[18]案中，原告对埃塞俄比亚联邦民主共和国提起诉讼，诉称埃塞俄比亚联邦民主共和国秘密监控和记录了他和其家人在马里兰州的计算机和通信活动。虽然法院最终驳回了原告的诉讼主张，但法院不同意被告认为秘密监控和记录行为作为典型政治行为可以适用 FISA 非商业侵权行为例外条款中自由裁量豁免规则的主张。美国华盛顿特区巡回法院认为，埃塞俄比亚政府官员对生活在国外的个人进行秘密监控和记录行为属于非法行为，而非侵权行为。由于自由裁量豁免规则并不保护法规、条例或政策禁止的行为，因此法院认为其不保护非法打开私

[16] Rodriguez v. Republic of Costa Rica, 297 F.3d 1

[17] Rodriguez v. Republic of Costa Rica, 297 F.3d 1

[18] Doe v. Fed. Democratic Republic of Eth., 189 F. Supp. 3d 6(2016).

人邮件的政府官员从而不能援引自由裁量豁免规则。

三四标题合并！

三、新冠疫情下“自由裁量豁免”规则对中国的司法实践

依据美国《外国主权豁免法》法理基础和美国法院判例，原告主张侵权行为例外对华提起疫情诉讼没有法律依据。

截止至 2020 年 12 月 9 日，美国法院共计受理了 20 起[19]因新冠疫情起诉中国[20]的金钱索赔案件，其中援引《外国主权豁免法》侵权行为例外条款的案件共有 7 件。[21]

在已经判决驳回原告诉讼的案件中，Stirling 诉中华人民共和国（Stirling v. China）[22]一案，美国俄勒冈联邦地区法院 2020 年 8 月 14 日驳回原告对华新冠疫情诉讼的金钱索赔主张。地区法院援引索尔达诺诉美国（Soldano v. United States）[23]一案做出判决，中国政府应对新冠疫情措施满足自由裁量豁免规则的适用条件，即该自由裁量做出的决定基于保护社会、经济和政治政策，地区法院认定中国政府的抗疫行为系行使或履行或未能行使或履行自由裁量权。因此本案美国法院没有事项管辖权，被告行为不属于《外国主权豁免法》的豁免例外情形，

---

[19] 美国法院共计受理了 20 起因新冠疫情起诉中国的金钱索赔案件包括：Stirling v. China；Photos v. People's Republic of China；James-El v. People's Republic of China；Bella Vista LLC V. People's Republic of China；Medina v. Chinese Government；Marta Reyes et al. v. People's Republic of China et al.；Bourque CPAs and Advisors, Inc., et al. v. People's Republic of China, et al.；Aharon et al. v. Chinese Communist Party & People's Republic of China；Cardiff Prestige Property, Inc.et al. v. People's Republic of China et al.；Azelea Woods of Ouachita et al. v. Peoples Republic of China, et al.；Smith et al. v. People's Republic of China et al.；State of Missouri v. People's Republic of China et al.；Edwards v. The Country of China；Benitez-White v. People's Republic of China et al.；Edwards v. People's Republic of China et al.；Greco et al. v. People's Republic Of China et al.；State of Mississippi v. People's Republic of China et al；Patella et al. v. People's Republic Of China et al；Stokes v. China's National Health Commission。

[20] 依据美国《外国主权豁免法》上对“外国国家“的定义，此处的中国包括其政治分支机构、外国代理机构、媒介。

[21] 美国法院受理的 20 起因新冠疫情起诉中国的金钱索赔案件中援引《外国主权豁免法》侵权行为例外条款的案件共有 7 件，包括：Stirling v. China；James-El v. People's Republic of China；Bella Vista LLC V. People's Republic of China；Bourque CPAs and Advisors, Inc., et al. v. People's Republic of China, et al.；Azelea Woods of Ouachita et al. v. Peoples Republic of China, et al.；Smith et al. v. People's Republic of China et al.；Patella et al. v. People's Republic Of China et al。

[22] Stirling v. China, 2020 U.S. Dist. LEXIS 173709

[23] Soldano v. United States, 453 F. 3d 1140,1145(9th Cir,2006)

不适用侵权行为例外条款。

此外，仍在审理过程中的案件里，Bella Vista 有限责任公司等 5 家美国小企业诉中华人民共和国等中国、政府及政府部门（Bella Vista LLC et al. v. People's Republic of China et al.）[24]一案，原告 5 家美国小企业声称，被告隐瞒疫情信息，恐吓逮捕试图提醒公众新型病毒的中国医生、科学家及律师等，违反人道、透明原则，该虚假称述导致包括美国在内的国际社会未能及时认识到病毒严重性，造成原告 5 家美国小企业被迫勒令关闭或降低产能。基于上述事实，原告援引 FSIA 侵权行为例外向美国内华达州地区法院起诉被告要求金钱损害赔偿。本案仍在审理过程中，2020 年 10 月 9 日内华达州地区法院准许原告修改起诉状。虽然本案法院并未做出最终判决，但依据美国法院先前判例，中国、中国政府及政府部门等行政机关起初未向公众通报疫情的行为属于行使自由裁量权，因为被告在实施该政策时同时考虑到社会稳定、国家安全以及防止不必要的恐慌等保护社会、经济和政治的政策基础，显然中国是否、何时以及如何实施抗击疫情的选择涉及国家政策，被告有权基于政策要求做出判断选择，所以适用《外国主权豁免法》中侵权行为例外的自由裁量豁免规则。[25]

综上所述，中国或中国政府雇员抗击疫情措施不构成侵权行为例外，属于自由裁量豁免排除的情形。按照《外国主权豁免法》第 1605 条第（a）款第（5）项侵权行为例外规定，外国或外国雇员基于行使自由裁量权或滥用自由裁量权在美国境内造成人身伤害等，不适用侵权行为例外条款。美国法院对因行使自由裁量权引发的诉讼没有管辖权，缺乏事项管辖权。因此，中国或中国政府雇员行使自由裁量权抗击新冠疫情的行为，系《外国主权豁免法》侵权行为例外排除的情形。

四、美国《外国主权豁免法》新发展及中国应对

（一）侵权行为例外的抗辩

自新型冠状病毒爆发以来，截止至 2020 年 12 月 9 日美国联邦地区法院共受理了 20 起因新冠疫情起诉中国要求赔偿的案件，其中援引《外国主权豁免法》侵权行为例外的案件共计 7 件。从已有的司法实践可以得出，在美国法官依法判

[24] Bella Vista LLc v. People's Republic of China, 2020 U.S. Dist. LEXIS 187920

[25] 参见 Sigman v. United States, 217 F.3d 785, 797 (9th Cir. 2000)

决的情形下，中国可以抗疫行为属于国家或官员行使或履行自由裁量权的“自由裁量豁免”规则进行抗辩，排除美国法院对中国政府的事项管辖权，驳回原告的金钱损害赔偿诉讼。

笔者认为，中国作为被告第一步证明被诉行为是“自由裁量性质”的，第二步提出明确证据证明疫措施的实施是基于国家政治、社会和经济因素考量。并要求原告提出被告行为明显不适用自由裁量豁免的证据。

中国坚持绝对豁免主义。目前，我国在立法上尚未制定《国家主权豁免法》，对涉及外国国家的民事纠纷，通常通过外交途径进行解决。随着新冠疫情不断蔓延，随之而来的是中国国家或地方政府作为被告在美国各州法院受到起诉的案件不断增加。在此背景下，若中国一味坚持绝对豁免主义的立场，对美国疫情滥诉不予回应，可能会对国家利益带来不利影响。因此，我国政府及政府部门应合理运用美国《外国主权豁免法》侵权行为例外中的自由裁量豁免，面对美国对华疫情滥诉应积极应诉。因为即使原告赢得了诉讼，美国法院也很难执行中国的财产。

（二）设置国际法委员会议题

只要美国法院做出依法判决，中国抗击疫情的行为不构成商业行为例外、侵权行为例外及恐怖主义例外，即美国法院对其不享有事项管辖权，应当驳回原告因新冠疫情提起的金钱赔偿诉讼。但美国政客为实现政治运作，试图修改美国《外国主权豁免法》，通过修改国内法将疫情行为例如豁免例外事项的方式脱离科学范畴对华实施报复。

早在 2020 年 4 月 3 日，美国共和党议员 Lance Gooden 提出《阻止新冠传染病法案》（Stop COVID Act of 2020）[26]，旨在修订《外国主权豁免法》，为排放生物武器的外国国家确立一项司法管辖豁免例外。在本法案中，Lance Gooden 议员修正《外国主权豁免法》第 1605 条增加（g）款，具体条文如下：在任何情况下，如果外国被指控有意或无意地排放了《美国法典》第 18 编第 178 条所界定的生物制剂，而这种排放导致美国国民的身体受到伤害、死亡或财产损失，则外国不得豁免美国法院的管辖权。[27]该法案于 2020 年 5 月 4 日通过二读提交至司法委员会。即使确立生物武器豁免例外，中国也可依据美国《刑法和刑事诉

[26] 参见美国国会网站，BILLS-116hr6444ih.pdf (congress.gov)，2020 年 12 月 10 日访问。

[27] 杜涛、叶子雯.:《美国俄勒冈州法院依<外国主权豁免法>驳回对华新冠诉讼》，载微信公众号“华政外国法查明中心”，2020 年 10 月 8 日。

讼法》第 178 条关于“生物武器”的界定以及来自 8 个国家的 27 名国际知名医学专家在《柳叶刀》上的联合声明证明新冠病毒并非人工制造进行抗辩。[28]

2020 年 7 月 30 日，美国共和党议员 Martha McSally 提出《COVID 受害者民事正义法案》（Civil Justice for Victims of COVID Act）[29]，旨在修订《外国主权豁免法》，排除某些国家得外国主权豁免，以保证美国因新型冠状病毒受害者获得民事正义。在本法案中，Martha McSally 在《外国主权豁免法》第 1605B 条后增加 1605C 条，具体条文如下：外国责任。外国国家或官员和雇员或机构在其职务范围内的疏忽行为（无论该行为或不作为发生在何处，该行为包括有意忽视、故意隐瞒应及时通报的信息）导致或实质上促成了美国新冠全球大流行，从而在美国境内造成人身伤害、死亡或者财产损害或丧失，（受害一方）为此向该外国追索损害赔偿金的，外国不得豁免美国法院的管辖。

虽然美国受到当前《外国主权豁免法》的限制无法起诉中国，但正如耶鲁大学法学院教授 Stephen L Carter 所称，尽管主权豁免案件的裁决权由美国国务院转移至美国法院，分析表明法院关于是否给予主权豁免的司法决定往往受到当前政治的影响。[30]因此，美国极易通过美国共和党议员 Martha McSally 提出的《COVID 受害者民事正义法案》，将疫情列为豁免例外。鉴于此，笔者建议中国运用国际法委员会主动提升自身在国际法领域的话语权。直至今日，国际法委员会作为联合国的国际法研究机构，在国家管辖与豁免（State Jurisdiction/Immunity from Jurisdiction）领域，已经完成“国家与财产管辖豁免”议题，正在进行“外国官员刑事管辖豁免”议题。[31]因此，笔者建议国际法委员会中国委员担任报告员主动将“疫情背景下的国家主权豁免问题”设置为议题，将防疫行为排除在管辖豁免例外之外。

---

[28] 该条规定的是因使用生物武器而造成美国人人身、财产或商业损害的犯罪行为。

[29] See Text - S.4212 - 116th Congress (2019-2020): Civil Justice for Victims of COVID Act | Congress.gov | Library of Congress，2020 年 12 月 10 日访问。

[30] 参见彭博网站，https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-03-24/can-china-be-sued-over-the-coronavirus，2020 年 12 月 10 日访问。

[31] 参见联合国网站，Analytical Guide to the Work of the International Law Commission — International Law Commission (un.org)，2020 年 12 月 10 日访问。

判断协定当事国缔结国际条约意图的标准

张海飞*

摘要：国际条约是国家作为主体以国际法为准的国际协定。最为核心的要素是判断当事国是否意图创设国际法上的权利和义务。学术界试图探索判断国家创设国际法权利和义务意图的标准。但是这些探索并不成功，提出的标准不能自圆其说，应当根据具体协定的特点分析当事国是否具有接受协定约束的意思表示。

一、国际条约的定义

1969 年《维也纳条约法公约》并没有明确判断国际协定法律性质的标准，并没有说明判断国际协定创设了国际法上的权利和义务，还是仅仅是政治性宣言的方法。解释国际协定应当推定主权国家不主动承担强行法以外的义务[1]，在解释国际协定效力时，应当最大程度上尊重国家主权。这是国家主权原则的要求。因此判断国际协定是否具有国际法上的约束力还是仅仅是一个政治性宣言时，应当分析国际协定双方是否作出同意受到协定约束的意思表示。[2]

《维也纳条约法公约》第二条第一款（甲）：“称‘条约’者，谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何；”[3]从定义条约定义来看，包括以下几个核心要素：国家作为主体缔结，国际协定，以国际法为准。

国家作为主体。条约的定义要求国家作为主体，但是公约本身并没有对国家做出定义，但是公约并不影响或者限制其他国际法主体缔结条约的能力。

国际协定。根据《维也纳条约法公约》的定义，条约是一种国际协定，但是并不是所有的国际协定都属于条约，条约的定义依赖于国际协定。但是公约同样没有对国际协定做出定义。协定自然排除了单方声明，并且协定也意味着指向未来的行为或者关系。[4]否则条约的履行、效力、终止等都将失去意义。虽然国际协定的定义不明确，这并没有在很大程度上影响条约的定义。

以国际法为准。以国际法为准排除了其他以国内法为准的国际协定，比如国家间采购合同，或者其他商业交易。

以国际法为准一直是困惑最多的概念，这是判断一项国际协定是否属于条约

* 张海飞，男，常州大学史良法学院讲师。邮箱：zhanghaifei88@126.com

[1] J. E. S. Fawcett: “The Legal Character of International Agreement”, 30 Brit. Y.B. Int'l L. 381 (1953)，at 387

[2] Jan Klabbers:”The Concept of Treaty in International Law”, Kluwer Law Internatioanl, Hague, 1996, at 65

[3] https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-Other.pdf

[4] 同前注 2，第 51 页。

的争议最多的条件。[5]在起草《维也纳条约法公约》时，Lauterpacht 和 Fitzmaurice 主张条约的定义应当包含“意图创设法律权利和义务”,一些国家的代表墨西哥[6]和马拉西亚也主张条约定定义应当包含“以创设法律关系为目的”，但是公约最终版本并未采纳。虽然条约定义没有包含“意图创设法律权利和义务”，但是公约起草委员会认为“以国际法为准”包含了“意图创设国际法上的权利和义务”。[7]判断一项国际协定是否属于条约的关键因素是判断当事国的意图。[8]但是《维也纳条约法公约》并没有说明判断当事国意图的方法。

二、判断协定当事国意图的方法

鉴于当事国意图对于判断国际协定是否属于条约的重要意义，学者试图寻找判断当事国意图的标准，学者试图从签署的方式是否经过民意机构批准、是否包含强制性的争议解决机制、协定内容是否清晰明确、协定是否向联合国登记等事实来判断当事国的是否意图创设国际法上的权利和义务。

由于国家是一个抽象的组织，只能通过国家授权的机构或人员的法律行为判断国家的意思表示。一些协定的形式更为正式，而另一些协定故意措辞模糊，或者授予协定当事方更大的裁量权，甚至一些协定仅仅表达双方的良好意愿，而没有约定明确的义务。这些仅仅表达当事国良好意愿的文件并不具有法律约束力[9]

政治宣言性协定的典型代表全面战略协作伙伴关系宣言，比如《中华人民共和国与俄罗斯联邦关于全面战略协作伙伴关系新阶段的联合声明》、《中英关于构建面向 21 世纪全球全面战略伙伴关系的联合宣言》等等，这些协定的描绘了协定当事国之间关系的基本原则，但是协定项下的义务多数并不明确，而是宽泛的原则，因此这些协定的性质是政治性宣言，而不具备法律约束力。但是这并不意味着这些战略伙伴关系宣言没有意义，这些政治性协定有效地增强了当事国的共识，描绘了双边关系发展的蓝图，对于外交关系具有积极的意义。

协定是否经过议会批准。国家间协定并不当然具有法律约束力，判断协定是否具有法律约束力的标准极其重要，判断协定是否具有约束力的标准之一是当事国明确表示同意受到协定的约束，1969 年《维也纳条约法公约》第 11 条规定，国家可以通过签署、换文、批准、接受或者加入或者其它约定的方式表示其同意

[5] 同前注 2，第 55 页。

[6] 1 Official Records, at 23, para.26.

[7] 2 Official Records, at 346, para.22.

[8] 同前注 2，第 64 页。

[9] Harold Nicolson, Diplomacy, Oxford 1952, at 243

受条约约束。这些方式有的强有力的表明国家同意受到条约约束，比如以批准方式表示愿意接受协定约束的，这些被批准的协定通常都具国际法约束力。但是以签署的方式同意接受协定的，签署的协定并不一定具有国际法法约束力。[10]

协定是否具有强制性争议解决机制。此外还可以通过协定是否具有强制性的争议解决机制，是否接受国际法院的管辖权，协定具有强制性的争议解决机制是协定具备法律约束力的积极因素，但是如果协定缺少强制性的争议解决机制，并不表示协定不具有法律约束力。这是由于国家主权原则的强有力的地位决定的，多数主权国家并不希望将有关协定的争议解决方式强制性地交给国际法院或者其它争议解决机构。国家间争议的的复杂性以及国际法在众多领域存在法律不明的现实使得众多国家间争议并不适合通过国际法院等司法机构裁判，如果将强制性争议解决机制作为条约具备法律约束力的必要条件，那么现有多数条约都不具备这个条件，但是这些条约[11]通常被认为具备法律约束力。

条约是否登记。协定是否根据《联合国宪章》第 102 条向联合国登记或者根据《国联盟约》第 18 条予以登记，以及当事国是否同意其协定受到国际法约束是判断协定是否具有国际法约束力的标准。[12]国际公约应当登记的思想渊源是美国总统威尔逊于 1918 年提出的十四点原则，十四点原则的第一项即公开性原则，要求公开缔结和平协定，避免秘密协定，伍威尔逊公开性原则的目的在加强美国对国际关系的参与。虽然美国主导国际关系格局的目的没有实现，但是威尔逊的公开性原则却被《国联盟约》采纳。国联盟约第十八条规定：“嗣后联盟任何会员国所订条约或国际协定应立送秘书处登记并由秘书处从速发表。此项条约或国际协定未经登记以前不生效力。”该条采取了不登记不生效的原则，但是该条规定仅仅对国联成员国有效，因此其实际意义不大。[13]

《国联盟约》的遗产被《联合国宪章》继承，《联合国宪章》第 102 条规定：“一、本宪章发生效力后，联合国任何会员国所缔结之一切条约及国际协定应尽速在秘书处登记，并由秘书处公布之。二、当事国对于未经依本条第一项规定登记之条约或国际协定，不得向联合国任何机关援引之。”就不登记的法律后果而言，《联合国宪章》约定的后果更轻，即使没有向联合国秘书处登记，条约对于缔约国仍然有效，仅仅不得向联合国及其机构包括国际法院援引。协定向联合国秘书处登记并不能说明协定一定具有国际法约束力。因为联合国秘书处在遇到模

[10] 同前注 2，第 75 页

[11] Kobert Kolb: “The Law of Treaties”, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, 2016, at 4

[12] 同前注 1，第 388 页

[13] 同前注 2，第 79 页

棱两可的协定时，倾向于同意登记。此外联合国秘书处不仅接受协定登记，而且还接受单方面声明的登记。由于联合国秘书处倾向于将其收到的申请予以登记，并且还接受单方面声明的登记，因此一项协定向联合国秘书处登记并不能说明其是具有国际法约束力的法律文件。[14]

协定内容是否清晰、明确。协定内容清晰、准确是判断条约具有约束力的积极因素，这一标准是由条约的定义引申而来的，条约的目的在于增强稳定性和法律的确定性。国家缔结条约的目的在于将条约约定的事项从复杂混乱的政治关系转变为清晰的法律关系，从而增强法律机制的预测性，以及双方行为的合理预期。[15]条约的功能和目的决定了协定应当清晰、明确。如果协定约定当事国单方面有权决定协定义务是否产生，并且当事国有权决定其协定项下义务的程度，这意味着协定具有较强的模糊性，但是并不能因为协定具有较强的模糊性，就否认协定具有法律约束力。典型的代表是《北大西洋条约》，第五条规定在成员国受到攻击时，其他成员国应当采取其“认为”必要的方式恢复北大西洋地区的安全。显然该条赋予了缔约国决定其义务范围的权利，当事国具有较强的裁量空间，条约义务具有较强的模糊性。即便如此，《北大西洋条约》通常被认为对于缔约国而言是具有法律约束力的条约，而不是政治性宣言。

在“卡塔尔和巴林海洋划界和区域问题”一案中，（联合国）国际法院（ICJ）就管辖权协定是否是具有约束力的法律协定作出了裁判。法庭认为双方和沙特国王之间于 1987 年 12 月的信件往来，以及 1990 年的备忘录是具有法律约束力的国际协定。沙特国王作为调解人分别向卡塔尔和巴林发出了数个调解方案，这些方案被两国元首接受。第一个调节方案是争议事件提交海牙国际法院以便作出对双方有约束力的判决，双方都应当履行该判决。其他的方案包括暂时维持现状，设立由沙特、卡塔尔和巴林三国代表组成的三方委员会以向法院提交解决方案，沙特提出了将争议交由法院根据双方已经同意的框架原则进行仲裁的方案，这一方案得到了卡塔尔和巴林的认可。这些方案被双方公布并提交联合国备案，国际法院认为这些信件往来和调节方案构成具有约束力的国际协定，争议双方认可国际法院的这一认定。[16]国际法院据此协定认为其对案件有管辖权，并就实体问题作出裁判。本案中当事人的明确作出了愿意接受调解方案的约束，并且将调解方案向联合国登记，调解方案确定的内容清晰，因此被认定是创设了法律权利和义务的具有约束力的协定。

---

[14] 同前注 2，第 83 页。

[15] 同上，第 5 页

[16] Shabtai Rosenne：“The Qatar/Bahrain Case What is a Treaty? A Framework Agreement and the Seising of the Court, 8 LJIL 161 (1995), at 166

中国近期签署的有国际法约束力的重要条约。具有法律约束力的条约的典型代表是《中华人民共和国和俄罗斯联邦睦邻友好合作条约》（“《中俄睦邻友好合作条约》”），《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》（“《中英联合声明》”）。

《中俄睦邻友好合作条约》的法律约束力可以从其名称、批准程序、具体的协定项下义务来判断。该协定以“条约”命名，经过最高权力机关——全国人民代表大会的批准，并且该条约明确约定了在双方东段边界划定之前，保持边界现状不变。不率先使用核武器，不适用核武器瞄准对方等明确、清晰的条约义务。

《中英联合声明》的性质是条约还是政治性文件？英国等国以《中英联合声明》为借口，指责中国政府的香港政策。而中国外交部发言人陆慷表示“1984年的《中英联合声明》就中方恢复对香港行使主权和过渡期有关安排作了清晰划分。现在香港已经回归祖国怀抱 20 年，《中英联合声明》作为一个历史文件，不再具有任何现实意义，对中国中央政府对香港特区的管理也不具备任何约束力。英方对回归后的香港无主权，无治权，无监督权。”一些媒体误解外交部发言人认为《中英联合声明》不属于国际条约。外交部条法司长徐宏在出席香港一个国际法研讨会后表示“中方从来没有否认《声明》是国际条约”。

根据 1969 年《维也纳条约法公约》，条约的定义是“国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何”，因此名称和形式并非决定协定是否具有国际法约束力的标准。《中英联合声明》缔约双方均是国际法主体，符合国际法的基本原则和规范，规定了香港主权归还中国政府的权利义务关系，并根据《联合国宪章》第一百零二条向联合国秘书处登记。[17]《中英联合声明》属于国际条约是得到公认的。

《中英联合声明》的的主要内容是英国将香港归还中国。虽然在该文件中中国“声明”了香港回归中国后的政策，中国政府的声明并不是向英国作出的承诺，更不是针对英国承担的法律义务，而是单方面的声明，英国没有权利要求或者监督中国履行其声明的香港回归后的政策。英国在《中英联合声明》谈判过程中，策略是实现香港的“光荣撤退”，维持英国的国际信誉和其在香港的经济利益。[18]在中国政府恢复对香港行使主权二十年后，英国仍然借口《中英联合声明》在道义上指责中国。外交部发言人认为《中英联合声明》作为一个历史文件，不再具有任何现实意义，并不是否定其条约属性，而是针对英国以监督者姿态指责中国

[17] 港实：“从国际法看中英关于香港问题的联合声明”，《法学研究》，1990 年第 1 期，第 92 页。

[18] 郑宇硕：“从国际法观点评析中英联合声明”，《港澳台学者论坛》，1988 年 4 月，第 46 页

政府的香港政策的回应。由于中国政府在《中英联合声明》中香港政策的声明属于单方面声明，并不属于条约权利义务内容，因此就中国政府的香港政策而言，香港回归后《中英联合声明》已经成为历史文件，不应再成为英国指责中国的借口。

三、结论

学者期望通过协定的生效方式、是否具有强制性争议解决机制、是否登记、内容是否清晰明确等推断当事国意思表示，但是这些标准都存在着根本的缺陷，不能自圆其说。签署方式或是否经议会批准只是条约的缔结的方式，与当事国的意图没有必然联系；《维也纳条约法公约》并不要求条约必须具有强制性争端解决机制；国际协定内容是否清晰、是否向联合国登记与当事国的是否意图创设国际法权利义务也没有必然联系。因此分析一项国际协定是否属于条约时，判断当事国的意图只能个案分析，根据协定的具体内容判断当事国是否意图创设国际法权利义务关系。

网络空间自卫权的行使对象问题

张 华

南京大学法学院副教授

[摘要] 网络攻击往往由非国家行为体发起，实践中亦罕见有国家主动承认对网络攻击负责的实例。相应地，由于网络攻击的溯源存在技术、政治和法律方面的难题，受害国很难在传统自卫权的框架下对来自他国的网络攻击行使自卫权。本文基于实然法的考察表明：非国家行为体尚不能构成传统武力攻击情境下的自卫权行使对象，更不宜成为网络空间自卫权的行使对象。中国在参与网络空间国际造法的进程中，应当警惕将非国家行为体作为网络空间自卫权行使对象的主张。

[关键词] 网络空间；自卫权对象；非国家行为体；诉诸武力法

国际法理论界和实务界有关“网络战”的讨论绵延至今，始终无法就网络空间适用自卫权的问题达成一致意见。在 2017 年第五届联合国信息安全政府间专家组（以下简称“UNGGE”）会议上，自卫权问题成为各方争论的焦点之一，以至于会议最终“无果而终”。从应然法的角度来看，在网络空间国际法的系统性造法工作成功之前，主张传统自卫权规则适用于网络空间，或许可以一定程度地弥补法律真空，避免网络空间治理的无序化。问题在于，自卫权在网络空间适用尚存在一系列的法律不确定性，其中尤以自卫权的行使对象问题最为突出。一旦承认网络攻击有可能构成武力攻击并因此可以触发自卫权的话，那么非常现实的问题就是：网络空间的自卫权对象是仅限于国家，抑或还包括非国家行为体？文章将首先从技术归因和国家归因的角度，揭示在网络空间针对国家行使自卫权的法律困境，进而探讨“非国家行为体能否构成网络空间自卫权的行使对象”这一问题，最后适当探讨中国参与网络空间国际造法进程中的主张。

一、网络空间识别自卫权行使对象的制约因素

按照一般国际法，自卫权的行使对象应当是主权国家。据此，当一国遭受非国家行为体的武力攻击时，除非能将此攻击归因于一个具体的国家，否则受害国

无法在一般国际法的框架下行使自卫权。在常规战争中，攻击者的来源和身份一般较容易追溯和识别。相应地，只要证据充分，将非国家行为体的攻击行为归因于一国亦非难事。但是，在网络攻击的情境中，由于网络空间活动具有高度的隐蔽性和私密性，受害国很难对网络攻击进行准确行溯源并实现精准的国家归因。

网络攻击的溯源存在技术上的难度。作为溯源的首要步骤，IP 地址的追踪存在不确定性。经验高明的网络攻击者通常会伪装或掩饰 IP 地址，从而误导受攻击国的溯源工作。在发生“僵尸网络”攻击的情况下，被网络攻击者操控的“僵尸电脑”可能来自上百个国家，这就大大加剧了溯源的难度。

如果说网络溯源的困难也许可以通过网络技术的更新换代而获得一定程度的缓解的话，那么制约网络溯源的另一个因素在于相关国家缺乏合作意图。在发生网络攻击的情况下，受攻击国通过识别 IP 地址，确定互联网服务提供商，进而依据用户账号来锁定使用者的真实身份。当 IP 地址在受攻击国境内，上述溯源流程也许可以正常开展。反之，如果 IP 地址导向境外服务器的话，受害国可能需要其他国家的合作，方能确定互联网服务提供商，进而根据相关日志文件来识别具体的网络攻击者。

退一步而言，即便通过网络技术的提升和相关的国际合作可以实现溯源的话，仍不足以将非国家行为体的网络攻击行为归因于特定的国家。这是因为，在缺乏补充性的非技术证据和情报的情况下，单纯的技术追踪其实还无法充分建立非国家行为体与国家之间的法律联系。

根据《国家对国际不法行为的责任条款草案》（简称“ARSIWA”），国家归因存在八种情形。在发生网络攻击的情况下，如果技术归因显示攻击源自一国政府办公大楼、军事场所或驻外使馆的话，基本上能够确定攻击者的身份是国家机关工作人员。此时可以根据 ARSIWA 第 4 条，将该攻击行为归因于特定的国家。除此简单情势之外，将非国家行为体的网络攻击行为归因于国家存在很大的难度。例如，当网络攻击者是国防承包商的雇员时，理论上依据 ARSIWA 第 5 条，可以认为国防承包商是在行使着政府权力要素，因而可以将其雇员的网络攻击行为归因于该国。问题在于：是否有相关证据能确立该企业与军方之间存在此类授权关系？鉴于此方面证据获取的难度，答案恐怕是不确定的。

ARSIWA 第 8 条规定：“如果一人或一群人实际上按照国家的指示或在其指挥或控制下行事，其行为应视为国际法所指的该国的行为。”假使有证据表明发

动网络攻击的非国家行为体接受了国家的指示，或者是在国家指挥或控制下从事非法活动的话，理论上似乎可以将此网络攻击归因于国家。问题在于，国家指挥或控制的标准存在法律上的不确定性。国际法理论界和实务界一直就较为严格的“有效控制标准”和相对宽松的“整体控制标准”争议不休。在制定 ARSIWA 时，各方显然无法就国家指挥或控制的标准问题达成一致意见，第 8 条没有明确规定控制标准。

在讨论网络攻击问题时，有不少学者主张应适用“整体控制标准”。在国家控制标准尚不确定的情况下，能否基于宽松的“整体控制标准”将非国家行为体的网络攻击行为归因于国家，并因此对其行使自卫权？答案恐怕见仁见智。

作为国家归因的兜底条款，ARSIWA 第 11 条规定：依据第 4 条至第 10 条尚不能归于一国的行为，“在并且只在该国确认并当作其本身行为的情况下，依国际法视为该国的行为"。这一规则在网络攻击事件中的适用空间极为有限。国家之所以通过非国家行为体发动网络攻击，目的就是通过“代理人”来逃避国际法律责任。期待相关国家主动承认，并将非国家行体的网络攻击行为接受为本国行为，无异于“与虎谋皮”。

基于上述分析，可以认为，受害国在大多数情况下很难将非国家行为体的网络攻击归因于相关国家，并对其“顺理成章”地行使自卫权。为此，国际法理论界和实务界近年来开始呼吁：在网络空间，非国家行为体可以直接构成自卫权的行使对象。例如，在制定《塔林手册 2.0》时，大多数专家认为：非国家行为体在无国家介入时实施达到武力攻击程度的网络行动，国家实践已经确立了可对此行使自卫权。近年来不少西方国家在发布网络政策文件时，也开始陆续探讨这一问题。

二、非国家行为体能否构成网络空间自卫权的行使对象？

近二十年以来，国际法理论界和实务界一直在反复讨论“非国家行为体能否构成自卫权行使对象”这一问题，产生了不少有代表性的研究成果。与此同时，国际法院亦有若干案件涉及该问题。那么，在国际法上该问题是否已经形成了确定的答案呢？从国际法院的裁决来看，有关“非国家行为体能否构成自卫权的行使对象”这一问题的答案似乎是否定性的，或至少是不确定的。

网络空间通常被视为物理空间的同态映射。鉴于国际法理论界和实务界迄今尚未就“非国家行为体能否构成自卫权的行使对象”这一问题形成一致意见，对实施跨境网络攻击的非国家行为体行使自卫权同样难免合法性争议。目前有关“非国家行为体构成网络空间自卫权行使对象”的主张并非是对“实然法”的一种正常反映，而毋宁是一种实用主义的态度使然。质言之，该主张存在以下几个方面的问题：

第一，该主张是以预设网络攻击构成一般国际法上的“使用武力”和“武力攻击”为前提的。但是，对于《联合国宪章》第 2 条第 4 款中的“禁止使用武力原则”能否涵摄网络攻击，国际法理论界和实务界一直在“目的论”、“工具论”和“规模和后果论”之间争执不休。甚至有学者提出了“八要素论”，并将之纳入《塔林手册》。从目前国际社会有关网络攻击能否构成“使用武力”和“武力攻击”的广泛争论来看，过早地将自卫权行使对象拓展至非国家行为体不仅没有必要，而且会进一步导致自卫权在网络空间的滥用。

第二，非国家行为体的跨境网络攻击行为如果不能归因于一国的话，本质上应属于执法的范畴。相关国家有义务采取执法措施，以防止或打击其管辖或控制下的非国家行为体的跨境网络攻击行动。受害国在未获得相关国家同意的情况下，以自卫之名，对后者管辖或控制下的非国家行为体径自使用武力，难免有“越俎代庖”，侵犯相关国家主权之嫌。出于尊重相关国家网络主权的需要，受害国的正常反应是请求相关国家预防或惩治非国家行为体的不法网络攻击行动。纵使不能奏效，也只能追究后者的国际不法行为责任，而非动辄使用武力。

第三，一旦将非国家行为体接受为网络空间自卫权的行使对象，网络攻击的特殊性将导致一系列的现实法律问题。例如，为准确行使自卫权，受害国至少应首先将网络攻击溯源至非国家行为体。而从上文分析可见，网络归因常见的技术和政治难题，以及证据的缺失势必会妨碍受害国准确锁定自卫权的行使对象。尤其是在非国家行为体操纵“僵尸网络”，或者是依靠过境国网络关键基础设施发动网络攻击的情况下，自卫权的行使极有可能“殃及无辜”——即无实质性关联之第三国的非国家行为体和网络关键基础设施。又如，受害国针对非国家行为体行使网络空间的自卫权时，既可能导致对方计算机系统瘫痪、数据毁灭，硬件损坏，亦有可能造成人员伤亡、财产损失、社会扰乱。在这些特殊情境中，是否需要、以及如何遵守国与国之间战争法中的区分原则和比例原则，颇费思量。

基于上述考察可以看出：至少就现阶段而言，非国家行为体尚未构成物理空间自卫权的行使对象，更不宜成为网络空间自卫权的行使对象，否则将造成自卫权与执法权边界的消失，以至于网络空间的无序化。归根结底，之所以存在有关“非国家行为体构成自卫权的行使对象”的主张，乃是出于缓解受害国自卫权与

领土国主权之间的紧张关系的需要。过早扩大网络空间自卫权的行使对象等于是无视他国网络主权的存在，且会加剧网络空间的军事化，破坏网络空间的和平属性。

三、中国的主张

网络空间通常被军方视为是陆、海、空、天之外的第五空间，构成国家军事战略的全新场域。早在 20 世纪 90 年代，北约国家的军事专家们就已经关注“网络战”这一全新的战争形态。近年来，各国纷纷出台网络空间安全战略文件，加强网络武器的研发与测试，建设专业的网络作战部队，网络空间出现了“军事化”的态势。与此同时，但凡发生网络攻击事件，国际媒体往往“危言耸听”，大肆渲染“网络战”的威胁。北约国家及其盟友更是不遗余力地主张自卫权应当且可以适用于一国遭受网络攻击的情形。然而，从国际法角度来看，无论是根据《塔林手册》中有关网络“武力攻击”的标准，抑或是更为广泛的军事学上的“战争”标准，迄今为止的网络攻击事件其实都很难定性为法律或军事意义上的“网络战”。国际社会应淡化网络空间的军事化氛围。

中国目前正在积极参与网络空间国际法的造法进程。在 2019 年 9 月提交给联合国信息安全开放式工作组（OEWG）的立场文件中，中国虽然原则性地承认禁止使用武力原则适用于网络空间，但主张“要审慎对待武装冲突法、诉诸武力法适用于网络空间问题。不应变相承认网络战的合法性，防止网络空间成为新的战场”。的确，从上述分析来看，由于网络攻击的国家归因难度较大，在传统自卫权框架下针对具体国家行使网络空间自卫权的可能性较小，迄今亦无此方面的实例出现。同时，从实然法的角度来看，非国家行为体目前尚不构成网络空间自卫权的行使对象。由此观之，中国对待“诉诸武力法适用于网络空间”这一问题的审慎态度既符合国际法的发展现状，亦有利于网络空间命运共同体的构建。

论现行条约单方退出机制的限制与完善

张佳玥

摘要：缺乏理由、逃避责任等恶意退约行为会对多边合作体系带来负面影响，在很大程度上影响了国际法律秩序的稳定性。现行有关条约退出的国际法律规制存在缺陷，不能对条约单方退出行为进行合理有效的限制。条约单方退出不仅要符合条约中的退出条款，同时也要受条约必守、诚信原则等国际法基本原则的限制。为完善现行条约单方退出机制，应丰富完善退约条款的内容、明确条约退出权权力基础的界限、明确单方退出条约的法律后果，在条约的灵活性和稳定性之间找到平衡点，建立完善的退约机制。

关键词：条约法；单方退约权；条约单方退出机制；限制与完善

On the Restriction and Perfection of the Unilateral Withdrawal Mechanism of the Current Treaty

Abstract: Malicious withdrawal behaviors such as lack of reason and evasion of responsibility will have a negative impact on the multilateral cooperation system, and to a large extent affect the stability of the international legal order. The existing international legal regulations concerning the withdrawal of treaties are flawed and cannot reasonably and effectively restrict unilateral withdrawal of treaties. Unilateral withdrawal from a treaty must not only comply with the withdrawal clause in the treaty, but also be restricted by the basic principles of international law such as the observance of the treaty and the principle of good faith. In order to improve the current unilateral withdrawal mechanism of treaties, it is necessary to enrich and improve the content of withdrawal clauses, clarify the limits of the power base of the withdrawal right of the treaty, and clarify the legal consequences of unilateral withdrawal from the treaty, find a balance between the flexibility and stability of the treaty, and establish and improve it The withdrawal mechanism.

Keywords: Law of treaties; Unilateral withdrawal right; Unilateral withdrawal mechanism of treaty; Restriction and improvement

一、问题的提出

随着经济全球化的进程不断加快，国际主体之间的合作越来越紧密，难以避免的分歧也愈发明显。条约作为两个或多个国际法主体之间按照国际法产生、改变或废止相互间权利义务的意思表示的一致，具有非常重要的意义。[1]条约是组成国际法律关系的基础，条约的签订与退出外在表现为国际关系的变动。每当国际情势或区域情势发生重大改变时，必然会引起国际法律关系的改变。条约作为国际关系的载体必然会随着国际关系的变化而更迭。[2]近些年西方国家的“退群”行为愈演愈烈，国际形势涌动着逆全球化与单边主义思潮。2017 年 1 月 20 日，美国总统特朗普在国会大厦就职演讲中提出“美国优先”政策，并相继宣布退出联合国教科文组织、联合国人权理事会、万国邮政联盟、跨太平洋伙伴关系协定（TPP）、《联合国气候变化框架公约巴黎协定》、《伊核协议》、《维也纳外交关系公约关于强制解决争端之任择议定书》等国际组织和条约。[3]英国经过漫长且曲折的国内国际程序，也正式于 2020 年 1 月 31 日脱离欧盟，从表面上看，英国退出欧盟是退出国际组织，但在实质上，此举也是退出欧洲联盟的宪章性文件——《里斯本条约》。

这些世界大国因自身利益冲突频繁退出条约的做法，在国际法中是否有合法依据，条约法中是否有相关的限制性规定，以及相关的规定中是否存在不健全的部分，引发了学界的探讨。笔者认为，国际情势会影响条约的签订与退出，一个机制完善的条约同样可以缓解国际关系的僵局。当前的国际关系错综复杂，尤其是在区域争端与国际贸易中的冲突尤为严重，完善条约单方退出机制可以减少缺乏理由、逃避责任等恶意退约的行为，为未来的国际合作和发展奠定更稳固的基础。本文旨在分析现行条约中单方退出机制的合法性依据及限制性规定，并对条约单方退出权的完善建言献策，以期为条约法的不断进步有所裨益。

---

[1] 李浩培：《条约法概论》，北京·法律出版社，2003 年版，第 3 页。

[2] 张九林：《现行国际条约中的单方退出机制研究》，载《云南师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 5 期，第 77 页。

[3] 伍俐斌：《论美国退出国际组织和条约的合法性问题》，载《世界经济与政治》2018 年第 11 期，第 60 页。

二、条约单方退出的合法性依据

（一）条约单方退出权的权力渊源

笔者在研究时发现，不同的学者在对条约单方退出权进行描述时，有的使用了“权利”一词，有的则使用了“权力”一词，笔者认为单方退约权作为缔约国单方退出国际条约的权利基础，属于国家主权的延伸，因此其属性应与国家主权相同，即既是权利又是权力。但是本部分主要探讨的是条约单方退出的合法性依据，因此使用“权力”一词更为妥当。从理论层面看，退出条约和缔结条约一样，都是国家独立自主处理对外事务的行为，属国家行使主权的表现。从实践层面看，大量国际条约在退出条款中直接将国家主权作为行使单方退出权的权力来源。[1]例如，1997 年《渥太华禁雷公约》[2]第 20 条第 2 款和 2008 年《集束弹药公约》[3]第 20 条第 2 款一致规定：“每一缔约国为行使国家主权，有权退出本公约。缔约国应将退约一事通知所有其他缔约国、保存人和联合国安全理事会。退约书中应充分解释引起退约的原因。”《核不扩散条约》[4]第 10 条第 1 款也规定：“每个缔约国如果断定与本条约主题有关的非常事件已危及其国家的最高利益，为行使其国家主权，应有权退出本条约。”

此处应明确的是，虽然条约单方退出权的权力渊源是国家主权，但这并不意味着只有主权国家才有退出条约的权力。条约的缔结主体还包括非完全主权国家、国际组织等国际法主体，此时的单方退约权源于国家主权的授予或让渡。此外，主权具有绝对性的特征不能等同于单方退约权行使具有绝对性，否则会造成退约权的滥用或者出现国际法主体恶意行使退约权的情形。

也有学者将条约单方退出权的权利渊源归结于国际法的开放性，认为当有关国际法的实证规范体系无法与自然法的正义价值形成互动时，国家主权原则的天赋权利就会向权力属性嬗变。[5]笔者认为，这一观点本质上还是在强调国家作为单方退约的权力渊源，国际法的开放性特征为国家主权原则提供了充分的环境条件，使其能够得到最大程度的发挥。

（二）条约中涉及退出条款的情形

---

[1] 卜璐：《论国际条约的单方退出》，载《环球法律评论》2018 年第 3 期，第 156-157 页。

[2] UNTC：https://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/09/19970918%2007-53%20AM/Ch_XXVI_05p.pdf

[3] UNTC：https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/26-6.pdf

[4] UN：http://disarmament.un.org/treaties/t/npt/text

[5] 江河：《条约退出机制: 法律困境、法理解读与中国方案》，载《环球法律评论》2020 年第 4 期，第 183 页。

条约退出权的出现是国际法发展的必然趋势，19 世纪以前所订立的条约中很少存在退出条款。但是随着全球化和国际合作的不断推进，大部分条约中都出现了退约条款。根据劳伦斯赫尔菲的一份实证研究表明，在 1945 年至 2004 年 60 年间的 5416 份多边协议中有 1546 次退约行为，因此可以表明条约退出的行使并不是个例。[6]通常情况下，国际条约由名称、序言、主要文本、最后条款、证明、签署和附件部分组成，其中最后条款是指规定与其他条约关系、争端解决、修正 和审查、附件地位、签署、批准、加入、生效、退出和终止、保留、保存人的指定及作准文本等有关条约程序方面内容的条款。[7]退出条款在国际条约中是作为最后条款的一部分出现的，因此其地位看似不及条约正文部分规定的实质性内容，经常被看作纯粹格式性的规定而从另外一个类似的条约复制或改写过来。[8]从实质上看，退出条款在国际条约中作为增强条约灵活性的工具之一，与其他制度共同发挥增强条约灵活性的作用。综上所述，退出条款在国际条约特别是多边条约的缔结中已经成为一个常规条款。

（三）条约中未规定退出条款的情形

在国际条约的实践中，也存在不包含退约条款的条约。条约的签订涉及各国利益妥协等问题，在谈判过程中各国可能无法就条约退出的问题达成一致，抑或是条约的性质导致不适合用退出条款来规范，就导致无退出条款的条约的存在。另一方面，条约的制定者们担心退约条款的存在会影响条约的稳定，导致条约的目的和宗旨无法达成。9在实践中，也存在着无退约条款的单方退约行为。例如美国 1984 年退出联合国教科文组织、利比亚退出联合国、朝鲜退出在《世界人权宣言》基础上通过的《公民权利和政治权利公约》等。退约条款的规定越详细，退约行为的合法性就越充分，因此退出缺乏退约条款的条约时其退约行为的合法性还是存在争议。笔者认为，维护国际条约的稳定性不应该排斥退约条款的存在，而是应设置详细明确的退约条款，在有明确的退约条款时缔约国更倾向根据程序来退约，以此降低违法的退约行为。

三、条约对单方退出权的限制因素

---

[6] Laurence R. Helfer. “Exiting Treaties,” *Virginia Law Review*, Vol. 91, No.7(Nov 2005) pp.1601-1607.

[7] 卜璐：《论国际条约的单方退出》，第 158 页。

[8] ［英］安托尼·奥特斯: 《现代条约法与实践》（江国青译），北京·中国人民大学出版社，2005 年版，第 375-376 页。

[9] 何塞·阿尔瓦雷斯：《作为造法者的国际组织》（蔡从燕译），北京·法律出版社，2011 年版，第 34-37 页。

即使单方退约权的行使具有一定的合法性基础且已成为了国际社会的常态，但是仍要对单方退约权的行使加以限制，防止其被国际主体滥用，成为其逃脱承担国际义务和分配利益的借口，或者使单方退约权沦为政治博弈的工具。

（一）国际法律规制

1.条约必守原则

条约必守原则是国际法的基石，只有在其基础上构建的国际法体系才能稳定发展。该原则表明当一个国家签署某一条约，并且通过本国法律规章的必要生效条件产生效力后，缔约国就负有善意履行的义务。[10]所谓善意履行，是指不论在何种情况之下，当事国都应当尽其所能并依据条约的文本和精神履行条约，最大化地实现条约的宗旨和目的。[11]该原则的重要性在于，条约作为主权国家确定相互间权利义务关系的协议，如果可以随意违反或背弃，国家之间的相互信任必将成为空谈，良好的国际法律关系和秩序也难以维系。因此条约必守原则为国际法的有效性以及国际法律关系和法律秩序的稳定性奠定了基础。就条约的退出而言，当事国如果随意单方面退出条约，停止履行条约义务，必然导致条约的目的无法实现。特别是在多边条约的情况下，如果是对于条约实施至关重要的当事国单方退出，则可能导致整个条约失去其存在的意义，并可能对其他缔约国乃至国际社会的利益造成损害，这显然违反了条约必守原则。2. 联合国条约法公约中关于条约退出的规定《维也纳条约法公约》[12]是现行有效的最为重要的条约法公约，其中包含关于条约退出的具体规定。公约首先确认了条约必守这一习惯法原则，序言载明："……条约必须遵守规则乃举世所承认。"公约第 26 条规定："凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行。"条约必须信守原则赋予了各国遵守条约的习惯法义务，而公约则将上述原则法典化，并赋予了公约当事国遵守其所缔结条约的"条约义务"。 公约中关于条约退出的具体规定主要位于第 3 节"条约的终止及停止施行"。公约第 54 条规定条约当事国在两种情况下可以退出条约：一是在条约中包含退出条款的前提下，根据该条款的规定退出条约；二是无论何时在咨商其他缔约国并经全体当事国同意的情况下退出条约。

[10] Anthony Aust, *Modern treaty law and practice*(Cambridge: Cambridge University Press, 2013), pp.160-163.

[11] 郑曦林、桂宾：《论条约法上的单方面退出或解除权——兼评<核不扩散条约>的退出条款》，载《法学评论》1995 年第 1 期，第 25-30 页。

[12] UNTC：https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf

此外，公约针对条约没有退出条款的情况作出了禁止性规定，如果一项条约中没有就其退出进行明确规定，则当事国不得单方退出。但对此有两种例外情形：一是经证实当事国原意为允许有退出条约之可能；二是按照条约的性质默示当事国有退出条约之权利。此情形之下当事国退出条约的权利被称为“默示退出权”或“暗含解约权”。[13]公约第 60、61 条还规定了当事国在他方违约、条约履行不能以及情势重大变更等特殊情况下可以退出或终止条约。第 70 条规定了退出条约的法律后果， 即自退出生效之日起，当事国不再负有继续履行条约的义务，退出国与其他条约当事国的关系也随即解除。

（二）程序性限制

1.时间限制

对条约单方退出权的行使进行各种时间性的限制是目前种类最多也较为有效的方法。[14]任何条约的签订都需要经过长时间的磋商和起草，条约的制定者都希望维护条约的稳定性。[15]《国际原子能机构章程》[16]第 18 条第 4 款规定只有在条约生效 5 年后才能行使退约权，《联合国气候变化框架公约》[17]第 25 条第 1 款规定缔约国在公约对其生效后 3 年后才能向保管人发出退出通知。这些限制有效维护国际组织的有效运转，同时缔约国能够在一定程度内履行条约义务。对时间加以规定的条款可以防止缔约国在享受条约带来的利益后，为了逃避其义务而退出条约。

2.方式限制

国际条约中通常以通知的方式作为对条约主体退出条约的限制。《维也纳条约法公约》第 56 条第 2 款中规定退出或废止条约的通知最少需提前 12 个月做出，因此一般条约中对提前通知期的规定与公约一致。条约的提前通知期可以看作一个缓冲期，这个期限给了退约国和剩余的成员国一个磋商的机会。缔约国有时也可能因为一时的利益需求而选择退出条约，在退约通知生效前退约国可以选

[13] 曾令良：《国际公法学》，北京·高等教育出版社，2016 年版，第 379 页。

[14] 张九林：《现行国际条约中的单方退出机制研究》，第 83 页。

[15] 邹琴：《条约形式价值与实体价值的博弈——以国际法院判决为切入点》，载《知识经济》2010 年第 11 期，第 10 页。

[16] IAEA：https://www.iaea.org/sites/default/files/statute.pdf

[17] UN：https://treaties.un.org/doc/Treaties/1994/03/19940321%2004-56%20AM/Ch_XXVII_07p.pdf

择撤销其通知。《维也纳条约法公约》第 65 条第 1 款对通知的内容进行了规定，该条款规定退约国因将其退出通知告知其他当事国，并对退约的理由进行说明。

虽然公约对于退约国退出的方式进行了一定的限制，退出条款中对退约理由的规定还是存在很大的模糊性。这就给退约权留下很大自由裁量余地，导致退约理由的正当性和客观性难以界定。在很多国际条约中都存在这样的现象，过于主观的规定导致退约理由的实质约束力非常微弱，只能起到原则性的导向作用。

四、现行有关条约单方退出的国际法律规制的完善

（一）丰富完善退约条款的内容

实践中多数条约特别是多边条约中的退出条款过于简单化，抑或是较为宽松与模糊。[18]究其目的是希望更多的缔约国批准条约，扩大条约的影响力和适用范围，而不是鼓励缔约国任意退出条约的行为。[19]但是在实践中，过于松散的退约条款的设置会导致对条约必守原则的破坏，根据条约内容的不同设置多样的退出条款，才能更有效地建立可持续的条约体系。现有的退出条款大多数就是针对退约程序性的限制，手段相对单一且限制作用不显著。在条约退出条款中应该增加一些实质性与程序性相结合的条款，例如在得到一定数量的缔约国同意下才可以行使退约权，抑或针对退约理由给出有实际关联的报告供其他缔约国查阅等内容。若条约涉及裁军、禁止侵略等维护国际和平与安全或其他重大利益的永久性或者国际强行法义务，则更应严格限制缔约国单方退出条约。

（二）明确条约退出权权力基础的界限

根据前文所述，条约退出权最根本的权力基础在于国家主权原则，这在一定程度上导致了实践中条约单方退出行为的任意性。国家在考虑是否缔结或退出某一条约时，通常是基于其自身利益而为。在何种情况之下利益是否受损或可能受损，主要由该国自行主张和决定，其他国家很难干预。一国往往主张维护自身的“国家利益”是正当的，这可能成为国家任意退出条约的借口。因此，防止仅以抽象的国家利益受损为由任意退出条约十分必要。就条约退出权而言，即使其具有主权属性，也应受到相应的国际法基本原则和规则的约束，包括条约必须信守原则、诚信原则等。实践中，一国对于某项具体条约的退出权不应被不合理放大，除了充分遵守条约中的具体退出条款之外，还应在有关条约退出的国际法整体框架下进行。如果一国仅基于国家主权而以抽象的“国家利益”受损为由单方退出

[18] 杨宽：《条约单方退出的国际法律规制的完善——从美国退出<巴黎协定>谈起》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2019 年第 1 期，第 157 页。

[19] 张雅琼、潘国平：《评国际条约退出的正当性》，载《兰州交通大学学报》2017 年第 2 期，第 50 页。

条约，则可能涉嫌滥用条约退出权而违反国际法。因此笔者认为，可以增强联合国或者国际法院、世界贸易组织等国际组织在评估国家利益受损中的作用，设定具体的评估标准，从而使得单边退约权受到国际法的合理规制。

（三）明确单方退出条约的法律后果

《维也纳条约法公约》规定当事国可在条约包含退出条款的情况下退出，但是却未明确规定当事国退出条约后是否需要承担相应的法律责任。根据国际法，一国如违反其所承担的国际义务即构成国际不法行为，则引起该国的国际责任。[20]同理，若国际主体单方退出条约并违反国际法，则应该承担相应的责任。但如果国际主体没有违反国际法的相关规定，仅仅是出于所谓的“自身利益”受损或者是其他具有自主裁量权的事由随意“退群”，破坏了一定范围内的国际秩序或者是国家之间的信赖利益，也应该对其行为设置一定的违约责任。同时，应在条约中建立针对签署后而退出条约的国家的行为监督机制，若发现退出行为损害或妨碍了条约目的和宗旨的实现，该退出国即构成国际不法行为而应承担相应的国际责任，以此约束单方条约退出行为，维护条约的稳定性价值。

五、结语

现行条约中单方退出机制具有其合理性与合法性基础，因此不能否认单方退约权的重要性。单方退约权的行使不仅受条约法公约的限制，同时也要兼顾条约必守原则、诚信原则等国际法基本原则的规制。为了防止部分国家滥用单方退约权，为了自身利益的实现损害条约的完整性以及缔约各方的共同利益，有必要重新审视现行条约中对于退出机制的限制，并为退约机制的完善提出建议。与此同时，在逆全球化和单边主义对多边合作机制造成冲击的情况下，如何理解单方退约权对我国有重要的意义。为了维护多边主义、促进各国的相互信任与协作，应该在条约的灵活性和稳定性之间找到平衡点，建立完善的退出机制。缔约国在行使退约权时也应遵守相关的法律机制，维护国际条约法律制度。

参考文献

中文著作

[1]李浩培著：《条约法概论》，北京·法律出版社，2003 年版。

[2]曾令良著：《国际公法学》，北京·高等教育出版社，2016 年版。

[3]安托尼·奥特斯著:《现代条约法与实践》（江国青译），北京·中国人民大学

[20] 黄瑶：《国际组织责任规则与国家责任规则之比较——以联合国国际法委员会有关条款草案为视角》，载《法学评论》2007 年第 2 期，第 58-64 页。

出版社，2005 年版。

[4]何塞·阿尔瓦雷斯著：《作为造法者的国际组织》（蔡从燕译），北京·法律出版社，2011 年版。

[5]朱文奇、李强著：《国际条约法》，北京·中国人民大学出版社，2008 年版。

[6]银红武著：《条约退出权研究》，北京·法律出版社，2014 年版。

中文期刊文章

[1]张九林：《现行国际条约中的单方退出机制研究》，载《云南师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 5 期。

[2]伍俐斌：《论美国退出国际组织和条约的合法性问题》，载《世界经济与政治》2018 年第 11 期。

[3]卜璐：《论国际条约的单方退出》，载《环球法律评论》2018 年第 3 期。

[4]江河：《条约退出机制: 法律困境、法理解读与中国方案》，载《环球法律评论》2020 年第 4 期。

[5]郑曦林、桂宾：《论条约法上的单方面退出或解除权——兼评<核不扩散条

约>的退出条款》，载《法学评论》1995 年第 1 期。

[6]邹琴：《条约形式价值与实体价值的博弈——以国际法院判决为切入点》，载《知识经济》2010 年第 11 期。

[7]杨宽：《条约单方退出的国际法律规制的完善——从美国退出<巴黎协定>谈起》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2019 年第 1 期。

[8]张雅琼、潘国平：《评国际条约退出的正当性》，载《兰州交通大学学报》2017 年第 2 期。

[9]黄瑶：《国际组织责任规则与国家责任规则之比较——以联合国国际法委员会有关条款草案为视角》，载《法学评论》2007 年第 2 期。

[10]李浩培：《论条约必须信守原则》，载《法学杂志》1985 年第 1 期。

[11]江国青：《国际法与国际条约的几个问题》，载《外交评论》2000 年第 3 期。

英文著作

[1]Anthony Aust, Modern treaty law and practice, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

[2] Mark E V, Commentary on the 1969 Vienna convention on the law of treaties, Leiden：Martinus Nijhoff Publishers，2009.

[3] Anthony A, Handbook of international law, Cambridge： Cambridge University Press，2010.

英文论文

[1] Laurence R. Helfer, Exiting Treaties, Virginia Law Review, Vol. 91, 2005.

[2] Kal Raustiala, From and Substance in International Agreements, American

Journal of International Law, Vol.99, 2005.

[3] Peaslee K.Widdows, The Unilateral Denunciation of Treaties Containing No Denunciation Clause, British Yearbook of International Law, Vol.53, 1982.

[4] Lukashuk.I, The principle pacta sunt servanda and the nature of obligation under international law, American Journal of international law, 1989.

英文网站资料

[1]UNTC：https://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/09/19970918%2007-53%20AM/Ch_XXVI_05p.pdf

[2]UNTC：https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/26-6.pdf

[3]UNTC：https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf

[4]UN：http://disarmament.un.org/treaties/t/npt/text

[5]UN：https://treaties.un.org/doc/Treaties/1994/03/19940321%2004-56%20AM/Ch_XXVII_07p.pdf

[6]IAEA：https://www.iaea.org/sites/default/files/statute.pdf

《民法典》下存托凭证法律适用问题研究

张建雨[1]

（中南财经政法大学，湖北　武汉 430073）

摘 要：2020 年，以存托凭证为核心的“沪伦通”交易机制再度启动。然而，目前关于我国存托存托凭证投资者保护机制研究较为欠缺，忽视存托凭证法律关系中的涉外因素，导致弱化国际民商事管辖权冲突与法律适用等实质性问题，在涉外审判中不能从根本上保障我国存托凭证投资者的基本权利，因而需要机制重构。在《民法典》实施的背景下，本文通过比较研究，分析中英两国关于存托凭证法律适用的差异，试图构建“明确性”与“灵活性”相结合的跨国存托凭证投资者保护机制。

关键词：存托凭证；投资者保护；法律冲突；法律适用

一、问题的提出

2020 年 5 月，一度沉静的“沪伦通”交易机制再度启动，中国太保赴英国发行存托凭证获得中国银保监会原则批准。“沪伦通”交易机制是指中英双方具有资格的上市公司依据当地法律，由基础证券与存托凭证相互转化以实现两地证券市场的互联互通。与“沪港通”证券直接持有模式明显不同，“沪伦通”投资者不能直接在对方市场进行证券交易，必须通过存托凭证实现证券的间接持有，故存托凭证是该交易机制的核心。作为中英两国金融领域长期的战略规划，此举有助于提升我国资本市场的国际化水平，为“沪德通”、“沪新通”等一系列金融创新机制的实施埋下伏笔，从而推动我国全面开放的新格局。

然而，目前关于我国存托存托凭证投资者保护机制研究较为欠缺。在跨国的证券间接持有模式下，其存托凭证的法律关系“天生”具有涉外因素，实质上属于国际民商事法律关系。当中英两国立法对同一法律关系进行调整，则可能导致国际民商事管辖权冲突与法律适用冲突。为保护我国投资者的基本权利，明确跨国存托凭证的管辖权原则与法律适用规则具有现实的紧迫性。

当前，中国特色大国外交的总目标是推动构建新型国际关系，构建人类命运共同体。[2]应以“沪伦通”为契机，将多元化价值的冲突法思维引入跨国存托凭证法律适用规则中，能够对多边主义困境下的全球治理起到积极作用，促进全球多样

[1]张建雨，男，中南财经政法大学法学院博士研究生，主要研究方向：国际私法。

[2]杜正艾.推动构建新型国际关系 构建人类命运共同体[J].行政管理改革,2017(11):97.

性的发展。由此，本文反思现有规则之适用困境，探寻中英两国存托凭证法律适用规则差异与共识，试图构建“明确性”与“灵活性”相结合的跨国存托凭证投资者保护机制。

二、投资者权利保护之困境

“沪伦通”交易机制的涉及两国多个主体，涉及存托发行人、存托机构、托管机构及投资者等多方利益，如何确定相关主体的权利与义务成为投资者权利保护的关键因素。由于存托凭证在境内发行与交易，但该存托凭证的基础证券位于境外，存托机构则作为中间人持有境外证券的特定权利，而境内投资者需要通过存托凭证间接持有境外证券。因而当前实践中，间接持有模式使法律关系复杂化，加之交易主体分属两个国家，导致“沪伦通”投资者权利保护困难重重。

（一）存托凭证法律关系的模糊性

法律关系是法律在调整人们行为的过程中形成的权利和义务关系。[3]辨析存托凭证的法律关系有助于法院在处理相关涉外案件时，能够准确识别事实与规范之间的联系，从而确定相应的冲突规范，进一步推导涉及当事人法律关系的准据法，以实现定分止争。

关于存托凭证法律关系的性质，学术界存在争议。通常分为信托关系和国际证券关系，因而对存托凭证法律关系定性存在模糊。一般而言，实务中倾向于将存托凭证法律关系定性为信托关系，因信托关系中受托人承担的注意义务、分别管理义务、忠实义务等，更能充分保护投资者权益。[4]从该制度的历史发展来看，形式上也更接近于信托制度。

然而，各国关于信托立法规定不一致，必然导致法律适用上产生冲突。我国在立法上关于涉外信托关系采取的适用规则与海牙《关于信托的法律适用及其承认的公约》采纳的内涵大致相同。[5]我国承认当事人可以协议选择信托适用的法律，对于与信托关系最密切联系的法律，我国认定为信托发生地法或信托财产所在地法。但是，对于什么是信托发生地法或信托财产所在地法，法律上并没有明确的规定。[6]因此，将存托凭证法律关系直接认定为信托关系似乎不能完全解决法律适用问题。

对于这个问题，英国立法倾向于信托关系，即存托凭证的持有人是相关股份的实际拥有人。事实上，股东向保管机构托管股份，不是为了资本收益而出售股份，股东仍保留对股份的实际所有权。在实践中，存托凭证的价值与股份的价值紧密相连，对存托凭证的出售应该被视为对股份的出售。在公司重组中，股东可

[3]孙笑侠.法理学[M].北京:清华大学出版社,2008:82.

[4]谢贵春、吴暇.存托凭证持有人保护机制研究[J].证券市场导报,2018(7):6.

[5]参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（全文简称《法律适用法》）第17条。

[6]沈涓.国际私法的新发展[M].北京:中国社会科学出版社,2015:170.

以不用发行股份，而选择接受存托凭证。[7]如果存托凭证的持有人将其转换为相关的股份，则不会改变股份的所有权，从而不会出售这些股份。

另一方面，根据证券发行法律性质的“契约说”，证券权利是依据发行人和投资者订立的接受契约而成立的民事权利。[8]由于存托凭证的证券属性，从而存托凭证发行也具有同样的契约性质，即存托凭证的发行人与受让人之间的契约产生了证券权利。2018 年，中国证监会发布《存托凭证发行与交易管理办法（试行）》（下文简称《管理办法》），明确中国证监会为存托凭证在中国境内发行的监管机构。该《管理办法》在总则中确立了在中国发布存托凭证的法律适用规则，即适用《证券法》、《管理办法》以及证监会的其他规定，明确境外发行人的基本义务与法律责任，同时强调不得存在跨境歧视。可见，我国倾向于将存托凭证法律关系定位为证券关系。

（二）国际民商事管辖权的冲突性

国际民商事管辖权是指一国法院受理涉外民商事诉讼案件的权限范围的法律依据。[9]存托凭证案件涉及两国法院行使审判权的权限产生冲突，因而协调此种冲突成为解决当事人纠纷解决的前提。然而，《管理规定》第 28 条中明确规定了存托协议各方的权利义务，并要求当事人在合同中必须写明：“诉讼管辖法院由中国境内有管辖权的法院”。而英国法院对于处理涉外民商事案件通常基于送达原则、出现理论、法官自由裁量权理论以及方便法院原则等管辖权依据。[10]

事实上，第 28 条显然属于具有属地主义性质的单边冲突规范，对管辖权与本国法律的适用范围造成自我限制，不利于本国法律的全球竞争。[11]从长远来看，存托凭证涉及的纠纷解决机制应该兼顾多方利益，只考虑单方利益的制度设计，最终境内投资者将承担不利后果。

（三）法律适用规则的差异性

国际金融关系包括国际证券、国际结算、国际贷款等，存托凭证交易正是国际证券交易的重要组成部分，“沪伦通”交易制度实现了国际金融下的“产品跨境”。因此，存托凭证法律关系具有涉外性的特征，是具有国际因素的民商事法律关系，属于国际私法的调整对象。由于中英两国法律制度的差异，对存托凭证

---

[7] Kadapakkam. Return linkages between dual listings under arbitrage restrictions: a study of Indian stocks and their London global depositary receipts[J].Financial Review, 2003(38):16.

[8]叶林.证券法[M].北京:中国人民大学出版社,2013:84.

[9]刘仁山.国际私法[M].北京:中国法制出版社,2019:436.

[10]刘益灯、彭丁带.国际私法学[M].长沙:中南大学出版社,2012:71-74.

[11]杜涛、肖永平.全球化时代的中国民法典：属地主义之超越[J].法制与社会发展,2017(3):81-84.

法律关系的规定各不相同，又竞相适用同一法律关系，导致法律适用上存在抵触，这样就出现了法律适用的问题。关于存托凭证法律适用规则，英国主张根据冲突法规则解决法律适用问题，而我国当前则主张一律适用中国法。

首先，英国的涉外物权（动产、不动产）适用物之所在地法，由转让时物权所在国法所支配，不动产合同的形式和实质有效性适用英国 1980 年缔约的《罗马公约》与英国合同法。而动产则根据形态不同，分为有体动产和无体动产。英国将股票、专利、商标、版权被认为是无体动产，将有体动产与无体动产进行分类，更有利于冲突法中法律适用范围的界定。[12]股票财产权性质的纠纷一般参照有体动产适用物之所在地法，由于让与人和受让人之间因第三人权利的转让而产生的法律关系，适用让与人和受让人之间合同的准据法，但在一些情形下，无体动产的效力可适用与被转让权利有最密切联系的法律。[13]判断英国的股份所在地主要依据股权凭证所在地、股份所属公司成立地、登记簿所在地。在司法实践中，随着纸质无记名股票逐渐减少，适用股权凭证所在地的空间会被逐渐压缩。[14]另一方面，英国在麦克米伦公司诉盖特投资信托公司一案中形成了适用公司成立地的判例[15]，登记簿所在地一般为公司成立地。因此，在涉外无体动产争议中，适用股份所属公司成立地，更具有稳定性和可操作性。

其次，存托凭证在英国境外发行，存托凭证的持有人是否为相关股份的受益所有人的问题则适用存托凭证发行地法，保管人可以向投资者提供受益所有人的信息。受益所有人是英美法上的概念，目的是为了防止证券交易当中的欺诈行为，特别是内幕交易。事实上，对证券有实际控制能力的人都可以称为受益所有人。[16]

但是，在一种情况下，受益所有权不适用英国境外发行地的法律。当存托凭证发行地的法律对相关股份的受益所有权没有做出规定，因出于税收的考虑，英国税务海关总署根据对英国法律原则的理解从而确定受益所有权。据英国实务中的惯例，英国税务海关总署将存托凭证的持有人视为受益所有人。另一方面，当存托凭证发行地法律确定存托凭证的持有人不是相关股份的受益所有人时，会产生如下实质性影响：（1）出售存托凭证不等于出售相关股份；（2）因上市公司股东丧失股份的受益所有权，股东转让股份给存托人换取存托凭证发行的目的是为

---

[12] Lord Collins of Mapesbury and Others. Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws[M]. London: Sweet & Maxwell,2012:1282.

[13]陈小云.英国国际私法本体研究[M].北京:知识产权出版社,2008:159-160.

[14]涂广建.论“沪港通”机制下证券权益的法律适用[J].国际法研究,2016(5):75.

[15] See Macmillan Inc v. Bishopsgate Trust plc (No.3) 1996.

[16] Velli Joseph. American depositary receipts: An overview[J].Fordham Int'l, 1993(1):38.

了资本受益；（3）若存托凭证持有人将其转化为相关股份，则将出售存托凭证并收购股份。

然而，相较于英国存托凭证法律适用规则，我国与前者的差异性使冲突规范与现实之间存在明显错位，投资者难以选择对其最有利的准据法。我国《管理办法》中“存托协议适用中国法律”表明限制当事人在法律选择中的最密切联系原则与意思自治原则，禁止存托凭证协议适用外国法律，明显与上述英国存托凭证法律适用规则相冲突。“沪伦通”作为双向机制，当前《管理办法》显然忽视中英双方的法律差异。此外，传统冲突规范的连接点模糊化，“物之所在地法”原则适用存在困境，单边冲突规范明显不利于投资者的保护。

三、投资者权利保护机制之重构

西班牙证券法学者戈西马丁指出：“冲突法划清本国法与目标市场法之间的界限”。[17]因外国法院判决的承认与执行是国际民事诉讼程序的最终归宿，冲突法理论提供具有稳定性和可预见性的冲突规范，为最终判决的承认与执行奠定基础。由于国际间没有形成统一的存托凭证管辖规则与法律适用规则，故基于冲突法理论对存托凭证投资者保护机制之重构提出基本路径。

存托凭证法律适用分为三个部分：存托凭证发行人和持有人之间权利义务关系的法律适用、存托凭证发行的法律适用、存托凭证交易的法律适用。从中英两国的实践与证券交易的惯例来说，三者适用的法律原则大致相同。从国际私法立法的发展方向上来看，法律适用需要“明确性”与“灵活性”相结合。[18]因此，如何构建“沪伦通”下跨国存托凭证投资者保护机制，应从以下几方面出发。

（一）引入 PRIMA 规则

存托凭证制度是证券间接持有模式的典型代表，在证券的间接持有模式下很难确定什么是证券所在地，使其作为连接点存在不确定性，对传统的“物之所在地规则”衍生出的调整方式构成挑战，给跨国证券交易带来不便。[19]

PRIMA 规则（the Place of the Relevant Intermediary Approach），意为“证券中间人所在地规则”，是《海牙证券公约》为应对传统“物之所在地规则”的僵化性，而采取的更为灵活的规则。具体而言，将证券中间人的实际所在地作为连接点，利用该连接点指引应该适用何国的实体法。

在“沪伦通”存托凭证交易中，委托中间机构（跨境转换机构）是交易模式的关键一环，也相对于证券直接持有模式更为复杂。在证券交易中，为不损害中间机构的权利，需要平衡法律选择的灵活性与保护第三人权利的关系。将证券中

[17]戈西马丁·阿尔弗雷.跨境上市国际资本市场的法律问题[M].刘佚、卢青译.北京:法律出版社,2010:2.

[18]韩德培.国际私法问题专论[M].武汉:武汉大学出版社,2004:17.

[19]孙南申、杜涛.当代国际私法研究[M].上海:上海人民出版社,2006:347.

间人所在地作为冲突规范的连接点，让中间机构可以预见到调整该法律关系的实体法应该是其从事跨境转换业务的分支机构所在国家的法律。例如，中国国际金融公司（简称中金公司）作为“沪伦通”跨境转换机构，其从事中间持有业务的分支机构则为中金公司（英国），若引入 PRIMA 规则就可以清晰预见，当在英国发生证券权益纠纷，则可以适用英国法调整该法律关系。可见，PRIMA 规则能够有效的提高法律选择的“明确性”和“灵活性”，同时降低投资的法律风险。

（二）适用当事人意思自治原则

发行存托凭证时，存托凭证发行人和持有人、发行人和中间机构（存托人）、持有人和中间机构（存托人）之间的买卖关系、委托关系由双方的合同确定。合同准据法一般由意思自治原则确定，当事人可以通过合意自行选择应适用的法律。

随着内国证券市场的国际化，各国在国际证券发行上对当事人的态度更为宽松，如 1992 年德国发布的《有关德国市场发售的声明》。尽管在国际证券交易中，合同参照证券市场上的交易习惯或自律组织的规则比较普遍，但是一般不能取代当事人的法律选择。[20]在跨国证券交易中，允许当事人合同的意思自治有利于纠纷的快速解决，可以提升跨国交易的效率。

然而，当事人意思自治原则受到支配合同的强行法的限制，不得违反法律中的强制性规定。一般而言，限制包括三个方面，即政策导向、直接适用的法和保护弱者权利，其中“直接适用的法”外部边界比较模糊。例如，2013 年最高人民法院对外部边界的范围有所描述：（1）中华人民共和国社会公共利益；（2）当事人不能通过约定排除适用；（3）无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律；（4）行政法规的规定。其中第 4 项涉及外汇管制等关乎金融安全的事项。此外，《法律适用法》第 2 条规定：“其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的，依照其规定。” 体现对涉外民事关系有重大影响的特殊领域需要专门规定。另一方面，国务院具有行政管理职能的机构制定的部门规章也属于我国法律的一部分。因涉外证券权益纠纷可能会涉及国家金融安全和金融稳定，故需要“直接适用的法” 扩展适用于特殊的法律关系。特别注意的是，在国际证券交易中，需要区分公法性质的规范和私法性质的规范。由于资本市场是一个受到监管的市场，各国的国家机关作为监管主体有权力确定监管范围，并依照本国公法履行监管职责，即“单边适用本国法”。所以从公法的角度，是不存在多边

[20]萧凯.跨国证券交易的国际私法问题[M].武汉：武汉大学出版社,2008:12-14.

冲突规范。

在公法的范围内，作为国务院直属事业单位，中国证监会有权行使行政监管职能，并通过《管理办法》规定“单边适用本国法”是完全合理的。然而，从私法的角度，存托凭证协议是确定当事人之间的权利义务关系的法律文本，对于当事人之间涉及证券权益纠纷，则属于私法的范围。由于《管理办法》从性质上属于部门规章，并不是《司法解释（一）》中所提及的法律或行政法规，故对私法范围内当事人法律选择的意思自治限制以及规定存托协议“直接适用的法”是否妥当，还需要进一步商榷。

（三）适用最密切联系原则

在法律适用中，最密切联系原则一般是作为“兜底”原则，其效果增强了存托凭证法律适用的灵活性。当跨国存托凭证交易中当事人没有选择适用法律时，应由法院按最密切联系原则选择法律。我国《法律适用法》第 2 条规定：“本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”《法律适用法》第 39 条规定：“有价证券，适用有价证券权利实现地法律或者其他与该有价证券有最密切联系的法律。”根据第 2 条和第 39 条的规定，考虑与存托凭证最密切联系的国家或法律包括：证券交易所所在地法、存托凭证发行地法、存托凭证发行人所在国法、存托凭证持有人所在国法。

在实践中，对于证券权益纠纷，很多国家立法直接规定适用发行地或证券交易所所在地法。从原因上来看，其一因为发行地或证券交易所所在地与该国法律具有最密切联系，该国法院对适用本国法更为熟悉与准确，不需要再对外国法进行查明；其二因为投资者大多为该国居民，适用发行地或证券交易所所在地法更加便捷，特别涉及证券权益这类的金融纠纷，通过提高争议解决机制的效率，本质上更有利于国内金融秩序的管控。

《管理办法》第 4 条强调对境外基础证券发行人进行持续性监管，要求存托凭证发行人信息披露的内容需要境内外保持一致，这一点与英国金融披露和透明度规则的要求相似，双方监管规定在信息披露上都采取严格的要求。英国《市场滥用规则》取代了之前的内幕消息披露的相关政策，旨在建立市场调查程序和管理责任履行人制度（PDMRS），要求管理责任履行人披露存托凭证交易，并建立新的安全港制度。安全港制度要求上市公司基于诚实信用原则发布预测性信息，对利润、公司的规划和目标和未来的运行状况进行善意的合理预测，以此避免证券欺诈。此外，英国《市场滥用规则》要求存托凭证发行人披露与其直接相关的内幕信息，要求向英国金融行为监管局报备内幕信息。

当对方的规定与我国的规定相同，或者对方规定更为宽松，可以认为双方存在互惠关系，可以采取法律上的互惠原则。[21]在《管理办法》第 3 条中规定：“境外基础证券发行人的股权结构、公司治理、运行规范等事项适用境外注册地公司法等法律法规规定的，应当保障对中国境内投资者权益的保护总体上不低于中国法律、行政法规 以及中国证监会规定的要求，并保障存托凭证持有人实际享有的权益与境外基础证券持有人的权益相当，不得存在跨境歧视”。第 3 条体现互惠原则，是国际私法上国家平等原则的具体运用。该条既维护我国的主权，又保证国际交往中的平等互利。

综上，由于“沪伦通”是双向机制，从西向来说，中国上市公司在伦敦证券交易所发行存托凭证，难免产生证券权益纠纷。基于互惠原则，英国法院若允许中国当事人选择适用中国法，无疑对中国企业是最有利的。最密切联系原则能够解决法律适用的“僵化”问题，为案件的解决增加了“弹性”和“空间”。

四、结语

习近平主席在中国国际进口博览会上指出：“中国开放的大门不会关闭，只会越开越大”。随着我国加速推进资本市场的国际化，涉外因素必然植根于法律关系之中，为确定涉外当事人的权利义务，国际民商事管辖权冲突与法律适用冲突成为必须解决的问题。当前我国存托凭证投资者保护机制始终存在一些问题，

对“直接适用的法”做出强制规定在私法上并不完全适当，另外《管理办法》中“一刀切”式的单边冲突规范使跨境存托凭证纠纷的解决变得“僵化”， 不利于投资者的权利保护。

因此，在“沪伦通”交易机制下构建一个协调多方利益和价值取向的存托凭证投资者保护机制，有助于增强投资者对中国证券市场的信心，落实合作共赢的中国特色大国外交理念。具体而言，双方在国际民商事交往中需要遵循平等互利的原则，在间接持有模式下，引入 PRIMA 规则，允许存托凭证协议的当事人意思自治，或在当事人没有选择下，选择适用最密切联系原则，以此增加争议解决机制的明确性和灵活性。同时，应加强跨境监管合作，在不影响本国公法的适用下，在特定领域可以考虑适用外国法。另一方面，由于英国法官拥有更大的自由裁量权，我国在存托凭证法律适用中采用意思自治原则与最密切联系原则符合英国的司法习惯，从而双方更容易获得共识，将有利于未来中国法院的判决得到对方的承认与执行。

---

[21]徐伟功.我国承认与执行外国法院判决制度的构建路径——兼论我国认定互惠关系态度的转变[J].法商研究,2018(2):182.

自由贸易港与自由贸易试验区的法治建设研究

——以航运法治建设为切入点和突破口

中文摘要：近年来，航运法治环境已成为自由贸易港与自由贸易试验区法治建设的核心要旨和重要内容，是建立开放、统一、竞争有序的航运市场的客观要求，也是增强我国航运整体实力，防范和化解航运市场风险，实现和谐航运的重要保障。目前，航运法治仍存在航运立法机制不协调、航运行政执法机制不完善、航运司法机制不健全等现实藩篱，因此，需要以自由贸易港与自由贸易试验区为先行先试的前沿阵地和标杆示范区，从航运立法、航运执法、航运司法，以及航运多元化解纠纷等维度，不断探索和优化我国自由贸易港与自由贸易试验区的法治建设。1

关键字：航运领域龙头法、航运法治、海洋法治

目前，国际上对“自由贸易区”（Free Trade Zone，以下简称 FTZ）最权威的定义来自于 1973 年的《京都公约》。FTZ 指的是缔约方境内一部分，进入该领域内所有货物的进口税和其他各税，被等同于在关境以外，可以免于受日常海关监管制度的约束。自由贸易区与国内其他地区的特殊小区域有所不同，它是由一国专门为了便于与他国开展自由贸易而设立的。中国自由贸易试验区、以及自由贸易港设立在国境内、关境外，它们主要发展路径为税收政策优惠和海关监管政策特殊，主要发展目标为贸易的自由与便利化，致力于打造功能丰富的综合经济特区。从本质上说，中国自由贸易区指的是，可以不受海关“干预”，货物可被允许进口、加工、制造、再出口。[2]从 2013 年上海自贸区设立以来，我国自贸区完成了“由点到线，由线及面”的全方位布局，构建起“东中西协调、南北统筹兼顾，江海陆边联动”的高水平对外开放新格局，对于贯彻和落实海洋强国、“一带一路”、“海洋命运共同体”等国家战略具有不可估量的重大意义，为我国进一步开发开放释放活力。[3]

一、自由贸易港与自由贸易试验区的法治建设基本内涵

[作者简介]张磊，上海海事大学法学院：航运管理与法律专业博士研究生；研究方向：海商法、港口法、港口管理等。

[基金项目]本文系国家社会科学基金重大研究项目“新时代海洋强国战略法制保障研究的阶段性成果；国家社会科学基金社科学术社团主题学术活动项目“新时代应对重大突发公共卫生事件的法治保障”的阶段性成果。

[2] 参见张汉林，盖新哲：《自由贸易区来龙去脉、功能定位与或然战略》，载《改革》2013 年第 9 期，第 98-100 页。

[3] 参见吴福象，王兵《自然”本性、“一带一路”建设与供应链地理重塑》，载《河北学刊》2021 年第 1 期，第 140-147 页；参见范思立：《自贸区再扩容　彰显扩大开放的坚定决心》，载《中国经济时报》2020 年 9 月 22 日，第 001 版。

（一）自由贸易港与自由贸易试验区的发展模式

近年来，经济全球化成为了当前全球经济不可逆转的趋势，世界各国依赖日益加深，为加强国际化发展，打破关税壁垒和非关税壁垒，地区经济一体化组织成为了各国贸易连接的中流砥柱。截至2020年，我国自贸区数量达到21个，形成了“1+3+7+1+6+3=21”的新格局。基于国内、境外自由贸易港与自由贸易试验区发展现状和运行机制，可以总结、梳理、分析自由贸易港与自由贸易试验区发展模式。[4]具体模式，即：

1.实行三级管理模式。即：中央政府部门授权建设自贸区并对自贸区进行宏观管理；地方政府在自贸区设置日常管理机构，维持自贸区的日常运行；而具体的运作事宜由自贸区的管理部门负责。

2.通关监管服务模式。即：通关监管服务模式能够整合海关、口岸、商检和税务等管理流程，创新关检机制，进而促进商品进出口。

3.离岸金融业务模式。即：积极建立与自贸区相配套的外汇金融管理机制，从而为跨境融资与投资提供便利，注重租赁公司、商业银行等金融机构在自贸区的发展，加强重视金融租赁业务。

4.外商投资管理模式。即：扩大金融服务、物流快递、航空运输、电子商务等服务领域投资，放宽投资要求和经营范围限制，营造平等的投资市场环境。

5.物流配送集散模式。即：港口装卸、货物储运、货物商业性加工和转运性加工，进行货物集散转运。典型区域为德国汉堡自由港和不莱梅自由区、法国的敦刻尔克、西班牙巴塞罗那自由港。

6.贸易加工制造模式。即：一方面，为以加工为主，以转口贸易、仓储运输服务为辅的模式；另一方面，以出口加工、转口贸易为主，以货物储存、商业性加工为辅的模式。典型区域为韩国仁川国际机场的自由贸易区、菲律宾苏比克湾的自由贸易区。

7.保税仓储监管模式。即：整合海关、口岸、商检和税务等管理流程，创新关检机制。以保税为主，免进口税，允许再保装、分级、挑选、抽样、混合及处理。典型区域是意大利的巴里免税仓库、西班牙的阿利坎特免税仓库。

---

[4] 参见何伟文：《自贸区：全球经济格局重构的新赛场》，载《中国投资》2015年第4期，第74-69页；参见覃丽芳：《国际经济新形势下中国自由贸易试验区建设发展研究》，载《创新》2019年第6期，第23-28页；参见魏月琳，房超，胡元礼：《中国（黑龙江）自由贸易试验区创新发展模式研究》，载《对外经贸》2020年第11期，第95-97页。

8.商业批发零售模式。即：进行商品展销和开展零售业务。典型区域为智利伊基克自由贸易区。

9.国际自由贸易港模式。即：为了满足贸易便利化而特殊设立区域。以不同政策及措施推动贸易投资自由化。主要发展模式有以物流转口为主、以贸易港为主和以综合保税区为主。实行“境内+关外”的管理模式，配有良好的金融体系和监管系统。

10.划分口岸区域模式。即：专注于物流和贸易融资的发展；机场区负责航天航空的制造和科研技术的研发；商务区则注重以现代服务产业为代表的第三产业的发展；三区协作与协调发展，紧密联系。

（二）建设自由贸易港与自由贸易试验区的价值要旨

1.自由贸易港与自由贸易试验区的异同辨析

自由贸易区，即：建立在政府简政放权基础之上，并且由政府为主导的自由贸易区。自由贸易区按照国家法律规定实行负面清单制度，政府监管过程中严格依照法律和负面清单批准市场主体的经营范围。自由贸易区实际上是法律试验区，自由贸易区改革主要体现在三个方面：行政体制改革（主要是行政审批体制改革）、市场准入改革（主要是体现市场主体注册制改革方面）、市场监管改革（政府管理职能转化为服务职能）。自由贸易区的核心价值就在于，进一步优化政府监管职能，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用。

自由贸易港区，即：实际上是将一个国家的关税监管区向后位移，建立市场主体主导的特别关税区。从已经建成的自由贸易港区经验来看，往往设立一个独立的关税监管机构，凡是进出自由贸易港区的企业或者个人，只要登记备案，即可从事经营活动。自由贸易港区真正实现投资自由、贸易自由、资金自由、运输自由、人员从业自由。自由贸易港区不征收关税，自由贸易港区的资源配置完全由市场主体说了算。自由贸易港区创造的财富只要在自由贸易港区内，不需要缴纳增值税和关税，自由贸易港区征收部分企业所得税和个人所得税，自由贸易港区监管机构也可以实行完全免税制度，依靠土地批租维持监管机构的运转。[5]

2.建设自由贸易港与自由贸易试验区的重要意义

十九大以来，世界和中国发展都进人了新时期，挑战与机遇相互并存。习近平总书记指出，改革开放是我们党的一次伟大觉醒，开放已成为当代中国的鲜明

[5] 参见乔新生：《从自由贸易区到自由贸易港区》．载《上海法治报》2019年10月9日第6版。

标识。[6]未来，我国将继续实行高水平的贸易和投资自由化便利化政策，推动形成“陆海内外联动、东西双向互济”的开放格局。

第一，满足国际接轨的需要

随着经济全球化程度的进一步加深，与国际接轨成为每一个国家促进经济发展的有效途径，我国通过自贸区建设的形式，能够进一步倒逼改革加速，为我国与世界接轨提供良好的平台。与此同时，我国作为世界上第二大经济体，在经济社会发展过程中，必须要与国际社会紧密联系，并在与国际接轨的过程中寻求新的发展机遇，而维护我国经济的快速稳定发展。自贸区（港）建设的过程中，我们需要以开放的姿态面对世界经济的发展，深入学习国际经济运行的准则，不断的改革和创新经济运行模式，采取开放促改革的方式，为自贸区建设营造出良好的条件，并在法律、金融、监管、审批等方面进行调整和创新，运用国内自贸区建设的平台，吸引高端制造业、高端服务业进入我国，促进高耗能低收益向低耗能高收益的方向转变。[7]

第二，带动落后区域经济发展

众所周知，怎样促进东部沿海地区与中西部地区的经济共同发展，是我国政府关注的热点问题。在中西部地区建设自由贸易经济区，为实现我国区域经济协调发展提供了良好的路径，通过自由贸易试验区的建设，能够直接带动落后区域的经济发展，特别是在中西部地区建设自由贸易试验区，这一地区的自由贸易试验区辐射半径要远大于东部沿海的自由贸易试验区的辐射半径。

第三，进一步促进改革开放

毋庸置疑，改革开放是促进我国社会经济发展的重要力量，改革开放以来，我国社会经济呈现出繁荣发展的态势，取得了令世瞩目的经济发展成就，经济增长在全世界保持这个领先的地位，可以说是世界经济增长的奇迹。自由贸易试验区的建设，是新时代改革开放的新高地，通过自由贸易试验区的建设，逐步形成了以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的发展新格局，也彰显了我国对外开放的信心。

（三）构建自由贸易港与自由贸易试验区法治保障的应然属性

1.国家政策法律化的必然要求

通常来讲，政策与法律的关系是一个基础性法律问题。政策是指国家处理国

[6] 《学习贯彻习近平总书记在庆祝改革开放40周年大会上的重要讲话精神》，载http://theory.people.com.cn/n1/2018/1222/c40531-30482178.html，最后访问日期：2021年4月17日。

[7] 参见张旻书：《国内自贸区建设的价值与发展探析》，载《今日财富》2021年第6期，第11-12页；参见后力：《关于自由贸易区若干问题的思考》，载《芜湖日报》2021年3月17日，第003版；参见贺鉴，杨常雨：《中国-非洲自贸区构建中的法律问题》，载《国际问题研究》2021年第2期，第88-101页；参见李猛，胡振娟：《新加坡自贸区的制度经验及对我国的启示》，载《区域与全球发展》2021年第2期，第122-139页。

家事务、公共事务，调整各种关系的路线、方针、规范和措施的统称。[8]法律是通过严格的立法程序将国家意志成文化，具有国家强制力。政策与法律二者之间是对立统一的辩证关系，从性质上看皆属上层建筑，制定的目的都是服务于经济基础，故不能将二者完全割裂开来。为此，成熟的政策可以转化为法律，即：国家政策法律化，通过立法程序将有利于维护社会秩序、促进社会良好运行并经过实践检验的政策上升为法律，赋予其国家强制力。

2.航运政策需上升为航运法律制度引领自由贸易区（港）建设

经济强国必定属于海运强国、海洋强国、航运强国，以及交通强国。在建设中国特色自由贸易港与自由贸易试验区的进程中，航运政策与航运法律制度，均为指导、调整航运活动的准则与依据。航运政策体现政府对航运业的基本态度，是政府为实现本国海上运输发展等战略目标而对本国商船队、港口区域等所采取的措施方针的总称。[9]航运法律制度是指调整航运活动中一切社会关系的法律、法规和规章的总称。目前，中国特色社会主义法律体系已基本建成，随着全面深化改革开放带来的社会生产力的发展，还有待不断深化与完善。基于此，自由贸易港，以及自由贸易区航运法律制度的构建，可以通过航运政策法律化的路径来进一步实施和落地，[10]

二、自由贸易港与自由贸易试验区航运立法改革新进路

我国自由贸易港，以及自由贸易试验区的航运立法制度仍有待完善。目前为止，我国涉及自由贸易港，以及自由贸易试验区的航运立法主要包括，即：《港口法》、以及尚未制定的《航运法》。其与《海商法》，以及《海上交通安全法》统称为我国航运领域四大龙头法。[11]基于此，应该以航运立法为切入点，明确立法目的，透析立法价值，解构立法原则，优化立法措施，进一步促进《港口法》的修改与完善。此外，推动《航运法》的立法工作进程，为实现自由贸易港与自由贸易试验区发展提供优质的立法保障，实现立法保障“供给侧”与“需求侧”之间的结构平衡。

（一）探索《港口法》的完善路径

加强和完善港口立法是建设自由贸易港与自由贸易试验区的首要任务。为此，借鉴域外国家自由贸易港与自由贸易试验区港口立法经验，同时，吸收我国自贸试验区建设“1+3+7+1+6+3=21”新格局立法成果，通过比对、镜鉴国家立法

[8] 参见沈宗灵：《法理学》第3版，北京大学出版社2009版，第179页。

[9] 参见高秋颖，杨信红：《国际航运管理》，大连海事大学出版社2015年版，第131页。

[10] 参见王杰，李艳君，王玮玮：《中国（上海）自贸试验区下的航运政策解析》，载《世界海运》2014年第224期，第38页。

[11] 参见胡正良，刘畅，黄晶：《《航运法》立法的指导思想、宗旨与基本原则》，载《海大法律评论》2010-2011，上海浦江教育出版社2011年版，第213页。

和地方立法模式的利与弊，探索适宜我国自由贸易港与自由贸易试验区港口立法的路径。

1.港口法律制度体系的实证分析

第一，国际公约方面

《海牙规则》没有调整港口经营人法律地位的规定。承运人的受雇人和代理人、承运人的独立合同人都不是海上运输合同的当事人。《海牙规则》也没有涉及承运人的受雇人和代理人的任何规定，更何况港口经营人了。

《维斯比规则》中的港口经营人法律地位待定。《维斯比规则》是基于对《海牙规则》的修改和扩充。规则将承运人的受雇人或代理人纳入了其规定的范围，但排除了独立合同人的适用。港口经营人在与船公司的装卸合同关系中是独立合同人，能否成为港口经营人的受雇人或代理人则很复杂。即港口经营人在维斯比规则下的法律地位并不明确。

《汉堡规则》所有关于承运人责任的规定，不但适用于承运人的代理人、雇用人，也同样适用于其委托的实际承运人。但是，《汉堡规则》的情况与《维斯比规则》类似，在港口经营人的法律地位上仍然不明确。

《鹿特丹规则》创设了“海运履约方”的概念。纵观《鹿特丹规则》，其调整范围确定了既包括了港到港运输，也包括了门到门的运输，在同一海上货物运输合同项下所涉及的运输、运输站都受该公约的调整，这对保护当事人权益、统一各运输体系中不同的法律规定、明确所有参与人的权利、义务具有积极作用。因此，只要港口经营人在港区内承担履行承运人的部分任务或承诺履行部分承运人的任务，都应被认定为海运履约方。

《港站经营人赔偿责任公约》对于港口经营人的责任立法进行了全面的规定。该公约对于港口经营人的责任期间、责任原则、责任限制及其丧失条件、诉讼时效等都做了具体规定。虽然迄今为止，公约尚未生效，但其在很大程度上反映了港口经营人责任的国际立法趋势。

第二，大陆法系港口立法体系方面

在荷兰的鹿特丹港，已形成一套多层次的法律法规体系，第一个层次是国际条约和国家基本法律，如《联合国海上生命安全公约》，《危险物品运输协议》，以及有关内河航道的管理规定如《内河水道警戒规定》，第二个层次是地方性法规，鹿特丹市政府出台有《港口管理细则》，内容详尽，涵盖港口运营和航运管理的各个方面。第三个层次是港口管理当局经授权发布的航运通告，这是航运管制的规范性文件，会针对航道障碍物、船舶尺寸限制、特殊事件等问题作出临时性的规定。法国在《关于租船合同和海运合同的规定》及《关于海上运输合同和租船合同的法国法令》两部立法中，明确了港口经营人的法律地位，同时港口经

营人有权根据该法与承运人一起享有责任限制。

第三，英美法系港口立法体系方面

对于英国而言，相关法律法规有：《港口法》、1972 年《港口（贷款）法》、《码头与港口法》、《引航法》;、《运输和劳动法》、《英国运输码头委员会规则》、《商船航运法》等。在《商船航运法》规定了港口当局、管理局、码头、运河当局的责任限制。对于美国而言，相关法律法规有：《深水港口法》、《河流与港口法》、《海上货物运输法》（草案）。在《海上货物运输》（草案）中，港口经营人归类于履约承运人，正式将码头经营人归类于履约承运人，肯定了码头经营人在海上货物运输法下的法律地位。对于加拿大而言，相关法律法规有：相关法律法规有：《加拿大航运法》、《维持港口经营法》、《港务局作业规则》、《西部海岸港口经营法》等。在《海事责任法》明确规定了码头、运河或港口所有人对造成船舶、货物或任何船上货物或其他船上财产损害的一个事故所引起的索赔的责任限制数额、吨位计算、适用、责任限制的丧失。对于新加坡而言，相关法律法规有：《新加坡港务局法案》专门用于调整与港口经营人相关的法律关系，对港口经营人的责任限制制度以及港口经营人的责任做出了清楚的规定。

第四，国内立法方面

《港口法》没有有关港口民商事法律关系的规定，成为纯粹的港口行政法，同时并不完善。而其后交通部根据《港口法》颁布的《港口经营管理规定》，以及《港口危险货物安全管理规定》，也就成为一部行政管理细则。

《港口货物运输规则》和《水路货物运输管理规则》，将港口经营人和承运人的地位做了明确的区分；明确规定了港口经营人与作业委托人之间的权利义务和责任界限；规定承运人与港口经营人按交接划分责任，并规定了交接的方式和地点，以及对货物损失的责任，从而确立了港口经营人独立主体的地位，结束了“港航一家”将港口经营人作为承运人的一部分的做法。虽然《港口货物作业规则》中有明确的法律地位，作为港口货物作业合同当事人享有其相应的权利、承担其相应的义务。但是，由于其法律效力较低，法院在裁判案件时在它们于现行法律不冲突的情况下可以作为裁判的参考，但不是必须执行。并且该规则只适用于内贸码头，有很大的适用局限性，最终被废止，但对于港口经营立法具有很大的借鉴意义。[12]

《海商法》目前明文规定的可以从“喜马拉雅条款”受益的，只有承运人的受雇人或者代理人。然而，在司法实践中，港口经营人主张自己作为承运人的受雇人或者代理人往往很难得到支持，其原因在于关于港口经营人是否为代理人的受雇人或者代理人，司法实践界至今也没有统一的意见。

[12] 参见朱正清,魏玲玲:《〈国内水路货物运输规则〉和〈港口货物作业规则〉废止对港口作业的影响》,载《港口经济》2016 年第 10 期，第 13-15 页。

2.《港口法》修改和完善的基本原则

第一，具备国际“游戏规则”的视野

虽然港口位于一国境内，但港口的投资人可能来自不同国家和地区。此外，虽然港口不可移动，但港口的业务方也是遍及世界各地，港口作业的货物来自全球或走向全球。同时，《港口法》虽然服务于贸易和运输，但也应能影响、引导贸易和运输。因此，《港口法》虽然属一国国内法，但理应具备较强的国际认同感、适应性以及渗透力。

第二，在民商法语境下修改和完善《港口法》

港口已不单单是水路运输的节点了，它与公路运输、铁路运输，以及至航空运输都关系密切。此外，临港工业的发展，港口增值业务的开展，物联网的现实需求，都已促使港口经营向多元化转变。因此，应该在民商法语境中修改和完善《港口法》，增设民商事法律制度，可以有效促进港口民商事法律与生产、贸易、运输、物流法律的对接和融合。

第三，在海洋法语境下修改和完善《港口法》

在海洋法语境是指，首先，由于港口业务主要是装卸、堆存、仓储，所有这些业务都与海上运输密切相关。其次，将港口放到大运输、大物流甚至大生产、大贸易，特别是基于门到门的客户需求。再次，自贸区的加入。因此，应该在海洋法语境下修改和完善《港口法》。

3.《港口法》修改和完善的路径

第一，完善《港口法》的行政管理制度

在《港口法》的行政管理制度方面，其一，完善港口岸线有偿使用制度，做好港口岸线规划工作与城市、海洋功能、土地等规划衔接工作。其二，理顺口岸单位的职责关系。厘清包括海关、边防检查站、检验检疫局、海事局、交通运输局以及火车站等港口行政执法部门的执法和管辖权限，明确各个行政主体执法行为的法律规范，规避职能交叉。其三，增设进出港船舶通报制度。对《港口法》调整范围进行扩大解释，规定船舶经营人或船舶代理方除向海事部门报告船舶动态外，也应向港口行政管理部门报告进出港船舶货物作业信息。其四，增设港口突发事件应急处置制度。包括：应急物资储备标准、应急预案演练标准、突发事件应急保障数据共享制度、突发事件应急联动处置等保障措施等。其五，积极完善港口设施产权登记制度。就港口装卸、驳运、堆场、仓库等设施的所有权、用益物权、抵押权的设定、登记、公示等制度作出解释性规定，使巨额投资的港口固定设施也能像建设用地使用权、海域使用权那样可直接用于抵押融资。同时，完善《港口经营管理规定》的执法监管制度、完善《港口危险货物安全管理规定》

的安全执法制度，以及完善《港口法》与其他行政法规的衔接。[13]

第二，建立《港口法》的民商事法律制度

随着海洋命运共同体理念的提出，以及水路运输业的发展，港口经营已成为水路运输全过程的一个独立环节；同时，随着《民法典》的出台，纵观我国立法趋势，《港口法》的调整范围力求纵到底、横到底，是符合我国的立法趋势的。因此，在新时代海洋法治思想不断发展的背景下，应继续遵循这个原则，构建港口经营民事法律制度，实现“横到边”，使港口民商事法律关系稳定下来，有利于推动港口法治化进程。首先，构建开放的港口民商事法律体系。港口在不同功能模式下具有不同的法律定位，如国际集装箱班轮运输下，港口是承运人的代理人，但当港口直接与货主发生合同关系时，它当然就是独立缔约方了。因此，任何试图单一化港口功能定位都将是不理性的，任何基于单一港口定位进行的港口民商事立法都将会碰壁。因此，需要构建的应该是一种开放的港口民商事法律体系，是基于不同功能定位下的不同权利、义务和责任的体系，是能适应港口开展开展业务的体系，也应该是能有效对接，甚至是有效引领世界港口民商事法律的体系。其次，创新港口民商事法律体系。我国目前没有现成的港口民商事法律，这样看来，创新是具有重要意义。[14]比如，《鹿特丹规则》创制的“海运履约方”制度，虽然存在诸多问题，但它提供了一个崭新的视角和思路。构建我国港口民商事法律体系，更多的应是制度创新，应在认真总结我国港口长期实践经验、审判实践经验，以及交通部制定涉港部门规章或规范性文件经验的基础上，创制出符合港口业发展客观规律的制度。包括：港口经营的定义、港口装卸作业、港口过驳作业、港口保管作业、港口理货作业、港口经营人赔偿责任、港口货权转移制度、港口留置权制度、港口作业保函、船舶与码头碰撞等内容。[15]

（二）探索《航运法》的完善路径

1.《航运法》立法主旨

航运立法的主旨包括核心目标和现实目标。其中，核心目标要解决的是为什么要制定这一部法律的问题，而现实目标所表达的是这一部法律要解决哪些基本问题。核心目的是直接目标的概括和抽象，核心目标则是现实目的的具体化。

第一，我国《航运法》制定的核心目标：为何要立法

航运是我国国民经济的重要组成部分，尤其是党的十九大以来，我国逐步确立了“海洋强国”的国家发展战略，部署实施了一系列以航运为基础支撑的国家

[13] 《港口危险货物安全管理规定》解读，载交通运输部网站，http://www.mot.gov.cn/zhengcejiedu/gangkouwxhwaqgl

[14] 参见张建军:《由大到强:构建我国港口民商事法律体系》，载《交通建设与管理》2017年第3期，第82-85页。

[15] 参见张悦、杜江玮:《对我国港口理货法律问题的几点思考》，载《中国港口》2019年第8期，第57-59页。

经济发展战略，如在辽宁、天津、山东、江苏、浙江、上海、福建、广东等地试点的中国自由贸易试验区建设，在上海、天津、大连、厦门、广州等地实施的国际航运中心建设，在海南建设中国自由贸易港，在长三角地区探索建设中国自由贸易港，倡议建设“海洋命运共同体”等。这些经济发展战略都是以便利的航运作为载体。显然，在我国新一轮“走出去”的发展中，航运的作用已经远远超越了普通服务业的范畴，成为国家重大经济发展战略的基础条件。和其他经济活动一样，航运的发展也离不开法律的调整。[16]制定一部《航运法》从法在于国家通过一整套法律措施建立法律秩序，以实现国民经济的良性运行。[17]围绕航运经济立法的核心目的，我国《航运法》作为经济法的特别法，[18]其制定的核心目的在于国家通过立法的形式，确立一整套用于我国社会主义市场经济体制下调整航运经济关系的法律规则，建立航运市场的法律秩序，实现航运经济的良性运行。[19]

第二，我国《航运法》制定的现实目标：解决航运实践中的现实问题

制定航运法可以保障航运领域的可持续发展：首先，航运市场客观需求。我国是一个航运大国，船舶总量已处在世界的前列。历史悠久的水上运输是五种运输方式中不可替代的主要方式之一，为国民经济的发展作出了重要贡献。航运业属于国家基础产业，投资大、回报周期长。航运业需满足国家对外、对内贸易和社会发展的长远利益的要求。这些因素表明，一个国家的航运市场应属于可持续发展的经济领域。《航运法》应当体现国家可持续发展战略的思想，在航运基本设施的投资、船舶类型和技术状态等的规范方面，以法律的形式保障航运业可持续发展政策的实现。[20]其次，航运法治客观需求。根据航运产业具有国际性强、适用法律复杂的特点，与其他行业相比，健全航运法治更具有迫切性。航运法治建设跟不上，就会影响新时代经济发展的大局。我国作为航运大国，应尽快建立适应现代国际航运需要的与国际接轨的航运法治，促进航运事业健康快速发展。因此，《航运法》的制定和实施，将为构建航运产业的法治体系提供有力的软实力保障。再次，航运外交客观需求。随着中国航运企业“走出去”，航运外交进入了合力打造“产业链命运共同体”的新时代，各种摩擦也进入高峰期。我国船员、船队的合法权益保障，必然会涉及外交关系，习近平总书记指出：“中国走

[16] 参见李光春:《论航运法的经济法部门属性》，载《大连海事大学学报》(社会科学版),2016 年第 4 期，第 33-45 页。

[17] 参见刘瑞复:《经济法原理》，北京大学出版社，2000 年 11 月版，第 113 页。.

[18] 理由：一方面，航运既是国民经济的重要组成部分，又是经济运行中的核心环节；既具有市场经济的一般共性，又具有公共性和不完全性等特殊性。因此，调整航运市场行为的航运法的调整对象必然是国家调制航运市场形成的特定经济关系和国家调制航运业内部各要素以及整个航运业与国民经济其他相关行业而形成的特定经济关系。另一方面，航运法的主要的调整方法体现为国家干预。航运法所追求的社会整体利益的价值性和市场干预的能动性完全契合经济法基本价值理念，航运法是中国经济法部门的重要组成部分。未来的《航运法》应当定位为经济法，并以此确立相应的法律制度。

[19] 参见胡正良:《论我国《航运法》制定的目的和应遵循的原则》，载《大连海事大学学报》(社会科学版)2004 年第 3 期，第 6-7 页。

[20] 参见朱慧:《15 年来中国航运立法研究综述》，载《航海教育研究》2008 年第 2 期，第 11-15 页。

向世界，以负责任大国参与国际事务，必须善于运用法治。全球治理体系正处于调整变革的关键时期，我们要积极参与国际规则制定，做全球治理变革进程的参与者、推动者、引领者。”因此，我国在航运外交中传达中国声音、表达中国立场，以及维护中国利益，需要完善的立法保障。

2.《航运法》立法价值

交通运输部早在 1996 年就开始关注制定《航运法》的必要性问题，立法的调查研究与起草工作，至 2004 年，形成了《中华人民共和国航运法（送审稿）》。可是后来《航运法》起草工作处于停滞状态，其中的重要原因之一是立法机关、学术领域和实务领域没有在部门属性、调整对象等方面形成较统一的意见。截至目前，又经过十来年的实践与探索，随着“海洋强国”战略的不断深入，航运业“走出去”的对外开放格局已经形成。同时，秉承《民法典》促进立法规划完善的理念，以及习近平总书记在中央全面依法治国委员会三次会议中的关于“加强涉外法治建设，积极发展涉外法律服务”的重要讲话，为进一步启动《航运法》的立法研究与起草工作提供了有利的契机。

第一，实现航运法规的权威性需求

我国调整航运经济关系的法规和规章主要包括：《中华人民共和国水上水下活动通航安全管理规定》、《中华人民共和国内河交通安全管理条例》、《国内水路运输管理条例》、《国内水路运输管理条例实施细则》等。这些行政法规和部门规章，普遍存在没有形成科学合理的航运法律体系，以及部分与现代市场经济体制脱节等问题。同时，航运行政法规、部门规章仅仅是对于我国《航运法》的一种合理补充，但不能代替《航运法》的功能性。制定《航运法》是实现航运法规范权威性的客观需要。

第二，促进“海洋强国”战略发展

海洋强国战略的实现离不开完善的法律制度。没有海洋法治就没有海洋强国。岂今为止,与我国的整个法治建设进程相应,我国的海洋法律制度还很不完善。以航运领域四部龙头法为样本（我国航运领域的四部龙头法：《港口法》、《海商法》、《海上交通安全法》、《航运法》），进行实证调研，不难发现，《海商法》正在处于修改进行时，《港口法》与《海上交通安全法》的修改工作还没有正式展开，《航运法》尚付阙如，但其重要性不言而喻。欧盟、美国、日本、澳大利亚等均有不同形式的专门立法。徒法不足以自行，为了有效调整航运市场竞争秩序，我国应抓紧制定《航运法》，完善航运法律体系的顶层设计，进一步推动海洋法律

体系的完善与建设,以此来促进和发展海洋强国战略的深入实施。

3.《航运法》立法原则

立法应所遵循的基本原则，即：立法应遵循的一般原则。《航运法》的制定是一项立法活动，应以立法应遵循的基本原则为指导。同时，《航运法》作为经济法的特别法的基本地位，决定了航运法基本原则的确定需遵循经济法的基本原则。[21]

第一，“松紧得当”原则

充分发挥航运市场本身的调节作用，采用“松紧得当”原则，也就是自由的适度性原则。在一般法律意义上，自由是一种权利，权利意味着选择的自由。自由是指“做法律所许可的一切事情的权利。[22]因此，当法律确认主体的自由为该主体的一种权利后，在法律界定的范围内，意味着任何人和机构既不能禁止该权利主体做法律允许他做的事，也不得强制该权利主体做法律不强制他做的事。[23]“松紧得当”是指有限制的自由，而不是无限制的自由。[24]根据航运立法的适度自由原则，制定《航运法》，一方面，要保障航运市场经营主体进出市场和经营的自由，从而为市场机制在航运资源配置中起基础性作用提供基本保障。另一方面，要对这种自由加以适度限缩，从而保障航运市场主体之间的实质公平和社会整体效率的提高。在“度”的把握上，注意“松紧得当”的火候，一方面，要符合航运经济规律的客观要求。另一方面，要适合我国航运市场总体上仍然处于发展的初级阶段的国内情况，而且要考虑航运金融、航运保险、海事安全、海事法律等各个航运子市场的运行特征。

第二，“公平正义”原则

公平正义作为一种价值理念,并不仅仅停留在观念形态,必须以法的原则为载体,通过一系列法治基本原则体现出来。作为约束公权力的法治原则,主要包括权力法定、利益均衡和程序正当三大原则。公平与正义虽然表述形式各异，但所表达的意思基本趋同，都是人类所追求的一种理想状态。法理学的研究人员经常使用“正义”一词，而经济法的研究人员在论述经济法的价值或者基本原则时，经

[21] 参见李光春:《论航运法的经济法部门属性》，载《大连海事大学学报》(社会科学版),2016 年第 4 期，第 33-45 页；参见胡正良:《航运法的调整对象与我国制定“航运法”的必要》，载《大连海事大学学报》(社会科学版) 2004 年第 1 期，第 14 页。

[22] 参见[法]孟德斯鸠著;《论法的精神》，欧启明译，译林出版社，2016 年 11 月版，第 493 页。

[23] 参见周萍等著:《法理学》，武汉大学出版社，2016 年 8 月版，第 228 页。

[24] 即：法律对市场经济活动自由进行必要限制的必要性，为资本主义经济发展过程所证明。从“经济人”假设的提出到否定，自由原则经历了从无限制的自由到有限制的自由的变迁。

常使用“公平”一词。[25]在制定《航运法》的过程中，公平正义原则要求注重航运市场主体实际的权利义务内容，而不局限于形式上的规定。因此，《航运法》对具备某些特殊条件、地位和能力的市场主体的行为进行一定的限制，适当增加其义务或者减少其权利。例如：对于航运市场中的“强势群体”的班轮运输经营人、租船运输经营人等经营行为进行特别的限缩。同时，对于航运市场中的“弱势群体”，包括：船务公司、物流公司、船舶代理人、货运代理人、水尺公司、理货公司，以及拖轮公司等进行针对性的保护。

4.《航运法》立法建议

第一，优化航运市场的管理模式

首先，适当精简航运市场管理部门。从精简、高效的原则出发，由中央政府设立机构实施统一管理，保证其水上安全和航运畅通，协调航运市场活动，不必设立专门的机构。其次，梳理管理部门的职责和权限。用法律明文规定的形式确定国务院交通主管部门、以及省级地方人民政府交通主管部门的职责和权限。[26]

第二，规定航运反垄断豁免制度

随着世界经济格局的新常态，国际航运反垄断豁免制度成为国际航运竞争制度的核心之一。我国正在打造国际性的航运中心，然而，我国的航运反垄断立法尚待完善。为应对航运联盟格局，建议借鉴欧美以及新加坡等国立法经验，结合中国反垄断的基本立场及自身发展航运经济需求等因素，在制定我国《航运法》中考虑构建国际航运反垄断豁免制度。有利于提高我国船公司在国际航运市场上的竞争力，壮大我国船公司的力量，使我国真正由航运大国向航运强国发展。[27]

第三，设立航运中介部门的规定

我国目前的航运市场领域，中介部门关于机构数量、组织形式、管理方式、经费来源等方面都存在很多问题，作用力不足。因此，从我国现有航运中介部门的情况来看，在制定《航运法》的过程中，应该专门设立有关航运中介部门的相关制度，确立航运中介部门的法律地位，充分有效地发挥其作用，同时对其行为进行具体规制，规定航运中介部门的组织、权利、义务、合法性、作用和行为原则等。

三、自由贸易港与自由贸易试验区航运多元解纷新模式

在新的时代背景下，自由贸易港与自由贸易试验区的航运业发展因其国际化、开放性程度高于普通商事活动的特点，对多元化航运纠纷解决机制提出了更高要

[25] 参见胡正良:《论我国《航运法》制定的目的和应遵循的原则》，载《大连海事大学学报》(社会科学版)2004 年第 3 期，第 8 页。

[26]参见张丹:《新加坡航运法对我国航运法立法工作的借鉴意义》，载《海大法律评论》2011 年第 21 期，第 298-324 页。

[27]参见韩立新、林子樱:《航运联盟格局下中国反垄断豁免的法律应对》，载《中国海商法研究》2020 年第 2 期，第 89-96 页。

求，航运争议解决机制的多元化发展便也自然成为业界所关心的核心课题。同时，在新颁布的《民法典》中，也积极回应了纠纷解决的诉求，包括：满足人民群众尤其是市场主体对公平正义的渴望和需要；坚持各类市场主体的诉讼地位平等、法律适用平等，以及法律责任平等。因此，完善自由贸易港与自由贸易试验区多元化航运纠纷解决机制，可以诉讼、仲裁、调解等多样化方式为重要着眼点，其是推进自由贸易港与自由贸易试验区的营商环境法治化的内在需求。

（一）多元航运解纷机制的优势

1.尊重意思自治，解纷效率灵活

自由贸易港与自由贸易试验区建设进程中，多元化航运纠纷解纷机制，及时关注和尊重纠纷各方合意，基于意思自治来确定纠纷解决途径与方式，有利于盘活当事人自主解决矛盾纠纷的积极性。值得注意的是，非诉解决方式在法律框架内灵活适用各种社会规则、行业规则来定纷止争，有利于满足自由贸易港与自由贸易试验区多元化发展需求。程序设置更加灵活，当事人可视争议具体情况选择合适的解决方案，可供选择的空间较大，经济成本、时间成本等较低。该模式体现的非对抗或对抗性弱等特征，有利于保持自由贸易区域顺畅的贸易环境，维持区域间亲密的贸易关系，保障服务的及时提供、商品的自由流通。

2.缓解诉讼爆炸，优化营商环境

截至目前，伴随自由贸易港与自由贸易试验区航运产业深入发展，航运争议逐步呈现出纠纷主体诉求多样化等特征，基于此，导致纠纷逐步呈现出多发性、多领域、多主体。多利益等发展态势，现有的海事司法资源已经难以充分满足自由贸易港与自由贸易试验区的多元纠纷诉求。然而，尽管海事法院受案量相较普通法院少，但仍面临诉讼案件量增速高、案多人少矛盾突出等现实的诉讼爆炸问题。根据最高人民法院发布的数据统计，自 1984 年我国设立首家海事法院以来的 30 余年，全国海事案件数量总体上逐年以约 10%的幅度持续增长。值得注意的是，多元化航运解纷机制更加关注非诉解纷路径，构建起分层递进、衔接配套的纠纷解决体系有利于实现案件分流，在一定程度上缓解“执行难”问题，从源头上减少诉讼增量，实现司法效益和社会效益的最大化。

3.创新治理模式，实现解纷价值

坚持把“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的多元化航运解纷机制能够充分体现社会治理模式的创新，为构建共建共治共享治理的自由贸易港与自由贸易试验区新格局提供路径与方向。“非诉纠纷解决方式”在法治框架内运用行规、商约等规范行为，有利于促进自由贸易港与自由贸易试验区的自治、善治，实现系

统治理、依法治理、综合治理、源头治理相互融合，彰显自治、法治、德治相得益彰的治理思路，有助于推进自由贸易港与自由贸易试验区治理体系和治理能力的现代化。

（二）海事诉讼机制的完善路径

海事诉讼机制是当事人通过起诉的方式将海事纠纷交由法院行使审判权进而化解争议的制度。目前，我国设有 11 家海事法院，形成了较为全面的覆盖海岸线、沿海沿江港口、通海可航水域等我国管辖港口和水域的专门化海事审判格局以及由海事法院及其上诉审高级人民法院、最高人民法院构建的“三级法院两审终审制”专门法院体系，我国也是世界上设立海事审判专门机构最多最齐全的国家、受理海事案件最多的国家。

1.打造在自由贸易港与自由贸易试验区海事司法服务品牌

2018 年上海海事法院发布《上海海事法院服务保障上海国际航运中心建设的工作意见》指出，海事审判服务是上海国际航运中心建设的重要目标和内容。为此，十四五期间，应进一步提升海事司法水平，推进国际海事司法中心建设。第一，提升自由贸易港与自由贸易试验区海事司法审判能力。加强审判业务培训，提升海事法官综合素质；探索设立海事高级法院，深化海事“三审合一”实践，规避涉海法律的马太效应，提高审判专业度；强化海事行政审判职能，规范行政机关管理水平；建立诉裁、诉调对接机制，完善一站式多元解纷模式，满足当事人多元诉求。第二，提升自由贸易港与自由贸易试验区海事司法国际话语权。建立海事案例共享数据库，优化案例指导机制；构建海事司法公开与案例发布机制，增强自由贸易港与自由贸易试验区司法国际公信力；积极参与国际规则制定，增强服务国际航运事务能力；加强与其他国际海事司法中心的交流合作，共建国际海事司法新秩序。[28]

2.探索在自由贸易港与自由贸易试验区设立国际海事法庭

建议由最高人民法院在自由贸易港与自由贸易试验区设立国际海事法庭，借鉴已有的国际商事法庭制度确定案件管辖、庭审模式及争议处理机制，推动“三审合一”的海事审判专门管辖体系形成，打造“争议解决不出区、争议解决不出岛”的当事人友好型海事司法保障环境，是加强自由贸易港与自由贸易试验区内法院机构及审判组织建设、统一涉自贸港海事纠纷裁判尺度的有效途径。设置国际海事法庭不仅可以缓解最高人民法院的办案压力，为自由贸易港与自由贸易试验区当事人提供了地域上的便利，还有利于对海事案件进行专业化审理，提升海

[28] 参见王国华.:《司法护航上海自贸区临港新片区建设》，载《人民法院报》，2020 年 1 月 8 日，第 002 版。

事案件的办案质量与争议处理效率。[29]

（三）海事仲裁机制的完善路径

海事特定仲裁机制是指当事人依据书面仲裁协议，将海事相关纠纷、争议提交某一仲裁机构解决纠纷的方式。历经半个多世纪的发展，一套体系较为完整、彰显着新时代中国特色的海事仲裁制度在我国初步确立。长期以来，以中国海事仲裁委员会为代表的我国海事仲裁机构，已公正独立地裁决了大量航运纠纷，良好的维护了中外当事人的正当权益，在国际上赢得了很高的信誉。近年来，国家和地方也不断释放政策红利，大力支持海事仲裁行业的发展，推动了海洋强国的建设进程。然而，我国海事仲裁行业发展仍然任重而道远。一方面，伦敦、纽约和新加坡等全球公认的国际海事仲裁中心，掌握了每年全球80%以上的海事仲裁案件案源，中国海事仲裁案源外流现象凸显；另一方面，在仲裁法律制度、仲裁机构管理、仲裁员业务水平、仲裁市场竞争等领域，我国海事仲裁行业的发展面临着一系列的问题与障碍。目前，《仲裁法》修订已被列为十三届全国人大常委会立法规划，我国仲裁法律制度体系的科学完善指日可待。[30]

1.探索在自由贸易港与自由贸易试验区构建海事仲裁机制

在2020年上海已允许符合条件的境外仲裁机构，在临港新片区设立分支机构，处理涉外民商事纠纷案件，为发挥仲裁服务业的集聚效应，可以引导仲裁机构在仲裁规则、案件审理等层面打造多元合作联盟，促进海事仲裁产业化发展。此外，临时仲裁依托低成本、灵活高效、自主性强等优势，广泛应用于国际航运领域，但我国《仲裁法》尚未完全承认。[31]2016年，最高人民法院出台《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》，在“三特定”规则基础上承认临时仲裁，这是我国司法机关对于临时仲裁这种纠纷解决机制市场需求的积极回应，为自贸区先行先试临时仲裁制度提供了合法性基础和重要契机。2017中国(广东)自由贸易试验区珠海横琴新区片区出台《横琴临时仲裁规则》，扩大临时仲裁适用范围，实施临时仲裁有了实质性进展。为此，我国自由贸易港与自由贸易试验区的法治化进程应借鉴“横琴经验“，以先行先试为样本，逐步放开临时仲裁业

[29] 参见王国华.:《航运纠纷多元化解决机制的完善》，载《上海法治报》，2018年3月21日，第B06版。

[30] 参见王国华.:《航运纠纷多元化解决机制的完善》，载《上海法治报》，2018年3月21日，第B06版。

[31] 参见李晓郭:《我国海事仲裁应引入临时仲裁制度-以上海国际航运中心的建设为视角》，载《河北科技大学学报》(社会科学版)，2011年第1期，第46-51页；参见张虎:《《自贸区仲裁规则》下临时措施实践的困境与出路》，载《大连海事大学学报》(社会科学版)，2015年第6期，第35-47页；参见司玉琢，初北平，李垒:《我国海事仲裁的发展目标、困境及对策》，载《商事仲裁与调解》，2020年第1期，第61-92页。

务，按照意思自治原则，制定临时仲裁规则，设定仲裁员资格准入条件、明确仲裁受案范围，与司法程序保持良性互动，提高航运纠纷解决的经济性与高效性。

2.在自由贸易港与自由贸易试验区探索海事司法执行和保全联动机制

在自由贸易港与自由贸易试验区的建设实践中，不难发现，唯有融合社会多主体、各方面力量，多管齐下、合力攻坚才能实现海事纠纷的高效解决。特别是在海事案件保全措施和裁决执行领域，其在很大程度上有赖于海关、海事局、海洋局，以及渔业渔政管理局等行政机关配合。将消极被动，以及相对单一的执行方式，及时转变为积极主动多元化的执行联动机制，其是加快自由贸易港与自由贸易试验区建设进程的核心举措。在联动主体方面，相对比较适宜以海事争议处理机构为中心，以代表公权力的海警局、公安机关、海事行政机关、港航部门，以及金融机构等为辅助。在联动机制主要内容方面，包括：查询被执行人财产信息、合作实施执行措施、对被执行人采取征信威慑、防范被执行人转移财产及逃避执行等相关内容。

（四）海事调解机制的完善路径

在当前建设全国建设“国际航运中心”、构建“海洋命运共同体”，以及开展“21 世纪海上丝绸之路”建设的大背景下，不可避免会产生大量的航运及海事纠纷，牵涉多方法律关系。作为海事诉讼制度的优化补充，海事纠纷调解制度所发挥的作用不容小觑。[32]海事调解系指，即：在第三方参与或主持下解决当事人之间的海事纠纷，海事调解达成的协议不具有强制执行力，纠纷主体不愿调解、调解不成的情形，可以继续向海事法院等提起诉讼。为此，将调解与海事诉讼、仲裁等非诉讼争议处理方式，进行有效衔接、重组，可以进一步拓宽纠纷解决的社会化渠道，其是多元化解海事纠纷的制度性创新方案和路径。[33]

海事法律关系与海事纠纷所涉及法律具有专业性与复杂性的特点，需要专业人员与行业组织积极参与。相比海事诉讼程序，海事调解程序节省了大量调查取证的时间、费用，有助于节约司法资源；另外，鉴于海事纠纷的跨国性，货损货差或海难事故往往发生于境外海域，海运合同与提单经常约定适用国外法律。因此，海事调解能有效避免域外法查明、管辖权确定等难题，有助于节约法院司法资源；并且避免海事诉讼和仲裁的对抗性，对纠纷双方起到“润滑剂”作用，符合我国“和为贵”的法文化传统。我国是 2020 年生效的《新加坡调解公约》缔约国，该公约创造性的赋予了调解协议强制执行力，减少了调解协议司法确认环

[32] 参见徐峰:《“枫桥经验”在海事纠纷调解制度中的应用创新研究》，载《中国司法,2020 年第 3 期，第 84-88 页。

[33] 参见王国华.:《航运纠纷多元化解决机制的完善》，载《上海法治报》，2018 年 3 月 21 日，第 B06 版；参见宋秋梨:《论我国自由贸易港航运法律制度的构建》，载《海大法律评论》，2020 年第 1 期，第 324-332 页。

节，使调解具有了终局性作用。上海自贸区应该借鉴公约新规定，试点构建海事调解机制，并承认调解协议的强制执行力，缩短航运纠纷解决周期，降低纠纷解决成本，有效缓解海事司法压力。此外，上海应建立专门的海商海事纠纷调解中心，引入中立评估、专家介入、外籍调解员等机制，聘请航运院校学者、实务部门骨干、海事律师担任调解员。法院、仲裁机构根据案情，委托该中心进行调解，有效破解航运诉讼爆炸窘境。

四、自由贸易港与自由贸易试验区航运执法联动新架构

我国自由贸易港与自由贸易试验区的管理模式具体分为两个层级，即：第一层是中央决策层，由国家对自由贸易港与自由贸易试验区实施宏观层面的控制；第二层是地方管理层，由地方政府对自由贸易港与自由贸易试验区的具体事务实施监管的管理体制。目前，我国自由贸易港与自由贸易试验区建设尚没有中央层面的统一管理机构，自由贸易港与自由贸易试验区建设主要以地方为主，其管理机构的设置包括省市级管理机构和片区的管理机构两层级。整合我国自由贸易港与自由贸易试验区相关法律文件和政策规定，以及自由贸易港与自由贸易试验区官方网站能够查询到的相关信息，总体而言，我国省（市）自由贸易港与自由贸易试验区管理机构设置可主要分为三类：第一，设置办公室（或称领导小组办公室）负责承担领导小组的日常工作和自贸区建设管理工作，广东、福建等 8 个自贸区属于此类：第二，设置管委会作为省（市）政府的派出机构，目前天津自贸区管委会就作为天津市政府派出机构承担自贸区宏观管理职能：第三，设置管委会与行政区政府合署办公，上海、浙江自贸区属于此类，上海自贸区管委会与上海浦东新区政府合署办公，浙江自贸区管委会与舟山市人民政府合署办公。[34]

（一）建设自由贸易港与自由贸易试验区面临的央地关系困境

尽管自由贸易港与自由贸易试验区立法权下放至地方，但从现阶段制定内容来看各地定位存在差异，许多事项的决策和处理需要中央机构的配合和协调，缺乏国家统一规划而显得有些各自为阵，暴露出了一些立法权限分散的缺点。而现阶段中央层级涉自贸区的相关立法多集中于部门规章，其他法律规范并未对该制度进行过多规定。而根据《位法法》规定，如果没有上位法作为依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他社会组织权利义务的规范，也不得增加部门权力或减少部门职责。部门规章通常亦仅能够在该具体部门的事权范围内规定自贸区改革事项，与地方性法规在自贸区立法事项上形成了紧坝结构。央地关系处理过程中常见的“一集中就死，一放开就乱”悖论是这种条块结构长久以来难以平衡的问题之一。因而在涉自贸区法律事权不明晰的情况下，即使中央放权但缺乏法律明确授权，地方立法不敢管、不能管现象突出，中央无立法意愿前提下的临时

[34] 参见胡晓涵。刘莹莹，王志茹，吴燕豪:《湖北自贸区制度创新的比较研究》，载《现代商贸工业》，2021 年第 8 期，第 50-54 页。

调整措施又在权限及法律适用规则方面存在瑕疵。[35]

（二）以央地“协同一—竞争”思维引导自由贸易区（港）港制度法治化建设

以央地协同理念协调自贸区制度法治化建设过程中面临的中央和地方法律事权冲突问题。首先，理顺中央和地方立法机构涉自由贸易港与自由贸易试验区的立法职权范围，确保自由贸易港与自由贸易试验区法律制度的统一性和体系性。其次，明确中央和地方各自的法律事权重点，减少交叉规范和共同规范事项。转变中央对地方的管理模式，[36]从制度层面赋予地方更多的自主权，以立法规范央地治理方式。其中中央应当侧重对自由贸易港与自由贸易试验区改革定位、目标、实施路径、实施方式和改革措施涉及到的具体事务中的基本权利义务等宏观和全局事项的规划和统筹。地方则应当基于自身特点充分发挥能动性赋予自由贸易港与自由贸易试验区改革措施以执行力和创造力。中央立法更多是对制度的框架作出设计，地方立法则更多关注细则性事项。[37]因此在统一规划的基础上赋予地方更多的自主权应当成为自由贸易港与自由贸易试验区法治化建设的重要议题。最后，需要处理好垂直管理和水平管理之间的关系。虽然目前我国的行政体制仍然呈现出条块型管理模式，但现代行政体制“早已趋于多元化、网络化，条块型关系逐渐式微”。[38]面对部门整合及行政一体化趋势，自由贸易港与自由贸易试验区行政管理体制需要在层级和部门之间打破利益壁垒，构建多元化的综合行政模式并通过法律固定下来。

[35] 参见叶洋恋:《央地关系视域下的中国自贸区制度法治化建设:困境、障碍和完善进路》，载《河北法学》，2021 年第 4 期，第 115-133 页。

[36] 参见郑智航:《治理能力现代化视角下的地方立法权扩容》，载《中国特色社会主义研究》2019 年第 6 期，第 41 页。

[37] 参见沈广明:《论中央与地方立法权限的划分标准——基于公共服务理论的研究》，载《河北法学》2020 年第 4 期，第 88-102 页。

[38] 参见蔡英辉、胡晓芳:《法政时代的中国“斜向府际关系”探究——建构中央部委与地方政府之多元行政主体间关系》，载《理论导刊》2008 年第 3 期，第 25 页。

自由贸易港与自由贸易试验区的法治建设研究
——以航运法治建设为切入点和突破口

张 磊

中文摘要：近年来，航运法治环境已成为自由贸易港与自由贸易试验区法治建设的核心要旨和重要内容，是建立开放、统一、竞争有序的航运市场的客观要求，也是增强我国航运整体实力，防范和化解航运市场风险，实现和谐航运的重要保障。目前，航运法治仍存在航运立法机制不协调、航运行政执法机制不完善、航运司法机制不健全等现实藩篱，因此，需要以自由贸易港与自由贸易试验区为先行先试的前沿阵地和标杆示范区，从航运立法、航运执法、航运司法，以及航运多元化解纠纷等维度，不断探索和优化我国自由贸易港与自由贸易试验区的法治建设。1

关键字：航运领域龙头法、航运法治、海洋法治

目前，国际上对“自由贸易区”（Free Trade Zone，以下简称 FTZ）最权威的定义来自于 1973 年的《京都公约》。FTZ 指的是缔约方境内一部分，进入该领域内所有货物的进口税和其他各税，被等同于在关境以外，可以免于受日常海关监管制度的约束。自由贸易区与国内其他地区的特殊小区域有所不同，它是由一国专门为了便于与他国开展自由贸易而设立的。中国自由贸易试验区、以及自由贸易港设立在国境内、关境外，它们主要发展路径为税收政策优惠和海关监管政策特殊，主要发展目标为贸易的自由与便利化，致力于打造功能丰富的综合经济特区。从本质上说，中国自由贸易区指的是，可以不受海关“干预”，货物可被允许进口、加工、制造、再出口。[2]从 2013 年上海自贸区设立以来，我国自贸区完成了“由点到线，由线及面”的全方位布局，构建起“东中西协调、南北统筹兼顾，江海陆边联动”的高水平对外开放新格局，对于贯彻和落实海洋强国、“一带一路”、“海洋命运共同体”等国家战略具有不可估量的重大意义，为我国进一步开发开放释放活力。[3]

一、自由贸易港与自由贸易试验区的法治建设基本内涵

（一）自由贸易港与自由贸易试验区的发展模式

近年来，经济全球化成为了当前全球经济不可逆转的趋势，世界各国依赖日益加深，为加强国际化发展，打破关税壁垒和非关税壁垒，地区经济一体化组织成为了各国贸易连接的中流砥柱。截至 2020 年，我国自贸区数量达到 21 个，形成了“1+3+7+1+6+3=21”的新

[作者简介]张磊，上海海事大学法学院：航运管理与法律专业博士研究生；研究方向：海商法、港口法、港口管理等。

[基金项目]本文系国家社会科学基金重大研究项目“新时代海洋强国战略法制保障研究的阶段性成果；国家社会科学基金社科学术社团主题学术活动项目“新时代应对重大突发公共卫生事件的法治保障”的阶段性成果。

[2] 参见张汉林，盖新哲：《自由贸易区来龙去脉、功能定位与或然战略》，载《改革》2013 年第 9 期，第 98-100 页。

[3] 参见吴福象，王兵《自然”本性、“一带一路”建设与供应链地理重塑》，载《河北学刊》2021 年第 1 期，第 140-147 页；参见范思立：《自贸区再扩容 彰显扩大开放的坚定决心》，载《中国经济时报》2020 年 9 月 22 日，第 001 版。

格局。基于国内、境外自由贸易港与自由贸易试验区发展现状和运行机制，可以总结、梳理、分析自由贸易港与自由贸易试验区发展模式。[4]具体模式，即：

1.实行三级管理模式。即：中央政府部门授权建设自贸区并对自贸区进行宏观管理；地方政府在自贸区设置日常管理机构，维持自贸区的日常运行；而具体的运作事宜由自贸区的管理部门负责。

2.通关监管服务模式。即：通关监管服务模式能够整合海关、口岸、商检和税务等管理流程，创新关检机制，进而促进商品进出口。

3.离岸金融业务模式。即：积极建立与自贸区相配套的外汇金融管理机制，从而为跨境融资与投资提供便利，注重租赁公司、商业银行等金融机构在自贸区的发展，加强重视金融租赁业务。

4.外商投资管理模式。即：扩大金融服务、物流快递、航空运输、电子商务等服务领域投资，放宽投资要求和经营范围限制，营造平等的投资市场环境。

5.物流配送集散模式。即：港口装卸、货物储运、货物商业性加工和转运性加工，进行货物集散转运。典型区域为德国汉堡自由港和不莱梅自由区、法国的敦刻尔克、西班牙巴塞罗那自由港。

6.贸易加工制造模式。即：一方面，为以加工为主，以转口贸易、仓储运输服务为辅的模式；另一方面，以出口加工、转口贸易为主，以货物储存、商业性加工为辅的模式。典型区域为韩国仁川国际机场的自由贸易区、菲律宾苏比克湾的自由贸易区。

7.保税仓储监管模式。即：整合海关、口岸、商检和税务等管理流程，创新关检机制。以保税为主，免进口税，允许再保装、分级、挑选、抽样、混合及处理。典型区域是意大利的巴里免税仓库、西班牙的阿利坎特免税仓库。

8.商业批发零售模式。即：进行商品展销和开展零售业务。典型区域为智利伊基克自由贸易区。

9.国际自由贸易港模式。即：为了满足贸易便利化而特殊设立区域。以不同政策及措施推动贸易投资自由化。主要发展模式有以物流转口为主、以贸易港为主和以综合保税区为主。实行“境内+关外”的管理模式，配有良好的金融体系和监管系统。

10.划分口岸区域模式。即：专注于物流和贸易融资的发展；机场区负责航天航空的制造和科研技术的研发；商务区则注重以现代服务产业为代表的第三产业的发展；三区协作与协调发展，紧密联系。

（二）建设自由贸易港与自由贸易试验区的价值要旨

1.自由贸易港与自由贸易试验区的异同辨析

自由贸易区，即：建立在政府简政放权基础之上，并且由政府为主导的自由贸易区。自

[4] 参见何伟文：《自贸区：全球经济格局重构的新赛场》，载《中国投资》2015年第4期，第74-69页；参见覃丽芳：《国际经济新形势下中国自由贸易试验区建设发展研究》，载《创新》2019年第6期，第23-28页；参见魏月琳，房超，胡元礼：《中国（黑龙江）自由贸易试验区创新发展模式研究》，载《对外经贸》2020年第11期，第95-97页。

由贸易区按照国家法律规定实行负面清单制度，政府监管过程中严格依照法律和负面清单批准市场主体的经营范围。自由贸易区实际上是法律试验区，自由贸易区改革主要体现在三个方面：行政体制改革（主要是行政审批体制改革）、市场准入改革（主要是体现市场主体注册制改革方面）、市场监管改革（政府管理职能转化为服务职能）。自由贸易区的核心价值就在于，进一步优化政府监管职能，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用。

自由贸易港区，即：实际上是将一个国家的关税监管区向后位移，建立市场主体主导的特别关税区。从已经建成的自由贸易港区经验来看，往往设立一个独立的关税监管机构，凡是进出自由贸易港区的企业或者个人，只要登记备案，即可从事经营活动。自由贸易港区真正实现投资自由、贸易自由、资金自由、运输自由、人员从业自由。自由贸易港区不征收关税，自由贸易港区的资源配置完全由市场主体说了算。自由贸易港区创造的财富只要在自由贸易港区内，不需要缴纳增值税和关税，自由贸易港区征收部分企业所得税和个人所得税，自由贸易港区监管机构也可以实行完全免税制度，依靠土地批租维持监管机构的运转。[5]

2.建设自由贸易港与自由贸易试验区的重要意义

十九大以来，世界和中国发展都进人了新时期，挑战与机遇相互并存。习近平总书记指出，改革开放是我们党的一次伟大觉醒，开放已成为当代中国的鲜明标识。[6]未来，我国将继续实行高水平的贸易和投资自由化便利化政策，推动形成“陆海内外联动、东西双向互济”的开放格局。

第一，满足国际接轨的需要

随着经济全球化程度的进一步加深，与国际接轨成为每一个国家促进经济发展的有效途径，我国通过自贸区建设的形式，能够进一步倒逼改革加速，为我国与世界接轨提供良好的平台。与此同时，我国作为世界上第二大经济体，在经济社会发展过程中，必须要与国际社会紧密联系，并在与国际接轨的过程中寻求新的发展机遇，而维护我国经济的快速稳定发展。自贸区（港）建设的过程中，我们需要以开放的姿态面对世界经济的发展，深入学习国际经济运行的准则，不断的改革和创新经济运行模式，采取开放促改革的方式，为自贸区建设营造出良好的条件，并在法律、金融、监管、审批等方面进行调整和创新，运用国内自贸区建设的平台，吸引高端制造业、高端服务业进入我国，促进高耗能低收益向低耗能高收益的方向转变。[7]

第二，带动落后区域经济发展

众所周知，怎样促进东部沿海地区与中西部地区的经济共同发展，是我国政府关注的热

---

[5] 参见乔新生：《从自由贸易区到自由贸易港区》. 载《上海法治报》2019 年 10 月 9 日第 6 版。

[6] 《学习贯彻习近平总书记在庆祝改革开放 40 周年大会上的重要讲话精神》，载 http://theory.people.com.cn/n1/2018/1222/c40531-30482178.html，最后访问日期：2021 年 4 月 17 日。

[7] 参见张旻书：《国内自贸区建设的价值与发展探析》，载《今日财富》2021 年第 6 期，第 11-12 页；参见后力：《关于自由贸易区若干问题的思考》，载《芜湖日报》2021 年 3 月 17 日，第 003 版；参见贺鉴，杨常雨：《中国-非洲自贸区构建中的法律问题》，载《国际问题研究》2021 年第 2 期，第 88-101 页；参见李猛，胡振娟：《新加坡自贸区的制度经验及对我国的启示》，载《区域与全球发展》2021 年第 2 期，第 122-139 页。

点问题。在中西部地区建设自由贸易经济区，为实现我国区域经济协调发展提供了良好的路径，通过自由贸易试验区的建设，能够直接带动落后区域的经济发展，特别是在中西部地区建设自由贸易试验区，这一地区的自由贸易试验区辐射半径要远大于东部沿海的自由贸易试验区的辐射半径。

第三，进一步促进改革开放

毋庸置疑，改革开放是促进我国社会经济发展的重要力量，改革开放以来，我国社会经济呈现出繁荣发展的态势，取得了令世瞩目的经济发展成就，经济增长在全世界保持这个领先的地位，可以说是世界经济增长的奇迹。自由贸易试验区的建设，是新时代改革开放的新高地，通过自由贸易试验区的建设，逐步形成了以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的发展新格局，也彰显了我国对外开放的信心。

（三）构建自由贸易港与自由贸易试验区法治保障的应然属性

1.国家政策法律化的必然要求

通常来讲，政策与法律的关系是一个基础性法律问题。政策是指国家处理国家事务、公共事务，调整各种关系的路线、方针、规范和措施的统称。[8]法律是通过严格的立法程序将国家意志成文化，具有国家强制力。政策与法律二者之间是对立统一的辩证关系，从性质上看皆属上层建筑，制定的目的都是服务于经济基础，故不能将二者完全割裂开来。为此，成熟的政策可以转化为法律，即：国家政策法律化，通过立法程序将有利于维护社会秩序、促进社会良好运行并经过实践检验的政策上升为法律，赋予其国家强制力。

2.航运政策需上升为航运法律制度引领自由贸易区（港）建设

经济强国必定属于海运强国、海洋强国、航运强国，以及交通强国。在建设中国特色自由贸易港与自由贸易试验区的进程中，航运政策与航运法律制度，均为指导、调整航运活动的准则与依据。航运政策体现政府对航运业的基本态度，是政府为实现本国海上运输发展等战略目标而对本国商船队、港口区域等所采取的措施方针的总称。[9]航运法律制度是指调整航运活动中一切社会关系的法律、法规和规章的总称。目前，中国特色社会主义法律体系已基本建成，随着全面深化改革开放带来的社会生产力的发展，还有待不断深化与完善。基于此，自由贸易港，以及自由贸易区航运法律制度的构建，可以通过航运政策法律化的路径来进一步实施和落地，[10]

二、自由贸易港与自由贸易试验区航运立法改革新进路

我国自由贸易港，以及自由贸易试验区的航运立法制度仍有待完善。目前为止，我国涉及自由贸易港，以及自由贸易试验区的航运立法主要包括，即：《港口法》、以及尚未制定的《航运法》。其与《海商法》，以及《海上交通安全法》统称为我国航运领域四大龙头法。[11]基

[8] 参见沈宗灵：《法理学》第3版，北京大学出版社2009版，第179页。

[9] 参见高秋颖，杨信红：《国际航运管理》，大连海事大学出版社2015年版，第131页。

[10] 参见王杰，李艳君，王玮玮：《中国（上海）自贸试验区下的航运政策解析》，载《世界海运》2014年第224期，第38页。

[11] 参见胡正良，刘畅，黄晶：《《航运法》立法的指导思想、宗旨与基本原则》，载《海大法律评论》2010-2011，上海浦江教育出版社2011年版，第213页。

于此，应该以航运立法为切入点，明确立法目的，透析立法价值，解构立法原则，优化立法措施，进一步促进《港口法》的修改与完善。此外，推动《航运法》的立法工作进程，为实现自由贸易港与自由贸易试验区发展提供优质的立法保障，实现立法保障“供给侧”与“需求侧”之间的结构平衡。

（一）探索《港口法》的完善路径

加强和完善港口立法是建设自由贸易港与自由贸易试验区的首要任务。为此，借鉴域外国家自由贸易港与自由贸易试验区港口立法经验，同时，吸收我国自贸试验区建设“1+3+7+1+6+3=21”新格局立法成果，通过比对、镜鉴国家立法和地方立法模式的利与弊，探索适宜我国自由贸易港与自由贸易试验区港口立法的路径。

1.港口法律制度体系的实证分析

第一，国际公约方面

《海牙规则》没有调整港口经营人法律地位的规定。承运人的受雇人和代理人、承运人的独立合同人都不是海上运输合同的当事人。《海牙规则》也没有涉及承运人的受雇人和代理人的任何规定，更何况港口经营人了。

《维斯比规则》中的港口经营人法律地位待定。《维斯比规则》是基于对《海牙规则》的修改和扩充。规则将承运人的受雇人或代理人纳入了其规定的范围，但排除了独立合同人的适用。港口经营人在与船公司的装卸合同关系中是独立合同人，能否成为港口经营人的受雇人或代理人则很复杂。即港口经营人在维斯比规则下的法律地位并不明确。

《汉堡规则》所有关于承运人责任的规定，不但适用于承运人的代理人、雇用人，也同样适用于其委托的实际承运人。但是，《汉堡规则》的情况与《维斯比规则》类似，在港口经营人的法律地位上仍然不明确。

《鹿特丹规则》创设了“海运履约方”的概念。纵观《鹿特丹规则》，其调整范围确定了既包括了港到港运输，也包括了门到门的运输，在同一海上货物运输合同项下所涉及的运输、运输站都受该公约的调整，这对保护当事人权益、统一各运输体系中不同的法律规定、明确所有参与人的权利、义务具有积极作用。因此，只要港口经营人在港区内承担履行承运人的部分任务或承诺履行部分承运人的任务，都应被认定为海运履约方。

《港站经营人赔偿责任公约》对于港口经营人的责任立法进行了全面的规定。该公约对于港口经营人的责任期间、责任原则、责任限制及其丧失条件、诉讼时效等都做了具体规定。虽然迄今为止，公约尚未生效，但其在很大程度上反映了港口经营人责任的国际立法趋势。

第二，大陆法系港口立法体系方面

在荷兰的鹿特丹港，已形成一套多层次的法律法规体系，第一个层次是国际条约和国家基本法律，如《联合国海上生命安全公约》，《危险物品运输协议》，以及有关内河航道的管理规定如《内河水道警戒规定》，第二个层次是地方性法规，鹿特丹市政府出台有《港口管理细则》，内容详尽，涵盖港口运营和航运管理的各个方面。第三个层次是港口管理当局经授权发布的航运通告，这是航运管制的规范性文件，会针对航道障碍物、船舶尺寸限制、特

殊事件等问题作出临时性的规定。法国在《关于租船合同和海运合同的规定》及《关于海上运输合同和租船合同的法国法令》两部立法中，明确了港口经营人的法律地位，同时港口经营人有权根据该法与承运人一起享有责任限制。

第三，英美法系港口立法体系方面

对于英国而言，相关法律法规有：《港口法》、1972 年《港口（贷款）法》、《码头与港口法》、《引航法》;、《运输和劳动法》、《英国运输码头委员会规则》、《商船航运法》等。在《商船航运法》规定了港口当局、管理局、码头、运河当局的责任限制。对于美国而言，相关法律法规有：《深水港口法》、《河流与港口法》、《海上货物运输法》（草案）。在《海上货物运输》（草案）中，港口经营人归类于履约承运人，正式将码头经营人归类于履约承运人，肯定了码头经营人在海上货物运输法下的法律地位。对于加拿大而言，相关法律法规有：相关法律法规有：《加拿大航运法》、《维持港口经营法》、《港务局作业规则》、《西部海岸港口经营法》等。在《海事责任法》明确规定了码头、运河或港口所有人对造成船舶、货物或任何船上货物或其他船上财产损害的一个事故所引起的索赔的责任限制数额、吨位计算、适用、责任限制的丧失。对于新加坡而言，相关法律法规有：《新加坡港务局法案》专门用于调整与港口经营人相关的法律关系，对港口经营人的责任限制制度以及港口经营人的责任做出了清楚的规定。

第四，国内立法方面

《港口法》没有有关港口民商事法律关系的规定，成为纯粹的港口行政法，同时并不完善。而其后交通部根据《港口法》颁布的《港口经营管理规定》，以及《港口危险货物安全管理规定》，也就成为一部行政管理细则。

《港口货物运输规则》和《水路货物运输管理规则》，将港口经营人和承运人的地位做了明确的区分；明确规定了港口经营人与作业委托人之间的权利义务和责任界限；规定承运人与港口经营人按交接划分责任，并规定了交接的方式和地点，以及对货物损失的责任，从而确立了港口经营人独立主体的地位，结束了“港航一家”将港口经营人作为承运人的一部分的做法。虽然《港口货物作业规则》中有明确的法律地位，作为港口货物作业合同当事人享有其相应的权利、承担其相应的义务。但是，由于其法律效力较低，法院在裁判案件时在它们于现行法律不冲突的情况下可以作为裁判的参考，但不是必须执行。并且该规则只适用于内贸码头，有很大的适用局限性，最终被废止，但对于港口经营立法具有很大的借鉴意义。[12]

《海商法》目前明文规定的可以从“喜马拉雅条款”受益的，只有承运人的受雇人或者代理人。然而，在司法实践中，港口经营人主张自己作为承运人的受雇人或者代理人往往很难得到支持，其原因在于关于港口经营人是否为代理人的受雇人或者代理人，司法实践界至今也没有统一的意见。

[12] 参见朱正清,魏玲玲:《〈国内水路货物运输规则〉和〈港口货物作业规则〉废止对港口作业的影响》,载《港口经济》2016 年第 10 期，第 13-15 页。

2.《港口法》修改和完善的基本原则

第一，具备国际“游戏规则”的视野

虽然港口位于一国境内，但港口的投资人可能来自不同国家和地区。此外，虽然港口不可移动，但港口的业务方也是遍及世界各地，港口作业的货物来自全球或走向全球。同时，《港口法》虽然服务于贸易和运输，但也应能影响、引导贸易和运输。因此，《港口法》虽然属一国国内法，但理应具备较强的国际认同感、适应性以及渗透力。

第二，在民商法语境下修改和完善《港口法》

港口已不单单是水路运输的节点了，它与公路运输、铁路运输，以及至航空运输都关系密切。此外，临港工业的发展，港口增值业务的开展，物联网的现实需求，都已促使港口经营向多元化转变。因此，应该在民商法语境中修改和完善《港口法》，增设民商事法律制度，可以有效促进港口民商事法律与生产、贸易、运输、物流法律的对接和融合。

第三，在海洋法语境下修改和完善《港口法》

在海洋法语境是指，首先，由于港口业务主要是装卸、堆存、仓储，所有这些业务都与海上运输密切相关。其次，将港口放到大运输、大物流甚至大生产、大贸易，特别是基于门到门的客户需求。再次，自贸区的加入。因此，应该在海洋法语境下修改和完善《港口法》。

3.《港口法》修改和完善的路径

第一，完善《港口法》的行政管理制度

在《港口法》的行政管理制度方面，其一，完善港口岸线有偿使用制度，做好港口岸线规划工作与城市、海洋功能、土地等规划衔接工作。其二，理顺口岸单位的职责关系。厘清包括海关、边防检查站、检验检疫局、海事局、交通运输局以及火车站等港口行政执法部门的执法和管辖权限，明确各个行政主体执法行为的法律规范，规避职能交叉。其三，增设进出港船舶通报制度。对《港口法》调整范围进行扩大解释，规定船舶经营人或船舶代理方除向海事部门报告船舶动态外，也应向港口行政管理部门报告进出港船舶货物作业信息。其四，增设港口突发事件应急处置制度。包括：应急物资储备标准、应急预案演练标准、突发事件应急保障数据共享制度、突发事件应急联动处置等保障措施等。其五，积极完善港口设施产权登记制度。就港口装卸、驳运、堆场、仓库等设施的所有权、用益物权、抵押权的设定、登记、公示等制度作出解释性规定，使巨额投资的港口固定设施也能像建设用地使用权、海域使用权那样可直接用于抵押融资。同时，完善《港口经营管理规定》的执法监管制度、完善《港口危险货物安全管理规定》的安全执法制度，以及完善《港口法》与其他行政法规的衔接。[13]

第二，建立《港口法》的民商事法律制度

随着海洋命运共同体理念的提出，以及水路运输业的发展，港口经营已成为水路运输全过程的一个独立环节；同时，随着《民法典》的出台，纵观我国立法趋势，《港口法》的调

[13] 《港口危险货物安全管理规定》解读，载交通运输部网站，http://www.mot.gov.cn/zhengcejiedu/gangkouwxhwaqgl

整范围力求纵到底、横到底，是符合我国的立法趋势的。因此，在新时代海洋法治思想不断发展的背景下，应继续遵循这个原则，构建港口经营民事法律制度，实现“横到边”，使港口民商事法律关系稳定下来，有利于推动港口法治化进程。首先，构建开放的港口民商事法律体系。港口在不同功能模式下具有不同的法律定位，如国际集装箱班轮运输下，港口是承运人的代理人，但当港口直接与货主发生合同关系时，它当然就是独立缔约方了。因此，任何试图单一化港口功能定位都将是不理性的，任何基于单一港口定位进行的港口民商事立法都将会碰壁。因此，需要构建的应该是一种开放的港口民商事法律体系，是基于不同功能定位下的不同权利、义务和责任的体系，是能适应港口开展开展业务的体系，也应该是能有效对接，甚至是有效引领世界港口民商事法律的体系。其次，创新港口民商事法律体系。我国目前没有现成的港口民商事法律，这样看来，创新是具有重要意义。[14]比如，《鹿特丹规则》创制的“海运履约方”制度，虽然存在诸多问题，但它提供了一个崭新的视角和思路。构建我国港口民商事法律体系，更多的应是制度创新，应在认真总结我国港口长期实践经验、审判实践经验，以及交通部制定涉港部门规章或规范性文件经验的基础上，创制出符合港口业发展客观规律的制度。包括：港口经营的定义、港口装卸作业、港口过驳作业、港口保管作业、港口理货作业、港口经营人赔偿责任、港口货权转移制度、港口留置权制度、港口作业保函、船舶与码头碰撞等内容。[15]

（二）探索《航运法》的完善路径

1.《航运法》立法主旨

航运立法的主旨包括核心目标和现实目标。其中，核心目标要解决的是为什么要制定这一部法律的问题，而现实目标所表达的是这一部法律要解决哪些基本问题。核心目的是直接目标的概括和抽象，核心目标则是现实目的的具体化。

第一，我国《航运法》制定的核心目标：为何要立法

航运是我国国民经济的重要组成部分，尤其是党的十九大以来，我国逐步确立了“海洋强国”的国家发展战略，部署实施了一系列以航运为基础支撑的国家经济发展战略，如在辽宁、天津、山东、江苏、浙江、上海、福建、广东等地试点的中国自由贸易试验区建设，在上海、天津、大连、厦门、广州等地实施的国际航运中心建设，在海南建设中国自由贸易港，在长三角地区探索建设中国自由贸易港，倡议建设“海洋命运共同体”等。这些经济发展战略都是以便利的航运作为载体。显然，在我国新一轮“走出去”的发展中，航运的作用已经远远超越了普通服务业的范畴，成为国家重大经济发展战略的基础条件。和其他经济活动一样，航运的发展也离不开法律的调整。[16]制定一部《航运法》从法在于国家通过一整套法律

[14] 参见张建军:《由大到强:构建我国港口民商事法律体系》，载《交通建设与管理》2017 年第 3 期，第 82-85 页。

[15] 参见张悦、杜江玮:《对我国港口理货法律问题的几点思考》，载《中国港口》2019 年第 8 期，第 57-59 页。

[16] 参见李光春:《论航运法的经济法部门属性》，载《大连海事大学学报》(社会科学版),2016 年第 4 期，第 33-45 页。

措施建立法律秩序，以实现国民经济的良性运行。[17]围绕航运经济立法的核心目的，我国《航运法》作为经济法的特别法，[18]其制定的核心目的在于国家通过立法的形式，确立一整套用于我国社会主义市场经济体制下调整航运经济关系的法律规则，建立航运市场的法律秩序，实现航运经济的良性运行。[19]

第二，我国《航运法》制定的现实目标：解决航运实践中的现实问题

制定航运法可以保障航运领域的可持续发展：首先，航运市场客观需求。我国是一个航运大国，船舶总量已处在世界的前列。历史悠久的水上运输是五种运输方式中不可替代的主要方式之一，为国民经济的发展作出了重要贡献。航运业属于国家基础产业，投资大、回报周期长。航运业需满足国家对外、对内贸易和社会发展的长远利益的要求。这些因素表明，一个国家的航运市场应属于可持续发展的经济领域。《航运法》应当体现国家可持续发展战略的思想，在航运基本设施的投资、船舶类型和技术状态等的规范方面，以法律的形式保障航运业可持续发展政策的实现。[20]其次，航运法治客观需求。根据航运产业具有国际性强、适用法律复杂的特点，与其他行业相比，健全航运法治更具有迫切性。航运法治建设跟不上，就会影响新时代经济发展的大局。我国作为航运大国，应尽快建立适应现代国际航运需要的与国际接轨的航运法治，促进航运事业健康快速发展。因此，《航运法》的制定和实施，将为构建航运产业的法治体系提供有力的软实力保障。再次，航运外交客观需求。随着中国航运企业“走出去”，航运外交进入了合力打造“产业链命运共同体”的新时代，各种摩擦也进入高峰期。我国船员、船队的合法权益保障，必然会涉及外交关系，习近平总书记指出：“中国走向世界，以负责任大国参与国际事务，必须善于运用法治。全球治理体系正处于调整变革的关键时期，我们要积极参与国际规则制定，做全球治理变革进程的参与者、推动者、引领者。”因此，我国在航运外交中传达中国声音、表达中国立场，以及维护中国利益，需要完善的立法保障。

2.《航运法》立法价值

交通运输部早在 1996 年就开始关注制定《航运法》的必要性问题，立法的调查研究与起草工作，至 2004 年，形成了《中华人民共和国航运法（送审稿）》。可是后来《航运法》起草工作处于停滞状态，其中的重要原因之一是立法机关、学术领域和实务领域没有在部门属性、调整对象等方面形成较统一的意见。截至目前，又经过十来年的实践与探索，随着“海洋强国”战略的不断深入，航运业“走出去”的对外开放格局已经形成。同时，秉承《民法典》

---

[17] 参见刘瑞复：《经济法原理》，北京大学出版社，2000 年 11 月版，第 113 页。.

[18] 理由：一方面，航运既是国民经济的重要组成部分，又是经济运行中的核心环节；既具有市场经济的一般共性，又具有公共性和不完全性等特殊性。因此，调整航运市场行为的航运法的调整对象必然是国家调制航运市场形成的特定经济关系和国家调制航运业内部各要素以及整个航运业与国民经济其他相关行业而形成的特定经济关系。另一方面，航运法的主要的调整方法体现为国家干预。航运法所追求的社会整体利益的价值性和市场干预的能动性完全契合经济法基本价值理念，航运法是中国经济法部门的重要组成部分。未来的《航运法》应当定位为经济法，并以此确立相应的法律制度。

[19] 参见胡正良：《论我国《航运法》制定的目的和应遵循的原则》，载《大连海事大学学报》（社会科学版）2004 年第 3 期，第 6-7 页。

[20] 参见朱慧：《15 年来中国航运立法研究综述》，载《航海教育研究》2008 年第 2 期，第 11-15 页。

促进立法规划完善的理念，以及习近平总书记在中央全面依法治国委员会三次会议中的关于“加强涉外法治建设，积极发展涉外法律服务”的重要讲话，为进一步启动《航运法》的立法研究与起草工作提供了有利的契机。

第一，实现航运法规的权威性需求

我国调整航运经济关系的法规和规章主要包括：《中华人民共和国水上水下活动通航安全管理规定》、《中华人民共和国内河交通安全管理条例》、《国内水路运输管理条例》、《国内水路运输管理条例实施细则》等。这些行政法规和部门规章，普遍存在没有形成科学合理的航运法律体系，以及部分与现代市场经济体制脱节等问题。同时，航运行政法规、部门规章仅仅是对于我国《航运法》的一种合理补充，但不能代替《航运法》的功能性。制定《航运法》是实现航运法规范权威性的客观需要。

第二，促进“海洋强国”战略发展

海洋强国战略的实现离不开完善的法律制度。没有海洋法治就没有海洋强国。岂今为止,与我国的整个法治建设进程相应,我国的海洋法律制度还很不完善。以航运领域四部龙头法为样本（我国航运领域的四部龙头法:《港口法》、《海商法》、《海上交通安全法》、《航运法》），进行实证调研，不难发现，《海商法》正在处于修改进行时，《港口法》与《海上交通安全法》的修改工作还没有正式展开，《航运法》尚付阙如，但其重要性不言而喻。欧盟、美国、日本、澳大利亚等均有不同形式的专门立法。徒法不足以自行，为了有效调整航运市场竞争秩序，我国应抓紧制定《航运法》，完善航运法律体系的顶层设计，进一步推动海洋法律体系的完善与建设,以此来促进和发展海洋强国战略的深入实施。

3.《航运法》立法原则

立法应所遵循的基本原则，即：立法应遵循的一般原则。《航运法》的制定是一项立法活动，应以立法应遵循的基本原则为指导。同时，《航运法》作为经济法的特别法的基本地位，决定了航运法基本原则的确定需遵循经济法的基本原则。[21]

第一，“松紧得当”原则

充分发挥航运市场本身的调节作用，采用“松紧得当”原则，也就是自由的适度性原则。在一般法律意义上，自由是一种权利，权利意味着选择的自由。自由是指“做法律所许可的一切事情的权利。[22]因此，当法律确认主体的自由为该主体的一种权利后，在法律界定的范围内，意味着任何人和机构既不能禁止该权利主体做法律允许他做的事，也不得强制该权利主体做法律不强制他做的事。[23]“松紧得当”是指有限制的自由，而不是无限制的自由。[24]根据航运立法的适度自由原则，制定《航运法》，一方面，要保障航运市场经营主体进出市场

[21] 参见李光春:《论航运法的经济法部门属性》，载《大连海事大学学报》（社会科学版),2016 年第 4 期，第 33-45 页；参见胡正良:《航运法的调整对象与我国制定“航运法”的必要》，载《大连海事大学学报》（社会科学版）2004 年第 1 期，第 14 页。

[22] 参见[法]孟德斯鸠著;《论法的精神》，欧启明译，译林出版社，2016 年 11 月版，第 493 页。

[23] 参见周萍等著:《法理学》，武汉大学出版社，2016 年 8 月版，第 228 页。

[24] 即：法律对市场经济活动自由进行必要限制的必要性，为资本主义经济发展过程所证明。从“经济人”假设的提出到否定，自由原则经历了从无限制的自由到有限制的自由的变迁。

和经营的自由，从而为市场机制在航运资源配置中起基础性作用提供基本保障。另一方面，要对这种自由加以适度限缩，从而保障航运市场主体之间的实质公平和社会整体效率的提高。在“度”的把握上，注意“松紧得当”的火候，一方面，要符合航运经济规律的客观要求。另一方面，要适合我国航运市场总体上仍然处于发展的初级阶段的国内情况，而且要考虑航运金融、航运保险、海事安全、海事法律等各个航运子市场的运行特征。

第二，“公平正义”原则

公平正义作为一种价值理念,并不仅仅停留在观念形态,必须以法的原则为载体,通过一系列法治基本原则体现出来。作为约束公权力的法治原则,主要包括权力法定、利益均衡和程序正当三大原则。公平与正义虽然表述形式各异，但所表达的意思基本趋同，都是人类所追求的一种理想状态。法理学的研究人员经常使用“正义”一词，而经济法的研究人员在论述经济法的价值或者基本原则时，经常使用“公平”一词。[25]在制定《航运法》的过程中，公平正义原则要求注重航运市场主体实际的权利义务内容，而不局限于形式上的规定。因此，《航运法》对具备某些特殊条件、地位和能力的市场主体的行为进行一定的限制，适当增加其义务或者减少其权利。例如：对于航运市场中的“强势群体”的班轮运输经营人、租船运输经营人等经营行为进行特别的限缩。同时，对于航运市场中的“弱势群体”，包括：船务公司、物流公司、船舶代理人、货运代理人、水尺公司、理货公司，以及拖轮公司等进行针对性的保护。

4.《航运法》立法建议

第一，优化航运市场的管理模式

首先，适当精简航运市场管理部门。从精简、高效的原则出发，由中央政府设立机构实施统一管理，保证其水上安全和航运畅通，协调航运市场活动，不必设立专门的机构。其次，梳理管理部门的职责和权限。用法律明文规定的形式确定国务院交通主管部门、以及省级地方人民政府交通主管部门的职责和权限。[26]

第二，规定航运反垄断豁免制度

随着世界经济格局的新常态，国际航运反垄断豁免制度成为国际航运竞争制度的核心之一。我国正在打造国际性的航运中心，然而，我国的航运反垄断立法尚待完善。为应对航运联盟格局，建议借鉴欧美以及新加坡等国立法经验，结合中国反垄断的基本立场及自身发展航运经济需求等因素，在制定我国《航运法》中考虑构建国际航运反垄断豁免制度。有利于提高我国船公司在国际航运市场上的竞争力，壮大我国船公司的力量，使我国真正由航运大国向航运强国发展。[27]

第三，设立航运中介部门的规定

---

[25] 参见胡正良:《论我国《航运法》制定的目的和应遵循的原则》，载《大连海事大学学报》(社会科学版)2004 年第 3 期，第 8 页。

[26]参见张丹:《新加坡航运法对我国航运法立法工作的借鉴意义》，载《海大法律评论》2011 年第 21 期，第 298-324 页。

[27]参见韩立新、林子樱:《航运联盟格局下中国反垄断豁免的法律应对》，载《中国海商法研究》2020 年第 2 期，第 89-96 页。

我国目前的航运市场领域，中介部门关于机构数量、组织形式、管理方式、经费来源等方面都存在很多问题，作用力不足。因此，从我国现有航运中介部门的情况来看，在制定《航运法》的过程中，应该专门设立有关航运中介部门的相关制度，确立航运中介部门的法律地位，充分有效地发挥其作用，同时对其行为进行具体规制，规定航运中介部门的组织、权利、义务、合法性、作用和行为原则等。

三、自由贸易港与自由贸易试验区航运多元解纷新模式

在新的时代背景下，自由贸易港与自由贸易试验区的航运业发展因其国际化、开放性程度高于普通商事活动的特点，对多元化航运纠纷解决机制提出了更高要求，航运争议解决机制的多元化发展便也自然成为业界所关心的核心课题。同时，在新颁布的《民法典》中，也积极回应了纠纷解决的诉求，包括：满足人民群众尤其是市场主体对公平正义的渴望和需要；坚持各类市场主体的诉讼地位平等、法律适用平等，以及法律责任平等。因此，完善自由贸易港与自由贸易试验区多元化航运纠纷解决机制，可以诉讼、仲裁、调解等多样化方式为重要着眼点，其是推进自由贸易港与自由贸易试验区的营商环境法治化的内在需求。

（一）多元航运解纷机制的优势

1.尊重意思自治，解纷效率灵活

自由贸易港与自由贸易试验区建设进程中，多元化航运纠纷解纷机制，及时关注和尊重纠纷各方合意，基于意思自治来确定纠纷解决途径与方式，有利于盘活当事人自主解决矛盾纠纷的积极性。值得注意的是，非诉解决方式在法律框架内灵活适用各种社会规则、行业规则来定纷止争，有利于满足自由贸易港与自由贸易试验区多元化发展需求。程序设置更加灵活，当事人可视争议具体情况选择合适的解决方案，可供选择的空间较大，经济成本、时间成本等较低。该模式体现的非对抗或对抗性弱等特征，有利于保持自由贸易区域顺畅的贸易环境，维持区域间亲密的贸易关系，保障服务的及时提供、商品的自由流通。

2.缓解诉讼爆炸，优化营商环境

截至目前，伴随自由贸易港与自由贸易试验区航运产业深入发展，航运争议逐步呈现出纠纷主体诉求多样化等特征，基于此，导致纠纷逐步呈现出多发性、多领域、多主体。多利益等发展态势，现有的海事司法资源已经难以充分满足自由贸易港与自由贸易试验区的多元纠纷诉求。然而，尽管海事法院受案量相较普通法院少，但仍面临诉讼案件量增速高、案多人少矛盾突出等现实的诉讼爆炸问题。根据最高人民法院发布的数据统计，自 1984 年我国设立首家海事法院以来的 30 余年，全国海事案件数量总体上逐年以约 10%的幅度持续增长。值得注意的是，多元化航运解纷机制更加关注非诉解纷路径，构建起分层递进、衔接配套的纠纷解决体系有利于实现案件分流，在一定程度上缓解“执行难”问题，从源头上减少诉讼增量，实现司法效益和社会效益的最大化。

3.创新治理模式，实现解纷价值

坚持把“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的多元化航运解纷机制能够充分体现社会治理模式的创新，为构建共建共治共享治理的自由贸易港与自由贸易试验区新格局提供路径与

方向。“非诉纠纷解决方式”在法治框架内运用行规、商约等规范行为，有利于促进自由贸易港与自由贸易试验区的自治、善治，实现系统治理、依法治理、综合治理、源头治理相互融合，彰显自治、法治、德治相得益彰的治理思路，有助于推进自由贸易港与自由贸易试验区治理体系和治理能力的现代化。

（二）海事诉讼机制的完善路径

海事诉讼机制是当事人通过起诉的方式将海事纠纷交由法院行使审判权进而化解争议的制度。目前，我国设有 11 家海事法院，形成了较为全面的覆盖海岸线、沿海沿江港口、通海可航水域等我国管辖港口和水域的专门化海事审判格局以及由海事法院及其上诉审高级人民法院、最高人民法院构建的“三级法院两审终审制”专门法院体系，我国也是世界上设立海事审判专门机构最多最齐全的国家、受理海事案件最多的国家。

1.打造在自由贸易港与自由贸易试验区海事司法服务品牌

2018 年上海海事法院发布《上海海事法院服务保障上海国际航运中心建设的工作意见》指出，海事审判服务是上海国际航运中心建设的重要目标和内容。为此，十四五期间，应进一步提升海事司法水平，推进国际海事司法中心建设。第一，提升自由贸易港与自由贸易试验区海事司法审判能力。加强审判业务培训，提升海事法官综合素质；探索设立海事高级法院，深化海事“三审合一”实践，规避涉海法律的马太效应，提高审判专业度；强化海事行政审判职能，规范行政机关管理水平；建立诉裁、诉调对接机制，完善一站式多元解纷模式，满足当事人多元诉求。第二，提升自由贸易港与自由贸易试验区海事司法国际话语权。建立海事案例共享数据库，优化案例指导机制；构建海事司法公开与案例发布机制，增强自由贸易港与自由贸易试验区司法国际公信力；积极参与国际规则制定，增强服务国际航运事务能力；加强与其他国际海事司法中心的交流合作，共建国际海事司法新秩序。[28]

2.探索在自由贸易港与自由贸易试验区设立国际海事法庭

建议由最高人民法院在自由贸易港与自由贸易试验区设立国际海事法庭，借鉴已有的国际商事法庭制度确定案件管辖、庭审模式及争议处理机制，推动“三审合一”的海事审判专门管辖体系形成，打造“争议解决不出区、争议解决不出岛”的当事人友好型海事司法保障环境，是加强自由贸易港与自由贸易试验区内法院机构及审判组织建设、统一涉自贸港海事纠纷裁判尺度的有效途径。设置国际海事法庭不仅可以缓解最高人民法院的办案压力，为自由贸易港与自由贸易试验区当事人提供了地域上的便利，还有利于对海事案件进行专业化审理，提升海事案件的办案质量与争议处理效率。[29]

（三）海事仲裁机制的完善路径

海事特定仲裁机制是指当事人依据书面仲裁协议，将海事相关纠纷、争议提交某一仲裁机构解决纠纷的方式。历经半个多世纪的发展，一套体系较为完整、彰显着新时代中国特色

[28] 参见王国华.:《司法护航上海自贸区临港新片区建设》，载《人民法院报》，2020 年 1 月 8 日，第 002 版。

[29] 参见王国华.:《航运纠纷多元化解决机制的完善》，载《上海法治报》，2018 年 3 月 21 日，第 B06 版。

的海事仲裁制度在我国初步确立。长期以来，以中国海事仲裁委员会为代表的我国海事仲裁机构，已公正独立地裁决了大量航运纠纷，良好的维护了中外当事人的正当权益，在国际上赢得了很高的信誉。近年来，国家和地方也不断释放政策红利，大力支持海事仲裁行业的发展，推动了海洋强国的建设进程。然而，我国海事仲裁行业发展仍然任重而道远。一方面，伦敦、纽约和新加坡等全球公认的国际海事仲裁中心，掌握了每年全球80%以上的海事仲裁案件案源，中国海事仲裁案源外流现象凸显；另一方面，在仲裁法律制度、仲裁机构管理、仲裁员业务水平、仲裁市场竞争等领域，我国海事仲裁行业的发展面临着一系列的问题与障碍。目前，《仲裁法》修订已被列为十三届全国人大常委会立法规划，我国仲裁法律制度体系的科学完善指日可待。[30]

1.探索在自由贸易港与自由贸易试验区构建海事仲裁机制

在2020年上海已允许符合条件的境外仲裁机构，在临港新片区设立分支机构，处理涉外民商事纠纷案件，为发挥仲裁服务业的集聚效应，可以引导仲裁机构在仲裁规则、案件审理等层面打造多元合作联盟，促进海事仲裁产业化发展。此外，临时仲裁依托低成本、灵活高效、自主性强等优势，广泛应用于国际航运领域，但我国《仲裁法》尚未完全承认。[31]2016年，最高人民法院出台《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》，在“三特定”规则基础上承认临时仲裁，这是我国司法机关对于临时仲裁这种纠纷解决机制市场需求的积极回应，为自贸区先行先试临时仲裁制度提供了合法性基础和重要契机。2017中国(广东)自由贸易试验区珠海横琴新区片区出台《横琴临时仲裁规则》，扩大临时仲裁适用范围，实施临时仲裁有了实质性进展。为此，我国自由贸易港与自由贸易试验区的法治化进程应借鉴“横琴经验“，以先行先试为样本，逐步放开临时仲裁业务，按照意思自治原则，制定临时仲裁规则，设定仲裁员资格准入条件、明确仲裁受案范围，与司法程序保持良性互动，提高航运纠纷解决的经济性与高效性。

2.在自由贸易港与自由贸易试验区探索海事司法执行和保全联动机制

在自由贸易港与自由贸易试验区的建设实践中，不难发现，唯有融合社会多主体、各方面力量，多管齐下、合力攻坚才能实现海事纠纷的高效解决。特别是在海事案件保全措施和裁决执行领域，其在很大程度上有赖于海关、海事局、海洋局，以及渔业渔政管理局等行政机关配合。将消极被动，以及相对单一的执行方式，及时转变为积极主动多元化的执行联动机制，其是加快自由贸易港与自由贸易试验区建设进程的核心举措。在联动主体方面，相对比较适宜以海事争议处理机构为中心，以代表公权力的海警局、公安机关、海事行政机关、港航部门，以及金融机构等为辅助。在联动机制主要内容方面，包括：查询被执行人财产信

[30] 参见王国华.:《航运纠纷多元化解决机制的完善》，载《上海法治报》，2018年3月21日，第B06版。

[31] 参见李晓郭:《我国海事仲裁应引入临时仲裁制度-以上海国际航运中心的建设为视角》，载《河北科技大学学报》(社会科学版)，2011年第1期，第46-51页；参见张虎:《《自贸区仲裁规则》下临时措施实践的困境与出路》，载《大连海事大学学报》(社会科学版)，2015年第6期，第35-47页；参见司玉琢，初北平，李垒:《我国海事仲裁的发展目标、困境及对策》，载《商事仲裁与调解》，2020年第1期，第61-92页。

息、合作实施执行措施、对被执行人采取征信威慑、防范被执行人转移财产及逃避执行等相关内容。

（四）海事调解机制的完善路径

在当前建设全国建设“国际航运中心”、构建“海洋命运共同体”，以及开展“21 世纪海上丝绸之路”建设的大背景下，不可避免会产生大量的航运及海事纠纷，牵涉多方法律关系。作为海事诉讼制度的优化补充，海事纠纷调解制度所发挥的作用不容小觑。[32]海事调解系指，即：在第三方参与或主持下解决当事人之间的海事纠纷，海事调解达成的协议不具有强制执行力，纠纷主体不愿调解、调解不成的情形，可以继续向海事法院等提起诉讼。为此，将调解与海事诉讼、仲裁等非诉讼争议处理方式，进行有效衔接、重组，可以进一步拓宽纠纷解决的社会化渠道，其是多元化解海事纠纷的制度性创新方案和路径。[33]

海事法律关系与海事纠纷所涉及法律具有专业性与复杂性的特点，需要专业人员与行业组织积极参与。相比海事诉讼程序，海事调解程序节省了大量调查取证的时间、费用，有助于节约司法资源；另外，鉴于海事纠纷的跨国性，货损货差或海难事故往往发生于境外海域，海运合同与提单经常约定适用国外法律。因此，海事调解能有效避免域外法查明、管辖权确定等难题，有助于节约法院司法资源；并且避免海事诉讼和仲裁的对抗性，对纠纷双方起到“润滑剂”作用，符合我国“和为贵”的法文化传统。我国是 2020 年生效的《新加坡调解公约》缔约国，该公约创造性的赋予了调解协议强制执行力，减少了调解协议司法确认环节，使调解具有了终局性作用。上海自贸区应该借鉴公约新规定，试点构建海事调解机制，并承认调解协议的强制执行力，缩短航运纠纷解决周期，降低纠纷解决成本，有效缓解海事司法压力。此外，上海应建立专门的海商海事纠纷调解中心，引入中立评估、专家介入、外籍调解员等机制，聘请航运院校学者、实务部门骨干、海事律师担任调解员。法院、仲裁机构根据案情，委托该中心进行调解，有效破解航运诉讼爆炸窘境。

四、自由贸易港与自由贸易试验区航运执法联动新架构

我国自由贸易港与自由贸易试验区的管理模式具体分为两个层级，即：第一层是中央决策层，由国家对自由贸易港与自由贸易试验区实施宏观层面的控制；第二层是地方管理层，由地方政府对自由贸易港与自由贸易试验区的具体事务实施监管的管理体制。目前，我国自由贸易港与自由贸易试验区建设尚没有中央层面的统一管理机构，自由贸易港与自由贸易试验区建设主要以地方为主，其管理机构的设置包括省市级管理机构和片区的管理机构两层级。整合我国自由贸易港与自由贸易试验区相关法律文件和政策规定，以及自由贸易港与自由贸易试验区官方网站能够查询到的相关信息，总体而言，我国省（市）自由贸易港与自由贸易试验区管理机构设置可主要分为三类：第一，设置办公室（或称领导小组办公室）负责承担

[32] 参见徐峰：《“枫桥经验”在海事纠纷调解制度中的应用创新研究》，载《中国司法，2020 年第 3 期，第 84-88 页。

[33] 参见王国华.：《航运纠纷多元化解决机制的完善》，载《上海法治报》，2018 年 3 月 21 日，第 B06 版；参见宋秋梨：《论我国自由贸易港航运法律制度的构建》，载《海大法律评论》，2020 年第 1 期，第 324-332 页。

领导小组的日常工作和自贸区建设管理工作，广东、福建等 8 个自贸区属于此类：第二，设置管委会作为省（市）政府的派出机构，目前天津自贸区管委会就作为天津市政府派出机构承担自贸区宏观管理职能：第三，设置管委会与行政区政府合署办公，上海、浙江自贸区属于此类，上海自贸区管委会与上海浦东新区政府合署办公，浙江自贸区管委会与舟山市人民政府合署办公。[34]

（一）建设自由贸易港与自由贸易试验区面临的央地关系困境

尽管自由贸易港与自由贸易试验区立法权下放至地方，但从现阶段制定内容来看各地定位存在差异，许多事项的决策和处理需要中央机构的配合和协调，缺乏国家统一规划而显得有些各自为阵，暴露出了一些立法权限分散的缺点。而现阶段中央层级涉自贸区的相关立法多集中于部门规章，其他法律规范并未对该制度进行过多规定。而根据《位法法》规定，如果没有上位法作为依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他社会组织权利义务的规范，也不得增加部门权力或减少部门职责。部门规章通常亦仅能够在该具体部门的事权范围内规定自贸区改革事项，与地方性法规在自贸区立法事项上形成了紧坝结构。央地关系处理过程中常见的“一集中就死，一放开就乱”悖论是这种条块结构长久以来难以平衡的问题之一。因而在涉自贸区法律事权不明晰的情况下，即使中央放权但缺乏法律明确授权，地方立法不敢管、不能管现象突出，中央无立法意愿前提下的临时调整措施又在权限及法律适用规则方面存在瑕疵。[35]

（二）以央地“协同一一竞争”思维引导自由贸易区（港）港制度法治化建设

以央地协同理念协调自贸区制度法治化建设过程中面临的中央和地方法律事权冲突问题。首先，理顺中央和地方立法机构涉自由贸易港与自由贸易试验区的立法职权范围，确保自由贸易港与自由贸易试验区法律制度的统一性和体系性。其次，明确中央和地方各自的法律事权重点，减少交叉规范和共同规范事项。转变中央对地方的管理模式，[36]从制度层面赋予地方更多的自主权，以立法规范央地治理方式。其中中央应当侧重对自由贸易港与自由贸易试验区改革定位、目标、实施路径、实施方式和改革措施涉及到的具体事务中的基本权利义务等宏观和全局事项的规划和统筹。地方则应当基于自身特点充分发挥能动性赋予自由贸易港与自由贸易试验区改革措施以执行力和创造力。中央立法更多是对制度的框架作出设计，地方立法则更多关注细则性事项。[37]因此在统一规划的基础上赋予地方更多的自主权应当成为自由贸易港与自由贸易试验区法治化建设的重要议题。最后，需要处理好垂直管理和水平管理之间的关系。虽然目前我国的行政体制仍然呈现出条块型管理模式，但现代行政体制“早

[34] 参见胡晓涵。刘莹莹，王志茹，吴燕豪：《湖北自贸区制度创新的比较研究》，载《现代商贸工业》，2021 年第 8 期，第 50-54 页。

[35] 参见叶洋恋：《央地关系视域下的中国自贸区制度法治化建设：困境、障碍和完善进路》，载《河北法学》，2021 年第 4 期，第 115-133 页。

[36] 参见郑智航：《治理能力现代化视角下的地方立法权扩容》，载《中国特色社会主义研究》2019 年第 6 期，第 41 页。

[37] 参见沈广明：《论中央与地方立法权限的划分标准——基于公共服务理论的研究》，载《河北法学》2020 年第 4 期，第 88-102 页。

已趋于多元化、网络化，条块型关系逐渐式微”。[38]面对部门整合及行政一体化趋势，自由贸易港与自由贸易试验区行政管理体制需要在层级和部门之间打破利益壁垒，构建多元化的综合行政模式并通过法律固定下来。

[38] 参见蔡英辉、胡晓芳：《法政时代的中国“斜向府际关系”探究——建构中央部委与地方政府之多元行政主体间关系》，载《理论导刊》2008 年第 3 期，第 25 页。

CISG 在我国法院的适用-兼论《民法典》实施后国际条约的适用问题

张 普*

（清华大学法学院 北京 100084）

摘　要：准确适用条约是我国司法水平的重要体现。我国法院应当依据 CISG 自身规则、国内法相关规定以及规范性文件来适用 CISG。《民法典》对《民法通则》第 142 条的放弃导致我国国际民商事条约适用规则的缺失。然而依据缔约国条约适用的国际法义务和我国对于民商事条约的适用习惯，CISG 仍会被我国法院适用。CISG 有“直接适用”“间接适用”和“约定适用”三种适用方式。在 CISG 的适用上，我国存在立法的缺失和法院对规则理解偏差、不当排除适用、适用不准确等问题。针对这些问题，最高人民法院可以通过发布司法解释、指导性文件以及指导性案例等方式来规范和统一 CISG 的适用。此外，法院还应当统一 CISG 的分析范式，提升利用 CISG 进行说理的能力。

关键词：CISG；民法典；法院；条约适用；直接适用

经历 40 年的发展，1980 年通过的《联合国国际货物销售合同公约》（The United State Convention on Contracts for the International Sales of Good, 以下简称 CISG）已经成为国际贸易领域最有影响力的国际条约，[1]缔约国高达 94 个。[2]准确适用 CISG 是缔约国条约义务的应有之义，也是彰显各国涉外司法水平的重

*作者简介：张普（1991-），男，汉族，河南周口人，清华大学法学院博士研究生，研究方向为国际经济法。邮箱：p-zhang18@mails.tsinghua.edu.cn.

[1]See Ingeborg H. Schwenzer, Pascal. Hachem, Christopher. Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p. 37.

[2]数据来源 https://uncitral.un.org/zh/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status，访问时间：2021-05-01。

要体现。2015 年最高人民法院发布的《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》明确要求我国法院要“依法准确适用国际条约”，“增强裁判的国际公信力”。然而在 CISG 的适用问题上，我国法院的审判实践尚存在诸多不足，学术界也常论常新。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的实施后，原《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）自动废止。《民法典》与《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）均未对国际条约的适用问题进行规定，这使得国际民商事条约在我国的适用面临着无法可依的局面。以反思国内实践知不足、以考究国际实践求补正是提升国际条约适用能力、完善国际条约适用制度的重要方法，因此本文旨在剖析 CISG 适用规则、评析国内外司法实践，这对于我国司法系统清晰认知和准确适用 CISG 等国际民商事条约具有一定的现实意义。

一、CISG 在我国法院适用的依据和方式

国际条约的适用取决于两个方面，一为条约自身的性质与设定，二为缔约国国内法中有关条约适用方式的选择与规定。CISG 作为私法性的国际条约，我国法院在适用该公约时也应当以 CISG 自身规定与我国国内法相关规则为依据。

（一）CISG 的适用依据

我国法院在适用 CISG 时应当遵循该公约自身的规定，同时还应当依据我国国内法中有关国际条约的适用规则，同时最高人民法院的所发布的规范性文件对 CISG 的适用也具有重要的指导意义。

1. 公约依据

作为缔约国，我国法院依据 CISG 规定适用公约是条约义务的应有之义。[3]从整体上看，CISG 包含三类规范，即冲突法规范、国际货物销售合同实体法规范以及国际公法规范。三类规范的性质不同，作用亦不同。CISG 的第一章（第 1 条至第 6 条）即为该公约的适用规则，其中第 1 条是有关合同主体的要求，该条

[3]参见车丕照：《论条约在我国的适用》，《法学杂志》2005 年第 3 期，第 97 页。

是判断涉案合同是否具有“国际性”的标准；第 2 条至第 5 条是有关合同内容的要求，此为判断涉案合同是否属于 CISG 调整范围的标准；第 6 条是有关合同当事人意思自治的规定，该条赋予当事人排除或改变 CISG 适用的权利。在 CISG 的适用中，这些适用规则具有一定的逻辑层级性。首先，应根据 CISG 第 2 条至第 5 条判断涉案合同是否在 CISG 的管辖范围内。如果涉案合同的性质与内容落入 CISG 的调整范围之内，再依据 CISG 第 1 条进行判断。如果合同双方当事人的营业地位于不同的 CISG 缔约国或根据法院地冲突法规定适用某 CISG 缔约国的法律，则再依据 CISG 第 6 条判断当事人是否排除了 CISG 的适用。如果合同当事人并未有效排除 CISG 的适用，CISG 应最终得到适用。

针对 CISG 第 1 条（1）款的规定，其（a）项较为明确，而(b)项则饱含争议。CISG 第 1 条（1）款（b）项时常被教条地片面理解：这一条款是法院以冲突法规则适用 CISG 的法律基础，在当事人营业地并非均在 CISG 缔约国的情况下，对该条款保留的缔约国可以以此为理由拒绝适用 CISG。其实，该条款具有“冲突法条款”与“分配条款”(distribution provision)[4]两种功能。所谓“冲突法条款”功能是指（b）项作为 CISG 自身的冲突法规范，也将成为缔约国冲突法规范的一部分，与其国内法中的冲突法规范起着相同的作用。所谓“分配条款”功能是指（b）项将缔约国的实体法分为国内买卖合同法和国际货物买卖合同法，[5]当该缔约国法律因法院地所属国冲突法指引而被确定为准据法时，CISG 这一国际货物买卖合同法将取代国内买卖合同法，得以“优先适用”。虽然说 CISG 第 1 条（1）款（b）项具有以上两种功能，但其发挥作用的场合并不一样。当缔约国为法院

[4]日本学者山田镣一教授将其称为“体系际法”，我国学者李旺教授将其称为“法际私法”，是指解决一国民商法中不同法律、法规之间冲突的法律。参见ペーター・シュレヒトリーム：《国際統一売買法セミナー》，判決タイムズ 739 号（1990 年），19 頁；李旺：《论国际民商事条约的适用-以国际民商事条约与国际私法的关系为视角》，《法学家》2017 年第 4 期，第 111 页。

[5]See Peter Schlechtriem & Petra Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sales of Goods*, Springer-Verlag(2009), p.17.

地所属国时，其“冲突法条款”功能发挥作用，此时（b）项也是缔约国国内冲突法的一部分，缔约国法院可依据该条款在本国相关国内冲突法规则导致适用某一缔约国法律时适用 CISG。当缔约国为法院地所属国冲突法指定的准据法国时，其“分配条款”功能发挥作用，它不仅将准据法国的法律划分为国内合同买卖法与 CISG，还指明应当适用 CISG 而非国内法。[6]

根据 CISG 第 95 条规定，缔约国可以对第 1 条（1）款（b）项进行保留。我国加入 CISG 时，以此对该项提出了保留。针对（b）项的保留国，该条款并未在其国内生效，故也不发挥“冲突法条款”与“分配条款”的作用。当保留国为法院地所属国时，保留国法院即免除依据第 1 条（1）款（b）项适用 CISG 的义务。当保留国为准据法国时，其国内法律并无国内买卖合同法与国际货物买卖法的分野，亦无对条约优先适用的指定，此时应当适用的是其国内买卖合同法，而非 CISG。外国法院（不论其是缔约国、保留国还是非缔约国）依照其本国冲突法规则适用某保留国法律时，保留国立法者的这个决定也应当受到该外国法院的尊重，[7]而不应适用 CISG。

2. 国内法依据

目前，我国宪法及宪法相关法并未明确国际条约的法律地位，亦未规定国际条约的适用方式。长期以来，原《民法通则》第 142 条第 2 款被视为我国法院适用民商事条约的国内法基础和法律原则，[8]其也是我国法院在司法实践中适用国际条约、国际惯例的直接依据。[9]2012 年最高人民法院发布的《关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》（以下简称《法律适用法解释》）第 4 条也明确规定，涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约

---

[6]参见李旺：《论国际民商事条约的适用-以国际民商事条约与国际私法的关系为视角》，《法学家》2017 年第 4 期，第 112 页。

[7]See Peter Schlechtriem & Petra Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sales of Goods*, Springer-Verlag(2009), p.17.

[8]《民法通则》第 142 条第 2 款：中华人民共和国缔结或参加的条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

[9]参见高晓力：《关于适用<涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）的理解与适用》，《人民司法》2013 年第 3 期，第 20 页。

的，我国法院应当根据《民法通则》第 142 条第 2 款等法律规范予以适用。

但新制定《民法典》整体上放弃了原《民法通则》第 142 条的规定。《民法典》实施后，《民法通则》自动废止。这也就导致我国法院适用国际民商事条约基本依据的缺失，《法律适用法解释》第 4 条的规定也同样失去了意义。目前，就国际民商事条约的适用问题，我国民事关系的基本法《民法典》与统一规定涉外民商事法律适用的法律《法律适用法》均未规定。从法律规定层面看，国际条约的适用确实存在着"无法可依" 的局面。但《民法典》实施后，民商事条约仍会在我国得以适用。一方面，适用条约是我国作为缔约国应当承担的国际法义务。另一方面，在处理涉外民商事案件中适用国际条约是我国法院的一贯实践，而且也无理由不持续下去。[10]不只如此，原《民法通则》第 142 条第 2 款所体现的"条约优先"的精神将会得以坚持。目前，该条款的相关规定在其他民商事法律中仍然存在，并依然有效，如《海商法》第 268 条、《票据法》第 95 条。这些条款都起到"分配条款"的功能。基于我国的这种司法传统，在合同领域也将保持"条约优先"的习惯。

可见，虽然原《民法通则》第 142 条第 2 款的规定并没有被《民法典》所吸纳，但我国长期基于该条款所形成的条约适用习惯将会得以延续。具体而言，这种适用习惯大可包含以下两方面，其一，国际民商事条约可以在我国法院直接得到适用，即我国所缔结的国际民商事条约也应构成中国法的一部分而具有"法源"地位。[11]其二，当国际民商事条约与我国法律规定不同时，应适用国际条约。此外，就原《民法通则》第 142 条第 2 款类似表述而言，还应当注意，条约的适用不应以国际条约与我国国内法规定不一致为前提。就 CISG 而言，不论是"条约优先"的司法传统，还是缔约国的国际法义务，都不应当将国际条约与国内法不一致当作国际条约适用的前提。此外，以国际条约与国内法不一致为前提适用公约，

[10]参见车丕照：《<民法典>颁行后国际条约与惯例在我国的适用》，载《中国应用法学》2020 年第 6 期，第 4-5 页。

[11]参见陈治东、吴佳华：《论<联合国国际货物销售合同公约>在中国的适用-兼评我国<民法通则>第 142 条》，《法学》2004 年第 10 期，第 115 页；韩世远：《CISG 在中国国际商事仲裁中的适用》，《中国法学》2016 年第 5 期，第 227 页。

也会破坏 CISG 所追求的统一性与确定性，而这种统一性与确定性正是 CISG 制度设计的目标。[12]

此外，我国法院还经常依据《法律适用法》第 41 条规定的当事人意思自治而适用 CISG。虽然国际上对于当事人能否选择国际条约作为合同准据法尚无定论，[13]但是我国司法界普遍承认当事人选择适用 CISG 的效力。

3. 规范性文件依据

1987 年 12 月最高人民法院发布的《转发对外经济贸易合作部<关于执行联合国国际货物贸易销售合同公约应注意的几个问题>的通知》（以下简称《通知》）就 CISG 在我国法院的适用进行了具体说明。[14]从该《通知》中可以看出我国法院适用 CISG 的规则，即如果合同双方当事人营业地位于不同缔约国，且没有达成排除 CISG 或者作出选择其他法律的合意，我国法院就应当自动适用 CISG。

从效力上看，《通知》原文为原对外经贸合作部对 CISG 在我国适用问题上的意见或声明，而最高人民法院对原文的转发可表明其对该《通知》的认可和确认，这也就表明最高人民法院对 CISG 作为我国法院审理国际货物买卖合同案件准据

---

[12]See Camilla Baasch Andersen. The International of the CISG and Other Uniform Sources, in Franco Ferrari ed., *The CISG Methodology*, Sellier Publishing(2009), p.254.

[13]1980 年《罗马公约》、1985 年《国际货物买卖合同法律适用公约》以及 2008 年《罗马 I 规则》均承认当事人“选法”的权利，但都未就当事人能否选择国际条约作为准据法进行规定。1980 年《罗马公约》，有学者认为其第 1 条第 1 款明确解决的为选择“不同国家法律”的问题，因为不允许当事人选择国际条约。See Dicey & Morris, Conflict of Law, 12th ed., Collins, 1993: 1218. 1985 年《国际货物买卖合同法律适用公约》在起草时，当事人可以选择国际条约的观点曾被否决。2008 年《罗马 I 规则》的意思自治很大程度上借鉴了 1980 年《罗马公约》。可见，以上三规则均有否定当事人选择国际条约的倾向。而 2015 年海牙国际私法会议的《国际商事合同法律适用原则》第 3 条的注释中明确肯定了对当事人选择适用 CISG 作为准据法的效力。See HCCH, Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts(19-III-2015),Article3,[commentary]3.5. https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135.访问时间：2021-05-01。

[14]《最高人民法院转发对外经济贸易合作部<关于执行联合国国际货物贸易销售合同公约应注意的几个问题>的通知》中规定：我国政府既已加入了公约，也就承担了执行公约的义务。因此，根据公约第 1 条（1）款的规定，自 1988 年 1 月 1 日起，我各公司与上述国家（匈牙利除外）的公司达成的货物买卖合同如不另作法律选择，则合同规定事项将自动适用《公约》的有关规定，发生纠纷或诉讼亦得依据公约处理。故各公司对一般的货物买卖合同应考虑适用公约，但公司亦可依据交易的性质、产品的特性以及国别等具体因素，与外商达成与公约条文不一致的合同条款，或在合同中明确排除适用公约，转而选择某一国的国内法为合同适用法律。

法的认可。从内容上看，《通知》不但肯定了当事人可以排除适用 CISG 的意思自治，也明确了 CISG 在我国适用的方式。[15]此外，《通知》中所提倡的对 CISG 的积极适用也表明最高人民法院对该公约优先适用性的认可。

随后，最高人民法院印发《全国沿海地区涉外涉港澳经济审判工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》）（法（经）发<1989>12 号）。《纪要》中也就 CISG 的适用问题做出了说明。[16] 如果说 1987 年最高人民法院转发的《通知》可视为对该文件的确认和认可，那么该《纪要》则直接表明了最高人民法院的态度。从内容上看，其与前述《通知》内容相仿，思想一致，又一次明确了 CISG“自动”“直接”的适用方式。

如今，在《民法典》未就国际条约的适用问题进行规定的情况下，最高人民法院的《通知》与《纪要》两个规范性文件对我国各级法院适用 CISG 具有重要的指导意义。

（二）CISG 的适用方式

依据 CISG 的适用设定和我国的司法实践，其存在“直接适用”“间接适用”和“约定适用”三种适用方式。

1.直接适用

CISG 的“直接适用”即为 CISG 根据其第 1 条第（1）款（a）项得以适用。如果合同双方当事人的营业地位于不同缔约国，且当事人并未排除 CISG 的适用，我国法院就应当适用 CISG。根据前文所析，我国法院判定 CISG 是否得以适用时应遵循以下步骤：首先判定涉案合同是否属于 CISG 的适用范围，然后判定当事

[15]参见刘瑛：《论<联合国国际货物销售合同公约>在中国法院的直接适用》，《法学评论》2009 年第 5 期，第 88 页。

[16]《最高人民法院印发<全国沿海地区涉外涉港澳经济审判工作座谈会纪要>的通知》：审理涉外、涉港澳台经济纠纷案件，必须按照民法通则、民事诉讼法和涉外经济合同法的规定，正确地解决法律适用问题。当前，需要明确以下各点：……2. 在实体法方面，首先，鉴于我国已经加入 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》，承担了执行该公约的义务，自 1988 年 1 月 1 日起，我国公司同该公约的其他批准国（如美国、法国、意大利、南斯拉夫、埃及、叙利亚、阿根廷、赞比亚、莱索托等国）的公司订立的合同，如未另行选择所适用的法律，将自动直接适用该公约的有关规定。法院应当按该公约规定处理它们之间的合同。

人的营业地是否位于不同缔约国，最后判定当事人是否排除 CISG 的适用。在整个过程中，前两次判定都是基于客观事实的认定，法院只需根据 CISG 规定进行裁量即可。而对后者的判定则要求法院形成对当事人排除 CISG 适用的确认，[17]该判定的主观性不仅在 CISG 制定时引起了立法者的争议，[18]还为我国司法界造成了困惑。可见，如果涉案合同的客观因素完全符合 CISG 的适用条件，则对于当事人有效排除 CISG 的判定就成为 CISG 能否直接适用的关键。

根据 CISG 第 6 条、上述《通知》与《纪要》可以看出，合同当事人可明确排除适用 CISG、选择某一国国内法或另作其他法律选择。实践中，当事人就合同的法律选择可表现为以下几种：

a.明确排除适用 CISG。此时，CISG 不应得到适用。这也是 CISG 最为稳妥的排除方式。[19]

b.约定适用某非缔约国法律。虽然说 CISG 并未将该排除方式明文规定，但贸易法委员会的官方指导性文件中已经对该方式给予了认可：合同双方当事人可用各种方式默示排除 CISG 的适用，例如通过选择适用非缔约国法律。[20]因此，此时 CISG 亦不能得到适用。[21]

c.约定适用某缔约国法律。正如前文所析，CISG 已经成为缔约国法律的一部分，如此约定并不能达到有效排除 CISG 的效果。甚至当事人选择的法律为某联

---

[17]See Michael J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Milan, 1987, p.51-64.

[18]United Nations. *Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods.* United Nations publication, 1991, p.86.

[19]参见车丕照：《<联合国国际货物销售合同公约>的可适用性问题》，《对外经贸实务》2008 年第 4 期，第 58 页。

[20]UNCITRAL, *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(2016),* p.34.

[21]See Peter Schlechtriem, Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG, *Victoria University of Wellington Law Review*, 2005, Vol.36, p.784; See also M.J.Bonell & F.Liguori, The U.N. Convention on the International Sales of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law-1997(Part I), *Uniform Law Review*, 1997, p.393.

邦国家的一个州法律时，亦不能排除 CISG 的适用。[22]我国最高人民法院的指导性案例也采用该观点，[23]更有学者直接将如此约定称为对 CISG 的“间接选择”(indirect choice)。[24]

d.约定适用某国特定法律。当事人欲排除 CISG 而适用某国内法必须有明确的意思表示来证明其排除的意图。[25]如果当事人选择特定的国内法（如中国《合同法》、美国《统一商法典》等），应排除 CISG 的适用。[26]

综上，如果当事人明示排除适用 CISG、约定适用某非缔约国法律或约定适用某国特定法律，则应视为有效排除 CISG。至于其他情况，应认为当事人并无有效排除 CISG，我国法院则应直接适用 CISG。

2.间接适用

CISG 的“间接适用”是指我国法院依据冲突法规则对 CISG 的适用。我国在加入 CISG 时对第 1 条（1）款（b）项进行了保留。基于此，传统观点认为我国法院只能依据（a）项的“直接适用”规则来适用 CISG，对一方当事人营业地在非 CISG 缔约国的合同，我国法院应依据对（b）项的保留不适用 CISG，而依据《法律适用法》来确定准据法。[27]然而，事实上在合同双方当事人的营业地并非

---

[22]UNCITRAL, *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(2016)*, p.34.

[23]在“蒂森克虏伯冶金产品有限公司与中化国际（新加坡）有限公司买卖纠纷案”中，当事人营业地分别位于德国与新加坡，双方在合同中约定适用美国纽约州法律。就法律适用问题，最高人民法院认为该案中当事人营业地所在国均为 CISG 缔约国，美国亦为 CISG 缔约国，双方当事人并未排除 CISG 适用。本案应适用 CISG，而对于审理案件中涉及到的问题 CISG 没有规定的，应当适用当事人选择的美国纽约州法律。详见最高人民法院民事判决书，（2013）民四终字第 35 号。

[24]See André Janssen & Matthias Spilker, The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Vol.77(1), 2013, p.135.

[25]See Peter Schlechtriem & Petra Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sales of Goods*, Springer-Verlag, 2009, p.19.

[26]UNCITRAL, *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(2016)*, P34.

[27]参见刘瑛：《论<联合国国际货物销售合同公约>在中国法院的适用》，《法律科学》2019 年第 3 期，第 193 页。

都在 CISG 缔约国时，CISG 亦有可能得到适用。

国际民商事条约适用方式有“非冲突法模式”和“冲突法模式”两种。[28]所谓“非冲突法模式"，是指国际条约依据其自身的规则得以适用，与法院地的冲突法规则并不相关。[29]我国法院依据 CISG 第 1 条（1）款（a）项对 CISG 的适用即为“非冲突法模式"。而“冲突法模式"是指国际条约作为缔约国法律的一部分，在依冲突法指定为准据法时得以适用的方式。这里所说的冲突法既包含法院地所属国国内法中的冲突法规范，又包含国际条约自身的冲突法规范。CISG 第 1 条（1）款（b）项规定的适用方式即为典型的“冲突法模式"。可见，CISG 存有“非冲突法模式”和“冲突法模式”两种适用路径。我国对（b）项保留的效果有二：在国内法层面，（b）项并不能为我国法律的一部分而被法院得以适用；在国际法层面，我国亦不应当承担（b）项下的条约义务，该条约义务则是当我国法律成为法院地所属国（包括我国）冲突法指定的准据法时应将 CISG 取代我国的相关国内法而被适用。[30]

当事人的营业地并非都在 CISG 缔约国时，我国法院首先可以排除依据（a）项对 CISG 的“直接适用”。而由于我国对（b）项的保留，该条款并未被纳入到我国法律体系，其“冲突法条款”功能此时不能发挥作用，法院并不能在符合（b）项的情况下适用 CISG。此时，就法律适用问题应由我国《法律适用法》来决定。如果根据《法律适用法》应适用某保留国（包括我国）或非缔约国法律，CISG

---

[28]参见李旺：《论国际民商事条约的适用-以国际民商事条约与国际私法的关系为视角》，《法学家》2017 年第 4 期，第 108-113 页。

[29]See Peter Winship. The Scope of Vienna Convention on International Sales Contracts, Appendix: Application of Art.1(1)(b). in Galston & Smit ed., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Good*, Matthew Bender, 1984, p.1-53.

[30]虽然对 CISG 第 1 条（1）款（b）项采取保留的国家（如美国、新加坡、捷克等）均有就本国贸易的不同考虑，但不希望将 CISG 代替本国法适用都构成了其主要的理由。就我国提出保留的原因，我们不得而知，但可以推断，我国也有不希望 CISG 代替本国法适用的意图。因为我国在加入 CISG 时，就涉外经济合同问题我国有专门的《涉外经济合同法》。如果将 CISG 过多取代《涉外经济合同法》而得到适用，可能会影响我国外贸管理制度。

当然不能得到适用。如果根据我国冲突法应适用某缔约国法律，此时（b）项在该缔约国内发挥“分配条款”的作用，作为该缔约国内有关国际货物贸易特殊法的 CISG 将优先于其国内法而得以适用。我国法院此时适用 CISG 也并非基于我国作为 CISG 缔约国的条约义务，而是基于《法律适用法》的指引和对该缔约国（准据法国）在 CISG 下条约义务的尊重。[31]可见，虽然我国对（b）项提出了保留，但 CISG 尚有“间接适用”的可能。

3.约定适用

CISG 第 6 条规定了合同当事人得私法自治，[32]其也明确了 CISG 的任意性。[33]就其内容而言，该条只是明确了当事人可以排除适用 CISG、部分适用 CISG 和在不违反第 12 条的前提下对 CISG 的条款进行修改或变更。至于当事人能否约定适用 CISG，该条是没有规定的。探讨该问题时，我国学者多从 CISG 的“前身”《国际货物买卖统一法公约》（简称 ULIS）进行分析。[34]不可否认，对 CISG 条款进行历史解释不失为一种路径，但如此下结论则不够严谨。毕竟条约在国内适用的范围和程度一方面取决于条约自身的适用设定，另一方面取决于主权国家基于利益考量的自主决定。[35]同样，除了国际条约自身规定外，当事人能否选择准据法以及如何选择准据法更取决于一国国内法律。

在合同领域，我国涉外立法和实践对于当事人自治一直采取肯定态度。[36]《法

---

[31]参见李巍：《论中国撤回对于<联合国国际货物销售合同公约>第 1 条 b 项的保留》，《法学家》2012 年第 5 期，第 98 页。

[32]CISG 第 6 条：双方当事人可以不适用本公约，或在第 12 条的条件下，减损本公约的任何规定或改变其效力。

[33]参见张玉卿：《国际统一货物买卖统一法》，中国商务出版社 2009 年版，第 49 页。

[34]ULIS 第 4 条明确赋予了当事人“选择适用 ULIS”的权利。有些学者认为，CISG 应当继承 ULIS 的立法精神，也应当允许当事人“选择适用”。详见左海聪、林思思：《论<联合国国际货物销售合同公约>的默示排除-以法律选择条款为视角》，载《江西社会科学》2017 年第 10 期，第 192 页。宣增益、王延妍：《我国法院对<联合国国际货物销售合同公约>的适用》，载《法学杂志》2012 年第 5 期，第 128 页。石慧：《论法院适用<联合国国际货物销售合同公约>的路经-与冲突法规则之间的关系》，载《法学杂志》2015 年第 12 期，第 85 页。

[35]参见万鄂湘、余晓汉：《国际条约适用于国内无涉外因素的民事关系探析》，《中国法学》2018 年第 5 期，第 18 页。

[36]参见许军珂：《论涉外审判中当事人意思自治的实现》，《当代法学》2017 年第 1 期，第 68 页。

律适用法》第 41 条明确赋予了合同当事人选择准据法的权利。但是，当事人能否选择条约作为合同的准据法，我国法律并无规定。从我国司法实践来看，司法机关普遍承认当事人基于意思自治而对 CISG 的选择适用。贸易法委员会亦持肯定的态度。[37]

事实上，当事人基于意思自治对国际条约选择的性质可区分为"冲突法上的选择"和"实体法上的选择"。[38]二者在行为性质、法律依据、法律后果等方面存有诸多不同。[39]以此为基础，探讨当事人选择 CISG 的性质显得不乏价值，其关乎在庭审中举证责任、外国法查明等问题。以我国法院对 CISG 适用与否为前提，当事人对于 CISG 的选择可有两种情况：一种是 CISG 应得到适用的前提下，当事人约定适用 CISG。这里所说的“应当适用”包括 CISG 的“直接适用”和“间接适用”。该情况下，当事人对于 CISG 的约定适用并不起到“选法”的作用，其可视为对适用 CISG 的宣称与强调。此时，CISG 应当被当作准据法来看待，但该准据法（CISG）绝非是因当事人的选择而指定，而基于法院根据 CISG 的适用方式对其的选择。另外一种是 CISG 不应得到适用的前提下，[40]当事人约定适用 CISG。该情况下，当事人对于 CISG 的约定也只是希望其中有关国际货物销售合同实体法的内容来明确双方的权利与义务，至于 CISG 中的冲突法规则和国际公法规则当事人既无权利来约定，也无必要来约定。如此看来，将当事人约定适用的 CISG 当作合同的一部分更为妥当。此时，CISG 只是合同中对当事人权利和义务的概括性补充。

二、CISG 在我国法院适用的弊病

---

[37]UNCITRAL, *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(2016)*, p.34.

[38] “冲突法上的选择”是指将国际条约当作准据法，“实体法上的选择”是将国际条约作为合同的组成部分。

[39]参见李旺：《当事人意思自治与国际条约的适用》，《清华法学》2017 年第 4 期，第 179-180 页。

[40]其原因有可能是根据我国国际私法指定非缔约国或保留国法律为准据法、合同的客体不符合 CISG 的适用条件等。

自我国加入以来，CISG 对于我国国内立法产生了深远的影响，例如原《合同法》和当下的《民法典》合同编都在很大程度上借鉴了 CISG。但是反观我国法院的司法实践，尚存很大弊病。

（一）立法的缺失与我国法院对规则理解的偏差

目前，我国法律体系中尚缺乏有关国际条约法律地位及适用方式的明确规定。我国法院适用 CISG 只能依据公约规定、国内法规定以及指导性文件等。

就国际民商事条约何以在国内适用的问题，学界普遍承认“当然纳入说”。[41]至于以 CISG 为代表的国际民商事条约与国内法的关系，学界通常是以原《民法通则》第 142 条第 2 款来加以分析。虽然说在《民法通则》废止后，我国法院依旧会延续司法习惯对国际民商事条约予以适用，但《民法典》对该条款的放弃的确造成了国际民商事条约适用规则的缺失。就目前来讲，我国国际民商事条约的适用规则理论体系完全是基于原《民法通则》第 142 条第 2 款而建立起来的。不论是国际民商事条约在国内适用的基础理论，还是 CISG 等国际条约在国内的具体适用，均是以原《民法通则》第 142 条第 2 款为基础而进行研究的。目前，该规则的缺失势必会在一定程度上带来理论与司法上的困惑。

就 CISG 的具体适用，应当认为 CISG 虽非中国立法机关“亲生”，但其“纳入”我国法律体系后便如同“亲生”，因而在我国具有了“法源”地位。我国法院在案件审理中适用 CISG 并非在适用外在于本国法源的另类存在，而是在适用本国法源的内在成分。[42]故我国法院在“直接适用”CISG 时无需任何指引或其他法律依据。然而在以往的审判实践中，我国法院依据原《民法通则》第 142 条第 2 款适用 CISG 的案例比比皆是，甚至成为了主流意识。这足以反映我国法院对于原《民法通则》第 142 条第 2 款理解的不足。目前，《民法通则》已经废止，《民法典》也并未有如此规定，我国法院定不会再依据该条款适用 CISG。但是，该问题并

[41]参见李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 316-317 页。

[42]参见韩世远：《CISG 在中国国际商事仲裁中的适用》，《中国法学》2016 年第 5 期，第 227-231 页。

非只是法律条款的问题，而是法院对国际条约适用规则理解的偏差。

作为我国司法系统内适用 CISG 的重要依据，《通知》与《纪要》的价值不容小视，其不但指明了 CISG 在我国法院的适用方式，而且表明了我国法院积极适用条约的态度。但是，两文件就 CISG 的适用规定也存有一定的偏差。两文件的表述中均以当事人“不另作法律选择”作为我国法院适用 CISG 的条件，这难免给人一种“我国法院适用 CISG 需要以‘当事人不作法律选择’为前提”的错觉。[43]正如前文所述，对于客观因素完全符合 CISG 适用条件的合同，法院最终能否“直接适用”CISG 应取决于当事人是否有效排除 CISG，而并非是否另作法律选择。“另作法律选择”并不等于“有效排除 CISG”。

此外，《通知》与《纪要》只明确了我国法院对 CISG“直接适用”的方式，而未提及“间接适用”的方式。显然说明了我国法院对 CISG 适用规则理解的不足。也正是由于这种对 CISG 适用规则的片面理解，导致了我国法院长期以来忽视 CISG“间接适用”的倾向。可见，对于 CISG 适用依据与适用规则理解的不足与偏差严重制约着我国法院准确适用 CISG 的能力。

（二）我国法院对 CISG 适用排除不当

1.当事人未约定法律适用时法院错误排除 CISG 的适用

在“直接适用”CISG 的方式中，当事人是否有效排除 CISG 是我国法院最终能否适用 CISG 的关键。如果当事人未在合同中约定法律适用，则当然不能视为

[43]如刘瑛教授将《通知》中的如此表述理解为：“CISG 可以依据公约第 1 条第 1 款自动适用，但其中以系争合同“不另作法律选择”作为自动适用的前提。”因而刘教授认为《通知》对 CISG 的适用方式存在适用逻辑上的错误。详见刘瑛：《论<联合国国际货物销售合同公约>在中国法院的适用》，载《法律科学》2019 年第 3 期，第 193 页。笔者认为，《通知》并无存在适用步骤和逻辑上的错误。《通知》中的表述为：“我各公司与上述国家（匈牙利除外）的公司达成的货物买卖合同”“如不另作法律选择”，则合同规定事项将自动适用《公约》的有关规定，发生纠纷或诉讼亦得依据公约处理。可见，法院在观察当事人“如不另作法律选择”之前已经作了有关合同内容与合同“国际性”的判断，故才将其称为“我各公司与上述国家（匈牙利除外）的公司达成的货物买卖合同”。《通知》的问题在于将“另作法律选择”等同于“有效排除”。

排除了 CISG 的适用，法院应当依据第 1 条第（1）款（a）项直接适用 CISG。

在“恩拓进出口商行与‘波德拉谢’安杰·克利维克商业公司国际货物贸易纠纷案"中[44]，双方当事人营业地分别位于中国和波兰，且 2017 年之前 CISG 在两国均已生效，当事人也并没有就法律适用做出任何约定。那么在这种情况下，法院就应当直接适用 CISG。但是法院认为：“原、被告对涉案买卖合同的法律适用没做出约定，本案中最能体现该合同特征的货物交付发生在我国境内，故本案应适用中华人民共和国法律予以裁判。”可见，该法院显然忽略了 CISG 的适用问题，而直接依据了我国冲突法规则进行了准据法的选择，这种作法是错误的。究其原因，在于我国法院适用国际条约的意识并不强。在涉外民商事案件中，我国法院最通常的做法是依据我国的冲突法规则去选择准据法。这就导致法院在处理一些满足 CISG 适用的案件时经常习惯性地根据我国冲突法规则来选择准据法，而完全忽略 CISG 的适用。在法院错误排除 CISG 适用的案件里，当事人并未约定法律适用时法院忽略适用 CISG 的情况最为常见。

2.当事人约定不明时法院错误排除 CISG 的适用

无论是“直接适用”还是“间接适用”，当事人基于意思自治阻断 CISG 适用都要达到“有效排除”的标准。有效排除 CISG 需要满足的形式要件为当事人达成合意，[45]其实质要件为形成当事人排除 CISG 适用的确信。如若当事人并没有达成排除 CISG 的合意或只是笼统地约定适用某缔约国法律，则断不能产生有效排除 CISG 的效果。

在“THE MONEYCON CONSULTANT INC.与宁波布利杰进出口有限公司买卖合同纠纷案"中，[46] 当事人营业地分别位于美国和中国。就法律适用问题，THE MONEYCON CONSULTANT INC.主张适用中国法，而布利杰公司表示：“若《联

---

[44]浙江省义乌市中级人民法院民事判决书，（2017）浙民初字第 2064 号。

[45]See Franco Ferrari, Remarks on the UNCITRAL Digest’s Comments on Article 6, *Journal of Law and Commerce*, Vol.25, 2005, p.13.

[46]浙江省宁波市中级人民法院民事判决书，（2009）浙甬商外初字第 209 号。

合国国际货物销售合同公约》与中华人民共和国法律有冲突，则优先适用《联合国国际货物销售合同公约》。”宁波市中级人民法院以“本案所需适用的实体法，中华人民共和国法律与《联合国国际货物销售合同公约》并无冲突”为由，最终依据我国冲突法规则适用了我国法。案中当事人对于法律适用的主张看上去十分复杂。从法院的最终判断来看，不能说当事人的主张对其毫无左右。但如果法院能够把握当事人有效排除 CISG 的形式要件，情况也就变得明了。案中当事人并未达成排除 CISG 的合意，当然不能形成 CISG 的有效排除，CISG 应该得以“直接适用”。

另在“寿光木可多经贸有限公司与奥斯特派克化工品有限公司买卖合同纠纷案"中，当事人营业地分别位于中国和澳大利亚。审理中双方一致同意适用中国法，潍坊市人民法院以此适用了我国《合同法》。[47]案中当事人的约定虽然满足了排除 CISG 的形式要件，但其笼统约定缔约国法律（中国法）尚不能达到排除 CISG 的实质要求。[48]此后，二审中山东省高级人民法院对该案的法律适用问题进行了纠正，适用了 CISG。至于当事人约定的中国法被当作 CISG 未涉及事项的准据法。[49]二审法院的做法是值得肯定的。

3.法院忽视 CISG 的“间接适用”

长期以来，我国实务界与理论界对 CISG“间接适用”的方式存有认知上的不足。学界不乏“我国只承认 CISG 的'直接适用'，在当事人至少一方为非缔约国时我国法院应依据我国对第 1 条第（1）款（b）项的保留而排除 CISG 的适用”的观点，该观点显然将 CISG 的“间接适用”排除于法院适用之外。与一些对国际条约适用相对成熟的国家的司法实践相比，我国法院有关 CISG “间接适用”的实践与之相去甚远。在德国西尔德斯海姆地区法院 1990 年 7 月 20 日的判决中，当事人营业地分别位于意大利与德国，当时 CISG 并未在德国生效，[50]而意大利已

[47]山东省潍坊市中级人民法院民事判决书，（2014）潍外初字第 23 号。

[48]司法实践中，如果能够诚明当事人有意将缔约国法律与 CISG 区别开来，如明确区分中国法和 CISG，则当事人约定适用缔约国法律的做法可以被法院认定为是对 CISG 的有效排除。

[49]山东省高级人民法院民事判决书，（2017）鲁民终 1141 号。

[50]1991 年 1 月 1 日 CISG 在德国生效。

是 CISG 缔约国。根据德国冲突法规则，意大利法应为该案准据法。因意大利为 CISG 缔约国，德国法院最终对 CISG 进行了“间接适用”。[51]又如比利时哈塞尔特商事法庭 1996 年 10 月 9 日的判决中，当事人营业地分别位于意大利和比利时，当时 CISG 也并未在比利时生效。[52]但比利时法院因根据本国冲突法规则指定意大利法为准据法而依据第 1 条第（1）款（b）项适用了 CISG。[53]此外，CISG 在荷兰[54]、瑞士[55]生效前，两国法院也都有依据本国冲突法规则和基于对准据法国身为 CISG 缔约国的尊重而适用 CISG 的案例。

反观我国司法实践，笔者视野所及范围内的裁判文书并未有“间接适用” CISG 的案例。而在“R.P.贸易企业与汇孚集团有限公司国际货物买卖合同案"中法院对于保留的理解恰值得反思。法院认为：“中国在核准加入时声明保留不受第 1 条第 1 款第（b）项的约束，即不同意扩大该《公约》的适用范围，只同意该《公约》适用于缔约国的当事人之间签订的合同。”那么，如何理解“扩大适用"？我国法院对于 CISG 的“间接适用”是否属于“扩大适用”？以我国传统观点和“保守”的司法实践看，恐怕会得出肯定的答案，因为 CISG 的“间接适用”

---

[51]See Landgericht Hildeshelm, (20-Jul-1990)11 o 116/89. http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=241. 德国类似判决：*French women’s outer garments case*, Amtsgericht Ludwigsburg, (21-Dec-1990)4C 549/90. http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=17; *Italian fashion textiles Case,* Landgericht Hamburg, (26-Sep-1990)5 O 543/88. http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=21; *Italian shoes case*, Landericht Frankfurt, (02-May-1990)3/13 O 125/89. http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=183; *Fashion textiles case*, Landgericht München I, (03-Jul-1989)17 HKO 3726/89. http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=4.

[52]1997 年 11 月 1 日 CISG 在比利时生效。

[53]See *Margon S.R.L. v. NV Sadelco*, Rechtbank van Koophandel, Hasselt, (09-Oct-1996)AR 2012/96.http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=361. 比利时类似判决：*S.A.Gantry v. Research Consulting Marketing*, Tribunal Commercial de Nivelles, (19-Sep-1995)R.G.1707/93. http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=366; *Calzaturificio Moreo Junior s.r.l. v. S.P.R.L.U.Philmar Diff*, Tribunal de Commerce de Bruxelles, (05-Oct-1994)R.G./1.205/93. http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=447.

[54]See *Société Nouvelle Badou S.S. v. Import-en-Exportmaatschaapij Renza BV*, Arrondissementsrechtbank Alkmaar, (08-Feb-1990)350/1988. http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=14.

[55]参见山手正史：《ウィーン売買条約をとりまく世界の動向-判決例·仲裁判決例を中心として-》，载 http://archive.today/89Cuv. 访问时间：2021-05-01。

在适用效果上确实实现了对公约适用范围的扩大。然而把视线从“适用效果”转移至“条约义务”会发现 CISG 的“间接适用”并没有增加我国的条约义务。因为我国法院“间接适用”CISG 并非基于对（b）项的遵守，假设不适用 CISG，也应当适用准据法国的国内法。此时，我国法院对于 CISG 的“间接适用”恰恰是基于准据法国对（b）项的遵守。因此，我国法院在逻辑上不宜再将对（b）项的保留狭义地理解为只认可对 CISG 的“直接适用”而排斥其他适用公约的情形，应该为“间接适用”留有发挥作用的余地。

（三）我国法院对 CISG 适用不准确

1.法院适用 CISG 时逻辑颠倒

CISG 不但存有“直接适用”、“间接适用”、“约定适用”等方式，而且每种适用方式都是基于不同的法理基础和逻辑推理，因而法院在判断是否适用 CISG 时必须遵循一定的逻辑顺序。就 CISG 的"直接适用"而言，法院应该首先对涉案合同的是否属于 CISG 的管辖范围进行判定，而后对涉案合同的“国际性”进行判断，最后对当事人是否基于意思自治有效排除 CISG 进行判断。然而在司法实践中，我国法院经常首先基于当事人意思自治进行了判断。可见，法院在适用 CISG 时常逻辑颠倒，因而导致错误。

在“意大利采埃孚帕多瓦有限公司与宁波市工艺品进出口有限公司、江苏港华船业有限公司船舶物料和备品供应合同纠纷案”中，[56]双方当事人营业地分别位于意大利和中国，庭审中双方均同意适用 CISG。一审宁波海事法院认为：“双方当事人一致同意适用《联合国国际货物销售合同公约》，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三条的规定，本案依法适用《联合国国际货物销售合同公约》。”虽然一审法院在案件中适用了 CISG，但其基于当事人约定而对 CISG 的适用存有严重的逻辑错误。法院首先考虑当事人意思自治的逻辑颠倒将会导致两个层面的错误。其一，就 CISG 的适用方式问题。一审法院显然肯定了

[56]宁波海事法院民事判决书，（2016）浙 72 民初 1539 号。

当事人对 CISG 的“约定适用"。然而在 CISG 能够得以“直接适用”的前提下，法院不应肯定对 CISG 的“约定适用”。因为“直接适用”的基础是缔约国对条约义务的遵守，若无当事人基于意思自治有效排除 CISG，CISG 应该为法院强制适用，并且这种适用也是直接适用。其二，就当事人“约定适用"的行为性质问题。一审法院显然认为其是《法律适用法》第 3 条规定的当事人意思自治，即“冲突法上的选择"。然而正如前文所述，在 CISG 本应得到适用的前提下，当事人对于 CISG 的约定仅能视为对适用 CISG 的宣称与强调，并不产生任何法律效力，[57]更不可能起到“选法"的效果。

2.法院适用 CISG 时路径错误

CISG 一经“纳入”，即成为我国法律体系的一部分，从而具有了“法源”地位。CISG 的一体性体现在适用规则和解释规则的自治。如满足 CISG“直接适用”的条件，法院应当“自动”、“直接”适用 CISG。[58]所谓“自动”适用，即体现为 CISG 适用的优先性。所谓“直接”适用，即体现为法院应该像适用内法一样适用 CISG，而无须任何国内法指引。然而在以往的司法实践中，我国法院往往依据我国国内法来指引 CISG 的适用，导致 CISG 适用路径上的错误。下面以一则我国最高法院发布的典型案例来分析我国三级法院适用 CISG 路径上的差异，以窥视我国法院适用 CISG 路径上的偏差。

在“C&J 金属板股份有限公司与温州晨兴机械有限公司国际货物买卖合同纠纷案”中，一审温州市中级人民法院认为：“根据《中华人民共和国民法通则》

[57]该观点在此案的二审判决中得到应正。虽然在双方已有适用 CISG 的约定，但二审法院浙江省高级人民法院认为：本案销售合同中，买卖双方未约定适用的准据法，双方当事人也未通过明示的方式排除该国际公约的适用，故本案合同纠纷应适用《联合国际货物销售合同公约》。详见浙江省高级人民法院民事判决书，(2017)浙民终 123 号。

[58]UNCITRAL, *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(2016)*, p.5.

第一百二十一条第二款的规定……C&J 公司与晨兴公司的营业地不同且所在国均属于《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国，在双方未排除公约适用的前提下，《联合国国际货物销售合同公约》优先适用于 C&J 公司、晨兴公司所订立的国际货物买卖合同。”[59]该案中，法院适用 CISG 是正确的，但其依据《民法通则》第 142 条适用 CISG 实无必要。

该案上诉至浙江省高级人民法院。浙江省高级人民法院根据《民法通则》第 142 条，“同时，根据《联合国国际货物销售合同》的规定”确定了 CISG 的优先适用地位，继而适用了 CISG。[60]

随后，该案向最高人民法院申请了再审。最高人民法院对该案的法律适用亦作了阐述：“C&J 公司与晨兴公司的营业地分别位于美利坚合众国和中华人民共和国，而中、美两国均是《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国，当事人在案涉合同中未排除该公约的适用”，故本案应适用 CISG。[61]

对比以上三级法院的裁判可以看出，最高人民法院对于 CISG 适用的路径显得“言简意赅"，也完全符合“直接"、“自动"适用的要求。一审法院与二审法院都基于原《民法通则》142 条而适用 CISG 的做法实属“画蛇添足”，而如此适用 CISG 的案例在我国司法审判中比比皆是。依据司法习惯，CISG 已经成为我国法律一部分并可以优先适用。而法院在适用 CISG 时，则是在适用本国法源的内在特别成分，因而无需指引，且优先适用。在我国民商事条约适用习惯并无改变的情况下，CISG 都应当得以直接、自动适用，即使《民法典》或其他相关法律对原《民法通则》第 142 条的规定就行了补充。

3.法院适用 CISG 时与其他法律适用混乱

CISG 是不同法系、不同法律传统的国家协商而成，其是各国就国际货物销

[59]浙江省温州市中级人民法院民事判决书，（2012）温商外初字第 340 号。
[60]浙江省高级人民法院民事判决书，（2013）浙商外终字第 144 号。
[61]最高人民法院民事裁定书，（2014）民申字第 266 号。

售合同问题所达成的最低限度的意思统一，[62]因此 CISG 并不能像国内法一样尽可能详尽地规范国际货物销售合同中的所有问题。我国法院在适用 CISG 时必然会遇到 CISG 与我国国内法竞合时的法律选择、CISG 未规定时的法律选择等问题。这些问题的基础是 CISG 在我国法律体系中的地位和作用。在缔约国内，CISG 起到“定向替代”的效果。其替代的对象不仅包含缔约国内的实体法，还包含缔约国内的冲突法。所谓“替代”，一方面表现为 CISG 就某一问题有具体规定而国内法并无规定时对国内法的补充，另一方面表现为 CISG 和国内法均有规定（不论规定是否一致）时对国内法的取代。但这种“替代”并非是对缔约国国内法的绝对排斥，其以 CISG 的管辖范围为限，故而称为“定向替代”。当缔约国为法院地所属国时，CISG 将以其管辖范围为限对缔约国内本应适用冲突法规则进行案件处理的方式进行取代。在 CISG 并无管辖的“外部漏洞”，法院还应当根据本国冲突法规范进行准据法的选择。[63]当缔约国为准据法国时，CISG 同样对该缔约国内的实体法和冲突法进行了“定向替代”，但此时可能会因为法院地所属国对于“反致”问题的限制而使得 CISG 对于准据法国冲突法的替代并无意义，[64]故而只表现出对准据法国实体法的替代。

以“UNIVERSALMARBLEs 公司与厦门成伟鑫工贸有限公司国际货物买卖合同纠纷案”为例，[65]案中双方当事人营业地分属意大利和中国，双方并未约定法律适用。就法律适用问题，厦门市中级人民法院认为：“因中、意两国均是《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国，且双方均未排除适用该公约，依据《民法通则》第 142 条第 2 款之规定，本案优先适用《联合国国际货物销售合同公约》，《联合国国际货物销售合同公约》无约定的，适用中华人民共和国法律。”可见，

---

[62]See Michael Joachim Bonell, The CISG and the Unidroit Principles of Commercial Contract: Two Complementary Instruments, *International Law Review of Wuhan University*(2008-2009), p.117.

[63]See Ingeborg Scgwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sales of Good*, Oxford University Press, 2010, p.121-122.

[64]例如，我国即采取“不反制”的态度。《涉外民事关系法律适用法》第 9 条：涉外民事关系适用的外国法律，不包括该国的法律适用法。

[65]厦门市中级人民法院民事判决书，（2013）厦民初字第 277 号。

法院以 CISG“定向替代"了相应的国内规则，但其在 CISG“外部漏洞”直接适用我国国内法的思路是错误的，此时法院应当依据《法律适用法》来指定准据法。此外，本案中法院依据原《合同法》第 10 条第 1 款的规定就合同形式问题进行了裁判，该做法也是错误的。虽然法院就本案审理时（2013 年 11 月）我国已经撤回了对 CISG 第 11 条的保留，[66]但本案中亦不能适用 CISG 第 11 条。因为本案中合同成立于 2011 年，当时我国尚未撤回对 CISG 第 11 条的保留，该条款在我国并无效力，2013 年我国对该条款的撤回并不能产生“溯及既往"的效果。[67]纵然法院不应适用 CISG 第 11 条，也不应直接适用原《合同法》。对于我国保留的条款，尚属于 CISG 的“外部漏洞”，CISG 并不能形成“定向替代”，此时还应该依据我国冲突法规则来处理。

三、CISG 在我国法院适用的建议

随着“一带一路"倡议的发展，我国对外贸易将会进一步扩大，随之而来的国际贸易纠纷也必将激增。这就要求我国进一步完善涉外法律体系，不断提高司法机关司法水平，以保证国际条约在我国法院得以适当、准确地适用。

（一）补正 CISG 适用依据

我国法院难以准确适用国际条约的首要原因是宪法及其相关法中未就条约的法律地位和适用方式进行明确，各部门法对该问题也是语焉不详，《民法典》更是整体放弃了原《民法通则》142 条的规定。不论《民法典》是基于何原因放弃了该规定，但该问题是我国法院适用民商事国际条约时不可回避的关键和基础问题。因而，在立法上解决国际条约的适用问题是最为根本的解决方式。一方面，我国可以在宪法或相关法律中明确国际条约的适用规则。这也是大多数国家的做法。另一方面，我国可以在《民法典》等基本法中明确国际民商事条约的适用规则。从而改变国际条约适用“无法可依”的局面，以减少司法实践中的困惑、误区和分歧。

然而考虑到修改法律的困难性和条约适用问题的迫切性。最高人民法院发布

[66]我国于 2013 年 1 月撤回对 CISG 第 11 条的保留。

[67]《立法法》第 93 条：法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。

司法解释和指导性案例不失为一剂良方。[68]通过对近年来我国法院做出的有关CISG适用的裁判文书进行分析，最高人民法院发布的指导性案例或典型案例起到了极大的作用。以浙江省高级人民法院为例，对比上述“C&J金属板股份有限公司与温州晨兴机械有限公司国际货物买卖合同纠纷上诉案”与其之后的裁判文书[69]可以发现，“C&J案”之后的裁判对于CISG的适用更加规范和准确。相信这与最高人民法院将“C&J案”的再审当作典型案例进行公布和示范不无关系。然而，目前最高人民法院发布的有关CISG适用的指导性案例只有1个，[70]能够查询的典型案例也不足3个。[71]这还远远满足不了我国急速增长且形式各样的国际货物买卖纠纷的需要。因此，最高人民法院应当发布更多高质量适用CISG的司法案例，以提高我国司法系统对国际条约的理解能力和适用水平。

此外，在《民法典》缺失民商事条约适用规定的情况下，《通知》和《纪要》以及指导性案例等对于CISG适用的指导作用可以得以借鉴。在其他国际民商事条约适用领域，最高人民法院可以通过发布司法解释、指导性文件或指导性案例等方式明确和统一法院对国际条约的适用。

就CISG本身的适用规则，我国确应考虑撤回对第1条第（1）款（b）项的

---

[68]虽然我国法院每年的裁判并不少，但是我国并没有案件公开制度，导致一些案例并不为人所知。在案件公开方面，我国和外国有一定差距。See Peter L. Fitzgerald, The International Contracting Practices Survey Project: An Empirical Study of the Value and Utility of the United Nations Convention on the International Sales of Goods and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts to Practitioners, Jurists, and Legal Academics in the United States, *The Journal of Law and Commerce*,2008, Vol.27, p.4.

[69]如“杭州奥斯金进出口贸易有限公司与德米里克有限公司国际货物买卖合同纠纷上诉案”，浙江省高级人民法院民事判决书，（2015）浙商外终字13号；“宁波市工艺品进出口有限公司诉意大利采埃孚帕多瓦有限公司等船舶物料备品供应合同纠纷案”，浙江省高级人民法院民事判决书，（2017）浙民终128号；“浙江中大技术进口有限公司与特殊纤维有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案”，浙江省高级人民法院民事判决书，（2017）浙民终402号；“宁波市鄞州彬叶国际贸易有限公司与克里斯莉（美国）有限公司国际货物买卖合同纠纷案”，浙江省高级人民法院民事判决书，（2017）浙民终789号。

[70]指导案例107号：“蒂森克虏伯冶金产品有限公司与中化国际（新加坡）有限公司买卖纠纷案”，（2013）民四终字第35号。

[71]分别为“埃及ELBORSH公司与耿群英、石家庄赛德贸易有限公司国际货物买卖合同纠纷案”，（2012）民申字第1402号；“C&J金属板材股份有限公司与温州晨兴机械有限公司国际货物买卖合同纠纷案”，（2014）民申字第266号；“蒂森克虏伯冶金产品有限公司与中化国际（新加坡）有限公司买卖纠纷案”，（2013）民四终字第35号。载http://www.court.gov.cn/wenshu.html?keyword=联合国国际货物销售合同公约&caseid=&starttime=&stoptime=。访问时间：2021-05-01。

保留。目前，学界不乏撤回对（b）项的声音。[72]诚然，也正是我国司法界对于（b）项认知的缺乏造成适用 CISG 的不足。一直以来，学界只是认识到了（b）项“冲突法条款”的功能，却忽视了其“分配条款”的功能，才导致对 CISG“间接适用”的疏忽。如果撤回对（b）项的保留，CISG 的适用将变得更加明朗。此外，我国对于（b）项的保留效果亦值得考虑。至于我国当初对（b）项保留的理由，在有关 CISG 立法过程的记载中并不得见。[73]但从其他国家保留的理由与（b）项的客观效果来看，（b）项将导致缔约国法律被指定为准据法国时 CISG 对本国相关国内法的替代。目前，我国《民法典》合同编深受 CISG 影响，当初《涉外经济合同法》所形成的“内外有别”的合同规范体制也不复存在。因此，对 CISG 替代国内法的担忧已无必要。相反，实现 CISG 与《民法典》的良性互动才能更好地完善我国合同规范体制，促使我国司法更加国际化。另外，随着 CISG 在世界范围内影响的不断加深，商人们对于 CISG 规则更加了解，其能更好地依据意思自治实现对法律的选择与对合同的预期，这也将导致我国对于该保留的预期价值的降低。改革开放四十年，我国外贸管理体制早已时过境迁，对于 CISG 第 1 条第（1）款（b）项的保留值得重新审视和评估。

（二）统一 CISG 分析范式

从目前审判实践看，我国法院对于 CISG 的理解和适用水平并不高，其错误

---

[72]如陈治东、吴佳华：《论<联合国国际货物销售合同公约>在中国的适用-兼评我国<民法通则>第 142 条》，《法学》2004 年第 10 期，第 117 页；扬帆：《中国对 CISG 的保留及该公约在 CIETAC 仲裁中的适用》，《武大国际法评论》2008 年第 2 期，第 308-313 页；李巍：《论中国撤回对于<联合国国际货物销售合同公约>第 1 条 b 项的保留》，《法学家》2012 年第 5 期，第 101-103 页；韩世远：《CISG 在中国国际商事仲裁中的适用》，《中国法学》2016 年第 5 期，第 232-234 页；刘瑛：《论 CISG 在国际商事仲裁中的适用》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2018 年第 2 期，第 139 页。

[73]See John O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introduction and explanation*, Kluver Law and Taxation Publisher, 1989, p.458-459.

排除 CISG 的主要原因即是对该公约本身的规定并不熟悉。[74]考虑到从立法等方面补正 CISG 适用依据并非易事，遵循 CISG 内部逻辑，结合我国法院司法习惯，形成统一的 CISG 分析范式，以供法院系统参考和使用是另一种行之有效的方案。在准确适用 CISG 的过程中，大可经过以下三个环节，每个环节均有着各自的内在逻辑。

首先，理清 CISG 与传统冲突法方式的关系。解决法律冲突问题可以通过冲突法方式和统一实体法方式。[75]CISG 作为典型的统一实体法，在解决涉外货物销售合同纠纷时与我国冲突法方式是两条并行的路径。[76]我国法院在处理涉外案件时习惯于优先考量冲突法方式，这种习惯需要得以纠正。法院优先考虑适用 CISG 是公约目的使然，亦是对条约义务的遵守。

其次，进行 CISG 的外部证成。在法院处理案件时，CISG 的“准入”规则具有严格的逻辑层次。就 CISG 适用的三层次关系，前文已经论及，在此不做赘述。整个 CISG 的外部证成中，对于当事人意思自治的查验应放于最后。[77]法官切不可在法律选择时首先考虑当事人意思自治，以免落于冲突法方式的惯性思维。再来，“冲突法上的选择"抑或"实体法上的选择"所体现的当事人意思自治并不等于 CISG 第 6 条所规定的当事人意思自治。[78]当事人“选法"或“另作法律选择”并不必然构成对 CISG 适用的有效排除。如果经过三层分析最终 CISG“准入”失败，则应回归冲突法方式。

最后，实现 CISG 与冲突法方式的良性互动。虽然说 CISG 与冲突法方式是

---

[74]See Martin F. Koehler and Yujun Guo, The Acceptance of the Unified Sales Law (CISG) in Different Legal Systems: An International Comparison of Three Surveys on the Exclusion of the CISG’s Application Conducted in the United States, Germany and China, *Pace International Law Review*, Spring , 2008, p.45.

[75]参见李双元：《走向 21 世纪的国际法-国际私法与法律趋同化》，法律出版社 1999 年版，第 26-27 页。

[76]虽然依据第 1 条第（1）款（b）项对 CISG 进行适用也要优先考虑我国国际私法，但如此适用国际私法也是 CISG 规则的一部分，最终还是回归到 CISG 来解决纠纷。

[77]参见石慧：《论法院适用<联合国国际货物销售合同公约>的路经-与冲突法规则之间的关系》，《法学杂志》2015 年第 12 期，第 87 页。

[78]同上，第 85-86 页。

两条并行的路径，但这并不意味着法院在依据 CISG 处理案件时就绝对排斥冲突法规则适用。由于 CISG 的局限性，在涉及 CISG“外部漏洞"时，应当承认冲突法方式的回归，直接适用我国国内法的做法是不可取的。但在处理这些问题上，应当注意 CISG 第 7 条所规定下的“公约自治”的界限。[79]

以上 CISG 适用的分析范式可以帮助我国法院判断 CISG 的适用以及处理好 CISG 与冲突法方式的协调。

（三）提升适用 CISG 的说理能力

囿于对 CISG 适用的生疏，我国法院错误排除 CISG 适用、不能准确 CISG 必也导致在案件中适用 CISG 说理能力的不足。因而加强法院系统对于国际条约适用的学习能够实现在案件中外部证成与内部证成能力的双向提高，从而提升法官的说理能力。

对于 CISG 权威、正式的解释主要来源于贸易法会员会发布的《关于<联合国国际货物销售合同公约>判例法摘要汇编》（以下简称《摘要汇编》）。目前，《摘要汇编》已于 2016 年更新至第 4 版。其中不但就 CISG 的具体条款进行了解读，还配有国内外案例说明，可为我国法院系统提供优质的学习资料和参考依据。其中就 CISG 的排除、“间接适用”、与国内法关系等问题都有一定的说明。我国法院裁判文书中对于 CISG 排除问题的分歧、适用路径的错误以及“间接适用"的疏忽足见我国法院系统对《摘要汇编》学习的不足。

2009 年最高人民法院发布的《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》中明确要求:“人民法院的裁判文书应当依法引用相关法律、法规等规范性法律文件作为裁判依据。"这对我国各级法院适用国际条约说理提出了更高的要求。与国内法不同，国际条约往往在内容中明确适用的条件，该特征在民商事条约中尤为突出。因此，在案件中对国际条约的“准入”不只是法官在逻辑上的外

[79]CISG 第 7 条：（1）在解释本公约时，应考虑到本公约的国际性质和促进其适用的统一以及在国际贸易上遵守诚信的需要。（2）凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题，应该按照本公约所依据的一般原则来解决，在没有一般原则的情况下，则应按照国际私法规定适用的法律来解决。

部证成，更是一个"适法"的过程。这就要求法院在适用国际条约时也要示明其援引的条款并以此进行说理。然而，我国法院的司法文书中均缺少对此的论述。例如，我国法院多依据第 1 条（1）款（a）项适用 CISG，而在裁判文书中对此进行援引和论证的寥寥无几。即使是最高人民法院发布的三个典型案例也均未就 CISG 的适用规则进行示明和分析。此外，在案件审理中我国法院常以"注册地"标准对管辖权问题进行审查后，进而以"注册地"、"住所地"等取代"营业地"来判定 CISG 的适用。[80]如此进行法律证成是不严谨的，甚至说是错的。反观国外司法判例，法院对于 CISG 适用条款的示明、论证，以及对于当事人"营业地"的判定则更为规范，说理也更充分。[81]因此，适当借鉴国外法院判决亦是提升我国法院说理能力的另一种方式。在这方面，贸易法委员会所建立的"判例法数据库"[82]和佩斯大学建立的"CISG 数据库"[83]可为我国法院提供世界各国的相关案例。

我国法院系统可通过对《摘要汇编》和对案例数据库的运用来更好地理解和掌握 CISG，从而提升 CISG 的说理能力。

四、结语

涉外民商事案件的处理是一个国家司法能力的重要体现，准确适用国际条约更能彰显一个国家司法国际化的水平。"一带一路"倡议下，随着贸易往来的频繁，CISG 将发挥更大的作用。长期以来我国习惯于将"国内法"与"国际法"二元看待，但是就 CISG 在缔约国适用问题，"自然纳入"的观念已得到国内外的普遍认可。《民法典》对于条约适用规定的缺失使得我国条约适用问题更为突出，其实施后，我国法院也会依据司法习惯依旧适用民商事条约。至于对 CISG 的理解与适用还不够完善的问题，我国法院应当以国际视角切入，借鉴外国相对成熟

---

[80]如"国民沥青株式会社与浙江嘉悦石化有限公司国际货物买卖合同纠纷案"，杭州市中级人民法院民事判决书，（2016）浙 01 民初 540 号；"UNIVERSALMARBLEs 公司与厦门成伟鑫工贸有限公司国际货物买卖合同纠纷案"，厦门市中级人民法院民事判决书，（2013）夏民初字第 277 号。

[81]*Nucap Industries, Inc. v. Robert Bosch LLC.* U.S. District Court for the Northern District of Illinois, (29 August 2016)15-cv-2207. http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2929.pdf; *Zintix Pty Ltd. v. Olitalia s.r.l.* Italy District Court of Forli, (26 Mar 2009)2691/2009. http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2336.pdf.

[82]http://www.uncitral.org/uncitral/case_law.html

[83]http://www.cisg.law.pace.edu/

的适用经验以补正自我之不足。改革开放四十年，我国的体制与经济已发生巨大变革，重新审视对 CISG 第 1 条第 1 款（b）项的保留势在必行。只有积极看待 CISG 才能使其发挥最大的价值，也只有准确适用 CISG 才能够展现我国的司法能力，从而树立大国司法的形象，营造公平、正义的国际商事新秩序。

On the Application of CISG in Chinese Courts-Discussing the Application of Treaties after the Implementation of the Civil Code

ZHANG Pu

（School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: The accurate application of international treaties is an important embodiment of China's judicial level. Chinese courts should apply CISG according to the treaty's own rules, domestic laws and normative documents. The abandonment of Article 142 of the General Principles of Civil Law by the Civil Code leads to the absence of applicable rules of civil treaties in China. However, CISG will still be applicable in Chinese courts based on the treaty obligation of the contracting parties and the application custom of civil treaties. CISG has three ways of application, direct application, indirect application and agreed application. At present, in the application of CISG, there are still some problems, such as lack of laws and rules, bias of the court's understanding of the rules, improper exclusion of application and inaccurate application. To solve these problems, the Supreme Court can clarify and unify the application of civil treaties by issuing judicial interpretations, guiding documents and guiding cases. In

addition, the courts should also unify the analytical paradigm of CISG and improve the ability to use CISG to reason in cases.

Key words: CISG; the Civil Code; application of treaties; courts; directly applicable

美国刑事合规案件长臂管辖制度的批判与应对——以美国《反海外腐败法》为视角

张沈锲

［摘　要］美国涉外合规案件适用可撤回起诉协议（Deferred Prosecution Agreement，下称“DPA”），一方面拓展了企业犯罪治理手段，作为法律技术本身有其可采性；另一方面美国运用 DPA 干预外国企业经营，演变成为施加巨额经济罚款的经济霸权工具，违背了为企业保全商誉、缓释压力的制度本来目的。为了吸收有益成分用于我国企业犯罪的治理，同时应对其长臂管辖，我国规定启用撤回起诉的前提，增设检察官对违规企业罚款的权力，建设可撤起诉协议的司法审查程序，发挥可撤起诉协议的域外管辖作用。

［关键词]美国反海外腐败法案　长臂管辖　DPA　司法审查

［作　者］张沈锲（1987-），男，江西九江人，中国政法大学刑事司法学院博士研究生。主要研究刑事诉讼法、刑事合规、律师辩护制度。

中文图书分类号：　　文献标识码：　　文章编号：

近期，国内的刑事合规非常火热，但研究视野多局限于对国内的、小微企业刑事规范与犯罪案件处理，起到促进民营企业主认罪认罚的作用，忽略了该制度运用的更为广阔的领域——用于针对跨国商业巨头的域外刑事管辖。美国《反海外腐败法案》（the Foreign Corrupt Practice Acts，下称 FCPA）规定美国司法部（U.S. Department of Justice）、证券交易委员会(U.S. Security Exchanges Commission)等执法机构能够管辖注册于美国境外的外国企业和身处美国境外的外籍人员，美国称其为“长臂管辖”(Long-arm Jurisdiction)，该制度因为其大胆

处罚外国企业的做法引人瞩目，同时也饱受诟病。美国通过类似于 FCPA 的立法，赋予执法部门对美国海外主体的刑事管辖权，其中的刑事诉讼原理值得研究。美国通过反海外腐败的实践，一方面维护本国企业的外国利益，一方面也输出美国的价值观和法律制度，影响国际法律秩序，争取国际法律语言中的强势地位。美国对企业合规案件的长臂管辖，包含了一种新型的立法技术，值得研究，同时美国对法律技术的滥用，导致对其他国家司法权力的侵夺。美国司法部和证券交易委员会以 FCPA 彻底打垮法国的“工业明珠”阿尔斯通公司，对欧洲多国的世界 500 强企业施加高额罚款，都体现了美国法律实践中的扩张趋势。

近年来，刑事合规案件的风险随着贸易摩擦而增大，“经贸往来的‘压舱石’作用在下降”[1]，美国不排除将贸易摩擦上升为贸易战，2019 年就这样的贸易战就已经发生过一次。美国可能以各种名义提出合规诘难，包括制定新的针对性法规，针对已经在美国发行股票或者将要发行股票的中国企业，提出新的合规难题。美国制定 FCPA 扩张了美国法律的域外管辖权，所制定的长臂法案并非仅《反海外腐败法案》孤例，据不完全统计美国有 11 项法规授权了长臂管辖[2]，而且可以预见，美国的司法机关不会停止对外刑事管辖扩张的步伐，该清单还将继续增长。2020 年 12 月 18 日美国第 116 届国会通过了《外国公司问责法》（Holding Foreign Companies Accountable Act）。该法规的第 3 部分第(b)(4)项规定，发行人应当依法聘请会计师事事务所审计并出具审计报告，详细披露在该非检查年度（a non-inspection year）年度内，(4)如果中国共产党员担任该发行人或其控股企业

---

*本文为“研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项课题”《深化司法体制改革研究》（批准号：18VSJ079）阶段性成果。

[1] 李庆四：《特朗普对华贸易战的原因及影响》，载《现代国际关系》2018 年第 6 期第 12-15 页。

[2] 美国与《反海外腐败法案》类似的长臂管辖法律还有很多，“1、1996 年 5 月 12 日《古巴自由与民主团结法案》即《赫尔姆斯-伯顿法》。2、1996 年 8 月 5 日《伊朗与利比亚制裁法》即《达马托法》。3、2002 年《萨班斯-奥克斯利法案》，“所有在美国上市的公司，无论是美国本土企业还是外国企业，或者是美国公司的境外子公司，都要符合其要求”。4、1970 年《银行保密法》“要求美国金融机构制订内部审查计划，这些合规及尽职调查的计划涉及位于美国的企业机构，也包括国民银行、分行、联邦基金、储蓄银行协会及在美外资银行。5、1970 年《反犯罪组织侵蚀合法组织法》。6、2001 年 10 月 26 日《爱国者法案》。7、1976 年《外国主权豁免法》。8、2012 年《减少伊朗核威胁和保障叙利亚人权法案》。9、2016 年《对恐怖主义资助者实行法律制裁法案》。10、2018 年 8 月 6 日《外国投资风险审查现代化法案》11、2018 年 3 月 23 日《澄清合法使用境外数据法案》《云法案》”等等，参见［法］阿里·拉伊迪：《隐秘战争》，中信出版社 2019 年版，第 204-205 页。

董事会成员的，披露该党员董事的详细姓名。(5)披露发行人章程的党组织相关条款”[3]。上述规定生效后能够约束广大与美国股市有利益关系的中国企业，该规定具有明显的指向性。合规案件的长臂管辖机制也更有研究的必要。

值得注意的是，2020 年 7 月美国司法部、证交委联合发布了共同修订的第二版《<反海外腐败法>资源指引》（下称“《2020 年指引》”），美国司法部、证交委长年以司法之间 FCPA 拓展着长臂管辖的作用空间。该指引文件的上一次修订时间为 2012 年 11 月，对合规案件的管辖规定作了许多修订，也反映了两家机构八年来的管辖扩张实践。本文拟结合美国《反海外腐败法案》及《2020 年指引》，分析美国企业合规案件的长臂管辖的现状、扩张趋势，批判长臂管辖存在的问题，并且提出应对建议。

一、美国合规案件的长臂管辖现状

刑事司法管辖涉及到个人财产、人身自由甚至生命，是国家主权中最重要的权力之一。涉外刑事管辖意味着，该国司法机关可能在其他国家主权范围内单边行使公权力，影响该国公民和企业的财产、人身自由与安全权利。涉外刑事管辖超越了国家主权的界限，遭到很多国家的反对。美国的 FCPA 本身单独的域外管辖效力很有限，但是通过立法授权、侦查起诉、审判和强制执行的域外管辖，终于打通了程序措施。

关于管辖范围，《反海外腐败法案》做了适用对象的规定。2020 年 6 月 3 日，美国司法部、证券交易委员会发布了第二版的《<反海外腐败法>资源指引》（下称“《指引》”），由于《指引》发布者美国司法部、证券交易委员会联合承担着 FCPA 的执法任务，2012 年共同制定了《指引》，以便公开其执法口径，本次修

[3]原文为：SEC. 3. ADDITIONAL DISCLOSURE. (b) REQUIREMENT.—Each covered issuer that is a foreign issuer and for which, during a non-inspection year with respect to the covered issuer, a registered public accounting firm described in subsection (i)(2)(A) of section 104 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002 (15 U.S.C. 7214), as added by section 2 of this Act, has prepared an audit report shall disclose in each covered form filed by that issuer that covers such a non-inspection year— (4) the name of each official of the Chinese Communist Party who is a member of the board of directors of— (A) the issuer; or (B) the operating entity with respect to the issuer; and (5) whether the articles of incorporation of the issuer (or equivalent organizing document) contains any charter of the Chinese Communist Party, including the text of any such charter. See Section 3 of U.S. Holding Foreign Companies Accountable Act 2020 (15 USC 7201), https://www.congress.gov/116/plaws/publ222/PLAW-116publ222.pdf, (last viewed 6th Feb. 2021)

改则是《指引》制定后的首次修改，新增不少内容，反映出最近 8 年来的执法中的管辖范围发展变化。FCPA 法规文本及《指引》共同勾勒出了该法案长臂管辖的范围。

（一）立法赋予域外管辖权

美国早在 1977 年已经制定了 FCPA 并规定，对外国的发行人同样有管辖权，但是并没有真正发生效力。FCPA 开始正式适用的时间是在 1998 年之后[4]，背景是 1997 年 12 月世界经济合作组织通过了《关于反对在国际商务活动中贿赂外国公务人员行为的公约》，美国则是该公约的主要推动制定国家[5]。美国的长臂管辖的特点在于：

第一，维持管辖权基础的合理性，美国 FCPA 合规案件仍然以刑事诉讼的属地、属人，早期学者认为 FCPA 仅表现出了轻微国际化的倾向，但不具有域外管辖的效力，“《反海外腐败法》为美国国内法，其效力的发挥实际上建立在属人管辖之上。”[6]在不超出基本管辖的规定范围。该制度中也有一定的对域外的管辖权力。1977 年《反海外腐败法案》主要限制了美国企业的海外腐败，司法部、证券交易委员会《<反海外腐败法案>资源指引》言明的 1998 年修改的内容中就包含了三项长臂管辖的内容：“这些（1998 年的）修改拓宽了《反海外腐败法案》的管辖范围到……(2）涵盖某些在美国境内时以行为促进海外腐败的外国人；以及（5）刑事惩罚适用于美国公司的外国籍雇员、外国籍代理人。”[7]可见 1998 年修改以拓展管辖权为目的。（2）（5）项修改则把外国商业主体的海外腐败行为纳入管辖范畴，促成建立全球范围内的平等竞争的市场秩序。1998 年法规修改以

[4] With the enactment of certain amendments in 1998, the anti-bribery provisions of the FCPA now also apply to foreign firms and persons who cause, directly or through agents, an act in furtherance of such a corrupt payment to take place within the territory of the United States. See Website of U.S. Department of Justice, https://www.

justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act, last viewed 6th Feb. 2021.

[5] U.S. Department of Justice, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (Second Edition), p.3.

[6] 卢建平：《美国<反海外腐败法>及其启示》，载《人民检察》2006 年第 7 期（上），第 16 页。

[7] Criminal Division of the U.S. Department of Justice, the Enforcement Divsion of the U.S., Constitutionalism in Asia in the early twenty-first century, Cambridge: Cambridge University Press,2020, p.3

拓展海外管辖为目的,修改后的《反海外腐败法案》新增了上述（II）单纯属地因素和（III）单纯属人因素的管辖，相比于（I）属地+属人因素，后两种管辖条件更容易满足，成为伸张“管辖长臂”的重要手段。实际上这两种管辖确实是后期修改才增加的，即 1998 年修改中增加了该大胆拓展管辖范围的条款。在 1998 年众议院报告开篇即表述修改目的是“为了改善美国商人的竞争力、促进海外贸易”[8]，基于此而推荐通过了修改条款。

第二，具体规范技术却做了突破。FCPA 的合规管辖依托网络犯罪、美元转账支付等理由，已经远远超出了通常理解的“物理地域”的范畴，有研究评价为“凡是利用美国的银行汇款、美国的邮政系统邮寄、甚至是发给美国的电子邮件、打入美国的国际电话、进入美国的旅游均会成为美国管辖的依据。”[9]

美国司法部在 FCPA 执法过程中，结合实务案例对“发行人”、“国内相关人”“其他主体”的具体情形做了更为细致的解释：1、外国发行人：（1）外国注册的、按照《证券交易法》第 12 部分有注册证券的，或者按照啊证券交易法第 15（d）部分需要备案定期或其他报告的公司[10]，按照《<反海外腐败法>资源指引》的解释，是有股票在“在美国国家级证券交易所（national securities exchange）上市或者在交易所外市场挂牌的外国企业[11]，截止 2015 年 12 月 31 日的统计这样的外国公司有 923 家[12]；（2）外国商业实体的特定外国籍自然人，包括 5 类人---管理人员、经理、员工、代理人和为其利益行事的股东。利用州（国）际商业手段腐败性支付、许诺、提议支付或促成支付，以获得、维持国际合约机会的。按照美国《证券法》第 78l 条规定的证券发行者以及第 78o（d）条规定的备案

---

[8] H.R. Rep. No.105-802, at 1(1998)。

[9] 顾萍：《中国公司高级管理人员在美法律合规指南》，载于北京中伦律师事务所网站，http://www.zhonglun.com/Content/2019/01-10/1550273406.html，最晚访问日期 2021 年 2 月 6 日。

[10] 15 U.S.C. § 78dd-1(a);

[11] Over-the-counter market 是指不在有组织的交易所买卖的证券市场，有买方和卖方直接通过电话或电脑撮合交易。在美国许多较活跃的该种股票在“全国证券商协会自动报价系统--简称’纳斯达克’”上市交易。见于潘汉典总审订、薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社 2003 年版，第 1048 页。

[12]

报告义务的发行者[13]。“具有美国存管账户、在美国证券市场上市的外国公司也是发行人。”按照《<反海外腐败法>指引》所列举的例子，曾经提出刑事指控的外国公司包括：瑞典的爱立信公司、以色列的 TEVA LLC,以及巴西布拉斯科公司，以及巴西 Petróleo Brasileiro S.A.都属于不在美国注册的外国企业。管辖的连接点即在于“主体身份”以及“行为实施地”的因素。

第三，规范适用赋予很大协商空间。美国 DPA 无需法官实质审查，执法机关、起诉机关主要在非适用强制措施的柔性协商领域内运用该制度，不直接与外国主权发生冲突，规避了物理空间上的“跨国执法”。美国司法部则利用市场主体趋利避害、权衡损失的特点，影响所涉主体的股票市场利益，不必跨越国境、也不必在他国范围内执法，让企业权衡利弊而接受处罚，保全企业在美国证券市场交易的利益。具体而言，《反海外腐败法案》为了涵盖管辖范围延伸领域涉及三层适用对象，长臂管辖的反海外腐败刑事案件则以辩诉交易的控辩协商方式，达到管辖效果得以在案件中落实的目的。其次是发行人、国内相关人的“代理”。所谓“代理”在《反海外腐败法案》中并无明确定义，仅是收取“中介费、咨询费”，实际则将该费用部分或全部转移给受贿外国官员或其指定人员的情况。在公开的因“代理”被治罪的外国公司案例中，外国公司通过对该代理付费，邮件或其他记录商讨贿赂安排，最终实际付款，即可认为公司对该款项知情，即使无该类沟通，基于公司未能“建立完善的内部控制制度”，也达到了治罪的标准。

在上述基础上，美国管辖权通过实体法的审查事项延伸到更广泛的领域。本国注册、不负有披露义务的商业实体，以“共谋”间接促成贿赂行为。根据“共谋 conspiracy”的定义，“共谋是一种单独的罪行，区别于共谋所实施的罪行。共谋者……不一定知悉全部活动计划，但只要明知共谋的目的并同意成为实现在目的的计划中的一员，即可构成共谋罪。[14]”邮件沟通事实即已经“明知共谋目的”而且“同意成为实现目的计划的一员”[15]，从而成立了美国法意义上的共谋犯罪。

（二）侦查起诉的域外管辖

根据《反海外腐败法案》的 78dd-1、78dd-2 和 78dd-3 条款的规定，证券

[13] 15 U.S.C. § 78l;78o(d)(2012)。

[14] 潘汉典总审订、薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社 2003 年版，第 291 页。

[15] U.S. Dept of Justice, U.S. Sec. and Exchange Comm., A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act 2 Ed.(July 2020), available at https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide。

发行人（issuer）、国内相关人（domestic concerns）和证券发行人、国内相关人外的其他人三者，共同构成了海外反腐败犯罪行为的行为主体。如果不考虑其他限制性要求，从形式逻辑角度上述三者构成了一个全部研究对象的集合，也就是全集概念，涵盖了所有人，可见覆盖范围之广。在行为的具体概念解释中，三者又各自包含了外国企业或自然人的成分，如证券发行人“不必是国内企业，（《反海外腐败法案》的证券发行人可以是）外国公司持有美国存托凭证（American Depository Receipts），在一家美国证券市场上市的企业”[16]，仅截止 2015 年 12 月 31 日，美国证券市场已有海外企业的证券发行人有 923 家[17]。可见覆盖范围非常广，而且考虑到外国在美国上市企业，往往都是商业能力较强、资本运用好的跨国企业，对此重点监管，起到事半功倍的效果。

由于企业基于对“（上述公司的）管理人员、经理、雇员、代理人和为发行人利益服务的股东（不管美国籍或外国籍），以及任何共谋者 co-conspirator 也都可以成为《反海外腐败法案》下被指控的被追诉人。”[18]该执法口径导致追诉范围进一步扩大，尤其以“共谋”这一凡是有协商共谋，即应当对共谋者的贿赂行为承担罪责，是长臂管辖的重要内容。

非发行人或国内相关者的特定外国籍个人或商业实体，在美国领土内时，直接、或通过代理，参与任何促进腐败支付的行为。该商业实体及其六类自然人都受到规制。“美国领土内”行为并不是物理意义的“美国领土上行为”，而是只要使用了“美国电子邮件、州际商业行为”即可构成“美国领土上的行为”。包括“使用美国电子邮件、州际商业手段”，其中州际商业手段则包括了多种情况，使用通讯工具、交通工具甚至货币，“布雷顿森林体系确立了二战后美元的国际结算的优势货币地位”[19]，美国充分运用金融优势，美元起到“司法雷达”的作用，延伸了美国《反海外腐败法案》的管辖权，更加对于考虑进入美国市场交易或者金融市场上市的企业，增加了威慑力。

上述条款无表述长臂管辖，但法律概念的解释中，将腐败行为规范扩大到“腐败掩盖行为”，扩张了管辖范围。随着美国州际冲突法的发展，《反海外腐败法案》

---

[16] “具有依据证券交易法案第 12 部分注册证券的公司，或者按照证券交易法案第 15（d）部分要求提交定期报告或其他报告的公司”。

[17] U.S. Sec. and Exchange Comm.,Market Summary,(Dec. 31, 2015) , available at https://www.sec.gov/divisions/

corpfin/internatl/foreign。

[18] U.S. Dept of Justice, U.S. Sec. and Exchange Comm., A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act 2 Ed.(July 2020), available at https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide。

[19] 贾凤兰：《布雷顿森林体系》，载《求是》2009 年第 1 期，第 45 页。

的基本条款并不超出一般法律管辖理论的范畴，但在运用中，美国因为联邦制的政治体制，各州司法体系自成一体又统辖于联邦最高法院的对重大案件问题的统一管辖之下，造成了州际冲突法发达的特有司法现象。《反海外腐败法案》的长臂管辖也是以属人管辖条款、属地管辖条款为底色，在美国语境中是以“冲突法”的理论延伸了管辖权范围。然而可惜的是，“冲突法”的统一主权下州际法律冲突存在着与“国际私法”中不同国家但做了扩大解释，从而形成了长臂管辖。

第 78dd 条款将上诉第 78m 的规范对象分为三种主体，分为发行人 issuers，国内相关者 domestic concerns，发行人和国内相关者之外的其他人 persons other than issuers and domestic concerns，从形式逻辑上这是周延概念，也是一个全集概念，涵盖了所有自然人、法人，也包括国内的、身处国外但有美国公司或自然人。有趣的是，三部分条款不是一次规定的，1934 年证券法已经禁止 issuer 的海外贸易贿赂，1977 年《反海外腐败法案》正式通过，逐步发展出来对国内相关人、发行者和国内相关人外其他人的规范条款，考虑到司法实践，长臂管辖涵盖的范围仍在应美国的外交政策等不断扩张解释、延伸生长的过程之中。长臂管辖的“最小联系”规则与国际法的“最密切联系地”原则背道而驰，带有浓重的强化“保护主义”管辖的成分，同时在过去 30 多年的运用实例中也造成了多项不公平的判罚。

（三）审判的域外管辖

《反海外腐败法案》的管辖条款包括第 78dd-1 条至第 78dd-3 条。上述条款为反贿赂规定，条款规范包含原则和例外的关系：

1、美国籍主体+美国境内犯罪地的规范模式为一般原则，即发行人、国内相关人，美国境内的利用了洲际商业手段或工具的对外国官员贿赂，属于管辖范围，第 78dd-1 条中（a）（h）项对发行人及 5 类人员行为的禁令、第 78dd-2 条中（a）项对国内相关人及 5 类人员的禁令，以及第 78dd-2 条中（h）（5）项对“跨国（州）商业手段”的定义。[20]

2、单纯美国境内犯罪地的规范模式为第一种例外，发行人、国内相关人外其他主体，利用了洲际商业的任何工具或腐败手段也构成反海外腐败法规范对象，

[20] 15 U.S.C. § 78dd-1(a);78dd-1(h);78dd-2(a);78dd-2(h)(5);78dd-3(a)(2012)。

即第 78dd-3 条（a）项对除了发行人、国内相关人之外的其他主体的禁令。

3、单纯美国籍主体的规范模式为第二种例外，美国人在境外发生腐败性支付，则不考虑是否洲际商业工具，也成为反海外腐败法规范对象，包括第 78dd-1 条中（a）项(g)项、第 78dd-2 条（i）项选择管辖。美国《反海外腐败法案》以 1934 年《证券交易法》为基础，于 1977 年设定了“反贿赂条款”“账簿与会计条款”的二元规定框架，再在 1998 年衔接经济合作组织的《反跨国企业的国际贿赂》而修改增加了扩张管辖范围的条款。从法规修改历史来看，美国《反海外腐败法案》的管辖是围绕对发行人“洋葱式”的结构，“发行人”“国内相关人”规定较早，见于 1977 年法规条文中，而且国内相关人管辖规定，来源于发行人的管辖规定。因为“国内相关人”就是“发行人”的国内相关人。1998 年条文修改才增加了“除发行人、国内相关人外的其他人”。实务中，“发行人公司的 5 类人”如员工等自然人的刑事责任，也是在 1998 年修改中予以增加的，另有随后实务中“代理”“共谋”等的外推适用，都是围绕发行人责任而演变发展而来的。美国第一例可撤起诉协议的案例发生在 2011 年 5 月，直至该期间，才产生了稳定的长臂管辖保障机制[21]。

二、DPA 是美国长臂管辖的程序工具

适当程度的域外适用是正当而且必要的。但是，美国涉外合规案件中，美国司法部与涉案企业签订 DPA，通过形式上的自愿约定，获得“跨国案件”的管辖权。实际仍是以对待国内不同州之间区际司法冲突的方式，对待国际法上，不同主权国家之间的冲突，以此混淆了国内国外的区别，悖离了国际法上的尊重他国主权、国际礼让的基本原则。

（一）DPA 中被告承诺接受管辖

[21] 该案件中，美国证交会与一家跨国钢管制造企业达成可撤起诉协议（Deferred Prosecution Agreement），约定在投标原油和天然气运输管道项目时，通过向乌兹别克斯坦的政府官员行贿，获得了利润额近 500 万美元的项目合同，公司首先签订《可撤起诉协议》罚没了 540 万美元犯罪所得，再与美国司法部的调查组签订了《不起诉协议》，向美国司法部支付 350 万美元调查费用。See U.S. Department of Justice, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (Second Edition), p.78.

长臂管辖[22]（Long-arm Jurisdiction）有广狭义两种定义，在美国法语境下，《布莱克法律词典》在 Jurisdiction 词条下给出了 Long-arm Jurisdiction 的狭义定义，即“法院在对不在法院地居住、但与法院具有某种联系的被告所取得的管辖权。”[23]在中国语境下，2018 年 9 月 24 日国务院行文办公室发布的《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书认为“长臂管辖是指，依托国内法的触角延伸到国外，管辖境外实体的做法。”[24]对此，学界也存在不同看法，有学者认可广义概念，认为“‘中国语境’下的长臂管辖是美国依据‘长臂法规’授权行使的一种‘域外管辖权’”[25]按照卞建林教授的意见，“就刑事诉讼法理而言，长臂管辖本质上是刑罚权实施在主权领域的细化，也是以保护性管辖为合理性基础的司法权运用规则。在刑事诉讼中，长臂管辖规则应当受到管辖一般规则、刑罚目的论和国际刑事司法协助理念冲突之间的考验和约束”[26]，长臂管辖并不排斥刑法领域，而且超出“州际冲突”范围后，介入了“国际”领域中的刑罚权适用。有学者则采用狭义概念，并且认为“长臂管辖与国内法域外适用是两个相关而不相同的两个概念”[27]，仅适用于“民事诉讼领域，对于非本州甚至非本国的居民或法人的被告，只要被告于法院之间存在‘特定联系’本州法院便可在保证原被告双方拥有平等权利的前提下对该被告行使的管辖权。”[28]

（二）DPA 中司法机关的罚款权

在我国刑事诉讼法学的管辖理念中，刑事管辖分类方式多样，既有立案管辖、审判管辖，也有级别管辖与地域管辖。其中地域管辖是指“同级人民法院之间，在审判第一审刑事案件上的权限划分。”[29]《美国联邦刑事诉讼规则》第 18 条[30]中

---

[22] 为描述简洁，无如专门描述，下文中的“长臂管辖”均是指《反海外腐败法案》的长臂管辖。

[23] 英文原文为“Long-arm jurisdiction is jurisdiction over a nonresident defendant who has had some contact with the jurisdiction in which the petition filed.”see Bryan A. Gamer: Black’s Law Dictionary, West Publishing Co.,2004. p.867.

[24] 国务院新闻办公室: 《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》，http://www.gov.cn/zhengce/2018-09/24/content_5324957.htm#allContent，最后访问时间为 2020 年 8 月 14 日。

[25] 肖永平：《“长臂管辖权”的法律分析与对策分析》，载《中国法学》2019 年第 6 期，第 39-40 页。

[26] 卞建林：《刑事诉讼法》，科学出版社 2008 年版，第 236 页。

[27] 霍正欣、金博恒：《美国长臂管辖权研究-兼论中国的因应与借鉴》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期，第 82 页。

[28] Gary Born, Peter Rugledge, International Civil Litigation in United States Courts (5th ed.) New York: Aspen Publishers, 2011, p.81。

[29] 陈光中主编：《刑事诉讼法》（第六版），北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年版，第 125 页。

[30] Rule 18. Place of Prosecution and Trial, Unless a statute or these rules permit otherwise, the government must prosecute an offense in a district where the offense was committed, The court must set the place of trial

也有对控告和审判管辖地点选择的规定，即除非另有特殊规定，控告犯罪以犯罪地管辖为原则，审判地点的选择应当适当考虑被告人、任何被害人和证人的便利，以及迅速审判的需要。中国刑事地域管辖也与美国类似，一般原则为“以犯罪地人民法院管辖为主，被告人居住地人民法院管辖为辅。以最初受理的人民法院优先管辖为主，主要犯罪地人民法院管辖为辅。”[31]在“犯罪地”的实务解释中又分为“犯罪的主要行为实施地或完成地；不作为犯罪中，犯罪地是指犯罪嫌疑人、被告人应该作为的地点”[32]。

与地域管辖比较，长臂管辖是一种特殊的“地域管辖”概念，普通的地域管辖是指同一个法域内，长臂管辖则是超出单一法域，司法机关和被追诉人分出不同法域时而做的管辖。据此，地域管辖所适用的“犯罪地”“被告人居住地”等概念可以作为基本分析工具，用于长臂管辖的研究之中。考虑到《反海外腐败法案》包含证券法处罚、刑事处罚等复合手段，为有宽广研究视域，本文采用“长臂管辖”的广义定义作为研究起点。本文中长臂管辖是指，一国执法、司法机关依据长臂法规的授权，对该国法域外实体行使的一种域外管辖权。

三、长臂管辖悖离了 DPA 的功能定位

《反海外腐败法案》的管辖拓展与“从自律到律人”的法规适用范围的扩张相配合,制定初期可能确实有净化竞争氛围、保持公平竞争的雄心，但是在后期已经逐渐演化，从适用于美国本国企业，到适用于外国企业，要求他国企业也遵守同样的反腐败条款，以美国标准规范国际贸易市场秩序，从而扩大到规范、制裁外国商业实体和个人。该法案长臂管辖的形成，离不开不断进步的追求公平市场规则、反腐败的国际共识，也更离不开《反海外腐败法案》特有的制定、实施技术---法律推定技术、公司合规制度及迟延起诉协议。早在 2010 年，一位曾任职美国司法部的律师直言，“FCPA 不仅适用于美国公司、在美国证券市场股票上市并受证交委约束的外国公司，还甚至涉及到了在美国境内的用任何手段促进贿赂（furtherance of a bribery scheme）个人、公司。因此造成了更加膨胀的司法管辖权，六分之五的 FCPA 大案都是针对外国公司的。”[33]可见，选择性执法已经

---

within the distirct with due regard for convenience of the defendant, any victim, and the witnesses, and the prompt administration of justice. (As amended Feb. 28, 1966, eff. July 1, 1966; Apr. 30, 1979, eff,. Aug. 1, 1979; Apr. 29, 2002, eff. Dec. 1, 2002; Apr. 23, 2008, eff. Dec. 1, 2008.)

[31] 樊崇义主编：《刑事诉讼法》（第四版），中国政法大学出版社 2020 年版，第 160 页。

[32] 樊崇义主编：《刑事诉讼法》（第四版），中国政法大学出版社 2020 年版，第 161 页。

[33] John S. Darden 曾担任前司法部反欺诈处助理处长，发言当时担任 Patton Boggs LLP 律所合伙人，该发言为在 2010 年 10 月美国商会年度司法改革峰会“领航全球经济——《反海外腐败法》及其潜在改革”

很明显，美国合规制度是否公平与适当，需要批判审视，美国的长臂管辖也不可不避免会迎来更多国际社会的公开责难。

（一）长臂管辖的 DPA 歧视性条款

就 FCPA 本身而言，反海外腐败的规范机制在实体法制度层面有三层次的规范触发点：（1）规范行贿人，而不是受贿人；（2）行贿人中，选择对公开公司苛以披露海外行贿行为的证券法义务；（3）以法律推定技术，完成从掩盖海外行贿行为，推定存在海外行贿行为，上述各层次都有扩张域外适用的效果。

美国《反海外腐败法案》的“腐败”适用对象范围小于《反腐败公约》的腐败行为范围。《反海外腐败法案》是围绕贿赂行为，主要是对外国官员、国际公共组织官员行贿的查处，范围远远小于《反腐败公约》对腐败的限定范围。反腐败公约中的司法管辖规则。不对不事前知悉、没有意愿发生联系的法律有遵守的义务，也违背两权下确立的辩护权保障、控诉回避的问题。《反腐败公约》第 28 条规定“根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际情况予以推定。”该规定被认为是推定的规则适用的直接依据，公约中的主观心态推定，是一种降低证明责任的技术，即将“控方由说服责任降低至推进责任……法律推定使证明对象发生了变更。法律推定是以前提事实的证明代替推定是是证明的特殊证明手段。[34]”发行人只能是行贿人，而不是受贿人，《反海外腐败法案》规制对象转向行贿者，奠定了该法规域外适用的底色。美国《反海外腐败法案》内在机理是，独辟蹊径规范行贿人“买方市场”，依托公司披露义务，通过执法程序司法化的方式，实质降低追诉对实体问题的渗透能力，转移与降低证明责任。

以 1977 年参议院的立法意见认为，“该法案在发行人身上苛以积极责任，保障账目和记录的精确、客观反映公司交易情况；涉及一个内部控制充分的体系，确保目的之一的发行人财产应用于适当的公司目的。该委员会认为，在证券法之下强加积极责任，同事伴有不履行责任的民事责任、刑事惩罚，将在阻止适用公司财产进行腐败支付中长久发挥作用。证券市场的公众信赖，也会通过公司保障记录诚实，而得以加强。”[35]反贿赂条款规制三种对象的实体理由最终汇聚到“发行人”身上，这是《反海外腐败法案》管辖理由的起点。“长臂管辖”并非无本

上的发言 https://fcpaprofessor.com/the-fcpa-and-potential-reforms/ , last viewed 3rd Apr. 2021.

[34] 杨宇冠、吴高庆主编：《<联合国反腐败公约>解读》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 198 页。

[35] S. Rep.No. 95-114, at 4。

之木，有其实体法上的根基---“发行人”责任的法律推定技术。

在 1977 年立法初衷之下，被规范主体的核心义务是满足“披露要求”，因为证券市场是发行人募资来源，股市融资利益巨大，避免贿赂丑闻影响股价，构成促使发行人履行披露义务的动力，为《反海外腐败法案》打牢了经济制裁的基础，正如部分学者分析道，“公司定罪相当于公司死刑”，又如学者认为，“道德说辞无效，就用利益说话。”上述观点也都印证了《反海外腐败法案》规范发行人思路的可行性，构成了管辖“长臂”在今后的岁月中延伸发展的实体基础。

然而为什么“发行人”规范制度足以支撑起整个 FCPA 的管辖规则？这是《反海外腐败法案》的“二元独立”之间法律推定关系决定的---以证券发行人披露义务与责任的对应为内在逻辑，会计账簿条款、反贿赂条款存在着行为模式与责任后果的对应关系。“会计账簿条款”规定了如实记录贿赂行为的积极义务、也规定了发现贿赂行为的内部控制义务，违反上述义务则构成了对“反贿赂条款”的法律推定，即存在海外腐败行为。“伪造账簿隐瞒问题支付、内控失效没有阻止问题支付”，在“问题支付”是对外国官员发生的，并且以贿买职权行为决定、职责下作为不作为或谋求不当利益，最终获得、维持或指向交易机会为目的时，《反海外腐败法案》以法律推定的方式确认存在海外腐败行为。该推定的前提是海外贿赂的财务掩盖、内控失职的行为主体与海外贿赂主体同一，即发行人、国内相关人或法定其他人。

（二三）长臂管辖损害企业的财产能力

在 FCPA 的制度史上有三个值得玩味的现象，其一是 1977 年立法后最初的 20 年反腐败条款处罚案例并不多见，“从 1977 年到 2001 年期间证券交易委员会仅仅办理了 9 个案件”[36]，其二是，合规制度与《反海外腐败法案》相伴而兴，1977 年《反海外腐败法案》制定的同时，也催生了 1970 年代美国公司合规制度开始起步发展，“为了应对《反海外腐败法案》会计和账簿条款，公司律师建议客户启动内部程序，以防止违反该法案（这也自然给律师带来更多的法律咨询、审计服务业务）”[37]，合规行业（美国律师事务所及律师）“以对自己有利的方式，构建了法律义务规则，因为律师已经完全确信这样做是客户的最佳利益，也是罪

[36] Karen E. Woody:”Voluntary Disclosure Fostering Overenforcement and Overcriminalization of the FCPA”, *Florida Law Review Forum*, Vol. 67, p,289(2016).

[37] Miriam Hechler Baer, “Governing Corporate Compliance”, *Boston College Review*, Vol.50,No.949,2009, pp.949-1018。

有利于自己的利益的”[38]将该业务开拓为报酬丰厚的产业。其三，立法 30 年后的执法实务中，外国企业被大规模围猎，美国企业则相安无事。1998 年经合组织《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》（下称“《反贿赂公约》”）制定后，大批欧洲企业被纳入 FCPA 执法部门的围猎范围，“在 2008-2018 年被美国罚款超过 1 亿美元的企业达 26 家，其中 14 家是欧洲企业，仅 5 家是美国企业。而欧洲企业支付的罚款总额即将超过 60 亿美元，比同期美国企业罚款总额高 3 倍。”[39]

“迟延起诉协议、不起诉协议在《反海外腐败法》条款中并没有明确的依据，也不是其他国会立法给予的授权，而是美国司法部政策中，称‘在适当情况下’适用该途径。”[40]在《反海外腐败法案》实施中，一方面美国企业强化了“公司合规制度”，完善腐败案件的卸责机制，为应对《反海外腐败法案》追责构建了防火墙，另一方面美国执法部门则推广《反海外腐败法案》的域外适用，在经合组织等国际公约中引入该法案内容，对不同意吸取法案内容的国家予以打击制裁。“美国可以利用 1974 年贸易法第 301 条款对那些认同贿赂为正常业务模式或未有效阻止本国公司利用贿赂获取合同的国家进行制裁。”[41]形成了强有力推行《反海外腐败法案》制度的手段，为此，1998 年《反海外腐败法案》的修改版命名为“1998 年国际反贿赂及竞争法案”并且开宗明义，“修改 1934 年证券法、1977 年发海外腐败法案的目的在于改善美国企业的竞争力，促进美国在海外的商业”[42]。体现了反海外腐败法案修改就是针对市场竞争这一主题而来的，在本国企业合规制度完备的情况下，打击外国企业，增强本国企业的竞争力。利用撤回起诉制度，FCPA 得以扩大其运用效果，有外国学者研究显示，“在 1978 年到 2000 年期间，美国证交委和司法部加一起平均也只起诉了 3 件/年的 FCPA 犯罪案件，其中只有很少案件获得极其轻微的量刑甚至没有收到任何刑罚惩罚。”[43]

---

[38] Kimberly D. Krawiec, “Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance”, *Washington University Law Quarterly*, Vol.81, No.487, 2003,pp.528-530。

[39]［法］弗雷德里克·皮耶鲁齐：《美国陷阱》，中信出版社 2019 年版，第 1 页。

[40] Mike Koehler，”Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreement on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement”, *University of Carlifornia Davis*, Vol.49, 497, pp.497。

[41] 卢建平：《美国<反海外腐败法案>及其启示》，载《人民检察》2006 年第 7 期，第 16 页。

[42] International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998, Pub. L. 105-366 Stat. 3302(1998)。

[43] Matt A Vega, *The Sarbanes-Oxley Act & the Culture of Bribery: Expanding the Scope of Private*

最初，针对公司海外贿赂案件，美国司法部只有起诉或不起诉两种选择，直至 1999 年时任副检察长 Eric Holde 的“Holder Memo”认为“当‘对公共利益而言，公司及时认罪合作是有必要的，而且其他方式无法换取或不能有效换取’时，检察官可以根据 USAM § 9-27. 600-650 规定的条件适用《不起诉协议》免除公司责任，从而换取认罪合作。尤其在，国有公司案件、跨国公司案件，多地区案件或涉外国际案件中，可以认为有必要适用不起诉协议”[44]，成为辩诉交易的基础。2002 年一家会计公司因刑诉追诉倒闭，促使 2003 年的时任副检察长的 Larry Thompson 的“Thompson Memo”备忘录发布，称“（司法部的）公司诈骗任务组在执行职责时，为了更好地打击公司诈骗，已经遇到了需要对商业机构的联邦控诉进行原则性改变的几个事项”[45]，认为有必要减少了对公司的刑事指控，转而迟延起诉协议的广泛使用，在 2002 年安然财务垮塌事件中，安然公司的常年审计公司 Arthur Anderson LLP 为。

可见，1977 年《反海外腐败法案》制定及后续修改，构成了违法犯罪制裁规则，刺激了公司合规制度同步发展，在辩诉交易为常态的情况下，以律师积极磋商，推动包含合规改善方案的《暂缓起诉协议》制度发展，成为反海外腐败刑事追诉的落地方案，进一步提高了该法案适用成功率，增加了威慑力度，也促进了长臂管辖的延伸。

四、从 DPA 机制角度应对美国的长臂管辖

为了实现撤回起诉制度，我国应当规定撤回起诉制度，实施撤回起诉制度，制定和落实规定中需要完善撤回起诉的各项细节。我国应当完善撤回起诉的操作程序，按照正当法律程序的要求构建撤回起诉程序。

（一）规定启用撤回起诉的前提

---

*Whistleblower Suits to Overseas Employees,*Harvard Journal on Legislation(2009), Vol. 46, No. 2, p.425, 434.

[44] Memorandum from Eric Holder, Deputy Att’y Gen., on Bringing Criminal Charges against Corporations to All Components Heads and U.S. Attorneys (June 16, 1999), available at https://www.justice.gov/sites/default/files/

criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF。(该文件是供检察官参考起诉公司犯罪案件需要考虑的各项因素，包括特殊政策、公司过去经历、合作与自愿信息披露、公司合规计划、赔偿与矫正、附带后果、非犯罪化替代方式、选择指控、与公司辩诉交易等内容）。

[45] Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Att’s Gen., on principals of Federal Procesution of Business Organization

在审查起诉程序中，法律应当明确规定适用可撤起诉的前提，检察机关应当全面衡量案件情况，决定是否起诉涉案企业，以及如何起诉。审查被告企业是否满足两方面的条件，一方面是审查主要案件事实是否清楚，证据是否充分并且被有效固定。在案证据是否已经全面反映了被告企业涉案犯罪情况。另一方面审查被告企业多大程度涉及公共利益，通过撤回起诉，责令企业内部整改是否更能避免再次犯罪，以及被告企业定罪的负面影响有多大，主要考虑企业破产、停业对职工就业、退休职工养老、企业债权人的影响有多大，是否损害被告企业所在行业或所在地区的公共利益。有学者认为“有证据证明所指控的犯罪事实或有证据表明能够排除合理怀疑，且有充分理由相信进一步调查可以获得认定犯罪事实的证据的前提下方可适用企业合规不起诉制度。”[46]鉴于检察机关撤回起诉的情况，往往是案件已经具备被告企业控告条件，已经或有可能满足提请公诉条件的情况。检察机关应当对公共利益进行细致衡量，只有满足公共利益必要性的条件，才启动撤回起诉的程序。启用撤回起诉前，检察机关应确认证明案件基本事实的证据已经有效固定，如果企业违背撤回起诉协议的约定，检察机关仍能申请恢复诉讼程序，要求法庭继续开庭审理、定罪量刑。

不起诉和撤回起诉是对被告企业的宽大处理，为此，被告企业可以根据自己情况，争取该项避免被定罪的机会。有学者认为，“只有涉案企业主动向检察机关申请对案件进行不起诉处理，同时承诺有意进行合规整改时，检察机关才可以启动‘合规检察建议+相对不起诉’程序。”[47]在审查起诉过程中，检察机关已经查清企业及其负责人的违法犯罪行为事实基本情况，认为不必审判，经过被告企业申请，检察官认为符合条件的，可以与企业一同向法庭申请，将该案件从普通排期开庭的案件中分流出来，使其暂时不进入审判程序。“刑事诉讼是侦查、起诉和审判机关对案件事实的认识不断深化的过程，也是案件逐步分流的过程，并非所有案件都要走到审判。”[48]在案件不必进入审判程序的情况下，检察官可以与涉案企业协商刑罚替代方案，不进入实质性的对抗庭审之中。

在考察启动撤回起诉过程中，检察机关负有比普通案件更重的真实发现责任，被告企业也负有全面配合调查，提供完整案件事实及证据的义务。在普通案件中，侦查、起诉、审判是环环相扣的司法认识过程，案件事实需要在起诉、审判环节中逐步认识深入而固定下来。但在撤回起诉案件中，司法审查环节有所简化。为达到司法认识目的，被告企业首先应当确认犯罪事实，该确认内容应当穷尽检察

---

[46] 刘少军：《企业合规不起诉制度本土化的可能及限度》，《法学杂志》2021 年第 1 期，第 63 页。

[47] 卫跃宁：《由“国家在场”到“社会在场”合规不起诉实践中的法益结构研究》，《法学杂志》2021 年第 1 期，第 48 页。

[48] 杨宇冠、杨依：《“以审判为中心”的若干问题研究》，《西北大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 3 期，第 113 页。

机关所掌握的犯罪线索，同时也与在案证据一致，尤其需要注意事实查明的问题，与此同时，检察官仍应追求案件的客观真实，“客观真实强调的是务必发现案件的真相，它要唤起的是人们寻求事实真相的内心驱动力，想要去除的是在寻求真相中的懈怠情绪，避免案件含糊了结。”[49]检察官坚持客观真实导向，可以采集、固定关键证据，避免因为时过境迁导致涉案物证灭失、人证遗忘，避免被告企业因此而脱罪。因为一旦事实固定，即使被告企业反悔、不再继续合规整改，检察官人可以依据被告企业确认的事实，提出控告、请求法院依据事实定罪量刑。刑罚替代方案的协商中，涉案企业可以聘请辩护人为其提供法律帮助，检察官则应当允许辩护人参与协商，制定撤回起诉协议。被告企业同时应当承诺，被告企业对于隐瞒案情、证据的情况承担责任，如果检察机关事后发现企业隐瞒事实情况的，检察机关有权随时终止撤回起诉的协商及相关程序，继续启动追责程序，要求被告企业承担原有犯罪的刑事责任，以及追究相关个人隐瞒案件事实所可能负有的伪证罪责。

（二）增设检察官对违规企业罚款的权力

检察机关在撤回起诉过程中，可以考虑施加罚款，从而惩戒涉案企业的犯罪行为，美国的 DPA 制度允许这种做法。检察官通过双方 DPA 协商的方式，结合涉案企业所犯罪行的严重程度，对企业施加经济惩罚。检察官撤回起诉，能否要求要求被告人退赔、支付罚款？上述问题影响到撤回起诉制度的强制力，值得深入研究。对此，有学者认为，“应当将附条件不起诉制度的适用范围扩展至单位犯罪，再组织以企业合规假设、缴纳罚款等方面的特殊性程序改造，可能更有利于该制度的本土化构建和科学性发展。”[50]还有学者注意到，“有关国家和地区设置缓起诉制度后，在缓起诉程序中倾听被害者的声音以及对被指控人附加赔偿义务，为在刑事司法中曾处于边缘化的被害人建构了新的保护政策。”[51]笔者主张，出于实现司法目的考虑，检察官应当享有确定罚款条款的裁量权，与被告企业约定罚款义务。笔者曾建议，“我国检察机关在适用附条件不起诉的同时可以对相关企业和负责人进行处罚。”[52]检察官要求退赔的权利，更多是保护被害人的利益，检察官与涉案企业预先谈定赔偿再撤诉的做法，可以避免受害者在案件撤诉后无法获得救济，法律设立该项赔偿权是有必要的。在撤回起诉前，检察官可以被赋予上述裁量权，还与被告企业充分协商，确定罚款、没收非法所得、赔偿等各项金额。

---

[49] 张建伟：《证明标准研究中的模糊视阈》，《政法论坛》2005 年第 6 期，第 136 页。

[50] 刘少军：《企业合规不起诉制度本土化的可能及限度》，《法学杂志》2021 年第 1 期，第 65 页。

[51] 刘磊：《慎行缓起诉制度》，《法学研究》2006 年第 4 期，第 82 页。

[52] 杨宇冠：《企业合规案件不起诉比较研究——以腐败案件为视角》，《法学杂志》2021 年第 1 期，第 38 页。

另外，撤回起诉中的罚金并不侵犯审判权。罚金过去认为只能由法官审判后做出判决决定，但笔者认为，检察官如果在撤回起诉中对被告人处以罚金的，检察官没有侵犯法院裁判权中“确定罚金的权力”，因为撤回起诉阶段的罚金与审判阶段的罚金含义不同、依据不同。在审判阶段，法院判决书上的罚金是单方面决定、以强制力为保障的，本质上是刑罚的一种，施以罚金的前提则是做出了有罪判决。审判阶段的罚金是以被告人定罪为基础的。然而，检察官在撤回起诉中的罚金则是双方协商的结果，即检察官与被告企业共同协商、体现了被告人的意愿而确定的。换言之，撤回起诉中的罚金是被告方自愿承担的，该罚金不是以定罪为基础而施加，也不存在作为附加刑的可能性，而是作为替代刑罚措施的非刑事处罚而发生的，从这一点上看，笔者认为检察官基于撤回起诉协议而对企业确定罚金，并不是侵犯法庭量刑权，只是作为检察官撤回起诉情况下的刑罚替代处罚。从表面上看这种做法侵占了法院的定罪处罚权，但撤回起诉制度的优点正在于有效地弥补了这种缺陷，即检察机关与企业达到的撤回起诉协议需要提交法院，得到法院的配合和批准，方能生效。

在当前法院案件数量多，压力大的情况下，通过审前诉讼分流，只会对减轻法院的办案压力有好处，而且对企业和其员工有好处。案件并非都需要走到法院审判这一步，检察机关在企业合规案件中，通过施加罚金的方式不仅减轻了法院的压力，而且节约的司法资源，值得探索使用。如何有效防治企业违法犯罪，促使企业通过依法合规经营，助推实现高质量发展，是对我国检察机关履职能力的一个考验，也是国家治理体系和治理能力现代化的一个具体体现。

（三）建设可撤起诉协议的司法审查程序

在可能适用撤回起诉的案件中，法院应当享有最终审核双方协议，确定是否考虑不再定罪量刑，是否以非刑罚处理企业犯罪案件。法院接到检察机关的起诉书和撤回起诉协议，应当从维护实质公正的角度审查该协议是否适当合理。如果法庭认为，被告企业与检察官拟定的协议双方自愿，并且符合法律规定以及合乎情理，法庭可以做出裁定书，确认双方合同形式合法、内容真实有效，同意暂缓审判，并且在征得双方意见后，确定暂缓期限，以供被告企业履行可撤起诉协议的相关义务，达到整改合规的目的；如果法庭不同意协议条款的，法院应当说明理由，并且可以要求检察机关和被告方修改相关协议内容，再次提交法庭重新审查，返回修改后应当合理时间内重新提交，直到法院认为协议内容符合实体公正为止。

司法机关还应确定统一的司法审查标准，可撤起诉协议是否符合情理，应当以撤回起诉协议是否能够满足公共利益需要为标准。协议内容应当包括事实确认与撤回起诉条件两部分，其中事实确认内容应当如实反映被告企业的犯罪事实，并且在证据法上应该达到符合证据采信标准的程度。该协议部分内容应当能够确

认犯罪的基本事实；撤回起诉条件部分，构成了企业获得撤回起诉处理前应当满足的要件。具体也包含两部分，即合规整改以及经济赔偿。其中，赔偿被害人或者被害人救助基金，没收犯罪所得，支付经济罚款，以及支付办案成本。上述总金额计算需要制定细化的《罚金计算指引》，法院、检察院与犯罪企业共同适用该套计算规则，进行协商，最终审核确认协议条款约定是否合理。

撤回起诉要有一定的期限，让企业进行整改。如果达到协议所规定的目标，则由检察机关向法院提出撤回起诉的动议，法院审查之后，如果批准该动议，则起诉被撤回，案件结束；如果法院不同意，也应当说明理由，让企业进一步整改。从诉讼原理角度考虑，法院的审判具有被动性，无起诉即无审判，所以法院不同意的情形应当只是例外。同时撤回起诉相关的协议文书应当及时予以公开，以备社会共同监督。

（四）发挥可撤起诉协议的域外管辖作用

由于关联企业可以控股、协议安排控制国内企业，涉嫌犯罪案件中，外国公司可能参与甚至起到主导作用，最终利润也通过关联公司的渠道而转入外国公司。针对存在涉外因素的案件，检察官可以与被告企业签订涉外可撤起诉协议，起到域外管辖的效果。检察官运用起诉裁量的权能时，可以更加灵活地约定义务内容，对涉案企业的关联公司提出了合规整改要求。具体做法是，如果检察机关发现国内企业犯罪案件中，海外母公司参与甚至主导的，可以首先通过涉案企业陈述事实，固定证据，再进行涉外可撤起诉协议的谈判，要求涉案企业的海外母公司退赔非法所得，尤其是依据业务合同、转款记录等能够确定的获利金额，并且对海外母公司提出合规整改要求。为了制止犯罪行为再次发生，刑事司法程序有必要阻断犯罪牟利途径、消除国内外组织中滋生犯罪的不良因素。为此，检察官可以运用可撤协议这一柔性司法工具，基于国内公司与外国母公司的利益关联，要求外国公司退回与犯罪所得相应的金额，合规整改导致犯罪的因素。

而且，从各国实践来看，国内法必要情况下具备域外效力，已经逐渐为人们所接受。早在上世纪年代，老一代国际法学家倪征燠研究指出，“被害人所属国家对外国人在外国所犯罪行进行追诉的权利，自从‘荷花号’案（笔者注：荷花号案判决为 1927 年 9 月 7 日）判决以来，已经逐渐获得较为广泛的承认。”[53]至于现今，美国通过《反海外腐败法》等途径行使更为广泛的“长臂管辖”，在面临必须以刑事司法手段惩戒的案件中，我国需要拓展相关的因应措施。在可撤起诉协议安排下，检察官能够发起刑事控告，但又引而不发维持控诉压力的作用，可用于解决域外主体责任问题。因为可撤起诉协议保持着追责压力，只要他国关联公司自愿退赔、合规整改，但又不必实际跨国动用公权权，不违背国际法上尊

[53]倪征燠**著**：《国际法中的司法管辖问题》，世界知识出版社 1964 年版，第 55 页。

重他国主权、互相礼让的要求，产生实际的域外管辖效果。我国已经在推动的《数据安全法》立法已经包含了“有限域外适用效力”[54]首当其冲的是不能在立法上失位，在国际交往中争取管辖权的主动。

当然为了更好的实现协议内容，司法机关还须保持司法协助的可能性，为此，一方面司法机关需要权衡司法协助的可行性、把握复杂的国际关系，司法机关有必要审查涉外可撤起诉协议的合理、可行性；另一方面司法机关宜通过判决文书，确认可撤起诉协议的效力，必要时，判决书与可撤起诉协议一起使用，作为司法协助所需的完整材料，用于与其他国家办理相关配合手续。基于上述考虑，法庭司法审查尤为必要。

Criticism and response of the long arm jurisdiction system in American criminal compliance cases

-- From the perspective of the Foreign Corrupt Practices Act

Abstract: U.S. Deferred Prosecution Agreement (DPA) used in US compliance cases with foreign interests on the one hand extends the means of corporate crime Prosecution and can be used as a legal technology itself.On the other hand, the United States uses DPA to intervene in the operation of foreign enterprises, which has evolved into an economic hegemony tool to impose huge economic fines, which violates the original purpose of the system to preserve business goodwill and relieve pressure for enterprises.In order to absorb beneficial elements to be used in the governance of corporate crime in our country and to deal with its long-arm jurisdiction, our country stipulates that the

[54] 《中华人民共和国数据安全法》主要规范数据开发利用，对数据分级分类保护，企业和个人开展数据活动应当保障数据安全，承担社会责任，另外国家维护政务数据安全等主权利益。2020 年 5 月《数据安全法（草案）》第 2 条第 2 款拟规定“中华人民共和国境外的组织、个人开展数据活动,损害中华人民共和国国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的,依法追究法律责任。”第 48 条第 2 款拟规定，“构成犯罪的,依法追究刑事责任。”参见中国人大网官网 https://www.baidu.com/link?url=971oTfl7MQMIwtZLZ0pLJobZPVOJ3YrwqYYKGkguaMVZtA5MKY0kxeCASz3BwapsVkVkKJO-t2lMX94gtv8y6AzzJLGUU47uQv40KYwBbxt5w4V6ZVkEhxWBWyc8vxtr&wd=&eqid=9eeee1c700025219000000003601ddc6a，最晚访问日期 2021 年 2 月 6 日。

premise of withdrawing prosecution should be used, the power of prosecutors to fine the offending enterprises should be added, the judicial review procedure of retractable prosecution agreement should be established, and the extraterritorial jurisdiction role of retractable prosecution agreement should be played.

Keywords: United States Foreign Corrupt Practices Act; Criminal Procedure; DPA; Long arm jurisdiction; Judicial Review.

论跨境数据流动之欧盟充分性决定制度

张伟华

摘要：随着数字经济的发展，个人数据跨境流动的频率与风险双升级，各国加强了立法规制。欧盟的充分性决定制度强调对个人数据的保护，为世界各国个人数据立法起到了引导作用，产生了深远影响。然而，充分性决定制度具有内发性、灵活性、限制开放性、歧视性的特征，并不符合 WTO 规则，其所形成的数据壁垒阻碍了欧盟的数字经济发展，且难以完全实现欧盟在设立之初的数据人权保障目标。我国在《个人信息保护法》的制定过程中可以对应该制度中合理的因素，加强数据人权保障，对该制度中所蕴含的负面因素进行避免，结合我国发展实情，确立内紧外松的数据保护规则和非歧视性的多边数据保护规则，实现数据跨境流动的市场效益与人权保障的平衡。

关键词：充分性决定，数据跨境流动，一般数据保护条例，个人信息保护法

一、问题的提出

在全球个人数据跨境流动立法方面，目前比较有代表性的是美国的自由跨境流动模式和欧盟的充分性决定加替代性措施模式以及以俄罗斯为代表的数据本地化模式。充分性决定是指欧盟通过其以《一般数据保护条例》（GDPR）为代表的法令中所确定的在特定国家或地区满足其设定的数据保护条件的情况下，允许欧盟数据向该国或该地区跨境流动，并不需要额外获得欧盟授权的一项制度。充分性决定的审批主体为欧盟委员会，具体执行机构为欧洲数据保护委员会（EDPB）。充分性决定的审批对象为向欧盟提出申请的欧盟成员国以外的第三国、第三国境内地区以及第三国某一特定产业或者某些特定产业、国际组织。2018 年，欧盟开始实施 GDPR，并成为全球个人数据保护立法的示范性文本，具有最广泛的影响力。目前学界关于欧盟充分性决定制度的讨论主要集中在以下几个问题：第一，我国对欧盟模式的接收与采纳问题。在 21 世纪初，民法学者普遍主张在我国的《个人信息法》中采纳欧盟模式（周汉华，2006；齐爱民，2005；贺栩栩，2013）。[1]完全接受欧盟个人数据保护法所带来的影响。随着理论研究不

[1]周汉华：《中华人民共和国个人信息保护法（专家建议稿）及立法研究报告》，法律出版社 2006 年版，第 122 页；齐爱民：《中华人民共和国个人信息保护法示范法草案学者建议稿》，载《河北法学》2005 年第 6 期；贺栩栩：《比较法上的个人数据信息自决权》，载《比较法研究》2013 年第 2 期。

断推进，以充分性决定制度为代表的欧盟模式不断受到学界的质疑，“去欧盟化”似乎成为新的主流观点。王利明（2013）认为应当探索符合中国国情的个人数据保护制度。[2]张新宝（2015）认为应确立国家主导、行业自律与个人参与的法治模式。[3]杨芳（2015）[4]、冯洋（2018）[5]认为欧盟个人信息保护法所基于的个人信息自决权设置并不符合中国国情，不建议将充分性决定制度纳入我国法律体系。但也有部分学者认为在将数据控制者担保模式之下，可对于国家层面进行对第三国数据保护水平评估予以补充规定。（张金平，2016；周汉华，2018；韩静雅，2016）[6]第二，关于个人数据跨境流动与国家主权的冲突问题，大部分学者主张强调国家主权原则，也有部分学者如陈少威和贾开（2020）认为跨境数据流动作为“公共喜地”，具有规模效应，一味强调主权对跨境数据的管理可能使造成跨境数据流动的进步一冲突与割裂，甚至产生“巴尔干化效应”。[7]第三，在关于充分性评估方面，部分学者认为欧盟的个人数据保护评估体系体现了其政治考量，评估过程不透明，评估待遇区别化，国际社会对其合规性存在质疑。也有学者认为我国需要将数据出境安全评估事项纳入国家层面，从而模仿欧盟也确立起自己的“白名单”制度。

中国作为全球数据大国，数据跨境流动立法相对滞后。2015 年习近平总书记在第二届世界互联网大会上提出了尊重网络主权、维护和平安全、促进开放合作与构建良好秩序的四项基本原则，呼吁各国共同构建网络空间命运共同体，推动网络空间互联互通、共享共治。[8]十四五规划提出我们要迎接数字时代，激活

---

[2]王利明：《论个人信息权的法律保护———以个人信息权与隐私权的界分为中心》，载《现代法学》2013 年第 4 期。

[3]张新宝：《从隐私到个人信息：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》2015 年第 3 期。

[4]杨芳：《个人信息自决权理论及其检讨———兼论个人信息保护法之保护客体》，载《比较法研究》2015 年第 6 期。

[5]冯洋：《论个人数据保护全球规则的形成路径——以欧盟充分保护原则为中心的探讨》，载《浙江学刊》2018 年第 4 期。

[6]张金平：《跨境数据转移的国际规制及中国法律的应对——兼评我国<网络安全法>上的跨境数据转移限制规则》，载《政治与法律》2016 年第 12 期；周汉华：《探索激励相容的个人数据治理之道——中国个人信息保护法的立法方向》，载《法学研究》2018 年版；韩静雅：《跨境数据流动国际规制的焦点问题分析》，载《河北法学》2016 年第 10 期。

[7]“互联网巴尔干化”是指网络已分裂为有各怀利益心机的繁多群类，它只代表了一种形态，本身并不具有褒贬色彩，但由于其隐含的“分裂化”“碎片化”的含义而使“巴尔干化”变成一种令人不安和焦虑的趋势。See John Selby,*Data Localization Law:Trade Barriers or Legitimate Responses To Cyber Security Risk,or Both?* International Journal Of Law And Information Technology, Issue3, p.216 (2017).

[8]《习近平在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话（全文）》，载世界互联网大会官网 2015 年 12 月 16 日，https://2019.wicwuzhen.cn/web19/wlqg/zwln/201908/t20190822_10862332.shtml。

数据要素潜能，推进网络强国建设，加快建设数字经济、数字社会、数字政府。2020 年 10 月 21 日我国全国人大常委会发布《个人信息保护法(草案)征求意见》。充分性决定制度对我国在内的世界各国数据法律发展有着深远的影响。通过对充分性决定制度的历史溯源进行梳理，对其性质与特征进行辨析，对其全球影响力进行探讨的基础上，本文提出充分性决定制度并不适合中国，其内在性质决定该制度的发展具有局限性。我国在制定《个人信息保护法》时需要客观和辩证得看待该制度，在加强我国个人数据保护的同时通过其他方式积极融入全球个人数据流动规则体系建设中去。

二、充分性决定的历史溯源与特征

充分性决定的产生与应用

充分性决定是由欧盟指定的机构来评判一个国家/地区是否具备充分的个人数据保护条件，从而给予符合条件的国家/地区个人数据跨境流动的开放政策，并对该国/地区的数据保护情况进行监督与定期考评的制度。由于二战期间，纳粹政权使用了多重手段控制并监视公民生活。经过二战的惨痛教训并随着 1948 年《世界人权宣言》和 1949 年《欧洲人权公约》的通过，欧洲人的私生活和家庭生活开始受到法律保护与尊重。个人数据即个人隐私信息也受到了重视。德国出现了最早的个人数据保护的法律规定。1970 年德国《黑森州数据法》是全球第一部综合性数据立法，主要强调行政机关对个人数据方面的权限与义务；1973 年瑞典出台了《瑞典数据法》，提出设立专门的个人数据保护机构，规范数据处理者的行为；1977 年，德国《联邦数据保护法》确立了个人数据保护的基本原则、基本内容、监督机关、损害赔偿制度；1978 年法国《信息、档案与自由法》规定对个人数据的处理不得损害个人人格、身份及私生活方面的权利。在欧洲各国纷纷出台各自的个人数据保护法律之后，各国之间个人数据跨境流动出现了标准混乱的情况。各国的保护意识、手段、技术也存在着相当大的差距。为统一标准，促进数据的安全、高效流通，1980 年经济合作与发展组织（OECD）出台了《适用于隐私保护和个人数据跨境流动的指南》并明确了日后得到广泛应用的“对等保护原则”，即要求数据接收国提供可与数据发送国相比拟的保护水平。1981 年，欧盟委员会制定了《关于个人数据自动化处理公约》（第 108 公约），

对个人数据的概念、保护原则、跨境传输等做了规定，为世界上第一部具有约束力的关于个人数据保护的公约。公约第 14 条对数据跨境传输进行了规定，提出各缔约国不得仅以个人数据保护为理由而禁止或者以必须通过特别授权来限制数据跨境流动。1999 年欧洲委员会于对第 108 公约进行了修正，对非欧共体成员进行开放，同意欧洲共同体和非欧洲委员会成员国加入该公约。[9]OECD 确立的“对等保护原则”和第 108 公约确立的对非欧盟成员开放制度及不得以特别授权限制数据流动原则为充分性决定制度的形成奠定了基础。然而，由于公约的规定仍然比较原则和笼统，且公约无法直接适用于成员国，各国的保护水平相差较大，缺乏强大的修法动力，因此并未根本达到统一个人数据保护标准，实现成员国之间数据自由流动的目的。为了解决这一问题，1995 年，欧盟出台了《第 95/46/EC 号保护个人在数据处理和自动移动中权利的指令》（95 指令）。指令通过确立收集限制、数据质量、目的特定、利用限制、安全保障、公开、个人参与和问责等八项原则[10]，为成员国提供最低个人数据保护立法标准，打消了高水平保护国家的顾虑。也赋予了低保护水平国家以修法动力，从而起到了均衡各国数据保护水平，促进欧盟内部个人数据跨境流动的作用。[11]对于部分无法到达指令要求的最低标准的国家，95 指令第 25 条第一款中提出了“充分性保护”的原则，即个人数据只能跨境流动到被欧盟认定为有“充分性”保护水平的国家。[12]这是充分性决定制度的雏形，是在特定环境下，欧盟为了促使其成员国提升个人数据保护水平所采取的“硬性”措施。但是由于指令同样需要成员国转化国内法才能适用，因此该原则在实践中并没有得到很好地适用。

为了解决“充分性保护原则”在各成员国无法统一适用的问题，欧盟采用了“条例”这一立法形式，于 2016 年制定了 GDPR。该条例是可以直接适用于成员国的，且与成员国的国内法相比，条例具有优先性。GDPR 第 45 条第 1 款确立了“充分性决定制度”，即当欧盟委员会作出认定，认为相关的第三国、第三

[9]See the Amendments to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing

Of Personal Data by Council of Europe. Article 4.

[10]See OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Trans-border Flows of Personal Data Part Two. Basic Principles of National Application, pp.14-15.

[11]田旭：《欧盟个人数据保护法的全球影响成因与启示》，载《江西财经大学学报》2020 年第 4 期。

[12]欧盟 1995 年“指令”第 25 条第一款规定：各成员国应该规定，只有当第三国确能够提供充分的保护时，才能向第三国转让正在处理或在转让后将要被处理的个人数据。

国中的某区域或一个或多个特定部门、或国际组织具有充分保护水平，才可以将个人数据转移至该国家/地区。此类转移不需要特别授权。目前有 13 个非欧盟国家被欧盟纳入充分性决定的“白名单”中，包括安道尔、阿根廷、法罗群岛、根西岛、以色列、马恩岛、日本、泽西、新西兰、瑞士、乌拉圭、美国、加拿大。其中美国和加拿大为未完全获得充分性决定的国家，欧盟仅给予加拿大商业组织和美国《隐私盾协议》项下企业以充分性决定的认定。这两个国家都与欧盟有单独的协定。[13]此外，还有一些国家正在积极与欧盟进行谈判，申请加入充分性决定“白名单”。韩国自 2017 年 1 月开始与欧盟进行“充分性决定”谈判。2021 年 3 月 30 日欧盟委员会宣布“欧盟与大韩民国之间的‘充分性决定’谈判圆满完成”。只待欧洲数据保护委员会（EDPB）的官方意见，以及由欧盟成员国代表组成的委员会的正式批准。[14]印度也即将开启与欧盟之谈判进程。[15]

从欧盟个人数据保护的历史脉络中可以看出，充分性决定制度的形成并不是一蹴而就的，而是欧盟在应对互联网经济快速发展，数据跨境流动逐渐频繁的过程中为了统一欧盟内各成员国的数据保护标准而逐步形成的。有效地填补了欧盟内部的“数据洼地”，保障了成员国之间数据流动的安全性，促进了数据流动的高效性。在此基础上，欧盟将其规则向外拓展，将非欧盟国家吸纳进 GDPR 的规范体系中，以充分性决定为评估天秤，指导和影响着非欧盟国家向其靠拢，从而实现其规则的国际化和价值体系的全球影响力。[16]

（二）充分性决定的特征

通过对充分性决定制度的起源、发展进行考察，可以发现，充分性决定呈现出内发性、灵活性、限制开放性与歧视性的特征。其中歧视性特征被学界认为有违反 GATS 之嫌而饱受诟病。内发性是其限制开放性的根本原因，歧视性是灵活性的必然结果。其限制开放性在很大程度上限制了 GDPR 在全球的影响与发展。

---

[13]See Commission Implementing Decision 2016/ 1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield, 2014 O.J.(L207) 1note47 (instituting the requirements of self-certification under Privacy Shield to allow for companies to transfer data from the EU to the US, and replacing the previously instated Safe Harbor framework after its invalidation by the Court of Justice of the European Union (CJEU)).

[14]Joint Statement by Commissioner Reynders and Yoon Jong In, Chairperson of the Personal Information Protection Commission of the Republic of Korea，European Commission(April.13,2021)，https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_21_1506。

[15]《全球数据跨境流动政策与中国战略研究报告》，载阿里巴巴数据安全研究院网站 2019 年 8 月 28 日，https://www.secrss.com/articles/13274。

[16]同前注,田旭：《欧盟个人数据保护法的全球影响成因与启示》。

（1）内发性

充分性决定从创立之初就是为了解决欧盟内部成员之间的跨境数据流动问题。尽管随着时间的推移，其适用范围拓展到了非欧盟国家，但是其内发性的特点并未随之消失。充分性决定制度之所以能在欧盟内部获得成功，归因于欧盟成员国共同的文化基础、价值体系、法律基础以及相当的信息技术发展水平。尽管如此，在刚开始的阶段，由于该制度是通过《指令》来实施的，并非直接适用于各个成员国，成员国有较强的自主性，各国对于保护目标、标准、实施方法都不一样，因此各成员国之间法律不协调，最终出现了指令在成员国中的执行程度不一的局面。[17]这项制度在适用于非欧盟成员时则容易出现“水土不服”的情况。以日本为例。很多日本学者认为由于文化差异的存在，欧盟的数据隐私制度并不适合日本。[18]例如日本《个人信息保护法》（APPI）规定以《个人信息保护委员会指南》来指导充分性决定制度的执行。根据指南第 41 条，委员会对违反命令的个人信息处理经营者可处“6 个月以下的劳动监禁或不超过 30 万日元的罚款”。[19]但是 APPI 中并未规定对违反者进行行政处罚，刑事处罚也只有在穷尽其他救济途径时才会采用。因此指南面临可能与上位法相冲突的风险而使其执行力度大打折扣。比如 Google 公司在 2012 年出台了隐私条款精简政策，将 Google 服务的所有隐私政策整合到一个文件中，对于 Google 此举，法国根据 GDPR 对其进行了 5000 万欧元的罚款，而日本只是做了警告处理。在监管机构方面，欧盟倾向于建立统一的监管机构，采取有法律强制力的措施对数据进行保护与管理，而日本倾向于通过社会信用和商誉等软机制来影响数据主体的行为，从而实现商业的促进与数据的保护。欧盟与日本的双向保护水平也难以做到相当。在日本境内处理的数据仅受 APPI 较低标准的保护。[20]从欧盟流动到日本的个人数据受到高于日本国内水平的保护。小木井教授认为日本的法律体系具有独特性，加上 APPI

[17]W.Gregory Voss, *Preparing for The Proposed EU Generation Data Protection Regulation: With Or Without Amendments*,Bus.L.Today1(2012).

[18]See Wang,Flora,*Cooperative Data Privacy:The Japanese Model Of Data Privacy And The Eu-Japan Gdpr Adequacy Agreement*. Harvard Journal Of Law& Technology Vol.33 No.2, P661-691(2020);See also Interview with KaoriIshii, Associate Professor,Univ.of Tsukuba, In Tokyo, Japan. note101. (Jan.18,2019)

[19]日本《个人信息保护法》,art.42，84.

[20]See Article 3 of the GDPR stipulates that the Regulation applies to businesses outside of the EU if the company (1) offers goods or services to data subjects residing in the EU, or (2) if the organization monitors their online behavior. GDPR,art.3.

独特的文化背景与历史背景，其与 GDPR 存在不兼容性，尽管对于 APPI 的修订是基于日本与欧盟的协商，他认为这种修订无法解决根本性矛盾。[21]而这种根本性矛盾来源于 GDPR 充分性制度的内发性，这种制度建立在欧盟成员国共同的文化价值与法律意识基础上，一旦移植到非欧盟国家，难免出现“水土不服”的现象。

灵活性

欧盟委员会对第三国进行“充分性”要素评估时具有主观灵活性。主要体现在：第一，GDPR 规定审查第三国或地区法治程度、公共安全、国防、国家安全以及数据保护方面的立法、是否具有独立的数据安全监管机构、是否加入数据保护的条约或协定或作出国际承诺等。而对于何为法治程度，数据保护立法需要达到何种程度等缺乏客观标准与细则。[22]第二，欧委会对待申请充分性决定的各国的待遇不尽相同，其审批程序过于繁琐和低效，同时在评估过程中还加入了政治因素的考虑。[23]从不同国家的对比可以得出这一结论。2000 年，美国与欧盟达成了《安全港协议》，欧盟给予美国商务部提供的公司清单以充分性保护待遇。但是，在 2013 年出现美国“棱镜门事件”[24]如此大规模的，由政府主导的恶性隐私权侵犯事件之后，欧盟并没有取消美国的“充分性决定”待遇，而是在短时间内就积极推动与美国在数据跨境方面的合作。并于 2016 年达成了《欧美隐私盾协议》。2020 年 7 月，《隐私盾协议》同样被欧盟法院裁决无效。[25]仅在一个月后，美国商务部部长威尔伯·罗斯（WilburRoss）和欧盟委员会司法事务专员迪迪埃·雷恩德斯（DidierReynders）联合发表声明，称双方将回到谈判桌前，重新评估“加强版隐私盾”的可能性。[26]而对于大部分国家而言，却很难在短期内得

---

[21]See Wang,Flora,*Cooperative Data Privacy:The Japanese Model Of Data Privacy And The Eu-Japan Gdpr Adequacy Agreement*. Harvard Journal Of Law& Technology Vol.33 No.2, P661-691(2020); See also Interview with TaroKomukai, Professor, Nihon Univ., in Tokyo, Japan.note144.(Jan.21,2019).

[22]GDPR 第 45(2),(3)条。

[23][德]克里斯托弗·库勒著：《欧洲数据保护法》，旷野、杨会永等译，法律出版社 2008 年版，第 78 页。

[24]2013 年 6 月，前中情局(CIA)职员爱德华·斯诺登将两份绝密资料交给英国《卫报》和美国《华盛顿邮报》，揭露美国国家安全局有一项代号为"棱镜"的秘密项目，要求电信巨头威瑞森公司必须每天上交数百万用户的通话记录。过去 6 年间，美国国家安全局和联邦调查局通过进入微软、谷歌、苹果、雅虎等九大网络巨头的服务器，监控美国公民的电子邮件、聊天记录、视频及照片等秘密资料。

[25]《欧洲法院裁定<欧美数据隐私护盾>无效》，载南宁晚报 2020 年 7 月 18 日，第 14 版。

[26]《“隐私盾”被判无效后续：美欧重启讨论，对加强版协议开展评估》，载新浪网 2020 年 8 月 14 日，http://k.sina.com.cn/article_1655444627_62ac149302001l3et.html。

到欧盟的充分性决定认定。如韩国从 2015 年开始申请欧盟的充分性决定，直到最近才获得欧盟的初步认可，而许多网络信息技术不发达的国家要想获得这一张“入场券”是非常困难的。第三，充分性决定的规则制定者为欧盟委员会，但其缺乏对自身的监督程序和纠错机制。GDPR 规定欧委会颁布相关执行法案，对符合充分性决定的国家实行持续监控和定期审查，审查频率不低于四年一次。主要审查该国数据保护的最新发展状况，包括但不限于法律、行政、司法、经济、人权以及监管机构的独立性等。对于经审查不满足“充分性”保护条件的或当发生可能影响充分性决定实施的情况的，欧委会将采取措施，对充分性决定进行撤销、修订或中止。[27]而欧盟委员会本身及其决议却缺乏监督机制和相关争端解决机制。GDPR 的灵活性导致其在对第三国进行评估时产生了歧视性标准，在充分性制度的进入、执行与退出机制上均由欧委会决定，不利于该制度向着客观、公证、透明、开放的方向发展。

限制开放性

数字经济本身具有天然的开放性，数据的价值在开放和交流中得到体现、实现增值与转化。规范数据跨境流动的国际规则只有具有开放性才能具有长久的生命力。GDPR 在其既定标准之下不断吸纳新的成员，扩大影响力，体现了其开放性的一面。许多国家都在不断修订本国的国内法，向欧盟标准靠近，[28]并申请欧盟将其纳入充分性决定的“白名单”。但是 GDPR 的开放性受到一定的限制。首先，在“白名单”准入机制方面，欧盟的审核标准非常严格。在评估第三国或国际组织是否具备保护的充分性时，欧盟委员会将特别考虑法治环境、人权意识、涉及个人数据的公共权力相关的立法、数据保护规则和安全措施的实施、对于数据主体的行政和司法救济、是否存在独立的监管机构、以及所参与的相关国际合作等因素。其次，欧盟委员会对这些“白名单”国家实行定期审查机制，一旦出现违反或不再符合其标准的情况下，欧盟可采取措施对这些国家进行限制甚至将其踢出“白名单”。最为典型的是在 2015 年，《安全港协议》因‘施雷姆斯诉爱尔兰数据监管机构案’[29]而被欧盟法院（CJEU）宣布无效。限制开放性还体现在

[27]GDPR45.5-45.7 条

[28]诸多非欧盟国家，如俄罗斯、加拿大、澳大利亚、巴西等国陆续按照欧盟标准制定或修改其内部个人数据保护法律，以期与欧盟规定相一致，以免违反欧盟指令而影响经济发展。

[29]2013 年棱镜门事件中，斯诺登爆料脸书在“棱镜”项目中遇美国情报机构串通一气，奥地利法律学者施雷姆斯向脸书欧洲总部所在地爱尔兰当局提出申诉，认为脸书所储存的个人信息受美国国家机构的监控，因此并不安全。施雷姆斯的申诉被主管部门援引《安全港协议》予以驳回，他随后将这一纠纷上诉至

欧盟通过 GDPR 实现了域外管辖权与域外执法权。GDPR 第 3 条规定对非设立于欧盟境内的组织或实体处理欧盟境内主体的个人数据行为进行法律规制，从而将管辖权扩展于欧盟境外。2014 年发生的“谷歌数据隐私案”即是域外管辖的一个例证。[30]该种管辖权扩张加强了欧盟境内数据主体的隐私权利的保障力度。关于域外执行权的典型案例是 2017 年加拿大 AIQ 案。在该案中欧盟信息委员会办公室 ICO 认定 AIQ 违法获取并处理了英国公民的个人数据，并用于未经授权的定向政治广告推送等目的，即数据来源的不合法及处理目的未经同意，从而对 AIQ 发出了执行通知。由于 ICO 积极与加拿大各个数据监督执法机构展开配合，彼此共享信息，并通过加拿大数据执法机构向 AIQ 施压，最终令 AIQ 承认违法数据处理行为；这一结果打破了一般预期中 GDPR 无法域外执行的局面。[31]GDPR 无需借助充分性决定制度就可以实现域外权利的扩张的情况使得其充分性决定“授权”意愿更低，其开放性也受到更多的限制。

（4）歧视性

充分性决定制度是一项区分制度，其将第三国区分为“符合标准”的国家与“不符合标准”的国家。“符合”标准由欧盟制定和衡量。如前所述，该标准的客观性与一致性并没有得到完全遵守。对于标准的“歧视性”，学界也充满了争议，主要围绕关于 GDPR 是否违反 GATS 非歧视性原则展开。支持违反论者[32]认为 GDPR 违背了 GATS 第 16 条和第 17 条。GATS 第 16 条规定各国在服务的市场准入方面应遵守具体承诺减让表中的规定，必须满足对各成员国及其服务者提供的最低待遇。欧盟在其具体承诺减让表中并未对电信和数据传播做出限制，因此其通过充分性决定制度来阻挡成员国及其服务提供者准入的行为违反了 GATS 该项规定。同时 GATS 第 17 条规定了国民待遇原则。对于列入减让表的部门，在

欧盟法院，2015 年欧盟法院判决《安全港协议》因无法实现对欧盟个人数据的保护而无效。

[30]2014 年 5 月 13 日，欧洲法院公布该案判决书（Google Spain SL. Google Inc.VAEPD and Mario Costeja Gonzalez)。判决书指出欧洲网络用户可以要求谷歌公司删除从互联网所获取的个人敏感数据，来保护自己的被遗忘权（the right to be forgotten)，最终谷歌西班牙公司败诉。

[31]宁宣凤、吴涵、黎辉辉：《GDPR 案例短评汇总》，载《上海法学研究》集刊 2020 年第 13 卷。

[32]如刘维认为欧委会给予未达到充分保护水平的国家的待遇不尽相同，构成事实上的歧视待遇。刘维：《跨境数据流动监管措施在 GATS 下的合规性分析》，载《理论月刊》2018 年第 3 期。曹秋涵认为“充分性”评估具有固有弊端：抽象性和主观性，且存在违反 GATS 最惠国待遇的合规风险。见前注[10]。

遵守其中所列任何条件和资格的前提下，每一成员在影响服务提供的所有措施方面给予任何其他成员的服务和服务提供者的待遇，不得低于其给予本国同类服务和服务提供者的待遇。欧盟对于非充分性决定制度国家的限制也违反了国民待遇原则。[33]反对违反论的人认为欧盟可以根据 GATS 第 14 条进行抗辩，即安全例外条款，欧盟可以根据 GDPR 的隐私权保护构成 GATS 第 14 条的一般例外条款 c（ii）。但是例外条款适用非常严格，需要证明不能“以构成类似条件的国家之间任意或不合理歧视的方式应用”，[34]对于个人数据跨境流动规制是否符合子项（c）之要求，在“美国——赌博案”中，WTO 上诉机构确定了适用该条款的三个条件：即法律法规得到充分遵守、与 WTO 不相抵触以及在“必须”的情况下。而对第三个条件，专家组指出，“是否为必须”需考虑所欲保护的法益、对于目标实现的贡献率以及对于商业规制带来的影响。[35]关于是否构成违反母项善意原则下的任意一种情形，如果某国所采取的措施缺乏一致性，则很可能被认为构成母项中“武断和不合理的歧视”或“对贸易的变相限制”[36]欧盟在对“充分性决定”进行评估和审查时存在对于不同国家的标准的“不一致性”。尽管目前尚未有国家或组织针对“充分性决定”向 WTO 提起诉讼，但是从 WTO 的判例中可以推导欧盟使用 GATS 第 14 条进行抗辩的难度非常大，实际上目前鲜有通过运用第 14 条安全例外条款获得胜诉的案例。欧盟也在采取通过签订双边或区域自贸协定的方式来规避这一风险，但是在其完成与所有白名单国家的自贸协定之前，其违反“非歧视”原则的法律风险依然存在，且将对其今后的授权形成掣肘。

三、充分性决定的影响

布鲁塞尔效应

充分性决定反应了布鲁塞尔效应的潜在规制。布鲁塞尔效应（Brussels effect）一词最早是芬兰裔美国法学教授 AnuH.Bradford 于 2012 年提出的，其含义为欧

[33]See Elisabeth Meddin, *The Cost Of Ensuring Privacy: How The General Data Protection Regulation Acts As a Barrier To Trade In Violation Of Articles Xvi And Xvii Of The General Agreement On Trade In Services*, American University International Law Review, 2020.

[34]See GATS art.XIV.

[35]Panel Report,US-Gambling,para.6.477.

[36]Appellate Body Report,US-Gambling,para.292.

洲“通过市场机制将其法律和法规外部化，从而导致标准的全球化”。[37]她将一个国家在全球市场上的行动过程描述为“单边监管全球化”。她认为“如果欧盟只管理内部市场，跨国公司往往会激励全球生产标准化并遵守单一规则。这种动态将欧盟规则转化为全球标准，达到“事实上的布鲁塞尔效应”。而这反过来又可能产生“法律上的布鲁塞尔效应”，因为“在这些出口导向的公司调整了商业惯例以满足欧盟的严格标准后，他们往往有动机游说国内政府采用同样的标准，以将竞争环境与国内竞争对手持平”从而使得欧洲的隐私标准出口到另一个司法管辖区，即使后者没有主动实施隐私标准。[38]MichaelRustad 教授和 ThomasKoenig 教授以 GDPR 为例，研究了布鲁塞尔效应对数据隐私领域的影响。他们认为，GDPR 可能成为全球数据隐私领域的“黄金标准”。一方面，欧盟可以通过跨国公司输出其在隐私保护等方面制定的行业标准。跨国公司为进入欧盟而不得不遵循欧盟的规则和标准。另一方面，其他国家也会参考欧盟在其区域内制定高标准的个人数据保护规则，如 2018 年 7 月巴西生效的《巴西数据保护法》完全照搬 GDPR，甚至法案名称都与之完全一致，2019 年泰国确立的《个人数据保护法》（PDPA）也是照搬欧盟的 GDPR。此外，一些国家为进入欧盟充分性决定“白名单”，对标 GDPR 进行数据立法的改革。日本为保证从欧盟传输至日本的数据能符合欧洲数据保护的标准，制定了多项补充规则，内容上如将性取向与工会会员资格认定为敏感信息进行保护；保障数据主体的权利适用于从欧盟转移的所有个人数据，而不论其期限如何。程序上如规定数据保护由日本独立数据保护机构（PPC）和法院执行；有关日本公权利机关以刑事执法和国家安全目的访问数据的仅以处理目的必要和相称为限，并有独立的监督及有效的救济机制；建立投诉处理机制，用于调查和解决欧洲对日本公权利机关访问其数据的投诉。随着大数据的发展，人们对隐私和数据泄露的看法发生了改变，如果国内企业同时遵守国内外法律的成本太高，他们将向政府施加压力，要求将国内隐私保护水平提高到欧盟的水平，以保持统一。[39]长此以往，不难推断，欧盟标准将成为全球数据保护通用标准。

对欧盟数字经济的限制

---

[37]See,e.g.,Anu Bradford,*The Brussels Effect*,107Nw.U.L.Rev.1,note18,At3.,22-26 (2012).

[38]周念利、李玉昊、刘东：《多边数字贸易规制的发展趋向探究——基于 WTO 主要成员的最新提案》，载《亚太经济》2018 年第 2 期。

[39]Wang,Flora,*Cooperative Data Privacy:The Japanese Model Of Data Privacy And The Eu-Japan Gdpr Adequacy Agreement*. Harvard Journal Of Law& Technology Vol.33 No.2, P661-691(2020).

尽管 GDPR 对各国数据立法起到了引导和示范作用，大有成为全球通用数据标准之势，但充分性决定作为一种单边数据保护制度，存在着一系列问题，直接限制了 GDPR 的全球影响力。主要问题包括：第一，数据安全标准设定过高，只有少数国家能够达到其安全标准；第二，充分性保护原则标准太过抽象，只进行形式审查，实施成效甚微。GDPR 并未对何为充分性保护进行精准释义，而是通过设置参考因素和减损情形的方式进行规制；充分性决定对于增强数据流通合法性的潜力也十分有限，因为充分性评估的时间框架不明确，它需要若干年才能获得批准。充分性保护原则的最大问题在于，数据保护手段高度区分化难以满足经济发展对于数据跨境流通的需要之间的矛盾。很难想象，个人数据只能在数据保护制度相似的国家中进行。第三，执行机制低效，欧盟严格的数据保护标准使整个欧洲互联网产业无法得到快速发展。相较于美国，欧洲互联网企业的发展滞后，以搜索引擎为例，2020 年 4 月到 2021 年 4 月全球搜索引擎市场，谷歌占比 92.41%，必应占比 2.46%，雅虎占比 1.48%，百度占比 1.3%，DuckDuckGo 占比 0.6%，YANDEX 占比 0.55%。[40]排名前六均非欧盟企业。而欧盟拥有超过五亿的高收入消费群体却没有对应的本土搜索引擎服务商。除了搜索引擎外，社交网站、移动网络服务的新兴领域，欧盟本土企业似乎都不占优势。

为了适应市场需求，促进欧盟与更广泛的国家与区域间的数据流动，GDPR 规定了两种补充规则，即标准合同条款和约束性公司规则（BCR）。标准合同条款是由欧盟委员会和欧洲数据保护委员会共同制定和提供的，旨在界定数据传输方和数据接收方之间的责任和义务。一方面，监管机构对于跨境数据转移至第三国后可以继续进行调查。另一方面，合同中涵盖了第三方数据保护机构、法院、仲裁机构等争端解决机制。标准合同主要适用于少量、少次的个人数据传输。如果需要传输的个人数据过多，过于复杂，可能需要签订大量的合同，使得标准合同文本在实践中的可操作性降低。[41]BCR 规定在 GDPR 第 47 条，主要规范对象为在欧洲经营的跨国公司。欧盟境内的跨国公司经向有关数据主管部门申请，获得通过后将被视同为其具有充分性保障而允许其进行数据的流动。这项制度可以

[40]See Browser Market Share Worldwide(Mar 2020 - Mar 2021), http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share.

[41]熊佳妮:《欧盟个人数据跨境流动中“充分性保护原则”的研究及对我国的启示》,广东外语外贸大学 2019 年硕士学位论文。

有效满足跨国公司内部的个人数据跨境流动。BCR 通过将对个人数据保护的责任分配到公司，减轻了政府机构的负担，但是 BCR 的批准程序冗长、复杂，仅仅是申请就可能要花费不少于 1 年的时间，并且投入的经济成本较高。目前获得欧盟 BCR 认定的仅十多家大型企业。可以说，BCR 给大企业开辟了一条路径，但是这种让企业各自花费高额成本，冗长时间去达到欧盟的合规要求的做法不仅经济性差，而且成功的几率难以保障。充分性决定制度在一定程度上阻碍了欧盟的跨境投资与贸易发展，补充规则只在各自有限的范围内进行弥补，无法解决充分性制度的根本问题。从其政治倾向性来看，充分性决定制度并未完全实现其保障人权的目标，同时，对数据自由流动形成了壁垒，阻碍了欧洲数字经济的发展。

四、我国对充分性决定的吸收与借鉴

充分性决定制度具有很多创新与优势，其对个人数据的保护理念、原则及方法在早期对各国数据保护立法起到了积极的影响与示范作用，但是随着时代的发展，数据跨境流动的实际情况发生了变化，技术有了新的发展，各国法律制度也逐步完善，欧盟的充分性决定制度对数据的自由流动形成了一定的阻碍。我国在制定数据保护法律法规时应予以客观分析，取其精华去其糟粕。确立内紧外松的个人数据保护模式，即加强国内数据权利保护立法与法律规制体系建设，对外积极促进多边、区域、双边的谈判与合作，在坚持主权原则的前提下，积极促进数据的区域流动与全球流动。同时，在制定数据保护法律时注意避免违反“非歧视性”原则。

（一）加强我国个人数据立法

在个人数据保护法律的制定与实施方面，欧盟、美国走在前列，欧盟充分性决定制度在其数据保护理念、基本原则、评估手段等方面都值得我们研究和学习。事实上，在我国《个人信息保护法》（草案）中确有许多参考欧盟立法之处，但是我们需要看到，欧盟的充分性决定制度所确立的对第三国的审查标准较高，规则并不明确，在执行过程中受到了政治性倾向的影响，违反了 GATS 的“非歧视性”原则。我国在未来的立法过程中，需要注意，虽然法律会对数据运营者的数据行为进行必要的限制，并进行有限度的安全评估，但立法的最终目的仍应该是促进个人信息依法有序的自由流动。[42]我国在数据立法时应特别重视“非歧视性”原则，遵守 GATS 减让表的规定。跨境数据流动机制的全面建立应该是一个长期的、动态调整的过程。我国在不损害国家安全和国家利益的前提下，应该坚持扩

[42]时业伟：《跨境数据流动中的国际贸易规则：规制、兼容与发展》，载《比较法研究》2020 年第 4 期。

大数字经济规模，开放数字经济市场，明确数字经济规则。

我们也应该看到，各国数据保护水平相差较大，许多国家数据基础设施建设落后、数据保护立法、执法强度较差，数据泄露的情况时有发生。为了保障我国公民的数据权利，一方面，我们需要推动发展区块链为代表的安全网络技术[43]，加强个人信息的“匿名化处理”，[44]另一方面，我们应该坚持在跨境数据流动方面采取本地化措施，加强对网络运营者的审核与管理，加强行业监督与行业自律，建立重大网络风险预警机制。尽管以美国为代表的部分国家出于维护其在互联网领域的霸主地位和规则主导权的考虑极力阻止其他国家本地化措施的实施。但是在技术手段无法充分保障数据跨境流动安全性之前，应当采取数据本地化措施。要求数据控制者在国家边界内的数据中心存储和处理数据。目前各国对于数据本地化的共识越来越高。一方面，数据本地化是数据跨境之后对于数据追踪、管理和控制的有效手段。另一方面，数据本地化也是国家行使对数据主体管辖权的重要依据。可以说数据本地化是数据跨境的一道安全阀门。对于国家主权和安全有着重要意义。同时，可以采取信息分级分类管理办法，对于数据泄露较为严重且缺乏相应保障机制的国家和地区，设立黑名单制度。只有技术加法律的双重保障，才能为数据跨境流动的安全保驾护航，行稳致远。

（二）推动国际数据规则的双、多边机制

充分性决定的单边规则性质决定了其制度缺陷，且无法与数据跨境流动的全球市场需求相匹配。以双边及多边规则来处理数据跨境流动是打破这种制度禁锢的新的出路。一项制度的制定与落实不仅需要符合主权国家的意志、利益，还需要符合其文化、法律体系。习近平总书记提出，应推动制定各方普遍接受的网络空间国际规则。构建互联网治理体系，促进公平正义。国际网络空间治理，各国应该加强沟通交流，完善网络空间对话协商机制，研究制定全球互联网治理规则，使全球互联网治理体系更加公正合理，更加平衡地反映大多数国家意愿和利益。[45]在 2019 年的 G20 峰会上，印度、南非、印尼拒绝签署《大阪数字经济宣言》，印度认为相关谈判应在 WTO 框架内进行，印尼认为数据在跨国间的流通严重阻碍发展中国家从数据贸易中获利。我国在参与制定国际规则之时，要关注数字经济暂时落后的国家。我们所提出的方案要考虑到其他国家的接受度和可持续发展性，基于信任的、平等互利的基础上进行规则的设置。加强与那些有潜力、有能力但暂时落后的发展中国家的合作。同时，我国需要加强数据规则话语权，积极

[43]我国十四五规划指出：推动智能合约、共识算法、加密算法、分布式系统等区块链技术创新，以联盟链为重点发展区块链服务平台和金融科技、供应链管理、政务服务等领域应用方案，完善监管机制。

[44]根据我国《个人信息保护法》草案第四条的规定“个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。”

[45]同前注，《习近平在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话（全文）》。

参加相关数据保护国际组织，推进数据议题探讨，阐述我国数据保护立场，贡献我国数据建设智慧。加强与“一带一路”国家关于数据基础设施建设、数据市场治理、数据安全保护的机制合作。通过建立数据保护机构，考虑加入 CBPR 体系，在亚太地区开展跨境数字产品贸易和服务。提升国内的数据保护标准，并积极推动制定数据保护的国际贸易规则出台。[46]在 WTO 和区域贸易协定中我们需要积极主动把握规则制定权和协商机会，将我国的个人信息保护原则、规则纳入到更多双边及多边协定中，加强我国的数字经济软实力及影响力。

结语

欧盟的 GDPR 是全球公认的最为严格的个人数据保护条例，为了促进数据流动，GDPR 确立了充分性决定制度及其补充规则。充分性决定制度在全球产生了积极的个人数据立法示范效果，同时，由于充分性决定制度所具有的内发性、灵活性、限制开放性、歧视性等特点，客观上无法使 GDPR 的影响力进行更大程度得扩展，其所形成的贸易壁垒阻碍了欧盟数据产业和数据企业的发展，同时也并没有完全实现防止隐私侵犯、数据泄露的目的。对于中国而言，积极推进网络空间国际交流与合作，推动以联合国为主渠道、以联合国宪章为基本原则制定数字和网络空间国际规则，推动建立多边、民主、透明的全球互联网治理体系，建立更加公平合理的网络基础设施和资源治理机制是今后努力的方向。在数据立法中需要吸收充分性决定制度中的积极有效的成分，也需要辨析其缺陷与弊端，在立法中进行借鉴与改进。

参考文献：

[1]周汉华：《中华人民共和国个人信息保护法（专家建议稿）及立法研究报告》，法律出版社 2006 年版，第 122 页。

[2]齐爱民：《中华人民共和国个人信息保护法示范法草案学者建议稿》，载《河北法学》2005 年第 6 期。

[3]贺栩栩：《比较法上的个人数据信息自决权》，载《比较法研究》2013 年第 2 期；

[46]戴龙：《论数字贸易背景下的个人隐私权保护》，载《当代法学》2020 年第 1 期。

[4]王利明：《论个人信息权的法律保护———以个人信息权与隐私权的界分为中心》，载《现代法学》2013 年第 4 期。

[5]张新宝：《从隐私到个人信息：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》2015 年第 3 期。

[6]杨芳：《个人信息自决权理论及其检讨———兼论个人信息保护法之保护客体》，载《比较法研究》2015 年第 6 期。

[7]冯洋：《论个人数据保护全球规则的形成路径——以欧盟充分保护原则为中心的探讨》，载《浙江学刊》2018 年第 4 期。

[8]张金平：《跨境数据转移的国际规制及中国法律的应对——兼评我国<网络安全法>上的跨境数据转移限制规则》，载《政治与法律》2016 年第 12 期。

[9]周汉华：《探索激励相容的个人数据治理之道——中国个人信息保护法的立法方向》，载《法学研究》2018 年版。

[10]韩静雅：《跨境数据流动国际规制的焦点问题分析》，载《河北法学》2016 年第 10 期。

[11]See John Selby,Data Localization Law:Trade Barriers or Legitimate Responses To Cyber Security Risk,or Both? International Journal Of Law And Information Technology, Issue3, p.216 (2017).

[12]孔令杰：《个人资料隐私的法律保护》，武汉大学出版社 2009 年版。

[13]田旭：《欧盟个人数据保护法的全球影响成因与启示》，载《江西财经大学学报》2020 年第 4 期。

[14]W.Gregory Voss, Preparing for The Proposed EU Generation Data Protection Regulation: With Or Without Amendments,Bus.L.Today1(2012).

[15]See Interview with Kaorilshii, Associate Professor,Univ.of Tsukuba, In Tokyo, Japan. note101.

(Jan.18,2019)

[16][德]克里斯托弗·库勒著：《欧洲数据保护法》，旷野、杨会永等译，法律出版社 2008 年版，第 78 页。

[17]宁宣凤、吴涵、黎辉辉：《GDPR 案例短评汇总》，载《上海法学研究》集刊 2020 年第 13 卷。

[18]刘维：《跨境数据流动监管措施在 GATS 下的合规性分析》，载《理论月刊》2018 年第 3 期。

[19]See Elisabeth Meddin, The Cost Of Ensuring Privacy: How The General Data Protection Regulation Acts As a Barrier To Trade In Violation Of Articles Xvi And Xvii Of The General Agreement On Trade In Services, American University International Law Review, 2020.

[20]See,e.g.,Anu Bradford,The Brussels Effect,107Nw.U.L.Rev.1,note18,At3.,22-26 (2012);

[21]周念利、李玉昊、刘东：《多边数字贸易规制的发展趋向探究——基于 WTO 主要成员的最新提案》，载《亚太经济》2018 年第 2 期。

[23]Wang,Flora,Cooperative Data Privacy:The Japanese Model Of Data Privacy And The Eu-Japan Gdpr Adequacy Agreement. Harvard Journal Of Law& Technology Vol.33 No.2, P661-691(2020).

[22]熊佳妮：《欧盟个人数据跨境流动中“充分性保护原则”的研究及对我国的启示》，广东外语外贸大学 2019 年硕士学位论文。

[24]时业伟：《跨境数据流动中的国际贸规易则：规制、兼容与发展》，载《比较法研究》2020 年第 4 期。

信息媒体在预防冲突中的作用：欧安组织《数字时代的媒体与少数民族之塔林指南》

张颖军* 陈可心**

摘要：数字化时代具有复杂性和矛盾性特征，信息技术的发展对法律和政策制定者构成了强大的挑战。一方面帮助人们获得更多寻求、接收和传递信息的机会；另一方面对少数民族的言论自由、媒体自由的权利构成极大威胁，推动了信息隔离和社会分裂的趋势。基于对民族问题的深层考虑, 对处理民族问题经验的总体把握,欧安组织少数民族高级专员就少数民族的言论自由、媒体自由权利及其与冲突预防的相关性问题制定了一套规则指引。本文将结合少数民族高级专员工作机制对《关于少数民族与数字时代媒体的塔林指南》 1（本文简称“塔林指南”）进行深入研究分析具有重要的理论与实践意义，希望为欧安组织减少社会不容忍性，对民族矛盾进行冲突预防措施进一步提供切实指引。

关键词：欧洲安全与合作组织；少数民族事务；冲突预防；信息媒体

一、《关于数字时代的媒体与少数人之塔林指南》概述

少数民族问题高级专员（High Commissioner on National Minorities，本文将其简称为“高级专员”），于欧洲安全与合作会议（Conference on Security and Co-operation in Europe，简称“欧安会”）[2]在 1992 年 7 月的赫尔辛基首脑会议中设立。其职责是及时对可能导致冲突的少数民族紧张局势进行预警，查明引发族裔间紧张局势或冲突的短期诱因以及长期结构性矛盾，提醒相关国家政府采取适当行动并提供分析和建议。[3] 高级专员主题建议和准则着重解决历届高级专员在其工作中遇到的经常性问题，旨在为各参与国制定缓解民族间紧张关系的政策提供指导。高级专员工作手段与方法主要是观测、调研、评估与对话。按照欧安会的原则和承诺，高级专员将独立于局势各方秘密开展工作，通过各种渠道进行信息收集，必要的时候还会对参与国进行实地考察，在进行事态评估后向有关组织或部门发出预警。[4]虽然高级专员为某一国家做出的针对性建议是为了解决具体冲突，但此类一般性建议同样可以作为其他参与国在处理相关问题上的指导方针。例如高级专员制定的各参与国对待其领土内少数民族的行为标准，其目的是为在具体领域保护少数民族权利提供明确的政治及法律概念，各参与国可据此制定具体政策规定。[5]

随着数字时代的到来，各类新兴媒体已成为人们获取信息的重要手段。同传统型媒介相

* 中南民族大学法学院副教授，法学博士。

** 中南民族大学法学院硕士研究生。

1 OECE, The Tallinn Guidelines on National Minorities and the Media in the Digital Age, 2019.

2 “欧安会”为“欧洲安全与合作组织"(Organization for Security and Co-operation in Europe – OSCE，简称"欧安组织”)的前身。

3 See Commission on Security and Cooperation in Europe, CSCE Helsinki Document 1992: The Challenges of Change ,1992.

4 See Helsinki Document 1992, Paras. 3, 4 of the Mandate.

5 See Anuscheh Farahat，Regulation Minority Issues Through Standard Setting And Meditation, 9 German L.J. 1453(2008).

比，新型媒介不仅承载信息,而且创造信息传播的空间——虚拟空间。公众接收信息的渠道也从单一传统媒体的“物理空间”进入了“虚拟空间”,在这种空间转移过程中,这种具有替代性的传播要素分化型新媒介在虚拟空间中成为传播要素一体化的传统媒体、新的传播者的共享物。[6]社交媒体运营商使用的搜索、排名和推荐技术，可以增强通信和信息活动和体验个性化，进而影响人与人之间、群体之间的在线互动和思考水平。欧安组织认为，媒体和通信技术在循环冲突中可以发挥至关重要的作用。信息技术的发展常常被误认为加剧地区紧张局势，事实上，它们也可以作为促进地区间对话和理解的一个有影响力的工具。因此，少数民族事务高级专员强烈关切媒体和信息技术的使用在冲突预防方面的功能。多元化社会必须具有包容性，让不同的群体能够在一个足够宽容的空间内进行相互交流、探索彼此身份、且毫无顾忌地表达不同观点。数字化时代下，不断发展的媒体和信息技术有助于促进群体间对话和相互理解、加强社会融合以及缓解紧张局势。欧安组织少数民族问题高级专员就如何创造、培育和发展媒体和信息技术在预防冲突方面的作用提供指导。

《塔林指南》由欧安组织少数民族问题高级专员出版及发行。《指南》以国际和欧洲人权、媒体和通信法及政策标准中的具体规定以及对这些规定现行和前瞻性解释为基础制定，由四个相互关联的主题组成。第一部分介绍了实现言论自由和媒体自由应遵循的原则以及应保障的权利。第二部分分析媒体环境的变革历程，指明媒体和信息技术的重要地位。第三部分在前面基础上，进一步阐明媒体和信息技术发展对实现多元化社会的重要意义。最后一部分是冲突预防，被视为是欧安组织所拥护的全面安全概念中的一个关键因素。

二、数字时代少数民族发展挑战与机遇

信息技术在信息传播中的应用完全颠覆了传统信息传播模式和传播规律。过去为公众提供信息内容的主要是报纸、广播、电视等传统型媒介。数字技术的日益普及大大减少了对专业型媒体的依赖，也助于分散化、网络化和个性化媒体的发展。个性化的大众传播迎来了前所未有的发展机遇，大量内容由个人产出，并通过社交媒体网络迅速向全世界传播。这类以现代化、电子化的手段，向不特定的大多数或者特定的单个人传递信息的新媒体也被称为“自媒体”。正如欧洲人权法院所言，互联网“现已成为个人行使言论和信息自由权的主要手段之一，为参与有关政治问题和公众关心的问题的活动和讨论提供了重要工具。”[7]

（一）信息媒体加剧信息隔离与社会分裂

现代社会存在许多数字鸿沟，这些鸿沟以不同的方式影响着少数民族人士。“数字鸿沟”又称为信息鸿沟，即“信息富有者和信息贫困者之间的鸿沟”。最先由美国国家远程通信和信息管理局（NTIA）于 1999 年在名为《在网络中落伍：定义数字鸿沟》的报告中提出。[8]Norris 将数字鸿沟划分为三种类型:全球性数字鸿沟,即国家之间的信息技术不平等；社会鸿沟,即不

[6] 韩立新：《时空转移与智慧分流:媒体的分化与重构》,《新闻与传播研究》2016 年第 25 期。

[7] Ahmet Yildirim v. Turkey, No. 3111/10, Para. 54, ECHR 2012.

[8] NTIA. Falling Through the Net: Defining the Digital Divide. Government Printing Office USA, 1999.

同地区之间接入信息技术的差异；民主鸿沟,即利用信息资源参与公众生活的差异。[9]本文所研究的数字鸿沟主要表现为处于不同的社会阶层的人群,通过大众传播获得的某一方面的知识或信息差距有扩大的趋势。这些沟壑可能与性别或年龄有关，或由认知或身体残疾引起。由于语言障碍、连接性问题和其他技术障碍、缺乏设备以及地理封锁，少数民族成员无法充分利用这些丰富的、信息化的机会和资源。进而成为包括少数民族在内的公众通过信息媒体有效参与公共生活的障碍，使得他们与周围的多元社会隔绝。

借助互联网中的各类信息媒体，个人和组织可以方便、快捷地表达观点，并参与公共讨论或辩论。网络新兴自媒体已经成为公民意见表达的重要渠道，但一些负面影响也随之而来。网络空间类似于一个虚拟化社会，具有更高的开放性与自由行。于是一些公民或组织开始随意发泄自己在现实生活中无处发泄的情绪，最为恶劣的便属仇恨言论。仇恨言论，是指一个人或群体在性别、种族、宗教、残疾或性取向等特性的基础上，攻击另外一个人或群体的言论。仇恨言论的内容往往随历史环境和社会问题的变化而变化。种族主义通过宣扬"血统高贵论""民族优越论"，煽动排外乃至仇外情绪。此类仇恨性观点往往针对妇女、少数民族等最弱势群体，然后通过现代数字媒体传播技术得以成倍放大。2019 年底突发的新冠疫情进一步恶化了少数族裔在生命健康权上面临的各种不公，除了医疗卫生资源得不到保障，网络甚至主流媒体中更是充斥着各种针对少数族裔的新冠病毒“毒源论”。这种社交媒体上的种族主义仇恨言论引发了线下的一系列不公平事件。例如，欧洲国家的一些极右人士就把目标对准罗姆人，称他们是病毒的源头。摩尔多瓦北部一名市长指责罗姆人社区传播病毒，而乌克兰伊万诺弗兰基夫斯特市一名官员指示警方将所有罗姆人赶出该市。联合国秘书长古特雷斯强调，仇恨言论本身就是对宽容、包容、多样性以及人权准则和原则本质的攻击。更广泛地说，它破坏社会凝聚力，侵蚀共同价值观，并可能为暴力行为奠定基础，阻碍和平、稳定、可持续发展和实现所有人的人权事业。[10]

“回声室效应”（Echo chamber）一般认为最早是由美国学者桑斯坦提出，他认为在一个相对封闭的环境里，一些意见相近的声音不断重复，并以夸张或其他扭曲形式重复，令处于相对封闭环境中的大多数人认为这些扭曲的故事就是事实的全部。[11] 因此，各类社交媒体上由单一群体组成的狭隘的讨论和信息空间中，志同道合的成员会彼此进行沟通交流，他们的观点会因此重复，进而扩大，最终根深蒂固。在这种强大作用下，持不同观点的成员进行辩论后或退出交流，或保持沉默。网络信息传播过程中的“回声室效应”不利于多元化观点交流，严重阻碍协商民主进程,这种效应一旦与种族主义仇恨言论相遇,必然推动其极端化发展。庞大的仇恨性社群与势单力薄的弱势群体在信息媒体中的影响力形成了鲜明的对比，受到话语压制受害者难以通过在信息媒体上发声回击，也难以消除仇恨言论带来的刻板印象。

---

[9] Norris P. Digital divide: Civic engagement, information poverty, and the Internet worldwide, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

[10] 联合国发起“消除仇恨言论战略和行动计划” 秘书长古特雷斯强调不能与压制言论自由相混淆，联合国官网，https://news.un.org/zh/story/2019/06/1036491， 2021 年 5 月 5 日最后访问。

[11] 凯斯·桑斯坦：《网络共和国：网络社会中的民主问题》，黄维明译，上海人民出版社 2003 年版。

（二）媒体技术帮助化解矛盾冲突

《指南》之所以选择聚焦信息媒体，是因为媒体在多元化社会中维持包容性、构筑多元化的协商空间方面可以发挥根本作用。媒体承担着传播社会普遍关心的信息和思想的责任。它们并非指私人关系或家庭事务，而是如政治、时事、健康、宗教、文化和历史等公众感兴趣的话题。结合前文分析的“回音室效应”，媒体，特别是新闻媒体为公众舆论提供的信息材料通常经过了语境化解释，即挑选、设计和分析问题后再传递给公众。通常，媒体为了达到某种传播效果，会选择传播那些能引起受众共鸣或反对的信息和思想[12]媒体在民主社会中同时扮演着公共监督的角色，在当局或非国家行为者的行为可能加剧社会分裂甚至导致一场冲突时，媒体就会肩负公共监督机构职责。

信息媒体具有交互性的特征，使用者既可以接收信息也可以发送信息。多元化的民主社会需要充足空间就人民关心的重要问题进行交流、协商和辩论。这些空间应具有包容性，这是指包括少数民族在内的所有社会成员都能不受歧视地参与其中，有效地参与其中的商议。基于平等和自由理念，少数民族言论自由的权利应该得到保护已经成为国际社会的共识，并通过一系列国际公约和文件得到确认。1992 年联合国《在民族或族裔、宗教和语言上属于少数群体的人的权利宣言》中指出，“属于少数群体的人有权在不受歧视的情况下与其群体的其他成员及属于其他少数群体的人建立并保持自由与和平的接触，亦有权与在民族或族裔、宗教或语言上与他们有关系的其他国家的公民建立和保持跨国界的接触。”[13]因此，少数民族群体可以利用网络空间中的共享论坛和传播渠道，与其他群体进行沟通交流或公共辩论，以维持、发展以及传播其文化和语言。国际法同样强调了各国应采取积极措施保护文化多样性，特别是要保护少数民族的文化多样性，做到根据“少数民族和原住民的特殊情况和需求给予应有的重视”。[14]

包容性协商空间使得社会中的不同群体相互交流、探索和挖掘他们的同一性、表达看法、分享信息和观点。这些活动可在增进了解、减少不同社会间的不容忍性和彼此猜疑方面发挥重要作用，从而加强社会融合、增进凝聚力以及保持社会稳定。越来越多的非媒体行为者在网上也可以各种方式不同的程度发挥这些作用。信息和通信，以及那些让它们能够发挥作用的技术，可以促进民主审议、参与公共辩论及公共事务进程，以及实现《卢布尔雅那准则》广泛意义上不同社会的融合。[15]所有这些都有助于预防和解决冲突，促进和平、增强社会凝聚力和稳定性。

三、建设言论自由和媒体自由的有利环境

---

[12] 沈正赋：《新媒体时代新闻舆论传播力、引导力、影响力和公信力的重构》，载《现代传播(中国传媒大学学报)》2016 年第 5 期。

[13] Article 2(5), UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities.

[14] Article 7(2), UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions.

[15] The Ljubljana Guidelines on Integration of Diverse Societies, Guideline 11.

保护和促进人权的国际体系的一项基石原则是，所有人权，包括少数民族人权，都是“普遍、不可分割、相互依存和相互关联”。[16]这意味着少数民族享有包括言论自由和见解自由，平等和非歧视对待、和平集会和结社等各种权利，而言论自由是少数民族行使这些基础性权利所必需的。言论自由的权利包括以各种形式自由发表意见的权利，包括通过所选择的任何媒介和不分国界寻求、接受和传递各种消息和思想的权利。[17]在数字时代，包括少数民族在内所有人言论自由的权利必须切实有效加以落实。

（一）健全少数群体媒体自由的法制保障

媒体在民主社会中发挥着向公众传播信息等关键作用，被称作是构建民主社会的基石。例如，在西方政治选举中，公民、候选人和当选代表之间就公共和政治问题自由交流信息和交换意见至关重要。这就需要自由、不受审查和妨碍的新闻或媒体作为中间桥梁为双方传递信息，同时审查监督政府决策者活动。因此，媒体自由是言论自由的重要前提。[18]《赫尔辛基最后文件》载有大量关于新闻、言论和媒体自由的章节。欧安组织认识到传播来自不同参会国家信息与思想，以及加深对不同国家信息认识的重要性，因此对新闻机构、广播、电影、电视以及在领域内有影响力记者予以特别关注。以促进更自由和更广泛地传播各种信息为宗旨，鼓励各参加国在信息领域进行合作与交流，并改善各国境内外国记者的职业条件。[19] 2018 年 12 月，欧安组织部长理事会呼吁与会国家采取一系列行动，加强言论自由、媒体自由，特别是记者安全。欧安组织参与国的宪法和立法进一步规定了对言论自由和媒体自由权利的保障。

政府应充分认识到记者和其他媒体行为者在民主社会中所发挥的具体作用，并制定必要保障措施确保他们的安全。为民主社会做出贡献的记者，有时会因为他们的调查工作、意见或报道而受到恐吓、骚扰、威胁、虐待、甚至会被谋杀。有时仅因为他们属于少数民族或因其性别、性别认同、性取向、族裔、文化或宗教身份而成为攻击目标。[20]这些暴力倾向引发恐惧，会对言论自由造成寒蝉效应（Chilling Effect）。寒蝉效应，是一个法律用语，多用于法律、政治、传媒领域。其含义是指在讨论言论自由或集会自由时，指人民害怕因为言论遭到国家的刑罚，或是必须面对高额的赔偿，不敢发表言论，由此无法参与到公共事务当中。[21]有效的保护体系可包括制定相关保护行动措施，例如在媒体人士受到暴力威胁后及时提供警力保护；将受到威胁的人疏散到安全住所；建立预警和快速反应机制，确保所有受害者获得有效司法帮助，包括受害者援助服务。[22]在实施这些保护制度时，应考虑到少数民族的特殊需要，特别是少数民族妇女的需要。

---

[16] Article 5, Vienna Declaration, World Conference on Human Rights, Vienna, 25 June 1993.

[17] Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR).

[18] UN Human Rights Committee, GC 34, Para. 13.

[19] The Helsinki Final Act，Co-operation in Humanitarian and Other Fields，p42-45.

[20] Council of Europe, Recommendation CM/Rec4(2016) of the Committee of Ministers to Member States on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors, 13 April 2016, Para. 1.

[21] 参见卡斯·桑斯坦著：《谣言》，张楠译，中信出版社 2010 年版，第 5 页。

[22] OECE, The Tallinn Guidelines on National Minorities and the Media in the Digital Age, Guideline 3.

（二） 维护和加强媒体独立地位

在西方国家媒体一般被认为是除了行政权、立法权、司法权之外的第四种政治权力,因为它们具有制衡国家三大权力机构支柱(行政、立法和司法)的功能。[23]第四等级观点认为，新闻界在民主社会里扮演着一个非官方但却处于中心的角色。媒体提供能让公众进行辩论的论坛或渠道，包括少数民族成员在内的所有社会群众参与其中，有助于公众了解问题、发表公共见解，媒体因此可以领导和成为对政府的一种制衡力量。国家对于信息发布处于主导甚至垄断控制地位，而民众则是处于被动接收信息的弱势地位。要使得媒体真正发挥其公共监督职能，就必须保持独立和免于受到审查。这种独立媒体文化需要以法治为基础，以人权价值观为指导，并由独立的民主机构加以维护。为言论自由和媒体自由创造有利的环境，必须为所有相关行动者，包括个人、媒体和其他非媒体行动者以及国家或区域媒体管理当局营造独立文化氛围。例如媒体监管局应该受到保护，免受政治、商业、宗教或其他形式的干扰。

在媒体争取独立性，履行公共监督职责时，还应注意具体影响少数民族利益的政治或经济权力的滥用。数字时代出现了新媒体和非媒体行为者，它们以不同的方式参与公众辩论。其中搜索引擎、社交网络运营商等互联网中介有能力通过选择、推广、排名、去除索引等技术来影响或控制内容的可用性、可见性、可查找性和可访问性。若这种新媒体缺乏审查机制，则极易造成恶劣的社会影响。因此，它们的审查把关对用户之间关系和网上内容多样性有决定性影响。坚持网络中立性原则，这意味着互联网服务供应商平等对待通过其网络传输的所有数据，不分用户、内容、网站、应用程序或服务的类型。对隐私和数据保护方面的监管保障措施对少数民族至关重要，因为它们有助于防止收集、处理和使用其个人数据，从而引发可能被证明具有歧视性的个性化或预测性分析。

（三）打造多元化媒体传播渠道

跨群体对话互动为不同群体提供了表明身份、分享价值观和交换观点的机会，这种对话形式的核心是交换分享观点。分享信息和观点是防止或缓解少数民族与社会其他群体之间紧张关系的关键。这是以信息自由流动和媒体等有效对话论坛和渠道存在为前提。各国可要求公共服务媒体将其媒体内容翻译成少数民族语言，同时鼓励并协助少数民族成员在公共和私人生活中在演讲和写作中使用区域或少数民族语言，并通过一些媒体平台以公平和非歧视方式广泛传播这些作品。[24]

为使少数民族成员能够有效的参与到这些公共论坛中去，各国可以在促进媒体发展和信息素养技能培养方面发挥非常重要的作用。包括制定和执行国家媒体扫盲政策，促进建立或巩固包括少数民族在内的相关利益攸关方的现有网络。《欧盟基本权利宪章》规定“媒体的自由和多元化应得到尊重”。[25]鼓励媒介多元化，为少数群体和其他群体提供不同类型的传播媒介，可有助于增进群体间的理解和减少社会上的不容忍现象。另外，各国还应重视对少数

[23] 黄旦：《新闻专业主义的建构与消解——对西方大众传播者研究历史的解读》，载《新闻与传播研究》2002 年第 2 期。

[24] Articles 7(1)(g) and 12(1)(b) and (c), ECRML.

[25] Article 11(2), EU Charter of Fundamental Rights.

民族的教育，包括在教育机构和终身学习方案中鼓励包括少数民族的公众积极参与这些公众事务倡议和方案。具备一系列的媒体和信息素养技能，才能有效地使用新的通信技术，增强个人在多媒体环境中的能力，并促进他们更广泛地参与公共辩论和公共事务。

四、结语

少数民族问题高级专员发挥作用是基于参加国对少数民族权益保护的政治承诺,但作为高级专员工作基础的所有欧安组织文件的法律性质存在争议，甚至就连欧安组织本身的法律性质仍有很大争议。[26]目前唯一可以确定的是欧安组织的文件并不是传统意义上的正式国际条约，然而，它们在实践中至少能够使得参加国做出强有力的承诺。《指南》中的部分准则对欧安组织参加国具有法律约束力，而其他则是更多带有政治性质，这意味着这些主要是用来为面临同样问题的法律政策制定者提供参考、说服或者进行启发。[27]高级专员认为在信息化下新兴信息和媒体技术是包括少数民族成员在内的社会公众有效参与政治、社会和经济生活的有效渠道。同时实现少数民族媒体自由也是化解矛盾冲突、弥合社会分歧，促进多元社会融合的必要手段。然而，各国目前针对少数民族媒体自由的政策和措施仍面临着许多障碍与不足，例如，在整个欧安组织区域，国家对媒体所有权和控制的监管方式存在巨大差异，这对同其他国家有共同关系的少数民族、地理集中范围跨越两个或两个以上(邻近)国家的少数民族以及其游牧生活方式涉及跨越边界的少数民族构成障碍。需要包括欧安组织参与国在内的各个国家，以及政府间组织、少数民族群体代表、媒体、公民社会等这些问题在欧安组织框架内就预防和解决冲突展开全方位合作。

[26] Anuscheh Farahat，Regulation Minoritity Issues Through Standered Setting And Meditation, 9 German L.J. 1453(2008).

[27] OECE, The Tallinn Guidelines on National Minorities and the Media in the Digital Age, p12.

自由贸易港与单独关税区的关系辨析与启示

张玉屏

（海南大学 法学院，海南 海口 570228）

[摘 要]自由贸易港和单独关税区在产生时间和意图、地位和范围、经济自主权、开放水平等都存在不同，但两者的存在都会造成国境和关境的不一致。自由贸易港本质在“自由”，单独关税区实质在“单独”，两者没有直接的因果关系，也没有从属、先后或递进的关系，两者属于并行不悖的两套制度，可分别单独存在也可同时存在，同时存在时两者相互补充相互促进。设立海南单独关税区并不是海南自由贸易港成功建设必不可少的条件，但若同时为海南单独关税区，可提高海南自由贸易港制度的针对性和稳定性，提高效率，获得更有利的国际经济条件，加快促进海南自由贸易港建设。设立海南单独关税区具有可行性，但当前障碍重重，应先行进行海南自由贸易港建设。

[关键词]自由贸易港；单独关税区；比较；关系；启示

2018 年 4 月 13 日，习近平总书记在庆祝海南建省办经济特区 30 周年大会上发表重要讲话，向全世界宣布，党中央决定支持海南全岛建设自由贸易试验区，支持海南逐步探索、稳步推进中国特色自由贸易港建设，分步骤、分阶段建立自由贸易港政策和制度体系[1]。随后，社会各界展开了广泛的关于海南自由贸易港建设的讨论研究。学界有观点认为海南自贸港建设要参照单独关税区的标准，或者最终争取建成海南单独关税区[2]。对于普通民众而言，提到自由贸易港，确切的内涵可能不知，但香港作为国际知名的自由港，最为国人所熟悉，很容易引起要把海南建成第二个香港的联想，同时香港又是单独关税区，那么海南是不是也要是单独关税区呢？20 世纪 90 年代在建设海南经济特区之时，就曾有过把海南建成类似单独关税区的提法[3]。自由贸易港属于经济特区的一种，菲律宾在《1995 年特别经济区法案》中明确提到单独关税区，明确参照单独关税区管理和运行经济特区，此外在菲律宾的主权和领土完整前提下，在宪法框架内，授予特定的经济特区单独关税区的身份[4]。自由贸易港和单独关税区到底有何关联，以至于海南自由贸易港的提出和建设，使这个在 WTO 体系中并不那么起眼的单独关税区概念走入了公众视野，并且似乎还有和自由贸易港捆绑之势。

近两三年关于自由贸易港的研究成果很多，进一步限定条件，从中筛出含有“单独关税

[作者简介]张玉屏（1987-），海南大学法学院 2019 级博士研究生，研究方向为国际经济法。

1 《习近平在庆祝海南建省办经济特区 30 周年大会上发表重要讲话》，载新华网，http://www.xinhuanet.com/2018-04/13/c_129850406.htm，2019 年 12 月 15 日访问。

2 中国（海南）改革发展研究院院长迟福林在多处提出此观点，中国经济体制研究会会长彭森、原国家外经贸部副部长龙永图也提出此观点。

3 李平：《海南第二关税区的构建与选择》，载《吉林大学社会科学学报》1992 年第 1 期，第 90 页。

4 § 20:205. Republic Act No. 7916—Special Economic Zone Act of 1995，CHAPTER I，SEC. 3.(f) To vest the special economic zones on certain areas thereof with the status of a separate customs territory within the framework of the Constitution and the national sovereignty and territorial integrity of the Philippines.

SEC. 8. ECOZONE to be Operated and Managed as Separate Customs Territory.—The ECOZONE shall be managed and operated by the PEZA as separate customs territory.

区”的文章，其数量就大大减少[5]，通过对这些文章进一步进行全文搜索，发现“单独关税区”在很多文章中仅出现过一次，甚至是在文章的注释中被提到一次，并没有对两者的关系进行分析。其中，吴蓉、何万篷的《中国特色自由贸易港政策制度体系创新的基点与内涵探讨》一文中，单独关税区一词出现五次，对单独关税区与自由贸易港的关系有简要表述[6]，但并没有对两者的关系进行详细的分析。而关于单独关税区的文章，放在整个知网进行搜索，也仅有寥寥 8 篇，在这些文章中并没有提到自由贸易港，主要是基于我国在 WTO“一国四席”的现实，探索单独关税区的国际经济法律地位，为处理我国内地同中国香港、中国澳门、中国台湾的经贸关系提供理论支撑。综上可以看出，虽然关于自由贸易港的研究成果现行已有很多，单独关税区的研究也早在 1996 年就有，但迄今为止，尚未有学者专门将两者放在一起进行对比研究，分析两者的关系。

单独关税区是否是更高层次的制度，海南自贸港的成功建设单独关税区是充分条件还是必要条件还是其他。仅看表面的话，很容易得出单独关税区是比自由贸易港更高层次的制度设计的误解，但两者的关系显然不会如此简单明了。本文将聚焦这些问题从单独关税区和自由贸易港的概念和特征入手，梳理两者的相似和区别，分析两者之间的关系，在此基础上提出对海南自由贸易港建设的启示，为我国海南自由贸易港的建设献言。

自由贸易港与单独关税区的概念与特征

传统的自由贸易港概念，可见于《简明大不列颠百科全书》，是指“货物可自由卸港、搬运、制造和转口，而不受海关当局干涉的地区。只有将货物转移到自由港所在国国内消费者手中才需缴纳关税”[7]。早期的自由贸易港主要功能定位为转口和加工增值业务。20 世纪 80 年代以来，随着全球价值链和国际生产网络的形成，自由贸易港逐步转变成国际生产要素配置的组织者，功能日趋多样化[8]。2017 年 10 月党的十九大报告中提出“探索建设自由贸易港”，2017 年 11 月，中央政治局常委、国务院副总理汪洋在《人民日报》发表署名文章《推动形成全面开放新格局》，对自由港进行了明确定义:“自由港是设在一国(地区) 境内关外、货物资金人员进出自由、绝大多数商品免征关税的特定区域，是目前全球开放水平最高的特殊经济功能区。[9]”自由贸易港具有以下特征：一、境内关外，一国国境之内关境

[5] 在中国知网，搜索条件限定为全文包含精确词频“自由贸易港”并含“单独关税区”，发表日期 2018 年 1 月 1 日之后，符合条件的论文为 54 篇，检索日期 2020 年 6 月 12 日。

[6] 文中作者不赞同迟福林学者提出的要建设海南单独关税区的提议，但指出仍要有独立的立法权保障。此文中包含单独关税区的文字如下：“特定的历史地位或事件，使得这些临海港口型城市 (区域) ，拥有一个相对独立和开放的法律制度，能够作为一个单独关税区域存在，进而使得开放的航运贸易、免关税低税收优惠政策以及促进各类行业繁荣的特殊管理制度能够建立并持续运作。”“历史上单独关税区是小型经济体成为自由港的本源基因。将单独或准单独关税区作为自由港建设的前提选项，是比较典型的寻找标准准配置自由港的想法，不是一个向前拓展的思维。”“低关税政策的普遍实施，不应该成为长远之策，只能作为产业政策……也无须搭载在单独关税区制度上。”

[7] 转引自陈一新《“自由贸易港”概念定义与辨析》，载《国际经济法学刊》2018 年第 3 期，第 50 页。

[8] 史本叶、王晓娟：《探索建设中国特色自由贸易港——理论解析、经验借鉴与制度体系构建》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2019 年 7 月，第 150 页。

[9] 汪洋：《推动形成全面开放新格局》，载中国政府网，http://www.gov.cn/zhuanti/2017-11/10/content_5238476.htm，2019 年 12 月 15 日访问。

之外，特殊海关监管区；二、经济自由化，不仅货物资金人员进出自由，完善的市场机制实行生产要素的配置，而且企业经营管理自由，政府尽可能少的干预；三、市场开放化，对全球开放市场，绝大多数商品免征关税，无贸易壁垒；四、经济功能特殊，经济自由和市场开放下的国际性，融入国际经济关系。

单独关税区（separate customs territory）是 WTO 特有的概念，由 WTO 从 GATT 继承而来。鉴于 GATT 工作组在其 1961 年的报告中曾经将根据 GATT 第 26 条第 5 款 C 项规定加入 GATT 的缔约方称为以“单独关税区”方式加人 CATT 的缔约方,因此 GATT 第 26 条第 5 款 C 项的规定应该与“单独关税区”有关[10]。该项规定:“原由某缔约方代为接受本协定的任何关税领土(the customs territory)，如果现在在处理对外贸易关系和本协定规定的其他事务方面享有或取得完全自治权，这一领土经负责的缔约方发表声明证实上述事实后，应视为本协定的一个缔约方。[11]”根据该规定，成为 GATT 缔约方的单独关税区需同时满足以下条件：一、此关税领土之前由某缔约方代为接受 GATT；二、该关税领土现在在处理对外贸易关系和 GATT 规定的其他事务方面享有或取得完全自治权；三、该关税领土现在享有或取得完全自治权的事实需经之前负责的缔约方发表声明证实。上世纪五六十年代，正是亚非拉殖民体系瓦解之时，单独关税区是为未完全取得独立地位成为主权国家的殖民地区所设置。符合全部条件的单独关税区将自动被视为 GATT 缔约方，无需申请，只满足条件二、三的关税领土不能以单独关税区身份申请加入 GATT，只能获得完全独立后以主权国家身份申请加入。

WTO 继承并发展了 GATT 单独关税区的概念。《关于建立世界贸易组织的马拉喀什协议》第十二条规定:“任何国家或在对外贸易关系以及本协议和多边贸易协议所规定的事务方面享有充分自治的单独关税地区，可以在它和 WTO 议定的条件下，加人本协议。[12]”根据该规定，单独关税区指在 WTO 协议所规定事务方面享有充分自治权的区域。与 GATT 只调整货物贸易不同，WTO 还调整服务贸易、与贸易有关的知识产权、与贸易有关的投资措施等事项，因此 WTO 规定下的单独关税区要比 GATT 规定下的享有更广范围的经贸自主权。另外，WTO 规定下，拥有经贸自主权的单独关税区可以主动申请加入 WTO，即 WTO 对所有的单独关税区开放，不同于之前 GATT 项下的只有满足条件的单独关税区被视为缔约方。需要指出的是，关于单独关税区的确认问题，尽管从 WTO 协议中并没有像 GATT 那样明文要求由对其负责任的国家发表声明予以确认与推荐，但是，在实践中，为了避免陷入政治冲突，WTO 还是要求对单独关税区负责任的国家发表声明来进行确认和举荐[13]。我国台湾地区就是通过这样的方式加入 WTO 的。

综上，单独关税区是依据《关税与贸易总协定》及随后的《世界贸易组织协定》，在对外贸易关系和 GATT 或 WTO 协定所规定的其他事项方面具有完全自主权，可称为上述协定的缔约方的非国家实体[14]。目前在 WTO 存在四个单独关税区，即欧盟、中国香港、中国澳

[10] 臧立：《论 WTO 与单独关税区》，载《外交学院学报》2001 年第 3 期，第 68 页。

[11] GATT 第 26 条第 5 款 C 项。

[12] 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 12 条第 1 项。

[13] 臧立：《论 WTO 与单独关税区》，载《外交学院学报》2001 年第 3 期，第 69 页。

[14] 余劲松主编：《国际经济法学》，北京：高等教育出版社 2019 年版，第 23 页。

门和中国台湾。单独关税区具有以下特征：一、根据 GATT 和 WTO 的规定产生，属于国际经济法的主体，具有在一定国际经济关系中承担义务和享受权利的能力；二、拥有经贸方面的完全自主权，包括对内制定本地区经济政策的最高性和对外贸易交往的自主性，具有相应独立的立法、司法、行政职能以保障经济自主权。

自由贸易港与单独关税区的比较

相同之处。自由贸易港与单独关税区的产生都需首先经过国家的直接明确确认，两者的存在都将造成国境和关境的不一致，导致了国际贸易的关境本位[15]；自由贸易港与次国家单独关税区内适用的都是不同于国内其他地区的海关、税收制度；经济关系的国际化是两者产生的前提，两者产生后将反过来进一步影响国际经贸关系；两者都具有动态性，随着经济、社会的发展不断自我更新，自由贸易港从最初的转口、加工增值发展到各种要素的配置，功能从单一到综合，单独关税区从 GATT 到 WTO 根据国际形势的变化进行了相应的改进和发展。

两者的区别

产生时间和意图不同。自由贸易港是经济国际化的产物，最早于 16 世纪在欧洲地中海沿岸出现，并逐渐扩散到世界各个地区[16]。单独关税区是 GATT 成立之初，为尚未获得完全独立的殖民地政府当局设置的，1950 年印度尼西亚第一个根据该项规定成为 GATT 缔约方[17]。自由贸易港是各国根据经济主权自主选择的结果，在国内层面主动应对贸易的国际化。单独关税区最初是国际层面为了应对历史遗留问题、政治问题不得已采取的国际经济法制度设计。

地位不同。自由贸易港根据国内经济法设立，法律地位由国内法规予以确认，自由贸易港隶属于本国，但成为事实上的自由贸易港需要长久的软硬件建设，包括基础设施建设及制度配套，营造良好的营商环境，最终获得国际资本的投票。只有获得国际投资者、跨国公司及其他非政府间国际经济组织的认可才能成为真正的事实上的自由贸易港，这样的自由贸易港才具有现实意义。这也就意味着自由贸易港的建设不是一蹴而就的，而是一个长期的过程。

单独关税区是国际经济法的主体，地位的取得不仅需要母国的授权，更需得到国际社会的承认，特别是国家和国际组织的认可。单独关税区涉及到中央与地方的权力划分等政治问题，因此授权一般需在母国的宪法中得到体现。国家和国际组织认可的单独关税区才是国际经济法的主体，才是真正的单独关税区，在 WTO 及其他国际经济法律关系中，单独关税区和国家具有平等的地位。

经济自主权不同。单独关税区的经济自主权高于自由贸易港，无论是对内经济管理还是对外经济关系的处理。首先，自由贸易港仍然处于中央政府的领导下，本质上属于国内经济

[15] 何力：《国际贸易法的关境本位》，载《国际贸易法论坛》第 8 卷，第 92 页。

[16] 史本叶、王晓娟：《探索建设中国特色自由贸易港——理论解析、经验借鉴与制度体系构建》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2019 年 7 月，第 149 页。

[17] 臧立：《论 WTO 与单独关税区》，载《外交学院学报》2001 年第 3 期，第 68 页。

特区，财政全国统筹，在适用全国性的法律法规的前提下，经中央的授权更改或变通与自由贸易港定位不符的经贸法律制度，并且需经相应中央部门的批准。获得地位后，单独关税区财政独立，可以完全自主制定并实施单独的经济相关法律法规，无需母国的再次授权或批准。比如在典型的海关监管制度方面，一种是不全部适用国家海关法；另一种是全部不适用国家海关法而实施单独的海关法[18]。其次，自由贸易港不能对外签订经济协定不能参加国际经济组织，对外经济事务仍国家统一管理，而单独关税区可以以自己的名义参加国际经济组织缔结相应的国际经济协定。

开放水平不同。自由贸易港的核心在“自由”，商品、要素、人员的自由流通和市场开放是其应有之义，自由贸易港是当今世界最高水平的开放形态[19]。单独关税区的本质在“单独”，市场的开放并不是其应有之义。一提到单独关税区，首先就会想到中国香港、中国澳门、中国台北，香港和澳门同时又是自由港，台湾虽不是自由港但开放程度比大陆高，因此就容易形成单独关税区一定是要素自由流通、市场高度开放地区的误解，但事实上就单独关税区的概念而言，并未提及单独关税区的经济制度和市场开放程度要求，历史上作为宗主国的殖民地未完全独立而形成的单独关税区及现在的欧盟并不都是经济自由市场开放的地区。

范围不同。自由贸易港只能是在国家内设立，是一国境内的特殊经济功能区，范围不可能大于国家，这是由自由贸易港的性质所决定的。自由贸易港是经济自由、市场开放的地区，出于对市场失灵的认识当今国家对经济进行管理和适当干预已是共识，另外基于国家安全和政治的考虑，几乎没有国家的市场是完全开放的。自由贸易港只能是小范围的存在，当今世界的自由贸易港除新加坡外都只是国内的一小部分，范围小于国家。新加坡是个城市，是个港口，是个自由港，但新加坡这个城市就是整个国家，因此新加坡自由港的范围等于整个国家，整个国家都是经济自由市场开放的，这是由新加坡是城市国家所决定的，并没有与自由贸易港是小范围的存在相矛盾。单独关税区只强调经济的自主权，可以大于国家范围，本文将此称为超国家单独关税区，如欧盟，也可以属于一国之内，称为次国家单独关税区，如我国的香港、澳门和台湾。

自由贸易港与单独关税区的关系

自由贸易港与单独关税区对比更多的是区别，没有直接的因果关系，也没有从属、先后或递进的关系，两者属于并行不悖的两套制度，可分别单独存在也可同时存在，同时存在的状态下两者相互补充相互促进。

自由贸易港和单独关税区可分别单独存在

自由贸易港早在 16 世纪就产生，而单独关税区直到 20 世纪五十年代才产生，这么长的时间间隔，自由贸易港一直是单独存在。历史上第一个作为单独关税区加入 GATT 的印度

[18] 李平：《海南第二关税区的构建与选择》，载《吉林大学社会科学学报》1992 年第 1 期，第 91 页。

[19] 习近平: 《在庆祝海南建省办经济特区 30 周年大会上的讲话》，载于新华网 ，http://m.xinhuanet.com/2018-04/13/c_1122680495.htm，2019 年 12 月 15 日访问。

尼西亚并不是自由贸易港，因此单独关税区并不是因自由贸易港而产生，产生后也是单独存在的；现在的迪拜和新加坡都是自由港，但却不是单独关税区；中国台湾和欧盟是单独关税区，但却不是自由港，这是两者可单独存在没有直接因果关系的实证证明。事实上，除了我国的香港和澳门同时具有自由港和单独关税区的身份地位外，迄今为止，世界上的自由贸易港和单独关税区都是分别单独存在的。历史、现存的实践来看，自由贸易港和单独关税区分别存在是常态，同时存在是特殊。理论上讲，从前面对两者的概念、特征、区别的详细分析，很容易看出两者更多的是区别，分别强调“单独”和“自由”，无任何依存、递进或因果关系，从逻辑上分别是独立的两种制度。

自由贸易港和单独关税区共存时的关系分析

自由贸易港和单独关税区作为两种独立的身份，若从来都是单独存在，就没有分析两者关系的必要，对两者进行对比即可，现实却是两者可以有交集，一个地区可以既是自由贸易港又是单独关税区，如我国的香港和澳门。自由贸易港的范围不可能大于国家范围，只能是小范围的存在，而单独关税区的范围可大于或小于国家，两者只能在范围的交集处共存，因此某地区若同时是自由贸易港和单独关税区，则必定是小于国家范围的地区，即自由贸易港只能和次国家单独关税区共存。两者共存时，两种制度的特殊不同处不矛盾不排斥，而是互相补充，相互影响，彼此促进地位的稳固。

单独关税区的核心是“单独”，“单独”意味着更大的经济自主权和灵活性，单独关税区的地位在国内由宪法予以确认，代表的是本地区的经济利益，制定实施经济法律政策时无需平衡国内其他地区的利益，较少受到大国政治的干扰，保证了自由贸易港制度的稳定性。“船小好调头”，单独关税区作为小范围的存在，具有灵活性，可以使其在应对现代经济的机遇和挑战快速反应，通过修改经贸法律制度包括自由贸易港的具体配套等及时更新，与时俱进，这点在当今科学技术飞速发展、单边主义抬头的今天显得格位重要。

单独关税区的国际经济法主体身份可以为自由贸易港的建设创造更有利的国际经济条件。自由贸易港是单方面给予全球各国家或地区优惠政策，其他国家给予自由贸易港的待遇和其母国是一致的。而自由贸易港若同时具有单独关税区的身份，则具有国际经济法主体资格，在国际经济关系中同母国隔离开来，可以同其他国际经济法主体签订更优惠的经济协定，免受别国对母国的贸易制裁等不利影响，单独关税区的身份可以使自由贸易港更容易获得他国的优惠待遇，进一步促进自由贸易港的开放性和国际性。

自由贸易港的核心是“自由”，“自由”意味着经济自由、市场开放，全世界的资本都将会被吸引至此逐利，自由贸易港成为事实上的国际经济体，国际民间资本为了自身的经济利益保障，促使国家、国际组织从国际层面确认并监督单独关税区的主体地位。假如香港不是自由港，不是国际金融中心，那么国际社会对香港单独关税区的身份保持恐怕就不会那么关注了。

对海南自由贸易港建设的启示

设立海南单独关税区并不是海南自由贸易港成功建设的必不可少的条件，但同时成为海南单独关税区将如虎添翼，加快海南自由贸易港的建设，保障并促进自由贸易港的长久繁荣发展，充分发挥海南在我国对外经贸中的促进作用。海南自由贸易港侧在“开放”，单独关税区重在“改革”，以开放促改革，以改革保开放。海南自由贸易港的建设亟不可待、势在必行，必须先行开展加快建设，过程中将涉及多层次多领域的改革，设立海南单独关税区是更深层次的改革。

建立海南单独关税区的必要性

首先，建立海南单独关税区，将向世界展示中国开放的决心和改革的勇气，既能保证海南自由贸易港制度的稳定性和可预期性，又能提高针对性，提高国际社会对中国和海南的信任度。目前我国在自由贸易区实施特殊的海关税收制度，是通过全国人大常委会以“决定”的方式授权国务院暂时调整有关法律规定的行政审批方式进行的，此合法性已受到质疑，不符合我国立法法的规定。之前的自由贸易区建设并没有完全取得预期的经济效果，建设海南自由贸易港若延续之前的作法，法治根基不稳，缺乏稳定性和可预测性，不能打消国际投资者的顾虑，难以成功。

世界上关于自由贸易港的立法方式有两种，一是通过国家立法机关制定自由贸易港的基本法及相应配套的子法；二是通过授权地方立法机关结合本地区情况进行立法[20]。我国若采取第一种方式，学习借鉴美国的《对外贸易区法》，由全国人大制定《自由贸易港法》，以基本法的形式确认了海南自由贸易港的合法地位，保证了制度的稳定性和可预测性，但却有损针对性，不能结合海南的实际；第二种方式则相反，我国单一制的国家结构决定了地方立法的位阶，不能保证权威性和可预期性。建立海南单独关税区，仅考虑自身情况进行海南特色自由贸易港经济法律制度建构，保证了针对性，同时本国宪法确认的特殊地位决定了地方立法下自由贸易港制度的权威性和稳定性，经国家和国际组织承认的国际经济法主体地位更容易获得国际社会的信任，吸引投资。

其次，建立海南单独关税区，将提高效率，加快海南自由贸易港的建设。前述提到当前我国的自由贸易区建设都是通过全国人大授权国务院进行行政审批方式进行。在目前的 12 个自贸区，包括海南，在出台投资自由化一系列措施方面，需要向中央部门报批的占 30%；在贸易自由化方面的措施，要向中央报批的还有 35%以上；在金融领域市场化的改革措施 50%以上中央审批；财税方面，百分之百都需要中央的财政、税务、海关部门审批[21]。建设海南自贸港的权力大部分仍集中在中央，特别是中央的财税、海关部门，事事审批，制度措施出台速度慢，且提出的事项并不是每一个都能得到批准，可能大大延缓海南自贸港建设。若设立海南单独关税区，海南拥有经济事项的自主权，不存在诸如此类问题，必将促进并加快海南自由贸易港的建设。

[20] 朱波：《法治构筑中国特色自由贸易港建设基石》，载《新东方》2019 年第 3 期，第 27 页。

[21] 彭森：《加快探索建设中国特色自由贸易港 必须正确处理好四大关系》，载中国（海南）改革发展研究院，http://www.cird.org.cn/WeAreCird/Research/Briefing/201905/t20190514_278083.htm，2019 年 12 月 20 日访问。

再者，建立海南单独关税区，海南作为独立的主体参加国际经济关系，可获得更有利的对外经济条件，有利于海南经济的发展，加快海南经济的国际化、市场化进程，促进自由贸易港的长久繁荣发展。海南作为自由贸易港对全世界开放，但其他国家或地区不会单独对来自中国海南的货物和投资给予特殊的优惠，另外中国和他国的贸易摩擦同样会波及到海南。欧盟、美国等多次对某些中国产品征收反倾销税，2018 年开始美国对我国发起了贸易战，对中国出口到美国的产品征收惩罚性关税，但若海南和香港一样同时是单独关税区，这些贸易制裁将不会影响海南，如同不影响香港一样。

另外，单独关税区具有国际经济法主体地位，则可单独同其他国家和地区谈判，达成更互惠的自由贸易协定。中国作为多民族幅员辽阔的大国，利益权衡复杂，和他国的经济关系谈判不可避免会渗入很多政治因素，不容易达成纯化经济利益条约；中国的经济体量大，容易对他国经济产生影响，因此在和中国的经济条约谈判中他国会更谨慎保守；虽然 WTO 规定了最惠国待遇原则，但最优惠国待遇有例外，更优惠的待遇是往往是相互的，目前中国的市场化、开放化程度也决定了获得他国更优惠待遇的不可能性。对比之下，作为单独关税区的海南只拥有经济方面的自主权，只代表海南的经济利益，纯化经济谈判成为可能，小得多的经济体量、自身开放宽松的经济环境，海南和其他国家或地区更容易达成进一步相互开放互惠的贸易协定。在自身开放的同时享受他国的优惠进口待遇，海南地区的商品将以更低的税率更少的限制条件进入他国市场，争取更广阔的国际市场，进而吸引更多货物在海南进行转运进一步加工增值，更多的服务提供者在海南设立商业存在，促进海南经济的长远繁荣发展。

最后，建立海南单独关税区，将充分发挥海南对整个中国经济的促进作用，特别是在对外贸易方面。建立海南自由贸易港对中国经济的作用不言而喻，若进一步建成海南单独关税区，更将体现无可比拟的优势。前文已经论述，若海南成为单独关税区，则可同其他国家或地区进行经济谈判达成更加开放互惠的自由贸易协定，海南地区的货物和服务进入国际市场将更有优势，那么中国其他地区的某些货物和服务可以海南为中转，在符合原产地规则的前提下，以海南商品身份进入他国。这点在国际经济关系进行大调整、大变局的今天显得更为重要。进口方面同样如此，高精尖产品或技术甚至一些战略原材料很多国家都是有出口限制的，但如果海南成为单独关税区，一些国家对海南进口某些产品的限制或许会比进口到中国要宽松些，特别是配额方面的限制，那么中国就可以海南为中介进口到某些所需产品。关于此，可从我国内地现行从香港的进出口数据上得到进一步论证。2018 年我国内地与香港地区的货物贸易进出口值为 3105.6 亿美元，除欧盟和东盟外，仅次于美国和日本，二者分别为 6535.2 亿美元和 3276.6 亿美元；2019 年我国内地内地从香港地区的进出口值为 2880.3 亿美元，同样仅次于美国和日本，二者分别为 5412.2 亿美元和 3149.9 亿美元[22]。香港有限的面积和人口，如何能成为中国内地的仅次于美国和日本的第三大进出口地区呢？唯一的解释就是，出口到香港地区的很多货物并非香港本土消费，而是以香港为中转出口到世界其他

[22] 数据来源：中华人民共和国商务部网站商务数据中心 http://data.mofcom.gov.cn/hwmy/imexCountry.shtml，2020 年 6 月 11 日访问。

国家和地区。这些是香港作为单独关税区身份而带来的，海南若能成为单独关税区，则可根据需要成为中国其他地区对外进出口贸易的另一个中转，更充发挥中国经济对外窗口的作用。

建立海南单独关税区的可行性

国家结构形式主要有单一制和联邦制两大类型，我国实行单一制的国家结构形式。作为统一的多民族国家，为在单一制下实现民族平等、团结和互助，国家采用民族区域自治作为解决民族问题和处理民族关系的基本政治制度[23]。现行宪法第 4 条和《民族区域自治法》对民族区域自治作了具体规定。为解决香港、澳门、台湾历史遗留下的问题，基于“一国两制”构想，我国宪法规定了特别行政区制度。民族区域自治制度和特别行政区制度并没有影响我国单一制的国家形式，两者拥有的权力是由中央以法律形式授予的。同样，单独关税区的制度也不会影响我国单一制的国家形式，设立海南单独关税区可参照两者，首先修改宪法确定单独关税区制度，然后制定具体的《单独关税区法》。关于宪法的修改，现行公认的观点是四项基本原则是我国的立国之本，是我国现行宪法存在的基础，四项基本原则不在宪法修正之列。设立海南单独关税区需要进行的宪法修改，并不会触及到四项基本原则。

现行 WTO 关于单独关税区的规定和 WTO 内四个单独关税区存在的事实是设立海南单独关税区的国际经济法基础。无论从国际经济法规则还是实践，设立海南单独关税区都是有现实依据的，对照规则参考实践，海南单独关税区获得国际社会的承认，取得国际经济法主体地位，具有现实可能性。

海南独处一岛，海南的经济体量小，人口也不多，4000 多亿的 GDP 只能全国 GDP 的 0.5%，1400 多亿的财政支出占全国财政支出的 0.7%，特殊地位、特殊政策不会引起攀比，政治、经济、社会方面的风险比较小，不会出大乱子，可以放开，让海南试验[24]。因此，如果我国改革试点建立单独关税区的话，海南绝对是最佳之选。

当前设立海南单独关税区障碍重重

首先，建设海南单独关税区需要进行宪法修改。宪法作为根本法，需要在一定程度上保持宪法文本的稳定性来保证宪法的权威，不能过于频繁的修改宪法。我国现行的 1982 年宪法颁布后经历了五次修改，历次修改的最短时间间隔是 5 年，最近一次修改是在 2018 年，因此短期内我国宪法不太可能进行修改。另外，宪法有比普通法律更为严格的修改程序。这些共同决定了短期内通过宪法修改确定单独关税区制度的极小可能。

其次，自由贸易港的建设历史上、现存国际上有许多可直接借鉴的成功经验，但单独关税区的设置并没有可直接借鉴的经验。历史上的单独关税区是为应对殖民问题而产生，我国现存的单独关税区仍是由于历史原因、政治原因形成，先有单独关税区的事实再从国内法、国际法层面予以确认。欧盟作为现存唯一的由于经济原因主动选择形成的单独关税区，由 28 个主权国家形成超国家单独关税区，建立海南单独关税区也是出于经济考虑而主动选择，这点和欧盟是同样的，但走的却是相反的路径，从单一制国家中拿出其中一个地区形成次国

[23] 周叶中主编：《宪法》，北京：高等教育出版社 2016 年版，第 208 页。

[24] 彭森：《加快探索建设中国特色自由贸易港 必须正确处理好四大关系》，载中国（海南）改革发展研究院，http://www.cird.org.cn/WeAreCird/Research/Briefing/201905/t20190514_278083.htm，2019 年 12 月 20 日访问。

家单独关税区。另外，欧盟本身就是政府间国际组织属于国际法主体，不存在需要获得其他国家和国际组织承认的问题。而建立海南单独关税区，最复杂的一个问题就是如何得到其他国际法主体的承认。

再次，单独关税区没有确定的最低标准。WTO 对单独关税区的规定只有短短一句，空泛不具体不明确，学术界关于单独关税区的研究也聊聊无几，发达国家整体经济发达市场开放程度高，没有设置次国家单独关税区的实践需要，因此几乎没有关于单独关税区的研究，现存四个单独关税区三个在中国，中国少量关于单独关税区的研究也集中在处理大陆同香港、澳门或台湾的经贸关系。中国香港、中国澳门或中国台湾由于历史原因形成，自治程度远超过单独关税区对经贸自主权的要求，随着欧洲一体化进程的不断深入，欧盟的触角也远超出经济范围，因此现存的单独关税区所代表的绝不是最低标准。

最后，当前国际政治经济形势下，建立海南单独关税区不易获得国际社会的承认。当今世界形势诡谲多变，逆全球化、单边主义抬头，WTO 等国际组织也亟需改革，在此关头即便建立了海南单独关税区要获得国家、国际组织的承认特别是美国的承认将十分困难，不被国际社会承认的单独关税区意义有限。

现阶段海南自由贸易港建设的先行性

海南自由贸易港建设的先行性指的是先行开展海南自由贸易港建设，自由贸易港的建设不能去等单独关税区，但并不是要等到海南自由港完全成功后才去着手单独关税区的设置。首先，当前的重中之重是海南自由贸易港建设，作为自由贸易港的海南单独关税区才有存在的必要，若没有成功建成自由贸易港，和国内其他地区没有明显区别，设立这样的海南单独关税区不会被国际社会所接受，毫无意义。海南可以同时是自由贸易港和单独关税区，也可以只是自由贸易港不是单独关税区，这两种情况都有存在的必要，若只是单独关税区而不是自由贸易港，于国内、国际而言都意义不大。其次，当前世界经济形势复杂面临诸多挑战，贸易和投资保护主义抬头，我国经济处于高速增长阶段到高质量发展阶段的转折期，在此背景下，开放更为迫切。海南要坚持开放为先，实行更加积极主动的开放战略，加快建立开放型经济新体制，推动形成全面开放新格局[25]。因此，海南自由贸易港的建设势在必行，以开放促改革。最后，由前面的分析得知建立海南单独关税区虽然是可行的，但障碍较多，现行建立海南单独关税区的时机不成熟，客观现实使得只能先行开展海南自由贸易港建设。

海南自由贸易港的建设特别重要且十分紧急，建立海南单独关税区是重要但不太紧急，不太紧急是相对于自由贸易港的特别紧急而言，这决定了海南自由贸易港建设的先行性。这并不意味着，建设自由贸易港和设立单独关税区具有逻辑上的先后关系或制度上的递进关系。立足客观条件具体分析，考虑当前我国的基本国情和世界形势，选择了先行建设海南自由贸易港，在建设的过程中，应尽可能在法治框架内解决好中央和地方的关系，参照单独关税区的标准授予海南更多的自主权，加快推动自由贸易港的建设，也为日后设立海南单独关税区奠定基础。

[25] 习近平：《在庆祝海南建省办经济特区 30 周年大会上的讲话》，载于新华网，http://m.xinhuanet.com/2018-04/13/c_1122680495.htm，2019 年 12 月 15 日访问。

五、结语

海南自由贸易港的建设，与设置单独关税区的关系，需辨证分析理性看待。不能将单独关税区“神化”，认为只有设置海南单独关税区，海南自由贸易港的建设才能成功；也不能将其“魔化”，固守我国是单一制国家，香港、澳门、台湾是祖国统一道路上不得已的历史妥协，绝不能设置海南单独区，有损主权完整不利于国家统一。长远看来，授予海南单独关税区地位有利于海南自由贸易港的成功建设与可持续发展，有利于充分发挥海南作为我国经济对外窗口的作用。

无论国内层面还是国际层面，无论实践层面还是理论层面，当前设置海南单独关税区时机都不够成熟。单独关税区的设置需谨慎，应有充分的理论准备，因此当前需加强单独关税区的实际调研和具体研究，如何进行制度层面的设计奠定单独关税区的国内合法性，如何进行单独关税区和中央的权限划分，具体授予单独关税区哪些范围的自主权，使其既不存在损害国家统一的隐患又能促进自由贸易港的建设，同时获得国际社会的承认，取得国际经济法主体的地位。先行开展海南自由贸易港建设的过程中，必然会涉及到中央的放权，中央和地方关系的处理，为更好的进行自由贸易港建设，可参考单独关税区的标准在法治框架内尽可能授予更多的自主权，这也将为日后单独关税区的制度构建提供实践经验。自由贸易港不是首创，若能成功建成海南单独关税区，不仅是我国国内政治经济制度的创新，也将是国际经济法的一大突破，为国际经济秩序的构建贡献中国智慧。

The Enlightenment of the Relation between Free Trade Port and Separate Customs Territory

ZHANG Yu-ping

(Law School，Hainan University, Haikou 570228,China)

Abstract: Free trade port and separate customs territory are different in time and intention, status and scope, economic autonomy, opening level, etc. The existence of both will lead to the inconsistency of state border and customs border. While the essence of free trade port is freedom, the essence of separate customs territory is independence. There is no direct causal relationship between the two. There is no subordinate, sequential or progressive relationship between them. They belong to two systems that go hand in hand. They can exist separately or at the same time.When existing together, they complement and promote each other. The establishment of Hainan separate customs territory is not an essential condition for the successful construction of Hainan free trade port. However, if it is also a Hainan separate customs territory, it can improve the pertinence and stability of Hainan free trade port system, improve efficiency, obtain more favorable international

economic conditions, and promote the construction of Hainan free trade port. It is feasible to set up a separate customs territory in Hainan, but with many obstacles, a free trade port should be built first.

Key Words: free trade port; separate customs territory; comparison; relation; enlightenment

张玉屏（1987-），女，汉族，河南三门峡人，海南大学 2019 级在读博士，研究方向为国际法，联系地址：广东省湛江市霞山区解放东路 40 号，电话号码：13763018105，邮箱：570478496@qq.com。

论文题目：个人数据跨域流动的规则比较与安全保护

赵阿琼

中国政法大学国际法学院

摘要

在互联网普及、云计算和大数据兴起的时代，个人数据跨域流动和个人数据安全已经不仅仅关系到个人权益，更影响着国家信息安全。数据安全保护演变成了这个时代国家安全战线的重要阵地，个人数据是国家发展中十分重要的竞争资源，其跨域流动和保护也成了法律规范的焦点问题之一。然而目前国际法对个人信息数据的保护和数据跨域流动的规则并没有达成共识，尚无关于数据保护的专门性国际条约。本文旨在通过梳理、对比和分析欧洲、美国和塔林手册对个人信息数据的隐私保护与跨域流动规则，结合习近平总书记提出的"共同构建网络命运共同体"的时代命题，提出尊重网络空间主权的主张与各方治理相融合的原则，并立足于我国的现状和发展方向，在网络空间治理中提出个人数据跨域流动的安全保护建议。

关键词：个人数据、数据跨域流动、数据安全

网络的发展对人类的生产生活方式产生了巨大影响，成为了人们不可或缺的活动空间，社交、购物、信息传播等活动均可以通过网络数据交换完成，因而数据的掌握和流动的安全性日益受到各国的关注，网络空间也成为了国际法发展的新兴空间。互联网产业在推动全球经济发展的同时，因其运行产生的海量数据，造成小到对个人隐私、大到对国家安全造成威胁的可能性，故而全球掀起了针对网络数据流动的治理浪潮。网络空间的战略性地位凸显，数据作为基础性战略资源，各国都在通过积极制定规则，规制域内的个人数据向外流动。

一、个人数据跨域流动的相关概念

个人数据在网络空间中的跨域流动，属于新的国际法研究领域。互联网产生不过五十余年，进入 21 世纪后各国对网络空间的治理才开始重视起来，逐渐萌生了网络主权的概念。在大数据时代到来之前，个人数据的保护相对集中在隐私权保护的范畴里；大数据时代来临后，各国才意识到，本国公民的个人数据不但代表个人的隐私，更是与国家安全和国家主权息息相关的战略资源。2015 年我国国务院印发的《促进大数据发展行动纲要》中明确指出，"信息技术与经济社会的交汇融合引发了数据迅猛增长，数据已成为国家基础性战略资源"。[1]

"网络空间"，其最狭窄的定义是计算机网络空间，即为"凡将地理位置不同，并具有独立功能的多个计算机系统通过通信设备和线路连接起来，且以功能完善的网络软件（网络协议、信息交换方式及网络操作系统等）实现网络资源共享的系统"[2]。《中华人民共和国网络安全法》将网络定义为由计算机或者其他信息终端及相关设备组成的按照一定的规则和程序对信息进行收集、存储、传输、交换、处理的系统。然而在个人数据跨域流动的语境下，

[1] 《促进大数据发展行动纲要》http://www.gov.cn/xinwen/2015-09/05/content_2925284.htm

[2] 百度百科：网络空间 https://baike.baidu.com/item/%E7%BD%91%E7%BB%9C%E7%A9%BA%E9%97%B4

以上对网络空间的定义就显得较为狭窄了。本文倾向于我国国家互联网信息办公室于 2016 年发布的《国家网络空间安全战略》[3]中对“网络空间”给出的定义：“网络空间由互联网、通信网、计算机系统、自动化控制系统、数字设备及其承载的应用、服务和数据等组成”，各国和各地区在数据合作交流领域的现时立法和实践也体现出该定义所包含的内容更为全面。

“个人数据”，是个人在社会中标识自己、建立联系的基础工具，也是社会了解和识别每一个个体并开展活动的依据。[4]欧盟的《通用数据保护条例》（GDPR）中对个人数据的定义是“任何已识别或可识别的自然人（“数据主体”）相关的信息”，[5]该条规定将个人数据分成了”已识别”和“可识别”两种类型，[6]这样的个人数据分类和识别属性奠定了欧盟对个人数据的保护理念多是从人权保护的角度出发而提出的，即个人数据受保护是一项基本人权，即使已经跨域到达他国，为了保障人权，GDPR 对个人信息依然会提供保护，这样一来个人数据内容和保护范围就可以扩张到很大。我国民法典第 1034 条规定的较为笼统：“自然人的个人信息受法律保护…个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。”从以上条款可以看出，我国法律规定中的“个人信息”与“个人数据”并没有本质区别，也没有详细的识别依据，需要现实中根据情况和需求进行判断和甄别。

“个人数据跨域流动”，在 1980 年经济合作与发展组织（OECD）发布的《关于隐私保护与个人数据跨域流动的指南》中，被简明扼要的定义为“跨越国境的个人数据移动”。

“数据安全”，指“保护信息（数据）免受各种威胁以确保业务的连续性、风险最小化以及最大化投资回报”，[7]这一定义明显是从商业投资和经济发展角度提出的。本文认为，法律意义上的数据安全指的是数据准确可靠，拥有访问权限的用户可以查看调取并应用，无访问权限的用户禁止访问。

二、欧盟、美国、塔林手册对个人数据跨域流动的规定

（一）欧盟对个人数据跨域流动的规定

1、欧盟个人数据跨域流动的法律沿革

欧洲共同体部分成员国于 1981 年签订的《关于自动化处理的个人信息保护公约》，是欧洲第一个针对数据跨域流动进行规范的法律文件。该公约的主要内容是相同保护原则和数

---

[3] 《国家网络空间安全战略》http://www.cac.gov.cn/2016-12/27/c_1120195926.htm

[4] 参见高富平：《个人信息保护：从个人控制到社会控制》，《法学研究》2018 年第 3 期。

[5] 欧盟 《通用数据保护条例》
https://wenku.baidu.com/view/cccdb04615791711cc7931b765ce05087732757e.html?pn=50

[6] 郭子詠. 个人信息跨域流动中的保护与监管——以总体国家安全观为视角[A]. 上海市法学会.《上海法学研究》集刊（2021 年第 1 卷 总第 49 卷）——上海市法学会国家安全法治研究小组文集[C].:上海市法学会,2021:9.

[7] FFIEC, IT Examinations Handbook – Information Security (July 2006) at p.1, see https://ithandbook.ffiec.gov/media/222209/ffiec_itbooklet_informationsecurity-2006.pdf.最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。

据流动原则，即在缔约国提供“相同程度保护”的条件下，要确保数据跨域的自由流动，除非出现隐私保护限制。因部分欧共体成员国未加入该公约，加入公约的国家亦未按照公约内容制定相关的国内法，故该公约在实际的实施中并未显现效果。

欧盟成立后，针对欧共体各国对 1981 年公约的执行不力，于 1995 年颁布了《关于个人信息处理保护及个人信息自由传输的指令》。该指令的两个目标延续了 1981 年公约的主要内容：一是贯彻落实个人信息在各成员国受到相同程度的法律保护，二是保障各项信息在成员国间依法自由传输。[8]

1995 年指令相比 1981 年公约，对欧盟各成员国更具有约束力，各成员国均需按照指令的要求，至指令规定期限，颁布或修改本国的个人信息保护法；指令要求在欧盟区域内做到数据自由流动，在数据跨域流动上的立场更加强硬；同时对数据流向欧盟区域外的国家和地区进行严格限制，要求“只有在第三国确保提供适当保护水平时，才能将个人数据向第三国转移”[9]。指令也意识到欧盟的保护水平要求很高，为了能促成合作，在第三国的保护水平不能达到要求的情况下，制定了目前欧盟成员国与第三国之间依然在大范围使用的标准合同条款(SCCs)和约束性公司规则(BCRs)。1981 年公约的内容和 1995 年指令的目标，可以反映出欧盟对个人信息安全保护的标准和起点，对内对外都很高，在数据经济发展初期并不容易达到。

时至 2012 年，欧盟互联网的普及率已经极高，此情形与 1995 年制定指令时的情势已经发生了重大的变化，互联网公司对个人信息的收集与传输、数据流通的频率皆呈指数级上升，1995 年的指令虽然高标准，但内容已经不足以对新的发展阶段进行全面有效的规范。同时，因为 1995 年指令要求各国制定各自的个人信息安全保护法，虽然强调了信息保护，但各国对信息的收集、储存、流通的标准都存在差异，导致信息在欧盟成员国内部的流通亦受阻。故欧洲委员会决定要制定一个可以直接适用于全欧盟的个人信息保护和传输条例，升级 1995 年指令。

经过 4 年的工作，2016 年《通用数据保护条例》（GDPR）出台。与 1995 年指令相比，2016 年条例内容更加全面且成熟，管辖范围更是广泛：一是明确了个人数据的定义与范围；二是为个人（数据主体）增加了更正权、被遗忘权等一系列新的权利；三是就效力而言，GDPR 可以直接约束成员国，不需要成员国再将条例转化为国内法，以此来保证欧盟各成员国对个人信息的保护在同一水平上；四是通过保护流向欧盟境外的个人数据，将管辖的权力直接及于接收欧盟数据的设立于欧盟境外的主体；五是对不满足保护水平要求的第三国的个人数据跨域流动，继承了 1995 年指令的标准合同条款(SCCs)和约束性公司规则(BCRs)，并增加了可以实现个人数据跨域转移的其他条件或情形。

2、欧盟现行个人数据跨域转移的路径

根据《通用数据保护条例》（GDPR），欧盟个人数据跨域流动转移的路径如下图：

[8] 刘云. 欧洲个人信息保护法的发展历程及其改革创新[J]. 暨南学报(哲学社会科学版),2017,39(02):72-84.

[9] 《关于个人信息处理保护及个人信息自由传输的指令》第 4 章第 25 条规定

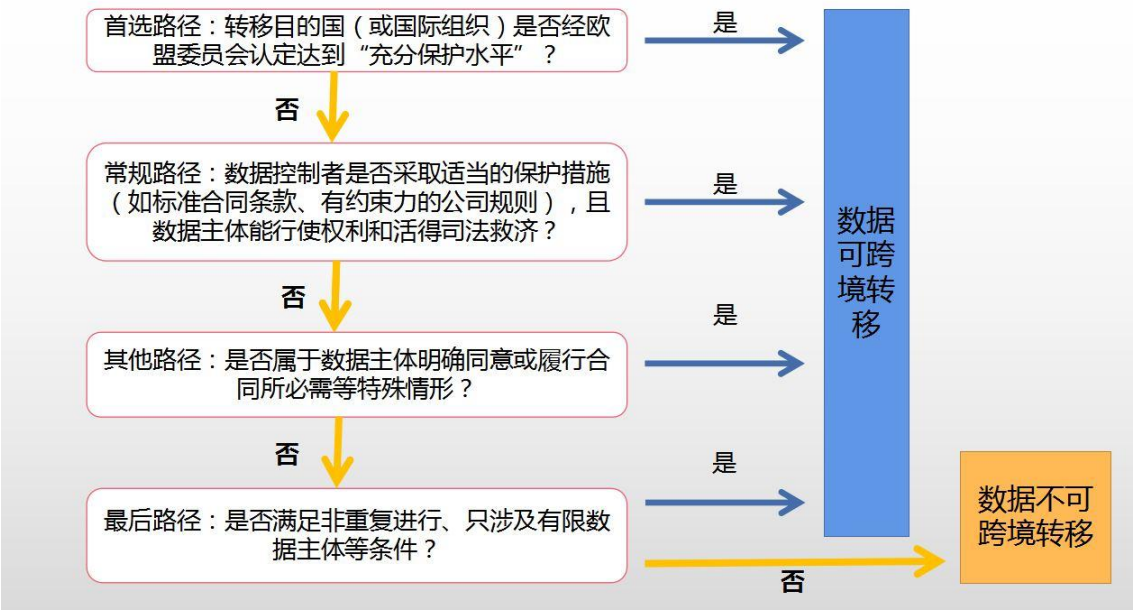


图 1：欧盟个人数据跨域转移路径选择示意图[10]

从上图可以明确看到欧盟向域外转移个人数据的层次和要求。首选路径是保护水平“充分性认定”，即欧盟认定为对个人数据保护充分的国家、地区或国际组织，就可以不需要任何特别的授权，直接对其传输欧盟掌握的个人数据。这是个人数据流动最便捷的途径，但获得此种认定的国家和地区很少。且欧盟已在公开文件中表示，在今后的一段时间里，不会再给更多的国家该水平认定。

首选途径不通时，GDPR 保留的“标准合同条款”(SCCs)和“约束性公司规则”(BCRs)就开始发生效力，成为了数据跨域转移的常规路径。SCCs 是由欧盟委员会或监管机构通过的、企业与企业之间将欧盟公民个人数据跨域传输到欧盟境外所采用的合同模板。[11]合同约定了数据出境后所受保护原则、准据法、问责机制等，以保证个人数据在离开欧盟后依然享受同等保护。BCRs 主要适用于跨国公司和集团公司，即跨国公司、集团公司内部制定个人数据保护规则，如果欧盟对公司的保护规则进行了认定，则可以在公司内部进行个人数据跨域流动，无须另行批准。

GDPR 规定的其他路径和最后路径，主要针对基于公共利益、涉及提出或行使法律诉求等情形时，可以允许将个人数据进行流动转移，但该类情况极少见，审查也十分严格。

通过观察以上路径，最值得讨论的是，GDPR 的制度设计是想要通过保护流向欧盟境外的个人数据，将管辖的权力直接及于接收欧盟数据的设立于欧盟境外的主体，从而获得了更大的域外管辖效力的结果。虽然理论和逻辑如此，但当数据流出进入他国，GDPR 的监管机构事实上就会无权亦无法对接受数据的境外主体进行管辖，故而 GDPR 设计和保留的“充分

[10] 标准合同条款：欧盟个人数据出境的常规路径之一。见 https://zhuanlan.zhihu.com/p/40957792

[11] 标准合同条款：欧盟个人数据出境的常规路径之一。见 https://zhuanlan.zhihu.com/p/40957792

性认定”、“标准合同条款”(SCCs)和“约束性公司规则”(BCRs)，可以看成是对数据行使管辖权的前置。

（二）美国对个人数据跨域流动的规定

1、美国国内个人数据跨域流动的立法情况

美国不同于欧盟集中立法，而是采取了行业自律模式，即行业或者公司自己制定内部有关个人信息跨域流动的规范性文件，实现行业的自行监管。然而行业的自律模式并没有想象中的“自律”，Facebook 数据泄露事件发生后，行业自律、行业内部规范性文件欠缺强制力的问题暴露出来，这种松散的个人数据跨域流动保护模式越来越被人诟病。加利福尼亚州制定了《加利福尼亚消费者隐私法案》（CCPA），该法案赋予消费者一系列的金钱或非金钱救济途径，使消费者在企业违反隐私法案时可以要求损害赔偿。其它涉及到个人数据跨域流动的情况，依然有待于案例法的发展。

2、美国推广的个人数据跨域隐私规则体系

虽然美国国内关于个人数据跨域流动方面的立法寥寥，但近年来，却一直在借助亚太区域经济合作，推行以亚太经济合作组织（APEC）的隐私框架为基础，构建国际个人数据跨域隐私规则体系，即《APEC 跨域隐私规则体系》（CBPRs）。

该体系是 2011 年 11 月由 APEC 组织为了平衡信息跨域流通和个人信息保护发布的，其构建运行与美国的国内行业自律体系相似，即国家自愿参与，并进行自我约束。该体系声明并不会替代加入的经济体的国内法律法规，只是要求加入方在加入前修改其国内法即可。[12]

《APEC 跨域隐私规则体系》包括了九大个人隐私保护原则，即避免损害原则、告知原则、收集限制原则、利用原则、当事人自主原则、个人信息完整性原则、安全管理原则、查阅和更正原则、责任原则[13]。在这个规则体系下，数据跨域流通的运行机制和路径相对清晰，只要数据流动目的国的企业承诺遵循九大个人隐私保护原则，即可将数据跨域流通，并且在此情况下，数据流出国不得以自己的国内法中保护个人数据的理由阻碍个人数据的跨域流动。据此，美国就曾向 WTO 贸易服务委员会提出，我国的《网络安全法》规定的数据跨域安全评估制度将对数据的流通产生阻碍，于隐私保护无帮助，并且会对世贸组织框架下的服务贸易以及外企在中国的业务造成不利影响，这一控告虽没有事实和法律依据，但体现了美国强推该规则体系的做法。

《APEC 跨域隐私规则体系》的数据跨域流通机制与欧盟的体系，正好是两个极端，欧盟是在给个人数据极大的保护后才允许数据跨域，更重视保护前置；APEC 个人数据跨域隐私规则体系则是只给个人数据一个基础的保护，即使国内法律保护要求比该体系高，也不能因为接受国比发出国的国内法律保护度低而阻碍个人数据的跨域流动，更重视数据流通。

（三）塔林手册对个人数据跨域流动的规定

塔林手册是北约卓越合作网络防御中心邀请相关国际法专家，依据相关国际法或国内法

[12] 杜硕. 欧盟个人数据跨域流动的立法对中国的启示[D].山东大学,2018.

[13] 具体原则内容参见：杜硕. 欧盟个人数据跨域流动的立法对中国的启示[D].山东大学,2018.

的规定，针对网络活动制定的规则，该规则到现在有两个版本，第一版是 2013 年出版的《网络战争中国际法适用性塔林手册》（以下简称“塔林手册 1.0”），第二版是 2017 年出版的《网络活动适用国际法塔林手册 2.0》（以下简称“塔林手册 2.0”）。塔林手册 2.0 是对 1.0 的升级，塔林手册 1.0 的内容主要集中在网络战争中国家可以采取的措施，塔林手册 2.0 将适用的范围扩大到了网络活动中，但具体内容依然集中在网络战的相关情形以及责任承担等问题。

对于个人数据的流通与保护散见于一些原则性的规定，例如主权原则、审慎原则、管辖权的规定、禁止干涉的规定等，这些规定也多是围绕国家的主权、管辖权进行论述，并讨论了在某些情况下国家可以对人权进行限制。简言之，塔林手册对日常的个人数据跨域流通并没有规定。

三、对欧盟、美国、塔林手册关于个人数据跨域流动的评述

（一）对欧盟关于个人数据跨域流动的评述

欧盟关于个人数据跨域流动的制度从立法标准上看，具有现阶段世界上最严格的个人隐私和数据安全标准。欧盟也在抓住时机将欧盟的数据保护体系作为标杆向世界推广，让世界向欧盟看齐。

比如 2019 年 3 月 5 日，欧盟理事会批准了《外国直接投资审查框架的条例》，在这个国际投资领域备受瞩目的条例中规定，为确保安全和公共秩序，成员国和委员会对实体投资可能因为涉及个人数据和敏感信息而进行审查。由此可以得出，欧盟将其自身所保存的数据作为“筹码”，需要获得欧盟数据的国家，必须向欧盟的保护水平看齐靠拢，才能进行其他领域的合作交流。

再比如，2020 年欧盟法院通过认定美国国家对数据的保护水平无法达到欧盟的水平，认定欧盟与美国达成的“隐私盾协议”无效，进一步彰显了欧盟的数据保护标杆地位。同时通过认定 SCCs 继续有效，保证了欧盟的数据与美国公司之间的跨域流通并未受到实质性的影响，且利用 SCCs 将欧盟基于数据的管辖权实质性的扩展至美国的接受欧盟跨域数据的公司。

欧盟实际在通过这些行动打造其“数据帝国”，这是个人数据作为战略资源影响力扩大的表现，也是欧盟对个人数据的管辖争夺和保护延伸。

（二）对美国关于个人数据跨域流动的评述

美国对于个人数据的规制，看似依据行业自律，不予干涉，但事实上却是十分双标，在投资和经贸往来领域对个人数据的争夺已经十分明显。

美国明面上坚持并推广的《APEC 跨域隐私规则体系》并不先进。自 2004 年提出距今已将近 20 年，有学者认为，个人信息保护的基本原则发展已经经历了两代，目前因为大数据的迅猛发展，很可能进入了第三代，而《APEC 跨域隐私规则体系》体现的原则仍处于第一代水平，[14]已经相对陈旧，保护性并不强。

[14] “清洁网络计划”下的 APEC 跨域隐私保护（CBPR）体系
https://www.ics-cert.org.cn/portal/page/121/4b3b7d28ffbf49d094d40082e6742571.html

一方面，美国推广低保护标准的《APEC 跨域隐私规则体系》，对于流向美国的数据，大开“绿色通道”，意图超越一国国内对数据保护的严格规定，使已达到《APEC 跨域隐私规则体系》标准的企业向域外进行数据传输，限制主权国家对数据的管理权限，借助美国自身的科技优势，大量吸收各地数据；另一方对于要从美国流出的数据，尤其可能流向关注国家（Country of Concern），即我国、俄罗斯等被视为“威胁美国国家安全”的国家的数据，设置各种障碍，以个人信息保护以及国家安全为由，在投资审查、数据监管等方面进行了诸多限制，比如给关注国家的公司设定数据安全要求——“数据的最小收集、禁止二次利用、查看和删除数据的权利、禁止向关注国传输等”，[15]如若违反，可能触发美国外国投资委员会的管辖和审查。

事实上，从美国外国投资委员会近期的一些涉及数据的审查中可以发现，美国对阻止数据流入我国已经进行了很多动作，比如基于阻止个人数据采集的原因，要求字节跳动科技有限公司剥离美国 Music.ly 音乐短视频社交平台的投资；“清洁网络计划”将在运营商、应用程序、应用商店、云端及电缆等 5 个领域对抗所谓的“中国威胁”。

综上，美国很早就认识到数据在国家对抗中的重要性，数十年来通过兜售个人数据安全与国家安全公共利益无关的论调，尽己所能收集全世界的数据向美国流动。同时以国家安全为名，限制其掌握的数据向特定国家流动，这些宽进严出的手段，都是为了巩固美国的“数据霸权”。

（三）对塔林手册关于个人数据跨域流动的评述

虽然塔林手册对日常个人数据跨域流动未作规定，偏向于网络战争的作战方式和手段规制，但该手册立足于国际法视野，亦有可借鉴之处。塔林手册 1.0 的定位是国际法适用性手册，突出适用性，是对已有的国际法的相关适用进行解释和指引。到了塔林手册 2.0，手册的适用范围扩张到了一般网络活动，定位变成了适用国际法手册，即突出了国际法，不但是对已有的国际法规则的适用进行了规范还包括了对相关国际法和国际规则的制定，一定程度上有了专家立法的色彩。

但其本身存在的一些短板又使其无法在国际法领域达到很重要的地位。第一，塔林手册无国家或国际组织的相关背书，两版塔林手册在导言中均明确，手册不是官方文件，仅仅是专家组对现行法律的看法的表述；第二，塔林手册并无强制性，只属于建议性指南，虽然在一些国际法场合被一些专家学者引用，但是并没有国家、个人在实体上受到塔林手册相关规定的规制或制裁；第三，塔林手册的权威性和中立性无法得到认可，编著手册的专家学者绝大多数来自西方国家，尤其是来自北约成员国的专家占据绝大多数，在手册中对有些问题援引的相关规定并未得到国际社会认可的，仅仅是西方某些国家的法规或文件。

故对塔林手册，我国应当辩证的分析和利用，一方面要认清其西方意识形态的属性，不能盲目照抄，同时我国还应当注意以及防范西方国家利用塔林手册影响网络活动相关的国际

[15] 详细规定请参照个人数据与域外国家安全审查初探（四）：从美国《2019 年安全与可信通信网络法案》

规则的制定；另一方面，要吸收利用其合理的规定，例如在网络主权以及禁止干涉的问题上，与其他国家相互尊重、求同存异、达成共识、促进合作。

四、对我国个人数据跨域安全保护的建议

习近平总书记指出，没有网络安全就没有国家安全，没有信息化就没有现代化。个人数据的安全并不只是关系到个人，要清醒的认识到在云计算和大数据时代，一条条的个人数据汇集分析，可以计算出极度丰富的内容，直接关系到国家信息安全。

通过以上对个人数据跨域流通规则的梳理，我们可以明显地看出，欧盟与美国已经将数据作为战略性资源在行动，虽然做法不同，但实际的追求是一致的，都是要增加世界个人数据跨域规则制定过程中的话语权，并将外国的个人信息尽可能多的掌握到自己手中。在世界局势正在经历百年未有之变局的现在，在各国都在新兴领域抢占先机争夺话语权的时候，我国也应该立足实际、发挥优势，和平构建中国特色的个人数据跨域流动机制与保护方案。

（一）构建符合我国特色的数据出境法律体系

我国数据安全保护立法起步较晚，虽然我国于 2016 年 11 月 7 日颁布的《中华人民共和国网络安全法》为规范网络空间治理开了个好头，具有里程碑意义，但在欧美都在企图以各种手段限制数据流入我国的情况下，仅依靠《网络安全法》进行防御性对抗，显得有些势单力孤；且配套的规范不够具体不够成熟，致使《网络安全法》并未发挥出加强保护和促进开放交流的特点。所以，我国应该立足于现有的《网络安全法》，对相关配套规范进行完善，构建出具有中国特色的数据出境法律规范体系，促进对数据安全保护和数据跨域流通的法治化进程。

（二）强化数据本地化以保障国家网络主权

欧盟坚持最严格的隐私保护策略，是因为其手握 5 亿人口的欧盟成熟数据市场。我国作为人口大国和制造大国，人口数量超过 14 亿、网民数近 10 亿，如此庞大的基数，数据产生能力更是巨大，大数据资源极为丰富。随着数字中国建设的推进，各行业的数据资源采集、应用能力不断提升，将会有更多的数据积累，巨大的数据量就是巨大的资源，必须要将这些战略资源掌握在自己的手里，才能在与美国、欧盟的互联网数据流通安全博弈中占据主动。

按照我国《网络安全法》第 37 条“关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定”之规定，将重要数据存储于本地，同时对可能会影响到我国国家安全，以及涉及到国家利益的相关数据的出境进行严格安全评估，才能有效保护我国的网络空间利益和国家信息安全。

（三）加强安全审查以保障数据流通安全

《网络安全法》第 35 条规定“关键信息基础设施的运营者采购网络产品和服务，可能影响国家安全的，应当通过国家网信部门会同国务院有关部门组织的国家安全审查。”保障国家网络安全，关键信息基础设施的运行安全是首位，运营者的选择、运营者采购的网络产

品和服务，对数据安全尤为重要，要防止不规范的产品和服务盗取相关数据，也要注意类似美国《澄清境外数据的合法使用法案》(CLOUD ACT)可以规制到的公司，以防这些公司按照美国该法案，将我国的重要数据移交给美国。

（四）构建以相互尊重网络空间主权为基础的数据跨域流通机制

我国应当在相互尊重国内法对数据跨域流通规范的基础上，与其他国家进行积极的磋商。习近平总书记指出，《联合国宪章》确立的主权平等原则是当代国际关系的基本准则，覆盖国与国交往的各个领域，其原则和精神也应该适用于网络空间。各国自主选择网络发展道路、网络管理模式、互联网公共政策和平等参与国际网络空间治理的权利应当得到尊重[16]。在相互尊重网络空间主权的基础上，主动出击，牵头建立双边或多边机制，增加我国在网络空间主权、数据保护以及数据跨域流动等相关领域的话语权。

[16] 《网络安全法》解读，参见 http://www.cac.gov.cn/2016-11/07/c_1119866583.htm

UNCLOS 中的“北极例外”条款：第 234 条的解释与适用

庄　媛[1]

内容摘要：21 世纪以来，北极冰川融化速度明显加快，北极航道的开辟不仅带来经济机遇，同时意味着利用北极新航线成为各国新的博弈目标。UNCLOS 第 234 条“冰封区域”又被称为“北极例外”条款，该条款赋予北极沿岸国在专属经济区单边制定、执行防止海洋污染法律法规的权利，与北极航道的发展密切相关。然而，由于各国的利益冲突及第 234 条本身的模糊性，实践中第 234 条的解释和适用具有较大争议。本文梳理了第 234 条中适用范围、“冰封区域”的界定、沿海国的权利范围的解释分歧，剖析了美国、俄罗斯、加拿大等国适用第 234 条的实践及影响，认为我国应从树立正确立场、加强国际合作、加大科考投入三个方面应对第 234 条带来的冲突及困境。北极航道是我国对外经贸网络中不可或缺的组成部分，充分理解第 234 条有利于我国充分利用北极航道、参与北极治理，从而进一步维护我国北极权益。

关键词：北极航道 冰封区域 北极例外条款 《联合国海洋法公约》 环境保护

《联合国海洋法公约》（United Nations Convention on the Law of the Sea，以下简称 UNCLOS）第 234 条“冰封区域”又被称为“北极例外”条款。该条款赋予北极沿岸国在专属经济区单边制定、执行防止海洋污染法律法规的权利，为其实施单边管辖提供了法律依据，[2] 是一项防止北极海洋污染的特别控制条款。然而，第 234 条作为加拿大、前苏联（俄罗斯）、美国等几个国家协商的产物，其在内容上充分体现了不同势力间的微妙平衡，有学者称其为“UNCLOS 中最模糊不清的条款”。[3] 由于第 234 条法条文本的原则性、模糊性，对该条的解释、适用存在诸多分歧。例如,有关第 234 条适用范围、“冰封区域”定义的理解、北极沿海国根据第 234 条行使立法权、执法权权利范围的解释存在争议。实践中，美国、俄罗斯、加拿大等国亦存在着不同的态度及做法。

随着全球气候变暖，北极冰川融化，未来北极航道的发展潜力巨大。该变化使北极航道的利用成为各国关注的焦点，而实践中第 234 条解释、适用的争议使北极航道的走向充满不确定性。2019 年 5 月，外交部发言人耿爽在例行记者会上表示：“中国一贯秉持开放、合作、共赢的态度参与北极事务。在北极问题上坚持科研主导，主张保护环境、合理利用、依法治理和国际合作。”[4] 我国是重要的近北极国家，北极航道的发展与我国国家利益密不可分。本文通过梳理、剖析第 234 条理论上的解释分歧、实践中的适用影响，旨在厘清北极沿岸国及其他国家在保护北极地区海洋环境和维护航行安全与自由方面的权利义务关系，从而为我国充分理解第 234 条，有效利用北极航道、参与北极治理提供可行性建议。

庄媛，厦门大学法学院海洋法专业 2019 级硕士研究生。

[2] 参见刘惠荣、李浩梅：《从冰封区域条款国家实践看北极航道商业开发前景》，载《中国海洋报》2015 年 8 月第 003 版，第 1 页。

[3] Cynthia Lamson, “Arctic Shipping, Marine Safety and Environmental Protection”, Marine Policy, Vol.11.(1987), p.4.

[4] 《2019 年 5 月 7 日外交部发言人耿爽主持例行记者会》，载外交部，https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1661382.shtml，2020 年 7 月 15 日访问。

一、“北极例外”条款概述

（一）谈判背景

上世纪六七十年代，北极海域发生了多起石油泄漏事故。例如，1967 年利比亚籍邮轮 Torrey Canyon 号在英格兰西南海岸触礁，导致约 12 万吨原油泄露；1970 年，利比里亚“箭”号油轮在切达巴克托海湾搁浅，溢油污染了新斯科舍省沿岸及海湾。由于北极地区的海洋环境具有敏感性、脆弱性，对污染物的自净、吸收能力极为有限，遥远的地理距离和特殊的自然条件亦使海上救助存在较大困难，加拿大等北极沿岸国面临严峻的北极油污治理挑战。1969 年，美国“曼哈顿”号未经加拿大批准在其沿岸海域进行石油运输的实验性航行，该事件引起加拿大国内高度重视，决定加快北极环境保护立法进程。为保护北极脆弱的海洋环境，维护国家主权，加拿大于 1970 年通过《北极水域污染防治法》（Arctic Waters Pollution Prevention Act，以下简称 AWPPA）。AWPPA 作为保护北极环境的肇始法规，加拿大在该法确立了其有权对任何进入北部 100 海里区域的船舶制定环境标准的权利。[5]

然而，加拿大的 AWPPA 单边在公海适用高于一般国际规则的环境保护标准，引起国际社会普遍反对。[6] 为寻求国际法依据，促使 AWPPA 的实行合法化，加拿大在第三次联合国海洋法会议期间极力主张建立北极地区的特殊规范。由于所涉问题的区域性，第 234 条的谈判主要在加拿大、美国、苏联等北极利益攸关国间进行，是 UNCLOS 为数不多由几个相关国家商议而形成的条款。[7] 最终，加拿大获得苏联、美国、瑞典、挪威、冰岛的支持，成功协调其与其他北极沿岸国、非北极国家间关于沿海国扩大管辖权问题的分歧。鉴于加拿大在推进立法中的作用，UNCLOS 第 234 条又被称为加拿大条款或“北极例外”条款，该条赋予沿海国在北极海域的特别控制权，为沿海国管理北极航道、制定北极海域航行国内法提供了国际法依据。

（二）主要内容及立法目的

从第 234 条的法条文本来看，[8] 它的主要内容可以剖析如下：首先，该条款赋予沿海国的主要权利是其有权为了防止、减少和控制船只对海洋的污染而制定并执行法律和规章，即

[5] 参见冯寿波：《<联合国海洋法公约>中的“北极例外”：第 234 条释评》，载《西部法学评论》2019 年第 2 期，第 99 页。

[6] Smith B.D, “United States Arctic Policy”, Oceans Policy Study, Vol.1.(1971), p.40.

[7] 参见王泽林：《北极航道法律地位研究》，上海交通大学出版社 2014 年版，第 243 页。

[8] 第 234 条 冰封区域

沿海国有权制定和执行非歧视性的法律和规章，以防止、减少和控制船只在专属经济区范围内冰封区域对海洋的污染，这种区域内的特别严寒气候和一年中大部分时候冰封的情形对航行造成障碍或特别危险，而且海洋环境污染可能对生态平衡造成重大的损害或无可挽救的扰乱。这种法律和规章应适当顾及航行和以现有最可靠的科学证据为基础对海洋环境的保护和保全。

Article 234 Ice-covered areas

Coastal States have the right to adopt and enforce non-discriminatory laws and regulations for the prevention, reduction and control of marine pollution from vessels in ice-covered areas within the limits of the exclusive economic zone, where particularly severe climatic conditions and the presence of ice covering such areas for most of the year create obstructions or exceptional hazards to navigation, and pollution of the marine environment could cause major harm to or irreversible disturbance of the ecological balance. Such laws and regulations shall have due regard to navigation and the protection and preservation of the marine environment based on the best available scientific evidence.

享有立法权和执法权。其次，该条款的适用范围是沿海国专属经济区范围内的冰封区域，这种区域由于特别严寒的气候、一年中大部分时间处于冰封的情形对航行造成障碍或特别危险，而且该区域内的海洋环境污染可能对生态平衡造成重大的损害或无可挽救的扰乱。最后，该条款的限制是沿海国在实行立法权、执法权时必须满足相应条件。第一，应当达到“非歧视性”的标准；第二，应当遵守适当顾及航行的义务；第三，应当以现有最可靠的科学证据为基础。

由此可见，“北极例外”条款的立法目的是：一方面，它突破了海洋法关于沿海国环境管辖权的一般规则，赋予北极沿岸国在专属经济区范围内单边制定和执行环境规则和标准的权利。该权利使沿海国可以通过国内法控制和管理途经其专属经济区的船舶，以防止或减少其对北极海域的海洋环境造成损害。[9] 另一方面，为了平衡沿海国保护北极海洋环境和其他国家航行自由之间的利益，它在扩大沿海国管辖权的同时，在用语和表达中使用了诸多限制性条件。例如“非歧视性”、“特别严寒气候”、“一年中大部分时候冰封”、“适当顾及航行”、“以现有最可靠的科学证据为基础”等等，尽量避免沿海国权利的滥用或对航行自由造成过度限制。

二、“北极例外”条款的解释分歧梳理及剖析

（一）适用范围

“北极例外”条款的适用范围是指沿海国有权行使立法权、执法权的海域范围。第 234 条文本将适用范围表述为“在专属经济区范围内”（within the limits of the EEZ），学界对该限定的解释富有争议。经过梳理，笔者将代表观点总结为三大类：第一种观点认为“在专属经济区范围内”是对专属经济区内部界限、外部界限的同时限制，即第 234 条仅适用于领海 12 海里外至 200 海里区间内的海域，不包括内水、领海、国际海峡；[10] 第二种观点认为“在专属经济区范围内”应是从领海基线起至 200 海里的海域，包括 12 海里领海和国际海峡，但不包括内水；[11] 第三种观点认为“在专属经济区范围内”仅是对专属经济区外部界限的限制，第 234 条可以适用于 200 海里以内的任何水域，包括内水、领海、国际海峡、专属经济区。[12]

---

[9] 参见刘惠荣、李静：《论<联合国海洋法公约>第 234 条在北极海洋环境保护中的适用》，载《中国海洋大学学报(社会科学版)》2010 年第 4 期，第 8 页。

[10] 支持该观点的代表学者有：D. M. McRae and D. J. Goundrey, “Environmental Jurisdiction in Arctic Waters: The Extent of Article 234”, University of British Columbia Law Review, Vol.197.(1982); Alan E. Boyle, “Marine Pollution Under the Law of the Sea Convention”, American Journal of International Law, Vol.11.(1985); Fahey, “Access Control: Freedom of the Seas in the Arctic and the Russian Northern Sea Route Regime”, Harv. Nat’l Sec.J, Vol.9.(2018); 冯寿波：《<联合国海洋法公约>中的“北极例外”：第 234 条释评》，载《西部法学评论》2019 年第 2 期；杨显滨：《北极航道航行自由争端及我国的应对策略》，载《政法论丛》2019 年第 6 期等。

[11] 支持该观点的代表学者有：Donat Pharand, “The Arctic Waters and the Northwest Passage: A Final Revisit”, Ocean Development & International Law, Vol.38.(2007); Kristin Bartenstein, “The Arctic Exception in the Law of the Sea Convention: A Contribution to Safer Navigation in the Northwest Passage?”, Ocean Development & International Law, Vol.42.(2011)等。

[12] 支持该观点的代表学者有：Bernard Oxman, “Legal Regimes of the Arctic”, American Society of International Law Proceedings, (1988); R. D. Brubaker, “Straits in the Russian Arctic,” Ocean Development & International Law, Vol.32.(2001)等。

持第二、三种观点的学者理由相近，唯一区别在于适用范围是否应当包括内水。他们认为，其一，如果第 234 条不适用于领海、国际海峡，那么北极沿岸国在专属经济区享有的权利将大于领海的权利，导致不合逻辑的结果。其二，从第 234 条的谈判历史可以看出，第 234 条实际上是对 AWPPA 的“批准”。而 AWPPA 的适用范围包括内水、领海、国际海峡，故为了将 AWPPA 合法化而产生的“北极例外”条款应当涵盖沿海国 200 海里内的所有海域。其三，根据“举轻以明重”的法律原则，北极沿岸国在专属经济区可以享有的权利，理所当然可以在更靠近其领土的海域中行使。笔者支持第一种观点，“在专属经济区范围内”应指 UNCLOS 第 57 条专属经济区定义内的海域，不包括内水、领海、国际海峡。首先，内水属于一国国家领土，沿海国在内水中享有完全、排他的主权，无需借助其他条款扩大管辖权，故第 234 条的适用范围不应包括内水。其次，UNCLOS 将领海制度放在第二部分、专属经济区制度放在第五部分，说明二者的海域性质具有区别。若将“在专属经济区范围内”随意扩大至领海和国际海峡，会导致沿海国在不同海域享有的权利混淆，将不同的权利趋同化。[13] 再次，《维也纳条约法公约》（Vienna Convention on the Law of Treaties，以下简称《条约法公约》）第 31 条明确规定“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之”。由此可见，谈判者意图只能作为补充解释，无法取代法条术语的通常含义。第 234 条将适用范围表述为“在专属经济区范围内”，按照通常含义即指从领海基线起至 200 海里内的海域，因 AWPPA 的规定对第 234 条的适用范围作扩大解释不符合国际法规定。最后，虽然国家管辖权沿着陆地向海洋方向呈递减趋势是一般规则，但第 234 条本就作为例外而存在。“在专属经济区范围内”的措辞表明，谈判者认为 UNCLOS 在其他海域的规定已赋予沿海国足够宽泛的管辖权保护北极海域，没有必要通过其他条款扩大其权利。综上所述，第 234 条的适用范围应解释为仅适用于专属经济区，背离法条原意扩大适用是滥用权利的行为。

（二）“冰封区域”的界定

第 234 条的使用限制在冰封区域内，而法条对冰封区域的描述“特别严寒气候和一年中大部分时候冰封”（where particularly severe climatic conditions and the presence of ice covering such areas for most of the year）过于模糊，实践中对“冰封区域”界定的解释存在分歧。广义解释认为 where 一词仅是对冰封区域的空间限制，即冰封区域是指极地这样有明显冰雪覆盖特征的区域，具体的冰川状况不影响北极沿岸国使用第 234 条；[14] 狭义解释认为 where 不仅是空间限制，更是条件限制，北极沿岸国只有在海域满足“气候特别严寒”、“一年中大部分时候冰封”的条件时才能实行第 234 条赋予的权利。[15]

[13] 参见杨显滨：《论海洋法公约冰封区域条款在西北航道的适用》，载《政治与法律》2019 年第 4 期，第 103 页。

[14] 支持该观点的代表学者有：Roman Dremliuga, “A note on the Application on of Article 234 of the Law of the Sea Convention in Light of Climate Change: Views from Russia”, Ocean Development＆International Law, Vol.48.(2017); Kristin Bartenstein, “The Arctic Exception in the Law of the Sea Convention: A Contribution to Safer Navigation in the Northwest Passage?”, Ocean Development & International Law, Vol.42.(2011); Joshua Ho, “The Implications of Arctic Sea Ice Decline on Shipping”, Vol.34.(2010)等。

[15] 支持该观点的代表学者有：O. Gayazova, “China’s Rights in the Marine Arctic”, International Journal of

支持广义解释的学者主要来自俄罗斯和加拿大，他们认为全球气候变暖，北极冰川融化并不影响沿海国根据第 234 条享有的权利。所持的理据主要是：一方面，“冰封区域”一词旨在将北极与其他特殊、脆弱的地区相区分，它仅是一个法律用词，体现了法律语言的技术性，并非意在将第 234 条与自然中的冰盖条件相联系。[16] 另一方面，第 234 条的立法目的是保护北极海域的海洋环境，而科学证据表明冰川融化将加剧北极海域的脆弱性，且冰川融化后北极地区航行的船舶数量将不断增加，使北极海域面临更加严峻的环境挑战。目前，北极航运面临的危险主要来自强风、暴风雪、低能见度、极夜、浮冰等，它们中的大多数与北极的冰封状况并无关联。因冰川融化而不再使用第 234 条会对北极环境造成不可挽回的后果。不仅如此，冰川融化会在经历无法明确限定条件的过渡情况后缓慢发生，要求沿海国考察具体冰封状况后使用第 234 条会导致其在实际应用中面临重大障碍。笔者支持狭义解释，随着气候变暖、冰川融化，在北极适用第 234 条的范围将不断缩小。首先，将冰封区域的限定条件解释为法律用词不符合常理。第 234 条用“气候特别严寒”、“一年中大部分时候冰封”描述冰封区域，这些用词若仅是为了将之定义为北极地区则显得过于繁杂，只需要用“极地地区”或“北极区域”替代即可。其次，由前文可知，第 234 条是沿海国环保利益和其他国家航行利益相互平衡的产物。“一年中大部分时候冰封”是第 234 条的限制条件之一，排除该条件的要求是对该条的曲解和滥用，[17] 在冰川融化后继续使用第 234 条会导致北极沿岸国与其他国家的权利义务关系失衡。再次，从第 234 条的草案及最后案文可以看出，各国在谈判中并未预料到未来会发生全球气候变化而导致的北极冰川融化，[18] 但这并不可作为第 234 条在不满足条款限制下继续适用的理由。随着情势改变，未来北极会出现新的环境问题，这些问题应由国际社会通过协商谈判解决，例如制定新的区域性、全球性国际条约。最后，第 234 条“冰封区域”和第 211 条“来自船只的污染”同属 UNCLOS 第十二部分“海洋环境的保护和保全”中，二者立法目的极为相似。根据第 211 条的规定，沿海国认为国际规则和标准不足以满足特定地区的特殊情况，可以向主管国际组织申请将其指定为“特殊地区”。一旦指定了特殊区域，沿海国便可以在该区域内制定比国际标准更为严格的法律和法规，这些特殊措施必须是满足本条所列条件且必需的措施。由此可见，第 211 条中条件的列举并不是为了定义可以制定法律法规的区域范围，而是为了确定制定法律法规的目的，第 234 条应做相同解读。综上所述，对冰封区域的界定应采取狭义解释。

（三）沿海国的权利范围

Marine and Coastal Law, Vol.28.(2013); James Kraska, “Governance of Ice-Covered Areas: Rule Construction in the Arctic Ocean”, Ocean Development & International Law, Vol.45.(2014); Rob Huebert, “Article 234 and Marine pollution Jurisdiction in the Arctic”, The law of the Sea and Polar Maritime Delimitation and Jurisdiction, 2001; 李志文、高俊涛：《北极通航的航行法律问题探析》，载《法学杂志》2010 年第 11 期；龚迎春：《专属经济区内的管辖权问题研究——特别区域、冰封区域和特别敏感海域》，载《中国海洋法学评论》2009 年第 2 期等。

[16] Roman Dremliuga, “A note on the Application on of Article 234 of the Law of the Sea Convention in Light of Climate Change: Views from Russia”, Ocean Development & International Law, Vol.48.(2017), p.131.

[17] 参见李志文、高俊涛：《北极通航的航行法律问题探析》，载《法学杂志》2010 年第 11 期，第 65 页。

[18] Joshua Ho, “The Implications of Arctic Sea Ice Decline on Shipping”, Marine Policy, Vol.34.(2010), pp.713–715.

第 234 条赋予沿海国“制定和执行非歧视性的法律和规章，以防止、减少和控制船只在专属经济区范围内冰封区域对海洋的污染”的权利，然而法条中也存在诸多限制，包括“非歧视性”、“对航行造成障碍或特别危险”、“可能对生态平衡造成重大的损害或无可挽救的扰乱”、“适当顾及航行”、“以现有最可靠的科学证据为基础”。这些限制在表述上过于原则，缺乏具体衡量的标准，学界对于第 234 条赋予沿海国的权利范围存在不同看法。广义解释认为第 234 条赋予北极沿海国制定法律规章的权利只需要满足为了“防止、减少和控制船只对海洋的污染”即可，没有其他限制；[19] 狭义解释认为“适当顾及航行”的义务要求北极沿海国在行使立法权、执法权时不能与 UNCLOS 赋予其他国家的无害通过权、过境通行权、航行自由权相冲突，权利范围以不减损上述权利为限；[20] 折衷解释认为第 234 条赋予北极沿海国的权利具有特殊性，实行时可以超过无害通过权、过境通行权、航行自由权限定的范围，但必须受到一定限制。根据学者对限制采用标准的不同，笔者将不同观点总结为“法条文义限制说”[21]、“领海权限限制说”[22]和“遵守一般接受的国际规则和标准说”[23]。

采取广义解释的学者认为第 234 条文本中的限制过于原则，不具有实际意义，故只要有利于北极海域环境保护的立法和执法都应被认为符合第 234 条的规定。该主张肆意扩大沿海国的权利范围，忽略法条本身的限制条件，明显不符合国际法要求。狭义解释是美国的官方立场，其认为第 234 条应在确保其他国家航行自由的前提下实行。美国认为，其一，UNCLOS 第 194 条第 4 项明确要求“各国采取措施防止、减少或控制海洋环境的污染时，不应对其他国家依照本公约行使其权利并履行其义务所进行的活动有不当的干扰”，该条款作为第十二部分的一般规定，第 234 条应当遵守。其二，第 234 条要求沿海国遵守“适当顾及航行”的义务，损害航行自由的立法和执法措施不符合该限制。笔者认为，狭义解释会使第 234 条的存在失去意义。不能侵犯航行自由权、无害通过权、过境通过权的要求导致实践中沿海国不能制定任何法律和规章适用于外国船舶的设计、建造、人员配备，不能采取措施管制外国船舶航行，只能在船舶对环境造成损害后采取行动弥补损失，消除损害。该限

[19] 支持该观点的代表学者有：Stanley P. Fields, “Article 234 of the United Nations Convention on the Laws of the Sea: The Overlooked Linchpin for Achieving Safety and Security in the U.S. Arctic”, Harv. Nat'l Sec, Vol.55.(2015); Jacques Hartmann, “Regulating Shipping in the Arctic Ocean: An Analysis of State Practice”, Ocean Development & International Law, Vol.49.(2018); Franklyn Griffiths, “Canadian Arctic Sovereignty: Time to Take Yes for an Answer on the Northwest Passage”, McGill-Queen’s University Press, 2009 等。

[20] 支持该观点的代表学者有：D. Rothwell, “The Polar Regions and the Development of International Law”, Cambridge University Press, 1996; James Kraska, “Governance of Ice-Covered Areas: Rule Construction in the Arctic Ocean”, Ocean Development & International Law, Vol.45. (2014); 刘美：《环境保护议题:参与北方海航道治理的法律路径》，载《中国海商法研究》2019 年第 2 期；杨显滨：《论我国参与北极航道治理的国际法路径》，载《法学杂志》2018 年第 11 期等。

[21] 支持该观点的代表学者有：陈敬根：《北极航道“特殊条约规制型海峡模式”的治理与构建》，载《政法论丛》2017 年第 4 期；董跃：《论海洋法视角下的北极争端及其解决路径》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2009 年第 3 期；刘惠荣、李浩梅：《北极航行管制的法理探讨》，载《国际问题研究》2016 年第 6 期等。

[22] 支持该观点的代表学者有：D. M. McRae and D. J. Goundrey, “Environmental Jurisdiction in Arctic Waters: The Extent of Article 234”, University of British Columbia Law Review, Vol.197.(1982)等。

[23] 支持该观点的代表学者有：Kristin Bartenstein, “Between the Polar Code and Article 234: The Balance in Canada’s Arctic Shipping Safety and Pollution Prevention Regulations”, Ocean Development & International Law, Vol.50.(2019); 白佳玉：《我国科考船北极航行的国际法问题研究》，载《政法论坛》2014 年第 5 期等。

制与第 234 条的立法目的相悖，使 UNCLOS 赋予沿海国保护北极海域的权利落空。“北极例外”条款的目的是建立一种新的制度，该制度要求既要保护海洋环境，又要适当顾及航行，但在二者之间侧重于保护环境利益。由此可见，介于广义解释和狭义解释间的折衷解释较为合理，关键在于如何确定权利的限制标准。

现有的三类观点中，持“法条文义限制说”的学者认为第 234 条应受文本本身条件的限制；采用“领海权限限制说”的学者认为第 234 条的表述过于模糊，需要具体的标准衡量。由于沿海国在专属经济区无法享有比在领海更大的权利，具体实行时可以参照沿海国在领海享有的权利对第 234 条进行限制；“遵守一般接受的国际规则和标准说”的学者认为第 234 条的权利范围是必须遵守一般接受的国际规则和标准，超过或严于该规则和标准的立法、执法不符合第 234 条的要求。笔者认为，“领海权限限制说”将第 234 条的适用严格限制在不超过领海权利的范围内，即北极沿岸国无法利用第 234 条对外国船舶施加损害无害通过权的要求。但第 234 条是 UNCLOS 赋予北极沿岸国的特殊权利，不应按一般海域权利义务关系衡量，该解释缺乏说服力。“遵守一般接受的国际规则和标准说”无法在第 234 条的文本中体现，理据难以服众。且北极环境具有特殊脆弱性，禁止北极沿岸国采取严于一般国际规则和标准的立法、执法难以满足北极海域的需求。“法条文义限制说”最符合第 234 条的含义，既保护了北极沿岸国的立法权、执法权，又保证了其他国家在北极地区的航行权，有利于实现二者的平衡。虽然北极沿岸国在适用第 234 条时拥有较大的自由裁量权，但其至少应当证明其在北极海域进行的立法、执法具有必要性、合理性，能够被其他国家认可和遵行，不存在权利滥用或过度限制他国权利的现象。[24] 迄今为止，国际社会仍缺乏一套切实可行的参照标准用于衡量沿海国的权利范围，此问题亟待解决。

三、主要国家适用“北极例外”条款的实践及影响

（一）主要国家的实践

1.美国

美国官方对第 234 条的适用范围、“冰封区域”的界定、沿海国的权利范围皆采取狭义解释。美国在 1986 年和 1992 年分别申明其坚持西北航道是用于国际航行的海峡，该海峡中必须遵循 UNLCOS 规定的过境通行制，加拿大等国无权利用第 234 条侵犯该权利。25 2009 年 1 月，美国颁布《国家安全总统指令与国土安全总统指令》，其中再次强调西北航道是国际海峡，北方海航道包括国际海峡，过境通行制适用于经过这些海峡的航道。2013 年颁布的《北极地区国家战略》强调北极航道适用航行自由的国际法律原则，以及与这些自由相关的其他国际法用途。除此之外，美国 2010 年通过外交照会抗议加拿大侵犯其本应享有的航行自由权、无害通过权，违反第 234 条规定的“适当顾及航行”的义务。2015 年，美国再次通过外交照会抗议俄罗斯制定的《北方海航道水域航行规则》，认为该规则要求外国船舶在

[24] 参见刘惠荣、李浩梅：《北极航行管制的法理探讨》，《国际问题研究》2016 年第 6 期，第 104-105 页。

[25] 参见刘江萍、郭培清：《保护还是搁置主权——浅谈美加两国西北航道核心问题》，载《海洋世界》2010 年第 3 期，第 53 页。

俄罗斯专属经济区、领海航行前需提前申请并获得许可的行为是对第 234 条的滥用。

值得一提的是，虽然美国对第 234 条采取狭义解释，但其 1990 年颁布的《石油污染法》（United States Oil Pollution Act，以下简称 OPA）与目前俄罗斯、加拿大适用于北极的制度极为相似。26 OPA 详细规定了外国船舶设计、构造、设备和人员标准的要求，对违反该规范的损害赔偿采取严格责任原则，要求责任方在承担赔偿的同时还应负担清除成本，否则会导致拒绝通关、拒绝入境、拘留，中止通过、扣押、没收等法律后果。不仅如此，在针对外国油轮船员的培训和标准中，美国亦采取了严于一般国际标准和规则的要求。27 事实上，除了破冰费用、领航的规定外，俄罗斯、加拿大根据第 234 条制定的大多数国内法规范都在 OPA 中有所体现。

2.俄罗斯

俄罗斯是最重要的北极沿海国之一，其根据第 234 条在毗邻北极海域制定了一系列法律和规章，并辅以执法措施。目前，俄罗斯将东北航道途经其管辖水域的部分称为“北方海航道”，该航道中的海域称为“北方海航道水域”。28

从立法层面上看，俄罗斯管理北方海航道的主要国内法是 2013 年《北方海航道水域航行规则》（以下简称《规则》）。在《规则》中，俄罗斯将“北方海航道”定义为俄罗斯特定的内水、领海、毗连区和专属经济区，对第 234 条的适用范围采取了广义解释。《规则》要求在通航期内，外国船舶进入北方海航道应遵守许可证制度、定期强制报告制度、船员冰区资格限制、破冰护航及冰区引航服务、对安全航行和防污染设备的特殊要求、控制污染物排放等规定。[29] 除此之外，《北方海航道航行指南》、《北方海航道破冰船领航和引航员引航规章》、《北方海航道航行船舶设计、装备和必需品要求》、《北方海航道破冰船服务费率制定》等亦是俄罗斯根据第 234 条制定的配套法律文件，对外国船舶的航行要求、环保标准、收费制度予以详细规定。从执法层面上看，为了保护所辖海域的生态环境，确保航行安全，俄罗斯在北极海岸建立了深水港口和军事基地，并着手建设历史上规模最大、功能最强大的破冰船，迄今为止已增加了 20 余艘具有北极航行能力的破冰船。30 根据《规则》规定，若俄罗斯有理由认为外国船舶在其管辖海域内未遵守其制定的标准和规章时，俄罗斯有权登临任何船舶，有权在特定区域要求外国船舶和其它移动设施停止航行，甚至将其驱逐出北方海航道。可以看出，俄罗斯对于沿海国权利范围亦采取广义解释。

3.加拿大

在立法中，加拿大根据第 234 条制定的主要法律包括 AWPPA、《北极航运污染防治规

[26] J. Ashley Roach and Robert W. Smith, “International Law Studies—Excessive Maritime Claims”, Newport Naval War College, Vol.66.(1994), p.262.

[27] R. Douglas Brubaker, “Straits in the Russian Arctic”, Ocean Development & International Law, Vol.32.(2001), pp.263-287.

[28] 参见王泽林：《“冰上丝绸之路”航行自由法律问题研究》，载《南京大学法律评论》2019 年春季卷，第 360 页。

[29] 参见肖洋：《管理规制视角下中国参与北极航道安全合作实践研究》，清华大学出版社 2017 年版，第 105-106 页。

[30] John Vidal, “Russian Arctic City Hopes to Cash in as Melting Ice Opens New Sea Route to China”, The Guardian, Vol.1.(2014), p.6.

章》（Arctic Shipping Pollution Prevention Regulations，以下简称 ASSPPR）、《加拿大航运法》（Canada Shipping Act）、《北方船舶交通服务区规章》(Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations)、《船舶安全航行控制区域指令》（Shipping Safety Control Zones Order）等等。其中，AWPPA 在北极水域中设置了 100 海里的“污染防治区”，在该区域内全面禁止船舶倾倒废物。对进入北极海域的船舶建造、设计和操作进行规制，针对不同区域规定了不同的船舶条件和航行标准。31

除此之外，其制定了一系列复杂的控制航行方案，在控制区航行前，船长可以向加拿大海事检察官或者非加拿大船级社的调查者获取“北极污染防治证书”，表明该船舶航行时会遵守相关规定。32 ASSPPR 规定了外国船舶航行时具有特定的通信义务，只有在通过海洋通信或交通服务中心将信息发给运输部长后才能进入航行安全控制区，需要发送的信息包括船舶、船长、航线、预期的冰况和风险指数及船舶的最终目的地。33 在执法中，加拿大通过《海岸管理法》加强空军在北极海域的飞行巡逻，并建造了极地破冰船强化国家北极维权能力。无独有偶，加拿大和俄罗斯一样对第 234 条的适用范围、沿海国权利范围采取广义解释。由于北极海域的冰川尚未完全融化，俄罗斯、加拿大官方未明确表明对“冰封区域”界定的态度，但两国主要学者不约而同的对“冰封区域”持广义解释，主张气候变化不影响第 234 条继续使用。

4.欧盟国家

欧盟在 2008 年颁布的《欧盟与北极地区》中明确提出“欧盟成员国和欧共体应该捍卫自由航行的原则和无害通过新开放海道和水域的权利”、“必须避免由北冰洋沿岸国家针对第三国商船的歧视性做法（特别是收费、义务服务等方面）”。但并没有其他明确针对第 234 条解释、适用的表态。2002 年，丹麦引入了强制性船舶报告系统，简称为 GREENPOS，适用于格陵兰岛周围的北极水域。与俄罗斯、加拿大的规定不同，丹麦并未要求进入其专属经济区的船舶需要事先获得许可。但其规定所有往返于格陵兰岛的外国船舶必须报告港口和停靠地点，否则将被处以罚款、监禁。34 目前，同为北极沿海国的挪威尚未针对北极冰封区域制定任何国内法。35

（二）“北极例外”条款的影响

由前文可知，北极航道的主要沿岸国俄罗斯、加拿大都在实践中对第 234 条的适用范围、“冰封区域”界定和权利范围采取广义解释。俄罗斯和加拿大以保护北极航行安全和海

[31] D. M. McRae and D. J. Goundrey, “Environmental Jurisdiction in Arctic Waters: The Extent of Article 234”, University of British Columbia Law Review, Vol.16.(1982), p.197.

[32] 参见王丹、王杰、张浩：《环北极国家与地区的北极航道通行政策及其发展趋势分析》，载《极地研究》2015 年第 1 期，第 77 页。

[33] Kristin Bartenstein, “Between the Polar Code and Article 234: The Balance in Canada’s Arctic Shipping Safety and Pollution Prevention Regulations”, Ocean Development & International Law, Vol.50.(2019), pp.335-362.

[34] Order on ship reporting systems in the waters off Greenland (reporting service in Greenland), Order no.170 issued by the Danish Maritime Authority, Section 5.

[35] Jacques Hartmann, “Regulating Shipping in the Arctic Ocean: An Analysis of State Practice”, Ocean Development & International Law, Vol.49.(2018), pp.276-299.

洋环境为由，根据第 234 条先后出台了系列法律和规章，构成北极航道治理体系的重要组成部分。实践中，适用第 234 条的影响主要体现在以下两个方面：

一方面，俄罗斯、加拿大依据第 234 条进行的立法、执法在一定程度上偏离了 UNCLOS 赋予的范围，严重影响第三国的航行自由。首先，俄罗斯、加拿大根据第 234 条制定了国内法律和规章，并将适用范围扩大到内水、领海、国际海峡和专属经济区，且要求外国船舶进入前遵守事前申请原则，并以获得批准为条件。这些做法导致其他国家在北极水域应有的无害通过权、过境通行权受到损害，航行自由大大受限。其次，由于北极沿岸国利用第 234 条的自由裁量权较大，不受任何主管国际组织的规制，这导致实践中俄罗斯、加拿大等国为了国家利益曲解、滥用第 234 条。例如，俄罗斯、加拿大要求外国船舶航行应遵守强制性航行许可和收费破冰引航制度，而实践中又存在着过度收费、歧视性收费的现象，这对享有北极航行权的国家而言十分不利，无故增加了北极航行的时间与经济成本。[36] 最后，俄罗斯、加拿大的国内法中都有外国船舶实时报告位置、进出时间等要求，变相监视着外国船舶在北极海域的活动。当外国船舶接受其立法和执法时，便间接承认、强化了俄罗斯、加拿大等国"内水化"的海洋主张。[37] 这些要求不符合禁止权利滥用原则、适当顾及原则的国际法要求，事实上否定、妨碍了第三国的航行自由。另一方面，欧盟国家的表态尚不明确，但从其北极政策来看，欧盟亦反对第 234 条的广义解释。而美国官方所持的狭义解释明确反对俄、加两国对第 234 条的适用。各国对“北极例外”条款解释、适用的不同态度充分展现不同国家在北极航道利用上的利益冲突，使北极航道的发展充满不确定性。

四、对策与建议：我国应对“北极例外”条款的路径选择

“北极例外”条款有利于保护北极地区敏感、脆弱的海洋环境，但其仍需顾及其他国家在北极的航行自由，以达到环境利益和航行利益的平衡。目前，全球气候变暖导致的冰川融化使北极航道的利用问题引起各国广泛关注。北极航道是我国对外经贸网络不可或缺的组成部分，合理应对第 234 条理论解释上的分歧、实践适用中的冲突，探析如何在谋求国家利益的同时展现大国担当，对我国而言具有实际意义。

我国应有的立场

我国应当坚持对第 234 条进行文义解释，并督促俄罗斯、加拿大等北极沿岸国在适用中严格遵守第 234 条的文本要求。一方面，我们应当注意北极航道通行规则相对于一般海洋法制度的特殊性，支持北极沿岸国合理适用第 234 条；另一方面，由于第 234 条赋予沿海国单方主导权，在实践中极易被滥用，我们应当坚决抵制北极沿岸国侵犯他国航行自由的行为。

在适用范围上，应当主张将北极沿岸国管控与环境污染有关的冰封区域框定在专属经济区范围内，对超过专属经济区海域的立法权、执法权不予承认。在“冰封区域”的界定上，

[36] 参见袁雪、童凯：《<极地水域船舶作业国际规则>的法律属性析论》，载《极地研究》2019 年第 3 期，第 360-361 页。

[37] 参见郑雷：《北极航道沿海国对航行自由问题的处理与启示》，载《国际问题研究》2016 年第 6 期，第 118 页。

督促北极沿岸国进行的执法、立法只有在符合“一年中大部分时候冰封”的要求时才能继续使用第 234 条。如今，北极海冰在面积和厚度上逐渐消融，该条款制定的历史背景已发生改变，北极沿岸国应依据最新的科学成果，重新评估能满足冰封区域要求的海域范围。[38] 在沿海国的权利范围上，我国应当遵守“法条文义限制说”，对俄罗斯、加拿大等北极国家的国内立法和执法进行识别。具体而言应当满足以下要求：首先，制定的法律和规章须满足“非歧视性”标准，即本国船舶和外国船舶之间、外国船舶和外国船舶之间适用的标准相同。其次，只有在“对航行造成障碍或特别危险”和“可能对生态平衡造成重大的损害或无可挽救的扰乱”时才可适用，具体实行时应制定一套切实可行的标准。再次，应当遵守“适当顾及航行”的义务，在不符合第 234 条适用标准时，不能对其他国家的航行权造成不当损害。最后，应“以现有最可靠的科学证据为基础”，根据第 234 条制定的国内法应与北极地区的环保需求相一致，俄、加两国有义务向国际社会公布采取环保标准的理由，并说明其背后的科学依据和环保价值。[39] 事实上，“北极例外”条款常沦为俄罗斯和加拿大立法者的有力工具，它们适时根据国家利益的需求及国际形势出台、修正相关立法，对北极航道内的外国船舶进行符合自身利益的管制。[40] 我国应当以国际法为武器坚决反对北极沿岸国以环保为由限制合法的航行权益，获取超出 UNCLOS 规定外的利益。

加强国际合作

由前文可知，国际社会对第 234 条的解释、适用呈现不同立场，这将不利于北极航道的利用。加强国际合作有利于消除我国不直接毗邻北极的劣势局面，对俄罗斯、加拿大等国在北极海域违反第 234 条进行的立法、执法构成一定压力。以国际合作为桥梁可以分为双边合作和多边合作，双边合作指的是我国与北极沿岸国、与非北极沿岸国的合作；多边合作主要体现在推动区域性、全球性国际条约的制定、强化国际组织的作用上。

其一，与北极沿岸国的合作应当作出战略安排，在不影响我国日后主张北极航道合法利益的前提下，与俄罗斯、加拿大等国就北极航道的发展达成共识。北极国家亦需要发展贸易及航运，俄罗斯、加拿大北极航道基础设施的建设尚处于起步阶段，需要通过扩大、深化与他国的合作加强在北极科考、贸易等领域的领导力。目前，俄、加两国已经意识到国际社会支持的重要性。例如，俄罗斯 2013 年对《规则》的修改中取消了强制引航的要求，将破冰船强制领航制度改为许可证制度，并降低了引航收费标准，逐渐向国际法律规则靠拢。[41] 与俄罗斯、加拿大开展双边互惠合作可以暂时搁置对第 234 条解释、适用的立场冲突，实现我国的北极权益。

其二，与非北极沿岸国的合作有利于共同推动第 234 条利用的合法化。北极利益攸关国在北极航道的利用中拥有共同的利益诉求，各国间的联合将形成不容小觑的力量。如今，

[38] 参见刘惠荣、李浩梅：《北极航线的价值和意义：“一带一路”战略下的解读》，载《中国海商法研究》2015 年第 2 期，第 7 页。

[39] 参见郑雷：《北极东北航道：沿海国利益与航行自由》，载《国际论坛》2017 年第 3 期，第 42-43 页。

[40] Aldo Chircop, “International Arctic Shipping: Towards Strategic Scaling—Up of Marine Protection in Chances in the Arctic”, Environmental Law of the Sea, Vol.177.(2010), pp.181-185.

[41] 参见白佳玉：《我国科考船北极航行的国际法问题研究》，载《政法论坛》2014 年第 5 期，第 100 页。

我国与同为亚洲国家的日本、韩国已逐步加强在北极治理工作中合作的意愿，[42] 未来应当进一步贯彻国际合作原则，携手打造和谐北极。其三，推动多边国际合作有助于发挥我国在北极事务中的发言权和影响力。国际海事组织（International Maritime Organization，以下简称 IMO）制定的《极地水域船舶作业国际规则》（The International Code for Ships Operating in Polar Waters，以下简称《极地规则》）于 2017 年 1 月 1 日生效。《极地规则》涉及北极航行中船舶建造、安全设备配置、航行要求、环保要求等内容，有利于实现北极地区环保标准和航运标准的统一。我国应当正确看待《极地规则》与 IMO 在北极航道治理中发挥的作用，将《极地规则》作为模板，对北极沿岸国国内法的规定进行识别，敦促俄罗斯、加拿大利用第 234 条在北极地区实行更加科学合理的规则。除此之外，应当以 IMO 为平台积极发表我国对北极航运治理的看法，影响未来北极航道海事条约、规则或准则的制定。

加大北极科考投入

强化我国北极存在应当以低政治敏感领域为突破口，首当其冲的就是加大我国在北极的科考投入。“北极科考的研究成果日益成为主权国家维护北极权益、发挥北极治理影响力的重要基础。”[43] 其有利于确定北极航道对全球航运的影响力、北冰洋航运安保体系与沿岸国航运管理规制的相互作用、北极海运对北极生态系统的影响等等，实现我国在北极的航运目标，同时获取数据作为日后制定北极战略决策的依据。

我国可以从以下几个方面加大我国在北极科考的投入：首先，成立我国国家级北极科学委员会，增加北极科学研究专项资金、北极研究后期资助项目等，保障北极研究的可持续性。其次，重视科考船在北极航行中的作用。一方面，科考船可以促进北极航道用于国际海上运输的趋势，为我国参与北极航行规则的制定提供第一手资料；另一方面，科考船可以作为我国加强北极事实存在的证明，且由于科考船的海洋科学研究性质，北极沿岸国无法就科考船北极航行提出禁止反言，北极海域的法律地位亦不会因此撼动。[44] 最后，在高度关注国际北极科技发展动向的同时强化我国自身科研实力，例如在北极建造新的科考站、加强自主建造大型破冰船的能力等等。

[42] 参见白佳玉：《船舶北极航行法律问题研究》，人民出版社 2016 年版，第 292 页。

[43] 肖洋：《管理规制视角下中国参与北极航道安全合作实践研究》，清华大学出版社 2017 年版，第 169 页。

[44] 参见白佳玉：《船舶北极航行法律问题研究》，人民出版社 2016 年版，第 100-102 页。

网络空间管辖权冲突研究

左李福*

摘　要　网络空间的全球性对国家的管辖权形成了极大地冲击，数据的跨境流动与储存成为常态化样式，进而造成了数据控制者与所有者的分离和司法辖域边界不清，同时国家在刑事侦查与刑事诉讼中的数据跨境获取受阻。考虑到数据之于国家安全与公民隐私的重要价值、网络空间之于主权权威的意义属性，更多国家开启立法管辖权实践，却因法律的域外效力挑起国家间的管辖权冲突。面对“属地管辖”与“域外管辖”间的困境、属地管辖与域外管辖的交叉冲突、保护性管辖的过度主张和国际礼让原则的适用僵化，传统管辖权理论在网络空间管辖权问题上亟须创新: 探索以网址作为网络空间管辖新基础、推动制度防范与数据跨境流动的平衡管控; 在此基础上，认可主权国家在最密切联系原则限制下对别国网络服务提供者的域外管辖，同时利用国际协调原则明确网络空间管辖边界是推动网络空间安全健康发展的关键所在。

关键词：网络空间；数据跨境流动；立法管辖权；管辖权边界

一、管辖权与网络空间的联系与发展

（一）传统管辖权

1、管辖权的理论

管辖权（Jurisdiction）是指一国在国际法的限制范围内，依据国内法调整人、物、行为的能力。[1]它赋予国家在民事、行政和刑事事务等领域以全方位的管辖权威。管辖权从国家的管辖权能上划分可分为三种类型：立法管辖权（Legislative jurisdiction），执行管辖权（Enforcement jurisdiction），司法管辖权或称裁判管辖权（Jurisdiction）。而国际法上一般将管辖权分为属地管辖权、属人管辖权、保护性管辖权和普遍管辖权四种。

管辖权作为国际法上一项颇具重要影响力的议题，无论在实践层面还是理论层面仍未达成具体而又确定的统一共识；基于世界各国对国际民事案件管辖权问题作了不同规定，不可避免地将产生管辖权方面的冲突。为解决管辖权冲突，国际社会缔结了许多有关管辖权的国际条约。其中较重要的普遍性的国际公约有:1928 年《布斯塔曼特法典》、1965 年《协议选择法院公约》、1968 年《关于民商案件管辖权及判决执行公约》、1988 年欧洲共同体和欧洲自由贸易联盟[2]在瑞士的洛迦诺签订的《关于民商事案件管辖权和判决执行公约》和 2019 年海牙国际私法会议（HCCH）通过的《承认与执行外国民商事判决公约》。然则管辖权在延伸至网络空间中时，在跨境电子商务贸易、犯罪域控、反向追踪、动机推断等方面将不可避免的存在新系统下的不兼容性与对抗性。

2、管辖权的内涵

* **作者简介**：左李福，南昌大学法学院硕士研究生。

[1] See,e.g.,The Draft Convention on Research in International Law of the Harvard Law School,29 AM.J.Int’L.435,436(Supp.1935);Restatement(Third),Part IV;MANN1964,at 1;MANN1984,at 19;OPPENHEIM’S INTERNATIONAL LAW,at 456;SHAW’S INTERNATIONAL LAW,at 469.

[2] 主要有奥地利、芬兰、冰岛、挪威、瑞典和瑞士等国。

（1）属地管辖权

属地管辖权（Territorial jurisdiction），又称领域管辖权、属地优越权或属地最高权，是指国家对本国领域内的一切人、物和所发生的事件，除国际法公认的豁免者（如享有外交特权与豁免的人士）外，有行使管辖的权利。只要涉外案件的当事人、诉讼标的物或被告的财产位于一国（地区）境内，或者法律事实发生在一国（地区）领域之内的，该国（地区）法院即对该案件有立法、司法和执行管辖的权力，这种空间联系以地域为基础。例如《中华人民共和国刑法》第 6 条规定:“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法”。

（2）属人管辖

属人管辖权（Personal jurisdiction），又称国籍管辖权、属人优越权或属人最高权，是指国家对具有其本国国籍的人实行管辖的权利，而无论该人在国内还是在国外。根据属人管辖权，国家可以对本国人在国外的犯罪行为进行司法管辖，该权力的行使以国籍作为管辖依据。例如 1804 年的《法国民法典》第 14 条规定：“不在法国居住的外国人，如在法国同一法国人订立契约，可以被强制在法国法院受审，以便履行契约义务；他也可以因为他在外国对一法国人承担契约义务，而被强制在法国法院受审。”

（3）保护性管辖权

保护性管辖权（Protective jurisdiction）是指国家对于外国人在该国领域外侵害该国的国家或公民的重大利益的犯罪行为行使管辖的权利。该项管辖权对象是外国人在国外从事的犯罪行为，它们一般都是世界各国所公认的犯罪行为，例如，间谍行为、伪造一国的货币或印章罪、违反移民或海关法、杀人罪、纵火罪，等等。保护性管辖权是国家在例外的情形下对本国领土外的外国国民所具有的一种有限的管辖权，又称域外管辖权，其行使受到罪行发生地国家的属地管辖权的限制。

（4）普遍管辖权

普遍性管辖权（Universal jurisdiction），又称普遍管辖权、普遍管辖原则，是指根据国际法的规定，对于严重危害国际和平与安全以及全人类利益的某些特定的国际犯罪行为，各国均有管辖权，而不问这些犯罪行为发生的地点和罪犯的国籍。

普遍管辖权所受领的范围，是指被国际社会认为其行为的严重性非常之大以至于它们应该受到所有国家管辖的犯罪。至于哪些犯罪是各国有普遍管辖权的，在国际法上并无明确的规定，已获得明确公认的此类犯罪有公海上的海盗行为、奴隶贸易和战争罪等。其他的国际犯罪行为，如灭绝种族罪、空中劫持、贩卖和走私毒品、危害人类罪等，也被较多的国家和学者认为是各国有普遍管辖权的犯罪。

3、管辖权的特征

属地管辖权、属人管辖权、保护性管辖权以地域、国籍和利益保护作为管辖权行使基础，普遍管辖权则为危害全人类和平与稳定的罪行提供了制度上的追惩制裁。基于此，在国家为当事人提供正义时奠定了程序法上的合理证成，也成为国家权威塑造的来源之一，并且普遍人性和人类文明共同的价值也要求一个国家作为国际秩序的代理人来作出行动，行使

管辖权，因而在美国《对外关系法重述（第三次）》中提及：“一个国家可以对于普遍国际法上的犯罪和其他不是在其领域内犯下的刑事罪行进行惩罚，以执行其刑法”。[3]

（二）网络空间概述

1、网络空间概念

美国作家威廉·吉布森（William Gibson）在 1984 年发表的《神经漫游者》（Neuromancer）中首先创造了“网络空间”（Cyber Space）一词，此后“网络空间”逐渐被认为是以一国的信息基础设施为支撑所构造的虚拟空间，各参与主体（国家、个人和企业等）在该空间创造、储存、交换数据信息所进行的活动。联合国国际电信联盟（ITU）将网络空间定义为“由以下所有或部分要素创建或组成的物理或非物理的领域，这些要素包括计算机、计算机系统、网络及其软件支持、计算机数据、内容数据、流量数据以及用户。[4]

2、网络空间的场域特性

（1）网络空间的虚拟性与全球性

网络空间对物理疆域的突破，使得以地域为基础的管辖权在新场域下缺乏边界规范，甚至于该空间中的犯罪行为可以不实际的发生在现实生活中，其结果也不直接作用于现实空间，网络犯罪的整个过程都可以在不接触物理空间的情况下完成。虚拟空间所带来的用户匿名属性，让犯罪者轻易越过一国边境线，发动全球范围内的网络袭击，例如 2017 年 5 月 12 日 WannaCry 勒索病毒事件，[5]在此次事件中“永恒之蓝”蠕虫（也称 WannaCry）正是悄无声息的通过局域网进入每一个国家、每一座城市、每一个机构，在政府反应过来之前病毒已经铺天盖地的感染了每一台电脑。在网络空间中所有信息最终指向都是数据代码，使得国家无法针对危害结果及时的进行反向追踪；同时网络空间的虚拟性和全球性使得行为人摆脱了身份和地域的限制，信息的交流也转变成一对多甚至多对多的病毒式传播。当有限的效力范围无法覆盖于无限的网络空间时，传统的属地管辖和属人管辖就会在网络空间中失灵。

（2）管理的非中心化

非中心化倾向表现为每个互联网使用者只服从他的互联网服务提供商（互联网 Service Provider，ISP）的规则，ISP 之间以协议的方式来协调和统一各自的规则，就像协调纯粹的技术标准一样。网络成员之间的冲突由 ISP 以仲裁者的身份来解决，裁决也由 ISP 来执行。新主权理论认为在网络空间中正在形成一个新的全球性的市民社会（Global Civil Society），这一社会有自己的组织形式、价值标准和规则，完全脱离于政府而拥有自治的权力。而非中心化倾向和新主权理论以功能主义论中的霍布斯、洛克功利主义观点为基础进一步得出结论，

[3] Id.comment b to § 404:In general,jurisdiction on the basis of universal interests has been exercised in the form of criminal law,but international law does not preclude the application of noncriminal law on this basis,for example,by providing a remedy in tort or restitution for victims of piracy.

[4] "ITU Toolkit for Cybercrime Legislation p.12, [eb/ol], http: //www?itu?int/cybersecurity, 2016-4-30.

[5] 英国、美国、中国、俄罗斯、西班牙和意大利等上百个国家的数十万台电脑被感染，其中包括医院、教育、能源、通信、制造业以及政府等多个领域的计算机终端设备。有数据统计，该事件造成了 80 亿美元的损失，对金融、能源、医疗等众多行业，造成严重的危机管理问题。中国部分 Windows 操作系统用户遭受感染，校园网用户首当其冲，受害严重，大量实验室数据和毕业设计被锁定加密。部分大型企业的应用系统和数据库文件被加密后，无法正常工作，影响巨大。

网络空间应属于市民社会的自治领地，主权国家无权管辖空间事项，至此约翰·巴洛在《网络空间独立宣言》中提出网络空间自治论。[6]

（3）交互性和实时性

在计算机技术的参与下各种信息在网络空间中的传输几乎没有时间的间隔，也无视了距离的限制。网络活动的互动性和实时性,极大的便利了人们现在的社会经济生活，无论是网络用户的日常生活还是企业间的经济往来都从中受益很多。这种特殊的网络活动与传统媒体的活动方式有明显的差异。只要登录网络，网络用户可以随时随地的传输各种数据资料，而书刊、报纸等只能够固定的在一个时间更新，网络方便、灵活、快捷又胜传统媒体一筹。这对发生在现实社会的侵权行为发生时间，发生地点的确定性产生了冲击。在网络时代,何时何地目击证人等定罪的条件在很多情况下已经失去了意义,而这正是亟需确定网络空间管辖权的根本所在。

（三）网络空间中的管辖权

1、网络空间管辖权的沿革

依据 1946 年《国家权利义务宣言草案》，国家的基本权利包括独立权、平等权、自卫权和管辖权，这些权利既是主权所派生的，也是主权内容的具象化。在适应网络空间的场域特性过程中，国家主权对自身主权涵摄范围进行了不确定性的分割与演化，推演出网络空间主权新型的有名样式，例如网络空间管辖权、网络空间自卫权。

目前国际社会对网络空间管辖权的看法尚未取得一致。2000 年 2 月，海牙会议（HCCH）在渥太华召开会议进行讨论，在关于消费合同方面，从保护商家和消费者的不同角度出发,有的国家主张“来源国”原则，即网络纠纷由交易资源所在国法院管辖，也就是说由销售商或服务提供商所在地法院管辖；有的国家则主张“目的国”原则，即网络纠纷由收受信息、货物或服务的任何国家的法院管辖，也就是说由消费者所在国管辖。会议于 2001 年形成“临时案文”，但因欧美等主要谈判方分歧严重未获通过。在全球化不断发展、承认与执行外国判决的合作需求日益突出的大背景下，2012 年 HCCH 重启“判决项目”，并于 2019 年通过了涉及间接管辖权的《承认与执行外国民商事判决公约》。为继续推进“判决项目”，HCCH 先后于 2020 年 2 月、11 月举行“管辖权项目”专家组第三、第四次会议，讨论就直接管辖权规则达成法律文书的可能性和具体问题。2021 年 2 月 1 日至 5 日，“管辖权项目”专家组视频举行第五次会议，包括中国在内的 21 个 HCCH 成员及 2 个观察员组织的 48 位专家与会。

2、网络空间管辖权基本原理

管辖权作为一种对人、物和事行使司法和执法的权力，映射到网络空间就是对一国网络系统的维护及对数据运行和保存进行规制的权力。对网络空间管辖权还可以进一步解构，它分为两个层面：其一是对国内局域网的管控以及外国网络数据本地保存的管理；其二是对跨境网络犯罪的管辖，采用最密切联系原则标准和国际条约协调管辖两种方式，

网络空间凭借对地域屏障的破壁使得原本受分割保护的民族文化进行现代性改造，民族

[6] https://snowqueenfilm.com/page-113/john-perry-barlow/

国家无论在主动或被动的过程中都对外来文化做出本能的文化价值反应；同时互联网经济的繁荣，激发更多的参与主体进入网络空间开展新一轮的淘金热，虚拟与现实的交融、线上与线下的明暗交替，相互间的外溢效应导致空间的秩序失衡，例如网络恐怖主义蔓延、网络数据的大规模泄露和暗网衍生出的黑灰产业，需要国家力量和规则的入场进行宏观把控，早期互联网乌托邦主义者怀抱的"网络空间独立"[7]理想终究幻灭，国家管辖回归网络空间。

3、关于网络空间管辖权的争论

针对网络空间新场域下的管辖权挑战，学者都提出了自己的见解。单边主义论者杰克•戈尔德•史密斯（Jack Goldsmith）认为根据国际法的效果原则，一国有权对发生在外国而在本国产生损害的行为行使管辖权，因此，采取单边主义对外国不法行为行使管辖权是合法的；另一方面互联网服务提供商（Service Provider，ISP）在损害发生地可能有财产，网上赌博会涉及信用卡公司、银行等中介机构，用户上网必须通过本地 ISP，一国就可以通过这些财产、机构和本地 ISP 行使权力而间接地调整国外 ISP 的活动。

但网络空间自治论者认为网络空间是一个特殊的地域，网络成员之间的纠纷，应由负责网上法律创制的机构制订网上行为标准；由 ISP 调整用户的行为，使之符合既定的行为标准；由网络空间的"市民"形成的社区非正式地禁止某些行为，并发展相应的网上争议解决机制，该观点在一定程度上与新主权理论相契合。

然则网址作为网络空间相对稳定的存在，受制于 ISP 管辖区域影响，与物理居住场所存在客观联系。同时与网址相关的活动，如域名注册、抢注等竞争性事项，在接触的过程中存在与他方的争端，这种争端的解决与网址的管辖区域定位本身具有客观分析上的必要性，在涉及后期执法管辖权行使时，具有地域上的便利性和快捷性。因而有学者提出以网址作为行使网络管辖权的索引。

（四）中国网络空间管辖权的研究进程

1、我国的立法实践现状

2000 年 11 月 ，最高人民法院发布了《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释一》），该解释第一条规定了网络著作权纠纷案件的管辖权问题。[8]2001 年 7 月颁布了《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释二》），分别对网络著作权侵权和域名侵权案件的管辖作了规定。[9]2017 年第三次修正的《中华人民共和国民事诉讼法》，针对网络侵权

[7]［美］约翰•P•巴洛：《网络独立宣言》，李旭、李小武译，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》(第四辑) ，清华大学出版社 2004 年版，第 509 页。

[8]《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 I 条规定："网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。对难以确定侵权行为地和被告住所地的,原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。"

[9]《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（解释二）第 2 条第一款规定："涉及域名的侵权纠纷案件，由侵权行为地或者被告住所地的中级人民法院管辖。对难以确定侵权行为地和被告住所地的，原告发现该域名的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。"

案件的法院管辖地做出了规定。[10]

而在我国打击网络犯罪颁布的有关法律文件中，涉及网络管辖权规定的有：（1）《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国刑事诉讼法＞的解释》（法释[2012]21 号）；（2）《公安机关办理刑案件程序规定》（公安部令第 127 号）；（3）《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》（公通字[2014]10 号）；（4）《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》（公通字[2010]40 号）；（5）《最高人民法院最高人民检察院公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》（法发[2016]32 号）。

在 2016 年通过的《网络安全法》以及于 2020 年颁布的《数据安全法》和《个人信息保护法》一审稿已经开始尝试为域外行使数据执法管辖权的中国模式提供法律背书。2021 年 3 月，外交部副部长马朝旭同阿拉伯国家联盟首席助理秘书长扎齐举行中阿数据安全视频会议，双方签署并发表《中阿数据安全合作倡议》。双方一致认为各国应尊重网络空间中他国主权、司法管辖权和对数据的安全管理权，未经他国法律允许不得直接向企业或个人调取位于他国的数据。

2、我国网络空间场域下的管辖权实证分析

首先，关于 2000 年《解释一》只针对网络著作权纠纷的管辖权确定，适用范围太过狭窄。其次，该规定基本还是坚持了传统的侵权行为属地管辖，只是加入了以服务器所在地确认管辖的规定，而这种管辖模式难以扩大适用至国际社会。最后需要指出的是，两个解释基本坚持了传统的管辖原则，有利于当事人和法院明确对网络案件的管辖。但两个解释都忽视网络超越国界、跨越时空、虚拟性的特点，可能引起其他一些后果。

另外从《数据安全法（草案）》第 2 条[11]可以确定，我国对于域外数据主体的管辖兼采了属地管辖与保护管辖两种规则，但管辖规则的顺位如何，是否依旧坚持“属地优先”传统，亦或是赋予了保护管辖在部分情况下更高的适用顺位，目前并无明确。其次，《数据安全法（草案）》对于境外执法机构获取我国数据加以了规定，但对于我国执法机构获取域外数据的程序则并未涉及，即对于刑事执法管辖权的规范缺失。最后，《数据安全法（草案）》第 24 条[12]赋予了我国依据“对等原则”对他国采取反制的可能，然而仅限于贸易与投资领域，面对歧视性的域外执法管辖，尤其是刑事执法管辖，是否可以采纳“对等原则”则未涉及，简言之，即缺乏对域外恶意管辖与管辖冲突的应对。

二、传统管辖权在网络空间管辖中的困境

[10]《中华人民共和国民事诉讼法》第 29 条对侵权案件管辖的规定，“因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖”。

[11]《数据安全法（草案）》 第二条 在中华人民共和国境内开展数据活动,适用本法。中华人民共和国境外的组织、个人开展数据活动,损害中华人民共和国国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的,依法追究法律责任。

[12] 《数据安全法（草案）》 第二十四条 任何国家或者地区在与数据和数据开发利用技术等有关的投资、贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的,中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者地区采取相应的措施。

传统的管辖权规则主要以地域、侵权行为发生地、当事人的意志等作为判断依据，但是这些因素更加适用于传统的物理世界。[13]网络空间与现实空间在立法管辖权、司法管辖权和执法管辖权三者是存在巨大的效果差异，在涉网侵权案件、网络犯罪案件、跨区域数据泄露和滥用案件都会因其个案差异性，对传统管辖原则造成冲击。

（一）管辖权理论在网络空间中的困境

1、属人管辖面临的场域挑战

属人管辖在网络空间的不确定性、虚拟性和全球性下逐渐丧失行权基础，行为人通过隐藏自己的 IP 地址、身份，选择境外服务器作为代理，消除网络痕迹，使得在网络空间中国家与行为人之间的联系十分薄弱，以国籍作为连结点远不可靠。同时在网络空间中对属人管辖原则的运用还会遭遇消极抵抗的壁垒，因为 ISP、CIP 通过在网络上设立网上屏障，运用一种使上网者所用电脑的 IP 地址（因特网协议地址）与一个地理地址相对应的软件，对通过电脑和门户网站的人进行身份核查，以免让实行属人管辖权国家的国民登录该网站，尽管这一作法违反了网络无国界、全球性的特点，但却限制了实行属人管辖权国家因特网的发展。

2、属地管辖与域外管辖的交叉冲突

长久以来，“主权乃属地最高权”一直被奉为圭臬。然而，国家对其境内的信息通信硬件设施享有管辖权，是否意味着国家必然对存储于其领土上的信息通信硬件设施、服务器中的数据享有管辖权？当一国境内的网络数据可能涉及他国公民隐私、信息甚至构成他国当局正在搜查的刑事证据时，数据的管辖权由谁享有?或者由谁优先享有？管辖权在网络空间物理层与内容层的行使完全重合吗？关于诸如此类的问题，国际社会尚未形成共识。概言之，当前国家间发生在网络空间的大多数矛盾冲突，都是信任缺失背景下“属地管辖”与“域外管辖”间的困境，对于该困境法国诉雅虎案[14]体现的淋漓尽致。与此同时，由于各国关于网络空间案件解决机制的差异，以及网络空间的全球性和跨地域性特点，决定了网络管辖权冲突的解决机制不能仅限于国内，还应该加强国际合作，以寻求建立对涉网络案件管辖权冲突的解决机制。

---

[13] 张宝新．互联网络的侵权问题研究［M］．北京：中国人民大学出版社，2003 年：76

[14] 2000 年 2 月，身在法国的法国籍犹太人马克•诺贝尔（Mark Knobel），登陆雅虎网站的拍卖网页时，发现网页上出售大量的纳粹纪念品，在法国很容易买到这些物品，而服务器却由雅虎设在美国境内。2000 年 4 月诺贝尔在法国法院起诉雅虎，他认为雅虎的拍卖触犯了法国禁止纳粹物品在其境内流通的法律。法国方面的代理律师罗纳德•凯茨（Ronald Katz）说，“认为互联网改变了一切的想法是幼稚的。它并没有改变一切。它并没有改变法国法律”。雅虎收到来自巴黎地方最高法院（Le tribunal de Grande Instance de Paris）的传讯，审判由简•雅克•戈迈兹法官（Jean-Jacques Gomez）主持。雅虎的副总裁希瑟•基伦（Heather Killen）说，“我们有那么多国家，那么多法律，但只有一个互联网”。2000 年 5 月戈迈兹法官做出判决，在初审基础上，驳回雅虎的辩护。他判决雅虎在美国的网站违法了法国法律，责令雅虎“采取一切必要措施阻止”来自法国用户的访问，不受 Yahoo.com 网站上非法纳粹物品拍卖的伤害。该案的核心是法国法院对此案件是否享有管辖权。2001 年下半年，美国联邦法院做出判决，认为法国法院对雅虎公司的制裁在美国不具有法律效力，理由是“《第一修正案》拒斥执行想管制美国网络言论内容的法国禁令”。然而在 2004 年 8 月，美国巡回上诉法院的 3 人法官小组却推翻了上述判决，他们认为，由于国外诉讼当事人没有诉求到美国司法体系，因此，美国法院无权推翻法国法院的判决。

3、保护性管辖的过度主张

网络空间数据的跨境流动成为参与者的常态化操作，该规律性的操作方式也催生了执法管辖权的域外行使，但出于对他国网络空间管辖权的尊重，需以他国的同意为基础，正如《维也纳条约法公约》所规定的，非因第三国同意不得为该国创设权利或义务，未获得他国同意，执法管辖权在他国境内的行使依旧缺乏法理的背书与程序执行的可能。[15]然而 2018 年 5 月欧盟《一般数据保护条例》（General Data Protection Regulation，简称 GDPR）通过对保护性管辖权的单方的效果性原则解释，无疑为执法管辖权的扩张应用提供了充分的先决条件，同时获得了标准层面的话语优势。[16]《一般数据保护条例》带来的示范性作用是明显的，仅在 GDRP 生效后的一个月，巴西于 2018 年 7 月 10 日通过了《一般数据保护条例的》翻版，即巴西《一般数据保护法》，其覆盖巴西所有的经营行业，影响全部私营和公共实体，且无论个人数据的处理是否发生在数字和物理环境中；类似的情况还包括 2019 年印度最高法院的高级别专门委员会所提交的《个人数据保护法案 2019》等。

4、国际礼让原则的适用僵化

美国联邦最高法院对国际礼让原则（Principle of Comity）的经典阐述为: “礼让既不是绝对的义务，也不仅仅是礼貌或善意。一国在其领土内允许别国的立法、执行以及司法行为时，既要适当考虑国际义务和便利，也要考虑本国法律保护下的本国公民及受其管辖的其他人的权利”。[17]国际礼让原则在既无国际条约、冲突规范和国际惯例可适用的情景时，法院地所在国家通过礼让分析解决国家间的管辖权冲突，在一定时期内取得了多方满意的裁判结果。然则在面临网络空间中的数据跨境取证、调查时，各国出于趋利避害的不安意识和数据隐私、自由和保密等需要采取了数据本地化的立法管辖模式。而国际礼让原则依旧在坚持胡伯三原则的基础上对网络空间中的国家权力进行非理性化的限缩，对数据管控自由的无条件妥协和退让，必然使得国际礼让原则在面对“数据存储地”模式与“数据控制者”模式引发的数据跨境调取冲突时显得捉衿见肘，对于各国法律传统、风俗习惯和公共秩序的尊重也被迫让位于单边的国家利益，最终使得网络空间管辖权冲突仍然未能得到彻底解决。

（二）管辖权在网络空间中的现实挑战

1、网络空间中司法辖制边界模糊

理论上，作为国内管辖事项，一国有权以其愿意的任何方式、为任何目的制定自己的管辖权规则，前提是不违反国际法。但从合理性的角度考虑，该国与所管辖的人和事应具有充分联系，享有正当利益。[18]然则网络空间的去领土化使司法管辖区域的界限变得模糊，数据

[15] 金慧华：《论国际网络空间法中的应有注意义务》，《东方法学》2019 第 6 期.

[16]《一般数据保护条例》第 3 条规定：“本法适用于对欧盟内的数据主体的个人数据处理，即使控制者和处理者没有设立在欧盟内，其处理行为：发生在向欧盟内的数据主体提供商品或服务的过程中，无论此项商品或服务是否需要数据主体支付费用；或是对数据主体发生在欧盟内行为的监控。”从欧盟所占的经量体征来看，该条文以效果原则为内核强行放大了《一般数据保护条例》法域适用范围。

[17] 参见 Henry Hilton v．Gustave Bertin，159 U．S．113，163 一 64 (1895).

[18] 参见 2006 年 5 月 1 日至 6 月 9 日和 7 月 3 日至 8 月 11 日，联合国国际法委员会第五十八届会议通过《国际法委员会报告》附件 E.域外管辖权，联合国大会第六十一届会议正式记录，补编第 10 号 (A/61 /10) ，

的流动性、分散性以及其存储地与访问地、用户所在地之间的不相关性对管辖权的行使造成困扰。就现实的法院而言，它有其确定的管辖区域、明确的地理边界。在网络空间中特定的法院到底对网络空间的哪一部分享有管辖权，或者是否对网络空间的全部享有管辖权，这是必须解决的问题。就网络空间中的活动者而言，他根本无视网络外地理边界的存在，一旦上网，他对自己所“进入”和“访问”的网址是明确的，但对该网址和路径所对应的司法管辖区域则难以查明和预见。某一次具体的网上活动可能是多方的，活动者分处于不同国家和管辖区域之内，这种随机性和全球性使几乎任何一次网上活动都可能是跨国的，从而影响司法管辖权的冲突。

2、跨境数据流动与数据本地化冲突

随着互联网信息技术的飞跃发展，基于网络空间的无国界性、交互性和实时性，数据跨境的自由流动对传统的管辖权规则形成了冲击。在域外管辖权的行使模式下，“数据存储地”模式与“数据控制者”模式引发的电子证据调取冲突，加剧了数据储存地与数据来源地的矛盾，因而越来越多的国家通过立法管辖权的举措要求在本国建立数据云储存中心，例如 2020 年美国要求 TIKTOK 在加州建立云储存数据中心，或者更多国家采取严格限制出境的措施。一味地强调数据本土化会产生矫枉过正的效果，如加剧全球信息不对称现象、增加数据相关主体的运营成本进而影响其盈利能力等；但数据流动的全面自由带来的最为直接后果便是数据所有权与执法权的逐渐分离，以及数据管辖权的碎片化与治理主体的不确定化。因此，面对上述冲突，如何理解二者的差异化诉求，如何区分规制对象及规则将是执法管辖权面对域外数据时所面对的主要挑战。

3、国家间的网络空间管辖标准不一

囿于各国间法律价值、文化传统等差异性，各国在设计与网络空间管辖权相关的制度规划时，普遍存在利于本国的自我保护倾向意识，而这也成为日后管辖权冲突的根源所在。美国在 2018 年 3 月颁布的《澄清境外数据合法使用法案》(Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act，“CLOUD 法案”) ，确立了美国海外数据管辖权行使的“控制者标准”。为应对美国的数据霸权主义行径，众多国家采用“储存地标准”。例如俄罗斯 2014 年修订的《关于信息、信息技术和信息保护法》规定，数据服务提供者有义务将其留存的用户个人数据提供给国家侦查机关。[19]此外，欧盟 2018 年 5 月发布的《通用数据保护条例》在《数据保护指令》确立的“属地原则”基础上，补充了“效果原则”作为欧盟行使数据管辖权的新依据。[20]中国在 2017 年 6 月颁布的《网络安全法》同样要求实现数据本地化，[21]基于该立法要求，在我国境

第 392 页和第 403—404 页，https:/ / documents － dds － ny. un. org / doc / UNDOC / GEN / G06 /636 /19 / pdf / G0663619. pdf?Open Element，

[19] 何波: 《俄罗斯跨境数据流动立法规则与执法实践》，载《大数据》2016 年第 6 期，第 131 页。

[20] Update of Opinion 8 /2010 on Applicable Law in Light of the CJEU Judgement in Google Spain SL v． Agencia Espa ola de Protección de Datos，p. 5．

[21] 《网络安全法》第三十七条 关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

内运营的多家美国数字企业，陆续在中国境内建立起数据中心以存储用户的信息数据。

三、网络空间管辖权冲突的解决方案探讨

（一）重构以最密切联系原则为主的属地管辖

网络空间的全球性使得以“地域”为联系基础的管辖权标准发生分歧，网络犯罪跨区域所带来的不同连结点，增加了更多的属地联系因素，例如网站建立者、管理者所在地，网络犯罪过程中犯罪行为人、被害人使用的计算机系统所在地等为犯罪地。在此情景下，如何确定最为恰当的冲突规范，为法院地国提供适格的准据法是国际法所需要面临的挑战。在众多的连结点中，需要选择出对涉网案件影响最为显著，具有实质性归因效果的因素，才能在属地管辖权与域外管辖权发生冲突时，兼顾他国司法利益与本国主权权威。通过最密切联系原则（The principle of the closest connection）[22]重构属地管辖，缩小管辖的范围，要求在实质上对危害结果构成巨大助力，该标准主张，以“实害或影响联系”作为标准来界定一国的网络空间管辖权，具备这种标准的则具有管辖的当然性。必须要注意的是，只有当“最密切联系”与“影响”或者是“最密切联系”与“实害”同时成就时，才能以此作为判断管辖权有无的依据。另外实践中需要排除单纯的越境行为，通过实体的客观联系综合认定管辖依据，例如从参与者的网站停留时间、网址访问量、网络语言等。

（二）探索以网址作为网络空间管辖新基础

网址存在于网络空间中，它在网络中的位置是可以确定的，且在一定时间内具有相对的稳定性。网址作为当事人在网上的地址，虽然不是法院管辖区域的地理地址，但可以考虑从网址入手确定网络上各种纠纷的管辖权，只需找出与网址相关联的地理地址。另外网址都是建立在服务器上的，服务器的地理位置是相对稳定的，因而只要找到网址所在的服务器，就能找到管辖该地理地址的法院，进而该网址所对应的服务器位置所在地就成为了管辖权的根据。在数字传输过程中，网址虽然存在于无形的网络空间之中，但它在网络空间中的位置是可以确定的，它的变更需要由网络服务提供商通过一定的程序来进行。因此，在特定的时间段内，网址在网络空间中的地位类似于居所在物理空间中的地位。网址受制于 ISP 所在的管辖区域。而 ISP 所在的管辖区域是比较充分的关联因素,因此网址应当成为新的管辖基础。

（三）推动制度防范与数据跨境流动的平衡管控

在当前网络空间治理的过程中，欧美国家凭借先进的信息技术数据应用、管理、储存等方面存在先发优势，其对数据治理更多强调自由流通，但在自由的背后是对他国管辖权利益的侵害。因而众多发展中国家倾向于采用数据本土化措施进行最为保守的数据治理模式。然而发展中国家虽通过立法管辖权对关键信息基础设施的数据跨境传输从法律层面上进行了规制，以立法防范了他国可能的执法管辖权恶意扩张，尤其是他国单方刑事执法管辖权行使，避免了潜在的国家安全隐患与个人隐私风险；但是却压制了数据领域的竞争与主动性，存在矫枉过正的风险。因此在数据的制度控制与数据自由流通间需要达到恰当的平衡，此时无论

[22] 最密切联系原则（The principle of the closest connection），也叫关系聚集地原则，重力中心原则，是指法院在审理某一涉外民商事案件时，权衡各种与该案当事人具有联系的因素，从中找出与该案具有最密切联系的因素，根据该因素的指引，适用解决该案件的与当事人有最密切联系国家或地区的法律原则。

欧美发达国家还是发展中国家都不可能奉行单边主义治理，在网络空间全球性与交互性的特征下，需要国际社会通过国际区域协作甚至于全球协作的模式探讨数据管控的普遍共识，例如 2000 年 12 月美国商业部跟欧洲联盟建立的安全港协议（Safe Harbor），它用于调整美国企业出口以及处理欧洲公民的个人数据（例如名字和住址）。数据治理的平衡管控同时需要降低各国对数据本土化的负面影响，以礼让、合作的态度建立各方普遍接受规则的认证标准与模式，推动多边网络数据协议机制的建立，既保证缔约方域外管辖权效力，也保证跨境数据流动国际合作的健康开展与可持续发展的要求。

（四）利用国际协调原则明确网络空间管辖边界

在网络空间背景下，一国居民、企业的隐私数据和商业数据通常出于跨境流动的状态或存储于“云空间”之中，一方面使得严格遵守属地原则的刑事侦查、调查取证等诉讼程序变得愈发困难，另一方面使得法院的司法管辖区域则难以查明和预见。基于此，部分国家已在司法实践中突破属地原则，扩张其管辖范围，由此引发网络空间管辖权边界界定以及国家间管辖权冲突协调等问题。在上述背景下，首先需要明确各方的网络空间司法管辖边界利益，通过条约谈判、会议协商等方式具体化各方利益诉求；其次利用国际协调原则来解决网络空间管辖权冲突，在参照世界各个国家和地区在进行相关司法实践时，要考虑其他国家和地区相关态度和做法以及国际上的惯常规定，以期最大程度的防止涉网相关案件的管辖权冲突。例如 1971 年的《海牙公约》和 1968 年《布鲁塞尔公约》通过签订条约的方式明确管辖权冲突的解决方法，同时积极促缔约方的国内法国际化，为形成具有普遍共识的国际条约提供更多的法律借鉴。此举对协调网络空间的管辖权边界具有良好的借鉴意义，同时能为网络空间的发展创造一个良好的、可持续健康发展的宏观环境。

习近平法治思想与国际法研讨会
暨中国国际法学会 2021 年学术年会

论文集（第四卷）

运用国际法防范应对风险与挑战

主办：中国国际法学会
海南大学
协办：海南大学法学院

中国·海口
2021 年 5 月 21-23 日

免责声明

本文集所刊载之内容仅代表作者个人立场与观点，并不代表本次会议主办方和协办方的立场与观点。若因文章引起的任何版权及其他争议，应文责自负，由论文作者自行解决，主办方及协办方不承担任何法律或连带责任。对本文集的论文观点的援引，敬请自行与署明作者联系并取得授权。

编排说明

本文集根据论文所属议题分类收编，共分为五卷：

第一卷：习近平法治思想与国际法研讨会

第二卷：恢复联合国合法席位 50 周年：中国的国际法贡献

第三卷：加强涉外法治体系建设与国际法

第四卷：运用国际法防范应对风险与挑战

第五卷：人类命运共同体理念与全球治理体系变革

所有论文原则上根据作者注明的议题予以归类，部分论文所属议题由会务组根据论文内容进行归卷调整。

各卷论文按照作者姓名拼音从 A-Z 依序排列。

目 录

境外仲裁机构准入的法律问题 陈力.....1

《新加坡调解公约》背景下中国商事调解发展路径 陈梦 22

《新加坡公约》视角下我国商事调解协议的执行力问题研究 陈素玉.....38

试论国际投资争端解决机制对“一带一路”基础设施建设相关争议的管辖权 陈子强.....48

法庭之友何以影响投资仲裁庭决策？——基于 ICSID 法庭之友实践的实证研究 单菊铭.....56

国际海洋法法庭管辖权问题研究 丁洁琼.....90

“一带一路”多元化国际投资争端解决机制的构建 西安财经大学法学院 董临瑞 101

涉外民事审判中先决问题的裁判逻辑与法律适用 杜焕芳 杨珮茹.....108

国际投资仲裁上诉机制构建的再审思 杜玉琼 黄子淋.....121

浅析二次仲裁制度在中国的建立 方熠.....131

TikTok 被禁中的数据博弈与法律回应 冯硕.....134

中国国际商事法庭制度研究 高华 刘雪媚.....152

论国际和解协议在我国的跨境执行：理论分析与制度建构 高奇.....161

查戈斯群岛海洋划界仲裁案管辖权分析 何瑞.....176

国际贸易中“公共道德”措施的泛化与 WTO 法律规制——以中国诉美国 301 关税措施案为例 胡建国 高雨欣.....184

《新加坡公约》背景下国际投资争端调解机制的发展与完善路径——兼评中国的选择 华雨婷 吕哲芸.....201

国际投资治理与争端解决——中国与巴西之比较研究 黄可而.....214

“一带一路”法律风险及防范对策 黄思瑞 224

涉外知识产权有效性专属管辖的类型化分析与处理 黄钰.....230
单边选择仲裁条款效力探究 蒋志琦.....239
“一带一路”背景下中欧投资争端解决机制的构建 冷敏.....261
国际商事仲裁远程庭审法律分析 李华 王正洪.....271
美国单边经济制裁之合法性分析 李瑾.....285
后疫情时代“一带一路”法律风险防范 李田田 裴兆斌.....298
中国国际商事仲裁中仲裁员行使仲裁释明权的基本价值遵循与行为规范 李贤森.....304
国际商事仲裁国籍问题研究——以“非内国化裁决”为视角 李子牧.....312
“俄罗斯—乌克兰禁运措施案”对美国二级制裁合法性问题的影响 廖博宇.....334
论我国国际投资争端的能动预防——从投资跟进着手 刘嫡琬.....345
一带一路背景下中国国际商事法庭的发展路径探析 刘家玮.....355
“一带一路”沿线非传统政治风险保障机制研究 刘笑晨 裴兆斌.....364
论多边开发银行的法律地位及其功能演进 刘音.....369
海南引入境外仲裁机构问题研究 罗盛鑫.....378
《欧洲人权公约》是“活的文件”么？ 毛俊响 郭 敏.....391
论审慎义务视角下网络空间国际争端解决面临的困境——基于对《塔林手册 2.0 版》的分析 牛学利.....406
缅甸商事仲裁制度述评 欧福永 胡 杨.....420
投资者违法行为抗辩的裁判基础和规则优化 钱嘉宁.....435
“一带一路”背景下中国企业“走出去”法律问题思考——以浙江企业“走出去”为样本 沈芳君.....448
国际私法中经济制裁法律适用问题初探 沈玫.....462
商事调解制度在我国的应用研究——以《新加坡调解公约》为基础 施长艳...474
对中国国际商事争端预防与解决机制的反思 石为民.....484

仲裁案外人权利救济制度的反思与再造——从案外人申请不予执行仲裁裁决制度切入 宋连斌 陈曦.....500
美国外资安全审查制度的新动向与国际投资保护主义 宋瑞琛.....512
DS529 案特殊市场状况认定对中国的启示 孙缪.....526
间接抑或直接：“一带一路”背景下国际商事和解协议效力之赋予 孙志煜 沈旦.....536
美国对伊制裁影响下海上货物运输合同免责条款与相关责任保险浅析——以中国法下中国航运企业应对制裁风险为视角 谭远劲飞.....546
国际商事争议“仲调结合”中立者问题探究 田腾杞.....565
一般涉外合同法律适用的实践检思——以 52 号指导案例为线索 王兰.....575
“一带一路”视域下柬埔寨投资法及劳动法律概述 王超杰.....587
单边域外经济制裁的国际法规制 王宏鑫.....592
中国国际商事法庭相关制度探讨 王锦栎.....601
日本核废水排海的国际责任及中国的因应之策 王沛 徐子怡.....610
我国国际商事法庭管辖权规则的完善 王若曦.....618
海南自由贸易港多元化国际商事纠纷解决机制问题研究——以国际商事法庭构建为视角 王淑敏 何悦涵 李忠操.....626
中国企业海外投资保护的法律问题研究 王亚男 巩玮昊.....637
论投资者与东道国争端解决机制改革的中国对策 肖灵敏 杨传兰.....646
我国跨境电商仲裁机制的反思与创新 徐芳 梁芷珊.....671
论我国国际商事在线仲裁制度的完善 徐伟功 李子牧.....687
网络仲裁方式对国际商事仲裁的影响 薛源.....698
美国集团仲裁判例规则的演变及启示 严红.....704
美国“公平贸易”政策：单边主义特性、私力救济本质及其政治根源 杨子涵...716
美国经济制裁背景下的阻断法原理及其中国体系的建构与评析 叶研.....725

美国单边制裁的合法性分析及应对措施 张琛.....741
高水平对外开放与中国司法的国际化 张春良 赵梦玲.....752
浅析外商投资企业投诉工作机制不足与完善——兼评《外商投资企业投诉工作办法》相关规定 张兰.....770
浅析国际争端解决机制中的仲裁与调解——以“一带一路”争端解决机制的构建为切入点 张鹏万.....778
调解在“一带一路”ISDS 机制中运用的难点及其解决 张瑞萍 潘宇 786
单边经济制裁的国际法逻辑 张晓君 曹云松.....794
自贸港商事仲裁第三方资助度的构建 张晓萍.....804
《新加坡调解公约》落地我国的利弊与前景之研究 张卓锦.....817
CISG 下根本违约和欺诈的认定——评中国公司与美国公司有机菊粉争议案 周雁琳.....829
我国单边制裁立法的不对称性分析和立法完善途径 周玉华.....840
论国际商事法庭中的裁量管辖规则 朱偲媛.....848
中国国际商事法庭“一站式”解纷机制的构建研究 朱梦瑶 858
WTO 体制的利益平衡体系与机制 朱淑娣 867
农业营商环境视域下中企赴俄投资机遇、挑战与应对 祝宁波 张琴 刘莉.....877

境外仲裁机构准入的法律问题

陈力 复旦大学法学院

摘要：依据一国法律设立的国际商事仲裁机构在英美国家被定性为公众担保公司，在大陆法国家则为社团法人。无论是依据一国法律设立或依托国际组织设立的常设仲裁机构都具有民间性、非营利性、服务性和管理性的特征。作为商事主体，其在设立地以外法域从事仲裁案件管理活动通常采用设立商业存在及不设立商业存在的两种准入路径。就设立商业存在的准入路径而言，一般采取设立案件管理办公室和与当地仲裁机构合资的方式；就不设立存在的准入而言，主要是通过争议当事人的协议选择得以实现，对此，存在《示范法》法域的“开放准入”与俄罗斯为代表的“特许准入”等两种模式。我国现行《仲裁法》建立在以国内仲裁机构为导向的制度设计之上，其本身否定了境外仲裁机构在中国开展仲裁活动的合法性。最高人民法院在“龙利得”等案件中的积极司法立场以及自贸区吸引境外仲裁机构在我国境内设立业务机构的特殊政策并不能从根本上解决境外仲裁机构在我国开展仲裁管理活动的合法性问题。我国仲裁法的修改应当把握历史机遇，充分借鉴以《示范法》法域为代表的先进立法理念，在尊重当事人意思自治的基础上，确立以“仲裁地”而非“仲裁机构所在地”为核心要素的地域适用范围条款，进而确保境外仲裁机构在我国的“自由”准入，将我国打造成为具有竞争力和吸引力的国际仲裁中心。

引言

近年来，国际商事争议当事人选择境外仲裁机构将仲裁地约定在我国仲裁的实践不再罕见。对此，最高人民法院在 2013 年的“龙利得案”[1]与“北仑利成案”[2]中均秉持积极支持的司法立场，将当事人在仲裁条款中选择的 ICC 国际仲裁院认定为我国《仲裁法》第 16 条规定的仲裁委员会，并据此肯定了此类仲裁条款的效力。但在同年的“神华案”[3]中，最高人民法院却否认了境外仲裁机构属于我国《仲裁法》第 10 条与第 66 条所规定的仲裁委员会与涉外仲裁委员会，这一不同认定引发了学界与实务界的广泛争论。境外仲裁机构是否属于我国《仲裁法》下的仲裁委员会之争本质上涉及境外仲裁机构在我国仲裁的合法性问题，即依据我国法律，境外仲裁机构是否被允许，以及可以以何种方式在我国境内开展仲裁管理活动。前者涉及境外仲裁机构在我国的“准入”模式，后者则涉及境外仲裁机构在我国仲裁的“准入”路径。对此，我国《仲裁法》并未直接作出回应，学界及实务界观点与立场迥异。2015 年国务院《进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》

[1] 最高人民法院关于申请人安徽省龙利得包装印刷有限公司与被申请人 BP Agnati S．R．L 申请确认仲裁协议效力案的请示的复函 （[2013]民四他字第 13 号）

[2] 最高人民法院关于宁波市北仑利成润滑油有限公司与法莫万驰公司买卖合同纠纷一案仲裁条款效力问题请示的复函 （ [2013]民四他字第 74 号）

[3]最高人民法院关于神华煤炭运销公司与马瑞尼克船务公司确认之诉仲裁条款问题的请示的复函 （[2013]民四他字第 4 号

（《自贸区总体方案》）及 2019 年《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》（《新片区总体方案》）先后允许境外仲裁机构以商业存在的方式在自贸区内设立代表机构与业务机构，此举被视为尝试回应并解决境外仲裁机构在我国仲裁所面临的制度障碍。这一举措是否能够彻底解决最高人民法院在“龙利得案”与“神华案”中所面临的两难选择？是否能够从根本上解决境外仲裁机构在我国仲裁的合法性质疑？本文尝试在常设仲裁机构及其活动定性的基础上，探寻常设仲裁机构境外仲裁的一般准入模式与准入路径，通过解析境外仲裁机构在我国开展仲裁管理活动的制度困境，发现问题症结，提出境外仲裁机构在我国仲裁“准入”的制度设计与规则重构。

常设仲裁机构及其活动的性质

一、 机构仲裁与临时仲裁的共性与差异

常设仲裁机构是指依据国际条约或国际组织内部决议，或者依据国内法设立的具有固定名称、地点、组织形式、组织章程、仲裁程序规则、仲裁员名册，并具有完整办事机构和行政管理制度的用于解决商事争议的永久性机构；临时仲裁庭则是指由当事人选定，或者其他有权机构依据当事人的授权、或依据法律规定或仲裁规则的规定所指定的仲裁员组成的，负责对商事法律争议事项进行审理，并作出仲裁裁决的“组织”。常设仲裁机构只具有仲裁案件的管理权，是为仲裁庭行使仲裁权并作出裁判提供服务的机构，仲裁庭则享有案件的管辖权、审理权和裁判权。两者彼此独立，互不影响。仲裁机构和专业性协会（professional associations，如仲裁协会或商会）被并称为国际商事仲裁中的“非国家行为体”（non-state actors）。因其提供案件管理服务并向当事人收取费用，且该收费构成仲裁机构的主要财务来源，仲裁机构又被视为中介服务机构（intermediary）。[4]

国际商事仲裁制度的形成与发展经历了漫长的过程。早期的商事仲裁均为临时仲裁。随着商品经济的不断发展以及国际贸易投资的迅猛增长，跨国商事争议标的越来越大，争议日趋复杂，国际社会开始通过国内立法或者国际条约设立常设仲裁机构，为审理争议的仲裁庭及当事人提供案件管理服务。目前，仲裁国际公约、《联合国国际商事仲裁示范法》（简称《示范法》）以及大多数仲裁历史悠久、仲裁制度发达的国家均承认临时仲裁与机构仲裁，其国内仲裁法除少数特定规则为临时仲裁“量身定做”以外，同等适用于临时仲裁与机构仲裁，在仲裁协议效力、仲裁庭管辖权、仲裁程序进行、裁决作出以及裁决司法审查等方面，机构仲裁与临时仲裁并无区别。一国法律只有在法院协助仲裁程序启动、仲裁员指定与仲裁员异议程序等方面会为临时仲裁“量身定制”规则，以弥补因缺乏机构仲裁规则而可能产生的程序缺漏。

与临时仲裁相比，常设仲裁机构具有其自身的优势和特点。包括：（1）常设仲裁机构

[4] George A Bermann, *International Arbitration and Private International Law*. Brill Nijhoff 2017. pp.59-65.

一般都有自己的仲裁规则以及推荐的示范仲裁条款。当事人通过仲裁协议选择某一仲裁机构，除非有相反约定，通常意味着自动适用该仲裁机构的仲裁规则。仲裁规则通常会对仲裁程序事项作出详细规定，包括仲裁地点确定、仲裁庭组成、仲裁程序进行、仲裁适用法律、仲裁使用语言以及仲裁收费标准等，可以避免因仲裁协议约定不完善而产生的不必要麻烦；（2）常设仲裁机构一般备有仲裁员名册供当事人使用。名册中的仲裁员均为各领域具有较高道德水准及解决商事争议经验丰富的专家。名册制度能够有效弥补多数国家仲裁法未对仲裁员资质作出规定而产生的问题；（3）常设仲裁机构具有专门的办事机构，负责仲裁案件管理和日常事务管理。常设仲裁机构通常会根据国际商事仲裁的发展及时修订仲裁规则、接受当事人委托或按照仲裁规则规定指定仲裁员、决定仲裁员回避及指定替代仲裁员等。常设仲裁机构秘书处负责机构的日常事务管理，为仲裁庭配备办案秘书，负责仲裁庭与当事人之间的联系沟通、文书送达、庭审记录、裁决书核阅等案件管理工作，协助和保障仲裁程序的顺利进行；（4）常设仲裁机构通常具有一整套管理仲裁程序的制度，包括仲裁规则、内部章程以及办事机构和工作人员的管理办法等。国际著名常设仲裁机构在仲裁服务中积累了丰富的案件管理经验，确立了良好的信誉，在其管理下仲裁庭作出的仲裁裁决更易获得当事人的自动执行，或依国内法与《纽约公约》得到法院的承认和执行。

二、 常设仲裁机构及其活动的属性

（一）常设仲裁机构的类型

常设仲裁机构从不同角度可以作出不同的分类。

从设立依据及隶属关系角度，可将仲裁机构分为国际性与国家性仲裁机构。前者如依据《海牙公约》设立的国际常设仲裁院、依据《世界知识产权组织协议》设立的 WIPO 仲裁与调解中心、依据《华盛顿公约》设立的解决国家与他国国民间投资争端中心（简称 ICSID）以及国际商会仲裁院（简称 ICC 国际仲裁院或 ICC-ICA）等；后者如斯德哥尔摩商会仲裁员（SCC）、伦敦国际仲裁院（LCIA）、瑞士苏黎世商会仲裁院、美国仲裁协会（AAA）、日本商事仲裁协会、韩国商事仲裁院（KCAB）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）、香港国际仲裁中心（HKIAC）、中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）以及上海国际经济贸易仲裁委员会（SHIAC）等。

从机构职能角度，可将仲裁机构分为全面管理型与宣传型仲裁机构。ICC-ICA、SIAC 与 CIETAC 等机构属于全面管理型仲裁机构。此类机构根据当事人选定的仲裁规则为案件提供全面管理服务，其主要经济来源依靠案件管理收费。全面管理型仲裁机构对仲裁申请书与答辩书的送达与递交、仲裁员的确定与仲裁庭组成、仲裁员的回避决定与替换、仲裁裁决书的核阅与签发等事项都负有管理职责。此外，此类仲裁机构还会提供不时更新的仲裁规则、经过遴选的仲裁员名册、仲裁员培训的组织以及开庭场所和设备的提供等服务。[5]

[5] 我国著名的国际仲裁机构如 CIETAC，BAC，SHIAC 以及 SCIA 等都提供开庭场所和设施。但新加坡国际仲裁中心、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院、韩国商事仲裁院等则不提供开庭场所与设施。SIAC 通过与麦斯威尔庭审中心合作，个案当事人与仲裁庭租用该庭审中心设施审理案件；SCC 的庭审可以在斯德哥尔摩

宣传型常设仲裁机构的职能在于宣传仲裁或在适当的时候给予仲裁当事人以协助，典型的如伦敦海事仲裁协会（LMAA）。LMAA 成立于 1960 年，其设立目的涵盖提高专业知识、促进会员交流、拟定与修改仲裁规则等十项职能，但不包括仲裁管理，LMAA 没有固定人员进行案件管理，其主席或秘书长均为荣誉职位。

从受理案件范围角度，可将仲裁机构分为专业性和综合性仲裁机构。专业性常设仲裁机构是指受理本专业或行业团体成员之间争议案件的仲裁机构，如英国伦敦橡胶交易所内仲裁机构、荷兰咖啡贸易仲裁委员会等。综合性常设仲裁机构是指可以受理各类商事争议案件，包括国内和国际商事争议案件的仲裁机构。目前国际知名仲裁机构多为综合性常设仲裁机构。

（二）常设仲裁机构及其活动的性质

无论何种类型的常设仲裁机构，均为根据国内法或国际条约/国际组织决议设立的独立实体机构。这一实体机构在英美法下通常为根据该国公司法设立的“公众担保有限公司”（Public Company Limited by Guarantee），如 LCIA，SIAC 以及 HKIAC 等，2013 年《美国 AAA 仲裁规则与调解程序》也将 AAA 定义为非营利性公共服务组织（not-for-profit, public service organization）。在大陆法国家，仲裁机构一般被识别为非营利性社团法人。如日本商事仲裁协会[6]与韩国商事仲裁院[7]等。由于国际商会属于非政府间国际组织，因此在 ICC 下设立的国际商事仲裁院虽然将总部（headquarter）设于法国巴黎，但并非法国法下的法人组织，而应当被视为国际非政府组织（NGO）；依据国际条约设立的 ICSID（设于世界银行下）与 WIPO 仲裁与调解中心则被视为国际组织的一部分。常设仲裁机构具有以下共同属性。

1. 民间性

民间性指仲裁机构应属于私人实体而非公共机构。民间性与仲裁的契约性、自治性密切相关。从仲裁产生的历史来看，早在古罗马时期，商人就开始寻求一种灵活、高效、便捷的方式来解决他们在商品交易中产生的争议，这种争议解决方式即为仲裁。从古罗马的《十二铜表法》开始到 19 世纪中期，商事仲裁属于纯粹的民间性争议解决方式。当事人依照自己的意愿选择仲裁员和仲裁庭组成方式，仲裁裁决的履行则依靠当事人的自觉。[8]19 世纪中期后，随着国家法律的干预，商事仲裁作为纯粹的商人法被纳入法律规制的轨道，仲裁庭管辖权及裁决的效力获得了国内法保障，但各国仲裁法仍尽可能保留商事仲裁作为争议解决方式的独有优势，在赋予仲裁裁决强制执行力的同时，给予当事人高度的自主性和灵活性，充分保留了仲裁民间性的特征,伴随仲裁立法而生的常设仲裁机构的民间性特点从未被各国立法否定。仲裁机构的民间性能够在很大程度上保持和发展商事仲裁灵活高效以

国际听证中心（Stockholm International Hearing Center）或其他适当的场所，甚至包括律师事务所或一方仲裁员的办公室进行；首尔国际争议解决中心（Seoul IDRC）则为各仲裁机构提供庭审场所及设施，韩国商事仲裁院（KCAB）就是 Seoul IDRC 的合作伙伴。

[6] 依据《日本民法典》第 34 条设立

[7] 依据 2010 年《韩国仲裁法》第 40 条设立

[8] 肖永平：《也谈我国法院对仲裁的监督》，载《法学评论》1998 年第 1 期，第 44-45 页。

及便捷经济的优势，同时最大限度地保证商事仲裁的公正性和独立性，使商事仲裁不受国家政策的支配和干预。[9]

我国 1995 年《仲裁法》颁布之前，仲裁机构具有浓重的行政色彩，其中经济合同仲裁委员会隶属于各级工商行政管理局，而技术合同仲裁委员会则隶属于各级科学技术委员会。《仲裁法》借鉴国际通行做法，引入了商事仲裁制度，废除了仲裁机构和行政机关之间的隶属关系，从法律上确立了仲裁机构的独立性。例如，《仲裁法》第 8 条规定："仲裁依法独立进行，不受行政机构、社会团体和个人的干涉"；第 14 条规定："仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系，仲裁委员会之间也没有隶属关系"。不过由于我国《仲裁法》第二章规定仲裁委员会由相关政府统一组建，[10]因此，除涉外仲裁委员会[11]以外，绝大多数仲裁机构的民间性地位并未在法律上得到确认。

2. 非营利性

在英美法系国家，常设仲裁机构多为根据该国公司法设立的"公众担保有限公司"，如新加坡 SIAC（依据新加坡公司法）、香港 HKIAC（依据《香港公司条例》）以及伦敦国际商事仲裁院等。公众担保公司具有非营利性，与营利性的私人有限公司不同，其设立目的是为了公共利益（public interest），服务于特定受益人群，且盈利不在公司成员间分配，而是支持特定事业。公众担保公司具有以下特点：一是独立性。独立于设立地国政府或行政机构。二是自治性（self-governance）。此类公司充分自治，其成员在公司内均具有受托资质（fiduciary capacity）。三是受益性（beneficial）。此类公司设立目的是支持社会（community）或者特定群体，受益人均非该机构（公司）成员。四是无营利（no profit）。法律不允许此类公司从其活动中获利。[12]在大陆法系国家，常设仲裁机构则被视为社团法人，也具有非营利性的特征。

3.管理性和服务性

仲裁机构是依法建立的民间机构，通常在其章程中将机构职能定位于为仲裁事务提供管理，为仲裁庭裁判提供服务等。例如 2017 年《ICC 国际仲裁院仲裁规则》第 1 条第 1 款以及附件一（章程）即明确其为国际商会下设的独立机构，第 1 条第 2 款规定："仲裁院本身不解决争议。仲裁院依据规则授权管理仲裁，包括对裁决进行核阅（scrutiny）和批准（approval）。仲裁院的职责在于确保本规则的适用，并制定内部规则"。《中国国际经济贸易仲裁委员会》（CIETAC）下设仲裁院的主要职责包括： 管理国际、涉外和国内仲裁案件； 提供投资争端调解、域名争议解决程序管理服务； 提供其他替代性争议解决程序管理服务； 开展仲裁及其他替代性争议解决方式的研究； 开展仲裁及其他替代性争议解决的宣传和推广工作；负责贸仲委其他业务工作。[13]

仲裁机构的服务性主要体现在其为案件管理支出的成本向争议当事人收取费用。此外，

[9] 谢石松主编：《商事仲裁法学》，高等教育出版社 2003 年版，第 50 页。
[10] 参见《仲裁法》第 10 条。我国仲裁法下的涉外仲裁机构由中国国际商会组织设立
[11] 《仲裁法》第 66 条规定涉外仲裁委员会由中国国际商会组织设立。
[12] "Setting Up a Company Limited by Guarantee in Singapore". Singapore Legal Advice.
[13] CIETAC 章程第 4 条

仲裁机构仲裁规则的非强制性适用也被视为体现了服务性特点。[14] 2013 年《AAA 仲裁规则》就规定 AAA 为各类主体（包括政府）提供争议解决服务，此外，AAA 还提供教育培训、出版以及替代争议解决的研究等服务。

常设仲裁机构境外仲裁的准入模式

除依据国际条约设立的常设仲裁机构（如 ICSID 与 PAI）以外，一般仲裁机构所具有的民间性、非营利性、管理性与服务性属性决定其商事主体的法律地位。仲裁机构的活动也具有商事服务及跨国服务的典型特征。Gary Born 指出，位于世界不同国家的仲裁机构意在提供机构仲裁服务以满足特定的商业或其他需求。[15]在一国设立的常设仲裁机构在境外（指仲裁机构设立地以外的法域）提供仲裁服务时可能会遇到内国[16]的市场准入限制，在仲裁语境下，市场准入是指在境外依法成立的仲裁机构在内国开展或参与仲裁活动的形式和程度。

据伦敦玛丽皇后大学 2018 年国际商事仲裁调查统计，[17]最受欢迎的常设仲裁机构依次为 ICC、LCIA、SIAC，HKIAC、SCC、ICSID 以及 ICDR/AAA，此外，LMAA、SCAI、VIAC、CIETAC 以及 Logos Court of Arbitration 等常设仲裁机构也分别在亚太、中东、欧洲及非洲等区域受到客户欢迎，是被当事人经常选择的仲裁机构。

从实践来看，常设仲裁机构提供跨境仲裁管理服务的模式包括两种，一是通过设立海外商业存在，由其海外分支机构或法人实体为东道国用户提供仲裁管理服务；二是不设立海外商业存在，而是经由当事人选择，提供仲裁地在仲裁机构所在地域外的案件管理服务。有学者从“驻在国”和“仲裁地国”的视角将仲裁机构的跨境活动分为“设立商业存在的仲裁机构准入模式”以及“不设立商业存在的仲裁机构准入模式”。前者指外国仲裁机构通过在内国设立某种形式的商业存在（可能是有法人地位的仲裁机构，也可能是无法人地位的分支机构）来开展业务的准入方式，后者指外国仲裁机构在内国没有设立任何形式的商业存在，通过网络、人员（包括仲裁员、当事人等）的跨境流动等方式提供仲裁服务的准入方式。[18]

一、 设立商业存在的仲裁机构准入模式

境外仲裁机构以商业存在（commercial presence）在内国从事仲裁案件管理或其他相关活动主要包括设立代表机构（Representative office）、设立案件管理办公室（Case

[14]理论上（尽管实践中并不多见）当事人选择特定的仲裁机构并不意味着必须服从其仲裁规则，当事人可以另行选择其他仲裁机构或者适用 UNCITRAL 的仲裁规则。如果仲裁机构规则强制性适用于其用户（users），则仲裁机构案件管理的服务性将会受到减损。参见 George A Bermann, *International Arbitration and Private International Law*. Brill Nijhoff 2017. P.61.

[15] Gary B. Born *International Commercial Arbitration* Vol.I (Second Edition). Wolters Kluwer. 2014. p.169.

[16] 本文中，内国指相对于仲裁机构设立地以外的国家或法域，在不同语境下又指境外仲裁机构从事跨国活动的“东道国”、“驻在国”或“仲裁地国”

[17] Queen Mary University of London, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration.*

[18] 濮云涛：《外国仲裁机构准入的法律问题研究——借鉴迪拜国际金融中心相关制度》，载《中国国际私法与比较法年刊》（2018 年第 22 卷），第 289 页

management office）以及设立合资公司（Joint venture）等三种形式。

（一） 代表机构

常设仲裁机构的主要职能是提供仲裁案件的管理服务，这是一种虽非营利但却是有偿的服务，属于经营性活动。而仲裁机构的海外代表机构则无权开展案件管理服务，只能在驻在国开展相关的市场调查、宣传及联络等非经营性活动。以 SIAC 设于海外的代表机构为例，**SIAC 首尔代表处**的主要职能包括：（1）加强并拓展 SIAC 与韩国国际商事仲裁届的交往；（2）为律师及公司用户使用 SIAC 仲裁解决争议提供实用信息；（3）向韩国用户征询和分享提升 SIAC 争议解决服务的反馈。[19]**SIAC 驻印度代表处**[20]的设立目标是：（1）便利传播在新加坡使用 SIAC 仲裁的信息；（2）促进当地用户利用机构仲裁，特别是选择国际领先仲裁机构 SIAC 仲裁；（3）推动印度当事人选择新加坡为仲裁目的地；（4）在 SIAC 及相关领域与印度国际商事仲裁届主要参与者建立广泛联系；（5）与印度司法及政府部门建立紧密联系，沟通政策建议，交换主要观点以及法律变化等。**SIAC 上海代表处**的设立致力于与中国国际仲裁届的公司和律师建立紧密联系。上海代表处将与中国各仲裁委员会合作，为仲裁员和仲裁律师组织培训研讨会和交流活动，以促进国际仲裁及全球最佳实践的发展。[21]不过 SIAC 驻海外代表处均不提供案件管理服务，所有案件，无论仲裁地点或争议当事人位于哪个法域，均由新加坡总部进行管理。

（二）案件管理办公室

仲裁机构的海外分支机构又被称为案件管理办公室。与代表机构不同，在驻在国除开展相关的机构宣传与市场推广活动外，其核心业务是独立开展仲裁案件管理。目前，在仲裁机构所在地之外法域设立案件管理办公室的成功实践是 ICC 国际仲裁院。自 2008 年起，其先后在香港特别行政区、美国纽约、巴西圣保罗以及新加坡设立了四家具有案件管理职能的办公室，统一适用 ICC-ICA 仲裁规则。此外，中国国际经济贸易仲裁委员会也在香港特别行政区依据当地法律设立了分会。

仲裁机构在境外设立的案件管理办公室名称各异，其法律地位究竟属于不具有独立法人资格的分支机构还是具有东道国法人资格的独立仲裁机构主要取决于驻在国的许可制度。从实践来看，ICC 国际仲裁院驻纽约办公室并非公司分支机构，而是由具有美国国籍的本地公司 SICANA，INC.负责提供在北美地区的 ICC-ICA 仲裁服务和其他争议解决服务。[22]ICC 国际仲裁院驻新加坡办公室也是由独立法人 SICAS,INC.公司（Secretariat of the International Court of Arbitration Singapore Private Limited）负责提供在新加坡和印度的 ICC-ICA 仲裁服务。[23]SICAS，INC 是一家依据新加坡法律于 2018 年 2 月设立的私人股份有限公司（Private Company Limited by Shares，incorporated in Singapore）。[24]

---

[19] https://www.siac.org.sg/2014-11-03-13-33-43/about-us/siac-seoul-office。
[20] SIAC 在印度孟买及古吉拉特邦分别设立了两家代表机构 https://www.siac.org.sg/2014-11-03-13-33-43/about-us/siac-india-representative-offices
[21] https://www.siac.org.sg/2014-11-03-13-33-43/about-us/siac-shanghai-representative-office。
[22] https://iccwbo.org/contact-us/contact-sicana/
[23] https://iccwbo.org/contact-us/contact-sicas/
[24] https://www.sgpbusiness.com/company/Secretariat-Of-the-International-Court-Of-Arbitration-Singapore-

ICC 圣保罗办公室（Sao Paulo office of the ICC，简称 SCIAB LTDA）也是依据巴西本地法律设立的独立法人实体。[25]其受理的案件范围包括：（1）当事人均为巴西自然人和法人的仲裁案件；或者（2）所有当事人和 ICC 明确同意由 SCIAB 管理的仲裁案件；或者（3）ICC 秘书处根据 ICC 仲裁规则决定由 SCIAB 管理的案件。SCIAB 案件管理注意事项（Note）[26]特别规定了该办公室案件管理的基本事项，包括：接受仲裁请求、收取仲裁申请费及仲裁费、决定紧急仲裁员程序、决定仲裁员费用以及提供庭审场所服务。SCIAB 注意事项未尽事宜则参照 ICC《关于当事人和仲裁庭依据 ICC 仲裁规则管理案件的注意事项》（Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration）进行。

中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心（CIETAC-Hong Kong）虽被认为是 CIETAC 在中国内地以外设立的第一家分支机构，但其本质也是依据香港法律设立的具有独立法人资格的公司。业务范围包括在香港推广仲裁，与国际仲裁机构开展交流与合作，提供资讯交流和咨询服务，根据当事人的约定管理仲裁案件。CIETAC 香港仲裁中心主要依据 CIETAC 现行有效《仲裁规则》的规定受理当事人约定提交 CIETAC 香港仲裁中心仲裁的案件以及当事人约定将争议提交贸仲委在香港仲裁的案件。[27]在 2019 年最高人民法院和香港特别行政区政府律政司在香港特区签署《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》第 2 条[28]所规定的合格仲裁机构中，除香港本地仲裁机构外，还包括 CIETAC 香港仲裁中心（CIETAC Hong Kong Arbitration Center）、ICC 国际仲裁院亚洲办公室（ICC-ICA Asia Office）以及香港华南国际仲裁中心（South China International Arbitration Center[HK]）等三家境外在港常设办事处。

（三）合资公司

常设仲裁机构在海外设立商业存在的第三种方式是依据驻在国法律，设立具有驻在国法人主体资格的合资公司。伦敦国际仲裁院（LCIA）在海外的商业存在即采用与当地机构设立合资公司的模式， 包括先后建立的迪拜-伦敦国际仲裁中心（简称 DIFC-LCIA）（2008 年）、伦敦-印度国际仲裁中心（2009 年）以及伦敦-毛里求斯国际仲裁中心（2011 年），目前 LCIA 与印度及毛里求斯的合资公司已经因故终止，只有迪拜-伦敦国际仲裁中心仍在有效运行。与设立海外分支机构的模式不同，内国与外国仲裁机构设立的合资仲裁机构具有驻在国法人资格，意在打造能够融合不同法律文化，兼具本土化和现代化特色的区域仲裁

Private-Limited

[25] 在西班牙语及葡萄牙语中，LTDA 为 Limitada（英文 Limited）的缩写。尽管其官方网站并未明确其法律地位，但从名称上判断应为有限责任公司

[26] *Note on the functioning of the Brazilian office of the Secretariat of the Court*. https://iccwbo.org/contact-us/contact-sciab-ltda/。

[27]http://m.hktdc.com/sourcing/hk_company_contact_information.htm?companyid=1X08DTE7&locale=zh_CN#page-tabs-top 香港贸发局网站

[28]第 2 条规定：本《安排》所称“香港仲裁程序”，应当以香港特别行政区为仲裁地，并且由以下**机构**或者**常设办事处**管理：（一）在香港特别行政区设立或者总部设于香港特别行政区，并以香港特别行政区为主要管理地的仲裁机构；（二）中华人民共和国加入的政府间国际组织在香港特别行政区设立的争议解决机构或者常设办事处；（三）其他仲裁机构在香港特别行政区设立的争议解决机构或者常设办事处，且该争议解决机构或者常设办事处满足香港特别行政区政府订立的有关仲裁案件宗数以及标的金额等标准。

机构。例如 DIFC-LCIA 的设立目的就希望“将 LCIA 的国际最佳实践与卓著声誉与本地特有的法律与商业文化相融合，为阿拉伯海湾地区（Gulf and wider MENA region）客户提供争议解决服务”。[29]

作为阿联酋的特殊法域，迪拜国际金融中心实行与阿联酋不同的普通法制度。2014 年修订的《迪拜国际金融中心法》规定，迪拜国际金融中心仲裁协会（DIFC Arbitration Institute 简称 DAI）的职责之一是与地区性或国际性的仲裁机构或多元化争端解决机构达成合作协议或设立合资公司。设立合资公司需要获得迪拜金融中心管理局批准，外国仲裁机构才能最终获得准入。此外，根据该法，DIFC 设立了迪拜国际金融中心争议解决局（DIFC Disputes Resolution Authority,简称 DRA），DRA 的建立取代了 DIFC 司法局与 DIFC 法院（DIFC Judicial Authority/DIFC Courts），与 DIFC 管理局（DIFC Authority）及迪拜金融管理局（Dubai Financial Services Authority）并称为 DIFC 的三大支柱。新设立的 DIFC 争议解决局（DRA）是一个综合性主管当局，包括 DIFC 法院（DIFC Courts）、法学会(the Academy of Law)、DIFC 遗嘱及遗嘱认证登记处（DIFC Wills and Probate Registry）以及迪拜政府资助设立的 DIFC 仲裁协会（DIFC arbitration Institution funded by the Dubai Government）。DIFC-LCIA 仲裁中心即是由迪拜国际金融中心仲裁协会（DAI）与伦敦国际仲裁院（LCIA）合资设立的当地仲裁机构。[30]合资双方在仲裁案件管理中的主要分工如下：（1）迪拜国际金融中心仲裁协会负责中心的外部事物，作为半官方机构，其可为中心争取必要的资金支持以及国家层面的政策支持；（2）中心的决策事务由迪拜-伦敦仲裁中心董事会负责，充分体现中心的独立性与民间性；（3）仲裁程序管理由伦敦国际仲裁院负责，充分发挥 LCIA 作为声誉卓著国际仲裁机构在案件管理方面的丰富经验；（4）行政事务由迪拜-伦敦仲裁中心秘书处负责，以适应当地需求。与常设仲裁机构海外案件管理办公室不同的是，迪拜-伦敦国际仲裁中心并不适用 LCIA 仲裁规则，而是适用经过适当改造的本土化仲裁规则，即《迪拜-伦敦国际仲裁中心规则》（DIFC-LCIA Arbitration Rules 2008/2016）。[31]

二、 不设立商业存在的仲裁机构准入模式

在国际商事仲裁实践中，常设仲裁机构在总部以外法域设立商业存在主要是基于市场、客户需求以及便利化考量。例如 ICC-New York 办公室的设立意在巩固其在北美的市场地位，进而为该区域当事人、律师以及仲裁员更直接和方便的获取 ICC-ICA 的仲裁管理服务提供便利。[32]SCIAB 的设立也反映出 ICC 对迅速增长的拉美地区仲裁市场的直接回应。[33]SIAC 海外代表处的设立也充分体现了 SIAC 与印度、韩国以及中国之间的紧密联系，近

[29] http://www.difc-lcia.org/ 2020 年 6 月 30 日访问
[30] 参见 DIFC-LCIA Arbitration Center 官方网站 http://www.difc-lcia.org/overview.aspx 2020 年 6 月 25 日访问
[31] 濮云涛：《外国仲裁机构准入的法律问题研究-借鉴迪拜国际金融中心相关制度》，载《中国国际私法与比较法年刊》（2018 年第 22 卷），第 294 页。
[32] 据统计，在 ICC 纽约案件管理办公室设立的前一年（2012 年），ICC 的北美客户占其所有 759 件仲裁案 8.4%https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/international-court-of-arbitration-establishes-presence-in-new-york/
[33]巴西客户在 2016 年 ICC 前十位客户中名列第三，在拉美和加勒比地区所有 ICC 客户中占比 30% https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-announces-new-operations-brazil/

年来，印度、韩国以及中国的当事人在 SIAC 外国用户中始终名列前茅。[34]不过，以商业存在模式提供跨国仲裁管理服务并非所有常设仲裁机构的做法,[35]鉴于资金、人力、市场需求、驻在国准入限制以及技术手段带来案件管理的便利性，常设仲裁机构不可能也不必要在海外广泛布局。[36]目前以商业存在形式设立海外实体的常设仲裁机构主要集中在 ICC 国际仲裁院、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心[37]、伦敦国际仲裁院以及 AAA-ICDR 等声誉卓著的常设仲裁机构。

与设立海外商业存在模式相比，仲裁机构不以设立海外商业存在模式提供跨境仲裁管理服务是国际商事仲裁实践中更为普遍的做法，主要包括两种准入路径。

（一）尊重当事人意思自治的开放准入路径：《示范法》法域的选择

以《示范法》为模板或直接采纳《示范法》的法域（以下简称“《示范法》法域”）通常对不设立商业存在的境外仲裁机构“准入”持完全开放的态度。上述国家的立法与司法普遍尊重国际商事仲裁当事人的意思自治，对于当事人选择境外仲裁机构并将仲裁地设于内国的仲裁不加限制，境外仲裁机构可以自由准入，无需获得内国的许可（permit/license）,此类仲裁协议的效力及裁决执行亦能获得仲裁地法域的支持和保障。例如，迪拜国际金融中心在吸引境外仲裁机构以合资形式入驻的同时，对不设立商业存在的外国仲裁机构准入就持完全开放的态度。通过《DIFC 仲裁法》（DIFC Arbitration Law）[38]有关仲裁地和适用范围的规定，切实推动外国仲裁机构在迪拜国际金融中心仲裁的实现。[39]《DIFC 仲裁法》允许当事人自由选择迪拜国际金融中心作为仲裁地，无论当事人是否与迪拜国际金融中心有关，也无论当事人选择的仲裁机构是否位于迪拜国际金融中心。[40]如果当事人没有选择仲裁地但约定争议适用 DIFC 法律，则仲裁地应当视为迪拜国际金融中心。此举被认为进一步提升了迪拜国际金融中心作为仲裁地的频率。《DIFC 仲裁法》的适用范围条款（第 7 条）亦借鉴《示范法》经验，适用于仲裁地位于 DIFC 境内的所有仲裁，包括当事人选择外国仲裁机构在 DIFC 进行仲裁的案件。

（二）限制当事人意思自治的特许准入路径：俄罗斯的选择

与《示范法》法域不同的是，2016 年 9 月 1 号生效的《俄罗斯联邦仲裁法（修改）》对不设立商业存在的外国仲裁机构采取特许准入做法。按照这一路径，所有境外仲裁机构若要以俄罗斯为仲裁地开展仲裁管理活动，必须获得俄罗斯主管当局的特别许可或批准。根据俄罗斯仲裁法，所有仲裁机构在俄罗斯境内仲裁都需要获得政府许可，否则其管理下的仲裁案件将不被视为“机构仲裁”。这一规定既适用于俄罗斯国内仲裁机构，也适用于

---

[34] 参见 https://www.siac.org.sg

[35] 如 SCC 就未在其总部所在地以外法域设立商业存在

[36] 如 LCIA 就先后终止了其在印度和毛里求斯的合资公司

[37] HKIAC 分别在韩国首尔与上海自贸区设立代表机构

[38] *DIFC LAW No.1 of 2008* [Consolidated Version (December 2013) As Amended by DIFC Law Amendment Law DIFC Law No. 1 of 2013].

[39] 濮云涛：《外国仲裁机构准入的法律问题研究-借鉴迪拜国际金融中心相关制度》，载《中国国际私法与比较法年刊》（2018 年第 22 卷），第 298 页。

[40]《DIFC 仲裁法》第 27 条。

境外仲裁机构。依据该法，仅有两家俄罗斯国内仲裁机构获得了许可。2019 年 4 月 4 日，香港国际仲裁中心成为这一法律生效后首家获得政府特许在俄罗斯境内合法开展仲裁管理活动的境外常设仲裁机构（Permanent Arbitration Institution，简称 PAI）。该项许可由俄罗斯仲裁发展委员会根据《俄罗斯仲裁法》第 44 条第 3 款建议，俄罗斯司法部授予。

俄罗斯仲裁法要求仲裁地为俄罗斯境内的机构仲裁以及涉及某些特定类型的俄罗斯公司纠纷仲裁案件只能提交获得许可的 PAI 进行管理。外国仲裁机构如要获得 PAI 资格需具备“广泛认可的国际声誉”，俄罗斯司法部对此会采用一套专门的标准对机构的声誉作出评估。[41]在获得准入许可的同时，HKIAC 在俄罗斯境内的行为能力（受案范围）亦受到《俄罗斯仲裁法》的限制，包括（1）HKIAC 不能受理和管理俄罗斯国内争议，包括公司类争议；（2）HKIAC 不能受理依据俄罗斯法律不可仲裁的争议；（3）在 HKIAC 可以受理的跨国公司交易争议[42]中，还应符合下列条件：A.仲裁地位于俄罗斯境内；B.仲裁协议应由所有当事人，包括目标公司及所有股东（即使该股东不是股东协议当事方）的签署；C. HKIAC 必须制定和适用有关公司仲裁的特别程序规则。[43]

境外仲裁机构在我国仲裁管理的准入进路

与其他国家一样，境外仲裁机构在我国开展仲裁管理活动也包括“商业存在准入”以及“非商业存在准入”等两条主要进路。其中，境外仲裁机构以商业存在形式在我国开展仲裁管理活动虽已在上海自由贸易（试验）区（临港）新片区（以下简称新片区）以地方规范形式“先试先行”，但尚未真正落地实现。相反，从 2003 年起，境外仲裁机构在我国开展仲裁管理活动主要是以非商业存在的方式进行，即境外仲裁机构因当事人选择并约定仲裁地在中国开仲裁管理活动。由于我国《仲裁法》规定语焉不详，学界与实务届对其合法性产生巨大分歧，至今尚未达成共识。

一 、 设立商业存在的境外仲裁机构准入之辩

境外仲裁机构在我国境内以商业存在形式开展活动属于新生事物，目前仍处于上海自由贸易（试验）区的探索和试验阶段。

（一）《自贸区总体方案》：允许境外仲裁机构设立代表机构

2015 年 4 月，国务院在《自贸区总体方案》）中指出，“支持国际知名商事争议解决机构入驻”，提高“上海商事纠纷仲裁国际化程度”，建立“亚太仲裁机构交流合作机制，加

[41] http://www.hkiac.org/news/hkiac-permtted-administer-disputes-russia。

[42] 指涉及俄罗斯法人实体的如下类型的公司争议（规定于联邦法第 45 条第（7）款和（7.1）款以及俄罗斯仲裁程序法第 225 条第（1）款中），即：（1）“有关商业公司和合伙企业注册资本股权的争议、生产合作社成员股权注入或者行使和限制权利的争议”，例如由股权买卖协议引起的争议；（2）“法人实体的参与者之间就该法人实体的管理达成协议所引起的争议，包括由公司协议引起的争议”，例如由股东协议引起的争议; 以及“由股票发行人的活动所引起的涉及股票和其他证券权利登记的争议、由联邦法律规定的与证券分配和（或）流通有关的股票发行人行使权利和履行义务所引起的争议”。

[43] http://www.hk-lawyer.org/content/hkiac-becomes-first-foreign-arbitral-institution-licensed-russia。

快打造面向全球的亚太仲裁中心”。《自贸区总体方案》实施以来，先后吸引了香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心、国际商会仲裁院以及韩国商事仲裁院等四家境外机构入驻。上述四家境外仲裁机构上海代表处在设立之初都是依据 2011 年《外国企业常驻代表机构登记管理条例》（以下简称《外国企业管理条例》），以境外企业常驻代表机构的身份在上海市工商局登记设立，主管单位为上海市商务委。不过，根据该《外国企业管理条例》第 42 条规定，外国企业指的是依照外国法律在中国境外设立的营利性组织，而境外仲裁机构并不符合这一条件。学界认为，一方面是因为这些境外仲裁机构在境内设立代表机构时，2017 年《中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法》（以下简称《境外 NGO 管理法》）尚未出台，另一方面这可能是上海自贸区根据国务院“支持国际知名商事争议解决机构入驻”精神所作的一种变通。[44]而根据 2017 年《境外 NGO 管理法》的规定，境外非政府组织需要以公安机关作为登记管理机关，并以政府有关部门作为业务主管单位。香港国际仲裁中心是《境外 NGO 法》实施后首批完成这一法律程序的“外国非政府组织”之一，该法律要求外国非政府组织在中国的所有代表处都必须在省级公安部门注册。[45]从各代表处设立以来所开展的活动看，主要是开展以研讨、交流、培训为主的宣传推广活动，以及相关的联络、市场调查、咨询等非经营性活动。仲裁案件均由位于仲裁机构总部的秘书处进行管理。不过，作为首家获颁境外非政府组织的 HKIAC 表示，在中国法律许可的前提下，上海代表处将来可能将服务拓展至支持在大陆开庭，以及提供其他中国法律所允许的服务。[46]

（二）《新片区总体方案》：允许境外仲裁机构设立业务机构

2019 年 11 月，根据《新片区总体方案》）及《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区管理办法》等有关规定，上海市司法局制定了《境外仲裁机构在中国（上海）自由贸易试验区临港新片区设立业务机构管理办法》（以下简称《业务机构管理办法》），允许境外仲裁机构在临港新片区设立“业务机构”，并开展涉外仲裁业务。随后，上海市司法局制定了《境外仲裁机构在中国（上海）自由贸易试验区临港新片区设立业务机构申办指南》（《指南》），具体落实《业务机构管理办法》的相关规定。

《业务机构管理办法》主要就境外仲裁机构的识别，境外仲裁机构业务机构的申请、登记、设立、变更与注销的条件与程序以及境外仲裁机构的业务范围等“准入”事项作出具体规定。具体包括：（1）合格的境外仲裁机构。境外仲裁机构是指在外国和我国香港、

---

[44] 《<境外 NGO 法>颁布对国外仲裁机构在中国境内仲裁活动可能产生的影响》，《君合法律评论》 https://weibo.com/ttarticle/p/show?id=2309403991045963674331。

[45] “上海再为 21 家境外非政府组织驻沪代表机构颁发登记证书，累计 35 家机构获证书。” https://www.jfdaily.com/news/detail?id=56962。

[46] 戴雯：《境外仲裁机构在中国设立分支机构：中国仲裁开启新时代？》， http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzI5NzIyNzI5MQ%3D%3D&idx=1&mid=2247483979&sn=a42cdc2bda6606d9792f7546b91e86fe。

澳门特别行政区、台湾地区合法成立的不以营利为目的的仲裁机构，以及我国加入的国际组织设立的开展仲裁业务的机构（第 3 条）。在自贸区临港新片区设立的境外仲裁机构需符合以下条件： a .在境外合法成立并存续 5 年以上； b .在境外实质性开展仲裁业务； c . 有较高国际知名度；d. 业务机构负责人没有因故意犯罪受过刑事处罚（第 6 条）；（2）监管主体。上海市司法局作为主管部门负责业务机构的设立登记，对其开展涉外仲裁业务活动进行监督管理（第 4 条）；（3）业务范围。在受案范围上，境外仲裁机构在临港新片区的业务机构仅能受理国际商事，海事和投资等领域的涉外仲裁业务；业务范围包括 a .案件受理、庭审、听证、裁决； b .案件管理和服务； c .业务咨询、指引、培训、研讨等。

不过，《业务机构管理办法》并未明确境外仲裁机构设立的业务机构的法律地位，即究竟应为境外仲裁机构在新片区设立的不具有独立法人资格的分支机构，还是具有我国法人资格的独立实体。截止目前，尚未有境外仲裁机构申请并获准在新片区依据《业务机构管理办法》设立业务机构。在受案范围上，《业务机构管理办法》将其限定于涉外仲裁业务，可能会引发有关“涉外性”的判断标准之争，在业务范围上，《业务机构管理办法》将“案件受理、庭审、听证、裁决”等涵盖其中，极易导致仲裁机构案件管理权与仲裁庭管辖权的混同，或引发对仲裁机构属性的质疑。

二、 不设立商业存在的境外仲裁机构准入之争

近年来，当事人选择境外仲裁机构并约定仲裁地在我国的仲裁成为境外仲裁机构在我国开展仲裁管理活动的主要方式。[47]就其准入问题，学界及实务界出现了两种截然不同的观点和判断。

（一） 境外仲裁机构在我国管理仲裁应获得政府准入承诺或特许

1.“承诺准入”--学界观点

当事人选择境外仲裁机构在我国仲裁的实践可以追溯至 2003 年的“德国旭普林国际有限责任公司申请承认和执行国外仲裁裁决案”（“旭普林案”），在该案中，当事人在仲裁条款中约定选择 ICC 仲裁规则在中国仲裁。尽管最高人民法院依据仲裁地中国法律判断该仲裁条款因未选择我国《仲裁法》第 16 条要求的“仲裁委员会”而无效，[48]但却引发了学界对外国仲裁机构在我国仲裁是否应当获得我国政府承诺准入的广泛争议。

康明、王江雨、李健等立足于 WTO《服务贸易总协定》与中国作出的相应开放承诺，提出外国仲裁机构因未获得中国市场准入而不得在内地市场展开仲裁活动；[49]刘晓红教授

---

[47] 实践中还可能存在当事人选择境外仲裁机构在境外仲裁，但将案件的庭审地设在我国境内的情形。由于实践中极为罕见，加之庭审地并不具有任何法律意义，因此本文存而不论

[48] 最高人民法院关于德国旭普林国际有限责任公司与无锡沃可通用工程橡胶有限公司申请确认仲裁协议效力一案的请示的复函（[2003]民四他字第 23 号）。

[49] 李健：《外国仲裁机构在中国内地仲裁不可行》，载《法学》2008 年第 12 期，第 130-136 页；康明：《我国商事仲裁服务市场对外开放问题初探——兼与生长同志商榷》，载《仲裁与法律》2003 年第 6 期，第 36-70 页；《国际商会仲裁院在中国仲裁效力几何》，http://www.legaldaily.com.cn/zmbm/content/2009-07/09/content_1120667.htm；王婧：《外国仲裁机构或将撕开中国仲裁市场一角？》，

也肯定了仲裁服务属于WTO《服务贸易总协定》项下的服务贸易，我国在《入世议定书》中并未承诺开放仲裁服务市场，因此在WTO框架下，我国并无开放仲裁市场的国际法义务。[50]上述观点将仲裁视为WTO《服务贸易总协定》项下的服务贸易，并认为我国政府在《入世议定书》中对仲裁服务市场并未承诺开放，因此外国仲裁机构在我国境内开展仲裁活动并不合法。

2.“特许准入”--司法界意见

在2013年“龙利得案”的复函中，最高人民法院依据仲裁地中国法规定肯定了当事人选择境外仲裁机构（ICC国际仲裁院）将仲裁约定地在我国仲裁协议的效力。在同年的“北仑利成案”中，最高人民法院进一步根据仲裁地中国法的规定，肯定了当事人仅选择ICC仲裁规则在我国境内仲裁的协议效力。

但在“龙利得”案中，一审合肥市中级人民法院以及二审安徽省高级人民法院的少数意见却以境外仲裁机构在我国仲裁需要获得政府特许为由否定了该仲裁协议的效力，理由是：（1）“《中华人民共和国仲裁法》第10条规定，设立仲裁委员会，应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。仲裁在我国是需要经过行政机关特许才能提供的专业服务，我国政府并未向国外开放我国的仲裁市场，故国外仲裁机构依法不能在我国境内进行仲裁”；[51]（2）“国际商会仲裁院并非符合我国仲裁法规定的仲裁机构，约定将争议提交给其仲裁的仲裁协议因而不是有效的仲裁条款。”。[52]

最高人民法院的司法意见并未直接涉及境外仲裁机构在我国仲裁的“准入”问题。最高院民四庭法官高晓力在谈及“龙利得案”时虽认为外国仲裁机构在我国仲裁涉及仲裁服务市场准入问题，但却回避正面回答这一问题：“……所以这个案件我们认为机构是明确的，因此认定仲裁条款有效。我们没有考虑其他因素，严格按照我们法律相关规定对这个仲裁条款效力作出最终认定。至于外界所说的是不是中国法院认可ICC可以到中国来进行仲裁，我个人认为这涉及仲裁服务市场准入问题，并非中国法院可以决定的事情，目前我们走到这一步仅仅是认定仲裁条款有效还是无效，但是在此之后，仲裁裁决作出之后是否能够在中国法院得到承认和执行，是需要继续讨论的。”[53]

（二） 境外仲裁机构在我国仲裁可以“自由”准入

1.“自由准入”-学界观点

与“承诺准入”或“特许准入”的观点立场不同，宋连斌与李庆明等学者则主张境外仲裁机构在我国仲裁应当开放或自由“准入”。针对“承诺准入”，宋连斌教授否认仲裁服

---

http://www.legaldaily.com.cn/zmbm/content/2009-06/25/content_1114039.htm。

[50] 刘晓红、冯硕：《制度型背景下境外仲裁机构内地仲裁的改革因应》，载《法学评论》2020年第3期，第125-127页。

[51] 一审合肥市中级人民法院意见以及二审安徽省高级人民法院少数意见

[52] 一审合肥市中级人民法院意见

[53] 最高人民法院第一巡回法庭主审法官高晓力：“*中国国际商事仲裁司法审查的最新发展*”2016-04-20. SCIA华南国际经济贸易仲裁委员会。

务属于“服务贸易”，并认为仲裁服务未被列入WTO《服务贸易总协定》减让承诺表的根源在于其并不属于跨国服务贸易。仲裁服务带有社会公益服务性质，并非单纯的逐利活动，与外国律师事务所所提供的营利性质法律服务有着本质区别。他认为，秉持开放态度对待外国机构在华仲裁，有利于节省当事人的诉讼成本，也有利于中外仲裁专业服务人员的交流；[54]针对“特许准入”的司法意见，李庆明教授则认为境外仲裁机构能否在中国内地提供仲裁服务，首先应适用境外仲裁机构成立地的法律来判断其权利能力和行为能力。既然境外仲裁机构已在境外注册，按其属人法具有权利能力和行为能力，仲裁服务又不属于受限制的特殊行业，那么就不应限制境外仲裁机构在中国内地提供仲裁服务。[55]

2.“自由准入”--最高院立场

“自由准入”的前提与核心是尊重国际商事仲裁当事人的意思自治。除非与仲裁地法域强制性规范及公共秩序相抵触，当事人的意思自治应当获得尊重。“旭普林案”、“龙利得案”以及“北仑利成案”等案件充分体现了最高人民法院对当事人意思自治的尊重。“龙利得案”是少有的涉及境外仲裁机构准入之争的案件。表面上看，安徽省高级人民法院[56]及最高人民法院[57]并未直接回应下级法院关于“特许准入”的司法意见，但从批复结果看，最高人民法院肯定此类仲裁条款效力的前提正是建立在承认境外仲裁机构“自由准入”和尊重当事人自由选择仲裁机构与仲裁地点的意思自治基础之上。

境外仲裁机构在我国管理仲裁活动的机制构建

境外仲裁机构在我国的市场准入之争反映了在现行《仲裁法》框架下，境外仲裁机构在我国开展仲裁管理活动所面临的制度障碍与规则缺位。允许境外仲裁机构在自贸区设立代表机构或业务机构虽然体现了政府更为开放的立场，也有利于将自贸区打造成为具有吸引力的仲裁目的地，但并不能彻底解决境外仲裁机构在我国开展仲裁管理活动的合法性问题。同时，与境外仲裁机构设立商业存在相关的机制与规则也存在问题，亟待通过《仲裁法》的修订加以弥补与完善。

一、设立商业存在境外仲裁机构准入的机制构建

（一） 明确规定境外仲裁机构设立代表机构的法律依据

因缺乏对应境外仲裁机构性质的国内法依据，首批设立的四家境外仲裁机构代表机构

---

[54] 宋连斌、王珺：《国际商会在中国内地仲裁:准入、裁决国籍及执行——由宁波中院的一份裁定谈起》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》，2011年第41卷第3期，第154-161页。

[55] 李庆明：《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，载《环球法律评论》2016年第3期，第181-192页。

[56]安徽省高级人民法院的多数意见认为：“……涉案《销售合同》系双方当事人真实意思表示，合法有效。涉案仲裁条款中具有请求仲裁的意思表示和约定的仲裁事项，并选定了明确具体的仲裁机构，系有效的仲裁条款。龙利得公司请求确认该仲裁条款无效的理由不能成立。原审法院（合肥中院）以国际商会仲裁院等国外仲裁机构不能在我国境内从事仲裁活动为由确认涉案仲裁条款无效错误，缺乏法律依据。”

[57]最高人民法院认为：“涉案仲裁协议有请求仲裁的意思表示，约定了仲裁事项，并选定了明确具体的仲裁机构，应认定有效。”

都是以境外企业常驻代表机构的身份在上海市工商局登记设立并受上海市商务委监管。[58]严格来讲，2013 年《外国企业常驻代表机构登记管理条例》调整的具有营利性的外国企业与境外仲裁机构的非营利性质并不相符，但由于缺乏其他更为明确的法律依据，该《外国企业登记管理条例》曾作为权宜之计成为外国仲裁机构准入的法律依据。

随着 2017 年《境外 NGO 管理法》的颁布实施，该法取代《外国企业登记管理条例》，成为境外仲裁机构在我国设立代表机构的最新法律依据。《境外 NGO 管理法》规定的境外非政府组织具有在中国境外合法成立、非营利性、民间性与公益性的特点，这与常设仲裁机构的属性非常接近，但仍不符合大多数依据国内法设立的境外仲裁机构的公司属性。此外，将境外仲裁机构定性为非政府组织将使其驻华代表机构置于我国公安部门的监督管理之下，与提供具有高度专业性法律服务的仲裁机构的服务属性并不匹配，不利于境外仲裁机构在我国开展相关活动；由于《境外 NGO 法》仅允许境外仲裁机构在我国境内设立从事非经营性活动的代表机构，因此其无法成为以案件管理为核心业务境外仲裁机构的准入依据。

境外仲裁机构在我国设立业务机构目前仅有上海市司法局颁布的部门规章加以规制，缺乏明确的上位法依据。这一立法空缺为我国《仲裁法》的修改带来了契机。《仲裁法》的“机构性”特色使得通过该法规制境外仲裁机构在我国的商业存在成为可能。在立法资源有限的情况下，《仲裁法》修改时仍可保留仲裁机构的相关规定，但应明确仲裁机构的性质，并为境外仲裁机构在我国开展仲裁活动留出合法空间。

（二） 明确境外仲裁机构业务机构的法律地位及活动范围

1.明确境外仲裁机构在我国商业存在的法律地位

《业务机构管理规定》没有明确规定境外仲裁机构业务机构（Business office）的法律地位。设立何种形式的商业存在主要取决于驻在国的国内立法。从域外实践看，设立具有驻在国“国籍”的法人实体（incorporated body）是常设仲裁机构境外案件管理办公室的主要“存在”形式，其中包括独资与合资等两种方式。笔者建议境外仲裁机构在我国设立的业务机构应当被定性为具有我国“国籍”的非营利法人，[59]而非不具有独立法人资格的分支机构。一方面，因其依据我国法律设立，能够独立承担民事责任，更便于我国司法行政部门对其进行业务活动监管，另一方面，这一定性也符合我国仲裁市场化改革的大方向，即“使仲裁机构成为面向市场提供仲裁服务的非营利性法人”。[60]同时，赋予境外仲裁机构

[58] 康义、胡楠、姜鑫：《中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法》颁布-对国外仲裁机构在中国境内仲裁活动可能产生的影响，http://v6.pkulaw.cn/lawfirmarticles/1778404525.html#fulltext_content。

[59] 2020 年《民法典》第 87 条首次将“非营利法人”定义为“为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，为非营利法人。非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。”

[60] 在 2020 年 4 月 17 日召开的全国政协双周座谈会上，司法部副部长熊选国为仲裁机构市场化改革指明方

在华业务机构独立的非营利法人地位，也将确保我国仲裁机构的法律属性与境外仲裁机构同质，为中外仲裁机构在仲裁管理服务市场提供公平竞争的机会。

2.明确境外仲裁机构业务机构的权限范围

境外仲裁机构业务机构的权限范围指其对仲裁案件的受理范围和管理权限。从受案范围上看，主要涉及业务机构受案的主体范围与地域范围。前者指业务机构的受案范围是仅限于平等主体之间的商事争议还是可以涵盖私人主体与政府之间的争议事项；后者则涉及业务机构是否只能受理涉外或国际商事争议还是可以受理住在国的国内争议。业务机构的管理权限（Capacity）与仲裁庭的管辖权限（Competence）不同,主要涉及其民事权利能力与行为能力。

在受案范围上，《业务机构管理规定》第 2 条将境外仲裁机构业务机构的案件管理范围限定于“涉外仲裁业务”；[61]第 24 条规定“本法所称的涉外仲裁业务，是指根据我国法律规定具有涉外因素争议的仲裁业务”。第 14 条进一步以列举方式规定涉外仲裁业务应涵盖“国际商事、海事、投资等领域发生的民商事争议”。上述规定排除了业务机构可以受理纯粹的国内商事争议，是对业务机构民事权利能力与行为能力的限制。但相关规定是否排除了业务机构可以受理私人投资者与政府之间的争议则无法得出清晰的判断。

笔者认为，处于探索和试验阶段的《业务机构管理规定》将境外仲裁机构业务机构的活动范围暂时限定于“涉外仲裁业务”[62]是一种审慎的测试性选择，也与我国目前禁止无涉外因素争议提交域外仲裁机构仲裁的司法实践保持一致。从长远看，在尊重当事人意思自治的基础上扩大境外仲裁机构的受案范围应当成为我国《仲裁法》的选择，这不仅有利于打造中外仲裁机构的平等竞争环境，而且符合国际商事仲裁的发展趋势。[63]事实上，扩大争议“涉外性”的解释在上海自贸区已经开始突破。在 2014 年“西门子诉黄金置地案”中，上海市第一中级人民法院首次突破“三要素标准”，将在自贸区注册并具有我国国籍的外商独资企业之间发生的争议界定为涉外争议，2016 年 12 月，最高人民法院《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》进一步明确了在自贸试验区内注册的外商独资企业相互之间约定商事争议提交域外仲裁的，不应仅以其争议不具有涉外因素为由认定相关仲裁协议无效。[64]而在是否允许业务机构受理私人与政府间争议的问题上，我国《仲裁法》也应当在综合考虑是否允许 ICSID、PAI 等国际仲裁机构在我国设立业务机构、ICC、SIAC、LCIA 等传统商事仲裁机构受理投资者与政府间争议的最新实践以及我国在争议可仲裁性问题上的规定及条约立场作出审慎选择。

向：“要继续推动仲裁市场化法治化改革，改革的方向是真正使仲裁机构成为面向市场提供仲裁服务的非营利性法人”。

[61] 第 2 条规定“境外仲裁机构在新片区设立业务机构，业务机构开展涉外仲裁业务以及相关管理活动，适用本办法”

[62] 《业务机构管理规定》第 25 条规定的有效期为三年

[63] 《示范法》第 1 条第 3 款对争议国际性的定义则更为宽泛，在“三要素标准”之外，还增加了“当事人选择的仲裁地位于境外”以及“当事人选择”等两项标准。

[64] 法发〔2016〕34 号，第 9 条

在管理权限上，《业务机构管理规定》除赋予业务机构“案件管理和服务”以及“业务咨询、指引、培训、研讨”的权能之外，还赋予其“案件受理、庭审、听证和裁决”的权能。笔者认为，将属于仲裁庭的“案件庭审、听证和裁决”权赋予给业务机构混淆了仲裁机构案件管理权与仲裁庭案件审判权之间的关系，容易使当事人产生不必要的疑虑，在《仲裁法》修改时应予避免。

二、 非商业存在境外仲裁机构在我国仲裁的机制完善

最高人民法院在“龙利得案”和“北仑利成案”中的批复展现了我国法院对当事人意思自治的尊重以及对境外仲裁机构在我国仲裁的开放立场，但这一立场是以牺牲对我国《仲裁法》体系性解释为代价的权宜之计，同时也使得相关司法解释相互矛盾，难以自洽，亟待通过《仲裁法》修订加以完善。

（一）现行《仲裁法》不支持境外仲裁机构在我国仲裁的合法性

外境外仲裁机构在我国仲裁的合法性取决于我国仲裁法的适用范围是否包括外国仲裁机构以我国为仲裁地的案件管理活动，以及我国立法是否对其活动存在限制性或禁止性的规定。由于《仲裁法》缺乏直接规定，应当从《仲裁法》的立法背景、立法本意以及立法内容上进行解释。

在“龙利得案”和“北仑利成案”中，最高人民法院法院肯定了当事人选择的境外仲裁机构属于我国《仲裁法》第 16 条中的“仲裁委员会”，不过，在同年的“神华案”中，最高人民法院对我国《仲裁法》第 20 条所规定的“仲裁委员会”作出狭义解释，认为依据我国《仲裁法》第 10 条和第 66 条设立的仲裁委员会，并不包括外国仲裁机构。因此，针对我国《仲裁法》第 20 条作出解释的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》（以下简称为《仲裁法司法解释》）第 13 条并不适用于外国仲裁机构对仲裁协议效力做出认定的情形。我国《仲裁法》下不同条款所规定的“仲裁委员会”，如我国《仲裁法》第 16 条所指的“仲裁委员会”与第 20 条所指的“仲裁委员会”是否可能具有不同的含义？即，是否应当理解为第 16 条所指的仲裁委员会包括外国仲裁机构，而第 20 条所指的仲裁委员会不包括外国仲裁机构？

笔者认为，我国《仲裁法》对“仲裁委员会”的规定并没有考虑到境外仲裁机构在我国开展仲裁的问题，即我国《仲裁法》的调整范围仅限于我国仲裁机构在我国境内从事的仲裁活动。《仲裁法》下的仲裁委员会只能是依据《仲裁法》第 10 条与第 66 条在我国境内设立的具有我国“国籍”的仲裁委员会与涉外仲裁委会。理由如下：

（1）从我国《仲裁法》制定的时代背景及仲裁法立法草案说明等文件中，无法得出《仲裁法》规定的仲裁委员会包括外国仲裁机构的结论。根据时任全国人大常委会法制工作委员会主任顾昂然的说明，我国《仲裁法》总的精神是将仲裁委员会与行政机关分开，解决的是部分仲裁委员会不独立而附属于行政机关的问题。此后，全国人大法律委员会关于《中华人民共和国仲裁法（草案）审议结果的报告》以及《关于仲裁法（草案修改稿）

和审计法（草案修改稿）修改意见的汇报》， 分别就仲裁机构的组建、涉外仲裁机构的组织设立与聘任外籍仲裁员以及仲裁机构名称特定化（即把“仲裁机构”明确规定为“仲裁委员会”）等进行了审议或汇报。

（2）按照法律文本的文义、上下文以及体系解释，我国《仲裁法》涉及仲裁委员会的相关规定亦排除了外国仲裁机构。如仲裁委员会设立与组建的规定（第 10 条）、仲裁委员会章程制定的要求（第 11 条第 2 款）、仲裁委员会的组成（第 12 条）、仲裁员的聘任要求（第 13 条），以及仲裁委员会是中国仲裁协会的会员（第 15 条第 1 款）的要求等均与外国仲裁机构无关。

（3）从我国《仲裁法》对涉外仲裁机构的相关要求中也无法得出外国仲裁机构属于我国《仲裁法》下“涉外仲裁委员会”的推论。根据《仲裁法》第 66 条第 1 款规定，“涉外仲裁委员会”系由“中国国际商会”（CCOIC），也即中国国际经济贸易促进委员会（CCPIT）组织设立的仲裁机构。《仲裁法》制定时期，符合这一条件的涉外仲裁机构仅有分别于 1956 年和 1959 年由贸促会组建设立的中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）与中国海事仲裁委员会（CMAC）。外国仲裁机构不符合我国《仲裁法》关于“涉外仲裁委员会”的设立要求。

综上，我国现行《仲裁法》仅调整经过“特许”[65]的我国仲裁机构在我国境内的仲裁活动，外国仲裁机构因不符合我国《仲裁法》第二章和第七章有关仲裁委员会和涉外仲裁委员会的设定条件，其并未获得我国法律的准许，因此在我国境内开展案件管理活动缺乏法律依据。

（二）构建境外仲裁机构“自由准入”的现代仲裁法

当事人选择境外仲裁机构在我国仲裁的实践困局折射出我国法院在尊重国际商事仲裁当事人意思自治和遵守《仲裁法》强制规定之间的艰难选择。由于时代的局限，我国《仲裁法》的规定已经难以适应迅猛发展的国际商事仲裁实践，当事人选择境外仲裁机构在我国仲裁的合法性问题在现行《仲裁法》框架下无法得到根本解决。最高人民法院在“龙利得案”和“北仑利成”案中对《仲裁法》的“小修小补”暂时解决了仲裁协议的效力问题，但仍无法解决此类仲裁在我国面临的临时措施管辖法院难以确定、仲裁裁决籍属难以判断，裁决执行依据不清等诸多法律障碍，因此只有通过引进现代仲裁理念，对现行《仲裁法》进行彻底改造才能得以弥补。解决非商业存在的境外仲裁机构“准入”应当以尊重当事人意思自治为核心原则，减少不必要的限制性和禁止性规则，在允许当事人自由选择仲裁机构和仲裁地点的前提下，明确规定我国《仲裁法》的适用范围，将境外仲裁机构在我国的仲裁活动纳入我国法律的调整范围，进而实现其仲裁管理活动的正当化与合法化。

1. 确立国际商事仲裁的当事人意思自治原则

不设立商业存在的境外仲裁机构自由准入是《示范法》法域的通行实践。这一实践充分考虑仲裁机构民间性与服务性的属性，尊重当事人自由选择仲裁地点、仲裁机构、仲裁

[65] 《仲裁法》第二章的规定对仲裁委员会的组建做出明确规定，不符合法定条件的机构不能开展仲裁活动

规则、适用法律以及仲裁语言的高度意思自治，对当事人选择境外仲裁机构在内国仲裁的意愿不加禁止，不做或少做限制。与之相反，“特许准入模式”反映了一国立法对国际商事仲裁的谨慎和保守立场，该模式以内国强行法对国际商事仲裁当事人的意思自治加以限制，也与仲裁机构的本质属性格格不入。我国《仲裁法》应明确当事人意思自治的核心地位，对当事人选择境外仲裁机构在我国仲裁不加禁止，逐渐减少直至取消禁止无涉外因素争议当事人选择境外仲裁机构仲裁的限制。

2. 明确规定“适用范围”条款

《示范法》规定了适用范围条款，以调整仲裁地位于其境内的所有仲裁活动。《示范法》第 1 条适用范围第 2 款规定：“本法之规定，除第八[66]、九[67]、三十五及三十六条[68]外，只适用于仲裁地点在本国领土内的仲裁。”1996 年《英国仲裁法》第 2 条、《德国民事诉讼法典》第 10 编“仲裁程序”第 1025 条、《韩国仲裁法》第 2 条第 1 款、《迪拜国际金融中心仲裁法》第 1 条以及其他《示范法》法域也都规定了类似的适用范围条款。

现行《仲裁法》适用范围不明是导致当事人选择境外仲裁机构在我国仲裁合法性受到质疑的重要原因。我国应借鉴《示范法》法域及英国等国家的立法经验，在《仲裁法》中明确加入适用范围条款。在采用国际通行的“地域理论”基础上，使我国《仲裁法》用于调整仲裁地位于我国域内的所有仲裁活动，既包括我国仲裁机构在我国境内开展的仲裁管理活动，也包括境外仲裁机构在我国境内开展的仲裁管理活动。

3. 明确规定“仲裁地”条款

“仲裁地”与“仲裁地法”是国际商事仲裁中的重要法律概念。仲裁地既是界定一国仲裁法适用范围的核心标准，也是冲突法的重要连结点。仲裁地法则是国际商事仲裁法律适用规则中的重要系属之一，根据仲裁地援引的仲裁地法将决定仲裁协议的效力、仲裁庭的管辖权、仲裁程序法的适用、仲裁裁决的籍属以及仲裁裁决的司法审查。仲裁地具有唯一性的特点，实践中易与仲裁庭审地及仲裁机构所在地等概念混淆，因此仲裁地的确定至关重要。《示范法》第 20 条对“仲裁地点”的确定作出规定：“（1）当事各方可以自由地就仲裁地点达成协议。如未达成这种协议，仲裁地点应由仲裁庭确定，要照顾到案件的情况，包括当事各方的方便；（2）虽有本条第一款的规定，除非当事各方另有协议，仲裁庭可以在它认为适当的任何地点聚会，以便在它的成员间进行磋商，听取证人、专家或当事各方的意见或检查货物、其他财产或文件。”1996 年《英国仲裁法》第 3 条、《德国民事诉讼法》第十编第 1043 节等也明确规定了仲裁地点的确定方法。

我国现行《仲裁法》并无仲裁地及仲裁地法的相关规定。“仲裁地法”概念最早出现于 2006 年最高人民法院关于《仲裁法》的司法解释第 16 条。此后，2011 年《涉外民事关系法律适用法》第 18 条以及 2018 年《最高人民法院关于仲裁司法审查的规定》第 14 条再

[66] 《示范法》第 8 条“仲裁协议和向法院提出的实质性申诉”可以适用于仲裁地在外国的仲裁。
[67] 《示范法》第九条“仲裁协议和法院的临时措施”可以适用于仲裁地在外国的仲裁。
[68] 《示范法》第三十五条与三十六条分别涉及裁决的承认与执行以及拒绝承认或执行的理由，自然涉及仲裁地（裁决作出地）在外国的仲裁。

次出现“仲裁地法”的相关规定。但目前我国有关仲裁地及仲裁地法的规定仍以司法解释的规定为主，且仅在判断涉外仲裁协议效力的法律适用规则中发挥作用，适用范围非常有限。在借鉴《示范法》立法经验的基础上，我国《仲裁法》应当明确规定仲裁地的确定方法，并明确仲裁地法律在判断涉外仲裁协议效力、确定仲裁程序外部规则[69]、判断仲裁裁决籍属以及确定裁决撤销管辖法院上的作用。

结论

境外仲裁机构在我国的“准入”关系到境外仲裁机构在我国开展仲裁管理活动的合法性问题。限于法律制定的时代背景，我国 1995 年《仲裁法》采取了以机构仲裁为导向的制度规则设计，《仲裁法》不仅缺失仲裁地及仲裁地法等现代国际商事仲裁立法的核心要素，否定临时仲裁协议的效力，没有规定在尊重当事人意思自治基础上的地域适用范围条款，而且未能明确仲裁机构的商事主体属性，混淆了仲裁庭的管辖权与仲裁机构的管理权。

境外仲裁机构以非商业存在形式在我国境内仲裁是其进入中国仲裁市场的主要途径，但在实践中却面临一系列的制度障碍，最高人民法院积极的司法立场难以突破法律的机制障碍，自贸区的“先行先试”不仅难以从根本上解决境外仲裁机构在我国仲裁的合法性问题，而且自身还需要在实践中不断修正与自我完善。

解决境外仲裁机构在我国仲裁合法性的根本出路在于我国《仲裁法》的制度变革。我国《仲裁法》应当进一步扩大当事人意思自治范围、取消不必要的禁止性与强制性规定。同时，还应明确规定以仲裁地为核心的适用范围条款，发挥仲裁地法律与仲裁地法院在决定仲裁法律适用及仲裁司法审查中的核心作用。

[69] 指调整国际商事仲裁程序与特定国家法院之间关系的程序性规则，如法院对仲裁的司法审查等，通常为强制性法律规定。Gary B. Born *International Commercial Arbitration* Vol.II (Second Edition). Wolters Kluwer. 2014. p.1532.

《新加坡调解公约》背景下中国商事调解发展路径

陈梦

内容提要 《新加坡调解公约》的生效标志着国际调解机制的独立化，统一化和制度化，其作用不仅限于统一国际和解协议的执行机制，还将对各国国内调解制度发展产生深远影响。中国在国际和解协议的概念，调解程序规则，仲裁员守则，和解协议的执行机制和司法监督上,与公约和《调解示范法》所代表的国际标准有一定的差异。即使短时间内商事调解立法不能出台，中国也至少可以从衔接国际国内和解协议执行机制，调解员行为准则，补充和解协议司法监督等方面来积极应对公约的生效，与国际规则对接。中国应当借此时机，完善自身的商事调解机制，同时积极融入和参与构建国际商事调解机制。

关键词 新加坡调解公约 国际和解协议 商事调解 调解员守则 调解司法监督

一、 国际商事调解的制度化

2019 年联合国贸易法委员会（UNCITRAL）在新加坡公布了《联合国

关于调解所产生的国际和解协议公约》（United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation，简称《新加坡调解公约》，下称“公约”）。目前共有 53 个国家签署，6 个国家批准加入。[1]公约于 2020 年 9 月 12 日正式生效。虽然实证研究表明调解在国际纠纷解决中的实际使用率，与仲裁相比并不高，但国际社会已经充分肯定了调解解决国际商事纠纷解决的潜力[2]。各大国际商事纠纷解决机构纷纷出台调解规则，拓展国际调解业务，国际商事调解中心的数量也在不算增加。相关研究发现，尽管调解能较高效的解决国际商事纠纷，但和解协议无法强制履行是阻碍当事人选择调解的最主要的原因。[3]因此联合国贸法会希望通过一部促进和解协议强制执行的公约来消除当事人对调解的顾虑，复制《纽约公约》的成功，正式建立国际商事调解机制。早在公约公布前数十年，联合国贸法会就已经启动了数轮对国际调解的研讨和立法工作。早在 1980，贸法会就公布了《贸法会国际商事和解规则》 （UNCITRAL Conciliation Rules，1980）。2002 年又顺势出台了《国际调解和国际和解协议示范法》(UNCITRAL Model Law on International

* 深圳大学法学院副教授，美国威斯康辛麦迪逊大学法学博士（SJD），法学硕士（LLM），对外经济贸易大学国际法硕士，中山大学法学学士。作者邮箱:mchen63@szu.edu.cn. 本文为 2018 年国家哲学社会科学基金项目《中国仲裁司法监督机制研究》（批准号：18CFX034）的阶段性成果。

[1] United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation，Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018，公布于 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf （2020 年 9 月 30 号访问）。

[2] See S. I. Strong, Applying the Lessons of International Commercial Arbitration to International Commercial Mediation: A Dispute System Design Analysis, in Catharine Titi &Katia Fach Gomez eds., Mediation in International Commercial and Investment Disputes, pp. 39-42 (Oxford, 2019).

[3] See Don Peters, Can We Talk? Overcoming Barriers to Mediating Private Transborder Commercial Disputes in the Americas, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 41, pp. 1261-1280 (2008).

Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018，amending the Model Law on International Commercial Conciliation, 2002，以下简称《调解示范法》）。经历了数年的论证和谈判，《新加坡调解公约》的问世标志着国际商事调解从实践上的野蛮扩张，规则上的百花齐放，到国际法律机制上的制度化和统一化。[4]其签署日的盛况和迅速的生效，也证明了调解在国际纠纷解决界的广泛接受和立法需求。中国作为公约的第一批签署国，还未完成批准加入的程序。目前国内学界也在热议公约的生效对中国带来的影响，以及这一背景下中国商事调解未来的发展路径。笔者认为，如果《新加坡调解公约》代表着国际调解机制的最新标准，那么我们对公约的研究和分析必要而且亟需，在此基础上我们还应当认识到中国商事调解规则和立法上的差异，以及实践发展的趋势，并寻求与国际标准的衔接，着手构建中国的商事调解机制。

二、 《新加坡调解公约》分析

从条款上看，《新加坡调解公约》与其姐妹公约《纽约公约》一脉相承，并针对商事调解的特殊性做出变更。公约一共 16 条，涵盖了公约的适用范围、定义、原则、申请对和解协议予以救济的程序、缔约国法院拒绝救济的理由，公约的签署加入及生效条件，缔约国的保留等规定。[5]总体而言，相比《纽约公约》，公约通过多种方式扩大了适用范围，取消了和解协议的国籍和相关司法审查权力，进一步限制了法院拒绝给予和解协议救济的理由。[6]可以说这些突破性的创新和存有争议的条款充分体现了联合国贸法会希望通过公约来强化国际商事和解协议的强制性，最终来促进国际商事调解发展的雄心。

(一) 公约宗旨和价值取向

公约的宗旨十分明确，“旨在成为一部便利国际贸易并促进将调解作为一种解决贸易争端的有效替代方法的基本文书。公约确保当事人达成的和解协议根据简化和精简的程序具有约束力和可执行性。”[7]在公约制定之前，联合国贸法会曾经调研通过何种形式和内容的国际规则来进一步促进国际商事调解的适用。[8] S.I. Strong 教授也在 2014 年左右做过一系列

[4] See Christian Bühring-Uhle et al., Arbitration and Mediation in International Business, p. 260 (2nd ed., Kluwer Law International 2006).
[5] 参见温先涛：《<新加坡公约>与中国商事调解——与<纽约公约><选择法院协议公约>相比较》，载《中国法律评论》2019 年第 1 期，第 199 页。
[6] 参见孙巍：《<联合国关于调解所产生的国际和解协议公约>立法背景及条文释义》，法律出版社， 2018，第 52-53 页；See Herman Verbist, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, in Annet vanHooft and Jean-FrançoisTossens eds., b- Arbitra I Belgian Review of Arbitration, pp. 53-86 (Wolters Kluwer 2019).
[7] 联合国贸法会: 介绍册联合国关于调解所产生的国际和解协议公约“新加坡调解公约”, 公布于 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/v1808433_chinese_revised.pdf （2020 年 12 月 15 日访问）.
[8] 联合国贸法会文件号 A/CN.9/WG.II/WP.190： 解决商事争议，国际商事调解：和解协议的可执行性, 联合国国际贸易法委员会第二工作组（仲裁和调解）第六十三届会议 2015 年 9 月 7 日至 11 日，维也纳 , 秘书处说明，公布于 https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.II/WP.190 （2020 年 12 月 15 日访问）.

的实证研究，数据表明，尽管国际纠纷解决届在大力推广调解但实践中效果甚微。[9] 因此通过一部加强调解强制性的公约是为了达到这一宗旨的最优途径。[10]回顾公约的立法进程，尽管存在诸多争议，但贸法会和各国代表对于公约的通过和生效仍然抱有十分乐观的态度。也正是如此，在条文内容上，贸法会工作组在《纽约公约》和《调解示范法》的基础上做出了较大的突破。其主要倾向就是扩大公约的适用范围，最大限度的促进国际商事和解协议的执行，统一和简化缔约国对于国际和解协议的救济和司法审查标准。在最终的草案文本中，贸法会工作组同时准备了《调解示范法》（2018 修订版）和公约草案以供大会批准。即使短时间内公约的缔约国数量不多，也可以通过示范法的形式来影响和引导各国对于商事调解机制的立法规范。而这种影响并不仅仅限于国际调解的范围，在尊重各国不同调解机制的基础上，贸法会希望国际调解中形成的统一规范最终能被适用于各国国内调解中。[11]因此，也许短时间内公约的生效并不会影响中国的国内调解。同时在中国批准加入前，公约也并不会与国际和解协议在我国执行的现有规则和程序产生直接的冲突。但中国当事人签订的或者在中国达成的国际和解协议已经可以依据公约在已经批准加入的六个缔约国申请救济。最重要的是，公约的生效代表着国际调解规则的形成，中国积极参与公约的谈判和签署过程也是希望能积极的参与建设国际调解机制。那么在这一目的下，调整中国商事调解的发展方向，积极与国际规则接轨，也是应有之义。

(二) 公约适用范围的多维度扩张

首先从公约的名称和条款中的用词可以看出，公约主旨并不仅仅包括促进国际和解协议的承认与执行，还包括当事人依赖和解协议所寻求的其他救济。[12]例如依据公约第 3 条，一方当事人可以以争议已经达成和解协议为抗辩理由要求法院驳回其他当事人的起诉。简而言之，要求缔约国法院确认符合要求的和解协议的效力并给予其强制执行力。

其次，公约第 1 条规定了公约适用于“国际性”的和解协议。但并没有与《纽约公约》的规定一致，要求和解协议的当事人营业地在不同缔约国，而只需要和解协议的当事人营业地、履行地或者最密切联系国在不同的国家即可具有“国际性”。也就是说，只要当事人申请救济的国家属于公约缔约国，那么不管这个和解协议在哪里做出，在哪里履行或者当事人营业地是否在缔约国都不影响当事人援引公约获得救济的权利。在公约起草初期，有国家代表曾经提出公约是否应当不区分国内和国际和解协议而统一适用。[13]但最终工作组

[9] Strong, S.I., Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation (February 24, 2016). Washington and Lee Law Review, 2016 (Forthcoming), University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2016-07, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2737462 （2020 年 12 月 15 日访问）.

[10] 联合国贸法会文件号 A/CN.9/861：第二工作组（仲裁和调解）第六十三届会议 （2015 年 9 月 7 日至 11 日，维也纳）工作报告，第 108 段，公布于 https://undocs.org/zh/A/CN.9/861（2020 年 12 月 15 日访问）.

[11] 联合国贸法会文件号 A/CN.9/861：第二工作组（仲裁和调解）第六十三届会议 （2015 年 9 月 7 日至 11 日，维也纳）工作报告，第 39 段，公布于 https://undocs.org/zh/A/CN.9/861（2020 年 12 月 15 日访问）.

[12] 为了用词的统一，本文将沿用公约的中文译本用词，将当事人在调解过程中达成的协议统称为和解协议，并将当事人提交和解协议救济的公约缔约国统称为救济国。

[13] 联合国贸法会文件号 A/CN.9/861：第二工作组（仲裁和调解）第六十三届会议 （2015 年 9 月 7 日至 11 日，维也纳）工作报告，第 30 段，公布于 https://undocs.org/zh/A/CN.9/861（2020 年 12 月 15 日访问）.

放弃了这一模式，主要原因是考虑到公约不应当过多涉及各国国内制度，尤其是对已经对国内和解协议实行执行制度的法域来说，会产生较大的冲突，不利于公约的通过。[14]因此工作组沿用了《调解示范法》中较宽泛的“国际性”定义，即对比《纽约公约》扩大了“国际性”范围，又排除了不具“国际性”因素的国内和解协议。

此外，第 1 条第 2、3 款明确排除消费纠纷协议，家事纠纷协议、法院做出或类似于判决的和解协议、和被记录为仲裁裁决的和解协议。首先在和解协议所解决的纠纷类型上，公约限定适用的和解协议为解决商事纠纷而达成。与可仲裁性的问题类似，各国对于何种争议为商事争议并没有统一规定。但大多数国家都排除了婚姻，家事纠纷这一类型的纠纷。[15]并且，公约也明确排除了消费纠纷所达成的和解协议，主要是考虑到这一类型的争议涉及不平等的当事人，可能会触及公共利益的保护，而各国相关此类纠纷的法律具有较大的冲突，为了避免这种冲突阻碍公约的签订和生效，因此排除了消费和解协议。[16]

最后公约还排除类似于司法判决和仲裁裁决一样被法院强制执行的和解协议。主要考虑到此类协议已经具有判决和裁决的强制执行力，在做出国可以直接申请法院强制执行。而在其他国家申请执行可能会涉及承认与执行判决和裁决的双边和多边公约，为了避免冲突，公约排除适用此类可被强制执行的协议。[17]

从公约第 1 条可以明显看出，为了扩大公约的适用范围，公约有意消除和解协议的国籍，而且对何种争议属于商事争议上采取消极清单的方式。可以说除了公约明确排除的协议，其他争议所达成的和解协议都可以援引公约申请救济。除非依据公约第 5 条第 2 款 b 项，依据救济国法律，该和解协议所解决的争议不能通过调解解决。那么这就给予协议当事人极大的选择自由，存在选择法院（forum shopping）的可能。例如投资者与东道国政府之间的投资纠纷所达成的和解协议，依据中国法律明确排除在“商事争议”的范畴，但如果救济国法律并没有规定投资争议不可以被调解，那么执行法院就可以依据公约强制执行。并且依据公约谈判的历史记录，各国代表在起草和协商时考虑过公约是否适用于国际投资纠纷所达成的协议，并且在一定程度上做出了积极的共识。[18]这一点也可以从公约第 8 条允许缔约国对公约是否适用于政府与当事人的和解协议提出保留中看出。

---

[14] 联合国贸法会文件号 A/CN.9/861：第二工作组（仲裁和调解）第六十三届会议 （2015 年 9 月 7 日至 11 日，维也纳）工作报告，第 34 段，公布于 https://undocs.org/zh/A/CN.9/861（2020 年 12 月 15 日访问）.

[15] 参见齐树洁主编：《外国调解制度》，厦门大学出版社，2018 年版，第 273-274 页。

[16] 联合国贸法会文件号 A/CN.9/861：第二工作组（仲裁和调解）第六十三届会议 （2015 年 9 月 7 日至 11 日，维也纳）工作报告，第 42 段，公布于 https://undocs.org/zh/A/CN.9/861（2020 年 12 月 15 日访问）; See Timothy Schnabel, The Singapore Convention On Mediation: A Framework for The Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 19, P. 43 (2019).

[17] 联合国贸法会文件 A/CN.9/WG.II/WP.198， 解决商事争议国际商事调解：拟订关于调解所产生国际商事和解协议执行的文书 秘书处的说明，第 20 段， https://undocs.org/zh/a/cn.9/wg.II/wp.198（2020 年 12 月 15 日访问）.

[18] 联合国贸法会文件号 A/CN.9/WG.II/WP.190：解决商事争议 国际商事调解：和解协议的可执行性, 联合国国际贸易法委员会 第二工作组（仲裁和调解）第六十三届会议 （2015 年 9 月 7 日至 11 日）秘书处说明，第 46 段，公布于 https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.II/WP.190（2020 年 12 月 15 日访问）; See Hal Abramson, New Singapore Convention on Cross- Border Mediated Settlements: Key Choices, in Catharine Titi &Katia Fach Gomez eds., Mediation in International Commercial and Investment Disputes, pp. 360-89 (Oxford, 2019).

(三) 对缔约国补充规则的明确要求

与《纽约公约》类似，对于国际和解协议的救济程序和审查标准，公约遗留了大量未决事项给各个缔约国国内法进行规制。其中明确提及需要适用的国内法包括：1）申请和解协议救济的具体程序规则；2）调解和调解员的准则；3）和解协议的准据法和 4）争议可调解性的规定。

首先，公约第 3 条要求缔约国依据本国的程序规则和公约的内容对和解协议予以救济。随后第 4 条列举了和解协议当事人在向缔约国主管机关申请救济时所要提交的文书证明，主要包括：当事人签署的和解协议和调解的证据。值得一提的是，为了适应飞速发展的电子通信和线上调解，第 4 条第 2 款对于电子通信的证据予以认可和肯定。尽管公约没有对救济程序做具体的要求，但是要求缔约国从速行事和不得要求不必要的文件。

其次，公约第 5 条排他性规定了缔约国可以拒绝给予和解协议救济的情形。其中第 1 款(e)(f)项提出如果当事人有证据证明调解员严重违反调解员或者调解准则或未披露可能影响和解协议达成的利益冲突，那么缔约国主管机关可以拒绝对和解协议给予救济。目前国际社会中存在数量众多的调解规则、和若干调解员职业操守规定和利益冲突规则，但公约并未明确调解和调解员所适用的准则是哪些。同时，来自不同法域的法律从业人员还需遵守各自从业资格认定地区所规定的职业操守和伦理规则，在此基础上不同规范也存在很大的冲突。依据当事人自治原则，如果当事人选择了调解和调解员所适用的准则那么则应该依据当事人所选择的规则来判断是否存在违规情形。但如果当事人没有明确选择，在没有在国际统一规则情况下，缔约国法院是否可以援引本国的调解规则和调解员职业操守和利益冲突的相关规定？笔者认为答案是肯定的，如果当事人没有选择，对于这类程序性规定，可以适用法院地法来进行补充。同理，公约第 5 条第 1 款(b)项规定和解协议的有效性应当依据其准据法，那么如果当事人有选择的情况下则依据当事人选择的准据法，而如果当事人没有约定，则依据一般冲突法规则来决定和解协议的准据法。这一问题上，贸法会工作组也认为执行法院可以依据本国的冲突规则来适用本国国内法来判定和解协议的有效性。[19]

最后，类似于《纽约公约》第 5 条第 2 款明确规定如果缔约国法院规定该争议事项不具可调解性，那么可以拒绝对该和解协议进行救济。正如前文分析，如果缔约国没有对何种争议可以通过调解解决进行立法明确，对于这种可调解性的问题，就可能存在争议。理论上，只要属于当事人可以自由处置的权利，均可以通过调解解决。而在中国，虽然没有法律明确规定何种争议可以通过调解解决，但调解被广泛的运用于各类民事和行政司法诉讼之中，很难认定某种争议依据中国法律不属于可以被调解的争议。除非依据上文分析，在争议的“商事性”上进行限定，缔约国法院如果想援引这一条作为拒绝救济的理由，需要明确的法律依据。

[19] 联合国贸法会文件号 A/CN.9/861：第二工作组（仲裁和调解）第六十三届会议 （2015 年 9 月 7 日至 11 日，维也纳）工作报告，第 102 段，公布于 https://undocs.org/zh/A/CN.9/861 （2020 年 12 月 15 日访问）。

(四) 对调解司法监督的进一步限制

与《纽约公约》类似，公约的最为重要的条款是第 5 条，即基于何种理由，缔约国的主管机关可以拒绝对和解协议进行救济。首先第 5 条延续《纽约公约》中排他性规定的方式，仅允许缔约国主管机关援引第 5 条中所列的理由才可以拒绝救济。其次，该条款也赋予缔约国主管机关自由裁量的权利，即使存在第 5 条规定的情形，也可以同意救济。再次，与《纽约公约》第 5 条具有明显差别的是，公约并没有对调解程序的正当程序提出要求。参考公约的起草文件，主要的理由是，调解中的正当程序标准与仲裁或者诉讼不同，并且没有统一的标准，只要当事人自愿接受和解协议的内容即可具有拘束力。[20]例如在调解实践中，调解员经常采取“背对背”调解的方式。即在一方当事人不在场的情况下与另一方当事人进行商谈（caucus）,这一种程序可能存在违反程序公正的风险。因此公约仅规定调解程序必须符合适用的规则，并且调解员应当遵守职业操守和具备公正性，并没有要求调解程序必须符合正当程序的要求。[21]

除此之外，公约第 5 条对公共政策的例外进行了规定，并且明确了缔约国可以依据本国的实体和程序公共政策进行判断，与《纽约公约》适用中逐渐形成的 “国际公共政策”概念存在区别。[22]总体而言，只要 1）当事人具有缔约能力，且 2）依据和解协议准据法，和解协议是有效并且具有拘束力的，而且 3）调解程序符合适用的规则，4）调解员不存在违反职业操守和未披露关键利益冲突的情形，5）和解协议所涉及的争议在救济国可以通过调解解决，6）执行调解协议也并不违反救济国的公共政策，那么救济国就应当对和解协议予以救济。对比《纽约公约》，公约规定的拒绝理由针对调解的特征进行了修改，最大的区别就在于删除了对正当程序的要求，而增加了对和解协议有效性，调解员职业操守和利益冲突的规定。值得注意的是，由于公约消除了和解协议的国籍概念，因此调解中就不存在像仲裁中裁决撤销权一样的司法监督机制。这意味着，公约并没有规定一个国家的法院可以判定和解协议自始无效，从而使它理论上在其他缔约国都无法获得执行，因此即使和解协议被一国宣告无效，仍然可以送到别的缔约国申请执行。和解协议的救济仅仅需要通过救济国法院的司法审查，一方面大大促进了国际和解协议的承认与执行，另一方面存在司法审查漏洞和监督缺位风险。如果和解协议存在不公正，侵犯第三人权益或者公共利益的情况，受影响的当事人可能会陷入需要应对多国执行程序的困境，涉及的第三人利益和公共利益也无法得到保护。这一问题还需要进一步的研究。

三、 中国商事调解实践面临的挑战

调解从古至今都是中国较为常见的纠纷解决手段，但中国却并没有发展出独立的商事

[20] See Hal Abramson, New Singapore Convention on Cross- Border Mediated Settlements: Key Choices, in Catharine Titi &Katia Fach Gomez eds., Mediation in International Commercial and Investment Disputes, pp. 360-89 (Oxford, 2019).

[21] 联合国贸法会文件号 A/CN.9/867：第二工作组（仲裁和调解）第六十四届会议 （2016 年 2 月 1 日至 5 日，纽约）工作报告，第 157 段，https://undocs.org/zh/A/CN.9/867。（2020 年 12 月 15 日访问）.

[22] 参见何其生：《国际商事仲裁司法审查中的公共政策》，载《 中国社会科学》2014 年第 7 期。

调解机制。目前中国的调解主要由：司法调解、机构调解和人民调解三大类组成。理论上，这三类中国最为常见的调解方式均可以调解商事纠纷，但实践中人民调解主要用于解决非商事纠纷，例如农村土地承包经营纠纷和医疗纠纷。司法调解指在各类诉讼程序中灵活使用调解方式，只有机构调解是主要针对商事纠纷的解决。机构商事调解起初依托于仲裁机构提供单独或者与仲裁相结合的调解服务而发展起来。随着中国商事纠纷解决市场的迅速发展，中国也逐渐建立了数量众多，仅提供调解服务的各类行业调解和商业调解中心，例如深圳证券期货业纠纷调解中心和上海经贸商事调解中心等。尽管在实践中调解已经成长为独立的纠纷解决方式，但在法律依据和规则上，调解仍然被看作附属于诉讼和仲裁的程序。中国没有专门的商事调解立法，目前相关的立法主要包括《民事诉讼法》、《仲裁法》、《人民调解法》等法律，及相关司法解释和行政规章。[23]此外，各类提供调解的机构均制定有自己的调解规则来规范服务。调解相关立法的附属性和碎片化已经不能匹配中国商事调解的巨大市场潜力。中国商事调解实践也逐步受国际调解制度化和统一化所影响，逐渐呈现独立化和专业化的发展趋势。公约的生效对于中国商事调解现有机制提出了制度性的挑战，不仅限于执行国际和解协议所需的各项国内法准备，还在于对调解本身的认知和程序规制。

(一) 中国商事调解的巨大潜力

虽然在中国，调解比诉讼和仲裁历史更悠久，运用更为广泛，但法律规制上，诉讼和仲裁显然比调解更早发展成独立完整的纠纷解决体系。[24] 由于中国数量众多的独立商事调解机构良莠不齐，且大多仍属于业务开拓阶段，而且主要针对国内的商事纠纷调解，能搜集到的数据和规则也并不完善，无法支持有实践意义的研究。囿于篇幅所限，本文将主要通过中国司法调解和仲裁机构调解数据来分析调解在我国纠纷解决市场中的适用情况。

首先，司法调解本身就是一门重要而且复杂的课题。笔者从历年公布的《中国法律年鉴》搜集 2009 年至 2018 年中国一审民事案件的调解率可以看出调解在我国普通民事案件中使用率非常高，但自 2010 年后调解结案率呈现逐步减小，近几年稳定为 25%左右。[25]细分到不同的民事纠纷类型中，家事纠纷、侵权纠纷和劳动纠纷中调解结案率最高均达到 30%以上，而商事类的纠纷例如合同、海事和证券纠纷等基本也保持在 20%以上。[26]

而在仲裁机构的调解实践数据上，以调解组织架构较为成熟的北京仲裁委员会（以下

---

[23] 联合国贸法会文件号 A/CN.9/WG.II/WP.198：解决商事争议 国际商事调解：拟订关于调解所产生国际商事和解协议执行的文书 秘书处的说明，第 42 段，公布于 https://undocs.org/zh/a/cn.9/wg.II/wp.198（2020 年 12 月 15 日访问）； 参见唐琼琼：《<新加坡调解公约>背景下我国商事调解制度的完善》， 载《上海大学学报(社会科学版)》，2019 年 7 月第 36 卷第 4 期，第 118 页。

[24] 参见于健龙：《论中国商事调解法律制度》，对外经济贸易大学 2013 年博±学位论文。

[25] 2209 年至 2018 年中国人民法院一审民事案件调解率为：2009（36.21%）；2010（38.80%）；2011（40.64%）；2012（41.70%）；2013（37.92%）；2014（33.37%）；2015（28.77%）；2016（25.90%）；2017（24.76%）；2018（25.20%）。

[26] 参见诸葛平平总编：《中国法律年鉴》2015-2019 年版 “统计数据”篇，中国法律年鉴社，2015-2019 年。

简称“北仲”）为例。[27] 2018 年北仲调解中心共计处理 15 个案件（均为法院委托），无涉外案件，均已结案且没有转为仲裁。调解成功 5 件，成功率 33.33%。仲裁案件中调解结案的共计 631 件，占总结案率 15.30%。2019 年北仲调解中心共计处理 27 个案件，其中涉外案件 2 件，独立调解结案 26 件，调解成功 15 件，成功率 55.56%。而在 2019 年仲裁案件中调解结案的共计 1072 件，占总结案率 18.27%。可以看出近两年，中国仲裁机构受理的独立调解案量尽管略有增长但是仍然非常有限，尤其是与机构的仲裁受案量相比。而仲裁机构所组织的调解案大多数在仲裁程序中进行，仲裁中调解的使用率非常高，并且调解结案率也达到了 15%以上。甚至在中国海事仲裁委员会（以下简称“海仲”）受理的仲裁案件中，调解结案率可以达到 70%。[28]此外，贸仲公布的《中国商事仲裁年报》中的 2014 年至 2018 年全国仲裁机构调解结案率，可以看出，目前调解在我国机构仲裁中的使用率非常高，但最终调解结案率却在还处于震动之中并不稳定，而且显露出逐年下跌的趋势。[29]究其原因，主要是调解尽管相比其他纠纷解决手段有程序灵活，经济，效率高等优势，但极度依赖当事人的自愿配合和履行。尤其是在国际商事纠纷中，即使达成了和解协议，当事人也偏向于依据和解协议申请仲裁庭制作裁决书，从而可以依据《纽约公约》或其他相关法律获得强制执行。[30]

由于我国仲裁和司法机制本身也处在改革之时，司法调解和仲裁调解率的数据并不稳定，也并不能准确说明调解用以解决商事纠纷的实际能力。但可以看出调解单独解决商事纠纷的案件量远远不如调解在诉讼和仲裁中的适用率，因此调解在实践中仍主要作为诉讼和仲裁的辅助手段。此外，由于中国目前设立的独立调解机构数量众多，受案量和调解成功率都无法衡量，因此无法从宏观上判断中国商事调解市场的规模和增长情况。但参考中国司法调解和仲裁调解率，可以得出调解在我国商事纠纷解决领域具有巨大的市场潜力和良好的适用基础。

(二) 国内调解有限的独立化和专业化

无论是在仲裁还是司法程序中，调解作为辅助的纠纷解决手段，中国有非常丰富的实践和法律基础。[31]在商事纠纷解决领域，在仲裁和诉讼中的调解结案率均能达到 20%左右。随着调解机制的发展，无论是在仲裁还是诉讼中，均产生了将调解程序独立化和专业化的趋势。

例如中国仲裁机构从之前仅提供仲裁程序中的调解服务和相关规则到陆续建立独立的

---

[27] 参见北京仲裁委员会：2019 年年度总结，发布于 https://www.bjac.org.cn/news/view?id=3687 （2020 年 9 月 28 日访问）。

[28] 参见陈梦：《 Practical Trend of Combining Mediation and Arbitration Chinese Perspective》，载《中国国际私法与比较法年刊 》2017 年第 21 期，第 159 页.

[29] 全国仲裁机构仲裁案件调解结案率为：2014（65%）；2015（41%）；2016（58%）；2017（29%）；2018（26%）。

[30] 和解裁决是否能依据《纽约公约》申请执行还存有大量争议，具体参见 Yaraslau Kryvoi &Dmitry Davydenko, Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement, Brook. J. Int’l L. Vol.40, p. 832 (2015).

[31] 参见黄进：《国际商事争议解决机制研究》，武汉大学出版社 2010 年版，第 209 页。

商事调解中心，公布独立的商事调解规则、调解员名册和守则。即使是在仲裁和调解相结合的程序中，也从依据《仲裁法》，默认仲裁员兼任调解员到倾向于聘用独立专业的调解员。从中国各大仲裁机构组织架构上看，中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“贸仲”）、海仲、北仲和深圳国际仲裁院（下称“深仲”）设立有独立的调解中心，而上海国际仲裁中心（以下简称“上仲”）和广州仲裁委员会（以下简称“广仲”）则仍主要提供与仲裁相结合的调解业务。与此对应的，贸仲、海仲、北仲和深仲公布了独立的调解规则，和调解员名册，而上仲虽然有独立的调解员名册但与广仲一样没有独立的调解规则。此外，北仲还制定了调解员守则和调解中心章程来规范调解业务。有个别仲裁机构还建立的多个针对不同行业或者不同地区的调解中心。例如海仲设立了海事调解中心、渔业调解中心和航空争议调解中心等，深仲设立了深圳证券期货业纠纷调解中心。

再看调仲程序中默认仲裁员兼任调解员规则的变更。中国《仲裁法》第 51 条制定时参照了司法调解的模式，规定仲裁庭可以在仲裁程序中进行调解并制作调解书或者依据和解协议制作裁决。因此中国大部分仲裁机构仲裁规则均规定仲裁庭可以担任调解员进行调解。例如贸仲《仲裁规则》第 47 条就默认仲裁庭进行调解，除非当事人有“调解愿望但不愿在仲裁庭主持下进行调解”。[32]仲裁员兼任调解员在调仲结合的程序可能会带来效率和经济上的优势，但国际仲裁届更担忧的是这一模式会产生较大的程序公正的风险，从而影响最终裁决的执行。[33]例如调解员可能在一方当事人不在场的情况下与另一方当事人会面（caucus），这显然违背了仲裁员公正性和独立性的要求。因此许多专家建议即使要在仲裁程序中启动调解，也应当尽可能的分割两个程序，选任不同的人员分别担任仲裁员和调解员。[34]众多国际仲裁机构也同样采取这一模式，例如新加坡国际仲裁中心（Singapore International Arbitration Center, SIAC）所管理的仲裁案件如果需要调解则委托新加坡国际调解中心（Singapore International Mediation Center, SIMC）管理，两个机构共同制定了管理此类调仲案件的议定书。再比如，国际商会（ICC）调解规则第 10 条不允许仲裁员担任调解员，除非当事人明确同意。[35]香港国际仲裁中心（HKIAC）的调解规则更是明确任何情况下，调仲程序中仲裁员都不得担任调解员。[36]而国际商会仲裁中心（ICC）发布的调解指南上也并特别提请当事人注意，任用仲裁员作为调解员在某些国家是可以接受的，但在另外一些国家被认为是违反程序公正，可能会影响最终裁决的执行。[37] 因此中国部分仲裁机构也顺应这一趋势修改自己的仲裁规则。例如北仲《仲裁规则》第 44 条就规定了当事人可以依据《北京仲裁委员会调解中心调解规则》的规定向北仲调解中心申请由调解员进行调

[32] 中国国际经济贸易仲裁委员会，《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 47 条。
[33] Ellen E. Deason, Combinations of Mediation and Arbitration with the Same Neutral: A Framework for Judicial Review," Y.B. On Arb. & Mediation, Vol.5, p.219(2013).
[34] Christian Bühring-Uhle et al., Arbitration and Mediation in International Business, p.260 (2nd ed., Kluwer Law International 2006).
[35] ICC: ICC Mediation Rules, article 10.
[36] 参见陈梦：《Practical Trend of Combining Mediation and Arbitration Chinese Perspective》，载《中国国际私法与比较法年刊》2017 年第 21 期，第 159 页。
[37] ICC: Mediation Guidance Note，P34， https://iccwbo.org/publication/icc-2014-mediation-guidance-notes/（2020 年 9 月 28 日访问）。

解。并且该规则 43 条规定只有在当事人请求或者同意的情况下，仲裁庭才可以调解。[38]正如前文介绍，各大仲裁机构成立独立的调解中心不仅是为了承接独立的调解案件，更是为了将调解程序独立化和专业化做准备。值得注意的是，依据《新加坡调解公约》第 5 条第 1 款 e 项，如果调解规则或者适用的国内法明确规定仲裁员不得担任调解员，即使仲裁员最终调解成功，执行过法院也可以依据调解员违反适用的规则而拒绝执行此种调解达成的和解协议。

在司法调解中亦是如此，我国司法已经逐步形成选任专门的调解法官或者委托专门的机构组织调解工作的发展趋势。[39]在实践中也形成了从过度追求调解率到注重和解协议的自愿执行的实践经验。[40]这一主题已经有众多研究珠玉在前，本文就不做赘述了。总结而言，中国商事调解机制，无论从程序上，规则上，还是调解员的资质上均逐步独立于其他纠纷解决机制。但实践数据表明，目前我国独立调解机制仍主要针对国内市场，且相对而言数量十分有限，还需要更多立法和体制上的支持。

(三) 国内和解协议执行机制与公约的冲突

根据联合国贸法会的调研，调解相比其他纠纷解决方式最大的缺陷在调解结果依赖当事人的自愿履行，不具有强制性。[41]但中国法律本身就为商事和解协议的强制执行提供多层次的支持。首先中国《民事诉讼法》第 97 条和《仲裁法》第 51 条规定，如果当事人在诉讼或者仲裁程序中调解成功，法官和仲裁庭可以将当事人的和解内容制成调解书，从而获得强制执行力。因此，在仲裁和诉讼程序中使用调解不仅可以利用调解在纠纷解决上的优势，同时规避和解协议不能强制执行的缺陷。而在国际仲裁中，仲裁庭仅可以依据当事人的请求将和解协议制作成仲裁裁决，从而依据《纽约公约》在其他缔约国申请强制执行。此外，依据最高院《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》，“经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。”[42]因此中国调解组织调解达成的和解协议可以通过司法确认制度来获得强制执行。[43]

中国法律中对国内和解协议强制性的规定，已经走在国际实践的前列，但与《新加坡

[38] 北京仲裁委员会：《北京仲裁委员会仲裁规则》，第 44 条。
[39] 参见李浩：《调解归调解,审判归审判:民事审判中的调审分离》，载《中国法学》2013 年第 3 期，第 5-18 页；唐力：《在“强制”与“合意”之间:我国诉讼调解制度的困境与出路》，载《现代法学》2012 年第 3 期,第 86- 96 页。
[40] 参见李浩：《当下法院调解中一个值得警惕的现象———调解案件大量进入强制执行研究》，载《法学》2012 年第 2 期，第 139-148 页。
[41] See S. I. Strong, Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation, pp.21-32, available at http://ssrn.com/abstract=2526302（2020 年 9 月 28 日访问）.
[42] 最高人民法院：《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》，法发〔2009〕45 号，第 20 条。
[43] 参见刘加良：《非诉调解协议司法确认程序的实践误区及其矫正》，载《政治与法律》2018年第6期 : 第140-151页；洪冬英：《论调解协议效力的司法审查》，载《法学家》2012年第 2 期。

调解公约》要求的国际和解协议广泛执行还有一定的差距。主要差距在于：1）目前中国所有的强制执行措施只针对国内和解协议；2）而大部分可强制执行的国内和解协议需要依赖仲裁或者司法程序达成。首先，公约明确排除类似于司法判决和仲裁裁决一样被法院强制执行的和解协议。因此法官和仲裁庭制作的调解书不属于公约适用范围。其次，中国目前和解协议的强制执行制度均强调和解协议需要在中国司法、仲裁或者调解组织的调解下达成。这一模式不仅强化了调解的附属性，其根本原理还是以调解组织所在地为标准来区分国内还是国际和解协议，与公约规定的“国际性”标准相差甚远。例如营业地在不用国家的当事人在我国仲裁机构的调解下达成的和解协议是否可以申请我国人民法院进行司法确认？如果中国最终加入公约，那么应当以什么标准来区分国内与国际和解协议？最后，尽管中国法律规定国内和解协议可以通过司法确认制度来执行，但是首先该制度主要适用于人民调解且有时限限制，在商事调解中实践非常有限。其次和解协议司法确认需要经过法院的实体审查最终做出裁定，这与公约所倡导的执行简化和有限审查的要求不符。尽管公约并不直接适用于国内和解协议执行制度，但贸法会的意图本身就是通过公约和示范法来统一国际和解协议执行最终影响各国国内调解制度的构建。不仅如此，目前中国法律与公约有关国际和解协议的标准冲突也体现出中国调解制度与国际规则存在较大的差异，这必将阻碍中国积极参与构建国际调解制度，成长成国际纠纷解决中心。这一内容将在下文中具体展开。

四、 中国商事调解发展路径

尽管国内还在热烈讨论中国要不要批准加入《新加坡调解公约》，但不可否认的是，无论中国会不会加入公约，公约的生效都会对中国内地的调解实践和中国企业产生影响。国际社会不仅期待公约对国际调解发展的促进，也在警惕公约的生效对各国司法和相关法律体系造成冲击。从公约条文的分析中可以看出，公约扩大的适用范围和收缩的司法审查对国际商事纠纷中的可能涉及到的任一国家的法律系统均是一场挑战，对缔约国的配套规则更是提出了明确的需求。在此基础之上，笔者认为中国必须至少做以下准备：

(一) 公约配套立法和规则

如上文分析，公约至少提出了四类规则需要国内法予以补充：1）申请和解协议救济的具体程序规则；2）调解和调解员的准则；3）和解协议的准据法和 4）争议可调解性的规定。这四类规则目前我国均没有现成的法律和规则。首先，许多学者建议制定专门的中国商事调解法来应对公约的生效和国内商事调解的迅速发展。理由是目前现有的立法均无法规范独立的商事调解活动，而且公约已经生效，不管中国是否批准加入都需要做好相关的立法准备。其中联合国贸法会已经出台了《贸法会调解规则》和《贸法会调解示范法》以供当事人选择和各国立法机关参考。中国的商事调解也有一定的实践基础，立法时机已经成熟。笔者认为讨论制定专门的商事调解立法为时尚早，且并不实际，但可以分析如何在

现有的立法体制下，应对公约的生效。笔者提出即使短时间内商事调解立法不能出台，中国也至少需要补充上述四种规则。其中申请和解协议救济的具体程序规则，可以参考司法确认程序和国际仲裁裁决承认与执行的程序，由最高院发布司法解释予以规范。

其次，商事争议的范围或者可调解性的规定，可以参考《最高人民法院关于执行我国加入的<承认及执行外国仲裁裁决公约>的通知》中第 2 条对于商事争议的保留的相关规定由最高院发布新的司法解释予以明确。但考虑到公约有意涵盖外国投资者与东道国政府之间的纠纷所达成的和解协议，笔者认为中国可以明确这类纠纷的可调解性。理由是如果投资纠纷的当事方同意接受调解，达成并签署和解协议，那么参与国家应当认定为放弃了执行豁免，并不违反中国一贯坚持的绝对国家豁免。况且调解本就十分适合解决投资者与政府之间的纠纷，在中国也有大量的实践。因此，可以考虑明确此类纠纷的可调解性。

再次，和解协议的准据法如前文分析应当首先依据当事人选择的法律，在当事人没有选择的情况下，依据冲突规则来指引准据法。依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 41 条，对于普通涉外合同的准据法,当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。如果当事人申请在中国进行救济,那么可以适用中国的《民法典》等相关法律。因此这一问题在中国现有的法律框架下完全可以解决。

最后，我国没有单独的商事调解法，仅仅针对诉讼和仲裁中使用调解进行法律规制，同时也没有统一的调解员资质和职业操守的规定。尽管单独的商事调解立法可以系统的制定调解员资质和执业操守等规范，甚至可以进一步规范调解员徇私舞弊的责任。但在商事调解法出台之前，中国实务届完全可以形成较为统一的调解员守则。我国目前调解机构数量迅速增长，而这些机构均制定有自己的调解规则、调解员名册和守则。这些规则在结构和内容上均呈现较高的趋同性，可以提炼出较统一的规范。面对不断增长的调解市场，我国调解实践已然走在了现有立法和规则之前。调解属于当事人合意制定的程序，极具灵活性和高效性，只要当事人同意，调解员对调解程序具有很高的自由裁量权，也不需要遵循严格的正当程序要求。换言之，在保证当事人自愿的基础上，调解员的资质，能力和公正性才是决定调解程序的效率和公平的最重要因素，同时也是调解司法监督的重点。尤其是调解员的责任豁免和追责机制缺失，立法和规则的真空容易产生虚假调解，调解员隐瞒重大利益冲突等风险。参考香港和新加坡的相关做法。香港律政司制定了《香港调解守则》和《调解条例》及协助业界成立香港调解资历评审协会有限公司，专门负责处理调解员的资格、培训标准和纪律等相关工作。新加坡除了调解法之外，主要以审核调解机构的成立和注册，通过机构自治来规范调解员的资质和行为，例如新加坡调解中心（SIMC）负责自身调解员的资质审核和培训。笔者认为从实践层面考虑，中国目前调解机构数量已经很多，调解员数量同样十分庞大，由中国司法部组织制定相关的调解员资格和守则较为合适。

(二) 商事调解相关规则与国际接轨

1. 确立调解的独立性

从中国商事调解的实践数据中可以看出中国商事调解的独立化和专业化发展过程与国际商事调解的发展趋势是一致的。但因为中国调解具有丰富的实践传统和法律基础，形成了具有中国特色的调解模式，在规则内容上与国际实践存在差异。[44]最突出的体现在调解与其他纠纷解决方式的衔接上。从上文中中国商事调解实践数据可以看出，调解仍然被看作是仲裁或者诉讼的辅助手段，可以与仲裁或者诉讼程序无缝连接，仲裁员和法官默认兼任调解员，在仲裁和诉讼中所达成的调解协议可以被制作成具有强制执行力的调解书。这一实践从一定程度上可以节约资源，提高程序的效率性，但存在违反正当程序的风险。从理论上说，只要当事人同意，调解程序并不需要遵守严格的正当程序要求，调解与仲裁或者诉讼程序的融合也没有任何问题。我国当事人对调解的接受程序很高，这一点在实践中并没有引起较大的关注。但如果适用到国际商事调解中，尤其是涉及没有接受中国调解文化的外国当事人，可能产生抵触，不利于中国商事调解的推广和国际化。尽管，实践中也逐渐形成将调解程序独立化的趋势，但从数据上看调解的独立性还远远不够。中国应从法律和规则上明确调解的独立性和专业性。这一措施并不必然需要单独的商事调解立法，而是通过单独的程序规则，调解员资格和守则在实践中将调解从其他纠纷解决程序中独立出来。

2. 衔接国际国内和解协议执行机制

尽管公约并不适用于国内调解制度，贸法会也默认不同国家国内调解制度存在较大差异。但如何区分国内与国际和解协议是缔约国在面对救济申请时所要解决的先决问题。公约以当事人营业地在不用国家作为判断“国际性”的主要标准，而目前我国法律中则更倾向于以调解组织所在地来判断是否是国内和解协议，更没有严格的区分国内和国际调解制度。类似中国法律以仲裁机构所在地为标准来判断裁决的国籍一样，在实践中造成大量的困惑和矛盾。[45]笔者认为，如果中国加入公约首先需要接受公约的“国际性”标准，不管和解协议是否在中国或由中国的调解机构调解达成，均属于公约的适用范围。而对于营业地均在中国境内的当事人达成的和解协议则可以适用目前中国现有的和解协议执行机制，例如司法确认制度。但需要特别注意的是如果是营业地均在中国的当事人在外国调解组织或者调解员调解下达成的需要在中国履行的和解协议将面临着即不能适用公约，也无法申请司法确认的两难境地。因此，在国内国际和解协议之外还存在外国和解协议这一类型，包括在外国达成并且不具有公约要求的“国际性”的和解协议。实践中，中国法院一般认为这一类和解协议具有一般合同拘束力，并不会直接予以确认或者执行。

最后，前文已经详细介绍了公约明确排除适用类似于法院判决或者仲裁裁决的和解协

[44] 参见孙巍：《〈新加坡调解公约〉与我国法律制度的衔接（1）》，发表于中国国际贸易促进委员会官网：http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3453/2019/0306/1136457/content_1136457.htm（2020年9月28日访问）。

[45] 参见李庆明:《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，载《环球法律评论》2016 年第 3 期，第 181 页。

议。那么中国法律所规定的调解书由于具有强制执行力，并不属于公约的适用范围。当然如果调解书最终仍然能得到执行，依据公约还是中国相关法律并没有实质性的区别。但如果中国的当事人需要依据公约在其他国家申请执行，需要特别注意这一点。

3. 规范调解员利益披露

公约允许缔约国以调解员未披露可能影响协议达成的利益冲突为由拒绝执行和解协议。有个别中国机构设立了调解员守则规定了基本的披露要求，但实践中仍然流于形式，对调解员的规范作用十分有限。前文分析，补充和统一国内调解员守则是公约对国内法的明确要求。在具体内容上，已经有许多国际规则可供参考，例如许多国际调解机构所发布的调解员守则。[46]笔者认为国际律师协会（International Bar Association, 简称 IBA）制定的《IBA 国际仲裁利益冲突披露指引》（The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration）也可以提供部分参考。尽管调解员和仲裁员在职业操守和行为准则上并不完全相同。例如仲裁员一般情况下不得与一方当事人单独协商而调解员并不受此限。同样仲裁员和调解员公正性和独立性的标准也不一致。但在利益冲突上，笔者认为实践中承担仲裁员和调解员角色的人员来源有很大的重叠，因此可能产生的利益冲突情形可以互相适用。IBA 指引中详细列出了仲裁员与争议可能产生利益冲突的情况，依据严重程度分属红色、橙色和绿色清单，承担不同的披露义务。而调解员与争议可能产生利益冲突的情况也同样如此，例如调解员与争议有重大经济利益关系，属于红色清单，严重影响调解员的公正性。再比如调解员过去三年中曾担任一方当事人的法律顾问，属于橙色清单，应当要事先披露。但是，笔者认为，考虑到调解更注重当事人自治，如果调解员事先披露并获得当事人豁免之后，调解员可以继续主持调解。这也是公约第 5 条第 1 款 f 项条款的文义所在，即只有在当事人证明调解员未披露可能影响和解协议达成的利益冲突时才可以申请救济国拒绝救济。

(三) 补充国际和解协议的司法监督

对任何一种替代性纠纷解决方式而言，有效的司法监督都是保障其健康发展的基本要求，同时也需要在尊重当事人意思自治，保持程序效率和公共利益保护上寻求平衡。从公约条文的分析可以得出，与仲裁相比，公约进一步限制了国际调解的司法监督。在救济国拒绝救济的理由中，不仅删除了违反正当程序的理由，还通过消除和解协议的国籍来将和解协议的司法监督权限制在协议救济国。贸法会在这一问题上的突破体现了其大力促进国际调解发展的雄心，也埋下了司法监督失效的隐患。尽管有基本的仲裁员行为准则规定和公共政策例外，只要具有民事行为能力的当事人自愿达成协议，即使存在程序瑕疵和协议内容瑕疵，当事人均可以通过选择协议准据法和合意接受的方式来修复，使得救济国法院失去拒绝救济的理由。此外，对和解协议的救济不仅包括对当事人财产的执行，还可以作

[46] See Joe Tirado & Elisa Vicente Maravall, Codes of Conduct for Commercial and Investment Mediators: Striving for Consistency and a Common Global Approach, in Catharine Titi &Katia Fach Gomez eds., Mediation in International Commercial and Investment Disputes, pp. 342-50 (Oxford, 2019).

为抗辩理由影响当事人与第三人之间纠纷的解决。已经有学者提出公约没有提供虚假调解的监督机制，因此需要国内法予以补充。[47]在公约第 5 条的排他性规定下，缔约国需要共同履行各自的司法监督职责才能实现对国际调解的有效监督。并且，任何一个国家的监督失职将会成为“木桶效应”中的短板，为国际调解带来巨大的合法性危机。笔者认为中国对抗虚假诉讼、仲裁和调解中所积累的经验教训，例如 2018 年最高院出台的有关仲裁裁决执行第三人异议制度的司法解释，能为国际和解协议的司法监督提供一些思路。[48]

此外，笔者认为在公约的框架下加强对国际调解的司法监督还要从公约第 5 条第 2 款 a 项“公共政策例外”着手。公约的立法资料可以看出，工作组之所以没有采用个别代表提出的在国际仲裁中形成的“国际公共政策”概念，就是认为公共政策例外应当依据各国的国内法予以认定，并且应当包含实体和程序的公共政策。[49]并且“国际公共政策”的范围十分狭小，可能最终使这条抗辩理由形同虚设。因此公约允许不同的执行国对本国执行国际和解协议的公共政策进行特别规定。例如规定和解协议的执行不得损害公共和第三人合法权益。至少，依据“公共政策例外”条款，中国法院可以拒绝执行当事人为了转移财产的非法目而达成的虚假和解协议。最后，需要考虑到公约的宗旨是为了促进国际和解协议的得以快速和简化的执行。执行国在立法和司法中适用公共政策标准时，必须同时考虑到调解的高度自治性和公约的宗旨。如何在公约的基础上，把握司法监督和调解自治性的平衡还需要进一步研究。

(四) 批准加入公约的必要性和时机

本文强调，不管中国最终是否批准加入公约，均需要为公约的生效做足准备。公约不仅广泛适用于国际和解协议的执行，而且会逐渐影响各国国内调解制度。而公约标志着国际调解机制已经形成，并且进入制度化和统一化的快车道。而中国在基本的国际和解协议的概念上都与公约有明显的不同，在调解程序规则，仲裁员守则，和解协议的执行机制和司法监督上与公约和《调解示范法》所代表的国际标准也有一定差异。即使中国短时间内不会批准加入公约，但中国当事方或者在中国签订的国际和解协议已经可以依据生效的公约送到其他缔约国申请救济。中国实务届已经积极应对商事调解业务的增长，也认识到中国调解与国际商事调解的差异性，在积极探讨公约生效对中国市场的影响。笔者认为，在立法和规则上还未准备好与公约衔接之前，中国批准加入公约不可操之过急。尤其是考虑到公约对于和解协议司法监督的限制，和未来存在的监督失效的风险，中国司法系统需要积极做好规则补充和预案，同时关注公约生效后在其他缔约国的执行情况，来最终考虑是否批准加入。国际社会均期盼国际调解能够迅速发展，发挥重要的国际纠纷解决功能。而

[47] 参见刘晓红，徐梓文：《 <新加坡公约>与我国商事调解制度的对接》，载《法治社会》2020 年第 3 期，第 60 页。

[48] 任雪峰：《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》解读，载《人民法治》2018 年 3 月号。

[49] 联合国贸法会文件号 A/CN.9/867： 第二工作组（仲裁和调解）第六十四届会议（2016 年 2 月 1 日至 5 日，纽约）工作报告，第 155-157 段，公布于 https://undocs.org/zh/A/CN.9/867 （2020 年 12 月 15 日访问）。

中国庞大的调解市场，丰富的调解经验和良好的实践基础完全可以在国际调解机制构建中承担更重要的角色。不仅如此，借公约生效这一契机，中国可以着手从规则上完善国内调解制度，更好发挥调解解决国内商事纠纷的能力，进一步竞争国际纠纷解决市场。

Abstract

With expanding sphere of application, the Singapore Mediation Convention with produce significant impact on international and domestic commercial mediation system, no matter whether China will ratify the Convention. Based on analyzing the Convention and Chinese mediation practice, this article found there are divergencies between Chinese provisions and the Convention, on issues regarding definition of international settlement agreements, mediators' behavior, and mediation judicial supervisions. China should improve its mediation legislation, unify mediation rules, mediators' qualification and ethic code, and supplement judicial supervision to implement the Convention. China could take the opportunity of the Convention enter unto force, to build its commercial mediation system, and contribute more to the constitution of international commercial mediation rules.

Key words: Singapore Mediation Convention, International settlement agreements, Commercial mediation, Mediation rules, Mediation judicial supervision.

《新加坡公约》视角下我国商事调解协议的执行力问题研究

陈素玉

（中南财经政法大学 法学院，湖北 武汉 430073）

摘要：《新加坡公约》（下文简称《公约》）的生效为国际商事调解协议的跨国执行提供了高效统一的国际法律框架，对于凸显调解高效、灵活、便捷的优势和价值以及有效解决国际商事争端具有划时代意义。当前我国并未赋予调解协议直接执行力，三种依附型执行机制无法满足当事人对快速获得司法救济的需求。因此，我国需在明确《公约》的适用范围的前提下，探究我国商事调解制度与《公约》的衔接路径。对照《公约》对我国现行司法制度进行相应调整，在完善相关立法的同时，优化调解配套制度设计，为《公约》框架下调解协议的执行提供法律依据和支持，以期为我国“一带一路”的建设打造一个公平公平、互利共赢、高效便捷的营商环境。

关键词：新加披公约 商事调解 和解协议 直接执行力

一、引言

随着国际经贸活动的日益频繁和各国交流往来的日益密切，国际商事纠纷与摩擦也相伴而生，诉讼和仲裁已逐渐无法满足各国商事争端解决的需求。与此同时，调解的独特优势逐渐凸显，相比诉讼、仲裁而言，调解具有的高效性、保密性、灵活性等优点更有利于当事人之间长期友好关系的维护，满足各国多元化的利益诉求，因此调解在国际商事争端解决中的作用越来越突出。尽管国际商事调解已经成为选择性争议解决机制（ADR 机制）中重要一环，但其地位尚未能与诉讼、仲裁比肩，主要原因，就是形成的调解协议的强制执行力方面存在争议。调解协议跨国承认与执行难度大，一直以来都影响着争议双方选择调解作为纠纷解决途径的积极性。于 2019 年 8 月开放签署的《新加坡公约》打破了这一僵局，赋予了国际和解协议直接执行力，为当事人提供了快速的司法救济渠道，是调解领域“里程碑”式的进步，对于保障国际商贸活动健康、有序发展具有划时代意义。我国加入《公约》既是顺应国际趋势，也是推动“一带一路”建设的重要战略选择[1]。46 个首批签署的国家中 43 个国家是“一带一路”的沿线国家，沿线各国的政策环境、经济发展水平、文化法律背景等都大相径庭，在这种投资贸易背景下产生的商事纠纷，仅靠对抗性较强的诉讼或仲裁往往难以有效地化解，而调解这种“柔性”的争端解决机制则能更好地维系长期的商业关系，实现“双赢”[2]。因此，《公约》对我国“一带一路”战略布局和多元化争端解决机制构建的重要意义不言而喻。

《公约》中的和解协议（settlement agreement）指的是经过调解（mediation）达成的协

作者简介：陈素玉（1997－ ），女，广东揭阳人，中南财经政法大学国际法专业 2020 级硕士研究生。

[1] 参见段明.《新加坡调解公约》的冲击与中国商事调解的回应[J].商业研究,2020(08):129-137，第 130-131 页。

[2] 陈洁.我国国际和解协议准予救济制度的构建——以《新加坡调解公约》的签署为契机[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2020,22(02):92-101，第 93 页。

议[3]，而在我国法律语境下，和解协议是指当事人之间无第三人介入而自行达成的协议，调解协议才是经法院、仲裁庭或调解机构等协助调解而达成的协议，因此《公约》中的和解协议实则相当于我国法律语境中的调解协议（下文除非援引《公约》内容，否则均用“调解协议”来表述）。正式批准《公约》之前，应在充分审视我国商事调解制度和调解协议执行现状的基础上，调整和完善相关制度设计，构建符合我国国情的准予救济机制，以期与《公约》相关规定有效衔接，进一步加强我国“一站式”国际商事争端解决机制的建设，为“一带一路”建设打造公平、透明、高效、便捷的营商环境。[4]

二、国际商事调解协议的跨境执行路径

（一）我国调解协议执行现状

我国调解事业起步较晚，当前并未针对不同调解类型的特点构建多元化的调解体系，而是把各种调解类型混为一谈，主要有法院调解、仲裁调解、行政调解和民间调解。前两种调解类型有官方制作的与判决和仲裁裁决有同等效力的调解书；行政调解由于有行政机关对相关政策法规的把控，即使法律没有赋予强制执行力，也不用担心其调解协议的执行问题；而民间调解中除了人民调解，其他调解协议的执行往往难以得到充分保障。人民调解具有《人民调解法》明确的法律支持，得以在司法机关的指导监督下进行，且人民调解委员会作为常设调解机构，其调解员的职业素养和专业能力有所保障，故人民调解协议具有较强的执行力[5]。另外法律规定人民调解、行业调解、商事调解组织等产生的调解协议可以通过司法确认程序申请强制执行[6]。但对于个人调解和私人机构调解，我国并无任何法律确定其直接执行的效力。总而言之，我国立法并未赋予调解协议以直接执行力，一般要通过一定的法律程序，经过有限审查之后将调解协议转化成其他可执行的文书，或者将调解与诉讼或仲裁程序相结合，生成可执行的调解书。至于调解协议的跨境执行，主要可以归纳为以下三种依附型执行制度[7]：

1. 视为“涉外民商事合同”申请执行

最高法颁布的 2009 年《指导意见》[8]和 2016 年《指导意见》[9]均把当事人达成的调解协议视为一种“民事合同”。2011 年最高法颁布的关于调解协议的规定[10]也仅关注了调解协

[3] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 2 条第 3 款：“调解”指由一名或者几名第三人（“调解员”）协助，在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下，当事人设法友好解决其争议的过程。
[4] 参见法发[2019]29 号：《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》
[5] 参见孙长龙.论《新加坡公约》的完善及其在中国的适用[J].国际商务研究,2020,41(05):63-73，第 65 页。
[6] 《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第 20 条：经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。
[7] 参见杨关生.调解协议跨国执行机制的变革与出路[J].研究生法学,2019,34(02):101-112，第 103 页。
[8] 《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第 9 条：……由该仲裁委员会专门设立的调解组织按照公平中立的调解规则进行调解后达成的有民事权利义务内容的调解协议，经双方当事人签字或者盖章后，具有民事合同性质。
[9] 《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》第 31 条：经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，当事人可以向调解组织所在地基层人民法院或者人民法庭依法申请确认其效力。
[10] 《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第 7 条：具有下列情形之一的，人民法院不予确认调解协议效力：（一）违反法律、行政法规强制性规定的；……（六）其他不能进行司法确认的

议的法律效力问题，并未明确其执行问题。调解协议达成后即对当事人有约束力，协议的执行需要靠义务履行方根据“合同要求”自觉履行，否则，另一方当事人有权根据《合同法》第 8 条和《人民调解法》第 32 条提起诉讼，也可依据国际私法的相关规则确定协议效力，进而实现跨国执行。这种机制作用的前提是立法已对涉外合同的适用规则进行了相关规定，但由于各国法律对调解协议的效力认定有差异，援引规则寻找适用法律时不可避免地会导致各国执行效果千差万别。且由于社会诚信体系不够完善和民商事合同的违约成本低，当事人不履行义务的现象十分普遍，若最终都需要诉诸法院的话，当事人就无法通过非对抗的方式解决争端，调解的价值和优势自然也无法凸显。

2.仲调结合转化为可执行的仲裁裁决

仲调结合一般有“仲裁—调解—仲裁”和“调解—仲裁”两种形式，本质都是将调解协议转化成仲裁裁决，再利用《纽约公约》提供的“搭便车”[11]的机会获得跨国执行力。“仲裁—调解—仲裁”是在仲裁过程中发展为调解，若当事人未能达成和解再恢复仲裁程序，此时作出的仲裁裁决可依据《纽约公约》的规定[12]具有约束力和执行力。而在“调解—仲裁”的模式中，调解发生于仲裁之前，再将调解结果提交仲裁委裁决。这种形式产生的仲裁裁决其实并不属于《纽约公约》规定的范畴，因为此时当事人双方已不存在需要仲裁的争议，这种附带调解事项的仲裁裁决属于“拟制仲裁”[13]，目前尚未被《纽约公约》的各成员国普遍接受[14]，其强制执行力不一定能得到保障。另一方面，仲调结合的模式也可能产生仲裁裁决中记载的和解协议内容不完整，以及仲裁范围以外的内容无法依据《纽约公约》得到执行等问题。

3.司法互助条约赋予执行力

相较于其他的调解协议，诉调结合产生的调解协议有更加便利的执行方式。一种是法院在诉讼过程中直接制作的确定当事人双方权利义务关系的调解书，与判决书具有同等效力。一种是当事人自行达成的调解协议可以通过向法院申请公证、支付令或司法确认获得执行力，其中申请公证和支付令的仅限于含有给付内容的调解协议。这两种调解协议在境内具有和判决书同等执行力，但在跨境执行时一般被视为涉外民事判决，若没有司法双边互助条约，其他国家没有义务承认与执行。我国与其他国家的司法双边互助条约毕竟有限，故这种机制的跨境执行也具有一定难度。且根据法律规定，调解协议进行司法确认时，需要对其进行形式上和实质上的审查，一方面会增加司法工作量，另一方面也会使调解的高度保密性大受减损。

情形。

[11] See Laurence Boulle，Jay Qin. Globalising Mediated Settlement Agreements[J].Journal of International and Comparative Law，Vol.3，2016，pp.33.

[12] 《承认和执行外国仲裁裁决公约》第 3 条：在以下各条所规定的条件下，每一个缔约国应该承认仲裁裁决有约束力，并且依照裁决需其承认或执行的地方程序规则予以执行。

[13] 参见高奇.论国际和解协议在我国的跨境执行：理论分析与制度建构[J].理论月刊,2020(08):96-108，第 97 页。

[14] See Nadja Alexander，Shouyu Chong. The Singapore Convention on Mediation: A Commentary[M].Kluwer Law International，2019,pp.369.

上述三种依附型执行制度确实能为国际商事调解协议提供执行的可能，但这显然不能实现调解协议获得高效、无差别执行的目标，也会降低当事人对调解这一制度的期待。然而对于建立原生型执行制度，即赋予调解协议直接执行力的问题仍存在争议。反对者认为，调解过程中当事人为了达成一致，往往会作出一定的利益牺牲，导致最终的调解协议并不十分合理、公平，若法律直接赋予直接执行力，会与“坚持正义”的法治精神相背离。肯定者则认为，要从调解的实质价值角度去看待问题，调解作为一种争端解决机制，最终目的是解决纠纷，当事人作出适当的利益让步是必然的，并不能完全从司法正义的角度将其完全否认[15]。若仅将调解协议视作“民商事合同”，那么权利的落实只能靠合同约束力，无疑会使调解的价值大打折扣。况且，若先经过法院的审理才能确认协议的执行力，不可避免地会消耗大量司法资源，加重司法负担。调解协议是当事人争议已得到解决的结果，不应该再通过诉讼、仲裁等其他程序的介入来确定其效力和执行力。因此，赋予调解协议直接执行力，不仅是顺应当事人快速化解矛盾、维护长期商业关系的需求，还有利于对案件的有效分流，减轻诉讼、仲裁的压力。

（二）《公约》赋予和解协议直接执行力

《公约》第 3 条第 1 款[16]赋予了和解协议直接执行力，只要不属于第 5 条[17]规定的拒绝救济的事由，和解协议就能实现跨国执行。其中，《公约》第 5 条第 2 款将不具备终局性的和解协议排除在适用范围之外，即达成和解协议之后，当事人不得就同一争议提起诉讼或仲裁，实质上是对国际商事和解协议直接执行力的有力保障。

同时《公约》第 5 条也规定了要和解协议的执行要经过执行国法院最低限度的审查，审查当事人适格问题、和解协议有效性问题、调解员行为问题和是否违反公共政策等问题。之所以把审查权赋予执行国法院且不将来源国法院的复审作为执行和解协议的前提条件，一是因为调解形式并不仅限于机构调解，还存在个人调解、网络在线调解等，导致关联因素的查明十分困难，来源国法院难以确定。二是因为来源国的过多干预会导致在执行时陷入审查程序，也可能引发平行诉讼的问题，无疑会加重当事人的负担；而复审耗时长、程序繁琐，还可能引发确认书的双重执行问题，不符合调解高效解决争端的价值追求。三是因为调解具有显著的意定性和保密性，即使来源国法院要对执行事项进行审查，也往往难以查明当时的调解过程是否符合当事人真实意思表示，只要当事人基于合意达成了和解协议，即使双方对争议事项仍保留意见，该和解协议也应具有直接执行力。《公约》的这一规定其实对于维护我国国家利益十分有利，因为相较于发达国家，我国无论在经济实力还是实践经验等方面，都显然处于弱势地位，规定我国在执行和解协议时可以进行监管，一定

[15] 参见宋连斌,胥燕然.我国商事调解协议的执行力问题研究——以《新加坡公约》生效为背景[J].西北大学学报(哲学社会科学版),2021,51(01):21-32，第 25 页。

[16] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 3 条第 1 款：本公约每一当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。

[17] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 5 条：可以拒绝准予救济的事由：（1）一方当事人无行为能力；（2）和解协议依据的法律失效、和解协议不具有终局性、和解协议被修改；（3）和解协议义务已经履行或不明晰；（4）准予救济有悖和解协议；（5）调解员严重违背调解准则以致误导当事人订立和解协议；（6）调解员未恰当履行信息披露义务并因此误导当事人订立和解协议。

程度上是对我国与其他国家当事人利益的平衡和保护。

为了避免当事人因和解协议的直接执行遭受不当的利益损失，《公约》还规定了并行申请制度[18]，即在提供具保的前提下，可以就和解协议的内容提起诉讼或仲裁，并相较于和解协议的直接执行具有优先性，从而充分保障当事人的救济权。

三、 《公约》中和解协议的适用范围

正式批准《公约》后，相较于国内调解协议仅有的合同约束力，当事人必然更倾向于适用《公约》向法院申请协议的直接执行。因此，明确《公约》的适用范围十分有必要。《公约》对和解协议的范围进行认定时，参照了 2018 年贸易法委员会修订的《示范法》的相关规定，均是在界定“国际性”和“商事性”的基础上，排除部分和解协议的类型。

（一）对“国际性”的界定

《公约》第 1 条[19]中对和解协议“国际性”的认定基本与《示范法》第 3 条第 1 款和第 2 款[20]的规定相差无几,综合实质性连接因素[21]和争议事项本身的性质，将“营业地”作为主要判断标准，并结合“义务履行地”和“最密切联系地”两个因素确定和解协议的“国际性”。不同的是,《公约》并未像《示范法》第 3 条第 5 款规定的那样[22]，赋予当事人自由选择是否适用本法的权利，即当事人可自行认定调解是否具有“国际性”的性质。《公约》排除了当事人意思自治，强制性地规定了“国际性”的认定标准，有利于《公约》在实际执行中避免法律规避等问题的发生，从而取得更好的法律效果，巩固《公约》在国际争端解决机制中的法律地位。

我国法律并没有专门规定商事和解协议的“国际性”，一般从主体、标的物和法律事实三个方面认定对于法律关系“国际性”。《公约》以“营业地”为判断“国际性”的标准，但我国立法中仅有“主要营业地”、“经常居住地”、“登记地”等说法，即我国对于“营业地”这一概念定义并不明晰，其指代对象也不唯一，容易导致和解协议执行时存在较大的不确定性。若批准《公约》之后，仍参照我国现有立法对“国际性”的认定，无疑会与《公约》的认定标准产生冲突，国内外和解协议在适用范围上可能产生交叉、混合，给当事人法律规避制造了可乘之机。因此，我国在完善商事调解制度时，可以直接采用《公约》对“国

---

[18] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 6 条规定：如果已经向法院、仲裁庭或者其他任何主管机关提出了与一项和解协议有关的申请或者请求，而该申请或者请求可能影响到根据第 4 条正在寻求的救济，寻求此种救济所在公约当事方的主管机关可在其认为适当的情况下暂停作出决定，并可应一方当事人的请求下令另一方当事人适当具保。

[19] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 1 条第 1 款：……该协议在订立时由于以下原因而具有国际性：（a）和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地；或者（b）和解协议各方当事人设有营业地的国家不是：（i）和解协议所规定的相当一部分义务履行地所在国；或者（ii）与和解协议所涉事项关系最密切的国家。

[20] 《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》第 3 条：……调解有下列情形的为“国际”调解：（a）达成进行调解的约定时，各方当事人的营业地在不同国家；或者（b）当事人设有营业地的国家不是：（i）商业关系中相当一部分义务履行地所在国；或者（ii）与争议事项关系最密切的国家。

[21] 实质性连结因素（material connecting factors）认定标准，又称地理标准或者法律标准，是以主要地理位置为判断对象的一种认定标准，其地理位置包括仲裁地，当事人国籍、住所或居住地等与当事人或者仲裁过程相关的地理位置。

[22] 《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》第 3 条第 5 款：当事人可自行约定排除适用本法。

际性”的认定标准。

（二）对“商事性”的界定

关于和解协议的“商事性”，《公约》并未作出具体规定。由于各国对“商事”的规定存在差异，为了避免与各国强制性法律规范相冲突，国际上趋于将商事范围扩大化。《示范法》[23]中就对“商事”进行了广义解释，列举了诸多商业性质的关系，《公约》则用了“消费、家庭、继承和就业之外的法律关系”的反向穷尽式列举来定义“商事”[24]。这几类法律关系涉及到弱势者的利益保护问题，各国对弱势者的保护程度参差不齐，若不将其排除在外，适用《公约》时容易涉及一国国内的强制性法律规范，可能与一国的公共秩序发生冲突。因此，为保证商事调解的高效性和灵活性、减少适用过程中的阻力，《公约》便将其排除在“商事”范围之外。

我国并未对调解适用的商事事项进行具体界定，但相关法律[25]将涉及身份关系、婚姻关系、收养关系的案件排除在调解范围之外，与《公约》的适用范围有一定出入。为了与《公约》相衔接，我国可以通过司法解释对调解协议的“商事性”进行具体的规定。

（三）对“书面形式”的审查

由于《公约》未对调解主体和调解形式作出硬性规定，所以申请材料形式的规定也比较宽松和灵活，但要求提交的商事和解协议需要是以书面形式。由于和解协议的执行必然涉及执行国的公权力，提交执行的文本必须明确具体，给执行机关必要程度的确定性，因此《公约》将非书面形式的和解协议排除在适用范围之外[26]。相较而言，我国对于调解协议的审查[27]更为严苛，批准《公约》后，可以通过修订《民事诉讼法》或司法解释的方式对申请执行协议需提交的文件进行细化规定。

随着互联网技术的发展，调解的形式呈多样化趋势，网络在线调解为国际商事争端的解决节省了大量资金和时间成本。传统意义上的“书面”已不能完全满足当前国际贸易发展和商事纠纷解决的需求，故《公约》第 2 条第 2 款[28]对“书面”作了扩大解释，规定“电子通信”符合书面形式的要求，体现了《公约》对新型调解形式的支持，也有利于提

---

[23] 《联合国国际贸易委员会国际商事调解示范法》第 1 条的注释：对“商事”一词应作广义解释，……包括但不限于下述交易：供应或交换货物或服务的任何贸易交易；分销协议；……铁路或公路客货运载。

[24] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 1 条第 2 款：（a）为解决其中一方当事人（消费者）为个人家庭或者家居目的进行交易所产生的争议而订立的协议；（b）与家庭法、继承法或者就业法有关的协议。

[25] 《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第 4 条：……有下列情形之一的，人民法院不予受理：（一）不属于人民法院受理民事案件的范围或者不属于接受申请的人民法院管辖的；（二）确认身份关系的；（三）确认收养关系的；（四）确认婚姻关系的。

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 143 条：适用特别程序、督促程序、公示催告程序的案件，婚姻等身份关系确认案件以及其他根据案件性质不能进行调解的案件，不得调解。

[26] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 1 条第 1 款：本公约适用于调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议（“和解协议”）。

[27] 《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 356 条规定：当事人申请司法确认调解协议，应当向人民法院提交调解协议、调解组织主持调解的证明，以及与调解协议相关的财产权利证明等材料，并提供双方当事人的身份、住所、联系方式等基本信息。

[28] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 2 条第 2 款规定：和解协议的内容以任何形式记录下来即为“书面形式”。电子通信所含信息可调取以备日后查用的，该电子通信即满足了和解协议的书面形式要求。

高《公约》的适用度。由于我国已加入《联合国国际合同使用电子通信公约》，即也肯定“电子通信”形式的和解协议的法律效力，故不会与《公约》产生冲突。

（四）对独立调解程序的要求

《公约》要求商事和解协议需产生于独立的调解程序，将经法院批准或可作为判决执行的、可作为仲裁裁决的和解协议排除在外[29]。一方面是因为这种和解协议有直接执行的效力，若纳入国际法律规范调整范围，可能会导致重复救济或与其他执行程序造成冲突，也会与《承认和执行外国民商事判决公约》《纽约公约》发生适用范围上的重叠。另一方面，虽然诉调结合和仲调结合是出于提高争议解决效率的考量，但也容易引发对裁判者中立性的质疑[30]。因为调解并不限制调解员与当事人的私下接触，但一旦调解失败转入仲裁程序，仲裁员由于之前的接触获取的信息可能会影响仲裁的中立性。故公约第 1 条第 3 款将可判决或可仲裁的和解协议排除在适用范围之外。而独立发起的调解由于没有公权力的介入，其强制执行力需要法律来规范。

综上，可以将《公约》适用的和解协议归纳为“具有国际性、商事性的非经由法院调解程序且不可作为判决或仲裁裁决的，当事人为解决产生于消费、家庭、继承或就业相关法律关系之外的商事争议而书面达成的协议”，我国可以据此对申请执行的国际商事调解协议进行审查。另外根据《公约》第 8 条第 1 款 b 项的保留条款[31]，当事人可自行选择救济方式，若批准《公约》时对此项进行保留，可能会使我国对和解协议的司法审查产生“双轨制”的局面，即对适用《公约》的和解协议实行执行审查制度，对国内的非诉调解协议实行司法确认制度，这是调和目前国内外调解协议效力冲突的矛盾的权宜之计。

四、 我国商事调解协议执行困境及应对措施

当前我国商事调解协议的执行困境主要体现在执行程序的规范缺失。法律仅规定了调解书的强制执行力，对于诸如机构调解、人民调解等调解协议的效力问题并无明文规定，其获得执行力的前置程序也无统一规范。2009 年的《指导意见》[32]规定了要经过文书公证、支付令申请或司法确认，而 2016 年的《指导意见》[33]仅规定了通过支付令申请和司法确认来保障和解协议的强制执行，2019 年的《指导意见》[34]和《人民调解法》第 33 条更是只强

[29] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 1 条第 3 款：公约不适用于经由法院相关程序过程中订立的协议，或可作为判决或仲裁裁决执行的协议。

[30] 参见陈铭龙.《新加坡调解公约》视角下国际和解协议的执行[J].研究生法学,2019,34(04):36-48，第 41 页。

[31] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 8 条第 1 款 b 项规定：本公约适用，唯需和解协议当事人已同意适用本公约。

[32] 《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第 12 条：经……达成的具有给付内容的协议，当事人可以按照《中华人民共和国公证法》的规定申请公证机关依法赋予强制执行效力。

第 13 条：对于具有合同效力和给付内容的调解协议，债权人可以根据《中华人民共和国民事诉讼法》和相关司法解释的规定向有管辖权的基层人民法院申请支付令。

第 20 条：经……达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。

[33] 《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》第 32 条：以金钱或者有价证券给付为内容的和解协议、调解协议，……，向有管辖权的基层人民法院申请支付令的，人民法院应当依法发出支付令。债务人未在法定期限内提出书面异议且逾期不履行支付令的，人民法院可以强制执行。

[34] 《关于发挥商会调解优势推进民营经济领域纠纷多元化解机制建设的意见》第 8 条：经调解达成的调解

调了司法确认这一途径。一方面可以看出，我国对于调解协议的执行越来越强调法院的介入，这是因为当前调解协议的强制执行力缺少法律规范，法院的全程参与可以保证调解协议的司法公信力，从而提高调解这一争端解决手段对当事人的吸引力。但调解毕竟是为了追求高效便捷地解决争议，法院的全程参与会加大司法负担，背离调解这一制度设计的初衷。另一方面也会引发规则适用上的混乱，例如适用某一种规则达成的调解协议能否根据另一种规则获取强制执行力？这种规则适用的不确定性也是调解协议的强制执行力难以保障的重要原因。因此，我国必须要尽快建立协调统一的法律体系，并完善调解相关配套制度，在保障调解协议强制执行力的同时，降低法院的参与度。

（一）改变立法呈现碎片化的现状

当前我国关于调解尚未构建完整的立法体系，也未出台专门的商事调解法，调解的相关规则散见于《人民调解法》《民事诉讼法》《劳动争议调解》等法律法规中，其中主要关注人民调解的领域，且并没有明确区分商事调解。对于国际商事和解协议的执行问题，我国并没有专门的法律规范，现有法律体系中可以援引的，只有司法指导意见和调解机构制定的规则。其中，司法指导意见的相关规定都过于宽泛，难以实质有效地推动我国商事调解的发展。调解机构制定的规则主要是针对专门商事调解机构产生的和解协议，各调解机构的调解规则不同，就会出现“当事人基于自身利益对程序进行自由选择”这种类似于“法律规避”的后果。而且作为一种民事主体，调解机构并不能直接赋予和解协议强制执行的公权力，一般还是要转入仲裁程序或是借鉴 2009 年《指导意见》申请支付令或司法确认。而关于司法确认的审查要求又规定得十分抽象，法院实践时缺乏明确的指向性要求，难以完成调解协议的司法确认审查[35]。

国际条约在我国的适用，一般要通过相关法律条文明确规定优先适用或转化为国内法，由于《公约》内容比较宏观和崭新，直接适用可能会产生许多问题，且《公约》未规定和解协议的承认问题，突破了我国关于外国判决或仲裁裁决需要先承认再执行的程序规定[36]，所以我国应尽早出台一部统筹全局的《商事调解法》，规范适用范围、调解的含义和类型、审查标准和调解程序、调解协议的效力和执行力等问题，为国内外调解协议的执行提供制度依据。如果短期内难以实现，可以先完善调解协议执行的相关司法解释，也可以在《民事诉讼法》中对国际和解协议的执行力进行专门规定。为了与《公约》赋予的直接执行相衔接，除了《民事诉讼法》第 260 条规定的优先适用外，我国还应保障国际商事调解和国际民商事诉讼、国际商事仲裁在《民事诉讼法》中同样的法律地位，为和解协议的直接执行提供充分的国内法法律依据。

（二）完善调解配套制度设计

1.保证调解机构的独立性

协议，具有法律约束力，……当事人申请司法确认的，人民法院应当及时审查，依法确认调解协议的效力。

[35] 参见程华儿.涉外法治发展视域下我国法院对《新加坡调解公约》执行机制革新的因应[J].法律适用,2020(24):46-54，第 53 页。

[36] 参见连俊雅.经调解产生的国际商事和解协议的执行困境与突破——兼论《新加坡调解公约》与中国法律体系的衔接[J].国际商务研究,2021,42(01):50-62，第 59 页。

当前我国的商事调解机构呈现出“多而不专”的现象，除了有民办的商事调解组织、仲裁机构内设的调解中心，还有国际商会设立的专门的国际商事调解组织。这些调解组织由于缺少立法规范，组织架构、机制运行、规则设计等都不完善，各调解机构调解制度也无法统一。受案范围狭窄、业务能力不成熟、开放性程度不高等问题，都影响着我国商事调解组织的公信力和竞争力。《公约》要求和解协议产生于独立的调解程序，而目前我国大多调解都是与诉讼或仲裁相结合，这是由调解需求旺盛与调解制度缺乏法律规范的矛盾决定的，但这种情况下产生的调解协议往往在性质认定上容易产生混乱，也会引发前文所述的裁判者“中立性”的质疑。因此，应逐步推动调解与诉讼、仲裁的分立，推动调解机构的专业化。当然，保障调解机构独立性的重要前提，是要有立法为其赋权，充分保障调解机构的公信力和证明力。

2.提高调解员的专业性

调解的成功率一定程度上与调解员的职业素质密切相关，要注重调解员职业能力的培养，提高调解员争议解决的能力。无论是人民调解员、主持诉调程序的法官还是主持仲调程序的仲裁员，其任职资格、专业能力和实践经验等都与国际商事调解员的职业素质要求相距甚远。国际商事调解工作涉及当事人双方的重大利益，调解员除了必须具备专业的业务能力和优秀的职业素养外，还需要精通国际商事规则，掌握良好的外语能力、跨文化交流能力和卓越的调解技巧。不同国家的谈判作风千差万别，只有深谙针对性的谈判技巧，才能取得令双方都满意的谈判结果[37]。因此在选任调解员时，就要重点关注其专业知识的掌握程度、国际商事经验的丰富程度和语言能力的熟练程度。新加坡和香港在培养调解员方面比较成熟，可以借鉴新加坡的经验，赋予调解机构评估调解员知识和技能的管理权限；也可以效仿香港，从重视调解员的认证和培训、提升调解公众知晓度、建立监管制度几方面完善调解员统一资质认证制度[38]，打造专业化、职业化的调解队伍，为调解的质量提供制度上的保障。

3．扭转调解事项“民商不分”的局面

我国长期坚持“民商合一”，在立法上仅规定了人民调解委员会产生的调解协议的效力。人民调解委员会主要调解的是民事争议，行政化和大众化的色彩较浓郁，对当事人在调解中的自主性不够尊重[39]。《公约》的适用范围强调和解协议的“商事性”，而商事争议是在市场交易中产生的，相较而言更加复杂化、专业化、职业化，且民事主体和商事主体的价值追求不同，民事主体更多关注“公平”，而商事主体更追求“效率”，并不能根据《人民调解法》直接加以规制。且为适应复杂的商事争议调解需求而产生的专业调解机构却无法在立法上获得独立地位，显然与当前调解发展现状和商事争端解决需求不匹配。因此，为

[37] 参见唐琼琼.《新加坡调解公约》背景下我国商事调解制度的完善[J].上海大学学报(社会科学版),2019,36(04):116-129，第 122 页。

[38] See Department of Justice. The Government of the Hong Kong Special Administrative Region，Report of the Working Group on Mediation［EB/OL］(2010-02-08).

[39] 参见邓春梅.中国调解的未来:困境、机遇与发展方向[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2018,42(06):69-72，第 71-72 页。

适用《公约》，今后应将商事调解从民商事调解中分离出来，并赋予商事调解机构独立的法律地位。推动建立商事调解机构市场化机制的同时，引入市场监管和竞争机制，确保商事调解行业健康有序发展。

4．重视调解协议执行程序的保密性

国际商业贸易往来中很重要的一点就是交易信息的保密性，这与调解高度保密性这一主要优势不谋而合。2009 年《指导意见》[40]规定了调解员不得披露调解过程的情况，也不得作为证人在相关案件的诉讼中作证，还规定了当事人不得在诉讼中披露调解时不利于另一方当事人的证据。这是对调解信息和调解程序保密性的保障，但这仅适用于法院调解过程，对于执行过程中的保密性并未提及。保密性是当事人选择争端解决方式时重要的考虑因素，我国有必要对执行时的保密性规则进行完善，应在立法中对调解的保密性加以最大限度的保护，才能充分发挥调解的制度优势，有利于《公约》的实施推进[41]。

五、结语

《公约》从开放签署以来，一直饱受关注，被视为继《选择法院协议公约》和《纽约公约》之后推动国际民商事争端解决的重要文件，为国际商事调解注入了新的活力，也为各国在诉讼和仲裁之外找寻更多 ADR 机制提供了一个有力选择。我国第一时间签署《公约》，可见其对我国构建多元化争端解决机制的重要意义。我国目前并未构建多元调解体系，立法也并未赋予调解协议直接执行力，调解协议的跨国执行只能依靠三种依附型执行机制——视为“涉外民商事合同”按照国际私法规则申请执行、仲调结合转化为仲裁裁决依据《纽约公约》获得执行、诉调结合根据司法互助条约得到执行。而《公约》赋予了国际商事和解协议直接执行力，并将是否属于“拒绝救济的事由”的审查权赋予执行国。我国应明确《公约》的适用范围，以应对《公约》批准后可能会出现的“双轨制”局面。当前我国商事调解协议的执行困境主要体现在执行程序的规范缺失，为了更好地与《公约》衔接，一方面立法上要尽快出台《商事调解法》，调整现有法律并完善相关司法解释；另一方面，要从保证调解机构的独立性、提高调解员的专业性、扭转调解事项“民商不分”的局面、重视调解协议执行程序的保密性几方面完善调解配套制度设计，为《公约》框架下和解协议的执行提供制度上的依据和保障。我国可以以《公约》的适用为契机，向世界各国昭示我国法治建设和规则完善的能力，争取日后在国际规则的制定上取得更多的话语权。

[40] 《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第 19 条：调解过程不公开，但双方当事人要求或者同意公开调解的除外。从事调解的机关、组织、调解员，以及负责调解事务管理的法院工作人员，不得披露调解过程的有关情况，不得在就相关案件进行的诉讼中作证，当事人不得在审判程序中将调解过程中制作的笔录、当事人为达成调解协议而作出的让步或者承诺、调解员或者当事人发表的任何意见或者建议等作为证据提出，但下列情形除外：……。

[41] 参见唐琼琼.《新加坡调解公约》背景下我国商事调解制度的完善[J].上海大学学报(社会科学版),2019,36(04):116-129，第 120 页。转引自 Buhler, Michael W. Out of Africa: The 2018 OHADA Arbitration and Mediation Law Reform[J]. Journal of International Arbitration, Vol. 35, Issue 5 (October 2018), pp. 517-540.

试论国际投资争端解决机制对“一带一路”基础设施建设相关争议的管辖权

陈子强 中广核工程有限公司

摘要：2013 年，国家主席习近平分别提出建设新“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的战略构想,简称为“一带一路”，我国企业也由此加快了“走出去”步伐。基础设施建设作为“一带一路”建设的先导和重点，具有规模大、金额高等特点。2018 年我国对外承包工程业务完成营业额 1690.4 亿美元[1]，同比增长 0.3%。因基础设施建设涉及行业、法律部门、法域繁多，相关风险与争端也纷繁复杂，有必要对相关争端解决方式进行深入梳理。

国际经济法律争端按参与主体主要可以分为三类：第一，国家与国家之间的争端；第二，不同国家国民之间的在争端；第三，东道国与他国国民之间的争端。从争端产生原因来看，投资与贸易的区别在于投资回报周期长，因而面临特殊的风险，即东道国政府对外国投资者的财产权利或其他权利的干预甚至完全剥夺。在此点上，基础设施建设与投资颇为相似。此类情况下，东道国与外国投资者之间争端最难点在于双方之间政治地位的极度失衡，导致其法律地位的巨大不平等，此时东道国国内争端解决方式往往难以不偏不倚地解决双方的纠纷，故而国际社会迫切需要一个国际性的组织通过一套特殊的程序来解决此类争端。《关于解决国家和其他国家国民投资争端公约》（《华盛顿公约》）[2]正是在这样的背景中应运而生的，公约主要规范缔约国与其他缔约国国民（包括企业法人）之间关于投资争端的解决机制，成为国际投资条约机制的核心。而在贸易领域，虽然有世界贸易组织（WTO）为代表的完备国际法及相应组织，但相关争议解决机制主要为国家与国家之间，尚未涉及国家行为所致企业和个人的损失的赔偿问题[3]。

根据《华盛顿公约》第 25 条第 1 款的规定，解决投资争端国际中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes，简称 ICSID）的管辖权适用于缔约国（或缔约国向中心指定的该缔约国的任何组成部分或机构）和另一缔约国的国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给的任何法律争端[4]。所以，一项争议要提交 ICSID 仲裁管辖，除了争端双方主体适格且书面同意提交 ICSID 管辖，还必须是直接因投资引起的争端[5]。那么，缔约国国民在其他缔约国进行的基础设施建设属于贸易还是投资就成了决定 ICSID 管辖权的至关重要的先决性问题。《华盛顿公约》没有在文本对“投资”进行定义，使得这一问题无以直接依据《公约》简单判断。实务中的基础设施建设项目通常需要通过设立分、子公司，项目部等“商业存在”来执行，这似又可归入世贸组织《服务贸易总协定》（GATS）规定的“以商业存在方式提供服务”[6]。此类世界贸易组织规则与国际投资法律

[1]参见商务部《投资国别指引 2019》
[2]后文简称《华盛顿公约》或《公约》
[3]当然也不排除贸易经营者在进出口国国内提起行政诉讼之类争议解决程序
[4][美]加里.B.博恩：《国际仲裁法律与实践》，白麟等译，商务印书馆 2015 年 10 月版，第 555 页
[5]陈榛、杨卫东、周章贵：《能源投资典型案例评析》，法律出版社 2015 年 11 月版，第 191 页
[6]WTO 规则中的《服务贸易总协定》规定了以商业存在方式提供服务应遵守的包括投资者的市场准入、国

如何协调？而随着实践发展，中国企业参与的众多“一带一路”基础设施建设项目，如采用 BOT/PPP 等现代工程建设模式，应被界定为(建筑/金融)服务贸易还是投资？工程建设中最新出现的 3D 打印、装配式建造（BIM）应被视为制造业的投资还是服务贸易？这些情况下如何在贸易与投资的二元之间选择适用法律和争端解决方式？[7]

“法律的生命在于经验，而非逻辑”。应当说，《华盛顿公约》第 25 条有关管辖权的规定为仲裁庭作出管辖权裁定提供了主体、客体、主观三方面的指导要素，实践中 ICSID 仲裁庭则通过裁决不断丰富和发展了《公约》第 25 条的管辖权规定。以“北京城建诉也门案”[8]等为代表的涉中国企业案件为以上问题的解决作了很好的尝试，本文即以问题为导向，对相关案例进行分析，以期对实际工作有所助益。

关键词：ICSID 投资 BIT EPC 合同

一、 何谓“投资”？---谈 ICSID 对投资争议的客体的界定

如前所述，解决投资争端国际中心（ICSID）系根据 1966 年 10 月正式生效的《关于解决国家和其他国家国民投资争端公约》成立的国际组织，旨在扫清由非商业风险以及缺乏专业化的国际投资争端解决方式而引起的国际私人投资自由流动障碍，其办公地点设在美国首都华盛顿的世界银行内。中国政府于 1990 年 2 月 9 日签署了该公约，并于 1993 年 1 月 7 日完成批准，该公约于 1993 年 2 月 6 日对中国生效。截至 2014 年 2 月 26 日，公约的成员国达到 150 个。《华盛顿公约》构建了国际投资仲裁的基本框架，但由于各国经济发展水平不一，法律制度和文化不同，对何谓“投资”有不同理解，公约并未予以明确界定，而交由东道国国内法、国际条约约定，并赋予仲裁庭较大的自由裁量权[9]。事实上，双边投资保护协定中关于“投资”的定义已经构成了 ICSID 仲裁认定“投资”的最重要依据[10]。“北京城建诉也门案”为中国企业在“一带一路”基础设施建设中“投资”认定这一法律问题提供了一个典型案例，在此试分析之。

也门民航气象局（Yemen Civil Aviation and Meteorology Authority，CAMA）公开招标萨那国际机场新航站楼工程建设项目，北京城建集团最终以 114657262 美元的价格中标该项目，并于 2006 年 2 月 28 日与也门民航气象局签订建设合同。北京城建集团声称，2009 年 7 月也门政府安全部门和政府雇用的当地武装力量袭击并扣押了北京城建集团的雇员，同时阻止北京城建施工人员进入项目地点，北京城建无法按时推进工程建设。经历几周的

民待遇等问题，通常被视为一种关于直接投资的规则。参见申林平：《中国<境外直接投资法>立法建议稿及理由》，法律出版社 2015 年 5 月版，第 51 页

[7]国际投资法已经在国际法中成功地发展成为独特的领域，集中体现在贸易法和投资法有关争端解决的不同方式，如救济手段、程序透明度、上诉和审查等。而实体上国际投资法与国际贸易法除了以上“交叉”之处，在最惠国待遇、国民待遇、公平公正待遇、规制措施等概念的适用上既有相似性又有差异。参见张正怡：《能源类国际投资争端法律问题研究》，法律出版社 2014 年 6 月版，第 28-33 页

[8]ICSID Case No. ARB/14/30

[9]前引[9]陈榛、杨卫东、周章贵书，第 202 页

[10]陈文：《一带一路下中国企业走出去的法律保障》，法律出版社 2015 年 12 月版，第 255 页

骚扰和恐吓后，也门民航气象局以北京城建未能返回项目地完成合同为由主张北京城建违约，终止合同。在经历了几番交涉无果之后，北京城建集团于 2014 年 11 月 4 日向 ICSID 提交了仲裁申请[11]。

在北京城建提起仲裁后，也门政府在自己的答辩中首先提起的是管辖权异议，从投资的认定、投资者的身份、索赔定性、最惠国待遇等问题作为切入点，以此证明仲裁庭对本争议无管辖权。也门政府认为北京城建只是提供履约担保的建筑承包方，而依 Joy Mining 案[12]的认定这不属于中心规定的适格投资的范畴。除此之外也门政府声称，依据双方投资条约（后文所有双边投资条约均简称 BIT）的规定，完成相关注册程序的投资才能获得 BIT 保护，而北京城建集团并没有完成也门法律规定的注册程序[13]。

中国-也门 BIT（1998）第一条规定，“投资”系指缔约一方投资者在缔约另一方的领土内依照该缔约另一方的法律和法规直接或间接投入的所有资产和所有股金，特别是，但不限于：（一）动产、不动产及所有其他财产权利，如抵押权和质权、实物担保、用益权和类似权利；（二）股份、股票和企业中其他所有形式的参股；（三）债权和其他任何具有经济价值的行为请求权；（四）著作权、商标、专利权、商名和其他所有工业产权、专有技术和工艺流程；（五）依法授予的公共权益的特许权，包括勘探和开发自然资源的特许权。有关已投资或已再投资的资产和资本的任何法律形式上的变更均不影响其本协议意义上的“投资”的性质[14]。本条对于“投资”的定义采取的是以资产为基础的宽泛式定义，且“不限于”用语表明其为开放式定义，即 BIT 对投资的要求并不限于上述 5 种形式。本案中，北京城建在也门的工程范围包括土地建设、机电设备的供货和安装等，这种向东道国境内运入大量图纸、机器设备、材料或依据东道国的法律或合同取得 BOT[15]等特许权的工程，似可归入该 BIT 中所列举的（一）财产权利、（三）债权、（五）特许权的“投资”形式。根据国际投资仲裁中广为人知的 Salini 测试标准[16]，该合同满足 ICSID 关于投资的要求。针对注册程序，北京城建反驳称，也门相关法律并没有注册程序的要求[17]。

ICSID 仲裁庭选择了被广泛接受的 Salini v. Moroco 案中的认定标准来判断《华盛顿公约》关于投资的管辖范围。该 Salini v. Moroco 案涉及高速公路建设合同，与本案颇为类似，该案仲裁庭提出的投资四要件具有较大影响，即：（1）须有资本或其他资源的投入；（2）

[11]转引自田辉：《北京城建集团诉也门政府案管辖权裁定评述》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2018 年第二期

[12]Joy Mining v.Egypt，Joy Mining 是一家英国矿山机械制造公司，它于 1998 年 4 月 26 日与埃及工业与矿山总局签署了一份供货合同。后 Joy Mining 认为埃及政府拒绝支付质量保证金的行为违反了 1976 年英国-埃及 BIT，构成了征收。本案焦点就在于质量保证金能否构成投资。在该案中，仲裁庭断定，这种担保不是“投资”，只是国际供货合同的附随合同，形成单纯的或有债务，具有销售合同的一般特征。参见单文华、娜拉-伽拉赫：《中外投资条约研究》，法律出版社 2015 年 12 月版，第 60 页；梁咏：《中国投资者海外投资法律保障与风险防范》，法律出版社 2010 年 6 月版，第 182 页

[13] 同前引 [1]1

[14]参见中国-也门 BIT

[15] 建设、运营及移交（Build, Oprate and Transfer）工程模式的简称

[16]由 Salini v. Moroco 案产生的，在该案裁决中列明的“投资判断标准”已成为广受认可的国际投资判断标准，下文有详细描述。

[17]ICSID Case No. ARB/14/30

须持续一段时间（通常两年以上）；（3）须承担风险；以及（4）对东道国发展有意义[18]。就本案而言，对于也门机场的建筑工程项目，北京城建投入大量的资金、设备、技术和人员，从 2006 年中标起已有八年，在项目实施过程中面临各种商业风险和政治性风险等，而且毋庸置疑的是，萨那国际机场的工程项目对也门的经济社会发展具有积极意义。按照上述四点进行审查，仲裁庭得出结论认为北京城建在也门的机场基建项目是适格的投资。仲裁庭进一步明确，根据中国-也门 BIT 条约，进行投资注册并不是适格投资者和受保护投资的明确要求，在《也门投资法》下进行投资注册，是享受《也门投资法》下相关特权和保护的前提，而不是享受中国-也门 BIT 保护的前提。正如 Desert Line v. Yemen 案仲裁庭所言，《也门投资法》并不规制所有类型的外国投资，而是仅仅规制那些享受特别优惠的投资[19]。

值得注意的是，虽然本个案中的基础设施建设被认定为适格投资，但我国“一带一路”众多基础设施建设项目是否属于 ICSID 管辖的投资，应根据相关具体双边/多边投资条约、合同、东道国国内立法及其解释来判断，本案中的认定不一定具备普遍适用性。基础设施建设中的 EPC 合同在“一带一路”大型项目中很可能被分解为 E（Engineering）、P(Procurement)、C(Construction)不同板块的相加，单纯的如设计（E）、调试（Start-up）、工程管理合同（PMC）被认定为投资具有争议性。总之，我们应充分遵守好、利用好我国与东道国签订的 BIT 中规定的“投资”的概念，同时关注 ICSID 在不同案件中适用扩张解释或限制解释的情况，参考 ICSID 在解释该概念的实践。

实践中还可以进一步思考的是，如果基础设施工程项目建设被归为投资，能否同时适用 WTO《与贸易有关投资措施协议》，排除东道国“当地成分”要求？这显然对于“一带一路”基础设施建设中获取“市场份额”有着重大意义。

二、“适格投资者”的认定---实践中的国有企业投资者问题

ICSID 对投资争端的管辖权，除了属于“适格的投资”外，还包括“适格投资者”、“适格东道国”等。

本案例中，也门政府认为北京城建集团不符合 ICSID 公约第 25 条第 1 款所规定的“另一缔约国国民”的身份，声称北京城建集团是国有实体，是政府的代理，拥有一定的政府管理职能，因而该案是北京城建所代表的中国政府与也门政府之间的争端，而仲裁庭对这种国家与国家之间的争端没有管辖权。北京城建认为其满足适格主体的要求，反驳称国有实体是否以普通商业实体从事投资行为，应适用 Broches 标准[20]，在这方面北京城建满足该标准。北京城建在进行相关工程时，只是在普通商业行为下参与这个项目，以商事能力行事，而不以中国政府代理人的地位履行合同或行使任何政府职能，也没有接受中国政府的指挥或控制。北京城建集团构成 ICSID 公约第 25（1）条项下的“另一缔约方的国民”，有

[18]ICSID Case No. ARB/00/04

[19]“北京城建诉也门案”管辖权裁定书第 122~138 段，转引自刘晓春、张守文：《中国国际仲裁评论》，法律出版社 2019 年 1 月版，第 164 页

[20]该标准最早由 ICSID 公约奠基人 AronBroches 于 1972 年提出

权对也门政府提起仲裁。

仲裁庭通过三步走方式处理属人管辖权异议：第一，明确 ICSID 公约第 25 条不处理国家间争议；第二，明确投资者公私身份的认定参照 Broches 标准，其核心是分析投资在特定情境中的商事功能；第三，逐项分析北京城建在工程建设中是否是中国政府的代理人、是否行使政府职能。即认可了也门政府提出的仲裁庭对国家之间争端不具有管辖权的意见，但依双方都认可的 Broches 标准和《关于国家对国际不法行为的责任条款草案》第 4 条至第 8 条中可归因于国家的行为的规定，认为“行为的性质”相比起“行为的目的”在认定国有实体是否适格时更应重点考察，在投资过程中的商业功能的分析是判断国有实体是否是适格投资者的重点。针对也门政府提出的北京城建集团国有实体身份的表现，仲裁庭认为国有实体适格与否的关键是其在特定情境下是否以国家代理人的身份行事，北京城建在该案中以普通商业承包方的身份参与项目，不是国家的代理。也门政府的举证并不足以证明，北京城建在机场航站楼建设中以任何意义上的中国政府代理人的身份行事。最后，仲裁庭驳回了也门的主张，认为北京城建作为国有企业是适格的投资者，仲裁庭具有属人管辖权[21]。

从以上案件可以看出，中国国有企业的性质本身并不妨碍其在投资仲裁中作为适格投资者针对东道国违反投资保护义务的行为寻求救济，关键是国有企业的海外投资行为属于其商业决策，而不是由中国政府指示决定。无独有偶，在 ICSID 仲裁的 CSOB v. Slovak 一案中，斯洛伐克政府主张申请人是捷克政府的国家机构而非商业银行，因此应认定该争议 ICSID 无管辖权。然而，仲裁庭认为《华盛顿公约》中的“国民”不仅包括私人公司，也包括了部分或全部由政府控股的公司，应根据交易目的而非公司性质进行判定，因此肯定了进行商业活动的国有企业属于 ICSID 管辖的法人投资者。这些案例为国有企业通过投资仲裁维护自身权利增加了信心

总之，在我国“一带一路”建设、投资时，国有企业的大多行为均是处于商业利益的规划，并非由中国政府直接经营，这有利于今后出现争端时以适格当事人的身份提交 ICSID 仲裁。但同时，我们应进一步对国有企业的管理模式、组织机构等进一步规范与改革，包括探索市场化的融资模式，提高项目在执行上的可预见性，使国有企业在海外投资时能真正以独立的身份进行法律活动，从而更好地维护国有企业的经济利益。在现代社会国有企业是常见现象，反过来也应留意在东道国的合作方为国企的情况，注意区分其行为是否独立，确定其主体地位，就非商业风险及潜在争端作出更加慎重合理的方案安排。在出现争议后，快速根据其属于与合作公司之间的争议还是与东道国之间的争议来作出适当的争端解决方式与路径选择。

三、投资仲裁的管辖内容

ICSID 行使管辖权的前提条件除了如上“适格投资”、“适格投资者”的认定，还包

[21]参见“北京城建诉也门案”管辖权裁定书，ICSID Case No. ARB/14/30

括当事方的书面同意，该书面同意主要分三类：一是东道国和投资者之间的合同条款或单独的仲裁协议；二是东道国国内法（有些国家甚至在宪法中规定）；三是有关的国际投资条约，如双边投资条约、多边条约（能源宪章条约、北美自由贸易区协定等）[22]。其中双边投资条约是最常见的管辖权依据。

2016 年 10 月 14 日，也门政府提交《管辖权备忘录》，基于中也 BIT 项下第 10 条第 3 款相关规定，即“为此目的，缔约任何一方对有关征收补偿款额的争议提交该仲裁程序均给予不可撤消的同意。其它争议提交该程序应征得当事双方同意”[23]，主张在中也 BIT 项下，其只同意将与征收赔偿款数额相关的争议提交 ICSID 仲裁，ICSID 对也门政府所采取的措施是否构成征收这一事项，并不享有管辖权。

仅从字面分析，征收与征收补偿款额并不是同一争议，能够提起 ICSID 仲裁的争议有两类：（1）有关征收补偿款额的争议；（2）当事双方同意的其他争议。这也是东道国进行管辖权异议的主要依据。本案中，若也门政府的行为或措施非属征收，那么双方的争议就属于需要另行同意的其他争议；若也门政府的行为或措施属于征收，那么该争议是否等同于“对有关征收补偿款额的争议”还需要结合仲裁庭的先例作进一步分析。

在仲裁实践中，仲裁庭更倾向于将“对有关征收补偿款额的争议”作扩大性解释。在谢业深诉秘鲁案[24]中，仲裁庭引用《维也纳条约法公约》第 31 条从征收条款的字面含义以及条约目的来解释这一条款，认为中国秘鲁 BIT 第 8 条中的“补偿”一词的确限定了仲裁范围，但是“涉及”（involving）—词却扩大了仲裁范围，其含义与其他仲裁条款中的“有关”（concerning）、“相关”（relating）相近。从文义解释的角度看，“有关”一词包含与客体相关的方方面面，既包括定性也包括定量；BIT 中规定的“有关征收补偿款额”不仅包括补偿数额的确定，还包括与征收有关的其他事项[25]。“北京城建诉也门案”仲裁庭在 2017 年 5 月 31 日签发管辖权裁定，裁定仲裁庭的仲裁权不限于“征收金额部分”[26]。

难以回避的是，中国和也门的 BIT 是 1998 年签订的老式投资协定，其中的同意条款具有较大的局限性。该 BIT 第十条第二款中有关投资的争议解决内容规定投资者可以选择将争议提交至 ICSID 仲裁，但其用语“为此目的，缔约任何一方对有关征收补偿款额的争议提交该仲裁程序均给予不可撤消的同意。其它争议提交该程序应征得当事双方同意”在实践中部分导致争议。大致在 2000 年之后，中外 BIT 开始允许投资者将“因投资产生的任何争议”提交国际仲裁[27]。可仲裁的范围问题有时具有致命影响，从目前可获得的信息来看，平安公司之所以在其与比利时政府的仲裁程序中败诉，正是因为 1984 年中比 BIT 只允许将“与征收补偿额有关的争议”提交仲裁，而 2009 年生效的中比 2005 年 BIT 又不适用于平

[22]前引 [5]陈榛、杨卫东、周章贵书，第 203 页
[23]中国-也门 BIT，签约文本是中文与阿拉伯文
[24]ICSID Case No. ARB/07/6
[25]单文华、娜拉-伽拉赫：《中外投资条约研究》，法律出版社 2015 年 12 月版，第 319 页
[26]陈希佳、敖青：《国际投资仲裁中的管辖权问题---聚集依中国签订的双边投资协定提起的投资仲裁案》，转引自《中国国际仲裁评论》，法律出版社 2019 年 1 月版，第 167 页
[27]袁海勇：《中国海外投资政治风险的国际法应对-以中外 BIT 及国际投资争端案例为研究视角》，上海人民出版社 2018 年 4 月版，第 177 页

安公司在 2009 年以前对富通集团的投资[28]。

四、建议

中国是对外承包工程大国，如何有效保护海外工程项目特别是“一带一路”基础设施建设项目的合法权益，是值得研究的重要课题。作为第一起中国承包商因海外承包项目而提起的投资仲裁案，“北京城建诉也门案”将对整个海外承包工程行业将产生巨大影响。考虑到中国正在大力推动“一带一路”战略及加快发展海外基础设施投资，“一带一路”战略全球影响力不断扩大，中国企业海外承包工程与投资力度将日益增强，如何通过 ICSID 仲裁机制为企业更好地解决纠纷提供法律上的保驾护航，是每一个法律人都应持续思考的问题。北京城建诉也门政府，证明通过国际投资仲裁解决“一带一路”基础设施建设相关争议具有可行性。目前，中国企业的很多基础设施建设项目构成 BIT 和《华盛顿公约》所保护的投资，东道国的一些不当行为也可能违反 BIT 中的公平公正待遇条款、征收条款、保护伞条款以及治安保护条款等。在符合投资者定义和仲裁范围限制等其他要求的情况下，“一带一路”基础设施建设相关企业可以通过国际仲裁解决与东道国政府之间的争议。

首先，未雨绸缪，充分把握条约中的投资及投资者定义。由于 ICSID 公约并没有明确“投资”的定义，这就留给投资者与东道国较大的争论空间，实务也中存在扩张解释和限制解释两种解释方法。加之 ICSID 之外，国际商会（ICC）、常设仲裁法院（PCT）等机构也处理部分投资者与东道国之间争端案件，导致类似个案的结论也可能截然不同。但整体上还是应以 ICSID 公约和 BIT 中的条款规定为依据，结合 ICSID 案例中的解释思路。对于中国“一带一路”基础设施建设的保护而言，最重要的是中国对外商签的投资保护协定，其对于“投资”、“投资者”的界定将成为日后双方发生争议时确定 ICSID 是否具有管辖权的基础。截至 2008 年 7 月，中国对外签署了 128 个双边投资保护协定[29]。就此而言，中国企业的境外投资享有比较周到的保护。但也还有几十个国家尚未与中国缔结 BIT，其中包括美国、巴西等重要的投资目的国。有些国家与中国签订了 BIT 但迄今未履行批准程序导致协定尚未生效，例如乍得。还有如安哥拉《私人投资法》就规定，投资争端可以通过仲裁方式进行，但仲裁必须在安哥拉进行，且须适用安哥拉法律，也就是排除了当事人对仲裁地点和适用法律的选择权。如果对此没有了解，可能会使仲裁协议无效[30]。中国企业在海外投资或承包工程时，需要对目的国所加入的相应国际条约、多边/双边/区域/自贸协定，对国际法的态度，所转化的相关国内法进行深入细致了解，查询东道国是否与中国签有 BIT 以及该国是否加入了《华盛顿公约》，研读有关国家的 BIT 条款，评估中国与东道国之间 BIT 的有效性以及 BIT 的保护水平，就非商业风险及潜在争议作出更加慎重合理的方

[28]姚军：《中国企业跨境并购与投资仲裁》，转引自《中国国际仲裁评论》，法律出版社 2019 年 1 月版，第 33 页

[29]前引 [27] 单文华、娜拉-伽拉赫书，第 450 页

[30]袁海勇《中国海外投资政治风险的国际法应对-以中外 BIT 及国际投资争端案例为研究视角》上海人民出版社 2018 年 4 月版第 194 页

案安排。如果不存在有效 BIT 或保护水平较低，则应考虑通过投资者国籍筹划和投资路径规划以享受更高水平协定的保护。

其次，抓住焦点，准确援引条约依据主张相应申诉。当出现争议时，投资者应当结合企业实际情况评估当地救济和国际仲裁的优劣，及时主张权利，避免因为时效或对程序规则的违反而丧失实体权利。法律手段的好处是可以实现争端的“去政治化”，而且结果具有强制执行力。及时启动法律程序，这既可作为威慑以推动协商或调解取得成果，也可作为争端的最终解决手段。一般而言，在东道国法院起诉的优点在于判决容易得到执行，缺点则是某些国家的司法制度落后或者存在保护主义倾向。如果针对东道国提起国际仲裁，其结果和程序可能更加公正，但投资仲裁的专业性强、时间长、费用高，且有“岔路口”条款等限制。实践中，不少申诉方的问题在于没有完全将合同申诉和条约申诉区分开来。条约申诉与合同申诉的区分经常成为 ICSID 案件中的争议焦点，前者意味着东道国已经违反了保护投资的国际义务，从而应当以国家的名义承担相应责任。对大多数东道国而言，我国企业作为海外投资者已经有了据以申诉的条约基础，如何准确援引条约中的东道国义务，根据条约主张申诉是海外投资者在启动国际投资仲裁之前必须做好的“功课”。将合同义务适当转化为条约义务并充分予以证明，将有效帮助海外投资者在 ICSID 仲裁中取得主动权和胜诉率[31]。在此过程中，投资者应当聘请高水平的律师团队和专家证人，并应具有“一战到底”的决心和意志。

最后，在我国由东道国变为东道国与投资者母国混合型的过程中，国家层面也须更新 BIT，对投资、投资者、争端解决范围等做出符合国情的约定。中国早期缔结的几十个 BIT 的保护水平相对较低，例如保护标准不明确、可仲裁事项的范围过窄等。中国政府应着手对上世纪八九十年代缔结的几十个 BIT 进行升级换代（或者利用商签自由贸易协定的机会制定新的投资规则，再或者推动制定新的区域或多边投资协定），调整投资的定义（例如明确将基础设施建设合同规定为投资），细化投资保护的实体标准，扩大可仲裁的事项范围，为中国海外投资提供更高水平的条约保护。同时，在实际业务活动中，做到公私分明，商业行为单纯。在开展绿地投资或者收购的过程中，应当杜绝腐败等非法行为，避免因此丧失国际法的保护。对于存在较高政治风险的重大投资项目，投资者应认真评估向多边投资担保机构（MIGA）或其他政治风险保险机构如中国出口信用保险公司投保的必要性，将保险费成本纳入投资的成本效益分析。鉴于多边投资担保机构的政府间国际组织地位，东道国对于向其投保的项目可能会给予更多尊重。在发生征收或政府违约时，投资者可以向保险机构申请赔偿，而后由保险机构向东道国政府代位求偿。这样互相配合，形成合力，才能共同维护“一带一路”基础设施建设中的正当合法权益。

[31]张正怡《能源类国际投资争端法律问题研究》，法律出版社 2014 年 6 月第一版第 229 页

法庭之友何以影响投资仲裁庭决策？——基于 ICSID 法庭之友实践的实证研究

单菊铭[1]

内容摘要：作为市民社会代表的“法庭之友”参与国际投资争端解决程序，符合“全球治理”之要义。研究法庭之友意见书如何影响仲裁庭决策的价值在于，帮助我们理解利益集团如何使用话语塑造公共政策。本文在对法庭之友介入案件的社会结构、裁判规则进行实证分析的基础上，对 ICSID 法庭之友如何影响仲裁庭决策的机理进行分析。法庭之友及仲裁庭决策又对投资仲裁当事方产生影响。在世界百年未有之大变局之际，法庭之友制度的运用是我国参与“全球治理”的重要实践，一方面有利于维护我国作为东道国的公共利益，另一方面，对于我国海外投资者而言，对法庭之友制度进行实证研究，有利于海外投资者积极应对法庭之友制度带来的弊端。

关键词：ICSID 法庭之友 仲裁庭决策 纯粹法社会学 37(2)

一、 问题的提出

法庭之友制度是对现存的国家主权至上制度与不断发展的全球意识之间鸿沟的适当修补，是条约法律冲突解决方式的初探，对国际法的发展起到一定的润滑作用。[2]随着晚近国际投资争端性质转变为“管理性争端”，现有的“商事仲裁”理论和“国内公法”理论则存在不同程序的缺失，需要引入一种视野更为宽广的“全球治理”理论。[3]作为市民社会代表的“法庭之友”参与国际投资争端解决程序，符合“全球治理”之要义。引入纯粹代表东道国社会公共利益的第三方以监督和督促投资仲裁程序，对消解国际投资争端解决机制的“正当性危机”，改善国际投资法治环境有重要作用。在世界百年未有之大变局之际，法庭之友制度的运用是我国参与“全球治理”的重要实践，有利于实现国际法与我国国内法的良好互动，维护我国国家主权、安全、发展利益。

(一) 研究场域与数据样本

本文选取 “ICSID”作为研究法庭之友的场域，主要基于两个原因：第一，ICSID 是首要的且唯一的以解决国际投资争端为主要任务的国际机构，它处理过绝大多数已知的国际投资争端案件。[4]截至 2020 财年，《ICSID 公约》签署国已达 163 个，且还在不断扩大。[5]

*厦门大学 2020 级博士研究生，国际经济法方向，主要从事国际投资法、国际投资争端解决研究。

[1] 张庆麟：《国际投资仲裁的第三方参与问题探究》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2014 年第 11 期，第 79 页。

[2] 徐崇利：《晚近国际投资争端解决实践之评判：“全球治理”理论的引入》，载《法学家》2010 年第 3 期，第 144-154 页。

[4] ICSID,2020 Annual Report, p.11,at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR20_CRA_Web.pdf ，Apr.29，2021，19.ICSID《2016 Annual Report》曾指出，ICSID 管理了 70%以上的已知的投资纠纷，使其成为解决投资纠纷的最重要的场所。

[5] *Ibid.*

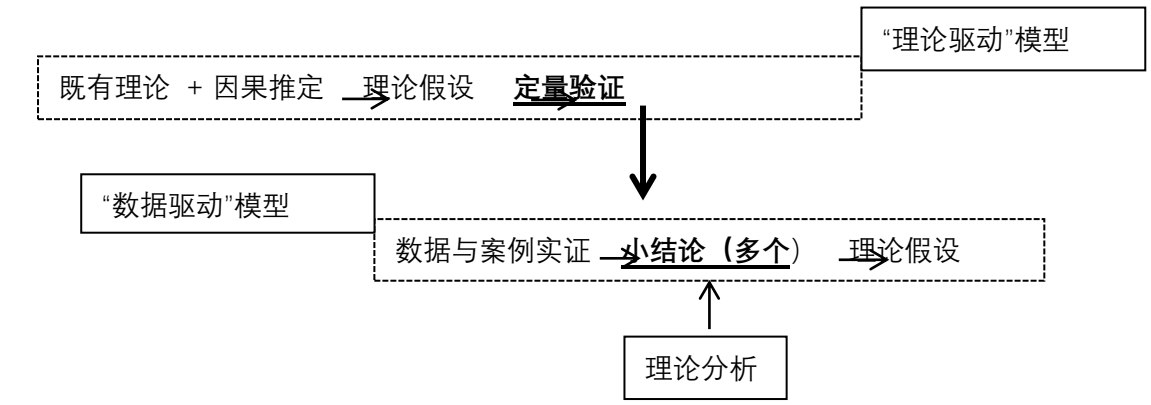
全球绝大多数国家的绝大多数投资争端都由 ICSID 管理。第二，就我国而言，虽然我国目前签署的投资条约中极少涉及法庭之友制度，但我国签署的双多边投资协定大多接受 ICSID 的管辖，法庭之友介入投资争端案件的可能性极大。

本文样本数据选自 2003-2021 年[6]间 ICSID 管理[7]的 86 个投资仲裁案件。其中，可公开获取详细法庭之友介入资料的案件有 14 个，其中可公开获取的资料包括：19 份仲裁庭批准或拒绝裁定（通常以程序命令或决定的形式呈现，包括法庭之友申请、当事方意见、仲裁庭意见的详细内容），8 份法庭之友申请书（包括书面意见），4 份当事方意见，6 份管辖权裁定书以及 9 份最终裁决书，1 份法律责任裁定以及其他涉及法庭之友内容的文件。

(二) 研究范式与研究方法

本文采用一种“理论驱动与数据驱动相结合”[8]的社科研究新范式。由于传统的“理论驱动型”研究范式使得理论假设的提出过于依赖已有理论体系与研究者知识和观念，致使研究结论的获得存在“路径依赖”与“研究者主观观念的个性依赖”[9]，客观性不足。数据驱动的研究范式在先验假设尽可能少、甚至可能没有任何假设的情况下开展研究，可有效减少路径依赖与主观依赖，获得的结论更加客观。因此，即使本文的研究侧重于数据驱动，也绝不叫嚣“理论已死”[10]，本文既通过数据收集、描述与分类整理的数据驱动范式获得初步结论，也关注隐藏在数据与结论背后内在理论机制的运作机理，反对过度沉迷于让数据“自己说话，自己思考”的纯粹数据研究方式。

图 1.1 研究范式模型



[6] 目前 ICSID 官网所公布的非争端方参与 ICSID 的案件，“立案时间”为 2002-2019 年，但是仲裁庭对是否批准非争端方提交书面意见书的“裁定时间”为 2003-2021 年，at https://icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions/ndp，Apr.29，2021.

[7] ICSID 提供广泛的案件管理服务。ICSID 除管理使用 ICSID 规则的仲裁案件外，还管理其他规则下的仲裁案件，例如 UNCITRAL 仲裁程序和临时仲裁程序下的案件。

[8] 刘涛雄、尹德才：《大数据时代与社会科学研究范式变革》，载《理论探索》2017 年第 6 期，第 27-32 页；左卫民：《迈向大数据法律研究》，载《法学研究》2018 年第 4 期，第 139-150 页。

[9] 刘涛雄、尹德才，同上文，第 27 页。

[10] ［英］维克托·迈尔 舍恩伯格、肯尼思·库克耶：《大数据时代》，盛杨燕、周涛译，浙江人民出版社 2013 年版，第 94 页。

“理论驱动与数据驱动相结合”的研究范式更多在确保研究的客观性问题上发挥方法论的指导作用。如何确保研究的科学性？本文在研究方法的设计上采取法律技术分析与案件社会学分析、大数据方法与小样本数据研究相结合方式。

由于法律自身全方位地作用于社会关系之中，一般而言，法律的技术性特征（如法律原则、法官自由裁量等）不足以预测或解释案件如何处理，因此，需要在规范研究之外（例如分析法律准则如何具体应用于个案），还需要深入案件所对应的社会关系内部，分析案件的社会结构特征。[11] 国际投资争端中的社会关系相对于国内争端中的社会关系更为复杂，因此，对于国际投资争端解决的研究更加需要关注由混合性的争端主体（投资者与国家）为基础构成的复杂国际社会关系。

尽管完美的全样本数据难以获取（受制于案件公开性等因素的影响），我们所获取的数据一般也只是现实中的大量数据，但大量数据获得的研究结论仍有利于对研究对象的整体把握，掌握法律实践状况的全貌，是进行预测性研究和趋势分析的有效的研究方法之一。[12]对大数据研究的技术把握不够仍是社会科学研究者面临的难以克服的现实问题，因此，纯粹的大数据分析方法同样难以确保结论的科学性。因此，大数据与小样本数据结合的研究方式是增强研究结论科学性的重要思路，即采用大数据分析与小样本数据研究共同验证结论，利用小样本数据的二次验证剔除大数据中的过载无关信息，将有关信息进行类型化、细致化的分析，增强研究结论的科学性。

二、 ICSID 法庭之友规则发展：实践与规则的互动关系

法庭之友制度在 ICSID 的发展中呈现“实践在先规则在后，从个案到普遍的转变”的特点。2016 年 ICSID 正式启动第四次修订工作，包括法庭之友规则 37（2）条的修订，部分条款从当前的案例实践和一些新条约中产生，反应了当前的仲裁实践与条约实践，部分条款对仲裁实践中的不一致现象进行规则化的统一，以指导仲裁实践，因而形成一种实践与规则的互动关系。

(一) 数据实证

ICSID 法庭之友规则自 2006 年确立以来，对法庭之友的仲裁实践产生很大影响。2006 年之前的规则空白时期，ICSID 中涉及法庭之友的案件仅有 3 例[13]，极少数法庭之友参与到 ICSID 的投资仲裁案件中来。2006 年规则颁布后，法庭之友迎来规则成文化时期，在实践中的表现即为越来越多的法庭之友参与到 ICSID 投资仲裁中，在规则颁布后到第四轮规则

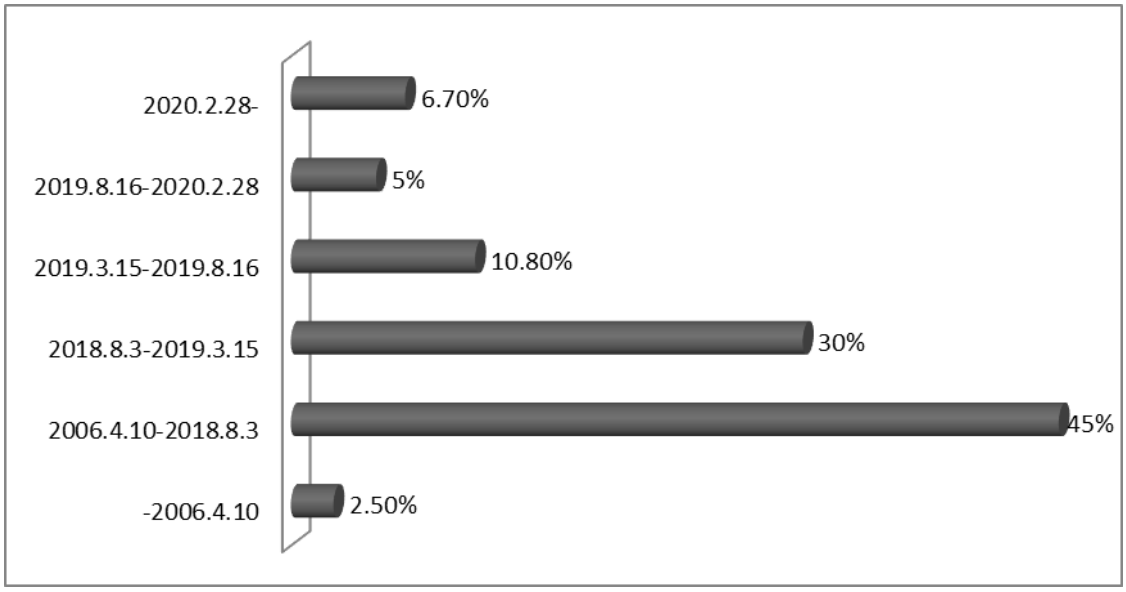
[11] 【美】唐纳德·布莱克：《社会学视野中的司法》，郭星华等译，法律出版社 2002 年版，第 4 页；谢晖：《法律方法论：文化、社会、规范》，法律出版社 2020 年版，序言第 6 页。当然案件的社会结构特征也有局限性。王裕根：《司法裁判须关注案件的社会结构——读布莱克的<社会学视野中的司法>》，载《人民法院报》2019 年 7 月 19 日，第 005 版，第 2 页。

[12]左卫民，同注 7 引文，第 150 页。

[13] Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19.

修订前，法庭之友参与案件数量占 ICSID 法庭之友参与案件总量的 45%。自 2018 年 8 月第 1 份工作文件发布至今，由于 ICSID 法庭之友规则处于修订过程中增加了裁决的不稳定性，法庭之友介入案件的比重有所下降，但仍多于 2006 年规则制定前的案件量。(见图 2.1)可见，有无成文规则对实践会产生完全不同的影响，完善、优化的规则的可预见性会吸引更多法庭之友介入案件。

图 2.1 规则变化前后案件的数量变化



(二) 规则修订概述：仲裁实践与规则修订的互动

表 2.2 ICSID 法庭之友规则的修订情况

时间/文件	条款	修改内容	
2006.4(AR/(AF)AR)	AR 37(2) (AF)AR 41(3)	(a)(b)(c)	
2018.8(Working Paper#1)	AR 48 (AF)AR 57	(2)(d)(e) (3)(4)(5)(6)	
2019.3(Working Paper#2)	AR 65 (AF)AR 75	(1)(4)(5) 48(5)—65(6) 48(6) —65(7)	
2019.8(Working Paper#3)	AR 66 (AF)AR 65	(1) (2)(b) (5)	仅在用词和表述上进行修改，不涉及实质内容的修改
2020.2(Working Paper#4)	AR 67 (AF)AR 77	(3)(4)(6)	增加了 Publication 的规定，以及用词上的修改，不涉及实质内容的修改

2016 年 ICSID 正式启动第四次修订工作，现已公布四次规则修订文件，其中均涉及法庭之友规则的修改。部分条款从当前的案例实践和一些新条约中产生，反应了当前的仲裁实践与条约实践，部分条款对仲裁实践中的不一致现象进行规则化的统一，以指导仲裁实

践，因而形成一种实践与规则的互动关系。

在 2018 年第 1 份修订文件中，37(2)条变更为 48(1)条（附加仲裁规则由 41(3)改为 57 条）。[14]48(1)条维持了现行规则中的两步程序，即必须在提交涉及实质问题的书面意见前获得仲裁庭的提交许可。[15]第 48(2)(a) (b)(c)条保留了 2006 规则中的标准。此外，还增加了(d)(e)两项标准，这两条标准是从当前的案例实践和一些新条约[16]中产生的。48(2)(d)要求作为非争端方的个人或实体进一步提供身份、参与活动等详细资料以及披露与当事方等主体的关系。48(2)(e)要求非争端方披露其提交的书面意见接受了资金或其他帮助。 (d)(e)两项标准反应了实践中对非争端方独立性、中立性的关注，仲裁庭需要依靠非争端当事方提供的详细资料来判断其是否具备法庭之友的资格。48(3)规定了当事方有权就是否应该允许非争端方提交书面意见以及非争端方提交意见的条件提出意见。该规定反映了目前的实践，当事方不仅需要考虑非争端方介入案件的可能性，还可以对非争端方的介入施加条件。[17]此外，48(4)在保留了非争端方提交书面意见不会给当事方造成不合理负担或不公平地损害的前提下，进一步规定了非争端方提交书面的形式、日期以及费用等内容，其目的是通过给非争端方设置各种限制或施加义务以确保当事方的合法权益不会因非争端的参与受到损害。其中，为回应实践中关于非争端方提交书面意见可能大大增加案件费用的意见，48(4)(c)赋予仲裁庭在决定非争端方是否需要以缴纳费用作为介入案件的先决条件。[18] 48(5)条对非争端方查阅文件的问题做出规定，统一目前实践中对该问题的裁决不一致问题。[19]第(5)款规定，仲裁庭可以批准非争端方查阅文件，除非任何一方当事方有异议。第(6)款赋予当事方对非争端方提交的书面意见发表意见的权利，它反应了当前仲裁庭实践中的普遍做法。[20]

2019 年 3 月，ICSID 第 2 份规则修订文件，将法庭之友规则由第 48 条更改为第 65 条（附加仲裁规则由 57 条改为 75 条）。[21]在此次修订文件中，以第 1 次修订文件为基础，对 48 条做出三点修改或调整：第一，65(1)条增加了“法庭之友的申请应当以程序中所使用的程序语言提出”的规定。[22]第二，删除 48(4)(c)关于非争端方缴纳费用的规定。该条是否删除是此次修订工作的主要关切。大多数评论认为，要求非争端方缴纳案件费用会阻碍非争

[14]AR48;AF(AR)57 .ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules-Working Paper#1, pp.212-213,564, at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18.pdf，Apr.29,2021 .
[15] *Id.* ,para. 462.
[16] ICSID, Rule Amendment Project – Member State & Public Comments on Working Paper # 1 of August 3, 2018,pp.316-317,at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Compendium_Comments_Rule_Amendment_3.15.19.pdf, Apr.29,2021 .
[17] ICSID, *supra* note 10, para. 466.
[18] *Id.*, para. 469.
[19] *Id.*, para. 470.
[20] *Id.*, para. 471.
[21] AR65;AF(AR)75. ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules-Working Paper#2,March 15,2019,para271,596,at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Vol_1.pdf, Apr.29,2021.
[22] ICSID, Rule Amendment Project – Member State & Public Comments on Working Paper # 2 of March 15, 2019,p315,at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/State_Public_Comments_WP2.pdf, Apr.29,2021.

端方的参与，因此建议删除 48(4)(c)。[23] 首先，该条款目前的措辞不够精确，理论上会导致非争端方除了要承担自己的费用外，还需要承担当事方的费用。这种结果将有悖于仲裁庭、普通法院以及其他国际法院和法庭的现行惯例，即遵循非争端方只需要承担其自身费用的一般原则。其次，这种做法甚至可能会非争端方的介入产生“寒蝉效应”，对其参与投资争端解决程序构成障碍，从而导致与希望程序更加透明的意图相反的结果。[24]再次，强制非争端方支付费用将阻碍其的参与，从而对仲裁庭全面了解争端的能力产生不利影响，最终影响仲裁庭做出适当和一致的裁决。[25]第三，新增 65(5)条，“仲裁庭应在最后一次书面或口头提出申请后 30 天内，就是否允许非争端方提出申请作出合理决定”。欧盟曾建议仲裁庭应积极考虑非争端方的申请，并说明拒绝申请的理由。[26]第 65(5)对国家的建议做出回应，工作组认为“不需要在规则中加入积极考虑非争端方申请的条款，因为仲裁庭判断是否批准非争端方申请的标准是明确的。”[27]鉴于此原因，65 条做出适当的调整，增加第(5)项以回应仲裁庭对非争端方介入积极考虑的关切。将仲裁庭做出批准或拒绝的时间加以限制的做法，更加明确、具体的体现了仲裁庭将积极考虑非争端方申请。

2019 年 8 月第 3 份修订文件，将非争端方书面意见的规定调整为第 66 条（附加仲裁规则由 75 条改为 65 条）。[28]在第三轮的规则修订工作中，工作组收到的关于第 66 条的评论一般都是正面的，因此仅会规则的措辞做出部分调整，不涉及规则实质内容的修改。[29]

2020 年第 4 份修订文件，又将第 66 条改为第 67 条（附加仲裁规则由 65 条改为 77 条）。[30]在此前 3 轮修订文件的基础上，做出部分调整，在 67(3)(4)项中加入有关“非争端方发表意见”的规定，将第(6)项查阅文件的规定在用词上做出修改，将“may”改为“shall”。

三、 法庭之友制度是否影响投资仲裁决策？

(一) 既有理论：三种类型说

法庭之友对投资仲裁是否有影响以及产生何种影响？对于这一问题，学者或从理论分析或从实证研究角度获取了可归入三种类型中的结论。

---

[23]欧盟、智利、新西兰、西班牙、新西兰、韩国等国家对 48(4)(c)发表了意见，ICSID, *supra* note 10 , para. 426；智利建议取消该条款，*Id.*,p.156；新西兰认为非争端方作为利益相关者参与仲裁只应承担自己的费用。ICSID, supra note 12, pp.315-316；韩国认为如果非争端方参与导致争端各方的成本大幅增加，向其收取费用是公平的，*Id.*,p.158.

[24]欧盟主张对第 48(4)(c)条的措词作相应调整，ICSID, *supra* note 12,p.314.

[25]ICSID, *supra* note 12, p.317.

[26]ICSID, *supra* note 12, p.313.

[23] ICSID, *supra* note 17, para.426.

[28]ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules-Working Paper#3, August16,2019, para. 166,at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf,Apr.29,2021.

[29]AR66;AF(AR)65. *Id.*,p.352.

[30]AR67;AF(AR)77.ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules-Working Paper#4, February28,2020, p.336, at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_1_En.pdf, Apr.29,2021.

类型一：肯定论。持肯定论的学者认为，法庭之友的参与会对投资仲裁产生影响。例如，有学者认为，法庭之友通过向仲裁庭提交书面意见书的方式参与仲裁案件，将对案件的审理、整个投资仲裁机制以及发展中国家在投资仲裁中的利益都将产生重大影响。[31]虽然该文将讨论重点放在“法庭之友对发展中国的影响”上，对国际投资仲裁案件的影响以及对国际投资仲裁体制的影响仅略微提及，但仍为法庭之友对投资仲裁影响的研究提供一个大致的方向框架。另一种“肯定论”的论证路径，从宏观走向微观，关注法庭之友对投资仲裁程序和实体上的影响。采取“程序与实体”论证路径的研究聚焦国际投资法背景下的水人权案件中法庭之友发挥的作用。该研究发现，法庭之友的程序性作用主要体现在对法庭之友机制的贡献和法庭之友机制又成为法庭之友进一步参与仲裁的工具两方面，其实体作用则表现为，法庭之友可以通过提交书面意见进一步发展有关水人权的论点，进而影响仲裁过程。[32]

类型二：否定论。持部分否定论的研究主要从仲裁庭对法庭之友书面意见的态度角度开展，但这种否定非绝对否定论。有学者总结道，法庭之友参与对仲裁庭裁决发挥的真正作用非常“不稳定”，甚至“微乎其微”。[33]即使仲裁庭批准法庭之友提交书面意见的申请也并不意味着仲裁庭最终一定会认可其中的观点。[34]有学者基于调查发现，目前为止，作为法庭之友的非政府组织尚未提交过对案件裁决友实质性影响的材料，[35]法庭之友的意见仅在少数仲裁裁决中被仲裁庭间接采纳或认可[36]。

类型三：自由裁量说。持该观点的学者通过案例分析发现，在某些个案中，法庭之友是否影响案件最终结果，很大程度上取决于仲裁庭的自由裁量权。[37]

(二) 因果关系与理论假定：法庭之友对投资仲裁的特殊影响

国际投资仲裁程序中的法庭之友对投资仲裁的影响，不同于内国场域内的法庭之友对内国诉讼程序和当事方的影响，它具有争端主体上的混合性。商事仲裁中一般涵盖公共利益例外条款，法庭之友几乎不可能介入商事仲裁程序中，但投资仲裁源于商事仲裁，投资仲裁的正当性危机本质上源于对商事化的私人利益的过度保护。法庭之友一般基于争端涉及公共利益而介入案件，在法庭之友介入的投资仲裁程序中，其对投资仲裁中的混合利益也产生影响。

主体的混合性。法庭之友制度最早起源于古罗马法，在经过英国普通法的引入以及美国法的移植后，该制度在普通法系国家特别是美国获得繁荣和发展。[38]法庭之友制度的历

[31] 刘京莲：《法庭之友参与国际投资仲裁体制研究》，载《太平洋学报》2008 年第 5 期，第 16-17 页。
[32] Chen Huiping , The role of *amicus curiae* in implementing the human right to water in the context of international investment law, *RECIEL*, Vol.00, 2020, p1.
[33] 张庆麟，同注 1 引文，第 75 页。
[34] 崔起凡：《论投资者-东道国仲裁种法庭之友陈述的采纳》，载《仲裁研究》2019 年第 42 辑，第 12 页。
[35] Eugenia Levine, Amiens Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation, *Berkeley Journal of International Law*, Vol.29, 2011.
[36] 刘璐：《国际投资仲裁透明度问题研究》，对外经济贸易大学 2019 年博士论文，第 100 页。
[37] N Butler, Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes: Faux Amici?, *Netherlands International Law Review* ,Vol.66,2019,p.143.
[38] 张小燕、齐树洁：《程序输入的新渠道——“法庭之友”制度及其借鉴意义》，载《厦门大学法律评论》

史沿革与变迁表明，该制度的产生与发展的场域为“内国”，“内国”属性也进而决定了法庭之友介入的案件一般不具有跨国性，具体而言，案件争端事项的内国性以及案件当事人的内国性。[39]在内国诉讼场域，由于争端主体来源单一，法庭之友介入案件的影响范围也可能限于内国范围，申请介入案件的法庭之友限于国内非政府组织或个人等，其影响且不涉及他国。投资仲裁中的法庭之友制度与内国法庭之友制度根本性的不同就在于，投资仲裁的“跨国性”导致法庭之友介入的案件从争端的性质和争端当事方而言都具有跨国的“混合性”。投资仲裁的跨国属性也因此引发其“混合性”的形成。投资仲裁的“混合性”主要体现在当事方的混合性上，一方主体是主权国家（东道国），另一方主体是外国投资者。[40]在国际投资仲裁这一国际争端解决场域，法庭之友介入投资仲裁案件的影响不仅需要考虑传统内国场景中对案件所涉各种主体的影响，尤其需要考虑作为当事方的东道国的特殊影响。

利益的混合性。商事仲裁解决的是平等主体间的私人利益争端，一般不涉及公共利益。[41]投资仲裁源于商事仲裁，商事仲裁维护私人利益的性质在投资仲裁中的得到保留，引发投资仲裁商事化的风险。投资仲裁的争端当事方非商事仲裁的平等私主体，投资仲裁一方主体为投资者（私主体），一方主体为东道国（公主体）。混合性的争端主体也就导致了混合性利益的存在，混合性的利益需要在投资仲裁场域下解决。而片面维护投资者的私人利益而忽视东道国的公共利益引发对国际投资仲裁机制的正当性质疑。法庭之友介入投资仲裁程序会扭转利益失衡状态吗？法庭之友作为市民社会的代表代表了广大市民社会的利益（一般为公共利益），其程序性的介入会对投资仲裁产生程序或实体、或程序与实体的双重影响，从投资仲裁程序与投资仲裁结果上共同扭转利益失衡状态。法庭之友介入到具有利益混合属性的争端程序与争端利益中，其对投资仲裁各类主体的利益影响也是混合性的。

(三) 法庭之友对 ICSID 投资仲裁主体的混合影响

法庭之友对 ICSID 仲裁程序影响可分为两个层面，即程序层面的影响和实体层面的影响，且程序影响为实体影响的产生开辟程序进路。

1. 对当事方的影响

法庭之友介入案件是否对当事人产生影响？由于案件最终裁决（final award）会对当事方的权利义务进行分配，观察案件最终裁决结果是判断法庭之友介入是否产生影响的最直观的方法。

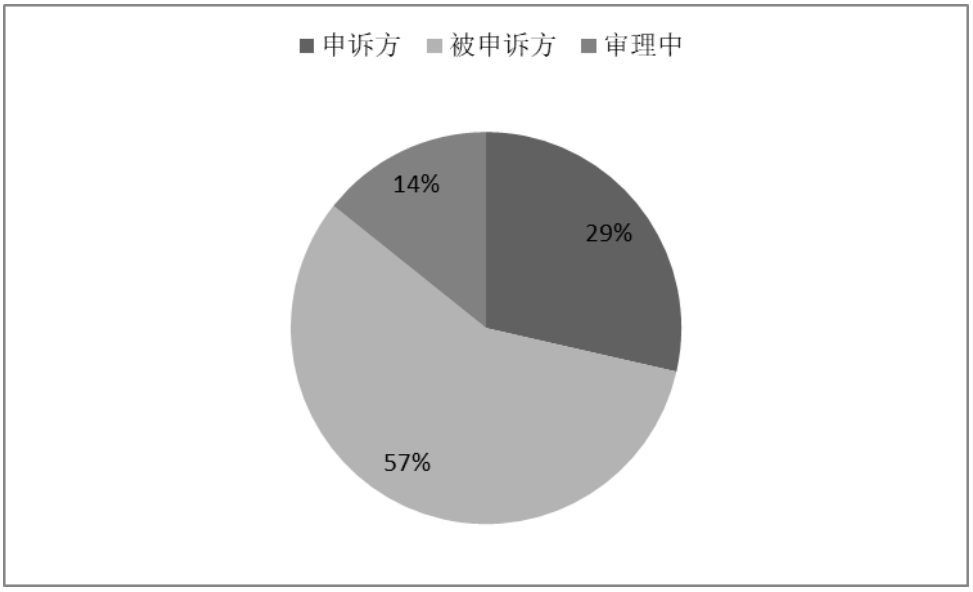
第 11 辑，第 53 页。

[39] 内国场域下的案件分为国内案件与涉外案件。在涉外案件中，争端事项或争端主体具有跨国属性。本文在此讨论的内国案件为“纯国内”案件，排除涉外案件。

[40] 【德】鲁道夫·多尔查，【奥】克里斯托弗·朔伊尔：《国际投资法原则》，祁欢、施进译，中国政法大学出版社 2014 年版，第 260 页。

[41] 蔡从燕：《国际投资仲裁的商事化与“去商事化”》，载《现代法学》2011 年第 1 期，第 152-162 页。

图 3.1 仲裁庭批准法庭之友提交意见书的案件的最终裁决结果



一般而言，投资仲裁倾向于保护投资者权益，且在 ICSID 投资仲裁案件中，申请人多以东道国行为损害投资者合法权益为由提起，因而申诉方的主张更多得到仲裁庭的支持。但从法庭之友实质性介入[42]（被批准提交法律意见书）的 ICSID 投资仲裁案件的小样本数据看，在被仲裁庭批准提交法庭之友意见书的 7 个案件中，申诉方的胜诉率在 29%左右，被申诉方的胜诉率在 57%左右。[43]法庭之友被批准提交法庭之友意见书的案件较没有法庭之友介入的案件的最终裁决结果呈现不同的趋势，在法庭之友介入的案件中，仲裁庭更倾向于维护被申诉方（东道国）的利益。也就是说，法庭之友的实质性介入对当事方的权利义务分配产生不同于一般投资仲裁案件的影响——仲裁庭倾向于维护东道国利益而非投资者利益。

法庭之友的介入会对当事方产生怎样的影响？具体而言，法庭之友的介入会对当事人产生程序上与实体上的混合影响，程序性影响还会进一步作用于实体影响。当法庭之友准备实质性介入即提交法庭之友意见书时，法庭之友对当事方的程序性影响就表现为，法庭之友的介入给当事方增加了一项“发表意见”程序。《ICSID 仲裁规则》第 37（2）规定了当事方对法庭之友提交的书面意见发表意见的权利。[44]当事方行使“发表意见”权利的过

[42] 本文将法庭之友的程序性介入分为：一般程序性介入和实质性程序介入。实质性程序介入是指，法庭之友被批准提交意见书的情形，法庭之友的意见很大程序上可能被仲裁庭阅读或采纳，可能对最终裁决产生实质性的影响的介入。一般性介入即指纯粹的程序性介入，不可能对仲裁庭的最终裁决产生实质性影响的情形。

[43] 在 2003-2021 年间，ICSID 仲裁庭共做出 122 份有关法庭之友的裁定文书，涉及 86 个投资仲裁案件，其中 14 个案件材料公开可获取。在可公开获取资料的 14 个法庭之友申请介入的案件中，仲裁庭批准法庭之友提交书面意见的案件有 7 个（8 例批准裁定）。

[44] AR 37（2）

程，间接产生实体影响。这种间接的实体影响主要表现在法庭之友的介入对当事方的教育启迪作用。[45]因法庭之友提交的书面意见可能涉及当事方的利益与仲裁庭的裁量，因此，即使当事方未明确表示同意或反对，都需要对法庭之友的意见进行仔细地阅读，以免法庭之友的介入产生损害当事方权益的后果。从样本数据的统计看，除个别案件外，申请方对法庭之友的书面意见均表示反对，申请方反驳法庭之友观点的同时，或修正或补充自己论点。对于被申请方而言，法庭之友意见可以补充己方论点的不足或遗漏。

此外，法庭之友的一般性介入也会对当事方产生一定的影响。实践中，法庭之友的参与不限于提交法庭之友意见书[46]，还包括出席听证会和查阅仲裁文件的一般性介入。[47] ICSID 仲裁规则第 32（2）条规定了当事方对出席听证会申请的否决权。[48]在 2016 年启动的 ICSID 法庭之友规则的修订程序中，修订文件对将 NDP 申请查阅文件这一问题规则化，做出了与第 32（2）条程序相似的规定，“除非任何一当事方反对，否则仲裁庭可向争端方提供本程序中归档的相关文件的查阅权”。[49] 如果当事方（尤其是申诉方）对法庭之友的一般性介入不行使否决权，可能会对其实体权益影响，例如法庭之友介入程序使得仲裁程序和资料的保密性被打破，仲裁程序或文件的公开，将使得作为投资者的申请方面临社会舆论压力，甚至影响企业形象而导致经济利益的受损。

总的来说，从法庭之友介入案件的最终裁决结果看，法庭之友的介入会对当事方产生影响，导致仲裁庭做出倾向于东道国的判决。这种影响是混合性的。法庭之友的一般程序性介入或实质性介入都将对当事方产生程序与实体的混合影响。当事方需要对法庭之友的介入发表意见，使得当事方充分参与法庭之友的介入程序中，当事方的程序性权利得到保障。伴随程序的正当运行，实体性影响应运而生。当事方一方面从法庭之友的实质性介入中获得教育与启发，修正或补充各自观点；另一方面，法庭之友的一般性介入可能会损害仲裁的保密性，导致申请方的利益受损。

无明显证据表明当事方意见会对仲裁庭裁断产生影响，但不行使发表意见权的当事方可能需要承担对其不利的后果。对于 NDP 提出的申请，除个别案例外，原告对绝大多数意见持否定态度，被告对绝大多数案件持肯定的态度。部分案件中，原告或被告持不发表意见（ no position/no observation）的态度。就申请以法庭之友身份介入程序、提交法庭之友意见书以及查阅仲裁文件三项要求，无明显证据表明原告和被告意见会对仲裁庭的裁定产生影响。但在一方当事方不发表意见的案件中，仲裁庭的裁断结果均与发表意见的一方态度一致。可见，虽然对于是否批准部分事项上，仲裁庭的裁断结果主要依靠庭自由裁量，要求当事方意见只是保障当事方的权利而非仲裁庭一定会采纳当事方意见，但不行使发表意见权的当事方可能需要承担对其不利的后果。但在申请参加听证会的要求上，当事方意

[45] Chen Huiping , *supra* note28, p8；刘京莲，同注 27 引文，第 16-17 页。
[46] N Butler, *supra* note3,p.145.
[47] 据统计，在已公开的 16 个涉及法庭之友申请的资料中，非争端方均提出了提交法庭之友意见书的申请，出席听证会与申请查阅仲裁资料的申请各有 10 次。
[48] AR 第 32（2）条。
[49] AR48(5). ICSID, *supra* note10 , p.213.

见对仲裁庭产生直接的、绝对的影响。依据 32（2）条的规定，仲裁庭是否有权批准 NDP 参加听证会，取决于当事方的态度，即任何一方反对，仲裁庭就不得批准。

表 3.2 当事方无异议对仲裁庭裁定的影响

案号	申诉方意见	被申诉方意见	仲裁庭意见
03/19	☒	No observation	☑
10/15	☒	No observation	☒
10/25	☒	No observation	☒
12/1(BNM)	☒	No position	☒
12/1(Barry)	No position	☒	☒

2. 对仲裁庭的影响

法庭之友对投资仲裁的影响具有宏观与微观结合、程序与实体结合的混合属性。法庭之友介入投资仲裁案件，宏观上有利于仲裁机制的透明化与合法化，有利于国际投资法治的发展。[50]从微观上看，法庭之友介入会对仲裁庭的裁决程序和裁决结果产生影响。

法庭之友介入是否会对仲裁庭产生影响？从表 3.3 中可以看出，法庭之友的介入会使得仲裁庭更倾向于做出有利于被申诉方（东道国）的裁决，即使最终裁决申诉方获胜，仲裁庭仍会在裁决书中承认法庭之友意见对仲裁庭的作用。例如，在 Suez 等诉阿根廷案中，虽然法庭之友的论点似乎并没有真正影响仲裁庭的最终裁决，[51]但仲裁庭承认其“受到法庭之友意见书的帮助”[52]，并在仲裁庭论证推理部分引用法庭之友意见。[53] Biwater 诉坦桑尼亚案中，仲裁庭指出，法庭之友书面意见“为仲裁庭调查提供了非常有用的初步事实背景”[54]，并在法庭之友专章中总结道，“法庭之友的意见是有用的”[55]，甚至在最终裁决部分仲裁庭仍接受了法庭之友关于投资者责任的重要论述。法庭之友的意见虽然未对仲裁裁决产生决定结果的影响，但仍对仲裁庭对各方观点的考量与论证说理还是有不可忽视的影响。

表 3.3 案件的裁决结果与裁决中法庭之友呈现方式的关系

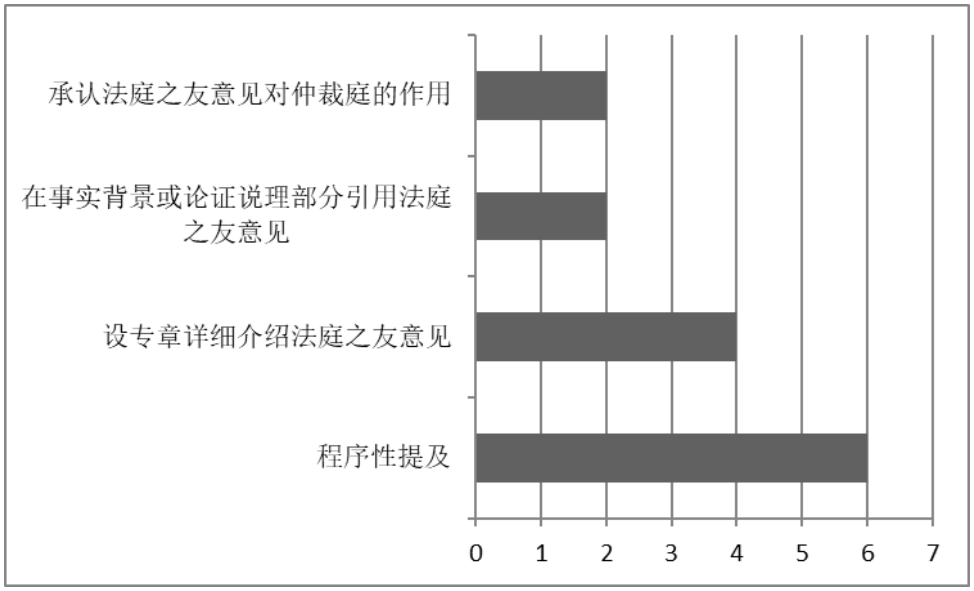
案号	**结果（获胜方）**	**法庭之友呈现方式**
ARB/03/19	申诉方	程序性提及；设专章详细介绍法庭之友意见； 论证说理部分引用法庭之友意见；承认法庭之友意见对仲裁庭的作用
ARB/05/22	申诉方	程序性提及；设专章详细介绍法庭之友意见； 承认法庭之友意见对仲裁庭的作用
ARB(AF)/07/1	被申诉方	程序性提及

[50] N Butler, *supra* note33,p.143.
[51] Chen Huiping , *supra* note28, p.9.
[52] ICSID Case No. ARB/03/19,Decision on Liability,para.256.
[53] *Id.*, para.262.
[54] ICSID Case No. ARB/05/22,Award,para.355.
[55] *Id.*, para.39.

ARB/09/12	被申诉方	程序性提及；设专章详细介绍法庭之友意见
ARB/10/7	被申诉方	程序性提及；在事实背景和论证说理部分引用法庭之友意见
ARB/14/24	被申诉方	程序性提及；设专章详细介绍法庭之友意见

法庭之友对仲裁庭的影响主要通过裁决中法庭之友意见的呈现方式予以体现。法庭之友在裁决书中的呈现方式主要有程序性提及、详细介绍法庭之友意见、在事实背景或论证说理部分引用法庭之友意见以及仲裁庭承认法庭之友意见对仲裁庭的作用四种方式。如表3.3所示，所有案件裁决中均程序性提及法庭之友的参与，大多数裁决书设专章介绍法庭之友意见，但仅有小部分案件裁决中，仲裁庭才会在论证说理部分引用法庭之友意见或承认法庭之友意见对仲裁庭的作用。一般而言，程序性提及、详细介绍法庭之友意见以及在事实背景或论证说理部分引用法庭之友意见对仲裁裁决的影响（不论积极影响还是消极影响）程度依次递增，而仲裁庭承认法庭之友意见对仲裁庭的作用对仲裁裁决的影响程度需要个案判断。前两种法庭之友的呈现方式是对仲裁程序的程序性参与，对仲裁程序的影响是程序上的；而在事实背景或论证说理部分引用法庭之友意见，则会对仲裁庭的裁决产生实质性的影响。在 Philip 等诉乌拉圭案中，仲裁庭在事实背景部分引用法庭之友意见来说明烟草产品的危害和乌拉圭实施的规制行为是一种维护公共健康行为等事实[56]；在仲裁庭分析部分，引用法庭之友意见对公平公正待遇条款进行分析论证[57]，仲裁庭采纳法庭之友的部分观点，并最终做出有利于被申诉方的裁决。该案也是目前唯一一个，通过裁决书可以明确获得法庭之友意见对仲裁裁决产生了积极的实质性影响结论的案件。

图 3.4 仲裁裁决[58]中法庭之友的呈现方式



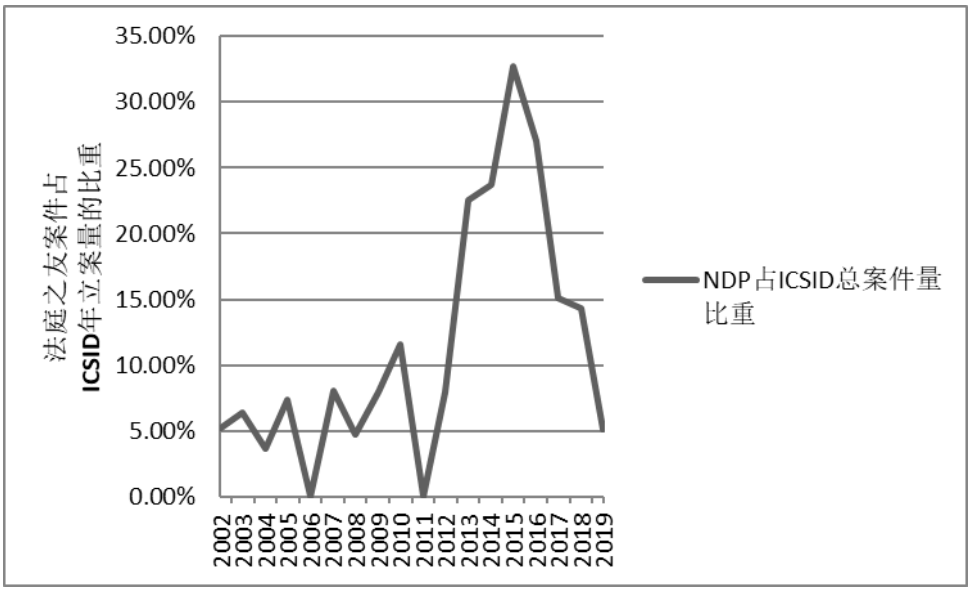
[56] ICSID Case No. ARB/10/7,Award,para.87,91,138,141,142.
[57] *Id.*,para.362,391-394,404.
[58] 被批准提交法庭之友意见书的案件有 8 个，其中 ICSID Case No. ARB/03/17 号案件废止，ICSID Case No. ARB/14/5 号案件正在审理中。

3. 对法庭之友的影响

法庭之友介入不仅对投资仲裁案件的当事方、本案仲裁庭产生影响，还会对介入案件中的法庭之友和尚未介入案件的非争端方（可能成为法庭之友）产生影响。对于已介入案件的法庭之友而言，法庭之友通过申请介入仲裁、提交意见书等方式亲身实践并熟悉法庭之友参与程序，实践文本规则，为其介入其他案件积累经验。据统计，目前 ICSID 案件中两个非政府组织有多次担任法庭之友的经验，国际环境法中心（Center for International Environmental Law ,CIEL）3 次担任法庭之友[59]，国际可持续发展研究所（The International Institute for Sustainable Development ，IISD) 2 次担任法庭之友[60]。此外，法庭之友虽基于与争端有关的重大公共利益介入案件，但仲裁庭裁决往往不会给法庭之友带来直接的经济利益。法庭之友的介入可能会为其在公共宣传、建立长远战略考虑等方面带来声誉上、发展上以及经济上的间接影响。[61]

对于尚未介入案件的非争端方而言，由于投资仲裁案件中法庭之友实践的增加，案外非争端方可以从“先例”中获得文本经验，进而顺利介入后案。从图 3 法庭之友案件占 ICSID 年立案量的比重变化趋势看，总体上呈现波动上涨趋势。尤其在 2006 年《ICSID 仲裁规则》第 37（2）条制定后到 2015 年间，法庭之友介入的案件比重持续增加，2015 年达到峰值，占比 32.69%。2015 年后，虽然法庭之友案件占比持续下降，但从立案数量看，法庭之友参与案件的数量较早年有很大数量上的增加。受 ICSID 法庭之友规则的完善和法庭之友参与投资仲裁实践经验累积等因素影响，法庭之友参与投资仲裁的积极性提高，越来越多的法庭之友将介入到投资仲裁案件的审理程序中。

图 3.5 涉法庭之友案件占 ICSID 年立案量的比重变化趋势



[59] ICSID Case No. ARB/03/19,ICSID Case No. ARB/05/22, ICSID Case No. ARB/09/12.
[60] ICSID Case No. ARB/03/19,ICSID Case No. ARB/05/22.
[61] Lee Epstein, Courts and Interest Groups, in John B. Gates，Charles A. Johnson (eds.) ,*The American Courts: A Critical Assessment*,1991, p. 346；Ryan Salzman, Christopher J. Williams, Bryan T. Calvin, The Determinants of the Number of Amicus Briefs Filed before The U. S. Supreme Court，1953－2001，*The Justice System Journal*， Vol. 32,2011, pp. 293-313.

4. 对后案主体的影响

由于在投资者与东道国争端解决中并不适用先例，仲裁庭不受先前仲裁庭所作决定的约束，所以这种影响不应该被夸大。[62]前案中法庭之友提出的意见或者仲裁庭对法庭之友意见的裁定意见是否会影响后案当事方、仲裁庭以及非争端方的意见，取决于各方主体的多种考量。

在 Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc 诉美国案中（No. ARB(AF)12/1），申请人 BNM 提交的申请与 Apotex Inc.案（UNCITRAL）(UNCT/10/2)[63]中提交的申请完全相同。在 Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc.案中，申诉方在对 BNM 申请的意见中引用 Apotex Inc.案中申诉方的反对意见，认为 BNM 的申请不符合 FTC 声明中确定的标准。[64]Apotex Inc.案仲裁庭在对 BNM 的申请进行论证分析时，也直接引用并采纳 Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc.案仲裁庭对法庭之友是否可以向仲裁庭提供不同于当事方的不同的观点以协助仲裁庭的论断。[65] Alicia Grace 诉墨西哥案受到前案 Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc 诉美国案（No. ARB(AF)12/1）仲裁庭关于“特殊和专业利益非公共利益”[66]论断的影响。本案仲裁庭认为，申请人申请的目的是维护在国内程序中其作为债权人的特殊利益，同样也不构成真正的公共利益。[67]此外，在 United Utilities 诉爱沙尼亚（No. ARB/14/24）案申请人的申请、当事方已意见和仲裁庭裁定也受到非 ICSID 管理的 Achmea 案[68]的部分影响。[69]

四、 法庭之友的法律技术特征如何影响投资仲裁庭决策？

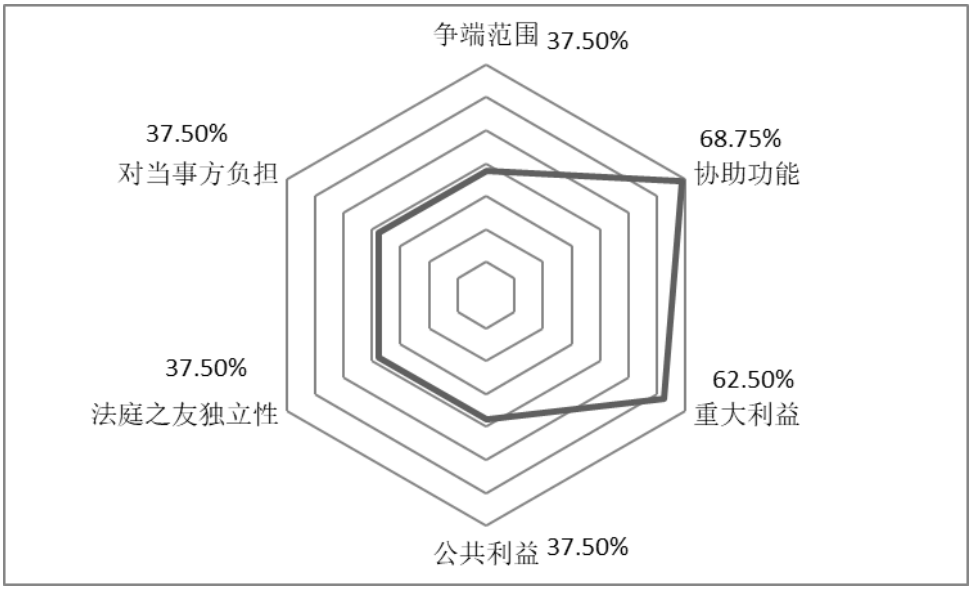
(一) 数据实证：仲裁庭批准或拒绝法庭之友意见书的总体情况

在已公开的 16 个仲裁庭裁定中，8 个非争端方提交法庭之友意见书的申请被批准，8 个申请被拒绝。仲裁庭对六大标准的总体运用频率：协助功能>重大利益>争端范围=公共利益=法庭之友独立性=对当事方负担，通过分析 16 个裁定中仲裁庭对是否批准法庭之友提交意见的六大裁判标准可知（图 4.1），总体上看，68.75%的裁定中仲裁庭对协助功能进行分析或解释，协助功能标准成为仲裁庭运用最多的标准。其次，仲裁庭对重大利益标准也有极大关注，62.5%的裁定中涉及重大利益的解释问题。此外，争端范围、公共利益、法庭之友独立性以及对当事方的负担四项标准，仲裁庭的运用频率相同，在 37.5%的裁定中涉及上述四种问题。

[62] Chen Huiping ,supra note28, p.9.
[63] ICSID Case No. UNCT/10/2,Procedural Order No. 2.
[64] ICSID Case No. ARB(AF)12/1,Procedural Order on the Participation of the Applicant BNM as a Non-Disputing Party, para.12.
[65] *Id.*,para.23-25;ICSID Case No. UNCT/10/2,*supra* note 59，para.21,23; ICSID Case No. ARB(AF)12/1，Apotex’s 2011 submissions, para. 5.
[66] ICSID Case No. ARB(AF)12/1,Procedural Order on the Participation of the Applicant Mr. Barry Appleton as a Non-Disputing Party,para.43
[67] ICSID Case No. UNCT/18/4, Procedural Order No. 4,para.42-43.
[68] RL-276 [the “EU Majority Declaration”]
[69] ICSID Case No. ARB/14/24,Award,para.521-560.

图 4.1 仲裁庭批准和拒绝法庭之友提交书面意见书裁定中

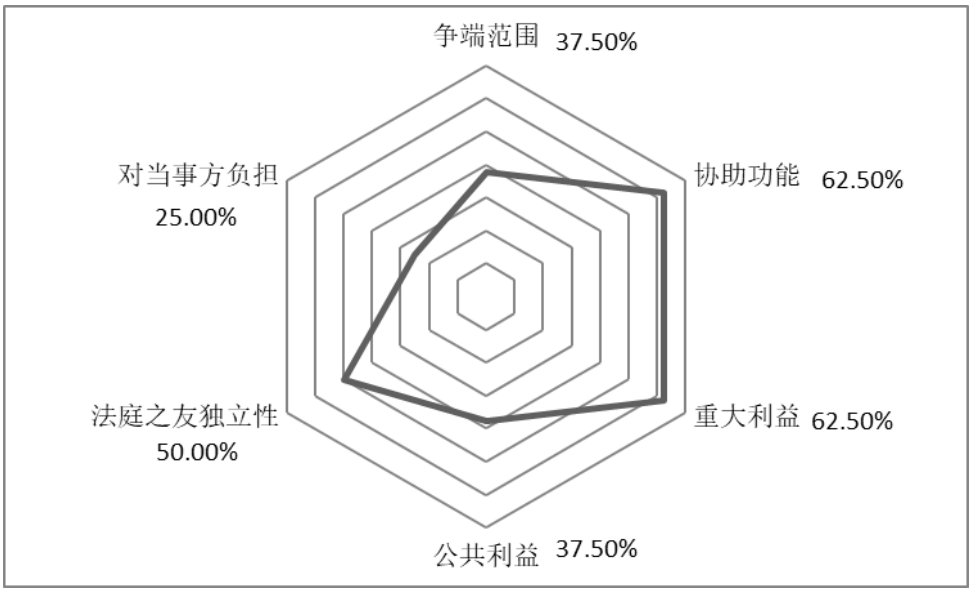
六大标准运用频率统计



仲裁庭拒绝法庭之友参与的裁定中，仲裁庭运用六大标准拒绝法庭之友申请的频率：协助功能=重大利益>法庭之友独立性>争端范围>对当事方负担。仲裁庭最常运用的标准有两个：协助功能和重大利益，运用频率达 62.5%。此外，仲裁庭对法庭之友的独立性也给予较多关注，有 50%的裁定中仲裁庭对法庭之友的独立性进行审查。仲裁庭在拒绝裁定中运用争端范围的频率与 16 个批准和拒绝裁定中的整体频率一致，均为 37.5%。但仲裁庭之友仅在 25%的拒绝裁定中运用法庭之友意见书给当事人造成负担标准拒绝申请，对该标准的运用频率最低。

综上，在对法庭之友裁判标准的研究中，要着重关注协助功能和重大利益标准，此外由于在拒绝裁定中法庭之友的独立性也被较高频率的运用，因此，也应对法庭之友的独立性标准的裁判规律进行梳理。尽管对当事方的负担标准，仲裁庭一直未给予较多关注，但 2012 年以来的案件中，运用该标准的频率急速上升，在已公开的案件中仲裁庭几乎都会该标准进行解释或规定，这种实践中极高的关注度已经反映在法庭之友规则的修订文件中。

图 4.2 仲裁庭拒绝法庭之友提交书面意见书裁定[70]中
六大标准的运用频率统计



(二) 类型化分析：基于对仲裁庭六大裁判标准解释规律的梳理

1. 标准一：协助功能

37(2)(b)条是关于法庭之友协助功能的规定：法庭之友意见书应该包括不同于当事方的观点、特别的知识或见解，以协助仲裁庭确定与争端程序有关的事实问题或法律问题。法庭之友意见书协助功能的发挥，需要同时满足两点要求：1.有不同于当事方的观点、特别的知识或间接；2.协助仲裁庭确定事实或法律问题的作用。

对于仲裁庭而言，判断法庭之友是否能发挥协助功能需要依靠其提交的资料来判断，法庭之友需要主动披露与身份、活动等详细信息以证明其具有提供不同于当事方的观点、专业知识，以协助仲裁庭认定与案件有关的事实或法律问题的能力。Suez 诉阿根廷案[71]以及 Lion 诉墨西哥案[72]中，仲裁庭以非争端方未提供充分、具体的信息为由，拒绝授予非争端方法庭之友身份。对于法庭之友而言，协助功能的发挥需要建立在充分了解争端事实或法律的基础之上，这就涉及到查阅文件问题。批准 NDP 查阅文件，一方面有助于 NDP 良好把握争端范围和焦点，另一方面，有助于 NDP 提出不同于当事方的观点，以更好实现其协助功能。在 Piero 诉南非案[73]中，仲裁庭认为，批准 NDP 查阅各当事方提交仲裁的文件的申请，有利于 NDP 将提交的法庭之友意见集中在与案件争议相关的问题上，并有助于观察各当事方所采取的立场。在 Infinito 诉哥斯达黎加案中，仲裁庭认为 NDP 查阅文件有助

[70] ICSID Case No. ARB/02/3；ICSID Case No. ARB/03/17；ICSID Case No. ARB/10/15；ICSID Case No. ARB/10/25；ICSID Case No. ARB(AF)12/1（BNM and Mr. Barry）；ICSID Case No. ARB(AF)/15/2; ICSID Case No. UNCT/18/4.
[71] ICSID Case No. ARB/03/17, Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae,para.34
[72] ICSID Case No. ARB(AF)/15/2, Decision on the Non-Disputing Party's Application to File a Written Submission Pursuant to Article 41(3) of the ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules,p.2
[73] ICSID Case No. ARB(AF)/07/1,Award,para.28

于其有效的履行法庭之友的任务，向仲裁庭提供有关事实或法律问题的不同于当事方的特别的观点。[74]此外，在 03/19 案中，仲裁庭虽然拒绝了查阅文件的申请，单对查阅文件对协助功能的作用进行解释。仲裁庭认为，作为一项一般性主张，法庭之友必须掌握有关争端事项的充分资料，以提供专业的知识或特殊的观点，从而对仲裁庭有所帮助，本案中法庭之友已经掌握了足够的资料足以提出不同于当事方的观点以协助仲裁庭，因此，拒绝查阅文件的申请。[75]

在实际的 ICSID 投资仲裁实践中，仲裁庭对法庭之友是否能够提供不同于当事方的观点、特殊知识或见解以协助仲裁庭的问题上，做出不同的裁量：

1) 独特地位：通过非争端方的“独特地位”进行判断

在 Philip 诉乌拉圭中，WHO、WHO FCTC 秘书处以及 PAHO 申请作为法庭之友介入案件，仲裁庭在判断三个组织是否能发挥协助功能，考察的是三个组织的独特地位。

WHO 是世界上最重要、最权威的公共卫生机构，它监督了《烟草控制框架公约》的起草和通过，因此在烟草的管控方面具有专业的知识。[76]它处于一个独特的位置，为全球烟草控制的指导工作与国际卫生协调工作提供信息。WHO FCTC 是根据《公约》建立的实体，其任务是协调并帮助缔约方履行《公约》义务，因此法庭之友意见书可能会带来不同于当事方的观点、知识或见解。[77] PAHO 具有不同于 WHO 与 FCTC 的独特地位，它特别侧重关于侧重乌拉圭和美洲地区其他国家控制烟草的背景、他们面临的独特挑战以及为应对挑战而制定的区域战略。[78]它致力于改善美洲区域人民的健康，可就整个拉丁美洲的烟草控制以及烟草使用的影响和烟草行业的营销做法提供区域视角，因此可以提供不同于当事方的观点、知识或见解。[79]

2) 独特经验：非争端方是否具有提供不同观点的“独特经验”

14/5，仲裁庭认为，非争端方是在国内程序中对仲裁申请人和被申请人都胜诉的原告，因此它可以提供不同于当事人的观点。[80]而在 18/4 案件中，由于仲裁庭已经知道破产程序的存在，并可在必要时要求当事各方今后提供进一步的资料。因此，申请人不太可能就与仲裁有关的问题提供与争议各方不同的特定视角或见解。[81]

3) 独特能力：非争端方是否具有“超越”当事方观点、专业的“独特能力”

在 Apotex 诉美国案中，Mr.Barry 以个人身份申请作为法庭之友提交意见书。仲裁庭认为，Mr.Barry 不可能向仲裁庭提供协助，原因在于“虽然 Mr.Barry 在理解投资条约的意义以及分析政府监管行为等方面具备他所称的经验和专门知识，但仲裁庭不认为，个人在这

[74] ICSID Case No. ARB/14/5,Procedural Order No. 2,para.44.
[75] ICSID Case No. ARB/03/19 ,Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae ,para.24
[76] ICSID Case No. ARB/10/7,Procedural Order No. 3,para.17.
[77] *Id*.,para.24
[78] ICSID Case No. ARB/10/7,Procedural Order No. 4,para.26.
[79] *Id*.,para.17.
[80] ICSID Case No. ARB/14/5,*supra* note 69,para.31.
[81] ICSID Case No. UNCT/18/4,*supra* note 63,para.50.

方面的知识和见解可以与当事方的几位律师所拥有的丰富经验和见解相媲美。”[82]因此，在审查法庭之友是否具发挥协助作用时，还涉及协助能力的考察，即法庭之友是否具有“超越”当事方观点、专业的“独特能力”。

4) 实质上不同：非争端方是否提出“实质上不同的观点或见解”

12/1BNM 与其他 Apotex 诉讼的仲裁庭一样，本仲裁庭也考虑了 BNM 能否就本次仲裁中的问题提供一个实质上不同的视角或见解（a materially different perspective or insight）。[83]仲裁庭认为，BNM 对美国食品药品法、美国法律和司法制度以及对北美自由贸易协定均没有任何专门知识或相关专门知识或经验，没有提供实质上不同的见解。[84]

总体上看，仲裁庭裁判的标准不一，在早期的案件中较多采取宽松的标准，仅根据非争端方主动披露的信息即判断是否具备协助能力。而随着实践的发展，ICSID 绝大多数仲裁庭对协助功能的判断标准呈现出严格化的趋势，在个案中根据非争端方的具体情况进行不同方面的考量，出现较多的判断标准。

2. 标准二：争端范围内

早期案件采取宽泛的解释，部分案件仲裁庭对法庭之友的意见是否属于争端范围内事项与法庭之友的宗旨一致即可，该问题未对法庭之友的介入产生实质影响。后来的绝大多数案件采取严格解释，对争端范围内事项的界定应当与当事方在仲裁程序中主张相一致，进一步限缩对争端范围内的解释。

1) 宽泛解释：宗旨、工作与争端有关

在 Biwater 诉坦桑尼亚案中，申诉方认为，“法庭之友所关切的问题在事实上和法律上与仲裁庭在本仲裁中需要裁决的问题无关。本案中没有环境问题或可持续发展问题需要处理，因此 CIEL 和 IISD 两位法庭之友即使在国际投资协定与国家发展政策的联系等问题上有着公认得专门知识，但这都是与案件争议无关的。”[85]该案中，仲裁庭未对法庭之友的宗旨或目的与争议范围的关系问题做出解释，但认为法庭之友的意见涉及的事争端范围内的事项。

在 10/7 案件中，但仲裁庭认为，法庭之友提交的文件描述了烟草控制措施的证据基础和有关规定以及国家的实践，涉及争端范围内事项。[86]

2) 严格解释：针对当事方的仲裁主张

10/7,申诉方认为，它从未对吸烟有害健康提出过争议，因此，法庭之友提交的文件中涉及与烟草消费有关的健康风险和全球负担并不属于争端范围。 仲裁庭对这一问题也未作出回应,但从法庭之友提供事实证据的角度批准申请。[87]14/5 与 10/7 案处理方式基本一致。原告认为，preflofas 试图就“赤裸裸的、未经证实的腐败指控”提交意见书。”。任

[82] ICSID Case No. ARB(AF)12/1 ,*supra* note 62,para.32-33.
[83] ICSID Case No. ARB(AF)12/1 , *supra* note 60,para.23.
[84] *Id.*,para.24.
[85] ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5,para.31-35.
[86] ICSID Case No. ARB/10/7, *supra* note 71,para.23.
[87] *Id.*,para.12.

何一方在仲裁中均未提出此类性质的问题。[88]仲裁庭对原告的意见未作出回应，但认为申请人的申请属于争端范围内事项。[89]

在 Bernhard 诉津巴布韦以及 Border 诉津巴布韦案中，仲裁庭认为这些仲裁中的争端是由东道国对投资者以及投资者对 LRP 的投资采取的非法的措施引起的。请愿者就国际人权法规定的土著人社区作为“土著人民”的假定权利提出一项意见，这是一个目前构成的争端范围之外的问题。”[90]在 BIT 中提及的“可能适用的一般国际法规则”并不将国际法的范畴纳入 BIT 或根据 BIT 产生的争端，任何当事方在这些程序中都没有把土著人民、特别是土著社区的身份和/或待遇列入国际法，包括关于土著人民的国际人权法。[91]

12/1BNM, BNM 其提交的书面意见涉及的是《北美自由贸易协定》第 1139(g)条下“投资”的定义范围。BNM 打算特别解决的问题是，未决或暂时核准的 ANDAs 是否构成 NAFTA1139（g）条下的投资.[92]申诉方向本法庭表示，他们不再就，在进口警报期间失去发布新产品机会而要求赔偿损失。所以本案不再涉及未决或暂时批准的 ANDA 是否构成投资的问题。” 仲裁庭裁定，BNM 提交的意见，涉及的是争议双方争议范围之外的问题。[93]此外，有时也会出现，同一法庭之友在不同案件中提交的法庭之友意见完全相同的情况。在 Apotex 诉美国案中，原告认为，“BNM 在本次仲裁中提交的申请和陈述与仲裁庭在另一份 BNM 申请中所驳回的申请和陈述完全相同”。[94]仲裁庭认为，BNM 在本次仲裁中提出的申请和陈述与 Apotex 诉美国[95]（NAFTA/UNCITRAL）诉讼完全相同，但问题却截然不同。尽管在 UNCITRAL 的诉讼程序中以及本次仲裁中，Apote 都依据《北美自由贸易协定》第 1139 条，但在争议背景和索赔等问题上存在重大差异，因此 BNM 提交的意见与本案争端事项无关。[96]

3. 标准三：重大利益

1) 以组织宗旨、工作内容解释重大利益

10/7WHO 中，因为《世界卫生组织烟草控制框架公约》及其准则涉及烟草包装和标签措施，投资仲裁挑战了乌拉圭为公共健康利益进行国家规制的行为，因此本案的结果可能对《公约》其他 180 个成员国的执行情况产生重大影响。[97]仲裁庭，考虑到世卫组织是公共卫生事务的世界权威机构，而《烟草控制框架公约》秘书处是有关《烟草控制框架公约》及其实施准则的指定全球权威机构，这两个请愿人似乎对该程序有重大利益。[98] PAHO 认为本案的结果将对美洲区域在烟草控制领域 50 多年的工作产生影响。[99]这一结果可能会影

[88] ICSID Case No. ARB/14/5,*supra* note 69,para.18.
[89] *Id*.,para.35.
[90] ICSID Case No. ARB/10/15,Procedural Order No. 2,para.60.
[91] *Id*.,para.57.
[92] ICSID Case No. ARB(AF)12/1 ,*supra* note 78,para.28
[93] ICSID Case No. ARB(AF)12/1 *supra* note 60, para.29
[94] *Id.*, para.11.
[95] Apotex produced these documents on 15 February 2013 as CLA-477(2) and CLA-476(2) respectively.
[96] ICSID Case No. ARB(AF)12/1 *supra* note 60para.25.
[97] ICSID Case No. ARB/10/7, *supra* note 71,para.9
[98] *Id*.,para.25.
[99] ICSID Case No. ARB/10/7, *supra* note 73,para.10.

响到美洲其他国家的行动，它们可能因为担心在投资仲裁中为自己辩护的费用而对采取更严格的烟草控制措施犹豫不决。[100]仲裁庭认为，鉴于请愿人最近还参与了癌症、心血管和呼吸系统疾病以及糖尿病等非传染性疾病问题，请愿人似乎对该诉讼程序有利益关系，这些疾病都可由若干风险因素引起，其中一个常见风险因素是烟草使用。[101]进行宽泛解释。

以组织宗旨是否与争端主题相关来判断是否有重大利益，仲裁庭的态度在不同案件中相反。10/15 案中，欧洲人权委员会认为，它在仲裁程序中的重大利益取决于它的使命宗旨，即企业的人权责任。[102]原告称，仲裁并不涉及“企业人权责任”，而是涉及国家对违反 BIT 的责任。因此，欧洲人权委员会所声明的使命并没有转化为对诉讼程序的重大利益。[103]仲裁庭认为，欧洲人权委员会的使命和经验，在这些程序的背景下，不满足“程序中的重大利益”的要求。[104]这是对组织宗旨与重大利益的严格解释。在 14/5 案中，申请人声称它有重大利益,因为它不仅作为一个致力于保护哥斯达黎加的自然资源的环境组织，而且作为一个积极参与导致原告特许权取消的司法程序的实体。[105]原告认为，环境保护不是本次仲裁的争议，当非争端方对争端没有真正的利益时，可以将它们排除在诉讼程序之外。[106]仲裁庭对此无详细回应，认为非争端方在仲裁中有重大利益。宽泛解释，与 10/15 的裁决相反。

2) 模糊重大利益与公共利益的界限

在早期的案件中，仲裁庭往往将重大利益的解释与公共利益混同，以公共利益解释重大利益的。在 03/19 案中，仲裁庭认为，在审查本案的利害关系问题时，法官认为本案可能涉及公共利益问题。因为这些案件涉及公共利益问题，而且这些案件的判决有可能直接或间接地影响到作为案件当事人以外的其他人。[107]05/22 案仲裁庭也借鉴了 03/19 案仲裁庭的解释方法，模糊重大利益与公共利益的界限。[108]

3) 超出“一般的利益”

12/1 案中，BNM 认为，它的重大利益表现在：开发新的金融替代服务，为全球医药市场建立一个更有道德的法律框架。BNM 正在考虑设立一个‘诉讼风险投资基金’的利弊，生物技术、电信、采矿和能源部门可能会从中受益。[109]由于本案中 BNM 提交的意见书与 UNCITRAL 程序中的内容完全相同，因此，仲裁庭借鉴该仲裁庭的解释：它没有解释它所代表的权利或原则如何会直接或间接地受到它打算提出的具体管辖问题的影响，或者实际上受到整个诉讼程序结果的影响。申请人“考虑”开设风险投资基金的事实并不等于联邦贸易委员会声明所预期的具体利益。[110]虽然 BNM 似乎对仲裁庭通过《北美自由贸易协定》(NAFTA)的解释支持其在缩小药品制造商知识产权保护的 12 个范围方面有一般性利益

[100] ICSID Case No. ARB/10/7, *supra* note 71,para14.
[101] *Id.*,para.27.
[102] ICSID Case No. ARB/10/25，Procedural Order No. 2，para.22.
[103] ICSID Case No. ARB/10/25,Procedural Order No. 2，para.43.
[104] ICSID Case No. ARB/10/25，Procedural Order No. 2，para.61.
[105] ICSID Case No. ARB/14/5 , *supra* note69, para.13.
[106] *Id.*,para.18.
[107] ICSID Case No. ARB/03/19 ,*supra* note 70,para.19.
[108] ICSID Case No. ARB/05/22,*supra* note 80,para.52
[109] ICSID Case No. UNCT/10/2,Procedural Order No. 2 ,para.27.
[110] *Id.*, para.28.

（general interest），但 BNM 并未表现出重大利益（significant interest）。[111]

在该案中，对于 Barry 的申请，仲裁庭重申重大利益是“超出一般利益”（more than a “general” interest）的观点。仲裁庭指出，申请人需要表明他在诉讼过程中有超过“一般”的利益。例如，申请人必须证明仲裁结果可能对其所代表和捍卫的权利或原则有直接或间接的影响。[112]此外，申请人的利益似乎只是让本法庭对北美自由贸易协定采取他所赞成的法律解释，这些解释可能对他的委托人在其未决的和将来可能的北美自由贸易协定案件中有利。虽然该利益可能是一项利益，该利益并非重大利益。[113]

18/4 案中，申请人引用了 12/1 案仲裁庭对 barry 的裁决理由，当申请人在程序中拥有超过一般利益的利益时，如仲裁结果可能对申请人所代表或辩护的权利或原则产生直接或间接的影响时，就符合重大利益标准。在本案中，如果原告根据公司在钻井合同下的直接损失获得损害赔偿，这将影响申请人在其他场合因相同事件而获得全部损失的能力，因此申请人具有重大利益。[114]仲裁庭也仲裁结果可能会影响申请人，符合重大利益。

早期进行宽泛或模糊解释，从 10/15 案后，仲裁庭倾向于严格解释，即采用“超出一般利益”的解释标准。

4. 标准四：公共利益

1) 仲裁裁决可能影响到争端当事方以外的个人或实体

03/17 案最初确立一项裁判准则，当仲裁中做出的决定可能影响到争端当事方以外的个人或实体时，仲裁的争端主题就可被视为有公共利益。[115]此后的案件中基本都沿用此标准来基本界定争端是否具有公共利益。[116]但为何公共利益来源于争端事项？03/17 案也做出解释，在 ICSID 管辖下的投资条约仲裁案件中，公共利益问题几乎都存在。仲裁庭认为，一个国家，即阿根廷共和国的国际责任，与私法规定的一个公司的责任不同。[117]05/22 案仲裁庭认为，引用 Methanex 案的解释，争端当事方之一是国家，因此争端的实质性问题远远超出了一般商业当事人之间的跨国仲裁所涉及的问题。[118]

2) 确定“具体”公共利益

在 12/1 案中，仲裁庭认为，根据 BNM 的申请根本不清楚它在仲裁事项中确定了哪一个公共利益。 即使可以推断 BNM 是指 NAFTA 第 1139(g)条解释的决定对整个制药行业的影响，这个问题现在是没有意义的。无论如何，仲裁庭认定 BNM 也未满足这一要求公共利益。[119]

3) “特殊和专业利益”非公共利益

[111] ICSID Case No. ARB(AF)12/1 , *supra* note 60,para.33.
[112] ICSID Case No. ARB(AF)12/1 *supra* note 62,para.38.
[113] *Id.*,para.40.
[114] ICSID Case No. UNCT/18/4,*supra* note 63,para.23.
[115] ICSID Case No. ARB/03/17, supra note 66,para.17.
[116] ICSID Case No. ARB/03/19;ICSID Case No. ARB/05/22; ICSID Case No. ARB(AF)12/1;ICSID Case No.UNCT18/4.
[117] ICSID Case No. ARB/03/17, supra note 66,para.17.
[118] ICSID Case No. ARB/05/22,*supra* note 80,para.51.
[119] ICSID Case No. ARB(AF)12/1 ,*supra* note 60,para.36.

12/1 案中，仲裁庭首次澄清了“特殊和专业利益”非“公共利益”。仲裁庭认为，阿普尔顿先生，他并不代表或捍卫自己的权利，相反他代表和维护他的专业客户的利益。阿普尔顿先生所声称的公共利益背后的是一种特殊的和专业的利益并非公共利益。[120]18/4 案中，仲裁庭沿用 12/1 案中对公共利益的解释。虽然申请人认为，仲裁庭做出对原告有利的裁决将对整个债券持有人群体产生负面影响，使他们在债券上的投资面临风险。[121]但仲裁庭认为，申请人主要寻求的是维护国内诉讼程序中申请人作为债权人的特殊利益，仲裁庭并不清楚这种利益是否构成真正“公共利益”。[122]

5. 标准五：法庭之友独立性

1) 未提供充分的资料而无法判断独立性与否

适格法庭之友资格必须具备的三个重要属性:专业知识、经验和独立性。为使仲裁庭能够判断一个非争端方是否具备这三个重要属性，仲裁庭要求非争端方提供相关资料：(1)申请人的身份和背景；(2)申请人在本案中的利益；（3）申请人与各当事方之间是否有资金或其他方面的联系；以及(4)仲裁庭应接受该申请的理由。[123]在 03/17 案和 03/19 案中，仲裁庭均认为，申请人没有提供足够的资料以帮助仲裁庭判断其是否真正独立于本案各当事方。

2) 非争端方与被申诉方的直接或间接联系

10/7 案中，原告认为，申请人与被告及其专家之间的特殊联系使得申请人丧失独立性。一方面，事实上，与被申诉人的答辩状一起提交的几份专家报告是由与申请人有实质性接触的专家编写的；另一方面，因为乌拉圭是 WHO FCTC 的缔约国和成员，申请人曾向被申诉人提供实施技术、法律和财政等支持，导致申请人缺乏独立于被申诉方的独立性。[124]该案仲裁庭对独立性问题并无回应，但是它通过回应法庭之友可以通过提供专业知识和当事人不能提供的观点和知识来协助决策者作出决定这一标准，间接表明申请人具备独立性。

第一次对申请人的独立性问题做出直接回应的案件是 10/5 案。在该案中申诉方从三个方面指控土著社区不具备独立性：第一，土著社区的利益对其利益不利，并与申诉方的利益一致；第二，土著社区实际上是国家的机关，因此不能独立于被申诉方。津巴布韦总统有权委任及罢免原住民社区首领，进一步损害了原住民社区的独立。首领的职能实际上是政府的职能。[125]第三，申请人与 Mr. Sacco 或 NULC 之间的联系破坏了独立性。Mr Sacco 和 NULC 一直强烈反对原告拥有和经营边境地产。Mr. Sacco 是 ZANU-PF 的活动人士，该组织是共和国的一个机构。[126]在与 NULC 和 Mr. Sacco 合作或与酋长不具有独立性的土著社区合作的情况下合作，ECCHR 已经“失去其声称的独立于当事人的独立性”。[127]仲裁庭

[120] ICSID Case No. ARB(AF)12/1 *supra* note 62, para.39,43.
[121] ICSID Case No. UNCT/18/4,*supra* note 63,para. 24
[122] *Id*.,para.53.
[123] ICSID Case No. ARB/03/17, supra note 66,para.29.
[124] ICSID Case No. ARB/10/7, *supra* note 71,para.11.
[125] ICSID Case No. ARB/10/15,supra note 85,para.34.
[126] *Id*.,para.35.
[127] *Id*.,para.36.

基本上同意申诉人的意见，但它认为，作为一项国际法事项，土著社区酋长的行为应归罪于津巴布韦共和国。但是，鉴于第 37(2)条调查的简短性质，这一结论可能产生的所有后果将是不成熟的。[128]此外，对于土著社区是否独立问题，仲裁法庭认为，任命和解雇领导人的权力不是绝对的。[129]

3) 申请人与申诉方的间接联系

在 12/1 案中，仲裁庭判断申请人与申诉方的间接联系。被申诉人指出，申请人以前曾代表 Signa S.A. de c.v.（申诉人 Apotex Inc.的合资伙伴）提交了一份起诉书，申请书未说明申请人是否继续与 Apotex 公司保持任何这种间接关系。[130]申诉人回应道，其与申请人就法庭之友申请没有任何联系，也没有就该申请向申请人提供任何支持，对 Apotex 的会计记录进行搜索后发现 Apotex 之前没有雇佣过申请人。[131]仲裁庭在裁决中指出，鉴于申诉方在对该问题做出澄清，因此仲裁庭认定申请人与申诉方的间接联系对不会对案件产生影响。[132]

6. 对当事方的不合理负担

1) 提交与争端主题无关的文件

在 10/7 案中，WHO 指出，法庭之友书面意见中涉及很多与本案无关的资料，这迫使申诉方需要对大量无关文件进行分析和答复，这给当事方造成不合理的负担。[133] 此外，在 12/1 案中，由于 BNM 的申请并没有解决本仲裁提出的相关事实和论点，接受 BNM 的申请将扰乱和分散仲裁。[134]

2) 向非争端方收取因提交文件产生的费用

第一次提及费用负担的案件是 05/22 案。仲裁庭认为，Methanex 法庭指出的那样，接受法庭之友的意见书可能会增加仲裁的总费用，从而给争端的一方或双方增加额外负担。[135]因此在该案件中，法庭决定它必须行使其权力，尽量减少双方当事人和法庭的额外负担。[136]但是仲裁庭并未直接做出向非争端方收取费用的决定。

10/7 案中，第一次在裁定中明确仲裁庭可以命令申请人支付费用。如果任何一方要求偿还请愿人因提交文件而产生的有合理费用，法庭有权在合理的时间内，命令请愿人支付或偿还费用。[137]14/5 案也涉及费用负担的问题。[138]

3) 身份、内容、字数、时间等限制

非争端方以何种身份介入案件，也会对当事方造成影响。14/5 案件中，原告认为，申请人试图作为一个当事人，而不是法院的朋友，允许它参加将迫使申诉人同时涉及两个案

[128] *Id*.,para.52.
[129] *Id*.,para.53
[130] ICSID Case No. ARB(AF)12/1 *supra* note 62,para.20.
[131] *Id*.,para.21.
[132] *Id*.,para.45.
[133] ICSID Case No. ARB/10/7, *supra* note 71,para.16; ICSID Case No. ARB/10/7, *supra* note 73,para.15.
[134] ICSID Case No. ARB(AF)12/1 ,*supra* note 60,para.14,37.
[135] ICSID Case No. ARB/05/22,*supra* note 80,para.57.
[136] *Id*.,para.58.
[137] ICSID Case No. ARB/10/7, *supra* note 71,para.31.
[138] ICSID Case No. ARB/14/5, *supra* note 69,para.19

件，这将是不公平的。[139]因此，仲裁庭指出，关于需要避免中断程序、造成不适当的负担或对当事方造成不公平的损害，法庭明确指出，仲裁委员会必须作为仲裁法庭的“朋友”行事。[140]此后，14/24 案中，仲裁庭也对非争端方参与的性质做出要求，以确保它不会干扰程序或对任何当事方造成不适当的负担或不公平的损害。[141]

法庭之友提交的书面意见的内容也有所限制。在 14/5 案中，申请人的书面意见应以管辖权为重点，如果争端涉及事实问题，可根据第 37(2)条提出另一项申请。[142]

此外，书面意见提交的时间、字数等也被限制。14/5 案件中，仲裁庭考虑到各当事方已经从它们的角度讨论了 aprefloa 意见的大多数事项，aprefloas 应将其意见限制在 1 万字以内，且申请人应于 2016 年 7 月 19 日提交书面文件。[143]14/24 案仲裁庭也认为，要略微增加委员会提出的建议时限和页数以确保它不会干扰程序或对任何当事方造成不适当的负担或不公平的损害。此外，仲裁庭还认为，应该对当事各方的评论也增加类似的页数限制。[144]18/4 案中，原告认为，在当事各方有机会提出其论点或证据之前允许申请人在这一关键时刻参与，将破坏仲裁程序，并对原告造成不适当的负担和偏见。因为原告不得不回应申请人的论点，因此使其无法准备他们的诉状。[145]反映了当事方对提交时间的意见，但仲裁庭在该案中未对此做出解释。

五、 法庭之友的社会结构如何影响投资仲裁决策？

(一) 影响法庭之友介入的案件社会结构

1. 数据实证与结论

从法庭之友介入案件的产业和行业分布情况看，法庭之友介入案件的产业分布以第三产业为主，其中约 65%的行业部门为能源行业，包括电力、石油天然气的生产与开发。法庭之友介入的 86 件案件中，3 个案件属于第一产业，5 个案件属于第二产业，78 个案件属于第三产业，其中涉及能源行业的案件多达 53 个。

表 5.1 法庭之友介入案件产业和行业分布情况

产业类型	行业及数量	
第一产业	农林业	3
第二产业	5	
第三产业	能源业（电力、石油、天然气）	53
	采矿业	3

[139] *Ibid.*
[140] *Id*.,para.38.
[141] ICSID Case No. ARB/14/24,Decision on the Application for Leave to intervene as a Non-Disputing Party, para.14.
[142] ICSID Case No. ARB/14/5, *supra* note 69,para.38.
[143] ICSID Case No. ARB/14/5, *supra* note 69,para.38-39.
[144] ICSID Case No. ARB/14/24, *supra* note 137,para.16.
[145] ICSID Case No. UNCT/18/4,*supra* note 63,para. 35.

	金融服务	9
	通信技术服务类	1
	水资源服务类	4
	其他	8

2. 理论分析

用来解释国际贸易产生原因的“比较优势”和“生产要素禀赋”理论，同样可以用来解释国际投资的产生及流向。[146]投资者母国与东道国之间存在生产要素禀赋上的相对差距，资本从具有比较优势的一国流向无比较优势的另一国。

传统上，资本主要从具有能源、资源、劳动力等传统生产要素禀赋丰裕国流向生产要素相对缺乏国。一般来说，经济发达、人口多且能源资源等存量有限的国家对能源与资源的需求量大，而经济相对落后、人口较少且能源资源存量丰富的国家供大于求，因此，能源行业的投资者母国多属于前者，投资东道国多属于后者。此外，由于资源能源的生产开发必然涉及到牺牲东道国的自然禀赋而获取经济利益，较多可能涉及到与环境、人权等公共利益的事项，因此导致法庭之友较多能源行业。

随着时代发展与技术进步，技术、管理、服务等无形的生产要素对一国的比较优势格局将产生越来越大的影响。第三产业属于服务业，以技术密集型为主，主要由管理、技术等先进的国家流向相对落后的国家，随着技术、管理等新生产要素对比较优势影响的增加，涉及第三产业的投资也将越来越多。

(二) 影响投资仲裁的法庭之友自身社会结构

1. 影响仲裁庭批准或拒绝申请的法庭之友自身结构

1) 法庭之友身份

数据与案例实证。申请作为法庭之友介入案件的非争端方主要包括非政府组织、个人、企业、政府组织等。据统计，已公开的 ICSID 案件中，申请介入案件的 NGO 有 32 位，个人有 9 位，政府间组织有 4 位，申请介入的公司有 7 家。NGO 较其他身份的非争端方更多的作为法庭之友介入投资仲裁案件。随着 ICSID 法庭之友实践的增多，出现了多种身份类型的非争端方申请作为法庭之友介入案件。

图 5.2 法庭之友身份情况

[146] 孔淑红：《国际投资学（第五版）》，对外经济贸易大学出版社 2019 年版，第 69 页；段丽娜：《国际贸易理论与政策》，北京理工大学出版社 2017 年版，第 78 页。

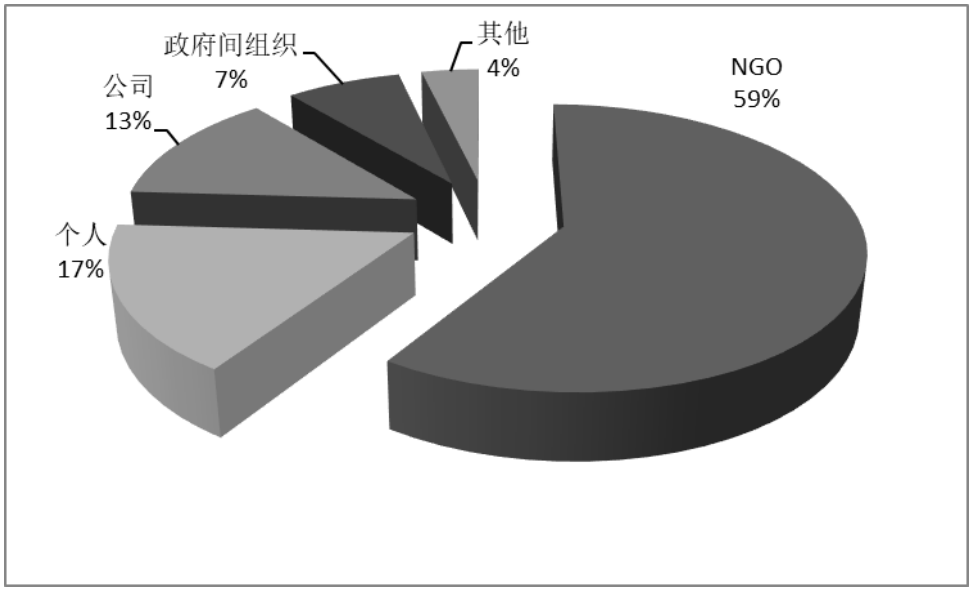
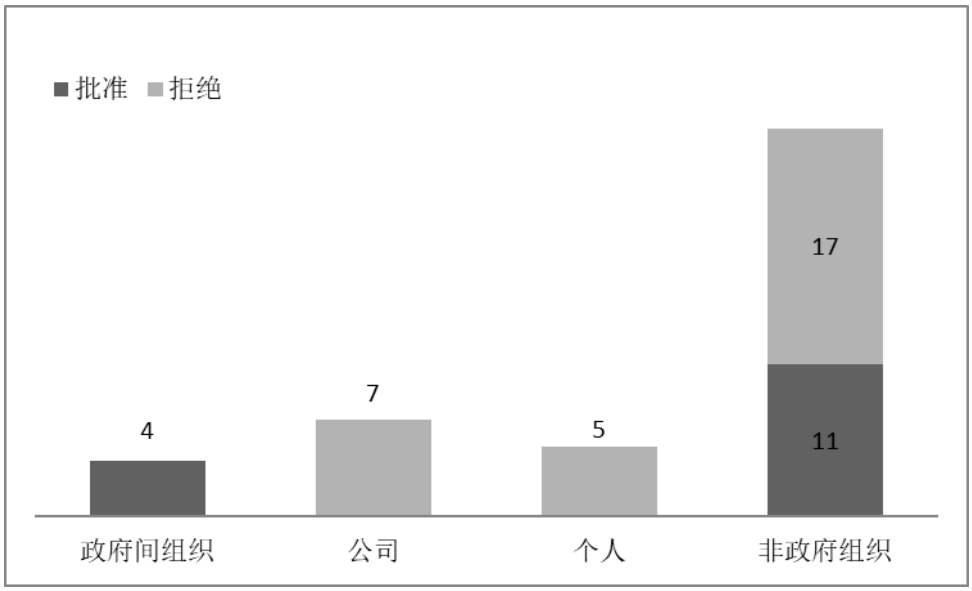


图 5.3 不同身份的法庭之友获得仲裁庭批准与拒绝的比例情况



从图 2 看，个人和公司作为申请人申请作为法庭之友介入案件，全部被仲裁庭拒绝，而政府间组织的申请全部仲裁庭批准，约 60.7%的非政府组织的申请获得批准。在 Philip 诉乌拉圭案[147]中，作为联合国专门机构的 WHO(世界卫生组织)以及其下设的 FCTC（世卫组织烟草控制框架公约秘书处）、PAHO（泛美卫生组织）申请作为法庭之友介入案件，该案中的申请均获得批准。B.V.诉爱沙尼亚案[148]中，欧盟委员会（EU）作为政府间组织性质的非争端方，出于对案件所涉及的管辖权问题方面的重大利益而申请介入案件，并获得仲裁庭的批准。私人公司最早申请作为法庭之友介入的案件为 Apotex 诉美国案[149]，在该案中 BNM 作为一家咨询公司，自称为“按照利润计算的非政府组织”申请介入案件，在后来的 Alicia 诉墨西哥案[150]中，6 个公司作为法庭之友申请介入案件，但仲裁庭均拒绝公司作为法

[147] ICSID Case No. ARB/10/7.
[148] ICSID Case No. ARB/14/24,supra note137,para.2-12.
[149] (ICSID Case No. ARB(AF)12/1,*supra* note 60,para.9,36.
[150] ICSID Case No. UNCT/18/4,*supra* note 63,para.53.

庭之友的申请。综上所述，政府间组织和非政府间组织的申请更容易获得仲裁批准。

理论分析。在具体案件的处理过程中，法官常常做出偏向于利益集团和各类组织的判决。[151]在国际投资仲裁中，公司、非政府组织以及政府间组织均属于具有组织性，而个人是孤立无组织性的，因此个人较具有组织性的其他身份的非争端方而言，仲裁庭倾向于批准各种组织的申请而非个人的申请。此外，组织的权威性也会影响裁决。一般来说，公共组织的权威性大于私人组织，正式组织的权威性大于非正式性组织。[152]公司作为私人组织的权威性小于具有公共组织属性的非政府组织和政府间组织，因此仲裁庭倾向于权威性更高的公共组织的介入。在公共组织内部，政府间组织的权威性又大于非政府间组织，因此仲裁庭又倾向于批准政府间组织的介入。

非争端方采取联合申请还是单独申请也是组织性与个人性的体现，但是申请方式的组织性与否对仲裁庭批准还是拒绝申请无明显影响。

2) 法庭之友代表利益

数据与案例实证。法庭之友所代表的利益主要为东道国的社会公共利益，且代表公共利益的法庭之友提交的法庭之友意见书，往往更容易获得仲裁庭批准。从统计结果看，部分案件中非争端方所代表的是个人或企业的私利益，而绝大多数的非争端方代表环境、人权、健康、两性平等以及可持续发展等公共利益，当然这也与法庭之友介入的主要是涉及公共利益的能源行业有关。在 Apotex 诉美国案[153]中，一家咨询公司 BNM 申请介入案件，申诉方认为“申请人在本仲裁程序中的唯一利益，是通过设立诉讼风向资本基金来促进其自身的私人利益，并为其投资者获利”，最终仲裁庭以“在 BNM 的申请中，无法判断其与争端有关的公共利益为何”而拒绝 BNM 的申请；在该案中，另一位申请人为一位律师，仲裁庭以其“代表和维护他的专业客户的利益”为由拒绝其申请。[154]在后来的 Alicia 诉墨西哥案[155]中，仲裁庭也以“难以判断公共利益的存在”等为由拒绝了 6 个私人公司作为法庭之友的申请。作为私人企业的 NDP 以主张代表公共利益为由介入案件的申请可能难以获得仲裁庭的支持。

理论分析。由于法庭之友介入案件的目的包括通过中立第三方的介入，平衡投资者与东道国之间的利益失衡关系，引起仲裁庭对东道国利益的关注。一般来说，法庭之友所代表的公共利益有助于东道国利益的维护，与仲裁庭平衡双方利益的目标相一致，因此仲裁庭更倾向于批准代表公共利益的非争端方的介入，某种程度上有助于仲裁庭做出倾向于维护东道国社会公共利益的裁决。

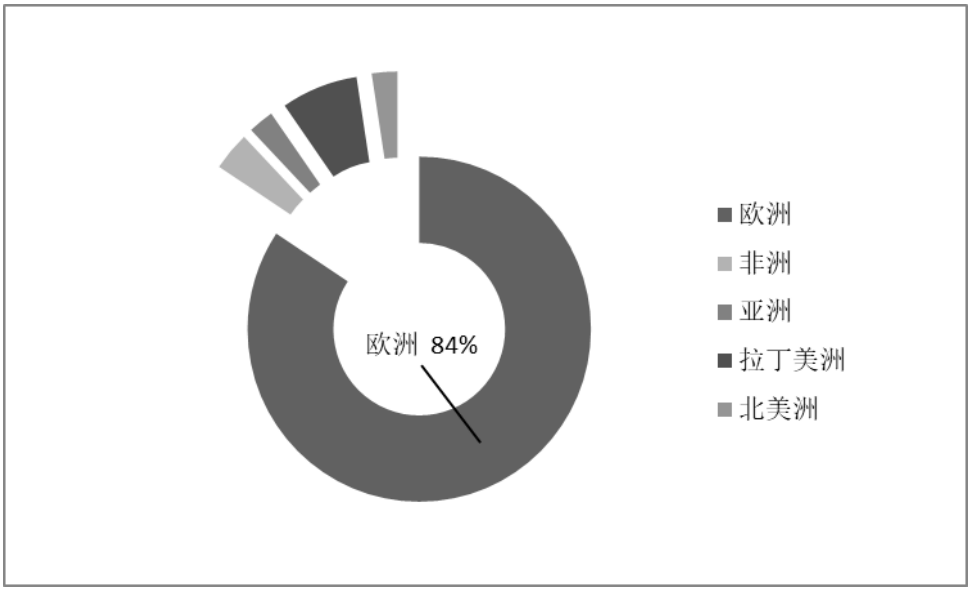
3) 法庭之友来源

数据实证。法庭之友来源东道国的欧洲化特征，导致法庭之友尤其是非政府组织多来

[151] 【美】唐纳德.布莱克，同注 7 引书，第 45 页。
[152] 法律的变化与私人组织以及公共组织成正比，与正式组织和非正式组织成正比，【美】唐纳德·布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 108 页；权威性与第三方的相对社会地位呈正比，【美】唐纳德.布莱克，同注 7 引文，第 12 页。
[153] ICSID Case No. ARB(AF)12/1,*supra* note 60,para.9-36.
[154] (ICSID Case No. ARB(AF)12/1,*supra* note 62,para.23-47.
[155] ICSID Case No. UNCT/18/4, *supra* note 63,para.53.

自于欧洲国家。86 个案件中，有 108 个申诉方来源国（投资者母国）位于欧洲，7 个位于北美洲，来自亚洲、拉丁美洲以及非洲的申诉方较少。被申诉方来源国的地理分布情况与申诉方基本一致。来自欧洲国家的被申请人（投资东道国）多达 70 个，其他地区也较少分布。总体上，法庭之友介入的 ICSID 投资仲裁案件中，90%以上的申诉方和被申诉方来自欧洲国家，亚洲、南美洲、非洲国家较少作为法庭之友介入案件的投资者母国或投资东道国。这种不均衡的地理分布情况，呈现出明显的欧洲化特征。由于法庭之友多来自于东道国，因此法庭之友特别是非政府组织的来源也呈现出欧洲化的特征。

图 5.4 东道国地理分布情况



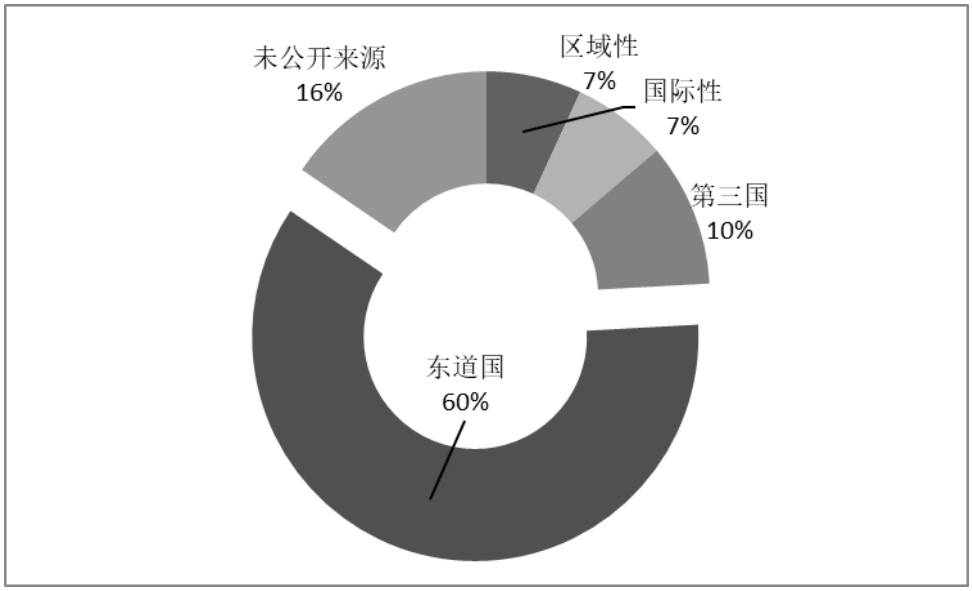
理论分析。社会基础会对产生于本社会的事物的发展产生重大影响。从法庭之友的来源国的社会基础看，法庭之友多来源于社会经济、制度基础较好的欧洲发达国家，发达国家具有促进非政府组织发展的组织资源与制度结构。[156]一方面，发达国家为非政府组织的发展与活动开展提供了丰富物质性与非物质性组织资源，如物质性的政府补贴和非物质性的开放包容理念。另一方面，发达国家对于非政府组织法律地位的认可以及在税收立法方面给予的政策优惠都是非政府组织发展的制度结构优势。因此，享受发达国家给予的物质、非物质与制度优势支持的非政府组织，相对于来自欠发达国家的非政府组织，前者参与包括国际投资争端法解决程序在内的全球治理活动积极性更高。因此，来自欧洲国家的非政府组织更多的介入到投资仲裁案件中。

2. 影响仲裁庭最终裁决的法庭之友自身结构

数据实证。法庭之友主要来源于东道国，倾向于维护东道国利益，导致仲裁庭倾向于东道国裁决（见第二部分表 1）。法庭之友来源多样，主要包括来自东道国国内、国际性、区域性以及第三国的四种类型，其中以来源东道国国内为主。

图 5.5 法庭之友来源情况

[156] 徐莹：《当代国际政治中的非政府组织》，当代世界出版社 2006 年版，第 60-67 页。



理论分析。许多宣称在冲突中保持中立的第三方实际上偏向一方或另一方[157]，即具有实际上的派别性。派别性中一项因素是对立双方与第三方之间的社会距离：派别性是一方社会亲近度与另一方社会疏远度的联合函数。[158]实际上，在国际投资仲裁中，法庭之友亲东道国的派别性主要表现为：一方面，与东道国的社会距离较与投资者的社会距离更亲近，法庭之友也具有亲东道国的派别性。由于亲密关系会造成偏见，即使最低限度的亲密关系，都会使案件的处理结果对自己更有利。[159]因此，即使法庭之友宣称保持中立，但实际上与来自东道国就决定了法庭之友至少与东道国保持最低限度的亲密关系，因而导致法庭之友意见倾向于东道国，进而对仲裁裁决产生影响。

通过结合法庭之友来源的欧洲化与主要来源于东道国特征的分析，来自欧洲发达国家的东道国对法庭之友物质、非物质和制度上的支持，共同导致法庭之友亲东道国的派别性。在涉及东道国公共利益的案件中，法庭之友提交倾向于东道国公共利益的意见书，从而对仲裁庭最终裁决产生影响。

结语

法庭之友对中国作为东道国或中国投资者参与国际投资争端解决将产生怎样的影响？该问题答案的获得需要通过对 ICSID 法庭之友的实践做出整体的分析，并结合中国对外投资与对华投资情况与趋势进行综合分析。

随着中国双重身份的转变，中国在未来将越来越多的参与到 ICSID 实践中来。截止到 2020 年 12 月 31 日，ISDS 案件中涉华案件共计 15 件，其中中国作为被告的 ISDS 案件共 6 件，中国投资者提起投资仲裁的案件共有 9 件。2020 年全年，涉华投资仲裁案件共计 4 件（中国作为被告及中国投资者提起的各 2 件），超总案件数 1/4。随着中国涉投资争端案件

[157] 【美】唐纳德·布莱克：《正义的纯粹社会学》，徐昕、田璐译，浙江人民出版社 2009 年第 1 版，第 96 页。
[158] 同上书，第 124 页。
[159] 【美】唐纳德.布莱克，同注 7 引文，第 13-14 页。

的增加，在可预见的未来，法庭之友将有可能参与到涉中国或中国投资者的投资争端实践中。

此外，在投资条约中加入法庭之友等透明度条款也成为当前投资条约的新趋势。随着美国、欧盟、加拿大等国家在对外签订双多边投资协定中的积极推动，法庭之友制度将被越来越多的国家所接受。虽然我国目前签署的双多边投资协定极少涉及法庭之友制度，但2012 年中加 BIT 第 29 条、作为中美 BIT 谈判的美国 BIT 范本、2021 年签署的中欧全面投资协定以及我国正在积极考虑加入的 CPTPP 都有关于法庭之友参与的规定。

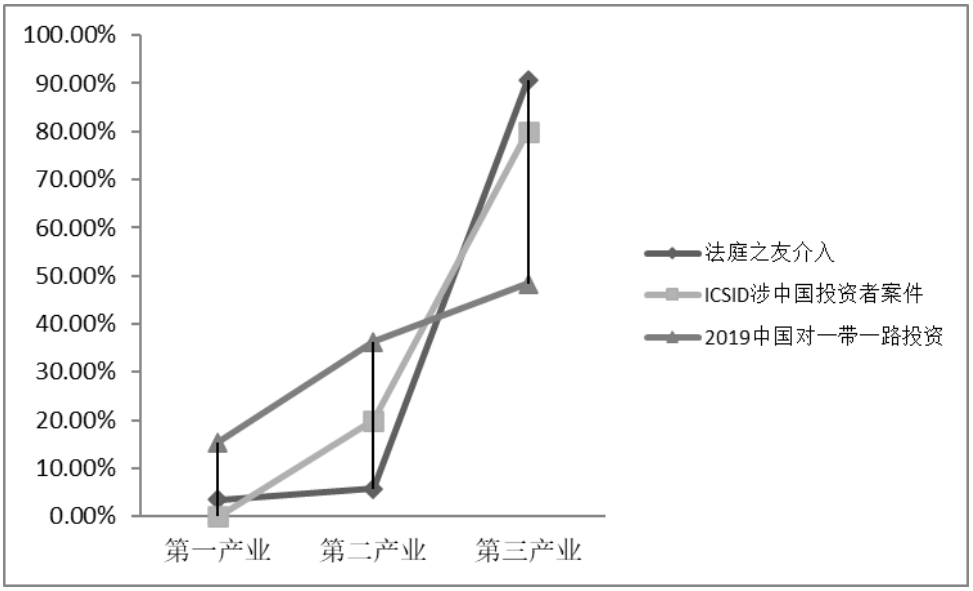
具体来说，对于我国海外投资者而言，“一带一路”与“走出去”战略的开展，使得我国对一带一路沿线国家的投资不断增加，但是沿线国家存在较大的政治不稳定等投资风险，可能导致投资争端的增加。后疫情时期，国际投资法治环境进一步恶化，东道国基于维护国家安全、公共利益而实施的外资管控加强，投资者涉及公共利益的投资有极大可能被认定为损害东道国公共利益。此外国际投资协定对可持续发展等社会条款，使得投资者面临更多公共利益方面的规则规制。因此，维护东道国公共利益的法庭之友的介入将给我国投资者带来很大的不利影响。但是，法庭之友介入投资争端案件中，能有效的提高投资争端解决机制的透明度，监督仲裁庭自由裁量权的行使，以促进案件裁决的公正性，促进投资者利益的维护，某种程度上，对于东道国声称维护公共利益的国家规制行为的滥用也起到监督作用。而对于我国政府而言，纯粹维护东道国公共利益的法庭之友的介入能调整投资者与东道国之间的利益失衡状态，有效维护我国公民的公共利益，但我国 BIT/FTA 中法庭之友规则缺乏，国内非政府组织不健全以及对 ICSID 法庭之友规则和实践缺乏了解，都是我国作为东道国需要解决的现实问题。

(一) 中国投资者

图 1 法庭之友介入、ICSID 涉中国投资者案件[160]、2019 年中国对一带一路投资[161]的产业分布对比

[160] ICSID Case No. ARB/07/6; ICSID Case No. ARB/12/29; ICSID Case No. ARB/14/30; ICSID Case No. ADHOC/17/1; ICSID Case No. ARB/20/26.

[161] 中华人民共和国商务部：《中国对外投资合作发展报告 2020》，第 101-102 页，at http://images.mofcom.gov.cn/fec/202102/20210202162924888.pdf, Apr.29,2021.



从图 1 法庭之友介入、ICSID 涉中国产业和中国对一带一路投资的产业分布对比情况看，四种情况下的产业分布基本一致。目前 ICSID 中涉中国的案件仅涉及第二产业和第三产业，其中涉及第三产业的案件有 8 个，占比 80%，但目前涉中国案件中均没有法庭之友的参与。从中国对一带一路投资的产业分布看，两者仍以第三产业为主，分别占比 83.4%和 48.3%。而法庭之友介入的投资产业也以第三产业为主，占比 90.67%。因此，虽然目前为止 ICSID 案件中无法庭之友的介入，但对一带一路投资的产业分布情况看，法庭之友介入投资争端案件的可能性极大。

据统计目前中国对外缔结的双边投资协定中，大多都全盘接受了 ICSID 的管辖。这种结果便导致，投资者与东道国之间的投资争端可能被诉诸 ICSID，投资者面临着 ICSID 法庭之友制度的实践。

由于中国对外投资争端与投资者利益最为密切，法庭之友介入案件将对投资者利益产生影响。但这种影响似乎是弊大于利的。根据法庭之友介入 ICSID 投资仲裁案件的最终裁决结果，投资者胜诉率在 29%左右，而东道国胜诉率高达 57%。由于国际投资仲裁以保护投资者利益为宗旨，理论上说投资者的胜诉率应高于东道国，但由于法庭之友介入的案件通常涉及公共利益，仲裁庭倾向于维护公共利益而导致裁决结果的反转。

既然中国目前对外投资的产业分布将对法庭之友的介入有巨大的吸引力，而法庭之友的介入对投资者的影响弊大于利，对于中国投资者而言，如何有效规避或降低法庭之友介入带来的不利影响？

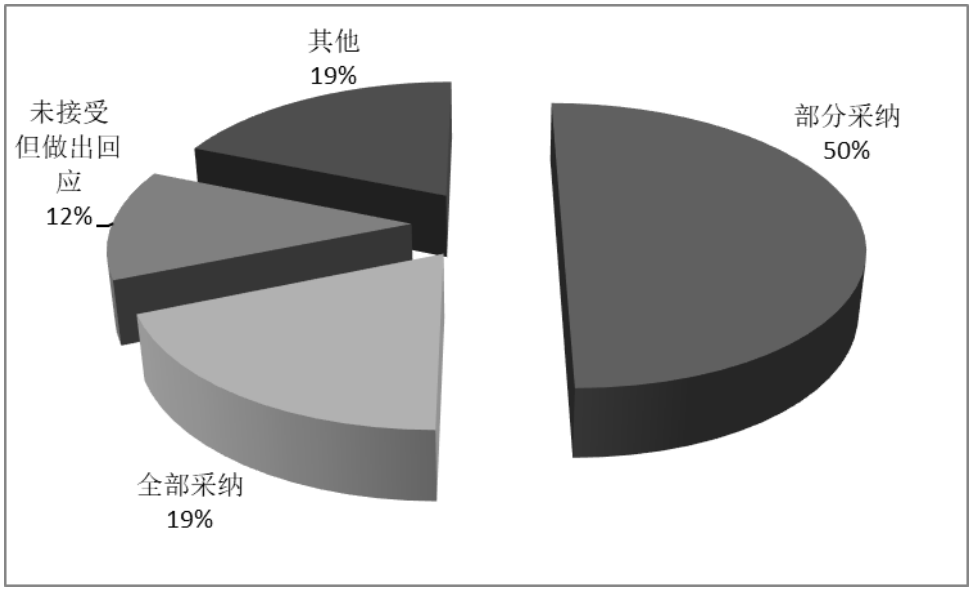
规避法庭之友对投资者的不利影响涉及事前预防措施，最根本的预防措施是对于涉及东道国公共利益的投资，投资者应增强企业社会责任，避免对东道国公共利益造成损害。近年来，国际投资法对跨国企业社会责任予以极大关注，环境、劳工、人权等条款被加入投资协定中。[162]中欧投资协定也加入跨国企业社会责任条款。[163]因此，从投资者自身角来

[162] Joshua Waleson, Corporate Social Responsibility in EU Comprehensive Free Trade Agreements: Towards Sustainable Trade and Investment, *Legal Issues of Economic Integration* ,Vol.42, 2015,pp.143 -174.
[163] CAI, Section IV, Sub- section I, Article2.

看，对于涉及东道国公共利益的投资，一定要遵守企业责任条款；对于投资者母国的中国而言，应在投资协定中加入企业社会责任条款，通过规则设计促进企业维护公共利益。

在投资仲裁审理中，法庭之友已经实际介入案件的情况下，投资者降低法庭之友带来的不利影响方式，积极且充分行使发表意见的权利。据统计结果显示，在一方当事人对法庭之友的意见无异议的情况下，仲裁庭倾向于支持发表意见一方的观点，即不行使发表意见权的当事方可能需要承担对其不利的后果。此外，在投资仲裁案件中投资者多对法庭之友意见的反对意见可能被仲裁庭采纳。据统计，在 19%的裁定中，仲裁庭完全支持投资者意见，在 50%的裁定中仲裁庭部分采纳投资者的意见，另外 12%的裁定中仲裁庭虽然未接受投资者的意见，但是对拒绝投资者意见的关注点做出拒绝理由的回应。可见，投资者意见会对仲裁庭的观点产生不同程度影响，包括积极的影响。因此，中国投资者在投资仲裁实践中，应当积极对法庭之友的意见进行研究，充分发挥发表意见的权利，以对仲裁庭的观点产生有利于投资者的影响。

图 2 仲裁庭裁定中对申诉方（投资者）意见的采纳情况



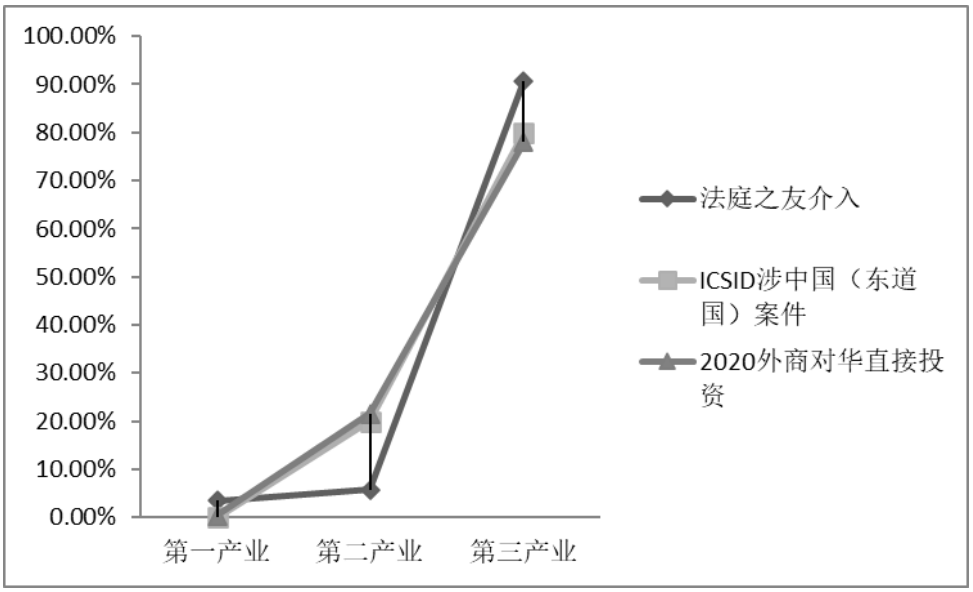
此外，在 12/1BARRY 案件中的经验，原告对法庭之友身份以及与其利益相关性的及时披露与回应，将有利于仲裁庭做出正确的判断。[164]在该案中基于申请人似乎与原告存在间接联系，被告主张法庭之友缺乏独立性。法庭之友是否具有独立性未进行回应，而原告针对被告的质疑主动调查并向仲裁庭披露与申请人无任何关系。仲裁庭最终认为接受原告的意见。所以，投资者除了需要对法庭之友的意见积极发表意见之外，还需要对于己不利的被申诉方、仲裁庭的意见做出回应。

(二) 中国作为投资东道国

图 3 法庭之友介入、ICSID 涉中国（东道国）案件[165]、2020 年外商对华直接投资[166]

[164] ICSID Case No. ARB(AF)12/1,*supra* note 62,para.21,45.
[165] ICSID Case No. ARB/11/15; ICSID Case No. ARB/14/25; ICSID Case No. ARB/17/19; ICSID Case No.

产业分布对比



从图 3 看，2020 年外商对华直接投资的产业分布与法庭之友介入的产业分布以及目前中国作为东道国被诉诸 ICSID 的产业分布基本一致，均以第三产业为主。加之，据 2021 年联合国贸法会发布的全球投资趋势监测报告，中国成为世界上最大的外国直接投资接收国。[167]因此，在以中国作为投资东道国投资争端中，法庭之友同样具有极大的介入案件的可能性。一般情况下，法庭之友介入投资仲裁案件对东道国的影响是利大于弊。因此，对于中国而言，需要充分利用法庭之友制度。

如何充分发挥法庭之友制度维护东道国的公共利益的益处？需要在制度建设与制度运用方面双管齐下。法庭之友的制度建设需要依靠投资协定中的法庭之友条款予以实现。虽然目前中国与他国签订的 BIT/FTA 中接受 ICSID 的管辖，因此绝大部分投资协定中即使没有规定法庭之友条款，法庭之友仍可涉及公共利益的争端在被诉诸 ICSID 时介入。但目前国际投资争端解决机制面临的正当性危机，使得部分国家退出 ICSID 或者在投资协定中对投资者-东道国争端解决机制不予规定[168]，因此，就会导致投资协定既不接受 ICSID 管辖又无法庭之友条款的情况出现。在这种双无的情况下，即使投资争端涉及东道国为维护公共利益所采取的规制行为，法庭之友也无法介入案件，这将对东道国的利益造成极大损害。因此，为规避无投资者-东道国争端解决机制与无法庭之友条款对东道国造成的不利影响，有必要在 BIT/FTA 中加入法庭之友条款。例如，《中欧全面投资协定》中虽然没有规定 ISDS 机制，但加入法庭之友。[169]USMCA[170]、CPTPP[171]等代表国际投资协定最先进立法的

ARB/20/22; ICSID Case No. ARB/20/34.
[166] 国家统计局：《中华人民共和国 2020 年国民经济和社会发展统计公报》，at http://www.stats.gov.cn/ztjc/zthd/lhfw/2021/lh_hgjj/202103/t20210301_1814216.html, Apr.29,2021.
[167] UNCTAD, Global Investment Trends Monitor, 2021, at https://unctad.org/system/files/official-document/diaeiainf2021d1_highlight_en.pdf,Apr.29.2021.
[168] 《中欧全面投资协定》中无投资者-国家争端解决章节。
[169] CAI, Section IV, Sub- section 4, Article 6.
[170] USMCA 14.D.7,14.D.8

规则中都有关于法庭之友的规定，但我国目前签订的 BIT/FTA[172]很少有法庭之友条款。因此，中国作为投资东道国的身份，尤其需要投资协定中加入法庭之友条款，以保护东道国公共利益。

中国如何在法庭之友的制度运作方面，充分发挥制度优势？第一，中国应对 ICSID 法庭之友的规则以及仲裁庭裁判规则进行详细的了解，即使中国目前并无投资仲裁中法庭之友的实践，但从目前中国被诉案件的类型、中国吸引外资的产业分布以及法庭之友介入案件的特征等方面分析，中国参与 ICSID 法庭之友的制度实践只是时间问题。因此，对于中国而言，面对陌生的投资仲裁中的法庭之友制度，我们需要提前准备好，做好制度的熟悉与预案。第二，由于法庭之友多为来源于东道国的非政府组织，它们在维护东道国公共利益方面发挥着重要的作用，可能对案件结果产生重要影响。但中国目前的非政府组织发展状况似乎不具备介入投资仲裁案件的条件，我国国内的非政府组织可能与政府存在密切的联系而欠缺独立性，多数非政府组织不具备合法的身份以及非政府组织的种类较少、经验欠缺等问题，使得我国在面临需要法庭之友介入投资仲裁案件以维护本国公共利益时，在非政府组织资源方面捉襟见肘。因此，加强我国非政府组织的制度建设，从法律角度赋予其合法地位，都是应对争端的前见。此外，由于国际非政府组织或政府间国际组织享有较高的权威，仲裁庭倾向于采纳它们的意见。因此，中国在进行本国非政府组织建设的同时，加强与国际非政府组织或其他国家间组织的联系，以最大程度的掌握组织资源以应对争端。

[171] CPTPP 9.23

[172] 除已签署未生效的《中欧全面投资协定》外，中国目前仅在 4 个 BIT/FTA 中对法庭之友进行规定。中国-毛里求斯 FTA，第 8 章第 28 条；中国-新加坡 FAT（升级），第 10 章第 30 条；中澳 FTA，第 9 章第 16 条；中加 BIT，第 3 部分第 29 条。

国际海洋法法庭管辖权问题研究

丁洁琼

（河南财经政法大学 法学院 450046）

摘要:分析国际海洋法法庭处理的有关临时措施和咨询意见等案件可以发现, 国际海洋法法庭的管辖权呈现出扩张趋势。扩张趋势动因主要来自国际海洋法法庭管辖权权源的制定者和执行者。国际海洋法法庭管辖权扩张会带来不容忽视的消极影响。各缔约国应当对这一扩张倾向秉承警惕与否定的态度, 不但要积极行使缔约国合法权利以限制国际海洋法法庭管辖权扩张, 更应将其作为一项义务, 敦促国际海洋法法庭对管辖权进行自我修复。

关键词:国际海洋法法庭; 管辖权扩张; 动因; 自我修复

一、国际海洋法法庭管辖权发展趋势的表象

国际海洋法法庭（International Tribunal for the Law of the Sea）的管辖权通常情况下分为两类, 一类是属物的管辖权（competence ratione materiae）, 另一类是属人的管辖权（jurisdiction ratione personae）, 国际海洋法法庭在这两方面都存在明显的扩张管辖权的趋势。

在属物的管辖权方面, 根据《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）第 288 条第 1 款与第 318 条的规定, 国际海洋法法庭能够管辖关于《公约》的解释或适用的争端, 这里所说的《公约》包括正文与附件。[1]根据 1994 年 7 月 28 日实施的《关于执行 1982 年 12 月 10 日<联合国海洋法公约>第十一部分的协定》的第 2 条, 国际海洋法法庭还能管辖关于该协定的争端。依据《公约》第 288 条第 2 款的内容, 国际海洋法法庭能够管辖与《公约》目的存在关联的国际协定而提出的解释或适用的争端。这一措辞涵盖的范围极其广泛, 既指向《公约》第 311 条第 5 款中的国际协定[2], 又指向那些在内容上与《公约》存在关联的国际协定。[3]根据《公约》第 288 条第 3 款, 海底争端分庭能够管辖依据第十五部分第二节提起的争端。

在属人的管辖权方面, 依据《公约》第 291 条, 当事方可以是缔约国或缔约国之外的实体, 这里的缔约国包括国家、自治联系国、自治领土与国际组织四类形式。《公约》适用于缔约国之外的实体体现在《公约》第 190 条、第 291 条, 《国际海洋法法庭规约》第 20 条第 2 款和第 37 条, 可以划分为两类, 即《公约》第十一部分第五节规定的缔约国之外的实体和授权给国际海洋法法庭的其他协定的缔约国之外的实体。要想发现国际海洋法法庭管辖权扩张趋势的本质, 必须分析法庭的司法实践以及关于咨询管辖权的实践。

1.1 透过临时措施实践看管辖权发展趋势

从临时措施实践, 可以发现国际海洋法法庭管辖权的发展趋势。1998 年 3 月 11 日, 国际海洋法法庭处理了“赛加号案”（第 2 号）的临时措施请求。国际海洋法法庭不仅采纳了

作者简介:丁洁琼（1989- ）,女, 河南财经政法大学法学院, 主要研究方向:国际法学, 邮箱 3569793395@qq.com。

[1] Shabtai Rosenne & Louis B. Sohn, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Vol.V*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p.47.

[2] 包括《公约》第 47 条第 6 款、第 51 条第 1 款、第 62 条、第 63 条、第 66 条、第 67 条、第 69 条、第 70 条、第 74 条、第 83 条第 4 款、第 116 条、第 118 条、第 125 条、第 151 条第 8 款、第 237 条、第 269 条、第 303 条第 4 款中所说的协定。

[3] Budislav Vukas, *The International Tribunal for the Law of the Sea: Some Features of the New International Judicial Institution*, in P. Chandrasekhara Rao & Rahmatullah Khan, eds., *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2001, p.68.

原告圣文森特和格林纳丁斯的部分请求事项，另外又超出原告的请求事项范围，规定几内亚的司法部门不得对“赛加号”的船东或运营者采取司法或行政措施。[4]但是事实上几内亚并没有对船东或运营者采取这类行动。瓦瑞巴（Warioba）法官批评了国际海洋法法庭的做法，认为裁决缺乏透明性，[5]当法庭不对管辖权进行解释是极其危险的，将会导致随意的裁决。[6]虽然《国际海洋法法庭规则》第 89 条第 5 款赋予了国际海洋法法庭这方面的自由裁量权，但是国际海洋法法庭不能过度行使这一权力，只有在具备充分证明效力的证据前提下方可行使这一权力。本案中的证据没有达到让国际海洋法法庭行使自由裁量权的标准。1999 年 8 月 27 日，国际海洋法法庭处理了“麦氏金枪鱼案”的临时措施请求，其裁决与爱尔兰的请求存在较多差异。[7]其中第 5 和 6 项不属于爱尔兰的请求内容，甚至第 5 项是日本的反请求的内容。[8]2003 年 10 月 8 日，国际海洋法法庭处理了“新加坡在柔弗海峡内和附近围海造地案”的临时措施请求。虽然新加坡已经部分履行了马来西亚主张的义务，且对马来西亚的请求中的最后三条作出了承诺，[9]但是国际海洋法法庭提出应当立即采取一些行动，促使当事方对承诺的履行，让当事各方能够迅速富有成效地相互合作。[10]国际海洋法法庭主张两国迅速组建一个专家小组，对新加坡围海造地工程进行科学评估，并提出减少这一工程有害影响的方案，专家小组应当立即磋商并迅速形成普禄·泰康（Pulau Tekong）之 D 区的临时措施草案。[11]国际海洋法法庭认为围海造地工程极其可能严重危害海洋生态环境，因此倡议当事方马来西亚与新加坡创设情报交换的途径，谨慎地对围海造地工程进行科学评估，根据当地实际状况，寻找问题的解决途径。[12]尼尔森法官与安德森法官认为国际海洋法法庭这一举措与国际法的基本原则不相符，尽管《公约》与《国际海洋法法庭规则》确定了国际海洋法法庭的这一职权，但并不是让其能用尽用。[13]国际海洋法法庭不应另外规定临时措施，正确地做法是在判决中陈述新加坡的保证内容。[14]通过上述案例，可以发现国际海洋法法庭“极其热衷于”规定临时措施，并且将确认具有初步管辖权的标准设置的非常低。[15]

此外，国际海洋法法庭还通过主观标准衡量当事方是否用尽交换意见的义务降低了对规定临时措施的初步管辖权的门槛。2001 年 12 月 3 日，国际海洋法法庭对“MOX 工厂案”规定了临时措施，法庭指出在诉讼当事国认为已经不存在形成统一意见的可能性的时候，将不具

[4] ITLOS, Case No.2, *The M/V "SAIGA" (No.2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea),* Judgment (1 July 1999), para.52 (1).
[5] ITLOS, Case No.2, *The M/V "SAIGA" (No.2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea),* Judgment (1 July 1999), para.2.
[6] ITLOS, Case No.2, *The M/V "SAIGA" (No.2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea),* Judgment (1 July 1999), Dissenting opinion of Judge Warioba, para.52.
[7] ITLOS, Case No.10, *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures*, Order (3 December 2001), paras.27 and 89 (1).
[8] ITLOS, Cases Nos 3 & 4, *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures*, Order (27 August 1999), paras.33 and 90 (1).
[9] ITLOS, Case No.12, *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures*, Order (8 October 2003), paras.76-81, 85-88.
[10] ITLOS, Case No.12, *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures*, Order (8 October 2003), para.98.
[11] ITLOS, Case No.12, *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures*, Order (8 October 2003), paras.106 (1) (a) and (c).
[12] ITLOS, Case No.12, *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures*, Order (8 October 2003), paras.96, 99 and 106 (1) (b).
[13] ITLOS, Case No.12, *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures*, Order (8 October 2003), Declaration of President Nelson, paras.4-6; Declaration of Judge Anderson, paras.2-3.
[14] ITLOS, Case No.12, *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures*, Order (8 October 2003), Declaration of Judge Anderson, para.4.
[15] Natalie Klein, "Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea", Cambridge University Press, 2005, 22(2), p.85.

有进一步交换意见的义务。[16]国际海洋法法庭对《公约》第 283 条采用主观标准的做法引发一些异议。2010 年 12 月 23 日, 国际海洋法法庭在“路易莎号案”中认为圣文森特和格林纳丁斯已经履行了《公约》第 283 条交换意见的义务。[17]但是崔卫（Treves）法官、古力斯尹（Golitsyn）法官与沃尔夫鲁姆（Wolfrum）法官均提出质疑, 认为其没有表达要与西班牙对争议焦点进行交换意见的态度, 更没有交换意见的进一步行动。[18]根据目前国际海洋法法庭的司法实践, 被告一方依据《公约》第 283 条否定国际海洋法法庭的管辖权不易取得成功, 尽管《公约》对第 283 条规定了一些实质性标准, 但是国际海洋法法庭对当事国是否充分履行交换意见的义务仍然具有较大的自由裁量权。

1.2 透过咨询意见实践看管辖权发展趋势

国际海洋法法庭设立了海底争端分庭等若干分庭, 透过这些分庭的实践, 能够发现管辖权的发展趋势。海底争端分庭与国际海洋法法庭的关系体现在《公约》第 186 条和第 187 条中。第 186 条规定了海底争端分庭的管辖权来源, 第 187 条详述了管辖权的范围。海底争端分庭最初是国际海底管理局的一个部门, 后来《公约》将其转变为国际海洋法法庭的组成部分, 海底争端分庭的所有法官同时也是全庭的法官, 他们的职责包括司法与行政活动。但是海底争端分庭并非完全受制于国际海洋法法庭, 海底争端分庭的管辖范围更多的在于国际海底区域（以下简称“区域”）内活动引发的争端。《公约》第 191 条明确了海底争端分庭对一些法律事项的咨询管辖权, 国际社会对全庭的咨询管辖权曾掀起过辩论的高潮, 国际法学者无法形成统一的认识。

中国的一些国际法学者认为全庭能够行使咨询管辖权, 这一观点基于的国际法基础为《国际海洋法法庭规则》第 138 条。[19]国际海洋法法庭之后的实践恰恰印证了这一观点, “次区域渔业委员会”在 2013 年 3 月 28 日向国际海洋法法庭提出咨询意见申请, 中国等数个国家明确表示反对, 认为《公约》并未赋予全庭这一权力, 但是全庭没有听取这些声音, 于 2015 年 4 月 2 日发表了相关法律问题的咨询意见[20]。国际海洋法法庭用实际行动突破了《公约》的条款, 给予备受争议的全庭是否具有咨询管辖权问题直接回答, 国际海洋法法庭的行动表现出管辖范围的扩张意图。国际海洋法法庭正处于迅速发展之中, 从它对待咨询管辖权的态度似乎可以预见未来可能进一步的扩大管辖范围, 这值得国际社会密切关注。

通过对国际海洋法法庭管辖权发展趋势表象的分析, 可以发现其日益呈现出扩张的本质, 究竟是什么原因促使国际海洋法法庭管辖权朝着扩张的方向发展, 是本文需要追寻的问题。

二、国际海洋法法庭管辖权扩张趋势的动因

国际海洋法法庭作为《公约》创设的较为“年轻”的争端解决机构, 何为其管辖权逐步扩张背后的推手, 本文认为一是管辖权权源的制定者, 二是管辖权权源的执行者。

2.1 国际海洋法法庭管辖权权源的制定者

探究国际海洋法法庭管辖权权源的制定者的初衷是寻找管辖权扩张的重要来源。国际

[16] ITLOS, Case No.10, *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures*, Order (3 December 2001), para.60.
[17] ITLOS, Case No.18, *The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment (28 May 2013), paras.54 and 65.
[18] ITLOS, Case No.18, *The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment (28 May 2013), Dissenting Opinion of Judge Treves, paras.11-13, Dissenting Opinion of Judge Golitsyn, para.8-9, Dissenting Opinion of Judge Wolfrum, para.28.
[19] 叶强: “咨询意见在国际海洋法法庭全庭的发表程序初探”, 《中国海洋法学评论》, 2014 年第 1 期, 第 2 页。
[20] ITLOS, Case No.21, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)*, Advisory Opinion (2 April 2015), pp.1-68.

海洋法法庭的建立曾遭到许多国家的反对[21], 但是却依旧在重重阻碍中建立起来。促使国际海洋法法庭诞生的关键性政治因素是国际法院的负面影响引发许多发展中国家的信任危机, 发展中国家普遍希望国际社会创建一个崭新的法庭来保障自己的权益。[22]推动国际海洋法法庭诞生的关键法律因素是国际法院管辖的诉讼主体的有限性。[23]《国际法院规约》是《联合国宪章》的重要组成部分, 如果选择修改《国际法院规约》, 那将非常艰难复杂。面对国际法院管辖权的局限性, 国际社会达成了创设一个崭新的, 管辖范围更宽泛的国际海洋法法庭的共识。[24]《公约》虽然没有刻意地赋予国际海洋法法庭高于其它司法机构的法律地位, 但是却不断流露出对国际海洋法法庭的偏重, 《公约》将与第 290 条相关的临时措施与迅速释放的剩余强制管辖权都交给了国际海洋法法庭。与此同时, 《公约》缔约国对导致有拘束力裁判的程序中明显的偏向于选择国际海洋法法庭。整体而言, 选择国际海洋法法庭的有 36 个国家, 选择国际法院的有 27 个国家, 选择仲裁的有 10 个国家, 选择特别仲裁的有 11 个国家。[25]由此可见国际社会对国际海洋法法庭的期待极高。

国际海洋法法庭作为一个重要的国际争端解决机构, 它在管辖权权源主要包括《公约》等, 透过相关条文的内容中可以察觉其管辖权权源的制定者在有意或无意中成为管辖权扩张的推手。《公约》的一些规定赋予了国际海洋法法庭在实践中较大的自由裁量范围, 为管辖权扩张提供了一定的空间。

在属事管辖方面, 《公约》第 33 条规定了沿海国在毗连区的管辖范围, 同时第 302 条第 2 款补充规定沿海国对于未经许可而运出的海洋考古和历史文物推定为适用第 33 条的规定, “推定”一词旨在控制海洋文物的贩运, 事实上也拓展了沿海国在毗连区的管辖事项, 在这样的前提下, 如果该缔约国选择国际海洋法法庭作为争端解决机构, 那么国际海洋法法庭的管辖范围也间接扩大了。《国际海洋法法庭规约》第 21 条[26]授予了国际海洋法法庭解决非海洋法争端的权力, 因为这里的“其他协定”的措辞暗含着该协定无需满足国际法对条约的要求, 也无需事关《公约》的宗旨与创设目的。《公约》第 293 条第 1 款明确了国际海洋法法庭可以受理无关海洋法的强制管辖权争端。

在属人管辖方面, 《公约》第 187 条与《国际海洋法法庭规约》第 20 条赋予了《公约》缔约国和其他实体寻求救济的权利。《国际海洋法法庭规约》第 20 条中的“任何其他协定”一词说明非国际法意义上的条约也符合要求。[27]《国际海洋法法庭规约》第 187 条明确了“区域”活动中争端的主体类型, 与国际法院行使管辖权的对象相比, 包括国际海洋法法庭能够管辖缔约国之外的多类主体, 包括管理局、企业部、国营企业、自然人和法人, 这些实体需具备的条件为选择国际海洋法法庭解决争端。相对于国际法院而言, 国际海洋法法庭的管辖对象主体有所扩大, 能够处理部分或全部是非缔约国实体的争端, 这些非缔约国实体可以是个人、个人的商业公司, 政府间组织等。在《公约》的框架下, 个人也能够参与国际争端。《公约》第 292 条第 2 款中规定, 个人能够以国籍国的名义向国际海洋法法庭提起对他国政

[21] 赵理海著：《海洋法的新发展》, 北京大学出版社 1984 年版, 第 190 页。
[22] Shigeru Oda, *“Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea”*, International and Comparative Law Qu*arterly, Vol.44, No.4*, 1995, p.865.
[23] 吴慧著：《国际海洋法法庭研究》, 海洋出版社 2002 年版, 第 12-13 页。
[24] A.O.Adede, *“Settlement of Disputes Arising under the Law of the Sea Convention”*, American Journal of International Law, *Vol.69, No.4*, 1975, p.817.
[25] 高健军著：《<联合国海洋法公约>争端解决机制研究》, 中国政法大学出版社 2014 年版, 第 151 页。
[26] 《国际海洋法庭规约》第 21 条：法庭的管辖权包括按照本公约向其提交的一切争端和申请，和将管辖权授予法庭的任何其他协定中具体规定的一切申请。
[27] Shabtai Rosenne & Louis B. Sohn, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Vol.V*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p.68.

府的诉讼, 第 292 条涉及的是迅速释放问题, 实施扣留船舶行为的主体是国家。而《公约》通过该条规定, 类似于代理人的方式让个人参与国际诉讼, 它的权力源于国籍国的授权, 在诉讼活动中的行为代表国籍国。这里的个人形式多样化, 包括当事方个体, 还包括这些个体授权的律师。[28]

《公约》第十一部分规定国际海洋法法庭有权管辖非缔约国形式的主体类型包括自然人、法人, 或者两者之间的结合, 该部分对缔约国之外的实体的限制相对严格, 而《公约》第十五部分的限制相对表面化, 《公约》如此规定原因在于对海洋环境与渔业争端的高度重视与偏重。[29]《国际海洋法法庭规则》第 110 条第 2 款规定了申请迅速释放的主体范围, 包括船旗国及其授权的政府人员、被扣押船只的船长、被扣押船只的所有权方。这一关于申请迅速释放主体的规定, 基本上覆盖了所有的自然人。[30]

管辖对象主体范围的扩大直接关系着国际海洋法法庭行使管辖权的范围。《公约》第 292 条第 2 款与《国际海洋法法庭规则》第 110 条第 2 款相互呼应, 后者赋予了个人对外国向国际海洋法法庭提出迅速释放请求的权利, 这里所指的个人的权利来源有两类, 一类是国籍国的授权, 一类是船只登记国官方机构的授权。在《公约》形成的过程中, 多方代表曾提出拒绝支持迅速释放程序中的主体包括被扣留的个人的意见[31], 最终《公约》没有接受这些主张。《公约》通过扩大提起争端的诉讼主体的范围, 间接扩大了受理案件的范围。《公约》第 305 条规定《公约》的签字国包括国际组织, 同时在第 307 条又允许缔约国之外的其他实体加入《公约》, 因此国家及其之外的实体都有可能成为《公约》的创始成员。《公约》附件九中规定符合相关条件的政府间组织, 《公约》缔约国授权的组织均能作为《公约》的签字国, 目前符合该规定, 且参与国际海洋争端的组织主要有欧共体, 2009 年 12 月 16 日, 国际海洋法法庭对“关于在东南太平洋养护和可持续捕捞箭鱼种群案”的实体问题做出裁决, 智利与欧共体分属于案件的当事方。《公约》中对签字主体范围的扩大直接影响着国际海洋法法庭管辖主体的范围。

在临时措施这一事项上, 国际海洋法法庭行使管辖权的范围显得更加广阔, 而国际法院行使这一管辖权的范围相当于国际海洋法法庭的子集。[32]《国际法院规约》第 41 条赋予了国际法院指示（indicate）临时措施的权力, 行使这一权力必须为了保全当事国的权利, 而《公约》第 290 条第 1 款也授予了国际海洋法法庭相似的权力, 允许国际海洋法法庭规定（prescribe）临时措施, 并要求国际海洋法法庭行使该权力的目的包括两种, 其一是保护当事国的相关权利, 其二是防止对海洋生态环境造成巨大的破坏。尽管在《国际法院规约》和《国际法院规则》的条文里不存在限定国际法院指令临时措施必须满足具有初步管辖权的前提条件, 但是在司法实践中明确了该项内容, 在核试验案中, 国际法院指出“澳大利亚和新西兰两个起诉方的主张似乎满足国际法院行使初步管辖权的条件, 所以将继续审理并核实两个起诉方的相关意见[33]。

---

[28] ITLOS, Case No.8, *The “Grand Prince” Case (Belize v. France), Prompt Release*, Judgment (20 April 2001), Declaration of Judge ad hoc cot, para.11.

[29] 高健军著：《<联合国海洋法公约>争端解决机制研究》, 中国政法大学出版社, 2014 年版, 第 71 页。

[30] Florian H. TH. Wegelein, *“The Rules of the Tribunal in the Light of Prompt Release of Vessels”*, Ocean Development and International Law, *Vol.30, No.3*, 1999, p.260.

[31] Thomas A. Mensah, *The Place of the International Tribunal for the Law of the Sea in the International System for the Peaceful Settlement of Disputes*, in P. Chandrasekhara Rao & Rahmatullah Khan (eds.), *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice* , Kluwer Law International, 2001, p.30.

[32] Shabtai Rosenne, *“Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea”*, American Journal of International Law, *Vol.89, No.4*, 1995, p.814.

[33] Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of The International Court 1920-1996, Vol.45*, Martinus Nijhoff

1979 年 11 月 29 日, 美国就外交与领事案向国际法院起诉伊朗。国际法院提出“如果美国提出的国际法条款能够充分为国际法院行使初步管辖权提供理由, 那么国际法院会做出临时措施的指示。”[34]《公约》第 290 条第 5 款授予了国际海洋法法庭绝非寻常的权力[35], 确定国际海洋法法庭具有裁判其他国际司法机构管辖权的权力。[36]这体现在国际海洋法法庭的已决案件中, 例如在“麦氏金枪鱼”中, 国际海洋法法庭裁定仲裁法庭具有初步管辖权, 所以国际海洋法法庭能够规定临时措施。[37]不论对提交至国际海洋法法庭的争端的管辖权问题审理结果如何, 国际海洋法法庭都可以指令临时措施, 这一权力来源于《公约》第 290 条第 1 款和第 5 款的规定, 在这一方面, 国际海洋法法庭的管辖范围要超出国际法院。

2.2 国际海洋法法庭管辖权权源的执行者

管辖权的发展离不开国际海洋法法庭管辖权权源的执行者的实践, 这些相应的执行者主要是法官, 法官的司法活动是国际海洋法法庭管辖权扩张的催化剂, 尤其是一些国际影响力较大的法官对个人司法理念的宣传与倡导更是管辖权扩张的重要推力。

《公约》第 191 条仅明确赋予海底争端分庭咨询管辖权, 而全庭在第 21 号案件中首次正式行使了咨询管辖权, 体现了其管辖权权源的执行者存在扩张管辖权的意图。尽管在《公约》覆盖的争端领域, 咨询管辖权发挥着不可替代的作用, 但是全庭在没有明确的法律依据的前提下就行使咨询管辖权难以服众。尽管咨询管辖权与管辖权确实存在密切的联系, 但不能理所当然地用管辖权的相关规定作为依据, 咨询管辖权的行使主体, 法律基础, 管辖范围等都需要充分明晰的法律支撑。国际海洋法法庭全庭在法律模糊的状态下依旧自行定夺具有咨询管辖权的做法, 展现出《公约》的执行者有“能用尽用”的想法, 那么当《公约》被一些国家或实体等作为法律工具的情形下, 国际海洋法法庭管辖权扩张的做法难道不恰恰成为这些国家或实体等的“助纣为虐”者吗？当《公约》出现法律模糊事项时, 相关的国际争端解决机构可以采用固有权力进行解释, 但是此时应当以谨慎的态度限制自由裁量权的行使, 让国际法领域成为一个真正的“法治”世界。

在国际实践中, 一些国际影响力较大的法官的个人司法理念是促使国际海洋法法庭管辖权扩张的重要推力。例如德国籍法官沃尔夫鲁姆是《公约》的争端解决机构对“混合型争端”具有管辖权的主要倡导者。作为国际海洋法法庭的庭长, 沃尔夫鲁姆在 2006 年的联合国大会中表示, 《公约》第 287 条涵盖的各类国际争端解决机构在解决海域划界问题时, 没有撇开领土单独对海域划界的可能性, 并且《公约》中存在一些牵涉大陆与海洋关系的主权事项的规定, 大陆或岛屿主权等权利和海域划界不可分割, 属于《公约》的解释或适用事项。[38]他在国际海洋法法庭审理的首起海域划界案（孟加拉湾海洋划界案）中清楚地表达了自己的相关司法理念, 可视为主张扩张管辖权的代表人物之一。

在孟加拉湾海洋划界案中, 沃尔夫鲁姆法官在个人声明中对国际法院或法庭的立法职能进行了论证。他认为, 国际法院或法庭在解决海域划界争端中行使立法职能, 这是《公约》

Publishers, 1997, p.319.

[34] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Order (15 December 1979), para.15.

[35] ITLOS, Case No.10, *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures*, Order (3 December 2001), Separate Opinion of Judge Anderson, part 1.

[36] 高健军著：《<联合国海洋法公约>争端解决机制研究》, 中国政法大学出版社, 2014 年版, 第 215 页。

[37] ITLOS, Cases Nos 3 & 4, *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order (27 August 1999), para.90.

[38] Statement of President Wolfrum on Agenda item 71 (a) at the plenary of the sixty-first session of the UN General Assembly, 8 December 2006 (www. itlos. org/ fileadmin/ itlos/ documents/ statements_ of _ president/ wolfrum/ ga _ 081206 _ eng. pdf), para.7.

第 74 条和第 83 条所预期的并合法化的职能。《公约》第 287 条赋予了三个机构（国际法院、国际海洋法法庭和仲裁庭）负责解释且在其框架内逐步发展《公约》的任务和责任。这要求它们协调其判例, 以避免任何分裂, 尤其在海域划界方面。与领海划界不同, 在大陆架或专属经济区划界的特定方法方面, 第三次联合国海洋法会议没能达成合意。因此, 如果它们不同意通过司法途径解决争端, 那么会议将划界任务交给沿海国。这意味着在被请求解决争端时, 国际法院和法庭具有制定适合这一目的方法的任务, 甚至是责任。[39]

沃尔夫鲁姆曾数次担任国际海洋法法庭案件与《公约》附件七仲裁庭案件的法官, 他一方面提倡国际争端解决机构通过判例的方式行使立法职能, 另一方面倡导国际争端解决机构对“混合型争端”行使管辖权。他这一司法理念将促使包括国际海洋法法庭在内的《公约》第 287 条涵盖的所有国际争端解决机构在“混合型争端”方面管辖权扩张行使, 其不利影响波及的国际法领域可谓颇广。

三、国际海洋法法庭管辖权扩张趋势的审视

国际海洋法法庭是目前解决国际海洋争端的重要司法机构, 发挥着构建海洋秩序, 维护海洋环境和谐与稳定的重要作用, 国际社会对国际海洋法法庭展现出偏爱与较高的期待。但是国际海洋法法庭管辖权的扩张最终可能导致严重后果, 甚至动摇国际海洋法法庭司法权威的根基。

3.1 对国际海洋法法庭管辖权扩张趋势应秉承的态度

截至目前《公约》缔约国按照第 287 条所作的程序选择中, 国际海洋法法庭是各国选择最多的导致有拘束力裁判的程序。[40]国际海洋法法庭正是在这种较高的期待中对管辖权的行使发生了变化。国际海洋法法庭是一个相对“年轻”的国际争端解决机构, 它正处在蓬勃快速发展的阶段, 我们秉承什么样的态度对待这一问题, 应当通过详细分析后得出答案。

一方面过度行使管辖权影响判决的正当性, 而正当性保障了国际海洋法法庭的司法权威地位。《公约》经过了漫长的历史岁月终于在各缔约国的妥协中得以形成。国际海洋法法庭的创设与运行的基础是国家的同意, 各国在达成合意的基础上拟定章程条约。国际海洋法法庭行使管辖权的前提是具体案情符合《公约》的基本规定, 且不存在阻止管辖权的事由, 例如当事国没有用尽当地救济、未履行交换意见的义务、滥用国际海洋法法庭这一司法程序、争端的主体涉及必要的第三方未参诉等。国际海洋法法庭对这些阻却管辖权的事由具有一定的自由裁量权。国际海洋法法庭对管辖权的裁夺只有得到当事方、潜在的第三方、其他利益相关者均认同的前提下, 方能彰显其公平正义性。管辖权的行使正当与否直接关系着当事国对判决是否接受, 国际社会对判决的认同程度, 国际海洋法法庭在国际社会的权威性。与国际海洋法法庭在毫无争议的范围内行使管辖权相比, 过度行使管辖权更易撼动其司法权威地位, 影响生效判决的履行效果。假若国际社会对国际海洋法法庭的正当性产生质疑, 进而对其敬而远之, 那么对这一历经艰难形成的国际海洋法法庭来说将是一场灾难。

另一方面过度行使管辖权可能沦为某些国家的法律工具。《国际海洋法法庭规约》第 21 条中使用的“任何其他协定”这一措辞的含义比较宽泛, 因此有的国际法学者提出不强制要求国际海洋法法庭接受的争端的全部内容都事关海洋法。[41]对于一项争端包含陆地、岛

[39] ITLOS, Case No.16, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment (14 March 2012), Declaration of Judge Wolfrum, pp.136-137.

[40] 高健军著：《<联合国海洋法公约>争端解决机制研究》, 中国政法大学出版社 2014 年版, 第 71 页。

[41] L. Dolliver M. Nelson, *The International Tribunal for the Law of the sea: Some Issues*, in P.Chandrasekhara Rao & Rahmatullah Khan (eds.), *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice*, Kluwer Law

屿主权问题和海域划界问题, 国际海洋法法庭不能对其中的陆地、岛屿主权问题行使管辖权, 但是对混合型海洋争端是否具有管辖权, 国际海洋法法庭在 2006 年的时任庭长认为根据《公约》第 287 条与第 298 条第 1 款（a）项, 进行海域划界时不得不参照领土, 领土主权或其他权力是海洋划界争端的附属问题, 属于《公约》的适用范围。[42]国际法院的已决案例, 即 2007 年的尼加拉瓜诉洪都拉斯案肯定了海洋划界争端和领土主权问题密不可分。[43]对于国际海洋法法庭来说, 在当事方缔结了就涉及领土主权的海洋争端选择国际海洋法法庭管辖的协议的前提下, 可以基于《国际海洋法法庭规约》第 21 条行使管辖权, 这可以说是国际海洋法法庭管辖权的扩张使用。

当前各类国际争端解决机构在管辖权行使上或多或少都存在扩张的趋势, 这在南海仲裁案中尤为明显, 而其中起诉方本身也在刻意促使国际争端解决机构过度行使管辖权。例如查戈斯群岛仲裁案和南海仲裁案, 起诉方选择的方式均为绕离争端主题, 即领土主权问题, 将争议拆分为数点, 整合成一个混合型争端。南海仲裁案中菲律宾向仲裁庭明确表示该请求无关领土主权问题, 同时又通过假定的方式假设黄岩岛与南沙群岛都是中国的领土。[44]

仲裁庭对这两个案件的裁决结果都是对起诉方请求的部分事项具有管辖权, 但是似乎判决中缺少了对涉及领土主权问题的混合型争端具有管辖权的论述, 这无疑反应了《公约》附件七的仲裁庭对混合型争端行使管辖权持肯定态度, 虽然两起混合型争端均发生在强制仲裁程序的仲裁庭, 但是国际海洋法法庭也有可能采取这类过度行使管辖权的方式, 这是由于诸如沃尔夫鲁姆等既担任国际海洋法法庭的法官, 又时常担任仲裁庭的法官, 其司法理念将渗透于各类国际争端解决机构中。国际海洋法法庭的创设之初便有“可能与其他国际司法机构的判决产生冲突”的反对声音, 而其发展过程中扩张管辖权的趋势将极易导致国际争端解决机制内的冲突。

3.2 限制国际海洋法法庭管辖权扩张是权利更是义务

《公约》缔约国的努力是限制国际海洋法法庭管辖权扩张的重要外部力量。对于国际海洋法法庭管辖权扩张这一不利趋势如何进行限制, 各缔约国应当身体力行, 做出积极努力, 《公约》本身其实已经指明了缔约国对相关争端解决机构管辖权进行限制的路径。

《公约》第 294 条一方面肯定了已经普遍运用的初步反对（preliminary objection）, 另一方面创设了崭新的初步程序（preliminary proceedings）。初步反对制度犹如同意原则的“安全阀”, 广泛地存在于国际法领域, 例如《欧洲共同体法院规则》第 91 和 92 条, 《欧洲人权法院规则》第 46 条, 《公约》第 294 条等, 而对于已经惯常适用的国际法院领域, 初步反对制度恰恰在《国际法院规约》第 36 条的基础上在实践中逐渐成型。

通常情况下, 初步反对被划分为两类, 即对管辖权的反对与对可受理性的反对。常设国际法院在西里西亚德国人权益案中指出, 可以对波兰的反对进行区分, 一类是就管辖权问题进行反对, 另一类是对争端的可受理性进行反对, 同时指出这两类反对事由如果受到肯定, 那么将阻止对实质问题的审理程序, 所以被诉方的反对是法院应当首先解决的问题。[45]在尼加

International, 2001, pp.53-54.

[42] Statement of President Wolfrum on Agenda item 71 (a) at the plenary of the sixty-first session of the UN General Assembly, 8 December 2006 (www.itlos.org/fileadmin/itlos /documents/statements_of_president/wolfrum/ga_081206_eng. pdf), para.7.

[43] *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment of 8 October 2007, *I.C.J. Reports 2007*, paras.113-115.

[44] 张小奕: “毛里求斯诉英国查戈斯仲裁案述评——结合菲律宾诉中国南海仲裁案的最新进展”, 《太平洋学报》, 2015 年第 12 期, 第 31 页。

[45] PCIJ, Series A, No.6, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Preliminary Objections, Judgment (25

拉瓜的军事与准军事行动案中的临时措施命令指明, 接下来的书面程序阶段的首要任务是判断国际法院的管辖权与诉求的可受理性。[46]但是 1972 年《国际法院规则》第 79 条第 1 款在前述反对类型的基础上, 又规定了其他反对。对此, 国际法院作以这样的分析, 即规则制定者考虑到未来可能出现的其他类型的反对, 因此创设了这一条文, 诸如被诉方于摩洛哥磷酸案里以诉求目的模糊不清为由提出的反对等。[47]有的国际法学者认为初步反对应当划分为三类, 即就管辖权基础的存在性与有效性的反对, 就管辖权要件齐全与否的反对, 以一般国际法原则为基础否定诉求的可受理性的反对。[48]根据常设国际法院与国际法院涉及的初步反对主要包含这些类别, 第一类为以穷尽国内救济原则为基础的反对, [49]第二类为以违背不可或缺第三方规则为基础的反对, [50]第三类为以当事人不适格或不具备诉讼利益为由的反对, [51]第四类为以违背职权分离或政治问题为由的反对[52]。在国际实践中一些基本原则或规则对阻却管辖权发挥着至关重要的作用。

《公约》第 294 条创设的崭新的初步程序囿于适用范围相对较窄, 因此国际实践中尚未得到被诉方的应用。初步程序主要形成于第三次联合国海洋法会议第六、七、八期会议。初步程序是全世界各种利益团体妥协的结果, 体现了《公约》创设者的智慧, 它主要作为一种抗辩原由为强制仲裁程序的正当性提供有力保障, 为国际海洋争端的处理打开了一扇新的大门。初步程序的性质为“一种特别附带程序”[53], 其依附的主程序为《公约》附件七的强制仲裁程序。初步程序中的“滥用法律程序”,指的是起诉方滥用启动强制仲裁程序的诉权, 这与《公约》第 300 条相辅相成, 以诚实与禁止滥用权利约束缔约国等《公约》主体的诉讼行为。结合普通法系的实践，初步程序相关规定中的“根据初步证明是否有理由”指的是“在被告未能提出足以反驳的证据, 法庭必然判决原告胜诉”[54]。那么结合《公约》第 294 条, 其内涵应当为强制仲裁程序中的当事方提出足以证实起诉方滥用法律程序, 那么初步程序将阻却仲裁庭行使管辖权。初步程序的主体包括两类, 其一为当事方, 尽管通常情况下是由被诉方行使这一权利, 但是结合国际法历史上货币黄金案中起诉方自己行使初步反对的情形, 被诉方也存在启动初步程序的可能性。其二为《公约》第 287 条所涵盖的各类国际争端解决机构。初步程序的适用范围为《公约》第 297 条涉及的争端。初步程序的启动时间范围限制在强制仲裁程序开始之后, 至对实质问题审理之前, 结合《国际法院规则》进一步解读, 应当为书面程序阶段。初步程序的适用效果为一方面可以阻却国际争端解决机构的管辖权, 另一

August 1925), pp.13, 18-19.

[46] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Order (10 May 1984), *I.C.J. Reports 1984*, p.187, para.41.

[47] E. Jiménez de Aréchaga, *"The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice"*, American Journal of International Law, *Vol.67, No.1*, 1973, p.18.

[48] Shabtai Rosenne, "*The World Court: What it is and How it Works"*, Netherlands International Law Review, *Vol.38, No.1*, 1991, pp.86-88.

[49] 主要案例为: *Interhandel (Switzerland v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1959*, p.6; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1989*, p.15.

[50] 主要案例为: Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America), Judgment, *I.C.J. Reports 1954*, p.19; *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1992*, p.240; *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1995*, p.90.

[51] 主要案例为: *South West Africa (Ethiopia v. South Africa), South West Africa (Liberia v. South Africa)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1962*, p.319; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1964*, p.6.

[52] 主要案例为:*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1980*, p.3; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1984*, p.392.

[53] 吴慧著：《国际海洋法法庭研究》, 海洋出版社 2002 年版, 第 96 页。

[54] 薛波主编：《元照英美法词典》, 法律出版社 2003 年版, 第 355 页。

方面可以延缓进入争端实质问题阶段的时间。当事方对初步程序的选用不失为一种好的策略, 更易于向仲裁庭表达反对仲裁的立场, 迫使起诉方进一步完善证据, 延缓仲裁程序时间, 争取通过政治与外交途径化解争端。

国际社会创设国际海洋法法庭的初衷是实现公正与公平, 由此设置了多种程序性权利让当事方对管辖权的行使进行监督, 当事方诉诸国际海洋法法庭的目的也恰恰是追求公正与公平的裁决, 因此当事方有监督与阻却国际海洋法法庭管辖权扩张行使的义务。为了避免国际海洋法法庭管辖权扩张的消极影响, 各缔约国应当积极行使初步反对和初步程序等各类权利, 同时更要将阻却管辖权的扩张作为一种国际法义务, 让管辖权的行使约束在程序正当的轨道内。

3.3 敦促国际海洋法法庭对管辖权扩张进行自我修复

国际海洋法法庭对管辖权扩张的自我修复是限制这一现象的关键性内部力量, 各缔约国应当强烈敦促国际海洋法法庭对管辖权扩张问题重视并进行自我修复。

《公约》的争端解决机制是一种“自助餐模式”[55], 它本身所具有的多重复杂性可能导致国际海洋法法庭管辖权与其他国际司法机构的冲突, 时任国际海洋法法庭庭长图利欧·崔卫（Tullio Treves）在 1999 年表示过对此的焦虑。国际司法机构都具有自足性, 在行使管辖权时很可能排除其他机构的管辖权, 有时候会对自由裁量权“能用尽用”, 在这样的情形下国际争端尚未妥善解决, 又出现了国际司法机构之间的管辖权争端, 不同国际司法机构的裁决冲突将会引发难以被落实执行的后果。由此可以发现《公约》在这方面是存在缺陷的, 它仅着眼于避免选择性管辖和强制性管辖的冲突, 没有考虑到《公约》内部的选择管辖和《公约》之外的管辖冲突。

国际海洋法法庭应当增强与其他国际司法机构的司法合作, 注重判例法的一致性, 促使国际司法向更加稳定的法律一致性发展。各缔约国应当敦促国际海洋法法庭定期与可能相竞合的国际争端解决机构交换信息, 因为更广泛地了解其他国际争端解决机构的法官观点与判例法, 才能有效的避免对管辖权的过度使用。国际海洋法法庭可以将定期交换信息制度化与正式化, 目前已经存在做法例如国际海洋法法庭与联合国达成了《联合国和国际海洋法法庭合作与关系协定》[56]。各缔约国需要敦促国际海洋法法庭密切关注与其他国际争端解决机构出现的管辖权冲突情形, 并对相关进程与趋势进行评估。各缔约国应当倡导借鉴国际私法领域协调管辖权冲突的方法, 例如遵守“尊重他国主权”原则, “一事不再理”原则, “不方便法院”原则, “国际礼让”原则等。根据《公约》第 294 条第 1 款, 国际海洋法法庭可以依职权主动启动初步程序, 这是各缔约国限制管辖权扩张的较为崭新的途径。各缔约国应当适时、适情通过各种媒介在国际社会发声, 敦促国际海洋法法庭主动启动初步程序。

此外, 还可借鉴国际上其他争端解决机制的成功经验。国际上存在许多解决海洋争端的机构, 例如国际法院、欧洲法院、常设仲裁法院等, 例如国际海洋法法庭的第 10 号案件中英国指出爱尔兰在起诉状中的某些方面是归属于欧共体条约或者欧洲原子能条约并且欧洲联盟指令公布了依据, 条约的缔约国已经同意授予欧共体法院对关于没有遵守这些条约与指令的争端专有的管辖权。英国主张提交给《公约》附件七的争端的主要事项是受《奥斯陆巴

[55] L. Dolliver M. Nelson, *The International Tribunal for the Law of the Sea: Some Issues*, in P.Chandrasekhara Rao & Rahmatullah Khan, eds., *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2001, p.51.

[56] “Agreement on Cooperation and Relationship Between the United Nations and International Tribunal for the Law of the Sea”, 8 September 1998, GA Res. 52/521, UN GAOR, 52nd Sess., 92nd plen. Mtg., UN Doc. A/RES/52/521(1998).

黎保护东北大西洋海洋环境公约》（以下简称 OSPAR 公约）或者欧共体条约或者欧洲原子能条约的强制争端解决程序管理。爱尔兰主张争端是关于解释或适用《公约》，与 OSPAR 公约或者欧共体条约或者欧洲原子能条约的解释或适用毫不相关。[57]欧洲法院的观点是，在条约的适用顺序上，欧共体条约排在《公约》前面，欧共体条约中包含《公约》，欧共体作为《公约》的签字国，同时也是《公约》的批准国。OSPAR 仲裁庭没有考虑欧洲法院的管辖权，且在审理案件的过程中也不考虑欧共体法，仅依据 OSPAR 公约对案件作出裁决，认定英国遵守了信息通知义务。

四、结 语

国际社会的秩序离不开国际争端解决机构的调整，世界文明的进步表现为人类选择运用国际法来协调世界秩序。各类国际争端解决机构共同支撑着国际争端解决机制，在这个包容性的框架里，如何协调管辖权冲突成为重中之重的问题，国际海洋法法庭管辖权的持续扩张将会引发一系列的矛盾，这仅是国际争端解决机制的众多类似矛盾中的一个缩影。从近期来讲，国际海洋法法庭管辖权的扩张可能造成与其他国际争端解决机构关系的恶化，但是从长期来看，将会造成灾难性发展。[58]因此透过表象预测到未来可能发生的问题之后，各缔约国应当尽早采取措施，避免不利结果的加重。

[57] ITLOS, Case No.10, *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures*, Order (3 December 2001), para.40-45.

[58] 尤瓦·沙尼（Yuval Shany）著，韩秀丽译：《国际法院与法庭的竞合管辖权》，法律出版社 2012 年版，第 156-157 页。

“一带一路”多元化国际投资争端解决机制的构建

西安财经大学法学院　董临瑞

摘要：随着我国与“一带一路”沿线国家经贸交流与合作的不断扩大，在投资过程中出现了东道国违约、投资者撤资等各种纠纷。鉴于区域内大多数国家经济发展水平低、政治环境复杂、法律制度缺失、跨境投资合作保障机制不成熟，迫切需要建立合理的投资争端解决机制，有效降低投资风险。在借鉴现有国际投资争端解决机制经验的基础上，创建一套符合“一带一路”的“共商、共建、共享”理念的多样化投资争端解决机制,建立投资争端解决中心，以平衡区域内各国和投资者之间的利益,促进区域经济合作和法治建设，有效防范和化解投资风险。

关键词：一带一路 多元化 解决机制

随着“一带一路”建设的有序发展，沿线国家在区域内的投资规模不断扩大，投资领域日益广泛。在促进各国互利共赢、共同繁荣的同时，投资过程中出现的各种纠纷也不可避免。现有的国际投资争端解决机制存在忽视东道国利益、成本高、耗时长、结果不一致、执行不畅等缺陷，不完全适合“一带一路”模式的投资争端，甚至背离“一带一路”包容互鉴的基本理念。当下大多数争端当事方会选择向 ICSID、WTO 或者东道国寻求救济，但这些争端解决机制因各种原因往往不能兼顾公平，忽视东道国的利益，或损害投资者的利益，两者难以平衡。

一、现有主要国际投资争端解决机制之困境及辨析

（一）ICSID 争端解决机制

ICSID（解决投资争端国际中心）作为国际仲裁机构，负责解决世界范围内的投资纠纷。它属于第三方争端解决机构，中立于投资者和东道国之间。它的建立宗旨是为了受理调解或仲裁投资纠纷,专门处理国家与其他国家国民之间的投资争端。在当事方协商一致的前提下，可将直接投资产生的法律纠纷以书面形式提交仲裁庭。该机构要求争议的主权国家和投资者的国籍都必须属于《华盛顿公约》的成员国，而“一带一路”沿线许多国家并不是 ICSID 的成员国。因此，并非所有沿线投资争端都可以通过 ICSID 机制解决，即使是成员国，也有不少国家对该制度存疑。

1.ICSID 缺乏充分的透明度

ICSID《仲裁规则》采取的是由当事人决定并基于当事人合意进行信息公开的方式，使得其在信息披露方面的透明度标准较低。虽然仲裁庭可以在没有当事人同意的情况下通过发布临时措施来决定透明度问题，但在实践中，ICSID 仲裁庭在透明度问题上一直是谨慎和保守的，这种做法往往会使发展中国家对 ICSID 机制失去信任。

2.ICSID 缺乏裁决上诉和纠错机制

《华盛顿公约》第 5 3 条规定：“仲裁裁决对双方都有拘束力，并且是一裁终局的，不

得进行任何上诉。”按规定之要求，在 ICSID 争端解决机制中，缺失上诉和纠错制度。一旦裁决做出后，即对当事双方产生拘束力。但国际投资争端仲裁中的裁决错误和裁决不当是不可能完全避免的，即使争端双方认为裁决不公正，也因不能上诉而丧失得以救济的可能性。虽然公约第 52 条允许对裁决持有异议的当事人可以提起撤销程序，但只适用于针对程序问题的争端，无法改变实体错误或不当的结果。而且实践中败诉方经常利用裁决撤销制度拒绝执行仲裁裁决，严重影响仲裁机制的约束力。

3.ICSID 仲裁裁决缺乏一致性

由于 ICSID 规定坚持仲裁的独立性原则，做出的裁决并没有被要求后来的相似争端要遵循先例，因此很容易发生同类案件但裁决结果不一致的现象，使得当事方对中心缺乏信赖感。

4.ICSID 忽视东道国国家利益

ICSID 倾向于保护私人投资者的利益，东道国的国家利益没有过多地被关注。在实践中投资者主要来自于发达国家，而东道国却是发展中国家。这些发展中国家如果将争端提交中心，会对其国家利益造成潜在威胁。

5.审理期限过长

因为 ICSID 缺乏明确的审理期限规定，所以实践中很多争端长期无法解决。冗长的仲裁程序造成了纠纷解决效率的低下，成本因此居高不下，给投资者和东道国带来沉重的负担。也会降低当事方选择 ICSID 的信心。

（二）WTO 争端解决机制

WTO 争端解决机制主要解决成员之间所产生的贸易争端。“一带一路”沿线目前有 50 个国家系 WTO 成员国，但还有 15 个国家未加入 WTO。其中加入 WTO 组织的成员国中有 23 个国家从未将投资争端诉诸于 WTO 进行解决[1]。且 WTO 机制下受案范围过窄，诉讼成本较高、难以真正照顾发展中国家的缺陷，并不符合“一带一路”区域内投资纠纷解决的特点。

1.WTO 争端解决机制的争议主体太过狭窄

WTO 机制下受案主体仅是国家。而在“一带一路”的投资法律关系中，往往由东道国和缔约国的自然人或法人构成。所以，“一带一路”的大多数投资争端并不在 WTO 争端解决机制的管辖范围内，只有成员方政府之间的矛盾才能通过 WTO 争端解决机制来解决。且“一带一路”区域内沿线国家中还有一部分并 WTO 成员国，这些空白区域为 WTO 争端解决机制的适用设置了障碍。

2.WTO 机制诉讼成本过高

根据 UNCTAD 的统计，国际投资仲裁案件平均结案时间为 3 至 4 年。国家与投资者的国际仲裁双方平均需承担约 400 多万美元的仲裁费用，其中包括仲裁员、仲裁机构、律师

[1] 张晓君、陈喆.“一带一路”区域投资争端解决机制的构建[J].学术论坛.2017,40（03）:50-60.

费及其他相关费用[2]。“一带一路”区域各国以发展中国家为主，财政能力受限，过高的争议解决成本将给其造成较大负担，不利于争端方的权利救济。

3.WTO 机制“照顾发展中国家原则”难以落实

虽然 WTO 中规定了“照顾发展中国家原则”并力争实现，但因 WTO 争端解决机制是由英美法系发达国家主导的，这种差异导致很多沿线发展中国家不愿意选择该机制。所适用的相关规则也主要依据英美法系发达国家而制定，实践中发展中国家很难真正被照顾。

二、“一带一路”多元化国际投资争端解决机制建立的必要性与可行性

现有国际投资争端解决机制并不完全适应“一带一路”背景下的国际投资争端。因此，为了促进“一带一路”国际投资争端解决机制的可持续发展，在结合“一带一路”区域内国家的复杂性环境特点的前提下，可借鉴上述现存机制优势的基础上，制定出一套专门的“一带一路”国际投资争端解决机制体系。

（一）“一带一路”多元化国际投资争端解决机制建立的必要性

随着“一带一路”的持续发展，各种投资纠纷也日益增加。现有投资争端解决机制的不适应使得沿线国家之间的争端无法及时得到解决，无法为“一带一路”沿线经济体和投资者提供全面的法律服务。例如前述的国际投资争端解决机制受案范围有限，ICSID 透明度、裁决一致性、裁决上诉和纠错机制的缺失及审限过长等缺陷 WTO 争端解决机制只国家之间的投资争端，导致对外投资争端无法完全得到解决，且成本过高等原因致使“一带一路”沿线国家对现有的国际投资争端解决机制的认可度不同。

在此背景下，我国作为“一带一路”倡议的提出国，如能倡导“一带一路”区域内设置一个沿线国家基于共同合意而缔结的标准化的公约，那么当沿线国家遭遇投资争端时，只需要依据《“一带一路”国际投资争端解决机构公约》就能及时便捷的解决纠纷。

（二）“一带一路”多元化国际投资争端解决机制建立的可行性

现存的 ICSID 和 WTO 等国际争端机制的运行表明，区域性争端解决机制是有需求空间的。“一带一路”国际商事争端解决机制可借鉴其先进经验，结合自身特点及需求，在现有的双边或多边投资协定的基础上提升为专门的“一带一路”国际投资争端解决体系。

此外，“一带一路”区域内国家对争端解决机制的需求也为该机制的建立创造了有利条件。“一带一路”区域内大多是新兴经济体和发展中国家，它们需要由发展中国家主导的纠纷解决机制来保护和平衡自身利益。因此，在区域内制定出一个符合实际情况的公约，是“一带一路”建设的实际需求。

三、“一带一路”多元化国际投资争端解决机制面临的困境

目前，在“一带一路”区域内国家间产生投资纠纷时，或适用双边和多边条约，或适用现有的国际争端解决机制来解决纠纷。虽然现有的双边和区域性多边协议对各国的投资共建起到了一定的促进和保障作用，但目前我国和沿线一些国家间并没有签订双边条约，也未加入多边投资条约，其部分缺失及滞后不仅不能完全解决不断增加的投资纠纷，塞而

[2] Aceris Law LLC.国际投资仲裁：费用[EB/OL].https://www.international-arbitration-attorney.com/ 国际投资仲裁：费用/.2016-03-17.

且会影响到沿线国家间的友好投资合作关系及“一带一路”倡议的可持续推进。

（一）双边条约的缺失

中国与多数区域国家缔结有双边条约，利用双边投资条约解决投资争端是目前重要的一种争端解决机制。双边投资条约关于投资的规定更切合两国实际情况，实践中应用比多边投资条约更为广泛。但是目前形势下双边条约的缺陷不容忽视。

首先，BIT 的缔结是在双边利益相互衡量相互妥协的基础上签订的，对于不同国家间的权利义务规定不同，投资争议解决条款也存在不同的解释，而且只对条约双方具有约束力，这难免会使得同一问题在不同国家之间产生不同的处理结果，长此以往有可能会影响到国家间的国际关系。

其次，现存的大多数双边投资条约内容有限，大多集中在国有化、征收、征用等问题上，缺失其他一些投资事项的规定。从中国和区域内国家签订的条约内容来看，投资保护覆盖面较小，保护水平也较低[3]。

最后，我国大部分条约签订于上个世纪 80、90 年代，条约的部分内容已经不能很好的适应日益发展的“一带一路”背景下国际投资的新特点。因此，需要在促进国家之间签订 BIT 的同时也要及时更新缔约国之间条约不适应的部分。

（二）多边条约的缺失

多边投资条约面临着协调各方的利益、谈判周期长、难以达成一致意见等各种困难和障碍[4]，相关国家在签订的时候愿意妥协的利益也是很有限的，所以多边条约在实践中很难象双边条约一样广泛应用。现有的《能源宪章条约》和《北美自由贸易协定》都没有自己的争议解决机构，投资者与东道国之间产生纠纷后，可以诉诸于国际仲裁。

中国与沿线国家缔结多边投资条约欠缺，覆盖国家有限。目前我国签订的多边投资条约主要有——《中日韩投资协定》、《中国——东盟自贸区《投资协议》》等区域性多边投资协定。

（三）国际商事法庭的缺陷

2018 年 6 月 29 日，最高人民法院分别在广东省深圳市设立第一国际商事法庭用来处理“海上丝绸之路”纠纷解决和陕西省西安市设立第二国际商事法庭应对“陆上丝绸之路”纠纷解决，搭建调解、仲裁、诉讼有机衔接的“一站式”纠纷解决平台，服务和保障“一带一路”建设。这种模式提升了中国司法、仲裁和调解制度的国际公信力，吸引“一带一路”合作各方选择在中国解决投资争端。但国际商事法庭在处理区域内争端时也有自身的缺陷。

首先，受案范围过窄。国际商事法庭规定只受理平等商事主体之间的争议，而有关投资者与东道国之间的争议以及国家与国家之间的贸易争端则并不在国际商事法庭的受案范围之内，且要求受理案件必须与我国有“实际联系”，极大影响了国际商事法庭受理案件的

[3] 王详修.论:“一带一路”倡议下投资争端解决机制的构建[J].东北亚论坛,2020(04)：17

[4] 董静然：“一带一路”倡议下投资者——国家争端解决机制研究——基于欧盟国际投资法庭制度的考察[J].江苏社会科学,2018（01）:173—180.

数量，导致国际商事法庭处理国际商事纠纷的能力受限。

其次，因为国际商事法庭的法官和律师必须是中国籍，使得国际商事法庭的审理结果被纠纷双方质疑，影响纠纷方对国际商事法庭的选择。

最后，国际商事法庭采取“一审终审”制，上诉和纠错机制的缺失影响败诉方的权利难以获得救济。所以，目前国际商事法庭只能解决部分纠纷。

四、“一带一路”多元化国际投资争端解决机制的构想

“一带一路”争端解决机制在构建时要立足于发展中国家的基本国情，充分保障沿线国家的话语权，积极促进沿线更多国家参与“一带一路”争端解决机制的建立，要充分考虑沿线国家的法治状况及法律文化背景，尽可能的给予沿线国家更多的选择权，充分利用沿线国家间现有的争端解决机制，如已签署的双边、多边条约，对于不同的争议采取不同的争端解决方式，以实现多种纠纷解决机制并行运转。“一带一路”争端解决机制的建立，是在现存争端解决机制的基础之上进行创新、改进。

（一）建立区域内投资争端预防机制

建立区域内投资争端预防机制目的是将投资争端遏制在萌芽阶段，其可长期维护可持续合作关系、实现各方的互利共赢，更符合“一带一路”的基本理念。它为多元化纠纷解决机制的形成提供了最适合的方法。首先，可以由“一带一路”沿线国家通过建立司法共享平台，及时发布风险预警信息以供其他国家参考[5]，其次，促使各区域国加快建立“一带一路”法律数据库和外国法查明中心，建立沿线投资争端案例的大数据库，整合诉讼、仲裁、调解的数据资源，及时将各国最新信息及时通过政府网站对外公布。在区域国家的积极合作之下，防范各种可能性因素。此外，可充分借鉴利用国内、国际机制中的争端预防机制，例如我国《外商投资法》第 26 条中关于建立外商投资企业投诉工作机制的规定就有利于预防投资争端。

（二）嵌入调解制度

比起采取较为正式和对抗的仲裁来说，调解就是一种较为温和与友善的路径，中国与“丝绸之路”沿线国家都提倡以“和”为贵，争端产生以后可先行尝试用对话博弈、调解等其他多种方式处理[6]。调解因具备灵活、自愿的特点，可以更好地促进当事方维持友好合作关系。因此在新构建的争端解决机制中纳入调解方式，双方均可根据自身和利益需要和对方进行协商，弹性空间较大。

当事人可以仅就一部分争议达成和解，将未解决的那部分争端可适用其它纠纷解决机制。

调解时如果双方意见不统一，任何一方都有权终止调解，后续可以另选其他争端解决方式继续处理。此外，为了维护调解的效力，应当配套正式的调解书以确保法律约束力，当事方也不能将调解程序中的证据援引到其后的仲裁或诉讼程序中。

另外，在双方当事人合意的基础上，也可在仲裁或诉讼中启动调解程序，如果调解失

[5] 漆彤,鲍怡婕.“一带一路”投资争议处理体系的构建[J].人民法治,2018,(2):22.
[6] 韩秀丽.论<<ICSID 公约>>仲裁裁决撤销程序的局限性[J].国际法研究,2014(2):63.

败继续恢复仲裁或诉讼，如果达成和解协议则无需再仲裁或诉讼，从而节约了争端解决的成本。

（三）建立多元化争端解决机制

1.借鉴现有机制，打造多元化纠纷解决平台

“一带一路”区域应建立调解、仲裁及诉讼三位一体的投资纠纷解决机制。以此提高各当事方对投资争端解决机制的选择和信赖，尽可能地赋予当事人自主选择的权利，以便更有效地解决投资纠纷。

在 ICSID 机制中，因其缺乏上诉及纠错保障机制，当事人的权利造成潜在威胁。WTO 争端解决机制虽包括了多种方式，但彼此缺乏紧密衔接，并且通过调解方式解决的纠纷缺乏执行力，导致 WTO 争端解决方法常被使用的在仅限于其中一两种方法，双边条约和多边投资条约同样如此。所以，在“一带一路”争端解决机制中要兼顾这几种方式共同发展，以确保纠纷快速、高效、友好的解决。

2.完善仲裁规则

仲裁因其效率高等特点，被争端方经常选用，作为首选争端解决方式，在“一带一路”争端解决机制中同样备受重视。在借鉴 ICSID 争端解决机制的基础上，规定合理的审理期限，尽可能降低仲裁费用，从区域内国家挑选仲裁员，增强仲裁透明度。结合 WTO 争端解决机制中的上诉制度，启动监督仲裁程序，建立复审制度，确保程序和实体公正。此外，解释条款时应注意前后保持一致。

3.完善诉讼保障程序

诉讼是确保当事方权利的最后屏障被委以重任，诉讼因强制性和公权性特点而被信赖。但因其周期长、程序复杂、费用高而往往被争议方作为最后的选择，在调整失败或不方便仲裁时才考虑的方式。当事方可以选择先行调解或仲裁以减少诉讼的受案量，也可以直接诉讼保障诉权。

（四）建立专门的“一带一路”国际投资争端解决中心

“一带一路”沿线国家经济和政治环境稳定性较差，法律保障措施缺失等因素，促使该区域有必要建立专门的“一带一路”国际投资争端解决中心，沿线国家能够包含于统一的框架体系内，形成完整明晰的争端解决机制，而且沿线国家在国际条约的拘束力下也能够给予投资者更多支持和保障，中心具有独立地位和非政治性的特点，使其能够专注于解决问题，促进程序公正。

ICSID 基于世界银行而产生，由国际复兴开发银行积极推动才形成如今的形势。“一带一路”可以充分借鉴这种模式，依靠亚洲基础设施投资银行（亚投行）、丝路基金等机构而成立一个“一带一路”国际投资争端解决中心。该中心可设立多个平台，逐步打造完善的争端解决机构。

（五）建立“一带一路”投资担保机制

政府间国际投资担保机构公约依托于世界银行而成立，我国也可以考虑与区域内国家

间成立“一带一路”区域性投资担保机构。首先，因为这些国家中很多政局不稳、内乱频发的国情使得其投资环境让人望而生畏，降低外国投资者对其投资的可能性。其次，建立投资担保机制可以降低投资者的投资风险，保障投资者和东道国的利益，鼓励其积极对外投资。如果建立“一带一路“投资担保机制，即使产生争端，也可以由承保机构解决，避免了因“一带一路”相配套的争端解决机制还未建立的不便与风险。

（六）完善双边、多边投资争端解决条款

各“一带一路”沿线国家应积极与本国投资频繁的国家签订或修订 BITs，在协商过程中应充分考虑缔约国的实际情况、文化背景、适用的法律、裁决的执行情况等情形，约定合适的国际投资争端解决条款。我国与部分沿线国家未签订 BITs 或 BITs 已滞后，因此我国应积极与其尽快签订 BITs 或者更新 BITs 中部分老旧条款，覆盖当前的国际投资争端范围。

随着“一带一路”的深入发展，国际投资争端问题逐渐被学界所关注。因为“一带一路”沿线国家的复杂性问题，现有的国际争端解决机制存在或多或少的不足，不能完全用来解决“一带一路”建设中的国际投资争端。因此，在充分考虑各方因素下，“一带一路”争端解决机制可以借鉴现存的国际争端解决机制中的有点，并根据自身的特点进行全方面的完善。中国作为“一带一路”的发起国以及主导国，除了要跟其他沿线国家进行双边投资协定的调整或重订，更要针对“一带一路”特点专门建立多元化国际投资争端解决机制，可以以调解的和平方式为首要途径，在“一带一路”争端解决中心主导下，构建以调解为主、仲裁随之、诉讼为保障、磋商、斡旋等政治手段为辅的多层次、立体化的多元化国际投资争端解决机制[7]。

[7] 王贵国.“一带一路”争端解决制度的研究[J].中国法学,2017（06）:56-71.

涉外民事审判中先决问题的裁判逻辑与法律适用

杜焕芳 杨珮茹

摘　要：涉外民事审判中的先决问题属于特殊的先决问题，学界对其构成要件的争论一直存在。在司法实践中，法官一般对先决问题采用广义理解，只要案件主要争讼问题的解决必须以另外一个法律问题的解决为前提，则该法律问题就构成先决问题。从司法裁判的角度来看，涉外民事审判中的先决问题包括程序性先决问题和实体性先决问题。对于程序性先决问题，法院应直接适用法院地法；对于实体性先决问题，如果该先决问题具有涉外性因素，则根据法院地的冲突规范来指引其应适用的法律，若没有涉外性因素，则无需冲突规范的指引而应直接适用法院地法——我国的法律。

关键词：涉外案件；先决问题；裁判方法；冲突规范；准据法

引 言

先决问题广泛存在于在民事诉讼中。[1]当某一争议问题的裁判须以另一问题的先行确定为前提条件时,当事人请求裁判的问题被称为“主要问题”或“本问题”，而必须先行确定的问题被称为“先决问题”或“附带问题”。[2]先决问题的处理与案件的终局裁判联系紧密，法院对先决问题的裁判与当事人的权利休戚相关。涉外民事诉讼中也经常面临先决问题，但因案件具有涉外性，使得其先决问题的处理具有一定的特殊性，即须援引适当的冲突规范确定先决问题的法律适用。[3]我国国际私法学界和涉外审判实务部门虽然对先决问题予以了一定的关注，但学界和实务部门对包括先决问题的构成要件、先决问题的法律适用等在内的问题始终未有定论，且未能从裁判逻辑上来进一步触及先决问题的具体展开和制度实现。这在很大程度上归于我国长期以来对先决问题的立法缺失，无论是 1986 年《民法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”及其司法解释、2010 年《涉外民事关系法律适用法》第一章“一般规定”，还是历次修正的《民事诉讼法》第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”及其司法解释，均未对此予以规范和限定。2013 年 1 月 7 日起实施的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》（以下简称《法律适用法司法解释（一）》）第 12 条对涉外民事案件先决问题的法律适用首次作出规定，一定程度上解决了我国涉外民事审判中对先决问题无法可依的困境，改变了我国涉外民事审判中对先决问题各行其是的现状。但是，在涉外民事审判实践中，法官对先决问题的考量过程和裁判处理

作者简介：杜焕芳，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、国际商事争端预防与解决研究院研究员、法学院教授，副院长；杨珮茹，中国人民大学法学院国际法学专业博士研究生，北京，100872。

本文系 2019 年度国家社会科学基金重大项目《中国特色社会主义对外关系法律体系构建研究》（19ZDA167）的阶段性成果。

[1] Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, Sweet &Maxwell, 15th ed., 2012, p.50；Schmidt, *The Incidental Question in Private International Law*, Recueil (1992 II), p. 315.

[2] 傅郁林：《先决问题与中间裁判》，载《中国法学》2008 年第 6 期。

[3] 王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 39 页。

往往存在不够规范甚至理解错误的情形。近年来，最高人民法院在涉外审判领域不断改革创新，努力为“一带一路”倡议以及自贸试验区、“粤港澳大湾区”的建设提供制度保证和司法保障。2018 年最高人民法院设立国际商事法庭，建立诉讼、调解、仲裁等多元争端解决机制的“一站式”平台，成为世界国际商事法庭建设的最新实践。对于中国涉外民事审判所取得的积极进步，国际社会给予了高度评价。[4]我国司法国际公信力的提升，对于国际民商事争议案件回流意义重大，便于中国法院充分行使涉外审判职能，切实维护和保障各方当事人的合法利益。为全面提升涉外民商事案件审判水平，进一步提升我国司法的国际公信力，我国涉外民事审判制度仍需向体系化、专业化、国际化的目标努力。先决问题作为涉外民商事审判所必须解决的第一个法律问题，其裁判逻辑及法律适用的正确与否举足轻重，甚至直接影响案件的实体公正。那么，在涉外民事审判中，法官对先决问题的裁判逻辑应如何体系化展开？是否需要区分程序性先决问题与实体性先决问题？如对两者进行区分，处理路径有何不同？各自又如何选择应当适用的法律？本文结合相关典型案例，着重围绕涉外民事审判中先决问题的裁判基础和裁判方法展开讨论，并据此得出基本结论和建议。

一、先决问题的构成及其在涉外民事审判中的界定

在涉外民事审判中，当一个案件含有两个或两个以上的争诉问题，并且争诉问题之间有依附关系时，意味着这个案件的处理面临着先决问题。但对于先决问题的构成问题，在理论与实践上存在严重脱节。李伯康房产继承案是最早引起我国学者关注的涉外民事诉讼中的先决问题典型案例之一。[5]在该案中，主要问题是涉外不动产继承，但法院在处理继承问题时必须首先确定死者李某与原告周某在美国结婚的有效性问题。因此，李某与周某之间的婚姻效力问题符合先决问题的字面定义，但是否构成国际私法上的先决问题在理论上一直存在争论，法院在处理该案时回避了该先决问题的涉外性，直接适用我国法律处理。然而，我国国际私法学界对于该案引发的对于先决问题的构成要件的讨论一直存在。[6]

（一）学理上对先决问题构成要件的演绎

1．莫里斯（J. H. C. Morris）的“三要件说”

对于一个法律问题是否构成先决问题，长期以来我国学术界一直沿袭英国学者莫里斯提出的“三要件说”。莫里斯指出，构成国际私法上的先决问题必须同时具备以下三个要件：（1）依英格兰

[4] 2019 年 10 月 24 日，世界银行发布《2020 年营商环境报告》，中国营商环境连续两年被列为全球优化营商环境改善幅度最大的十大经济体。司法环境作为营商环境评价的关键指标，中国的司法进步功不可没。见刘敬东：《为中国司法国际公信力的提升点赞》，载《人民法院报》2019 年 10 月 31 日。

[5] 该案案情为：李伯康于 1938 年在广东台山与范素贤结婚，婚后没有子女。1943 年，李伯康前往美国定居，住在加利福尼亚州洛杉矶。1967 年 11 月，李伯康与周乐蒂在内华达州结婚。1981 年 7 月，李伯康在美国去世。在李伯康的遗产中，有一栋位于广州的四层楼房。1986 年 5 月，在香港定居多年的范素贤得知李伯康去世后，到广州某公证处办理了继承上述房产的有关证明，同年 7 月领得房屋产权证。周乐蒂在美国得知这一情况后，立即委托代理人在广州某区人民法院起诉，要求继承其亡夫留下的上述房产。参见杜新丽主编：《国际私法教学案例》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 12-13 页。

[6] 例如，齐湘泉：《先决问题的构成要件与法律适用》，载《法制与社会发展》2003 年第 2 期；肖永平、王葆莳：《国际私法中先决问题的理论重构》，载《武大国际法评论》2005 年第 1 期；曲波、喻剑利：《先决问题三题》，载《大连海事大学学报（社会科学版）》2006 年第 2 期；肖永平：《法理学视野下的冲突法》，高等教育出版社 2008 年版，第 122 页。

冲突规则，主要问题的准据法为外国法。（2）先决问题具有涉外因素，凭其自身条件能够产生，并有属于其自己的冲突规则。（3）依英格兰冲突规则来处理先决问题，其所出现的结果与依主要问题的准据法所属国的冲突规则来处理先决问题的结果不同。[7]其后，有学者对此“三要件说”进行修正，如英国学者戚希尔（G.C. Cheshire）认为，先决问题的最后一个要件应当是“依法院地冲突规范处理先决问题和依主要问题准据法处理先决问题，得到的结果不同”。[8]丹麦学者施密特（T.S. Schmidt）也指出，“三要件说”所指引的只是先决问题当中的一部分特别问题，国际私法中还存在其他的先决问题，例如存在于纯国内案件中的先决问题。[9]

虽然如此，国内理论界对先决问题的定义与构成要件均借鉴于外国学者的阐述，各类教科书关于先决问题的定义如出一辙。学界通说认为，先决问题是指一国法院在处理一项国际私法争讼时，如果必须以解决另外一个问题为先决条件，便可把该争讼问题称为本问题或主要问题，而把需要首先解决的另一问题称为先决问题或附带问题。[10]构成先决问题必须同时满足三个要件：(1)主要问题依法院地国的冲突规范必须以外国法作为准据法。(2)需要先行解决的问题具有独立性,可以作为一个单独的争议向法院提起诉讼,并且有自己的冲突规范可供援用。(3)依主要问题准据法所属国适用于先决问题的冲突规则,和依法院地国适用于先决问题的冲突规则,会选择不同国家的法律作为准据法,并且会得出完全相反的结论,从而使主要问题的判决结果也会不同。[11]不难发现，我国的学界通说基本上是基于莫里斯的“三要件说”而提出的。如果根据这种严格的“三要件”来分析上述李伯康遗产继承案，由于该案的主要问题即不动产继承应该适用我国的法律，因不符合“三要件”说的第一个要件，从而使得李、周婚姻效力问题不能构成先决问题。但如果该案中涉及继承的财产为动产,原告在中国起诉,就可能会产生适用外国法的情况（动产继承适用被继承人死亡时住所地法——美国法），这样该婚姻问题便成为先决问题。这就说明，现行理论上关于先决问题的构成要件不够妥当。

2．肖永平的“新三要件说”

肖永平教授早就指出，我国学者对先决问题的广泛性、构成要件的复杂性、解决方法的多样性认识不足。[12]有许多学者对上述“三要件说”提出质疑。[13]肖永平教授在对国际私法中的先决问题采广义理解的基础上提出了新的构成要件说：即（1）先决问题是一个国际私法上的问题；（2）需要先行解决的问题具有独立性，可以作为一个单独的争议向法院提起诉讼，并且有自己的冲突规范，但不论该冲突规范和主要问题准据法所属国解决先决问题的冲突规范是否相同；（3）法院地的法律和主要问题准据法所属国的法律在处理先决问题时有所不同，即在处理先决问题时存在不

[7] Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, Sweet &Maxwell, 15th ed., 2012, p.56.
[8] Peter North & J J Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, Oxford University Press, 14th ed., 2008, p.48.
[9] Schmidt, *The Incidental Question in Private International Law*, Recueil (1992 II), p. 316.
[10] 韩德培主编：《国际私法新论》，武汉大学出版社 1997 年版，第 192 页。
[11] 李双元：《国际私法（冲突法篇）》，武汉大学出版社 2001 年修订版，第 224 页；黄进主编：《国际私法》，法律出版社 1999 年版，第 299 页；赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 71 页；杜新丽、宣增益主编：《国际私法》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 87 页。
[12] 参见肖永平、王保莳：《国际私法中先决问题的理论重构》，载《武大国际法评论》2005 年第 1 期。
[13] 吴一鸣：《国际私法中的先决问题：逻辑学上的重新审视》，载《西部法学评论》2013 年第 1 期；齐湘泉：《先决问题的构成要件与法律适用》，载《法制与社会发展》2003 年第 2 期；曲波、喻剑利：《先决问题三题》，载《大连海事大学学报（社会科学版）》2006 年第 2 期。

同的解决可能。[14]可见，“新三要件说”强调，先决问题的涉外性、独立性和法律适用结果的不一致性，并且法院对于先决问题不应简单地适用法院地的内国法，而应依其冲突规范的指引来确定应适用的法律，该法律可能是外国法。

此外，台湾地区学者吴光平则认为，国际私法上的先决问题必须具有四性，即附带性（在处理主要问题时附带出现）、独立性（可以作为一个独立的诉讼提出，并且有自己的冲突规范可以援用）、涉外性（具有涉外因素）和先决性（对主要问题的解决具有决定性影响）。[15]笔者认为，此主张为国际私法上的先决问题提供了简明的判断标准，与上述“新三要件说”没有实质性的区别。从学理上说，完整的国际私法上的先决问题必须同时具有上述四性；在涉外民事审判中，如果涉及到冲突规范的适用，必须明确先决问题具有涉外性。

（二）涉外民事审判实践中先决问题的界定

尽管学理上对于先决问题的构成要件在不断的演绎和完善，但是结合我国对外公布的司法审判文书来看，我国司法实践中，法院并未依照学理上“附带性”、“独立性”、“先决性”和“涉外性”来识别先决问题，而是对先决问题采用广义的理解，先决问题存在的实际情形也是多种多样。

1．对先决问题采用广义的理解

涉外民事审判中所面临的先决问题，并不仅限于国际私法上的先决问题。截至 2020 年 3 月 26 日，从中国裁判文书网上公布的案例来看，[16]共有 3170 篇各级裁判文书中涉及先决问题的处理，其中，只有 45 篇对先决问题援引适用了《法律适用法司法解释（一）》第 12 条，适用率仅为 1.4%。可见，我国司法实践中所采用的“先决问题”单纯指一个在解决主要问题前需要先解决的问题，即广义的先决问题。只要一个问题的解决必须依附于另一个问题的解决结果，且该另一个问题是一个独立的问题，即被认定为先决问题。先决性与独立性是识别先决问题的主要考量因素，真正同时具备附带性、独立性、先决性以及涉外性的先决问题是很少见的。这一点也被外国学者所认同，莫里斯就曾提到，在英格兰、英联邦或者美国的判例法中，涉及附带问题的判决或者哪怕是法官的意见，都是十分罕见的。[17]美国学者荣格（Friedrich. K. Juenger）甚至将先决问题称为“只生长在学术温室的花朵”。[18]虽然在涉外民事审判实践中，真正国际私法意义上的先决问题并不多见，但并不意味着法官在识别先决问题时可以任意扩张其范围。在我国不承认反致的背景下，传统“三要件”理论在我国司法实践中已经失去了指导意义，对于涉外民事审判而言，“涉外性”应当成为我国国际私法上的先决问题最为重要的属性。

2．实践中先决问题存在的主要情形

通过理论与司法实践的对比发现，关于先决问题的理论与实践存在严重分离。长期以来，司法实践中法官对先决问题的理解和识别不足，裁判也是五花八门，很多涉外案件中包含先决问题，法官视而不见或在裁判思路上并未明确指出。为了使案件的审判结果更加公正合理，必须准确识

[14] 肖永平：《法理学视野下的冲突法》，高等教育出版社 2008 年版，第 128 页。
[15] 吴光平：《国际私法上的先决问题》，载《法律评论》（中国台湾）2003 年第 69 卷，第 40 页。
[16] 参见中国裁判文书网 http://wenshu.court.gov.cn，最后访问日期：2020 年 3 月 26 日。
[17] [英]J.H.C.莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法》（上），李双元等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 63 页。
[18] Friedrich. K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Transnational Publishers, Special ed., 2005, p.76.

别先决问题。在涉外民事审判中，先决问题的存在主要有以下几种情形：（1）主要问题和先决问题都是具有涉外因素的民事法律关系；（2）主要问题具有涉外因素，先决问题没有涉外因素；（3）先决问题具有涉外因素，主要问题没有涉外因素。对于先决问题本身的裁判而言，只有具有涉外因素的先决问题才属于国际私法上的先决问题，才需要通过适用冲突规范去指引准据法。法院应按照不同的先决问题采取不同的方法进行裁判，从而最终确定先决问题的实体裁判，实现对当事人权益的正当保护。

二、涉外民事审判中先决问题的裁判分类

国际私法上的先决问题属于特殊的先决问题。实践中，先决问题早已超越于婚姻家庭继承领域，在合同、侵权、公司治理等法律关系中也广泛存在。在国际私法理论上，为了寻求先决问题的适宜解决方法，有学者从公法与私法、实体规范与冲突规范、已经作出判决和不存在有效判决、私法不同领域（法律关系）等不同的角度对先决问题进行分类。[19]但上述对先决问题的探讨是从个案出发，没有考虑先决问题的法律适用方法的不同及其类型化。根据国际私法基本原理，涉外民事诉讼中的程序性问题，一般适用法院地法（即法院地的民事诉讼法），而实体性问题则根据其法律关系的定性，适用相应的冲突规范指引准据法。[20]本文认为，对于涉外民事诉讼中的先决问题，其裁判逻辑也是如此。因此，在涉外民事审判中，从法官裁判的角度可以将先决问题分为程序性先决问题与实体性先决问题。以下结合案例分析之。

（一）程序性先决问题

所谓程序性先决问题,是指在诉讼中就请求裁判的程序性前提发生的争议事项,其中最核心问题就是诉的合法性问题，具体包括诉讼中法院方面的主体资格和当事人方面的主体资格，前者是指法院是否享有主管权和管辖权；后者主要是指原告、被告以及其他参加诉讼的当事人是否适格。[21]因此，在涉外民事审判实践中，程序性先决问题分为两类：一类是法院的管辖权问题；另一类是原告的主体资格问题。

1．法院管辖权类的先决问题

在涉外民事审判中，关于法院管辖权的先决问题也有广义和狭义之分。狭义的法院管辖权的先决问题仅指对确定主要问题的管辖权具有决定性影响的先决问题；而广义的管辖权先决问题除此之外还包括先决问题本身的管辖权的确定。实践中，一般认为对主要问题的管辖权应当依据法院地法即我国的民事诉讼法来确定，对主要问题具有管辖权的法院，对先决问题也具有管辖权。因此，大多情况下仅考虑狭义的法院管辖权的先决问题。

但实践中，随着有关先决问题的案件越来越多、类型越来越复杂多样，有些案件的审理涉及的是对先决问题本身的管辖权的确定，如巴鼎公司诉余霞安公司证照返还案。[22]该案的主要问题是

[19] 王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 77-86 页。
[20] 肖永平：《国际私法原理》，法律出版社 2003 年版，第 3-4 页。
[21] 傅郁林：《先决问题与中间裁判》，载《中国法学》2008 年第 6 期。
[22] （2011）浦民二（商）初字第 1274 号，该案主要案情为：原告上海巴鼎房地产发展有限公司（简称巴鼎公司）成立于 1997 年 7 月 14 日，系外商独资企业，其股东是香港第一大陆有限公司（简称香港公司）。2003 年 9 月 26 日，巴鼎公司根据股东委派，任命被告余霞安为其法定代表人、董事长兼总经理。3 年任期届满后，2006 年 6 月 6 日，巴鼎公司再次根据股东指派，任命余霞安为其法定代表人、执行董事兼总经理。2010 年 6 月，香港公司唯一

巴鼎公司诉余霞安返还公司证照的合法性问题，而香港公司的股权转让和相关股东会决议的合法性则是该案的先决问题，且具有涉外因素，该先决问题的处理结果直接影响该案的主要问题的裁判结果。由于在该案审理过程中，香港公司（是巴鼎公司的股东）的原股东澳门公司已向香港高等法院就上述先决问题提起诉讼，请求确认丁某一、丁某二不是香港公司股东。审理法院认为，“本案与香港高等法院就上述先决问题的审理结果有直接关联。鉴于本案须等待上述案件的审理结果，无法先行作出判决，依照《民事诉讼法》（2007 年修订）第一百三十六条第一款第（五）项之规定，裁定本案中止诉讼。”[23]

那么，我国内地法院对上述先决问题是否可以行使管辖权呢？在主张以管辖权为基础来解决先决问题的学者看来，对主要问题行使管辖权的法院不能当然地获得先决问题的管辖权，[24]尽管如此，鉴于该案中的先决问题属于涉外股权确认纠纷，股权转让涉及巴鼎公司，根据《民事诉讼法》（2007 年修订）第 243 条的规定，对于其他财产权益纠纷，由于诉讼标的物所在地在我国内地，作为诉讼标的物所在地的我国内地法院可以行使管辖权。然而，由于香港公司的股东身份或股权份额的确定涉及公司注册地香港的司法管辖权，在境外的香港公司已经办理了工商变更登记手续的情况下，我国内地法院的判决并不能必然得到香港的司法承认，而且对相关事实和法律的查明也有困难。因此，法院放弃行使管辖权，裁定中止审理本案，等待香港高等法院的裁决结果。[25]这种裁判结果并不是个案，而是代表实务中的普遍做法。

笔者认为，对涉及法院管辖权的先决问题，法院采取上述裁判方法是可取的。在我国法院对先决问题无管辖权或有管辖权而不方便审理的情况下，如果法院将先决问题与主要问题一并审理，先决问题中当事人的诉权可能得不到应有的保障。这种裁决可能得不到其他相关国家的承认与执行（特别是认为对先决问题有管辖权的国家）。[26]

2．诉讼主体资格类的先决问题

关于诉讼主体资格，特别是原告资格的确定，是涉外民事案件中先决问题的重要类型。黄艺明、苏月弟与香港周大福代理人有限公司、亨满发展有限公司等合同纠纷案[27]就是确定诉讼资格的

的股东澳门第一环球有限公司（简称澳门公司）变更为丁育、丁晓红。随后，香港公司免除了余霞安巴鼎公司的法定代表人、执行董事兼总经理，任命了新的法定代表人，由此发生了本案纠纷。在本案审理过程中得知，澳门公司已向香港高等法院提起诉讼，请求确认丁育、丁晓红非香港公司股东。

[23] 引自（2011）浦民二（商）初字第 1274 号判决书。

[24] 刘卫国：《论国际民事关系中“先决问题”的冲突法适用》，载《法商研究》1998 年第 1 期。

[25] 徐慧莉、王保林：《含有涉外先决问题案件的程序选择 ——上海浦东法院裁定巴鼎公司诉余霞安公司证照返还案》载《人民法院报》2011 年 12 月 29 日。

[26] 陆怡红：《跨境争议案件中的涉外先决问题》，载《商法月刊》2017 年第 4 期。

[27] 参见最高人民法院（2015）民四终字第 9 号民事判决书。该案主要案情为：2000 年 6 月 19 日，香港周大福公司、香港亨满公司与内地人黄冠芳签订《买卖股权协议》，约定周大福公司、亨满公司将持有的香港宝宜公司 100%股份及股东贷款权益转让给黄冠芳；转让对价和股东贷款总额为 1.845 亿港元。其中第 27 条约定，本协议适用香港法律并依香港法律解释，各方约定由香港法院行使非排他性管辖。此前，双方于 2000 年 6 月 1 日草拟了《备忘录》，约定了宝宜公司应当从顺德市国土局领取涉案地块的国有土地使用证等先决条件。其中第 17.1 条约定，本备忘录受香港法律管辖，并须按香港法律解释。此后，双方先后签订四份补充协议，对付款币种、付款时间和利息支付等内容进行了修订，2002 年 1 月 25 日签订的第四补充协议，确认黄冠芳已支付了 2000 万港元、人民币 9350 万元以及基于协议产生的利息人民币 4861217 元，并就余款及利息的支付重新作出了约定。此后，黄冠芳未再付款。2006 年 5 月 30 日，周大福公司、亨满公司告知黄冠芳其已严重违约，即时终止合同。黄冠芳是佛山市顺德人，于 2008 年 1 月 19 日在当地死亡，有两子黄艺明、黄世明，其妻苏月弟与其子黄世明均声明放弃对黄冠芳遗产的继承。2010 年 9 月 2 日，原告黄艺明、苏月弟向广东高院起诉，请求判令解除《备忘录》、《买卖股权协议》及其全部补充协议；被告周大福公司、亨满公司、宝宜公司共同偿还转让款本金及利息并赔偿损失。该案经广东省高级人民法

先决问题的典型案例。

在该案中，主要问题是黄冠芳与周大福公司、亨满公司等之间的股权及股东贷款权益转让合同，而本案起诉的原告黄某、苏某不是合同相对方，因此本案黄某、苏某是否为适格原告，就是该案的先决问题。最高人民法院认为，关于黄某、诉某是否为适格原告的问题是程序法上的问题，参照国际私法理论，应适用法院地法律——内地法律。按照内地《民事诉讼法》的规定，黄某、苏某能否成为适格的原告，取决于黄某、苏某是否为与本案有直接利害关系的公民，这是本案的先决问题。对此，法院根据《法律适用法司法解释（一）》第 12 条的规定，“先决问题，应根据先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。”本案中，黄某系是以黄冠芳法定继承人的身份主张权益，苏某系以黄冠芳夫妻财产共有权人的身份主张权益。法院援引《涉外民事关系法律适用法》第 31 条关于涉外继承和第 24 条关于涉外夫妻财产关系的冲突规范，确定内地的继承法和婚姻法是该先决问题的准据法，从而认定黄某、苏某是本案的适格原告。该案的主要问题具有涉外性，但先决问题并不具有涉外性。法院对该先决问题的裁判结果没有错误，但其法律适用值得商榷。对此，将在下文做进一步阐述。

上述案例中，关于原告资格的先决问题是以一种法律关系的形式存在，[28]实践中还有一类原告资格的先决问题是以法律问题的形式出现。例如，在“绿谷投资有限公司（简称香港绿谷公司）与绿谷（国际）投资与管理有限公司（简称加拿大绿谷公司）、上海鑫达实业总公司、郝晓荧股权纠纷案”[29]中，最高人民法院认为，“该案的主要争讼问题是香港绿谷公司与加拿大绿谷公司之间就上海绿谷公司（案外人）55％的股权归属发生的争议，但案件的审理过程中，就香港绿谷公司是否为适格诉讼主体存在争议，因此香港绿谷公司提起诉讼是否合法则是本案首先要解决的问题。”在对先决问题的裁判思路上，最高人民法院分析如下：香港绿谷公司系在香港依据公司条例成立的有限责任公司，该公司通过特别股东大会决议表决，占多数股权的股东同意并形成决议，由香港绿谷公司提起本案诉讼。这一问题属于法人的民事行为能力问题，参照最高人民法院《关于贯彻执行＜中华人民共和国民法通则＞若干问题的意见(试行)》第 184 条的规定，“法人的民事行为能力依其本国法确定。外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法。”因此，本案应当根据香港法来认定香港绿谷公司提起诉讼的合法性。根据香港公司法的规定及香港判例法上确立的原则，该特别股东大会应当认定是有效的。因此，法院认定根据“特别股东大会决议提起的本案诉讼是有效的”，从而认定原告具有诉讼主体资格。与上述案例不同的是，除了先决问题本身的表现形式（即法人民事行为能力）不同之外，该案中的先决问题具有涉外性。[30]因此，笔者认为，法院对该案先决问题的裁判逻辑和结果是正确的。

（二）实体性先决问题

院判决后，双方均不服一审判决，向最高人民法院提起上诉，最高人民法院作出终审判决，驳回上诉，维持原判。

[28] 其他同类案件见：佛山市中级人民法院 (2014) 佛中法民二初字第 218 号民事判决书，该案中，原告王名棣作为明和实业发展公司的独资东主，在其结业后以个人名义为该公司拥有的资产、权利义务提起诉讼。该案的主要问题是明和实业发展公司与被告之间的财产损害赔偿纠纷。该案的先决问题是王名棣作为本案原告的主体是否适格。

[29] 最高人民法院（2002）民四终字第 14 号民事裁定书。

[30] 其他同类案件见：佛山市中级人民法院 (2018) 粤 06 民终字第 8124 号民事裁定书，该案中，被告亿豪公司的唯一股东任平在公司设立前与原告签订了《土地认购协议》，该案的主要问题是该协议产生的赔偿款归属问题，该案的先决问题是被告的主体适格问题。

所谓实体性先决问题,是指在主诉中,如果不仅是主诉本身发生争议,而且作为主诉之基础以及需要先行确认的事项(比如最常见的主诉的原因法律关系或原因行为)也发生争议时,那么后者就是实体性先决问题。[31]如果涉外争议的主要问题是由某一法律关系或法律行为引起，则该法律关系或法律行为所引发的争议就是实体性先决问题。因此，实体性先决问题包括两类：一类是主诉的原因法律关系；另一类是主诉的原因行为。

1．主诉的原因法律关系

如果涉外争议中主诉的原因是某一法律关系，则该法律关系所引发的该先决问题就属于主诉原因为法律关系的先决问题。在万宁石梅湾大酒店有限公司（简称石梅湾公司）、海南麟和工程咨询有限公司（简称麟和公司）与卢胜苏、惠州市撒克逊物业管理有限公司（简称撒克逊公司）等股权转让纠纷案中[32]，就涉及一个主诉的原因为法律关系的先决问题。

该案的主要问题是股权转让合同之债的履行，债务人是撒克逊公司，达比是作为担保人承担担保责任。卢胜苏是达比的妻子，其本人不是本案的债务人，法院要确认其是否承担债务，必须以达比所承担的债务属于夫妻共同债务为前提。这是属于夫妻财产关系问题，也是本案的先决问题。引发主诉发生争议的原因——夫妻共同财产关系，对该法律关系的处理结果将决定主诉的裁判结果。由于达比是英国人，使得该先决问题具有涉外性，法院依据《涉外民事关系法律适用法》第 24 条的规定确定本案应适用的准据法。[33]

2．主诉的原因行为

如果涉外争议中主诉的原因是某一法律行为，则该法律行为所引发的先决问题就属于主诉原因为法律行为的先决问题。例如，程正勇与范丽珍物权确认纠纷案。[34]该案的主要问题是涉案房产

[31] 傅郁林：《先决问题与中间裁判》，载《中国法学》2008 年第 6 期。

[32] 海南省高级人民法院（2013）琼民三终字第 75 号民事判决书。该案主要案情为：2007 年 8 月，石梅湾公司和麟和公司与撒克逊公司在中国海南签订《股权转让框架合同书》，约定：石梅湾公司和麟和公司分别在合资经营企业安格鲁公司合法拥有的股权 9.6%和 0.4%，并同意将各自拥有的股权以人民币 2006.40 万元和 83.60 万元转让给撒克逊公司，撒克逊公司同意接受转让。三方对以上股权转让款的支付方式和条件作出明确约定。达比（英国人）对股权转让付款已向石梅湾公司和麟和公司出具了个人担保函。同时，达比作为海南海韵酒店开发有限公司法定代表人出具承诺函，承诺将促成海南海韵酒店开发有限公司向石梅湾公司、麟和公司出具对撒克逊公司在本合同项下应付的股权转让款承担连带担保责任的担保函。《股权转让框架合同书》签订后，石梅湾公司和麟和公司依约履行了相关的义务，撒克逊公司也依约于 2007 年 8 月 20 日分别向石梅湾公司和麟和公司支付了股权转让定金 200.64 万元和 8.36 万元，合计 209 万元。2007 年 9 月，石梅湾公司和麟和公司与撒克逊公司按照原框架合同书的有关约定和条款签订了正式的《股权转让合同书》，并报海南省商务厅审批。2007 年 10 月获批后，石梅湾公司和麟和公司协助撒克逊公司办理了转让股权的工商变更登记。在石梅湾公司和麟和公司与撒克逊公司签订的《股权转让框架合同书》及《股权转让合同书》上，卢胜苏作为撒克逊公司的法定代表人在合同上签字、盖章。截止 2007 年 12 月，撒克逊公司共向石梅湾公司和麟和公司支付了股权转让款 1390 万元。在 2009 年底，由于撒克逊公司在海南石梅湾威斯汀酒店未能于 2009 年底正式开业，未依约向石梅湾公司和麟和公司履行付款义务。2011 年，石梅湾公司和麟和公司以撒克逊公司未依约支付股权转让款，达比作为连带责任担保人未履行担保责任，卢胜苏应承担达比的一半债务为由向法院提起诉讼。

[33] 其他同类案件见：天津市高级人民法院（2016）民终字第 138 号民事判决书，该案中的主要问题是海上货物运输合同引发的索赔问题，该案的先决问题是原告依据其代理关系主张的代位求偿权是否成立；北京市高级人民法院（2017）民终字第 471 号民事判决书，该案中的主要问题是股东知情权纠纷，该案的先决问题是原告山风公司的股东身份确认问题；天津市第一中级人民法院 (2018) 津 01 民终第 6968 号民事裁定书，该案的主要问题是丈夫单方面将夫妻共同财产赠与第三人的行为效力问题，该案的先决问题是夫妻共同财产的认定问题。

[34] 佛山市中级人民法院（2014）佛中法民一终字第 1073 号民事判决书。该案主要案情为：哈菲斯•罗杰是澳大利亚人，程正勇是哈菲斯•罗杰的中文翻译，黛博拉•玛蒂奥利、苏珊•福尔曼是哈菲斯•罗杰的女儿。2006 年 3 月 3 日，范丽珍与哈菲斯•罗杰向佛山市高明区民政和外事侨务局提交《离婚协议书》，并办理离婚登记。《离婚协议书》载明“夫妻共同财产坐落于佛山市高明区＊201 房，离婚后此房归双方共同拥有直到哈菲斯•罗杰逝世后，此房产权

二分之一产权的确认之诉，且没有涉外因素。但该主诉的原因是由于哈菲斯.罗杰的遗嘱这一法律行为而引起。遗嘱的效力直接决定主要问题的裁判结果。[35]

从裁判的角度来看，实体性先决问题具体又可以分为两类：一是已经由法院作出判决（已决先决问题）；二是没有经过法院裁决（未决先决问题）。对于已经法院作出判决的实体性先决问题应如何处理？本文认为，对已决的先决问题应加以区分：对于内国法院作出的判决，法院可以直接援引该先决问题的判决结果；对于外国法院作出的判决，则应通过对该外国判决的承认程序确认先决问题的裁判结果。如果我国法院承认该外国法院有关先决问题的裁决，则应对其判决结果予以确认；如果我国法院拒绝承认外国法院的判决，则我国法院应当重新对该先决问题进行审理。

至于未经有管辖权国家的法院进行审理的先决问题，即未决的先决问题，法院应该如何处理？目前主要有两种主张：一种观点认为，对于未决的先决问题，当事人可以协议管辖，由协议管辖的法院进行裁决。[36]另一种观点则主张，对于尚未经过审理的先决问题，并不是由受理主要问题的内国法院直接审理，而是责令或告知当事人向有管辖权的法院提起诉讼来获得对先决问题的判决。[37]本文认为，后一种解决方法更符合民事诉讼的程序原理，是可取的务实做法。

三、涉外民事审判中先决问题的法律适用

（一）先决问题的立法规定和判例

对于涉外先决问题的法律适用，我国《涉外民事关系法律适用法》中并没有规定， 仅在《法律适用法司法解释（一）》第 12 条规定，“涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。”世界范围内，在普通法系国家，关于先决问题的判例也并不多见，立法亦然。在英国，相关判例和立法主要集中在家事法层面，基于“跛脚婚姻”而产生。英国议会 1986 年颁布的《家事法》中规定：在大不列颠联合王国境内，当某一地区法院做出或承认离婚判决、宣告婚姻无效后，当事人得以在该地再婚，无论上述离婚判决或婚姻无效的宣告在其他地方是否被承认。[38]英国议会在 2004 年重申了该法条，并

才完全归范丽珍拥有。”2008 年 5 月 18 日，哈菲斯•罗杰立下遗嘱，将其全部财产给程正勇继承，包括本案讼争佛山市高明区＊201 房及对应杂物房的二分之一产权。2009 年 12 月 4 日，哈菲斯•罗杰在佛山市高明区人民医院病逝。2011 年 9 月 28 日，法院出具（2011）佛明法民一初字第 645 号民事判决书，确认哈菲斯•罗杰的遗嘱部分有效，死者所有的存款归程正勇所有。因范丽珍未与程正勇商量擅自对房屋进行装修，构成侵权，2012 年 7 月 27 日提起诉讼，请求判令：1.确认程正勇享有佛山市高明区＊201 房及对应杂物房二分之一产权；2.范丽珍立即停止装修佛山市高明区＊201 房及对应杂物房并恢复原状。

[35] 其他同类案件见：广东省高级人民法院（2016）粤民终字第 588 号民事判决书，该案的主要问题是股权转让纠纷，该案的先决问题是被告作为股份持有者，以其所持股公司的名义签署的股权转移协议书，对该公司是否具有拘束力；珠海市金湾区人民法院 (2016) 粤 0404 民初第 751 号民事判决书，该案的主要问题是物权变动是否有效，该案的先决问题是涉及物权变动的合同是否真实有效；广州海事法院 (2014) 广海法初字第 507 号民事判决书，该案的主要问题是海上货物运输合同纠纷， 该案的先决问题是原告森普公司的创办成员在森普公司成立前以公司名义订立的合同对森普公司是否具有效力。

[36] 李伟：《国际私法中先决问题研究及完善构想》，载《长春工业大学学报（社会科学版）》2014 年第 3 期。

[37] 参见齐湘泉：《先决问题的构成要件与法律适用》，载《法制与社会发展》2003 年第 2 期；吴一鸣：《国际私法中的先决问题：逻辑学上的重新审视》，载《西部法学评论》2013 年第 1 期。

[38] The Family Law Act of 1986, Section 50: “Where, in any part of the United Kingdom: (a) a divorce or annulment has been granted by a court of civil jurisdiction, or (b) the validity of a divorce or annulment is recognised by virtue of this Part, the fact that the divorce or annulment would not be recognised elsewhere shall not preclude either party to the marriage from re-marrying in that part of the United Kingdom or cause the remarriage of either party (wherever the remarriage takes place) to be treated as invalid in that part.”

沿用至今，[39]通过立法形式规避了家事法中先决问题引发矛盾的可能性。无独有偶，在美国也有类似的联邦立法。[40]但除此之外，美国各级法院在处理先决问题时大都基于个案分析，所适用的法律也并无定论。[41]总的来说，在普通法系国家，无论是学者抑或是法官，对于先决问题都没有过多的热情，先决问题的法律适用也并无定论。法官有很大的自由裁量权，无论是选择用法院地实体法直接处理，或是遵循主要问题准据法所属国的冲突规范的指引，都不会为人诟病。他们唯一达成的共识是避免适用僵化和教条的冲突规则，尽可能的考虑适用外国法对案件结果的影响，使判决结果最为接近实质上的公平。

在大陆法系国家，虽然学者们在理论研究上热情高涨，但在立法及司法层面，也只能说比普通法系国家略胜一筹。[42]德国民法典并未针对先决问题做出详细规定，在司法实践中，法院原则上都采用法院地法处理先决问题，只有少数案件采用准据法原则。[43]法国的情况如出一辙，司法实践中包括最高法院在内的法国法院对先决问题的基本态度也是适用法院地法原则。[44]而在荷兰，《民法典》第十卷第 4 条对先决问题做出了规定："当某一事实产生的法律效力成为先决问题，而其主要问题应当适用外国法时，该先决问题应当被视为一个独立问题。"[45]但显然这一规定对于先决问题的法律适用并未明确，仍有待法官在司法实践中予以确定。

通过上述考察得出的结论是：在国际私法的立法及司法实践中，并没有出现国际私法理论上那种对先决问题复杂争议的局面。尤其在大陆法系国家，适用法院地的冲突规范去指引先决问题的准据法是多数国家的普遍实践。这是法院在审理涉外民事案件时明智的逻辑选择，不仅提高司法效率，也加强了当事人对案件结果的预期和程序正义的期待。

（二）涉外民事审判中先决问题法律适用的裁判思路

应当承认，我国国际私法学界和涉外审判实践对先决问题并没有引起足够的重视，对先决问题含义的广泛性及其解决方法的多样性认识不足，[46]在处理先决问题的法律适用时没有统一的裁判逻辑思路，导致案件的法律适用偏差，甚至错误。由于先决问题的法律适用直接影响到主要问题的裁判结果，因此，法院应区分不同类型的先决问题，根据先决问题本身的法律性质，确定其应适用的法律。

1.程序性先决问题适用法院地法

按照国际私法的基本理论，程序问题应适用法院地法。[47]如前所述，无论是法院管辖权还是原告资格的确定等程序性先决问题，我国法院在确定其法律适用时，一直坚持适用法院地法原则。

[39] Civil Partnership Act 2004，see http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/schedule/27, last visit 2019/10/27.
[40] Hans W. Baade, *Marriage and Divorce in American Conflicts Law: Governmental Interests Analysis and the Restatement (Second)*, 72 COLUM. L. REV. 1972, p.329, 378.
[41] Alan Reed, Essential Validity of Marriage: *The Application of Interest Analysis and Depecage to Anglo-American Choice of Law Rules*, 20 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 387 .2000, p. 59.
[42] Anastasia Grammaticaki-Alexiou, *Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: An Initial Approach*, 60 La. L. Rev. 2000, p. 1118.
[43] 王葆莳：《德国联邦最高法院典型判例研究：国际私法篇》，法律出版社 2015 年版，第 353 页。
[44] Schmidt, *The Incidental Question in Private International Law*, Recueil (1992 II), pp. 407-408.
[45] Dutch Civil Code, Article 10:4："If the question which legal effects arise from a fact has to be answered as a preliminary question in connection with another question which is governed by foreign law, then that preliminary question shall be regarded as a self-dependant question.".
[46] 肖永平：《法理学视野下的冲突法》，高等教育出版社 2008 年版，第 121-122 页。
[47] 李双元、欧福永主编：《国际私法》，北京大学出版社 2018 年版，第 91 页。

此处的法院地法，首先指的是我国民事诉讼法；其次是我国有关先决问题的冲突规范。在巴鼎公司诉余霞安公司证照返还案中，法院解决先决问题的管辖权时，适用的是我国民事诉讼法中的特别管辖的条款及不方便法院原则；在黄艺明、苏月弟与亨满发展有限公司等合同纠纷案中，法院也是适用我国民事诉讼法关于原告资格的规定来确认原告适格。当然，如果涉外案件中程序性先决问题是由一个实体性问题决定时，对于实体性的问题仍然要适用法院地的冲突规范去指引准据法。例如前述绿谷投资有限公司与绿谷（国际）投资与管理有限公司、上海鑫达实业总公司、郝晓荧股权纠纷案，法院应当适用法人行为能力的冲突规范——适用法人登记注册地法律来确定其诉讼行为能力。

必须指出的是，如果先决问题本身不具有涉外因素时，法院无需适用冲突规范去指引准据法。在黄艺明、苏月弟与周大福有限公司、亨满发展有限公司等合同纠纷一案中，主要问题是具有涉外因素的股权转让合同，但先决问题没有涉外因素，法院援引了《法律适用法司法解释（一）》第12 条规定，这种裁判逻辑值得商榷。最高人民法院在审理该案时裁判思路为：该案是涉外股权转让合同纠纷，该案原告诉讼主体身份是否适格为本案的先决问题。作为涉外案件的先决问题，应该按照《法律适用法司法解释（一）》第十二条的规定，依据自身性质确定应当适用的法律。该先决问题涉及继承和夫妻财产关系，于是根据《涉外民事关系法律适用法》第 31 条，“法定继承适用被继承人死亡时经常居所地的法律。”黄冠芳死亡时经常居所地是内地，因此适用《中华人民共和国继承法》确定，原告黄艺明是黄冠芳的合法继承人。同理，依据《涉外民事关系法律适用法》第 24 条，“夫妻财产关系在没有协议选择的情况下，适用共同经常居所地法律。”原告苏月弟与黄冠芳的共同经常居所地是内地，因此适用《中华人民共和国婚姻法》认定本案所涉财产是原告苏月弟的夫妻共同财产。因此，原告作为黄冠芳的法定继承人和共同财产共有人，是本案的适格原告。其实，法院在援引《法律适用法司法解释（一）》第 12 条时，忽略了该规定的适用范围。上述规定的适用仅限于“涉外民事争议的解决必须以另一涉外民事关系的确认为前提”的情形之下，而该案中先决问题显然不是“涉外民事法律关系”。该案的先决问题没有涉外因素，应该直接适用法院地（我国）的实体法——继承法和婚姻法。虽然案件的判决结果没有错误，但在先决问题的裁判逻辑上存在瑕疵。因此，对于没有涉外因素的先决问题，应直接适用法院地的实体法来解决。

2．实体性先决问题亦应秉持法院地法原则

从《法律适用法司法解释（一）》第 12 条的立法原意理解，该条规定主要是解决实体性先决问题的法律适用问题。但如何适用该条规定，应该对其适用范围进行界定。在涉外民事审判中，对于涉外民事案件，按照是否具有涉外性对主要问题和先决问题进行排列组合，可以得出三种结果：（1）主要问题和先决问题均含有涉外因素；（2）仅主要问题含有涉外因素；（3）仅先决问题含有涉外因素。

根据《法律适用法司法解释（一）》第 12 条规定，当“涉外民事争议的解决须以另一涉外民事法律关系的确认为前提”，只有“主要问题和先决问题均须具有涉外因素”这一条件满足时，该条款才适用。从严格意义上解释，只有上述（1）的情形下，法官才能依据《法律适用法司法解释（一）》第 12 条的规定去确定先决问题应适用的法律。如果仅主要问题含有涉外因素，先决问题不

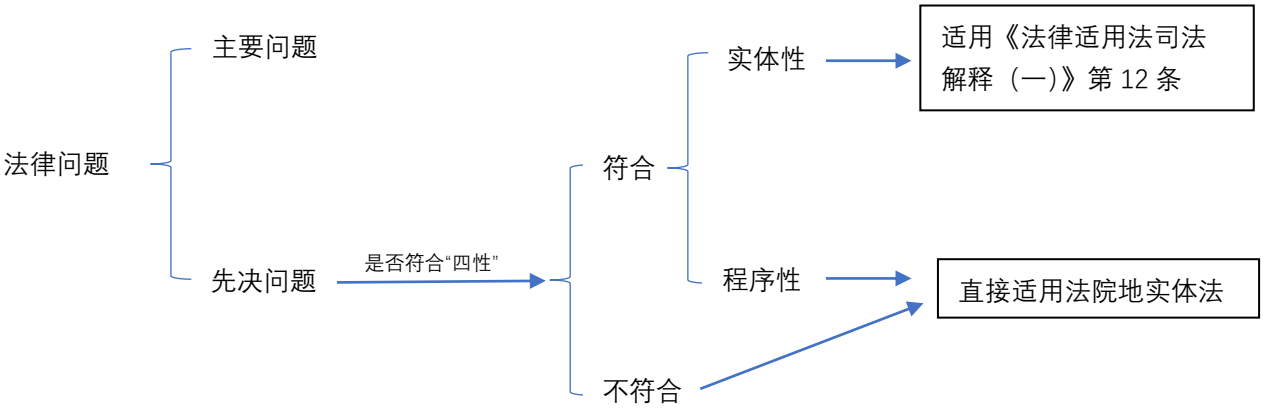
具有涉外性；或者主要问题没有涉外因素，但先决问题具有涉外性，也就是在上述（2）、（3）情形下，法院是否应该按照《法律适用法司法解释（一）》第 12 条的规定，适用先决问题自身的冲突规范去确定其应适用的法律呢？对此，本文认为，是否适用先决问题自身的冲突规范去确定应适用的法律，其前提条件是该先决问题具有涉外性。如果先决问题本身不具有涉外性，那么就无需适用冲突规范去指引准据法，而是直接适用我国的有关该先决问题的实体法。即《法律适用法司法解释（一）》第 12 条的规定，并不适用于上述第（2）种情形。例如黄艺明、苏月弟与香港周大福代理人有限公司、亨满发展有限公司等合同纠纷案，法院就无需适用继承和夫妻财产关系的冲突规范去确定准据法，而应该直接适用我国的继承法和婚姻法。而对于上述第（3）种情形，由于先决问题具有涉外性，因此法院可以将《法律适用法司法解释（一）》第 12 条扩大适用于此种情形。在前述程正勇与范丽珍物权确认纠纷案中，主要问题物权确认纠纷并没有涉外性，但作为物权的基础原因行为的遗嘱具有涉外性，法院对该涉外遗嘱的效力，应依据《涉外民事关系法律适用法》第 33 条的规定确定应适用的法律，并根据该准据法对遗嘱效力作出判断。

对于含有涉外因素的先决问题的法律适用，由于我国不承认反致制度，即便是涉外案件的主要问题需要适用外国法，也不会适用外国法中的冲突规范指引先决问题的准据法。我国对于先决问题的冲突规范的选择，只能是法院地的冲突规范。因此，无论主要问题是否含有涉外因素，只要先决问题具有涉外性，我国法院都应坚持适用我国有关先决问题的冲突规范去确定准据法。

结 论

由于我国在立法上不承认反致制度，导致国际私法中“先决问题”的传统理论在我国没有生存的

涉外民事审判中先决问题的裁判逻辑图示如下：



土壤。但在涉外民事审判实践中，先决问题是广泛存在的。最近十年，我国国际私法对先决问题的立法与实践正在日趋完善。法院在审理涉外民事案件的先决问题时，通常情况下，法官的裁判思路应当按照以下逻辑顺序展开：（1）是否构成先决问题；（2）属于哪种类型的先决问题；（3）对该先决问题的法律适用及其法律后果进行确认。首先，从立法上来看，《法律适用法司法解释（一）》第 12 条规定的是先决问题的法律适用，适用该条款的先决问题必须具有附带性、先决性、独立性以及涉外性。其次，应当厘清该问题是程序性先决问题还是实体性先决问题，对于前者直

接适用法院地法处理；对于后者，应区分是否具有涉外因素来解决其法律适用问题，对于无涉外因素的先决问题，直接适用法院地的实体法。对于有涉外因素的先决问题，不论主要问题是否具有涉外因素，均应依照我国《法律适用法司法解释（一）》第 12 条的指引，进一步确定适用的准据法。

国际投资仲裁上诉机制构建的再审思

杜玉琼 黄子淋[1]

摘 要：随着国际投资仲裁案件数量的快速增加，现行国际投资仲裁机制的弊端正逐步凸显和激化，“一裁终局”的传统理念已无法适应国际投资仲裁案件的特殊性。本文旨在研究国际投资仲裁上诉机制的现实性及合理性，探索国际投资仲裁上诉机制构建的有效路径。设立长效稳定的国际投资仲裁上诉机制有助于促进仲裁裁决的一致性和实体公正性，确立投资者和东道国对国际投资仲裁机制的信任，从而缓解国际投资仲裁的制度危机。

关键词：国际投资仲裁；上诉机制；一裁终局

一、国际投资仲裁机制的困境

随着“一带一路”倡议的推进，我国资本纷纷向外输出，目前已成为世界第二大外国直接投资输入国和第三大外国直接投资输出国。[2]无论私人海外投资利益或东道国经济主权利益均是我国对外投资中需要同等对待和重点关注的领域。在维护我国海外投资者利益和国家经济利益的过程中，投资者和国家都将面临更多的投资风险和投资争端。传统的外国投资者和东道国间的投资争端解决仲裁机制（以下简称 ISDS 机制）已经不能满足兼顾投资者与国家双重利益的需求，仲裁的“一裁终局”理念已无法适应国际投资仲裁案件的特殊性，学术界和实务界对此亦提出诸多设想和解决方案。本文结合实际需求，进一步研究国际投资仲裁机制改革的有效路径，以切实解决 ISDS 机制存在的困境，真正实现国际投资仲裁的公平公正。

（一）实现仲裁裁决一致性的困境

国际投资仲裁裁决的不一致性是该制度最为显著且长期存在的问题。这一问题的严重性最早体现于 CME 公司诉捷克共和国及 Lauder 诉捷克共和国案中。[3]CME 公司和 Lauder 分别针对捷克共和国的同一征收行为向伦敦国际仲裁院和斯德哥尔摩商会仲裁院提起投资仲裁， Lauder 案和 CME 案仲裁庭在认定捷克共和国作出的决定是否构成征收时却得出了大相径庭的结论：Lauder 案仲裁庭将捷克共和国的行为定性为“合法的监管”，认为其决定是为了确保国内市场的合规性，因此不构成征收；而 CME 案仲裁庭认为捷克共和国政府不仅没有为公司提供适当关切，且采取了非法行动试图迫使其放弃自己的合法权利，是对外国投资者的非法歧视，因此违反荷兰—捷克双边投资协定的规定构成征收。[4]在这两个案件中，当事人基于同一事实和相似的 BIT 条款，提出了一致的诉求和抗辩，但两个仲裁庭却作出完全相反的裁决，由此引发了国际社会对于投资仲裁一致性危机的广泛关注。

保证裁决的一致性是国际投资仲裁制度的重要目标，国际投资仲裁裁决的不一致不仅损害了国际投资协定（以下简称 IIA）或双边投资协定（以下简称 BIT）规则的确定性，而且减损了投资

1 杜玉琼（女）1965-，四川南充人，四川大学法学院教授，博士生导师，研究方向：国际经济法学；黄子淋（男），1996-，重庆市人，四川大学法学院博士研究生。

2《世界投资报告 2019》，https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_overview_ch.pdf，2021 年 4 月 28 日访问。

3 CME Czech Republic B.V. vs. The Czech Republic, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf；Final Award in the matter of an UNCITRAL Arbitration between Ronald S. Lauder and The Czech Republic, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf, 2021 年 4 月 28 日访问。

4 两个案件中，CME 是由美国投资者 Lauder 先生控制的一家荷兰公司。

者在 IIA 或 BIT 项下的合理期待利益，也使得东道国处于无法确认本国行政管理措施是否符合 IIA 或 BIT 项下条约义务的茫然处境。[5]

（二）东道国行使公共管理权力的困境

东道国公共管理权力是管理外国投资者的正当依据，然而在国际投资仲裁案件中，东道国的正当公共管理权力往往遭到仲裁庭忽视甚至否定。由于国际投资仲裁员天然的对私法利益的重视，自然难以完全考虑到国家公共利益和管理权力，因此在心理上会更加偏向于投资者一方，ISDS 仲裁庭很少提及公共利益，监管自主权或可持续发展等概念，从而对裁决的公正性造成损害。在 Santa Elena 诉哥斯达黎加案中，仲裁庭指出政府的环境保护的义务不改变必须支付的赔偿额，因此哥斯达黎加政府实施的环保措施对应付赔偿额没有影响。[6]同样，在 Metalclad 公司诉墨西哥案中，仲裁庭支持了 Metalclad 公司提出的墨西哥政府赔偿征收所带来的经济损失的诉请，裁定墨西哥政府的管理行为导致 Metalclad 公司的损失，且不因管理行为的环境保护目的而缩减应付赔偿额。[7]在以上两个案例中，几乎大部分的政府环保措施，因其在短时间内会增加企业的成本或限制企业的某些经济利益，都将构成为征收行为。国际投资仲裁实践中投资者和东道国利益的平衡已成为一个紧迫且有待关注的重要问题。

（三）ICSID 裁决撤销制度功能丧失的困境

根据《华盛顿公约》，任何一方在裁决作出后的规定期限内，可以依据公约所列的理由，向 ICSID 秘书长申请撤销裁决，该制度被一些学者视作 ICSID 内部上诉机制。[8]然而其并不能完全实现上诉机制的功能，ICSID 的仲裁裁决撤销机制是一种限制性的审查机制，《ICSID 公约》起草者并无打算赋予该机制类似上诉制度的权力。[9]根据《华盛顿公约》，申请 ICSID 撤销裁决的理由仅限于程序性事项，专门委员会的职权无法深入到实体问题，无法实现实体公正。另外，当事人可以依据《华盛顿公约》的规定，通过反复申请撤销裁决而拖延争议解决的进程，只要专门委员会没有维持裁决，仲裁程序便可以一直进行下去。这一问题在 Victor Pey Casado 和基金会主席 Allende 诉智利共和国一案得以显著表现。[10]Casado 于 1997 年 11 月启动 ICSID 仲裁，要求智利政府提供征收赔偿。仲裁庭于 2009 年作出有利于申请人的裁决，又基于被申请人的撤销裁决申请，仲裁庭于 2012 年撤销了部分赔偿金；而申请人又于 2013 年重新将争议提交到 ICSID 申请新的仲裁庭审理，直到 2016 年第二仲裁庭才对本案作出新的裁决。此后，申请人又向 ICSID 提交了撤销该份裁决的申请，仲裁庭于 2020 年 1 月作出撤销仲裁裁决的决定。可见 ICSID 撤销制度存在着较为严重的功能缺失，且仅依靠 ICSID 和相关公约本身并不能解决上述问题。

（四）“一裁终局”原则与投资仲裁制度发展的困境

“一裁终局”作为仲裁制度的优势和原则，是国际投资仲裁上诉机制建立的最大合法性障碍。然而，“一裁终局”不是商事仲裁的绝对优点和原则，更不应当成为反对建立国际投资仲裁上诉机

[5] 参见樊静，衣淑玲：《国际投资仲裁监督机制改革问题研究》，《河北法学》2015 年第 2 期。

6 ICSID Case No. ARB/96/1.

7 ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

[8]《华盛顿公约》第 52 条第 1 款：任何一方可以根据下列一个或几个理由，向秘书长提出书面申请，要求撤销裁决：（1）仲裁庭的组成不适当；（2）仲裁庭明显超越其权力；（3）仲裁庭的成员有受贿行为；（4）有严重的背离基本程序规则的情况；（5）裁决未陈述其所依据的理由。”《华盛顿公约》第 52 条第 2 款：“申请应在作出裁决之日后一百二十天内提出。

9 参见龚柏华、朱嘉程：《国际投资仲裁机制的问题和改革建议》，《上海法学研究》集刊 2019 第 17 卷。

10 ICSID Case No. ARB/98/2.

制的理由。[11]首先，从涉及的实质利益出发，国际投资仲裁的当事方是私人和国家，因此不仅涉及私人利益，更涉及国家公共利益甚至一国的公共政策，国家的公共利益亦与一国国民福祉息息相关。在追求私人利益和公共利益的平衡过程中，不能因为追求仲裁效率而罔顾国家和国民的公共利益。并且，由于私人利益的显著性和国家公共利益的隐蔽性，仲裁员自然可能偏向于更为直观的受到损害的私人利益，而难以注意到国家公共利益，更无法完全预见公共政策的未来收益，“一裁终局”难以准确认定相关案件事实。其次，从国际投资仲裁制度的目的出发，其是为了在保护投资者和维护投资权利之间取得适当的平衡。国际法要求投资者必须在“用尽当地救济”的情况下才能请求母国提供外交保护，这导致投资者只能首先寻求东道国的司法救济。而东道国法院出于政治因素和本国利益考量往往会偏向于保护东道国利益，因此投资者难以对东道国当地救济方式产生信任。由此可见，国际投资仲裁制度赖以存在和发展的基础在于其中立性和公正性，而非高效性。

总言之，随着国际投资争议的增多，国际投资仲裁机制问题凸显，建立一个稳定的国际投资仲裁上诉机制，突破“一裁终决”原则是解决上述问题的最佳选择。它不仅可以弱化初审仲裁庭的法律解释功能，防止仲裁庭任意“造法”；还可以通过裁决的撤销、修改和发回重审机制使仲裁庭避免其后作出相同的法律解释从而导致仲裁再次进入上诉程序；亦能在一定程度上限制仲裁员的条约解释权，防止仲裁员滥用其自由裁量权，促进裁决的一致性，在一定程度上促进私人利益和东道国公共利益间的平衡，而这同时也是国际投资仲裁制度发展的内在要求。

二、国际投资仲裁上诉机制的现有设想和实践

（一）ICSID 上诉便利制度

2004 年 ICSID 秘书处便首先考虑了建立上诉机制的问题，并推出《ICSID 仲裁框架的可能改进》建议稿（以下简称《建议稿》），它设想了一个可以根据一套 ICSID 上诉机制规则建立和运作的单一上诉机制，在这一机制下，国际投资协定可以规定，在条约所涉案件中作出的裁决应按照这些规则进行审查。ICSID 秘书处认为，“该机制最适合与 ICSID 仲裁，《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（以下简称 UNCITRAL 规则）仲裁以及投资人与国家间争端解决投资条款中规定的任何其他形式的仲裁结合使用”，一年后，ICSID 秘书处由于缺乏积极回应而放弃了这一想法。

依据《建议稿》，ICSID 将成立一个由 15 名来自不同国家，具有国际投资、国际法方面专业知识的专家组成的上诉专家组，上诉庭由 ICSID 秘书长和当事方协商后指定专家组中 3 名专家组成，该上诉机制可以适用于 ICSID 的一般仲裁、ICSID 附加机制仲裁、根据 UNCITRAL 进行的投资仲裁、以及 BIT 中投资者—东道国争议解决条款规定的任何其它形式的仲裁。关于上诉理由，既可以是《华盛顿公约》第 52 条第 1 款规定的五项程序性事由，也可以是“明显的法律错误或严重的事实错误”。上诉庭可以维持、变更、推翻仲裁裁决，也可以全部或部分撤销原仲裁裁决，或发回一审仲裁庭重审。ICSID 上诉便利制度可以说是部分仿照 WTO 上诉机制所提出的构想。通过建立一个单一的国际投资仲裁上诉机制，可以避免由各国再行分别建立该类机制，不仅有助于仲裁活动更加经济、高效，还可以促进仲裁裁决的一致性和连贯性。然而该项机制的缺陷亦十分明显：

其一，上诉裁决和原裁决的执行存在冲突。依据《建议稿》作出的上诉裁决在签署上诉协定的特定缔约国之间有效，同时，依据《华盛顿公约》第 54 条，原裁决在每一缔约国间生效，由此

[11] 参见石现明《国际投资仲裁内部上诉机制述评》，《云南大学学报法学版》2011 年第 2 期。

可能出现原裁决和上诉裁决均得以执行的情况，上诉机制的功能便因此而落空；[12]

其二，上诉机构难以达成统一的稳定规则，依据《建议稿》附件第 4 条，为了与其自愿性质一致，上诉机构规则将十分灵活，并可以根据各国加入上诉机构时所签订的同意书的内容进行调整。该项规定固然赋予了缔约国很大的自主权，但同时也让各缔约国能够自由选择制定对自身有利的条约规则。选择通过签订条约适用 ICSID 上诉机制的缔约国越多，统一的 ICSID 上诉规则的达成难度便越高，规则稳定性也将降低；

其三，不同于 WTO 上诉程序，《建议稿》规定由 ICSID 秘书处和当事人协商选定上诉仲裁员。随着上诉案件的增多，秘书处难免缺乏足够的精力应对上诉，这也对其专业性提出了挑战，而由于缺乏专门的上诉机构，ICSID 上诉机制的独立性亦无法得到保证。

（二）美国 BIT 范本模式

美国 2002 年通过的《两党贸易促进授权法案》提到美国对外投资的主要谈判目标包含建立投资仲裁上诉机制或类似机制，并在 2004 年通过的 BIT 范本中明确将推动投资仲裁上诉机制的建立，此后美国对外签订 BIT 或含投资章节的 FTA 时几乎都纳入了投资仲裁上诉机制的内容。美国 BIT 范本（2004）规定的国际投资仲裁上诉机制受到许多投资协定的效仿，据统计，在 3300 多个国际投资协定中，有 25 项包含了考虑将来可能建立上诉机制的规定，其中大多数皆受美国 BIT 模式（2004）的启发。[13]在该模式下，共有两种类型的上诉机制构建路径：第一类涉及未来建立上诉机构的多边协议。美国 BIT 范本（2004）第 28（10）条规定：如果为建立一个上诉机构的当事方之间的另一项多边协议生效，目的是审查根据国际贸易或投资安排组成的法庭作出的裁决，以审理投资争端，则当事方应在多边协议生效后努力达成一项包含上述上诉机制的协议。第二类则是双边上诉机构，美国 BIT 范本（2004）的附件 D 规定：在本条约生效之日起三年内，缔约各方应考虑是否建立双边上诉机构或类似机制，以审查依照本协定作出的仲裁裁决。美国 2012 年通过的 BIT 范本放弃了前述第二种上诉机制构建模式，而仅保留了前述第一种上诉机制构建模式。

美国 BIT 范本的投资仲裁上诉机制模式得到了许多国家的借鉴。BIT 范本（2004）规定的第一种构建模式首先需要多边投资仲裁上诉机制的形成，而由于多边机制形成的艰难性，第一种模式不具备较高的可行性；通过第二种双边模式进行构建则具有充分的可行性和效率，有利于国际投资仲裁上诉机制的快速建立。但基于条约用语在条约解释的习惯国际法规则中的核心地位，仲裁庭常常以其所面对的条约用语与其他条约不同为由对相同或类似问题作出不同裁决。[14]因此这一模式很可能进一步加剧投资仲裁裁决的不一致性危机，更无法形成统一的投资仲裁规则，与建立投资仲裁上诉制度的目标不符。

（三）欧盟投资法庭模式

欧盟自 2013 年启动跨大西洋贸易投资伙伴关系协定（以下简称 TTIP）谈判以来，便提议在条约文本中设置一个透明的常设投资法庭系统（以下简称 ICS），以替代传统的投资仲裁机制，欧盟设立投资法庭的倡议体现于 2015 年发布的《TTIP 关于投资保护和投资法庭系统的文本倡议》（以下简称《倡议》）。《倡议》第 3 部分专门规定了“投资纠纷的解决和投资法庭系统”相关条款，提

[12]《华盛顿公约》第 54 条：原裁决在每一缔约国间生效，每一缔约国应承认依照本公约作出的裁决具有约束力，并在其领土内履行该裁决所加的财政义务，正如该裁决是该国法院的最后判决一样。

13 Albert Jan van den Berg, Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions, ICSID Review, Vol. 34, No. 1, 2019.

14 参见肖军：《建立国际投资仲裁上诉机制的可行性研究—从中美双边投资条约谈判说起》，《法商研究》2015 年第 2 期。

出建立包含一审法庭和上诉法庭的投资法庭系统以管辖缔约方的投资争端，在未来建立多边投资争端解决机制的愿景。[15]在 TTIP 关于 ICS 的倡议还停留于谈判阶段时，《加拿大—欧盟综合性经济贸易协议》（以下简称 CETA）及《欧盟—越南自贸协定》（以下简称 EVFTA）已将建立 ICS 写入最终协议文本中。CETA 和 EVFTA 提及其建立 ICS 的既定目标是提供“现代且经过改革的投资争端解决机制”，“在保护投资者与维护投资权利之间取得适当的平衡”。[16] CETA 和 EVFTA 规定：设立一个永久性的常设法庭和一个上诉法庭，上诉法庭成员由联合委员会/贸易委员会从预选成员花名册中选择，能够审查除《ICSID 公约》第 52 条规定的 5 项理由外，常设法庭关于解释和适用法律的错误，以及事实认定明显错误的决定，并可以直接修改或撤销常设法庭裁决或发回重审，这使其成为一个新颖的“一站式上诉商店”。[17] 并且相关文本还对仲裁员的身份和道德规则，程序的透明度以及投资者对第三方资金的披露义务等都做了规定。ICS 代表了 CETA 和 EVFTA 中投资章节的最引人注目的修订，取代了迄今为止几乎所有 BIT 中所采用的特设仲裁庭的 ISDS 机制。

欧盟 ICS 是目前最为系统、规则最为详细的国际投资仲裁上诉机制构建模式，能够将欧盟以及与欧盟签订 FTA、BIT 的非欧盟国家均纳入统一的投资仲裁机制中，通过长久努力可期建立一个覆盖面较广的投资仲裁上诉机制。然而，即便 ICS 能够覆盖较多国家，其缔约国仍然只能限于欧盟以及与欧盟签订 FTA、BIT 的非欧盟国家，这一特点决定了欧盟 ICS 无法真正实现统一一致的国际投资仲裁上诉机制，碎片化问题仍将继续存在。另外，ICS 无可避免地体现着欧盟主导的倾向，其它国家难免存在对该体制公正性和独立性的合理担忧，在“逆全球化”和世界大国难以达成一致的背景下，ICS 的建立和扩张将遭受极大阻碍。此外，尽管 ICS 机制有助于法律的确定性与裁决的一致性，但是其代价是争端方丧失自主选择法庭成员的权利，使投资者处于相对被动和不利的地位，因此也难以保证投资者和东道国权利的一致性。[18]

三、ICSID 内部设立上诉机制之思考

通过对该领域研究得知，当前国际社会对于国际投资仲裁上诉机制的建构共提出四种模式设想：一是建立专门性的多边国际投资上诉法院；二是在 WTO 内增设专门投资仲裁庭；三是通过条约协议形式设立双边或区域性的仲裁机构；四是在 ICSID 内部设立专门的上诉机构。其中，前两种模式均需要通过签订多边协议方能达成，在当前国际社会双边、区域化的发展趋势下必然困难重重。第三种模式的临时仲裁机构虽具有较强的可行性，但其不仅不能解决当前国际投资仲裁制度面临的裁决不一致性危机，还将加剧国际投资仲裁的分散化和碎片化。第四种设想目前的可行性较高，以下就该模式的构建进行具体的研究。

（一）ICSID 内部常设上诉仲裁庭的可行性

其一， 在 ICSID 内部常设上诉机构具有国际法依据。根据《ICSID 公约》要求，若在 ICSID

[15] Council of the European Union, TTIP textual proposal on investment protection and investment court system, November 12, 2015. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (28/April/2021).

[16] Council of the European Union, Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States, October 27, 2016. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf (28/April/2021).

[17] Elsa Sardinha, The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU–Vietnam Free Trade Agreement[J], ICSID Review, Vol. 32, No. 3, 2017. https://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=b90a7807-acfe-42dc-856f-5cdb70c2a70b%40sessionmgr101 (28/April/2021).

18 参见叶斌：《<欧盟与加拿大全面经济贸易协定>对投资者诉国家争端解决机制的司法化》，《国际法研究》，2017 年第 6 期。

内部设立专门的上诉仲裁庭必须经 2/3 缔约国同意进行修约，然而，《维也纳条约法公约》（以下简称 VCLT）亦赋予国家修改多边条约的权限。[19]依据 VCLT 第 41 条第 1 款："多边条约两个以上当事国得于下列情形下缔结协定仅在彼此间修改条约：（a）条约内规定有作此种修改之可能者；或（b）有关之修改非为条约所禁止，且不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务，不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定者。"故 ICSID 秘书处在《建议稿》附件第 2 条提出："有关上诉机构的条约可以在一定程度上修改《ICSID 公约》。"这一修改并不受《ICSID 公约》的禁止，亦不影响《ICSID 公约》所规定的其他缔约国的权利和义务的履行，且与《ICSID 公约》的总体目标和宗旨相符，因此，在 ICSID 内设置上诉机制，并由《ICSID 公约》两个以上缔约国在条约中选择援引该上诉机制是可行的。

其二，在 ICSID 内部常设上诉机构符合投资仲裁的要求。解决了上诉机制的建构模式问题，另一重要问题在于上诉机构常设与特设的选择。一般而言，常设法庭比特设法庭具有更大的独立性，WTO 上诉机构的经验表明，随着时间的流逝，常设机构的成员通过独立行为将对其机构承担更大的责任。[20]由于常设机构不允许仲裁员兼任其它仲裁机构的职务或案件代理人，因此仲裁员可免于特设仲裁庭制度下因利益驱使而产生对一方当事人的偏向性，加之常设机构对仲裁员的管理体制更加系统、仲裁员对机构的依附性更强，因此仲裁员在案件中将更加关注法律适用的公正性和机构的公信力，从而有助于裁决程序正义和实体正义的实现，充分发挥上诉机制的监督功能。此外，常设法庭基于其高度的稳定性和整合性，能够更有效率地形成较特设法庭更为统一的仲裁规则和习惯经验，从而为仲裁员和当事人提供明确的规则指引，顺应投资仲裁的一致性和可预见性要求。常设法庭的高度稳定性和整合性同样有助于引导仲裁员树立公法思维，在以往的国际投资仲裁实践中，仲裁员往往更多采用私法思维解决法律问题，通过统一的常设法庭，可以自然地引导仲裁员采用公法的原则和方法进行裁决，如此方能符合国际投资仲裁制度公私混合的实质特征。

因此，由 ICSID 秘书处制定相关上诉规则，在 ICSID 内部常设上诉仲裁庭，供缔约国在双边或区域协定中选择适用，是当前及未来一定时期内较为行之有效且符合国际法规则的国际投资仲裁上诉机制构建模式。可期通过这一方式逐步将更多国家纳入同一投资仲裁机制中，逐渐增强统一的国际投资仲裁制度的适用。

（二）制定 ICSID 投资仲裁上诉规则需要解决的问题

ICSID 投资仲裁上诉规则的制定涉及面广泛且复杂，不仅包含法律因素也受政治、社会等因素影响，上诉规则的制定需要解决以下几方面的问题。

其一，上诉机构审查范围问题。关于投资仲裁上诉机构的审查范围，有观点认为其应限于法律适用问题的审查，充分保证上诉机构的运行效率。WTO 上诉机构同样仅采用法律审的方式，完全排除了对事实问题的审查。然而在司法实践中事实问题和法律问题是紧密联系的，尤其是在投资争端中，往往需要从事实问题出发进行投资条款的解释，只有对事实和法律问题进行全面审查才能充分实现上诉机制的监督功能。晚近各国的司法实践也证明了事实问题和法律问题的联系，例如，大陆法系国家二审法院基本都保留了对事实问题的审查，欧洲法院和 CETA 都赋予了上诉法庭全面的案件审查权。因此，为充分发挥上诉机制的制度价值，应当允许 ICSID 上诉机构对事实问题和法律适用问题进行全面审查，对事实审查的范围也应当作出合理限制以迎合仲裁效率的

[19]《ICSID 公约》第 53 条第 1 款：除公约另有规定，不得进行上诉或采取任何其他补救办法。

[20] Mark Feldman, Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power, *ICSID Review*, Vol. 32, No. 3, 2017.

要求，上诉庭的事实审查应仅限于当事人提交的“严重的”案件事实错误，对于已经审理过的当事人无争议的事实上诉庭将不予审理，严格控制上诉审查的边界。

其二，上诉机制的透明度问题。和“一裁终局”原则一样，仲裁的保密性一直是仲裁区别于诉讼的独有优势之一，但二者均无法适应投资者—东道国争端解决机制的特殊性。投资仲裁在法律上公私混合的性质决定了其不再以争端解决为唯一导向，商业秘密在投资仲裁中不再具有绝对重要地位，而应当更加关注仲裁裁决对国际社会和国际公共利益的影响。仲裁仅是一种审查形式，投资仲裁实质上是参照具有公法性质的条约、规则，通过商事仲裁的形式对国家政府的公共管理行为进行司法审查。仲裁的保密性在投资仲裁制度中仅有形式上的存在基础，而缺乏相应的实质性内在要求。在这一背景下适度放开投资仲裁的保密性要求并无法理上的矛盾性。设置仲裁程序的透明度规则，方能最大程度将各种因素纳入仲裁庭的考量之中，在维护投资者利益的同时兼顾更大范围的公共利益，此为促进国际投资仲裁裁决准确性、公正性的有效方式。在晚近投资仲裁规则实践中，已有条约将仲裁透明度纳入文本当中，例如美国的 BIT 范本和其参与的自贸协定，以及 ICSID 的改革文本内容。

透明度的相关内容涉及一项仲裁程序的方方面面，在改革仲裁的保密性传统、将透明度规则纳入仲裁条款的初始阶段，并不存在透明度规则的国际统一标准，因此需要逐步对此进行改革，以观察透明度规则的实施情况和各方对其的接受程度。例如，法庭之友作为英美法系司法活动的重要参与者，已经在 WTO 争端解决程序、NAFTA 和 ICSID 投资仲裁实践中得到接受和认可。在投资仲裁上诉机制改革初期，可以引入法庭之友制度，在对申请作为法庭之友参与投资仲裁案件的非争端当事方的国际非政府组织或个人进行相关资格和中立性审查后，允许其参与仲裁程序并提交关于争议的陈述书，仲裁庭可以接受相关陈述书作为参考，从而为仲裁庭提供不同的观点和特殊见解，在提高案件透明度、促进公正审理的同时又不会因为透明度的过度增加而引发过多争议。在透明度改革得到推进之后，可以逐步引入允许第三方出席听证会和查阅相关文件、代表性仲裁裁决及其关键性过程文件公示等制度。

其三，上诉庭的组织程序问题。根据当前仲裁制度实践，仲裁庭的组成共分为五种模式：当事人交叉指定、随机指定、循环指定、机构指定、当事人指定和机构指定相结合，不同模式的选择代表着当事人意思自治程度及对仲裁员资格审查的差异。在投资仲裁上诉机制中，基于其本身的公法性质及上诉制度的监督功能，应当对当事人意思自治予以适当限缩，一定程度上扩大机构司法安排的力度，这一做法也在晚近上诉机制设想中得以体现：ICSID《建议稿》规定由秘书长逐案任命上诉小组成员，CETA 则规定上诉庭成员完全由随机方式组成。[21]新西兰最大的争端解决专业组织—仲裁员与调解员协会（以下简称 AMINZ）于 2009 年建立了仲裁上诉机制，其内部包含仲裁上诉委员会（以下简称 AAC），仲裁上诉小组（以下简称 AAP）和特设仲裁上诉法庭（以下简称 AAT）三个机构，[22]AAC 由 AMINZ 理事会任命的 3 名适格成员组成，AAP 则是常设的仲裁员库，AAC 在充分考虑当事方就仲裁员资格提出的合理要求后，从 AAP 中逐案任命 AAT 的组成人员，最终形成上诉委员会—上诉仲裁员小组—上诉法庭模式。

ICSID 上诉机制仲裁庭的组成可以借鉴新西兰 AMINZ 模式，首先建立独立的专门上诉委员会负责处理对仲裁裁决的上诉及对常任仲裁员的管理，而非将上诉事务交予 ICSID 秘书处处理，从而可以有效避免秘书处负担过重，并增强 ICSID 上诉机制的独立性和当事人对上诉机制的信心。

21 Comprehensive Economic and Trade Agreement, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01) (28/April/2021).

22 Christopher Smith, The Appeal of ICSID Awards: How the AMINZ Appellate Mechanism can Guide Reform of ICSID Procedure[J], *GA. J. INT'L & COMP. L.*, Vol. 41, 2009.

上诉庭成员的选任可以采取当事人交叉指定与机构指定相结合的方式，一般仲裁员可由当事人从常任仲裁员中交叉选任，首席仲裁员则由上诉委员会指定，从而在保持 ISDS 仲裁制度意思自治优势的同时满足投资仲裁公法性质要求和上诉机制的功能。

其四，上诉庭仲裁员的选择问题。虽然国际投资仲裁所涉及的投资者和国家在法律上是平等的商事主体，但二者在国际地位、强制力、财力等方面都存在极大的悬殊。因此投资仲裁上诉机构成员的选任是一个十分重要且敏感的问题，上诉机构的成员必须是具有高度独立性和中立性的个人。另外，由于投资仲裁裁决涉及到国际利益和国际法治，及其在国际法上公私混合的性质，上诉机构的成员必须是公认的，具备国际投资法律专业知识和国际公法背景的专业人士。在 ICSID 上诉机制的构建中，为保证仲裁员的中立性和专业性，首先需要保证上诉仲裁员小组中的仲裁员是不附属于任何政府的独立人士。一旦其接受 ICSID 聘任成为其上诉机构的成员，便不能担任其它投资争端当事方的律师、专家或证人，亦不能担任其它非 ICSID 投资仲裁庭的仲裁员；上诉委员会应从专业能力适格且在学术界或司法界具有较高声望的专家中选择上诉机构常任仲裁员。

其五，上诉裁决的承认与执行问题。对于裁决的承认与执行问题，上诉条约的缔约国间自然可以约定通过《华盛顿公约》使最终裁决得到承认与执行，但未签订上诉条约的《华盛顿公约》其它缔约国并不受上述条款的限制，若想要使上诉裁决得到最为广泛的承认与执行，便只能诉诸《纽约公约》的适用。依据《纽约公约》的规定，其适用范围应限于自然人和法人间的商事仲裁裁决，如此便需要明确投资者与东道国间的争端是否可以纳入《纽约公约》调整范围中。[23]首先，国际投资仲裁起源于商事仲裁，国家参与国际商事活动的行为赋予其商事活动当事人地位。虽然东道国对外国投资者享有管理权，但其管理权是来源于国家经济管理主权而非相关商事活动。在商事活动和投资仲裁中，东道国和外国投资者是平等的商事主体，因此可以认为国际投资仲裁是一种特殊的国际商事仲裁；其次，国家间通过条约或协定方式将投资仲裁裁决纳入《纽约公约》调整范围内在实践中已获得各国认可，例如美国 BIT 范本（2012）、《欧盟—越南投资保护协定》均允许缔约方根据《纽约公约》申请执行仲裁裁决。[24]因此，上诉裁决在上诉条约缔约国间可以通过《华盛顿公约》得到承认与执行，在未签订上诉条约的其它国家间可以通过《纽约公约》得到承认与执行。

（三）处理上诉机制与原有裁决撤销机制之关系

构建国际投资仲裁上诉机制的另一个重要问题在于如何处理 ICSID 原有的裁决撤销机制和上诉机制间的关系，即新的上诉机制是否需要取代原裁决撤销机制。如上文所述，ICSID 裁决撤销机制存在其内在缺陷，但笔者认为废除原有的裁决撤销机制并不现实且存在较大弊端，上诉机制和撤销机制各有其功能的独特性，二者应并行发挥各自作用。

其一，直接废除裁决撤销制度不具备国际法上的可行性。裁决撤销制度已写入《ICSID 公约》，若想废除则需要对《ICSID 公约》进行修约，如前文所述，修约需要 ICSID 全体缔约国的 2/3 多数一致同意，而 ICSID 共 150 余个缔约国基本不可能在废除撤销制度这一问题上达成一致的多边条约。同时，通过 VCLT 第 41 条对《ICSID 公约》作出部分修改的方式亦只能在特定缔约国间废除撤销机制。

其二，废除裁决撤销制度不利于 ICSID 争端解决机制的稳定性。其原因在于当各缔约国最初同意在 ICSID 中解决其争端时，他们便能够预见到以后将受到裁决撤销机制的约束，而无法预见

23《纽约公约》第 1 条：仲裁裁决，因自然人或法人间之争议而产生且在申请承认及执行地所在国以外之国家领土内作成者，其承认及执行适用本公约。

24 美国 BIT 范本（2012）第 34 条第 9 款：争端当事方可根据《ICSID 公约》或者《纽约公约》申请执行相关仲裁裁决。”《欧盟—越南投资保护协定》第 3 章第 57 条第 7 款：“为了《纽约公约》第 1 条的目的，常设投资法庭就该协议项下的投资争端做出的裁决应被认为属于仲裁裁决，且与源自于商事交易关系的仲裁请求相关。

到他们将受到实质性上诉程序的影响。因此，不应强迫各缔约国放弃原有制度而选择接受新的上诉机制，否则将不利于 ICSID 争端解决机制的稳定性和其在国际投资仲裁制度中的优势地位。

其三，裁决撤销制度有助于提升 ICSID 裁决监督机制的效率。相比于上诉机制，裁决撤销制度仅对程序性问题进行审查，较可以同时审查程序性和实体性问题的上诉机制更加具有效率，这也是 ICSID 设立之初并未赋予裁决撤销制度实质性审查权力的原因之一。上诉机制建立的重要目的之一是对公平的追求，但在追求公平的过程中仍应当辅以适当的效率，裁决撤销制度则正好满足这一要求。

其四，保留裁决撤销制度可以减少基于程序性错误申请而进入上诉程序的案件数量，适当减轻上诉机制的压力，其关于程序性问题的审查依据也可以为上诉机构提供合理参考，有助于上诉机构形成稳定的先例制度，同时，上诉机构的相关裁决也可以为裁决撤销审查提供相应参照，从而增进 ICSID 裁决监督机制的有效性、准确性。

其五，实践表明，基于其独特的程序监督功能，ICSID 裁决撤销制度已得到各国的广泛适用。根据 ICSID 官网数据，截至目前已有 156 个 ICSID 仲裁案件进入撤销程序，其中 117 个案件的撤销程序已完结。[25]ICSID 裁决撤销制度为缔约国提供了追求程序公正的救济途径。例如，在美国仪表公司诉印尼政府案中，专门委员会经审查认定仲裁庭作出的裁决“明显超越权限”、“严重背离根本的程序规则”、“未陈述其所依据的理由”，并部分撤销了仲裁裁决。[26]在 SRL 潮汐投资公司诉委内瑞拉案中，专门委员会认定仲裁庭在赔偿金额方面“未陈述其所依据的理由”，因此部分撤销了仲裁裁决。[27]ICSID 裁决撤销制度在长期的发展中已成为一项重要的程序保障与救济机制，在 ICSID 裁决监督体系中发挥其独特的功能。

因此，ICSID 裁决撤销机制和上诉机制应保持并行发展，对于未签订特定条约适用上诉机制的成员国，仍沿用原有的裁决撤销机制；对于签订特定条约适用上诉机制的成员国，可以在条约中约定保留当事方通过协商选择适用 ICSID 裁决撤销机制或上诉机制的权利。由此不仅可以使上诉机制的改革符合 ICSID 缔约国的最初期望，保证制度的稳定性，还可以赋予缔约国充分的自由选择权，促进 ICSID 上诉制度长效健康发展。

四、结语

随着国际投资的不断发展和国际投资仲裁的制度缺失逐步显现，现有的初级争议解决机制已无法迎合国际投资仲裁对一致性，确定性和可预测性的需求。国际投资仲裁上诉机制的设立可以《维也纳条约法公约》第 41 条的规定为基础，在 ICSID 内部常设上诉仲裁庭，供缔约国在双边或区域协定中选择适用。在其建立过程中，需要广泛总结以往上诉机制构想的关注点，结合投资仲裁的公法性制度特征解决相关法律问题，以期逐步将更多国家纳入 ICSID 上诉机制中。我国是双向资本输入输出大国，也是 ICSID 成员国和“一带一路”倡议的推动者，在今后的国际交往中必将面临更多的投资争端挑战和有关投资仲裁上诉机制的谈判，故而应积极开展相关研究，才能做到在国际谈判中占据更大的主动权，在投资争端中充分兼顾我国投资者和国家利益，也能借此助推“一带一路”倡议的高质量、可持续发展。

25 ICSID Cases Database, https://icsid.worldbank.org/cases/case-database (28/April/2021).

26 ICSID Case No. ARB/81/1.

27 ICSID Case No. ARB/10/5.

Rethink of Constructing the Appeal Mechanism for International Investment Arbitration

Abstract: With the rapid increase in the number of international investment arbitration cases, the shortcomings of the existing international investment arbitration mechanism are gradually being highlighted and intensified. The traditional concept of "final ruling" may no longer adapt to the particularity of international investment arbitration cases. Studying the reality and rationality of the appeal mechanism of international investment arbitration. This article aims to study the reality and rationality of the appeal mechanism for international investment arbitration, and explore the effective way to build an appeal mechanism for international investment arbitration. Establishing a long-term and stable appeal mechanism of international investment arbitration may help promote the consistency and substantive justice of arbitral awards, and establish the trust of investors and host countries in the international investment arbitration mechanism, so as to ease the institutional crisis of international investment arbitration.

Keywords: International Investment Arbitration Appeal Mechanism Final Ruling

浅析二次仲裁制度在中国的建立

方熠[1]

摘要：众所周知，仲裁裁决的效力具有强制力和终局性的特点（即 binding and final effects)。也就是说，仲裁裁决一经作出，其裁决的效力就立即生效并对当事人有严格的约束力，当事人也不得再以相同的事由向仲裁院或法院提出申请。《中华人民共和国仲裁法》第 9 条明确规定了仲裁裁决这一裁终局的特点，从立法上确立了仲裁一裁终裁的法律属性。然而，近些年随着商事仲裁的迅猛发展，国际商事领域滋生出了“二次仲裁”的新概念并已在一些国家和国际仲裁机构中得以运用。新兴的二次仲裁制度为当事人提供救济的同时也大大的降低了仲裁结果出现错误的风险，提高了仲裁的公平与安全。但同时二次仲裁制度本质是对原裁决的重新复裁，其原理上突破了商事仲裁一直以来遵循的一裁终裁原则。面对这样的局面，中国商事仲裁应当如何取舍、如何平衡以及如何发展已然成为了当下仲裁学界最为重要的研究课题之一，也是仲裁实践者们最为关注的热点之一。

关键字：一裁终裁、仲裁效率价值、仲裁救济、内部选择性复裁机制

引言

1994 年 8 月 31 日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过了《中华人民共和国仲裁法》。在该法的指引下，我国重新组建了仲裁机构，并独立于行政机关的管辖。仲裁委员会不再按区域划分设立，成为具有独立性的民间组织；仲裁裁决也实行一裁终裁制度，即仲裁结果一经作出就具有终局性的效力，由此中国仲裁正式迈入“或裁或审”的阶段。

近些年来，中国随着其经济贸易的腾飞，在世界商业领域已有了越来越重要的地位和话语权。2013 年，在习总书记的号召和领导下，“一带一路”国际战略合作也正式步入历程。中国商事仲裁作为重要的纠纷解决机制应当抓住当下的大好时机，走出去，影响世界商事纠纷的解决。因此，和世界接轨，提高中国仲裁的国际化，已然成为了中国仲裁目前刻不容缓需要实现的价值目标之一。要树立中国仲裁的国际化品牌，打响中国仲裁在全球商事纠纷领域的旗号，仲裁法以及仲裁机构的规则制度就应当遵循当今经济发展的客观规律，为仲裁实践提供规范性指引。然而，如今距仲裁法的制定已有近三十年之久，仲裁法中的一些规定似乎已过于陈旧僵化，无法满足当今的商事需要。其中，“一裁终裁”制度可以说就是其中一项。伴随着全球经济的迅猛发展，如今的商事争议更加的趋于复杂：商事主体往往涉及到多个跨国公司，商事标的也关联到多国资金链。从而越来越多的现实需求要求仲裁程序正当合理，仲裁结果公平公正，而不再一味的追求程序和结果的快速效率。应运而生的二次仲裁制度有效的为仲裁错误提供了弥补和纠正的可能，一定程度上保证了仲裁的公平与安全。而仲裁法对二次仲裁的否定无疑和世界仲裁的发展轨迹相背离，应当进行变革。

[1] 方熠：天津师范大学法学院讲师。邮箱 yfang@tjnu.edu.cn

但另一方面自 1995 年仲裁法正式实施起，一裁终裁制度在中国已生根发芽了有近三十个年头，已经形成了较为完整的理论体系和价值体系。因此，中国仲裁不得不在坚持一裁终裁或尝试复裁机制两种不同的发展轨迹中做出取舍和选择。在这样的关键时刻，本文寄希望通过对二次仲裁的理论探讨以及中国引入该机制重要性的分析，以明确中国应当构建怎样的裁决体制。同时，本文还将对应当实行的裁决制度进行深刻的评估，包括其在中国可能面对的困境及解决途径，以期对中国仲裁的发展有新的启迪。

一、二次仲裁制度的概述

和传统商事仲裁相比，当今的仲裁参与者普遍已不再盲目的追求所谓的高效快捷，从而承担裁决结果可能发生错误的风险。在这样的现实需求下，二次仲裁制度应运而生，以弥补商事仲裁过程中可能存在的程序性和实体性错误，为仲裁当事人提供有效的救济途径。尽管目前国际上尚未对二次仲裁概念作出明确具体的规定，但从现存的实践经验中可以大体归纳出：二次仲裁机制具体指的是：仲裁庭作出裁决之后，仲裁结果不再具有终局性的效力。仲裁当事人可以依据之前的协议或在各方当事人均同意的情形下，向原仲裁机构内部或其他仲裁机构亦或国际仲裁庭提出申请上诉的仲裁请求。复裁程序一经开启，原仲裁裁决的效力即中止。待新的裁决作出后，原仲裁裁决效力即终止。

目前，国际上关于二次仲裁的制度构想大致可以分为三种情形：第一类学者观点认为要实现二次仲裁就应当在世界范围内建立国际上诉仲裁庭。如，施米托夫教授在《国际贸易法文选》著作中指出：司法实践中要实现二次仲裁就应当采纳建立国际上诉仲裁庭的方式以应对国际商事纠纷日益复杂的情形。

第二类学者认为应当在仲裁机构内部引入上诉程序以实现国际商事仲裁中二次仲裁机制的建立。其中具有代表性的著作有 Erin E. Gleason 的《 International Arbitral Appeals: What are we so afraid of》，该著作中指出目前根据国际商事习惯以及《纽约公约》的规定，仲裁裁决可以不予承认与执行。因此，国际商事仲裁内部上诉程序的构建并不违背《纽约公约》的规定。

第三类学者认为有必要将国际商事仲裁内部上诉制度化。具有代表性的是由 Axay Satagopan 学者编写的论文著作《 Conceptualizing a Framework of Institutionalized Appellate Arbitration in International Commercial Arbitration》。

国内目前关于二次仲裁机制的研究还处于理论探讨的初级阶段。各学者关于是否应当在中国构建仲裁复裁机制还存在一定争议。其中，支持一裁终裁制度的代表性学者是刘晓红教授。其在著作《仲裁“一裁终局”制度之困境及本位回归》中通过对仲裁本质的刨析，揭露了仲裁应当以效率价值为本，兼顾公平价值。而仲裁传统的一裁终局制度有效的维护了仲裁的效率价值，因此不应当被修改。 近些年来，越来越多的仲裁法学者针对二次仲裁机制发表了论文著作并对中国构建复裁机制表示认可和赞同。其中，具有代表性的有沈四宝等学者联合发表的论文著作：《“一裁终局”的重新评估与复裁机制的创新实践》。在该著作中沈四宝等学者认为仲裁的“一裁终局”并非仲裁的

绝对原则，并且该原则已不再满足当下的商事需求，应当被重新评估和审视。而复裁机制作为一种新兴的实践创新，应当受到重视。同样，石现明教授在其发表的论文著作《效率与公平之平衡：国际商事仲裁内部上诉机制》中提出：一裁终局并非国际商事仲裁的优点，上诉机制的缺失不能保证仲裁的终局性和效率。由此看出，近些年来，中国学界对商事仲裁传统的一裁终裁制度普遍产生了质疑，但对二次仲裁机制的构建还处于理论探讨的初步阶段。

二、二次仲裁与一裁终局

随着当今商事需求的价值转变，二次仲裁制度在国际经济领域中得到了越来越多的肯定和发展。究其本质，其实是对传统一裁终局原则的突破。因此，当代社会是否应当构建二次仲裁裁决体制从而取代仲裁传统的一裁终裁属性，已然成为当下国际商事仲裁密切关注的话题。下文将围绕着二次仲裁制度的价值和理论体系展开，

首先，二次仲裁的价值体系主要源于。

效率

效率 **VS** 公平：价值取向；商事需求等角度出发

理论价值：意思自治的延伸

三、中国建立二次仲裁制度的必要性

结合中国的实际情况，以明确我国构建复裁机制的必要性。

仲裁法一裁终局：玛丽皇后学院调查；中国一裁终裁也不全：再审；重新审理；调解

次救济：现有救济途径的困难：司法救济为主

四、中国对二次仲裁制度的选择

中国应当建立仲裁机构内部选择性复裁机制，什么是内部选择性复裁；其他两种为什么不提倡：没有基础？

中国机构仲裁为主，机构仲裁自身的救济途径：核阅

中国仲裁即机构仲裁对意思自治要求高，机构内部二次仲裁符合

基础：深圳仲裁院

机构内部二次仲裁的大致规则应该建立什么样的：启动时间这些，和国外的深圳的折中一下

五、二次仲裁制度在中国可能面临的困难及其解决途径

立法：主要问题，立法上的肯定成为了法律属性，但其不是必须的

实践：故意拖：制定上改善

六、结论

未完待续

TikTok 被禁中的数据博弈与法律回应

冯硕*

内容摘要：TikTok 的海外被禁，既反映了在中美博弈的现实背景下美国对数据控制权的追求，也映射出新技术对现行法律规则的挑战和产生的风险。面对当前的困境，中国企业应在合规与诉讼中维护自身权益，中国更应在支持与开放中保护本国企业并争取数据博弈优势地位。TikTok 所代表的技术创新尽管会与现行法律产生龃龉并引发风险，但有效地法律创制、解释与适用是能够规制风险的。而随着科技的进一步发展，法律与科技的内在矛盾也将日益凸显，简单地判处技术死刑并无益于人类社会的发展和法律秩序的维护，秉持包容性规制的法律回应模式才是构建未来法治的应有之义。

关键词：TikTok 数据治理 中美博弈 企业合规 法律与科技

引 言

2016 年 9 月在中国内地上线的抖音是字节跳动公司旗下重要的短视频平台，其以丰富新颖的短视频推送迅速蹿红并成为国内民众重要的手机应用程序（以下简称 APP）。就在抖音开拓中国市场的同时，2017 年起字节跳动开始借助海外收购推动包括抖音在内的相关 APP 出海，TikTok 由此诞生并迅速占据了北美、印度和东南亚等地的市场。在 TikTok 海外扩张的过程中，其也开始面临着有关数据泄露、隐私侵权等方面的调查与诉讼，从而遭受印尼、印度等国的封禁。2020 年 7 月 31 日，美国总统唐纳德·特朗普（Donald Trump）向媒体表示将禁止 TikTok 在美国运营并于 8 月 7 日直接开出行政禁令，要求 45 日之后禁止一切美国机构与 TikTok 进行交易。一周后特朗普签署新的行政令，再次要求字节跳动公司在 90 天之内出售或剥离该公司在美国的 TikTok 业务。对此，字节跳动一方面于 8 月 24 日向美国法院起诉特朗普政府，另一方面也通过与甲骨文（Oracle）、沃尔玛（WalMart）等美国企业的谈判找寻符合中美两国法律规定的合作路径。

尽管 TikTok 被禁事件尚在发展中，但目前美国封禁 TikTok 已经构成了中美博弈的又一例证，反映出美国在参与全球数据博弈中为维护数据控制权的忧虑。但从更深层次上，依据现有法律封禁 TikTok 更触及了法律与科技的关系问题，这更会对未来法治的发展产生影响。因此，本文将从 TikTok 被禁事件切入，首先聚焦美国封禁 TikTok 这一具体事件，以期在中美博弈的大背景下反思美国封禁 TikTok 背后的逻辑。在此基础上，笔者将从 TikTok 的技术应用出发，明确其所存在的风险并探讨现有法律可否进行有效规制。最后，笔者将立足中国，探寻在 TikTok 被禁中中国企业和国家所应采取的应对之策，并力图从更大视角下找寻未来法治构建中法律对科技的正确回应模式。

一、数据控制权博弈中的 TikTok

特朗普政府在针对 TikTok 的行政禁令中对中国威胁美国国家安全的猜疑和指责，〔1〕暴露出 TikTok 被禁主要由于它来自中国，使其成为中美博弈中美国制裁中国的又一牺牲品。同时，由于

* 冯硕，男，华东政法大学国际法学院博士研究生。

原文已发表于《东方法学》2021 年第 1 期。

〔1〕 See *Executive Order on Addressing the Threat Posed by TikTok*, White House (August 6, 2020), https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-addressing-threat-posed-tiktok/(last visited on August 8, 2020) .

TikTok 与数据治理相关，它的存在更可能影响美国对全球数据的控制权，故而其会选择以极端手段加以制裁。因此，在探究美国封禁 TikTok 原因的过程中，既需要从中美博弈的大背景下进行检视，更需要挖掘美国在数据控制权博弈中的政策立场。

（一）中美博弈：TikTok 被禁的时代背景

探求 TikTok 被禁的外在原因离不开对国际局势变化的考察，当今世界正经历百年未有之大变局，国际格局正在深刻调整，世界进入动荡变革期。〔2〕在这场大变局中，中美博弈已成为决定国际秩序调整的核心。尽管中国并不愿卷入其中，但美国的单方发力与一意孤行却已经导致国际局势陷入动荡。不同于过去百年中的国家博弈，这一轮博弈也呈现出一些新的样态并反映在 TikTok 被禁之中。

首先，“东升西降”改变博弈的主导力量。纵观过去百余年的国际关系变化，无论是一战后形成的“凡尔赛—华盛顿体系”，还是二战后形成的“雅尔塔体系”，国际秩序主导权始终握于西方国家之手。西方世界长期处于世界权力的核心地带，它们的意志决定了这个世界的基本走向。而苏联的解体更让美国成为唯一的超级大国，并彻底掌握了维系秩序和制定规则的主导权。但新世纪以来，随着以中国和印度为代表的新兴国家经济实力的崛起，全球经济重心开始呈现东移趋势。尤其是 2008 年金融危机爆发后，深陷经济泥淖的美欧更与新兴国家的经济增长形成反差。从而加速了世界中心从西欧向亚太的转移，打破了发达国家对全球经济资源的垄断，这种“东升西降”表明世界权力转移对象出现根本性变化。〔3〕所以，TikTok 作为中国公司创造的产品，或许在美国看来它的风行也成为“东升西降”的一种表现，基于国别作出制裁也是遏制“东升西降”的现实选择。

其次，“主权扩张”成为博弈的主要方式。在国际法视域下，主权是各国展开博弈的根基和维护的核心。战后国际法规则的形塑离不开各国的主权让渡，而在此次大变局中，美国则开始放弃主权让渡，进而以主权扩张的形式表达利益诉求。曾经以主权让渡换取经贸利益的美国正在离开，而一个通过主权扩张限制经贸自由的美国也开始回归。〔4〕在此次封禁 TikTok 的过程中，美国以维护国家主权及安全利益为由，通过行政禁令的方式对中国企业做出单方制裁，实际上就是一种挑战国际法规则的主权扩张。而从更大的视角看，除美国以外的其他国家对 TikTok 等 APP 的封禁，也多以其威胁本国主权为由。例如印度政府近来就依据该国《信息技术法》先后封禁了上百款中国 APP，并声称相关 APP 参与了不利于印度主权、国防、国家安全和公共秩序的活动。〔5〕这种依据国内法进行单方制裁的主权扩张，已然成为相关国家制裁中国企业的重要方式，并带有一定的蔓延趋势。

最后，“规则重塑”成为博弈的核心目标。秩序的维系离不开对规则的创制与维护，而国际法便是维系国际秩序的核心规则。随着“东升西降”趋势的发展，西方国家在新一轮的经济较量中日益成为“现代化输家”。但长期以来的“赢家效应”使他们沉湎于不断受益的状态，无法忍受任何挫折和失

〔2〕 参见习近平：《在深圳经济特区建立 40 周年庆祝大会上的讲话》，载《人民日报》2020 年 10 月 15 日，第 2 版。

〔3〕 参见刘晓红、冯硕：《论国际法视域下上海合作组织命运共同体的构建》，载《上海政法学院学报》2020 年第 3 期。

〔4〕 See José E. Alvarez, *The Return of the State*, 20 Minnesota Journal of International Law 223, 230-231 (2011).

〔5〕 《印度再封杀 43 款中国 APP，支付宝、钉钉、芒果 TV 在内》，载澎湃新闻，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_10134794，2020 年 11 月 26 日访问。

败，因而其开始选择以逆全球化的方式重塑国际规则。〔6〕无论是奥巴马政府通过推动《跨太平洋伙伴关系协定》（Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP）等新规则来遏制新兴国家，还是特朗普政府以退出现有国际条约体系等单边方式加速逆全球化，美国都希望在打破旧规则的同时塑造一种更高标准的全球化，以求在逼迫新兴国家接轨的过程中加持其秩序主导权。〔7〕而从约瑟夫·拜登（Joseph R. Biden,Jr）的外交观点看，其认为中国等新兴国家对美国领导地位的挑战是不可回避的现实，而维护对国际规则的主导权仍是美国对外政策的核心任务。〔8〕反观新兴国家，在现有规则框架下重塑利益分配格局以实现国际正义也是它们的追求。诚如习近平主席所言，“法者，治之端也”，法律的生命在于付诸实施，各国有责任维护国际法治权威，依法行使权利，善意履行义务。法律的生命也在于公平正义，各国和国际司法机构应该确保国际法平等统一适用，不能搞双重标准，不能“合则用、不合则弃”。〔9〕因此，尽管西方国家与新兴国家在此轮博弈中所追求的目标并不相同甚至存在分歧，但其都希望通过规则重塑来实现各自的利益。

质言之，当前的中美博弈是在“东升西降”中美国为维护其主导权以主权扩张的形式对中国发动的定向打压，而其核心目标便是防止中国成为国际规则重塑的主导力量，从而保证其继续掌控对未来国际利益分配格局和国际关系调整的绝对权力。在这一背景下再度审视 TikTok 被禁就不难发现，TikTok 在美国与全球的拓展一定程度上挑动了美国参与全球数据博弈的敏感神经，挑战了美国对全球数据的控制权。因此，在探寻美国封禁 TikTok 的原因时，更应在美国参与全球数据控制权的博弈中展开思考。

（二）数据主权概念博弈：控制数据的制度基础

在数据控制权的博弈上，明确数据主权是确定一国对某一数据是否具有控制力的前提。在国际法下，主权概念本不是唯一固定的，其概念的模糊性给了各方博弈的可能。从理论层面，16 世纪末让·博丹（Jean Bodin）就认为主权具有绝对性与永久性。〔10〕恰是受该理念的影响，在《威斯特伐利亚和约》草就之时，各方便进一步强化了民族国家主权的绝对性，使其成为了对内最高对外独立的绝对权。但理论的理想化总要接受现实世界的验证，也正是在国家博弈与妥协的进程中，主权的绝对性开始遭受冲击。一方面，一国主权范围的划定和维护与该国的实力密切相关。因而在那个侵略与殖民横行的时代，地图上的主权并不代表国际法下的真理，而真理只在大炮射程之内，故弱国遭受强国的主权侵蚀也成为家常便饭。另一方面，随着时代的变迁，主权自身也产生裂变并逐渐分为经济主权、政治主权等权力束。例如在经济领域，随着经济全球化的深入推进和相关经济组织的形成，各国的主权也在追求合作中被稀释并使得在某一领域的绝对权被打破，这其中尤以 WTO 对各国基于主权制定经济政策的约束为代表。〔11〕

〔6〕 沈伟：《驯服全球化的药方是否适合逆全球化？——再读<驯服全球化：国际法、美国宪法和新的全球秩序>》，载《人民论坛·学术前沿》2020 年第 12 期。

〔7〕 参见车丕照：《是“逆全球化”还是在重塑全球规则？》，载《政法论丛》2019 年第 1 期。

〔8〕 See Joseph R. Biden, Jr., *Why American Must Lead Again: Recusing U.S. Foreign Policy after Trump*, 99 Foreign Affairs 64, 68-71 (2020).

〔9〕 习近平：《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》，载《人民日报》2017 年 1 月 20 日，第 2 版。

〔10〕 See Julian H. Franklin, *Bodin: On Sovereignty*, Cambridge University Press ,1992, p.345.

〔11〕 See John.H.Jackson, *The WTO ‘Constitution’ and Proposed Reforms: Seven Mantras Revisited*, 4 Journal of International Economic Law 67, 71-72 (2001).

正因主权概念的不确定和对国家实力的依赖，使得在互联网这个本就自由无界的疆域划定主权成为难题，从而成为美国等各方势力博弈的战场。想要厘清数据主权，就需要从更广义的网络主权开始。由于网络空间是依托现实世界的信息基础设施构筑的虚拟空间，故网络空间可以区分为“物理层”“逻辑层”和“数据层”。〔12〕物理层主权主要是指国家对领土内支持网络活动的物理基础设施的主权，其与国家领土的密切联系使得包括美国在内的世界各国也普遍接受这一界定。

逻辑层主权主要是国家对计算机代码，特别是负责网络互联和传输的通讯协议软件的主权，其核心便是国家能否控制域名系统（Domain Name System, DNS）。在该领域的发展中，突出展现了美国在技术领域的绝对优势。该类协议最初是由美国联邦政府的工程师所创制，并一度被美国工程师所持有而具有民间性和公开性。但随着互联网发展中 DNS 重要性的凸显，使得美国政府开始介入并逐渐掌握了对 DNS 的管制权。在美国掌控全球 DNS 管制权的过程中，尽管其主张一种私有化进路并将控制权交由非营利公司“互联网名称与数字地址分配公司”（Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN），但实际上 ICANN 仍受控于美国政府。随着互联网的全球拓展，美国政府对 ICANN 的控制受到了其他国家的反对，因此 2009 年 ICANN 开始剥离美国政府获得独立的地位，并逐步建立起“多利益攸关方共同治理”的新模式。在该模式下，虽然实现了其他国家参与治理，但从其决策和执行情况看，美国凭借技术优势和政治影响力依旧掌握着相对垄断的权力，在逻辑层面的博弈中美国的主导地位依旧明显。〔13〕

相较于前两者，美国在数据层并不具有绝对的主导权，因而更加重视该领域的规则构建。因数据所有者、存储者与使用者在地理位置上的分离，使得以何者为标准划定主权便产生争议。以欧盟为代表的相关国家主张以数据存储者为标准明确主权，其通过坚持数据本地化存储，强调产生于本国的数据应当存储于国内的数据设施，且在数据出境中国家有权予以审核。与之不同，美国在《澄清域外合法使用数据法案》（Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, 以下简称“云法案”）中就认为应以控制者为标准确定国家对数据的主权。故其强调无论数据存储于何地，只要数据由美国主体所控制则美国便有权获取，相关主体也有义务提供。正因在数据主权概念界定上的争议和美国对数据控制者的重视，即使 TikTok 反复证明相关数据存储于美国境内且未交予中国政府，美国也依旧担忧数据的安全性。而在更深层次上，如果美国认可了 TikTok 的抗辩，无疑就削弱了以数据控制者为核心的主权界定，弱化了其对全球数据治理规则形塑的话语权，这都关涉其核心利益。

（三）数据流动规则博弈：控制数据的核心方法

主权的确立离不开有效地维护，构建符合自身实力和利益诉求的数据流动规则便是维护各自数据主权的核心方法。在数据的跨境流动上，由于在数据主权概念界定上的差异，使得以美国和欧盟为代表的相关国家采取了不同的路径，阵营化的特点更加突出且博弈更加明显。〔14〕

在美国看来，网络空间具有公共属性构成“全球公域”。〔15〕因此，美国始终采取一种全球主义

〔12〕 参见许可：《数据主权视野中的 CLOUD 法案》，载《中国信息安全》2018 年第 4 期。
〔13〕 参见刘晗、叶开儒：《网络主权的分层法律形态》，载《华东政法大学学报》2020 年第 4 期。
〔14〕 参见黄志雄：《国际法在网络空间的适用：秩序构建中的规则博弈》，载《环球法律评论》2016 年第 3 期。
〔15〕 See United States Department of Defense, *National Defense Strategy*, Homeland Security Digital Library (March 2005), https://www.hsdl.org/?view&did=452255 (last visited on October 12, 2020).

立场，希望各国减少对数据跨境的干预以促进数据的自由流动。反观欧盟，建构于存储者为核心的数据主权概念使其重视数据的本地化存储，无论是《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，GDPR）还是其前身 1995 年《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流动的指令》（以下简称《指令》），都强调欧盟有权介入数据的跨境流动并有责任对第三国的数据保护作出评估，凸显出一种属地主义的立场。〔16〕

恰是由于美欧双方在数据跨境流动上的立场差异，使得在全球数据流动规则形塑中产生了频繁博弈，并体现在相关国际条约中。在 WTO 框架下，数据跨境流动涵摄于《服务贸易总协定》，协定一方面倡导数据跨境自由流动的基本方向，同时也赋予了成员方基于数据保护与国家安全的介入权，从而在规则的折中中放大了分歧。〔17〕面对 WTO 的停滞，美国在 TPP 的谈判中率先发力，进一步强调数据自由流动的必要性。尤其针对本地化存储，美国要求缔约方不得强制要求企业将数据存储与本地，且应当减少对数据跨境流动的干预。尽管 TPP 最终文本保留了缔约方基于“合法的公共政策”进行监管，但对该理由的文义限制更凸显出美国的立场。〔18〕不同于 TPP 的相对广泛性，《美国—墨西哥—加拿大协定》（United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA）在 TPP 基础上直接禁止了一切将计算设施放置于一国境内或使用一国境内计算设施的本地化要求，〔19〕展现出对属地主义的否定。反观欧盟，在《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》（Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP）的谈判过程中，其始终坚持对数据的控制与监管。〔20〕而在欧盟参与的相关双边条约中，由于欧盟数据保护的刚性要求，使得其他国家不得不妥协。例如在《加拿大—欧盟双边贸易协定》中，双方就针对电子商务中的信任和隐私问题设定专门条款，继续满足欧盟的本地化存储要求。〔21〕

除了影响国际规则形塑外，美欧在数据跨境上的直接博弈更为胶着。欧盟《指令》出台后，美国便被列为禁止数据出境的目标国，引发了美国政府和企业的强烈反对。〔22〕在美欧双方的共同努力下，2000 年《安全港协议》正式形成，允许了美国企业在满足欧盟数据保护标准的前提下有效获取欧盟数据。但 2013 年“棱镜门事件”的发生令美国海外监听丑闻曝光，导致《安全港协议》被欧盟法院判决失效。〔23〕在风波平息后，美欧再次认识到中断数据流通无益于双方的经贸往来，从而催生了 2016 年《隐私盾协议》并强化了欧盟对美国政府权力的限制，防止美国政府借机大量获取欧盟数据。但随着 GDPR 域外适用效力的强化，使得境外数据活动在影响欧盟数据安全时欧

〔16〕 参见张继红：《个人数据跨境传输限制及其解决方案》，载《东方法学》2018 年第 6 期。

〔17〕 参见石静霞：《数字经济背景下的 WTO 电子商务诸边谈判：最新发展及焦点问题》，载《东方法学》2020 年第 2 期。

〔18〕 TPP, Arts. 14.2-14.4, 14.11, 14.13.

〔19〕 USMCA, Art. 19.12,

〔20〕 See Peter Chase, Sudha David-Wilp & Tim Ridout, *Transatlantic Digital Economy and Data Protection: State-of-Play and Future Implications for the EU's External Policies*, European Parliament (July 2016), http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/535006/EXPO_STU%282016%29535006_EN.pdf (last visited on August 12, 2020) .

〔21〕 Comprehensive Economic and Trade Agreement Between Canada of the One Part, and the European Union and its Member States, of the Other Part, Art. 16.4.

〔22〕 See Jane A. Zimmerman, *Transborder Data Flows: Problems with the Council of Europe Convention, or Protecting States from Protectionism*，4 Northwestern Journal of International Law & Business 601, 604-605 (1982).

〔23〕 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the Transfer of Personal Data from the EU to the United States of America under Directive 95 /46 /EC following the Judgment by the Court of Justice in Case C-362 /14.

盟享有了介入权，从而开始让美国担忧欧盟介入本国数据活动的问题。面对该情形，美国出台“云法案”试图扭转局面，其赋予了美国政府在无须满足互惠标准的前提下绕开他国政府获取数据的权力。从而令欧盟一方面借助 GDPR 阻断条款防止美国渗透，另一方面欧盟法院更针对美国单边行为的任意性判决《隐私盾协议》无效，〔24〕再次中断了美欧数据流动，博弈态势瞬间激化。

因此，在数据流动规则的博弈中，美国实际上体现出一种双重标准并构成了美国参与全球数据治理规则形塑的两条底线。一方面，其不容许其他国家任意染指本国数据，以保障美国的技术与经济优势；另一方面，其更倚仗自身的技术优势在全球任意获取数据，以破除他国数据保护壁垒并实现美国的利益。〔25〕

在这一背景下，TikTok 被禁的原因便也一目了然。正是由于 TikTok 归属于中国公司，即使其将数据存储于美国本土，美国政府遵循控制者标准还是认为相关数据会控制于中国之手，威胁了美国的数据安全。同时，也正因 TikTok 归属于中国公司，使得美国可能无法依据“云法案”等规则有效获取其所控制的数据，削弱了美国数据获取能力。所以，无论是数据保护还是数据获取，TikTok 都挑战了美国数据政策的底线并削弱了其参与全球数据博弈的力量。

二、TikTok 的法律风险与规制

尽管 TikTok 被禁是美国在中美博弈中为维护数据控制权作出的政治反应，但从被禁理由看，其认为 TikTok 造成相关数据法律风险也值得关注。因为抛开政治的有色眼镜，TikTok 同时还代表了互联网时代的技术创新，其所产生的风险将挑战现有法律规则。回顾人类社会发展史，每次生产力的跃升无不由于科技水平的提高，在科技催动生产力发展后生产关系的调整便随之产生。而在政治经济学范式下，技术的进步将深刻改变经济基础，作为上层建筑的法律制度也需要作出回应。〔26〕笔者认为，在该过程中法律无力也不会杀死技术，而我们真正应当思考的则是如何规制科技发展所带来的风险。因此，在面对 TikTok 的技术创新时，首先要通过对其技术的解构和与现行法律的对照，来明确法律风险的来源。而在明确来源后，探寻法律规制风险的具体路径则关系到技术的存活与发展。

根据字节跳动创始人张一鸣所述，包括 TikTok 在内的相关 APP 运作是以智能算法主导的信息分发为核心。如图 1 所示，该过程中 TikTok 首先构筑数据池。一方面，在用户绑定 APP 后平台将通过挖掘用户的关注好友、地理位置和浏览记录等数据，确定用户偏好以形成“数据画像”并存储于数据池。另一方面，平台也会对互联网上海量的信息进行审核、筛选和组织，并存储于数据池成为信息匹配的资源。在构筑数据池的同时，平台将通过算法对供需双方数据进行匹配审核，该过程中算法将按照预设的路径基于用户偏好选取信息并进行分发，从而满足用户的信息需求。〔27〕因此，数据挖掘和算法主导实际上构成了 TikTok 的技术核心，对相关法律风险的确定也应由此入手。

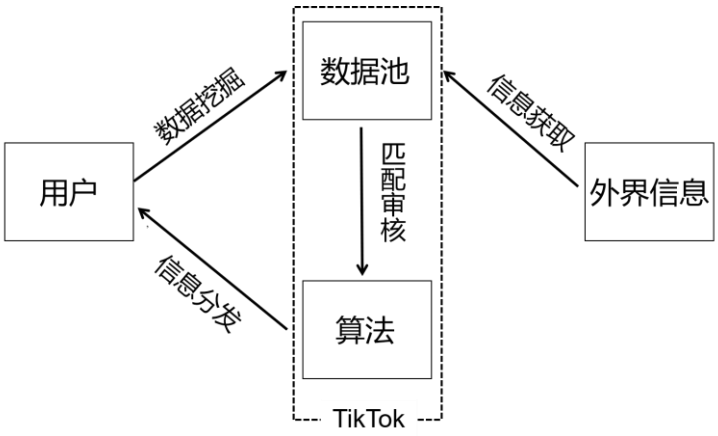
〔24〕 See *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems*, Judgement of the Court of Justice of the European Union, No. C-311/18.

〔25〕 See Secil Bilgic, *Something Old, Something New, and Something Moot: The Privacy Crisis Under the CLOUD Act*, 32 Harvard Journal of Law & Technology 321, 331-332 (2018) .

〔26〕 参见吴汉东：《科技、经济、法律协调机制中的知识产权法》，载《法学研究》2001 年第 6 期。

〔27〕 参见张一鸣：《机器替代编辑？》，载《传媒评论》2014 年第 3 期。

图 1：TikTok 的运作模式



*该图系作者自制

（一）TikTok 数据挖掘的风险

互联网时代，数据安全关系到一国乃至全球法治的构建，也正是基于对数据安全的保障使得 TikTok 屡屡在海外被禁。在传播学上，移动传播是基于场景的服务，即对场景（情境）的感知及信息（服务）适配。[28] TikTok 等 APP 在用户数据挖掘上，恰是依靠用户绑定后对用户关注好友、地理位置及浏览记录等信息作出偏好确定，这种数据挖掘实际上是在对用户所处的传播场景进行分析。而在法律视野下，通过场景适配挖掘数据的风险早已被欧美等国所重视并内化为其数据保护的重要评估方式，从而确立了基于场景的“隐私风险评估”规则。

场景理论（Contextual Integrity Theory）是美国学者海伦·尼森鲍姆（Helen Nissenbaum）提出的一种源于社群主义的隐私权理论，其强调场景性是个人隐私保护与否的判断基准。[29] 所谓场景，就是信息传播当时的环境，具体包括教育、政治、经济、社会等各个方面。场景完整性与信息传播规则密切相关，信息传播规则是个人数据在特定场景中传播时应当适用的一套规则体系，不同场景对应着不同的信息传播规则。[30] 违反了某场景下的信息传播规则，就会导致该场景不再完整，个人隐私也就遭到了侵害。在该理论下，“隐私风险评估”是衡量隐私风险的有效工具。其强调在相应场景中具体地评估数据处理行为的风险，根据风险等级采取相应程度的管理措施。这是一种贯穿数据处理生命周期全程的动态控制，力求将隐私风险控制在可接受的范围内。

从法律视角下，2015 年美国政府出台的《消费者隐私权法案（草案）》（The Consumer Privacy Bill of Rights，CPBR）是将场景风险理论运用于立法的典型代表，其较早地通过立法语言明确了“场景”的适用边界和隐私风险评估的方法。尽管在之后的立法中，CPBR 的相关内容被有所修改，但其从理念上却深刻影响着美国的数据隐私立法。而在大西洋彼岸的欧洲，GDPR 也充分吸收了场景风险理论之精髓，并促成了相关规则的形成。

从风险来源看，CPBR 认为数据自身或该数据通过与其他数据比对，会对用户造成精神压力、

〔28〕 参见彭兰：《5G 时代“物”对传播的再塑造》，载《探索与争鸣》2019 年第 9 期。
〔29〕 See Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 Washington Law Review 119, 120 (2004).
〔30〕 See Andrew D. Selbst, *Contextual Expectations of Privacy*, 35 Cardozo Law Review 643, 650 (2013).

人身、财产、职业或其他损害的可能性时，风险也随即发生。〔31〕类似地，GDPR 也认为当个人数据被用以揭示种族、政治观点、宗教信仰等信息，或被用来预测数据主体的个人偏好、经济状况和位置等，并用来构建个人资料就会产生风险，因而需要法律介入。〔32〕不难看出，TikTok 基于场景挖掘数据并建立个人数据画像的运作模式已然被欧美国家列入了隐私风险来源，这一商业模式构成了对数据保护规则的挑战。

从风险控制看，美国和欧盟都试图通过引入场景风险理论和隐私风险评估来控制可能的数据风险。美国在 CPBR 中，为“场景”一词赋予了具体的含义，〔33〕尊重场景作为其中一节被单独列出，且透明度、控制性规则等都必须依据具体场景的要求进行适用。CPBR 第 103 节对场景理念作出具体规定。首先，其以“在相应场景中合理”的标准作为个人数据处理行为的合法性授权；其次，若个人数据的处理“在相应场景中不合理”，机构就需要进行隐私风险评估，并“采取适当的手段降低风险”，包括但不限于“提供增强性披露及用户控制机制”。CPBR 进一步规定，机构须告知用户场景中不合理的事项，并以合理的方式为用户提供是否要承担风险以及是否希望降低风险的选择机制。

欧盟将该理论用于检验 GDPR 中具体规则的正当性和有效性。〔34〕GDPR 第 25.1 条强调数据控制者应在确定处理方法时和处理实践中，实施如假名化等适当的技术和组织措施，保障数据主体的权利。而在具体操作上，欧盟强调在数据收集、存储和使用过程中，应对数据主体作出告知并征得其同意。GDPR 第 35 条更要求在结合场景判断风险后进行数据保护影响评估。另外，GDPR 第 22 条对机构在比如职场、个人或家庭目的利用或“引发高风险的行为”等不同场景中的处理方式和责任承担作出规定。其将风险分为高、中、低三个等级，为“可能引发高风险的行为”规定了额外的增强性义务。

从我国的法律实践看，《中华人民共和国民法典》形成了对个人信息保护的法律体系，标志着我国在个人信息保护上的实质性进步。而作为 TikTok 国内版的抖音也在个人数据保护上遭受了诸多批评，并引发了司法实践关注。在 2020 年 7 月北京互联网法院一审宣判的“凌某某诉抖音 APP 非法获取其个人信息及隐私案”中，原告诉称其在手机通讯录空白的情况下使用该手机号码注册抖音后仍被推荐大量“可能认识的人”，故认为抖音非法获取其个人信息及隐私构成侵权。法院认为，原告的姓名、手机号码、社交关系、地理位置属于个人信息，被告未经其同意收集并存储上述个人信息构成侵权。〔35〕换言之，抖音在未经用户同意的情况下挖掘场景信息在程序上不合法，而结果上也造成了用户数据风险。

因此，基于场景适配进行数据挖掘的 TikTok 尽管能够精准地进行信息匹配，但这一模式也引发了欧美数据保护重点防范的场景风险。或许 TikTok 可以以征得用户同意为由抗辩，但相关规则

〔31〕 Administration Discussion Draft: Consumer Privacy Bill of Rights Act of 2015, Sec. 4 (g).

〔32〕 REGULATION (EU) OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), EUR-Lex (April 27, 2016), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32016R0679 (last visited on August 16, 2020).

〔33〕 前引〔31〕, Sec.4, Sec.101-104.

〔34〕 Audrey Guinchard, *Taking Proportionality Seriously: The Use of Contextual Integrity for a More Informed and Transparent Analysis in EU Data Protection Law*, 24 European Law Journal 434, 436-437 (2018).

〔35〕 《抖音 APP 被判侵害个人信息权 法院：收集信息超限》，载澎湃新闻，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_8507001?spm=C73544894212.P99790479609.0.0，2020 年 8 月 1 日访问。

对场景风险的防控绝不仅仅通过简单的同意就可完全免责，其对数据收集、存储和使用全流程的控制已成为 TikTok 头顶的达摩克利斯之剑。

（二）TikTok 算法主导的风险

作为经济要素的数据离不开基于算法的运用，因而对算法的规制也成为数据治理的重要方面。在 TikTok 等 APP 的运作中，基于算法的信息匹配与分发更为核心。创造一种没有采编人员，不生产内容，没有立场和价值观，由代码搭建而成的算法主导方式也是 TikTok 一贯声称的。这种主导权从人向算法的转移，令算法逐渐掌控了对用户价值观的影响。从定义出发，算法主要是为了了解和解决问题输入机器的一系列指令。〔36〕而按照既定指令对海量的数据进行分类、过滤、搜索、判断和推荐，算法在价值观上也被认为是理性、中立、高效且值得信赖的。

随着技术迭代下智能社会的到来，人类与技术产品的密切结合使我们渐趋数据化。在这个媒体与代码无处不在的时代，权力似乎越来越集中于算法之手。〔37〕权力的集中便可能带来任意行使的风险，因而算法随时可能对个人权利造成侵害，这种侵权既可能由于算法的固有缺陷，也可能由于他人的有意操纵。算法侵权问题近年来日益得到关注，学界也对此进行了诸多探讨。因而，在对 TikTok 法律风险的明晰中，也需要对可能的算法侵权进行检视。

在 TikTok 的运作中，算法的主导性体现在自主性方面。它取代了旧时代依靠编辑的信息匹配，转而依靠固有的代码发现用户偏好并匹配其感兴趣的信息。然而，人类决策具有千百年积淀下来的道德基础，而算法决策则是一种基于计算过程实现的输入/输出关系，一旦算法主宰就会严重侵蚀人的主体性。〔38〕也恰是由于算法缺乏道德基础，使得 TikTok 在印尼就出现了向青少年推荐不良视频的情况，从而令印尼政府宣布下架 TikTok 并督促其加强视频内容审核。〔39〕保障他人的情感及精神不受侵害是法律的重要目标，但 TikTok 在借助算法根据用户偏好推送信息的过程中，由于算法缺乏人类编辑的道德约束和情感认知，多会在无意中伤害用户的情感并造成精神伤害，从而造成侵权。

算法自主性的提升同时导致人的被动性的加强，而从人的视角出发，无论是身处限制权力与保障权利的公法世界，还是基于意思自治构建的私法场域，对知情权的保障都是法律的应有之义。因而在算法权力崛起中，如何保障用户的知情权是不可回避的问题。但人工智能通过算法对数据进行处理时，存在着我们无法洞悉的“隐层”即“黑箱”，它并不只意味着不能观察，还意味着即使计算机试图向我们解释，我们也无法理解。〔40〕另外，由于算法涉及到商业秘密等法律赋予算法开发者与使用者的权利，故公开算法本身便存在法律障碍。〔41〕而在 TikTok 的运作中，用户无从知晓算法如何确定其偏好的内在机理，这种技术与法律上的屏障更会对用户选择权造成限制。这种限制，一方面暗含着一种算法上的歧视，另一方面更存在借助算法操纵用户的风险。

就前者而言，每个人拥有被平等对待并基于理性作出选择的权利是法治的基本要求。但

〔36〕 See Andrew Goffey, “Algorithm”, in Matthew Fuller, ed., *Software Studies: A Lexicon*, The MIT Press, 2008, p.16.
〔37〕 参见何渊：《智能社会的治理与风险行政法的建构与证成》，载《东方法学》2019 年第 1 期。
〔38〕 参见马长山：《智慧社会的治理难题及其消解》，载《求是学刊》2019 年第 5 期。
〔39〕 《抖音海外版 TikTok 在印尼被封禁》，载新浪网，https://tech.sina.com.cn/i/2018-07-04/doc-ihevauxk2811705.shtml，2020 年 7 月 15 日访问。
〔40〕 许可：《人工智能的算法黑箱与数据正义》，载《社会科学报》2018 年 3 月 29 日，第 6 版。
〔41〕 参见徐凤：《人工智能算法黑箱的法律规制——以智能投顾为例展开》，载《东方法学》2019 年第 6 期。

TikTok 通过数据挖掘形成数据画像，在确定用户偏好的同时也将用户固化，使其失去了发现并选择新事物的可能。这种数据画像的固化主要根据的是用户的身份、阶层和社交网络，换言之，“你是谁”决定了“你看到什么”。这无疑将现实世界的阶层带入虚拟世界，并在用户不自知的情况下将其沉溺其中，一种无形的歧视也就此产生。〔42〕

针对后者，算法的风险性更为突出。尽管算法或许能够客观中立，但随着其对用户影响力的扩大，算法设计者基于商业利益的驱动，借其实现商业目的便成为可能。例如在网络消费中，由于消费者与服务商存在信息不对称，令算法控制者有机会反复向用户推销特定的产品，实现算法权力对个人自由的无形控制。消费者在无形中会受到算法决策的指引和控制，限制了消费者本身的选择。〔43〕在现实中，无论是 TikTok 还是抖音，目前都已经成为新兴的商业推广平台，上述问题也在用户的使用中显现并造成相应的法律风险。

（三）TikTok 法律风险的规制路径

从现有法律规范看，TikTok 的确会在数据挖掘和算法主导中产生风险。然而，任何技术的创新都会伴随着风险，而法律作为化解风险的治理工具真的面对 TikTok 就无能为力了吗？简单粗暴地封禁真的可以一劳永逸吗？对此，笔者认为法律不应且无力压制技术的发展，通过有效地规制是可以化解相关风险的。而针对 TikTok 在数据挖掘和算法主导中造成的法律风险，下述路径或许可以有效规制。

首先，数据分类分级收集可以明确数据挖掘的限度。TikTok 的数据挖掘涵盖了用户的年龄、性别、地理位置、宗教信仰甚至政治倾向等多种数据。但针对不同人群、行业或地域的人而言，不同类型的数据敏感度均不相同。因而一国法律在规制 APP 行为中，应当结合本国的具体情况将数据进行分类和分级，以明确数据运营商在收集、存储和使用中的限度。在数据分类上，通常需要根据数据主体特征，如尊严、自我保护能力和自我修复能力；以及出于对公共利益的考量，如民主和公信力等加以区分。〔44〕对此，各国可以通过数据分类，要求 TikTok 在数据挖掘中对诸如未成年和成年人作出区分，从而在信息匹配中建立合理的审核机制，以避免向未成年人推送与其接受能力不符的信息，防止在印尼发生的问题再次产生。〔45〕同时，监管部门也可以根据数据的敏感度进行划分，例如 GDPR 第 9 条就禁止处理对于那些显示种族或民族背景、政治观念、宗教或哲学信仰或工会成员的个人数据、基因数据、为了特定识别自然人的生物性识别数据、以及和自然人健康、个人性生活或性取向相关的数据。与此同时，其也通过设定相应的例外情形来平衡数据主体与数据使用者的关系。因此，监管部门通过数据分级来明确 TikTok 的数据挖掘限度，可以较好地规制源头风险。

其次，以限定风险为导向的隐私风险评估，能够推动场景风险的全程防范。数据隐私保护之所以渐趋转向场景风险路径，是因为立法者日益发现任何经济行为都是利益与风险并存的，为防

〔42〕 参见王茜：《打开算法分发的“黑箱”——基于今日头条新闻推送的量化研究》，载《新闻记者》2017 年第 9 期。

〔43〕 参见崔靖梓：《算法歧视挑战下平等权保护的危机与应对》，载《法律科学》2019 年第 3 期。

〔44〕 王敏：《大数据时代如何有效保护个人隐私?——一种基于传播伦理的分级路径》，载《新闻与传播研究》2018 年第 11 期。

〔45〕 参见闫立东：《以“权利束”视角探究数据权利》，载《东方法学》2019 年第 2 期。

范风险而过于强调数据权利会妨碍数据价值的实现。因此在平衡数据价值和数据风险的过程中，关键要明确所造成的隐私风险是否符合用户的合理隐私期待，这便需要隐私风险评估的全流程监管。而在监管过程中，风险的评估也应以限定风险为导向，即个人数据的处理不能引发高于原有程度的、用户无法预期的风险。〔46〕聚焦 TikTok 可能引发的数据风险，通过全流程的隐私风险评估，以场景为基础明确 APP 在数据收集、存储和使用中的风险限度，在风险过限后及时地介入纠正能够动态防控相关风险，从而在流程中规制数据风险。

最后，推动算法公开与解释，赋予用户反对与修正算法的权利，可以打开算法黑箱并保障用户权利。较之于对数据挖掘风险的规制，现有法律在算法规制上仍处于相对空白的阶段。但规则的空白并不意味着法律将无能为力，通过公开算法并予以客观解释将打开算法黑箱并保障各方权利。在算法公开上，法律可以通过原则加例外的方式破除算法中的商业秘密屏障，针对可能影响公众利益的算法进行适当的公开。这种公开的方式可以是完全的也可以是有限的，从而保障用户的知情权。同时，由于算法技术的复杂性和精确性推动了算法专业槽的出现，而专业槽反过来就在数据提供者和算法掌控者之间形成一种隔离。因而，监管部门应当通过专业第三方介入解释等方式肩负起监管权，以实现对知情权的全面保障。〔47〕

在保障用户知情权的前提下，赋予用户对算法的反对与修正权也至关重要，这也是保障用户知情权并防止算法侵犯其他权利的应有之义。GDPR 第 22 条就允许数据主体反对完全依靠自动化处理，包括数据画像等，对其做出具有法律影响或类似严重影响的决策，从而防止在数据画像的固化下用户被彻底数据化并侵犯其选择权等权利。〔48〕而在反对权以外，笔者认为赋予用户基于合法目的修改算法的权利也值得考虑。如果用户认为在接受算法服务的前提下通过对算法的修正可以防止侵权，那么其与算法控制者的有效协商并适度修改针对自己的算法也是双方的自由。当然，这种修改权一方面需要监管部门的适度介入，以维护算法背后的个人利益与公共利益的平衡；另一方面法律也应强调该权利的相对性，即该权利的行使应当基于算法控制者的同意而非其必须承担的义务，从而实现私法利益的平衡。

总之，尽管在现行法律下，TikTok 的数据挖掘和算法主导会引发相应风险，但风险的产生从一定程度上也是技术创新的代价，与现行法律之间的龃龉也是技术革新与法律守成内在矛盾的反映。面对风险，现行法律并非无法规制，通过对法律的创制、解释和适用，是能够有效防范相关风险的。

三、TikTok 被禁的中国应对与法律回应

TikTok 被禁之后美国、印度等对中国 APP 的封禁力度也不断加码，中国企业面临的挑战愈发严峻。因此，在大变局时代中美博弈的背景下，中国企业和中国如何应对制裁并在全球数据规则形塑中获取博弈优势也成为现实问题。而从更大的视角看，以 TikTok 为代表的互联网时代新技术的应用者和新模式的创造者昭示了未来的发展方向，法律在规制风险的同时如何实现一种有效地

〔46〕 范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016 年第 5 期。
〔47〕 参见程莹：《元规制模式下的数据保护与算法规制——以欧盟<通用数据保护条例>为研究样本》，载《法律科学》2019 年第 4 期。
〔48〕 参见郑佳宁：《知情同意原则在信息采集中的适用与规则构建》，载《东方法学》2020 年第 2 期。

回应也关系到未来法治的构建。

（一）合规与诉讼：中国企业的应对之策

面对 TikTok 等中国 APP 的被禁，如何化解危机成为当前亟需解决的问题。而从长远来看，随着各国数据监管力度的加强和规则的完善，中国企业在海外经营的过程中也需要进一步重视数据合规。在数据合规上，中国企业应当采取多元化的合规路径以满足不同国家的数据治理标准，同时也要在中国法与目标国法之间确定适当的数据政策以求平衡，故明确当前主要国家的数据治理规则是开展数据合规的前提。

美国作为互联网诞生地，其始终重视数据治理对其国家与国民利益和经济发展的重要性。在几十年的发展中，美国渐趋构筑了一套层次清晰且类型多样的数据保护法律体系，并突出强调在流通中实现数据的商业价值。在立法层次上，由于美国的联邦属性使得宪法对联邦和州赋予了不同的立法权限。在联邦立法层面，美国基于《宪法》第四修正案对隐私权的保护，根据 1976 年《隐私法案》等联邦法律保障美国公民的数据隐私。〔49〕并且在判例法的传统下，联邦法院更通过不断更新判例，来明确互联网时代数据隐私保护模式。而在州立法层面，例如 2018 年出台的《加利福尼亚州消费者隐私保护法案》（California Consumer Privacy Act, CCPA）就对加州消费者的数据隐私保护问题作出规制，从而要求相关企业在进入加州提供数据服务时需满足相应标准。

在立法类型上，美国也针对不同对象制定了不同的法律。其一，美国依据行业特性制定了不同的数据保护规则，例如 1986 年出台的《电子通信隐私法》即是防止用户被监听并规范电子通讯业数据获取和转移的基本规范。其二，美国也针对特定人群制定数据保护规则以突出相关群体的特殊性，其中尤以《儿童网上隐私保护法》为代表，该法也是此次 TikTok 在美遭受批评的依据之一。其三，美国根据不同保护目的也对不同领域的数据安全保障作出规制，其中《联邦贸易委员会法案》《国际紧急经济权力法》（International Emergency Economic Powers Act, IEEPA）和“云法案”就是分别针对贸易投资、国家安全和打击犯罪等领域的立法。〔50〕因此，企业在进入美国不同行业和领域或针对不同人群提供服务时，都应根据自身的服务内容针对不同类型的法律进行合规。

反观欧盟，GDPR 的出台促使欧盟单一数据市场正式成型，外国企业的合规目标应主要围绕 GDPR 展开。从立法初衷看，欧盟的数据治理始终围绕《欧洲人权公约》确立的保障公民隐私和尊重家庭生活权利展开。〔51〕因而不同于美国突出数据的商业价值，GDPR 更关注对公民权利和欧盟国家数据主权的维护。所以企业在欧盟进行数据合规时，要始终以保障欧洲公民权利为核心规范自身的数据收集、存储和使用等行为，防止突破欧盟数据治理的底线。在具体规则上，对内 GDPR 分别就数据的收集、存储、使用和跨境等行为作出规范，以保证相关企业在的运行中维护欧盟的单一数据市场。而就数据跨境问题，一方面 GDPR 坚持数据本地化存储，通过确立“充分性保护规则”以白名单的方式划定企业数据传输的目标国，防止企业将欧盟数据在全球任意传输；另一方面，

〔49〕 参见冯硕、沈伟：《殊途同归：从 Facebook 事件透视全球个人数据保护趋向》，载《上海法治报》2020 年 7 月 15 日，B5 版。

〔50〕 参见个人信息保护课题组：《个人信息保护国际比较研究》，中国金融出版社 2017 年版，第 58 页。

〔51〕 European Commission, *Study on Legal analysis of a Single Market for the Information Society*, European Commission, (May 30, 2011) , https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/legal-analysis-single-market-information-society-smart-20070037 (last visited on August 22, 2020).

其也通过“适当保障传输规则”和“约束性企业规则”，要求企业在域外的传输满足欧盟的标准，即使跨国企业内部的数据跨境也应符合 GDPR。除了对行为的约束外，GDPR 同时要求企业通过设立数据保护专员专司数据合规，从而建立了企业与监管机构的沟通桥梁并时刻维护 GDPR 的规制效果。〔52〕

除美欧外，其他国家也在美欧的影响下建立了不用的数据治理规则。例如印度就根据数据的敏感程度作出区分，通过数据控制者与数据主体之间形成私法协议，在后者同意的前提下完善企业的数据使用和跨境。与之类似，菲律宾也采用这种对数据控制者和数据主体的法律关系协调模式，在不强制数据本地化存储的前提下强化企业全流程的数据维护责任。〔53〕与之相比，俄罗斯的数据治理规则更显严格，其高度强调数据的本地化存储，并且企业必须通过在俄罗斯的数据处理器对公民数据进行存储、修改和删除，从而以保护主义的方式维护本国科技产业的发展。〔54〕

除了企业自身通过合规满足相关国家的数据治理规则外，发生数据安全风险后及时与当地监管部门沟通并纠正风险行为也是企业负有的责任。在此次 TikTok 海外被禁风波中，印尼就因内容审核问题暂时下架了 TikTok。对此字节跳动及时与印尼政府沟通，通过删除相关不适信息并接受印尼政府派出的视频审核小组介入监督等方式，妥善化解了危机并使得印尼政府撤销了之前的行政禁令。〔55〕但在实际操作中，企业与政府的沟通也并非完全有效，例如在美国的调查中，即使 TikTok 通过建立透明度中心并公开算法也未能打消美国政府的顾虑。面对这一情况，TikTok 选择通过起诉美国政府的方式以暂缓禁令是一种正当的权利，〔56〕这也有利于延缓禁令的效力以等待美国可能的政策转向。尽管在程序上，目前美国相关法院裁决暂缓实施特朗普政府的禁令，给了 TikTok 喘息之机。但从实体结果可能的走向看，根据美国外资投资委员会（Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS）设立 30 余年来唯一一起司法案件——罗氏公司诉 CFIUS 案——的结果，即使法院判决被告有违正当程序，〔57〕罗氏公司最终仍选择与 CFIUS 达成庭外和解并撤诉。换言之，虽然法院具有对法律的最终解释权，但这并不影响美国政府决定的终局性。〔58〕更何况此次禁令是总统直接依据 IEEPA 发布，法院即使在程序上会予以纠正，但要完全推翻总统的禁令也需要企业做出更大的努力。

除了采取东道国司法救济外，美国的禁令也在一定程度上有违国际投资条约所树立的国民待遇或公平公正待遇。即使目前中美之间尚不存在有效的投资协定，但相关企业通过其他与美国有投资协定的国家建立连接点提起投资仲裁，或许也能够维护企业的投资权益。至于 TikTok 是否会

〔52〕 参见金晶：《欧盟<一般数据保护条例>：演进、要点与疑义》，载《欧洲研究》2018 年第 4 期。

〔53〕 See Graham Greenleaf, *Asia's Data Privacy Dilemmas 2014-2019: National Divergences, Cross-Border Gridlock*, 4 UNSW Law Research Paper 49, 55 (2019).

〔54〕 参见惠志斌：《数据经济时代企业跨境数据流动风险管理》，社会科学文献出版社 2018 年版，第 212-227 页。

〔55〕 Luka Zhang, *Indonesia Lifts Week-Long Ban on Short Video Platform TikTok*, Pan Daily (July 16, 2018), https://pandaily.com/indonesia-lifted-the-ban-on-tik-tok-after-one-week-negotiation/ (last visited on August 1, 2020).

〔56〕 参见《字节跳动针对美国政府行政命令的声明》，载字节跳动，https://mp.weixin.qq.com/s/Vn0Nog1zNNe1bKP_axIlUQ，2020 年 8 月 8 日访问。

〔57〕 *Ralls Corporation, Appellant v. Committee on Foreign Investment in the United States*, No. 13-5315 (Columbia Cir. 2014).

〔58〕 杨翼飞：《如果字节跳动起诉特朗普政府》，载中国法律评论，https://mp.weixin.qq.com/s/dGkoftywFnjixItu-nCOeA，2020 年 8 月 9 日访问。

采用这一路径则有待观察，但它的选择也会为中国及其他国家企业的维权形成示范。

（二）支持与开放：中国应对的主要路径

TikTok 被禁看似由于其本身的数据安全风险，实则却暴露出在中美博弈的背景下美国对中国的打压。而在此次事件背后我们也应明白：其一，在大变局时代的国家博弈中，中美博弈已经是不可回避的现实，这既关乎中国的和平崛起也将改变未来世界的格局。因此，在美国频繁制裁中国企业的过程中，中国政府如何应对需要明确。其二，美国在科技和数据领域的打压再次显示出该领域触动了美国的敏感区，中国想要参与未来世界秩序的构建和规则的重塑也必须明确在数据治理上的立场。

加快涉外法治工作战略布局，协调推进国内治理和国际治理，通过法治方式维护国家主权并推动全球治理变革和构建人类命运共同体是习近平法治思想的重要内容。〔59〕面对中美博弈中美国对中国企业的频繁制裁，中国应在维护和稳定中美关系的前提下支持中国企业的合法维权，并可以考虑借助国际法维护中国企业的海外利益。在基本立场上，尽管自特朗普上台以来美国频繁施压中国，严重损害了中美共同利益并扰乱了国际秩序。但从构建人类命运共同体的高度出发，致力于发展不冲突不对抗、相互尊重、合作共赢的中美关系，同时坚定捍卫国家主权安全发展利益是中国的一贯立场。〔60〕所以，面对制裁中国政府首先需要加强与美国政府的沟通，妥善化解分歧并阐明制裁中国企业的做法既有违国际法规范也不利于美国的利益。

而在维系中美关系的前提下，捍卫国家主权安全和发展利益也是中国的底线。在支持中国企业维权的道路上，从国际法视域下，尽管美国政府接连对 WTO 等国际组织进行发难，但从法律上其仍是 WTO 成员方，在可预期的未来看美国也并未显露出彻底退出 WTO 的倾向。而相关制裁措施，实际上构成了对 WTO 规则所确立的国民待遇和最惠国待遇等核心条款的挑战，通过 WTO 起诉美国依旧是一条可行路径。即使在诉讼和裁决执行上存在一定困难，但从国家声誉角度其对美国造成的压力也不容小觑。〔61〕

除了贸易领域的争讼外，在投资领域我国依旧可以为中国企业的维权提供支持。尽管中美之间尚不存在有效的投资协定，但作为投资者母国的中国，在企业用尽当地救济仍无法有效维权时，通过外交保护庇护本国企业也是国际习惯法赋予的基本权利，而这无论是在国家声誉还是实际效果上都能产生国际法的拘束力。〔62〕从国内法视域下，面对美国的频繁制裁，中国也应加强相关法律体系的完善。一方面，针对美国在国际经济领域的“长臂管辖”泛滥，中国应当借鉴欧盟、加拿大等国的实践经验，建立包含定向豁免、报告审核、对等追回为主要内容的“阻断法”体系，为中国企业应对美国的单边制裁提供依据。〔63〕另一方面，中国也可通过“不可靠实体清单”，在充分考量自身实力和国家安全及其他重要利益的前提下，在法律适用范围、确定制裁对象、选择制裁措施等

〔59〕 参见《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《人民日报》2020 年 11 月 18 日，第 1 版。

〔60〕 杨洁篪：《尊重历史 面向未来 坚定不移维护和稳定中美关系》，载《人民日报》2020 年 8 月 8 日，第 6 版。

〔61〕 参见韩逸畴：《中国遵守 WTO 不利裁决的策略及其对国家声誉的影响研究》，载《当代法学》2018 年第 6 期。

〔62〕 参见张生：《国际投资条约体系下外交保护的空间》，载《中外法学》2017 年第 4 期。

〔63〕 参见肖永平：《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》，载《中国法学》2019 年第 6 期。

方面确立合理、适当而可行的规则。〔64〕从而强化反制的针对性和合法性，维护中国企业的利益。而在此次 TikTok 事件中，中国政府通过调整《中国禁止出口限制出口技术目录》，将“人工智能交互界面技术”和“基于数据分析的个性化信息推送服务技术”纳入目录，〔65〕这恰恰指向了 TikTok 的核心技术，显示出中国依法维护国家利益的基本立场。

应对制裁只是解燃眉之急，TikTok 被禁也让我们看到在国家博弈中数据规则博弈的重要性。在法律视角下，中国如何参与全球数据治理规则的形塑是大变局时代推动规则重塑的重要方面。因此，构建制度型开放的数据治理规则是符合我国立场的基本方向。推动中国由商品和要素流动型开放向规则等制度型开放的转变，关系到国家治理体系和治理能力的现代化，在推动制度型开放的过程中数据治理依旧是重点，〔66〕这便需要从对内对外两个方面加以思考。

对内而言，以市场开放为导向，构建基于数据本地化存储的数据跨境流动规则是应然选择。从技术上，不同于美国凭借技术优势建立以数据控制者为核心的数据主权概念和自由流动的跨境模式，明确以数据存储者为核心的数据主权可以有效维护我国数据的安全性。尤其在“棱镜门”事件后，美国在全球窃取数据的行为日趋常态且伴有合法化趋势，〔67〕所以坚持有限度的数据本地化存储并在数据跨境中加强对与国家安全等有关的关键数据的审核，也是中国目前的现实选择。

从现行法律和改革方向看，《中华人民共和国网络安全法》和《中华人民共和国数据安全法（草案）》均强调数据的本地化存储并在出境时监管机构有权予以审查，尤其是境外机构调取数据更应在符合国际法的同时获得主管部门批准。然而，数据本地化存储也在一定程度上限制了数据的自由跨境并影响其流动效率，故从长远来看建立更为完善的数据跨境审查方式以明确其限度，将能缓解因本地化存储带来的负面影响。〔68〕因此，2019 年印发的《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》就提出“试点开展数据跨境流动的安全评估，建立数据保护能力认证、数据流通备份审查、跨境数据流通和交易风险评估等数据安全管理机制。”这实际上带有了欧盟数据充分性评估的白名单色彩，显现出基于本地化存储推动数据有序流动的趋向。

对外而言，参与全球数据治理规则的形塑是在国家博弈下促进规则重塑的重要方面，而倡导互联网的开放包容并尊重现行国际法规则更是我国的一贯立场。诚如习近平主席所言，推进互联网领域开放合作，丰富开放内涵，提高开放水平是完善互联网治理体系的应然之举。〔69〕而从当前的情况看，新冠疫情的全球蔓延使得通过互联网加强国际合作的需求日益扩大。可以预见的是，后疫情时代依托互联网展开的数字经济将迎来新一轮的高潮。在具体关注的领域，一方面，应聚

〔64〕 张辉：《论中国对外经济制裁法律制度的构建——不可靠实体清单引发的思考》，载《比较法研究》2019 年第 5 期。

〔65〕 参见《<中国禁止出口限制出口技术目录>调整内容》第 45 条。

〔66〕 参见《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，载《人民日报》2019 年 11 月 6 日，第 1 版。

〔67〕 棱镜门事件之后，美国窃取全球数据的问题日益暴露。例如 2019 年 12 月底，俄罗斯在首次“断网”演习中就发现了美国在俄罗斯网络的诸多数据暗桩，严重威胁了俄的国家安全。而 2020 年 8 月 7 日，《华盛顿邮报》更爆出一家与美国国防和情报界有联系的美国小公司，已经将其软件植入到超过 500 款移动应用程序中，使其能够追踪全球数亿用户的位置数据。具体参见方兴东：《俄罗斯断网试验，看透的人不多》，载《环球时报》2019 年 12 月 30 日，第 15 版；《外媒惊曝：美国有军方背景的公司在 500 多款应用中植入跟踪软件，涉及数亿用户》，载中国日报网，https://mp.weixin.qq.com/s/TwlhXM9B7yoNvFaJopjTtg，2020 年 8 月 9 日访问。

〔68〕 参见许多奇：《论跨境数据流动规制企业双向合规的法治保障》，载《东方法学》2020 年第 2 期。

〔69〕 习近平：《在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话》，载《人民日报》2015 年 12 月 17 日，第 2 版。

焦数据安全合作和数字基础设施建设，借助《全球数据安全倡议》推动各方探讨并制定全球数字治理规则。另一方面，要关注数字经济中的数据安全、人工智能等多方面的融合式发展，创造公平的竞争环境。这其中既要强调为各国科技企业创造公平的市场环境，也要关注数字经济给就业、税收以及社会弱势群体带来的挑战，弥合数字鸿沟。另外，以开放包容的姿态探讨制定法定数字货币标准和原则，也是未来数字经济发展的关键方向。〔70〕

在具体路径上，我国应重视利用全球数据治理规则中的硬法与软法的不同优势，通过“软硬结合”推动规则形塑。国际法下利益协调的路径无外乎硬法与软法两种，所谓国际硬法是指明确约定了各方的权利义务，具有执行机制且国际社会成员认为具有法律拘束力的国际规则，主要表现为《国际法院规约》第 38 条规定的国际条约、国际习惯和一般法律原则。而国际软法主要是原则上不具有法律约束力但可能产生实际效果的行为规则，〔71〕国际组织、多边外交会议通过的包括决议、宣言、声明、指南或者行为守则等在内的，一些能产生重要法律效果的非条约协议是国际软法的主要表现形式。

因此，在互联网治理的底层制度构建上，要尊重以《联合国宪章》为核心的战后国际法规则体系，将主权平等、互不干涉和维护和平安全等基本原则引入互联网治理中，从而在最大限度上满足各方的利益诉求。而在具体的数据跨境规则上，新近签署的《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership，RCEP）就缔约方之间与经贸相关的数据跨境作出规定。其既要求缔约方不得以强制性的数据本地化政策限制其他缔约方企业的商业活动，也赋予了缔约方在不构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制的前提下，根据本国公共政策或国家安全的目的出台限制措施。该规定在内容上与《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP）已经存在较高的相似性。〔72〕因而有限度的数据本地化存储并在数据跨境中保留相关国家对关键数据的审核权已成为当前国际经贸规则的共识，这也为中国加入 CPTPP 提供了明确的目标。而从长远来看，要把握国际法规则从软法向硬法过渡的发展规律，充分借助联合国、“一带一路”和 G20 等多边合作平台在数据治理规则形塑中的建议作用，不断参与其中并阐明中国立场。从而推动各方理解中国的规则制定理念，并在求同存异中凝聚共识以形塑规则。〔73〕

（三）包容性规制：科技发展中的法律回应

TikTok 除了来自中国外，它的技术创新在一定程度上昭示着互联网时代的科技发展方向。因而对 TikTok 被禁风波的反思，除了需要在中美博弈的背景下探寻应对的法律之策，还需要对法律与科技的关系进行进一步考察，唯此才能在二者平衡中找寻法律回应科技发展的应然模式。

法律对稳定性的坚守和技术对创新性的追求是一种内在辩证关系，失去了法律规制的科技极有可能突破现有社会秩序并引发动荡，但法律过分限制科技的发展也会令我们故步自封而失去未

〔70〕 参见《习近平出席二十国集团领导人第十五次峰会第一阶段会议并发表重要讲话》，载《人民日报》2020 年 11 月 22 日，第 1 版。

〔71〕 See Francis Snyder, “Soft Law and Institutional Practice in the European Community,” in Stephen Martin ed., *The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël* , Kluwer Academic Publishers, 1994, pp.199-200.

〔72〕RCEP, Art. 12.14；CPTPP, Art. 14.13.

〔73〕 参见冯硕：《个人信息跨境监管背景下在线纠纷解决方式的发展困境与出路——以软法为路径》，载《国际经济法学刊》2019 年第 4 期。

来。在这个科技发展加速的互联网时代，笔者认为构建包容性规制的法律体系是法律对科技的有效回应模式。

首先，规制是法律回应科技发展的功能与路径。我们不应否认，人类推动科技的发展从根本上是为了更好地服务于人并巩固人的主体性，这也是为何阿西莫夫（Isaac Asimov）将不得伤害人类和服从于人类作为机器人活动的基本前提。恰是在阿西莫夫的三大原则中，我们也窥探出在科技的阳光普照人间的同时，相应的风险便如阴影般相伴而行。〔74〕例如在 TikTok 算法主导的数据挖掘与信息匹配中，机器通过数据挖掘开启上帝视角并时刻窥探着每个用户。每个人的贪嗔痴恨爱欲都被机器尽收眼底，而它更能通过算法的运行操纵我们的喜怒忧思悲恐惊。它了解并操纵着人的七情六欲，科技发展究竟是让它更好地服务于我们，还是将我们沦为了它的奴隶便成为问题。因而，法律作为维系人类社会秩序的治理工具，必然要在预防科技风险的过程中发挥规制作用。〔75〕

在具体的路径上，法律的规制不应如刀砍斧剁般斩去技术的手脚让其匍匐于我们的脚下，而应是通过硬法与软法的有机结合，以求在“软硬兼施”中束其手脚并摄其魂魄。一方面，我们应当直面科技发展所带来的社会风险，充分利用硬法的刚性规制功能，以否定性责任与惩罚机制划清科技发展的底线，从而防止包括大数据、人工智能在内的新技术在开发与利用的过程中损害人类利益。另一方面，我们也要妥善化解在科技发展中所带的共同利益与个体利益、长远利益与现时利益、经济科技利益与道德人文利益之间的冲突。在这一过程中，软法重引领而弱拘束的特性将进一步展现。其既可以发挥互联网时代软法从填补到建构的升级、从渐进到爆发的跨越、从国家向民间的位移以及从经验到创新的突破的主动性；〔76〕也可以发挥在求同存异中凝聚社会共识，在竞争与合作中探寻发展方向的影响力。

其次，包容是法律回应科技发展的基本立场。剥开法律规制功能的外衣，确立法律回应科技发展的立场同样重要。因为法律的解释尽管力求中立，但在规范与现实的穿梭中，法律的立场倾向往往决定了最终结果。笔者认为法律对科技发展的回应应当始终以包容为核心。一方面，我们要牢牢把握生产力与生产关系、经济基础与上层建筑之间的辩证关系，看到法律对技术的过分约束或许在短期内能够稳定现有秩序，但从长期看这些不适应科技发展的陈规旧律也迟早会被打破和抛弃。因而包容科技发展既是促进社会发展的应有之义，也是法律保持其生命力的救命稻草。〔77〕另一方面，我们更应抓住科技发展推动社会进步的基本方向，并沿着该方向推动法律的完善。科技的进步无疑会改变包括法律在内相关社会制度的样态，无论是区块链技术的应用还是大数据与云计算的发展，其都在一定程度上对我们的法律创制和司法实践产生影响。〔78〕而进一步看，科技的进步更会影响我们认识世界和改造世界的思维、能力与方法，其同样会改变法律规范社会的基本方法以顺应时代的发展。〔79〕

基于这一立场再度审视 TikTok，虽然其在数据挖掘和算法分发中产生风险，但反向来看，我

〔74〕 参见季卫东：《人工智能开发的理念、法律以及政策》，载《东方法学》2019 年第 5 期。
〔75〕 参见陈景辉：《捍卫预防原则：科技风险的法律姿态》，载《华东政法大学学报》2018 年第 1 期。
〔76〕 参见马长山：《互联网+时代“软法之治”的问题与对策》，载《现代法学》2016 年第 5 期。
〔77〕 参见张文显：《构建智能社会的法律秩序》，载《东方法学》2020 年第 5 期。
〔78〕 参见郑戈：《算法的法律与法律的算法》，载《中国法律评论》2018 年第 2 期。
〔79〕 参见苏力：《法律与科技问题的法理学重构》，载《中国社会科学》1999 年第 5 期。

们的人性是不是更趋向于追求自己喜爱的东西，技术在纷繁复杂的信息流中帮助我们精准定位是不是让我们有所获益。而在获益的同时适当让渡自己的数据权利似乎也并无不当，毕竟鱼与熊掌不可兼得。当然，笔者并不认为 TikTok 任意的挖掘和使用数据是理所应当的，笔者也不甘于沦为算法的奴隶并受其摆布。但笔者在此只想作出一个反思，即从人的本位出发，究竟 TikTok 所代表的科技发展有利于我们，还是现有的数据治理规则有利于我们？它的被禁究竟是它的错还是法律的错？这些问题或许只有留给未来去回答。但至少在立场上，法律应当努力回应科技进步，而非以杀死科技创新的方式来彰显和维护法律的权威。

结 语

TikTok 被禁，既反映了在中美博弈过程中美国对中国的打压和对数据控制权的追求，也映射出新技术对现行法律规则带来的挑战。

在中美博弈的现实背景下，中国企业因国别身份而遭受制裁的趋势在短期内或将不断加剧。而在互联网领域，美国等相关国家也会进一步限制中国互联网企业的活动，TikTok 被禁或许仅仅是开始。面对企业受制，中国不应坐视不管。一方面，中国要站在维系中美关系并构建人类命运共同体的高度，继续推动互联网的开放与包容；另一方面，中国也应敦促美国及相关国家要像抵制种族歧视一样抵制国别歧视，〔80〕通过国际法维护中国和中国企业的海外利益。面对当前的数据博弈，中国更应在参与全球数据治理规则形塑的过程中，坚持制度型开放的基本方向，在制度完善中维护国家利益，在全面开放中争取博弈优势。

从法律与科技的关系出发，TikTok 所代表的技术创新尽管会与现行法律产生龃龉并引发风险，但有效地法律创制、解释与适用是能够规制风险的。随着科技的进一步发展，法律与科技的内在矛盾也将日益凸显。简单地判处技术死刑并无益于人类社会的发展和法律秩序的维护，秉持包容性规制的法律回应模式才是构建未来法治的应有之义。

Abstract: Behind the ban of TikTok, it not only reflects America's ambition of data dominance in the context of Sino-US game, but also reflects the challenge and risk that new technology poses to current legal rules and regulations. Facing the current dilemma, Chinese corporations should safeguard their rights and interests in compliance and litigation, and China is supposed to protect domestic corporations and strive for the dominant position of data game in support and opening up. Although the technological innovations represented by TikTok may cause incompatibilies, effective legal creation, interpretation and application can regulate them. Furthermore, the inherent contradiction between law and science and technology will intensify with the further development of science and technology. Given that, simply imposing the death penalty for technology is not conducive to the development of society and the maintenance of legal order. Instead, an inclusive legal system will be imperative to the rule of law.

Keywords: TikTok; data governance; Sino-US game; corporate compliance; law and technology

〔80〕《美施压多国排斥华为 外交部：要像抵制种族歧视那样抵制国别歧视》，载新华网，http://www.xinhuanet.com/world/2020-07/30/c_1126306410.htm，2020 年 8 月 8 日访问。

中国国际商事法庭制度研究

高华[1] 刘雪媚

【摘要】国际商事法庭是中国“一站式”国际商事纠纷解决方式的重要组成部分，建立国际商事法庭是我国积极主动参与国际司法竞争的重要表现，也是我国尝试提升国际话语权的一项重要举措。中国国际商事法庭在组织架构、受案范围、诉讼程序、“一站式”纠纷解决方式等领域存在一些不利于其长远发展的问题与困难。因此，需要结合中国国情，在法官的选任与管理、专家委员会、“国际商事案件”的界定、协议管辖、外籍律师参与诉讼、裁判文书的有效承认与执行等相关领域进行突破和创新。

【关键词】国际商事法庭；法官的选任；专家委员会；协议管辖；“一站式”纠纷解决

2018 年 6 月 29 日，我国最高人民法院第一、二国际商事法庭分别在在广东省深圳市、陕西省西安市成立，受理当事人之间的国际商事纠纷案件，两个国际商事法庭的协调和指导工作由最高人民法院民四庭负责。2018 年 6 月 28 日，最高人民法院颁布了《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《规定》），《规定》就最高人民法院国际商事法庭的组织架构、受案范围、诉讼程序规则等问题作出解释。为了方便当事人通过最高人民法院国际商事法庭解决纠纷，最高人民法院于 2018 年 10 月 29 日审议通过了《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》（以下简称《程序规则》）；同日，为了规范最高人民法院国际商事专家委员会的工作，最高人民法院审判委员会审议通过了《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》（以下简称《专家委员会工作规则》）。

一、中国国际商事法庭现状

（一）中国国际商事法庭组织架构

1. 一审终审的审级制度

依据《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》，国际商事法庭是由最高人民法院设立的常设审判机构。国际商事法庭做出的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。当事人对国际商事法庭做出的已经发生法律效力的判决、裁定和调解书不服的，可以向最高人民法院本部申请再审。

由此可见我国国际商事法庭实行一审终审制，是最高人民法院的内设机构，其做出的判决和裁定即为最高人民法院的判决和裁定，当事人不服依法不能提起上诉，只能依据民事诉讼法的规定向最高人民法院本部申请再审。不同于国内民事诉讼的两审终审的审级制度设置，一审终审无疑提高了审理的效率，为国际商事纠纷当事人节省了时间成本，使国际商事法庭的审判工作更加高效。

2. 法官的选任与专家委员会的设置

中国国际商事法庭法官由最高人民法院在资深法官中选任，要求被选任的法官具有丰富审判工作经验，熟悉国际惯例、国际条约、国际贸易投资实务，并能熟练运用中文和英文作为工作语言。[2]

我国国际商事法庭现任法官 16 名，均为具有中国国籍的最高人民法院在任法官，其中 9 位法官具有在海外地区学习的经历。[3]

---

[1] 高华 华中科技大学 研究中心主任/副教授

[2] 参见《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 4 条。

[3] 最高人民法院国际商事法庭法官名录，http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/19/151/index.html，最新访问日期：2021

《意见》指出建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构要坚持共商共建共享原则，国际商事专家委员会就是最高人民法院依据该要义决定成立的。《规定》明确国际商事专家委员会由最高人民法院组建。[4]专家委员会由最高人民法院聘请的中外专家组成，专家委员接受国际商事法庭的委托为当事人提供调解其国际商事纠纷等服务，为国际商事法庭审理国际商事纠纷案件所涉专门性法律问题提供咨询意见，为最高人民法院制定国际商事法庭相关司法解释及司法政策提供意见和建议。[5]从上文有关法官的选任的内容可以看出，我国目前暂未聘请外籍人士担任国际商事法庭的主审法官，因此，由中外专家共同组成的专家委员会可以在工作人民的组成方面帮助体现我国国家商事法庭的国际化。[6]最高人民法院于 2018 年 8 月 24 日决定聘任 31 位专家为国际商事专家委员会首批专家委员，聘期为 4 年。[7]从目前公布的首批专家委员名录来看，专家委员中至少有 17 位专家委员不具中国大陆国籍，其国籍分布体现了不同法系、不同国家、不同地区的广泛代表性，且接受聘任的各专家委员均为国际贸易投资领域的知名学者、律师、仲裁员或法官。[8]

专家委员会制度为我国国际商事法庭的首创，最高人民法院颁布的《专家委员会工作规则》从专家委员的任职条件、职责、任期、调解咨询工作机制、专家委员会办公室的职责等方面对专家委员的工作规则予以了明确。国际商事专家委员的主要职责有：负责调解由国际商事法庭委托的国际商事案件、就专门性的法律问题提供咨询以及为国际商事法庭发展规划、相关司法解释和政策的制定提供意见和建议。[9]下文将主要探讨国际商事专家委员在国际商事纠纷解决中的职责及其工作道德准则的问题。

国际商事专家委员会专家委员的职责之一是主持调解国际商事案件。《程序规则》中明确，当事人同意由最高人民法院国际商事专家委员会成员进行审前调解的可以共同选择一至三名专家委员担任调解员。[10]可见选择我国国际商事法庭解决其国际商事纠纷的当事人可在国际商事专家委员成员中选择专家委员对其纠纷进行调解，此举体现了我国国际商事法庭对当事人意思自治的尊重，无疑为我国国际商事法庭增加了吸引力。

协助域外法查明是国际商事专家委员会专家委员的职责之二。《专家委员会工作规则》又将其细化为“就国际条约、国际商事规则、域外法律的查明和适用等专门性法律问题提供咨询意见”。[11]在履行其职责的同时需要注意，与国际商事法庭法官裁判者的角色不同，国际商事专家委员提供的是专家意见，属于学理解释，其意见和建议不是官方立场和观点，更加不能是裁判结果。[12]其二，国际专家委员就法律问题仅能提供咨询意见，专家委员履行职责的对象是国际商事案件所涉及的法律问题，而非判定国际商事案件事实所涉及的专业性问题，这不同于我国《民事诉讼法》中规定的就查明事实的专门性问题提供意见的鉴定人。[13]也就是要注意区分国际商事法庭专家委员与法

年 4 月 12 日。

[4] 参见《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 11 条。

[5] 最高人民法院关于成立国际商事专家委员会的决定，http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/226/239/index.html，最新访问日期：2020 年 10 月 20 日。

[6] 《我国国际商事法庭的若干核心问题》，《西安交通大学学报（社会科学版）》，http://kns.cnki.net/kcms/detail/61.1329.C.20190301.1631.004.html，最新访问日期：2020 年 8 月 9 日。

[7] 最高人民法院关于聘任国际商事专家委员会首批专家委员的决定，http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/226/241/index.html，最新访问日期：2021 年 3 月 24 日。

[8] 国际商事专家委员会专家委员简历，http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/226/234/index.html，最新访问日期：2021 年 2 月 21 日。

[9] 参见《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》第 3 条。

[10] 参见《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》第 17 条。

[11] 参见《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》第 3 条。

[12] 殷峻：《构建我国国际商事专家委员会制度的建议》，《财经界》2018 年第 9 期。

[13] 《我国国际商事法庭的若干核心问题》，《西安交通大学学报（社会科学版）》，http://kns.cnki.net/kcms/detail/61.1329.C.20190301.1631.004.html，最新访问日期：2019 年 4 月 9 日。

官、鉴定人的身份及作用的区别。

（二）中国国际商事法庭受案范围

国际商事法庭受理案件的依据是一国采用的合理的管辖权规则，同时合理的管辖权规则又是一国国际商事法庭判决能够在其他国家得到有效地承认和执行的前提。[14]《规定》明确我国国际商事法庭受理下列五类案件：第一类是当事人依民事诉讼法第 34 条规定协议选择最高人民法院管辖，标的额在人民币 3 亿元以上的第一审国际商事案件；第二类是最高人民法院准许受理的，应当由高级人民法院管辖的一审国际商事案件；第三类是在全国有重大影响的第一审国际商事案件；第四类是在与国际商事法庭合作的仲裁机构进行仲裁，该仲裁当事人向国际商事法庭申请证据、财产或行为保全及司法审查的案件。[15]第五类是最高人民法院认为应当由国际商事法庭审理的其他国际商事案件。国际商事法庭的受案范围排除了东道国和投资者之间的投资纠纷，以及国家之间的贸易或投资纠纷，这两类纠纷仍将依据国际上的现有争端解决规则来解决。[16]

从《规定》中可以看出我国国际商事法庭定位于受理重大、疑难国际商事案件，而非统一归口管辖所有国际商事案件，这其中，有关案件“国际性”及“商事”案件的确立是国际商事法庭行使管辖权的前提。我国国际商事法庭吸收了各国商事法庭（法院）的普遍做法，以当事人协议选择管辖作为管辖权的主要来源，这应该说是国际私法上当事人意思自治原则在国际民商事案件管辖权上的具体体现，[17]但是协议管辖是否应该坚持“实际联系”原则，以及我国民事诉讼法对于管辖协议的排他性与非排他性效力规定的缺失仍然是值得讨论的问题。

（三）我国国际商事法庭诉讼程序

我国最高人民法院为国际商事法庭出台了专门的《程序规则》，以方便国际商事纠纷当事人解决纠纷。如上文所述，协议管辖是我国国际商事法庭行使管辖权的基础和前提。我国国际商事法庭若希望当事人自愿将其作为国际商事纠纷解决的首选，那么我国经济发展和与各国经贸往来的带动是一方面利好、促进因素，更重要的则是需要充分向国际商事纠纷当事人展示我国国际商事法庭的诉讼程序相比于国际上其他国际商事法庭（法院）的诉讼程序的优势，以体现其便利性。尤其是在各国国际商事法庭（法院）都逐步开放协议管辖制度对“实际联系”原则的要求之后，便利化的诉讼程序的优势更将成为各国国际商事法庭（法院）在国际商事诉讼市场上竞争力的重要体现。

目前我国国际商事法庭的程序规则设计在很大程度上为纠纷当事人提供了便利。如前文所述，我国国际商事法庭实行一审终审制度而非两审终审制度，这种审级制度设置在国际上尚属少数，审级制度的简化极大的节约了国际商事纠纷当事人的诉讼时间成本，无形中提升了我国国际商事法庭的吸引力。除了审级制度的优化，我国国际商事诉讼程序的高效性和便利性还体现在证据规则的优化上。其一，《规定》明确不强制当事人公证在域外形成的证据材料，且经双方当事人同意的英文证据材料可不提交中文翻译件，[18]这也就为纠纷的解决节约了时间和金钱成本；其二，《规定》提倡在收集证据和质证环节采用信息网络方式，[19]且国际商事法庭将为当事人提供各种电子诉讼服务平台为其提供便利，以提升案件审理的效率，[20]《程序规则》更提倡通过网络方式完成案件

[14] 卜璐：《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行》，《求是学刊》2018 年第 5 期。
[15] 参见《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 2 条。
[16] 中国国际商事法庭要点解析，http://192.168.73.130/www.sohu.com/a/238725693_742371，最新访问日期：*2020 年 12 月 3* 日。
[17] 黄进：《国际私法》，北京，法律出版社，1999 年，第 894 页。
[18] 参见《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 9 条。
[19] 参见《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 10 条。
[20] 参见《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 18 条。

受理、缴费等一系列诉讼手续办理程序，[21]为诉讼参与人进一步提供便利。

二、中国国际商事法庭组织架构面临的问题

（一）外籍人士不能担任国际商事法庭法官

如前文所述，《规定》虽未明确要求法官的国籍必须为中国籍，但我国国际商事法庭并未突破《法官法》有关法官国籍的规定，外籍法官暂时无法担任国际商事法庭法官。

国际商事法庭成功运行的保障之一是专业化、国际化的法官队伍。[22]各国为了保护国家司法主权，一般都在法律中明确规定一国任命法官的程序以及法官任职资格，甚至有些国家还将部分规定载明于宪法中以显示其权威性和重要性。由此不难看出，关于法官的选任和管理各国均高度重视。《规定》做为我国的司法解释，其在效力层级上无法突破《宪法》以及《法官法》的规定。根据我国《宪法》及《法官法》的有关规定来看，我国现行法官选任与管理的制度对于我国国际商事法庭的限制主要存在于三个方面：第一是国籍限制。国际商事法庭可以展现其吸引力的一个重要地方就在于引入外籍国际知名法官主审国际商事纠纷案件，然而依据我国《法官法》的规定，要担任我国国际商事法庭法官必须具备中国国籍。[23]第二是资格限制。《法官法》明确规定必须通过我国统一组织的资格考试取得从事法律职业的资格才具备选任我国法官的资格，[24]且由国务院相关部门组织对于初次担任我国法官人员的法律资格考试。[25]第三是任免程序限制。依据《法官法》的规定，国际商事法庭法官需要最高人民法院院长提请全国人大常务委员会任免。[26]由此可见，外籍法官要担任我国国际商事法庭的法官即使突破了国籍的限制，还需要通过资格考试，最后还要经过法定的任免程序，因此外籍法官要想合法参与我国国际商事法庭审判可谓挑战重重。

（二）专家委员的中立性和公正性尚难得到保证

据统计，我国国际商事法庭聘任的 32 位首批专家委员均为国际知名的法学学者，其中的 27 位专家委员兼职从事律师行业或在国际著名仲裁机构担任仲裁员，占总数的 85%；在任法官或担任挂职法官的有 3 位，占总数的 9%；主要从事教学工作的学者共 2 人，占总数的 6%。[27]不难看出，从事国际商事纠纷解决的著名学者通常会兼职从事律师、仲裁员或法官的职业，但是担任国际商事专家委员需要保持高度的中立性和公正性，若同一位专家委员既担任当事人的代理律师或委派仲裁员又担任国际商事专家，可能会给国际商事纠纷当事人造成利益冲突，导致案件的审理不公正。其次，国际商事专家委员由最高人民法院聘任，当事人仅能在在任的国际商事专家委员中委任专家委员，而不能从知名国际商事纠纷解决领域专家中随意挑选，这更要求在任的专家委员具有高度的中立性和公正性，以免影响国际商事法庭的中立性和公正性，降低其对国际商事纠纷当事人的吸引力。更重要的是，在国际商事纠纷中，很多问题会涉及国家利益，此时作为专家委员理应抛弃国籍观念保持中立和公正；国际商事法庭需要避免个别专家委员为谋取个人私利或为特定国家争取国家利益而可能做出的有损我国国际商事法庭声誉的行为。因此如何保证专家的中立性和公正性，保障国际商事诉讼当事人的权益是一项亟待解决的问题。

（三）未明确规定专家委员的工作用语

前文提到，在最高人民法院聘任的首批专家委员中，有至少 18 位专家委员不具中国大陆国籍，

[21] 参见《最高人民法院国际商事法庭程序规则》第 4 条。
[22] Richard Southwell, A Specialist Commercial Court in Singapore, Singapore Academy of Law Journal, 1990.
[23] 参见《法官法》第 9 条。
[24] 参见《法官法》第 12 条。
[25] 参见《法官法》第 51 条。
[26] 参见《宪法》第 67 条，《法官法》第 11 条。
[27] 殷峻：《构建我国国际商事专家委员会制度的建议》，《财经界》2018 年第 9 期。

也就是说超过 50%的专家委员第一语言为非汉语语言，甚至可能完全不懂汉语表达；且在国际商事纠纷案件中有至少一方当事人可能不会使用汉语；甚至随着我国国际商事法庭的发展，吸引到国际上更多国际商事纠纷当事人选择我国国际商事法庭受理其纠纷后，双方当事人将均不会使用汉语，此时要准确传达专家委员的意见和解读外国法律、案例是解决国际商事纠纷的关键。《规定》和《专家委员会工作规则》均未明确规定国际商事专家委员会的工作语言，但出于对专家会员会正常有序运行以及保护国际商事纠纷当事人利益的考量，我国国际商事专家委员会应尽快明确其工作语言，供可能选择我国国际商事法庭受理其国际商事纠纷的当事人参考。

三、中国国际商事法庭受案范围面临的问题

（一）“国际商事案件”的界定不明确

要确定国际商事法庭的受案范围首先要明确国际商事法庭管辖的应是国际商事案件，因此要明确“国际商事案件”的定义才能明确国际商事法庭的受案范围。《规定》明确可以认定为国际商事案件的情形需要满足一下四种情况之一：第一种情形是外国人、无国籍人、外国企业或者组织是纠纷当事人一方或双方的；第二种情形是经常居所地在中国领域外的；第三种情形是标的物在中国领域外的；第四种情形是法律事实发生在中国领域外的。[28]这种规定与我国现行民事诉讼法关于“涉外民事案件”的概念的界定基本一致，二者不同的地方仅在于，《规定》第 3 条没有“可以认定为涉外民（商）事案件的其他情形”这一兜底条款。这种封闭式的立法模式在一定程度上反映出了《规定》的制定者在我国国际商事法庭初创阶段对管辖权问题的谨慎态度，不过这种立法模式可能会给今后我国进一步扩大国际商事法庭的受案范围带来一定的障碍。[29]

仔细分析《规定》这种关于“国际性”的界定会发现，其运用的仍是传统的“三要素涉外说”的方式，[30]问题在于“国际性”与“涉外”的定义并不相同，“涉外”是以“本国”为参照体系的，而“国际性”则没有特定的参照，没有明确的“国内”或“国外”，因为“国际性”是中立的表达方式，是站在全球视野上的定义，因此我国国际商事法庭关于“国际性”的这种照搬“涉外”的界定方式会产生如下问题：有关“国际性”的规定仍是定位于“国内”寻找“国外”因素，而不是直接从中立主义的立场去定义“国际”，[31]随着全球化的发展，可能会出现主体、客体、内容这三要素均不存在涉外性但也可被认定为国际商事纠纷的情况，届时我国国际商事法庭将难以对其行使其管辖权。

除有关“国际性”的规定不完善以外，《规定》并未对“商事”二字下定义，这就导致我国国际商事法庭关于“国际商事案件”的界定不明，进一步导致我国国际商事法庭受案范围不明。致使这一问题更加严重的地方在于，不仅《规定》中没有明确关于“商事”的定义，我国现行民事诉讼法也没有明确“商事”的具体含义，而只有关于“合同或者其他财产权益纠纷”这一概念的表述。[32]但是“合同或者其他财产权益纠纷”并不能等同于“商事”，无疑无法弥补“商事”一词定义缺失造成的空白。仅从字面意思来看“合同或者其他财产权益纠纷”就明显宽于“商事”纠纷，有关“商事”定义的缺失不符合国际商事法庭专门化的发展趋势，不利于提升我国国际商事法庭的公信力以及国际地位。

---

[28] 参见《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 3 条。

[29] 石静霞、董暖：《我国国际商事法庭的若干核心问题》，《西安交通大学学报（社会科学版）》，http://kns.cnki.net/kcms/detail/61.1329.C.20190301.1631.004.html，最新访问日期：2021 年 4 月 3 日。

[30] 毛晓飞：《独特的德国国际商事法庭模式——解析<联邦德国引入国际商事法庭立法草案>》，《国际法研究》2018 年第 6 期。

[31] 卜璐：《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行》，《求是学刊》2018 年第 5 期。

[32] 吴永辉：《论新<民诉法>第 34 条对涉外协议管辖的法律适用》，《法律科学》2016 年第 5 期。

除了出于对我国国际商事法庭长远发展的考量需要增加对“商事”的界定以外，保证我国国际商事诉讼与国际商事仲裁发展步调一致也是重要原因之一。这是由于二者都需要对“国际商事案件”做出完善的定义，以明确受案范围，[33]因此我国立法对“商事”做出统一的界定非常有必要。

（二）未开放协议管辖中关于“实际联系”的要求

如上文所述，《规定》明确我国国际商事法庭有权管辖当事人协议选择国际商事法庭管辖且标的额在人民币 3 亿元以上的国际商事案件，[34]也就是说我国国际商事法庭受理案件的权利基础来源是当事人的管辖协议，与此同时国际商事法庭适用协议管辖还需要符合我国《民事诉讼法》第 34 条的规定。我国《民事诉讼法》第 34 条的内容为对我国国内民事诉讼以及涉外民事诉讼协议管辖的统一规定，规定纠纷案件当事人可通过书面协议选择被告住所地、合同履行地等与纠纷案件具有“实际联系”的地点的人民法院管辖，[35]这也就是说我国国际商事法庭对于协议管辖制度存在“实际联系”的要求，然而在当下司法环境中当事人的意思自治已经越来越受到各国法院的重视，而我国国际商事法庭仍然将“实际联系”原则作为协议管辖的前提，这在一定程度上是对于国际商事纠纷当事人表达其意思自治的不尊重，是不符合国际商事诉讼发展趋势的。[36]

若协议管辖制度可以被充分利用，则其可以帮助减少国际商事诉讼环节、缩短诉讼周期、降低诉讼费用和避免平行诉讼，对促进国际商事纠纷的有效解决具有积极促进的作用。[37]但是正如上文所述，我国协议管辖制度受到“实际联系”的制约，即当事人只能在国际商事纠纷案件中选择与其纠纷具有“实际联系”的法院，这已经缩小了我国国际商事法庭可能受理案件的范围；更糟糕的是，我国现行立法并未穷尽关于“实际联系”的表述，这将导致我国国际商事法庭受案范围进一步缩小。虽然从证据收集、方便证人出庭、节约司法资源等方面来看协议管辖对“实际联系”的要求具有一定的积极意义；但从国际商事法庭的长远发展来看，“实际联系”的要求直接排除了当事人对中立的第三方法院的选择，不利于国际商事法庭的国际化发展。随着我国国际商事法庭的发展和影响力的扩大，可能会有当事人协议选择与其纠纷无“实际联系”的我国国际商事法庭管辖其纠纷，此时抛弃“实际联系”原则的制约才是顺应国际民商事诉讼发展趋势的有效做法。

（三）未明确管辖协议的排他性效力

从《规定》可以看出我国国际商事法庭受理案件要符合我国现行有关民事诉讼立法的规定，我国《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》的相关规定其实是确定了管辖协议具有非排他性效力；[38]但是具有非排他性效力的管辖协议不能有效避免或减少平行诉讼的问题，不利于我国国际商事法庭行使其管辖权，因此《规定》宜尽快确定我国国际商事法庭管辖协议的排他性效力。

四、中国国际商事法庭诉讼程序面临的问题

（一）诉讼程序自治性有待加强

各国国际商事法庭（法院）的构建历程反映出诉讼吸纳国际商事仲裁优良制度的趋势，其中最重要的是诉讼越来越体现对当事人意思自治的尊重。我国国际商事法庭的自治性主要体现在协议管辖方面，允许当事人自主选择管辖法院，尊重当事人意愿；其次还体现在允许当事人自主选

[33] 吴永辉：《论国际商事法庭的管辖权——兼评中国国际商事法庭的管辖权配置》，《法商研究》2019 年第 1 期。
[34] 参见《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 2 条。
[35] 参见《民事诉讼法》第 34 条。
[36] 刘仁山：《我国批准<选择法院协议公约>的问题与对策》，《法学研究》2018 年第 4 期。
[37] 吴永辉：《论新<民诉法>第 34 条对涉外协议管辖的法律适用》，《法律科学》2016 年第 5 期。
[38] 吴永辉：《论国际商事法庭的管辖权——兼评中国国际商事法庭的管辖权配置》，《法商研究》2019 年第 1 期。

择专家委员担任案件调解员；最后我国国际商事法庭还允许当事人自己提供域外法查明途径，[39]此举拓宽了域外法的查明途径，充分展现了我国国际商事法庭诉讼程序的自治性。

但是仅仅如此还是不够，尤其是在如今国际商事法庭（法院）蓬勃发展的趋势下，仅在调解阶段赋予当事人选择专家委员的权利还不能完全体现诉讼程序的自治性；此外，我国国际商事法庭已聘任 16 位法官，是否可以允许当事人指定个别审判法官也是值得进一步探讨的问题。

（二）程序语言未予以明确

当下，英语仍然是跨国商事交往中使用率最高、接受范围最广的语言。要成为一个国际化的国际商事法庭，将英语明确为其程序语言应该是基础条件。遗憾的是我国国际商事法庭《规定》、《程序规则》中均未明确国际商事法庭使用的程序语言，仅在《规定》中明确英文证据材料经双方当事人同意的可以不再提交中文翻译件，但是没有明确更加重要的、国际商事纠纷当事人更加看重的审判语言和文书语言是否可以使用英语。

我国《民事诉讼法》规定人民法院审理涉外民事案件，应当使用中文，但可以提供翻译。[40]由此可以看出，我国国际商事法庭在运行中将以中文作为主要语言，这对于国际商事法庭的国际化发展是非常不利的。由于国际商事法庭管辖的案件是国际商事案件，那么其在审判工作中接触到的当事人将有很大一部分是外国人，而中文并不是国际通用语言，那么当事人将必须通过翻译人员的翻译来参与诉讼，当事人也无法直接阅读国际商事法庭用中文做出的裁判文书；这不仅提高了当事人的诉讼成本，拉长了诉讼时间；也使法庭显得不够国际化与专业化，不利于我国国际商事法庭在国际上取得较高吸引力。

（三）不允许外籍律师参与诉讼

虽然目前国际上存在的国际商事法庭（法院）对于外籍律师参与本国国际商事诉讼程序的规定不一致，但他们均有一个共同特点，即要求当事人聘请的律师在该国具备律师执业资格。

《规定》和《程序规则》均未对我国国际商事法庭的律师制度进行突破性规定。依据我国《民事诉讼法》的规定任何当事人参与我国诉讼程序必须委托我国的律师。[41]可以看出我国国际商事法庭现行律师制度不允许国际商事诉讼当事人委托外籍律师作为诉讼代理人，虽然基于主权因素以及我国法律服务市场发展的考虑，我国目前暂不应该开放外籍律师代理制度，但是本文认为，为了我国国际商事法庭国际化和专业化的发展，有必要让外籍律师参与到诉讼中来，但具体的参与方式有待进一步探讨。需要明确的是让外籍律师参与到国际商事法庭的诉讼程序中来，对我国国际商事法庭的专业化、国际化发展必定是利大于弊。

（四）判决文书的有效承认与执行存在障碍

如果一个法院的裁判文书无法得到域外有效的承认与执行，那么该文书对于当事人而言就只能是一纸空文。[42]同时，要构建“一站式”国际商事纠纷解决机制，仅仅将程序规则制定地比较完善是不够的，因为当事人最关注的问题是其纠纷能否得到有效妥善的解决。国际商事法庭支持合作仲裁、调解机构作出的文书在我国的执行，这对于被执行人或其财产在我国领域内的案件而言，可以提高执行的效率及确定性。然而若被执行人或其财产不在我国领域内，就会涉及各类文书在国外执行的问题。受益于《纽约公约》的存在，国际商事法庭合作仲裁机构裁决在外国的执行不是难题，因此我国国际商事纠纷解决机构的文书的承认与执行重点在于法院判决、调解书的有效承认与执行。

[39] 参见《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 8 条。
[40] 参见《民事诉讼法》第 262 条。
[41] 参见《民事诉讼法》第 263 条。
[42] 何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，《中国社会科学》2017 年第 5 期。

在多边条约方面，2017 年 9 月 12 日中国签署了 2005 年《选择法院协议公约》，该公约生效后可以保障我国法院做出的国际民商事判决（主要是基于排他性管辖协议作出的判决）在新加坡、欧盟和墨西哥等国家和地区得到承认和执行。其次，我国已经于 2019 年 7 月 2 日在海牙国际私法会议第 22 次外交大会上签署了海牙《承认与执行外国民商事判决公约》，该公约的通过将帮助国内法院判决得到域外的承认与执行，发挥国内司法对国际民商事交往的促进作用。[43]此外，截至 2016 年 7 月，我国已与 39 个国家缔结了民商事司法协助条约，其中仅有 3 项暂未生效。[44]由此可以看出，我国正在积极推动国内法院判决在国际上的流通，这为我国国际商事法庭的文书在域外获得有效承认与执行提供了良好的外部环境。

但是由于海牙《选择法院协议公约》和《承认与执行外国民商事判决公约》暂未被我国批准生效，我国国际商事法庭的文书在域外获得承认和执行在目前看来仍然存在一定的困难，如何有效突破这一障碍是值得探讨的话题。

五、结论

我国建设国际商事法庭不仅是为了服务于“一带一路”建设和满足日益增长的国际商事交往的需求，也是为了更好地提升我国整体的法律服务水平和司法竞争力。如前所述，我国国际商事法庭的建设面临着多种问题，存在着多种不足。需要我们吸收域外先进的发展经验、结合我国实际情况进行突破、创新和完善。具体而言，可以从以下几个方面进行创新和完善：

在组织架构的建设方面，我国应该加快建立完备的法官选任与管理的规则，开放国际商事诉讼当事人对审理案件合议庭成员的选择权利，完善专家委员会工作规则扩大其职责范围，建立专家委员信息披露和问责制度，将英语确定为专家委员的工作语言。

在管辖权方面，应尽快完善“国际性”定义，增加关于“商事”的定义，突破协议管辖中“实际联系”的要求并明确管辖协议的排他性，更好地利用协议管辖扩大国际商事法庭的管辖范围。

在诉讼程序方面，可开放国际商事纠纷当事人自主选择指定专家委员的权利，将英语指定为程序语言适用于诉讼过程中及裁判文书中，并考虑允许外籍律师参与到诉讼程序中来但并不建议开放外籍律师代理制度。

在“一站式”纠纷解决方式的建设方面，将国际商事仲裁和调解机构的选择范围扩大到港澳台地区甚至是国际范围上，建立有效的仲裁和调解程序的衔接方式以实现诉讼、仲裁、调解三种纠纷解决方式的互促互进，我国法院应学习 SICC 的经验主动适用互惠原则且应当秉持“推定互惠”标准。

最后还需要说明的是，除了制度创新和完善外，还应该通过更加直接的方式宣传我国国际商事纠纷解决机制的国际性和专业性，比如学习 SICC 的经验，通过审理的几起案件向当事人展示出国际商事法庭高效率、高质量解决复杂的国际商事纠纷案件的能力，以吸引更多当事人将我国作为其商事纠纷解决的首选地，

我国要构建国际化、专业化、便利化、具有强公信力的国际商事法庭，不仅要在现有制度设计上不断完善，还要在实务操作中公正、公平、专业地审理每一起案件，通过实绩不断获得当事人的认可，在国际上获得更高的知名度和关注度，提升国际话语权。

---

[43] 徐国建：《建立法院判决全球流通的国际法律制度——<海牙外国判决承认与执行公约草案>立法资料、观点和述评》，《武大国际法评论》2017 年第 5 期。

[44] 我国对外缔结司法协助及引渡条约情况，http://www.moj.gov.cn/organization/content/2016-09/29/jlzxxwdt_8358.html，最新访问日期：2020 年 8 月 19 日。

论国际和解协议在我国的跨境执行：理论分析与制度建构[1]

高 奇[2]

摘 要 《新加坡公约》的生效对国际和解协议在我国得以顺利执行具有重大推进之效。传统依附型执行机制存在的问题印证了直接执行机制的价值，商事调解非替代性的增强、和解协议执行力的提升，均有利于提高我国营商环境。公约摒弃了调解地概念，更彰显以执行地为视角进行制度构建的必要。归咎于现行法律体系未留足直接执行和解协议的“接口”，因此有必要为司法监督内外有别的状况设定法律依据，明确和丰富“国际性”案件认定标准，构建契合公约要求的司法审查程序，关注调解信息保密性。除国内法修改层面外，以国际商事法庭为先行试点，利用公约自身手段，控制公约批准时间，保障我国当事人利益和国家利益也尤为必要。

关键词 国际商事调解；国际和解协议；跨境执行；新加坡公约

2019 年 8 月 7 日在新加坡开放签署的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称《新加坡公约》或《公约》)，意图在世界范围内实现对和解协议跨境执行的全球治理。在《公约》中，经过调解达成的协议被称为和解协议，而在我国《民事诉讼法》以及《人民调解法》的语境中，和解协议倾向于在没有法院、仲裁庭、调解组织参与的情况下，争议各方当事人自行达成的协议，[3] 对于经第三人协助达成的协议，通常被成为调解协议。[4] 《公约》语境下的和解协议与我国国内法语境下的调解协议，语义上表述的差异仅是形式不同，二者并未蕴含实质差别。[5] 我国参与了《公约》的审议和起草，并成为 46 个首批签约国之一。日后如批准该《公约》，将对我国法院专业高效地处理这些跨国商事案件提出了更高的要求。为此，本文针对国际和解协议在我国的跨境执行机制，在分析缘起、价值、监管必要等理论问题后，对司法监督双轨制、国际化因素、司法审查程序以及调解保密性等内容予以重点阐释，以期通过相应的制度构建充分发挥司法职能作用，努力为高质量共建“一带一路”营造更加稳定、公平、透明、可预期的国际化、法治化、便利化营商环境。[6]

一、国际和解协议在我国的跨境执行：缘起、价值与监管必要

对于一项初创且处于摸索、完善阶段的制度而言，正确认识其缘起与价值，有助于将改革措施与制度初衷相统一。国际和解协议在我国直接执行的构建具有其应然性：弥补现有依附型执行机制的缺陷，激活跨境调解的现实需求。日后我国如批准《新加坡公约》，我国法院有必要以执行地法院为视角发挥对国际和解协议的司法监督职能。

（一）和解协议跨境执行问题之缘起

除将和解协议视为一般涉外合同，由国际私法规则规制其跨境执行外，和解协议目前更多借

[1] 本文属于第二部分议题项下国际争端解决机制中的仲裁与调解

[2] 高奇，对外经济贸易大学法学院国际法学博士研究生。邮箱：uibegq@163.com。

[3] 《中华人民共和国民事诉讼法》第 50 条、第 53 条、第 54 条、第 59 条、第 230 条。

[4] 《中华人民共和国人民调解法》第 2 条、第 22 条、第 28、29、30、31、32、33 条。

[5] 参见温先涛：《<新加坡公约>与中国商事调解—与<纽约公约><选择法院协议公约>相比较》，载《中国法律评论》2019 年第 1 期，第 199 页。

[6] 参见法发（2019）29 号：《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》。

助仲调结合或诉调结合的方式进行跨境执行。在金融纠纷非诉调解机制中，仲调结合较为典型，无论是内地的深圳证券期货业纠纷调解中心（SFDRC），还是香港金融纠纷调解中心（FDRC），普遍利用调解中心所在地仲裁资源丰富的特点，采取“专业调解+商事仲裁”的模式，通过《纽约公约》框架仲裁裁决的可执行性，确保和解协议的执行。但是此模式面临着第三方调解机制虚置、金融消费者对非诉调解机制的主动接受度较低、调解中心收案数较少等困境。[7] 我国目前积极构建的知识产权调解制度则以诉调对接为基础，例如我国专利保护协会于 2017 年设立知识产权纠纷人民调解委员会，该委员会与北京知识产权法院开展诉调对接，以提高和解协议的执行力。[8] 此模式下和解协议可以基于司法确认程序在国内执行，但是跨境执行却阻力重重。上述问题究其原因，是以仲调结合或诉调结合为基础的依附型执行机制，存在系统性缺陷。

1.仲调结合下产生的问题

仲裁与调解的结合，通常采用以下两种形式：第一种是“调解—仲裁”模式（Med—Arb），双方就争议首先进行调解，如果争议的问题未通过协商解决，则将继续进行仲裁，或者各方同意调解某些争议事项，并对其他事项进行仲裁。第二种是“仲裁—调解”模式（Arb—Med），该过程从仲裁开始，然后发展为调解，仲裁员在此过程中作出裁决，但不会传达给当事方，只有在调解未达成协议的情况下，才将裁决公布。当事人做出和解后，仲裁裁决借助《纽约公约》具备的跨境执行便利性，为和解协议跨国执行提供了“搭便车”的机会。[9]

“调解—仲裁”模式下做出的和解裁决，可能因为和解裁决的法律性质而无法在执行地法院获得执行。在此模式下，双方通过友好协商已经达成了调解协议，此刻已脱离了《纽约公约》中所规定的当事人双方存在争议、等待中立的仲裁员提出解决办法的范畴。换言之，在当事人提交达成的调解协议的时候，已经没有争议可供仲裁了。因此，将和解协议写入仲裁裁决的做法，并不是真正意义上的仲裁裁决，而是一种“法律拟制”（legal fiction）。《国际商事仲裁示范法》第 30 条同样要求和解需发生在“仲裁程序中”，而非仲裁程序开始之前。香港等许多地区虽已对此进行了扩大解释，允许执行这种拟制裁决，[10] 但这尚未成为《纽约公约》成员国的普遍做法。[11] 此外，仲裁和调解的诸多差异，使得《纽约公约》第 5 条规定的不予执行理由是否可以适用于和解协议也成为重要问题。在仲裁庭做出和解裁决的过程中，由于当事人可能仅希望将和解协议中的部分内容记录为仲裁裁决，因此裁决书可能并不包含和解协议的全部条款，裁决载有关于仲裁范围以外的事项也无法依据《纽约公约》进行执行。[12]

2.诉调结合下产生的问题

---

[7] 参见余涛，沈伟：《游走于实然与应然之间的金融纠纷非诉讼调解机制》，载《上海财经大学学报》2016 年第 01 期，第 119 页。

[8] 中国专利保护协会纠纷人民调解服务，at http://www.ppac.org.cn/rightsprotection/dispute.html，2020 年 5 月 20 日。

[9] Laurence Boulle, Jay Qin, Globalising Mediated Settlement Agreements, *Journal of International and Comparative Law* , Vol.3, 2016, pp.39-41.

[10] 香港《仲裁条例》（2011 年 6 月 1 日生效）第 66 条（2）款规定，如在藉第（1）款而具有效力的《贸法委示范法》第 30 条所提述的情况以外的情况下，仲裁协议各方就其争议达成和解，并以书面订立包含和解条款的协议（和解协议），则为强制执行该和解协议的目的，该和解协议须视为仲裁裁决。

[11] Nadja Alexander, Shouyu Chong, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Kluwer Law International, 2019, p. 369.

[12] Nadja Alexander, Shouyu Chong, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Kluwer Law International, 2019, p. 369.

经法院做出，或者由法院确认的调解协议，相比于其他和解协议，在境内的可执行性更强。具体而言，该模式可细分为以下三种情况：一种是法院直接制作的，确认当事人权利义务的和解协议文书，此类调解协议在我国被称为“调解书”。一种是当事人自行和解或通过第三方调解机构调解后达成和解协议，法院加以审查并确认调解协议的效力，此种方式在我国被称为“司法确认”。第三种是调解协议由满足特定条件的调解机构做出，该协议被直接赋予和法院判决相同的执行力。如新加坡《调解法》第 12 条将由指定的调解机构或经认证调解员调解、书面形式并签署、满足法定条件的和解协议，赋予和法院判决一样的地位。我国现行立法尚不允许此种执行方式。[13]

以上三类和解协议与司法判决具有相同的法律地位，在不涉及跨境执行时无需担心执行力问题。在涉及跨境执行时，该类和解协议只能被视为外国法院裁判，与仲裁裁决不同，法院裁判跨境执行存在难度。虽然可以通过司法双边互助条约进行跨境执行，如我国与俄罗斯签订的双边条约中规定，承认与执行外国法院裁决中的“法院裁决”，在中华人民共和国方面系指法院作出的判决、裁定、决定和调解书，[14] 但是司法双边互助条约的数量毕竟有限，在没有特别义务的情况下，其他国家没有义务承认“外国判决”。[15]

（二）和解协议跨境直接执行之价值

相较于依附型执行机制，和解协议跨境直接执行之价值主要包括以下方面：

第一，促使商事调解逐渐摆脱替代性争议解决机制的标签。基于利益的商事争议解决机制，以调解为代表，当事方自身对内容或实质性决定负责，自决权优先于其他解决争议的价值，其程序是合作的、非对抗的，因此，相比于基于权利的纠纷解决机制，调解一般作为替代性争议解决机制而存在。但是随着多元纠纷解决机制的发展，调解在仲调结合和诉调结合中的非替代性特征日趋明显。在仲调结合中，调解条款逐步从“选择加入”条款（“Opt-In”条款）演变成“选择退出”条款（“Opt-Out”条款），这意味着在当事人无明示情况下，调解将成为争议解决的默认选择。尽管当前多数仲裁规则还是选择使用“Opt-In”条款，但是包含美国仲裁协会（AAA）《商事仲裁规则》和《调解程序》在内，已经有越来越多规则选择使用“Opt-Out”条款。[16] 在诉调结合中，美国纽约州法院自 2019 年 9 月 3 日起全面推行改革——所有法院在民商事纠纷处理过程中增设“推定调解”程序（presumptive mediation）。[17]尽管未使用“强制调解”（mandatory mediation）一词，但该程序的进行带有强制性与自动性，被告提交答辩状后，案件将自动进入调解程序。这使得调解作为民商事纠纷解决的替代方式性质发生改变，成为缓解“诉讼爆炸”与审判力量不足的有效方式。

第二，跨境争议解决中和解协议的执行力获得提升。理论研究和实践经验都表明，和解协议缺乏法律强制力，终局性问题成为商事调解发展的软肋。Nadja Alexander 教授在其著作中提及了一

[13] *Singapore Mediation Law*, Article 12.
[14] 《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约》第 16 条第 2 款。
[15] Bobette Wolski, Enforcing Mediated Settlement Agreements (MSAs): Critical Questions and Directions for Future Research, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol.7, 2014, p.87.
[16] Nadja Alexander, Nudging Users towards Cross-Border Mediation: Is It Really about Harmonised Enforcement Regulation, *Contemp. Asia Arb. J.*,Vol.7, 2014, p.405.
[17] Court System to Implement Presumptive, Early Alternative Dispute Resolution for Civil Cases， at https://ww2.nycourts.gov/sites/default/files/document/files/2019-05/PR19_09_0.pdf , May. 20, 2020.

套监管稳健性评级系统（RRR），[18]该系统依赖于十二个指标来衡量跨境调解法律框架的监管稳健性，其中重要的一节就是国际和解协议的可执行性。因此，探索一条通过国际协作强化国际和解协议效力的路径就显得很有必要。从比较法来看，世界上许多国家和地区都有类似于直接执行的制度。2008 年 5 月，欧盟基于便利民众接近司法或正义的主旨，颁布了《关于民商事调解若干问题的指令》（以下简称《欧盟调解指令》）。《欧盟调解指令》要求如果依据某一成员国的法律，调解协议的内容具有强制执行力，那么依照可适用的欧共体法律或国内法，在其他成员国该协议的强制执行力应被承认和宣告。在具体执行路径上，允许存在多样化，调解协议可以由法院或其它有权机构以判决、决定或公文书赋予强制执行力。欧盟对于调解协议的跨境执行态度，既说明了提高和解协议执行力的可行性，也可作为域外经验为我国吸收借鉴。

第三，通过完善商事争端解决机制，有利于提高我国营商环境。2019 年世界银行对各国的营商环境评估中，商事争议解决制度是重要标准之一。[19]我国营商环境提升的受益者，不仅惠及《公约》的缔约国，也将涵盖非缔约国。当出现中—外—中（执）和外—外—中（执）这两种类型和解协议时，无论当事人所在国是否批准《公约》，只要执行地位于我国，即可适用《公约》。相反，如果我国未批准该《公约》，一方当事人营业地位于我国，执行地位于其他国家时，即出现中—中—外（执）和中—外—外（执）类型的和解协议时，营业地位于我国的当事人利益也能得到保障。这种普惠性的规定将极大推定和解协议的跨国流动，其受益者不仅限于缔约国。

同时，《公约》契合我国的发展中国家地位，广大的发展中国家将成为我国营商环境提升的最大受益者。在当前国际民商事争议解决过程中，以国际商事仲裁和国际民商事诉讼为代表的权利型争议解决机制，需要聘请仲裁员或者代理律师，费用偏高，而且绝大多数来自欧美，案件推理、条约解释都带有普通法色彩。而以国际商事调解为代表的利益型争议解决机制，具有费用低廉、程序简单、不需要非常高深的普通法专业水平的特点，将会极大吸引发展中国家的目光。截至 2020 年 1 月底，《公约》共有 52 个签署国，除美国、新加坡、以色列、韩国外，全部为发展中经济体，这凸显了调解制度对于发展中国家的吸引力。

（三）我国对和解协议跨境执行的监管必要

出于《公约》框架要求以及保护国家利益的需要，对未来在我国执行的国际和解协议，我国法院有必要对其发挥主要的控制与救济职能。针对国际和解协议控制和救济权的分配，《公约》的设计是赋予执行地法院，例如当事人的缔约能力、和解协议的效力、执行和解协议的程序、并行申请的判断等，均由执行地法院进行判断，掌握控制的主动权。在缺乏国际统一法律框架和全球性超国家司法机构的情况下，国际和解协议的强制执行需要得到一国的法律体系和司法机构提供支持，执行地法院通过国内执行程序为协议的履行提供保障，掌握救济的主动权。

《公约》之所以将控制与救济权赋予执行地法院，而非来源国法院或者其他法院，一方面是由于个人调解和在线争议解决机制的发展，使得调解并非仅限于机构调解，这使得“查明和解协

[18] Court System to Implement Presumptive, Early Alternative Dispute Resolution for Civil Cases， at https://ww2.nycourts.gov/sites/default/files/document/files/2019-05/PR19_09_0.pdf , May. 20, 2020.
[19] Doing Business 2020:Comparing Business Regulation in 190 Economies，at https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf, May. 20, 2020.

议与某一调解地或法定调解地的关联因素并非总是易事”，[20]所以考虑到调解制度的灵活性，《公约》并未效仿仲裁的撤销机制，为调解地法院设置审查监督的权利，而是将监督和审查权排他性的赋予了执行地法院。另一方面则是出于对当事人正当期望的保护。当事人选择调解，效率是其重要原因。如果和解协议受到来源国的过度控制，当事人在跨境执行过程中不可避免的会陷入来源国法院的审查程序。更有甚者，与国际和解协议有联系的法院均可主张管辖权，如协议签订地，调解机构所在地、协议当事人住所地等法院，这会引发针对和解协议执行的平行诉讼，导致相互冲突的执行结果。当事人签订和解协议后面临着不可预测的执行风险，无法享受国际商事调解所提供的成本低廉、富有效率的争议解决方式。而将控制与救济权赋予执行地法院，则尽可能的避免了其他法院的干预，提高了跨境执行的效率。

除《公约》框架要求外，我国对和解协议跨境执行进行监管也基于保障我国国家与当事人利益的现实要求。以私法自治和当事人意思自治为基础的调解制度，存在一个隐含的立基基础，即当事人地位应当是平等的，然而，在现实国际民商事领域中，当事人地位的不对等现象却根本性地存在着。我国当事人在与发达国家当事人进行调解的过程中，无论是经济能力还是实际经验，可能都处于相对弱势的地位。我国在批准《公约》后，《公约》义务不仅涵盖作为国际法主体的国家，也涵盖和解协议中的我国当事人，而我国当事人可能作为承担义务的一方，从而切割一定的利益，当我国境内的财产经常性地转移至外国时，会触发国家利益的保护问题。因此，我国法院有必要在执行和解协议过程中对当事人乃至国家利益进行一定的保护和平衡。

二、挑战：国内现有机制无法供给司法协助需求

前述讨论，从问题缘起、实践价值以及监管必要性角度出发，论证了国际和解协议在我国直接执行的必要性及重要性。在理论分析之后，相应的制度构建问题随之而来。与我国加入《纽约公约》时《仲裁法》尚未出台的情况不同，彼时进行制度构建更多的依据《纽约公约》，不必过多考虑与国内法的衔接问题。我国无论何时批准《新加坡公约》，具有中国特色的调解制度已经构建成型，《民事诉讼法》《人民调解法》等规制调解的上位法也已经存在，这些现行法律体系并未留足执行和解协议的“接口”。在我国现有法律框架下进行制度构建存在一定的困境，主要体现在以下四个方面。

（一）和解协议司法监督内外有别

我国日后若批准《公约》，势必形成和解协议司法监督双轨制的局面，即对非《公约》项下的调解协议保留司法确认等监督程序，《公约》项下的国际和解协议则实行直接执行程序，这种双轨制局面具备一定的合理性。首先，这并非调解中独有，仲裁领域即有对国际仲裁和国内仲裁的划分。出于国际经济交往和本国利益的考量，多数国家对具有涉外因素的仲裁采取较为宽松的态度，而对国内仲裁的监督相对严格，在承认和执行、公共政策以及可仲裁性方面，国际仲裁要比国内仲裁宽松的多。其次，《公约》本身也并不否认内外有别的司法监督模式，《公约》中的选择适用条款为国内程序的存在提供了空间。第 8 条第 1 款 b 项规定：“本公约适用，唯需和解协议当事人已同意适用本公约。”如果我国对此款进行保留，则《公约》的适用系由当事人合意选择，而非自

[20] A/CN.9/861，联合国贸法会第四十九届会议，第二工作组（仲裁和调解）第六十三届会议工作报告，第 6 页。

动适用。当事人既可依《公约》申请执行和解协议，也可沿用司法确认等国内执行程序寻求救济，二者为双轨并行、择一适用的关系。

但这不免涉及到了和解协议在我国的待遇问题，非《公约》项下和解协议，只可采取司法确认等传统方式进行执行，而《公约》项下和解协议，当事人却可以对程序择一适用，享受更多便利。之所以产生这种冲突，其根源是对和解协议的效力存在认知差异。《国际商事调解示范法》第14条规定，“当事人订立和解协议的，该和解协议具有约束力和可执行性，颁布国可加入对和解协议执行方法的说明，或提及关于执行方法的规定。”示范法虽无约束力，但将执行问题留给各国自行处理的态度，反映了在和解协议效力问题上各自的分歧。

《新加坡公约》建立的直接执行机制，使得国际和解协议既不需要经过公证或者司法确认，也不需要当事人申请“承认和执行”，仅需当事人向执行地主管机关“寻求救济”和执行地主管机关“准予救济”，强调法院在和解协议真实、合法、有效的基础上进行执行，其实体法基础是赋予国际和解协议以强制执行力，强调和解协议的纠纷解决功能，重新规范在先不确定的法律关系。如同国际商事仲裁一裁终局，仲裁裁决具有强执力，当事人不得再就争议提起另外的仲裁或司法程序一样（法院行使司法监督权除外），《公约》赋予了国际和解协议和国际商事仲裁裁决相同的执行力。

我国对于调解协议的定位与德国类似，在德国，调解协议被归类为服务合同，更具体地说是商业代理服务合同，并非特殊合同，[21] 尽管客观上存在纠纷解决的特殊性，但并不当然地具有强制执行力，当事人断然不能仅据具有合同效力的调解协议向人民法院申请强制执行。[22]《民事诉讼法》第224条规定，“发生法律效力的民事判决、裁定，由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行财产所在地人民法院执行。”现行法律规定具有执行力的执行依据只能是生效法律文书。在实践中，调解协议被确认的部分并不完全等同于调解协议本身，司法确认裁定书可能会对调解协议进行一定的修正，法院的审查是调解协议具有执行力的必然程序。当人民法院不予确认调解协议效力时，调解协议仅是无法进行司法确认，本身并非当然无效，当事人还可通过诉讼解决执行问题。如果将和解协议视为执行依据，势必会出现调解协议与司法裁判两份执行文书。国内调解协议与国际和解协议的效力是完全不同的，因此，如果我国对和解协议实行内外有别的司法监督制度，首先需要对国际和解协议的效力问题在立法中予以明确。

（二）和解协议国际性认定尚待明确

合理的管辖权规则是法院受理案件的依据，也是国际和解协议能够在我国得以执行的前提。国际和解协议是作为一种独立的法律文书出现的，[23]符合《公约》对于国际和解协议的定义，尤其是满足国际性的要求，将成为法院受理案件的关键。《公约》摒弃了《纽约公约》中对于外国仲裁裁决的定义方法，未将《公约》的适用范围设定为“外国和解协议”，赋予和解协议“国籍”，而是效仿《商事调解示范法》第1条第（4）款（a）项的定义方法，分别以当事人营业地和争议性质

[21] Nadja Alexander, *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives* , Kluwer Law International, 2009, p. 212.
[22] 参见肖建国，黄忠顺：《调解协议向执行名义转化机制研究》，载《法学杂志》2011年第04期，第95页。
[23] Nadja Alexander, Shouyu Chong, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Kluwer Law International, 2009, p.1.

作为标准定义和解协议的国际性，[24] 这使得《公约》具有广泛的适用范围。国际性问题是长期困扰我国涉外民商事立法和实践的核心问题之一，国内目前对于和解协议国际性的理解与《公约》设定并不一致，对于以下问题应予充分重视：

第一，国际性所指对象不具有同一性。《公约》中的国际性仅指和解协议的国际性，而我国商事调解的实践中一般侧重争议的国际性。例如国际商会调解中心将受案范围划分为国内争议案件和国际争议案件，[25] 上海经贸商事调解中心将受案范围定义于“包括但不限于外商投资类企业相互之间以及外商投资类企业与中国其他法人、自然人及/或经济组织之间的争议国内外平等主体的自然人、法人和其他组织之间发生的涉及香港、内地或国际各类跨境纠纷。”[26] 调解机构针对上述国际争议案件做出的调解协议，并非《新加坡公约》意义上的“国际和解协议”，二者可能存在重合，但也可能因不满足《公约》中的国际性要求而无法适用《公约》。

第二，我国对于国际性的定义，仍是以境内为立足点去寻找境外因素，并非从中立主义的立场去定义“国际”，司法解释以及调解机构规则中对于调解地概念的强调，和《公约》理念相背，易使“外国和解协议”与“国际和解协议”混淆。在仲裁领域，《纽约公约》指向的是外国仲裁裁决。而国际商事调解与国际商事仲裁存在诸多共性，惯性思维下仿照《纽约公约》适用于“外国仲裁裁决”的规定，将《新加坡公约》的适用范围错误的配置给“外国和解协议”存在可能，这将对法院的受案范围产生误导。

第三，相比于通过仲裁地来确定仲裁裁决国籍的方法，《公约》判断国际性的基础是营业地和国际私法规则，这种方法使和解协议在我国执行时面临相当大的不可预测性。我国《民事诉讼法》和《民法总则》都没有出现营业地这一概念，《涉外民事关系法律选择法》和《合同法》中出现了最为接近的“主要营业地”，这意味着一个企业可以有多个营业地。同时，我国法律中还存在住所、经常居住地和登记地等不同的用语，这些地点以及公司注册地、公司总部、主要收入来源地都可以纳入营业地的概念，在实践中容易引起争议。《公约》第 1.1（b）条也允许在营业地之外，适用最密切联系和义务履行地这一国际私法规则判断和解协议的国际性，这使得我国法院对此具有广泛的自由裁量权，但同时也产生了极大的不确定性。最后，《公约》要求“协议在订立时”具有国际性，虽然这一限制性规定限缩了营业地的范围，但是也容易产生新的抗辩事项，当事人可以以和解协议在当前具有国际性，而在协议订立时没有国际性为由进行抗辩。此时，寻求执行的一方不得不出示相关证据进行证明，这加重了诉讼资源的浪费和协议执行的不确定性。

（三）司法审查程序无法满足公约要求

《公约》中对于司法审查的规定，与我国现有的司法确认制度，在程序上具备相似性，均是人民法院在收到当事人申请之后，对协议进行审查，进而作出是否执行/确认的判断。其中的拒绝执行事项，借鉴了《纽约公约》中拒绝执行仲裁裁决的理由，倾向于审查当事人行为能力、和解

[24] 《新加坡公约》第 1 条第 1 款规定：本公约适用于调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议，该协议在订立时由于以下原因之一而具有国际性：（a）和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地；或者（b）和解协议各方当事人设有营业地的国家不是：（一）和解协议所规定的相当一部分义务履行地所在国；或者（二）与和解协议所涉事项关系最密切的国家。

[25] 具体来说，中国国际商会调解中心受理下列争议案件：（一）国际的或涉外的争议案件；（二）涉及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区的争议案件；（三）国内争议案件。

[26] 《上海经贸商事调解中心调解规则》第 2 条。

协议效力、调解准则、合理披露等程序事项，与司法确认程序中审查内容无本质冲突。尽管如此，仍需注意以下几个问题。

《公约》对于证据的要求更加灵活，考虑到在线调解、个人调解的发展，执行地法院有权接受它认为适当的任何证据。除自由裁量外，《公约》也明示了显示和解协议产生于调解的三种证据类型，[27] 就我国而言，调解员在和解协议上签字属于少数做法，调解员签署表明进行了调解的文件也未形成习惯，出现更多的将是调解机构的证明，这带有浓厚的机构色彩，并给法院的证据审查提出了难题：如果坚持现行证据规则，无疑缺乏广泛的灵活性，会抑制通过在线调解、个人调解达成的协议在我国的执行。如果对证据的出示秉持宽松的态度，则容易导致虚假调解，二者存在一定矛盾。

除证据问题外，《公约》将拒绝执行事项区分为当事人主动援引事项以及法院依职权审查事项，准予救济将违反公共政策、争议事项无法以调解方式解决两项为法院依职权做出认定，其余拒绝执行事项均需要当事人主动援引，这体现出对意思自治和当事人处分权利的尊重。而司法确认中所有否对性事项均需我国法院主动依职权审查，鉴于当事人意思自治是贯穿整个调解程序的原则性要求，司法确认职权主义色彩浓厚的程序特点也与《公约》宗旨背道而驰。

审查和解协议的过程中，我国法院还需准确适用冲突规范。冲突法和实体法的统一是国际私法晚近发展的趋势之一。[28] 对于和解协议执行机制的构建，《公约》力求超越国内法的局限建立统一的执行规则，但是实体私法的国际统一并不能取代冲突法的国际统一。[29]《公约》虽然对冲突规范进行了明确，但具有的高度开放性与灵活性，仅凭《公约》是否能达到冲突规范“指明某种涉外民商事法律关系应适用何种法律，已期公平合理的处理这种关系”的作用，[30] 还有待商榷，留给我国法院发挥的空间较大。整体来看，相比于《纽约公约》第 5 条规定的 7 项拒绝事由，其中 5 项都明确提出了适用准据法的冲突规则，而《新加坡公约》第 5 条规定的合计 8 项拒绝事由中，明确提出冲突规范的仅有 3 项，数量上明显缺失。即使就某一单独事由来看，也均是采用弹性连接因素，法律适用上十分灵活。以和解协议是否无效、失效或者无法履行为例，需要首先依据当事人约定的管辖法律，在当事人没有就此指明任何法律的情况下，《公约》对此仅是表示适用“公约当事方主管机关认为应予适用的法律”。对于此种规则，范·登伯格教授称其为“只走到半路的冲突规则”（a half-way conflict rule），即虽然指出了原则上可能适用的法律，却没有规定一个可起到指引作用的连结点作为援引依据。这对我国当事人的缔约水平，以及当事人未选择适用法律时，我国法院确定适用外国法律的的能力，均提出了更高要求。

（四）调解保密性规定缺失

保密性是调解所具备的先天优势。调解保密性的内容包括两个层面:第一层面是与民事诉讼的公开审判制度相对，谓之调解程序保密性。第二个层面是指调解过程中披露的信息不得作为后续

[27] 《新加坡公约》第 4 条第 1 款规定，当事人应向主管机关提交显示和解协议产生于调解的证据，例如：调解员在和解协议上的签名；调解员签署的表明进行了调解的文件；调解过程管理机构的证明；或者可为主管机关接受的其他任何证据。

[28] 参见韩德培：《国际私法的晚近发展趋势》，载《韩德培文集》（上），武汉大学出版社 2007 年版，第 56 页。

[29] 参见徐国建著：《国际统一私法总论》，法律出版社 2011 年第 1 版，第 19 页。

[30] 参见韩德培主编：《国际私法新论（上）》，武汉大学出版社，2009 年第 1 版，第 125 页。

法律程序中对其不利的证据，谓之调解信息保密性，其中，调解信息保密性是问题核心。[31]由于《公约》将具体执行程序的设定赋予执行地法院，并未对保密性有所要求，因此调解程序和调解信息的保密义务并非《公约》项下的直接义务。但是在对和解协议司法审查过程中，却不得不面临调解保密性的问题。法院判断和解协议是否具有约束力或终局性，是否被修改，和解协议中的义务是否已经履行、是否清楚或者可以理解，准予救济将有悖和解协议条款时必须了解调解信息，不揭开“调解保密面纱”，就无法确认和解协议自身效力。

当和解协议涉及法院程序时，需要对调解的保密性进行平衡，各国都对此予以承认，如《欧洲调解指令》指出，本指令应规定民事诉讼规则与如何在随后的民商事诉讼或仲裁中保护调解程序的机密保持最低限度的兼容。[32]但是司法审查中对于何种信息应当保密，何种信息应当揭开保密面纱，各国分歧较大。总的立法趋势是，以调解信息保密性为原则，以当事人的约定排除和法定排除为例外。《德国调解法》第 4 条规定调解员以及调解过程中的相关人员都负有保密义务，例外情形限于为履行协议所必须，或者公共政策以及为获取案情真相所必须。[33]《商事调解示范法》也将因执行和解协议而披露信息作为调解保密的例外。

对于该原则，我国立法基本持肯定立场。《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》中将调解保密上升为原则性规定，当事人不得在后续诉讼中披露对其不利的证据，也不得要求调解人作为证人披露调解中公开的信息，调解程序保密性和调解信息保密性在此实现了结合。但是该意见的适用范围局限于法院调解，对执行和解协议时的保密规则并无提及，无法改变我国调解保密性规则，尤其是调解信息保密规则仍处于起步阶段的现状。调解保密性仅依赖法官的自由裁量，当事人既可能因无法准确把握保密性的要求而丧失对调解信息的控制，也可能会将调解保密作为规避于己不利诉讼后果的挡箭牌。我国有必要对和解协议跨境执行时的调解保密性规则进行完善。

三、和解协议在我国的跨境执行：完善路径与利益保障

对于国际和解协议在我国直接执行的构建，需要做全方位的讨论。据前文所述，《新加坡公约》与我国法律之间并无不可调和的矛盾，因此首要问题是解决相关事项所涉及的国内法修改完善问题。除法律技术层面外，和解协议跨境执行还面临着当事人利益取舍和国家利益保护问题，我国应从宏观层面关注《公约》。

（一）和解协议跨境执行的完善路径

1.和解协议跨境执行的立法完善

我国依据《公约》对国际和解协议采取直接执行方式，应在国内法中完善相应法律依据。这一对策，是基于前述和解协议效力不同，司法监督内外有别而提出的。

我国所缔结或参加的国际条约，在国内适用时采取的是逐一立法的方式，即只有当我国的一项立法明确规定某项条约可在我国直接适用时，该项条约才可以通过并入的方式直接在我国适用，

[31] 参见肖建华，唐玉富：《论法院调解保密原则》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2011 年第 4 期，第 140 页。

[32] 《欧盟调解指令》序言第 22 条。

[33] 参见齐树洁主编：《外国调解制度》，厦门大学出版社 2018 年 12 月版，第 466 页。

否则，只有通过制订国内法的方式，将条约内容转化为国内法。[34]《新加坡公约》在我国的适用可以依据《民事诉讼法》第 260 条，[35]该条虽为直接执行提供了条约适用层面的法律依据，但是，直接执行还缺乏国内法层面的法律依据。反观仲裁，《民事诉讼法》第 283 条专门规定了国外仲裁裁决的承认和执行。作为国际民商事争议解决机制的三驾马车之一，国际商事调解应该与国际商事仲裁和国际民商事诉讼一样在《民事诉讼法》中具有相同的地位，因此有必要在《民事诉讼法》规定承认和执行外国法院裁判、承认和执行国外仲裁裁决后，增加国际和解协议的跨境执行一条，条文可以设计为“国际和解协议需要在中华人民共和国人民法院执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约办理”。需要强调的是，由于《公约》中没有调解地的概念，因此不会出现相互执行的问题，就不可能从执行主管法院的角度来定义任何形式的互惠，所以条文中应当排除将互惠原则作为执行依据。

除《民事诉讼法》外，也可效仿《仲裁法》中将涉外仲裁单设一章的形式，在调解的法律法规中对国际和解协议进行单独规定。目前施行的《人民调解法》受到规制范围的影响，并不适合对国际调解进行规定，而我国出台如 2010 年加拿大安大略省《商事调解法》一样的中国《商事调解法》，在短期内难以实现。反观世界各国对于调解的立法，更多的是通过单行立法的方式，将调解基本法、调解组织法和调解程序法进行综合规范，[36] 因此建议在未来的立法规划中，摒弃对于人民调解、商事调解、行业调解等调解类型化的切割立法模式，制定一部具有统筹功能的《调解法》，将国际和解协议的相关规范列入其中。

2. 明确和丰富中国法院对“国际性”案件的认定标准

最高人民法院于 2001 年通过了《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》，对涉外案件的集中管辖进行了专门规定。集中管辖改变了原来的地域管辖和级别管辖，涉外民商事案件的管辖权集中由少数受理案件较多、审判力量较强、审判经验较丰富的中级人民法院行使，因此最高人民法院有必要指定同一个审判机构审理国际和解协议的执行案件。由于承认和执行外国法院裁判、外国仲裁裁决均是向有管辖权的中级人民法院申请，因此可以将审查国际和解协议的法院同样确定为中级法院，现有的涉外商事和海事法庭（例如最高人民法院民事审判第四庭）则是理想的审查法庭。由于将涉外民商事案件进行集中管辖的基础在于案件的国际性，因此我国法院在构建执行机制的过程中应加强其国际化水平，进而提升我国司法的国际竞争力。

对于国际性的界定，应以《涉外民事关系法律适用法司法解释》第 1 条为基础，[37]该条对涉外因素的判定是从民事法律关系构成的三要素出发，第五款“可以认定为涉外民事关系的其他情形”

[34] 参见车丕照：《论条约在我国的适用》，载《法学杂志》2005 年第 3 期，第 96 页。

[35] 《民事诉讼法》第 260 条：中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

[36] 如美国 1998 年《替代性争议解决（ADR）法案》、《民事司法改革法案》和各州专门法律，日本《民事调停法》，韩国《民事调停法》等。

[37] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）第 1 条规定：民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系：（一）当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人；（二）当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外；（三）标的物在中华人民共和国领域外；（四）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外；（五）可以认定为涉外民事关系的其他情形。

又赋予了法官的自由裁量权，[38]因此依据我国国内法，和解协议涉外因素的范畴远大于《公约》项下国际和解协议的界定，且二者无本质冲突，前者对于后者更具有包容性。在此基础上，需进一步考虑实质性连结因素和争议性质因素的混合标准，仅以实际连接因素作为认定标准存在着选择有限、模式僵化的弊端，而仅以争议性质作为认定标准则存在着适用上的不确定性等缺陷，因此两种确定因素需综合考量。依据前者，如果和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地，则可以认定为国际和解协议。依据后者，如果和解协议的主要义务履行地或最密切所在国并非当事人设有营业地的国家，也可以认定为国际和解协议。

除此之外，对于和解协议国际性的认定，应坚持客观标准，摒弃主观标准。《商事调解示范法》第 1 条第 6 款提出了对于国际性认定的主观标准，“本法也适用于双方当事人约定其调解是国际调解的或者约定适用本法的商事调解”，该条虽然为当事人的选择适用提供了灵活性，但却扩大了国际性的概念，并不符合《公约》要求。[39]为防止当事人将公约的适用范围扩大到纯碎国内和解协议，我国法院应对主观标准进行否定，明确不应由当事人来决定和解协议是否具有国际性。

3. 构建符合调解特征的审查程序

调解本身是一种追求高效便捷的商事争议解决方式，在国际商会 2500 万欧元标的额的仲裁程序与调解程序对比中，仲裁的开庭时间需要 1—3 周，准备时间需要 12—18 个月，花费时间总计在 18—24 个月。而调解的开庭时间为 1—2 日，准备时间为 3—5 日，花费时间总计仅为 2—3 个月，其效率显而易见。[40]国际商事调解由于其商事性，涉案标的额通常较大，可能产生较大社会影响，所涉法律问题容易存在争议，因此在通过诉讼便利措施提高执行效率的同时，对于裁决结果的公正性也应给与重视。我国法院的相关制度设计中应体现程序公正和效率的平衡。

就提高程序效率而言，一是证据方面，需要在《公约》的框架下简化证据要求，赋予法官更大的裁量权。我国法院可着重审查调解机构的机构证明，但对个人调解、在线调解过程中产生的证据也应秉持开放的心态，予以接受。二是抗辩事由上的要求，法院需注意和司法确认拒绝事由的区别，在严格遵守《公约》第 5 条的拒绝执行事由基础上，通过当事人意思自治和对权利的处分原则来凸显效率，尊重当事人对于调解程序的约定、对于调解员人数的约定、对于调解规则的约定，[41]防止职权主义对抗辩事由的确认产生过度影响。

就保证案件公正性而言，一是严格设定法官的选任标准。我国涉外民商事审判庭要求法官具备丰富的审判实践经验、国际投资贸易相关的专业知识以及相对熟练的中英文语言能力，具备对国际和解协议进行审查的能力。二是严格合议庭组成，由于人民法院在审查仲裁司法审查案件时，应当组成合议庭并询问当事人，[42] 因此对于国际和解协议的执行审查，也可借鉴仲裁审查模式，合

[38] 参见高晓力：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）解读》，载《法律适用》2013 年第 3 期，第 38 页。
[39] A/CN.9/867，第二工作组第六十四届会议工作报告，第 14 页。
[40] 参见齐树洁主编：《外国 ADR 制度新发展》，厦门大学出版社 2016 年版，第 520 页。
[41] 对于调解程序、调解人人数和调解规则的约定在《商事调解示范法》中有所体现。第 4 条规定当事人可以约定排除或变更本节的任何规定；第 6 条第 1 款规定调解员应为一人，但当事人有权约定两名或多名调解员；第 7 条第 1 款规定当事人可以约定适用于调解之进行的规则或进行调解之方式。以上均体现了对当事人意思自治的支持，法院需予以尊重。
[42] 法释（2017）22 号《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第 11 条。

议庭由三名或三名以上法官组成，将询问当事人设定为强制性规定，这较之国内调解协议的司法审查仅由一名审判人员进行审查，在必要时当面询问当事人来说更为严格，以确保公平性。[43]

尽管国际商事调解的法律适用尊重当事人意思自治，但是在当事人未约定情形下，法官需对法律适用做出直接判断，尤其受到国际商事仲裁法律适用“分割论”的影响，对商事调解的法律适用提出了更高要求。我们可以对商事调解的法律适用做如下“分割”：在未明确约定的情况下，明确当事人对于调解机构的选择并非意味着对调解机构所在国法律的选择，例如选择适用《国际商会调解规则》并不会导致适用法国实体法；调解员作为劳务合同中的服务提供者，应该受到其惯常居所所在国的法律管辖。在调解员是多人的情形下，不同的调解员应由一部实体法管辖。如果无法确定多名调解员共同的惯常居所或者最密切联系地，则可以适用管辖调解条款或和解协议的实体法作为准据法。和解协议适用的实体法，应当与主要法律关系所适用的实体法相同。如果主权利和从属权利受到不同的法律管辖，则需要当事人对法律适用进行明确约定。在国际商事调解法律适用“分割论”的背景下，正确适用冲突规范，确定合理的准据法，对我国法院而言意义重大。

4 . 规范调解保密性

我们不妨采取以下两种思路来应对程序公开与保密的取舍问题。

首先是借鉴普通法系中“不受损害”（Without Prejudice）特权的内容，将证据排除规则及其例外规定适用于调解领域。[44] 新加坡《证据法》中即有规定，在当事双方约定不得提供证据，或者在法院可以推断出双方同意不应提供证据的情况下，法院不应基于这些证据做出裁判，[45]该条款应用于调解领域意味着承认调解过程或者和解协议中的保密特权。但在执行国际和解协议时，保密的例外却成为普遍规则。不仅《商事调解示范法》中认可执行和解协议作为调解保密的例外，司法实践中，当事人申请执行和解协议时，法院也将揭开调解保密面纱。英国法院在联合利华诉宝洁公司一案中，[46]即提出在确认和解协议是否存在虚假陈述、欺诈、胁迫时，法院将不会接受调解保密规则。

除规定证据排除规则及法定例外，也可赋予法院基于理性和经验进行自由裁量权，在庭前会议阶段进行平衡测试的权力。[47]这来源于美国证据法中的威格摩尔平衡标准（Wigmore balancing test）。该标准的适用包含四个条件：程序的秘密性；秘密性对保持当事人关系至关重要；共同体关系应不断强化；保护机密、诉讼妥善解决获取的利益远大于对证据获取的需要。由于调解程序的特性，前三条要件很容易得到满足。法院在进行平衡测试时主要考虑要件四，慎重权衡信息公开造成的损害与法院有权获悉证据的必要性，进而做出是否需要保密的选择。

（二）和解协议跨境执行的利益保障

[43] 法释（2017）22 号《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第 11 条。
[44] Dorcas Quek Anderson, Litigating over Mediation - How Should the Courts Enforce Mediated Settlement Agreements, *Singapore Journal of Legal Studies*, Vol.2015, 2015, p.126.
[45] Evidence law of Singapore, Article 23.
[46] Unilever Plc v The Procter & Gamble Co, [2000] 1 WLR 2536.
[47] Dorcas Quek Anderson, Litigating over Mediation-How Should the Courts Enforce Mediated Settlement Agreements, *Singapore Journal of Legal Studies*, Vol.2015, 2015, p.128.

我国国内法针对和解协议跨境执行的修改和完善无疑需要很长时间，这并不意味着我们需要等待体系建成之后才能批准《公约》。最理想的方式是一方面加强自身的涉外法律体系建设，另一方面可以以国际商事法庭作为先行试点，试点过程中探索利用《公约》手段，保障我国当事人利益和国家利益。

1. 以国际商事法庭为先行试点

我国国际商事法庭目前正在构建“一站式”国际商事纠纷解决机制。2018 年 12 月，国际商事法庭公布了首批纳入该平台的国际商事调解机构，对诉至国际商事法庭的国际商事纠纷案件，可以协议选择调解机构进行调解，对调解提供司法支持也符合其职能和宗旨。因此可以以国际商事法庭作为先行试点，探索国际和解协议的直接执行。[48]

我国国际商事法庭采取的是法官加国际商事专家委员的制度。由于我国《法官法》对法官的国籍具有限制，因此国际商事专家委员会委员主要承担专家咨询顾问和调解人的职能。国际商事专家委员会现有的 32 名成员都是国际商事领域专家，涵盖了不同法域、专业和从业背景，具有较为广泛的代表性，均为兼职身份。在当前机制下，如果当事人选择专家委员进行调解，并认同调解结果，可以由国际商事法庭作出调解书，该调解书经双方当事人签收后，即具有与判决同等的法律效力；当事人请求发给判决书的，可以依协议内容，请求国际商事法庭制作判决书送达当事人。如果国际和解协议能够在我国得到直接执行，势必会提升国际商事法庭中调解的使用可能。

由于公约并不适用于在法院订立并且可在该法院所在国作为判决执行的和解协议，因此对于委托调解达成的调解协议，单就当事人未申请国际商事法庭制发调解书或判决书这一事实，可能难以避免被认为是诉讼过程中订立的和解协议。因此不妨允许案件提交委托调解之后，准许当事人对诉讼程序作撤诉处理，这将消除《公约》的适用疑虑，使国际商事法庭主持下的诉调结合更为便捷。

2. 利用《公约》手段合法保障我国当事人利益

《公约》的有效落地在于执行地法院的切实执行，《公约》将很多问题交由国内法院来判断，以及法律选择的开放性，使得执行地法院存在较大的操作空间。通过对《公约》条文仔细研读不难发现，缔约国可以利用这些规定掌握《公约》适用的主动权，利用《公约》手段合法保障当事人利益。

例如，在第 5 条第 1 款中规定，主管机关“可”根据寻求救济所针对当事人的请求拒绝准予救济，第 2 款也规定，根据第 4 条寻求救济所在公约当事方主管机关如果作出以下认定，也“可”拒绝准予救济。对于出现拒绝执行事项，《公约》采取“可以”的表述，其实是赋予了法院自由裁量权，在相对应的英文版本中，使用的也是“may”，因此第 5 条可以视为授权性条款，即使出现了第 5 条的否定性情形，我国法院也可视情况予以执行。例如当出现“中—外—中（执）”情形时，我国法院在出现拒绝执行的情形时仍然可以选择执行外方当事人在我国境内的资产，当然前提是符合法律规范，不存在地方保护。

[48] See Carrie Shu Shang, Ziyi Huang, Singapore Convention In Light of China’s Changing Mediation Scene，*Asia Pacific Mediation Journal*, 2020, pp.1-19.

又如，《公约》在第 5 条提及了公共政策，允许执行地法院动用公共政策进行防卫，公共政策中作为各国保护国家利益的安全阀，理论上对其内涵和外延都存在不同的理解。以《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》为例，将“违反法律、行政法规强制性规定的；侵害国家利益、社会公共利益的；损害社会公序良俗的”排除在可确认的调解协议中，这就是国内公共政策的一种体现。在和解协议的跨境执行中，无论是适用国际公共政策，还是国内公共政策，我国法院通过公共政策保护本国利益都具有很大的灵活度和自主空间，是一种比较有效的防护手段。未来，我国法院可以深入研究《公约》自身设置的一些防御性机制，强化司法部门的运用能力，提高我国法院适用公约的主动性，为参与国际民商事交易的我国当事人提供保护。

3. 控制《公约》生效时间保障国家利益

我国批准《公约》背后的利益考量，不仅涉及当事人因素，还涵盖通过国际司法交流参与全球治理、推动形成新的国际习惯法和一般法律原则、提高司法话语权这一国家利益考量。由于历史原因，多数国际法治规则由西方国家主导完成，我国在规则制定中缺乏话语权，作为后来者的中国往往要通过对既有国际规则的认同来参与国际治理。以《纽约公约》为例，我国加入这一国际通行的商事争端解决机制已是《纽约公约》制定近 30 年后，最高人民法院陆续出台了多个司法解释以支持仲裁友好型国家的建设，但是我们不得不承认没有参与《纽约公约》立约的过程，在仲裁领域仅是追随者的角色。

然而在《新加坡公约》的制定过程中，我国司法参与国际规则治理的外部条件发生了巨大变化。整体上看，美国对世界的掌控力在减弱，为了应对国内的经济发展问题，重振美国经济实力，美国对全球化热衷程度大幅降低甚至走向对立面。相应地，在法律全球化方面，美国也没有了最初的热情和动力。事实上，美国签署了《公约》的重要原因之一，是为避免中国在此领域独领风骚。欧洲联盟内部已经存在跨境调解的指令，对《新加坡公约》并无排斥，但以英国脱欧为代表的欧盟一体化的裂缝使欧盟在推进全球治理方面也受到了重创，虽然积极参与《公约》的协商但整体发展势头受挫，这为我国参与国际民商事秩序变革提供了契机。

同时我们也应注意到，一项条约的有效性取决于其广泛采用和接受的程度，《公约》现阶段影响力还甚为有限，普遍效力的获得还有待时日。尽管各国对《公约》的态度是积极的，但与《纽约公约》160 余个签署国相比，《新加坡公约》仍处于起步阶段。《公约》对我国的实际价值很大程度上取决于国际争议解决中心以及经济大国的参与程度，如果这些国家拒绝加入，国际和解协议无法在主要经济国家实现自由流动，则我国批准《公约》的价值不大。对于尚未签署《公约》的原因，可分为以下两种情况：以俄罗斯为例，其在答复意见中指出，商事争议中对于调解的使用率并不高，国际商事仲裁基本满足了当前争议解决需求，且由于各国国内法对调解的执行方式差异很大，俄罗斯不认为调解在未来具有更广泛的发展前景。[49]第二种是以《公约》与国内法对调解的规定相冲突为由暂不签署。如日本提出，《公约》首先与国内的《替代性争议解决法》不兼容，后者要求协议必须来自经过认证的调解服务，而《公约》不存在任何对于调解员资格的要求。同

[49] A /CN.9/846/Add.4，贸法会第四十八届会议各国政府评论意见汇编，第 3 页。

时，日本《民事执行法》中可以由法院强制执行的文书范围也不含和解协议。[50] 参与《公约》制定的绝大多数成员国，对于签署或者批准《公约》仍在观望中。因此，我国需要参考《公约》的外部环境和签署国家的态度变化，距离我国批准该《公约》还需有一段观察时间。

四、结语

我国日后如若批准《新加坡公约》，调解制度无疑要受到洗礼，这一过程既面临着挑战，也存在着机遇。对国际和解协议实行直接执行机制，势必会造成和解协议司法监督内外有别的双轨制局面，有必要在《民事诉讼法》和调解相关法律中，增加办理国际和解协议案件的相关内容；明确和丰富我国法院对“国际性”案件的认定标准，全方位推进商事争议解决的国际化进程；在司法审查程序构建中，积极探索审判和执行工作的创新，在实践中摸索符合我国国情以及调解特征的做法和方式，做到公正和效率、公开和保密的平衡，完善“中国标准”和“中国模式”，向国际上不断地贡献中国司法智慧；合理利用公约机制，控制公约在我国生效时间，基于我国立场对国际条约进行积极解释，尽量消除可能的利益损害，维护我国当事人利益和国家利益。

Cross Border Enforcement of International Settlement Agreements In China: Theoretical Analysis and System Construction

Gao Qi

Abstract: The ratification of the "Singapore Convention" is of great significance to the enforcement of international settlement agreements in China. The problems presented by the traditional enforcement mechanism confirm the value of the direct enforcement mechanism. The enhancement of non-substitutability of commercial mediation and the improvement of the enforcement of settlement agreement are conducive to the improvement of China's business environment. The convention abandons "the Seat of mediation " and highlights the construction from the perspective of enforcement state. It is necessary for our country to set the legal basis for the dual-track system of judicial supervision, to clarify and enrich the criteria for "international" cases, to construct judicial review procedures that meet the requirements of the convention, and to pay attention to the confidentiality of mediation. In addition to the domestic law modification, we can take the international commercial court as the pilot, control the time of ratification, so as to protect the interests of the parties and the state.

Key words: International Commercial Mediation; International Settlement Agreement; Cross Border Enforcement ; Singapore Convention

[50] Olivia Sommerville, Singapore Convention Series – Strategies of China, Japan, Korea and Russia, at http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/16/singapore-convention-series-strategies-of-china-japan-korea-and-russia/ , May. 1, 2020.

查戈斯群岛海洋划界仲裁案管辖权分析

何瑞 上海交通大学法律硕士

摘要：近年来，有关查戈斯群岛的争端屡屡发生，更是在五年内两次启动了《联合国海洋法公约》附件七仲裁程序，继南海仲裁案之后再次引发了国际社会对附件七仲裁的关注和讨论。附件七仲裁属于《公约》中规定的导致有拘束力裁判的强制程序，因其本身的强制性而颇具争议。在查戈斯群岛海洋划界仲裁案中，马尔代夫对特别分庭的管辖权和可受理性提出了五个初步反对意见，毛里求斯对此作出了辩驳，特别分庭对此逐一论证最终得出其具有管辖权的裁决。然而，从查戈斯群岛的主权争端、毛里求斯与马尔代夫的海洋划界争端、特别分庭强制管辖的前置条件三个方面来分析，特别分庭的管辖权实则并无充分的国际法依据。自查戈斯保护区仲裁案和南海仲裁案以来，特别分庭的管辖权遭到国际司法界的广泛质疑，本案仲裁庭的管辖似乎是历史错误地又一次重演，因此分析本案的管辖权具有重大的实践意义。

关键词：查戈斯群岛；管辖权；主权争端；强制仲裁

前言

查戈斯群岛是一片位于印度洋中心的群岛，群岛的主岛是位于南端的迪戈加西亚岛。16 世纪葡萄牙探险家发现查戈斯群岛时还是无人岛。18 世纪末，法国将查戈斯群岛和塞舌尔群岛作为毛里求斯的属地。1814 年，法国根据《巴黎条约》将毛里求斯及其附属地让给英国。据毛里求斯称，在 1814 年至 1965 年期间，英国管理查戈斯群岛作为"毛里求斯殖民地的附属地"。1965 年 11 月 8 日，英国通过了《英属印度洋领土令》，其中规定查戈斯群岛与某些其他岛屿"应共同组成一个单独的殖民地，即英属印度洋领土"。1968 年 3 月 12 日，毛里求斯成为一个独立国家，而英国继续管理查戈斯群岛。1980 年之后，毛里求斯开始主张对查戈斯群岛的主权，而英国坚持查戈斯群岛属于英国领土，双方开始了数十年的主权争端。

2019 年 6 月 18 日，毛里求斯向国际海洋法法庭提起对马尔代夫的仲裁程序，要求划分毛里求斯与马尔代夫关于查戈斯群岛的海洋边界。2019 年 9 月 24 日双方缔结了一项特别协定，将关于划定印度洋海洋边界的争端提交根据《公约》第 15 部分第 2 节将要成立的特别分庭。2019 年 12 月 18 日马尔代夫提出“对特别分庭的管辖权和毛里求斯诉请的可受理性”的五个初步反对意见。2021 年 2 月 28 日，特别分庭作出了《关于管辖权和可受理性问题的裁决》，认为特别分庭对毛里求斯的诉请有可受理性和管辖权，关于特别分庭能在多大程度上行使其管辖权留待之后的案情审理阶段中予以申明。

然而，对于特别分庭的管辖权声明，国际社会并非没有争议。外国学者 Volker Roeben 和 Sava Jankovic 质疑特别分庭实际上将主权作为其他权利的附属性权利的做法，Sarah Thin 认为特别分庭依据国际法院咨询意见来判定英国和毛里求斯之间的主权争端是没有法律约束力的，甚至利益相

关国英国也对特别分庭的裁决不屑一顾，认为其不具有相关性。[1]因此，以下将从查戈斯群岛主权争端、争端的存在、强制管辖的前置条件三个方面具体分析特别分庭的管辖权。

一、陆地主权争端与管辖权

本案中马尔代夫的五个初步反对意见可谓是全面地质疑了特别分庭的管辖权和可受理性，其中第一个和第二个初步反对意见主要涉及英国与毛里求斯关于查戈斯群岛的主权争端对特别分庭的管辖权影响。马尔代夫认为，英国与毛里求斯就查戈斯群岛问题上存在着长期和未解决的主权争端，特别分庭若受理毛里求斯的划界要求，则需要对查戈斯群岛的主权问题作出裁决，然而特别分庭只对有关《公约》的解释和适用的争端享有管辖权，特别分庭对主权争端没有管辖权。除此之外，英国是诉讼中不可或缺的第三方，根据货币黄金原则，在没有不可或缺的一方的情况下，法院不能行使其管辖权。因此，特别分庭不能就毛里求斯和马尔代夫就查戈斯群岛附近海域的划界争端作出裁决。毛里求斯则认为不存在主权争端，查戈斯咨询意见和联合国大会的决议已经确定英国对查戈斯群岛没有主权权利，英国不是本案不可或缺的第三方，特别分庭享有管辖权。

特别分庭指出，争端双方承认案件的“核心前提”是英国与毛里求斯的主权问题是否已经得到解决，双方也同意只有特别分庭承认毛里求斯而不是英国对查戈斯群岛拥有主权，毛里求斯可以被视为与马尔代夫有对立或相邻海岸的国家，毛里求斯的海洋划界主张才能得到受理。对此，英国与毛里求斯是否仍存在主权争端以及特别分庭对主权争端如何认定成为本案管辖权的关键所在。

（一）特别分庭对于主权争端存在与否的认定

2015 年查戈斯保护区仲裁裁决、2019 年查戈斯咨询意见、2019 年联合国大会第 73/295 号决议都曾涉及到英国与毛里求斯的主权争端，成为争端双方的论据，特别分庭也考察了以上司法裁决和政治决定的内容和法律效力。

首先，2015 年查戈斯保护区仲裁案成为马尔代夫认定毛里求斯与英国之间存在主权争端的依据，这正是因为该案的管辖与裁决看似合理明确而实则模棱两可。在查戈斯保护区仲裁案中，在毛里求斯的第一份呈件中，它声称英国无权宣布“海洋保护区”或其他海域，因为他不是《公约》意义上的“沿海国”，仲裁庭以该第一呈件涉及主权为由而拒绝管辖。之后，仲裁庭认定它对毛里求斯的第四份呈件拥有管辖权，并裁决英国在建立围绕查戈斯群岛的 MPA（海洋保护区）时，违反了《公约》第 2 条第 3 款、第 56 条第 2 款和第 194 条第 4 款规定的义务。暂且不论在本案毛里求斯第四份呈件的具体内容是什么，就特别分庭的裁决来看，它指出英国违反《公约》规定的关于沿海国的权利和义务的相关条款，法庭的调查结果无疑是将英国视为管理查戈斯群岛海域的沿海国，虽然仲裁庭的本意可能并非如此。

对此，本案特别分庭的观点是，仲裁庭是在不损害对查戈斯群岛主权问题的情况下，根据英国与毛里求斯在 1965 年订立的《兰卡斯特宫协定》中规定的毛里求斯的权利而作出裁决，《兰卡斯特宫协定》赋予毛里求斯群岛水域的捕鱼权、在群岛内或附近发现的任何矿物或石油的利益权以

[1] https://www.ejiltalk.org/pandemics-procedure-and-participation-hybrid-hearings-in-the-mauritius-maldives-maritime-boundary-dispute/，2021-5-2 visited.

及英国在防御目的不再需要时归还群岛的权利。然而追本溯源，不得不疑惑英国与毛里求斯作出的这些有关海洋权益的协定是基于什么基础权利？从协定的内容来看，主要是英国对查戈斯群岛的主权管辖，以及毛里求斯对查戈斯群岛附近水域的特定海洋权益，这是英国的印度洋海域利益追求与毛里求斯的非殖民化目的之间相互妥协的产物。从《公约》对领海、毗连区、专属经济区和大陆架等海洋制度的规范来看，国家管辖范围内的海洋空间可分为两类：一类是领土主权管辖的海洋空间，这是沿海国主权的延伸，如“领海”即意味着沿海国对该海域拥有类似陆地领土般的主权。另一类是领土主权管辖之外但在沿海国权利管辖之下的海洋空间，诸如专属经济区和大陆架制度。由此可知，“沿海国”一词本身就意味着陆地主权对海洋的涵摄，“陆地统治海洋”原则也是被国际法普遍承认的，在涉主权争端的解决中侧面对主权争端作出倾向性的裁决是本末倒置的。因此，仲裁庭将英国视为“沿海国”实际上承认了英国对查戈斯群岛的主权权利，也与其以涉及主权为由而拒绝管辖毛里求斯的第一呈件相矛盾。

其次，2019 年国际法院的咨询意见成为毛里求斯主张对查戈斯群岛主权的依据。2019 年 2 月 25 日，国际法院就“1965 年查戈斯群岛与毛里求斯分离的后果”发表了咨询意见（以下简称" 查戈斯咨询意见"），意见认为考虑到国际法，毛里求斯的非殖民化进程在 1968 年查戈斯群岛分离后、该国独立时没有合法完成，认为英国有义务尽快结束对查戈斯群岛的管理，所有会员国都有义务与联合国合作，以完成毛里求斯的非殖民化。特别分庭据此对咨询意见的内容和法律效力作出了认定，它认为，国际法院在咨询意见中未明确声明主权问题，但非殖民化与领土主权密切相关，非殖民化在多大程度上可能涉及领土主权取决于每个案件的具体情况，并认为就毛里求斯而言，关于非殖民化的决定必然涉及主权，可以解释为毛里求斯对查戈斯群岛拥有主权。然而，就内容来看，咨询意见未明确声明查戈斯群岛的主权问题，特别分庭是根据非殖民化与领土主权的密切关系而作出推论，认定毛里求斯对查戈斯群岛拥有主权。根据《联合国宪章》第 96 条规定，只有联合国大会、安理会以及联合国大会授权的联合国其他机构和各种专门机构有权请求国际法院发表咨询意见。咨询意见仅仅涉及抽象的和特定领域内的法律问题，而不能在未经国家同意的情况下解决国家间争端。[2]因此就效力来看，国际法院的咨询意见虽具有不可忽视的重要性和权威性，但其本身不具备强制的法律约束力，相关国家或国际机构无必须履行的义务。而且咨询意见直接解决的是毛里求斯的非殖民化问题，对于查戈斯群岛的主权问题没有做出明确的认定，国际法院也无权在未取得英国同意的情况下而解决英国与毛里求斯的主权争端，这有违国家同意原则。除此之外，英国对于国际法院的咨询意见不予认可和执行，这意味着英国和毛里求斯就咨询意见对他们的主权争端的认定仍存在争议。

2019 年 5 月 22 日，联合国大会通过了题为"国际法院关于 1965 年查戈斯群岛与毛里求斯分离的法律后果的咨询意见"的第 73/295 号决议。 在决议中，联合国大会要求大不列颠及北爱尔兰联合王国在通过本决议后不超过六个月内无条件地从查戈斯群岛撤出其殖民管理，从而使毛里求斯能够尽快完成其领土的非殖民化，并呼吁所有会员国与联合国合作，确保毛里求斯尽快完成非殖民

[2] 宋岩:《国家同意原则对国际法院行使咨询管辖权的限制——兼论“查戈斯群岛咨询意见案”的管辖权问题》，《国际法研究》2018 年第 1 期，第 3－13 页。

化。大会也在决议中申明，根据法院的咨询意见，查戈斯群岛是毛里求斯领土不可分割的一部分。联合国大会对于非殖民化问题的确有发言权，大会决议要求英国撤回对查戈斯群岛的主权管辖。然而大会并没有划定查戈斯群岛主权归属和非殖民化之间的关系，查戈斯群岛的主权一直存在争议，这必然会导致主权争端方难以信服和大会决议缺乏执行力。另外，大会决议是在政治层面运作，而不是在法律上具有约束力，而英国也没有在规定期间内对联合国大会的要求采取任何行动，因此，毛里求斯根据大会决议主张对查戈斯群岛的主权似乎缺乏法律拘束力和执行力。

从以上的司法裁决和政治决定来看查戈斯群岛的主权争端，查戈斯保护区仲裁案实际上肯定了英国对查戈斯群岛拥有主权权利，咨询意见和联合国大会的决议作出了有利于毛里求斯的声明，然而其对主权的声明是模糊的，其效力与拘束力也有所欠缺。如果特别分庭强行行使对查戈斯群岛海洋划界仲裁的管辖权，那么其无疑是质疑查戈斯保护区仲裁案的裁决，迎合国际法院的咨询意见和联合国大会的决议，这实际是以三比一的态度表达了对毛里求斯拥有查戈斯群岛主权的认可。然而，这其中每一个裁决或决定都是围绕其各自主题来进行的，并不是以解决主权争端为目的，那么必然不会对主权问题作出全面而细致的调查和考察，但其结果却是以一系列主权附属性争端的解决主导了主权争端。这显然是不公平的，这种不公平也是影响重大的，因为没有什么其他类型的国家间争端比领土主权争端更具根本性。领土是一个国家不可或缺的构成要素，主权是一个国家不可分割的最高权力，领土主权争端不应在缺乏双方同意的情形下作为其他争端的附属性争端被裁决。而特别分庭对于本案的管辖将会助长这种不公正，这也是绕开根本性的主权争端转而解决主权附属性争端的必然后果。

（二）特别分庭对涉主权争端的管辖权

根据《公约》的规定，领土主权问题不涉及《公约》的解释或适用，主权问题也因其敏感性而被写入了强制争端解决的任择性例外。特别分庭也承认，需要确定领土主权问题的争端，不得被视为有关《公约》的解释或适用的争端，特别分庭对于主权争端没有管辖权，其不对主权争端作出裁决，而将审查主权争端的现状。

特别分庭认为，查戈斯保护区仲裁案已经确定了英国与毛里求斯之间存在主权争端，然而其后的国际法院咨询意见以及联合国大会的决议作出了有利于毛里求斯的裁决，因此可解释为毛里求斯拥有对查戈斯群岛的主权。然而，通过以上的分析，我们可以了解到，它们的主题都不是主权争端解决，在内容上从未对主权争端作出明确的认定，在效力上也是缺乏司法拘束力和执行力的。特别分庭对毛里求斯的主权认可主要是根据对国际法院咨询意见的解释和推论，然而这种为确定管辖权而对以往司法裁决的解释和推论的公信力存疑，这种解释和推论也未必与《公约》的解释或适用有关。特别分庭的逻辑实际是领土主权争端是可以通过海洋权益争端或历史性所有权争端得到解决，这是将领土主权置于附属性地位。这与《公约》的逻辑也是不相符的，《公约》出于对主权问题的根本性和敏感性的认可，将主权争端放入了强制争端解决的任择性例外，而特别分庭对查戈斯主权归属的解释和推定无疑是将主权问题纳入了强制仲裁程序，这严重背离了《公

约》起草者的意图和缔约国的意志。[3]

南海仲裁案中仲裁庭也指出，陆地领土的主权问题不得被视为根据《公约》第 288 条第 1 款解释或适用《公约》的争端，然而当时仲裁庭同样没有意识到菲律宾提请仲裁事项的实质是南海部分岛礁的领土主权问题。仲裁庭在裁决中没有认可《中国立场文件》的观点，认为主权争端的存在并不意味着菲律宾所提诉求的性质是主权问题。[4]这说明仲裁庭从未正确地界定主权争端与海洋权益争端之间的关系，没有正确定位争端的性质，本案中特别分庭对南海仲裁案中主权问题的认定的引用可谓是错误的再次重演。国际司法裁决在整个国际社会都具有示范作用，也影响这其他国际司法机构的公信力，因此特别分庭的错误需要及时纠正，否则就是错误的一次次重演以及国际司法公信力的逐渐削弱。

二、争端的存在与管辖权

（一）争端的定义

本案的特别分庭根据第 288 条第 1 款规定，对有关《公约》的解释或适用的任何争端具有管辖权。然而，《公约》对争端的定义和性质也没有明确的界定，导致实践中争端方对争端事实的存在、争端的性质以及争端是否属于法院可受理范围等问题产生激烈的争论。英国学者梅里尔斯（J. G. Marrills）将争端定义为：“一项关于事实、法律或政策方面具体的不同意见，其中一方的诉求或主张被另一方拒绝、反诉或否认”。[5]根据国际社会对争端内涵的权威性定义，并结合国际司法实践，可以认为争端需要满足以下几个条件：首先争端应产生于两个或以上的主体之间，这是争端的主体条件；其次争端的客体是产生于国家各种领域的权利、利益、有关事实或法律的观点等；再者争端的性质应当是一种存在分歧的、对立的或冲突的关系；最后争端应有体现为对立的外在表现形式，通常表现为针对一方提出的观点、利益或权利等，另一方以明确的、积极地态度表示拒绝、否认和对立。

在国际实践中，争端事实的确定一直是和平解决争端的重要前提和阶段，也是国际法庭启动强制程序的基础条件，因此法庭在判断管辖权问题之前首先应当确定诉请的争端是否真实存在。[6]在 1950 年埃塞俄比亚诉南非“西南非洲案”的初步反对判决中，国际法院指出，初步问题的关键首先是申请方与被诉方之间是否存在争端，然后才确定是否需要研究“争端”的性质。[7]

在本案中，马尔代夫认为其与毛里求斯之间不存在海上划界争端，特别分庭缺乏管辖权，双方关于争端的分歧主要体现在争端的客体和争端的外在表现形式两个方面。

（二）争端的客体条件

马尔代夫的论点之一是毛里求斯与英国之间存在着对查戈斯群岛主权的争端，毛里求斯对查戈斯群岛的主权存疑，因此毛里求斯缺乏“主权”这一核心前提，其与马尔代夫之间不构成“在

[3] 张小奕:《毛里求斯诉英国查戈斯仲裁案述评———结合菲律宾诉中国南海仲裁案的最新进展》，《太平洋学报》，2015 年第 12 期，第 23－32 页。

[4] 中国国际法年刊：《南海仲裁案管辖权问题专刊》，法律出版社 2016 年版，第 7 页。

[5] J. G. Merrills: International Dispute Settlement, Cambridge: Cambridge University Press,2011, p. 1.

[6] 李文杰：《<联合国海洋法公约>争端解决强制管辖权研究》北京，法律出版社 2019 年版，第 40 页。

[7] See the South West Africa Case (Africa v. Namibia), Preliminary Objections, Judgement of 21 December 1962, p. 328.

法律或事实问题上的分歧以及在法律观点或利益上的冲突。而毛里求斯争辩道，根据国际法院的咨询意见，毛里求斯与英国之间已经不存在主权争端。因此，双方的争议焦点是英国与毛里求斯是否仍存在主权争端。关于英国与毛里求斯的主权争端，根据第二部分对查戈斯保护区仲裁、国际法院咨询意见以及联合国大会的决议的内容和法律效力的分析，我们了解到，查戈斯保护区仲裁案承认了英国与毛里求斯之间存在主权争端，其后的国际法院咨询意见和联大决议可解释为认可毛里求斯拥有对查戈斯群岛的主权。然而，国际法院的咨询意见也没有强制约束力，国际法院的咨询意见也不能用来解决主权争端，英国对于国际法院咨询意见的相关声明是不认可不接受的，因此认为英国与毛里求斯的主权争端并没有得到权威性的司法解决，并且英国就国际法院咨询意见的效力与毛里求斯仍存在争端。

回归到本案中，毛里求斯诉请特别分庭解决其与马尔代夫就查戈斯群岛海域的划界争端，划界主张则意味着双方都对附近海域有着一定的基础性权利，只是双方的权利范围发生了重叠，因此寻求界定双方的海洋权利边界。那么本案的海洋划界争端无疑是以双方的主权存在为前提，如若没有主权权利，一方的任何划界主张没有基础性权利支撑。正如在“查戈斯群岛海洋保护区案”中，仲裁庭指出：“法庭在判断管辖权问题之前首先应当确定当事方之间就相关诉求是否真实存在原告方所指的争端，而其判断依据并不局限于申请书和答辩状等文书中的观点，尚且包括相关的历史依据等。”[8]在英国与毛里求斯就查戈斯群岛主权争端仍未解决的情形下，毛里求斯对于查戈斯群岛只是可能享有主权权利，而没有确切的主权依据。因此毛里求斯与马尔代夫就查戈斯群岛的海洋边界划分诉求不满足争端的构成要件，毛里求斯与马尔代夫之间不存在可以诉请解决的争端。

（三）争端的表现形式要求

马尔代夫的论点之二是即使不考虑英国和毛里求斯之间的主权争端，毛里求斯对于海洋划界也没有明确的相反的观点，并且这种观点没有明确地表达出来，导致争端没有具体化，特别分庭的管辖权不能落到实处。毛里求斯则认为，至少自 2010 年以来，双方之间就查戈斯群岛附近海域边界存在重合。特别分庭指出，从双方通过的国家立法中可以清楚地看出，它们各自对有关地区专属经济区的主张是重叠的，毛里求斯在这些诉讼中所作的图形陈述进一步说明了这一点。并且毛里求斯于 2011 年 3 月 24 日正式抗议马尔代夫向 CLCS 提交的外交照会，双方显然持相反意见，马尔代夫的主张遭到毛里求斯的积极反对。另外，特别分庭不能接受马尔代夫的论点，即"争端需要就实际海上边界应位于何处产生分歧"。特别分庭认为，海洋划界争端不限于对实际海洋边界位置的分歧，而且可能以各种其他形式和情况出现。因此，特别分庭的结论是，双方在提交《通知》时就划定其海洋边界存在争议。

综合以上对争端的认定，可以认为特别分庭对本案争端的客体条件的判定是没有法律依据的，对争端的表现形式条件的认定似乎是合情合理的，然而构成诉求的争端对于这些基本条件缺一不可，因而就争端事实的认定方面难以认定特别分庭具有管辖权。

三、特别分庭强制管辖权的前置条件

[8] See the case concerning In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration (The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), Award of 18 March 2015, paras. 332, 349, 350.，

一般说来，国际法中的国际争端解决是建立在自由选择争端解决方法的原则和解决争端的强制程序的需要之间的平衡上，《联合国海洋法公约》体系下的争端解决方式也不例外。[9]《公约》第十五部分先后规定了和平解决争端原则、自由选择争端解决方式原则、当争端各方无法通过其选择的方式解决争端时而适用的强制程序以及适用强制程序的限制条款和可选择性例外条款。这些争端解决方式的选择不是任意的，而是有优先序位的，因为在国际争端解决中，双方自由协商和平解决争端具有程序上和结果上的优越性，而第三方介入的强制程序的适用即使是经过慎重选择的却仍可能是充满争议的。因此，为了减少争议提升国际司法的公信力，应严格审查强制程序启动的前置条件，只有在条件充分满足的情况下才予以启动强制程序。

《公约》第 283 条明确规定了“交换意见的义务”作为强制程序启动的前置条件：“1.如果缔约国之间对本公约的解释或适用发生争端，争端各方应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见。2.如果解决这种争端的程序已经终止，而争端仍未得到解决，或已达成解决方法，而情况要求就解决办法的实施方式进行协商时，争端也应迅速着手交换意见。”这意味着“交换意见的义务”起着重要的“过渡”作用，不仅成为协商与其他和平解决争端方式的保障机制，而且是启动强制性程序的“阀门”[10]实际上，无论是第十五部分第一节中“通过自有选择的和平方法解决争端义务”，还是第二节中“导致有拘束力裁判的强制程序”，“交换意见的义务”都有其适用空间，都应先于其他相关义务而履行，因为争端的解决需要先确定解决争端的方法，而交换意见很适时地起到了沟通双方的桥梁作用。[11]

本案中对于《公约》283 条中“交换意见义务”的履行不存在分歧，而对于特别分庭管辖权的其他前置条件产生了争议。马尔代夫的第三个初步反对意见认为，根据《海洋法公约》第 74 条和第 83 条规定，当事各方之间的谈判是管辖权的程序先决条件，而这一先决条件在本案中尚未得到实现。毛里求斯则声称行使特别分庭管辖权的唯一程序先决条件载于第 283 条，即交换意见的义务。毛里求斯的观点明显是难以得到认可的，因为《公约》构建了一个完整的法律规制体系，特别分庭根据《公约》第十五部分行使管辖权，但是管辖的争端内容与性质仍要受到《公约》其他条款的规制，本案中关于专属经济区和大陆架的划分显然要受到相关的实体性条款的制约。正如纳尔逊·尼尔森（M. Nelson）所认为的那样，“整个《海洋法公约》第十五部分第一节规定的目标是确保有关公约解释或适用的争端能够通过和平方法解决，而不是必须由《海洋法公约》争端解决部分的规定来解决”。[12]

《公约》第 74 条第 1 款和第 83 条第 1 款规定，对岸或相邻海岸的国家有义务通过协议划定专属经济区和大陆架。第 2 款规定，如果不能在合理的时间内达成协议，他们有义务诉诸《公约》第十五部分规定的程序。对此，特别分庭认可了《公约》第 74 条第 1 款和第 83 条第 1 款中真诚谈判义务在本案中的适用，同时也申明这项义务并不要求有关国家达成这种协定，因为有关国家可能因各种原因而无法达成协议，诸如在详尽的谈判后不能达成协议，或者因为一个国家拒绝谈判，

[9] See Yoshifumi Tanaka：The international Law of the Sea, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p100- 120.
[10] 马得懿：《<联合国海洋法公约>第 283 条交换意见义务：问题与检视》，载《政治与法律》2018 年第 4 期。
[11] 李文杰：《<联合国海洋法公约>争端解决强制管辖权研究》，北京，法律出版社 2019 年版，第 73-84 页。
[12] L. Dolliver& M. Nelson, “The International Tribunal for the law of the sea: Some Issues”, in the International Tribunal for the law of the sea: Law and Practice, Netherlands: Kluwer Law International, 2001, p. 50.

或者因为一个国家在最初谈判后退出谈判。毛里求斯和马尔代夫相关的外交文件证明，在双方交涉的过程中，马尔代夫多次拒绝讨论和谈判，其理由是毛里求斯不行使对查戈斯群岛的管辖权，因此马尔代夫政府和毛里求斯政府之间就马尔代夫和查戈斯群岛的边界划界问题展开任何讨论是不适当的。特别分庭认为马尔代夫拒绝谈判的行为属于“无法达成协议”的情况，因此《公约》第 74 条第 1 款和第 83 条第 1 款的义务已经履行，诉诸《公约》第 15 部分的程序是合理的。特别分庭对其强制管辖权的前置条件进行了较为准确的分析和认定，因而在本案中前置条件并不阻碍特别分庭行使管辖权。

结语

国际争端解决的司法解决途径具有非常重大的实践意义，然而在国际社会的无政府状态下，国际争端解决的司法途径具有政治导向性、妥协性、松散性等特点，进而得出的司法裁决并不一定体现出公平和正义，所以对于国际司法的管辖权的审查有着重要意义。通过从查戈斯群岛的主权争端、毛里求斯与马尔代夫的海洋划界争端、特别分庭强制管辖的前置条件三个方面来对查戈斯海洋划界仲裁案的管辖权进行分析，得出特别分庭的管辖权并没有事实上和国际法上的依据。正如南海仲裁案一般以强加的管辖权进行强制仲裁，这将导致司法裁决欠缺公正性和执行力，因此本案中特别分庭行使管辖权也是无甚意义的，争端并没有得到解决，争端方对于裁决的不认可不执行无疑也会削弱国际司法的公信力。

国际贸易中“公共道德”措施的泛化与 WTO 法律规制——以中国诉美国 301 关税措施案为例

胡建国，高雨欣[1]

摘 要：WTO 成立尤其是近些年来，部分成员频繁援引“公共道德”例外声称其贸易限制措施的正当性。WTO 体制下“公共道德”措施已出现泛化苗头。美国博彩案以来，WTO 专家组和上诉机构对于被诉成员声称的“公共道德”几乎没有施加任何法律约束。美国对华 301 关税措施案专家组沿袭了类似方法，并且几乎放弃了“旨在”检验。该案专家组虽然在必要性检验的贡献分析阶段中强调争议措施与公共道德保护之间“真正的目的和手段”关系，并据此隐含拒绝了美国提出的“经济压力论”，但也留下了极大隐患：美国 301 关税措施如果设计得当，极有可能根据 WTO“公共道德”例外获得正当性。美国 301 单边措施将有可能根据 WTO“公共道德”例外获得正当性，美国可据此合法采取措施应对美国声称的产业补贴、国有企业等不公平竞争问题，对我影响巨大。中国应从上下文和目的限缩解释等角度明确反对“公共道德”概念的无限拓展，积极利用 WTO 争端解决机制推动于我有利的判理发展。

关键词：“公共道德”措施泛化；WTO 公共道德例外；美国对华 301 关税措施案

WTO 成立尤其是近些年来，部分成员频繁援引“公共道德”例外声称其贸易限制措施的正当性。WTO 体制下“公共道德”措施已出现泛化苗头。美国博彩案以来，WTO 专家组和上诉机构对于被诉成员声称的“公共道德”几乎没有施加任何法律约束。美国对华 301 关税措施案专家组沿袭了类似方法，并且几乎放弃了“旨在”检验。

本文拟结合 WTO 争端解决实践特别是中国诉美国 301 关税措施案专家组裁决[2]，探讨国际贸易中“公共道德”措施的泛化与 WTO 法律规制问题。由于 WTO 的“公共道德”例外规定非常简略，“公共道德”措施泛化的法律规制主要体现为 WTO 专家组和上诉机构在个案中解释和适用《1994 年关税与贸易总协定》（GATT1994）第 20 条（a）项和《服务贸易总协定》（GATS）第 14 条（a）项公共道德例外所形成的判理之中。本文将主要分析如下问题：第一，国际贸易中“公共道德”措施泛化的主要体现；第二，根据公共道德例外检验的主要因素，分析与评论美国 301 关税措施案专家组裁决，特别是提出整体审查方法、淡化“旨在检验”步骤、必要性检验贡献分析“真正的目的与手段”关系等判理发展；第三，根据专家组判理，分析如果美国 301 措施设计得当，能否通过公共道德例外检验；第四，指出专家组裁决的重要影响并提出中国对策。

一、国际贸易中“公共道德”措施泛化的主要表现

国际贸易中的“公共道德”措施，是指 WTO 成员事前基于公共道德理由采取的贸易措施，或

1 胡建国，南开大学法学院副教授；高雨欣，南开大学法学院硕士。

2 Report of the Panel, United States - Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R (hereinafter referred to as “Panel Report, US — Tariff Measures”), circulated on 15 September 2020.

者在 WTO 诉讼过程中事后为其提出“公共道德”抗辩的贸易措施。从国际贸易实践来看，后一情况居多。一项贸易措施是否为名义上的“公共道德”措施，取决于采取措施成员的事前/事后定性。一项贸易措施是否为真正的公共道德措施，取决于 WTO 专家组和上诉机构的认定，但无需根据 WTO 公共道德例外获得正当性。一项贸易措施只要“旨在”保护公共道德，不论其必要性如何，也不论其适用是否符合 GATT1994 第 20 条前言要求，均可被认定为真正的公共道德措施。

国际贸易中“公共道德”措施的泛化，主要表现在两个方面：一是在 WTO 诉讼中通过无限拓展“公共道德”概念的范围援引 GATT1994 第 20 条和 GATS 第 14 条中的公共道德例外。二是将与公共道德没有什么关系的纯粹经济措施伪装成“公共道德”措施，并将 301 单边制裁/霸凌措施伪装成“公共道德”措施。

（一）“公共道德”概念范围的无限拓展

GATS 第 14 条（a）项和 GATT1994 第 20 条（a）项的文本并未界定“公共道德”一词。WTO 专家组和上诉机构将“公共道德”解释为是指“一个群体或一个国家维持或代表的对错行为标准”，并认为公共道德概念的内容和范围可能因 WTO 成员不同而发生变化，受到每一成员价值体系和尺度的影响，公共道德概念的内容也可能随时间和空间发生变化，取决于一系列因素，包括通行的社会、文化、伦理和宗教价值。由于“公共道德”概念的宽泛性质和所涉问题的敏感性质，WTO 专家组和上诉机构对其范围基本没有施加任何法律约束。

从 WTO 争端解决实践来看，专家组和上诉机构无一例外接受了被诉成员声称的公共道德目标。在美国博彩案中，“预防未成年人赌博和保护病态赌徒”被接受为公共道德；在中国出版物与视听产品案中，文化货物中的被禁内容，如暴力或色情内容，以及保护中国文化和传统价值观，被接受为公共道德；在欧共体-海豹产品案中，“动物福利”被接受为公共道德；在哥伦比亚纺织品案中，打击洗钱活动被接受为公共道德；在巴西税费案中，弥合社会数字鸿沟，促进社会包容，被接受为公共道德。美国博彩案、中国出版物与视听产品案中涉及的政策目标被接受为公共道德，争议不太大。[3]欧共体-海豹产品案中的动物福利（并且涉及关注其他成员的动物福利）被接受为公共道德，引发巨大争议：一是可能引发滑坡效应，将对其他成员境内的劳工、人权、环境等问题的关切统统纳入公共道德范畴；二是引发域外管辖担忧。[4] 该案之后，被诉成员日益援引公共道德例外

3 参见黄志雄，WTO 自由贸易与公共道德第一案——安提瓜诉美国网络赌博服务争端评析，《法学评论》2006 年第 2 期；胡建国，安提瓜诉美国赌博案评析，《武大国际法评论》2007 年第 2 期；彭岳，贸易与道德——中美文化产品争端的法律分析，《中国社会科学》2009 年第 2 期；刘勇，论 WTO 体制内公共道德例外规则——兼评中美文化产品市场准入案相关争议，《国际贸易问题》2010 年第 5 期；彭岳，公共道德例外条款适用中相关措施目标合法性研究——基于 WTO 裁决机构回避策略的分析，《法商研究》2012 年第 3 期。

4 参见王燕、张磊，WTO 体制下动物福利措施的非歧视和必要性分析及发展困境—以加拿大诉欧盟《海豹禁令》案为视角，《国际经贸探索》2013 年第 7 期；漆彤，动物福利与自由贸易之辩——评加拿大、挪威诉欧盟禁止海豹产品进口措施案，《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2014 年第 2 期；胡建国，多边贸易体制下的动物福利与土著群体生存利益之辩——WTO 上诉机构欧盟海豹案裁决的启示，《国际法研究》2015 年第 3 期；Rob Howse, Joanna Langille & Katie Sykes, A nimal Welfare, Public Morals and Trade: the WTO Panel Report in EC – Seal Products, Vol.18, No.2, AJIL Insights, January 29, 2014；Rob Howse, Joanna Langille & Katie Sykes, Sealing the Deal: The WTO’s Appellate Body Report in EC – Seal Products, Vol.18, No.12, AJIL Insights, June 4, 2014；Simon Lester, The WTO Seal Products Dispute: A Preview of the Key Legal Issues, Vol.14, No.2, ASIL Insights, January 13, 2010；Gambardella, Maurizio, The EU Ban on Seal Products: Some Customs and WTO Open Questions (December 12, 2009). Global Trade and Customs Journal, No. 4-5, 2010；Peter L. Fitzgerald, “Morality” May Not Be Enough to Justify the EU Seal Products Ban: Animal Welfare Meets International Trade Law, Vol.15, Journal of International Wildlife Law & Policy, 2011；Sykes, Katie, 'Nations Like Unto Yourselves': An Inquiry into the Status of a General Principle of International Law on Animal

处理经济性质的问题。例如，巴西税费案[5]中虽然表面上涉及“弥合数字鸿沟、促进社会包容”这一公共道德，实际上涉及巴西通过本土化政策鼓励国内高新技术的发展。美国 301 关税措施案则进一步将公共道德例外延伸到经济领域的公平竞争问题。

（二）伪装成“公共道德”措施

美国在本案中将纯粹的经济利益/竞争问题伪装成“公共道德”，声称中国所谓的不公平法律、政策和做法侵犯了美国关于“公平竞争和公平参与”的公共道德观念，进而将根据 301 条款单边实施的关税措施伪装成“公共道德”措施。同时，美国依据经济压力论，声称对中国大规模出口产品（特别是第二批 2000 亿美元产品）加征关税是为了迫使中国改变美国声称的不公平法律、政策和做法。这就扩大了公共道德措施的范围，这将 301 单边经济制裁/霸凌措施伪装成“公共道德”措施。

二、WTO 法律规制的第一道门槛：“公共道德”概念不设防

（一）“公共道德”定义

GATT1994 第 20(a)条的文本并未规定“公共道德”一词的定义。专家组认为，“公共道德”一词的通常含义是指与正确和错误行为（比如社会价值观）有关的一套生活习惯，这套生活习惯属于、影响或者涉及一个群体或一个国家。此种理解与过去的专家组不谋而合：他们认为，“公共道德”一词是指“一个群体或一个国家维持或代表的对错行为标准”。在公共道德概念涉及一群人（一个群体或一个国家）的限度内，这一概念的内容和范围可能因 WTO 成员不同而发生变化，受到每一成员价值体系和尺度的影响。过去的 WTO 裁判者们同样指出，对于 WTO 成员来说，公共道德概念的内容可能随时间和空间发生变化，取决于一系列因素，包括通行的社会、文化、伦理和宗教价值。[6]

（二）“公共道德”认定：客观审查与极大尊重

1．客观审查方法

关于认定“公共道德”的方法，专家组认为，尽管专家组必须考虑被诉成员如何描述措施的目标，但专家组不会受到那一定性的约束，而是必须考虑专家组可以获取的所有证据，客观且独立地评估措施的目标。欧共体—海豹产品案专家组以如下方式解释了自己的任务——即认定被控措施是否解决一项公共道德关切：在我们看来，一项措施是否旨在处理公共道德（该项公共道德与一个管理成员所在社会的特殊关切有关）的问题要求评估两个问题：第一，那一社会事实上是否存在相关关切；第二，根据其价值体系和尺度，此种关切是否落入一个管理成员在其领土内“定义和适用”的“公共道德”范围。[7]

2．极大尊重方法

Welfare, 49 Canadian Yearbook of International Law 2011；Robert Howse & Joanna Langille, Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Noninstrumental Moral Values, Vol.37, No.2, The Yale Journa of International Law, 2012；Dorothee Cambou, The Impact of the Ban on Seal Products on the Rights of Indigenous Peoples: A European Issue (October 1, 2013).The Yearbook of Polar Law, Volume 5, Issue 1 (Brill 2013) pp. 389–415.

5 关于巴西税费案与公共道德例外，参见杜明，WTO 框架下公共道德例外条款的泛化解读及其体系性影响，《清华法学》2017 年第 6 期.

6 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.115-116.

7 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.117.

许多第三方对什么能够成为 WTO 成员的一项公共道德政策发表了看法。澳大利亚强调，授予 WTO 成员决定什么构成公共道德的裁量权“并非毫无限制”。新加坡认为，“必须授予各成员一定程度的国内政策空间去定义他们各自的公共道德目标，并考虑到各自的具体文化、宗教和其他方面社会背景”，但这种裁量权受到了旨在检验和必要性检验的限制。关于美国援引的行为标准是否可以抽象地定性为第 20(a)条意义上的“公共道德”，欧盟没有发表看法，但欧盟忆及“授予每一成员界定各自公共道德标准的广泛尊重”。日本声称，每个 WTO 成员可能都有自己的公共道德概念，必须被授予一定程度的政策空间去定义他们自己的公共道德目标。日本还确认，“一个成员的国内刑法为评估什么构成了那一成员的‘公共道德’提供了相关证据。”中国台北警告说，专家组“在审查一个成员援引第 20(a)条时不应采用过于限制性的解释方法。”[8]总体来看，新加坡、欧盟、日本、中国台北均强调遵守 WTO 成员定义各自公共道德目标的国内政策空间或裁量权，只有澳大利亚强调此种裁量权“并非毫无限制”。

本案专家组同意过去的 WTO 裁判者们的看法：“确定特定社会的道德规范的确切内容和范围可能并不容易”。WTO 成员应该拥有一定空间，在各自领土内根据各自的价值体系和尺度自行定义和适用公共道德概念，并拥有确定他们认为适当的保护水平的权利。因此，WTO 成员被授予一定程度的尊重，参照各自社会特定时点通行的价值定义公共道德的范围。但是，援引第 20(a)条抗辩的每一 WTO 成员仍需证明，根据其价值体系，援引的争议政策目标是一项公共道德目标。[9]

3．实施争议措施的法律文件是否需要提及公共道德

关于“公共道德”的认定，本案涉及的一个争议问题是，实施争议措施的法律文件是否需要明确提及公共道德？中国认为，争议措施没有提及公共道德，这证明争议措施并不具有公共道德目标。美国认为，为了根据第 20(a)条具有正当性，一项措施不需要明确提及公共道德；但无论如何，争议措施“明确提及落入美国‘公共道德’范围内的一个目标——也就是消除《301 节报告》记载的不公平贸易法律、政策和做法”。第三方巴西认为，“虽然明确提到公共道德目标很重要，”但专家组应该“评估措施本身的内容、结构和预期运行”，从而确定该项措施是否旨在保护公共道德。第三方欧盟也注意到，“为了识别措施的真正目标，规定争议措施的法律文本或其法律史是否提及援引的公共道德，虽然不起决定性作用，但却具有直接相关性。”本案专家组认为，为使一项措施落入第 20(a)条公共道德例外的范围，实施争议措施的法律文件不必明确提及一项公共政策目标。专家组同意过去的 WTO 裁判者们的看法：在评估争议措施的设计、内容、结构和预期运行之后，并未明确提及“公共道德”的争议措施仍可能被认定与公共道德有关。[10]因此，实施争议措施的法律文件无需提及公共道德，被诉成员可在 WTO 诉讼中声称特定公共政策目标是“公共道德”。

4．“公共道德”能否包括经济关切？

关于美国声称的公共政策目标是否是“公共道德”，争端方存在不同看法。美国声称，争议措施保护第 20(a)条意义上的“公共道德”，因为采取这些措施是为了“消除那些违背美国对错标准的行为，也就是中国的不公平贸易法律、政策和做法”。美国认为，中国法律、政策和做法违背了美国

8 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.130.
9 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.131.
10 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.120-7.126.

的“对错标准”，特别是禁止盗窃、敲诈、网络窃取和网络黑客、经济间谍和盗用商业秘密、反竞争行为，以及规制政府接管财产。[11]美国声称，《301 节报告》记录的中国行为违背了反映在美国国内立法中的通行“美国对错标准”。作为证据，美国提及许多国内法律，包括：（1）州和联邦法律，根据这些法律，“盗窃”行为被普遍视为刑事犯罪；（2）普遍禁止敲诈勒索的美国法律；（3）将网络盗窃和网络黑客行为定为刑事犯罪的美国法律；（4） 将经济间谍活动和盗用商业秘密（包括通过“贿赂”或“勒索”)定为刑事犯罪的美国法律；（5） 针对反竞争行为的美国法律（特别是禁止垄断行为和将垄断行为定为犯罪的法律），这些法律反映出“公平竞争和公平参与的根本观念，违反这些法律将会被美国视为“对‘维护我们的民主政治和社会机构’的威胁”；（6）美国专利法；以及（7）关于合同和侵权行为的美国法律；（8）关于财产以及政府接管财产的民事和刑事法律。美国解释说，其中一些法律文件背后的经济关切涉及公平竞争和公平参与观念；美国并不仅仅将不公平竞争做法视为有害于商业和创新，而且也将其视为对维护美国民主政治和社会制度的一种威胁。美国还解释说，美国“基于国家对错观念对行为施加限制，从而确保市场导向的结果”。在美国看来，中国“运用胁迫和欺骗手段窃取或以其他方式不恰当地从美国公司那里获取知识产权、商业秘密、技术和商业机密信息，目的是让中国公司处于有利地位并实现中国的产业政策目标”。美国认为，这些与知识产权和技术转让有关的法律、政策和做法违反了美国的这些对错标准，因此牵涉到第 20(a)条意义上的美国公共道德。[12]

中国反对将美国关切定性为第 20(a)条意义上的“公共道德”，美国未能证明存在一个有效的“公共道德”目标。美国提及公共道德“仅仅是试图事后证明一项纯粹经济目标的正当性”，并且争议措施的目标不是为了保护公共道德，而是为了减少中国对美国的出口并解决美国贸易赤字问题。[13]中国不同意美国提及其国内法律文件。中国认为，“一个成员将某些行为规定为犯罪的事实，本身不会成为证明一项公共道德目标的充分证据”。中国还认为，美国并没有证明，美国提及的每一国内法律体现了声称的涉及中国争议做法的公共道德。[14]

争端方讨论了第 20 条各项例外特别是第 20(a)条中的公共道德概念，是否能够包括经济关切。中国主张，美国声称的公共道德目标“从法律上讲并未落入第 20(a)条的范围”，这是因为第 20(a)条的范围局限于非经济关切，“第 20 条并不涵盖贸易自由化领域的利益”，第 20(a)条中的“公共道德”一词并不包括经济政策关切。“对所谓‘不公平行为’的关切（包括不尊重公平竞争和创新）”并不构成一个公共道德问题；第 20（a）条也不允许 WTO 成员“通过将第 20 (a)条解释为包括所谓的‘不公平’贸易来规避他们的 WTO 义务，许多涵盖协定处理‘不公平’贸易这一主题”。美国则认为，第 20(a)条中的公共道德概念可以涉及经济关切；“公共道德”一词不能被理解为排除任何经济性质的关切。在美国看来，一项措施可能具有道德和经济特征，“某些类型的行为之所以不道德，就是因为此种行为导致的经济损害”。[15]

专家组认为，双方在这方面的分歧是双重的：首先，双方对第 20 条规定的各项例外是否可以

11 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.113.
12 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.127-7.128.
13 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.114.
14 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.129.
15 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.132-7.134.

涉及经济利益和关切有不同看法；第二，双方对“公共道德”一词是否可以包括经济关切（特别涉及不公平竞争的关切）有不同看法。关于第一点，专家组注意到，第 20 条中的许多子条款提及保护直接或间接涉及明显经济维度的利益，包括黄金或白银进出口（第 20(c)条）、保护知识产权（第 20(d)条）、价格稳定努力（第 20(i)条））和短缺产品(第 20(j)条)。关于第二点，公共道德目标往往具有不可分割的经济因素。例如，过去的专家组认识到，针对洗钱、弥合数字鸿沟或促进社会包容、预防欺诈的措施是与公共道德有关的措施。在专家组看来，即使一项措施具有经济因素，该项措施仍可能被认定为追求一项公共道德目标。此外，追求非经济关切往往可能导致采取具有经济影响的措施——例如，为了防止健康风险而限制进口具有明显的经济影响并直接影响贸易。[16]

专家组注意到，美国提及的许多国内法律文件反映出美国通行的“对错标准”，宣布《301 节报告》记录的某些（尽管不是全部）中国行为是不合法的。在这方面，过去的 WTO 裁判者们强调，在根据各自社会特定时点通行的各种价值界定公共道德的范围方面，必须赋予 WTO 各成员一定程度的尊重。专家组还注意到，大多数第三方确认，在定义各自公共道德标准方面，应当给予 WTO 成员广泛尊重。此外，某些第三方对本案争议的具体类型的法律、政策和做法发表了看法。在日本看来，“任何国家都不应要求或逼迫外国公司向国内公司转让技术。”中国台北“与美国有相同的关切，相信专家组考虑这些问题是重要的”。专家组注意到也某些第三方和中国表达的关切：授予 WTO 成员根据各自社会的不同价值定义“公共道德”的范围的裁量权“并不是毫无限制的”，第 20(a)条“不允许 WTO 成员通过将第 20(a)条解释为包括所谓的‘不公平’贸易来规避他们的 WTO 义务”。专家组再次确认自己的看法：在本争端中，只有对第 20(a)条各个要素采取整体方法，才能允许专家组在援引第 20(a)条例外的权利与其他 WTO 成员根据 GATT 实体性规则所享有的权利之间达致必要的平衡。[17]专家组强调，在专家组分析的这一阶段，专家组正在考虑美国援引的公共道德目标问题，而非根据第 20 条需要回答的此类公共道德与本案被控措施的关系这一更深层次的问题。在这一背景下，专家组得出结论，GATT1994 第 20（a）条意义上的“公共道德”一词至少在概念层面能够（could, at least at a conceptual level）涵盖美国援引的“对错标准”（包括打击盗窃、盗用和不正当竞争的规范）。[18]

总体来看，专家组虽然认为 GATT1994 第 20 条及（a）项能够涵盖经济性质的政策目标，但在本案中做出了持有一定保留态度（使用“至少在概念层面能够”）的认定。

（三）“公共道德”几乎囊括任何公共政策

从过去的 WTO 争端解决实践来看，WTO 专家组或上诉机构从未质疑被诉方声称的“公共道德”。过去的 WTO 裁判者们认定下列政策涉及公共道德：预防未成年人赌博和保护病态赌徒（美国博彩案）；限制文化货物中的被禁内容，如暴力或色情内容，以及保护中国文化和传统价值观（中国出版物和视听产品案）；保护动物福利（欧共体海豹产品案）；打击洗钱活动（哥伦比亚纺织品案）；或者弥合社会数字鸿沟，促进社会包容（巴西税费案）。在本案中，“公共道德”概念延伸到经济关切，涵盖美国诸多法律所体现的打击盗窃、窃取规范，特别是延伸到公平竞争领域。

16 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.135-7.137.
17 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.138-7.139.
18 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.140.

根据美国且被专家组接受的看法，公平竞争和公平参与是美国的公共道德。

本案专家组裁决将会带来深远影响：公共道德例外可被用于当前争议巨大的产业政策、国有企业、补贴等引发不公平竞争的问题。因此，美欧等其他 WTO 成员除继续运用反倾销、反补贴措施应对我国所谓的不公平法律、政策和做法外，未来亦可利用直接对我出口产品采取贸易限制措施，只要包装成“公共道德”措施即可。

WTO 专家组和上诉机构对“公共道德”概念的不设防有可能给多边贸易体制带来巨大的滑坡风险。欧盟海豹案是 WTO 上诉机构认为动物福利属于公共道德问题的第一案。那么未来公共道德例外条款是否会适用于其他需要保护动物福利的情况，例如用动物进行科学实验或者在围栏和笼子里饲养动物呢?进一步讲，如果我们同意在我们的价值观体系中，人权要比动物福利更重要，那么国际承认的人权标准和人权规范当然也被公共道德一词所涵盖。[19]如果任何公共政策都可被称为“公共道德”，那么只要措施设计得当，任何贸易限制措施将会根据公共道德例外得到豁免，这将瓦解多边贸易体制。

“公共道德”概念的不设防与其反映出人们的“道德关切”有关。理论上说，一国或社群可以关注国际、国内的任何事务[20]，并可将此种关切称之为公共道德。一般来说，一国或社群关注国内事务将其视为公共道德，不会引发太大问题。但若关注其他国家的事务，将可能与其他国家对相同事务的看法发生冲突。例如，欧盟民众关注加拿大领土内发生的非人性猎杀海豹（动物福利关切成为公共道德），就与加拿大土著居民对非人性猎杀海豹的看法（仅仅视为生活传统）不同。又如，美国在对华 301 关税措施案中声称的所谓中国不公平法律、政策和做法，恰恰被中国认为是公平的。对于此类观念冲突，首要原则尊重其他国家的法律、政策和做法，不得通过单边措施予以回应。如果所涉法律、政策和做法有损本国利益，应通过谈判或者正式争端解决机制化解分歧。

三、WTO 法律规制的第二道门槛：淡化“旨在检验”

（一）整体审查方法的提出与“旨在检验”的淡化

关于一项贸易限制措施能否根据 GATT1994 第 20 条（a）项公共道德例外获得临时正当性，WTO 专家组和上诉机构通常依次审查下列因素：是否存在被诉成员声称的“公共道德”；争议措施是否旨在（is designed to）保护声称的“公共道德”（基于（a）项中的“to protect”）一词；争议措施对于保护声称的“公共道德”是否必要。[21]本案专家组强调第 20 条（a）项分析的整体性质。专家组认为，第 20(a)条分析是一项“整体性工作”（holistic exercise），涉及“总体评估”（overall assessment）美国是否已经证明，被控措施对于保护美国援引的公共道德是必要的。此种“总体评估”将会基于专家组对第 20（a）条每一因素的解释并将其适用于本案具体事实。运用这一“整体办法”（holistic approach），在就美国是否已经证明 WTO 不符措施对于保护其援引的公共道德是必要的这一问题得出自己的“最终结论”（ultimate conclusion）之前，专家组将会一并（together）分析（a）项的各项要素和要求。专家组在完成“整个分析”（entire analysis）之前将会克制得出任何

19 据此可将公共道德措施分为内向型与外向型措施。参见杜明：WTO 框架下公共道德例外条款的泛化解读及其体系性影响，载《清华法学》2017 年第 6 期。

20 据此可将公共道德措施分为内向型与外向型措施。参见杜明：WTO 框架下公共道德例外条款的泛化解读及其体系性影响，载《清华法学》2017 年第 6 期。

21 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.109-110.

中间结论。只有此种“整体方法”才能保证不会挫败第 20(a)条的性质和宗旨。专家组将会依次评估：（i）美国是否提出了 GATT1994 第 20(a)条意义上的一项公共道德目标；（ii）这些措施是否旨在保护美国援引的公共道德目标；（3）这些措施对于保护这一目标是否是必要的。此种分析的每一步骤将会允许我们继续评估，以便就被控措施对于保护 GATT1994 第 20(a)条意义上的公共道德是否必要得出一种“总体结论”。[22]

关于“旨在检验”（design test），争端双方和第三方存在较大分歧。首先，关于是否需要进行“旨在”检验，中国似乎认为存在此种要求[23]，但美国认为第 20 (a)条并未包含证明一项措施“旨在”保护公共道德的任何文本要求。[24]巴西、日本和新加坡邀请专家组遵循过去的 WTO 裁判者们使用的方法，即通过调查措施的设计（包括措施的内容、结构和预期运行）确定措施与公共道德保护之间的关系。[25]

其次，关于“旨在”检验的法律标准，上诉机构在过去的案件中认为，“保护公共道德”片语要求裁决者审查“争议措施设计，包括其内容、结构和预期运行”，以便确保该项措施“并非不能”（not incapable of）保护公共道德。遵循这一办法，如果专家组认定，一项措施不能保护被诉成员认为是公共道德的价值，则该项措施与保护公共道德没有关系，不能满足“旨在”步骤的要求。另一方面，如果专家组认定该项措施“并非不能保护公共道德，这就表明该项措施与保护公共道德之间存在联系，满足了旨在检验的要求。[26]但中国质疑上诉机构提出的法律标准（“并非不能”）是否“恰当地基于”GATT1994 第 20(a)条文本。[27]

最后，关于本案争议措施是否“旨在”保护美国援引的公共道德，争端方和第三方也存在较大分歧。美国认为，“美国争议措施与保护公共道德的目标之间存在明确联系”，并且争议措施满足第 20(a)条的“旨在”要求。美国辩称，争议措施并非“不能”解决《301 节报告》记录的法律、政策和做法，因为：（i）美国采取争议措施的“明确目标是消除《301 节报告》记载的不公平贸易法律、政策和做法”；（ii）争议措施的“结构旨在针对得益于中国不公平和不道德技术转让政策的特定类型的货物”；（iii）争议措施“提醒美国消费者和购买者注意中国许多贸易货物背后的不公平和不道德做法，告知美国消费者和购买者此类做法是不可接受的”；以及（iv）相同措施“提高了中国将会招致的经济成本——只要中国维持《301 节报告》记载的不公平贸易法律、政策和做法”。美国措施因此会消除中国继续从事已被认定不道德的行为的动机，因此在第 20(a)条意义上满足了最低限度的“旨在”保护公共道德这一门槛要求。[28]中国认为，争议措施并非旨在保护公共道德，主要是因为它们并不旨在适用于“包含冒犯美国公共道德的内容或行为的商品”；争议措施“落脚于经济关切，并不旨在让美国公共道德免受包含冒犯性内容或者具有冒犯性行为的进口商品的影响”。中国主张，为使一项措施与公共道德目标有足够的联系，以便根据第 20(a)条具有临时正当性，该项措施必须旨在适用于包含冒犯道德行为或内容的产品。争议措施不能保护公共道德，因为“没有

22 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.111-112.
23 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.149.
24 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.142, 7.149.
25 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.144.
26 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.145.
27 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.148-149.
28 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.142, 7.147.

证据表明，美国征收的额外进口关税旨在适用于包含冒犯美国公共道德的内容或行为的商品”。“即使‘保护公共道德’片语要求争议措施‘并非不能’保护公共道德，美国措施也不能保护公共道德”。[29]欧盟看法与中国类似，认为这些措施似乎并不旨在保护公共道德，因为它们“似乎并不寻求明确限制冒犯美国公共道德的中国货物进入美国领土”；第 20(a)条要求措施打算防止的公共道德风险要么直接体现在货物内容上，要么体现在获得或生产货物的方法上。[30]

本案专家组认为，每个案件都必须根据其本身的案情进行评估。旨在检验是一个初级步骤，目的是协助和启发关于一项措施是否根据第 20(a)条具有临时正当性的下一步分析。有时情况是，一般意义上适用这一检验不一定提供有用的信息启发此类下一步分析。在本案中，专家组并不认为，“旨在检验”（如果存在的话）是一种需要进行的轻松任务。话虽如此，专家组并不相信，征收额外关税在绝对意义上总是不能保护公共道德或者从来不能保护公共道德。在本案背景下，专家组发现很难在任何一般意义上评估争议措施是否“旨在”保护公共道德；专家组因此并不相信，此类旨在检验的中间步骤对其分析是有帮助的。只有进一步深入分析措施的必要性，措施的更详细设计因素以及对措施的后续理解才会变得清晰起来。在这方面，专家组同意上诉机构的看法：专家组不得以导致自己过早终止调查并因此排除考虑“必要性”分析的关键方面的方式安排自己的“旨在”步骤分析。[31]专家组强调，自己偏向于运用整体方法确定争议措施是否在第 20(a)条意义上“对于保护公共道德是必要的”。在进行这一整体分析的过程中，专家组认为，受到附加关税约束的产品与美国援引的公共道德目标之间是否存在一种适当联系，涉及评估被接受为对于保护公共道德是必要的贸易限制性措施与不可接受的贸易限制性措施之间的界线或平衡。由于这一原因，专家组将在必要性分析背景下处理双方（以及第三方）涉及受到附加关税约束的产品与美国援引的公共道德目标之间关系的主张。因此，专家组将会继续整体审查被控措施，以便根据第 20（a）条确定这些措施对于保护援引的公共道德目标是否必要。[32]

（二）专家组淡化“旨在检验”的原因分析

从关于“旨在检验”的裁决来看，本案专家组有意淡化（甚至怀疑[33]）“旨在检验”审查步骤。专家组认为“旨在检验”的目的是协助和启发关于一项措施是否根据第 20(a)条具有临时正当性的下一步分析。基于此，专家组认为，一般意义上适用“旨在”检验有时不一定能够提供有用的信息启发此类下一步分析；具体到本案，专家组发现很难在任何一般意义上评估争议措施是否“旨在”保护公共道德，此类旨在检验的中间步骤对专家组分析没有帮助。只有进一步深入分析措施的必要性，措施的更详细设计因素以及对措施的后续理解才会变得清晰起来。专家组因此认为，“旨在检验”并不是一项需要进行的轻松任务。

专家组淡化“旨在检验”的主要原因可能包括：第一，关于 GATT1994 第 20(a)条是否存在“旨在检验”要求以及上诉机构提出的“并非不能”法律标准，争端双方都质疑没有文本依据。专家组通过淡化“旨在检验”回避了这两个法律问题。第二，“旨在检验”可能引发巨大争议。

29 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.143, 7.148, 7.149.
30 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.144.
31 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.150-151.
32 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.152-153.
33 专家组使用措词“如果存在的话”（“if there is one”）。

“旨在检验”或者说“为了保护（to protect）”审查，本质上是探求争议措施的意图或动机。从争端解决实践来看，尽管可以通过客观审查一项措施的设计（包括内容、结构和预期运行）来识别其意图（例如 GATT1994 第 3.2 条第二句背景下审查争议措施是否“为了保护国内生产”，以及第 20 条（a）项项下的“为了保护”公共道德），但并非总是容易审查或者避免争论。第三，争议措施与公共道德保护目标之间的联系，包括争议措施是否“旨在”保护公共道德，均可以在必要性检验步骤下进行更为深入细致的分析。从本案来看，争端双方的核心分歧之一是美国提出的“经济压力论”（特别是针对并未直接引发美国公共道德关切的那些产品加征关税），中国据此认为争议措施与公共道德保护无关，美国则认为通过施加经济压力可以保护公共道德。专家组成功地避免在“旨在检验”环节回答这一问题[34]，这可能会引发巨大争议；相反，专家组通过在必要性检验的贡献分析环节引入“真实的目的与手段关系”标准，认为争议措施必须针对引发美国公共道德关切的那些中国法律、政策和做法所涉及的产品，间接拒绝了美国提出的“经济压力论”。

我们认为，专家组淡化“旨在检验”的方法有一定的可取之处。从 WTO 争端解决实践来看，“旨在检验”对贸易限制措施实践的法律约束非常有限，几乎所有争议措施都通过了这一检验。与必要性检验相比，“旨在检验”初步审查了争议措施与公共道德保护之间的关系，重点在争议措施的意图方面。鉴于审查争议措施意图可能引发争议，鉴于“旨在检验”施加的法律约束非常有限，鉴于必要性分析将会更为细致深入地审查争议措施与公共道德保护之间的关系，淡化“旨在检验”有一定的可取之处。但是，如果很容易明确认定争议措施并不旨在保护公共道德，也可据此停止下一步审查，节约司法资源。

四、WTO 法律规制的第三道门槛：必要性检验

（一）所追求的政策目标的重要性

美国在本案中认为，争议措施追求至关重要的（vitally important）目标，即维护美国反对盗窃和胁迫的规范；这些价值“对美国社会和美国经济的运行极其重要（of tremendous importance）。”中国并未质疑这一点。专家组认为，应该尊重 WTO 成员根据各自价值体系和尺度定义它们在各自社会希望保护的公共道德的范围。关于如何审查“公共道德”，之前的 WTO 裁判者们着重于审查受保护的社会利益，“而不是假定，由于其具有‘公共道德’目标的地位，本身至关重要或者最为重要”。例如，在美国赌博案中，专家组审查了争议措施保护的利益和价值，认定这些利益和价值“服务于非常重要的社会利益，可以被定性为‘至关重要和最为重要’”。在欧共体-海豹产品案中，专家组注意到欧盟的主张，即保护动物的具体道德关切在欧盟被视为具有高度重要性的一种价值。该案专家组因此认定，“保护此种公共道德关切确实是一种重要的价值或利益。”专家组“注意到”，在本案背景下，美国援引的公共道德目标反映出美国描述为高度重要（highly important）的社会利益。[35]

从尊重 WTO 成员主权的角度看，专家组仅能对被诉成员声称的公共道德进行非常有限的客观

34 专家组采取了两头都不得罪的方法：专家组一方面认为，征收额外关税在绝对意义上并非总是不能保护公共道德或者从来不能保护公共道德。另一方面又认为，很难在任何一般意义上评估争议措施是否“旨在”保护公共道德，此类旨在检验的中间步骤对其分析没有帮助。

35 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.167-169.

审查——案涉公共道德是否真实存在，应当高度尊重被诉成员声称的公共道德及其重要性认定。此种高度尊重 WTO 成员主权的公共道德认定方法极易导致被诉成员的滥用，特别是鉴于被诉成员无需在实施争议措施的法律文件中事前提及争议措施旨在保护的公共道德，只需要在 WTO 诉讼中指出案涉公共道德即可。本案专家组得出结论的措词（“注意到”、“反映出”、“美国描述为”）似乎表明了专家组的矛盾心态：几乎全盘接受美国定性，但有所保留。专家组没有接受美国对其公共道德重要性的定位（“至关重要”、“极其重要”），而是使用了“高度重要”一词。无论如何，初步必要性检验的第一个要素几乎不能对被诉成员滥用“公共道德”例外施加任何有效法律控制。

（二）被控措施对贸易的限制性影响

关于 301 关税措施对贸易的限制性影响，美国认为争议措施没有过度限制贸易，因为它们“没有禁止进口任何中国产品，只是要求征收温和水平的关税，并且…经过校准，以便消除《301 节报告》记载的行为”。中国则认为，争议措施严重限制贸易，因为它们“基本上延伸到来自中国的所有进口产品，并且导致税率比约束税率高了 25%”，这“已经通过提高价格降低了中国进口产品在美国市场上与国内生产产品和没有受制于进口附加关税的第三国进口产品展开竞争的能力。”专家组认为，争议措施不是一项进口禁令，而是对从中国进口的种类繁多的产品征收附加关税。虽然“关税对国际贸易的限制性低于进口禁令或具有禁令效果的措施”，但“同样对国际贸易具有明显影响，因为关税降低了相关产品的市场竞争力。”专家组注意到，特别是考虑到面临附加关税的中国进口产品种类繁多，这些措施对国际贸易有重大影响（significant effects）。[36]

一般来说，关税的贸易限制性影响低于配额等数量限制。但是，由于本案 301 关税涵盖价值 2340 亿美元并且税率高达 25%，其对中美贸易具有重大影响。在考虑一项措施的贸易限制性影响时，定性与定量分析同样重要。

（三）美国援引的措施对实现其所追求的公共道德目标的贡献

1．贡献分析：“真正的目的与手段关系”标准

WTO 专家组和上诉机构一贯认为，“如果所追求的目标与争议措施之间存在真正的目的与手段关系（genuine relationship of ends and means）”，就存在贡献。因此，通过评估被控措施在多大程度上“适合（apt to）”促进所追求的目标，他们认定被控措施做出的贡献水平。这种评估可以是定量的，也可以是定性的。专家组通常享有一定的裁量权去设计所使用的适当方法和决定如何安排或组织自己的分析。本案专家组因此将集中认定美国援引的公共道德目标与争议措施之间是否存在真正的目的和手段的关系。[37]

2．“公共道德”措施是否必须针对冒犯道德的产品

关于“公共道德”措施是否必须针对冒犯道德的产品，争端方与第三方都存在较大分歧。美国认为：第一，争议措施对保护美国公共道德之目标“做出了实质性贡献”，因为它们提高了中国做法的成本，降低了中国继续从事相关做法的动机，降低了美国行为体从事类似行为的动机。第二，中国在美国采取争议措施之后与美国展开谈判，以解决《301 节报告》记载的关切。第三，第 20(a) 条文本并不要求受制于争议措施的产品与 WTO 被诉成员援引的“公共道德”目标之间存在直接相

36 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.170-171.
37 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.175.

关性或直接“体现”，因为“第 20(a)条提及‘保护公共道德目标所必需’的措施 ，而不是保护源自冒犯道德产品的公共道德可能必要的措施”。“一项措施对于保护公共道德可能是必要的，并不需要限于本身冒犯公共道德的产品”。[38]中国认为，不能将第 20（a）条解释为允许针对并未冒犯道德的产品。此种解释“从条约解释来看是错误的，没有得到相关判理的支持，将会设置一种危险的先例”。 “如果一项措施基于体现冒犯道德内容或行为之外的理由针对产品，该项措施与执行保护公共道德的政策之间没有真正的关系”。欧盟似乎同意中国的看法，“对非常巨大范围的产品增加关税而不论相关进口产品本身是否明显对公共道德产生了威胁”，将会使争议措施与美国所追求的公共政策目标之间的关系太过“过于间接”。[39]

专家组认为，没有必要抽象地解决争端方关于上述问题的争论。专家组将会把调查的重点放在设法识别美国选定的措施 (对大范围产品征收附加关税)与美国公共道德关切之间的联系。专家组认为，第 20(a)条的范围本质上是有限的。即使出于论证目的假定需要根据第 20（a）条获得正当性的一项措施并不需要仅仅适用于被认为体现了冒犯道德行为的产品，应诉方仍然需要证明，通过证实相关联系，其所选定的措施（对中国大范围产品的附加关税）适于促进保护公共道德关切；此类措施并未超过第 20（a）条意义上的必要性。[40]总体来看，专家组区分了针对冒犯道德的产品与针对其他产品的措施，并且似乎倾向于严格控制针对并非冒犯道德的产品的“公共道德”措施。

3．关于清单一产品附加关税和清单二产品附加关税的贡献分析结论

在本案中，美国针对 340 亿美元中国出口产品加征关税称为清单一产品附加关税，针对 2000 亿美元中国出口产品加征关税称为清单二附加关税。专家组在审理过程中还考察了产品排除程序。经过审查，专家组认定如下：

关于对清单一产品征收附加关税，美国没有充分解释，面临附加关税的产品与美国所援引的公共道德目标之间为何存在着真正的目的与手段关系。关于最初缩小清单一产品的范围或者针对清单一产品附加关税涵盖的特定产品采用排除程序，前述结论也适用。

关于对清单二产品征收附加关税，美国清楚地表示，美国征收这些附加关税是因为中国“明确表示”将不会改变自己的政策，并且是为了回应中国在美国对清单一产品征收附加关税之后也对美国采取的措施。专家组并不认为，对清单二产品征收附加关税对实现美国所援引的公共道德目标的贡献能够“来自”对清单一产品征收附加关税的（潜在）贡献。美国也没有提供任何其他证据或解释，证明对清单二产品征收附加关税的措施与美国所援引的公共道德目标之间存在真正的目的与手段关系。[41]

（四）“权衡和平衡”三大因素后关于必要性的初步结论

专家组认定，美国援引的公共道德目标反映了美国国内看似高度重要的（appear to be highly important）社会利益和价值，并且争议措施对国际贸易具有重大影响。但美国没能提供解释，证明争议措施如何有助于美国所援引的公共道德目标。更具体地说，美国没能证明争议措施与美国所追求的公共道德目标之间存在真正的目的与手段关系。因此，在权衡与平衡了三大要素之后，专

38 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.176-177.
39 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.177.
40 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.177.
41 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.182-227.

家组基于争议措施与公共道德目标之间没有真正的目的与手段关系，认定美国 301 关税措施没有通过必要性检验。[42]

需要进一步探讨的问题是，如果美国 301 关税措施设计得当，例如 301 关税措施明确仅仅针对引发美国公共道德关切的中国法律、政策或做法所涉及的产品，是否会通过必要性检验？答案可能是肯定。首先，如果美国 301 关税措施设计得当，将在 301 关税措施与公共道德保护目标之间建立真正的目的与手段关系。其次，如果美国 301 关税措施的目标确定为确保公平竞争（即通过加征 301 关税抵消中国产品通过美国声称的中国不公平法律、政策或做法获得的竞争优势），而不是迫使中国政府放弃或改变相关法律、政策或做法（经济压力论已被专家组事实上否定），美国 301 关税措施将会做出（甚至百分百的）实质性贡献。特别是，争议措施的贸易限制性与争议措施旨在解决的问题存在一一对应关系。最后，综合平衡必要性检验的三大要素，美国 301 关税措施很有可能通过第 20 条（a）项必要性检验。

（五）与合理可用的替代措施之比较

在评估一项被控措施在第 20(a)条、第 20(b)条或第 20(d)条意义上是否“必要”时，过去的 WTO 裁判者们一贯审查是否存在合理可用的替代措施。由于中国认为争议措施既不涉及公共道德，又不是旨在处理公共道德的，并且肯定不是必要的，中国没有提出任何替代措施，也不要求专家组审查替代措施。[43]美国提及美国过去“通过对话、警告、参与多边会议及双边机制”努力解决对中国政策和做法的关切，但事实证明，这些先前的努力没有一项被证明是持久有效的，这进一步表明了争议措施的必要性。[44]换言之，美国将“对话、警告、参与多边会议和双边机制”视为替代性措施。由于中国拒绝提出合理可用的替代措施，由于专家组已经初步认定美国没有解释其所选择的措施如何适合有助于美国所援引的公共道德目标，专家组认为不需要继续与合理可用的替代措施进行比较。[45]

（六）关于必要性检验的总体结论

在整体评估了当前争端中的所有证据之后，专家组认定，美国没能提供解释，证明对选定进口产品征收附加关税如何有助于实现美国所援引的公共道德目标。因此，美国没有充分解释，美国所选择的措施为何对于保护这种公共道德是必要的。[46]

专家组指出，GATT1994 第 20 条的性质和目的——允许 WTO 成员为了保护各自的公共道德而采取原本与 WTO 不符的措施——无法与下列情况协调起来：仅仅援引抽象意义上可能被视为 GATT1994 第 20 条意义上的一项有效政策目标，就允许 WTO 成员限制任何 WTO 成员的任何贸易。根据第 20(a)条具有正当性的限制性措施的范围，取决于所援引的公共道德目标以及争议措施对于实现这一目标是必要的要求。换言之，被控措施与争议政策目标所保护的利益之间必须存在一种联系。就第 20(a)条而言，该项要求具化为“保护公共道德所必需”一词。这一点在第 20(a)条背景下尤其重要，因为“公共道德”是一个可能基于 WTO 单个成员特有考量的宽泛概念。需要根据与

42 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.228-231.
43 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.232-234.
44 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.235.
45 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.236.
46 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.238.

所依赖的第 20 条特定子条款和被控措施有关的事实，仔细审查所援引的第 20 条每一项抗辩。第20(a)条的文本本身限制了允许 WTO 成员依赖的措施的范围。为了落入第 20（a）条的有限范围，争议措施需要涉及公共道德。此外，被控措施对于实现援引的公共道德目标必须是“必要的”。换言之，如果 WTO 成员不能通过证明争议措施与公共道德目标之间存在着真正的“目的与手段”关系，解释被控措施是如何有助于实现其所追求的公共道德目标，这就强烈表明，该项被控措施已经超出了根据 GATT1994 第 20(a)条可以接受的限制。[47]

通过提出争议措施与公共道德目标之间必须存在真正的“目的与手段关系”，通过强调在抽象意义上援引一项公共道德目标不会允许 WTO 成员限制任何其他成员的任何贸易，专家组实际上明确拒绝了美国提出的“经济压力论”。专家组此项裁决具有重要意义，能够将 WTO 成员为了解决特定公共道德关切而采取的措施限制在必要性的范围内，即贸易措施至少必须针对引发公共道德关切的产品，有效拒绝了通过施加经济压力迫使其他成员改变法律、政策和做法的单边主义和霸凌主义，有助于控制国际贸易中的权力因素，并以此促进了国际经贸法治化进程。

专家组前述裁决也划定了 301 条款与公共道德例外之间的关系：美国可以通过 301 调查识别引发美国公共道德关切的其他国家法律、政策或做法及其涉及的产品，也可以通过采取符合公共道德例外的贸易措施解决问题，但不得通过单边贸易制裁解决问题。

五、WTO 法律规制的第四道门槛：措施适用要求

（一）“公共道德”措施的适用要求

GATT1994 第 20 条序言规定：“如果此类措施不在条件相同的国家间构成任意或不正当的歧视的手段，或者不会构成伪装的国际贸易限制，则本协议中的任何内容不得被解释为阻止任何缔约方采取或执行如下措施：……”序言因此对“公共道德”措施的适用方式施加了三项不同的要求：不得在条件相同的国家构成任意歧视的手段，不得在条件相同国家间构成不正当歧视的手段，不得构成伪装的国际贸易限制。从 WTO 争端解决实践来看，部分援引公共道德例外的案件（美国博彩案、欧盟海豹产品案）可以通过 GATT1994 第 20 条（a）项必要性检验，但无法通过第 20 条序言检验。

（二）美国 301 关税措施是否符合前言要求

关于美国 301 关税措施的适用是否符合 GATT1994 第 20 条序言要求，美国在本案中主张：第一，美国适用争议措施的方式没有构成“伪装的国际贸易限制”，因为美国“没有采取任何步骤来掩盖采取争议措施的理由”。第二，美国适用争议措施的方式没有构成“任意或不正当的歧视”，因为美国采取争议措施之前行为的“谨慎性质”，因为美国“已经解释了采取争议措施的理由和正当性”。第三，美国适用争议措施的方式没有违背第 20 条前言，因为“没有任何其他政府正在进行中国所采取类型和程度的强制技术转让政策和做法”。[48]中国提出三条反驳意见。第一，争议措施不能根据第 20(a)条获得临时正当性，因此“根本没有必要继续评估争议措施是否符合那一条款前言规定的条件”。第二，在假设论证的基础上，争议措施未能满足前言的要求，因为“美国措施与涵盖产品之间缺乏合理联系，反映出美国措施的真实的胁迫意图”，而且“禁止不适当胁迫行为与前

47 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.236-237.
48 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.239.

言的有限功能直接相关”。第三，争议措施“以公共道德措施为幌子限制了国际贸易”，“只不过是伪装的国际贸易限制”。[49]专家组认为，对于已经认定不能根据 20 条各个子条款获得临时正当性的争议措施，过去的 WTO 裁判者们传统上克制评估这些措施与前言的相符性。由于专家组认定美国没有证明争议措施可以根据 GATT1994 第 20 条（a）项公共道德例外获得临时正当性，专家组认为没有必要继续审查争议措施是否符合第 20 条序言的各项要求。[50]

值得探讨的问题是，如果美国 301 关税措施设计得当并通过了必要性检验，是否能够通过第 20 条序言检验？特别是，在美国仅对中国启动 301 调查的情况下，是否存在第 20 条序言提及的“条件相同国家”？

六、“公共道德”措施泛化的重要影响与中国对策

（一）“公共道德”措施泛化的重要影响

DS543 认定“公共道德”的方法留下了极大隐患：如前分析的，如果美国 301 关税措施设计得当，即仅仅针对引发美国公共道德关切的所谓中国不公平法律、政策和做法所涵盖的产品，极有可能根据 GATT1994 第 20 条（a）项公共道德例外获得正当性。这将允许美国对华进行 301 调查（针对违反美国公平竞争与公平参与观念的中国法律、政策和做法，例如产业政策、国有企业、补贴等等），并合法单边采取 301 关税措施予以回应（在实施措施的法律文件中事前或者在 WTO 诉讼中事后声称为了保护美国公共道德即可）。在应对中国所谓的非市场经济政策和做法方面，美国将在反倾销和反补贴工具之外增加公共道德措施手段。这将对中国利益带来巨大负面影响。

公平竞争等问题应由 WTO 成员通过贸易谈判加以解决，通过公共道德措施予以解决似乎侵犯了其他成员的国家主权。实际上，违反 WTO 规则的任何措施（例如提高关税、最惠国待遇和国民待遇歧视、数量限制、违反 GATS 和 TRIPS 规则等等），都可被称为侵犯了美国所谓的公平竞争道德观念，美国因此完全可以绕开 WTO 多边贸易体制，直接进行 301 调查并采取单边 301 措施，主张这些措施是为了保护美国的公共道德。如果每个成员都这么做，WTO 多边贸易体制将土崩瓦解。

（二）中国对策

1．明确反对国际贸易法中“公共道德”概念的无限扩展

本文分析表明，DS543 专家组裁决将会导致：（1）美国借助“公共道德”措施处理所谓的不公平竞争、强制技术转让、产业政策等经贸问题；（2）美国可为对华 301 调查和关税制裁找到“公共道德”借口；（3）可能瓦解 WTO 多边贸易体制。造成前述局面的关键原因在于“公共道德”概念的无限扩展和 WTO 裁决机构的不设防。中国应该明确反对“公共道德”概念的无限扩展，可提出的主要理由包括：第一，上下文限缩解释。文本解释导致非常宽泛的“公共道德”概念。但“公共道德”一词出现的上下文表明，应当适当压缩“公共道德”概念的范围，至少应该排除 GATT • 1994 第 20 条其他子条款所涉及的公共政策目标。第二，目的限缩解释。“公共道德”概念的解释和适用应当在贸易自由化与真正的“公共道德”保护之间保持适当平衡，在“公共道德”概念中纳入经济关切可能会导致滥用公共道德例外。值得注意的是，中国在 DS543 诉讼中主张 GATT1994 第 20 条特别是（a）项不包括经济关切，但未被专家组接受。第三，应对一个 WTO 成

49 See Panel Report, US — Tariff Measures, para. 7.240.
50 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.241-242.

员关切另一成员的国内事项并将其定性为公共道德持有非常谨慎的态度，应当尊重其他 WTO 成员关于本国特定事项的看法。如一个成员的相关事项具有外溢效应，受影响成员应当通过磋商或诉诸 WTO 争端解决机制解决，或者在 WTO 框架下达成新的贸易规则。

关于在公共道德例外项下评估受保护社会利益的重要性，定性为“公共道德”不应自动赋予被诉成员声称的社会利益高度重要性。应当透过被诉成员定性的“公共道德”（本案中为“公平竞争和公平参与”）发现真正的受保护利益（本案就是经济利益）。公共道德例外项下涉及的经济利益（前提是允许考虑经济利益）与贸易自由化利益并无位阶之分。

2．适时提起上诉推动与我有利的判理发展

在上诉机构已经停摆的情况下，为了避免 DSB 通过专家组报告并据此使之成为对美国具有法律约束力的裁决，美国已于 2020 年 10 月 26 日对专家组报告提起了上诉，但没有指出上诉的法律问题。[51]我国目前没有提起上诉。一旦上诉机构恢复运行，我国应该对专家组部分裁决提起上诉，特别是关于“公共道德”观念的范围以及本案所涉利益的重要性判断。虽然公共道德及其重要性认定非常棘手，但并非无法审查。实际上，专家组在就这两个问题得出相关结论时采取了有一定保留态度的表述。[52]

参考文献

[1]黄志雄：WTO 自由贸易与公共道德第一案——安提瓜诉美国网络赌博服务争端评析，《法学评论》2006 年第 2 期。

[2]胡建国：安提瓜诉美国赌博案评析，《武大国际法评论》2007 年第 2 期。

[3]彭 岳：贸易与道德——中美文化产品争端的法律分析，《中国社会科学》2009 年第 2 期。

[4]刘 勇：论 WTO 体制内公共道德例外规则——兼评中美文化产品市场准入案相关争议，《国际贸易问题》2010 年第 5 期。

[5]彭 岳：公共道德例外条款适用中相关措施目标合法性研究——基于 WTO 裁决机构回避策略的分析，《法商研究》2012 年第 3 期。

[6]徐 莉：论 WTO“公共道德例外”条款下之“域外管辖”，《法学杂志》2012 年第 1 期。

[7] 王燕，张磊：WTO 体制下动物福利措施的非歧视和必要性分析及发展困境—以加拿大诉欧盟《海豹禁令》案为视角，《国际经贸探索》2013 年第 7 期。

[8]漆 彤：动物福利与自由贸易之辩——评加拿大、挪威诉欧盟禁止海豹产品进口措施案，《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2014 年第 2 期。

[9]胡建国：多边贸易体制下的动物福利与土著群体生存利益之辩——WTO 上诉机构欧盟海豹案裁决的启示，《国际法研究》2015 年第 3 期。

[10]杜 明：WTO 框架下公共道德例外条款的泛化解读及其体系性影响，《清华法学》2017 年第 6 期。

[11]孙南翔：互联网规制适用 WTO 公共道德与秩序例外问题研究，《国外社会科学前沿》2019 年第 6 期。

51 See WT/DS543/10, 27 October 2020.

52 See Panel Report, US — Tariff Measures, paras. 7.140, 7.169.

[12] Rob Howse, Joanna Langille & Katie Sykes, A nimal Welfare, Public Morals and Trade: the WTO Panel Report in EC – Seal Products, Vol.18, No.2, AJIL Insights, January 29, 2014.

[13] Rob Howse, Joanna Langille & Katie Sykes, Sealing the Deal: The WTO's Appellate Body Report in EC – Seal Products, Vol.18, No.12, AJIL Insights, June 4, 2014.

[14] Marie Wilke, The litmus test: Non-trade interests and WTO law after Seals, 8 BIORES 7, 2 September 2014.

[15] Pieter Leenknegt, What will the EU do with Seals? 8 BIORES 7, 2 September 2014.

[16] Levy, Philip I. and Regan, Donald H., EC – Seal Products: Seals and Sensibilities (TBT Aspects of the Panel and Appellate Body Reports) (December 2014). Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. 2014/108. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2535213 orhttp://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2535213.

[17] Simon Lester, The WTO Seal Products Dispute: A Preview of the Key Legal Issues, Vol.14, No.2, ASIL Insights, January 13, 2010.

[18] Gambardella, Maurizio, The EU Ban on Seal Products: Some Customs and WTO Open Questions (December 12, 2009). Global Trade and Customs Journal, No. 4-5, 2010. Available at SSRN:http://ssrn.com/abstract=1543834.

[19] Peter L. Fitzgerald, "Morality" May Not Be Enough to Justify the EU Seal Products Ban: Animal Welfare Meets International Trade Law, Vol.15, Journal of International Wildlife Law & Policy, 2011.

[20] Sykes, Katie, 'Nations Like Unto Yourselves': An Inquiry into the Status of a General Principle of International Law on Animal Welfare, 49 Canadian Yearbook of International Law 2011. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2221897.

[21] Robert Howse & Joanna Langille, Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Noninstrumental Moral Values, Vol.37, No.2, The Yale Journa of International Law, 2012.

[22] Dorothee Cambou, The Impact of the Ban on Seal Products on the Rights of Indigenous Peoples: A European Issue (October 1, 2013).The Yearbook of Polar Law, Volume 5, Issue 1 (Brill 2013) pp. 389–415. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2378738.

《新加坡公约》背景下国际投资争端调解机制的发展与完善路径——兼评中国的选择

华雨婷* 吕哲芸**

摘要：随着《新加坡公约》在联合国大会的通过，国际商事调解当事人所达成的和解协议的可执行性得到了规定。同时，这也为投资争端解决调解机制的创新提供了参考，运用调解方式解决国际投资争端引起广泛讨论。如何准确理解公约，并将其与国内法衔接，最终落实和解协议的执行仍需思考。另外，投资仲裁与调解的关系、调解中的透明度、以及当事方调解意愿欠缺等问题，对调解机制能否真正在投资争端解决中发挥作用有着巨大的影响。在我国已签署《新加坡公约》的背景下，本文通过对国际投资争端调解机制的研究，探索该公约带来的影响，并探讨我国可采的路径选择。

关键词：《新加坡公约》；国际投资争端解决；调解

解决国际商事争议的主要方式包括诉讼、仲裁与调解。诉讼与仲裁是较为常见的法律解决方式，具备对抗性与正式性。近年来，替代性争端解决方式（Alternative Dispute Resolution, ADR）更多地进入公众视野，指诉讼外解决方式。目前狭义上的 ADR 包括谈判、调解、调停等，[1]以自愿性、非对抗性为特点。在国际层面上，对于法院所在国作为判决执行依据的协议，或对仲裁裁决的执行协议，已分别有《承认与执行外国民商事判决公约》、《海牙选择法院公约》和《承认和执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)等加以规范。2018 年《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（以下简称《新加坡公约》或《公约》）的通过与生效，为调解和解协议的执行提供了国际法依据。调解作为一种灵活的争端解决方式，在国际投资争议的解决中，也或将受到当事人的青睐，得到更有效的运用。

本文首先分析《新加坡公约》的相关条款内容，接着分析国际投资争端调解机制的条约规则及其发展。第三部分通过梳理实践案例，分析适用调解机制解决国际投资争端的利弊。第四部分反思《新加坡公约》对国际投资争端解决调解机制带来的影响和调解机制可采的规则完善路径，以及我国对此可采的选择。最后做以总结。

一、《新加坡公约》的相关条款分析

对于国际投资争议的解决，当事人大多选择仲裁方式。其优势在于仲裁裁决可以根据《纽约公约》得到其他国家公权力机关的承认与执行。虽然调解以其灵活性著称，但其完全自愿性和非正式性导致了当事人达成的和解协议的执行没有保障。因此国际商界普遍期望建立一种类似于《纽约公约》的针对和解协议的跨国承认与执行的机制。

联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）历时 4 年拟定了《新加坡公约》文本，并经联合国大会于 2018 年 12 月审议通过。[2]《公约》已于 2020 年 9 月生效。值得注意的是，我国已经签署，

* 西北政法大学国际法学院、丝绸之路区域合作与发展法律研究院，讲师。

[1] 漆彤：《投资争议处理体系的三大构成》，载《社会科学辑刊》，2018 年第 4 期。

[2] 《新加坡调解公约将生效 为国际贸易保驾护航》，http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4131/2020/0422/1255466/content_1255466.htm，2021 年 2 月 7 日访问。

但尚未批准该《公约》。《公约》开创性地建立了一个直接执行经调解产生的国际商事和解协议的机制。它不仅大大增加了对国际商事争议采用调解方式的机会，也为投资争议解决的制度改革提供了有价值的参考。

《公约》文本简约，包含序言和正文十六条。接下来，笔者将从适用范围、一般原则、执行和解协议的要求，以及拒绝执行的理由等方面对《公约》的相关条款进行分析。

（一）适用范围

《公约》适用于具有“国际性”的商事和解协议。对于“国际性”的含义，根据《公约》第 1 条，“和解协议至少有两方当事人在不同缔约方设有营业地；或和解协议各方当事人设有营业地的国家不同于：(i)和解协议所规定的相当一部分义务（a substantial part of the obligations）的履行地所在国，或(ii)与和解协议所涉事项具有最密切联系的国家”。[3]可见，在判定“国际性”上，除了采取“营业地”标准外，还有《公约》所规定的这些连结因素，有利于扩大适用范围。随着国际经贸不断发展，跨国企业也越来越多，符合“国际性”条件显然更加容易。[4]

《公约》规定，“公约适用于因商事调解所达成的和解协议的救济”，然而并未界定“商事”的定义，没有明确规定“商事”是否包含“投资”。有学者考察了《公约》起草过程中的谈判者意图，认为《公约》中“商事”的含义，应与《公约》附件二，即 UNCITRAL2018 年修订的《调解示范法》中的规定相一致。[5] 鉴此，可对“商事”一词进行广泛解释，以涵盖所有具有商业性质关系所引起的争端，包括投资。[6]

此外，不同于《纽约公约》赋予了缔约国做出互惠保留[7]与商事保留[8]的权利，[9]《新加坡公约》没有设置互惠保留。《公约》第 8 条规定了当事人明示保留和政府机构保留。[10]这意味着，如果缔约方根据该条款明确做出“商事保留”，那么《新加坡公约》将不适用于东道国政府与外国私人投资者之间就投资争议达成的和解协议。

（二）一般原则

《公约》第 3 条是“一般原则”条款：1. 本公约每一缔约方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。2. 如果就发生争议的事项，一方当事人声称已由和解协议解决了，那么公约的缔约方应允许该当事人按照本国程序规则并根据本公约规定的条件援用和解协议，以证明该事项已得到解决。据此，缔约方承担两项基本义务。这两种方式都可以通过援引《公约》，从而“使用”和解协议（也称 reliance on settlement agreements）。

该条规定了缔约国的核心义务。在《公约》的起草阶段，UNCITRAL 第二工作组认为应当鼓

[3] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 1 条第 1 款。
[4] 杨秉勋：《〈新加坡调解公约〉与我国调解制度的新发展》，载《人民调解》2020 年第 1 期。
[5] 参见《联合国贸易法委员会国际调解和调解产生的国际和解协议示范法》，转引自漆彤、范晓宇：《国际投资争端调解机制的发展与制度困境》，载《中南大学学报(社会科学版)》2020 年第 5 期。
[6] 同上。
[7] 互惠保留指加入时声明，只承认和执行在缔约国领土内做出的仲裁裁决。
[8] 商事保留指加入时声明，只承认和执行商事仲裁裁决。
[9] 温先涛：《〈新加坡公约〉与中国商事调解——与〈纽约公约〉〈选择法院协议公约〉相比较》，载《中国法律评论》2019 年第 1 期。
[10] 参见：《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》，第 8.1(a)条，该条规定：“公约当事方可声明：（a）对于其为一方当事人的和解协议，或者对于任何政府机构或者代表政府机构行事的任何人为一方当事人的和解协议，在声明规定的限度内，本公约不适用。”

励便捷、迅速地执行和解协议。但同时也认识到在各国不同的法律制度以及国内程序和技术的影响下，这种快速执行的方法并不容易以统一立法的方式来协调。[11] 针对和解协议采取直接执行机制还是审查机制的问题，工作组认为：考虑到复审机制可能会导致双重执行确认书，而这将有悖于文书的目的——即提供一种高效、简易的执行机制；此外，在被请求执行地的法院可以对执行提出任何抗辩，因而使得在来源国的任何复审都成为多余；因此，文书提供的机制应当使和解协议的当事人能够（在执行地）要求直接执行，而不要求在和解协议的来源国对和解协议进行复审。[12]

（三）执行和解协议的要求

对于和解协议的执行条件，《公约》要求当事人出具签署和解协议，并显示和解协议产生于调解的证据。[13]这里对申请救济的证据要求，各国在实践上存在不少差异，体现了全球调解的多样性。[14]例如《公约》没有规定调解员的资格问题，规定了只要是该有权主管机关认可的其他证据都可以接受。这也显示了《公约》着重（调解）实质而轻其形式的特色。《公约》第 4 条还规定，如果一方将符合公约规定的国际和解协议向缔约方的法院（或任何其他“主管当局”）请求救济（relief），那么法院必须“迅速采取行动”。[15]《公约》在这里的用语为“救济”（“relief”），这就比“执行”（“enforcement”）的用语范围要更宽，包括了申请执行和解协议以及援引和解协议的情形。[16]

（四）拒绝执行的理由

对于一方当事人提起的执行（和解协议）申请，法院无权就协议的形式或内容进行实质性的审查或附加其它要求，除非法院发现有第 5 条所列举的理由之一时，它方可拒绝执行。[17]这种“直接执行机制”是《公约》的一个亮点。一方面，《公约》规定的这种直接执行机制简单高效，优势明显，具有合理性。[18]但另一方面，这也会引起《公约》与缔约国的法律冲突的问题。以我国为例，承认或司法确认是在中国执行外国法院判决、仲裁裁决或和解协议的前提。[19]换言之，和解协议的执行在我国须经过法院的合法性审查，这就带来了我国在批准《公约》过程中所面临的将国内法律与《公约》相协调的问题。

《公约》对拒绝准予救济的理由采取了穷尽式列举，包括六种当事人可举证的情形和两种执行主管机关可认定的情形。具体而言，包括当事人无行为能力、调解员严重违反相关准则、和解协议存在缺陷、准予救济有悖和解协议条款、争议事项无法以调解方式解决，以及和解协议中的

[11] Note by the Secretariat，Settlement of Commercial Disputes: Enforceability of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Conciliation /Mediation，A /CN.9 /WG.II /WP.187, para. 15.
[12] Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its sixty-third session (Vienna, 7-11 September 2015), A/CN.9/861, para. 84.
[13] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 4 条第 1 款。
[14] 蔡伟：《从〈新加坡调解公约〉看我国商事调解的改革》，2020 年中国国际经济法学会年会暨学术研讨会论文集，上海，2020 年 10 月，第 5 页。
[15] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 4 条第 2 款。
[16] UNCITAL, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-Sixth Session (New-York, 6-10 February 2017), U.N. Doc.A/CN.9/901, para57.
[17] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 5 条（Grounds for refusing to grant relief）。
[18] 孙巍：《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》，法律出版社 2018 年版，第 27 页。
[19] 参见《最高人民法院 2009 年公布的关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干问题》，第 12 条。

义务已经履行或不明确等情形。[20]《公约》对调解员规则和披露义务的相关规定彰显了对于调解员公正性的着重强调，提示应注重调解员队伍建设。[21] 诚然，调解员对于平衡当事人地位至关重要，其资质和行为都是需要关注的。调解员规则的建立可以确保调解协议达到某种最低限度的正义门槛，防止任何一方防止遭受严重剥削或不公平待遇。[22]

综上所述，《新加坡公约》文本简约，内涵丰富，为和解协议的跨国执行提供了国际法依据，具有重大进步之处。同时，《公约》的规则也为投资争端解决的制度改革提供了有价值的参考。正如上文所述，如果《新加坡公约》的缔约方未提出“商事保留”，那么外国私人投资者和东道国政府之间的“投资调解”就有适用该《公约》的空间。下文将从条约文本的角度，梳理国际投资争端解决机制的规则及其改革发展。

二、国际投资争端调解机制的条约规则及其发展

历史上看，调解是解决争端的最古老形式之一，在大多数亚洲国家中也普遍适用。[23] 相较于其他争端解决方式，调解具有灵活、成本较低、协商环境友好、有利于维护当事人双方长远关系等优势，常作为一种必要补充和替代性方法规定在投资协定中。特别是近年来，关于国际投资争端调解机制的条约规则出现了一系列改革与新发展。

（一）UNCITRAL 第三工作组的改革方案

联合国贸易法委员会（UNCITRAL）专门设立第三工作组，负责投资者—国家争议解决（Investor-State Dispute Settlement, ISDS）的改革，包括研究投资争端的调解方式。投资仲裁因为耗时过长和费用昂贵而成为了投资争议方沉重的负担，因而在 ISDS 改革中出于对费用和时间问题的考量，2018 年 UNCITRAL 在韩国的区域会议讨论时认为当事人可以选择时间短、费用低的调解来解决争议。[24]到 2020 年香港会议讨论时，UNCITRAL 第三工作组也一直对投资调解持积极肯定的态度，尽管注意到在实践中投资调解较少被采用，但仍然认为其是 ISDS 改革中一种可供选择的方法。[25]

（二）IBA 调解规则

国际律师协会（International Bar Association, IBA）于 2012 年公布的由其国家调解小组委员会制定的《国际律师协会关于投资者—东道国之间的调解规则》（IBA Rules for Investor-State Mediation，以下简称《IBA 调解规则》），代表了 ISDS 中调解使用合法化的重要依据。[26] 虽然这一文件没有法律拘束力，但它的适用范围广泛，不仅适用于“直接由投资引起的法律纠纷”，而且还

[20] 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 5 条。
[21] 赵平：《论多元化纠纷解决机制下的〈新加坡调解公约〉》，载《经贸法律评论》2019 年第 6 期。
[22] Ellen Waldman and Lola Akin Ojelabi, “Mediators and Substantive Justice: A View from Rawls' Original Position”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 30 (2016), p. 418.
[23] Sompong Sucharitkul, “Mediation and Conciliation as Alternative Means of Settling International Disputes”, *GCU Law Digital Commons*, 2001-11, p. 15.
[24] 联合国国际贸易法委员会：《投资人与国家间争议解决制度的可能改革：秘书处的说明》（A/CN.9/WG.III/WP.149）, 第 60 段.
[25] See UNCITRAL Working Group III Virtual Pre-Intersessional Meeting, The Use of Mediation in ISDS, 9 Nov. 2020, Hong Kong SAR, China.
[26] Nancy Welsh and Andrea Schneider, “The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 18 (2013), p. 71, p. 83.

涵盖“与投资有关但尚未达到争议级别”的纠纷和“分歧”。[27]另外，依据该规则，调解程序可以在任何时候启动；若任何一方在第一次程序会议后撤回，可以终止调解。此外，当事人在调解员的选择上拥有很大的自主权，且调解员只能应当事人要求提出建议。虽然该文件没有法律拘束力，但不能否认的是，在投资争端不断增加以及投资仲裁备受批评的情况下，这一规则为投资争端解决提供了更加精细的规定，使得调解在实践中更易于操作。[28] 简言之，《IBA 调解规则》提供了一种可选择的投资争议解决方式。

（三）ICSID 调解规则

从国际投资争端解决的多边公约角度，投资调解这一方式主要是根据国际投资争端解决中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes，简称 ICSID）的调解规则进行的。1966 年生效的《解决国家和他国国民之间投资争端公约》（简称《华盛顿公约》）规定了调解制度。作为可以和投资仲裁并列的替代性争端解决方式之一，投资调解依然有其明显的特征。例如 ICSID 规则下的调解是一种非正式的，以及完全依赖当事人自愿的争端解决方式。调解协议的达成也完全由当事人决定，而调解员并无决定权。[29]

随着实践发展，政府和学术界的许多评论员认为现有的投资者与国家之间的纠纷机制可以从调解（和解）中受益。[30] 近年来 ICSID 所规定的程序性规则也一直处于改革之中。例如，2011 年，ICSID 开始单独设立调解员名册并且任命专业调解员，以应对专业调解员缺失的问题；2016 年，ICSID 修订了其现有的调解规则并设计了一套更加灵活的新的附加便利调解规则；2018 年，在传统的调解（公约用语“Conciliation”）制度之外又新设置了“调解规则”（公约用语“Mediation Rules”），新规则适用于所有的投资者与国家争议的当事人，并不考虑投资者国籍是否为 ICSID 公约成员国。[31] 改革后的调解规则是一种自愿、灵活和无拘束力的程序，可以单独进行，也可以和仲裁并列进行。特别有意义的是，如果争议双方根据 ICSID 公约在仲裁期间达成了和解协议，那么根据 ICSID 仲裁规则第 43（2）条的规定，和解协议可以体现在仲裁裁决中，这意味着可根据 ICSID 公约的执行机制予以执行。此外，新规则对调解员的选任以及调解程序等都做了细致的规定。

ICSID 新的调解规则响应了当事人根据 ICSID 规则解决投资争议的需求，而各国也越来越多地考虑在新签订的投资条约中规定调解程序。

（四）晚近投资协定中的调解条款

晚近国际投资条约的发展过程中，缔约国开始重视投资争端调解，并在相关国际投资条约中对调解加以规定。目前，越来越多的国际投资条约在其中的 ISDS 机制中加入调解，充分发挥调解在投资争端解决中的作用已逐步达成共识。[32] 但是，应当注意到，一些条约没有对投资调解进行明

[27] Frauke Nitschke, “The IBA’s Investor–State Mediation Rules and the ICSID Dispute Settlement Framework”, *ICSID Review*, Vol. 29, No. 1 (2014), p. 126.
[28] 陶立峰：《投资者与国家争端解决机制的变革发展及中国的选择》，载《当代法学》2019 年第 6 期。
[29] See Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 221.
[30] Jack J. Coe Jr., “Book Review: Lucy Reed, Jan Paulsson, and Nigel Blackaby, Guide to ICSID Arbitration (2d ed., 2011)”, *Arbitration Law Review*, 4 158 (2012), p. 168.
[31] See ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules WORKING PAPER # 3 Vol_1 (August 2019), VIII (Conciliation Rules) and XI (Mediation Rules) (August 2, 2019).
[32] 张皎、李传龙、郑淑琴：《中欧投资协定投资者与国家争端解决条款设计——基于条款价值的考量》，载《欧洲研究》2020 年第 2 期。

确具体的规定，而是把投资调解与其他争端解决方法等放在一起进行规定，并且没有说明如何进行调解以及争端解决方法适用的先后顺序问题。[33]

我国与其他国家所签署的多数双边投资条约中均含有投资调解条款。例如，2011 年中国与乌兹别克斯坦签署的《投资促进与相互保护条约》的第 12 条、2013 年中国与坦桑尼亚签署的《投资促进与相互保护条约》的第 13 条就是对调解的相关规定。2018 年，中国国际经济贸易仲裁委员会发布了《〈CEPA 投资协议〉投资争端调解规则》，专门处理香港、澳门地区投资者与我国内地行政部门之间的投资争议。[34]

欧盟 2017 年有关调解的指令指出，欧盟的目标是在尊重有效补救和公正审判的基础上，充分挖掘调解等友好解决争端方法的潜力。[35]欧盟与其他国家签订的投资协定中体现了这一精神。2017 年 9 月临时生效的《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》（Comprehensive Economic And Trade Agreement Between Canada And The European Union, CETA），用全新的投资法院机制取代了投资仲裁机制。[36]一方面，回应了公众对传统机制的质疑；另一方面，也体现了欧盟对传统欧式投资协定的超越。[37]CETA 设计了磋商程序(CETA 第 8. 19 条) 和调解程序(CETA 第 8.20 条、附件 29-C 调解程序) ，规定可以在任何时候友好解决争议，鼓励争端的早期解决。[38]CETA 还对诸如调解的暂时可用性，调解员的任命、行为和时间限制等关键问题做了规定。[39]欧盟在随后签订的《欧盟新加坡自由贸易协定》（EU-Singapore Free Trade Agreement, EUSFTA）和《欧盟越南自由贸易协定》（EU - Vietnam Free Trade Agreement, EVFTA）中也规定了《调解员行为准则》[40]和投资者—国家调解规则。[41]此外，《欧盟越南投资保护协定》(EU-Vietnam Investment Protection Agreement, EVIPA) 和《欧盟新加坡投资保护协定》（EU-Singapore Investment Protection Agreement, EUSIPA）在各自关于投资保护的章节中纳入了特定于投资的调解机制，与 CETA 附件 29-C 中规定的一般调解规则相比，提供了一种更可行的独立程序来管理投资者与国家之间的调解。

2016 年 6 月 30 日，能源宪章大会（Energy Charter Conference）通过了《投资调解指南》（Guide on Investment Mediation），对调解的概念、调解程序、调解规则与机构的作用、选择调解人等作了说明，鼓励《能源宪章条约》的缔约方在争端的任何阶段自愿采用调解作为投资争议的解决方式，以促进争议的友好解决。并且鼓励缔约方依据可适用的法律和国内程序，促进其与外

[33] Anna Joubin-Bret, “Investor-State Mediation (ISM): A Comparison of Recent Treaties and Rules”, Arthur W. Rovine (ed), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2014*, Leiden: Brill–Nijhoff, 2015, pp.154-155.
[34] 费秀艳：《我国国际商事调解制度的法律构建》，2020 年中国国际经济法学会年会暨学术研讨会论文集，上海，2020 年 10 月，第 206 页。
[35] European Commission, “Consultation Document: Prevention and amicable resolution of disputes between investors and public authorities within the single market”.
[36] 叶斌：《〈欧盟与加拿大全面经济贸易协定〉对投资者诉国家争端解决机制的司法化》，载《国际法研究》2017 年第 6 期。
[37] 文淑：《〈欧盟与加拿大全面经济贸易协定〉投资争端解决机制研究及中国借鉴》，载《经营与管理》2020 年第 3 期。
[38] Christian J. Tams, “Procedural Aspects of Investor-State Dispute Settlement: The Emergence of a European Approach?”, *The Journal of World Investment & Trade*，Vol. 15 (2014), pp. 603-604.
[39] 黄世席：《国际投资争端的调解：发展，障碍与法律应对》，2020 年中国国际经济法学会年会暨学术研讨会论文集，上海，2020 年 10 月，第 1198 页。
[40] Chapter 8-Chapter II Section 3 Annex II, EU-Vietnam FTA (2016); Annex 9-F, EU-Singapore FTA (2015).
[41] Chapter 8-Chapter II Section 3 Annex I, EU-Vietnam FTA (2016); Annex 9-E, EU-Singapore FTA (2015).

国投资者所达成的和解协议的有效执行。[42]

中欧全面投资协定谈判于 2013 年底启动，于 2020 年底完成谈判。中欧全面投资协定（EU-China Comprehensive Agreement on Investment, 简称 CAI）签订后将为中欧投资关系建立一个新的法律框架。和中国与欧盟成员国签订的若干双边投资协定（bilateral investment treaty，简称 BIT）中的 ISDS 条款相比，CAI 有不同之处。其争端解决专门设置了一个章节，详细规定了专家组程序，强调争端的避免或预防，把调解作为解决争端的一种方式。[43]但是 CAI 设置的调解机制只用于国家与国家之间的争端，因为它并没有规定 ISDS 机制，而有待进一步谈判纳入。

综上所述，一些国际组织，包括非政府间国际组织，已经在为投资调解制定专门的规则和程序方面做出了很大的努力。此外，在国家层面，从将调解作为“不具约束力的程序”在条约中简单提及到在条约中制定具体、全面的调解规则，各国条约实践虽然存在很大差异，但不可否认的是将调解纳入投资争议解决规则（包括 ISDS 机制）中越来越受到各国重视。

三、国际投资争端调解机制的实践与挑战

实践中，随着投资案件数量的增加，投资仲裁耗时长、开支大、透明度不足等问题逐渐显露。[44] 争议双方需要一种耗时短，花费少，对投资者与东道国之间关系的破坏性更小的 ADR 流程。[45] 这是调解受到关注的重要原因。调解并不意味着取代投资仲裁的使用，相反，调解是一个可以以互补的方式与仲裁携手并进的过程。[46] 下面通过对案例的简要梳理，审视实践中投资调解的使用情况，并进一步分析投资调解的利弊。

（一） 国际投资的成功调解案例

依据 ICSID 的具体实践，投资仲裁仍然是投资者—东道国争端解决的主要选择方式。2020 年 ICSID 的数据显示，1966 年至 2020 年 6 月登记的案件中，仅有约 1.3%的案件登记适用调解规则，0.3%的案件登记适用附加便利调解规则，并且这些适用调解程序的案件中成功达成和解协议的只占 14%。而适用仲裁规则的案件占 89.7%，适用附加便利仲裁规则的案件占 8.7%。[47]

迄今 ICSID 主持下共有 13 起已知的调解案件，并且有关这些投资者与国家间争端案件的公开信息相对较少。[48] 以下首先简要梳理 2 个成功达成投资调解案例。

1.Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago[49]

该案是在 ICSID 调解规则下完成的第一个成功调解案例。该案于 1985 年调解结案，当时涉及总价值 1.43 亿美元的利润分配额。[50]该案背景是，1968 年，Tesoro 石油公司与特立尼达设立了一个合资企业，以在东道国购买和开采石油地块，双方各持 50%股份，并且约定了关于利润分配的方

[42] Energy Charter Secretariat, Adoption by Correspondence of the Guide on Investment Mediation, Brussels.
[43] See EU-China Comprehensive Agreement on Investment.
[44] 漆彤、张生、黄丽萍：《调解在国际争端解决中的发展与应用》，载《武大国际法评论》2020 年第 2 期。
[45] “MEDIATION OF INVESTOR-STATE CONFLICTS”, *Harvard Law Review*, vol. 127, no. 8 (2014), p. 2564.
[46] Proceedings of 2020 UNCITRAL Working Group III Virtual Pre-Intersessional Meeting, The Use of Mediation in ISDS.
[47] ICSID, The ICSID Caseload-Statistics, Issue 2020-2, p.9-15, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282019-2%20Edition%29%20ENG.pdf, visited on 3 February 2021.
[48] ICSID, https://icsid.worldbank.org/cases/case-database, visited on 3 May 2021.
[49] ICSID No. CONC 83/1.
[50] Lester Nurick and Stephen J. Schnably, “The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 1(2)(1986), p.340.

案。1981 年之后，受石油输出国组织的石油价格持续上涨等因素影响，特立尼达不再履行原利润分配方案。Tesoro 公司因此于 1983 年依据 ICSID 提起调解程序。[51]双方同意选择英国法官 Lord Wilberforce 作为独任调解员。[52]之后，根据 ICSID 调解规则第 20 条规定，双方在伦敦进行了预先程序磋商，就程序、费用、调解员、填写备忘录等事项达成一致。双方随后在提交的备忘录中提出了一系列“复杂的问题”, 并进行了多个回合的“乒乓”拉锯战，最终于 1985 年 10 月就利润支付达成和解协议。[53]调解程序为双方节省了大量的时间与费用。

2.Vattenfall Europe Transmission v Polskie Sieci Elektroenergetyczne (PSE) Operator S.A

该案源于 2002 年，Vattenfall（瑞典一家国有电力公司）和 PSE（波兰政府电力公司）之间达成的一个长期合作安排，涉及长达 20 年的购电义务。[54]该案并非严格意义上依据投资条约提起的投资者与国家之间的争议，但是它成功的运用了灵活的调解程序，对投资争议解决有巨大参考价值。

（1）案件背景

Vattenfall 公司计划通过并购来扩大其在欧盟市场的份额，并看好波兰市场。PSE 公司当时正为了符合欧盟单一能源市场要求而进行重组。波兰 PSE 公司以煤为电力来源，因此煤矿开采业成为地方重要就业市场。20 世纪 90 年代中期，双方决定建设“Swe-Pol”海底电缆项目，这在当时是一项非常先进和特殊的建设项目。它对波兰能源安全来说意义重大，而且表明了波兰鼓励外国能源投资的政策，而这正好也与欧盟主导的创立单一共同能源市场的目标相吻合。[55]

根据双方签订的协议，Vattenfall 公司为该项目出资 3 亿美元，而这笔资金在项目建成后由 PSE 在 20 年期间内以固定价格购电的方式返还。电缆则由 Vattenfall 公司控制。事实上，协议履行中情势发生了一系列变化：先是瑞典加入欧盟，而后波兰也将加入欧盟。此时因电力供应过剩，使得波兰电价陡然走低。PSE 公司认为之前协议的固定电价高于市场价，损害了公司利益，协议是“不平衡”的。一番失败的谈判之后，PSE 公司最后拒绝继续根据合同履行购电义务。而 Vattenfall 公司则威胁发起仲裁，并要求总计 10 亿美元的赔偿。[56]

（2）调解过程

争议双方寻求调解。在选择调解员时，双方要求调解员必须是“有能力胜任的，独立的个人，以及能够快速促成协议”。最后调解团队选择了独任调解员 Thomas W. Walde 教授，并搭配由 3 名专家组成的团队，包括电力制度经济学家，电力工程师和财务分析师。他们首先查阅了谈判资料，对双方进行问卷调查，发现争议双方其实已接近达成协议。接着，双方在斯德哥尔摩以及华沙举行会晤，并且在比利时邀请了欧盟委员会顾问共同参与会晤。会议气氛和谐，除了有午餐、晚餐、咖啡沙龙之外，还有正式的具有官方背景的采访。[57]这一过程充分体现了调解方法的灵活与非正式

[51] *Ibid.*, pp.343-345.
[52] *Ibid.*, pp.345-346.
[53] *Ibid.*, pp.346-348.
[54] Thomas W. Walde, “Efficient Management of Transnational Disputes: Mutual Gain by Mediation or Joint Loss in Litigation”, *Arbitration International*, 22(2) (2006), p.210.
[55] *Ibid.*, p.218.
[56] *Ibid.*, p.219.
[57] *Ibid.*, pp.223-224.

会晤的显著优点，正如该案调解员所认为的那样，这种方式使争议双方“缓和了情绪”（vent their emotions）。[58]

另外，会晤还邀请了双方公司的首席执行官参与。还有一些外部重要力量，比如波兰能源部官员，瑞典能源网络运营官，以及欧盟竞争政策主管等，均被邀请来参与会晤。在这些高规格的会议之后，双方撰写了谅解备忘录。接下来几个月，双方又进行了几次闭门谈判，最终达成了详细的和解协议。[59]

（二）其它调解未成的案件

1. SEDITEX 诉马达加斯加案[60]

SEDITEX 是一家纺织品行业的德国企业，1994 年它将与东道国的投资争议提交 ICSID ，要求调解。双方用两个多月的时间，于 1994 年 9 月 23 日成立了一个三人调解委员会：SEDITEX 任命了一名法国国民，马达加斯加任命了一名本国人为调解人，经双方协议任命一名比利时国民为和解委员会主席，三人均为国际仲裁员或法官。但在随后举行的数次调解会议中，当事各方的立场存在重大分歧。最后，调解委员会发现双方无法达成和解协议，最终结束了调解程序。[61]

2. RSM 矿业公司诉喀麦隆案[62]

RSM 是一家美国矿业公司，2011 年它将与东道国的投资争议提交 ICSID 调解。调解委员会由三人组成：投资者任命了美国国籍的博格斯三世(J Caleb Boggs III)，喀麦隆任命了法国国籍的让-皮埃尔・安塞尔(Jean-Pierre Ancel)，ICSID 行政委员会主席任命了瑞士外交官马里诺・巴尔迪(Marino Baldi)担任委员会主席。委员会在巴黎举行了为期四天的听证会。会后，委员会根据《解决投资争端国际中心公约》第 34 条第 2 款和《解决投资争端国际中心调解规则》第 30 条第 2 款宣布和解程序结束，因为“在委员会看来，当事人之间没有达成协议的可能性”。[63] 在调解失败后，投资者 RSM 于 2013 年 7 月 1 日提出了投资仲裁。[64] 但是该争端一直到 2016 年仲裁中止。[65]

3. Hess 和 Tullow 公司诉赤道几内亚案[66]

2012 年，依据一份特许合同和 ICSID 附加便利调解规则，Hess 和 Tullow 提出了针对赤道几内亚的调解请求。但是自调解请求被提出后，当事方就调解委员会的组成问题一直无法达成一致，该争议事实上一直处于搁置中。

（三）调解的利弊

从实践案例看，调解的最大优势之一是具有极大的灵活性。从调解员的组成看，可以是独任，

[58] *Ibid.*, p225.
[59] *Ibid.*, pp.228-229.
[60] SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für dieTextilindustrie m.b.H. v. Madagascar, ICSID Case No. CONC/94/1.
[61] See Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press SECOND EDITION, 2009, pp. 434-435，447-448.
[62] RSM Production Corporation v. Republic of Cameroon, ICSID Case No. CONC/11/1.
[63] See NUS Centre for International Law, “Working Conference on Conciliation, Background Paper”, 2017, pp.15-16.
[64] “RSM files against Cameroon after conciliation fails”, Kyriaki Karadelis, Global Arbitration Review, http://globalarbitrationreview.com/article/1032440/rsm-files-against-cameroon-after-conciliation-fails, visited on 3 May 2021.
[65] RSM Production Company v. Republic of Cameroon, ICSID Case No. ARB/13/14.
[66] Hess Equatorial Guinea, Inc. and Tullow Equatorial Guinea Limited v. Republic of Equatorial Guinea, ICSID Case No. CONC(AF)/12/1.

但一般情况是调解委员会，甚至有的是由调解员与多名专家组共同组成。从调解程序看，调解员做出的关于程序以及实质争议的建议并不具有拘束力。在不同的争议阶段，调解发挥不同的作用。从调解成功的投资案件中，可见调解的巨大价值是为投资争议双方营造友好轻松的协商氛围，促成双方达成谅解，并且最大化的保证双方的长期合作利益不受损害。

但是，ICSID 调解机制的使用率和成功率都较低。如上述 SEDITEX 诉马达加斯加案，当事人无法达成和解协议。RSM 矿业公司诉喀麦隆案，在调解不成后原告又提起了投资仲裁。另外，2012 年索道几内亚诉 CMS 能源公司案[67]，虽未调解成功，但这是在 ICSID 调解程序中使用《IBA 调解规则》的第一次尝试。[68] 有学者认为，早期 ICSID 调解机制的程序规则与仲裁相似，导致调解不但没有克服仲裁的缺陷，而且没有发挥其特有优势。[69] 此外，还存在和解协议可执行性、调解的透明度、当事方调解意愿的欠缺等问题。

1. 和解协议的执行力

国际调解组织 2014 年的一项调查显示，九成参与者认为，阻碍调解机制发展的主要障碍是国际和解协议执行机制的欠缺。2016 年至 2017 年举行的全球庞德会议通过对成本、时间、可能结果、可强制执行等方面做出评估，讨论了争议者应如何选择及使用适当的争议解决程序。与会代表提出，通过公约促进对和解协议的承认和执行，是改革商事纠纷解决现状最有效的方案。[70]此外，对国际和解协议可执行性的看法会影响当事方是否倾向于在国际商业环境中进行调解。[71]然而，由于缺乏使和解协议具有法律效力的跨境执行机制，调解在解决国际投资争端中的独立价值被大大限制了。但是，在《新加坡公约》通过和生效之后，这一状况得到了改观。

2．调解的透明度

正如上述案件所反映的，调解过程通常是秘密的。当事人还可以通过单独的协议或适用的规则扩大保密范围。调解的保密性要求，给各方谈判创造了一个理想的环境，有助于消除各方在调解过程中的顾虑，使各方的坦率讨论成为可能，进而促进争端顺利解决。双方不用担心有关内容被披露，或者在未来的争议解决程序中被用来对付己方，或者产生其他负面影响。[72]调解本身对保密性的要求对于促使当事人充分参与调解程序具有重要意义。

但是，在投资争议中，通常涉及重大公共利益问题，公众要求投资争端解决提高透明度和公众参与度。投资仲裁领域正呈现透明化趋势，过去二十年 ISDS 的透明度不断提高。[73]透明的仲裁

[67] 参见：漆彤，张生，黄丽萍：《调解在国际争端解决中的发展与应用》，载《武大国际法评论》2020 年第 2 期。
[68] See Paul-Jean Le Cannu, “Foundation and Innovation: The Participation of African States in the ICSID Dispute Resolution System”, *ICSID Review*, Vol.33, 2018.
[69] 明瑶华：《“一带一路”投资争端调解机制研究》，载《南通大学学报(社会科学版)》2018 年第 1 期。
[70] WEISS D S, GRIFFITH M R, “Report on empirical study of business users regarding international mediation and enforcement mechanisms”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 20 (2019), pp. 1133−1148.
[71] S. I. Strong, “Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation”, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 73 (2016), p. 2051.
[72] 调解规则中通常都有关于“不妨碍原则”(Without Prejudice Principle) 的规定，即当事方在调解中作出的陈述不影响其在任何其他争端解决程序中的法律立场，在调解中获得的信息也不能在其他的程序中作为证据使用。
[73] 包括对机构规则的修订，例如 ICSID 在 2006 年改革中增强了仲裁程序透明度，UNCITRAL 于 2013 年通过了《投资人与国家间基于条约仲裁的透明度规则》(UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration)，2014 年通过了《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》(Mauritius Convention on Transparency)，以及将透明度标准纳入国际投资协议等。See Julie A. Maupin, “Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky”, Bianchi, Andrea, Peters, Anne (eds), *Transparency in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 142. See also N. Jansen Calamita and Ewa Zelazna, “Chapter V:

程序可以让社会公众审视政府是否履行了其国际承诺，以及在仲裁程序中是否损害了基本的公共利益，以实现个人对公共权力的监督。[74]

显然，调解的保密性要求与投资争端解决的透明度需求有所冲突。鉴于国家往往作为被告，透明度在 ISDS 中尤为重要。[75]调解的保密性会限制公众获取有关争议事实、争议处理过程和争议解决结果的相关信息，可能损害透明争议解决机制所承担的公共价值。[76]因此，要想将调解机制运用于国际投资争端解决之中，就必须兼顾调解的保密性要求与透明度需求，调和两者之间的矛盾。

3.当事方的调解意愿

首先，政府官员为规避个人责任，或规避被指控调解过程中存在腐败行为的风险，以及出于对未来内部审计或腐败调查的担心，会更愿意选择诉讼、仲裁方式解决争端。其次，公共舆论也是东道国政府考虑的重要因素。国际投资争端涉及国家公共利益，社会关注度高。如果公众对调解结果不满，就会出现大量负面评价。

相较而言，如果投资者更重视与东道国政府之间积极的工作关系，并重视声誉，关注长远利益，那么将更倾向于调解。正如在前述瑞典电力公司和波兰电力公司之间的投资调解案件中，双方更看中的是在欧盟单一能源市场中的地位、声誉以及国家能源安全等重要的长远利益，因此，投资者也会倾向于选择调解这种更为灵活的方式。另外，如果出于对成本效益、以及时间的考虑，争议双方也应倾向于灵活而非正式的方式解决纠纷，使他们能够将精力集中在各自的核心业务上（投资和管理），而不是花大量精力处理眼前的纠纷。[77]

综上所述，投资调解在实践中并没有得到普遍的采用，而且调解成功的案件屈指可数，这是由于种种原因造成的，比如和解协议的执行力不足，调解的保密性与透明度要求相冲突，还有当事方调解意愿的缺乏等。但是，少数成功调解的投资案件依然证明了调解的便利与优势，为将来构建调解规则和采用调解规则起到良好的启示作用。

四、国际投资争端调解机制的路径完善与中国的选择

随着《新加坡公约》的通过与生效，国际投资争端调解机制原来存在的和解协议执行问题在很大程度上得到解决。然而，《公约》的规定是宏观的，在实践中直接适用可能会出现问题，还需要进一步完善细节，并与各国现行法律体系进行融合。[78] 换言之，《公约》的落实将在很大程度上取决于缔约国的具体实施措施，以及国内法规定的预先存在的调解框架。所以，各国应当考虑如

Investment Arbitration, The Changing Landscape of Transparency in Investor– State Arbitration: The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention", Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremslehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Jenny Power, Irene Welser, and Gerold Zeiler (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, München: Verlag C.H. Beck, 2016, p. 272.

[74] Steffen Hindelang, "Part II: Study on Investor–State Dispute Settlement (ISDS) and Alternatives to Dispute Resolution in International Investment Law", *European Parliament, Directorate-General for External Policies, Policy Department, Study, 2014*, p. 68.

[75] Anna Joubin-Bret and Barton Legum, "A Set of Rules Dedicated to Investor–State Mediation: The IBA Investor–State Mediation Rules", *ICSID Review*, Vol. 29, No. 1 (2014), p. 23.

[76] Rainer Kulms, "Mediation in the USA: Alternative Dispute Resolution between Legalism and Self-Determination", Klaus J. Hopt, Felix Steffek (eds)，*Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, New York: Oxford University Press, 2013, p. 1289.

[77] Silvia Constain, "Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape", *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, Vol. 29, No. 1 (2014), pp. 33-34.

[78] 孙长龙：《论〈新加坡公约〉的完善及其在中国的适用》，载《国际商务研究》2020 年第 5 期。

何将新制度融入已有的法律体系，并通过立法使公约内容与国内法一致。[79]

（一）《新加坡公约》为执行和解协议提供国际法依据

《新加坡公约》建立的直接执行机制，使得国际和解协议既不需要经过公证或者司法确认，也不需要当事人申请“承认和执行”，仅需当事人向执行地主管机关“寻求救济”和执行地主管机关“准予救济”。[80]由此可见，《公约》带来了高效和便利。但不容忽视的是，《公约》没有全面规定缔约方执行和解协议的程序规则，这意味着其并非自我执行的条约，其与缔约方国内法律制度的衔接问题由此而生。

对于我国而言，在考虑批准《公约》的过程中，需思考如何实现现行执行途径与《公约》的衔接。有学者认为可以尽快制定一部独立的商事调解法，重点对调解协议的执行力问题作出规范，并明确适用范围涵盖国内调解协议和国际调解协议，以回应实践发展的需要。[81] 特别是依据《公约》第 3-5 条，缔约方有义务建立执行调解协议的程序规则，明确本国可以调解解决的争议事项，以及主管机构所接受的其他证明和解协议的证据类型，并规定核实《公约》得到遵守应具备的必要文件，通过国内程序转化适用《公约》。[82]

（二）平衡调解的保密性与透明度要求

调解的透明度对于责任政府建设和公众利益保护非常重要，调解程序应回应这些关切。但是，保密是成功调解的一个积极因素，在投资争端调解中，当事人双方更愿意将保密性作为原则，而将透明度作为例外。特别是重视根据法律规定对于相关信息予以披露。

前述《IBA 调解规则》值得借鉴，它规定了调解的私密性：向调解员保密地传达信息以及普遍禁止披露调解通信和文件。[83]同时其特殊之处在于其对保密义务有明确界定，除了可以披露存在调解的事实、任何由此产生的解决办法及其条款、特定文件或信息外，任何披露均应在可行和允许的范围内保护信息的机密性。[84]此外，《IBA 调解规则》对调解过程中当事方与调解人之间通信流程的机密性进行了规定。[85]尽管这些规定在实践中被适用的速度相对较慢，但却是试图平衡调解过程的机密性与透明度的早期实例。

从区域协定角度看，CETA 附件 29-C 中规定了调解程序，规定调解在程序的所有阶段中都是机密的，包括任何建议或提议的解决方案。[86]并且，禁止当事方在其他争端解决程序中将一方在调解中所采取的立场、调解员提供的任何建议以及一方愿意接受该提议的说明作为证据。[87]但是，调解存在的事实，任何共同商定的解决方案以及公有领域中已经存在的任何信息是允许披露的。这些条款在调解程序的保密性与透明度需求之间取得了良好平衡。EUSIPA 和 EVIPA 在 CETA 的基础上均有发展，通过规定调解员行为准则，实现无论当事方采用何种规则，均可确保调解员基本保

[79] Clemens Treichl, “The Singapore Convention: Towards a Universal Standard for the Recognition and Enforcement of International Settlement Agreements?”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 8 (2020), p.20.
[80] 高奇：《论国际和解协议在我国的跨境执行：理论分析与制度建构》，载《理论月刊》2020 第 8 期。
[81] 刘敬东、孙巍、傅攀峰、孙南翔：《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》，载《商事仲裁与调解》2020 第 1 期。
[82] 孙南翔：《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》，载《法学研究》2021 第 2 期。
[83] Article 8, 10(1) of the IBA Rules.
[84] Article 10(2), (3) of the IBA Rules.
[85] Article 8(4) of the IBA Rules.
[86] Annex 29-C, Article 6 of the CETA.
[87] Annex 29-C, Article 6(4) of the CETA.

密。[88]

因此，国家应从自身利益出发，考虑以不同方式在投资协定中安排 ISDS 机制的透明度责任，以平衡调解的保密性要求与投资争端解决的透明度需求，平衡当事人利益和公共利益之间的关系。

（三）加强当事方的调解意愿

要从源头上解决投资者与东道国政府调解意愿欠缺的问题，不仅需要消除政府官员对于承担个人责任的顾虑，也需要加强社会公众对调解机制的认识与信任。要尽量明确政府官员在调解过程中的职权范围和责任豁免情形。此外，应当对政府官员进行投资调解的专业知识和技术能力方面的培训，增加其对投资争端调解机制的理解，改变固有的偏见，从而促进东道国政府选择用调解的方式解决投资争端。

为加强社会公众对调解机制的认识与信任，可以向社会公众普及和宣传调解知识，政府还可以采用前述调解的透明度规则，使社会公众对调解机制有更全面的了解。

五、结语

随着全球治理理念的兴起，耗时短、花费少、对外国投资者与东道国关系更为和谐的调解方式有着独特的优势。《新加坡公约》对国际商事调解达成的和解协议的执行做出了规定。同时，公约的直接执行机制也为投资争端解决的制度发展与路径的完善提供了有价值的参考。然而，实践中调解在投资案件中应用较少，调解机制能否真正地在投资争端解决中发挥作用仍存在问题。实践中应注意将《公约》与国内法现行制度衔接，最终落实国际商事和解协议的执行；根据现实情况，以不同方式规定 ISDS 机制的透明度责任，以平衡调解的保密性要求与投资争端解决的透明度需求，平衡当事人利益和公共利益之间的关系；采取措施消除政府官员对于承担个人责任的顾虑，同时加强社会公众对调解机制的认识与信任。通过这些规则的完善，使国际投资争端调解机制在实践中发挥更优越的功能。

[88] Alina Leoveanu and Andrija Erac, “ICC Mediation Paving the Way Forward”, Catharine Titi and Katia Fach Gómez (eds), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, New York: Oxford University Press, 2019, pp. 337-338.

国际投资治理与争端解决——中国与巴西之比较研究

黄可而*

摘　要：作为全球主要新兴经济体，中国和巴西在国际投资舞台上的地位和影响力与日俱增。伴随着其在世界投资格局中的身份变化，两国不断调适和发展各自的国际投资争端解决机制。中国主张在保留投资仲裁的基础上完善 ISDS 机制建设，并通过外资投诉工作机制强化争端预防。巴西则积极推行 CFIA 范式，在双边层面和国内层面搭建起两级争端预防平台，为国际投资争端解决多元发展提供了崭新视角。在新一轮国际投资秩序重构的背景下，探寻中巴两国在国际投资治理上的合作空间与具体领域，有利于增强国际投资合作、实现互利共赢发展。中巴在国际投资争端解决机制上的共性主要体现于投资争端预防领域，这与新兴经济体的共同需求密不可分。差异则集中体现在投资争端的国际救济程序，这可归因于两国投资结构与法律体系的区别。未来国际投资治理过程中，可从两方面深化中巴合作：一是探索构建中巴间投资争端解决机制，二是持续推动投资便利化进程。

关键词：国际投资治理；投资合作与便利化协定；ISDS；争端预防；投资便利化

一、引言

作为高增长新兴经济体的典型代表，中国和巴西是全球投资增长的主要引擎。一方面，两国在国际投资舞台上的地位和影响力与日俱增。据《2020 年世界投资报告》统计，中国已成为全球第二大资本输入国和第四大资本输出国，巴西则为全球第六大资本输入国和第二十大资本输出国。另一方面，中巴投资合作关系持续深化，双向投资规模稳步扩张。据《2019 年度中国对外直接投资统计公报》显示，在投资流量上，2019 年中国对巴西直接投资流量达 8.599 亿美元，与 2011 年相较翻了近六倍；在投资存量上，截至 2019 年底，巴西吸收中国直接投资存量达 44.348 亿美元，在拉美国家中位列榜首。

近年来，中国和巴西相继在多场合联合推动投资便利化议程，创新国际投资争端解决机制。作为国际投资法律框架中不可或缺的组成部分，国际投资争端解决机制可为东道国主权和投资者权益保驾护航，在吸引、维系、扩大外资上发挥着重要效用。随着中国在世界投资格局中的身份转型，中国在国际投资争端解决上的路径选择由改革开放初期的相对保守，过渡至 21 世纪初期的逐渐接受，再发展到晚近的调整适用。我国新一代国际投资协定中，投资仲裁的适用范围不再限于“与征收补偿数额有关的争端”，且排除了特定争端。此外，中国新出台的《外商投资法》重塑外商投资企业投诉工作机制，健全了争端预防的机构治理架构。

同为金砖国家，巴西却历来是国际投资争端解决机制中的特立独行者。作为全球主要资本输入国之一，时至今日，巴西尚未加入《解决国家与他国国民间投资争端公约》。尽管巴西曾于 1994 年至 1999 年间签署过 14 个包含投资仲裁条款的双边投资协定，但均未获得国会批准。值得关注的

* 黄可而，武汉大学国际法研究所国际经济法专业研究生。

是，自 2013 年以来，巴西一改此前在国际投资规则制定上的观望态度，积极推进与其他发展中国家的《投资合作与便利化协定》（Cooperation and Facilitation Investment Agreement，以下简称“CFIA”）签署工作。有别于传统国际投资协定，CFIA 将协定重心由“投资保护”调整为“投资合作与便利化发展”。其以两级争端预防模式为主，辅之国家间仲裁，为国际投资争端解决的多元发展提供了崭新视角。

现有研究多聚焦于中国和巴西各自的国际投资争端解决机制，少数围绕金砖国家投资争端解决机制展开讨论。显然，在制度设计层面，中巴国际投资争端解决机制并非如出一辙。在新一轮国际投资秩序重构的背景下，探寻中巴两国在国际投资争端解决、乃至国际投资治理上的合作空间与具体领域，有利于加强国际投资合作、实现互利共赢发展。

本文从比较研究的视角切入，首先基于相关规则与具体实践，对中巴国际投资争端解决机制在争端预防、国内救济、国际救济上的共性与差异进行梳理；其次结合两国国情，就机制异同展开原因分析；最后探讨中巴在国际投资治理中的合作领域、场合及方式。

二、中巴在国际投资治理与争端解决上的路径趋同

（一） 重视争端预防

投资争端预防在国际投资治理中具有至关重要的作用。一方面，健全争端预防的机构治理架构可以强化具体外资项目的服务保障，在个案中更快更好地发现并化解矛盾，避免纷争进一步激化，导致投资失败；另一方面，争端预防机制与投资便利举措相辅相成，二者的有效融合有助于投资政策的持续优化，在整体上提升东道国的法治营商环境。中巴在争端预防上的路径趋同主要体现在以下两个方面：

第一，健全机构治理架构。近年来，巴西和中国先后设立了专门的投资争端预防机构，在机构治理过程中突出及时发现、充分沟通、多方参与、合作协调等多项争端预防元素。在中国，投资争端预防主要体现于外商投资企业投诉的受理和应对。我国《外商投资法》第 26 条首次在基础性法律层面规定外商投资企业投诉工作机制，进一步完善了国际投资争端疏导的国内渠道。据《外商投资企业投诉工作办法》，外商投资企业投诉工作机制下设三级治理机构。其中，第一级由商务部会同国务院有关部门建立外商投资企业投诉工作部际联席会议，负责协调、推动中央层面的外商投资企业投诉工作，并指导、监督地方层面的外商投资企业投诉工作；第二级由商务部设立全国外商投资企业投诉中心，负责处理与省部级行政机关及其工作人员有关的、在全国范围内或者国际上有重大影响的投诉事项；第三级由地方各级投诉工作机构受理与本辖区内行政行为、政策措施有关的投诉事项。各级投诉工作机构根据个案具体情况，针对投诉事项采取相应措施，包括：推动投诉人和被投诉人达成谅解（包括达成和解协议）；与被投诉人进行协调；向有关部门提交完善相关政策措施的建议等。

在巴西，CFIA 和国内法令在不同层面就争端预防作出规定，搭建起以联合委员会和投资监察员为核心的两级争端预防模式。其中，联合委员会由 CFIA 缔约方政府共同组建，投资监察员则为巴西对外贸易委员会下属机构。作为连接投资者、东道国政府、投资者母国政府的对话平台，投

资监察员为巴西境内外商投资者提供支持与引导，进而实现投资争端的第一级预防，其主要职能包括：其一，与投资者对话，向其及时公布投资监管讯息，并统一受理后者的投诉或建议；其二，与政府部门对话，向其传达并共同协商处理投资者的关切；其三，与联合委员会及 CFIA 其他缔约方联络点对话，执行联合委员会建议并向其汇报。倘投资监察员预防未果，在收到书面请求后，联合委员会将启动第二级预防机制，在国家层面展开对话，听取利益相关方意见，讨论并寻求友好解决冲突的方式。

第二，融合投资便利举措。一方面，完善争端预防机制有利于投资环境的稳定，进而提升投资便利化水平。如联合国贸发会议发布的《投资便利化全球行动手册》指出，争端预防是推进投资便利化的关键行动之一。从中巴条约实践也可以看到，争端预防贯彻并丰富了两国的投资便利化进程。另一方面，以优化投资环境为目标的一系列投资便利化举措从源头上降低了争端发生的可能性。综观中巴两国立法实践，此类措施可大致分为三类：其一，提升行政效率的措施，包括精简程序、优化服务、设置时限等；其二，促进信息共享的措施，包括举行会议交流信息、在政府机构间交换互惠投资相关信息等；其三，增强规则透明度的措施，包括健全标准制定的工作机制、及时公布与外资有关的规范性文件等。

（二） 强调国内救济

中国和巴西均为外国投资者提供了投资争端的国内救济路径。在中国，投资者可就具体行政行为主张行政补偿，如《外商投资法》第 25 条首次在法律层面明确规定地方外资政策承诺变更的行政补偿救济。此外，投资者可以诉诸行政复议和行政诉讼。我国缔结的部分国际投资协定中，用尽行政复议程序、乃至用尽当地救济被作为投资者诉诸国际仲裁的前提条件。也有部分协定纳入“岔路口条款”，要求投资者在国内诉讼和国际仲裁间作出具有终局性的选择。

在巴西，外国投资者享有与内国投资者相同的救济权利，可依据《民事诉讼法》对包括联邦政府、州政府在内的各级行政机构提起诉讼，包括司法救济和行政上诉。前者由行政诉讼制度和宪法性救济制度构成，后者类似于我国的行政复议程序。巴西国内救济程序中，投资者可要求行政机关向其作出赔偿，或主张废止、更改、撤销、撤回特定行政行为。

（三） 关注国际救济

中国和巴西签署的国际投资协定均规定了国家间仲裁。在中国国际投资协定体系中，《中国—泰国双边投资协定》《中国—土库曼斯坦双边投资协定》《中国—罗马尼亚双边投资协定》仅设置了国家间仲裁条款，其余协定则同时纳入国家间仲裁条款及投资者与国家间仲裁条款。根据国家间仲裁条款，当外交渠道未能友好解决因协定解释或适用所引发的争端，任一缔约方可诉诸国家间仲裁。

在巴西 CFIA 下，若投资争端预防程序未能顺利化解投资者与东道国间的冲突，投资者母国可将争端提交至特设仲裁庭或常设仲裁机构。换言之，争端预防程序是国家间仲裁的前置程序。根据 CFIA，国家间仲裁程序旨在确定缔约一方的措施是否与 CFIA 相符，即“合规性”审查。而在仲裁庭权限范围上，不同 CFIA 间存在一定差异，具体见下文论述。

三、中巴在国际投资治理与争端解决上的路径分歧

（一） 争端预防机制不同

中国和巴西在投资争端预防上的差异主要体现在两个方面：第一，规定争端预防的法律层级不同。尽管我国近期缔结的部分国际投资协定纳入了投资争端预防条款，部分行政区之间也成立了区际争端预防机制，截至目前，中国尚未建立起类似于 CFIA 下联合委员会的政府间投资争端预防平台。相较而言，巴西国际投资争端预防机制由国内机构和国际机构协同运作。联合委员会由 CFIA 缔约方政府代表组成，在政府间展开对话；投资监察员作为国内机构，也需执行联合委员会的建议。

第二，外资投诉机制中的申诉主体不同。我国外商投资投诉工作机制下，投诉人限于外商投资企业和外国投资者。实践中，当行政机关认为具体投资项目运营过程中存在涉嫌违法违规的行为，往往通过行政调查、行政命令、行政强制等行政权能要求投资者加以整改。但在巴西 CFIA 下，政府机构也可以主动通过投资监察员下的投诉机制向投资者反馈意见，就相关问题与投资者展开平等交涉。

（二） 国内救济渠道不同

中国和巴西在投资争端国内救济上的差异也可从两方面体现：第一，中巴两国的投资者在寻求司法救济时所受约束不同。首先，巴西向其境内投资者提供了更多的司法救济方式。根据巴西宪法，巴西对外国人的保护等同于对其国民的保护。除行政诉讼以外，投资者还可以向司法机构申请宪法性救济，如禁制令、人身保护令、个体安全令等。相较而言，尽管中国宪法同样针对外国投资做出了规定，截至目前，中国尚未建立专门的宪法审查机制。其次，就行政诉讼而言，中巴两国在行政诉讼的适用范围上也有所不同。根据我国《行政诉讼法》，行政诉讼适用于具体行政行为、而非抽象行政行为引起的纠纷。而在巴西，行政诉讼同时适用于普遍行政行为和个别行政行为引起的纷争，这意味着投资者可就与投资相关的政策文件提起行政诉讼。就普遍行政行为，巴西联邦最高法院有权撤销相关规范性法律文件，其他法院则可审查相关文件的合法性和合宪性，但效力仅及于案件当事方。

第二，中巴国内法下，仲裁的适用范围存在差异。我国《仲裁法》将仲裁范围限于“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷”，排除了投资者与东道国间的投资争端。有别于此，自 1996 年《巴西仲裁法》施行以来，在巴西，仲裁越来越多地被用于处理投资争端。巴西高等法院的判决也确认了公私合同中仲裁条款的有效性及以东道国为被申请人的仲裁裁决的可执行性。

（三） 国际救济路径不同

国际投资争端解决机制中，国际救济程序占据了相当大的比重，受到实务界和学界的广泛关注。中巴国际投资争端解决机制在国际救济上的分歧体现在投资调解、投资仲裁和国家间仲裁等方面。

第一，相较于巴西，中国对投资调解表现出了更浓厚的兴趣。不同于投资仲裁，投资调解作为一种友好灵活、高效自治的非对抗性争端解决方式，与我国“以和为贵”的传统文化相契。在规则层面，中国于 2019 年签署了《新加坡调解公约》，并在多份投资协定中将调解作为一种替代性争端解决方式。2020 年生效的《香港—阿联酋双边投资协定》也规定了仲裁前强制调解程序。在提交给联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）第三工作组的立场文件中，中国强调要积极探索建立更加有效的投资调解机制，主张投资调解可为东道国和投资者提供高度灵活性和自主性，避免冗长的程序和高昂的成本，因而更有利于维护投资者与东道国政府的长期合作关系。在实践层面，中国投资者也开始通过投资调解这一替代性争端解决方式处理投资争端。然而，巴西 CFIA 并未就投资调解作出规定。如前文所述，尽管联合委员会主导的磋商程序在实施效果上类似于调解，相关程序仅在政府间进行，没有第三方调解员参与。

第二，中巴两国在投资仲裁上的态度截然不同。在规则层面，中国承认现行机制存在明显缺陷，但并不赞成摈弃投资仲裁这一争端解决方式，而是主张通过设立常设上诉机制、完善仲裁员选任规则、设置仲裁前磋商程序、明确第三方资助的透明度纪律等方式改进现有机制。近期中国所缔结的国际投资协定也保留了投资仲裁。在实践层面，涉华投资仲裁案件数量在近年来显著上升。截至 2021 年 3 月底，据已公开案件信息，由中国投资者（含港澳投资者）提起的投资仲裁案件共计 14 起，以中国（含中国台湾）为被申请方的投资仲裁案件共计 8 起。不同于中国，巴西从未批准过任何包含投资仲裁条款的投资协定，更未参与过任何国际投资仲裁案件。巴西认为，任何改革都难以拯救现有机制的系统性缺陷。有鉴于此，最好的解决方案是完全摈弃投资仲裁这一争端解决方式。

第三，中巴两国关于国家间仲裁的具体规定也不尽相同。如上文所述，两国均在国际投资协定中规定了国家间仲裁，但这一争端解决方式在两国的投资法律框架中扮演的角色有一定出入。在未纳入投资仲裁条款的 CFIA 中，国家间仲裁是投资争端国际救济的唯一路径。具体而言，中巴的投资争端解决机制在国家间仲裁上存在下述三方面差异：首先，适用范围不同。中国国际投资协定中，国家间仲裁适用于与投资协定的解释或适用有关的争议。而巴西 CFIA 下，国家间仲裁旨在确定缔约一方的措施是否与协定内容相符。二者在适用范围上相互重叠。其次，启动程序不同。中国国际投资协定多规定，当外交渠道未能在特定时限内顺利解决争端，则缔约任一方可提起仲裁。而巴西 CFIA 下，国家间仲裁的启动程序可概分为两类：其一，巴西与非洲国家订立的 CFIA 规定，仅当两个缔约国就国家间仲裁达成新的协议，缔约一方才可启动仲裁程序；其二，巴西与拉美国家订立的 CFIA 允许任一缔约方单方提起仲裁程序。最后，仲裁庭权限不同。中国国际投资协定鲜少在国家间仲裁条款中涉及仲裁庭权限，仅有个别协定规定，当缔约双方未能就执行仲裁庭裁决达成一致意见时，提起仲裁的缔约方“有权获得与仲裁庭裁决等价值的补偿”。不同与此，巴西 CFIA 多对仲裁庭权限作出明确规定，具体可分为两类：一种明确排除了仲裁庭在国家间仲裁程序中裁定赔偿的权力；另一种规定，经当事方同意，仲裁庭可以审查系争措施是否造成损害，并裁定赔偿款额。

四、中巴国际投资治理与争端解决路径选择的原因分析

综上所述，中巴国际投资争端解决机制的共性主要分布在投资争端预防领域，包括健全机构治理架构、融合投资便利举措等；而分歧主要集中于投资争端的国际救济程序，尤其是在投资仲裁上。鉴于国情与立场的差异，各国可能基于不同的政策目标参与国际投资制度设计，进而在国际投资争端解决机制的路径选择上呈现趋同或分歧。下文结合两国的具体情况，从经济层面和法律层面探讨机制异同背后的原因所在。

（一） 中巴国际投资治理与争端解决路径趋同的原因分析

第一，新兴经济体共同的利益诉求与中巴国际投资争端解决机制的共性密不可分。面对新一轮国际经贸秩序重构，国际投资规则的革新是两国共同的利益关切，而不断升温的投资保护主义和逆全球化思潮则是两国所面临的共同挑战。如巴西总统博索纳罗所言，中巴“注定要携手同行”。

在规则层面，中巴亟需发展与自身利益相符的国际投资争端解决机制。截至 2020 年底，全球共缔结了 3000 余项国际投资协定，其中大部分订立于 1990 年至 2010 年间，致力于推动资本全球化和投资自由化。随着中国和巴西的国际投资迅速增长，以投资保护为核心的传统协定难以完全满足两国发展过程中的制度需求。

在经济层面，尽管中国和巴西均为全球主要投资输入国，两国在吸引、维系和扩大外资上仍面临着一定挑战。一方面，全球主要经济体增长放缓形成了不利于外资增长的外部环境。联合国发布的《2020 年世界经济形势与展望报告》显示，全球贸易紧张局势加剧了国际政策的不确定性，导致投资大幅削减，且短期内没有明显的投资复苏迹象。另一方面，对发展中经济体的外商投资回报率连年下滑，在一定程度上削弱了全球投资者对发展中国家的投资信心。《2019 年世界投资报告》数据显示，对发展中经济体的外商投资回报率由 2012 年的 10.0%跌至 2018 年的 7.8%。与此同时，随着国际投资向轻资产化转型，国际投资对发达经济体的外商投资回报率呈现增长趋势，这对包括中国、巴西在内的发展中国家的外资增长构成了进一步挑战。因此，改善投资环境以吸引、维系和扩大外资是中巴两国的共同追求，也是强化投资争端预防、推进投资便利化进程的直接目标。

第二，面对现有 ISDS 机制的系统性缺陷，中巴两国在争端预防上存在需求共性。ISDS 机制的存废改立并不是国际投资规制中的新课题。自 21 世纪初期以来，随着国际投资仲裁案件数量逐年上涨， ISDS 机制引发了各界高度关注与如潮讨论。实体保护规则的不同表述为仲裁庭自由裁量创设了空间，也带来了投资实际保护程度的不确定性。UNCITRAL 第三工作组发布的报告指出，针对 ISDS 机制的共同关切涉及以下方面：仲裁裁决一致性；仲裁裁决正确性；仲裁的可预测性；仲裁员的独立性与公正性；仲裁程序透明度；仲裁期限与费用等。现有机制暴露出的诸多弊端可能影响东道国的监管能动性，甚至引发“规制寒颤”。

在此背景下，中巴在争端预防上的机制创新是对投资争端解决多元化的有益探索。与投资仲裁相较，投资争端预防对于中巴两国的重要性有过之而无不及。首先，对发展中国家而言，近一半的外资流入源于跨国子公司的利润再投资，因而投资环境对于外资增长至关重要。其次，即便投资仲裁案件的高昂成本久受诟病，这些成本远不及因政府行为而造成的外资流失。世界银行研究表明，平均每四位在发展中国家的投资者中，就有一位因东道国制度的不透明、法律的不稳定、

合同的不履行等事由而终止投资。因此，投资争端预防是中巴国际投资争端解决机制中不可或缺的一环。强化争端预防有助于中巴在规则导向的国际投资体制下获取潜在的最大利益。

（二） 中巴国际投资治理与争端解决路径分歧的原因分析

第一，中国和巴西对待投资仲裁的态度与其国际投资结构紧密相关，而投资仲裁的存废又进一步影响了两国在国家间仲裁上的规则设计。据统计，两国在对外投资上的表现不尽相同。一方面，我国对外投资规模远超巴西同期水平。在 2019 年，中国对外投资流量达 1.17 千亿美元，是巴西同期流量的 7.3 倍。另一方面，两国海外投资的目的地存在显著差异。巴西的海外投资主要流向欧美等发达经济体，少数流向拉美国家。中国则有大量的海外投资流入发展中国家，特别是一带一路沿线国家。

由于资本输入国法治水平的参差，中国海外投资者相对于巴西海外投资者面临着更高的投资风险，这是中国主张保留投资仲裁的原因之一。投资仲裁可为海外投资提供法律保障，也是吸引外资来华的一项政策利好。首先，争端预防固然具有维护东道国规制权、优化投资环境等诸多优势，但不宜因此彻底摈弃投资仲裁。后者的独特价值在于赋予投资者将争端诉诸国际第三方仲裁的权利，避免投资者与东道国间的经济纠纷上升为国家间的政治矛盾，切实为投资者的损失提供赔偿救济。当投资者与东道国间的矛盾触及双方原则性立场，很难通过以沟通对话为主的争端预防机制握手言和。其次，仅凭国家间仲裁机制难以为海外投资提供充分保护。正如前述，国家间仲裁在适用范围、启动方式、仲裁庭权限上可能受到限制。此外，投资者母国在决定是否诉诸国家间仲裁时，可能受到投资项目以外的其他因素影响，相关因素包括东道国与母国间的外交局势、国内的政治气候和舆论环境、冲突升级的可能性等。

第二，中巴在投资争端国内救济上的差异可归因于两国法律体系的不同。我国的法律体系基本脱胎于大陆法系，行政诉讼制度也是以德国等传统大陆法系国家为参照模板所建立。目前，我国尚未建立起宪法诉讼制度。而巴西的法律体系虽以大陆法系为基础和底色，却融合了大量的英美法系元素。其为外国投资者提供的司法救济也体现出了鲜明的英美法系特色，如投资者可依据宪法向法院申请人身保护令、禁制令等。

五、中巴在国际投资治理上的合作展望

通过分析可知，中巴国际投资争端解决机制的共性主要源于新兴经济体的共同利益诉求，差异则可归因于两国在投资结构和法律体系上的区别。一方面，前述共性为中巴在国际投资治理中的合作奠定了坚实基础，两国合作具备可能性及可行性；另一方面，综观两国法律实践与所持立场，所谓差异并非不可弥合。厘清异同后，下文试图从两个方面探讨中巴在国际投资治理上的合作前景：一是中巴投资争端解决机制的创设构想，二是推进投资便利化进程的联合行动。

（一）设立中巴投资争端解决机制的初步构想

国际投资争端解决机制由两部分构成，即争端发生前的预防机制和争端发生后的救济机制。就前者而言，中国和巴西相继创新争端预防措施，且在投资便利化进程中贯彻争端预防，未来可

从国家间合作、机构间合作、公私间合作三方面优化现有争端预防机制。就后者而言，鉴于中巴在投资仲裁上存在较大分歧，应综合考虑两国利益，尽量弥合分歧。

1. 强化争端预防合作

强化争端预防合作对于维护长期稳定的投资合作关系、改善法治营商环境大有裨益，具体可从三个层面展开。第一，强化国家间合作，搭建中巴间投资争端预防平台。联合国贸发会议发布的《国际投资体制改革一揽子方案》指出，各国不仅需在国内设立争端预防机构，也应在国际层面建立类似于 CFIA 联合委员会的机构，通过多层级治理机构为争端预防保驾护航。中巴间投资争端预防工作可基于双边、区域、多边安排展开。在双边层面，根据《中巴关于加强投资领域合作的谅解备忘录》，中巴已在中国—巴西高层协调与合作委员会分委会框架下成立双边投资合作工作组，可考虑将投资争端预防纳入现有工作组职能范围，或就争端预防事宜另行作出双边安排。在区域层面，金砖国家关于促进投资便利化的共识为区域内争端预防合作奠定了基础，可考虑设立区域争端预防中心，扩大争端预防机制的辐射范围。在多边层面，UNCITRAL 第三工作组报告提出，可仿效 WTO 法律咨询中心模式，建立国际投资争端解决咨询中心，其核心职能之一即为协助各国建立冲突管理制度，包括争端早期预防政策和预警程序。

第二，强化机构间合作，提升投资环境稳定性。首先，应增强投资争端预防机构内部的协调合作，以保障国际义务在国内顺利落地，避免争端预防过程中的朝令夕改。在中巴间投资争端预防平台设立后，宜参考 CFIA 中联合委员会与投资监察员间的沟通模式，在争端预防国际机构与国内机构之间建立起高效有序的沟通机制。同时，同一层级的国际争端预防机构间也应建立对话机制。以 CFIA 下的争端预防模式为例，尽管地方联络点统归 CAMEX 协调，巴西 8.863 号法令或 CFIAs 中暂未就联合委员会间的协调事宜作出规定。当不同联合委员会就某一事项对同一地方联络点作出指示时，相关指示可能彼此矛盾，进而有损投资环境的稳定性。其次，应增强争端预防机构与其他投资相关的政府机构之间的协调合作。譬如，建立相应机制，就外商投资项目多发问题，向有关政府机关提出政策措施完善建议。

第三，强化公私间合作，畅通私营实体、非政府组织与政府机关间的沟通渠道。不论是前期预防还是后期救济，国际投资争端解决过程中，公私利益的平衡始终不容忽视。投资争端预防程序的公开、透明，是公共利益免受侵损的重要保障。当前，中国外资投诉工作机制下的参与方限于外资企业、外国投资者与有关政府机构。尽管巴西部分 CFIA 在其争端预防章节中规定，联合委员会可适时邀请社会团体参与磋商，但就此未作强制要求，亦未明确具体流程。然而，投资争端预防过程中的利益相关方参与值得进一步研究。一方面，东道国当地社区或社会团体的介入有助于判断具体外资项目的社会影响和潜在风险；另一方面，为避免争端预防过程中商业秘密泄露等违规事件的发生，在允许投资者以外的利益相关方参与磋商或谈判的情形下，应明确包括保密要求在内的程序规则，以保障投资者的合法权益。

2. 弥合争端解决机制改革分歧

面对中巴在 ISDS 改革上的态度分歧，未来中巴国际投资争端解决机制的构建应结合两国具体国情，在规则设计上谨慎取舍，寻求“最大公约数”。首先，可通过程序规则的调整和实体规则的

限制，争取在中巴之间达成保留投资仲裁的合意。在程序规则上，可将投资调解作为替代性争端解决程序之一，或参考《香港—阿联酋双边投资协定》将之作为投资仲裁的前置程序。同时，通过完善仲裁员行为守则、提升仲裁程序透明度、建立滥诉过滤机制等方式改进投资仲裁程序。在实体规则上，可设置例外条款，将特定争端排除在仲裁范围之外，包括：因维护国家安全、公共卫生、公共秩序而引发的争端，因制止腐败、洗钱、恐怖主义融资的措施引发的争端；与透明度有关的争端等。

其次，若两国暂未能就投资仲裁达成共识，可在双边投资协定谈判中暂行搁置，并以国家间仲裁机制为后备选项。在投资仲裁程序缺位的情况下，国家间仲裁机制的适用范围不应限于协定的解释或适用引发的争端，可参考 CFIA，允许仲裁庭就东道国行为是否合规进行审查。但在仲裁庭权限上，不宜完全排除金钱赔偿的可能性，避免私人投资者难以获得有力救济，进而降低对东道国的投资积极性。

（二）推进投资便利化进程的联合行动

在投资便利化议题上，中巴两国业已存在一定共识，并于国内、双边、区域等多个层面积极推进投资便利化改革，在投资周期的各阶段提升监管效率和管理效能。国内层面上，近年来，中国通过自贸区投资便利化试点、缩减负面清单等系列举措，消除投资壁垒。巴西则将投资监察员的服务对象由 CFIA 缔约国国民扩展至所有外国投资者。双边层面上，两国所缔结的国际投资协定越来越多地纳入了投资便利化条款，巴西更是在协定附件中明确投资便利化议程。区域层面上，中巴通过《金砖国家投资便利化合作纲要》《金砖国家投资便利化谅解》等文件初步建立起投资便利化区域合作框架，从促进投资合作、提升投资政策透明度、提高投资效率三方面着手，积极构建透明、可预见的投资法律体系。

除此之外，多边层面的联合努力也不可或缺。联合国贸发会议《投资便利化全球行动手册》提出十条“投资便利化行动路线”，内容涵盖投资政策的透明性提升、投资监管的效率优化、利益相关方沟通渠道的畅通、机构治理架构的健全等诸多方面。2017 年年底，第十一届 WTO 部长级会议发布的《关于投资便利化促进发展的联合部长宣言》标志着投资便利化在多边层面达成宣言式共识。后续在多边场合的结构化讨论中，中巴可从以下四方面引领推动投资便利化议题：其一，提升投资政策的透明度与可预测性；其二，精简行政程序，提高行政效率；其三，加强国际合作、信息共享、经验交流；其四，扩大发展中国家与最不发达国家在全球资本流动的参与度。

当前，各国国际投资政策在投资便利化水平上仍然存在系统性差距，投资便利化的国际立法尝试多停留在“粗线条”的规则雏形构建阶段。在全球资本流动日益频繁的背景下，深化投资便利化的方案和行动不应止步于软法性的国际宣言或政策指南，应以国内实践为基点，向双边、区域、多边推行行之有效的投资便利化措施，最终促成投资便利化多边框架的落成。在此过程中，中国和巴西作为投资便利化议题的引领者，应充分了解需求、拓展合作形式、增强能力建设。同时，要警惕投资便利化措施不当干预国家在投资规制上的自主权，以免重蹈投资仲裁的覆辙。

六、结语

经比较研究可知，中国和巴西在国际投资争端解决上的路径选择殊途同归。二者都致力于改善国际投资环境、促进公私利益平衡——这也是新一代国际投资协定的宗旨与使命。此外，比较研究还揭示了南南合作的重要性。当前，发展中国家在国际投资治理过程中“各自为战”的情形仍不乏多见，而碎片化的治理模式或将进一步削弱发展中国家在国际投资治理过程中的话语权与影响力，使之沦为国际投资规则制定过程中的旁观者、跟随者，而非参与者、引领者。从长远看，中巴在国际投资争端解决和投资便利化上的合作与两国利益相符，一来可为双边投资注入新动力，深化中巴投资合作关系，二来有助于促进国际投资争端解决多元发展，为新一轮国际投资秩序重构贡献南南合作经验。

“一带一路”法律风险及防范对策

黄思瑞 湖南师范大学

摘要：国家主席习近平出访中亚和东南亚时，先后提出共建“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的战略构想，强调相关国家要齐心打造互利共赢的“利益共同体”和共同繁荣的“命运共同体”，得到国际社会的高度关注和沿线国家的积极响应。共建“一带一路”，是我国根据深刻变化的国际形势，维护自由贸易和开放型经济体系，促进沿线各国加强合作、共克时艰、共谋发展的宏伟构想。它从历史深处走来，顺应时代潮流，赋予了古丝绸之路新的内涵，承载着沿途各国的美好梦想。目前，我国正处在不断开拓创新和寻求突破进程中，“一带一路”建设恰好为全面深化改革和可持续发展创造了可能，寻找着未来发展的着力点和突破口。而在“一带一路”建设的过程中，国家和企业都面临着各种各样的风险。本文通过分析“一带一路”的法律风险成因、类型，提出国家和企业面对“一带一路”法律风险的防范措施。

关键词：“一带一路”；“法律风险”；“防范对策”；“贸易保护主义”

一、“一带一路”建设中法律风险防范的必要性

“一带一路”倡议，是在复杂严峻的国际经济形势下，新一届中央领导集体统筹国内国际两个大局作出的重大战略决策。其借助古丝绸之路的历史符号，依托既有的合作平台，与沿线各国建立战略伙伴关系，共同打造各方面利益、命运和责任共同体，是一种开放合作的理念和倡议。“一带一路”战略的开启，为全球经济增长注入动力的同时，还扩大了我国对外直接投资规模，深化了我国对外开放格局，已经成为我国新时期建设的重点环节。但是，“一带一路”建设中的法律风险往往是难以被发现的，并且将在战略推进的过程中不断更新，不断变化。因此，只有正确认识、评估“一带一路”建设中潜在的法律风险，并提出相关的防范应对措施，才能为“一带一路”经济共同体的打造提供有效的制度保障。

二、“一带一路”建设中法律风险的类型

（一）税收风险

“一带一路”建设中税收方面的法律风险首先是由沿线各国的税制差异引发的风险。“一带一路”沿线 60 多个国家国情各不相同，税制类型、法定税率必然有所差异。其次是税收叠加的风险，主要是税收抵免和重复征税。“一带一路”沿线许多国家人才紧缺，税收制度比较落后。近些年来“一带一路”的沿线我国的企业大幅度增加了投资建设的速度和规模。但是很多走入沿线国家的企业在建设过程中却经常受到来自各方面的挫折，这一情况主要是因为企业对于外国政府税收制度以及条款等没有一个清晰的了解。针对这一情况，我们需要充分重视企业在境外面对的税收风险。[1]

[1] 商务部.“走出去”公共服务平台[EB/OL].http://fec.mofcom.gov.cn/.

（二）劳工风险

“一带一路”建设中因劳工问题引发的法律风险主要是对劳工权的侵犯，而劳工权是人权在劳工关系方面的具体化。劳工风险表现在以下三个方面。一是在招工的过程中违反了平等劳动相关的法律，存在民族歧视、性别歧视等问题，可能会面临行政处罚。二是忽视了法律赋予工会的权力，对法律赋予工会的权利不予以保障，可能会面临工人们激烈的罢工；三是触犯所在国的劳动法，漠视劳动法对工人劳动时间、福利保障等方面作出的规定，可能会面临诉讼的风险。[2]

（三）环境保护风险

“一带一路”建设中的因环境保护而引发的法律风险表现在以下两个方面。第一，企业如果不严格遵守环境保护相关法律和标准，不遵循绿色“一带一路”建设思路，将会引发严重的环境问题，破坏全球生态，不利于可持续发展。第二，企业如果环保意识薄弱，则会被其他国家禁止进入投资，造成许多项目的失败。比如我国中石油和中石化在蒙古、印度尼西亚等国的某些项目，由于不适应国外的环境标准，遭到当地环境组织的抵制及政府的规制。

（四）知识产权保护风险

“一带一路”建设中的投资贸易行为，必然会引发知识产权保护问题，主要体现在两个方面。第一，我国成为知识产权侵权的受害者。由于我国某些企业不熟悉知识产权国际保护的相关规则，在对外投资贸易中，对知识产权保护的措施不到位，遭到沿线国家的侵犯，失去竞争优势，损失惨重。[3]第二，某些企业知识产权保护意识不强，在版权、专利、商标等方面有可能侵犯到其他国家企业的知识产权，从而引发知识产权法律纠纷，需要支付巨额的惩罚性赔偿金。

三、“一带一路”建设中法律风险的成因

（一）缺乏相应的法律风险识别机制

法律风险识别，首先是查找企业各业务单元、各项重要经营活动、重要业务流程中存在的法律风险，然后对查找出的法律风险进行描述、分类，对其原因、影响范围、潜在的后果等进行分析归纳，最终生成企业的法律风险清单。

法律风险识别对企业发展的意义重大，具体表现在以下三个方面。首先，只有及时地发现和识别各种法律风险，才能确保企业后续的风险分析、评估和控制等工作的顺利开展。法律风险识别与其他防范措施进行协调，能极大地强化企业的风险预警和防控功能。[4]其次，当前“一带一路”建设中，企业在生产经营或者科研等各方面各环节都有可能存在法律风险，及时地将其找到和识别出来，才能让企业趋利避害，尽量减少损失。最后，在全面依

[2] 王耀辉.中国企业全球化报告（2015）[M].北京：社会科学文献出版社，2015.

[3] 韩秀丽.中国海外投资中的环境保护问题[J].国际问题研究，2013，（5）.

[4] IMF.世界经济展望[EB/OL].http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2015/01/.

法治国的背景下，对法律风险的识别，也是企业依法治理的有效途径，它能让企业充分认识到触犯法律的后果。

对于显性法律风险，如发生诉讼、纠纷等，因其能够较清楚地被认识到法律风险的影响及其产生的结果，因此，风险主体往往不需要借助特殊的科学手段就可判断。但是，对于那些隐藏得较深的法律风险，因其缺乏明确的表现形式、不经过周密的法律风险识别工作往往不易被人们发现或者难以判断其法律风险影响力的大小。[5]

面对这些隐性的法律风险，良好的风险识别机制，是企业规避风险，避免损失的必要保障。而我国许多企业没有建立起科学的法律风险识别机制，无法将隐性的法律风险尽早识别并加以解决，不能为法律风险预防和风险处理赢得机动的时间，不利于提高法律风险防范的效益。

（二）沿线各国法系和法治水平的差异

“一带一路”沿线 60 多个国家中，印度、肯尼亚、英国等属于英美法系；韩国、日本等东亚国家，缅甸、泰国等东南亚国家，俄罗斯、法国、德国等欧洲国家，都属于大陆法系；还有一部分中东国家属于伊斯兰法系。沿线各国法系不同，则法律表现形式、审判模式、法律适用规则也存在很大的差异，同一纠纷在不同法系国家之间的处理方式各异。法律适用问题和法律信息的不对称给投资者带来许多无法预测的法律风险。

“一带一路”沿线 60 多个国家法治水平各异，主要体现在立法、执法、守法这三个法治环节。立法方面，沿线许多国家有关投资贸易的立法，如税收制度，仍处在不断调整和完善之中，相关法律的修订较为频繁。交易规则若总处在变动之中，交易难度必然大。执法方面，沿线许多国家对外资企业在执法力度上有所歧视，甚至对外国企业有很强的针对性，从而保障本国的经济利益。守法方面，由于沿线某些国家不重视国民法律意识的培养，导致部分国家国民守法意识较差，常常做出一些违约、侵权行为，为我国投资贸易活动带来诸多法律风险。

（三）贸易保护主义的抬头

贸易保护主义是指在对外贸易中实行限制进口以保护本国商品在国内市场免受外国商品竞争，并向本国商品提供各种优惠以增强其国际竞争力的主张和政策。贸易保护主义在限制进口方面，主要是采取关税壁垒和非关税壁垒两种措施。前者主要是通过征收高额进口关税阻止外国商品的大量进口；后者则包括采取进口许可证制、进口配额制等一系列非关税措施来限制外国商品自由进口。[6]

“一带一路”沿线国家大多都属于新发展中国家，经济发展水平不高，很多国家为了维护本国的狭隘利益而设置严格的法律和市场准入门槛，以及苛刻的通关程序，来限制海外投资主体及产品进入其本国市场。贸易保护主义的确可以通过限制进口，保护本国商品在

[5] 武常歧.中国企业国际化战略———案例研究[M].北京：北京大学出版社，2015.

[6] 裴长洪.中国海外投资促进体系研究[M].北京：社会科学文献出版社，2013.

国内市场免受外国商品竞争。但对本国经济也会产生极大的消极影响，即阻碍本国各行各业的进步和发展，不利于本国资源的配置，失去参与国际分工，获取比较利益的机会。

不仅如此，贸易保护主义的抬头还将消解“一带一路”沿线国家为实现贸易畅通和投资便利化、自由化所作出的努力，引发投资贸易法律风险，不利于构建良好的营商环节，激发释放合作潜力。

四、“一带一路”建设中法律风险的防范之策

为有效应对“一带一路”建设中的法律风险，应当从政府和企业这两个市场参与主体入手。

政府应当发挥其对法律风险的宏观管控作用，具体应对之策有如下三点：

第一，政府应构建一体化法律风险识别机制及预防体系。法律风险识别是法律风险防范的前提和基础，缺少相应的法律风险识别机制，则难以找出法律风险产生的原因。要构建一体化法律风险识别机制，首先要成立相应的“一带一路”法律风险管控部门，对各种有可能发生的法律风险进行详细识别，制定完善的预防方案，通过加强事前法律风险管控来优化法律管理机制建设。其次，政府应组织协调相关部门和人员，组建专业化的法律专家团队深入“一带一路”沿线国家进行科学调研，全面了解沿线各国的法律制度、法治环境，充分评估投资贸易伙伴的产业运营、法律资质，研究可能产生或已经产生的投资、贸易和金融等方面的法律风险问题，从而制定出一系列法律风险防范对策。[7]最后，政府要加强与一带一路沿岸国家的合作，建立统一的投资安全保障体系，通过深化多方在法律领域的合作来构成多边协议，按照协议框架开展相应的投资建设，从根本上确保投资安全，为可能发生的法律风险提供有效的制度保障。

第二，政府必须构建“一带一路”法治保障体系，与沿线国家加强法制协同。为了加强与沿线国家的沟通磋商和务实合作，通过高层引领、签署合作框架等方式，不断完善双、多边投资协定。通过与投资伙伴国签订双边或多边协定，可以消解因沿线国家法制不统一而产生的法律障碍，为投资者创造良好的法律环境。充分利用双边和多边投资与贸易合作协定，尽可能通过签订项目合同、合营合同等方式，将合作各方的权利义务予以明确、细化，从而避免产生不必要的法律风险。[8]“一带一路”建设过程中，政府应该利用现有规则对各方面事项进行规定，明晰各方权利义务，改善投资环境。同时，政府还应该加强引导，为资金融通提供法律服务，鼓励律师积极为“一带一路”各个方面提供专业化的法律服务，切实防范融资风险；拓展律师代理涉外保险理赔、索赔，从事保险机构出口信用保险等新型保险业务，维护当事人合法权益；为沿线国家在中国境内发行债券等出具法律意见书；

[7] 邱家骏.论中国国有企业在国际投资争议解决中心仲裁中的投资者地位[D].北京：北京外国语大学，2015.

[8] 曹慧平，孟庆超.跨国公司本土化战略及其对我国企业的启示[J].黑龙江对外经贸，2007，（12）.

倡议成员国和非成员国共同参与风险分担和收益共享，尽快建立全球政治风险保险等平台。[9]同时，做好国别风险和地缘政治风险战略性评估，确保将风险降至最低。

第三， 政府必须加快制定国际司法合作协议，加强司法协助和配合。目前，在“一带一路”沿线国家中，贸易、投资、科技等领域的互动性逐步加强，基础设施、能源、通信之间的合作迈向深入。在法律适用方式方法上，面对更多新型法律争议，司法机关必须要与时俱进，大力加强涉外刑事、涉外民商事、海事海商、国际商事海事仲裁司法审查和涉自贸区相关案件的审判工作，积极回应相关国家司法关注和协助请求；加大打击跨国犯罪、毒品和恐怖主义，对中外当事人要一视同仁，全面贯彻法律面前人人平等原则，创造安全稳定的法治环境。同时要遵守法律和缔结条约规定，坚定维护我国司法主权，全面提升涉外审判工作水平，主动、恰当地行使管辖权，使参与者寻求司法救济途径畅通。另外，要主动开展与沿线各国司法交流，与各国法律实现良性对接，加快制定双边和区域性的司法合作协议，加快制定国际司法合作协议。建立一个统一的、各方公认的争端解决机构，充分发挥各国司法机关的能动作用，形成成员国司法部长会议机制，保障审判、裁决结果的真正执行，增进了解、凝聚共识，夯实“一带一路”建设的法治基础。

企业作为“一带一路”建设的直接参与者，其应对法律风险的措施有如下几点：

第一，企业应当强化风险意识，加强对信息的搜集、分析以及与其他利益相关方的沟通。为了有效规避风险，企业在投资前，应对东道国有关法律制度、项目等进行全面地了解，做到尽职调查。首先，从宏观层面上掌握东道国法律环境，以此来对风险进行预测和判断，并将此作为依据，制订具体的投资领域、方法等。其次，对投资对象进行深入调查，尤其是要明确公司掌握的“项目开发权”，根据此确定出并购价格等。最后，对投资项目适用法律予以尽职调查。“一带一路”的实施是一项重大举措。企业应深入分析当前企业面临的各类法律风险，并坚持针对性原则，对不同的法律风险采取相应的具体的措施，同时企业要履行好自身社会责任，树立现代化经营管理理念。[10]

第二，企业还需自觉学习和研究“一带一路”沿线国家和地区的法律，避开法律“雷区”。长期以来，人们对发达国家的法律较为重视，介绍和研究较多，但对发展中国家尤其是不发达国家的法律关注不够。“一带一路”战略涉及的 60 多个国家中大多数都是新兴经济体和发展中国家，许多国家的法律体制还不尽完善，人治多于法治，部分国家还有被殖民的历史，其法律制度比较复杂，我们对中亚、南亚和西亚等国家的法律和政策知之甚少。[11]因此，学习和研究“一带一路”沿线国家和地区的法律和政策，就成为防范“一带一路”法律风险的首要前提。同时自觉遵守所在国法律制度，严格依法经营。中国企业在海外投资时出

[9] 寇彬，梁旭，等.境外投资保障机制的启示 [EB/OL].http://www.financialnews.com.cn/llqy/201309/t20130916_41277.html.

[10] 辛宪章.国际投资争端解决机制研究[D].大连：东北财经大学，2013.

[11] 郭洁.“一带一路”的历史与变迁[J].国际政治研究，2015，（1）.

现的问题，很多都是由于没有遵守当地的法律和政策造成的。因此，中国企业在参与“一带一路”建设时，一定要严格遵守当地的法律、法规，自觉履行法律赋予的义务，与当地政府和民众建立友好合作关系，树立中国企业的良好形象，这样才能有效促进投资贸易。

第三，随着“一带一路”建设的推进，投资贸易冲突和摩擦可能增多，企业应从被动应诉，变为主动利用各种国际贸易规则和法律机制来维护自身的合法权益。合理利用国际贸易规则，科学评估争端解决机制。针对部分国家的投资贸易争端，即使通过国际贸易仲裁取得了有利于我方的裁决，但其承认和执行仍存在着很大的不确定性。因此，当纠纷无法避免，形成国际法问题时，一定要认真评估各种争端解决机制的利弊，正确选择和确定应对之策。

涉外知识产权有效性专属管辖的类型化分析与处理

黄钰[*]

摘要：在涉外知识产权侵权案件的处理过程中，往往伴随着有效性争议的提出。显然，侵权争议往往依旧遵循由侵权行为地或损害发生地进行管辖，而由于知识产权的属地性特征，有效性争议则被划分为专属管辖的范畴。侵权管辖与有效性问题的管辖问题被割裂开来，呈现出了“跛足”的专属管辖窠臼。在涉外知识产权侵权诉讼中，为最大限度地协调侵权管辖与有效性专属管辖，有必要结合知识产权的特殊性以及提出方式对诉讼程序的影响，从实体上与程序上进行类型化分析。同时针对不同类别的实际情况，有必要对症下药、有的放矢，分别利用未决诉讼的相关规则与限制效力范围的技术方法进行处理，以实现对公共利益及当事人合法利益的充分保护，以提高诉讼资源的高效利用率。

关键词：涉外知识产权；有效性；专属管辖；类型化分析；

Typological analysis and treatment of exclusive jurisdiction over the validity of foreign-related intellectual property rights

HuangYu

Abstract: In the process of handling foreign-related intellectual property infringement cases, validity disputes are often raised. Obviously, infringement disputes often still follow the jurisdiction of the place of infringement or the place where the damage occurred, and due to the territorial characteristics of intellectual property rights, validity disputes are divided into the category of exclusive jurisdiction. The jurisdictional issues of infringement jurisdiction and validity have been separated, showing a "lame" exclusive jurisdiction. In foreign-related intellectual property infringement litigation, in order to maximize the coordination of infringement jurisdiction and effective exclusive jurisdiction, it is necessary to combine the particularity of intellectual property rights and the impact of the method of proposal on the litigation procedure, and carry out a categorical analysis from the perspective of entities and procedures. At the same time, according to different types of actual situations, it is necessary to prescribe the right remedy and use the relevant rules of pending litigation and technical methods that limit the scope of validity to deal with them, so as to realize the full protection of the public interest and the legitimate interests of the parties, so as to increase the litigation resources. Efficient utilization.

Key words: foreign-related intellectual property rights; validity; exclusive jurisdiction; typological analysis;

一、问题的缘起：“跛足”的涉外知识产权有效性专属管辖

知识产权作为典型的智力成果，伴随着电子信息技术的高速发展以及下载、储存、复

[*] 黄钰：女，1995 年生，中南财经政法大学法学院 2020 级博士研究生，国际法专业、国际私法方向

制等通讯传播手段的不断进步，知识产权在全球范围内的流动速度呈加速发展的态势，随之而来的是知识产权侵权案件的跨国发生率的逐年提高。在知识产权跨国侵权案件的审理中，知识产权有效性争议的管辖往往伴随其中，但二者的管辖依据却不尽相同。在处理管辖问题时，有效性争议专属管辖与侵权管辖的两组并行的做法并非一致且平衡，对有效性争议专属管辖的范围越大，对其他类型管辖权的冲击就越大。若无法恰如其分地处理好二者之间相异却相互牵扯的现状，必然导致“跛足”现状的产生。

（一） 涉外知识产权有效性对知识产权侵权的影响

对于知识产权案件本身而言，其有效性问题往往成为案件审理的前提或基础。一旦该知识产权被判定为无效的知识产权，那么侵权便无从谈起。因此，对于有效性问题的确认至关重要。无论有效性的提出是在侵权问题的审理中同时作为一个主要诉讼问题，还是仅仅成为侵权诉讼中的抗辩理由，对有效性的确定攸关于对是否构成侵权的根本性问题的判定。但纯粹的侵权案件与有效性案件并非相同，有效性问题会涉及到国家权力与国家行为，而侵权行为是纯粹的偶然发生事件，不涉及国家意志。

在涉外知识产权侵权案件中，若被告试图证明自己的非侵权性，则会尽可能狭义地解释知识产权的范围，以表明其行为不属于受保护的权利范围内，而原告方则尽可能宽泛地解释知识产权，以表明被告行为的侵权性。但是，若权利的有效性存在争议，则情况恰恰相反：被告将尽可能广泛地解释其范围，而权利持有人却会尽可能缩小范围。如果被告同时行使这两种选择，并且两者均由同一法院裁定，则该法院通常将能够确保任何一方在这两项请求上的行为均不一致。这种诉讼双方证明事项的转换与对比，鲜明地呈现出有效性争议对一般侵权案件的影响。对于单纯的涉外知识产权侵权案件而言，可以将一般侵权的管辖规则进行转化，从而根据侵权行为发生地或损害结果发生地来确定适当的管辖法院。若涉及互联网侵权，可以通过增加服务器地址等连结因素来确定行为发生地或损害结果地。总体而言，对于纯粹的知识产权侵权行为，侵权行为地或损害发生地仍是与纠纷联系更为密切的地点，更是确定管辖法院的重要指标。但对于知识产权的有效性而言，由于该权利自产生之初所带有的属地性特征，因此对有效性问题的处理往往归于各国专属管辖的范畴，专属管辖所波及的范围越大，对侵权管辖的冲击就越大。在经贸往来尚不发达的阶段，属地性特征所造就的专属管辖并未对管辖权在世界范围内的分配以及世界经贸往来的发展带来困扰。但伴随各国交流与往来的愈发频繁，各国经济与社会发展休戚与共，对于知识产权有效性问题仍旧罔顾实践与现实的发展，而一味坚持专属管辖所带来的的诸多困境已逐渐显现。一侧根据灵活多样的侵权行为地或损害发生地确定侵权管辖法院，另一侧却对有效性问题固守专属管辖的牢笼，若未及时纠正“跛足”现象的发生，对于知识产权这一智慧财产在全球范围的传播与发展无疑利大于弊。

（二） 专属管辖制度之下的困境

在知识产权侵权案件审理过程中，若涉及有效性争议，不对所涉知识产权加以类型化地区分而依赖专属管辖进行分割式地诉讼，无论从国家公权力角度进行审视，还是从私人权利保护角度进行分析，其所带来的弊端显而易见。

1.对礼让的过度解读

长期以来，之所以对有效性问题坚持专属管辖是因为各国纷纷认为知识产权具有严格的属地性，逐渐地将知识产权的确认与授予披上了国家行为的色彩，因此，“礼让”成为了坚持权利注册地或登记地进行专属管辖的主要理由。但是，给予“礼让”以合理性的两种理由并非可以完全立足。

首先，对有效性问题坚持专属管辖的观点基础之一建立在一直以来大众对传统知识产权严格属地性的理解上。在澳大利亚，Potter v. Broken Hill Pty Co Ltd 案[1]的裁决是第一个将“Mozambique 规则”扩展到专利侵权诉讼的案件，并使用该规则排除了澳大利亚法院对外国知识产权侵权主张的管辖权。但伴随着电子信息技术的发展以及全球化的发展，知识产权的严格属地性态势已被弱化，“Mozambique 规则”也逐渐被废弃，澳大利亚新南威尔士州已废除了莫桑比克规则的适。[2]1989 年，荷兰法院在“Interlas 案”中更是抛弃了属地主义的做法。[3]之后，英美也出现了突破属地性的典型判例。在当前的发展态势下，我们必须承认的是，互联网的发展加速了知识产权在世界范围内的流通与传播，传统的地域边界早已被打破，因此，受地域边界影响的行为正当性正在悄然减弱。

其次，给予礼让而坚持各国的专属管辖，是因为对知识产权有效性的认定是一种国家行为，因此理应被尊重和保护。就礼让的根本目的而言，其在于对各国国家主权的尊重，对各国重大社会公共利益的保护。但就知识产权而言，是指人们就其智力劳动成果所依法享有的专有权利，它的客体是智力成果或是知识产品，归根结底是私权利的一种。而在这些私权利之中，仅有某些特殊权利需要通过国家行政行为给予认可或授予，但直接追求的利益具有私人性质，而仅间接具有公共性质。实际上，欧洲国家采用了直接保护私人利益来收回投资和创新的知识产权制度，而立法者仅在事前对知识产权施加事先限制的情况下间接保护了获取知识和促进进步的公共利益。此举目的正是为了避免在知识产权领域国家行为的过多进入，从而平衡公权力与私权利。

在 1984 年 London Film Productions Ltd 版权侵权案中，[4]纽约南区美国地方法院接受了 Nimmer 教授的观点，即只需根据外国版权法裁定侵权行为，而无需考虑国家行为的参与。加利福尼亚州地方法院在 2006 年 10 月 18 日的 Monolithic Power Systems 案[5]中强调：“根据国家行为原则，只有在执行外国主权者的正式行为的情况下，才可采取行动。由于授予专利并不涉及主权活动在诉讼中通过寻求救济或抗辩而要求法院宣布国家行为无效的情况，仅涉及中立的法院地的公正审判行为，因此仅由外国列示专利并不构成国家行为”。在之后的 Rundquist v. Vapiano 案中，[6]美国哥伦比亚特区地方法院在考虑对涉嫌侵犯被告版权的行为的管辖权问题上，法院运用了 London Film Productions Ltd 版权侵权案的推理，同样认为不需要评估外国行政行为的适当性，国家行为在该类案件中不起任何作用。

在 2007 年的“Voda v. Cordis 案”[7]案中，美国联邦巡回上诉法院强调：“礼让是一种合作

[1] Potter v. Broken Hill Pty Co Ltd [1906] HCA 88, (1906) 3 CLR 479.
[2] See Richard Baddeley, ‘Out of Africa: The Moçambique Rule and Obstacles to Suits for Enforcement of Foreign Registered Intellectual Property Rights in Australia’ (June 2007) The Intellectual Property Forum (Journal of the Intellectual Property Society of Australia and New Zealand),p 45.
[3] Interlas 是一家荷兰公司，从美国进口了带有“Lincoln”商标的柴油机焊接原件，并且把它出售到欧洲数个国家。“ Lincoln”商标的所有人是美国、法国、荷兰的企业，其以 Interlas 侵犯其商标权为由在荷兰海牙法院提起商标侵权诉讼。由于原告的商标权并不局限于荷兰一国，而且在比利时和卢森堡也有效。因此，原告请求海牙法院一并保护他们在其他国家的商标权。海牙初审法院支持原告的请求，在两个以上每个国家辖区内发布禁令，制止对原告商标侵权行为的继续发生。被告根据荷兰民法典，反对签署这项跨越辖区的禁令，并提起上诉。荷兰最高法院驳回了被告的上诉请求,认为“除非有例外，源于法律或诉讼法案规定，一人对他人负有给付、作为或不作为的义务。法官应当根据义务相对人的请求判令义务人履行其义务。总而言之，并没有理由认为这起对有关可能是根据在荷兰之外，取得外国法义务的案件就不能作出这样一种禁令。See John R.Thomas.Litigation Begournd the Technological Frontior: Comparative Approaches to Multinational Patent Enforcement，2 Law and Policy in International Business (1996) ,p299-305.
[4] London Film Productions Ltd. v Intercontinental Communications, Inc. 580 F. Supp. 47 (S.D.N.Y. 1984).
[5] Monolithic Power Systems Inc. v 02 Micro International Ltd., unreported case, 2006 U.S. Dist. LEXIS 78601.
[6] Ewa-Marie Rundquist v Vapiano SE, unreported. 2011 U.S. Dist. LEXIS 78781.
[7] Voda v.Cordis Corp.476 F.3d 887 (2007).

精神，在这种精神下，国内法庭将解决涉及其他主权国家的法律和利益的案件”。至于何为礼让，法院认为礼让既不是绝对义务，更不能单纯地界定为礼貌与善意。但是，这是一个国家在承认其领土上对另一国家的立法，行政或司法行为的承认，同时充分考虑了国际义务和便利以及保护其本国公民或受其管辖的其他人的权利的法律。在该案中，纽曼法官的反对意见也很有意义，他拒绝了专家小组多数支持的理论，即授予外国专利是一种政府的国家行为，则是美国州法院无法触及的。相反，纽曼法官认为，专利的有效性和侵权是法律和商业问题，而不是国家行为，因此，国家行为与对知识产权的司法审查无关。该判决意见实质上误将知识产权作为政府所享有公权，在这一错误理解的前提下将礼让原则作为否定对侵权管辖的依据。实际上，在认清知识产权作为私权的基础，可以得出，此种管辖并不违反礼让原则，反而可以依靠礼让原则作为正当性基础。[8]从国际民事诉讼管辖权的角度，礼让原则意味着一国法院对外国政府的公权行为应当拒绝司法管辖，而对基于外国法律的私权行为应当在符合相关连结点的情况下行使管辖权。在 Gallo Africa v. Sting Music 案[9]中，南非共和国最高上诉法院不仅认为在关于注册型知识产权的成立与有效性问题上，所谓的行政干预并不意味着涉及到国家主权，仅是行政人员的的工作作为。甚至表达了更为极端的看法，认为在需要行政加以干预与保护的注册知识产权，与无需注册的知识产权之间并无仁和区别。

2.低效的重复诉讼

在涉外知识产权诉讼与有效性争议同时发生是，由于后者的前提性与特殊性，对专属管辖的过度坚持极有可能破坏诉讼的可预测性，尤其会导致重复诉讼的产生。Gallo 案中，原告声称，被告通过表演所涉音乐剧的全部或部分侵犯了他们的版权。自 2001 年以来，通过制作其录音和电影胶片，该剧在南非以及许多其他国家与地区播出。根据最高上诉法院裁定，包括版权在内的知识产权是不可移动的无形资产，地方法院对外国版权问题没有管辖权。因此，这导致了原告必须在涉嫌侵犯版权的每个法域进行诉讼。显然，此种重复诉讼既拖拽了诉讼效率，又增加了诉讼成本。三星与苹果公司之间的全球专利诉讼更是如此。2011 年初，苹果公司声称三星的 Galaxy 系列产品侵犯了 iPhone 和 iPad 中苹果的知识产权，三星对此予以坚决否认。两家公司之间的知识产权纠纷涉及在世界范围内注册的多项专利，进而引发了诉讼和反诉的循环。但是，由于排他性管辖权规则，这些公司无法在单个国家的法院中通过单一程序进行索偿，因此必须在所涉及的单个知识产权注册的每个国家与地区提起诉讼。在之后的很长一段时间里，关于苹果与三星公司在全球的未决诉讼的案件数量急剧增长。[10]

对有效性问题的管辖完全与侵权管辖割裂开来的做法，必然需要一方在侵权案件审理国之外的法院就该问题提起诉讼，而对该问题的单独审理既有可能导致结果的冲突与矛盾。而对于当事人的利益保护来说，诉讼成本的大幅增加已是必然，且冲突判决的可能性更不能满足对当事人正当权利的保护。海牙地方法院在 2007 年荷兰 Single Buoy Moorings v. Bluewater 案[11]的裁决证实了这一看法。该案中，欧洲专利的所有人起诉了一家荷兰公司，声称在制造和提供原告专利发明的主要部分进行销售的同时，知道这些部分将被两个国家

[8] 阮开欣:《论侵犯外国知识产权的管辖权》，载《云南师范大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 1 期，第 64 页。

[9] Gallo Africa Ltd. v Sting Music (Pty) Ltd. [2010] (6) SA 329 (SCA)

[10] See Benedetta Ubertazzi, Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property, Mohr Siebeck ,p17.

[11] Single Buoy Moorings Inc. v Bluewater c.s. (11 April 2007)

的第三方安装。 原告已获得欧洲专利（英国和挪威）的专利，被告犯有一种特殊形式的间接跨境侵权。 被告向荷兰法院提出了欧洲专利无效的问题。 因此，根据欧洲法院的 GAT 裁决，荷兰法院至少应否决有关欧洲专利中英语和挪威部分的有效性问题的管辖权。 但是，海牙地方法院将 GAT 案与所面临的争议区分开来，指出德国在 GAT 上的诉讼涉及仅在一个地区（法国）对法国专利有效性的判决。但是，在荷兰法院审理的案件中，该索赔将涉及确定欧洲专利在英国和挪威两个地区的有效性，这会产生关于有效性的判决存在冲突的风险，实际上，基于礼让的专属管辖权规则要求公民重复其诉讼程序，而在知识产权案件中重复诉讼程序已被证明会大大增加成本并可能导致结果分歧，因此更不能满足对公民的足够保护要求。

在 Voda 案中，双方都是美国注册的公司，所涉知识产权涉及除美国外的英国，加拿大，法国和德国等国家。美国联邦巡回上诉法院裁定，沃达必须将其英国，加拿大，法国，德国和欧洲的专利侵权诉讼提交英国，加拿大，法国，德国和各个授予欧洲专利的国家和地区的法院进行管辖，因为每个国家或地区对其专利侵权要求拥有专属管辖权。在对管辖权的分析过程中，法院实际上已将“司法经济”作为确定管辖权的因素之一，但美国法院却得出相反的结论，其认为“侵外”管辖消耗本国的司法资源。该观点实际上单纯从国家利益的角度出发，孤立、局限地看待国际管辖权问题，完全以否定普遍主义的国际私法制度作为判断基础，重复诉讼所带来的对司法资源的浪费显而易见。根据统计，欧盟成员国每年重复进行 146 至 311 例专利侵权案件，重复诉讼带来的费用与成本是一种巨大的无必要资源消耗，通过使用统一的专利程序，私人节省的资金总额将介于 148 欧元至 2.89 亿欧元之间。[12]

因此，从诉讼成本效益与当事人权利保护而言，事实证明在知识产权案件中重复诉讼程序会增加其成本。专属管辖在不少情况下对于知识产权权利人的司法救济耗费过多的时间和成本，违背了国际上公认的司法公正以及必要法院原则(forum necessitatis)。[13]过度坚持专属管辖将会造成同一事实被多次审理而过多消耗司法资源，且不利于司法文书的送达、证据与证言的取得、禁令与赔偿判决的执行等诸多危害。若一旦在涉及有效性问题时，就进行专属管辖，禁止合并诉讼，那么被告则可以轻易地拖延甚至阻止侵权之诉，如若原告希望得到充分救济，只能在各个国家展开诉讼，无疑，这将给原告带来巨大的人力、物力等资源的消耗。

二、问题的解构：类型化与可行性分析

对于知识产权有效性问题一概进行专属管辖的弊端显而易见，因此有必要针对知识产权的特殊性进行分类化研究，在合理且适当的情况下厘清必须进行专属管辖的范围，最大限度地实现与侵权管辖的协调。从实体角度考虑，可以根据知识产权的产生性质进行分类，将该权利分为注册型知识产权与非注册型知识产权；从程序问题考虑，可以根据有效性问题被提出的方式进行分类，分为主要问题与抗辩理由等次要问题分别进行讨论。

(一) 注册型知识产权与非注册型知识产权

由于专属管辖的核心目的在于对一国公共利益的保护，因此对涉外知识产权纠纷中有效性争议是否可以区别于，甚至优先于一般侵权案件的管辖判定方法而言，判断其是否间接与一国公共利益相关是至关重要的。按照知识产权是否需要注册和登记，可以将其分为

[12] See Benedetta Ubertazzi, Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property,Mohr Siebeck，p282.

[13] See Benedeta Ubertazzi, Intellectual Property Rights and Exclusive (Subject Matter) Jurisdiction: Between Private and Public International Law, *Marquette Intellectual Property Law Review2011(15)*,p384.

注册型知识产权与非注册型知识产权。尽管内国版权法也对版权等非注册型知识产权的相关内容规定了具体的要求与条件，但其产生基础是有赖于一国立法行为，其产生更强调国家的具体行政行为，是行使国家权力的结果，[14]同时更可能间接涉及公共利益。因此知识产权的“登记”与否, 是权力发生“冲突”的一个重要因素，[15]根据可注册性对是否可以进行专属管辖进行划分是较为合理的分类标准。

商标权等注册型知识产权显然需要经过国家行政机关或司法机关的认可或授予才能具有有效性，因此该类权利直接涉及到私人利益，间接影响社会公共利益。因此对于注册型知识产权而言，为防止对国际及社会公共利益的间接损害，专属管辖适用于此无可厚非。修正后的《布鲁塞尔条例 I》第 24 条(4)款规定的专属管辖权只限制欧盟国家法院在确定在其法院地内登记的国家注册知识产权的有效性的管辖权。《CLIP 原则》第 2:401 条第 2 款采用反向排除规定的做法，[16]肯定了知识产权注册登记地国家的专属管辖权。Aldous 法官在 Plastus Kreativ A.B. v Minnesota Mining and Manufacturing Co.案中明确提到，尽管专利诉讼表面上看起来是当事人之间的纠纷，但实际上与公众密切相关。[17]在 Creative Technology, Ltd v Aztech System Pte 案中，美国第九巡回法院也提出了类似的观点。该案法官反对多数人以不方便法院为由驳回此案，法院认为，版权是美国政府为了使公众利益受益而给予的有价值利益；因此，不能将侵犯版权的索赔视为侵权或违约等纯粹的私人诉因，这对公众利益会产生了巨大影响。[18]Duijnstee v. Goderbauer 案也指出，在专利注册登记或有效性有关的法律程序中，由注册登记地法院进行专属管辖权是最为合理且适当的。[19]

相反，对于非注册型知识产权而言，其效力的产生无需国家行政行为的认可，自身便能产生效力，因此直接与权利人的私人利益相关，对社会公共利益的影响较小，因此，对于此种类型的有效性争议进行专属管辖是欠妥的。由于《布鲁塞尔条例 I 第 24 条第 4 款并未将其专属管辖权规则扩展到未注册的知识产权主张，因此，在欧盟/欧洲自由贸易区体系的框架内，成员国不得将专属管辖权规则应用于此。 特别是在英国，这一结论得到了最高法院对 Lucasfilm 案判决的支持，[20]该判决裁定对在英国侵犯外国版权的索赔具有可诉性，从而确认了 Pearce 案的做法。[21] 法院进一步证明并解释了《布鲁塞尔条例 I》在有效性问题上，仅将专属管辖权的范围限定在注册型知识产权有效性有关的案件中。

(二) 争议提出方式区分

从诉讼程序上来说，若想平衡与协调侵权问题的管辖有效性的专属管辖，必须保证与在涉及有效性的涉外知识产权争议中，有效性的提出方式一般有两种形态。一种是与侵权争议同时作为主要问题被提出，一种是作为一般侵权争议中的抗辩理由被提出。当有效性

[14] 钟丽: 国际知识产权争议解决机制研究, 中国政法大学出版社 2011 年版，第 75 页。
[15] 何其生:《<海牙排他性法院选择协议公约(草案)>有关知识产权问题的建议》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2005 第 1 期，第 64 页。
[16]《CLIP 原则》第 2:401 条第 2 款规定，如果授予、登记、有效性、放弃或撤销请求是在主请求或反请求以外的情况下产生的，则登记国法院的专属管辖权不适用。
[17] Plastus Kreativ A.B. v Minnesota Mining and Manufacturing Co. [1995] RPC 438, 447.
[18] Creative Technology, Ltd v Aztech System Pte, Ltd, 61 F.3d 696 (9th Cir 1995).
[19] Duijnstee v. Goderbauer ,Court of Justice of the European Union Case 288/82, [1983] ECR 3663.该案中，Duijnstee 是一家破产的荷兰公司的清算人。Goderbauer 作为该公司的前经理，其以自己的名义在许多国家注册了各种专利。Duijnstee 声称，由于发明是在其任职期间作出的，因此 Goderbauer 应该以公司的名义进行注册。因此，他向荷兰法院提起了针对 Goderbauer 的诉讼，要求其将其专利转让给该公司。但就专利的注册与有效性而言，荷兰法院就是否应该依据《布鲁塞尔条例 I》第 24 条第（4）款剥夺了管辖权的问题产生争议。荷兰最高法院（Hoge Raad）将问题转交给了欧洲法院。
[20] Lucasfilm Ltd. & Ors v Ainsworth & Anor [2011] UKSC 39
[21] Pearce v Ove Arup Partnership Ltd [2000] Ch 403.

问题作为第一种形态在案件审理中被提出时，其性质类似于“先决问题”，具有相对独立性。针对作为在侵权纠纷中作为抗辩理由而提出的有效性争议，其并非是独立的诉讼问题，仅作为被告的抗辩理由而存在。在早年间的 GAT 判决，[22]对于如何解释第十六条第四款，欧洲法院采取了宽泛的解释立场。在《公约》框架内的立场和所追求的目标，必须认为，该条规定的专属管辖权应适用于该问题所采用的任何形式的诉讼程序 无论是通过提起诉讼还是在诉讼的后期阶段，通过诉讼或反对请求的方式，都可以提高专利有效性的效力。之后，几个欧盟和欧洲自由贸易联盟成员国对其持有表示抵制。在 Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) v. JPMorgan Chase Bank NA 一案中，[23]欧洲法院在根据《布鲁塞尔条例I》所规定的专属管辖进行裁决时，得出了相反的结论。显然，这种宽泛的解释方法无疑又倒退回传统的属地主义立场了。在“Coral Sand 案”[24]中，针对仅作为抗辩理由而被提出的知识产权有效性问题，日本东京地区法院明确拒绝了专属管辖的做法，并主张侵权问题可以与有效性问题一齐进行决定。值得注意的是，《CLIP 原则》以及《日韩共同提案》均排除了注册登记地法院对作为附带问题被提出的知识产权有效性问题的专属管辖。[25]

在诉讼的审理过程中，对案件的公正审判必须同时考量实体因素与程序因素，对诉讼进程以及司法效率的影响同样需要综合实体问题与程序问题。而对涉外知识产权有效性问题是否均需要进行专属管辖的考量，同样需要从实体与程序两方面着手。在实体方面，根据知识产权的特点，应根据注册型与非注册型进行分类；在程序方面，需根据问题的提出方式进行分类。因此，综合看来，共有 4 种类型，包括作为主要问题提出的注册型知识产权有效性问题、作为附带问题提出的注册型知识产权有效性问题、作为主要问题提出的非注册型知识产权有效性问题以及作为附带问题提出的非注册型知识产权有效性问题。而在这四种类型中，只有同时满足在实体问题与程序问题上均有必要进行专属管辖时，才可以进行专属管辖。因此，综上所述，只有对作为主要问题提出的注册型知识产权的有效性问题才有必要进行专属管辖。

表 1 有效性专属管辖类型化分析

	主要问题	附带问题
注册型知识产权	专属管辖	非专属管辖
非注册型知识产权	非专属管辖	非专属管辖

三、问题的处理:合并管辖的具体优化方法

通过上述分析可知，只有同时满足注册型知识产权与有效性争议是作为主要问题提出

[22] Gesellschaft fu¨r Antriebstechnik (GAT) v. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs (LuK)，Court of Justice of the European Union，Case C-4/03, [2006] ECR I-6509。该案中，原告 GAT 和被告 LuK 均为德国公司。GAT 希望可以通过签订合同来向第三家德国公司提供零部件。被告 LuK 声称，GAT 的提议将构成对其法国专利的侵犯。因此，GAT 向德国法院提起了针对 LuK 的诉讼，要求其宣布法国专利无效，并且无论如何，其提议的内容均不构成侵权。

[23] Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) v. JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch ,Case C-144/10 [2011] OJ C194/07.

[24] Coral Sand, Tokyo District Court, Judgment of 16 October 2003.

[25] 德国《CLIP 原则》第 2：401 条 (2)如果有效性或登记之争端不是作为主要诉讼请求或反诉请求而提起，则不适用第 1 款之规定。因此种争端而产生自裁决不影响该权利之有效性或登记对第三人之对抗效力。《日韩共同提案》第 209 条 (2)登记知识产权的授予、登记、有效性、放弃或取消作为先决问题时，不适用前款规定。法院对此作出的判断在后诉中没有法律约束力。

的情况下，权利注册地或登记地对其进行专属管辖才是最具有合理性的。在上述其他三种情况下都可以考虑由侵权行为地法院进行合并管辖，以实现当事人利益以及司法资源利用率的最大化。在对其进行了类型化分析之后，接下来需要解决的问题是，对于作为主要问题提出的注册型知识产权的有效性问题而言，关键点在于如何如何处理对有效性专属管辖与一般侵权管辖权之间的冲突问题。而对于其他合并管辖而言，需要着重处理好该案件的判决效力问题。

(一) 利用未决诉讼

对于需要进行专属管辖的案件，为最大程度地减少重复诉讼所带来的弊端，务必需要与侵权管辖进行协调。在此处通过充分利用未决诉讼的相关规则，可以提高诉讼效率，实现协调管辖权的目的。首先，必须肯定侵权行为地、损害发生地等国法院对侵权诉讼的管辖权。其次，在提出有效性问题时，对侵权问题享有管辖权的法院应当中止诉讼程序。再次，关于有效性问题的审理可以由所涉知识产权注册国对有效性问题进行专属管辖。如若第二个判决判定案涉知识产权有效，则可以继续在侵权管辖法院对侵权诉讼进行审理。[26]荷兰在相关案件的审判中已采用了此种方法，在 Roche v Primus 案的最终裁决中，[27]荷兰最高法院赞成中止侵权诉讼，而不是在当事方提出有效期问题后直接终结审判或直接全盘否定管辖。在 Expandable Grafts Partnership v Boston Scientific 案中，[28]法院认为，荷兰法院所享有的管辖依据并不会因为有效性问题存在争议就被剥夺消失，尤其是在有效性争议明显缺乏实质价值的情况下。法院认为，在知识产权侵权问题之后有效性问题产生纠纷时，法院必须秉持谨慎态度，在外国法院对有效性问题作出决定之前应该暂定侵权诉讼程序，以等待有效性问题的裁决。瑞士法院在 Eurojobs Personaldienstleistungen SA v Eurojob AG 案[29]的审理中同样对该种暂定诉讼以等待的做法加以支持，法院认为，它不仅认为拥有侵权管辖权的州的法院应保留侵权要求，直到在注册国确定有效性问题为止。但被告也应有义务在一定时限内提出有效案。如果他或她不这样做，则被告将被视为已放弃有效性论据。[30]

(二) 限制效力范围

与作为主要问题提出的注册知识产权效力问题的专属管辖相比，其余三种情况并非一定需要进行专属管辖。他们可以采取比分割专属管辖与侵权管辖更为高效便捷的方法，通过由对侵权问题享有管辖权的法院统一进行管辖。在这些情况下，受理侵权诉讼的法院可以同时裁定有效性问题。

在 Coral Sand 案的相关分析中，日本东京法院指出，作为附带提出的知识产权有效性的纠纷的决定尽可以在诉讼双方之间产生效力，不应赋予具有普遍约束力的效力。[31]海牙国际私法会议 2001 年《民商事案件管辖权及判决承认与执行公约》草案第 12 条第 6 款规定，当事人偶然提出的与外国知识产权有效性有关的判决，即使是在同一当事人之间作出的，在随后的诉讼中也不具有约束力。海牙国际私法会议 2005 年《选择法院协定公约》第

[26] Trevor C. Hartley,International Commercial Litigation-- Text, Cases and Materials on Private International Law（Third Edition）, *Cambridge University Press 2020*,p102.
[27] Roche Nederland BV and Others v Frederick Primus and Milton Goldenberg, Case C-539/03, [2006] ECR I-6535.
[28] Expandable Grafts Partnership v Boston Scientific 23 April 1998, in FSR [1999] 352.
[29] Eurojobs Personaldienstleistungen SA v Eurojob AG, Zivilabteilung 4C.439/2006.
[30] See Paul Torremans, 'Overcoming GAT: The Way ahead for Cross-Border Intellectual Property Litigation in Europe' *RCDIP 2008*, p73.
[31] Coral Sand, Tokyo District Court, Judgment of 16 October 2003.

10 条确认了这这种做法。值得一提的是，美国的《ALI 原则》、[32]德国的《CLIP 原则》[33]以及《日韩共同提案》[34]，均将关于外国注册知识产权有效性判决的法律效力仅限于诉讼当事人之间，以免效力范围的无限扩大。

之所在考虑将有效性争议交由对侵权问题享有管辖权的法院一并进行管辖的同时，仍需限制判决效力问题，是因为需要考虑到为维持各个利益相关者（权利持有人、诉讼的其他当事方和国家）的利益之间的平衡，同时确保知识产权授予国的利益并未受到损害，避免外国法院的裁决对知识产权登记注册国的公共利益、公共秩序造成影响，[35]以及为了避免该裁决对其他相关案件的不利影响，理应限制该裁决的范围，此外，从司法效率的角度来看，拒绝适用专属管辖权规则的做法在避免了诉讼的不合理和低效重复方面有着显著优点。因此，根据该解决方案，其关于有效性的裁定在任何其他程序中均不对其他持有人具有约束力，即该裁决的范围应被限定在该案当事人之间。

四、结语

随着涉外知识产权纠纷的逐年增多，合理协调侵权管辖与有效性专属管辖刻不容缓。就私权保护而言，当知识产权遭受侵害时，为知识产权的管辖扫清障碍，有条件地尽可能进行合并管辖或管辖合作，对于被侵权人而言，无疑是更有效率的选择。而在国家层面而言，也更有利于知识产权保护制度的发展，有利于提高涉外司法审判的效率与司法公信力，更符合时代发展的方向。出于平衡公共利益与私人利益的考量，在涉外知识产权侵权案件中“一刀切”式地完全剔除专属管辖并无实践必要性和现实可能性，而应综合实体与程序的考量，进行类型化的区分与处理。就我国而言，加强对知识产权的保护，灵活且高效地处理涉外知识的关系，对有效性专属管辖问题作出类型化划分和系统规定。

[32] 美国《ALI 原则》规定,一项涉及注册性权利在数个国家的注册无效的诉讼可以在被告的住所地国法院提起,但有关法院作出的针对此项注册性权利效力的宣告性判决仅对该案当事人有效。

[33] 德国《CLIP 原则》第 2：401 条第 2 款规定，如果有效性或登记之争端不是作为主要诉讼请求或反诉请求而提起，则不适用第 1 款之规定。因此种争端而产生自裁决不影响该权利之有效性或登记对第三人之对抗效力。

[34] 《日韩共同提案》第 209 条第 2 款规定，登记知识产权的授予、登记、有效性、放弃或取消作为先决问题时，不适用前款规定。法院对此作出的判断在后诉中没有法律约束力。

[35] See Benedetta Ubertazzi, Infringement and Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property: a Comparison for the International Law Association, *3 (2012) JIPITEC 3*, p256.

单边选择仲裁条款效力探究

蒋志琦，复旦大学 2020 级国际法学硕士

内容摘要：国际商事合同中，约定仅一方有权选择将争议提交仲裁的单边选择仲裁条款愈发频繁地被当事人选择作为争议解决条款。近年间，因此类条款效力产生的域外纠纷案例较多，而当下域内外均不存在直接针对此类条款效力的成文法规范。实践中，域外主流观点倾向于认定单边选择仲裁条款有效，我国的相关案例中也支持了此类条款的效力。本文从比较法角度探究对于单边选择仲裁条款效力的认定，意在论证此类条款并未违反我国法律关于仲裁协议效力的一般规定，属于双方当事人意思自治的范围，法院在单边选择仲裁条款效力的司法审查中应秉持谦抑性，注重查明准据法并以尊重当事人意思自治作为根本原则，以实现司法审查和商事活动的良性互动，为创造更好的营商环境护航。

关键词：单边选择仲裁条款 仲裁协议效力 当事人意思自治

前言

相较于诉讼，仲裁作为诉讼外纠纷解决方式（“ADR”）之一，往往凭借其当事人自治性、仲裁审理的保密性等特征受到民商事主体的青睐。仲裁条款（/协议[1]）既为仲裁庭对争议的管辖提供了依据，也在仲裁裁决的承认和执行阶段起着举足轻重的作用。

与一般仲裁条款不同，当采用 “单边选择仲裁条款”作为争议解决条款时，仅一方当事人有权选择将争议提交仲裁。单边选择仲裁条款在当代的国际商事合同、尤其是国际融资交易合同中得到了频繁使用[2]。单边选择仲裁条款的效力认定与当事人的实际权益息息相关，其效力直接决定了“仲裁庭对争议的管辖权”和“仲裁裁决的承认与执行”。即便仲裁庭认可了单边选择仲裁条款的效力，若此类条款的效力无法得到执行地法院的承认，当事人先期为进行仲裁投入的全部成本将付之东流，而争议仍无法得到解决；如此一来，单边选择仲裁条款的效力认定将直接影响商事活动的效率和当事人选择仲裁的积极性。

近年来，域外司法实践中由单边选择仲裁条款效力引发的争议不断，英国、美国、澳大利亚、印度、新加坡等不同法域中的法院都曾在具体案例[3]中就此类条款的效力展开了具体分析，各国学者、法律职业者及国际组织（/机构）[4]也对于单边选择仲裁条款的效力认

[1] 注，本文中出现的“仲裁协议”和“仲裁条款”除明确进行区分，一般均用语指出现在合同中的仲裁条款。

[2] See, Marie Davies, *The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance: Opening Pandora's Box or an Unexpected Panacea*, Journal of International Arbitration, Vol. 32 Issue 2 Kluwer Law International, 2015, pp. 143 – 172.

[3] See, e.g., *NB Three Shipping Ltd* v. *Harebell Shipping Ltd* [2004] EWHC 2001 (Comm), *PMT Partners Pty Ltd* v. *Australian National Parks & Wildlife Services*, [1995] 184 CLR 302; *Emmsons International Ltd.* v. *Metal Distributors (Uk) And Anr.*, Delhi High Court, January 7 2005; *Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd* v. *Dyna-Jet Pte Ltd*, [2017] SGCA 32, Civil Appeal No 71 of 2016, Court of Appeal, 26 April 2017.

[4] 参见，桑远棵：“单边选择争议解决条款的效力研究”，载《北京仲裁》，2018 年第 4 期，第 237-252 页。See also, e.g., Hans Smit, *The Unilateral Arbitration Clause: A Comparative Analysis*, Vol. 20 No. 3 *American Review of International Arbitration*, 2009, pp. 398-407; Marie Berard, James Dingley, Melissa Brown, *Unilateral Option Clauses 2017 Survey*, pp.3, 6,

定进行了研究讨论。随着经济全球化程度进一步加深、我国当事人更广泛地参与到国际商事活动中，我国的司法实践中也已出现了与单边选择仲裁条款效力认定有关的案例，如“厦门建发化工有限公司与瑞士艾伯特贸易有限公司买卖合同纠纷案”[5]（下简称“建发化工与艾伯特案”）和“福建泉州老船长鞋业有限公司与地波里国际开发有限公司确认仲裁协议效力纠纷案”[6]（下简称“老船长鞋业与地波里案”）。

然而，包括我国法律在内，各法域的成文法或国际条约中均尚未出现判断单边选择仲裁条款效力的具体规定[7]。在我国推进完善多元化纠纷解决机制、重视当事人协议选择管辖[8]的司法政策背景下，本文认为有必要综合分析域内外司法实践中法院的说理，探究在我国目前关于仲裁条款效力的一般规定下，应如何对于单边选择仲裁条款的效力进行认定，这种特殊的仲裁条款是否属于法无禁止即自由之下当事人意思自治的有效产物，以更为有效地回应实务中、尤其是涉外商事纠纷中关于此类条款的效力之争。

一、单边选择仲裁条款效力概述

（一）单边选择仲裁条款简述

单边选择仲裁条款属于单边选择管辖条款的一类，本文所讨论的单边选择仲裁条款是出现在平等主体之间订立的商事合同中，约定仅一方（而非双方）有权选择商事仲裁（而非诉讼）的争议解决条款。不同学术论文或评论文章中用于指代前述条款的名称多样，有如：“单边条款（unilateral/one-sided/one-way clause[9]）”、“混合管辖条款”（hybrid jurisdiction clause[10]）或“非对称仲裁条款”（asymmetric/non-mutual arbitration agreement[11]）。本文采用“单边选择仲裁条款”（unilateral option arbitration clause[12]）的表述，是“建立在承认其有效性的基础上”[13]，旨在突出此类条款的单边性和约定仲裁的附条件生效性。

1. 单边选择仲裁条款示例

---

https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2017/01/unilateral-option-clauses-2017-survey.pdf., 2020 年 2 月 20 日访问; ICC (International Chamber of Commerce)：Unilateral Jurisdiction Clauses in International Financial Contracts，Position Paper，Document No. 470/1248rev.

[5] 参见，厦门建发化工有限公司与瑞士艾伯特贸易有限公司买卖合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院，(2012)浦民二(商)初字第 S3375 号；上海市第一中级人民法院，(2016)沪 01 民终 3337 号。

[6] 参见，福建泉州老船长鞋业有限公司、地波里国际开发有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷案，泉州市中级人民法院，（2016）闽 05 民特 9 号。

[7] See Hans Smit, *The Unilateral Arbitration Clause: A Comparative Analysis*, Vol. 20 *American Review of International Arbitration* No. 3, 2009, p. 415.

[8] 参见最高人民法院印发《关于人民法院服务保障进一步扩大对外开放的指导意见》的通知，法发〔2020〕37 号。

[9] Draguiev Deyan, *Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability*, Journal of International Arbitration 31, No. 1, 2014, p.20.

[10] Daniil Vlasenko, *Ambivalent Russian Arbitration Developments Regarding Hybrid Dispute Resolution Clauses*, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/04/ambivalent-russian-arbitrat ion-developments-regarding-hybrid-dispute-resolution-clauses/.（2020 年 2 月 20 日访问）。

[11] Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), Kluwer Law International (2014), p. 866.

[12] Bas van Zelst, *Unilateral Option Arbitration clauses: An unequivocal choice for arbitration under the ECHR?*, 25(1) Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2018, p. 77. See also, Nigel Blackaby, J. Martin Hunter, Constantine Partasides & Alan Redfern, Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition), Oxford University Press, 2015, p. 102.

[13] 马敏：《单边选择仲裁条款的有效性研究》，苏州大学 2017 年硕士生论文，第 10 页。

联合国国际贸易法委员会（“UNCITRAL”）或仲裁机构的仲裁规则中所提供的示范仲裁条款[14]限于双方均有权选择仲裁的一般仲裁条款，而单边选择仲裁条款的行文与一般仲裁条款存在较大差异——仅有一方有权而非双方均有权将争议提交仲裁。实践中，当事人订立的单边选择仲裁条款内容不尽相同，难以归纳出固定模板，为供直观理解，如下列举了两份被认定为有效的较典型单边选择仲裁条款。

在英国 NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd 案中，双方当事人在合同第 47 条争议解决条款中约定的单边选择仲裁条款行文如下，

“英国法院对合同当事人间就本合同产生或与本合同有关的争议具有管辖权，但船主（“Owner”）有权将下述争议提交仲裁。..... 对于任何就当事人间约定的条款或合同的履行产生的争议，若无法经双方协议解决，船主有权选择将争议在伦敦提交仲裁解决，或根据船主的选择，在船主指定的城市中、由双方各行指定一名仲裁员通过仲裁解决，准据法为英国法。”[15]

在新加坡 Dyna-Jet Pte Ltd v. Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd 案中，当事人约定的单边选择仲裁条款为，

“Dyna-Jet 与客户一致同意就关于合同的解释、履行产生的任何争议进行友好协商。若就履行合同中的服务产生争议，应在争议产生后的三（3）天内通知 Dyna-Jet，逾期通知视为无效。

任何索赔、争议或违反合同条款的行为，均应通过双方协商友好解决。若经协商未能达成友好和解，则 Dyna-Jet 可选择将争议提交仲裁程序予以解决，准据法为英国法律，仲裁地为新加坡。”[16]

2. 单边选择仲裁条款的特征

由上述示例可见，“单边选择仲裁条款”是一类特殊的争议解决条款，与双方当事人经

[14] 例如，《上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）仲裁规则》，2015 年，“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交上海国际经济贸易仲裁委员会/上海国际仲裁中心进行仲裁。”

[15] See *NB Three Shipping Ltd* v. *Harebell Shipping Ltd* [2004] EWHC 2001 (Comm), para. 7,

> “47.02 The courts of England shall have jurisdiction to settle any disputes which may arise out of or in connection with this Charterparty **but the Owner shall have the option of bringing any dispute hereunder to arbitration.** In case of court proceedings the provisions of Clauses 47.03-47.09 (both inclusive) and of Clauses 47.11 and 47.12 shall apply, **while in case of arbitration the provisions of Clauses 47.10-47.12 (both inclusive) shall apply**.....47.10 Any dispute arising from the provisions of this Charterparty or its performance which cannot be resolved by mutual agreement which the Owner determines to resolve by arbitration shall be referred to arbitration in London or, at Owner's option, in another city selected by the Owner by two arbitrators, one appointed by the Owners and one by the Charterers who shall reach their decision by applying English law. If the arbitrators so appointed shall not agree they shall appoint an umpire to make such decision. [Highlight added]”

[16] *Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd* v. *Dyna-Jet Pte Ltd*, [2017] SGCA 32, Civil Appeal No 71 of 2016, Court of Appeal, 26 April 2017, para. 4,

> “Dyna-Jet [which is the Respondent] and the Client [which is the Appellant] agree to cooperate in good faith to resolve any disputes arising in connection with the interpretation, implementation and operation of the Contract. Disputes relating to services performed under the Contract shall be noted to Dyna-Jest within three (3) days of the issue arising, thereafter the period for raising such dispute shall expire. Any claim or dispute or breach of terms of the Contract shall be settled amicably between the parties by mutual consultation. If no amicable settlement is reached through discussions, at the election of Dyna-Jet, the dispute may be referred to and personally settled by means of arbitration proceedings, which will be conducted under English Law; and held in Singapore.”

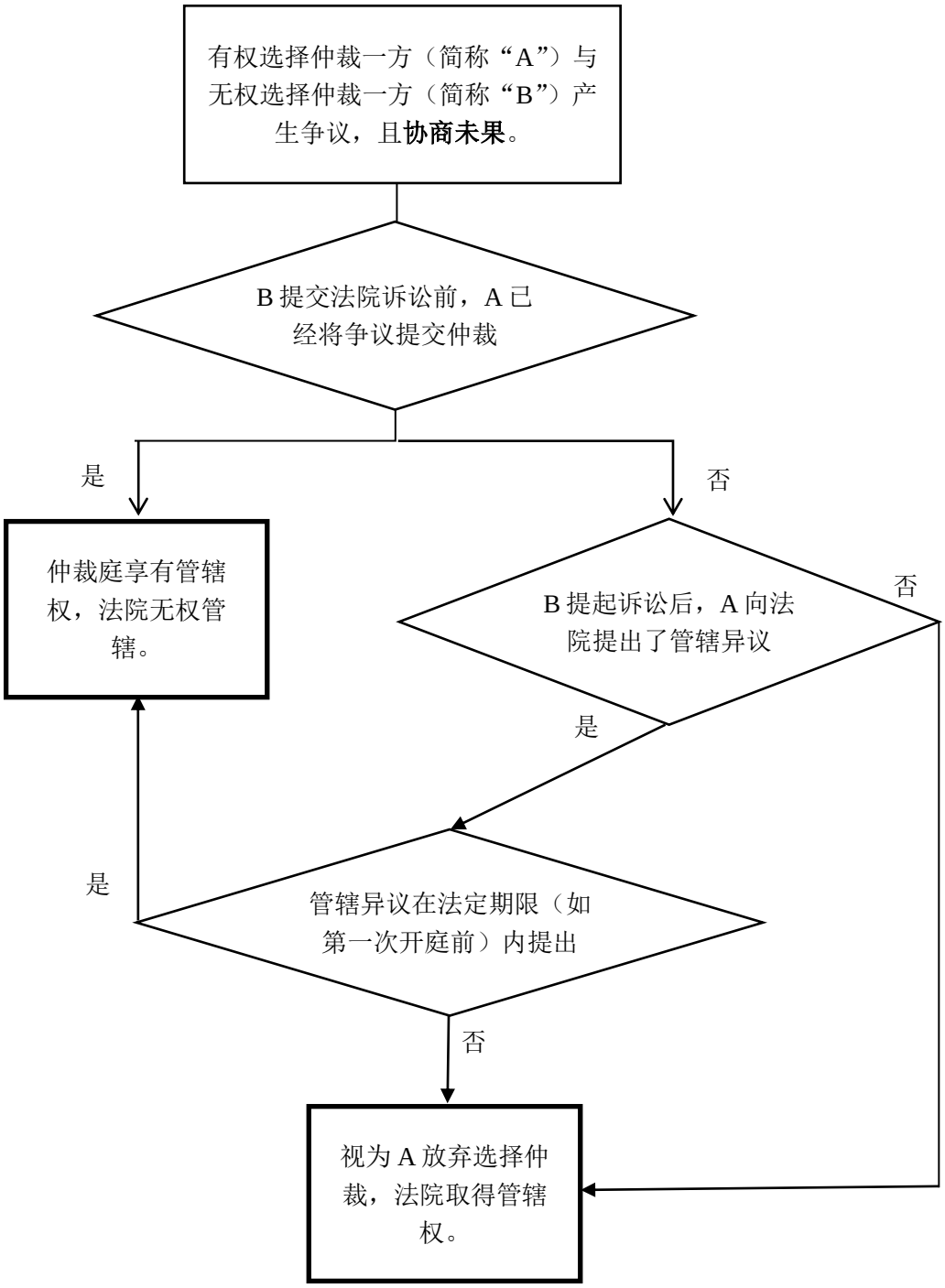
合意约定以仲裁作为争议解决方式的一般仲裁条款不同，单边选择仲裁条款具有“单边性”[17]——“双方并未达成最终的仲裁合意，而是将是否通过仲裁解决争议的决定权交由特定一方当事人作出选择”[18]，仅有一方有权将争议提交仲裁。实践中，关于单边选择仲裁条款效力的争议焦点往往在于其“单边性”特征，即，仅有一方能够选择仲裁是否足够被认定为双方达成了提交仲裁的“合意”。至于此类条款的单边性是否会造成“合同法意义上的不平等”[19]，后文将就这一问题继续展开讨论。

单边选择仲裁条款本质上是附条件生效的仲裁条款[20]——尽管双方都能够向法院进行起诉，但仍有一方当事人保留了选择仲裁解决争议的权利[21]，若有权提起仲裁的一方选择将争议提交仲裁，那么仲裁条款即生效，另一方不得再将同一争议提交诉讼解决[22]，即使另一方当事人“抢先”（“jumping the starting gun”）将争议提交诉讼，有权选择仲裁的当事人并不当然丧失其将争议提交仲裁的权利，仍可以凭单边选择仲裁条款对法院的管辖权提出异议[23]。依据仲裁条款的生效条件是否得到满足，适用单边选择仲裁条款时，仲裁庭与法院对争议的管辖权分配可概括为如下“图 1”[24]所示。

与一般仲裁条款相比，单边选择仲裁条款中对于争议解决方式的选择更为灵活，有选择仲裁权的一方可以基于对争议复杂程度的衡量和执行便捷程度的考虑，决定究竟通过仲裁或诉讼解决争议，若有权选择仲裁的一方直接将争议提交诉讼，那么单边选择仲裁条款便未生效，双方仍将通过诉讼解决纠纷。

[17] 马敏：《单边选择仲裁条款的有效性研究》，苏州大学 2017 年硕士生论文，第 12 页。
[18] 莫莉：“国际商事仲裁协议发展动向及我国司法审查立场”，载《理论界》，2018 年第 2 期，第 85 页。
[19] 马敏：《单边选择仲裁条款的有效性研究》，苏州大学 2017 年硕士生论文，第 6 页。
[20] 参见，王韵儿：“再论‘或裁或诉’约定下仲裁协议的效力”，载《北京仲裁》，2018 年第 4 辑，第 12 页。
[21] See S. Nesbitt and H. Quinlan, *The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, 22 Arbitration International, 2006, p. 134.
[22] See *Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd* v. *Dyna-Jet Pte Ltd*, [2017] SGCA 32, Civil Appeal No 71 of 2016, Court of Appeal, 26 April 2017, para. 24, “... the Clause did not place the parties under a present obligation to arbitrate but would give rise to an arbitration agreement only if and when the Respondent elected to arbitrate a specific dispute in the future... ...by the time the Appellant applied to stay the proceedings, the Respondent had already elected otherwise by commencing the present proceedings”
[23] Morison 法官在 NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd 案中明确指出，在有权选择仲裁的一方未明确做出选择时，无权选择仲裁的一方不能直接将争议提交诉讼以望借此排除对方的选择管辖权。See *NB Three Shipping Ltd* v. *Harebell Shipping Ltd* [2004] EWHC 2001 (Comm), para. 12, “If Charterers seek to bypass the Owners' determination to have disputes resolved by arbitration as contemplated by Clause 47.10, then Owners' option of bringing the disputes to arbitration remains, continuing Owners' control over the issue of arbitration or court. Charterers can obtain no advantage from ‘**jumping the starting gun**’. [Highlight added]”
[24] 注，虽然单方选择仲裁的条款中未规定无选择权的一方具有向有选择提交仲裁一方书面询问是否有意将争议提交仲裁的义务，但是从降低风险、节省自身争议解决成本（避免将争议直接提交诉讼后法院认定无管辖权）的实务角度而言，通过流程图可以看到，B 直接向法院提起诉讼后有着被法院基于管辖权而驳回、仍需待 A 提起仲裁的可能。

图 1：仲裁庭与法院的管辖权分配



3.有效仲裁条款需符合的基本规定

单边选择仲裁条款属于合同条款中仲裁条款下的子分类，此类条款需满足有关合同与仲裁条款效力的基本规则[25]。出于能够提交仲裁的考虑，单边选择仲裁条款的效力需满足当事人约定的准据法与仲裁地法的规定；出于得到承认与执行的考虑，国际商事合同中的单边选择仲裁条款也需符合国际公约，如《承认与执行外国仲裁裁决公约》（下简称“《纽约公约》”）第二条[26]对于仲裁条款效力的基本规定。

一般而言，有效的仲裁条款需满足合法成立的要求，不得存在欺诈、胁迫等违法情形，还需满足形式要件和实质要件，其中，形式要件一般为需以书面形式订立；实质要件包括如：存在选择仲裁的意思表示、提交仲裁的具体事项、提交仲裁的事项具有可仲裁性（arbitrability）[27]等。此外，根据不同国家法律的具体规定[28]，可能影响单边选择仲裁条款效力的因素还有如：内容中是否明确约定了“仲裁地”（the seat of the arbitration）、是否约定了仲裁所适用的规则等[29]，但此类因素对于单边选择仲裁条款效力的影响往往有限，即便没有明确约定或未约定，相关仲裁条款只会被认定为存在缺陷而不是直接被认定为无效，仍可以通过补充协议的方式对存缺陷的仲裁条款进行补足。

对于仲裁条款效力的认定因各国成文法的具体规定、判例法中形成的基本原则和法院具体审查时的宽松或严格程度不同而具有差异，本文将在第三部分中依据我国法律中判断仲裁条款效力的基础规则对单边选择仲裁条款的效力认定进行具体分析。

4.单边选择仲裁条款效力的意义

单边选择仲裁条款的效力决定了仲裁庭与法院之间关于管辖权的分配[30]，也决定了仲裁裁决是否最终能够得到执行。有效的仲裁协议是仲裁庭确立管辖权的基础，若单边选择仲裁条款被认定为无效，那么仲裁庭将自始不具有管辖权，当事人只能通过诉讼解决争议。仲裁裁决作出后，在请求法院承认和执行仲裁裁决阶段，仲裁协议的效力又需经执行地法院的审查，若被请求执行地法院认定此类条款无效，则仲裁裁决无法得到承认与执行，当事人之间的争议无法得到妥善解决。可见，单边选择仲裁条款需在提交仲裁庭解决争议与诉诸法院承认执行的两个阶段中均被认定为有效，当事人之间的争议最终方能得到有效解决。

认定单边选择仲裁条款的效力，对于有权选择仲裁的当事人而言，能够最大程度地保障其选择争议解决方式的灵活程度——出于对自身利益的衡量而选择最合适的争议解决方式，并能保证双方当事人参与商事活动的效率；对于司法系统而言，亦有助于合理地分配

[25] See Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), Kluwer Law International, 2014, p. 740.
[26] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958, Art. II.
[27] See Nigel Blackaby, J. Martin Hunter, Constantine Partasides & Alan Redfern, Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition), Oxford University Press, 2015, pp. 74,101.
[28] See, e.g., English Arbitration Act, 1996, §§15-24, 33-39; French Code of Civil Procedure, Arts. 1451-1459, 1463.
[29] See Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), Kluwer Law International, 2014, p. 771.
[30] See Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), Kluwer Law International, 2014, p. 743.

司法资源，依据单边选择仲裁条款的约定，将关于商事合同争议的管辖权交由仲裁庭以便更好地集中法院审判资源、处理明确提交诉讼解决的纠纷。

（二）单边选择仲裁条款的产生

单边选择仲裁条款效力所引发的学理讨论与实践纠纷不断，在对其效力展开讨论前，有必要先理解其产生的原因——为什么当事人会选择订立此类条款？[31]

单边选择仲裁条款多出现在租赁，建设[32]，金融借贷[33]等领域的合同中，尤其是与贸易融资活动相关的国际商事合同[34]。当事人在法无禁止的情况下，通过衡量“最大化选择争议解决方式的自由、提高纠纷解决效率”与“单边选择仲裁条款效力存在着被否定的法律风险”后自愿负担风险以保障争议解决效率，签订了单边选择仲裁条款。

作为商事合同谈判的产物，单边选择仲裁条款反映了双方当事人的自由意志，反映了“商业理性”[35]。单边选择仲裁条款是合同的组成部分之一，在合同的订立阶段，出于达成商事合作和商业利益的考虑，当事人在诚信、自愿的情况下，通过在争议解决条款中部分放弃诉讼权利，即，通过赋予另一方当事人选择仲裁的权利作为合同谈判中的让步，以促成合同的达成或取得合同中其他方面的利益。

通过订立单边选择仲裁条款，有选择权的当事人对解决争议的方式享有了较大的选择自由度。尤其是对于拥有众多国际客户的金融借贷机构或商业银行而言，订立单边选择仲裁条款使其能够根据争议的复杂程度选择仲裁或诉讼，以最大程度降低争议解决成本和执行成本。比如，出于降低自身争议解决的成本考虑，选择仲裁能够避免其应对来自不同法域（合同另一方当事人所在地）的诉讼，依据更为熟悉的仲裁机构及仲裁规则进行仲裁能够提高解决争议的效率；若出于执行便捷度的考虑，对于法律关系并不复杂的争议，机构主体也可以放弃选择仲裁，通过法院诉讼解决争议并同时申请执行，以保证执行能够得到有效落实。

总之，单边选择仲裁条款是商事活动中效率优先、当事人自愿承担法律风险的产物，其在国际商事合同中日益增多的出现率使得我们有必要对其法律效力予以充分关注。由于对单边选择仲裁条款效力的认定直接决定了日后仲裁裁决是否能够作出和仲裁裁决是否能够得到法院的承认与执行，故而有必要对此类“非主流”仲裁条款的效力进一步进行讨论。

（三）单边选择仲裁条款非“存在缺陷的仲裁条款”

仲裁条款可能因其内容存在缺陷，法院或仲裁庭难以通过合理解释确定其存在提交仲裁的意思表示，双方当事人又未达成补充约定，最终被认定为无效，一度生效的仲裁条款

[31] 注，以下分析是基于国际商事合同中具有运用此类条款的现象，对可能促成这种实务选择的合理原因所进行的列举，采用了从“果”倒退“因”的分析思路，不涉及对于实践中是否应首选订立单边选择仲裁条款的讨论。

[32] 7. Bas van Zelst, Unilateral Option Arbitration clauses: An unequivocal choice for arbitration under the ECHR?, 25(1) Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2018, p. 79.

[33] See Marie Davies, *The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance: Opening Pandora's Box or an Unexpected Panacea?*, Journal of International Arbitration Vol. 32 Issue 2, Kluwer Law International, 2015, pp. 143-172.

[34] See, ICC: Unilateral Jurisdiction Clauses in International Financial Contracts, Document No.470/1248rev, p. 3. See also, *NB Three Shipping Ltd* v. *Harebell Shipping Ltd* [2004] EWHC 2001 (Comm).

[35] 桑远棵：“单边选择争议解决条款的效力研究”，载《北京仲裁》，2018 年第 4 期，第 240 页。

也可能因其现已失去法律效力而无法得到有效的认定。造成前述“存在缺陷的仲裁条款”（defective arbitration clause/pathological arbitration agreement）[36]的主要原因有三：“不一致性”（inconsistency）、“不确定性”（uncertainty）与“不能实行”（inoperative）[37]。

不一致性是指“争议提交仲裁和由法院诉讼之间的不一致性”[38]，比如“仲裁协议中提到了双方将争端提交仲裁, 而同时又约定某一国法院对双方提起的诉讼具有排他的管辖权”[39]。而单边选择仲裁条款的内容并不存在“不一致性”，由于其本质为附条件生效仲裁条款，其内容不会造成“平行管辖”的局面[40]——仲裁的生效条件得到满足时，仲裁条款生效，仲裁作为唯一确定的争议解决方式，若条件未满足，则诉讼便是确定的争议解决方式，单边选择仲裁条款并未导致对于争议解决方式的选择出现不一致。

不确定性主要指仲裁协议的要素具有不确定性，仲裁协议的要素包括仲裁协议有效所需具备的一般要件，如前文第一部分所提及的提交仲裁的意思表示、提交仲裁的事项等，还包括仲裁协议中的主要内容，如仲裁机构的选择、仲裁规则的适用等[41]；不确定性包括约定不明与未进行约定两种情况。笔者认为，在不存在欺诈等不真实意思表示的情况下，单边选择仲裁条款中提交仲裁的约定是明确的，前述条款中设置的仲裁生效条件是由双方共同约定的，自订立此种条款伊始，双方对于以仲裁作为争议解决方式便具有可预见性，至于其内容中授予了一方还是双方提交仲裁的权利，仅是有关提交仲裁“方式”的约定，而“存在提交仲裁的合意”是实质要件，需从实质上判断双方是否真实、自愿地同意将日后可能产生的争议提交仲裁。即便协议中的其他要素存在不明确性，一般均可以通过补充协议进行完善，总之，单边选择仲裁条款不属于约定不明确的仲裁条款，应初步认可其有效性。

“不能实行”的仲裁条款是指虽然在订立时有效，但现已失去法律效力的条款[42]，比如，放弃提交仲裁的约定（“waiver”）、未在法定期限内将争议提交仲裁[43]，或者当事人之间补充订立的协议中明确约定选择诉讼而非仲裁作为争议解决方式[44]。依据《纽约公约》

---

[36] 参见，梁胜：“论国际商事仲裁中瑕疵仲裁协议的法律适用”，载《政法论丛》，2010 年第 1 期，第 107 页。

[37] See Nigel Blackaby, J. Martin Hunter, Constantine Partasides & Alan Redfern, Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition), Oxford University Press, 2015, p. 135, “The principal defects found in arbitration clauses are those of inconsistency, uncertainty, and inoperability.”.

[38] 梁胜：“论国际商事仲裁中瑕疵仲裁协议的法律适用”，载《政法论丛》，2010 年第 1 期，第 107 页。

[39] 同上注。

[40] 参见前文，“图 1：适用单边选择仲裁条款时管辖权的确定”。

[41] 参见，韩德培，《国际私法》，北京：高等教育出版社，2000 年，第 501 页；梁胜：“论国际商事仲裁中瑕疵仲裁协议的法律适用”，载《政法论丛》，2010 年第 1 期，第 107 页。

[42] See Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), Kluwer Law International, 2014, p.842. See also Schramm, Geisinger & Pinsolle, in H. Kronke et al. (eds.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention 104, 2010, Article II, “The term inoperative refers to cases where the arbitration agreement has ceased to have effect by the time the court is asked to refer the parties to arbitration.”

[43] See Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), Kluwer Law International, 2014, p.842, “.....That would include cases of waiver, revocation, repudiation, or termination of the arbitration agreement, or failure to comply with jurisdictional time limits prescribed by the arbitration agreement.”

[44] See e.g., *Shanghai Foreign Trade Corp.* v. *Sigma Metallurgical Co.*, XXII Y.B. Comm. Arb. 609, 614 (N.S.W. S.Ct.1996) (1997), “settlement agreement without arbitration clause rendered arbitration clause in earlier agreement “inoperative”.

第二条第三款，被请求执行仲裁裁决的法院原则上应认定仲裁条款的效力[45]，但如若仲裁条款被认定为“不能实行”（inoperative）[46]，在承认与执行阶段中，法院可以不予认定其效力。对于单边选择仲裁条款而言，仅当有权选择仲裁的当事人明确表示放弃选择仲裁或没有在法定期限内对法院的管辖提出异议[47]时，单边选择仲裁条款中关于仲裁的约定内容才失去效力，仲裁条款因生效条件未得到满足而不可实行。但是，在单边选择仲裁条款中仲裁条款的生效条件得到满足时，即有权选择仲裁的一方，在法定期限内主动将争议提交仲裁或对法院的管辖权明确提出了异议，此类单边选择仲裁条款并不具有纽约公约第二条第三款中“不能实行”的特征，仍是有效的。

综上，笔者认为单边选择仲裁条款在内容中已明确表达了双方附条件选择仲裁的意思，不存在“不一致性”或“不确定性”，也不会必然成为《承认及执行外国仲裁裁决公约》（下简称“《纽约公约》”）[48]第二条第三款所述的“不能实行”的条款。单边选择仲裁条款不属于存在缺陷的仲裁条款，在审查单边选择仲裁条款效力时，应初步认可其效力。

二、单边选择仲裁条款效力认定的域外实践

单边选择仲裁条款的效力认定在确定管辖和承认与执行仲裁裁决的两个阶段中起着举足轻重的作用，此类条款被认定为无效的法律风险将为商事活动的纠纷解决效率蒙上不确定的阴影。由于域外司法实践中，关于单边选择仲裁条款效力产生的争议案例出现时间较早、案例数量远多于我国目前涉单边选择仲裁条款效力的案例，且有众多域外学者已就其效力问题进行了较为深入的讨论，在成文法规定存空白的情况下，本部分梳理并分析了对于单边选择仲裁条款效力持不同立场的域外判例法。

总体而言，域外司法实践中挑战单边选择仲裁条款效力的主要理由有三：缺乏相互性、违反公共政策（public policy）、违反公平/平等原则[49]。

（一）是否缺乏相互性

上个世纪的美国法院一度以缺乏相互性否定单边选择仲裁条款，但随着商事活动的多元化，实践中合同与仲裁条款的种类也趋于多元，“缺乏相互性”已经成为了过时的用于否定合同效力的立场，现今域外法院更是鲜少从合同相互性角度否定仲裁条款效力。

在合同法的语境下，“相互性”是指有效的合同中双方须具有相当的权利与义务[50]，美国法院一度认为在单边选择管辖条款中双方不具有同等的提交仲裁权利，基于合同相互

[45] Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), Kluwer Law International, 2014, p. 840, “In summary, Article II(3) requires – as a uniform and mandatory international rule – the recognition of the validity of international arbitration agreements except where such agreements are shown to be invalid under generally-applicable.....”

[46] See Nigel Blackaby, J. Martin Hunter, Constantine Partasides & Alan Redfern, Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition), Oxford University Press, 2015, p. 74, “In seeking to establish the ‘international requirements’, the starting point has to be the New York Convention...”.

[47] 参见如，《中华人民共和国仲裁法》，第二十六条；《最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》，第十四条。

[48] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958.

[49] 参见，桑远棵：“单边选择争议解决条款的效力研究”，载《北京仲裁》，2018 年第 4 期，第 242 页；马敏：《单边选择仲裁条款的有效性研究》，苏州大学 2017 年硕士生论文，第 12-20 页。

[50] See, *Hoadley* v. *Hoadley*, 155 N.E. 728, 730 (N.Y. 1926), “either both must be bound, or neither is bound”.

性否定了此类条款的效力。然而，现美国法院几乎已摈弃了对于合同相互性的狭义理解[51]，认识到合同相对性并不限于双方在权利义务上的完全平等。尤其是对于商事合同而言，双方当事人间可能因悬殊的谈判能力而达成明显对于一方更为有利的合同，但此类合同并未违反成文法的规定。

在英国 Pittalis v. Sherefettin 案中，Fox 法官指出，单边选择仲裁条款是双方合意下达成的合同条款，合同双方都接受了仅一方当事人有权选择仲裁的争议解决安排，Fox 法官结合对于合同实质内容的分析，认为这种争议解决方式的安排对于双方而言是合理的，由此得出结论：单边选择仲裁条款并不缺乏合同相互性（“no lack of mutuality”）[52]。

新加坡高院在 2016 年的 Dyna-Jet Pte Ltd v. Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd 案中也明确驳回了原告（Dyna-Jet）对单边选择仲裁条款因缺乏合同相互性（“lack of mutuality”）无效的主张并认为，依据英国的判例法与新加坡的成文法，此类条款的“单边选择性”（optionality）和“非对称性”（asymmetric）并不影响其成为有效的仲裁条款[53]；新加坡上诉法院在对于前案的上诉裁决中支持了原审法院的观点，认定了系争单边选择仲裁条款的效力[54]。

由上述法院立场和美国法院态度的转变可见，目前仅凭 “缺乏相互性”挑战单边选择仲裁条款效力，一般难以被主流的域外司法实践所接纳。

（二）是否违反公共政策

公共政策本不作为否定仲裁条款效力的直接依据，依据《纽约公约》第五条第二款第二项的规定，被请求承认与执行地法院可以凭仲裁裁决违反法院地的“公共政策”（public policy）为由拒绝承认和执行此仲裁裁决，是否有违公共政策一般是对于仲裁裁决的执行所可能造成的实质影响（substantive results）进行的判断[55]；在鼓励仲裁的基本原则下，援引公共政策时需尤其审慎。

然而实践中，有域外法院直接以有违公共政策为由否认了单边选择仲裁条款的效力，印度德里高等法院一度在 2005 年的 Emmsons International Ltd. v. Metal Distributors (Uk) and Anr.案中以条款下双方当事人权利不平等、有违印度的公共政策为由[56]，否认了出现在商事

[51] See Christopher R. Drahozal, Nonmutual Agreements to Arbitrate, Vol. 27, Journal of Corporation Law, No. 4, 2002, pp.539,540. See also Arthur M. Kaufman & Ross M. Babbitt, The Mutuality Doctrine in the Arbitration Agreements: The Elephant in the Road, 22 *Franchise Law Journal* (2003), pp. 101, 103. 参见，马敏：《单边选择仲裁条款的有效性研究》，苏州大学 2017 年硕士生论文，第 12-14 页。

[52] *Pittalis* v. *Sherefettin*, [1986] 1 QB 868, p. 875 E-G.

> “... I can see no reason why, if an agreement between two persons confers on one of them alone the right to refer the matter to arbitration, the reference should not constitute an arbitration. There is a fully bilateral agreement which constitutes a contract to refer. The fact that the option is exerciseable by one of the parties only seems to me to be irrelevant. The arrangement suits both parties... Both sides, therefore, have accepted the arrangement and there is no question of any lack of mutuality.”

[53] *Dyna-Jet Pte Ltd* v. *Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd*, [2016] SGHC 238, para. 61, 62.

[54] *Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd* v. *Dyna-Jet Pte Ltd*, [2017] SGCA 32, Civil Appeal No 71 of 2016, Court of Appeal, 26 April 2017, para. 4.

[55] See, Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), Kluwer Law International, 2014, p. 905.

[56] *Emmsons International Ltd.* v. *Metal Distributors (Uk) And Anr.*, Delhi High Court, January 7 2005, para. 15.

合同中的单边选择仲裁条款[57]的效力并拒绝承认和执行基于前述条款作出的仲裁裁决。此案中，印度法院主要以系争条款违反了印度合同法第二十八条的规定、未给予双方当事人平等的诉讼权利，以系争的单边选择仲裁条款在印度法下缺乏法律效力为核心理由否定了单边选择仲裁条款的效力，但在判决中并未对“为何有违公共政策”进行说理。

依据《纽约公约》第五条第一款第一项，判断仲裁条款效力的准据法为当事人约定的法或仲裁地法，而不是被请求执行地法院所在地的内国法，印度法院在上述案例中实则以内国法作为了认定仲裁条款效力的准据法，这种变相扩张审查仲裁条款效力准据法的行为违反了《纽约公约》的规定，更是与鼓励仲裁、尊重当事人意思自治的主流价值大相径庭。

缺少内国法的明确规定时，法院在自由裁量范围内对法院地法律进行的解释与诸如法院地的司法秩序、社会政策等“公共政策”相比，明显不具有同等的位阶，公共政策往往与社会利益紧密相关，法院需充分论证为何承认与执行与某商事合同争议相关的仲裁裁决将给法院地的公共利益带来侵害，而非简单在缺乏成文法明确规定时基于自由裁量轻易得出有违公共政策的结论，更不应直接以违反公共政策作为否定单边选择仲裁条款效力的依据。

有趣的是，同样依据“公共政策”，美国法院做出了与印度法院截然相反的认定。美国阿拉斯加最高法院的 Dimond 法官在 Inman v. Clyde Hall Drilling Co.一案中明确指出，由于不存在明确违反宪法或成文法规定，法院依据司法政策（“judicial policy”）更倾向于认可合同当事人的意思自治并使得其合同有效[58]，系争单边选择仲裁条款有效。

由此，本文认为印度法院在不具有成文法的依据下，凭借对于内国法的解释而作出的认定单边选择仲裁条款有违公共政策的判决仅具有个案效力，印度法院在认定违反公共政策时的说理过于模糊[59]，不具有充足说服力，公共政策不能直接作为否定单边选择仲裁条款效力的依据。

（三）是否有违平等原则

域外主流司法实践中一般未接受从平等原则或当事人平等角度否定单边选择仲裁条款效力的观点。比如，美国阿拉斯加最高院在 Willis Flooring, Inc. v. Howard S. Lease Constr. Co. 一案[60]中明确指出，单边选择仲裁条款对于合同双方均有约束力，也不会造成双方争议

[57] See Ibid, para. 4,
“Governing Law and Forum for Resolution of Disputes- This contract shall be construed in accordance with and governed by English Law. Sellers shall be entitled at their opinion, to refer any dispute arising under this contract to arbitration in accordance with the rules and regulations of the London Metal Exchange or to institute proceedings against buyers in any Courts of competent jurisdiction.”

[58] See *Inman* v. *Clyde Hall Drilling Co.*, 369 P.2d 498, 500 (Alaska 1962), para. 3,
“... In the absence of a constitutional provision or statute which makes certain contracts illegal or unenforceable, we believe it is the function of the judiciary to allow men to manage their own affairs in their own way. As a matter of judicial policy the court should maintain and enforce contracts, rather than enable parties to escape from the obligations they have chosen to incur.”

[59] See Hans Smit, *The Unilateral Arbitration Clause: A Comparative Analysis*, Vol. 20 *American Review of International Arbitration* No. 3, 2009, p. 404. “... In addition, public policy has, in many cases, justly been argued to be too amorphous a ground for invalidation of an agreement”.

[60] *Willis Flooring, Inc.* v. *Howard S. Lease Constr. Co.*, 656 P.2d 1184 (Alaska 1983), s. 1185. “As one clause is a larger contract, the [asymmetrical arbitration] clause is binding to the same extent that the contract as a whole is binding.…We see no unfairness, nor any coercion, inherent in this resolution of the case.…Arbitration is not so clearly more or less fair than litigation that it is unconscionable to give one party the right of forum selection.”

解决权利的不平等。Lynch 法官在 Joseph Hannon v. Original Gunite Aquatech Pools Inc.案中也认为，单凭单边选择仲裁条款中仅授予了一方选择仲裁管辖权，不能得出其造成了合同双方显失公平的结论[61],此类条款是有效的。

虽然有评论文章[62]指出，自 2012 年以来，法国、俄罗斯两国法院[63]对于单边选择管辖条款效力改变了一贯的开放态度，倾向于以缺乏公平性而否定条款的效力，然而鉴于单边选择管辖条款下的“单边选择诉讼条款”与“单边选择仲裁条款”两类条款间存在本质不同[64]，前述法国或俄罗斯的实践案例实质上均是针对前者的否定，而非对于单边选择仲裁条款效力的否定。比如，Sony Ericson 案中的系争条款明显为单边选择“诉讼”条款[65]，俄罗斯联邦仲裁法院基于合同双方当事人享有平等的民事诉讼权利角度而未认可系争条款仅授予一方选择诉讼的内容，最终认定了双方均有权将争议提交法院诉讼。

（四）分析与小结

因不存在直接针对单边选择仲裁条款的成文法规定，基于合同相互性、合同双方平等角度和违反被请求承认执行地公共政策角度，对单边选择仲裁条款效力直接或间接进行的消极认定，几乎均为法院基于法院所在地的内国法或相关判例的解释做出的自由裁量。纯粹从说理角度而言，否定单边选择仲裁条款效力的法院说理很难具有超越个案意义的说服力[66]。从学术角度考察前述判决时，需留意有关法院的立场可能受到了法院所在地注重维护法院的司法审查权、对当事人的意思自治范围进行限制的不同司法价值观念的影响。

近年间，域外司法实践对于单边选择仲裁条款效力的态度趋于友好。关于单边选择仲裁条款的效力认定，英国法院一贯持开放的态度[67]，北美与澳大利亚法院[68]在近年来也基本

---

[61] *Joseph Hannon* v. *Original Gunite Aquatech Pools Inc.*, 434 N.E.2d 611, 618 (Mass. 1982), s. 823 “Inclusion of a clause in a contract allowing one party, but not the other, to demand arbitration is not ‘unconscionable’ per se...”.

[62] See e.g., Maxi Scherer, *The French Rothschild Case: A Threat for Unilateral Dispute Resolution Clauses*, Kluwer Arbitration Blog, July 18 2013, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/07/18/the-french-rothschild-case-a-threat-for-unilate ral-dispute-resolution-clauses/（最后访问时间，2020 年 2 月 1 日）; Daniil Vlasenko, *Ambivalent Russian Arbitration Developments Regarding Hybrid Dispute Resolution Clauses*, Kluwer Arbitration Blog, August 04 2019, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/04/ambivalentrussian-arbitration-developments-regarding-hybrid-disputeresolution-clauses/（最后访问时间，2020 年 2 月 1 日）.

[63] See *Mme X* v. *Banque Privée Edmond de Rothschild Europe*, Cass. Civ. (1ère), French Cour de cassation, September 26, 2012; *Russian Telephone Company CJSC* v. *Sony Ericsson Mobile Communications Rus. Limited Liability Company*, the Supreme Commercial Court of the Russian Federation, No. VAS-1831/12, June 19, 2012.

[64] 前者仅赋予了一方当事人选择某特定法院进行诉讼的权利，从而限制了另一方的诉讼权利，故更易被法院地内国法被认定为无效。

[65] See Ibid,

> “Any dispute arising in connection with this Agreement that cannot be resolved through negotiations is to be finally resolved in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce, by three (3) arbitration judges appointed in accordance with the Rules. The place for the arbitration proceedings will be the City of London, the proceedings will be held in the English language.
>
> This arbitration clause will continue to remain in effect upon termination of this Agreement and cannot restrict the rights of the Parties to apply to the courts of a competent jurisdiction for enforcement or court injunction measures in the event of a violation or a threat of a violation of provisions of the sections Sony Ericsson Trademarks, Software Licenses, Export Control, Counteraction against Circulation of Counterfeit Products and Confidentiality. The arbitration clause does not restrict Sony Ericsson’s rights to file with a court of a competent jurisdiction a claim for recovery of debts for supplied Products (clause 21.2 of the Contract).”

[66] 参见，桑远棵：“单边选择争议解决条款的效力研究”，载《北京仲裁》，2018 年第 4 期，第 243 页。

[67] *NB Three Shipping Ltd* v. *Harebell Shipping Ltd* [2004] EWHC 2001 (Comm),para. 12, “...The arbitration stream [Clause 47.10] satisfies the requirements of an arbitration agreement since a one sided choice of arbitration

持积极的立场，西欧国家如意大利、西班牙等国的法院近年来也持开放态度，尽管东欧与亚洲各法域内相关司法实践较少、法院的态度尚不明朗，但新加坡法院已明确在实践中对此类条款持友好态度[69]。虽然法国与俄罗斯法院近年来一改原先对于单边选择诉讼条款的开放态度，但对于单边选择仲裁条款的态度尚未明确展现消极态度。纵观明确肯定单边选择仲裁条款效力的域外司法实践，法院在进行说理时尤其注重依据条款本身的行文内容进行分析，再基于对条款的文义解释，评价双方的主张是否有合理性，最终得出结论。

综上可见，支持单边选择仲裁条款的效力作为了域外实践的主流观点，而否定此类条款效力的判例往往个案性较强、说理价值有限。

三、我国法院对单边选择仲裁条款效力的司法认定

（一）我国法律对仲裁协议效力的规定

在我国现行法律，如《中华人民共和国仲裁法》（下简称“《仲裁法》”）、《中华人民共和国民法典》（下简称“民法典”）及相关司法性文件中尚不存在针对单边选择仲裁条款效力的直接规定，但中国法对仲裁条款效力的基本规则仍适用于单边选择仲裁条款的效力认定。

认定仲裁协议效力的主要中国法依据为：我国《仲裁法》第十六条、第十七条[70]。依据我国《仲裁法》第十六条的规定，仲裁协议除了需要满足“书面方式”[71]订立的形式要件，还需具备如下三个实质要件：“（1）请求仲裁的意思表示；（2）仲裁事项；（3）选定的仲裁委员会[72]”[73]，其中，不可仲裁的事项有如，婚姻、收养、监护、扶养、继承、行政争议等[74]，另据《仲裁法》第十八条的规定，“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效”[75]。据我国《仲裁法》第十七条的规定，仲裁协议的法定无效情形有：“（1）约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的；（2）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议；

---

is sufficient.” 在英国 NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd 一案中，Morison 法官明确指出单边选择仲裁的约定已足够构成有效的仲裁协议。

[68] See, e.g., *PMT Partners Pty Ltd* v. *Australian National Parks & Wildlife Services*, [1995] 184 CLR 302, para.18；*Mulgrave Cent. Mill Co.* v. *Hagglunds Drives P/L*, [2001] QSC 040. 澳大利亚高院在 PMT Partners Pty Ltd v. Australian National Parks & Wildlife Services 案中，通过对于本国法中仲裁条款(“arbitration agreement”)的定义进行解释，将单边选择仲裁条款一并纳入仲裁条款的范围内，认为一旦条款最终确定了以仲裁作为争议解决方式，即便对于仲裁的选择权仅为单方所有，此类条款都应被认定为是有效的仲裁条款，从而肯定了单边选择仲裁条款的效力

[69] See Marie Berard, James Dingley, Melissa Brown, Unilateral Option Clauses – 2017 Survey, pp.3, 6, https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2017/01/unilateral-option-clauses-2017-survey.pdf.，2020 年 2 月 20 日访问。

[70] 参见，北京市土地整理储备中心房山区分中心与北京鸿润成业房地产开发有限责任公司申请确认仲裁协议效力纠纷案，北京市第四中级人民法院，(2019)京 04 民特 321 号，“人民法院应适用《中华人民共和国仲裁法》第十六条、第十七条及第二十条规定对仲裁协议效力进行审查”。

[71] 《中华人民共和国仲裁法》，第二十条第二款。

[72] 中国法中仅认可机构仲裁而未认可临时仲裁（“Ad hoc arbitration”），故在《仲裁法》第十八条及《民事诉讼法》第二百七十一条中使用了“仲裁委员会”、“仲裁机构”的称呼而未采用《纽约公约》中“仲裁地”的表述；对于已明确约定仲裁地的涉外仲裁条款，法院仍将依据仲裁地法而不是中国法，判断前述条款的效力。

[73] 《中华人民共和国仲裁法》，第十六条第二款。

[74] 参见《中华人民共和国仲裁法》，第三条。

[75] 《中华人民共和国仲裁法》，第十八条。

（3）一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的。”[76]

此外，仲裁协议效力也需满足我国《民法典》中关于民事行为的效力性强制性规定[77]，仲裁协议的订立不得存在通谋虚伪，恶意串通，欺诈，显失公平，违反法律、行政法规的强制性规定，违背公序良俗，损害国家、集体或者第三人利益等情形。

值得注意的是，在我国《民法典》[78]下，合同（条款）的成立与有效是两个层面的问题——“合意存在与否是合同成立层面的问题，而非已成立的合同是否有效的问题”[79]，双方真实合意的认定并不作为合同条款的效力判断直接依据，而是用于判断合同条款成立与否——若其在订立阶段便不存在双方当事人的真实合意，那么此类条款将直接因不合法而不成立。并且，仲裁条款的效力独立于合同成立与否的判断[80]，“即使合同未成立，仲裁条款的效力也不受影响”[81]。而根据我国《仲裁法》第十七条，当事人的真实仲裁合意是判断仲裁条款效力的直接依据，法院在依据我国法律认定仲裁协议效力时，以尊重当事人意思自治为原则，双方合意下选择仲裁的意思表示是判断仲裁条款效力的直接依据——“以审查当事人有无将争议提交确定仲裁机构仲裁的意思表示为依据来确定仲裁协议（仲裁条款）的效力”[82]。

在中国法下认定仲裁协议效力时，还需留意以下三点：

首先，在提交仲裁阶段，我国法院在特殊情况下将优先于仲裁庭成为认定仲裁协议效力的主体；仲裁裁决作出后，我国法院也可能在特殊条件下基于对仲裁协议效力的认定而撤销我国域内做出的仲裁裁决。依据我国《仲裁法》第二十条与《最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》（下简称“《仲裁法解释》”）第二十七条，当法院与仲裁庭同时收到当事人对于仲裁条款效力的异议时，法院享有审查仲裁条款效力的优先权[83]；当事人在仲裁程序中已对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后又以此为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩时，法院可以仲裁协议效力进行违法性审查，若确实存在违反法律强制性规定（程序要求）的情形，法院有权直接撤销相关仲裁裁决[84]。

其次，在承认和执行仲裁裁决阶段，作为被请求执行法院，法院将有权对仲裁裁决所

---

[76] 《中华人民共和国仲裁法》，第十七条。

[77] 参见《中华人民共和国民法典》，第一百四十三条、第一百四十四条、第一百四十六条-第一百五十四条。

[78] 参见如《中华人民共和国民法典》，第一百三十六条、第四百六十五条、第五百零二条。

[79] 王韵儿：“再论‘或裁或诉’约定下仲裁协议的效力”，载《北京仲裁》，2018 年第 4 辑，第 8 页。

[80] 参见《仲裁法》第十九条，《民法典》第五百零七条和《最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》第十条第二款。

[81] 新劲企业公司、深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷案，最高人民法院，(2019)最高法民特 2 号，

> “虽然运裕公司等没有在最后的合同文本上盖章，其法定代表人也未在文本上签字，不符合合同经双方法定代表人或授权代表签字并盖章后生效的要求，但根据《仲裁法解释》第十条第二款的规定，即使合同未成立，仲裁条款的效力也不受影响。在当事人已达成仲裁协议的情况下，对于本案合同是否成立的问题无需再行认定，该问题应在仲裁中解决。”。

[82] 丹东港集团有限公司与万家基金管理有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷案，北京市第四中级人民法院，(2018)京 04 民特 398 号。

[83] 参见，《中华人民共和国仲裁法》，第二十条第一款。

[84] 参见，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》，第二十七条第二款；《中华人民共和国仲裁法》，第五十八条。

依据的仲裁条款效力进行认定，当审查仲裁条款效力的准据法为中国法时，依据我国《仲裁法》第六十三条和《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条的规定，若仲裁条款违反了前述条款中的强制性规定，那么法院有权拒绝执行相关的仲裁裁决[85]。

最后，我国法院在仲裁司法审查中秉持尽可能使仲裁协议有效的司法理念[86]。尽管我国《仲裁法》对于仲裁协议效力的审查中存在着较多的限制，比如，将仲裁委员会作为判断仲裁协议的效力要素之一[87]，但是，自 2018 年起《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》[88]生效实施以来，我国司法政策中对于仲裁条款所采取的“尽可能使其有效”[89]的立场使得我国法院在实践中对仲裁协议效力认定较大程度地采取了开放、友好态度，与国际范围内支持仲裁的主流理念相一致。比如，北京市第四中级人民法院（下简称“北京四中院”）结合实证数据，通过对于经北京四中院审理的 316 件确认仲裁协议效力案件的分析指出，“仅有不足百分之一的案件，法院否定了其效力，绝大多数案件法院都支持了仲裁协议有效的观点”[90]。

（二）我国法院对单边选择仲裁条款效力的认定

我国的司法实践中，确认单边选择仲裁条款或单边选择管辖条款效力的案例数量较为稀少，由于单边选择仲裁条款多被国际商事合同所采用，既存的案例均为涉外仲裁协议效力案件[91]，典型案例为“建发化工与艾伯特案”[92]与“老船长鞋业与地波里案”[93]。尽管相关案例总数少，但在前述两案中，法院的说理均较为完善，对于分析我国法院认定单边选择仲裁条款效力的立场具有较强的参考意义，案例相关具体介绍如下。

1.“建发化工与艾伯特案”

“建发化工与艾伯特公司案”的一审与终审判决均肯定了系争单边选择管辖条款的有效性，该案当事人的核心争议焦点为法院管辖权的认定与单边选择管辖条款效力的认定，一审法院对于准据法为中国法时应如何认定系争条款的效力进行了完善与充分的说理并得到了二审法院的确认，该案能够作为支持在我国法下认定单边选择仲裁条款有效的重要参考[94]。

在“建发化工与艾伯特案”中，原告、被告为《销售确认书》（下简称“销售合同”）

[85] 参见，《中华人民共和国仲裁法》，第六十三条；《中华人民共和国民事诉讼法》，第二百三十七条，第二、三款。
[86] 参见，《仲裁司法审查案件审理规范指南》，北京市第四中级人民法院，第 13 页。
[87] 参见，《中华人民共和国仲裁法》，第十六条。
[88] 《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》，法释[2017]22 号，最高人民法院。
[89] 参见，《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》，第十四条。
[90] 北京市第四中级人民法院，中国政法大学仲裁研究院,《仲裁司法审查案件大数据研究报告》，2019 年，第 27 页。
[91] 截止于 2020 年 12 月 31 日的检索，尚未发现与非涉外单边选择仲裁条款效力相关的（国内）案例。
[92] 参见，厦门建发化工有限公司与瑞士艾伯特贸易有限公司买卖合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院，(2012)浦民二(商)初字第 S3375 号；上海市第一中级人民法院，(2016)沪 01 民终 3337 号。
[93] 参见，福建泉州老船长鞋业有限公司、地波里国际开发有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷案，泉州市中级人民法院，（2016）闽 05 民特 9 号。
[94] 另，“建发化工与艾伯特公司案”被列为了“上海法院涉外、涉港澳台商事十大典型案例”（2012-2016 年）之一，鼓励法院应穷尽包括委托专门的外国法查明机构在内的外国法查明途径，依据双方协议约定的法律判断系争涉外单边选择性争端解决纠纷效力。

的双方当事人，在销售合同第 14 条中，双方约定“出售方(即被告)可以选择将由此产生的一切争议提交瑞士楚格州法院解决或根据巴黎国际商会仲裁调解规则在楚格州进行仲裁。”一审中，原告将与销售合同相关的争议直接提交了上海浦东新区法院（下简称“一审法院”）进行诉讼，而被告则依据前述的争议解决条款，对一审法院的管辖权提出异议，主张一审法院无管辖权并请求将案件移送瑞士楚格州法院处理。

一审法院将销售合同第 14 条定性为“单边选择性争端解决条款”——“通过该约定，双方同意授予出售方(即被告)单方决定双方争议解决方式的权利”；并指出，在此类条款下争议解决方式的确定“取决于一方当事人(即被告)的选择”——“如果当事人选择仲裁，那么它就是一项仲裁条款；反之，如果当事人选择诉讼，那么它就是一项法院管辖条款，而且该选择是唯一的、确定的”，“尽管该约定将选择权授予出售方(即被告)，限缩了原告的权利，但因该约定是双方协商一致的结果，且并不足以构成双方权利义务显失公平，原告应当恪守”，最终得出结论：单边选择性争端解决纠纷条款“与双方均有权选择诉讼或仲裁的情形并不相同”、“不属于‘或仲裁或诉讼’条款”[95]。此外，一审法院还就争议是否属于我国法院专属管辖进一步指出，双方约定的国际货物买卖合同纠纷不属于我国法院的法定专属管辖，且双方在合意下已明确约定了与争议有实际联系的瑞士楚格州法院的地域管辖，该约定并未违反我国法律的程序性强制性规定，并未违反协议管辖。[96]

上海市第一中级人民法院在本案的二审中也从尊重合同当事人意思自治的角度肯定了一审法院的裁决，支持了单边选择性争端解决条款的效力——“该约定由双方自愿达成。（我国）法律对此无禁止性规定，且该约定并不足以构成双方权利义务显失公平，因此本案应尊重双方意思自治。”[97]

2.“老船长鞋业与地波里案”

在“老船长鞋业与地波里案”中，审查系争单边选择仲裁条款效力的准据法为中国法，最高人民法院在对于该案的答复[98]中继而明确指出，系争单边选择仲裁条款的内容并不违反我国《仲裁法》第六条第一款“仲裁委员会应由当事人协议选择”的规定，由于条款中选定的仲裁机构具有唯一性，也不属于《仲裁法》第十八条中对仲裁机构约定不明的情形，最终得出结论：“不宜认定本案所涉仲裁条款无效”。该案中，最高院对于系争单边选择仲

[95] 区别：健乐士贸易（上海）有限公司与上海日珠贸易有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷，北京市第二中级人民法院，（2015）二中民特字第 12930 号。在“健乐士贸易（上海）有限公司与上海日珠贸易有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷”一案中，对于单边选择诉讼条款的效力判断准据法为中国法，该案中法院以系争条款为《仲裁法解释》第七条所规定的或裁或诉条款而作出了否定其效力的认定。我国法院得出前述结论是由于，依据该案系争条款的具体文本内容，确实难以判决达成了唯一、确定的争议选择方式，并非由于我国对于单边选择诉讼条款的审查更为严格所致，也并未与“建发化工与艾伯特公司案”中的法院说理存在矛盾。

[96] 参见，厦门建发化工有限公司与瑞士艾伯特贸易有限公司买卖合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院，(2012)浦民二(商)初字第 S3375 号。

[97] 厦门建发化工有限公司与瑞士艾伯特贸易有限公司买卖合同纠纷案，上海市第一中级人民法院，(2016)沪 01 民终 3337 号。

[98] 最高人民法院对《关于福建泉州老船长鞋业有限公司与地波里国际开发有限公司确认仲裁协议效力纠纷一案的请示》的答复，2016 年 12 月 23 日。注，最高院的该答复还被收录入《涉外商事海事审判指导》（2017 年第 1 辑，总第 34 辑）。

裁条款效力予以了肯定，

“老船长鞋业与地波里案”中的争议双方事先签订了《生产及销售许可合同》（以下简称“《许可合同》”），《许可合同》第 17 条约定：“本合同适用中国法律，如发生争议，由双方自行协商解决，未能自行协商解决的，由甲方（被告）指定的仲裁委员会或由广州法律仲裁解决，并适用该会之各项仲裁条款。”原告现请求法院确认前述仲裁条款无效。

该案中，系争仲裁条款为典型的单边选择仲裁条款，且判断该仲裁条款效力的准据法为中国法。泉州市中级人民法院在认定系争条款无效[99]后请示最高人民法院，并得到了《最高人民法院院对<关于福建泉州老船长鞋业有限公司与地波里国际开发有限公司确认仲裁协议效力纠纷一案的请示>的答复》[100]（下简称“最高院答复”），由于最高院答复中展示了“不宜认定本案所涉仲裁条款无效”的清晰立场，泉州市中级人民法院既而在判决中改变了最初认定相关条款无效的观点。

泉州市中级人民法院依据最高院答复[101]中的说理，首先认定《合同》第 17 条的约定并未违反《仲裁法》第六条的规定，“是本案双方当事人协商一致的意思表示，是双方当事人协议选择的结果”；又指出，《合同》第 17 条中也不属于《中华人民共和国仲裁法》第十八条所指的对仲裁机构约定不明的情形——“在地波里公司已经向中国广州仲裁委员会申请仲裁的情况下，当事人通过该协议选定的仲裁机构具有唯一性”；最终得出结论：“该仲裁协议应认定为合法有效”，肯定了系争单边选择仲裁条款的效力。

结合上述可见，上海法院在“建发化工案”以及我国最高院对于“老船长公司诉地波里公司案”的答复均反映了我国法院在涉外案件中判断单边选择仲裁条款效力时优先注重对于当事人意思自治的认定，而并未将此类条款效力的认定与公共秩序或司法秩序相挂钩。在对于单边选择仲裁条款效力的认定缺乏明确的成文法与裁判规则的情况下，前述两案对于日后相关司法实践中可能进行的“类案检索”[102]亦具有较强参考价值。

结合我国目前的司法政策，我国法院在上述实践案例中所采取的肯定单边选择仲裁条款效力的立场与说理体现了“‘最大善意’原则”[103]，也与我国法院在国际、国内商事仲裁案件中尊重当事人“自治性”[104]、认定仲裁协议有效的司法理念相一致[105]。

---

[99] 参见，《关于福建泉州老船长鞋业有限公司与地波里国际开发有限公司确认仲裁协议效力纠纷一案的请示》，泉州市中级人民法院，（2016）闽民他 14 号。

[100] 参见，《涉外商事海事审判指导》（2017 年第 1 辑总第 34 辑），北京：人民法院出版社 2019 年版，第 14 页。

[101] 参见前注 99。

[102] 参见《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》，第 2 条。

[103] 北京市第四中级人民法院，中国政法大学仲裁研究院,《仲裁司法审查案件大数据研究报告》，2019 年，第 46 页。

[104] 最高人民法院印发《关于人民法院服务保障进一步扩大对外开放的指导意见》的通知，法发〔2020〕37 号，“4.充分尊重并保障中外当事人依法选择管辖法院的权利、依法选择适用法律的权利以及选择调解、仲裁或者诉讼等方式解决纠纷的权利，提高国际商事纠纷解决的自治性”。

[105] 参见北京市第四中级人民法院，《仲裁司法审查案件审理规范指南》，2019 年，第 13 页，“尊重平等民事主体选择仲裁作为解决争议方式的本意……为国际国内商事仲裁营造良好的法治环境，体现人民法院在仲裁司法审查中尽量确认仲裁协议有效的司法理念”。

（三）评析

单边选择仲裁条款作为商事活动发展至今的多元化产物之一，虽并非传统意义上的常见仲裁条款，但是约定选择仲裁的方式之“古怪”并不必然导致其欠缺合法性[106]。纵观域外司法实践，除去一贯对于单边仲裁条款效力持开放态度的国家，主流实践对于单边选择仲裁条款效力的认定可谓“经历了从无效到有效的演变”[107]。结合对于我国法律的梳理总结，由于尚不存在直接否定单边选择仲裁条款效力的成文法规定，笔者认同我国法院在“建发化工与艾伯特案”[108]与“老船长鞋业与地波里案”[109]中的说理，我国法院在依据中国法认定单边选择仲裁条款效力时需优先尊重当事人在商事活动中的意思自治，尽可能认定有关争议解决条款的效力。

我国法院在上述两案中认定单边选择仲裁条款效力的立场与国际主流司法实践具有一致性，均以尊重当事人选择仲裁的意思自治作为根本原则。与其他法域中对于中国法院审查仲裁条款效力时倾向于采取保守立场的刻板印象[110]不同，我国法院在前述两案中均明确否定了试图从合同相互性与平等原则主张单边选择仲裁条款无效的观点，明确认定系争条款是当事人意思自治的结果、具备法律效力。还有，我国法院在审查单边选择仲裁协议效力时首先注重准据法的查明，在准据法无法查明、依据中国法进行效力认定的情况下，也对单边选择仲裁条款的效力予以了积极认定[111]。

法院在实践中认定单边选择仲裁条款效力时秉持的司法克制和开放态度是一种实践智慧，不仅可以使双方当事人通过具有预期性的争议解决方式尽早平定纷争，也有益于司法资源的合理配置——通过肯定此类条款的效力以减少相关诉讼利于从程序角度推进解决实体争议的效率、也可以使法院集中审判资源于其他明确约定诉讼作为争议解决方式的案件。司法主体充分尊重域内外商事活动中当事人选择仲裁的意思自治，积极认定这类特别的仲裁条款效力利于维持司法审查与仲裁和商事活动间的良性互动。

尽管我国实践中出现的单边选择仲裁条款效力纠纷较少，但深入探究此类条款对于完善我国仲裁协议效力司法审查活动具有重要意义。鉴于我国当事人愈发广泛地参与到当代国际商事活动中，而单边选择仲裁条款在国际商事合同中的出现频率近年来日益增高，我国法院或为确定对于争议的管辖权或因被请求承认和执行仲裁裁决而在日常审判活动中面临对于单边选择仲裁条款的效力认定，而我国法院认定此类特殊的仲裁协议所采取的立场

---

[106] 参见桑远棵：“单边选择争议解决条款的效力研究”，载《北京仲裁》，2018 年第 4 期，第 248 页，“在个人利益和商业理性的驱使下，单边选择争议解决条款本质上是当事人之间自主意思的真实产物，其表面上的不对等性并不会影响当事人实体权利的分配，因而其法律效力不应当受到不当的减损”。

[107] 马敏：《单边选择仲裁条款的有效性研究》，苏州大学 2017 年硕士生论文，第 12 页。

[108] 参见，厦门建发化工有限公司与瑞士艾伯特贸易有限公司买卖合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院，(2012)浦民二(商)初字第 S3375 号；上海市第一中级人民法院，(2016)沪 01 民终 3337 号。

[109] 参见，福建泉州老船长鞋业有限公司、地波里国际开发有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷案，泉州市中级人民法院，（2016）闽 05 民特 9 号。

[110] See Marie Berard, James Dingley, Melissa Brown, Unilateral Option Clauses – 2017 Survey, p, 6, https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2017/01/unilateral-option-clauses-2017-survey.pdf.，2020 年 2 月 20 日访问。

[111] 参见，莫莉：“国际商事仲裁协议发展动向及我国司法审查立场”，载《理论界》，2018 年第 2 期，第 88 页。

可能影响国际商事活动中域外主体对于交易相关法律风险的预判[112]。

结合既有司法实践，本文认为在认定单边选择仲裁条款效力时还应回归判断仲裁条款效力的基本思路，注意查明准据法并避免滥用《纽约公约》第五条中的公共政策条款，以尊重当事人意思自治为根本宗旨，作出足以支持商事仲裁活动效率、保障双方当事人合法权利的高质量司法裁判，从司法角度为创建良好营商环境护航。

[112] 若我国法院肯定单边选择仲裁协议效力或基于前述仲裁协议作出的仲裁裁决能够得到我国法院承认与执行，这无异于给域外主体与我国主体达成国际商事合作前服下一剂“定心丸”，从司法环境的可预期性角度提升了我国当事人参与国际商事活动的竞争力。

参考文献

1. 韩德培，《国际私法》，北京：高等教育出版社，2000 年。

2. 《涉外商事海事审判指导》（2017 年第 1 辑总第 34 辑），北京：人民法院出版社 2019 年版

3. 北京市第四中级人民法院，中国政法大学仲裁研究院,《仲裁司法审查案件大数据研究报告》，2019 年。

4. 北京市第四中级人民法院，《仲裁司法审查案件审理规范指南》，2019 年。

5. Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), Kluwer Law International, 2014.

6. Nigel Blackaby, J. Martin Hunter, Constantine Partasides & Alan Redfern, Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition), Oxford University Press, 2015.

7. 桑远棵：“单边选择争议解决条款的效力研究”，载《北京仲裁》，2018 年第 4 期，第 237-252 页。

8. 马敏：《单边选择仲裁条款的有效性研究》，苏州大学 2017 年硕士生论文。

9. 莫莉：“国际商事仲裁协议发展动向及我国司法审查立场”，载《理论界》，2018 年第 2 期，第 80-90 页。

10. 梁胜：“论国际商事仲裁中瑕疵仲裁协议的法律适用”，载《政法论丛》，2010 年第 1 期，第 107-112 页。

11. 王韵儿：“再论‘或裁或诉’约定下仲裁协议的效力”，载《北京仲裁》，2018 年第 4 辑，第 1-17 页。

12. Hans Smit, The Unilateral Arbitration Clause: A Comparative Analysis, Vol. 20 American Review of International Arbitration No. 3, 2009, pp. 398-407.

13. Bas van Zelst, *Unilateral Option Arbitration clauses: An unequivocal choice for arbitration under the ECHR?*, 25(1) Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2018, p. 77-86.

14. S. Nesbitt and H. Quinlan, *The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, 22 Arbitration International, 2006, pp. 133-149.

15. ICC： Unilateral Jurisdiction Clauses in International Financial Contracts, Document No. 470/1248rev.

16. Draguiev Deyan, *Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability*, Journal of International Arbitration 31, No. 1, 2014, pp.19-45.

17. Christopher R. Drahozal, *Nonmutual Agreements to Arbitrate*, Vol. 27, Journal of Corporation Law, No. 4, 2002, pp. 537-566.

18. Maria Davies, *The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance: Opening Pandora's Box or an Unexpected Panacea?*, Journal of International

Arbitration Vol. 32 Issue 2, Kluwer Law International, 2015, pp. 143-172.

19. Arthur M. Kaufman & Ross M. Babbitt, The Mutuality Doctrine in the Arbitration Agreements: The Elephant in the Road, 22 Franchise Law Journal (2003), pp. 101, 103.

20. 罗芊怡，李军，刘卿如，贺万忠：《2018 年商事仲裁中文类研究文献综述》，《北京仲裁》2019 年第 2 期，第 1-22 页。

21. Daniil Vlasenko, *Ambivalent Russian Arbitration Developments Regarding Hybrid Dispute Resolution Clauses*, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/04/ambivalent-russian-arbitrat ion-developments-regarding-hybrid-dispute-resolution-clauses/，2020 年 2 月 20 日访问。

22. Maxi Scherer, *The French Rothschild Case: A Threat for Unilateral Dispute Resolution Clauses*, Kluwer Arbitration Blog, July 18 2013, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/07/18/the-french-rothschild-case-a-threat-for-unilate ral-dispute-resolution-clauses/，2020 年 2 月 1 日访问。

23. Daniil Vlasenko, *Ambivalent Russian Arbitration Developments Regarding Hybrid Dispute Resolution Clauses*, Kluwer Arbitration Blog, August 04 2019, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/04/ambivalentrussian-arbitration-developments-regarding-hybrid-disputeresolution-clauses/，2020 年 2 月 1 日访问。

24. Marie Berard, James Dingley, Melissa Brown, *Unilateral Option Clauses – 2017 Survey*, https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2017/01/unilateral-option-clauses-2017-survey.pdf.，2020 年 2 月 20 日访问。

25. 厦门建发化工有限公司与瑞士艾伯特贸易有限公司买卖合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院，(2012)浦民二(商)初字第 S3375 号。

26. 厦门建发化工有限公司与瑞士艾伯特贸易有限公司买卖合同纠纷案，上海市第一中级人民法院，(2016)沪 01 民终 3337 号。

27. 福建泉州老船长鞋业有限公司、地波里国际开发有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷案，泉州市中级人民法院，（2016）闽 05 民特 9 号。

28. 《关于福建泉州老船长鞋业有限公司与地波里国际开发有限公司确认仲裁协议效力纠纷一案的请示》，泉州市中级人民法院，（2016）闽民他 14 号。

29. 北京市土地整理储备中心房山区分中心与北京鸿润成业房地产开发有限责任公司申请确认仲裁协议效力纠纷案，北京市第四中级人民法院，(2019)京 04 民特 321 号

30. 丹东港集团有限公司与万家基金管理有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷案，北京市第四中级人民法院，(2018)京 04 民特 398 号。

31. *Pittalis* v. *Sherefettin*, [1986] 1 QB 868.

32. *NB Three Shipping Ltd* v. *Harebell Shipping Ltd* [2004] EWHC 2001 (Comm).

33. *PMT Partners Pty Ltd* v. *Australian National Parks & Wildlife Services*, [1995] 184 CLR 302.

34. *Dyna-Jet Pte Ltd* v. *Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd*, [2016] SGHC 238

35. *Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd* v. *Dyna-Jet Pte Ltd*, [2017] SGCA 32, Civil Appeal No 71 of 2016, Court of Appeal, 26 April 2017.

36. *Emmsons International Ltd.* v. *Metal Distributors (Uk) And Anr.*, Delhi High Court, January 7 2005.

37. *Mulgrave Cent. Mill Co.* v. *Hagglunds Drives P/L*, [2001] QSC 040.

38. *Hoadley* v. *Hoadley*, 155 N.E. 728, 730 (N.Y. 1926)

39. *Inman* v. *Clyde Hall Drilling Co.*, 369 P.2d 498, 500 (Alaska 1962)

40. *Willis Flooring, Inc.* v. *Howard S. Lease Constr. Co.*, 656 P.2d 1184 (Alaska 1983)

41. *Joseph Hannon* v. *Original Gunite Aquatech Pools Inc.*, 434 N.E.2d 611, 618 (Mass. 1982)

42. *Mme X* v. *Banque Privée Edmond de Rothschild Europe*, Cass. Civ. (1ère), French Cour de cassation, September 26, 2012; *Russian Telephone Company CJSC* v. *Sony Ericsson Mobile Communications Rus. Limited Liability Company*, the Supreme Commercial Court of the Russian Federation, No. VAS-1831/12, June 19, 2012.

43. 薄富超：《单边选择性仲裁条款的法律困境研究》，华东政法大学 2017 年硕士生论文。

44. 王青：“浅析瑕疵仲裁协议的效力认定”，载《商事仲裁》，2011 年第 00 期，第 19-26 页。

45. 牛妍：《“或裁或审”条款效力的实证分析》，华东政法大学 2017 年硕士生论文。

46. 李洁：《混合仲裁协议研究》，华东政法大学 2019 年硕士生论文。

47. 陆效龙，吴兆祥：“《关于适用仲裁法若干问题的解释》的理解与适用”，载《人民司法》，2006 年第 10 期，第 28-32 页。

“一带一路”背景下中欧投资争端解决机制的构建

冷敏 沈阳师范大学 学生

摘要：随着“一带一路”进程加快，我国与欧盟国家投资领域合作更加频繁，随之引发的争端亦在增多。现阶段构建中欧投资争端解决机制势必会面临着一些挑战与困境。作为欧式新一代投资规则的代表《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》的投资章节，体现了欧盟注重强化国家规制权的投资争端解决立场。从我国来看，对于中欧投资争端机制的构建，应立足于可持续发展原则，同时遵循共商、共建、共享的全球治理观；要结合国际投资争端解决机制改革的发展趋势；按照短期、中期、长期“三步走的战略”来构建中欧投资争端解决机制。

关键词：“一带一路”；欧盟国家；投资争端解决机制；仲裁

2013 年 9 月中国习近平主席提出“一带一路”重大倡议，得到国际社会的高度关注。建设“一带一路”一直是中欧合作的重点之一，双方都希望推动“一带一路”倡议与欧盟欧亚互联互通战略的对接。为了共商共建共享，更好实现共同发展，投资争端的妥善解决至关重要。现阶段在中欧投资领域内的争端有两种：其一是缔约国双方在协定的解释或适用问题上的争端。对于此种争端的解决方式首先可以通过协商等外交途径解决，其次便是通过国际仲裁（临时仲裁）；其二是投资争端，即缔约一方（东道国政府）与另一方投资者之间发生的争端，此类争端的解决更多依赖法律的手段，其管辖、法律适用、程序、执行都具有复杂性，是本文研究的重点。有关缔约国之间的争端解决机制条款内容无明显区别，而在投资者与东道国之间的争端解决机制条款内容存在一定的差别。目前国际双边投资协定中的投资争端解决机制多为以国际仲裁为基础的投资者-国家争端解决机制（简称 ISDS）。ISDS 是国际双边投资协定中解决外国投资者与东道国之间争议的国际仲裁程序。根据中法协议所附的换文，两国同意，当双方成为《关于解决国家和其他国家国民之间的民间投资争端的条约》(简称《华盛顿公约》)或《ICSID 公约》的参与者时，应就向国际投资争端解决中心提交投资争端的相关事项进行谈判并达成补充协议。至于中欧争端解决机制，《中欧投资协定》要求建立有效透明的机制，避免和解决双方争端。

一、“一带一路”背景下构建中欧投资争端解决机制之必要性

中欧分别位于中国丝绸发展之路经济带的两端，产业结构互补性强，是天然的合作伙伴。截止 2019 年底中国在欧洲地区投资存量为 1143.8 亿美元，占中国对外直接投资存量的 5.2%。[1]（见图一）与此同时 2019 年，商务部推动中欧投资协定谈判进程加快，完成中欧地理标志协定谈判。积极进行落实中西、中葡、 中比 、中荷第三方市场合作备忘录等。2020 年欧盟中国商会与罗兰贝格企业管理咨询公司联合发布建议报告指出，近年来中资企业在欧业务实现了数量与规模上的双重提升。2020 年 12 月 30 日晚，中欧全面投资协定谈判如期完成。至此，中欧经贸合作亦迎来新的机遇期。实践表明，中欧经贸往来纽带紧密，前景广阔，大有可为。

表 1



2011—2019 年中国对欧洲直接投资流量

数据来源：商务部、国家统计局、国家外汇管理局《2019 年度中国对外直接投资统计公报》。

目前中欧作为排名第二、第三的经济体，双方投资发展前景向好。然而，投资合作的发展状况与投资争端出现的数量成正比。随着中欧之间的投资活动发展迅速，其所涉及的国与国之间投资问题也会不断增多。但目前中欧对于解决争端的执法实体及争端解决依据的法律等还未形成一套完善的投资争端解决机制，不能全面地解决中欧双方投资过程中出现的争端。因此，构建一套完善的争端解决机制，确是中欧投资法制的发展方向。

二、“一带一路”背景下构建中欧投资争端解决机制之障碍

（一）仲裁水平和人才不足

仲裁不是法学家的杰作，而是人们实践的结果，是文明法制的基础。仲裁作为一种与诉讼并行的民商事纠纷解决机制，有着非常悠久的历史。它起源于古希腊和古罗马，发展于欧洲。20 世纪，许多发达国家都在国内建立了自己的仲裁制度。对于中国而言，尽管我国早有涉外、国内仲裁实践和常设的涉外仲裁机构，但长期以来无相应的专门法律。1995 年我国实施《仲裁法》，标志中国仲裁实践的法制化，但不可否认的是中国的仲裁制度还不够全面，与国际仲裁制度依然存在着很大差距。中国的仲裁制度为什么与国际上通行的仲

[1] 《2020 年度中国对外投资合作报告》，中国人民共和国商务部，http://images.mofcom.gov.cn/fec/202102/20210202162924888.pdf，登录时间：2021 年 5 月 4 日。

裁制度接轨缓慢？其背后原因在于我国仲裁制度发源时间没有西方国家悠久，同时我国对于涉外仲裁人员的培养不够重视、对国外仲裁程序不够了解等。一旦认知到我国涉外仲裁制度现阶段存在的问题，那么对于中欧争端解决机制的构建过程中出现的仲裁困境亦会迎刃而解。

（二）法律查明和适用困难

在“一带一路”区域内，欧盟国家法律制度很不统一，法系多元法律传统不通，冲突明显。如英美法系、大陆法系等。欧盟内部法律制度本身也会带来差异和冲突，这对于构建投资争端解决机制无疑亦是很棘手的。同时，对于中国曾与欧盟国家内部成员 27 个国家中的 26 个缔结了双边投资协议，中国与这些成员国间的双边投资协议的签订具有时间跨度大、内容上具有差异、数量庞大等特点，一旦发生投资争端，依据哪个文本解决争端问题会成为困扰。由于中欧投资协定谈判顺利进行，双方承诺在今后两年内继续就投资争端解决进行商议。在如此复杂多样的环境下，中国与欧盟构建统一的投资争端解决机制是有一定难度的。

（三）现存争端解决机制发挥“余温”作用

当前中国与欧盟国家的投资争端解决机制主要有 WTO 争端解决机制、ICSID 投资争端解决机制，这两种争端解决机制在适用范围上虽存在一定的局限性，但是在解决纠纷方面依然发挥着重要的作用。截止 2020 年 12 月 31 日，解决投资争端中心共登记了 803 起案件，其中 2020 年受理的案件为 58 起。（见图二）中欧投资争端解决机制短时间内不会取代 WTO 争端解决机制与 ICSID 投资争端解决机制的地位，这使得中、欧间的投资争端存在多种解决平台和程序选择，更显复杂。

解解决投资争端中心（ICSID)设立了两种争端解决方式：调解和仲裁。仲裁这种纠纷解决机制是解决投资者与东道国投资争端中最常用的机制，它的法律适用效果也较理想。通过调研世界银行相关数据发现挑选欧盟国家已签署的 BIT、接受 ICSID 仲裁的案例能够发现，在签署 BIT 的国家中，至少有 50%是借助于 ICSID 实现投资争端的解决[2]。总体来讲，ICSID 机制是一种较完善的国际投资争议解决机制，以该机制作出的裁决多涉及国家主权问题和国际法的适用问题，对国际投资争端的解决有着重要的影响。中国与欧盟国家作为 ICSID 成员国，在很大程度上依赖该机制解决争端，目前尚不能做到“全身而退”，另起炉灶。

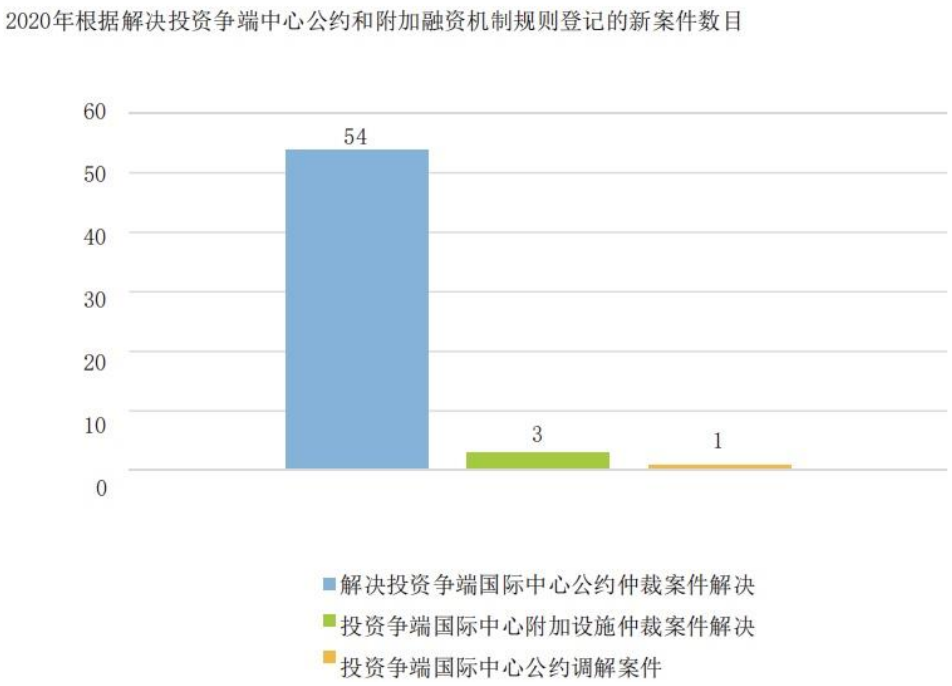
WTO 争端解决机制是世界贸易组织解决成员间就其协议执行发生争议的解决平台，其争议解决机制具有一套严格完整的程序，被誉为 WTO“王冠上的明珠”。WTO 框架下的国际投资争端解决的方式是专家组、上诉审议、仲裁，非法律方式还包括磋商、斡旋、调解和调停。当前 WTO 争端解决机制在解决全球性的贸易争端方面公信力十足且争端成功解决率也很高，中国和欧盟作为 WTO 的成员国，在遇到涉及与双边贸易有关的投资争端时，

[2] 孙茹,胡波,黄伟.“一带一路”倡议下国际投资争端解决机制构建探索[J].公民与法(综合版),2020(01):35.

仍会选择 WTO 的争端解决机制，当然在 WTO 的争端解决机制因美国阻挠而暂停的情况下，也为中欧构建新的投资争端解决机制提供了必要性和机遇。

对于构建中欧投资争端解决机制，还会面临着欧盟内部对于“中国正在分化欧盟”猜疑的干扰，欧盟内部一直存在对中国不信任的力量，如何克服这些障碍是构建中欧投资争端解决机制的关键。

表 1



数据来源：ICSID 官网数据整理

三、《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》投资争端解决机制之借鉴

2016 年 10 月，欧盟与加拿大经过长达五年的谈判，共同签署《欧盟加拿大全面经济贸易协定》（简称 CETA）。这是欧盟作为主体签订的第一个经贸协定，该协定的制定从实践出发——依据当前欧盟成员国之间、同盟国与加拿大之间的投资贸易发展实践现状制定。该协定不仅代表了当前区域投资规则发展的最新趋势，同时也是全球两大经济体在以投资、贸易为主体的多项经济领域试图打造全面融合、优化便捷合作方式的标志。[3]。

作为投资保障的程序环节，CETA 中的投资者—国家争端解决机制格外引人关注。一方面，该机制涵盖了争端解决范围、争端解决方式及其选择要求，并且重点强调投资者—国家仲裁机制的运用。在争端解决的方式上，除仲裁外，CETA 还采用多元化替代性争端解决方式，为协商、调解等争端解决方式确立了详细的路径。CETA 规划了较为全面的提交仲裁的过程，如果争端无法通过协商解决，另一方投资者代表其自身或者另一方投资者代表其直接或间接所有或控制的当地设立企业可以根据 ICSID 公约、ICSID 附加便利规则

[3] 张正怡.论晚近区域协定中投资争端解决机制的创新及其启示——以 TPP、TTIP、CETA 为例[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2018(03):146-156.

中的程序条件、UNCITRAL 仲裁规则或者争端方同意的其他任何仲裁规则提交仲裁。另一方面，欧盟创设性地提出建立针对投资争端的法院体系。在 CETA 第 8 章投资章节中规定设立常设投资法院和上诉法院。欧盟与协议缔约国间的全部投资争端需呈交至该法院解决。初审法院负责审理根据协定所提出的索赔；上诉法院负责审理上诉的裁决，有权修改或撤销原裁判中错误的结论，上诉法庭旨在为不公正、错误的案件审理提供救济途径，是欧盟 ISDS 机制改革中最具有现实性与代表性的部分[4]。设立常设投资法院与上诉法院的内涵在于通过该方式建立了一种新型双层或称两审终审的裁判模式，此模式有别于投资仲裁机制。总体来看，欧盟对于 ISDS 机制的改革提供了新的思路，可资借鉴。

CETA 的签订反映着欧盟国家价值取向和 ISDS 机制的改革方向，对于现阶段我国与欧盟国家构建投资争端解决机制具有十分重要的参考意义。

四、“一带一路”背景下构建中欧投资争端解决机制之路径

（一）“一带一路”背景下中欧投资争端解决机制构建原则

1、坚持可持续发展原则

联合国贸易和发展组织 2012 年发布的《2012 年世界投资报告：制定新一代投资政策》专门探讨了新一代的投资政策，提出了一项全面的“致力于可持续发展的投资政策框架”。报告认为，调动投资以促进可持续发展是世界各国的重要任务。将可持续发展目标与投资政策融入到国际争端解决机制中不仅仅为了追求经济的繁荣与发展，同时也会为社会全体成员带来福利与便利。各国政府在制定投资政策之时，应当遵循可持续发展的本质，即满足当代人物质需求的同时应当考虑到未来的物质生活需求。

在中欧投资协定谈判中，双方就可持续发展达成了共识。中国作为发展中的投资大国，应努力在中欧投资解决机制中将可持续发展目标融入其中。可持续发展是一个双赢的概念。[5]中欧双方既要注重促进双边投资合作，也应强调投资需有利于可持续发展的做法。

2、遵循共商、共建、共享全球治理观

党的十九大强调中国要秉持共商、共建、共享的全球治理观，倡导国际关系民主化，坚持国家不分大小、强弱、贫富，一律平等。在构建投资争端解决机制的过程中，我国应当坚持“一带一路”倡议下的基本原则，该争端解决机制的构建应本着包容、开放的心态，让欧盟国家的精通本国及国际法的法律专家积极为体制的构建建言献策；同时让当事人有足够的自由和权利去选择国内外法律专家解决争端，从而充分体现该争端解决机制的国际化水平，在协商共建的基础上实现优质法律专家资源的共享，以促进争端的高效解决[6]。

（二）“一带一路”背景下中欧投资争端解决机制路径

[4] 李佳,吴思柳.双边到多边:欧盟投资争端解决机制的改革和中国选择[J].国际贸易,2020(09):46-53.

[5] 魏伟,张欣欣,赵丽.中欧投资协定的缘起、意义和未来展望[J].边界与海洋研究,2021,6(01):108.

[6] 杜文溪.“一带一路”背景下国际投资争端解决机制探讨[J].法制与社会,2019(34):1-2.

在中欧投资争端解决机制改革的路径选择上，中国应结合自己的现实需求，采取先改良后改革最后主导规则制定“三步走”实践路径，进而推动中欧投资争端解决机制构建进程。

短期内，现阶段应优先加强国内仲裁制度建设与卓越涉外法治人才的培养。中国的当务之急在于培养具备投资管理经验、专业性法律素质的人才，且培养方式不能只局限于某种单一方式，要将自主培养、外来引进等多种方式相结合，尤其要培养涉外仲裁人才。仲裁在未来依然是投资争端解决机制的主流，为了避免西方仲裁员做出不公正的裁决，应当培养本土的涉外仲裁人才，吸纳国内外优秀仲裁员，打造国际仲裁员队伍。[7]同时应加强中国的仲裁机构与国际仲裁制度接轨，国际商事争端预防与解决组织(ICDPASO) 于 2020 年 10 月 15 日在北京正式成立，在后疫情时代“一带一路”稳步发展进程中，ICDPASO 的成立恰逢其时。ICDPASO 组织主要发挥争端解决与争端预防的功能，这两项功能平行发挥作用，主要体现在一改传统国际争端解决机构重解决而轻预防的局面。这两项功能不仅可以弥补现阶段国际商事争端解决层面的不足，也能拓宽 ICDPASO 的业务范围，增强国际法治影响力[8]。在此基础上推进“一带一路”背景下中欧投资争端解决机制本土化与国际化。

与此同时，对于构建中欧投资争端解决机制从短期上看也应当确立强制磋商、灵活调解、仲裁等多元化纠纷解决制度。首先，在 WTO 争端解决机制中，磋商是争端提交专家组的前置程序，该程序具有强制性和细化争议焦点的特点。而在大多数投资协定中，虽然均有双方当事人应友好协商解决争端的条款，但在实践中该类条款往往难以落实。强制磋商的存在可以尽最大可能实现当事人之间的友好协商，同时还可以明确争议焦点，实现案件分流，从而高效解决争议纠纷。其次，调解制度是多元化争端解决的重要组成部分。调解的主要优点在于能较快解决争端，有利于保持当事人的友好关系，给双方当事人带来相互信任感和节省费用。需要说明的是，中欧投资争端解决机制应当赋予正式的调解书以法律约束力，同时要保障调解过程中形成的方案不作为后续其他程序的审判依据。此外，应当肯定仲裁作为争端解决的主流方式，仲裁是法律主体间普遍采用的解决纠纷的方式其能灵活处理各项投资争端，营造稳定、公平、透明、可预测的法治化营商环境。 现阶段，我国与欧盟想要实现强制磋商、调解、仲裁等多元化解决机制之间的相互配合，就应做好三者的分离和衔接工作，这样也能够发挥最大的补充作用[9]。

对于发展中期阶段，欧盟的投资法院方案(ICS) 将成为 ISDS 改革的焦点。欧盟方案已是目前 ISDS 机制最为制度化的革新。建立常设投资法庭并在成员构成及行为规范上予以

[7] 王祥修.论“一带一路”倡议下投资争端解决机制的构建[J].东北亚论坛,2020,29(04):23.

[8] 俎文天,罗传钰.“一带一路”倡议下中国—东盟投资争端解决机制构建探究[J].河南工业大学学报(社会科学版),2021,37(01):33.

[9] 陈建军,曹倩倩.“一带一路”国际投资争端解决机制完善思考[J].山西高等学校社会科学学报,2019,31(09):49.

改良有利于解决仲裁裁决不一致的问题，进而能够解决传统 ISDS 机制的正当性和合法性问题，符合国际投资规则改革的目的。同时，欧盟在投资法庭中专门纳入了贸易法委员会透明度规则，并对涉及诉讼程序的公开审理、文件公开、三方参与以及受保护信息等问题做出了明确规定。另外，投资法院体系关于透明度的规定范围广、程度深，这使得案件审理程序更加清晰透明，有利于提高裁判结果的公正性和公众参与度，对于东道国规制权的保障也具有重要意义。

欧盟意在将“投资法庭”变成全球公认的“国际投资法院”，从目前条款设计来看，投资法庭制度只是中欧争端解决机制的过渡形式。投资法庭制度的目的在于保障国家规制权和投资保护平衡，符合现阶段我国作为东道国的现实需要，但对于我国私人投资者的利益保护成效还有待考察。因此，我国应当在投资法庭发展过程中留有余地，分析出中国无法接受的部分，对于危害我国公共利益和私人投资者利益之处坚决拒绝。

从长远来看，中欧双边投资法庭终将会被未来建成的多边投资法院替代，欧盟“释放”的信号也明确表示该机制同样适用于欧盟同其他经济体之间的投资协定如欧盟和越南签订的《欧盟和越南自由贸易协定》相应的章节内。也确定了投资法院制度。中欧双方不应直接默认这种自动替代模式。随着我国经济实力的增强，我国在全球治理中也会发挥越来越大的作用。我国应提升中国在 ISDS 机制改革方面的话语权。一带一路”作为当今世界规模最大的国际合作平台，有必要依托亚洲基础设施投资银行建立“一带一路”投资争端解决机制。中国作为该战略的首倡者同时也具备着强大的经济实力，应改变其作为制度被动接受者和规则遵循者的地位，其应向规则领导者和创新者的角色转变。“一带一路”投资争端解决机制的建立是一个复杂庞大、循序渐进的过程，我们要继续完善顶层框架设计，进行全面详尽的制度安排，建立一个灵活、正当、合理、合法的调解机制，保证公正有效地解决争议，更好地平衡争端主体各方的利益，维系和巩固各国友好的合作关系。

中国之所以应该选择分短期、中期和长期三步走的中欧投资争端解决机制实践路径，一方面是因为中国迫切需要通过中欧投资争端解决机制改革加强对海外投资的保护，另一方面也是为了要合理兼顾东道国正当规制权[10]。完善国内投资法制环境与确立强制磋商、灵活调解、仲裁等多元化规则制度是目前最现行的改革路径，应该作为短期首选。对于欧盟的国际投资法院体系的建立改革难度次之，应该可以在条件具备时作为中期选项。依托亚投行建立“一带一路”投资争端解决机制最为理想，但难度最大，应该作为长期选项。

[10] 王彦志.国际投资争端解决机制改革的多元模式与中国选择[J].中南大学学报(社会科学版),2019,25(04):80.

Construction of China-EU Investment Dispute Settlement Mechanism under "Belt and Road" Background

Absrtact: with the acceleration of the "Belt and Road" process, the cooperation between China and EU countries in the field of investment is more frequent, and the disputes arising therefrom are also increasing.It is urgent to construct the Sino-EU investment dispute settlement mechanism under the background of Belt and Road.At present, the construction of China-EU investment dispute settlement mechanism is bound to face some challenges and difficulties.At the same time, the traditional ISDS mechanism of the international community is in the tide of change. As the investment chapter of the European Union's new generation of investment rules, the investment chapter of the Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada reflects the EU's position on investment disputes focusing on strengthening national regulatory rights.It provides a lot of reference for China-EU investment dispute settlement mechanism under the background of Belt and Road.From the point of view of our country, the construction of investment disputes between China and Europe should be based on the principle of sustainable development and follow the concept of global governance of co-negotiation, co-construction and sharing; it should be combined with the development trend of the reform of the international investment dispute settlement mechanism; and the China-EU investment dispute settlement mechanism should be constructed according to the short, medium and long term.

Keywords: “Belt and Road”; European Union countries; investment dispute settlement mechanism; arbitration

参考文献

[1]邓婷婷.欧盟多边投资法院：动因、可行性及挑战[J].中南大学学报(社会科学版),2019,25(04):62-72.

[2]俎文天,罗传钰.“一带一路”倡议下中国—东盟投资争端解决机制构建探究[J].河南工业大学学报(社会科学版),2021,37(01):30-37+55.

[3]魏伟,张欣欣,赵丽.中欧投资协定的缘起、意义和未来展望[J].边界与海洋研究,2021,6(01):100-115.

[4]李佳,吴思柳.双边到多边:欧盟投资争端解决机制的改革和中国选择[J].国际贸易,2020(09):46-53.

[5]王祥修.论“一带一路”倡议下投资争端解决机制的构建[J].东北亚论坛,2020,29(04):15-26+127.

[6]孙茹,胡波,黄伟.“一带一路”倡议下国际投资争端解决机制构建探索[J].公民与法(综合版),2020(01):34-37.

[7]杜文溪.“一带一路”背景下国际投资争端解决机制探讨[J].法制与社会,2019(34):1-2.

[8]陈建军,曹倩倩.“一带一路”国际投资争端解决机制完善思考[J].山西高等学校社会科学学报,2019,31(09):47-53.

[9]王彦志.国际投资争端解决机制改革的多元模式与中国选择[J].中南大学学报(社会科学版),2019,25(04):73-82.

[10]蒋德翠.中国—东盟自贸区投资争端解决机制的困境与出路[J].河北法学,2020,38(05):104-116.

[11]叶斌.《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》对投资者诉国家争端解决机制的司法化［J］.国际法研究,2017，(6)．

[12]沈四宝.论《中国—东盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议》［J］．上海财经大学学报,2006（1):31-36+92.

[13] 中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》［EB/OL］.http：//www.gov.cn/xinwen/2018-06/27/content_5301657.htm，2020-03-05.

[14]CONGYAN CAI. Trans- Pacific Partnership and Multilateralization of International Investment Law[J]. Journal of East Asia & International Law, 2013(6): 385-413.

[15]张正怡.论晚近区域协定中投资争端解决机制的创新及其启示——以 TPP、TTIP、CETA 为例[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2018(03):146-156.

[16]HIMALOYA SAHA. A Critical Analysis of the Commonly Recommended Reforms of Investor-State Dispute Settlement[J]. Legal Issues Journal, 2016(4): 39-54.

[17]JESSI PATTON. A Case for Investor-State Arbitration under the Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership[J].The Arbitration Brief, 2014(4): 75-91.

[18]LAURA HENRY. Responding to Public Concerns over Investor State Dispute Settlement Clauses in APEC Free Trade Agreements[J].Journal of Korean Law, 2013(12):197-218.

国际商事仲裁远程庭审法律分析[1]

李华[2]、王正洪[3]

【摘要】国际商事仲裁远程庭审的争议焦点在于能否在一方反对时进行，而通常认为，仲裁庭依照自决权力可以在一方反对时决定远程庭审，当事方以其听证权利也可以要求进行远程庭审。仲裁庭决定进行远程庭审时，需要考虑当事方的听证权利、平等对待以及仲裁庭自身负有的义务，避免违反正当程序规范。以远程方式做出的仲裁裁决一般不会遭到质疑，当事方可能提出的质疑事由主要为听证权利、公共政策、当事方协议以及裁决形式，但这些理由都不足以构成对远程仲裁裁决的挑战。我国法律对远程庭审能否在一方反对时进行规定缺失，仲裁规则对没有合意时的远程庭审也格外谨慎，为此有必要在法律和仲裁规则中明确当一方反对时可以进行远程庭审。

【关键词】国际商事仲裁；远程庭审；听证权利；正当程序；

一、引言

随着疫情的长期化，仲裁员、当事方、证人、专家等人员在短期内线下见面存在很大障碍，而仲裁法、仲裁规则对远程庭审的缺失使国际商事仲裁案件的及时解决蒙上了一层不确定性。当仲裁协议没有明确约定是否允许或排除远程庭审，而发生纠纷后一方要求远程庭审而另一方却对此表示强烈反时时，仲裁员能否依据仲裁规则赋予仲裁员的自决权进行远程庭审是关键问题。这个问题取决于对仲裁庭的自决权扩大或严格解释的问题。同时，远程庭审的问题还需要考察反对远程庭审的一方当事方应被平等对待权利和另一方当事方的听证权利之间的平衡。换句话说，在一定条件下，作为商事仲裁的最为关键的听证权利、平等对待等正当程序在特定条件下存在一定冲突的可能性。另外，远程庭审是否符合正当程序（due process）备受质疑，因其与远程庭审做出的仲裁裁决能否得到承认与执行密切相关。确保远程庭审的进行符合正当程序规范，使得对远程庭审持消极态度的当事人无法以庭审违反正当程序为由，对远程仲裁裁决的可执行性提出质疑，对仲裁庭和当事人来说都至关重要。

在疫情期间，远程庭审（remote hearing/virtual hearing）经历了蓬勃式发展，远程庭审以其低成本和便捷性受到了各当事方的广泛接受。鉴于远程庭审具有的便利性、提高效率和节省成本，即使疫情结束之后，仲裁庭审通过远程的方式展开很可能逐渐成为新常态，远程庭审发展之势难以阻挡，仲裁的创新性与开放性也要求传统仲裁进行变革。[4] 鉴于此，为了减少国际商事仲裁解纷解决的不确定性，并进一步维护国际商事仲裁机制下双方当事

[1] 本篇论文经过修改将发表在期刊上，未经作者同意，请勿转载、引用。
[2] 北京理工大学 法学院 副教授
[3] 北京理工大学 法学院 本科生
[4] 贸仲委 2020 年工作总结和 2021 年工作计，
http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=17427;
HKIAC Releases Statistics for 2020, https://www.hkiac.org/news/hkiac-releases-statistics-2020

人的权利，**远程庭审视角下的国际商事仲裁相关问题**具有重要的理论价值和实践意义。

2018 年 12 月，中共中央办公厅、国务院办公厅发布的《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》（以下简称《若干意见》）明确指出，要“积极发展互联网仲裁，提升仲裁委员会的国际竞争力，加强对外交流合作”。我国仲裁行业更应该抓住此次机会，尽快明确远程庭审的法律地位，推进远程庭审的适用，增强各仲裁机构的国际竞争力，加快中国仲裁的国际化步伐。而我国的仲裁法和一些仲裁机构的仲裁规则目前还无法提供稳定和明确的国际商事仲裁的远程庭审机制。因此，本文的最后分析了对我国内仲裁法和仲裁规则视角下进行远程庭审存在的不确定性并作出了完善建议。

二、仲裁庭自决权与当事方听证权利视角下对远程庭审的审视

在当事方仲裁协议没有明确规定远程庭审或没有明确排除远程庭审，远程庭审庭审能否展开是最具争议的一个问题。尤其是在绝大多数仲裁程序法和仲裁规则对远程庭审的规定缺失，而当事方一方反对远程庭审，另一方支持时，需要考虑的主要因素有两个，一是仲裁庭的自决权力，二是当事方的听证权利。具体论述如下。

（一）仲裁庭行使程序性自决权力决定远程庭审的问题

仲裁理论和实践中形成了仲裁庭在一定条件下享有自决权力的共识，而这些共识体现于国际主要仲裁程序法和仲裁规则中赋予仲裁庭的广泛程序性自决权力。作为仲裁程序法的示范文本，[5] UNCITRAL《示范法》第 19 条规定，当事方就程序性事项未达成协议时，仲裁庭可以按照它认为适当的方式进行仲裁。[6] 基于此种共识，美国 NAA（National Academy of Arbitrators）发布的第 26 号建议认为，在特殊情况下，只要能保证公正、充分的听证，并给当事方提供有效的服务，仲裁员就可以在没有当事方合意的情况下决定远程庭审。[7] 另外，非洲仲裁学会在其发布的《非洲远程庭审草案》也有相近内容。该《草案》建议，各方当事人召开“审前会议”，促成当事方合意，如果当事人就远程庭审仍未达成合意，那么在与当事人协商，且保证公正的情况下，仲裁庭可以决定远程听证。[8] 除此之外，还有《英国仲裁法案》第 34 条，《印度仲裁与调解法》第 19 和 24 节，LCIA 规则第 14 条，以及 SCIA 规则第 19 条等。[9] 我国主要的仲裁机构的仲裁规则也规定了仲裁庭程序自决权力。

自决权对远程庭审来说是一把双刃剑，授权仲裁庭可以在一方反对的情况下行使权力

[5] UNCITRAL Secretariat, Explanatory Note on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as Amended in 2006 (2007) (‘[s]ince its adoption by UNCITRAL, the Model Law has come to represent the accepted international legislative standard for a modern arbitration law and a significant number of jurisdictions have enacted arbitration legislation based on the Model Law’).

[6] Model law, art. 19

[7] National Academy of Arbitrators, Video Hearing, Op.No.26(Apr.1,2020).

[8] Abayomi Okubote and Mohamed S. Abdel Wahab, ‘Africa Arbitration Academy Takes Over the Baton on Thought Leadership...Launches Virtual Hearing Protocol in Africa, for Africa’, Kluwer Arbitration Blog, May http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/07/africa-arbitration-academy -takes-over-the-baton-on-thought-leadershiplaunches-virtual-hearing-protocol-in- africa-for-africa/

[9] 34(1) of the English Arbitration Act, 1996; Sections 19 and 24 of the (Indian) Arbitration and Conciliation Act, 1996; HKIAC Rules, Arts 13.1, 22.5; ICC Rules, Arts 19, 22(2); ICDR Rules, Art. 20.1; LCIARules, Art. 14.5; SCC Rules, Art. 23(1); SIAC Rules, Art. 19.1, 25.3; UNCITRAL Rules, Art.17(1), 28(2).

决定远程庭审，也可以作出进行延期或者线下庭审的决定。[10] 而基于以上规定，仲裁庭自决权力的行使受制于当事方听证权利、平等对待等正当程序性权利。[11] 庭审中最重要的是保证当事方有平等的机会陈述其案件。[12] 对此，下面将作出详细论述。

（二）当事方的听证权利要求仲裁庭进行远程庭审的问题

大多数仲裁程序法和仲裁规则规定，如果仲裁程序的当事方之一要求举行听证会，仲裁庭就应该进行庭审。[13]《示范法》第 24 条规定，如果当事一方要求，仲裁庭应在进行仲裁程序的适当阶段“口头开庭”(oral hearing)。[14] ICC Rules 2017 第 25 条规定，当事双方应“亲自”参与庭审(in person)。[15] 而问题的关键在于，传统仲裁程序法和仲裁规则并没有对庭审的具体形式作出区分，远程庭审是否满足传统示范法和 ICC 规则规定的“开庭”（hearing）要求在实践中存在争议。

反对远程庭审的观点则认为，远程庭审无法不满足传统线下庭审中的“直接言辞”和“庭审亲历性”的要求。[16] 而一些观点对此反驳道，远程庭审也像线下庭审一样，通常能够有效地给予当事人陈述其案件的机会。[17]

首先，尽管远程庭审除专家和证人证言外，还涉及其他交互性的庭审程序，但所有这些通常都可以通过视频会议有效地进行，或几乎与线下听证会一样有效。[18]而且在远程庭审中，观点和证据都是实时传送，庭审各方都能实现实时讨论，与线下庭审并无实质区别，满足直接言辞和庭审亲历性的要求[19]。以我国为代表，世界多国法院广泛采用的网上开庭形式也很好的说明了这一点。同时，ICC 在其发布的旨在缓解新冠疫情影响的指导说明中，清楚地表明了远程庭审满足传统庭审（hearing）的要求，指导说明明确指出：“第 25 条规定的‘亲自’（in person）一词应解释为观点的实时传送，而不论是否采用线下形式”，[20]这一

[10] Jeffrey Maurice Waincymer, 'Online Arbitration', Indian Journal of Arbitration Law, p5

[11] David Bateson, 'Virtual Arbitration: The Impact of COVID-19' (2020) 9 Indian J Arb L 159; Maxi Scherer, 'Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework', in Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration, p7; Chester Brown, Mark McNeill and Jeremy K Sharpe, First Impressions of a Virtual Hearing at ICSID, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, (2020), pp. 4; ICCACongressSeriesn°9.Theminimumrequirementondueprocessintaking measures against dilatory tactics: arbitral discretion on international commercial arbitration. Paris. 1999.

[12] DERAINS,Yves&SCHWARTZ,Eric. Guide to the ICC Rules of Arbitration.2nd edition. Kluwer Law International. 2005. Page 228.

[13] For national laws, see eg. German Civil Procedural Code (ZPO), s. 1047(1); Swedish Arbitration Act, s. 24(1). See also Arbitration Law of the People’s Republic of China, Art. 47. For institutional arbitration rules, see e.g. SCC Rules, Art. 32(1); UNCITRAL Rules, Art. 17(3).

[14] Model law

[15] ICC Rules 2017

[16] See e.g. Sweden: Stefan Lindskog, Skiljeförfarande: En kommentar (Eng.: Arbitration: A Commentary) 653 (2d ed., Norstedts Juridik 2012)

[17] Gary Born, 'Virtual Hearings: Contemporary Perspectives Part 1' SIAC Webinar Series (5 May 2020)

[18] Chapter 15: Procedures in International Arbitration', in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Third Edition), 3rd edition

[19] Maxi Scherer, 'Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework', in Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration, p4

[20] ICC, Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effect of the COVID-19 Pandemic (9 Apr. 2020), para. 23. Cf. Jason Fry, Simon Greenberg & Francesca Mazza, The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration para 3.958 (ICC 2012).

说明几乎为远程庭审是否属于庭审（hearing）的争议画上了句号。

其次，在仲裁程序法和仲裁规则没有明确禁止远程庭审的情况下，很难说仲裁协议或者仲裁规则里面规定的庭审(hearing)一词严格地等同于亲自（in person）参与庭审。[21] 很多仲裁规则之所以在庭审（hearing）中没有规定远程庭审，仅仅是当时技术不成熟，制定者没有想到，而不是有意地排除。[22] “口头”听证（oral hearing）中的“口头”一词，也不过是与书面开庭相对，指采用言词审理方式而非书面审理方式而已[23]。譬如我国 HKIAC rules（2018）第 22 条就规定，“仲裁庭应决定是否举行庭审以提供证据或进行口头辩论（oral argument），还是仅根据文件和其他材料进行仲裁”，这里的口头（oral）明显仅仅与书面庭审相对，而不是要求线下庭审。

总而言之，远程庭审满足仲裁程序法和仲裁规则关于庭审（hearing）的一般原则性规定。在当事人选择的仲裁程序法和仲裁规则对远程庭审没有规定，仲裁庭行使程序自决权利进行远程庭审并不当然侵害当事方的听证权利。

三、远程庭审视角下对正当程序的审视

正当程序通常被理解为“硬性”法治，是其他所有程序性规则的基础，违反或无视这些规则将导致裁决或决定的不可执行。[24] 布莱克法律词典将正当程序界定为“根据法律诉讼要遵照既定的规则和原则，包括受通知和享受公平听证的权利。”[25] 有学者将正当程序可以细分成了四个主要原则，分别是：受知权（notice）；能够陈述其案件并答辩；公正独立的仲裁员；以及公正受审的权利（right to a fair hearing），[26] 另有学者认为，正当程序的基本规则包括平等对待，公平听证以及反驳的权利。[27]

鉴于此，听证权利和平等对待是正当程序的核心要义，但除此之外，由于大多数仲裁庭负有快速做出有效仲裁裁决的义务，[28] 在仲裁中出现程序迟延也会导致正当程序的违反。因此，本章将重点围绕远程庭审侵害当事方听证权利、违反平等对待原则导致正当程序异议，以及出现程序迟延导致正当程序异议这三种情形进行论述。

（一）远程庭审视角下对当事方听证权利问题的审视

对正当程序的质疑之一是远程庭审侵害了当事方的听证权利，导致其无法完整地陈述其案件。当事方听证权利是指在仲裁庭审中，当事方应被赋予充足的机会陈述其案件，例

[21] Yvonne Mak, ‘Do Virtual Hearings Without Parties’ Agreement Contravene Due Process? The View from Singapore’, Kluwer Arbitration Blog, June http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/20/do-virtual-hearings-without -parties-agreement-contravene-due-process-the-view-from-singapore/

[22] Matthew Saunders, 'Chapter 7: COVID-19 and the Embracing of Technology: A ‘New Normal’ for International Arbitration', in Axel Calissendorff and Patrik Schöldström (eds), Stockholm Arbitration Yearbook 2020, Stockholm Arbitration Yearbook Series, Volume 2

[23] Jeffrey Maurice Waincymer, 'Online Arbitration', Indian Journal of Arbitration Law

[24] MATri S. KURKELA & HANNES SNELLMAN, DUE PROCESS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1 (2005).

[25] Black's Law Dictionary (8th ed. 2004)

[26] Lucy Reed, Ab(use) of Due Process: Sword vs Shield, 33 Arb. Intl. 366 (2017).

[27] Bernardo Cremades Sanz Pastor, 'The Use and Abuse of “Due Process” in International Arbitration', Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, p665

[28] Waincymer, Jeffery, Procedure and Evidence in International Arbitration (Kluwer Law International, 2012), p97; Böckstiegel, KarlHeinz, ‘Major Criteria for International Arbitrators in Shaping an Efficient Procedures’, (1999) Arbitration in the Next Decade, ICC International Court of Arbitration Bulletin 50.

如主张事实，陈述法律观点，就相关事实举证等。[29]一方陈述其案件和答辩的权利根源于《示范法》第 18 条，[30]被认定为一项基本的自然正义规则。[31] 该项权利实践中，对远程庭审侵害当事方听证权利的质疑主要围绕当事方听证权利和远程庭审中出现技术故障两点。

一方面，有些当事方可能会主张远程庭审侵害了其听证权利，因为其有权要求“线下”（physical）听证，尤其是适用法、仲裁规则，或者当事方协议赋予一方听证权（a right to hearing）的时候。对于这个问题，如同文章第二部分所述，远程庭审满足传统仲裁对庭审（hearing）的要求，对口头听证的理解并不能完全等同于线下的亲自听证，[32]听证权利并不保证在所有情况下都是线下的口头听证。[33]而且远程庭审能够口头地且实时地交换观点和证据，满足庭审（hearing）“直接言辞”和“庭审亲历性”的要求。[34] 进行远程庭审并不当然侵犯当事方的听证权利。相反，在疫情的背景下，如果一方极力反对远程庭审，导致庭审无限期地拖延，这种拖延反而会损害当事一方将争议提交仲裁，从而能够陈述其案件的权利。[35]

另一方面，远程庭审的过程中出现故障，如一方因为技术或者网络原因突然掉线等，这种情况下当事方很有可能会就此主张侵犯其听证权利，提出正当程序异议。[36]当庭审程序中一方突然掉线时，掉线的一方可能会辩称，庭审程序从根本上讲是不公平的，或者其无法实质性地参与庭审，[37]另一方则可能会主张掉线的一方存在故意导致技术故障的嫌疑，造成庭审程序不当拖延。而如果庭审中确实出现了掉线的情况，那么当事方应尽快向仲裁庭提出反对意见，仲裁庭在收到反对意见之后，应暂停或者另行安排庭审，直到掉线方能恢复正常连接，从而保证当事方的听证权利不受侵犯。[38]

（二）远程庭审视角下对平等对待原则的审视

[29] CHRISTOPH LIEBSCHER, THE HEALTHY AWARD: CHALLENGE IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 243-273, 344 (2003).

[30] Yvonne Mak, Do Virtual Hearings Without Parties' Agreement Contravene Due Process? The View from Singapore, KLUWER ARB. BLOG (Aug. 2, 2020), available at http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/20/do-virtual-hearings-without-parties -agreement-contravene-due-process-the-view-from-singapore/?doingwpcron=1594274573.4666559696197509765625.

[31] Soh Beng Tee & Co Pte Ltd v Fairmount Development Pte Ltd [2007] 3 SLR(R) 86

[32] Yvonne Mak, Do Virtual Hearings Without Parties' Agreement Contravene Due Process? The View from Singapore, KLUWER ARB. BLOG (Aug. 2, 2020), available at http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/20/do-virtual-hearings-without-parties -agreement-contravene-due-process-the-view-from-singapore/?doingwpcron=1594274573.4666559696197509765625.

[33] See, e.g., Dirk Otto & Omaia Elwan, Article V(2), in KRONKE ET AL., at 345-414.

[34] Maxi Scherer, 'Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework', in Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration, p14

[35] Compare Singapore: Coal & Oil Co. LLC v. GHCL Ltd. [2015] S.G.H.C. 65, para. 73(Singapore High Court) and PT Central Investindo v. Franciscus Wongso [2014] S.G.H.C. 190, para. 68 (Singapore High Court) (both discussing whether any delay in rendering the award is a sign of tribunal bias); Maxi Scherer, 'Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework', in Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration;

[36] Alvaro Galindo, 'Arbitration Unplugged Series - Virtual hearing: Present or Future?' (Kluwer Arbitration Blog, 23 May 2020) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/23/arbitrat ion-unplugged-series-virtual-hearing-present-or- future/?doingwp_cron=1593022999.4683299064636230468750> accessed 24 June 2020.

[37] Alex Lo, 'Virtual Hearings and Alternative Arbitral Procedures in the COVID-19 Era: Efficiency, Due Process, and Other Considerations' (2020) 13 Contemp Asia Arb J 85

[38] Emad Hussein, 'The COVID-19 Pandemic and Arbitration in the UAE: A Tale of Challenges and Opportunities' (2020) 7 SOAS LJ 102,p36

实践中，对远程庭审违反平等对待原则从而导致正当程序异议的观点主要集中于两点。第一，仲裁庭采用远程庭审的决定通常来说同等地影响双方当事人，[39] 但是当远程庭审只有部分当事人采用线上，另一部分当事人采用线下时，当事方的平等对待往往难以保障。第二，当事人在远程庭审中的技术使用能力是否对等也应纳入考虑范围。

就第一点来说，由于各地旅行管制随疫情变化，有时仅有部分当事人能够线下会面，而有些当事人仍然只能远程参与，这种情形也会导致不平等[40]，从而使得正当程序规范的违反。[41] 从理论上来说，只要遵循了所有的程序保障措施，以远程方式参与的当事人并不会处于劣势地位。[42] 但是在实践中，为了降低正当程序风险，如同 CIArb 所建议的，如果有一方远程进行庭审，那么当事双方都应该采用远程的形式。[43]

就第二点来说，主张远程庭审违反平等对待原则的又一个理由是当事方信息技术使用能力存在明显差异，当事方可能会以其位处于信息技术设施不那么稳定和方便的国家等技术性障碍为由，提出正当程序异议。[44] 平等对待原则强调的是平等对待，而不是同等对待，[45] 只要仲裁庭保证双方在庭审信息技术使用上不会被区别对待，那么就很难说违反了平等对待原则。而为了避免此种异议的提出，仲裁庭应该谨慎行使其程序性权利，在双方合意的基础上组织庭审程序，确保庭审不会被信息技术使用水平差异所干扰，使双方能够平等有效参与远程庭审。[46]而如果一方当事人所处的技术环境确实不利于远程庭审的开展，那么为了保证双方的平等对待，仲裁庭应协助当事方解决技术障碍，在确保不利因素消除之前，应该审慎决定远程庭审的适用，因为任何一方都不得因为采用技术手段进行庭审而处于不利地位。[47]

奥地利最高法院确认仲裁庭有权举行远程庭审案中（Case No. 18 ONc 3/20s），仲裁庭裁定远程仲裁庭审不仅在双方当事人同意的情况下被允许，而且在一方当事人提出异议的情况下也被允许。 法院认为举行远程庭审的事实不违反平等对待当事人或保证其听审权的基本原则。在该案中法院引用了一系列国内和欧洲的程序法并指出，视频会议技术（用于取证和进行庭审）在国家法院的司法程序中被广泛使用，这也适用于仲裁程序。作为其理由，奥地利立法机关已经明确提倡在新冠疫情期间使用视频会议技术，以确保司法程序的推进，在新冠疫情期间进行远程庭审的做法也获得了评论人士的赞同。[48]

---

[39] David Bateson, 'Virtual Arbitration: The Impact of COVID-19' (2020) 9 Indian J Arb L 159

[40] Jeffrey Maurice Waincymer, 'Online Arbitration', Indian Journal of Arbitration Law,p5

[41] Emad Hussein, 'The COVID-19 Pandemic and Arbitration in the UAE: A Tale of Challenges and Opportunities' (2020) 7 SOAS LJ 102,p36

[42] Kent Phillips, 'Strategies for Effective Oral Advocacy & Cross- Examination for Virtual Hearings: A Guide for Counsel' SIAC WebinarSeries (4 May 2020)

[43] CIArb Guidance Note (n 48) para 1.6.

[44] https://www.globallegalpost.com/commentary/after-covid-19-lockdown-will-virtual-arbitrations-become-the-new-normal-86791260/

[45] See Maxi Scherer, Commentary on ArticleV(1)(b) ,in New York Convention, Article-by- Article Commentary para. 130 (Reinmar Wolff ed., 2d ed., Beck, Hart & Nomos 2019).

[46] David Bateson, 'Virtual Arbitration: The Impact of COVID-19' (2020) 9 Indian J Arb L 159，p3

[47] Dombo Beheer v Netherlands (1993) Series A no. 274.

[48] 奥地利最高法院确认仲裁庭有权举行远程庭审（奥地利案例），https://iidps.bit.edu.cn/gatsw/190041.htm

（三）远程庭审视角下对程序迟延问题的审视

主张应该进行远程庭审的当事人可能提出的另一种正当程序异议的理由是仲裁程序不应该出现不当迟延。[49] 全球疫情何时结束并不确定，如果仲裁庭多次推迟庭审乃至无限期推迟庭审，很有可能会违反仲裁庭所负有的高效推进仲裁程序的义务。

仲裁庭高效推进仲裁程序的义务规定在了众多仲裁程序法和仲裁规则当中[50]，譬如《印度仲裁法案》第 29 条就规定了仲裁庭做出裁决的时限，我国《贸仲仲裁规则》第 48 条也做出了相似的规定，贸仲疫情期间出台的仲裁程序指引更是再三强调了仲裁庭的高效义务，仲裁庭和当事人不能“以新冠肺炎疫情为由谋求不合理、不正当的程序权利，故意拖延甚至恶意阻碍仲裁程序的进行”。[51]

归根到底，这个问题的核心涉及到仲裁庭速决义务与当事方听证权利之间的平衡。在当事双方就远程庭审未能达成合意的情况下，是决定延期审理，还是不顾一方反对决定远程庭审，是仲裁庭不得不考虑的问题，而不管仲裁庭的决定为何，仲裁庭都必须面对其负担的效率义务。[52]仲裁庭必须在其高效义务和在仲裁中推动程序前进的必要性之间进行权衡，[53]而在全球疫情大流行的背景下，为了避免出现程序迟延导致的正当程序异议，仲裁庭或许不得不考虑采用远程庭审，即使是在一方反对的情况下。

2020 年 7 月 23 日，奥地利最高法院（以下简称法院）就仲裁庭在一方当事人持异议的情况下通过视频会议举行远程庭审是否违反正当程序的问题作出一项裁定（Case No. 18 ONc 3/20s）。该案中，法院援引《欧洲人权条约》第 6 条规定当事人享有有效诉诸司法和获得听审的权利，并认为新冠疫情下，视频会议是能够获得听审的的方式。

四、远程庭审与仲裁裁决的可执行性问题

尽管到现在为止，并没有出现法院对远程庭审的仲裁裁决的可执行性提出反对意见。[54] 但是这并不意味着当事方就不会对远程庭审仲裁裁决的可执行性提出质疑。作为国际仲裁的最后一个环节，确保远程庭审做出的仲裁裁决不被撤销，能够得到承认与执行具有相当的重要性。

对应上文所述的正当程序，最有可能成为裁决可执行性异议的观点即当事方未能陈述其案件，侵害了其听证权利。其次，当事方也有可能以远程庭审违反公共政策为由，阻碍裁决的可执行性。再者，当事方也有可能基于远程仲裁程序不符合当事各方的协议，或者

[49] Yvonne Mak, ‘Do Virtual Hearings Without Parties’ Agreement Contravene Due Process? The View from Singapore’, Kluwer Arbitration Blog, June http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/20/do-virtual-hearings-without-parties-agreement-contravene-due-process-the-view-from-singapore/

[50] Article 14.4 of the LCIA Rules (2014), Rule 19.3 of the SIAC Rules (2016), Article 22 of the ICC Rules (2017).

[51] 贸仲委，《关于新冠肺炎疫情期间积极稳妥推进仲裁程序指引(试行)》(2020 年 4 月 28 日)，具体参见 http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3528/2020/0507/1259182/content_1259182. htm.

[52] Jeffrey Maurice Waincymer, 'Online Arbitration', Indian Journal of Arbitration Law,

[53] Chester Brown, Mark McNeill and Jeremy K Sharpe, First Impressions of a Virtual Hearing at ICSID, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, (2020), pp. 4

[54] Velislava Hristova and Malcolm Robach, ‘Legal and Practical Aspects of Virtual Hearings During (and After?) the Pandemic: Take away From the SCC Online Seminar Series’, Kluwer Arbitration Blog, May 16 2020, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/16/legal-and-practical-aspects -of-virtual-hearings-during-and-after-the-pandemic-takeaway-from-the-scc-online- seminar-series/

不符合仲裁所在国的法律为由拒绝远程仲裁裁决的承认与执行。最后，如果仲裁裁决的形式和内容出现问题，亦有可能成为远程仲裁裁决可执行性的阻碍。对于以上这些观点，下文将从远程庭审视角下逐一进行审视，并就不同情况下确保远程仲裁裁决的承认与执行提出建议。

（一）远程庭审视角下被剥夺陈述案件机会问题的审视

《纽约公约》第五条 1 款 b 项规定，受裁决援用之一因他故致未能申述案件者始得依该请求拒绝承认与执行[55]。同理，《示范法》第三十四条(2)(a)(ii)和三十六条(1)(a)(ii)规定，如果申请方未能陈述其案件，裁决可被撤销。[56] 类似的，大多国内立法都规定了程序公正和平等，[57] 有些仲裁机构的仲裁规则也规定了相似条款，[58] 例如 LCIA rules（2014）第 14 条，ICC rules（2019）第 22 条。新加坡上诉法院甚至认为，在《示范法》的基础下，当双方享有对任何与争议解决有关事项的听证权。[59]

而法院在判断当事人是否被剥夺了“陈述案件的机会”，[60] 应结合承认裁决地的法院地法，通过统一的、国际性的视角予以审视。大多数法院本着《纽约公约》鼓励及时、高效地承认或执行国际商事仲裁裁决的精神出发，只有出现与议定程序的根本偏离，[61] 或者对程序公正的基本要求非常严重的侵害时才予以适用《纽约公约》第第五条 1 款 b 项作出拒绝承认与执行的裁定。[62] 换句话说，陈述的机会作为强制性的程序事项，以及对最基本的听证程序的最低限度的保障，[63] 当事方不能滥用此项权利[64]，也不能穷尽所有与权利相关的救济措施。[65]

《纽约公约》第第五条 1 款 b 项下，提出质疑的一方承担举证责任，要证明己方被拒绝给予听取成熟意见的全面、公正的机会。[66] 当事人进行陈述贯穿于仲裁程序的全过程，包括但不限于仲裁程序的启动、仲裁员的制定与仲裁庭的组成，开庭直至仲裁程序的结束。

---

[55] New York Convention, art. V(1)(b)
[56] UNCITRAL Model law, art. 34(2)(a)(ii); 36(1)(a)(ii)
[57] GARY B. BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 2264 (2d ed. 2014) at 2163.
[58] ARBITRATION RULES, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, art. 22.4 (2019). LCIA ARBITRATION RULES, LCIA, art. 14 (2014).
[59] Soh Beng Tee & Co. v. Fairmount Dev. Pte, [2007] 3 SLR(R)86, 118 (Singapore Ct. App.))
[60] Albert Jan Van den Berg, New York Convention of 1958: An Overview, Arbitration International 1981, (7): p191-22
[61] International Council for Commercial Arbitration (ICCA), ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges 98 (2011).
[62] GARY B. BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 2264 (2d ed. 2014) at 2163.at 2158
[63] China National Building Material Investment Co., Ltd. (P.R. China) v. BNK Int’l LLC (U.S.) (W.D. Tex. 2009), in Yearbook of Commercial Arbitration vol. 35, 507–509 (Albert Jan van den Berg ed., Wolters Kluwer 2010); Research & Development Center ‘Teploenergetika,’LLC, v. EpInt’l,LLC,182F.Supp.3d 556 (E.D. Va. 2016). Id. at 2179
[64] *Corina Lefter, ‘Are We Ready for the Brave New World of Virtual Arbitrations? Insights from the 32nd Annual ITA Workshop’, Kluwer Arbitration Blog, August http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/08/25/are-we-ready-for-the-brave -new-world-of-virtual-arbitrations-insights-from-the-32nd-annual-ita-workshop/*
[65] Alex Lo, 'Virtual Hearings and Alternative Arbitral Procedures in the COVID-19 Era: Efficiency, Due Process, and Other Considerations' (2020) 13 Contemp Asia Arb J 85
[66] Telenor Mobile Comm. AS v. Storm LLC, 524 F. Supp. 2d 332, 368 (S.D.N.Y. 2007; Judgment of 24 March 1982, Cominco France SA v. Soquiber SL, VII Y.B Comm. Arb. 408 (Spanish Tribunal Supremo)(1983)

当事方在庭审中进行申述的前提是及时收到相关通知。[67] 与民事诉讼中的法定方式的送达相比，仲裁中的“通知”较为广泛灵活。该“通知”既可以采用当面交送或者邮寄等传统方式，也可以通过电话、电子邮件或其他互联网设备等双方当事人约定的新兴现代方式来完成。

远程庭审与传统的线下庭审相比，最大的一个问题是远程庭审尚无法解决对证据原件质证的问题。尤其是考虑到，法定证据制度和自由心证制度两种证据制度之间，商事仲裁中的仲裁员对电子证据证明力的判断主要是通过后者。而这一点在事实调查困难，真伪不明，对大量证据进行采纳的国际商事纠纷案中，在远程庭审中对证据的真实性、可靠性以及完整性作出判断面临很大挑战。证据原件的出示及线下对证据的质证往往主导一场庭审的后续走向以及各方当事人的证据优势地位，如果无法对证据原件质证也往往会导致一场庭审就此中止。如果当事方对仲裁庭的通过自由心证作出的某一关键证据的不予以采纳时，裁决执行地法院基于《纽约公约》下当事方被剥夺陈述案件的机会拒绝承认与执行仲裁裁决带来了一定的不确定性。

（二）远程庭审视角下公共政策的审视

《纽约公约》第五条(2)(b)规定，承认或执行裁决有违该国公共政策者，亦得拒不承认及执行仲裁裁决。[68] 该条的公共政策是指有关公共政策的强制性规则[69]，通常被理解为对正当程序的再次保证，[70] 是法的最终标准。[71] 与此相似的规定有《示范法》第三十四条(2)(b)(ii)的规定，即如果法院发现仲裁裁决与本国公共政策相悖，该仲裁裁决应被撤销。[72]

而过于抽象的公共利益[73]的界定不利于保护裁决当事人的利益和限制法院的自由裁量权。鉴于此，部分国家立法逐渐向内容具体化和范围确定化的方向发展这就使程序保障成为法律原则的有机组成。在实践中，各国法院基于自由裁量作出撤销国际仲裁裁决判断时，仲裁程序严重背离程序正义的基本理念是违反公共政策的主要尺度。而程序正义[74]中当事方的听证权是最基本的被广泛承认的权利，直接导致仲裁裁决由于违反公共政策不可执行。[75] 如果一方未能陈述其案件，将给远程仲裁裁决造成不可执行以及被撤销的风险。[76]

---

[67] 第五条第 1 款（b）项规定的强制性通知要求，在通知要求前加了限定词“适当”。通知满足下列要求即为适当：（a）采用适当形式，（b）以适当的语言，（c）及时发出，及（d）发送给正确的收件人。

[68] New York Convention, art.V(2)(b)

[69] Winnie Jo-Mei Ma, 'Recommendations on Public Policy in the Enforcement of Arbitral Awards', Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management,

[70] Albert Jvanden Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 300-301(Kluwer Law International, 1981).

[71] Mark A Buchanan, 'Public Policy and International Commercial Arbitration' (1988) 26 Am Bus LJ 511

[72] Model law, art. 34(2)(b)(ii)

[73] 2002 年，国际法协会 (ILA) 发布的 《公共政策作为禁止执行国际仲裁裁决的最终报告》中认为，公共政策主要包括三个事项: 一是正义或道德的基本原则; 二是服务于国家核心的政治、社会或经济利益; 三是国家对其他国家或国际组织所承担的义务。Pierre Mayer，Audley Sheppard，“Final ILA Report on Public Policy as A Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”，(2003) 19 (2) Arbitration International 249，p. 255

[74] UNCITRAL Secretariat, Explanatory Note on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as Amended in 2006 (2007)

[75] RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: A GLOBAL COMMENTARY ON THE NEW YORK CONVENTION 387 (Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto & Nicola Christine Port eds., 2010).

奥地利最高法院认为，只有当仲裁庭的行为导致严重违反程序或对另一方当事人造成永久和重大利益（不利）时，当事人基于程序不规范对仲裁所提出的异议才能在奥地利法律下胜诉。法院认定，仲裁庭驳回当事人的异议并举行远程庭审不符合这个很高的标准。[77] 例如，证人、当事方在远程庭审中受到干扰等存在违反程序正义的情形，可以通过技术手段使他们从正面近距离观察被询问人，指示相关人员直视镜头并始终将手放在屏幕可见之处，令其无法阅读任何聊天信息，展示其房间。

（三）对仲裁程序不符合当事方协议的观点的审视

仲裁程序不符合当事方协议是构成妨碍远程仲裁裁决可执行性的事由。《纽约公约》第五条(1)(d)规定，仲裁程序与各方之协议不符，或无协议而与仲裁地所在国法律不符者，始得依该造之请求，除予承认及执行。[78]《示范法》第三十四条(2)(a)(iv)规定，仲裁程序不符合当事人约定.....或不符合本法，仲裁裁决始得撤销。[79] 也就是说，如果仲裁地的法院认为，在没有当事方同意的情况下进行远程庭审属于该国法律下不符合当事方协议时，远程仲裁裁决的可执行性将会遇到挑战。[80] 在此情况下，适用的仲裁程序法、程序规则和当事人协议对能否采用远程庭审规定不明，那么就应当考虑适用的法律或规则是否赋予法庭决定仲裁程序的一般权力，以及仲裁是否受其他强制性法律或要求的约束。[81]

正如文章第二部分所论述，仲裁员基于自决权进行远程庭审并不是仲裁裁决被拒绝承认和执行的充分必要条件。[82] 但是如果仲裁协议明确排除远程庭审的情况下，仲裁庭根据自决权力开展远程庭审，极其可能基于违反正当程序而成为抵触公共利益的事由。[83] 仲裁员如果没有采取适当的程序性措施，确保仲裁的顺利、经济和高效地进行仲裁裁决，[84]

总而言之，即便是在一方反对的情况下，只要仲裁庭能够保证当事方的听证权利和平等对待，进行远程庭审并不会导致仲裁裁决的不可执行。

（四）远程庭审视角下仲裁裁决的形式和内容要求的审视

最后一个与远程仲裁裁决可执行性相关的问题，是使裁决在特定司法管辖区内"有效"

[76] Emad Hussein, 'The COVID-19 Pandemic and Arbitration in the UAE: A Tale of Challenges and Opportunities' (2020) 7 SOAS LJ 102

[77] 奥地利最高法院确认仲裁庭有权举行远程庭审（奥地利案例），https://iidps.bit.edu.cn/gatsw/190041.htm

[78] New York Convention

[79] Model law

[80] Erica Stein, 'Chapter 9: Challenges to Remote Arbitration Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings', in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, et al. (eds), International Arbitration and the COVID-19 Revolution,

[81] See Alison Ross, What If Parties Don't Agree on a Virtual Hearing? A Pandemic Pathway, GAR (May 5, 2020), https://globalarbitrationreview.com/article/1226483/what-if-parties-dont-agree-on- a-virtu al-hearing-a-pandemic-pathway.

[82] David Bateson, 'Virtual Arbitration: The Impact of COVID-19' (2020) 9 Indian J Arb L 159

[83] See Alison Ross, What If Parties Don' tAgree on a VirtualHearing?A PandemicPathway,GAR (May 5, 2020), https://globalarbitrationreview.com/article/1226483/what-if-parties-dont-agree-on- a-virtu al-hearing-a-pandemic-pathway.

[84] https://www.globallegalpost.com/commentary/after-covid-19-lockdown-will-virtual-arbitrations-become-the-new-normal-86791260/ After Covid-19 lockdown will virtual arbitrations become the new normal? - The Global Legal Post

的形式和内容要求。[85]《纽约公约》第四条(1)(a)规定，声请承认及执行之一造，应于声请时提具原裁决之正本或其正式副本。[86]《示范法》第三十一条第(1)款规定，裁决应以书面作出，并应由一名或数名仲裁员签字。[87]由于远程仲裁裁决往往只能采用电子形式，有可能并不满足《纽约公约》和《示范法》关于仲裁裁决的要求，从而阻碍裁决的可执行性。因此，当事方在庭审前达成关于使用电子签名裁决的协议可能是提高诉讼效率的重要措施，特别是仲裁地或执行地法允许使用电子签名时。[88]而如果当事方没有允许电子签名协议，很难将手写签名的仲裁裁决交给机构，更难将裁决通知给付各方，[89]很容易给远程仲裁裁决承认与执行造成拖延。从仲裁员的视角出发，遵照可能适用的强制性法律要求（仲裁员做出有效仲裁裁决的义务），在远程庭审中明确电子签名的适用，无疑有助于做出有效的仲裁裁决。[90]

五、中国视域下国际商事仲裁的远程庭审问题分析

远程庭审作为受疫情影响产生的“新”事物，在我国旧法和传统仲裁规则的框架下，不可避免地存在龃龉，远程庭审能否进行，仲裁庭能否在一方反对的情况下开展远程庭审？这些都有待进一步明确的问题，严重阻碍了我国仲裁庭庭审程序的开展和远程庭审的国际化进程。鉴于此，下面将从国内法和国内的仲裁规则关于远程庭审的规定着手，基于上文的分析框架，论述远程庭审在我国的适用，并对我国远程庭审的进一步发展提出相应建议。

（一）国内仲裁法视角下进行远程庭审存在的不确定性及完善建议

疫情期间，国内仲裁机构已经进行了大量的远程庭审实践，但这并不意味着远程庭审在我国仲裁法框架下就不存在不确定因素。实际上，依照我国仲裁法进行远程庭审存在的不确定性主要有两点：一是我国立法对远程庭审规定不明，当事方可能依据现有规定做出不利于远程庭审的解释，从而反对远程庭审的进行；二是我国仲裁法未规定仲裁庭的广泛自决权利，使得当事方就庭审方式未达成合意时，仲裁庭无法直接依据国内法就远程庭审做出没有争议的解释，从而决定进行远程庭审。具体说来：

其一，不管是《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)，还是《最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》（以下简称《仲裁法解释》），都没有对远程庭审的直接规定。与远程庭审关联最密切的是《仲裁法》第 39 条，该条规定“仲裁应当开庭进行，只有在当事人协议不开庭的情况下，仲裁庭才可以根据双方提交的材料

[85] Emad Hussein, 'The COVID-19 Pandemic and Arbitration in the UAE: A Tale of Challenges and Opportunities' (2020) 7 SOAS LJ 102
[86] New York Convention
[87] Model law
[88] María Solana Beserman Balco, 'COVID-19 and new ways of doing arbitration: are they here to stay?', in João Bosco Lee and Flavia Mange (eds), Revista Brasileira de Arbitragem,
[89] See: Online Masterclass. Arbitration during Emergency: New habits. Organized by Austral University on 30 April 2020. AZAR,María Cecilia.Presentation.
[90] For a summary of some of these mandatory laws, see: Chartered Institute of Arbitrators. Practice Guideline 18: Guidelines for Arbitrators on the Formalities for Drafting an Arbitral Award. Available at: <https://www.ciarb.org/media/1309/2011draftingawards.pdf>.

作出书面裁决”。按照文义解释的方法，可以得出两种结论：一种是第 39 条没有限制远程庭审的范围，[91] 而其中的“开庭”可以解释为包含“网上开庭” 的方式，基于现有实践，网上开庭符合直接言词原则的要求，属于开庭审理的一种方式；[92] 另一种则根据立法原意来看，由于当时技术条件并不足以支持“网上开庭”，上述条文中的“开庭”是指线下开庭。网上开庭是否能直接等同于《仲裁法》中规定的开庭尚存争议，需得到法律上的确认，一方很可能从第二种解释出发，反对远程庭审的开展，导致仲裁程序的拖延。

其二，《仲裁法》和《仲裁法解释》并没有参照《示范法》[93]的模式，对仲裁庭的程序事项自决权利做出规定。这将导致当事人就远程庭审没有达成合意，对“出庭”的含义出现争议时，仲裁庭无法直接依据国内法对“出庭”的含义做出不会引发争议的解释，使得远程庭审能否进行处于不确定的状态。而且，尽管最高人民法院针对疫情出台了一系列司法解释，但其中并没有对仲裁有关事项做出规定[94]，与之最接近的是 2020 年 2 月 ，最高人民法院发布了《关于新冠肺炎疫情防控期间加强和规范在线诉讼工作的通知》(以下简称《疫情通知》)，其中第 2 条规定，对于原本并非属于“网络诉讼”的常规案件，由于疫情而不能在线下开庭的，改为网上开庭，前提是获得双方当事人的同意，法院不能强制推动庭审。虽然该规定对仲裁案件的审理程序能否适用不够明确，但对我国远程庭审的开展起到了实际的参照作用，[95] 影响着仲裁机构的远程庭审实践。

鉴于此，为了消除我国仲裁机构在适用《仲裁法》、《仲裁规则》等规定下进行国际商事仲裁远程庭审存在的法律风险和不确定性，有必要在以下方面进行完善。

首先，有必要在《仲裁法》或者司法解释中明确允许远程庭审。这有利于对仲裁机构提供良好的指引和示范，[96] 降低远程仲裁裁决的可执行性风险。其次，虽然我国在仲裁机构的仲裁规则中规定了仲裁庭的自决权，但当当事人就庭审方式等程序性事项未能达成一致时，为了减少通过远程庭审方式作出的仲裁裁决被质疑的可能性，有必要在《仲裁法》或者司法解释中增加仲裁庭的自决权，作为《仲裁规则》的上位法律依据。最后，目前最高法《疫情通知》是否适用于国际商事仲裁的远程庭审，是否需要当事方的一致同意并不明确。若《疫情通知》不适用，出现类似疫情的危机情况下，有必要借鉴新加坡《疫情法案》[97]模式，直接对仲裁的庭审和执行作出允许远程庭审的规定。

（二）国内仲裁规则视角下远程庭审存在的不确定性及完善建议

自新冠疫情爆发之后，国际贸易促进委员会（以下简称贸仲）、北京国际仲裁中心、以

[91] 互联网背景下在线仲裁的适用机制研究
[92] 《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心关于网上开庭的工作指引(试行)》
[93] Model law, art.19
[94] 最高人民法院印发的《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(三)》也只规定了涉外商事的解决
[95] 主要表现为北仲疫情间出台的指引，以及贸仲远程庭审的实践，具体论述见下一节
[96] 如 Dutch Civil Procedure Code, Art. 1072b(4). See also UAE Federal Law, Arts 28.2(b), 33.3
[97] 'COVID-19 (Temporary Measures) Act 2020', Singapore Statutes Online (9 April 2020) <https://sso.agc.gov.sg/Act/COVID19TMA2020>, section 5, 该法案直接规定了国内仲裁程序和执行程序延缓 6 个月.

及香港仲裁中心为应对疫情冲击，纷纷出台了推进仲裁程序的指引，其中均包括了仲裁庭的自决权，[98] 即当事双方就程序事项未达成一致时，仲裁庭只要保证双方当事人的平等对待，仲裁庭可以按其认为适当的方式审理案件。[99]

尽管如此，我国的仲裁机构的仲裁庭在一方反对远程庭审的情形下，能否进行远程庭审存在很大的不确定性。

首先，仲裁规则与仲裁机构的实践存在相互矛盾的情形。举例来讲，贸仲《关于新冠肺炎疫情期间积极稳妥推进仲裁程序指引（试行）》第二条第 6 款规定了仲裁庭应综合考虑双方当事人的意见并征求双方当事人意见后，可根据案件具体情形决定采用下述在线开庭方式。但贸仲的远程庭审实践由于受《疫情通知》确立的法院立场的影响，根据目前贸仲的实践，必须获得双方当事人的书面同意才可以进行远程庭审。[100] 也就是说，尽管贸仲的相关规则赋予仲裁庭自决权，但在实践中，贸仲仲裁庭为了降低风险，往往借鉴我国法院目前对网上开庭所采取的立场。这使得国内仲裁机构有相当数量的仲裁案件由于未能获得双方当事人的同意而一再延期，[101] 大幅降低了仲裁效率。另一方面这种实践使得仲裁庭在一方反对的情况下通过远程庭审作出的仲裁裁决在我国面临潜在的被撤销或不予执行的风险。例如，北仲则明确要求双方当事人都同意远程庭审，或者当事方对远程庭审没有提出异议时，仲裁庭才能开展远程庭审。[102] 而不受《疫情通知》管辖的港仲，则把一方对远程庭审持异议时，是否开展远程庭审的权力交由仲裁庭而不是反对方决定。[103]

其次，我国仲裁机构出台的与远程庭审相关的文件多为效力有限的临时性指引，适用期限仅为疫情期间，在目前我国疫情基本消失的情况下，如果该指引失效，仲裁庭是否仍然需要当事方合意才能进行远程庭审的问题使得我国仲裁规则下的远程庭审更加得不确定。

鉴于以上问题，有必要明确仲裁机构在一方反对的情形下进行远程庭审，同时避免相关规定与实践不吻合的情况。我国的仲裁机构如果想要吸引国际性案件，进一步扩大机构的国际影响力，有必要借鉴世界各大仲裁机构的经验，将当事方未达成合意时是否进行远程庭的权力交由仲裁庭决定[104]，从而提高仲裁效率的同时，避免在线下庭审无法展开的情况下，由于一方反对远程庭审导致仲裁程序被长期拖延。其次，各仲裁机构应明确最高院《指引》的效力，考虑在疫情结束后出台新的指引或者在远程庭审成为新常态的形势下，

[98] 贸仲《关于新冠肺炎疫情期间积极稳妥推进仲裁程序指引（试行）》第二条第 6 款；《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心关于网上开庭的工作指引(试行)》；HKIAC GUIDELINES FOR VIRTUAL HEARINGS

[99] 《贸仲仲裁规则》（2015）第 35 条规定："除非当事人另有约定，仲裁庭可以按照其认为适当的方式审理案件"，《北仲仲裁规则》第 47 条规定："仲裁庭有权在案件审理过程中，就涉及到的程序事项作出决定"，《深圳仲裁院仲裁规则》（2020）"除非当事人另有规定，仲裁庭有权决定程序事项，并按照其认为适当的方式审理案件"，HKIAC 仲裁规则第 13 条规定："仲裁庭应考虑争议的复杂程度、争议金额和科技的有效使用，而采用适当的程序仲裁"。

[100] 国际仲裁界:网上开庭的趋势与建议，原文链接:https://pkulaw.com/lawfirmarticles/e08ffb90306fc4fe55910b67117a65c6bdfb.html

[101] 国际仲裁界:网上开庭的趋势与建议，原文链接:https://pkulaw.com/lawfirmarticles/e08ffb90306fc4fe55910b67117a65c6bdfb.html

[102] 北仲《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心关于网上开庭的工作指引(试行)》第一条第 2 款

[103] HKIAC Guidelines for Virtual Hearings, Introduction. HKIAC rules art.13

[104] LCIA rules (2020), art. 19.2, ICC Rules of Arbitration 2021, art. 26(1). DIFC-LCIA ARBITRATION CENTRE ARBITRATION RULES 2021, art. 19(2).

参照世界各领先仲裁机构的模式，[105] 修改仲裁规则并将远程庭审正式写入仲裁规则之内，从而解决能否进行远程庭审的纠纷。最后，即便我国仲裁机构基于实际考虑不修改仲裁规则，也应该尽快给当事人提供远程庭审的示范条款，从而使当事人在签订仲裁协议阶段就书面允许或者排除远程庭审的适用。当事人可以援引的示范语句为，“签字的当事方同意就庭审的各个阶段进行远程庭审，在当事方书面陈述中提出请求，并载于庭审记录中。庭审根据《xx 听证会指引》进行。仲裁的所有其他方面均应按照合同第[xx]条中的仲裁协议进行。签字方进一步同意，不得以争庭审是远程进行的为由反对仲裁庭的决定，命令或裁决。”[106]

[105] 例如，ICC 发布了新的仲裁规则（2021），明确允许仲裁庭可以进行远程庭审，同样的，DIFC-LCIA rules (2021)第 19 条第 2 款规定，就形式而言，庭审可以亲自进行也可以以虚拟的形式远程进行。

[106] 参照 AFRICA ARBITRATION ACADEMY PROTOCOL ON VIRTUAL HEARINGS IN AFRICA (2020) Annex III

美国单边经济制裁之合法性分析

李瑾 外交学院 博士研究生

摘要：单边强制性经济措施依据制裁的目的可分为不同种类，其中以外交和政治利益为目的实施的单边制裁由于在国际法中未有明确详细的法理依据，而一直存在较大争议。正因为此，美国以国内立法的方式，在传统国际法规则之外创设新的连接点，将制裁的范围扩张到与原目标国有经济贸易往来的第三方国家，为实现经济制裁的域外适用积极在国际法上寻求正当性辩护。但实质上美国以“效果原则”为依据，以干预胁迫为方式对其他国家、实体及个人实施制裁的行为与国际社会的整体利益背道而驰，严重违反了国际法与国际关系准则，侵害了他国的政治、经济主权。鉴于此，各国纷纷从国际层面和国内层面入手，通过寻求 WTO 争端解决机制的救济和制定本国阻断法的方式应对美国单边经济制裁对他国造成的负面影响，维护本国实体及个人利益。

关键词：单边制裁 单边外交性的经济强制措施 域外适用

引言

经济制裁的概念非常广泛，由单个国家决定和实施的单边经济强制措施不一定都是非法的，如自救、法律干涉性质的经济制裁。但以政治和外交利益为目的实施的经济制裁由于在国际法上的合法性并不充分，而美国又频频利用此类性质的单边经济制裁充当法律工具，胁迫、打压他国经济主权。因此，此类性质的单边经济制裁是否具有合法地位存在较大争议。厘清以政治和外交为目的的单边经济制裁是否合法的关键，在于明确美国以国内立法的方式，在传统国际法管辖规则之外创设新的连接点，扩大属人管辖的范围，增加属物管辖的手段，使这些单边经济制裁措施不但能够适用于目标国的实体与个人，也同样涵盖第三国的国内法的域外适用是否背离国际社会的整体利益，是否具有国际法上的法理正当性。此外，各国在面对美国利用国内法的域外适用实施单边经济制裁带来的负面影响时，该如何自救，维护本国实体及个人利益也是值得讨论的。

一、国际法中的单边经济制裁

经济制裁是一种非暴力的强制措施，旨在促使目标政府改变其政策或行为的经济手段[1]。经济制裁从实施制裁的主体来看，可以分为多边经济制裁和单边经济制裁。多边经济制裁一般指联合国安理会认为在必要时，依据《联合国宪章》第七章所规定的程序，授权相关国家实施的多边制裁。这类制裁反映了联合国成员的共同意志，代表了国际社会的普遍意见，是具有正当性、合法性和可执行性的，被制裁国亦应严格遵守[2]。而单边经济制裁相较于多边制裁，则不是由联合国安理会授权实施的，而是由单个国家、国家集团或其他国际组织单方面决定和实施的经济制裁[3]。在经济制裁活动中，实施经济制裁的国家被称为“制裁发起国”，而制裁的对象被称为“制裁目标国”。由于经济制裁的概念非常广泛，因此，

[1] Barry E. Carter,“International Economic Sanctions：Improving the Haphazard U.S. Legal Regime”, Cal. L.Rev, Vol.75, 1987, p.1166。

[2] 张虎：《美国单边经济制裁的法理检视及应对》，《政法论丛》，2020 年第 2 期，第 94 页。

[3] 赵洲：《单边经济制裁与“一带一路”战略下的贸易、投资保护》，《社会科学家》，2016 年第 1 期，第 114 页。

区分经济制裁的种类与辨别制裁的正当合法性直接挂钩。

（一）单边经济制裁的种类

单边强制性经济措施是一国为惩罚另一国而采取或施加的经济强制措施，可依制裁的目的分为：单边自助性经济对抗措施、单边法律性经济干涉行为以及单边外交性经济制裁行为。对一些国家来说，单边制裁是为了使权利得到遵守，承担的义务得到尊重。对另一些国家来说，制裁的目的是纠正“越轨”行为以符合本国政治利益。

1、单边自助性经济对抗措施

单边自助性经济对抗措施是指受害国针对责任国不履行国际法义务的行为所引起的法律后果而采取的措施，以促使责任国停止其不法行为并赔偿由此而造成的损失[4]，在国际法上也可称作反措施。究其特点主要为两点：首先，要以存在加害国之国际不法行为为前提；其次，受害国采取经济对抗措施是非武力性质的，目的是为了迫使责任国停止不法侵害并依此享有索赔权。根据《联合国宪章》第 2 条的规定，各会员国在国际关系上不得使用威胁或武力，或与联合国宗旨不符的任何其他方法，以此来侵害任何会员国之国家领土完整或政治独立[5]。因此，武力暴力对抗目标国是非法的。但《联合国宪章》也未有禁止各国使用非武力性质采取报复行为的规定。故一国针对他国国际法上之不法行为而采取的非武力性质的对抗措施并未违反《联合国宪章》之基本要义，是符合国际法规则的。同时，根据国际法委员会起草的《国家责任条款草案》第三部分第二章的规定，在某些情况下，一国作出的国际非法行为可使受该行为损害的另一国有理由采取反措施，以便使加害国停止非法损害行为，并取得对损害的赔偿[6]。这种对抗行为也可被视为合法报复或自我保护或自助措施，但不论是何称谓，指向的都是受害国有权在一定条件下对实施国际不法行为的加害国采取自卫性质的反措施。虽然《国家责任条款草案》尚未生效，但其已被国际社会所承认并成为国际习惯法。因此一国的单边自助性经济对抗行为是基于国际法的合法行为。

2、单边法律性经济干涉行为

单边法律性经济干涉行为是指当一个国家实施了国际不法行为，而由不法行为直接受害国以外的第三国对不法行为国采取的经济制裁，这样的经济制裁就属于单边法律性质的干涉行为[7]。单边法律性经济干涉行为虽与单边自助性经济对抗行为同属非武力性质，但具有实质上的区别：单边法律性经济干涉行为是由直接受害国之外的第三国针对加害国采取的对抗行为。第三国可依据《国家责任条款草案》第 48 条有关受害国以外的国家援引责任的规定，即如果一国违背了对国家集团或对整个国际社会承担的义务时，那么国家集团或国际社会中的其他成员，就对责任国停止国际不法行为并为此要求赔偿具有了合理期待性[8]。由于《国家责任条款草案》已被国际社会所承认并成为国际习惯法，因此法律性质的经济干涉行为是符合国际法基本准则的。同时根据《奥本海国际法》的规定，正是由于国际社会缺乏一个集中组织起来的制裁体系，国际法不得不依赖国家的自助行为和干涉行为来确保执行[9]。因此单边法律性干涉行为是在一些条件限定下实施的具有正当合法性质的法律干

[4] 贺其治：《国家责任法及案例浅析》，北京：法律出版社 2003 年版，第 305 页。
[5] 联合国官方网站：https://www.un.org/zh/charter-united-nations/index.html。
[6] 该草案英文本见联合国官方网站：
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf。
[7] 简基松：《关于单边经济制裁的“司法性”与“合法性”探讨》，《法学》，2007 年第 1 期，第 82 页。
[8] 该草案英文本见联合国官方网站：
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf。
[9] 简基松：《关于单边经济制裁的“司法性”与“合法性”探讨》，第 81-82 页。

涉行为。

3、单边外交性的经济强制措施

经济外交是国家运用经济的手段维护和发展本身的国际政治和安全利益，核心是以目标国是否按照实施制裁的国家意愿改变自身的对外政策[10]。外交性质的经济制裁不以他国国际不法行为为前提，而是强调胁迫性、惩罚性、警示性以及震慑性为主要功能并服务于政治以及安全利益的经济强制措施[11]。胁迫性是指通过采取经济强制措施给目标国施加压力，得出执行现行政策的“失”要远大于“得”[12]；其次，制裁国把经济损失强加给目标国，声明由于该国政府已经实施的某一政策损害了制裁国的经济政治利益而必须惩罚政府，其目的不仅仅是迫使该政府为其政策行为而买单，也为了增加该国政府在未来再次实施该项政策的决策压力[13]。同时，通过实施外交性质的经济制裁，制裁国可以向尽可能多的国家传达制裁国反对目标国某项政策的政治信号，并警示所有类似的政策都将受到同样的经济制裁[14]。最后，通过威胁或扬言采取强制性经济制裁的可能性，制裁国可向潜在的目标国预示若目标国实施一定行动则将可能付出的代价，以期该政府知难而退，甚至决定改弦更张[15]。因此，外交性质的经济制裁行为在本质上就与自助对抗以及法律干涉的制裁手段不同。故就一国遵守国际法规则承担国际法义务的前提下，他国基于本国政治与国家安全利益的考量而实施的经济强制行为是否合法存在较大争议。

由于美国曾多次利用外交性质的单边经济制裁措施作为对其有利的解决贸易争端的工具，作为打击、削弱其他国家政治、经济和军事实力的手段。这种行为以《1974 年贸易法》第 301 条为代表。根据这一规定，美国可以在不遵循相关国际协议规定的程序的情况下，单方面认定另一国的某项与贸易有关的政策或措施是“不公平的”。为了纠正“不公平”的做法，美国经常威胁要采取单边措施，甚至付诸于行动，迫使目标国改变原有相关的贸易政策。因此，鉴于单边经济制裁适用的广泛性与深度性，此类在《联合国宪章》与框架之外，由单个国家、国家集团或其他国际组织单方面决定和实施的以外交政治利益为目的的单边经济制裁是本文的讨论对象。

（二）单边经济制裁的发展与演变

通过实施外交性的单边经济制裁行为，经济强势国家通常利用自身的经济优势胁迫目标国在相关利益上予以妥协以此达到制裁国的政治利益。而这种不以他国不法侵害为前提而实施的经济制裁行为，依据制裁对象的不同发展出了初级制裁与次级制裁：

1、初级制裁

初级制裁是制裁国发起国实施的对本国实体与个人的制裁，强调的是“本国人”应当遵守的强制规范。其目的是限制本国实体与个人同目标国的经济往来。如美国禁止美国人居住在古巴政府所有的房产，禁止美国人进口古巴的雪茄和酒。

2、次级制裁

相较于初级制裁针对的对象是“本国人”，次级制裁则适用于“非本国人”，即第三国实体与个人，目的是限制第三国同目标国的经济往来。具体来说，次级制裁通过美国国内

[10] 张曙光：《经济制裁研究》，上海：上海人民出版社 2010 年，第 2 页。
[11] 同上书，第 8 页。
[12] 同上书，第 8 页。
[13] 同上书，第 8 页。
[14] 同上书，第 9 页。
[15] 同上书，第 9 页。

法的域外适用，禁止第三国及经济组织等与目标国进行经济交往、施以经济援助，以此迫使第三国和其他经济组织等实施与美国相同的对目标国的经济制裁，从而提高美国单边经济制裁的制裁范围与实际效果[16]。

以美国对古巴的经济制裁为例，1962 年 8 月 1 日美国国会通过《对外援助法案》，其中一项规定对于“任何向古巴现政府提供援助的国家”，都将被排除在美国提供援助的国家名单之外，该项条款在第二年被修改为对于任何悬挂该国国旗的船只进出古巴运送物资，那么该国将被拒绝给予对外援助[17]。此举即为次级制裁，目的是通过将制裁的范围扩张到第三国，从而扩大制裁范围，增强制裁力度，达到制裁目的。联合国安理会明确申明，对第三方实施的单方面制裁违反了《联合国宪章》所载原则和其他公认的法律原则，包括发展权和“关于友好关系与合作的国际法原则宣言”。

3、从初级制裁到次级制裁的演变

美苏对峙瓦解后，世界格局愈加复杂，多极化的趋势愈发明显，随着贸易全球化发展，新兴经济体不断出现，美国这样的超级大国通过实施初级制裁于目标国的做法逐渐收效甚微。从经济层面看，一方面受制裁的一方可通过另寻贸易伙伴的方式最大程度地恢复经济实力，而美国却因为自己实施了初级制裁的原因，既无法达到阻隔他国同目标国进行经贸活动制裁目标国的目的，并且还会相应地挫败本国的经济实力，使得依赖于这一相关贸易进出口的产业遭受严重损失。换句话说，美国制裁可能使美国对某些目标国家的出口大幅减少，如果对其他市场的出口没有抵消性的增长，这意味着美国国内也必将面临着工作岗位的减少，而随工作岗位的减少带来的是每年生产力价值的损失。因此在实施制裁的情况下，美国的经济成本也相对较高。比如在美国制裁中兴的案例中，中兴的上游美国供应商如光纤网络提供商 ACIA、Oclaro 也面临着股票大跌，甚至有些芯片技术公司出现了大规模裁员的情势；另一方面他国还会利用制裁发起国采取经济制裁退出市场的机会，填补占领目标国市场并从中获益。如 1879-1981 年间伊朗的外汇储备从 150 亿美元下降到不足 10 亿美元，出口额从 200 亿美元下降到 100 亿美元。但从 1982 年起，由于伊朗积极寻找替代市场填补市场短缺，因此伊朗的外汇储备和出口都迅速增长[18]。从政治层面上看，制裁国出自政治而非法治因素考量采取的制裁措施不一定与其他与目标国有贸易往来的国家利益相向，而他国与目标国正常的贸易往来必将带动相关区域的政治利益，此举更与制裁发起国所要维护的地缘政治背道而驰。故制裁国需要通过更严厉的制裁手段扩大受制裁范围，以经济强权和政治强权的方式干预其他主权国家的经济需求，维护地缘政治利益。比如美国之所以制裁“北溪-2”[19]天然气管道项目不仅仅是因为存在经济利益的因素，更是对欧洲与俄罗斯的关系，甚至是跨大西洋关系的政治担忧。因此，在初级制裁这种“杀敌一千、自损八百”的制裁手段逐渐不能达到胁迫目标国的目的时，次级制裁就在初级制裁的基础上衍生而来。相较于初级制裁，次级制裁打击范围更加广泛，通过制裁手段胁迫第三国的

[16] 杨永红：《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》，《法商研究》，2019 年第 3 期，第 164 页。

[17] 邵亚楼：《国际经济制裁：历史演进与理论探析》，博士论文，上海社会科学院世界经济研究所，2008 年，第 143 页。

[18] 杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，北京：法律出版社 2015 年版，第 28 页。

[19] “北溪-2”项目旨在铺设一条由俄罗斯经波罗的海海底到德国的天然气管道，可绕过乌克兰把天然气输送至德国，并通过德国干线管道输送到其他欧洲国家。该管道投入使用后，俄罗斯向德国出口的天然气可以增加一倍。具体参见：《美国将制裁“北溪-2”天然气项目 俄方：不接受》，新华网，2019 年 5 月 23 日，http://www.xinhuanet.com/world/2019-05/23/c_1210140745.htm。

公司与个人胁从其制裁政策，以此在实质上达到多边制裁的效果。

二、美国的单边经济制裁

由于以外交政治利益为目的的单边经济强措施在国际法上的合法性并不充分一直存在争议。因此美国借以国内立法的方式，通过创设新的连接点的途径屡屡为美国自身实施单边经济制裁寻求正当性辩护，纠正所谓的“越轨”行为。但细究之下，美国的合法性辩护并不与国际法原则相统一，而是作为让市场规则臣服于自身外交政治利益的“白手套”。

（一）美国采取单边经济制裁的法律体系

从初级制裁发展到次级制裁，本质上是将制裁的范围扩张到与原目标国有经济贸易往来的第三方国家，实质上属于域外适用的经济制裁[20]。在美国的经济制裁法律体系中，通常通过国内立法以及创设新的连接点的方式实现经济制裁的域外效力：

1、国内立法

美国有关经济制裁的国内立法分为《与敌国贸易法》《国家紧急状态法》《国际紧急状态经济权力法》等一般性国会立法和针对古巴的《赫尔姆斯-伯顿法》、针对伊朗的《伊朗利比亚制裁法案》以及针对委内瑞拉的《2014 捍卫委内瑞拉人权及公民社会法案》等专门性制裁法案。

1917 年美国国会通过了《与敌国贸易法》，以规范美国加入第一次世界大战后与敌国的国际交易，美国国会之后扩大了这项法案的适用范围，授权总统有权在和平时期宣布国家进入紧急状态，并赋予总统对国内和国际交易拥有广泛的自由裁量权。冷战时期《与敌国贸易法》作为美国冷战战略的一部分，成为实施制裁的核心工具。总统们以该法案为依据阻止国际金融交易，扣押外国人在美国持有的资产，限制出口，修改法规以阻止囤积黄金，限制外国对美国公司的直接投资，并对所有进口到美国的商品征收关税。但由于该法案并未详细规定如何判断国家是否处于紧急状态，以及何时结束紧急状态。因此，美国国会分别于 1976 年和 1977 年通过了《国家紧急状态法》和《国际紧急状态经济权力法》。这两部法案对总统的紧急权力进行了限制。《国家紧急状态法》要求总统每年评估紧急状态并可在适当的情况下延长紧急状态。然而事实上，对现有国家紧急状态评估后继续保持不变的做法已成为了常态。虽然《国家紧急状态法》规定了终止国家紧急状态的方法，但需要参众两院皆通过决议，且总统未行使《国家紧急状态法》所赋予的“否决权”，若是总统行使了“否决权”，否决了两院通过的终止“国家紧急状态”的决议，那么国会则要得到 2/3 及以上议员的绝大多数支持，才可以推翻总统的否决票。这种方式无疑大大增加了终止紧急状态的难度。与《与敌国贸易法》一样，《国际紧急状态经济权力法》自颁布以来已成为实施经济制裁的重要依据，美国政府经常使用《国际紧急状态经济权力法》来限制各种国际交易。伴随着美国长臂管辖的扩张，紧急状态情况的使用频率和维持时间都在不断增加。最初美国依据制裁法案打击的对象多为外国政府，但现在由于政治利益的需要，政府越来越多地通过适用《国际紧急状态经济权力法》来打击非国家的个人和实体。比如美国政府声明由于国际组织的“不公正”“不合法”的调查对美国主权构成威胁，因此宣布对国际刑事法院首席检察官法图・本苏达和另一位高级官员法基索・莫乔乔科实施制裁，以反击他们对美国军队在阿富汗犯下的战争罪行进行正当管辖的调查[21]。美国政府针对二人采取的经济制裁不仅仅是冻结在美资产、取消签证、颁布旅行禁令，限制美元交易方面，还涵盖

[20] 杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，第 27 页。

[21] 《史无前例制裁国际组织，美式霸权刷新下限》，人民日报海外版，2021 年 9 月 2 日，https://m.gmw.cn/2020-09/04/content_1301526105.htm?source=sohu。

任何为两人继续提供支持的个人及实体[22]。

而作为专门针对某一目标国制定的制裁法案，在实践中也常与一般性的制裁法案合并作用于目标国。如《2010 年全面制裁伊朗、问责及撤资法》第 107 条明确指出，违反了《与敌国贸易法》第 16 节 a 款的自然人将面临最高 100 万美元和最高 20 年监禁的处罚[23]。再如美国财政部 2016 年 11 月 2 日更新的制裁朝鲜的计划书中明确了任何违反、企图违反、合谋违反或导致违反根据《国际紧急状态经济权力法》发布的任何许可证、命令、法规或禁令的人，可被处以最高 250,000 美元或基础交易金额两倍以上的民事罚款。一经定罪，任何故意实施或企图实施、或故意合谋实施、或协助或教唆违反《国际紧急状态经济权力法》规定的任何许可证、命令、法规或禁令的人，可被处以最高 100 万美元的刑事罚款、最高 20 年的监禁，或两者兼而有之[24]。

2、创设新的连接点

由于初级制裁只针对“本国人”，而无法直接对同美国没有连接点的第三国行使管辖权，因此美国正在传统国际法管辖规则之外创设新的连接点，以使这些经济制裁措施不但能够适用于目标国实体与个人，也同样涵盖第三国。这些连接点包括通过扩大属人管辖的范围，将美国人拥有或控制的外国公司列入禁止对象，以及增加属物管辖，把来源于美国的产品、技术和服务也列入禁止范围[25]。比如美国对中国华为采取经济制裁就是以华为公司违反制裁规定向伊朗出口技术为借口。

（二）美国单边经济制裁的合法性分析

美国作为头号使用单边强制性的经济措施作为对其有利的解决贸易争端的工具的国家，频频举起经济制裁的大棒，肆意对目标国家以及第三国采取以打击他国政治、经济、军事力量为目的的经济制裁措施。这种以经济强权和政治强权双重身份的加持下，干预胁迫他国正常的经济需求，迫使其他国家胁从于美国的政治利益，并对潜在国家发出经济制裁威胁的信号，警告所有国家若实施与美国政治利益背离的贸易政策都有可能付出代价的做法在国际法上的合法性并不充分。

1、在国际条约下，经济制裁是否合法正当的分析

从国际条约上来看，目前并未有任何成文国际法文件，明确禁止单边经济制裁。在《联合国宪章》和《国际法原则宣言》这两个重要的国际法文件中，也只是明确了武力强制之禁止，而并未禁止非武力性质的经济性强制。1970 年《国际法原则宣言》特别委员会在起草法律原则时，捷克斯洛伐克代表、南斯拉夫代表和八个非洲国家代表分别向特别委员会建议将“经济强制”写入第一条原则规定的禁止范围内，但特别委员会并未采纳这一观点[26]。可见，非武力性质的经济强制措施在《联合国宪章》和《国际法原则宣言》中是被默认存在的。但可以肯定的是，一国采取的单边经济制裁应同国际社会的整体利益协调一致，要减少对其他成员的不利影响，避免造成人道主义危机。联合国大会 2009 年 7 月根据第 62/183 号决议做出的《以单方面经济措施作为对发展中国家进行政治和经济胁迫的手段》报告也证明了这一观点[27]。在第 62/183 号决议中，联合国大会强调了未经授权采取的

22 同上，2021 年 9 月 2 日，https://m.gmw.cn/2020-09/04/content_1301526105.htm?source=sohu。
[23] 《2010 年全面制裁伊朗、问责及撤资法》，英文本见美国国会政府网：https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/2194。
24 英文本参见美国财政部官网 https://home.treasury.gov/system/files/126/nkorea.pdf。
25 杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，第 27 页。
[26] 刘瑛、黎萌：《美国单边金融制裁的国际法分析》，《国际经济评论》，2020 年第 3 期，第 164 页。
[27] 英文本参见联合国官网

单边经济强制性措施违反了多边贸易体制的基本原则，并敦促国际社会采取紧急和有效措施，消除对发展中国家使用未经联合国有关机关授权或不符合《联合国宪章》所载国际法原则的单方面强制性经济措施。

同时实践中，美国对其他国家实施的单边制裁措施已经导致了他国严重的人道主义灾难。美国前总统特朗普对委内瑞拉实施的新一轮金融制裁中，包括禁止美国金融机构参与委内瑞拉政府和国有的委内瑞拉石油公司新的债务和股权交易，禁止美方机构参与委内瑞拉公共部门现已发行的部分债券交易等。虽然白宫声称金融制裁只针对委内瑞拉政府，且将尽量减轻对委内瑞拉民众造成的影响，但实际上很难避免普通民众不受到美国经济制裁的负面影响。在美国的金融封锁下，委内瑞拉计划进口 30 万剂胰岛素，但是美国花旗银行拒绝接受委内瑞拉政府购买药品支付的转账资金，导致药品进口受阻[28]。除了面临严重的食品和药品短缺，委内瑞拉还遭受着恶性通胀的折磨。委内瑞拉这个曾经富甲一方的石油大国，现如今，已经成为拉美地区最贫穷的主要经济体之一[29]。更严重的是，在新冠疫情的大背景下，美国针对委内瑞拉的经济制裁无疑是雪上加霜，加重了委内瑞拉国内的经济困境，造成基本生活必需品无法保障、医疗卫生设备严重缺乏、人民生活水平急剧下降、婴幼儿死亡率大幅度提高等严重社会问题。

国际人道法并未特别涉及经济制裁对平民影响的规定。但共识是，实施经济制裁不可避免的会对目标国的平民产生影响，尤其是还处在武装冲突不利影响下的平民。因此，在威胁或实际采取单边经济制裁的同时，相关地区受国际人道法保护的平民人口还受到武装冲突波及的情势下，发起国必须要考虑当前的单边经济制裁是否会损害受保护人在国际人道法上应享有的权利。值得注意的是，国际人道法针对特定类别的人规定了具体的条款与保护措施，例如儿童、医务和宗教人员与平民居民。因此，发起国的单边经济制裁需以最低限度的保护为考量，避免受保护人的权利进一步受到损害。

2、国际习惯法是否为单边经济制裁提供了法理依据

在国际法上，国际习惯法是指作为通例之证明而被接受为法律者。按照这一规定，国际习惯法的形成，需要同时具备两个要素：一是通例的形成，称为“物质要素”；二是该通例被各国接受为法律，称为“心理要素”[30]。换句话说，国际习惯法是来自于各国通常的和一致的实践，并由各国将其作为法律义务加以遵守的国际社会的法律。但是在实践中，当一个国家对他国采取经济强制措施时，只有很少国家在一些情势下会反对、禁止发起国的制裁行为，甚至发起国也认为自己采取经济强制措施是正当合法的。因此这些国家实践都很难导致一般禁止经济制裁的国际习惯法的确立[31]。况且在实践中，很少有国家会在国内立法或者国际条约中声明本国放弃采用单边经济强制措施的权利[32]。相反，更多的国家是在本国立法中对经济制裁予以确认，并通过国家实践，逐渐发展为从概括性到专门性立法，从程序性到实体性立法，制裁体系日趋完善。

3、实施经济制裁是否存在国内法依据

---

https://www.un.org/en/development/desa/policy/publications/general_assembly/a_64_179.pdf。

[28]《反击美国经济制裁-委内瑞拉弃美元》，中国金融新闻网，2017 年 9 月 12 日，https://www.financialnews.com.cn/hq/cj/201709/t20170912_124435.html。

[29]同上，2017 年 9 月 12 日，https://www.financialnews.com.cn/hq/cj/201709/t20170912_124435.html。

[30] 根据《国际法院规约》第 38 条第 1 款（丑）项，“国际习惯作为通例之证明而经接受为法律者”。这一表达反映了习惯国际法的两个构成要素，即通例的形成（“物质要素”） 和法律确信（“心理要素”）。

[31] 简基松：《关于单边经济制裁的“司法性”与“合法性”探讨》，第 86 页。

[32] 刘瑛、黎萌：《美国单边金融制裁的国际法分析》，第 164 页。

由于美国实施单边经济制裁的法律依据都是其国内立法，并为合理正当化域外经济强制措施，极力从国际法管辖原则入手声明经济制裁的合法性。因此以属地管辖原则、属人管辖原则、普遍性管辖原则、保护性管辖原则与“效果原则”为出发点，审视美国经济制裁域外管辖权的合法性不仅为美国是否具有确权实施本文所讨论的以外交和政治利益为目的的单边经济制裁提供了向导，更为各国通过寻求救济手段，避免、消除美国的域外管辖提供了正当辩护依据。

（1）属地管辖原则

属地管辖原则是指国家对发生在其领域内的一切人和事物行使管辖权，无论行为人是否具有本国国籍。因此，美国针对第三国同受制裁的目标国在外国领域而非美国领域内发生的经济贸易，投资往来，金融服务等行为实施制裁，违背了国际法上的属地管辖原则。

（2）属人管辖原则

属人管辖原则也可称为“国籍原则”，是指国家对具有本国国籍的人所享有的管辖权，无论该人位于何处或者该人的行为发生在何处[33]。因此，美国将制裁的范围扩张到与原目标国有经济贸易往来的第三方国家的实体与个人，通过增加属人管辖的范围，以此对“非美国人”同制裁目标国的经济交易实施制裁的行为构成了对属人管辖原则的滥用。

（3）普遍管辖原则

普遍管辖权是基于国家主权派生的一项权利。由于国际犯罪破坏了人类文明和整体利益,而使国际社会的每个成员国均有权扩展其刑法适用的范围,适用普遍管辖权惩治那些不论犯罪是否发生在本国领域内,犯罪人是否为本国公民,也不论是否侵害本国或公民利益的严重国际犯罪行为[34]。可以适用普遍管辖权原则的国际刑事犯罪包括战争罪、贩运毒品罪、贩卖人口罪以及严重破坏人权的行为，例如种族灭绝、种族隔离、酷刑和破坏海上和空中安全的海盗罪和空中劫持罪[35]。进一步解释，实行普遍管辖权的目的是为了不让犯罪分子在任何情况下逃脱惩罚[36]。但采取域外经济制裁是以正常的贸易活动损害了外交和政治利益为考量因素而非行为本身构成了国际刑事犯罪。因此，普遍管辖原则并不适用于域外经济制裁。

（4）保护性管辖原则

保护性管辖权是指一国为了保护本国国民的生命、财产和利益，而对在本国领土以外的针对本国和本国公民重大利益犯罪的外国人所行使的管辖权[37]。虽然保护性管辖原则承认对在外国的外国人享有管辖权，但从法理角度来看，该项权利更多的是针对他国对本国的国家安全和领土完整的犯罪行为。因此，域外经济制裁在保护性管辖原则下也无国际法依据。

（5）“效果原则”

效果原则，是管辖权原则的扩大解释，在美国反垄断法中最先确立。1945 年，美国在其著名的“铝公司案”指控加拿大铝业有限公司加入了在美国境外订立的由英国、法国、瑞士等国签订的铝业出口价格协议，产生了限制美国铝业生产和出口的效果[38]，因此主张适用《谢尔曼法》第 1 条的规定：“根据本法规定，所有限制州际或对外商业贸易，以托拉

[33] Michael Akehurst, Jurisdiction in International Law, Brit. Y. B. Int’l L.,Vol.46,1972-1973,p.156。
[34] 王秀梅：《普遍管辖权的司法适用——以美国为例》，《政法论丛》，2020 年第 3 期，第 142 页。
[35] 管建强：《普遍性管辖与豁免的冲突》，《东方法学》，2010 年第 6 期，第 20 页。
[36] 同上，第 21 页。
[37] 林灿铃：《论侨民保护的特殊情势管辖权》，《政治与法律》，2020 年第 10 期，第 97 页。
[38] 陈丽华、陈晖：《反垄断法域外适用的效果原则》，《当代法学》，2003 年第 1 期，第 46 页。

斯或其他形式组成联合，签订合同或秘密协议的，都属于违法行为...所有从事此类联合，缔结合同或秘密协议，违反本法规定而犯轻罪的，法院可判处 50000 美元以下罚金；一年以下监禁；或二者并处。[39]”该法突破了传统的属地原则与属人原则，法院认为，“任何国家对其指控的在其境外实施的行为，即使行为人不属于其管辖范围之内的人，也可以科处责任”[40]，该案由此确立了美国法院对外国企业适用《谢尔曼法》进行域外法治的规则。1977 年美国司法部发布的《反托拉斯法国际实施指南》又进一步加强了美国域外法治的权利，该法规定若他国交易对美国本国商业发生了重大的和可预见的后果时，不论贸易行为地，美国法律直接享有管辖权[41]。由此可见，美国在判断管辖权问题上采取了扩大解释的“效果说”，同时将由反垄断上的贸易反制措施延伸到了所有经贸往来活动中，只要对美国本土商业发生了重大和可预见的效果时，便可对发生在境外的第三国的企业和个人进行制裁惩戒。虽然这项规则被美国大量使用，但却遭到了许多国家的强烈反对。究其原因主要分为两点：首先，“效果原则”之合理性问题。效果原则属于立法之创新，还未在国际法上有明确统一的法律规范予以确定和限制。其次，“效果原则”之适度性问题。采取“效果原则”时应考虑到与域外适用有关的所有因素，进而才能在外国贸易政策影响本国外交政治利益的情势下，又能有所比例适当地维护本国利益。这个程度很难把控，一旦超过平衡利益就会不恰当地损害他国利益。因此，迄今为止“效果原则”还未被各国所接受。

三、美国单边经济制裁的法律应对

几十年来，美国一直利用经济制裁向全球对手施压。美国前总统克林顿曾感叹美国处于“乐于制裁”的时代，世界上没有一个国家像美国那样频繁地针对其他国家采取经济制裁行为。随着主要发达国家受制于动用军事力量介入外国争端的国际压力，实施经济制裁既能避免发动战争带来的高昂军费同时又能精准打击目标国政府，通过对目标国政府施加经济压力，迫使对方胁从屈服于本国经济外交利益。因此经济制裁作为维护本国政治利益的手段一直受到美国的青睐。但各界的普遍共识是，实施经济制裁，无论是单边制裁还是多边制裁，都会对目标国以及第三国的平民人口产生广泛的、意想不到的影响。2018 年美国前总统特朗普宣布退出奥巴马政府签订的暂停对伊朗制裁的伊核协议，之后逐渐重启并加重对伊朗经济至关重要的石油行业的制裁，制裁范围也囊括对伊朗金融、科技、汽车、飞机等非能源领域的制裁[42]。在这种制裁背景下，其他第三国出于风险考量，纷纷停止和伊朗的交易。在特朗普重启制裁后，伊朗经济立即受到严重打压，2018 年 GDP 增速已然成为了负增长。美国制裁的打击力之所以巨大，主要原因是美国要求全球大多数银行所使用的 SWIFT 通信结算系统切断与被制裁伊朗金融机构的连接，其中也包括伊朗央行[43]，而美元又是作为一般国际贸易活动中的结算方式，因此伊朗的石油美元收入剧跌。同时石油美元短供立即在伊朗国内外引发连锁反应：伊朗生产的所有产品难以出口，因为伊朗的商人无法收到美元货款；外汇市场一片混乱，伊朗政府虽严厉管控外汇市场，但还是随着货币的贬值带来严重的通货膨胀，从菜肉蛋奶到主食，伊朗物价大幅上升；百姓实际收入和

[39] 英文本见美国联邦贸易委员会官网：https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers。

[40] 陈丽华、陈晖：《反垄断法域外适用的效果原则》，第 46 页。

[41] 伊从宽：《国际反垄断政策的发展趋势》，姜姗译，《外国法评译》，1997 年第 3 期。

[42]《Here are Iran sanctions returning after Trump leaves nuclear deal》，CNBC，2018 年 5 月 9 日。https://www.cnbc.com/2018/05/08/here-are-iran-sanctions-returning-after-trump-leaves-nuclear-deal.html。

[43]《Important European Financial Firm Bows to Trump’s Iran Sanctions》，《纽约时报》，2018 年 11 月 5 日，https://www.nytimes.com/2018/11/05/business/dealbook/swift-iran-sanctions.html。

购买能力大幅下滑导致了严重的失业率，很多人的日常生存都成了困难。

美国频频挥舞经济制裁的大棒，违背了多边贸易体制，严重威胁了全球经济体系持续向好发展，无利于合作共赢。因此，在面对美国经济制裁的胁迫下，各国也试图通过从国际层面积极寻求 WTO 争端解决机制救济的途径和在国内层面制定阻断法反制美国经济制裁的方式对抗美国的经济制裁对本国的不利影响。

（一）国际层面积极寻求 WTO 争端解决机制的救济

WTO 最基本的原则是国民待遇原则，它要求缔约方之间相互保证给予另一方自然人、法人和商船在本国境内享有与本国自然人、法人和商船同等的待遇[44]。该原则适用于与贸易有关的关税减让、国内税费征收、营销活动、政府采购、投资措施、知识产权保护、出入境以及公民法律地位等领域[45]。虽然 WTO 协定中并未明确规定经济制裁在 WTO 协议中合法性的问题，且采取经济制裁的国家多是出于政治因素而非法治因素，但共识是，在经济制裁中所涉及到的贸易争端仍然属于 WTO 项下的可受理范围。

在《服务贸易总协定》中明确规定，一成员国不得对与其在服务贸易领域的具体承诺有关的当前交易实施国际转移和支付限制。而经济制裁中的冻结资产和冻结金融交易就与这一义务相冲突。由于美国的经济制裁针对的是与其他特定成员国的商品和服务贸易，因此实施经济制裁行为也与给予最惠国待遇的义务相背离。2019 年 8 月，美国前总统特朗普发布行政命令，宣布对委内瑞拉政府实施全面制裁[46]。该行政令完全冻结委内瑞拉政府在美国司法管辖权内的财产，包括委内瑞拉政府所有部门，以及委内瑞拉中央银行和国家石油公司（PDVSA）美国分公司的资产。同时该行政令也禁止未经美国财政部外国资产控制办公室（OFAC）授权，美国人除非出于豁免否则不得与委内瑞拉政府进行任何交易[47]。这些制裁措施包括禁止向委内瑞拉政府提供任何资金、商品和服务。此外，“非美国人”与制裁措施下特定的实体与个人交易，也将面临次级制裁的风险。在美国经济制裁带来的严重冲击下，委内瑞拉国内经济面临恶性的通货膨胀。在此困境下，委内瑞拉政府不得不考虑采取和伊朗相同的易货贸易体制度过危机。很明显，美国全面升级的对委内瑞拉政府的经济制裁措施是完全不符合 WTO 框架下要求的禁止采取与 WTO 协议不相符的各项限制或者禁止性措施的规定。此外，单方面的禁止“美国人”与“非美国人”“有染”目标国交易不仅是对其他国家经济主权的干预，同时会对受害国根据 WTO 协议下所获得的利益带来严重减损或者是化为乌有的后果。美国的单边域外经济制裁引发了受害国与第三方成员国的强烈抵制，认为美国具有域外效力的制裁措施限制了成员国与另一被制裁成员国之间正常的贸易往来，从而违反了协定下的若干条款，例如最惠国待遇条款，减让表条款，一般取消数量限制条款，数量限制的非歧视条款等。比如委内瑞拉向 WTO 指控美国根据《国际经济紧急权力法》等国内法，以及若干总统行政令，对其采取的经济封锁和制裁措施，违反了《关税与贸易总协定》 第 1 条、第 2 条、第 3 条、第 5 条、第 10 条、第 11 条和第 13 条以及《服务贸易总协定》第 2 条、第 13 条和第 23 条的规定[48]。

委内瑞拉不是第一个试图通过 WTO 争端解决程序来处理与美国之间的经济制裁争端。

[44] 杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，第 181 页。
[45] 同上书，第 181 页。
[46] 英文本见美国财政部官网：https://home.treasury.gov/news/press-releases?title=SANCTIONS%20&publication-start-date=2018-01-01&publication-end-date=2019-01-01&page=1 。
[47] 同上。
[48] 廖诗评：《阻断外国法律与措施不当域外适用办法的属事适用范围》，《国际法研究》，2021 年第 2 期，第 54 页。

1966 年美国宣布制裁古巴，并颁布了《赫尔姆斯-伯顿法》。为了应对在《赫尔姆斯-伯顿法》法案下美国具有的域外法治管辖权，欧盟理事会颁布了旨在对抗他国域外适用的经济制裁法案而对欧盟成员国的企业、个人与第三国间合法经贸带来不利影响的《反对第三国立法域外适用的条例》（以下简称《条例》）。《条例》明确指出，美国所颁布的法律法规试图对欧盟成员国管辖下的自然人和法人的行为行使管辖权违反了国际法。因此欧盟就《赫尔姆斯-伯顿法》法案向 WTO 申诉，而 WTO 专家组也接受了这一起诉，审议该法案是否与美国作为世贸组织之成员国的义务相违背。欧共体认为美国的这一立法行为违反了美国在《关税与贸易总协定》和《服务贸易总协定》之下的义务，而美国则通过援引《关税和贸易总协定》第 21 条关于“安全例外”条款为抗辩理由，认为依据《关税和贸易总协定》“安全例外”的规定，任何缔约方为保护国家基本安全利益有权采取其认为必需采取的任何行动，因此世贸组织无权审查美国的国家安全问题[49]。虽然此案最终以双方和解结束，没有实质上地解决经济制裁在 WTO 协定下合法性的问题，但是此举也对受到经济制裁不利影响的成员国，鼓励运用 WTO 争端解决机制的手段解决经济制裁争端具有重大借鉴意义。虽然目前 WTO 上诉机构正处于“停摆”的危机，但这并不妨碍各成员国将经济制裁项下的贸易争端诉诸专家组进行裁决。

（二）国内层面制定阻断法反制美国经济制裁

美国经济制裁的域外适用作为在不需要引入军事力量的情况下推进外交政策目标的工具，给包括目标国在内的所有受到经济制裁阴影下的国家实体及个人带来了不可避免的负面影响。每当紧张局势加剧，经济制裁就会成为美国外交政策中的上乘之选。通过实施经济制裁而干预胁迫其他国家屈服于外交政治利益的做法不仅是对国家主权的侵犯，也成为了多边贸易体系维系与发展的拦路虎。因此，为了反制美国单边经济制裁对国家实体及个人利益的侵害，阻止美国破坏商品和服务贸易规则，各国和欧盟等区域组织进行了有意义的救济实践[50]。欧盟的《反对第三国立法域外适用的条例》，加拿大的《外国治外法权措施法》都是以国立内法为手段对抗美国单边经济制裁带来的不利影响，通过制定国内法抵制美国以外交政治因素为考量、采取经济制裁手段行使国内法域外适用之管辖权，并拒绝承认美国法院基于美国经济制裁法案所作出的判决[51]。同时针对美国的域外经济制裁，英国出台了《保护贸易利益法》。该法案旨在提供保护，以对待联合王国以外的国家依据法律作出的，影响联合王国居民贸易或其他利益的规定、禁令和判决[52]。该法案的实施意味着英国政府在国际反垄断领域放弃了国际礼让，转而采取经济对抗措施。虽然该法案的覆盖范围是在反垄断领域，但对于反制美国经济制裁依旧具有重大意义。

中国的阻断立法也经历了从无到有的过程。随着“一带一路”经贸合作的深入推进，数字化、全方位、高质量发展成为“一带一路”经贸合作的新趋势。但中国作为美国频繁采取经济制裁的对象，如何利用法律法规对抗美国单边经济制裁、加强自身反制裁能力、维护中方合法权益、维护健康的国内和国际市场秩序是过去中国亟需解决的法律问题。在此背景下，2020 年 1 月 9 日商务部发布了商务部令 2021 年第 1 号，公布并施行《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称《阻断办法》）。

[49] 李瑞康：《国际金融次级制裁的法律问题研究》，硕士论文，大连海事大学，2015 年，第 34 页。
[50] 刘朝晖：《美国次级经济制裁立法的非法性及应对研究》，硕士论文，大连海事大学，2020 年，第 27 页。
[51] 梁冰洁、孟刚：《美国二级制裁法律问题研究》，《财经法学》，2020 年第 1 期，第 142 页。
[52] 刘朝晖：《美国次级经济制裁立法的非法性及应对研究》，硕士论文，大连海事大学，2020 年，第 28 页。

新发布的《阻断办法》旨在阻断外国法律与措施不当域外适用对中国的负面影响。从2020年9月公布《不可靠实体清单规定》，再到2020年10月出台的《中华人民共和国出口管制法》，中国应对西方国家滥用经济制裁的法律制度框架基本成型[53]。《阻断办法》是对本国主权以及属地和属人管辖权的坚持和维护，是对本国实体合法权益的依法保护。建立健全阻断立法体系，以法律形式明确本国在相关国际问题上的政治立场，为同美国在经济制裁的谈判提供了法律依据，有利于确立法律维权机制。《阻断办法》的实施有力的威慑、预防和冲抵外国的非法制裁、外国实体对中方利益的不当损害[54]。

我国的《阻断办法》主要包括六大基本内容：第一，实施阻断，阻断外国的相关法律在本国的效力和适用；第二，确立了评估确认机制，关于外国法律与措施是否存在不当域外适用情形，工作机制将结合各项因素进行评估确认；第三，规定了禁止遵守的义务，在确认存在外国法律与措施的不当域外适用时，禁止本法的适用主体遵守外国的相关法律；第四，依申请豁免，本法的适用实体有权在申请后遵守外国的法律；第五，索赔权，适用主体就外国法律的相关适用享有索赔权；第六，报告义务，《阻断办法》规定本法的主体应在遇到外国相关法律的不当域外适用情况时进行报告。展开来说，我国《阻断办法》在开篇就宣示了中国的主权以及对中国实体合法权利保护的决心。其中《阻断办法》第2条明确了法律适用范围与适用对象，在本法中具有举足轻重的作用。依据第2条的规定，《阻断办法》适用于：（1）违反国际法和国际关系基本原则；（2）通过禁止或限制中国当事人与第三国（地区）当事人之间进行正常的经贸活动；（3）且这种禁止或限制是不当的。同时，《阻断办法》还设立了专门的工作机制，负责外国法律与措施不当域外适用的应对工作[55]。通过对《阻断办法》中所规定的外国国内法的域外适用是否存在不当因素的评判，并且在确认确实存在不当适用后，商务部发布不承认、不执行和不遵守外国法律与措施的禁令。禁令一旦公布，中国当事人就有遵守义务，除非获得豁免[56]。此外，若因外国法律与措施的不当域外适用遭受损失的，《阻断办法》还提供了救济途径：中国公民、法人或其他组织可在国内法院起诉，要求予以赔偿。最后，本法第5条要求中国公民、法人或者其他组织遇到外国国内法存在域外适用造成不利影响的情形时，应当主动向国务院商务主管部门如实报告有关情况，对违反如实报告义务和不遵守禁令的行为，规定了处罚制度。

小结

单边强制经济措施是一国为惩罚另一国而采取或施加的强制性措施，可以采取各种形式，如自救、法律干涉、外交经济制裁。而规定或实施单边经济性的强制措施的目的和理由也各不相同。对一些国家来说，单边经济制裁是为了使权利得到遵守，承担的义务得到尊重。对另一些国家来说，制裁的目的是纠正“越轨”行为以符合本国外交政治利益。但这些不同的制裁形式之间都存在着一个共同点那就是要求遵守或胁迫遵守单边主义行为。然而，对一项不法行为实施经济强制措施的前提是首先确定该行为确实是非法的，如果仅以外交政治因素为考量而采取经济性强制措施，这个行为本身就违反了国际法。因此规定和实施单边制裁都必须符合国际法和国际关系的基本准则。

和平解决国际争端是《联合国宪章》下的一项基本原则。该原则要求任何争端当事国，

[53] 柳华文：《中国出台阻断立法有理有利有节》，《光明日报》2021年01月19日，第02版。
[54] 同上，第02版。
[55] 沈伟：《中美贸易摩擦中的法律战——从不可靠实体清单制度到阻断办法》，《比较法研究》，2021年第1期，第198页。
[56] 同上，第198页。

在争端继续存在足以危及国际和平与安全的维持时，应先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决，区域机关或区域办法适用之，或各国自行选择其他和平方法解决争端[57]。但是非暴力的经济制裁并不等同于和平解决国际争端。在有些西方国家看来，经济制裁是借助经济武器去完成政治和军事目的[58]，使用效果不亚于军事力量，因为两者的目的都是使敌人在政治上解体，以便它们放弃追求自己的目标[59]。虽然在国际法框架下，目前没有任何成文国际法文件明确禁止单边经济制裁；在国际习惯法上，也并未形成一般禁止经济制裁的国际习惯法的确立。但可以肯定的是，一国采取的单边经济制裁应同国际社会的整体利益协调一致，实施的经济制裁行为要减少对其他成员的不利影响。但在实践中，美国作为头号使用单边强制性的经济措施作为对其有利的解决贸易争端的工具的国家，频频举起经济制裁的大棒，以采取国内立法和在传统国际法规则外创设新的连接点的方式，通过在管辖权原则上采取“效果说”，认定只要对美国本土商业发生了重大和可预见的效果时，便可对发生在境外的第三国的企业和个人进行制裁惩戒。这种以经济强权和政治强权双重身份的加持下，干预胁迫他国正常的经济需求，迫使其他国家胁从于美国的地缘政治利益，并对潜在国家发出经济制裁威胁的信号，警告所有国家若实施背离与美国政治利益的贸易政策都有可能付出代价，若违反美国的经济制裁规定，都将受到同样的制裁的做法已经造成了多国人道主义灾难。在新冠疫情要求全球通力合作的背景下，这种通过强权力量打击别国政治、经济，军事力量的做法不仅是不道德的更是对国际法和国际关系基本准则的践踏。因此，各国积极尝试从国际层面和国内层面并用的救济方式阻断美国国内法在域外适用的不当影响，维护各国的主权地位和正常的国际经济秩序。而中国《阻断办法》的出台是在有些西方国家极力推行单边主义的恶劣环境下旨在维护主权、安全、发展利益，保护中国公民、法人和其他组织的合法权益的合法举措[60]，该法的出台明确宣示了中国维护国际法治和本国利益的立场和态度，体现了保护国家主权和维护国际正常经济秩序的决心。通过适用《阻断办法》防止和抵销外国的不法侵犯对中国的不当影响，对发展多边贸易体系具有重大意义，也为保护国家实体与个人提供了法理依据，有助于中国参与到全球贸易治理中来。

单边制裁涉及到一定程度的单边主义，以及一定程度的胁迫。因此，单边制裁与国际法所倡导的平等友好之间必然存在紧张关系，它们之间的矛盾怎么调和的问题或许是下一个国际法议题。

[57] 杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，北京：法律出版社 2015 年版，第 70 页。
[58] 张曙光：《经济制裁研究》，上海：上海人民出版社 2010 年版，第 8 页。
59 同上，第 8 页。
[60] 柳华文：《中国出台阻断立法有理有利有节》，《光明日报》2021 年 01 月 19 日，第 02 版。

后疫情时代“一带一路”法律风险防范

李田田[1]，裴兆斌[2]

（1.大连海事大学 法学院，辽宁 大连 116026；

2.大连海洋大学 海洋法律与人文学院，辽宁 大连 116023）

摘要：截止 2021 年 4 月 5 日，全球新冠肺炎确诊病例已超 1.3 亿。新冠肺炎疫情的爆发给“一带一路”建设带来了极大的负面影响。当前，中国的新冠病毒疫情已经得到了有效地遏制，进入了后疫情时代，我国对“一带一路”建设持积极推进态度。基于此，分析“一带一路”法律风险并探索防范措施在后疫情时代显得格外重要。在“一带一路”建设中，生态环境保护、投资、用工、合同履行等法律风险凸显。在此背景下，国家层面可采取提出打造绿色“一带一路”倡议、与东道国签订或完善双边投资协定。企业层面要对海外投资纠纷进行合法维权、提升企业风险防范意识、完善合同文本增设突发公共卫生事件等相关条款，以此对后疫情时代“一带一路”法律风险进行防范。

关键词：“一带一路”；法律风险；风险防范；新冠疫情；可持续发展

作者简介：裴兆斌（1968-），男，辽宁省沈阳人，大连海洋大学教授，博士，主要从事国际法学、刑法学研究；李田田（1994-），女，内蒙古包头人，大连海事大学硕士研究生，主要从事刑法学研究。

一、引言

2013 年我国国家领导人提出“一带一路”建设的国家级顶层合作倡议后，中国与沿线国家经贸合作整体稳步增长。在互利共赢、共享发展的同时，中国的国际影响力也显著提高。然而，2020 年爆发的新冠肺炎疫情给“一带一路”建设带来了巨大的冲击，新冠疫情全球蔓延导致各国经济发展放缓。疫情全球大流行的态势给“一带一路”建设带来了诸多的不稳定因素。现如今，新冠肺炎疫情在中国得到有效的控制，中国经济也随之复苏，这为疫情阴霾下的全球经济增加一抹亮色。中国对于“一带一路”建设要继续向前推进，后疫情时代“一带一路”所面临的法律风险不容小觑。在此背景下笔者认为要正确认识后疫情时代“一带一路”建设所面临的的法律风险，提出与之相对应的风险防范措施。本文拟从国内风险与国外风险两个角度对“一带一路”在后疫情时代背景下所面临的法律风险进行分析。从国家层面以及企业层面提出有针对性的应对法律风险的具体防范措施，以期更好的推动“一带一路”建设。

二、后疫情时代“一带一路”面临的法律风险

（一）国外法律风险

1.生态环境保护法律风险

2021 年 3 月 30 日，世界卫生组织发布了新冠病毒溯源报告指出“新冠病毒通过实验室引入人类是极不可能，经中间宿主引入人类的可能性为比较可能到非常可能，可能或比

较可能由动物直接引入人类，也可能通过冷链食品引入人类”[2]，因此新冠病毒极大可能来源于自然界。新冠肺炎疫情的全球大爆发给全世界敲响了生态环境保护的警钟，人类与可持续发展的环境是一体的，当然经济发展更离不开生态环境保护。在绿色发展理念全球化的今天，各国更加重视环境保护与可持续发展，因此“一带一路”建设中生态环境保护风险是首先不能被忽视的。“一带一路”沿线 65 个国家和地区，其中东亚 1 国、东盟 10 国、西亚 18 国、南亚 8 国、中亚 5 国、独联体 7 国以及中东欧 16 国。这些沿线国家大多环境保护与治理基础薄弱[3]，因此国内企业对其投资会面临较多的生态环境保护风险。

中国与缅甸合作开发的密松水电站项目，是“一带一路”对外投资中最为典型的失败案例之一。2009 年由中国电力投资集团投资的密松水电站正式开工，预计建设工期为 8 年，然而开工两年后这一被誉为“海外三峡”的工程却被缅甸政府单方面宣布停工。密松水电站项目被叫停除了西方反对势力因素外，另一重要因素是项目启动之时，本应向公众公开的环境影响评价报告未公开。2011 年，缅甸生物与多样性保护协会向公众公布了这份环评报告。报告显示密松水电站的建设将会对缅甸的基础地质、生物多样性及河流生态系统造成一定程度的破坏。缅甸民众对此极为不满并进行抗议，缅甸政府遂暂停了密松水电站的建设。这一超级工程在中国企业建设前期已经准备三年，并已投入 70 多亿人民币的基础上被缅甸单方面叫停，现如今仍处于搁置状态，总计损失包括但不限于要还的贷款和利息，赔付供应商、施工单位等建设商的违约金至少达 100 亿元。中国企业由于对生态环境保护风险的忽视而遭受了上述巨额经济损失。笔者认为，后疫情时代，在全球生态文明建设的大背景下，中国企业对“一带一路”生态环境保护风险进行防范并非镜中花而是具有现实意义的重要举措。

2.投资准入法律风险

新冠肺炎疫情给全球经济发展带来重创，对经济状况本就一般的“一带一路”沿线国家更是雪上加霜。被投资国家经济发展的整体水平与我国企业对外投资风险大小有着极高的关联性。“一带一路”沿线国家多为发展中国家，东道国为促进本国产业的发展会对中国企业的投资进行限制甚至抵制。以“一带一路”东南亚沿线国家印尼为例，中国企业若在印尼境内开展一项能源投资项目，不仅需要经过印尼海外代表机构、投资协调委员会、地区投资协调委员会等管理机构的批准，还需要获得相关能源部门和地方政府的审批[4]。印尼境内各地政府的相关能源审批规定也不尽相同，这更是增加了审批难度。部分外国投资企业在没有充分了解东道国投资准入制度的前提下盲目竞标，若不能通过中央及地方的投资审批，会给企业带来不小的经济损失。层层审批的实际意义就是对能源投资准入的一种限制，这项措施不仅消耗投资企业大量的时间精力更是增加了审批难度，给外国企业在印尼能源方面的投资带来了一定的不确定性，存在投资准入法律风险。新冠疫情对全球经济的不利影响还没有完全消散，投资者要意识到，对外投资高成本付出的同时，可能面临低

[1]季立刚,徐瑜璐.恩格斯自然观及其对《野生动物保护法》修订的启示[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2021,45(02):97-105.

[2]于宏源,汪万发.绿色“一带一路”建设：进展、挑战与深化路径[J].国际问题研究,2021(02):114-129.

[1]刘超,王静.“21 世纪海上丝绸之路”能源投资准入之法律风险与应对[J].中国矿业大学学报(社会科学版),2017,19(05):59-65.

收益或投资失败的风险。后疫情时代，中国企业对“一带一路”沿线国家投资准入法律风险较大。

3.法律差异风险

随着新冠疫情在中国境内得到基本控制，中国经济在逐渐复苏。后疫情时代，中国在“一带一路”建设稳步推进的同时，规模也在不断扩大，“一带一路”合作的国家数量越来越多。不同国家的法律受政治、经济、文化、地域等方面差异的影响，或多或少的存在一些区别，这其中就包括跨国投资法律内容差异。各国对跨国投资的立法无一例外的保护本国利益，对外国投资者加以一定的限制，这给外国投资者带来一定的法律风险。以跨国投资法律中的投资范围规定为例，从整体上看，“一带一路”沿线国家中的发展中国家对外商投资限制多，而发达国家对外商投资基本不设限制[5]。这种外商投资范围的法律差异直接影响中国企业对“一带一路”沿线国家的投资。各国关于跨国投资的法律内容存在差异不可避免，但是一旦投资企业忽视了对东道国法律条文的研究，会给企业带来极大的对外投资法律风险。“一带一路”沿线国家法律环境参差不齐，面对由法律差异引起的跨国投资争端，在法律环境较好的国家可能会得到公平妥善的解决，反之在法律环境较差的国家，企业的合法权益难以得到有效保障。

（二）国内法律风险

1.用工法律风险

中国劳动力资源丰富，劳动者学习能力高，劳动力成本低是被国际社会所公认的。“一带一路”建设中，中国企业的海外投资项目工程也愿意聘用中国劳动者。2020 年中国农历春节期间，较多的海外务工人员归国与家人团聚共度春节，而新冠肺炎疫情在此时爆发。在新冠病毒感染人数和死亡人数增速过快的情形下，中国政府果断做出各种抗疫决策，其中一项便是严格限制跨境人口流动。此举在抗击疫情作出贡献的同时也造成了中国籍员工出境复工难的问题。在此期间，劳动者非因自身原因不能按时复工提供劳动，企业在耽误生产建设的情况下还要负担未复工员工工资。全球公共卫生事件的发生给跨境海外企业带来不小的经济负担以及用工风险。另一方面，“一带一路”海外投资项目全部聘用中国员工是完全不现实的，当然会聘用当地一定数量的劳动者。“一带一路”沿线国家关于劳动者的相关法律规定不尽相同，用工法律风险日益突出。同一行为在国内属于合法用工，在宗教性极强的国家可能就被视为违法用工。例如阿曼苏丹国劳动法规定，在“斋月”，穆斯林员工每周最高工作时长为 30 个小时，而在《中华人民共和国劳动法》中并没有“斋月”这一特别规定，中国劳动法对劳动者每周工作时间的规定为“平均每周工作时间不超过 44 小时”。因此企业如果安排穆斯林员工在“斋月”每周工作时长超过 30 小时，将会视为违反阿曼苏丹国的劳动法规而引发劳动合同纠纷。后疫情时代，“一带一路”建设过程中聘用外籍员工不可避免的会面临一定的用工法律风险。

2.合同履行法律风险

[2]郭卫军,黄繁华.东道国外商投资壁垒与中国对外直接投资[J].世界经济研究,2020(05):85-97+136-137.

合同履行发法律风险是“一带一路”建设过程中不可忽视的法律风险之一，突如其来的疫情把这一风险放大的摆在了大众面前。交通管制、停工停产等疫情防控措施对合同正常履行造成了一定的阻碍。在疫情防控与合同履行之间，不论是国家、企业或个人，都把疫情防控放在首位。但是对于合同迟延履行或履行不能，终究还是要面对合同违约的责任承担问题，相关方的合同履行纠纷不可避免。买卖合同、建设工程合同以及运输合同的正常履行均面临着冲击与挑战。买卖合同履行风险表现为供应商因原材料短缺、交通管制、企业员工不能正常复工等原因不能按时交货；建设工程合同履行风险表现为企业响应“停工停产”抗疫措施而导致工期延误；运输合同履行风险显而易见，不论是疫情爆发初期还是国内疫情控制取得实效的现在，跨境运输仍受到限制，运输超时效问题屡见不鲜。“一带一路”背景下中国企业承接的海外项目多为机场建设、风电项目、水电站建造等超大型项目，一旦出现合同延期履行或履行不能，都会给企业造成巨大的经济损失。后疫情时代，中国对新冠疫情的防控达到了实际控制效果，但海外疫情仍没有消退的迹象，“一带一路”合同履行法律风险呈增高趋势。

三、后疫情时代“一带一路”法律风险的防范措施

（一）国家层面

1.提出打造绿色“一带一路”倡议

新冠肺炎疫情这一全球性公共卫生事件发生后，各国更加积极的投身于绿色可持续发展建设，跨国投资中的生态环境保护法律风险有明显增高趋势。“一带一路”建设中参与的国家数量较多，既有生态环境优良的国家，也有生态环境脆弱的国家。面对复杂的东道国生态环境状况，中国打造绿色“一带一路”有利于化解“一带一路”建设中生态环境保护法律风险，实现生态环境保护与经济发展共赢的局面。将“一带一路”打造成绿色发展之路一直是中国政府的初心和承诺，也是所有共建国家的共同需求和目标[6]。绿色“一带一路”不是一句口号而要落到实践。

打造绿色“一带一路”首先要对被投资的项目进行严格的环境影响评价。投资者应当高度重视环评，将环评视为建设项目的基础步骤，保证环评质量。环评的内容方面应做到全面完善、环评提出的防范措施应具有可行性不能是纸上谈兵；其次鼓励利益相关方参与环境影响评价。利益各方参与环境影响评价有利于环评更加公正、更加科学合理而不至于流于形式，另一方面也增加了环评的透明度；最后也是最为重要的一点，要对环境影响评价报告进行披露。对建设项目进行环境影响评价就是为了探究建设项目将会对所在地带来哪些环境影响，根据对环境影响的评估提出防治措施与对策，因此环评报告应当向公众披露，毕竟环境状况优良与群众利害攸关。

综上，打造绿色“一带一路”会对生态环境保护的法律风险防范发挥积极作用。打造绿色“一带一路”将会得到越来越多沿线国家的响应。

2.双边投资协定的签订与完善

[3]周国梅,蓝艳.共建绿色“一带一路”打造人类绿色命运共同体实践平台[J].环境保护,2019,47(17):23-26.

双边投资协定是指国家与国家之间为鼓励、促进和保护本国公民在对方境内的投资而签署的双边条约[7]。后疫情时代，全球经济复苏放缓，对外投资法律风险只增不减。在“一带一路”建设过程中，中国有必要与东道国签订双边投资协定，从源头对“一带一路”法律风险进行防范，以保护我国企业对外投资的合法权益。对于已经签署双边投资协定的，应根据中国与东道国的制度环境对双边投资协议进行完善以及及时续签。双边投资协定的签订与完善为“一带一路”建设中有关投资准入等法律风险进行防范提供制度保障，是最有力的“一带一路”法律风险防范措施。

（二）企业层面

1.企业合法维权

中国对于“一带一路”建设的步伐明显加快，在对外投资范围逐渐扩大的同时，海外投资失败项目也屡见不鲜。中缅合作开发的密松水电站，自 2011 年停工后至今未重新启动开工建设，项目投资者中国电力投资集团为此损失上百亿，企业经营受到重创。密松水电站项目搁置已有十年之久，相关企业在此期间并未进行合理有效地维权是项目无限期停工的主要原因之一。现阶段，中国企业在“一带一路”建设中仍存在维权意识不强问题，主观上认定海外维权困难进而消极维权。实践中，对于海外投资纠纷合法维权，首先要对企业进行维权能力培养。其次，企业根据所签订的投资协议以及我国与东道国的相关法律制度对海外投资侵权事件进行合法维权，是解决海外投资侵权的有效路径之一。后疫情时代，中国企业面对“一带一路”建设工程纠纷问题时，应在平等沟通的基础上进行合法维权，切实解决纠纷。与此同时，合法维权还有利于提升企业及所属国形象，也是企业受到海外投资重创时走出经营危机的法宝。

2.提升法律风险防范意识

“一带一路”建设过程中出现的生态环境保护纠纷、海外用工纠纷、投资准入纠纷等法律问题多是由于中国企业在海外投资过程中法律风险意识淡薄导致的。中国企业要充分认识到防范“一带一路”法律风险的必要性、重要性、紧迫性、长期性、艰巨性、复杂性以及战略性。提升海外投资风险防范意识的关键在于企业加强法律人才队伍建设以及建立海外投资法律风险评估机制。在企业对外投资的过程中，熟悉掌握东道国法律制度以及对海外投资做出正确风险评估可以最大程度的避免错误投资和遭遇侵权问题。后疫情时代，中国企业在“一带一路”建设过程中必须提升海外投资法律风险防范意识，对我国与东道国的法律差异有所了解，对海外投资法律风险做到未雨绸缪，以期更有效地对“一带一路”法律风险进行防范。

3.完善合同文本

新冠肺炎疫情来势汹汹，合同履行受阻导致合同相对方利益受损。突发公共卫生事件应急处置措施可能导致合同迟延履行或履行不能，给合同当事人造成损失。因损失分配问题所产生的合同纠纷成为后疫情时代“一带一路”建设中不可避免的法律问题。笔者认为，

[1]邓新明,许洋.双边投资协定对中国对外直接投资的影响——基于制度环境门槛效应的分析[J].世界经济研究,2015(03):47-55+128.

后疫情时代“一带一路”建设中所签定的合同文本在内容方面关于突发卫生公共事件不能仅制定不可抗力条款，而要增设突发公共卫生事件的合同履行内容相关条款。在合同文本中对突发公共卫生事件所涉及的合同履行问题做细化规定，明确合同相关方的风险承担份额以及应对措施，对于解决此类型的合同纠纷问题以及对跨国投资合同履行风险进行防范具有现实意义。

结语

后疫情时代，全球经济发展不稳定因素增多，“一带一路”建设面临的法律风险不容小觑。后疫情时代下的“一带一路”如何开展将成为全世界讨论的话题。面对环境、投资准入、法律差异、用工以及合同履行等国内外法律风险，国家层面通过两种途径对“一带一路”建设进行法律风险防范。一是提出打造绿色“一带一路”倡议，在对外投资中进行高水平环评，增加环评透明度并对环评结果进行披露；二是与东道国签定双边投资协定或对双边投资协定进行完善。企业层面从对海外投资侵权事件合法维权、提升企业风险防范意识以及完善合同文本方面对法律风险防范。上述措施有利于化解“一带一路”建设过程中的法律风险，对后疫情时代“一代一路”建设有显著正向影响。

“One Belt And One Road” Legal Risk Prevention In the Post-Epidemic Era

Abstract： As of April 5, 2021, there are more than 130 million confirmed cases of COVID-19 worldwide. The COVID-19 outbreak has had a significant negative impact on the construction of One Belt And One Road. At present, the novel coronavirus epidemic in China has been effectively contained, entering the post-epidemic era, and China is actively promoting the construction of "One Belt And One Road". Based on this, it is particularly important to analyze the legal risk of "One Belt And One Road" and explore preventive measures in the post-epidemic era. In the construction of "One Belt And One Road", legal risks such as ecological environmental protection, employment, contract performance and investment are prominent. In order to prevent the legal risks of "One Belt And One Road" construction in the post-epidemic era, countries can take measures to put forward the initiative of building a green "One Belt And One Road" and sign or improve bilateral investment agreements with host countries. At the enterprise level, it is necessary to protect the legal rights of overseas investment disputes, enhance the risk prevention awareness of enterprises, improve the contract text and add relevant clauses such as public health emergencies. So as to prevent the "One Belt And One Road" legal risk in the post-epidemic era.

Key words: the “Belt and Road”; legal risk; risk prevention; COVID-19; sustainable development

中国国际商事仲裁中仲裁员行使仲裁释明权的基本价值遵循与行为规范

李贤森

（中国人民大学 法学院，北京 100872）

摘要：仲裁释明是提高案件审理效率、保障案件结果实质公平等仲裁价值追求的重要手段，但是由于我国《仲裁法》及相关法规中没有明确规定仲裁释明，所以仲裁释明在仲裁实践中具有一定的敏感性和不确定性。仲裁员在行使释明权时，应当以分别对待案件实体与程序问题为基本方法，以诚实信用、中立公正、有限参与等为价值遵循，这有利于减少仲裁释明的风险性，增加仲裁释明的安全性，使仲裁活动更加公正、高效、专业、规范。

关键词：商事仲裁；仲裁法；仲裁员；仲裁释明权

释明具有提高争议解决效率，保证争议解决公正，节省争议解决资源的重要价值，商事仲裁作为争议解决体系中的重要支柱之一需要关注如何准确理解与恰当运用释明的问题。如何审慎行使仲裁释明权对仲裁员的职业素养与专业技巧提出了较高要求，对此仲裁员需要在熟练运用专业方法技巧的同时遵循诚实信用、中立公正、有限参与等基本价值。

一、 中国法语境中释明的概念解释与规范解析

（一）释明在中国法语境中的概念解释

释明对中国司法制度而言无疑是一个“舶来品”。释明主要是基于德国等大陆法系国家民事诉讼法理论与实践而逐步发展起来的一项学说与制度。在德国民事诉讼法中，释明的主要含义是通过法官的提问、开示、晓谕等引导方式使当事人对诉讼请求、主张、举证等特定事项进行说明、澄清，使当事人表述的事项更加明确、清晰、完整。[1]我国民事诉讼法及相关司法解释中并没规定释明的概念，但是在最高人民法院的裁定书中对释明的概念进行了界定。最高人民法院在(2015)民申字第 1417 号裁定书中认为:“所谓释明是指在当事人的主张不正确、有矛盾， 或者不清楚、不充分，或者当事人误认为自己提出的证据已经足够时，法官依职权予以提示，让当事人把不正确和有矛盾的主张予以排除，不清楚的主张予以澄清，不充足的证据予以补充的行为。”[2]我国主要从学理上对释明进行定义，认为释明的基本含义是当事人在诉讼过程中的诉讼请求、事实主张、举证责任、证据提供等不明确、不充分、不正确，进而可能影响到案件的实质审理结果时,法官可以以发问、询问、告知等方式，促使当事人对自己的请求、主张、举证等进行澄清、补充、明确, 以促进当事人与法官之间实现真实有效、准确清晰的意思沟通与联络，从而保证相对正确公正地处理案件。[3]

（二）中国法律体系中释明制度的规范梳理

作者简介：中国人民大学法学院博士生，研究方向为国际法、国际民商事争议解决。

1 王杏飞：《对我国民事诉判关系的再思考》，《中国法学》2019 年第 2 期。

2 最高人民法院(2015)民申字第 1417 号裁定书。

3 刘凯湘：《论释明权在仲裁程序中的理解与运用》，《北京仲裁》2008 年第 4 辑。

我国立法体系虽然没有明确规定释明权概念，但司法实践中大致建立起了以《关于民事诉讼证据的若干规定》（简称《证据规定》）为代表的释明制度。 2001 年 12 月 21 日最高人民法院所公布的《证据规定》是我国第一次较为明确地对法官释明权进行了规定。《证据规定》中有 4 条规定涉及释明权，第 3 条第 1 款与第 33 条第 1 款规定了法官应当向当事人就举证问题进行释明，并具体规定了对举证责任分配、举证要求、可以向法院申请取证的情形、举证期限以及逾期举证的法律后果进行释明。[4]第 8 条第 2 款规定了针对适用拟制自认规则时法官的充分说明与询问义务。[5]第 35 条第 1 款涉及的是法院对当事人诉讼请求变更的释明。[6]以上规定虽没有出现“释明”的概念，但实质上明确了释明的内容，在当时的历史条件下具有前瞻性，对国释明制度的构建具有重大影响。

在《证据规定》之后，不仅最高人民法院发布了多部涉及释明问题的司法解释，立法中对于释明的规定也日益增加。在 2003 年 12 月 1 日颁布实施起来的《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 20 条规定在简易程序中“对没有委托律师代理诉讼的当事人，审判人员应当对回避、自认、举证责任等相关内容向其作必要的解释或者说明”。2004 年 5 月 1 日起施行的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 5 条第 2 款规定“人民法院应当将放弃诉讼请求的法律后果告知赔偿权利人”。2008 年 4 月 1 日施行的《民事诉讼法》第 114 条规定法院对于决定受理的案件，应当告知当事人有关诉讼权利与义务，第 134 条第 3 款规定“宣告判决时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的法院”。2008 年 9 月 1 日后颁布实施的《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度的若干规定》是第一次使用“释明”的文字表述，第 3 条规定了诉讼时效不适用释明权制度。2015 年 2 月 4 日施行的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 104 条增加了法院关于指导当事人围绕证据的真实性、合法性以及与待证事实的关联性进行质证、说明与辩论的释明。

二、中国法律规定中释明的性质与价值

（一）如何认识中国法律规定中释明的性质

目前，在中国的法律架构中并没有规定释明的性质。从条文的表述看，释明性质的规定并不统一，有些规定偏向于权利，例如《环境民事公益诉讼司法解释》第 9 条、《消费者民事公益诉讼司法解释》第 5 条；另一些则偏向于义务，例如《证据规定》第 3、8、33、

4 第 3 条第 1 款内容为:“人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果, 促使当事人在合理期间内积极、全面、正确、诚实地完成举证。” 第 33 条第 1 款内容为 :“人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书 , 举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期举证的法律后果。”

5 第 8 条第 2 款内容为 : “对一方当事人的陈述 , 另一方当事人既未表示承认也未否认, 经审判人员充分说明并询问后, 其仍不明确表示肯定或者否定的, 视为对该项事实的承认 。”

6 第 35 条第 1 款内容为:“诉讼过程中 , 当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的 , 不受本规定第 34 条规定的限制, 人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。” 该条所援引的第 34 条规定的内容为:“当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料, 当事人在举证期限内不提交的, 视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料, 人民法院审理时不组织质证 , 但对方当事人同意质证的除外 。当事人增加、 变更诉讼请求或者提起反诉的 , 应当在举证期限届满前提出。”

35 条。值得关注的是我国一些地方高院出台了关于释明制度的详细规定，其中对释明的性质进行了规定，将释明定义为法官职责。例如《上海市高级人民法院民事诉讼释明指南》（以下简称《释明指南（沪）》）第 1 条规定“释明是法官的一项审判职责”、《浙江省高级人民法院关于规范民商事案件中法官释明的若干规定（试行）》（以下简称《释明规定（浙）》）第 1 条规定“释明是法官的一项审判职责”。何为职责，即职务与责任。职责既是主体因为其所处职务所具有的权利，也是因为其职务所应尽的义务，职责是权利与义务的结合。释明既是法官诉讼指挥权的一项重要内容，也是法官依法保护当事人诉讼权利与实体权利的法定义务。释明是权利与义务的结合，一方面来自保障实质公平之必要权利，另一方面则来源于权利受监督的责任体现。[7]因此，释明是法官的一项审判职责的论断是准确恰当的。对释明性质的准确认识有助于处理纠纷解决实践中不当释明的问题，特别是怠于释明与过当释明两类错误倾向。[8]恰当解决不当释明问题，将保障纠纷解决的公正与效率，提升当事人的信任度与满意度。

释明的方式主要有发问，晓谕和开示三种。发问是指裁判者因其指挥权而有权利针对性地向当事人进行提问，主要目的是追求案件真实。特别是在当事人诉讼能力不足的情况下，裁判者通过针对性提问可能有效帮助当事人还原与查明客观事实，也有利于裁判者充分了解事实形成自由心证。[9]开示是指裁判者可以向当事人表达袒露其在案件审理中所形成的与案件适用法律相关的观点与见解，以实现裁判者与当事人之间的信息沟通，避免突袭裁判，保障当事人的程序性权利，使当事人有足够的认识与准备来充分利用审理程序所提供的攻防机会。晓谕是指在当事人适用法律错误，或所提出的诉讼请求与事实不符，或所提供的事实不足以支撑其诉讼请求的情况下，裁判者应当告知提示当事人可以更换或改变其诉讼请求，或者要求当事人提供足以支持诉讼请求的证据。

释明的性质兼具权利与义务，较好地对应了释明的不同方式。释明作为义务时，主要通过晓谕的方式行使。裁判者通过晓谕的方式进行释明，可以弥补当事人诉讼能力的不足，促使当事人明确其请求、主张或提醒当事人补充不完整主张或陈述。目前，通过纠纷解决案例积累确立的判断裁判者是否具有释明义务的标准大致是：若裁判者没有进行释明而使案件审理结果发生逆转的盖然性较高，当事人双方的责任与利益分配将因为进行释明而发生重大变化，则此时为了保证纠纷解决的实质公正，裁判者就有释明的义务。[10]例如《审理民间借贷案件规定》第 24 条规定当事人认定买卖合同关系与人民法院认定民间借贷关系不一致时，法院应当向当事人释明变更诉讼请求。裁判者的释明被作为一种权利时，则主要通过发问和开示的方式行使。例如《专利权纠纷司法解释（二）》第 1 条规定了起诉状对据以起诉被诉侵权人侵犯其专利权的权利要求未记载或者记载不明的，人民法院应当要求

7 齐丽华：《认真履行仲裁员职责,做一名合格的仲裁员》，《北京仲裁》2018 年第 1 辑。
8 天津市红桥区人民法院课题组、张继萍、管纪尧：《关于法官释明权制度运行情况的调研报告》，《司法改革论评》2015 年第 1 辑。
9 张卫平：《自由心证原则的再认识:制约与保障——以民事诉讼的事实认定为中心》，《政法论丛》2017 年第 4 期。
10 李世阳：《故意概念的再定位——中国语境下“盖然性说”的展开》，《政治与法律》2018 年第 10 期。

权利人明确。《环境侵权责任纠纷的司法解释》第 9 条规定当事人未申请鉴定，人民法院认为有必要的，可以进行释明。

（二）如果理解中国法律规定中释明的价值

最高人民法院对于释明的宗旨与目的，在(2017)最高法民申 639 号裁判文书中有所表述:“释明的设立宗旨，除了为准确查明案件事实外，更重要的是为依法保障当事人的诉讼权利，尽可能防止当事人由于不适当行使诉讼权利而导致其丧失实体权利的情况发生。”[11]释明制度的目的是追求真实、还原真实。只有在还原案件真实情况的基础之上所作的判决才是公正的判决，这就需要裁判者突破被动的地位，发挥一定的能动性有所作为，以实现真相的还原。

释明的价值功能具体可以概括为三方面：沟通裁判者与当事人三方，保证案件审理的实质正义；增加审理程序的公正与透明（法律），防止突袭裁判；增加当事人对案件裁判结果的认可度（心证），提升裁判的公信力。[12]首先，释明可以沟通裁判者与当事人三方，实现案件事实、证据举证、法律适用等重要信息在三方之间进行充分且富有效率的交换，实现审理中的信息共享，使审理更加充分。这不仅有助于弥补当事人诉讼能力之不足，而且可以帮助当事人确立有序的攻防关系，保证案件审理的实质正义。同时可以拉近裁判者与当事人之间的心理距离，创造良好审理氛围。裁判者正确恰当地运用释明权可以帮助当事人补足诉讼能力之不足，使当事人靠近实质上的平等与能力的对等，使双方的攻击防御方法更具有实效。裁判者可以通过解释法律适用、引导当事人进行清晰、正确、充分的举证和集中焦点的有效辩论，有助于双方当事人探明彼此的诉讼意图，协调双方当事人之间的诉讼关系，帮助当事人确立有序的攻防关系。[13]通过恰当的释明，可以实现对纠纷解决资源的高效运用，实现充分审理提高裁判的质量。

从上述分析可见，在中国法律体系中对于释明的规定，主要是针对诉讼制度而设计的。就实现争议解决的目标而言，仲裁与诉讼对于释明的需求是相同的，但当前中国法律体系中没有针对仲裁释明的具体规定。仲裁作为争议解决方式，仲裁员同样可能需要在仲裁过程中进行必要的释明，以保证仲裁程序的高效、仲裁裁决的公正。诉讼释明的规定可以作为一种参考，但是并不必然适用于仲裁。相较于严格的诉讼释明，仲裁释明更加灵活，以更好地服务于仲裁的个性需求与活跃发展。仲裁释明应当区分实体性与程序性问题，并遵循诚实信用、中立公正、有限参与行基本价值与行为规范

三、在中国仲裁行业中仲裁员如何审慎行使仲裁释明权

优质的纠纷解决离不开释明的行使，仲裁释明具有实现信息沟通、构建事实及解决方案三大重要价值功能，即使是最完善的仲裁庭审组合也依然需要释明制度来保障案件审理

11 最高人民法院(2017)最高法民申 639 号裁定书。
12 熊跃敏：《民事诉讼法中法院释明的实证分析——以释明范围为中心的考察》，《中国法学》2010 年第 5 期。
13 杨小利、于四伟：《法律释明权的正当行使》，《人民司法》2016 年第 16 期。

的高效公正。目前，中国仲裁实务界对仲裁释明权的行使多持谨慎态度，这主要是因为目前的法律和仲裁规则下尚难找到仲裁释明权行使的依据。在当前的立法情况下，仲裁庭为了保证案件的公正与高效，需要审慎地结合个案情况进行有技巧的释明。[14]仲裁释明是一项具有专属性的精巧的技术工作，仲裁释明一定要具有特殊性、针对性，应当限定于针对具体个案的事项。为了减少仲裁释明的不确定性和敏感性，仲裁员审慎行使仲裁权应当以诚信、中立、公正、有限为原则，强化仲裁释明的公正性与合法性。

（一） 仲裁释明应当区分实体性与程序性问题

仲裁员审慎释明首先需要分清案件的实体问题与程序问题，前者多需要技巧性释明，后者通常不需要通过释明解决。释明之所以重要，关键在于释明事项可能影响当事人的具体权利义务关系，从而导致案件审理结果的不同。案件的实体问题与当事人的权利义务息息相关，例如仲裁请求、证据问题、法律理解等，将直接影响当事人仲裁利益能否得到保障，也是最容易引起当事人异议的事项。对此，仲裁员应当有技巧地进行释明，在不引起当事人反感的情况下将实体性问题释明清楚，从而保证仲裁结果的公正性。[15]例如，证据问题是当事人较难把握的事项之一，在当事人举证时出现证明事项不清、证据链条矛盾，证据形式缺陷的情况时，仲裁员应当通过晓谕的方式告知当事人需要明确证明目的，理清证据逻辑，提供合格证据等。实际上，即使是较为简单的实体问题释明，也应当注意一定的技巧与规范。例如仲裁请求不明确、不完整的释明，仲裁员固然可以直接告知当事人其仲裁请求不明确、不完整，但也容易引起对方当事人的反感，特别是当仲裁员直接要求当事人补正仲裁请求的情况时，对方当事人可能会产生较为强烈的质疑与不满情绪，认为仲裁员充当场外指导员偏帮一方。此时，如果仲裁员以询问的方式引导双方当事人核对确认其仲裁请求是否明确完整，则可以较好地避免对立情绪与怀疑态度，因此必要的技巧性处理是应当展现的。

案件中的程序问题由于不涉及当事人的实体权利与义务，并且程序对双方当事人是一致的，所以仲裁员可以就程序性问题直接提示或询问当事人，无需通过晓谕、询问、开示等释明方式来解决。但是，关于程序问题的释明存在一个例外，如果仲裁程序与其他争议解决程序有关联，并可能影响仲裁案件审理结果的，仲裁员应当通过晓谕的方式向当事人进行释明，告知其可能产生的法律后果并要求当事人作出必要的调整。例如 A 公司对 B 公司提起仲裁，B 公司为 A 公司制造的产品又受到行政管理部门的处罚，与 B 公司同时被处罚的其他产品公司已对行政管理部门提起行政诉讼。仲裁庭认为，虽然本案被申请人 B 公司没有行政管理部门提起行政诉讼，但该行政诉讼案的审判结果显然对被申请人 B 公司的产品是否合格产生具有法律约束力的判断结果，而该结束将直接影响到本案的仲裁结果。因此，仲裁庭以晓谕的方式明确告知双方当事人，鉴于本案的审理需等待另一件行政诉讼案件的处理结果，决定对本案中止审理。双方当事人认可并接受了仲裁庭的决定，待该行

14 在北京国际仲裁论坛（BIAF）2019 春季研讨会中，北京仲裁委员会秘书长林志炜先生和中国国际经济贸易仲裁委员会国际案件处处长张烨女士均认为仲裁庭应结合个案慎用释明权，有技巧地进行释明。
15 王亚新：《诉讼程序中的实体形成》，《当代法学》2014 年第 6 期。

政诉讼案件终审判决之后，本案才恢复审理。这个案件中仲裁庭对当事人就程序性问题进行释明，是有利于仲裁案件审理的。

（二） 仲裁释明应当遵循的基本价值与行为规范

1. 仲裁释明应当遵循诚实信用

诚信原则是私法中的基本原则与帝王条款，仲裁作为私权利救济的重要方式，也应当充分体现这一原则。诚信原则是约束争议解决所有参与方的基本原则，不仅当事人要受其约束，仲裁员也应当受其约束。诚信原则构成了仲裁员行使仲裁权，履行仲裁义务的基本准则，诚信原则是仲裁员维系平衡各种仲裁利益的价值纲领。[16]仲裁释明的主要目的在于探明当事人的真实意思表示，而此种探明必须以诚实信用、善良真诚为基本态度，否则仲裁员对于当事人意思的了解将是非中立的甚至是带有偏见的。此种非中立的仲裁释明将不能作用维系当事人利益平衡的工具，因为此时仲裁员通过释明所了解到的当事人意思表示本身就是非真实的，它受到了仲裁员主观倾向的影响而不能真实反映当事人的本初意志。[17]仲裁员作为案件的裁判者，在案件中具有专业性的身份与权威性的势能，其本身的表现将直接或间接地影响当事人及代理人的想法与态度，这也是仲裁员需要通过一定技巧与方法来进行释明从不干预当事人独立判断与选择的重要原因。

诚信原则的援引缺乏具体的法律规定，为了避免其成为“睡眠条款”，仲裁员在释明中应当将此原则具体化。诚实信用原则以当事人自治为前提、以规制当事人自治权利的正确行使为其本义。[18]这一方面说明诚信原则首先是针对当事人的仲裁行为的，另一方面说明诚信原则要求仲裁员尊重当事人的自治，不能干预当事人的辩论与处分。在仲裁案件中，仲裁员应当审慎地围绕当事人之间的争议焦点对当事人进行释明，中立地对有限范围内的释明事项采取晓谕、询问、开示等方式进行释明。[19]在仲裁释明过程中，仲裁员应当避免过多地介入当事人之间的具体攻防，更不应当指导一方当事人采取具体的攻防措施，而应当通过释明方法引导当事人明确争议焦点，充分陈述事实，列举有效证据、展开有序辩论，进而使得仲裁员可以从中发现案件的真实事实，作出公正裁决。

2．仲裁释明应当遵循中立公正

中立公正是仲裁员应当遵循的核心价值，这一点不仅是仲裁制度合理性合法性的前提与基石，也是所有争议解决方式获得得当事人信任与选择的核心要素。仲裁员在行使释明权时，一定要遵循中立公正原则。释明的根本目的就在于保证审理结果的公平，释明作为这一目的制度性工具，应当充分贯彻此价值。这要求仲裁员的地位与态度应当是超然中立、不偏不倚的，仲裁释明应当是客观中立、公平公正的。

在仲裁实践中，由于当事人及其代理人的法律专业能力有限专业经验有足等原因，有时当事人本来可以提起更有利的仲裁请求而不提起，本来应当提出更完整的仲裁请求而遗

16 汤维建：《论民事诉讼中的诚信原则》，《法学家》2003 年第 3 期。
17 杨会新：《当事人诉讼行为的意思表示瑕疵--基于程序安定与意思自治双重维度的考查》，《法律科学(西北政法大学学报)》2017 年第 4 期。
18 傅郁林：《论民事诉讼当事人的诚信义务》，《法治现代化研究》2017 年第 6 期。
19 张君明：《论民事诉讼中法官的不当释明》，《人民论坛》2015 年第 29 期。

漏，本来具有更清晰的事实而漏表，本来具有更有力的证据而不提供。当事人都是希望自己的仲裁请求或者答辩意见能得到仲裁庭支持的，但是当事人及其代理可能出于对双方的仲裁攻防策略判断不当，或由于对已方所提供的证据过于自信，或担心已方未提供的证据与事实会对自身不利等原因，而没有从更有利的角度来提出仲裁请求或进行答辩，没有提供更有力更完整的事实与证据。[20]这种情况下，具有丰富经验与正义感的仲裁员往往会在内心为当事人感到焦急。这种仲裁员出于良善本能与专业训练对当事人非正常失误所可能带来的风险与损失所引起的情绪波动，往往会引起仲裁员现场教学一展身心的感情冲动。这当然是不为仲裁制度所允许的，也是有悖于仲裁伦理有负于当事人信任的。所以，在仲裁释明中需要特别强调中立公正的价值。这一点制度根源在于释明制度设计初衷，释明制度出现之初即作为当事人辩论原则与处分原则的修正而存在，通过必要的引导措施服务于当事人意思自治更好地表达与发挥作用，仲裁员的释明必须是中立公正的而不能影响当事人的自主选择与处分。

3. 仲裁释明应当遵循有限参与

完整意义上的“释明并不是一方主体单方解释和说明的行为，而是一种具有双方联系和互动的行为结构模式。”[21]释明权的行使在根本上是尊重当事人的自主决定权的，即只有在当事人主义下才有必要谈论释明权。裁判者行使释明权并不意味着赋予了相对当事人特定的义务，即虽然裁判者在特定情况下可以要求当事人对特定事项进行补充、澄清、修正，但当事人并不必须有义务实施相应的释明行为。因为归根结底民事诉讼或商事仲裁是当事人对自身私益的处分，在裁判者告知当事人释明事项的相应法律后果后，当事人可以根据自身情况与意图，自主决定是否回应以及如何回应裁判者的释明要求。释明是一项需要发挥裁判者能动性的工作，这实际上与裁判者的中立地位存在一定程度上的紧张关系，裁判者任何过于积极主动的举动都有可能打破中立平衡。[22]释明权应当在个案中审慎与严谨地行使，并且控制在一定范围内，否则将破坏形式正义与程序正义，招致当事人的反感甚至反对，最终损害纠纷解决的公信力。[23]因此，在仲裁中释明应当秉持有限参与原则，应当结合个案对有限的事项进行释明。

将过多的内容归入仲裁释明之中可能会加剧其不确实性与风险性，当事人提出异议的机率也会增大。商事仲裁中当事人多为经验丰富的商主体整体素养相对较高，同时多聘请有专业律师作为代理人，虽然也会存在一些意外情况，但相较于民事诉讼需要在案件中进行释明的比例相对较低。仲裁员需要将更多的选择与处分的权利交于当事人自己掌握。例如针对变更仲裁请求的释明，贸仲、北仲等仲裁规则中多仅规定“当事人可以变更仲裁请求或者反请求”。《上海仲裁委员会仲裁规则》第 16 条第 2 款规定，仲裁过程中当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与仲裁庭根据案件事实作出的认定不一致的，仲裁

20 陈虎：《律师与当事人决策权的分配以英美法为中心的分析》，《中外法学》2016 年第 2 期。
21 张卫平：《民事诉讼“释明”概念的展开》，《中外法学》2006 第 2 期。
22 严仁群：《释明的理论逻辑》，《法学研究》2012 年第 4 期。
23 杨洋：《司法有限主义及中国司法的路径选择》，《理论界》2019 年第 3 期。

庭可以告知当事人其有变更仲裁请求的权利。当事人不变更的，不影响仲裁程序的进行。《上海仲裁委员会仲裁规则》的规定较为明显地规定了仲裁员对变更仲裁请求的权利，这在全国的仲裁委员会规则中是较为少见的。与民事诉讼不同，商事仲裁应当更加尊重当事人的主自选择，更加相信当事人的维权能力，释明事项与范围不必面面俱到，有限释明可以减少审理风险提高审理效率。

国际商事仲裁国籍问题研究——以“非内国化裁决”为视角

李子牧*

摘要：在世界各国对国际商事仲裁国籍认定标准存在差异的情况下，《纽约公约》规定“非内国裁决”来协调缔约国之间可能产生的仲裁裁决国籍冲突。“非内国裁决”是大陆法系国家和普通法系国家相互妥协的产物，便利国际商事仲裁裁决的跨国流动。“非内国化裁决”作为“非内国裁决”的至高追求，或在未来国际商事仲裁裁决跨国流动中发挥重要作用。

关键词：仲裁国籍；非内国裁决；非内国化裁决

Abstract: In the case of differences in nationality determination standards for international commercial arbitrations among countries, the "New York Convention" stipulates "non-domestic awards" to coordinate possible conflicts of nationality in arbitration awards among contracting states. "Non-domestic awards" are the product of mutual compromise between civil law countries and common law countries, facilitating the cross-border flow of international commercial arbitration awards. As the supreme pursuit of "non-domestic awards", "stateless awards" may play an important role in the cross-border flow of international commercial arbitration awards in the future.

Keywords: nationality of arbitration; non-domestic award; stateless awards

一、 国际商事仲裁国籍冲突问题研究

(一) 国际商事仲裁国籍的消极冲突

近年来，在我国司法实践当中出现了当事人选择国际商会国际仲裁院（以下简称“ICC”）等国外知名国际商事仲裁机构在北京、上海等中国内地进行国际商事仲裁，并要求我国法院进行承认与执行的案例。依据我国《仲裁法》，我国对于国际商事仲裁国籍的认定标准是依据国际商事仲裁机构的国籍。ICC 作为外国国际商事仲裁机构，其做出的仲裁裁决是外国裁决，其国籍应为法国巴黎。我国法院应依据《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）对 ICC 做出的国际商事仲裁裁决进行承认与执行。但是依据《纽约公约》对于国际商事仲裁国籍的规定，国际商事仲裁裁决的国籍应该依照国际商事仲裁裁决做出地标准来确定。因此 ICC 在我国内地做出的国际商事仲裁裁决应认定为我国

* 李子牧，男，中南财经政法大学法学院国际法硕士研究生。

国内仲裁，而不是外国仲裁裁决，我国法院无法依照《纽约公约》对 ICC 在我国内地做出的国际商事仲裁进行承认与执行。我国国内法与《纽约公约》的冲突导致外国国际仲裁机构在我国做出的国际商事仲裁出现国籍消极冲突的问题。

纵观世界各国，各个国家之间的国际 商事仲裁国籍的认定也不尽相同。在《纽约公约》制定时，法国、德国等大陆法系国家提出在仲裁裁决地标准以外增加第二项标准，即 “非内国裁决标准”。其目的就是要求按照其本国传统，使得国际商事仲裁可以依据所适用的程序法来认定国际商事仲裁的国籍并在《纽约公约》框架下获得承认与执行。[1]“非内国裁决”标准也为一些国内立法较为独特的国家提供了承认与执行的便利。前南斯拉夫 1982 年《国际私法》就同时采取仲裁地与仲裁程序法标准，来确认国际商事仲裁国籍。土耳其最高法院在司法实践中确立了依据仲裁所适用的实体法来确定国际商事仲裁国际的方法。[2]各国国内法对于国际商事仲裁国籍认定标准的不同可能导致国际商事仲裁国籍的积极冲突或消极冲突。在国际商事仲裁承认与执行的司法实践中，仲裁裁决地标准因其简单明确，容易认定的优势逐渐被法德的等大陆法系国家接受。我国可以借鉴其他国家国内立法和《纽约公约》的经验，修改国内立法，采用仲裁裁决地标准来确定国际商事仲裁的国籍

(二) 国际商事仲裁国籍的积极冲突

一国对于国际商事仲裁的承认与执行一般不会牵扯到一国国家利益和公共利益。而且基于国际商事仲裁的自治性和保密性原则，当事人在向司法机关提起撤销之诉或申请承认与执行国际商事仲裁之前，司法机关不得对国际商事仲裁主动进行司法审查。除非当事人在两个以上的国家分别提起撤销之诉时才会出现国际商事仲裁国籍的积极冲突。

国际商事仲裁国籍的消极冲突相比较于积极冲突较多，其主要表现在两个方面。其一表现如前文所述，因国内立法与《纽约公约》规定不符而产生的国际商事仲裁裁决的消极冲突。其二在于，“非内国化裁决”的适用。“非内国化裁决”的核心内容是国际商事仲裁裁决的约束力不与某一特定仲裁地法相关联，不受特定仲裁地法的约束。按照这一理论，国际商事仲裁裁决不会被任何国家依照内国法进行司法审查，也不会被任何国家的法院撤销判决。[3]“非内国化裁决”将当事人意思自治原则放置到至高无上的地位，利用当事人意思自治来排除司法审查的干预，进一步提高国际商事仲裁承认与执行的效率。本文笔者认为，“非内国化裁决”在国际商事仲裁顺利进行时并不会产生消极冲突，仅在当事人对于仲裁庭的组成无法达成一致、仲裁裁决损害了一方当事人利益或第三人利益，当事人无法获得相应救济时才会产生国际商事仲裁国籍的消极冲突。

(三) 国际商事仲裁国籍的重要性

国际商事仲裁的国籍问题之所以是一个很重要的问题，是因为国际商事仲裁国籍国法院与国际商事仲裁密切相关。国际商事仲裁国籍国法院不仅有权依据国内法对国际商事仲

[1] 刘晓红，《非内国仲裁裁决的理论与实证分析》，载《法学》2013 年第 5 期。
[2] 高薇，《论仲裁裁决的国籍——兼论中国司法实践中的“双重标准”》，载《西北大学学报（哲学社会科学版》）第 41 卷第 5 期。
[3] 李剑桥，《国际商事仲裁裁决的国籍问题》，载《中山大学法学评论》第 16 卷第 1 辑。

裁裁决进行司法监督，并且须为国际商事仲裁的顺利进行提供便利。国际商事仲裁地法院通常会为国际商事仲裁提供证据保全和财产保全，在仲裁程序开始之前就当事人提起的确认仲裁条款效力之诉以及是否中止诉讼程序等事项做出判定。[4]同时，国际商事仲裁裁决地国法院有权撤销国际商事仲裁机构做出的国际商事仲裁。国际商事仲裁做出地国法院撤销了一个国际商事仲裁，那么依据《纽约公约》，其他国家将大概率不会承认与执行被撤销的国际商事仲裁。国际商事仲裁的国籍问题实质上是国家司法权力之间的划分。在历史上，法国法院曾承认与执行了已被外国撤销的国际商事仲裁裁决。这一做法受到广泛的批评，其理由之一就在于法国法院没有尊重他国的司法主权。但在“非内国化裁决”视角下，国际商事仲裁裁决地与国际商事仲裁没有必然的联系。国际商事仲裁裁决地法院的裁决也对于承认与执行地法院没有约束力，法国法院的做法有一定的合理性。

基于以上论述，国际商事仲裁裁决国籍问题在世界范围来看，并不阻碍绝大多数国际商事仲裁的跨国承认与执行。世界上大部分国家都已逐渐接受《纽约公约》的观点，以国际商事仲裁裁决地来认定国际商事仲裁的国籍。国际商事仲裁国籍问题主要出现在一些国际商事仲裁国籍认定标准较为独特的国家。近年来，“非内国化裁决”或“无国籍裁决”理论的得到了迅速的发展，其试图摆脱国家对于国际商事仲裁裁决的司法监督的理论可以用来解决国际商事仲裁国籍冲突在承认与执行阶段出现的国籍消极冲突问题。“非内国化裁决”挣脱了国际商事仲裁裁决地法律的束缚，使国际商事仲裁的承认与执行仅在《纽约公约》的框架下接受承认与执行地法院的司法审查，使国际商事仲裁裁决无法被国际商事仲裁裁决地法院撤销。

二、“非内国化裁决”视角下的国际商事仲裁国籍问题研究

(一) “非内国裁决”的理论与实践

从《纽约公约》的规定来看，“非内国裁决”是一种既不是“本国裁决”，也不是“外国裁决”的仲裁裁决。“非内国裁决”在《纽约公约》框架下仅接受承认与执行地法院的司法审查，增强了国际商事仲裁的可执行性。“非内国裁决”原本作为《纽约公约》制定时各国对于仲裁裁决适用范围妥协的产物，原立法意图是用来尊重大陆法系国家的传统，扩大《纽约公约》的适用范围。在国际商事仲裁裁决国籍冲突的情况下，成员国可适用《纽约公约》规定的“非内国裁决”来承认与执行此类判决，履行自身的国际义务。从各国国内法的规定来看，“非内国裁决”也可被视为国际商事仲裁跨国流动的产物。在世界范围内，不同国家对于国际商事仲裁的国籍的认定标准各不相同。以《纽约公约》为代表的仲裁地标准被逐渐广泛接受，德国和法国等国也逐渐放弃了原先所坚持的国际商事仲裁所采用的仲裁程序所适用的法律来认定国际商事仲裁的国籍。但仍有包括我国在内的少数国家没有采用《纽约公约》的认定标准。

在 1983 年美国第二上诉巡回法院审理的 Bergesen v. Joseph Muller Corp 案件中就将一

[4] 赵健，《国际商事仲裁的司法监督》，法律出版社 2000 年版，第 30 页。

份在美国国内做出的国际商事仲裁裁决认定为“非内国裁决”，并使该国际商事仲裁在《纽约公约》的框架下得到承认与执行。美国上诉法院的观点是：一项仲裁裁决“不被认为是内国的”是指那些裁决属于《纽约公约》的范围并非因为它们是在国外做成，而是因为它们符合另一国家的法律制度，如符合外国程序法，或涉及当事人在外国有住所或其主要营业地位于执行地国家之外。美国上诉法院充分考虑当事人的意思自治和案件的涉外因素，不再过于强调仲裁裁决与国际商事仲裁裁决地之间的联系，使国际商事仲裁的承认与执行更加高效灵活。在我国目前还没有开放外国国际商事仲裁机构在上海自贸区以外地区进行国际商事仲裁的情况下，我国法院可以依据 “非内国裁决”对 ICC 等外国国际商事仲裁机构所作出的国际商事裁决进行承认与执行。在 2003 年无锡市中级人民法院审理的“旭普林公司案”[5]中，无锡法院率先将一份国际商事仲裁裁决认定为非内国裁决，但又以仲裁条款无效为由驳回了当事人的申请。

(二) “非内国化裁决”的理论与实践

“非内国化裁决”是近年来国际商事仲裁的一个重要趋势，其理论的核心在于试图使国际商事仲裁的程序摆脱仲裁地国家法律的适用或者控制[6]。将国际商事仲裁裁决接受裁决做出地法院和承认与执行地法院双重司法监督的模式转为国际商事仲裁仅受制于承认与执行地国家法律的单一监督模式，从而进一步降低国际商事仲裁受到司法监督的可能性。

“非内国化裁决”理论经过四十年的发展，“非内国化裁决”理论已经被一些国际条约、国内法和国际商事仲裁机构接受。1961 年《欧洲国际商事仲裁公约》规定在临时仲裁中，当事人有权决定仲裁地点。即国际商事仲裁裁决地与当事人约定的地点可能不同。国际商事仲裁的国籍取决于当事人的意思自治。1961 年《欧洲国际商事仲裁公约》的规定虽然没有放弃仲裁裁决地对于国际商事仲裁监督的规定，但是赋予当事人挑选国际商事仲裁国籍的权利。当事人可以依据自己的情况，挑选国际商事仲裁国籍，以规避国际商事仲裁决地法院的审查，体现了“非内国化裁决”的趋势。《比利时司法法典》（1985 年修订）第 1717 条第 4 款规定，如果仲裁协议的当事人为自然人且均不具有比利时的国籍或住所，或者不是比利时的法人，或在比利时未设有机构或者营业所时，比利时法院不受理对在比利时作出的仲裁裁决申请撤销的诉讼。[7]1988 年《瑞士联邦国际私法法规》第 192 条第 1 款规定：如果双方当事人在瑞士既无住所也无惯常居所或营业所，则得通过仲裁协议中的明示声明或事后成的书面协议，排除一切撤销仲裁裁决的程序，双方当事人也得仅仅依据第 190 条第 2 款所列的一种或数种理由而排除撤销国际商事仲裁裁决的程序[8]。目前，为止两国的立法实践效果仍然有待观察。比利时立法者在 1998 年就对该法条进行了修改。自《瑞士联邦国际私法法规》颁布以来的十多年的时间里，法规第 192 条并未在实践中得以实施。直到 2005 年，瑞士联邦最高法院依据该法条作出了第一份判决，从而明确了法规第 192 条的适

[5] [2003]锡立民终字第 074 号民事裁定
[6] 赵健，《国际商事仲裁的司法监督》，法律出版社 2000 年版，第 34 页。
[7] 赵秀文，《非内国裁决的法律性质辨析》，载《法学》2007 年第 10 期。
[8] 陈静，《浅析瑞士国际仲裁中的排除协议》，《仲裁研究》，2009 年第 1 期。

用。除此之外，马来西亚也在一定程度上接受了 “非内国化裁决”的理念。1952 年，马来西亚对其国内《仲裁法》进行了修改，承认吉隆坡仲裁中心的地位，马来西亚法院作为国际商事仲裁裁决做出地法院在实践中放弃对该中心所做的国际商事仲裁裁决进行司法监督。[9]《伦敦国际仲裁院仲裁规则》规定，如果当事人以书面形式明确选择适用仲裁地以外国家的程序法，并且仲裁地法律又不禁止的情况下，仲裁程序可以适用当事人选择适用的法律[10]。如前文所述，法国和德国等国家都曾以国际商事仲裁所适用的程序法来确认国际商事仲裁的国籍。伦敦国际商事仲裁院允许当事人协议选择国际商事仲裁所适用的法律，对于以国际商事仲裁所适用的程序法为国籍认定标准的国家而言，可以视为允许当事人协议选择国际商事仲裁国籍，体现出“非内国化裁决”倾向。

“非内国化裁决”理论的最高追求是彻底的摆脱国家的司法监督，将双方当事人的意思自治推崇到至高无上的地位，达到“无国籍仲裁裁决”的目的。不少学者对于“无国籍仲裁裁决”持否定的态度。其主要观点可以归结于两点，首先，任何仲裁都发生在一个特定的领域，并受到该地法律的支配，这是一国司法主权的必然要求。其次，如果非国内仲裁存在严重违反仲裁程序的情形，除非当事人自己约定放弃此项权利，仲裁裁决地法院理应有权撤销该裁决[11]。本文笔者也认为“无国籍仲裁”还存在较大的理论缺陷。首先，国际商事仲裁与特定国家之间存在的特定关系不仅仅局限于仲裁裁决地国家法院对国际商事仲裁的司法审查，也存在于仲裁裁决地法院对国际商事仲裁司法支持。国际商事仲裁裁决地法院在仲裁庭的组成、财产保全和证据保全等中间措施等问题上为国际商事仲裁的顺利进行提供了支持与保障。其次，国际商事仲裁的自治性也充分决定了仲裁协议的效力通常仅局限于双方当事人，即仲裁协议的效力不对仲裁协议之外的当事人产生约束力。在各国际商事仲裁机构中，仲裁第三人也难以加入到诉讼程序中来。国际商事仲裁中的第三人在无法加入国际商事仲裁情况下，可以在仲裁裁决地法院提出诉讼以维护自己的合法权益。当国际商事仲裁不受国家司法监督的情况下，仲裁第三人的利益无从保障。“无国籍仲裁”作为一种对当事人意思自治推崇达到最高境界的国际商事仲裁方式在国际商事实践中还是较为少见，在一些特定的行业，“非内国化裁决”还是得到了发展。例如，在体育仲裁和在线仲裁中，仲裁地法律就无法起到作用。[12]同时，国际商事仲裁的非国内化倾向还是在不断在增强有学者认为，国际商事仲裁的仲裁地具有偶然性。仲裁地的选择可能是基于交通、通信、或基础条件的考虑。通常情况下，当事人根本就没有考虑仲裁地选择所带来的影响，而仅仅出于对国际商事仲裁机构的信任或其良好的声誉。国际商事仲裁裁决地法院对于国际商事仲裁的监督的效力的合理性收到了质疑。越来越多的国家和国际商事仲裁机构允许当事人在本国或本机构进行的国际商事仲裁采用其他国家或机构的仲裁规则或者法律。

(三) “非内国裁决”理论与“非内国化裁决”理论的区别与联系

[9] 赵健，《国际商事仲裁的司法监督》，法律出版社 2000 年版，第 37 页。
[10] 赵健，《国际商事仲裁的司法监督》，法律出版社 2000 年版，第 38 页。
[11] 徐伟功，《国际商事仲裁理论与实务》，华中科技大学出版社 2017 年，第 121 页。
[12] 徐伟功，《国际商事仲裁理论与实务》，华中科技大学出版社 2017 年，第 122 页。

“非内国裁决”与“非内国化裁决”的联系主要在两个方面。首先，两者均尊重当事人的意思自治。“非内国裁决”充分尊重当事人对于国际商事仲裁机构和地点的选择，即使当事人的选择使国际商事仲裁依据《纽约公约》承认与执行出现困难，承认与执行地法院依然可以依据自身的权力，将出现国籍消极冲突的国际商事仲裁裁决认定为“非内国裁决”进而承认与执行。“非内国化裁决”将当事人意思自治推崇到至高无上的地位，意图摆脱国家对于国际商事仲裁的司法审查，最终达到“无国籍仲裁的目的”。其次，“非内国裁决”与“非内国化裁决”均只接受一个国家的司法审查。“非内国裁决”其本质为内国裁决，加之仲裁裁决地与承认与执行地两者重合，“非内国裁决”仅接受本国的司法审查。“非内国化裁决”试图摆脱仲裁裁决地法院的司法审查，以防止一方当事人在国际商事仲裁败诉后又在仲裁裁决地起诉，严重影响国际商事仲裁的效率。但“非内国化裁决”要想获得在各国法院获得承认与执行，必须依据《纽约公约》，接受《纽约公约》框架下承认与执行地法院的司法审查。

“非内国裁决”与“非内国化裁决”的区别主要在如下。首先，“非内国裁决”适用范围远远超出“非内国化裁决”。“非内国裁决”作为《纽约公约》框架下普通法系和大陆法系妥协的产物，可依据《纽约公约》在一百五十六个缔约国境内获得承认与执行。而“非内国化裁决”仅在个别国际公约、少数几个国家的国内立法中有零星的规定，其适用也受到了严格的限制。其次，“非内国裁决”在向法院申请承认与执行前，仲裁裁决地法院可以撤销国际商事仲裁裁决。“非内国裁决”在向法院申请承认与执行判决前不受任何国家法院的司法审查。依据《纽约公约》第五条，仲裁裁决地法院仍然有权对“非内国裁决”进行司法监督。在国际商事仲裁裁决地法院和承认与执行地法院重合的情况下，该国法院既可以撤销“非内国裁决”，也可以拒绝承认与执行“非内国裁决”。而“非内国仲裁”仅可在《纽约公约》框架下被拒绝承认与执行。

三、我国国际商事仲裁国籍认定标准的完善

依据我国《仲裁法》[13]外国仲裁机构无法在我国进行国际商事仲裁，外国国际商事仲裁机构不属于我国《仲裁法》中规定的仲裁机构。外国国际商事仲裁机构在进行国际商事仲裁时也无法向我国人民法院申请财产保全和证据保全，外国国际商事仲裁机构在我国进行国际商事仲裁存在较大阻碍。近些年来，我国在自由贸易试验区中，对外国国际商事仲机构在我国进行国际商事仲裁进行了试点。在《进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》中，国务院明确提出上海自贸区应进一步对接国际商事争议解决争议规则，优化自贸区仲裁规则，支持国际知名商事争议解决机构入驻。目前，ICC 在上海自贸区已经设立办公室并开展国际商事仲裁业务。笔者认为，我国会逐渐开放我国国际商事仲裁市场，积极应对外国国际商事仲裁机构对于我国国际商事仲裁机构的冲击。

[13] 我国《仲裁法》第 10 条规定:仲裁委员会由前款规定的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。第 79 条规定：“本法实施前在直辖市、省、自治区人民政府所在地的市和其他设区的市设立的仲裁机构”。

在我国现有的司法实践中，我国法院也一改之前混乱的做法，在法院的职权范围内争取让国际商事仲裁得到承认与执行。在司法实践当中，人民法院不再将当事人约定由 ICC 等国外国际商事仲裁机构进行的国际商事仲裁协议因其在中国大陆没有固定的办事机构而将该国际商事仲裁协议认定为临时仲裁协议并依据我国法律认定临时仲裁协议无效，为当事人选择 ICC 在我国进行国际商事仲裁扫除了障碍。在“瑞士德高钢铁公司与宁波市工艺品进出口有限公司冷轧钢买卖合同纠纷”中，宁波人民法院率先承认 ICC 做出的一份国际商事仲裁裁决为“非内国裁决”。此裁决在我国理论界与实务界之间产生了较大的影响。根据最高人民法院的回应，宁波法院的做法并不代表最高院的态度和立场，在我国日后的司法实践当中，“非内国裁决”的适用标准还有待最高院的统一。本文笔者认为我国法院在将一份国际商事仲裁裁认定为“非内国仲裁”以前会依照国内法对国际商事仲裁裁决进行司法审查。在“瑞士德高钢铁公司与宁波市工艺品进出口有限公司冷轧钢买卖合同纠纷”中，法官在裁决书中写到，该裁决并不违反该国的国内法，从而可以进行承认与执行。因为该国际商事仲裁在由需要在外国承认与执行的需求，我国法院将该裁决认定为“非内国裁决”，从而方便当事人依据《纽约公约》进行承认与执行。

四、总结

在“非内国化裁决”理论的发展中，仲裁裁决地法律与国际商事仲裁之间并无必然联系的观点正在被逐渐接受。部分国家已经不再保留作为仲裁裁决地对于国际商事仲裁的司法审查的权力。《纽约公约》中规定的“非内国裁决”本意就是削弱国际商事仲裁与仲裁裁决做出地之间的关系，从而扩大《纽约公约》的适用范围，推动国际商事仲裁的跨国承认与执行。在我国《仲裁法》修改的背景下，我国应积极借鉴《纽约公约》和其他国家的先进经验，修改国内立法，采用仲裁裁决地法律来认定国际商事仲裁的国籍，消除外国国际商事仲裁机构在我国境内做出的国际商事仲裁的国籍冲突。

国际投资法中的非法征收及其补偿

The Unlawful Expropriation and its Compensation in International Investment Law

李尊然（中原工学院，河南郑州，450006）*

内容提要：在国际仲裁与司法实践中，自从第一件被认定为非法征收的案件——霍茹夫工厂案以来，非法征收问题一直蛰伏多年。晚近时期以来国际投资仲裁庭和国际法庭认定的非法征收案件数量猛增，揭示非法征收问题已经明显苏醒。全面梳理和分析自古代特别是近代以来有关非法征收问题的国际法实践表明，王（皇）权和国家利益至上背景下的征收绝对合法理念和做法已经让位于近代社会重视公民财产权和对国家征收权和外国投资者合法权益的均衡保护。依照利益平衡原则和公共目的、正当法律程序、非歧视和给予补偿“四要件”标准区分合法与非法征收，并对二者适用不同的补偿标准，是一种正在形成的习惯国际法规则，为国际投资法律关系的性质和国际投资协定的目的所要求，也符合我国国家利益。该规是国家责任法的细化和发展。

［Abstract］In international arbitrational and judicial practice, since the first case of unlawful expropriation, the *Chorzów* Factory case, the issue of unlawful expropriation has been dormant for decades. While the quantity of unlawful expropriation cases awarded by international tribunals and courts is rapidly increasing, the issue has been obviously awakened. A comprehensive review and analysis of the international law practice relating to the lawfulness of expropriation beginning from the ancient time especially the recent time shows that the notion of absoluteness of expropriation has been replaced by the new one emphasizing on the individual property rights and maintaining a balance between the eminent domain and foreign investor’s rights. Differentiating between the lawful and unlawful expropriations based on the principle of balance of interests and the four conditions——public purpose, due process of law, non-discrimination, and payment of compensation——and the application of different standard of compensation are becoming a rule of customary international law, which are required by the nature of legal relation of international investment and the purpose of international investment treaties, are in conformity with China’s national interest, and are a kind of development and detailing of state responsibility law.

关键词：国际投资法；非法征收；补偿

［Key Words］ international investment law; unlawful expropriation; compensation

国家征收外其境内的外国投资的权力是否不可挑战，如果可以，非法征收如何认定，非法征收实施国应如何给予外国投资者补偿？这些问题历来争议极大。当代相关的国际投资仲裁与司法判例逐渐增多，但裁决结果仍缺乏一致性，而且国家责任法对此也尚无明确的规则，这阻碍了各国之间双边和多边投资协定的达成，不利于国际投资的发展。在这方面，我国也面临着相当棘手的问题，如一方面被外国投资者提起国际仲裁的案件逐渐增多，[1]另一方面许多对外投资项目被无端叫停。[2]这些案件不少可能涉及非法征收。对此进行研

* 李尊然，1964 年出生，男，汉族，河南滑县人，国际法学博士，中原工学院法学院教授，主要研究国际经济法、国际知识产权法，QQ：595889041，Email: lizunran@126.com, 电话：18625508670。

[1] 自 2011 年起至今，我国在 ICSID 作为被申请人已经有五起案件，其中最近三起新增案件尚在审理中：Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/17/19); Macro Trading Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/20/22); Goh Chin Soon v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/20/34). https://icsid.worldbank.org/cases/case-database. 另外，我国在常设仲裁法院（PCA）还

究并采取相应措施非常必要。

一、非法征收的历史渊源

（一）征收绝对合法时期

一国征收位于本国的外国人财产的合法性及其补偿问题可以追溯到一两千年之前。西方文献较早的记录如《古代日耳曼历史：日耳曼王朝国王文书》中的亨利四世于 1081 年分别授予卢卡（Lucca）和比萨（Pisa）的特许权都未对被征收人给予补偿。[3]在同一时期，征服英格兰的威廉国王以叛乱为由或者以其它公共或私人目的（比如为了修建城堡或狩猎场）对许多英国人土地和其他财产进行征收也未给予财产所有者任何补偿。[4]与此相类似或更甚的是，我国古代王朝基本上奉行“溥（普）天之下，莫非王土”[5]和“六合之内，皇帝之土”的观念。[6]即使春秋战国以降，土地制度有所变化，但基本是王（皇）权分配的结果，不是真正的私有制，鲜有对本国人和外国人私有财产的征收及补偿制度出现，因此可以推定不存在征收的合法与非法之分。可以说，古代东西方对外国人私有财产的征收至少有一点是一致的，那就是王（皇）权至上，征收绝对“合法”，无需补偿。这种做法一直持续到二十世纪才有所转变。

（二）非法征收的蛰伏期

近现代以来，随着资本主义的兴起，保护私有财产的思想受到各国一致认可，各国对于外国人财产的保护也达到了史无前例的高度。第一次世界大战以后，由常设国际法院和国际仲裁庭审理的一些案件提出并认定了东道国政府对外国人财产（投资）的征收的“非法性”。

第一起通过裁判正式认定为非法征收的案件是 1928 年常设国际法院（PCIJ）审理的霍茹夫工厂案。该案涉及一战后西里西亚地区划归波兰后波兰政府根据其新颁布的《清算法》没收该地区的霍茹夫硝酸厂的行为，属于非法征收。法院指出：“波兰政府被本院认定为与《德国－波兰关于上西里西亚地区的日内瓦公约》相抵触的行为不是征收，而是对财产、权利和利益的一种没收。”不仅如此，该案裁决还首次正式提出应区分合法与非法征收并适用不同的补偿标准。法院认为：“这些权利不能仅仅通过补偿加以征收——要使该行为合法，仅支付公正平补偿是不够的。”法院随即又写道：“只有当波兰政府有权征收，而且其不法行为仅限于未向两公司支付被征收（企业）的公平价格的情况下，才允许将补偿限制在企业被剥夺时的价值和支付日之前的利息。”法院进一步确认，对于非法征收，必须给予恢复原状的救济，即赔偿必须尽可能消除非法行为造成的一切后果，重建如果违反行为不发生就完全可能存在的形势。在物质上的恢复原状不可能时，则应支付相当于恢复原状所需要

有一起作为被申请人的投资仲裁待决案件：Jason Yu Song (United Kingdom) v. People’s Republic of China, PCA 2019-39. https://pca-cpa.org/en/cases/241/, all above visited on Feb. 2, 2021.

[2] 参见黄河：《中国企业跨国经营的政治风险：基于案例与对策的分析》，《国际展望》 2014 年第 3 期，第 68-87 页；任清：《为何斯里兰卡科伦坡港口城项目说停就停——为防范海外投资政治风险支招》，《国际工程与劳务》2015 年第 4 期，第 73-76 页；何金花、田志龙：《中国海外投资项目政治风险的演化:基于合法性视角的案例研究》，《管理评论》2019 年第 6 期，第 277 页。

[3] Heinrich Appelt et al (ed), *Monumenta Germaniae Historica, Diplomata Regum et Imperatorum Germaniae*, 6/1, Hannover: Hahnsche, nos. 334, 336.

[4] Robin Fleming, *Domesday Book and the Law: Society and Legal Custom in Early Medieval England*, Cambridge University Press, 1998, index para. 526 (castles); Tomas Anold (ed.), Henry of Huntington, *Historia Anglorum: The History of the English from AC 55 to AD 1154*, p. 404 (VI. 39, hunting grounds).

[5] 金启华：《诗经全译》，江苏古籍出版社 1984 年版，第 515 页

[6] 司马迁：《史记》，中华书局 2014 年版，第 145 页。

的款额。[7]

此一时期，还有其他案件被以不具有公共利益目的为由认定为非法征收，如史密斯求偿案。[8]该案涉及被告古巴以扩大某一城市化工程为由征收美国人拥有的一块土地，仲裁庭以被告表面上是公共目的，实际上被用于被告公司的娱乐和私人盈利之目的为由，认定该征收行为并非公共用途，从而属于非法征收。

这些司法与仲裁实践体现在条约法上，就是上世纪五六十年代之前各国间的《友好条约》中的国际投资规则已经摒弃了古代的征收绝对合法的理念，对于征收做出了应予补偿等限制性规定，否则即为非法。[9]如 1946 年《中美友好通商航海条约》第六条第二款规定："缔约此方国民、法人及团体之财产，在缔约彼方领土内，非经合法手续，并迅付公平有效之偿金，不得征取。"

但是，自此以后直到八九十年代大约六十年的一个时期内，国际法庭或仲裁庭一直没有适用这一规则。我们将这一时期称为非法征收的"蛰伏期"。

出现这种"蛰伏"现象是此一时期国际政治经济形势的反映。在这一时期，特别是经过第二次世界大战之后的五六十年代，刚摆脱殖民的国家或者战后初期的发展中国家，基于外资在历史上对东道国的掠夺以及政治独立后经济独立的要求，主张征收外资是其主权权力，即其合法性不容置疑，并且主张对于被征收的外国投资不予补偿或最多给予低于市场价值的"适当补偿"。这表现在联合国大会此一时期通过的若干文件。如联合国大会 1962 年《关于自然资源永久主权的宣言》第 4 段指出："收归国有、征收或征用应以公认为远较纯属本国或外国个人或私人利益为重要的公共事业、安全获国家利益等理由为根据。遇有此种情形时，采取此等措施以行使其主权的国家应依据本国现行法规及国际法，予原主以适当的补偿。"[10]联大 1973 年《关于自然资源永久主权的第 3171 号决议》指出国有化的权利是"不可侵犯的"主权，而"征收就是这种主权的体现，这意味着各国有权决定补偿方式和补偿数额"。这明显进一步限缩了合法征收的构成要件，强调征收的权力，排除征收应付的确定性国际义务。[11]1974 年联合大会第 29 届会议通过的《各国经济权利和义务宪章》也做了与此类似的规定："每个国家都有权把外国资产收归国有、征用或转移其所有权。在这种场合，采取上述措施的国家应当考虑本国有关的法律、条例以及本国认为有关的一切情况，给予适当的补偿。"[12]正如学者 Muchlinski 所言，"征收合法性是国际法上最具争议的问题之一"。[13]在这种情况下，在大量的国际投资协定中，征收及其补偿标准条款缺乏一致性在所难免，更别说争议最大的非法征收及其补偿标准问题了。这也必然阻碍仲裁庭在晚近时期具体案件中作出非法征收的认定。

（三）非法征收的苏醒期

大约从晚近时期开始，非法征收案件再次更多出现，特别是出现不予补偿即构成非法征收的裁决。如伊美求偿庭于 1984 年 6 月 29 日作出裁决的 TAMS-AFFA 诉伊朗案也是因

[7] Factory at Chorzów (Germany v. Poland), PCIJ Ser A, No.17, Judgment of 13 September 1928, paras. 123-125.
[8] Walter Fletcher Smith Claim (US v. Cuba) (1929) 2 RIAA 913.
[9] 如下文引用的 1955 年美国－伊朗《友好条约》。两国在 1856 年已经签署《友好与贸易条约》。另如 1946 年中美《友好通商航海条约》。
[10] 联合国大会第 1803 号决议，《自然资源永久主权宣言》，A/RES/1803(XVII)(1962)，第 4 段。
[11] 联合国大会《关于自然资源永久主权的第 3171 号决议》，A/RES/3171(XXVIII)(1973)，第 1、3 段。
[12] 联合国大会第 3281 号决议，《各国经济权利与义务宪章》，A/9631(1974)，第 2 条第 2 款。
[13] Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law, 2nd ed.* Oxford: John Wiley and Sons Ltd, 2007, p. 597.

为被求偿人（即被申请人）剥夺请求人的财产而未给予补偿，因而被暗示为非法征收。[14]在 1989 年的赛德科诉伊朗案中，伊美求偿庭根据东道国未予补偿外国投资者这一事实来判定其为“单独的（separate）非法征收”，而没有对公共目的、非歧视以及正当法律程序进行审查。[15]欧洲人权法院一直倾向于认为不予补偿导致征收非法，但认为要使征收合法，补偿数额并非必须反映“公平市价”或“完全”价值。在 1995 年的帕帕米恰罗波罗斯等人诉希腊案中，原告位于马拉松附近的一些地块被希腊海军强行占用建造海军要塞，由于希腊未支付补偿，被欧洲人权法院认定为“非法剥夺”。[16]

从本世纪初 2006 年 10 月 2 日的 ADC 诉阿根廷案仲裁庭再次适用这一规则以来的近十年内，出现了更为密集的被判非法征收的案例。[17]这表明关于非法征收的国际投资法已经发展到了一个新的“苏醒期”。

非法征收案件苏醒的背后同样是国际政治经济形势的反映。到了上世纪七八十年代，以亚洲四小龙和拉美国家借助外国投资实现经济腾飞为榜样，许多发展中国家竞相出台吸引外资的政策，外国直接投资受到广泛追捧，造成国际上对外资保护的加强。体现在其对外国投资的政策上，就是东道国极少会对外国投资予以大规模的国有化或者进行非法征收。与此同时，资本输出国强调对投资的保护，如美国《第三次对外关系法重述》主张合法征收应当满足的条件包括为了公共利益之目的，非歧视、正当法律程序以及给予投资者公平补偿。[18]

同时，非法征收的这种“苏醒”与晚近以来国际社会更加注重对东道国环境保护、公共健康等公共利益和外国投资者私人利益保护的平衡有关。虽然强调公共利益理论上会阻却仲裁庭将东道国的此类措施认定为非法征收，但一些国家以环保、公共健康等公共利益为幌子对外资实施剥夺的行为，反而促使仲裁庭作出非法征收的认定。如 2014 年 7 月 18 日，位于荷兰海牙的常设仲裁法院（PCA）在尤科斯诉俄罗斯一案中，一致判决俄罗斯补偿尤科斯 500 多亿美元，理由是俄罗斯采取税收、冻结并强迫出售资产以及骚扰等一系列措施，摧毁当时俄罗斯最大的石油公司尤科斯，并最终由国有石油公司接管该公司的行为属于非法征收。[19]该赔偿额创国际投资争端案件历史记录。紧接着，在 2015 年 9 月 16 日，“投资争端解决国际中心”（ICSID）又在 Quiborax 诉玻利维亚一案中认定玻利维亚终止曾合法授予被告的开采许可等行为构成非法征收，据此仲裁庭要求玻利维亚赔偿请求人 4860 万美元。再如 Vivendi 诉阿根廷案，该案涉及阿根廷对于已经授予申请人的供水特许合同所采取的一系列措施被指控为非法征收。被申请人抗辩的理由之一是这项覆盖当地人口的饮用水工程牵涉环境和公共健康等公共利益，因此不应对其正常管理行为承担责任。但仲裁庭对双

[14] TAMS-AFFA v. Iran, IUSCT Case Award No. 141-7-2 (29 June 1984), 6 Iran-US CTR 225.
[15] Sedco v. Iran, IUSCT ITL Award No. 59-129-3, 10 Iran-US CTR 180, pp.186-187; Sedco v. Iran, IUSCT Award No. 419-128/129-2 (March 30, 1989), pp. 34-35.
[16] Papamichalopoulos and Others v. Greece, ECtHR Ser. A, No. 330-B, Judgment of 31 October 1995, para. 36. 该案涉及原告位于马拉松附近的一些地块被海军强行占用建造海军要塞，也被欧洲人权法院认定为“非法剥夺”，亦即非法征收。
[17] 据不完全统计，至少还有如下案件被全部或部分认定为非法征收：ADC Affiliate Ltd. (ADC) v. Hungary, ICSID Case No. ARB/02/1, Final Award of 2 October 2006; Siemens A. G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award of 6 February 2007; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal (Vivendi) v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 20 August 2007; Devecioğlu v. Turkey (Application no. 17203/03), Award on 13 November 2008, European Court of Human Rights;Yukos Universal Limited (Yukos) v. Russia, PCA Case No. AA 227, Final Award of 18 July 2014; Quiborax S.A. and Non Metallic Minerals S.A. (Quiborax) v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Award of 16 September 2015.
[18] American Law Institution (ed.), *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, sec. 712(1987).
[19] Yukos Universal Limited (Yukos) v. Russia, PCA Case No. AA 227, Final Award of 18 July 2014.

方关于歧视要件的争议不置可否，最终认为无论阿根廷的措施是否为了公共利益和是否具有歧视性，都不影响不予补偿导致征收非法这一结论。[20]

二、征收合法性对补偿的影响

关于征收合法与否对补偿的影响，主要有两种截然不同的观点。一是传统主义观点，认为无论征收合法与否都应当适用条约规定的补偿标准，即“同一标准”原则；二是现代主义观点，认为对于非法征收应当适用较高的补偿标准，即“区分标准”原则。

（一）传统主义观点：不区分合法与非法征收并适用同一补偿标准

国际仲裁实践中在征收的合法性对补偿的影响方面的观点有一个明显的发展轨迹。在霍茹夫工厂案之后大约 60 年的蛰伏期内，仲裁庭一直坚持适用同一标准，即不区分征收是否合法而适用同一补偿标准，这种观点被称为“传统主义”或“同一标准原则”。[21]典型案例如下。

仲裁庭对相关被诉措施不进行征收合法性审查的理由主要有以下几种：

1. 原告或申请人未提出恢复原状或裁决日之后财产升值部分的诉求；相关条约未规定非法征收的补偿标准。如菲利普斯石油公司诉伊朗一案，申请人并未提出恢复原状的请求，[22]也没有提出裁决日之后财产升值部分的诉求。仲裁庭认为，正是申请人未提出诉求的这两种情形才需要区分合法与非法征收，因此本案无需审查征收的合法性问题。[23]同时，仲裁庭援引 1955 年美国－伊朗《友好条约》第 4 条第 2 款的规定，认为这一规定确定了一个与合法征收或非法征收无关的单一补偿标准，即“相当于被征收财产在征收时或征收前的全部价值”标准。[24]

2. 原告或申请人未提出以习惯国际法补偿标准取代条约标准。如 Metalclad 诉墨西哥案仲裁庭虽然认定被申请人在未支付补偿的情况下间接征收了 Metalclad 公司的投资，违反了《北美自由贸易协定》（NAFTA）第 1110 条。[25]但是，申请人没有请求以习惯国际法补偿标准替代该条第 2 款规定的标准，因此仲裁庭没有讨论征收的合法与非法性质。又如中东水泥储运公司诉埃及案也是由于申请人没有试图用新的标准替换 BIT 中的合法征收补偿标准，因而仲裁庭只是得出被申请人的措施构成一种未给予申请人以充分、即时和有效补偿的“相当于征收的措施”的结论，因而无需按照 BIT 的规定来审查构成非法征收的公共目的、非歧视以及正当程序要件。[26]

3. 原告或申请人未提出非法征收之诉或者有关征收的诉求被驳回。如亚洲农产品公司诉斯里兰卡案申请人并未提出有关征收的请求，虽然仲裁庭基于双方的同意，对此适用了不同于两国 BIT 规定的补偿标准，却没有论证它是否非法征收。[27]

可见，在这类案件中，仲裁庭并不否定应当区分合法与非法征收，只是认为自己从程序上没有机会论述征收的合法性，因此在实体法上不具有可参考性。的确，在这一时期的

[20] Vivendi v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 20 August 2007, paras. 6.5.14, 7.5.21.
[21] Tuomas Kuokkanen, *International Law and the Expropriation of Natural Resources*, 11 Finnish Y.B. Int'l L. 325, 354-355 (2000).
[22] 霍茹夫工厂案法庭认为对非法征收的首要补偿方式是恢复原状，即“赔偿必须.....恢复到未实施(致害)行为时的状况”。Factory at Chorzów (Germany v. Poland), PCIJ Ser A, No.17, Judgment of 13 September 1928, para.125. 但实际上，恢复原状在绝大多数国际投资案件中都是不可能的。
[23] Phillips Petroleum Company Iran v. Iran, IUSCT. Award No. 425-39-2 (June 29, 1989), para. 110.
[24] Phillips Petroleum Company Iran v. Iran, IUSCT Award of June 29, 1989, No. 425-39-2, paras. 104, 109.
[25] Metalclad v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of Aug. 30, 2000, paras. 113-122
[26] Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award of April 12, 2002, paras. 104, 149, 179.
[27] Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award of June 27, 1990, para. 88

案件中，裁决日之后被征收资产升值的情况极其罕见。[28]但这并不能成为不适用升值标准或者较高标准的理由。

（二）现代主义观点：区分合法与非法征收并适用不同补偿标准

现代主义的观点在补偿标准上对合法与非法征收区别对待，因此也称为“区别标准原则”。其主要观点是对于合法征收适用具体条约规定的补偿标准，如资产被征收前一刻的“公平市价”标准，而对于非法征收则应抛开条约标准，适用习惯国际法标准，即经霍茹夫案工厂案首次阐述，后来由《国家对国际不法行为的责任条款草案》规定的“恢复原状”救济原则，或在恢复原状不可能时，支付相当于恢复原状所需要的“充分补偿”。[29]国际仲裁与司法实践中的一些具体规则或观点如下。

1. 非法征收不适用条约标准，应适用习惯国际法上的恢复原状标准，才能达到完全补偿

在 ADC 诉匈牙利案中，仲裁庭认为，从条约解释的角度来看，目前各 BIT 普遍规定的“四要件”的字面意思，只有满足征收条款规定合法征收前三个要件的，才适用“公平市价”补偿标准。亦即只有合法征收才适用公平市价标准。仲裁庭因此摒弃匈牙利－塞浦路斯 BIT 第 4 条第 2 款规定的“被征收投资在征收时刻的市场价值”标准，适用了霍茹夫工厂案中关于非法征收的补偿标准，按照（1）裁决日项目公司估值中申请人所占份额；（2）从征收日到裁决日之间的未分配红利和管理费用判给申请人约 7600 万美元的补偿，认为如此方可使申请人恢复到假如征收未发生的地位。[30]其他 ICSID 仲裁庭在处理类似的案件时大多采用这一路径。如在西门子诉阿根廷案。该案仲裁庭强调了“经济上可评估的全部损失”即征收之后资产的升值部分。[31]Quiborax 诉玻利维亚案仲裁庭认为经济上可评估的全部损失，包括利润损失。[32]

在欧洲人权法院（ECHR）审理的帕帕米恰罗波罗斯等人诉希腊一案中，法院参照霍茹夫工厂案的判决，得出结论认为本案作为非法征收，其补偿不能仅限于被征收财产征收之日的价值，而应按照“当前已经升值的土地价值”来支付补偿。[33]

PCA 仲裁庭在尤科斯诉俄罗斯案中则从理论上进一步厘清了非法征收补偿标准的依据，即投资者必须享有在征收日之后资产因不可预料事件所导致的升值利益，因为他们享有依据“恢复原状权”带来的“获得补偿权”。[34]

伊美求偿庭在许多案件中也以非法征收为由，抛开美国－伊朗《友好条约》第 4 条第 2 款对合法与非法征收规定的单一补偿标准，转而适用习惯国际法标准，给予包括利润损失在内的较高数额的补偿。如在赛德科诉伊朗案的第二份中期裁决中，同一求偿庭多数意见认为，完全征收标准在“二战”以前已经朝着适当补偿演变，但仅限于适用大规模国有化的情况。鉴此，求偿庭多数意见认为，本案中根据一般立法实施的征收不是大规模国有化，而是单独的不合法征收，因而应当适用“完全补偿标准”。[35]TAMS-AFFA 诉伊朗案求偿庭多数意见则将被求偿人的剥夺行为定性为“影响财产权的其他措施”，暗指为非法征收，并援

[28] ADC v. Hungary, ICSID Case No. ARB/02/1, Final Award of 2 October 2006, para. 496.
[29] 联合国《国家对国际不法行为的责任条款草案》，国际法委员会第 56 届会议于 2001 年 11 月 26 日通过（A/56/10）第 31、35、36 条。
[30] ADC v. Hungary, ICSID Case No. ARB/02/1, Final Award of 2 October 2006, paras.481, 496, 514, 517.
[31] Siemens A. G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award of 6 February 2007, paras. 352, 403.
[32] Quiborax v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Award of 16 September 2015, paras. 326-328.
[33] Papamichalopoulos and Others v. Greece, ECtHR Series A, No. 330-B, Judgment of 31 October 1995, para. 39.
[34] Yukos v. Russia, PCA Case No. AA 227, Final Award of 18 July 2014, para. 1767.
[35] Sedco v. Iran, ITL No. 59-129-3, 10 Iran-US CTR 180, pp.186-187; Sedco v. Iran, Award No. 419-128/129-2 (March 30, 1989), pp. 34-35.

引霍茹夫工厂案的判决给予被求偿人以“充分补偿”。[36] 另外一些案件如 LIAMCO、Aminoil 以及 Amoco 分别诉伊朗案的仲裁庭都认为应当区分合法与非法征收，对于非法征收应给予求偿人以利润损失的补偿，以达到完全补偿的水平。[37]也有些案件是对临时的或者单独的征收和实施改革的大规模国有化进行区分，[38]从而适用不同的补偿标准。

2．合法征收因追求公共利益目标，可能要求低于公平市价和非法征收的补偿水平

合法征收要求低于公平市价的补偿这一观点主要来自于欧洲人权法院。在 1986 年的詹姆斯等人诉英国案中，法院指出，要使征收合法，不一定必须提供 “公平市价”或者“完全”价值的补偿。特别是在诸如为了取得更大的社会正义而实施的经济改革或措施所追求的合法的公共利益目标，可能要求低于公平市价的补偿。[39]显然，在这一点上，欧洲人权法院扩大解释了霍茹夫案的规则。这在欧洲人权法院体系属于有拘束力的判例法规则，只是并未直接为后来的其他法庭或仲裁庭所援用。

仲裁庭关于非法征收依具体案情允许高于合法征收的补偿水平的理由，是霍茹夫案确立的适用于非法征收的习惯国际法标准“已被许多国际仲裁庭以及常设国际法院的继受者国际法院确认和适用”。[40]

3．受损投资在征收日与裁决日期间最高估值日的价值方为投资者的最大利益

这是尤科斯诉俄罗斯案原告提出一个更加新颖和具体的观点，即“投资者应当获得征收日与裁决日之间所遭受损害估值当中最高数额的补偿”，或者说“投资者有权在征收日和裁决日之间选择一个估值”。其理由是，当被征收资产在仲裁过程中升值的情况下，这一升值一定是为了投资者而不是俄罗斯的利益而自然增长的。原告选择 2007 年 11 月 21 日尤科斯注销日作为估值日期，其理由是在征收起因于国家一系列经过周密协调而进行的干预的情况下，征收日相当于政府的干预措施已经达到了对投资者财产进行不可逆的剥夺的日期，而注销尤科斯的法律实体资格的日期则构成了“一个无法恢复的点”。[41]

仲裁法院同意原告的主张，但另外给出了不同的理由。仲裁法院从《国家责任条款草案》第 36 条（“在无法恢复原状情况下给予金钱补偿”）入手，认为根据本条规定，在非法征收情况下损害赔偿的计算原则应当具有双重要求。首先是投资者必须享受在征收日之后资产因不可预料事件所导致的升值利益，因为他们享有依据“恢复原状权”带来的“获得补偿权”。如果资产升值，也导致“恢复原状权”的价值上升，相应地，在不可能恢复原状时，“获得补偿权”的价值上升。仲裁法院经过对比，最终选择了尤科斯达到最高估值的 2014 年 6 月 30 日，即裁决日前不到一个月。最终裁决约 500.2 亿美元的损害补偿。[42]

4. 投资者不应承担征收日和裁决日之期不可预料事件所导致的被征收资产贬值的风险

许多案件的裁决都支持这一主张。[43]尤科斯诉俄罗斯案仲裁庭对此进行了令人信服的论证。该案仲裁庭认为，如果资产在被征收之后升值贬值并存，投资者仍然有权得到价值

---

[36] TAMS-AFFA v. Iran, IUSCT Award No. 141-7-2 (29 June 1984), 6 Iran-US CTR 22, p. 225.
[37] Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Iran, ILR vol. 53, p. 141, at pp. 202–203(1977); Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil) v. Iran, ILR, vol. 66, p. 519, at p. 600, para. 138 (1982); Amoco v. Iran, IUSCT Case No. 56, Award No. 310-56-3 (July 14, 1987), paras. 86 & 192.
[38] 如 SEDCO 案（pp.187-188）以及 INA Corporation v. Iran, 8 Iran-US CTR (1985) 378 案。
[39] James and Others v. United Kingdom, ECtHR Ser. A, No. 98, Judgment of 21 February 1986, para. 54.
[40] Vivendi v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 20 August 2007, para. 8.2.5.
[41] Yukos v. Russia, PCA Case No. AA 227, Final Award of 18 July 2014, paras. 1695-1696.
[42] 同上注，尤科斯诉俄罗斯案，第 1826-1827 段。
[43] 如 ADC v. Hungary, ICSID Case No. ARB/02/1, Final Award of 2 October 2006, Exh. pp. 496-497, C-980; Siemens A. G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award of 6 February 2007, p. 352, C-983; Amoco International Finance Corporation v. Iran, Award N. 310-56-3(14 July 1987), 15 Iran-US CTR 189, pp. 300-301.

差额，原因是在没有征收的情况下，投资者本来可以在早些时候以更高的价格出售其资产。[44]

综上可见，传统主义观点要么没有列举理由，要么回避区别补偿标准问题，更多的是举出原告或申请人未提出请求等技术性理由。总之该观点没有实质性的理由支持，已经为现代主义观点所代替，也就是说对于非法征收，传统的条约法标准已经无法在东道国公共利益与外国投资者私人利益之间达到一种公正的平衡，只能求助于习惯国际法标准。

在现代主义的观点或做法中，上述规则 1 和 2 是习惯国际法补偿标准的原则性表述，规则 3 和 4 是习惯国际法标准在投资被征收后升值和贬值两种极端情况下的自然适用，是对该补偿标准具体的和具有可操作性的解读。

三、如何区分合法与非法征收

尽管存在着非法征收认定上的“苏醒”，但投资条约对此所做的反映仍然比较滞后和争议较大。当今的 BIT 相关条款仍然一如“蛰伏期”的 BIT 条款，仅仅规定了较为笼统且存在差异的合法征收认定要件，一般包括公共目的、非歧视、正当法律程序以及支付不同标准的补偿“四要件”中的若干要件。联合国贸易与发展会议（UNCTAD）在 2000 年曾认为该“四要件”标准已经成为习惯国际法的一部分。[45]但到了 2004 年，UNCTAD 又提出了一个不包括正当程序在内的“三要件说”，并且认为公共目的和非歧视这两个要件都是“普遍接受的”，但第三个要件即补偿估值的方式却不存在广泛的一致意见。[46]在缔约实践中，不少 BIT 明确规定必须同时满足“所有”这些要件，如中国-乌兹别克 BIT；有些 BIT 在描述所列要件时使用“并且”之类的连接词，如中国-德国 BIT。显然，BIT 在几要件问题上和是否需要全部满足各要件才能构成非法征收问题上，特别是在补偿标准上并不一致。

下面将从具体案件中初步提炼出如下每一个要件的认定规则。

（一）公共目的

首先，虽然仲裁庭和法庭总体上对于公共目的的审查比较谨慎，甚至许多案件并不进行此类审查；即使要审查，也通常首先声明尊重东道国的对外资管理权，但仲裁庭和法庭大多认为，国家的管理主权不是没有边界的，应当受到所签订的条约的限制。[47]在审查涉讼措施的公共目的要件时，它们不只看东道国涉讼法案笼统的公共目的，而是细查该措施是否具有真实、具体和明确的公共目的性。如在 ADC 诉匈牙利案中，该仲裁庭认为，匈牙利关于取消其授予申请人的经营合同的法案、命令和行为是为了使匈牙利的“运输战略”和法律法规与欧盟法相协调的辩解以及提出该法案的动议中所用的“国家战略利益”一语都太笼统，没有令人信服的事实和法律推理，因此不存在“真实的”（genuine）公共利益，不能满足 BIT 中对征收的公共利益要求。[48]再如西门子诉阿根廷案仲裁庭认为阿根廷《2000 年紧急状态法》具有明显的公共目的性，但是具体实施这一法律的第 669/01 号法令的公共利益目的是有疑问的。该仲裁庭还指出，不管是否具有公共利益目的，“无正当理由”不支付补偿本身也会导致征收的不合法。[49]

---

[44] Yukos v. Russia, PCA Case No. AA 227, Final Award of 18 July 2014, paras. 1768-1769.
[45] UNCTAD (2000), *Series on IIAs, Taking of Property*, ITE/IIT/15, pp. 12-13.
[46] UNCTAD (2004), *International Investment Agreements: Key Issues Volume I*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, p. 235.
[47] ADC v. Hungary, ICSID Case No. ARB/02/1, Final Award of 2 October 2006, para. 423; Quiborax v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Award of 16 September 2015, para. 89.
[48] ADC v. Hungary, ICSID Case No. ARB/02/1, Final Award of 2 October 2006, paras., 429-432.
[49] Siemens A. G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award of 6 February 2007, para. 273.

其次，没收外国投资，由国有公司免费获得相关资产，不等于本国公共利益。这一规则虽然由尤科斯诉俄罗斯案提出，但很有普遍意义。因为许多案件都涉及东道国的这种将外国公司没收归于本国企业的做法。在该案中，常设仲裁法院否定俄罗斯行为的公共利益性质的理由很简单。它认为，俄罗斯摧毁其境内最大的石油公司尤科斯，难言是为了公共利益，其实质是为了俄罗斯最大的国有石油公司 Rosneft 的利益，因为后者实际上免费获得了前者的资产，这决不是为了俄罗斯的经济、政治和人民的利益。[50]

进一步来说，即使满足公共目的性，如果东道国的措施具有实体上或程序上的违法情形，仍然可能被认定为非法征收。如 Quiborax 诉玻利维亚案仲裁庭认为“即使征收是为了公共利益，但这些做法从实体上和程序上违反了玻利维亚法律”，因此“只能得出征收为非法的结论”。[51]这也印证了上述关于违反任何一个要件的征收都是非法征收的条约规则。

（二）非歧视

在认定非歧视要件时，首先需要解决一个比较对象问题。在这方面，相关判例确认不仅可以在不同的外国投资者之间进行比较，还可以在外国投资者与东道国的同类经营者之间，甚至是与外国投资被征收之后的东道国承继者之间进行比较，以及在外国投资者和其他被控有同类违法行为的国内投资者之间就是否受到同样的处罚进行比较。如在 ADC 诉匈牙利案中，仲裁庭便在申请人与匈牙利政府指定的其他机场经营者就其受到的不同待遇进行比较，否定了匈牙利辩称申请人是机场运营中的唯一外国当事方因而不能提起非歧视诉求的主张。[52]Quiborax 诉玻利维亚案仲裁庭在论述非歧视要件时，拿其他具有相同被控环境违法情节的矿业公司如 Copla 公司进行了对比，后者受到的处罚仅仅是被撤销环境许可证，而本案申请人却成了唯一受到取消特许协议处罚的公司，因此玻利维亚的行为构成歧视待遇。[53]

其次，同公共目的要件一样，仲裁庭在认定歧视时也存在规避的做法。如在西门子诉阿根廷案中，申请人指出，任何其他公司都没有受到像西门子公司一样的终止合同的对待。申请人还特别举出两家阿根廷本国公司的例子，他们与政府之间的护照合同没有受到紧急法案的影响。因此，阿根廷的这种行为构成歧视待遇。阿根廷抗辩认为，国民身份证合同的唯一性和身份证的强制性质为这种区别待遇提供了正当理由。仲裁庭考虑到这一点，认为虽然这些措施表面上具有歧视性，但申请人的主张并没有得到完全做实。而且考虑到 BIT 其他条款的保护，仲裁庭最终采取了规避的态度，不再对非歧视性进行裁决。[54]尤科斯诉俄罗斯案仲裁庭则是在作出涉案措施不符合公共利益之后，认为尤科斯资产被俄罗斯国家石油公司 Rosneft 侵吞所受到的待遇与其他的俄罗斯石油公司在低税收地区获得的投资优势相比，极具歧视性，但由于双方的争论并非决定性的，因此无需对此进行裁决。[55]

另外，仲裁庭不仅审查法律上的歧视，更关注事实上的歧视。如西门子诉阿根廷案仲裁庭默认申请人的主张，即本案是根据阿根廷《2000 年紧急状态法》唯一被征收的外国投资，是一种表面上“符合法律”的事实上的征收。其认为，认定歧视的决定性和必须要件不是歧视的意图，而是歧视的效果，因为歧视的意图无法完全证实。[56]

（三）正当法律程序

[50] Yukos v. Russia, PCA Case No. AA 227, Final Award of 18 July 2014, paras. 1580-1581.
[51] Quiborax v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Award of 16 September 2015, paras. 244, 245.
[52] ADC v. Hungary, ICSID Case No. ARB/02/1, Final Award of 2 October 2006, paras. 398, 441-443.
[53] Quiborax v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Award of 16 September 2015, paras. 247, 254.
[54] Siemens A. G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award of 6 February 2007, paras. 164, 311, 321.
[55] Yukos v. Russia, PCA Case No. AA 227, Final Award of 18 July 2014, para. 1582
[56] Siemens A. G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award of 6 February 2007, paras. 316, 321

首先，国际投资法中正当法律程序要求一种实际的和实质性的法律程序，提供某些基本的程序性机制，如事先通知、公平审理等，从而使得外国投资者拥有合理的机会来主张其权利并得到审理。[57]因此，在认定是否正当法律程序时，国际法庭或仲裁庭一般都比较务实，认为无论立法上或者理论上的法律程序多么完美，但如果实际上东道国没有为外国投资者提供对征收进行审查的渠道，便会作出否定的裁决。如 ADC 诉匈牙利案仲裁庭以被申请人在作出法案的修改和命令之前未告知申请人；未提供审查征收的途径等原因，认为匈牙利关于“依正当法律程序行事”的说法听起来很空洞。[58]

同时，对于一些比较明显的程序违法行为，国际法庭或仲裁庭则直接认定其违反正当法律程序。如外资高管人员被囚禁在偏远地区；在法庭上被关在笼中等较为严厉的待遇；[59]撤销特许协议的通知存在突袭（仅提前一天作出）使申请人难以获得相关资料；[60]涉讼措施以其他方式使得申请人“别无选择，只有废除特许协议”[61]等。

而且，当仲裁庭已经认定公共目的要件得不到满足的情况下，便不再讨论正当法律程序要件。如西门子诉阿根廷案。[62]

（四）补偿

仲裁庭关于补偿的判例法规则主要有四项：

（1）不予补偿导致征收非法，但补偿数额无需达到完全补偿便可使征收合法。这一规则的前半句话争议最少。常设国际法院在霍茹夫工厂案中指出，波兰政府不支付补偿这一行为本身便可使征收成为非法。[63]自此案以来，几乎所有的非法征收案件裁决都毫无例外地支持这一认定。如 ADC 诉匈牙利案中，东道国阿根廷并未给予申请人任何补偿，更谈不上条约规定的“公正补偿”。因此仲裁庭认为不必对此进行任何讨论，况且此案的其他三个要件都得到满足；[64]Quiborax 诉玻利维亚案仲裁庭措辞同样直白，它指出，毫无争议的是，未支付补偿，无法满足该要件。[65]该规则第二部分的内容其实也将由下文规则 3 和 4 来印证。

（2）是无正当理由不予补偿导致征收非法。即不管是否具有公共利益目的，“无正当理由”不支付补偿本身也会导致征收的不合法。[66]不过，关于何为“正当理由”仍有待更多的判例来验证和详细界定。

（3）关于补偿充分性的争议不导致征收本身非法，尤其是当征收国接受国际仲裁庭对征收数额进行裁决的情况下更是如此。[67]

（4）未支付补偿但征收国承诺补偿义务不导致征收非法。[68]

规则（3）和（4）相似，似乎都可以作为规则（2）中所谓的“正当理由”之一。在实践

[57] Quiborax v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Award of 16 September 2015, para. 221.
[58] ADC v. Hungary, ICSID Case No. ARB/02/1, Final Award of 2 October 2006, para. 435.
[59] Yukos v. Russia, PCA Case No. AA 227, Final Award of 18 July 2014, para. 1
[60] Quiborax v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Award of 16 September 2015, paras. 223-225.
[61] Vivendi v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 20 August 2007, para. 5.2.12(v).
[62] Siemens A. G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award of 6 February 2007, para. 273.
[63] Factory at Chorzów (Germany v. Poland), PCIJ Ser. A, No. 17, Indemnity Order of 13 September 1928, para. 123.
[64] ADC v. Hungary, ICSID Case No. ARB/02/1, Final Award of 2 October 2006, para. 444.
[65] Quiborax v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Award of 16 September 2015, para. 255.
[66] Siemens A. G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award of 6 February 2007, para. 273.
[67] 如 Sedco v. Iran, IUSCT ITL Award, Separate Opinion Brower, 10 Iran-US CTR 189, 204(1986).
[68] 如 American International Group (AIG) v. Iran, 4 Iran-US CTR 96, 105 (1983); lan Corporation v. Iran, 8 Iran-US CTR 373, 378 (1985); Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award of 20 May 1992, para. 158; Compailiadel Desarollode Santa Elena v. Costa Rica, ICSID Case No. 96/11, Award of 17 February 2000, para. 68.

中尚未出现在东道国承诺支付补偿的情况下，仲裁庭仅以东道国与外国投资者对补偿数额有争议作为判定征收非法的理由的情况。规则（3）和（4）还印证了规则（1）的第二部分内容，即补偿数额无需达到完全补偿便可使征收合法。实际上，是否应当支付补偿和补偿的标准争议颇大，[69]都只能在国内法院或国际法庭、仲裁庭做出征收是否合法的裁决之后才能确定，因此不予支付补偿或所谓的补偿不充分不是判定征收是否合法的要件。

四、合法与非法征收适用不同补偿标准的法理依据

（一）习惯国际法的要求

主流国际投资法学者认为，在合法征收的情况下，征收国对外国投资者进行的补偿（compensation）是一种法定要求，这要么由各国之间的 BIT 规定，要么是习惯国际法的要求，虽然各国对补偿标准有不同的观点，有充分、即时和有效标准，也有适当补偿标准，不一而足。在非法征收情况下，在无法恢复原状的情况下，征收国应当按照国家责任法对外国投资者进行赔偿（damage、reparation）。根据国家责任原则，国家的国际不法行为对外国投资者造成损害的，如果该损害无法恢复原状，该国应承担赔偿义务，赔偿的标准是任何经济上可评估的损失，包括可证明的利润损失。值得关注的是，国际法委员会《国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任）》当中规定的赔偿标准是“充分”，不同于《国家对国际不法行为的责任条款草案》所规定的“恢复原状”的补偿。[70]国家合法征收的行为属于国际法不加禁止的行为，而非法征收则属于国家的国际不法行为。因此，合法征收与非法征收产生的补偿或赔偿，应当分别适用前一文件规定的“充分”标准和后一文件规定的“恢复原状”标准。

国际仲裁庭和各国国际投资法律实践也显示出各国对于区分合法与非法征收这一点的做法的一致性和法律确信。首先，在仲裁庭区分合法与非法征收的案件中，无论是在“蛰伏期”还是“苏醒期”，国际法庭或仲裁庭都没有驳回原告或申请人有关对合法和非法征收进行区分的请求。被告国家在案件中多会对此予以反驳，但这主要是因为当事双方为对抗性关系为追求案件有利结果而为。实际上，这些裁决最后多得到顺利执行却真实表明了各国对裁决结果的认可；

其次，即使在许多案件中未进行此类区分，其主要原因也只不过是原告或申请人未提出相关请求。而未提出此类请求背后的原因既有经济的原因，即未出现投资在征收日之后升值的情况，也有政治的原因，如在伊朗革命及其带来的意识形态的差异巨大的背景下，伊美则求偿庭和申请人则在投资仲裁中选择较为温和的处理方法（提出诉求和作出裁决），以免加剧这种冲突；

而且，许多国际投资仲裁庭都明确指出霍茹夫工厂案确立的关于合法与非法征收及其补偿的规则为习惯国际法规则，这种看法得到相关国家的广泛承认和默认；

最后，虽然各国的认可非法征收裁决的背后存在为了发展经济之目的而吸引和保护外国投资的显示考量，但这种考量完全是各国主动和自愿的，不影响习惯国际法认定种的主观要件“法律确信”的成立。

---

[69] M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 406.

[70] 联合国《国家对国际不法行为的责任条款草案》，国际法委员会第 56 届会议于 2001 年 11 月 26 日通过（A/56/10）第 36 条；联合国《国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任）》，国际法委员会第 58 届大会于 2006 年 5 月 1 日至 6 月 9 日通过（A/CN.6/L.686），原则 4。

总之，自从霍茹夫工厂案以来，关于区分合法与非法征收并给予不同的补偿已经发展成为习惯国际法规则。

（二）国际投资法律关系的性质的要求

国际投资法律关系可被认为是一种东道国政府与外国投资者之间的行政合同，既有契约性质，但更重要的是体现了东道国对外国投资的管理行为，即具有一定的公法关系性质。假如可以认为东道国政府合法征收外国投资是这种行政合同本身所赋予的一种法定权力，那么合法征收所适用的补偿标准由各国国内法和双边投资协定所规定。

至于非法征收，亦即违反合法征收要件的行为，则是对这样一种既有契约性质又有行政性质的法律关系的肆意破坏，严重程度在国内法上不亚于民商事侵权的水平，在国际法上相当于《国家责任条款草案》中规定的"国际不法行为"。

由于各国国内法和国际投资条约一般并不对非法征收规定补偿标准，那么到底是否要对二者的补偿标准有所区分呢？我们认为，国际投资法律关系的性质对此有决定性影响，不应将其补偿等同于一般的民商事侵权补偿，因为国际投资法律关系关乎东道国公共利益和投资者私人利益之间的平衡，破坏这一法律关系所具有公法上的危害性，即可能造成公权力公信力和外国投资者信心的丧失，造成东道国外国投资环境的恶化。而一般的民商事侵权行为则不具有如此广泛的社会危害性。

（三）投资条约目的的要求

国际投资协定的目的是为来自一缔约国的投资者在另一缔约国创造有利的投资环境。尽管可以争辩说保护投资者的利益主要是投资输出国的目的，而投资输入国的目的可能更重要的是通过吸收外国投资来发展本国经济，但投资输出国和输入国目的的这种目的差异性的天平必然向投资输出国倾斜。因为国际投资是一种稀缺资源，投资输入国要获得有利的投资环境，也必须给予外国投资以不低于国内投资的待遇，而在各输入国对待外资的立法实践中通常给予外国投资以超国民待遇，比如承诺不予征收以及给予土地使用和税收等各种鼓励措施。既然如此，BIT 的目的如果在任何情况下都适用同一补偿标准，使得相对于合法征收来说，非法征收不会带来更加不利的金钱后果，尤其是在征收之后投资的价值升高的情况下更是如此。在这种情况下，东道国政府便失去了守法的动机。这一目的说得到不少国际投资仲裁庭和权威国际法学者的认可，他们认为在这种情况下，给予外国投资中的赔偿不应当适用征收发生时的市场价值，而应当适用征收之后升高的投资价值。[71]

五、结论、启示与建议

（一）结论

综上所述，区分合法与非法征收并给予不同的救济，是国际社会从古代公权或皇（王）权至上向现代注重个人与社会权利平衡发展的必然结果，是国家责任法上国际不法行为和国际法不加禁止的行为相关规则在国际投资法上的具体体现，是国际投资这种特殊的法律关系的要求，符合国际投资条约的目的，正在初步发展成为一种习惯国际法规则。

关于非法征收的认定，首先，很明显，在四要件全部未得到满足时，即使双方国家之间没有 BIT 或者 BIT 中未如此规定，在习惯国际法上也可以认定征收为非法，因为当代

[71] *ADC v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/02/1, Final Award of 2 October 2006, para. 497-498（引用国际法院院长希尼斯·德阿雷恰加的庭外评述："如常设国际法院所指出的，与"恢复原状所应具有的价值"相对应的赔偿金额对其内容有重要的影响，由于执法中可能存在货币贬值或延误，被没收财产在司法裁决作出时的价值可能高于非法行为做出时的价值。由于金钱补偿必须尽可能等同于恢复原状，应以支付赔偿金额时的价值为准。"）；Texaco Overseas Petroleum Company v. Government of the Libyan Arab Republic 53 ILR p.389.

BIT 实践具有一致性，也成为各涉案国的法律确信。但是，其中某些征收要件达不到要求，如果可适用的投资协定没有明确规定，则难以构成认定非法征收的充分条件。

特别是关于补偿这一要件，各 BIT 规定的补偿标准差异较大，判例法也不一致。确定的规则有两个："无正当理由不予补偿"一般都被认定为非法征收，因为此种情况明显导致公私利益失衡；与此相对的是，东道国与投资者在补偿的充分性上存有争议本身或者东道国承诺补偿义务但尚未支付补偿等情形都不被简单地认定为非法征收。介于这两种情况之间的差异化的补偿纠纷，需要仲裁庭逐案而定。

实际上，仲裁庭对每个要件进行认定时都遵循着公私平衡和东道国享有较为宽泛的自由裁量权的原则。首先是极少审查涉案措施的公共目的，即使要审查，也通常会首先非常谨慎地声明尊重东道国的对外资管理权；其次是对于涉案措施的非歧视性通常也采取规避（即不与审查）的做法；再者就是对于涉案措施的程序正当性问题采取的比较务实的做法，不是简单地根据立法上或者理论上看起来很完美的法律程序，而是根据实际上东道国是否为外国投资者提供对征收进行审查的渠道，来作出相应的裁决。

关于是否对于非法征收是否应当给予较高补偿，以及具体如何确定这种差异，尚未形成明确的规则，不同案件的裁决不一，有的按照条约规定的合法征收的补偿标准，即传统主义做法，有的按照非法征收的习惯国际法补偿标准，即"恢复原状"标准，或在恢复原状不可能时，支付相当于恢复原状所需要的"充分补偿"标准，即现代主义做法。进一步来讲，这种"充分补偿"标准在具体适用时也有不同的意见。如有的裁决包括从征收日到裁决日之间资产升值、未分配红利和管理费用；有的裁决判赔的是征收日到裁决日之间资产的最高估值日的价值；当然，如果在此其间出现贬值，则外国投资者不承担该风险；有些案件还对临时的或者单独的征收和为了更大的公共利益而实施改革的大规模国有化进行区分，认为后者可给予较低的补偿。

此外，东道国以国际法上的紧急状态进行抗辩并要求降低补偿数额的情形也牵涉到征收行为的合法性及其补偿问题，如新世纪以来发生的一些针对阿根廷等国的案件已经触及这一问题。目前来看，在绝大多数案件中，东道国以"紧急状态"为由请求免除其条约义务的请求都没有得到支持。[72]

（二）启示与建议

我国国内法对于国家征收私有财产的合法性在相当长的一个时期内都被认为是不可挑战的。如 1946 年 5 月 4 日发布的《关于反奸清算与土地问题的指示》（即《五四指示》）、1947 年颁布的土地法大纲以及建国后 1950 年土地改革法等都规定对地主的土地和富农多余的土地以致祠堂、庙宇、寺院、教会、学校和团体在农村的土地及其他公地，一律不予赔偿或补偿。[73]

改革开放后，我国虽然为了吸引外资制定了"三资法"，但仍然坚持征收外国投资属于国家固有的主权权力，不可挑战。如我国在加入《华盛顿公约》时附加了"征收本身是否合法"不受 ICSID 仲裁庭管辖的保留声明，而且中国在 1998 年之前签订的 BIT 大多都规定

[72] 迄今为止，只有两个案件中原告提出该主张得到仲裁庭的部分支持：LG&E v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Award of 25 July 2007, paras. 79-98, 106-108（认定从 2001 年 12 月 1 日到 2003 年 6 月 26 日在阿根廷存在紧急状态，阿根廷无义务赔偿申请人在此期间遭受的损失）; Continental Casualty v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award of 05 September 2008, paras. 168, 192-219（仅补偿因阿根廷的后续过错和撤销合同造成的损失）。

[73] 1950 年《土地改革法》第二、三、四条，另参见刘婧娟：《中国农村土地征收法律问题》，法律出版社 2013 年版，第 32-33 页。

有一个标准条款，即不允许仲裁庭审查征收的合法性，只允许审查征收补偿数额问题。其实质就是否定征收行为的不法性。[74]但自 1998 年以后，我国对于征收的合法性也已经开始持开放的态度，在新签订的 BIT 中都取消了这一限制。[75]而且我国现行有效的 BIT 已经基本上都规定了合法征收的四个要件，这也相当于承认了对征收进行合法性审查的规则。

我国国内法上的这种转变相对滞后一些。2004 年我国正式通过宪法修正案的方式承诺“保护私有财产”，规定国家为了公共利益可以征收私有财产，并应“应当给予补偿”。从此开始，国家征收才开始正式出现国内法上的合法性问题。同时，关于国内法上的征收补偿标准，2020 年 1 月 1 日生效的《外商投资法》及其《实施条例》也从过去笼统的“给予补偿”标准明确为“公平合理”标准，即“市场价值”标准。[76]

这种转变也与我国的利用外资和海外投资的发展有关。晚近以来，我国利用外国直接投资长期处于世界前列。晚近以来，海外直接投资也发展迅速，而且一进一出基本达到均衡。[77]特别是我国在海外的投资在未来相当长的一段时期将更多地进入“一带一路”沿线法治不太完善的国家，受到东道国政府非法征收的风险也较高。这要求在国内涉及外资的立法、司法和缔结和履行 BIT 的过程中，必须同时顾及外国投资者与东道国的利益，那种坚守对东道国非法征收行为不可诉的观点和做法已显得非常短视和过时，不再符合我国国家利益。

尽管上述非法征收认定与补偿规则只有若干指导性原则构成习惯国际法，具体的习惯国际法规则尚在形成中，我们认为我国政府在外资国内管理和国际缔约实践中应遵守这些指导性的原则，实践并验证相关具体规则。据此我们提出如下两方面的具体建议：

（1）我国政府管理外国投资行为指南建议稿：

A. 应遵守《外商投资法》和相关投资协定规定，不对外资实施征收；

B. 在因公共利益决定征收外资时，应遵循公私利益平衡原则；基于真实、具体和明确的公共利益目的，而非笼统的公共利益；避免将外资权益直接间接转移给国内企业；依照正当法律程序，包括时限、送达、透明、听证、公平审理、回避等要求，不应实施明显不符合程序正义的措施，如限制外国投资者人身自由、事实上的拒绝司法等；遵守非歧视原则，对相关市场、领域中的内外资可比主体一视同仁；依法及时、有效地给予外国投资者公平合理的补偿或按照相关投资协定规定的条件和标准给予相应补偿；充分说明征收的正当理由。

（2）中国国际投资协定征收补偿条款范本建议稿：

“缔约一方对缔约另一方的投资者在其领土内的投资不得采取国有化、征收或效果等同于国有化或征收的措施，除非符合所有下列条件：（一）为了真实的公共利益；（二）依照可为投资者带来实际救济的国内正当法律程序；（三）非歧视性的；（四）依照被征收投资公平的市场价值给予补偿。”

---

[74] 如 1992 年《中国与乌兹别克斯坦关于鼓励和互相保护投资协定》第 9 条；1992 年《中国与葡萄牙关于鼓励和互相保护投资协定》第 8 条第 3 款。但后来双方重新签订的 BIT 都删除了这一条款。

[75] 这种态度变化的转折点是 1998 年 7 月 20 日《中华人民共和国政府和巴巴多斯政府关于鼓励和相互保护投资协定》，其中第四条中不再有上述限制征收合法性不可诉的内容。

[76] 《中华人民共和国外商投资法》《中华人民共和国外商投资法实施细则》第 20 条。

[77] 商务部网站：2020 年，全国实际使用外资 9999.8 亿元人民币，同比增长 6.2%（折合 1443.7 亿美元，同比增长 4.5%；不含银行、证券、保险领域），规模再创历史新高。http://data.mofcom.gov.cn;搜狐网 2021 年 1 月 27 日报道：2020 年，我国对外投资合作保持平稳健康发展，对外投资总体实现增长。根据商务部、国家外汇管理局统计，全年我国对外直接投资 1329.4 亿美元（折合 9169.7 亿元人民币），同比增长 3.3%。https://www.sohu.com/a/446968969_468675。

“不能满足前款规定的征收条件的措施，为非法征收。对于非法征收，应依习惯国际法给予恢复原状的救济，或在不可恢复原状时按照相当于恢复原状的价值给予补偿。”

“俄罗斯—乌克兰禁运措施案”对美国二级制裁合法性问题的影响

廖博宇[1]

摘要

“禁运措施案”第一次通过专家组裁决的方式对 GATT 第 21 条国家安全例外条款有关的问题做了相对清晰的阐述，并形成判例。专家组明确了自身对国家安全例外条款的管辖权，并对条款中的关键语句，如“基本安全利益”及“国际关系紧急情况”的具体意涵作了相对客观的界定。在此案判决出现之间，诸多 WTO 成员国以国家安全为借口实施经济制裁，违反 WTO 规则义务，并逃避 DSB 管辖，其中以美国的二级制裁危害尤甚。但在“禁运措施案”裁决之后，DSB 具备了对美国二级制裁的管辖权。此外，基于现有审判标准，在中美之间不存在“国际关系紧急情况”的前提下，美国政府以伊朗问题为借口对我国企业实施制裁的行为不符合 GATT 第 21 条国家安全例外条款的适用条件。我国政府应当在 DSB 对美国的这一行为提起争端解决，以维护我国企业的合法权益。

关键词：WTO；国家安全例外；二级制裁。

The impact of Russia - Measures Concerning Traffic Transit on the legality of US secondary sanctions

Abstract

Russia – Measures Concerning Traffic in Transit is the first expert group report of DSB to apply the national security exception clause. The expert group clarified its own jurisdiction over the national security exception clauses, at the meanwhile made a relatively objective definition of the key sentences in the clauses, such as "essential security interests" and "emergency in international relations." Before this case, many WTO member states used national security as an excuse to impose economic sanctions, violate WTO rules and obligations, and evade DSB jurisdiction. Among them, the secondary sanctions of the United States are particularly harmful. But after this case, DSB has the jurisdiction over the secondary sanctions of the United States. In addition, according to the existing jurisprudence of GATT Article 21, which is *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, the US government can’t use Iran issue as an excuse to impose sanctions on companies of third countries, if there is no emergency in international relations between US and the third countries. The Chinese government should initiate a procedure of dispute settlement against United States in the DSB to protect the legitimate rights and interests of Chinese companies.

Keywords: WTO; National Security Exception; Secondary Sanctions.

[1] 作者，大连海事大学法学院讲师。

近些年，随着美国国力相对衰弱，美国越来越频繁地利用自身在国际经贸领域的核心地位，通过国家机器，限制并打压他国企业在国际市场上的发展，以维持自身的霸权地位。同时，非传统安全理论也为美国将经济问题政治化提供了理论支持。[2]非传统安全理论认为经济安全是国家安全的重要组成部分，这一观点直接体现在了 2017 年 12 月，特朗普总统发布的《国家安全战略报告》中。[3]此后，美国政府越来越频繁地借助《关税与贸易总协定》（General Agreement on Tariffs and Trade, 以下简称“GATT”）中的安全例外条款实施单边主义行动，恣意扩大条款涵盖的安全事项范围，将许多问题与国家安全挂钩，对他国产品征收高额关税。[4]尤其是美国的二级经济制裁，常常以执行联合国安理会决议为借口，限制甚至禁止他国企业在美国的正常经营活动。现阶段，在中美两国逐渐走向对抗的时代背景下，[5]众多中国企业因为伊朗问题面临着美国以国家安全为借口的二级制裁对自身合法权益的侵害，本文将主要通过 WTO 专家组于 2019 年 5 月作出的“俄罗斯—乌克兰禁运措施案”判决（以下简称“禁运措施案”），并结合相关案例，详细论证美国以伊朗问题为借口对我国企业实施的二级制裁是否可以援引 GATT 安全例外条款逃避自身在 GATT 规则项下所承担的义务，并探讨通过 WTO 争端解决实体（Dispute Settlement Body，以下简称“DSB”）维护我国企业合法权益的可行性。

一、国家安全例外条款对 WTO 规则运行的影响

自冷战结束之后，尤其是 21 世纪以来，非传统安全理论逐渐被人所熟知，并形成广泛影响。[6]其中最著名的哥本哈根学派认为，安全不仅指传统的军事和政治领域，而且也包含经济、社会和环境领域，即复合安全。[7]1994 年联合国《人类发展报告》中就指出，“人类安全（Human Security）”已经不再只是个人、地区，或是一国内部的问题，其正在成为跨越国境的，涉及毒品、艾滋病、恐怖主义、污染、核扩散、全球贫困及环境的全球性问题。[8]基于这一理论，GATT 第 21 条等涉及安全例外条款中“基本安全利益”和“国际关系紧急情况”等词句的概念界定和适用标准就变得越来越模糊，政治意涵也越来越重，逐渐变成

[2] “非传统安全”一词最早出现于冷战后西方国际安全与 国际关系研究界，国际关系学者理查德·乌尔曼于 1983 年发表的《重新定义安全》一文，把人类的贫困、疾病、自然 灾害、环境退化等均纳入到安全的范畴。余潇枫，《非传统安全概论》（第二版），北京大学出版社，2015 年，第 40 页。

[3] The White House, President of the United States: National Security Strategy of the United States of America, 引自 http://nssarchive.us/wp-content/uploads/2017/12/2017.pdf., 最后访问日期 2020 年 8 月 23 日。

[4] 丁丽柏，陈喆，《论 WTO 对安全例外条款扩张适用的规制》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期，第 127 页；彭岳，《中美贸易战中的安全例外问题》，《武汉大学学报(哲学社会科学版) 》2019 年第 1 期，第 154 页。

[5] 中华人民共和国驻美利坚合众国大使馆，《崔天凯大使同布鲁金斯学会视频交流时的主旨讲话》，引自 http://www.china-embassy.org/chn/sgxx/cuids/DSJH/t1807574.htm, 最后访问日期 2020 年 8 月 23 日；彭岳: 《中美贸易战中的安全例外问题》，《武汉大学学报(哲学社会科学版) 》2019 年第 1 期，第 154 页。

[6] 张伟玉，陈哲，表娜俐，《中国非传统安全研究—兼与其他国家和地区比较》，《国际政治科学》2013 年第 2 期，第 95 页。

[7] [英]巴瑞·布赞、[丹麦]奥利·维夫、[丹麦]迪·怀尔德，《新安全论》，浙江人民出版社 2003 年版，序言，第 38 页。

[8] UNDP, Human Development Report 1994, p. 2, 引自 http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr_1994_en_complete_nostats.pdf, 最后访问日期 2020 年 8 月 19 日。

了国际法发展过程中的阿喀琉斯之踵。[9]如美国以国家安全为由，限制华为等中国公司在美国的正常经营活动，以及近期强制 TikTok 转让股权的行为，[10]笔者认为都是以保障国家安全为借口，肆意破坏 WTO 国民待遇原则，并违反美国入世承诺的行为。[11]

在“禁运措施案”的判决中，专家组直接指明 WTO 规则中的一般例外及安全例外条款其本意是为了允许成员国在实施贸易措施时享有一定程度的灵活性，以确保 GATT 1994 和 WTO 协定尽可能在更广泛的程度上被各成员国接受，但一般例外及安全例外条款不应该作为成员国规避甚至是任意解读 GATT 和 WTO 义务的借口抑或是特权。[12]笔者认为，专家组之所以强调安全例外条款不应作为以安全问题为幌子实施贸易保护主义行为的借口，[13]显然是由于在世界贸易领域长期存在滥用安全例外条款的现象。这种现象对 WTO 意图实现的提升各国贸易政策的的安全性和可预测性，并大幅度减少关税和其他贸易壁垒的组织目标产生了极其严重的负面影响。[14]笔者认为专家组在判决中提到的对 WTO 实现组织目标负面影响最为严重的行为，显然是美国实施的各种二级经济制裁。

（一）美国以国家安全为借口违反 WTO 义务的主要形式

美国以国家安全为借口违反 WTO 国民待遇原则及自身入世承诺的行为，主要体现为美国基于各种地缘政治考量实施的二级制裁。在经济制裁中，发动制裁的国家一般被称为制裁“发起国”（Sending State），被制裁的国家称为“目标国”（Target state），除以上二者之外的其他国家被称为“第三国”（Third state）。根据发起国实施的制裁作用的对象范围不同，学者将经济制裁的种类划分为“一级制裁”（Primary Sanction）和“二级制裁”（Secondary Sanction）。[15]一级制裁的制裁对象仅为目标国，即发起国禁止本国自然人及法人同目标国受制裁的自然人和法人进行贸易往来。二级制裁的制裁对象则为与一级制裁下受制裁的自然人和法人进行贸易往来的第三国自然人和法人。在实施二级制裁的过程中，发起国往往以市场准入、贸易禁运，甚至是巨额罚款等经济手段为要挟，阻止第三国自然人和法人同一级制裁下受制裁的自然人及法人进行贸易往来。

可以看出，被制裁的第三国自然人和法人往往并不直接牵扯到制裁发起国和目标国的地区争端中，不涉及武器贸易的正常贸易往来对制裁发起国的国家安全也并没有构成直接威胁。因此，美国以保护国家安全为由，通过二级制裁为第三国自然人和法人的市场准入设置障碍，显然就是 WTO 专家组在“禁运措施案”的判决中提到的以安全问题为幌子实

[9] Hannes L. Schloemann and Stefan Ohlbuff,“‘Constitutionalization’and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, American Journal of International Law, Vol. 93, 1999, p. 443.
[10] Executive Order 13873, 引自 https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-addressing-threat-posed-tiktok/, 最后访问日前 2020 年 8 月 19 日。
[11] 在美国有关服贸协定的承诺书中，美国对与电脑相关以及电子数据交换领域的市场准入以及国民待遇都未做任何限制。The United States of America Schedule of Specific Commitments, p. 39, p. 48 引自 https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/SCHD/GATS-SC/SC90.pdf&Open=True, 最后访问日期 2020 年 8 月 19 日。
[12] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.79.
[13] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.81.
[14] Appellate Body Reports, EC – Computer Equipment, para. 82; EC – Bananas III (Article 21.5 – Ecuador II) / EC – Bananas III (Article 21.5 – US), para. 433; Argentina – Textiles and Apparel, para. 47; and EC – Chicken Cuts, para. 243.
[15] 杜涛，《国际经济制裁法律问题研究》，法律出版社 2015 年版，第 26 页。

施贸易保护主义措施的行为。下文将通过具体事例进一步说明。

（二）美国有关伊朗的二级制裁对 WTO 规则运行的负面影响

对中国企业来说，影响最为严重的是美国以伊朗问题为借口实施的二级制裁。美国对伊朗的经济制裁自伊朗人质危机以来已经历近半个世纪，但美国大规模针对同伊朗有经贸往来的第三国企业实施贸易及金融领域的二级制裁则主要在联合国安理会因伊核问题对伊朗实施经济制裁之后，这一时期美国对伊朗的制裁法案多以安理会的制裁决议作为实施二级制裁的依据及借口。[16]虽然美国以伊核问题为借口的二级制裁曾因 2015 年 7 月 14 日达成的《联合全面行动计划（Joint Comprehensive Plan of Action）》而暂停过一段时间，但在 2018 年 5 月 8 日美国时任总统特朗普单方面宣布退出《联合全面行动计划》后，[17]美国于 2018 年 11 月 6 日重启了针对伊朗的二级制裁。[18]笔者认为，如果说安理会之前针对伊朗的制裁决议体现了伊核问题对世界和平与安全的重大威胁，[19]安理会核可《联合全面行动计划》并撤销对伊经济制裁的 2231 号决议则表明《联合全面行动计划》已确保伊朗核计划完全用于和平目的。[20]在此前提下美国单方面退出《联合全面行动计划》并以伊朗现有核设施及核研究计划危害美国国家安全为由，重启针对同伊朗有商贸往来的第三国企业的二级制裁，明显不符合国际法中的禁反言原则，[21]并有滥用 WTO 规则体系中国家安全例外条款[22]规避其所应承担义务的嫌疑。但在“禁运措施案”判决之前， WTO 争端解决机构（Dispute Settlement Body，以下简称“DSB”）的各类判决中并没有对 GATT 第 21 条等涉及国家安全的条款的适用问题作出过解释甚至是形成判例。因此，以美国为首的部分国家认为安全例外条款不属于 DSB 的管辖范围，并认为成员国对安全例外条款的适用有自决权（self-judging），[23]甚至默认只要主张某一行为涉及维护国家安全，就可以免除此行为违反 WTO 项下义务所造成的损害后果。[24]

（三）美国有关俄罗斯的二级制裁对 WTO 规则运行的负面影响

---

[16] 如《伊朗全面制裁、问责和撤资法案（Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act）》援引了 1696 号、1737 号、1747 号、1803 号、1929 号联合国安理会决议 22 U.S. C. § 8543 (d)(1)(A)(iii)；《伊朗自由与反核扩散法案（Iran Freedom and Counterproliferation）》援引了 1929 号联合国安理会决议 22 U.S. C. § 8803 (a)(5)。

[17] The New York Times, Trump Abandons Iran Nuclear Deal He Long Scorned, 引自 https://www.nytimes.com/2018/05/08/world/middleeast/trump-iran-nuclear-deal.html, 最后访问日期 2020 年 8 月 19 日。

[18] Congressional Research Service, Iran Sanctions, summary, 引自 https://fas.org/sgp/crs/mideast/RS20871.pdf, 最后访问日期 2020 年 8 月 18 日。

[19] 2006 年 7 月第 1696 号、2006 年 12 月第 1737 号、2007 年 3 月第 1747 号、2008 年 3 月第 1803 号、2008 年 9 月第 1835 号、2010 年 6 月第 1929 号、2011 年 6 月第 1984 号、2012 年 6 月第 2049 号决议。

[20] 联合国安理会第 2231（2015）号决议。

[21] 曲波，《禁反言在国际法中的适用—以领土争端案为例》，《法学杂志》2014 年第 8 期，第 16 页；向仲侠，李兰，《国际法上的禁反言原则》，《法制与社会》2010 年第 9 期，第 159 页。

[22] 国家安全例外条款除货物贸易领域的 GATT 第 21 条外，在 WTO 规则体系下还体现在服贸领域的《服务贸易总协定》（General Agreement on Trade in Services，以下简称“GATS”）第 14 条第 2 款，以及知产领域的《贸易知识产权协定》（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，以下简称 “TRIPs”）第 73 条。

[23] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.26, pp. 7.51-7.52.

[24] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.79.

美国对俄罗斯的制裁主要源自于 2014 年的克里米亚危机。[25]以此为缘由，美国认为俄罗斯向欧洲出口油气资源赚取外汇将进一步加强俄罗斯在欧洲的影响力并为俄罗斯在多个地区的军事行动提供经济上的支持，进而影响美国的国家安全以及美国同欧洲的团结稳定。[26]因此，美国在 2019 年 12 月 20 日颁布的《2020 财年国防授权法案》中对参与“北溪 2 号”油气管道工程的第三国企业实施制裁，禁止第三国企业为俄罗斯的油气管道修建工作提供服务。[27]但事实上，在美国以俄罗斯出口油气资源换取外汇威胁欧洲及美国国家安全为借口，耗费大量精力限制俄罗斯同欧洲的经贸往来的同时，美国自身却同俄罗斯保持着数量可观的进出口贸易，且贸易额在 2016 至 2019 这三年期间内一直保持着相当幅度的增长势头。[28]因此，欧盟国家，尤其是德国在美国针对俄罗斯实施二级制裁这一问题上产生了巨大分歧，坚决反对美国针对“北溪 2 号”项目的二级制裁。[29]笔者认为，美国以国家安全为借口一方面限制俄罗斯与其他欧洲国家开展能源合作，另一方面却不断扩大自己同俄罗斯的经贸往来，不仅严重损害了《联合国宪章》第二条，以及联合国大会第 2131 号决议通过的《关于各国内政不容干涉及其独立与主权之保护宣言》所倡导的不干涉内政原则，同时更滥用了 WTO 规则项下有关国家安全例外的相关规定。这明显是以国家安全为借口实施贸易保护措施的行为。

二、“禁运措施案”中专家组对安全例外条款的适用

在“禁运措施案”判决出现之前，GATT 时代共有 7 起案件涉及 GATT 第 21 条，在最终提交专家小组报告的 3 起案件中，缔约方全体仅采纳了 1 起，WTO 时代，共有 3 起案件涉及 GATT 第 21 条，虽然成立了专家组，但均未结案。[30]以上案件，从争议内容来看，大多涉及如何解释第 21 条。中外学者认为对第 21 条的解释具体包括两大法律争议，其一是 GATT 第 21 条是否完全排除 DSB 对安全例外条款的管辖权，即安全例外条款是否赋于成

[25] Congressional Research Service, U.S. Sanctions on Russia, p.1, 引自 https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45415, 最后访问日期 2020 年 8 月 21 日。

[26] Sec. 2, Protecting Europe’s Energy Security Act of 2019.

[27] Sec. 7503, National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2020. 受制裁影响的主要是一家名为 Allseas 的瑞士海上作业承包公司。在制裁措施颁布之后，此公司已宣布暂定了“北溪 2 号”项目的海底管道铺设工程。BBC, Nord Stream 2: Trump approves sanctions on Russia gas pipeline, 引自 https://www.bbc.com/news/world-europe-50875935, 最后访问日期 2020 年 8 月 21 日。

[28] Statista, Volume of U.S, imports of trade goods from Russia from 1992 to 2019, 引起 https://www.statista.com/statistics/187732/volume-of-us-imports-of-trade-goods-from-russia-since-1992/, 最后访问日期 2020 年 8 月 21 日。

[29] Reuters, Nord Stream 2 to press on with Europe gas pipe, despite U.S. sanctions, 引自 https://www.reuters.com/article/us-usa-russia-nord-stream-completion/nord-stream-2-to-press-on-with-europe-gas-pipe-despite-u-s-sanctions-idUSKBN1YP061, 最后访问日期 2020 年 8 月 21 日。

[30] 彭岳，《中美贸易战中的安全例外问题》，《武汉大学学报(哲学社会科学版) 》2019 年第 1 期，第 160 页；丁丽柏，陈喆，《论 WTO 对安全例外条款扩张适用的规制》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期，第 132 页。在“1985 年美国尼加拉瓜案”中，美国援引安全例外条款为其限制措施抗辩，美国同意成立专家组的条件是专家组不对美国援引该条款的有效性进行审查，专家组最终回避了管辖权问题，但在报告中表达了对成员滥用条款的担忧。（GATT Panel Report, United States-Trade Measures Affecting Nicaragua, para.1.4, paras.5.16-5.17. “如果该条款的援引完全属于成员的权利，那么缔约方应如何确保其余该例外抗辩的义务不会被宽泛地适用，或者该措施实质确保该条款规定之外的目的呢”。） 在“1992 年欧共体与南斯拉夫禁运案”中，欧共体同样援引了安全例外条款进行抗辩，但欧共体并未像美国那样直接拒绝专家组对安全例外条款的审查，不过，虽然该案成立了专家组，但专家组最终因南斯拉夫解体而解散，安全例外条款的管辖权问题并未解决。

员国自主判断某一情况涉及国家安全，并采取相应措施的完全“自决权”（Self-judging），其二是如何解释 GATT 第 21 条 b 款 iii 项的“战时或国际关系中的其他紧急情况”（war or other emergency in international relations）。[31]在“禁运措施”案中，专家组第一次正面回应了这两个问题，并从三个方面加以论述。

（一）明确专家组的管辖权

“禁运措施案”首次释明了 DSB 对安全例外条款的管辖权问题，明确了专家组对安全例外条款的客观审查的事项。首先，专家组从文义解释的角度指出，《关于争端解决规则与程序的谅解》（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes 以下简称“DSU”）第 1. 1 条、第 1. 2 条及附件一、二中并没有提到任何针对安全例外条款可以适用的特别程序，因此，如果争议双方在争端解决过程中援引此项条款进行抗辩，则与此项条款有关的争议，仍应遵从争端解决程序的一般要求，也就是说，专家组对成员国适用安全例外条款所产生的争议拥有管辖权。[32]其次，专家组从目的解释和历史解释的角度指出，若专家组不能对该条款的援引进行审查，不符合条款制定时的考量及背景。[33]二战后美国政府代表提出建立的“国际贸易组织”（International Trade Organization，以下简称“ITO”），在其组织宪章中的商业政策章节中制定了一般例外与安全例外的内容，彼时美国代表对安全例外条款的态度是限制此条款的适用，以期在保护国家安全和防止此条款被滥用之间实现一定程度上的平衡。[34]随后，作为 ITO 宪章的继承者，GATT1947 基本沿袭了 ITO 宪章在一般例外和安全例外条款上的表述方式，因此，专家组认为，从历史解释的角度上讲，专家组同样应当具有对安全例外条款的管辖权，以期实现成员国在保护国家安全和防止此条款滥用之间的平衡。[35]

（二）规定成员国自由裁量权的范围

根据 GATT 第 21 条的规定，GATT 赋于了成员国在面临安全问题时自主采取措施维护自身安全利益的自由裁量权。[36]正是由于这一自由裁量权的存在，才使得涉及 GATT 第 21 条的案件产生管辖权争端，俄罗斯及美国都以此为依据，主张专家组对 GATT 第 21 条不具有管辖权。[37]因此，专家组在明确自身对安全例外条款的管辖权之后，便对成员国在 GATT 第 21 条项下享有的自由裁量权的范围进行了界定。在专家组看来，根据 GATT 第 21 条款的文字内容，成员国自由裁量权同专家组管辖权的矛盾主要表现为三个层面的问题，即成员国的自由裁量权仅限于采取何种必要措施以保护“基本安全利益（essential security interests）”，但不包括“基本安全利益”的界定，或是成员国的自由裁量权包含如何界定

[31] Andrew Emmerson, *Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse?*, Journal of International Economic Law, 2008, 11(1), pp. 135-154.
[32] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, pp. 7.53-7.58.
[33] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, pp. 7.83-7.100.
[34] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, pp. 7.93-7.94.
[35] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, pp. 7.98-7.100.
[36] General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT 1994), Art. XXII (b)(iii). 缔约方可以在战时或发生国际关系中的其他紧急情况时，采取其认为对保护其基本国家安全利益所必需的任何行动，而无需承担违反 GATT 项下义务的后果。
[37] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.26, p. 7.51.

“基本安全利益”，抑或是对整个第 21 条 b 款都有自由裁量权。[38]针对这三个问题，专家组在判决中明确规定，成员自裁决权的范围包括界定其“基本安全利益”[39]及决定何种措施符合该条款的“必要性”，措施的“必要性”完全由成员进行自由裁量，[40]但成员对“基本安全利益”的界定仍需受到专家组的客观审查。[41]

（三）客观界定条款中关键语句的含义

安全例外条款中最重要同时又是最模糊的两个概念莫过于“基本安全利益”以及“国际关系紧急情况”。

专家组认为，“基本安全利益”显然是一个比“安全利益”更狭义的概念，一般可以理解为与国家的基本职能有关的利益，即保护其领土和人民免受外部威胁，以及在国内维护法律和公共秩序。[42]虽然由于国际环境复杂多变，成员国可享有自主界定基本安全利益范围的自由裁量权，但专家组认为这并不意味着成员国可以将任何关切（concern）提升为“基本安全利益”，而是应当遵循善意解释原则尽量避免在保护基本安全利益的同时违反 GATT 项下的其他义务。[43]根据“善意原则”，第一步，成员必须“充分”阐明其寻求保护的“基本安全利益”。若成员援引 GATT 第 21 条 b 款 iii 项，主张其处于“国际关系紧急情况”，“基本安全利益”受到损害，成员必须证明“基本安全利益”与“国际关系紧急情况”具有充分的关联（articulation）。[44]关联性的充分程度取决于所处的国际关系紧急情况，所处的国际关系紧急情况越典型，则关联性越强。[45]第二步，成员国还需表明其所采取的措施与其拟保护的“基本安全利益”具有关联性。在关联性方面，“善意原则”适用的审查标准较低，仅要求成员所采取的措施与“基本安全利益”之间具有“最小合理”（plausibility）的关联性。[46]

相对于专家组在解释“基本安全利益”时仍赋予了成员国极大的自由裁量权的情况，专家组在解释“国际关系紧急情况”时则采取了更为严格、客观的标准。专家组认为，根据 GATT 第 21 条 b 款 iii 项的条文表述，“国际关系紧急情况”与“战争”并列，根据条约解释的同类原则，两者具有同质性，“或”及“其他”联系了“战争”与“国际关系紧急情况”，“战争”是“国际关系紧急情况”类别的一种情况。[47]GATT 第 21 条 b 款 iii 项“国际关系紧急情况”与“战争”及 i、ii 项“裂变聚变物质”“武器、弹药和作战物资”共同置于词语“基本安全利益”之下，这三项所涉及的安全利益的特征应具有重叠性，将其作为一个整体看待，即可得出“国际关系紧急情况”所保护的“基本安全利益”与战争、国防与军事利益以及维护法律与公共秩序利益具有同等性质。[48]因此，“紧急情况”是指不可预见的或需要立即采取行动的危

[38] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.63.
[39] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.131.
[40] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.109.
[41] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.132.
[42] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.130.
[43] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, pp. 7.131-7.133.
[44] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.134.
[45] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.135.
[46] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.138.
[47] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.72.
[48] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.74.

险或冲突，而“国际关系紧急情况”通常是指武装冲突、潜在的武装冲突、高度的紧张或危机及导致国家与周边不稳定的情形，该情形损害了一国的国防与军事利益或维护法律与公共秩序的利益。[49]

三、“禁运措施案”对美国二级制裁合法性的影响

在“禁运措施案”之后，“沙特保护知识产权措施案”[50]（Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights，以下简称“知产措施案”）同样涉及安全例外条款的解读和运用。专家组在“知产措施案”的判决中进一步明确了自身对安全例外条款的管辖权，并通过更加清晰明了的语句规定了对安全例外条款的审理标准。

当争议双方援引安全例外条款时，专家组主要通过以下四个方面判断案件情形是否满足安全例外条款的适用条件。首先，争议方之间是否存在“战争或其他国际关系紧急情况”；其次，产生争议的行为是否发生在“战争或其他国际关系紧急情况”的存续期间内；再次，援引安全例外条款的当事国是否充分阐明其相关的“基本安全利益”，以便能够评估产生争议的行为同保护基本安全利益之间存在联系；最后，产生争议的行为同“国际关系紧急情况”之间的关系是否太过牵强，以至于涉事方无法认为在紧急情况下为保护其基本安全利益所采取的那些行动是必须的。下文将根据专家组的审判标准对美国二级制裁的国际法合法性问题进行分析。

（一）美国实施对伊二级制裁时是否存在“战争或国际关系紧急情况”

虽然美国常以伊朗问题为借口实施二级制裁，但二级制裁的对象多为第三国（如中国）的企业和个人。因此，美国同伊朗之间的政治、经济、军事、国家安全等方面的矛盾和冲突就通过二级制裁转变成了美国同诸如中国等其他第三国之间的政治和经济等方面的矛盾和冲突。根据“知产措施案”的专家组判决，两国断交（severance of all diplomatic and consular relations）是“国际关系紧急情况”的一种具体表现形式。[51]基于这一标准美国和伊朗的确处于“国际关系紧急情况”之中。但美国和伊朗之间的“国际关系紧急情况”是否可以作为美国对第三国企业和个人实施制裁措施并通过安全例外条款免责的基础，在法律上有极大的讨论余地。

笔者认为，国际商贸活动是典型的商事行为。在评判商事行为法律效力时，一个重要的标准就是商事行为的无因性，即某一商事行为的先行行为是否有瑕疵不会影响商事行为本身的效力。如果将第三国企业同伊朗进行贸易的行为看作是该企业同美国企业进行经贸往来的先行行为，则美国对伊朗的二级制裁显然违反了商事行为无因性原则。商事行为无因性除了能够提高国际商贸活动的效率之外，也有利于 WTO 及 GATT 力图提升各国经济政策安全性和可预见性的组织目标。[52]因此，本着“禁运措施案”及“知产措施案”中专

[49] 丁丽柏，陈喆，《论 WTO 对安全例外条款扩张适用的规制》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期，第 133 页。

[50] Report of the Pane, Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567/R, 16 June 2020. 本案于 2018 年 12 月 18 日组成专家组并于 2020 年 6 月 16 日出具专家组报告的

[51] Report of the Pane, Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567/R, 16 June 2020, pp. 7.259. – 7.262.

[52] Appellate Body Reports, EC – Computer Equipment, para. 82; EC – Bananas III (Article 21.5 – Ecuador II) /

家组在案件判决中一再强调的“善意解释原则”，笔者认为，美国和伊朗之间的“国际关系紧急情况”不能作为美国对第三国企业和个人实施制裁措施并通过安全例外条款免责的基础。

基于以上观点，结合“禁运措施案”及“知产措施案”中专家组确定的以客观事实为基础的审判标准，美国同第三国，尤其是同中国之间，显然是不存在战争或其他国际关系紧急情况的。[53]所以，美国针对第三国企业实施的二级制裁，无法满足争议双方之间存在“战争或国际关系紧急情况”的客观标准。

（二）第三国同伊朗贸易是否影响美国“基本安全利益”

美国以二级制裁的手段限制中国等第三国企业及个人同伊朗进行经贸往来，主要原因是美国政府认为伊朗的核能研究及大规模杀伤性武器的研发制造，影响了美国的基本安全利益，而第三国同伊朗的经贸往来从资金上间接支持了伊朗的原子能研究及大规模杀伤性武器的研发制造。[54]此外，从 2010 年开始，由于伊核问题一直未得到根本解决，联合国安理会逐步加强了对伊朗的经济制裁，因此美国通过援引联合国安理会第 1696 号、第 1737 号、第 1747 号、第 1803 号、第 1929 号决议，以实施联合国安理会决议对伊朗经济制裁内容为借口，进一步加强了针对第三国企业和个人的二级制裁手段。[55]

不过，2015 年 7 月 14 日美国、中国、法国、德国、俄罗斯联邦、联合王国、欧洲联盟高级代表(欧洲三国/欧盟+3)和伊朗为长期、全面、妥善解决伊朗核问题达成了《联合全面行动计划（Joint Comprehensive Plan of Action）》（以下简称“JCPOA”）。2015 年 7 月 20 日，安全理事会一致通过了核可 JCPOA 的第 2231 号决议。2016 年 1 月 16 日联合国安理会终止了第 1696、第 1737、第 1747、第 1803、第 1835、第 1929 和第 2224 号决议等有关伊朗的经济制裁。此后，美国在 2014 年 1 月 20 日至 2016 年 1 月 16 日履行了 JCPOA 中规定的义务，取消了对伊朗的二级制裁。[56] 但 2018 年 8 月 7 日，美国以维护国家安全为由恢复了对伊朗的二级制裁。

笔者认为，签订 JCPOA 此举本身就证明，美国政府承认在 JCPOA 规则约束下的伊朗核能研究已经不再对美国的国家安全构成威胁，同时根据《联合国宪章》第二十四条的授权，联合国安理会的第 2231 号决议进一步认可了伊朗在 JCPOA 框架下的核能研究已不对包括美国在内的其他国家的国家安全构成威胁。因此，根据国际法中的禁反言原则，作为 JCPOA 的缔约方，美国在没有证据证明伊朗违反 JCPOA 规定的前提下，单方面退出

EC – Bananas III (Article 21.5 – US), para. 433; Argentina – Textiles and Apparel, para. 47; and EC – Chicken Cuts, para. 243.

[53] 根据“禁运措施案”判决中专家组的观点，“国际关系紧急情况”通常是指武装冲突、潜在的武装冲突、高度的紧张或危机及导致国家与周边不稳定的情形，该情形损害了一国的国防与军事利益或维护法律与公共秩序的利益。在“知产措施案”中专家组认为，断交（severance of all diplomatic and consular relations）是“国际关系紧急情况”的一种表现形式。Report of the Pane, Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567/R, 16 June 2020, pp. 7.259. – 7.262.

[54] P.L. 104 –172, §2, 110 Stat. 1541(1996).

[55] 22 U.S. C. § 8543 (d)(1)(A)(iii).

[56] 如限制伊朗石油出口、外国向伊朗出售汽油和能源部门设备，以及限制外国在伊朗能源部门投资的制裁；金融部门制裁；对伊朗汽车业和伊朗货币贸易有关的制裁。Congressional Research Service, *Iran Sanctions*, pp. 39 – 40, 引自 https://fas.org/sgp/crs/mideast/RS20871.pdf，最后访问日期 2020 年 11 月 11 日。

JCPOA，并以安全利益为由，重启制裁对象为中国等第三国企业和个人的二级制裁，严重缺乏国际法合法性。

虽然“禁运措施案”的专家组赋予了成员国评判自身“基本安全利益”范围的自由裁量权，但专家组同样要求成员国对“基本安全利益”的解释应符合“善意原则”。根据专家组确立的“善意原则”适用标准，美国需证明 “基本安全利益”与“国际关系紧急情况”具有充分的关联。[57]但事实上，基于前文所述观点，中美之间不存在符合专家组标准的“国际关系紧急情况”，因此，中国等第三国的企业和个人同伊朗的正常经贸往来更加无法被认定为对美国“基本安全利益”的威胁。

（三）美国对伊二级制裁是否为保护其基本安全利益所必须

基于前文所述，由于“禁运措施案”及“知识产权案”专家组对安全例外条款的审理采取的是一种层层递进式的审查模式，因此，在美国同第三国并不存在“战争或国际关系紧急情况”且第三国同伊朗的贸易也并不影响美国“基本安全利益”的前提下，我们无需再评判美国对伊二级制裁是否为保护其基本安全利益所必须。但如果单纯地讨论美国对伊二级制裁的必要性问题，笔者认为，基于“禁运措施案”专家组给出的审判标准，此问题尚有探讨的余地。

根据“禁运措施案”专家组的审判标准，成员国在适用安全例外条款时需表明其所采取的措施与其拟保护的“基本安全利益”具有关联性，在关联性方面，“善意原则”适用的审查标准较低，仅要求成员所采取的措施与“基本安全利益”之间具有“最小合理”（Minimum Requirement of Plausibility）的关联性。[58]基于这一标准，由于美国对伊朗的二级制裁是作为一级制裁的补充存在的，其目的在于避免伊朗通过与第三国进行贸易规避美国的经济制裁，进而获得制造大规模杀伤性武器，推进核能研究的资金支持，因此，从逻辑上讲，美国制裁同伊朗进行贸易的第三国企业及个人符合“最小合理”关联性的要求。因此，笔者认为，如果在 DSB 的争议解决过程中，当事国没有在是否存在“战争或国际关系紧急情况”，以及涉案行为是否影响美国“基本安全利益”，这两方面成果驳斥美国的主张，则很难在争议行为同保护基本安全利益的关联性方面得到专家组的支持。

四、结论

“禁运措施案”第一次通过专家组裁决的方式对 GATT 第 21 条国家安全例外条款的管辖权归属、成员国自由裁量权范围、“基本安全利益”及“国际关系紧急情况”的具体意涵等问题做了相对清晰的阐述，并形成判例。这对于成员国所实施的诸多以维护国家安全为借口的经济制裁措施而言是一个警告，提醒各成员国不能再以国家安全为由逃避 DSB 的管辖。这对于我国企业来说不啻为一个相当有分量的利好。现阶段，中美贸易战愈演愈烈，美国多次以维护国家安全为由对我国企业实施经济制裁。尤其在伊朗问题上，美国的政策朝令夕改，给我国企业造成了巨大经济损失。因此，本文结合案件判决及美国对伊二级制裁的具体情况，详细论证了在现有的审判标准下，美国对我国同伊朗进行贸易的企业实施

[57] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.134.
[58] Report of the Panel, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019, p. 7.138.

经济制裁的合法性问题。笔者认为，在中美之间不存在“国际关系紧急情况”的前提下，美国政府以伊朗问题为借口对我国企业实施制裁的行为不符合 GATT 第 21 条国家安全例外条款的适用条件，我国政府应当在 DSB 对美国的这一行为提起争端解决，以维护我国企业的合法权益。

论我国国际投资争端的能动预防——从投资跟进着手

刘嫡琬 武汉大学国际法研究所 博士研究生

摘要：近年来，国际社会逐渐重视投资争端的源头治理，即争端预防。我国现有的投资争端预防机制尚不成熟，措施单一，且缺乏能动性，不能实现有效预防之目的。低效或无效的争端预防不仅浪费东道国的投资治理资源，相关措施还可能引发新的投资争议。“预防”的本质和目的要求预防要具有能动性，而争端的能动预防也符合透明度原则和可持续发展原则的要求，同时，还能更有针对性地优化营商环境。由于争端预防体现风险管控理念，因此，可以充分利用风险管控措施来实现投资争端的预防。对于我国而言，可以从投资跟进着手：为外资提供持续性服务，对外资进行常态化管理，通过实时跟踪外资的运营状况，及时采取预防措施，合理调整投资政策，最终化解投资争议。

关键词：投资争端能动预防；投资便利化；投资跟进；外资服务与管理；优化营商环境

一、引言

随着投资者与国家间争端解决（ISDS）机制改革的有序推进，各国各界也在对国际投资争端的多元解决之道进行不断反思与探索。当以仲裁为核心、以东道国救济和其他替代性纠纷解决（Alternative Dispute Resolution，ADR）方式为补充的国际投资争端解决体系进入瓶颈期，当更合法、更高效、更经济的投资争端解决制度改革愿景难以在短期内取得实质性突破，国际社会逐渐开始调整思路，思考如何有效预防潜在的投资争端。

曾经，国际社会对于投资争端[1]的处理态度是越级式的，即跳过争端的预防，直接进入解决阶段。近年来，几乎被忽略的作为“源头治理”的争端预防，才逐渐引起重视。当前，部分国内外学者已就解决国际投资争端的最理想的时机和方式形成一种共识——最佳的时机是在投资纠纷或争议[2]升级成为国际投资协定项下的争端之前，[3]最好的方式是东道国建立投资争端预防机制，提前采取有效的投资争端预防措施，防止投资纠纷或争议升级成为国际投资协定项下的投资争端。[4]的确，比起出现问题、进而被动地解决问题，提前避免问题产生、防止问题扩大才是更为合理的问题处理方式。

预防争端产生的正面效益具有双向性，为了更好地实现共赢，投资者与东道国也理应

[1] 本文所述“争端”，特指为国际投资协定（IIAs）所涵盖的、受 IIAs 保护的争端。

[2] 本文所述“纠纷”或“争议”，特指没有上升到 IIAs 层面的非正式争端，主要包括投资者的不满（grievance）与担忧（concern），以及东道国政府的有关行为引发的问题（problem）和冲突（conflict）等子概念。据此，本文所讨论的“争议”，其范围大于“争端”，而严重程度则小于后者。

[3] B. Legum, The difficulties of conciliation in investment treaty cases: A comment on Professor Jack C. Coe's 'Toward a complementary use of conciliation in investor-State disputes—A preliminary sketch', *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 21, # 4, 2006, p. 72.

[4] 漆彤：《论“一带一路”国际投资争议的预防机制》，载《法学评论》2018 年第 3 期，第 86 页；刘万啸：《国际投资争端的预防机制与中国选择》，载《当代法学》2019 年第 6 期，第 51 页。

共同作出正向努力。然而，由于投资争端主体地位不平等，且争端往往因东道国行使规制权而起，在投资争端的预防方面，双方作出这种正向努力的客观条件其实是不对等的。而从实践的反馈来看，智利也发现，冷却期本是一种重要的冲突预防机制，但由于在此阶段，投资者往往不向东道国完整提供全部必要的信息，而是会有所保留，固亦未取得预期效果。因此，本文提出，东道国应当提高投资争端预防的能动性，进行积极主动的预防（pro-active prevention）[5]。对于我国而言，为了实现这一目的，本文进而提出，我国可以以“投资跟进（investment aftercare）”为手段，即对投资者进行跟踪服务与管理，主动寻找问题、及时发现问题、有效解决问题，实现争端预防之目的。

本文第一部分对我国现有的投资争端预防措施进行梳理，并对我国投资争端预防机制的建设进行反思，指出我国在投资争端预防方面尚存在缺乏能动性的问题。第二部分提出我国应当提高投资争端预防的能动性，并以国际投资法的基本原则为支撑，论证其必要性。第三部分介绍“投资跟进”理念，将商业领域售后服务的做法引入投资领域，运用跨学科研究方法，论证跟进投资可以达到提高争端预防能动性之目的。第四部分就我国可以采取的投资跟进措施，从提供持续性服务和进行常态化管理这两个方面提出具体建议。第五部分对本文观点进行总结，并对未来我国投资争端预防机制的建设及完善进行展望。

二、我国投资争端预防的现状及存在的问题

（一）理论层面

从理论界学者对于投资争端预防机制的态度来看，我国已经认识到投资争端预防机制在投资治理体系，尤其是在投资争议处理体系中的重要性。在学者提出的投资争议处理的理想模型项下，有效的投资争端预防政策（Dispute Prevention Policies，DPPs）是投资争议处理体系的“三大构成”之首，优先于必要的 ADR 和改良的 ISDS。[6]这一排序尽管是按照争议的演化进程而非重要程度来进行的，但 DPPs 至少已经开始受到与 ADR 和 ISDS 同等的重视。

在此基础上，学者们进而也提出了一些机制构建的方案：立法明确国家建立国际投资争端预防机制；[7]提高我国政府投资服务透明度；[8]设立由多个政府部门联合组成的投资争议预防处理“专门委员会”；建立信息收集沟通系统；确认并监控敏感行业；充分利用行政（复议）手段解决矛盾和冲突；提高缓冲期的磋商效率，鼓励调解、调停和中立的第三方评议程序等 ADR 方法；改进投资协定；强化同“一带一路”沿线国家的交流、合作与协调；[9]构建实质性国际合作机制；主导并推动投资便利化议题的多边合作[10]等。

然而，我国现有的投资争端预防机制缺乏顶层设计和总体规划，系统的战略指导缺位。

[5] See UNCTAD, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II, p. iii.
[6] 参见漆彤：《投资争议处理体系的三大构成》，载《社会科学辑刊》2018 年第 4 期，第 135-140 页。
[7] 谢进：《我国国际投资争端预防机制研究》，载《厦门特区党校学报》2020 年第 6 期，第 56 页。
[8] 蔡高强，刘明萍：《基于中非合作发展的投资争端预防机制论》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2020 第 3 期，第 86 页。
[9] 参见刘万啸：《国际投资争端的预防机制与中国选择》，载《当代法学》2019 年第 6 期，第 59-63 页。
[10] 漆彤：《论“一带一路”国际投资争议的预防机制》，载《法学评论》2018 年第 3 期，第 86 页。

同时，机制构建方案中包含国内外两条路径，在当前我国国内制度基础还没有打好的情况下，贸然推进双边或区域合作，其可行性也值得商榷。此外，在针对国内层面的具体方案中，有的建议其实并非真正意义上的预防措施，而是还停留在争端解决层面，无非再次强调了积极且充分利用这些 ADR 手段的重要性。这些“偷换概念”式的方案，反映出我国在争端预防方面的思路不够开阔，举措缺乏创新，没有找到恰当、有效的突破口。再者，还有部分提议只是一种务虚讨论，仅传递宏观指导思想，而不告知具体意见和建议，缺乏可操作性。

（二）实践层面

投资争端预防除了在理论层面得到了一定程度的重视，在实践中，我国也正在以投资便利化为切入点，对争端预防逐步展开探索。当前，我国关于投资争端预防机制的制度构想在《海峡两岸投资保护和促进协议》（2012 年）第 15 条、《外商投资法》（2019 年）第 26 条、《外商投资法实施条例》（2019 年）第 29 条至第 31 条和《外商投资企业投诉工作办法》（2020 年）等法律文件中已经有所体现，以受理外商投资企业投诉为主要措施的预防机制雏形初步形成。

尽管我国已经在投资争端的预防方面做出了初步安排，并采取了相应措施，但现有的预防机制仍然过于单薄，且手段比较单一，实践效果也还有待观察。其实，坐等受理外商投资企业的投诉是一种比较消极的预防手段，这与仲裁应诉似乎不无二致，都属于被动地做出回应，只不过仲裁是在争端解决阶段，而投诉则恰好处于预防阶段。亡羊补牢或许为时不晚，在处理投诉时再灵活采取应对措施可能也会更具针对性，但既然都已经在着手预防了，何不抱以更加积极主动的态度，赢取充分的时间，把握有利的条件，将可能的争端一防到位？

同许多东道国一样，我国在面对受 IIAs 保护的外国投资者以及了解 IIAs 规定的管理义务的全部范围方面都是被动的，以至于几乎很少能够足够早地识别冲突，因此便频繁错过尽早解决或避免潜在投资争端的机会。各国在投资保护管理方面普遍采取缺乏勤勉（lack of diligence）的“未尽职责”做法，而这种“不干涉（hands off）”的方式可能会进一步加剧与外国投资者的争端，由此导致的后果是，东道国要么在毫无察觉的情况下主动跳过（skip）早期化解争端的机会，要么在其仍有能力根据实际情况安排防守的时候错失制定预防策略的机会。[11]

我国并非天然对投资争端反应不灵敏，而是缺乏对“小”的重视——投资者的小不满（dissatisfaction）、小担忧（concern）、小问题（problem），导致争议积小成大。等预警机制开始作用，最佳时机其实已经错过。“勿以善小而不为。”在投资争端预防实践中，如何把握事前预防？何时着手才算“事前”？何时开始才不为晚？是否有定量或定性的标准可以作为开始预防的提示或参考？这些问题的回答，有待我国不断探索。

[11] UNCTAD, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II, p. 63.

三、提高我国投资争端预防能动性的必要性

（一）“预防”的本质和目的要求预防主体具有能动性

回归预防的本质，重新审视预防的目的，可以发现，能动性是预防的内在要求。

对“预防”进行文义解释，可以发现，“预防”的本质是主动出击，而非被动抵御。“预”在作形容词时，表示预先、事先；在作动词时，表示主动参与。“防”的本义是堤坝，而堤坝少有天然存在或自然形成的，大多需要人为修筑。“防”引申为动词时，表示预备、抵御、事先阻止发生。据此，“投资争端预防”这一理念本身其实已经暗示，东道国防范和阻却争端应当具备主观能动性。

从预防的目的来看，有学者认为，争端预防其实是为了“抢占争端（preempt disputes）”[12]，即优先获得争议的处理权。据此，预防要求东道国将潜在的争议率先导入（channel）其可掌控的领域，从而避免争议的结晶和升级。这也就是要求东道国在争议上游力争截留争议，进而再将争议合理分流处理。从这一角度而言，争端预防也是争端解决的重要措施，因此，争端预防也需要东道国发挥足够的能动性。

反之，“等待式”被动预防不仅难以达到切实预防之目的，而且这样的低效预防反而还会增加后续可能的争端解决的成本，最终只能落得事倍功半的效果。此外，被动预防往往只能解决个案暴露出来的问题，虽然可以作为处理眼下棘手争议的方法，但从长远来看，这样的个案预防似乎缺乏宏观考量，不利于我国投资治理体系，尤其是投资争议处理体系的完善。因此，我国有必要提高投资争端预防的能动性。

（二）提高预防的能动性符合透明度原则的要求

有学者将投资争端预防归为“复政治化”的争端解决方法，[13]而争端的政治化解决往往被诟病缺乏透明度。G20 在为全球投资政策制定提供总体指导时强调，各国应当致力于营造透明的投资政策环境。[14]同时，已有学者指出，东道国必须公开投资争端预防机制的运作程序，以确保透明度。[15]透明度常被视为 IIAs 项下公平公正待遇（FET）原则的重要体现，有的 IIAs 甚至将其作为独立的义务。如何对投资争端预防缺乏透明度进行回应，是预防机制面临的一大考验。

投资争端预防是东道国对投资者进行了解、作出预判、进而采取必要防范措施的过程，其中，主动了解的过程，也是东道国能够最大程度展现其争端预防政策及措施的透明度的过程。了解是双向的，东道国主动了解投资者的不满和需求的同时，投资者也能相应从中知悉东道国如何以及多大程度勤勉地履行了其 IIAs 项下的义务。东道国通过主动了解投资者进而作出的预判，不仅判断依据透明，分析的过程和得出的结论也相对透明，且可预见。

---

[12] See S. D. Franck, Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements, in K. P. Sauvant (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, p. 160.

[13] 朱明新：《国际投资争端解决的“去政治化”与“复政治化”》，载《太平洋学报》2012 年第 11 期，第 70 页。

[14] See G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking.

[15] J. J. Losari, A Baseline Study for RCEP's Investment Chapter: Picking the Right Protection Standards, in J. Chaisse, T. Ishikawa and S. Jusoh (ed.), *Asia's Changing International Investment Regime: Sustainability, Regionalization, and Arbitration*, Springer, 2017, p. 158.

最后，在衡量东道国采取的防范措施是否“必要”时，前置程序的公开透明也能发挥重要的作用。可见，提高投资争端预防的能动性，积极预防能够提升东道国预防政策和预防措施的透明度。此外，提高投资争端预防的能动性并不能确保东道国阻却所有投资争端，但即使争议不能通过预防顺利化解，在后续的争端解决程序中，东道国至少能对缺乏透明度进行有效抗辩。

（三）对投资者进行“尽职调查”能够实现风险管控

投资争端预防体现风险管控理念，[16]要充分利用风险管控措施来实现投资争端的预防。投资者在进行投资前，往往会对有意向的投资目的地国展开充分的尽职调查，以对面临的机会与潜在的风险进行分析与权衡。对于投资者而言，投资前的尽职调查是投资最重要的环节之一，也是投资设立及运营过程中重要的风险防范工具。近年来，投资自由化降低了投资者的准入门槛，投资便利化又减少了投资者的程序负担，而东道国对于投资者的了解却越来越少，潜在的投资争端风险可能也相应增加。因此，在外资运营阶段，东道国有必要对投资者展开一番补充尽职调查，进行风险管控，为有效的投资争端预防奠定基础。

国际投资争端是投资者和东道国都面临的风险，而尽职调查作为一种风险防范工具，既然可以为投资者所用，自然也能为东道国所用。东道国在投资争端预防中的尽职调查，就是去主动了解投资者的发展状况，通过主动接触，及时获得信息反馈，预见进而控制可能的争议，阻却投资争端。只有知己知彼，才能采取有针对性的预防措施，实现争端的有效预防。此外，从优化营商环境的角度来看，尽职调查还能为东道国如何优化、从哪些方面优化寻找合适的突破口，提供建设性意见和建议。

综上，提高我国投资争端预防的能动性在理论和实践上都具有必要性。而从必要性分析中可以看出，投资争端预防能动性的提高，其实强调的是东道国对投资者进行更多的了解和关注。据此，投资争端预防机制可以以“投资者售后服务（investor after-care services）”的方式实施。

四、投资跟进：从商品的售后服务到外资的运营跟踪

（一）投资跟进的提出

“售后服务”，就是在商品售出后，商家为消费者提供的一系列后续服务。从事前宣传的角度看，售后服务承诺无疑是一种极具吸引力的营销手段；而从事后追踪跟进的角度看，优质的售后服务既能及时安抚消费者的不满情绪，提供解决方案，化解各类纠纷，还能提高企业的信誉，保持甚至扩大产品的市场占有率。将商品的售后服务投射到国际投资活动中，便是外资的运营跟踪，也即本文提出的“投资跟进”——东道国对外商投资企业和外国投资者提供后续服务，进行跟踪管理。能动预防投资争端，可以从主动跟进外资着手。

“投资跟进”，在英文文献中多被表达为“investment aftercare[17]”，即“投资售后服务”

[16] 漆彤：《投资争议处理体系的三大构成》，载《社会科学辑刊》2018 年第 4 期，第 138 页。

[17] “aftercare”在《新牛津英汉双解大词典》中被解释为后续的关怀（care）或维护（maintenance），尤指被给予的支持（support）或建议（advice）；在《韦氏大学英语词典》中亦被解释为被给予的关怀、待遇

或“投资安置”，此外，也还有诸如投资后便利化服务（post-establishment facilitation services）和投资后管理（post-investment activities）等表达。由于“售后服务”和“安置”这样的表述缺乏法律色彩，而东道国对处于运营阶段的外商投资企业进行维系的这种持续性努力更有“follow-up”所要表达的意思，即持续跟踪，故本文将“aftercare”译为“跟进”。

关于投资跟进，Stephen Young 和 Neil Hood 两位学者共同对其作出了相对完整、全面的解释：投资跟进是“政府及其机构在公司层面提供的所有可能的服务，旨在促进和便利外国子公司在东道国或相关地区的成功创设和持续发展，同时着眼于最大化其对当地经济发展的贡献。”[18]该定义既包括经济学家 John H. Dunning 认为的以试图“降低麻烦的经营成本”为主的狭义的投资后便利化服务，又囊括了广义的旨在促进后续投资（follow-on investment）、加强投资对发展的影响的发展支持活动（development support activities）。[19]根据该定义，投资跟进的客体实际上包括了准入前及准入后的企业；主体则较为广泛，包括但不限于东道国的投资促进局（Investment Promotion Agencies）、经济发展机构（Economic Development Agencies）、出口加工区（Export Processing Zones）、工业园区（industrial parks）、投资者服务中心（investor service centres）、投资者协会（investors associations）和相关部门（line ministries）等政府机构或社会组织，这些在不同社会空间层次（socio-spatial levels）运转的机构都可以发挥作用，具有多元性。

本文认为，东道国所能提供的跟进服务，范围可能不止于“在公司层面”，甚至可以扩大到向外商投资者，即在个人层面，提供类似、但有区别的跟进服务。此外，跟进也不应止于提供服务，还可以包括进行管理，使其囊括投资后便利化服务和投资后管理两个方面。

放眼世界，投资跟进普遍没有受到东道国重视。各国更关心招商引资，将精力主要放在投资促进上，对投资的后续跟进明显关注不足，更不用说开展投资跟进活动。当然，投资跟进本身也是一个相对较新的理念，只有少数国家给予了足够的重视。自 20 世纪 70 年代末以来，业务保留与扩展一直是美国州一级的优先事项。[20]韩国早在 1999 年便设立了外国投资监察员制度（Foreign Investment Ombudsman system），同时发挥投资争端预防和外国投资促进的双重职能，[21]为投资跟进提供了一套可供借鉴的模板。近年来，以哥斯达黎加为代表，越来越多发展中国家的投资促进局开始通过政策倡导（policy advocacy）来服务外资。[22]

（二）投资跟进与投资便利化的关系

（treatment）、帮助（help）或监管（supervision）。

[18] S. Young and N. Hood, *Designing developmental after-care programmes for foreign direct investors in the Euro pean Union*, 3 (2) Transnational Corporations 45 (1994).

[19] UNCTAD, Aftercare: A Core Function in Investment Promotion 1, adopted on 30 September 2007, available at https://unctad.org/system/files/official-document/iteipc20071_en.pdf, visited on 30 November 2020.

[20] UNCTAD, Aftercare: A Core Function in Investment Promotion 1, adopted on 30 September 2007, available at https://unctad.org/system/files/official-document/iteipc20071_en.pdf, visited on 30 November 2020.

[21] See Office of the Foreign Investment Ombudsman, Who We Are, at https://ombudsman.kotra.or.kr/eng/au/poelb.do, Apr. 20, 2021.

[22] UNCTAD, Aftercare: A Core Function in Investment Promotion 18, adopted on 30 September 2007, available at https://unctad.org/system/files/official-document/iteipc20071_en.pdf, visited on 30 November 2020.

投资跟进是投资便利化的应有之义。通过设立机构、提供渠道，促进东道国友好解决投资者的不满或投诉，预防和化解投资争议，属于创新性质的投资便利化举措，投资便利化包括投资维护。据此，正如上文所述，我国对于投资争端预防的探索，是以投资便利化为切入点展开的。

2020 年 11 月 15 日签署的《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement，RCEP）第 10 章第 17 条“投资便利化”第一款第四项规定，每一缔约方应当努力便利缔约方之间的投资，可以设立或维持联络点、一站式投资中心、联络中心或其他实体，向投资者提供帮助和咨询服务。第二款进一步细化，明确上述活动可以包括帮助任何其他缔约方的投资者和涵盖投资通过（1）接收并在可能的情况下适当考虑投资者提出的、与影响其涵盖投资的政府行为有关的投诉，以及（2）在可能的范围内提供帮助，以解决投资者在与涵盖投资相关的方面遇到的困难这两种方式，与政府机构友好地解决在其投资活动中产生的投诉或不满。这里的“在其投资活动中”如作广义理解，也包括外资准入后的运营阶段。第三款还建议每一缔约方可以在遵守其法律法规的前提下，并且在可能的情况下，建立相关机制，以解决向影响另一缔约方投资者经常发生问题的相关政府机构提出建议。

RCEP 框架下的投资便利化强调，东道国应当尽可能地为投资者提供持续的便利化服务，尤其是要对投资者的主要关切问题提供一对一、点对点服务。RCEP 对于投资便利化的制度设计，体现的其实就是投资跟进，即投资跟进是投资便利化的实施路径和实现方式。

（三）以投资跟进实现争端能动预防的可行性

投资争议处理体系由预防阻却、友好解决和法律解决三大支柱构成，其中，预防这一分支还可以进一步细分为三个阶段：早期诊断（early diagnosis）[23]、中期降级（de-escalation）[24]和后期协调。这三个阶段并非相互独立，也并非依次必经，而是可以来回切换的，取决于个案实际预防效果。投资跟进的本质其实就是通过规律且有效的沟通，在投资者与东道国间培养一种长期而良好的互动关系，而这种互动关系既是争端预防的基础，也是串起上述三阶段的桥梁。

在争端预防早期，东道国可以通过跟进投资，及时识别投资者的不满情绪，从而提高警惕，谨防可能出现的争议。当东道国对所预见到的不利情形采取了相应措施、进行了自我修正，预防中期的投资跟进可以检验冲突是否得到缓解，进而调整进一步的预防策略。如果冲突演变成了可能的争端，那么在预防后期，继续跟进投资还可能为东道国争取到让投资者用尽当地救济手段的机会，而就算争议最终仍然提交仲裁，跟进投资也还能完成预防和解决这两种争议处理方式的协调和对接工作。总之，通过在投资者与东道国间建立必要的互动，投资跟进能够发挥争议识别、预警、降级和协调等积极作用，可以实现有效的

[23] See M. Manukyan, *Investor-State Arbitration Meets Mediation: Fostering Investor-State Mediation – Happiness Comes From Outside And Within*, Kluwer Arbitration Blog, 3 October 2020, available at http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/03/investor-state-arbitration-meets-mediation-fostering-investor-state-mediation-happiness-comes-from-outside-and-within/, visited on 1 December 2020.

[24] See UNCTAD, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II, p. 123.

争端能动预防。

五、投资跟进的路径及措施建议

就实现争端能动预防的目的而言，我国的投资跟进可以从为外资提供持续性服务、对外资进行常态化管理两个方面着手，密切关注外商投资企业的发展及需求，灵活调整相关预防措施。通过服务弥补管理的缺失，通过管理提升服务的质量，共同促进投资争端的能动预防。

（一）为外资提供持续性服务

以外商投资企业的设立为界，东道国对外资提供的服务呈现两种状态：在外资进入前，东道国通常通过缔结国际投资条约、完善国内法律法规及相关政策，积极地向投资者提供或者承诺提供一系列促进和便利投资的服务，以吸引外资流入东道国市场。而当外资进入运营阶段，东道国履行招商引资时所作承诺的努力则明显不足，后续服务匮乏。东道国政府在招商引资时作出的各项承诺需要通过提供相应的后续服务来加以保障，否则，东道国极有可能因为没有兑现或者没有完全兑现对投资者的承诺，引发投资争端。从遵守 IIAs 的角度，东道国相关服务的缺失或将构成对于国际义务的违反；而从国内法实施的角度，在《外商投资法》的框架下，相关服务措施的空缺亦会拖延我国投资法律环境优化的进程。在国内投资法律和国际投资条约两套法律体系框架下，如何更好地实施国内法、履行国际义务，以优化东道国投资法律环境，是国际投资可持续发展的重要环节。

2015 年，习近平总书记在美国华盛顿州当地政府和美国友好团体联合欢迎宴会上发表演讲时明确表示，我国“将及时解决外国投资者合理关切，保护他们的合法权益。”[25]我国《外商投资法》也明确规定，要建立一系列制度，以完善我国外商投资法治体系。例如，第 11 条规定，国家要建立健全外商投资服务体系；第 19 条明确，各级人民政府及其有关部门应当优化政务服务，进一步提高外商投资服务水平。

当前，我国个别地区已经开始在加强政企互动方面做出规划。上海市政府提出“健全政企沟通服务机制”，“加强重点外商投资企业联系服务制度，市、区、街镇分别确定重点服务对象名单”。[26]江苏省政府提出“建立健全协调服务工作机制”，“广泛走访、专访、回访企业，加强与外资企业面对面交流”，发挥“重大外资项目领导挂钩联系机制”和“外资企业政企协调服务机制”的作用。[27]这种制度尝试重点突出、针对性强，具有参考借鉴意义，值得向全国其他地区推广。

然而，现有的为数不多的政企互动机制仅针对重点外商投资企业或重大外资项目，这样的投资跟进服务还比较片面，具有局限性。投资争端预防是一项系统性工程，跟进服务

[25] 新华网：《习近平在华盛顿州当地政府和美国友好团体联合欢迎宴会上的演讲》，资料来源于 http://www.xinhuanet.com/world/2015-09/23/c_1116656143.htm，2020 年 12 月 11 日访问。

[26] 《上海市人民政府关于印发<本市贯彻〈国务院关于进一步做好利用外资工作的意见〉若干措施>的通知》（沪府规〔2020〕5 号），第 17 条。

[27] 《江苏省人民政府关于促进利用外资稳中提质做好招商安商稳商工作的若干意见》（苏政发〔2020〕43 号），第 9 条。

应当具有普遍性。未来，我国地方政府应当扩大服务对象，加强政企互动，切实落实非歧视原则。此外，由于企业的发展具有阶段性，我国在跟进外商投资企业时，应当给予其定向支持（target support）[28]，提供与其现实需求相匹配的靶向式精准服务。此外，投资跟进应以投资者和东道国的可持续发展为目标，有策略地推进，而不是为了解决已经出现的问题而采取零星的临时行动（sporadic, *ad hoc* acts）或被动提供信息。[29]也就是说，跟进服务还需要具有一定的战略性。

（二）对外资进行常态化管理

我国《外商投资法》设立外商投资信息报告制度，拟在准入条件简化的情况下，建立一种事后补充监管机制，形成事前事后监管的有效互动，以优化投资和营商环境。《中共中央、国务院关于构建开放型经济新体制的若干意见》第（七）项“完善外商投资监管体系”亦规定，要“按照扩大开放与加强监管同步的要求，加强事中事后监管，建立外商投资信息报告制度和外商投资信息公示平台，充分发挥企业信用信息公示系统的平台作用，形成各政府部门信息共享、协同监管、社会公众参与监督的外商投资全程监管体系，提升外商投资监管的科学性、规范性和透明度，防止一放就乱。”

据此，我国可以建立投资者与东道国间冲突管理机制（investor-State conflict-management mechanism），将企业法律风险管理体系的经验应用到投资跟进管理中。冲突管理不是争端预防，但冲突管理是投资争端预防最重要的环节。正如前文所述，当争端预防早期识别出具体或潜在的政企矛盾后，就需要着手解决矛盾，将冲突降级。此时，冲突管理就是消解风险的工具（risk-mitigation tool）[30]，通过管理冲突，实现争议风险的降级。

在投资仲裁中，持续性（duration）是仲裁庭对于“投资”的判断依据之一。投资的持续性要求东道国对投资的监管也应当是持续的。传统的外商投资监管体系更强调对于准入阶段的监管，往往忽视准入后外商运行过程中的监管。在外商准入监管不断减少、外资进入越来越简便的情况下，准入后外资企业的运营也应被纳入监管体系，体现类似金融法上的持续性监管理念，实现保护外资与管制外资“一体化”[31]。

此外，争端预防和争端解决并非相互独立。争端预防不应只是单纯的预防争端，能动预防还可以将持续性监管延续到争端解决阶段，例如，让专门的投资争端预防委员会代表我国政府参与仲裁程序。同理，预防还可以进一步延伸到争端解决后阶段，总结经验并将其反馈、应用到 IIAs 的谈判中，从源头上合理规划东道国的义务。

六、总结与展望

[28] See E. Delany, Strategic Development of Multinational Subsidiaries in Ireland, in J. Birkinshaw and N. Hood (ed.), *Multinational Corporate Evolution and Subsidiary Development*, 1st ed., Palgrave Macmillan UK, 1998, p. 239-265.

[29] UNCTAD, Aftercare: A Core Function in Investment Promotion 14, adopted on 30 September 2007, available at https://unctad.org/system/files/official-document/iteipc20071_en.pdf, visited on 30 November 2020.

[30] See R. Echandi, *The blind side of international investment law and policy: The need for investor-state conflict-management mechanisms fostering investment retention and expansion*, No. 290, Columbia FDI Perspectives.

[31] 参见曾华群：《“可持续发展的投资政策框架”与我国的对策》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2013 年第 6 期，第 64 页。

ISDS 机制本身存在的缺陷以及对东道国规制权带来的挑战，已经导致了卡尔沃主义在部分国家的回归。预防作为投资争议处理另辟的蹊径，其发挥的作用和体现的重要性日益突显。尽管我国坚定奉行多边主义，支持并积极参与 ISDS 机制改革、提供中国方案，但对于争端预防机制的探索也应同步进行，甚至有所侧重。

投资争端的预防，预在先，防在后。凡事预则立。争端解决向预防的回归，也是被动善后向主动防患于未然的转变，需要东道国提高主观能动性。预防首先要求争议可预，只有提前预见潜在的争议，才能将矛盾抓早抓小，最终实现可防、可控。投资跟进则是“防”的具体实现方式。通过优化服务、加强管理，跟进投资既能履行 IIAs 项下的投资保护义务，也能更好地实施国内法，最终实现争端防控。总之，投资跟进是帮助预见争端、进而促进防范争端的可行手段，同时也是检验预防成效的工具，和及时调整预防方案的指向标。未来，我国应当加大对于投资争端预防机制的重视，提高预防的能动性，加强服务，强化监管，实现我国投资治理的可持续发展。

On the Proactive Prevention of International Investment Dispute in China: Starting from Investment Aftercare

Abstract: In recent years, the international community has been gradually attaching importance to the source governance of investment disputes, that is, dispute prevention. The existing investment dispute prevention mechanism in China is still immature, with a single measure, and lack of initiative, which can not achieve the purpose of effective prevention. Ineffective dispute prevention not only wastes the investment governance resources of host country, but the related measures may also trigger new investment disputes. The nature and purpose of "prevention" requires that prevention should be proactive. The proactive dispute prevention conforms to the requirements of the principle of transparency and sustainable development, while also optimizing the business environment in a more targeted manner. Since dispute prevention embodies the concept of risk management and control, measures deriving from such concept can be fully utilized to achieve the prevention of investment disputes. For China, we can start from investment aftercare: to provide continuous services for, and to carry out normalized management to, foreign investment. Through real-time tracking of the operation of foreign investment, it is possible to take timely preventive measures, adjust investment policies reasonably, and ultimately resolve investment disputes.

Key words: proactive investment dispute prevention; investment facilitation; investment aftercare; foreign investment service and administration; the optimization of business environment

一带一路背景下中国国际商事法庭的发展路径探析

刘家玮*

（重庆大学法学院，重庆）

[摘要]随着全球经济一体化程度的加深，国际商事法庭在解决国际商事争端中显示出了特殊的优越性。在世界范围内掀起了积极布局国际商事法庭的浪潮，这已成为各国争夺国际商事争端话语权的主要平台。为了给“一带一路”建设提供法治保障，我国建立起了集诉讼、调解和仲裁为一体的国际商事法庭。我国国际商事法庭在定位上具有先进的离岸法庭的特色，然而其管辖范围较小、一审终审的审级制度、法官选任与不吸收外籍法官、国际商事委员与仲裁员的转换以及“一站式”国际纠纷解决机制在诉讼与调解、仲裁与调解的衔接模式等诸多方面还存在运行困境。以“一带一路”国际商事纠纷解决目标为中心，审视国内和国际社会的双重挑战，进而总结出发展的基础在于完善国内立法，发展的保障为加强国际合作。

[关键词]国际商事法庭；离岸法庭；诉讼程序；国际合作

Abstract： With the deepening of the global economic integration, the International Commercial Court has shown its special superiority in solving international commercial disputes. The wave of active layout of international commercial courts has been set off in the world, which has become the main platform for countries to compete for the discourse power of international commercial disputes. In order to provide one belt, one road, the legal system is established. The international commercial court is established in China. The International Commercial Court of China has the characteristics of advanced offshore court in its positioning, but its jurisdiction is small, the trial level system of the final trial of first instance, the selection and non absorption of foreign judges, the conversion of International Commercial Committee and arbitrators, and the "one-stop" international dispute resolution system still has operational difficulties in the connection mode of litigation and mediation, arbitration and mediation. Focusing on the objective one of "one belt, one road" in solving international commercial disputes, we examine the dual challenges of the domestic and international community, and conclude that the foundation for development lies in improving domestic legislation and ensuring development in order to strengthen international cooperation.

* 刘家玮：重庆大学法学院国际法 20 级硕士。

Key Words：International Commercial Court；Offshore court；Judicial proceedings；International cooperation

随着经济全球化和国际经济一体化进程的深入推进，世界各国的利益相互交融，已成为相互影响，相互制约的不可分割的整体。“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”（以下简称“一带一路”）就是以习近平总书记为核心的党中央领导人深刻洞悉国际社会发展的这一时代背景为找到共同利益支点提出来的，其目的在于充分依靠中国和相关国家既有的双边或多边条约，借助既有的区域合作平台，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。

良好的营商环境离不开法治的保障，因此在各国建立国际商事法庭的浪潮中，中国也展开了中国国际商事法庭的布局。2018 年 6 月 29 日，最高人民法院第一、第二国际商事法庭分别在广东省深圳市和陕西省西安市揭牌办公，拉开了中国司法制度的新篇章。但如何能够提高中国国际商事法庭的国际吸引力，争夺解决国际民商事争议的高地成为初期阶段的主要问题。对此还应立足中国对国际商事法庭的定位，分析其运行困境，并在此基础上提出国内法改革以及国际合作的发展路径，以面对国际本位理念下人类命运共同体的新挑战。

一、中国国际商事法庭的定位

“一带一路”建设所覆盖的国家在政治、经济、文化和法律等诸多方面有着巨大差异，为了提供多元化纠纷解决机制，满足各国的利益诉求，稳固国际社会共同利益支点，为“一带一路”建设提供法律保障。中国国际商事法庭在吸收各国国际商事法庭的优秀实践的基础上，结合“一带一路”的实际情况，构建起了集合调解、仲裁和诉讼为一体的一站式平台。

“中国国际商事法庭充分吸收域外经验，并结合“一带一路”的战略定位，具有本土商事法庭的特色。”[1]在世界经济一体化、信息化、科技化的新的时代背景之下，以 2017 年英格兰及威尔士商事与财产法院的设立为起点，卡塔尔、新加坡以及中国等亚洲国家与荷兰、比利时等欧洲国家也积极寻求国际商事法庭建立的新思路。世界范围内设立国际商事法庭已成为不可阻挡的潮流，尽管其在定位、架构和国内政策等方面不尽相同，但是却都表明了在世界范围内发起和倡导建立新的国际商事纠纷解决机制的呼声越发强烈。

国际商事法庭可以分为涉外商事法庭（只审理与本国有实质性联系的国际商事案件）、混合商事法庭（对于国内和国际商事案件都可以审理）和离岸商事法庭（不关注争议的当事人以及纠纷的发生地，其重点也不在于是否与法院地国有实质性联系，以具体要件确立

[1] 卜璐：《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行》,《求是学刊》2018 年第 5 期,第 92 页。

管辖范围），它们的区别在于其国际化程度在不断深化。[2]根据 2018 年 6 月 29 日中国最高人民法院发布《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《规定》）第 2 条规定，中国国际商事法庭的受案范围主要包括了当事人的协议管辖以及重大疑难的国际商事案件。首先中国选取当事人协议作为受理案件的主要来源是借鉴了世界多数国家的经验的。其次，《规定》中特别强调了受案范围的“国际性”标准，并不受理国内商事案件，是在现有的制度框架下对重大疑难的国际商事案件的特别处理。由此可见中国国际商事法庭并不属于混合商事法庭。对于是否可以划归到涉外商事法庭类型中去的主要争议在于对“实际联系”理解。《规定》指出协议管辖需符合《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉讼法》）第 34 条的规定，即合同或者其它财产权益纠纷的当事人协议选择管辖的地点时，应当选择与争议有实际联系的地点。从该条来看，对协议管辖具有实质性联系的要求，但中国国际商事法庭审理案件的来源还包括重大疑难的国际商事案件，对于这类案件并没有要求需要与中国有实质性联系，因此中国国际商事法庭也并不属于涉外商事法庭类型。

综上所述，中国的国际商事法庭并不完全照搬外国的建立模式，但立足于“一带一路”建设的实际需求，充分吸收外国优秀经验，在分类上既不属于弱国际性，也不属于中国际性，而是向着强国际性的离岸商事法庭的方向迈进。前两种法庭类型过于关注实际性联系因素，不符合中国设立法庭的目的，即积累国际商事纠纷解决经验，争取话语权，在人类命运共同体的背景下，作为将负责任的大国，向国际社会提供公共产品，让更多人享受经济全球化带来的美好生活。以新加坡国际商事法庭为代表的离岸国际商事法庭为例，它的管辖范围并不局限于争议案件是否与本国有实际联系上，而是以四个要件来确立，即“第一，属于高等法院管辖的案件；第二，有国际性和商事性标准；第三，当事人双方已经根据书面管辖协议选择了 SICC；第四，当事人没有寻求特权令状救济”。[3]中国《规定》第 2 条确立管辖范围时与新加坡国际商事法庭的规定类似，采取要件的方式设计，并不强调案件需要与中国有实际性联系。虽然协议管辖中为了符合《民事诉讼法》的规定，加入了实际性联系的要求，但是并不影响中国国际商事法庭的强国际性的定位，而且对于这一部分的规定，也成为了中国学界的讨论重点，[4]未来也将成为中国国际商事法庭重点改革所在。

二、中国国际商事法庭组织架构的运行困境与出路

《规定》共用 19 个条文具体规定了如何组织架构中国国际商事法庭，其中关于审级制度、法官选任、国际专家委员会的作用以及“一站式”国际商事纠纷解决平台的诉讼与调解，仲裁与调解的衔接等问题，引起学界广泛关注。

[2] 参见丁凤玲：《“一带一路”建设中创设中国国际商事法庭的理论探索》,《当代经济法学研究》2018 年第 5 期。
[3] 参见 Overview of the SICC, https：//www.sicc.gov.sg/About.aspx?id=22,April 25,2018.
[4] 参见刘力：《我国国际民事诉讼协议管辖中“实际联系”辨析》,《法律适用》2008 年第 12 期,第 81-83 页。

（一）审级制度

《规定》第 1 条明确规定，“最高人民法院设立国际商事法庭。国际商事法庭是最高人民法院的常设审判机构”。根据《民事诉讼法》的相关规定，最高人民法院审理的案件适用一审终审制，由此可见中国国际商事法庭实行一审终审，但可以申请再审，这样规定提高了案件审判效率，符合商事交易争分夺秒的特征。在国际商事纠纷的解决的司法实践中，当事人更愿意选择国际商事仲裁的方式，仲裁效率高是当事人选择仲裁的主要原因之一。因此，中国国际商事法庭作出一审终审的制度安排可以吸纳更多的案源。

但有学者认为一审终审的制度安排并不合理，有必要建立上诉机制。[5]首先，从国外商事法庭的角度来看，同样为“国家驱动型”法庭的新加坡国际商事法庭和迪拜国际金融中心法院等都规定了上诉制度，国际上对于上诉制度有着丰富的经验和共识。国际商事纠纷本就十分复杂，与效率相比，当事人更愿意追求公平，而且国外对于再审制度并不了解，很可能构成作为法庭主要案源的协议管辖的障碍。在审级制度的具体规定上，新加坡国内将法院分为了最高法院（包括高等法院和上诉法院）和国家法院。新加坡国际商事法庭属于高等法院的分庭，在高等法院作出判决后，对判决不服的，可以上诉至上诉法院。其次，从国内的角度看，国际商事法庭是作为特别法庭嵌入到现有的普通法院系统中，它并没有跳脱出我国法院体系。其审理范围是重大疑难的国际商事纠纷，并不是我国全部国际商事纠纷，在其它涉外商事纠纷适用中国二审终审审级制度时，是否会引起外国当事人的质疑也将是需要考虑到的问题。

从世界范围的国际商事法定的组织架构来看，实行一审终审的审级制度的国家十分有限，但这是否是融合国际商事仲裁的优势下的故意为之，成为我国商事法庭建立的独特优势还有待讨论。为兼顾效率与公平，除了建立上诉制度的思考外，还可以在严格法官的选任，合议庭的组成以及程序的公开、透明上有所发展。

（二）法官选任

关于法官的选任问题，《规定》第 4 条作出了明确规定，即“国际商事法庭法官由最高人民法院在具有丰富审判工作经验，熟悉国际条约、国际惯例以及国际贸易投资实务，能够同时熟练运用中文和英文作为工作语言的资深法官中选任”，由此可见，为了提升案件的审理质量，我国国际商事法庭对法官的知识储备以及工作能力都有十分高的标准，要求法官具有更高的国际法视野。[6]法官还应该符合我国《法官法》和《公务员法》的规定，法官和公务员需具有中华人民共和国国籍。由于对法官的高门槛高标准，在一国之内符合这些要求的学者十分有限，再加上在这些有限的学者通常还具有其他身份，在出任时如何兼顾自身利益冲突也是应该思考的问题。因此，国际上已经有国家开始引入了外籍法官，法庭通常会选任那些具有丰富的司法实践经验，在国际上十分著名的专家学者，这样做不

[5] 参见黄进,刘静坤,刘天舒：《中国国际商事法庭制度改革探析》,《武大国际法评论》2020 年第 6 期。
[6] 参见范健：《商事审判独立性研究》,《南京师范大学学报（社会科学版）》2013 年第 3 期,第 84 页。

仅可以提高案件审理质量，还可以借用专家学者的名声吸引更多争议当事人的目光，协议选择本法庭。各国对外籍法官的方式也十分多样，如新加坡为此专门修改了宪法，[7]卡塔尔金融中心民商事法院允许特定情况下具有专长的专家充当法官角色。[8]

我国在短期内引入外籍法官并无可能，在此期间对国内法官的选拔更加不能懈怠。首先我国多部法律都要求法官需要具有中华人民共和国国籍，引入外籍法官将会对我国现有的法律体系造成较大冲击，我国是成文法国家，法律的修改将耗费很长时间。其次根据《公务员法》关于法官选拔制度的规定，外籍法官的的行政编制与福利待遇问题将会使既有的公务员管理制度陷入混乱的状态。[9]再次外籍法官是否需要满足《规定》第 4 条，能够同时熟练中文和英文，还是只需熟练中文和本国籍语言，这将影响到整个中国国际商事法庭的工作语言问题。

（三）国际商事专家委员会

国际专家委员会是我国的创新性规定，且可以作为引入外籍专家解决国际商事纠纷的突破口，提高中国国际商事法庭的国际化和专业化程度。

根据《规定》，各专家委员在诉讼中的主要作用是协助外国法的查明，在中国国际商事法庭审理商事案件时对于外国法的查明除可通过一般的查明途径外，还特别增加了通过专家委员会查明的新途径。法庭对专家委员的国籍并没有像法官一样限制，因此专家委员会成员的外籍成员对外籍法律的查明具有突出作用。在查明法律后，专家委员还可以对相关的法律问题说明，使得外国法律的适用更具有说服力。在这样的良性循环下，增加外国法律被适用的可能性，提升法庭的专业化和国际化。

国际专家委员会作为我国在国际商事法庭的创新性安排设计，不仅要对这一制度加以肯定，还应看到这一制度在运行过程中出现的问题并能够及时纠正，以期在中国国际商事法庭的未来发展中更好地发挥其特有优势。[10]第一，专家委员向仲裁员的转化是否具有可行性。专家委员在中国国际商事法庭主要承担纠纷调解和法律咨询功能。有学者指出，专家委员作为法律专家，在国际上具有较高地位，中国国际商事法庭作为集调解、仲裁和诉讼为一体的一站式纠纷解决平台，当事人在协议将纠纷提交法庭时很可能将指定专家委员作为仲裁员审理案件，但我国法律并没有对其是否可以担任仲裁员作出规定。另有学者认为，专家委员只是具有专门的法律知识，他们可能会是法律上的专家，但是并不具有仲裁员所要求的的行业能力，因此让专家委员以仲裁员的身份审理案件将有很大风险。[11]第二，专家委员并不是专职人员，在面对法庭和当事人时很可能具有多重身份，比如他们与当事人一方具有相同国籍时，应该如何调解和回答法律咨询，造成这一问题的原因之一为专家

[7] See Constitution of the Republic of Singapore（Amendment）Act 2014, Articles 8.
[8] See Qatar Financial Centre Civil and Commercial Court Regulations and Procedure Rules, Article 12.4.
[9] 参见何其生课题组：《当代国际商事法院的发展——兼与中国国际商事法庭比较》,《经贸法律评论》。
[10] 参见石静霞,董暖：《我国国际商事法庭的若干核心问题》,《西安交通大学学报（社会科学版）》2019 年第 39 卷第 3 期。
[11] 参见姜丽丽：《国际商事法庭未来抉择》,《司法论坛》2019 年第 19 期。

委员在履职过程中应当服务于当事人还是法庭的规定并不明确，因此在调解案件与解释法律的过程中如何才能保证公正性成为法庭应该思考的问题。

对于以上问题，在法庭的未来发展中，可以提出以下建议。法庭合作仲裁机构与专家委员会成员可以相互转换，但法庭与合作仲裁机构享有决定权，当法庭与合作机构的决定产生冲突时，以法庭的决定为准。[12]首先，我国国际商事法庭设立专家委员会作为法官审理案件的补充，其最大特色是通过这一制度安排可以吸收外籍优秀法律专家学者加入进来调解纠纷，是法庭国际化和专业化改革的重要突破口，[13]最终达到吸引更多纠纷当事人将案件提交法庭解决的目的，以争夺“一带一路”背景下解决国际商事纠纷的话语权。其次，在我国仲裁法庭中已有可以选择仲裁名册之外仲裁员的规定。因此当事人在不违背法庭合作仲裁机构的规定下，如果对专家委员慕名而来指定其为仲裁员，这符合该制度的设计目的，应当予以支持。但保留了法庭的最终决定权，控制了审理案件的质量标准。

专家委员在履职过程中，无论具有何种社会身份，都应当保持其中立性，既服务于法庭，又服务于当事人，在调解和回答法律咨询时都应不是偏颇。对此，可以在履职时，签署承诺书并当场宣读。

（四）“一站式”纠纷解决平台

国际商事纠纷的复杂性程度决定了不能仅仅依靠传统的法庭诉讼模式，这在纠纷解决时已经不能更好地兼顾效率与公平了。因此《规定》第 11 条明确，“国际商事法庭共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台，形成“一站式”国际商事纠纷解决机制。”这样的“一站式”纠纷解决平台集合了当今世界国际争端的主要解决方式的大成，包括国际仲裁的高效便捷、跨国民事诉讼的专业性与多元化替代性争议解决模式的共商共建共享的优点等。《规定》还进一步规定了调解和诉讼的衔接问题，即“中国国际商事法庭在受理案件后的七日内，经当事人同意，可以委托国际商事专家委员会成员或者调解机构调解”。这样的调解与《民事诉讼法》中所规定的法庭直接调解并不相同，它由法庭之外其他机构调解，但效力相当于法庭直接调解，法庭可以根据调解协议直接指定调解书或判决书。法庭将调解交给专门的调解机构以及专家委员会处理，不仅能够避免当事人在法庭调解过程中随意中断调解再次要求诉讼，陷入仲裁——诉讼——仲裁的循环中；还能够发挥“一站式”纠纷解决平台的组织架构优势，当法庭在审理过程中认为争端更适合调解结案时，即委托“一站式”平台中的专门调解机构或专家委员会调解结案，当事人可以依据调解协议向法庭申请调解书或判决书，这样突破传统的法庭直接调解的做法提高了案件审理的效率以及专业化程度。

“一站式”平台中的诉讼与调解的衔接模式也引发了许多质疑。最为突出的表现是争端当事人对此种调解模式的不信任。在国际商事纠纷中，当事人多选择国际商事仲裁的方

[12] 参见姜丽丽：《国际商事法庭未来抉择》,《司法论坛》2019 年第 19 期。
[13] 参见薛源,程雁群：《以国际商事法庭为核心的我国“一站式”国际商事纠纷争议机制建设》,《政法论丛》2020 年第 1 期,第 151-152 页。

式，而自愿协议将争端提起诉讼其主要是对正义有着较高的诉求，[14]在这种情况下，如果法庭在诉讼中发起委托调解，这无疑会在当事人之间形成心理落差，将不利于国际商事法庭诉讼模式推进，进而形成比起仲裁和调解的更为长期性、稳定性的裁判文书。

质疑的出现并不意味着应该放弃这一突破传统的衔接模式，相反，仲裁和调解也应该参照这一模式，在新加坡《最高法院法》对“仲裁——调解——仲裁”衔接作了具体规定，在仲裁过程中，如果案件进入了委托调解，即中止仲裁程序，调解的成功与否直接决定是否恢复仲裁。[15]考虑到仲裁与诉讼的区别，当调解不成，为了当事人的权益，恢复仲裁具有合理性。

“一站式”平台建设的重点是为当事人提供高效便利的纠纷解决平台，无论是诉讼与调解还是诉讼与仲裁的创新衔接模式都是服务于这一目的。化解当事人的质疑，焦点应当集中在法庭合作仲裁机构和调解机构的选择上。此外，还应满足当事人的知情权和建议权[16]，这就要求法庭要及时公布合作机构的选择标准以及选择程序，开通意见通道，获得当事人的意见反馈，充分利于“智慧法院”平台。

三、中国国际商事法庭发展的反思与突破

中国国际商事法庭正面临着来自国际和国内社会的双重挑战。就国内社会而言，首先面对的就是国际商事法庭的组织架构与运行和《民事诉讼法》的冲突问题，这也是法庭在未来发展中的最大阻碍。在国际社会中，无论是欧洲国家还是亚洲国家都在积极布局自己国家的国际商事法庭，所以中国如何能在“一带一路”倡议深入推进以及人类命运共同体建设深入发展的新的时代背景下，[17]争取国际民商事解决的话语权是我国国际商事法庭面临的又一挑战。

（一）发展基础：完善国内立法

在以上的分析中，国际商事法庭在运行过程中面对的引入外籍法官制度与我国国内《宪法》和《法官法》关于法官必须具有中华人民共和国国籍的冲突现已通过国际专家委员会的设立得到了缓冲，在未来很长的一段时间内，是否需要引入外籍法官问题都不会构成我国国际商事法庭发展的较大障碍。现我国《仲裁法》的修改正在进行中，可以增加临时仲裁的规定，支持仲裁员与专家委员良性互动，更好地发挥国际专家委员会的作用。[18]而国际商事法庭在法院体系中的采嵌法庭模式，并没有突破现有法律体系对法庭的组织架

[14] 参见袁发强：《“一带一路”背景下国际民商事争议解决机制之构建》,《求是学刊》2018 年第 5 期。
[15] 参见石静霞,董暖：《我国国际商事法庭的若干核心问题》,《西安交通大学学报（社会科学版）》2019 年第 39 卷第 3 期。
[16] 参见丁凤玲：《“一带一路”建设中创设中国国际商事法庭的理论探索》,《当代经济法学研究》2018 年第 5 期。
[17] 参见习近平总书记 2017 年 1 月 18 日在日内瓦出席“共伤共筑人类命运共同体”高级别会议上的讲话《共同构建人类命运共同体》,《人民日报》2017 年 1 月 20 日第 2 版。
[18] 参见朱伟东：《国际商事法庭：基于域外经验与本土发展的思考》,《河北法学》2019 年 10 月第 37 卷第 10 期，第 84 页。

构与程序运行的框架设定，但我国对该法庭的定位又具有强国际性，为了向着这一目标前进，比起普通法庭的制度安排则需要更多特别政策的支持。比如，第一，为了增强当事人对国际商事法庭的信任，是否可以允许当事人委托外国律师以律师身份参与诉讼；第二，审理的语言是否可以因为法庭法官熟练中英文而可以使用英文审理案件；第三，审理程序是适用双轨制兼顾涉外商事案件的公平还是应到坚持重大疑难案件一审终审，偏重效率。[19]因此国际商事法庭在未来的发展中，其与《民事诉讼法》的冲突可能是在国内视野下面临的最大挑战。

（二）发展保障：加强国际合作

“一带一路”建设所覆盖的国家在政治、经济、文化、宗教信仰等多方面存在差异，中国国际商事法庭作为“一带一路”建设的法治保障，是为打造良好的营商环境服务。因此，中国在国际商事法庭的布局中积极争取国际商事纠纷解决的话语权理所应当，但是这并不意味着需要试图将所有的争端都吸纳到中国主导的机构中去，[20]而是应该积极探寻多元化的争端解决机制增加国际商事法庭的灵活性，根据各国在处理各类商事争端上的差异寻求解决办法。

国际商事法庭的判决能够得到承认和执行一直是各国需要思考的问题，1958 年《纽约公约》在承认与执行外国仲裁的执行上取得巨大成功，让判决的国际合作看到了希望，但公约在短期内难以形成，因此我国可以先以订立双边或多边协定的方式加强与“一带一路”沿线国家的国际合作，[21]增强我国国际商事法庭的判决在相关国家被承认和执行的可能性。此外，为了加强各国在其他方面的合作，还可以在“一带一路”沿线国家增设联合仲裁和调解机构，整合纠纷解决平台，使纠纷在多方磋商下解决。

[19] 参见何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》,《中国社会科学》2017 年第 5 期。
[20] 参见袁发强：《“一带一路”背景下国际民商事争议解决机制之构建》,《求是学刊》2018 年第 5 期。
[21] 参见刘俊敏,童铮恺：《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的建设和完善》,《河北法学》2019 年第 37 卷第 8 期,第 57 页。

“一带一路”沿线非传统政治风险保障机制研究

刘笑晨[1] 裴兆斌[2]

摘要：新冠疫情之后，国际社会迎来新的格局，亦引发了一系列非传统政治风险，包括国家安全审查风险、次级制裁风险以及超过必要限度的疫情管控行为带来的政治风险。传统政治风险的保障机制通常包括一国国内的海外投资保险制度、区域投资保险制度以及多边投资担保机构。遗憾的是，非传统政治风险通常并不属于传统政治风险的保障机制的承保范畴。

关键字：“一带一路”，非传统政治风险，海外投资保险

政治风险是中国企业在“一带一路”沿线国家投资过程中将会遇到的最大、最无法预期的风险，亦是最难把握的风险。它包含风险类型有很多种，并且政治风险不是一成不变的，随着时代的更迭，一些曾经并未被考虑进政治风险范畴的风险亦逐渐呈现出“政治性”的特点。在政治风险的发展进程中，以 21 世纪为时间节点，可以分为传统的政治风险与非传统的政治风险。

一、“一带一路”沿线非传统政治风险定性

传统的政治风险是指由于东道国国内的政治环境或政策出现变化而造成跨国公司损失的风险。[3]非传统政治风险是与传统政治风险相对的概念，主要是指未被传统政治风险的保障机制的承保范畴（征收险、禁兑险、战争、暴乱和恐怖主义风险）所包含的政治风险。[4]典型如国家安全审查风险、次级制裁风险以及超过必要限度的疫情管控行为带来的政治风险。

（一）国家安全审查风险

首先，国家安全审查风险尤其针对海外并购方式的投资行为。例如，2018 年 4 月，澳大利亚宣布针对关键能源基础设施和优质农田领域的外国投资并购加大审查力度，赋予该国交易审查机构——澳大利亚外国投资审查委员会基于国家安全考量评估交易的新权限。澳大利亚财政部长斯科特主张“将赋予澳大利亚外国投资审查委员会审查所有涉及能源资产出售交易的权限，以限制外国公司对澳大利亚输电网络的掌控”[5]，他的这番言论意味着，今后所有向外国买家出售输配电资产和某些发电资产的要约，都将受到所有权方面的限制或其他条件的约束。

其次，美国的国家安全审查“剑指”中国投资者。美国总统特朗普执政以来，不断加大国家安全审查力度。2018 年 8 月 13 日，特朗普签署发布的《外国投资风险评估现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act, FIRRMA）将中国列为“特别关注的国家”，表示对来自于中国的资本要加大安全审查力度。[6]新冠疫情之后，更是愈加严

[1] 大连海洋大学，讲师，国际经济法博士。
[2] 大连海洋大学，教授，海洋法律与人文学院院长，大连市人民政府法律顾问，大连市人大常委会立法专家顾问，大连市国际法学会会长。
[3] 黄河：“中国企业跨国经营的政治风险：基于案例与对策的分析”，载《国际展望》2014 年第 3 期，第 77-78 页。
[4] 同上。
[5] 《澳大利亚政府加大外国投资审查力度》，华尔街日报：https://cn.wsj.com/articles/CN-BIZ-20180201085603. 最后访问日期：2021 年 4 月 20 日。
[6] FIRRMA 第 1719（b）节增加了一项新的半年期 CFIUS 报告要求，专门针对来自中国的投资。新的报告要求涉及所有“中华人民共和国实体进行的外国直接投资交易”，无论这些中国当事方是纯粹的私有企业还是以任何方式隶属于国有企业或中国政府的企业。该条款特别要求 CFIUS 向国会提供按行业分类的细

重。2020 年 4 月 4 日，再次签发第 13913 号行政命令，[7]要求成立美国通信服务业外国参与审查委员会，并呼吁以“国家安全”为由对在美运营的中国电信企业实施更严格的审查，[8]从而进一步升级中美数字技术摩擦。并且一再泛化“国家安全”的定义，滥用国家力量，打压特定的中国企业。[9]2020 年 11 月 12 日特朗普发布行政命令禁止美国投资者对中国军方拥有或控制的企业进行投资。[10]

第三，欧盟亦逐步加大国家安全审查力度。值得关注的是，2020 年 10 月 11 日全面施行的《欧盟外国直接投资安全审查条例》。目前，已有 14 个成员国根据《欧盟外国直接投资安全审查条例》通过了各自的外商审查法规。[11]这些国家的立法，加之其他虽未立法、但统一适用《欧盟外国直接投资安全审查条例》的成员国的审查措施，对中国企业在欧盟的投资带来极大的挑战。

（二）次级制裁风险

次级制裁是 2020 年中国海外投资将面临的新型风险，尤其是以来自美国的“次级制裁”为代表。2020 年随着美伊冲突升级，美国再次加紧了对伊朗的经济制裁，[12]并以此为借口对中国能源等领域的投资实施次级制裁。在伊朗投资的中国企业项目，即使属于中伊双边正常商业往来，仍然面临着来自美国的次级制裁风险。制裁的影响不限于能源产业，提供公共产品服务的基础设施项目亦不能幸免。在“一带一路”倡议的作用下，中国已经在伊朗全境参与建设了轻轨、高速公路、地铁、水坝、桥梁和隧道等项目。但在美国看来，这些项目变相地资助了伊朗，降低了美国对伊直接制裁的效果，等于间接威胁了美国国家安全。

（三）超过必要限度的疫情管控行为带来的政治风险

2020 年 1 月 30 日世界卫生组织将新冠疫情列为国际关注的突发公共卫生事件（Public Health Emergency of International Concern），并于 2020 年 2 月 28 日将新冠疫情全球风险评估定为最高级。

目、中国政府投资的公司列表以及美国在美分支机构的信息以及对投资与中国“中国制造 2025”国民之间的任何关系的分析。Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, article 1719(b) Report on Chinese Investment: “Not later than 2 years after the date of the enactment of this Act, and every 2 years thereafter through 2026, the Secretary of Commerce shall submit to Congress and the Committee on Foreign Investment in the United States a report on foreign direct investment transactions made by entities of the People’s Republic of China in the United States.”

[7] Establishing the Committee for the Assessment of Foreign Participation in the United States Telecommunications Services Sector (Executive Order 13913 of April 4, 2020), article 3: “There is hereby established the Committee for the Assessment of Foreign Participation in the United States Telecommunications Services Sector (Committee), the primary objective of which shall be to assist the FCC in its public interest review of national security and law enforcement concerns that may be raised by foreign participation in the United States telecommunications services sector.”

[8] 张茉楠：《美国升级外资安全审查制度加剧中美脱钩》，中美聚焦：http://cn.chinausfocus.com/m/41897.html. 最后访问日期：2021 年 4 月 14 日。

[9] 《突发！特朗普政府公布行政命令：禁止美国投资者与中国军方有关联的企业》，环球网：https://world.huanqiu.com/article/40g6tvBdupv. 最后访问日期：2021 年 4 月 15 日。

[10] Humeyra Pamuk, Alexandra Alper, Idrees Ali, ‘Trump bans U.S. investments in companies linked to Chinese military’, https://www.reuters.com/article/usa-china-securities/update-3-trump-administration-bans-u-s-investments-in-firms-linked-to-chinese-military-idUSL1N2HY2O7. Last visited:2021-4-15.

[11] 这 14 个国家包括奥地利，丹麦，芬兰，法国，德国，匈牙利，意大利，拉脱维亚，立陶宛，荷兰，波兰，葡萄牙，罗马尼亚和西班牙。Foreign Investment Screening: new European framework to enter into force in April 2019：https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1532. 最后访问日期：2021 年 4 月 15 日。

[12] Pan Yuanyuan, ‘The Looming Threat of Sanctions for Chinese Companies in Iran’, The Diplomat: https://thediplomat.com/2020/02/the-looming-threat-of-sanctions-for-chinese-companies-in-iran/. Last visited:2021-4-11.

新冠疫情发生之初，一些国家以所谓的卫生紧急情况为由对中国的海外投资活动进行过分地约束与限制属于对公共政策的滥用。公共政策通常被比喻成“一匹脱缰的马”，[13]其难以驾驭程度可见一斑。正如英国大法官凯奇威奇法官在“戴维斯诉戴维斯案”（Davies V. Davies）判决书中曾写道：“公共政策既难以定义，同时又不容易被解释。它的数量和内容是多变的，常伴随公众的习惯、能力和机遇变化而变化。”[14]虽然“公共政策”的概念难以界定，但这并不妨碍国际法和各国国内法将维护一国“公共政策”视为基石。[15]然而，新冠疫情之后，部分国家对中国在其国内的投资实施了超过必要限度的约束行为，这些行为目的并不是维护其国内的公共秩序，而是干涉中国企业正常的投资活动。

二、“一带一路”沿线非传统政治风险引发的不利后果

中国企业在“一带一路”沿线国家的投资面临的政治风险仍然具有巨大的不确定性，就像一个黑匣子——灰犀牛和黑天鹅的集合体。除传统政治风险外，非传统政治风险亦侵蚀着海外投资者的利益。

（一）中国企业是国家安全审查风险的主要受害者之一

2013-2015 年，CFIUS 会共审查 39 个经济体的 387 起交易，被审查的中国企业投资交易共 74 起，占 19%，[16]连续三年位居被审查数量国别榜首。中国企业海外并购遭遇美国“国家安全审查”的负面影响包括并购前的否决和并购后的撤销。1990-2018 年，共发生 4 起美国以中国企业威胁美国国家安全为由否决了中国企业海外并购交易案，[17]这些案例属于并购前的否决情形。2005-2018 年，共发生 16 起因 CFIUS 审查而被撤销的部分中资海外并购交易案例，[18]这些案例属于并购后，即中国企业已在美国境内展开业务后被撤销。之所以并购后的撤销案件数量远远高于并购前的否决案例，是因为美国日益严格的“国家安全审查”主要是针对在美国市场已显现出与本土企业竞争优势的中国企业。

受美国的影响，一些发展中国家对中国投资的态度并不信任，也加剧了安全审查，这自然亦加大了中国企业在这些国家投资的风险。例如，华为在印度的投资面临过且此时依旧面临着以“危害国家安全”为由的审查，经历着艰辛而曲折的对外投资之路。中国对印投资不仅电信行业遭受了重重阻碍，基础设施领域也同样如此。[19]深圳中集天达空港设备公司是中集集团（CIMC）的子公司，该公司在印度承担了许多桥梁建设项目，但是 2006 年 6 月，同样是由于国家安全方面的原因，该公司未能拿到印度几家机场安装登机桥的合同。[20]

（二）中国投资企业头上的“达摩克利斯之剑”——美国次级制裁风险

对于中国投资企业而言，美国次级制裁风险就是悬在其头上的“达摩克利斯之剑”，时刻处于即使不在美国经营亦被制裁的危险境地。

表面看来，被制裁的中国投资企业面临系列商业损失：一是资产和帐户被冻结；二是在制裁下无法使用美元结算，企业难以维持运营；三是受制裁的资产无法处置；四是受制裁的公司负债问题，是否由母公司担保。但透过现象看本质，美国次级制裁具有政治风险

[13] Richardson v. Mellish (1824), 2 Bing. 229 at 252.
[14] Davies v. Davies (1887), L. R. 36 C. D. 364.
[15] Zena Prodromou, *The Public Order Exception in International Trade, Investment, Human Rights and Commercial Disputes*, Wolters Kluwer, 2020, pp.7-10.
[16] 参见 2018 年国务院新闻办公室公布的《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书。
[17] 同上。
[18] 同上。
[19] 邢政君、陈波：“印度外国投资国家安全审查制度及其影响”，载《亚太经济》2019 第 4 期，第 77 页。
[20] 同上。

的特征，表现在：其一，无论是资产被冻结、还是无法使用美元结算，与征收和禁兑的效应几乎同出一辙；其二，次级制裁以“国家安全”为理由，显然具有“政治性”；其三，次级制裁往往导致投资无疾而终。

（三）中国投资企业因超过必要限度的疫情管控行为受损

随着新冠疫情在全球呈加速蔓延态势。很多国家都采取了限制或禁止来往疫区的人员、物资流通等临时边境措施，以及国内的防疫措施。

首先，东道国国内防疫措施过当引发间接征收风险。归咎于美国等国污蔑新冠病毒是“中国病毒”的不利影响，疫情严重的东道国对“国际关注的突发公共卫生事件”做出扩大化解释或曲解，采取的限制措施超过必要、合理的范围。世界卫生组织曾建议“没有理由采取非必要的对国际旅行和国际贸易加以介入的措施”，[21]但却被部分国家所曲解，并对来自中国的船舶和货物采取不同程度的入境管制和隔离措施、甚至中断交通、提高检验检疫等级等更为严格的管控措施。媒体的负面夸张渲染，直接在投资东道国引起了恐慌，导致中国在其境内的投资项目受阻，尤其是中国海外的矿业投资项目。[22]上述管控措施不仅导致海外投资隐性成本增加，甚至遭遇封锁和禁运，从而构成间接征收。

其次，疫情加重武装抢劫、极端恐怖主义等政治风险。目前，多个国家出现第二波疫情，这加剧了经济衰退的严重程度，极易激化矛盾，引发群体性排斥事件。受医疗水平限制，这些国家对新冠疫情的控制颇显无力，使得国内武装组织或其他政党借机发难，这对原本就动荡的政治局势更是雪上加霜。

第三，新冠疫情加大政府违约风险。一是新冠疫情引发金融危机导致政府违约。受新冠疫情影响，世界各国政府大多会增加抗疫支出，造成财政吃紧、政府债务水平升高，降低政府的付款能力，诱发政府违约。如果新冠疫情发展不受控制，依然有可能触发新一轮的债务危机。而对于新兴市场，其经济基础相对脆弱，国家的融资能力有限，应对新冠疫情冲击的能力不足，应对新冠疫情政府债务问题可能更加突出，政府违约现象恐更加明显。二是新冠疫情导致政府的意识形态或政治倾向加剧了政府违约行为发生的可能性。具有民族主义色彩或左翼色彩的政府，通常对外国企业在本国的投资活动采取相对谨慎、保守的态度，从而使外国企业面临准入限制和不公平竞争等挑战。目前国际关系在疫情蔓延的背景下变得更加复杂，民粹主义有抬头趋势，部分政客或将矛盾引向外国资本，在这种情况下，政府违约事件会相应增加。

三、“一带一路”沿线非传统政治风险保障机制的构建

当中国投资企业在“一带一路”沿线遭遇政治风险时，现有的可以为其提供保障的机制包括中国出口信用保险公司（以下简称“中信保”），以及多边投资担保机构（以下简称MIGA）。

（一）现有的政治风险保障机制尚未涵盖非传统政治风险

于中国投资企业而言，“中信保”和 MIGA 虽然均在不同程度实现了对其“保驾护航”。然而，“中信保”和 MIGA 所保障的政治风险均属于传统政治风险。“中信保”在“一带一路”沿线国家投资保障的政治风险包括征收风险、汇兑限制风险、战争及政治暴乱风险以

[21] Tedros Adhanom Ghebreyesus, ‘WHO Director-General’s statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus’, World Health Organization: https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov). Last visited:2021-4-11.

[22] 张福良、常泽光：《挑战与机遇并存——新冠肺炎疫情对我国矿产勘查的影响浅析》，中国矿业报网：http://www.zgkyb.com/yuqing/20200507_62306.htm. 最后访问日期：2021 年 3 月 28 日。

及违约风险等。[23]MIGA 保障的政治风险包括货币汇兑风险；征收和类似措施风险；政府违约风险；战争和内乱风险。[24]

首先，单从现有的政治风险保障机制所保障的政治风险类别而言，并不包括前文所诉的三种非传统政治风险。对于准入后的非传统政治风险而言，非传统政治风险可能转化为征收风险、汇兑限制风险、战争及政治暴乱风险以及违约风险等。

其次，当非传统政治风险向传统政治风险转换时，准入前的部分无法得到保障。在传统的政治风险中，征收风险、汇兑限制风险、战争及政治暴乱风险以及违约风险等，均发生于企业准入后的时间段，而对于非传统的政治风险，包括国家安全审查和次级制裁风险，超过必要限度的疫情管控，它们既可以发生于准入前、又可以发生于准入后。其中，准入前即使转化为传统政治风险，亦无法得到保障。以国家安全审查风险为例，其本身属于外国投资者的准入风险，然而尽管企业尚未成立，但是已经投入了物力、人力，基于东道国国家安全审查行为造成损失，如果不加以赔偿，对于企业而言是不公平的。因此，有必要构建可以保障“一带一路”非传统政治风险的机制。

（二）构建“一带一路”沿线非传统政治风险保障机制的路径

构建“一带一路”沿线非传统政治风险保障机制的路径包含两种，第一种路径是重新构建一种国内的或区域的或多边的机构专门保障非传统政治风险；第二种路径是在现有的政治风险保障机制中添加非传统政治风险保障部分。相较之下，第二种路径无论是时间成本还是经济成本较第一种路径均占有优势。

在第二种路径中，由于 MIGA 成员国众多，并且发达国家成员国和发展中国家成员国的利益博弈，相较于一国国内的政治风险保障机制，若要调整，亦需要相当长的时间。因此，在“中信保”保障的政治风险中明确加入非传统政治风险是最优路径。

[23] 征收风险是指，东道国采取国有化、没收、征用等方式，剥夺投资项目的所有权和经营权，或投资项目资金、资产的使用权和控制权；汇兑限制是指，东道国阻碍、限制投资者换汇自由，或抬高换汇成本，以及阻止货币汇出该国；战争及政治暴乱是指，东道国发生革命、骚乱、政变、内战、叛乱、恐怖活动以及其他类似战争的行为，导致投资企业资产损失或永久无法经营；违约风险是指，东道国政府或经保险人认可的其他主体违反或不履行与投资项目有关的协议，且拒绝赔偿。中国出口信用保险公司：https://www.sinosure.com.cn/ywjs/xmxcp/hwtzbx/hwtzbxjj/index.shtml. 最后访问日期：2021 年 4 月 20 日。

[24] Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, article 11: “Covered Risks (a) Subject to the provisions of Sections (b) and (c) below, the Agency may guarantee eligible investments against a loss resulting from one or more of the following types of risk: (i) Currency Transfer any introduction attributable to the host government of restrictions on the transfer outside the host country of its currency into a freely usable currency or another currency acceptable to the holder of the guarantee, including a failure of the host government to act within a reasonable period of time on an application by such holder for such transfer; (ii) Expropriation and Similar Measures any legislative action or administrative action or omission attributable to the host government which has the effect of depriving the holder of a guarantee of his ownership or control of, or a substantial benefit from, his investment, with the exception of nondiscriminatory measures of general application which governments normally take for the purpose of regulating economic activity in their territories; (iii) Breach of Contract any repudiation or breach by the host government of a contract with the holder of a guarantee, when (a) the holder of a guarantee does not have recourse to a judicial or arbitral forum to determine the claim of repudiation or breach, or (b) a decision by such forum is not rendered within such reasonable period of time as shall be prescribed in the contracts of guarantee pursuant to the Agency's regulations, or (c) such a decision cannot be enforced; and (iv) War and Civil Disturbance any military action or civil disturbance in any territory of the host country to which this Convention shall be applicable as provided in Article 66. (b) In addition, the Board, by special majority, may approve the extension of coverage under this Article to specific non-commercial risks other than those referred to in Section (a) above, but in no case to the risk of devaluation or depreciation of currency. (c) Losses resulting from the following shall not be covered: (i) any host government action or omission to which the holder of the guarantee has agreed or for which he has been responsible; and (ii) any host government action or omission or any other event occurring before the conclusion of the contract of guarantee.”

论多边开发银行的法律地位及其功能演进*

刘音**

（华侨大学 法学院，福建泉州 362021）

【内容摘要】多边开发银行，是旨在促进全球或区域经济发展的国际金融开发组织。起初，多边开发银行作为金融组织，贷款工具以项目以工、农业生产性项目贷款为主，贷款条件内容以财务条件和技术条件为主。二十世纪80年代以来，多边开发银行不断突破“不涉政传统”，业务重心由“金融”向“开发”转移，业务内容越来越丰富，积极传播、分享“善治”，包括可持续发展的知识和经验，日益彰显其作为“知识银行”和国际发展组织的功能。

【关键词】多边开发银行、（非）项目贷款、贷款条件性

一、引言

多边开发银行（Multilateral Development Banks, MDBs），系根据多边条约建立的政府间的国际金融开发组织。MDBs 多为开放型组织，例如世界银行（World Bank, WB）[1]、美洲开发银行（Inter-American Development Bank, IDB）、非洲开发银行（African Development Bank, AfDB）、亚洲开发银行（Asian Development Bank, ADB）、欧洲复兴开发银行（European Bank for Reconstruction and Development, EBRD）[2]、亚洲基础设施投资开发银行（Asian Infrastructure Investment Bank, AIIB）等，个别多边开发银行，例如伊斯兰开发银行（Islamic Development Bank, IsDB），则是仅面向伊斯兰国家开放的封闭型组织。

其中，国际复兴开发银行（（International Bank of Reconstruction and Development, IBRD[3]）、国际开发协会（International Development Association, IDA[4]）、新开发银行（New Development Bank, NDB）、IsDB[5]面向全球四大洲发展中国家和地区提供贷款服务，可谓

* 本文系福建省教育厅课题《多边开发银行功能演进中的国际法问题》（项目编号：JA11024S）的研究成果。

** 法学博士、华侨大学法学院副教授。

[1] 世界银行集团（World Bank Group），由国际复兴开发银行、国际开发协会、国际金融公司（International Financial Corporation, IFC）、多边投资担保机构（Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA）和国际投资争端解决中心（International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID）五大成员组织构成。习惯上，把 IBRD 和 IDA 合称为“世界银行（WB）”。其中，IBRD 是世界银行的硬贷款窗口，IDA 在全球范围内主营无息贷款（credits）和赠款（grants）业务，即世界银行的软贷款窗口。

非在有特殊说明的情况下，本文所指的贷款特指直接贷款业务，不包括多边开发银行以金融中介身份提供的融资服务。

[2] EBRD 的业务活动区域不限于欧洲，而是横跨欧亚大陆，把中欧、东欧国家，以及中亚国家（包括东北亚国家之一的蒙古共和国）作为金融援助的目标援助国，但不提供软贷款服务（《EBRD 协议》第一、二、十三条）。

[3] 世界银行的前身，布雷顿森林组织（Brettonwoods Institutions）之一。

[4] 非在有特殊说明的情况下，本文所指的贷款特指直接贷款业务，不包括多边开发银行以金融中介身份提供的融资服务。

[5] IsDB 是较为特殊的全球性多边开发银行（global institution）。一方面，IsDB 的成员遍及全球四大洲，因此，从业务活动的物理空间范围而言，它可谓全球多边开发银行。另一方面，由于它是封闭型国际组织，成员及其服务对象具有排他性，且排除条件以具有特定宗教信仰，而不以（经济）发展程度作准。可见，IsDB 不同于一般意义上的全球多边开发银行。

全球性开发银行（global development banks）。IDB、AfDB、ADB、EBRD、AIIB 面向各自所处区域内的发展中国家和地区提供贷款服务，是为区域开发银行（regional development banks）。此外，MDBs 还包括次区域多边开发银行（sub-regional development banks），例如，加勒比开发银行（Caribbean Development Bank）、东非开发银行（East African Development Bank）、西非开发银行（West African Development Bank）等。本文的研究范围以全球性开发银行（IsDB 除外）和区域性开发银行为限，不包括次区域开发银行。

二、多边开发银行的法律地位及其特点

MDBs是根据关于建立MDBs的国际条约，例如《关于建立国际复兴开发银行的协议》（以下简称“《IBRD协议》”）、《关于建立国际开发协会的协议》（以下简称“《IDA协议》”）等，[6]建立的各国政府之间的国际组织。它们既不同于商业银行，更不是中央银行，而是自成一类的多边金融援助和发展组织。

首先，MDBs是国际（公）法人。MDBs由国际法创设，根据多边条约建立，由国际法支配，具有国际法律人格的国际公法人——政府间的国际组织（inter-governmental organizations, IGO），即狭义的国际组织。MDBs不是凌驾于其成员国之上的超国家（supranational）银行。[7]尽管MDBs借助贷款条件性（conditionality）——尤其是政策贷款条件性，参与借款国内部制度安排，甚至将（借款国）特定的改革承诺、内容及其措施作为借贷条件之一，亦不可谓MDBs凌驾于借款国主权之上。究其实，MDBs是且应当是国家之间的（international）国际组织，它们是国际多边合作的形式和对话平台之一。MDBs不具有超越其成员国主权的权威（power）和能力（capacity）。贷款条件性固然具有一定的（经济）干预性（interference）和强制性（coercion）特点，然而，它并非由MDBs片面强加于借款国，其法律根据在于MDBs的组织章程（——关于建立MDBs的条约），以及MDBs与借款国之间缔结的借贷协议。贷款条件性内容的成立，以借款国同意接受条件约束为必要条件之一，MDBs无（权利）能力把贷款条件性片面强加于借款国。

其次，MDBs是金融组织。MDBs是具有专业性、技术性特点的金融组织，具有某些商业金融组织的特点，而与一般的政府间国际组织有所不同。其一，MDBs的内部组织结构近似公司。通常，MDBs内设有理事会（Board of Governors）、董事会（Board of Directors）和行长（President）三级权力机关，以及其他业务部门。[8]其中，理事会系最高权力和决策机关，由成员国财长或主管发展事务的部长组成。董事会由执行董事（Executive Directors）组成，代表理事会负责银行的日常工作；行长是银行最高行政长官，由董事会选举产生。

[6] 关于建立（本文研究范围内的）其他多边开发银行的条约，本文均以“多边开发银行的英文缩写+协议”表示，例如，《ADB 协议》、《NDB 协议》、《AIIB 协议》等。

[7] 有国内学者表示，金砖国家银行新开发银行应定位于“超国家地位……金融机构”（蔡春林、蔡阳威：《金砖国家新开发银行角色定位及其运行策略研究》，载《国际贸易》2015 年第 11 期，第 55 页），这一提法和观点有悖于我国一贯坚持的国家主权原则。

[8] 例如，EBRD 内设理事会（board of governors，最高权力机关）、执行董事会（board of executive directors，常设权力机关）和行长（president，行政首脑兼执行董事会主席）三级领导机关。

其二，MDBs采用加权表决制度，而非一国一票制，似与国家主权平等原则不符。[9]其三，MDBs都把法律解释权给予理事会和董事会，[10]且从未有过向国际法院咨询法律意见的先例。[11]其四，MDBs采用的争议解决方法——仲裁，[12]也是解决金融争议的常用方法。此外，尤为值得一提的，是绝大多数MDBs——IDA、EBRD除外，都禁止MDBs及其工作人员干涉成员国政治事务。其中，尽管世界银行是联合国的专门机构之一，[13]可谓广义上的国际政治组织。[14]但是，《IBRD协议》和《IDA协议》，均明令禁止世界银行干预成员国政治事务。[15]可见，世界银行的政治属性不过徒有其名而已，并无其实。区域多边开发银行中，AfDB和ADB同世界银行，把“禁止干涉成员国政治事务”作为业务原则之一，[16]保持政治立场中立。不过，IDB[17]和EBRD[18]则例外地无此限制。尤其，EBRD更是政治属性鲜明的金融组织。

再次，MDBs是（金融）援助（开发）/发展组织。MDBs（NDB、AIIB除外）以减除贫困为其要务，提供贷款以借款国市场融资不能为前提条件，[19]并向借款国提供（较商业贷款更为）优惠的金融政策和技术服务（technical assistance）。晚近，MDBs强调其“知识银行”的定位和功能，更凸现MDBs作为发展组织的属性和特点。

三、多边开发银行的功能演进

自全球第一家多边开发银行 IBRD 成立至今， MDBs 大致经历了四个发展阶段，呈现出从（偏重）商业型金融中介组织向开发型金融援助组织，从专业型技术组织向综合性发展组织转变的发展趋势。MDBs 多由发达国家倡议建立，NDB 和 AIIB 是其中为数不多的，由发展中国家倡议建立，为适应和满足发展中国家的基础设施建设需求，以及可持续发展模式转型需求而建立的新型多边开发银行。[20]

---

[9] 更有甚者，欧洲复兴开发银行直接把投票权等同于认缴股本份额（《EBRD 协议》第二十九条第 1 款）。

[10] 《IBRD 协议》第五条第款（iv）、第九条（a）；《IDA 协议》第六条第 2 款（c）（iv）、第十条（a）；《ADB 协议》第二十八条第 2 款（iv）、第六十条第 1 款；《AfDB 协议》第六十一条第 2 款；《EBRD 协议》第二十四条第款（iv）、第五十七条第 1 款；《NDB 协议》第十一条 b）（v）、第四十五条 a）；《AIIB 协议》第二十三条第 2 款（四）、第五十四条第 1 款。

[11] 拙著：《多边开发银行政策贷款条件性的国际法问题研究》，昆明：云南美术出版社，2010，第 26 页及脚注④。

[12] 《IBRD 协议》第九条（c）、《IDA 协议》第九条（c）、《ADB 协议》第六十二条、《AfDB 协议》第六十二条、《IDA 协议》第九条（2）、《EBRD 协议》第五十八条、《NDB 协议》第四十六条、《AIIB 协议》第五十五条。

[13] 有国内学者称世界银行隶属于联合国（王帅：《拉美地区多边开发银行“蓝海”将至》，载《银行家》2017 年第 5 期，第 91 页），这是不确切的。联合国专门机构，例如世界银行、国际货币基金组织、国际劳工组织、世界卫生组织等，是通过（双边）条约与联合国建立法律关系和工作联系的，具有独立的国际法人格的国际组织。尽管联合国及其专门机构同属联合国系统（UN System），但二者之间不具有隶属关系。

[14] John White, ***Regional Development Banks: The Asian, African and Inter-American Development Banks***, [M]. Preager Publishers, 1971, p. 46.

[15] 《IBRD 协议》第四条第 10 款；《IDA 协议》第五条第 6 款。

[16] 《AfDB 协议》第三十八条；《ADB 协议》第三十六条。

[17] 《IDB 协议》第七条第 1 款第（5）项。

[18] 《EBRD 协议》序言。

[19] 例如，《IBRD 协议》第一条（ii）。

[20] 有关新开发银行的新意，详见潘庆中、李稻葵、冯明：《“新开发银行”新在何处——金砖国家开发银行成立的背景、意义与挑战》，载《国际经济评论》，2015 年第 2 期，第 134-147 页。

（一）复兴西欧经济的金融中介组织

第一代多边开发银行IBRD开业之初，以协助美国的欧洲盟友重建战后经济为己任（例如，向投资西欧国家的美国私人投资者提供贷款担保[21]），业务重点在于“复兴”（西欧经济）二字，而非“开发”（欠发达国家和地区），业务内容、借贷条件、功能和作用都近似商业银行。尤其，《IBRD协议》把禁止干涉成员国政治事务作为其业务原则之一，[22]更凸现该行作为金融组织的专业性和技术性一面。此后，该禁止性原则亦为《IDA协议》、《AfDB协议》和《ADB协议》所采纳，奠定多边开发银行政治立场中立的业务传统。[23]

（二）援助非西欧国家的减贫组织

IBRD最初的角色定位和功能，在开业不久即生变。一方面，西欧国家受益于“马歇尔计划”（1947），不必再向IBRD借款，IBRD的重点投资对象转向美国的非西欧盟国，例如日本、澳大利亚、新西兰、冰岛、芬兰等。[24]另一方面，战后民族解放运动催生大量政治独立、经济贫困，难以自立的新国家，亟需大量建设资金，而（商业性较强的）IBRD借贷条件又远不足以满足广大欠发达国家的发展需求。为此，国际社会相继成立IDA、IDB、AfDB、ADB，是为第二代MDBs。它们以减除贫困为其要务，向欠发达国家，尤其最不发达的贫困国家，提供低息、无息贷款，甚至赠款，援助其经济建设，具有较IBRD更明显、更突出的金融开发（援助）组织的特点（——ADB除外[25]）。

（三）传播知识、分享善治经验的知识银行

二十世纪90年代初，“善治”概念悄然进入国际发展金融领域，挑战MDBs政治立场中立的传统。在这一时期成立的政治银行EBRD，[26]可谓第三代MDB。《EBRD协议》明确把“善治”作为业务指导思想，把政治民主化、经济自由化、社会法治化、尊重人权、保护环境作为加入EBRD的成员资格条件和取得改行金融援助的先决条件，[27]旨在将EBRD建设成为东西方合作的论坛（Forum for East-West Cooperation），[28]以便优化借款国的社会治理，提高借贷资金的使用效益，促进发展。

1995年，新任世界银行行长James D. Wolfensohn，上任伊始即把减除贫困、促进可持续发展、实现社会公正作为该行的业务宗旨，[29]提出把该行建设成为“知识银行”，使其在“新型知识伙伴关系中占据引领地位”。ADB紧随其后，决心把ADB“建设成为亚太地区有关发展的主要知识源泉”。“知识银行”由此成为多边开发银行新世纪发展的关键词。

[21] 《IBRD 协议》第一条（ii）。
[22] 同前引注 15。
[23] 《IDA 协议》第五条第 6 款、《AfDB 协议》第三十八条、《ADB 协议》第三十六条。
[24] 拙著：《多边开发银行政策贷款条件性的国际法问题研究》，昆明：云南美术出版社，2010，第 27 页。
[25] ADB 是区域属性最为淡漠的区域开发银行，根本原因在于亚洲国家没有寻求建立特殊的区域合作关系的强烈愿望。这直接导致 ADB 业务政策保守，以致它更像是地处亚洲的区域商业银行，而不是区域减贫组织，或开发组织。（John White, *Regional Development Banks: The Asian, African and Inter-American Development Banks*, Preager Publishers, 1971, pp. 33-39）。
[26] EBRD, *Blueprint*, 18 December 1991, p. 33.
[27] 《EBRD 协议》序言。
[28] http://www.ebrd.com.
[29] https://www.britannica.com/biography/James-Wolfensohn, lasted updated September 25, 2019, accessed November 11, 2019; https://www.worldbank.org/en/about/archives/history/past-presidents/james-david-wolfensohn, accessed November 11, 2019.

[30]前IMF首席经济学家Kenneth Rogoff，称多边开发银行是最有价值的（most valuable）“知识银行”（knowledge banks），其在分享知识、援助（借款国）技术等基础设施软件（soft development infrastructure）方面的实践，值得肯定。[31]

自“善治”概念兴起以来，MDBs项目和非项目贷款条件性内容渐趋融合，越来越关注（借款国）基础设施建设、新能源（技术）开发、国际移民、劳工权利、性别平等、教育、环境保护、反腐败等宏观（综合）制度环境的建设与改革，[32]越来越重视收集、管理、分享与“善治”相关的知识和经验。相比满足借款国融资需求和提高借贷资金的使用效益而言，MDBs在分享、传播发展知识和经验方面的实践更成功。[33]

（四）促进可持续发展的发展组织

进入新世纪以来，可持续发展观在世界范围内兴起。联合国先后制订《千年发展计划》（Millennium Development Goals）、《2030 可持续发展规划》（Sustainable Development Agenda 2030），促请国际社会转变（传统的、不可持续的）碳经济发展模式，保护地球生态环境，实现可持续发展。以世界银行为代表的多边开发银行，是联合国可持续发展规划的坚定支持者和合作者。例如，世界银行制订《贷款项目环境和社会安全评估指南》（Environmental and Social Policies），[34]把减除贫困与可持续发展目标结合起来，在业务活动中贯彻可持续发展观和绿色金融理念。各大区域 MDBs 也都制订有类似的业务规则。

新成立的 NDB 和 AIIB，把投资发展中国家基础设施建设，促进可持续发展作为其要务，开启南南合作新篇章。作为 MDBs 大家庭的新成员，二者的建立和运作，既以现行 MDBs 制度框架和机制为基础，又不乏新意。例如，NDB 和 AIIB 更重视效率，项目（环境）风险评估规则更灵活，不似其他 MDBs 那样内容繁琐、程序冗长。[35]这一做法对提高 MDBs 工作效率，具有借鉴意义。

此外，值得一提的，是 NDB 和 AIIB 偏重其作为“银行”的金融组织定位，而与其他具有援助和发展（属性和）功能，并不断强化该（属性和）功能的 MDBs 有所不同。二者的特殊之处在于：（1）没有减除贫困的任务；（2）不向借款国提供优惠的金融政策；[36]（3）借贷工具以项目贷款为限，不包括非项目贷款，[37]且投资范围集中于基础设施等生产性项

[30] 潘晓明：《金砖银行的知识功能定位与实现路径》，载《国际经济合作》2016 年第 7 期，第 23 页。
[31] Lisa Peryman, *MDB "knowledge" Banks*, https://journal.probeinternational.org/2015/04/06/mdb-knowledge-banks/, posted April 6, 2015, accessed November 11, 2019.
[32] https://www.worldbank.org/en/about/archives/history/past-presidents/james-david-wolfensohn, accessed November 11, 2019.
[33] Lisa Peryman, *MDB "knowledge" Banks*, https://journal.probeinternational.org/2015/04/06/mdb-knowledge-banks/, posted April 6, 2015, accessed November 11, 2019.
[34] https://www.worldbank.org/en/projects-operations/environmental-and-social-policies.
[35] Yin Liu, Jonathan Harrington & Wei Liang, *Belt and Road Initiative: An Accelerator to Achieve Sustainable Development Goals?*, presented at the 1st ICRU International Conference on World Sustainable Development (WSD, 2019), February 18-20, 2019 at the Empress Hotel Chiang Mai, Thailand, p. 14; Cai Fang, Lauren Johnston, *China's New Sources of Economic Growth*, Vol. 1, ANU Press, 2016, p. 207, available at http://www.jstor.org/stable/j.ctt1rrdn9.16.
[36] 刘利刚：《亚投行：中国参与全球经济秩序建设新实践》，载《21 世纪经济报道》2015 年 6 月 10 日第 011 版；艾德明：《亚投行的使命就是支持亚洲经济的可持续发展》，载《21 世纪经济报道》2019 年 6 月 21 日第 004 版。该两篇文章仅提及 AIIB，窃以为这一说法同样适用于 NDB。
[37] 有学者认为《AIIB 协议》第二条（二）的措辞“项目和规划（program）”，暗示亚洲基础设施投资银行的借贷工具包括非项目贷款（廖凡：《比较法视野下的亚投行贷款条件研究》，载《法学杂志》，2016

目；[38]（4）都把贯彻和执行合理的银行业务规则（sound banking practices）”作为其业务原则，突出其“银行”定位和属性。不过，诚如 AIIB 副行长兼秘书长艾德明所言，基础设施投资有助于提升生活水平，普及基础服务，应对气候变化。[39]从这个意义上讲，NDB 和 AIIB 亦不失国际发展组织的功能。

四、多边开发银行功能演进的法律根据

MDBs 功能演进的集中体现及其法律根据，即贷款条件性，尤其政策贷款（policy-based lending）条件性。以往，MDBs 的“银行”特点较其作为发展组织的特点更为突出，例如，主要援助借款国工、农业项目建设，贷款条件内容不涉及借款国经济、环保、社会等宏观领域的制度安排，鲜少关注借贷资金的使用效益。冷战后期以来，尤其后冷战时期以来，MDBs 越来越关注借贷资金的使用效益，以及借款国宏观制度安排与合理使用借贷资金之间的关系。一方面，政策贷款由例外的贷款工具，转变为与项目贷款并列的主要贷款工具（lending instruments）之一。另一方面，项目贷款适用范围扩展至社会项目，两大贷款工具及其贷款条件性渐趋融合（convergence），MDBs 业务重心转向“发展”，贷款条件内容越来越复杂而宏观，引发贷款条件性政治化的争议。

（一）项目贷款的适用范围及其扩大化

《IBRD协议》中的“项目”（project），[40]借自美国新经济政策（New Deal）。[41]此后，所有关于建立多边开发银行的其他条约都沿用该术语，并且也都把项目贷款作为贷款原则，[42]EBRD甚至把项目贷款作为惟一的贷款工具。[43]

IBRD 的创建者之所以把项目贷款作为贷款原则，[44]原因在于具体的、明确的（具有）生产（属性）项目建设，例如能源设施、铁路设施，以及其他建设规模较大、建设任务较为艰巨（而难以吸引私人资本）的生产项目（undertakings），便于估算援建项目所需投入的建设资金、货物和劳务的成本价格、安排项目的管理工作，以及评价项目的经济效益、社会效益。[45]但是，这并不意味着具有生产目的的项目，即工、农业项目而已。诚如前世

年第 6 期）。笔者以为，这个观点值得商榷。首先，《IBRD 协议》意义上的“项目”一词，在概念上始终模糊不清，缺乏规范性，甚至早在制订该协议之初，美、英两国代表对于“项目（project）”和“规划（program）”的区分也是似是而非、模棱两可的。类似地，IBRD 的业务实践也显示，“项目”与“规划”实际是可以互换使用的。其次，《AIIB 协议》的宗旨，强调投资“生产性领域”，暗示投资对象即具体的工、农业建设项目。世界银行之所以必须区分 project 和 program，原因在于前者是信贷原则，后者是信贷例外。相反地，《AIIB 协议》并没有这样的规定。笔者以为，不宜以措辞来推定《AIIB 协议》意义上的 project 和 program 同世界银行，或其他 MDBs 意义上的 project 和 program，该二者的含义应该取决于有权机关的解释。

[38] 《NDB 协议》第一条、《AIIB 协议》第二条。

[39] 艾德明：《亚投行的使命就是支持亚洲经济的可持续发展》，载《21 世纪经济报道》2019 年 6 月 21 日第 004 版。

[40] 《IBRD 协议》第三条第 4 款（vii）项。

[41] Robert E. Asher, *Grants, Loan and Local Currencies: Their Role in Foreign Aid*, The Brookings Institution, 1961, p. 67.

[42] 《IDA 协议》第五条第 1 款（b）、《ADB 协议》第十四条（i）、《AfDB 协议》第十七条第 1 款 a（i）、《IDB 协议》第三条第 7 款 a（vi）、《NDB 协议》第一条、《AIIB 协议》第二条。

[43] 《EBRD协议》第十三条（ii）及其立法解释。

[44] 《IBRD 协议》第三条第 4 款（vii）项。

[45] Robert E. Asher, *Grants, Loan and Local Currencies: Their Role in Foreign Aid*, The Brookings Institution,

界银行法律总顾问 Ibrahim F.I.Shihata 所言，“具体项目”意味着“借贷资金的使用必须具有明确的生产目的”，而不问这些项目具有生产属性与否，即“生产目的”而非“生产属性”，才是“项目”的构成要件（之一）。[46]可见，“项目”不仅包括最能够体现生产目的，具有生产属性的工、农业项目，而且还应当包括不具有生产属性的其他项目，例如，高等教育改革、卫生、公共管理、金融改革、私营经济改革等具有生产目的的社会项目。[47]

（二）政策贷款的适用范围及其扩大化

政策贷款，即非项目（non-project）贷款，例如，世界银行“发展政策贷款”（Development Policy Lending）、区域开发银行规划贷款（program lending），它是用于帮助借款国恢复国际收支平衡，或填补政策改革和制度建设方面的资金缺口，旨在实现借款国宏观发展目标的非项目贷款（类似于对借款国的预算支持，budget support），具有（——相比项目贷款而言——）适用条件特殊（——“特殊情势”）、借贷周期更长、借贷资金的拨付程序更便捷的特点。[48]

《IBRD协议》第三条第4款（vii）规定：“非在特殊情势（special circumstances）之下，IBRD提供的贷款或担保应当用于具体项目的建设与发展。”该规定既是项目贷款的法律根据，又为政策贷款保留了法律空间，也是（适用）后者的法律根据。同理，其他关于建立MDBs的国际条约（《EBRD协议》除外[49]），也都授权MDBs提供政策贷款。[50]其中，《IDB协议》更是对政策贷款的适用条件和范围，几乎不加限制。[51]

起初，政策贷款仅系 MDBs 在“特殊情势”，或非常条件下适用的（例外的）贷款工具，适用条件仅限于国际收支严重失衡，目的在于帮助借款国恢复国际收支平衡。[52]二十世纪 80 年代末以来，尤其自“善治”概念进入开发金融领域以来，MDBs 越来越重视满足借款国实际的发展需求，不断强化其“发展”属性和功能。国际收支困难不再是适用政策贷款的唯一的“特殊情势”，例如，（借款国）制度建设资金缺口也被视为“特殊情势”之一，可以适用政策贷款，给予借款国以财政预算支持（budget support）。

1961, p. 67.

[46] Legal Vice Presidency of World Bank, *Review of World Bank Conditionality: Legal Aspects of Conditionality in Policy-Based Lending*, paragraph 21 and footnote 30, http://siteresources.worldbank.org/PROJECTS/Resources/40940-1114615847489/LegalAspectsofConditionality.pdf, accessed December 12, 2017.

[47] https://www.worldbank.org/en/about/what-we-do.

[48] E.g. ADB Evaluation Study, *Policy-Based Lending: Emerging Practices in Supporting Reforms in Developing Member Countries*, paragraph 5, available at http://www.oecd.org/derec/adb/39517329.pdf.

[49] EBRD 的情况比较特殊。尽管 EBRD 的贷款工具具有唯一性，即项目贷款，不包括政策贷款，但是鉴于其政治属性，EBRD 提供的所有金融服务，包括直接贷款服务，都把特定的（经济、政党、法律、环保等）制度选择作为提供服务的先决条件。从这个意义上讲，EBRD 提供的项目贷款，都是具有政策定向性的项目贷款。

[50] 《IBRD 协议》第三条、《IDA 协议》第五条、《AfDB 协议》第十七条、《IDB 协议》第三条第 7 款（vi）、《AsDB 协议》第十四条（i）。

[51] 《IDB 协议》第七条第 1 款（v）：“根据本协议的规定，美洲开发银行有权行使有利于其实现业务宗旨、职能的所有权力。”

[52] 有关“特殊情势”的立法过程及其解释，详见 H. Briterman, *Negotiation of the Articles of the International Bank for Reconstruction and Development*, International Layer, 1971; Ibrahim F. I. Shihata, *The World Bank Legal Papers*, Kluwer Law International, 2000.

（三）贷款条件性的政治化争议

（MDBs）“贷款条件性”（conditionality），即借款国为取得MDBs借贷资金而应当满足的重要条件的总合，包括贷款工具的适用范围、借贷协议的生效条件（例如，具有特定内容的经济改革、机构改革方案和计划）、借贷资金的拨付条件（例如，特定的改革承诺、改革绩效）等。

以往，由于工、农业项目贷款是MDBs的主要贷款工具，贷款条件内容不涉及宏观制度领域，故争议较少。然而，伴随项目贷款和政策贷款适用范围的扩大，以及贷款条件性的融合，MDBs参与借款国内部经济、社会、法律、环保等制度安排的范围越来越大、程度越来越深，贷款条件性的政治化争议甚嚣尘上。

诚然，贷款条件性具有一定的强制性和干预性特点，且条件内容不再与政治绝缘，似乎有悖于“禁止干涉成员国政治事务原则”。但是，根据关于建立MDBs的国际条约的规定（——《IDB协议》和《EBRD协议》除外），贷款条件性不得以政治动机为出发点，或以政治目的为归宿；[53]干预和强制的目的，在于提高贷款的使用效益、发展生产、促进可持续发展，排除一切不以促进发展为目的的因素的干扰。政治因素本身不构成，也不应当构成干预的动因、条件或目的。即使贷款条件性与宏观制度改革（——包括政治改革）之间具有因果关系，那也是是间接，而不是直接的。[54]（规范意义上的）贷款条件性，本质上不是MDBs干涉借款国内政的手段，而是合作与援助的方式之一，是MDBs用以发展生产、减除贫困、促进可持续发展的经济杠杆，这也是其作为国际发展组织的特点、功能和意义所在。尽管贷款条件性的实践不尽人意，甚至不排除贷款条件性被滥用的可能，例如，有学者批评MDBs利用贷款条件性，打着利他主义旗号，以“善治”之名，行国际资本的剥削和控制之实。[55]然而，MDBs及其贷款条件性的目的和宗旨，在于减除贫困、促进可持续发展，且以多边主义和规则导向机制（regime）为基础，本质上有别于出于政治或经济霸权目的、动机而为的双边金融援助，符合国际合作原则。那种无视（借款国）宏观经济、社会、环保、法律制度与借贷资金的使用效益和可持续发展（模式）之间的联系，认为贷款条件性妨碍借款国自主决策，当然违反“禁止干涉成员国政治事务原则”的观点，把贷款条件性问题过于简单化，实不足取。

五、结语

自“善治”（good governance）概念进入发展金融领域，MDBs及其贷款条件性问题更加复杂，条件内容不再满足于微观经济领域的具体经济措施，而不断向更广阔的宏观经济、

[53] 几乎所有的多边开发银行（IDA 和 EBRD 除外）都把“禁止干涉成员国政治事务”作为业务原则之一，该项原则无条件地适用于多边开发银行的所有业务活动。因此，在多边开发银行的法律框架内，经济干预合法，政治干涉则必定是非法的，即使借款国表示同意接受政治干涉，该“同意”也不能把政治干涉合法化。（参见 Ibrahim F.I. Shihata, *The World Bank Legal Papers*, Kluwer Law International, 2000, pp. 161-162）

[54] Olav Stokke, *Core Issues and State of the Art, Aid and Political Conditionality*, In Olav Stokke, *Aid and Political Conditionality*, The European Association of Development Research and Training Institutes (EADI) Book Series, No. 82, Norwegian Foreign Policy Studies, Norwegian Institute of International Affairs, p. 8.

[55] 樊勇明、贺萍、沈陈：《新发展观和金砖合作路径》，载《光明日报》2015 年 10 月 16 日第 7 版。

政治、社会、环保等领域广泛、深入地探索更有效的（可持续）发展之道。无论项目贷款还是政策贷款，多边开发银行都越来越重视借贷资金的使用效益，包括借款国宏观制度建设、治理水平之于贷款目的的影响。善治和发展问题，例如法律改革、公共开支问责、财政预算合理化、公务员制度改革、环境保护等，往往是多边开发银行与借款国政策对话的主要内容，双方在对话过程中达成的善治和发展共识，亦往往形成贷款条件性的内容，广泛和深刻地影响着借款国的宏观制度安排和建设，以及发展模式转型和国际新秩序的建设。

Multilateral Development Banks' Legal Status and Its Evolution

LIU Yin

(School of Law, Huaqiao University

Quanzhou, Fujian 362021, China)

Abstract: Multilateral development banks (MDBs) are the international financial institutions purposed to promote global or regional economic development. In the beginning, the main lending instrument of the MDBs were project lending targeted industrial and agricultural projects for lending, and thus lending conditions were focused on financial or technical terms. However, since the 1980s, the MDBs' concern has shifted from (pure) "financing" to "development", and more attention has been paid to macro policies of borrowing countries with a new lending instrument, policy-based lending. In the past decades, policy-based lending has become the MDBs' another main lending instrument, and lending conditions of both instruments have been converging, touching upon borrowing countries' domestic institutional arrangements, e.g. macroeconomic policy, law, environmental protection, etc.. Nowadays, MDBs are the most valuable knowledge bank playing a vital role in sustainable development.

Keywords: multilateral developments banks; policy-based lending; conditionality; development institutions

海南引入境外仲裁机构问题研究

罗盛鑫✐

摘 要：国家设立海南自贸港，让海南有了国际商事争议解决的更大契机。最高人民法院支持海南建立国际商事纠纷解决中心，引入境外商事仲裁与调解机构。海南引入境外仲裁机构可分为两种形式，一是引进境外仲裁机构单独在琼开设业务机构，二是允许境外仲裁机构与境内相关主体合作设立联合仲裁机构。自贸港相对自贸区开放水平更高，因此海南国际商事纠纷解决中心在与上海亚太仲裁中心的竞争中，应当制定比上海更开放的政策与法律制度来吸引境外仲裁机构入驻。在引入模式上可考虑对境外著名仲裁机构采取邀请制，其它非知名境外仲裁机构实行申请制，既发挥自贸港的主动性招徕顶尖仲裁机构，又给予弱势仲裁机构入场券，更有利于将海南打造成公平自由市场化竞争的一流国际仲裁枢纽。

关键词：海南自贸港 国际仲裁 争议解决 对外开放

一、问题提出

（一）海南引入境外仲裁机构的必要性

首先需明确，境外仲裁机构是指港澳台和国外的非营利性仲裁机构。

海南自贸港目前仲裁机构较为有限，主要有海南国际仲裁院（HIAC，海国仲）、中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC，贸仲）海南仲裁中心和中国海事仲裁委员会（CMAC，海仲）海南仲裁中心。虽然设 HIAC 立了很多分中心与专业性仲裁、调解中心，CIETAC 和 CMAC 也是国内传统的领先仲裁机构，但是仍然无法满足自贸港建设下的多元化解纷需求，给当事人提供的选项尚显局限。

HIAC 于 2018 年 7 月底在海南仲裁委员会基础上挂牌成立，效仿深圳国际仲裁院（SCIA，深仲）于 2020 年 8 月顺利实施了法人治理结构改制，成为理事会治理下的法定机构，定性为社会公益性非营利法人。[1]国际仲裁院牌子的加挂让 HIAC 有了更明确的国际民商事仲裁机构定位，保留仲裁委员会名称让仲裁院在现行《仲裁法》等系列仲裁制度下有据可依。可见，两块牌子一套人马是 HIAC 在《仲裁法》未得以修订下采取的灵活衔接新旧解纷机制的权宜办法。

HIAC 内设部门有国际商事调解中心，分支机构有三亚分院，在儋州还设立了办事处。有 4 个专业仲裁中心：位于洋浦经济开发区的海事仲裁中心和位于本部的金融仲裁中心，与省旅游文化厅协同设立的海南旅游仲裁中心，海南国际仲裁院保理仲裁中心。此外，HIAC 还在海南省内设立了若干工作站：位于博鳌乐城国际医疗旅游先行区的国际医疗争议调解/仲裁中心，位于省投资协会内的省投资协会仲裁调解中心，位于省企业联合会内的

✐ 罗盛鑫，对外经济贸易大学法学院 2018 级博士生，研究方向：国际商事与投资争议解决。

[1] 参见《海南国际仲裁院章程》（2020 年 8 月 25 日），载 HIAC 网站：https://www.hnac.org.cn/list/13.html，2021 年 4 月 10 日访问。

省企业联合会仲裁调解中心，海南自贸区知识产权仲裁调解中心，海南省商业总会仲裁服务中心，省房地产中介行业协会仲裁调解中心，海口国家高新区离岸创新创业基地仲裁调解中心，位于琼中县的自贸港中部仲裁中心，三亚崖州湾科技城调解/仲裁中心等。

尽管海南仲裁院在海南自贸港内无论是地域还是行业都有了较为完善的布局，CIETAC 和 CMAC 也在海南设立了仲裁中心，但应看到，这三家机构都有各自的不足，仅此三家还无法表明整个海南岛的争议解决多元化已然成熟。

海南仲裁院虽然实行了法定机构的治理模式，但是其理事会成员由省政府聘任，理事长必须是公务员，[2]所以从设立与决策主体角度看，HIAC 完全称得上是政府掌控下的官方机构。法定机构制度源起英国，在新加坡和我国香港公共治理方面得到了较成功的运用，然而这不代表仲裁机构采用这种模式能带来同样的效果，法定机构移植到仲裁机构治理上，至多只能算作仲裁机构运作模式的选项之一，这就意味着它不是唯一选择，短期内也无法评估其运作效果究竟如何。再加上 CIETAC 和 CMAC 都是典型的传统事业单位性质仲裁机构，其独立性和中立性本身仍存在重大争议。从而可见，海南省内目前尽管有 HIAC、CIETAC 和 CMAC 三个仲裁机构，但是它们还代表不了争议解决的多元性。

HIAC 与 CIETAC 是海南自贸港内仅有的两个可以受理国际商事争议的仲裁机构，这对国际化要素剧增的自贸港争议解决市场来说，二者对国际商事争议解决几乎是一种垄断地位。为了丰富当事人就地解决国际商事争议的选择，引入境外仲裁机构成为一个必选项。

（二）海南引入境外仲裁机构的可行性

2019 年 12 月 20 日，海南省司法厅发布了关于印发《海南省贯彻落实<关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见>的具体措施》的通知，其中提到要“适时引进国际化仲裁专业服务机构，建立完善国际经济贸易仲裁和国际争端多元纠纷解决机制”。[3]2020 年 6 月 1 日，党中央、国务院发布的《海南自由贸易港建设总体方案》[4]第 33 条提到，要建立多元化商事解纷机制，提供国际商事仲裁与调解等解纷方式。2020 年 6 月 16 日，海南省人大常委会通过的《海南省多元化解纠纷条例》[5]第 35 条要求建立国际商事纠纷多元化解机制，利用国际商事仲裁等多元机制化解纠纷。2020 年 12 月 4 日，海南省委发布《中共海南省委关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》，[6]第 42 条提出“完善多元化商事纠纷解决机制，鼓励国际仲裁机构在海南设立办事机构”。

[2] 例如现任理事长王雪林是海南省司法厅副厅长。

[3] 《海南省贯彻落实<关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见>的具体措施》，第（十四）条，载海南省司法厅网站：http://justice.hainan.gov.cn/xxgk/0200/0202/202001/t20200103_2730413.html，2021 年 4 月 11 日访问。

[4] 见《中共中央 国务院印发海南自由贸易港建设总体方案》，载中央政府网：http://www.gov.cn/zhengce/2020-06/01/content_5516608.htm，2021 年 4 月 11 日访问。

[5] 载海南自贸港网：https://www.hnftp.gov.cn/zcfg/zcwj/hnzc/202006/t20200619_3281935.html，2021 年 4 月 11 日访问。

[6] 载海南省人民政府网：http://www.hainan.gov.cn/hainan/ldhd/202012/4bba09d545ce4d7d9028b4f2e325bc24.shtml，2021 年 4 月 11 日访问。

2021 年 1 月 4 日，全国人大发布《中华人民共和国海南自由贸易港法(草案)》，[7]第 53 条重申了《总体方案》建立自贸港多元商事解纷机制，鼓励国际商事仲裁发展的要求。2021 年 1 月 15 日，最高人民法院新年一号文件专门发布了《关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》，[8]其中第 9 条明确表示要支持海南建设国际商事纠纷解决中心，推动引进境外仲裁机构和调解机构到海南自贸港设立业务机构开展仲裁业务和调解业务，从而打造仲裁、调解、诉讼“一站式”转化衔接的国际商事纠纷解决机制。2021 年 4 月 21 日，商务部印发《海南省服务业扩大开放综合试点总体方案》，[9]其中提到允许境外知名仲裁机构和争议解决机构在海南特定区域设立业务机构，为国际商事与投资等民商事争议提供仲裁服务，鼓励海南国际仲裁机构与境外知名仲裁机构和争议解决机构进行业务合作，依法保障当事人申请临时保全措施的权利。

上述政策文件和立法为海南引入境外仲裁机构开展仲裁服务提供了充分的制度支撑，为境外仲裁机构在海南开设业务机构和开展业务创造了友好的政策法制环境，使引入境外仲裁机构入驻海南自贸港具有了现实的可行性。

在最高人民法院明确支持海南自贸港引入境外仲裁机构之前，上海自贸区已发布《境外仲裁机构在中国（上海）自由贸易试验区临港新片区设立业务机构管理办法》（《上海管理办法》）[10]和《境外仲裁机构在临港新片区设立业务机构申办指引》[11]（《上海指引》），北京自贸区也发布了《境外仲裁机构在中国(北京)自由贸易试验区设立业务机构登记管理办法》（《北京管理办法》）[12]和《境外仲裁机构在中国（北京）自由贸易试验区设立业务机构申办指引》（《北京指引》），也就是说目前全国只有上海、海南和北京三个地区允许境外仲裁机构落地。但海南还没有专门针对境外仲裁机构在琼设立业务机构的规范性文件，因此，海南应在前述系列文件基础上，参考《上海管理办法》、《上海指引》与《北京管理办法》、《北京指引》制定境外仲裁机构在海南的设立办法和相关文件，加速出台专门针对境外仲裁机构落地海南的政策措施。

海南引入境外仲裁机构可分两种方式，一是纯粹地引入境外仲裁机构到琼设立分支机构，二是通过境外仲裁机构与境内仲裁机构或其它主体合作设立联合仲裁机构。二者均需以海南出台境外仲裁机构登记管理办法为前提。

二、境外仲裁机构在海南设立分支机构

[7] 载全国人大网：http://www.npc.gov.cn/flcaw/flca/ff808081752b7d430176b7d4efe04982/attachment.pdf，2021 年 4 月 11 日访问。

[8] 法发〔2021〕1 号。参见最高人民法院网站：http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-284531.html，2021 年 4 月 11 日访问。

[9] 见海南自贸港微信号 2021 年 4 月 23 日推送：“重磅！国务院同意海南在这些领域扩大开放”。

[10] 上海市司法局 2019 年 10 月 21 日印发了《境外仲裁机构在中国（上海）自由贸易试验区临港新片区设立业务机构管理办法》（沪司规〔2019〕5 号）。

[11] 载北京理工大学国际争端预防和解决研究院网：https://iidps.bit.edu.cn/gatsw/173908.htm，2021 年 4 月 13 日访问。

[12] 北京市司法局 2020 年 12 月 28 日印发了《境外仲裁机构在中国(北京)自由贸易试验区设立业务机构登记管理办法》（京司发〔2020〕91 号）。

境外仲裁机构在海南设立分支机构有两种选择：一是海南自贸港官方主动邀请境外一流仲裁机构到琼落地，二是允许境外仲裁机构自主申请到琼开设业务机构，这两种方式应当结合使用。海南想要打造国际商事纠纷解决中心，还面临与国内上海自贸试验区打造亚太仲裁中心[13]的正面竞争，所以应当对照上海既有做法，进行创新性制度构造，实现竞争跨越。《上海管理办法》和《上海指引》都较为严苛，对境外仲裁机构落地实操需要对方主动申请，资质要求繁多，手续复杂，这可能首先就会让很多本有意向的境外仲裁机构打退堂鼓。为避免一种高高在上的姿态，海南相对上海而言，可以通过主动邀请一流境外仲裁机构入驻，全程提供便利协助以使其能够较为简便而不失规范地稳妥进驻海南。

主动邀请并提供全程便捷协助是一种充满诚意的待客之道，能使海南相对于上海有更具主动性地招揽境外仲裁机构，打造一流国际商事纠纷解决中心的优势，也是自贸港相对于自贸试验区更高水平开放的体现。应注意的是引进来和后续监管应当明确界分，也就是说境外仲裁机构在被邀请进来后还需要严格遵守相关法律制度，不可有相对于境内仲裁机构的特权，境外仲裁机构与境内仲裁机构在海南公平竞争，同等监管，充分实现市场化运作。

（一）邀请境外仲裁机构在海南设立分支机构

邀请制下的境外仲裁机构需要符合仲裁机构登记管理办法的规定，但是相对于申请制而言，可以对受邀请的境外仲裁机构实行比登记管理办法更简便的登记注册程序。海南自贸港工委可成立境外仲裁机构邀请专门工作组负责邀请工作。

第一，海南自贸港工委组建境外仲裁机构邀请工作组。

自贸港工委成立境外仲裁机构邀请专项工作组（简称“邀请工作组”），由工委协调处具体实施。工作组组长由分管仲裁工作的司法厅副厅长担任，小组成员包括来自仲裁机构登记管理处室、法院系统、商务系统、税务系统等部门的人员，也包括仲裁专家和翻译辅助等人员。工作组全面负责境外仲裁机构邀请工作。

第二，邀请工作组召集专家会议研讨拟定推荐邀请名单。

组织仲裁理论与实务专家对境外一流仲裁机构进行考察分析与评判对比。重点考核目标机构的国际知名度和影响力，独立性、中立性与公正性口碑，受案量与标的额，机构擅长的仲裁领域，机构的性质背景，与境内仲裁机构的交流合作动态，对华友好程度等方面，最终形成拟邀请的境外仲裁机构名单，报自贸港工委审核确认。目标可倾向于伦敦国际仲

[13] 2015年《国务院关于印发进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案的通知》（国发〔2015〕21号），《方案》第11条明确提出要上海“加快打造面向全球的亚太仲裁中心”。值得注意的是，2018年上海国际仲裁中心牵头在上海世贸中心设立了类似于新加坡麦克斯韦多元纠纷解决中心的上海国际争议解决中心，作为建设亚太仲裁中心的大本营。2019年3月，上海市委、市政府发布了《关于完善仲裁管理机制，提高仲裁公信力，加快打造面向全球的亚太仲裁中心的实施意见》，同年5月，上海市司法局发布《打响“上海仲裁”服务品牌行动方案（2019-2021年）》的通知，对上海构建亚太仲裁中心的目标进行了极为细致的推进计划分工落实。截止2021年3月，上海已经引进了国际商会仲裁院、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心、大韩商事仲裁院、世界知识产权组织仲裁与调解及国际体育仲裁院上海听证中心6家境外仲裁机构在沪设立办事处或业务机构。

裁院（LCIA）、国际商会仲裁院（ICC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）和香港国际仲裁中心（HKIAC）等著名仲裁机构。

第三，根据推荐邀请名单逐个接洽境外仲裁机构。

邀请工作组拟定后获得自贸港工委审核确认的正式邀请名单作为依据，由邀请工作组以自贸港官方名义与名单上境外仲裁机构逐个进行沟通。交流中侧重关注对方在海南设立业务机构的意向与疑虑，对意向不积极的可以进行意向动员，向其阐明在海南设立分支机构的优势，对意向积极的要询问其在海南设立业务机构的设想和存在的疑虑，并对其存在的担忧进行解答。沟通中安排来自各部门的小组成员分别就各自部门负责的方面进行对话，比如仲裁机构的登记管理问题，仲裁涉及的工商业领域，仲裁机构的纳税问题，仲裁的司法支持等。工作组对沟通未达成一致的，应当记录双方存在的障碍，以便后续跟进化解，对接洽达成合意的，应当与之签署在海南设立业务机构的意向备忘录。

第四，对接洽成功的境外仲裁机构安排专人负责协助登记注册。

已经签署意向备忘录的境外仲裁机构，邀请工作组应当根据对方意愿及时安排负责仲裁机构登记注册的小组成员专门负责协助对方在海南省司法厅进行登记注册，以使境外仲裁机构尽快获得在海南开展仲裁业务的法律主体资格。

第五，帮助成功登记注册境外仲裁机构的实体落地。

邀请工作组对已完成登记注册的境外仲裁机构，要积极帮助其在海南进行机构选址落地。为其办公场所租赁提供便利，为其装饰装潢、设施购买、设备安装等事务提供市场对接渠道，为其工作人员住宿安顿提供支持。此外，还需要境外仲裁机构人员申明在中国遵纪守法的要求，向他们充分介绍海南省情与中国国情，提醒在海南工作生活的注意事项，以便机构工作人员能尽快适应在海南的工作生活节奏，从而顺利开展仲裁工作。

（二）境外仲裁机构自行申请在海南设立业务机构

境外仲裁机构申请到海南设立业务机构主要依据海南省司法厅制定的境外仲裁机构登记管理办法进行。相对上海自贸区和北京自贸区的境外仲裁机构登记管理办法而言，海南省对境外仲裁机构的登记与管理应当实行更大的开放性，不必像前二者一样过于严苛，以有限的宽松取胜。在同时执行境外仲裁机构邀请制的前提下，申请制的主要目标是针对那些名气并不显著，但是资质正规、业务规范，在其原注册地属于合法合规设立的仲裁机构。简言之，申请制的主要目标机构是那些普通而正规的境外仲裁机构，但是邀请制下的境外仲裁机构也应符合海南省司法厅的基本登记管理规范。邀请制下境外仲裁机构处于被动状态，申请制下处于主动状态。当然，对于邀请名单外的知名仲裁机构，自然可适用申请制。

上海和北京的境外仲裁机构登记管理办法都强调引入的境外仲裁机构需要具有较高的国际知名度和影响力，也就是说目标在于引进已经有了响亮国际品牌的境外仲裁机构。这虽然具有择优的合理性考虑，但将某些优质却并不具备太大国际影响力的境外仲裁机构拒之门外，实际上显示出了一种封闭心态，缺乏动态和发展的观察思路。海南实行邀请制与申请制结合的境外仲裁机构引进方式，邀请制基本可以满足上海和北京那样对境外品牌仲

裁机构的招揽，而申请制则可为其它具备发展潜力但尚未形成国际影响力的境外仲裁机构开辟道路。且即使该类境外仲裁机构在其原注册运营地发展并不出色，海南自贸港特殊的政策和外部环境也能给其提供新的进步空间和成长契机，它们也能为海南仲裁市场带来活力，这是一种双赢的结果。

申请制由上述普通的境外仲裁机构主动触发，如果它们觉得海南是一个开拓仲裁业务的理想之地，必然会自行进行申请，而落地海南后在规范的管理制度下，哪怕有很多这类境外仲裁机构，也不至于扰乱海南的仲裁市场秩序。普通的境外仲裁机构在海南求生存，与中小微外资企业在海南经营具有类似特点，都服从市场化的竞争法则，所以只用为它们打开入驻海南的大门，而无需考虑它们是否足够知名足够强大。这些境外仲裁机构落地海南后是否能够生存，能否取得发展，一方面靠海南的政策环境，另一方面则依赖其自身造化，品质不佳的机构自然会被市场淘汰，品质高的机构则逐渐发展壮大。因此，假设能吸引到众多非知名境外仲裁机构到海南落地开展业务，不但不会给海南造成负担，反而这种境内外仲裁机构云集的局面可能出其不意地使海南成为闻名世界的仲裁圣地。[14]若能如此，则海南可能取得的成就不止于最高人民法院提出的打造国际商事纠纷解决中心，而是成为世界仲裁机构竞相逐鹿的国际商事争议解决高地。

然而世界知名的国际商事争议解决高原并非想当然而来，从根本上需要海南有勇气利用好全国人大赋予的特殊立法权和中央授予的特殊政策制定权限，进行开放性试验性的仲裁制度变革。甚至向全国人大申请暂停我国《仲裁法》部分规定在海南的适用，[15]由海南根据开放理念结合实际需要建立仅适用于海南的试验性仲裁制度，以打破《仲裁法》对仲裁发展的束缚，开辟海南作为新型仲裁制度的试验田。

参考上海与北京做法，海南制定境外仲裁机构管理办法时应注意如下方面：

第一，对境外仲裁机构应满足的条件只做基础性规定。

《上海管理办法》第 6 条要求境外仲裁机构满足 3 个条件：1.在境外合法成立并存续 5 年以上；2. 在境外实质性开展仲裁业务，有较高国际知名度；3.业务机构负责人没有因故意犯罪受过刑事处罚的。

《北京管理办法》第 7 条要求境外仲裁机构满足 5 个条件：1.在境外合法成立；2.实质性开展仲裁及相关争议解决业务 5 年以上；3.具备较高的公信力和国际影响力；4.拟确定的业务机构负责人根据中国法律规定具备完全民事行为能力，没有因故意犯罪受过刑事处罚；

[14] 因为世界上确实存在一些国家与中国贸易往来密切，但其国内仲裁机构缺乏国际影响力，如果允许这些国家的仲裁机构到海南设立业务机构，可以便利其常驻中国的本国当事人选择更具有文化认同的该国仲裁机构在海南的业务机构进行争议解决。比如中国是印度最大的贸易伙伴（见环球网百家号：“中国再次成印度最大贸易伙伴，印媒又‘欢呼’：2020 年对中国出口增加，从中国进口减少”，2021 年 2 月 24 日报道），但印度并没有富有国际声望的仲裁机构，因此其当事人常依赖于 LCIA、SIAC 和 HKIAC 等国际仲裁机构解决国际商贸纠纷，如果开放海南仲裁市场，相信印度仲裁机构是有意愿来琼设立业务机构的。

[15] 我国《立法法（2015 年修正）》第 13 条规定：“全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要，决定就行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内在部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定”。

5.拟确定的业务机构负责人为专职人员，负责人和其他工作人员未在其他机构任职。

上海和北京对境外仲裁机构的要求从合法成立、持续年限、实质经营、国际声誉和机构负责人资格限制等方面进行了规定。海南想要比二者更开放，则宜去掉对境外仲裁机构持续年限和国际声誉的要求，只对合法成立、实质经营和机构负责人资格作出要求。其中负责人资格也不应严苛，只要满足民事行为能力且无犯罪记录即可，无需硬性要求其兼职或专职与否，因为是否兼职属于机构自身的决策范围，[16]如果对方有意在海南开辟仲裁市场，自会做出理性决定，不必由管理办法越俎代庖。简单说，海南引进普通境外仲裁机构应当借鉴引进中小微企业的办法，不但不能过多设限，还应提供方便。

受案范围方面，境外仲裁机构在海南只能开展涉外争议解决业务，形式包括仲裁、调解和其它辅助手段，内容包括国际商事、投资和海事等民商事争议。对于设立所需手续、程序则在参照上海和北京做法基础上，对流程步骤进行简化，办理时间也应当有所缩减。其它相关事项可参考上海、北京和它国做法作出规定，但需秉承的原则是保住底线的情况下提供最大化便利。

三、境外仲裁机构在海南设立联合仲裁机构

除了邀请境外著名仲裁机构和允许境外普通仲裁机构申请独立落户海南之外，第三种方式是准许境外仲裁机构和境内相关主体在海南合作设立联合仲裁机构。所谓相关主体是指境内进行争议解决的仲裁、调解机构或涉及特定行业、专业领域争议解决需求旺盛的行业协会、专业团体、交易平台等主体。联合仲裁机构的概念在早前已经有人提出过并付诸实践，早期的如 1943 年美国仲裁协会与加拿大商会联合组成了“加美商事仲裁委员会”，[17]近期的如始建于 2008 年的伦敦国际仲裁院-迪拜国际金融中心仲裁院（DIFC-LCIA）和 2015 年筹建的中非联合仲裁中心（CAJAC），其中 DIFC-LCIA 已成为联合仲裁机构之典范。

境外仲裁机构与境内相关主体共同设立的联合仲裁机构首先应当考虑其法律属性，即它应当作为什么性质的机构出现，接受什么样的管理和监督；其次要考虑它组织形式、治理结构等问题，即它以什么样的形式出现，内部实行什么样的管理方式。但不实行前述引进境外仲裁机构独立落地的官方邀请制，由合作双方自行协商一致后共同向司法厅申请设立，当然也应该鼓励境内仲裁机构主动向境外仲裁机构发出邀约。海南官方可考虑单独为联合仲裁机构制定专门管理方案，或在境外仲裁机构登记管理办法中作专门规定。

（一）联合仲裁机构的基本问题

首先，法律性质上，联合仲裁机构为登记且运营于中国海南的非营利法人。联合仲裁机构应当具有民间性和中立性，不以营利为目的。非营利性可能会引出疑问：既然无利可

[16] 海南省公安厅出入境管理局二级高级警长高佳在 2021 年 3 月 1 日答记者问时提到，为解决海外高层次人才“留得住”的问题，允许“在海南自由贸易港法定机构、事业单位、国有企业担任领导职务的外籍高层次人才有兼职需要的，经工作单位和兼职单位同意，可在海南兼职工作，在更多的平台实现自我价值。”故可认为境外仲裁机构负责人也可类比此种情形。见“海南自由贸易港面向全球选聘法定机构、事业单位、国有企业主要负责人(法定代表人)新闻发布会”，载海南自贸港网站：http://www.hnftp.gov.cn/xwzx/xwfb/202103/t20210302_3314853.html，2021 年 4 月 20 日访问。

[17] 见黄进、宋连斌、徐前权著：《仲裁法学（第 3 版）》[M].中国政法大学出版社，2007.01，第 186 页。

图，境外仲裁机构为何要来海南？其实这个问题答案不言自明，尽管仲裁机构是非营利的，但是任何一个组织都有向好和变强的期望，都一定愿意扩大自身的影响力，所以只着眼于金钱利益来看待仲裁机构的动机是不正确的。境外仲裁机构的公益性本质决定其不以追求钱财为目的，而以提高自身争议解决服务能力和扩大影响力作为奋斗目标。[18]反向观之，境外仲裁机构的影响力提升以后，可以为其本身和工作人员带来信誉和荣耀，这样的利益非金钱可衡量。

其次，组织形式上联合仲裁机构应被允许多样化，治理结构上可借鉴公司治理模式实行公司化治理。所谓组织形式多样化是指联合仲裁机构的筹建主体和筹办方式可在不损害我国法治根基、国家安全和公共利益的基础上自由选择，比如合建双方不能为具有政治渗透背景的组织和个人，筹办方式可在符合非营利法人的要求下自行确定，而不必仅限于事业单位、捐助法人和社会团体中的一种。治理结构公司化是指联合仲裁机构实行现代化公司治理模式，[19]决策机关、执行机关和监督机构明确分工，注重决策、执行与监督配合的科学性、效率性，重点突出机构运营的独立性、中立性、公正性。

（二）境内外仲裁机构合作设立联合仲裁机构

境内仲裁机构与境外仲裁机构合作设立联合仲裁机构是一种比较具有可行性的办法，因为仲裁机构之间的交流合作会比较通畅，作为同行有天然的亲切感和共同语言、共同目标，不只有竞争，也有合作。

海南本地唯一的仲裁机构海南国际仲裁中心（HIAC）已步入国内一流仲裁机构的行列，且与新加坡国际仲裁中心（SIAC）签订了合作备忘录，[20]这两者就是非常合适的合作伙伴。HIAC 可主动向 SIAC 提出在海南共同设立联合仲裁机构的倡议，二者作为境内外领先仲裁机构，要建立联合仲裁机构并非难事。

HIAC 除了与 SIAC 合作设立联合仲裁机构外，伦敦国际仲裁院（LCIA）和国际商会仲裁院（ICC）、斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）、维也纳国际仲裁中心（VIAC）等国际顶尖仲裁机构也是可尝试的合作对象，甚至香港国际仲裁中心（HKIAC）、澳门世界贸易中心仲裁中心和台湾“中华民国仲裁协会”等港澳台仲裁机构也是很好的潜在合作对象。HKIAC 本身是国际著名仲裁中心，相对外国仲裁机构与海南地理位置较近，合作往来也十分方便，与 HKIAC 在琼合设联合仲裁机构有利于深化海南和香港之间的贸易往来。澳门世界贸易中心仲裁中心与仲裁界往来并不密切，推动其在海南设立联合仲裁机构也可以加强澳门仲裁与内地仲裁的互利互补。而对台湾则早有人提出过建立两岸联合仲裁机构的设想，比如上世纪 90 年代末有人提出由大陆海协会与台湾海基会、台湾工商组织与中国贸促

[18] 有人认为仲裁机构追求的是价值理想而非经济利益。参加涂卫：《我国商事仲裁机构内部治理结构的不足及完善》，载《中国青年社会科学》，2015 年第 6 期，第 126 页。

[19] 涂卫认为公司治理理论可作为非营利法人治理的理论支撑。参见前注 15 涂卫：《我国商事仲裁机构内部治理结构的不足及完善》，第 124 页。

[20] HIAC 与 SIAC 于 2020 年 11 月 30 日签署了旨在推广国际仲裁作为解决跨境争议优选方式的合作备忘录。见 HIAC 网站：https://www.hnac.org.cn/article/669/48.html，2021 年 4 月 17 日访问。

会、台湾商务仲裁协会与中国贸促会、台湾海峡两岸商务协调会与大陆海峡两岸经贸协调会这 4 对主体分别作为筹建两岸联合仲裁机构的 4 个选项。[21]除此而外，进入 21 世纪后仍然有人在呼吁两岸成立联合仲裁机构。[22]然而也并不缺少反对的声音，有人认为两岸联合仲裁机构是不切实际的外行人观点，其批判点在于联合仲裁机构于法无据，设立地点和法律适用都是问题。[23] 这种反对观点所处的时代背景下有一定道理，但是 10 多年后的今天情况早有不同，譬如法律适用问题，2011 年生效的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》[24]第 18 条已经规定当事人可以选择仲裁协议适用的法律。此外，借助海南自贸港的利好政策之东风，可以海南作为设立地点。况且中国仍在积极推动中非联合仲裁中心的运作，相信联合仲裁机构所面临的拦路虎是可以被克服的。

其它可考虑的搭配组合，则不限于境内一方为 HIAC，境内一方可以是内地的其它仲裁机构，如内地领先的中国贸仲（CIETAC）、北京国际仲裁中心（BIAC）、上海国际仲裁中心（SHIAC）和深圳国际仲裁院等机构也可作为境内仲裁机构与境外仲裁机构在海南筹建联合仲裁机构。甚至不排斥境内普通的仲裁机构和境外普通仲裁机构共同在琼设立联合仲裁机构，至于是否有必要则不属于海南官方的考虑范畴，只用像招商引资一样给予它们成立的机会即可，能否在竞争中生出全靠其自身质量。也不用担心出现仲裁机构胡乱建设的乱象，只要制定科学的管理办法，就无需担心是不是会出现过多的联合仲裁机构，就像无需担心有过多的中小微企业入驻海南一样，相反应持欢迎态度。

（三）境外仲裁机构与境内相关主体合作设立联合仲裁机构

境内行业团体是指内地成立的全国及地方性的行业联合会、专业协会等组织，比如商会、机械工业联合会、纺织工业协会、对外服务工作行业协会、冶金建设协会、跨境电商协会、知识产权保护协会和证券交易所、知识产权交易所。[25]对于这些行业、专业团体的选择主要考虑其所处行业出现涉外纠纷的频繁程度，如果它们自认为国内仲裁机构在某种程度上无法全面满足其涉外争议的解决需要，则可考虑与具有行业专长的境外仲裁机构合作设立联合仲裁机构。比如海南国际知识产权交易中心可考虑与世界知识产权组织（WIPO）仲裁与调解中心合作设立联合仲裁机构，[26] WIPO 仲调上海中心为上海打造亚太仲裁中心提供了有力支持，海南想要在涉外知识产权争议解决领域与上海竞争，则很有必

[21] 参见中国法律年鉴社编辑部：《中国法律年鉴 1998》[M]. 北京：中国法律年鉴社，1997.08，第 1155 页。

[22] 如尹宝虎主编：《海峡两岸法学研究 第 2 辑 两岸关系和平发展的法制保障》[M]. 北京：九州出版社，2014.01，第 8 页。如陈明添主编；林贵文副主编；屈广清总主编《两岸关系法学理论与实务》[M]. 北京：九州出版社, 2015.12，第 495 页。

[23] 参见林一飞编著：《中国国际商事仲裁裁决的执行》[M]. 北京：对外经济贸易大学出版社, 2006.12，第 235 页。

[24] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（中华人民共和国主席令第 36 号），2010.10.28 发布，2011.04.01 生效。

[25] 各类行业联合会、专业协会名单可参见中国行业商会协会网站：http://www.fctacc.org/yqlj.aspx。

[26] WIPO 仲裁与调解上海中心（简称 WIPO 仲调上海中心）在 2019 年 10 月顺利获得上海司法局许可注册登记，是落地上海的首家境外仲裁机构，在全国也属首次。2020 年 7 月该中心受理首起涉外知识产权案件，标志着境外仲裁机构在中国内地已进入实质化运作阶段。

要引进（WIPO）仲裁与调解中心。再如，海南作为海运重地，国际海商事来往频繁，面对的国际海商事争议上涨预期明显，因此可鼓励中国船东协会（CSA）[27]向以长于国际海事争议解决的伦敦国际仲裁院（LCIA）发出在海南共同组建联合仲裁机构动议。

此外，像享誉世界的谷物与饲料贸易协会（GAFTA），在谷物与饲料的国际贸易中拥有领先全球的争议解决能力，使用仲裁和调解方式来解决贸易纠纷。[28]海南作为自贸港一定会有大量的国际粮食谷物贸易活动，如果鼓励中国粮食行业协会协同 GAFTA 在海南设立联合仲裁机构，对海南的粮食谷物贸易将是利好。

四、境外仲裁机构落地海南的制度变通

《海南自由贸易港建设总体方案》总体要求中提到要“对标国际高水平经贸规则，解放思想、大胆创新，聚焦贸易投资自由化便利化，建立与高水平自由贸易港相适应的政策制度体系”，基本原则中要求“突出改革创新。强化改革创新意识，赋予海南更大改革自主权，支持海南全方位大力度推进改革创新，积极探索建立适应自由贸易港建设的更加灵活高效的法律法规、监管模式和管理体制，下大力气破除阻碍生产要素流动的体制机制障碍。”因此，海南应当有勇气有魄力地运用好《总体方案》的政策红利，大胆进行仲裁相关法律制度变通与创新，为境外仲裁机构落地海南提供强大的制度支持。

（一）申请暂停《仲裁法》部分条款在海南的适用

2015 年修订后的《立法法》第 13 条特别规定：“全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要，决定就行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内在部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。”[29]对于海南来说，作为自贸港相对于自贸试验区而言有更大的立法授权和政策制定空间，[30]内地其它地区仲裁机制改革都受限于我国古板僵化的《仲裁法》和相关法律而不得不在很多方面进行迂回式的“曲线自救”。[31]海南有机会直接申请暂停适用《仲裁法》对仲裁机构设立方面的规定，[32]请求全国人大及其常

---

[27] 中国船东协会(英译名：CHINA SHIPOWNERS’ ASSOCIATION，缩写：CSA)，是由在中华人民共和国注册从事水上运输的商船所有人、经营人和管理人自愿组成的行业性组织。见中国船东网：http://www.csoa.cn/doc/376.jsp，2021 年 4 月 17 日访问。

[28] GAFTA 中文网站为：http://www.gafta.com.cn。

[29] 《中华人民共和国立法法(2015 修正)》（中华人民共和国主席令第 20 号）。

[30] 《中华人民共和国海南自由贸易港法(草案)》（2021-1-5）第 7 条：“国家支持海南自由贸易港建设发展,支持海南省依照中央要求和法律规定行使改革自主权。国务院及其有关部门根据海南自由贸易港建设实际需要,依法授权或者委托海南省人民政府及其有关部门行使相关管理职权。”第 10 条：“海南省人民代表大会及其常务委员会可以根据本法,结合海南自由贸易港建设的具体情况和实际需要,遵循宪法规定和法律、行政法规的基本原则,就贸易、投资及相关管理活动制定法规 (以下称海南自由贸易港法规),在海南自由贸易港范围内实施。”

[31] 比如，CIETAC 在保全与临时措施上就在当前法律不当限制下作了迂回的规定：《CIETAC 仲裁规则（2015）》第 23 条规定，对适用法律内外有别，按中国法申请的，该申请由贸仲据申请人指定转送有管辖权法院审批，对适用非中国法的，当事人可据《贸仲紧急仲裁员程序》向贸仲申请由紧急仲裁员发布临时措施，仲裁庭也可据一方请求发布临时措施并要求申请方提供担保。贸仲一方面遵守了我国《民事诉讼法》只能由法院发布临时措施的规定，另一方面也为适用域外法时赋予了紧急仲裁员紧急临时措施发布权和仲裁庭临时措施发布权。

[32] 朱景文教授接受采访时表示：“现在建设海南自贸港，我国各方面立法已经相对成熟，此时需要地方变

委会给予 5 年左右的适用宽限期，从而摆脱《仲裁法》的某些束缚，进行仲裁机构设立于管理方面的革新创造。

首先，暂停适用关于“仲裁委员会”的规定。其一，给予境外仲裁机构名称上的自由。境外仲裁机构显然不是仲裁委员会，至于名称不应当将仲裁机构限定为“仲裁委员会”，将《仲裁法》关于“仲裁委员会”的规定暂停适用就使得后续设立的境外仲裁机构在名称上比较自由和开放，只要不违反公序良俗即可，无需像境内仲裁机构一样在“仲裁委员会”之外多此一举地加挂“国际仲裁院”之类的牌子。[33]其二，给予境外仲裁机构组织上的自由。“仲裁委员会”对主任、副主任等人员组成提出了要求，境外仲裁机的运作机制通常与此大相径庭，比如 LCIA 和 SIAC 等都是以非营利公司的运作模式进行架构设计。其三，给予境外仲裁机构仲裁员聘任的自由。“仲裁委员会”要求聘任仲裁员需满足“三八两高”的条件，这实际上十分苛刻，境外仲裁机构聘任仲裁员往往没有这么多的限制，但是也聘任了诸多高质量仲裁员，所以对境外仲裁机构不宜适用“三八两高”之规定。对于是否设立仲裁员名册也不应做强制要求。

其次，暂停适用关于“仲裁协议”中“选定的仲裁委员会”的规定。《仲裁法》要求仲裁协议必须写明“选定的仲裁委员会”，一方面在名称上与境外仲裁机构不兼容，另一方面将临时仲裁排除在外。海南自贸港想要打造国际商事解纷解决中心，必然应当考虑引入在境外广受欢迎的临时仲裁制度，境外仲裁机构可以作为临时仲裁的受委托管理和协助机构，为临时仲裁提供软硬件上的支持。[34]

（二）海南省出台更具开放性的境外仲裁机构管理办法

海南的境外仲裁机构管理办法参考《上海管理办法》和《北京管理办法》，在此基础上进行创新，特别是注意将境内外主体合作构建的联合仲裁机构作为境外仲裁机构的一种特殊形式进行规定。重点注意以下方面：

第一，境外仲裁机构的定义是在国外和港澳台设立的非营利性仲裁机构，境外仲裁机构可在海南自贸港单独设立业务机构或与中国境内民间性主体合作设立联合仲裁机构。境外仲裁机构在海南自贸港单独或联合设立的业务机构、仲裁机构可受理包括国际商事、海事与投资等领域的涉外民商事纠纷，具体解决方式包括仲裁、调解和其它必要辅助形式。

第二，境外仲裁机构在海南自贸港单独或联合设立的业务机构、仲裁机构属于中国法及海南自贸港法律下的非营利法人，是注册登记于中国海南自贸港的法律主体，其日常运

通性立法，比如暂时不执行现行法律法规中的相关规定。”见 21 世纪经济报道：“典型的‘变通性’立法：海南自由贸易港法草案全文亮相”，载 https://m.21jingji.com/article/20210104/herald/7298ed67d9f0d5f5c05b5bdb5b9e6bf7.html，2021 年 4 月 17 日访问。

[33] 李庆明认为《仲裁法》将仲裁机构规定为“仲裁委员会”是时代局限，彼时未考虑到境外仲裁机构来华仲裁的问题，如今若再受限于“仲裁委员会”的名称而拒绝承认境外仲裁机构是不妥的。参见李庆明：《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，载《环球法律评论》2016 年第 3 期，第 186 页。

[34] 有人专门对海南开展临时仲裁进行了研究，认为海南引入临时仲裁恰逢其时。见曹晓路、王崇敏：《海南建设自由贸易港的临时仲裁机制创新研究》，载《人大复印资料▪国际法学》2018.9。原载《海南大学学报》：人文社会科学版（海口）,2018.3.1～7。

营受中国法律和海南自贸港法律法规的管辖。业务机构和仲裁机构的组织形式、治理结构与运作模式由设立者自行决定。

第三，境外仲裁机构在海南自贸港单独或联合设立的业务机构、仲裁机构其仲裁裁决适用仲裁地标准确定籍属，[35]即以实际作出裁决所在地作为裁决接受司法监督的管辖地。仲裁当事人可就仲裁适用的程序法与实体法进行约定，可对仲裁中不同程序进行的地点和方式进行约定。

第四，境外仲裁机构只需符合其注册成立地法律所规定的的资质且实质开展业务即可在海南开设业务机构、仲裁机构。无需像上海和北京一样对境外仲裁机构的成立年限和国际影响力作出特别要求。对业务机构、仲裁机构负责人可作无犯罪记录的要求，但不作禁止兼职要求。

第五，简化申请流程。申请材料无需提供成立年限和国际声誉的证明，设立网上申请办理通道，由专门人员进行办事引导。

（三）为境内外仲裁机构提供税收优惠支持

海南自贸港境内外仲裁机构在公平公正环境下进行竞争与合作，在构建海南国际商事纠纷解决中心这一共同目标下，海南应当为境内仲裁机构在自贸港的实体业务机构提供同等的税收优惠。在一定年限内仲裁机构的业务收入免于征税，对仲裁机构工作人员和仲裁员满足一定条件的也可进行税收减免抵扣。

（四）为境内外仲裁机构进行租金减免或补贴

对境内外仲裁机构在海南自贸港新设立业务机构与仲裁机构的，官方应为对方提供营业地选址与租房的必要协助。可考虑由政府出资建设统一的海南国际争议解决中心园区，将仲裁机构集中安排在同一园区办公，以实现集群效应。仲裁机构在房屋租金方面享受减免优惠政策。如有仲裁机构不愿入驻园区但想要在园区外自行租赁办公场所的，可给予一定的房屋租赁补贴。

结 论

海南自贸港拥有国内其它地区无可比拟的政策优势，是中国实现仲裁制度革新的理想之地。在海南开放仲裁服务市场，引入境外仲裁机构，并对相关仲裁法律制度进行变通调整，以适应仲裁国际化、现代化的发展特征，有利于境内外仲裁机构进行良性竞争。争议解决能力强弱是地区营商环境的好坏的关键指标之一，海南想要对标国际最高标准的经贸规则和开放水平，则打造国际商事纠纷解决中心势在必行。海南可以作为中国开放仲裁市场的试验窗口，通过引入境外仲裁机构来琼设立业务机构和联合仲裁机构来更好接轨国际先进仲裁经验，推动中国仲裁制度的提质升级。开放仲裁市场引入境外仲裁机构能产生引

[35] 李庆明认为仲裁地是目前理论界和实务界所倾向的裁决籍属判断标准。参见前引 31 李庆明：《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，第 189 页。

流效应，不但利于将海南构建为国际仲裁高地，还可推动经贸繁荣，促进海南经济健康发展。

《欧洲人权公约》是“活的文件”么？

毛俊响 郭 敏*

摘 要：近年来，欧洲人权法院针对《欧洲人权公约》的解释问题发展出了“活的文件”判例法。借助其他国际法渊源、缔约国立法和司法实践发展形成的最新共识，法院对《公约》条款作出演化解释，拓展相关权利的内涵，推动《公约》某些概念的含义与时俱进。但是，欧洲人权法院在没有得到《公约》授权或缔约国认可的情况下，在部分判决中施加新的缔约国义务或增加新的权利限制理由，这实际上是为《公约》创设新规则的司法造法活动，超出了《公约》赋予法院的职权范围。欧洲人权法院应该谨慎发展“活的文件”判例法。以“活的文件”为名的司法造法活动并不是条约演化解释，也欠缺合法性和合理性。即便是针对《公约》条款作演化解释，也应该是基于缔约国嗣后在相关领域形成的观念或实践共识。

关键词：欧洲人权法院；“活的文件”；条约演化解释；司法造法

Is the European Convention on Human Rights a Living Instrument?

Junxiang Mao, Min Guo

Abstract：In recent years, the European Court of Human Rights has developed "a living instrument" case law for the interpretation of the European Convention on Human Rights to make evolutionary explanation on the Convention clause, by which the Court expanded the connotation of related rights and promoted the meaning of the concept of the Convention advancing with time on the base of other international law sources and the latest consensus developed by contracting states' legislation and judicial practice. In practice, however, the European Court of Human Rights has imposed new obligations of States parties or added new grounds for limitation of rights without the authorization of the Convention or the endorsement of States parties. That is in effect a judicial law-making by which the Court could create new rules for the Convention. The European Court of Human Rights should be careful to develop "a living instrument " case law. The judicial law-making activities in the name of " a living instrument " are not the evolutionary interpretation of treaties and lack legitimacy and rationality. Even an evolutionary interpretation of the provisions of the Convention should be based on a subsequent conceptual or practical consensus among the States Parties in the relevant field.

Key words: the European Court of Human Rights, a living instrument, evolutionary interpretation of treaty, judicial law-making

* 毛俊响：法学博士，中南大学法学院党委书记、中南大学人权研究中心（国家人权教育与培训基地）执行主任，教授、博士生导师；郭敏：中南大学法学院博士生。

一、问题的提出

作为建立在《欧洲人权公约》（以下简称“《公约》”）基础上的区域性人权机构，欧洲人权法院主要职能是通过对缔约国或个人提交的声称违反《公约》规定的案件进行审理并作出合法性评判，以期实现《公约》的人权价值。在早期司法实践中，欧洲人权法院在司法自由裁量权的使用方面较为谨慎，倾向于严格根据《公约》的具体条文规定进行审理，很少将其他因素纳入考量范围。20 世纪 70 年代末以来，欧洲社会现实情况的逐步演变和民众对人权保护期望的日益提高，推动欧洲人权法院在《公约》适用过程中逐渐采取更积极灵活的方式。在这一背景下，欧洲人权法院提出了“a living instrument”概念，认为《公约》是“活的文件”，必须根据“当今情况”进行解释。嗣后，这一概念不断出现在欧洲人权法院的相关判决中，逐渐发展成其审理相关案件的判例法。

尽管欧洲人权法院强调它是从条约解释角度来提出“活的文件”并发展相关判例法，但是实践中，“这些判决实际上已经超越了原来公约制定者所构想的合法的解释角色，具有了创造性的功能。”[1]这种以司法机构为主体，通过裁判创制法律规则的做法，实质上就是被学界普遍讨论的“司法造法”。[2]学界对欧洲人权法院等国际司法机构司法造法活动褒贬不一。例如，有学者认为，这种方法并非推翻《公约》，而是从《公约》的目的和宗旨出发，得出合乎逻辑的结论：提供有效和有意义的个人权利保护。[3]还有学者认为，欧洲人权法院通过“司法造法”功能，对欧洲社会政治走向和人民生活产生了深远的影响，保障了对公约所保护的权利的理解始终能与欧洲社会不断发展的观念相互协调。[4]而反对者则认为司法造法之举不符合《维也纳条约法公约》所确认的条约解释规则，将使得国际法碎片化，并提出“民主赤字”“宪法性危机”等质疑。[5]基于上述争议，本文拟在梳理欧洲人权法院“活的文件”判例法的基础上，对其所涉及的条约演化解释和司法造法问题进行深入分析。

二、“活的文件”判例法的产生和发展

（一）“活的文件”判例法的产生

在欧洲人权法院的司法实践中，首次出现“a living instrument”的表述是在 1978 年提勒

1 张德瑞：《论欧洲人权法院的“司法造法”》，载《法学评论》2013 年第 5 期。

2 例如何家弘认为，司法者造法，属于事后造法，由司法人员在具体案件审理过程中制定出适用于个案的法律，但会影响人们日后的行为。参见何家弘：《论法官造法》，载《法学家》2003 年第 5 期。

3 See Stefan Theil, Is the “Living Instrument” Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law? E*uropean Public Law*, Vol. 23, 2017.

4 见张德瑞：《论欧洲人权法院的“司法造法”》。

5 Robert Jennings 认为，不论是国际法院还是国内法院的法院，都没有创制法律的权力，这是司法的基本原则。See Robert Jennings, The Judiciary, International and National, and the Development of International Law, T*he International and Comparative Law Quarterly*, Vol.45, 1996. Karl Doehrin 认为，若法官随意创设规则，司法独立的原则将会被滥用，从事司法造法的法官好比是独裁者，因为他们滥用权力并进行违法裁决。See Karl Doehring, Law-making of Courts and Tribunals Results in the Destruction of the Rule of Law, in Rüdiger Wolfrum and Ina G tzschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations*, Springer, 2013, p. 327.

诉英国（Tyrer v. United Kingdom）一案中。申请人安东尼·提勒十五岁时，少年法庭根据当时在马恩岛实行的法律判处他三下鞭刑，他被带到一个警察局，被要求脱下裤子和内裤，趴在一张桌子上。欧洲人权法院需裁定，这种司法上的体罚是否违反《公约》第 3 条的“有辱人格的惩罚”。马恩岛司法部长予以否认，认为这并没有激怒岛上的公众舆论。法院驳回了这一论点，指出岛上居民支持体罚的原因可能恰恰是他们认为体罚有辱人格，因为这是一种有效的威慑。欧洲人权法院在判决中写到：“法院必须回顾，《公约》是一项活的文件，正如欧洲人权委员会正确强调的那样，必须根据当今情况加以解释。在现审理的案件中，法院不得不受到欧洲人权委员会成员国在这一领域的刑法政策的发展和普遍接受的标准的影响。”[6]

欧洲人权法院在“提勒诉英国案”中的做法引发质疑。有学者认为，从法院推理中可以看出，作出判决的决定性因素是司法体罚的性质有辱人格，根本不是法院宣称的“违反了欧洲共同标准的发展”,法院回避了对所谓“活的文件”进行抽象的理论解释，尚未对该概念提供法理支持和任何正当性阐释便在后续案件中多次援引，将该概念作了进一步发展，使之成为审理相关案件的“标准措辞”。[7]这一概念逐渐成为司法创造性的基础。[8]例如，欧洲人权法院在“Selmouni 诉法国”一案中援引了“活的文件”概念，明确表示《欧洲人权法院》第 3 条所指的“酷刑”一词在多年发展中会发生变化。法院指出，考虑到《公约》是“必须根据当今情况加以解释的活的文件”这一事实，过去没有被归类为“酷刑”，而被归类为“不人道和有辱人格的待遇”的情况将来可能会被不同地归类。在保护人权和基本自由领域所要求的标准越来越高，因此在评估违反民主社会基本价值的行为时，相应地也不可避免地需要更严格地对待。因此，尽管根据以前的判例法所确认的标准，该案中发生的虐待行为很可能仅被归类为不人道的待遇，但法院依旧认为，这相当于酷刑。[9]

欧洲人权法院通过“活的文件”概念对“酷刑”一词进行扩大解释，将以往判例中可能被归类为严重程度较低的“不人道待遇”纳入“酷刑”范围。此后，欧洲人权法院在案件审理过程中，通过“活的文件”概念对《公约》保护的多项权利或规定的义务作出了扩张解释。

（二）“活的文件”判例法的发展

“活的文件”判例法确立以来，欧洲人权法院将缔约国本身政策环境在内的国际实践发展和规则演变纳入《公约》解释和适用范围。整体看来，欧洲人权法院“活的文件”判例法中有以下表现。

1. 参考其他国际法渊源或“欧洲共识”来解释《公约》条款

在部分案件中，欧洲人权法院明确指出，解释《公约》所载权利的参考资料不能局限于《公约》本身，还应包括其他任何国际条约、习惯规则或一般法律原则，以及不断发展

6 Tyrer v. United Kingdom, ECHR (Application No. 5856/72), Judgment of 25 Apr. 1978, para. 31.
7 See Daniel Moeckli, Nigel D. White, Treaties as “living instrument”. In Kritsiotis Dino, Bowman Michael, *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press, 2018, p.139.
8 张德瑞：《论欧洲人权法院的“司法造法”》。
9 Selmouni v. France, ECHR (Application No. 25803/94), Judgment of 28 July 1999, para. 71.

变化的规范。法院在 Al-Adsani 诉英国一案的判决中将国际条约[10]、国际法院解释[11]和国内法院的判决均纳入参考范围，法院由此指出，参照上述文件，禁止酷刑已达到国际法的强制性标准。[12]此外，法院也在 Golder 案中指出，适用于当事方之间关系的国际法相关规则也包括“文明国家认可的一般法律原则”，法院和委员会在履行职责时必须应用这些原则。[13]

在解释《公约》时，法院经常在一些判决中援引欧洲委员会各机构在本质上无约束力的软法文件，特别是部长委员会和议会的建议和决议。在巴斯克民族主义党诉法国一案中，欧洲人权法院引用了欧洲民主法制委员会（the European Commission for Democracy through Law）的工作报告解释“当今情况”。[14]法院还会参照欧洲委员会其他机关的规范来支持其主张，“尽管这些机关并不具备代表缔约国的任何职能”[15]。

在解释《公约》时，欧洲人权法院还会考虑相关问题的“欧洲共识”。因地理、历史等因素，欧洲国家之间存在着较为相似且为彼此接受和认可的法律规则和标准。法院认为，在常规的解释方法无法解决当前问题时，法院应当考虑这一反映了欧洲国家共同国际法或国内法标准的规则。但欧洲人权法院判例法表明，法官为确证欧洲国家“共同标准”而寻找相关的国际条约时，并未考虑案涉国家是否签署或批准了该条约。在 Marckx 诉比利时案中，关于非婚生子女的法律地位问题，法院以 1962 年和 1975 年的两项国际公约为解释依据，而比利时与《公约》其他缔约国一样，当时尚未批准这两项公约。法院指出，不能以批准这些文书的国家数量少为理由，来反对绝大多数成员国的国内法以及相关国际文书的不断发展和演变。[16]此外，为了确定《公约》第 2 条规定的危险活动的国家责任标准，法院在 Oneryildiz 诉土耳其[17]一案的判决中，除其他案文外，还将《对环境造成危险的损害的民事责任公约》和《通过刑法保护环境公约》作为证明其观点和决定的依据，而包括被告国土耳其在内的大多数成员国都没有签署或批准这两项公约。

2. 拓展《公约》相关权利的内涵

（1）创设消极结社权。《公约》第 11 条第 1 款规定，人人享有和平集会与结社自由的权利，包括为保护自身的利益而组织和参加工会的权利。国际社会早期保护人权的通识在于，政府不应采取任何侵害该权利的行动，或应积极作为，从而为公民权利的行使创造条件，很少论及公民是否有“不行使某项权利”的权利。《公约》第 11 条也未明确指出人们是否享有“不参加工会的权利”。在 1982 年 Young, James and Webster v. United Kingdom 一案中，大多数法官在全体会议上都认为结社自由应该包括“消极方面”，但并未予以明确。

10 例如《世界人权宣言》第 5 条，《公民权利和政治权利国际公约》第 7 条等。
11 Prosecutor v. Furundzija, Judgment of 10 Dec. 1998 of Trial Chamber II, IT-95–17/1, para. 134.
12 Al-Adsani v. The United Kingdom, ECHR (Application No. 35763/97), Judgment of 21 Nov. 2001, para.52-67.
13 Golder v. The United Kingdom, ECHR (Application No. 4451/70), Judgment of 21 Feb. 1975, para. 34.
14 Party Nationalist Basque – Iparralde Regional Organisation v. France, ECHR (Application No. 71251/01), Judgment of 7 June 2007, para 45-48.
15 Demir and Baykara v. Turkey, ECHR (Application No. 34503/97), Judgment of 12 November 2008, para. 71.
16 Marckx v. Belguim, ECHR (Application No.6833/74), Judgment of 13 June 1979, para. 49.
17 Oneryildiz v. Turkey, ECHR (Application No. 48939/99), Judgment of 30 November 2004, para. 59.

[18]在 1993 年 Sigurdur A Sigurjonsson 诉冰岛一案中，法院对其进行了确认。欧洲人权法院认为《公约》必须根据当今情况加以解释，以此确定《公约》第 11 条必须（must be）被视为包含消极结社权。[19]自该判决作出以来，包括欧洲委员会[20]、国际劳工组织[21]在内的众多国际机构都对消极结社权予以承认和发展，使之逐渐成为国际社会所公认的一项基本权利。

（2）明确宗教信仰自由权包括“依良心拒绝服兵役”的权利。《欧洲人权公约》第 9 条规定人人享有宗教及信仰自由的权利。从第 9 条文本上看，该权利包括“维持或者改变”宗教或信仰的自由以及“表明宗教或者信仰”的自由。而欧洲人权法院却在 2011 年 Bayatyan v. Armenia 一案中对该权利的内涵进行延伸，指出宗教信仰自由权包括依良心拒绝服兵役的权利。法院从“活的文件”概念出发，认为“当今情况”下，各缔约国的国防问题已经不再是当务之急，和平条件下成员国已经可以合理满足安排公民服兵役的需要。《公约》是一项人权保护制度，因此法院要考虑不断变化的情况，回应缔约国出现的新共识。法院认为，因服兵役所需而使用致命武力的义务可能会严重违背国际法按照自己的良心表达宗教信仰自由的权利，因此，应该确认公民享有依据《公约》第 9 条拒服兵役的权利。[22]

除此之外，欧洲人权法院还在相关判例中限制行政部门在决定依据《欧洲人权公约》第 5 条释放囚犯的过程中的作用、[23]将贩运人口定为属于《公约》第 4 条所禁止的奴役和强迫劳动[24]、将政府拒绝女同性恋者收养子女的申请定性为歧视，进而认定其违反了《公约》第 14 条[25]等。

3.为《公约》缔约国增设新的义务

（1）借助缔约国没有参加的国际条约为缔约国增设新的义务。在 2008 年 Demir 和 Baykara 诉土耳其一案中，法院首次针对《公约》适用所应当参照和考量的因素作了大篇幅的分析。土耳其政府对法院管辖权提出异议，认为法院无权以条约解释的方式为其设定《公约》尚未规定的任何新义务。土耳其主张，它不是 1989 年《欧洲社会宪章》第 5 条（组织权）或第 6 条（集体谈判权）的缔约国。如果像本案中的情况一样，在《公约》中没有明文规定保障缔结集体协议的权利的情况下，适用土耳其并未批准的其他条约，则会使得这些条约的条款具有间接约束力，这样的解释是有问题的。[26]欧洲人权法院对此回应：为了确定《公约》中使用的术语和短语的含义，法院主要以《维也纳条约法公约》第 31 至 33 条所规定的解释规则作为指导。《维也纳条约法公约》要求法院依其用语按照上下文，

18 Young, James and Webster v. United Kingdom, ECHR (Application No. 7601/76; 7806/77), Judgment of 18 October 1982, para. 52-53.
19 Sigurdur A Sigurjonsson v. Islandia, ECHR (Application No.16130/90), Judgment of 30 June 1993, para. 50-54.
20 1989 年，欧洲委员会 11 个成员国通过了《工人基本社会权利共同体宪章》，该宪章规定了工人和雇主可以选择加入或不加入工会组织的自由。
21 Van Dijk and van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, 1998, p. 72.
22 Bayatyan v. Armenia, ECHR (Application No. 23459/03), Judgment of 7 July 2011, para. 101-106.
23 Stafford v. United Kingdom, ECHR (Application No. 46295/99), Judgment of 28 May 2002, para.81-83.
24 Rantsev v. Cyprus and Russia, ECHR (Application No. 25965/04), Judgment of 7 Jan. 2010, para.198-202.
25 E.B. v. France [GC], ECHR (Application No. 43546/02), Judgment of 22 Jan. 2008, para.41-51.
26 Demir and Baykara v. Turkey, ECHR (Application No. 34503/97), Judgment of 12 November 2008, para.61.

并参照条约的目的和宗旨所具有的通常含义，善意解释条约。同时可能还须求助于条约解释的补充手段，以在意义仍不明或所得结果明显荒谬不合理的情况下明确含义。由于《公约》是将保护人权放在首位的制度，因此法院必须以使其权利切实可行，而不是理论上和虚幻的方式解释和适用公约。法院还必须从整体上理解《公约》，以促进其各项规定之间的内部和谐性和一致性。此外，法院并不认为《公约》的规定是解释其中所载权利和自由的唯一参考框架，而是必须考量适用于缔约双方之间关系的任何相关国际法规则和原则。法院一向认为《公约》是一项“活的文件”，必须根据当今情况加以解释，因此在解释《公约》时要考虑到不断发展的国内法和国际法规范。[27]

此案之后，法院明确在解释《公约》缔约国的义务时，可以参考适用于该领域的相关国际条约，而无论所适用的相关国际条约是否对当事国有拘束力。2004 年，欧洲人权法院在审理几个收养家庭提起的诉讼案件时，在解释《公约》第 8 条时参照了 1989 年的《联合国儿童权利公约》和 1964 年的《欧洲收养儿童公约》有关保护儿童权利的内容。[28]在 Siliadin 诉法国一案中，法院也同样考虑了国际劳工组织《强迫劳动公约》和其他相关国际公约，并指出，将遵守《公约》第 4 条的问题仅限于国家当局的直接行动，这将与上述专门针对该问题的国际公约相悖，并等同于使其无效。[29]同时，法院也以此确立了缔约国家对“禁止家庭奴役”的积极义务。

（2）通过确立“适用最有利于被告人的条款”为缔约国增设新的义务。《欧洲人权公约》第 7 条明确规定，任何人所处刑罚不得重于其犯罪时所适用的刑罚。对于被告人犯罪后，新法对其处罚轻于旧法时，缔约国是否有义务对被告适用有利的法律，这一点没有在《公约》上明确。欧洲人权法院于 2009 年作出判决，称虽然《公约》未明确提及该问题，但应根据“活的文件”判例法进行解释[30]。法院认为，审理案件的法院对每一个应受惩罚的行为适用立法者认为相称的刑罚，是符合法治原则的，而《公约》第 7 条是法治的重要组成部分。仅以犯罪时规定的刑罚为理由而加重刑罚，将意味着适用不利于被告人的时间继承规则。此外，这相当于无视在定罪之前可能出现的任何有利于被告人的立法变化，继续实施国家以及社会在当前阶段认为不适宜的刑罚。法院另指出,在若干刑法中适用对被告人最有利的条款的义务是对刑法继承规则的澄清,这符合第 7 条的另一个基本要素,即刑罚的可预见性。[31]

欧洲人权法院利用“活的文件”判例法为缔约国确立了适用最有利于被告人条款的新义务，实现了《公约》相关条款下缔约国义务从无到有的过程。在该案中，异议法官对此造法行为提出了质疑，他指出：“无论司法解释如何富有创意，都不可能脱离《公约》的约束。确实，我们必须根据当今情况来解释《公约》及其议定书，但法院不能通过演化解释，从这些文书中推导出一开始就没有包含的权利，尤其是对于这种权利空白是起草者故意遗

27 Ibid., para.68.
28 Pini and Others v. Romania, ECHR (Application Nos. 78028/01 and 78030/01), Judgment of 22 June 2004, para.46-51.
29 Siliadin v. France, ECHR (Application No. 73316/01), Judgment of 26 July 2005, para.50-51.
30 Scoppola v. Italy (No. 2), ECHR (Application No. 10249/03), Judgment of 17 September 2009.
31 Ibid., para.108.

漏的情况下。这本应该是法院特别敏感的问题。但在本案中，多数意见还是适用了第 7 条第 1 款，并将文本改写成他们所认为应有的样子……恕我直言，这超出了权限。”[32]

4. 为欧共体设定人权义务

在 Matthews 诉英国一案中，欧洲人权法院将《公约》的义务主体从单个缔约国扩大到了欧洲共同体。法院指出虽然欧共体不是《公约》的缔约方，但“活的文件”不应该局限于《公约》起草之时的事实，彼时的欧共体不在《公约》范围内不意味着其不应当属于《公约》的调整范畴。[33]从《公约》的文本上看，义务承担主体均为“缔约国”，也就是说，《公约》旨在调整主权国家的行为，达致人权保护的目的。欧洲共同体能否作为《公约》的义务主体并没有明确的法律依据，但欧洲人权法院却仅从“活的文件”判例法出发通过“解释”条约的方式，将某一国际组织纳入调整范围，对《公约》作了实质性的修改。

5. 为缔约国限制个人权利增设新的理由[34]

欧洲人权法院一直声称：虽然《公约》是一项“活的文件”，但是，这并不意味着为了响应当今的需求、条件、观点或标准[35]，在《公约》所承认的权利之外建立新的权利，或削弱现有权利以及创设公约中未明确承认的新例外或理由[36]。但是在实践中它却违反了这一立场。2014 年 S.A.S.诉法国案涉及法国立法禁止在公共场所穿戴蒙面服饰是否违反《公约》第 9 条宗教及信仰自由的问题。根据《公约》第 9 条第 2 款，表明宗教信仰的自由应依法受到基于保护公共秩序、公共安全、公共健康或他人权利和自由的限制。在该案中，法国认为，禁止在公共场所蒙面旨在保护性别平等、人性尊严和“社会中生活的最低要求”或“共同生活”。法国认为这三项理由归属于第 9 条第 2 款多项限制理由中最后一项，即保护“他人的权利和自由”。对此，法院否定了法国的前两项理由，却支持了第三项理由，即“尊重社会中生活的最低要求”或“共同生活”。[37]实际上，《公约》第 9 条第 2 款中，表明宗教信仰自由的限制理由，特别是“他人的权利和自由”中并没有“共同生活”这一表述。法院的上述判决在学界引发了较大争议。[38]无论是在国际法还是在国内法上，“他人的权利和自由”都很难被认为包含“共同生活”。因此，涉及社会生活中人际关系及交往秩序问题的“共同生活”被法院纳入作为限制理由的“他人的权利和自由”，意味着法院在“他人的权利和自由”的名义下创设了《公约》未明确承认的新例外或限制情形，压缩了个人宗教信仰自由的行使空间。

32 Ibid., prartly dissenting opinion of judge Nicolaou, joined by judges Bratza, Lorenzen, Jociene, Villiger and Sajo.
33 Matthews v. the United Kingdom, ECHR (Application no. 24833/94), Judgment of 18 February 1999, para.39.
34 参见毛俊响：《欧洲人权法院关于在公共场所穿戴蒙面服饰的最新法理——基于“S . A . S .诉法国”案的分析》，载《欧洲研究》2017 年第 1 期。
35 Johnston and Others v. Ireland, ECHR (Application No. 9697/82), Judgment of 18 December 1986, para. 53.
36 Austin and Others v. The United Kindom, ECHR (Applications Nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09), Judgment of 15 March 2012, para. 53.
37 S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of 1st July 2014, para.119-122.
38 See Armin Steinbach, Burqas and Bans: The Wearing of Religious Symbols under the European Convention of Human Rights, Cambridge Journal of International and Comparative Law, Vol.4, Issue 1, 2015; Hakeem Yusuf, S.A. S. v. France，Supporting ‘Living Together’or Forced Assimilation? International Human Rights Law Review, Vol.3, No. 2, 2014; Tom Syring, Introductory Note To The European Court of Human Rights’ Judgment on The Legality of a Ban on Wearing Full-Face Veils in Public (Case of S.A.S. v. France), The International Legal Materials, Vol.53, No. 6, 2014.

三、“活的文件”判例法中的条约演化解释与司法造法

欧洲人权法院一直声称运用“活的文件”对《公约》进行演化解释，从未承认其从事过任何修改《公约》文本的造法行为。尽管如此，梳理“活的文件”判例法可以看出，欧洲人权法院不仅会参考其他国际法渊源或欧洲国家的普遍标准或共识对《公约》条款作出演化解释，也会在没有得到缔约国同意的情况下创设新的缔约国义务或新的权利限制理由。换言之，在“活的文件”判例法中，欧洲人权法院在某些领域从事了司法造法活动，超出了条约演化解释的范畴。

（一）条约演化解释和司法造法的区分

条约从来都是妥协的产物，缔约谈判中的各种分歧意见反映了缔约各方政治、经济、宗教、历史等各方面的关系和利益。为了达成缔约各方基本都能接受的条约约文，条约难免会包含模糊表述。条约解释，是指对一个条约具体规定的确切意义进行明白的剖析。[39]“解释主要的区分在于法律制定之时的含义与更新的含义之间。”[40]随着时间的推移，条约用语的意义可能发生变化，出现缔约时不具有的新含义。[41]条约演化解释是指对条约术语含义的解释随着时间的变化而变化[42]。部分学者认为人权条约相较于大多数其他领域的国际法协定而言具有特殊性，主张将条约演化解释运用到人权条约的解释和适用中[43]，认为“将新的发展纳入考量范围，可以使得条约的适用更富有弹性和活力”。[44]

关于司法造法问题，学界长期以来关注较多。综合学者们的相关表述，所谓“司法造法”，是指司法者在审理案件过程中通过裁判的方式创设新规则或改变现有规则的做法。国际司法机构对于司法造法问题的态度较为复杂。国际法院 Abdul G. Koroma 法官曾指出，国际法院宁愿承认在案件中存在“法律不明”的情况，也不会造法。[45]在著名的核武器案中，国际法院也指出，法院并不行使立法职能，法院在本案中的职责不是在没有规则的情况下创造规则，而是决定当前现有的国际法规则与原则可否适用于核武器威胁的领域。[46]

---

39 参见李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 334 页.

40 Donald L Drakeman, Consequentialism and the Limits of Interpretation: Do the Ends Justify the Meanings? *Jurisprudence*, Vol. 9, Issue 2, 2018.

41 参见吴卡：《条约演化解释方法的最新实践及其反思》，载《法学家》2012 年第 1 期。

42 Feldbrugge v. The Netherlands, ECHR (Application No. 8562/79), Judgment of 29 May 1986, para.24.

43 Alastair Mowbray 指出，人权条约不涉及主权国家之间的相互关系和利益交换。相反，其宣布的是对缔约国居民的人道待遇的庄严原则。人权条约的主题是这些国家的内部秩序及其对本国公民的保护。See Alastair Mowbray, The Creativity of the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, Vol. 5, 2005. 欧洲人权法院 Garlicki 法官曾言，《公约》是“活的文件”意味着，缔约国要求的门槛不能保持在 1998 年的水平。在过去的 14 年中，法院就一般性的积极义务以及关于履行义务的义务产生了广泛的判例，特别是在保护人类生命方面。简而言之，与 1998 年相比，今天的当局可以期待的更多。See Van Colle v. The United Kindom, ECHR (Application No. 7678/09), Judgment of 13 November 2012.

44 禾木：《国际实践中的时际法问题》，载《新疆社会科学》2013 年第 6 期。

45 See Abdul G. Koroma，An Investigation of International Courts，Public Authority and Its Democratic Justification，in Rüdiger Wolfrum and Ina Gtzschmann (eds.) , *International Dispute Settlement: Room for Innovations*? Springer，2013，p. 220. 转引自张华：《反思国际法上的“司法造法”问题》，载《当代法学》2019 年第 2 期。

46 转引自齐飞：《论国际争端解决机构的造法——以欧盟法院为例》，载《河南财经政法大学学报》2013 年第 2 期。

尽管如此，完全无视国际司法机构在司法实践中的造法活动也是不现实的。[47]

演化解释依旧属于条约解释的范畴，其法律依据是《维也纳条约法公约》第 31 条的解释规则。[48]根据《维也纳条约法公约》第 31 条，解释条约应依次运用“用语的通常含义”“上下文”“参照条约目的和宗旨”以及善意原则来解释缔约国的合意。普遍认为，第 31 条为条约演化解释提供了规范依据：一方面，如果条约术语具有一般性、通用性，对其含义的解释也会随着时间的变化而发展，这为通过演化解释发展规则提供了规范空间；另一方面，第 31 条第 3 款将缔约国嗣后惯例和嗣后协定作为考虑“上下文”的因素，意味着缔约国在条约缔结后的最新实践或意图，也可能成为影响条约解释的因素。2016 年联合国国际法委员会通过的《关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案案文》认为，《维也纳条约法公约》第 31 和第 32 条所称的“嗣后协定和嗣后惯例可协助确定缔约方在缔结条约之时的推定意图是不是赋予用语以能够随时间演变的含义”，“这可能导致可能的解释范围、包括条约给予缔约方行使自由裁量权的任何范围变窄、变宽或受到另外的影响”。[49]

尽管条约演化解释反映了“国际争端解决机构在此问题上的最新趋势”[50]，但是根据当今情况对条约条款进行演化解释也不是无限制的。现实中，“国际司法机构通过演化解释包括援引其他相关条约中对有关术语意义的界定，能够赋予被解释条约术语先前不存在的新含义，从而实际上达到修改条约甚至制订新约的效果，而这无疑会在当事国间创设新的权利义务关系。”[51]对此，联合国国际法委员会明确强调，条约缔约方嗣后达成协定或在适用条约方面采用一种惯例，其用意是为了解释条约，而不是修正或修改条约。[52]演化解释“不能在缔约各方缔约时可预见的范围之外，增加新的权利或义务”[53]。否则，就是国际司法机构突破缔约国同意而对条约进行修改的司法造法活动。依据《维也纳条约法公约》第 40 条第 2 款，对国际条约文本的原意进行改变，修改条约文本，必须是缔约国的意思表示。除非条约有明确规定或者缔约国另有意思表示，其他任何主体均无权代替条约缔约方作出修改条约的决定。

因此，条约演化解释和司法造法是一个问题的两种结果——在规则适用过程中，因现

47 参见张华：《国际司法裁决中的海洋划界方法论解析》，载《外交评论》2012 年第 6 期。
48 《维也纳条约法公约》第 31 条规定：一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。二、就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：（甲）全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；（乙）一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。三、应与上下文一并考虑者尚有：（甲）当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；（乙）嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。（丙）适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。四、倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义。
49 International Law Commission, Chapter VI：Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, Report on the work of the sixty-eighth session (2016), A/71/10,p.118.
50 曾令良：《从“中美出版物市场准入案”上诉机构裁决看条约解释的新趋势》，载《法学》2010 年第 8 期。
51 吴卡：《国际条约的解释：变量、方法与走向》，载《比较法研究》2015 年第 5 期。
52 International Law Commission, Chapter VI：Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, Report on the work of the sixty-eighth session (2016), A/71/10,p.118.
53 孙南翔：《论“发展的条约解释”及其在世贸组织争端解决中的适用》，载《环球法律评论》2015 年第 5 期。

有规则无法满足案件审理的需要，司法者不可避免地要对规则作出演化解释，而此种解释一旦脱离客观规则，将个人偏好甚至政治因素纳入其中，偏离条约上下文或目的宗旨中缔约国的“共同同意”，随意创造或改变已有规则，就会导致司法造法。实践中，一些国际争端解决机构正是利用条约演化解释与司法造法的相似性，为其超越缔约国同意创造规则的行为进行“掩饰”，使得“演化解释通过新型的、与司法造法相类似的方式，对国家同意原则造成了极隐蔽的冲击”[54]。

（二）条约演化解释的前提是缔约国之间的嗣后共识

欧洲人权法院通过“活的文件”判例法对《公约》进行演化解释，使得《公约》文本既能符合国际人权价值的演化趋势，又能因应时间变化、缔约国实践进展而具有长期的可适用性。这无疑是值得肯定的。但是，“在任何一个法律秩序中，司法的功能都仅限于对规则的解释，而且这种解释应该基于广泛的社会共识。”[55]在人权领域，社会共识是民意的一种凝聚与表达，依据社会共识进行演化解释既可以弥补演化解释民主性不足的缺陷，也可以作为违背先前判例的一种正当理由，从而缓解演化解释与法律的确定性、稳定性和可预见性之间的矛盾。[56]因此，即便是欧洲人权法院对《公约》进行演化解释，以此发展的规则也应该体现缔约国的嗣后共识。

欧洲人权法院在认定“死刑”是否归属于“不人道或者是侮辱的待遇或惩罚”问题上的判决，J 集中体现了以缔约国共识为基础的演化解释。《公约》第 2 条在规定个人生命权的同时，允许缔约国在某些“迫不得已的情况下”使用武力剥夺人的生命，包括死刑。《公约》第 3 条则明确了禁止缔约国对任何人施行酷刑和非人道待遇。欧洲人权法院面临的问题是，需判断死刑是否因可归属于不人道或侮辱的惩罚而受到《公约》第 3 条的规制。法院在 1989 年索林诉英国一案的判决中指出，应当将《公约》作为一个整体来理解，《公约》的起草者显然不可能打算将禁止死刑包括在第 3 条范畴内，因为这将使《公约》第 2 条第 1 款的明确措辞归于无效。[57]在后来的类似案件中，尽管法院一直坚持上述主张，但渐渐有少数法官提出异议。例如，在 2005 年 Öcalan 诉土耳其案中，法院坚持了其在索林案中的观点，但有法官出具了反对意见。反对意见认为，欧洲人权法院一直强调，《公约》是一项“活的文件”，其权利和自由也适用于起草人未曾设想到的情况。因此，可以合理地假设，只要缔约国没有明确拒绝对《公约》进行特定的司法解释，法院就有权确定五十多年前条约文本中的单词和短语的实际含义。无论如何，关于死刑的问题，只要法院的解释和各缔约国所认可的价值观和标准保持一致，法院便可以这样做。[58]随着欧洲国家对死刑废除问题逐渐达成共识，以往的少数异议意见也逐渐发展成为欧洲人权法院的主流观点。最终，

54 刘雪红：《论条约演化解释对国家同意原则的冲击》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017 年第 3 期。

55 Laurence R. Helfer and Anne-Marie Slaughter, Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication, *Yale Law Journal*, Vol. 107, 1999.

56 参见吴卡：《国际条约演化解释理论与实践》，法律出版社 2016 年版，第 165 页。

57 Soering v. The United Kingdom, ECHR (Application No. 14038/88), Judgment of 7 July 1989, para. 102-103.

58 Öcalan v. Turkey, ECHR (Application No. 46221/99), Judgment of 12 May 2005, partly concurring, partly dissenting opinion of judge Garlicki.

法院在 2010 年确认将死刑定义为《公约》第 3 条意义上的不人道和侮辱的待遇和惩罚，以此将废除死刑纳入了缔约国的义务范围内。[59]

从欧洲人权法院关于该问题的说理及认定上看，法院态度变化的依据是欧洲各国对死刑问题的共同立场和政策选择，是“成员国在这一领域的刑法政策的发展和普遍接受的标准”[60]，这种以缔约国嗣后共识为参照的规则发展才是欧洲人权法院一直在“活的文件”判例法中强调的“根据当今情况予以解释”。这与法院在部分判例中采取的以法官立场为基础，不考虑缔约国共识和承诺的司法造法相比，具有本质区别。

诚然，根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款，必须根据条约的目的和宗旨来解释文本，但此条约演化解释的落脚点是“解释”而不是“创造”规则。《公约》订立的目的和宗旨是为了保护人权，但若欧洲人权法院以条约演化解释为名任意增减权利或缔约国义务，那《公约》所有具体条款的存在皆显得多余。到时候，实现《公约》的目的不需要任何具体条款的存在，只需要保留体现其目的和宗旨的序言即可，因为欧洲人权法院可以将所有案件，按照“对于各项基本自由的深切信仰”[61]进行发散性的“演化解释”，同时按照“当今情况”发展出各项权利和自由即可——这显然是荒谬且不现实的。

（三）欧洲人权法院司法造法突破了缔约国共同同意

欧洲人权法院得以存在的基本依据是各缔约国的“共同同意”。《哥本哈根宣言》提出了在缔约国和欧洲人权机制之间分权的辅助性原则，即国内机构在保护《公约》权利方面的主要作用；同时还强调了“法院的质量”问题，认为要加强判决的清晰性和连贯性。[62]欧洲委员会人权指导委员会也曾强调，应当根据成员国“在其他条约和习惯国家法下的承诺”进行条约解释。[63]

而现实情况是，“随着社会现实情况的发展以及人权观念的转变，司法能动主义逐渐成为欧洲人权法院的主要行动哲学，而欧洲人权法院也在实质上成为了欧洲公共政策的重要制定者和执行者，而不再是传统观念中的司法适用者的角色了，这显然已经远远超出了当初公约制定者们所能设想的范围。”[64]欧洲人权法院通过“活的文件”判例法，借助缔约国未曾参与的其他国际条约增设缔约国义务、扩大权利限制的合理理由，乃至超越《公约》范畴为欧共体设定义务，这些行为既没有《公约》框架下的法律依据，也没有得到缔约国嗣后协定或实践所体现出来的共同同意。这种司法造法活动已经逐步侵蚀了以《公约》为基础、在缔约国与法院之间基于辅助性原则建立起来的分权体制，降低了缔约国的可预测性，也损害了法院判决所一直要求的稳定性和一致性。在 Cuenzca Zarzoso 诉西班牙的案件

59 Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom, ECHR (Application No. 61498/08), Judgment of 2 March 2010, para. 119-120.
60 Tyrer v. United Kingdom, ECHR (Application No. 5856/72), Judgment of 25 Apr. 1978, para. 31.
61 《欧洲人权公约》序言节选：重申它们对于各项基本自由的深切信仰，这些基本自由是世界正义和和平的基础，一方面通过有效的政治民主，另一方面由各成员所承诺的对基本人权的一种共同谅解和遵守来给予最好的保护。
62 Tom Campbell, Keith Ewing and Adam Tomkins, *Skeptical Essays on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 124.
63 Council of Europe, T*he Longer-Term Future of the System of the European Convention on Human Rights*, Report of the Steering Committee for Human Rights, Council of Europe, 2016, p. 187.
64 见张德瑞：《论欧洲人权法院的“司法造法”》。

[65]中，申请人抱怨家附近的酒吧和舞厅引起的噪音侵犯其人权。欧洲人权法院指出西班牙违反了《欧洲人权公约》第 8 条[66]，认为其未能履行其积极义务，以确保申请者享有尊重其家园与私人生活的权利。该案引起部分学者质疑，认为这压根不值得由欧洲人权法院这类国际人权法院来保护，这是法院滥用权力的结果。[67]此外，在 A、B 和 C 诉爱尔兰案中，尽管《公约》的绝大多数缔约国都允许某种形式的堕胎，但法院依然明确指出没有堕胎权。[68]这实际表明，尽管欧洲，甚至是国际社会都对此问题达成了共识，而法院却没有对此进行确认，忽略了缔约国共同意志。

由此可见，欧洲人权法院在《公约》适用过程中，自我意志和自由裁量的幅度非常大。“如果欧洲人权法院审理案件的规则不断得以变化和修订，各国如何能够执行这些普遍原则？权利保护的基础如此不稳定，无论是对国家还是人权法院来说，都没有提供明确的知道或者一致的可靠结构，这是捍卫普遍主义权利观点的一个糟糕的基础。”[69]司法实践中，也已经有缔约国就法院拓宽《公约》管辖范围的行为提出过抗辩，甚至一些成员国还指出，法院已经走得太远：它已成为激进主义法院。他们谴责欧洲人权法院过度侵犯其国家主权，认为其以牺牲国家民主决策和司法惯例为代价。[70]一些学者甚至认为，“多年来，法院过多地利用其创造力，对某些敏感价值观的裁决引起了公众抗议和法律抵制，或者像言论自由案件那样，欧洲人权法院与缔约国国家法院之间长达数十年的讨论，导致规则不断处于变化之中，引起法律混乱。”[71]

四、欧洲人权法院应谨慎发展“活的文件”判例法

（一）借助“活的文件”判例法来造法欠缺合法性与合理性

第一，欧洲人权法院司法造法不具备合法性。《公约》并未授权法院在司法过程中创造《公约》规则，缔约国大会也未授权法院在特定情况下对《公约》进行修改。欧洲人权法院应该认识到，其职责是解释和适用《公约》条款，而不是创制《公约》条款；在《公约》基础上引入新的权利、义务或例外，属于欧洲理事会而非欧洲人权法院的职能。

第二，欧洲人权法院司法造法欠缺合理性。一些学者从合理性角度为司法造法进行辩护。赞成者的理由主要集中在以下两个方面：首先，赞成者从法律本身的缺陷出发，认为立法者在制定法律之时无法预见到之后可能出现的所有问题，司法造法的出现不可避免；

65 Cuenzca Zarzoso v. Spain, ECHR (Application No. 23383/12), Judgment of 16 Jan. 2018 .
66 《欧洲人权公约》第 8 条：人人有权享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利。公共机构不得干预上述权利的行使，但是，依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利的利益考虑，为了防止混乱或者犯罪，为了保护健康或者道德，为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的，不受此限。
67 Geir Ulfstein, Interpretation of the ECHR in Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties, *The International Journal of Human Right*, Vol. 13, 2018.
68 A, B and C v. Ireland, ECHR (Application No. 25579/05), Judgment of 16 December 2010, para. 226-228.
69 Kanstantin Dzehtsiarou, E*uropean Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p.87.
70 Geir Ulfstein, Interpretation of the ECHR in Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties, *The International Journal of Human Right*, Vol. 13, 2018.
71 Michael P. Donnelly, Democracy and Sovereignty vs International Human Rights: Reconciling the Irreconcilable? T*he International Journal of Human Rights*, Published online: 11 Apr. 2018, p.17.

[72]其次，从事后有益性的观点出发，认为由法官在案件审理过程中确定新规则，可以使得已制定的法律或条约与时俱进，在不断发展变化着的时代中始终具有可适用性，扮演着法治推动者的角色。[73]本文认为，上述两方面理由都难以站得住脚。

首先，关于司法造法具有不可避免性的问题。众所周知，法律从来都不是完备的，法律局限性问题自柏拉图时起就为人们所知悉。[74]在成文法的适用过程中，难免会出现法律不周延性、立法空白性、法律滞后性等问题。学界从未否认过国际条约文本局限性问题的存在。正是因为正视且重视该问题，为了使条约能够更好地发挥其应有功能，国际社会将条约的解释规则融合梳理，编纂成 1969 年《维也纳条约法公约》。也就是说，对于条约的局限性问题，国际社会已有应对之法，即应按照《维也纳条约法公约》第 31 条-33 条的规定，善意解释之。的确，条约解释规则也并非都无漏洞，始终会存在一些通过解释规则所无法涵盖和适用的情况。这类情况，可以通过条约修改或缔约国嗣后协定或实践等其他手段予以解决，并不是司法造法的充足理由。

其次，关于司法造法有助于推动法治发展的结果论。此观点成立的前提应为司法造“良法”，只有符合缔约国共同意志的造法才能产生有益的结果。结果论认为法院不应纠缠于长期存在争议的解释方法论，而应该以如何实现良好结果的规则选择作为司法决策过程的核心，并认为法律文本的解释不应该主要集中于立法者在法律制定之时的立场和观点，而应该着眼于国家和社会当前的发展。

有学者指出这种结果主义实际对法院提出了极高的要求，“结果主义是做出政策选择的一种特别苛刻的方法，因为结果主义不仅需要确定最理想的政策，而且还需要预测法院的决定是否会产生理想的结果”[75]。而实际上，尽管国际司法机构的法官大都是由各缔约国提名任命的在相关领域成就斐然的专家学者组成，也很难保证所有国际司法机构的法官在每一个案件中“确定最理想的状态”“预测最理想的结果”。“对于公共政策的许多领域，在任何一门学科中得到的见识和方法都可能根本不够。相反，跨学科共享的观点对于政策的解释和预测都至关重要。”[76]与法官处理案件相比，立法者在立法过程中通过多方讨论、民主意见收集等方式得出的结论显然要更具有多样性和公众意志体现性。而就一项国际条约的产生过程来看，从条约起草到缔约国签署批准，期间历经了长时间的讨论和完善不说，就成本投入和专家论证方面就是任何一个国际司法机构难以比拟的。

---

72 例如刘治斌指出，法学理论和经验是在法律实践中被创造的。参见刘治斌：《司法过程中的法律发现及其方法论析》，载《法律科学》2006 年第 1 期。陈金钊指出，法律在被创制为法典后的运动形式主要应是司法解释。参见陈金钊：《法制及其意义》，西北大学出版社 1994 年版。

73 例如段厚省指出，由于法官有着造法的权利，就使得发生在法律模糊或者空白区域的纠纷的当事人，对法官有着更多的戒惧，从而更好地遵守法律。参见段厚省：《法官造法与司法权威》，载《政治与法律》2004 年第 5 期。丁铎通过列举国际法院司法判例，论证国际实践中有不少一般国际法的规则可以被认为是国际法院 “司法造法效应”的结果。参见丁铎：《国际法上条约解释与司法造法之界限问题浅析——兼评菲律宾南海仲裁案》，载《南海法学》2018 年第 2 期。

74 [德]博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社 1989 年版，第 748 页。

75 Donald L Drakeman, Consequentialism and the Limits of Interpretation: Do the Ends Justify the Meanings? *Jurisprudence*, Vol. 9, 2018.

76 Scott E Page, T*he Difference: How the Power of Diversity Creates Better Groups, Firms, Schools, and Societies*, Princeton University Press, 2013, p. 348.

更何况，法官们在审判过程中极易受到包括申请人背景、与被告国关系以及个人偏好的影响，这对法院审判稳定性和一致性的要求提出了极高的挑战，更是对司法造“良法”提出了极大的考验。有学者通过欧洲人权法院 70 个宗教自由案件的 538 个法官投票的原始数据集进行分析，发现穆斯林申诉人获得对其有利的法官投票的可能性极小，而法官更有可能投票支持提名他们的国家。此外，被诉的西欧国家尤其可能获得有利的判决，即使在控制国家对宗教自由保护的差异时也是如此。[77]另外，也有研究表明性别歧视在欧洲人权法院的裁判中有所体现，与男性穆斯林在欧洲人权法院作为“成功的申请人类别”相反，以穆斯林妇女为申请人提起的案件经常与宗教服饰有明显的“交叉性”，在欧洲人权法院被经常性、系统性地驳回。[78]由此可见，即使法官均由各国提名的“佼佼者”组成，但还是不可避免地在审判中将自身喜好或政治性因素纳入审判之中。既然如此，我们又如何确定一个审判组织的寥寥法官，在有限的时间内，面对着争端双方彼此相左的争诉观点，就一定能造出良法呢？

（二）明确演化解释的适用条件以自我抑制造法冲动

尽管欧洲人权法院依据“活的文件”对《公约》进行演化解释具有合理性，但也有学者针对演化解释缺乏规范约束提出了批评。

首先，虽然欧洲人权法院在判例中针对演化解释发展出“禁止扩大司法机构的职能、禁止增设新的权利义务、遵守民主社会的必要限制”等三项限制条件[79]，但是自欧洲人权法院提出“活的文件”之日起至今，从来未就诸如法律渊源、适用界限等合法性问题进行说明，法院甚至都不曾从正当性方面论证该概念。“活的文件”的适用很大程度上是依凭法官的理解和发挥，这种没有判断标准的条约解释自然给国际社会留下了质疑的空间。有学者质疑道：“尽管欧洲人权法院在条约的目标和宗旨中做了大量的阐释，以维护人们普遍理解的‘法治’和‘共同的法律传统’，但这种阐释是否足以在欧洲提供一个可以普遍适用的、具有一致性的判例？”[80]还有学者担心，“演化解释可能赋予国际法庭太多的自由裁量权，进而背离当事方的原意。”[81]更有学者指出，欧洲人权法院全然无视解释规则，选择对《公约》进行“道德解读”[82]。

其次，欧洲人权法院始终强调，《公约》作为“活的文件”，应根据当今情况解释。而在确定何为“当今情况”时，法院为寻求在某一领域的“共同标准”，往往选择将包括特定领域的国际条约、习惯国际法、一般法律原则等在内的所有国际法因素都纳入参考范畴，

77 Dan Koev, Not Taking It on Faith: State and Religious Influences on European Court of Human Rights Judges in Freedom of Religion Cases, *Journal of Human Rights*, Vol. 18, 2019.

78 Pablo Castillo-Ortiz, Gender, Intersectionality and Religious Manifestation before the European Court of Human Rights, *Religion, State and Society*, Vol. 45, 2019.

79 邢爱芬：《条约演化解释的适用与发展研究——以欧洲人权法院为例》，载《中国政法大学学报》2020 年第 2 期。

80 Kanstantin Dzehtsiarou, E*uropean Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p.87.

81 Hugh Thirlway, The Law and Procedure of the International Court of Justice, B*ritish Yearbook International Law*, Vol.60, 1996.

82 George Letas, Strasbourg’ s Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer, E*uropean Journal of International Law*, Vol. 21, 2010.

不考虑被告国是否加入或批准了某项条约。一般而言，一项条约的签署和批准情况说明了该条约所涉问题在当前社会的可接受状况，如果欧洲人权法院动辄将签署国寥寥无几的条约都作为解释“当今情况”的依据，很难具有说服力。

更重要的是，司法权力也存在不断膨胀的倾向，法官也不可避免带有造法的冲动。如果演化解释不受约束，司法机构就可能以解释条约为名创造出条约用语字面意义以外的实质性义务，任意扩大缔约国义务的范围。演化解释不能超出缔约方对约文理解的合理预期，否则司法裁决就难以得到认可和遵守，从而最终损害国际法的权威性和有效性。[83]因此，欧洲人权法院运用“活的文件”概念开展条约演化解释，必须在辅助性原则指引下秉持司法谦抑理念，克制随意造法的司法能动主义冲动。为减少学者和缔约国政府对欧洲人权法院可能侵入国内政策制定领域的担忧，降低司法造法削弱欧洲人权体制权威性的风险，欧洲人权法院应当加强“活的文件”的合法性及合理性释明——“如果司法部门更愿意详细说明该理论在具体案件中的适用情况，将有助于减轻人们对该理论仅仅是主观臆断的掩饰的担心。”[84]因此，欧洲人权法院应该尽快从“活的文件”判例法中抽象出演化解释的适用条件，包括适用前提、适用依据、适用范围和限制条件。唯有如此，“活的文件”判例法才具有持久的生命力；也唯有如此，才能令人信服地说《公约》是“活的文件”。

83 参见韩逸畴：《时间流逝对条约解释的影响———论条约演变解释的兴起、适用及其限制》，载《现代法学》2015 年第 6 期。

84 Alastair Mowbray, The Creativity of the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, Vol. 5, 2005.

论审慎义务视角下网络空间国际争端解决面临的困境——基于对《塔林手册 2.0 版》的分析

牛学利*

摘要：北约卓越网络合作防卫中心发布的《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，是网络空间颇具代表性的国际软法。网络空间国际争端解决作为网络空间国际法发展的出发点和落脚点，既在该手册中有专章规定，又贯穿全部条文始末，并与审慎原则深度融合，但其规定并非无懈可击。按网络空间国际争端从产生到发展的流程分析，审慎义务视角下，目标国的反应关系到争端本体是否启动；争端启动后的解决方式上，也由于实践中存在的归因难题、规则本身的抽象性以及对争端主体类型的限制等问题，而陷入选择的困境；回归条款本身，争端解决的总进程更是受规定的模糊性和条款间的意思冲突而影响。客观分析审慎义务中的争端解决问题，有利于理解和改善网络空间国际争端解决现状，继而以点带面辩证看待《塔林手册 2.0 版》，促进网络空间国际立法进程。

关键词：审慎 网络空间 争端解决 《塔林手册 2.0 版》

导言

北约卓越网络合作防卫中心发布的《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》（以下简称《塔林手册 2.0 版》）是当今为数不多的网络空间国际软法，虽然没有强制性约束力，但其对网络空间国际规则的预设将会影响到网络空间国际立法的总体进程。因此，《塔林手册 2.0 版》的具体规定尤其是作为出发点和落脚点的争端解决部分，值得各国政府和学者关注。

国际法学界一直对“争端”主体的类型争论不休，传统国际法认为，争端主体主要是国家，但不少学者认为如国际组织、具有特殊身份的个人等非国家行为体在不断发展的国际法实践中越发重要，理应被一视同仁。[1]《塔林手册 2.0 版》采用了传统国际法对争端主体界定的主张，认为网络空间国际争端只能发生在国家之间。

《塔林手册 2.0 版》中关于争端主体的限制，是除规则 65 隐含武力解决争端之外[2]、为武力等非和平强制性争端解决方式、解决国家与非国家行为体之间的权利义务纠纷打开的

* 牛学利（1991-），女，山东滨州人，外交学院博士研究生，研究方向为国际法律冲突与争端解决；北京市西城区展览馆路 24 号 外交学院，abc18811589269@sina.com，18811589269。

[1] T. J. Lawrence & Percy H. Winfield, *The Principles of International Law* (7th ed, rev.) (West Academic,1927)，p47-94；Janis, M. W, “Individuals as Subjects of International Law”, 17(1), *Cornell International Law Journal*,(1984), pp. 61-78; Menon, P. K. States, “International Organizations and Individuals as Subjects of International Law”Vol 20 , *Korean Journal of Comparative Law*, pp. 97-162;余民才：《国际法专论》，中信出版社，2003 年版，189 页；叶兴平：《再论国际争端的性质》，《法学评论》，1993 年 5 月；卫迎春：《非政府主体参与 W TO 贸易争端的新趋势及其对我国的启示》，《国际贸易问题》，2002 年第 9 期；蒋德翠：《国际争端解决机制之新动向》，《经济与社会发展》，2013 年第 2 期等。

[2] 《联合国宪章》和《塔林手册 2.0 版》都强调，争端解决过程中和平手段运用的优先性。但与《联合国宪章》和平解决争端的优先性与倡导的唯一性不同的是，该手册尤其是评注 11，认为对于危及国际和平与安全的网络活动引起的国际争端，尽力使用和平方式虽是强制性规定，但并不排除反措施、武力等单方面行为。从评注 18 的解释来看，规则 65 第 1 款并不要求穷尽所有和平解决争端的方法，也不要求无限期寻求争端解决，只须“尽力”，若无果，争端应该提交安理会。然后根据评注 13 得知，并不禁止联合国安理会授权或命令的任何行动，即包括和平方式尝试无果之后采用的武力。在争端解决部分，该规则及评注表面上是遵循《联合国宪章》规则及尊重安理会职权，实则为武力解决争端打开缺口。

另一条缺口。争端或纠纷发生在不同类型的国际法主体之间，其解决方式是不同的，而不同的解决方式带来的解决效果自然也不一样。从目标国的立场分析，与解决国家之间的争端相比，解决国家和非国家行为体之间的权利义务纠纷，其追责方式以及获得的赔偿效果都不能一概而论。因此，网络行为的主体究竟是国家或可归因于国家，还是非国家行为体这个问题，一直伴随着网络空间国际法的成长，也让归因问题持续发酵。归因需要证据的支撑，但实践中举证的艰难性，不断让西方学者批判国际法院“有效控制”的标准过于严格，并提出将审慎原则作为“次级规则”引入网络空间的想法，[3]以减轻争端解决中的追责难度。作为主权延伸的审慎义务,[4]存在于《塔林手册 2.0 版》第二章，包括规则 6 和规则 7。但是，在《塔林手册 2.0 版》的审慎原则中，出现了由于归因难而导致目标国将争端解决的重点，从对行为国追责转移为把领土国作为“替罪羊”的“转嫁矛盾”的现象，由此引发对适用审慎原则标准、争端解决要件尤其是模糊规定的剖析。有鉴于此，本文以启动审慎义务的主体和结果要件为切入点，[5]按照“争端”产生、发展和解决的大体过程，对其进行审慎原则视角下的解读与分析，以期总结出审慎义务视角下网络空间国际争端解决面临的困境。

一、审慎义务的缘起与发展

国际法中国家的审慎义务，经历了从个人到国家、从私法到公法的发展过程，是古老谚语“友邻原则”的现代性演化，也是主权原则在稳定国际秩序过程中衍生出的法律成果。

（一）传统国际法领域中的审慎义务

16 世纪，让·博丹所著的《论国家六书》，尤其是《论主权》，成为近现代主权理论研究的起点。让·博丹在新兴资产阶级和旧封建地主阶级的矛盾、以及世俗权力和宗教权威的斗争中，将主权从古老的最高权力中剥离出来，为世俗权力尤其是主权理论提供法理根

[3] Luke Chircop,“A Due Diligence Standard of Attribution in Cyberspace”,Vol. 67,*International and Comparative Law Quarterly*,(2018) , p645;Scott J.Shackelford ,Scott Russell & Andreas Kuehn,“Unpacking the International Law on Cybersecurity Due Diligence:Lessons from the Public and Private Sectors”*The Chicago Journal of International Law*(2016),p.17 ; Nicholas Tsagourias, Cyber Attacks,“Self-defence,and the Problem of Attribution”17(2),J*ournal of Conflict & Security Law*(2014) ,pp.242-243.

[4] The Island of Palmas (or Miangas) (1928) .11.RIAA .pp,829-839, available at https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:icgj/392pca28.case.1/law-icgj-392pca28，visited on 1 Nov 2020;ILA Study Group on Due Diligence in International Law First Report (International Law Association , Duncan French and Tim Stephens 2014）2 , available at https://olympereseauinternational.files.wordpress.com/2015/07/due_diligence_-_first_report_2014.pdf，visited on 1 Nov 2020; Brunnée Jutta，Meshel Tamar,Teaching an Old Law New Tricks:International Environmental Law Lessons for Cyberspace Governance ,Vol.58 ,*German German Yearbook of International Law*, 2016,p.6.

[5] 除此主体和结果要件之外，审慎原则也要求必须是发生在“其领土，或处于其政府控制下的领土或网络基础设施”之上。意思即：审慎义务适用于领土国域内的全部主权领土，包括该国领土上所有用于网络行动的网络基础设施以及发动网络攻击的人，无论基础设施由谁控制，也不论领土上的人是何国籍。也适用于域外一国可能控制海外领土而未行使主权的情况，和一国控制的、位于海外的政府网络基础设施。所以，领土国对域外负有审慎义务的主要逻辑来源是：国家运营有关基础设施并不代表必然对其拥有控制权，而是因为该网络基础设施位于领土国实际控制的领土、管舍或物体之上，因而该国便实际控制该网络基础设施。可见，领土国的域外审慎义务，主要来源于领土国的域外领土主权，而非直接取自本身运营的网络基础设施。此外，审慎义务并不限制领土国的数量，在一个以上的国家同时控制的情况下，两国都承担审慎义务，并且存在领土国和行为国同属一国的情况。但是，为方便区分目标国与领土国和行动方之间的权利义务纠纷以及两种类型的纠纷所面临的的不同问题，本文并未讨论领土国和行为国同属一国的情况。

基。但让·博丹的主权论属于绝对主权理论，且重点关注国家统治者对内的绝对权力方面。[6]最早关注“对外主权”的是格老秀斯，17 世纪前期，他在《战争与和平法》中为了判断战争的正义与否，将主权的对外性质做了详细论述。[7]这也是主权在国际争端解决中开始扮演角色的初始阶段，为其延伸审慎义务提供了法律依据和实践指导。

1648 年，欧洲“三十年战争”结束，签订的《威斯特伐利亚和约》标志着近代国际关系的启动。《和约》将领土主权、主权平等原则设为国际法和国际关系的基本原则，“对内最高”和“对外独立”的主权得到了合法性和正当性的确认。经历了 20 世纪两次世界大战，各国对在国际上普遍确立主权原则表现出极大渴望，《联合国宪章》规定的“各会员国主权平等之原则”[8]顺应了时代潮流。各国享有主权这一事实得到了国际法确认，也包含着一国有尊重他国主权、善意履行国际义务、不得侵犯别国权益的内涵和义务，这就是主权原则衍生出的审慎义务。但是，“审慎是一个动态的概念，随时间而变化。在某一时刻被认为足够审慎的措施在新科技的衡量下可能会变得不够审慎。同时，该义务会因为活动的风险不同而有所变化。风险更大的活动要求更加严格的注意标准”。[9]

“法律观念从来不会离开实践太远”，[10]主权中的审慎义务也在实践中得到了充足的发展。1928 年，“帕尔马斯”案的仲裁裁决写到，“领土主权概念包含一种保护一国领土内他国权利的义务”；[11]“科孚海峡”案国际法院的判决解释说，“不可在明知的情况下将其领土用于有悖于其他国家权利的行为”，[12]该判决对审慎义务的描述，已经成为当今对审慎原则的权威解释；1999 年，刚果民主共和国向国际法院递交诉请书中写到，“乌干达违反了审慎义务”。[13]在国际法的各个分支中，国际环境法对审慎义务的发展作出了不可磨灭的贡献。《斯德哥尔摩宣言》第 21 条，《国家经济权利和义务宪章》第 2 章第 3 条，《海洋法公约》第 192 条，《里约宣言》的第 2、19、27 项原则等均体现出，国家在自身环境管理过程中，存在不得侵犯别国环境权的义务。环境法实践案例也不断对审慎义务进行内容明晰和范围拓展，“特雷尔冶炼厂”案的仲裁决定中提到，“任何国家都没有权利使用或允许使用其领土朝另一国领土上引致烟雾而对该领土或其上的财产或人类带来损害”；[14]匈牙利和前捷克斯洛伐克在多瑙河上修建大坝的案例中，国际法院指出，“斯洛伐克有义务尊重别国的

[6] [法]让·博丹著，[美]朱利安.H.富兰克林编，《论主权》，李卫海、钱俊文译，北京大学出版社，2008 年版，第 25 页。
[7] [美]小查尔斯·爱德华·梅里亚姆著，《卢梭以来的主权学说史》，毕洪海译，法律出版社，2006 年版，第 10 页。
[8] The Charter of United Nations,available at https://www.un.org/zh/charter-united-nations/index.html,visited on 3 Nov 2020.

[9] Seabed Mining Advisory Opinion ,para. 117,havailable at https://www.researchgate.net/publication/297235819_Seabed_mining_-_Advisory_opinion_on_responsibility_and_liability,visited on 3 Nov 2020.
[10] Frederick William Maitland, *Township and Borough*, (The University Press in Cambridge,1898), p.27
[11] Island of Palmas arbitral award, pp.829-838,available at http://www.docin.com/p-388053934.html.
[12] Corfu Channel Case (U.K. v. Alb), Judgment, 1949 I.C.J. Reports, available at https://www.refworld.org/docid/402399e62.html,visited on 3 Nov 2020.
[13] Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, 2005 I.C.J. Reports, p.168, 252, para. 246-248, available at https://www.icj-cij.org/en/case/116,visited on 6 Nov 2020.
[14] Trail Smelter Arbitration (U.S. v. Can), 3R.I.A.A.1922,1963 Arb. Trib. 1941, available at https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf,visited on 6 Nov 2020.

环境保护，避免因本国境内的活动给别国造成损害”。[15]

从主权衍生审慎义务的过程可见，审慎义务是时代的产物，它伴随着主权国家对内管理和对外交往的全过程。主权是一项权利，也是一项义务，平等的法律地位要求国家在维护自身权益的同时也要尊重他国主权，于是，审慎义务在“对外主权”尤其是尊重他国利益领域逐渐被重视。伴随着国家交往深入的是争端的普遍化，审慎义务在判断是否构成“国际不法行为”或侵权行为、如何进行国际归责方面发挥杠杆性作用，成为判断争端是否出现、国际责任如何分配的重要标尺之一。简言之，审慎原则为解决争端并帮助受害国追究国际法责任提供了额外的法律依据。所以，审慎义务和争端解决具备天生的内在联系，它们在众多国际案例的判决或裁决中频频结伴出现，就是彼此联系的最好佐证。

（二）《塔林手册 2.0 版》中的审慎义务

《塔林手册 2.0 版》的主编认为，“审慎原则作为一般法律原则，适用于国际法各个领域，除非国家实践或法律信念排除这一点”。[16]《塔林手册 2.0 版》第一章主权部分规则 1 的评注 3 明文解释道：主权原则作为基本原则，衍生出许多条约及习惯国际法原则和规则。这样的例子包括管辖权（第三章）、尊重他国特定豁免的义务（规则 5），以及审慎原则（规则 6）。[17]《塔林手册 2.0 版》对审慎义务的规定主要涵盖规则 6 审慎（一般原则）：一国应采取审慎态度，不得允许其领土，或处于其政府控制下的领土或网络基础设施，被用于实施影响他国行使权力，和对他国产生严重不利后果的网络行动；规则 7 遵守审慎原则：审慎原则要求一国采取在相关情形下可行的一切措施，以终止影响他国权利并对他国产生严重不利后果的网络行动。[18]

为促使各国“履行对应归咎于他们的国际不法行为的国际义务”[19]，将审慎部分的规定付诸实践，解决好目标国与领土国或行为国之间的网络空间国际争端，离不开争端解决条款的辅助。《塔林手册 2.0 版》在第三部分第十二章规则 65 中对“和平解决争端”作出了专门规定：国家必须尽力以和平方法解决危及国际和平与安全的网络活动引起的国际争端；如果国家试图解决并未危及国际和平与安全的网络活动引起的国际争端，必须以和平方法进行。[20]更确切地说，《塔林手册 2.0 版》第二章“审慎”和第十二章“和平解决争端”是网络空间国际争端解决必不可少的一体两面。在争端解决实践中，“审慎”部分扮演的角色倾向于原则性和宏观性的指导，属于判断是否需要承担国际责任的要件和国际追责的外围保障，“和平解决争端”部分主要负责提供争端解决的总体目标和具体解决方式，体现更多的是争端解决的具体步骤。两者相辅相成，共同致力于网络空间国际争端的解决。

---

[15] Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment,1997 I.C.J. Reports , p. 7, available at https://www.icj-cij.org/en/case/92.visited on 7 Nov 2020.
[16] MichaelN. Schmit, “In Defence of Due Diligence in Cyberspace”,Vol,125, *Yale Law Journal Forum*,(2015),p73.
[17] [美]迈克尔·施密特等：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，黄志雄等译，社会科学文献出版社，2017 年版，第 57 页。
[18] 同上书，第 84 页。
[19] United Nationa General Assembly,Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunication in the Context of International Security ,Sixty-eighth session,24 June 2013,A/68/98,para23, available at https://www.mofa.go.jp/files/000016407.pdf,visited on 7 Nov 2020.
[20] [美]迈克尔·施密特等：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，第 311 页。

网络空间中的审慎义务，要求领土国（义务国）采取可行性措施，以防止或减少本国领土及网络基础设施被用于影响或损害他国权利，从而提高对目标国的保护力度。此时的审慎义务更倾向于是判断领土国是否履行国际义务的辅助标准，也是条约法体系中法律义务的来源。在网络空间追偿中增加目标国和领土国之间的权利义务关系，总体上降低了目标国网络追责和赔偿的难度，避免了现实中由于归因艰难而导致无法追偿的窘境。但是，领土国承担的审慎义务对解决发生在目标国与行为方之间的争端并无太多实质影响，也没有从根本上解决网络空间国际争端的追责和赔偿问题。相反，在对行为方侵犯性网络行动举证、归因存在困难的情况下，义务国更容易变成行为第三方的“替罪羊”，成为目标国追责的主要对象。因此，审慎义务虽解决了“有效控制”标准门槛过高的问题，但却有可能扩大国家责任的范围。[21]

二、网络空间国际争端的启动

争端本体的启动，是争端解决和发展的起点。《塔林手册 2.0 版》对争端启动要件的规定颇具特殊性，由此导致的问题也值得引起各国政府和学者的注意。

（一）争端的出现及实然状态

一般国际法认为，国际争端是两个或两个以上公认的国际法主体间，并且只要是国家之间由于法律权益或政治利益的冲突所产生的争执和对立。[22]《塔林手册 2.0 版》在国际争端内涵上遵从传统国际法，把“争端”解释为对法律或事实观点的不一致，当事方之间法律观点或利益的冲突，认为“争端”不仅仅是国家间一般的紧张关系，相反，它意味着一国提出一项特定主张而另一国加以反对。[23]审慎原则中，且先不论发起侵犯性网络行动的第三方，是国家还是行为可归因于国家的非国家行为体，也暂且不论领土国在相应条件下是否存在审慎义务，单就作为受影响的目标国来说，起码需要先承认本国受到网络攻击或侵犯性网络行动，才能启动“争端”本体。[24]例如，根据《塔林手册 2.0 版》第一章主权部分规则 4[25]，一国主张另一国以违反主权原则方式侵入其网络设施，便形成了目标国和行为国之间关于国际不法行为行为的国际争端。同理，根据第二章审慎部分规则 6，目标国主张一国违反审慎原则，允许其控制下的领土或网络基础设施用于危害目标国权利，便形成了目标国和领土国之间关于违反审慎义务的国际争端。

但是，仅达到“争端”状态是不够的，《塔林手册 2.0 版》要解决的是“实际争端”。该手册第十二章和平解决争端部分规则 65 的评注 19 解释道，“只有实际争端才在第 1 款所指的范围内。那些仅是可能性而未实际形成的争端不包含在内。换言之，当事国没有义务

[21] 朱磊：《论国际法上的反措施在网络空间的适用》，载《武大国际法评论》，2019 年第 4 期，第 136 页。
[22]《国际公法学》编写组：《国际公法学》，高等教育出版社，2018 年，第 438 页。
[23] [美]迈克尔·施密特等：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，第 312 页。
[24] 审慎至少有三方主体参与：网络行动的目标国（受害国）、作为审慎主体的领土国（义务国）、发起网络行动的第三方（行为方）。
[25] 规则 4：一国不得从事侵犯他国主权的网络行动。

预防一项可能在未来发生的争端，即使它或许是可预见的”。[26]所以，审慎义务视角下，如果第三行为方对目标国实施了网络攻击或侵犯性网络行动，并被合理的定性为违反了目标国的国际权利，而且在客观理性国看来，已经发生了国际法上的权利义务纠纷，此时争端的到来已然具备可预见性，但只要目标国并未对此提出反对意见，该情况下也并不存在依据本规则待解决的争端。

（二）争端启动引发的问题

根据《塔林手册 2.0 版》的规定，要想解决争端，首先必须有“争端”本体，然后必须是“实际争端”，《塔林手册 2.0 版》对“非实际争端”没有管辖权。而无论是“争端”的形成还是争端的“实然状态”，都离不开目标国对“法律或事实观点不一致、法律观点或利益冲突”的明确表态。可能是苦于没有证据，亦或许是出于本国安全或自尊的考虑，目标国不承认本国受到网络攻击这一现象，在实践中还是存在的。例如，2010 年伊朗纳塔兹(Natanz) 的核设施遭受了“震网”病毒的攻击，虽然国际媒体将矛头指向美国和以色列，但伊朗自身拒绝承认遭受了网络攻击。[27]

因此，在目标国受到网络攻击而出于多种原因不提反对意见的情况下，“争端”本体并未被启动，当事国也无需遵从规则 65 去选择“公力救济”，审慎义务下的领土国和行动国，也无需向目标国承担关于违反审慎的国际责任。由此导致的问题是，满足审慎要件就可以引发审慎义务，行动国和领土国按照《塔林手册 2.0 版》中关于审慎部分的规定，可以向目标国承担国际责任，但极有可能由于该手册争端解决部分对目标国反应的硬性要求，而导致争端“不存在”，从而无法继续适用《塔林手册 2.0 版》。《塔林手册 2.0 版》将争端解决部分专设一章进行规定，目的之一便是为了适用本规则以更好地解决争端，而此时在审慎义务的视角下，却因为自身条款要求，出现了不适用自身规则的矛盾现象。可见，争端本体是否被启动，不能过分注重目标国是否提出反对意见。

三、网络空间国际争端解决方式的确定

按照《塔林手册 2.0 版》的规定，一旦目标国对行为第三国或领土国主张权利，网络空间国际争端即刻形成。但争端本体的启动，并不代表权责立刻清晰化，接下来进入的争端解决阶段，是借助多种争端解决方式厘清权利义务关系、并审查国际担责要件的重要过程。

审慎原则中，领土国履行审慎义务的要件以及目标国向行为第三方和领土国主张权利的条件，是整个审慎关系的核心。领土国审慎义务的履行，要求目标国受到实质损害。所谓的“实质损害”包含所有与受影响国国际法上的“权利相悖”[28]，以及具有“严重不利后果”的网络行动。可见，领土国负有审慎义务的结果要件，一是违反国际法，而无论其

[26] [美]迈克尔·施密特等：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，第 316 页。
[27] Mary Ellen O’Connell, “Cyber Security without Cyber War”，Vol.17, *Journal of Conflict & Security Law,* （2012），P.194.
[28] “权利相悖”是指网络行动违反了一国对目标国所承担的国际法义务。

程度如何；二是不违反国际法的情况下造成“严重不利后果”。但需注意的是，这两个要件适用的主体不同，前者针对国家或行为可归因于国家的非国家行为体，后者针对受自我意思主导的非国家行为体。此处，本文将从不同主体对应的不同要件入手，分析目标国与行为方和领土国在争端解决方式上存在的问题。

（一）归因难改变争端解决方向

1、国家直接作为行为体层面

在审慎义务中，当国家作为行为第三方时，网络行动必须是“国际不法行为”。只违反目标国的国内法，即便造成了“严重不利后果”，领土国也没有审慎义务，但此时并不影响目标国向行为国主张权利。退一步讲，如果该网络行动对目标国来说根本不违法，则领土国终止该网络行动也是毫无依据的。所以，只有当网络行动构成国际不法行为时，审慎义务才得以启用，目标国可同时向行为国和领土国主张权利。但在双边或多边条约中，如果网络行动仅违反了行动国对目标国的义务，而不是领土国对目标国负有的任何义务，领土国也没有审慎义务，此时目标国向领土主张权利则得不到国际法支持。

如果可以举证证明网络不法行为源自国家，则目标国与领土国或行为国之间发生的国际争端在《塔林手册 2.0 版》的管辖范围内。但在现实中，的确因为技术所限或外交压力等因素存在归因上的困难。即使通过追踪 IP 的方式可以定位攻击来源，但若 IP 数据包被中途拦截或冒用，则现有的科技水平无法识别真正攻击者。而且，如果位于领土国的是僵尸网络，渊源追踪更是难上加难。当然，更不会有国家主动承认自己发起的国际不法行为，大国实力在国际法中的影响也并未完全消除。即便证明行为国的确直接作为主体实施了国际不法行为，则需要按照《塔林手册 2.0 版》规定解决争端。[29]但至于如何估量“国际和平与安全”的受影响程度，国际上至今没有明确定论，“穷尽和平可能性”的判断标准也是众说纷坛。当然，面对行为国的国际不法行为，目标国也可以采取反措施。[30]但是，反措施的限制性因素比较多，它要求目标国不得使用武力或武力威胁，反击的力度要与本国所受损害程度相当，不得侵犯人权，在程序上也要通知对方。看似相当公正与周全的规定，实操性并不强，且面临着诸多不确定性。

此种情况成为目标国向行为国进行网络追责过程中面临的巨大障碍，也是倒逼目标国不断寻求其他赔偿途径和进行矛盾转移的刺激性因素，成为迫使目标国将争端解决的方向转向领土国的重要原因之一。

2、行为可归因于国家的非国家行为体层面

当非国家行为体受国家或政府指使或控制时，需要举证证明国家或政府在网络攻击过程中扮演指挥或控制的角色。“国家对非国家行为体的支持越大、越关键，国家就越有可能

[29] 国家必须尽力以和平方法解决危及国际和平与安全的网络活动引起的国际争端；如果国家试图解决并未危及国际和平与安全的网络活动引起的国际争端，必须以和平方法进行。

[30] Article 22, Attribution of Conduct to a State, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/RES/56/83,available at https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf.visited on 10 Nov 2020.

对非国家行为体的行为承担责任”，[31]但是“非国家行为体的行为动机难以预知，而其采取的网络行动能够在极为短暂的时间内完成且难以追踪和溯源”。[32]所以，如何将非国家行为体行为归因于国家，在实践中并不是件容易的事。政治方面，为了占据舆论和道德制高点，国家本身不会轻易承认对目标国的攻击行为，反而将非国家行为体作为自身逃避国际法律责任的掩体；法律层面，国际法学界对国家“控制”的标准不一，“尼加拉瓜诉美国军事行动案”中的“有效控制”[33]，“塔迪奇案”中的“整体控制”[34]，在国际法实践的曲折发展中一直都是争论的焦点。假设成功证明非国家行为体的行为可归因于国家，纠纷的解决方式就类似于国家之间的争端解决，目标国可直接要求行为国承担相应的国际责任，追责方式及存在的问题见上文，此处不再赘述。

若归因失败，则目标国与非国家行为体之间、则因为非国家行为体的主体不适格，而无法形成《塔林手册 2.0 版》所管辖的“国际争端”，无法运用《塔林手册 2.0 版》相关规定解决纠纷。但在满足条件的情况下，依然可以形成目标国与领土国之间关于违反审慎义务的国际争端，向领土国主张权利。这种现象除了导致越来越多的西方学者、力图将审慎原则作为归因标准的呼声逐渐高涨外，还促使目标国把重点放在追究义务国没有采取可行措施、以阻止其领土及其网络基础设施、被用于实施对目标国有害的、网络行动的国际责任上，也就是通过“转嫁责任”[35]使领土国成为“替罪羊”的方式，来解决网络行动的追责问题。不过，目标国主张由领土国代替行动国承担国际责任的做法，是缺乏法律依据的。没有法律依据的情况下，仍然对转移矛盾的行为乐此不疲，值得我们对归因困难状态下的争端解决方式进行深思。

可见，“归因不是一个单一的过程，而是一个多方面的、互动的过程，涉及不同的行动者、社会领域和技术”。[36]举证证明国家直接作为主体实施网络国际不法行为的难度较大，将非国家行为体行为归因于主权国家也并不容易。审慎义务进入网络空间，在某种程度上减轻了目标国的国际追责难度，但也使争端解决方向发生了转变，让领土国成为众矢之的，

[31] Prosecutor v.Tadic,Case No.IT-94-1-A,Judgement,I.C.T.Y,July 15,1999,para.120, available at https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf,visited on 7 Nov 2020.

[32] United Nationa General Assembly,Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunication in the Context of International Security ,Seventieth session,22 June 2015,A/70/174,available at https://digitallibrary.un.org/record/799853.visited on 7 Nov 2020.

[33] 在“尼加拉瓜诉美国军事行动案”中，国际法院指出：为了将尼加拉瓜叛军违反人权法和人道主义法的行为归因于美国，仅仅证明美国向叛军提供了支持和资金是不够的，“必须证明国家对军事行动和准军事行 动实施了有效控制”。

[34] 在“塔迪奇案”中，前南斯拉夫国际刑事法庭的上诉庭认为：“国际法上有关将私人行为归因于国家的要求是国家对私人行为实施了控制，控制的程度因个案情形而异，没有理由要求在每一个案件中都适用较高的控制门槛标准”，为了确定波黑内战是否构成国际性武装冲突，上诉庭创设了“整体控制”标准。该标准要求前南斯拉夫参与了波黑军事行动的策划和监督，而不单单是为波黑境内的塞族武装提供资金和武器。

[35] Mathew J. Sklerov, “Solving the Dilemma of State Responses to Cyberattacks: A Justification for the Use of Active Defenses Against States Which Neglect Their Duty to Prevent”, 201(1) *Military Law Review*(2009) ,pp.38-39 ; David E. Graham, “Cyber Threats and the Law of War”,87(4) ,*Journal of National Security Law and Policy* (2010), pp.93-96.

[36] Nicholas Tsagourias, Michael D Farrell, Cyber Attribution: Technical and Legal Approaches and Challenges”,*European Journal of International Law, chaa057,* available at https: //doi.org/10.1093/ejil/chaa057,visited on 8 Nov 2020.

增加了领土国的国际责任与义务。

（二）主体“不适格”导致武力解决

分析完行动方究竟是国家还是可归因于国家的非国家行为体之后，继续就非国家行为体按照自我意思、实施网络攻击的行为进行研究。不过，目标国与非国家行为体之间的权利义务纠纷，其解决方式需要另当别论。

1、非国家行为体在审慎义务中的角色

审慎义务与非国家行为体高度相关，它通过在非国家行为体与国家责任之间架起桥梁，使这些行为受到国际法施加的一些限制。[37]非国家行为体的网络行为，能否在自身要件方面，启动领土国与目标国之间就违反审慎义务而形成的国际争端，需要判断是否满足以下条件：一是非国家行为体自一国领土发动的，对另一国造成“严重不利后果”的有害行动；二是非国家行为体从事行为影响到目标国的权利。但是非国家行为体遵从的条件顺序不同，引发目标国和领土国关于审慎争端的条件自然也不同。如果非国家行为体首先满足条件一，对目标国造成“严重不利后果”，但并没有影响到目标国的权利，此时领土国不对该行为承担审慎义务，目标国对领土国追责的要件不足；如果既造成了“严重不利后果”，也在国家角度违反了对目标国的国际义务，领土国必须承担审慎义务，向目标国承担违反审慎原则的国际责任；在不影响目标国权利的情况下，若只是轻微影响目标国利益，如造成不方便、轻微的破坏、或可以忽略不计的花费，即后果的“非严重”状态，并不会涉及到审慎原则，违反审慎义务的国际责任也就无从谈起。如果非国家行为体首先满足条件二，在国家角度对目标国违反国际义务，此时则不需要考虑条件一，领土国也要承担审慎义务，目标国对领土国主张权利的理由充足。这是因为非国家行为体启动审慎义务的逻辑来源于国家，毕竟一国网络行为与目标国“权利相悖”时，领土国必然要承担审慎义务，对非国家行为体行为如此规定也是为了防止非国家行为体网络行动和国家网络行动在面对目标国“权利相悖”时出现的不一致情况。

所以，非国家行为体的网络行为要造成“严重不利后果”的程度，更要在国家的角度达到违反目标国义务的标准时，才能让领土国对目标国承担违反审慎义务的国际责任。因此，让领土国为非国家行为体的网络行为担负审慎义务，从而产生目标国和领土国之间争端的门槛，相对较高。

2、非国家行为体在争端解决中的影响

确定非国家行为体足够引起审慎义务，并可以启动目标国和领土国之间的争端后，该如何解决目标国和非国家行为体之间的权利义务冲突，是接下来面临的问题。按《塔林手册 2.0 版》推定，目标国与非国家行为体在审慎义务中使用的争端解决方式可不再唯“和平”是举。

《塔林手册 2.0 版》规则 65 规定，争端主要发生在国家或是行为可归因于国家的非国家行为体之间，即网络空间国际争端的主体，只能是国家层面上的。主张国家与非国家行

[37] Francois Delerue ,*Cyber Operations and International Law,* (Cambridge University Press,2020) ,P.356.

为体产生的跨国争端不属于“国际争端”的学者认为，《联合国宪章》第 2 条第 4 项，未对国家使用任何武力攻击非国家行为体设定限制，但《联合国宪章》第 2 条第 3 项和第 33 条第 1 项，却明文规定，在争端解决过程中，禁止一国对另一国动武。如果将《联合国宪章》第 2 条第 3 项和第 33 条第 1 项理解为规定了和平解决与非国家行为体的争端，在网络空间国际争端接受和平方式的不唯一性的情况下，会造成《联合国宪章》在网络空间适用中条款间的意思冲突。也就是说，部分国际专家认为，国家与非国家行为体之间的权利义务冲突，可以无需遵守规则 65 和平解决争端部分的条款，而直接使用武力等除和平之外的解决方式。可见，这种不叫“争端”的争端，不断冲击着《塔林手册 2.0 版》中对争端主体的规定，更为重要的是，对非国家行为体地位的认定，关系着审慎关系中当事方的争端解决途径。退一步讲，即便目标国面对非国家行为体的网络侵权行为，可以根据《国际不法行为草案》运用“必要性”原则进行适当反击。“必要性”原则下的“反击”，也的确为目标国提供了、面对来自非国家行为体侵犯性网络行为时的自我保护措施。但是，“必要性”原则的现实可操作性较差，其条款模糊性和抽象性导致其没有被广泛普及。因此，目标国也不必然受“必要性”的限制，从而增加了武力等非和平强制性解决手段运用的可能。

可见，由于《塔林手册 2.0 版》中非国家行为体的“不适格”，以及《国际不法行为草案》中“必要性”原则的可执行差等问题，导致目标国与非国家行为体之间的权利义务冲突的解决方式，要么是陷于“于法无据”的真空环境，要么是困在于法有据但条款抽象的窘态，成为目标国与非国家行为体纠纷解决无序的来源之一。

（三）规则抽象损耗和平解决初衷

结束归因阶段后，无论证明网络不法行为是由国家直接实施还是由国家控制的非国家行为体实施，都已经进入了争端的实质解决过程。我们需要跳出“争端”本身，从外部观察其对国际社会产生的影响，进而从宏观上决定争端解决方式的运用。

审慎义务视角下目标国与行为国或领土国之间的网络空间国际争端，会不同程度地危及国际和平与安全，根据《塔林手册 2.0 版》，不同的危害程度会对争端的和平解决前景产生不同影响。如果该争端已然危及国际和平与安全，争端当事国之间，存在必须尽力以和平方式解决的“行为义务”，但对“结果义务”并无要求，也不要求穷尽一切和平手段。目标国在尽力无果之后，可以提交安理会，也可以通过武力等非和平的强制性手段解决争端。当目标国与行为国或领土国之间的争端，达不到危及国际和平与安全的程度，只要当事国一旦介入争端解决，就必须以和平方式，不可诉诸武力或威胁。

但问题在于，《塔林手册 2.0 版》并未对“国际和平与安全”进行清晰的界定，国际专家组也承认，难以确定一项国际争端何时会危及“国际和平与安全”，这直接影响到审慎义务中，目标国与行为国或领土国之间争端解决方式的选择，进而有可能导致争端解决部分的条款，空具理论化而不具备现实操作性。同时，审慎义务中当事国对“国际和平与安全”判断存在的难度，有可能成为当事国选择有利于自身的争端解决方式的杠杆，成为争端朝自身有利方向发展的手段。因此，在无法判断目标国与行为国或领土国之间的争端，是否

危及国际和平与安全时，当事国争端解决方式带有很大不确定性，甚至存在武力解决的可能。即便确定了本争端对国际社会的危害程度，鉴于手册争端解决部分的漏洞，依然不能排除强制性的非和平方式解决的可能，从而对和平解决网络空间国际争端的初衷带来损耗。

实践层面存在的归因困难与规则本身设置的主体限制，已经对网络空间国际争端解决的宏观方向和具体手段产生了重大影响。网络空间国际软法目前普遍存在的原则指导性特点，在《塔林手册 2.0 版》中也有所展现。而且，该手册规定的模糊性和抽象性，已经给和平解决网络空间国际争端造就了“灰色地带”，从总体上动摇着和平解决争端的初衷和愿景。

四、网络空间国际争端解决进程的开展

审慎义务进入归因范畴的讨论，引发了不少学者对审慎要件的分析。在经历争端启动以及解决方式的选择之后，从条款本身出发分析争端解决总进程出现的问题，与当今学者对审慎要件的具体分析不谋而合。

（一）条款模糊降低争端解决效率

1、损害程度方面

在对非国家行为体启动审慎义务所要达到的损害门槛上，《塔林手册 2.0 版》尚未定论，仅笼统规定导致“严重不利后果”时就会产生审慎义务。但对于何为“严重不利后果”，该手册除了规则 6 的 26、28 两处评注对其进行了大致解释外，并无其他详细说明。评注 26 认为，对目标国利益产生轻微影响的行为，不是本规则所预想的损害类型。[38]评注 28 认为，不要求所涉网络行动对物体造成有形损害或导致人身伤害，审慎原则的语境下，严重不利后果可包括诸如妨碍关键基础设施的运行或对经济产生重大影响。[39]

可见，这两条评注都是通过反向排除法，来对“严重不利后果”做粗略规定，并未对其进行准确定义。但作为评判非国家行为体是否启动审慎义务的后果要件之一，在引发目标国和领土国网络争端方面却是举足轻重的。如果“严重不利后果”的规定笼统，可能会严重影响审慎原则，在非国家行为体与目标国之间的可适用性和实践操作性，导致争端解决进程陷入对字词的理论解释的旋涡，从而降低争端解决效率。

2、适用标准方面

《塔林手册 2.0 版》审慎部分规则 7 要求，“一国采取在相关情形下可行的一切措施，以终止影响他国权利并对他国产生严重不利后果的网络行动”，[40]即一国采取的行动既要合理又要可行，但是却没有给出审慎原则所要求的确切的行动范围。评注 16 中粗略解释道，“领土国必须采用其主权特权范围内所有可行的（也就是说，可以合理采取的）、一个理性形式的国家在相同或类似情况下将会采取的措施（换言之，就是所谓的“尽最大努力”）。

特定措施是否具有可行性，总是取决于具体情境。相比发展中国家，发达国家往往更

[38] [美]迈克尔·施密特等：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，第 79 页。
[39] 同上书，第 79-80 页。
[40] 同上书，第 84 页。

有能力制止源自其领土的有害网络行动”。[41]同时评注 17 说，“对于涉及一国领土上的网络基础设施的极其复杂和充满变数的网络行动，该国可能缺乏有效应对的能力。如果是这样，该国并不会违反审慎义务”。[42]可见，专家组对发展中国家和发达国家采取共同但有区别的态度，并且认为审慎义务是一种行为义务，而非结果义务。领土国不论是发展中国家还是发达国家，只要竭尽全力使措施满足合理性与可行性的标准，便不会违反审慎义务。由此引出的问题是，既然审慎原则是对行为而非结果设定义务，那么不同水平的国家“尽力”即可，无需区分发展中国家和发达国家。如此浓墨重彩的“强调”，并解释“可行性尤其取决于所涉国家的技术能力、供其调配的智力和财政资源、国家采取措施的制度性能力，以及对其领土上网络基础设施的控制程度”，[43]难免让人认为，不同发展水平的国家面对相同或相似的侵犯性网络行动时，启动审慎义务的要件是不同的。而这种适用标准的不同，将会在“共同但有区别”的外衣下，产生“因案而异”和争端解决“碎片化”的后果，会使目标国面对不同发展水平的国家产生追责标准和程度的差异，不利于网络空间国际争端解决一体化进程，严重影响争端解决的效率。

（二）意思冲突影响争端条款适用

1、“预防义务”与“实际争端”

对于尚未发动的特定网络行动是否会引起审慎义务，《塔林手册 2.0 版》没有给出确切回答。多数专家认为，如果实施行动的实质步骤正在采取中，且一个理性国家会认为该行动将被实施时，领土国必须采取措施制止这一网络行动。该问题表面上看起来是行为国的损害行为进程的问题，但究其实质，是领土国履行审慎义务的时间范围问题，是特殊情况下是否具备“预防义务”的问题，也是一个是否属于“实际争端”的问题。

《塔林手册 2.0 版》认为，争端只有处于实然发生状态的情况下才能归于其管辖范围内，那些仅是可能性而未实际发生的争端，即便它是可预见性的，也不在《塔林手册 2.0 版》的解决范围内。但部分专家认为尚未发动的特定网络行动也会引发审慎义务的行为，便有催化目标国和领土国之间产生网络争端的迹象。此境况下，如果领土国不采取措施阻止，便违反了审慎义务，需要向目标国承担违反审慎义务的国际责任，而此时的目标国并未受到攻击甚至不知情，因此可能会产生没有争端却仍然需要承担国际责任的窘境。

2、“实际争端”与“实质损害”

借助规则 65 第 15 条评注中提到的例子，一国可因为另一国拥有可能对其构成威胁的网络能力而提出反对意见，从而形成争端。那在尚未发动的特殊网络行动，也被目标国通过其他渠道认为足够形成对自己的威胁、而提出反对意见甚至实施先发制人的自卫反击时，网络争端亦正式形成，但需注意，此时的目标国并未受到“实质损害”。由此引出的问题是，在一个仅因为“预期可能性”而形成的“实际争端”中，却不满足领土国承担审慎义务的要件，此时便与该情景下要求领土国承担审慎义务的情况出现矛盾。因此，若此情况真的

[41] 同上书，第 88 页。
[42] [美]迈克尔·施密特等：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，第 88 页。
[43] 同上书。

被网络空间国际法允许，至少在尚未发动的特殊网络行动领域，该手册规则 6、7 与规则 65 就会产生条款间的意思冲突。

争端解决是网络空间国际法产生和发展的出发点和立足点，但《塔林手册 2.0 版》中关于“审慎”与“和平解决争端”部分存在条款上的模糊与意思冲突。该情况影响了《塔林手册 2.0 版》 的正常使用，是网络空间国际软法的一大弊病，也使网络空间国际争端的实际解决进程受到阻碍。

结论

现实中关于“争端”主体的争论一直都有，网络空间中关于争端主体的论述，实则是《塔林手册 2.0 版》对现实习惯国际法平移的结果。审慎义务视角下，举证难导致争端矛盾转移和主体“不适格”引发的对和平优先性的冲击，归根结底也是由网络空间国际法不成熟所致。审慎标准“灵活性有余，确定性不足”，其与争端的影响程度——国际和平与安全的不确定性相结合，“开辟”了当事国武力解决网络争端的“捷径”，审慎中结果要件的模糊、不同发展水平国家的区别对待方式，不仅干扰到非国家行为体网络攻击的国际法律责任承担，也加速了争端解决的“碎片化”趋势。在《塔林手册 2.0 版》的国际专家组一致同意审慎原则不包含“预防义务”的情况下，面对实质性步骤正被行为国采取且理性国认为存在付诸实践的可能性时，专家组却要求领土国启动审慎义务，并采取合理可行的措施阻止该行为对目标国产生影响。此类特殊情况下采取的特殊行为，是否会真的减轻目标国损失和加重领土国责任暂且不提，与严格意义上“预防义务”的关系也且先不论，这种做法最起码会造成与争端解决条款间的意思冲突，从而扰乱争端解决要件的适用，拖延争端解决总体进程。

《塔林手册 2.0 版》作为具备国际影响力的网络空间国际软法，他的条文规定虽然可能不会被以后的网络空间国际立法照搬，但他的存在本身就会对国家行为产生指引效果，也会对后世国际立法产生“影子作用”。但通过分析可知，《塔林手册 2.0 版》的规定并非无懈可击，尤其是在作为出发点和落脚点的争端解决部分，存在诸多规定漏洞，也没有将现实法中审慎原则的不足之处于网络空间中进行规避。作为国际法发展的新领域，网络空间国际立法不能输在起跑线上，各国应全方位立体化洞悉现存实然国际法规则，然后借助现实法的力量为网络空间量身打造适合自己的网络空间国际法。

On the Predicament of International Dispute Settlement in Cyberspace in the Context of Due Diligence

——Based on the analysis of "Tallinn Manual 2.0"

NiuXueLi

Abstract:*The Tallinn Manual 2.0 on the international law applicable to Cyber Operations* written by the NATO Center for Cyber Cooperation and Defense, is a representative international soft law in cyberspace. As the starting and end point of the development of international law in cyberspace, the settlement of international disputes in cyberspace has not only be provided special chapters in the manual, but also runs through all the provisions, and is deeply integrated with the principle of prudence, but its provisions are not invulnerable. According to the analysis of the process of international disputes in cyberspace from initiation to development, from the perspective of Due Diligence, the response of the target country is related to whether the dispute itself is initiated; The way to resolve the dispute after the initiation also has some setbacks because of the attribution in practice and the rules themselves. Problems such as abstraction and restrictions on the types of dispute subjects have fallen into the dilemma of choice; Returning to the rules themselves, the overall process of dispute settlement is hindered by the ambiguity of regulations and conflicts of meaning between clauses. An objective analysis of dispute settlement issues in the Due Diligence context is conducive to a dialectical view of the "Tallinn Handbook 2.0", thereby helping the development and improvement of international law in cyberspace.

Key Words: Due Diligence cyberspace the settlement of international disputes Tallinn Handbook 2.0

缅甸商事仲裁制度述评*

欧福永 胡 杨**

（湖南师范大学法学院，湖南 长沙 410081）

摘要：为使《纽约公约》在缅甸生效，缅甸在 2016 年通过新《仲裁法》，并于 2019 年成立了缅甸仲裁中心。该法以《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》为基础，详细规定了仲裁的定义和分类与当事人的异议权、仲裁协议的形式、仲裁条款的独立性与排他性、仲裁员的委任和异议与替换、仲裁庭的自裁管辖权和采取临时措施的权力、仲裁程序的组织和进行与终止、仲裁裁决的作出和撤销及承认与执行等内容。缅甸商事仲裁制度基本与国际社会接轨，充分尊重当事人意思自治，但是法院在仲裁中的权力过大，对仲裁员的具体资质、仲裁中的第三人和紧急仲裁员制度等问题缺乏规定。

关键词：缅甸仲裁法；仲裁协议；仲裁程序；仲裁裁决；承认与执行

A Review of Myanmar Arbitration System

OU Fu-yong HU Yang

(Law School, Hunan Normal University, Changsha 410081, China)

Abstract: In order to make the *New York Convention* come into force in Myanmar, Myanmar passed the new *arbitration law* in 2016 and established Myanmar Arbitration Center in 2019. Based on the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration, the law provides in detail the definition and classification of arbitration and the right of objection of the parties, the form of arbitration agreement, the independence and exclusiveness of arbitration clauses, the appointment and objection of arbitrators, the self-determination jurisdiction of arbitration tribunal and the power to take interim measures, the organization, conduct and termination of arbitration procedures, and the making, cancellation, recognition and enforcement of the arbitration award. Myanmar's commercial arbitration system is basically in line with the international community and fully respects the party's autonomy. However, the court's power in arbitration is too large and there are no specific qualifications of arbitrators, the third party in arbitration and the system of emergency arbitrators.

Key words: Myanmar Arbitration Law; arbitration agreement; arbitral proceedings; arbitration award; recognition and enforcement

*本文系 2019 年湖南省法学会重大项目：“一带一部”战略下湖南企业“走出去”的法律对策研究（19HNFX-A-001）的阶段性成果。

**欧福永，湖南师范大学法学院教授，博士生导师；胡杨，湖南师范大学法学院国际法专业研究生。

缅甸联邦共和国（The Republic of the Union of Myanmar，以下简称“缅甸”）经 2010 年大选后逐渐开始转型，转型目标在于打开国门，积极外交。中国也积极与缅甸发展关系，近年来，在“一带一路”倡议指引下，中缅双方持续加强战略规划对接，保持密切政策沟通，在中国-东盟、中日韩-东盟对话合作，澜沧江-湄公河合作框架和中缅经贸联委会等合作机制交流下，两国经贸合作持续推进。2019 年中国和缅甸的双边贸易额达到了 180.47 亿美元，同比大幅增长 28.5%，2019 年 1-11 月，中国对缅直接投资额为 2.04 亿美元，截至 2019 年 11 月对缅直接投资存量为 48.8 亿美元，中国继续保持缅甸最重要投资来源国之一、第一大贸易伙伴以及最大的出口市场地位。2020 年 1 月 17 日至 18 日，习近平主席新年首访缅甸，开辟中缅关系新篇章。为了便于在缅甸进行贸易投资活动的中国企业和个人在发生民商事纠纷时选择仲裁解决争议和为我国仲裁制度的完善提供理论支撑，需要研究缅甸的商事仲裁制度。

缅甸在 1886 年全国沦为英国殖民地，其法律由普通法主导，但保留了一部分与婚姻家庭相关的佛教法。直到 1974 年缅甸联邦社会主义共和国成立，普通法对缅甸法律的影响削弱，转而代之的是大陆法系，同时还融合了缅甸佛教法因素。因此，缅甸法律体系属混合法律体系，其法律制度由三部分构成，按效力等级依次分为普通法、成文法和家庭习惯法。[1]缅甸的法律制度深受佛教文化的影响，这一宗教因素及普通法与大陆法系的混合影响让缅甸法律制度颇具特色。2008 年 5 月，缅甸联邦共和国新宪法获得通过，规定实行三权分立的国家制度，立法权由联邦及各地议会行使，行政权由联邦政府行使，司法权由联邦各级法院行使。[2]

在加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》（简称《纽约公约》）之前，缅甸根据 1944 年《仲裁法》进行仲裁。该法是以 1934 年英国《仲裁法》为基础制定的，并且与 1940 年印度《仲裁法》高度一致。[3]缅甸于 2013 年 7 月 15 日正式成为《纽约公约》成员国之一，为了使公约在缅甸生效，根据公约执行外国仲裁裁决，缅甸采纳《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（简称《示范法》）中的一些规定，在 2016 年 1 月 5 日通过了新《仲裁法》，规定了更便利和更有效的争议解决机制。另外，在 2019 年 8 月 3 日，缅甸工商联合总会成立了缅甸仲裁中心(Myanmar Arbitration Center)。

我国学者对缅甸商事仲裁制度的研究较少，在中国知网上以“缅甸仲裁”为主题词检索到的相关文献仅有 1 篇：在 2016 年缅甸《仲裁法》通过后，吴奕盈博士在《缅甸仲裁制度新发展述评》（《东南司法评论》2017 年卷）一文中阐述了缅甸《仲裁法》的主要内容，并做了简要评析。在百度上以“缅甸仲裁制度”为主题词检索到的相关文献仅有 1 篇：新加坡律师楚郢在《缅甸<2016 年仲裁法>浅析》[4]一文中对缅甸外国投资者关注的几个仲裁

[1] 参见中华全国律师协会编著：《“一带一路”沿线国家法律环境国别报告（第二卷）》，北京大学出版社 2017 年 6 月版，第 1 页。

[2] 参见李晨阳，古龙驹：《缅甸联邦共和国宪法（一）》，《南洋资料译丛》2009 年第 1 期，第 62 页。

[3] Leng Sun Chan SC, Jo Delaney & Min Ayer Naing, THE BAKER MCKENZIE INTERNATIONAL ARBITRATION YEARBOOK:MYANMAR 303 (10th Anniversary Edition, 2017).

[4] 中国会计视野网,http://shuo.news.esnai.com/article/201601/127110.shtml,最后访问日期：2020-02-06.该

问题做了简要回答。石现明教授著的《东盟国家国际商事仲裁法律制度研究》（2013 年版）和李莉、乔欣教授编著的《东盟国家商事仲裁制度研究》（2011 年版）对缅甸的商事仲裁制度作了概要研究。上述成果主要存在以下不足：（1）吴奕盈博士和楚郢律师的成果对相关问题的论述不够具体和全面，而且因写作时间较早，无法体现缅甸仲裁制度的最新发展变化。（2）石现明教授和李莉、乔欣教授的著作也是基于缅甸 1944 年《仲裁法》，内容已过时。

在国外，自 2016 年缅甸《仲裁法》颁布以来，学者对缅甸仲裁制度的研究并不多，主要包括：（1）James Finch 和 Thida Aye 两位学者在《缅甸仲裁法下的国际仲裁》[5]中对缅甸 2016 年《仲裁法》的主要内容进行简要分析；（2）Leng Sun Chan SC 和 Jo Delaney 等学者在《缅甸国际仲裁年度报告》[6]一文中将缅甸《仲裁法》与《示范法》进行了对比；（3）Nwe Mon Mon Oo 和 Hanni Win The 二位学者在《缅甸加入<纽约公约>前后仲裁法的重要特征》一文中将 2016 年《仲裁法》与旧《仲裁法》相比较，突出了新《仲裁法》的优点[7]。国外学者关于缅甸仲裁制度的研究成果为本文研究缅甸商事仲裁制度提供了文献支持。

一、仲裁的定义和分类与当事人的异议权

（一）仲裁的定义

缅甸《仲裁法》第 3 条 c、d 和 f 项规定，仲裁是指由仲裁员或仲裁庭进行的任何仲裁。仲裁员系指经双方同意任命的通过仲裁解决争议的人员或仲裁团；仲裁庭系指独任仲裁员或仲裁团。根据 2016 年缅甸《仲裁法》第 2 条规定，该法适用于仲裁地点在缅甸的仲裁，无论该仲裁协议是否在缅甸达成。若仲裁地点位于缅甸以外的国家，则仲裁仅受该法第 10、11、30、31 条和第 10 章的规定约束。

（二）国内仲裁与国际仲裁的含义

缅甸《仲裁法》把仲裁分为国内仲裁和国际仲裁。根据该法第 3 条 i 项的规定，“国际仲裁”被定义为：“（1）在仲裁协议签订时，如果一方当事人的营业和贸易活动地位于缅甸以外的其他国家；或（2）仲裁协议载明的地点或者按照仲裁协议进行仲裁的地点在当事人营业地以外的国家；或（3）如果履行大部分商业关系的义务的任何地点或者与争议标的物有最密切联系的地点位于仲裁协议各方当事人营业地所在国以外；或（4）仲裁协议当事人明确约定仲裁协议的标的物与一个以上国家有关的。”[8]可见，该法关于国际仲裁的定义几乎与《示范法》的完全一致。而在该法第 3 条 h 项中，国内仲裁是指不属于上述国际仲裁的仲裁。

（三）可仲裁事项

文 2016 年 1 月 30 日发布，全文只有 2300 字。

[5] See James Finch, Thida Aye:International Arbitration Under Myanmar's Arbitration Law, 2 *Asian International Arbitration Journal 235*, 235-252(2016).

[6] 前引③，Leng Sun Chan SC, Jo Delaney & Min Ayer Naing 书，p. 303..

[7] See Nwe Mon Mon Oo & Hanni Win Thein, Significant Features of Arbitration Laws of MYANMAR before and after Its Accession to New York Convention, 2017 ALSA Academic Journal 205, 205-216 (2017).

[8] 根据缅甸《仲裁法》第 3 条 i 项的注释：当事人有一个以上营业地的，以与仲裁协议签订地有最密切联系的营业地为准；当事人没有营业地的，以其惯常居所为其营业地。

关于哪些争议事项可以提交仲裁，缅甸《仲裁法》并没有明确的规定。但该法第 4 条规定：“本法的目的是：（a）以公平有效的方式解决国内商事争议和国际商事争议。”通过目的解释可以得出，该法中可仲裁事项包括国内外商事纠纷。该法第 2 条第 3 款规定：“本法的规定不得影响本国现行的、规定某些争议不得提交仲裁的任何法律。”一般来说，除属法院唯一管辖的事项（例如清盘申请或为未成年人指定监护人）外，所有民商事事项都可以通过仲裁解决。[9]

与缅甸不同，我国《仲裁法》第 2 条对可仲裁事项作出了明确规定：“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。”不仅如此，我国《仲裁法》第 3 条还规定了不可仲裁事项，即：（1）婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；（2）依法应当由行政机关处理的行政争议。相较而言，我国《仲裁法》的规定比较完善。

（四）异议权的放弃

为了保护当事人的权利，缅甸《仲裁法》第 6 条规定，当事人就下列事项有异议权：仲裁庭没有管辖权；仲裁过程中的不当行为；不遵守仲裁协议或者本法规定；不当行为已经影响了仲裁庭或者仲裁程序。若当事人参与或者继续参与仲裁程序的，应当立即提出异议，并应在《仲裁法》或者仲裁协议、仲裁庭规定的期限内提出。若当事人继续进行仲裁而不在规定期间内提出异议，应视为放弃其提出异议的权利。

二、仲裁协议规则

（一）仲裁协议的形式

仲裁协议是双方当事人将纠纷提交仲裁的基础。缅甸要求仲裁协议应为书面形式，根据缅甸《仲裁法》第 3 条 b 项，“仲裁协议”被定义为双方就合同或其他法律关系所产生或可能产生的所有或某些争议提交仲裁的书面协议。关于书面形式，该法第 9 条 a 项规定以下情形均视为书面形式的仲裁协议：仲裁协议由当事人签字的；若电子通讯所载的资料可供查阅，以供日后参考，则以电子通讯方式订立的仲裁协议须当作是书面的；载于请求书和抗辩书的交换中的仲裁协议，其中一方当事人声称存在协议，而另一方当事人未否认，则应视为书面形式。

因各类仲裁协议的表现形式不同，想要将纠纷提交仲裁的当事人可以用仲裁条款、仲裁协议书及其他等多种方式达成仲裁协议。[10]根据缅甸《仲裁法》第 9 条 b 项规定，仲裁协议既可以以合同中仲裁条款的形式存在，也可以以单独协议的形式存在。想要在缅甸进行仲裁的纠纷双方当事人，须以上述两种形式达成仲裁协议。

与缅甸要求相同，我国《仲裁法》要求仲裁协议应为书面形式。除此之外，我国《仲裁法》还详尽规定了仲裁协议应具备的内容以及仲裁协议无效的情形[11]，而缅甸《仲裁法》并未规定。但缅甸本质上是一个普通法管辖区，根据 1872 年缅甸《合同法》第 56 条，约定从事不可能履行或不合法的行为的协议无效。根据该法第 23 条，有两个一般原则可能使

[9] Morgan, Lewis：AN INTRODUCTORY GUIDE TO ARBITRATION IN ASIA 47 (2th ed.,2018).
[10] 参见宋连斌：《仲裁法》，武汉大学出版社 2010 年 9 月版，第 109 页。
[11] 参见《中华人民共和国仲裁法》第 16 条、第 17 条。

协议的内容不可执行：一是协议的目的是非法的或者不可实现的；二是缅甸法律禁止的合同。[12]那么，上述两种情形即会成为仲裁协议无效的原因。

如果仲裁条款没有援引一套管理机构的仲裁程序规则，该仲裁条款是否可以执行？对这个问题，缅甸《仲裁法》保持了沉默。但是，《仲裁法》附表一所载的仲裁协议所隐含的条件支持这样的观点，即在没有约定明确的程序规则的情况下，仲裁仍然可以进行。此外，《仲裁法》第 8 条（行政协助）规定，当事人或者经当事人同意的仲裁庭可以作出安排，向任何适当的机构或者个人寻求协助，以便利对仲裁程序的管理。[13]

（二）仲裁条款的独立性与排他性

一般来说，通过仲裁条款的方式订立的仲裁协议的效力具有独立于主合同效力的特性。[14]不论纠纷双方当事人的主合同是否有效，都不会影响仲裁条款的有效性。缅甸《仲裁法》也肯定了仲裁条款的独立性，该法第 18 条 a 款规定，合同中的仲裁条款应视为独立于合同其他条款的协议；仲裁庭关于合同无效的裁决并不会导致仲裁条款的无效。

在缅甸，仲裁协议具有排他性，《仲裁法》第 10 条规定，凡就属仲裁协议标的事项向法院提出诉讼，任何一方可不迟于提交关于争议实质的第一份书面陈述时，向法院申请将该事项提交仲裁。如果存在上述申请，法院应命令当事人诉诸仲裁，除非法院裁定该协议无效、不成立或不能履行。但争议在法院待决期间，仲裁程序仍然可以开始或继续进行，并且可以于该争议在法院待决期间作出裁决。若法院命令当事人诉诸仲裁，法庭应中止法院诉讼。简而言之，如果纠纷双方当事人之间有仲裁协议，并且其中一方要求仲裁，当地法院必须根据《仲裁法》第 10 条将纠纷提交仲裁并中止法院诉讼。但请求仲裁的一方必须在其提出第一次有关实质性问题的书面陈述之前提出申请。如果法院认为仲裁协议无效、不成立或不能履行，则无义务按要求将该事项提交仲裁。

我国的规定与缅甸的规定大致相同，即若当事人一方向法院起诉，而当事人已经达成仲裁协议的，法院不予受理，但仲裁协议不成立、无效、失效、内容不明确无法执行的除外。

最后，缅甸《仲裁法》第 10 条规定，如果法院决定将该事项提交仲裁，则该决定不可上诉。另一方面，如果法院决定不将该事项提交仲裁，则不提交仲裁的决定可以上诉。

三、仲裁员与仲裁庭规则

（一）仲裁庭的组成

1.仲裁员的委任

仲裁员是当事人意思自治的产物，当事人可以根据自身的需要选择任命仲裁员。但为保证仲裁案件的审理质量，有些国家对仲裁员的资质条件作出了严格限制。[15]缅甸《仲裁法》并未对此进行限制，而仅在仲裁员国籍方面作了规定。根据该法第 13 条规定，除非当

[12] 前引⑤，James Finch & Thida Aye 书, p.238.
[13] 前引⑨，Morgan, Lewis 书，p.48.
[14] 前引⑩，宋连斌书，第 107 页。
[15] 前引⑩，宋连斌书，第 71 页。

事人另有协议，任何国籍的人士均可作为仲裁员。由此可见，《仲裁法》对仲裁员国籍的无限制充分尊重了当事人意思自治，为与国际社会接轨作出了努力。

根据缅甸《仲裁法》第 12 条，仲裁双方当事人可以自由约定仲裁员的人数，若决定选择多个仲裁员组成仲裁庭，则该数量必须是奇数。如果仲裁协议中未提及仲裁员人数，则仲裁员应为一人。同时，该法第 13 条规定，双方可以自由约定一个或多个仲裁员的委任程序。如果缔约方不遵守该程序，任何一方可申请首席法官[16]或其选定的任何人/机构作出委任，并且首席法官或其选定的任何人/机构的决定不受上诉管辖。

与缅甸不一样，根据我国《仲裁法》的规定，仲裁庭可以由三名仲裁员或者一名仲裁员组成。若当事人没有在仲裁规则规定的期限内就仲裁庭的组成方式或者仲裁员达成一致意见，由仲裁委员会主任而不是法院为其选定仲裁员。

2.当事人对仲裁员提出异议

根据缅甸《仲裁法》第 14 条，仲裁员候选人应主动披露任何可能引起对其公正性或独立性产生合理怀疑的情况。若其未能将此类情况告知各方当事人，则他应在任命之时起和整个仲裁程序期间，毫不拖延地向各方当事人披露任何此类情况。如果出现下列任一种情况，当事人可对仲裁员提出异议：存在对其公正性或者独立性产生合理怀疑的情形；或仲裁员不具备双方商定的资格。指定仲裁员的一方当事人，只有在指定仲裁员后才知道这些理由时，才能基于这些理由对其指定的仲裁员提出异议。

缅甸《仲裁法》第 15 条规定，当事人双方可自由约定对仲裁员提出异议的程序。如果双方无法达成协议，拟对仲裁员提出异议的一方当事人应在发现情况后 15 天内，向仲裁庭提交一份异议的理由的书面陈述。除非被提出异议的仲裁员辞职或另一方同意该异议，仲裁庭将决定是否撤换该仲裁员。若经过以上方式之后其异议仍未成功，拟对仲裁员提出异议的一方当事人可自仲裁庭作出决定之日起 30 日内向法院提出申请，但仲裁程序可在法院裁决未决期间继续进行。

我国《仲裁法》也规定了仲裁员必须回避的情形[17]，与缅甸《仲裁法》规定类似，即可能影响公正仲裁的仲裁员应回避。

3.仲裁员委任的终止和替换

缅甸《仲裁法》第 16 条规定，在出现下列任一种情况时，仲裁员的委任应终止：仲裁员无履行职责的法律行为能力或事实行为能力或者因其他原因不及时履行职责；仲裁员辞职或当事人协议终止其委任。当事人对仲裁员是否具有履职能力有争议的，可以向法院申请决定终止仲裁员的委任，当事人另有约定除外。法院关于终止仲裁员委任的决定不得上诉。

[16] 根据第 13 条的注释，本条所称首席法官，在国内仲裁中是指有管辖权的地区高等法院或国家高等法院的首席法官，在国际仲裁中是指联邦首席法官。

[17] 参见《中华人民共和国仲裁法》第 34 条：仲裁员有下列情形之一的，必须回避，当事人也有权提出回避申请:（一）是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；（二）与本案有利害关系；（三）与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；（四）私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

缅甸《仲裁法》第 17 条规定，当仲裁员的委任终止时，应根据适用于被替换仲裁员的委任规则委任一名新的仲裁员。由于替换了仲裁员，仲裁庭有权决定原来进行了的审理是否需要重新进行，除非当事人另有协议。在此情况下，除非当事人另有协议，仲裁庭在替换仲裁员之前作出的命令和决定不得仅仅因为仲裁庭的重新组成而被视为无效。

（二）仲裁庭的自裁管辖权

学界普遍认为，仲裁庭的自裁管辖权来源于当事人意思自治原则，核心是仲裁庭有权对仲裁协议的效力及管辖权作出裁定。[18]缅甸《仲裁法》第 18 条规定了仲裁庭的自裁管辖权：

（1）除非当事人另有协议，仲裁庭有权对自己的管辖权作出裁决，包括当事人对仲裁协议的存在或有效性提出的异议。关于仲裁庭没有管辖权的抗辩应不迟于提交答辩书之时提出。一方当事人已委任或参与委任仲裁员，不排除该当事人提出这种异议。

（2）有关仲裁庭超越其权限范围的抗辩，应当在仲裁程序中出现被指称的越权事项时立即提出。

（3）如果仲裁庭认为延迟是合理的，仲裁庭可以接受上述两项逾期抗辩。如果仲裁庭裁定其有或者没有管辖权，受仲裁裁决影响的任何一方当事人均可在收到该裁决之日起 30 日内向法院提出上诉，但须符合该法规定的关于上诉所规定的条件[19]。

另一个需注意的事项是，仲裁员对其作为仲裁员在仲裁过程中基于谨慎行事的作为或者不作为享有豁免权。

（三）仲裁庭命令采取临时措施的权力

在国际商事仲裁程序中，仲裁保全措施是一项必不可少的临时性措施，旨在防止在仲裁程序进行中，当事人利用所处优势地位，转移或销毁证据或财产，致使仲裁庭无法合理地作出裁决，或者即便作出，也难以得到执行。[20]命令采取临时措施的权力一般属于法院，但是，凡是采纳了《示范法》规定的国家，例如美国、英国、印度、德国、法国、瑞士、俄罗斯、保加利亚等国，均在国内法上规定仲裁庭有权发布临时措施。缅甸《仲裁法》也授权仲裁庭可以命令采取临时措施，其第 19 条规定:

（a）除非当事人另有协议，仲裁庭有权就下列事项向任何一方当事人作出决定、命令和指示：（1）费用担保；（2）文件和质询书的发现；（3）宣誓作证；（4）保存、临时保管或者变卖属于争议标的物的财产；（5）对属于或者构成争议标的物的财产采集样品、进行观察、进行实验；（6）保全和临时保管证据；（7）要求对争议的金额提供担保；（8）临时禁令或者其他临时措施。

（b）仲裁庭有权为当事人和证人组织宣誓。

（c）仲裁庭可以根据其认为合适的方式确定证人的询问顺序。

（d）仲裁庭不得仅因申请人存在如下情况而命令其为（a）款（1）项所述的费用提供

[18] 参见赵秀文：《国际商事仲裁法》，中国人民大学出版社 2012 年 10 月版，第 101 页。
[19] 缅甸《仲裁法》第 43 条 d 款（1）、（2）项和第 47 条 b 款（1）项。
[20] 前引 18，赵秀文书，第 172 页。

担保：（1）经常居住在缅甸联邦共和国境外的个人；（2）根据另一国法律成立或组成的公司或组织。

（e）仲裁庭在仲裁过程中作出的所有决定、命令或指示，均可按照第 31 条向法院申请强制执行。

相比较而言，我国《仲裁法》规定，当事人申请财产保全或证据保全的，仲裁委员会应将该申请提交给人民法院，并且根据我国《民事诉讼法》，采取临时措施的权力专属于法院。为了更好地保护当事人的合法权益，我国在将来修改《仲裁法》和《民事诉讼法》时，可借鉴《示范法》和其他国家的先进规定，授予仲裁庭作出采取临时措施的决定的权力。

四、仲裁程序规则

仲裁程序是指国际商事争议发生后，自一方当事人申请仲裁时起到作出终局裁决这一整个过程中，当事人、仲裁机构、仲裁员和其他仲裁参与人等所应遵循的程序。

（一）仲裁程序的进行

1.组织与程序规则

缅甸《仲裁法》第 7 章为仲裁的进行规定了一些标准的组织和程序规则，其中包括：

（1）当事人应被平等对待，并享有充分陈述其案情的机会。

（2）当事人可以就仲裁程序达成协议，若未达成协议，仲裁庭可以以其认为适当的方式进行仲裁，但须符合该法的规定。

（3）双方当事人可自由约定仲裁地点，若无约定，仲裁庭应根据案件的情况决定仲裁地点。

（4）仲裁程序的开始日期应为被申请人收到提交仲裁申请书的日期，当事人另有约定的除外。

（5）当事人可以自由决定仲裁程序的语言，若未达成协议，仲裁庭应作出决定。仲裁庭可以命令当事人将书面证据翻译为仲裁程序中使用的语言。

（6）当事人可约定和确定在申请书或答辩书中必须要陈述的要素。否则，申请人应陈述支持其请求的事实、争议点和寻求的救济或补救措施，被申请人应当逐项作出答辩。

（7）除非当事人另有协议，仲裁庭应当决定是否举行开庭审理，以便出示证据或进行口头辩论，或者是否应当以文件和其他材料为基础进行仲裁程序。但是除非当事人约定不开庭审理审，一方当事人请求开庭的，仲裁庭应当在进行仲裁程序的适当阶段举行开庭审理。

（8）在仲裁程序开始后，申请人未提交符合要求的申请书的，仲裁程序终止。被申请人未提交答辩书的，仲裁继续，但并不认为仲裁庭认可了申请人的主张。如果任何一方当事人没有出庭或没有提供书面证据，仲裁庭可以继续进行仲裁程序，并根据其收到的证据作出裁决。

（9）仲裁庭可以指定一名或者多名专家证人，也可以要求一方当事人提供专家证言。当事人应在听证会上有机会审查专家证人，但当事人另有约定的除外。

（10）仲裁庭或经仲裁庭批准的一方当事人可向法院申请协助取证。

2.适用于争议的法律

对于争议的法律适用，缅甸《仲裁法》第 32 条规定，在进行国际仲裁时，仲裁庭应根据当事人选择的法律规则作出裁决；除非当事各方另有协议，缅甸仲裁原则上不接受反致。当事人没有选择的，仲裁庭应当适用其认为适用的法律规则。在国内仲裁中，仲裁庭应根据缅甸现行实体法来裁决通过仲裁方式解决的争议。在国内和国际仲裁中，如果各方当事人明确授权，仲裁庭应以公平、公正和善意原则来裁决争议；在所有情况下，仲裁庭应根据合同条款作出决定，并应考虑可适用于该交易的贸易惯例。

（二）仲裁程序的终止

1.因作出最终裁决而终止

（1）仲裁裁决的内容与形式及效力

根据缅甸《仲裁法》第 35 条，裁决应以书面形式作出，并由一名或多名仲裁员签署。在有一名以上仲裁员的仲裁程序中，裁决书应有多数仲裁员签名，但必须给出任何仲裁员遗漏签名的原因。裁决书应说明裁决理由，除非双方另有约定。裁决书必须注明裁决的日期和地点，并送交各方。除非当事人另有约定，仲裁庭将裁定仲裁费用[21]，确定有权获得费用的一方、支付费用的一方、费用的数额、确定费用的方法以及支付费用的方式。《仲裁法》第 52 条和第 53 条规定了有关费用的保证金和追索，仲裁庭对仲裁中未付的费用享有仲裁留置权。

关于仲裁裁决的效力，就包括中国在内的较普遍的立法来看，裁决是终局性的。但也有法国等少数国家的仲裁立法和规则规定了仲裁裁决不具有终局性而可以向法院或仲裁机构上诉，缅甸对此考虑了当事人的合意。根据缅甸《仲裁法》第 38 条，除非当事人另有约定，仲裁庭根据仲裁协议作出的裁决应是终局的，对当事人和通过或根据他们提出请求的任何人具有约束力。

（2）仲裁裁决的更正、解释和补充

裁决作出以后，如果发现存在错误、内容有不清楚之处或存在部分争议漏裁的情况，一般可以在一定期限内请求仲裁庭予以更正、解释、补充。根据缅甸《仲裁法》第 37 条规定，当仲裁裁决书中出现计算错误、书写或印刷错误或类似的错误时，自裁决之日起 30 日内，一方当事人在通知另一方当事人后，可以请求仲裁庭在裁决书中进行更正，但当事人另有约定的除外。仲裁庭可以根据当事人提出的请求或基于自己的动议，纠正上述错误，并将此类更正送达给当事人。当事人可以请求仲裁庭对裁决的具体某一点或部分作出解释，若仲裁庭认为该请求合理，则其应在收到请求后 30 日内作出解释，解释应构成裁决的一部分。最后，除非当事人另有约定，一方当事人在通知另一方当事人后，可以在收到裁决书的 30 天内，要求仲裁庭就仲裁程序中提出但裁决书中遗漏的请求事项作出补充裁决，若仲裁庭认为该请求合理，则其应在收到该请求后 60 日内作出补充裁决。如有必要，仲裁庭可

[21] 根据缅甸《仲裁法》第 35 条的注释，“费用”是指与下列事项有关的合理费用：（1）仲裁员、证人的费用；（2）诉讼费用；（3）仲裁监督机构的管理费；（4）与仲裁程序和仲裁裁决有关的其他费用。

延长其作出更正、解释或补充裁决的期限。

2.因其他原因终止

根据缅甸《仲裁法》第 36 条 a 款，除了作出最终裁决外，若出现以下情况，仲裁庭应终止仲裁程序：申请人在没有被申请人反对的情况下撤回仲裁申请；或各方当事人约定终止程序；或仲裁庭认为继续进行仲裁程序变得没有必要或者不可能。此外，根据该法第 34 条，如果双方当事人在仲裁过程中达成和解，仲裁庭应终止仲裁程序，如果双方当事人和仲裁庭达成一致，则应根据和解作出裁决。和解裁决与根据案情作出的裁决具有同等法律效力。

五、仲裁裁决的撤销和承认与执行规则

（一）国内仲裁裁决的撤销和承认与执行规则

1.撤销与执行

虽然大多数国家的仲裁立法没有赋予当事人就仲裁裁决的法律或事实上的问题提起完全上诉的权利，但相当多的国家都允许当事人通过另一条途径向法院提出申诉，这一途径通称为裁决的异议或撤销程序。根据法律中关于异议裁决程序的规定，当事人可以就仲裁过程中影响了仲裁裁决的一些基本的不当行为作为理由，向法院提出异议仲裁裁决的申请。[22]缅甸《仲裁法》第 41 条规定了撤销国内仲裁裁决的条件：“一方当事人提出撤销申请后，只有在下列情况下，法院才可以撤销国内仲裁裁决：

（1）仲裁协议的一方当事人有某种无行为能力情形；

（2）根据双方约定适用的法律，仲裁协议无效，或仲裁协议对此未作任何指示，根据缅甸联邦共和国法律，仲裁协议无效；或

（3）提出申请的当事人没有得到指定仲裁员或者仲裁程序的适当通知，或者因为其他原因致使他不能陈述案情的；

（4）裁决处理的争议不是仲裁协议约定的事项或不在根据仲裁协议提交仲裁的范围之列，或者裁决书中内含对提交仲裁的范围以外事项的决定。如果对提交仲裁的事项所作的决定可以与对未提交仲裁的事项所作的决定分开，仅可以撤销含有对未提交仲裁的事项所作的决定的那部分裁决。

（5）仲裁庭的组成或者仲裁程序与当事人的协议不一致或者不符合本法规定的。但是，该协议不得与本法中双方不能减损的条款相冲突。

（6）争议的标的依照现行法律不能通过仲裁方式解决；

（7）该裁决与缅甸联邦共和国的国家利益（公共政策）相冲突。”

该法还规定，当事人应当在一定期间内提出撤销申请，超过期限则不得提出。[23]经当事人同意，法院可以将仲裁程序延期，以便仲裁庭有机会重新进行仲裁或消除撤销仲裁裁

[22] 李双元、欧福永主编：《国际私法》，北京大学出版社 2018 年 10 月版，第 494 页。

[23] 缅甸《仲裁法》第 41 条 b 款规定：“自提出申请的一方当事人收到裁决之日起 3 个月后，或如已根据第 37 条提出请求，则从该请求被仲裁庭处理完毕之日起 3 个月后，不得提出撤销申请。”

决的理由。[24]

根据缅甸《民事诉讼法》，国内裁决的执行方式应与缅甸法院判决的执行方式相同。若被申请人证明仲裁庭无权作出仲裁裁决，则法院不应执行该仲裁裁决。

2.上诉

与 1996 年英国《仲裁法》第 69 条和 2012 年修正的新加坡《仲裁法》第 49 条规定的上诉理由相似，缅甸《仲裁法》第 42 条规定，一方当事人在通知其他当事方和仲裁庭后，就因仲裁程序中作出的裁决而产生的法律问题向法院提出上诉。但双方当事人事先书面同意不得提起上诉的，当事人不得提起上诉；或者双方当事人事先书面同意无须在裁决书上陈述理由，则双方不得就该理由提出上诉。

按照缅甸《仲裁法》第 43 条，当仲裁庭的裁决对一方或多方当事人的权利有重大影响或出现明显错误时，法院必须受理该上诉。在受理上诉后，法院可以做出批准或修改该裁决、将裁决发回仲裁庭对其整个或部分进行重新审理、撤销全部或者部分仲裁裁决的决定。当事人不得对法院就其提出的上诉而作出的决定提出第二次上诉。

对于在缅甸作出的国际仲裁裁决，即在缅甸进行的仲裁中作出的国际仲裁裁决的执行或撤销，没有单独或不同的规定。该裁决不属于根据缅甸《仲裁法》第 45 条和第 46 条的规定可依据《纽约公约》可强制执行的外国裁决。[25]

（二）外国仲裁裁决的承认与执行

在 2016 年以前，缅甸在外国仲裁裁决执行这一方面，适用 1937 年《仲裁（议定书和公约）法》，该法是基于 1927 年《执行外国仲裁裁决日内瓦公约》而颁布的。然而，《纽约公约》第 7 条规定，1923 年《日内瓦仲裁条款议定书》和 1927 年《执行外国仲裁裁决日内瓦公约》在一国成为《纽约公约》缔约国时停止生效。因此，缅甸 2016 年《仲裁法》第 49 条明确排除了 1937 年《仲裁（议定书和公约）法》的适用。

根据缅甸《仲裁法》第 48 条，该法第十章（承认和执行外国仲裁裁决）的规定均不得损害任何人在缅甸《仲裁法》颁布以前本来拥有的执行外国仲裁裁决的权利或在本法颁布之前针对他执行的外国仲裁裁决被拒绝的被执行人的权利。

1.需提交的文件和执行程序

缅甸《仲裁法》第 45 条规定，当事人在缅甸申请执行外国仲裁决[26]时，应向法院提交：依作出该裁决的国家法律所要求的方式认证过的裁决书原件或其副本、仲裁协议的原件或经正式认证的副本。如果上述文件使用的是缅甸以外的语言，应提供一份经他所属国家的大使或领事认证的英文译本，或根据缅甸现行法律规定认证的英文译本。

当事人提交上述文件后，法院应根据缅甸《民事诉讼法》执行该裁决，如同法院判决

[24] 缅甸《仲裁法》第 41 条 c 款规定：“当法院收到一方当事人根据（a）款提出的请求后，如果认为该请求是适当的，法院可以在其确定的一段时间内暂时停止进行撤销程序，以便仲裁庭有机会重新进行仲裁程序或采取仲裁庭认为将消除撤销裁决理由的其他行动。”

[25] 前引③, Leng Sun Chan SC, Jo Delaney & Min Ayer Naing 书，p.307.

[26] 缅甸《仲裁法》第 3 条 k 款规定：外国仲裁裁决是指根据仲裁协议在《纽约公约》成员国领土内作出的裁决，但缅甸除外。

一样。

2.可拒绝执行的理由

与《纽约公约》规定的拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由相似，缅甸《仲裁法》第46条规定，法院在以下情况下可以拒绝承认和执行该外国仲裁裁决：

“（b）如果援用的裁决所针对的当事人向法院提供下列证据，法院可以拒绝承认和执行该外国仲裁裁决：

（1）所涉仲裁协议的当事人根据对他们适用的法律有某种无行为能力情形；

（2）根据各方当事人所同意遵守的法律，或者没有指明何种法律的情况下，根据作出裁决的国家的法律，该协议无效；或

（3）援用的裁决所针对的当事人没有得到指定仲裁员的适当通知或者仲裁程序没有适当进行，或者因其他原因不能陈述案情的；

（4）裁决处理的争议不是仲裁协议约定的事项或不在根据仲裁协议提交仲裁的范围之列，或者裁决书中内含对提交仲裁的范围以外事项的决定；

（5）仲裁庭的组成或者仲裁程序与当事人的约定不一致，或者无此种约定时，与仲裁地所在国的法律不一致；

（6）裁决对当事人尚无约束力，或者已经由裁决地所在国或裁决依据的法律的所属国的法院所撤销或中止执行。

（c）如果法院查明存在如下情况，可以拒绝执行该外国裁决：

（1）根据缅甸联邦共和国法律，争议事项不能通过仲裁解决；或

（2）执行裁决将违反缅甸联邦共和国的国家利益（公共政策）。”

根据缅甸《仲裁法》第47条a款3项规定，任何一方当事人对仲裁庭根据第46条b及c款作出的拒绝承认和执行或承认和执行外国仲裁裁决的决定，可向有管辖权的法院上诉。

六、法院在仲裁中的权力

在缅甸1944年《仲裁法》中，法院在仲裁中的权力非常大，这种做法实际上阻碍了缅甸仲裁制度的发展，给外国投资贸易者带来了不便。而新《仲裁法》第7条（法院干预的程度）规定，在本法管辖的事项中尽管任何其他现行法律中有任何规定，除本法有此规定，任何法院均不得干预。但不难看出，缅甸法院在仲裁中依旧还享有诸多权力。

（一）认定仲裁协议的效力和对仲裁员的委任与异议作出决定

如前所述，缅甸《仲裁法》第10条规定，法院可以裁定仲裁协议无效、不成立或不能履行，第13条规定了首席法官参与仲裁员任命的具体程序，第15条规定法院可以对仲裁员的异议作出决定，第16条规定当事人对仲裁员是否具有履职能力有争议的，可以向法院申请决定终止仲裁员的委任，当事人另有约定除外。而根据国际上普遍的立法和实践，除非是临时仲裁，一般是由仲裁庭或仲裁机构而非法院负责仲裁员的委任和异议。

（二）协助取证

根据缅甸《仲裁法》第 30 条，仲裁庭或经仲裁庭批准的一方当事人可申请法院协助取证；法院还可以传唤仲裁庭希望听审的证人。然而，该条还规定：“法院可以在其职权范围内，按照其取证规则，执行直接向仲裁庭提供证据的请求。”该项规定所用的术语是“可以”，表明法院可以自由裁量是否直接向仲裁庭提供证据。

（三）采取临时措施的权力

虽然缅甸《仲裁法》第 19 条规定了仲裁庭命令采取临时措施的权力，该法第 11 条还规定了法院采取临时措施的权力：

（a）除非当事人另有约定，法院应当事人的请求可以在以下事项中介入仲裁：取证；证据保全；对仲裁争议中的财产或者与争议标的物有关的财产作出裁定；对与争议有关的财产进行检查、拍照取证、保全、保管和扣押；对属于或者构成争议标的物的财产采集样品、进行观察、进行实验；为了上述事项的目的，授权任何人进入仲裁当事人所有或者控制的房屋；出售属于争议标的的任何财产；授予临时强制令或者指定接管人。（b）如果仲裁程序急需临时措施，法院可以根据当事人的申请，作出它认为对保全证据和有关财产有必要的裁定。（c）如果不急需采取临时措施，经仲裁一方当事人申请，法院在向其他当事方和仲裁庭发出通知，并经仲裁庭同意或者其他当事人书面同意后，采取临时措施。（d）法院只处理当事人授权的人或仲裁庭、仲裁机构或其他机构无权或不能有效处理的事项。（e）对法院根据本条作出的决定，可提出上诉。（f）当有权就争议标的事项采取行动的仲裁庭作出与法院根据（a）款作出的命令有关的决定时，法院命令的全部或部分应停止执行。

其实在该法中，这些权力并未明确地称为临时措施，我们只能从上述措施清单后的条款语言中推断出，这些权力属于临时措施。另外，上述权力清单后的限制性规定限定了这些权力的行使条件和措施的效力范围。[27]

缅甸《仲裁法》第 2 条规定，仲裁地点位于缅甸国外的仲裁也适用第 11 条。若双方当事人在缅甸境外进行仲裁，申请缅甸法院采取有关临时措施的，法院亦可批准执行。

（四）在国内仲裁中对预备性法律问题的裁定

根据缅甸《仲裁法》第 39 条规定，除非当事各方另有约定，仲裁程序的一方当事人可在向仲裁庭和其他当事方发出了通知后，申请法院就仲裁程序中产生的任何法律问题作出裁定。如果当事人提出了此申请，且法院确信该问题实质上影响一方当事人或更多当事人的权利，则法院可以对此法律问题作出预备性裁定。而除非当事各方另有约定，仲裁庭仍可在法院待决期间继续进行仲裁程序并作出裁决。而根据国际上普遍的立法和实践，大多数国家的法院没有上述权力。

（五）修改或更正、撤销或承认与执行仲裁裁决的权力

如前所述，缅甸法院可以决定仲裁裁决的效力，如在上诉审查时修改裁决、发回仲裁庭重审或撤销裁决，承认与执行临时或最终裁决。[28]

七、缅甸的仲裁机构和实践

[27] 前引⑤，James Finch & Thida Aye 文, p.241.

[28] 缅甸《仲裁法》第 31 条、第 40 条、第 41 条、第 43 条、第 45 条。

缅甸历史上就有仲裁解决纠纷的机制，这种纠纷解决程序正式而庄严，纠纷解决结果的作出会考虑如何促进村庄和家庭的友好和谐。虽然缅甸是东盟各国中最早颁布仲裁法的国家，但非常遗憾的是，由于多年的动荡和内乱，1944 年《仲裁法》颁布后就再未做过修改更新，已远远落后于其他国家的国际商事仲裁立法，已经无法适应国际商事仲裁的需要；同时，缅甸法院以前对仲裁表现出令人担忧的态度，甚至拒绝承认一项仲裁协议，理由是它试图取消诉诸法院的做法；尤其糟糕的是，缅甸直到 2013 年才加入《纽约公约》，2016 年才制定新仲裁法，这使得缅甸长期是东盟各国中最不适合于仲裁的国家。[29]为了更好地解决民商事纠纷，缅甸工商联合总会 1992 年设立了一个解决纷争事务委员会；据缅甸《金凤凰》中文报社网站 2019 年 8 月 12 日报道，委员会目前接受处理的 80 多起企业纷争案件中，有 60 起案件已完成处理[30]。为了以更加专业化和完善的处理程序协助企业处理纠纷，2019 年 8 月，缅甸工商联合总会成立了缅甸仲裁中心。缅甸工商联合总会在国际商会和其他区域及国际仲裁机构的协助下，正在对当地高级律师和其他有关行政人员进行必要的培训和举行一些研讨会，以便准确地适用新仲裁法。[31]无论如何，缅甸仲裁中心的成立为在缅甸的外国投资贸易者带来了很大的便利。

缅甸法院将如何在实践中适用新的仲裁法，还有待观察。目前还没有报告的、适用新的仲裁法的案件。在过去的几十年里，有一些非常古老的报告案例涉及 1944 年《仲裁法》，其中许多是关于非商业纠纷的。[32]Andreas Respondek 编写的《亚洲仲裁导读》一书也没有收集到关于缅甸仲裁程序的统计数据。[33]

八、缅甸仲裁制度的特色和不足

（一）缅甸仲裁制度的国际性

2016 年《仲裁法》以《示范法》为基础，在法院在仲裁中的作用、仲裁员的指定、仲裁庭的组成、执行和撤销外国仲裁裁决等方面对 1944 年《仲裁法》都有改进，体现了与国际社会的接轨，在国际上易获得接受，为缅甸境内和与缅甸有关的仲裁提供了现代国际仲裁框架[34]。缅甸仲裁制度的国际性还体现在有关仲裁员的规定上，任何国籍的人均可担任仲裁员，这为国际商事仲裁双方当事人的选择提供了便利。

（二）充分尊重当事人意思自治

从整体上看，缅甸《仲裁法》给予了当事人许多自由选择的权利。根据该法，当事人在以下事项中有自由约定的权利：通知到达的时间、仲裁员的人数和选任及异议、仲裁庭

[29] 石现明：《东盟国家国际商事仲裁法律制度研究》，云南大学出版社 2013 年 7 月版，第 19-20 页。

[30] 缅甸《金凤凰》中文报社：《UMFCCI 成立缅甸仲裁中心处理企业纠纷》，http://www.mmgpmedia.com/buz/31881-umfcci-3，2020 年 6 月 26 日访问。

[31] 前引③，Leng Sun Chan SC, Jo Delaney & Min Ayer Naing 书,p.308.

[32] Jo Daniels, Jo Delaney, The Baker Mckenzie International Arbitration Yearbook:Myanmar,6 (2018-2019).

[33] Andreas Respondek, Asia Arbitration Guide, 5th Edition, 2017, p.208.

[34] 前引③，Leng Sun Chan SC, Jo Delaney & Min Ayer Naing 书,p.304.

的管辖权和采取临时措施的权力、仲裁地点、仲裁程序、国际仲裁中的法律适用、仲裁裁决的作出和内容及效力、预备性法律问题的确定等。简而言之，与旧法相比，新《仲裁法》充分尊重了当事人的意愿，体现了仲裁的特点，便利当事人有效解决其争议。

（三）法院在仲裁中的权力过大

如前所述，与其他国家相比，缅甸法院在仲裁中拥有过大的权力，仲裁程序中的许多问题需要依赖法院的决定，法院与仲裁机构的关系类似于监督与被监督的关系，这是缅甸仲裁的一大特色。虽然争议在法院待决期间仲裁程序仍可继续进行，但在法院作出决定后，仲裁期限可能会因此受到影响而被拉长。同时，只要双方当事人没有另外约定，则对仲裁裁决可以上诉的制度虽然在一定程度上保证了裁判的公正性，但其实际上会延长整个纠纷解决的期限，无法保证仲裁的灵活性及便捷性，不利于当事人快速有效地解决争议。此外，外国投资者可能会担心当地法官会偏袒其本地当事方，造成裁判不公。[35]基于以上几点，外国投资者可能会因无法信任缅甸仲裁制度转而投资其他国家。因此，缅甸可以考虑缩小其法院在仲裁中的权力。

（四）对一些重要或新近问题缺乏规定

缅甸仲裁制度还存在一些不足，对一些重要或新近问题缺乏规定，例如：没有规定仲裁协议的必备要件、仲裁员的具体资质和仲裁中的第三人，没有建立紧急仲裁员制度。

从长远角度看，高水平仲裁员是仲裁案件高质量审理的保障，而我国等国家的仲裁法则对仲裁员的资质作出了较为严格的规定[36]。据此，缅甸应考虑增设仲裁员资质要求条款，以保证仲裁案件的审理质量。

紧急仲裁员制度的目的在于使当事人在紧急状态下能够及时获得临时救济，这实际上满足了国际商事仲裁的高效率需求。[37]基于此，世界各地的许多仲裁机构纷纷采纳了紧急仲裁员制度，如国际商会国际仲裁院、伦敦国际仲裁院、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心、日本商事仲裁协会等都在其仲裁规则中增设了紧急仲裁员程序的相关规定。我国中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会、香港国际仲裁中心以及中国海事仲裁委员对其仲裁规则作了修订，确立了紧急仲裁员制度，授权紧急仲裁员可以决定采取必要或适当的紧急性临时救济措施。[38]但是，缅甸《仲裁法》只规定了仲裁庭与法院享有采取临时措施的权力，因此，顺应时代的需求，可以考虑增设紧急仲裁员制度。

[35] 前引⑦，Nwe Mon Mon Oo & Hanni Win Thein 文, p.215.
[36] 参见《中华人民共和国仲裁法》第 13 条。
[37] 参见王晨婧：《国际商事仲裁中紧急仲裁员制度研究》，上海师范大学 2019 年硕士论文，第 1 页。
[38] 前引 22，李双元和欧福永书，第 486 页。

投资者违法行为抗辩的裁判基础和规则优化

钱嘉宁[1]

（浙江师范大学法政学院，浙江金华 321004）

摘要：国际投资法所保护的对象是合法和真实的投资，并不包括违反东道国法律或不诚信的投资。这就要求投资者在投资准入、经营管理和争端解决阶段审慎评估投资风险和合理规划投资行为。当东道国提出投资者存在违法行为时，仲裁庭通常依据投资定义中的合法性要求等排除对案件的管辖权。但这并不意味着任何违法行为都应终止于管辖权阶段，仍需结合时间节点和严重程度等因素进行考查。鉴于此，投资者行为的条约规制应着眼于明确义务范围、引入独立的违法抗辩规则和确立行为监督机制，进而构建结构对称的权利义务体系。

关键词：违法行为；抗辩权；投资者义务；行为监督

在结构不对称的条约框架下，投资者应如何规范自己行为是各国关注的重点问题。其中，投资者行为的合法性要求在新一代国际投资条约（IIAs）趋势下显得尤为突出。当投资者诉诸仲裁后，东道国往往会以投资或投资者行为不符合“东道国法律要求”为由进行抗辩，反驳仲裁庭管辖权或减轻东道国的实体责任。国际投资法中的违法抗辩（illegal defense）和反诉[1]（counterclaim）虽然都能减轻国家责任，但两者是有区别的，前者是国家应对投资者诉请的被动抗辩，后者是国家享有的一项主动诉权，需满足主体和同意等要件。

投资者行为合法性要求实则是东道国与投资者利益博弈的结果，旨在改变以往条约过多倾向于投资者利益而忽视东道国监管利益的不平衡结构。本文探讨的投资者违法行为既包括了腐败、诈骗等刑事犯罪行为，也包括轻微违反法律或外国投资管理制度等可能会受到行政处罚但未达到刑事制裁的行为。考虑到投资者违法行为越来越多地出现在东道国的抗辩事由中，本文需要在分析 IIAs 和仲裁实践对投资者行为约束的基础上，探讨投资仲裁庭对违法行为在审查阶段、证据规则和损害赔偿等方面的不同意见，并提出具体的规则优化方案。

一、Yukos 案与问题导出

2020 年 2 月 18 日，海牙上诉法院对历时 15 年的 Yukos 案[2]作出判决，维持 2014 年 7 月 18 日常设仲裁法院（PCA）裁决俄罗斯赔偿已破产的 Yukos 约 500 亿美元的仲裁裁决。申请人主张俄罗斯从 2003 年 7 月至 2007 年 11 月期间对 Yukos 采取了一系列损害公司经营管理能力的措施，包括刑事起诉、骚扰、重新评估税收、罚款、冻结资产和强制出售 Yukos 的主要石油资产等，最终目的是摧毁和征收 Yukos 的全部资产。俄罗斯声称 Yukos 及其高管从 90 年代中期 Yukos 私有化到 2007 年 11 月的破产清算期间有 28 起违法行为，包括贪污受贿、滥用俄罗斯境内的低税区逃税、骗税和将出售石油的收益转移到其拥有的离岸空壳公司等，违反了“干净之手”（clean hands）原则，不应受到 IIAs 的保护，特别是

[1] **作者简介**：钱嘉宁，浙江师范大学法政学院讲师，法学博士，研究方向：国际投资法。
本文尚在投稿中，未经作者同意请勿转载或刊用。

[2] Yukos 案是 Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 226), Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227) 和 Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 228) 的总称，因案件内容基本相同，三起案件由同一仲裁庭合并审理并作出三个几乎相同的仲裁裁决。下文以 Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation 以例进行分析。

Yukos 在参与税收优化计划时逃避应缴税款、罚款和利息共计 241.8 亿美元。[3]

在本案中，俄罗斯因使用“违法手段”迫使 Yukos 破产并将其资产卖给国有企业的行为产生“相当于国有化或征收”的效果，违反了 ECT 第 13（1）条的规定。[4]本案争议的焦点之一是 Yukos 是否应为自身违法行为承担责任。鉴于 Yukos 在低税收地区采取的虚假经营行为，仲裁庭认为 Yukos 在税务方面的违法行为与其破产之间存在充分的因果关系；但就拍卖 Yukos 主要资产而言，Yukos 的行为并未对低价拍卖作出实质性贡献，即 Yukos 的行为与其破产不存在本质上的因果关系。[5]因此，Yukos 是存在自身过错的，但该违法行为并非当然成为俄罗斯实施监管措施的合法理由。虽然没有明确指出 Yukos 违法行为能否成为俄罗斯采取措施的法律依据，但仲裁庭认为俄罗斯将税收作为采取监管措施的借口，而其目标是摧毁 Yukos，故 Yukos 违反税收的行为不能成为俄罗斯不当监管的借口。鉴于 Yukos 存在一定过错，仲裁庭最终将俄罗斯赔偿金额从 667 亿美元减少到约 500 亿美元，即 Yukos 承担 25%的赔偿责任。[6]

“Yukos 案”是国际投资仲裁历史上裁决赔偿金额最高的案件，加之历时之久和程序复杂等因素成为国际仲裁界高度关注的要案之一。在此案的审理过程中，投资仲裁庭和海牙地方法院及其上诉法院都依据国际法的有关规则对 Yukos 行为的审查阶段和适用标准作出了解释，关注于 Yukos 的故意、疏忽或不作为与其最终破产是否存在充分的因果关系，即申请人自身过错和违法行为对俄罗斯赔偿责任的减损作用，从中引出了如下需重点解决的问题：（1）投资者行为的合法性审查应在管辖权阶段还是实体阶段考查？（2）在举证责任方面，应由哪一方承担投资者行为违法的责任？（3）在损害责任认定方面，投资者的违法行为应与哪些行为相区别？申言之，当东道国辩称投资者自身过错或违法行为是采取监管措施的原因时，仲裁庭依何程序和原则来审查投资者行为通常会左右投资仲裁裁决的结果，凸显投资者与东道国之间的张力。鉴于此，本文将对 Yukos 案涉及投资者违法行为的问题展开分析，并与相类似的其他仲裁裁决相比较，以期提出规范投资者行为的方案。

二、投资者行为的合法性基础

国家在缔结 IIAs 时越来越多地对投资者行为合法性作出明文规定，这是国家行使经济主权的表现。为吸引和利用外国投资来发展本国经济，各国均对外国投资的安全和利益予以保护，但保护的前提是该项投资或投资者行为符合东道国国内法要求。

（一）投资者行为的条款约束

现有 IIAs 大多会涉及投资者行为合法性的内容，只是具体出现的位置有所不同。投资者行为的合法性要求一般以分散条款的形式限制和约束投资者行为。

1.投资定义。由于投资定义扩张已经使得东道国对投资者的保护承诺以及对国际仲裁的权力有限让渡转化为东道国国内经济、法律管辖权的全面旁落[10]，许多 IIAs 在投资定义中规定“遵守东道国法律要求”，意味着只有符合东道国法律等要素的投资才是适格投资；反之，仲裁庭可以借此排除对诉争案件的管辖权。该要求既是东道国主张违法行为不受 IIAs 保护的抗辩理由，也是仲裁庭在管辖权阶段判断投资是否合法的依据。

2.利益拒绝条款。针对投资定义不明确的问题，各国开始引入该条款，用于抵制投资者“国籍筹划”、“挑选条约”、防止“免费搭车”等现象[5]。例如，美国 BIT 范本（2012）

[3] Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 226, final award, 18 July 2014, paras. 108-109.
[4] Ibid, para. 1580.
[5] Ibid, paras. 1608-1615, 1627-1631.
[6] Ibid, paras. 1821-1827.

第 17 条排除与缔约另一方无外交关系、违反经济制裁和没有实质性商业活动的投资者。实质上，该条款从侧面对投资者行为提出要求，指出通过邮箱公司或壳公司的形式而无拥有、控制或实质性经营活动的投资，不应享受东道国与公司国籍国的 IIAs 保护。

3.腐败条款。随着腐败问题在国际投资活动中的凸显，近年来签订的 IIAs 开始纳入腐败条款。例如，跨太平洋伙伴关系协定（TPP）以专章（第 26 章）的形式规定了反腐败的范围、措施和法律适用等内容。腐败条款在对东道国公职人员提出要求的同时，对投资者及其高管行为也进行约束。当投资者在获得或经营投资项目时涉及腐败问题，一旦与东道国发生投资争议，该违法行为很可能成为东道国抗辩的理由，使得仲裁庭作出拒绝管辖权、不予受理或实体待遇减损等结果。

4.争端解决条款。投资者-东道国争端解决（ISDS）机制可能会将投资者违法行为直接排除于仲裁庭管辖权之外。例如，印度双边投资条约（BIT）范本（2015）第 13.4 条和加拿大-欧盟的综合性经济贸易协议（CETA）第 8.18（3）条均禁止涉及欺诈性虚假陈述、隐瞒、腐败、洗钱或滥用程序等违法行为的投资提交仲裁。但以这种极端的方式处理投资者违法行为在具体适用过程中应严格把握，切勿成为东道国规避责任的手段。

5.其他条款。许多 IIAs 选择在序言部分规定投资者遵守东道国法律法规的义务。虽然以序言的方式强调该要求不会直接产生或限制投资义务，但仲裁庭倾向于采用与序言目标和宗旨相一致的解释。投资促进和准入条款也会出现类似规定。例如，中国-加拿大 BIT（2014）第 3 条鼓励外国投资者在东道国领土内投资并依据该国法律、法规和规定准入该投资。该条款反映了一国允许外国投资者进入本国投资的自由范围，当然也是对投资者在准入阶段所提出合法性要求的概括规定。

（二）投资者行为的仲裁要求

当损失是由投资者经营不善而非东道国监管措施导致时，投资者应为自己的行为承担责任。在 IIAs 对投资者行为提出合法性约束的同时，投资仲裁庭主要从两个方面提出了一些具体规范投资者行为的要求。

1.合理从事投资行为

从事投资行为的基本要素是遵守东道国的法律法规和政策，因为外国投资是在涉及合同、税收、反垄断、人权和环境等一系列复杂的法律框架内进行的。例如，在 Maffezini v. Spain 案中，西班牙和欧洲环境法要求建立化工厂须进行环境影响评估，而投资者未遵守环境条例导致项目停止时，东道国则不承担责任。[7]遵守法律要求也包含接受相关专业建议，主要是因为专业人士的提前介入能够有效避免或预防因业务生疏和法律环境而导致的风险。在 Feldman v. Mexico 案中，纳税人遵守税法是投资者的一项积极义务，而接受税务咨询，了解可适用的财政措施当然也是投资者合理规划投资行为的方式之一。[8]

投资者违法行为可能出现在投资过程的不同阶段。（1）**开始投资时**。在 Fraport v. Philippines(I)案中，在明知菲律宾国内法禁止外国人拥有公共设施 40%以上权益的情况下，申请人仍通过秘密缔结股东协议获得菲律宾当地一家工程公司的多数股权，这种非善意、故意规避东道国国内法股权安排的行为不属于“符合法律的投资”。[9]（2）**投资经营中**。在

[7] Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, paras. 70-71.
[8] Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, paras. 125-132.
[9] Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007, paras. 397-401.但是，仲裁员 Bernardo M. Cremades 持不同意见，认为申请人的投资即使被用于违法行为，只要该资产（在本案中是股份）本身属于菲律宾法律接受的财产，即可享受 IIAs 的保护，

Azanian v. Mexico 案中，投资者在经营计划中对投资前景及运作方式作出不实陈述，故负责监管特许合同的当地政府终止该合同是对投资者违法行为的合理反应。[10]但这并不意味着所有虚假陈述都可作为终止合同的理由，还需要东道国国内法律将虚假陈述视为宣布合同无效的事由之一。（3）**争端解决中**。通过虚假交易来获得 IIAs 的保护利益是争端发生后滥用程序的一种形式。在 Europe Cement v. Turkey 案中，申请人将与土耳其两家电力公司在 2005 年签订的股权转让协议日期倒填至 2003 年 5 月，而事实上在 2003 年并未享有该两家公司的股权，故这种欺诈性投资是不受 IIAs 保护的。[11]在 Phoenix v. Czech Republic 案中，申请人在以色列设立公司并未为了从事经济活动，而是根据以色列-捷克 BIT 对捷克共和国提起国际仲裁，该滥用程序的行为不受 IIAs 保护。[12]同时，投资者合理行为包含发生争议之后的解决方式。当与东道国地方政府发生纠纷时，投资者首先应尽可能地采取有效的国内行政或司法救济手段，强调投资者在纠正政府过错的合理努力。[13]该要求并非完全基于当地救济原则，而是在诉诸 ISDS 之前给予东道国自我审查的权利。所以，在投资的整个过程中，投资者应以诚实、善意等合理方式与东道国交往，而实施欺诈、误导或滥用程序的行为则可能成为干预投资权利的合法基础。

当然，投资者违反法律规定并不当然意味着东道国免于因不公平或征收等行为而引发的责任。当投资活动中存在争议双方违反各自义务时，比较投资者和东道国的行为，确定哪一方的行为更为不当，是仲裁庭在违法性认定时常采用的一种方法。在 Genin v. Estonia 案中，虽然爱沙尼亚银行监督部门的行为不符合普遍接受的银行管理惯例，但投资者没有如实披露其实际拥有和控制的外资母公司的所有权信息是爱沙尼亚暂停欧洲投资银行业务的合理原因之一。[14]

2.审慎评估投资风险

投资者在作出投资决定前有义务对投资风险作出评估并承担不审慎评估导致损失的风险，即“买者自慎”。在这种情况下，投资者对已察觉风险所导致的损害是不能获得赔偿的，因为投资者自愿置身于危险中的行为可视为对已有或将有损害或风险的默认。

（1）确保投资可行性。这不仅要符合一般公司法的义务（即以股东的最大利益来管理公司），又要符合企业社会责任（即以东道国的公共利益及其经济发展来规范自身行为）。实质上，审慎评估投资风险是企业社会责任的要求，鼓励企业在从事投资活动时持谨慎态度。在 MTD Equity v. Chile 案中，在对投资可行性进行评估时，申请人没有实施正常投资者应履行的尽职调查而听从了错误建议，最终作出不明智的商业决定，该部分责任应由其承担。[15]所以，外国投资者在整个投资过程中应采取合理谨慎的态度，尽可能实现所有股东的预期利益，[16]并在东道国财政收入、人员就业和技能培训等方面履行企业社会责任。

即申请人的资产可能在菲律宾从事了违法行为，但这并不改变其所持股份是菲律宾法律认可的资产这一事实。See Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, 16 August 2007, paras. 11-14.

[10] Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award, 1 November 1999, paras. 110-115.

[11] Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009, paras. 146-170.

[12] Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, paras. 113, 142.

[13] Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, para. 20.30.

[14] Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, paras. 348-365.

[15] MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, paras. 168-178.

[16] Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, paras. 147, 152.

（2）充分了解投资环境。投资环境不是一成不变的，除非东道国作出稳定性承诺；当没有稳定条款时，一般的法律变化即使有损于投资者利益，仍不能视为违反 IIAs 规定。因为公平公正待遇（FET）条款虽然要求东道国给外国投资者提供稳定、可预测的法律商业环境，但为应对社会经济的发展变化或者紧急状况的出现，国家仍有权力对国内现有的投资法律政策作出调整。例如，在 Olguin v. Paraguay 案中，巴拉圭在法律制度和国家机构方面存在的公认缺陷，而申请人在投资领域富有经验，不可能对巴拉圭情况一无所知，故要求赔偿该投机性或欠谨慎投资所造成的损失是不合理的。[17]同样地，在 Generation Ukraine v. Ukraine 案中，乌克兰的资本回报率远远超过其他较发达国家，投资者在遭遇政府不作为而导致挫折和拖延的同时，无条件地获得了位于首都基辅市中心 49 年商业地产的租赁权，即投资者应为该投机性投资的后果负责。[18]特别是处于严重经济危机的国家，外国投资者拟对该国投资时需持更加保守的态度。例如，CMS v. Argentina 案仲裁庭认为阿根廷危机虽然对投资者业务造成严重影响，但该影响在某种程度上可归因于在阿根廷投资时的商业风险。[19]抑或，当没有遇到严重的经济危机时，仲裁庭又该如何衡量投资环境的负面影响呢？实质上，这并不影响投资者风险评估义务，因为东道国的政治、经济和法律等环境属于投资者应考虑的范围，并在缺乏东道国有效承诺的基础上，投资者理应预见到东道国的投资环境不会一成不变。

三、投资者违法行为的裁判思路

就解释和发展国际规则而言，投资仲裁庭既能够在国际法各种相互竞争的原则之间实现平衡，又能避免矫枉过正[7]。这就要求仲裁庭关注国际法中各种相互竞争的原则和利益，当然包括东道国监管权和投资者利益之间的冲突。在涉及投资者违法行为的案件中，仲裁庭通常会援引包含“符合东道国法律要求”的投资条款、《ICSID 公约》第 25（1）条所隐含的合法性要求和国际公共政策作为拒绝管辖权、裁决不予受理和减免东道国部分赔偿责任的理由，但违法行为是否当然成为阻却进入实体阶段的理由、是否应采用有别于其他案件的证据规则以及赔偿责任的认定等问题仍然是目前仲裁庭争议的焦点。

（一）审查阶段

多数 IIAs 要求条约保护是以投资者遵守东道国法律为前提，强调获得和管理投资的合法性。当投资者严重违反东道国的法律秩序、外国投资制度或以违法行为获得投资及利润时，[20]仲裁庭将拒绝行使管辖权。特别是当投资定义中明确规定“拥有”或“控制”要素时，确定财产所有权是否符合一国法律必须考虑该财产的占有或所有权的取得方式，以及获得该占有或所有权的过程是否符合所有现行法律。例如，存款虽然属于加拿大-哥斯达黎加 BIT 中的资产，但与哥斯达黎加人操纵的旁氏骗局有关，故申请人与哥斯达黎加人的交易是非法的，所获资产当然不符合哥斯达黎加的法律。[21]实质上，“拥有”、“控制”和“遵守东道国法律”是一种客观明确的表述，不以投资者主观认知为依据，投资者必须无条件地符合这一要求。同时，即使 IIAs 没有明确规定“遵守东道国法律”，仲裁庭仍倾向于将这一要求作为隐含的裁量标准。例如，虽然合法性要求没有出现于西班牙-萨尔瓦多 BIT 的投资定义中，但条约谈判记录表明 BIT 适用和保护的范围将违反东道国法律的投资争端排

[17] Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26 July 2001, para. 65(b).
[18] Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, para. 20.37.
[19] CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 244-248.
[20] Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013, para. 165.
[21] Alasdair Ross Anderson and others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19 May 2010, paras. 51-57.

除在外。[22]但是，一些违反当地法律的轻微行为并不必然剥夺 IIAs 对投资及其投资者的保护。例如，投资者在注册投资时虽然提供的文件包含轻微的行政瑕疵，但仍受到立陶宛-乌克兰 BIT 的保护。[23]

投资者违法行为违背国际公共政策同样成为仲裁庭排除管辖权和拒绝可受理性的理由。World Duty Free v. Kenya 案明确指出贿赂是与道德和国际公共政策相违背的，故以贿赂获得的合同不受 IIAs 保护。在该案中，仲裁庭驳回了投资者的所有诉讼请求，认为投资者支付 200 万美元不仅是为了与莫伊总统会晤，而是在会晤期间获得预期投资协议，故根据“违法原因不得起诉”（ex turpi causa non oritur actio）原则，该款项应被视为一种意图缔结投资协议的贿赂。[24]在 Plama v. Bulgaria 案中，投资者在谈判期间故意隐瞒原股东已撤出合伙的事实，诱使保加利亚当局将股份转让给一个不具备炼油厂运作所需条件的公司；这种以违法手段获得合同的行为既违反保加利亚法律，也有悖“任何人不得因主张其恶行而得利”（nemo auditur propriam turpitudinem allegans）的原则。[25]其实，如实陈述投资及其投资者的情况既是诚实信用原则的具体反映也是 FET 条款的基本要求，尤其当投资者所提供的信息对政府是否批准该项目起决定性作用时。

然而，并非所有类型的投资者违法行为都与仲裁庭的管辖权有关。Yukos 案仲裁庭选择是在实体阶段考查投资者行为的合法性并将审查范围囊括一系列投资行为。例如，虽然收购 Yukos 公司有关的“贷款换股权”等违法行为发生在 1995-1996 年且不属于 Yukos 最终交易的一部分，即所指控的行为虽然满足了时间要求（即发生在投资之前），但与 Yukos 投资的最终交易没有充分联系。在另一起涉及腐败的 Niko v. Bangladesh 案中，尽管投资者的加拿大母公司被判定向孟加拉国能源和矿产部长行贿，但仲裁庭仍坚持对该案享有管辖权，主要是因为两份投资协议与腐败行为之间不存在因果关系，一份签订时间远远早于贿赂行为，另一份是在部长接受贿赂被迫辞职之后的第 18 个月签订的。[26]所以，一项投资只有同时满足时间和关联性两个条件，才能影响仲裁庭的管辖权。当然，如在不同时间取得多项资产或权利的投资，那么投资者在作出决定后发生的任何违法行为仍可能属于管辖权问题。

（二）证据规则

证明责任是当事人根据证据标准证明或反驳有争议事实的义务，而证明标准则确定证明必须达到的程度。根据“谁主张谁举证”的一般原则，申请人应当对东道国侵犯自身权益的主张加以证明，而东道国也应对答辩过程中所提出的一些事实负有举证责任。但是，在涉及腐败、欺诈或其他违法行为时，仲裁庭对是否应提高证据标准、举证责任是否应发生转移、相关证据的证明力等仍未达成一致意见。

1.证明标准。虽然《ICSID 公约》及其仲裁规则没有明确规定证明标准，但根据公约第 43-45 条和仲裁规则第 34 条的规定，ICSID 仲裁庭在证据方面享有极大的自由裁量权，

[22] Inceysa Vallisoletana, SL v Republic of El Salvador, ICSID Case No ARB/03/26, Award, 2 August 2006, paras. 123, 196, 206-207.
[23] Tokios Tokelės v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, paras. 83, 86; Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008, paras. 116-119.
[24] World Duty Free Co Ltd v Republic of Kenya, ICSID Case No ARB/00/7, Award, 4 October 2006, paras. 134-136, 179
[25] Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, paras. 134-135, 138-145.
[26] Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. People’s Republic of Bangladesh etl., ICSID Case No. ARB/10/11 and ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 August 2013, paras. 454-455.

包括要求当事各方提供文件、证人和专家，确定所提交证据的可采性及其证明价值，访问与争端有关的现场，进行适当的调查和审查一方未履行证据义务所提供的任何理由等。[27]目前，在涉及投资者违法行为的案件中，仲裁庭在证明标准方面存在两者不同意见。一种是采用高度盖然性（preponderance of evidence）标准。当争端双方就同一事实分别提出相反证据但均无充分证据足以否定对方证据时，投资仲裁庭权衡双方证据的证明力并对证明力较大的证据予以认可。在 Tokios Tokelés v. Ukraine、Libananco v. Turkey 和 Rompetrol v. Romania 等诸多案件中，仲裁庭将盖然性作为判断事实问题的一般性标准，拒绝对欺诈或其他违法行为提高证据标准。[28]另一种是采用清楚有说服力（clear and convincing evidence）标准。这一标准高于民事案件中的盖然性标准，但低于刑事案件中常用的“排除合理怀疑”标准。例如，因涉及罗马尼亚政府最高级别的官员，EDF v. Romania 案仲裁庭认为在认定贪污、欺诈或其他违法指控时应采用清楚有说服力标准。[29]

然而，投资仲裁庭在管辖权阶段处理投资者违法行为并非是为了运用证据标准证明其违法性，而是判断投资及其投资者是否符合 IIAs 要求；在实体阶段则主要关注于国家赔偿责任和金额的减少。至于上述两种标准，究其本质，这是由不同诉讼的性质所决定的。刑事诉讼涉及公民人身自由的限制和剥夺，控辩双方的利益处于失衡的状态，其责任承担主要以惩罚性为主，故事实认定更为严格和谨慎；相反，投资仲裁解决的是投资者与国家之间的投资争端，是建立在自愿平等的合同基础之上，争端双方利益处于均衡的状态，其责任承担主要是经济补偿，如一味地强调高标准的证明规则，特别是对腐败等违法行为难以举证证明时，则不利于民事权利的维护和投资争端的化解。所以，投资仲裁庭在适用原则和处理方法上须区别于刑事诉讼的“排除合理怀疑”，应运用盖然性规则来推定某些事实的存在。

2.举证责任。当一方提出的证据初步支持其主张时，举证责任从指控违法行为的一方转移到被指控的一方。这是建立在一方提出的证据足以主张其观点的假设之上，只有当另一方提供足够证据反驳该假设时，另一方的主张才能得以成立。例如，在 Siag v. Egypt 案中，当投资者对其黎巴嫩国籍已初步提供证据时，举证责任转移到埃及一方，由埃及证明欺诈、伪造或其他违法行为已损害黎巴嫩国籍的资格。但当埃及已证明投资者不具备黎巴嫩国籍时，仲裁庭拒绝将举证责任转移到投资者一方，理由是反面证据的主张要难于正面证据，如采用举证责任倒置，则涉嫌欺诈的一方几乎不能为自己辩护，违反了正当程序。[30]在 SPP v. Egypt 案中，埃及提出投资者在财政能力和旅游专业知识方面存在虚假陈述，不具备完成该项目的能力，但实质上 SPP 在旅游业务方面有丰富的经验且拥有项目所要求的资金，而筹措资金出现困难是因为埃及当局没有向合资企业提供承诺的基础设施资助及进口材料和设备的清关。[31]显然，涉违法行为的案件虽采用“谁主张谁举证”原则，但仲裁庭似乎对东道国的证明程度要求更高，意味着东道国在处理投资者违法行为，特别是某些极具隐蔽性的金钱往来时，应注意收集资金往来凭证和相关证明文件。

[27] See Articles 43-45, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States; Article 34, ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings.
[28] Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26 July 2007, para 124; Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No ARB/06/8, Award, 2 September 2011, para. 125; Rompetrol Group NV v. Romania, ICSID Case No ARB/06/3, Award, 6 May 2013, para. 183.
[29] EDF (Services) Limited v. Republic of Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, para. 221.
[30] Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009, paras. 316–17.
[31] Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, paras. 117-121, 124-125.

3.证明力。当涉及投资者违法行为的案件缺乏直接证据或当事人承认的情况下，仲裁庭应当根据间接证据对指控进行评估[11]。例如，根据顾问或其他中介机构的支付金额、缺乏从事某领域的经验、在东道国境内无重大业务往来和与政府决策者的密切关系等六项关键危险信号，Metal-Tech v. Uzbekistan 案仲裁庭认定投资者利用顾问在乌兹别克斯坦的职位以及与总理的家庭关系，为其投资提供帮助，违反了乌斯别克斯坦的国内法和以色列-乌兹别克斯坦 BIT 的合法性要求，并以腐败为由拒绝行使管辖权。[32]同样地，在支持投资者购买股权的证据仅有股份转让协议副本和证人证言时，Europe Cement v. Turkey 案仲裁庭质疑投资者所提供文件的真实性，并推断股权转让协议实际签订于 2005 年，只是投资者为了满足管辖权要求将文件日前倒签至 2003 年 5 月 20 日。[33]所以，只要间接证据能够形成完整的证明体系且与被指控事实存在足够的因果关系，仲裁庭仍然可以认定投资者行为超出合法性范围。值得注意的是，国内违法调查结果或判决对投资仲裁庭是不具有约束力的，争端双方应寻求国内违法调查或判决之外的证据来证明其辩护[12]。在 Glencore International(I) v. Colombia 案中，哥伦比亚以正在审理的国内腐败刑事诉讼作为其腐败辩护的证据。虽然仲裁庭承认在评估腐败证据时，国内刑事证据应当予以考虑，但这并不影响仲裁庭作出与其相矛盾的结论，因为国内诉讼和国际仲裁处于不同的法律领域且采取的证明标准存在差异。[34]

（三）损害赔偿

在处理违法行为的赔偿时，首要原则是尽量使事情恢复到未发生违法行为而本应出现的状态，即比较受害者的真实情况与违法行为未发生时最可能形成的状态[2]。但是，当投资者在整个投资过程中存在过错，共同促成损害的发生，又该如何解决呢？根据《国家对国际违法行为的责任条款草案》第 39 条（促成损害）规定，在确定赔偿时，应考虑到提出索赔的受害国或任何人或实体由于故意或疏忽以作为或不作为促成损害的情况。该条主要适用于违法行为的受害者对损害作出重大贡献的情形，但对尚未达到重大标准的行为仍采取一种宽泛的方法，认为投资者所受的损害是源于一国违反其国际法义务。

具体到国际投资法中的国家赔偿问题，若涉及共同过错，则需要考虑投资者故意或疏忽的行为与最终遭受的损失是否有足够的因果关系；如有，则进一步评估投资者应减少的赔偿程度。实质上，这是争端双方公平合理责任分摊的体现。当投资者违法行为不排除仲裁庭管辖权或国家赔偿责任，但对投资者所遭受的损害做出了实质性贡献时，仲裁庭必须考查投资者违法行为，其中三种情形尤为值得关注：

1.区分共同过失和减轻损失。共同过失是投资者对损害的发生或扩大也存在一定责任，属于减轻或免除国家赔偿责任的情形。减轻过失是投资者对可避免或减少的损失而没有采取措施所应承担的责任。表面上看，两者都关注于投资者行为，结果可能都是损害赔偿的减少，但本质区别在于前者是投资者行为对损害的部分因果关系需要满足实质且重大的要求，赔偿责任是在当事人双方之间进行分摊，而后者是指在没有采取合理步骤减少损失时，申请人必须对自己的损失负责。例如，俄罗斯辩称 Yukos 在 2004 年第一季度本可采取一些简单措施来减轻损害，但仲裁庭认为即使 Yukos 采取这些行为也不会对俄罗斯实施强制措施产生影响。所以，根据造成损失的过错责任来分摊损失，而非以未能减轻损失来判定责

[32] Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, paras. 293, 311–327, 337–352.
[33] Europe Cement Investment & Trade SA v Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009, paras. 150–153.
[34] Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia (I), ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019, para. 673.

任，成为投资仲裁庭在划分赔偿责任时常采用的一种衡量标准。

2.排除投资者自担风险的行为。因投资者没有合理预见潜在危险导致决策或管理不善，该部分过错无关国家行为。例如，在合同签订前没有进行充分的尽职调查而导致最终的损失，该责任应由 MTD 承担；[35]合同没有规定精确赔偿方法的责任应由 Bogdanov 承担。[36]所以，投资者在了解东道国法律或政策对投资的性质和范围等可能造成影响的同时，及时关注东道国可能出现的违约或不作为等情形，避免损失的进一步扩大。

3.考虑投资者对损害结果的促进作用。当投资者参与了国家的违法行为，共同促成了损害结果的发生，该部分责任应由投资者承担。不同于第二种情况，第三种情况要求投资者违法行为与东道国措施之间存在因果关系。鉴于 Yukos 在滥用俄罗斯境内低税收地区和塞浦路斯-俄罗斯税收条约方面存在实质且重大的违法行为，Yukos 对最终破产导致的损失承担 25%的责任，即 Yukos 和俄罗斯的责任分配是 25%/75%。至于赔偿比例的计算，仲裁庭通常将投资者的故意、疏忽、错误判断以及违法行为发生后投资价值的变化纳入考查范围，并采用一种粗略的计算方法，在投资者与国家的赔偿责任问题上进行分配。

四、投资条约对违法行为抗辩的优化方案

国际投资法的发展趋势是从东道国单方面承担义务而投资者及其母国无对等义务到投资者和东道国责任和利益的平衡。这既是投资者长远利益保护的选择，也是国家构建稳定透明法律体系的目标。当外国投资者诉诸投资仲裁时，虽然投资者违反义务不是东道国抗辩的唯一理由，但不可否认的是，援引义务条款是东道国反驳投资者诉求的最直接方式。

（一）明确义务的合理范围

赋予投资者义务是东道国与投资者之间权利义务对等性的结果。当投资条约明确规定投资者义务时，东道国针对投资者违反义务的行为可以提出抗辩，促使仲裁庭对投资者履行条约义务的情况进行审查。目前，直接规定投资者义务的 IIAs 为数不多，多数采用企业社会责任或间接规定投资者义务的方式[4]。根据义务来源的不同，投资者义务主要包括三个方面：（1）东道国国内法。IIAs 倾向于将投资时的状态作为判断是否符合东道国国内法的时间点，但不要求投资者遵守所有与投资相关的立法，而是强调遵守与权属转移相关的法律，而不当然延伸至与人权、环境或税收等其他法律领域。（2）合同规则。投资者与东道国签订的合同规定了双方的权利义务，当然也包括投资者履行与投资相关的义务。除 IIAs 规定“任何与投资有关的争端都可诉诸争端解决机制”外，仲裁庭对东道国单纯没有履行合同义务的行为没有管辖权。这是因为对 IIAs 的违反和对合同的违反是两个不同问题，需要参考准据法或应适用的法律之后才能作出判断。对纯粹的违约之诉应先寻求国内法庭予以救济，只有在国内法庭未解决或怠于处理时才能向投资仲裁庭诉诸仲裁。但是，当东道国的行为既构成违约又违反 IIAs 规定时，仲裁庭则享有管辖权。（3）一般法律原则和公共政策。当投资者在投资活动中存在违法行为时，投资者的主张可能会因为“清白之手”、“任何人不得因主张其恶行而得利”和“违法原因不得起诉”等国际法一般原则被驳回。

晚近 IIAs 越来越注重“与投资有关的”环境、人权、健康等非经济议题的本身内在价值及其与外国直接投资之间的内在关系[8]，意味着投资者在遵守国际义务和国内法同时，还应履行国际通行的环境、人权、公共健康和可持续发展等 IIAs 义务。现有 IIAs 中的环境

[35] MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Annulment Decision, 21 March 2007, paras. 39-40.
[36] Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova (I), SCC Arbitration No. V (114/2009), paras. 4.2.1, 5.2.

条款、人权条款、企业社会责任条款和一般例外条款等采用模糊或鼓励的措辞，可以考虑将上述条款作为东道国监管标准或投资准入的一部分，将自愿履行转化为强制性要求，扩大投资者义务的边界，增加东道国抗辩的基础。抑或，通过履行要求条款将上述义务纳入其中，明确符合健康、安全或环境等条件的履行要求不应受到限制，或者将健康、安全和环境监管作为禁止性履行要求的例外规定[6]，引导国际投资法朝着可持续发展的方向进行改革。但是，任何积极义务应属于从事投资活动必要且合理的范围，切不可恣意施加。例如，当东道国规定环境影响评估是投资准入前的必经程序而投资者未履行时，如投资者与东道国发生争议，仲裁庭可通过专家听证会等形式评估该前置程序与诉争事项是否具有实质性联系，如有，则在实体阶段考虑该不作为能否减轻或免除东道国的赔偿责任。同时，要注意非投资价值等积极义务可能会与其他义务存在冲突。例如，国家承担尊重其领土内所有个人的人权义务，但当东道国的人权义务被解释为积极义务时，可能会与该国家作为东道国根据相关投资协定而应当对外国投资者承担的 FET 和国民待遇等义务相违背[3]。

当然，国际投资是同时受国际法和国内法约束的。东道国对外缔结的有关人权、环境、可持续发展等条约中包含的国际法义务，通过转化为国内法成为投资者义务。该类义务虽在创设主体方面有别于 IIAs 的直接规定，但同样属于投资者应当履行的义务范围，只是需要强制措施加以保障。同时，鉴于外国投资涉及各种复杂的交易，而这些交易往往与东道国法律（如公司法、商法等）联系最为密切，故在制定或修改相关国内法时，应明确规定投资者在东道国从事投资活动时所应履行的义务以及相应责任。当国内法与国际法规则存在冲突时，国际法优先，表明一国不能援引国内法证明其国际义务的正当性；至于到底该适用国内法还是国际法，则由仲裁庭依具体情形自行选择。

（二）引入独立的违法抗辩规则

肯定国家对投资者违法行为的抗辩是平衡投资者和东道国利益的一种有效途径。在引入独立的违法抗辩规则时，有两个方面需要明确：

1.体系独立。当投资者提出赔偿请求时，国家可能会以投资者存在违法行为、共同过失和自担风险作为抗辩理由。显然，这三种抗辩都是由投资者行为所引起的，但在适用过程中却存在差异。共同过失关注于投资者对损害的发生或扩大有过失，属于减轻东道国赔偿责任的情形，通常并不涉及行为的违法性问题。但是，违法抗辩与共同过失仍然属于两类不同的抗辩事由，前者着眼于投资者行为的违法性以及与损害之间的因果关系，与过错无必然联系；后者强调投资者行为是否存在过失以及该过失对自身损害的因果关系，不要求投资者行为的违法性。是故，投资者行为的违法并不当然意味着存在过失，但行为违法能够成为东道国的一项免责事项，出现“全无”的结果。自担风险是指投资者自愿置身于危险中，对所遭受的损失不能获得赔偿。从概念上来看，自担风险的抗辩是基于风险而非违法行为，故该抗辩需要投资者对风险明示或默示的同意。但投资者从事违法行为不能断然推断投资者对风险的发生予以事前同意，尤其是损害结果可能完全超出预期，故违法抗辩与投资者同意无关。因此，违法抗辩作为一项弹性的抗辩事由，避免了“全有或全无”抗辩的弊端，能够针对具体情形作出符合比例原则的裁决，即否定投资者的全部诉讼请求或仅支持投资者的部分诉讼请求。

2.抗辩结果。鉴于违法行为的产生时间和严重程度有所区别，每一种形式的违法行为对投资者会产生不同的法律后果。首先，投资者违法行为可能出现在投资过程的各个阶段，投资仲裁庭在处理违法行为时，一般以投资决定的时间作为判断节点。特别是在引用东道国法律来界定资产是否属于投资定义时，IIAs 并没明确要求整个投资期间符合东道国法律

是仲裁庭享有管辖权的先决条件。因为投资本身的合法性是一个管辖权问题，而投资者在投资期间行为的合法性是一个实体问题，不能以此为由剥夺仲裁庭对案件的管辖权。如果投资者违法行为开始于取得财产前，结束于取得财产后，因该行为具有持续性和关联性，仍应在实体阶段处理。当投资者行为包含违法因素时，东道国可以纠正该行为并对其实施国内法制裁。若投资者认为这些制裁是不合理的，投资者可以对东道国措施的合理性提出质疑。反之，将投资者行为的合法性视为管辖权问题，而东道国行为的合法性视为实体问题，那么东道国势必将处于一个强有力的地位。例如，在涉及腐败的案件中，东道国政府通常也参与其中，如终止于管辖权阶段，意味着投资者因自身违法行为而免除了东道国的责任。这种双方均涉违法而剥夺一方权利的做法难免显失公平。其次，当一项投资是以腐败、诈骗或其他触犯刑事犯罪的行为获得时，IIAs 可以直接剥夺对投资者的保护利益，即排除投资者利用 ISDS 机制向东道国提起仲裁的权利。当投资者因疏忽或非恶意造成违法后果且该后果尚未达到严重程度时，仲裁庭不得以此为由拒绝行使管辖权，而应在实体阶段对违法行为进行考查，作出不予受理或减少赔偿责任的裁决。虽然东道国同意进行投资仲裁的前提是外国投资者拥有符合东道国法律的适格投资，但并非任何违反法律的行为都应排除在管辖权之外。这主要是因为相较于严重的刑事犯罪，轻微违法行为造成的社会危害性或影响国家管理制度的程度不足以让投资者丧失诉诸仲裁的权利。

（三）确立行为监督机制

纳入投资者义务是 IIAs 发展的一大趋势，但仅规定投资者义务而无相应的监督规则并不能有效约束投资者行为。是故，有必要将“投资者义务与责任”在 IIAs 中以专章的形式进行规定，明确投资者及其投资应遵守东道国关于投资各阶段的所有法律法规、行政规章和相关政策，强调以正当途径获得和实施投资、遵守税收规定和履行信息披露义务，确立投资者行为的监督机制，对怠于履行义务或履行未达要求的情形应由投资者承担相关法律责任。

在建立行为监督机制时，国家可从惩罚和奖励两方面着手。一方面，当投资者在获得或经营投资的过程中涉及违法行为，违反了东道国国内法和国际公共政策等时，投资者应承担违法行为所造成的消极影响。例如，印度 BIT 范本（2015）在定义、适用范围、投资者义务和争端解决条款均纳入合法性要求，从实体和程序两方面对投资者行为的合法性提出要求并在此基础上明确相应责任及其惩罚性后果，特别是在争端解决适用范围中明确排除涉及欺诈性陈述、隐瞒、腐败、洗钱或滥用程序等非法行为的投资。在这种情况下，涉及严重违法行为的投资被排除在管辖权之外，范本强调的是取得投资的过程中如涉违法因素，则该项投资不受 IIAs 保护。但该内容不得延伸至投资者在经营活动中实施的违法行为，即不能因投资者实施严重违法行为而剥夺 IIAs 保护的权利，这主要是因为投资者如涉违法行为丧失诉诸 ISDS 的权利时，东道国也避免了某些潜在的责任，相当于投资者行为的违法性成为东道国免除其责任的当然理由。是故，投资者从事违法行为并不意味着免除东道国参与违法行为的责任，而应将隐含在违法行为中的国家责任在赔偿费用时予以考虑。另一方面，为调动投资者自愿遵守国际公共政策的积极性，IIAs 可以采用激励性措施，引导投资者主动践行法律以外的义务，如道德义务。因该类义务客观上必然会对国家秩序和国际经贸关系产生一定影响并受到外在社会舆论的约束，但其履行主要依据的是投资者自身的信念和责任感。所以，对自愿履行非法律义务的投资者在税收、补贴等方面给予优惠将调动投资者履行义务的主动性。当然，东道国在使用激励性措施时享有极大的自由裁量权，可依据产业、地域、履行情况等量身定做，并在政府公开网上进行公示。

敦促投资者从事符合可持续发展原则的行为需要“防患于未然”，即定期审查投资者行为，及时发现违法性因素并予以纠正。这意味着国家对投资者经营活动负有监管职责，一旦发现违法行为，国家可先责令其改正，如不改正或逃避履行，则依据国内法实施相应制裁，并取消给予该投资者的优惠条件。然而，国家履行监管职责的范围不可与投资者义务相混淆。例如，在投资能力、资金等与投资相关的事项上，投资者应如实陈述，国家也应尽到审查义务，但未尽审查义务不能成为免除投资者诚实义务的一种表现。

结语

面对外国投资者提起的仲裁诉请，东道国会以投资者是通过违法途径获得投资、为违法目的取得投资和违反法律登记等形式要求进行抗辩，试图免除或减轻其赔偿责任，但并非投资者涉及的任何违法行为都不受 IIAs 保护，而需要审慎考查投资者行为的时间节点和严重程度等因素。在违法行为的事实认定方面，特别在涉及到经济犯罪时，因违法交易常常具有隐蔽性，仲裁庭应着重分析财务数据和文件，查明涉嫌通过贿赂等取得合同或利益的人所经手的款项，查找最终受益人，并且关注交易目的，查明是否存在投资者被迫支付款项的情况，注意违法行为与正常业务往来、惯常商业做法的区别。

作为平衡投资者与国家利益的重要途径之一，违法抗辩能够赋予东道国在处理与投资者争端时更多的权利，改变现有 IIAs 和 ISDS 机制偏向投资者利益保护的不利局面。在引入独立抗辩规则的同时，投资者义务的合理范围也是需要明确的内容。“符合东道国法律”要求虽然在一定程度上限制了投资的范围，排除了 IIAs 对违法投资的保护，促进东道国经济的发展和政策目标的实现，但这样的条款不应被东道国用来规避保护投资的国际条约义务[9]。换言之，设置投资者义务应坚持必要且适当原则，并围绕投资准入、经营管理和争端解决等方面。

参考文献

[1]陈正健.投资者与国家争端解决中的国家反诉[J].法商研究,2017,(1).

[2][德]鲁道夫·多尔查；[奥地利]克里斯托弗·朔伊尔编.国际投资法原则（原书第二版）[M].祁欢；施进译.北京：中国政法大学出版社,2014.

[3]黄世席.国际投资争端中投资规则与人权规则适用的冲突与挑战[J].当代法学,2018,(4).

[4]李滨.国际投资条约的投资者义务条款研究[J].国际经济法学刊,2019,(3).

[5]漆彤.论国际投资协定中的利益拒绝条款[J].政治与法律,2012,(9).

[6]钱嘉宁.国际投资法下履行要求的可持续发展型改革[J].国际经贸探索,2018,(3).

[7][尼泊尔]苏里亚·P.苏贝迪.国际投资法:政策与原则的协调[M].第二版.张磊译.北京：法律出版社,2015.

[8]王彦志.新自由主义国际投资法律机制：兴起、构造和变迁[M].北京：法律出版社,2016.

[9]王璐.论投资条约中的“符合东道国法律”要求——兼论我国在中美投资条约谈判中的立场选择[J].法商研究,2013,(1).

[10]赵骏.国际投资仲裁中“投资”定义的张力和影响[J].现代法学 2014,(3).

[11]Lamm,Carolyn B. et al. From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International

Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption [J]. ICSID Review, 2014, 29(2).

[12]Hart-Armstrong, Shelby et al. How Do Tribunals in Investment Arbitrations Treat Parallel Domestic Investigations and Proceedings?[EB/OL]. 2020, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/14/how-do-tribunals-in-investment-arbitrations-treat-parallel-domestic-investigations-and-proceedings/.[20 October 2020]

“一带一路”背景下中国企业“走出去”法律问题思考——以浙江企业“走出去”为样本

（浙江外国语学院一带一路学院副教授 沈芳君）

摘要 “一带一路”建设是我国扩大对外开放的重大举措，具有重要的时代价值与现实意义。“一带一路”背景下中国企业“走出去”是“一带一路”战略成败的关键。企业成功“走出去”与中国的涉外法律服务水平与涉外法治保障程度紧密相关。以浙江企业“走出去”为样本，企业“走出去”投资具有规模大、国别覆盖面和区域广、形式和领域多元化等特点。目前，“一带一路”背景下“走出去”尚存在境外投资保护立法体系不完善、海外投资保险制度不健全、行政管理不规范、企业法律意识不强等法律与制度难题。共建“一带一路”的核心是共建法治环境，加大对“一带一路”战略下中国企业“走出去”法律问题的研究，应当通过完善法律框架，推动双边投资协定范本的制定，积极推动多边投资协定的谈判与建设等措施来加以应对。

关键词 “一带一路”建设 “走出去” 投资法律风险 涉外法治保障

“一带一路”建设是我国扩大对外开放的重大举措，坚持以“一带一路”高质量发展推动构建人类命运共同体，具有重要的时代价值与现实意义。“一带一路”倡议 8 年来，与我国签署“一带一路”合作文件的国家和国际组织数量逐年增加，已经有 138 个国家和 31 个国际组织与我国签署了 202 份共建“一带一路”合作文件，再加上已有 93 个成员的亚投行的顺利发展，已经成为当前对抗和扭转逆全球化趋势的最强力量。“一带一路”可以给中国及沿线各国带来利益，也是中国作为一个大国所具有的责任和担当。随着我国全方位对外开放的推进和“一带一路”建设的深入实施，我国企业“走出去”步伐不断加快，中国企业的足迹遍布世界，**“走出去”是“一带一路”战略成败的关键**。与此同时，企业对我国涉外法律服务的依赖程度会愈来愈高，而法治的保障作用也日益凸显。由于各国的法律、道德及风俗习惯的不同,必然存在因制度差异而产生的区域社会、国家、企业的利益冲突,这种冲突集中体现在我国企业"走出去"所面临的法律风险。因此,应高度关注我国企业"走出去"法律风险的预防和化解,并提出预防和化解方案。

一、 浙江省企业“走出去”的基本情况

“走出去”直译为“going global”,对中国企业走出国门对外直接投资和贸易的通俗讲法。相对应“引进来”而言，“走出去”与之构成了中国对外开放的两个重要方面。经济全球化发展势不可挡的当今时代，“走出去”是中国经济发展的必然选择和内生需求，更是中国在新的经济格局中占据有利地位，促进与世界各国互联互通互惠互利、共建人类命运共同体的重大战略。“一带一路”倡议提出以来，中国海外投资发展迎来了前所未有的新局面，尤其浙江作为经济发展的重要省份，历来有“走在前列、勇立潮头”的气势和担当，“走出去”的成绩斐然，但是也因不熟悉法律、规则或习惯，草率签订合同，未作尽职调查而投资带来惨痛教训或惨淡经营的案例。下面作一简要分析。

一是“走出去”投资活跃、规模大、项目多。尽管受国际经济形势复杂多变，贸易保护主义抬头，但对外投资仍保持快速增长。截止 2019 年底，浙江省市两级国资监管企业资产总额达到 4.7 万亿元，全年实现营业收入 1.45 万亿元，利润总额 722 亿元，其中省属企

业资产总额 1.34 万亿元，全年实现营业收入 9775 亿元，利润总额 408 亿元。

二是“走出去”投资国别覆盖面和区域分布广泛、聚集度较高。浙江企业投资国家涉及近 70 个国家和地区。主要分布在亚洲、美洲和欧洲，投资规模看，亚洲占一半以上，其中最多的分别是**中国香港、美国、越南、英国**。省国企在“一带一路”国家海外经营的国别分布中，阿尔及利亚、柬埔寨、印度尼西亚、菲律宾、马来西亚、缅甸、塞拉利昂、白俄罗斯等国家为重点经营地区。美国、欧洲、澳大利亚等发达国家在浙江省国企的海外业务往来中业均有涉及。东南亚地区是国有企业“走出去”承包海外工程项目的主要承接地，也是轻工业、钢铁等原材料的主要进出口伙伴国家。

三是“走出去”投资形式和领域呈多元化发展。浙江省企业在“一带一路”沿线国家的投资广泛，类别有：**海外农业产业园区建设、境外工程承包、对外劳务合作、劳务培训、大宗商品进出口贸易、跨境电商**等形式。海外业务主要涉及的行业包括：**电力能源、工业、原材料、农业、消费品**等。

四是“走出去”投资涉及市县多、领域多。我省民营企业“走出去”项目较多的地级市为**杭州市、嘉兴市、宁波市、台州市、温州市和绍兴市**，项目投资较多的领域有制造加工业、服务业、科技研发；投资额在 500 万美元以上的项目有 585 个，占比 50%；对外投资的形式多种多样，新建项目 736 个，占比 62.9%，并购项目 200 个，占比 17.09%，其他投资形式如增资、参股等，项目较少。

五是投资模式多样化。主要有设立贸易窗口、设立生产性企业、设立研发机构、海外并购、资源合作等。企业走出去模式逐步由产品走出去走向企业走出去、产业群走出去。如中美贸易战后，大批企业走向越南等东南亚国家，以降低投资成本、规避贸易摩擦。

六是投资主体以国企业为主，国企和民营企业合作多。投资主体以国企业为主，但是多元化趋势明显，国企与民企合作形式多。国企具有规模大、资金雄厚、客户关系广等优势，民企则呈现出体制灵活、产业集群化、更能适应境外投资环境等方面的优势。出国企与民企合作有**纵向产业链合作、成立混合所有制子公司、股权合作等多**种模式。

二、“一带一路”主要国家投资贸易环境和法律风险分析

“一带一路”沿线涉及 60 多个国家，各个国家的历史、经济、文化各不相同，涉及大陆法系、英美法系、伊斯兰法系等，部分国家法治环境还有待完善，法律服务相对短缺且成本高昂，一些“走出去”的企业在投资和项目实施中交了很多“学费”。

“一带一路战略下中国企业“走出去”投资的主要风险有政治性风险，商业性风险、文化宗教风险、法律风险、环境风险、安全风险、劳工风险和反垄断审查、反安全审查等特殊风险。针对“一带一路”"沿线国家的 ODI 亦面临多种高风险。[1]**中国信保的国家风险评价模型从政治风险、经济风险、商业环境风险和法律风险 4 个角度分析和评估一国的国家风险，包含 17 个一级指标，53 个二级指标，基本覆盖了各种类型的国家风险事件。**[2]**主要有以下方面的风险考量：**

（一）商业性风险

[1] 王军著，《“一带一路沿线投资风险法律应对研究”》，《法律出版社》，2019 版，第 8 页。

[2] 载中国民营经济国际合作商会网，http://www.ciccps.org/News/Shownews.asp?id=952，发布：信息部 来源：中国信保 时间：2017-04-17 10:59:18，访问日期：2020 年 12 月 26.整体来看，“一带一路”国家评级为 5-9 级的国家占比为 84%，区域绝对风险水平处于相对高位。与上版国家风险参考评级相比，国家风险水平下降的国家有阿富汗、伊拉克等 14 国，占比 21.5%；国家风险水平不变，评级保持稳定的国家有印度、印度尼西亚等 37 国，占比 56.9%；国家风险水平上升，评级下调的国家有保加利亚、克罗地亚等 13 国，占比 20%。

商业性风险指由于市场行情变化、金融汇率波动、经营管理不善、合同履行等因素而引发的风险。商业性风险一般可以避免，但是在未尽到审慎、勤勉义务，未能尽到相关尽职调查从而盲目投资导致陷入的风险。首先是市场风险、投资环境风险。中美贸易战后，为避税，比如浙江湖州有一木业企业想去柬埔寨木业投资了 1000 多万美金，开始以为那边人均工资低（每月 200 美金左右），后来发现举步艰，如木地板生产的沙袋、胶水、油漆等供应链配套不完善（有的需要中国供货），劳工工资低但有罢工风险、管理低工作效率更低、加班意愿低，而且行政机关效率低且官员腐败，与中国良好的营商环境和中国工人素质高、好管理、愿意加班等相比相距甚远。其次是金融风险和汇率风险。是指国际商业借贷融资、证券发行、保险担保、离岸货币变化、汇率变动等导致的风险。据“中国信保”分别发布的 2018 年、2019 年《“一带一路”沿线国家风险分析报告》可知，沿线 65 个国家和地区中，风险等级国家只有新加坡等 3 个国家，风险等级较高的国家有 16 个，如阿富汗、叙利亚、伊拉克等国，特别是“一带一路”国家的金融风险、汇率风险高于国际水平，如东亚地区的缅甸的汇率变数达 67.2%，伊朗、土耳其的变异系数分别达到了 42.3%、24.6%，哈沙克斯坦、吉尔吉斯坦的变异系数分别达到了 34.8%、21.4%。[3]此外，“一带一路”沿线国家的市场准入、税收、知识产权、行业标准等有不同规定和要求，必须了解和掌握，否则会加大投资风险。如 2016 年沙特铁路项目实施到一半被告知要采用欧美标准，大大增加了投资成本，最终导致投资巨大损失。[4]

（二）政治性风险和营商环境风险

《“一带一路”境外投资风险防控现状调研分析报告 2019》提到的境外投资风险防控过程中面临的各种痛难点，更是“走出去”的中国企业尤为关注的重要领域。**《走出去智库》在报告中指出：全球国家风险总体水平有所上升**，总体来看，2018 年下半年以来，单边主义对全球治理体系构成重大挑战，地缘政治风险显著升高，全球经济下行压力不断积累，社会安全风险持续加剧，全球国家风险水平总体有所上升。

从全球国家风险变化情况看，全球 181 个国家风险评级保持稳定。日本、埃及、尼日利亚等 3 个国家风险水平下降（评级调升），伊朗、也门、苏丹等 8 个国家风险水平上升（评级调降）。

从全球主权信用风险变化情况看，165 个国家主权信用风险评级保持稳定；科威特、阿塞拜疆、埃及等 6 个国家主权信用风险水平下降（评级调升）。也门、巴拿马、肯尼亚等 7 个国家主权信用风险水平调升（评级调降）。委内瑞拉、津巴布韦、莫桑比克等 12 个国家存在主权信用风险事件。乍得和刚果（布）主权信用风险事件结束。

从全球企业破产风险层面看，石油、天然气和矿产等行业、企业的破产风险有所下降，但在互联网等新技术的冲击下，零售行业企业破产风险不断加大。预计随着 2019 年全球经济进一步放缓，企业破产形势将日益严峻。

（三）“一带一路”国别贸易投资风险

表 3 “一带一路”国别贸易投资风险分析[5]

国家	营商环	开业成	建筑许	电力成	财产登	银行借	股东	税收体	执法成	国际交	退出成	信保评级

[3] 王军：《“一带一路沿线投资风险法律应对研究”》，《法律出版社》，2019 版，第 10 页。
[4] 韩萍：《“一带一路”查倡议下中国企业海外投资分析评估与对策研究》，载《价格月刊》2018 年第 2 期。
[5] http://chinese.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2016.

	境	本	可	本	记	贷	保护	系	本	易	本	
蒙古	56	36	25	134	44	59	8	91	80	74	89	6级
新加坡	1	10	1	6	17	19	1	5	1	41	27	1级
马来西亚	18	14	15	13	38	28	4	31	44	49	45	4级
印尼	109	173	107	46	131	70	88	148	170	105	77	5级
缅甸	167	160	74	148	145	174	184	84	187	140	162	7级
泰国	49	96	39	11	57	97	36	70	57	56	49	5级
老挝	134	153	42	158	66	70	178	127	92	108	189	6级
柬埔寨	127	180	181	145	121	15	111	95	174	98	82	7级
越南	90	119	12	108	58	28	122	168	74	99	123	6级
东帝汶	173	104	154	95	189	162	81	57	189	92	189	8级
菲律宾	103	165	99	19	112	109	155	126	140	95	53	6级
伊朗	118	87	69	88	91	97	150	123	62	167	140	7级
伊拉克	161	154	147	106	117	181	115	59	122	178	189	7级
土耳其	55	94	98	36	52	79	20	61	36	62	124	5级
叙利亚	175	127	189	120	136	167	88	119	157	173	157	9级
约旦	113	88	103	56	98	185	163	52	126	50	146	5级
黎巴嫩	123	114	130	116	103	109	134	45	135	147	134	7级
以色列	53	56	96	91	127	42	8	103	77	58	29	4级
巴勒斯坦	129	170	162	75	95	109	144	56	90	84	189	无
沙特	82	130	17	24	31	79	99	3	86	150	189	4级
也门	1	1	8	1	8	1	1	1	1	1	1	8

	70	52	9	50	3	85	22	35	29	89	51	级
阿曼	70	149	46	60	33	126	134	10	70	69	105	4级
阿联酋	31	60	2	4	10	197	49	1	18	101	91	3级
卡塔尔	57	51	135	57	164	7	88	134	100	93	7	3级
科威特	101	148	133	128	68	109	66	11	58	149	122	4级
埃及	131	73	113	144	111	79	122	151	155	157	119	7级
印度	130	155	183	70	138	42	8	157	178	133	136	5级
巴基斯坦	138	122	61	157	137	133	25	171	151	169	94	6级
阿富汗	177	34	185	156	184	97	189	89	172	174	160	9级
斯里兰卡	107	98	77	81	153	97	49	158	161	90	78	5级
马尔代夫	128	48	41	141	171	126	134	128	95	137	135	6级
尼泊尔	99	105	78	131	72	133	57	124	152	60	86	7级
哈萨克	41	21	92	71	19	70	25	18	9	122	47	5级
乌兹别克	87	42	151	112	87	42	88	115	32	159	75	6级
塔吉克	132	57	152	177	102	109	29	172	54	132	147	7级
吉尔吉斯	67	35	20	160	6	28	36	138	137	83	126	8级
俄罗斯	51	41	119	29	8	42	66	47	5	170	51	5级
乌克兰	83	30	140	137	61	19	88	107	98	109	141	8级
格鲁吉亚	24	6	11	62	3	7	20	40	13	78	101	6级
摩尔多瓦	52	26	170	104	21	28	36	78	67	33	60	7级
波兰	25	85	52	49	41	19	49	58	55	1	32	5级
立陶	20	8	18	54	2	28	47	49	3	19	70	4

宛												级
拉脱维亚	22	27	30	65	23	19	49	27	25	22	43	5级
捷克	36	93	127	42	37	28	57	122	72	1	22	4级
斯洛伐克	29	18	71	35	36	126	7	35	117	1	12	4级
匈牙利	42	55	88	117	29	19	81	95	23	1	65	5级
斯洛文尼亚	29	18	71	35	36	126	7	35	117	1	12	4级
克罗地亚	40	83	129	66	60	70	29	38	10	1	59	5级
黑山	46	59	91	163	79	7	36	64	43	42	36	5级
塞尔维亚	59	65	139	63	73	59	81	143	73	23	50	5级
阿尔巴尼亚	97	58	189	162	107	42	8	142	96	37	42	6级
罗马尼亚	37	45	105	133	64	7	57	55	34	1	46	5级
希腊	60	54	60	47	144	79	47	66	132	27	54	6级

综上所述，“一带一路”沿线国别贸易投资风险主要体现一下特征，简要评述并制表如下[6]

1、值得考虑投资的国家： （1）营商环境排名越靠前的国家，比如新加坡、阿联酋、立陶宛、捷克等国。这些国家贸易投资环境相对越安全，相应的贸易成本较低，但投资成本会较高。（2）与我国政治、经济、军事交往密切、对华传统友好、战略地位重要的国家，建议在贸易和投资方面，考虑积极布局。比如巴基斯坦、柬埔寨、斯里兰卡、伊朗等国。根据中国报道杂志社和当代中国与世界研究院、凯度集团（Kantar）共同完成的《中国企业海外形象调查报告 2020·“一带一路”版》，在对“本国与中国关系重要性给予最积极肯定”的评价中，泰国 82%的受访者认为同中国关系重要，仅次于巴基斯坦 83%的比例。（3）认同“一带一路”合作的国家。如泰国。最认可中国经济发展为“一带一路”沿线国家及本国经济发展带来积极影响的是泰国，其中积极评价占比接近九成，且泰国民众对“一带一路”建设的认知度最高，高达 93%的受访者对此有所了解。

2、审慎投资的国家：（1）贸易投资风险越高的国家，比如缅甸、伊朗、埃及、塔吉克斯坦等国。相对来说商业机会也越多，贸易商和投资者需要在贸易、投资机会和风险之间综合考虑。（2）与我国存在较为激烈领土争端、处于大国外交激烈博弈的国家、有排华倾向或历史上排华较为严重的国家以及与我国之间外交关系不太友好的国家，建议审慎进行

[6] 崔海燕 于振芳：《“一带一路”宏观及国别法律风险分析》，《“一带一路”法律服务情况汇总》，2020 年 11 月。

贸易与投资。

3、目前不建议投资的国家：尚处于战争或内乱状态的国家，贸易投资风险高，在目的国政治、经济、法律局势稳定前，不建议与该国进行贸易或对该国进行投资。比如阿富汗、伊拉克、叙利亚等国。

（四）民商事法律风险。

1、合同风险。市场交易中产生的民商法除了以上两种法律关系之外，中国企业“走出去”还会涉及到民商事法律关系，其中包括公司的设立、土地的转让、合同管理、货物买卖等，这些事项都要受到东道国《公司法》、《合同法》等民商法律的的管制和调整。事实上，“一带一路”战略背景下，中国企业“走出去”过程中面临最常见的风险就是合同风险，但是也不乏部分东道国扭曲事实，刻意实施民事制裁的案例。同时，尚需要综合考虑目的国内国内原材料可获得性、进口管制程度、国内消费市场、劳动力的充裕程度、工资水平及工会力量、环境保护要求、货币可兑换程度及外汇管制等多种法律因素。

2、管辖权和司法协助因素。一方面，我国当事人与“一带一路”沿线国家签订的贸易、投资合同中，建议明确各方的法定代表人/联系人、联系地址、传真号码、电子信箱等联系方式，以便在发生争议时，如我国法院有管辖权，可以尽快完成送达。另一方面，我国当事人与“一带一路”沿线未加入公约的国家当事人之间订立的国际货物买卖合同[7]，在实体去适用上，存在不确定性，需要根据各自国际私法(法律适用法)来指引或确定适用的实体法。如、在我国法院起诉或在我国境内仲裁，根据《涉外民事关系法律适用法》第四十一条之规定，当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。但如果在外国法院诉讼或在外国仲成，则需要根据法院地或仲裁地的法律适用法来确定合同的实体法。再则，司法协助因素。司法协助，一般包括送达司法文书、调查取证、承认和执行法院裁决和仲裁裁决。司法协助的主要基础，首先看国家之间司法协助签订双边条约，其次看是否共同参加有关司法协助的国际条约，同时看有无互惠关系。是基于互惠关系。

3、出口信用保险因素。建议我国当事人就与“一带一路“沿线国家贸易、投资，与中国出口信用保险进行事前充分沟通，必要时及时投保。

4、投资保护法律制度因素。我国与“一带一路”沿线国家已经签订的双边投资保护协定中对投资及保护了明确规定，而就未与我国签订双边投资保护协定的国家而言，我国投资者的投资能否得到充分保护，取决于投资目的国的国内法规定。对我国投资者而言，在这些国家投资的保护风险，较难预期。

5、双重征税法律风险因素。目前，我国与“一带一路”沿线绝大部分国家签订了避免双重征税协定，其目的是避免和消除；同一所得，在国内和国外向同一纳税人重复征税。根据国家税务总局《企业境外所得税收抵免操作指南》第一条之规定，居民企业(包括按境外法律设立但实际管理机构在中国，被判定为中国税收居民的企业)可以就其取得的境外所得直接缴纳和间接负担的境外企业所得税性质的税额进行抵免。根据该指南第七条之规定，居民企业从与我国政府订立税收协定(或安排)的国家(地区)取得的所得，按照该国(地区)税收法律享受了免税或减税待遇，且该免税或减税的数额按照税收协定规定应视同已缴税额

[7] 根据《联合国国际货物销售合同公约》第 1 条第(1)款之规定，营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同：(a)如果这些国家是缔约国；或(b)如果国际私法规则导致适用某一帝约国的法律，则适用公约。

在中国的应纳税额中抵免的，该免税或减税数额可作为企业实际缴纳的境外所得税额用于办理税收抵免。我们认为，从国家税务总局前述规定进行分析，如相关协定中无税收抵免规定，则实际上会产生双重征税的结果，从而加重投资风险。

中国与“一带一路”沿线国避免双重征税协定

存在税收优惠抵免的协定	不存在税收优惠抵免的协定
马来西亚、泰国、越南、保加利亚、巴基斯坦、科威特、塞浦路斯、阿联酋、印度、塞尔维亚、黑山、阿曼、斯里兰卡、文莱、沙特	蒙古、新加坡、印尼、老挝、菲律宾、斯洛伐克、波兰、罗马尼亚、匈牙利、马耳他、俄罗斯、克罗地亚、白俄罗斯、斯洛文尼亚、以色列、土耳其、乌克兰、亚美尼亚、立陶宛、拉脱维亚、乌兹别克、孟加拉、马其顿、埃及、爱沙尼亚、摩尔多瓦、卡塔尔、哈萨克、伊朗、巴林、希腊、吉尔吉斯、阿尔巴尼亚、阿塞拜疆、格鲁吉亚、塔吉克、土库曼、捷克、叙利亚
注：税收优惠抵免条款可能存在适用期限的限制。	

综上分析，在对“一带一路”沿线国家进行投资之前，应对双重征税的法律风险予以特别注意，不能仅仅因为某国税收特别优惠就盲目作出投资决定。列如，马来西亚和柬埔寨都存在税收优惠政策，但同一中国企业分别在两国投资，在马来西亚享受的税收优惠可在中国视同缴税抵免；但在柬埔寨投资取得的税收优惠，则在中国不能视同缴税抵免。[8]

三、“一带一路”背景下“走出去”存在的法律和制度机制不足和问题

当今世界正处于冷战结束以来最深刻、最剧烈、最复杂的历史变革期，人类社会正面临百年未有大变局。在此背景下，形形色色的保守主义、孤立主义、单边主义和新霸权主义大行其道，反全球化、反区域合作、反文明互鉴的政治思潮和社会运动逆势来袭。国与国之间的互信缺失和全球层面上的治理缺失，相互交织，彼此推涌，世界的和平与发展面临许许多多共同性的威胁和挑战，我国企业在“走出去”的过程中难免会遭到政治、经济、法律等风险。下面主要是法律方面的风险和问题的考量

（一）境外投资保护的立法体系构建存在不足。在“一带一路”战略背景下，中国企业走出去所面临的法律体系主要包括国内法和国际法，而其中存在的问题主要表现在以下几个方面：

一是境外投资管理立法欠缺。国际立法滞后性引发制度缺位。目前各国在对待外来投资的立法依据多是根据双边协定或多边协定为主，缺乏一套可供遵循的国际立法根据，而“一带一路”战略实施沿线国家级其他响应倡议的国家相对较多，这些国家在处理中国对其的投资时，往往只能根据实际问题来制定具体的处理措施，而在处理过程中不可避免的会因国际法与国内法的内容差异而存在一定的矛盾冲突。

二是国内境外投资保护和监管的国内立法有待完善。当前中国企业“走出去”规模的不断扩大，涉及国家的不断增多，中国境外签订的双边投资协定大多是原则性的，其法律

[8]《“一带一路”宏观及国别法律风险分析》，崔海燕 于振芳，《“一带一路”法律服务情况汇总》，2020 年 11 月。

性质属于“倡议”，而非具有强制约束力的公约或条约。现行法律中境外投资立法滞后，缺乏保护海外投资的法律制度，目前中国企业对外投资依据的国内法主要是主要依靠国家发改委、商务部、财政部、海关总署等部门的规章或规范性文件，而各部委出台的规章，甚至还存在政出多门，管理分歧的现象，无法维护所有“走出去”企业的合法权益，制定我国的境外投资保护法应加快立法进程。同时，必须对境外投资加大监管力度，尤其是国有资金投资，应强化监管国有资本运营是否服务于国家战略，是否影响国家安全，是否属于国民经济命脉的重要行业或关键领域等，确保国有资本境外投资的风险管控，确保国有资本收益和增值、保值。

三是国家间的双边投资协定有待于完善和加强。双边投资协定主要是调整缔约国之间以及缔约国投资者之间因国际直接投资而产生的权利义务关系，是国家间互相信任和营造互利共赢的良好投资环境的重要因素，而且双边投资协定是国际条约，对缔约国具有强制约束力，双边投资协定还是国内法的重要渊源，国内法不能与条约内容相抵触，对投资者来说是一种非常有利的法律保障保障和透明的、可预期的投资环境。当前，与我国签订双边投资协定的国家仍然处于碎片化状态，故能否建立一个“一带一路”沿线国家的多边投资协定，或者与东盟自由贸易区协定、区域全面经济伙伴关系等切合起来，对投资规范、市场准入、东道国管理权、投资争端解决等约定，从而完善国际投资法治化营商环境。

（二）海外投资保险制度不完善。具体表现在，其一，我国《对外贸易法》第二条规定的的保护对象只涉及到了货物及技术进出口和国际服务贸易，而不包括海外投资。其二，西方发达国家常规、重要的海外投资保险法律制度，我国目前还没有相关的法律规定。海外投资保险制度是资本输出国政府提供的为鼓励向海外投资，对本国海外私人投资者遇到的如外汇险、征用险、战争险等政治风险；以资本输出国财政资金为理赔后盾，理赔后，根据与东道国的双边协定，保险机构可以资本输出国国家名义向东道国索赔即代位追偿权的保险制度。海外投资保护的保险制度存在许多空白和漏洞。“一带一路”倡议下,海外投资保险制度的不完善已经成为中资企业“走出去”的限制。在“一带一路”战略背景下，中国企业“走出去”主要集中于西亚、东南亚、东非等地，一般情况下能够享受当地投资政策优惠，但同时也需要承受当地政局动荡、政策多变的风险，而中国海外投资保险制度的缺失，在一定程度上会使中国企业的对外投资面临较大的风险。尽管中国出口信用保险公司已开始海外投资保险业务，但海外投资保险制度我国尚未出台相关法律、法规予以确认，使得海外投资保险制度面临许多亟待解决的问题。

（三）对外投资中“合同群”的法律风险。对外投资企业由于投资金额大,涉及的利益公司多等特点,许多大型企业间的许多复杂项目,需要考虑协调和处理利益各方关系时是否会对项目的正常运行、合同实施产产生影响。比如一个合同群可能包括项目材料的买卖合同、运输方面的承运合同、项目工程中的履约合同等。如果其中一个合同出现问题或一个环节出现延迟都将会导致整个项目无法正常实施,该项目的前期投资无法收回,后期因项目搁置而产生的各种费用也将随之增加。所以，“合同群”的法律风险将会给投资者带来无法

估计的损失。

（四）行政管理不规范、行政监管机制有待提高。首先，由于国际经济竞争关系的存在，使得中国企业在“走出去”过程中往往会面临严重的“泛政治化”执法，其中又以欧盟国家和地区表现得较为突出，这给中国企业“走出去”带来了一定的困难。其次，中国境外投资管理缺乏针对性和有效性。中国企业“走出去”的过程中，首先要作为行政法律关系的相对人，向发改委、商务部、外管局等相关部门申请境外投资的行政审批，通过审批，进入东道国后，东道国政府则根据本国情况对外来投资行使行政管理职权，其中主要包括项目审批，投资范围、出资比例、期限限制，当地物资利用，外汇、环境保护、土地买卖政策等。

这一问题主要体现在三个方面：一是多头审批情况较为严重，中国企业在走出去之前，需要面临多个部委的审批；二是行政审批制度繁琐，存在同一份资料需要多次递交的情况；三是国家对境外企业的监管力度薄弱，仅仅依靠年度财务报告来对境外企业进行监管，不仅不能保护境外企业遭受的不合理损失，也不能对非法经营、转移财产的中国企业形成监管。

（五）企业法治意识不强，缺乏法律风险防范制度。

1、企业法治意识薄弱。通过笔者实践经历，结合一些机构和专家学者对过对“走出去”企业失败样本”的分析，“走出去”企业失败的主要原因是企业法治意识不强所产生的法律风险。具体表现为企业对外部法治环境认识和把握欠缺和企业内部法律风险预防与化解制度不完善两个方面。因外部法制环境认识和把握不正确所引起的法律风险具体表现为，对东道国法律及习惯认识与掌握不足、缺乏企业社会责任意识等原因，所导致的违背东道国环境保护及劳工保护法律而“走出去”失败。如中国海外工程有限公司因对波兰的法治状况及市场制度认识错误，以中国基建行业低价投标的“潜规则”中标波兰高速公路后，导致最终巨额亏损。其二，资源类海外投资一般投向投资门槛低、生态较为脆弱、经济不发达且环境保护法制不完善的发展中国家如亚、非、拉美地区。如果缺乏保护东道国环境并促进其可持续发展的企业社会责任及法治意识制度，则很容易引发导致投资的失败的环境违法问题。其三，随着国际人权保护的重视和加强，“工作中的人权”劳工标准及劳工法律保护意识，直接影响着“走出去”企业的生存及其国际竞争力。根据中国与全球化智库“失败样本”分析的结果显示，约 1/3 的投资事件失利或终止是由于忽视或不熟悉东道国劳工法律制度。

2、企业“走出去”内部法律风险防范制度不健全。具体表现为，其一，企业法律风险防范机制落实不到位，合规审查制度不健全或形同虚设。一般来说，私有企业往往是基于股东或大股东的意识，虽然有防范风险的意识，但由于这些人往往不是法律专业或缺乏国际法律保护的相关知识。例如，中海外波兰高速公路亏损案例就是明显的示例。其二，知识产权保护意识不强，知识产权因其他国外主体抢先申请国际或东道国保护权利而丧失。

“走出去”企业知识产权被侵权或被抢先注册保护，既有可能是因为东道地区或国家的法治不健全、保护政策和执法力度不够，也有可能因企业法律意识不强，海外知识产权保护不重视。以商标权为例，如印尼抢注了“飞鸽”自行车商标，在欧盟“红星”二锅头商标被抢先注册，培育了 20 多年的联想品牌标志“Legend”因被多国注册只能启用“Lenovo”。其原因主要是我国企业自身商标专利申请不积极、人财物投入少并且商标管理制度不健全而导致品牌受损。

3、部分中国企业规则意识不强。在“一带一路”战略背景下，中国企业存在扎堆“走出去”的现象，部分国家项目招标过程中，往往是几家中国公司在竞争，最后其中某一家以十分不合理的价格获取了该项目，然后在后续建设过程中，依靠政治手段来化解资金问题，例如曾经南北车在对外投资过程中就经常存在恶性竞争后，通过政治手段来化解投资运营中的问题，这在一定程度上损害了中国企业和国家形象。

四、中国企业“走出去”防范风险、提升法律保障的思考

适应经济全球化的发展，我国企业“走出去”是大势所趋；经过 8 年努力，共建“一带一路”已经取得了重大成效，为我国企业“走出去”奠定了良好基础。企业“走出去”，参与“一带一路”建设，既是机遇，也有很大风险。因此，共建一带一路，其范围并不限于经济环境的共建，而是整个社会环境系统的共建，其核心是法治环境的共建，这是国际法治建设的一个有机构成。因此，**加大对“一带一路”战略下中国企业“走出去”法律问题的研究，应当通过完善法律框架，推动双边投资协定范本的制定，积极推动多边投资协定的谈判与建设等措施来加以应对。**

（一） 遵循的几个原则

一是维护国家安全原则。

二是政府引导和监管原则。

三是保障投资安全原则。

四是完善法治化营商环境原则。

五是促进合作互利共赢原则。

六是推进构建人类命运共同体原则。

（二）推进“一带一路”背景下的对外投资法律风险防范和化解。

我国企业“走出去”投资法律风险的产生和防范化解， 一方面不仅受到“一带一路”沿线各国文化、法律制度差异、国家管辖权不规范、国际协定不完善等的影响，“走出去”企业风险防范意识不足也是主要原因。因此，避免“走出去”投资风险不仅需要国家的支持和保障，也需要海外投资企业增强自身风险管控能力。

第一， 国家层面

国家是企业到“一带一路”沿线国家进行海外投资的坚强后盾，在企业海外投资风险防范中发挥着不可替代的作用。作为投资企业母国，我国可以从体系建设、制度完善、政策供给、法治保障、社会参与等各个方面着手推进，对“走出去”企业投资风险加强防范。

1、推动构建“一带一路”国际经贸规则。一是加快与“一带一路”国家沿线国家签订自由贸易协定。经济全球化背景下,贸易频繁往来,区域性贸易协定的数量不断增加,“一带一路”沿线中,达成长期贸易伙伴关系的国家中,有些国家同我国经济发展水平相近,历史文

化相通,在签订双边或多边贸易协定时,是规避国际贸易环境中法律风险的重要防范措施。因此,中国企业在“走出去”的过程中,同东道国政府或企业之间签订区域性自由贸易协定是必要的国际性保护手段，而目前已经签订的国家/地区还很少，对“一带一路”倡议的落实带来难度，所以需要加以关注并推进。二是整合“一带一路”沿线国家区域的经贸规则，制定“一带一路”国际规则，**积极推进与“一带一路”沿线国家和地区的双边、多边或区域的沟通协调，增加互信，共同保护和促进投资的自由化，**将“一带一路”国际规则和自贸区国际规则统一起来，使“一带一路”国际规则、自由贸易国际规则和其他国际规则有机统一、相辅相成。[9]

2、要构建及完善行政管理体系，营造良好的境外投资营商环境。“一带一路"沿线国家在经济、政治、文化及宗教等方面都存在一定差异，行政管理、营商环境同样如此，我国企业“走出去”风险必然不同程度存在。优化、提升我国发改、商务等相关行政机关部门的服务，能够在一定程度上保障我国企业“走出去”前能对目的国有个全面的了解，增强风险预估，从而提升抗风险的能力。浙江省发改委、省商务厅都分别设立了“一带一路”服务中心一类的机构，为企业“走出去”提供相关信息、培训等服务。其次，由于“一带一路"沿线国家大部分为发展中国家，部分国家政局不稳、信用缺失，可以及时提示预警机制，减少信息不对称而盲目投资带来风险。最后，我国应当优化“走出去”项目申报、纳税等程序，提高工作效率。同时，我国应当积极与那些效率极低的沿线国家沟通协商，争取简化审批流程，让我国“走出去”投资企业土地、税收等方面获得便捷。如加强国际税收协调，及时了解东道国政府的税收征管信息，使之做出合规的税收筹划。如在国际税收协定方面，我国应当加快谈判进程，尽快与尚未签订税收协定要加快促成相关条款的修订。

3、推进“一带一路”战略背景下的涉外法治保障建设。（1）调整和完善中国企业“走出去”法治保障。中国企业“走出去”的形式必然会朝多样化发展。因此，中国可以借鉴美国等国家在境外投资立法方面的经验，结合国内实际情况和“一带一路”战略的实际需求进行立法，如海外投资保险业务立法、海外投资保护立法、海外投资税收法律制度等，与时俱进，不断加强立法，构建法治保障，促进制度完善。如调整和完善国内税收规定，针对目前国内相关税收立法不完善的问题，我国应当调整和修订相关立法。例如，我国《企业所得税法》尚未单方面安排税收饶让制度，可以增加相关规定，解决国际重复征税问题，但根据“国际法优先”的原则，可能促成与“一带一路”沿线国家达成相互给予税收饶让的条款更为适宜。对于《财政部、国家税务总局关于完善企业境外所得税收抵免政策问题的通知》中“2017 年企业可以自行选择‘分国不分项’'或‘不分国不分项’限额抵免法，但 5 年内不得改变”规定的时间限制依然制约着境外所得税收抵免制度对海外投资企业防范国际重复征税的作用，使之难以有效适应在“一带一路”沿线国家广泛投资的实际需要。我国应当对这一规定做出适时修改。[10]**（2）加强国别法律和涉外法治研究，培养高素质涉外法治人才队伍，为“走出去”企业提供智力支持。**中国要走向世界中央，掌握、熟知、运用、改造国际规则为我们所用，这是国家软实力的一个非常重要的体现。当今世界正经历百年未有之大变局，中国日益走近世界舞台中央，**这是一个需要也一定能够产生大批高素质涉外法律服务人才的时代。司法部等几个部委也发布了**《关于发展

[9] 殷敏，黄思圆：《“一带一路”沿线国家经贸规则之中国方案》，《“一带一路”法律研究》（第一卷），知识出版社，2020 年 6 月。

[10] 岳树梅，黄秋红：《我国企业在“一带一路沿线国家税收法律风险防控研究”》，《“一带一路”法律问题研究》（第一卷，知识出版社，2020 年 6 月）。

涉外法律服务业的意见》，要求加强涉外法律服务队伍建设，培养储备一批通晓国际规则、具有世界眼光和国际视野的高素质涉外人才队伍，为“一带一路”建设等国家重大发展战略、为中国企业和公民“走出去”、“为我国重大涉外经贸活动和外交工作大局提供智力支持和法律服务” 。政府要强化扶持保障措施，加大政府采购涉外法律事务力度、支持涉外法律服务业税收政策，建设涉外法律服务机构，支持国内所在境外设立分支机构、海外并购、联合经营，在世界主要经济体和所在国设立执业机构等要求。

4、探索构建“一带一路”争端解决机制。“一带一路”建设中的多元化纠纷解决机制应当包含多种救济方式，除了包括涉外谈判、协商等私力救济，还有包括人民调解、国际商事调解和国际商事仲裁等社会救济，最后主要用于涉外民商事案件与海事海商案件的涉外商事审判庭、海事法院、互联网法院等司法公力救济，其中包括诉调对接的多元化解纠纷机制。 建立高效、便捷、有效的国际商事纠纷多元化解机制，从而依法妥善化解“一带一路”建设中产生的商事争端，平等保护中外当事人的合法权益，对于“一带一路”发展推进和中国企业“走出去”发展至关重要。2018 年 1 月，习近平总书记主持召开中央全面深化改革领导小组会议，审议通过了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》，提出研究借鉴现行国际争端解决机制的有益做法，设立符合“一带一路”建设参与国国情特点并被广泛接受的国际商事争端解决新机制和机构，公正高效便利解决“一带一路”建设过程中产生的跨境商事纠纷。2018 年 6 月 29 日，最高人民法院分别在深圳、西安挂牌成立第一、第二国际商事法庭。根据《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》，国际商事法庭仅受理平等商事主体之间在贸易、投资等领域产生的争议，不受理国家与国家之间的投资、贸易争端，也不受理投资者与东道国之间的国际投资争端。同时，最高人民法院牵头组建国际商事专家委员会，推动建立诉讼与调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制，形成便利、快捷、低成本的“一站式”争端解决中心。浙江杭州建立了世界上第一家“互联网法院”后，北京也建立了互联网法院，国家发改委 2021 年营商环境改革创新事项中，要求在试点城市的市法院建立“涉外商事一站式多元化解中心”。以上这些，为构建网上网下“多元化解”为特征的极具中国特色的纠纷解决机制具有可行性，也能打造出国际商事化解的“中国样板”。

第二：企业层面

中国企业“走出去”风险防范的有效措施就是国际投资区域协定，关注区域层面的国际投资政策的新方向，做好法律政策预警，寻找合适投资契机。同时，需要企业自身要遵守规则、掌握市场情况，同时要注意涉外法治人才的培养，招聘一些具有相关专业知识的员工,善意运用国际规则和法律机制维护自己的合法权益。

1、树立规则意识。尽管有些“一带一路”国家“比较乱”，但都还是要遵循最基本的市场规则的，因此企业的投资、经营活动首先就必须按市场规律办。在基本的市场规则下，企业要认真做好市场调研，选择确定好有市场发展前景的经营项目，并按照市场规则开展经营活动。只有这样，才能保证企业经营活动具有财务上的可持续性，控制好市场风险。

2、维护好政府关系。既要认真研究项目所在国政府的性质、特点、结构、职能、运行方式等，也要了解政府的重要政策及其制定程序和其对企业发展的影响；加强与相关政府部门的联系，协助政府推动相关工作，建立良好的互信与理解，争取政府对企业发展的支持。

3、承担社会责任。要有共同发展、共赢互利理念。企业要融入当地社会，尊重东道国政府和人民，建立信任、理解，多为当地老百姓提供新的就业机会，为当地消除贫困作贡献，同时要注意做好环保工作，遵守项目所在国和所在地法律，积极参与公益活动，助力于推进当地的可持续发展事业。

4、注重文化交流。中国企业“走出去”不仅是资本、技术的输出，更是一种文化的碰撞和融合，文化因素是不容忽视的重要方面，文化融合是中国企业“走出去”的更高境界，文化包括一个国家或民族的历史、地理、风土人情、传统习俗、生活方式、文化艺术、行为规范、思维方式、价值观念等丰富多彩的内容。

5、掌握法律政策武器。中国“走出去”，法律政策因素对项目成败的影响可能性越来越大。很多企业对工程建设及其投资回报方面的研究还是挺深入的，但对项目所在国的政党政治、政府行为、营商环境、项目管理、运营模式等方面的研究很不够，因此往往容易在这些方面出问题，出了问题后也都没有好的预案和应对之策。所以要加强对境外投资政策、所在国法律环境的了解，减少信息失真和信息不对称，建立可靠的稳定的风险意识和风险防控应对方案，必要时运用法律武器来捍卫自己的正当利益与权利。

参考文献：

1、陆晓强，“一带一路”战略下对外贸易法律问题研究论述[J].法制博览,2017，(20):166.

2、张瑞婧，“一带一路”建设中法律问题研究[J].法制博览,2017

3、梁咏，中国投资者海外投资法律风险与风险防范[M].北京:法律出版社,2010:85

4、刘勇，“一带一路”投资风险及其法律应对——以“尤科斯诉俄罗斯案”为视角[J].环球法律评论,2018[…]

摘自：“一带一路”倡议下中资企业“走出去”风险防范法律对策研究

5、郑之杰主编，《“走出去”法律问题与实践》，法律出版社，2016 年 8 月版。

6.王丽编著，《“一带一路”国际商事调解》，北京大学出版社，2020 年 5 月版。

国际私法中经济制裁法律适用问题初探*

沈玫*

【摘要】：随着经济的发展，国家对经济干预的加强，经济制裁这一具有“公法”属性的法律渗透到私法领域，影响私主体之间的合同关系。经济制裁法律在国际私法中的适用面临困境，经济制裁法律的“公法”属性与国际私法调整私主体关系存在冲突，“统一论”、“特殊联系理论”和“合并论”以及实体法的方法为解决这一问题提供了思路和方向，但依旧难以形成解决这一问题的统一方案。通过对上述三个理论的辩证分析和对实践中涉及经济制裁案件的剖析研究，未来经济制裁法律在国际私法中的适用可以通过双边或者多边协议，以及各国之间的互惠关系来解决，并在此基础上发展一套关于公法性强制规范适用的体系，这一体系不是一个新的法律分支，而是关于公法性强制规范适用的系统化的规则，是国际私法冲突法规则的完善和补充。

【关键词】：经济制裁 法律适用 强制性规范

引言

经济制裁被视为“看不见的战争”[1]。近年来随着全球经济的深入发展，各国国家利益的差异，经济制裁愈发成为法律难题。一方面，经济制裁法律既有国内法又有国际法，法律本身复杂且快速变化；另一方面，现阶段经济制裁的影响呈现出前所未有的扩张，越来越多的跨国企业和公司面临着被经济制裁的风险，但现阶段还没有形成关于经济制裁法律适用的统一观点。根据相关统计，自 2008 年至 2020 年，美国海外资产控制办公室（The Office of Foreign Assets Control of the US Department of the Treasury，简称 OFAC）处罚的案件数量和处罚金额如下：

* 本论文仅供“中国国际法学会习近平法治思想与国际法研讨会暨 2021 年学术年会”会议使用，不得他用和引用。

* 沈玫，北京大学法学院 19 级博士研究生。

[1] Joy Gordon, *Invisible War: The United States and the Iraq Sanctions*, Harvard University Press, 2010, p. 1.

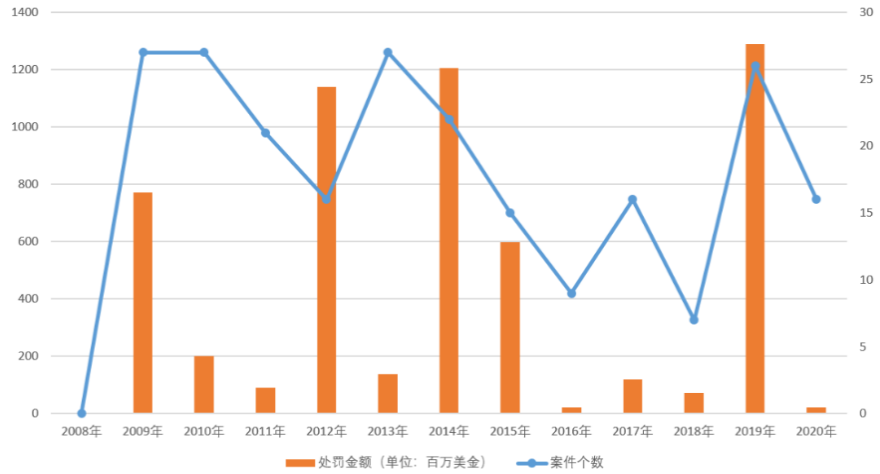


图 1 2008 年至 2020 年美国 OFAC 案件数量和年度处罚金额统计[2]

从上图来看，仅 2019 年，美国 OFAC 处罚的金额就高达 13 亿美元。经济制裁通常是通过禁止有关国家的公司和个人向其他国家提供特定的商品或服务，所以经济制裁的影响主要通过私主体之间的国际民商事交易体现出来。由于经济制裁是受公法管制的强制措施，因此当涉外民商事交易因为经济制裁引发争议的时候，如何利用国际私法现有规则处理涉及经济制裁的民商事纠纷就显得十分必要，论文正是在此基础上进行的研究。

一、问题的提出

现代意义上的经济制裁通常被定义为制裁发起方（sender）针对目标国（target）采取的强制性经济措施，其目的是迫使目标国改变其政策或者行为。[3]根据制裁对象的不同，学者们将经济制裁分为“一级制裁”（primary sanction）和“二级制裁”（secondary sanction）。“一级制裁”针对的是目标国，它禁止本国人与目标国进行贸易往来；“二级制裁”禁止第三国与“一级制裁”下的被制裁国进行贸易。由于二级制裁是将制裁范围扩大到与原目标国有经贸往来的第三方国家，因此他们被称为“域外适用的经济制裁”（economic sanctions with extraterritorial application）或“具有域外效力的经济制裁”（extraterritorial economic sanctions）[4]

传统上，经济制裁受制于大陆法意义上的“公法”[5]，由行政机关来执行。例如美国的经济制裁法律主要通过财政部下属的海外资产控制办公室（The Office of Foreign Assets Control of the US Department of the Treasury，以下简称 OFAC）管理的特别指定国民清单（Specially Designated Nationals and Blocked Persons List，简称 SDN 清单）、国务院下属的经济制裁政策与实施办公室（Office of Economic Sanctions Policy and Implementation，简称 SPI）和国家安全与不扩散局（Bureau of International Security and Nonproliferation，简称 ISN）以及商务部下属的工业与安全局（Bureau of Industry and Security，简称 BIS）来具体

[2] 统计信息见 https://mp.weixin.qq.com/s/6EJa2ZOs4x2MmOLSr60KLA，最后访问时间 2021 年 4 月 2 日。
[3] Barry E. Carter, “International Economic Sanction: Improving the Haphazard U. S. Legal Regime”, *Cal. L. Rev.* Vol.75, 1987, p. 1166.
[4] 参见杜涛著：《国际经济制裁法律问题研究》，上海人民出版社 2015 年版，第 26-27 页。
[5] 参见杜涛：《国际商事合同中的经济制裁条款效力研究》，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 5 期，第 5-21 页。

执行经济制裁。随着各国经济政策从自由贸易主义向保护主义转变，国家对社会、经济干预的加强，私法日益受到公法的控制，许多典型的私法关系也加入了公法的因素。经济制裁法律虽然受制于“公法”，但同样也会影响到私主体之间的合同关系。例如合同当事一方以履行合同将违背经济制裁法律为由拒绝履行合同，双方合同争议诉至法院或者请求仲裁，此时经济制裁法律就直接影响了私法关系。国际私法作为一种“阀门”，将具有公法渊源的经济制裁传递到了私法领域。[6]

在一级制裁下，假定甲国是经济制裁的发起国，乙国是经济制裁的目标国。甲国对乙国发起经济制裁，禁止两国进行贸易往来。甲国的 A 公司与乙国的 B 公司签订一份长期供货合同，合同签订后，两国发起经济制裁，合同被迫中止（见图 2）。此时，A 公司与 B 公司之间合同争议的法律适用无论是基于双方的约定还是根据合同准据法均存在适用甲国、乙国或者第三国法律的可能性。进而在一级制裁下，处理国际私法中涉经济制裁案件的法律适用时，需要考虑被制裁国在法律上如何认定他国对于其国经济制裁的效力、当事人约定和准据法情形下所确定的法律是否包含公法性规范、经济制裁能否构成公共秩序和合同上的不可抗力等问题。

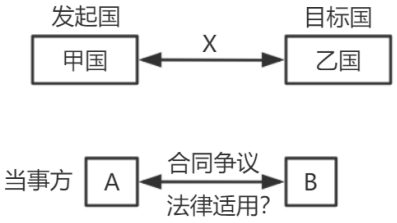


图 2 一级制裁下的合同争议

在二级制裁下，假定甲国是经济制裁的发起国，乙国是经济制裁的目标国。甲国对乙国发起经济制裁，禁止两国进行贸易往来。同时发起二级制裁，要求丙国也不得和乙国进行相关的交易。乙国的 C 公司与丙国的 D 公司签订一份远期合同，合同签订后，两国发起经济制裁，合同不能履行（见图 3）。此时，按照一级制裁合同争议的分析方法，C 公司和 D 公司之间合同争议的法律适用也存在适用甲国、乙国或者丙国的可能性。进而在二级制裁下也需要考虑的相关国家如何认定经济制裁法律的效力，经济制裁是否构成强制性的规范以及经济制裁是否构成合同法上的不可抗力等。

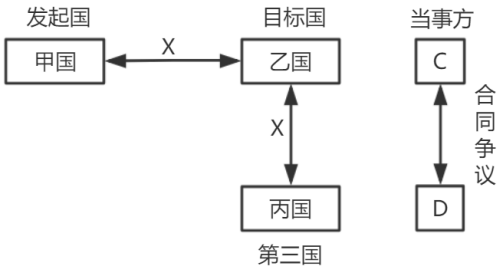


图 3 二级制裁下的合同争议

一国如何认定另一国经济制裁法律的效力会涉及阻断法案（Blocking Law）的内容，

[6] Szabados, Tamás. *Economic Sanctions in EU Private International Law*, Oxford: Hart Publishing, 2019.

这一部分研究以待后续跟进，本文主要研究的问题在于在涉外民商事争议中，经济制裁这一公法性质的法律能否被适用以及如何适用。由于经济制裁法律在涉外合同争议中的适用在很大程度上取决于国际私法的规则，因此必须审查国际私法体系如何对待经济制裁法律，以及这些经济制裁法律是如何纳入国际私法的逻辑中。

二、国际私法中经济制裁法律适用的理论和困境

当事人意思自治是合同领域冲突法制度的基石，[7]当事人有权为他们之间的合同选择适用最合适的法律，这在大多数国家的国际私法中得到了确认，例如《罗马公约》和《罗马条例I》都承认了当事人选择适用法律的可能性。[8]但是出于国家利益或者政策等原因，私主体选择适用的法律也会受到诸如”取而代之的强制性规范”（overriding mandatory provisions）[9]的干扰，这些强制性规范通过与合同发生联系而得到适用。经济制裁可以作为强制性规范纳入国际私法适用的法律范围，由于经济制裁属于公法性质的强制性规范，在法律适用过程中主要有两种方法，一种是通过冲突法规则适用强制性规范进行考量，另外一种就是从实体法层面进行考虑。

（一）通过冲突法规则适用强制性规范的理论

根据适用范围的不同，通过冲突法规则适用强制性规范的理论可以分为“统一论”（Einheitsankn ü pfunsgtheorie）、“特殊联系论”（Sonderankn ü pfungstheorie）和“合并论”。[10]这些理论的主要区别在于冲突法规则是否包含公法性的规范。

1. “统一论”（Einheitsankn ü pfunsgtheorie）

“统一论”是指通过当事人约定或者准据法而适用的外国法律，既包括该法律制度中的私法规则也包括公法规则，其中公法规则既包含法院地的公法规范也包括准据法所属国的公法规范，准据法所属国的公法规范只有在违背法院地的公序良俗时才会不被考虑，但是不包括第三国的公法规范。[11]随着国家对经济干预的加强，出现了私法向公法渗透，私法的公法化等现象，公私法之间的划分日益模糊，“统一论”顺应了当前公私法划分日益模糊的背景，更好地保障法律的确定性。这一理论也符合当前一些国家的立法实践，例如《罗马条例I》第 9 条第 3 款规定当合同义务将要或者已经在一国履行，一旦该国的强制性规则认为其履行违法，那么该国的强制性规则的效力就应当予以考虑。该条款中的强制性规则被称之为“取而代之的强行性规则”或者“优先性强制规则”（overriding mandatory provisions），这一规则存在于一国保护公共利益的领域中。[12]《瑞士联邦国际私法》

---

[7] 参见李凤琴：《欧盟合同之债法律适用的新发展》，《时代法学》2010 年第 2 期，第 105-112 页。

[8] 例如《罗马条例I》第三条规定合同由当事人选择的法律所管辖。

[9] 弗朗西斯卡基斯发现在一些判例中存在法院地国家的某些法律由于其实质目的，可以独立于双边冲突规则而直接适用，他将这些规范称为“直接适用的法”（lois d’application immediate)或“警察法”（lois de police）。在英文文献中“直接适用的法”被普遍称之为“强行规范”（mandatory rules or peremptory norms），在欧盟官方文献中通常被称为“取而代之的强行性规范”（overriding mandatory provisions）。相关内容参见肖永平、龙威狄：《论中国国际私法中的强制性规范》，《中国社会科学》2012 年第 10 期，第 107-122 页。

[10] Szabados, Tamás. *“Series Editor’s Preface.” Economic Sanctions in EU Private International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2019. p.29.

[11] Id. P. 31.

[12] 参见李凤琴：《欧盟合同之债法律适用制度的新发展》，《时代法学》2010 年第 2 期，第 105-112 页。

（1989 年）第 13 条也规定：“本法对外国法的指定，包括所有依该外国法适用于该案件的法律规定。不得仅以该外国法律规定被认为具有公法性质而排除其适用。”[13]

2. “特殊联系论”（Sonderankn ü pfungstheorie）

“特殊联系论”最早起源于温格勒（Wilhelm Wengler）。[14]由于国际私法主要是解决私人之间的利益冲突，因此冲突法规则指向的法律仅指规制私法关系的法律。只有当外国公法规则与该法律争议之间存在特殊联系时才有可能适用。这里的外国公法规则既包含准据法所属国的公法规则也包含第三国的公法规则。除了要求具备特殊的联系这一条件之外，“特殊联系理论”还要求该公法规则设立之初就有被在这一情形下适用的意图，并且不得与法院地国的公共秩序相违背。[15]即使外国公法规则与该法律争议存在特殊的联系，但是与法院地国的公共秩序相悖，则依旧不能够被适用。更有学者进一步指出，法院地国适用外国“取而代之的强制性规范”（overriding mandatory provisions）的前提是该规范所代表的利益或者价值是与法院地国一致的和共享的。[16]由于适用“特殊联系论”适用外国公法时，需要同时满足“特殊联系”、“适用意图”和“不违背法院地国的公共秩序”三个条件，因此实践中运用该理论，外国强制性规范被适用的可能性很低。

3. “合并论”

“合并论”结合了“统一论”和“特殊联系论”的内容，被适用的外国法律，既包括该法律制度中的私法规则也包括公法规则，其中公法规则既包含法院地的公法规范也包括准据法所属国的公法规范（这是“统一论”的内容），同时，如果第三国的公法规范与法律争议之间存在特殊联系，则第三国的公法规范也可以被适用（这是“特殊联系理论”的内容)。目前关于这一理论是否可以平衡上述两个理论的利弊，以及这样的“合并”是否合理还存在很多争议。[17]

（二）实体法的方法

上文主要是用冲突法的方法来考量法律适用，这是国际私法处理私主体争议的第一阶段，即确定法律的适用。而实体法的方法则是处理争议的第二阶段，该方法的基本思路在于把违反第三国的某项经济制裁法律当作事实来看待，如通过实体法上的“公序良俗”、“不可抗力”、“合同落空理论”等内容，法官在此基础上运用自我裁量权去判定合同的风险分配。[18]

将经济制裁作为事实问题进行考量具有很大的灵活性。法官的自由裁量权将得到很大

---

[13] 北大法宝引证码 CLI. FL. 224，详细内容参见网址 https://www.pkulaw.com/iel/5dda14feba0611341f8dfa8439c07552bdfb.html?keyword=%E7%91%9E%E5%A3%AB%E5%9B%BD%E9%99%85%E7%A7%81%E6%B3%95，最后访问时间 2021 年 4 越 5 日。

[14] See Wilhelm Wengler, “Die Ankn ü pfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht” (1941) 54 ZvglRW 168 .

[15] Szabados, Tamás. *“Series Editor’s Preface.” Economic Sanctions in EU Private International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2019. p.29.

[16] Bernhard Grossfeld and C Paul Rogers, “A Shared Value Approach to Jurisditional Confl icts in International Economic Law” ,(1983) 32 International & Comparative Law Quarterly 931, 939 .

[17] See Kerstin Ann-Susann Schäfer, *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*, Peter Lang GmbH, 2010.

[18] 参见杜涛：《国际商事合同中的经济制裁条款效力研究》，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 5 期，第 5-21 页。

程度的发挥。当事方在签订合同时，为了增加争议解决的确定性，可以在合同中约定不可抗力条款和免责条款，同时要将属于不可抗力或者免责事项的具体的“制裁”内容列举出来，明确在哪些情形下合同义务方不履行合同义务可以免责，比如由于受到金融领域的制裁，资产被冻结无法履行合同，或者一方当事人被美国列入经济制裁名单，而另一方当事人的产品或者服务来源于美国，所以无法履行合同等。另外，还可以在合同中约定受制裁的一方有义务及时通知另一方，并且受制裁一方有义务尽最大的努力获取相关的“许可证”或者“豁免”。最后要明确“已经在制裁名单中”和“继续履行合同将导致被制裁的风险”的不同，对于后者，要区分“风险”在何种情况下可以成为免责的是由。运用实体法的方法考量经济制裁的内容将结合下文的实践进行分析。

（三）国际私法中经济制裁法律适用理论的困境

经济制裁法律具有公法性质，包含有太多的政治因素，其背后所代表的更多是国家的利益，这与国际私法下涉外合同更多考虑私人利益的平衡存在着冲突，而经济制裁法律的影响主要通过涉外民商事交易体现出来，因此在国际私法中考虑经济制裁法律的适用面临着困境。上述三个理论从不同的角度为经济制裁法律在国际私法中的适用提供了思路，但在适用中也存在很多的困境。

“统一论”本身的弊端在于混淆了公共利益与私人利益。在冲突法规则之下，公法性规范只有在为了确保双方当事人权利地位平等时才可能被适用，例如在涉及消费者权益保护的合同中。但在涉及经济制裁法律适用的涉外民商事争议中，经济制裁的法律本身含有许多政治因素，更多考虑国家的利益，而合同的当事方却是平等的私主体，本身并不存在适用公法性规范的因素。另一方面无论是基于当事人的约定还是根据冲突法规则的指引适用外国的法律，当事双方更多的是希望选择一个中立的法律去解决未来可能发生的争议，而不是为了适用公法性规范，甚至公法性规范的适用超过了当事人的预期，因此，将经济制裁法律通过“统一论”的方法适用于国际私法中的案件是不合理的。

“特殊联系理论”的缺点之一在于“特殊联系”缺乏客观的判断标准，同时适用该理论时需要考量外国法律所代表的价值，这本身就与法律的中立性相冲突。还有学者认为国际私法中的多边冲突规则不适合作为追求外国经济和政治利益的强制性规则适用的方法，国际强制性规则服务于国家的经济和政治目标以及颁布国的利益，而合同的一般冲突法规则并没有考虑到这些目标。[19]还有人认为，多边冲突规则是基于平等原则，因此也是基于法律制度的互换性，然而，如果一项规则服务于一国的经济和社会政治利益，这种平等和互换性就不再合理。[20]

“合并理论”在刚开始提出之时就受到了很多争议，这一理论也无法从根本上解决上述两个理论固有的缺点。因此有学者提出必须建立一个独立的新的冲突规则制度，涉及干预私人合同的国际强制性规则的适用。它包括不同法律制度中的单方面强制性规则，并尝

[19] See Kerstin Ann-Susann Schäfer, *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*, Peter Lang GmbH, 2010.
[20] *Id.* pp. 137-177

试将其适用的条件进行系统化处理，这种法律选择制度并不是一个新的法律分支，而是从几个法律领域收集的强制性规则的系统化处理。这种法律冲突制度并不会取代传统的国际私法，而是对其进行补充，它的存在具有重要意义，这也是当前由自由国家向现代福利国家转变的结果和要求。[21]

经济制裁法律这一具有公法性质的强制性规范的适用与传统国际私法下处理法律适用的规则的冲突将一直存在，只要世界上仍然并存着代表不同国家利益的法律体系，而每个国家都不能通过否认所有国家的经济制裁的法律的效力来解决这一问题，否则国际贸易就无法进行，那么这一冲突就不会消失。经济制裁这一公法规范在私主体之间的适用存在争议，在“统一论”下法院地国和准据法所属国的经济制裁法律应当被考虑，而第三国的经济制裁法律则不能够适用；“特殊联系论”则认为原则上经济制裁法律不能被考虑，但是如果第三国的经济制裁法律与争议存在“特殊联系”时，则可以被适用，但是关于“特殊联系”的标准尚没有准确的界定。因此也有学者认为应当存在一种独立的新的冲突法规则，它规制私人合同中的强制性规则的适用，是传统国际私法的补充。将经济制裁法律作为事实考量则更具灵活性，下文将从一些涉及经济制裁法律适用的国际私法案件出发，阐述实践中是如何处理这一问题。

三、国际私法中经济制裁法律适用的实践

国际私法中经济制裁法律可能存在于法院地国、准据法所属国和第三国三种情况，相应地，实践中上述三个情形下经济制裁法律的适用也存在着不同的处理方式。下文分别阐述法院地国、准据法所属国和第三国经济制裁法律适用的实践，最后聚焦于我国，分析我国法律和实践中如何处理经济制裁法律在国际私法中的适用。

（一）法院地国存在经济制裁法律

在涉外民商事争议中，法院地的强制性规范（包括公法性的强制性规范）直接适用得到了普遍的认可，例如欧盟《关于合同之债法律适用的公约》（以下简称《罗马公约》）第 7 条第 2 款就规定了“如果法院地的法律规范具有强行性，即使在合同应适用其他法律的情况下，本公约亦不限制此类规范的适用”，类似的规定在《瑞士联邦国际私法》（1988 年）第 18 条[22]、《联邦德国国际私法》（1986 年）第 34 条[23]、《意大利国际私法制度改革法》（1995 年）第 17 条[24]等中均有体现。目前关于法院地国强制性规范适用的实践有很多，大多以“直接适用的法”来体现，其中 Centro-Com 案[25]是经济制裁法律适用的典型案例，在经济制裁语境下去讨论更有意义。

Centro-Com 案是欧盟法院审理的一起涉及欧盟成员国经济制裁立法与欧盟经济制裁立

[21] 国内学者许军珂在其著作《国际私法上的意思自治》中也有类似的阐述，也赞同这一处理方法。具体内容参见许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社 2006 年版。

[22] 《瑞士联邦国际私法》（1988 年）第 18 条规定根据立法宗旨和案情，案情显然有必要适用瑞士法律的，则适用瑞士法律。

[23] 《联邦德国国际私法》（1986 年）第 34 条规定本小节并不影响德国法强制规则对合同的适用。

[24] 《意大利国际私法制度改革法》（1995 年）第 17 条规定尽管已指定外国法，但并不排斥由于其目的和宗旨而应予以适用的意大利法律的强制性规定。

[25] 参见杜涛著：《国际经济制裁法律问题研究》，法律出版社 2015 年版。第 241 页。

法冲突的案件，1992 年 5 月 30 日联合国安理会通过决议对前南斯拉夫联邦共和国（赛尔维亚和黑山）进行经济制裁，欧盟理事会 1992 年 6 月 1 日也通过了这一决议，与联合国保持一致。这一决议的内容是禁止欧盟成员国向前南斯拉夫联邦共和国出口日用品和工业品，但医疗物资和食品除外。英国为了实施该条例于 1992 年 6 月 4 日颁布自己的决议，禁止一切与前南斯拉夫共和国的的贸易，包括医疗物资和食品。Centro-Com 公司是一家意大利公司，得到意大利政府允许后，该公司与塞尔维亚的一家公司签署了出口医疗物资的合同，合同款项通过英国的银行进行支付。因为英国颁布了自己的决议禁止包括医疗物资在内的与前南斯拉夫的所有贸易，因此英国的银行不再提供该合同项下的支付服务。Centro-com 公司向英国法院起诉该英国银行。法院向欧盟法院寻求建议。欧盟法院认为英国可以自行制定自己的安全政策，但是不能与欧盟的共同商业政策相违背。

在这一案件中，法院地即英国存在自己国家的经济制裁法律，但本身经济制裁的内容与联合国和欧盟经济制裁的内容不一致，根据欧盟经济制裁法律体系，由欧盟理事会表决通过的欧盟条例直接适用于成员国，并且作为欧盟法律的一部分，优先于与之相冲突的成员国国内法，在具体个案中，由于欧盟境内并存着多个法域，欧盟条例的规定往往无法面面俱到，所以仍需要成员国基于欧盟条例进一步制定与之相配套的法律法规，保障欧盟条例的实施。[26]欧盟法院认为英国可以制定自己配套的法律法规，但是不得与欧盟的共同商业政策相违背，间接地表示英国配套的规定不能够适用到欧盟成员国之间的交易。这一案例也从侧面说明了虽然法院地国的强制性规范被普遍适用，但是法院地国的经济制裁法律，存在不被适用的可能，如果法院地国经济制裁的法律与联合国经济制裁的内容相违背，或者违反国际法，则私主体之间的合同可以不适用法院地国的经济制裁法律。这也为处理以美国为首的单边制裁提供了思路，如果美国的单边制裁影响了私主体之间合同的履行，当事方可以从证明这一单边制裁违反联合国相关法律或者国际法的角度出发，排除经济制裁给合同带来的不确定风险。

（二）准据法所属国存在经济制裁法律

准据法所属国存在经济制裁的法律，是否能够在法院地国得到适用一直以来备受争议，上述的“统一论”和“特殊联系论”为处理这一问题提供了解决思路，但正如上文的研究，“统一论”和“特殊联系理论”自身均存在争议，也有学者更是直接反对将准据法所属国包含经济制裁等内容的公法性强制规范适用于法院地国，并指出这是企图将一国的国内法律观念进行国际化处理，[27]而本身各国法律观念差异巨大，适用准据法所属国的强制性规范甚至可能违背法院地国的公共秩序。还有研究认为只有在准据法所属国与法院地国之间存在双边条约或者互惠义务时，此时准据法所属国的公法性强制规范才有被适用的可能。[28]

不管是理论层面还是实践层面，确定准据法所属国强制性规范在法院地国适用的标准

[26] See Matthew Happold & Paul Eden, *Economic Sanctions and International Law*, Hart Publishing 2016, p. 236.
[27] 参见杜涛著：《国际经济制裁法律问题研究》，法律出版社 2015 年版，第 295 页。
[28] 参见许军珂著：《国际私法上的意思自治》，法律出版社 2006 年版，第 85 页。

和条件都十分困难，目前也没有产生一致的观点。与此相关的一个案子是瑞士 Procomex 公司和法国 Societe Barron 公司签订了一份委托合同，[29]瑞士的 Procomex 公司受法国 Societe 公司委托，将一批肉运往阿尔及利亚。但阿尔及利亚 1978 年《有关国家对对外商业垄断经营的法律》规定禁止任何代理商的活动，瑞士 Procomex 公司拒绝履行委托合同的内容，法国 Societe 公司诉至瑞士法院。法院根据阿尔及利亚的这部法律判定双方的委托合同无效。这一判决引起了极大地讨论，目前尚没有统一的结论。有学者进一步指出准据法所属国的强制性规范在法院地国被适用是有条件的，一是准据法所属国的强制性规范虽然是公法性的规范，但其立法的目的是为了保护个人的利益而不是国家利益或者政治利益，二是准据法所属国的强制性规范不得与法院地国的公共秩序相违背，也不得损害第三国的利益。[30]

经济制裁法律包含太多的政治因素，因此关于经济制裁法律的适用十分棘手，目前也没有产生一致性的观点，关于这一问题未来可以尝试从双边协议或者条约互惠的角度来解决。

（三）第三国存在经济制裁法律

所谓第三国指的是除了法院地国和准据法所属国之外的国家。第三国经济制裁法律的适用主要是指经济制裁法律的域外效力。根据制裁对象的不同，经济制裁可以分为“一级制裁”和“二级制裁”，甚至是“三级制裁”，由于二级制裁和三级制裁是将制裁范围扩大到与原目标国有经贸往来的其他国家，因此经济制裁的域外适用主要是指二级制裁和三级制裁。第三国经济制裁法律的适用有两个非常典型的案例被学者们广泛讨论，一是“传感器”案，二是 Regazzoni v. Sethia 案。“传感器”案是二级制裁下经济制裁法律适用的实践，Regazzoni v. Sethia 案则是三级制裁下的判定经济制裁效力的实践。

“传感器”案中，原告是一家法国公司，被告 Sensor 公司是一家由美国公司控股的荷兰公司。原告和被告签订了一份购买传感器的合同，该传感器用于支持苏联的天然气管道建设。当时美国存在对苏联的经济制裁，禁止美国的公司以及美国控制的海外公司与苏联进行贸易，被告根据这一经济制裁的法律拒绝履行合同，原告向荷兰法院起诉。法院审理认为，当事人之间没有约定准据法，根据最密切联系原则，双方的争议应当适用荷兰的法律。被告认为由于自己属于美国控股的海外公司必须遵守美国经济制裁的规定，无法履行合同，提出应按照不可抗力免除责任。法院认为美国要求美国境外的外国公司与其他国家公司之间的交易也要遵守美国经济制裁法律的规定，这是违反国际法的行为，同时在该案中也不存在属人原则和保护原则适用的条件，因此该合同争议与美国没有任何联系，美国经济制裁法律不得适用于该案中。Regazzoni v. Sethia 案中，涉及多方合同下的三级制裁的内容。英国的一家公司作为卖方与瑞士一家公司签订了黄麻纤维的买卖合同。合同中的黄麻纤维原产于印度，最终运往南非，合同约定适用的英国的法律。印度颁布了一项对南非种族隔离的制裁法令，禁止与南非进行贸易往来。基于这一法令，英国拒绝履行合同，瑞士诉至英国法院。英国法院的判决没有从准据法的角度过多阐述这一问题，而是认为印度

[29] Cour de Cassation, premiere chamber civile,Societe Procomex v. Societe Barron, Clunet 1992, 113et seq.
[30] O. Lando, “The Conflict of Law of Contracts”, Recueil des Cours, Vol.189, 1984, p.397.

作为英国的“友好外国”，印度的强制性规范应当被认可，要求当事人继续履行合同将会与公共秩序相违背，因此判定合同不可执行。

上述两个案件从不同的方面对经济制裁域外效力提供了新的思路。在“传感器”案中，法院还讨论了双方之间的交易是否违背法院地的公序良俗，法院认为如果违背第三国的强制性规范（具体是指案件中美国经济制裁法律）构成对法院地国公序良俗的违反，则这种违背第三国强行性规范的行为应当受到处罚，但是在该案中美国经济制裁法律不能构成法院地国的公序良俗，甚至如果法院尊重美国经济制裁法律的规定，则会导致对法院地国宪法性法律的违反，因此美国的经济制裁法律无法得到适用。该案从实践的角度论证了“特殊联系理论”中阐述的公法性强制规范的适用条件之一在于外国的法律与法院地国的法律存在共享的价值与利益。该案也说明了如果法院地国认为第三国的经济制裁法律违背法院地的公共秩序或者与法院地的价值观念相冲突，则第三国经济制裁法律不能够被适用。Regazzoni v. Sethia 案中，经济制裁法律的政治属性更为鲜明，英国与印度“友好的外国”在实质上符合两国共同的价值与利益。“特殊联系理论”中关于强制性规范适用的条件也符合这一案件的情形，只是这种共享的价值与利益难以客观评定，如果可以转化为法律中的双边协议或者条约互惠将是更好的解决方式。

（四）我国处理经济制裁法律适用的实践

正如上文阐述，法院地国的强行性规范应当适用已经得到了普遍的认可，我国《涉外民事关系法律适用法》第 4 条就规定了中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。在实践中，法官往往以“不得规避法院地的强行规范”或者“公共秩序保留”为由适用法院地的强制性规范。我国法院处理的涉及经济制裁的涉外民商事合同非常有限，而且也没有分别按照准据法所属国的经济制裁和第三国的经济制裁角度来审理相关的案件。更多是从实体法的方法去看待经济制裁是否能够构成不可抗力或者合同免责的是由。

杜涛教授在其《国际民商事合同中的经济制裁条款效力研究》一文中[31]提到了由天津市高级人民法院审理的“天津瑞福能源销售有限公司与北京中咨货运代理有限公司天津分公司、北京中咨货运代理有限公司、滨海海运香港有限公司海运欺诈纠纷案”（以下简称瑞福案）[32]和湖北省随州市中级人民法院审理的“广西易德科技有限责任公司与湖北耀星国际贸易有限公司买卖合同纠纷二审案”（以下简称易德案）[33]在瑞福案中，法院从实体法角度认为经济制裁对被告履约能力的影响不足以达到可以免除合同责任的程度，因此经济制裁法律对案件没有影响。在易德案中，虽然合同受到了美国对伊朗经济制裁的影响，但是我国法院的基本立场认为美国单边二级制裁违反国际法，不承认其效力，我国的法院历来不会遵守外国具有公法性质的强制规范在我国适用。

我国法院采取这样的立场符合我国法律的价值追求，但是一概不承认外国任何具有公

[31] 参见杜涛：《国际商事合同中的经济制裁条款效力研究》，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 5 期，第 5-21 页。
[32] （2014）津高民四终字第 77 号。
[33] （2015）鄂随州中民二终字第 00072 号。

法性的强制性规范容易造成跛脚判决。从实体法的角度去考虑经济制裁法律的适用，具有更强的灵活性，法官可以行使自身的裁量权，这种实体法的方法可以为我国法院处理涉及经济制裁合同争议提供一种思路。同时，随着全球经济的发展，国家对经济干预的加强，完全割裂公法与私法在民商事合同中的适用是不现实的，我国可以考虑借鉴欧盟的做法[34]，对于准据法所属国的经济制裁和第三国的经济制裁法律适用纳入“可以”考虑的范围。

四、国际私法中经济制裁法律适用的影响和启示

近年来，美国等西方国家频繁地发起经济制裁，给国际经济交往带来了很多不确定的因素。经济制裁法律具有明显的政治属性，在国际私法案件中，是否适用经济制裁法律面临着两难的困境。一方面各国法律观念差异巨大，为了维护本国利益，不愿承认外国的经济制裁法律的效力，另一方面随着全球经济交往的深度发展，一概拒绝外国诸如经济制裁在内的所有公法性强制规范的适用，也不利于争端的解决和未来判决的承认与执行，浪费司法资源。

经济制裁法律复杂多变，其在国际私法中的适用也没有统一的解决方式，这些因素的存在无疑更是加深了全球经济交往的风险。随着各国建立阻断制度，未来关于经济制裁法律适用的问题将更加复杂，研究经济制裁法律在国际私法中的适用问题将更加紧迫，各个国家应当加强合作，在协商一致的基础上找到国际私法中经济制裁法律适用的解决方法。

现有的相关理论和实践，为未来解决这一问题提供了思路和方向。一是实体法的方法是一种较为灵活的方法，将经济制裁作为“事实”，结合具体的案件综合判断经济制裁是否可以构成合同的免责是由，法官在发挥自由裁量权的基础上对于合同双方的利益进行权衡和取舍；二是“特殊联系理论”也提供了一个解决的思路，由于“特殊联系理论”适用的条件之一是国家之间存在共同的价值与利益，因此在实践中，如果各国之间可以达成关于经济制裁法律适用的双边或者多边协议，或者可以形成一种互惠关系，这一理论就可很好地解决问题；三是由于经济制裁法律属于公法性强制规范，现有的国际私法中处理私法的冲突法规则在处理这一问题时难以避免存在矛盾和冲突，因此未来应当单独发展一套关于公法性强制规范适用的体系，它不是一个新的法律分支，而是关于公法性强制规范适用的系统化的规则，是国际私法冲突法规则的完善和补充。

结语

伴随着全球经济的深入发展，国家对经济干预的加强，各个国家为了保护自己国家的政治和经济等利益，制定了包括经济制裁在内的许多公法性强制规范，并试图使这些强制性规范具有域外效力。这些强制性规范在国际私法中的适用存在争议，其中法院地国的强制性规范应当适用已经得到了普遍的认可，准据法所属国和第三国的强制性规范的适用目前争议较大，现有的理论和方法不能达成一致的观点，但为未来解决这一问题提供了思路

[34] 荷兰著名的阿尔纳迪（Alnati）案中表达了这样一种观点：“此处讨论的合同，对于某一外国而言，在其域外适用其法律规定具有如此重大的利益，因而荷兰法院也应该对其加以考虑，并应当优先适用这些法规。但是本案中比利时的法律尚不具备这种性质，因此荷兰法院没有义务优先适用该规定而排除当事人所选择的荷兰法律。”在该案中，法院“考虑”了外国强行规范，不适用的原因在于该外国强制性规范还不具备被优先适用的条件。

和方向。

目前许多国家都设立了阻断法案制度，国际私法下涉及经济制裁和阻断法案的合同争议如何处理是一大难题，一方面各个国家应当加强合作，在双边或者多边基础上达成共识或者互惠关系以促进这一问题的解决，另一方面关于公法性强制规范在私法中的适用应当有其独立的体系，这也是未来需要深入研究的内容。

商事调解制度在我国的应用研究——以《新加坡调解公约》为基础

施长艳

摘要：完善的商事调解制度是我国打造完备的多元争议解决机制、建设法治化营商环境的内在要求。《新加坡调解公约》下统一高效的执行机制充分彰显了调解制度处理国际商事争议高效便捷的优势。我国坚持对外开放的宗旨要求我国积极与国际制度规则接轨，《新加坡调解公约》也符合我国对商事调解制度的价值追求。目前我国商事调解制度面临立法尚未完整、有关国内外的和解协议审查执行标准不一、调解员队伍专业化和诚信化建设不到位等困境，直接与《新加坡调解公约》接轨将对国内商事调解法律制度带来冲击。建议契合我国立法实际，针对当前商事调解制度中和解协议执行“内外有别”的做法，采取“两步走”的策略。第一步，充分发挥自贸区作为特殊经济功能区的制度创新优势，在“国家授权立法模式”下授予自贸区在争议解决服务方面采用法律调整先行的权利，以商事调解国内外和解协议“最小双轨制”的执行制度为标准在自贸区内适用。第二步，充分运用自贸区可推广可复制的经验，积极研究我国商事调解制度的统一立法规范，为国内与国际和解协议的执行构建稳定的“单轨制”的法律框架，提升我国商事调解制度的国际竞争力。

关键词：商事调解、和解协议执行、新加坡调解公约、自贸区

随着国际商事调解争端解决方式的广泛运用，商事调解制度在世界各国内快速发展，为了满足日益渐增的国际间执行商事调解协议机制的国际法需求，《新加坡调解公约》应运而生。正如联合国秘书长古特雷斯指出，“创新冲突的调解思维不再是一种选择，而是一种必然。”[1]《新加坡调解公约》的诞生是争端解决价值追求的必然走向，对重新塑造国际商事争议解决格局带来了革命性的影响。理论界诸多学者认为，其将与诉讼和仲裁领域的《选择法院协议公约》、《承认及执行外国仲裁裁决公约》（简称《纽约公约》）在国际商事争端解决格局中“并驾齐驱”。目前，继新加坡和斐济于 2020 年 2 月 25 日缴存批准书，卡塔尔作为第三位国家批准了该公约，《新加坡调解公约》已于 2020 年 9 月 12 日正式生效。[2]我国虽然仅作为首批缔约方签署了公约，按国内法公约并未对我国具有真正法律约束力，但是公约的正式生效及商事调解的广泛运用已经对我国商事调解制度的理论与实践发展进程提出要求。首先需要认可商事调解制度对我国法治建设的重要意义，其次评估《新加坡公约》的优劣势，是否与我国商事争端解决立场相符，探析国内商事调解制度存在的问题、与公约接轨将带来的制度冲击，并对商事调解如何在我国自贸区先行先试，以此实行“由浅入深”的应用策略提出回应，为公约在我国的最终落地做好充分准备。

[1] 联合国秘书长安古特雷斯在 2018 年 8 月 29 日安理会第 8834 次会议上就“调解与冲突解决”的演讲。https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_pv_8334.pdf，转引自段明：《<新加坡调解公约>与中国商事调解的立法选择》，载《商事仲裁与调解》2021 年第 2 期，第 29 页。

[2] 《新加坡调解公约》第 14.1 条：“本公约应于第三份批准书、接受书、核准书或者加入书交存后六个月生效”。

一、商事调解制度对我国法治建设的重要意义

商事调解是一种重要的商事纠纷解决机制，其理念和原则与当今高效、便捷、灵活的商事争议解决诉求相契合。我国由于商事调解发展缓慢，以商事调解为主题的学术研究较为匮乏，实务界中商事调解在纠纷解决中的知名度也远不及发达国家。当前我国市场经济、法治化建设加速发展的新时代背景下，独立的商事调解制度在我国的适用与发展将在国家转型时期发挥巨大作用，商事调解从长远角度维护了商事主体利益、实现结果双赢的优势保证了其在多元化纠纷解决机制中的强大生命力，对于优化我国法治化营商环境、促进“一带一路”法治建设、提高我国国际争端解决影响力具有重要意义。

（一）优化我国法治化营商环境建设

法治是市场经济良性运行的内在要求和根本保障，是新时期全面推进依法治国的题中应有之意。习近平总书记主持召开的中央全面依法治国委员会第二次会议强调，“法治是最好的营商环境”。世界银行关于营商环境的评价体系中，商事纠纷解决机制是关键指标之一。因此，优质化营商环境全面纳入法治化轨道不仅表现在科学立法、严格执法、公正司法层面，纠纷解决机制的优异与否也是关键的衡量标准之一。在全球经济一体化跨国贸易领域的快速发展的时代背景下，多元类型的商事纠纷争议接踵而至。国际商事争议在专业性要求、内容的复杂多样性、社会关注度等方面，较普通民商事争议存有特殊性，而各国的司法体系受法律制度不同、程序繁琐等因素影响已不是国际商事争端解决的最佳手段。调解是具有公信力的中间人居中调停的一种争议解决方式，有力弥补了诉讼这类“公力救济”制度的缺陷，为了保障国际间经济贸易的有序发展，优化我国法治化营商环境建设，加快对商事调解制度的研究是抓住全球经济发展和争议解决趋势的有力举措。

（二）提升“一带一路”争议解决法律服务

“一带一路”重大倡议是中国政府在新形势下参与全球治理、扩大全方位开放的重要举措，也是通过基础建设让沿线国家共享发展机遇、共创发展新机会，推动人类命运共同体的实践平台。[3]“一带一路”建设需要强有力的法治保障，争端解决是其中不可或缺的关键一环。商事调解制度所倡导的以谈判协商化解争议的理念与“一带一路”倡议确立的共商、共享、共建宗旨相契合，完善的商事调解制度不仅对于“一带一路”建设中各类商事纠纷的高效解决提供了保障，也是推动“一带一路”倡议走向国际化的重要支点。由于部分“一带一路”沿线国家政府不稳定，法律制度不完善，营商环境风险较大，我国企业或个人在与之的商贸活动中的纠纷无法完全通过传统的诉讼与仲裁得到解决，商事调解的自愿性与自主性、灵活性与高效性的商事争端解决优势极大地便利了沿线国的商贸活动。正值《新加坡调解公约》出台之际，中国加强商事调解的应用研究不仅可以为有关的国际和解协议在我国或作为缔约国的“一带一路”沿线国家执行提供法律保障，也可以增强“一带一路”倡议中公正、高效、便捷的营商环境法治吸引力。

（三）提高我国国际争端解决影响力

[3] 段明：《<新加坡调解公约>的冲击与中国商事调解的回应》，载《商业研究》2020 年第 8 期，第 130-131 页。

一国的制度对其参与国际竞争的能力有着重要影响，全球化的竞争实质在于各国的制度竞争。[4]作为一国竞争力大小重要表现形式的法律制度成为衡量各国竞争力的重要指标，法律制度是各国提供争端解决产品的根本基石，法律制度更优、争端解决产品更好，决定了一国在全球竞争市场的影响格局。[5]中国自古就以“和”为贵的思想，在争端解决的实务操作中，中国应用调解方式化解“一带一路”投资与经贸纠纷的传统由来已久，这也是我国商务部积极推进并落实《新加坡调解公约》的重要原因。我国近年来已经充分认识到了调解在争议解决中的重要作用，相继颁布了《人民调解法》、《关于深入推进矛盾纠纷大调解工作的指导意见》、《民事诉讼法》、《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》、《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》等法律文件，在立法层面赋予调解法律地位。尽管如此，我国商事调解制度的完备程度与发达国家相比仍存在一定差距。我国作为全球治理的引领大国，应当也必须在争议解决制度层面发挥领跑作用。我国有必要抓住《新加坡调解公约》和“一带一路”倡议建设契机，完善我国调解制度的应用，强化调解制度公信力，对外输出我国的多元化解决理念，切实提高我国国际争端解决影响力。

二、《新加坡调解公约》分析与中国价值考量

《新加坡调解公约》在商事调解制度发展史上是一份具有里程碑意义的文件，其不仅充分吸取了《纽约公约》的核心理念和框架结构等优势，更结合国际商事调解制度的内在需求，创设了国际间和解协议的直接执行机制。我国虽然作为首批缔约方签署了该公约，但我国仍应当理性认识公约的“优势”与“劣势”，及其对中国的价值及影响，为公约在我国真正生效做好理论准备。

（一）《新加坡调解公约》的背景与内容

1.出台背景

全球化经济高速发展伴随着国际商事贸易纠纷量的迅速攀升，各国司法诉讼压力剧增，极大激发了利用调解解决争议的显著优势，《新加坡调解公约》的出台实属必然。

（1）调解解决争议的自身优势

国际商事争议一般有三种解决方式，即调解、仲裁以及诉讼。长期以来，跨国诉讼是解决国际间争议的主流手段，调解和仲裁一直被视为争议解决的辅助手段。即便调解自身具备吸引当事人自主选择其作为争议解决方式的优势，但调解仍长期处于争议解决板块中较为边缘位。这其中的主要原因便在于和解协议的性质。和解协议只具备合同性质，并没有法律上强制效力，协议上的内容、条款都是由当事人共同决定，和解协议欠缺法律强制执行力，导致调解结果不确定性较大，调解的使用也存疑。然而，同样是非诉争议解决方式，仲裁依靠《纽约公约》的强大作用，极为便利地解决了最为关键的国际间裁决承认和

[4] 何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，载《中国社会科学》2017 年第 5 期，第 128 页。

[5] 汤霞：《中国批准<新加坡调解公约>的挑战与因应》，载《商事仲裁与调解》2020 年第 1 期，第 48-49 页。

执行问题，从而助力于仲裁行业快速发展。基于此，调解如果要得到广泛使用和推广，势必要在加强和解协议的执行力方面。联合国国际贸易法委员会也是基于这一目的，参照《纽约公约》的成功范例开展工作，最终耗时 3 年以《新加坡调解公约》的形式推出，力求发挥调解优势，推动调解在国际商事争议解决中的发展。

（2）非对抗模式争议解决方式受到推崇

当今全球经济飞速发展，商事交易频繁，种类繁杂的商事贸易争议与之俱来，各国法院都呈现出诉讼压力过大的整体态势。同时，国际商事往来更加注重贸易合作关系的长期性、稳定性。国际贸易环境也促使全球经济向多边化和多元化发展，文化、历史大为不同的国家、企业以及个人之间都在寻求长期、稳定、可持续性的经贸关系，并且趋向于建立多边合作体系。由经济快速发展所带来的商事贸易争议频发的社会现实，以及各国商事主体解决争议的多元化诉求，进一步催化了多元化纠纷解决机制的发展。西方的法学家首先对正义与司法的可分性进行思考，发现正义的实现与使用司法途径不能直接划等号，完善的司法不等同于正义一定能够实现。在诉讼压力剧增的局面下，越来越多的人开始推崇非诉讼纠纷解决途径，并认可以商事调解为代表的非对抗模式争议解决手段也能实现低成本的正义。这为《新加坡调解公约》的出台创造了良好的国际社会条件。

2.具体内容

《新加坡调解公约》与《纽约公约》在文本方面极为相似，内容都较为精简。最为核心的内容在于公约确立了关于援用和解协议的权利以及执行和解协议的统一法律框架，为国际和解协议确定了独立的国际性法律文书的地位，使得国际和解协议与仲裁裁决具有了近乎相等的法律地位。[6]

（1）符合公约要求的和解协议要件

按《新加坡调解公约》规定，可以适用公约的和解协议要件包括以下四个方面。

一是和解协议由调解程序产生。首先，和解协议的达成以争议真实存在为前提。现实中以达成当事人非法目的而存在的“虚假和解”或“先行和解”事件，脱离了调解制度应当遵循的诚实信用等基本原则，不可能有适用《新加坡调解公约》的机会。其次，可适用《新加坡调解公约》的和解协议必须有第三方调解员的参与。第三方调解员专指除法官、仲裁员以外的无强制权的中立调解员。

二是和解协议具有国际性。相比《纽约公约》,《新加坡调解公约》对“国际性”的规定更为广泛，这体现在公约回避了和解协议的国籍问题，不再定义和解协议作出地，而是着眼于当事人的营业地和执行地。[7]

三是和解协议所涉争议为商事争议。对于“商事”的理解，同样参照《纽约公约》的做

[6] Timothy Schnabel，“The Singapore Convention on Mediation：A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”，Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 19，2019，p.9.

[7] 参见张蒙：《<新加坡调解公约>下和解协议的“国际性”与“商事性”》，载《对外经贸》2020 年第 3 期。“公约从两方面认定和解协议是否具有“国际性”：一是从营业地所在国的标准进行考量，和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地，并且不要求当事人是缔约国国民或者协议达成地是缔约国；二是通过考察“实质性义务履行地”和“最密切联系地”两个因素来判断，不论各当事人营业地是否在同一国家，和解协议的主要义务履行地与当事人的营业地为不同国家，也被认定为具有国际性。”

法，《新加坡调解公约》对和解协议的“商事性”未做明确界定。但综观该公约的立法宗旨和具体规定，“商事”一词应做尽可能广的理解。“商事性”认定的限制主要在于争议问题所涉及的法律关系，当争议存在当事人的人身权利等难以完全受国际私法调整的法律关系时，当事双方常常具有不对等的法律地位，因此在这些事项上，绝大多数国家采取特殊的法律规定。

四是和解协议采取书面形式。依据《新加坡调解公约》第 1 条第 1 款规定，赖以寻求救济的和解协议须是当事人自愿达成的书面协议。公约不认可口头形式的和解协议，但是在书面形式的认定方面比较灵活，在现代化的商贸活动中由电子数据记录下的和解协议也被视为书面形式。

（2）直接执行机制

《新加坡调解公约》为执行调解所产生的国际和解协议并允许当事人援用此类协议提供了一个统一、高效的框架。在有关执行的问题上，首先明确的是公约本身没有提及和解协议的“承认”问题。这也是考虑到各国对于和解协议的承认存在不同看法，短时间内难以协调一致。一些国家认为和解协议属于私力救济下达成的文件，不存在公权力机关承认的问题。公约在这个问题上采取了较为灵活的做法，允许当事人依据本国法援用和解协议以证明争议问题已得到解决。其次，公约将保密性留待各国国内法自行规定。目前各国针对保密性这一重要问题均有不同的做法，并没有达成共识。为了便利和加快公约的形成和通过，公约回避了保密性问题，由各国在决定执行相关事宜时自行处理该问题。

《新加坡调解公约》的第 3 条参照了《纽约公约》的做法，确定适用本公约的和解协议采用直接执行的机制，这也是公约的精华所在——简化和解协议执行机制。“和解协议”一经申请，会直接开始执行程序，但是这并不排除执行地主管机关对其进行审查的权力。[8]相反，《新加坡调解公约》不仅规定在执行和解协议时要求提供当事人签署以及产生调解的证据，满足最低限度的形式性审查要求，还在一定条件下赋予了执行地国主管机关实质性审查“和解协议”的权利。[9]

（3）拒绝救济事由

《新加坡调解公约》在起草、制订时对《纽约公约》多有借鉴，在规定执行和解协议的执行抗辩条件时亦沿用了《纽约公约》的反面列举技术，严格限定拒绝执行的理由，即不存在执行抗辩事由的和解协议自动获得执行效力。需要说明的是，《新加坡调解公约》第 1 条规定的适用范围不属于执行抗辩事由，不符合公约第 1 条的和解协议自始不属于公约指称的和解协议。

执行抗辩事由主要规定在公约第 5 条，主要包括当事人无行为能力、和解协议本身存在无效情形、调解员严重违反其行为准则等方面。[10]和解协议的性质属于合同，因此，合同法中对于合同无效的规定同样适用于和解协议效力的认定。当然，公约也考虑到和解协

[8] 赵平：《论多元化纠纷解决机制下的<新加坡调解公约>》，载《经贸法律评论》2019 年第 6 期。
[9] 《新加坡调解公约》第 4 条。
[10] 《新加坡调解公约》第 5 条。

议有调解员的介入，并将调解员行为准则因素也纳入了拒绝准予救济的范围内。此外，公约也充分考虑到了各国的文化差异，允许执行地国主管机关在认为执行和解协议将违反其公共政策，或和解协议不具有可执行性，可主动拒绝执行和解协议。

（4）声明保留条款

《新加坡调解公约》同样规定了允许各国在加入条约时提出保留的情形。首先，公约成员国可以声明，公约不适用于本国、政府机构或者代表政府机构行事的任何人作为一方当事人的和解协议。[11]当然，也有学者认为，政府实体作为商事主体与投资者之间形成的和解协议根据适用法律被视为商业性质，那么该协议应当被《新加坡调解公约》的适用范围所覆盖。[12]其实，公约赋予了政府实体执行和解协议的机会，允许当事方声明涉及政府实体的和解协议在公约适用范围内，这大大增强了公约的适用性。其次，公约成员国可以声明，公约的适用需要和解协议当事人明示同意适用该公约。[13]这充分尊重了当事方的意思自治，从侧面反映出了本公约的灵活性、实用性。

（二）《新加坡调解公约》的“优势”与“劣势”分析

《新加坡调解公约》在框架和内容上是《纽约公约》的效仿者，其很大程度上吸取了《纽约公约》在国际仲裁协议执行方面的经验，在大多数事项上具有“后发优势”，但在适用范围等小部分事项上则受到后发的牵制。[14]

1.“优势分析”

（1）救济依据灵活。基于调解自愿原则的考量，《新加坡调解公约》不同于《纽约公约》，其以通过调解达成的最终和解协议为调整对象，不涉及当事人调解之前如何达成自愿调解的协议。即《新加坡调解公约》的救济依据为和解协议，而《纽约公约》的救济依据为仲裁协议和仲裁裁决。关于是否仿照《纽约公约》对达成一致的调解意愿而签署“调解协议”的进行“承认与执行”，贸法会第二工作组最终决定遵循调解实践规律，充分尊重当事人自主性，不再规定“调解协议”的有关内容。这其实是《新加坡调解公约》升级规则而获得“后发优势”的体现。[15]

（2）直接执行机制的价值体现。《新加坡调解公约》中最为核心的功能即为国际和解协议创设了直接执行机制。跟《纽约公约》相比，其省去了和解协议“承认”的环节，而直接赋予国际商事和解协议以强制执行力。[16]《新加坡调解公约》下直接执行机制价值主要体现在促使商事调解制度独立成型，不再依附于仲裁、诉讼而成为独立的纠纷解决手段。调解采用合作的、非对抗性的程序，相对于诉讼这类基于权利的纠纷解决方式，一般被认

[11] 《新加坡调解公约》第 8.1（a）条。

[12] 孙巍：《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》，法律出版社 2018 年版，第 89 页。转引自赵平：《论多元化纠纷解决机制下的<新加坡调解公约>》，载《经贸法律评论》2019 年第 6 期。

[13] 《新加坡调解公约》第 8.1（b）条。

[14] 包康赟：《<新加坡调解公约>的“后发优势”与中国立场》，载《武大国际法评论》2020 年第 6 期。“后发优势”与“后发劣势”源于发展经济学领域，表示起点落后的国家，可以有效仿先发国家的优势，后续增长速度更快而能够迅速崛起。

[15] 见前注。

[16] 《新加坡调解公约》第 3 条。

定为是基于利益的替代性争议解决方式，在执行力方面需要依附仲裁和司法程序来实现。[17]直接执行机制的创设将有助于形成完整的商事调解制度，改变商事调解作为争议解决方式的合理地位。

3.“劣势”分析

（1）适用范围受到限制。《新加坡调解公约》可适用的调解协议受到《纽约公约》及《选择法院协议公约》的影响，排除适用了“可作为诉讼判决或仲裁裁决执行的和解协议”，避免与前两个公约在适用上出现重叠。这将导致实践中一定范围内的和解协议不能适用《新加坡调解公约》，未能抢占先机，稍显被动。

（2）保留事项欠缺操作性。《新加坡调解公约》根据调解的特征和时代特点决定创设了“政府保留”和“同意保留”。“政府保留”目的是吸引潜在的当事方签署和批准公约，但这却使公约的规定与国际商事争议解决的实践不符。“同意保留”，即当事方可以声明，公约只适用于“和解协议当事人明确同意适用本公约”的情形。本着善意原则，当事人同意通过调解方式化解矛盾，则表露了当事人间高效快速处理纠纷的意愿。因此，“同意保留”稍显过度保护当事人意思自治原则。[18]

（二）中国价值考量

1.中国高度重视调解

国内关于调解的规范性文件数量繁多，涉及领域广，法院系统也有大量关于调解的规定。对于调解，人民法院经历了肯定——否定——肯定的螺旋式上升的过程，从 1982 年《民事诉讼法》推行的“调解为主”原则，“着重调解与及时判决并重”[19]

2.商事调解独立发展

三、我国商事调解制度存在的突出问题

在充分肯定《新加坡调解公约》对我国的积极意义的同时，我们还应当认识到，中国加入《新加坡调解公约》所面临的挑战，以及在履约方面还有许多艰巨的任务需要完成。

（一）我国民商事调解的相关法律制度欠缺

虽然我国在利用调解解决社会矛盾方面历史悠久，但是商事调解制度建设却处于刚起步阶段。目前，我国民商事调解的现行法律主要集中于三个领域：一是有关人民调解制度的法律，包括 2010 年全国人大常委会制定的《人民调解法》、1989 年国务院制定的《人民调解委员会组织条例》等；二是以调解方式解决特殊类型争议的法律，例如 2007 年、2009 年全国人大常委会先后制定了《劳动争议调解仲裁法》和《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》；三是涉及司法与调解相互关系的法律，例如《民事诉讼法》第八章、第十五章第六节对法院在诉讼程序中主持的调解、调解协议的司法确认各自作出了规定。实际上，我国商事调解制度存在着严重的泛人民化调解现象，这种现象的产生是由于商事调解最初是伴

[17] 高奇：《论国际和解协议在我国的跨境执行：理论分析与制度建构》，载《理论月刊》2020 年第 8 期，第 98 页。
[18] 包康赟：《<新加坡调解公约>的“后发优势”与中国立场》，载《武大国际法评论》2020 年第 6 期。
[19] 詹秦：《从<新加坡调解公约>反思中国现行的商事调解制度及完善建议》，载《商事仲裁与调解》2021 年第 1 期，第 62-63 页。

随着人民调解而起步与发展，在立法方面体现为《人民调解法》以一元化的路径试图统合多种类型的调解，而忽视了民间调解与人民调解在性质上和专业程度的差异。商事调解是典型的内生于社会的调解，其本身具备市场性、民间性的特质，与人民调解的无偿性、半官方性有本质区别。我国民间调解对于专业能力要求较高的商业调解制度认识不足，即使是从事调解领域的工作人员也极易将其与民事调解、劳动调解等民间调解相混淆。为此，理应在立法方面顺应国内外商事调解发展，完善民商事调解立法规范，为公约在我国的适用做好立法准备。

1.我国立法并未明确可调解事项或不可调解事项的范围

《新加坡调解公约》的适用范围不包括消费类争议以及家庭、继承、就业类争议，同时在第 5 条第 2 款明确了法院可以按照本国法规定的可调解争议事项进行适用。若可适用《新加坡调解公约》的调解事项按本国法规定为不可调解事项，则应该按照本国法不予以适用公约。由此，可以看出内国法下明确“可调解事项”的重要性。然而，纵观我国目前人民调解及法院调解的相关规定，可调解事项的范围问题并没有涉及到，一些特定类型争议适用调解的范围也仅在部分专门性法律中有提及。相较于其他一些制定了调解基本立法的国家和地区，其一般都会明确可调解事项的范围。例如，欧盟《2008/52/EC 号关于民商事调解若干方面的指令》(以下简称欧盟《调解指令》)第 1.2 条规定，本指令不适用于根据相关准据法不得由争议当事人自行处置的权利和义务相关的事项，尤其是税收、海关、行政事项，或者因行使或怠于行使国家权力而引发的责任。[20]目前，我国法律对可调解事项没有明确规定的情况下，我国法院将迫于《新加坡调解公约》要求对我国法律无意加以调整的特定型争议所达成的国际和解效力进行承认。

2.我国立法未就调解的保密性作出规定

如前文所述，《新加坡调解公约》未对保密性做出规定，留待各国国内法自行规定。我国现有《人民调解法》仅对个人隐私和商业秘密的泄露问题作出禁止，原则上不属于对调解的保密性的明确。虽然相关司法解释有所涉及保密性问题，但是更加重视在调解过程中的程序保密，而轻视了对调解信息的保密。[21]调解相较于诉讼方式的优势之一便在于调解的保密性。如果立法未对调解保密性给予最大限度地保护，将不足以显现调解的优势，不利于调解的推广运用，也不利于《新加坡调解公约》目的之实现。

3.审查和执行制度的缺位

《新加坡调解公约》的通过有助于当事人自觉履行国际商事纠纷的和解协议，缓轻我国司法资源浪费现象，但也不能忽视其可能给我国带来的挑战，最为重要的当属对涉外“和解协议”的审查制度。

具体而言，《新加坡调解公约》所调整的“和解协议”的审查程序可以分为两个层面，一是对执行该“和解协议”的审查，二是对当事人申请拒绝执行该“和解协议”的审查。 对于第一个层面，前文有述及，《新加坡调解公约》采用简化执行机制的策略，并不存在承认环节。

[20] 唐琼琼：《<新加坡调解公约>背景下我国商事调解制度的完善》，载《上海大学学报》2019 年第 4 期。
[21] 肖建华、唐玉富：《论法院调解保密原则》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2011 年第 4 期。

当事人申请后将在执行地国直接开始执行程序，执行地国有关机构只对和解协议做公约要求的形式审查，具体的审查内容公约在第 4 条的第 1 和第 4 款做出说明。[22]

对于第二层面，若当事人有异议，在审查拒绝准予救济的理由方面包含了对调解员的行为正当性及和解协议的确定性要求，这是否赋予了执行国主管机关对拒绝准予救济的理由进行实质性审查的权利？同时，面对公约将“和解协议”的审查权交由执行地国主管机关的审查要求，我国应由哪个机关确定审查？是否参照我国仲裁司法审核双轨制在“和解协议”的审查方面区分涉外和本国的“双轨制”体系？从我国仲裁发展史来看，我国在仲裁司法审核方面区分国内与涉外充分考虑了我国商事仲裁与国际商事仲裁制度的不同特点，有利于保护我国涉外商事仲裁的地位。根据《新加坡调解公约》达成的国际和解协议的审查是否也采用双轨制？[23]除此之外，如何良好地实际执行这一棘手问题也是我国商事调解立法应当关注的重点方向。根据公约的规定，当事人的申请一旦提出便会进入执行程序。然而，当前我国对国内商事和解协议的规范尚不全面，甚至未赋予和解协议强制执行力，在处理涉外和解协议的执行问题时，则会更加难以判断而不利于实现案结事了的目的。上述这些问题的解决都应当通过我国未来商事调解法律规范加以明确。

（二）调解员制度建设有待加强

1.调解员资质要求与认证制度缺位

《新加坡调解公约》对调解员的资质、专业化程度提出了较高的要求。在争议解决实务中可能出现虚假调解、虚假执行、国际性的跨境洗钱等问题。这将直接影响《新加坡调解公约》的全球实施效果，如果大量非法或恶意的侵犯第三人，侵犯一国国家财产安全的虚假和解协议通过公约而大量滋生的话，对商事调解的发展也会产生不利影响。因此，为了更好的减少虚假调解等问题的滋生，获取高水准的国际商事调解服务，我国商事调解法律制度建设应当加强调解员统一资质要求与认证制度。

反观商事调解比较发达的国家和地区，调解最重要的配套制度之一在于调解员的资质和认证方面。例如，《奥地利调解法》规定了调解员注册制度，授权奥地利联邦司法部负责维护注册调解员的名单。[24]近年来，我国的香港地区和新加坡都在商事争议解决的配套法律制度方面进行革新，以促进其纠纷解决服务中心战略目标的实现，两者均在调解员资质及认证制度方面进行了卓有成效的探索。我国应当对标国际先进的调解法律制度着重完善调解员资质要求与认证制度，力促我国商事调解水平实现质的飞跃。

2.调解机构和调解人员的独立性不明显

《新加坡调解公约》要求可执行的和解协议应产生于独立的调解过程，没有法院或者

[22] “当事人根据本公约依赖于和解协议，应向寻求救济所在公约当事方主管机关出具：1.（a）由各方当事人签署的和解协议；(b)显示和解协议产生于调解的证据，例如：调解员在和解协议上的签名；调解员签署的表明进行了调解的文件；调解过程管理机构的证明；或者在没有上述情况下，可为主管机关接受的其他任何证据。……4.主管机关可要求提供任何必要文件，以核实本公约的要求已得到遵守”。

[23] 刘晓红、徐梓文：《<新加坡公约>与我国商事调解制度的对接》，载《法治社会》2020 年第 3 期。

[24] Marianne Roth，Marianne Stegner，“Mediationin Austria”.Yearbook on International Arbitration03，2013，P367。转引自唐琼琼：《<新加坡调解公约>背景下我国商事调解制度的完善》，载《上海大学学报》2019 年第 4 期。

仲裁机构的参与，势必对调解机构或调解员的独立性提出了要求。

目前我国推广调解的运用主要借助于“诉调对接”“调裁对接”等方式，以应对我国统一的商事调解立法缺位、法律对调解机构和调解员赋权不足等情况。虽然此种应对措施对于法院、仲裁机构和调解机构是双赢关系，但长期来看不利于调解发挥独立价值。可以预见，《新加坡调解公约》对我国生效后，机构设置上的“调裁分离”“审调分离”将成为主要趋势。这既可以促进调解员发挥独立调解的作用，又顺应了调解员专业化的趋势。事实上，上海国际仲裁中心等仲裁机构已经采取增强调解员独立性的相关措施，将调解员与仲裁员进行分立，[25]法院系统也开始重视避免法官兼任调解员的情况。[26]究其根本，调解员和调解机构是调解中重要一方，现行调解立法中缺失其应有的专门地位。独立的职权和职业要求与其专业化程度密不可分，应当依靠法律明确调解员或调解机构的赋权、调解员资质与认证制度的完善来共同发挥效用提高调解员独立性。

3.调解职业守则国际化程度有待提高

为了保障商事调解的正当性、国际商事争议的当事人选择调解解决争议的积极性，我国应当遵守《新加坡调解公约》精神，加强调解员职业守则建设、提高调解员国际化程度。

在当前国际调解环境中，调解员的道德准则和职业操守问题在理论和实践层面都受到了重视，一些国家和地区已经对调解员职业守则开展了积极的探索。此外，国际商事调解对调解员的素质要求明显高于国内商事调解。国际商事调解的调解员除局别基本素质外，还需具备外语能力、跨文化沟通能力，最好对各法律制度有所了解。以跨文化沟通能力为例，不同的法系国家在民商事争议解决中所采用的法律规则差异甚大，[27]不同国家、地区的人在谈判中的作风差别很大，如果我国的调解员不具备跨文化沟通的能力，不理解法律的选择和应用，那么难以满足双方当事人的需求，很难真正地在当事人之间达成双方当事人满意的和解协议。因此，我国各大调解机构在培养专业化调解员的同时一定不能忽视国际调解员应当具备的外语能力、跨文化交流能力，促进我国调解员职业能力与国际标准相接轨。

四、商事调解制度在我国的应用建议

（一）自贸区授权立法可行性

（二）具体实施细则建议

[25] 《上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）调解员名册》已于 2018 年 5 月 1 日起施行，载 http：//www.shiac.org/SHIAC/mediators.aspx?flag=1，最后访问日期：2020 年 7 月 27 日。

[26] 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（法释［2018］11 号）第 11 条、第 12 条。

[27] 战蔷：《“一带一路”倡议下国家间民商事争议调解机制研究——以<新加坡调解公约>与我国法律制度联系为出发点》，载《赤峰学院学报（汉文哲学社会科学版）》2019 年第 12 期。

对中国国际商事争端预防与解决机制的反思

石为民*

摘要：2018 年最高人民法院成立国际商事法庭，旨在建立“一带一路”国际商事争端解决中心，搭建一个注重调解的“一站式”多元化纠纷解决平台。2020 年，由中国国际贸易促进委员会组建的国际商事争端预防与解决组织在北京成立，该组织是一个强调调解、重视预防的民间性非政府间国际组织。然而，最高人民法院国际商事法庭的“国际性”备受质疑，实践中所发挥的作用与“一带一路”国际商事争端解决中心的定位也相距甚远，“诉讼、仲裁、调解有机衔接的‘一站式’国际商事争端多元化解决机制亦存在很多现实阻碍。国际商事争端预防与解决组织成立时间尚短，其功能和作用还有待进一步观察。

中国提出的国际商事争端预防与解决机制顺应国际商事争端解决机制发展的历史潮流，契合“共商、共建、共享”的“一带一路”建设基本理念，符合国际商事争端当事人的心理与利益需求，它得到国家战略层面的高度重视和社会组织的积极参与。但同也面临守成国地位蔑视、各国法制独立，缺乏联系和法治文化差异对争端解决的沟通困难的外部限制，受到区域贸易协作有待加强、国内配套制度尚不完善和涉外法治人才紧缺的内部困难。

关键词：国际商事争端 最高人民法院国际商事法庭 国际商事争端预防与解决组织

一、问题的提出

自二战后以来，国际商事争端解决和全球治理的两个主要中心——纽约和伦敦——都位于受到强烈反全球化运动影响的国家。[1]相比之下，亚洲、中东和欧洲大陆的多个司法管辖区正在试验新的制度设计，以期成为世界公认的国际商事争端解决中心。诸如新加坡国际商事法庭、迪拜国际金融中心法院等新的机构和组织被称为国际商事争端解决“全球实验室”（Global Labs）。[2]在此背景下，中国的最高人民法院国际商事法庭（以下简称“中国国际商事法庭”或“CICC”）和国际商事争端预防与解决组织（ICDPASO）也应运而生。

中国对这两个机构的官方定位是什么？当下的制度设计是否实现了所被期许的功能？此外，国际商事争端解决在国际法治之中占据重要地位。在国际法治中的国际共识与共同行为规范和各国国家利益与商人利益之间依然存在一些模糊地带。在国际争端与商事争议与纠纷解决方面也面临着很多困难和问题。如何看待这些困难与问题？如何找到解决问题的最大公约数？即用最能够被接受且最方便的方式来解决问题，这些都是值得进一步深究的问题。

二、CICC与ICDPASO的制度定位与现实功能

* 石为民，武汉大学法学院国际法（国际公法方向）“3+3”硕博连读生。

[1] See Matthew S. Erie, *The New Legal Hubs: The Emergent Landscape of International Commercial Dispute Resolution*, 60 VA. J. INT’L L 225 (2020).

[2] See Anthea Roberts，*Introduction To The Symposium On Global Labs Of International Commercial Dispute Resolution*，Volume 115, AJIL Unbound (1) 2021.

（一）CICC和ICDPASO的制度定位

1、CICC 的制度定位

（1）基于“一带一路”倡议的国际商事争端解决机构

根据世界银行的数据，BRI 覆盖了超过 60%的世界人口，涵盖了世界 GDP 和贸易量的 1/3[3]，势必会引发大量复杂的国际争端。从中国萌生建立争端解决机制的想法到 CICC 的最终落地，经历了一个循序渐进的过程。

2016 年，10 月 11 日，在第四届香港“一带一路”国际论坛上，时任最高人民法院副院长贺荣提出应当建立一套公正、高效，而且同时被各个国家所普遍接受和认同的争端解决机制。[4]

2017 年 3 月 10 日，最高人民法院民四庭庭长张勇也表示最高人民法院将于 2017 年推进建立“一带一路”争端解决中心，并且该中心会为一些急需要解决的涉外审判疑难问题制定相关司法解释。[5]

2017 年 4 月 20 日和 21 日，最高人民法院院长周强在访问世界贸易组织总部和世界知识产权总部时表示：“最高人民法院愿意和世界贸易组织加强彼此之间的合作，对国际贸易争端解决机制的有益经验进行深入研究和借鉴，努力建立健全‘一带一路’投资争端解决机制，切实保障投资者合法权益，推进投资争端机制法治化进程。”[6]

2018 年 1 月，中央《关于建议“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》（以下简称《意见》），提出研究借鉴现行国际争端解决机制的有益做法，设立符合“一带一路”建设参与国国情特点并被广泛接受的国际商事争端解决新机制和机构，公正高效便利解决“一带一路”建设过程中产生的跨境商事纠纷。[7]具体包括三项内容：一是最高人民法院设立国际商事法庭；二是最高人民法院牵头组建国际商事专家委员会；三是推动建立诉讼与调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制，形成便利、快捷、低成本的“一站式”争端解决中心。该《意见》旨在促进“一带一路”国际合作，依法妥善化解“一带一路”建设中产生的商事争端，平等保护中外当事人的合法权益。2018 年 6 月 20 日，最高人民法院分别在深圳、西安挂牌成立第一、第二国际商事法庭。

从“一套公正、高效，而且同时被各个国家所普遍接受和认同的争端解决机制”、到“‘一带一路’争端解决中心”，再到“符合‘一带一路’建设参与国国情特点并被广泛接受的国际商事争端解决新机制和机构”。 以上官方表述我们，在全球发展新型国际商事争端

---

[3] See The World Bank, ‘Belt and Road Initiative’, https://www.worldbank.org/en/topic/regional-integration/brief/belt-and-road-initiative, visited on 17 January 2021

[4] 申蕾：《构建公正高效的争端解决机制 为“一带一路”营造良好法治环境》，《人民法院报》2016 年 10 月 12 日,第 1 版。

[5] 王泽艳：《最高法：推进建立“一带一路”争端解决中心》，http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2017-03/10/content_7047748.htm?node=5955，2020 年 12 月 15 日访问。

[6] 周斌：《建立健全“一带一路”投资争端解决机制》，《法制日报》2017 年 4 月 24 日，第 2 版。

[7] 新华社：《中共中央办公厅、国务院办公厅印发<关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见>》，http://www.gov.cn/zhengce/2018-06/27/content_5301657.htm，2020 年 12 月 18 日访问。人民日报：《最高人民法院负责人就<关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见>答记者问》，http://world.people.com.cn/n1/2018/0628/c1002-30091889.html，2021 年 12 月 18 日访问。

解决中心的浪潮下，CICC 是中国基于 BRI 建立的国际商事争端解决机构，是基于 BRI 但面向全球的一个国际商事争端解决新方案。

（2）一个注重调解的“一站式”多元化纠纷解决平台

根据《规定》第十一条，CICC 将调解、仲裁和诉讼作为争端解决的三种途径，当事人可选择其认为合适的方式解决争端。此外，《规定》第十二条、十三条、十五条、十七条赋予了调解书和判决同等的法律效力，开辟了仲裁机构向 CICC 申请财产保全等事项的途径。

2018 年 8 月 4 日，最高人民法院发布《最高人民法院关于成立国际商事专家委员会的决定》（法［2018］224 号），聘请了来自 14 个国家和我国港澳台地区的 31 位专家为国际商事专家委员会首批专家委员。该委员会由最高人民法院聘请的中外专家组成，专家委员接受国际商事法庭的委托为当事人解决国际商事纠纷提供调解等服务，为人民法院审理国际商事纠纷案件所涉专门性法律问题提供咨询意见，为最高人民法院制定相关司法解释及司法政策提供意见和建议。[8]12 月，出台了《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则》。2020 年 12 月，最高人民法院聘任了国际商事专家委员会第二批专家委员。

2018 年 12 月 5 日，最高人民法院颁布《最高人民法院办公厅关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》，确定中国国际经济贸易仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会、深圳国际仲裁院、北京仲裁委员会、中国海事仲裁委员会以及中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心，作为首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的仲裁和调解机构。[9]

2、ICDPASO 的制度定位

2020 年 10 月 15 日，ICDPASO 在北京成立。11 月 24 日，ICDPASO 公布了其工作地点（北京）和秘书机构组成人员。[10]ICDPASO 是由中国国际贸易促进委员会（CCPIT）牵头组建的一家民间性的非政府间国际性组织，将为世界各国提供商事仲裁、商事调解、投资仲裁、争端预防等法律服务。[11]

（1）一家民间性的非政府间国际机构

首先，ICDPASO 的发起人 CCPIT 是一家受政府支持的非政府组织，但 CCPIT 对 ICDPASO 的设立和运行提供人才和经验，且不会干预该机构的日常具体事务。ICDPASO 对其受理的案件将收取一定的费用，但起不以营利为目的，该费用只用于机构的发展。[12]作为第二届一带一路高峰论坛的合作成果，ICDPASO 得到了来自欧盟、意大利、新加坡、

[8] 《最高人民法院关于聘任国际商事专家委员会首批专家委员的决定》，载最高人民法院国际商事法庭官网 http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/226/241/index.html，2020 年 12 月 18 日访问。

[9] 《最高人民法院办公厅关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》，载最高人民法院国际商事法庭官网 http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1124.html，2020 年 12 月 18 日访问。

[10] C. J. Observer, ICDPASO Announces Its Office Location - China Legal News, available at https://www.chinajusticeobserver.com/a/icdpaso-announces-its-office-location, last visited on 16th May, 2021.

[11] Zhang Jian, International Commercial Dispute Prevention and Settlement Organization: A Quick Overview, available at https://www.chinajusticeobserver.com/a/thing-about-international-commercial-dispute-prevention-and-settlement-organization, last visited on 16th May, 2021.

[12] 张建：《国际商事争端预防与解决组织面面观》，载全面依法治国研究院平台 https://mp.weixin.qq.com/s/-mA1NAWYSbuJvGUK2j4mgA，2021 年 3 月 17 日访问。

俄罗斯、比利时、墨西哥、马来西亚、波兰、保加利亚和缅甸等三十个国家和地区的商业组织和法律服务机构的参与。相比于 ICSID 这样的政府间国际组织，ICDPASO 将会更加中立，也更有利于赢得商事主体的信任。[13]

其次，如后文所述，中国已经建立了 CICC 来处理国际商事争端，但其管辖权有限，面临着困难。在 BRI 沿线其他国家建立的商事法庭也会存在此类质疑。因此，通过建立一家得到各国广泛参与的民间性非政府间国际机构无疑是解决此类问题的最佳做法。

（2）强调调解

中国将调解视为一种争端解决方式有着悠久的历史，根源于“以和为贵”的文化传统。[14]世界各地对调解的接受程度日益提高，促使 ICDPASO 专家组建议将调解作为解决商业争端的第一个步骤——尽管不是强制性的步骤。[15]ICDPASO 在借鉴国内外调解经验的基础上，在调解人员、调解程序、调解规则等方面进行创新，从而确保调解的中立性、透明度、公正性和高效性。[16]根据 ICDPASO 建议规则（The ICDPASO Proposed Rules），“当事人可以在争议解决过程的任何阶段选择调解，可以从调解转向仲裁，从仲裁转向调解…… ICDPASO 并没有将调解作为仲裁的先决条件。尽管如此，当事方必须告知仲裁庭他们是否尝试过调解，如果没有，仲裁庭将鼓励他们这样做。”[17]

（3）重视预防

ICDPASO 注重事先预防，从而为国际商事主体大幅降低法律风险。CCPIT 希望在深入分析各国经贸、投资的法律规则的基础上，建立争端预防机制，从源头上减少纠纷的发生。[18]根据 ICDPASO 建议规则，这一职能将“由秘书长领导一个结构良好、循序渐进的‘斡旋/申诉制度’，主要针对外国投资者与东道国的争端”。[19]

（二） CICC和ICDPASO的现实功能反思

1、CICC 的现实功能反思

（1）“国际性”的存疑

中国国际商事法庭可以受理平等商事主体协议选择最高人民法院管辖且标的额在人民币 3 亿元以上的第一审国际商事案件，以及在全国又重大影响的第一审国际商事案件。

---

[13] 同上注。
[14] Zeng Xianyi, ‘Mediation in China – Past and Present’ (2009) 17, sup1. Asia Pacific Law Review 1
[15] Guiguo Wang and Rajesh Sharma ‘The International Commercial Dispute Prevention and Settlement Organization: A Global Laboratory of Dispute Resolution with An Asian Flavor’ (2021) 115 American Journal of International Law Unbound 22
[16] 张建：《国际商事争端预防与解决组织面面观》，载全面依法治国研究院平台 https://mp.weixin.qq.com/s/-mA1NAWYSbuJvGUK2j4mgA，2021 年 3 月 17 日访问。
[17] Guiguo Wang and Rajesh Sharma ‘The International Commercial Dispute Prevention and Settlement Organization: A Global Laboratory of Dispute Resolution with An Asian Flavor’ (2021) 115 American Journal of International Law Unbound 22
[18] 张建：《国际商事争端预防与解决组织面面观》，载全面依法治国研究院平台 https://mp.weixin.qq.com/s/-mA1NAWYSbuJvGUK2j4mgA，2021 年 3 月 17 日访问。
[19] Guiguo Wang and Rajesh Sharma ‘The International Commercial Dispute Prevention and Settlement Organization: A Global Laboratory of Dispute Resolution with An Asian Flavor’ (2021) 115 American Journal of International Law Unbound 22

[20]CICC 充分尊重当事人的意思自治，当事人可以自主选择调解、仲裁、诉讼等争议解决途径，也可以选择自主适用的法律。在选择适用的法律上，“从实体法上而言，在审理涉外案件的过程中，一再强调，并不是当然地适用中华人民共和国的法律，而是首先要根据中国的冲突规范的规定确定准据法，确定这个案件应当适用哪个国家或者地区的法律，之后再根据指向的这个国家或者地区的实体法的规定，确定这个案件当中双方当事人的权利、义务和法律责任，结合查明的事实作出裁判。”[21]“受案范围和适用法律的国际性”被官方是为 CICC 的两大特点之一[22]，然而局限的管辖范围也是它最被诟病之处。

首先，CICC 只被授权处理平等当事人之间的民事和商事争端，[23]因此，它对私人投资者和政府间之间的争端没有管辖权，因为这些争端不是平等主体之间的争端。更不用说外国投资者会把自己与东道国政府之间的争端交由当地法院来处理。

其次，《规定》第二条所列 CICC 的受案范围中，可分为两种情形，一是当事人申请，二是最高人民法院指定管辖的案件。对第二种情况来说，截至 2020 年，只有从下级法院提审的案件，还没有出现最高人民法院指定 CICC 管辖的情况。对第一种情况，一方面，由于许多 BRI 案件不是投资案件，而是建设纠纷，因此，将同意 CICC 的管辖作为 BRI 项目的前提条件尚有争议。[24]另一方面，结合《规定》第三条，CICC 严格的司法管辖要求和保守的制度设计，将可能使其难以吸引 BRI 投资着的关注，这种管辖权途径在现实操作中也面临了很多阻碍。这使得 CICC 的运作更像是一个国内法院，而不是一个真正的国际法院。[25]

最后，在国际商事争端解决方面，一方当事人可能认为，无论某一法院的表现如何，另一方当事人的国家法院都不会保持中立。[26]虽然最高人民法院在 ICEC 中聘任了很多外国专家，但他们的职责限于“为当事人解决国际商事纠纷提供调解等服务，为人民法院审理国际商事纠纷案件所涉专门性法律问题提供咨询意见”[27]。而 CICC 法官和出庭律师仍限于由中国国籍的人，这也会降低 CICC 作为国际商事争端解决中心的竞争力。[28]

（2）“一带一路”国际商事争端解决中心——理想与现实的差距

自 2019 年 5 月 29 日审理第一宗国际商事案件[29]以来，截至 2021 年 1 月，CICC 已受理

[20] 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第三条。
[21] 高晓力：《最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的探索与创新》，载“多元化纠纷解决机制”微信平台 https://mp.weixin.qq.com/s/WCV3Z64ls0VCBYOeP7We6g，2020 年 12 月 18 日访问。
[22] 最高人民法院，《中国国际商事法庭啊，护航“一带一路”（展示片）》，载最高人民法院微信平台 https://mp.weixin.qq.com/s/jyetR1oXUcjK9gQ2mkZlMA, 2020 年 12 月 22 日访问。
[23] 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第三条。
[24] See generally Susan Finder, Some Comments on the China International Commercial Court Rules, SPC Monitor (Feb. 11, 2019.)
[25] Julien Chaisse and Xu Qian, Conservative Innovation: The Ambiguities of the China International Commercial Court, 115 AJIL UNBOUND 17 (2021).
[26] M Warren and C Croft, ‘An International Commercial Court for Australia – Looking beyond the New York Convention’, remarks at the Commercial CPD Seminar Series, Melbourne, at 3 <http://assets.justice.vic.gov.au/supreme/resources/2a7ead53-9ae9-4e26-9bad-56ef25d7d34c/aninternationalcommercialcourtforaustralialookingbeyondthenewyorkconvention.pdf>.
[27] 《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》（法办发〔2018〕14 号）第三条。
[28] Wei Cai and Andrew Godwin, Challenges and Opportunities for the CICC, ICLQ vol 68, October 2019 p 878.
[29] 最高人民法院国际商事法庭，《最高人民法院国际商事法庭敲响“第一槌”》，载 CICC 官网 http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1235.html, 2021 年 3 月 17 日访问。

了 13 宗国际商事案件。相对于新加坡国际商事法庭（成立三年后才受理第一个案件）来说，这似乎是一个值得称赞的点，但 CICC 与“一带一路”国际商事争端解决中心的定位还相距甚远。

第一，从 CICC 受理的第一批案件来看，在深圳的案件中，有 3 起涉及仲裁协议效力的申请，一起涉及产品责任纠纷，另一起涉及不当得利。在西安案件中，两起案件涉及公司利益损害赔偿责任纠纷，另一起案件涉及公平认定和利润分配纠纷。有趣的是，这些案件都不一定是“ BRI 争端”。[30]

第二，就已公布的裁判文书[31]来看，所审理的案件类型集中在“申请撤销仲裁裁决”与“确认仲裁裁决效力”上，仅有一个案件有实质判决（广东本草药业集团有限公司与被告贝思迪大药厂（Bruschettini S.R.L.）产品责任纠纷案【（2019）最高法商初 1 号】）。

（3）“诉讼、仲裁、调解有机衔接的‘一站式’国际商事争端多元化解决机制”——纸上谈兵？

1、调解使用率的软肋

建立“多元化争端解决机制”是最高人民法院国际商事法庭最显著的设计特点。“调解、仲裁和诉讼的有效衔接”是为了构建“一站式”的国际商事争端解决机制。这个“多元门径法庭（multi-door courthouse）”[32]的设计尤其重视调解的发展：1、在“案件管理会议”的框架下，鼓励当事人在诉诸仲裁或诉讼前考虑调解。“案件管理会议”的目的是讨论并确定“审前调解程序，并商定调解期限”。经过当事人一致同意，最高人民法院国际商事法庭能指定最高人民法院国际商事专家委员（ICEC）专家委员担任争端调解员；或者，由最高人民法院国际商事法庭指定第一批专门提供国际商事调解服务的“七个仲裁和调解机构”之一进行调解。2、进一步保障调解协议的效力：允许法院制发“调解书”或依当事人的要求，根据已达成的调解协议制发判决书。[33]然而，尽管有这些规定，截至 2021 年 2 月，只有一个在最高人民法院国际商事法庭审理前当事人同意由国际商事专家委员会成员进行审前调解的案件（广东本草药业集团有限公司与被告贝思迪大药厂（Bruschettini S.R.L.）产品责任纠纷案【（2019）最高法商初 1 号】），而该案也并未调解成功。

2、诉讼与仲裁的选择性冲突

在经验丰富的中国律师中，有人怀疑 CICC 能否获得国际合法性，并提供现有国际商事仲裁选择无法满足的争议解决服务。[34]举个例子，当事人在能选择上海国际仲裁中心仲

[30] 《最高法院国际商事法庭已受理一批国际商事纠纷案件》，载 CICC 官网 http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1150.html，2021 年 3 月 17 日访问。

[31] 详见最高人民法院国际商事法庭官网“裁判文书”http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/180/index.html，2021 年 3 月 17 日访问。

[32] Matthew S Erie, ‘The China International Commercial Court: Prospects for Dispute Resolution for the “Belt and Road Initiative”’ (2018) 22 American Society of International Law Insights (31 August 2018) <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/11/china-international-commercial-court-prospects-dispute-resolution-belt> accessed 10 October 2020

[33] 《规定》

[34] Matthew S. Erie, Reserch Brife: Update on the China International Commercial Court, available at http://opiniojuris.org/2019/05/13/update-on-the-china-international-commercial-court%EF%BB%BF/, last visited on 3rd April 2021.

裁程序和 CICC 诉讼程序来解决争端的情况下，为什么会选择 CICC？对一个国际商事案件来说，CICC 判决是否比国际仲裁更有说服力？在能依据 1958 年《纽约公约》执行仲裁裁决的情况下，为什么会选择向 CICC 申请将裁决转化为判决？对于以上问题的不确定性甚至是否定的答案，也进一步说明了 CICC 理想与现实之间的鸿沟。

2、ICDPASO 的现实功能反思

ICDPASO 是一个全新的机构，它的规则由国际专家起草，并得到多个国家的支持。其目标是发展一个多边争端解决机构，其中包括以亚洲文化和传统为基础的进步规则。[35]同时，由于 CICC 对涉及投资者与国家间纠纷的案件缺乏管辖权，[36]ICDPASO 将投资者与国家间的纠纷纳入其管辖范围。在过去的几年里，改革议程主导了关于国际仲裁的批评话语，它也融入了大部分的改革议程。[37]ICDPASO 也被视为对 CICC 管辖不足对一种补充。

但由于 ICDPASO 成立时间尚短，除了在个别讲座和学术会议上能见到起落款，目前也缺乏对其成立后的活动报道。所以，应采用一种期待而审慎的态度去观察 ICDPASO 的未来发展。

三、中国国际商事争端预防与解决机制面临的挑战与机遇

（一） 中国国际商事争端预防与解决机制面临的挑战

1、外部困境

（1）守成国的地位蔑视

正如个体在社会中寻求进入某种地位团体可能会遭到拒绝从而遭受社会排斥一样，38地位蔑视也可以被视为一种社会排斥，它是指现有大国对崛起国地位诉求的拒绝。39地位蔑视的表现形式多种多样。守成国不但不会给予崛起国同样的待遇从而无视该国的地位诉求，还可能会极力打压中国的地位追求。 首先，它们也许会对崛起国污名化，赋予该国一些与高地位标准相悖的贬低性的标签，从而使外界相信其只能拥有低地位。[40]这种污名化行为是守成国对崛起国的一种话语制衡，它通过塑造有关崛起国的不良话语，引导他国对崛起国形成消极的地位认知，从而压制崛起国的地位追求。[41]其次，守成国也可能对崛起国进行遏制，打压其崛起势头，从而削弱崛起国地位追求的实力。 最后，守成国甚至还可

[35] Wang, G., & Sharma, R. (2021). The International Commercial Dispute Prevention and Settlement Organization: A Global Laboratory of Dispute Resolution with an Asian Flavor. AJIL Unbound, 115, 22-27. doi:10.1017/aju.2020.82

[36] Sheng Zhang, 'China's International Commercial Court: Background, Obstacles and the Road Ahead' (2020) 11 Journal of International Dispute Settlement, p163

[37] Ignacio de la Rasilla,'Sharp Ears to Hear a Thunderclap'? The Rise of Mediation in the International Dispute Prevention and Settlement System of the Belt and Road Initiative, APLR (forthcoming).

[38] 程苏等:《社会排斥的研究范式与理论模型》，载《心理科学进展》，2011 年第 6 期，第 905—915 页。

[39] 游启明：《崛起国为什么修正国际秩序》，《世界经济与政治》，2021 年第 3 期，第 85 页。

[40] Rebecca Adler-Nissen, Stigma Management in International Relations: Transgressive Identities, Norms, and Order in International Society, International Organization, Vol.68, No.1, 2014, pp.143-176.

[41] 袁莎:《话语制衡与霸权护持》，载《世界经济与政治》，2017 年第 3 期，第 85—107 页。

能会对崛起国发起预防性战争，从根本上消除该国的后续行为能力。[42]

“一带一路”是中国在国际法治领域提出的新思维、开创的新道路，做出的新探索，“一带一路” 倡议是中国实际贡献于国际制度的重要契机。[43]中国成立 CICC，从而证实了其加入国际商事争端解决服务全球竞争的野心。44虽然如今守成国发动预防性战争的可能性不大，但不论是 BRI 还是 CICC，一直以来都面临着西方国家的不断非议，如有人认为，北京努力将其“一带一路”倡议推销为所有人的“双赢”。但中国主导的新争端解决机制的宣布，只会让人怀疑，跨境互联互通项目完全是按照中国的条件进行谈判的。45也有人认为，即便成立中国国际商事法庭，中国当局还满足于在国内争端、国外争端和涉外争端上保持“双轨”或“双轨”做法。46

（2）各国法制独立，缺乏联系

当前纠纷解决机制所面临的首要问题在于，世界各国纠纷解决机制多数建立在国内法的体系框架之下。在纠纷尚未发生，乃至商事法律管理产生初期，商事主体往往根据交易发生地、主营业务所在地等与商事法律关系有实际联系等地点选择商事法律关系确立的准据法。准据法的选择，实际上就将商事法律关系优先置于某国国内法的管辖体系之下。当商事法律关系从属于某国国内法时，因司法主权为任何一个国家所致力保护的利益，这种法律关系的从属性也就加重了在商事纠纷产生后，基于各国法制独立产生的隔阂。

各国法制独立是问题产生的根源，而使商事纠纷解决与法制独立产生冲突的焦点则是各国法制在一定程度上缺乏共识机制与协作机制。诚如本文第一章所介绍的，“十里不同风，百里不同俗”的现象在“一带一路”各国法律制度中体现得尤为明显。东南亚发展中国家、东欧国家、伊斯兰国家与传统发达国家，其法制体系无一不根植于其各具独特性的国情，从而导致国与国之间的法制差异巨大。上述差异使得国际商事纠纷产生后，由于双方当事人本身分属于不同国家国内法管辖，具体商事法律关系究竟从属于哪一国的国内法进行调整也因具体法律关系而异。这使得国际商事争端在解决的过程中充满了重重阻碍与巨大的不确定性。近来美国与中国和其他国家发生的“贸易战”问题，就反应出其以“国内法优先”来调整国际商事关系的特点。

（3）法治文化差异给争端解决带来的沟通困难

国际商事争端解决除了面临法治制度本身差异所带来的阻碍之外，在法律制度范围外的法治文化差异也在争议主体之间造成了巨大隔阂，继而对争端的解决造成了实质性的不利影响。不同国家的法治环境差异主要体现在如下方面：

首先，法律制度健全与否决定了商事争端发生后是否能在第一时间得到有效解决。在

[42] Jack S. Levy， “Declining Power and the Preventive Motivation for War，” World Politics， Vol.40， No.1， 1987， pp.82-107.
[43] 何志鹏.《“一带一路”与国际制度的中国贡献》，《学习与探索》, 2016 年第 9 期
[44] Wei Cai and Andrew Godwin, Challenges and Opportunities for the CICC, ICLQ vol 68, October 2019 p 869.
[45] Jacob Mardell, Dispute settlement on China's terms: Beijing's new Belt and Road courts, available at https://www.merics.org/en/blog/dispute-settlement-chinas-terms-beijings-new-belt-and-road-courts, last visited on 3 June, 2020.
[46] Mollengarden, Zachary, "One-Stop" Dispute Resolution on the Belt and Road: Toward an International Commercial Court With Chinese Characteristics, Pacific Basin Law Journal, 36(1), 179(2019).

法律制度较为健全的国家，一般争议能够在第一时间内得以平息，进而为较为复杂的争端提供更充分的资源以保障其有效解决。

其次，公民法律素养程度高低决定了商事争端发生的概率及通过当事人磋商、谈判进行救济的可能性。在公民法律素养较高的国家，往往更加崇尚契约、承诺的效力，公民面对商事争端也具有更强的正当程序意识。

最后，不同的文化大背景也为纠纷主体之间的沟通增添了障碍。亚洲国家，西亚和北非的阿拉伯国家、东欧、西欧、北美与拉丁美洲等各个地区的国家，均因历史、地理、宗教等多重原因，形成了一定范围内的文化共同体。即在一定范围内的，相应国家之间的文化背景差异不甚明显；但超出一定范围后，各个国家之间存在巨大的文化隔阂，甚至使固有的历史成见，这对商事争端的解决无疑是又一重障碍。

2、内部局限

（1）区域贸易协作有待加强

“一带一路”倡议本身不是一种紧密型的区域贸易协定，中国与沿线国家的贸易仍然是遵从世界贸易组织多边贸易规制、双边贸易协定为主。而在沿线国家中，目前仍有很多国家尚未正式加入世界贸易组织，其外贸政策将会对货物的自由流通产生一定的负面效应。双边自由贸易协定方面，中国目前只与少数国家签订了自由贸易协定，总体而言，与沿线国家间的国际贸易规则体系还有待进一步加强。在我国现有的国际投资条约中，有 56 个是我国与“一带一路”沿线国家签订的，此间有 45 个是上个世纪八九十年代签订的第一代双边投资条约。由于经济的发展，我国在国际投资中的地位已经由资本输人国逐渐向资本输出国转变。而此前所签订的双边投资条约中大多设置了“用尽当地救济”“仅征收补偿可提交国际投资仲裁”等门槛才能提交仲裁，这与我国国际投资地位现状已经不符，此类限制显然已不利于对我国投资者的权利救济。[47]

“一带一路”沿线国家中，已与中国签署自由贸易协定的国家/地区少之又少，这必将为”一带一路“倡议的实施增添难度。在“一带一路”沿线国家中，已于中国签署自由贸易协定的国家/地区少之又少，这必将为“一带一路”倡议的实施增添难度。

（2）配套制度有待完善

首先，CICC 在制度设计上的固有缺陷已在本文第三章说明，此处不再赘述。

其次，商事调解立法严重缺位。一方面，当前国际争端和冲突加剧，引发了大量纠纷案件，国际商事争端解决的国际竞争日趋激烈。我国对内提出多元化纠纷解决机制改革，对外主张把非诉讼纠纷解决机制挺在前面。另一方面，我国商事调解的实践发展，及其理论与实务研究整体落后，目前仅有 2011 年施行的《人民调解法》，而人民调解特指人民调解委员会解决民间纠纷的一种活动[48]，人民调解制度继承了传统调解制度，但并无有助于商事调解的发展。[49]外部压力、政策需要与国内立法缺位的矛盾愈发严重，国内加快商事

[47] 黄春利：《构建以调解为主的多元化“ 一带一路”国际投资争端解决机制》，《《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第 30 届学术讨论会获奖论文集（上）》》，2019 年，第 570 页。
[48] 《人民调解法》第一条。
[49] 杨秉勋，《再论<新加坡调解公约>与我国商事调解制度的发展》，《北京仲裁》，2020 年第一辑

调解立法的紧迫性越来越强。

最后，如龙飞所言，我国商事仲裁面临着国内国际的双重挑战，商事调解组织还未得到广大商事主体的认同，其吸附和化解商事纠纷的功能还远未发挥出来。[50]

（3）涉外法治人才紧缺

国际商事争端解决有着其内在逻辑，在语言、法律解释、文化素养等方面都具有特殊性和专业性，这一群体囊括职业律师和国际法学者，具有高度专业化和精英化的特征，长期也稳定地为参与国际商事争端解决的当事人提供职业化的法律服务。[51]因此，国际商事争端解决的从业人员必须具备全球视野、通晓国际规则、精通涉外法律。据统计，在联合国系统的雇员中，中国籍雇员目前仅占 1.12%，列第 11 位，居菲律宾、印度、俄罗斯等国之后。[52]由此可见，在国际舞台上能够深入参与国际法律事务处理的人才严重不足，能够处理国际商事争端的人才更是少之又少，涉外法治人才的数量和质量难以满足国家参与国际事务的需求。

（二） 中国国际商事争端预防与解决机制面临的机遇

1、外部条件

（1）契合“共商、共建、共享”的“一带一路”建设基本理念

BRI 自 2015 年提出以来。对中国、亚洲乃至全球的仲裁都产生了深远的影响。[53]构建“诉讼-仲裁-调解”融合式争端解决机制，是“共商、共建、共享”原则在国际法治领域的运用。“共商、共建、共享”原则与以《联合国宪章》为核心的国际法基本原则和国际关系基本准则一脉相承，符合国际法治的精神和要求。建设“一带一路”参与方开展多层次、多渠道、全方位的法治合作，共同探索建立合作机制、协商确定合作重点、逐步制定行动计划、有效解决法律问题、不断凝聚共识，为“一带一路”建设夯实法治之基。[54]支持“一带一路”参与方加强协商合作，积极运用现有国内、国际争端解决机制或机构解决争端。探索建立符合“一带一路”实际需要的争端解决机制或机构，包括研究建立以条约为基础的国际机制或机构的可行性，预防和解决相关争端。支持“一带一路”参与方深化司法执法领域合作，包括探讨加强民商事判决相互承认与执行、促进民商事司法文书送达及调查取证的合作机制等。支持“一带一路”参与方加强调解、仲裁等非诉纠纷解决领域的交流合作。[55]倡导公正、高效、便捷地解决争端，赞赏相关国家探索建立诉讼、调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解

[50] 龙飞：《论多元化纠纷解决机制的衔接问题》，《中国应用法学》2019 年第 6 期，第 134-135 页。
[51] 廖雪霞，《法律职业化视角下的国际争端解决》，《开放时代》2020 年第 6 期，第 113 页。
[52] 林嘉，《新时代涉外法治人才的培养》，载中国法学会 https://www.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/19651.html，2020 年 12 月 18 日访问。
[53] Weixia Gu, ‘Belt and Road Dispute Resolution: New Development Trends’ (2018) 36 Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs 150, 158.
[54] 《“一带一路”法治合作国际论坛共同主席声明》载新华网 http://www.xinhuanet.com/politics/2018-07/03/c_1123073746.htm，2020 年 12 月 18 日访问。
[55] 杨国华，《“一带一路”与国际法治》，《法学杂志》，

决机制所做的努力。[56]而 CICC 与 ICDPASO 正是中国为“一带一路”乃至全球法治提供的方案。

（2）顺应国际商事争端解决机制发展的历史潮流

目前，越来越多的国内外学者批评国际仲裁占比过大对国际商事和投资争端带来一定负面影响。他们认为国际仲裁的缺陷存在于：昂贵的仲裁成本、旷日持久的仲裁时间、仲裁庭不一致的条约解释、主要由西方精英组成的仲裁团体之间的利益冲突、投资者-国家间争端解决仲裁庭缺乏透明度（有时被称为“影子”甚至“袋鼠”法庭），以及高额的裁决费用对发展中国家经济发展的有害影响。

在国际商事争端解决领域，世界各国的经济交往越来越密切，使一国法院有更多机会审理国际商事案件。同时，国际商事仲裁的“诉讼化趋势”越来越受到诟病，和解又尚需进一步发展。[57]在这一背景下，为了提升在国际商事争端解决领域的竞争力，部分国家对传统的诉讼进行改革——建立国际商事法院。这些国家对法院对人员组成、管辖权、诉讼程序、审判制度以及判决的承认与执行进行改革，以符合现代国际商事争议解决的需求，同时也代表当前国际商事争端解决的发展潮流，将调解纳入司法程序、推动优化审判流程和提高司法效率的改革、探索信息化司法模式，这些都是未来国际商事法院的建设趋势。

国际调解作为一种由当事人主导的国际商事和投资争端解决方法受到了越来越多的关注。相关研究主要集中于对调解特征的研究，一些研究认为国际调解的五大特征是节约成本的期望、节省时间、参与更令人满意的程序（Lucy Reed, 2019）、一种“对诉讼或仲裁不感兴趣的文化”和当事人“希望维持持续发展的关系”。[58]近年来，这种关注引发了一系列公共法案，如 2018 年国际投资争端解决中心（ICSID）发布的第一个专门针对投资争端的机构调解规则，以及最近包括中国在内的 53 个国家签署并已有 6 个国家批准的《新加坡公约》。同样重要的是，联合国国际贸易法委员会“投资者-国家争端解决（ISDS）改革”第三工作组在关于“加强仲裁以外的争端解决机制”的最新讨论中，将促进调解作为 ISDS 改革方案的一部分。[59]

一方面，运用非诉纠纷解决程序处理案件已成为大多数国家的通行做法。如纽约南区法院在 20 世纪 90 年代就引入了非诉讼纠纷解决程序，现已形成了以调解为主的非诉讼纠纷解决规则；迪拜国际金融中心法院则鼓励当事人首先通过庭审之前的替代性纠纷解决方式，有效利用仲裁和调解方式来解决争议。另一方面，除上文提到的主要国际仲裁中心外，在他国的实践操作中，仲裁与调解也日渐得到推广，如澳大利亚、斯德哥尔摩商会仲裁院、俄罗斯工业企业联合会仲裁中心和联合调解中心、哈萨克斯坦 IUS 国际仲裁中心[60]，其结

[56] 《“一带一路”法治合作国际论坛共同主席声明》，载新华网 http://www.xinhuanet.com/politics/2018-07/03/c_1123073746.htm，2020 年 12 月 18 日访问。
[57] 何其生主编：《国际商事法院研究》，法律出版社 2019 年 9 月第 1 版，第 1 页。
[58] SI Strong, ‘Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation’ (2016) 73 Washington & Lee Law Review 1973, 1986.
[59] UNCITRAL, ‘Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty–Seventh Session’ A/CN 9/970 (9 April 2019), para 81.
[60] 王丽主编：《“一带一路”国际商事调解》，北京大学出版社 2020 年版，第 342-343 页。

合方式主要是“仲裁—调解”和“仲裁—调解—仲裁”两种模式。综合利用各类争端解决方式，取长补短，已成为当代国际商事争端解决机制的发展潮流。

（3）符合国际商事争端当事人的心理与利益需求

在商事争端发生后，当事人作为最迫切的利益相关者，其内心诉求是我们在解决商事争端时不得不考量的重要因素。作为商事争端主体，当事人对于争端解决的需要主要体现在以下五个方面：第一，程序简便。商事领域中，效率一直被认为是商业活动所追求的核心价值，在纠纷解决的过程中对效率对追求势必要求将争端解决程序最大限度简化，以期通过最高效的途径在争议主体之间达到定纷止争的目的。第二，非对抗性。商事争议多发生于在争议发生前具有合作关系的商事主体之间，作为商业主体具有最大限度保留商业机会的动机，因而非对抗性甚至是合作型的商事争端解决模式事实上为商事争议主体所强烈需要。第三，保密性。商业往来往往涉及商事主体不愿通过公开审判等方式曝光商业信息。因此，商事争端解决方式应当保守商事主体之秘密。第四，利弊权衡。追求利益是商事主体永恒不变的特征，而盈利性的根本属性，使得商事主体在争端解决过程中更加倾向于需求成本效益的平衡，经过两相考量后，选择综合成本最小、效益最大的争端解决方式。第五，公平正义。公平正义是人类文明的重要标志，是衡量一个国家或社会文明发展的标准，也是任何国际商事争端解决机制的应有之义。但在由西方发达国家为主建立的国际秩序内，广大发展中国家往往陷入“十案九败”的境地。[61]因此，对“一带一路”国际商事争端的参与方而言，公平正义是其最根本的需求。

“和”的思想在中国传统文化中流传已久，“以和为贵”的思想也通过历史、文化的传承深深熔铸在中国人的民族性格中。“诉讼-仲裁-调解”融合式争端解决机制就是在“和”文化的传播潮流中应运而生的。其传统国际商事争端解决机制相比主要具有以下特点：第一。更容易解决纠纷。调解以合意为基础，更易为当事人所接受和自愿履行，也可避免执行中的困难，实现调解与执行的有机统一。第二，程序灵活，简便、高效。在解决纠纷的地点、时间的选择上更尊重当事人的安排，不轻易扰乱当事人的工作、生活，申请、应答、送达程序等都便捷迅速。第三，结果灵活，多样。调解员审时度势地引导当事人达成调解协议，可以使调解结果照顾到双方当事人的长远利益，使争端获得更加切合实际的解决。第四，减少对抗。促进当事人双方的互谅互让和友好合作，有利于在争端解决纠纷时维护双方当事人的长远利益和友好关系。第五，更加保密。调解的过程和结果都不公开。第六，成本低。调解的费用比同等情况下诉讼的花费更低，且节约时间成本，是当事人不必陷入漫长的诉讼中。第七，司法保障程序正义和公平。

2、内部优势

（1）国家的战略重视与社会的积极参与

如前所述，构建一套公平、高效、便捷的国际商事争端解决机制已成为中国国家战略上的设计。

首先，中国于 2019 年签署了《新加坡公约》,《新加坡调解公约》是由联合国国际贸易

[61] 张维：《中国企业海外仲裁十案九败 9 成案件中方是被告》，《法制日报》，2011 年 08 月 08 日第 3 版。

法委员会历时四年研究拟订的，并经联合国大会会议于 2018 年 12 月审议通过的国际公约。公约旨在解决国际商事调解达成的和解协议的跨境执行问题。

其次，中国在与其他国家签订的备忘录将支持国际调解作为增强互信的方式之一，这也符合大多数的“BRI 初级协议”的文本，正如在 2019 年的意大利-中国谅解备忘录中那样，呼吁“应通过协商友好解决谅解备忘录解释中的分歧”。[62]

最后，以仲裁为例，中国的仲裁机构除了在国际商事争端领域做准备外，还积极参与解决与 BRI 有关的投资纠纷，如中国国际经济贸易仲裁委员会，上海国际经济贸易仲裁委员会，北京国际仲裁委员会，都已经发布了扩大起活动范围的新规则。此外，他们还通过在非洲、欧洲以及与其他亚洲国家的跨洲协议，合作扩大了业务范围，以“满足未来投资者-国家争端仲裁上升趋势的需求”。[63]与此同时，包括香港、新加坡和马来西亚在内的亚太地区的国际仲裁机构与也在中国的机构合作，以满足 BRI 地区的投资仲裁需求。[64]

（2）国内多元化纠纷解决机制改革积累的先进经验

2016 年，中共中央办公厅、国务院办公厅发布了《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》，同年，最高人民法院发布了《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》，这两个文件为中国多元化纠纷解决机制改革描绘了蓝图，其中强调诉讼与仲裁、调解的对接，以及调解制度的发展。这项改革是中国司法改革的重中之重，近些年也积累了很多先进经验。[65]深圳等地最近也在探索赋予特邀调解组织一定调查权和程序性权利的改革方案。[66]深入研究颇有成效的改革方案，将它们与国际商事争端解决的特点结合起来，或许对下一步 CICC 和 ICDPASO 的制度完善大有裨益。

四、对中国国际商事争端预防及解决机制的未来展望

（一）借鉴国内改革经验 完善多元化纠纷解决机制

1、完善调解与仲裁的衔接

完善商事争端多元化解决是中国国际商事争端解决方案的根本目的和宗旨，打通调解与仲裁的对接渠道，相互借力，有机衔接，协同发展乃改革的应有之义。因此，在现有仲裁机构“仲调”结合的体系之下，各调解组织与各仲裁机构应积极开展合作，共同创新，努力开拓仲调对接的新局面。仲裁机构在立案前或者审理中如果发现当事人有调解的意愿，或者发现调解是解决纠纷的更有益方式，则应该将案件及时转交至适宜的调解机构进行调解。调解中心受理的案件达成调解后，可以选择到有合作关系的仲裁机构申请仲裁，请求仲裁委员会组成仲裁庭，按照和解协议的内容作出裁决。调解中心受理的案件经调解未达

[62] See Heng Wang, ‘The Belt and Road Initiative Agreements: Characteristics, Rationale and Challenges’ (2021) 20 World Trade Review First View, 1, 1.
[63] 王丽主编：《“一带一路”国际商事调解》，北京大学出版社 2020 年 5 月第 1 版，第 162 页。
[64] 同上注 第 159 页。
[65] 详见胡仕浩、龙飞主编：《多元化纠纷解决机制改革精要》，法制出版社 2019 年版。
[66] 详见唐国林：《诉调对接中有关调解赋能的几点思考》，载蓝海大湾区研究院微信平台 https://mp.weixin.qq.com/s/kcvop-H1y-RhYicRK-7a0g，2021 年 3 月 29 日访问。

成调解协议的，当事人可以根据仲裁协议到仲裁机构申请仲裁，继续进行仲裁程序。经仲裁机构转交调解的案件，经调解达成调解协议的，当事人可以选择自动履行、司法确认履行、仲裁确认履行，也可以选择公证确认。仲裁机构转交的案件，未调解成功的，当事人可以继续依据仲裁协议申请仲裁，也可以选择用起诉至法院等其他方式解决纠纷。

2、完善调解与诉讼的衔接

（1）法院立案前的诉调对接

根据《规定》，CICC 在受理案件后 7 日内，经当事人同意，可以委托 ICEC 成员或者国际商事调解机构调解。调解成功的可以要求 CICC 制发调解书。根据当事人要求，也可制作判决书[67]调解是解决当事人纠纷的一种途径，但并不意味着纠纷会在此终结。因此，我们还需探讨当法院委托调解未成功案件和调解后部分达成调解协议的案件处理方式。

A. 调解未成功案件的后续程序

《多元化纠纷解决机制改革的意见》第 23 条规定了“探索无争议事实记载机制”。[68]“无争议事实记载机制”是我国在多元化纠纷解决机制改革实践中逐步探索并自行确立起来的，是中国特色的制度机制。该机制一定程度上保留了调解结果[69]，应当在 CICC 案件处理中适用。如此，既能保证不影响诉讼中法院公平公正审理案件，也在尊重当事人自主意愿和自主处分的基础上，简化审理内容，减少诉讼时间，这对当事人和法院都是有利的。

B. 调解达成部分调解协议的案件处理

对与部分达成调解协议的案件，现行的法律法规并未有提及相应的处理方法。但顾名思义，既然是部分达成调解协议，那达成调解协议的部分进入到履行程序时，当事人既可以申请司法确认，也可以自动履行等方式履行。对于未达成调解协议的部分，当事人可以继续向法院起诉，如符合调解，可进入到快速审裁程序。

针对部分达成的调解协议，当事人对争议事实没有重大分歧的，最高人民法院《关于扩大诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制改革试点总体方案》中规定“无异议调解方案认可机制”值得深入研究。最高人民法院《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》也对这一机制作了规定[70]这一机制相比其他机制而言，起步较晚，各级法院运用较少，公众知晓程度不高。但该机制对于强化“合意促成”，提高调解成功率具有重要异议。

（2）法院立案后的诉调对接

A. 立案后委托调解未成功的案件

对立案后委托调解未成功的案件，笔者认为“无意义事实记载机制”应该同样适用。

B. 立案后部分达成调解协议的案件

---

[67] 《规定》第 11、12、15 条。

[68] “调解程序终结时，当事人未达成调解协议的，调解员在征得各方当事人同意后，可以用书面形式即在调解过程中双方没有争议的事实，并由当事人签字确认。在诉讼程序中，除涉及国际利益、社会公共利益和他人合法权益的外，当事人无需对调解过程中已确认的无争议事实举证。”参见李少平主编：《最高人民法院多元化纠纷解决机制改革意见和特邀调解规定的理解与适用》，人民法院出版社 2017 年版，第 261 页。

[69] 蒋惠岭：《多元纠纷解决机制的十年改革路》，《中国审判》，2013 年第 1 期，第 17 页。

[70] 最高人民法院《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》第 24 条

对部分达成调解协议的案件，在理论上，对部分调解有两种处理方式：一是可以对达成协议部分先行确认并制作调解书，再对其他诉讼请求部分作出判决；[71]二是在判决书对审理查明部分将部分调解情况表述出来，并在判决主文中予以确认。[72]笔者认为，考虑到CICC一审终审的特点，应采用第二种方法处理该类案件。

（二）加强顶层设计 建立健全相关国内配套制度

我国国际商事调解组织有中国国际商会调解中心、仲裁中的调解和法院调解。中国国际贸易促进委员会/中国国际商会发展了联合调解模式。建立多个国家合作的联合调解机制是符合我国国情和国际商事纠纷解决趋势的。更多需要重视的在于调解机制运行中的若干问题，包括联合调解协议的效力问题、调解员选任问题等。为此可以设立特定的机构，专门处理相关的纠纷。现有的调解中心包括北京——汉堡调解中心、中美商事调解中心、中韩商事调解中心等。[73]目前我国已经在《民事诉讼法》《仲裁法》中专章规定了调解制度。中国国际商会《调解规则》和联合国《国际商事调解示范法》是调解制度的相关先例。

第一，目前国内采取的调解主要是依据调解机构制定的规则，其法律效力来自当事人的协议，而并非立法。考虑到调解作为一种民间自治行为，不能牵涉到过多的法律规制，因此针对国际商事调解方面的立法应当主要着眼于程序规范入手，减少对实体问题的规定，以为域外执行时减少阻力。比如，调解中的保密规则和调解员的回避等。此外，通过法律的高位阶统一程序，能够提高调解结果的执行率。

第二，我国应当在商事调解的相关规则中针对商事调解引起诉讼等司法方式的时效中断进行明确的规定。如果启动诉讼的方式，在诉讼的过程中又产生了双方的调解程序，应保证诉讼时效中断计算，防止调解不成功后，导致超过诉讼时效而当事人不得适用司法救济的情况。此规定能保护当事人适用调解方式的积极性。此外，调解在程序上的一个比较明显的漏洞是没有规定时间期限，应当规定在一定的时限内，如果调解不能完成，视作调解失败，当事人应当选择其他程序解决争议。

第三，重视 ICDPASO 和 CICC 的相互影响。CICC 和 ICDPASO 作为两个不同性质但具有相同服务对象的机构，需充分运用这两个机构的特点，发挥其优势，以服务于“一带一路”国际商事争端解决。同时，也应进一步研究 CICC 和 ICDPASO 之间能互相借鉴之处，

第四，进一步提高在“一带一路”倡议中用调解和预防机制的战略优势来解决国际贸易争端、国际投资争端、国际商事争端时的认识。1）国际贸易争端：国家之间的争端可以在世界贸易组织（WTO）的规则下解决，但 WTO 争端解决体系仍处于僵局状态，中国必须为“一带一路”倡议提供自己的替代性国际贸易争端解决机制，包括预防和调解机制；2）国际投资争端：中国必须与已同中国签署了 BRI 谅解备忘录的国家更新其投资条约网络，并商定允许根据中国仲裁机构规则管理并提交仲裁的用语。此外，还应参照国际商事争端

[71] 最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第 17 条。
[72] 最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 412 条
[73] 参见中国国际贸易促进委员会/中国国际商会联合调解网站 https://adr.ccpit.org，2020 年 12 月 20 日访问。

预防与解决组织（ICDPASD），在其重新谈判的双边贸易协定中增加自愿或强制调解条款；3）国际商事争端：中国须研究比较性改革方案，使调解在中国国际商事法庭“一站式”解决机制的背景下更具吸引力，还需加强该法庭与国际商事争端预防与解决组织的关系和协同作用。

（三）增强涉外法治人才培养 引进国外专业人员

一方面，要完善涉外法治人才培养体系。围绕涉外法治人才的核心培养目标“具有国际视野、通晓国际规则、善于处理国际事务”，需要抓紧完善人才培养体系。在课程设置、教材建设、教师资源、教学方法、实践实习等方面均要与一般法治人才培养不同的制度设计，要更加注重外向型、复合型，将国际化融入到人才培养的全过程，将培养目标落到实处，实现从国家需要、到目标预设、再到目标达成的高度一致。[74]

另一方面，所谓“十年树木，百年树人”，要解决国家对涉外法治人才紧迫需求，可考虑引进国外专业机构和人员，使其为“一带一路”国际商事争端解决机制服务。第一，可研究国际商事专家委员会的组成是否应涵盖更多来自发展中国家的国际知名调解员，以及来自“一带一路”倡议中最有可能参与国际商事争端解决的地区中具有文化、商事、法律和语言知识的调解员；第二，考虑在与 CICC“一站式”体系合作的第二批或未来扩充的仲裁和调解机构库中是否可纳入来自中国特别行政区以及外国司法管辖区的调解机构。

[74] 刘晓红，《以习近平法治思想为引领 加强涉外法治人才培养》，https://m.gmw.cn/baijia/2021-01/20/34557556.html，2021 年 3 月 10 日访问。

仲裁案外人权利救济制度的反思与再造——从案外人申请不予执行仲裁裁决制度切入

宋连斌 陈曦

摘要：仲裁案外人权利救济制度在我国《仲裁法》中阙如。为遏制虚假仲裁，最高人民法院通过司法解释确立了案外人申请不予执行仲裁裁决制度。实践表明，该制度虽能够遏制虚假仲裁，但难以承载仲裁案外人权利救济的全部重任。在案外人语境下，现行案外人申请不予执行仲裁裁决制度是一种将裁决既判力与执行力混同处理的实用主义作法，因案外人撤销裁决制度的缺失导致其难以逻辑自洽。我国未来立法在完善仲裁案外人权利救济渠道时，可在国内仲裁中尝试引入仲裁第三人，并设立案外人撤销裁决制度。同时，应当防止撤销程序对裁决执行的不当干扰，以达到裁决的高效执行和实体公正的合理平衡。

关键词：虚假仲裁；案外人；不予执行仲裁裁决；撤销仲裁裁决

中图分类号： **文献标识码：** **文章编号：**

作者简介：宋连斌，中国政法大学国际法学院教授、博士生导师；陈曦，中国政法大学国际法学院博士研究生（北京 100088）

近年来，随着仲裁的发展，实践中虚假仲裁、恶意仲裁现象屡有发生，出现当事人利用仲裁私密性恶意侵占案外人财产、逃避债务或规避执行，以及裁决确认事实对案外人产生不利预决效力等情形[1]。由于《民事诉讼法》规定的审判监督程序不适用于仲裁裁决，而《仲裁法》规定的仲裁裁决的撤销与不予执行仅限于仲裁当事人向法院提出申请[2]，因此当仲裁裁决损害案外人利益时，案外人的权利救济只能依赖于法院对仲裁的司法监督。作为一种尝试，2018 年 3 月 1 日施行的《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》（下简称《仲裁裁决执行规定》）第一次引入了案外人申请不予执行仲裁裁决制度。这是对我国仲裁司法审查和监督制度的重大革新，为仲裁案外人权利救济提供亟需的制度支持。自此，仲裁案外人与仲裁当事人相对应，成为我国仲裁法律中具有特定权利的概念。然而，自《仲裁裁决执行规定》实施以来，案外人通过申请不予执行仲裁裁决程序实现权利救济的效果并不理想。笔者通过公开的裁判文书数据库共搜集相关裁判文书有效样本 342 件，其中仅有 39 例被裁定不予执行[3]。该制度的司法适用仍然存在一定困境，仲裁案外人权利救济制度体系亟待完善。本文旨在以案外人申请不予执行仲裁裁决制度的实践情况为参照，通过对该制度的学理分析，探讨我国仲裁案外人权利救济制度的再造路径。

[1] 刘东：《论仲裁裁决案外人利益的保护——以案外第三人撤销仲裁裁决之诉为中心的研究》，《法治研究》2015 年第 2 期，第 89 页；王瑞华：《仲裁实务中虚假仲裁的识别与应对》，《北京仲裁》2019 年第 109 辑，第 34 页。

[2] 参见《仲裁法》第 58 条、第 63 条。

[3] 案例全部来自于中国裁判文书网和北大法宝案例数据库。截止至 2020 年 7 月 16 日，共搜集适用案外人申请不予执行仲裁裁决案例 944 件，其中具有研究价值案例为 342 件。此处具有研究价值的案例是指去除同案复议以及多案外人针对相同案情和相同诉由对同一被执行人的不予执行申请案件。

一、案外人申请不予执行仲裁裁决的实践检视

经对上述案例裁判文书的梳理发现，案外人申请不予执行仲裁裁决制度的司法适用仍存在一些困境，不能适应案外人权利救济的实际需要。

（一）审查标准理解不一，存在利益取舍倾向

依《仲裁裁决执行规定》第 18 条，“案外人根据本规定第九条申请不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书，符合下列条件的，人民法院应当支持：（1）案外人系权利或者利益的主体；（2）案外人主张的权利或者利益合法、真实；（3）仲裁案件当事人之间存在虚构法律关系，捏造案件事实的情形；（4）仲裁裁决主文或者仲裁调解书处理当事人民事权利义务的结果部分或者全部错误，损害案外人合法权益。”揆诸实践，法院主要存在两种相左的看法：一是以上四个要件必须同时满足，方可裁定不予执行涉案裁决；二是上述第三要件（案件事实和法律关系实属虚构）与第四要件（裁决或调解书存在错误，损害案外人合法权益）只需满足其一[4]。两种做法的共识在于，仲裁案外人事后救济的权利保障确有必要；分歧主要在于该制度的适用是否以虚假仲裁、恶意申请仲裁为必要条件，对审查标准的把握存在利益取舍倾向。

笔者认为，无论是基于文义解释，还是从我国创设该制度的初衷对其进行目的解释，虚假仲裁或恶意申请仲裁均为案外人需向人民法院证明的必要条件。首先，《仲裁裁决执行规定》第 9 条已明确，案外人申请不予执行仲裁裁决的适格主体，必须有证据证明存在恶意申请仲裁或者虚假仲裁的情形。如若无法满足此要件，案外人不予执行申请应被裁定不予受理或驳回。其次，鉴于仲裁的基石是当事人意思自治，若对案外人申请不予执行仲裁裁决的权利不加任何限制，无疑将对仲裁的自治性、私密性和高效性造成严重冲击，亦会导致法院对仲裁的过度介入与干扰[5]。故，司法解释起草者予以明确，作为善意案外人维护其合法权利的救济渠道，在现行法律框架内暂且仅允许案外人申请不予执行虚假仲裁和恶意申请的仲裁裁决。

（二）适用范围不周延，难以涵盖案外人权利救济的全部情形

为仲裁案外人提供救济，是案外人申请不予执行仲裁裁决制度的价值追求。如上所述，现阶段案外人必须有证据证明受到虚假仲裁或恶意仲裁侵害；但逻辑上，并非只有虚假仲裁这一种情形会侵害案外人合法权益。例如，当涉案财产所有权存在争议，而仲裁庭并未查明时，其所作裁决则有可能损害财产实际所有权人（案外人）合法权益，尽管此时仲裁当事人并无虚假仲裁的故意。因此，案外人申请不予执行仲裁裁决制度将范围仅限于虚假仲裁或恶意申请仲裁，无法达到充分保障仲裁案外人权利救济的目的。由于仲裁庭在调查取证上并不具备法院的职权属性，在事实认定上亦无需严格遵循诉讼证据规则，对事实真实性与周延性的认定存在先天不足；因此，仲裁案外人权利救济制度供给尤为关键。

[4] 在此次收集的 39 个法院裁定不予执行的案件中，人民法院依前一标准审查的有 25 件，依后一标准审查的有 14 件。实践中这两种做法并非旗鼓相当，综合考察 342 个案例的裁判依据，后者属少数。

[5] 刘贵祥、孟祥等：《〈关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定〉的理解与适用》，《人民司法》（应用）2018 年第 13 期，第 44 页。

仲裁诉讼化思维固不可取，但就仲裁裁决和法院判决的效力而言，仲裁与诉讼并无实质区别。然而，在现行法律制度框架下，仲裁案外人和民事诉讼案外人的权利救济的渠道、方式和适用条件并不相当。在民事诉讼中，即便是同为打击虚假诉讼而引入的第三人撤销之诉，其适用也未局限于虚假诉讼这一极端情形。因此，目前我国关于案外人申请不予执行仲裁裁决制度的适用范围并不周延。法院在适用该制度时存在审查标准的分歧，也在一定程度上佐证该制度相对有限的适用范围与错综复杂的仲裁实践之间存在冲突[6]。

（三）举证责任要求过于苛刻，案外人权利救济难以实现

依《仲裁裁决执行规定》，案外人申请不予执行仲裁裁决时应承担相应举证责任。但实践中，当事人若主观上存在利用仲裁程序侵害案外人合法权益的故意，必定会对案外人的举证、申诉和救济设置层层阻碍。此外，由于仲裁程序本身具有私密性，仲裁庭审的内容、当事人举证和质证的过程以及裁决书均不对外公开，案外人通常在执行阶段才知晓自身合法权益受到侵害。再者，《仲裁裁决执行规定》要求案外人在“知晓执行措施之日起三十日内”提出申请，案外人在较短的时间内完成证据收集举步维艰。

同时，虚假仲裁可能受到刑事处罚，其证明标准也较高。因此，法院未采纳民事诉讼中“高度盖然性”的证明标准，而是参照刑事诉讼中“排除合理怀疑”予以认定[7]。案外人作为一般民事主体，其证明手段、取证能力以及法律职业素养均弱于公诉机关，让其履行较高标准的刑事司举证责任既不适宜，亦不现实。在本文收集的 342 个有效案例中，303 件由案外人承担举证不利的法律后果，足见案外人举证之艰难。在获得法院支持的 39 个案例中，有 14 例法院并未对虚假仲裁事实进行审查（法院仅依“仲裁主文或调解书存在错误，侵害案外人合法权益”这一要件裁定不予执行）；2 例仲裁当事人的虚假仲裁行为由生效的法院判决所确认，免除了案外人的举证责任[8]；其余 23 例，仲裁案外人仅能从当事人之间矛盾的激烈程度、行为是否符合常理、对抗程度是否激烈等方面，推断虚假仲裁的高度可能性，具体事实均由法院甚至检察机关介入查明。可见，若确有虚假仲裁情形发生，案外人合法权益的维护主要依赖于法院调查取证。

二、案外人申请不予执行仲裁裁决制度的学理解析

案外人申请不予执行仲裁裁决制度的确立，极大地打击了虚假仲裁现象，基本达到了其设立的初衷[9]。该制度旨在解决执行程序中的虚假仲裁问题，但经理论审视，可见其与现行民事执行异议制度、仲裁司法审查制度存在抵牾。这并非单一原因促成。从理论上看，

[6] 以（2018）湘 13 执异 110 号民事裁定书为例，本案中案外人对仲裁争议房屋主体享有抵押权，仲裁庭对此事实没有查明，裁决实际影响案外人合法权益。最终，法院并未受困于虚假仲裁的前置条件，以“从依法公平保护各方权益主体及有利于当地经济发展和社会稳定考虑”为由支持了案外人不予执行仲裁裁决申请，援引依据为《仲裁裁决执行规定》第 18 条。

[7] 程新文、冯小光等：《〈最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见〉的理解与适用》，《民事审判指导与参考》（2016 年卷），总第 66 辑，第 214 页。

[8] 见湖北省宜昌市中级人民法院（2019）鄂 05 执异 11 号民事裁定书、上海市第一中级人民法院（2018）沪 01 执 121 号民事裁定书。

[9] 这主要体现在：虚假仲裁作为一个社会现象已骤然降温，舆论影响逐渐减弱。在案件受理数量上，944 个案例的年度分布分别为 2018 年 730 件，2019 年 198 件，2020 年 12 件，法院受理的案外人不予执行申请数量逐年显著降低。

仲裁裁决既判力的客观范围不应及于案外人，但执行程序的物权公示原则和权利外观主义的形式审查，导致裁决的执行力确有可能波及案外人。因此，理论而言，案外人仅需阻却裁决执行力，而非既判力。然而根据现有规定，裁决被法院裁定不予执行，其既判力和仲裁协议的效力被同时否定[10]。这种执行力和既判力混同处理的实用主义规范，能有效防止仲裁当事人阻碍执行；但若将该规范适用于案外人，则会出现明显的程序缺失与逻辑失格。

（一）仲裁裁决既判力的范围：不及于案外人

既判力是英美法系和大陆法系国家所共同承认的一项诉讼法基本原则。我国民事诉讼法学者亦对既判力理论进行了深入探讨。通说认为，判决一旦成立，便对法院发生特定的约束力，在未经法定程序不得撤销、改变其判决（“确定性效力”）；法院也不得就已经裁判并确定的实体争议事项再行审理和裁判，当事人也不得就已经裁判并确定的实体争议再行起诉（“排他性效力”）；既判力的效果包括主体范围（判决事项对哪些主体有约束力）、客体范围（判决的哪些事项对后诉和当事人具有约束力）和时间范围（判决作用的时间界限）[11]。但我国立法并没有全面的既判力规范。《民事诉讼法》仅有“一事不再理”和“禁止重复起诉”的原则性规定，其是否能涵盖既判力理论的内容尚存争议[12]。从本质上看，“一事不再理”和“禁止重复诉讼”是对既判力原则的归纳和总结，但又不属于明确的既判力法律制度[13]。我国现行立法和司法实践尚未摆脱仅有既判力原理却无既判力制度的尴尬境地[14]。以案外人申请再审制度和《民事诉讼法》引入第三人撤销之诉为契机，学界对判决约束的主体范围再次进行探讨。主流观点认为，根据既判力原则的相对性原理，生效民事裁判的既判力不应约束第三人[15]。针对错误判决导致权利受损，案外人可以另行起诉维护自身合法权益。即便另诉受阻，《民事诉讼法》还为诉讼案外人提供了再审与第三人撤销之诉作为救济渠道，为其维护自身合法权益提供了健全的程序保障。

由于仲裁程序和民事诉讼程序的诸多共性，对于仲裁裁决的既判力问题，我国学者多援引诉讼法中的既判力原理，将其直接运用于商事仲裁中[16]。通过域外实践观察发现，既判力原理已被仲裁领域广泛接受。国际法协会发布的《关于国际商事仲裁裁决既判力的最终报告》中，也明确仲裁裁决同样具有既判力。其基本原理是，仲裁裁决和法院判决具有

[10] 《仲裁法》第 9 条第 2 款。

[11]江伟、肖建国：《论既判力的客观范围》，《法学研究》1996 年第 4 期，第 37 页；吴明童：《既判力的界限研究》，《中国法学》2001 年第 6 期，第 77 页；张卫平：《民事诉讼法》，北京：法律出版社，2013 年，第 408 页。

[12] 有学者认为，“一事不再理”和“禁止重复诉讼”与既判力理论存在诸多联系，并且能够产生相似的法律效果，但是两者又有各自不同的重点和制度构成，应当属于不同的命题范畴。张卫平：《重复诉讼规制研究：兼论“一事不再理”》，《中国法学》2015 年第 2 期，第 49 页。亦有学者认为，“禁止重复诉讼”实质上实在规定禁止再诉的客体范围，应当属于既判力的客观范围问题。严仁群：《既判力客观范围之新进展》，《中外法学》2017 年第 2 期，第 537 页。

[13] 任重：《论虚假诉讼：兼评我国第三人撤销诉讼实践》，《中国法学》2014 年第 6 期，第 251 页。

[14] 奚晓明主编：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》，北京：人民法院出版社，2012 年，第 100 页。

[15] 张卫平：《既判力相对性原则：根据、例外与制度化》，《法学研究》2015 年第 1 期，第 69 页。

[16] 肖建华、杨恩乾：《论仲裁裁决的既判力》，《北方法学》2008 年第 6 期，第 62 页；高薇：《论诉讼与仲裁关系中的既判力问题》，《法学家》2010 年第 6 期，第 153 页；丁伟：《一事不再理：仲裁制度中的“阿喀琉斯之踵”》，《东方法学》2011 年第 1 期，第 61 页。

相同的法律效力。由于既判力原理是大陆法系和英美法系所公认的诉讼法原则，仲裁作为在两大法系夹缝中不断协调融合的争议解决方式，仲裁裁决也相应地获得了既判力。同时，报告也认为仲裁裁决既判力应包括确定性效力和排他性效力，既判力的主体范围仅限于参与到仲裁进程中的相同当事人之间[17]。

对于仲裁裁决既判力的主体范围和效力边界问题，我国学者的理解与域外学者基本相同。如同生效民事裁判的既判力不应约束第三人，在商事仲裁领域，仲裁裁决的效力也不应约束案外人。其原因除了已述的既判力原则的相对性以外，仲裁制度本身的特点也决定仲裁裁决只应约束仲裁当事人。

首先，仲裁庭欠缺对案外人权利义务的管辖权。尽管我国并未普遍承认既判力原则的相对性，但仲裁协议的相对性早已是普遍共识。仲裁庭的管辖权受到仲裁协议的严格限制，只能对仲裁协议当事人就约定事项行使管辖权[18]。案外人并非仲裁协议当事人，仲裁庭对其实体权利不具备管辖权基础。尽管现代商事仲裁实践中已产生仲裁协议效力扩张理论，包括禁反言、连环合同、第三方受益、刺破公司面纱、集团公司、代理和转让等情形，使非仲裁协议签字方受到仲裁协议的约束[19]。但是，各国仲裁实践对于仲裁协议效力扩张论的接纳和继受程度不同。在绝大多数情况下，仲裁协议仅约束仲裁协议当事方[20]。此外，即使案外人依仲裁协议效力扩张论进入仲裁程序，其实质已取得仲裁协议当事人的法律地位和相应救济权利，而不再是案外人或所谓仲裁第三人[21]。

其次，对仲裁案外人的权利产生实质影响的仲裁裁决将违背程序公正原则。程序公正既是仲裁员的道德义务，亦是仲裁法律原则。由于仲裁程序的高度意思自治性，各国仲裁法通常仅对仲裁庭作最低程度的“程序公正”要求，这直接体现为对各方当事人的公平对待以及陈述案情、质证辩论等程序性权利保障[22]。例如《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 18 条明确要求仲裁庭平等对待各方当事人，应当给予各方充分陈述案情的机会。我国《仲裁法》亦有相应规定，仲裁庭违反法定程序直接构成撤销或不予执行的法定事由[23]。反观仲裁案外人，其因仲裁条款缺失而不具备介入仲裁程序的基础。若仲裁庭对案外人实体权益作出裁决，无异于剥夺了其上述程序性权利，违反“程序公正”原则，其裁决将面临被撤销或不予执行的风险[24]。

（二）仲裁裁决的执行力：可能波及案外人

[17] Filip and Audley, ILA Final Report on Res Judicata and Arbitration, *Arbitration International*, Vol. 25 (2009), pp. 73-76.
[18] 宋连斌主编：《仲裁法》，武汉：武汉大学出版社，2010 年，第 152 页。
[19] Stavros Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, London: Oxford University Express, 2010, pp.28.
[20] Gary Born, *International Arbitration: Law and Practic*e, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, Chapter 5.
[21] 宋连斌、杨玲：《论仲裁第三人》，《仲裁研究》2005 年第 5 辑，第 20 页。
[22] Matti Kurkela and Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration (Second Edition)*, London: Oxford University Press, 2010, pp. 185.
[23] 《仲裁法》第 47 条、第 58 条。
[24] 巢志雄，《法国第三人撤销之诉研究——兼于我国新〈民事诉讼法〉第 56 条第 3 款比较》，《现代法学》，2013 年 5 月第 3 期，第 161 页。

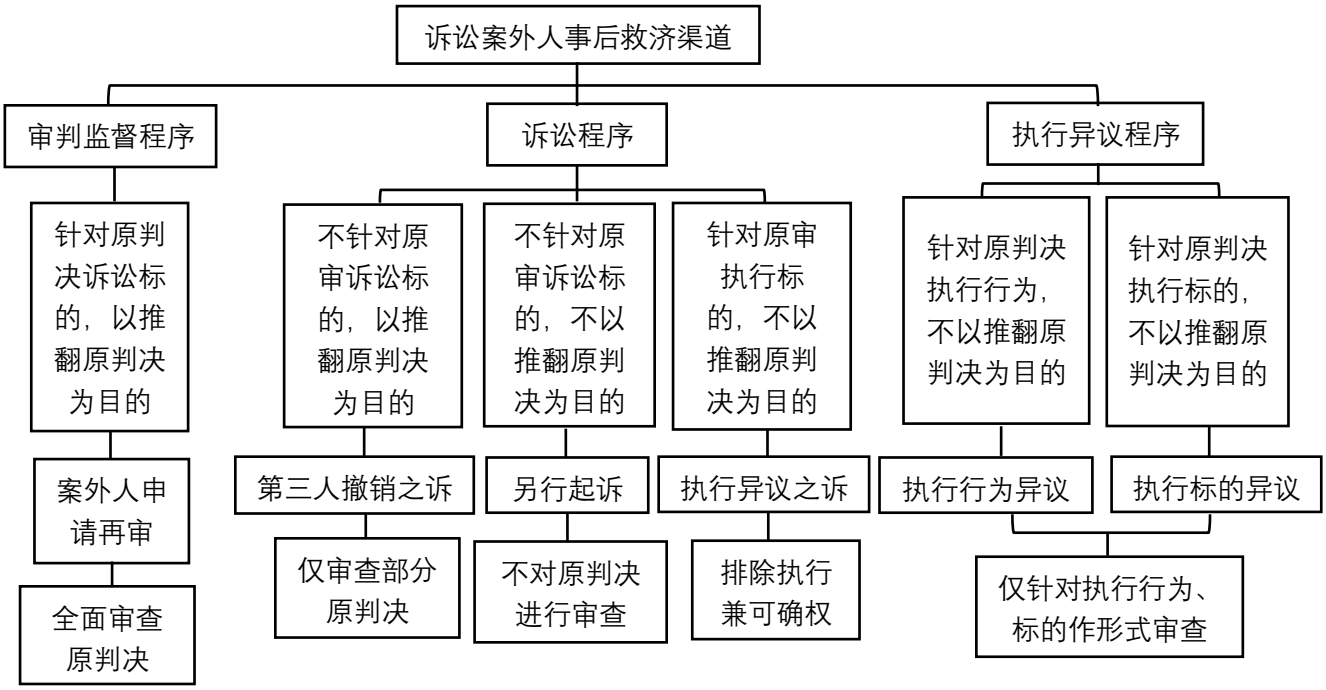
仲裁裁决既判力不及于案外人，并不表示案外人不会受到仲裁裁决执行的影响。在实践中，仲裁裁决如果出现错误或在虚假仲裁等情形下，案外人的合法权益确有可能受到仲裁裁决执行的侵害。这是由我国强制执行的价值取向和制度特性所决定[25]。我国法院对被执行财产遵循物权公示原则和权利外观主义的形式审查[26]，只需从形式上判断其属于被执行人即可[27]。当物权公示方法和权利外观表征与实际情况不一致时，案外人的合法权益确有可能受到执行行为影响。

其次，较诉讼而言，案外人合法权益受到仲裁裁决侵害的可能性更高。民事诉讼中，人民法院行使的司法权包括审判权和执行权[28]。即便在“审执分离”的背景下，案件的审理、执行与审判监督均在人民法院系统内部进行。而仲裁作为一种私力救济解决方式，具有民间性[29]。“支持仲裁”的政策要求法院应避免对仲裁程序施加任何非必要干预[30]。法院仅能在仲裁裁决的撤销与执行程序中进行形式上的司法监督，无法对案件实体问题进行审查。换言之，仲裁庭查明事实能力的局限性、形式上的司法监督程序以及执行制度的权利外观主义原则等原因共同导致案外人合法权益更易受到仲裁裁决的不利侵害。是故，为仲裁案外人提供权利救济渠道实属必要。

（三）不予执行制度的合理性：对案外人另诉不畅的化解

[25] 任重：《论虚假诉讼：兼评我国第三人撤销诉讼实践》，《中国法学》2014 年第 6 期，第 251 页。
[26] 江必新、刘贵祥主编：《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题规定理解与适用》，北京：人民法院出版社，2015 年，第 350 页。
[27] 赖来焜：《强制执行法总论》，台北：元照出版有限公司，2007 年，第 418 页。
[28] 肖建国：《民事审判权与执行权的分离研究》，《法制与社会发展》，2016 年第 2 期，第 45 页。
[29] 黄进、宋连斌等著：《仲裁法学》，北京：中国政法大学出版社，2008 年，第 12 页。
[30] Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, London: Oxford University Express, 2015, para.3.99.

对于仲裁案外人权利救济措施，在《仲裁裁决执行规定》出台之前，并无明确法律依



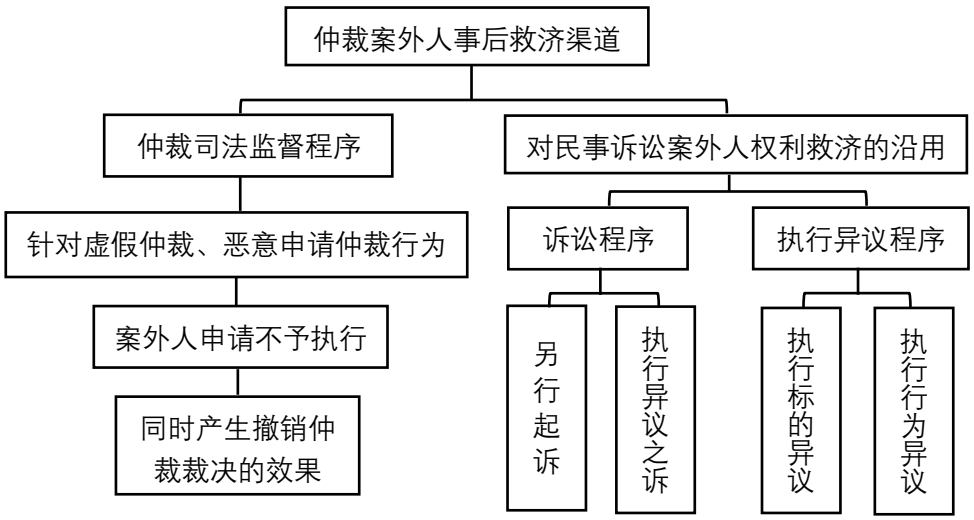
据，在实务中人民法院通常援引适用《民事诉讼法》的相关规定。现行《民事诉讼法》为诉讼案外人提供了执行异议、执行异议之诉、另行起诉、第三人撤销之诉和案外人申请再审等渠道，可归纳为图一所示。

图 1 诉讼案外人事后救济渠道示意图

由于仲裁和诉讼这两种争议解决方式存在根本性差异，案外人申请再审以及第三人撤销之诉在仲裁中并无适用余地。结合《民事诉讼法》中可供适用的执行异议、执行异议之诉和另行起诉制度，理论上现阶段仲裁案外人权利救济制度体系，可归纳如图二所示。

图 2 仲裁案外人事后救济渠道示意图

通过上图可看出，案外人申请不予执行仲裁裁决规定，填补了仲裁案外人无法推翻或



撤销对其合法权益造成侵害的错误裁决的制度空白。在此之前，执行异议和另行起诉在仲裁领域的简单移植，其弊端显露无遗。首先，执行异议程序不具备攻击裁决有效性的职能，

仅能就违法执行行为或错误执行标的提出异议。作为执行异议的后置诉讼程序，执行异议之诉同样无法改变裁决既判力[31]。其次，另行起诉在仲裁实践中并未起到应有之作用。一方面，另行起诉无法解决新诉和原仲裁裁决的效力冲突问题；另一方面，在既判力制度缺失背景下，人民法院错误适用“禁止重复诉讼”而导致案外人另诉不畅的情况时有发生[32]。为此，《民事诉讼法》引入了第三人撤销之诉，但仲裁法中与之相应的制度阙如。案外人申请不予执行仲裁裁决制度的设立，一方面，缓解了仲裁案外人因虚假仲裁权益受损而无处救济的燃眉之急；另一方面，通过执行审查的形式，实现对仲 裁的司法监督。一旦仲裁裁决的效力被推翻，案外人另诉不畅的根源亦被消除。

（四）不予执行制度的瑕疵：撤销程序缺失导致逻辑失格

根据现有法律，案外人申请不予执行仲裁裁决制度将同时否定仲裁决执行力与既判力[33]。“裁决既判力因不予执行而归于无效”的制度表述源于 1992 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（下简称《92 年意见》）。司法解释起草者认为法院裁定不予执行仲裁裁决后，将导致裁决书所确认债权债务关系处于不稳定的状态；为统一实践，《92 年意见》首次明确，裁决被裁定不予执行后，裁决效力与仲裁协议效力均归于无效，当事人可以重新达成仲裁协议提起仲裁，或向人民法院起诉[34]。自此，该制度表述沿用至今。2012 年《民事诉讼法》统一了当事人申请不予执行和撤销国内仲裁裁决的司法审查标准；在国内仲裁中，当事人申请撤销和不予执行的法律效果趋于等同化。此举有利于两种司法审查标准的统一适用，减少重复审查和矛盾裁判的出现，节约司法资源，保证裁决顺利执行[35]。

但是，将视角放置于案外人，裁决既判力因不予执行而当然否定的逻辑值得推敲。首先，现行法律并未规定案外人撤销仲裁裁决之诉。在案外人撤销裁决程序缺失的情况下，裁决既判力因不予执行而被否定，缺乏程序法律支撑。其次，即便是套用当事人撤销裁决的司法审查标准，其与案外人不予执行申请的审查事由亦存在本质不同。因此，从法律制度的科学构造而言，确立案外人申请撤销仲裁裁决制度具有重要的程序法价值，其有利于厘清裁决执行力和既判力的关系，明确不予执行与撤销程序的各自运行机理，完善仲裁案外人权利救济制度体系。

三、仲裁案外人权利救济制度的再造路径

如前文所述，对于案外人申请不予执行仲裁裁决制度适用过程中举证责任过高的症结，人民法院尚可从实践层面着手，适当降低案外人的举证责任标准，合理分配举证责任。至

[31] 最高人民法院已明确，对于仲裁案外人在执行异议之诉中提出的确权主张，实质是认为涉案仲裁裁决存在错误，其诉讼请求以推翻仲裁裁决为前提。此时，仲裁案外人不具备执行异议之诉的主体资格，其诉讼请求应予驳回。见《陆海啸、海南博兴投资咨询有限公司再审审查与审判监督民事裁定书》，（2018）最高法民申 2419 号。

[32] 吴泽勇：《第三人撤销之诉的原告适格》，《法学研究》2014 年第 3 期，第 156 页。

[33] 《仲裁法》第 9 条、《民事诉讼法》第 237 条以及《仲裁裁决执行规定》第 22 条。

[34] 沈德咏主编：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》，北京：人民法院出版社，2015 年，第 1270 页。

[35] 刘贵祥、孟祥等：《〈关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定〉的理解与适用》，《人民司法》2018 年 13 期，第 45 页。

于制度适用范围、审查标准以及制度衔接问题，由于《仲裁裁决执行规定》仅为司法解释，无法逾越《民事诉讼法》和《仲裁法》的上层制度设计，因此我国应在修订《仲裁法》和《民事诉讼法》过程中对仲裁案外人权利救济制度体系的完善予以回应。仲裁案外人权利救济制度的再造可从事中救济和事后救济两个层面进行完善。

（一）仲裁第三人制度的适当引入

仲裁第三人制度的引入早已不是新议题，学界至今未有定论。纵观世界各国实践，对仲裁第三人作出规定的国家并不多见，各国仲裁机构通常通过追加当事人和合并审理的技术手段来软化处理[36]。在极少数对仲裁第三人权利义务有明确规定的国家中，意大利的仲裁第三人制度与我国学者所设想的制度构建较为相似。2006 年意大利对仲裁法进行了修改，首次引入了仲裁第三人制度，并将仲裁第三人分为“自愿第三人”和“法定第三人”。对于“自愿第三人”，只有在第三人和仲裁协议当事人之间达成仲裁协议以及仲裁员同意的情形下，才能参加仲裁程序。如果“自愿第三人”能满足法定条件[37]，也可介入仲裁程序，无需其他当事人和仲裁员的同意[38]。这一概念与我国民事诉讼法中无独立请求权第三人和有独立请求权第三人相似[39]。 “法定第三人”是指按照意大利法律必须参与到仲裁程序中的第三人，类似于我国“必要共同诉讼人”的概念[40]，其介入仲裁程序无需任何人的同意[41]。如果法定第三人没有参加仲裁，仲裁程序则无法进行，当事人只能将争议诉诸法院[42]。第三人一旦决定参加仲裁进程，就应视对仲裁程序现状的接受，因而不享有选任、改变仲裁员的权利[43]。若第三人对仲裁庭的组成有异议，可拒绝加入仲裁程序,仲裁程序将分开审理[44]。

从案外人申请不予执行仲裁裁决的视角看，仲裁第三人的引入别具意义，其制度优势自不待言：案外人因此有机会加入仲裁程序，及时维护自身合法利益；该制度亦有利于仲裁庭查清事实作出正确裁决。同时，仲裁第三人亦为案外人申请撤销仲裁裁决之诉提供落脚点，从而完成案外人事中救济与事后救济的制度体系构建。但是，该制度将准许第三人

[36] 例见《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》（2016）第 6～8 条关于追加当事人和合并仲裁的规定。
[37] Italy, Code of Civil Procedure, Article 105 (*Permissive intervention*).该条规定，任何人可以为了主张与争议标的相关的权利或者对其拥有独立的所有权，可以介入正在进行的争议程序。任何与案件有利害关系的人，也可介入以支持某一方当事人的主张。
[38] Italy, Code of Civil Procedure, Article 816 *quarter* (*Third party intervention and succession in the disputed right*).
[39] 我国仲裁实践中已出现类似制度尝试。例如广州仲裁委员会仲裁规则（2020）第 23 条规定，仲裁协议的案外人可以作为有独立请求权第三人或无独立请求权第三人加入仲裁程序，是否准许由仲裁委（组庭前）或仲裁庭（组庭后决定）。
[40] Jean-François Poudret & Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2007, pp.204. 此外，在我国司法实践中，也有法院认为，必须共同参与的当事人应当作为当事人参与仲裁程序中，否则仲裁庭所作裁决可能因超出仲裁请求和违背法定程序被撤销。见湖北省咸宁市中级人民法院（2019）鄂 12 民特 2 号民事裁定书，该案经过湖北省高级人民法院报核。
[41] Italy, Code of Civil Procedure, Article 816 para.2.
[42] Italy, Code of Civil Procedure, Article 816 *quarter* (*Multiple parties*).
[43] Elena Zucconi Galli Fonseca, Third Parties Between Arbitration Agreements and Review of Arbitral Awards, *Czech (and Central European) Yearbook of Arbitration*, Hague: The Hague Netherlands, 2016, p.199.
[44] Teresa Giovannini & Valentina Renna, The Italian Experience of Arbitration and The Arbitration Rules of The Chamber of Arbitration of Milan: A Parallel View, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol.14 (2010), pp. 309.

逾越仲裁协议直接进入仲裁程序，对仲裁制度基石造成一定冲击。因此，我国未来仲裁法修改过程中，立法者应将仲裁制度的本质特征和仲裁效益最大化、案外人合法诉求和权益保护等因素平衡考量，可以尝试在国内仲裁中允许与案件结果具有实际利益关系的第三人加入仲裁程序。

（二）案外人申请撤销裁决与不予执行裁决制度并立

案外人申请不予执行仲裁裁决制度的主要目标是打击虚假仲裁，难以涵盖实践中的所有情形。因此，案外人撤销仲裁裁决之诉的构建除具备独立的程序法价值外，可通过扩大适用范围将案件从不予执行制度向撤销制度分流，填补案外人申请不予执行仲裁裁决制度缺陷，完善案外人事后权利救济渠道。

首先，案外人申请撤销仲裁裁决制度的适用主体宜扩大为受到生效裁决不利影响的案外人。所谓不利影响，主要是指实体性权利遭受侵害。现阶段，案外人申请不予执行仲裁裁决制度的适用范围限制在虚假仲裁侵害。民事诉讼法在设立第三人撤销之诉时，其本意同样是为了打击虚假诉讼[45]。但该制度并未对适用主体进行限缩，因而演变成案外人权利救济的有力保障。当然，此处应注意诉讼和仲裁的本质不同：在诉讼中，法官对第三人权利义务处分具有当然的管辖权；而在仲裁中，因仲裁第三人制度的缺失，仲裁庭对案外人实体权利无权仲裁。因此，较诉讼而言，仲裁裁决对于案外人实体权利产生不利影响的情形更为局限，基于实践观察主要体现为虚假仲裁、仲裁裁决确认事实预决力造成的潜在不利影响以及仲裁庭因事实错误导致案外人实体权利被错误处分。现阶段，案外人申请不予执行仲裁裁决制度已承担打击虚假仲裁的职能；仲裁裁决确认事实的预决力亦因《关于民事诉讼证据的若干规定》的修改而降低[46]。因此，案外人撤销裁决制度设计时，应主要将“因事实错误导致案外人实体权利被错误处分”这一情形纳入考量。在案外人申请不予执行仲裁裁决制度适用范围受限的实践困境已然显现的情况下，我国在构建案外人申请撤销之诉时应对制度目的、适用主体周延性等问题进行统筹考虑，既不应该也无必要对适用主体予以限缩。

其次，案外人申请撤销仲裁裁决制度的设立，对于我国现行仲裁法律框架影响较小，切实可行。一方面，即使缺失仲裁第三人制度，并不影响案外人撤销裁决之诉的制度构建；另一方面，我国可采取“两步走”的方式：先通过司法实践将第三人撤销之诉扩张至仲裁裁决，再择合适时机将其固定于《仲裁法》中。例如，法国在《民事诉讼法》仲裁编修订之前，便有判例表明，第三人撤销之诉应适用于商事仲裁[47]；比利时法院也对《司法法典》中第三人撤销之诉的适用范围进行扩大解释[48]。

最后，案外人申请撤销仲裁裁决制度并未对仲裁制度造成本质冲击，并不违背支持仲

[45] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《2012 民事诉讼法修改决定条文解释》，北京：法制出版社，2012 年，第 61 页。

[46] 2020 年 5 月 1 日施行的《关于民事诉讼证据的若干规定》第 10 条，将“生效裁决所确认的事实”的免证效力由“有相反证据足以推翻”修改为“有相反证据足以反驳”，降低了仲裁裁决作为免证事由对案外人可能产生的潜在影响。

[47] France, Case. 3e civ. , 22 Oct. 2003, No.02-11.209 et No. 02-10.926: Juris Data No.2003-020616。

[48] Belgium, Case 16-02-2017, No. 6362.

裁的精神。由于撤销制度仅为事后救济手段，并未赋予案外人逾越仲裁协议约束介入仲裁程序的权利。因此，该制度的设立对于仲裁制度的自治性、私密性和民间性并无显著影响。不可否认，案外人申请撤销裁决制度的适用必然会导致人民法院对仲裁裁决的实体审查，审查标准甚至会超出当事人申请的法定事由[49]。但是这种扩大法院干预的担心是建立在裁决本身确有侵害案外人合法权益的基础之上，并非对所有仲裁裁决进行普遍审查。正因如此，国内仲裁中引入案外人申请撤销仲裁裁决制度可能理论上的障碍更小。另一方面，为防止滥用案外人申请撤销裁决制度恶意阻挠执行，除了申请的条件有所限制外，可以借鉴《仲裁裁决执行规定》[50]：即案外人申请撤销仲裁裁决制度并不必然中止裁决执行；如果案外人提供适当的担保，法院才可中止仲裁裁决的执行。通过增加案外人申请撤销仲裁裁决的成本，有利于防范恶意拖延执行，又能够为案外人提供合理的救济渠道，从而达到仲裁程序高效灵活和裁决实体公正的相对平衡。

四、结语

案外人申请不予执行仲裁裁决制度是由虚假仲裁助推产生的实用主义规范。该制度作为仲裁案外人权利救济的一项举措，在打击虚假仲裁方面发挥了重要作用，但其适用范围与条件相对保守，且未与现行法律制度无缝衔接，不能达到仲裁案外人权利保护的终极目标。我国仲裁案外人权利救济制度不应止步于此。为保护受仲裁损害的案外人的合法权益，未来在完善仲裁案外人权利救济制度时，应从立法目的、制度职能和程序衔接等方面进行统筹。一方面，在国内仲裁程序中尝试引入仲裁第三人制度，作为对仲裁案外人概念的迎合与发展；另一方面，逐步设立案外人申请撤销仲裁裁决制度，通过事中救济和事后救济的程序设计，最终完成仲裁案外人权利救济制度的体系化构建。

[49] 人民法院对当事人申请撤销仲裁裁决的实体审查范围仅限于伪造证据、隐瞒事实以及社会公共利益，但对案外人申请撤销仲裁裁决的审查可能涉及到仲裁庭对事实的认定。

[50] 《仲裁裁决执行规定》第 7 条。

Reflection and Reconstruction of the Remedy System of Outsiders' Rights in Arbitration:

From the System of Application for Non-enforcement of Arbitral Awards by Outsiders

SONG Lianbin, CHEN Xi

Abstract: In response to the long absence of the remedy system for the rights of outsiders in arbitration cases in China, the Supreme People's Court issued a judicial interpretation to establish a system of non-enforcement of arbitral awards based on application by outsiders. Notwithstanding some positive outcomes, especially in the field fraud arbitration, this system cannot fully protect the rights of outsiders. As the res judicata and enforcement of arbitral awards are not explicitly distinguished in China, the outsider's inability to set aside arbitral awards makes the system of non-enforcement of arbitral awards logically indefensible. Therefore, outsiders should be empowered to enter arbitration procedure and challenge arbitral awards as a method of remedy by future legislation. Meanwhile, such revocation shall not exert improper interference on the enforcement of arbitral awards, which would help to achieve the harmonization of efficiency and fairness.

Key words: fake arbitration, outsider of arbitration, revocation & non-enforcement of arbitral awards

Song Lianbin, Professor and Ph. D. supervisor of School of International Law, China University of Political Science and Law. Beijing, 100088

Chen Xi, Ph. D. candidate of School of International Law, China University of Political Science and Law.

美国外资安全审查制度的新动向与国际投资保护主义

宋瑞琛*

（西北政法大学国际法学院，陕西 西安 710063）

[摘 要] 2018 和 2019 年美国相继出台了《外国投资风险审查现代化法案》及其试点计划和具体实施规则，这是美国自 2007 年通过《外国投资与国家安全法》后对美国外资安全审查制度进行的首次全面性改革，其审查对象、审查程序和审查权限都发生了实质性变化，并呈现出投资保护主义特征，不仅增加了中国投资者赴美投资的风险，而且使中美投资关系面临挑战。中国应密切关注美国外资安全审查制度的发展动向，利用中美全面经济对话机制加强沟通，推进中美双边投资协定谈判，鼓励投资者调整投资战略和时机，利用缓解措施提高审查通过率，积极探索法律救济渠道。

[关键词] 美国；外资安全审查制度；国际投资保护主义；对策

引 言

为了应对全球化带来的国家安全与投资开放平衡的难题，当前世界上很多国家都建立了外资安全审查制度，其主要目的是为了维护国家安全和促进国际投资。美国是世界上最早建立外资安全审查制度的国家，其自 19 世纪七十年代建立以来经历数次改革但广受争议。2018 年和 2019 年美国相继出台了《外国投资风险审查现代化法案》（The Foreign Investment Risk Review Modernization Act，FIRRMA）和《关于审查涉及外国人及关键技术特定交易的试点计划的决定和暂行规定》（Determination and Temporary Provisions Pertaining to a Pilot Program To Review Certain Transactions Involving Foreign Persons and Critical Technologies，以下简称试点计划）并于 2020 年 2 月 13 日开始施行，受到国际社会广泛关注。这是因为，一方面，FIRRMA 作为美国《2019 年财年国防授权法案》的一部分通过，表明美国对外国投资的态度和国家安全的认识发生了重大转变；另一方面，FIRRMA 是美国自 2007 年通过《外国投资与国家安全法》（Foreign Investment and National Security Act of 2007，FINSA）后对美国外国投资委员会（The Committee on Foreign Investment in the United States，CFIUS）的首次全面性的改革，不仅扩大了管辖交易范围，重新界定了一些关键概念，强化了审查程序，而且还增加了“特别关注国家”和“中国投资报告”等内容，对中国投资造成了实质性冲击，2018 年中国赴美投资锐减 80%，还引发英国、欧盟等效仿开

* 作者简介：宋瑞琛，法学博士，西北政法大学国际法学院讲师、丝绸之路区域合作与发展法律研究院研究人员（西安，710063）

基金项目：本文是作者主持的 2020 年国家社科基金青年项目“美国外资安全审查的改革与国际投资保护主义研究”（项目编号 20CGJ020）；2019 年教育部人文社会科学研究一般项目“美国《外资风险安全审查现代化法案》与中美贸易关系研究”（项目编号：19XJCZH004 ）；2018 年度司法部国家法治与法学理论研究项目“美国《外国投资风险审查现代化法案》的新动向、挑战及应对”（项目编号：18SFB3046）阶段性成果。

始收紧外资安全审查，对国际投资自由化产生了负面效应。因此，在当前中美经贸关系下，深入研究 FIRRMA 的内容有助于我们把握美国外资安全审查的新动向和发展趋势，揭示其本质是国际投资保护主义，有助于提出有针对性的对策，从而减少中国企业赴美投资的风险，推动中美经贸关系的深入发展。

二、FIRRMA 的内容变化

FIRRMA 下的美国外资安全审查的对象、审查程序和审查权限都发生了实质性变化，体现了美国外资安全审查的新动向和趋势，与 2007 年 FINSA 相比，FIRRMA 的内容变化主要呈现以下特点：

（一）审查对象的变化

FIRRMA 在 FINSA 规定的审查对象上新增了三种交易类型：

1、其他投资

FINSA 规定的 CFIUS 审查对象是“受管辖交易”，即任何在美国跨州进行并可能导致外国投资控制美国公司的交易，如果存在对美国国家安全的威胁都属于受管辖交易。[1]以往实践中外国投资持股比例 10%及以下，且单纯为实现投资利益的交易不会被审查。但 FIRRMA 将非控制性的 “其他投资”纳入了受管辖交易范围。规定 “其他投资”需要具备两方面条件：一是，在投资领域方面，“其他投资”应具备以下三个条件之一：（1）拥有、运营、生产或提供“关键基础设施”或为此类设施提供服务；（2）生产、设计、测试或开发“关键技术”；（3）维护和收集美国公民敏感个人数据，并且这些数据可能被滥用而导致威胁美国国家安全。[2]二是，在特定权利方面， “其他投资”还应能使外国投资获得下列权利之一：（1）获得任何美国非公开技术信息；（2）能够获得董事会观察员权利或参与美国企业重大业务决策；（3）与美国企业建立战略合作关系或重大财务安排。[3]如，外国公司 A 计划收购美国公司 B 4%的非控股股权，美国公司 B 生产关键技术属于试点计划美国业务。根据投资条款，外国公司 A 具有向董事会委派观察员的权利或美国公司 B 具有许可第三人使用关键技术的批准权，此交易也属于受管辖交易。[4]

可以看出，与以往相比，CFIUS 审查重点发生了实质变化：一是强调了对关键技术、关键基础领域和敏感个人数据在国家安全中的重要性。二是判断交易是否危害国家安全的标准不再仅是依据股权比例和董事会席位等判断外国投资是否“控制”美国目标公司，而是考虑在一项交易中外国投资是否具有影响力或决定力来影响美国公司重大事项的决策，而不论外国投资是否已经具有这种权力以及权力如何实现。因此，除了符合“控制”条件的外

1 FINSA 规定的受管辖交易类型具体包括四种：（1）不论并购交易中如何安排公司的控制权，只要该并购交易导致或可能导致外国人控制美国企业，就需要接受外国投资委员会的审查；（2）针对美国公司的控制权，由原外国人转让给另一个外国人的并购交易。（3）并购交易造成或可能造成外国人控制美国企业的资产。（4）通过协议或其它形式，组成合资企业，包括通过协议建立一个新的合资企业，而合资方投入合资企业的资产来源于美国企业，外国人就会通过这个合资企业进而控制美国企业。参见张举胜.美国外资并购安全审查制度研究[D].博士论文，中国政法大学，2011：67.

2 See FIRRMA Sec.1703(4)(D).

3 See FIRRMA Sec.1703(4)(D).

4 参见 FIRRMA 试点计划第 801.302 条。

国投资外，外国投资潜在的合资企业、联合投资企业、关键技术研发合作企业、或与该企业有战略关系的任何其他企业和上下游企业今后都将成为 CFIUS 的审查对象。三是试点计划中规定了其受管辖交易仅指“其他投资”，并在附件中列举了受管辖交易涉及的 27 个行业，包括信息技术产业、航天航空装备、新材料等，这 27 行业必须向 CFIUS 申报接受审查。而这些领域与“中国制造 2025”计划产业高度重合，有针对中国之嫌，可能对我国“制造 2025 计划”的实现造成冲击。（见表 1）

表 1 试点计划行业

	飞机制造	5	粉末冶金零件制造
	飞机发动机和发动机零部件制造	6	电力、输电和特种变压器制造
	氧化铝精炼和原铝生产	7	原电池制造
	滚珠和滚柱轴承制造	8	广播电视播送和无线通信设备制造
	计算机存储设备制造	9	纳米技术的研究与开发
	电子计算机制造	0	生物技术研究与开发（纳米生物技术除外）
	制导导弹与航天器制造	1	铝的二次冶炼和合金化
	制导导弹和航天器推进装置和推进装置零件制造	2	搜索、探测、导航、制导、航空和航海系统和仪器制造
	军用装甲车、坦克和坦克部件制造	3	半导体及相关器件制造
0	核电力生产	4	半导体机械制造
1	光学仪器和透镜制造	5	蓄电池制造
2	其他基础无机化学物制造	6	电话设备制造
3	其他制导导弹和航天器零件及辅助设备制造	7	涡轮机和涡轮发电机组制造
4	石油化工制造		

2、特定不动产交易

2007 年 FINSA 中对外国投资的特定不动产交易是否属于受管辖交易范围并没有明确规定，但在以往美国的实践中，CFIUS 对临近军事基地或敏感设施的不动产交易已经表现出关注，如三一重工关联企业罗尔斯公司的风电项目就曾因位于美国海军基地附近而受到

CFIUS 审查。FIRRMA 则进一步明确了 CFIUS 对此类交易的态度，明确规定如果交易所涉及的美国境内实体具有以下情况之一则该交易属于受管辖交易范围：（1）位于机场、海港内或其中一部分，（2）临近军事基地或其他因国家安全原因的敏感设施，或使外国投资者可以收集该物业附近活动的情报，（3）或使物业或设施进行的国家安全活动处于外国监视风险中。[5]

以往 CFIUS 监管的房地产交易仅限于购置美国企业运营中的房地产所有权，但从 FIRRMA 即将生效的具体实施规则《有关外国人在美国从事房地产交易的规定》来看，CFIUS 将审查范围扩大到房地产买卖、租赁和出让合同，包括未开发和使用的土地。同时如果外国投资者将现有财产权变更导致交易获得美国关键技术、关键基础设施或美国公民敏感数据，也将成为受管辖交易。

3、规避性交易

以往美国外资安全审查立法中没有对规避性交易做详细规定，仅在 1991 年《外国人合并、收购和接管条例》（以下简称条例）第 104 条中对“规避性交易或手段”做了概括性规定：“所有以规避第 721 条为目的交易或其他措施都不应予以忽视，并且第 721 条[6]和本章的内容都将适用于该交易的实质内容”。FIRRMA 则强化了对规避性交易的监管，首次在法案中而非条例形式明确了 CFIUS 对规避性交易的管辖权，界定了“规避性交易是指任何其他旨在规避审查或相关法律适用的交易、转让、协议或安排也会受到审查”，[7]但对于何为规避性交易手段仍未作出明确规定，该规定不仅将 CFIUS 的管辖权触角延伸至更宽泛的范围，而且继续维持了 CFIUS 对规避性交易的自由裁量权空间。

从实践来看，在 FIRRMA 出台前，一些投资者为规避审查从收购 10%以下股权开始，然后逐步增加股权比例并不会受到审查。CFIUS 审查通过的首管辖交易和随后收购美国企业额外权益的交易就会获得“安全港”地位，而在 FIRRMA 出台后，额外投资和获得额外利益的管辖交易都将受到审查。[8]

（二）审查程序的变化

FIRRMA 及试点计划对审查程序也进行了全面改革，不仅新增了声明和强制性声明程序，延长了审查期限，还设置了识别未申报交易的机制和惩罚机制，强化了 CFIUS 对受管辖交易过程的监管力度。

1、申报形式的变化

2007 年 FINSA 规定的申报程序主要有两种：一种是交易方主动自愿向 CFIUS 提交正式书面申报，另一种是 CFIUS 通过机构通报的方式要求交易方提交申报。在实践中，前者

5 See FIRRMA Sec.1703(4)(B).

6 美国最早的国家安全审查立法《埃克森——佛罗里奥法案》最初是 1988 年《国防生产法》中的第 721 条。

7 《条例》中通过举例对规避性交易进行了解释：A 公司是根据外国法律组建并完全由外国公民拥有和控制的公司。为了规避第 721 条的适用，A 公司付钱给一个美国公民，由其非正式地约定并代表 A 公司，购买美国 X 公司的全部股票。该交易也应该受第 721 节的管辖。

8 See FIRRMA sec.1703(4)(C).

主动性申报占多数，体现出以往美国对外国投资的基本态度是在维护美国国家安全利益的基础上，尽量保持投资的自由开放。可见，FINSA 规定的申报程序仍是一种以自愿为主的申报程序。 FIRRMA 则引入了“声明”和“强制性声明”两种申报程序，前者是一种简易性程序，内容不超过 5 页纸长度，为期 30 天，交易方可以自愿选择提交声明或正式的书面申报。后者是指如果交易涉及关键技术、关键基础设施或美国公民敏感个人数据，该外国投资将获得该业务的实质性利益[9]且外国政府在该外国投资中拥有实质性利益，此类交易必须向 CFIUS 提交申报，即提交强制性声明，[10]如果此类交易不选择强制性声明程序，则须提交正式书面申报。同时规定试点计划的受管辖交易必须全部申报。美国设置强制性声明的主要目的是为限制近年美国受外国政府影响且涉及敏感领域的投资，如政府主权基金、政策性银行和投资公司，以及外国国有企业的投资。

此外，FIRRMA 还设置了识别未申报交易的机制，用于识别属于 CFIUS 受管辖交易范围但未提交声明或正式书面申报的交易，可见，与 2007 年 FINSA 规定的申报程序相比，FIRRMA 虽然规定交易方仍有自愿选择申报程序的机会，但将以往一些不须提交申报的类型全部纳入强制性申报范围，如果交易为规避审查而未提交申报，则会通过识别机制做到百密而无一疏。此外，FIRRMA 还规定对未申报交易的惩罚机制，规定任何未根据要求提交强制性声明或正式书面申报的受管辖交易都可能面临负有民事责任的罚款，罚款最高可达交易的总金额，从而加大了对外国投资申报的威慑作用。

2、审查期限的变化

2007 年 FINSA 规定的 CFIUS 审查期限为 90 天，共分为三个阶段：一是初始审查（review），审查的法定期限为 30 日；二是后续调查（investigation），初始审查后 CFIUS 可通过该交易或进行 45 天后续调查；三是总统决策法定期限共 15 天。FIRRMA 则将初始审查法定期限延长为 45 天，后续调查期限不变仍为 45 天，在特殊情况下，CFIUS 主席按照牵头机构负责人要求，可以将后续调查期限再延长 15 天，⑪总统决定法定期限则保持不变为 15 天。这样，CFIUS 审查期限由原来最多 90 天，如果加上特殊情况，现在最长可达 120 天。如果多次撤回并重新提交申请，则每一次重新提交申请相关期限都要重新开始计算，外国投资接受 CFIUS 审查期限可能会远远超过 FIRRMA 规定的期限。对于外国投资

9 根据 FIRRMA 规定，实质利益是指外国政府直接或间接持有外国投资者 25%以上股权且从事收购美国企业 25%以上股权。
See FIRRMA sec.1709(2).
10 See FIRRMA sec.1706(IV).
⑪ See FIRRMA sec.1709(2).
⑫ See FIRRMA sec.1718.
⑬ See FIRRMA sec.1702(b).
⑭ Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, House of Representatives, sec. 201（c）(ii).
⑮ See FIRRMA sec.1719(b).
⑯ 根据 CFIUS 年度报告统计，2009 年审查的交易中制造业共 21 起，占其总数的 32%，2015 年则共有 325 件，占其总数的 42%，而最少的是批发零售业，呈缓慢增长趋势。2009 年共 3 件，占其总数的 3%，2015 年共 12 件，占其总数 8%。而在这些制造业中涉及最多的产业依次是电脑和电子产品制造业（49%）、化工制造业（12%）、机器制造业、机器设备制造业（12%）。

者而言，审查期限的延长不仅意味着与投资直接相关的资产运作、财产权益、管理运营、劳工开支等资本投入都将增加，而且意味着为安全审查展开的尽职调查、专业法律服务以及与 CFIUS 的磋商等投入也将增加交易成本。

（三）审查权限的变化

1、赋予 CFIUS 中止交易权

2007 年 FINSA 中没有赋予 CFIUS 中止受管辖交易的权力，而是规定经过 CFIUS 审查后受管辖交易被认为威胁美国国家安全，CFIUS 有权与交易各方协商施加减缓协议或措施；如果认为需要中止或禁止交易或 CFIUS 无法对交易是否应该中止或禁止达成一致意见，应提交总统作决定，可见在 FINSA 规定中总统对交易具有唯一、最终的否决权。FIRRMA 中则赋予了 CFIUS 更大的监管权力，规定就任何拟定的或正在进行中的、可能影响美国国家安全的交易，CFIUS 可在审查期内自行决定直接中止该交易，而不必提交总统决定。

2、强化 CFIUS 施加减缓措施的权力

2007 年 FINSA 中所规定的减缓协议或措施是指为消除或减缓管辖交易对国家安全产生的潜在威胁所采取的做法，通常适用于国家安全威胁较小，现有法律不能充分化解风险，也无法无条件通过审查的受管辖交易。减缓协议或措施实质是一种附条件通过审查的做法。在美国以往的实践中，FINSA 允许减缓协议或措施的使用，且在实际案例中也经常使用减缓协议或措施，直接被总统否决的交易很少。FIRRMA 中则进一步强化了 CFIUS 施加减缓措施的权力，主要体现在两个方面：一是在审查期限前，CFIUS 可以对已经完成的交易采取缓解措施；二是如果交易方自动放弃交易，CFIUS 可以通过采取缓解措施或协议，确保交易方放弃交易的行为真正生效，从而消除该项交易对美国国家安全的任何威胁；三是强调 CFIUS 对减缓协议履行的监督，要求 CFIUS 签署缓解协议时需合理确定缓解措施具有有效性、可遵守性和可监控性。要求 CFIUS 持续监控交易方对缓解措施的遵守情况，从而有效解决对国家安全产生的负面影响，⑫这无疑使交易方签署和执行减缓协议的难度上升。

（四）新增“特别关注国家”和“中国投资报告”

在美国外资安全审查中，判断一项交易是否威胁美国国家安全，会通过安全考量因素进行判断。除了 FINSA 中规定的国家安全考量因素外，FIRRMA 新增了一些国家安全考量因素，其中之一就是交易是否涉及“特别关注国家”，明确规定，“特别关注国家”是指已表明或宣布通过战略目标获得关键技术或关键基础设施，且这种技术或基础设施将影响美国在国家安全有关领域领导地位的国家。⑬但 FIRRMA 中并没有罗列哪些国家是“特别关注国家”以及具体的衡量标准，这意味着 CFIUS 在判断哪些国家是“特别关注国家”时具有自由裁量权。值得注意的是 2018 年众议院提交的 FIRRMA 草案中曾对“特别关注国家”进行了具体界定，其中包括了中国，⑭因此，CFIUS 将来在实践中如何衡量“特别关注国家”进行审查是今后应持续关注的重点问题。

其次，FIRRMA 增加了关于“中国投资报告”的要求，规定在 FIRRMA 生效后两年内，以及此后每两年直到 2026 年，美国商务部应向国会及 CFIUS 提交关于中国对美投资的分

析报告。该报告内容包括中国对美投资的总额、行业分析、投资方式（新设还是并购）、投资性质（是否为政府投资）、政府投资的美国公司的名单、中国投资者在美关联企业的数量、员工总数及上市公司价值、投资模式、以及与“中国制造 2025 计划”的关联程度等，⑮可以看出，美国的外资安全审查不仅关注投资本身（如总额、行业等）还关注投资者背景以及国家发展计划之间的关系，这一规定反映了美国对中国投资的担忧以及其审查的政治化倾向，明显将中国投资与其他外国投资差别对待，不符合国际投资中的非歧视待遇。

（五）新增信息分享和行动协调机制

FIRRMA 规定，要求 CIUFS 建立一个与盟国和合作伙伴监管机构共享信息和协调行动的机制，旨在促进对可能危及美国及其盟国或伙伴国家安全的投资和技术采取统一行动，分享确保国家安全所需的具体技术及取得技术实体的信息，具体包括定期同这些国家政府的代表进行磋商和开展会议；基于维护国家安全的目的，在遵守适当保密要求的基础上，经 CFIUS 主席授权，向盟国和合作伙伴分享国家安全分析及 CFIUS 审查的重要信息，这些信息包括任何相关的行政或司法行动的相关信息、任何相关向国会提交的、或国会授权的委员会或小组委员会的资料、以及当事方同意向第三方披露的资料。从实践来看，2019 年美国曾建议以色列针对中国投资设置审查制度，[1]警告德国不要参与 5G 网络技术建设，否则不予分享情报，也都是这一规定的体现。显然，CFIUS 借信息共享机制要求同盟共同对中国投资加以限制，可能会对中国投资产生连锁反应，增加中国在美国及盟国的投资困难，引发相关国家收紧对中国投资的审查。

三、美国外资安全审查制度与国际投资保护主义

外资安全审查制度是各国外资准入的基本法律制度，其总体上是为维护国家安全和促进投资。我国 2011 年也初步建立了外资安全审查制度。然而美国的外资安全审查制度有着明显的国际投资保护主义特征，其法律法规及其实施过程歧视外国投资、对外国投资设置了障碍和限制。[2] 2018 年出台的 FIRRMA 表面上强调促进外国投资，实质上为外国企业赴美投资设置重重关卡；表面上以国家安全为由限制外资进入，实质上为阻止其不欢迎的外资提供法律依据。总体而言，美国外资安全审查制度具有的投资保护主义特征主要体现在以下五个方面：

（一）审查标准模糊，压缩外国投资空间

诚然，国家安全概念会随着国家利益的变化有所调整，因此，对国家安全界定似乎并不容易。然而，从立法初衷来看，难以精准界定国家安全概念并不等于可以将国家安全的外延任意扩大，恶意造成投资壁垒。从美国相关立法来看，其“国家安全”的内涵从国防军事安全扩展到社会、经济、信息、能源等安全，而且有意拒绝对“国家安全”作出界定，以保证 CFIUS 拥有更广泛的自由裁量空间。FIRRMA 中甚至还规定了兜底条款，即使不在法律所规定范围之内，CFIUS 也可以根据实际情况和考虑因素对交易进行审查和阻止。美国对国家安全的开放式解释和模糊界定不仅导致国家安全问题无法穷尽外延，变成包含更多安全问题的“超级包”，将更多投资类型被纳入审查；同时也会造成 CFIUS 更多地介入商业

活动，使 CFIUS 判断外资是否危害国家安全更为复杂和间接，增加外国投资过程的不确定性并阻碍有益的投资，持续的投资壁垒也可能会遭受其他国家的同样报复，如果安全审查被认为具有明显的政治目的甚至会影响国际合作和国家间关系。

（二）审查过程主观化，造成外国投资的差别待遇

首先，从相关立法来看，CFIUS 审查的逻辑应是根据法规界定的国家安全范围判断外资是否威胁国家安全。但从实践来看，CFIUS 则是以客观的案件事实为基础，形成外国投资是否威胁美国国家安全的结论，再去寻找法律依据。如三一重工关联企业罗尔斯公司并购美国军事基地附近的风电项目后，因为该军事基地附近已有德国等外国企业的风电场，因此没有主动向 CFIUS 申报，但是 CFIUS 没有否决其他外国企业的风电场项目，却以靠近军事基地为由否决了罗尔斯公司的并购项目。可见，CFIUS 的这一判断过程，是综合案件和其他信息做出的的综合判断，并非完全的法律判断，这充分证明了在美国外资安全审查制度下的国家安全虽然是一个法律概念，但却没有完全从法律角度去解释国家安全。

其次，根据立法规定，CFIUS 的审查对象应是“外国投资项目”，而不是“外国投资者”，但实际审查中 CFIUS 却强调投资的国别特征。[3] 2006 年阿联酋迪拜世界港口公司并购英国铁行轮船集团全球业务，以获得在美国纽约等重要港口的运营权。CFIUS 就表示出对阿联酋的担忧，认为阿联酋与 9.11 事件有关联，该并购案最终被否决。该案中作为与美国有盟友关系的英国与美国认为与 9.11 事件有关的阿联酋在美国获得港口运营权方面完全是两种结果，这显示出在美国外资安全审查过程中，外国投资者的政治性决定了其是否存在国家安全威胁。因此，跨国投资发生在美国与同盟国之间、中美或俄美这样的大国竞争对手之间、或发生在美国与“特别关注国家”之间所引发的安全担忧可能会完全不同，这显然增加了投资的不可预见性。[4]

（三）审查过程不透明，增加外国投资风险

在美国外资安全审查中，CFIUS 仅公布审查结果即外国投资是否威胁国家安全，但对于外国投资因何以及如何威胁国家安全不做解释，被审查的外国投资也无权要求 CFIUS 予以详细说明。然而如何判断外国投资威胁国家安全恰恰是被审查者最为关心的。在华为收购美国三叶公司被否决后，华为高管曾公开质疑美国安全审查制度的不透明性，渴望 CFIUS 告知其担忧是什么，具体是什么原因，并承诺会坦诚地给予配合。[5]如果国家安全审查认定某交易威胁国家安全的决定被外国投资者认为是牵强模糊，甚至是毫无根据的，也多半会让东道国政府陷入质疑。因此，在不威胁美国国家安全的前提下， CFIUS 应当向交易各方尽可能阐明审查判断的依据和理由，指明关键的担忧并向社会公开披露，以此减缓外国投资者的质疑和东道国公众对外资的担忧，并为潜在的并购投资者提供申报的参考指引。

（四）泛政治化趋势明显，阻碍投资自由化

外资安全审查制度的法律化本身具有重要的价值，严格的法律程序有助于塑造审查结论的正当性，因此，外资安全审查的法律规定不仅是投资者的保护程序，而且是约束

CFIUS 工作和运行的程序。然而，在美国的实践中，法律问题政治化的趋势明显，CFIUS 权限不断受到利益集团、国会和总统的施压。

首先，1998 年《埃克森—弗罗里奥修正案》授权美国总统有阻止交易的权力，CFIUS 很大程度上受制于总统的权力。2007 年 FINSA 规定了国会对 CFIUS 的监督，CFIUS 需向国会汇报其审查交易的依据和结果，当前美国的外资安全审查不再完全是由美国财政部所主导，而是涉及国会、总统、利益集团等博弈的政治过程。致使在实际审查中，国会和利益集团更多地介入和施压 CFIUS 审查。2010 年中国企业在美国投资钢铁业的首个项目——鞍钢集团公司与美国钢铁发展公司合资在美国密西西比州建立钢铁厂受到了美国国会的抵制，国会钢铁连线（Congressional Steel Caucus）提议希望 CFIUS 启动对该投资项目的审查，认为该项目将使“美国钢铁市场遭到中国企业的掠夺，接触美国国家安全基础设施计划中的新钢铁生产技术和信息的机会，并且将危及美国家安全，威胁到美国的就业”。[6]此外，在中海油并购优尼科案中，美国国会 41 名议员向总统提议，称中海油如果并购成功将获取相关技术进而威胁美国国家安全，要求政府对该案进行审查。据英国《金融时报》报道，反对中海油收购美国优尼科石油公司的部分美国议员自 2002 年起，累计从另一竞购方雪佛龙公司获得了超过 10 万美元的政治捐款。[7]最早提出反对对中海油并购项目的议员理查德·庞勃在过去从雪佛龙收取了近 1.3 万美元。[8]可见，正是相关利益集团和国会的介入使外国投资面临了巨大的政治压力。

其次，外资安全成为美国对华政策和转移国内压力的重要问题。特朗普自上任以来，对华基本判断发生重大变化，在《国际安全战略报告》中将中国定位为“挑战美国利益、经济和价值观的对手”，认为美国公司外迁中国导致群体失业和收入下降，中国企业赴美投资冲击其制造业，中国是美国经济增长放缓的罪魁祸首。在 2013-2015 年 CFIUS 审查案件中涉及制造业领域的，中国受审查的项目最多，共 39 起。美国出台 FIRRMA 后，2018 年中国赴美投资也大幅锐减 80%，中资企业并购，如中国华芯投资并购美国半导体 Xcerra 公司、蓝色光标并购美国 Cogint 公司、海航并购美国天桥资本公司等屡遭否决，对中国企业造成巨大损失。FIRRMA 虽未指明针对特定国家，但其关于“特别关注国家”和“中国投资报告”的规定，已经反映出对中国投资的针对和差别待遇，外资安全审查也可能再次成为中美投资关系的“调节阀”，在中美贸易摩擦发生时，外资安全审查可能成为美国向中国施压的政策工具。

（五）立法面纱下保护主义特征隐蔽

美国通过立法方式确立外资安全审查的合法性，但其立法和实施可能违反国际投资规则。从实际情况看，美国对同一并购交易或相同情形下的并购交易的安全审查存在歧视待遇。在中海油收购优尼科案中，中海油公司以收购价格高于美国雪弗龙公司 20 亿美元发出竞购要约，且全部为现金支付，而雪弗龙公司则在总计 165 亿美元的报价中，只有 25%为现金支付，其余通过增发新股的形式支付。但美国众议院则表示出对中海油并购的国家安全担忧，却通过了雪弗龙公司交易的安全审查。同样，在三一重工关联企业罗尔斯公司收

购的风电厂项目被否决，而在同一地区存在的其他外国风电厂却没有遭受审查。[9]可见，对于相似情形的并购交易，在一国政府与美国缔结 BIT 的情况下，美国根据国别特征有选择性地进行审查可能违反最惠国待遇。尽管，在 BIT 中，往往设置根本安全例外条款从而排除最惠国待遇的适用，但值得思考的是，根本安全例外条款中的“根本例外”是否与“国家安全”是否为同一范围？如果外资安全审查中的“国家安全”的范围与 BIT 中“根本安全”的范围重合或更小，则外资安全审查不违反 BIT 义务，反之，外资安全审查则违反 BIT 义务。[10]因此，无论是在今后中美 BIT 谈判中还是投资者赴美投资过程中，都应该注意这一问题。

（六）审查权限不断扩大，增加更多自由裁量空间

1975 年 CFIUS 成立之初由财政部主导，实际功能仅是调查和分析外国投资。直到 1988 年美国总统里根通过签署第 12661 号行政命令才授予了 CFIUS 对相关交易审查决策的权力。1991 年《伯德修正案》虽然确定了 CFIUS 审查是合法审查，但 CFIUS 审查受制于国会，国会要求 CFIUS 是否应采取阻止交易的决定向国会报告，并就国家安全的特定事项每四年提交一份报告。 2007 年 FINSA 规定 CFIUS 对通过审查的交易具有重启审查的权力，但对交易没有否决权，其权力受制于总统，只有总统才能阻止交易。而在 FIRRMA 中 CFIUS 不仅具有中止交易的权力，而且有监督缓解协议实施的权力。回顾美国外资安全审查立法可以发现，CFIUS 的权力不断扩大，对更多关键概念有更大的自由裁量空间然而国会对 CFIUS 的监督却大不如前，使外国企业赴美投资更加困难。

四、中国应对美国外资安全审查制度的策略选择

从中国企业赴美投资的实际情况来看，被 CFIUS 否决的交易远比公开报道的多，据 CFIUS 的年度报告统计，中国投资占 CFIUS 审查案件数量的最大比例，在以往因审查未通过撤回的项目中有 2/3 没有再提出申报，这意味着相关交易方中止了交易。[11]在当前中美关系下，美国为获得贸易谈判的优势，也可能利用外资安全审查达到阻止中国投资的目的，这将使中国企业赴美投资处于更加艰难困境，因此，针对美国外资安全审查具有的投资保护主义特征，中国政府和投资者都应主动寻求应对策略，以维护自身利益。

（一）国家层面的应对策略

1、充分运用中美全面经贸对话机制，积极推动中美关系的发展

中美投资关系已经深度捆绑，美国利用外资安全审查制度采取对抗中国投资的态度无疑是“杀敌一千、自损八百”的双输结果。因此，我们可以预判中美投资关系在未来将是一个合作与竞争长期存在的关系，因此，增进中美互信、加强对话是推动中美关系深入发展的根本途径。首先，利用中美全面经济对话机制与美国在贸易、投资相关领域进行磋商和沟通，消除双方的误解和分歧，形成有约束力的协议，落实双方在沟通中的承诺，强化对双方履行承诺的监督。其次，在中美全面经济对话机制框架下主动设置合作议题，寻求中美投资领域的共同利益。同时可以由中美两国商务部等高级别部门牵头，双方地方相关部门共建中美投资合作服务机制，为双方投资合作提供风险咨询和风险识别服务，加强定期交流，共同探讨和解决中美投资合作中的问题，增强双方互信。再次，宣传中美投资成

果，增信释疑。对美国歪曲中国投资的言论应正面表明立场并有针对性地释疑，加强双方有影响力的智库和研究团体的交流和探讨，对中美投资项目进行评估并将评估结果公布，营造良好舆论环境。[12]

2、积极推进中美 BIT 谈判，为维护投资利益提供国际法依据

BIT 规定了缔约方在双边投资中的权利义务及争端解决方式，也对外资安全审查做出了安排，因此，推进中美 BIT 谈判，不仅是维护我国赴美投资者权益的重要方式，而且能够为中国企业赴美投资增加预见性并创造有利的投资条件。目前中美 BIT 虽仍未达成，但基于中美在经贸领域存在巨大的共同利益，未来重启 BIT 谈判的可能性仍很大。因此，我们有必要在中美 BIT 谈判框架下明确有关外资安全审查的问题。首先，在中美 BIT 谈判框架下一定程度上明确“国家安全”的内涵，对国家安全的具体情形进行简单罗列，从而增加外资安全审查的可预见性和确定性。其次，可以细化根本安全例外条款的适用范围。根据中国的实际情况和实践，中国可以在设置统一的根本安全例外条款的同时，允许根本安全例外条款不适用于某些条款，如征收和损害赔偿条款。这样，不仅可以避免外资安全审查完全脱离 BIT 限制而“放任自由”，而且能够保证中国投资者受到安全审查而遭受损失时，可以据此向美国主张相关损失赔偿。此外，还可以规定缔约方援引该条款的标准仅限于东道国管理行为的主观善意，从而防止该条款被滥用。

3、制定中国投资者赴美投资的外资安全审查指南

美国外资安全审查行为实质上是美国政府监管外资的行政行为，[13]要应对这一行政行为，最有效的方式之一就是作为投资者母国的中国政府可以制定赴美投资外资安全审查指南，中国投资者利用指南可以预见和评估赴美投资的审查风险，提升中国赴美投资审查通过率，推动中美投资关系。具体可以由我国外资安全审查机构——部际联席会议牵头，收集和整理美国外资安全审查制度和中国企业赴美投资的资料和案例，积极征求相关部门和专家意见和建议，对美国外资安全审查的范围、重点、标准、程序等进行梳理和分析，归纳美国外资安全审查制度在实施过程中的特点和影响，从而帮助中国投资者准确把握美国外资安全审查制度的发展趋势，根据自身商业考虑选择投资时机，从而降低投资风险和成本。

（二）投资者层面的应对策略

1、选择适宜的投资领域和时机

截止 2019 年 10 月，CFIUS 最新数据显示，2009-2015 年 CFIUS 审查的交易中制造业领域最多且呈逐年迅速攀升趋势。⑯根据 FIRRMA 及其试点计划规定，可以预见制造业领域仍然是 CFIUS 重点监管的领域， 因此中国可以在具有优势的领域扩大投资，避免在敏感行业进行大规模、集中性、控制性和规避性的投资；同时要求董事和观察员席位、以及对公司重大决策和活动的否决权以及接触重大非公开技术信息的权利时，应综合考虑和权衡商业目的的实现和 CFIUS 审查通过的难度，审慎承诺为获得审查通过需要付出努力的承诺；应注意选择适宜的投资时机，尽可能不在美国大选和中美关系摩擦期赴美投资，此外还可

以通过公共关系顾问团队改善美国政府和民众对中国投资的一些固有认知等。

2、利用磋商程序减缓 CFIUS 顾虑

在外资安全审查过程中，中国投资者可以就外资安全审查相关事项与 CFIUS 进行磋商，磋商有两次机会：一是在正式申报 5 日以前可以就受管辖交易的相关情况与 CFIUS 进行磋商；二是在审查过程中就交易相关问题与 CFIUS 进行磋商，在调查或审查过程中，中国投资者可以应 CFIUS 邀请参加相关会议讨论和说明交易相关问题或投资者要求 CFIUS 召开相关会议，CFIUS 通常会应准。[14]中国投资者在在听证会和磋商中针对 CFIUS 顾虑作出针对性回应，对投资目的、方式等进一步解释，并根据磋商的情况调整投资方案、采取缓解措施或达成缓解协议。通过磋商，中国投资者不仅可以更加清晰地了解 CFIUS 对交易的态度，而且能够更加“近距离和全方位”地了解审查的方式和重点，并据此修改、补充和完善相关申报材料，从而提高审查通过率，减少投资者的时间成本。

3、主动申报，在申报材料中充分证明交易的目的和善意

中国投资者可以在不影响商业秘密的前提下并在强制要求申报的材料之外，提交更多材料说明交易的性质等。例如，如果交易涉及开发或提供网络系统的产品和服务，可以在申报中讨论交易的商业目的，也可以提供管理或支持业务流程的业务系统、用于监测和控制敏感过程的控制系统等，证明交易无意搜集和利用美国公民个人敏感数据或对美国构成国家安全威胁；如果涉及关键技术和新兴技术的交易，鉴于关键技术的界定涉及到 FIRRMA、美国《出口贸易管制法》以及《国际武器规制条例》，也可以提供交易适用这些法律的相关情况和信息，以减轻和消除 CFIUS 对交易的担忧和顾虑。

4、利用缓解措施提高审查通过率

在审查过程中，交易方可以就提交的交易与 CFIUS 沟通磋商，与 CFIUS 达成缓解协议或采取缓解措施，以消除潜在的安全危险，从而获得审查通过。缓解措施在 CFIUS 审查中常常使用，据 CFIUS 年度报告显示，从 2010 年到 2012 年，有 24 个案例（占总数的 8%）使用了缓解措施，2013 到 2015 年有 40 个案例（占总数的 10%）使用了缓解措施，[15] CFIUS 在其年度报告中也总结了 CFIUS 在审查案件中实际建议的缓解措施，中国投资者也可以结合交易的实际情况主动选择这些措施，以提高审查通过率。如，建立公司安全委员会和其他机制并任命一名美国政府批准的安全官员或董事会成员作为委员会成员，以确保交易合规；制定处理现有或未来美国政府合同的准则和条款；订立确保销售给美国政府的货物或软件的完整性的安全协议；通知客户有关所有权变更的信息；选择缓解条款规定的第三方审计；发现安全漏洞或事故时，向 CFIUS 报告或制定和采取补救措施等。

5、寻求东道国司法救济

各国对外国投资者的保护一般也会通过国内法予以确认。从美国国内法来看，对外国投资者保护的基本法律《美国联邦宪法》。《美国联邦宪法》对保护外国投资者的规定主要体现在《联邦宪法第五修正案》和《联邦宪法第十四修正案》中。《联邦宪法第五修正案》规定，“不经正当法定程序，不能剥夺任何人的生命、自由和财产”。《联邦宪法第十

四修正案》则规定，不经正当的法定程序，任何州不准拒绝给予任何人以平等法律保护，也就意味着任何外国投资者都享有和美国企业相同的法律保护。同时还规定如果各州的法律规定与联邦宪法有抵触, 可以向法院起诉；外国投资者如果认为州的有关规定, 干预了跨州的或外国的商务，从而违反了美国宪法的有关条款, 也可提出申诉。在三一重工关联企业罗尔斯公司诉奥巴马案中，罗尔斯公司基于美国行政程序法提起的几项主张最后并没有得到上诉法院支持，因为显然美国法院并不想对美国的行政行为进行审查，但其中罗尔斯公司主张奥巴马签发的并购禁令是对罗尔斯公司财产权的剥夺，违反了美国《联邦宪法第五修正案》关于“无正当程序剥夺财产权”的规定却得到了上诉法院支持，因为从实质上看，这一主张触及到美国法律的核心价值——宪法权利的问题，当然得到了美国法院的重视。然而中国投资者并不能因此盲目乐观，由于美国外资安全审查免于司法审查，三一重工案的裁决并不意味着美国的司法机关对安全审查的实质内容具有审查权。三一重工的启示在于，今后中国投资者如遇到类似情形，以违反美国宪法中的正当程序为由起诉，更有可能得到美国法院的支持。

结 语

立法反映了需求。FIRRMA 及其试点计划的改革内容反映了美国投资保护主义的特征，其审查对象、审查程序、审查权限的变化，使外国投资领域和行为都受到了影响，不仅增加了外国投资的风险，也对中美投资关系带来了挑战。投资者作为被监管者，必须在法律框架下寻求出路和探索救济渠道，而作为投资者母国的中国政府可以在其中发挥关键作用，为中国投资者赴美投资创造条件。增强中美互信，积极推进中美双边投资协定谈判，制定赴美投资外资安全审查指南等。FIRRMA 及其具体实施规则中还有很多有待明确的地方，其所涉及的相关实践也值得持续关注。

[参考文献]

[1] 郭涵.美国能源部副部长要以色列采取“积极措施”审查中国投资 [EB/OL].观察者网，https://www.guancha.cn/internation/2019_01_16_487133.shtml.

[2] 詹晓宁.全球投资治理新路径——解读 G20 全球投资政策指导原则[J]. 世界经济与政治，2016（10）：6.

[3] 王东光.外资安全审查：政治法律化和法律政治化[J].中外法学，2016（5）：1296.

[4] 王东光.外资安全审查：政治法律化和法律政治化[J].中外法学，2016（5）：1296.

[5] 王晓易. 华为高管发表公开信邀请美国当局对公司进行调查[EB/OL].网易网，http://tech.

163.com/11/0225/07/6TNJ1UBG000915BE.html.

[6] 喻春来.鞍钢遭美国国会议员抵制，在美投资建厂遇阻[EB/OL].腾讯网，https://finance.qq.c

om/a/20100706/000867.htm.

[7] 侯立明.特别策划：中海油对决雪佛龙商战后的利益博弈[EB/OL].人民网，http://finance.pe

ople.com.cn/GB/1045/3515286.html.

[8] 王振华.美议员涉嫌接受雪佛龙捐款，中方希望竞购不受政治影响 [EB/OL]. 中国网，http://www.china.com.cn/Chinese/2005/Jun/903350.htm.

[9] 陈辉萍.中美双边投资谈判中的国家安全问题研究[J].国际经济法学刊，2015（1）：112.

[10] 叶瑞.论中美 BIT 中根本安全例外条款的设置——从应对我国企业海外并购安审法律风险的角度分析[J].重庆工商大学学报（哲学社会科学版），2015（4）：82.

[11] 吕立山.国际并购游戏规则——如何提高中国走出去企业成功率[M].机械工业出版社，2017：194.

[12] 宋瑞琛.美国对“一带一路”倡议的认知及中国的策略选择——基于对美国布鲁金斯学会和外交关系委员会学者观点的分析[J].国际展望，2017（6）：73.

[13] 冯纯纯.美国外资外资安全审查的新动向及其应对——以美国《外国投资风险评估现代化法案》为例[J].河北法学，2018（8）：160.

[14] 冯纯纯.美国外资外资安全审查的新动向及其应对——以美国《外国投资风险评估现代化法案》为例[J].河北法学，2018（8）：158.

[15] US department of treasury. Annual report to congress for CY 2015，[EB/OL]. 美国财政部网站，https://www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Pages/cfius-re

ports.aspx.

DS529 案特殊市场状况认定对中国的启示

孙缪*

内容摘要：《反倾销协定》第 2.2 之“特殊市场状况”规定是他国在《中国入世议定书》第 15 条（a）款（ii）项终止后继续在针对我国产品的反倾销调查中变相采用“替代国方式”的可能路径之一。DS529 案是 WTO 争端解决机构首次对“特殊市场状况”认定作出说明，该案经验对我国应对滥用“特殊市场状况”的“变相替代国方式”具有重要借鉴意义。我国应当吸取该案经验与教训，警惕他国借“特殊市场状况”采用“变相替代国方式”的做法，就政府补贴被认定为“特殊市场状况”做好准备，并把欠缺对国内价格和出口价格受“特殊市场状况”影响的横向比较作为突破口主动将同类案件诉诸争端机构。

关键词：反倾销 特殊市场状况 市场经济地位

中国作为一个外贸大国，一直是各国反倾销调查的重要目标。反倾销调查的关键是将产品的出口价格与产品的正常价值相比较从而认定倾销存在与否及裁定倾销幅度。应他国对中国曾实行非市场经济制度的顾虑，《中华人民共和国加入世界贸易组织议定书》（以下简称《中国入世议定书》）第 15 条（a）款（ii）项规定了计算我国产品正常价值的“特殊替代国方式”。该条款理应于 2016 年 12 月 11 日终止，但部分国家却并未放弃继续采用无视我国国内成本和价格的倾销认定方式。《关于执行〈1994 年关税和贸易总协定〉第 VI 条的协定》（以下简称《反倾销协定》）第 2.2“特殊市场状况”之规定为调查国在《中国入世议定书》“特殊替代国方式”条款终止后变相实现“替代国方式”同等效果留下了口子。

2019 年底发布的印度尼西亚诉澳大利亚 A4 复印纸反倾销措施案（DS529 案）专家组报告[1]是世界贸易组织（以下简称 WTO）争端解决机构历史上首次对《反倾销协定》第 2.2 条之“特殊市场状况”认定作出说明。汲取该案经验对我国应对滥用“特殊市场状况”的“变相替代国方式”具有重要意义。

一、 DS529 案案件综述

2017 年 4 月，澳大利亚工业创新科学部采纳澳大利亚反倾销委员会（以下简称 ADC）建议，发布针对两家印尼 A4 复印纸出口商征收反倾销税的通知，引起印尼不满。

2018 年 3 月，在与澳大利亚磋商无果后，印尼向 WTO 提请建立专家组，审理关于澳大利亚对从印尼进口 A4 复印纸采取反倾销措施的争端，专家组于 2019 年 12 月 4 日发布报告。

*孙缪，复旦大学法学院国际法学硕士研究生。

[1] Australia-Anti-Dumping Measures on A4 Copy Paper, DS529/R.

专家组判定 ADC 认定印尼国内存在“特殊市场状况”并不违反《反倾销协议》第 2.2 条，但 ADC 未说明该“特殊市场状况”导致国内价格与出口价格“不允许适当比较”（do not permit a proper comparison）而直接抛弃使用印尼国内价格违反该条规定。专家组报告这一部分裁决与说理与本文主题最为相关，是本文分析重点。

另外，专家组认为，ADC 未对涉案出口商自留成本记录符合《反倾销协议》第 2.2.1.1 条所列“符合出口国会计准则”及“合理反映产品生产销售成本”两项要求与否作出说明而直接拒绝使用出口商自留成本记录不符合该条规定。因此，专家组跳过 ADC 在计算推定价格时是否必须使用原产国国内生产成本（cost of production in the country of origin）这一问题，直接判定 ADC 使用第三国出口纸浆（A4 复印纸主要原材料）价格推定生产成本无法律依据。而即便假定澳大利亚被允许在推定价格时部分替换生产商的实际成本，ADC 推定涉案厂商 Indah Kiat 生产成本的方法仍然有违《反倾销协议》第 2.2 条，因为 ADC 未对“替换纸浆价格而非木片（纸浆原材料）价格”及“未从第三国纸浆价格中扣除利润”（Indah Kiat 作为综合生产商使用自产成本价纸浆）作出解释。但 ADC 推定另一出口商 Pindo Deli 生产成本时未调整第三国纸浆价格并不违反《反倾销协议》第 2.2 条。

由于双方在《关于争端解决规则与程序的谅解》第 16.4 条规定的期限内未上诉，专家组报告于 2020 年 1 月 27 日正式被争端解决机构采用。截止双方约定的履行期限 2020 年 9 月 27 日，澳大利亚已履行完毕专家组报告中的建议和裁决。双方并已就后续的执行监督和救济程序达成谅解。

二．专家组对“特殊市场状况”的认定

（一）区分“特殊市场状况”概念与“不允许适当比较”测试

《反倾销协定》第 2.2 条是对《关税贸易总协定》（以下简称 GATT）第 VI 条第 1 款（b）项的细化，具体规定了在何种情形下调查国可以弃用出口国国内市场同类产品价格作为产品“正常价值”的基准，以及应以何种方式代之。根据该条规定，当出口国国内市场不存在正常贸易过程中销售的同类产品时，或者由于特殊市场状况或出口国国内市场销量太低而致此种销售不允许适当比较时，则倾销幅度应通过与同类产品出口到适当第三国的具有代表性的可比价格或原产国生产成本加上合理数额的管理费、销售费、一般成本及利润所得的推定价格进行比较而确定。

DS529 案双方对“特殊市场状况”认定的根本分歧在于“不允许适当比较”这一因素是否构成“特殊市场状况”概念本身的一部分。印尼认为，在《反倾销协定》第 2.2 条的行文结构上“特殊市场状况”与“不允许适当比较”紧密相连，表明“特殊市场状况”概念本身就蕴含着“不允许适当比较”的意思，因此只有当某一市场状况阻碍国内价格与出口价格相比时，该市场状况才构成“特殊市场状况”。但澳方认为，“特殊市场状况”概念本身和“不允许适当比较”应当是两个独立的元素，前者并不吸收后者。

专家组认为，“特殊市场状况”与“不允许适当比较”两点共同构成调查国弃用出口国国内价格的前提条件，但“特殊市场状况”概念本身并不吸收“不允许适当比较”这一

因素。因此，专家组虽最终判定 ADC 违反《反倾销协议》第 2.2 条，但违反的具体理由并不在于 ADC 认定印尼国内存在“特殊市场状况”，而在于 ADC 未在其报告中说明“特殊市场状况”导致国内价格与出口价格“不允许适当比较”。

（二）“特殊市场状况”概念

本案中，印尼提出“特殊市场状况”概念应当排除三种情形，作为反对ADC认定其国内存在“特殊市场状况”的理由：

1. 原材料成本价格被扭曲的情形。印尼认为，低成本原材料同等用于国内产品和出口产品的生产，两者价格同步下降，价格可比性不受影响。且相关条款的谈判过程故意对原材料倾销问题保持沉默，体现出“特殊市场状况”条件不应涵盖低价原材料的立法意图。但专家组认为低价原材料同等用于国内产品和出口产品的生产不必然同步降低两者价格。且根据条约解释的习惯规则，谈判历史作为条约解释的补充材料仅在通常解释方式得出模糊、荒谬或不合理的解释时才适用，而本案中“特殊市场状况”的概念并无模糊或荒谬，因此《反倾销协议》第2.2条谈判过程对原材料倾销问题保持沉默不适用于本案中“特殊市场状况“的解释。

2. 非排他性单方面影响国内市场销售的情形。印尼提出，《反倾销协议》第2.2条使用“市场”一词的单数形式（market）而非复数形式（markets），因此强调的是“特殊市场状况”对国内市场的单方面影响，而同步影响国内市场和出口市场的情形不构成“特殊市场状况”。专家小组虽然也认可《反倾销协议》第2.2条中的“市场”指出口国国内市场，但否认“特殊市场状况”的影响必须是单方面针对国内市场的。专家小组即便认为某一市场状况既影响国内市场也影响国外市场，但只要这两方面的影响不完全是一样的，就仍有导致“不允许适当比较”的可能性，也就仍有可能构成“特殊市场状况”。

上述两点理由与印尼认为“特殊市场状况”概念本身包含“不允许适当比较”因素的观点相匹配。

3. 政府行为导致的情形。印尼主张，政府行为已受到《补贴与反补贴措施协定》（以下简称《反补贴协定》）规制，《反补贴协定》第32.1条明确禁止除根据反《反补贴协定》所解释的GATT条款以外实施的反补贴行为，“除具体条款明示例外，GATT与反补贴协定中的反补贴措施不涉政府行为”是GATT与《反倾销协定》的一般原则。但专家小组认为《反补贴协定》第32.1条并不禁止根据《反倾销协定》实施的反倾销措施，即便倾销货物价格低于正常价值的根源是政府补贴。并且专家小组也不认同印尼提出的所谓“除具体条款明示例外，GATT与反补贴协定中的反补贴措施不涉政府行为”的一般原则。

印尼提出的上述三理由皆被专家组驳回。这从侧面勾勒出“特殊市场状况”的宽广外延——同种低价原材料同等用于国内产品和出口产品生产、与政府补贴竞合都不必然排除“特殊市场状况”概念的适用，只要某一情形存在影响国内价格和出口价格可比性的可能，就不能豁免于“特殊市场状况”的射程。

专家组总结道，“特殊市场状况”概念应当是独特的（distinct）、个别的（individual）、单一的（single）、特殊的（specific），但不必要是不寻常（unusual）、不平常（out of the ordinary）或异常的（exceptional）。[2]可见，专家组强调的是一国市场状况与他国市场状况相比的独特性，而非与正常贸易过程相比的异常性。鉴于每个国家都有其自身特点，证明前者远易于证明后者。宽松的“特殊市场状况”证明标准降低了调查国认定出口国国内市场存在“特殊市场状况”的难度。

（三）“不允许适当比较”测试

专家组认为，“不允许适当比较” 虽不构成“特殊市场状况”概念本身的一部分，但仍是调查国抛弃出口国国内价格的必要前提，案件双方对此也表示认同。但印澳双方对“不允许适当比较”的判断方式同样存在分歧。印尼认为判断是否“不允许适当比较”应横向比较国内价格和出口价格，澳大利亚则认为仅分析“特殊市场状况”对国内价格的影响就足以得出“不允许适当比较”之结论。

专家组指出，“不允许适当比较”测试是为判断国内价格可否作为出口价格的比较基准，因此有必要横向对比国内价格与出口价格受“特殊市场状况”的影响。ADC未作此类对比而直接得出“不允许适当比较”之结论违反《反倾销协议》第2.2条。并且，两种价格之间的单纯数值对比并不足够，而应进行定性对比。因为低价原材料同等用于国内产品和出口产品的生产未必同等影响两者价格，厂商可能视不同市场条件下向消费者转嫁成本的可能性选择仅相应降低国内或出口价格，而非同步调整二者，从而使两种价格失去可比性。

然而，专家组仅指出ADC论证“不允许适当比较”时欠缺对两种价格的对比，却无权替代澳大利亚就“不允许适当比较”与否下定论。因此，本案事实，即政府补贴形成的低价原材料同等用于国内产品和出口产品生产，会否阻碍国内与出口两种价格的可比性仍缺乏统一明确答案，而应具体案例具体分析。换言之，专家组强调了“不允许适当比较”测试中横向对比国内价格和出口价格的必要性，但对“不允许适当比较”的具体判断标准保持沉默，因此调查国实际拥有较大裁量权。

三．借“特殊市场状况”实现“变相替代国方式”

（一）传统替代国方式退出

GATT 第 VI 条及《反倾销协定》第 2 条规定了确定产品正常价值的一般基准及两种无可比国内价格时采用的补充基准，依次为用于出口国国内消费的同类产品在正常贸易过程中的可比价格、同类产品在正常贸易过程中出口到第三国的最高可比价格及根据出口国生产成本加上合理销售费、管理费、其他费用和利润推定的价格。上述三种基准是确定产品正常价值的通常方式。

除此之外，还存在针对来自非市场经济国家产品的“替代国方式”，即使用与出口国经

[2] Australia-Anti-Dumping Measures on A4 Copy Paper, DS529/R, para. 7.22.

济发展程度相似的具备市场经济条件的第三国价格与成本代替出口国本国数据计算产品正常价值。“替代国方式”又有“一般替代国方式”与“特殊替代国方式”之分。“一般替代国方式” 可以追溯到 1955 年通过的关于 GATT 第 6.1 条的第二条有效解释，针对全部或大体上全部由国家垄断贸易且由国家规定全部国内价格的国家。波兰、罗马尼亚、匈牙利等曾实行计划经济的东欧国家先后在加入 GATT 的议定书中植入同意采用 GATT 第 6.1 条补充规定下第三国价格确定产品正常价值的承诺。[3]

《中国入世议定书》第 15 条（a）款（ii）项则为中国量身规定“特殊替代国方式”，即如果受调查的生产者不能明确证明生产同类产品的产业在制造、生产和销售方面具备市场经济条件，则进口国可不严格以中国国内价格或成本作为比较基准。相较于“一般替代国方式”，进口国适用“特殊替代国方式”的义务水平更低，因为《中国入世议定书》第 15 条（a）款（ii）项下举证责任在于受调查的中国企业，由中国企业证明市场经济条件存在，而非像“一般替代国方式”那样由调查国证明出口国国内状况。[4]

上述“一般替代国方式”和“特殊替代国方式”适用于中国的可能性正在降低。“全部或大体上全部由国家垄断贸易且由国家规定全部国内价格的国家”不等同于“非市场经济国家”，概念范围远小于后者，其产生的特殊历史背景也已不复存在。[5]中国经济发展至今日，即便市场经济地位仍有争议，但已很难与 GATT 第 6.1 条补充规定二所指情形相联系。根绝《中国入世议定书》第 15 条（d）款“日落条款”，“一般替代国方式”理应于 2016 年 12 月 11 日终止。虽然第 15 条（a）款（ii）项与中国市场经济地位的关系、该项终止后中国是否自动获得市场经济地位、15 条（a）款（i）项是否同步终止等问题仍存争议，[6]但第 15 条（a）款（ii）项本身的终结是毋庸置疑的。[7]

然而，GATT 第 6.1 条补充规定二与《中国入世议定书》但第 15 条（a）款（ii）项的逐步退场并不意味着中国完全摆脱了“替代国方式”的阴影。

（二）“变相替代国方式”兴起

认定倾销是反倾销调查最易引起争端也是调查当局最易利用计算手段和技巧夸大倾销幅度的阶段。[8]随着全球范围内贸易保护主义抬头，其他国家并未放弃在《中国入世议定书》第 15 条（a）款（ii）项终止后继续采用无视中国国内价格和成本的产品正常价值计算方式。

---

[3] 参见刘勇：《WTO〈反倾销协定〉研究》，厦门大学出版社 2005 年版，第 394-395 页。
[4] 参见张内、肖冰：《论〈中国加入 WTO 议定书〉第 15 条“自动终止条款”的法律效应》，《现代法学》2016 年第 38(05)期，第 146 页。
[5] 参见刘勇：《WTO〈反倾销协定〉研究》，厦门大学出版社 2005 年版，第 392 页。
[6] 参见朱兆敏：《论世界贸易组织与中国的市场经济地位》，《法学》2015 年第 9 期，第 88-96 页；李思奇,姚远,屠新泉：《2016 年中国获得“市场经济地位”的前景：美国因素与中国策略》，《国际贸易问题》2016 第 03 期，第 151-160 页；Bernard O‘CONNOR：The myth of China and market economy status in 2016, 2016-07-07，https://worldtradelaw.typepad.com/files/oconnorresponse.pdf；左海聪,林思思：《2016 年后反倾销领域中国(非)市场经济地位问题》，《法学研究》2017 年第 39(01)期，第 157-174 页。
[7] 张丽英：《〈中国入世议定书〉第 15 条到期的问题及解读》，《中国政法大学学报》2017 第 1 期，第 54-64+159-160 页。
[8] 参见刘勇：《WTO〈反倾销协定〉研究》，厦门大学出版社 2005 年版，第 132 页。

其中以欧盟修法最为典型。欧盟无视中国在诉欧盟价格比较方法案[9]的诉求，于 2017 年出台《反倾销条例反补贴条例修正案》，对 WTO 成员国不再区分市场经济和非市场经济，而以出口国存在“重大扭曲”（significant distortions）作为采用第三国数据代替本国价格和成本计算产品正常价值的理由。[10]这一新规绕开对中国（非）市场经济地位的判断，寻求在《中国入世议定书》第 15 条与 GATT 第 6.1 条补充规定二之外实现“变相替代国方式”。

欧盟“重大扭曲”替代国方法正是对《反倾销协议》第 2.2 条“特殊市场状况”规定的化用。[11]而在欧盟“重大扭曲”规定之前，早已承认中国市场经济地位的澳大利亚已多次依 “特殊市场状况”规定对我国产品以“变相替代国方式”认定倾销。[12]

从字面看，《反倾销协定》第 2.2 条之“特殊市场状况”规定与“替代国方式”并不相同，因为其仅允许使用从被调查国出口到适当第三国的价格，而非第三国国内价格，计算推定价格时也应当使用“原产国生产成本”，而非第三国成本。

然而，《反倾销协定》第 2.2 条为进口国使用第三国价格或成本留下了口子。这一问题在 DS529 案中也得以体现。在推定涉案 A4 纸的正常价值时，ADC 没有使用印尼生产商自行记录的实际纸浆成本，而是以巴西及南美出口至中国及韩国的纸浆价格代之。ADC 的此种做法被专家组判定为违反《反倾销协定》第 2.2 条，因为 ADC 未对抛弃使用印尼生产商自留成本记录、替换纸浆价格而非木片价格、对第三国价格不作合理调整作出说明。但专家组并未全盘否定调查国使用第三国价格和成本的合法性。专家组援引欧盟-生物柴油案上诉机构报告中的意见，认为如果被调查生产商自留成本记录确不符合《反倾销协议》第 2.2.1.1 条要求，从生产商和出口商处无法获得推定成本所需信息，则调查国可以寻求替代方式。[13]按照此种解释，特定情形下，调查国仍可抛弃出口国国内价格和成本，以第三国数据代之。《反倾销协议》第 2.2 条“特殊市场状况”之规定从而成为他国对我国采用“变相替代国方式”的最可能路径。

四．DS529 案对中国的启示

（一）警惕不与“非市场经济地位”相关联的“变相替代国方式”

市场经济地位是中国官方与学界共同的“心结”。早在《中国入世议定书》第 15 条“日落条款“所定期限的几年前，中国官方就多次对外发声，表明希望他国承认我国完全市场地位的立场。[14]2016 年《中国入世议定书》第 15 条（a）款（ii）项临终之际，中国学

[9] European Union — Measures Related to Price Comparison Methodologies (DS516)，案件进展见 https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds516_e.htm.

[10] Regulation (Eu) 2017/2321.

[11] 周艳云：《贸易战背景下欧盟“市场扭曲”的新替代国方法的 WTO 合规性缕析———以 DS516 案为视角》，《河北法学》2019 年第 37 卷第 5 期，第 68 页。

[12] 张丽英：《〈中国入世议定书〉第 15 条到期的问题及解读》，《中国政法大学学报》2017 第 1 期，第 61 页；赵海乐：《澳大利亚对华反倾销中“特殊市场情况”的滥用》，《国际经贸探索》2014 年第 30 卷第 6 期，第 68 页。

[13] Australia-Anti-Dumping Measures on A4 Copy Paper, DS529/R, para. 7.132. 该段援引 Appellate Body Report, *EU – Biodiesel (Argentina)*, para. 6.73. (fn omitted)。

[14] 参见《温家宝：希望欧方尽快承认中国完全市场经济地位》，2010 年 10 月 3 日，http://www.chinanews.com/gn/2010/10-03/2568937.shtml；《温家宝在夏季达沃斯论坛开幕式和企业家座谈

界涌现大量探讨中国市场经济地位的文章，在终止之日到来之后，相关探讨也仍未平息。不少中国学者受《中国入世议定书》第 15 条（a）款（ii）项文本的影响，将不承认中国“市场经济地位”与对中国采取“替代国方式”进行了一定程度的捆绑，将关注点放在欧美诸国是否承认中国市场地位的问题上。[15]

然而，采用“替代国方式”与中国的市场经济地位是“两个具有联系却不相同的问题”。[16]澳大利亚早在 2005 年就已官方承认中国的市场经济地位，[17]然而在此之后仍多次以存在“特殊市场状况”为由对中国采用“替代国方式”。[18]因此，我国必须清醒认识到，市场经济地位形式意义大于实体意义，真正影响我国贸易利益的是各国认定倾销的具体方式。无论一国是否承认我国市场经济地位，都可能利用《反倾销协定》第 2.2 条“特殊市场状况”及相应转化的国内法规定对我国采用“变相替代国方式”。

因此，中国应当警惕其他国家在《中国入世议定书》第 15 条“特殊替代国方式”终止后以“特殊市场状况”等其他途径继续适用替代国方式的做法。[19] DS529 案虽以与中国处境类似的出口国印尼获胜为结果，但专家组对进口国认定“特殊市场状况”的情形基本没有作出限制，在“特殊市场状况”是否导致国内价格和出口价格不可比的问题上也仅要求调查国对此予以说明，而对说明的程度和内容未作要求。专家组在报告中多次重申自己不代替调查国做决定，充分肯定了调查国的自由裁量权，这使得我国更需警惕以“特殊市场状况”为由滥用“替代国方式”的做法。

（二）预防政府补贴被认定为“特殊市场状况”

DS529 案所涉反倾销调查实则澳大利亚首次对中国以外国家依据《反倾销协定》第 2.2 条“特殊市场状况”采用“变相替代国方式”。[20]中国学者曾就澳大利亚先前对中国此类做法指出，将政府补贴认定为“特殊市场状况”会导致《反倾销协定》与《反补贴协定》辖

会答问》，2011 年 9 月 15 日，http://www.gov.cn/ldhd/2011-09/15/content_1947780.htm。

[15] 参见吴宏伟、王勇：《俄罗斯获得欧美反倾销法市场经济地位评介及对我国的借鉴意义》，《郑州大学学报（哲学社会科学版）》，2006 第 3 期，第 69-71 页；冯赫南、鞠姗：《中国非市场经济地位问题的制度渊源及危害浅析》，《黑龙江对外经贸》，2010 第 1 期，第 17-19+24 页；李雪平：《对中国在 WTO 体制内能否如期取得完全市场经济地位的几点思考》，《上海对外经贸大学学报》2014 第 21 卷第 2 期，第 58-66 页；朱兆敏：《论世界贸易组织与中国的市场经济地位》，《法学》2015 年第 9 期，第 88-96 页。

[16] 左海聪、林思思：《2016 年后反倾销领域中国(非)市场经济地位问题》，《法学研究》2017 年第 39(01)期，第 169-170 页。

[17] 澳大利亚于 2005 年承认中国市场经济地位是中国-澳大利亚自由贸易协定谈判的前提之一。详见《Opportunities and challenges: Australia's relationship with China》Chapter 11 - The proposed Australia–China free trade agreement，10 November 2005，https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Foreign_Affairs_Defence_and_Trade/Completed_inquiries/2004-07/china/report01/c11。

[18] 参见赵海乐：《澳大利亚对华反倾销中 “特殊市场情况” 的滥用》，《国际经贸探索》2014 年第 30 卷第 6 期，第 75-76 页；黄毓智.：《论美欧反倾销中特殊市场状况的认定及中国的应对》，上海：华东政法大学，硕士学位论文，2018 年 4 月，第 29 页。

[19] 郑江：《〈中国入世议定书〉第 15 条中反倾销特殊规则的本质探究———以 “替代国” 方法的适用条件为视角》，《国际贸易》2019 年第 8 期，第 84-85 页；张丽英：《〈中国入世议定书〉第 15 条到期的问题及解读》，《中国政法大学学报》2017 第 1 期，第 61 页。

[20] 参见黄毓智.：《论美欧反倾销中特殊市场状况的认定及中国的应对》，上海：华东政法大学，硕士学位论文，2018 年 4 月，第 29 页。

区的重合与冲突，使得在《反补贴协定》下合法的补贴却在《反倾销协定》下受到制裁。[21]这与本案中印尼反对澳大利亚认定其存在特殊市场状况的理由之三有异曲同工之处。

然而，如上文所述，印尼的这一反对理由并未被专家组采纳。专家组明确肯定了政府补贴导致“特殊市场状况”的可能性，认为只要产品出口价格低于正常价值即是倾销，而不论此种价差是否源于政府补贴。因此，我国不论是发放补贴的政府还是接受补贴的企业都需为此做好应对。

政府设计、发放补贴，除考虑该项补贴是否被《反补贴协定》允许，还应当考虑该项补贴在《反倾销协定》下的法律风险。从 DS529 案可见，政府补贴会否导致进口国以“特殊市场状况”为由采用“替代国方式”的关键问题在于该项补贴对国内价格和出口价格的影响会否阻碍两者之间的比较。如果一项政府补贴同等影响国内价格和出口价格，则这项补贴虽可能构成“特殊市场状况”，但并不减损两种价格之间的可比性，因而不会成为调查国抛弃出口国本国价格的借口。我国政府在发放补贴前应对此项补贴影响国内价格的出口价格的路径进行考察，倾向选择对两种价格影响差异小的补贴方式和种类，而放弃仅单方面影响一种价格或对两种价格影响差异大的补贴。

接受补贴的厂商则应谨慎选择使补贴效应单向倾斜出口价格或国内价格的定价策略。DS529 案专家组指出，低价原材料同等用于国内产品和出口产品的生产却仍可能阻碍两种价格的可比性，因为不同市场条件下厂商向消费者转嫁成本的方式和程度不同。因此，当企业出于发展考量，例如为开拓海外市场，选择以国内高售价高利润补贴海外低售价时，应当谨慎考虑此种定价策略的反倾销风险并及时根据《反倾销协定》第 2.2.1 条调整价格维持时间与产品规模。

另外，根据 DS529 案，符合《反倾销协议》第 2.2.1.1 条所列“符合出口国会计准则”“合理反映产品生产销售成本”两项要求的厂商自留成本记录能够有效阻止调查国采用第三国数据抬高产品正常价值、夸大倾销幅度。因此，接受补贴并采取风险性定价策略的厂商较一般厂商更需注意成本记录的规范，才能不给调查国采用“变相替代国方式”留下借口。

（三）在“特殊市场状况”问题上主动起诉

中国以第三方身份参与了 DS529 案和同样涉及“特殊市场状况”问题的俄罗斯诉欧盟成本调整方法案（DS474 案[22]、DS494 案[23]）。但作为第三方，中国在上述案件中始终较为被动。而中国诉欧盟价格比较方法案（DS516 案[24]）程序又已终止，中国一直未能得到就

[21] 参见赵海乐：《澳大利亚对华反倾销中 “特殊市场情况” 的滥用》，《国际经贸探索》2014 年第 30 卷第 6 期，第 75-76 页。
[22] European Union — Cost Adjustment Methodologies and Certain Anti-Dumping Measures on Imports from Russia (DS474)，案件进展见 https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds474_e.htm。
[23] European Union — Cost Adjustment Methodologies and Certain Anti-Dumping Measures on Imports from Russia — (Second complaint) (DS494)，案件进展见 https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds494_e.htm。
[24] European Union — Measures Related to Price Comparison Methodologies (DS516)，案件进展见

他国针对我国适用“特殊市场状况”规定的明确答案。中国作为借“特殊市场状况”采用“变相替代国方式”的重要受害者，有必要主动起诉，积极争取利益。[25]

虽然目前，WTO 上诉机构停摆问题尚未解决。但笔者对中国将类似案件诉诸 WTO 仍持乐观态度。一方面，美国新任总统拜登上台后，上组机构恢复运行可能性将增大。另一方面，对中国最可能借“特殊市场状况”采用“变相替代国方式”的国家澳大利亚、欧盟和中国一样已加入多方临时上诉仲裁安排(MPIA, Multi-party Interim Appeal Arbitration Arrangement)，所以 WTO 目前上诉机构停摆对中国主动诉诸 WTO 争端解决机构影响不大。

中国在主动诉诸争端解决机构时可以借鉴上述案件的经验与教训。DS494 案专家组报告发布于 2020 年 8 月 28 日，但因双方上诉，尚未生效，且鉴于俄罗斯并未加入 MPIA 而 WTO 上诉机构目前仍停摆，该案短时间内难有明朗结果。因而 DS529 案的借鉴意义就显得尤为重要。

从 DS529 案可以看出，目前澳大利亚以“特殊市场状况”为由抛弃出口国本国数据的最大违规之处在于欠缺对出口国国内价格和出口价格受“特殊市场状况”影响的横向比较。有学者在研究澳大利亚对我国的类似做法时，也指出过这一问题。[26]ADC 在本案审理中承认适用《反倾销协定》第 2.2 条“特殊市场状况”规定需同时证明“不允许适当比较”，但其在本案及先前对我国采取类似做法得出“不允许适当比较“的结论时，却未在反倾销调查报告中对所谓“特殊市场状况”影响下的国内价格与出口价格进行横向比较。这从侧面表明调查国本身对这一论证环节和论证要求感到困难。

澳大利亚做法的这一问题在其他试图借“特殊市场状况”对我国采用“变相替代国方式”的国家同样存在。但这一漏洞还未引起足够重视。例如，学者在指出欧盟 “市场扭曲”规定不符合《反倾销协定》第2.2条时，就更关注“市场扭曲”是否突破了“特殊市场状况”的概念以及是否突破了推定价格时采用外部信息计算的限制，[27]而忽视了欧盟相关规定不要求对国内价格和出口价格受“市场扭曲”的影响进行横向比较这一问题。笔者十分认同学者指出的问题，但如上所述，DS529案专家组就“特殊市场状况”概念的认定赋予了调查国充分的自由裁量权，并且肯定了特定情形下调查国有权抛弃出口国国内价格和成本而以第三国数据代之，因此上述学者指出的问题恐难以有力反驳他国借“特殊市场状况”采用“变相替代国方式”的做法。因此，我国应当吸取DS529案经验，主动将他国借“特殊市场状况”对我国采用“变相替代国方式”的做法诉诸争端解决机构，并把欠缺对国内价格和出口价格受“特殊市场状况”影响的横向比较不足以论证两种价格间“不允许适当比较”作为突破口。

---

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds516_e.htm。

[25] 参见齐琪、杜仲霞：《“特殊市场情况”的规则解释与中国因应———以澳大利亚对华反倾销中的实践为例》，《华东经济管理》2018 年第 32 卷第 6 期，第 49-50 页。

[26] 参见齐琪、杜仲霞：《“特殊市场情况”的规则解释与中国因应———以澳大利亚对华反倾销中的实践为例》，《华东经济管理》2018 年第 32 卷第 6 期，第 48 页。

[27] 参见李彦彦：《欧盟反倾销法修改案与 WTO 多边规则的适用》，《法律适用》2017 年第 11 期，第 55-61 页；周艳云：《贸易战背景下欧盟“市场扭曲”的新替代国方法的 WTO 合规性缕析———以 DS516 案为视角》，《河北法学》2019 年第 37 卷第 5 期，第 68-74 页。

Abstract： The “particular market situation” in Article 2.2 of the Anti-dumping Agreement is a substitute for “anologue country method” in anti-dumping investigations against Chinese products after the termination of Article 15(a)(ii) of the Protocol on China’s Accession to the WTO. In DS529 case, the WTO Dispute Settlement Body for the first time commented on determination of “particular market situation”, providing significant reference for China to deal with “disguised anologue country method” under “particular market situation”. China should, learning from DS529, be wary of such “disguised anologue country method”, prepare against identification of government subsidies as “particular market situation”, and proactively resort to Disbute Resolution Body, where the absence of comparison between domestic and export prices infulenced by "particular market situation" may serve as a strong argument.

Key Words： Anti-dumping, Particular Market Situation, Market Economic Status

间接抑或直接：“一带一路”背景下国际商事和解协议效力之赋予

孙志煜　沈旦*

【内容提要】《新加坡调解公约》的生效给国际商事调解制度的适用展示了广阔空间。该公约规定经调解达成的国际商事和解协调具有直接的强制执行力。上述规定虽给各国国内商事调解制度提供了立法范本，但也给各国批准《新加坡调解公约》创设了制度障碍。中国目前对国际商事和解协议执行效力的赋予主要采间接说。从尊重私权自治、促进“一带一路”沿岸国的经贸合作关系以及强化国际法治与国际制度的衔接性考虑，中国宜采“两步走”策略。先在司法解释层面直接明确国际商事和解协议的强制执行力，其后在适宜时期从立法层面予以明确。

【关键词】国际商事和解协议 《新加坡调解公约》 强制执行力 私权自治

一、问题的提出

和解协议在不同国家、不同文本中具有不同含义。本文所指的国际商事和解协议，其定义取自《新加坡调解公约》（以下简称《公约》）第 1 条、第 2 条所规定的国际商事和解协议，即调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议。[1]由于和解协议具有不同于一般意义上合同的特殊性，不同仲裁机构的裁决，也不是司法机关作出的司法文书，和解协议的执行力赋予存在多种路径可能和理论争议，[2]故经调解达成的国际商事和解协议是否具有执行力是商事调解制度最为重要的内容之一。2020 年 9 月 12 日生效的《公约》规定国际商事和解协议具有直接的强制执行力。反观我国，不仅未制定国际商事调解的相关立法，已有的司法规范性文件也只赋予和解协议间接强制执行力，这与《公约》上述规定产生了冲突。近年来，国外学者主要对商事调解的优势、和解协议的效力问题进行了探讨，国内学者对《公约》的文本、适用问题以及如何与我国商事调解制度衔接等方面提出了诸多见解，但对和解协议是否应当具有强制执行力以及以何种方式赋予强制执行力尚未达成一致意见，这不仅制约了我国商事调解制度的发展，也阻碍了我国批准《公约》的进程。鉴于此，笔者拟从国际商事和解协议的强制执行力为出发点，通过梳理和解协议间接或直接被赋予强制执行力的理论分歧与实践情况，提出我国的应对之策。

二、理论争鸣：国际商事和解协议效力的差异表达

国际商事和解协议的效力问题是国际商事调解制度的核心问题。各国因国情以及调解制度发展程度不一，对和解协议的效力规定存在显著差异。我国目前商事调解立法相对滞后，仅有少量与之相关的司法规范性文件，且对和解协议效力的定义和内涵尚未作出明确界定。学界对国际商事和解协议效力概念的界定一般是参照法院判决效力的概念。按照大

* 孙志煜——贵州大学法学院教授、法学博士、博士生导师，研究方向：国际民事诉讼法；沈旦——贵州大学法学院博士研究生，研究方向：比较民事诉讼法。

[1] 为避免混淆，本文将商事调解（包括机构调解、行业调解、律师调解）、人民调解、仲裁调解、法院调解等达成的调解协议统称为和解协议，在名称上与《公约》中的和解协议保持一致，但其内涵有所差异。

[2] 尹力著：《中国调解机制研究》，知识产权出版社 2009 年版，第 203-210 页。

陆法系判决效力理论，判决的“原有效力”包括判决的既判力、执行力和形成力，且既判力是判决获得强制执行力的前提。因此，对和解协议强制力的探讨离不开对和解协议既判力的确定这一先决条件。国外学说中对国际商事和解协议是否具有既判力持三种观点。一是肯定说。此说认为和解协议可替代判决，法律上应赋予和解协议在解决纠纷上与法院判决同等效力。二是否定说。此说认为既判力的实质是一种国家权力，在私人行为基础上形成的调解不能产生既判力。三是折中说，也可称为有限制的肯定说。即原则上承认和解有既判力，但这种既判力是附条件的，如内容违法、违反公共秩序等将受到限制。实践中，世界范围内大多数设置诉讼和解制度的国家采用的是有限制的肯定说。[3]从各国立法与实践观之，大多数国家都倾向赋予和解协议强制执行力，但赋予路径存在一定分歧。要么是间接赋予国际商事和解协议强制执行力，要么是直接赋予国际商事和解协议以强制执行力。

（一）间接赋予国际商事和解协议强制执行力

间接赋予国际商事和解协议强制执行力认为和解协议仅具有民事合同的效力，可通过司法确认、公证等程序使和解协议获得强制执行。当前理论界、实务界的主流观点认为和解协议只能被赋予间接的强制执行力。有学者主张国家司法权与民间调解之间存在发生冲突的可能。虽然当事人主张“私权自治”原则，但是在调解的发展中始终存在一种脱离法律轨道的完全自治情形，并且这种自治会形成与国家司法权的对峙。[4]马克斯·韦伯认为：“在任何法的制度里，契约自由都不是毫无限制；对于某类协定的任何内容，法都准备提供强制的保证”。[5]该论断从另外一个方面揭示了私法自治精神的实质，即其不仅意味权利和自由，同时也蕴含义务和责任。因此，在二者关系中，国家权力一般居于主导地位，而民间调解不能僭越其范围。但另一种极端的情况是，在调解发展进程中，社会的价值取向与法治主义思潮导致对诉讼的推崇和对调解的轻视。这种思潮认为，在法治现代化的进程中需要优先解决的问题是建立健全正式的法律体系，而不是通过非诉讼程序（ADR）进行交易、达成妥协。[6]因而，当事人的意思自治受到国家公权力的限制和监督，我国的商事和解协议只能通过司法确认或公证等途径间接获得强制执行。

间接赋予国际商事和解协议强制执行力是调解程序不够规范的产物。调解程序的规范性是和解协议效力的渊源之一。当前，商事调解发展存在多重困境，例如调解员职业化起步缓慢、普遍缺乏专业培训等。这导致立法者对调解机制、调解员信心不足，这也是我国为何不直接赋予调解协议强制执行效力的重要因素。[7]就调解达成的和解协议而言，因其不是司法机关作出的司法文书，也不同于仲裁机构作出的仲裁裁决，故而一般不认为其具有直接的强制执行力。甚至学者认为，间接抑或直接赋予和解协议强制执行力的讨论并不重要，重要的是确保调解程序的正当性，并通过机制的设置赋予和解协议以强制执行力。因此，间接赋予和解协议以强制执行力这一理念体现在程序设置上偏向于保守和稳妥，对不

[3] 尹力著：《国际商事调解法律问题研究》，武汉大学出版社 2007 年版，第 171 页。
[4] 范愉著：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 366 页。
[5] [德]马克斯·韦伯著：《经济与社会卷》（下卷），林荣远译，商务印书馆 1997 年版，第 21 页。
[6] 范愉著：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 69、366、610 页。
[7] 廖永安等著：《中国调解的理念创新与机制重塑》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 56 页。

规范的调解程序持审慎态度，一般不会触动本国当前的法律制度和社会政策，因而在世界范围内受到青睐。例如，德国受 2008 年欧盟《关于民商事调解若干问题的 2008/52/EC 指令》（以下简称《欧盟调解指令》）的影响，经调解达成和解协议的当事人可以按照《德国民事诉讼法》相关规定，履行一定的法院登记程序，该程序的实质是法院对该和解协议的司法确认，[8]有助于规避不规范调解程序造成的权益损害。

间接赋予国际商事和解协议强制执行力有助于保留当事人的二次选择权。相较于从契约构成角度主张应当赋予调解协议以法律约束力，有学者更倾向于从调解的性质、本质和基本原则出发认为不应该赋予和解协议以法律约束力。因为调解区别于仲裁和审判的价值主要表现为调解程序的非严格性、非正式性及自愿性，其中就涵摄了调解达成的协议不应具有强制执行的法律效力。[9]由于达成的商事和解协议不具有终局性和执行力，当事人可另选择仲裁或诉讼的方式解决纠纷。从该角度看，和解协议本身不具有强制执行力体现了对当事人处分私人权利的尊重，更能充分地保障当事人意思表达的真实性。

（二）直接赋予国际商事和解协议强制执行力

不同于间接赋予和解协议强制执行力，直接赋予和解协议强制执行力可理解为国家在法律中明文规定和解协议本身具有强制执行力，而不需要借助司法机关的裁判。直接赋予国际商事和解协议强制执行力是多元化纠纷解决理念的内涵体现。有学者认为，正式的法律制度与非正式的法律制度，它们各有自己的调整范围和领域，有适合于自己调整的社会关系，而许多社会关系的调整往往需要多种方法的相互配合才能奏效。不应片面追求法制的正规化，而应该把正式法律制度与非正式的其他社会控制相结合的道路。[10]还有学者认为，ADR 与司法诉讼的关系中，无论是否持两者相对立的观点，都主张发挥两种纠纷解决机制的独特优势，形成机制互补。并且，凭借自愿原则以及司法审查权的存在和制约作用，使 ADR 不可能从根本上背离法治轨道[11]，故直接赋予和解协议强制执行力也无惧恣意风险。当代司法活动的社会化趋势并未弱化司法的权威性，而是借助司法的权威增强其他社会活动的司法权威的统摄性。[12]如果法律赋予和解协议类似于仲裁裁决的直接强制执行力，根据《公约》第 4 条和第 5 条之规定，当事人寻求救济的途径以及被拒绝救济的事由则更明确，无须假道国内法。据此，我们认为和解协议本身具备强制执行力，更有利于诉调模式的完善。

赋予和解协议直接的强制执行力符合私权自治的要求。私权自治作为私法领域的基本理念和基本原则，其强调私权主体可通过自己的意愿自主地处分有关私权的各项事务，从而形成具有法律意义的权利与义务；在不违反公法强制性规范的前提下，私权主体自愿达成的协议“优先私法适用”。同时，为保证 ADR 实效和避免资源的浪费，促进当事人的自

[8] 许晓俊：《国际商事和解协议与和解协议法律效力问题研究》，安徽大学 2011 年硕士学位论文，第 25 页。
[9] 史长青著：《现代调解制度——法制与自治》，上海三联书店 2015 年版，第 248 页。
[10] 朱景文、斯图尔特 • 马考利著：《关于比较法社会学的对话》，载《比较法研究》1998 年第 1 期。
[11] 范愉著：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 370 页。
[12] 《法治论坛》第 35 辑，中国法制出版社 2014 年版。

治和自律意识，应最大限度地保证和解协议的效力。[13]甚至有学者认为，无论 ADR 本身的强制性程度如何，只要当事人自愿接受，即可产生与生效判决同等的终局效力。[14]国外不少国家的商事调解立法体现了私权自治的原则。1996 年，印度以联合国贸易法委员会《调解规则》为基础制定《仲裁与调解法》，该法第 74 条规定，调解达成的和解协议的地位和效力视同仲裁庭根据《仲裁和调解法》第 30 条就争议的实质方面做出的基于商定条款的仲裁裁决。[15]这可说明，《仲裁与调解法》赋予当事人达成的和解协议具有同仲裁裁决一样的强制执行力。受“诉讼大爆炸”影响，美国也认识到 ADR 在纠纷解决中的独特作用并大力发展调解。早在 2009 年，美国最大的 ADR 私营服务机构 JAMS 全球各地办事处平均处理案件达三万多件。在美国这样一个“好讼”的国家，当事人选择调解解决纠纷的案件高达 95%，其中一个重要的原因是美国私人调解达成的调解具有法律效力，可通过法院强制执行。他们认为私人调解达成的和解协议与法院判决的效力在本质上没有区别。[16]

赋予和解协议直接的强制执行力是效益理念的集中体现。经济效益主义程序理论的代表人物波斯纳认为所有法律活动和全部法律制度都是以有效利用自然资源、最大限度地增加社会财富为目的，并提出“正义的第二种意义就是效益”来回应对该理论的质疑。[17]随着实践的突破，法学家和哲学家从理论的高度对 ADR 给予支持，经济分析法学家也从效益分析的角度为 ADR 做出了合理化论证。根据效益原理，法律制度的设计应该建立在有利于促成和解的目标之上。现代司法诉讼程序的本质建立在程序正义理念之上，而不是为获得实质正义和客观真实。[18]类似的，日本学者棚濑孝雄倡导的交涉型调解也将功能上的重心置于成本的降低上，其目的不在于发现法律上的正确解决，而在于为那些把节约成本放在第一位并不惜以此降低达到法律上正确解决这一要求的当事者提供一种方便。[19]在商事纠纷日益繁杂的今天，追求迅捷、低价、友好的合作关系无疑是当事人寻求商事调解解决纠纷的主要原因。

由上可知，对国际商事和解协议是否应当特别是以何种路径赋予强制执行力一直存在不同认识，我国也概莫能外。近年来，由于国际商事调解立法和实践的快速发展，商事调解理念和制度呈现出共通性的发展趋势，但也为各国国情所左右。

三、渐进性认识：国际商事和解协议效力的中国实践

我国的调解被西方称为纠纷解决的“东方经验”，然自近现代以降，我国的调解制度特别是商事调解未得到充分发展，调解的特有优势未得到有效发挥。我国调解制度虽立足于服务社会管理、经济发展的需要，但是总体带有较为强烈的司法干预色彩。当前，我国调解的专业化、职业化发展程度低，人民调解在我国的民间调解制度中仍然居于主体地位，

[13] 范愉著：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 446 页。
[14] 范愉著：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 396 页。
[15] 《印度仲裁和调解法》，载北京仲裁委员会官网，https://www.bjac.org.cn/news/view.asp?id=1088，最后访问于 2020 年 10 月 13 日。
[16] 李政：《ADR 视野下私人调解的程序和效力》，载《法学杂志》2009 年第 11 期。
[17] 陈瑞华著：《程序正义理论》，中国法制出版社 2010 年版，第 66-69 页。
[18] 范愉著：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 628 页。
[19] [日]棚濑孝雄著：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 60 页。

商事调解发展还不够成熟，对国际商事和解协议效力的法律规定也处于模糊状态。

（一）立法规定

我国尚未制定商事调解的相关法律，对国际商事和解协议效力的具体规定更未涉及。在实践中，有学者认为国家试图用“一元化”的人民调解法律规制模式统合所有社会调解类型，忽视了调解多元化发展的需求。[20]这体现在立法实践中忽视了调解的不同种类，如人民调解、商事调解、律师调解等相互之间特性和差异，也低估了除人民调解之外的其他调解在纠纷解决中的独特作用。《人民调解法》是我国唯一制定的与调解有关的专门性法律。该法第 31 条规定，关于经人民调解达成的和解协议协议具有法律约束力；第 33 条进而规定，双方当事人认为有必要的，可以共同向人民法院申请司法确认；一方当事人拒绝履行或未全部履行的，对方当事人可以向人民法院申请强制执行。2017 年《民事诉讼法》第 194 条也规定，双方当事人可以共同向调解组织所在地基层人民法院申请司法确认和解协议。但是，鉴于人民调解和商事调解在调解主体、调解范围上存在诸多差异，可知以《人民调解法》来指导和规范商事调解活动不甚合适。

在我国，最高人民法院出台的司法解释实际扮演了立法角色。随着近年来商事争议的案件日益复杂化，立法机关和最高人民法院均认识到必须充分发挥商事调解的作用，并积极推动经调解达成的商事和解协议获得强制执行。为此，最高人民法院于 2016 年发布了《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》（以下简称《多元化纠纷解决机制意见》）。该意见第 18 条提出推动律师调解制度建设，并在第 31 条规定完善司法确认程序的内容，即经商事调解组织等调解达成的具有民事合同性质的协议，当事人可以向人民法院或者人民法庭依法申请确认其效力。此后，最高人民法院于 2018 年发布的《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》中第 24 条也提到，经指定的商事调解机构调解达成协议的，国际商事法庭依法审查后制发调解书；当事人要求发给判决书的，国际商事法庭可以制发判决书。以上可知，我国司法规范性文件通过规定当事人申请司法确认的方式间接赋予国际商事和解协议以强制执行力。虽然这在一定程度上为商事和解协议的执行指明了途径，但不可否认的是，商事调解依然处于附属于诉讼的地位，无法有效减轻法院的审判压力。

（二）司法适用

商事和解协议的强制执行在我国的司法适用上尚处于混乱状态。如上文提到，由于我国尚未制定商事调解的相关立法，经商事调解达成的和解协议只能依据相关的司法规范性文件寻求救济，如依据《多元化纠纷解决机制意见》中对申请法院司法确认的规定。以“一带一路”国际商事调解中心处理的相关案件为例，在 2019 年 10 月份的一起商事纠纷案件中，申请人 S 鞋店与被申请人 A 就合同货款支付问题产生了纠纷。虽然案情十分复杂，但在调解员的多番努力下，双方当事人达成了和解协议并进行了司法确认，实现案结事了。

[20] 廖永安、王聪：《人民调解泛化现象的反思与社会调解体系的重塑》，载《财经法学》2019 年第 5 期。

[21]此案援引的相关规则来自于“一带一路”国际调解中心于 2016 年 10 月发布的《调解规则》第 15 条 15.4 款，该款明确规定“调解中心可以协助当事人依法共同向有管辖权的法院申请司法确认”，故当事人是以《多元化纠纷解决机制意见》作为申请法院司法确认的法律依据。然而，《人民调解法》第 31 条、第 33 条明确规定和解协议具备法律效力或可申请法院强制执行，其前提是该协议是经人民调解委员会调解达成的。《民事诉讼法》第 194 条[22]中“人民调解法等法律”中的“等”被理解为特指全国人民代表大会及其常委委员会制定的法律，将当前司法程序程序的客体范围限制在人民调解协议。[23]因此，《多元化纠纷解决机制意见》中当事人可以向法院申请确认商事和解协议效力的规定与《民事诉讼法》第 194 条仅限人民调解达成的和解协议申请司法确认的规定相冲突。在实践中，虽然当事人可以就商事和解协议向我国法院申请司法确认，但从法理来看，当事人能否向法院申请司法确认尚存合法性疑问。

（三）中国实践与《公约》的比对

国内商事和解协议效力规定与《公约》之规定存在明显差异，其效力很大程度上依附于公权力确认。从国内角度看，近年来，国际商事和解协议执行力问题逐渐受到我国立法部门、司法部门的重视，但是在商事调解的立法实践和司法实践上尚存诸多缺漏。商事调解相关的专门性法律尚未制定，无法规范商事调解活动特别是商事和解协议的执行。即使参照《民事诉讼法》《多元化纠纷解决机制意见》的相关规定，由于商事和解协议在我国未被赋予直接强制执行力，其经法院司法确认等程序获得执行似乎又缺乏法律正当性基础。从国际角度看，《公约》第 3 条规定：“本公约每一当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。”这一规定可理解为，确定适用本公约的和解协议采用直接执行机制，即和解协议的当事人能够在执行地请求直接执行，而不要求和解协议来源国对和解协议进行审查。[24]该条款从草案二稿、草案三稿到现行条款，其显著的变化是定稿删除了语句“承认（be recognized）”和“赋予法律效力（be given legal effect）”。这无不体现了新近研究的一种看法：国际和解协议效力不依附于公权力确认，一种直接执行机制得以大胆创设。某种意义上，《公约》的出台标志着国际商事调解自治形态的诞生。[25]

总之，我国有关商事和解协议效力问题在立法、司法适用上存在明显的缺漏，与《公约》的相关规定也存在分歧。但由于我国对法制观念的理解与商事调解发展趋势存在非均衡性，为此，当前国内的主流观点仍是倾向于间接赋予国际商事和解协议以强制执行力。此种观点是否有利于国际商事调解活动在国内的进一步展开，仍值商榷。

---

[21] 《案例十五：哈萨克族调解员化解复杂买卖合同纠纷案》，载一带一路国际商事调解中心网站，http://www.bnrmediation.com/Home/Article/detail/id/552.html，最后访问于 2020 年 10 月 9 日。

[22] 《民事诉讼法》第 194 条规定：“申请司法确认调解协议，由双方当事人依照人民调解法等法律，自调解协议生效之日起三十日内，共同向调解组织所在地基层人民法院提出”。

[23] 刘加良：《非诉和解协议司法确认程序的实践误区及其矫正》，载《政治与法律》2018 年第 6 期。

[24] 孙巍著：《<联合国关于调解所产生的国际和解协议公约>立法背景及条文释义》，法律出版社 2018 年版，第 30 页。

[25] 《傅攀峰—“<新加坡调解公约>生效后中国商事调解发展”研讨会发言节选》，载中国法学网，http://iolaw.cssn.cn/xshy/202009/t20200914_5182563.shtml，最后访问于 2020 年 12 月 24 日。

四、从间接到直接：国际商事和解协议的效力伸张

各种调解理论体系和观点在价值取向和基本理念上呈现出明显的冲突和多元化状态。就基本立场而言，表现为对调解的积极推进、慎重发展和以限制、制约为中心的实践目标上的差异。随着时代的发展，这些理念也表现出一种从保守向开放而逐步变化推移的取向。[26]伴随着“私权自治”意识的觉醒，无论是国家层面、还是个人层面越来越重视对纠纷当事人合意的尊重。当前，明确调解协议以强制执行的效力，并配套法院对调解协议的适度审查或许是一种比较恰当的做法。[27]随着我国商事调解法律制度和调解实践的不断发展和规范，应该有意识地提高和解协议的强制执行力乃至直接赋予和解协议类同于仲裁裁决的强制执行力。

（一）赋予国际和解协议以直接强制执行力具有相对合理性

第一，践行“共商共建共享”理念需要直接赋予和解协议强制执行力。习近平主席提出的“共商共建共享”的全球治理理念，为破解当今人类社会面临的共同难题提供了新原则新思路。“共商”可以理解为各国共同协商解决矛盾纠纷；“共建”可以理解为各国共同参与、合作共建，扩大共同利益；“共享”体现在经济发展方面就是实现互惠互利、多赢共赢。可见，“共商共建共享”体现了当代中国在与各国友好交往中始终坚守的“和”文化，与国际商事调解的理念也完全吻合。相较于法院判决在“一带一路”沿线国家难以有效执行、仲裁“诉讼化”的发展趋势等不足，商事调解具有解纷迅捷、廉价、维护友好合作关系等价值理念不仅符合各方的需求，而且有利于落实互利共赢、和谐包容的“一带一路”建设理念。2013 年至 2017 年五年间，我国各级法院共审理涉外民商事案件 20 余万件，较过去五年增长一倍以上。特别是“一带一路”沿线国家间的国际贸易、国际工程承包等跨境商事纠纷呈现继续增加的态势。[28]近些年来，经调解达成的和解协议可通过类似于《纽约公约》这样的全球统一机制获得执行成为共同的愿望。国际调解组织在 2014 年开展的一项调查显示，90%的受访者认为和解协议缺乏国际性执行机制是阻碍调解发展的一大因素，并且 93%的受访者指出他们更愿意同批准《新加坡调解公约》所在国家的当事人进行调解。[29]鉴于“一带一路”沿线国家间解决复杂商事纠纷案件的需要，国际商事调解应在该领域甚至全球领域发挥更大的、独立的作用，而不能只是依附于诉讼或者是仲裁机制。将商事调解独立出来的关键性措施在于赋予商事和解协议类似于仲裁裁决的直接强制执行力，从而促进调解与诉讼、仲裁形成国际商事纠纷解决的“三驾马车。”

第二，有利于我国国内法制与国际制度的相互衔接。在《公约》生效的背景下，我国若仍坚持拒绝直接赋予商事和解协议强制执行力，此种做法将与《公约》、主流商事调解制度的精神相背离。当前，促进型调解模式在世界范围受到推崇，该模式以当事人为中心，

[26] 范愉著：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 261 页。
[27] 王钢著：《国际商事调解规则研究》，中国社会科学出版社 2019 年版，第 192 页。
[28] 《最高人民法院负责人就<关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见>答记者问》，载新华网，http://www.xinhuanet.com/2018-06/28/c_1123046444.htm，最后访问于 2020 年 10 月 9 日。
[29] Eunice Chua,Enforcement of International Mediated Settlements without the Singapore Convention on Mediation,Singapore Academy of Law Journal，Vol. 31,p.574(2019).

鼓励当事人自决，并支持以当事人利益为基础的协商。[30]作为“一带一路”建设的首倡国，在国际商事调解日益为“一带一路”沿线国家所急需和青睐时，我国如继续保守主义的立场，难免会遭受“一带一路”沿线国家和其他国家的非议。十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出要积极参与国际规则的制定，增强我国在国际法律事务中的话语权和影响力。如何提高我国的话语权和影响力，要综合考虑到在现代国际社会良善完备的、具有竞争力的争议解决机制已经成为维护经济发展、彰显综合国力的重要因素。[31]为此，我国应该积极抓住历史机遇，以发展商事调解为契机，在我国商事调解法律的制定中以《公约》为蓝本，完善我国的商事调解法律制度，促进国内法与国际法相接轨。申言之，在合适的时机从法律上赋予国际商事和解协议直接的强制执行力，不仅有利于促进“一带一路”沿线各国的经贸合作，更有利于促进国内法制与国际制度的衔接。

（二）赋予国际和解协议以直接强制执行力的可行路径

有学者认为，当 ADR 在时间中出现新的需求和问题时，可以通过制定发布新法规、修改现行法律、授权法院或主管机关通过内部或局部规则进行实验和探索等方式。在经过一段时间的经验积累之后，再以普通法形式进行确认和规范。[32]考虑到商事调解立法的难度以及司法解释在我国法律体系中的独特地位和作用，在我国商事调解立法尚未出台的背景下，我们建议以“两步走”的路径来设计国际商事和解协议的执行力规则。

第一，从司法解释上赋予国际和解协议直接的执行力。首先可考虑从司法解释层面来赋予国际和解协议以直接的强制执行力。最高人民法院发布的规范性文件包括司法解释和司法文件，司法文件又可以划分为司法解释性质文件和司法行政性质文件。[33]司法解释可一般性理解为最高司法机关在适用法律法规过程中对如何具体应用法律法规问题所作的具有普遍效力的解释。[34]司法文件则具有型塑司法理念、规范漏洞补充和统一裁判标准的功能。虽然司法文件不属于 2007《最高人民法院关于司法解释工作的规定》中司法解释的范畴，但仍可从功能和制定主体上认定为《宪法》127 条和 132 条默示司法机关拥有制定包括抽象性司法解释在内的规范性文件的权力，[35]其合法性业已得到相应支持。在此基础上，《多元化纠纷解决机制意见》等司法规范性文件的法律效力作为广义上的司法解释应予以承认。

考虑到目前商事和解协议在申请司法确认时无法可依或者出现所依据法律规定出现相互矛盾的状况，首先可对《民事诉讼法》第 194 条“人民调解法等法律”中的“等”进行扩大解释，并规定：““等”不仅包括狭义上的法律，还包括《多元化纠纷解决机制意见》等与商事和解协议申请司法确认有关的司法规范性文件，”避免从文义解释上限制申请司法

[30] Nadja Alexander,Ten Trends in International Mediation,Singapore Academy of Law Journal,Vol. 31,p.430(2019).
[31] 何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，载《中国社会科学》2017 年第 5 期。
[32] 范愉著：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 版，第 423 页。
[33] 彭中礼：《最高人民法院司法解释性质文件的法律地位探究》，载《法律科学》2018 年第 3 期。
[34] 李相森：《论近代以来中国司法解释概念的变迁》，载《江苏社会科学》2019 年第 2 期。
[35] 黄金荣：《“规范性文件”的法律界定及其效力》，载《法学》2014 年第 7 期。

确认的和解协议种类的范围。其次，在合适的时机专门制定《公约》在我国适用的司法解释，明确规定“申请国际商事和解协议可在《新加坡调解公约》缔约国直接执行”以与《公约》保持一致。制定相关的司法规范性文件可为明确国际和解协议执行力提供法律依据。在我国，司法规范性文件可在一些没有法律的领域进行事实意义上的法律创制，为此，可充分发挥司法解释在《公约》适用中的“排头兵”作用。从此意义看，司法规范性文件可为当事人提供确定性和可预见性，满足“同案同判”的要求，能避免条约的随意性并建立一个相对柔性的条约适用制度。[36]例如，1995 年《最高人民法院关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》就对不予执行仲裁裁决案件起到重要的指导作用。因此，借鉴《承认及执行外国仲裁裁决公约》（也称《纽约公约》）在我国适用的国内立法应对，最高人民法院也应对《公约》在我国的适用制定配套的司法规范性文件。

第二，从立法上赋予和解协议直接的执行力。由于司法规范性文件法律效力的有限性，制定与商事调解相关的法律则成为最终目标。我国制定的《人民调解法》体现了人民调解单行立法的理念，商事调解与人民调解同属于社会调解的范畴，存在一些共同的属性和特征，《商事调解法》可借鉴《人民调解法》的立法模式。

具体来看，我国未来制定的《商事调解法》应明确规定商事和解协议具有强制执行力，并将国内商事和解协议与国际商事和解协议的效力作等同处理。其原因在于：一是体现私权自治的要求。英美法系法学理论认为意思自治原则是保护国际法主体私权的基石。当事人的真实意图是和解协议效力的根据。[37]我国法学界也将意思自治列为涉外民商事法律的基本原则之一。基于意思自治达成的商事和解协议往往能自动履行，不需要当事人向法院申请强制执行。较小比例的和解协议才需要当事人申请法院救济，商事调解因此能赢得社会的青睐。所以，和解协议具备强制执行力更能体现对当事人意思自治的尊重。二是国外成功的立法范例。近些年随着《公约》的制定与顺利通过，亚洲著名的商事争议解决中心地——新加坡积极反应并制定了相关的国内法。2017 年《新加坡调解法》第 12 条规定将经调解达成的和解协议记录为可立即执行的法庭指令，并且以类似于判决的方式来执行。此外，该条还规定了和解协议执行应满足的条件以及拒绝执行和解协议的理由。[38]2017 年《新加坡调解法》在执行或拒绝执行和解协议的条件上与《公约》有诸多共性，体现了新加坡在执行和解协议上的积极态度。为促进《公约》在新加坡的适用，新加坡国会于 2020 年 2 月 4 日通过了《2020 年新加坡调解公约法》并获总统批准。随着《公约》的正式生效，将有越来越多的国家重视完善本国的商事调解立法，并有意识地提升和解协议的效力。

结语

《新加坡调解公约》的出台给国际商事调解制度的健康发展提供了更为广阔的平台，该公约赋予国际商事和解协议直接效力的做法也给各国国内立法提供了示范蓝本。我国作

[36] 赵骏、张丹丹：《最高人民法院与条约司法适用机制的完善》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2017 年第 2 期。
[37] 覃斌武：《论和解协议不履行在法律上的效果》，载《湘潭大学学报（社会科学版）》2017 年第 4 期。
[38] Mediation Act 2017,Singapore Statutes Online,https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017, 最后访问于 2020 年 10 月 7 日。

为《公约》的首批签署国，既要认识到承担国际义务之于中国国际形象之重要性，也要兼顾国内法制与国际制度之衔接性。唯有如此，才能在错综复杂的国际形势下进一步加强与“一带一路”沿岸各国的经贸关系，促使“共商共建共享”理念在国际商事调解领域得到较好践行。

美国对伊制裁影响下海上货物运输合同免责条款与相关责任保险浅析
——以中国法下中国航运企业应对制裁风险为视角

谭远劲飞[1]

摘要：美国在国际社会利用其强大的综合国力，奉行单边主义并对他国主体实施长臂管辖。在对伊朗经济制裁过程中，美国利用次级制裁手段将单边制裁强制升级成多边制裁，波及第三方国家和实体。我国航运企业也受到对伊制裁波及，出现了船舶被扣留、资产被冻结、与美国主体交易被禁止、高管被限制出入境等情况。文章基于笔者对美国制裁相关法律理论与制度的学习，梳理制裁伊朗的法律政策背景，浅析航运企业在美国制裁伊朗法律框架下面临的主要风险，并在探究应对策略的过程中，发现现有制度如海上货物运输合同中提单运输合同的免责条款、船东互保会提供的货物责任保险能够发挥的作用十分有限。

关键词：对伊制裁 航运企业 免责条款 责任保险

引　言

二十世纪下半叶，伊朗发生了伊斯兰革命这一政治事件，伊朗人民推翻了当权政府，并在反美情绪之下扣留了美国公民作为人质，于是美伊两国交恶。[2]1993 年，伴随着新任美国总统克林顿的掌政，美国开始加大力度制裁伊朗，采取“双重遏制”政策。[3]在这样的背景之下，我国中远广州远洋运输公司所属的一艘普通货船，“银河”号，被美国认为存在向伊朗运输化学武器原料的情况，于是 1993 年 7 月份，美军出动了军事力量，在公海上截停了“银河”号，并将其扣留在公海上一个月。[4]

2018 年 5 月 8 日，即“银河”号事件的 25 年后，美国单方面宣布退出《伊朗核协议》，特朗普总统在同年 8 月签署了第 13846 号行政命令，再次开始对伊制裁。[5]在这一轮的制裁之下，我国航运企业同样遭到了波及。2019 年 7 月 22 日、24 日，香港昆仑船务有限公司的两艘液化石油气船，先后因载运伊朗液化石油气而被新加坡当局扣留。[6]2019 年 9 月 25 日，美国财政部外国资产控制办公室（Office of Foreign Assets Control，下简称“OFAC”）根据 13846 号行政命令的标准，宣布对 6 家中国公司和 5 名中国自然人高管实施制裁。[7]其中便包括大连中远海运油品运输有限公司、大连中远海运油运船员船舶管理有限公司、香

[1] 作者简介：谭远劲飞（1997 - ），男，复旦大学学士，复旦大学法律硕士（法学）在读研究生，E-mail: TimTanyuan@foxmail.com。作者在此感谢复旦大学法学院教授、博士生导师陈梁老师对本文指导与帮助，本文基于作者 2020 年 6 月 8 日所提交之本科毕业论文修改而成，作者承诺本文所有内容及其中错误和不当之处由作者本人负责。

[2] 李莉：“从‘双重遏制’政策受挫看美国与伊朗关系”，载《现代国际关系》，1997 年第 10 期，第 19 页。

[3] 同上。

[4] 雷海：“‘银河’号事件始末”，载《航海》2016 年第 3 期，第 18 页。

[5] 叶研，吴大伟，金方斐：“美国对伊朗能源领域制裁政策的解读与分析”，载《国际石油经济》，2018 年第 12 期，第 80-81 页。

[6] 搜狐网：“莫名其妙！昆仑旗下两艘 VLGC 船舶在新加坡被扣”，2019 年 7 月 28 日，链接：https://www.sohu.com/a/329947333_693763，最后访问时间：2020 年 4 月 16 日。

[7] 国际船舶网：“6 家中国航运公司 5 名高管被列入‘黑名单’”，2019 年 9 月 27 日，链接：http://www.eworldship.com/html/2019/ShipOwner_0927/153074.html，最后访问时间：2020 年 4 月 16 日。

港昆仑船务有限公司等航运企业。

被制裁主体将被 OFAC 列入“特别指定国民名单”（Specially Designated Nationals And Blocked Persons List，下称“SDN 名单”），可通过网络进行即时查询。[8]截至 2020 年 10 月 9 日，清单上根据 13846 号行政命令制裁的中国主体有 18 个，其中包括 11 家企业与 7 位个人。虽然大连中远海运油品运输有限公司已经成功解除制裁，但大连中远海运油运船员船舶管理有限公司[9]和香港昆仑船务有限公司[10]仍旧在制裁清单当中。

SDN 名单上的实体，其在美国境内的财产、之后进入到美国的财产或是由美国实体控制的财产会受到冻结，被制裁实体还不得与美国实体或通过美元进行交易，如果上述交易事实上发生，并通过了美国金融机构进行，相关钱款则同样会被冻结至独立账户，在制裁解除之前不得被解冻。[11]同时，对于名单中的一些特定实体，第三国企业或个人如果与其进行交易，同样会面临被制裁、被列入 SDN 名单的风险。[12]

自美国对我国发动贸易战以来，其采取了各项针对我国企业的限制、制裁手段。[13]其中 2018 年年末被逮捕的华为高管孟晚舟女士，其现仍滞留在加拿大，在疫情的影响之下等待着司法程序的进一步推进。[14]美国长期在国际社会奉行单边主义，利用其军事、金融霸权实行长臂管辖，我国法学界和实务界从各自角度对其进行了探讨，也为我国主体民事活动提出了规避风险的建议。但具体之于航运企业，如海上货物运输合同中的免责条款和责任保险两项制度能否在涉制裁情况下发挥作用，则缺少有针对性的研究与讨论。

笔者意图在本文中梳理美国对伊经济制裁相关立法，并对美国制裁相关法律活动进行理论分析。在理论和制度的基础上着眼于航运企业，分析航运企业作为承运人在美国对伊制裁影响下面临的部分风险，并选择海上货物运输合同中的提单运输合同免责条款，与中国船东互保协会提供的责任保险两项制度，就其是否能在航运企业涉制裁情形下发挥作用进行讨论分析。

第一节　美国经济制裁制度背景与理论分析

本节将对美国制裁制度的立法情况进行介绍，并分别从单边主义和长臂管辖两个理论角度，对美国制裁制度进行分析评价。以下介绍与评价将作为本文研究的制度背景与理论背景。

一、制裁相关立法实践

[8] OFAC Sanctions List Search: https://sanctionssearch.ofac.treas.gov, 最后访问时间：2020 年 2 月 28 日。
[9] 清单上显示为：COSCO SHIPPING TANKER (DALIAN) SEAMAN AND SHIP MANAGEMENT CO., LTD.
[10] 清单上显示为：KUNLUN SHIPPING COMPANY LIMITED.
[11] 龚柏华：“中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对”，载《经贸法律评论》，2019 年第 6 期，第 3 页。
[12] 同上，第 3-4 页。
[13] 全球纺织网：“中美贸易战！为你梳理至今最全时间线！”，2019 年 5 月 17 日，链接：http://m.sjfzxm.com/body/18_006/538491，最后访问日期：2020 年 5 月 24 日：“2017 年 8 月 14 日，特朗普签署行政备忘录，指示对中国发起贸易调查；2018 年 3 月，美国正式批准对中国进口钢铁征收 25%税，进口铝征收 10%税，特朗普宣布计划对中国 600 亿美元商品征收关税。”
[14] 中国日报：“孟晚舟引渡案因疫情延后”，2020 年 4 月 1 日，链接：http://news.china.com.cn/2020-04/01/content_75885271.htm，最后访问日期：2020 年 4 月 16 日。

“次级制裁（secondary sanction）是在初级制裁（primary sanction）基础上的进一步扩展，二者同属经济制裁的范畴，是美国惯用的一种制裁方式。”[15]在当下的国际法环境中，国际法是否具有强制性作为一个根本性的问题被学者进行了广泛的讨论与论证，其中部分学者认为强制性实现的主要方式是主权国家的自助，即国家通过报复、制裁等强制性手段，意图制止责任国的“不法行为”[16]，美国的制裁行为也契合上述理论。但针对目标国的初级制裁，作为一种单边制裁，其不见得十分有效，故美国在其基础之上延伸出次级制裁手段，要求目标国之外的其他国家也不得与之进行制裁相关的往来，将单边制裁转化为多边制裁，扩大制裁力度。[17]由此，第三国的主体，无论官方政府还是企业个人，都涵盖在美国次级制裁的范围之中，不可避免地影响到了本身不具有政治性的商事交易，相关主体也因此遭遇风险。

在美国单边制裁的早期法律依据有 1917 年的《对敌贸易法》（Trading with the Enemy Act）和 1977 年的《国际紧急经济权力法案》（International Emergency Economic Powers Act）。[18]其中《对敌贸易法》曾在朝鲜战争期间得到过适用，美国对在其管辖范围内中国的资产进行了冻结，而后来《国际紧急经济权力法案》的生效很大程度上替代了《对敌贸易法》，规范并赋予了总统在国家利益受到侵害时宣布进入紧急状态并实施制裁的权力，上述两部法律也被学者归纳为美国单边制裁的一般法。[19]在一般法案基础之上，美国的次级制裁则通过特别法实施，具有代表性的法案是 1996 年针对古巴的《赫尔姆斯-伯顿法案》（Helms-Burton Act）和针对伊朗和利比亚的《伊朗-利比亚制裁法案》（Iran and Libya Sanctions Act）。[20]

次级制裁在我国学者眼中被认为违反了主权平等、不干涉内政等原则，违反了管辖权之国际法规则和反措施之国际习惯。[21]

二、单边主义与长臂管辖

“‘单边主义’（unilateralism）是冷战结束后出现的概念，主要是指国家按照自身意愿和方式开展外交活动，最低限度地与其他国家进行协商和吸收其他国家参与，并不惜以践踏其他国家主权、牺牲其他国家的利益、破坏多边国际机制来实现自身狭隘利益诉求的理念和行为。”[22]结合国际社会现状，不难发现特朗普政府实行的“美国优先”思想下的一系列政策和行为，乃是单边主义的直接体现。而长臂管辖，则更是其奉行单边主义的具体手

[15] 刘道纪、高祥：“美国次级制裁合法性问题研究”，载《南京社会科学》，2018 年第 10 期，第 102 页。
[16] 杨永红：“次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开”，载《法商研究》，2019 年第 3 期，第 164 页。
[17] 同上。
[18] 龚柏华：“中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对”，载《经贸法律评论》，2019 年第 6 期，第 2 页。
[19] 杨永红：“次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开”，载《法商研究》，2019 年第 3 期，第 165 页。
[20] 刘道纪、高祥：“美国次级制裁合法性问题研究”，载《南京社会科学》，2018 年第 10 期，第 103 页。
[21] 杨永红：“次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开”，载《法商研究》，2019 年第 3 期，第 172-174 页。
[22] 王玉主，蒋芳菲：“特朗普政府的经济单边主义及其影响”，载《国际问题研究》，2019 年第 4 期，第 111 页。

段。

“‘长臂管辖权’是域外管辖权的美国表达，一般包括立法管辖权、司法管辖权和执法管辖权……起源于解决州际问题的‘长臂管辖权’同时在民商事和刑事领域不断向域外立法管辖权与执法管辖权扩张。”[23]伴随全球化发展，美国成为超级大国并试图建立全球霸权，于是利用长臂管辖突破现有的管辖权原则，对他国主体进行约束限制，以维护自身国家利益。

美国长臂管辖问题的讨论，同样由 1996 年《赫尔姆斯-伯顿法案》和《达马托法案》（D'Amato Acts）所引起，并且在其之后美国进一步颁布和适用了一系列打击逃税、恐怖主义、腐败等强加于他国的法律，如 1998 年扩展到外国公司的《反海外腐败法》（Foreign Corrupt Practices Act）、2010 年金融证券领域的《多德-弗兰克法》（Dodd-Franck Act）、2014 年《外国账户税收合规法》（Foreign Account Tax Compliance Act）、2016 年《针对恐怖主义支持者的正义法案》（Justice Against Sponsors of Terrorism Act）等。[24]

美国通过长臂管辖的手段，长期以来对我国实体也进行了干预。2004 年到 2017 年间，美国法院受理过我国包头空难侵权一案、受理了中东恐怖袭击受害者家属针对中国银行广州分行提起的诉讼，美国司法部以朝鲜核问题为借口对我国辽宁鸿祥实业发展公司提起刑事诉讼，美国财政部称中国丹东银行为朝鲜非法金融活动提供渠道并将相关公司和个人列入制裁名单等。[25]其中最受关注的，是 2018 年华为高管孟晚舟被加拿大政府逮捕事件。美国指控孟晚舟与伊朗电信公司进行交易，违反禁售条款并涉嫌财务欺诈，以经济犯罪为借口要求引渡其至美国。[26]截至目前，孟晚舟仍滞留在加拿大。

美国通过长臂管辖行为，对外国实体课以巨额罚款，提取其机密信息等行为，被外国学者认为违反了主权平等原则和不干涉他国国内管辖权原则，并且必然导致主权的严重冲突。[27]

第二节　美国制裁伊朗历史与现状

在美国经济制裁制度与理论的大背景之下，本节将简单介绍美国对伊朗进行制裁的历史情况与现实状况，作为研究美国制裁伊朗波及我国航运企业的具体现实背景。

一、美国制裁伊朗历史情况

美国对伊朗之制裁，源自于上世纪后半叶伊朗所经历的伊斯兰革命以及革命后的“伊朗人质危机”。由于美国曾经用武力干涉伊朗内政，推翻了伊朗民选产生的摩萨台政府，革

[23] 肖永平：“‘长臂管辖权’的法理分析与对策研究”，载《中国法学》。2019 年第 6 期：第 39 页。
[24] Mahir Al Banna, *The Long Arm US Jurisdiction and International Law: Extraterritoriality against Sovereignty*, Journal of Law, Policy and Globalization, Vol.60, 2017, pp.59, 63-64.
[25] 徐超，单超：“美对我滥用‘长臂管辖’及其应对”，载《世界社会主义研究》，2017 年第 6 期，第 38-39 页。
[26] 邓欢：“长臂管辖权的滥用及对中国的影响——以‘华为事件’为例”，载《法制与社会》，2019 年第 11 期，第 247 页。
[27] Mahir Al Banna, *The Long Arm US Jurisdiction and International Law: Extraterritoriality against Sovereignty*, Journal of Law, Policy and Globalization, Vol.60, 2017, pp.60-61, 69.

命之后的伊朗社会存在着“恐美”“反美”的社会情绪[28]，并在这样的背景之下，伊朗占领了美国大使馆，将 52 名美国外交官和平民扣留为人质[29]，随后美国颁布了一系列法案对伊朗实施制裁[30]。

2015 年，伴随着《伊核协议》（Joint Comprehensive Plan of Action）的签订，可以视作原本缓和的美伊关系的一次转折。当年 7 月，伊朗与中、美、俄、英、法、德等六方签订了《伊核协议》，约定伊朗限制其核发展计划，由国际原子能机构进行和平性质的核实，而后由联合国、美国、以及欧盟解除对伊朗的经济和金融制裁。[31]但是《伊核协议》之于美国国内只是一份政治性承诺，虽然由时任总统奥巴马签订，由于共和党的反对，《伊核协议》并没有经国会表决通过，这一协议于美国的法律效力存疑。[32]

二、美国制裁伊朗现实状况

美国现任总统特朗普上台之后，于 2018 年 5 月宣布退出《伊核协定》，并于同年 8 月签署了 13846 号行政命令重启对伊制裁[33]，这一行政命令是使我国航运企业受到制裁波及并被 OFAC 列入 SDN 名单的直接法律渊源。笔者根据行政命令的具体内容，将美国制裁目的总结为打压限制伊朗行业几个主要行业领域的发展，其中包括能源、航运、金融等。文件中涉及的美国执行制裁的机构包括美国国务卿（the Secretary of State）、美国财政部（the Department of the Treasury）、国土安全部（the Department of Homeland Security）等。

2018 年 11 月 5 日，特朗普政府给予了包括中国在内的 8 个国家和地区暂时性的减量豁免，允许上述国家相关主体继续从伊朗进口石油而不受制裁。[34]到了 2019 年 4 月 22 日，特朗普政府认为我国在内的相关国家继续大量进口伊朗石油，为伊朗创收，促进了伊朗核武器计划的开展，故决定将于 2019 年 5 月 2 日取消上述豁免，正式开启对我国相关主体的次级制裁。[35]

第三节　航运企业在对伊制裁中的法律风险

[28] 魏亮：“伊朗人质危机起因再析”载《西亚非洲》，2011 年第 1 期，第 68 页。

[29] 新浪财经：“若美国对伊朗发动全面军事打击 全球将陷入何种境地”，2020 年 1 月 6 日，链接：http://finance.sina.com.cn/money/nmetal/hjzx/2020-01-06/doc-iihnzhha0603243.shtml，最后访问日期：2020 年 4 月 18 日。

[30] 杨永红：“次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开”，载《法商研究》，2019 年第 3 期，第 165-166 页：“颁布的法案包括：1996 年《伊朗-利比亚制裁法》（D’Amato-Kennedy Act）、2006 年《伊朗制裁法》（Iran Sanction Act）、2010 年《全面制裁伊朗、问责及撤资法》（Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act of 2010）、2012 年《降低伊朗威胁和叙利亚人权法》（Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act of 2012）、2012 年《伊朗自由与反扩散法》（Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012）等。”

[31] 叶研，吴伟，金方斐：“美国对伊朗能源领域制裁政策的解读与分析”，载《国际石油经济》，2018 年第 12 期，第 80 页。

[32] 环球时报：“莫世健：退出伊核协议是特朗普得不偿失的闹剧”，2017 年 10 月 7 日，链接：https://opinion.huanqiu.com/article/9CaKrnK5sA8，最后访问日期：2020 年 3 月 19 日。

[33] 叶研，吴大伟，金方斐：“美国对伊朗能源领域制裁政策的解读与分析”，载《国际石油经济》，2018 年第 12 期，第 80-81 页。

[34] 券商中国：“美国对伊制裁全面生效！中国在内 8 个国家和地区被豁免，豁免期限仅为 180 天”，2018 年 11 月 6 日，链接：https://www.sohu.com/a/273472896_177992，最后访问日期：2020 年 5 月 24 日。

[35] 中国日报网：“美宣布取消伊朗原油买家制裁豁免 中方已提出交涉”，2019 年 4 月 23 日，链接：http://cn.chinadaily.com.cn/a/201904/23/WS5cbecb8da310e7f8b1578844.html，最后访问日期：2020 年 3 月 19 日。

本节在前两节的背景之下，立足于以 13846 号行政命令为主的美国制裁相关官方法律文件，对文件内容进行细致梳理，着眼于其中与我国航运企业相关的规定，归纳出被制裁主体、被制裁行为以及被制裁的法律结果，并介绍我国航运企业受制裁实例。

一、被制裁之主体与行为

2019 年 9 月 4 日美国财政部发布《OFAC 海上石油航运界通告》（OFAC Advisory to the Maritime Petroleum Shipping Community，下简称《OFAC 通告》），就石油运输相关事宜进行了说明。根据《OFAC 通告》，其所实施的次级制裁，会涉及航运企业中的各类实体和个人，包括“航运公司、船东、船舶管理人、经营人、保险人、航运相关金融机构，以及上述主体的高管、负责人或实际控制人。”[36]

相关主体，第一，根据 13846 号行政命令原文，“从 2018 年 11 月 5 日起，如果在明知或应当知道情况下进行从伊朗支付、获得、出售、运输或是营销石油或石油产品的重大交易”[37]，相关执行机构则可以对其实施“菜单制裁”（“Menu-based” Sanctions）。同样，伊朗石化产品也受到上述限制。笔者分析，美国作为一个主权国家，禁止其管辖权之外的、其他两国主体之间的交易，并意图对第三国主体施加制裁，是单边主义、长臂管辖的直接体现。

第二，根据《OFAC 通告》，“如果有上述所规定之情况，或者相关主体为 SDN 名单上的伊朗主体提供了重大（Significant）支持，如伊朗国家石油公司、伊朗国家邮轮公司、伊朗伊斯兰共和国航运公司等，不论地点和国籍，都将面对被美国制裁的严重风险。”[38]在笔者看来，《OFAC 通告》扩展了受制裁范围，不仅仅限于相关交易，而且明确强调了不论“地点和国籍”，突破属人管辖和属地管辖，更加体现出霸权色彩。

第三，《OFAC 通告》进一步指出，“除非豁免或例外情形，向从伊朗运送石油或石油产品的船只提供燃料服务的供应商，也可能成为被制裁对象。”[39]伊朗是初级制裁对象，为伊朗提供服务的第三方会受到制裁，而根据上述规定，为第三方提供燃料服务的第四方也面临制裁风险，笔者认为这充分体现了次级制裁所具有的传递性，实质上是美国将单边行为强制多边化。

对于航运企业来说，上述规定并非要求绝对不得与伊朗相关主体进行相关交易或支持，

---

[36] Department of the Treasury: *OFAC Advisory to the Maritime Petroleum Shipping Community*, Washington, D.C.20220, pp1: “……including shipping companies, vessel owners, managers, operators, insurers, and financial institutions.” Download link: https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/syria_shipping_advisory_11202018.pdf

[37] The White House: *Reimposing Certain Sanctions With Respect to Iran*, Executive Order 13846 of August 6, 2018, pp38941, Sec.3(a)(ii): “On or after November 5, 2018, knowingly engaged in a significant transaction for the purchase, acquisition, sale, transport, or marketing of petroleum or petroleum products from Iran;” Download link: https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2018-08-07/pdf/2018-17068.pdf

[38] Department of the Treasury: *OFAC Advisory to the Maritime Petroleum Shipping Community*, Washington, D.C.20220, pp1: “Those ……knowingly provide significant support to an Iranian person on …… (SDN List), such as the National Iranian Oil Company (NIOC), the National Iranian Tanker Company (NITC), and the Islamic Republic of Iran Shipping Lines (IRISL) — are at serious risk of being targeted by the United States for sanctions, regardless of the location or nationality of those engaging in such activities.” Download link: https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/syria_shipping_advisory_11202018.pdf

[39] 同上：”Further, persons providing bunkering services to vessels transporting petroleum or petroleum products from Iran risk being subject to sanctions unless an applicable waiver or exception applies.”

而是对“重大”进行限定。OFAC 也对重大之内涵进行了解释：“在决定一项交易或金融服务是否为‘重大’时，财政部会考虑以下因素：（1）规模、数量、频率以及交易的本质；（2）管理层对交易的认知程度以及该交易是否形成某一交易模式；（3）参与交易的境外金融机构与被封锁的伊斯兰革命卫队个人或实体或被封锁的与伊朗有关的金融机构之间的联系；（4）交易对《全面制裁伊朗、问责及撤资法》目标的影响；（5）交易中是否存在欺诈行为；（6）财政部根据具体情况认为相关的其他因素。”[40]重大性的判断标准可以为相关的企业、个人提供一定参考。但是从另一方面来看，并没有提供具体硬性的标准，说明 OFAC 在决定被制裁对象及 SDN 名单拟制上有着较大的自主裁量权。

二、制裁具体措施和手段

13846 号行政命令中分散规定的制裁措施，笔者将其梳理为三大类，分别为冻结制裁（Blocking Sanctions）、代理或过款账户制裁（Correspondent and Payable-Through Account Sanctions）、和菜单制裁（Menu-based Sanctions）。冻结制裁，将会冻结被制裁对象在美国、由美国控制的财产。代理或过款账户制裁，则是针对银行账户采取各种限制错的制裁。而其中最值得注意的是菜单制裁。

根据笔者对于行政命令的解读，参与伊朗石油运输之重大交易，这一与航运企业关系密切的被制裁行为，其法律后果是触发菜单制裁下各项处罚，但这并不意味着航运企业就不会受到冻结制裁或是账户方面制裁，相反菜单制裁名目繁多，并且涵盖了资产冻结、金融方面的内容。

如 13846 号行政命令第五条，给予了相关执行机构权力，可以“冻结相关主体在美国的所有财产及财产上之利益、后进入美国的财产及财产之上的利益、由美国人占有或控制的财产及财产之上的利益，并规定不得转让、支付、出口、撤回或以其它方式处理该等财产和财产之上的利益。”[41]同时也规定“禁止美国管辖权之下的、涉及被制裁人利益的信贷或支付，这些信贷和支付包括任何金融机构之间的、被制裁人与金融机构之间的以及被制裁人通过金融机构进行的。”[42]此外，根据笔者总结，还有一系列制裁手段，包括美国进出口银行拒绝向特定主体签发担保、保险；政府职能部门拒绝向特定主体签发许可、拒绝与

[40] U.S. Department of the Treasury: *OFAC FAQs: Iran Sanctions*，链接：https://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/faq_iran.aspx，最后访问时间：2020 年 3 月 2 日：”As set out in the IFSR, in determining whether a transaction or financial service is ‘significant’, the Treasury Department may consider: (1) the size, number, frequency, and nature of the transaction(s); (2) the level of awareness of management of the transaction(s) and whether or not the transaction(s) are a part of a pattern of conduct; (3) the nexus between the foreign financial institution involved in the transaction(s) and a blocked Islamic Revolutionary Guard Corps individual or entity or blocked Iran-linked financial institution; (4) the impact of the transaction(s) on the goals of the Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act (CISADA); (5) whether the transaction(s) involved any deceptive practices; and (6) other factors the Treasury Department deems relevant on a case-by-case basis.”

[41] The White House: *Reimposing Certain Sanctions With Respect to Iran,* Executive Order 13846 of August 6, 2018, pp38943, Sec.5(a)(iv): “block all property and interests in property that are in the United States, that hereafter come within the United States, or that are or hereafter come within the possession or control of any United States person of the sanctioned person, and provide that such property and interests in property may not be transferred, paid, exported, withdrawn, or otherwise dealt in.” Download link: https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2018-08-07/pdf/2018-17068.pdf

[42] 同上，Sec.5(a)(iii): “prohibit any transfers of credit or payments between financial institutions or by, through, or to any financial institution, to the extent that such transfers or payments are subject to the jurisdiction of the United States and involve any interest of the sanctioned person.”

被制裁人签订任何采购货物或服务贸易合同、禁止被制裁人担任美国政府基金代理人；禁止在特定对象对交易享有利益的情况下在美国管辖领域内进行任何以外币结算的交易；禁止任何美国人向被制裁主体投资，或购买其大额股份或是债权；限制或禁止特定主体的商品、技术、服务进入美国等等。[43]

三、我国航运企业受制裁实例与风险

2018 年 7 月以来，香港昆仑船务有限公司旗下的船舶，被怀疑通过关闭 AIS 系统来掩盖货物来源，将伊朗液化石油气运至中国，在 2019 年 7 月遭到新加坡当局的扣留。[44]至 2019 年 9 月 25 日，香港昆仑船务有限公司被列入美国 SDN 名单。[45]2019 年 7 月，美国国务卿宣布对中国珠海振戎公司及其高管实施制裁，冻结其在美国的财产，限制高管人员入境，理由是公司在明知的情况下进口了伊朗石油。[46]同样是在 2019 年 9 月被列入 SDN 名单的大连中远海运油品运输有限公司，受到美国制裁之后，公司内部有二十余艘大型游轮处于闲置状态，未得到充分利用，直至被移出 SDN 名单后才逐渐恢复运营。[47]而大连中远海运油运船员船舶管理有限公司，则是在被制裁后逐渐停止了业务经营，在 2020 年 3 月份发布清算组备案信息后[48]，于 2020 年 4 月 17 日决议解散，根据“国家企业信用信息公示系统”显示，公司现已注销。

从案例中可以知道，我国航运企业在美国对伊制裁影响下面临着被扣留风险、公司在美财产被冻结风险、公司高管被限制入境美国风险、公司失去大量业务等风险。从前文梳理的官方文件中，航运企业面临的风险还有：“由于无法通过美元结算，导致租金、运费、船舶本身的燃油、食品、淡水等物资，以及港口服务等费用无法正常交易结算；制裁根据持股、被持股的情况而波及受制裁航运企业的子公司或者母公司等。”[49]

第四节　海上货物运输中提单运输合同免责条款

本节立足于现有的海上货物运输合同中提单运输合同的免责条款，分析航运企业在提单运输合同实践中受到制裁波及，如遭扣留、无法使用美元结算等情况下，我国《海商法》免责条款相关规定能否帮助航运企业规避制裁相关风险，为其经营活动提供保障。

一、免责条款之范围

从概念角度来看，免责条款是一个十分宽泛并且可应用于各种合同中的概念，故首先需要明确，本文所讨论的免责条款为海上货物运输合同中的免责条款。而我国《海商法》

---

[43] 同上，Sec.5.

[44] 搜狐网：“莫名其妙！昆仑旗下两艘 VLGC 船舶在新加坡被扣”，2019 年 7 月 28 日，链接：https://www.sohu.com/a/329947333_693763，最后访问时间：2020 年 4 月 16 日。

[45] 国际船舶网：“6 家中国航运公司 5 名高管被列入‘黑名单’”，2019 年 9 月 27 日，链接：http://www.eworldship.com/html/2019/ShipOwner_0927/153074.html，最后访问时间：2020 年 4 月 16 日。

[46] 搜狐网：“美国制裁一家中国石油公司及其高管！”，2019 年 7 月 24 日，链接：https://www.sohu.com/a/329004102_100117948，最后访问时间：2020 年 5 月 14 日。

[47] 信德海事：“确认！大连中远海运油运开始恢复经营！”，2020 年 2 月 4 日，链接：http://www.transwinner.com/News/detail.html?id=9884，最后访问日期：2020 年 3 月 19 日。

[48] 同上。

[49] 李叙华：“美国经济制裁对我国港航企业的影响及其对策”，载《中国港口》，2019 年第 12 期，第 54 页。

中，海上货物运输合同一章规定了三种合同形式，分别为第四十一条[50]的提单运输合同，第九十二条[51]的航次租船合同，和第一百零二条[52]的多式联运合同。[53]本文研究的免责条款则是提单运输合同下的免责条款。

提单运输合同中的免责条款本身，需要进行最广义、次广义和狭义的区别。最广义的免责条款，即除外条款，包括了提单运输合同中的“全部免责条款、责任限制条款、诉讼时效条款”。[54]次广义的免责条款，排除了责任限制条款和诉讼时效条款，指我国《海商法》第五十一条[55]所规定的全部免责的情形，以及第六十八条[56]规定的“危险货物”的情形。[57]狭义的提单运输合同中的免责条款，则去掉了“危险货物”的相关规定，仅指我国《海商法》第五十一条。[58]本文的研究对象，即是与制裁最密切相关的提单运输合同中狭义的免责条款。

二、免责条款之发展与内容

近代之前的海上航行，较现代需要承担更为巨大风险，且由于运输船舶的稀少，承运人通过其供不应求的优势议价地位，在提单中增加了冗长的免责条款。[59]到了 19 世纪，承运人滥用契约自由导致免责条款过于众多，阻碍了海运业和国际贸易的进一步发展，于是人们选择制定统一的国际公约将免责条款进行一定规范与限制。[60]经过近一百年来的实践，国际航运界在管制提单下契约自用滥用下，发展出了《海牙规则》、《海牙维斯比规则》和《汉堡规则》，以及 2008 年的《鹿特丹规则》。[61]

我国没有参加上述任一公约，且《鹿特丹规则》仅有少数国家完成了批准加入程序，

---

[50] 《中华人民共和国海商法》第 41 条：“海上货物运输合同，是指承运人收取运费，负责将托运人托运的货物经海路由一港运至另一港的合同”。

[51] 《中华人民共和国海商法》第 92 条：“航次租船合同，是指船舶出租人向承租人提供船舶或者船舶的部分舱位，装运约定的货物，从一港运至另一港，由承租人支付约定运费的合同”。

[52] 《中华人民共和国海商法》第 102 条：“本法所称多式联运合同，是指多式联运经营人以两种以上的不同运输方式，其中一种是海上运输方式，负责将货物从接收地运至目的地交付收货人，并收取全程运费的合同。 前款所称多式联运经营人，是指本人或者委托他人以本人名义与托运人订立多式联运合同的人”。

[53] 司玉琢：《海商法专论》，北京：中国人民大学出版社 2018 年版，第 72-73 页。

[54] Dr. Chen Liang: Legal Aspects of Bills of Lading Exception Clauses and Their Impact Upon Marine Cargo Insurance, 武汉：武汉大学出版社 2005 年版，第 5 页。

[55] 《中华人民共和国海商法》第 51 条：“在责任期间货物发生的灭失或者损坏是由于下列原因之一造成的，承运人不负赔偿责任：（一）船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失：（二）火灾，但是由于承运人本人的过失所造成的除外；（三）天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故；（四）战争或者武装冲突；（五）政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押；（六）罢工、停工或者劳动受到限制；（七）在海上救助或者企图救助人命或者财产；（八）托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为；（九）货物的自然特性或者固有缺陷；（十）货物包装不良或者标志欠缺、不清；（十一）经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；（十二）非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。承运人依照前款规定免除赔偿责任的，除第（二）项规定的原因外，应当负举证责任。”

[56] 《中华人民共和国海商法》第 68 条：“……承运人知道危险货物的性质并已同意装运的，仍然可以在该项货物对于船舶、人员或者其他货物构成实际危险时，将货物卸下、销毁或者使之不能为害，而不负赔偿责任……”。

[57] 胡加祥：《国际经济法》，北京：高等教育出版社 2014 年版，第 69 页。

[58] 同上

[59] 陈梁：“提单下的契约自由——相关国际立法的发展和中国法中的一个特殊问题”，载《中国海洋法学评论》，2013 年第 2 期，第 220 页。

[60] 胡加祥：《国际经济法》，北京：高等教育出版社 2014 年版，第 66-67 页。

[61] 陈梁：“提单下的契约自由——相关国际立法的发展和中国法中的一个特殊问题”，载《中国海洋法学评论》，2013 年第 2 期，第 219 页。

公约尚未生效[62]。但我国《海商法》“海上货物运输合同”一章在制定过程中，对《海牙-维斯比规则》和《汉堡规则》的规定和概念进行了采纳和引入[63]，故笔者在此将相关免责条款及其中与制裁风险有关的项目进行比较，便于读者对免责条款的进一步理解。

《海牙-维斯比规则》第四条规定了提单运输合同下承运人免责条款，其列出了十七种承运人不用对货物毁损灭失负责的情形，其中第二款第（g）项规定：“君主、当权者或人民的扣留或管制，或依法扣押”。[64]而后来的《汉堡规则》中并没有对提单运输合同下承运人免责和除外责任进行规定，并对承运人实行“全面推定过失”[65]，赋予了承运人更重的责任。[66]2008 年的《鹿特丹规则》第十七条第三款则规定了承运人对于货物毁损灭失以及迟延交付可以全部或部分免责情形，其中（d）项规定：“检疫限制；政府、公共当局、统治者或民众的干涉或造成的障碍，包括非由承运人或第十八条述及的任何人所造成的滞留、扣留或扣押；”[67]

而我国《海商法》第五十一条规定的承运人对于货物毁损灭失不负赔偿责任的情形中，第五项规定：“政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押。”《海牙-维斯比规则》规定中的主体为“君主、当权者或人民”，有着鲜明的历史特色。《鹿特丹规则》对于主体的规定为“政府、公共当局、统治者或民众”，显得更为全面。尽管有着措辞的差异，我国《海商法》总体上对于“政府或主管部门行为”导致货物毁损灭失的可免责性予以了肯定。

三、我国法下免责条款之于制裁风险

我国《海商法》第五十一条规定的承运人对于货物毁损灭失免责情形中，第五项为：“政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押。”此情况与制裁风险最为相关，故笔者将结合制裁具体情况就上述免责条款之适用进行分析。

美国次级制裁手段较为多样，扣留被制裁航运公司船舶只是众多制裁所导致的不良结果之一。且被扣留之后，航运公司所面对的后果并不局限于货物的毁损灭失。故我们可以将制裁情形下免责条款适用问题分为两个层面进行讨论，第一是不同制裁手段下的适用情况；第二则是扣留导致不同后果下的免责条款适用情况。

（一）不同制裁手段

被制裁的航运企业下的船舶如果遭到了扣留，如香港昆仑船务有限公司旗下船舶遭到

[62] 福步外贸百科：“鹿特丹规则（Rotterdam Rules）”，2017 年 12 月 1 日，链接：http://www.fobwiki.com/2988.html，最后访问日期：2020 年 5 月 24 日。
[63] 胡加祥：《国际经济法》，北京：高等教育出版社 2014 年版，第 73 页。
[64] The Hague-Visby Rules - The Hague Rules as Amended by the Brussels Protocol 1968, Article IV 2(g): “Arrest or restraint of princes, rulers or people, or seizure under legal process.” Download link: https://baggage.nl/wp-content/uploads/2016/08/hague_visby.pdf
[65] 中华人民共和国商务部：“1978 年联合国海上货物运输公约（汉堡规则）”,1978 年 3 月 31 日，链接：http://www.mofcom.gov.cn/article/zhongyts/ci/200207/20020700032137.shtml，最后访问日期：2020 年 5 月 24 日：“第五条 责任基础 1. 除非承运人证明他本人其受雇人或代理人为避免该事故发生及其后果已采取了一切所能合理要求的措施，否则承运人应对因货物灭失或损坏或延迟交货所造成的损失负赔偿责任……”。
[66] 刘铁英：“国际海上货物运输承运人免责条款规定”，载《现代商业》，2016 年第 2 期，第 179 页。
[67] United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, Article 17(3)(d): “Quarantine restrictions; interference by or impediments created by governments, public authorities, rulers, or people including detention, arrest, or seizure not attributable to the carrier or any person referred to in article 18.” Download link: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rotterdam-rules-e.pdf

了新加坡当局的扣留[68]，这一体现为“扣留”的制裁手段直接符合我国《海商法》第五十一条第五项的相关规定，如果发生了货物的毁损灭失，即可以适用免责条款，免除承运人责任。

如果制裁手段变为禁止航运企业使用美元结算交易，那么船舶在没有被扣留的情况下，则有可能因不能缴费而不得靠港、无法加油、无法补给，从而导致货物毁损灭失。这一情况下则需要根据五十一条第五项具体分析是否属于“政府或主管部门的行为”。如果拒绝提供服务的服务方为政府当局，如主权国家的港口明确拒绝让被制裁船舶靠岸，或是通过行政命令的方式禁止其管辖下主体为被制裁船舶提供服务，笔者认为将这一情况判断为“政府或主管部门的行为”是无疑议的。另一种情况为，服务提供方及其政府并未拒绝为船舶提供服务，但在交易进行中，美国通过金融技术手段使得美元交易失败，船舶最终未能得到服务。这一情况下，直接与航运企业进行交易的“政府或主管部门的行为”显然不是船舶及其货物遭到损害的原因，而是交易外第三方的美国的行为导致了损害结果。美国作为交易第三方的行为，能否属于免责条款中的“政府或者主管部门的行为”，笔者认为答案是模糊的，需要一定的解释或通过案例进行明确，从承运人在上述情况中并没有可责性的角度出发，笔者主张承运人应当免责。

（二）不同扣留结果

被制裁航运企业下的船舶遭到扣留之后，可能会由于搜查、滞留时间过长等原因，导致货物的毁损灭失。承运人对于这一不良结果可以根据我国《海商法》五十一条第五项的规定而免责，即“政府或者主管部门的行为”导致的货物毁损灭失可以适用免责条款。

现实情况中，船舶被扣留之后也有可能导致迟延交付的结果。我国《海商法》第五十一条的免责条款，免去的是货物毁损灭失的责任，而迟延交付的责任规定在了《海商法》第五十条[69]。根据规定，需要判断损失是否由“承运人的过失”所导致。在航运企业受制裁的情况下，其可能因为没有过失而不用负担迟延交付责任，但与五十一条的“全部免责”相比，就制裁情况下对于承运人的保护力度相对较小。

上述两种情况之外，笔者认为航运企业受制裁这一模型下，货主、承运人所存在的“过错”也不容忽视。《海商法》第五十一条第八项规定的情况为：“托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为”。这些行为包括托运人对货物申报错误、故意隐瞒货物危险性质等。[70]根据前文对于美国制裁制度的分析，航运企业受美国制裁的原因通常是从事了美国所禁止的运输，如从伊朗运输石油至中国。这一情况下托运人或货主本身是被制裁对象，

[68] 搜狐网：“莫名其妙！昆仑旗下两艘 VLGC 船舶在新加坡被扣”，2019 年 7 月 28 日，链接：https://www.sohu.com/a/329947333_693763，最后访问时间：2020 年 4 月 16 日。

[69] 《中华人民共和国海商法》第 50 条：“货物未能在明确约定的时间内，在约定的卸货港交付的，为迟延交付。除依照本章规定承运人不负赔偿责任的情形外，由于承运人的过失，致使货物因迟延交付而灭失或者损坏的，承运人应当负赔偿责任。除依照本章规定承运人不负赔偿责任的情形外，由于承运人的过失，致使货物因迟延交付而遭受经济损失的，即使货物没有灭失或者损坏，承运人仍然应当负赔偿责任。 承运人未能在本条第一款规定的时间届满六十日内交付货物，有权对货物灭失提出赔偿请求的人可以认为货物已经灭失。”

[70] 司玉琢：《海商法专论》，北京：中国人民大学出版社 2018 年版，第 85-86 页。

也正是因此航运企业才会受到波及，导致货物毁损灭失、迟延履行的发生。而托运人、货主自身受制裁能否属于免责条款第八项中的“行为”，笔者在此分两种情况进行讨论：

第一种，航运企业在托运人、货主已经被美国制裁的情况下从事了提单运输活动，受到制裁导致货物毁损灭失，那么承运人在运输过程中，托运人、货主并没有积极的“行为”。而第二种，则是托运人、货主本不是被制裁对象，而是在承运人从事提单运输活动的过程中，托运人、货主因其损害美国利益的“行为”成为了被制裁对象，这一情况中似乎更靠近第八项的规定。

笔者进一步分析，五十一条第八项“托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为”的立法目的即是将托运人、货主的“过错”也考虑到了承运人免责条款中，即如果托运人、货主本身的原因导致了货物毁损灭失，承运人自然不应当对托运人或货主承担责任。且在航运企业因为托运人或货主受制裁的案例中，一艘船舶的运输活动导致了整个航运企业受制裁，航运企业自身受到损害可能远远大于托运人或货主因制裁所致货物毁损灭失的损害。但托运人、货主被美国制裁，是否属于免责条款第八项“托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为”，也同样缺乏法律解释和判决案例的支撑。笔者认为在上述情况中免责条款应当为承运人提供保护。

综上可知本文所研究的提单运输合同中狭义的免责条款在涉制裁的风险中能够发挥一定作用，免去承运人部分的责任负担，但针对复杂而具体的制裁风险，免责条款的规定还较为模糊，且无法为被制裁承运人的损害提供充分的救济。

第五节　中国船东互保协会提供的责任保险

本节立足于中国船东互保协会提供的责任保险，分析在航运企业受到制裁波及的情况之下，责任保险是否能够帮助航运企业抵御制裁相关风险。

一、中国船东互保协会责任保险简介

在国际海上货物运输中，承运人若根据运输合同条款和适用的法律，对货物毁损灭失不用承担赔偿责任，货主便只能通过事先购买货物运输保险将风险转移给保险人并向其索赔，[71]此为海上货物运输保险通常运作的逻辑。但船东互保协会所提供的保险，则主要是为了保障承运人的利益，承运人可以对自己可能承担的责任风险向船东互保协会进行投保。保险根据保险标的的性质不同，被分为财产保险和责任保险[72]，船东互保协会为航运企业所提供的保赔保险便属于责任保险的一种，笔者将对保赔保险在航运企业被制裁情形中的适用情况进行研究。

“船东互保协会，亦称船东保赔协会（Protection and Indemnity Association Club，P&I Club），是船舶所有人或承租人等在自愿基础上组合而成的相互保险机构。”[73]中国船东互保协会成立于 1984 年，并在民政部门注册为社会团体法人，同时具备行业协会和公司的一

[71] 胡加祥：《国际经济法》，北京：高等教育出版社 2014 年版，第 83 页。
[72] 韩鑫：“关于船舶保赔保险几个问题的讨论”，载《世界海运》，2010 年第 5 期，第 66 页。
[73] 徐仲建：“论船东互保协会在民法中的法律地位”，载《中国海商法研究》，2018 年第 2 期，第 104 页。

些性质，其受到我国《相互保险组织监管试行办法》的约束。《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）于 2020 年 5 月 28 日通过[74]，其将“社会团体法人”作为非营利法人进行了明确的规定。但学者对于中国船东互保协会在我国《保险法》《公司法》下具体的法律地位存在着长期的争议与讨论。[75]需要注意的是，目前世界上 95%的远洋商船都参加了互保协会[76]，但中国船舶并非只能参加中国船东互保协会，其同样可以选择参加境外的船东互保协会。本文选择以中国船东互保协会及其《中国船东互保协会保险条款 2019/2020》（下称“《中船保保险条款》”）为例进行研究。《中船保保险条款》作为一个多方合同的标准条款，对协会中的所有成员发生效力。

二、责任保险之于制裁风险

根据笔者对《中船保保险条款》的梳理，保赔保险所承保的风险包括了货物责任、碰撞责任、污染风险、船舶拖带责任、残骸处理责任等二十五种，但其中与航运企业受制裁情况相关度较高的，即本文首先关注的，是其中的“货物责任”。

中国船东互保协会的《中船保保险条款》承保范围中，将货物灭失、短少、损坏或其他赔偿责任约定为：“由于会员或会员依法对其作为、疏忽或不作为负责的任何人员违反对货物应妥善地装载、操作、积载、运输、保管、照料、卸载和交付的义务，或由于入会船不适航或不适当所产生的对货物灭失、短少、损坏或其他赔偿责任的责任。”[77]对于涉制裁的情形，首先需要根据相关条约、法律判断承运人对于货物毁损灭失需要负责，然后再进入上述条款的判断，即承运人负责的人员违反上述义务而产生了相关责任。而涉制裁情形本身与上述条款中的义务、船舶不适航等条件并无必然联系，二者的判断相互独立进行，货物责任保险条款与被制裁风险之间没有直接联系。

此外，笔者在对《中船保保险条款》进行研究的过程中，发现在责任保险之外的船舶战争、罢工险约定了“捕获、扣押、扣留、羁押、没收或封锁”的情形，似乎与制裁有所关联，但协会承保的内容为上述原因引起的“入会船灭失、损坏、碰撞责任或共同海损、救助或施救费用”。[78]但现实制裁案例中，船舶被扣留之后暂时没有产生“入会船灭失、损坏、碰撞责任或共同海损、救助或施救费用”的情况或上述情况并非主要需要面对的问题，故涉制裁所产生的责任还是应当依赖责任保险，而非船舶战争险、罢工险。

已有学者从理论角度，对制裁风险的可保性进行了分析，认为经济制裁所造成的风险

[74] 新华网：“中华人民共和国民法典”，2020 年 6 月 2 日，链接：http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml，最后访问日期：2020 年 10 月 20 日。

[75] 同上。

[76] 司玉琢：《海商法专论》，北京：中国人民大学出版社 2018 年版，第 422 页。

[77] 《中国船东互保协会保险条款 2019/2020》，三、保赔险承保风险，（十六）货物责任：“本款下列第 1 至 4 项规定的对货物的责任和费用，但仅限于与拟载于、正载于或曾载于入会船的货物有关的责任和费用：1. 货物灭失、短少、损坏或其他赔偿责任由于会员或会员依法对其作为、疏忽或不作为负责的任何人员违反对货物应妥善地装载、操作、积载、运输、保管、照料、卸载和交付的义务，或由于入会船不适航或不适当所产生的对货物灭失、短少、损坏或其他赔偿责任的责任……”。

[78] 同上，五、船舶险承保风险，（十一）船舶战争、罢工险，1.责任范围：“本协会根据本第（十一）款承保由于下述原因造成的入会船灭失、损坏、碰撞责任或共同海损、救助或施救费用：……2) 捕获、扣押、扣留、羁押、没收或封锁，但由该等事件引起的索赔必须从事件发生日起满六个月才能受理……”。

“符合保险法下可保性风险的全部要件，当事人各方均对保险标的存在法律上承认的保险利益”[79]，在学理上得出了国际贸易制裁风险应当纳入承包范围的结论。但就当下《中船保保险条款》以及现有的应对制裁实务中，上述理论还未付诸实践，且对于保赔协会而言，保险合同其不仅没有约定承保制裁风险，反而明确约定了拒绝承保涉制裁的风险。

三、《中船保保险条款》的除外责任

《中船保保险条款》在“八、通用规则”中就除外责任进行了约定，中国船东互保协会明确表示如果赔付会导致自身陷入受制裁风险，协会将选择拒绝赔付。[80]这一条款并非全盘拒绝对涉及制裁的任何风险进行赔付，而是将判断标准设定为协会本身是否会成为被制裁的对象。但就美国对伊制裁而言，根据前文梳理，其次级制裁具强大的传递性，如果中国船东互保协会为被制裁的航运企业提供了赔付，根据美国 13846 号行政命令，协会本身也极有可能成为美国制裁对象。可以推断，上述除外责任约定的目的在于保护协会以及广大会员的利益。一旦中国船东互保协会成为美国制裁对象，根据美国次级制裁的传递性，协会成员也会面临被制裁风险。

值得注意的是，不仅仅是中国船东互保协会，美国保赔协会（The American Club）中的条款同样规定，若协会提供的保险违反了包括 OFAC 等制裁规定，此类保险应当被认定为无效。[81]伦敦保赔协会（London P&I Club）也于 2020 年 5 月 7 日发布通告称“任何被评估为违反制裁的活动都将导致保险被取消。同时，会员也应充分考虑到，即使有可能与朝鲜当局和朝鲜利益进行合法贸易，国际保赔集团不太可能对到朝鲜港口进行贸易的船舶提供有效的服务。无论支付赔偿金和有关费用、还是担保提供都可能会被推迟、甚或完全被禁止。”[82]

由此可知，船东互保协会所提供的保险服务，在除外责任的约定与协会利益的考虑之下，无法为航运企业应对美国制裁提供有效保障。

第六节　总结与展望

美国制裁立法始于二十世纪初期，并通过一系列的法案发展至今，其经济制裁立法被学者认为违反了国际法主权平等、不干涉内政等原则，尽管遭到了部分主权国家的抵制，但美国仍旧依靠其强大的综合国力，通过长臂管辖的手段实施单边主义政策。美国制裁伊朗的实践开始于二十世纪后半叶，并于 2015 年迎来了新一轮的强力制裁。美国对伊朗实行初级制裁，而对与伊朗进行交易的主体实施次级制裁，导致我国相关的航运企业受到波及。

本文从航运企业角度，对美国 2018 年以来的制裁相关法律文件进行了有重点的研究和

[79] 何丽新，郑乃容：“国际贸易制裁风险的承保问题探索”，载《中国海商法研究》，2020 年第 3 期，第 22 页。

[80] 同上，八、通用规则，（十七）制裁风险：“1. 如果由于协会对于船东的任何责任、开支或费用提供保险、进行赔付或者给予任何利益，而使协会成为或将要成为任何相关主管当局或政府的制裁、禁令、限制或打压行为的对象或遭受此类风险时，协会将对此等责任、开支、费用不予补偿……”。

[81] 信德海事：“英国发布航运业制裁合规指导意见”，2020 年 8 月 10 日，链接：https://dy.163.com/article/FJL599270514C1PI.html，最后访问日期：2020 年 10 月 9 日。

[82] 伦敦保赔协会：“关于朝鲜执行联合国、美国与欧盟制裁的最新通告”，2020 年 5 月 7 日，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/hn7Zb2XI-haCEK4gTAfo3w，最后访问日期：2020 年 10 月 9 月。

分析。由于美国总统特朗普签署的 13846 号行政命令，并伴随着中美贸易战的激化，2019 年下半年集中出现了好几起我国航运企业船舶被扣留、资产被冻结、被美国限制交易、高管被限制出入美境的现实案例。基于相关法律文件，涉制裁的航运企业还将面临着无法通过美元结算，无法与美国主体交易，无法与惧于受到制裁波及的主体交易等一系列菜单式的制裁措施。

本文将海上货物运输中提单运输合同的免责条款与中国船东互保协会的货物责任保险两项具体的法律制度作为研究对象，就其是否能为航运企业提供帮助进行类别化的、结合实际可能出现情况的讨论。其中本文重点讨论了涉制裁的扣留、搜查、禁止美元结算等与航运企业的航运活动直接相关的情况。但通过本文分析，以我国《海商法》作为背景的海上货物运输合同中的免责条款，以及《中船保保险条款》所规定的责任保险，对于涉制裁所导致的复杂后果，能够发挥的作用十分有限，无法有效规避航运企业涉制裁风险，也无法提供充分的救济。2020 年我国《民法典》的诞生，对于航运业在生态环境索赔、人身损害赔偿、诉讼时效、习惯法、劳务派遣等方面产生了一些影响，但仍旧无法应对涉制裁的情形。[83]

提单运输合同免责条款应对制裁的模糊，以及中国船东互保协会责任保险的失效，主要由制裁手段的多样性、次级制裁的传递性所导致，其背后更为根本的原因则是在于作为民事主体的航运企业与实施制裁的主权国家力量悬殊。故想要为我国航运企业提供充分救济，还需要国家层面提供力量支撑，对美国的制裁行为采取对应的反制裁措施。如欧盟在美国针对古巴的《赫尔姆斯-伯顿法案》颁布后，也针对性地通过了关于应对第三国法案域外适用的保护条例》（Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 Protecting against the Effects of Extra-Territorial Application of Legislation Adopted by a Third Country, and Actions Based thereon or Resulting therefrom），要求欧盟成员国禁止遵守美国相关法案，同时不承认美国判决，还赋予了欧盟成员国追回相关损失的权利。[84]我国商务部于 2020 年 9 月 19 日公布了《不可靠实体清单规定》[85]，将对清单中的外国实体的进出口活动、投资行为、人员入境等方面进行限制或禁止，并进行罚款[86]，可以视作对美国 SDN 名单制裁活动的反制。而在笔者行文时，2021 年 1 月 9 日，我国商务部发布了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》，以期将其作为反制美国贸易制裁的法律依据，一定程度上能够保护我国公民、法人或者其他组织的合法权益。[87]

国家层面对于美国的制裁行为采取了相应的反制措施，但对于企业而言，仍旧缺乏应

[83] 中国船东互保协会：“《民法典》对保赔案件处理的影响小议”，2020 年 9 月 5 日，链接：http://www.cpiweb.org/cpiwebmanager/pages/detail.jsp?id=6523，最后访问日期：2020 年 10 月 20 日。
[84] 陈儒丹：“如何反制美对华次级经济制裁”，载《检察风云》，2019 年第 14 期，第 29 页。
[85] 中华人民共和国商务部：“不可靠实体清单规定”，2020 年 9 月 19 日，链接：http://www.mofcom.gov.cn/article/zwgk/zcfb/202009/20200903002593.shtml，最后访问日期：2020 年 10 月 20 日。
[86] 《不可靠实体清单规定》，第 10 条。
[87] 商务部网站：“商务部令 2021 年第 1 号 阻断外国法律与措施不当域外适用办法”，2021 年 1 月 12 日，链接：http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/l/202101/20210103030176.shtml，最后访问日期：2021 年 3 月 16 日。

对美国制裁的救济手段，故航运企业出于自身利益的考虑，最直接的解决办法只能是研究美国制裁相关法律法规，并与美国制裁执行机构积极联系，根据其要求避开违禁领域。如大连中远海运油品运输有限公司在被列入 SDN 名单之后于 2019 年 10 月获得了 OFAC 签发的通用许可证（General License K），并在 12 月得到了延长。[88]

此外，航运界的法律人士，也从航运企业的实务层面，给出了规避的制裁风险的建议：我国航运企业应当避免实施伪造货物和船舶文件、船到船过驳作业、停用船舶身份自动识别系统 AIS、更改船名等掩饰行为；建议运输石油或石油产品时航运企业应当核实货源、监督船舶的自动识别系统、及时审阅航行文件避免违规、避免与被制裁保险公司交易、满足反洗钱反恐怖主义相关金融合规要求；宏观层面做好对客户的尽职调查，密切关注制裁政策进行风险评估。[89]

2019 年中美贸易摩擦升温，我国多家航运企业开始受到美国对伊制裁波及，被航运界广泛关注。而 2019 年年末至今，国际环境由于疫情的原因发生了剧烈变化，中美之间博弈焦点一度从贸易战、法律战变为了防疫战、疫苗战、舆论战。如今疫情逐渐平息，贸易战仍在继续。2020 年 5 月 14 日，特朗普政府发布了《全球海事警报》，通过进一步约束船东、保险公司行为的方式，加大对伊制裁力度；[90]而几天后的 5 月 19 日，OFAC 指控我国上海盛德物流有限公司向伊朗马汉航空提供服务的行为违反禁令，并宣布对其实施制裁，声明将冻结公司在美国所有资产，并禁止美国公民与其进行合作；[91]9 月 6 日，OFAC 认定我国三家航运公司“在知情的情况下参与涉及购买、收购、销售、运输和营销伊朗石油或石油产品的大交易”，并将三家我国公司和两位自然人列入 SDN 名单。[92]10 月 20 日，美国国务院依据《伊朗自由和反扩散法》（The Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012）将 2 名中国人和 6 家中国企业列入 SDN 名单。[93]

和平与发展的时代主题不会因突发的公共事件而被否定，疫情平息后的安定、和平的社会环境之下更加需要法律制度的维系。故就美国经济制裁的法律理论与制度进行研究，

---

[88] 国际船舶网：“再给 2 个月？美国再次延长中国海运公司临时制裁豁免”，2019 年 12 月 22 日，链接：http://www.eworldship.com/html/2019/ShipOwner_1222/155500.html，最后访问日期：2020 年 5 月 15 日。

[89] 此内容根据魏小为律师在 2019 年上海自贸区航运法律实务培训，“伊朗制裁最新进展及避险措施建议”主题讲座总结得出。魏小为律师为万商天勤律师事务合伙人，在航运、航运诉讼、船舶建造、国际贸易和跨境诉讼方面有广泛的经验。

[90] 吾爱航运网：“特朗普政府发布《全球海事警报》，涉及对伊朗，朝鲜和叙利亚有等的制裁”，2020 年 5 月 15 日，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/LRO3eDBL_CuI14ZsyBq5jg，最后访问日期：2020 年 5 月 17 日。

[91] 海运网：“突发！美国财政部宣称制裁一家中国物流公司；外交部回应：非法，立即取消”，2020 年 5 月 21 日，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/00wXqOQ0EoCCrpBMtj70Rw，最后访问日期：2020 年 5 月 22 日。

[92] 国际船舶网：“没完了？又有三家中国航运公司和高管遭美国制裁”，2020 年 9 月 6 日，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/tHd2GR4Qas7D-ofAss6big，最后访问日期：2020 年 10 月 9 日，三家被制裁航运公司：上海智航船舶管理有限公司（Zhihang Ship Management Shanghai Co. Ltd.）、中能航运香港有限公司（Sino Energy Shipping Hong Kong Limited）、新达国际物流有限公司（New Far International Logistic Limited）。

[93] 航运在线：“又对中国公司下手？美国宣布将 6 家中国公司和 2 名个人列入黑名单 涉多家航运公司”，2020 年 10 月 20 日，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/wn2Npsjty9KnLYePjz_xkA，最后访问日期：2020 年 10 月 20 日。

对于我国反制裁措施的采取，对于企业在大国博弈之背景下规避制裁风险都具有长远且重要的意义。

参考文献

一、 专著：

[1] 司玉琢：《海商法专论》，北京：中国人民大学出版社 2018 年版。

[2] 胡加祥：《国际经济法》，北京：高等教育出版社 2014 年版。

[3] 司玉琢，张永坚，蒋跃川：《中国海商法注释》，北京：北京大学出版社 2019 年版。

[4] Dr. Chen Liang: Legal Aspects of Bills of Lading Exception Clauses and Their Impact Upon Marine Cargo Insurance, 武汉：武汉大学出版社 2005 年版。

[5] 姜明安：《外国行政法教程》，北京：法律出版社 1993 年版。

二、期刊：

[1] 李莉：“从‘双重遏制’政策受挫看美国与伊朗关系”，载《现代国际关系》，1997 年第 10 期。

[2] 雷海：“‘银河’号事件始末”，载《航海》2016 年第 3 期。

[3] 龚柏华：“中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对”，载《经贸法律评论》，2019 年第 6 期。

[4] 杨永红：“次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开”，载《法商研究》，2019 年第 3 期。

[5] 刘道纪，高祥：“美国次级制裁合法性问题研究”，载《南京社会科学》，2018 年第 10 期。

[6] 陈儒丹：“如何反制美对华次级经济制裁”，载《检察风云》，2019 年第 14 期。

[7] 叶研，吴大伟，金方斐：“美国对伊朗能源领域制裁政策的解读与分析”，载《国际石油经济》，2018 年第 12 期。

[8] 王玉主，蒋芳菲：“特朗普政府的经济单边主义及其影响”，载《国际问题研究》，2019 年第 4 期。

[9] 肖永平：“长臂管辖权’的法理分析与对策研究”，载《中国法学》，2019 年第 6 期。

[10] 徐超，单超：“美对我滥用‘长臂管辖’及其应对”，载《世界社会主义研究》，2017 年第 6 期。

[11] 邓欢：“长臂管辖权的滥用及对中国的影响——以‘华为事件’为例”，载《法制与社会》，2019 年第 11 期。

[12] 孟鑫：“长臂管辖原则在美国的晚近发展”，载《法制与经济》，2016 年第 10 期。

[13] Mahir Al Banna, The Long Arm US Jurisdiction and International Law: Extraterritoriality against Sovereignty, Journal of Law, Policy and Globalization, Vol.60, 2017.

[14] 魏亮：“伊朗人质危机起因再析”，载《西亚非洲》，2011 年第 1 期。

[15] 李叙华：“美国经济制裁对我国港航企业的影响及其对策”，载《中国港口》，2019 年第 12 期。

[16] 刘铁英：“国际海上货物运输承运人免责条款规定”，载《现代商业》，2016 年第 2 期。
[17] 胡绪雨：“国际海上货物运输承运人责任基础的强制性发展”，载《现代法学》，2016 年第 1 期。
[18] 陈梁：“提单下的契约自由——相关国际立法的发展和中国法中的一个特殊问题”，载《中国海洋法学评论》，2013 年第 2 期。
[19] 江齐，周晋：“制裁免责条款的是与非”，载《中国外汇》，2014 年第 20 期。
[20] 于汉清：“《海牙规则》、《汉堡规则》、《鹿特丹规则》之比较——以承运人责任为视角”，载《法制博览》，2015 年第 19 期。
[21] 史景利：“国际海上货物运输合同中承运人迟延交付货物的责任”，载《龙江省政法管理干部学院学报》，2010 年第 12 期。
[22] 李程程：“比较海牙规则、维斯比规则、汉堡规则及我国《海商法》有关海上承运人免责条款的规定”，载《商业文化（学术版）》，2008 年第 1 期。
[23] 周蔚：“浅论海上货物运输中不可抗力”，载《珠江水运》，2004 年第 5 期。
[24] 张鸿午：“承运人迟延交付赔偿责任辨析”，载《中国海商法年刊》，1999 年第 10 卷。
[25] 徐仲建：“论船东互保协会在民法中的法律地位”，载《中国海商法研究》，2018 年第 2 期。
[26] 韩鑫：“关于船舶保赔保险几个问题的讨论”，载《世界海运》，2010 年第 5 期。
[27] 何丽新，郑乃容：“国际贸易制裁风险的承保问题探索”，载《中国海商法研究》，2020 年第 3 期。
[28] 孔明明：“论伊朗制裁解除对保赔保险的影响”，载《法制博览》，2016 年第 34 期。
[29] 毛巧玲：“保陪保险的法律性质探究”，载《科技视界》，2014 年第 14 期
[30] 甘爱平，申斌：“中国船东互保协会竞争力分析”，载《上海海事大学学报》，2013 年第 3 期。
[31] 许俊强：“船舶保赔保险热点法律问题研究”，载《福建政法管理干部学院学报》，2005 年第 3 期。
[32] 李卷书：“贸易主权视域下不可靠实体清单制度的建立”，载《中国集体经济》，2020 年第 15 期。

国际商事争议“仲调结合”中立者问题探究

田腾杞*

内容摘要：“仲裁与调解结合”具有多种形式，其中中立者身份的区分问题在实践中一直争议不断，而需要区分中立者的身份主要存在于调解程序在先的情形。当事人寻求将仲裁与调解结合解决其国际商事争议，既要追求争议解决效果符合各自的预期，也在寻求更为公平公正且便捷高效的方式。虽然意思自治在非诉讼方式解决争议中起到较大作用，但区分中立者在不同程序中的身份是实现争议解决程序公正的首要前提。要使中立者的身份在不同程序中相互分离，如果是在同一机构内处理争议可以区分人员，也可以通过跨机构的合作从实质上进行区分。

关键词：仲调结合 中立者 意思自治 程序公正

引言

仲裁与调解是替代性争议解决方式中最重要也是应用最为普遍的两种模式。在商事争议中，出于维持相互之间的合作关系以及提高效率的目的，当事人会选择将仲裁与调解结合起来，利用这两种争议解决方式的优势更快速地解决纠纷，而这种通过“仲调结合”解决商事争议的方式近年来在国内外都得到了发展。在国际领域，联合国贸易法委员会（UNCITRAL）制定的《国际商事仲裁示范法》承认仲裁庭可作为“友好调解人”解决争议；[1]而在 2018 年底，一些适用大陆法系的国家制定的《关于国际仲裁程序高效进行的规则》（简称《布拉格规则》）也对以“仲调结合”形式解决争议做出了规定。[2]在我国，中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）在上世纪末即开始以“仲裁中调解”方式解决商事争议，[3]而北京仲裁委员会与深圳国际仲裁院等机构在近年都出台了各自机构的调解规则，允许仲裁员根据争议事项开展调解活动。

2018 年我国最高人民法院颁布的《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》提出，要形成“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制，在处理国际商事争议中可将调解和仲裁两种方式衔接。[4]2020 年底北京仲裁委员会出具的一份观察报告指出，2019 年在北京仲裁委员会以调解方式结案的仲裁案件占总体结案数量的 18.27%，同比增长了近 70%。

* 田腾杞：武汉大学法学院硕士研究生。

[1] 《贸易法委员会秘书处关于 2006 年修正的 1985 年<国际商事仲裁示范法>的解释说明》第 40 条：“（示范法）第 28(3)条承认，当事人可授权仲裁庭以公平善意为原则或作为友好调解人来裁定争议。示范法……提请当事人注意有必要在仲裁协议中加以说明并具体授权仲裁庭这样做。”

[2] 见《布拉格规则》第 9 条。

[3] CIETAC 在其 1988 年版仲裁规则第 37 条对调解做出了规定，1994 年规则加入了以当事人“愿望”为基础进行调解，2005 年规则明确了“仲调结合”的内容，目前适用的 2015 年版规则中关于“仲调结合”的规定得到了进一步细化。

[4] 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第十一条。

[5]而在创建“多元纠纷解决机制”的过程中，由于仲裁和调解这两种争议解决方式存在相似之处，用此机制解决国际商事争议时则必然会涉及到“仲调结合”这一问题。而这两种方式的区别之一在于引导解决争议的主体所扮演的角色不同，[6] 一是仲裁程序中的仲裁员，二是调解程序中的调解员，在“仲调结合”中这两种身份也会随着程序的变化而转换，但在争议解决中都较为中立，由此可统称为“中立者”。[7]在当事人争议解决的过程中，中立者身份的变化直接关系到争议解决的结果，而在当前国内外相关规则尚不统一的情况下，这一问题值得进一步讨论。

一、多形式的“仲调结合”与中立者身份问题的产生

（一）“仲调结合”的形式

在商事争议的解决中，“仲调结合”通常指狭义范围的“仲裁中调解”，[8]这也是我国各仲裁机构最为普遍的做法。“仲裁中调解”由 CIETAC 首创，[9]在当事人争议的仲裁程序中，仲裁庭取得当事人的同意后，将调解纳入争议解决程序，作为一种辅助仲裁的方式帮助当事人彻底解决商事纠纷，而仲裁员虽负责调解工作，但其身份并没有根本性的改变，在程序中仍然是仲裁员。若经调解过后，双方当事人达成了和解化解了彼此之间的争议，那么就以和解协议的内容决定当事人的争议处理结果。而“仲调结合”的形式并不仅仅局限于“仲裁中调解”这一种，特别是在涉及到国际商事争议的解决时，仲裁与调解的结合还具有其他形式。在国际贸易中“仲调结合”另一种适用较多的形式是“先调解后仲裁”，即先由调解员对当事人之间的争议进行调解，在产生和解协议后为确保协议的可执行性或在当事人不愿履行义务的情况下，再通过仲裁方式做出裁决书；而当调解员调解失败后，当事人另行开始仲裁程序，最终通过仲裁员所做出的仲裁裁决内容来决定当事人的争议处理结果。还有观点认为“仲调结合”本身具有一种程序上的“返回”状态，在当事人仲裁的过程中，由仲裁员开启调解程序对双方当事人的争议进行调解，而一旦调解失败后再“返回”仲裁程序解决争议，即“仲裁——调解——仲裁”模式，争议处理的最终落脚点仍然是仲裁裁决。[10]除以上形式之外，“仲调结合”还包括“影子调解”和“调解仲裁共存”等形式。“影子仲裁”和“调解仲裁共存”都是仲裁与调解两个程序同时进行。在“影子调解”中调解与仲裁两个程序完全独立或分离，若调解率先解决纠纷，所有程序即告终结；若调解无法解决纠纷，则仲裁会起到一种托底作用，以裁决结果保证争议的最终解决。“调解仲裁共存”程序的调解员

[5] 朱华芳等：《年度观察专题丨中国商事调解年度观察（2020）》，资料来源于 https://www.bjac.org.cn/news/view?id=3840，2021 年 1 月 22 日访问。
[6] 参见尹力：《国际商事调解法律问题研究》，武汉大学出版社 2007 年版，第 32-33 页。
[7] 国际商会发布的调解规则将调解员归类为“中立人”，见《国际商会调解规则（中文版）》（2014 年生效）第 1.3 条。有学者将仲裁员与调解员统称为“独立第三者”，参见尹力：《国际商事调解法律问题研究》，武汉大学出版社 2007 年版，第 32-33 页；但由于仲裁程序有时会涉及到仲裁协议订立方以外类似民事诉讼中的“第三人”，而该“第三人”又并非仲裁员，为避免概念混淆，本文采用“中立者”一词进行讨论。
[8] 参见黄进：《国际商事争议解决机制研究》，武汉大学出版社 2010 年版，第 203 页。
[9] 参见刘晓红：《国际商事仲裁专题研究》，法律出版社 2009 年版，第 353 页。
[10] 参见袁泉，郭玉军：《ADR ———西方盛行的解决民商事争议的热门制度》，《法学评论》1999 年第 1 期，第 91 页。

能够参与旁听仲裁程序，但依然要以仲裁程序能否解决争议的走向为主。[11]

在国际社会上，由于诉讼成本日益增加，选择性争议解决方式（ADR）逐渐受到更多关注，“仲调结合”则属于 ADR 的一种类型。[12]目前，国际上一些主要的仲裁机构出台了调解规则以供当事人选择。伦敦国际仲裁院（LCIA）的调解规则可单独适用，也可以在诉讼或仲裁过程中适用，目标在于“使得在 LCIA 管理下的调解与仲裁同样具有成本优势”；[13]英国有效争议解决中心（CEDR）的调解规则也可适用于诉讼或仲裁过程。[14]瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC），国际商会国际仲裁院（ICC），美国仲裁协会（AAA）等仲裁机构也都发布过各自的调解规则。然而，一些国外学者对于“仲调结合”并不持有乐观态度，认为这种结合模式限制了争议解决的公正性，还会影响调解程序的高效性，[15]而这些观点所针对的问题就是中立者能否在不同程序中保持公正。

（二）中立者身份转换存在的问题

仲裁与调解本为两种不同的争议解决方式，二者的结合必定会使中立者的身份存在差异。仲裁程序中的仲裁员有权做出“最终裁决”，具有权威性；然而调解员在调解过程中的作用仅是组织和引导争议解决，没有做出最终决定的权力。[16]因此，“仲调结合”程序的中立者面临着矛盾：一方面，仲裁员身份的权威性由其独立、公正、客观三项原则保证，在不受干涉的情况下方可做出裁决，这既包括不受外部程序上的干涉，也包括不受到对案件实体问题理解的干涉；另一方面，调解员的身份使其在调解过程中不可避免会获得当事人的一些关键信息，而当事人出于争议解决策略的考虑，他们不希望这些信息在诉讼或仲裁程序中公开，并且这些关键信息会对中立者的判断产生较大影响，将致使程序转换后产生的裁决存在对公正性的质疑。

对于不同的“仲调结合”形式，争议解决的最终效果对中立者身份转换提出的要求也不尽相同。在狭义上的“仲调结合”即仲裁中调解的过程里，当事方达成和解协议，后续不需要进行其他程序，也再无其他异议提出，争议的解决结果满足了当事方的需求，此时对于“仲调结合”程序的采用当事人不存在争议。在“影子仲裁”和“调解仲裁共存”此类仲裁和调解程序相互独立的情况下，调解员对争议解决和程序进行的影响较小，调解方式多起到的是辅助作用，且调解员与仲裁员为不同人选，一定程度上保证了争议解决的公正性，这种情况下争议解决的效果也能够满足当事人的需求。然而，“先调解后仲裁”以及“仲裁——调解——仲裁”此类模式存在的问题会较为突出。这两种方式中调解在起始或是程序

[11] 参见王生长：《仲裁与调解相结合的理论与实务》，法律出版社 2001 年版，第 78-79 页。
[12] 参见袁泉，郭玉军：《ADR ———西方盛行的解决民商事争议的热门制度》，《法学评论》1999 年第 1 期，第 91 页。
[13] https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/Mediation.aspx，2021 年 5 月 6 日访问。
[14] https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2020/01/CEDR-Model-Mediation-Procedure.pdf，2021 年 5 月 6 日访问。
[15] 一些学者对“仲调结合”的公正性与正当程序提出了质疑，见 Brian A Pappas, *Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution*, 20 HARV. NEGOT. L. REV. 171(2015)；Shahla F. Ali, *The Legal Framework for Med-Arb Developments in China: Recent Cases, Institutional Rules and Opportunities*, 10(2) Disp. Resol. Int'l 126-127(2016)；以及 Bobette Wolski, *ARB-MED-ARB (and MSAs): A Whole Which Is Less than, Not Greater than, the Sum of Its Parts*, 6 CONTEMP. Asia ARB. J. 249 (2013).
[16] 参见沈四宝：《商事调解员的素质及思维》，《商事仲裁与调解》2020 年第 1 期，第 157 页。

的某个阶段中先于仲裁发生，调解不成后才开启仲裁，但两个程序并非完全相互独立，而是对彼此都会产生影响。中立者在不同阶段获取的信息可能产生观点倾向，以致影响后续争议解决。在这个过程中，未获得支持的当事方将会认为中立者有所偏私，由此再次质疑裁决结果，引发新的争议。

目前在国际上主要仲裁机构发布的与“仲调结合”有关的规则中，有一部分规定排除了调解员担任后续仲裁程序的仲裁员的可能性或不得参与后续司法程序，[17]使得争议即使以“仲调结合”方式解决，更换人选的做法也能够在一定程度上保证仲裁员的客观公正。我国的仲裁机构，诸如北京仲裁委员会和深圳国际仲裁院，也在调解规则中规定了类似内容。[18]然而，在“仲调结合”程序的实际运用中会出现“返回”状态，从调解程序返回到仲裁程序的这一过程会被视为影响仲裁员的公正性，而阻碍后续仲裁裁决的效力与执行。2012 年的高海燕诉建毅控股有限公司（下称建毅公司）这一案件就涉及到“从仲裁到调解再到仲裁”程序转换的问题，此案参与仲裁和调解程序的人员并未分离，当事人在仲裁程序的公正性这一方面产生了争议。[19]虽然此案最终因建毅公司未在适当时间内提出异议，仲裁裁决得到了执行，但如果在其他类似情况下当事人在仲裁程序中提出了异议，不仅会导致裁决结果的执行处在一种未知的状态，而且将进一步消耗当事人与中立方解决争议的各项成本，既不利于当事人继续保持合作关系或进行其他的商业活动，也难以实现当事人所追求的高效解决争议的目标。

二、争议解决与中立者的身份区分

（一）在特定情况下区分中立者身份的必要性

前文中笔者介绍了“仲调结合”的不同形式，在广泛应用的“仲裁中调解”，仲裁员运用调解形式帮助当事人解决争议，当事人以和解结案这一做法并不存在较大问题。中立者在担任仲裁员身份时了解的情况有利于调解时引导当事人化解矛盾，此时中立者不需要做出“最终决定”，而是由当事人自行决定，对于担任调解员角色的公正性要求并不如仲裁程序中对仲裁员的要求严格，是一种“由严到宽”的过程。

而中立者身份转换存在的矛盾主要在从调解到仲裁的过程中产生。与“仲裁中调解”相反，“先调解后仲裁”在程序上则是“由宽到严”，会影响争议的解决以及当事人的意愿。一种情况是在面对面调解时，一方当事人在调解中所披露的信息过多而使得对方占据更有利的地位，或是令中立者在作为调解员时即产生了较大的主观倾向，抑或在调解过程中披露的信息违背了保密性的要求，继而影响到后续的仲裁程序。另一种情况则是单独会见当事

[17] 《国际商会调解规则（中文版）》（2014 年生效）第 10.3 条直接规定了此内容，但“全体当事人另行书面同意”可不适用此规定；而《美国仲裁协会国际争议解决程序（包括调解和仲裁规则）》（2009 年生效）第 13 条“责任的排除”则规定了调解员“不得作为相关司法程序的必要当事人”。

[18] 见《北京仲裁委员会调解中心调解规则》（2011 年施行）第 26 条，以及《深圳国际仲裁院调解中心调解规则》第 15 条规定。不过在深圳国际仲裁院的调解规则中，调解专家不得担任仲裁员的规定能够以各方当事人书面同意排除。

[19] 在该案仲裁期间，高海燕指定的一方仲裁员、建毅公司一方相关者与西安仲裁委员会秘书长在一次晚餐上进行了私下调解，但各方未达成和解，仲裁继续进行。See Gao Haiyan & Anor v Keeneye Holdings Ltd & Anor [2012] 1 HKC 335.

人的“背对背调解”，此时双方无从知晓中立者在调解阶段中了解到哪些信息，也不能获得对方的一些本应披露的信息或就对方的观点进行申辩，[20]而进入仲裁阶段后，双方信息不对称持续的情况会影响到仲裁程序甚至裁决的公正性。在这两种情况下，当事人出于维护利益和公正性的考虑，往往会被迫接受和解条件，[21]而这又违反了仲裁和调解两种争议解决方式的原则——当事人意思自治。此外，根据上文所述排除调解员参与后续仲裁程序的规定，若是经“调解-仲裁”程序产生裁决书，当事人要寻求承认和执行裁决结果时，则可能会因仲裁庭组成不当而被拒绝。

而在另外的“仲调结合”形式中，“影子调解”和“调解仲裁共存”都强调了中立者在不同程序中的身份独立性。在调解和仲裁两个不同程序中担任中立者的人员不同，尤其在“调解仲裁共存”中，调解员旁听仲裁是在调解程序中追求案件解决效率与在仲裁程序中保持独立公正的融合，调解员既能够从仲裁过程中了解案情，避免了程序上的拖延，仲裁员也能够在仲裁中不受到其他信息披露而影响对案情的判断。无论当事人最终选择以何种方式结案，都能保证争议解决程序与结果的适当性，不会使得以“仲调结合”方式解决的争议陷入双重不足之中。由此可见，虽然仲裁与调解能够结合解决争议，但这种结合并非是仅仅混合了两种方式而忽视其效果。为避免从调解到仲裁的程序上产生衔接问题而可能引发的违背当事人意愿、仲裁裁决结果无法得到承认与执行等不利后果，这种情况下对中立者的不同身份在原则上加以区分更为适宜，这也是广义的“仲调结合”方式中更偏好的做法。[22]

（二）区分中立者身份的问题：成本与当事人合意

由于仲裁和调解两种程序对于中立者的要求不同，在“仲调结合”中由调解转向仲裁时出于程序公正与当事人意愿的考虑，此时中立者应当在原则上区分不同身份。有学者指出，中立者在不同程序中身份的分离会产生诸如时间耗费过长、费用成本高、程序冗余等问题，[23]而这些会使得“仲调结合”失去其原本的效率优势。然而，随着近年来国际商事活动的复杂化以及国际商事仲裁“司法模式化”的趋势越发明显，仲裁与诉讼的相似性越来越突出，当事人参与国际商事仲裁的各项成本也在逐渐增加，[24]在大量未决的仲裁案件中，[25]当事人在等待仲裁庭做出最终裁决前仍持续耗费时间与金钱成本。而相对于诉讼与单一仲裁程序的较高成本，“仲调结合”需要花费的时间与金钱成本已是相对较低的水平，无论是“仲裁中调解”还是“先调解后仲裁”或是其他形式，当事人在“仲调结合”处理争议的过程中都已经对事实有了进一步的了解，这些结合方式都能够帮助他们更快地做出适当选择。

---

[20] 参见金立宇等：《分饰两角的仲裁员：浅议调解-仲裁程序中的公正性问题》，《上海法学研究》集刊 2019 年第 17 卷，第 94-95 页。

[21] See Bobette Wolski, *ARB-MED-ARB (and MSAs): A Whole Which Is Less than, Not Greater than, the Sum of Its Parts*, 6 CONTEMP. Asia ARB. J. 249 (2013).

[22] See Nadja Alexander, *Ten Trends in International Commercial Mediation*, 31 SAcLJ 405(2019).

[23] See Bobette Wolski, *ARB-MED-ARB (and MSAs): A Whole Which Is Less than, Not Greater than, the Sum of Its Parts*, 6 CONTEMP. Asia ARB. J. 249 (2013).

[24] See Brian A. Pappas, *Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution*, 20 HARv. NEGOT. L. REV. 157-159 (2015).

[25] 以 ICC 为例，截至 2021 年 1 月，ICC 网站公开的已受理仲裁案件有 1655 件，而处于未决状态（pending）的案件数量为 716 件，最早公开的一件未决仲裁案的时间是 2016 年 7 月（Case ID : 00694）。参见 https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/icc-case-information/, 2021 年 1 月 23 日访问。

在实践中，由调解到仲裁的中立者未经当事人的同意，不区分身份继续进行争议解决，将中立者的身份转换视为一种默示的许可，这种情况反而会在当事人之间产生新的争议，上文所述的高海燕诉建毅公司案就是例证之一。然而，如果调解员参与后续仲裁程序得到了各方当事人的认可，那么在这一点上的根本分歧也就不存在了。《布拉格规则》第 9 条对于区分中立者身份的规定则有不同的选择，提出若获得双方当事人的书面同意，调解员可继续担任仲裁员。这是对中立者身份的一项例外规定。除《布拉格规则》之外，《国际商会调解规则（中文版）》第 10.3 条，以及我国的《深圳国际仲裁院调解中心调解规则》第 15 条也规定了当事人可通过书面同意允许调解员继续作为仲裁员解决争议。在这些规则中，中立者可以不区分身份的最重要前提是获得双方当事人的书面明示同意，这时当事人的书面同意表明了一种态度，认可中立者在不区分身份的情况下能够保证争议解决的公正性，这一点也是当事人意思自治的体现。

另外，在《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（简称《新加坡公约》）通过之前，实践中很多当事人在商事争议发生后通过调解已达成了和解协议，为赋予和解协议可执行性而到仲裁机构寻求裁决结果。而《新加坡公约》刚于 2020 年 9 月生效，其具体效果以及对国际商业环境的影响仍然有待观察，[26]而根据数年来当事人之间的商业交往习惯，以仲裁裁决确认和解协议的效力的做法近期内仍会存在。在达成了和解协议的情况下，当事人之间的实质性争议已经得到了解决，他们寻求的仲裁程序介入则是对仲裁程序公正的信任；而仲裁程序公正的要求之一是仲裁员不得有偏私的情形，此时中立者在仲裁中的身份要与调解程序的身份相分离，但在一些情况下也会依据当事人的意思自治而存在例外。《瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院调解规则》第 14 条规定，在达成和解协议后，当事人可任命调解员作为仲裁员在仲裁裁决中确认和解协议的效力。[27]此类规则表明，在以 ADR 方式解决争议的过程中，当事人的意思自治是决定争议解决最终效果的关键因素，而“仲调结合”的效果如何仍要观察当事人自身的意图所在。然而也不能排除这样一种情况，即当事人在不区分中立者的问题上一时达成了合意，但在域外承认与执行此类裁决的过程中，可能会出现某种因素致当事人的合意不明确或无法得到认定，[28]抑或受承认与执行地公共政策的影响导致裁决结果的公正性难以被认可，这些情况仍有可能影响到争议的最终解决。

实际上，无论当事人之间的核心争议是否已通过调解得到解决，他们选择继续进行仲裁程序都是希望程序公正能够达到更高的标准。当事人追求的目标不外乎公正地解决争议以符合自身的预期效果，区分中立者身份则是保障“仲调结合”程序公正的要求。虽然在当事人达成合意的情况下可以不对中立者的身份及人选做出区分，但从上述分析可见，在国内外的仲裁机构规则尚不统一、各国立法规定不一致以及实践经验仍不充分的情况下，区

[26] Eunice Chua, *The Singapore Convention on Mediation and the New York Convention on Arbitration: Comparing Enforcement Mechanisms and Drawing Lessonsfor Asia*, 16(2) Asian International Arbitration Journal 116-118(2020).

[27] The Mediation Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Article 14.

[28] 有学者建议，当事人在采用“仲调结合”方式时应当拟定一份详细的协议来反映各方的知情同意，但这种协议在实践中往往会因出现疏漏而引起争议，协议的内容还需要实践完善。See Carol A Ludington, *Med-Arb: If the Parties Agree*, 5 Y.B. oN INT'l ARB. 321-322(2017).

分中立者对争议解决的效果实现会有一定保障。

三、“仲调结合”中立者身份区分的途径

（一）同机构的人员区分

在“仲调结合”中为保持程序公正，要求中立者的不同身份在原则上应当进行区分，在实践中的解决方式之一是区分担任调解员和仲裁员的人员。在 2005 年某中外合资公司与某集团公司之间的资产转让欠款争议中，双方当事人经 CIETAC 调解中心调解后达成了和解协议，后又向 CIETAC 仲裁中心申请做出裁决，确定当事人应履行的法律义务。[29]在此案中，虽然进行调解与仲裁程序的都是同一机构 CIETAC，但显然参与调解和仲裁两程序的中立者并非同一人，能够确保在实体与程序双方面都能够满足当事人的意愿，使争议得到公正客观的解决。当前我国在《仲裁法》及相关法律法规中仍缺乏对担任中立者的人员区分的规定，这一点应当在后续的法律修订中加以明确，参照争议解决机构规则以及国际条约的相关规定，区分中立者的身份应当作为原则，不区分身份应是例外，将实践中“默示认可”的做法转变为“明示同意”更为客观。而关于当事人对采用“仲调结合”较为看重的费用问题，若当事人选择同一机构的不同人员（例如此案当事人选择 CIETAC 的仲裁中心与调解中心）解决争议，该机构应当明确在适用“仲调结合”时的费率标准；考虑到争议解决的效率和各项成本，在争议解决时间跨度过长、当事人未在合理时间内达成协议等单独选择仲裁和调解方式的情况下，争议解决机构应当为选择“仲调结合”的当事人给予一定的费用优惠。

（二）跨机构合作

除在同一争议解决机构内选择不同人员之外，当事人也会选择不同机构处理争议，在形式上仍然为“仲调结合”的方式，此时不同机构之间的合作对当事人解决争议的重要性逐渐凸显。在 A 建筑设计有限公司与 B 装备有限公司产生的涉外欠款纠纷中，双方当事人先在 CIETAC 调解中心独任仲裁员的调解下达成了和解协议，由于履行期较长，当事人为保障协议执行，在了解到北京仲裁委员会与 CIETAC 的战略合作关系后又通过北京仲裁委员会进行仲裁，获得了裁决书。[30]而调解活动并不局限于争议解决机构的调解，很多情况会涉及到私人调解。例如在 2010 年英属维尔京群岛某公司、中国某集团公司与印度某公司之间的“三角债”纠纷中，当事人最初委托了某一律师事务所进行调解，之后又向 CIETAC 申请做出裁决。[31]

在上述的两个“仲调结合”案件中涉及到了两种合作形式，一是争议解决机构之间的合作，二是争议解决机构与私人调解的合作。目前的机构合作除国内合作之外，诸如广州仲裁委的一些争议解决机构也开始逐渐与国外的商会进行合作，共建仲裁调解中心。[32]当事

[29] 参见何贵才：《涉外商事调解案例评析》，光明日报出版社 2013 年版，第 110-112 页。
[30] 参见朱华芳等：《年度观察专题丨中国商事调解年度观察（2020）》，资料来源于 https://www.bjac.org.cn/news/view?id=3840，2021 年 1 月 22 日访问。
[31] 参见何贵才：《涉外商事调解案例评析》，光明日报出版社 2013 年版，第 113-119 页。
[32] 参见中国新闻网：《广州加快全球布点 拓展仲裁调解国际合作》，资料来源于

人选择不同机构进行“仲调结合”解决争议，实现了中立者的身份区分，保障了争议解决的程序公正。不过目前的机构合作仍处于起步阶段，国内机构合作的数量仍未达到全面铺开的水准，而与国外机构的合作还可以考虑进一步与国际知名的仲裁或调解机构合作，提高我国“仲调结合”方式的知名度，实现争议的公正解决。而关于机构与私人调解的合作，争议解决机构一方面可以在设置“调解员名册”时纳入机构外的资深争议解决专家，另一方面也应当考虑律师作为代理人在争议解决中的回避问题，避免因区分中立者身份反而使争议解决参与人的身份混淆。

结语

自我国开始发展“仲调结合”模式解决争议以来，仲裁员与调解员的身份一直都受到较多关注，而在区分中立者身份的问题上一直都存在一些不妥之处；[33]然而，我国现行的《仲裁法》及相关的法律法规并未对“仲调结合”的中立者是否应区分其身份这一问题进行明确。在当前商事活动更加丰富的背景下，当事人之间的商事争议也日趋复杂化，这也对解决争议的方式提出了新的挑战。新加坡公约将“可执行性”赋予了当事人之间的和解协议，而和解协议的执行需要法院或仲裁庭具体实施。当前和解协议的强制性仍然弱于仲裁裁决，仲裁与调解的结合依然有发展的余地，在两种方式结合解决争议的过程中，既有可能发挥程序公正与高效的双重优势，也会产生低效率或失去公正的可能性。而在 ADR 模式下解决当事人之间的争议，意思自治原则发挥的作用将会更大，但公正性同样是当事人追求的目标。因此在“仲调结合”的过程中，既要考虑满足当事人争议解决的最终效果，也要坚持争议解决方式原有的公正性质。使“仲调结合”体现优势并去除劣势的最有效途径则是明确该程序的制度框架与具体规则，同时吸取实践与理论中更客观的做法。而在“仲调结合”程序中，最基本的一点应当是令“中立者”保持公正客观，这是实现程序公正并顺利解决争议的首要一步，也是实现“仲调结合”方式最理想状态的前提。

https://gd.ifeng.com/c/82PnjIuTu0g，2021 年 1 月 24 日访问。

[33] 参见张圣翠：《仲裁员与调解员身份互换规范的比较与借鉴》，《政治与法律》2012 年第 8 期，第 136 页。

参考文献：

[1]尹力. 国际商事调解法律问题研究[M]. 武汉大学出版社, 2007.

[2]黄进. 国际商事争议解决机制研究[M]. 武汉大学出版社, 2010.

[3]刘晓红. 国际商事仲裁专题研究[M]. 法律出版社, 2009.

[4]袁泉,郭玉军. ADR——西方盛行的解决民商事争议的热门制度[J].法学评论,1999(01):92-97

[5]王生长. 仲裁与调解相结合的理论与实务[M]. 法律出版社, 2001.

[6]Brian A. Pappas. Med-Arb and the legalization of alternative dispute resolution[J]. Harv. Negot. L. Rev. 2015, 20: 157.

[7]Shahla F. Ali. The Legal Framework for Med-Arb Developments in China: Recent Cases, Institutional Rules and Opportunities[J]. Disp. Resol. Int'l 2016,10(2): 126-127.

[8]Bobette Wolski. ARB-MED-ARB (and MSAs): A Whole Which Is Less than, Not Greater than, the Sum of Its Parts[J]. Contemporary Asia Arbitration Journal. 2013, 6(2):249-274.

[9]沈四宝. 商事调解员的素质及思维[J].商事仲裁与调解,2020(01):154-158.

[10]金立宇,赵宇先,刘央. 分饰两角的仲裁员：浅议调解-仲裁程序中的公正性问题[A].上海市法学会.《上海法学研究》集刊（2019 年第 17 卷 总第 17 卷）——上海国际经济贸易仲裁委员会文集[C].:上海市法学会,2019:7.

[11]Nadja Alexander. Ten Trends in International Commercial Mediation[J]. SAcLJ. 2019, 31: 405.

[12]Eunice Chua. The Singapore Convention on Mediation and the New York Convention on Arbitration: Comparing Enforcement Mechanisms and Drawing Lessonsfor Asia[J]. Asian International Arbitration Journal 2020, 16(2):116-118.

[13]Carol A Ludington. Med-Arb: If the Parties Agree[J]. Y.B. oN INT'l ARB.2017, 5:321-322.

[14]何贵才. 涉外商事调解案例评析[M]. 光明日报出版社, 2013.

[15]张圣翠. 仲裁员与调解员身份互换规范的比较与借鉴[J].政治与法律,2012(08):136-143.

On the Issue of the Neutral of Med-Arb in International Commercial Disputes

TIAN Teng-qi

Abstract: Recently there have been several forms in the combination of mediation and arbitration, in which the issue of the status of the neutral of Med-Arb process is being discussed in practice continuously. The status of the neutral should be distinguished when the procedure of mediation precedes the arbitration. The parties who adapt Med-Arb to solve their international commercial disputes pursue not only the effects of dispute solving in accordance with their expectation, but also the methods with fair, equitable, convenient and efficient settlement. Although the autonomy of all the parties plays an essential role in dispute solving, distinguishing the status of the neutral in Med-Arb is the precondition to guarantee the procedural justice. To make distinction of the status of the neutral, the personnel in the same institute should be different, or different institutes could cooperate to cope with disputes, which is an approach of substantial distinction.

Keywords: Med-Arb; the neutral; party autonomy; procedural justice

一般涉外合同法律适用的实践检思——以 52 号指导案例为线索

王 兰

（西北师范大学 法学院， 甘肃 兰州 730070）

[摘要] 以最高人民法院 52 号指导案例关于涉外海上货物运输保险合同的法律适用为出发点和落脚点，依循解决涉外合同法律适用问题的步骤，对涉外合同法律适用的研究表明，一般涉外合同的法律适用存在诸多问题：意思自治原则在实践中出现种种异化，如不尊重当事人的意思自治，曲解其内涵和外延，误用或者滥用法律规避、外国法的查明等制度排除意思自治以及通过格式条款限制对方当事人选法的权利等情形；最密切联系原则的适用则表现出该原则与意思自治原则、特征履行方法的关系不明确，通过特征履行方法确定的法律与按照合同要素分析法确定的法律之间的关系不清晰等问题；国际惯例在当事人没有选择时，当用不用。52 号指导案例在冲突规范适用的诸多环节均存在瑕疵，是一个成功的实体法指导案例，却不是一个成功的冲突法指导案例。

[关键词] 一般涉外合同；法律适用；意思自治原则；最密切联系原则；国际惯例

涉外案件的法律适用是紧随管辖权之后需要解决的一个重要问题，它决定当事人的实体权利、义务和责任，影响可能需要的判决的境外承认与执行，因此实务中有“涉外案件，一是打管辖权，二是打法律适用”的说法。通过实证研究发现，与实体法适用相比，一般涉外合同冲突规范适用瑕疵或错误的比率相对较高，因此，对涉外合同法律适用问题的研究具有重要的理论和实践意义。本文以 52 号指导案例关于涉外海上货物运输保险合同的法律适用为出发点和落脚点，依循解决涉外合同法律适用问题的步骤，从理论、立法和司法实践三个层面，对涉外合同的法律适用作一探讨，以期对涉外合同法律适用的理论厘清、立法完善和司法规范有所裨益。

一、52 号指导案例法律适用概述

（一）案情简介

海南丰海粮油工业有限公司（以下简称“丰海公司”）是海南丰源贸易发展有限公司和新加坡海源国际有限公司于 1995 年 8 月 14 日成立的中外合资经营企业。1995 年 11 月 28 日，丰海公司在中国人民财产保险股份有限公司海南省分公司（以下简称“海南人保”）投保了由印度尼西亚籍“哈卡”轮（HAGAAG）运载的自印尼杜迈港至中国洋浦港的 4999.85 吨桶装棕榈油，投保险别为一切险。投保货物由丰海公司以 CNF（现称 CFR）价格向新加坡丰益私人有限公司购得。丰海公司如约向海南人保支付了保险费，海南人保向丰海公司发出了起运通知，签发了海洋货物运输保险单，并将海洋货物运输保险条款附于

[基金项目] 2019 年甘肃省哲学社会科学规划项目一般项目“‘一带一路’倡议在西亚实施的法律风险识别及应对策略研究”（19YB035）

[作者简介] 王兰，女，陕西长武人，法学博士，西北师范大学法学院教授，从事国际私法、国际经济法研究。

其后。该保险条款规定，一切险的承保范围除包括平安险和水渍险的各项责任外，还“负责被保险货物在运输途中由于外来原因所致的全部或部分损失”。同时，保险条款还规定了5项除外责任。

1995年11月，“哈卡”轮的船东印尼BBS公司因与该轮的期租船人、也即该批货物的实际承运人印尼PSI公司之间的船舶租金纠纷，指使“哈卡”轮船长中止了约定的航程并对外封锁了该轮的动态。1996年1月至3月，“哈卡”轮船长又根据BBS公司的指令，指挥船员将其中2100多吨棕榈油转载至同一船公司的“依瓦那”和“萨拉哈”货船上运走销售，并让船员将“哈卡”轮的船名涂改为“伊莉莎2”号。1996年4月，更改为“伊莉莎2”号的货船载剩余3688.93吨棕榈油走私至中国汕尾时被我国海警查获，3688.93吨棕榈油作为走私货物被没收上缴国库。

1996年6月和8月，丰海公司向海南人保提出索赔申请遭拒后，诉至海口海事法院。双方对外来原因的理解和一切险的责任范围发生争议。期间，海南人保的业务由中保财产保险有限公司海南省分公司（以下简称“海南财保”）承接。另，本案纠纷发生时，中国人民银行为保险业的监管机构。

（二）法律适用概述

本案历经一审、二审和再审。一审法院海口海事法院未提及本案应适用中国法还是相关外国法，直接适用了中国法。根据本案保险合同也即保险单及其所附保险条款的规定，一审法院认为，船东BBS公司的盗卖和走私行为属于保险合同中规定的外来原因，因此造成的被保险货物的损失属于一切险的责任范围。[2]

二审法院海南省高院也未按照当时的冲突规范确定本案涉外海上货物运输保险合同的准据法，[3]而是直接适用了中国法。根据保险单所附的保险条款、保险行业惯例、1997年中国人民银行《关于〈海洋运输货物保险“一切险”条款解释的请示〉的复函》（银函[1997]210号）[4]以及当事人之间的交易习惯，二审法院认定，本案保险标的的损失不属于“一切险”的责任范围，遂撤销一审判决，驳回丰海公司的诉讼请求。[5]

与一审和二审法院不同，再审法院最高人民法院首先阐述了本案的法律适用问题。最高法认为，本案为涉外海上货物运输保险合同纠纷，被保险人、保险货物的目的港等均在中国境内，原审以中国法作为解决纠纷的准据法正确，当事人亦无异议。随后，最高法从三个方面论证了本案投保货物的损失系因外来原因造成，属于一切险的承保风险：首先，最高法根据涉案海洋货物运输保险条款的规定，对发生争议的外来原因和一切险进行了解释；其次，最高法否定了中国人民银行的上述复函在本案中的可适用性。人行对本案保险条款的解释不在其“权限范围内”，也不属于2000年通过的《中华人民共和国立法法》第

[2] 参见海口海事法院（1996）海商初字第096号民事判决书。
[3] 当时的冲突规范即《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第145条规定的涉外合同的法律适用规范，即涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系国家的法律。
[4] 根据2010年《中国人民银行、中国保险监督管理委员会公告[2010]第12号》，该复函已被废止。
[5] 参见海南省高级人民法院（1997）琼经终字第44号民事判决书。

71 条规定的“执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项”，因此人行的上述复函不是法律、行政法规，也不属于部门规章；最后，再审法院根据保险法中“有利于被保险人和受益人的解释原则”指出，行业主管机关作出的对本行业的有利解释，不能适用于非本行业的合同当事人。据此，最高法撤销了二审法院的判决，维持了一审法院的判决。

二、合同关系涉外因素的认定

理论上，涉外民事关系中的涉外因素从主体、客体和法律事实三个方面认定。2013 年 1 月 7 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《解释（一）》）第 1 条对民事关系涉外因素的认定标准从主体的国籍和经常居所、客体中的标的物和法律事实三个方面作了规范，最后还规定了一个兜底条款，即可以认定为涉外因素的其他情形。作为法律关系客体的行为和作为法律事实的行为是不同的，因此，该规定的缺憾在于，客体涉外仅限于标的物在境外的情形，而未包括民事关系的另一重要客体——行为涉外的情形。以 52 号指导案例涉及的海上货物运输合同为例，合同关系的客体运输行为在境外进行，因此该类合同即属于行为这一客体涉外的情形。

实务中，涉外因素的认定标准出现了从严格到逐渐宽松的趋势。以投资者涉外为例，上个世纪 90 年代初，北京市中级人民法院在“丽都饭店仲裁裁决执行案”中认定，丽都饭店作为中外合资经营企业是中国法人，其投资者为外国人不属于民事关系主体涉外的情形。[1]到了 2015 年底，上海市第一中级人民法院在一起新加坡国际仲裁中心仲裁裁决执行案中认为，申请人西门子公司与被申请人黄金置地公司“虽然都是中国法人，但注册地均在上海自贸试验区内，且其性质均为外商独资企业，由于此类公司的资本来源、最终利益归属、公司的经营决策一般均与其境外投资者关联密切，故此类主体与普通内资公司相比具有较为明显的涉外因素。”[2]

我国司法实践中的这一趋势也与国际上涉外因素（即国际因素）认定标准的发展动向契合。国际统一私法协会通过的《国际商事合同通则》（2010 年）在前言的注释中就“国际合同”问题写道：《通则》并未明确规定这些标准（一份合同的国际性的确定标准），只是认为对“国际”合同这一概念应给予尽可能广义的解释，以便最终排除根本不涉及国际因素的情形，如合同中所有相关因素仅与一国有关。[3]

52 号指导案例中，涉案海上货物运输保险合同中的投保人丰海公司为中外合资经营企业，一方投资者为新加坡海源国际有限公司，即属于投资者涉外的情形。此外，该案保险合同的标的物在保险合同订立时和履行过程中均位于境外，也属于客体涉外的情形。对于本案中的这些涉外因素，法院应在判决书中予以交代，然而，包括最高法在内的三级法院均未阐明这些事实。

三、涉外合同关系的识别

涉外合同关系的识别首先涉及合同关系和物权关系、侵权关系等相关民事关系的区分。合同关系与物权关系的区别在实体法上较清晰，但在冲突规范的适用中却可能发生混淆。

在孔维邦与陈结芳房屋租赁合同纠纷案中，涉案民事关系性质为“房屋租赁合同关系”，应当适用 2011 年 4 月 1 日起施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第 41 条关于一般涉外合同关系法律适用的规定，然而法院却将其识别为“不动产物权关系”，适用了该法第 36 条关于不动产物权关系的规定。[6]合同关系和侵权关系常常会发生竞合，此时，按照我国民事实体法的规定，应当由当事人而不是法官来决定法律关系的性质。以羊某某 1 与英国嘉年华邮轮公司、浙江省中国旅行社集团公司海上人身损害责任纠纷案为例，该案属于海上旅客运输合同关系和海上人身权侵权关系的竞合，原告选择以侵权为诉因，因此法院适用了《法律适用法》第 44 条关于侵权关系的冲突规范。[7]

涉外合同关系的识别还涉及一般合同和消费者合同、劳动合同、知识产权转让和许可使用合同等特殊合同的区别。以 52 号指导案例涉及的海上货物运输保险合同为例，如果把它识别为一般涉外合同，则适用《法律适用法》第 41 条解决其法律适用问题；如果将其定性为涉外金融消费合同，那么就应当援引第 42 条消费者合同法律适用的规定确定准据法。结合《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定和上海市二中院发布的 8 个金融消费纠纷典型案例，[8]消费者为生活需要购买保险产品而缔结的合同属于金融消费合同，既包括人身保险合同，也包括财产保险合同。笔者以“海上、通海水域保险合同纠纷”为案由，以涉外、货物和运输为关键词，通过无讼网总计检索到与涉外海上货物运输保险合同相关的案例 39 件。这 39 个案例中的投保人均为公司。由此可以印证，通常情况下，涉外海上货物运输保险合同均非金融消费合同，其准据法应依据第 41 条的规定确定。在 52 号指导案例中，投保人丰海公司购买保险的目的也不是为了生活需要，因此该案保险合同亦非金融消费合同。必须指出的是，52 号指导案例中的海上货物运输保险合同在订立时，《法律适用法》尚未通过，因此应适用《民法通则》中关于一般涉外合同法律适用的规定确定其准据法。

四、意思自治原则的适用

自从 16 世纪法国国际私法学家杜摩林将意思自治原则引入国际私法以来，允许当事人协议选择涉外合同所适用的法律已经成为一种国际惯例。我国现行立法全面吸收意思自治原则，赋予其统领地位，最大限度地授予了涉外合同当事人选法的自由。[4]然而，排除外国法适用的本能往往使法官有意或无意地曲解意思自治原则的内涵和外延，导致该原则在司法实践中的种种异化。

第一，当事人选择了合同适用的法律，法院却以约定不明为由，不尊重当事人的意思自治。在“光大银行佛山禅城支行与佛山大钢公司等金融借款合同纠纷案”中，法院认为，本案属于涉澳民事案件。“案涉《流动资金借款合同》、《抵押合同》及《保证合同》均约定

[6] 参见广东省佛山市禅城区人民法院（2018）粤 0604 民初 114 号民事判决书。
[7] 参见上海海事法院（2016）沪 72 民初 2336 号民事判决书。
[8] “上海二中院发布 8 个金融消费纠纷典型案例”，搜狐网：https://www.sohu.com/a/128847035_114731，访问日期：2021 年 4 月 19 日。

适用中华人民共和国法律，该约定属于约定不明”。[9]事实上，该约定是明确的，很多涉外合同的法律适用条款也是这样规定的。按照习惯解释，一般认为，法律适用条款中的“中华人民共和国法律”指的是我国内地法律。此外，我国是多法域国家，法院也可参照《法律适用法》第 6 条的规定“涉外民事关系适用外国法律，该国不同区域实施不同法律的，适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律”，分析案件事实，在内地法和澳门法之间确定准据法，而不应简单否定当事人协议选择的法律。

第二，曲解意思自治原则的内涵，导致法律适用错误或瑕疵。意思自治原则的含义是双方当事人协商一致选择适用的法律，是双方合意选择，不是单方选择。实践中，当事人没有选择合同适用的法律，一方起诉后单方选择适用中国法，另一方缺席，然后法院依据单方选择确定适用中国法，就属于这种情形。比如，火地岛公司与连云港金川海藻公司货物买卖合同纠纷案，[10]克罗地亚进出口公司与连云港金川海藻公司货物买卖合同纠纷案，[11]西门子公司、西门子（中国）公司与磐安县西门子生活电器公司等侵害商标权、企业名称权及不正当竞争纠纷案，[12]夏玉武与陈永军股权转让协议纠纷案，[13]陈景东与朱碎勤货物买卖合同纠纷案，[14]以及郭鸿祥与张德成等房屋买卖合同纠纷案等案例。[15]其中，连云港金川海藻公司分别与火地岛公司和克罗地亚进出口公司的货物买卖合同纠纷案，根据《法律适用法》第 41 条的规定，综合案件事实，应当适用卖方经常居所地的法律也就是智利法律，该两案法律适用错误；其余案例均属于法律适用结果正确，但说理瑕疵。

第三，当事人选择适用外国法，法院却以“法律规避”为由排除了当事人的选择。国际私法上的法律规避要求当事人的行为目的是规避本来应当适用的对其不利的法律。在当事人依据意思自治原则选择适用外国法的情形下，根据我国涉外合同法律适用规范，本来应当适用的法律就是外国法，所以不存在法律规避的问题。比如香港中成财务公司与香港鸿润（集团）公司案，[5]法院可以动用“公共秩序保留”或“直接适用的法”否定当事人的选择，但不应援用法律规避排除当事人选择的香港法的适用。

第四，当事人选择适用外国法，法院滥用“外国法查明制度”否定当事人的意思自治。我国现行外国法查明制度规定不严谨，为法院滥用该制度否定当事人意思自治提供了可能。在德力西能源私人公司与东明中油燃料石化公司货物买卖合同纠纷案中，德力西公司提交了关于英国法相关内容的专家报告，但法院认为，“对于信用证是否变更了合同约定价款的问题，英国专家报告虽然包括专家意见，并附带了三个英国判例及一份英国出版物，但专家报告仅有‘接受了信用证的修改就是改变了基础买卖合同’的法律意见，并无英国判例或成文法予以支持。该法律意见不足以客观说明英国就此问题的法律规定”，据此否定了当

[9] 参见广东省佛山市禅城区人民法院（2017）粤 0604 民初 2684 号民事判决书。
[10] 参见江苏省连云港市中级人民法院（2015）连商外初字第 0004 号民事判决书。
[11] 参见江苏省连云港市中级人民法院（2015）连商外初字第 0003 号民事判决书。
[12] 参见浙江省金华市中级人民法院（2017）浙 07 民初 225 号民事判决书。
[13] 参见浙江省青田县人民法院（2017）浙 1121 民初 3318 号民事判决书。
[14] 参见浙江省青田县人民法院（2017）浙 1121 民初 2314 号民事判决书。
[15] 参见广东省珠海横琴新区人民法院（2016）粤 0491 民初 525 号民事判决书。

事人选择的英国法的适用。[16]本文认为，在当事人选择适用外国法的情形下，如果当事人提供了外国法的相关内容，法院应最大限度的尊重当事人的意思自治，即便法院认为当事人提供的外国法的内容不足以解决争议问题，也可以要求当事人补正，而不宜动辄以外国法无法查明为由否定当事人的意思自治。

第五，通过格式条款，事实上限制对方当事人的选法权利。保险合同一般为格式合同。52 号指导案例所涉海上货物运输保险合同订立于 1995 年，彼时保险公司的国际私法意识尚不强，未在保险合同中规定法律选择条款。今天，保险公司通常会在其提供的格式合同中单方选择合同所适用的法律。保险公司的优势地位使得投保人实际上丧失了在法律适用问题上的选择权。

对于保险格式合同中的法律适用条款，保险公司负有“说明义务”。关键在于，保险合同中的法律选择条款是否属于免除或减轻保险人责任的条款，进而保险公司是否负有“提示和明确说明义务”。各国保险法对保险人的义务和责任规定会有差异，如果适用保险人选择的甲国法，保险人责任轻；适用与合同有更密切联系的乙国法，保险人责任重。在这种情形下，保险合同中的法律选择条款应属于免除或减轻保险人责任的条款，此时，保险人负有提示和明确说明义务，否则，该条款不产生效力。

针对实务中适用意思自治原则出现的各种问题，应强化尊重当事人意思自治的理念，廓清意思自治原则的内涵和外延，规范法律规避制度、外国法查明制度和格式条款的适用。在此基础上，建议在司法解释中明确法官对于意思自治原则的释明权，即法官应当告知当事人有协议选择合同适用的法律的权利、该权利行使的时间和方式以及该权利行使与否的法律后果等，让由当事人意思自治产生的合同尽量通过当事人意思自治产生的法律去解决。

五、最密切联系原则的适用

（一）最密切联系原则的适用情形

《法律适用法》第 41 条规定，当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。据此，最密切联系原则在当事人没有选择合同适用的法律的情形下适用。

本文认为，立法者的本意应该是，在涉外合同法律适用问题上，意思自治原则优先，最密切联系原则为补充，即最密切联系原则在意思自治原则不能适用的情形下补充适用：既包括当事人没有选择法律的情形，也包括当事人选择了合同适用的法律，但选择不明，比如选择了两个以上的法律；或者选择的法律对于系争问题未作规定；或者选择的外国法无法查明，凡此种种均属于不能适用意思自治原则的情形。[17]这就是说，如果当事人选择适用外国法，而外国法无法查明，此时应再依据最密切联系原则确定准据法，而不是直接

[16] 参见山东省高级人民法院（2016）鲁民终 1891 号民事判决书。

[17] 2006 年 9 月 8 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第 18 条规定，仲裁法第 58 条第 1 款第 1 项规定的“没有仲裁协议”是指当事人没有达成仲裁协议。仲裁协议被认定无效或者被撤销的，视为没有仲裁协议。这一规定可资借鉴。

适用法院地法。

（二）最密切联系原则的适用方法

涉外合同法律适用中最密切联系原则的适用方法有两个：特征履行方法和合同要素分析方法。为了克服适用最密切联系原则可能产生的包括过分随意的危险在内的种种弊端，我国早在 1987 年发布的《最高人民法院关于适用<涉外经济合同法>若干问题的解答》（已废止）中即引入了特征履行方法来认定最密切联系的法律，2007 年通过的《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》（已废止）对这一方法又予以了确认。[6]该方法认为，涉外合同多为双务合同，也就是有两个履行义务，其中，有一方当事人的履行义务更能体现合同的特征，能够将此种合同和彼种合同区别开来，该履行义务通常为非金钱履行义务，此即特征履行义务，负有特征履行义务的一方当事人的经常居所地即为最密切联系地，该地的法律就是与合同有最密切联系的法律。

特征履行方法对提高最密切联系原则的可操作性功不可没，不过，该方法有其固有缺陷：“特征履行义务”只是将此种合同与彼种合同区分开来，但由其推导出“负有特征履行义务一方当事人的经常居所地法律就是与该合同有最密切联系的法律”，存在逻辑跳跃的问题。比如，在货物买卖合同中，与买方支付货款义务相比，卖方交付货物即属于特征履行义务。根据特征履行方法，卖方经常居所地法律就是与货物买卖合同有最密切联系的法律。但是，交付货物这一特征履行义务只是将买卖合同与运输、保险等其他合同区别开来，并不能说明交付货物义务比支付货款义务更复杂、更重要或更有价值，所以不能因为卖方负有交付货物这一特征履行义务，就推导出卖方经常居所地法律与买卖合同有最密切的联系。也正是因为这个原因，在涉外合同法律适用中，最密切联系原则仅是作为意思自治原则的补充。

鉴于有些情况下，按照特征履行方法找出来的法律未必与合同有最密切的联系，上述两个司法解释均规定，如果合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的，适用该另一国家或者地区的法律。即这种情况下就不再适用根据特征履行方法找出来的法律。

合同要素分析法是特征履行方法之外的适用最密切联系原则的方法。该方法是指，法官应从质和量这两个角度，对与某合同关系有关的各种主、客观因素进行权衡，确定与该合同关系有最密切联系的国家或地区，即重力中心地、最密切联系地，该国家或地区的法律就是与该合同有最密切联系的法律。与合同相关的各种主、客观因素主要有合同签订地、当事人经常居所地、标的物所在地和合同履行地等。当事人签订合同的目的是为了实现各自的利益，合同的履行使得当事人各自的预期利益得以实现，因此，在这些因素中，合同履行地在质上最重要，合同履行地通常也是当事人经常居所地。

对于按照上述两种方法确定的两个法律的选取，上述已废止的两个司法解释均规定，通常适用按照特征履行方法确定的法律，但是，如果按照合同要素分析法找出来的法律明显与合同联系更密切，则适用后者。可见对于这两个法律的选取，不是任意的，而是贯穿了一个价值导向，即最密切联系的法律只有一个，哪个法律与合同联系最密切，就适用哪

个法律，这也符合最密切联系原则的本意。

遗憾的是，现行规定没有突显这个价值导向，《法律适用法》第 41 条的含糊表述容易让人产生这样的误解：在依据特征履行方法确定的法律和依据合同要素分析法确定的法律之间，任意选择一个即可。比如，宁波市中院 2015 年发布的《关于涉外商事审判若干疑难问题的解答（二）》第 6 条指出，《法律适用法》第 41 条的规定，“关键在于如何理解‘履行义务最能体现该合同特征’以及‘与该合同有最密切联系’。在动产买卖合同中，卖方负有的交付货物义务最能体现买卖合同特征，故可将卖方经常居所地法律作为处理纠纷的准据法。而‘与该合同有最密切联系’这一连接点则可能包括合同签订地、履行交货义务地等，法院应根据具体案情确定相应的连接点及准据法。若最密切联系原则指向的准据法为买方经常居所地，则法院既可将卖方经常居所地法律作为准据法，亦可将买方经常居所地作为准据法”。[18]宁波中院的这一解答，将特征履行方法与最密切联系原则并列，没有认识到特征履行方法是最密切联系原则的一种适用方法；进而错误的认为，适用最密切联系原则确定的与合同有最密切联系的法律可以有两个或以上，法院任意择一适用即可。对于现行立法的这一不足，可优化上述两个已经废止的司法解释中的相关规定，在今后的司法解释中予以矫正。

（三）最密切联系原则在司法实践中的问题

首先，在合同法律适用中，最密切联系原则是意思自治原则的补充，在意思自治原则不能适用时，应予适用。仍以德力西能源私人公司与东明中油燃料石化公司货物买卖合同纠纷案为例，法院认定外国法无法查明后，应再依据最密切联系原则确定准据法，而不是以外国法无法查明为由直接适用中国法。[19]

其次，适用最密切联系原则须要确定当事人的经常居所地。经常居所地这一连结点是最密切联系原则在当事人属人法中的应用，也是《法律适用法》对住所这一连结点的扬弃。然而，自《法律适用法》施行以来，极少有判决书在首部当事人的基本信息中交代当事人的经常居所地。这一问题在涉外侵权法律适用中也普遍存在。[7]

最后，适用特征履行方法确定最密切联系的法律需要分析哪一方当事人负有特征履行义务。当然，法官可参考已经废止的上述两个司法解释中对 22 种合同的分析结果，至于其他无名合同，则需要法官自行分析。适用合同要素分析法需要对合同关系的各种主、客观要素从质和量两个角度予以分析以确定最密切联系地。简言之，最密切联系的法律是通过法官的逻辑分析确定下来的，然而，绝大多数判决书并未进行相关分析或者分析得过于简略。

（四）52 号指导案例中最密切联系原则的适用评述

52 号指导案例中，最高法适用最密切联系原则确定该案应适用中国法律，但是，“本案为国际海上货物运输保险合同纠纷，被保险人、保险货物的目的港等均在中国境内，原审以中国法律作为解决本案纠纷的准据法正确，双方当事人亦无异议”，这样的说理过于简

[18] 宁波法院网：http://www.nbcourt.gov.cn/art/2015/5/19/art_3390_69495.html，访问日期 2021 年 4 月 19 日。
[19] 参见山东省高级人民法院（2016）鲁民终 1891 号民事判决书。

单。况且，本案是指导案例，既应就民事实体法的适用进行指导，也应对冲突法的适用予以司法规范。

一方面，最高法也未交代适用最密切联系原则须要确定的当事人的经常居所地。另一方面，中国法律与本案合同有最密切联系的分析不透彻。首先，海上货物运输保险合同是保险合同的一种，投保人的义务是支付保险费，保险人的义务是对于保险事故发生造成的被保险货物损失承担赔偿保险金责任，按照特征履行方法，后者的履行义务能够将保险合同与买卖、运输等其他合同区分开来，属于特征履行义务，因此保险人经常居所地法律是与合同有最密切联系的法律。这也与两个已废止的司法解释的分析结果相同。其次，涉外海上货物运输保险合同是因货物运输合同产生的保险合同，具有保险合同和货物运输合同的双重特点。与该合同关系有关的主、客观因素主要有：保险人经常居所地和义务履行地（均在中国）、投保人经常居所地和义务履行地（均在中国）、被保险人经常居所地（在中国）、合同签订地（在中国）、收货人经常居所地（在中国）、被保险货物的运输目的地（在中国）、保险合同订立时被保险货物所在地（在印尼）、被保险货物的运输始发地（在印尼）、托运人经常居所地（在新加坡）等等。按照合同要素分析法，从质上来看，最重要的因素——保险合同双方当事人的义务履行地均在中国；从量上来看，绝大多数连结点都位于中国，因此中国是本案海上货物运输保险合同的最密切联系地，中国法律是应当适用的最密切联系的法律。

六、国际惯例的适用

涉外合同纠纷中，国际惯例可在两种情形下适用。第一种情形是，当事人在合同中或者在一审法庭辩论终结前选择适用国际惯例。对国际惯例的选择是概括选择，还是具体选择，也就是需指明选择适用哪一个国际惯例，理论上没有讨论，立法上也并无规定。考虑到从事国际经济交往的当事人未必是法律人，要求其明确具体地指出应当适用哪一个国际惯例解决争议问题不合理，也不现实。

第二种情形是，依据《法律适用法》第 41 条规定的意思自治原则或最密切联系原则，涉外合同的准据法是中国法律。此时，按照《民法通则》第 142 条第 3 款的规定，中国法律和中国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。也就是说，应将对我国生效的国际条约和我国认可的国际惯例纳入“中国法律”的范畴，在符合其适用条件的情形下予以适用。

就 52 号指导案例而言，该案涉外海上货物运输保险合同的投保人丰海公司在涉及被保险货物的买卖合同中选择适用国际贸易术语 CNF，此即意味着当事人同意他们之间的买卖合同适用《国际贸易术语解释通则》（Incoterms，以下简称《通则》）这一国际惯例。根据 2010 年《通则》，在两个贸易术语 CIP 和 CIF 中，“卖方须自付费用取得货物保险，该保险需至少符合英国伦敦保险协会《保险协会货物保险条款》（Institute Cargo Clauses）“条款（C）”或类似条款的最低险别”。《通则》通过引致规范与《保险协会货物保险条款》相关联，由此，选择了国际贸易领域的国际惯例也就是选择了国际海运保险领域的国际惯例。

不过，在 52 号指导案例中，涉外海上货物运输保险合同的保险人海南人保，并非该买卖合同的当事人，根据合同的相对性原则，买卖合同当事人适用相关国际惯例的选择对保险人没有拘束力。

52 号指导案例不符合涉外合同中国际惯例适用的第一种情形，但却属于第二种情形。如前文所述，该案涉外海上货物运输保险合同按照最密切联系原则，应适用中国法律。案件的争议焦点是船东 BBS 公司的盗卖和走私行为致被保险货物全损是否属于一切险的责任范围。对于这一问题，我国法律和我国缔结或者参加的国际条约均没有规定，因此可以适用国际惯例。

英国伦敦保险协会《保险协会货物保险条款》是各国公认的国际海运保险领域的国际惯例。该条款分为 A、B、C 三大类，A 类条款承保范围最广，其次是 B 类，C 类条款承保范围最窄。此外，还有很多就专门风险投保的附加险条款。在 A 条款中，“一切险（all risks）是用排除方式定义的，即承保排除了几类特定风险以外的所有未排除的风险”。[8]按照这一国际惯例，船东的盗卖和走私行为未在除外责任中排除，因此，应当属于一切险的责任范围。

本文认为，52 号指导案例的核心问题，不是外来原因的解释和一切险的承保范围这些实体法问题，而是涉外海上货物运输保险合同的法律适用这一国际私法问题。如果该案的审判人员国际私法意识足够强，先确定管辖权，再解决好法律适用问题；国际私法知识足够多，明了国际惯例在当事人没有选择的情况下也可以适用，即根据我国的冲突规范，我国法律是准据法，而我国法律和对我国生效的国际条约对系争问题均未规定，此时即可适用国际惯例解决国际商事争议，那么，该案可能不需要经过一审、二审和再审，给当事人一个迟到了将近八年的正义。

结语

本文通过案例研究这一法学实证研究的首要方法，依循解决涉外合同关系法律适用问题的步骤，对一般涉外合同的法律适用从理论、立法和司法实践三个层面进行了梳理。我国一般涉外合同的法律适用存在诸多问题，主要表现在：意思自治原则在实践中出现种种异化，比如，不尊重当事人的意思自治，曲解其内涵和外延，误用或者滥用法律规避、外国法的查明等制度排除意思自治，通过格式条款限制对方当事人选择法律的权利等情形；最密切联系原则的适用则表现出与意思自治原则和特征履行方法的关系不明确、通过特征履行方法确定的法律与按照合同要素分析法确定的法律之间的关系不清晰等问题；国际惯例在当事人没有选择时，当用不用。

考查最高法 52 号指导案例关于涉外海上货物运输保险合同的法律适用可以发现，该案在冲突规范适用的诸多环节均存在瑕疵，例如，没有阐述涉外因素，没有表明当事人是否选择了合同适用的法律，最密切联系原则的适用中未交代当事人的经常居所地、对最密切联系的分析过于简略，最为重要的是：准据法确定为中国法律后，未将对我国生效的国际条约、我国认可的国际惯例纳入“中国法律”的范畴，以致在国际惯例应当适用的情形下

未予适用，从而将简单的“一切险的承保范围”问题复杂化，最终给了当事人一个迟到了将近八年的正义。可见，52 号指导案例是一个成功的实体法指导案例，但却不是一个成功的冲突法指导案例。

2019 年 2 月 25 日最高法发布了第 21 批共 6 件涉“一带一路”建设的指导性案例，其中 112 号指导案例“阿斯特克有限公司申请设立海事赔偿责任限制基金案”具有涉外因素，应根据《中华人民共和国海商法》第 275 条的规定“海事赔偿责任限制，适用受理案件的法院所在地法律”，援引冲突规范确定准据法，然而令人遗憾的是，一审、二审和再审法院均未提及法律适用问题。可见 52 号指导案例反映出的冲突规范适用中的部分问题在今天仍然或多或少的存在，而这些都从一个侧面反映了我国国际私法理论与实践的脱节、司法对立法的悖离，应引起理论、立法和实务界的重视。

[**参考文献**]

[1]Neil Kaplan, Jill Spruce, Michael J. Moser, Hong kong and China Arbitration:Case and Materials, Butterworths Aisa, 1994.

[2]上海一中院突破固有涉外因素识别限制，确认外国裁决效力[N].人民法院报，2016.1.1（3）.

[3]张玉卿.国际统一私法协会国际商事合同通则 2010[M].中国商务出版社，2012：67.

[4]丁伟.<民法典>编纂催生 2.0 版<涉外民事关系法律适用法[J].东方法学，2019，（1）.

[5]赵秀文.国际私法学原理与案例教程[M].中国人民大学出版社，2016：120-121.

[6]刘晓红.中国国际私法立法四十年：制度、理念与方向[J].法学，2018（1）.

[7]宋连斌，张溪璠.我国涉外一般侵权法律适用的现状、特点及改进建议——基于 93 份裁判文书的实证分析[J].江西社会科学，2018（2）.

[8]编写组.国际经济法学[M].高等教育出版社，2019：136-137.

Introspection of Conflict Law Application of General Foreign-related Contracts: Analysing on No. 52 Guiding Case

Wang Lan

(School of Law, Northwest Normal University, Lanzhou, Gansu, PRC, 730070)

[**Abstract**] Through empirical research, it can be found that comparing with the application of substantive law, the ratio of conflict law application’s defects or errors is relatively high. The

study, starting and ending both from No. 52 Guiding Case of the Supreme People's Court in regard to conflict law application of foreign-related sea cargo transportation's insurance contract, according to steps of conflict law application of foreign-related contracts, indicates that there are many problems in the conflict law applicable of foreign-related contracts: all kinds of alienation exist in application of autonomy of will principle; relationships among some matters of closest connection principle's application are not clear; when having not been chosen by parties, international practices should be used though having not been doing so. No. 52 Guiding Case exists flaws on various links of conflict law application, so it is a successful substantive law guidance case, but not a successful conflict law guidance case. This reflects that the theory, legislation and practice of our private international law are disconnection and deviation with each others to some extent.

[**Keywords**] General foreign-related contract; Conflict law application; Autonomy of will principle ; Closest connection principle; International practices

“一带一路”视域下柬埔寨投资法及劳动法律概述

广东广新集团公司 王超杰

摘要： 2005 年以来，柬埔寨实施投资法修正案设立经济特区，鼓励外资进入柬埔寨，中国在柬埔寨直接间接投资亦日益增加，伴随而生的有关劳资冲突也不断出现。因此加强对柬埔寨相关法典的研究，保护中国公民、企业在柬埔寨的合法权益。

关键词：柬埔寨 劳动法 投资法

“一带一路”是“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的简称，2013 年 9 月和 10 月由中国国家主席习近平分别提出建设“新丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的合作倡议 。依靠中国与有关国家既有的双多边机制，借助既有的、行之有效的区域合作平台，一带一路旨在借用古代丝绸之路的历史符号，高举和平发展的旗帜，积极发展与沿线国家的经济合作伙伴关系，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。“一带一路”战略是中国因应时局变化作出的重要战略决策，“一带一路”不是中国一家的事，而是各国共同的事业；不是中国一家的利益独享地带，而是各国的利益共享地带。“一带一路”建设，包括前期研究都是开放的，中国欢迎其他国家提出建设性意见建议，不断丰富和完善“一带一路”的理念、构想和规划，集思广益，群策群力，共同谱写丝绸之路的新篇章，共同建设利益和命运共同体，共同创造美好幸福的未来[1]。

“一带一路”战略必须建立在法治化的基础之上，法治化是“一带一路”战略稳定发展的必由之路。“一带一路”建设要坚持国际法基本原则，和平解决争端，新冠疫情爆发以来，世界面临着三十年未有之变局，如何避开政治漩涡考量中国的政治智慧。依托已有或者新成立的国际组织，加强区域合作与交流。深化区域组织合作，加强区域安全协商，完善国内法律机制，防范各项风险，同时必须加强区域国别研究建设，了解相关国家和地区的政策、法律。

柬埔寨位于中南半岛西南部，近年来我国一直在推进一带一路、中国-东盟自贸区的建立和发展，中国企业“走出去”的战略也在不断实施。1994 年 8 月 4 日，《柬埔寨王国投资法》经金边国民议会第一届立法特别会议通过并立即生效，2005 年以来柬埔寨实施投资法修正案，设立经济特区，鼓励外资进入柬埔寨，中国在柬埔寨直接间接投资亦日益增加，伴随而生的有关劳资冲突也不断出现。因此加强对柬埔寨相关法典的研究，保护中国公民、企业在柬埔寨的合法权益，实在是大有必要。

一、柬埔寨的法律等级

柬埔寨为实行三权分立的君主立宪制国家，国家立法机构为两院制，由国会和参议院

[1] 人民日报钟声：开放包容，携手发展谋共赢 [2014-8-12]

构成。柬埔寨现行法律体系中，法律法规等级体系如下图：

宪法	柬埔寨王国最高法律
国际条约及公约	根据宪法第二十六条，国会通过后，国王应签署批准国际条约及公约。国际条约及公约获得批准后，应作为法律渊源。
法律	国会通过的法律
王令与王法	国王执行宪法赋予的权利予以颁布
法令	内阁会议通过后，由总理签署。在法令尚未通过内阁会议的情况下，必须由负责的部长会签。总理可通过法令行使其监管权力。
通告（部委令）	政府组成部门为行使其监管权而颁布
通告书（公文）	首相个人的决定，及大臣或省长为行使其监管权所做的决定。
公告	通常由总理作为政府元首颁布，也可由大臣作为部门官员用于对外解释或澄清法律法规措施，或提供指导。
省份通告	由省长颁布，仅限于在其所在省份地域内应用。

二、柬埔寨王国投资法概述

《柬埔寨王国投资法》包括共九章二十六条，包括一般条款、柬埔寨发展理事会、投资程序、投资保证、投资激励措施、土地所有权和使用权、就业规定、争端与争端解决、最终条款。该投资法调整柬埔寨公民和\或在柬埔寨王国境内的外国投资者的所有投资项目，将涉及自然人和法人的投资工作放到推进国家治理体系和治理能力现代化的大局中谋划，聚焦柬埔寨国家发展的新情况新问题，有针对性地提出对策措施，进一步规范国内国外双向维度投资关系，对于促进柬埔寨发展理事会与自然人和法人在办理内外投资中的互相配合、良性互动，健全衔接顺畅、权威高效的工作机制，推动投资工作的高质量发展具有重要意义[2]。

三、柬埔寨劳动关系的法律框架

柬埔寨法律受荷兰、法国影响较大，属于大陆法系。柬埔寨劳动法律关系、就业与工作条款以及其他劳动相关事项的法律渊源包括宪法、《民法典》、《民法执行法》和《劳工法》（1997 年）及其他劳动特别法。

（一）柬埔寨宪法中与劳动权利有关的规定。

宪法是国家的根本大法，在一国法律体系中具有最高的法律地位。劳动创造价值，而劳动权是一国公民基本的权利和义务。基于近代以来的历史，柬埔寨《宪法》中有关劳动的规定条款多，权利广，贯彻男女平权原则，体现保护弱者利益原则，保障工会相关权利，在东南亚国家的《宪法》劳动立法中堪称典范。

任何性别的柬埔寨人根据他们的能力和社会需求均享有选择任何就业的权利（第 36

[2]柬埔寨王国投资法，屈文生 万立译，《上海法学研究》集刊，2020 年第 10 卷。

条）。

任何性别的柬埔寨人从事相同工作均获得相等收入（第 36 条）。

任何性别的柬埔寨人均有权成立工会或成为工会的一员（第 36 条）。

工会的组织和行为应由法律确定（第 36 条）。

罢工和非暴力示威的权利应在法律框架内实施（第 37 条）。

废除针对妇女的一切形式的歧视。禁止剥夺妇女的工作（第 45 条）。

妇女不应因怀孕而失去工作。妇女应有权带全薪休产假，资历或其他社会福利不应因此而受到影响（第 46 条）。

国家和社会应向妇女提供机会，特别是向那些生活在农村没有充足社会保障的妇女们提供机会，这样她们就可以就业、享受医疗保健、送她们的子女上学并且拥有像样的生活条件（第 46 条）。

（二）柬埔寨《民法典》《民事执行法》中有关劳工和就业的立法概览

民法是权利的宣言书。为改善经商和投资环境、遵守世贸组织规则，并履行加入世贸组织时所作的承诺，柬埔寨王国政府非常重视法律法规的与时俱进，并着力加强投资、贸易、商业领域的立法工作。自 2007 年以来，颁布了一系列相关法律法规，其中最重要法律框架是 2011 年 5 月 31 日颁布的《民事执行法》（该法律于 2011 年 12 月 20 日生效）。《民事执行法》旨在保护平等主体之间民事法律关系的可持续性，确保民法的正确运用，对柬埔寨旧有《民法典》做了修正，在运用民法上规定了法不溯及既往、持续性、法律一致性三条原则，新立法改进、推动或者改善的相关领域涵盖管制（反贪）、贸易（多边贸易协议计划，通过风险管理促进贸易便利化）、不动产（共有高楼住宅的私人单位的外国所有权，征收房产税）、金融（证券市场和贸易）、劳工和就业。

柬埔寨《民法典》第五编内容为“特殊类型合同和民事侵权行为”，其中“工作合同”“就业合同”作为有名合同在列。工作合同所涉内容为法条第 652 条至第 663 条，主要包括工作合同的定义、薪酬支付、无缺陷完成工作的义务、后续工作的需求等法条。就业合同所涉内容为法条第 664 条至第 668 条，主要包括就业合同的定义、工作条件、劳工法的应用等法条。

（三）柬埔寨《劳工法》（1997 年）主要规定

《劳工法》（1997 年）是规范劳动法律关系的一般法，针对时代的变迁，对《劳工法》（1992 年）做出大量修改。该法于 1997 年 3 月出台，内容详实，为劳工提供广泛的保护，并提供相对优厚的工作条件。该法总则（概述）部分关涉禁止强迫劳动、对企业的开张与终止予以声明、人员变动声明、内部条例、童工、雇佣等等内容。

法条分则条款包括雇佣合同、工资（最低保障工资、工资的支付）、工作时间、工作轮班、加班、夜班、假期（每周休息时间、年假、产假）、工会、企业中的工人代表、罢工（罢工的权利、罢工的方式）、外籍雇员等等内容。

《劳工法》（1997 年）与中国《劳动法》《劳动合同法》及相关司法解释内容差别很大，

因为政治体制、经济基础、社会环境、文化心理方面的不同，尤其是涉及法律适用方面的冲突，对于中资企业及经营者、管理者而言，柬埔寨《劳工法》（1997 年）所规定的罢工（罢工的权利、罢工的方式）、外籍雇员等内容尤其要值得注意。

《劳工法》（1997 年）第 319 条规定："保证工人罢工和停工的权利。在反对仲裁裁决的情况下，此权利可由争议的一方行使。"第 320 条从程序上又进行了完善和补充。第 324 条规定："在罢工之前，必须至少提前 7 个工作日发出通知，并且在企业和公司中备案。事前通知还必须发生给劳动主管部门。"就罢工方式，第 330 条规定："罢工必须采取和平方式。在罢工期间采取暴力行为被视为严重过失，会受到处罚，包括停工或纪律裁员。""应保护对不参加罢工人员的工作自由，不得遭受一切形式的压迫或威胁（第 331 条）。"这是国内较少遇到的新问题，在柬埔寨的中资企业，或多或少的都接触该罢工问题。应对的办法可以从以下几个方面着手：1、认真研究柬埔寨劳动法律，尤其是相关程序性的规定。2、贯彻公序良俗原则，尊重柬埔寨的风土人情，尤其是宗教习俗，避免文化冲突。3、集中力量解决主要矛盾，抓好工会的关键少数，做好制度、信息的沟通解释工作，创新宣传形式，组织开展丰富多彩的劳动法宣传教育工作。4、学习新时代劳动楷模河钢塞尔维亚管理团队，经济效益优先来做好工人的稳定工作。

对于外籍雇员，《劳工法》（1997 年）规定外籍人士只有获得劳动主管部门颁发的工作许可证和工卡后才能参加工作，且外国人还必须符合如下条件：雇主必须预先拥有在柬埔寨王国工作的合法工作许可证；该外国人必须是合法进入柬埔寨；该外国人必须拥有有效护照；该外国人必须拥有有效居住证；该外国人必须适合他们的工作，并且没有传染性疾病。

（四）《柬埔寨王国投资法》有关劳动关系的规定

《柬埔寨王国投资法》第七章"就业规定"共三个法条，其中第十七条规定，柬埔寨王国的投资者可根据劳动和移民法任意雇佣柬埔寨国民或外国国民。第十八条规定，投资者雇佣外国雇员必须符合第 14 条第 6 款所列条件。第十九条规定，应允许外国劳工在缴纳相应税款后，通过银行将在柬埔寨王国赚取的外币工资汇往国外。

（五）劳动法律牵涉面比较宽泛，其渊源也很多，随着时代的变迁，科技的进步，劳动法变动也很剧烈，前文柬埔寨的法律等级图表中的最后一个等级"省份通告"所涵盖的劳动法律尤其庞杂。但提纲挈领而言，柬埔寨近年来的劳动法特别法主要是如下图所列：

柬埔寨近年来相关贸易投资法律法规中重要劳动特别立法一览表（2007-2012）

法律法规名称	颁布时间
关于调整佣金解决涉及到所有罢工和示威的问题的第 136 号法令（柬埔寨王国政府）	2012 年 9 月
关于劳工顾问委员会年资奖金决议的第 041/11 号通告（劳工和职业培训部）	2011 年 3 月
关于 2011 年成衣和鞋业的就业风险供款的第 132 号通告（劳工和职业培训部）	2010 年 12 月

关于检定残疾人士就业率及选择就业残疾人士程序的第 108 条法令（柬埔寨王国政府）	2010 年 8 月
提高和保护残疾人权利法	2009 年 8 月
关于职业和劳工国家机构的成立和投入运行的第 67 号法令	2009 年 4 月
劳工法的第 139 和 144 条修正案	2007 年 7 月
关于设立国家社会保障基金的第 16 号法令（柬埔寨王国政府）	2007 年 3 月

参考文献：

1、 柬埔寨投资指南 柬埔寨发展理事会编。

2、 李世杰，王成林．海上丝绸之路解读[C]//经贸之桥，传略之梯，南海法律高端论坛．海口：海南大学，2014:76.LI Shi-jie, WANG Cheng-lin. The interpretation of Maritime Silk Route[C]//The Bridge of Economic and Trade, the Ladder of the Profile, Nanhai High-end Legal Forum.Haikou:Hainan University, 2014:76.（in Chinese）

单边域外经济制裁的国际法规制

王宏鑫***

（河南财经政法大学法学院，河南 郑州 450002）

提 要：与“长臂管辖权”相结合，单边经济制裁获得了极大地扩展空间。由于国际法的不成体系化和国家主权观念的相对弱化，使得制裁国可以对与其联系微弱的国家实施单边域外经济制裁。基于单边域外经济制裁受到普遍反对以及双重标准的现实，国家社会要求对其加以规制。对此，可以考虑从判定损害、相互谅解、提供补偿和发挥国际组织作用四个方面对其加以规制。

主题词：单边经济制裁；长臂管辖权；国际法规制

单边经济制裁发起国为了阻止目标国利用第三国规避制裁，从而发挥制裁的最大功效，实现制裁目的，往往利用“长臂管辖权”（long arm jurisdiction），将制裁触角伸向与目标国有经济联系的第三国，由此就产生了单边域外经济制裁（unilateral and extraterritorial economic sanctions）。单边域外经济制裁的含义是什么、为什么会存在、国际法如何对其加以规制正是下面要论述的内容。

一、单边域外经济制裁的含义

管辖权（right of jurisdiction）是国家对其有关系的人和物的统治和支配的权利，一般通过国家采取的立法、司法和强制执法等措施保证实现。[1]因此，单边经济制裁的域外管辖（extraterritorial jurisdiction）问题就是一国涉及经济制裁的国内立法、司法与执法的的域外适用问题。他所引起的纠纷是一种“围绕对抗性”（opposability）纠纷。所谓的“围绕对抗性”的纠纷是以确定一国管辖权行使的对外有效性为裁判中心的纠纷，并不一定追求认定一般性的违法性与有责性。[2]

1910 年常设仲裁法院在北大西洋海岸渔业案（North Atlantic Coast Fisheries Case)中认为：“根据英国法的规定，主权的基本要素之一是在其领土范围内行使。”[3] 也就是说，一国立法只在本国领土范围内有效，国家对于在其领域内产生的行为或结果有充分管辖权，这在国际法中被称之为属地管辖原则（territoriality jurisdiction principle）。如果要把属地管辖扩展出本国领土，应依照以下原则：第一，属人管辖原则（personal jurisdiction principle），

***河南财经政法大学法学院讲师，国际法博士。

[1] 邵津：《国际法》，北京：北京大学出版社，2008 年版，第 42 页。

[2] 参见［日］村濑信也：《国际立法—国际法的法源论》，秦一禾译，北京：中国人民公安大学出版社，2012 年版，第 227 页。村濑信也认为国际纠纷实质原因可以说是国家管辖权的互相冲突，依据当事国请求目的可以将国际纠纷分为“围绕合法性的纠纷”、“围绕对抗性的纠纷”和“围绕目的性的纠纷”。“围绕合法性的纠纷”是指请求国（受害国）请求的目的是认定加害国行为的国际违法行为和责任。他所适用的规则本身比较明确并得到普遍认识，国际法院通过发现适用这些规则判定国家责任的有无。“围绕合目的性的纠纷”是指请求国以“异议提出”的形式要求一国对其脱离国际范畴的框架、宗旨、目的的行为给予纠正的纠纷。他并不要求对方国家存在违反国际法的行为，即便对方国家的行为合法，如果能主张其行为违背了国际法的宗旨、目的等，就可以提出异议。

[3] North Atlantic Coast Fisheries (United Kingdom v. United States)，11 R.I.A.A. 167, 180 (Permanent Court of Arbitration 1910).

也被称为国籍管辖原则（nationality jurisdiction principle）。国家可以管辖本国公民，不论他在哪里；第二，被动属人管辖原则（passive jurisdiction principle），也被称为保护管辖原则（protective jurisdiction principle）。国家可因受害人具有本国国籍而对外国人在外国所为的加害行为管辖；第三，普遍管辖原则（universality jurisdiction principle）。国家可对公认的国际犯罪进行管辖，比如海盗、战争罪等。这三个原则基本上是被广泛接受的原则，无论是我国还是国外的有关国际法的教科书都列明了这三个原则，他们是与当前国际法规则相一致的原则。但是以上以属地原则为核心的管辖权在某些情况下已经开始松动，出现了所谓的效果管辖原则（effect jurisdiction principle），即国家可对不在本国领土发生的行为或非本国公民进行管辖，只要其利益受到实质性的影响。该效果管辖原则是颇受争议的原则，对此布朗利就认为：“在某种程度上他是美国的原则，未被普遍接受。”[4]通过以上这些管辖原则可以看出，域外管辖发生的前提条件是：行为或结果与一国的合法利益相关，也可以说与一国合法利益有直接的、最近的、实质性的联系。[5]确定利益相关的复杂性与模糊性导致域外管辖在国际法中充满争议。事实上，在单边经济制裁领域，多数情况下，无论是二级经济制裁还是三级经济制裁等，制裁国的合法利益与目标国间的联系都是脆弱的。

二、单边域外经济制裁存在的原因

单边域外经济制裁在国际法中具有存在的空间，其根本原因就是国际法的不成体系化和国家主权观念的相对弱化。

（一）国际法的不成体系化

国际法的不成体系化，也被称之为碎片化（fragmentation）。他是指国际法中缺乏一个统一的上下级排列体系，国际法在法律原则适用等问题上出现了重叠、 不协调和冲突。[6]这与国内法具有效力等级性完全不同。以我国国内法为例，一省制定的相关法律规则仅在本省有效，如果需要他省配合可以通过省与省间的合作或者更高级别的政府机构协调，这种合作和协调在我国这一单一制国家是非常有效的。即便在中央与地方、地方与地方间分权明确的联邦制国家，如美国、印度，这种合作和协调也足以保证中央与地方的正常运转。但是在国际法中，国家间由于没有一个类似“中央”的最上级机关，国家与国家间的合作主要依靠彼此间的合意，主要表现就是条约，并且这种合意由于政治因素的干预经常会突破“条约必守”的束缚。国际法组织架构的不成体系化导致在法律效力层次上的不成体系化，最突出表现就是没有类似“宪法”那样的根本大法。尽管《联合国宪章》是目前国际法中最接近“宪法”的法律文本，但是其主要关注国际安全问题，对于经济、文化、教育等问题鲜有涉及，他距离“宪法”还很遥远。国际法的不成体系化是必然的，正是国家主权的存在导致国际法的不成体系化，而缺乏法律效力等级正是这种非体系化的主要表现之一。[7]

[4] I.Brownlie，Principles of Public International Law(4th ed)，Oxford University Press，1995，pp.308-309.
[5] Jeffrey A. Meyer，Second Thoughts on Secondary Sanctions，30 U. Pa. J. Int'l L，905.
[6] 参见莫世建：《国际法碎片化和国际法体系的效力》，《法学评论》，2015 年第 4 期。
[7] 作者这里并非贬低国家主权，更不是赞同国家主权虚无主义的观点，只是阐述一个现象，而这个现象导致国际法不成体系化的事实。

（二）国家主权观念的相对弱化

随着国际社会的发展，传统的主权原则受到挑战，尤其是主权绝对性原则。在科孚海峡案（Corfu Channel Case）中，国际法院法官阿尔瓦雷斯（Alvarez）认为：“我们必须接受新的观念，这种观念满足了新的社会生活条件。我们不再将主权看做一国绝对的权利。绝对主权建立在旧的国际法个人主义制度（individualist regime）基础之上，国家因此受其规则约束。”[8]前联合国秘书长安南也认为：“考虑到全球化的力量以及国际合作，主权在最基本的意义上被重新定义。国家日益意识到主权的作用是服务于人民。同时，在宪章和国际条约中体现的个人主权(individual sovereignty)，即个人的基本权利，由于个人权利的更新和普及而加强。当我们读宪章时，我们会意识到他的目的是保护个人权利而不是保护侵犯个人权利的国家。”[9]无论是对国家以自我利益为主的批判，还是强调对个人基本权利的保护，都表明绝对主权原则应该向相对主权原则靠近，而这就为域外管辖的适用打开了一个大大的缺口。

总之，国际法的不成体系化使得没有具有最高效力的国际法规则将国家间的管辖权划分等级化，而国家主权观念的相对弱化又逐渐加强了域外管辖的正当化，使得某些国家或有意或不得已赞成并推定域外管辖的实施。正是在此背景下，单边域外经济制裁被一些国家视为一剂功效显著的猛药，凭此回应传统初级经济制裁的明显缺陷。在这些国家看来，尽管初级经济制裁可以阻止制裁国的公司与目标国政权从事商业往来，但是目标国却暗中邀请第三国取代制裁国与自己从事商业往来。对此即便经济与政治实力最强的制裁国往往也束手无策，有时甚至是自己的制裁为他国做了嫁衣。为了克服这一问题，赋予单边经济制裁以域外效力成为了抑制第三国与目标国交易或支持目标国的唯一选择。可以说，在此问题上单边域外经济制裁收紧了传统初级单边经济制裁的绳索。

三、单边域外经济制裁的国际法规制可能性

（一）单边域外经济制裁受到普遍反对

1. 单边域外经济制裁受到某些学者反对

尽管单边域外经济制裁功效显著，但目前无论是相关国际法理论还是国家实践，在排除某些例外的情况下，都一直反对以对第三国设定义务为目的的单边域外经济制裁。[10]对此，彼得·菲茨杰拉德（Peter L. Fitzgerald）指出：“国际共识似乎不允许对第三国实施域外单边制裁……把第三方列入黑名单或进行二级抵制是不合理的。”[11]安德烈亚斯·洛芬费尔德（Andreas Lowenfeld）认为：“虽然没有明确的规则被制定，但似乎在制裁领域，国际习惯法限制域外单边制裁的实施。”[12] 乔治·沈大伟（George Shambaugh）指出：“尽管次

[8] Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)，Individual Opinion by Judge Alvarez，1949 I.C.J.pp.39, 43．
[9] Kofi Annan，Two Concepts of Sovereignty，The Economist，16 September 1999．
[10] See the deliberations at the 38th and 39th plenary meetings of the sixty-eighth session of the UNGA on A/RES/68/8, adopted on 29 October 2013．.
[11] Peter L. Fitzgerald，Pierre Goes Online：Blacklisting and Secondary Boycotts in U.S. Trade Policy，31 Vand. J. Transnat'l L. 1，1998．
[12] Andreas Lowenfeld，International Economic Law，Oxford University Press，2008，p.926．

级制裁为一国影响外国公司和个人的海外活动提供了一种有效手段，但是他往往导致政府间冲突。”[13] 约斯特．鲍威林（Joost Pauwelyn）也认为：“在单边立法与其他国际法规则相抵触时，它本身不能成为具有法律约束力的权利或承诺，更不用说优先于其他规则。”[14]

2. 单边域外经济制裁受到发展中国家反对

除了这些学者的反对，绝大多数发展中国家更是反对。他们普遍认为单边域外经济制裁违反国家间无论大小一律平等原则、主权绝对原则和不干涉原则等。例如，亚非法律协商组织(Asian–African Legal Consultative Organization ， AALCO)在联合国大会、 联合国国际法委员会和其他国际场合步调一致的反对“国家立法的域外适用” ，即反对对第三方的制裁。他们认为针对第三国的单边制裁违反联合国宪章的原则和其他公认的法律原则。[15]

3. 单边域外经济制裁受到某些发达国家反对

单边域外经济制裁主要是发达国家使用，尤其是美国。美国通过在域外管辖领域的不断试探性立法挑动着国际社会的神经。其中最具争议性、最知名的是 1996 年的《赫尔姆斯—伯顿法》，即《古巴自由民主团结法》。该法案拒绝国家行为原则，它规定任何同古巴政府在 1959 年 1 月 1 日以后没收财产有牵连的外国人都负有向原先拥有这些财产的美国公民支付相应赔偿和利息的法律义务，美国公民有权根据《赫尔姆斯–伯顿法》在美国法庭提出诉讼并要求执行判决。该法案与确立的国际法原则相冲突，它试图在美国法庭惩罚非美国公民的行为，而非美国公民的行为依据国际法原则不能视为非法。[16]美国国会依据效果管辖原则为此法案提出以下辩护理由：第一，对于以政府和私人合法财产非法没收为代价的不公正富有，国际司法体系缺乏充分有效的补救措施；第二，国际法承认国家有能力对其领土外的行为做出法律规定，这一法律规定已经或目的是在其领土外产生实质性影响；第三，美国政府有义务保护本国公民免于非法的没收行为，包括提供私人的补救措施；第四，为了阻止非法的没收财产行为，没收的受害美国公民应该被赋予在美国法院寻求司法救济的权利，他们可以否认因利用非法没收而产生的任何交易收益。[17]而更为不合理的是，该法将古巴政府“贩卖”没收的财产的行为规定的极其广泛，不仅包括参与购买、出售或转让被古巴没收的财产，也包括管理、租赁、拥有、使用、进入商业安排使用或其他从没收财产中收益的行为。[18]对于这些不合理的规定，安德烈亚斯·洛芬费尔德不无讽刺的认为：“按该法规定，如果美国要对英国公司从古巴国营企业购买糖的行为行使管辖权，那么美国公民有责任证明英国公司所购买的糖是其曾经拥有的种植园中生产的糖。”[19] 布雷特．巴

[13] George E. Shambaugh，States, Firms, and Power：Successful Sanctions in United States Foreign Policy，State University of New York Press，1999，p.161．

[14]［比］约斯特．鲍威林：《国际公法规则之冲突—WTO 法与其他国际法规则如何联系》，周忠海等译，北京：法律出版社，2005 年版，第 168 页。

[15] International Bar Association，Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction，6 February 2009，available at http://www.ibanet.org/Search/Default.aspx?q=extraterritorial%20jurisdiction．

[16] J. van den Brink，Helms-Burton：Extending the Limits of US Jurisdiction，Netherlands Int'l L. Rev. 131，1997．

[17] 22 U.S.C.§ 6081(8X11)，1996．

[18] 22 U.S.C. § 6091(b)(2)，1996．

[19] Andreas Lowenfeld，International Economic Law，Oxford University Press，2008，p.923．

斯比（Brett Busby）也认为：“对于此法案的规定没有任何有说服力的管辖权基础……依据美国外交关系第三次重述以及与其前身有关的管辖权问题规定，该法案的依据不具有正当性。”[20]美洲国家组织 1996 年大会对该法案也发表了批评意见，其司法委员会认为：“美国的管辖是对其本土外外国人的绑架，这些外国人无论是国籍还是行为都和美国没有任何联系。这些行为与基本国家利益间没有明显联系，不符合国际法。”[21]同年，美国在《赫尔姆斯-伯顿法》颁布后，又“乐此不疲”的推出了《达马托法》，即《伊朗和利比亚制裁法案》，他旨在禁止任何其他国家国民对伊朗和利比亚石油生产部门进行投资，只要投资超出了 4 亿美元。[22] 该法遭到了几乎一致的谴责，被视为“试图令国会通过的最激进的域外管辖扩展法案”。[23]英国牛津大学法学教授沃恩．劳（Vaughan Lowe）更是认为：“该法案并不是以美国和其他违规者之间存在利益关系作为实施惩罚的前提，也没有显示出对与国家间管辖权分配有关的国际法原则的尊重……他将世界看做一个伟大的联邦而美国充当着这个联邦政府总统的角色。”[24]

美国的这两个法案遭到了多数发达国家的反对，而这些国家多数是其盟友。例如，欧盟颁布了“封锁令”和“追回”条款，前者禁止其成员国遵守《伊朗和利比亚制裁法案》，后者允许因此法案利益受损者在欧洲法院提起损害赔偿。与此同时，欧盟还威胁要召开世界贸易组织专家小组会议来否决这一法案的合法性后。除了欧盟的反对，英国、加拿大、澳大利亚、墨西哥等通过制定“阻却立法”（blocking statutes）形式来阻止或抵消美国的单边域外经济制裁对本国商业利益造成的任何损害。[25]经过各国的抗争，美国最终通过总统否决的方式对这些具有争议的域外经济制裁做出了妥协。[26]

（二）单边域外经济制裁存在双重标准

尽管单边域外经济制裁受到普遍反对，但是令人沮丧的是无论发达国家还是发展中国家都对其持国际政治中的“双重标准”，一边反对一边使用。例如，1988 年美国《对外关系法重述（第三次）》第 403 条规定：“考虑到在约束行为者或行为时与其他国家存在竞争关系或利益，如果这种约束行为是“不合理”的话，那么应该避免维护自己的立法管辖权。”[27]为此，美国抵制阿拉伯联盟对以色列发动的次级制裁，禁止其公民和企业遵守阿拉伯联盟对以色列的抵制法律。由此可见，美国既是单边域外经济制裁最为积极的制定者和推动者，又是单边域外经济制裁的反对者。除了美国，欧盟在抵制单边域外经济制裁的同时，

[20] J.Brett Busby，Jurisdiction to Limit Third-County Interaction with Sanctioned States：The Iran and Libya Sanctions and Helms-Burton Acts，36 Colum. J Transnat’l L.621，1998.
[21] Organization of American States，Opinion of the Inter-American Juridical Committee on Resolution, Freedom of Trade and Investment in the Hemisphere, AG/DOC.3375/96, Aug. 23, 1996, reprinted in 35 I.L.M. 1326, 1334.
[22] 50 U.S.C. § 1701，1996.
[23] See Charles Tait Graves，Extraterritoriality and Its Limits：The Iran and Libya Sanctions Act of 1996，21 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 715，1998.
[24] Vaughan Lowe，US Extraterritorial Jurisdiction：The Helms-Burton and D'Amato Acts，46 Int'l & Comp. L.Q. 385-386，1997.
[25] 关于这些国家“阻却立法”的详细内容可参阅杜涛的《国际经济制裁法律问题研究》，北京：法律出版社，2015 年版，第 148-163 页。
[26] Sarah H. Cleveland，Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions, 26 Yale J. Int'l L. 1，60-61，2001.
[27] Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 403，1987.

也主张参与或发起单边域外经济制裁。只是相较于美国，欧盟对单边域外经济制裁持更为谨慎的态度。制裁的对象也囿于践踏《联合国宪章》的严重行为，在实施时也自觉援引联合国安理会的决议，并在其框架内实施。[28]尽管发展中国家实施单边域外经济制裁的例子很少，但是绝非没有。最典型的就是阿拉伯联盟对以色列发动的单边域外经济制裁。阿拉伯联盟为此制定了全面性的法律禁止非以色列公司与以色列有贸易关系。阿拉伯联盟成员制裁在以色列有办事处或分支机构的具有非以色列国籍的公司，只要这些公司使用了以色列的设备或原料、向以色列公司提供咨询或建议、在以色列获得知识产权许可或与以色列有任何其他关系。即使没有与以色列进行任何商业活动，个人或公司也可能被抵制，只要他们对犹太复国主义同情、加入在外国的以色列商会、从事同情以色列的政治活动。同时制裁也适用于与符合上述条件的个人或企业从事商业往来的个人或公司（即三级经济制裁）。[29]

总之，尽管某些发达国家和发展中国家都反对单边域外经济制裁，但是又都对其持一种开放性态度，以自身利益判断是否实施单边域外经济制裁。除了双重标准外，更令人警觉的是西方，尤其是美英和欧盟在单边域外经济制裁领域的暗自配合。例如，针对《赫尔姆斯-伯顿法》，尽管欧盟对该法案也表示过不满，但仍参与了美国对古巴的经济制裁，直至 2005 年欧盟才暂停了这一制裁。[30]更甚的是，2010 年奥巴马政府签署了《全面伊朗制裁、究责和撤资法》，其相比于《赫尔姆斯-伯顿法》和《达马托法》有过之而无不及，然而欧盟不仅没有像十几年前那样抵制，反而与美国采取同步政策，也通过了一项几乎与该法案同样的对伊朗制裁条例。[31]针对这一现象，抛开利益论不谈，也许英国著名国际法学家和实务家菲利普．桑斯（philippe sands）的话可以给我们以警示：“20 世纪 40 年代，美国和英国构思了一个世界法律秩序，当其主权面临国际规则限制时，美国试图绕开那些规则，尤其是那些规则不能给他带来直接的经济利益的时候，对于这种现象，英国近年来倾向于视而不见，甚至干脆与美国同流合污。”[32]

四、单边域外经济制裁的国际法规制方法

（一）判定损害

当国家将自己的管辖权限制在了属地—国籍范围内时，并不能仅因为其对第三方造成负面影响，而断定这样的措施属于不适当的域外管辖（单边域外经济制裁）。[33]因为在有些情况下，初级经济制裁也有可能给第三方带来经济损失。例如，美国实施单边初级经济制

[28] 王淑敏：《国际投资中的次级制裁问题研究—以乌克兰危机引发的对俄制裁为切入点》，《法商研究》，2015 年第 1 期。

29 Eugene Kontorovich，The Arab League Boycott and WTO Accession：Can Foreign Policy Excuse Discriminatory Sanctions?，4 Chi. J. Int'l L. 283，2003.

[30] 阎梁、何劲汶：《欧盟、美国对伊朗的经济制裁：政策分歧及其弥合》，《欧洲研究》，2012 年第 3 期。

[31] 杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，北京：法律出版社，2015 年版，第 175-176 页。

[32]［英］菲利普．桑斯：《无法无天的世界—当代国际法的产生与破灭》，单文华等译，北京：人民出版社，2011 年版，第 7 页。

[33] Jeffrey A. Meyer，Second Thoughts on Secondary Sanctions，30 U. Pa. J. Int'l L，905.

裁，阻止美国公司与目标国进行直接贸易，这也可能损害协助美国公司向目标国提供商品和服务的第三国公司的利益。假设美国法律禁止通用电气公司向苏丹出售飞机引擎，那么毫无疑问，作为通用公司的主要零件供应商，这种限制也会对中国的零件供应商带来很大的商业损失。但是，这种经济损失并不意味着美国超过了自身管辖权的范围。

尽管初级单边经济制裁造成第三国的损失有时不应被视为单边域外经济制裁，然而如果这种对第三国的附带损害违反了制裁国应该履行的国际义务，那么制裁国就需要负责任。例如，GATT 第 22 条规定了“利益丧失和减损”，其第 1 款规定：“如一缔约方认为，由于下列原因，它在本协定项下直接或间接获得的利益正在丧失或减损，或本协定任何目标的实现正在受到阻碍，（b）另一缔约方实施任何措施，无论该措施是否与本协定的规定产生抵触，则该缔约方为使该事项得到满意的调整，可向其认为有关的另一缔约方提出书面交涉或建议。任何被接洽的缔约方应积极考虑对其提出的交涉或建议。”也就是说依照该款，如果制裁国的初级经济制裁在 WTO 义务下对第三国利益产生了损害，那么无论这种制裁是否针对第三国，第三国都可以依据这一条声称“利益丧失和减损”，主张赔偿。这种情况下对第三国造成的损害相当于单边域外经济制裁对第三国造成的损害。

（二）相互谅解

关于单边域外经济制裁问题，通过双边或多边协商机制来解决这一问题是更为有效的途径。[34]例如，1998 年欧盟和美国达成了一项《跨大西洋政治合作伙伴关系协议》（Transatlantic Partnership on Political Cooperation）。该协议其中的一份备忘录是“关于相冲突的要求的备忘录”（Understanding on Conflicting requirements）。该备忘录可以为如何协调单边域外经济制裁提供一种思路。该备忘录的目的就是解决管辖权的行使与另一缔约方法律或政策冲突的问题。在作者看来，他以递进式的方式规定了解决办法。首先，应依据相关国际法原则。业已确定的国际法原则是解决这一问题基础，想要超越这些原则除非可以提出被普遍接受的新的原则。其次，如果突破了这一原则，那么应该采取缓和与克制的方法，不可咄咄逼人。同时如果双方先前存在契约义务，那么应该遵守。最后，如果不能做到以上两点，双方同意先磋商。磋商仍不成，可以启用准司法形式，即当事方小组（Parties Group）。由当事方小组提供法律意见。尽管这个备忘录有助于解决域外管辖纠纷，但是应该看到欧盟和美国是政治与经济上的紧密合作伙伴，甚至可以说属于西方盟友，实力相当。盟友间的纠纷可以通过这种谅解的方式解决，那么美国与非盟友，尤其是对发展中国家，就不会这么客气。可以说，能不能达成谅解不仅仅取决于援引国际法原则的意图，更取决于双方的实力，尤其是经济实力。

（三）提供补偿

如果制裁国为了达成自己的目的，执意推行单边域外经济制裁，那么借用一句俗语“能用钱解决的问题都不是问题”，制裁国应以对第三方补偿的方式获得“谅解”。关于这一点可以借鉴联合国经济制裁的规定。从逻辑上讲，联合国集体制裁的代价不应该由与目

[34] 杜涛：《美国单边域外经济制裁的国际法效力问题探讨》，《湖南社会科学》，2010 年第2 期。

标国有显著经济关系的第三国承担。面对此情况，如果第三国因为联合国经济制裁而承受了显著的经济损失，那么第三国可以援引联合国宪章第 50 条。该条规定：“安全理事会对于任何国家采取防止或执行办法时，其他国家，不论其是否为联合国会员国，遇有因此项办法之执行而引起之特殊经济问题者，应有权与安全理事会会商解决此项问题。”也就是说，第三国因为联合国的经济制裁而对自己造成特殊经济问题的话，可以与安理会会商此事。尽管该款没有明确规定联合国应对第三方补偿以及如何补偿问题，但是会商理应包括补偿问题。不然仅凭道义上的劝说，仍旧无法解决第三方特殊经济困难问题。由于联合国会费有限，关于补偿标准很难做出一个规定。但是像美国和欧盟这样的超强经济体完全可以通过“购买”形式谋求第三国在单边域外经济制裁上的合作。反之，如果既不想出钱，又想强迫第三国就范，那么就是毫无道义的行为，是赤裸裸的“霸权”。

（四）发挥国际组织作用

为什么单边域外经济制裁横行，其中一个重要原因是当集体行动无法协调或面临突发性危机时，美国认为他应该采取单独行动，并且不惜把这种“单边主义”推向极端，演变成把本国立法强加于国际社会的强权主义做法。[35]联合国安理会的经济制裁是当今国际社会最重要的集体行动，但是由于安理会成员间的利益分歧，导致联合国经济制裁要么无法通过，要么效果大打折扣。这种情况随着大国间力量此消彼长和利益的重新分配，会继续存在下去。这就会导致单边域外经济制裁越来越常见。[36]因此，大国间在联合国的良性互动才是解决单边域外经济制裁最重要的方法。

总之，从国际法的角度看，所有现在阐明的法律原则都在和其他的法律原则的紧张关系中获得发展。通过这种发展，单边域外经济制裁问题的解决最终会得以突破。从国际政治角度看，单边域外经济制裁问题的最终解决在很大程度上取决于国际力量的对比和各自对不同价值目标的平衡。[37]通过这种博弈，单边域外经济制裁问题最终会以互相妥协的方式被“封存”。

Abstract: Combined with the “long-arm jurisdiction”, unilateral economic sanctions have gained tremendous expansion space. Due to the fragmentation of international law and the relative weakening of the concept of national sovereignty, sanctioning countries can impose unilateral extraterritorial economic sanctions on countries with weak ties. Based on the reality that unilateral and extraterritorial economic sanctions are generally opposed and double standards, the state and society demand that they be regulated. In this regard, we can consider regulating it from four aspects: judging damage, mutual understanding, providing compensation, and playing the role of international organizations.

Keywords: unilateral economic sanctions; long-arm jurisdiction; regulations by International

35 宋晓平：《赫尔姆斯- 伯顿法及其与国际社会的冲突》，《拉丁美洲研究》，1997 年第 6 期。
36 事实上，尽管国际社会存在具有争议的域外单边经济制裁，但是他毕竟是优于使用军事力量的手段。
37 胡剑萍、阮建平：《美国域外经济制裁及其冲突探析》，《世界经济与政治》，2006 年第 5 期。

中国国际商事法庭相关制度探讨

王锦栎

摘要：为了更好的应对对外经贸中的纠纷解决，让我国司法在世界商事贸易中占据主动地位，2018 年 6 月，最高人民法院分别在深圳、西安设立了“第一国际商事法庭”和“第二国际商事法庭”，作为服务于“一带一路”建设工程设立的最高人民法院的常设审判机构，中国的国际商事法庭已经搭建起基本的框架，在商事法庭的管辖问题、人才力量的搭建等问题上可以多参照其他国家成熟的既有模式，比如逐步引入外籍法官、附条件的设置上诉制度，使中国国际商事法庭不断的完善。

关键词：国际商事法庭、管辖权、外籍法官

世界经济论坛在的《国别竞争报告》中提出一个观点：“司法制度的质量是衡量国家竞争力的重要指标之一。”法治作为无形资产，对国家的经济发展的影响力最为显著。仲裁作为商事交往的纠纷解决办法，虽然极具高效性和自由度，但是也存在着缺乏权威、仲裁员的中立性难以得到保证、裁决的承认和执行等问题，为了让本国司法资源能够抢占先机，除了传统的英国、法国和美国的商事法院之外，新兴的迪拜、新加坡、哈萨克斯坦、德国等国家纷纷通过立法和修改法律，为国际商事法庭在本国的司法体系确定一个重要和特殊的位置，为商事法庭的运转提供便利，比如新加坡还修改了宪法，专门针对国际商事法庭设立了国际法官制度，本文拟选取典型的几个国家的商事法庭为研究和比较对象，对其设立背景、审级和司法人员构成进行研究，并从中总结成功的可借鉴的经验。

一、中国国际商事法庭的创新

（一）国际商事法庭存在的必要性

在商事交易中，由于经贸流转自身的特性使得商事主体渴望以高效便捷的手段处理纠纷，因此仲裁是商事主体用于解决纠纷的惯常手段之一。随着经济、贸易、产品全球化潮流席卷而来，加上互联网商事交易，线上交易等多种新型商业模式的不断涌现，对于商事交易尤其是国际间的商事交易中的纠纷如何更好地应对，是我们面临的新命题。

传统的最常见的仲裁，虽然极具灵活性，仲裁机构会提供庞大的仲裁员名册，但是不同的文化背景以及仲裁员选择制度，会使得当事人会有自己所选择的仲裁员和对方当事人选择的仲裁员各自为营的对立感，在收费机制下，对仲裁的中立性有所怀疑，且仲裁行业缺乏监督机制，裁决也具有终局性，当事人对裁决缺乏可预见性和达成一致性。[1]《纽约公约》也没能很好的解决仲裁的执行问题，据调查，申请执行地的程序、行政人员和法官的偏见等因素都使得执行困恼重重，申请人最终转战海外或者是其本国需求方法执行。23在

[1] 徐伟功：《国际商事仲裁理论与实务》，华中科技大学出版社 2017 年版，第 16 页。

[2] 沈伟：《国际商事法庭的趋势、逻辑和功能——以仲裁、金融和司法为研究维度》，《国际法研究》，

过去十多年的商事实践中，逐渐兴起了兼具仲裁自由度和司法系统规制和诉讼性质的国际商事法庭（国际商事法院）从国际层面看，已经建立有新加坡国际商业法庭（Singapore International Commercial Court）、迪拜国际金融中心法院（Dubai International Financial Center Court）、伦敦商事法庭［Commercial Court（England and Wales)］、印度商事法院、荷兰商事法庭（The Netherlands Commercial Court）、卡塔尔国际法庭和争议解决中心（Qatar International Court and Dispute Resolution Center）、布鲁塞尔国际商事法庭（Brussels International Business Court）、德国法兰克福地区法院国际商事法庭等[4]。中国作为世界第二大经济体，成立中国国际商事法庭是顺应世界潮流之举，可以提升中国司法在国际商事审判领域的话语权。

（二）商事法庭的创新点和优势

1. 级别和审级

在商事法庭的级别上，国际上一般分为较高级别的商事法庭和分级设立的商事法庭，较高级别的典型代表有新加坡和英国，分级设立的商事法庭比较典型的国家是法国和迪拜。依据《迪拜第 12 号法律》，迪拜国际金融中心初审法院、迪拜国际金融中心上诉法院及其他法庭构成了完整的商事法院系统。[5]而法国则会随着实际情况改变，根据法令授权在不同区域设置商事法院，如果某一时期在某区域商事交易很重要，就会由法令授权规定商事法院的管辖范围，在案源稀少且没有存在必要时，同样也会以法令来取缔，这种灵活的设立方法不是按照普通区域平均划分的，是法国商事法院独有的特色。[6]

我国国际商事法庭是最高人民法院的常设审判机构，所做的判决一审为终审

判决，没有上诉机制。当事人可以通过申请再审来救济自身权益，《规定》第 15 条和 16 条表明，最高人民法院本部受理前款规定的申请再审案件以及再审案件，均应当另行组成合议庭。而新加坡国际商业法庭、阿布扎比全球市场法庭、阿斯塔纳国际金融中心法院、迪拜国际金融中心法庭、印度商事法院和商事法庭均采取二审终审制。而且我国明确规定国际商事法庭的受案标的额为人民币 3 亿元以上，对案件受理与否制定了标的额标准，这些创新的具有中国特色的安排充分体现了我国商事法庭追求高效、便利、低成本的原则。

2.“三位一体”的“一站式”国际商事纠纷解决平台

[3] 年第 5 期，第 102-128 页。

[4] 杜涛,叶珊珊：《论我国国际商事法庭管辖权制度的完善》，载于《中国国际私法与比较法年刊》，2018 年第一期，第 187-199 页。

[5] 何其生课题组,刘桂强,钱振球,陈泰铭,林峰,蒋钦荟,张霞光：《当代国际商事法院的发展——兼与中国国际商事法庭比较》，载于《经贸法律评论》，2019 年第 2 期，第 60-80 页。

[6] 李玉林：《论法国特殊商事审判制度——以商事法院与商事法官为中心》，《山东审判》，2008 第 3 期，第 117-120 页。

《规定》第 11 条写明，最高人民法院组建国际商事专家委员会，并选定符

合条件的国际商事调解机构、国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台，形成“一站式”国际商事纠纷解决机制。根据《规定》第 8 条、第 12 条可知，商事委专家员会可以提供外国法的查明作用，根据法庭授权进行调解。《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》也规定了商事委专家员会具有对国际条约、国际商事规则、外国法的适用进行查明和解释，提供咨询的功能，减轻了当事人寻求专家辅助人帮助的困难。不同于一般法院的法官，一个主体发挥两种作用，既负责调解由负责审判，商事委员会专家来自不同领域、不同职业和国家，主要提供咨询服务，最终的裁决由法官完成，这既能推动我国商事法庭在国际上的影响力，也能避免法官和专家委员会的职能重合与冲突。我国国际商事法庭有 32 个成员，对于来自不同国家的专家的中立性如何保证、如何确保公平，以及专家委员会对案件的参与程度都是有待完善的问题。

关于“三位一体”的一站式”国际商事纠纷解指调解、仲裁、诉讼有机衔接，

调解作为极具中国司法实践特色的争议解决手段，在诉讼中被各级法院广泛运用，灵活高效的化解了许多纠纷，能够有效解决问题，并且以最小的成本动用司法资源，是我国特有的争端解决方法，而且我国在国内北京、上海、深圳等地区已建立起多个调解机构、仲裁机构，具备实现“三位一体”的基础条件，《规定》对对接流程的实施细则也制定了相应的办法，国际商事法庭支持对仲裁裁决的承认和执行，一定程度上解决了仲裁裁决执行难的问题。[7]

3.诉讼程序信息化便捷化建设

《规定》第 9 条规定, 当事人提交的证据材料系英文且经对方当事人同意的,可以不提交中文翻译件。不同于《民事诉讼法》对域外证据的公证认证的强制性要求，司法解释明确规定，国际商事法庭对域外证据采纳与否根据质证来决定，当事人提交的证据材料系英文且经对方当事人同意的, 可以不提交中文翻译件。这大大减少了当事人为准备相关诉讼材料所需做的程序类事项，《规定》中表明可以通过视听传输技术及其他信息网络方式提交证据和质证。国际商事法庭在诉讼程序上积极推进信息化建设，由于国际商事案件的当事人一般位于不同国家，强制要求到案会很耗费时间精力，因此我国通过电子诉讼等平台的运行为当事人提供网上立案和缴费、提交证据、送达文书、庭前会议、开庭等行为予以支持，体现了我国高新科学技术在司法方面提供了极大的便利。我国商事法庭的信息化建设还可以做到逐步实现审判流程的依法公开，探索信息化的审判模式，在商事法庭的官网语言处设置不同国家语言，方便各个国家的人了解有关信息及查询文书。

二、国际商事法庭发展背景

[7] 梁嘉越：《“一带一路”国际商事争端解决机制下国际商事法庭创新研究》，江西财经大学 2019 年硕士论文。

（一）商业驱动型国际商事法院

根据产生背景、历史因素的不同，世界上的国家商事法庭主要分为内发型和外原型，也即商业驱动型和国家驱动型国际商事法院。商业驱动型比较典型国家为英国和法国，当地的商人由于实务需要，要求建立能有效迅速解决纠纷的专业机构，避免走诉讼的冗杂流程，由商事方面的专业人士来处理纠纷也更具有针对性和信服力，因此商事法院应运而生。

1.法国商事法院

商事审判在法国占据比较重要的地位，作为法国大革命流传下来的司法制度，其受案内容广，不仅包括商品买卖、银行营业行为、抵押等，还受理商事公司之间的纠纷及公司的债务纠纷、破产、重整和清算。[8]根据商事活动的实际情况，依据法令授权商事法院，在商事法院没有存在意义时依法令撤销，这种安排会导致部分地区没有商事法院，在该处发生的纠纷则由有权限的其他法院管辖，法国的商事法院最特别之处在于商事法院的法官都是由商人自己选举产生，商人选取信得过并且熟知商事惯例规则的专业人士，且法官有任职期限，根据《法国商法典》的规定，商人法官被选举的条件有国籍、年龄、所经营的企业不能陷入破产或清算程序，公司的资质等严格要求。法官初次被选举任职期为两年，再次被选上任职期为四年，法官可以连选连任，但在不中断连续任职十四年之后的一年内失去任职资格，这种任职期间制度设计十分合理，首次任职期较短是可以观察被选任的法官是否适合和称职，为了之后的长期任职做铺垫，设置一个十四年的期间中断的做法，也可以促使新法官的加入，人员变动。对纠纷以判决的形式处理，由一人独任或者三人的单数合议庭审理，商事法院在之后经历了多次改革，职业法官和商人选任的人士谁更胜一筹是争议焦点，一些小商事法庭也被撤销。2017 年 5 月公布的公布《关于设立处理国际商事纠纷的专门法庭的倡议》，巴黎金融中心高级法律委员会建议合并巴黎商事法院的部分法庭，用以专门处理国际商事纠纷，并在巴黎上诉法院创设专门法庭，为此类争议提供上诉审理。[9]2018 年新设立的巴黎国际商事法庭，实际上是以前的商事法院为基础建立的，为了提高解决争议的吸引力，又对法庭进行改革，比如经双方当事人同意可以以英语为审判语言，明确了受理案件的类型。

2. 英国商事法院

英国商事法庭历史悠久，早在 1895 年的伦敦商事法庭是之后许多商事法庭建立时参照的模型，2017 年 10 月，隶属于英国高等法院王座分庭及大法官分庭的各专门法院集结，并赋予整体一个新名称，更名为“商事与财产法庭”，商事法院、巡回商业法院、技术与

[8] 李玉林：《论法国特殊商事审判制度——以商事法院与商事法官为中心》，载于《山东审判》，2008 年第 3 期，第 117-120 页。

[9] 何其生课题组,刘桂强,钱振球,陈泰铭,林峰,蒋钦荟,张霞光：《当代国际商事法院的发展——兼与中国国际商事法庭》，载于《比较经贸法律评论》，2019 年第 2 期，第 60-80 页。

建筑法院、大法官分庭下的各专门法院如知识产权法院、反不正当竞争法院、破产法院合并等成为英格兰及威尔士专业民事法院的一个单一机构，虽然对外以“商事与财产法庭”名义行动，但是原有的各个专门法院的程序、功能都得到保留了，这样的改变对域外的人更加友好便利。

英国商事法院的法官是从的出庭律师和巡回法官中选拔产生的，律师至少有十年的执业经历，法官在任职前都拥有金融、保险等各个行业丰富的工作经验在处理商事交易中的纠纷上他们能熟知规则，作出合理的裁决和解释。

（二）国家驱动型国际商事法院

以典型的新加坡国际商事法庭为例，采用的是一级两审制，上诉审由新加坡最高法院上诉法庭负责审理。新加坡最高法院上诉法庭和作出的判决具有最终效力，不允许当事人再进行上诉。新加坡法院分为最高法院（supreme court）和国家法院（state courts）两个层级。其中，最高法院包括高等法院（high court）和上诉法院（court of appeal），如果当事人对高等法院作出的判决不服，可以上诉至上诉法院。新加坡最高法院上诉法庭和作出的判决具有最终效力，不允许当事人再进行上诉。

新加坡专门对其宪法进行修订，修改了其中关于国际法官的事项的规定，例如，规定，总统可以接受总理对于国际法官的任命建议，任命一名首席大法官推荐的具有基础资格条件、审判经验和个人素养的人担任最高法院的国际法官。这也是由于新加坡属于英美法系且该国大多数贸易受到普通法管辖这一因素决定的。其法官背景更加多元，既有来自普通法系的国家或地区，也有来自大陆法系的国家。目前，新加坡国际商事法庭中共有 15 位国际法官，分别来自英国、美国、加拿大、澳大利亚、中国香港[10]且由于历史因素，以英语为主要工作语言。

在判决的承认和执行方面，《英联邦判决相互执行法》《外国判决相互执行法》以及《选择协议法院公约》，因此新加坡商事法庭的判决可以直接通过注册得到十多个国家的承认和执行。2017 年“高尔集团股份有限公司申请承认和执行新加坡高等法院民事判决案”就是中国法院首次承认和执行新加坡法院商事判决。[11]

三、商事法庭的制度完善

（一）管辖权制度中国国际商事法庭成立后，同年 6 月 25 日通过了《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《规定》），对国际商事法庭的受案范围、管辖权、法官选任和法律的查明及适用等问题做出规定。其中《规定》第 2 条指明，由国际商事法庭受理的案件分为最高院认为有必要的和当事人协议选择且标的额为 3 亿元以上的两种，《规定》第 3 条对国际商事案件的界定可以认定为本规定所称的国际商事案件：（一）当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；（二）当事人一方或者双

[10] 同脚注 8

[11] 赵蕾,葛黄斌：《新加坡国际商事法庭的运行与发展》，载于《人民法院报》，2017 年第 8 期。

方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；（三）标的物在中华人民共和国领域外的；（四）产生、变更或者消灭商事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的。也即何为“国际性”案件，基本和《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释(一)中对涉外民事关系的界定相同，但是较《涉外民事关系法律适用法》而言缺少了兜底条款，即第 5 条的可以认定为涉外民事关系的其他情形，可以看出对国际商事案件的范围设定较为审慎，在原本的“法律关系三要素”主体、客体、产生和消灭法律关系的事实的基础上再次限缩[12]，国际商事法庭受理的案件可以更偏向被理解为处理标的额巨大的涉外案件的分支，一方面，和全球化趋势的发展不能很好的匹配，在涉外争议多样化的今天，应该做的是更多的吸引各个商事主体选择我国的商事法庭解决纠纷，对受案范围的限缩性规定可能与设立法庭的立意相悖；另一方面，可能会导致司法不公的现象产生，国际商事法庭受理的案件和我国各个中、高级法院处理涉外民事法律关系的存在重合的可能，两条并行的路径存在着程序上的种种差异，会对案件的实体结果产生一定的影响，因此，这种重合可能会导致司法不公的现象产生。相比而言，新加坡国际商事法庭对案件“国际性”的界定更加符合商事法庭设置目的之需要，我国可加以借鉴[13]，新加坡《最高法院法》第 110 号令规定[14]，只需要符合营业地标准，即营业地或者实质义务履行地位于不同国家，或者是双方协商一致任何一项即可。新加坡采取营业地作为连接点也比较符合商事主体的行动轨迹，更符合商业行为的逻辑，更符合国际性的要求。商事法庭的“国际性” 强调国际化司法色彩，而涉外性则强调的是固定管辖连结因素的涉外商事法庭。[15]我国可以考虑更清晰的规定国际商事法庭的受案范围，将营业地作为连接点作出规定，更加符合世界潮流。有关协议管辖的规定，伦敦国际商事法庭的受案范围则可以是“任何法域的贸易和商事交易纠纷”即“离岸纠纷”，即对案件与本国有无实质联系没有要求，这种创新大胆的做法会吸引更多人选择在其国际商事法庭解决纠纷，对受案要求限制少，越便利商事主体。在我国，根据《民事诉讼法》第 34 条的规定，当事人可以书面协议选择与争议有实际联系的地点的人民法院管辖。这说明我国的商事法庭遵循实际联系原则，只受理与我国有实质联系的案件。和我国类似的有荷兰商事法庭，其受理国际商事案件的条件是，诉讼各方已选择阿姆斯特丹地区法院作为审理其案件的法院，或基于其他理由阿姆斯特丹地区法院有权审

[12] 刘俊敏,童铮恺：《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的建设与完善》，载于《河北法学》2019 第 8 期，第 48-58 页。

[13] 黄进,刘静坤,刘天舒：《中国国际商事法庭制度改革探析》，载于《武大国际法评论》，2020 年第 6 期，第 1-14 页。

[14] See Singapore Supreme Court of Judicature Act, Rules of Court, Order 110, Article 1(2)(a)：

（1）争议双方的营业地位于不同国家；（2）任何一方当事人在新加坡都没有营业地；（3）当事人之间商事关系中实质义务的履行地或 与双方争议事项有着最密切联系的地点不同于任何一方当事人的营业地国；

（4） 诉讼当事方明确同意争议的标的涉及两个以上的国家。

[15] 吴永辉：《论国际商事法庭的管辖权——兼评中国国际商事法庭的管辖权配置》载于《法商研究》，2019 年第 1 期，第 142-155 页。

理该案件。但是荷兰商事法庭属于法院下设法庭，不像我国商事法庭属于最高级别。有学者指出，我国之所以未将与本国无实际联系的国际商事争议案件纳入审理范围，一是国际商事法庭处于刚成立的阶段，司法资源紧张；二是或有侵犯当事人发生争议的自然裁判地审判权之嫌，同时此类案件也面临执行难的问题。[16]实际联系原则虽然会减弱商事纠纷的当事人吸引力，但确实是现阶段和我国实际情况相符合的规定，未来商事法庭走向成熟时，本条规定被修改也是极为可能。关于《规定》第 2 条中要求协议管辖的案件标的额为 3 亿元以上，一旦纠纷开始，随着双方当事人增加或者改变诉求或者被告反诉，可能会使得当事人在提交案件时担心案件标的额变动，无法达到标准进而放弃向我国商事法庭起诉，因此可以等商事法庭走向成熟后考虑放开受理案件的标的额标准，从而保证商事法庭的受案量。[17]

（二）法官制度我国商事法庭的法官由最高人民法院在具有丰富审判工作经验，熟悉国际条约、国际惯例以及国际贸易投资实务，能够同时熟练运用中文和英文作为工作语言的资深法官中选任。目前，国际商事法庭由十六名中国籍法官组成。从目前的制度设计来看，我国国际商事法庭采取的是本国法官加国际商事专家委员会的制度。这种设计也是考虑到有国际工作背景的法官更加了解商事惯例，由资深法官任职更适应复杂的商事案件的需要，具有专业性。同时商事法庭的法官属于经过考试的具有中国国籍的公务员，因此这就使得法官不会是外国籍人士。比较国外的做法，新加坡为了引入外籍法官专门修改了宪法，《新加坡共和国宪法（修正）法》规定，最高法院首席大法官可以任命外国法官担任新加坡商事法庭的法官。新加坡的 41 名法官中，有 18 名法官分别来自大陆法系和英美法系的不同国家，这种优势体现在处理与新加坡没有实质联系的纠纷时，对于商事惯例和规则的运用便不再是难题。

对外籍法官的引入问题，我国应当持审慎的态度，可以看到，引入外籍法官的新加坡商事法庭、迪拜国际金融中心法院、阿布扎比全球市场法院、卡塔尔国际法院与争议解决中心地处都地处该国的国际金融中心。金融中心占地相对较小，且大多都是实施普通法区域，与本国司法制度不同，这就促使了其国际商事法庭引入外籍法官，这样做符合实践需求，也不会对本国的司法体系造成冲击。而对于中国来说，外籍法官对中文以及中国的商业环境的了解程度是一个问题。且引进外籍法官面临着不同法系之间的观点冲突，甚至会对我国司法系统的独立性乃至国家主权造成一定冲击。[18]如果希望通过引进能够解决“离岸纠纷”的法官来提升我国商事法庭的吸引力，较为可行的做法是先尝试引进我国港澳台

[16] 梁嘉越：《“一带一路”国际商事争端解决机制下国际商事法庭创新研究》，江西财经大学 2019 年硕士论文。

[17] 杜涛,叶珊珊：《论我国国际商事法庭管辖权制度的完善》，载于《中国国际私法与比较法年刊》，2018 年第 1 期，187-199 页。

[18] 陈燕红,罗传钰,陈来瑶：《“一带一路”国际商事争端解决机制的队伍建设与机构完善——基于域外经验》，载于《广西大学学报(哲学社会科学版)》，2020 年第 3 期，第 90-96 页。

地区的法官，这样做既不会冲撞我国现有的成为法官的条件，且港澳台地区的法官会较之外国法官更为熟悉中国大陆的语言和商事习惯，并且港澳台地区的法官也有很多具有英美法系背景的知识储备，能够满足解决与我国没有实际联系的纠纷之需求。

此外，可以看到，目前我国国际商事法庭的法官主要来自最高人民法院，说明法官的国际化程度有待提升。应该拓展法官国际视野, 鼓励法官参加国际交流, 提高法官应对处理国际事务的能力, 努力造就一批能够站在国际法律理论前沿、在国际民商事海事审判领域具有国际影响的法官。[19]针对中英文的双语任职要求，我国可以多多鼓励法官留学进修，培养用英文写判词的水平，学习外国的商事规则，培养一批有资深经验，有国际化视野的法官。

（三）代理律师

在新加坡国际商事法庭和迪拜国际金融中心法院的案件中，外籍律师可以通过注册取得代理权限，注册形式分为完全注册和限制注册，只有完全注册的律师才能在“离案纠纷”中参与代理，完全注册的律师必须具有 5 年以上的执业经验而且能够使用英语参与诉讼，限制注册的律师只能在一审中就外国法的适用提交文书，不能代理。每次注册都只在一年内有效。在我国，根据《民事诉讼法》的规定，外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师，外国律师只能以非律师身份担任诉讼代理人。我国这种安排是符合我国律师选拔制度与规则的，也是长久以来的实践经验，如果贸然打开对外籍律师的准入，也会对我国的律师服务市场带来巨大冲击。

（四）建立上诉机制的可行性

根据前文介绍，我国商事法庭所做的判决为终审判决，没有上诉机制，当事人可以通过再审来救济权利。审判监督程序可能会给判决的承认和执行带来困难，新加坡商事法庭、国际金融中心都设立了上诉制度，都是新加坡商事法庭的两审终审制其上诉程序是有条件的，有一些事项为不可上诉之事，有些事项需要得到准许才能上诉，这样做既保障了当事人的上诉权，维护司法公正，又通过对上诉条件加以限制，避免了司法资源浪费，以及案件的周期过长拉低效率。我国国际商事法庭目前实行的一审终审制符合我国的司法体系，这样做不会突破原有审级制度的法律规定，实施和落实起来更加可行，是符合我国国情的结果。

四、结语

总之，国际商事法庭作为响应“一带一路”号召，我国积极参与全球治理的伟大创举，其制度设计总体来说是符合国情和现有的司法体系与制度的。但截至目前，从国际商事法庭官网上可查阅已结案的 5 个案件中，只有 1 个案件是双方当事人协议选择的，其他 4 个

[19] 最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》, 法发[2015]年第 9 号, 2015 年 6 月 6 日, 第 15 条。

案件都是法院认为有必要审理的，可以看出，进行制度改革，优化商事法庭的程序，司法配置和对管辖权更精准且宽松的作出规定会更加提升对纠纷当事人的吸引力。同时，虽然国际上较为成熟的新加坡商事法庭、迪拜国际金融中心法院等成熟的模式可以为我们所借鉴，但是其有些制度是其现有的地理、历史因素促成的结果，不一定是适合我国的国情与司法制度的，我国可以在法官的职业化人才的定向培训、审判语言的国际化、商事法庭的智慧化建设、加强商事判决的承认与执行等方面多加着力。

日本核废水排海的国际责任及中国的因应之策

王沛 徐子怡*

摘要：2021 年 4 月 13 日，日本政府无视周边国家和国际社会的质疑和反对，公然决定将福岛核废水排放入海。日本此举冒天下之大不韪，遭到国际社会的剧烈谴责和质疑。历史上的核事故，例如切尔诺贝利和三哩岛核事故都是大气污染，没有类似日本福岛核废水排海的海洋污染，日本福岛核废水排海及其可能引发的风险,不论对中国还是对世界都是新问题。认真开展福岛核废水排海所涉及的国际法原则和义务的研究，积极采取合理的防范和应对措施，是当前面临的一项重要任务和挑战。本文通过对日本核废水排海行为的法律与事实分析，对比历史上的核污染案例，找出日本核废水排海的争端解决对策及国内应对计划，为世界贡献中国智慧和中国方案。

关键词：国际责任 核废水排放 联合国海洋法公约 海洋命运共同体

一、日本排放核废水的国际责任

（一）日本排放核废水违背了国际公约

1.日本的倾废行为与《日内瓦公海公约》、《联合国海洋公约》

日本政府于 2021 年 4 月 13 日召开有关内阁会议，正式决定将福岛第一核电站上百万吨核废水经过滤并稀释后排入大海，排放于两年后开始。2011 年的福岛核事故是迄今为止最严重的核事故之一，德国海洋科学研究机构的计算结果显示，福岛核废水从排放之日起，57 天内放射性物质就将扩散至太平洋大半区域，3 年后美国和加拿大就将遭到核污染影响，10 年后将蔓延全球海域。人类命运共同体背景下，核废水的排放不仅是日本的国内事件，更是人类环境安全重大事件。日本的行为置全球海洋环境和国际公共健康安全于不顾，涉嫌违反了日本依据《联合国海洋法公约》、《日内瓦公海公约》和《伦敦倾废公约》所应承担的国际法义务。[1]

日本作为《日内瓦公海公约》、《联合国海洋公约》的缔约国，其排放核污水的行为违反了公约约定。关于国际海洋环境保护问题，《日内瓦公海公约》作出了一般性的规定，公约第 25 条：各国应当禁止倾弃放射性废料与有害物质，以免对于海水及其海水上空造成污染。日本此次的排核污入海的行为正是将具有放射性的废料排放在海水之中，明显与《日内瓦公海公约》条款所约定的内容相悖。

其次，日本排放核污水入海的行为违背了《联合国海洋公约》中关于国际海洋环境保护的条款约定。《海洋公约》在 Part XII 中对于海洋环境问题作出了一系列的规定，从以下三个方面来看，日本此次的行为均违反了《海洋公约》的条款。

第一，日本排放放射性核污水到海洋的行为违反了《海洋公约》中的关于海洋环境的

* 王沛(1976-)，女，山东聊城人，法学博士、河北经贸大学教授，研究方向：国际刑法；徐子怡（1997-），河北石家庄人，河北经贸大学国际法专业研究生，研究方向：国际公法.

[1] 刘恩媛.论国家跨境环境损害的防治义务[J].上海政法学院学报(法治论丛),2015,30(04):31-39.

国家责任，对其他国家和国际海洋环境造成了损害。192 条中规定，所有国家都有义务保护海洋环境，这是缔约国家的一般国家责任；194 条第(2)款中表明，各国的活动不能对其他国家及其环境造成危害，且缔约国应当保障产生的污染不会扩散到其主权权利行使地区以外。[2]针对日本此次排核污水入海行为，海洋系统作为流动的系统，污水会随着海水洋流的流动扩散到周边邻近国家甚至全球。此外，日本所排放的核污水中所包含的碳 14、碘 129 等放射元素，对于海洋环境的生态系统将会产生及其恶劣的影响，这种侵害是长期的、积累的，而放射性元素对于海洋生物链的侵害会随着海洋生物至人类本身。因此日本该行为不但使得污染物扩散到了其他主权国家，甚至对人类海洋环境造成了破坏。

第二，日本排放核污水的行为，属于单方面依据其国内法进行“倾倒”污染，并未得到其他沿海国主管当局的许可。日本在 2011 年海啸地震过后，依据其国内所制定的《核原料物质、核燃料物质及核反应堆规制法》开始对此种危害程度较高核废料进行倾倒。但是根据《海洋公约》210 条第(3)款的规定，针对海洋废弃物“倾倒”的国内立法、措施，需要其他各国主管当局的同意，否则不可以随意“倾倒”。日本倾倒核废水所依据的国内立法与其倾倒政策遭到其他各国的强烈反对，如韩国、中国、俄罗斯等。在此情形下日本仍要进行废水倾倒的行为，严重违反了《海洋公约》的条款。

第三，日本向海洋中排放废水的行为，是将自身陆源内部的侵害向国际海洋环境的转移。《海洋公约》第 195 条中明确阐述了缔约国不能以直接或者间接的形式将一种废弃物以另外一种形式转移到其他地方。日本向海洋倾倒核废水的行为，是将在核电站事故后所造成的国内陆源污染，通过“倾倒”的方式转移到国际海洋领域，以此来减轻自身领土范围内的陆源污染。其行为显然违反了 195 条所约定的内容。

2、《伦敦倾废公约》与一般例外规定

日本排放核废水的行为违反了《伦敦倾废公约》里所规定的国家义务，且并不符合援引一般例外规定的条件。1975 年 8 月，日本作为缔约国签署了《伦敦倾废公约》，此公约主要是制约各缔约国向海洋倾倒污染物的条约。条约 Article4（1）中规定，对于附件一中所列出的废物或其他物质，应当禁止任何形式和状态的倾倒。而日本所倾倒的核废水正属于附件一中第六款所列举的放射性废物，显然日本排放具有强放射性废水的行为违背了《伦敦倾废公约》的规定。

日本的行为同时不符合公约的一般例外情形。《伦敦倾废公约》的 Article5 是本条约的一般例外情况，在恶劣天气引起的不可抗力的情况下，或对于人的生命构成危险的情况下，如果倾倒废物是唯一的办法，而且确信倾倒在所有方案中所造成的不利影响最小，则缔约国可以不受到 Article 4 规定的制约。[3]日本福岛核泄漏事故确受 2011 年的地震引发的海啸影响，属于因为恶劣天气所引起的事故。但对于核放射性污水的处理方式，倾倒入海的方

[2] 曲波、喻剑利:“论海洋环境保护——‘对一切义务’的视角”，《当代法学》，2008 年第 2 期，第 95 页。

[3] 蔡岩红:“日本向海洋排放核废液有违国际法各国保留对日索赔权利”，《法制日报》，2011 年 4 月 12 日，第 4 版。

案绝对不是唯一的方案。采用化学手段的蒸发、过滤以及吸附等处理手段都是可以选择的方法。日本本次的倾倒核废水的行为，不仅应当提供倾倒核废水入海的方案是唯一实施方案的证据，而且应当证明该方式做造成的不利影响最小。但日本政府缺少对排废计划的全面评估，未披露详细证据，在有替代方案的情况下仍选择排放核废水入海，无论其排海方式如何，均不适用于条约 Article 5 的一般例外情形。

（二）日本行为违反国际法原则

1. 防止跨界损害原则

防止跨界损害原则首次在特雷尔冶炼厂案中提出，该原则要求各国采取充分的措施来控制和管理其领土内或是其管辖范围内可能导致严重全球环境污染或是跨境危害的污染源，即防止危害的义务。

防止跨境损害原则已成为国家应该对其跨界损害行为负责的国际法依据，1972 年《斯德哥尔摩人类环境宣言》原则 21 条规定：“按照联合国宪章和国际法原则，各国有按自己的环境政策开发自己资源的主权，并且有责任保证在他们管辖或控制之内的活动，不致损害其他国家的或在国家管辖范围以外地区的环境。

福岛核事故是迄今为止全球发生的最严重核事故之一，其核废水入海势必对全球海洋环境造成不可逆转的损伤，危害全人类的福祉，日本核废水排海行为明显违反防止跨界损害原则要求。

2.审慎义务原则

审慎义务原则要求国家采取必要措施，以确保其管辖或控制下的行为不至于严重损害他国或国际社会利益，当科学证据还不能确定某一行为是否造成污染时，不得以“不确定”为由继续从事可能污染环境的行为。《里约环境与发展宣言》原则二规定，”各国有责任保证在它们管辖或控制范围内的活动不对其他国家或不在其管辖范围内的地区的环境造成危害“。该原则还体现在《联合国海洋公约》的有关条款，以及国际司法判例中。

日本政府在证据不足、对排废计划尚未全面有效评估，特别是在科学上存在争议的情况下决定排放核废水入海，违背了审慎义务原则。

3.国际合作原则

国际合作原则要求，国际社会成员对于影响全球的环境问题应当充分合作，通过协商以及采取必要措施的方式来解决相应的问题。《联合国海洋法公约》明确规定：各国有保护和保全海洋环境的一般义务，应当采取协调一致的办法，彼此协商，充分合作，加强海洋环境保护能力的建设，防止海洋环境污染以及将污染转移，并通过和平的方式解决环境争端。

只要有关国家的行为涉及对全球其他区域的污染，行为发生前就需要与有关国家进行多方面合作。日本关于福岛核废水派还的计划，应当事先与周边国家乃至国际社会开展合作与协商，并通过协商制定应急措施。因此，日本单方面宣布核废水排海的决定违反了国际合作原则以及《公约》第十二部分项下日本的国家条约义务

4.国家责任及赔偿原则

国家责任及赔偿原则指国家对国际不法行为或损害行为应承担法律责任，具体包括国际不法行为的责任以及国际赔偿责任。2001 年国际法委员会通过的《国家对国际不法行为的责任条款草案》指出：“国家对国际不法行为或损害行为应承担法律责任”。与国家责任相比，国际赔偿责任不以行为的非法性为基础，而是取决于发生损害的后果，引起赔偿责任的根据是损害后果而非行为本身。

根据国际法委员会的划分原则，如果国家实施行为时违背了预防义务等国际义务，产生跨界环境损害后果，国家承担国家责任；如果国家实施的行为未被国际法所禁止且已经履行足够的预防义务，但仍然产生跨界环境损害后果，则国家要承担国际赔偿责任。

日本福岛的核电产业本身并不为国际法所禁止，不构成国际不法行为，但未充分履行预防义务致使环境损害的发生应承担国际赔偿责任；关于核废水排海单方面决定及其行为后果显然构成国际法上国家不法行为，因而对此应承担国家责任。

前述各项国际法原则、公约条约规定和国际判例共同构成适用于日本福岛的核废水排海决定和行为的一整套国际法原则和规范，并确立了最基本的国际法原则和义务。福岛核废水排海的任何决定和行为，以及由此可能引发的国家责任和损害赔偿，应当对该原则与义务严格遵从

二、解决跨国核污染争端案例研究

（一）爱尔兰诉英国的 MOX 核电厂案

1993 年起英国核燃料公司计划在英国东北部的谢拉菲尔德建设一座用于轻水反应堆的 MOX 燃料核工厂，并发表关于新建 MOX 核工厂的环境影响评价的声明。作为邻国的爱尔兰担心该核工厂造成对爱尔兰海的核污染，随后向英国政府表达了对该核工厂的建设和运营的反对意见。1996 年 MOX 核工厂建设完成后，英国核燃料公司根据英国政府的要求共进行了五轮关于 MOX 核工厂经济合理性的咨询论证，爱尔兰政府一再对该论证的环境合理性部分的准确性和规范性提出质疑，但英国政府仍然计划在 2001 年 11 月正式批准 MOX 核工厂的运营。[4]

2001 年 10 月 25 日，爱尔兰书面通知英国，提出根据《联合国海洋法公约》第 287 条，将双方关于 MOX 核电厂及放射性物质跨界转移可能引起海洋环境污染的争端提交《公约》附件七规定的仲裁程序。爱尔兰还于 2001 年 11 月 9 日向国际海洋法法庭提出申请，请求法庭判令在仲裁程序开始前，采取临时措施，阻止 MOX 核工厂投入运营。

国际海洋法法庭经过审理，认为根据《公约》附件七的组建仲裁法庭对该案件有管辖权，海洋法法庭有权就该案决定是否采取临时措施，但考虑到该案中没有出现需要采取临时措施的紧急情况，故决定驳回爱尔兰采取临时措施的请求。随后，仲裁法庭经过审理对该案做出判决，要求爱尔兰与英国双方应进一步就 MOX 工厂运营将对爱尔兰海造成的可能污染积极沟通磋商，强化监测，采取适当的预防措施，并适时就磋商的情况向仲裁法庭

[4] 李毅.从国际法角度探析日本排放核废液入海问题[J].太平洋学报,2011,19(12):37-45.

提交报告。[5]

本案中的 MOX 核电厂并未实际投入使用，仅仅是由可能对爱尔兰海造成的核污染假设而引起的争端，属于预防污染的争议，而日本核污水排海的正式决定做出，是对我国乃至全球海洋环境的现实紧迫威胁。爱尔兰请求国际海洋法法庭采取临时措施，随后又依据《公约》附件七请求成立仲裁法庭，而国际海洋法法庭认定仲裁法庭对该争端享有管辖权，并就预防措施做出判决，这些做法为日本排放核废水的跨界核污染争议解决途径提供了有益的参考。

（二）新西兰和澳大利亚诉法国的核试验案

1966 年到 1972 年，法国多次在位于中太平洋的法国领土波利尼西亚的上空进行大气层核试验。1973 年法国还声明计划进一步进行空中核试验。澳大利亚、新西兰分别向国际法院提起诉讼，澳大利亚主张，法国的核试验引起的放射性微粒，严重侵犯了澳大利亚的领土主权，并导致了公海的严重污染，请求国际法院判定和宣布法国的空中核武器试验违反国际法的现行规则，并命令法国不得进一步进行这种试验。新西兰则请求判定和宣布法国在南太平洋地区进行引起放射性微粒回降的核试验，构成对新西兰权利的侵犯。同时，澳大利亚和新西兰还请求法院采取临时保全措施，命令法国在国际法院作出判决之前，停止任何空中核试验 法国随后发表声明反对国际法院对该案行使管辖权，并拒绝参加国际法院的诉讼程序。

国际法院认为，澳大利亚和新西兰依据 1928 年的《和平解决国际争端总议定书》及《国际法院规约》第 36 第 1、2 款和第 37 条起诉，可以“初步确定”法院有管辖权。[6]1973 年 6 月 22 日，国际法院发布了临时保全措施，指示法国“避免进行在澳大利亚及新西兰领土引起放射性微粒回降的核试验”。1974 年 7 月，法国总统声明法国将无条件停止空中核试验，国际法院判称，因法国单方面宣告停止核试验，原告国的诉讼请求目的已经实现，故宣布终结该案的诉讼审理。[7]由于该案管辖权问题未最后确定，国际法院最终未对实体争议，即法国的核试验行为是否违反国际法作出判决。澳大利亚和新西兰的诉讼请求主要是请求法院认定法国的核试验行为违法，而未对法国提出索赔，因而也回避了就放射性微粒回降造成本国损害的举证这个比较棘手的问题。

（三）前苏联核动力卫星坠毁引起加拿大核污染损害案

1978 年 1 月，前苏联核动力卫星“宇宙 954 号”失控，重返大气层时被烧毁，其放射性残片坠落在加拿大境内西北部 4.6 万平方公里的区域内。加拿大随后共搜集了 65 公斤残片。1979 年 1 月，加拿大援引 1972 年《空间实体造成损害的国际责任公约》和“国际法的一般原则”，对苏联卫星进入其领空及引起的放射性损害向苏联提出索赔 600 万美元。苏联则主张“宇宙 954 号”卫星上的核反应堆在重返大气层时完全烧毁，其放射性污染的可

[5] 李刚:《论海洋污染责任认定及赔偿》，中国政法大学 2006 年博士论文，第 68 － 76 页。
[6] 国际法院规约第 36 条第 2 款是关于“任择性强制管辖权”的规定。
[7] Nuelear Tests Cases (Australiav． Franee; New Zealandv． Fra-nee)，http: / / www． icj － eij． org / docket / index． php，2009 年 3 月 13 日。

能性很小，拒绝承担赔偿责任。后经双方继续磋商，前苏联最终同意向支付 300 万美元解决该问题，但不再承担其他法律责任。[8]

该案的当事双方通过多次互换照会，历经三年时间的外交谈判，以双边磋商的方式解决了核动力卫星造成的跨境放射性损害纠纷，对日本的核废水排海的海洋污染纠纷具有一定的示范意义。

三、日本核废水排海问题的争端解决方案及其中国对策

由本文上述分析可知，日本的核废水排放行为违反了国际公约和国际法原则，针对日本的不法行为可能引起的争端，借鉴上述相关核污染案例实践，解决对策大致有以下几方面:

（一）善加利用国际司法程序

通过国际司法程序制裁日本不法行为是最直接的争端解决方式，例如在国际法院或者国际海洋法法庭等国际司法机构提起诉讼或仲裁程序。但就目前程序而言，国际司法程序存在着明显短板。首先，国际法院行使诉讼管辖权，原则上以诉讼双方当事国均同意为前提，如果某一国家主张日本的排放行为涉嫌违反国际义务而要求提交国际法院，很可能会遭致日本的反对，从而遭遇障碍。[9]例如此前韩国青瓦台发言称，韩国将考虑针对日本的决定向国际法庭提起申诉，并指示各部门积极研究向国际海洋法法庭提出诉讼，但迄今为止由于取证困难等原因未进一步采取法律行动。其次，《公约》第 283（1）条规定：如果缔约国之间对本公约的解释或适用发生争端，争端各方应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见。而这种意见交换必须是就争端解决提交的外交照会，当前我国与其他沿线受害国所提起的仅仅属于外交抗议，并未履行意见交换义务，这就极大的提高了诉讼门槛，拖延了司法流程。

国际仲裁庭解决有关争端，也以争端当事国事先达成仲裁协议为前提。但由于日本及其周边的邻国都已经参加了《海洋法公约》，理论上，日本的周边邻国作为《海洋法公约》的缔约国可以参考“爱尔兰诉英国的 MOX 核电厂案”的法律依据，请求按照《海洋法公约》附件七组成的国际仲裁庭来解决核废液造成的跨界污染纠纷。[10]因此，我国应积极考虑对国际司法程序另外两条路径的运用，除简易简便的仲裁程序之外，还可诉诸国际法院或国际海洋法庭对核废水排海的国际法义务和责任做出“法律咨询意见”，为日本排放核废水的非法性提供国际法依据。

（二）通过国家间谈判或者协商的方式解决争端

谈判或者协商是国家间解决争端经常采用的方式，日本参加的有关公约也对此做了规定。如《及时通报核事故公约》第 6 条规定，发生核事故而应当向受影响的国家提供情报

[8] Martin Dixon，Robert Mc Corquodale，Cases and Materials onInternaional Law，Oxford University Press，2003，p.265.
[9] 张瑜. 危险废物越境转移的责任承担及其实践[D].浙江大学,2017.
[10] 李毅.从国际法角度探析日本排放核废液入海问题[J].太平洋学报,2011,19(12):37-45.

的缔约国，应尽其实际可能迅速地响应受影响的缔约国关于谋求提供进一步情报和进行协商的请求，以尽量减少对该国的辐射后果。《联合国海洋法公约》也对此做出明确规定：各国有保护和保全海洋环境的一般义务，应当采取协调一致的办法，彼此协商，充分合作，加强海洋环境保护能力的建设，防止海洋环境污染以及将污染转移，并通过和平的方式解决环境争端。

事实上，日本的排废决定做出后，周边国家相继都表示了的反对意见，日本政府却始终采取不负责任态度，未做出任何回应或补救措施。4 月 15 日中国外长召见日本驻华大使，就日本政府决定提出严正交涉，在国际机构框架下成立包括中国专家在内的联合技术工作组，确保核废水处置问题严格接受国际评估、核查和监督；在同利益攸关方和国际机构协商一致之前，不得擅自启动核废水排海，强烈敦促日方重新审视福岛核电站事故废水处置问题，收回排放入海错误决定。

仅凭对日外交抗议难以阻止日本，还应当借助国际社会力量。2021 年 3 月国际原子能机构公布《ALPS 评估报告》提到，净化过的污水难以去除氚这类放射性物质，除了污水排海之外，是否存在其他可替代方案存在；排海行动是否经过严格的环境影响评估；对中国韩国等周边国家保持公开透明，这些都需要促使包括国际原子能机构在内的国际组织形成决议，或发起国际行动阻止日本排放核废水，并对核污染程度、排放风险、可替代技术等对日本政府发起专家独立调查。此外，中国作为日本紧邻，隔海相望，可能成为最大的受害国之一，我国应当立即启动污染损害的科学、法律、经济、社会、环境、生态、健康、安全等方面研究，为政治、外交、法律的索赔战做好证据准备。

（三）国内应对计划

首先，应当制定国家和地方应急计划。国家有关主管和职能部门如外交部、生态环境部、自然资源部、应急管理部门等应将预防和管理日本福岛核废水排海的影响和风险列入工作计划。及时制定和出台国家和地方两级关于日本核废水排海风险管控和应急计划。

第二，应当大力研究核废水污染损害计算机建模。国家海洋研究机构，应对日本福岛核废水排海开展计算机模型建构的研究工作，包括核废水污染扩散路径范围、环境生态损害、经济社会影响、人类发展与安全风险等。为国家决策、风险管控、应急计划、公众教育提供必要和可靠的科学依据。

第三，贡献中国智慧和方案，长期以来，在建立国际海洋公共秩序方面，以美国为首的发达国家一直是国际海洋治理话语权的掌控者和公共产品的提供者。中国作为海洋大国与科技大国在国际争端解决中有着越来越多的话语权，2019 年 4 月 13 日习总书记在纪念人民海军成立 70 周年大会上提出构建“海洋命运共同体”的理念，为新世纪国际海洋治理指明了前进方向和道路。

日本福岛核废水排海决定既是机遇又是挑战，我国应将核废水排海的计算机模型和国际法研究成果作为公共产品向周边国家、国际社会和相关国际组织提供，推动国际海洋治理、构建海洋命运共同体，为国际社会贡献中国智慧和中国方案。

参考文献：

[1] 辛炳琦. 论海洋污染致损的国际法律责任[D].吉林财经大学,2019.

[2] 胡绪雨.跨境污染损害的国家责任[J].政法论丛,2015(05):153-160.

[3] 李欣尧. 核损害中的国家责任研究[D].中国地质大学(北京),2018.

[4] 晋伟浩. 福岛核污染事故的日本国家责任问题研究[D].外交学院,2017.

[5] 辛炳琦. 论海洋污染致损的国际法律责任[D].吉林财经大学,2019.

[6] 李健. 日本排放核废液入海的国家责任研究[D].辽宁大学,2017.

[7] 周维维. 核污染跨境损害赔偿责任制度研究[D].外交学院,2012.

[8] 张瑜. 危险废物越境转移的责任承担及其实践[D].浙江大学,2017.

[9] 谢诗. 跨界核污染治理的法律机制研究[D].南昌大学,2018.

[10]李毅.从国际法角度探析日本排放核废液入海问题[J].太平洋学报,2011,19(12):37-45.

[11]陈啸屹. 论跨境环境损害责任私法化发展的局限性[D].外交学院,2017.

[12]孔令杰.国际水道法相关国际判例研究[J].边界与海洋研究,2020,5(02):5-58.

我国国际商事法庭管辖权规则的完善

王若曦 中南财经政法大学 硕士研究生

摘要：

我国设立国际商事法庭以来，其管辖权规则在实践中不断经受着考验。新加坡，迪拜是目前国际上较为成功，且与我国的设立途径与发展背景均较为相似的国际商事法庭，在管辖权设置上有众多值得我国借鉴的地方。我国国际商事法庭管辖权规范主要包括管辖权的基础性规范、协议管辖规则以及裁量管辖规则。然而，我国国际商事法庭的管辖权规则也存在着诸多不足之处，包括以实际联系原则对管辖权进行限制，一审终审的级别管辖规定以及裁量管辖带来的双轨制模式。对此，我国需要通过渐进式改革的方式加以完善，在不突破现有司法管辖体制的前提下，通过放开实际联系原则的限制，拓宽管辖权的范围，以及赋予当事人一定的上诉权等方式，为国际商事法庭管辖权制度的改革提供明确的指引。

关键词：国际商务法院协议受理的管辖性与实际关联的原则

引言：

随着我国跨境商贸的发展越来越频繁，国际商事争端也因此而日趋加剧。尤其在我国”一带一路”倡议的背景下，为国际商事纠纷提供有力的法律服务和保障便成为了司法改革的重点。为公正及时处理国际商事案件，保障”一带一路”沿线各国在经济交往中产生的纠纷得到合理解决，营造稳定透明高效便捷的法治环境，促进”一带一路”法治化进程，最高人民法院 2018 年通过了《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》(下称《规定》)，并分别在深圳市和西安市设立第一国际商事法庭，第二国际商事法庭。国际商事法庭的设立是我国顺应世界潮流的重要举措，一方面为”一带一路”倡议的顺利实施提供了重要保障，另一方面也增强了我国法律的域外适用并提升了国际商事纠纷解决制度的国际影响力。但与其他国家的国际商事法庭相比，我国国际商事法庭的制度设计还相对保守，尤其在管辖权方面，仍受制于现有《民事诉讼法》对国内管辖权的规定。而管辖权又是法院审理案件的前提和基础，是国家提供司法保障和参与国际竞争的重要的法律资源配置手段，对国际商事法庭的定位以及未来发展有着重要的影响。因此，有必要对国际商事法庭的管辖权规范进行研究，分析比较外国国际商事法庭的管辖权规则，探寻我国的不足以及完善措施。

一、各国国际商事法庭的管辖权规则

在全球范围内，众多国家对于传统的商事诉讼体制进行了改革，纷纷设立有利于跨国商事争议解决的国际商事法院。根据不同的国家和地区的国际商事法庭发展历程，可以将其分为商人驱动型和国家驱动型两种[1]。其中，国家驱动型法院以新加坡的国际商业法庭和迪拜国际金融中心法院两个地区为其代表，是指政府或国家针对特定经济目标而专门制定

[1] 何其生课题组,刘桂强,钱振球,陈泰铭,林峰,蒋钦荟,张霞光.当代国际商事法院的发展——兼与中国国际商事法庭比较[J].经贸法律评论,2019(02):60-80.

的用于处理商业争端的法院。我国建设的国际性大型商事诉讼服务于“一带一路”争端的解决，从其设立的背景上来看，可将其归为国家驱动型。因此，本文主要以新加坡和迪拜两国为参照，分析其国际商事法庭管辖权制度设计的创新与突破之处，并予以借鉴。

(一)新加坡国际商事法庭

新加坡国际商事仲裁在国际上具有举足轻重的地位，这使得新加坡在解决国际争议方面积累了丰富的经验。在这一背景之下，新加坡设立的国际商事法庭充分借鉴了国际仲裁在管辖方面的灵活性，从而扩大了国际商事法庭的受案范围，寻求一种不同于传统的国际商事纠纷解决机制。在管辖权问题上，新加坡国际商事法庭管辖权规则主要有以下可供借鉴之处：

1.一般管辖的范围较广

根据《新加坡高等法庭司法法案》第 18 条，新加坡国际商事法庭受理的案件以“国际性”和“商业性”为标准，这体现了新加坡打造亚洲法律服务中心地位的战略规划。新加坡《法庭规则》第 110 号令第 1(2)(a)条对“国际性”的认定和标准内容包括：各方经营者位于不同的国家；当事人双方在新加坡没有营业场所；至少一方的经营地与各自所属当事人之间的商业关系，其权利履行地或者是与诉讼目标之间具有最为密切关联的其他国家不同；或者是争议当事人明确认为该争议标的所涉及两个或两个以上的国家。这反映了新加坡是以争议的国际性以及实质性连接因素为界定标准。对“商业性”的具体界定则是遵从《法庭规则》第 110 号令第 1(2)(b)的规定，采用不完全列举的方式将任何具有商业性质的诉讼请求视作具有“商业性”。

2.对实际联系原则的摆脱

参照《国际商事仲裁示范法》的条款规定，新加坡《法庭规则》第 10 号令明确规定，国际商事法院允许其受理与离境案件之间无实际关系的民事诉讼离境案件，只要其与任何一个域外法律制度之间存在直接的联系，便能够被确认为具备属于国际商事的特殊性质，法院便不得以其当事人或者案件与其他新加坡之间没有直接实际关系的为由予以拒绝其管辖[2]。这一条的重点是突破了以案件的主体、客观和法律事实为基础的认定对象和涉外属性的界限标准，并且采用”去本国化的反向联系”的途径，使得新加坡的国际商业法院行政管辖权的范围得到了进一步的扩大，脱离了内国法院的特殊性质，凸显其国际化的定位，增强新加坡国际商事法庭的影响力和公信力。

3.采取“一级两审”制的级别管辖

新加坡最高法院分为高级法庭和上诉法院。而新加坡国际商事法庭隶属于新加坡的高等法庭，根据《新加坡国际商事法庭审判实务指引》，当事人针对由新加坡国际商事法庭做出的判决或者命令而向上诉法庭提起的民事案件上诉由其他地方法院进行审理。这反映了新加坡关于国际商事行政管理法庭一级两审制度的规定，是对新加坡发展国际商事仲裁的有效支持与补充。仲裁在审级上采用一裁终局的模式，一方面有助于提高裁决的效率，但

[2] 蔡伟.国际商事法庭:制度比较、规则冲突与构建路径[J].环球法律评论,2018,40(05):175-192.

另一方面也使得当事人一旦败诉，便缺乏获取救济的渠道。国际商事法庭便在这一问题上进行了很好的修正与调和，弥补了国际仲裁中的不足之处[3]。

但新加坡国际商事法庭对当事人的上诉权利也进行了相应的限制。例如，当事人若书面约定放弃、限制或修改其上诉权，则当事人只能在约定的范围内提起上诉；若当事人书面约定不提出上诉，则一审判决便直接成为终局判决，对当事人产生法律约束力且不得进行上诉。

(二)迪拜国际金融中心法院

迪拜国际金融中心法院同样以其国际化作为自身发展的方向和目标，其运作模式兼具大陆法系和普通法系的特点。在战略地位上，它连接东西方市场，为商业和金融业机构提供安全高效的纠纷解决平台。在其管辖权准则方面，为了扩大其管辖权的国际性，进一步争取其话语权和国际地位，迪拜国际金融中心法院已经对其所属的管辖权范围作出了明确的扩张。在该法院成立之初，迪拜国际金融中心法院只接受理与迪拜国际金融中心相关的民商事纠纷。但在 2011 年，通过重新修改《迪拜第 12 号法令》，迪拜国际金融中心法院将其所属管辖权从当事人的协议扩大到选择他们所管辖区域内的任何涉及民商事纠纷的争议，而不管该纠纷是否已经被迪拜国际金融中心认定具有实际的联系。淡化和摒弃实质性的联系原则所带来的灵活宽松的行政管辖权体制，这样就使其变得越来越受到当事人的欢迎和青睐，并给迪拜国际金融中心法院带来了越来越多的案例，更加突出了迪拜国际金融中心法院的国际性作用。

此外，与新加坡国际商事法庭一样，迪拜国际金融中心法院也包含一审法庭和上诉法庭，采用二审终审制的级别管辖制度，且一审法庭可由法官独任审理，上诉案件则必须至少由三名法官审理，这就对上诉进行了更为严格的程序设置。

二、我国国际商事法庭的管辖权规则

根据《规定》第 2 条，我国的国际商事法院对于审理的案件以“国际”“商事”和“重大”两类案件作为主要工作特点，主要可以分为以下几类：基本管辖范围；协议管辖；移送管辖；指定管辖。本文以下部分将主要围绕《规定》第 2 条，从管辖的基本范围、协议管辖与实际联系原则、裁量管辖规则以及级别管辖规则这四个方面分析国际商事法庭的管辖权规则。

(一)管辖的基本范围

国际商务诉讼法院的主要管辖范围也就是管辖权的主体，它泛指具有跨国商务诉讼特性的大型民商事案件。由此，对“国际性”和“商业性”的划分便成为了国际商事法院对于该案行使其管辖权首要考量的因素。根据《规定》第 3 条，对涉外民事关系“国际性”的认定直接依照《涉外民事关系法律适用法》进行司法解释，即采取了传统的”法律关系三要素涉外说”，以主体、客体和法律事实作为案件涉外性的界定依据。这样一来，便将“国际

[3] 吴永辉.论国际商事法庭的管辖权——兼评中国国际商事法庭的管辖权配置[J].法商研究,2019,36(01):142-155.

性”与”涉外性”这两个概念混为一谈。实际上，“涉外性”是指某一特定国家以自身作为参照，凡是与外国或外法域发生联系，便统称为“涉外”。这一视角更强调本土化、本国化的观念。而“国际性”则是要求站在更为广阔全球立场上，不区分“国内”和”国外”，减少与特定国家之间的联系，因而更具有价值上的中立性和公正性。我国对“国际性”的认定还采用了穷尽式列举的方法，并没有兜底条款，体现了国际商事法庭在管辖权规定上的保守态度，这在全球化的浪潮中稍显不合时宜。

对于“商事性”,《规定》并没有做到明确的定义。参考了我国在加入《纽约公约》时已经提出的一项商事保留协议声明，我国只是针对由于契约性和不属于契约性商事合同而产生的其他相关法律合同而导致引起的争议适用本协议，并特别将中国投资者与东道国之间发生的国际投资纠纷案件全部排除在外，这将影响我国与其他国家在双边投资协定项下的义务。但我国在签署《新加坡调节公约》时，尚未作出保留的声明，这在一定程度上体现了我国社会对”商事”的理解有了新的发展。有学者认为，我国对商事的界定应当参照新加坡的做法，赋予当事人一定程度上的意思自治的权利，即当事人协议认为案件具有商事性，便可将案件归为商事案件[4]。

(二)协议管辖规则

协议性管辖既是对意思性自治原则在整个国际民事诉讼过程中的反映，又是权利原则在管辖领域里的具体表现[5]。从社会主义国家的视角出发来看，各个大国为了扩张其管辖权的范围以及其在整个国际上的司法话语权，均会根据国际商业案件管辖规则中建立协议性的管辖机构和制度，并且总体上已经呈现出了国际化和贸易自由化的发展趋势。从当事人视角来看，协议管辖以主观因素为连接点，更具有灵活性，可以在很大程度上弥补传统冲突规则带来的僵化性和滞后性问题，维护当事人利益和实现个案公正。然而协议的管辖制也往往在其适用范围，案件和地方法庭之间的关联程度和管辖协定的形态等方面都会受到限制。我国国际商事法庭的协议管辖制度以《民事诉讼法》第 34 条为依据，且需要满足 3 亿元标的的要求，这反映出当事人选择国际商事法庭进行管辖需要遵循两个重要的条件：实际联系原则与重要性原则。

实际关系的原则即当事人依照其管辖协议自主选择由国际商业法庭负责管辖的案件必须和我国其他案件存在着任何实质性的联系，这也就是法院基于司法主权而对其他案件承担具体管辖义务的体现。依照《民事诉讼法》第 34 条，在目前我国具有实际关系的原则主要体现为被告的住所地、合同约定签订地、合同的履行地、原告的住所地以及其他标的物所在地等。这就将与我国无关的离境案件排除在管辖范围以外。而在国际上，许多国家在立法中淡化甚至去除了案件与法院之间存在实际联系，例如上文提到的新加坡国际商事法庭以及迪拜国际金融中心法院。

此外，我国还明确要求双方当事人通过协议来选择由国际商事法院管辖的涉外案件必

[4] 何其生课题组,刘桂强,钱振球,陈泰铭,林峰,蒋钦荟,张霞光.论中国国际商事法庭的构建[J].武大国际法评论,2018,2(03):1-28.

[5] 韩德培《国际私法新论》,武汉大学出版社 2003 版,454 页.

须满足规定的目标金额在三万元以上的限制条件，这也就是对协议管辖涉外案件的又一限制性条件，体现了出来的国际商事法院定位就是对重大的涉外商事案件实施集中管辖。由于目前我国的国际性商事法院隶属于我国最高人民法院，级别较高，因此案件的准入门槛也随之较高。但这一规定也与国际上的通行做法不一致，例如迪拜国际金融中心法院就没有对受案标的金额进行过高的限制。

(三)裁量管辖规则

国际商事法庭受理的移送管辖案件主要来自高级人民法院以及最高人民法院。这反映出法院可以在一定条件下对案件的管辖权行使自由裁量，更具灵活性。对国际商事法庭而言，移送管辖能够扩展其受案量，有效弥补因管辖权受多重条件的限制而带来的受案量不足的问题。此外，管辖的转移也体现了国际商事法庭的专业化分工职能。与内国案件或普通的涉外案件具有很大差别，跨国商事案件一般都存在着较强的专业性和复杂性特点，这也是各国为此专门设立国际商事法院的原因之一。我国国际商事法庭享有司法人员、诉讼制度以及审判级别上的优势，在定位上也立足于满足商事案件专业性的需要，可以通过专业化的审判以及高质量的判决提升法庭的国际竞争力。

但在我国现阶段，少数受案较多、经验丰富的中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院也同样具备了对涉外民商事诉讼案件的管辖性。这就与国际商事法庭形成了双轨制的审判模式。而国际商事法庭在诉讼程序和审判机制上又相较于传统法院具有诸多创新和修改之处，可能会产生案件审理结果上的差异，造成司法不公。

(四)级别管辖规则

根据《规定》第 15 条，国际商事法庭作出的判决、裁定，直接发生法律效力，国际商事法庭作出的调解书，经双方签收后，与判决具有同样的法律效力。也就是说，国际商事法庭的裁判是终审裁判，具有终局性，当事人不能就国际商事法庭作出的裁判提起上诉。这与我国现行法律的规定是一致的。我国《人民法院组织法》第 11 条第 4 款明确作出规定：”最高人民法院审判的第一审案件的判决和裁定，都是终审的判决和裁定，也就是发生法律效力的判决和裁定。”国际商事法庭是最高人民法院的常设机构，因此可以一审终审。这一规则设计能够很好地体现我国国际商事法庭高效、便利、低成本的原则和理念[6]。

但这一规定与国际通行做法不符。上文中所述提到的新加坡国际商务法院和迪拜国际金融中心法院均对此案采取了第二次审理或者最后终审的规定，只是在上诉条件以及程序上有所限制。

三、我国国际商事法庭管辖权的局限

在分析完我国国际商事法庭管辖权制度现状后，其存在的局限性也显而易见。对实际联系原则的坚持会影响到国际商事法庭的国际化定位，减损法庭的国际影响力；一审终审制度导致无法提起上诉的问题，使国际商事法庭与仲裁制度的衔接上存在缺失；而裁量管辖导致的双轨制管辖模式，也会造成诉讼程序上的差异。

[6] 杜涛,叶珊珊.论我国国际商事法庭管辖权制度的完善[J].中国国际私法与比较法年刊,2018,22(01):187-199.

1.坚持实际联系原则。

如前文所述，我国对国际商事法庭的协议管辖制度进行了较为严格的限制，要求法庭受理的案件必须与我国存在着实际联系，这就排除了法庭对离境案件的管辖权，对个人、国家以及争议解决机构而言都存在着消极影响。

从维护当事人利益的角度，这一规定限制了当事人选择法院的范围。协议管辖是私法自治的产物，是当事人通过意思自治赋予法院的管辖权，主要用以协调僵化的规则和个人利益，实现个案公平正义。因此，协议管辖与基于国家主权而产生的管辖权所维护的利益是不同的。当事人基于管辖协议选择法院受理其相互之间的纠纷，并不会对司法主权产生冲击和影响。若以实际联系原则加以限制，则会在一定程度上影响当事人意思自治的权利，不利于公正高效地解决纠纷。

从促进民商事交往的角度，实际联系原则也排除了我国对离境案件的管辖权，不利于树立我国国际商事法庭公正中立的形象。在当前的国际上，众多的国家为了打造一个中立第三方商事争议解决机构，并不对本国的商事争议法院协定管辖权加以实际关联原则的限制，从而使得我们可以直接站在其价值观上中立的角度来受理本国无关联系案件，这样就有利于提高本国的商事诉讼法院的社会公信力和其在国际上的认可程度。过分强调案件与本国的联系与司法服务的全球化定位以及”去国家本位主义”的趋势相悖，会制约我国国际商事法庭的发展。

此外，实际联系原则也会对国际商事法庭的案源产生限制。迪拜国际金融中心法院也曾将其受案范围限定在与迪拜国际金融中心相关的案件上，但随着 2011 年的改革，迪拜已无相关的限制，法院的受案量也日益增长，初审案件以及小额诉讼特别法庭管辖的案件在十年内成倍增长。

国际商务行政法院基于其具有国际特色的定位，本法院应该享有较为宽泛的行政管辖权，与普通法院在管辖权问题上也应当有所区分。但《规定》并未完全突破我国目前现行法律的规定，这种封闭而又僵化的立法模式将会不利于我国在充分总结实际经验后逐渐扩大对国际商事法院的行政管辖权。

2.在级别管辖上一审终审，无法上诉。

国际商事司法法庭以加快建立”一站式”的纠纷解决工作机制为宗旨，将调解、诉讼和仲裁三种纠纷解决途径融为一体，相互借鉴，相互支持，共同维护保障了国际商业秩序。但由于目前我国的国际商务法院下设在最高人民法院，导致在审级上实行”一审终审”制，会减损对仲裁制度的支持。传统上，上诉机制是诉讼较之仲裁的显著优势，为当事人解决纠纷提供更多的选择。为保证效率，仲裁实行一裁终局，未设有上诉机构。因此，一旦败诉，当事人便缺乏获得救济的权利。而诉讼设置的救济途径、审判过程和结果的公开性以及外部监督等方式可以有效的弥补仲裁制度的不足。我国国际商事法庭采取的一裁终局制会使得诉讼与仲裁之间未划清明确的界限，不利于相互发挥各自的优势。

若双方当事人不服国际商业法院做出的判决而撤销，可以申请再审。《规定》第 16 条

指出，国际商事法庭作出的发生法律效力的判决和裁定，当事人可以向最高人民法院本部申请再审。但再审不是常规的诉讼程序，其启动门槛也相对较高，会在很大程度上增加当事人的诉讼成本。并且，为了保证判决的承认与执行，维系裁判的稳定性也至关重要，更易获得他国的认可。但，外国当事人以及法院可能对我国的再审制度存在质疑，影响国际商事法庭的竞争力[7]。

一审的最后终审虽然能够很大程度上提高对于案件的审理效率，但是如何能够提高效率主要还是通过缩短对于案件审理的工作时间、提高和增强我国地区最高级别民政机关的国际化程度以及提高最低级别法官的整体综合职业和技术素养等手段来进行加以落实，而不是直接地剥夺当事人的最后上诉权。

此外，我国国际商事法庭一审终局的规定同样会影响到国际商事法庭的受案量。从多年的国际经验和司法工作实践中可以看出，各个国家的最高人民法院都是极少有地方能够行使第二次审判的管辖。而这个国际性民商事法院的成立也标志着目前我国最高人民法院仍然需要开始更多地受理第二次涉外民商事诉讼案件。

3.裁量管辖可能带来的不公

《规定》虽赋予了高级人民法院和最高人民法院向国际商事法庭进行移送或者指定案件的权利，但高院和最高院受理一审涉外民商事案件的数量本就不多，且不可能全部移送给国际商事法庭，这就导致了国内案件的管辖权与国际案件的管辖权混为一谈。在我国目前的司法制度下，国际性的商事诉讼法院往往需要同各级人民法院的涉外诉讼裁量机构进行沟通和协调，在其审级和结构上设置的差别会导致其管辖范围不同。

四.我国国际商事法庭管辖权的完善措施

在分析完管辖权的基本规范及其存在的缺陷以后，本文尝试提出国际商事法庭管辖权规则的完善措施，包括对实际联系原则以及案件标的额的放开、对”国际性”进行更为广阔的界定、以及赋予当事人上诉的权利等措施，为我国构建更为国际化、专业化的管辖权制度。

1.放开对实际联系原则的限制

从国际商业诉讼法院的定位和其设置的角度出发来看，实际关系的原则无疑被认为是必须要被撤销的。国际商事诉讼法院的主要特点之一便是直接受理与跨境民商业案件之间无任何实际关系的离岸诉讼，这也正是因为国际商事诉讼法院作为一个中立争议解决机构去处理和解决跨境民商业纠纷的重要意义所在[8]。其次，对实际联系原则的模糊性规定使得很难对案件是否与我国存在实际联系进行判断。最后，从国际民事诉讼的整体受案形式来看，我国国际商事法庭也并非是当事人首选的争端解决机构，即使我国开放离境管辖制度，也不会在短时间内涌入大量的涉外民商事案件。

但由于受《民事诉讼法》的限制，以及国际商事法庭实践经验目前仍较为有限，对管

[7] 黄进,刘静坤,刘天舒.中国国际商事法庭制度改革探析[J].武大国际法评论,2020,4(06):1-14.
[8] 卜璐.“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行[J].求是学刊,2018,45(05):91-99.

辖权实际联系原则问题的改革应循序渐进[9]。可以先在司法实践中淡化实际联系原则，积累充足的经验之后再进行全面放开。我国《海事诉讼特别程序法》已经明确对于协议的管辖权放开了切实相关联系的原则，可以作为国际性的商事诉讼法院的参考借鉴。

2.扩张管辖权的基础范围：

我国需要突破国内管辖权的诸多限制规范，由此来使得案件的国际商事属性与一般的涉外案件相区分，凸显其自身独立的特性。在”一带一路”的背景下，我国设立国际商事法庭，势必需要全面服务于解决相关沿线国家的涉外商事诉讼。因此，如果我国与有关国家签订的双边条约中，规定可以将相关的争议诉诸我国法院，那么我国便有义务适用相关的规定。因此，我国应当对案件”国际性”以及”商事性”的界定入手，拓宽管辖权的基础规范。

我国可参照新加坡的规定，以一种更为中立的全球视角来判定案件是否具有国际性，而非从我国的国内法角度出发，以我国为参照来判断案件的涉外性，这样会更加符合国际的定位，也更加靠近国际的通行做法。并且，采取此种方式，也能够妥善的调和国际商事法庭与普通法院对涉外民事案件的管辖权，解决裁量管辖带来的双轨制问题。

3.赋予当事人一定的上诉权

一审终审的规定会给国际商事法庭带来诸多问题，难以很好的对其他纠纷解决方式起到调解和支撑的作用，无法将其与国际商事仲裁区分开来。因此，中国国际商事仲裁机构在完全取得国际商事交易主体的信赖以及获得足够的国际认可之前，国际商事法庭应当与国际商事仲裁相区分，在上诉机制上设置为两审终审制，以弥补国际商事仲裁的缺陷[10]。应当建立相应的上诉机制，学习新加坡以及迪拜的做法，赋予当事人是否选择上诉的权利。

结语

创设新型国际性商事法院是应对当前我国社会和经济发展需要以及”一带一路”倡议的重大战略举措，标志着新时代我国商事法院正在积极主动地参与世界治理以及增强我国司法的社会国际影响力，促进我国构建人类命运共同体。虽然，如上文分析，国际商事法庭的管辖权制度还存在着诸多不足与尚待完善之处，但通过立法与实践的不断努力，可对其不断进行完善，以满足国际化的定位。由于国际商事法庭的管辖权规则并未突破我国现有的司法管辖体系，因此无须通过修宪等方式，可以在逐渐的改革中修复和弥补缺陷，构建具有中国特色的国际商事法庭[11]。

[9] 石静霞,董暖.我国国际商事法庭的若干核心问题[J].西安交通大学学报(社会科学版),2019,39(03):116-123.
[10] 覃华平.“一带一路”倡议与中国国际商事法庭[J].中国政法大学学报,2019(01):43-57+206-207.
[11] 王瑛,王婧.国际商事法庭管辖权规则的不足与完善——基于我国国际商事法庭已审结案件的分析[J].法律适用,2020(14):97-110.

海南自由贸易港多元化国际商事纠纷解决机制问题研究——以国际商事法庭构建为视角

王淑敏 何悦涵 李忠操[1]

（大连海事大学法学院，辽宁大连 116026）

【摘要】海南自由贸易港多元化国际商事纠纷解决机制的构建与完善对于保障港区内投资、贸易等活动均有裨益。但机制目前并不完善，“融合化”与国际化诉求的辩证关系亟待厘清。海南省已率先设立省级跨区域集中审理涉外民商事案件的法庭，表现在如何提速“一站式”司法服务方面有待改进。建立国际商事法庭是最有力的举措，应当增加外籍法官与专家比例，拓宽管辖权范围并保障国际商事法庭判决承认与执行的国际协作。

【关键词】海南自由贸易港；多元化纠纷解决机制；国际商事法庭

与传统自贸试验区不同，海南自由贸易港是海南自贸试验区的升级版，其国际化、自由化、开放化程度更高，辐射范围涵盖投资、贸易、金融等诸多领域。多项产业向阳而生，《海南自贸试验区总体方案》对法制保障提出了更高的要求，尤其是国际商事纠纷解决这一更契合自贸港国际化特征的领域。《海南自贸试验区总体方案》虽提出了加强法制保障的要求，但侧重的是授权式立法和法律之间的衔接及废改立，并未提及争议解决机制。[2]2020 年 6 月 1 日的《海南自由贸易港建设总体方案》弥补了这一缺失，进而明确了多元化和可替代性的争诉解决方式。[3]同月 16 日，海南省人大常务会通过了《海南省多元化解纠纷条例》，条例列举了 6 种解决纠纷方式——和解、调解、行政裁决、行政复议、仲裁、诉讼，旨在彼此衔接、相互支撑，从总体上提升解决争议的效率。[4]2021 年 1 月 15 日，《最高人民法院关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》进行了进一步规定，明确提出“一站式”国际商事纠纷解决机制的具体构建之策。[5]2021 年 4 月 29 日，《中华人

[1] 作者简介：王淑敏，大连海事大学法学院教授、博士生导师；何悦涵，大连海事大学法学院博士研究生；李忠操，大连海事大学法学院博士研究生。本文系第一作者主持的研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项立项课题“建设中国自由贸易港的法律保障与政策推进研究”（18VSJ076）的阶段性成果。

[2] 《中国（海南）自由贸易试验区总体方案》“六、加强重大风险防控体系和机制建设”：（二十七）强化法制保障。本方案提出的各项改革政策措施，凡涉及调整现行法律或行政法规的，经全国人大及其常委会或国务院统一授权后实施。各有关部门要支持自贸试验区在各领域深化改革开放试点、加大压力测试、加强监管、防控风险，做好与相关法律法规立改废释的衔接，及时解决试点过程中的制度保障问题。海南省要加强经济特区立法，建立与试点要求相适应的管理制度，建立公正透明、体系完备的法制环境。

[3] 《海南自由贸易港建设总体方案》“二、制度设计”：（十）法治制度。建立以海南自由贸易港法为基础，以地方性法规和商事纠纷解决机制为重要组成的自由贸易港法治体系，营造国际一流的自由贸易港法治环境。31.制定实施海南自由贸易港法。以法律形式明确自由贸易港各项制度安排，为自由贸易港建设提供原则性、基础性的法治保障。32.制定经济特区法规。在遵循宪法规定和法律、行政法规基本原则前提下，支持海南充分行使经济特区立法权，立足自由贸易港建设实际，制定经济特区法规。33.建立多元化商事纠纷解决机制。完善国际商事纠纷案件集中审判机制，提供国际商事仲裁、国际商事调解等多种非诉讼纠纷解决方式。

[4] 《海南省多元化解纠纷条例》第 2 条：本条例所称多元化解纠纷，是指通过和解、调解、行政裁决、行政复议、仲裁、诉讼等多种途径，构建有机衔接、协调联动的化解纠纷机制，便捷、高效地化解当事人之间的纠纷。

[5] 《最高人民法院关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》第 9 条：推动海南建设国际商事纠纷解决中心。支持海南设立市场化运作的国际商事调解组织，开展商事调解业务。支持境外国际仲裁机构在海南自由贸易港设立业务机构开展仲裁业务。支持在自由贸易港区域内注册的企业之间约

民共和国海南自由贸易港法（草案二次审议稿）》再次提及明确提及此问题。[6]

构建海南自由贸易港多元化国际商事纠纷解决机制需要实现调解、仲裁与诉讼三位一体的“融合化”，进而打造海南自由贸易港“一站式、多元化争端解决平台”。总体而言，国际商事法庭是实现这一目标的最佳途径，但这一途径也存在一定桎梏。不容否认，国际商事法庭的“融合化”是其有别于普通法庭的特色之一。但无论是“诉调对接”还是“诉仲对接”，它们仍流于表象层面的改革。弃表存真，能否赢得更多外国当事人的信任，更取决于法庭的实质性改革，即在管辖权、审理程序以及判决的承认与执行等方面实现全方位的国际化。细予考察，外国（地区）成功的国际商事法庭多与海南自由贸易港息息相关。原因在于，其享有“境内关外”的法律地位，可将“司法主权让渡”的国际化理念发挥得淋漓尽致。这对于探寻在海南自由贸易港拟建国际商事法庭的新理念，无疑具有非凡的启示。

一、海南自由贸易港多元化国际商事纠纷解决机制的“融合化”与国际化诉求

在擘画海南自由贸易港多元化争议解决机制蓝图的过程中，社会各界不约而同地将目光聚焦在如何打造“一站式、多元化争端解决平台”（以下简称“一站式”）之上，其载体便是国际商事法庭。一旦当事人进入此种平台，包括诉讼、调解与仲裁在内的所有纠纷解决方式相互策应、相互承接，可为当事人提供系统性的司法服务。很多学者将这种现象称之为“融合化”：[7]系指三种主要争议解决方式——诉讼、仲裁与调解越来越呈现融合交汇的趋势，原有的边界变得不再那么清晰；学者们认为，“融合化”是与时俱进的产物，将助力于三种争议解决方式的异曲同工、相互呼应。在上述“融合化”理论的指引下，最高人民法院出台了相应文件。[8]

同时，海南自由贸易港是最具“国际性”的特殊经济区，其目的就是为了保障国际贸易交往，因此国际化特征突出。以海南为例，海南省 2019 年设立的省级跨区域集中审理涉外民商事案件的法庭成为“司法改革的探路者”，立案数量与辐射广度都不可小觑，[9]这正

定在特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对相关争议进行仲裁。依法支持和保障中外当事人在仲裁前和仲裁中的财产保全、证据保全、行为保全等临时措施的申请和执行。在自由贸易港区域内设立的国际商事调解机构主持达成调解协议的司法确认案件，探索由海南涉外民商事审判机构集中受理和审查。推动海南建设国际商事纠纷解决中心，引入知名国际商事仲裁机构、国际商事调解组织，建立调解、仲裁、诉讼有机衔接的“一站式”国际商事纠纷解决机制。最高人民法院国际商事法庭在海南设立联络点，参与协调指导海南国际商事纠纷解决中心建设相关事宜。

第 23 条：构建多元化纠纷解决平台。进一步完善“一站式”诉讼服务和多元解纷平台，推动海南法院诉讼服务中心全面转型升级，为中外当事人提供全方位多元解纷服务。支持多元化纠纷解决机制建设，加强与行业组织、社区组织的诉调对接，充分发挥其在调处行业纠纷和民间纠纷中的重要作用。完善投资者司法服务绿色通道，加强“一站式”司法征信服务平台建设，为中外当事人提供司法征信查询、法律咨询、风险防控建议、投资者权益保护等服务。

[6] 《中华人民共和国海南自由贸易港法（草案二次审议稿）》第 54 条：海南自由贸易港建立多元化商事纠纷解决机制，完善国际商事纠纷案件集中审判机制，支持通过仲裁、调解等多种非诉讼方式解决纠纷。

[7] 单文华：《“融解决”：国际商事争端解决的中国方案》，最高人民法院国际商事法庭官网：http://cicc.court. gov.cn/html/1/218/149/156/1117.html，最后访问日期：2021-04-29。

[8] 这些文件分别是《最高人民法院办公厅关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》，《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》，《最高人民法院关于成立国际商事专家委员会的决定》和《最高人民法院关于聘任国际商事专家委员会首批专家委员的决定》。

[9] 11 项营商环境类制度创新案例中第四项为创设“立、审、执”一体化涉外民商事法庭：经最高人民法院批

是海南自由贸易港在建设中应对司法保障国际化诉求的措施之一。海南自由贸易港具有“境内关外”的法律地位，这其中“关外”主要是借助税收主权与司法主权权力让渡予以实现。海南自由贸易港于税收方面的主权让渡是众所周知的，这是全球自由贸易港的存在基础与通行惯例。另一方面，海南自由贸易港的司法主权让渡亦不可小觑。原因在于，保障经济运行是司法的主要职能之一，既然海南自由贸易港已经让渡经济主权中的税收主权，那么司法主权势必随之作出部分让渡。

（一）“融合化”与国际化诉求的表现形式

其一，诉讼与调解的衔接（“诉调对接”）。如果当事人倾向于调解，国际商事法庭可提供两种救济方式，即通过国际商事专家委员会成员或者首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的两大国际商事调解机构（中国国际贸易促进委员会调解中心和上海经贸商事调解中心）予以实现。至于首批专家委员的遴选，法庭甄采不同法系、不同国家或地区，包括重要国际机构负责人、知名学者、资深法官、资深仲裁员、资深律师等，涵盖国际投资、国际贸易、国际金融和国际海事等各类国际商事领域，在地域和职业上均有广泛的代表性。此外，两大调解中心的作用亦不容小视。以中国国际贸易促进委员会调解中心为例。迄今为止，该中心每年受理案件两千余件，调解成功率达到 80%以上。[10]为了增强当事人对调解的信心，赋予上述机构所形成的调解协议以法律效力，法庭可将调解协议转换为调解书；如果当事人认为调解书的效力不如判决书强，亦可遵从调解的内容置换为判决书。

其二，诉讼与仲裁的衔接（“诉仲对接”）。如果当事人并未选择调解，而是遴选仲裁这种救济方式，法庭仍可满足其与诉讼的承接。首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁机构虽然仅有五家，[11]但这些机构在国际商事仲裁领域的影响力不言而喻。为了保障这些机构仲裁的法律效力，当事人可以在提起仲裁之前或之后向国际商事法庭申请证据、财产或者行为保全。这三项制度本应是法院诉讼活动的保全程序，现均覆盖于仲裁领域。其中证据保全本应是法院在起诉前或在调查取证前，依据申请人、当事人的请求，或依职权对可能灭失或今后难以取得的证据，予以调查收集和固定保存的行为。财产保全则是法院对于可能因一方当事人的行为或其他原因，使判决难以执行或造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为。即使当事人并未申请，法院仍可在必要时作出裁定采取保全措施。这些措施包括查封、扣押、冻结等等。更为重要的是，在上述仲裁机构作出仲裁裁决之后，

准，海南省于 2019 年 9 月在全国率先设立省级跨区域集中审理涉外民商事案件的法庭，仅两个多月就已快速立案 105 件，审结 16 件，案件涉及多个法域、多种类型，覆盖美国、新加坡、韩国等国家及我国香港、台湾等地区。参见《中国（海南）自由贸易试验区制度创新案例（第六批）新闻发布会》，海南省人民政府官网：http://www.hainan.gov.cn/hainan/szfxwfbh/201912/a9f4b080a409408ead32550db0a3c340.shtml，最后访问日期：2021-04-29。

[10] 中国国际贸易促进委员会调解中心：《中心简介》，中国国际贸易促进委员会调解中心官网：https://adr.ccpit.org/articles/25，最后访问日期：2021-04-29。

[11] 分别是：中国国际经济贸易仲裁委员会、深圳国际仲裁院、上海国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会、中国海事仲裁委员会。参见《第三方仲裁机构名录》，最高人民法院国际商事法庭官网：http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/321/296/300/index.html，最后访问日期：2021-04-29。

当事人可以向国际商事法庭申请撤销或者执行仲裁裁决。以上便利已初现成效。例如，最高人民法院第一国际商事法庭已就 3 起申请确认仲裁协议效力案件进行正式询问。[12]

（二）“融合化”表象及与国际化内在的辩证关系

事实上，就目前两个国际商事法庭的“一站式”的顶层设计来看已较为完善，关于“融合化”不充分的说法难以服众，显然另有原因。通过考察，可以发现，外国（地区）成功的国际商事法庭多与自由贸易港瓜葛相连。也就是说，这些成功的国际商事法庭之共性并非在于“融合化”，而在于自由贸易港所提供的高度国际化。这一发现对于探索海南自由贸易港建设，特别是如何构建海南国际商事法庭国际化新理念，无疑具有显著的意义。

不可否认，作为海南自由贸易港多元化争议解决机制载体的国际商事法庭，其“融合化”是其有别于普通法庭的一大亮点。这与国际商事案件的“商事”特质息息相关。事实上，无论“诉调对接”还是“诉仲对接”，它们不能仅注重表象意义的融合。能否吸引更多的外国当事人前来中国的国际商事法庭参加诉讼，更取决于消除他们的顾虑，增加他们对于法庭的信任，也就是说，取决于“诉调对接”和“诉仲对接”实质性融合，这一融合意味着全面而深入的国际化对接。诚如某些学者所言：“具有迅速和非正式的特性，避免因法律争论而带来的反感，更加注重按照良心和公平去化解纠纷，摒弃了不必要的细枝末节的争论”。[13]

基于此，越来越多的学者意识到传统的“分立论”——将诉讼、仲裁与调解各自孤立的理念存在着严重的缺陷。一方面，伴随着国际商事纠纷不断增多与加剧，特别是新的纠纷类型不断产生，商事纠纷的无限性与司法资源的有限性之间的矛盾难以避免；另一方面，三种纠纷解决机制在效率性、正当性和权威性方面各有所长，无法以偏概全。[14]对此，日本学者小岛武司认为：[15]通过审判解决纠纷的方法好像零和游戏。[16]也就是说，诉讼的结果对双方当事人来说很可能是两败俱伤，不存在绝对的赢和输。因此，小岛武司建议最好采取当事人双方认可的处理方式，即更加中立的方式。国内范愉教授亦支持这一观点，并进一步指出：正是人类社会治理的必然需要，以及社会控制的实际需要和客观规律，构成了

[12] 2019 年 3 月 26 日，最高人民法院第一国际商事法庭就申请人运裕有限公司（Luck Treat Limited，住所地在英属维尔京群岛）、北京港中旅维景国际酒店管理有限公司、深圳维景京华酒店有限公司、新劲企业公司（Newpower Enterprises Inc，住所地在英属维尔京群岛）与被申请人深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力三案[案号分别为（2019）最高法民特 1 号、2 号、3 号]，进行询问。这是国际商事法庭首次正式询问案件当事人，也是依照《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第十一条，就仲裁司法审查案件首次询问当事人。深圳市中苑城商业投资控股有限公司向深圳国际仲裁院申请仲裁后，在仲裁庭首次开庭前，其他各方分别向人民法院申请确认当事人之间不存在仲裁条款。由于上述三案为关联案件，合议庭在征求当事人意见后，决定一并询问。参见最高人民法院国际商事法庭官网：http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1205.html，最后访问日期：2021-04-29。

[13] 哈罗德：《法律与革命》，贺卫方等译，法律出版社 2008 年版，第 340 页。

[14] 侯怀霞，张慧平：《纠纷解决及其多元化法律问题研究》，法律出版社 2015 年版，第 99 页。

[15] 小岛武司，伊藤真著：《诉讼外纠纷解决办法》，丁婕译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 2 页。

[16] 所谓零和游戏，又称游戏理论或零和博弈，是博弈论中的一个概念。原意是指一项游戏中，游戏者有输有赢，一方所赢正是另一方所输，而游戏的总成绩永远为零。现在广泛用于有赢家必有输家的竞争与对抗，是指参与博弈的各方，在严格竞争下，一方的收益必然意味着另一方的损失，博弈各方的收益和损失相加总和永远为“零”，双方不存在合作的可能性。

多元化解决机制产生的合理性来源。[17]

“融合论”正是上述理论的集合，指引着“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制在如下方面追求融合：首先，价值理念的融合。三者均追求公平与效率的核心价值。关于前者作为核心价值必要性，的确，在历史的长河中，学者们曾经争辩了逾千年，但最终博弈的结果却是明了清晰的。[18]尽管如此，在司法实践中，公平与效率彼此之间有时存在着对立的关系。诚如日本学者所言：两者之间存在着不可回避的矛盾与冲突。[19]详言之，若要实现公正裁决，必然需要付出艰辛的努力和繁冗的程序，这将不可避免地导致效率降低。“一站式”充分利用调解或仲裁的便捷，与诉讼进行有效对接，取长补短，彼此支撑，恰能弥补上述缺陷，以实现公平与效率的调和。其次，受案范围的融合。即三者具有相通性，均以受理国际商事争议为前提。再次，审理方式的融合。也就是说，调解，既可以作为诉讼，又可以作为仲裁的前置程序。最后，执行的融合。表现为法院对于调解协议书或仲裁裁决的承认与执行等的融合。

表面看来，中国国际商事法庭的“融合化”在形式上已被设计得尽善尽美，但似乎“理想很丰满，现实却如此骨感”，也就是说，这种“融合化”的实际效应甚微。以“诉仲对接”来说，目前第一国际商事法庭仅受理 3 起申请确认仲裁协议效力案件。究其原因，“融合化”的成功与否并非取决于形式条件，而取决于法庭全面、深入的国际化改革。试从以下方面予以阐析。

其一，国际商事法庭的受案范围。前已论证，“融合化”取决于国际商事案件的“商事”特性，但更不能忽略的是，“商事”之前的“国际”二字，即审理国际性的商事纠纷，这才是法庭最核心的定位。进而言之，国际商事法庭之所以冠以“国际”，有别于普通的国内法庭，是因其管辖权定位于处理平等主体之间的国际商事纠纷，此类纠纷的特征在于无论是法律关系的主体、客体还是内容均应体现“国际性”，简言之，以上三个要件至少应有一个需要满足，这才是法庭构建及其运营的基础。[20]那么，接下来的问题是：当事人，尤其是外国当事人为何信任这种法庭，愿意将自己的纠纷提交位于外国的法庭予以解决呢？下文继续阐述之。

其二，“诉调对接”的成功亦在于国际化的统一。前已论及，国际商事法庭以受理国际商事纠纷为前提，由此及彼，国际商事调解机构的受案范围亦在于国际商事案件。以 2018 年 6 月 27 日联合国贸易法委员会新近通过的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》为例，该公约第 1 条（适用范围）明确和解协议在缔结时具有“国际性”，并对“具有国际

[17] 范愉：《非诉讼程序（ADR）教程》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 11 页。
[18] 周清华，程斌：《第三方资助下仲裁员潜在利益冲突披露的体系建构》，《中国海商法研究》2018 年第 4 期，第 45 页。
[19] 棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 46 页。
[20] 参见《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 2 条的受案范围“当事人依照民事诉讼法第三十四条的规定协议选择最高人民法院管辖且标的额为人民币 3 亿元以上的第一审国际商事案件”；第 3 条“具有下列情形之一的商事案件，可以认定为本规定所称的国际商事案件：（一）当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；（二）当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；（三）标的物在中华人民共和国领域外的；（四）产生、变更或者消灭商事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的。”

性”做了进一步解释：和解协议当事人营业地设在不同国家，或者和解协议的主要义务履行地与和解协议当事人营业地属不同国家。前文还述及，国际商事法庭的调解人员，是通过国际商事专家委员会成员或者两大国际商事调解机构予以实现。尽管在专家委员的聘任名单中，有 24 位国内专家，约占 45%；另有 29 位境外专家，约占 55%，[21]但这一中外专家人数比例呈现的国际化程度仍不突出。此外，尽管两大国际商事调解机构的影响力不容置否，但它们毕竟属于国内的调解机构，其国际化程度较之国际上著名的英国纠纷有效解决中心、美国国际纠纷解决中心等相距甚远。

其三，“诉仲对接”的充分发挥，亦依赖于国际化的深度融合。前文的考察表明，首批纳入“一站式”下“诉仲对接”的五家国际商事仲裁机构均属于国内机构，较之于国外著名的国际商事仲裁机构，前者的国际化程度稍逊一筹毋庸质疑。有学者指出，外国当事人、甚至国内的当事人更加倚重外国（地区）的国际商事仲裁机构，原因在于，外国的商事仲裁机构存在三大优势：[22]一是针对仲裁事项的可仲裁性所设置的羁绊更少。也就是说，通常仅考虑这些争议是否可以通过仲裁方式解决，如果可以，该争议即具有可仲裁性，反之则不具有可仲裁性。反观国内仲裁机构，判断标准较为复杂，通常取决于争议的可争讼性、争议涉及的财产权益、争议涉及可自由处分权益及公共政策考量。尤其是最后一项的审查，有时体现为诉讼与仲裁博弈的强势。二是赋予审理程序更多的意思自治空间。表现在当事人有更多选择仲裁适用的法律、甚至程序规则的自由。三是对应的国外司法审查更为宽松。对于外国（地区）的国际商事仲裁裁决的审查与撤销通常限于程序性、而非实质性的事项。基于上述优势，当事人倾向于选择外国（地区）的国际商事仲裁机构申请仲裁，那么，按照现有的规则，将无法向中国国际商事法庭申请证据、财产或者行为保全

二、海南自由贸易港多元化国际商事纠纷解决机制与国际商事法庭承接之法理

自由贸易港具有独特的“境内关外”法律地位。《京都条约》和《欧盟海关法典》的定义不过是狭义的，仅仅从海关征税的角度予以规制。随着自由贸易港的拓展，其功能已不能满足需求，使之兼具国际投资便利、国际金融及国际航运自由的多项功能便成为趋势。以伦敦自由贸易港为例。20 世纪 40 年代，为了减少航运业带来的污染，伦敦决定将自由贸易港港区限定于提布里港，伦敦市区则借助海运贸易不断吸引跨国企业入驻和外国（地区）资本流入，并大力发展国际金融、贸易和航运高端服务业等产业。这就是所谓的“港区剥离”，由此催生了市区的离岸经济，从此离岸金融和贸易成为伦敦港的主要发展方向，[23]进而助力伦敦成为全球的金融和贸易中心。“港区剥离”还促进自由贸易港内外各自形成不同的产业集群：提布里港区内集中了航运业的基建项目，因此形成了以港航、运输和物流为主的产业集群；伦敦市区则拓展航运融资、海事保险、海事仲裁等航运高端服务产业集群，涵盖船舶代理、融资、保险、航运信息服务、法律咨询、争端解决等方面活动。港

[21] 《最高人民法院关于聘任国际商事专家委员会首批专家委员的决定》，最高人民法院国际商事法庭官网：http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/949.html，最后访问日期：2021-04-29。

[22] 孙秀娟：《国内争议在国际商事仲裁机构的可仲裁性分析》，《中国外资》2014 年第 1 期，第 206~207 页。

[23] Walter H. Diamond, Tax-Fee Trade Zones Aid Both Exporters and Importers, The America Banker, 1980, p20.

区内聚集超过千家跨国服务业公司和国际航运组织，如世界顶级保险组织——劳合社，以及国际海事组织、国际海运联合会、国际货物装卸协调协会等。[24]

在此背景下，国际商事法庭与自由贸易港紧密相连。这是基于巧合，还是两者之间有什么因果联系呢？通过如下论证，可以看出，自由贸易港在其法律地位、承接“国家主权让渡”理论方面均契合国际商事法庭的国际化特征，其原因在于：

第一，国际商事法庭淡化管辖权实际联系原则，允许当事人协议选择管辖法院。一方面，于自由贸易港内产生的国际商事纠纷，多为合同纠纷。此类合同通常附有关于纠纷解决的条款，由当事人协议选择纠纷解决方式与地点；另一方面，国际商事法庭均对管辖权中实际联系原则进行了淡化，这为当事人协议选择管辖权，选择港内的国际商事法庭作为管辖法院奠定了基础。

第二，国际商事法庭奉行国际化的审理程序。俾众周知，在国内法庭审理程序中，当事人必须使用法院所在地国家语言，审理法官亦由该国法官组成。但国际商事法庭对这一传统进行了颠覆，详而言之，国际商事法庭普遍将英语作为审判语言，并且采用法官选任制，任用外国法官作为国际法官参与案件审理过程。举例而言，身处于阿拉伯法系包围的迪拜国际金融中心法庭，亦采用英语做为官方审判语言，并任命多名具有普通法系背景的外国法官作为其国际法官。

三、海南自由贸易港多元化国际商事纠纷解决机制构建国际商事法庭的实然性

海南自由贸易港的国际商事法庭应遵从“司法主权让渡”理念。毋需回避，某一主权国家司法主权过于强大，则他国国民易产生畏惧心理，从而不愿选择自由贸易港内的国际商事法庭解决纠纷，以及削弱法庭的国际公信力。司法的国际公信力必然对国际商事法庭依法行使司法权产生客观影响，亦是裁判过程和裁判结果得到当事人、尤其是外国当事人充分信赖、高度尊重与普遍认同的正面反映。进而言之，司法的国际公信力一方面表现为外国当事人对法庭的高度信任与配合，包括对法官的全面支持与尊敬，对审判程序的充分认同与接受，对判决结果的自觉执行与服从；另一方面，更重要的是，法庭的权威和影响可遍及全球，广受国际社会的推崇。那么，“司法主权让渡”下的国际司法公信力如何提高呢？显然与法庭司法权的国际化程度密不可分。

（一）聘用外籍法官

这是提升国际司法公信力的人才保障。除了外国（地区）的国际商事法庭，几乎未有其他的国内法庭有此突破，作为“一国两制”的产物，中国香港地区是个例外。尽管中国香港地区并未建有国际商事法庭，但以拥有多名外籍法官而著称。截至 2021 年 5 月 1 日为止，中国香港地区终审法院共有 21 名法官，包括 1 名首席大法官、2 名常任法官、4 名香港非常任法官和 14 名海外非常任法官。所谓海外非常任法官即是外籍法官，来自英国、澳洲和新西兰这三个普通法国家。[25]根据美国非营利性机构“世界正义工程”于 2019 年 2 月 28 日发布的“2019 世界正义工程法治指数”，在全部参评的 126 个国家中，中国法治指数

[24] 龚道前：《伦敦国际航运中心的演进及实证研究》，《对外经贸》2012 年第 10 期，第 37 页。
[25] 林峰：《“一国两制”下香港“外籍法官”的角色演变》，《中外法学》，2016 年第 5 期，第 1162 页。

为 0.49，排名第 82 位。另外，美国指数为 0.71，排名第 20 位。中国香港地区法治指数为 0.77，在全球排名第 16 位，高于排名第 20 位的美国。这一绩效在很大程度上归于主要由外籍法官组成的中国香港地区司法机构。反观中国国际商事法庭的法官国籍，其限制源于《中华人民共和国法官法》（以下简称《法官法》）的法官条件。[26]对此建议，如果在短期内无法再次修订《法官法》，应授权拟定中的《海南自由贸易港法》加以突破，并据此修订《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》。即修订为：国际商事法庭法官由最高人民法院在具有丰富审判工作经验，熟悉国际条约、国际惯例以及国际贸易投资实务，能够同时熟练运用中文和英文作为工作语言的中外籍法官中选任。

（二）增加国际商事专家委员会的外籍专家比例

归于那些参与调解的人们来自不同的文化背景，在调解国际商事纠纷时，各方当事人以及调解员经常陷入沟通中的困境。美国学者爱德华•霍尔为此创立了“高/低语境沟通文化”理论。[27]根据爱德华•霍尔的说法，在“低语境文化”沟通中，人们直接、明确和依赖性地直接在口头交流沟通；这类沟通公开讨论重要问题，无论主题多么敏感。低语境文化更多地出现在很多国家直接、明显的通信方式之中，例如美国，加拿大，澳大利亚，以及大多数北欧和西欧国家。[28]然而，“高语境文化”却以另外一种方式进行交流，交流者综合考虑上下文的表达，并且不总是口头的。在这种文化中，沟通围绕着要点展开。高语境文化重视传统和过去，当事人通常感受到自身与社区的强烈联系，共享来自社区的共同知识，社区对于这种文化来说是破译不明确的信息的关键所在。在亚洲国家，以及“低语境文化”以外的其他大部分国家中，均使用这种间接、隐式和依赖上下文理解的“高语境文化”。[29]雷蒙德•科恩教授描述了“高/低语境沟通文化”差异对调解的负面影响。他指出，以美国当事人为例，他们经常诧异于对方对历史和等级制度的关注，诧异于对方更喜欢原则而不是细节；他还描述了对方在调解时不愿“摊牌”，或者回避与拖拖拉拉时，美国人会因此感到沮丧。[30]在这方面，新加坡国际商事法庭提供了很好的经验，努力与“新加坡国际调解中心”实现“诉调对接”。多年来新加坡一直致力于推动国际社会制定关于国际商事调解的公约，2018 年 12 月 20 日，联合国第 73 届大会决议通过了由联合国国际贸易法委员会主持

[26]《法官法》第 12 条：“担任法官必须具备下列条件：（一）具有中华人民共和国国籍；（二）拥护中华人民共和国宪法，拥护中国共产党领导和社会主义制度；（三）具有良好的政治、业务素质和道德品行；……。”
《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 2 条：“国际商事法庭受理下列案件：（一）当事人依照民事诉讼法第三十四条的规定协议选择最高人民法院管辖且标的额为人民币 3 亿元以上的第一审国际商事案件；（二）高级人民法院对其所管辖的第一审国际商事案件，认为需要由最高人民法院审理并获准许的；（三）在全国有重大影响的第一审国际商事案件；（四）依照本规定第十四条申请仲裁保全、申请撤销或者执行国际商事仲裁裁决的；（五）最高人民法院认为应当由国际商事法庭审理的其他国际商事案件。”
《中华人民共和国民事诉讼法》第 34 条：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”
[27] Thomas Gaultier, Cross-Border Mediation: A New Solution for International Commercial Dispute Settlement? New York State Bar Association International Law Practicum, 2013, p26.
[28] Id.
[29] Id.
[30] Id.

制定的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》，这是联合国框架下首个以新加坡为名的公约，这为新加坡利用其全岛自由贸易港优势，在“新加坡国际调解中心”基础上打造亚太争议解决中心提供了契机，而中国也于 2019 年 8 月 7 日签署《新加坡调解公约》。中心聘请了中国、美国、法国、印度、巴西、澳大利亚、加拿大等国的调解员。调解员来自全球多个司法管辖区，涉及英美法系和大陆法系，在解决国际商事纠纷方面拥有丰富的经验。作为优秀的沟通者，他们精通高技能的各种谈判技巧，协助各方达成共识。由此可见，为了弭平国际商事调解中的各国当事人的文化差异，增加国际商事法庭的专家委员第二批境外专家委员比例尤其迫切，建议这一比例从 55%提升至 60-70%左右，尽量多聘请国际上著名的英国纠纷有效解决中心、美国国际纠纷解决中心等机构拥有不同文化背景的调解员。

（三）拓宽管辖权的范围

中国国际商事法庭仍需以实际联系原则作为管辖的要件。目前，国际商事法庭的管辖范围必须满足两个要件：一是当事人做出了协议选择；二是标的额需在人民币 3 亿元以上。[31]尽管这一规定突破了原有地域管辖的限制，赋予国际商事法庭较之普通的涉外法庭更加宽泛的受案权限，但必须指出的是，这一规定的前提是，案件必须与中国境内发生实际联系。[32]有学者认为，修订后的新《民事诉讼法》进一步将实际联系标准予以细化，各种连结点一目了然。[33]然而实际联系原则有其明显的缺陷，损抑了境外当事人愿意前往法庭解决争议的积极性，为此，外国（地区）的国际商事法庭大多采取了淡化实际联系原则，以及尊重当事人协议管辖的做法，甚至将未与本国发生任何联系的离岸诉讼纳入管辖范围。例如，新加坡国际商事法庭，在行使管辖权时并不要求纠纷与法院地存在实际联系，而仅需当事人间的选择法院协议即可。[34]在这方面，美国法律的“最低联系原则”值得借鉴。[35]这一原则源自 1945 年美国联邦最高法院所审理的“国际鞋业诉华盛顿州”一案。在本案中，原告华盛顿失业补偿基金会，在华盛顿法院起诉被告国际鞋业公司，指控其未按照州法律缴纳失业保险金。但依据法律，华盛顿州法院行使管辖权的前提是该公司必须在华盛顿州存在“营业行为”。本案中的被告国际鞋业公司位于特拉华州，在华盛顿州未设有营业场所，亦未缔结营业合同，仅通过推销员进行商品展示活动，因此被告认为并不构成美国法律中“营业行为”。据此，此案上诉至美国联邦最高法院，最高法院法官认为：尽管被告在华盛

[31] 《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 2 条“国际商事法庭受理下列案件：（一）当事人依照民事诉讼法第三十四条的规定协议选择最高人民法院管辖且标的额为人民币 3 亿元以上的第一审国际商事案件；（二）高级人民法院对其所管辖的第一审国际商事案件，认为需要由最高人民法院审理并获准许的；（三）在全国有重大影响的第一审国际商事案件；（四）依照本规定第十四条申请仲裁保全、申请撤销或者执行国际商事仲裁裁决的；（五）最高人民法院认为应当由国际商事法庭审理的其他国际商事案件。

[32] 《中华人民共和国民事诉讼法》第 34 条“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”

[33] 丁莲芝：《执行国际海运管辖权条款之对比与策略分析研究》，《中国海商法研究》2018 年第 2 期，第 33 页。

[34] Godwin Andrew, Ramsay Ian, Webster, Miranda, International Commercial Courts: The Singapore Experience, 18 Melbourne Journal of International Law 2, 2017, p18.

[35] 甘勇：《论美国国际民事诉讼中的“商业活动管辖权”》，《国际法研究》2016 年第 4 期，第 100 页。

顿州内不存在营业行为，但仍与华盛顿州存在最低程度的联系，州法院以此为连接点行使管辖权并不违反传统观念上的程序公平和实质正义。[36]“最低联系原则”由此应运而生，逐渐被美国大多数州的法律所认可。[37]其包含三个条件：一是必须符合“程序公平和实质正义”观念；二是被告在法院地有目的地从事商业活动；三是严格的“最低联系”门槛。即法院在行使“最低联系原则”仍会考虑被告与法院地的距离，包括法院是否方便行使管辖权，或者被告是否会因法院地过于遥远而承受过重的诉讼负担等。将上述原则移植海南自由贸易港的国际商事法庭，还可以作扩大性改革，前提是不违反国家、社会公共利益及其他法庭的专属管辖。诚如某些学者所言，在确认管辖权协议的准据法方面，既要参考这一协议的实体性质，又必须遵守强行法的适用。[38]在此基础上，只要被告的目的地是自由贸易港，并从事国际商事活动，并且当事人协议认可国际商事法庭的管辖权，法庭即对案件拥有管辖权。

（四）保障国际商事法庭判决承认与执行的国际协作

对于法庭的判决，当事人最为关心的莫过于域外判决在本国是否具有执行效力问题。如果最终不能在本国得到承认与执行，那么，法庭判决就将变成一纸空文。各国国际商事法庭之间均采取国际协作的方式，来推动判决的执行效力。例如，英国商事法庭、新加坡国际商事法庭、迪拜国际金融中心法庭等自由贸易港商事法庭，彼此间均签署了有关金钱判决相互执行的协议或备忘录。此外，国际商事法庭常设论坛的成立，亦为国际商事法庭之间的沟通搭建了平台。[39]2015 年，英国商事法庭首席大法官托马斯勋爵呼吁：“各国国际商事法庭之间，应以合作方式实现资源共享，保证彼此间决策的一致性，甚至彼此间判决的承认与执行。”[40]托马斯勋爵这一愿景最终得以实现，2017 年 5 月，首届国际商事法庭常设论坛于伦敦举行，论坛提出的目标是：促进法庭之间的资源共享，紧随商业变革的快速步伐，提供更优质的司法服务。[41]目前，中国国际商事法庭在判决的承认与执行方面，与外国（地区）法庭尚有差距。原因在于，中国的《民事诉讼法》中对跨境商事判决的承认与执行仅作了原则性规定，具体执行则依赖于中国参与的国际条约的规定，或者互惠原则的签署。中国已于 2019 年 7 月 2 日签署《承认与执行外国民商事判决公约》，但此公约于国内如何实行仍有待于细化。至于如何理解和适用互惠原则，国内亦存在争议，缺乏定论。[42]例如，大多数国家对于互惠原则的适用日趋宽松化，某些国家甚至废除了这一原则。再如，中国仍然维系“事实互惠”的保守立场，也就是说，如果外国法院未曾承认和执行过

[36] Henry Lowenstein, Carla F. Grabert-Lowenstein, The Long-Arm of the Law: South Carolina's Long-Arm Statute and the Internet, South Carolina Law Review, 2016, p68.
[37] David L. Doyle, Long-Arm Statutes: A Fifty-State Surve, Vedder Price: http://www.vedderprice.com/ long-arm-statutes, last visited on 2019-03-19.
[38] 曾二秀：《中英选择管辖协议效力及执行比较研究——基于轩辉国际物流有限公司与智利南美轮船有限公司三法域诉讼案的分析》，《中国海商法研究》2018 年第 4 期，第 27 页。
[39] Wilske, Stephan, International Commercial Courts and Arbitration-Alternatives, Substitutes or Trojan Hors, Contemporary Asia Arbitration Journal, 2018, p11.
[40] Id.
[41] Id.
[42] 沈红雨：《外国民商事判决承认和执行若干疑难问题研究》，《法律适用》2018 年第 5 期，第 15 页。

中国法院的判决，即可推定两国之间不存在互惠关系。[43]因此，上述问题已经成为海南自由贸易港构建国际商事法庭的当务之急。

为了有效地解决上述问题，应从以下两个层面采取对策：一是启动新的司法解释，建议最高人民法院应尽快制定出台《关于承认和执行外国法院民商事判决若干问题的规定》，[44]以司法解释形式支持国际商事法庭对无条约关系国的国际商事法庭判决的承认与执行；二是与外国（地区）的国际商事法庭签署协议或备忘录。虽然此类协议并非正式的条约，并不具有法律的约束力，但表达了双方司法合作的良好亟愿。例如最高人民法院和新加坡最高法院于 2018 年 8 月 31 日签署了中新《关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，[45]针对彼此需要承认与执行的国际性或非国际性的金钱给付判决展开合作。备忘录第 5 条特意注明“新加坡国际商业法庭是新加坡最高法院的组成部分，隶属新加坡高等法庭”，这意味着备忘录适用于两国的国际商事法庭合作，但双方的合作仅限于金钱给付，对于那些非金钱给付，例如停止侵害，排除妨碍，消除危险，返还财产，恢复原状、修理重作、更换，继续履行，消除影响、恢复名誉和赔礼道歉等等尚未涵盖。2016 年 10 月 27 日，迪拜国际金融中心法庭与上海市高级人民法院签署了《迪拜国际金融中心法庭与中国法院相互承认和执行民事和商业判决指南》，但这个指南是否适用国际商事法庭并不清晰。综上，仅有上述备忘录或指南是远远不够的，建议通过国际商事法院常设论坛这一平台，增加中国国际商事法庭对外交往的机会，争取与更多的外国（地区）商事法庭签署协议或备忘录的形式，扩大执行的范畴，促进域外判决的承认与执行。

[43] 杨文贵，罗依，肖钧天：《论外国法院判决和裁定在中国的承认与执行》，《中国海商法研究》2019 年第 1 期，第 51 页。

[44] 刘贵祥：《构建公正高效便利的“一带一路”跨境纠纷解决机制》，中国法院网官网：https://www.chinacourt. org/article/detail/2017/09/id/3005632.html，最后访问日期：2021-04-29。

[45] 王川：《第 2 届中新法律和司法圆桌会议在新加坡成功举办，周强出席并致辞》，最高人民法院国际商事法庭官网：http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/156/1057.html，最后访问日期：2021-04-29。

中国企业海外投资保护的法律问题研究

王亚男， 巩玮昊[1]

（大连海事大学法学院，辽宁，大连，116026）

摘 要：经济全球化的发展密切联系了各个国家地区间的投资贸易，与我国海外投资活动广泛开展的现况相对应的，目前并没有一套完整的海外投资保护相关法律体系来对其进行有效的保护，投资协定跟不上时代发展需求、国内海外投资规定错综冗杂、投资仲裁的范围弹性过大以及投资主体与身份等问题都掣肘着我国企业的海外投资的健康发展。本文通过对 ICSID 与他国在投资保护上的措施进行分析，结合我国的特有特点提出对国际投资的保护措施，以解决国企身份、间接征收等问题，旨在加强国际投资领域的法制建设，保护我国海外投资业务健康发展。

关键词：海外投资保护 ICSID 国际投资法

一、我国海外投资发展情况与困境

（一）我国海外投资的现状与特点

自改革开放以来，我国不断参与到国际事务、国际贸易投资的活动中去，海外投资的规模也逐渐扩大，海外投资总额在总体上趋于不断上。据商务部、国家统计局和国家外汇管理局联合发布《2019 年度中国对外直接投资统计公报》显示：2019 年中国对外直接投资 1369.1 亿美元，流量规模仅次于日本（2266.5 亿美元），对外直接投资存量达 2.2 万亿美元，次于美国（7.7 万亿美元）和荷兰（2.6 万亿美元），对外直接投资流量蝉联全球第二，存量保持全球第三。[2] 2020 年 1-11 月，我国对外全行业直接投资 8239.2 亿元人民币，同比增长 2.3%，我国海外投资规模大，涉及全球 188 个国家与地区，在能源和交通领域投资占了较大比重。

我国的海外投资有利促进国民经济与社会发展的同时，技术交流、经济贸易也为我国投资者们带来了诸多益处，除了通过参股他国企业平衡我国部分资源短板问题，投资他国工程建设给我国带来巨大收益外，其对外相关的经济技术交流也有利于为我国引入先进发展经验，目前，我国海外投资主要呈现出如下特点：一是投资主体大多为国企，2019 年统计数据显示，中央企业和单位对外非金融类直接投资 272.1 亿美元，地方企业 897.4 亿美元，占全国非金融类流量的 76.7%，国有企业作为海外投资的主力承担了投资中重要的一环；二是投资逐渐侧重于“一带一路”沿线国家，自我国“一带一路”战略提出以来，我国境内投资主体在“一带一路”沿线 63 个国家设立境外企业近 1.1 万个，2013-2019 年，我国对“一带一路”相关直接投资共计 1173.1 亿美元，总体呈现稳中有进的趋势；三是投资分布上，大部分投资领域集中于商务服务与金融行业，例如以投资控股为主的对外投资活动等，此外能源资源投资也占有较大比重并逐步将投资扩展到交通运输、居民服务、文化教

[1] 王亚男，大连海事大学法学院副教授，主要研究方向：国际投资法；巩玮昊，大连海事大学法学院硕士研究生。

[2] 商务部、国家统计局和国家外汇管理局《2019 年度中国对外直接投资统计公报》。

育、餐饮卫生等多个方面[3]。在地域分布上，我国国际投资呈现出以港澳与发达国家为点，向发展中国家等地区辐射的特征，对亚、非拉美等地区新兴市场投资比重逐步增加。综合来讲，我国国际投资上整体呈现出稳中有进的态势，投资规模不断上升。

（二）我国的海外投资保护与风险

在海外投资领域上，由于其投资跨国家的特点，相关法律保护多兼顾国内法与国际法两方面，目前世界多数国家对于海外投资法律保护大多形式为通过本国及投资国国内相关法律法规保护，通过与缔约国签订投资保护协定进行保护，通过多国共同签订的投资保护条约进行仲裁保护等。我国虽然在海外投资保护上尚未制定完备的法律体系，但经过多年来的发展，形成了通过制定国内相关海外投资法律法规（如《援外合资合作项目基金管理办法》、《境外投资项目核准暂行管理办法》等），建立中国出口信用保险公司[4]，签订双边投资保护协定（BITs），诉诸 ICSID 等方式来合理维护我国企业的海外投资权益。

我国的海外投资发展自改革开放后开始逐渐起步，其发展阶段晚，加之目前国际形势错综复杂，南北差异、地区差异、整体和平与局部动荡，贸易保护主义抬头等状况仍不断出现以及新冠疫情的全世界爆发，都对企业对外投资的发展影响颇大。其概括来看主要分为如下几个方面：其一是政治风险，往往因为投资国家内、国家间发生战争，投资国发生政变、武装叛乱从而造成社会动荡以及政策因素等诸多原因所引起。政治风险的出现一容易造成投资者无法进行正常的生产活动，导致生产成本增加；二造成交通问题，企业生产所需人力物力难以正常流转；三也会发生企业资产被投资国征用，与当地发生争端以至出现财产损毁和人员伤亡等情况。例如部分发展中国家对本地的外企投资国有化征收造成损失，因战乱造成企业停产甚至“充公”造成损失等；其二是商业风险，投资国国内经济的浮动以及其在国内国际形势下所产生的通货膨胀，都会对资方利润收入，生产成本等方面造成影响；其三是财务风险，这类风险往往多存在于以持股控股为目的海外投资中，如果当地企业财务管理，企业经营出现问题，则会加重资方的经营支出，造成成本增加与利润的减少甚至产生亏损；其四是外汇风险，因为海外投资跨国交易的特性，其容易受到国际汇率波动变化的影响，导致企业的资产价值与收益随之产生波动，影响企业效益。总的来说，海外投资涉及“两个国内、一个国际”的影响，本国与投资国的政策倾向、社会状态以及国内外金融市场的风向与波动均会对企业海外投资产生诸多影响，虽然海外投资获利较大，但是一旦发生风险其影响也更加严重，这都是投资者在进行海外投资时需要慎重考虑和规避的。

二、我国国际投资保护的法律障碍

目前，我国海外投资保护立法的体系化程度并不高，我国企业在海外投资活动争端的处理上仍存在许多法律障碍，例如 2012 年平安诉比利时关于股权收购一案中我国被裁定为

[3] 参见商务部官网，http: / /www. mofcom. gov. cn / article /i / jyjl/202009 /20200903003047. shtml
[4] 赵慧萍.出口信用保险：国际趋势、形势判断与发展对策.财贸研究.2006 （05）

无管辖权，2014 年城建诉也门关于机场建造一案中，我国企业在外也遭遇诸多纠纷。对于海外投资活动，其法律障碍大致体现如下：

（一）投资主体的身份问题

我国由于社会性质等因素，拥有世界上最多数量和最大规模的国家控股企业，国企的发展提高了相应存量资产利用率，优化了我国产业结构，在各个领域为我国经济建设做出了不可磨灭的贡献。但由于其国家对资本拥有所有权或控制权，有一定行政性的特点，其海外投资争端上往往因投资者的身份问题被他国质疑不适用相关协定，从而引起管辖异议。

在 2014 年城建诉也门关于机场建造一案上，北京城建以《华盛顿公约》为依据，并以违反《中国与也门双边投资保护条约》的原因，将也门政府诉至 ICSID。随后，也门政府对仲裁庭提出司法管辖权异议，认为北京城建由北京市人民政府独资，受到国资委和党委监管，是具有政治目的，受国家控制的国有企业而非私人公司，其投资身份不适格因而不适用相关仲裁[5]。《华盛顿公约》第二十五条第一款规定：“中心的管辖适用于缔约国和另一缔约国国民之间直接因投资而产生的任何法律争端，而该项争端经双方书面同意提交给中心。且当双方表示同意后，不得单方面撤消其同意。”而城建虽然由中国政府投资，但其注册成立完全合法，具有独立的法人地位并同也门民航局签订了合法《工程承包合同》，并不存在瑕疵。且在中也 BIT 中第 4 条规定，“国有化、征收或任何其他具有类似效果的措施”只有在同时符合以下约定的前提下，才能不被视为违反 BIT，即：（I）该措施符合缔约国的公共利益；（II）该措施通过“法定程序”而实施；（III）该措施是非歧视性的；且（IV）应给予适当的补偿。若所进行的国家强制性征收违反以上的任何一个条件，则都会成立对该 BIT 的违反[6]”因而，也门政府通过军队暴力对工程项目“征收”这一行为如果判定为合法未违反 BIT 相关规定，显然有悖于 BIT 意图鼓励外国投资资本流动的宗旨，从而阻塞了海外资金的正常流转。虽然最后仲裁判定城建胜诉，但国企投资者身份在对外投资中常常第一时间为他国提出不适用仲裁管辖的质疑导致仲裁过程繁琐漫长，造成我国国企的海外投资的极大不便。在海外投资中国企问题仍存在一些争议，那么国企是否可以在他国入股控股或者通过子公司的方式，将企业投资转移至海外公司在进行投资从而规避国企身份引起仲裁争议，还需要经过实践检验。

再从国内法律看来，我国国内立法对“投资者”定义为其投资主体申请主要是“我国取得法人资格的企业或其他经济组织；有资金来源；有技术人员、管理人员和经营能力；有合作伙伴。”这样看来，自然人则不在我国海外直接投资主体的考量范围内，这则同国际投资仲裁上“促进私人投资资本在国际范围内的流动”的目的相矛盾。

（二）ICSID 仲裁弹性大与我国相应法律法规的不全面

ICSID 设立[7]以来，其仲裁为所有签约国提供了国际法方面解决争议的适用模板，对维护国际间投资利益起到了较为突出的作用，但其也存在一些问题。例如由于仲裁法规中条

[5] BUCG v. Yemen，Decision on Jurisdiction，paras. 37 － 47.

[6] 《中国与也门双边投资保护条约》

[7] 目前 ICSID 已有 161 名成员，属于投资者与东道国争端解决的最重要的多边机制，具有极高的接受度。

款弹性过大，对于在各种仲裁中所出现的各种国际投资争议，ICSID 并没有以成文的形式加以确定下来，也没有裁定上以判例作为渊源的习惯，这就造成了争议点在法律上的不明确。此外，公约第四十二条第九款规定“裁庭应依照双方可能同意的法律规则判定一项争端。如无此种协议，应适用争端一方的缔约国的法律，包括其关于冲突法规则以及可能使用的国际法规则。”此规定虽然规避了了模糊适用所选法律带来的的不确定性，但是并没有妥善的解决双方的国内法和国际法在实践中优先考虑适用哪个的问题，这也就造成了在投资冲突中双方对适用规定的各执一词。

在我国海外投资国内立法中，由于海外投资涉及国际与国内两大方面，其法规需要对多方面因素综合考量，立法难度大，程序较为复杂。第一，目前我国尚未存在一个体系完整的海外投资法规，现有的相关法律法规仅由相关几个部门分散订立，缺乏统一性；第二，我国国内海外投资法律法规与国际相关规定联系不紧密，协调性差，其规定对于海外投资中的部分突发性问题往往规定较为模糊，缺少完整系统的解释，因此缺少磋商仲裁中的说服力；第三，我国在海外投资机构上虽成立了中国出口信用保险公司来支持我国企业投资者进行海外投资并提供相应风险保险，但并没有在双边协定上建立起类似美国一样的相关代位权行使规定，一旦发生投资风险往往难以上升到国家层面解决问题；最后，在实践上我国相关立法分散，形式变化往往也内部文件的形式下发，难以大范围内为人们所熟知，企业在进行海外投资时对相关法规的不熟悉也影响到自身投资利益的实现。

（三）双边投资协定的局限：间接征收的判定

双边协定是海外投资者维护自身利益的重要依据之一，其中间接征收条约上我国相关规定往往较为模糊，如中印 BIT 第 5 条第 1 款规定：“除非为了公共目的、遵循非歧视原则，并给予公平与公正补偿，在缔约另一方领土内的来自任何缔约方之投资者的投资不得被该缔约国另一方实施国有化或征收，或被采取与国有化或征收具有等同效果的措施”。规定仅突出了公共目的，非歧视以及公平补偿，并没有具体性解释，虽然可以广泛适用但在具体投资活动中则导致其在实践上难以对各种形式的征收冲突形成具有针对性的分析依据，对方可解释空间大。这样的局限导致了对间接征收判定的争议在实务上成为我国企业对海外投资国诉讼的一大原因。

以 2012 年平安诉比利时关于股权收购一案为例，本案争议点在于继 2007 至 2008 年期间，平安对富通股份收购后，比利时政府因雷曼兄弟危机引发全球金融性海啸与荷兰等国家执行政策上对 FBB 公司股权的收购，导致平安集团对其投资完全被比利时政府“征用”，并且未得到相应补偿，而最终仲裁庭以“无管辖权”裁决驳回平安集团的索赔请求。从本案例上看，平安集团提出索赔要求源自比利时与中国政府于 1986 年生效的双边投资条约（1986BIT），而相应管辖权的条款则是 2009 年新约中的相关条款，这样就产生了关于国家间接征收适用新约与旧约之间的冲突。在我国所签订的双边协议中，往往在间接征收的相关概念界定上比较模糊，这也就导致了在实际投资中往往因为模糊条款而无法在各种情况下较好判定政府干涉与政治风险，影响投资者海外投资利益。

三、其他国家国际投资保护的理论支持与我国之比较

在海外投资保护的法律法规方面，西方发达国家进入早，发展较为系统全面，对于切实有效保护我国投资主体的利益产生了一定的借鉴。在此我们以美国的双边海外投资保证制度和德、日的单边海外投资保证制度为例。

（一）美国海外投资保险制度(overseas investment insurance scheme)

作为第一海外投资大国，美国首先形成了较为完备的海外投资保险制度[8]，即海外投资国家的政府因考虑到企业在海外投资所面对的政治风险，以保护本国利益为目的，采取通过相关机构对本国的投资者提供保证或保险的措施，在投资者向国内相应投资保险机构（海外私人投资公司）申请保险后，倘若在投资中其所承保的政治风险在现实中产生并且投资者为此遭受了损失，则可以通过国内所承保的保险公司对亏损进行补偿的制度，这同时也成为了国际投资保护领域上的重要制度之一[9]。我国在相对应方面则成立了出口信用保险公司来在一定限度内履行代位求偿权，保障本国海外投资权益。这样的方式从总体上考量避免了相应机构的权能重叠（之前由进出口银行和人行共同承担），有利于精简程序、提高效率，从而在一定程度的集中了领域内信息，促使风险最小化。但究其实务的处理上我国出口信用保险公司制度仍存在部分缺陷。

首先在法律支撑上，美国的海外投资保险制度由其《对外援助法》发展而来，旨在平衡国际国内相关立法使其相互呼应，既扩大国内立法在国际仲裁的效力，又强调国际法规在与本国法的结合，使得本国企业在海外“投资-利润-回报”的运作下能够稳定经营，即使遭遇政治风险也能够通过 BIT 的前提行使代为求偿，这样的方式开创了投资保障的先路，切实保护本国利益。反之在目前我国出口信用保险公司上来说，我国尚不存在专门性质的海外保险法律，相关规则的不完善则容易导致我国在出现投资争端时，因没有明确的国内法规支持企业往往很难在仲裁上占据主动地位；其次在承保方面，我国在海外保险承保比例仅 5%，远远低于世界平均比例的 12%，更不必说达到发达国家的标准了。究其原因，我国在保险方式上不同于美国，而是采用市场业务批量办理的统保的方式进行，这样虽然提高了效率，有利于风险分散，但对于企业来说，并不能通过其部分优势业务来发展海外市场，而往往市场上风险和回报一定程度上成正比，对企业中高风险的投资保险力度不够和保险费率较高的因素也就成为了海外投资发展的掣肘。

（二）德、日的海外投资保险制度

德、日的海外投资保险制度由美国相应制度演变而来，又具有自己的特色。联邦德国于 1959 年以美国制度为模板形成了本国的海外投资保险制度，其保险业务交由两家公司（委托普华永道和裕利安怡信用保险公司）进行承保，区别于美国海外私人投资公司的全权负责，德国实际上保险申请的批准单位带有一定公权力的性质，为经济部、外交部与财政部联合组成的委员会，普华永道和裕利安怡仅为受委托的具体执行单位，负责处理投资

[8] 单文华 张生.《美国投资条约新范本及其可授受性问题研究》.《现代法学》2013.5.

[9]《国际经济法学》北京：高等教育出版社，2016.11

保险的诸如咨询监管和保险等具体事务。此外，德国海外投资保险制度与美国有所区别的地方还有其不凭借同他国签订的双边投资保证条约作为保险前提，企业不必凭借国家间BIT的签订也可申请保险，即实质上为单边海外投资保险制度。日本同德国类似，也采用单边海外投资保险的方式，不将两国间签订双边协议作为先决条件。在保险签批执行上，其由政府通产省企业局负责签批，由下属长期运输科负责具体执行事宜。区别于德国、美国均交由相应公司进行承保与执行，日本在海外投资保护上由政府进行控制，政府约束力更大，有利于对海外投资的集中管理，也更容易在投资纠纷解决中提高效率比，发挥政策优势。

结合德、日在投资保护实践中的经验，我国因为国家性质的因素，作为海外投资的企业往往以国企居多且不同于资本主义国家“国企”多居于公众卫生服务部门的地位，我国国企往往以战略、支柱产业为主。因而在投资保险的实行上一方面应高侧重于政府的介入性，政府拥有最终决定权和代位求偿权，强化分险规避并避免在遭遇政治因素冲突时企业处理能力有限所导致的利益损失；另一方面，也可以借鉴德国的经验，形成政府审批、单位执行的模式，同时对执行者进行有效的监管，促进存量资本的流动，助力我国企业海外投资市场的扩张。

三、对完善我国海外投资保护体系的几点看法

（一）双边投资协定中增加对国企投资身份的判定标准

双边投资协定是规制海外投资秩序的常用方式之一，其运用广泛且灵活多变。我国目前同他国所签订的协定大多集中于二十世纪八十、九十年代，在适用中难以同现如今的国际经济局势相协调。如ICSID的Broches标准在对于国企投资者身份判定上所适用的“商业判断标准”中认为“国企投资者若是作为政府代理人或履行政府职能，则其投资仲裁申请会被拒绝，反之则会被接受。”，这样明显留下了仲裁中对国企身份进行质疑的余地。我国国企作为投资者的特点与西方国家海外投资主体则有所差异，对此更新双边投资协定，在其中增加对国企投资身份的判定标准不妨是一种方法。我们可以借鉴其他国家双边协定中对投资者定义的解释，如美国双边投资协定中对投资者定义为“只要实际从事商业活动就构成协定中所称的企业，而不依据企业所有者的名称和性质，企业是否盈利以及企业所采取何种法律或组织形式。”这样的话，通过投资者身份不应该以其所有制来判断，而是要依据其是否开展商事活动来判断的理念，明确协议中对国企身份的界定，可避免在投资争议中因对国企身份的质疑而产生的不利解释，也益于促进我国国企海外投资资本的范围流动。

同时，在确定国企投资者身份的相关条款时不宜将其规定的过于狭窄，以美国2012投资协定范本第2条第2款规定为例，其文书中“被授予政府职权”（government authority）包括以立法授予、政府命令、指令将政府职权转交给国企、个人等情形，同时也参考TPP中的条款中“监管、行政或其他政府职权”包括“征收、发放许可、批准商业交易，或实

行配额、课以费用和其他规费的权力”[10]。通过解释政府、企业一定范围的动态行为来确定国企投资者身份，避免对其身份适用上的僵化，也有利于通过与他国协商达成承认国企投资者在国际投资上正当地位的合意。并且，通过完善相关双边投资协定与法律法规也有利于在投资争议中的指定协定更为有利，使我国在海外投资仲裁中掌握主动权。

（二）明确间接征收的界限

较之于西方国家全面的海外投资法规体系，目前我国尚没有形成一个完备的海外投资保护的法律体系的现状，明显成为我国保护海外投资对策上的短板，继而影响我国投资者对外投资经营的利益。法规应根据近年来我国在海外投资实践中所面对的热点问题与国家安全，国家政策，外汇管理，海外监管，投资保险等多个方面做出针对性解决措施，例如间接征收问题，从上述平安诉比利时关于股权收购一案上看，我国在双边协定与海外投资相关法规中对于间接征收的相关条款界定不清晰，在对间接征收的判定上，在大多协定中我们一般把它定义为“等同于征收”，如 1986 年中-比 BIT 中第十条第三款规定：“有关征收、国有化或其他类似措施的补偿额的争议，可按投资者的选择”[11]来进行仲裁或提交一方国内司法解决，而对征收定义根据第四条可以看出其范围限制在依法、非歧视性和补偿规定中。这样以征收和其它措施来定义间接征收往往令投资主体在投资冲突的仲裁中处于劣势，增加解释成本。针对此种情况，在相关立法上清楚确定对间接征收的定义，例如根据不同个案可依照判例的形式对不同情况下间接征收附以不同的情况说明，来具体划分间接征收的范围与判定标准[12]，通过兜底性条款对间接征收形成一定弹性的判断标准，达到个案平衡，使我国在海外投资仲裁中产生的热点问题争议上“有法可依”，保护投资者海外合法权益。再者，在海外仲裁中，根据不同的国家灵活运用 ICSID 进行仲裁，在面对发达国家是限制 ICSID 管辖权，面对发展中国家时合理扩大 ICSID 管辖，以最大化保护本国利益。在海外投资相关立法应当围绕海外投资前期资格审查，可行性研究，投资中后期的项目与财务监管作出明确定规定，通过科学的审查准入方式使更多具有资质有实力的企业进入海外投资，不仅可以提高我国海外投资口碑，增加我国投资实力，更有利于增强相关人才领域专业性，以便在投资争议中占据主导优势，保障海外投资合法收益。最后，应避免立法过程中条款定义过于宽泛，对相关规定制定上应采用精确的措辞进行定义，防止因条款模糊所产生的不合理争议。

（三）修订不适时的双边投资协定

我国从实行改革开放到一带一路的提出，目前已经同一百三十余个国家地区签订了双边投资协定，从整体上看这些协定大部分都是于上世纪 80 年代以改革开放、吸引发达国家的外商来华投资的名义所签订的。而我国发展到现在，随着生产力的丰富，经济目标也不仅限于“引进来”而是更加放眼于强调“走出去”，虽然在 21 世纪初我国对部分协定有所

[10] 刘雪红.中国海外投资保护的法律障碍与制度重构[J]，《华东政法大学学报》.2019.
[11]《中华人民共和国政府和比利时－卢森堡经济联盟关于相互促进和保护投资的协定》第十条第三款.
[12]［美］理查德·A·艾珀斯坦.征收——私人财产和征用权［M］.李昊等译.北京: 中国人民大学出版社，2011.

修改，但就目前的背景下，仅着重引入的 BITs 显然不适合我国当前发展的现状，也无法作为我国企业在当今海外投资仲裁中有力的法律依据支持。如在“平安诉比利时”一案[13]中，我国虽同比利时于 09 年修订了双边保护协定，但协定更新的滞后仍导致仲裁上被裁定新协定并不适合条约生效前已通知单位进行仲裁的争端。

对此，我国应以企业出口信用投资为侧重点，对目前不符合实事的双边协定与相关国家进行重新商榷和更新，对为签订双边协定的国家加快签约进度，不仅同发达国家形成协议，更需要同亚非、中东、拉美地区的发展中国家形成协议，扩大双边协定签约国的范围，保护国民利益同时且通过对外援助建设来提高国际影响力，同时在新的协定签订过程中，一是就实际要求在国企主体、国民待遇以及非歧视待遇[14]等问题方面适当进行条文更改，规避政治因素造成的当地国有化征收与不当损失等问题，二是针对西方“去中国化”倾向而采取的部分贸易壁垒，应及时完善相关的贸易壁垒调查模式[15]并以成文法的形式形成法律支持，在企业投资遇到不合理征收等问题时，针对不同壁垒进行对应的的反制措施，寻求国内法律支持与国家保护。因此，对我国 04 年所设立的国别投资经营障碍报告制度以及商务部《对外贸易壁垒调查暂行规则》[16]在新的时代条件下上升为法律制度，对我国海外投资保护法治体系的建设和对企业的海外保护，均是一步巨大的跨越。

（四）根据国家特色进行合理解释

完善国内法方面有关海外投资保护的相关法规，使我国国际投资保护在国内法方面有法可依，投资者可通过事先对相关条例的学习起到如果产生争议该如何维权，如何解决的预防作用，同时，海外投资保护立法在参照国外成熟经验的同时也应该针对国情具体分析，切忌搞“一刀切”“拿来主义”等，我国作为社会主义国家，在国情等许多方面具有自己的特殊性，在国际局势下因为某些原因也会受到某些国家的不合理质疑与裁决。强化国内相关立法，有利于将成熟的国内法经验与国际法相结合，尽量避免国际仲裁中对我国国企不利的情况，在海外投资争议事项的处理上创立“中国经验”，保护我国企业的合法利益。例如北京城建诉也门一案中，我国在仲裁中依照 Broches 标准对投资主体身份的解释，最终为 ICSID 所采纳，此案的胜诉保护企业自身合法利益的同时，也增加了我国企业面对投资仲裁的信心，为今后的投资争端处理上提供经验。

又如在国际仲裁条款中的“岔路口条款”和“禁止掉头条款”[17]，在《中国-乌兹别克斯坦双边投资协定》中规定在争端仲裁解决中一方可以提出投资主体在仲裁提交之前，应当用尽当地国法律法规所规定的行政复议程序。如果投资主体已将该争议提交给其中一方

[13] Ping An Life Insurance Company of China，Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China，Limited v. Kingdom of Belgium，ICSID Case No. ARB/12 /29.
[14] Caroline Henckels，Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration，Journal of International Economic Law 15(1) .
[15]王小林.国际投资间接征收的中国关切［J］.北方法学.2015.2.
[16] 高建勋.中国企业“走出去”的法律保障问题研究[J].《福建论坛·人文社会科学版》.2006.12
[17] 王燕. 一带一路”自由贸易协定话语建构的中国策[J].《法学》2018.2

的有管辖权的法院或交于国际仲裁，其选择应当是终局的。这样的条款虽然在规定上要求穷尽当地行政救济手段，保障了投资主体在当地进行投资权益维护的途径，但倘若对所以的救济措施不分情况的一并诉诸，显然增加了企业的机会成本，造成大量时间和人力资源方面不合理的亏损。并且维权企业一旦选择则无法变更也容易造成维权过程中因过失或判断造成的错误成本的增加。由于我国特有的情况以及对外投资近年来才逐步扩大，以前的国际仲裁条款并没有充分考量我国在国际投资中发展的诉求，对此，在协定签订中我们应当改变“防御型”的争端处理模式，转而主动挖掘目前协定中对我国不利的条款，积极处理并结合我国特色制定新的附加条款，使得“协定”与我国在国际商事参与上相吻合，避免不利条款对我国企业的阻碍。

经济全球化是世界经济发展主流趋势，伴随着各种国际经济组织的影响，在当前国际资本流动中发挥着很大作用。我国在进行国内相关法制建设的同时，也要迎合国际趋势，积极处理国际事务，充分运用国际多边条约解决海外争端，推动海外投资的建设发展。

结　论

海外投资在经济全球化大趋势的影响下已成为世界范围内资金流动和经济发展的重要手段之一。我国作为全球第二大经济体，海外投资不仅是促进本国经济增长，拉动内需增长的需要，更是彰显大国责任，提高国际地位与自身竞争力的重要表现。目前，我国在对外投资保护的法律法规建设上仍存在一定的立法空白，面对投资纠纷缺少体系完备的经验，以至在国际投资的争议处理中容易处于被动局面。对此，制定科学完备的海外投资保护法制体系，积极运用双边、多边国际条约保护自身合法利益，寻求具有中国特色的处理办法显得尤为重要，在有利于解决本国投资者海外争端，保障其合法利益并维护我国海外投资稳定发展的同时，通过对海外投资保护轨制的探索，也为其他广大发展中国家的国际投资贸易活动提供了“中国经验”，促进世界经济的平稳发展。

论投资者与东道国争端解决机制改革的中国对策

肖灵敏[1]杨传兰[2]

依据《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》（Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States，以下简称《华盛顿公约》）设立的国际投资争端解决中心（International Center for Settlement of Investment Disputes，以下简称 ICSID），是世界上第一个以专门解决国际投资争议的仲裁机构，主要用来解决外国投资者与东道国之间的争端。依《华盛顿公约》设立的投资者与东道国争端解决（Investor-State Dispute Settlement，以下简称 ISDS）机制是目前唯一能够公正解决投资争端的机制，主要资本输出国已利用 ISDS 机制作为巩固经济实力的工具，它还被用来纠正资本输入国国内法治方面的明显缺陷的一种机制。但许多发展中国家对该机制的运作方式表示不满，对由 ICSID 运作的制度化争端解决机制批评更甚。ISDS 机制正面临着正当性危机。[3]因此，国际社会纷纷探讨现行 ISDS 机制改革的可能方案，以期加快建立健全新形势下普遍有效的 ISDS 机制。在此背景下，本文以 UNCITRAL 最近几年颁布的世界投资报告为依据，分析国际投资协定（International Investment Agreement，以下简称 IIAs）中 ISDS 条款的改革走向，并根据各国和政府间国际组织就 ISDS 机制的可能改革提交给联合国国际贸易法委员会（(United Nations Commission on International Trade Law，以下简称 UNCITRAL)的意见，探讨 ISDS 机制的改革趋势及中国的应对之策。

一、投资者与东道国争端解决机制改革的国际形势

近几年基于条约的 ISDS 案件仍然居高不下，加之 ISDS 机制本身固有的缺陷，如何改革 ISDS 机制成为学术界和实务界研究的重点和热点问题。各国正在梳理国际投资协定，或终止现有的国际投资协定，或重新签订新的国际投资协定，目的在于改革或创新甚至废除国际投资协定中的 ISDS 机制，ISDS 机制的改革模式正呈现出多元化趋势。

（一）基于条约的 ISDS 案件仲裁近况

截止 2020 年底，已知的基于条约的 ISDS 案例总计有 1104 起，悬而未决的有 354 起，

[1]肖灵敏，（1973.2－），女，湖南双峰人，湖南文理学院讲师，法学博士，研究方向为国际经济法。
[2]杨传兰，（1976.3－），女，山东临沂人，湖南文理学院讲师，法学硕士，研究方向为国际私法。

[3]关于“正当性危机”的含义，学界并没有统一定义。本文采用学者陈安和蔡从燕的说法，对其做如下表述：“国际投资仲裁下面临的正当性危机，是指解决国际投资争端的仲裁机制以及仲裁裁决的效力并不能使国际法主体得到信服和执行。”（参见陈安主编：《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》，复旦大学出版社 2007 年版，第 165 页，270-271 页。蔡从燕：《国际投资仲裁的商事化与“去商事化”》，载《现代法学》2011 年第 33 卷第 1 期，第 161 页。）危机的主要表现为三个方面：第一，仲裁庭对投资条约规则解释的不确定性导致了 ICSID 仲裁裁决之间缺乏一致性(参见刘笋：《国际投资仲裁裁决的不一致性问题及其解决》，载《法商研究》2009 年第 6 期，第 139-147 页)；第二，中心存在过分偏袒保护私人投资者利益、漠视东道国利益的倾向，导致国家当事人对整个国际投资仲裁机制产生怀疑和不信任(参见余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，载《中国法学》2011 年第 2 期：第 132-143 页。)；第三，仲裁程序方面也存在缺陷，程序拖延、缺乏透明度和缺乏公共监督机制等(参见郭玉军：《论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正》，载《法学家》2011 年第 6 期，第 141-180 页) 。

结案的有 740 起，案件信息未公开的有 10 起。[4] ICSID 迄今受理的案件累计达 705 起。与以往情况类似，大多数案件的申请人为来自发达国家的投资者，而在 ISDS 机制中成为被申请人的，往往是发展中国家及转型经济体。[5] 2019 年，投资者根据 IIAs 至少发起了 55 起公开的 ISDS 案件。目前有 117 个国家是一项或多项 ISDS 案件中的被申请人。[6]2019 年的新 ISDS 案件针对 36 个国家和一个经济集团(欧盟)。哥伦比亚、墨西哥、秘鲁和西班牙是最常见的被起诉者，各有 3 例已知的案例。在 2019 年作出的公开仲裁裁决中，超过一半的管辖权问题裁决对国家有利，而根据事实作出的裁决往往对投资者有利。在司法管辖权问题上，半数以上的公共决定对国家有利，而在实质问题上，更多的决定对投资者有利。在判定国家负有责任的决定中，仲裁庭最常援引的是公平与公平待遇条款。截至 2019 年底，完成 ISDS 案件审结工作 674 项。与前几年相比，案例结果的比例略有变化。

约 70%的投资仲裁依据的是上世纪 90 年代或更早时候签署的双边投资协定(Bilateral Investment Treaty，以下简称 BIT)和有投资条款的协定（Treaty with Investment Provision，以下简称 TIP）。其余案件依据的是 2000 年至 2011 年之间签署的条约。总的来说近年来 ISDS 案件的数量平稳增长，发达国家虽然在启动投资者仲裁中占主要的部分，但也开始出现在被诉东道国的行列，[7]投资者与东道争端的高发领域主要集中在供电供水供气、建筑、金融保险、交通、信息等行业。[8]《2020 年世界投资报告》显示根据《华盛顿公约》和 ICSID 附加便利规则登记的案件，为确立投资争端国际中心管辖权所援引的国际条约或协定主要有以下几种（图 1）。[9]

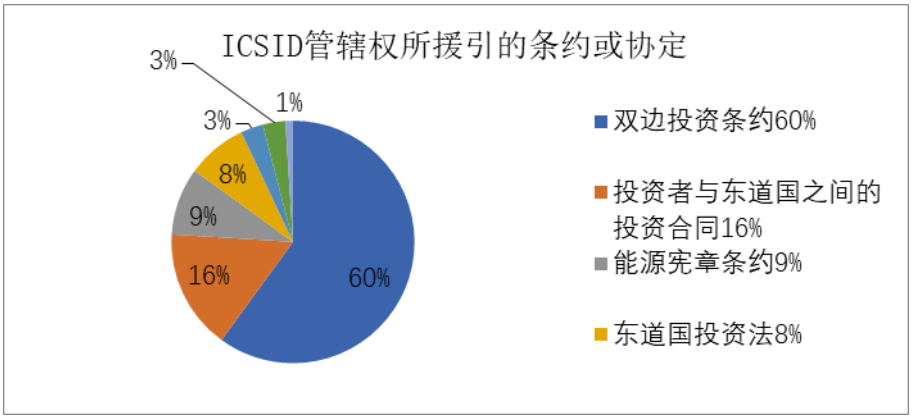


图 1 ICSID 管辖权所援引的条约或协定

因此，发达国家与发展中国家都应重视 ISDS 机制改革带来的案件剧增的风险，特别

[4] Investment Dispute Settlement Navigator,https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement, Feb.6,2021

[5] 2018 年投资者-东道国争端解决案件报告，https://mp.weixin.qq.com/s/XySDXR1GY_eFRnKQD5rIMA 最后访问日期：2019 年 8 月 19 日。

[6] 2019 年世界投资报告（要旨与概述），第 18 页，https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_overview_ch.pdf，最后访问日期：2018 年 9 月 29 日。

[7] UNCTAD, World Investment Ｒeport 2018: Investment and New Industrial Policies，New York ＆ Geneva: United Nations,2018,pp. 92~93

[8]陶立峰.投资者与国家争端解决机制的变革发展及中国的选择[J].当代法学,2019,33(06):37~49

[9] The ICSID Caseload Statistics (2020-2 Edition) ENG: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications,(访问时间:2021 年 2 月 20 日。)

是发展中国家及转型经济体更应在 ISDS 机制改革中慎重考虑，妥善应对。

（二）新近 IIAs 中 ISDS 条款的改革现状

截至 2020 年底，世界各国总共签订了 2852 个 BITs（2298 个现行有效），417 个 TIPs（324 个现行有效）。[10]《2020 年世界投资报告》显示，在 2019 年，各国缔结了 22 项 IIAs，至少有 34 项 IIAs 终止生效。BIT 在 ISDS 机制中占 60%具有十分重要的位置。目前 IIA 的总数量已经达到 3317 项，其中包括 2932 项双边投资条约以及 385 项含投资规定的条约。ISDS 机制条款几乎涵盖了所有的双边投资条约，BIT 是 ISDS 机制的主要载体。

1.新近 IIAs 中 ISDS 的改革内容

2018 年和 2019 年缔结的所有新条约都包含符合 UNCTAD 国际投资制度改革一揽子计划的若干改革。可查阅案文的 2018 年、2019 年分别缔结的 29 个、15 个 IIAs 中，各有 19 个、12 个详细规范了 ISDS，各有 4 个、3 个省略了 ISDS。其中分别约有 75%、73%的 IIAs 至少包含一个 ISDS 改革内容，许多 IIAs 包含多项内容（参见表 1、表 2）。这些改革内容中的大多数符合 UNCTAD 在“可持续发展投资政策框架”中确定的备选方案。

表 1 2018 年缔结的 IIAs 中 ISDS 的改革内容[11]

有无 ISDS 改革内容 / IIAs	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
阿根廷-日本 BIT				√	√	√	√	√	√	√
阿根廷-阿联酋 BIT					√	√	√	√		√
亚美尼亚-日本 BIT					√	√		√	√	√
澳大利亚-秘鲁 FTA				√	√	√	√	√	√	√
白俄罗斯-印度 BIT			√	√	√	√	√	√	√	√
白俄罗斯-土耳其 BIT					√					
巴西-智利 FTA	√	否	否	否	否	否	否	否	否	否
巴西-埃塞俄比亚 BIT	√	否	否	否	否	否	否	否	否	否
巴西-圭亚那 BIT	√	否	否	否	否	否	否	否	否	否
巴西-苏里南 BIT	√	否	否	否	否	否	否	否	否	否
柬埔寨-土耳其 BIT				√						
加拿大-摩尔多瓦共和国 BIT				√	√	√		√	√	√
中美洲-大韩民国 FTA				√	√	√	√	√		√

[10] International Investment Agreements Navigator, at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement,Feb.6,2021

[11] World Investment Report 2019, p.108, at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf, Aug.16, 2019.

刚果-摩洛哥 BIT										
CPTPP				√	√	√	√	√	√	√
EUSIPA		√			√	√	√	√	√	√
日本-约旦 BIT					√	√			√	√
日本-阿联酋 BIT					√	√			√	√
哈萨克斯坦-新加坡 BIT				√	√					
哈萨克斯坦-阿联酋 BIT								√		
吉尔吉斯斯坦-土耳其 BIT										

续表 5-1

有无 ISDS 改革内容 / IIAs	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
立陶宛-土耳其 BIT					√	√	√		√	
马里-土耳其 BIT										
马里-阿联酋 BIT										
毛里塔尼亚-土耳其 BIT										
新加坡-斯里兰卡 FTA			√	√	√			√		√
巴勒斯坦-土耳其 BIT				√						
阿联酋-乌拉圭 BIT					√			√		√
USMCA			√	√	√	√	√	√	√	√

表 2 2019 年缔结的 IIAs 中 ISDS 的改革内容[12]

有无 ISDS 改革内容 / IIAs	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
亚美尼亚－新加坡服务和投资贸易协定				√	√	√	√	√		√
澳大利亚－中国香港投资协定				√	√	√	√	√	√	√
澳大利亚－印度尼西亚 CEPA				√	√	√	√	√	√	√

[12]World Investment Report 2020, p.116,at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf,Nov.7,2020.

澳大利亚－乌拉圭 BIT					√	√	√	√	√	√
白俄罗斯－匈牙利 BIT					√		√		√	
巴西-厄瓜多尔 BIT	√	否	否	否	否	否	否	否	否	否
巴西－摩洛哥 BIT	√	否	否	否	否	否	否	否	否	否
巴西－阿拉伯联合酋长国 BIT	√	否	否	否	否	否	否	否	否	否
布基纳法索－土耳其 BIT				√						
佛得角－匈牙利 BIT					√		√		√	
欧盟－越南投资保护协定(EVIPA)		√		√	√	√	√	√	√	√
中国香港－阿拉伯联合酋长国 BIT					√					
印度-吉尔吉斯斯坦 BIT			√	√	√	√	√	√	√	√
伊朗伊斯兰共和国-尼加拉瓜 BIT										
缅甸-新加坡 BIT				√	√	√	√	√		√

说明：“√”表示 IIAs 中有该项改革内容，空白栏表示 IIAs 中无该项改革内容，“否” 表示该项改革内容在 IIAs 中不适用。

表 5-1、表 5-2 中的 ISDS 改革内容都分为四类，分别都有 10 项改革内容：

（一）没有 ISDS 机制

1. 省略 ISDS 机制（例如，支持国内法院和/或国家-国家争端解决）。

（二）常设的 ISDS 仲裁庭

2 将临时仲裁和当事人指定的仲裁员制度改为由任期固定的仲裁员组成的类似常设法院的仲裁庭（包括上诉庭）

（三）有限的 ISDS 机制

3.在诉诸仲裁之前，要求投资者寻求当地补救措施（18 个月或更长时间）或用尽当地补救办法。

4.限制条约规定受 ISDS 机制约束和/或将某些政策领域排除在 ISDS 机制之外。

5.设置提交 ISDS 索赔的时限。

（四）改进的 ISDS 机制

6.加强国家在 ISDS 机制中的作用：具有约束力的联合解释，反对共同决定，无争端当事方的参与，对仲裁裁决草案的审查，提交反诉。

7.加强仲裁员或法官的合格性和公正性：任职资格、行为准则、利益冲突规则、禁止“身兼数职”[13]规则。

8.提高争端解决的效率：尽早驳回无聊的索赔，合并诉讼，最长诉讼时限，自愿替代性争端解决程序。

9.向公众和第三方开放 ISDS 程序：透明度规则，法庭之友参与。

10.限制法庭的补救权力：法律补救措施，损害赔偿的类型。

2.新 IIAs 中 ISDS 的主要改革方式

在 2018 年签署的新 IIAs 中，出现了五种主要的改革 ISDS 方式（单独使用或组合使用）：①没有 ISDS 机制。这类条约并未赋予投资者将其与东道国的争端提交国际仲裁的权利（ISDS 机制根本不包括条约在内），或者该国有权对每一具体争端以所谓“逐案同意”的形式给予或拒绝仲裁同意。其中有四个 IIAs 完全没有 ISDS 机制，[14]有两个 IIAs 在特定各方之间选择退出双边 ISDS 机制。[15]②常设 ISDS 仲裁庭。这类条约[16]取代特设投资者-国家仲裁和当事人任命制度，设立类似常设法院的仲裁庭（包括上诉庭），由缔约方任命有固定期限的仲裁员。③有限的 ISDS 机制。这类条约[17]可能包括要求诉诸仲裁之前用尽当地司法补救措施（或在当地法院进行长期诉讼），缩小 ISDS 机制的范围。例如，限制受 ISDS 机制约束的条约规定，政策领域将不被包括在 ISDS 机制的范围内，和/或设置提交 ISDS 机制索赔的时限。④改进的 ISDS 程序。这类条约[18]保留了投资者-国家仲裁制度，但有一些重要的修改。除其他目标外，这些修改可能旨在增加国家对诉讼程序的控制，向公众和第三方提起诉讼，提高仲裁员的合格性和公正性，提高诉讼效率或限制 ISDS 仲裁庭的补救权力。⑤未改革的 ISDS 机制。这类条约[19]保留了旧 IIAs 中通常使用的基本 ISDS 机制设计，其特点是范围广泛，缺乏程序改进。

由于投资者与国家之间的仲裁仍是 IIAs 更广泛改革行动的核心，各国继续在 2019 年签署的 IIAs 中采用四种主要改革方式来实施许多 ISDS 的改革内容：①没有 ISDS 机制（如巴西-厄瓜多尔 BIT、巴西－摩洛哥 BIT 和巴西－阿拉伯联合酋长国 BIT）；②常设 ISDS 仲裁庭（如欧盟－越南投资保护协定(EVIPA)）；③有限的 ISDS 机制（这类条约有 11 个[20]）；

[13] “身兼数职”是指在一个案件中的仲裁员同时在另一个案件中做法律顾问。参见曾建知译：《程序、政策和进程：寻找投资者与国家争端解决规则改革共识——ICSID 秘书长关于投资者与国家争端解决规则改革的演讲》，http://www.yidianzixun.com/article/0J1Dadhs，最后访问日期：2019 年 8 月 23 日。

[14] 这四个 IIAs 是巴西-智利 FTA、巴西-埃塞俄比亚 BIT、巴西-圭亚那 BIT、巴西-苏里南 BIT。

[15] 这两个 IIAs 是 CPTPP 和 USMCA。CPTPP 的五个成员签署的五个双边 BITs 选择退出 ISDS 机制。在 USMCA 的成员中，加拿大-墨西哥 BIT 和加拿大-美国 BIT 选择退出 ISDS 机制。

[16] 这类条约有 1 个，即 EUSIPA。

[17] 这类条约有 19 个。

[18] 这类条约有 15 个。

[19] 这类条约有 6 个。

[20]即亚美尼亚－新加坡服务和投资贸易协定，澳大利亚-中国香港投资协定，澳大利亚-印度尼西亚 CEPA，

④改进的 ISDS 程序（这类条约有 9 个[21]）。[22]

2018 年[23]和 2019 年，最常用的 ISDS 改革方式都是“有限的 ISDS 机制”和“改进的 ISDS 程序”，通常组合使用。[24]不同地区和不同发展水平的国家都在推行 ISDS 机制改革。与此同时，对 ISDS 机制改革的多边参与日益普遍，UNCITRAL 和 ICSID 等一些机构也参与进来。[25]

此外，2019 年签署的 IIAs 包括几个创新的 ISDS 改革特点，这些特点在早期 IIAs 中很少遇到和/或有新突破：①不包括与公共卫生措施有关的 ISDS 索赔（如澳大利亚-印度尼西亚 CEPA）。②给予被告国在投资者进行仲裁之前请求强制调解的可能性（如澳大利亚-印度尼西亚 CEPA）。③不包括实体为提起索赔而获得投资的索赔管辖权，即所谓的时效重建（欧盟-越南投资保护协定）（如欧盟－越南投资保护协议（EVIPA））。除 ISDS 的特定改革内容外，许多 IIAs 还对 ISDS 改革有影响的其他条约组成部分进行了重要修改（例如，完善条约范围，明确实质性条款和增加例外规定）。区域，跨区域和多边各级（在 UNCITRAL 和 ICSID 以及其他机构中）也正在进行 ISDS 改革。[26]

（三）关于 ISDS 机制改革的重大事态发展

在 2019 年和 2020 年，一些重大事态发展影响了国际投资政策格局。其中主要包括欧盟成员国终止欧盟内部 BITs 的协议，以及英国脱欧和建立非洲大陆自由贸易区（the African Continental Free Trade Area，以下简称 AfCFTA）的协议的生效。尽管这些事态发展采取的办法各不相同，但其中有些反映了 IIA 改革的各个方面。[27]这些区域一级的事态发展继续影响着国际投资体制。

欧盟关于终止欧盟内部 BIT 的协议：继欧盟成员国于 2019 年 1 月就欧盟法院在 Achmea 案中的判决的法律后果以及欧盟的投资保护作出解释性声明之后， 2019 年 10 月 24 日，他们就终止欧盟内部 BIT 的多边协议案文达成协议，尽管一小部分成员国未能批准该协议。2020 年 5 月 5 日，有 23 个成员国签署了终止欧盟内部 BIT 的协议，以执行 Achmea 案的裁决，该裁决认定欧盟内部 BIT 中的投资者与东道国之间的仲裁条款与欧盟法律不符。该协议包含一个附件，其中列出了目前有效的约 125 个欧盟内部 BIT，这些协

澳大利亚-乌拉圭 BIT，白俄罗斯-匈牙利 BIT，布基纳法索-土耳其 BIT，佛得角-匈牙利 BIT，欧盟-越南投资保护协议，中国香港-阿拉伯联合酋长国 BIT，印度-吉尔吉斯斯坦 BIT，缅甸-新加坡 BIT。

[21]即亚美尼亚-新加坡服务和投资贸易协定，澳大利亚-中国香港投资协定，澳大利亚-印度尼西亚 CEPA，澳大利亚-乌拉圭 BIT，白俄罗斯-匈牙利 BIT，佛得角-匈牙利 BIT，欧盟-越南投资保护协定（EVIPA），印度-吉尔吉斯斯坦 BIT，缅甸-新加坡 BIT。

[22] World Investment Report 2020, p.113,at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf,Nov.7,2020.

[23] World Investment Report 2019, p.106, at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf, Aug. 16, 2019.

[24] World Investment Report 2020, p.114,at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf,Nov.7,2020.

[25] 2019 年世界投资报告（要旨与概述），第 20 页，https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_overview_ch.pdf，最后访问日期：2018 年 9 月 29 日。

[26] World Investment Report 2020, p.114,at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf,Nov.7,2020.

[27] See World Investment Report 2020, p.106,at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf,Nov.7,2020.

议将在该协议对相关成员国生效后终止，并阐明其日落条款也将终止。第二个附件列出了11 个已经终止的欧盟内部 BIT，其日落条款也将在该协议对相关成员国生效后停止产生法律效力。该协议不涵盖《能源宪章条约》（ECT）下的欧盟内部程序。它表明欧盟作为一个整体和其成员国将在稍后阶段解决此问题。[28]

脱欧与过渡期：2020 年 1 月 31 日，英国退出欧盟正式生效。欧盟与英国缔结的退出协议规定，从 2020 年 2 月 1 日至 2020 年 12 月 31 日，为期 11 个月的过渡期，在此期间，英国将继续适用欧盟贸易政策，并将继续受到欧盟与第三国贸易协定的涵盖和约束。欧盟正在将这一时期通知第三国。[29]在过渡时期，英国将能够谈判和签署贸易协定；但是，这些协定只能在过渡期结束时生效。过渡期过后，欧盟的贸易协定将不再适用于英国。[30]

非洲大陆自由贸易区：2019 年 5 月 30 日，《非洲自由贸易协定》对已交存批准书的 24 个国家生效。截至 2020 年 5 月 6 日，已有 30 个国家批准了该公约。协议的运作阶段是 2019 年 7 月 7 日在尼日尔尼亚美举行的非洲联盟高级别峰会期间启动的。第一阶段主要侧重于货物和服务贸易以及争端解决等领域。[31]

批准美国-墨西哥-加拿大协议：2019 年 6 月，墨西哥参议院批准了美国-墨西哥-加拿大协议（USMCA）的实施法规，使墨西哥成为第一个批准该协议的国家。 继 USMCA 于 2019 年 12 月由美国众议院批准后，该协议于 2020 年 1 月 29 日由总统签署为法律，标志着美国对新协议的有效批准。 加拿大于 2020 年 3 月 13 日批准了 USMCA。该协议定于 2020 年 7 月 1 日生效。新协议带来的主要变化是修订后的 ISDS 条款，该条款将 ISDS 的适用范围仅限于美国和墨西哥之间的投资者与国家争端，并缩小了该条款下投资者可以提出的索赔要求。[32]

目前国际社会上提出对于国际投资争端改革的多元模式，主要有以下三种观点：一是应当在坚持原有的投资仲裁模式下，对其进行适当的改革，如设立上诉机构；二是坚持保留投资者国际直接请求权，建立多边投资法庭制度；三是主张彻底废除投资者国际直接请求权，而采取东道国国内法院、国家间仲裁等其他的替代性的解决方式。[33]

依据联合国国际贸易法委员会大会要求，ISDS 机制改革进程将分为三个阶段。到目前为止，第一阶段、第二阶段均已经完成，已开始第三阶段，即若认为有必要对现行 ISDS 机制进行改革，则提出可行的解决路径。成员国认为，当前的 ISDS 机制已经存在重大缺陷，有必要对其进行改革。

[28] See World Investment Report 2020, p.108,at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf,Nov.7,2020.
[29] See World Investment Report 2020, p.107,at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf,Nov.7,2020.
[30] See World Investment Report 2020, pp.107-108,at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf,Nov.7,2020.
[31] See World Investment Report 2020, p.107,at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf,Nov.7,2020.
[32] See World Investment Report 2020, p.109,at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf,Nov.7,2020.
[33] Althea Roberts. Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration[J]. The American Journal of International Law,2018,112(3)：23~32.

二、投资者与东道国争端解决机制改革的国内形势

（一）中国签署的 IIAs 中 ISDS 规则的演进

根据 UNCTAD 的统计数据，从中国与瑞典于 1982 年达成首个 BIT 之后，中国至今缔结了 145 个 BITs，[34]成为世界上仅次于德国的第二大 BIT 缔结国。[35]中国 BITs 中规定的 ISDS 方式包括：磋商、用尽当地救济和仲裁等，对 ICSID 仲裁管辖权的接受经历了三个阶段和三种不同的模式：相对保守模式、完全自由模式和利益平衡模式（表 3）。[36]也有学者把中国对 ICSID 管辖权的同意模式分为“有限同意”式、“逐案同意”式、“全面同意”式、“全面同意+重要例外”式等发展阶段。[37]这些划分标准大同小异，都能基本反映中国对 ISDS 机制态度的逐渐转变。

从表 1 可知，1982-1997 年是中国 BITs 的早期实践阶段，即在中国签署《华盛顿公约》以前的旧 BITs，采取的是强调维护东道国主权的相对保守模式。其特征主要体现在，严格限定可提交国际仲裁的投资争端事项，可提交仲裁的范围仅仅是与征收、国有化或其他类似措施的补偿额有关的争端。1998-2007 年中国 BITs 采取强调投资自由和投资者保护的完全自由模式。中国于 1993 年批准加入《华盛顿公约》后，在 1998 年中国-巴巴多斯 BIT 中，中国首次将可提交国际仲裁事项的范围扩大到了“一切投资争端”。到了 20 世纪 90 年代末，中国逐渐放开接受 ICSID 仲裁管辖，[38]对于投资者与东道国有关投资的“任何法律争端”，如果协商无效都可以采取包括 ICSID 仲裁在内的方式解决。[39]在随后的 BITs 中开始加入了“岔路口条款”。[40]其中具有代表性的是中国-德国 BIT，该 BIT 约定了比第一代 BIT 更广泛的实体保护，其项下的实体条款也成为了中国第二代 BIT 的标准文本。[41] 2008 年至今，强调投资者与东道国利益的平衡，是中国自身依据其在国际资本流动中的身份转变所作出的重要调整。中国在 BITs 中采取利益平衡模式，不但更加注重国家安全和公共利益的保障，通过细化和明确的规定，以防止投资条约中涉及国家安全和公共利益的关键性条款不被仲裁庭错误解读，而且更加注重对 ISDS 条款的完善，以保障投资争端解决机制的有效发挥。[42]

---

[34] 在这 145 个 BITs 中，107 个仍处于有效期，18 个已被终止，20 个 BITs 已签署但未生效。See Bilateral Investment Treaties (BITs), China, at https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china, Nov.13, 2020.

[35] 迄今为止，德国共签署了 155 个 BITs，其中有 22 个被终止，有 6 个尚未生效。See Bilateral Investment Treaties, Germany (BITs), at https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/78/germany, Nov.13, 2020.

[36] 参见银红武：《中国双边投资条约的演进——以国际投资法趋同化为背景》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 269 页。

[37] 参见王海浪：《ICSID 管辖权新问题与中国新对策研究》，厦门大学出版社 2017 年版，第 85-87 页。

[38] 中国开始在同《华盛顿公约》成员国签署的 BITs 中接受 ICSID 的管辖，如 1992 年中国-西班牙 BIT、1995 年中国-以色列 BIT 等，但同样将 ICSID 的管辖范围限于征收与国有化赔偿数额争议。

[39] 如 2001 年中国-荷兰 BIT、2003 年中国-德国 BIT、2005 年中国-葡萄牙 BIT、2007 年中国-法中 BIT、2009 年中国-俄罗斯 BIT 等。

[40] 如 1992 年中国-韩国 BIT。

[41] 参见环中投资仲裁团队：《投资仲裁的新发展与贸仲投资仲裁规则》， https://mp.weixin.qq.com/s/oo-suoYLzQMC7JZU7x6NpQ，最后访问日期：2019 年 8 月 20 日。

[42] 参见漆彤、聂晶晶：《论中国双边投资协定的模式变迁》，载《武大国际法评论》2013 年第 1 期，第 222 页。

除 BITs 之外，中国还签署了 22 个 TIPs，[43]其中 17 个 FTAs 中有 12 个包含关于投资保护和促进的专门规定（见表 4）。从内容上看，FTAs 在一定程度上可以说是 BITs 的升级，或不低于原有 BITs 的标准。有的 FTAs 提供了更自由的 ISDS 方式，如中国与澳大利亚、秘鲁、新西兰、巴勒斯坦和东盟签署的 FTA；有的纳入了全面的 ISDS 机制，如中国-马尔代夫 FTA（见表 5）。

中国在对 ICSID 仲裁管辖权态度的转变，也引起了学界的担忧，认为中国在应对 ICSID 仲裁管辖经验不足的情况下，这样过于开放的态度和立场，会使得中国在卷入投资争端时处于不利地位。[44]

表 3 中国 BITs 中 ISDS 的模式与特征[45]

发展阶段	ISDS 模式	基本特征
1982-1997 年	维护东道国主权的相对保守模式	ICSID 管辖范围限于有关征收、国有化或其他类似措施的补偿额的争端（有限同意+逐案同意）
1998-2007 年	强调投资自由和投资者保护的完全自由模式	全面接受 ICSID 管辖（有关投资的“任何法律争端”），“岔路口条款”
2008 年至今	投资者与东道国的利益平衡模式	兼顾全面性与严谨性的投资定义模式， 全面同意 ICSID 管辖+例外条款（维护公共利益）

表 4 中国签订的自由贸易协定情况[46]

FTA	签订时间（年）	投资章节的序号	投资章节是否已有独立 BIT	是否升级
中国-马尔代夫 FTA	2017	10	无	是
中国-格鲁吉亚 FTA	2017	12	1993 年签订 1995 年生效	加入现有 BIT
中国-澳大利亚 FTA	2015	9	1988 年签订 1988 年生效	表 5（①）

[43] See Treaties with Investment Provisions (TIPs), China, at https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china, Aug. 20, 2019.
[44] 参见梁岿然：《美国双边投资协定范本争议解决条款分析——以对 ICSID 仲裁管辖权之认可为视角》，载《河北法学》2016 年第 3 期，第 123 页。
[45] 参见银红武：《中国双边投资条约的演进——以国际投资法趋同化为背景》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 269 页。
[46] 王光、卢进勇：《中国双边投资协定：历史演进与发展趋势》，载《国际经济合作》2019 年第 2 期，第 55 页。

中国-韩国 FTA	2015	12	1992 年生效 2007 年更新	表 5（②）
中国-瑞士 FTA	2013	无	1987 年生效 2010 年更新	否
中国-冰岛 FTA	2013	8	1994 年签订 1997 年生效	加入现有 BIT
中国-哥斯达黎加 FTA	2010	9	2007 年签订 2016 年生效	加入现有 BFT
中国-秘鲁 FTA	2009	10	1994 年签订 1995 年生效	表 5（③）
中国-新加坡 FTA	2008	10	1985 年签订 1986 年生效	参考东盟[47]
中国-新西兰 FTA	2008	11	1988 年签订 1989 年生效	表 5（④）
中国-智利 FTA	2012	补充协定	1995 年生效 2012 年废除	废除现有 BIT
中国-巴基斯坦 FTA	2006	9	1989 年签订 1990 年生效	表 5（⑤）
中国-东盟 FTA	2009	投资协定	集中签订于上世纪 90 年代	表 5（⑥）

表 5 FTA 形式的投资规则升级(相较于 BIT 形式）[48]

自贸协定[49]	主要升级内容[50](相较于已生效的 BIT)			
	投资范畴	投资待遇	投资促进	投资争端
①	1.增加间接投资 2.增加投资定义部分的列举清单内容 3.增加再投资收益 4.增加投资形式改变	在准入阶段给予投资及投资者：国民待遇+负面清单；最惠国待遇+负面清单		ISDS 机制更自由

[47] 依照《中国-东盟投资协议》，条款经过必要修改后纳入本协定。若《中国-东盟投资协议》与本协定不一致，优先适用本协定条款。

[48] 王光、卢进勇：《中国双边投资协定：历史演进与发展趋势》，载《国际经济合作》2019 年第 2 期，第 58 页。

[49] 相较于传统的双边投资协定实践，以自由贸易协定为载体的投资规则实践模式在涉及的议题范围与内容、参与成员的数量与构成等方面，成为国际投资规则实践的另一种形式。

[50] 投资章节现在已经是自由贸易区谈判和签订协议的重要内容，主要内容涉及投资范畴、投资待遇、投资保护与促进、投资争端解决机制等。除了上述传统议题内容外，自由贸易协定中通常还涉及一些新的议题，如“劳工标准”“环境措施”“透明度”“禁止性业绩要求”等。

	不影响投资性质			
②	1.增加间接投资 2.增加投资定义部分的列举清单内容	1.在准入阶段给予投资及投资者：国民待遇+负面清单+最惠国特遇 2.将最低待遇标准作为参考，并给出具体的公平公正待遇标准		
③		1.给予投资及投资者：国民待遇+负面清单；准入阶段+最惠国待遇+独立条款 2.损失补偿部分增加国民待遇标准 3.将最低待遇标准作为参考，并给出具体的公平公正待遇标准		ISDS机制更自由
④	1.增加间接投资； 2.增加投资定义部分的列举清单内容； 3.增加投资形式改变不影响投资性质	1.给予投资及投资者：国民待遇+负面清单；准入阶段+最惠国待遇+独立条款 2.损失补偿部分增加国民待遇标准 3.给出具体的公平公正待遇标准	强调投资促进与投资便利化	ISDS机制更自由
⑤	增加投资形式改变不影响投资性质	1.给予投资及与投资有关的活动：国民待遇，最惠国待遇+独立条款 2.损失补偿部分增加国民待遇标准		ISDS机制更自由
⑥	1.增加投资收益保护； 2.增加投资形式改变不影响投资性质	1.给予投资及投资者：国民待遇+负面清单；准入阶段+最惠国待遇+负面清单+独立条款 2.损失补偿部分增加国民待遇标准，资本转移部分增加最惠国待遇标准，给出具体的公平公正待遇标准	强调投资促进与投资便利化	ISDS机制更自由

（二）中国的投资仲裁实践

据 UNCTAD 官网公布的数据统计，截至 2020 年 11 月 13 日，在基于条约的 ISDS 案件中，中国政府作为被申请人的案件只有 3 起，其中仲裁裁决支持中国政府的案件 1 起，1

起正在审理中，1 起和解（表 6）。[51]中国投资者作为申请人的案件有 6 起，其中仲裁裁决支持中国投资者的案件 1 起，支持东道国的 2 起，1 起和解，还有 2 起正在审理中（表 7）。[52]这说明中国政府被起诉到 ISDS 机制的案件较少，而且结果有利于中国政府。中国投资者虽然起诉东道国的案件较少，但获胜的概率较低。

表 6 中国政府作为被申请人的案件统计表[53]

序号	案件	法律	状	程序	仲裁机构
1	海乐•西亚泽诉中国案[54]	暂无信息披露	进行中	2017 年 6 月 21 日已登记。	ICSID
2	安城诉中国案[55]	中国-韩国 BIT（2007）	终结	2017 年 3 月 9 日仲裁庭作出裁决，驳回申请人的全部诉求，并依据 ICSID 仲裁规则第 41 条第 5 款终结所有程序。	ICSID
3	伊佳兰诉中国案[56]	中国-以色列 BIT（1995） 中国-马	和解	2011 年 7 月 22 日程序中止。	ICSID

表 7 中国投资者作为申请人的案件统计表[57]

序号	案件名称	法律依据	状态	程序	仲裁机构

[51] China,Cases as Respondent State, at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china,Nov.13, 2020.
[52] China,Cases as Home State of claimant, at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china, Nov.13, 2020.
[53] 根据 UNCTAD 官网公布的数据统计。See China,Cases as Respondent State, at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china,Nov.13, 2020.
[54] Hela Schwarz v. China (ICSID Case No. ARB/17/19), at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/805/hela-schwarz-v-china, Nov.13, 2020.
[55] 该案韩国安城公司败诉，仲裁庭认为：①超过仲裁时效的仲裁请求不具有法律价值；②最惠国待遇条款不能延伸适用于争端解决事项，特别是不能适用于中国-韩国 BIT 的仲裁时效。See Ansung Housing v. China (ICSID Case No. ARB/14/25), at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/602/ansung-housing-v-china, Nov.13, 2020.
[56] 该案提起之前海南省收回给予伊佳兰公司的 2000 多亩土地开发权，无补偿。最后和解，给予伊佳兰公司其他地方 500 亩土地开发权。See Ekran v. China (ICSID Case No. ARB/11/15), at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/427/ekran-v-china, Nov.13, 2020.
[57] 根据 UNCTAD 官网公布的数据统计。See China,Cases as Home State of claimant, at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china, Nov.13, 2020.

1	捷星和特赫兹诉希腊案[58]	中国-希腊BIT (1992)	进行中	暂无信息披露	暂无
2	世能诉老挝案[59]	中国-老挝BIT（1993）	进行中	2017年4月27日登记，5月16日作出1号程序令。	ICSID (临时仲裁）
3	北京城建诉也门案[60]	中国-也门BIT（1998）	和解	2017年5月31日作出ICSID有管辖权的裁定，2018年6月7日结案。	ICSID
4	平安诉比利时案[61]	中国-比利时卢森堡经济联盟BIT（1984，2005）	终结	2015年4月30日作出ICSID无管辖权的裁定。	ICSID
5	北京首钢诉蒙古案[62]	中国-蒙古BIT（1991）	终结	2017年6月30日作出PCA无管辖权的裁定。	PCA
6	谢业深诉秘鲁案[63]	中国-秘鲁BIT（1994）	终结	2011年7月7日仲裁庭裁决支持申请人的主张。2011年11月9日，秘鲁政府提起撤销程序。2015年2月12日，临时仲裁庭作出裁决，驳回秘鲁全部撤裁申请，维持原裁决。	ICSID

截至2019年，涉及中国或中国投资者的投资仲裁案件，主要是由ICSID受理或由位于荷兰海牙的常设仲裁法院（PCA）管理，案件适用的仲裁规则包括《华盛顿公约》与《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》等。

[58] 该案的程序信息尚未公开。See Jetion and T-Hertz v. Greece, at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/975/jetion-and-t-hertz-v-greece, Oct.1, 2019.

[59] Sanum Investments v. Laos (II) (ICSID Case No. ADHOC/17/1), at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/797/sanum-investments-v-laos-ii-, Nov.13, 2020.

[60] 该案已于2018年6月7日结案。当日，仲裁庭下发了一份程序令，“注意到”本案仲裁程序终止，双方可能已达成和解协议。See Beijing Urban Construction v. Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/573/beijing-urban-construction-v-yemen, Nov.13, 2020.

[61] 该案中平安保险公司败诉，ICSID认为，平安保险公司诉比利时政府的拆分行为是否构成征收问题不属于1984年中国-比利时BIT的仲裁范围。See Ping An v. Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29), at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/480/ping-an-v-belgium, Nov.13, 2020.

[62] See Beijing Shougang and others v. Mongolia (PCA Case No. 2010-20), at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/367/beijing-shougang-and-others-v-mongolia, Nov.13, 2020.

[63] 该案涉及税收罚款是否构成征收？谢业深企图援引中国-秘鲁BIT，但被ICSID驳回，ICSID回避中国BIT是否适用于香港特别行政区的问题。See Tza Yap Shum v. Peru (ICSID Case No. ARB /07 /6), at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/255/tza-yap-shum-v-peru, Nov.13, 2020.

不论是从中国自身经济的发展和利用外资以及对外投资的规模数量来看，还是从外资在华的贸易摩擦的增多，以及中国企业维权意识提高来看，中国政府和中国投资者未来不可避免地将被动或主动地参与更多投资仲裁案件之中。

中国作为在全球疫情大爆发下唯一实现经济正增长的国家，经济的稳步发展迫使中国必须以大国的身份积极应对 ISDS 机制的改革与发展，在中国倡导的“一带一路”的积极推进下中国对外投资呈现稳步上升趋势，与此同时，投资争端的数量也在不断上升。中国的身份正从传统意义上的东道国开始向投资母国转变。2019 年，中国政府向联合国贸易法委员会提交了关于 ISDS 机制改革的立场文件，比较系统地阐述了中方对于 ISDS 机制的看法和建议。[7]

三、ISDS 机制改革模式多元化的中国对策

UNCTAD 在追求可持续发展的 IIAs 改革方面支持正在进行的决策进程。2019 年 11 月的高级别 IIAs 会议将为评估迄今为止的改革努力提供机会。[64]在此机会下，中国应根据 ISDS 机制多边化的趋势，采取相应的对策，完善中国 IIAs 中 ISDS 的改革问题。ISDS 改革问题的关键是确立改革模式，目前鉴于中国在国际立法和裁决方面一贯谨慎而渐进的做法，宜采取灵活的开放性的半系统式改革模式。所谓半系统式改革，是指在坚持促进投资自由化的同时，以可持续性发展为导向，平衡投资者与东道国利益，保留投资协定仲裁，加入东道国规制权、设立上诉机构、明确仲裁机构与仲裁员选任机制和程序透明度标准，辅之以调解等替代性争端解决措施和便利预防措施，为将来 ISDS 机制的多边化改革奠定基础。目前中国采取该模式已具备必要性和可行性，需采取相应的路径对该模式进行科学构建，努力建立一个独立的、公正的 ISDS 机制。

（一）采取半系统式改革的必要性与可行性

中国采取半系统式改革的要旨无疑符合当今国际投资规则可持续性发展的目标和当下中国对外投资的立场，也符合平衡投资者与东道国之间的权益、中国对外投资条约谈判策略和应对国际法对国内法挑战的需要。而且中国采取半系统式模式在理论上、实践上和政策上已具备可行的条件。

1.采取半系统式改革的必要性

（1）符合东道国与投资者权益平衡的需要。IIAs 在不同时代具有不同的特征，现代 IIAs 中包含许多改革内容，这揭示了各国政府对 IIAs 设计和改革具有决定作用。而 IIAs 的发展变化与资本输出国和资本输入国的身份转变密切相关。IIAs 的内容更多是以资本输出国的投资保护需求以及投资自由化目标为主要政策考量，发达国家 IIAs 范本对 IIAs 体系的演进具有榜样作用。故 IIAs 演化具有明显的权力依赖特征。只有符合权力对比的权利义务分配约定才能最终落实成为“行动中的国际法”，国际投资立法遵循权力平衡导向的分配主义路径。[65]二战之后，国际投资秩序是以美国和西欧为首的发达西方国家为主导的，但

[64] World Investment Report 2019, p.114, at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf, Aug.16, 2019.

[65] 参见王鹏：《国际投资协定的政治经济学：一项研究议程》，载《人大法律评论》2018 年第 2 期，第

如今国际政治经济形势已经发生了很大的转变。现在发达国家和许多发展中国家已不单纯是资本输出国或资本输入国，例如，欧美等发达国家和包括中国在内的一些发展中国家都成为了双向投资国。[66]只考虑投资者利益的传统 IIAs 已不符合时代发展的需要，加之 ISDS 仲裁本身的缺陷引发了 ISDS 机制的正当性危机，各国都在开始反思 ISDS 机制对本国立法权的影响，在修订或签署 IIAs 时加入东道国规制权条款以平衡东道国与投资者的利益，来保证 ISDS 仲裁裁决的公正性。由于中国过去是资本输入国，在 21 世纪之前签署的旧 IIAs 中的投资规则较少关注东道国的利益，加之投资仲裁实践中仲裁庭侧重保护投资者的利益，导致投资者与东道国利益进一步失衡。中国现在作为双向投资大国，改革方案既要维护东道国的合法监管权，又要保护投资者的权益，增强争端当事方对 ISDS 机制的信心。[67]因此，中国有必要在今后 IIAs 的修订和签署中采取半系统式改革，适当加入东道国规制权条款以平衡投资者与东道国的利益。

（2）符合中国对外投资条约谈判策略的需要。IIAs 演化中的权力依赖特征是对国际政治经济现实环境的应激。在权力中性领域中的功能主义路径虽然能够更加有效地降低信息成本，呈现出来的各国 IIAs 偏好虽然形式多样，但无疑都是以分配主义为主、功能主义为辅，偏好差别的呈现主要是基于一国的国家战略与国内制度。美国特朗普政府奉行单边主义，采取保守的投资政策，优先关注更具国内影响的贸易。例如，美国已退出 TPP 和 TTIP 谈判，与墨西哥、加拿大重新签署了 USMCA，之前美国的 IIAs 坚持 ISDS 机制，但目前倾向于改革传统的 ISDS 仲裁机制。欧盟则在双边和多边层面积极推进 ICS，并将 ICS 纳入 CETA、EVFTA、EVIPA 和 EUSIPA 中。美欧竞争加剧，TTIP 谈判已停滞。中国尝试在 WTO 框架和“一带一路”倡议的背景下推进投资便利化谈判，但是举步维艰。各方的规则偏好使得共识之路任重道远。国际投资立法正处在大国制度竞争中。中美 BIT 和中欧 BIT 谈判进展缓慢，体现了中国与美欧的分歧与竞争。[68]中国学界普遍认为，由于中欧美都是双向投资重要大国，都重视在改革 ISDS 机制时寻求在保护对外投资和保持国家规制权之间的平衡。[69]半系统式改革以平衡东道国与投资者权益为原则，能使中欧美在该点上达成共识。因此，中国在与美国、欧盟等国家或政府间国际组织进行 IIAs 中投资规则的谈判时，采取半系统式模式的谈判政策，在坚持本国利益的立场上，能提高谈判成功的机率。

（3）衔接中国国内相关法律制度与国际投资规则的需要。随着中国成为第二大资本输出国，以及中美 BIT 和中欧 BIT 谈判以及 ISDS 机制改革多边化的深入探讨，ISDS 仲裁机制对中国的相关立法和司法实践逐渐产生了重要影响。[70]这就要求中国及时应对，对国内

298 页。

[66] 参见余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，载《中国法学》2011 年第 2 期，第 143 页。

[67] ACN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 3 页，https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。

[68] 参见王鹏：《国际投资协定的政治经济学：一项研究议程》，载《人大法律评论》2018 年第 2 期，第 275、298 页。

[69] 参见环中投资仲裁团队：《投资仲裁的新发展与贸仲投资仲裁规则》，https://mp.weixin.qq.com/s/oo-suoYLzQMC7JZU7x6NpQ，最后访问日期：2019 年 8 月 20 日。

[70] 参见薛源：《投资者与东道国争端仲裁与我国法律机制的衔接》，载《国际商务（对外经济贸易大学

相关法律制度进行适时调整。而中国采取的半系统式改革中设立的上诉机制与大多数国家的改革意见相同，与 ISDS 机制的多边化改革趋同。上诉机制与中国签署的 IIAs 以及国内立法、司法机制的冲突不大，国内相关立法亦可通过修订程序予以适时调整。中国采取半系统式改革符合中国及其投资者的利益需要，并以此为契机推动中国相关法律机制与国际投资规则接轨，更好地融入国际治理框架。

2.采取半系统式改革的可行性

（1）中国已具备较成熟的相关政策和理论。首先，中国政府政策上支持 ISDS 机制的改革。从 2017 年 7 月开始，UNCITRAL 第三工作组组织各国和政府间国际组织讨论 ISDS 机制的现存问题、改革必要性和潜在的改革方案。经过 2 年的讨论，工作组认为当前的 ISDS 机制存在需要改革的问题，决定同时研究制定多个潜在的改革方案，包括体制性改革方案。[71]中国欢迎此项改革动议。中国政府一直坚定奉行多边主义，推动建设相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系。[72]习近平主席早在 2013 年举行的 G20 集团领导人第八次峰会上就提出：“要探讨完善全球投资规则，引导全球发展资本合理流动。” 2016 年 9 月，G20 集团领导人杭州峰会达成了《全球投资指导原则》，提出：“争端解决程序应公平、开放、透明，有适当的保障机制防止滥用权力。”上述努力为推进 ISDS 机制改革进程指明了方向。[73]半系统式改革就是以建立独立、开放、透明的 ISDS 机制为目标，最终实现多边化改革。其次，目前中国在国际投资法、投资仲裁等领域已经具备一定的理论研究基础。虽然 ISDS 机制改革可能对中国造成负面影响，但中国学者们都赞同中国应当积极参与 ISDS 机制改革，并在将来签署或修改的 IIAs 中推广改革成果。近年来，各种与投资仲裁相关的研讨活动相继在中国大量展开。例如，于 2019 年 2 月 23 日召开的中国国际投资仲裁常设论坛（以下简称常设论坛），旨在促进中国学术界和实务界对国际投资法律与仲裁的研究，服务于“一带一路”倡议、推动中国开放新格局以及更加积极主动参与全球经济治理的需要。这些具有广泛影响力的研讨活动促进了专家学者们及投资仲裁的从业者们对国际投资仲裁的进一步了解和研究，也让理论界和实务界一致认识到，推进国际投资仲裁在中国的发展、提高中国在国际投资仲裁中的参与度任重道远。中国仍需以常设论坛为平台不断深化研究相关理论，进而在 IIAs 谈判以及国际投资争端解决领域表明中国立场，发出中国声音。[74]

（2）中国已具有一定的仲裁实践经验和仲裁规则。首先，中国已积累了国际投资仲裁实践经验。自 1987 年首起基于条约的国际投资争端发生以来，目前已知的国际投资争端已

学报）》2017 年第 5 期，第 120 页。

[71] A/CN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 2 页，https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp117c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。

[72] A/CN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 4 页，https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp117c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。

[73] A/CN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 4 页，https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp117c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。

[74] 参见环中投资仲裁团队：《投资仲裁的新发展与贸仲投资仲裁规则》，https://mp.weixin.qq.com/s/oo-suoYLzQMC7JZU7x6NpQ，最后访问日期：2019 年 8 月 20 日。

经发生 1023 起。现行 ISDS 机制对保护外国投资者权益、促进跨国投资发挥了重要作用，也有利于国际投资治理的法治化建设，避免投资者与东道国之间的经济纠纷升级为国家间的政治矛盾。[75]中国虽然涉案较少，但能从中得到借鉴和启发。在国际投资仲裁中，中国政府与中国投资者都有过被诉或起诉的经历，积累了一定的实践经验，能从中发现问题并解决问题。而且中国培养了一批政府和私人执业的国际律师骨干，先后有法官在 WTO 上诉机构任职，习惯于处理 WTO 争端，积累了丰富的经验，这些律师现在也能处理投资条约问题。此外，中国对 ISDS 机制的新改革[76]为中国投资者提供了许多新的选择，它们是为“一带一路”建设而设立的，但不限于该领域投资引起的争端。[77]其次，中国国内仲裁机构相继出台创新的有中国特色的投资仲裁规则，受理国际投资争端。例如，深圳国际仲裁院 2016 年版仲裁规则和 2019 年版仲裁规则将投资者争端纳入受案范围[78]，推动了中国国际投资仲裁的实践和发展。2017 年 9 月，中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称贸仲委）出台了中国第一部《国际投资争端仲裁规则》（以下简称《规则》），该《规则》自 2017 年 10 月 1 日起施行，是世界第三部机构性的投资仲裁规则，完善了中国的投资仲裁制度，提高了中国仲裁机构在投资仲裁领域的参与度。[79]为解决 ISDS 仲裁裁决的合法性问题，该《规则》进行了具有中国特色的创新：设立了增强国际投资争端解决程序透明度的机制；[80]明确规定了第三方出资问题；[81]为当事人提供了一个费用相对较低的国际投资争端解决方案；[82]规定了核阅机制；[83]吸纳贸仲委“仲裁与调解相结合”的一贯原则；实

[75] A/CN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 2 页，https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp117c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。

[76] 中国正在对 ISDS 机制进行三种新改革：①中国正在扩大现有仲裁机构的管辖权，例如，深圳国际仲裁院与中国国际经济贸易仲裁委员会将外商投资争议纳入仲裁范围。②中国正在建立新的法院审理国际商事案件。最高人民法院首次在深圳设立了国际商事法庭，第二次在西安市设立了国际商事法庭。这种国际商事法庭的管辖权将排除因条约而引起的投资者-国家争端，但仍可能允许对投资者与东道国政府之间的合同所引起的案件作出法律上的裁决。为了实现这一目标，法院将成立一个国际商事专家委员会，并选择主要的国际商事调解和仲裁机构与之合作。③中国正在建立联合仲裁中心，以解决与其他地区，特别是与中国大量投资的地区的投资者、国家和商事纠纷。例如，中国政府和 50 个非洲国家将建立中非联合仲裁中心。目前建立了五个中心：三个在中国（上海、北京、深圳）和两个在非洲（约翰内斯堡和内罗毕）。See Chen Huiping, “China's Innovative ISDS Mechanisms and Their Implications”, *American Journal of International Law*, 112(2018), pp.207-209.

[77] Chen Huiping, “China's Innovative ISDS Mechanisms and Their Implications”, *American Journal of International Law*, 112(2018), pp.207-209.

[78] 2019 年版仲裁规则第 2 条第 2 款规定：“仲裁院受理一国政府与他国投资者之间的投资争议仲裁案件。”第 3 条第 5 款规定，当事人将第 2 条第 2 款投资仲裁案件交付仲裁院仲裁的，仲裁院按照《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》及《深圳国际仲裁院关于适用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》管理案件。该指引第 3 条规定：“当事人对仲裁地有约定的，从其约定。当事人没有约定的，仲裁地为香港，除非仲裁庭另有决定。”

[79] 参见环中投资仲裁团队：《投资仲裁的新发展与贸仲投资仲裁规则》，https://mp.weixin.qq.com/s/oo-suoYLzQMC7JZU7x6NpQ，最后访问日期：2019 年 8 月 20 日。

[80] 《规则》第 32 条规定，除非当事人另有约定或仲裁庭另有决定，开庭审理应公开进行。第 55 条规定，仲裁相关资料与信息（除机密信息和其他受保护信息）可由贸仲委公开。具体而言，可公开的资料与信息包括：仲裁申请书、仲裁答辩书、仲裁反请求申请书、当事人或第三方的书面意见。当部分或者全部程序需要保密时，第 32 条则明确了各方当事人、仲裁庭和其他仲裁参与人均负有保密义务。

[81] 《规则》第 27 条规定，获得资助的当事人应在签署资助协议后立即通知另一方当事人、仲裁庭以及管理案件的仲裁中心。获得资助的当事人有义务披露有关第三方资助安排的事实、性质、第三方的名称和住址。仲裁庭也有权命令获得资助的当事人披露相关情况。

[82] 《规则》采用了与贸仲委普通仲裁规则相当的收费模式。案件登记费为人民币 25000 元（约 3800 美元），机构管理费与仲裁员报酬是以争议金额为基础按照特定比例计算的。

行注重仲裁员国籍分布的专有名册制度；贯彻灵活、高效、经济的仲裁理念，体现机构仲裁的特色优势。[84]2019 年 10 月 1 日起施行的《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则》，也同《规则》一样，作出了类似创新性投资仲裁规则。[85]

（3）中国已具备制定国际投资规则的能力。根据中国近年签署的双边和区域性投资协定以及自由贸易协定中投资章节的规定，ISDS 机制的改革呈现半系统式的改革趋势。例如，中国在 2012 年签署的中国-加拿大 BIT 已开始进行 ISDS 机制的半系统式改革，其中规定了文件公开和法庭之友参与等透明度规则。中国所签订的许多投资协定中都规定了 ISDS 机制，迄今为止，中国作为被申请人的案件只有 3 起。中国相关的缔约实践似乎表明 ISDS 机制对中国的现实影响并不如学者所预期的那么显著。[86]谈判国在自由贸易协定中的话语权基础是基于本国谈判目标的规则建构能力，要在形式一致性以及实践有效性上能够应对冲突规则的竞争。如前所述，中国已签署的 17 个 FTAs 中有 12 个包含关于投资保护和促进的专门规定，从这些 FTAs 的内容可知，中国已具备了一定的规则制定和规则竞争能力。[87]

（二）半系统式改革的实施路径

对于现行 ISDS 机制存在的问题，中国采用了目前通行的分别由贸易协定和投资协定来处理的机制，但该机制也有不足之处。因此，中国需修改机制模式，采取半系统式改革，在坚持促进投资自由化的同时，平衡投资者与东道国利益，从完善现行 BITs 和 FTAs、构建区域性的合作机制、与多边体制相衔接等方面入手，[88]灵活运用半系统式改革模式，视不同国家的情况予以调整。该模式的总体实施路径是：以可持续发展为目标，坚持投资者与东道国利益平衡原则，设立开放性的 ISDS 机制，从双边到区域到多边逐渐推进，以期进一步解决现行 ISDS 机制的缺陷。

1.坚持投资者与东道国利益平衡原则

ISDS 机制的制度性问题难以通过成员国彼此间的 BITs 予以解决，而是需要通过完善 ISDS 的多边规则和机制建设予以解决，研究、制定平衡的争端解决规则。此次改革应当弥补现行 ISDS 机制的主要缺陷，促进国际投资领域的法治化进程。[89]因此，中国在与外国进行 ISDS 机制谈判时，应在坚持促进投资自由化的同时，平衡投资者与东道国利益，建

[83] 《规则》第 49 条规定，仲裁庭应于签署裁决书以前，将裁决书草案提交贸仲委核阅，贸仲委可以在不影响仲裁庭独立性的前提下，就裁决书相关问题提请仲裁庭注意。

[84] 首先，《规则》赋予了当事人充分的意思自治（如第 2 条）。其次，在整个程序设计上体现了仲裁的高效性。例如，第 26 条规定了先期驳回或反请求，第 31 条规定了合并仲裁。

[85] 北仲发布国际投资仲裁规则（附全文+制定说明），https://mp.weixin.qq.com/s/jufx9LZ9UYZ2ZWvsK-IcEw，
最后访问日期：2019 年 9 月 14 日。

[86] 参见王春婕：《〈中日韩投资协定〉ISDS 机制研究：现状、问题及前瞻》，载《东岳论丛》2017 年第 7 期，第 93 页。

[87] 参见王燕：《“一带一路”自由贸易协定话语建构的中国策》，载《法学》2018 年第 2 期，第 150 页。

[88] 参见张智勇：《自由贸易区的所得税问题研究：中国的视角》，载《中外法学》2015 年第 5 期，第 1249 页。

[89] A/CN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 3 页，
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp117c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。

立公正透明的 ISDS 机制，这始终是谈判的核心分歧所在。[90]如前所述，目前世界上三种主要的改革模式在进行改革时也都坚持投资者与东道国利益的平衡。其他一些国家目前对 ISDS 机制的改革模式持等待观望的态度，这些国家可能将自己视为规则接受者而不是规则制定者，这使其有动力对不同的方法持开放态度，以便其在和不同的强大的制定者签订条约时，能够灵活地在条约中采用改革措施中的某一套。中国在 IIAs 谈判中极有可能成为规则制定者，并在一项或多项改革战略中发挥关键作用。例如，中国目前需要升级与“一带一路”倡议国家的投资协定。虽然中国与沿线国家大多签订了投资条约，但大多数都是早期投资条约，保护程度有限，仲裁追索权有限。因此，中国应在坚持投资者与东道国利益平衡原则进行 IIAs 谈判时，加入东道国规制权条款，在保证东道国监管权的同时，切实促进本国投资者“走出去”又有效保护本国利益，[91]采取半系统式模式升级这些早期条约。

2.设置开放性的 ISDS 机制

中国对完善 ISDS 机制的可能方案持开放态度。因此，中国在采取半系统式改革与其他国家或地区进行 IIAs 中 ISDS 规则的谈判时，应坚持其开放性和灵活性。具体做法如下：规定仲裁前磋商程序；区别不同国家选用不同的仲裁方式；兼采替代性争端解决措施；设立争端预防和便利化机制；明确仲裁员的选任机制；确立程序透明度标准；限制法庭之友参与投资仲裁。

（1）规定仲裁前磋商程序。中国支持纳入仲裁前磋商程序，明确磋商主体为投资者和东道国的中央政府，并将磋商规定为双方的强制性义务。很多 IIAs 已经纳入了类似规则，并对化解投资争端产生了十分积极的作用。在启动仲裁程序前，3-6 个月的磋商程序有助于解决投资争端。投资者与东道国可以利用该程序更清晰地了解彼此的诉求，了解涉案措施和东道国法律规定，并探讨可能的解决方案，从而尽量避免将争端升级到仲裁程序。[92]

（2）区别不同国家选用不同的仲裁方式。近期的 IIAs 和仲裁规则已经开始尝试对上诉机制作出规定，或制定与潜在上诉机制进行对接的条款。[93]例如，美国与智利、秘鲁、巴拿马、阿曼、摩洛哥和新加坡等发展中国家签署的 FTAs，欧盟签署的 EVFTA、EVIPA 和 EUSIPA。毛里求斯仲裁和调解中心和北京国际仲裁中心两个仲裁机构的仲裁规则中都规定了上诉机制。而且 ICSID 仲裁机制虽然存在前述缺陷，但裁决的自愿执行率达到 80%。[94]因此，中国在与其他国家进行 IIAs 中投资章节的谈判时，对于《华盛顿公约》的缔约国，可通过“条约仲裁”的方式接受 ICSID 管辖和常设上诉仲裁机构。对于《华盛顿公约》的

[90] 参见石静霞、马兰：《〈跨太平洋伙伴关系协定〉（TPP）投资章节核心规则解析》，载《国家行政学院学报》2016 年第 1 期，第 81 页。
[91] 参见温先涛：《〈中国投资保护协定范本〉（草案）论稿（三）》，载《国际经济法学刊》2012 年第 2 期。
[92] ACN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 5 页，
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。
[93] A/CN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 4 页，
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp117c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。
[94] Rolf Knieper：中德仲裁法律圆桌会议发言节选，
https://mp.weixin.qq.com/s/uqYWXvNSqpizfBbv_KbGCg，最后访问日期：2019 年 11 月 6 日。

非缔约国，由于其裁决执行效力无法保证，可以考虑采取临时仲裁途径。[95]目前中国仲裁机构已设立了临时仲裁规则，例如，贸仲委于 2015 年设立了《中国国际经济贸易仲裁委员会紧急仲裁员程序》。2015 年《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》、上海仲裁委员会的《2018 年仲裁规则》和 2019 年 2 月 21 日起施行的《深圳国际仲裁院仲裁规则》都设立了紧急仲裁员程序。但中国《仲裁法》尚未承认临时仲裁，而半系统式模式中允许临时仲裁，这需要对中国《仲裁法》进行修改，规定仲裁庭的自裁管辖权。[96]

（3）兼采替代性争端解决措施。相比于投资仲裁，投资调解强调“以和为贵”，可以为东道国和投资者提供高度灵活性和自主性，调解员也有更多的机会采取具有创造性和前瞻性的方法来促进投资争端解决，有利于当事方达成双赢结果，并避免冗长的仲裁程序和高昂的诉讼成本。从更广泛的争端解决实践经验看，采用调解等替代性争端解决措施将更有利于维护投资者与东道国政府的长期合作关系，有助于东道国通过合适的措施保护外国投资，从而起到定分止争、避免矛盾激化的作用。[97]因此，中国应当积极探索建立更加有效的投资调解机制。

（4）设立预防和便利化措施。中国海外投资规模正在迅速扩大，中国急需防范投资风险、化解投资纠纷。争端预防符合中国的和谐理念，契合中国的“合作、开放和包容”精神。将和谐理念引入投资关系中，可事先防止争端的发生，有利于推动中国国际投资活动和“一带一路”建设。中国可在投资便利化框架下重点建设争端的事前管理和预防机制，进而提出一整套有关国际投资规则体系改革的中国方案。[98]近年来，如巴西等一些新兴经济体和发展中国家已经开始注重通过缔结条约在投资便利化领域开展技术转移和能力建设。中国可借鉴其模式，联合“一带一路”沿线国家的主管机关，推动设立专门的“投资争端预防合作中心”，作为统一管理争端预防工作的实体机构并建立相应的工作机制。相对于其他敏感议题，国际社会在投资政策透明度、行政程序效率和国际协调等投资便利化合作议题上存在广泛共识，合作阻力较小。因此，中国构建 ISDS 机制的半系统式改革应当从投资便利化和争端预防入手。[99]

（5）明确仲裁机构和仲裁员选任机制。关于仲裁机构和仲裁员选任机制，中国可参照伦敦一些行业协会仲裁的比较成熟的做法，初审仲裁庭的仲裁机构和仲裁庭仲裁员由当事人选任，上诉仲裁庭的仲裁员则全部由仲裁机构指定，若出现仲裁员无法履职的情况则由仲裁机构指定替代仲裁员。因为赋予当事人选择仲裁机构和仲裁员的权利是一项被广泛接受的制度安排，对增强争端当事方特别是投资者的信心具有重要帮助。而其他国际公法或国际经贸领域的争端解决机制大多保留了类似做法，允许争端当事方选择其信任的专家审

[95] 参见王军杰、石林：《论“一带一路”沿线“投资者-东道国”争端解决的路径与机制》，载《西南民族大学学报》2018 年第 6 期，第 101 页。
[96] 参见薛源：《投资者与东道国争端仲裁与我国法律机制的衔接》，载《国际商务（对外经济贸易大学学报）》2017 年第 5 期，第 126 页。
[97] ACN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 4 页，
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。
[98] 参见漆彤：《论“一带一路”国际投资争议的预防机制》，载《法学评论》2018 年第 3 期，第 79 页。
[99] 参见漆彤：《论“一带一路”国际投资争议的预防机制》，载《法学评论》2018 年第 3 期，第 100 页。

理案件。因此，中国应在 ISDS 机制一审环节允许当事方指定仲裁员。[100]同时，仲裁员的选定要有广泛的代表性。从目前的情况来看，亚洲仲裁员比例只占 1%，而中国籍的仲裁员就更少，而不同教育、历史与法律背景的仲裁员的思想碰撞可以让仲裁裁决更加平衡且更加公正。[101]由于投资争端往往涉及复杂的事实和法律问题，在一审环节确定仲裁庭的组成需要考虑很多因素。例如，仲裁员的法律背景、经验、国籍、精力投入以及个案可能需要的特殊专业知识。考虑到 ISDS 机制的公法属性，仲裁员应具有国际公法背景或有关投资条约的专业法律知识，避免潜在的利益冲突，防止出现仲裁员不当兼任执业律师造成有失公平的情形。不同文化背景的国家对仲裁员的利益冲突或事项冲突往往存在不同理解，故需要进一步明确利益冲突和事项冲突的具体内涵。当然在赋予当事方指定仲裁员权利的同时，需要对仲裁员的资质、遴选和回避程序进行完善，增加仲裁员选择机制的透明度和合理性。[102]

（6）明确程序透明度标准。中国于 2010 年修订的《保守国家秘密法》和于 2019 年修订的《政府信息公开条例》均显示出中国已经对透明度的原则性规定表示理解，甚至持基本支持的态度。ICSID 或 UNCITRAL 是许多条约对投资争端仲裁提交的主要选项，这两个仲裁体系在美国、欧盟等国家和政府间国际组织的影响下展开了对透明度的改革。这些改革的主要观点和中国可能存在不一致，中国有必要在对外缔结投资条约时加以注意，就以下四个方面要予以规定：①在谈判中对于一些技术性过于前沿或者复杂的问题（如保密信息的判定依据等），需要谨慎评估其带来的法律风险。同时，要提防 MFN 条款被适用于程序性事项，中国在今后缔结或者修改 BITs 时宜将 MFN 条款明确排除适用于程序性事项。②注重透明度的例外规定。这一内容在国际仲裁规则关于透明度的规定不利于中国时尤为重要。例如，UNCITRAL 透明度规则对文件和审理公开的程度要求较高，有可能使中国的一些保密利益受到损害。在这种情形下，加强条约中保密信息的规定，按照条约优先的规定，可以缓解 UNCITRAL 透明度规则要求对中国产生的压力。另外，作为透明度例外，对于如何处理信息保密以及相关程序，可以考虑借鉴美国的 BIT 范本，在条约中将保密信息的定义、范围规定清楚。③信息公开的主体以仲裁庭为宜。无论是 ICSID 规则抑或是 UNCITRAL 透明度规则，信息公开的主体都是仲裁机构。为了与国际仲裁规则保持一致，同时减轻中国政府的负担，如果条约中规定了投资争端提交 ICSID 或 UNCITRAL 解决，那么信息公开宜交予相关仲裁机构。④规范第三方资助规定的透明度纪律，相关方应持续披露有关资助情况，避免仲裁员和第三方资助者之间发生直接或间接的利益冲突。如未履行披露义务，应明确相关方承担的法律后果。

[100] A/CN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 4 页，
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp117c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。
[101] 参见张月姣（国际解决投资争端中心仲裁员、WTO 上诉机构前主席）-中德仲裁法律圆桌会议发言节选
https://mp.weixin.qq.com/s/EcOPVfLYxwZBjYUwXOX7Yg，最后访问日期：2019 年 11 月 22 日。
[102] A/CN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 4 页，
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp117c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。

（7）限制法庭之友参与投资仲裁。鉴于目前中国民间组织力量较弱，中国在签署或修订投资条约时，应对法庭之友参与投资仲裁进行必要限制。但法庭之友参与国际仲裁已是大势所趋，WTO 中早有法庭之友的实践。例如，1998 年海虾海龟案[103]中，作为法庭之友的非政府组织提交的报告得到了肯定。[104]因此，积累非政府组织参与公共议题的能力和经验是中国的当务之急，尤其需要提高本国非政府组织参与国际投资争端仲裁的相关能力和经验。当然也要参照 ICSID 规则对非争端方参与的相关规定，对仲裁庭的裁量权作出具体限制，以防止法庭之友阻碍仲裁的推进。[105]

3.从双边到区域到多边逐渐推进改革

由于中国根本上不能脱离国际投资仲裁已经形成的基本规则，《华盛顿公约》、UNCITRAL 仲裁规则等投资争端解决规则并非无可置疑，但其国际公信力必然高于双边及国内仲裁规则，被各国接受的可能性更大。[106]因此，中国半系统式改革首先应在双边层面推广，以此为基础结合国内国外政治经济情势加以改进；接着在区域层面推动；然后通过支持多边化改革，最终促成多边机制的建立。

（1）在双边层面推进 BITs 中 ISDS 条款的谈判与修订。中国在今后进行的 BITs 谈判中，适用半系统式改革可对不同类型的国家采取不同的对策。例如，对发达国家和发展中国家、加入与未加入《华盛顿公约》的国家、采取不同 ISDS 机制改革模式的国家或地区（如美国、欧盟和南非）进行区别对待，按照最符合本国利益的方式缔结 BITs。[107]同样，对已缔结的旧 BITs 也可采取同样的方式予以修订。但相比于区域主义和多边主义，双边主义存在以下不足：①双方创建的规则仅适用于两个国家之间，不利于创建统一的区域或全球规则框架促进国家之间的公平竞争，更不利于区域或全球经济的发展与革新。[108]②双边投资规则下，东道国对某国投资者大规模的征收将会引发一系列投资争端，进而影响到区域甚至全球经济的稳定。[109]③双边主义存在基于国籍的歧视行为，不利于维护区域和国际投资关系的安全与平衡。[110]④双边主义项下的国际投资规则的稳定性和可预见性较弱，容易产生投资风险。[111]例如，欧盟目前在 BIT 谈判中提出了 ICS，以取代现有《华盛顿公约》

[103] WT/DS58 1997 年印度等诉美国-海虾-海龟(Shrimp-turtle)案，http://sms.mofcom.gov.cn/aarticle/wangzhanjianjie/tansuosikao/200406/20040600236182.html，最后访问日期：2020 年 11 月 16 日。

[104] 参见赵维田主编：《美国——对某些虾及虾制品的进口限制案》，上海人民出版社 2003 年版，第 970 页。

[105] 参见赵骏、刘芸：《国际投资仲裁透明度改革及我国的应对》，载《浙江大学学报》2014 年第 3 期，第 161 页。

[106] 参见董静然：《双边投资协定与多边投资规则构建的互动研究》，载《国际经济法学刊》2018 年第 3 期，第 81 页。

[107] 参见黄德明、杨帆：《试析欧盟各机构对 ISDS 机制的态度及对中欧投资谈判的影响》，载《东北农业大学学报（社会科学版）》2015 年第 3 期，第 44 页。

[108] Giorgio Barba Navaretti, Anthony J. Venables, *Multinational Firms in the World Economy*, Princeton: Princeton University Press, 2004, pp.25-38.

[109] Philipp Genschel, Thomas Plumper, "Regulatory Competition and International Cooperation", *Journal of European Public Policy*, 4(1997), pp.628-629.

[110] John R. Oneal, Bruce M. Russet, "The Classical Liberals Were Right: Democracy, Interdependence and Conflict", *International Studies Quarterly*, 41(1997), p.267.

[111] Jeswald W. Salacuse, "The Emerging Global Regime for Investment", *Harvard International Law Journal*,

多边主义下的 ISDS 机制，但现实可行性不强，最主要的原因在于：在双边主义下，会存在多个国际投资法庭，法律解释的一致性和可预见性问题无法得到保障，投资规则必将呈现碎片化的态势。[112]因此，中国在双边层面推行 ISDS 机制的半系统式改革，应尽量避免双边主义的不足，从而向各国推广成功的双边实践经验。

（2）在区域层面推动区域投资规则的构建进程。从区域层面看，目前中国签订了 12 个含有投资章节的 FTAs，与中国签署的 BITs 存在融合现象，但其中的 ISDS 条款在解决 ISDS 案件时问题凸显。若中国采取半系统式的改革模式，将进一步促进双边投资规则与区域性投资规则的融合，解决其中的 ISDS 条款缺陷。现在中国应积极推进《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）和中日韩自贸区谈判，这样能及早在区域经贸合作中获得现实的突破和经验的积累，以寻求更多支持和助力，抗衡美国单边主义威胁和美国、欧盟、日本等对中国市场经济国家地位的质疑、封锁和经贸打压。例如，USCMA 的“毒丸条款”对中国加入 CPTPP 构成了潜在的法律障碍。中国一方面应坚定对中国特色社会主义市场经济的制度自信；[113]另一方面应进一步完善国内相关制度，掌握国际投资规则的话语权，以事实回应质疑，以行动突破规锁。同时，在“一带一路”倡议的推进下，对中国的 ISDS 机制改革模式进行仲裁机构的分支设计，可共享“一带一路”争端解决机制的平台。这样不仅可以为“一带一路”争端解决机制积累更多的实践经验，还可以让“一带一路”投资争端解决机制与国际投资仲裁的普遍规则互动，以便为多边投资规则的构建打下基础。[114]

（3）在多边层面支持 UNCITRAL 组织的 ISDS 机制多边化改革。相比于双边和区域投资协定来说，多边投资规则更符合世界经济的发展趋势和世界各国的共同利益。多边投资规则是未来 IIAs 投资规则的发展方向，双边和区域投资协定只是多边投资规则进程中的一个阶段。虽然多边投资规则的谈判历经坎坷，但其谈判内容为双边和区域投资协定的发展提供了重要的指导。如今，双边和区域投资协定又从内容的趋同化、投资仲裁法律解释实践等方面为多边投资规则的构建提供了坚实的基础。双边、区域和多边投资规则的发展是一种相互协调、相互促进的良性发展。[115]此次 ISDS 机制的多边改革进程由政府主导，并鼓励其他国际机构和公众参与。制定多边规则需要各国的共同努力，多边机制的生命力也取决于各国的共同参加。UNCITRAL 第三工作组同时考虑所有问题和解决方案建议是一个能够兼顾各方需求的务实安排，但需要在程序上保留一定的灵活性，避免忽视部分重要的改革方案建议。[116]中国应积极支持多边改革，参与构建全球投资治理体系，发出中国声

51(2010), p.450.

[112] 参见董静然：《双边投资协定与多边投资规则构建的互动研究》，载《国际经济法学刊》2018 年第 3 期，第 69 页。

[113] 参见习近平：《毫不动摇鼓励支持引导非公有制经济发展 支持民营企业发展并走向更加广阔的舞台》，载 《新华每日电讯》2018 年 11 月 2 日，第 1 版。

[114] 参见董静然：《双边投资协定与多边投资规则构建的互动研究》，载《国际经济法学刊》2018 年第 3 期，第 81 页。

[115] 参见董静然：《双边投资协定与多边投资规则构建的互动研究》，载《国际经济法学刊》2018 年第 3 期，第 67 页。

[116] ACN.9/WG.III/WP.177-中国政府提交的意见书，第 5 页，https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177c.pdf，最后访问日期：2019 年 8 月 10 日。

音和利益诉求。中国对半系统式改革的探讨，将为未来的多边投资规则构建提出中国方案。

结语

综上，鉴于 ISDS 机制在解决争端时存在合法性和公平性的困境，各国正在对 IIAs 进行改革，特别是其中 ISDS 机制的改革已成为当前的热点问题。目前各国关于 ISDS 机制的改革呈现多元化趋势，出现了三种主要的改革模式。UNCTAD 在追求可持续发展的 IIAs 改革方面支持正在进行的决策进程。2019 年 11 月的高级别 IIAs 会议将为评估迄今为止的改革努力提供机会。[117]中国对 ISDS 机制的改革持支持态度，正根据国际改革趋势和本国国情重签或新签国际投资条约。例如，2020 年 12 月 30 日《中欧全面投资协定》谈判如期完成，涉及市场准入、公平竞争环境、投资者—国家争端解决机制等问题，将取代欧盟中 26 个成员国与中国签订的双边投资协定，为中欧投资关系提供一个统一的、开放水平更高的法律框架，但仍未正式确立投资者与东道国争端解决机制。东盟 10 国和中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰共 15 个亚太国家正式签署了《区域全面经济伙伴关系协定》。中国正在进行中日韩自由贸易区、中美 BIT 谈判，正处于国际投资规则的重大战略机遇期。在此背景下，中国应顺应国际规则发展趋势，继续支持多边规则治理，参照 IIAs 的最新发展成果改革创新 ISDS 机制，提出中国模式。根据本国国情，在进行 ISDS 条款谈判时采取半系统式的改革模式。目前中国已具备实施 ISDS 机制半系统式的改革模式的必要性和可行性。实施该模式的总体路径应以可持续发展为目标，坚持投资者与东道国利益平衡原则，设立开放性的 ISDS 机制，从双边到区域到多边逐渐推进，营造稳定公平的营商环境，在争取国际投资规则话语权的同时为“一带一路”建设注入新动力。

[117] World Investment Report 2019, p.114, at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf, Aug.16, 2019.

我国跨境电商仲裁机制的反思与创新

徐芳[1] 梁芷珊[2]

（1、华南农业大学人文与法学学院副教授 2、华南农业大学人文与法学学院法律硕士）

【摘要】 仲裁在跨境电商纠纷解决体系中理应占据重要地位，但跨境电商纠纷仲裁在我国并未得到大规模运用，主要是因为我国跨境电商仲裁机制和日益高速发展的跨境电商业务、日渐复杂的跨境电商纠纷不相匹配，存在仲裁协议认定标准过严、未就跨境电商纠纷量身打造适合的仲裁机构和仲裁程序规则、临时仲裁的域内适用范围过窄等问题。未来应创新我国跨境电商仲裁机制，提倡多元主体参与，以最大限度尊重当事人自治、效率实用等目标设计新的仲裁规则，建立起公正、公平、精细化、智能化的跨境电商仲裁机制。具体而言，在构建新的跨境电商仲裁机制时，建议放松跨境电商仲裁协议的效力要求，扩大仲裁范围；优化跨境电商多层次的仲裁规则；改革跨境电商在线仲裁审理模式，引入“独立第四方”协助仲裁；探索有条件的跨境电商仲裁 “法庭之友”制度；建立线上和线下仲裁融合机制。

【关键词】 跨境电商纠纷；多层次仲裁规则；在线仲裁；“法庭之友”

自 2019 年底 2020 年初新冠肺炎疫情爆发以来，我国传统对外贸易遭受较大冲击，而新型的跨境电商业务有极大增长，不仅延续了近些年我国跨境电商快速发展的态势，而且我国跨境电商的发展维度空间得以大范围拓宽。在国内鼓励跨境电商发展政策频出和国际贸易形势急剧变化的背景之下，可以预见在未来相当长的一段时间，我国跨境电商将迎来跨越式的发展机遇，但各类跨境电商纠纷也将随之纷至沓来。

基于其效率性、友好性、专业性、保密性、灵活性和跨国可执行性的比较优势，仲裁理应成为我国跨境电商纠纷当事人解决纠纷的至优选项，在跨境电商纠纷解决体系中占据重要地位，然而实践中仲裁在跨境电商领域的应用陷入了尴尬困境。虽然为适应“互联网+”时代商事纠纷仲裁需要，国内仲裁机构纷纷推出诸多新措施，譬如跨境电商国内龙头城市广州的仲裁机构——广州仲裁委员会 2015 年即上线了“在线仲裁”系统，在平台上和技术上均已具备网络仲裁和智能仲裁跨境电商纠纷的能力[1]，也发布了《小额网购纠纷网络仲裁专门规则》，其分支机构——中国南沙国际仲裁中心通过出台 2017 年新版《仲裁通则》及《三大仲裁庭审模式流程指引》，扫除了临时仲裁在南沙自贸区落地实施的障碍，但是总体而言，广州仲裁委及其分支机构南沙国际仲裁中心的跨境电商纠纷收案量不甚乐观[2]。之所以这些跨境电商中心城市没有开展大规模的跨境电商纠纷仲裁业务，缘由在于我国跨

[1] 参见向秀芳：《广州发力跨境电商“新模式”，网络仲裁实现全程“无纸化”》，21 世纪经济报道，2019-05-13，http://finance.sina.com.cn/roll/2019-05-13/doc-ihvhiews1513091.shtml。

[2] 广州仲裁委近年的网络仲裁案件类型主要是信用卡、网络借贷金融纠纷，南沙国际仲裁中心每年受理的涉外案件不断增长，受案量处于全国仲裁机构之首，但中心受理的案件类型也主要涉及金融借款纠纷、股权转让纠纷、房屋买卖等，跨境电商案件占比也不多。参见《南沙特区报》：《南沙仲裁涉外案件居全国之首》，2017-09-09，http://www.gznsnews.com/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=8&id=23639。

境电商仲裁机制和日益高速发展的跨境电商业务、日渐复杂的跨境电商纠纷不相匹配。鉴于此，本文将以广州跨境电商仲裁机制为样本，详细分析我国跨境电商仲裁机制的不足，并在此基础上提出构建我国新型跨境电商仲裁机制的若干建议，以期营造合理、高效、公正解决跨境电商纠纷的软性法治环境，促进我国跨境电商健康、快速发展。

一、目前我国跨境电商仲裁机制存在问题的反思

导致仲裁被我国跨境电商参与者弃而不用的原因在哪里？笔者认为必需对我国跨境电商仲裁机制进行反思，从其内外部寻找产生此尴尬现实应用困境的根源。具体而言，目前我国跨境电商仲裁机制主要存在以下问题：

（一）仲裁协议的认定标准过严，纠纷方难以达成有效的仲裁协议

实践中在跨境电商纠纷领域，仲裁并未大范围适用，主要原因有二：一是跨境电商纠纷发生后，当事人通常从便利角度第一时间会选择自行协商或让平台介入解决；二是当事人难以达成仲裁协议或仲裁协议出现瑕疵导致无效，仲裁可能因此成为摆设。众所周知，仲裁必需基于纠纷当事人的合意才能启动，表现当事人合意的仲裁协议既可以在争议发生前事先达成，也可以在争议事后达成。但目前来看，跨境电商争议尤其是消费者纠纷很难事先存有仲裁协议，绝大多数跨境电商平台并未将是否提交仲裁作为未来纠纷解决的勾选项[3]。此外，即使纠纷后当事人间达成的仲裁协议，也有可能存在种种瑕疵，在目前我国对仲裁协议认定标准仍旧过严的法律环境下，很有可能会被认定为无效，导致当事人以仲裁解决纠纷的意愿落空。

我国现行《仲裁法》第 16 条遵循的是“请求仲裁的意思表示”、“仲裁事项”、“选定的仲裁委员会”这三项仲裁协议要素缺一不可原则，广州仲裁委员会公布的可参照仲裁示范条款（“因本合同引起的或与本合同有关的争议，均提请中国广州仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁，仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。”）也基本涵盖了此三要素。但实践中，跨境电商当事人主要是消费者对仲裁认识度不够，对相关仲裁机构也不熟悉，因此在达成的仲裁协议中可能对仲裁事项描述不甚明确，或者只选定了仲裁地但未明确指出仲裁机构，或者只选定了仲裁规则未明确仲裁机构，或者明确了仲裁机构但对仲裁机构所在地、机构名称的写法有所出入等。对于这类有瑕疵的仲裁协议，2017 版《中国广州仲裁委员会仲裁规则》第 12 条尝试扩大其效力，规定：“（一）仲裁协议约定的仲裁委员会、仲裁院、分会名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构是本会或者分会的，视为同意将争议提交本会或者分会仲裁。（二）当事人约定按照本规则进行仲裁但未约定仲裁机构的，视为同

[3] 假使存在这样的跨境电商消费者已勾选项，其仲裁协议的效力应被认可。如《中国广州仲裁委员会网络仲裁规则》第 5 条“仲裁协议形式”中规定：“网络仲裁协议应当采取书面形式，包括但不限于：1.当事人在纸质或者电子合同中订立的仲裁条款；2.当事人在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的纸质或者电子仲裁协议；**3.当事人通过同意网站服务协议的方式达成的电子仲裁条款**。”《中国广州仲裁委员会小额网购纠纷网络仲裁专门规则》第 3 条也规定当事人可以达成网络仲裁条款，即“消费者、销售者、网络交易平台提供者在服务协议中达成选择本会进行网络仲裁条款，或者在发生纠纷后通过在本会网络仲裁平台注册并签署网络仲裁条款的，视为选择适用本专门规则进行仲裁。”

意将争议提交本会仲裁。”但这只解决了问题的冰山一角，其他瑕疵仲裁协议在严格的《仲裁法》规定下，其效力仍存有疑问。

（二）未就跨境电商纠纷量身打造适合的仲裁机构、仲裁程序规则

前文提及我国商事仲裁近年来在网络仲裁、智能仲裁等方面有诸多创新，在技术上应该已经具备承接大量跨境电商纠纷在线仲裁业务的成熟条件。但深入分析会发现，我国在跨境电商纠纷领域的仲裁机制仍略显粗糙，提供的仲裁服务不甚细致、匹配。

首先，未设立专门性的跨境电商纠纷仲裁机构，未建立多层次不同类型纠纷的不同仲裁机制。譬如，目前广州的跨境电商纠纷和其他商事纠纷一样，均主要由广州仲裁委员会进行机构仲裁。近年来广州仲裁委也设立了若干专门性的仲裁院，包括中国广州金融仲裁院、中国广州知识产权仲裁院、中国广州国际航运仲裁院等专业仲裁院，但跨境电商方面的专业仲裁院不在其间，这与广州跨境电商发展的快速局面及相关纠纷大量增长的形式极不匹配，也是广州跨境电商仲裁处于尴尬应用境地的原因之一。此外，跨境电商纠纷有消费者纠纷、商家纠纷和行政纠纷多种类型，涉及的当事人主体地位复杂多样，但广州仲裁委并未就此建立多层次不同类型纠纷的不同仲裁机制。

其次，一些仲裁机构虽然制订有专门的电商网购纠纷仲裁规则，但内容并不完善。譬如，广州仲裁委设有《小额网购纠纷网络仲裁专门规则》，可以适用于跨境电商消费者纠纷的网络仲裁，但此专门规则过于简单，只有短短的16条，其中“小额网购合同纠纷案件仲裁费以每件100元计收”以及多项“24小时”、“48小时”的仲裁程序时限规定能让跨境电商消费者纠纷的仲裁更加低成本化和高效率化。然而，该规则并未过多考虑消费者在纠纷中的弱势地位，在仲裁程序规则上没有任何适度向消费者偏倚方面的内容。

（三）临时仲裁的域内适用范围过窄，运用于跨境电商纠纷的概率较低

我国在上世纪90年代制定《仲裁法》时，强调机构仲裁，未对临时仲裁作出规定，导致我国的仲裁实践长期只有机构仲裁，欠缺临时仲裁。需要指出的是，我国《仲裁法》怠慢、拒绝临时仲裁的现状与国际上对待临时仲裁的态度和实践是大相径庭的。在国际商事仲裁中，临时仲裁应用得非常广泛，国际上的仲裁制度主要是临时仲裁制度[4]，临时仲裁的发展态势近年来甚至优于机构仲裁。当代的临时仲裁能最大限度体现当事人的意思自治，自始至终由当事人约定或掌握仲裁程序，具有当事人互相配合主动共同地进行临时仲裁程序的内在动力，其自主、自便、合作、高效、中立和费用适当的特点[5]使其更加适宜商事纠纷的解决。

在上述国际仲裁形势下，为契合我国商事仲裁进一步发展需要，2016年底出台的《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》（下文简称《自贸区司法保障意见》）开始尝试有限认可域内临时仲裁，其第9条第3段规定“在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的，可以认定该仲裁协议有效。”这里提及的特设仲裁实则就是临时仲裁。然而按照此

[4] 譬如2013年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》即是临时仲裁的规则。
[5] 参见高菲、徐国建著：《中国临时仲裁实务指南》，法律出版社2017年6月第1版，第2-4页。

《自贸区司法保障意见》的要求，域内临时仲裁在我国只是被有条件认可，除了有适用主体要求，还必须符合“三特定”前提条件。这些要求和条件导致临时仲裁在我国应用的概率仍然较低，跨境电商纠纷在域内适用临时仲裁予以解决也有一定难度。笔者以广州为例对此具体分析如下：首先，《自贸区司法保障意见》仅认可“在自贸试验区内注册的企业相互之间”签署的临时仲裁协议有效。虽然广州设有南沙自由贸易区，实践中也有相当数量的跨境电商纠纷涉及在南沙自由贸易区内注册的跨境电商企业，但是，这些企业多是卷入与跨境电商消费者个人之间的纠纷，纠纷当事人相互约定的临时仲裁协议并不属于“在自贸试验区内注册的**企业相互之间**”签署的临时仲裁协议，不符合《自贸区司法保障意见》的要求而为无效仲裁协议。也就是说，大量的广州跨境电商消费者纠纷，要么因非涉及自贸区跨境电商企业，要么因仅一方涉及自贸区跨境电商企业而无法在国内运用目前有限度放开的临时仲裁方式解决。其次，“三特定”条件也限制了广州跨境电商纠纷在域内运用临时仲裁方式解决。前述《自贸区司法保障意见》限制临时仲裁地点为我国“内地特定地点”，即我国内地之外的任何地方，包括香港、澳门、台湾地区，都不能作为临时仲裁地。这里的仲裁地不是指法律意义上的仲裁地[6]，应该是指仲裁程序进行地。最有可能承接管理广州临时仲裁的南沙自贸区内的中国南沙国际仲裁中心规定“当事人可以选择不同的开庭地点来处理仲裁事务”，实则允许当事人在内地之外的香港、澳门等地进行仲裁程序。为此，实践中涉港澳的商事纠纷当事人虽然选定中国南沙国际仲裁中心作为临时仲裁的管理机构，但出于地缘或信赖等原因，可能不是选择在我国内地而是选择在港澳等地进行临时仲裁程序，那么，有着此种约定的临时仲裁协议在《自贸区司法保障意见》下就属于域内无效仲裁协议了。此外，《自贸区司法保障意见》还限制临时仲裁须选定“特定的仲裁规则”和“特定的仲裁员”，但实际情况是我国之前一直未认可临时仲裁，临时仲裁规则处于缺失状态，因此当事人在签订临时仲裁协议时没有现成的国内临时仲裁规则可供选择，那么如果他们选定的是国际上的临时仲裁规则如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，或者是选定某仲裁机构的仲裁规则，抑或自己或仲裁庭制订临时仲裁规则，是否均属于选定“特定的仲裁规则”呢？在“特定的仲裁员”方面，仲裁员是否应符合我国《仲裁法》第 13 条规定的“三八两高”标准[7]？当事人自己选择的仲裁员是否属于“特定的仲裁员”？这些问题都可能给自贸区内的临时仲裁落地带来较大的现实障碍。

综上，在我国有限放开域内临时仲裁形势下，跨境电商纠纷中的各自贸区注册的跨境电商企业之间的纠纷，在符合“三特定”的前提下可以在域内通过临时仲裁予以化解，但占据主体部分的跨境电商消费者纠纷则无法运用目前我国域内临时仲裁方式解决。当然需

[6] 法律意义上的仲裁地，是指在确定撤销临时仲裁裁决管辖权法院、临时仲裁裁决国籍和适用准据法等方面具有法律意义的仲裁地点。

[7] 我国《仲裁法》第 13 条规定：“仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。仲裁员应当符合下列条件之一: (一)通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格，从事仲裁工作满八年的； (二)从事律师工作满八年的；(三)曾任法官满八年的；(四)从事法律研究、教学工作并具有高级职称的；(五)具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。”

要指出的是，跨境电商纠纷包括消费者纠纷绝大多数属于涉外合同纠纷[8]，这类纠纷当事人如果约定域外仲裁，包括域外机构仲裁和域外临时仲裁在法律上应该是没有任何问题的[9]，都是合法有效的。然而当事人达成这种域外临时仲裁协议在实践中还是有相当的难度，倘若我国域内临时仲裁认可范围能更加放开，则会更有利于跨境电商纠纷的解决。

二、创新我国跨境电商仲裁机制的总体原则

2018 年 12 月中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》（以下简称《意见》），认可“仲裁是我国法律规定的纠纷解决制度，也是国际通行的纠纷解决方式”，要求各地充分发挥仲裁在高效解决纠纷方面的作用，并在完善仲裁制度，提高仲裁公信力方面提出了若干意见。笔者认为，为提升仲裁在解决跨境电商纠纷中的地位和适用，应在上述《决定》的方向指引下，结合前文所分析的我国跨境电商仲裁机制存在的问题，进一步完善该机制，使得这一机制能充分满足跨境电商纠纷解决的需要。那么，究竟应如何创新我国跨境电商仲裁机制？为防止在我国跨境电商机制创新探讨方面出现观点冲突和碎片化倾向，笔者认为未来我国新型跨境电商仲裁机制应遵循的基础性原则大致包括：

（一）多元主体参与：当事人和仲裁机构（或仲裁庭）为主要主体、政府等部门推广监督、跨境电商协会等组织适时介入

如果从单件跨境电商仲裁案件来看，参与的主体是具体案件的当事人和仲裁机构（或仲裁庭）。通常情况下，当事人依照仲裁协议将纠纷提交给常设仲裁机构予以处理，仲裁机构主持组成仲裁庭裁决纠纷，或者当事人将纠纷提交给临时仲裁庭予以仲裁解决。然而从宏观角度而言，我国跨境电商仲裁机制的发展与创新还有赖于政府等部门的支持、推广和监督。具体来说，按照《决定》要求，各地人民政府应当支持仲裁机构进行跨境电商网络仲裁模式与技术方面的创新，应当支持跨境电商仲裁办公场所和人才队伍方面的建设；司法行政部门要加强对跨境电商仲裁法律制度的宣传推广工作，将其作为法治宣传、普法教育和推进法治政府建设的一项重要内容；跨境电商主管部门则要尽快制订出含有仲裁条款的跨境电商交易合同示范文本并予以推广适用；各地人大常委会可以通过执法检查、联网监督、代表视察等方式，监督跨境电商仲裁过程中的法律遵守和执行情况。

跨境电商协会等民间组织也可以适时介入跨境电商仲裁机制。首先，跨境电商协会等行业组织可以通过清理、整饬普遍反复适用的跨境电商标准（格式）合同，在相关标准合同中嵌入仲裁条款，以扩大仲裁方式在解决跨境电商纠纷时的适用。其次，跨境电商协会或跨境电商消费者社团等组织可以在仲裁与其他非讼方式的衔接方面有所作为，譬如这些组织在受邀参与跨境电商纠纷的调解时可以建议当事人运用更有效的仲裁方式解决纠纷。最后，探讨建立跨境电商仲裁案件中的“法庭之友”[10]制度，即可以让跨境电商协会、跨

[8] 参见高菲、徐国建著：《中国临时仲裁实务指南》，法律出版社 2017 年 6 月第 1 版，第 37 页。

[9] 因为我国国内法律是承认和执行外国仲裁裁决的，并且也是《承认和执行外国仲裁裁决公约》（即《纽约公约》）的成员国。

[10] 法庭之友，源于拉丁文Amicus curiae ，英文翻译为the friend of the court。《布莱克法律词典》中，法庭

境电商消费者社团等组织作为“法庭之友”，适度参与跨境电商仲裁，以加强仲裁的透明性和民主参与度，从而使跨境电商仲裁机制获得更高程度的信任与认可。至于这些组织在“法庭之友”制度中如何具体发挥作用，后文将对此进一步分析。

（二）以最大限度尊重当事人自治、效率实用等目标设计新的仲裁规则，建立起多层次的仲裁体系

在争议解决方面，仲裁与诉讼最大的不同是：后者为纯粹的司法外力所主导，而前者虽然也有仲裁机构和仲裁庭的外力介入，但主要还是由当事人的意思自治所推动。仲裁的独特之处主要就在于这种当事人的意思自治，是当事人可选择的一种纠纷解决方式，能充分体现当事人的意志参与度。因此，我国跨境电商仲裁机制的创新应以最大限度尊重当事人自治为目标，设计一套柔性的仲裁规则，在仲裁合意、仲裁机构和程序的选择、仲裁庭的组建、仲裁实体规则的适用以及仲裁裁决的实现等方面均充分体现当事人的自治，实属必要时才由外力介入，且有限介入的外力应以仲裁庭、仲裁机构和行业组织为主，任何其他单位和个人不得干预跨境电商仲裁的过程。在秉持这种“当事人中心主义”的核心理念上，深圳国际仲裁院的近期新做法可供借鉴。2019年2月21日起施行的新版《深圳国际仲裁院仲裁规则》赋予了当事人充分的自主权：只要不违背适用法律的强制性规定且现实可行，当事人可以自主约定适用的法律、仲裁规则、仲裁语言、仲裁地、仲裁庭的组成方式、审理方式、证据规则、开庭地点等。特别是关于首席（独任）仲裁员的指定，在实践证明运行效果良好的边裁推选法、推荐排序法、推荐选择法的基础上，新版《深圳国际仲裁院仲裁规则》以反向选定的设计模型，增设一种新颖、可行的仲裁员指定方式——推荐排除法：“经双方当事人申请或同意，仲裁院院长可以推荐三名以上首席仲裁员候选名单。双方当事人在收到候选名单之日起5日内可以各排除一名或若干名候选人。首席仲裁员由仲裁院院长在剩余候选名单中指定；候选人均被排除的，由仲裁院院长在候选名单之外指定”，以进一步增强当事人共同指定仲裁员程序的灵活性和可操作性。[11]此外，新版《深圳国际仲裁院仲裁规则》增设“当事人间自行送达”[12]的规定，也是当事人充分自治的体现。

众所周知，仲裁的活力在于其效率价值。我国跨境电商仲裁机制更应践行效率本位的理念，因为越是高效率的仲裁机制越能快速解决跨境电商纠纷，让当事人尽早摆脱纠纷的

之友是指：“非诉讼当事人，因诉讼的重要事实涉及其重大利益，得请求法院或受法院的请求而于诉讼过程中提出书面意见者。”《国际公法词典》中，法庭之友是指：“在司法程序中向法庭提交相关事实或信息，协助法庭做出正确裁决的非争端方的个人或组织。”《牛津现代法律英语词典》中，法庭之友是指：“一个人，不作为当事人，而是像其他旁观者一样，为了帮助法庭，提供一些法庭所不清楚或者误解的信息，而不是有偏见地阐述事实。”从前述各种解释来看，法庭之友制度是指与案件具有某种利益，但又不享有实体权利的非争端当事人，向法庭陈述案件的相关事实和法律的观点或信息，以协助法庭公正解决争议案件的具体制度。

[11] 参见深圳国际仲裁院微信公众号文章：《特区国际仲裁：新规则、新突破 ——深圳国际仲裁院发布新版仲裁规则》，2018-12-23。

[12] 深圳国际仲裁院是中国大陆地区在机构仲裁中引入当事人自行送达制度的第一家仲裁机构。新版《深圳国际仲裁院仲裁规则》规定：经当事人同意，仲裁院或仲裁庭可以决定当事人在提交仲裁文书和证明材料时直接发送其他当事人或发送至仲裁院网络仲裁服务平台提供的在线存储系统。这一举措优化了仲裁送达方式，在充分保障当事人程序权利的前提下，有利于切实提高仲裁效率、节约仲裁资源。

牵绊，达成新的跨境电商交易，从而促进我国跨境电商的发展。因此，未来的跨境电商仲裁机制应重点在收费模式、简易程序、裁决时限等方面有所创新，甚至可以探讨在某些情况下由当事人或当事人授权仲裁庭灵活掌控仲裁节奏以实现跨境电商纠纷的高效率解决。

另外，以实用为目标，为适应不同类型、不同性质的跨境电商纠纷案件的仲裁需要，我国应建立起一套多层次的跨境电商仲裁体系。从纠纷当事人的角度，我国跨境电商纠纷主要有三种类型：一是个人消费者和跨境电商经营型或服务型商家之间的纠纷；二是各跨境电商经营型或服务型商家之间的纠纷；三是政府监管部门和消费者、商家之间的纠纷。其中第三种类型纠纷发生在非平等的当事人——行政主体与民商事主体之间，性质上属行政争议，按照我国目前《仲裁法》的规定不能采用仲裁方式予以解决。[13]也就是说，只有前两类跨境电商纠纷可以仲裁。但笔者认为这两类跨境电商纠纷的仲裁机制应有所区别：第一类跨境电商消费纠纷的仲裁机制可以相对独立运作，具体建议是可仿效澳门地区的做法，在跨境电商发达的地方仲裁机构之下特设一个跨境电商仲裁机构——“跨境电商消费纠纷仲裁中心”，以此专门解决跨境电商消费者纠纷。需要指出的是，此仲裁中心应以网络仲裁方式为主，并应制订专门性的跨境电商消费者纠纷网络仲裁规则（后文将详述）。至于第二类跨境电商商家之间的纠纷，因其属于一般的商事纠纷性质，可以仍然沿用仲裁机构关于一般商事争议的仲裁机制，兼采线上和线下两种仲裁方式。笔者构建的未来我国跨境电商仲裁机制的基本体系模型[14]详见下表：

跨境电商纠纷的类型	仲裁性	仲裁平台	仲裁模式	仲裁规则
跨境电商行政纠纷	不可仲裁	无	无	无
跨境电商消费者纠纷	可仲裁	“跨境电商消费纠纷仲裁中心”	线上仲裁	《跨境电商消费纠纷网络仲裁规则》
跨境电商商家纠纷	可仲裁	各地常设性仲裁机构	线上仲裁、线下仲裁或线上线下融合仲裁	各地仲裁机构《仲裁规则》或《网络仲裁规则》等

表1 跨境电商仲裁机制基本体系模型之重构表

（三）严格遵循独立仲裁的理念，构建公正、公平和精细化的仲裁机制

如前文所述，目前我国商事仲裁较真正意义上的“独立仲裁”还有差距，为此未来的跨境电商仲裁应严格遵循独立仲裁的理念，这要求首先去除跨境电商常设仲裁机构的行政管理色彩，譬如应让仲裁机构真正独立于行政机关[15]；保障仲裁委员会依法独立开展仲裁

[13] 我国《仲裁法》第 2 条规定：“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。”第三条进一步规定：“下列纠纷不能仲裁：（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。”

[14] 此基本体系模型是指我国跨境电商机构仲裁机制的模型，不含临时仲裁机制。关于跨境电商临时仲裁机制的模式，后文将另作探讨。

[15] 譬如可以借鉴香港国际仲裁中心和深圳国际仲裁院的成功经验，在各地仲裁机构的运作模式上，实行理

工作；建立各级党政机关和领导干部不得干预仲裁裁决、不得干涉仲裁委日常业务工作的规章制度及相应责任追究制度等。其次，要理顺仲裁庭独立办案与仲裁委员会组织、管理和监督职能之间的关系，从根本上解决仲裁委及其管理人员干预仲裁案件的问题。譬如可以整理、制订出一份仲裁委员会在此方面的权力正面和负面清单，正面清单将其权力严格限定在组织、管理和监督案件仲裁的范围之内，负面清单则纳入仲裁委不得从事的若干干预仲裁庭仲裁案件的不当行为，此外还可就仲裁委员会和仲裁庭可能出现的衔接配合问题作出具体指引。最后，健全相关监督、制约机制。譬如严控和监督仲裁委员会成员和仲裁委员会工作人员担任本机构案件仲裁员；严格落实仲裁员回避制度；建立规范透明的仲裁员指定工作规则和监督机制，防止和杜绝“关系案”、“人情案”；健全案件办理情况反馈和案件质量评估制度等。通过这一系列的制度建设，确保跨境电商纠纷提交仲裁后能得到独立、公正的解决。

需要指出的是，“公平”的跨境电商仲裁机制虽然主要建立在独立与公正仲裁基础之上，但还需要一些特殊的、非形式上平等的仲裁规则予以保证。跨境电商纠纷主要表现为消费纠纷，这类纠纷的特点之一即消费者属于弱势方，其无法与对方当事人真正平等抗衡，因此笔者认为：为体现“公平”，该类纠纷的解决机制，包括仲裁机制，均应适当“偏倚”消费者一方。然而，我国现有跨境电商仲裁机制并未充分考虑消费者的弱势地位。为此笔者建议，未来构建的新型跨境电商消费者纠纷仲裁规则，可以在仲裁收费、仲裁协议效力认定、仲裁审理规则、送达及裁决执行等领域适度偏向消费者，具体规则内容下文将述及。此外，“精细化”也是未来跨境电商仲裁机制需努力达到的目标。仲裁，归根结底是一种专业性的商事纠纷解决服务，而服务提供得越精细化，服务的效果才更明显，也更能让当事人满意。因此，未来各地仲裁机构应按照不同专业设立仲裁员名册。在跨境电商仲裁方面，还可以尝试进一步按照出口纠纷、进口纠纷、消费者纠纷、行政纠纷等不同纠纷性质，聘任不同专业、不同领域的人员担任仲裁员，并逐步建立分类别、适应多层次需求的跨境电商仲裁员队伍，设置更加细分的跨境电商仲裁员名册。

（四）依托专业、智能的大数据软件和平台构建稳定高效的仲裁辅助系统

前述《决定》指出，要积极发展互联网仲裁、推动互联网仲裁的发展，这是对当前飞速发展的网络和智能时代的回应。近年来依托互联网的延伸发展，在人工智能技术的加持下，法律服务行业正在经历一场深刻、彻底的变革。可以预知的是，在未来的法律服务行业中，网络化、智能化将成为不可扭转的趋势，仲裁这种社会所提供的纠纷解决服务方式亦将嵌入网络化、智能化的痕迹。跨境电商纠纷本身即是由跨境互联网交易所引发，且小额性、频发性以及当事人间存在地理障碍等特点决定了其应优先采用ODR在线解决模式，因此，我国跨境电商纠纷的仲裁也应以在线仲裁（或称网络仲裁）为主流。这种网络仲裁不仅可以让当事人克服时间和空间的障碍，还可让仲裁全过程在网上进行，大大增加仲裁效率。近些年一些仲裁机构譬如广州仲裁委在推行网络仲裁方面走在全国前列，不仅

事会领导的法定机构治理方式，在行政机关、事业单位之外，单设法定机构，探索保障仲裁机构运作和仲裁庭办案独立性的法定机构治理方式。

发布了《网络仲裁规则》，正式上线“在线仲裁”系统，还推出了网络仲裁云平台，将整个仲裁流程电子化、网络化处理，但其网络仲裁机制仍需要改进和完善。例如，可以进一步开发跨境电商网络仲裁的整套专业化辅助系统，下含子系统包括仲裁员推荐系统、录入电子办公系统、电子档案管理系统等；运用更先进的大数据软件和算法技术，尝试更加智能化的跨境电商网络仲裁程序，比如针对一些简单的、类型化的案件可以运用人工智能技术自动审阅电子证据，甚至自动生成仲裁文书等，这将让仲裁员从繁琐的工作中解脱出来，大大提高其工作效率。

不仅未来我国跨境电商仲裁的过程中需要更加专业化和智能化，在前期宣传和推广仲裁方面也要进行智能化的技术创新和方法创新。譬如，仲裁机构的在线仲裁系统可以与跨境电商平台、行业组织平台、专业调解平台对接，在跨境电商交易之时或纠纷发生初始阶段即通过这些平台向当事人宣传、推荐仲裁解决纠纷服务；也可以借鉴“深圳市众新电子商务交易保障促进中心”的做法，在跨境电商部门设立一个“ODR 服务大厅”，提供在线法律指引、协商、快速调解和仲裁服务。在后期各案件仲裁结束后，则可尝试在仲裁机构内部设立专门的跨境电商仲裁电子证据云档案馆、跨境电商仲裁大数据中心等，为类案精准推送以及智能辅助裁决提供基础资料和数据。此外，在保障信息安全的前提下，应会同有关部门拓展仲裁机构与公安机关、审判机关、司法行政机关之间的数据联通，加强与互联网法院在技术标准、办案流程、处理规则以及大数据运用等方面的有效对接，整合互联网法律服务资源。

三、改革与创新我国跨境电商仲裁具体机制的建议

为营造我国跨境电商快速健康发展的有利法治环境，在上述我国跨境电商仲裁机制创新之总体原则的基础上，笔者就我国跨境电商仲裁具体机制的改革与创新提出如下建议：

（一）放松跨境电商仲裁协议的效力要求，扩大仲裁范围

若要扩大仲裁我国跨境电商纠纷解决中的应用，应该顺应近年来国际上对仲裁协议要求渐宽的趋势，放松跨境电商仲裁协议的效力要求，具体建议是：

首先，明确当事人间有仲裁意愿的仲裁协议即为有效仲裁协议。有学者通过考察我国仲裁司法监督案件发现，在司法实践中，仲裁协议被确认无效最为常见的理由依次分别为：约定的仲裁机构不明确，存在“或裁或审”之情形，缺乏请求仲裁的意思表示。[16]仲裁协议因缺乏请求仲裁的意思表示或存在“或裁或审”情形而被认定无效，向来不存异议，但最常见的仲裁协议因约定的仲裁机构不明确而被认定无效，学者对此则有不同看法，认为不应将此种瑕疵仲裁协议一概认为无效，需秉持尊重当事人意思且支持仲裁的原则，至少将能推明具体仲裁机构的相关仲裁协议认定为有效。虽然学者间甚至是不同的法院对各种约定有瑕疵的仲裁协议效力的认定标准有争执，但有一点是达成共识的，即有效的仲裁协议一定须具备当事人的仲裁意思表示。因此，笔者建议，为支持仲裁发展，未来我国《仲裁法》在修订时，可以借鉴香港《仲裁条例》之规定，对仲裁协议的内容不宜再作出“三

[16] 参见宋连斌、林荟、陈希佳：《中国商事仲裁年度观察（2017）》，载北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心编：《中国商事争议解决年度观察 2017》，中国法制出版社 2017 年 6 月版，第 29 页。

要素”的要求，明确只要仲裁协议具备通过仲裁解决纠纷的意思表示即可认定为有效，其他的仲裁协议瑕疵问题可以允许当事人事后协商补救，协商不成时也可以通过仲裁机构（仲裁庭）或法院决定。在《仲裁法》如此修订之后，2017 版《中国广州仲裁委员会仲裁规则》第 12 条和 2014 年版《中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则》第 3 条第（三）项的那些扩大实践中瑕疵仲裁协议的规定也就有了更加正式的法律依据。

而在我国临时仲裁协议的效力方面，笔者认为虽然目前最高人民法院《自贸区司法保障意见》中存在 “三特定”要求（即 “约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员”仲裁），但对临时仲裁协议的这个“三特定”要求可以作宽泛一些的解释。譬如，“内地特定地点”并非指法律意义上的确定裁决撤销管辖权以及裁决国籍方面的仲裁地，而是指仲裁程序进行的物理地点；“特定仲裁规则”指当事人合意选择的临时仲裁规则，可以是《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，也可以是当事人自己制定或仲裁庭自己制定的仲裁规则，甚至可以是某个适当修改后的机构仲裁规则；“特定人员”是当事人在订立仲裁协议时即已选定的仲裁员，他们可以是仲裁机构仲裁员名册上的人员，也可以是名册之外的符合当事人约定标准的人员。此外，未来若临时仲裁在我国被全面认可，则有效临时仲裁协议的要求就只有存在当事人仲裁意思表示这一项了，这也是国际上出于尊重当事人意思自治对临时仲裁协议的最基本的要求。

其次，赋予格式化的跨境电商电子仲裁协议的效力，提高仲裁的运用效率。未来我国跨境电商的仲裁应以网络仲裁为主，而网络仲裁的启动也同样需要纠纷当事人达成仲裁协议。虽然各地仲裁机构的网络仲裁规则认可各种形式的网络仲裁协议，但实践中跨境电商纠纷前或纠纷后当事人订立或签署单独的网络仲裁协议的情形非常少见，因此为推广应用跨境电商网络仲裁，应更加重视“当事人通过同意网站服务协议的方式达成的电子仲裁条款”、“消费者、销售者、网络交易平台提供者在服务协议中达成的网络仲裁条款”等这类电子化形式的网络仲裁协议的形成，并赋予其与单独仲裁协议同等的效力。笔者认为，未来在推行这种电子仲裁协议的过程中，跨境电商平台可以发挥重大作用，这些平台可在其服务协议（或用户协议）、甚至交易协议中制定格式化的在线仲裁协议，以供跨境电商商家和消费者进行勾选“同意”抑或“不同意”，如果选择“同意”则可视为有效的在线仲裁协议，从而高效率地启动在线仲裁方式解决纠纷。

其实，国外国内已有类似做法。譬如美国 paypal 主动在其用户协议“12.2 仲裁”中明确约定用户与其发生争议的解决方式为不到场的仲裁：“对于裁定额少于 10000 美元（或其他币种等值金额）的任何补偿申请（针对禁止令或其他衡平法救济提出的补偿申请除外），求偿方均可选择通过有法律约束力的不到场仲裁，以经济的方式解决争议。如果一方选择了仲裁，该方将通过新加坡国际仲裁中心或双方一致同意的任何其他公认的争议解决方案（下称“ADR”）提供商发起此类仲裁。ADR 提供商和当事双方必须遵守以下规则：a）仲裁应通过电话、在线和（或）完全根据书面陈述执行，具体方式应由发起仲裁的一方选择；b）除非当事双方另有约定，否则仲裁不得要求当事人或证人亲自到场；以及 c）仲裁机构

的任何裁决都可在有相应司法管辖权的法院执行”。又如，我国“考拉海购”《服务协议》第四（7）条约定（属用户自主决定是否勾选同意的内容）：“如使用网易考拉海购过程中出现纠纷，您与网易考拉海购应友好协商解决，若协商不成，应将纠纷提交中国国际经济贸易易仲裁委员会根据其仲裁规则进行仲裁。”但遗憾的是，在我国采用这种做法的跨境电商平台极少，《天猫国际服务条款规则》、《洋码头的争议解决与处理规则》、《“京东全球购JD.HK”平台管理总则》、《唯品国际服务条款》《奥买家网站用户注册协议》等均将在线协商作为首要的纠纷处理方式，未对仲裁这种 ADR 方式作出明文指引。如何才能让这些跨境电商平台愿意通过格式化的电子仲裁协议而推广适用在线仲裁呢？笔者认为除了加大在线仲裁的宣传之外，更关键的措施是让仲裁机构（如未来新设的“跨境电商消费纠纷仲裁中心”）与这些跨境电商平台建立合作关系，联合制定格式化的电子仲裁条款并将其嵌入卖家、消费者与平台的服务或用户协议中，由卖家、消费者自主决定是否勾选同意[17]，若勾选同意的则视为已达成电子仲裁协议，未来在纠纷发生后可实现一键对接、启动仲裁。通过特定的数据对接软件系统，仲裁的证据还可以直接从合作的跨境电商平台调取、核实，仲裁的裁决也可以第一时间在线送达给当事人。值得一提的是，为给予当事人更多的选择权，建议平台的服务或用户协议中设置仲裁和诉讼两种方式供当事人选择，且这两种方式互相排斥。也就是说，第一步，电脑屏幕出现“仲裁”或“诉讼”的对话框，如当事人勾选“诉讼”，则下一步不会出现“仲裁”选择事项，而若如当事人勾选“仲裁”，下一步则会出现“仲裁”需要选择的其他具体事项对话框，包括勾选同意格式化电子仲裁条款、勾选特定的仲裁机构或者自行组成临时仲裁庭等。当然，在订立电子仲裁协议过程中出现的这些对话框应确保在电脑或手机屏幕上逗留适当的时间，以便商家或消费者能依正常速度浏览完格式条款内容再作选择，如果供浏览的时间过短则不能视为在将纠纷提交仲裁解决方面达成合意，只能看作是未达成电子仲裁协议。上述格式化跨境电商电子仲裁协议形成方面的建议也可以类推适用于第三方纠纷解决机构（如前文提及的“网经社”的电子商务消费纠纷调解平台、黑猫投诉平台等）。这些第三方纠纷解决平台目前主要提供的是民间调解方式，也可以采用上述类似做法加入仲裁方式，让调解和仲裁紧密相结合，达到更加有效解决跨境电商纠纷的结果。

（二）优化跨境电商多层次的仲裁（程序）规则

目前我国跨境电商的仲裁规则主要有各地仲裁机构制订的线下《仲裁规则》或《网络仲裁规则》《小额网购纠纷网络仲裁专门规则》等，一些仲裁机构譬如广州仲裁委牵头成立的互联网仲裁联盟还推出了《临时仲裁与机构仲裁对接规则》等。前文提及这些现有仲裁规则不能适应广州跨境电商纠纷的解决，亟需优化。对此，笔者的建议是：

首先，建立适用不同类型跨境电商纠纷的多层次仲裁程序规则体系。在机构仲裁方面，依前文设想，由新设的“跨境电商消费纠纷仲裁中心”制订《跨境电商消费纠纷网络仲裁规则》，适用于专门的跨境电商消费者纠纷仲裁；而跨境电商商家纠纷则仍然沿用仲裁机构

[17] 为提高效率，跨境电商平台甚至可以在相关系统中设置一次勾选长期有效，这样卖家、消费者不必每次交易都需要选择。

的线下《仲裁规则》或《网络仲裁规则》。在临时仲裁方面，可以尝试制订《临时仲裁示范仲裁规则》，供临时仲裁（包括跨境电商临时仲裁）的当事人选用或用以指导临时仲裁程序的进行。

其次，重点打造专门性的《跨境电商消费纠纷网络仲裁规则》和《临时仲裁示范仲裁规则》。我国跨境电商纠纷主要是消费者纠纷，这类纠纷宜采取网络仲裁模式，但各地仲裁机构制订的专门仲裁规则譬如广州仲裁委的《小额网购纠纷网络仲裁专门规则》并不能满足跨境电商消费者纠纷网络仲裁的需要（前文对此已有分析），因此有必要新制订《跨境电商消费纠纷网络仲裁规则》。该仲裁规则的重点内容包括：一是确定“跨境电商消费纠纷仲裁中心”网络仲裁的受案范围。此受案范围宜规定为：“消费者因在跨境电商交易平台上向销售者购买商品或者服务而发生的争议金额在人民币 10000 元以下的纠纷。”且该网络仲裁规则必须明示要求：在提交中心仲裁前，跨境电商消费者和对方当事人已经达成网络仲裁协议。二是在仲裁具体规则方面应适当“偏倚”明显处于弱势地位的消费者。譬如，可以规定特定情形下不适用谁主张谁举证的基础原则，而适用举证责任倒置规则，即把跨境电商交易过程方面的证据举证责任赋予与消费者发生纠纷的对方当事人，因为这些当事人是商家或平台，它们更有义务和条件去保存这些在线聊天记录等，而消费者往往交易过后容易删除这些记录，在以后仲裁过程中若丧失了这些记录就非常不利于消费者。又如，可以在仲裁员的回避条款中规定消费者更大的请求对方相关人员回避的权利，即消费者可以对与案件当事人、代理人有任何可能影响公正裁决的关系的人员提出仲裁员回避。还如，在跨境电商网络仲裁收费方面可以更加照顾小额消费者，未来可以考虑将跨境电商网络仲裁案件的预交仲裁费用进一步降低至每件 50 元[18]。此外，还可以在仲裁文书线上送达、身份数据在线提供等方面采取更加便利消费者的方式。三是规定仲裁员从未来制定的《跨境电商特定仲裁员名册》中产生，推荐采用独任仲裁庭方式高效处理纷争，并且规定仲裁庭采用简易快速程序审理裁决跨境电商消费案件。在仲裁时限方面，目前广州仲裁委《小额网购纠纷网络仲裁专门规则》中的“24 小时”和“48 小时”的规定[19]宜继续沿用，以保证跨境电商网络仲裁在较短时间内结案。

[18] 按照目前广州仲裁委的《小额网购纠纷网络仲裁专门规则》，小额网购合同纠纷案件仲裁费以每件 100 元计收。深圳国际仲裁院的争议金额 10000 元以下的网上仲裁费则为每件 200 元。

[19] 包括《小额网购纠纷网络仲裁专门规则》第 6 条：“本会收到仲裁申请后，认为符合受理条件的，应当自当事人预交仲裁费用后 24 小时内受理，并通知当事人”第 9 条：“仲裁庭由一名仲裁员组成，当事人应当于收到本会受理通知或者仲裁通知的 24 小时内共同选定仲裁员，逾期未能共同选定的，由本会主任指定。”第 10 条：“本会受理仲裁申请后应当于 24 小时内将仲裁申请及申请人的相关证据材料送达被申请人。被申请人应当自收到仲裁通知的 24 小时内提交答辩意见、质证意见及有关证据材料。”第 11 条：“本会收到被申请人的答辩、质证意见及证据材料后，应当于 24 小时内送达申请人，申请人应当自收到上述材料的 24 小时内向本会提交质证意见及辩论意见。”第 12 条：“仲裁庭经对双方的意见和证据进行书面审理后，可以通过网络仲裁平台向当事人调查有关问题，当事人应当在 24 小时内作出说明，逾期未说明的，视为放弃说明的权利。”第 13 条：“仲裁庭认为无须向当事人调查问题的，应当在当事人提交质证意见期限届满后 48 小时内作出裁决。 仲裁庭向当事人调查问题的，应当在当事人最后一次说明期限届满后 48 小时内作出裁决。”

在线临时仲裁因仲裁流程极富灵活性、自治性与智能性，未来也将在我国跨境电商仲裁中占据重要地位，但由于2016年底我国才有条件认可临时仲裁，之前基本无实践可循，因此临时仲裁放开后当事人一时手足无措，不知如何在国内进行临时仲裁，这时一份清晰明了的临时仲裁示范规则的出台就显得尤为重要。我国可以尝试制订《临时仲裁示范仲裁规则》。虽然临时仲裁本质上是当事人充分意思自治启动和推行整个仲裁程序，但该示范规则可以重点就临时仲裁程序的专业管理机构问题作出示范规定。如果从其全面内容来说，该示范规则应当以国际上流行的临时仲裁规则——《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》为基准参照，就临时仲裁程序的启动、如何授权临时仲裁的管理机构、临时仲裁的仲裁庭组成、临时仲裁程序（包括其开庭审理程序）、临时仲裁裁决的作出、临时仲裁的仲裁费用等问题作出明确指引性规定。在此特别要提及国内一些地方以及学者近年来在这方面的努力尝试，譬如珠海仲裁委员会在2017年3月颁布了国内首部临时仲裁规则——《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》，该《规则》共8章61条，通过制度设计确保横琴自贸区内进行的临时仲裁能有效推进，更加充分体现当事人意思自治，以机构介入作为意思自治的必要补充，在强化仲裁庭独立性和权威性的同时，通过机构介入对仲裁庭予以制约[20]。高菲博士仲裁工作院/高鼎临时仲裁管理院在2017年1月即拟订了一份《中国临时仲裁示范仲裁规则》，不仅附有临时仲裁示范仲裁条款，而且对上述国内临时仲裁程序一系列问题均有细致的、可操作性强的规定[21]。未来我国制订《临时仲裁示范仲裁规则》时[22]，这些示范规则都可供借鉴参考，但还可以就在线临时仲裁方面规定更多内容，明确当事人可以将申请书、证据材料等内容上传至在线临时仲裁平台后，通过互联网录入信息、请求与答辩、并进行证据交换，临时仲裁开庭、裁决的送达等也可借助网络在线进行。如此可以消除跨境电商纠纷当事人对传统冗繁仲裁程序的顾虑，进一步减少其临时仲裁成本，从而更高效率地解决纠纷。

（三）改革跨境电商在线仲裁审理模式，引入“独立第四方”协助仲裁

由于与跨境电商模式极具匹配性，在线仲裁，即利用互联网及其他信息技术进行仲裁应成为跨境电商纠纷仲裁的主要形式。从审理模式来说，在线仲裁和线下仲裁一样，均存在开庭审理和书面审理两种方式。目前我国《仲裁法》第39条明确规定：“仲裁庭应当开庭进行。当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。”可见，该法认可仲裁“以开庭审理为原则，书面审理为例外”。商事仲裁比较发达的邻近国家和地区对此的做法也很不一致：2016版《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》也是规定仲裁原则上开庭审理，当事人约定书面审理为例外；2018《香港国际仲裁中心仲裁规

[20] 参见横琴新区门户网站文章：《中国首部临时仲裁规则出炉〈横琴自由贸易试验区临时仲裁规则〉4月15日起施行》，2017-03-24，
http://www.hengqin.gov.cn/hengqin/xxgk/201703/1c4bd4d3f5fa4cd1906bbac3e77d3b3e.shtml2。

[21] 详见高菲、徐国建著：《中国临时仲裁实务指南》，法律出版社2017年6月第1版，第48-84页。

[22] 循序渐进的做法是：可以先制订《南沙自由贸易试验区临时仲裁规则》，然后在临时仲裁全面放开时制订《广州临时仲裁示范仲裁规则》。

则》则是规定由仲裁庭决定是开庭审理还是书面审理[23]；澳门的仲裁规则规定仲裁审理方式可以由当事人书面约定，如无此约定则由仲裁庭决定。[24]我国内地目前做法如何呢？内地仲裁机构的网络仲裁规则大多规定以书面审理为基本模式，如此规定的原因主要在于书面审理方式更加高效、便利，更契合那些简单不甚复杂纠纷的在线仲裁解决。

在跨境电商在线仲裁审理模式方面，首先，笔者也赞成“以书面审理为原则，开庭审理为例外”的方式，但毕竟此做法突破了目前我国《仲裁法》的一般性原则，因此需要通过修订《仲裁法》的相关规定而认可其合法性，建议未来《仲裁法》相关条文可作此规定：“仲裁庭一般应当开庭进行；当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。但是仲裁庭对网络仲裁案件原则上不开庭审理，当事人特别约定或仲裁庭认为必要时，可以通过网络视频庭审或者其他电子通讯形式方式审理案件，也可以采取线上、线下或者两者相结合的方式审理案件。”其次，当事人特别约定或仲裁庭决定跨境电商在线仲裁采用开庭审理方式时，可以试行一种“非正式的开庭审理”模式。这种模式并非是省略正常的仲裁开庭程序，只是让某些程序更加简化，意在使在线仲裁流程更加高效。譬如，课题组建议可以简化开庭质证程序，跨境电商纠纷双方提出的证据不必都进行开庭质证，那些在跨境电子交易中固定在网络系统中的证据，当事方开庭之前对其均无异议，因此在线仲裁开庭时就没必要再耗费时间进行质证。又如，未来在线仲裁多是与跨境电商平台或第三方纠纷解决平台合作，往往是由相关对接系统一键启动，因此，仲裁开庭准备及身份审核等程序可能较正常规定简化、前移。此外，在线开庭审理具体模式也可以更加多样化，网络视频庭审、网络即时通讯、线上异步交流、电话及音频会议等这些方式均可以适当采用。仲裁庭在线庭理的案件，可以尝试更多运用语音识别技术同步生成庭审记录。经在线方式核对确认后，这些庭审记录以与人工完成的书面笔录具有同等法律效力。最后，可以尝试运用“独立第四方”（即大数据平台）协助仲裁审理。未来人工智能和大数据技术可以在跨境电商网络仲裁审理中大放异彩，例如，对那些简单、小额的跨境电商纠纷，在进入在线仲裁模块后，可以先由人工智能机器人根据案件典型特点和所适用的简单程序、实体规则，和当事人进行步骤化对话审理，若进行顺畅则可由人工智能机器人自动审阅电子证据，甚至自动生成仲裁文书以作出仲裁裁决。如果当事人认为人工智能机器人并不能推进仲裁程序或不能解决仲裁问题，则此仲裁程序随时终止，普通的仲裁员人工仲裁程序也随之开启。目前很多商业平台都设置有机器人客服，非常高效地解决了诸多简单类型化的问题，这些技术若未来运用在在线仲裁上也能达到事半功倍的效果。

（四）探索有条件的跨境电商仲裁“法庭之友”制度

“法庭之友”制度原本是一种诉讼制度，是诉讼过程中非当事人向法庭提供意见的一项制度。由于仲裁具有保密性的特点，“法庭之友”与仲裁本无交集，但进入 21 世纪以来，

[23] 《2018 香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第 22.4 条规定：“仲裁庭应决定是否开庭的形式来出示证据或作口头陈述，或仲裁是否仅以文件和其他材料为基础进行审理。 若一方当事人要求， 或仲裁庭认为合适，仲裁庭应在仲裁的适当阶段开庭审理。 如需开庭审理，仲裁庭应提前足够的时间通知当事人开庭审理的日期、时间和地点。”

[24] 参见詹礼愿著：《中国区际商事仲裁制度研究》，中国社会科学出版社 2007 年 10 月出版，第 225 页。

在国际商事仲裁中存在越来越多的“法庭之友”实践。总体来看，这类实践主要集中于国家和投资者争端的仲裁解决中。[25]“法庭之友”制度能否延伸至非国家和投资者争端的仲裁领域，譬如本文所涉的跨境电商仲裁领域中适用？此问题尚待深入探讨。“法庭之友”制度于仲裁而言有利有弊，利在于通过非第三方的参与能保护公共利益，并提高仲裁的透明度，而弊则在于让非当事方参与仲裁可能违背仲裁的意思自治原则，按此原则只有当事人对谁参与仲裁有决定权，此外实施“法庭之友”制度将拉长仲裁过程，无疑会增加当事人的时间及费用成本。笔者认为，跨境电商仲裁领域不宜大范围实施“法庭之友”制度，因为大量的跨境电商消费者纠纷当事人对仲裁成本更加在意，也愿意纠纷通过秘密的仲裁程序解决纠纷，不想让其他非当事方参与。然而，若某些跨境电商纠纷尤其是消费者纠纷涉及广泛的公共利益，则应该允许其他非当事方参与，实施“法庭之友”制度。

未来在我国可以探索实施跨境电商仲裁“法庭之友”制度，但必须解决以下问题：“法庭之友”制度实施的前提条件是什么？谁可以成为“法庭之友”？由谁受理“法庭之友”的申请并作出决定？“法庭之友”参与仲裁的方式有哪些？如何处理“法庭之友”提供的意见？对此，笔者建议：其一，应严格把握跨境电商仲裁“法庭之友”制度实施的前提条件。此前提性条件应为两项：一是该跨境电商仲裁案件具备公共利益性，譬如某些商品质量涉及生命健康安全的纠纷、大范围用户资料遭泄露的纠纷等因广泛牵涉公共利益，那么代表这些利益的非直接当事方可以向仲裁庭表达意见或主张，以“法庭之友”身份参与纠纷仲裁。而跨境电商中普通的商品真假和质量纠纷、退货退款纠纷、商品降价保价纠纷、物流和运费纠纷、付款纠纷、会员自动续费纠纷等，因其与他人利益无关，不涉及社会公共利益，所以仍然尊崇意思自治原则，由当事人决定仲裁参与人的范围，而绝大多数情况下他们不会愿意让非当事方参与秘密的案件仲裁。也就是说，在这些案件中，将不会实施仲裁“法庭之友”制度。二是该跨境电商仲裁案件已经在一定程度上被社会公众所知晓。如果案件完全在保密状态下，社会公众根本不知晓案件及其仲裁程序的存在，那么非当事方怎么能够以“法庭之友”身份参与案件仲裁呢？因此，非当事方可参与仲裁的案件必定是那些已经媒体披露并引起广泛公众关注的商品质量涉及生命健康安全或大范围用户资料遭泄露等的案件，即社会公众包括非当事方必须知晓该案件、对案件已有简单的了解。其二，跨境电商协会、跨境电商消费者社团等组织可以保护社会公共利益为由，作为“法庭之友”，在上述符合前提条件的适当案件中参与跨境电商仲裁，从而加强涉及公共利益案件仲裁的透明性和民主参与度。其三，跨境电商协会、跨境电商消费者社团等这些“法庭之友”可以向案件仲裁庭提交书面材料（或称法庭之友意见书），主要阐明自身对该案件的意见和建议。法庭之友意见书由案件仲裁庭决定是否受理，是否采纳。此外，“法庭之友”在向仲裁庭提交意见书时，往往会要求直接参与庭审，但从国际上的仲裁“法庭之

[25] 参见于湛旻著：《国际商事仲裁司法化问题研究》，法律出版社 2017 年 7 月版，第 106-107 页。

友”实践来看，仲裁庭允许“法庭之友”直接参加庭审的情况十分少见。[26]因此，为避免“法庭之友”对正常的仲裁程序造成干扰，仲裁庭不宜决定让“法庭之友”直接参加庭审。

[26] 张泽涛著：《美国“法庭之友”制度研究》，载《中国法学》2004 年第 1 期。

论我国国际商事在线仲裁制度的完善

徐伟功 李子牧

内容提要：在新冠疫情持续流行的背景之下，国际商事在线仲裁再次得到关注与重视。国际商事在线仲裁是借助互联网进行仲裁的一种特殊仲裁形式，具有降低国际商事仲裁成本，拓宽国际商事仲裁的适用范围，协调国际商事仲裁管辖权争议等优势。在我国《仲裁法》修改之际，立法者可考虑取消仲裁文书书面形式要求、增加电子送达条款、完善仲裁裁决国籍认定标准，为我国国际商事在线仲裁的进一步推广消除法律障碍。

关键词：国际商事在线仲裁；仲裁文书书面形式；电子送达；仲裁裁决国籍

Abstract: In the context of novel coronavirus, international commercial online arbitration has received attention again. International commercial online arbitration is a special form of arbitration by Internet. It has the advantages of reducing the cost of international commercial arbitration, broadening the scope of application of international commercial arbitration and coordinating jurisdiction disputes in international commercial arbitration. When Arbitration Law of China will amend, legislators may consider canceling the requirements for the written form of arbitration documents, adding electronic delivery clauses, and improving the nationality determination standards of arbitration awards to remove legal obstacles for the further application of Chinese international commercial online arbitration.

Keywords: international commercial online arbitration; written form of arbitration documents; electronic service; nationality of arbitration awards

在 21 世纪初，有学者就倡导利用互联网技术进行国际商事仲裁并引起了国内外专家学者的广泛关注。[1] 2019 年底，新冠疫情爆发并在全球范围内持续传播，限于各国公共卫生政策，国际商事仲裁通常无法开庭庭审，借助互联网进行远程庭审的国际商事仲裁制度再次成为仲裁界关注的热点问题。2020 年 12 月 12 日，中国海事仲裁委员会等多家机构联合主办的第三届中国互联网仲裁论坛在北京和盐城同时召开，多位学者、律师、行业协会代表分别从“互联网+国际仲裁”的合法性、域外线上仲裁的情况与做法、国际商会互联网仲裁实践等角度探讨互联网仲裁在国际商事仲裁中的应用与发展。国际商事仲裁借助互联网进行是一种新兴的仲裁制度，不同学者对其构建模式和发展方向持不同观点，甚至对制度的

作者简介： 徐伟功,男,中南财经政法大学法学院教授、博士生导师;李子牧（1997-）,男,中南财经政法大学法学院硕士研究生。

[1] 郭玉军、肖芳：《网上仲裁的现状与未来》，载《法学评论》2003 年第 2 期，第 30-42 页。

命名也略有不同。除前述的“互联网仲裁”，有的学者将其称为“网上仲裁”，[2]有的仲裁机构命名为“网络仲裁”。[3]联合国贸易法委员会第三工作组在描述借助电子通信技术解决争议的制度时，较多的使用 Online Dispute Resolution(ODR)这一称谓，本文将借助互联网进行国际商事仲裁的制度称为国际商事在线仲裁。

一、国际商事在线仲裁的实践与优势

国际商事在线仲裁与国际商事仲裁相比，两者的区别在于使用互联网的方式不同，而非争议解决的原理不同，两者都是将争议交付中立第三者予以公断的争议解决方式。[4]依据国际商事在线仲裁使用互联网方式的不同，可将国际商事在线仲裁分为“完全国际商事在线仲裁”和“部分国际商事在线仲裁”。“完全国际商事在线仲裁”是指当事人从仲裁协议的签订到仲裁裁决作出等各环节都采用在线仲裁的方式。“部分国际商事在线仲裁”是指仲裁的部分环节采用线上的方式进行。对于部分环节的具体内涵，我国理论界和实务界还没有统一的定义，但仲裁协议的签署、仲裁申请和受理、仲裁庭审、仲裁裁决作出等主要环节应以线上进行为原则，以线下进行为例外。

当然，对国际商事在线仲裁的概念不应仅从仲裁的形式上去理解，还应从仲裁的思路上来理解国际商事在线仲裁存在的意义，“部分国际商事在线仲裁”和“部分采用在线方式进行国际商事仲裁”的区别也在于此。国际商事在线仲裁的价值在于利用互联网技术来拓展国际商事仲裁的适用范围，实现当事人对快捷低廉解决国际商事争议的追求。除此之外，国际商事在线仲裁与国际商事仲裁的区别还在于：首先，国际商事仲裁排除当事人向法院起诉的权利，国际商事在线仲裁中当事人能否再将争议诉诸于法院在实践中并不统一。其次，在国际商事仲裁中，将争议提交国际商事仲裁机构应基于当事人的合意，但国际商事在线仲裁却并不一定如此，有些仲裁程序甚至带有强制性。

(一) 国际商事在线仲裁的实践

在域名争议解决领域，国际商事在线仲裁被广泛应用。中国国际经济贸易仲裁委员会网上争议解决中心是我国主要的域名争议解决机构。仅在 2020 年，该中心就仲裁了包括摩根士丹利、甲骨文国际有限公司、百度在线网络技术（北京）有限公司在内的 87 起域名争议案件。[5] 作为一种无形财产，互联网域名具有相当可观的经济价值。域名争议难以依据传统管辖权规则确定管辖法院，一国法院也难在域外对互联网域名采取保全措施、执行涉及域名归属的判决。在世界知识产权组织的推动下，美国互联网络名称和数码分配公司（ICANN）在世界范围内制定统一的域名争议解决规则，规定国际商事在线仲裁的优先适用。

[2] 朱国华、张春燕：《网上仲裁法律问题研究》，载《上海大学学报(社会科学版)》2001 年第 4 期，第 88-89 页；朱志晟：《网上仲裁的若干法律问题及对策探讨》，载《科技与法律》2004 年第 3 期，第 19-22 页。
[3] 详见《深圳国际仲裁院网络仲裁规则》和《中国广州仲裁委员会网络仲裁规则》。
[4] 卢云华等主编：《在线仲裁研究》,法律出版社 2008 年版,第 15 页。
[5] http://dndrc.cietac.org/cieta,最后访问日期：2021 年 1 月 5 日。

不可否认的是，域名争议所采用的国际商事在线仲裁规则较为特殊，不适用于一般国际商事争议解决。首先，ICANN 的管辖依据不是双方当事人的合意，申请人申请域名时必须接受 ICANN 规定，将国际商事在线仲裁作为争议解决域名归属的唯一途径。在国际商事争议解决领域，仲裁的自愿性原则被国际公约和各国国内仲裁法明确规定，违背当事人意愿的仲裁协议无效。其次，国际商事在线仲裁的救济范围有限。国际商事在线仲裁在解决域名争议时，仅可提供取消或移交被注册域名的救济方式，不涉及金钱赔偿或其他救济途径。[6]对于一般国际商事争议而言，申请人花费时间和金钱进行仲裁的主要目的就在于得到经济赔偿，域名争议领域的国际商事在线仲裁规则不能满足绝大多数当事人维护自己利益的需求。

(二) 国际商事在线仲裁的优势

在信息化时代，国际商事仲裁采用互联网技术进行是必然的。在当事人众多或争议标的分布在多个国家的仲裁案件中，国际商事在线仲裁避免了当事人和仲裁员的跨国旅行，减少了庭审的成本。庭审时间也更加灵活，在确有必要的情况下，国际商事在线仲裁机构可以全天候工作，使当事人的利益得到及时有效的维护。庭审所使用的证据材料均以数字化方式进行传输，免去跨国邮寄所花费的时间和金钱，提高仲裁的效率。发达经济体的 ODR 发展水平通常比其他经济体高，这不仅表现出这些国家电子商务的发展程度，也体现了国际商事在线仲裁公认的发展前景。[7]

首先，互联网技术的运用使得国际商事仲裁的适用领域更加广阔。随着跨国物流的完善和海外直邮的兴起，个人消费者也可能成为国际贸易中的一方。在传统争议解决模式下，解决这类争议所耗费的时间和经济成本远远高于当事人的预期。在金蔚然与北京当当网信息技术有限公司、广州市全球购网络科技有限公司合同纠纷一案中，判决书显示住址为河南驻马店的当事人因进口奶粉的质量问题与卖家发生纠纷。原告在北京经历二审终审并缴纳 2200 元的诉讼费用后获得 1273.2 元的退款。[8]国际商事在线仲裁为快捷低廉的解决跨国电子商务争议提供了新的选择。以互联网为代表的通信技术产业在方便人们生活的同时，也推动了金融行业的发展和变革，互联网金融企业向广大用户提供在线小额贷款、投资理财、保险等服务。国际商事在线仲裁在互联网支付、网络借贷、股权众筹、互联网保险等领域具有广阔的应用前景。[9]互联网的普及也使得知识产权侵权更加容易，国际商事在线仲裁为当事人跨国维护自身商标权、专利权等知识产权提供了更加方便的途径。

其次，国际商事在线仲裁的适用有助于协调国际商事仲裁管辖权。消费者通过电商平台购买海外商品时，卖家通常会通过格式条款与消费者约定双方争议由卖方指定的仲裁机

[6] 郑世保：《在线纠纷解决机制的困境和对策》，载《法律科学(西北政法大学学报)》，2013 年第 6 期，第 190-197 页。

[7] David Porteous, *The Case for Reframing ODR in Emerging Economies, International Journal of Online Dispute Resolution*, Vol. 5:1-2 ,2018, pp. 61-68.

[8] 北京市第三中级人民法院（2017）京 03 民终 5015 号民事判决书。

[9] 余涛：《互联网金融仲裁制度的逻辑及其完善》，载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2016 年第 2 期，第 133-144 页。

构管辖。[10]一方面，这种格式合同可能是不公平的，海外电商通常没有对争议解决条款进行显著提示，人民法院认定电商格式合同中争议解决条款无效的案例屡见不鲜。[11]另一方面，分布在世界各地的消费者在卖家指定的仲裁机构进行仲裁是不合理的，跨国仲裁严重增加了消费者的维权成本。但消费者在经常居所地提起诉讼，电商的合法权益也无法得到保障。在电商与消费者所在国家之间既无条约也无互惠的情况下，消费者在胜诉的情况下也很难使本国判决在域外得到承认与执行。国际商事在线仲裁凭借远程仲裁的优势，可以在方便消费者维护自己合法权益的同时协调当事人对仲裁机构管辖权的争议。

二、我国国际商事在线仲裁所面临的问题

我国国际商事在线仲裁目前处于探索阶段，面临着诸多挑战。在法律层面，国际商事在线仲裁制度中仲裁文书的书面形式、电子送达的方式、仲裁国籍认定标准等方面与国际商事仲裁存在显著不同，亟待《仲裁法》进行单独规定。在事实层面，当事人对国际商事在线仲裁制度较为陌生。年纪较大的仲裁员对互联网技术的运用和计算机操作也需要学习，更不用说当事人。国际商事在线仲裁做为一种非强制性争议解决方式还有待进一步推广。本文从立法角度，对国际商事在线仲裁所面临的法律问题进行研究。

(一) 仲裁文书书面形式问题

仲裁文书是指包括仲裁协议、仲裁申请书、仲裁通知书、仲裁员任命通知书、证人声明、仲裁裁决书在内一切与仲裁程序进行有关的文件。在所有仲裁文书中，仲裁协议是国际商事仲裁的基石，是仲裁庭或仲裁机构行使管辖权的依据，[12]各国立法及国际公约普遍对仲裁协议的形式明确规定为书面形式。本文以仲裁协议为研究对象来探讨不同形式的仲裁文书是否满足书面形式的要求。

与书面仲裁协议相对应的是口头仲裁协议，各国立法的初衷就是排除口头仲裁协议的适用。鉴于书面仲裁协议在证明仲裁协议订立和提醒当事人放弃诉诸法院权利的功能和作用，[13]多数国家对仲裁协议做出书面要求的规定。英国[14]和法国[15]等国国内法就明确要求仲裁协议为书面形式，我国《仲裁法》中也做了相同的规定。毫无疑问，仲裁协议采用书面形式具有一定的合理性。在信息时代以前，书面形式的内涵就是纸质形式，各国立法规定仲裁协议采用书面形式通常基于形成证据的考虑。白纸黑字的书面仲裁协议充分证明了双

[10] 《天猫国际争议处理规范》第 47 条：“天猫国际对争议做出处理并通知支付宝公司支付争议款项后，买家或（和）卖家对天猫国际的处理有异议的，您必须在天猫国际处理后的 20 日内将争议诉诸香港国际仲裁中心 HKIAC 进行仲裁。”

[11] 广东省广州市中级人民法院（2020）粤 01 民辖 262 号民事裁定书；广东省广州市中级人民法院（2016）粤 01 民辖终 3214 号。

[12] 刘仁山主编：《国际私法（第六版）》，中国法制出版社 2019 年版，第 517 页。

[13] 李虎：《在线仲裁初探》，载《国际经济法论丛》2002 年第 1 期，第 573-605 页。

[14] 英国 1996 年《仲裁法》第 5 条第 1 款规定：本部分的规定仅在仲裁协议为书面形式的情况下适用，并且当事各方之间关于任何事项的任何其他协议仅在以书面形式为目的时才有效。

[15] 法国 1997 年《民事诉讼法典》第 1443 条：仲裁条款应当在主协定中以书面形式订立，或者在主协定提及的文件中书面规定之，否则无效；1449 条规定：仲裁协议应以书面形式为见证。仲裁协议在当事人与仲裁员签字的笔录中得为书面见证。

方当事人采用仲裁来解决争议的意愿。

但在信息时代下，各国立法普遍放宽仲裁协议的形式要求，广泛采用证据主义来认定仲裁协议的效力。在可以查明双方当事人仲裁意图的前提下，尽可能避免使当事人签订的仲裁协议因形式问题而无效。在录音录像技术普及的当下，口头仲裁协议是可以被查明的。德国就认可由一方当事人根据前期口头达成的仲裁协议，总结后以书面形式通知另一方当事人，并告知其在一定时间内保持沉默视为同意的仲裁条款符合书面形式的要求。[16]我国立法可借鉴德国的做法，冲破书面形式的束缚。

学界对于电子仲裁协议书面形式的探讨由来已久。张圣翠教授认为仲裁文书应该采用书面形式。对于仲裁协议以口头方式、行为方式等其他形式订立的，只要仲裁协议的内容可以被记录下来，即可认定为书面形式。[17]汪兴祖教授也持类似观点，在坚持仲裁协议采取书面形式的基础上，支持对书面形式认定持宽松态度。[18]两位教授的观点代表了我国学界的主流观点，在我国立法体制大体不变的情况下，尽可能使仲裁协议不受书面形式的束缚。联合国也对放宽仲裁协议书面形式表达了支持。1996 年联合国《电子商务示范法》采用功能等价原则对仲裁协议的书面形式进行扩大解释，将以数据电文形式存在的仲裁协议视为与书面形式具有同等的法律效力，[19]使国际商事在线仲裁所使用的电子仲裁协议满足书面形式的要求。

当然，这种完善方式存在一定的局限性，书面形式的认定标准仍然会随时代的发展而不断变化。立法者为使电子文件和电子签名符合书面形式的要求，依照《联合国国际合同使用电子通信公约》制定了《电子签名法》。最高院在《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》中规定涉外合同中援引适用其他合同、文件中有效仲裁条款符合书面形式的要求。在《最高人民法院关于福建省生产资料总公司与金鸽航运有限公司国际海运纠纷一案中提单仲裁条款效力问题的复函》，最高院认为一方当事人明确接受包含仲裁条款的提单，可以推定仲裁条款符合仲裁协议的书面形式。在互联网时代中，书面形式的内涵已经发生了重大变化，远远超出其最初纸质形式的含义，立法者和最高院采用书面形式的思维进行单独立法和个案解释的方法绝非最佳的选择。

(二) 电子送达问题

我国司法审判实践当中，当事人以各种理由故意不签署送达的司法文书普遍存在，[20]增加了法官本就沉重的工作负担。在国际商事在线仲裁中，当事人更加容易逃避仲裁文件签收。在未有效送达并使当事人失去抗辩机会的情况下，国际商事在线仲裁机构做出的仲

[16] 德国 2014 年《民事诉讼法》第 1031 条第 1 款：仲裁协议应包括在当事人签署的文件或交换的信件、电传或其他可提供协议记录的电子文书交换中。第 2 款：如果仲裁协议已包括在一方传递给另一方或第三方传递给双方的文件中，且各方在合理期限内并未就此提出异议，则其内容根据惯例将被视为合同的一部分，并被视为符合第一款规定的形式要件。

[17] 张圣翠：《中国仲裁法制度改革研究》，北京大学出版社 2018 年版，第 54-59 页。

[18] 汪祖兴：《中国仲裁制度的境遇及改革要略》，法律出版社 2010 年版，第 57-58 页。

[19] 吕国民：《数据电文的应用所带来的若干法律问题探析》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》2002 年第 2 期，第 97-103 页。

[20] 陈挚：《我国商事仲裁送达的“去诉讼化”思考》，载《仲裁研究》2020 年第 2 期，第 106-120 页。

裁裁决无法得到各国法院的承认与执行。“送达难”是一个实务问题，但究其原因，是我国送达制度的缺陷造成的，“诉讼化”送达规则和“全责化”送达模式是“送达难”的两大主要原因。

仲裁送达制度“诉讼化”是指我国仲裁机构制定的送达规则与我国《民事诉讼法》的规定呈现类似的情形。[21]国际商事在线仲裁作为与民事诉讼不同的争议解决方式，却套用民事诉讼的送达模式，严重束缚了国际商事在线仲裁的灵活性。更让人担忧是，部分法院阻碍国际商事在线仲裁电子送达的适用。和浩特市中级人民法院依照《民事诉讼法》对仲裁裁决进行司法审查后，认为仲裁送达方式在法律没有特别规定的情况下，应当参照民事诉讼法的送达方式。因仲裁裁决采用电子送达的方式违反了《民事诉讼法》第八十七条的规定，呼和浩特中院拒绝执行仲裁裁决。[22]

民事诉讼送达“全责化”是指是司法机关要确保送达的准确性和时效性，[23] 并且要求以直接送达为原则，非直接送达为例外。因此，败诉方的当事人往往试图通过逃避送达的方式来拒绝履行义务。没有义务就没有权利，法律不能因其故意不履行接受义务，反而认可其行为的不当后果。我国目前法院采用“场所送达”的思路，只要司法文书到达特定的场所，就认可送达的法律效力。[24]

线下“特定场所”和线上“特定系统”有异曲同工之处。与传统送达模式相比较，电子送达具有快捷方便，成本低廉，方便取证等优势。2018 年最高人民法院发布司法解释，表达对国际商事在线仲裁机构电子送达规则的尊重，人民法院对当事人主张仲裁庭按照仲裁规则进行送达方式不符合《民事诉讼法》规定的主张不予支持。[25]立法者也应考虑将国际商事在线仲裁实践中的经验加以总结并吸收到立法当中。

(三) 仲裁裁决国籍的认定问题

近年来，我国司法实践当中出现当事人选择国际商会国际仲裁院（以下简称“ICC”）等国外国际商事仲裁机构在北京、上海等地进行国际商事仲裁，并要求我国法院进行承认与执行的案例。因我国《仲裁法》与《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）之间的冲突，我国法院在依照《纽约公约》进行承认与执行时出现困难。我国《仲裁法》依据国际商事仲裁机构的国籍来认定国际商事仲裁的国籍，而《纽约公约》依据国际商事仲裁裁决作出地来认定国际商事仲裁的国籍。ICC 在中国大陆作出的仲裁裁决依我国《仲裁法》被视为法国裁决，而《纽约公约》将其认定为中国裁决。中国法院无法依据《纽约公约》第一条第一项的规定，承认与执行被认为是“内国裁决”的“外国裁决”。

2009 年宁波市中级人民法院率先将仲裁地为北京的 ICC 裁决认定为《纽约公约》第一

[21] 安晨曦：《我国商事仲裁送达制度的完善——以 109 个仲裁规则为对象》，载《福建农林大学学报(哲学社会科学版)》2017 年第 1 期，第 90-97 页。
[22] 内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院（2019）内 01 执 87 号执行裁定书。
[23] 陈杭平：《“职权主义”与“当事人主义”再考察:以“送达难”为中心》，载《中国法学》2014 年第 4 期，第 200-216 页。
[24] 张卫平：《民事诉讼法(第五版)》，法律出版社 2019 年版，第 272-276 页。
[25] 《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第 14 条第 2 款。

条第一项所规定的非内国裁决进行承认与执行，[26]但其他中级人民法院会不会对此做出类似的判决仍未可知。仲裁地这一关键概念的缺乏是导致我国法院在执行外国仲裁机构裁决出现困难的重要原因。[27]此外，国际商事在线仲裁的仲裁地也对仲裁协议的效力、仲裁的准据法、法院司法支持和监督、仲裁裁决的承认与执行产生直接影响。在我国《仲裁法》修改之际，我国应对仲裁地这一概念进行明确。部分学者呼吁《仲裁法》修改时，将仲裁地作为判断国际商事仲裁国籍的标准。[28]这种意见有相当的合理性，但应注意与国际商事在线仲裁进行协调，避免出现国际商事在线仲裁裁决国籍难以认定的情形。

三、我国《仲裁法》修改的立法建议

我国《仲裁法》自 1995 年实施以来，对促进我国仲裁行业的发展起到了巨大的推动作用。但缘于法律的滞后性，实行二十余年的《仲裁法》已经无法完全适应当下仲裁实践的需要。一方面，我国国际商事在线仲裁机构通过修改和制定仲裁规则的方式对我国《仲裁法》中部分内容给予修正和完善。2005 年中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则对仲裁员强制性名册进行了突破，[29]广州仲裁委员会和武汉仲裁委员会制定了适用于国际商事在线仲裁的仲裁规则。另一方面，最高人民法院发布的相关司法解释在一定程度上弥补了《仲裁法》中的某些缺陷，有待立法者对司法解释和批复进行整理。本文以国际商事在线仲裁为视角，对我国《仲裁法》修改提出立法建议。

(一) 取消仲裁文书书面形式的规定

我国《仲裁法》及其司法解释采用兜底条款的方式来推定电子仲裁协议符合书面形式的要求。我国《仲裁法》修改之时，立法者可以考虑取消仲裁协议等仲裁文书书面形式的要求，对于实践中确有必要采用书面形式的，可以进行单独规定。

取消国际商事在线仲裁仲裁协议书面形式有一定的国外立法基础。瑞典 1999 年《仲裁法》、挪威 2004 年《仲裁法》和丹麦 2005 年《仲裁法》对仲裁协议的形式没有任何规定。新西兰 2007 年修订的《仲裁法》第 7 条第 1 款规定仲裁协议采用口头或书面形式均可。[30]联合国国际贸易法委员会注意到各国对仲裁协议形式规定的自由化趋势，于 1999 年专门委托仲裁工作组对仲裁协议的书面形式规定进行修改。《联合国国际贸易法委员会电子商务示范法》中对部分仲裁文件不再要求为书面形式。[31]依据前述国家的实践经验，国际商事在线仲裁仲裁协议取消书面形式并不会引起实践的混乱。

取消国际商事在线仲裁仲裁协议书面形式有一定的技术保障。国际商事在线仲裁的保

[26] 浙江省宁波市中级人民法院（2008）甬仲监字 4 号民事裁定书。
[27] 樊堃著、樊堃等译：《仲裁在中国：法律与文化分析》，法律出版社 2016 年版，第 59 页。
[28] 郭玉军、付鹏远：《非内国裁决的承认与执行问题研究》，载《哈尔滨商业大学学报(社会科版)》2018 年第 3 期，第 120-128 页。
[29] 石育斌、史建三：《运用“刺破公司面纱原则”引入仲裁第三人——兼论对我国<仲裁法>的完善》，载《法学》2008 年第 10 期，第 64-71 页。
[30] Bassiri and Draye (eds.),*Arbitration in Belgium* ,Kluwer Law International,2016,p.83,p.571.
[31] 《联合国国际贸易法委员会电子商务示范法》第 6 条第 1 款规定：如果法律要求信息采用书面形式，则假若一项数据电文所含信息可以调取以备日后查用，即满足了该项要求。

密性通常被当事人所注重。电子仲裁协议具有更高的安全性。通过电子加密技术，电子仲裁协议只能在特定的平台或浏览器中凭密码才可浏览，电子仲裁文件存储器的丢失也不会像纸质文件一样轻易泄密。ICC 就专门建设了名为 Net Case 的信息技术平台，当事人和仲裁员可以通过 Net case 安全的进行文件交换和信息传达。[32]电子仲裁协议书的伪造、修改可以被更加轻松的识别，其伪造、修改的成本和技术要求也更高。

对于要求采取书面形式的仲裁文书也应采用宽松的认定标准，采用列标准而不是列举的方式进行规定，使仲裁员在仲裁案件时可以清晰的判断仲裁文书的形式，不必拘束于法律条文的束缚，尽可能的使当事人达成的仲裁协议行之有效。仲裁文书书面形式的标准建议如下：第一，仲裁协议的内容可以被辨识。若是纸质仲裁协议书因字迹潦草、破损、污染等原因不能辨认字迹，无法证明当事人之间仲裁合意的仲裁协议书也可被认为不符合书面形式的要求。第二，可以随时随地的调取查用，以满足作为证据的要求，证明双方当事人的仲裁合意。第三，具有一定的防伪性。纸质文件的篡改可以通过字迹鉴定的方式保证文件的真实性。电子数据的篡改也可以通过技术手段进行鉴别。

(二) 增加电子送达条款

信息通讯技术之所以能够嵌入民事司法活动中，主要在于其自身的功利价值能够满足司法实用主义的需要。[33]美国纽约州法院的 ODR 系统充分考虑了残障人士参与仲裁的要求，通过电子数据的方式为视觉或听觉存在障碍的人士提供便捷的服务。[34]韩国、奥地利等国已经先后将电子送达和电子数据库系统运用于实践。[35]立法者应在《仲裁法》与《民事诉讼法》相协调的基础上，对推定电子仲裁文书送达及其例外做出规定。国际商事在线仲裁机构也可以采取灵活的手段督促当事人签收电子仲裁文件。

合理推定仲裁文书的送达是国际商事在线仲裁送达制度的焦点。在“当事人”主义的立法模式下，立法者合理的增加了当事人接受送达的义务。基于经济成本的考量，当事人义务的略微增加，就可大幅降低仲裁文书的送达成本并提高仲裁文书送达的效率。国际商事在线仲裁推定送达制度主要分为推定当事人签收和推定当事人签收时间。

推定当事人签收是指将电子仲裁文书送达至当事人指定的系统即视为送达，当事人是否点击签收、回复收到等行为不做为送达成功的必要条件。当事人应自行对送达地址的真实性负责。《广州仲裁委员会仲裁规则》就规定当事人故意提供不实送达地址的，自行承担不利后果。[36]在无法查找到当事人送达地址时，国际商事在线仲裁机构仅有合理的查找义务。《武汉仲裁委员会网上仲裁规则》就规定当事人未约定也未向本会确认送达地址的，当事人在网上交易或仲裁程序所使用的电子邮箱、移动通信号码、微信账号可以视为电子送

[32] Mireze Philippe, *ODR Redress System for Consumer Disputes: Clarification, UNCITRAL Works & EU Regulation on ODR*, International Journal of Online Dispute Resolution, Vol. 1:1 ,2014, pp. 57-69.
[33] 王福华：《电子诉讼制度构建的法律基础》，载《法学研究》2016 年第 6 期，第 88-106 页。
[34] David Allen Larson, *Digital Accessibility and Disability Accommodations in Online Dispute Resolution: ODR for Everyone*, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 34: 3, 2019, pp. 431-458.
[35] 占善刚、张博：《民事诉讼电子化及其边界》，载《中南大学学报(社会科学版)》2020 年第 5 期，第 47-57 页。
[36] 2020 年《中国广州仲裁委员会仲裁规则》第 49 条。

达地址或者号码。[37]

推定当事人签收时间是指仲裁文书送达至当事人指定系统的时间，而非当事人点击签收、回复收到等行为的时间。《广州仲裁委员会网上仲裁规则》和《武汉仲裁委员会网上仲裁规则》就规定：以电子方式送达法律文书的，以电子文书送达特定系统的日期为送达日期。受送达人证明到达其特定系统的日期与本会对应系统显示发送成功的日期不一致的，以受送达人证明到达其特定系统的日期为准。

为避免推定送达制度显失公平，我国《仲裁法》应规定推定送达的例外，赋予当事人寻求救济的渠道。2016 年香港高等法院在孙天罡一案中，以被申请人孙天罡在整个仲裁期间因刑事调查而丧失自由，无法收到仲裁文书为由，认定仲裁机构推定送达无效，撤销了仲裁裁决。[38]“迟到的正义非正义”，基于对争议解决效率的追求，法律规定采用推定送达模式具有合理性。但这种推定不应该建立在违反公平正义的基础之上，这种送达推定的法律效力是可以被推翻的。当存在发生不可抗力、意外事件、当事人失去人身自由等情况时，推定送达的法律效果应被推翻，当事人及其委托人、继承人可以提起诉讼维护合法权利。

国际商事在线仲裁机构也可以在建设仲裁平台时采取灵活的做法督促当事人签收电子仲裁文书。国际商事在线仲裁机构可以对送达的仲裁文书进行格式化处理，所有仲裁文件没有标题，当事人尽在点击浏览后才可以查看仲裁文件的内容，使试图逃避履行义务的当事人“在不知不觉”中签收了电子仲裁文件。杭州互联网法院采取“信息强制弹窗”的方式来督促当事人积极配合电子送达。当事人在登录智慧法院系统后，送达文书会强制弹出，若当事人不点击签收，就无法进行任何操作。[39]

(三) 完善仲裁国籍的认定标准

我国立法者在完善仲裁国籍认定标准时应首先明确仲裁地的概念和仲裁地的确定方法。仲裁地包含事实概念和法律概念两个层次。谢新胜教授认为仲裁地一般指的是仲裁和特定法律制度联系起来的地点。[40]钟丽教授认为从字面上理解，仲裁应为仲裁程序的进行地。仲裁地与仲裁程序主要进行地通常一致，但从法律意义上来理解，仲裁地与仲裁程序主要环节的实际进行地并不总是一致。[41]立法者可将仲裁地定义为与仲裁程序有特定法律关系的唯一地点。就仲裁地的确认方法而言，立法者应充分尊重当事人的意思自治，在当事人没有选择的情况下，仲裁庭可以视案件情况自行决定。

鉴于国际商事在线仲裁的特殊性，保尔森教授（J.Paulsson）、桑德斯教授（P.Sanders）主张“非内国化裁决”理论，[42]试图使国际商事在线仲裁摆脱仲裁地国家法律的适用或者

[37] 2019 年《武汉仲裁委员会网上仲裁规则》第 14 条。
[38] Sun Tian Gang v. Hong Kong & China Gas (Jilin) Ltd. [2016] HKCFI 1611, High Court of Hong Kong, Court of First Instance, HCCT 46/2015,21 September 2016.
[39] 吴闻达:《论民事诉讼电子送达的应用》，载《湖北经济学院学报(人文社会科学版)》2020 年第 8 期，第 77-79 页。
[40] 谢新胜：《国际商事仲裁程序法的适用》，中国检察出版社 2009 年版，第 147 页。
[41] 钟丽：《在线仲裁的界定及其仲裁地问题探讨》，载《社会科学》2002 年第 3 期，第 42-46 页。
[42] 刘晓红：《非内国仲裁裁决的理论与实证论析》，载《法学杂志,》2013 年第 5 期，第 77-87 页。

控制，[43]将国际商事在线仲裁裁决作出地法院和承认与执行地法院双重司法监督模式转变为承认与执行地国家法院单一司法监督模式，从而进一步降低国际商事在线仲裁受到司法监督的可能性，最大程度尊重当事人的意思自治。但从实践的角度来看，“非内国化裁决”仍具有相当大的局限性。国际商事在线仲裁仍有确定仲裁地的必要。首先，任何仲裁都发生在一个特定的领域，并受到该地法律的支配，这是一国司法主权的必然要求。其次，如果存在严重违反仲裁程序的情形，除非当事人自己约定放弃此项权利，仲裁裁决地法院理应有权撤销该裁决。[44]

纵观外国立法，大多数国家依据仲裁地来认定国际商事仲裁的国籍。部分国家则采用较为特殊的标准。前南斯拉夫 1982 年《国际私法》就同时采取仲裁地与仲裁程序法标准来确认国际商事仲裁的国籍，土耳其最高法院在司法实践中确立了依据仲裁所适用的实体法来确定国际商事仲裁的国籍。[45]在仲裁实践中，仲裁地标准因具有简单明确、容易认定等优点逐渐被法德等大陆法系国家接受。我国应借鉴其他国家国内立法和国际公约的经验，依据仲裁地来确定国际商事仲裁的国籍。但对于国际商事在线仲裁而言，采用传统仲裁的认定标准反而难以确定仲裁地。整体而言，国际商事在线仲裁是在线上完成的，依照国际商事仲裁的物理因素来确定国际商事在线仲裁的仲裁地缺乏合理性。因此，我国《仲裁法》应依据不同的仲裁方式，分别确定仲裁地，国际商事在线仲裁机构做出仲裁裁决的国籍仍依据仲裁机构的国籍来认定。

四、 结语

2015 年国家主席习近平在第二届世界互联网大会开幕式上发表讲话，提出建立多边、民主、透明的全球互联网治理体系，研究制定全球互联网治理规则。[46]国际商事在线仲裁制度凭借远程仲裁的优势可为我国“一带一路”的建设提供便捷低廉的法律服务、协调涉外仲裁案件管辖权的争议；依托联通世界的互联网平台为“人类命运共同体”贡献共商共建的民商事争议解决规则，建立平等、互惠的多边民商事争议解决平台。

2018 年《十三届全国人大常委会立法规划》将《仲裁法》的修改列为抓紧工作、条件成熟时提请审议的法律草稿的第二类项目。我国现代国际商事仲裁制度作为泊来之物，仍处于向西方学习的阶段。我国国际商事仲裁机构在国际化程度、受理案件的数量和范围等方面与 ICC 等国外顶尖国际商事仲裁机构之间仍存在一定的差距。就如我国经济的发展抓住信息化革命机遇，我国国际商事在线仲裁制度可借助信息化革命实现“弯道超车”。在以《海牙判决承认与执行公约》为代表的判决全球承认与执行体系暂未有效运作的情况下，国际商事在线仲裁裁决可依托《纽约公约》实现世界范围内的流通，在未来全球互联网治

[43] 赵健：《国际商事仲裁的司法监督》，法律出版社 2000 年版，第 34 页。
[44] 徐伟功：《国际商事仲裁理论与实务》，华中科技大学出版社 2017 年版，第 121 页。
[45] 高薇:《论仲裁裁决的国籍——兼论中国司法实践中的“双重标准”》，载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2011 年第 5 期，第 153-158 页。
[46] 习近平：《习近平谈治国理政（第二卷）》，外文出版社 2017 年版，第 532 页。

理中发挥关键的作用。

网络仲裁方式对国际商事仲裁的影响

对外经济贸易大学法学院 薛源

摘　要：《仲裁法》修改将新增网络仲裁方式，这将对国际商事仲裁产生深刻影响。随着网络仲裁方式被法律所确认，其将成为普遍采用的仲裁方式，于此相适应的仲裁条款和网上庭审程序规则也会推出。网络仲裁方式将促进国际商事仲裁优质资源共享和最优化配置。网络仲裁方式最终将改变国际商事仲裁格局，这突出的体现为仲裁员地位的凸显和国际商事仲裁机构的淡化，以及仲裁司法审查的网络化。

关键词：仲裁法修改　网络仲裁方式 仲裁司法审查网络化

我国内地《仲裁法》的修改已列入十三届全国人大常委会立法规划，其中要增加互联网仲裁的内容。互联网仲裁有两种含义。其一是指基于互联网交易产生的商事争议在网络上进行的仲裁。基于互联网交易产生的商事争议为类型化案件，其特点是数量大，单个案件争议金额低，相关仲裁案件文书可以标准化、模式化，因而可以采用书面方式审理、批量审理，充分利用网络新技术替代人工，批量生成相关仲裁案件文书以及仲裁裁决。其二是指运用网络通讯技术进行仲裁的方式。包括网络立案，文件、证据通过网络提交和交换，网络庭审，仲裁裁决通过网络出具。本文讨论的是第二种含义，为避免混淆，下文一律采用“网络仲裁方式”的措辞。网络仲裁方式可以适用于任何仲裁案件，包括互联网交易所产生的商事争议，也包括传统线下发生的商事争议。

网络仲裁方式原本只在互联网商事争议案件中进行探索，联合国国际贸易法委员会也仅就跨境电子商务争议发布了《关于网上争议解决的技术指引》。[1]在新冠疫情影响下，传统国际商事仲裁迅速拥抱了网络仲裁方式，[2]知名国际商事仲裁机构在疫情期间为避免程序延误，都推出了程序指引，积极采用网络立案和庭审。在后疫情时代，网络仲裁方式因其高效、经济和便捷，注定不是昙花一现，而是会被越来越多的国际商事仲裁案件所采用。随着网络仲裁方式的普遍采用，将会对国际商事仲裁产生深远影响。

一、网络仲裁方式成为普遍采用的仲裁方式

新冠疫情期间，国际商事仲裁机构采用网络仲裁方式，以应对当事人和仲裁员因各国防疫措施、跨境人员流动限制，无法通过线下仲裁方式审理和参与国际商事仲裁案件的情况。这就给了网络仲裁方式一个让大量仲裁员和当事人体验的契机。在此过程中，网络仲裁方式高效、经济和便捷的用户体验，让学界和实务界都认识到，网络仲裁方式并非只是便宜之计，而是可以成为常规的仲裁方式。为此，一些知名国际商事仲裁机构如国际商会仲裁院、伦敦国际仲裁院在其最新版仲裁规则中都明确规定了庭审方式包括网络庭审方式。

[1] 见 https://uncitral.un.org/en/texts/onlinedispute。欧盟建立网上争议解决平台，为互联网消费者跨境争议提供争议解决路径。见 https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.trader.register。

[2] 新冠疫情之前，以国际商会仲裁院为代表的国际商事仲裁机构，通常只就仲裁文件的提交运用网络技术。

3

就国际商事仲裁案件而言，对网络仲裁方式的质疑主要包括仲裁程序与当事人的约定不符，以及当事人的正当权利无法得到保障，这些都是《纽约公约》不予承认和执行仲裁裁决的事由。网络仲裁方式需要回应这些质疑，以避免仲裁裁决面临不予承认和执行的风险。就仲裁程序与当事人的约定不符，当事人的约定包括仲裁协议和仲裁协议约定的仲裁规则，一方当事人可能以仲裁协议中未约定，以及仲裁规则中未规定网络仲裁方式主张网络仲裁方式与当事人的约定不符。国际商事仲裁机构仲裁规则通常都赋予仲裁庭对审理方式的决定权，规定仲裁庭可以按照其认为适当的方式审理案件。网络仲裁方式是仲裁案件审理的一种具体方式，既然仲裁规则赋予仲裁庭对审理方式的决定权，也就意味着仲裁庭可以决定采用网络仲裁方式。因此，仲裁庭决定采用网络仲裁方式是符合仲裁规则规定的，当事人既然在仲裁协议中纳入了仲裁规则，也就是和当事人约定相符的。前述一些知名国际商事仲裁机构在其最新版仲裁规则中都明确规定了庭审方式包括网络庭审方式，这就进一步确认了仲裁庭可决定采用网络仲裁方式的权利。仲裁庭在决定是否采用网络仲裁方式时，通常需要征询当事人的意见，但无需当事人同意。在当事人反对的情况下，仲裁庭仍可以决定在线庭审，但需考虑当事人不同意在线开庭的理由是否正当，仲裁裁决根据所适用的仲裁程序法是否具有可执行性等相关情形。[4]

就当事人的正当权利保障，在当前网络通讯技术条件下，网络庭审与线下庭审并无实质性差异。[5]仲裁庭和当事人可以实时交流，书证、物证等均可以转化为电子方式质证。讯问证人可以通过多机位等手段确保证人单独在场，避免受他人操控、串供等，甚至还可以更为细致的查看证人的面部表情和肢体动作。如需翻译，则同声传译或交叉传译均可满足。当事人的正当程序权利应能得到保障，也不会影响案件的公正裁决。[6]法院跨境远程证人作证屡见不鲜，国际仲裁地法院对于网络庭审方式也采取开放的态度，认为网络庭审不影响对当事人正当权利的保障，即使在一方当事人反对的情况下，只要其没有合理的理由，仲裁庭依然可以进行网络庭审。经网络庭审产生的仲裁裁决，不会因当事人正当权利未得到

[3] 国际商会仲裁院 2021 版仲裁规则明确规定仲裁庭经征询当事人意见，在考虑案件的相关事实和情形后，可决定采用线下庭审或线上庭审方式，如通过电话会议，电视会议或其他通讯技术。伦敦国际仲裁院 2020 年 10 月 1 日生效的仲裁规则明确规定线上庭审为庭审方式之一，庭审方式不仅包括线下庭审，也包括线上庭审，如通过电话会议，电视会议或其他通讯技术（或组合方式）。

[4] 《国际商会关于减轻新冠肺炎疫情影响的若干可参考措施的指引》第 21，22 条，如各方当事人同意或仲裁庭决定进行在线庭审，当事人及仲裁庭应考虑并公开讨论在线庭审的特殊事项并为此制定计划。如在各方当事人未同意或有当事人表示反对的情形下，仲裁庭仍决定进行在线庭审，仲裁庭应谨慎考虑包括相关情形，评估裁决是否能依法执行，并提供作出该决定的理由。中国国际经济贸易仲裁委员会颁布的《关于新冠肺炎疫情期间积极稳妥推进仲裁程序指引（试行）》第 6 条规定，在线开庭是一种具体的开庭方式，符合仲裁规则的规定。在新冠肺炎疫情期间，开庭审理的案件，建议仲裁庭优先考虑在线开庭的可行性。决定在线开庭时，仲裁庭应综合考虑双方当事人的意见、案件的复杂程度、证据材料的多少、是否有证人出庭、当事人不同意在线开庭的理由是否正当、参加开庭人员获得在线开庭服务的便捷性和平等性等因素作出决定。在线开庭的，仲裁庭应当充分保护当事人的程序权利，给予双方当事人陈述与辩论的合理机会，确保平等对待双方当事人，确保仲裁裁决根据所适用的仲裁程序法具有可执行性

[5] 郝晶晶：《互联网法院的程序法困境及出路》，《法律科学》2021 年第 1 期。

[6] Maxi Scherer, Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2020, Volume 37 issue 4, 442-444.

保障的理由而被撤销。[7]

就我国涉外商事仲裁，采用网络仲裁方式可能被质疑仲裁的程序与仲裁规则不符，当事人的正当权利无法得到保障。我国内地《仲裁法》修改将网络仲裁方式纳入，就确认了网络仲裁方式作为仲裁方式的合法性，也为我国商事仲裁机构将网络仲裁方式纳入仲裁规则提供了法律依据。法院在仲裁司法审查阶段，也不会因质疑网络仲裁方式缺乏法律基础而撤销或不予执行仲裁裁决，这就为仲裁庭和仲裁机构普遍采用网络仲裁方式扫清了障碍。

为推广网络仲裁方式，除在仲裁规则中明确规定了庭审方式包括网络庭审方式外，国际商事仲裁机构还可以通过仲裁示范条款，促成当事人就网络庭审方式的合意。国际商事仲裁机构在仲裁示范条款对庭审方式进行说明，明确庭审方式包括网络庭审方式，如当事人采用了仲裁示范条款，也就表明其同意庭审可采用网络庭审方式。

国际商事仲裁机构普遍采用网络仲裁方式，需要对网络仲裁方式进行规范，制定网络仲裁方式规则。诸多国际商事仲裁机构在疫情期间都推出了网络庭审的程序指引，可以在这些机构网络庭审的经验基础上，总结出最佳做法。联合国国际贸易法委员会适合担当此任务，如在其《关于安排仲裁程序的说明》中增加网络庭审安排的内容，促进网络庭审的规范化，从而更好的保障当事人的程序权利。这一说明可供仲裁庭采用网络仲裁方式审理案件所参考，也可为国际商事仲裁机构仲裁规则所采纳。网络庭审安排需要规范的内容包括：（1）仲裁庭与当事人协商网络庭审准备事宜，如网络庭审时间安排，特别是在仲裁员、多方当事人分处不同时区的情况，网络仲裁系统的选择，证据的电子化，庭审记录和翻译事宜。（2）仲裁庭和当事人对网络仲裁系统及设备进行测试，确保网络庭审通畅，以及网络故障时的应急方案。（3）参加网络庭审的行为规范。（4）确保质证方式适合网络庭审，讯问证人，采用技术手段确保证人单独在场等。（5）对网络仲裁系统私密性和数据安全的要求。[8]

二、网络仲裁方式促进国际商事仲裁优质资源共享和最优化配置

国际商事仲裁优质资源包括优质的仲裁员、代理人和仲裁机构资源。仲裁员的水平直接决定了仲裁裁决的质量，专业、勤勉的仲裁员通过其对案件程序的把控，证据的了解，事实问题的洞悉，以及法律问题的分析，可以高效的作出令当事人信服的裁决。经验丰富的代理人就国际商事仲裁案件在合法范围内为当事人争取最大利益具有关键作用，从帮助当事人选任仲裁员组成对案件最为适宜的仲裁庭，到精心准备书面材料和证据，庭审陈述和讯问证人，尽量说服仲裁庭认同己方观点、支持己方请求。仲裁机构从立案开始对仲裁

[7] 奥地利最高法院在 2020 年 7 月做出判决，认定仲裁庭在一方当事人反对的情况下通过视频会议开庭并没有违反正当程序。该案是维也纳国际仲裁中心管理的仲裁地为维也纳的仲裁案件，被申请人对仲裁庭决定通过视频会议进行远程庭审提出质疑，奥地利最高法院认为，根据奥地利法律，基于程序不当提出质疑要达到很高的标准，即仲裁庭的程序安排导致严重违反程序或对一方当事人造成永久性或重大损害。仲裁庭在当事人一方不同意的情况下决定通过视频会议进行远程庭审并没有达到这个标准。奥地利仲裁法通常允许远程庭审，仲裁庭在程序的组织和进行方面享有广泛的自由裁量权。见 Maxi Scherer and Franz Schwarz, Helmut Ortner, J. Ole Jensen, In a 'First' Worldwide, Austrian Supreme Court Confirms Arbitral Tribunal's Power to Hold Remote Hearings Over One Party's Objection and Rejects Due Process Concerns, October 24, 2020, Kluwer Arbitration Blog.

[8] 见 HKIAC GUIDELINES FOR VIRTUAL HEARINGS。

案件进行全程管理，协助当事人组成仲裁庭，在当事人未能选任仲裁员，特别是未能就首席仲裁员达成一致的情况下，作为仲裁员指定机构，为仲裁案件指定合适的仲裁员组成仲裁庭，提供案件秘书服务，[9]有的仲裁机构还会在仲裁裁决发出前对其进行核阅。富有经验的仲裁机构对案件的管理，促进了案件高效推进，减少仲裁裁决被撤销和不予执行的风险。

网络仲裁方式可以有效整合国际商事仲裁优质资源，实现资源的共享和最优化配置。网络仲裁方式的特点就是将经常居住地分布在世界各地的当事人、仲裁员、仲裁机构人员聚集在同一网络平台，打破了空间的限制，在大数据的支持下，在可能的范围内，可以将最合适的仲裁资源匹配到每一个国际商事仲裁案件中。其一，仲裁员和仲裁机构相互选择的范围扩大，国际商事仲裁案件采用线下审理方式，仲裁员的经常居住地通常会对其开庭地点产生限制。就备置仲裁员名单的国际商事仲裁机构，仲裁员也倾向受聘于在其经常居住地开展仲裁业务的机构。网络仲裁方式突破了开庭地点的限制，仲裁员可以方便的审理当事人分布在世界各地的仲裁案件。国际商事仲裁机构在选聘仲裁员，仲裁员在选择国际商事仲裁机构时，仲裁员的经常居住地不再成为限制因素。仲裁员审理仲裁案件的经验、熟知的法律体系和工作语言将成为仲裁机构选择仲裁员的主要考虑因素。其二，当事人选择仲裁员和仲裁机构的范围扩大，国际商事仲裁案件线下审理需要位于不同国家的当事人和仲裁员齐聚某一开庭地点，当事人选择仲裁员是否产生差旅费用就是一个重要考虑因素，当事人选择仲裁机构也倾向于选择在开庭地点开展仲裁业务的机构。采用网络仲裁方式，就省去了仲裁员和当事人的差旅费用，当事人选择仲裁员和仲裁机构就不用考虑差旅费用，以及仲裁机构开展仲裁业务地点的限制，在其可接受的仲裁员和仲裁机构收费范围内，可在全球范围内选择最优质的仲裁员和仲裁机构。其三，仲裁员和仲裁机构资源实现最优化分配，网络仲裁方式不仅省去了差旅时间，使得仲裁员和仲裁机构的有效时间可以更多的用于审理仲裁案件，网络仲裁方式获取的数据还可以帮助仲裁员高效推进仲裁程序，仲裁机构更好的完善仲裁流程。其四，延长仲裁员的职业生涯，网络仲裁方式实现了仲裁员利用网络终端审理全球案件，最大化的节约仲裁员的精力，仲裁员即使年迈不适于长途奔波，只要能够头脑清晰的审理案件、撰写裁决，就仍然可以继续其职业生涯，其长期审理仲裁案件的经验积累也能得到最有效的利用。

三、网络仲裁方式改变国际商事仲裁格局

国际商事仲裁案件新一代当事人、仲裁专业人才在网络环境中成长，将更为适应、也更愿意接受网络仲裁方式。如网络仲裁方式成为国际商事仲裁普遍采用的仲裁方式，其将对国际商事仲裁格局产生深远影响。

（一）仲裁员地位的凸显和国际商事仲裁机构的淡化

[9] 仲裁庭秘书履行的职能有多种类型，有些只提供协助案件管理服务；有些履行包括法律研究和其他专业协助在内的更为实质性职能，如编写事实梗概或仲裁过程中的程序步骤、就仲裁庭确定的法律问题收集汇总判例法或已发表的评论文章，以及草拟程序决定；在行业仲裁中，因仲裁庭仅由非律师的特定行业专家组成，要求秘书就仲裁庭的决定提供法律建议，见联合国国际贸易法委员会《2016 年关于安排仲裁程序的说明》。

国际商事仲裁案件如普遍采用网络仲裁方式，从立案到作出裁决都在网络平台上进行，仲裁程序逐渐实现人工智能辅助，仲裁员的核心地位将进一步凸显。国际商事仲裁机构建设网络仲裁系统的竞争，将使网络仲裁系统在方便仲裁员和当事人使用，高效推进仲裁程序，确保数据隐私和数据安全方面不断优化，最终可能形成统一的网络仲裁系统，网络仲裁系统的统一也会促进国际商事仲裁规则的统一。国际商事仲裁机构管理仲裁案件的功能将逐渐被网络仲裁系统取代，在共享国际商事仲裁员优质资源的背景下，国际商事仲裁机构的作用将主要体现在协助当事人选任仲裁员，成为仲裁员指定机构，国际商事仲裁回归到准临时仲裁状态。网络仲裁系统管理国际商事仲裁案件将降低案件管理的成本，从而进一步降低仲裁费用，促使更多的商事争议可以采用仲裁方式解决。国际商事仲裁则经历临时仲裁——机构仲裁——准临时仲裁的蜕变。

随着国际商事仲裁回归到准临时仲裁状态，独立国际商事仲裁员将不断增多，国际商事仲裁员职业化的进程也会加速。在国际商事仲裁机构淡化的情况下，国际商事仲裁员的口碑和声誉不是依靠国际商事仲裁机构的背书，而是基于自己审理案件的专业度和经验，国际商事仲裁员的职业化将会促使其更公平、公正和勤勉的审理仲裁案件，以建立个人长久的声誉，获得更多当事人的选任。智能化网络仲裁平台不仅提供网络仲裁系统，也有可能取代仲裁员指定机构，国际商事仲裁员的名单在该平台备置，当事人登录该平台选任仲裁员，该平台也可以协助当事人选任仲裁员，利用大数据技术为国际商事仲裁案件寻找最为匹配的仲裁员。

（二）仲裁司法审查的网络化

国际商事仲裁普遍采用网络仲裁方式对仲裁司法审查也提出了要求。一方面是需要法院对网络仲裁方式予以认可，涉及认可采用网络仲裁方式的仲裁程序符合仲裁法等法律规定，符合当事人的约定，包括仲裁协议和约定的仲裁规则。这在仲裁法确认网络仲裁方式属于一种仲裁方式，仲裁规则对网络仲裁方式作出规定，当事人在仲裁协议中对采用网络仲裁方式作出约定后，不存在法律障碍。另一方面是仲裁司法审查的网络化。仲裁司法审查包括对仲裁协议效力的确认、对撤销仲裁裁决的审查，对执行和不予执行仲裁裁决的审查。仲裁司法审查伴随国际商事仲裁，有可能对国际商事仲裁产生重要影响。法院认定仲裁协议无效，将否认仲裁庭对国际商事仲裁案件的管辖权，已启动的国际商事仲裁案件程序将被终止。法院撤销仲裁裁决，则国际商事仲裁案件整个程序将徒劳无功。国际商事仲裁案件从立案、审理到作出裁决全程采用网络方式，自然会要求仲裁司法审查也采取网络方式。仲裁司法审查可以与网络仲裁平台对接，共享国际商事仲裁案件数据，这将进一步降低当事人申请仲裁司法审查的成本。如仲裁司法审查仍采用线下方式，当事人在仲裁过程中提请法院确认仲裁协议效力，仲裁裁决作出后当事人申请撤销该仲裁裁决，需前往仲裁地法院开展仲裁司法审查程序，则网络仲裁方式高效经济解决争议的优势就无法充分发挥，为此仲裁司法审查的网络化将是努力方向。

我国在杭州、北京、广州设立互联网法院，审理基于互联网产生的民事、行政案件。

[10]就传统线下审理的案件，最高人民法院也在积极试点线上诉讼，并提出健全线上诉讼规则，包括诉讼主体提交电子化的诉讼材料和证据材料，法院开庭审理案件采取在线视频方式，以电子方式送达诉讼文书和当事人提交的证据材料。[11]新冠疫情期间，最高人民法院推进各级人民法院开展在线诉讼，并要求互联网法院深入探索办案平台建设、在线诉讼流程、新兴技术应用、在线诉讼规则，形成智慧司法的实践样本，总结可复制、可推广的经验。[12]这也是为普遍推广线上诉讼进行准备。由此可见，我国法院实现线上仲裁司法审查是有基础的。

仲裁司法审查的网络化将使仲裁地的竞争更为激烈。在线下仲裁司法审查的情况下，申请人对仲裁地的选择可能要考虑赴仲裁地提请法院进行仲裁司法审查的成本，仲裁司法审查网络化将扩大当事人选择仲裁地的范围。仲裁地开放友好的仲裁司法环境和司法系统，全球普遍接受的工作语言将提升其国际竞争力。就我国而言，在国际商事仲裁司法审查网络化的前提下，可以考虑在国际商事法庭设置国际商事仲裁司法审查合议庭。[13]国际商事法庭法官谙熟国际商事实践和法律，并能熟练运用英文作为工作语言，随着我国仲裁法修改更符合国际通行规范，将提升我国作为国际仲裁地的竞争力。[14]

[10]见《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》（法释〔2018〕16 号），根据该规定，北京、广州、杭州互联网法院集中管辖所在市的辖区内应当由基层人民法院受理的下列第一审案件：（一）通过电子商务平台签订或者履行网络购物合同而产生的纠纷；（二）签订、履行行为均在互联网上完成的网络服务合同纠纷；（三） 签订、履行行为均在互联网上完成的金融借款合同纠纷、小额借款合同纠纷；（四）在互联网上首次发表作品的著作权或者邻接权权属纠纷；（五）在互联网上侵害在线发表或者传播作品的著作权或者邻接权而产生的纠纷；（六）互联网域名权属、侵权及合同纠纷；（七）在互联网上侵害他人人身权、财产权等民事权益而产生的纠纷；（八）通过电子商务平台购买的产品，因存在产品缺陷，侵害他人人身、财产权益而产生的产品责任纠纷；（九）检察机关提起的互联网公益诉讼案件；（十）因行政机关作出互联网信息服务管理、互联网商品交易及有关服务管理等行政行为而产生的行政纠纷；（十一）上级人民法院指定管辖的其他互联网民事、行政案件。

[11]见《最高人民法院关于民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》（〔2020〕11 号）。

[12]见《最高人民法院关于新冠肺炎疫情防控期间加强和规范在线诉讼工作的通知》（法〔2020〕49 号）。

[13] 最高人民法院设立国际商事法庭，第一国际商事法庭设立在广东省深圳市，第二国际商事法庭设立在陕西省西安市，最高人民法院民事审判第四庭负责协调并指导两个国际商事法庭工作。

[14] 见《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（法释〔2018〕11 号）。

美国集团仲裁判例规则的演变及启示

严红

摘 要：美国集团仲裁主要是为了有利于格式合同中的弱方当事人维权而设置的一种集团争议解决制度。《美国联邦仲裁法》对其没有相应规定，近年来美国联邦最高法院四个判例构成了集团仲裁的重要规则，这些规则的演变反映出美国法院在维护弱方当事人利益与尊重仲裁基本属性之间摇摆不定，但该制度在美国仍得到较大发展。加拿大、欧洲等国对该项制度在立法和实践中已有行动。我国应考虑其成为集团争端解决新路径。

关键词：集团仲裁；集团仲裁弃权；《美国联邦仲裁法》；超裁；沉默条款

Abstract: Class arbitration in the United States is a class proceedings system in order to help weaker parties of standard form contracts to vindicate these rights. The Federal Arbitration Act has no regulation to this system, the four cases of Supreme Court of the United States has adjudged have consist of the important rules of class arbitration. The evolution of these rules reflect American courts in the interest of the weak party still wavering between basic attribute with respect to arbitration, class arbitratrion is still fast developing in the United States . are slowly starting to spread to other regions such as Europe. Canada,. Our country should consider the class arbitration as a new devices of collective dispute resolution mechanisms.

Keyword: class arbitration class arbitration waiver FAA exceed powers silence clause

集团仲裁是一种“美国特有的制度”，[1] 英文为 class arbitration，class action arbitration 或者 class-wide arbitration，是指在一个集团中，其成员具有相同或特定的仲裁请求，针对的是一个共同的经济实体；该集团中一个或一个以上的成员，可作为该集团其他成员的代表，提起仲裁。仲裁裁决对该集团的所有成员有效。

集团仲裁虽然早在十九世纪八十年代初它已经存在，[2] 但直到 2003 年，美国联邦最高法院在 Green Tree Financial Corp. v. Bazzle 案中才含蓄地支持该程序。随后，美国国内的一些重要仲裁机构分别发布了专门适于集团仲裁的有关规则。[3] 在过去的十几年里，一方面，该程序发展迅速，直至 2013 年 5 月，AAA（American Arbitration Association ）已经受理了 300 多起集团仲裁的案件，[4] 总数相当于 ICSID 近四十年受理的争议案件的总和。[5] 美国另

作者简介：严红，浙江工商大学法学院教授，浙江金道律师事务所兼职律师

1 James H. Carter & John Fellas，*International Commercial Arbitration in New York* .Oxford University Press, p319 (2010)

2 See Imre S. Szalai, Aggregate Dispute Resolution: Class and Labor Arbitration. 13 HAVARD NEG. L. REV. 339, 421-425(2008).

3 比如，AAA 的《集团仲裁补充规则》和 JAMS 的《集团仲裁程序》等。

4http://www.adr.org/aaa/faces/services/disputeresolutionservices/casedocket?_afrLoop=1157919031422627&_afrWindowMode=0&_afrWindowId=zyh785uvr_1#%40%3F_afrWindowId%3Dzyh785uvr_1%26_afrLoop%3D1157919031422627%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dzyh785uvr_47 , 2013-05-15

5 根据 ICSID 官网上的数据显示，已结案的 168 起，未结案的 258 起。

外一个重要的仲裁机构 JAMS（Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc.）也受理了大量的集团仲裁案件。[6] 另一方面，美国联邦最高法院对集团仲裁态度的多变，相关法律呈现出不固定性，使得集团仲裁经受了磨难，因此集团仲裁成为了美国法律界的近年来热门话题。

集团仲裁程序或类似的聚合争端解决机制，正开始慢慢向其他区域扩散。欧洲近几年也开始探索集团仲裁制度，对集团诉讼的立法修改如雨后春笋地贯穿整个欧洲。2011 年 2 月，欧盟委员会颁布了《公共咨询工作文件》（Public Consultation Working Document）指出需要一个新集团救济机制并且对如何构建制度征求意见。[7] 德国尽管没有接受集团仲裁程序，但已经发展了 DIS 的仲裁规则，该规则具有集团仲裁的很多特点。荷兰 2006 年通过了一项法规，允许聚合索赔，但是仍然不允许集团诉讼。此外，加拿大和哥伦比亚不再绝对地排斥集团仲裁的运用。在加拿大，集团仲裁也受到了密切的关注，法院做出了支持有关集团仲裁的判例。同时，集团仲裁不仅在地理上扩大了运用，在其他形式的争端解决中也得到了运用。如 ICSID 的投资仲裁领域， 2011 年 集团仲裁第一次在 Abaclat et al. v. Argentina 案中得到运用的，此案涉及到 6 万名意大利投资者和阿根廷的仲裁。[8]

在我国，集团仲裁还是一个新的概念，立法上为空白，理论界虽有学者开始关注，但仅限于初探。[9] 随着我国社会转型和经济的快速发展，群体性纠纷呈快速上升趋势，但是缺乏有效的救济途径。在诉讼领域中的共同诉讼制度，由于人数众多，管辖不便，判决仅对登记的当事人有效等因素的限制，不能有效地解决纠纷。而在仲裁领域则没有相应的制度，合并仲裁也只是在程序上将多个相关联的案件合并成一个程序审理，并非专门针对群体性纠纷的程序。集团仲裁制度是专门针对格式合同群体性纠纷设立的，利于聚合非制定合同弱方当事人的力量进行集团维权，只要进行适当的通知，仲裁裁决对所有非制定合同方均有法律约束力，同时对仲裁费用、律师费等均有其特有的操作模式。 研究美国集团仲裁的基本规则，分析美国集团仲裁在其演变过程中遇到的问题，对我国探索群体性合同纠纷科学高效的解决途径具有重要意义。

一、背景

在过去的二十年美国国内的实践中，美国集团仲裁是从美国集团诉讼中迁徙过来的。美国模式的集团诉讼在美国诉讼体系中属于民事诉讼，通常是大规模的侵权或消费者的诉讼。所以集团仲裁曾被人称为是“神话中的野兽：一半诉讼，一半仲裁且比较少见”[10]。

---

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases, 2013-05-15

6 James H. Carter & John Fellas, *International Commercial Arbitration in New York* .Oxford University Press, p.319(2010)

7 Jessica Beess und Chrostin，*Collective redress and class action arbitration in Europe: Where We are and How to Move Forward* . International Arbitration Law Review（2011）

[8] Horatia Muir Watt，Class Arbitration: *The Necessary Counterpart to The Arbitrability of Statutory Statutory Rights*. Sciences Po Law School – Global Business Law and Governance.(12-2011)

9 目前国内对集团仲裁研究，从现有已经发表论文仅有两篇：肖永平，李邵华：美国集团仲裁初探：《武汉大学学报》2011 年第 4 期，孟燕.论美国集团仲裁制度:《法制与发展》2010 年第 7 期

10 Gary Born，*The U.S. Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors*. http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/07/01/the-u-s-supreme-court-and-class-arbitration-a-tragedy-of-errors/.2013-05-16

仲裁与集团行为相互关联，可追溯到二十世纪八十年代早期联邦最高法院的 Southland Corp. v. Keating 案。[11] 该案涉及到 7-Eleven 商店在加州的加盟商，他们最初在州法院提起集团诉讼。被告抗辩应该进行强制仲裁，加盟商于是在仲裁机构提出了集团仲裁。[12] 加州最高法院驳回了被告要求进行仲裁的主张，裁定按照州法，应用诉讼程序解决特许经营权纠纷。不过，法院也提到了集团仲裁的概念，表达了对集团行为豁免和承认集团仲裁作为类似一种合并的司法程序的关注。[13]

集团仲裁通常发生在含有仲裁条款的特许经营权、消费者或雇佣等格式合同的大规模纠纷中，此外，它在保险、银行、海事和反垄断等其他领域也有大量运用。因侵权纠纷当事人很少有合同关系，很少在发生损害时签订仲裁条款，所以在各种类型集团仲裁中，侵权案件很少见。另外，仲裁机构和临时仲裁均可进行集团仲裁。

集团仲裁与合并仲裁是一对易混淆的概念。合并仲裁是指为解决多方当事人之间争议的需要，将两个或两个以上相互关联的仲裁程序合并进行的做法或过程。合并仲裁存在广义和狭义之分。广义的合并仲裁是指仲裁庭将两个或两个以上的案件合并审理，通过单一的仲裁程序解决纠纷的制度。广义的合并仲裁包括相同主体间的合并仲裁和不同主体间的合并仲裁。狭义的合并仲裁指不同仲裁案件的当事人根据不同的仲裁合同解决争议，而这些争议彼此关联，仲裁庭据此将其合并的制度。[14] 集团仲裁是作为一个案件，虽然参加的申请人众多，但针对的是同一个被申请人。允许一个单独的申请人作为代表，将他自己和其他所有相同情况的当事人对一个被申请人提出一个单独的仲裁。

美国集团仲裁的法律框架是由四部分重要的相关法律和规定组成：《美国联邦民事诉讼法》（以下简称 FRCP）第 23 条（是集团仲裁的具体程序的主要参考）、《美国联邦仲裁法》（以下简称 FAA）（是美国仲裁的基本法律）、美国联邦最高法院有关集团仲裁案件的判例规则，[15] 以及仲裁机构有关集团仲裁的仲裁规则。[16]

二、 美国集团仲裁判例规则

当前，美国集团仲裁已有四个最重要的判例规则，它们分别由美国联邦最高法院：2003 年的 Green Tree Financial Corp v. Bazzle 案（以下简称 Bazzle 案），2010 年的 Stolt-Nelsen, SA v. AmimalFeeds Int'l Corp. （Stolt-Nelsen 案），2011 年 AT&T Mobility LLC v. Concepcion（以下简称 Concepcion 案）和 2013 年的 Oxford Health Plans LLC v. Sutter（以下简称 Sutter 案）四个具有里程碑意义的判例构成，四个判例分别确立了 Bazzle 规则、Stolt-Nelsen 规则、Concepcion 规则和 Sutter 规则。

11 Southland Corp. v. Keating, 465 U.S.1（1984）
12 Southland Corp. v. Keating, 465 U.S.1,1（1984）
13 Southland Corp. v. Keating, 465 U.S.1,2（1984）
14 邹峻、季建阳.合并仲裁制度的构建 http://www.highmark.cn/news_content.asp?New_ID=654，2013-06-07
15 目前里程碑意义的判例有：Green Tree Financial Corp v. Bazzle ，Stolt-Nelsen, SA v. AmimalFeeds Int'l Corp. ，AT&T Mobility LLC v. Concepcion 和 Oxford Health Plans LLC v. Sutter 共四个。
16 如 AAA 《集团仲裁的补充规则》和 JAMS 的《集团仲裁程序》 。

（一）2003 年的 Bazzle 规则:“沉默”等于同意

Bazzle 案之前，美国大多数州的法院认为仲裁协议对集团仲裁持“沉默”态度（以下简称“沉默条款”）时，是否可以进行集团仲裁的决定权归属于法院，仲裁庭则无权决定。但有一些州的法院认为，“沉默条款”不是进行集团仲裁的障碍。如加利福尼亚州（以下简称加州）的《仲裁法》与大多数州的法律不同，根据加州《仲裁法》的规定：对发生在相同交易或系列的相关交易中、具有相同法律或事实而产生的纠纷的独立的仲裁案件，法院有权决定可以进行集团仲裁。[17] 总之，2003 年 Bazzle 案之前，美国法院对集团仲裁意见不统一并且态度并不积极。

在 Bazzle 案中，Bazzle，Lackey and the Buggs 等人分别与 Green Tree 公司签订了含有仲裁条款的融资格式合同，合同适用南卡罗莱纳州的法律仲裁条款规定：“与合同有关的争议，由双方共同选定的一位仲裁员进行仲裁。”该仲裁条款受 FAA 的约束。后 Bazzle、Lackey 和 Buggs 等人分为两组，分别向州法院提起诉讼，指控 Green Tree 公司没有向他们提供一份表格，该表格载明他们有权指定自己的律师和保险代理，违反了南卡罗莱纳州的法律，要求赔偿。[18] 1997 年 Bazzle 等人分别向法院申请集团诉讼，Green Tree 则申请停止法院程序，要求强制仲裁。法院对集团身份和仲裁都予以认可。 两组当事人先后分别进入了仲裁程序，先后指定了同一名仲裁员对集团损害和律师费作出了仲裁裁决。Green Tree 提起上诉，认为该两组仲裁中进行的集团仲裁，法律上是不允许的，要求继续进行普通的仲裁。初审法院驳回了该申请。州上诉法院推翻了初审法院的裁定，州最高法院以司法监督为将两个案件合并审理，认为仲裁协议对集团仲裁的沉默是尊重集团仲裁，当事人授权集团仲裁。[19]

案件争议焦点是：当仲裁条款对集团仲裁问题没有规定时----“沉默”时，当事人是否同意进行集团仲裁？[20]

南卡罗莱纳州的法律对此没有规定。南卡罗来纳州最高法院的观点是：对集团仲裁持沉默态度的仲裁条款是含糊不清的，就其本身而言，应该不允许发起集团仲裁。如果强制性地执行仲裁条款，基于该仲裁条款对集团仲裁没有规定，当事人以仲裁条款中并没有规定同意进行集团仲裁为由，可以有效地阻止集团仲裁。[21]

Bazzle 案到达联邦最高法院，2003 年法院按照相对多数意见作出了裁定：尽管 FAA 对集团仲裁问题没有规定，认为当仲裁条款对集团仲裁问题“沉默”时，应该依照南卡罗来纳州的合同解释原则，对“沉默”解释为允许集团仲裁。法院裁定：（1）仲裁条款是否可以进行集团仲裁的解释权应该归于仲裁庭；（2）“沉默条款”应认为当事人同意进行集团仲裁。[22]

17 James H. Carter & John Fellas，International Commercial Arbitration in New York .Oxford University Press, p.323(2010)
18 Green Tree Financial Corp. v. Bazzle ,539 U.S. 444, 448(2003)
19 Green Tree Financial Corp. v. Bazzle ,539 U.S. 444, 447-450 (2003)
20 Green Tree Financial Corp. v. Bazzle ,539 U.S. 444, 445，446 (2003)
21 Green Tree Financial Corp. v. Bazzle ,539 U.S. 444, 450，451(2003)
22 Green Tree Financial Corp. v. Bazzle ,539 U.S. 444，458-460 (2003)

（二）2010 年 Stolt – Nielsen 规则：“沉默”不能推定为同意

2010 年 5 月联邦最高法院在 Stolt-Nielsen 案中对集团仲裁的态度发生了戏剧性的变化。在 Bazzle 案中裁定——确定了集团仲裁是由仲裁员来决定的，并服从于最低程度的司法监督。

Stolt-Nielsen 案涉及到船运公司和他们的客户之间的纠纷。Stolt-Nielsen 是一家船运公司，在全球多隔舱零担油船领域占有很大的市场份额。AnimalFeeds 国际有限公司（以下简称 AnimalFeeds）是它的客户之一，在世界范围内提供鱼油、动物饲料等食品原材料。AnimalFeeds 为了运输其产品，作为租船方与 Stolt – Nielsen 签订了一份标准海事合同。该合同中含有仲裁条款，但对集团仲裁问题上是“沉默”的。[23]合同签订后，2003 年，司法部就 Stolt-Nielsen 和它的竞争对手合谋非法价格垄断的问题开始调查。调查结果显示 Stolt-Nielsen 和它的竞争对手存在价格垄断，违反了多个联邦反垄断法。因此，AnimalFeeds 向法院对 Stolt-Nielsen 和其他有关船运公司提起了诉讼，指控他们多年对客户进行价格垄断。AnimalFeeds 的诉讼和其他相似的诉讼被合并，组成了对 Stolt – Nielsen 和其他有关船运公司的集团诉讼。Stolt-Nielsen 则根据其与 AnimalFeeds 合同中的仲裁条款，提出了仲裁申请。2005 年，在仲裁庭组成之前，AnimalFeeds 要求进行集团仲裁，但是遭到了 Stolt-Nielsen 反对。[24] 此案一波四折，直至 2010 年 5 月联邦最高法院才作出终审裁定。

案件到达联邦最高法院，法院发出复审令，审查仲裁条款对集团仲裁“沉默”时进行强制集团仲裁，是否符合 FAA 的规定。联邦最高法院认为：

第一，未经授权而强加给当事人的集团仲裁，与 FAA 的规定是矛盾的。按照 FAA 的原则推测，一方当事人不能强迫提出集团仲裁申请，除非基于双方当事人在合同中明确约定同意。法院进一步指出，仅有仲裁条款并不能认为当事人同意进行集团仲裁。第二，法院的多数意见认为，在缺乏当事人明确意图时，仲裁庭要做的事就是根据当事人的约定，确定案件应该适用的法律。本案中应该适用的是 FAA 和另外两个实体法----《联邦海商法》和纽约的法律。可是仲裁庭却没有考虑这三个法律的适用，所以仲裁裁决没有法律依据。仲裁庭只是将自己认为的公共政策作为仲裁裁决的依据，所以仲裁庭依据 Bazzle 案的结论作出的裁决，属于超裁。第三，5 比 3 的法官意见（法官 Sotomayor 弃权）认为，仲裁庭对是否可以集团仲裁没有自由裁量权。根据 FAA 的规定，集团仲裁程序与标准仲裁有着根本的不同，所以当事人不能含蓄地合意进行集团仲裁。本案的当事人在船运合同领域是专业的和有经验的，不能假设对集团仲裁的沉默是无意识的。 如果当事人希望在仲裁条款中包括集团仲裁，可以推测他们会清楚地表示出来。[25]

所以当事人在集团仲裁问题上沉默时，仲裁员不能推测当事人已经就允许用集团程序解决纠纷问题形成了合意。

23 Stolt-Nielsen S.A. v. Animalfeeds Int’l Corp., 130 S.Ct. 1758，1765，1776 (2010)
24 Stolt-Nielsen S.A. v. Animalfeeds Int’l Corp., 130 S.Ct. 1758，1773-1777(2010)
25 Stolt-Nielsen S.A. v. Animalfeeds Int’l Corp., 130 S. Ct. 1758，1758-1763(2010)

（三）2011 年 Concepcion 规则：集团仲裁弃权的约定有效

Stolt-Nielsen 案之后，要求当事人对集团仲裁的合意，必须在仲裁协议中明确表明。那么，如果想排除集团仲裁，是否可以在仲裁协议中明确表示放弃集团仲裁？2011 年最高法院对 Concepcion.案的处理结果，又一次打击了集团仲裁。

2002 年，Vincent 和 Liza Concepcion 等人分别 和 AT&T 签订了一份为期二年的手机服务合同。合同中约定将所有争议提交仲裁，但是该仲裁条款不允许集团仲裁。由于手机是免费的，但 Concepcion 等人却被收取了按照手机零售价应缴纳的 30.22 美元销售税。于是 Concepcion 等人以 AT&T 欺诈为由向加州联邦地区法院提起诉讼。2006 年法院以虚假广告和欺诈为由，将 Concepcion 作为其他手机用户的代表对此案合并进行集团诉讼。2008 年 AT&T 根据合同中的仲裁条款，申请强制仲裁，地区法院根据加州最高法院的 Discover Bank 规则[26]，认为该仲裁协议显失公平，是无效的，驳回了 AT&T 的申请。[27]

第九巡回法院支持地区法院的裁定，认为 FAA 第二条的保留条款[28]，允许仲裁协议基于一般合同无效的抗辩事由，如欺诈、胁迫或显失公平。本案仲裁条款中集团行为弃权显失公平，属于合同无效的抗辩事由，所以该仲裁条款是无效的。[29]

2011 年，联邦最高法院推翻了第九巡回法院的裁定，认为 Discover Bank 规则是对仲裁的干扰，其树立了完成和执行国会的所有目的和目标的一个障碍，所以 FAA 应取代它。理由是：

第一、FAA 规定法院应该将仲裁协议与其他合同放在一个平等的位置，按照协议中当事人的约定来执行。 所以当事人可以同意对仲裁进行限制，包括对集团仲裁的放弃。

第二、根据 FAA 第二条中的保留条款，允许仲裁协议适用一般合同无效的抗辩事由，如欺诈、胁迫或显失公平，但是合同中对集团行为的放弃，不能作为合同无效的抗辩事由。

第三、多数意见认为 FAA 应该优先于 Discover Bank 规则，因为该规则是实现 FAA 的目的的障碍。集团仲裁的适用，是对仲裁的基本属性妨碍，与 FAA 目的不符。FAA 中的仲裁是双方当事人间便捷、非正式、便宜的程序，法官 Scalia 引证了处理集团仲裁的额外的复杂性，指出集团仲裁大大地提高了被申请人的风险。[30]

（四）2013 年的 Sutter 规则：“沉默条款”的解释权归仲裁庭

正当集团仲裁在美国的发展进入了僵局时，2013 年美国联邦最高法院 Oxford Health

---

26 Kristopher Kleiner, *AT&T Mobility L.L.C. v. Concepcion: The Disappearance of the Presumption against Preemption in the Context of the FAA*. Denver University Law Review (2012)

27 AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 131 S.Ct. 1740 ,1742(2011)

28 9 U.S.C. § 2, FAA 的第二条规定“在任何海事或者商事契约中，为了用仲裁方式解决可能由于契约引起的或者由于拒绝履行契约全部或者部分引起的争执所作的书面规定，又或者将由于这种契约引起的、或者由于拒绝履行契约引起的现在的争执提交仲裁的书面协议，都是有效的、不可撤销的和有强制性的，但是具有法律或者衡平法所规定撤销契约的理由者除外。”

29 Jodi Wilson, *How the Supreme Court Thwarted the Purpose of the Federal Arbitration Act*. Case Western Reserve Law Review (Fall, 2012)

30 AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 131 S.Ct. 1740 ,1744-1753(2011)

Plans LLC v. Sutter 案（以下简称 Sutter 案），给集团仲裁的发展带来了希望。Stolt-Nielsen 案中当事人对集团仲裁问题在仲裁协议中没有约定时，留下来一些重要的问题有待解决：其中一个是：由谁来决定当事人的仲裁条款是否允许集团仲裁-----法院还是仲裁庭？联邦最高法院通过 Sutter 案解决了这个问题，即应该由仲裁庭来决定。

儿科医生 Sutter，是 Oxford 健康保险计划的被保险人，该保险合同提供医疗服务和支付医疗费，合同中的仲裁条款约定："本协议下的所有纠纷，都应该依据 AAA 的规则，由一位仲裁员，在新泽西州进行终局的仲裁。"[31] 2002 年 Sutter 在新泽西州的法院提出了集团诉讼，指出 Oxford 没有充分及时地对他和有相同 Oxford 合同的其他医生进行赔偿。Oxford 申请仲裁，法院裁定该案强制仲裁。双方当事人一致同意：仲裁员应该来决定他们的仲裁协议是否授权进行集团仲裁，该仲裁员认为是可以进行集团仲裁。根据 FAA 第 10 条（a）款（4）项的规定，Oxford 在州法院提出申请，要求以仲裁庭超裁为由撤销仲裁裁决。地区法院驳回了申请，第三巡回法院支持了地区法院的裁定。[32]

案件又回到了仲裁程序，此时，第三巡回法院正好对 Stolt-Nielsen 案作出裁定：仲裁庭只有在当事人授权的情况下，才能进行集团仲裁。在该案裁决之后，Oxford 马上让该名仲裁员重新对"沉默条款"作出解释，该仲裁员再次肯定了当事人的仲裁协议是支持集团仲裁的。

于是 Oxford 重新向法院提起了撤销该决定的申请，地区法院又驳回了该申请，第三巡回法院也依然支持地区法院的裁定。联邦最高法院也同样支持了第三巡回法院的裁定，认为：仲裁员没有超裁。联邦最高法院认为，根据 FAA 的规定，仲裁条款的解释权是属于仲裁庭的管辖权问题，只要仲裁庭是基于合同的解释做出的裁决，而不是简单地仲裁员的个人观点，法院是不能推翻该决定的。

三、美国集团判例规则的演变对集团仲裁发展的影响

（一）2003 年 Bazzle 规则对集团仲裁释放出的积极信号

2003 年 Bazzle 案对美国集团仲裁具有里程碑的意义，在 Bazzle 案中，美国联邦最高法院为仲裁庭允许集团仲裁提供了一个平台和一种可能。联邦最高法院对集团仲裁的态度变得积极起来，集团仲裁也开始频繁地出现在了美国人的视野中。

2009 年 9 月至 2010 年 5 月以来，已经有 135 名仲裁员或仲裁庭根据 AAA《集团仲裁补充规则》对仲裁条款的解释作出了裁决。在对集团仲裁"沉默"的仲裁条款案件中，70%的案件被仲裁员认定是允许集团仲裁的，[33] 这与 Bazzle 案件之前，联邦巡回法院的做法形成了鲜明的对比。

联邦最高法院对 Bazzle 案裁定几周之后，美国仲裁机构迅速作出了反应：2003 年 AAA 发布了对集团仲裁的新的政策：《集团仲裁补充规则》，规范了集团仲裁的程序。该规则规定了仲裁员必须决定是否适用仲裁条款进行集团仲裁。另外，规则去除了保密性推定，

31 Oxford Health Plans LLC v. Sutter, 133 S.Ct. 2064, 2065(2013)
32 Oxford Health Plans LLC v. Sutter, 133 S.Ct. 2064, 2066(2013)
33 James H. Carter & John Fellas，*International Commercial Arbitration in New York* .Oxford University Press, pp.322-327(2010)

开庭和裁决（包括仲裁请求和裁决）是公开的。该规则也规定了当事人间的仲裁条款没有规定集团仲裁时，可以进行集团仲裁。AAA 的《集团仲裁补充规则》与《美国民事诉讼法》第 23 条的规定非常相似。2005 年 JAMS，也发布了《集团仲裁规则》，该规则也与《美国民事诉讼法》第 23 条内容相似。[34]

Bazzle 案的裁定改变了法律的格局，即当仲裁条款对集团仲裁“沉默”时，无疑可以允许在仲裁中进行集团程序，仲裁员有权决定集团仲裁，他们同时也要面临与法院系统中进行集团诉讼相似的问题，如集团的确认、集团成员的通知等。[35]

（二）2010 年 Stole-Nielsen 规则推翻了 Bazzle 规则

在 Stolt-Nielsen 案件中，法院对集团仲裁的态度完全反转，推翻了在 Bazzle 案的裁定，对集团仲裁从支持转变为限制：从原来裁定“沉默条款”等于当事人合意集团仲裁，到现在“沉默条款”等于当事人没有合意集团仲裁。

集团仲裁为申请人，尤其是对于个人仲裁花费太多或者个人获得的补偿太小的这些纠纷,提供了一种解决纠纷的机制。集团仲裁的需求在未来不断增加同时，法院却不再重视集团仲裁的效益。总的来说，大公司一般都不愿意集团仲裁，所以他们可能对格式合同采取措施，使仲裁条款在集团仲裁问题上保持“沉默”。本案的裁定给这些大公司有空子可钻，因为当仲裁条款对集团仲裁沉默时，仲裁庭不得不裁定集团仲裁没有在仲裁协议的范围里。本案中联邦最高法院裁定仲裁员不能强制集团仲裁，因为这属于超裁。法院这样做实际上背离了十年来法律体系对仲裁程序的支持，导致仲裁员在实体上的裁决权利被削弱，暗中让商家占了上风，因为公司有权利起草“沉默”的格式合同，消费者或雇员较少提出可行的申请。 美国联邦最高法院的该裁定是一个对传统申请撤销仲裁裁决范围的扩张，因此导致该裁定引起了美国法律界的抨击。

（三）2011 年 Concepcion 规则对集团仲裁的限制

2003 年 Bazzle 案裁定后，也是美国集团仲裁经历了繁荣的十年之后，2011 年 4 月美国联邦最高法院对 Concepcion 案的裁定，使得集团仲裁雪上加霜，实质上进一步限制了集团仲裁未来的发展。尽管该裁定非常响亮地表达了对 FAA 的支持，但裁定的效果，对于较少议价能力的当事人尤其是消费者少有益处，在短期内不容置疑的对集团仲裁的明显不支持已经发生，当事人同意集团仲裁必须明示，否则“沉默条款”不再相当于同意。

Concepcion 规则，一方面受到了企业和商家的称赞，另一方面却受到了小额索赔和受到法人欺诈的当事人等的不满。法院认为仲裁具有快速、便捷、非正式和廉价的特点，但是，集团仲裁却不具有上述特征。多数意见认为，FAA 中法院对仲裁的司法监督的规定是有限的，有利于个人的基本权利，但是对于企业来讲伴随着风险的增加，是不利的。所以

[34] Fred Hagans & Jennifer B. Rustay, *Class Actions in Arbitation.* 25 The Review of Litigation. pp.300-302(Spring 2006)
[35] 同上 pp.300-309

集团行为对仲裁是不合适的，正如在 Stolt-Nielsen 案中，集团仲裁与双边仲裁有着根本的不同，与 FAA 不相符的。

（四）Sutter 规则给美国集团仲裁带来的希望

Sutter 案的结论是:“沉默条款”的解释权归属于仲裁庭。Sutter 案的该结论似乎给黑暗的集团仲裁撕出了一道亮光，意味着如果当事人申请仲裁，有可能进行集团仲裁。但是对于格式合同的制作方，拥有强有力的武器来避免进行集团仲裁，即只要约定集团仲裁弃权，就可以在合同中明确不允许集团仲裁。所以，那些原先的“沉默条款”，为了避免集团仲裁，开始纷纷改为集团仲裁弃权。[36]由此可见，Sutter 案对集团仲裁的影响是有限的。

四、美国集团仲裁判例规则与 FAA

1925 年出台的《联邦仲裁法》（FAA）是美国仲裁的法律框架，为仲裁提供了相对简单的程序法规，对集团行为或集团救济方面则无规定。随着美国联邦最高法院在上述四个里程碑的判例规则的相继做出，其对 FAA 的相关解释也发生了变化。

2003年以前，美国联邦最高法院认为：“FAA的立法目的就是让私人的仲裁协议具有强制执行力，所以我们拒绝将快速解决争议作为FAA压倒一切的目标。我们必须严格执行仲裁协议的内容，即使会导致零碎的仲裁申请。”[37] 因此，大多数联邦巡回法院认为，当仲裁协议对仲裁请求是否服从于集团仲裁的问题“沉默”时，法院没有权利强制进行集团仲裁。如果要进行强制集团仲裁，必须在仲裁协议中明示。[38]

2003年Bazzle规则，法院含蓄地表示集团仲裁在FAA之下是可行的程序。联邦最高法院的多数意见认为集团行为可以运用到仲裁中，而且应由仲裁员而不是法官首先对仲裁协议是否禁止集团仲裁作出决定，同时要与仲裁员的自裁管辖权的决定相符。Bazzle规则也表明集团仲裁的仲裁协议对该问题沉默（当事人对集团仲裁有预期的）时，能够使用。更不用说，Bazzle案以集团仲裁与FAA相符为前提（否则就没有让仲裁员来决定集团仲裁的基础），根据FAA第2条和第4条的规定完全可以执行。

2010年Stolt-Nielsen规则，法院对集团仲裁的态度有了很大的变化。与Bazzle案相似，Stolt-Nielsen案中的仲裁协议对集团仲裁也属于“沉默条款”，仲裁庭认为该协议没有阻止集团仲裁，裁决适用集团仲裁程序。而法院裁定与Bazzle案的裁决相背离，认为仲裁庭超裁。法院对集团仲裁进行了批评，认为集团仲裁与双边仲裁存在很大的不同，FAA的主要原则之一就是尊重契约自由，法院认为FAA的目的是为了让仲裁条款具有强制力，仲裁是双方的合意而非强迫，如果仲裁条款中对集团仲裁没有规定的，根据FAA的规定，集团仲

36 同上
37Dean Witter Reynolds, Inc. v. Boyd, 470 U.S. 213, 219-221 (1985).
38 See Am. Centennial Ins. Co. v. Nat'l Cas. Co., 951 F.2d 107 (6th Cir. 1991); Baesler v. Cont'l Grain Co., 900 F.2d 1193 (8th Cir. 1990); Protective Life Ins. Corp. v. Lincoln Nat'l Life Ins. Corp., 873 F.2d 281 (11th Cir. 1989); Weyerhaeuser Co v. W. Seas Shipping Co., 743 F.2d 635 (9th Cir. 1984); Phila. Reins. Corp. v. Emp'rs Ins. of Wausau, 61 F. App'x 816, 820 (3d Cir. 2003)； Champ v. Siegel Trading Co., 55 F.3d 269, 274-75 (7th Cir. 1995)

裁改变了仲裁是当事人合意的基本属性，所以不能进行集团仲裁。

仲裁庭认为判断是否可以进行集团仲裁的法律依据，是一个政策问题，但联邦最高法院认为仲裁庭的裁决没有依据两个实体法-----纽约州的法律和海商法对集团仲裁问题进行判断，仲裁庭的裁决是基于政策的考虑，而不是适用法律的结果，所以仲裁庭“超裁”，法院撤销了该仲裁裁决。Stolt-Nielsen 在推翻集团仲裁的仲裁裁决时面临着一个“高栏”，即 FAA 规定法院可以撤销仲裁裁决的四种情况：欺诈、腐败、不正当以及超裁。但是这个以超裁为由申请撤销仲裁裁决的事由，很大意义上扩大了 FAA 规定的“超裁”事由的内容，并为在今后的其他案件提供了依据。[39] 在发现 Stolt-Nielsen 的仲裁庭超裁之后，法院并没有依照 Bazzle 规则，而是由自己来决定集团仲裁问题，并且裁定根据 FAA 的规定，“沉默条款”是禁止集团仲裁的。法院认为 FAA 禁止仲裁庭在当事人没有合意的情况下授权集团仲裁，因为集团仲裁与双边仲裁在形式上和经济上显著地不同。[40]

2011 年 Concepcion 规则之前，在 Discover Bank v. Superior Court 案中，加州最高法院裁定：尤其是涉及到一方当事人强势，小额损害赔偿的消费者合同时，集团仲裁弃权是不正当的。最后，美国联邦最高法院认为加州法律无权处理 FAA 是否排除了集团仲裁的问题，FAA 优先于与之冲突的加州的法律，于是撤销了加州最高法院的裁定。Discover Bank 规则中的集团仲裁弃权是不正当，属于 FAA 第二条中保留条款的范畴。法院的多数意见认为 FAA 的首要目的就是保证仲裁协议依照其条款执行，而集团仲裁从根本上改变了仲裁的本质属性。Discover Bank 规则允许当事人对一个消费者合同事后提出集团仲裁，是与 FAA 相冲突的，因为与其说是当事人的协议还不如说是通过该规则强制进行仲裁。

2013 年的 Sutter 规则中，一方当事人依据 FAA 第 10 条（a）（4）寻求救济，“并不足以表示仲裁员犯了错甚至是严重的错误。” 因为当事人同意由仲裁员“对他们的仲裁协议进行解释”。因此，司法监督中涉及到的唯一问题是：仲裁员是否有权解释当事人的仲裁协议，而不是仲裁员对该协议的解释是否正确。案件中仲裁员对当事人的问题进行了回答：他考虑他们之间的协议以及决定该协议是否反映出允许集团程序，所以依据第 10 条（a）（4）的规定，充分显示了仲裁员没有超裁。

五、悬而未决的问题及对我国的启示

2019 年 4 月 24 日的 LAMPS PLUS, INC., ET AL.v. VARELA 一案的判决中，美国最高法院依照 FAA 认为约定不明确的协议无法提供必要的合同基础认定当事人同意将争议提交集团仲裁。从 2003 年到 2019 年的十几年间，美国联邦最高法院对集团仲裁态度的时而支持，时而限制，体现集团仲裁判例规则的变化，为此集团仲裁经受了磨难。这些磨难导致了引人注目的混乱以及当事人、法院和仲裁机构资源的浪费，已经威胁到了美国处于国际

39 Joseph E Neuhaus, *US Developments in Class Arbitration: What Comes Next?* http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/39/sections/137/chapters/1420/us-developments-class-arbitration-what-comes-next/ 2012-12-25

40 同上

领先的集团仲裁制度的生存。[41]

集团仲裁规则通过上述四个阶段的判例规则的演变，留下了一些问题尚待解决，需要今后立法加以补充：

1. Stolt-Nielsen 案之后，是否会导致一系列案件以超裁为由推翻仲裁裁决，从而获得对仲裁裁决进行司法监督法律依据上的一个新手段？

一种观点认为最高法院在 Stolt-Nielsen 案的裁定，是对传统申请撤销仲裁裁决范围的扩张，因此会导致仲裁裁决受到攻击。另一种观点认为基于该扩张理论不太可能导致许多仲裁裁决被撤销。对仲裁裁决司法监督的限制牢牢地嵌入在美国司法体系中，最高法院不太可能真正地打算发出一个转折点的信号。[42]

2. 仲裁条款中的集团仲裁“沉默条款”如何解释

在 Stolt-Nielsen 案之后，对“沉默条款”还有两个问题尚待解决：

（1）谁有权对仲裁条款进行适当的解释，是法院还是仲裁庭？

Stolt-Nielsen 案遗留下来第二个重要的问题是：仲裁条款是否允许集团仲裁，由法院还是仲裁员来决定？Oxford 案回避了该问题。

（2）如何对集团仲裁“沉默”，什么是仲裁条款代表性的解释？依据什么来解释？

2013 年的 Sutter 规则解决了第一个问题，美国最高法院裁定应由仲裁庭来对该条款进行解释。但是第二个问题却仍未解决。

3. 集团仲裁弃权的限制

根据 FAA 的规定，Concepcion 案承认了集团行为弃权的效力，但是集团仲裁弃权的行为在某些情况下，是否应对其进行限制？

加州下级法院继续与承认集团行为弃权的裁定作斗争的同时，也发现了一些有别于 Concepcion 案的情况：

（1）Concepcion 案不能适用于根据 2004 年《私人总检察长法案》（PAGA）提起的集团仲裁。[43]

（2）公共强制救济方面，法院对集团弃权的处理仍然不一致。[44]

（3） 美国全国劳资关系委员会依据《联邦劳动法》处理的一些案件，否定了集团行为弃权的约定。[45]

4. 美国集团仲裁的仲裁裁决在美国境外承认与执行问题

由于集团仲裁是美国特有的制度，美国仲裁机构作出的仲裁裁决如何在其他国家得到承认与执行？

41以 AAA 为例，Bazzle 案之后，该机构的集团仲裁的受案数量激增，而 Stolt-Nelsen 案之后，该机构的官网显示没有新受理案件的纪录。

42 Joseph E Neuhaus, *US Developments in Class Arbitration: What Comes Next?* http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/39/sections/137/chapters/1420/us-developments-class-arbitration-what-comes-next/ ，2012-12-25

43 Keerthi Sugumaran, *Arbitration –United States Supreme Court Sounds the Death Knell for Class Arbitration*. Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy (2011) P119

44 同上 Pp120-121

45 National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 157-158(2006)

美国联邦最高法院对集团仲裁态度的几经变化，加上该制度本身也存在许多问题还未解决，无论是理论界还是司法实践中，对集团仲裁的争论也从未中断过，所以集团仲裁在美国的最新发展并不顺利。通过上述联邦最高法院的判例，可以追寻到法院对集团仲裁态度变化的轨迹：不鼓励——支持——限制——进一步限制——又有松动，呈波浪型。尽管2013 年的 Sutter 案，联邦最高法院对集团仲裁态度又有了些松动，但由于集团仲裁主要是发生在格式合同的一些纠纷中，基于 Concepcion 案，格式合同的制作者完全通过仲裁协议中的集团仲裁弃权来对付，所以，Sutter 案对集团仲裁的发展，起到的作用是有限的。

从集团仲裁的发展过程不难看出，是追求仲裁的本质属性鼓励仲裁，还是保护雇佣合同和消费者合同等弱方当事人利益之间，法院的态度一直摇摆不定。联邦最高法院在 Stolt-Nielsen 案和 Concepcion 案中的裁定，是否敲响了美国集团仲裁的丧钟，尚待分晓。

美国集团仲裁对我国的启示：

第一，集团仲裁对解决集团仲裁尽管一直存在争议，仍然是解决群体性合同纠纷，保护弱方当事人的利益的有效的途径。美国集团仲裁的规则演变，为其他国家包括我国在寻找群体纠纷有效的救济途径提供丰富的经验和教训可以借鉴， 我国可以考虑在时机成熟时引入集团仲裁制度，并且要在保护弱方当事人利益和尊重仲裁本质属性之间找到平衡。

第二，集团仲裁多集中含有仲裁条款格式合同的大规模纠纷中，我国可考虑在特许经营权、消费者、雇佣、金融、海事和反垄断等广泛适用格式合同领域中适用集团仲裁制度。证券欺诈、环境污染、产品责任等引发的群体性纠纷，是侵权纠纷，侵权纠纷当事人很少事先定有合同和达成仲裁协议的，所以并不适合适用集团仲裁制度。

第三，我国可以借鉴美国集团仲裁判例规则，在确定维护弱方当事人利益的前提下，由仲裁庭来确定“沉默条款”是否可以进行集团仲裁，同时应规定集团仲裁弃权无效。

第四，仲裁机构应制定集团仲裁规则，结合我国的具体情况，借鉴 AAA 的《集团仲裁补充规则》和 JAMS 的《集团仲裁程序》的有关规定。

美国“公平贸易”政策：单边主义特性、私力救济本质及其政治根源

杨子涵，华中师范大学法学院，国际法硕士研究生

摘要：“公平贸易”是起源于欧洲的贸易理念，传入美国后历经内涵变迁、藉据立法完善的进程而逐步由一种理念升格为一项政策，几经调整并持续适用于美国对外事务之中。单边主义是该政策在内涵变迁及法律发展过程中显现出的特性，私力救济是其深层的政策逻辑。本文梳理美国“公平贸易”政策的法律发展史，探讨该政策的单边主义特性、私力救济本质及其合法性；同时，美国国内政治情形赋予“公平贸易”政策强大的政策惯性，揭示“公平贸易”政策的政治根源，对该政策在美国贸易政治中未来的长期性作出预测。

关键词：公平贸易；单边主义；私力救济；美国贸易政治

作者简介：杨子涵（1996-），男，汉族，湖北武汉人，硕士研究生，华中师范大学法学院，研究方向：国际公法。

2021 年 3 月 1 日，拜登政府发布《2021 年贸易政策议程》，将“加强贸易执法”、“通过综合战略应对中国的胁迫性和不公平经济贸易行为”列为施政重点，“公平贸易”政策实现了在美国贸易政治中的延续。[1]自特朗普入主白宫，美国于多边贸易体制之外频启“公平贸易”政策打击他国所谓“不公平贸易行为”，以期贯彻“美国优先”的政策理念。从拜登的施政纲领来看，“公平贸易”仍是美国在贸易政策上的选择。肇始于上世纪 70 年代的“公平贸易”政策从未像当下这般被美国奉若圭臬。如今贸易事实上成为美国竞逐政治、安全利益的主要手段，“公平贸易”作为美国贸易史上沿革已久的重要国策业已方针化，对该政策的研究无疑兼具理论及现实意义。

一、美国“公平贸易”政策在其法律发展中显现的单边主义特性

公平贸易（fair trade）概念孕育于欧洲，双边主义乃至多边主义是公平贸易的本质属性。15 世纪至 18 世纪间，欧洲国家普遍奉行重商主义经济思想，对他国进口施加严苛的限制。亚当·斯密（Adam Smith）曾在其 1776 年出版的著作《国富论》中评价称：“这种相互的限制，几乎断绝了国家间一切的公平贸易。”[2]19 世纪 80 年代，在以英国为代表的欧洲国家由重商主义向自由贸易转轨的途中，各国因政策调整步调不一，产生了已然转向自由贸易与仍然滞留于保护主义的“时间差”。于是，公平贸易首度作为国家层面的诉求与理念应运而生。此时的公平贸易，其内涵带有内生的朴素性，即一国为缩小与另一国之间因在贸易政策上的差异而造成的贸易逆差，从而倡导树立的一种能够在更大程度上保障双方贸易公平的理念。可见，双边主义乃至多边主义是公平贸易的本质，这是自由主义经济发展的必然要求与题中之义。

[1] Office of the United States Trade Representative, The President’s 2021 Trade Policy Agenda, March 2021, p.1-6.
[2] [英]亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究（上卷）》，王亚南译，商务印书馆 1972 年版，第 227 页。

美国建国后，在贸易政策上倾向保护主义。19 世纪末期至 20 世纪 30 年代是美国尝试向自由主义的转变时期，欧洲的公平贸易思想也随之被引入。但是，美国的贸易政策在总体上仍然保持着保护主义传统。在保护主义与自由主义的矛盾交织下，美国的“公平贸易”从一开始便带有单边主义色彩，在法律形式上呈现出反向规范的特征。1886-1887 年美国第 49 届国会中的一份行政文件指出，瑞典为反报英国的不公平贸易行为而征收的保护性关税，反映着公平贸易精神（a spirit of fair trade）[3]。可见，美国从一开始就认为，公平贸易的核心要义是通过反制“不公”来实现“公平”。这种单边主义的理解贯彻到了美国早期贸易立法中，《1922 年关税法》（Tariff Act of 1922）第 316 条规定，如果关税委员会（Tariff Commission）调查发现本国进口贸易中遭遇不公平竞争方法及不公平行为，应向总统报告，总统有权对相关产品加征关税或对其颁布禁令。《1930 年关税法》（Tariff Act of 1930）第 337 节（即美国贸易法“337 条款”），也要求关税委员会对本国市场中的不公平进口行为展开调查，并提交总统酌情施以制裁。1933 年《国家工业复兴法》（National Industrial Recovery Act）授权总统颁布公平竞争命令（code of fair competition），以加征关税、设置配额甚至全面禁止出口的方式制裁外国的不公平竞争行为。[4]

以 1934 年罗斯福政府颁布《互惠贸易协定法》（Reciprocal Trade Agreements Act）为标志，美国贸易政策正式由保护主义转向自由贸易。罗斯福在提交该法草案时认为：“其他国家正在通过互惠贸易协定谈判而赢得越来越多的国际贸易份额……如果（政府）无法做到在某一特定时刻迅速改变与其他国家打交道的条件，那它就无法充分保护其贸易免受歧视待遇、免受对其利益造成损害的讨价还价。”[5]罗斯福呼吁各国秉承普惠、开放、公平的贸易理念，希冀各国皆确立起贸易互惠体制。美国自身则率先垂范，《互惠贸易协定法》建立起辐射北美乃至欧洲的互惠贸易体制，该体制倡导下的双边谈判和多边协定扭转了大萧条以来西方各国高筑壁垒的贸易保护主义趋势；以此为开端，二战后，美国正式主导建立起自由主义经济秩序，即关税与贸易总协定框架下的国际贸易体制，1994 年发展成为世界贸易组织。

总结历史经验不难发现，在国际贸易领域，一国通常会在实力对比占据优势时倾向自由贸易，反之则回归贸易保护。以英国为鉴，其在“日不落帝国”鼎盛时期大力倡导自由贸易，而在 19 世纪末期实力衰退之际，国内贸易保护之风卷土重来，涌现出大量以保护本国贸易利益为核心诉求的社会团体——巧合而又耐人寻味的是，这些崇尚贸易保护的社团却多冠有“公平贸易”之名（如“全国公平贸易联合会”、“互惠公平贸易协会”等）。英国的历史实践无疑为我们理解美国“公平贸易”的内涵提供了参照系。

从 1934 年互惠贸易体制建立到二战后相当长一段时间内，美国经济实力独占鳌头，对

[3] United States Department of State ,The executive documents of the House of Representatives for the second session of the forty-ninth Congress.(1886-1887)
[4] 席桂桂,陈水胜：《精致的公平?奥巴马公平贸易观与对华贸易政策》，载《美国问题研究》2012 年第 2 期。
[5] [美]道格拉斯·欧文：《贸易的冲突：美国贸易政策 200 年》，余江等译，中信出版社 2019 版，第 495 页。

外贸易蓬勃发展，美国“公平贸易”的内涵趋近其多边主义的原意，表现为正向的积极规范，带有保护主义色彩的那一面得到抑制。如前述打击外国不公平贸易行为的“337 条款”，就在 1936-1968 年间陷入停滞：关税委员会收到 66 件救济申请，仅作出三项肯定性裁决，而总统未对任何一项裁决签发禁止进口令。[6]

20 世纪 60 年代伊始，国际贸易形势发生变化[7]，美国开始重新审视贸易的公平属性，“公平贸易”随即又呈现出反向规范的特征——责难他国的“不公平贸易行为”，并施以制裁来谋求国际贸易重回美国标准下的“公平”。我国国际贸易法专家杨国华教授将该现象描述为“逝去的巨人综合征”，即强国在实力相对衰退时，极易认定他国的成功是通过不正当手段获取的。[8]美国国际贸易专家戈德斯坦（Judith L. Goldstein）对此评价称，现代美国“公平贸易”政策的确立很大程度上源于对战后国际贸易体制中外国“作弊行为”的担忧。[9]1972 年 9 月 25 日，尼克松总统在世界货币基金组织和世界银行理事会年度会议上指出：“只有一种协定值得达成，那便是双方都遵守的协定。鄙人还只是一名法学本科新生时，合同法教授就告诉我——合同只在各方信守时才有价值”，针对他国违背贸易协定而获取不公平竞争优势的情形，“美国必须采取更加大胆的行动以建立更加公平和开放的国际贸易环境”。[10]而所谓“更加大胆的行动”，便是将单边主义贯彻到国内层面的贸易立法与执法之中。

在现实需要下，“公平贸易”由理念向政策演进的序幕于此时拉开。理念的政策化需要一系列连续的立法确认，美国“公平贸易”从贸易理念转换为贸易政策这一进程，集中体现在 70 年代初期到 80 年代末期国内立法中一系列针对性条款的沿袭、新设与完善之中。[11]这些法律条款大体分为两类，共同构造出美国“公平贸易”政策攻守兼备之特点。第一类为攻击型条款，是指美国针对在出口贸易中遭受的“不公正、不合理及歧视性”待遇而设置的一系列配套法律武器，主动出击以期消除其他国家对美国商品、投资或服务的市场准入限制及其他贸易壁垒等限制措施，声名显赫的“301 条款”即属此类。第二类为防守型条款，是指美国贸易法为了防止进口给国内产业带来的损害而采取多种救济措施以实现对国内市场的全面防守；这类条款针对美国进口贸易而设置，为反制外国出口品对本国产

[6] [美]布鲁斯·克拉伯：《美国对外贸易法和海关法》，蒋兆康等译，法律出版社 2000 年版，第 596 页。转引自钟山主编：《美国 337 调查规则、实务与案例》，知识产权出版社 2012 年版，第 5 页。

[7] 自进入 50 年代以后，美国的国际收支开始出现逆差，1950 年为 18.4 亿美元，1953 年为 12.86 亿美元，1959 年为 12.8 亿美元；1960 年美国的黄金储备从 1948 年的约 244 亿美元，下降到 178 亿美元；经济增长率也止步不前。60 年代后期，西欧与日本基本完成战后重建，美国出口贸易遭受冲击，国内出现通货膨胀，失业率攀升。

[8] 杨国华：《美国贸易法“301 条款”研究》，法律出版社 1998 年版，第 86 页。

[9] See Judith Goldstein, “Ideas, Institutions, and American Trade Policy,” *International Organizatio*n ,Winter 1988, pp.197-209.

[10] Richard Nixon, Remarks at the Annual Meeting of Boards of Governors of the International Monetary Fund and the International Bank for Reconstruction and Development Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project https://www.presidency.ucsb.edu/node/255041

[11] 其间推动美国“公平贸易”政策化进程，体现出作为其法律构成之系列条款的法律发展史的贸易法案有：《1962 年贸易扩展法》（The Trade Expansion Act of 1962）、《1974 年贸易法》（Trade Act of 1974）、《1979 年贸易协定法》（Trade Agreement Act of 1979）、《1984 年贸易与关税法》（Trade and Tariff Act of 1984）以及《1988 年综合贸易与竞争法》（Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988）。

业的损害而提供救济——美国贸易法中的“201 条款”、“232 条款”、“337 条款”以及系列反倾销与反补贴条例便在此列。

就立法演进层面而言，“公平贸易”作为美国一项重大的贸易政策于 20 世纪 80 年代后期成熟稳固。目前学界主流观点认为，里根政府《1988 年综合贸易与竞争法》的出台，标志着美国贸易政策由自由贸易向“公平贸易”的转轨。这部法律是此前数部贸易法的集大成者，整理汇聚“公平贸易”政策下的多项条款，喻示美国“公平贸易”内涵发生变迁，从自由贸易体系下一厢情愿的价值倡议全面转变为立足于国内法律的政策工具。此后，美国或以颁布贸易法案（修正案），或以《联邦公报》布告的形式，对“公平贸易”政策下的部分条款规则进行过细微调整，但于政策整体而言无关痛痒。

二、美国“公平贸易”政策私力救济的政策逻辑及其合法性疑题

意欲借助正向规则来实现贸易公平何其困难，可从反面去打击贸易不公却容易得多。美国“公平贸易”政策在制度设计与具体适用两个层面上皆呈现出反向规范的特征，指认他国“不公平贸易行为”如何侵害本国利益，并据此附以相应“救济”措施。予以受害者更多的同情是人性使然，凭借受害者的身份寻求相应补偿救济也是理之当然，该政策似乎随之在伦理上具备一定的合理性。

在制度设计层面，“受到侵害——寻求救济”是该政策适用的逻辑路径。具体考察各条款之规定，不难发现美国“公平贸易”政策业已形成一定的文本模式：“一旦（他国/他国商业实体的不公平贸易行为侵害美国利益）……，（相应权力机构）便有权（寻求相应救济措施）……”。此逻辑路径在程序上赋予美国师出有名的行动依据。譬如“301 条款”规定：一旦美国依据任何贸易协定所应享有的权利遭到否定；或者外国的某项立法、政策或做法违反贸易协定、与协定不相一致，或者其他不公正、不合理、歧视性的行为给美国商业造成了负担或限制，美国贸易代表办公室（USTR）便有权采取一切适当、可行的措施强迫其改变如上的做法。又如“337 条款”规定：一旦外国货物在向美国进口或销售过程中，其所有权人、进口人和收货人采取的不公平竞争方法和不公平做法，对美国产业、商业和贸易造成破坏、实质性损害、限制或垄断，又或侵害了受美国法律保护的知识产权，美国国际贸易委员（USITC）会便有权对其颁布包括有限排除进口令、普遍排除令、停止令、临时排除令、扣押与没收令在内的系列救济措施。再如“201 条款”规定：USITC 对进口至美国的产品进行全球保障措施调查，一旦发现对产品进口增加对美国国内产业造成严重损害或严重损害威胁，美国总统便有权对其做出最终措施决定。

在这一规则模式下，条款的执行沿循高度相似的程序路径：对外国贸易行为发起调查--认定该国违反多边贸易规则或侵犯美国利益--采取相应的制裁措施。这种做法非常类似于国内法意义上的“私力救济”。私力救济(private remedy)是相对于公力救济（public remedy）而言的，是指权利主体在法律允许的范围内，依靠自身的实力，通过实施自卫行为或者自助行为来救济自己被侵害的权利。行走于公力救济边缘的私力救济，是人类社会最初的也是历史最为悠久的权利救济方式。在英美法系传统中，私力救济只要不“妨碍社会安宁”（break the public peace）或者违反法律规定，皆为合法。[12]

[12] The Real Life Dictionary of the Law, General Publishing Group. 转引自徐昕：《论私力救济》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 98 页。

这样的法理在国际法中同样是成立的。在国际社会中，由于无政府状态的长期存续，传统国际法中并不存在真正意义上的公力救济，国际社会的基本单位主权国家都以“自助”（self-help）的形式实行自我救济，还报、报复、自卫等方式乃国家合法的救济方式。国际法对私力救济的宽容度向来很高，格劳秀斯等早期的公法学家认为，即便是国际关系中最为极端的私力救济手段——诉诸战争权（*jus ad bellum*）作为主权性权利也是被允许的。[13]举重以明轻，从这个角度来看，美国在其国家利益受到损害的时候，采取单边贸易制裁的方式进行还报、报复当然属于其主权性权利，具有自然法意义上的合法性。

但是，无政府状态并非必然导致公力救济的不存在。现代国际法的发展不仅表现在实体法上，诸多领域程序法也有了极大的进展。公力救济的核心是“裁判官的救济”（*remediuum praetoris*）,这一核心要义在罗马法中就已经存在。私力救济是在公力救济无法解决的情况下，迫不得已采用的一种救济方式。应用到国际关系中，只有一个问题领域的国际争端尚未形成健全的国际法体系的时候，主权国家才能够诉诸私力救济。否则，即构成违法。值得说明的是，现代国际法中公力救济的权威与约束力之法律渊源在于主权国家之间的合意，通常以基于条约或者协议的争端解决机制为依托。具体到国际贸易领域，GATT 和 WTO 下的争端解决机制对其广泛的参与者而言，便是具备约束力的公力救济途径。这为探究美国“公平贸易”政策及其实施的合法性提供了一种思路。

在 GATT 体制下，美国“公平贸易”政策及其实施有一定的合法性空间。其一，这种合法性部分来源于 GATT 本身及其争端解决机制的不完备。应当承认，GATT 下的争端解决机制是一个缺乏预设性、完整性和统一性的纪律约束机制，而不是具有强制力的国际司法机制。[14]GATT 争端解决机制因其在内容和程序上的缺陷而延宕无力，且不论定案裁决的周期冗长，即便得出了专家组报告，在实践中缔约方是否遵守并执行也全凭国际信誉与行动自觉。可以说，GATT 争端解决机制既不具备定分止争的法律权威，也难以实现公力救济的权利保障功能。因而遵循上述的法律逻辑，至少在这一时期，国际法层面争端解决的“公权”缺位赋予了美国单边贸易制裁一定的合法性。其二，从美国国内法的角度来看，相较于诉诸 GATT 争端解决机制，优先适用“公平贸易”条款也并不违法。事实上各国通过《关贸总协定》的方式并不相同，因而其之于各国的法律效力也是有差异的。譬如日本是将《关贸总协定》作为正式国际条约加以批准，而美国仅将其认定为行政协议，效力位阶是低于作为联邦法之构成的“公平贸易”条款的。其三，实践表明美国有能力左右 GATT 下的争端裁决，藉此将本国的单边制裁行为合法化。70 年代末，美国 Kuhlman 公司以加拿大 Wall-bank 公司向美国出口的汽车自动弹簧侵害美国专利为由, 引用“337 条款”向 USITC 提请申诉。USITC 于 1981 年 8 月 10 日对该产品颁布普遍排除令，全面禁止其进口。同年 9 月，加拿大政府以美国“337 条款”违反 GATT 义务为由向争端解决机构提起申诉。该案件引发激烈讨论，多方意见认为“337 条款”及其执行是对 GATT 协定项的违反。但在美国暗示此案的结果不会影响今后其他国家对“337 条款”申诉的前提下，专家组通过了一份认定美国相关涉案事实可以适用 GATT 第 20 条第 4 款之例外进而具有合法性的裁决报告。[15]这也从另一个侧面说明 GATT 争端解决机制作为公力救济机关的不适格性。

而当乌拉圭回合谈判落下帷幕，WTO 规则革故鼎新之际，美国“公平贸易”政策及其

[13] [荷]胡果·格劳秀斯：《战争与和平法（第一卷）》，马呈元译，中国政法大学出版社 2015 年版，第二章“论战争的合法性”及第三章第一部分“论公战与私战的区别”，第 55-113 页。
[14] 沈伟：《多边贸易争端解决机制的演进和法律特性》，载《法商研究》1996 年第 4 期。
[15] Imports of Certain Spring Assemblies, Panel Report of 26, May 1983, GATT, BISD 107-128 (30th Supp 1984).

实施的合法性基础便大打折扣。其一，WTO 在 GATT 的基础上实现了“权力本位”向“规则本位”的过渡，全新的 WTO 规则将单边贸易措施完全排除在外[16]；而对比 GATT 争端解决机制，全新的争端解决机构（Dispute Settlement Body，简称 DSB）被认为是由美国理念主导的合理设置[17]，已经完备对缔约方进行强制管辖与独立裁判的“公权”职能，机制缺陷已不再是寻求私力救济的合法性辩护事由。因此，美国作为缔约国直接无视 WTO 规则径行寻求国内贸易法上的私力救济便是违法的。

其二，美国将诉诸“公平贸易”条款的优先级置于 WTO 争端解决规则之前的合宪性是晦暗不明的。1994 年，美国国内对是否加入 WTO 体制并接受其严格规制有过激烈的论战。在此背景下，克林顿政府公然声明现有美国贸易法绝不会受制于乌拉圭回合协定，法律冲突之下以美国国内法为准——“任何乌拉圭回合协定之规定，亦或此规定对任何个人及任何情势之适用，均不得违背任何现行美国法律……此外，《乌拉圭回合协定法》中的任何内容，均不得解释为……对任何美国法律赋予的任何权限之限制，除非该法中另有特别规定。”[18]《乌拉圭回合协定法》正是基于这样的“保证”才得以在国会通过。然而，依据《美利坚合众国宪法》第六条规定，经美国国会批准的国际条约与联邦法律处于同一位阶；同时，结合美国联邦最高法院的司法判例来看，处在同一位阶的法律应遵从“后法优于先法”的法理。[19]由此看来，克林顿政府的声明合宪性存疑，美国依据《乌拉圭回合协定法》向 DSB 寻求公力救济理应比启用“公平贸易”条款进行私力救济具备更高的优先级。

其三，美国“公平贸易”条款及其实施在 DSB 中的多次裁断结果为其打上合法性不足的司法烙印。1995 年至 1997 年间，USTR 共发起了 21 项针对 WTO 成员国的“301 调查”，其中有 14 项被移送 DSB 管辖。案件进入司法程序后，美国转而完全遵从了 WTO 规则，USTR 既没有它们作出单方面的认定，也未单方面地采取未经 WTO 授权的任何制裁措施。[20]2003 年 1 月，DSB 对“美国 201 条款钢铁保障措施案”作出美国败诉的终局裁断，责成其取消原有的单边贸易措施，遵从 WTO 协定下义务。[21]虽然美国屡屡依据国内法启用“公平贸易”条款，但在 WTO 规则的形格势禁与他国迄未止息的合法性质疑下，深感掣肘。

2019 年 3 月，USTR 发布《2019 年贸易政策议程》，指责 WTO 规则已经“完全失败”，无力处理当下的“不公平贸易行为”，并声称美国此前过于重视 WTO 争端解决机制而忽视了国内贸易法的作用，是一个极具损害的错误；[22]同年 12 月，在美国的多重阻挠下，WTO 上诉机构陷入停摆。从这个意义上看，此前特朗普政府意图跳出多边贸易体制之举，或许

[16] 参见孔庆江：《浅论单边贸易措施的适法性》，载《现代法学》第 28 卷第 6 期；何力：《美国“301 条款”的复活与 WTO》，载《政法论丛》2017 年第 6 期；孔庆江：《WTO 与单边贸易措施适法性分析》，载《国际经济法学刊》2018 年第 3 期；刘瑛,刘正洋：《301 条款在 WTO 体制外适用的限制——兼论美国单边制裁措施违反国际法》，载《武大国际法评论》2019 年第 3 期。

[17] 事实上，WTO 争端解决机制正是在美国的极力倡导下建立。乌拉圭回合谈判后期，美国主张建立一个具有司法强制性的争端解决机制，该主张在各方诉求中占据上风。有学者认为，美国对 WTO 争端解决机制的贡献巨大，甚至于这个机制就是“301 条款”的国际化翻版。参见 Judith H.Bello, Alan F. Holmer, The Post-Uruguay Round Future of Section 301, *Law and Policy on International Business*, Vol. 25, 1994.

[18] Uruguay Round Agreements Act, H.R. 5110, 103d Cong., 2d Sess.§102 (1994).

[19] 美国联邦最高法院在诸多判决中适用了“后法优于先法”的原则，如“布雷德诉格林尼案”[*Breard v. Greene*, 523 U.S 371 (1998)]、“惠特尼诉罗伯逊案”[*Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190,194(1888)] 等，参见 [美] 巴里・E.卡特、艾伦・S.韦纳著：《国际法》，冯洁菡译，商务印书馆 2015 年第六版。

[20] Matthew Schaefer, Section 301 and the World Trade Organization: A Largely Peaceful Coexistence to Date, Journal of International Economic Law, Vol.1, No.1, 1998, p.156-160.

[21] See Report of the Appellate Body on United States - Definite Safeguard Meaures on Imorts of Certain Sel Products, 10 Nov. 2003.

[22] Office of the United States Trade Representative, The President’s 2019 Trade Policy Agenda, March 2019, p.5-6.

意在彻底消解美国单边行动的合法性争议，为其依据国内法寻求贸易领域的私力救济披上合法的外衣。

三、美国“公平贸易”政策的政治根源及其长期性

“公平贸易”作为一项贸易政策，迄今已在美国贸易政治中存续近五十年，适用于政见各异的十余届政府，展现出强大的政策惯性。从外部看，与美国在对外事务上的利益目标高度契合是该政策的内在禀赋；向内观之，美国对贸易政策的制定过程体现着多个利益主体的博弈与妥协，美国特有的政治生态孕育了“公平贸易”政策持久的生命力。

综观美国贸易政策史，自上世纪 60 年代伊始，自由贸易与“公平贸易”的矛盾交织便贯穿其中。事实上，在相当长一段时间内两者并无冲突，甚至是相伴相随的同源概念，但在 1968 年的总统大选中，自由贸易与“公平贸易”首度出现分野。面临当时恶化的国际贸易形势，民主党相信坚守自由贸易将会扭转败局，而共和党承诺将采取更强硬的贸易政策，其竞选政纲宣称“由于歧视待遇和不公平贸易行为，数千个工作岗位已经流失到了外国生产商那里。国务院在与出口国磋商协议时应当打起十二分精神，确保实现公平竞争……必须采取具体的应对措施，直到重新建立公平竞争为止。”[23]这样的表态无疑振奋了深受外国进口影响的美国工人阶层和企业主，为共和党赢取了致胜的选票优势。政客们机敏地察觉到，相比于自由贸易政策，“公平贸易”的措辞更适于竞选活动或集会拉票，利于加固选票基础。[24]基于此，“公平贸易”逐渐从自由贸易中抽离出来，愈加频繁地独立体现在党派的政治诉求之中，进而左右了其后几十年中美国贸易政策的着力点。

自由主义和保护主义的对弈是美国贸易政治的显著特征，而“公平贸易”政策为两者提供各退一步的“中间路线”。每当国际贸易逆差等因素导致来自国内利益集团的压力激增时，政客们便会将不利形势归咎于他国“不公平贸易行为”，甚至在实践中衍生出了相似的话语模式：他国不公平贸易行为是对美国利益/自由贸易的侵害，美国遵循自由贸易原则，但自由贸易同时也必须是公平贸易。[25]此类措辞含括三重意蕴：其一，将造成国内不利形势的责任转嫁他国，规避政治风险；其二，申明美国对国际经济秩序的遵从，在维持美国的国际声誉的同时安抚国内的贸易自由派；其三，暗示政府会诉诸行动维护其遭受侵害的利益（事实证明这些行动皆带有浓烈的单边保护主义色彩），以讨好国内支持贸易保护的利益团体。如此，“公平贸易”政策便得以在美国贸易政治中保持左右逢源的微妙平衡，成为政治家们既解决国际贸易问题又赢取国内政治资本的一味“灵丹妙药”[26]。

[23] [美]道格拉斯·欧文：《贸易的冲突：美国贸易政策 200 年》，余江等译，中信出版社 2019 版，第 620 页。
[24] 孔庆江、刘禹：《特朗普政府的“公平贸易”政策及其应对》，《太平洋学报》2018 年第 10 期。
[25] 笔者考察了尼克松至特朗普间历任总统的竞选政纲、公开发言及政策文件，均发现此类表述。详情见美国总统计划官网：https://www.presidency.ucsb.edu 检索关键词 free trade/fair trade。
[26] James Bovard, *The Fair Trade Fraud : How Congress Pillages the Consumer and Decimates American Competitiveness*, St.Martin’s Press, 1991, p.1.

1971 年 10 月 7 日，尼克松总统在白宫发表电视讲话称：“只要他国在自由贸易同时也做到公平贸易，美国便会继续奉行自由贸易。”[27]此言弦外之音便是，若其他国家不能做到美国所谓的“公平贸易”，那么美国便有理由背弃自由贸易规则而诉诸单边行动。又如，《1988 年综合贸易与竞争法》的一份修正案中设有一项金额目标，美国意图据此金额目标制裁对本国保有贸易盈余的国家，这显然是单边制裁措施，政客们却将其修辞为“公平贸易”行为。[28]而几乎在每一次以单边贸易制裁胁迫使他国妥协后，时任美国总统都会高调发表“胜利声明”，宣告“公平贸易”的胜出。1986 年 7 月 31 日，迫于美国启动“301 条款”对其施加贸易制裁之威胁，日本在美日半导体贸易争端中全面让步，与美国签署《半导体贸易协议》。同日，时任总统里根发表声明，称这份协议是“朝向自由而又公平的国际贸易迈出的重要一步”，日本的全方位妥协证明了“加强执行美国现有贸易法可以打开外国市场”，并赞扬该协议营造出“既遵循自由贸易又坚持公平贸易”的美妙氛围。[29]面临他国的批评与质疑，美国政客用以驳斥的理由竟是“眼下的单边行动是为了长远的多边机制”。[30]2016 年 11 月，特朗普在谈论其贸易政策改革构想时指出：“自由贸易必须也是公平贸易。施行贸易保护并非我们的目的，追究他国应负的责任才是美国贸易政策的目标。”[31]

此外，对“公平贸易”政策的青睐并非个别领导人的政策偏好，“公平贸易”事实上已经超越党争而在美国高层政治中达成共识。从经验主义的角度来说，“公平贸易”政策的法律适用贯穿了尼克松至特朗普的十余届政府，其适用频次随着国际、国内形势的变化有高峰也有蛰伏，但总体保持着强大的政策惯性。

表 1：美国“公平贸易”政策适用频次一览（1975-2019）[32]

	GATT 体制后期（1975-1994）	WTO 体制下（1995-2016）	特朗普执政时期（2017-2019）
“301 条款”	96 次（4.8 次/年）	20 次（0.9 次/年）	1 次（0.3 次/年）
“201 条款”	63 次（3.2 次/年）	10 次（0.5 次/年）	2 次（0.7 次/年）
“232 条款”	16 次（0.8 次/年）	2 次（0.1 次/年）	5 次（1.7 次/年）

[27] Richard Nixon, Address to the Nation on the Post-Freeze Economic Stabilization Program: "The Continuing Fight Against Inflation." Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project https://www.presidency.ucsb.edu/node/240998

[28] Stanley D.Nollen & Dennis P. Quinn, “Free trade, fair trade, strategic trade, and protectionism in the U.S. Congress, 1987-88. ” *International Organization* 48,03 (1994).

[29] Ronald Reagan, Statement on the Japan-United States Semiconductor Trade Agreement Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project https://www.presidency.ucsb.edu/node/259355

[30] Warren Maruyama, “Section 301 and the appearance of unilateralism,” *Michigan Journal of International Law*, 1990,11(2), p.394-402.

[31] Donald J. Trump, Press Release - Reforming the U.S.-China Trade Relationship to Make American Great Again Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project https://www.presidency.ucsb.edu/node/314570

[32] 数据来源：“Table 2: Trade-Remedy and Reciprocity Cases Initiated in the United States, 1975-2018”, see Craig VanGrasstek, *The Trade Policy of the United States under the Trump Administration*, EUI Working Paper RSCAS, European University Institute, 2019.11; 笔者在新增“337 条款”数据与 2019 年数据的基础上有修改，数据源自 ITC 官网：https://www.usitc.gov.

“337条款”	352次（17.6次/年）	664次（30.2次/年）	156次（52次/年）
反倾销条例	418次（20.9次/年）	268次（12.2次/年）	98次（32.7次/年）
反补贴条例	239次（12.0次/年）	130次（5.9次/年）	63次（21.0次/年）
总计	1184次（59.2次/年）	1114次（50.6次/年）	325次（108.3次/年）

从选民政治的现实角度来看，新近大选中两党多位具备竞争力的参选人都是“公平贸易”的拥趸。在 2016 年大选中，除了共和党人特朗普外，民主党参选人伯尼·桑德斯（Bernie Sanders）曾强调：“我不再相信不受限制的自由贸易，我笃信的是为美国中产阶级和工薪家庭而战的公平贸易。”[33]民主党总统候选人希拉里·克林顿（Hillary Clinton）也表示，将把“巧且公平的贸易”（smart and fair trade）作为其政策选择。[34]2020年大选中，特朗普与拜登在对“公平贸易”政策的理解与选择上基本步调一致。[35]

归结来看，面对来自支持自由贸易抑或贸易保护的两大利益集团的双重压力，兼具两者特质的“公平贸易”政策似乎是能够游刃其间的最优选择。短期来看，美国国内自由贸易与贸易保护的博弈无停歇之可能，因而基于选民政治的迫切需要、长期以往的政策惯性、国家利益的综合考量和新近大选的现实状况，有理由相信“公平贸易”政策将会是美国贸易政治的长期选择。

[33] Bernie Sanders on Free Trade, Source: MSNBC Democratic primary debate in New Hampshire, Feb 4, 2016 http://www.ontheissues.org/2016/Bernie_Sanders_Free_Trade.htm

[34] Jared Bernstein, “Hillary Clinton Calls for ‘Smart and Fair Trade.’ What Is That?”, Wash. Post (Oct. 3, 2016) Cited in Meyer Timothy , "Free Trade, Fair Trade, and Selective Enforcement." Columbia Law Review 118.2(2018).

[35] 与特朗普激进的贸易制裁手段相似，拜登所推崇的“公平贸易”政策也强调凭借加强立足国内法的贸易执法来反制外国的“不公平贸易行为”。https://www.ontheissues.org/2020/Joe_Biden_Free_Trade.htm

作者声明：本文将于近期刊发，按照要求，目前仅提供文章的提纲和删减版本供 2021 年国际法年会讨论使用，文章内容请以最终发表版本为准。

美国经济制裁背景下的阻断法原理及其中国体系的建构与评析

The principle of blocking statute amid the U.S. economic sanctions and the construction, analysis and comments on China's blocking statute system

叶研[1、2]

1、西南政法大学国际法学院 2、中国石油国际勘探开发有限公司

作者介绍：法学博士，西南政法大学国际法学院兼职教授，中国石油国际勘探开发有限公司高级经济师，研究方向为：经济制裁及其反制、域外管辖、国家豁免、国际投资、国际能源法和国际争端解决。

摘要：近年来，美国频繁滥用域外管辖权，通过单边经济制裁推行其对外政策，给世界各国的经济交往带来了巨大阻碍，各国纷纷颁布阻断法来维护本国的合法权益。由中国的特殊国情所决定，美国经济制裁在四种情况下会对中国的国家安全、经济、政治和外交带来重大不利影响。中国应当在阻断法的立法和执法层面对这四种情况予以区分对待，优先阻断情况三和情况四，原则阻断情况一，适度阻断情况二，为应对和反制美国经济制裁提供法律工具和话语权武器。阻断法是一把“双刃剑”，会使私人主体处于“两难困境”，但却是中国维护国家主权和应对美国经济制裁“必不可少的代价”。目前，中国通过颁布《不可靠实体清单》和《阻断办法》初步建成了应对美国经济制裁的阻断法体系，这是中国应对和反制外国经济制裁的巨大进步，但该阻断法体系仍有近一步完善的空间。中国在阻断法的立法和执法中应进退有度，在充分发挥阻断法效果的同时，兼顾阻断法的谦抑性，最大限度地在维护中国国家宏观利益和个体微观利益之间寻找到平衡。

关键词：阻断法 次级阻断 经济制裁 非典型初级制裁

近年来，美国大肆通过单边经济制裁的方式推行其对外政策，给世界各国正常的经济交往造成了巨大阻碍。[1]各国纷纷采取了一系列措施来应对和反制美国的经济制裁，包括完善本国企业的风险内控制度、建立本国的经济制裁和反制裁体系、诉诸国际纠纷解决机制和构建不依附于美国的新国际标准和行为规范等。[2]制裁与反制裁是一个动态的博弈过程，国家间实力的差异导致该过程具有天然的非对称性，[3]各主要经济体目前都在根据本国的具

[1] Cafruny A., Kirkham K. (2020) EU ‘Sovereignty’ in Global Governance: The Case of Sanctions. In: Grigoryev L., Pabst A. (eds) Global Governance in Transformation. Springer, Cham, pp.89-104.
[2] 叶研，欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03)，第 50-51 页。
[3] 邵辉,沈伟.“你打你的,我打我的”:非对称性金融制裁反制理论及中美金融脱钩应对[J].财经法学,2020(06):142-160.

体情况设计并充实本国的法律工具箱，阻断法就是其中一种。当前，世界各主要经济体如欧盟、英国、加拿大、澳大利亚、南非、墨西哥等都通过国会立法的形式颁布了本国的阻断法，[4]中国商务部也分别于 2020 年 9 月 19 日和 2021 年 1 月 9 日通过颁布《不可靠实体清单规定》（简称《不可靠实体清单》）和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（简称《阻断办法》）两部规章，启动了中国阻断立法的试点。[5]这两部规章各有特色，尤其是《阻断办法》在很大程度上借鉴了欧盟等国多年来的阻断立法经验，是中国在涉外法治上的重大进步。值得注意的是，中国当前所处的外部国际环境同西方国家存在明显差异，中国的基本国情同其他被制裁国家也有着重大不同，中国的阻断立法在借鉴他国立法经验的同时，要充分考虑上述情况并做出相应的安排。本文将尝试对美国经济制裁背景下的阻断法原理进行讨论，并对中国后续的阻断法立法和执法提出一些建设性意见。

一、美国经济制裁及其对中国的影响

（一）美国经济制裁概述

经济制裁是指“蓄意的、政府鼓励的撤出或威胁撤出习惯贸易或金融关系”的行为，[6]是“为表达对被制裁主体行为的反对或促使被制裁主体改变某些政策或实践甚至其政治结构，所采取的同外交或军事措施相区别的经济措施”。[7]经济制裁由制裁国（制裁发起国）、目标国（受制裁国家）和第三国（制裁国和目标国之外的国家）之间的三边法律关系构成（图 1）。传统的经济制裁从学理上被分为初级制裁（Primary Sanction）和次级制裁（Secondary Sanction），制裁国对目标国进行经济制裁的首要目标是限制本国同目标国之间的经济往来，即为典型的初级制裁。但是这种制裁受制于制裁国本国的经济实力和国际社会主动配合的程度，在很多情况下可能并不会给目标国经济带来重大影响。典型的次级制裁是为了弥补初级制裁的这一缺陷而设计，它在第三国没有主动响应制裁国对目标国的制裁政策时，通过对第三国施加惩罚，迫使第三国同样限制同目标国之间的经济往来。[8]尽管美国学者多从人权保护的角度为美国经济制裁的合理性进行辩护，[9]但初级制裁被认为是对

[4] Canada, Foreign Extraterritorial Measures Act, R.S.C., 1985, c. F-29; U.K., Protection of Trading Interests Act 1980; E.U., Protecting against the Effects of the Extra-Territorial Application of Legislation Adopted by a Third Country, and Actions Based Thereon or Resulting Therefrom, Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996, OJ L 309; Australia, Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act 1984, Act No. 3 of 1984 as amended; Mexico, Law to Protect Trade and Investment from Foreign Laws that Contravene International Law. (Ley de Protección al Comercio y la Inversion de Normas Extranjeras que Contravienen el Derecho Internacional); South African, Protection of Businesses Act 99 of 1978 and its amendments.

[5] 中华人民共和国商务部令 2020 年第 4 号，2020 年 9 月 19 日；中华人民共和国商务部令 2021 年第 1 号，2021 年 1 月 9 日。

[6] Gary Clyde Hufbauer and ect., Economic Sanctions Reconsidered, 3ed edition, Peterson Institute for International Economics, 2008, p.3.

[7] Andreas F. Lowenfeld, International Economic Law, Oxford University Press, 2008, p.850.

[8] For general introduction to primary and secondary economic sanctions, refer to: Gary Clyde Hufbauer and ect., Economic Sanctions Reconsidered, 3ed edition, Peterson Institute for International Economics, 2008; Jeffrey A. Meyer, “Second Thoughts on Secondary Sanctions”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 33, No. 3, 2009, p.905; Dr. Ali Z. Marossi, Marisa R. Bassett, *Economic Sanctions under International Law: Unilateralism, Multilateralism, Legitimacy, and Consequences*, DE: T.M.C. Asser Press, 2015, pp.71-83.

[9] Cécile Fabre, Secondary Economic Sanctions, Current Legal Problems, Volume 69, Issue 1, 2016, pp. 259-288; Fabre, Cecile. "Economic Statecraft: Human Rights, Sanctions, and Conditionality", Harvard University Press, 2018, chapter 3.

“国际和平与安全”的威胁和对联合国宪章的违反，[10]次级制裁更是完全超出传统国际法讨论的管辖权范畴，并构成国际法上的干涉。[11]如果制裁发起国的实力较弱，对目标国的经济制裁就较难奏效；如果制裁发起国的实力较强，通过经济制裁就可以达到将目标国同本国和国际社会隔离、削弱目标国的经济、改变其在相关问题上的立场等经济和政治目的。[12]当今各国的对外经济制裁几乎都是典型的初级制裁，只有美国在近年来大幅强化了次级制裁，这同美国在国际社会中的霸权地位密不可分。[13]尽管一些学者认为，经济制裁在改变相关国家政治制度方面并没有效果，反而给平民造成了人道主义伤害，[14]但近年来美国却持续强化对经济制裁的使用，尤其是其对伊朗的经济制裁给伊朗经济带来了巨大冲击。[15]

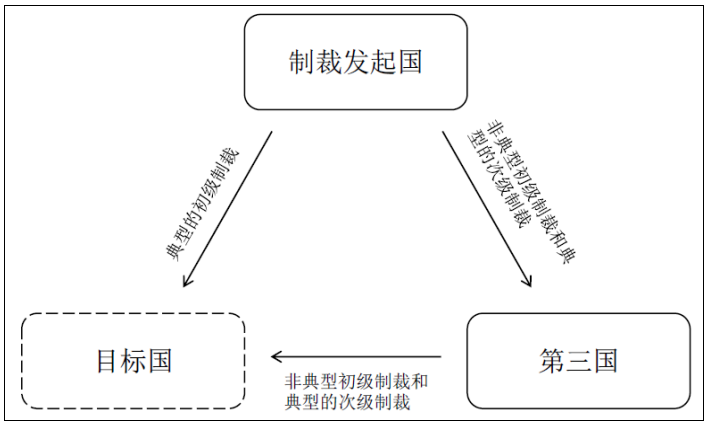


图 1

美国的经济制裁分为国别制裁和特定事项制裁两种。国别制裁包括全面的国别制裁和部分的国别制裁，前者如美国对伊朗、古巴、朝鲜和叙利亚等国的制裁，后者如美国对俄罗斯、委内瑞拉、中国香港等实施的制裁。[16]特定事项制裁则是针对一些诸如贩毒、侵害人权、恐怖主义等特定事项实施的制裁。[17]实践证明，全面的国别制裁不但效果欠佳，而且还会带来人道主义问题，[18]因此美国近年来越来越多采取针对特定目标实施的“聪明的

[10] Jazairy, I. (2019). Unilateral economic sanctions, international law, and human rights. Ethics & International Affairs, 33(3), 291-302.
[11] Tom Ruys, Cedric Ryngaert, Secondary Sanctions: A Weapon out of Control? The International Legality of, and European Responses to, US Secondary Sanctions, British Yearbook of International Law, 2020; Patrick C. Terry, Enforcing U.S. Foreign Policy by Imposing Unilateral Secondary Sanctions: Is Might Right in Public International Law?, 30 Wash. L. Rev. 1 (2020).
[12] Gary Clyde Hufbauer and ect., Economic Sanctions Reconsidered, 3ed edition, Peterson Institute for International Economics, 2008, pp.51-52.
[13] 陶士贵.美国对华实施金融制裁的预判与应对策略[J].经济纵横,2020(08):69-76+2。
[14] Peksen, D. (2019). Political effectiveness, negative externalities, and the ethics of economic sanctions. Ethics & International Affairs, 33(3), 279-289.
[15] Laetitia Chapdelaine, "INSTEX: EUROPE’S TOUGH MANEUVERING UNDER THE INFLUENCE OF U.S. SECONDARY SANCTIONS", Sine Qua Non, January, 2021, p.11.
[16] 目前美国正在对大约 20 多个国家和地区实施国别制裁，参考美国财政部 OFAC 官方网站：https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information，访问时间 2021 年 1 月 31 日。
[17] 目前美国存在 8 种对特定事项的制裁，参考美国财政部 OFAC 官方网站：https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information，访问时间 2021 年 2 月 8 日。
[18] Lopez, G. (2012). In Defense of Smart Sanctions: A Response to Joy Gordon. Ethics & International Affairs, 26(1), 135-146; Gordon, J. (2011). Smart Sanctions Revisited. Ethics & International Affairs, 25(3), 315-335.

制裁（Smart Sanctions）”，以将被制裁目标同国际社会甚至是本国企业隔离。[19]“聪明的制裁”主要通过制裁清单的方式予以实施，美国财政部下设的“海外资产管理办公室（简称 OFAC）”目前在金融管制方面颁布了 8 项制裁清单，[20]其中影响最大的是“特别指定国民清单（简称 SDN 清单）”，美国实体被要求不得同被列入 SDN 清单的实体从事交易，外国实体在一些情况下同被列入 SDN 清单的实体进行交易也会被处罚或被列入 SDN 清单。美国商务部目前在出口管制方面颁布了四项制裁清单，其中影响最大的是“实体清单”，[21]其中于 2020 年 12 月 23 日最新设立的“军事终端用户清单”主要针对中国和俄罗斯。[22]

国家	伊朗	墨西哥	叙利亚	俄罗斯	**中国**	委内瑞拉	朝鲜	英国	德国	加拿大	古巴
被列入 SDN 清单的实体数量	944	714	601	336	**314**	185	184	118	81	23	19

中国数据由大陆和香港两部分构成，来源于 OFAC 官网，数据采集日期：2021 年 2 月 2 日

图 2

近年来，美国经济制裁在对本国实体严格执法的同时，日益强化了于对外国实体、尤其是第三国实体的管制，[23]主要表现在两个方面：一方面，强化对次级制裁的使用。美国在 2016 年之前很少使用次级制裁，近年来对次级制裁的使用正在以史无前例的速度增加。例如，美国对于 2018 年全面重启对伊朗的次级制裁后，对大量第三国金融机构同伊朗的相关主体进行的交易进行处罚，[24]这种次级制裁被国际社会一致认为是对国际法的肆意践踏。[25]另一方面，通过对相关案件同美国之间“连接点（Nexus）”认定的扩张，将原本仅适用于本国实体的初级制裁适用于第三国。目前，这些“连接点”包括使用美元进行交易、[26]使用美国的技术、产品和服务、[27]公司股权被美国人控制、[28]外国人“导致”美国人违反初级制裁规则、[29]外国人协助美国人违反初级制裁规则、[30]外国人密谋（Conspiring）违反制

[19] Gary Clyde Hufbauer and ect., Economic Sanctions Reconsidered, 3ed edition, Peterson Institute for International Economics, 2008, pp.137-138; David Cortright, George A. Lopez, Professor George A Lopez, Smart Sanctions: Targeting Economic Statecraft, Rowman & Littlefield, 2002; Han, Baran. “The Role and Welfare Rationale of Secondary Sanctions: A Theory and a Case Study of the US Sanctions Targeting Iran.” Conflict Management and Peace Science, vol. 35, no. 5, Sept. 2018, pp. 474–502.

[20] 包括 SDN 清单、外国逃避制裁者清单和非 SDN 伊朗制裁法清单等，参考美国财政部 OFAC 官方网站：https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/consolidated-sanctions-list-data-files，访问时间 2021 年 1 月 31 日。

[21] 这四项制裁清单分别是拒绝交易人员清单、未经证实人员清单、实体清单和“军事终端用户清单”，参考美国国际贸易部官方网站：https://www.trade.gov/consolidated-screening-list，访问时间 2021 年 2 月 12 日。

[22] Bureau of Industry and Security, 85 FR 83793, No. 201215-0344.

[23] Early, Bryan R. and Preble, Keith, Enforcing Economic Sanctions: Analyzing How OFAC Punishes Violators of U.S. Sanctions (December 1, 2018), pp.27-28.

[24] Kenneth Katzman, CRS Report: Iran Sanctions, Congressional Research Service, RS20871, updated November 18, 2020, p.27.

[25] Patrick C. Terry, Enforcing U.S. Foreign Policy by Imposing Unilateral Secondary Sanctions: Is Might Right in Public International Law?, 30 Wash. L. Rev. 1 (2020); Daniel Meagher, Caught in the Economic Crosshairs: Secondary Sanctions and the American Sanctions Regime, 89 Fordham L. Rev. 999 (2020).

[26] Christine Abely, Causing a Sanctions Violation with U.S. Dollars: Differences in Regulatory Language Across OFAC Sanctions Programs, 48 Ga. J. Int’l & Comp. L. 29 (2019).

[27] See for example ”the reexportation from a third country, directly or indirectly, by a person other than a United States person, of any goods, technology, or services that have been exported from the United States is prohibited”, 31 C.F.R. § 560.205.

[28] See for example “any person that is owned or controlled by a U.S. financial institution is prohibited from knowingly engaging in any transaction with…”, Iranian Financial Sanctions Regulations, 31 CFR § 561.202.

[29] See for example “Any transaction on or after the effective date that evades or avoids, has the purpose of evading or avoiding, causes a violation of, or attempts to violate any of the prohibitions set forth in this part is prohibited”, 31 C.F.R. § 560.203.

裁规则等。[31]这种制裁区别于传统意义上仅适用于美国实体的典型的初级制裁，也区别于同美国无连接点的次级制裁，被称为“非典型初级制裁”。[32]从法理上看，“非典型初级制裁”同美国之间存在或多或少的连接点，但这种连接点在国际法上的合法性遭到各国的猛烈抨击，美国学者也普遍认为其超出了国际法所允许的范畴。[33]违反“非典型初级制裁”会使第三国实体面临远超次级制裁的民事甚至刑事处罚，对第三国实体的威慑力极大，使美国经济制裁的针对性、管辖范围和实际效果都得到了大幅提升。[34]

（二）美国经济制裁对中国的影响

新中国成立后，朝鲜战争的爆发导致美国于 1950-1980 年间启动了对中国的全面制裁，中国政府和私人的所有在美资产在此期间都被冻结。[35]随着中美建交，中国此后除了在上世纪 90 年代初被美国短暂制裁外，在过去的近半个世纪都没有再成为美国经济制裁的目标国。[36]但是，随着近年来美国单边主义的兴起和中美摩擦的加剧：一方面，美国加大了对中国友好国家的制裁力度，这给中国对外经济交往造成了直接影响。另一方面，美国启动了对中国的直接制裁。目前美国颁布了“中国军工企业制裁”和“香港相关制裁”两项对中国的国别制裁，[37]在新疆、南海等问题上运用特定事项制裁对中国施压，[38]并且将大量中国实体列入进出口管制名单。随着拜登政府采取的联合盟友制裁中国策略的推进，[39]这些制裁不但存在进一步被强化的趋势，而且未来也不排除美国联合其他西方国家对中国启动联合制裁、甚至全面制裁的可能。因此，对美国经济制裁可能对中国的影响进行系统性整体评估并做好底线应对方案，对中国具有极高的必要性和现实意义。整体而言，在经济制裁的三边法律关系中，美国经济制裁对中国的影响存在于如下两种场景：

[30] See for example “the foreign person knowingly...facilitates a significant transaction of...any person subject to sanctions imposed by the United States”, Sec.228 of Countering America’s Adversaries Through Sanctions Act.
[31] See for example “any transaction…that evades or avoids, has the purpose of evading or avoiding, causes a violation of… is prohibited”, Iranian Financial Sanctions Regulations, 31 CFR § 561.220.
[32] 叶研，“重新定义初级和次级制裁”，《XXX》，2021 年 8 月第 XXX 期。
[33] Susan Emmenegger, Extraterritorial Economic Sanctions and Their Foundation in International Law, 33 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 631 (2016).
[34] 叶研，“重新定义初级和次级制裁”，《XXX》，2021 年 8 月第 XXX 期。
[35] China Under the Four Modernizations: Selected Papers Submitted to the Joint Economic Committee, Congress of the United States, 97th Congress, 2nd Session, U.S. Government Printing Office, 1982, pp.317-318.
[36] Malloy, Michael P. United States Economic Sanctions: Theory and Practice. The Hague;Boston;: Kluwer Law International, 2001, pp.80-81.
[37] 参考 OFAC 官方网站：https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information，访问时间 2021 年 2 月 8 日。
[38] 例如美国财政部利用《全球马格尼茨基人权问责法》就新疆的人权问题对新疆生产建设兵团进行了制裁，参考 OFAC 官方网站：https://sanctionssearch.ofac.treas.gov/Details.aspx?id=29299，美国商务部以中海油在南海的商业活动危害到美国的国家安全为由将其列入“实体清单”，参考美国商务部官方网站：https://www.commerce.gov/news/press-releases/2021/01/commerce-adds-china-national-offshore-oil-corporation-entity-list-and，访问时间 2021 年 2 月 8 日。
[39] David Lawder, "Biden says U.S., allies need to set global trade rules to counter China's influence", NOVEMBER 17, 2020, Reuters, available at: https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-biden/biden-says-u-s-allies-need-to-set-global-trade-rules-to-counter-chinas-influence-idINKBN27X00U.

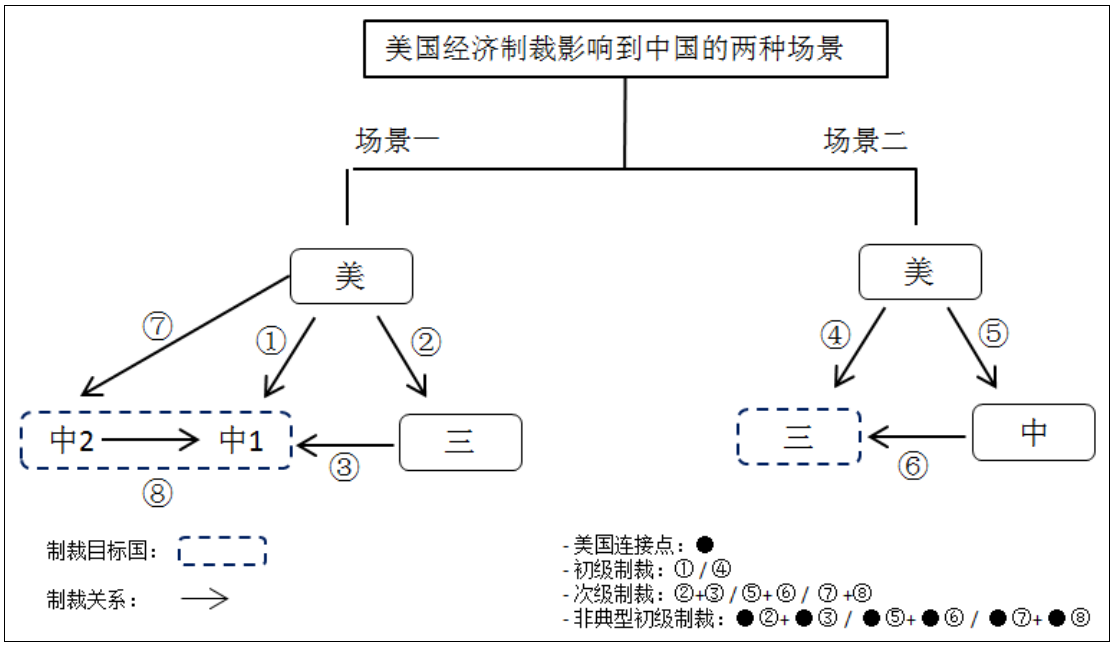


图 3

场景一是中国作为美国经济制裁的目标国。这种场景下美国经济制裁对中国的影响又分为三种情况：1、通过初级制裁直接限制美国实体同中国实体之间的经济往来（流程①）。2、通过次级制裁（流程②+③）和“非典型初级制裁”（流程●②+●③）限制第三国实体同中国实体之间的经济往来。3、通过次级制裁（流程⑦+⑧）和“非典型初级制裁”（流程●⑦+●⑧）限制中国实体之间的经济往来。

场景二是第三国作为美国经济制裁的目标国。这种场景下经济制裁对中国的影响，主要通过次级制裁（流程⑤+⑥）和“非典型初级制裁”（流程●⑤+●⑥）限制中国实体同第三国实体之间的经济往来。前者，诸如美国对伊朗的次级制裁就要求中国实体不得同伊朗实体之间从事油气领域的相关交易，[40]后者，至今仍悬而未决的“孟晚舟案”也是因为在其伊朗业务中使用了美元清算服务，因此被指控触犯了欺诈银行、欺诈美国政府、违反《国际紧急经济授权法》下美国对伊朗的制裁规定等 13 项罪名，并被美国检察官提起刑事诉讼，[41]而“孟晚舟案”并非针对中国实体的孤案，此类案件值得中国企业高度警惕。[42]此外，场景二中的中国实体如果被直接纳入 SDN 清单，就等同于场景一中将中国实体直接作为制裁目标，例如上述中远海运等中国公司在被列入 SDN 清单后，美国和其他国家实体同这些公司的重大交易也可能被制裁，[43]这种情况在原则上适用场景一的规则，此处不再单独论述。

[40] Kenneth Katzman, CRS Report: Iran Sanctions, Congressional Research Service, RS20871, updated November 18, 2020, pp. 11-14.
[41] UNITED STATES OF AMERICA, v. HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD., et al., Defendants., E.D.N.Y. Docket No. 18-CR-457 (AMD).
[42] See for example: UNITED STATES OF AMERICA v. ONE OWNERSHIP INTEREST IN THE CLEVELAND INTERNATIONAL FUND - MEDICAL MART HOTEL, LTD et al, District Of Columbia District Court, 1:18-cv-01697; UNITED STATES v. DEVELOPMENT CO., LTD., District Court, D. New Jersey, (2:16-mj-06602); UNITED STATES OF AMERICA v. $599,930.00 OF FUNDS ASSOCIATED WITH COOPERATING COMPANY 1 et al, US District Court for the District of Columbia, 1:2018cv02746.
[43] FAQ 805, OFAC, November 27, 2019, https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/faqs/805.

二、美国经济制裁背景下的阻断法体系及其中国实践

（一）美国经济制裁背景下的各国阻断法体系

阻断法是冲突法的一种，[44]西方学者在历史上认为阻断法是禁止在本国管辖范围内适用外国具有域外效果之法律并消除其影响的一类国内法的统称。[45]但随着近年来被制裁国的阻断立法实践，当代典型的阻断法目前并不局限于本国管辖范围内，例如各国阻断法中关于“追索条款（Clawback Clause）”的规定就是对外国实体在本国管辖范围外的行为进行的管辖。[46]因此，阻断法在更严格意义上可以被认为是禁止适用外国相关法律并消除其影响的一类国内法的统称。阻断法可以被分为广义的阻断法和狭义的阻断法：广义的阻断法是指能够在效果上实现阻断外国法律适用之法律，各国的保密法、个人隐私法和下文论述的“反抵制立法”和“报复性制裁立法”立法都属此类；狭义的阻断法则是直接规定禁止外国某些法律之适用之法律，欧盟的《阻断法令》就属于典型的狭义阻断法。[47]狭义的阻断法通过阻断外国特定法律的效力和执行、禁止相关主体遵守外国的特定法律、以及允许相关主体就外国特定法律给自己带来的损失进行索赔这三项核心制度对外国的特定法律进行阻断。[48]当代各国制定阻断立法在很大程度上是为了阻断美国对域外管辖权的滥用，[49]这种滥用广泛存在于证券交易、[50]反垄断、[51]经济制裁和限制性贸易措施、[52]反腐败、个人所得税、[53]和劳动法[54]等领域，但随着近年来美国单边经济制裁滥用的激增，各国的阻断立法目前主要关注经济制裁问题。

与经济制裁要求相关实体不得同制裁目标从事交易之目的相反，阻断法要求这些实体不得遵守该经济制裁，以达到恢复这些实体同制裁目标之间正常交往之目的。整体而言，各国在经济制裁领域的阻断法体系主要由三种立法模式构成：

1、“反抵制（Anti-Boycott）立法”，属于广义的阻断立法。“反抵制立法”通过对遵守外国经济制裁措施的本国实体施加处罚，在效果上阻断外国对第三国经济制裁导致的、本国实体拒绝同第三国交易的情况，多由本国用来阻断制裁国对第三国的次级制裁和“非典

---

[44] 叶研，欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03)，第 53 页。

[45] Menno T. Kamminga, “Extraterritoriality”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, November 2012, para.26.

[46] 叶研，欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03)，第 57 页。

[47] 叶研，欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03)，第 53，64-65 页。

[48] 叶研，欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03)，第 54 页。

[49] 叶研，欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03)，第 53-54 页。

[50] Rochelle G. Kauffman, “Secrecy and Blocking Laws: a Growing Problem as the Internationalization of Securities Markets Continues”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.18, No.4, 1985, p. 822.

[51] Jürgen Basedow, International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization, 60 La. L. Rev. (2000), pp.1042-1043.

[52] Mahmood Bagheri and Mohammad Jafar Ghanbari Jahromi, “Globalization and Extraterritorial Application of Economic Regulation: Crisis in International Law and Balancing Interests”, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 41, No.2, 2016, pp. 394-421.

[53] Lellouche Report, The Extra-territoriality of American Laws: A Summary of the Work of the Mission, Fact-finding Mission On the Extra-territoriality of American Law, Paris, October 5, 2016, 126 rue, available at http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/missions_info/extraterritorialite/summary.pdf.pp.1-2.

[54] Warnger, M. A., Jr. (1990). "Strangers in a strange land: foreign compulsion and the extraterritorial application of United States employment law." Northwestern Journal of International Law & Business **11**(2): 371.; Rosenfield, B. A. (1976). "Extraterritorial Application of United States Laws: A Conflict of Laws Approach." Stanford Law Review **28**(5): 1005-1038.pp.1014-1017.; Bradley, C. A. (2013). International law in the U.S. legal system. New York, NY, Oxford University Press.p180.

型初级制裁”。例如，德国 2018 年修订的《对外贸易和支付条例》第 7 条规定，“禁止（德国）居民参与抵制他国的对外贸易和支付交易声明，但联合国、欧盟和德国对该国也实施经济制裁的情况除外，”[55]

2、“阻断法（Blocking Statute）立法”，属于狭义的阻断立法。“阻断法立法”适用的场景和目的与“反抵制立法”相同，都用来阻断外国对第三国的次级制裁和“非典型初级制裁”，只不过采取了直接对特定外国法律进行阻断的模式，以欧盟、英国、加拿大和澳大利亚等国的阻断法为典型。[56]各国在立法实践中会按照需要在“反抵制立法”和“阻断法立法”模式中做出选择。

3、“报复性制裁（Retaliatory Sanctions）立法”，属于广义的阻断立法。“报复性制裁立法”是通过对遵守外国经济制裁措施的非本国（包括制裁发起国和第三国）实体施加处罚，在效果上阻断外国对本国经济制裁导致的、非本国实体拒绝同本国交易的行为，多由本国用来阻断制裁发起国对本国的直接制裁。

（二）中国当前应对美国经济制裁的阻断法体系

中国的《保守国家秘密法》、《商业银行法》、《银行业监督管理法》、《证券法》以及即将颁布的《个人信息保护法》等广义阻断法可以在一定程度上用于阻断美国在经济制裁问题上的域外取证行为，[57]但中国在真正意义上应对美国经济制裁的阻断法体系主要由《不可靠实体清单》和《阻断办法》两份部门规章共同构成。

《不可靠实体清单》第二条第（二）款属于典型的“报复性制裁立法”，是中国第一部应对经济制裁问题的广义阻断法。

《阻断办法》属于典型的“阻断法立法”，是中国第一部应对经济制裁问题的狭义阻断法。该法在很大程度上借鉴了欧盟《阻断法令》的立法经验，完整涵盖了当代典型阻断立法的基本制度。值得注意的是，《阻断办法》一经颁布就引发了理论和实务届对其适用范围问题的较大争议，但当我们将《阻断办法》同欧盟的《阻断法令》的条纹和制度进行对比，并回顾欧盟的《阻断法令》的立法目的后，就能对《阻断办法》的适用范围有一个较为清晰的认识。

一方面，从《阻断办法》的文本和制度设计上可以看出，该法仅适用于影响中国实体同第三国实体正常交往的情况。另一方面，从上述《阻断办法》跟欧盟《阻断法令》的对比中我们可以看出，两者在文本和制度设计上保持了高度一致，而欧盟《阻断法令》作为典型的“阻断法立法”，其立法目的就是为了“回应美国关于古巴、伊朗和利比亚的域外制裁立法”，[58]以“尽最大可能实现资本在成员国和第三国之间自由流动的目标”，[59]仅针对美

[55] Foreign Trade and Payments Ordinance of 2 August 2013 (Federal Law Gazette [BGBl.] Part I p. 2865), as last amended by Article 1 of the Ordinance of 19 December 2018 (BAnz AT 28.12.2018 V1).
[56] 叶研，欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03)，第 54-55 页。
[57] 岳树梅,黄秋红.国际司法协助与合作中的“长臂管辖”及中国应对策略[J].北方法学,2021,15(02):125-136；刘桂强.我国民商事域外取证的司法实践：现状、问题与对策[J/OL].武大国际法评论,2021(01):92-113。
[58] Guidance Note — Questions and Answers: adoption of update of the Blocking Statute, C/2018/5344, OJ C 277I , 7.8.2018, p. 4–10, Question 1.
[59] Whereas of COUNCIL REGULATION (EC) No 2271/96, 22 November 1996，OJ L 309, 29.11.1996.

国对第三国经济制裁影响到欧盟的情况。因此，无论是从文本和制度设计上、还是从同欧盟《阻断法令》立法目的的横向对比上，《阻断办法》目前都仅适用于中国实体受到美国对第三国经济制裁影响的情况，这也同商务部关于《阻断办法》用于阻断美国“胁迫其他国家企业和个人停止与有关国家的经贸活动”的立法初衷保持了基本一致。[60]但如前所述，中国目前是美国经济制裁的直接目标国，其面临的国际环境同欧盟存在重大差异，如果今后中国需要将美国制裁中国的法律也纳入《阻断办法》的“禁令”，则可以尝试对《阻断办法》的适用范围做扩大解释。

整体而言，在中国应对经济制裁的阻断法体系中，中国通过《不可靠实体清单》和《阻断办法》分别适用于阻断美国对中国直接经济制裁造成的影响和美国对第三国经济制裁对中国造成的影响两种情况，原则上涵盖了美国经济制裁影响到中国的两种场景（图 3），是中国政府在当前国际政治经济背景下对美国霸权主义和反华政策的有力反击和有利尝试。该体系充分借鉴了西方和其他被美国制裁国家的立法经验，并结合中国具体国情完善了制度设计，在应对美国经济制裁的问题上一改中国以往的被动局面，同《出口管制法》等主动性制裁立法一起，构筑起了中国攻防兼备地应对和反制美国滥用域外管辖权的法律体系的雏形。[61]

三、中国进行阻断立法的特殊国情和立法目的

（一）中国进行阻断立法的特殊国情

通过对各国阻断法体系的分析并结合中国的具体情况我们可以看出，中国在阻断立法问题上具有如下特殊国情：

1、中国的经济实力和“对外开放”的基本国策，决定了中国制定阻断法具有重要意义。

2、中国面临的特殊国际环境，决定了中国阻断法立法相比较西方国家具有特殊性。西方发达国家长久以来并非美国经济制裁的直接目标国，而只是受到美国对第三国经济制裁的间接影响。中国目前受到了美国的直接经济制裁，这同西方国家所处的外部国际环境存在原则性差异。

3、中国的经济特点和发展战略，决定了中国阻断立法相比较其他被制裁国家具有特殊性。中国“一带一路”的外交战略和中国在国际关系中地位所决定，中国同被美国制裁的国家间有着密切的政治和经济联系，相比较西方国家和其他被美国制裁的国家，中国有更大的必要通过“阻断法立法”或“反抵制立法”来维护同诸如伊朗、俄罗斯等被美国制裁国家的正常交往。

综上，由中国的特殊国情和面临的特殊国际环境所决定，中国的阻断立法绝不能照搬西方国家或其他被美国制裁国家的立法模式，而必须要做出适合中国特殊国情的阻断法顶层设计。

---

[60] 中华人民共和国商务部，“商务部条约法律司负责人就《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》答记者问”，2021 年 1 月 10 日，http://www.mofcom.gov.cn/article/zwgk/zcjd/202101/20210103029877.shtml。

[61] 袁达松,苏航.我国应对经济制裁的反制法律机制[J].天津法学,2020,36(01):32-38；邵辉,沈伟.“你打你的,我打我的”:非对称性金融制裁反制理论及中美金融脱钩应对[J].财经法学,2020(06):142-160；李寿平.次级制裁的国际法审视及中国的应对[J].政法论丛,2020(05):60-69。

（二）中国进行阻断立法的目的

经济制裁的本质，是利用其国家权力扭曲市场的自由经济。与之相对应，阻断法的目的就是通过对本国国家权力的运用，恢复这种被扭曲了的自由经济行为。由中国在阻断法问题上的上述特殊国情所决定，中国的阻断立法要同时考虑这两种情况下美国经济制裁给自己带来的国家安全、经济、政治、外交和法律影响，以便做好中国阻断立法的顶层设计。

1、国家安全目的

经济制裁最早可追溯到古希腊和伯罗奔尼撒战争时期，被称为是介于冷战和热战之间的一种对抗措施，是国家推行其对外经济和政治政策的重要手段，[62]当前美国对中国的直接制裁以遏制中国的发展为目的，美国对华制裁的对象都经过精心选择，包括中国的关键政府部门（例如对中央军事委员会装备发展部[63]和新疆建设兵团[64]的制裁）、国民经济的核心行业（例如对华为[65]和中芯国际[66]的制裁）和关键人员（例如中国全国人大常委会委员[67]和对香港特首等人士[68]的制裁），关乎中国的核心政治和经济利益，直接影响到中国的国家政治和经济安全。因此，中国阻断法必须要从大局出发，确保中国的国家安全得到有效的维护，这同其他西方国家仅受到美国经济制裁对其非国家安全事项间接影响的情况有着本质区别。

2、经济目的

党中央在十四五规划中提出，中国要“加快构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局”的“双循环”开放型经济，[69]中国阻断法的经济目的正是要确保中国经济“双循环”的有序推进：

一方面，阻断法要保证中国同其他国家（包括美国和第三国）之间经济交往的畅通，减少美国经济制裁对我国经济“外循环”的影响。

另一方面，阻断法要保证中国境内企业之间经济交往的畅通，减少美国经济制裁对我国经济“内循环”的影响。

3、政治和外交目的

---

[62] G. C. Hufbauer, *Economic Sanctions Reconsidered*, Peterson Institute for International Economics, 2007, pp.9-18; LOPEZ, GEORGE A. and DAVID CORTRIGHT. "the Sanctions Era: An Alternative to Military Intervention." The Fletcher Forum of World Affairs 19, no. 2 (1995): 65-85.

[63] OFAC, CAATSA - Russia-related Designations, 09/20/2018, https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20180920_33.

[64] OFAC, Treasury Sanctions Chinese Entity and Officials Pursuant to Global Magnitsky Human Rights Executive Order,July 31, 2020, https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm1073.

[65] U.S. Department of Commerce, “Department of Commerc Announces the Addition of Huawei Technologies Co. Ltd. to the Entity List”, May 15, 2019, https://www.commerce.gov/news/press-releases/2019/05/department-commerce-announces-addition-huawei-technologies-co-ltd.

[66] U.S. Department of Commerce, "Commerce Adds China’s SMIC to the Entity List, Restricting Access to Key Enabling U.S. Technology", December 18, 2020, https://www.commerce.gov/news/press-releases/2020/12/commerce-adds-chinas-smic-entity-list-restricting-access-key-enabling.

[67] OFAC, Hong Kong-related Designations, 12/07/2020, https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20201207.

[68] OFAC, Treasury Sanctions Individuals for Undermining Hong Kong’s Autonomy, August 7, 2020, https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm1088.

[69] 新华社，“中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议”，2020-11-03，网址：http://www.gov.cn/zhengce/2020-11/03/content_5556991.htm。

在政治和外交层面，中国进行阻断立法的目的主要包括：首先，通过法律向国际社会明确传达中国在美国单边经济制裁问题上的政治立场，维护中国的国家尊严和主权。[70]其次，维护中国的外交关系和外交战略。由中国的特殊国情所决定，目前被美国制裁的国家如伊朗、古巴、委内瑞拉和俄罗斯都是同中国保持长期友好关系的国家，通过颁布阻断法阻断美国对这些国家经济制裁的不利影响，对于维护中国同这些国家的良好关系、巩固中国的全球外交战略、促进“一带一路”倡议的顺利实施、维护国际关系的战略平衡都具有特殊重要意义。[71]最后，为中国同拜登政府的外交谈判提供重要筹码，从内部提供促使美国政府改变特定单边对外经济制裁的动力。[72]

4、法律工具目的

在法律层面，中国进行的阻断立法能够为相关实体维护自己的合法权益提供有效的法律工具，主要包括：一方面，阻断法可以为相关实体在美国法院应诉提供“外国主权强制（Foreign Sovereign Compulsion）”的抗辩依据。另一方面，阻断法可以为中国实体在商事合同中提供普遍和有效的法律保护。中国阻断法的出台为激活中国企业在国际商事合同中的“阻断法除外条款”和其他相关条款提供了初步法律依据，使中国企业的商业利益在国际商事交往中能够得到直接的法律保护。[73]

整体而言，尽管阻断法对中国而言意义重大，但阻断法在保护国家利益和个体利益问题上并非是经常一致的，容易使私人实体处于“两难困境”。由中国的特殊国情所决定，阻断法对中国有着重大的国家安全、政治和外交意义，对中国的整体重要性要远大于西方国家和其他被美国直接制裁的国家。因此，中国在立法中需要更加优先考虑国家的安全、宏观经济、政治和外交利益，并在执法中兼顾对个体利益的保护，以实现中国国家整体利益的最大化。

四、中国阻断法体系的建构

阻断法人为制造了法律冲突，在保护中国国家宏观利益的同时也会使相关个体处于“两难困境”，而试图避免这种法律冲突的方法其实十分简单。显然，如果一个国家愿意放弃本国的经济主权和独立的外交政策而对美国的外交政策亦步亦趋，就根本不会出现法律冲突，也不需要制定阻断法。中国正是出于维护本国的国家主权和独立外交政策的需要才进行的阻断立法，这必然会同美国滥用域外管辖权的行为产生冲突，而这对中国而言却是“必不可少的代价”。

理想状态下，中国的阻断立法应当全面阻断美国经济制裁对中国的所有内部和外部影响，以实现中国阻断立法的国家安全、经济、政治、外交和法律工具目的。但从实用主义的角度，中国也应当充分考虑阻断法可能给个体造成的“两难困境”，并对阻断法在不同场景下的应用进行综合性利弊权衡，以通过对个体伤害最小的方式最大限度实现阻断法的宏

[70] 叶研，欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03)，第 59 页。
[71] 叶研，欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03)，第 62-63 页。
[72] 参考本文第四章第（三）节的论述。
[73] 叶研，欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03)，第 60 页。

观立法目的。前述美国经济制裁影响到中国的两种场景（图 3）分别对应于中国经济“双循环”下的四种情况：情况一是美国对第三国的经济制裁作用于中国，情况二是美国对中国的经济制裁作用于第三国，情况三是美国对中国的经济制裁作用于美国自身，情况四是美国对中国的经济制裁作用于中国企业之间，本章将尝试对这四种情况分别进行阻断法适用的利弊分析。

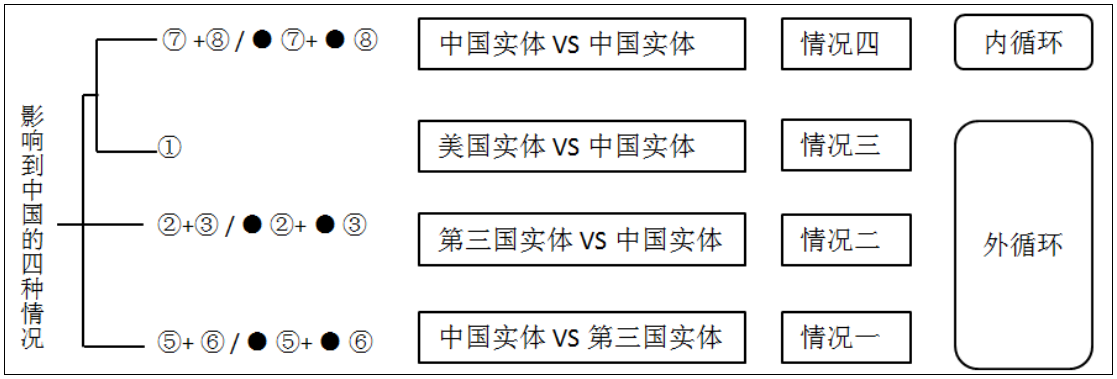


图 4

（一）中国是否应当阻断情况一？

对情况一的阻断，是通过要求中国实体不得不当拒绝同第三国实体进行交易，来实现维护中国经济“外循环”的目的，主要针对美国对第三国的次级制裁和“非典型初级制裁”，表现为广义和狭义阻断法下的“反抵制立法”和“阻断法立法”。

在法理层面，美国对第三国的制裁对中国的影响是对中国的无权管辖，违反联合国宪章和国际法的基本原则，中国通过阻断法对其阻断存在充分的国际法理依据。在比较法层面，目前西方国家的阻断法几乎都是对对情况一的阻断。在实践层面，目前各国对情况一的阻断实践差异较大。美国长期以来在阻断情况一的问题上就相对严格。[74]欧盟在上世纪 90 年代颁布阻断法之初曾尝试严格主动执行阻断法，在美国对伊朗和古巴的制裁重启之后，尽管欧盟尚未主动采取严格执行《阻断法令》的措施，但以《阻断法令》为基础的私人诉讼却已出现，对此，欧盟各成员国目前的应对实践并不统一。英国脱欧后将原则上沿用欧盟的《阻断法令》，[75]但今后却可能对同一条款做出同欧盟不同的解读。

在政策评价层面，中国通过立法来阻断情况一的意义在于：

阻断情况一对中国的负面影响在于，它可能会使一些中国实体处于“两难困境”之中：

由前述分析可知，尽管阻断立法会使本国企业处于“两难困境”甚至被起诉，但欧盟和美国在立法上仍然对美国具有域外管辖性质的经济制裁进行了立法阻断，其原因就是其需要优先保护其经济主权和整体利益，并可通过后期的灵活执法来降低阻断法可能给本国企业带来的不利影响，而美国更是对于情况一进行了主动的严格阻断执法。因此，整体而

[74] For International Boycotts statistics, refer to the official website of Internal Revenue Service, https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-international-boycotts-table-1.
[75] The Protecting against the Effects of the Extraterritorial Application of Third Country Legislation (Amendment) (EU Exit) Regulations 2020, 2020 No. 1660, 1st January 2021.

言，中国对情况一的立法阻断利大于弊，这也是世界各国普遍采取的立法模式，中国在原则上应当阻断情况一，在执行中应当视案情做灵活处理。中国现行《阻断办法》对情况一进行了阻断。

（二）中国是否应当阻断情况二？

对情况二的阻断，是通过要求第三国实体不得不当拒绝同中国实体进行交易，来实现维护中国经济外循环的目的，主要针对美国对中国的次级制裁和“非典型初级制裁”，要求第三国实体“不能一边赚中国的钱，一边砸中国的锅”，表现为广义阻断法中的“报复性制裁立法”。

在法理层面，美国对中国的单边次级制裁和“非典型初级制裁”是对中国和第三国主权的干涉，中国不但有着充分的国际法理依据对其阻断，还有权协同第三国通过“单独或集体行动”，通过国际法所认可的“反措施”对美国制裁中国的行为进行阻断。[76]在实践层面，目前尚未发现利用阻断法阻断该情况的先例。在政策评价层面，美国对华制裁的对象和行业都由美国精心选定，关乎中国的核心利益，阻断情况二对中国的意义在于：

阻断情况二对中国的负面影响在于，它会导致第三国实体处于“两难困境”之中。我们近期的调研显示，一些欧洲实体（尤其是金融机构）对于中国日益加快的阻断立法较为焦虑。整体而言，中国阻断法应当给第三国实体更多的选择空间。

因此，中国原则上可以对情况二进行立法阻断，但在执行上应当谨慎且适度，同时应当明确维护好第三国企业申请阻断豁免的权利。目前中国的《不可靠实体清单》第二条第（二）款对情况二进行了概括性阻断。

（三）中国是否应当阻断情况三？

对情况三的阻断，是通过要求美国实体不得不当拒绝同中国实体进行交易，来实现维护中国经济“外循环”的目的，主要适用于美国对中国的初级制裁，要求美国实体“不能一边赚中国的钱，一边砸中国的锅”，同样表现为广义阻断法中的“报复性制裁立法”。

在法理层面，尽管美国实体处于美国的管辖之下，但美国对中国的这种单边初级制裁违反了联合国宪章关于“和平解决国际争端”的规定，构成了对中国主权的干涉，中国对此采取的“报复性制裁立法”构成了国际法上的“反措施”，具有完全的合法性。[77]在比较法层面，如前所述，古巴、以色列和俄罗斯等国的“报复性制裁立法”都未将制裁发起国实体排除在外，但目前我们尚未发现有明显的阻断情况三的国家实践。

在政策评价层面，阻断情况三对中国的意义在于：

阻断情况三对中国的负面影响在于，它会导致美国实体处于“两难困境”之中，一些美国实体在申请美国制裁豁免未获许可、中国政府又严格执行阻断法的情况下，可能会选择终止中国业务。

综上，中国当前有较高的政治和外交必要性对情况三进行立法阻断，并且在执行中可

[76] 关于第三国的“反措施”行为，参考：EVANS, Malcolm D. International Law. Oxford: University Press, 2003, pp.514-518.

[77] EVANS, Malcolm D. International Law. Oxford: University Press, 2003, pp.505-527; Shaw, Malcolm N. International Law. Cambridge, U.K: Cambridge University Press, 2003, pp.707-710; Malanczuk, Peter, and Michael Barton Akehurst. Akehurst's Modern Introduction to International Law. London: Routledge, 1997, pp.272-272.

以按照情况需要、有重点地采取相对严格的执法。目前中国的《不可靠实体清单》第二条第（二）款对情况三进行了概括性阻断。

（四）中国是否应当阻断情况四？

对情况四的阻断，是通过要求中国实体不得不当拒绝同被美国制裁的特定中国实体进行交易，来实现维护中国经济“内循环”的目的，适用于美国对中国实体的次级制裁和“非典型初级制裁”。

在法理层面，如前所述，美国对中国的直接次级制裁和“非典型初级制裁”违反国际法，而其通过域外管辖权的滥用公然扰乱中国国内市场秩序，更是对中国经济主权赤裸裸的干涉，中国在国际法层面有权对其予以坚决阻断。在比较法层面，西方国家的阻断法大都采取了属地原则，理论上都能够阻断情况四。西方国家的阻断立法实践已不能有效应对美国经济制裁近些年来的快速扩张，欧盟学者近期也开始对欧盟《阻断法令》不适用于美国的初级制裁、相关核心概念定义模糊且需要进一步解释等问题提出了批评与反思。[78]

在政策评价层面，阻断情况四对中国的意义在于：

阻断情况四对中国的负面影响在于，它可能会使一些中国企业处于“两难困境”：那些同美国业务联系较多的中国企业会向中国政府申请遵守阻断法的豁免；那些同美国业务联系较少的中国企业可能会更加倾向于执行中国的阻断法，但这也可能与情况一一样导致美国制裁在这些实体之间扩散。[79]

因此，中国目前有高度的必要性对情况四进行立法阻断，但在执法过程中却要根据情况进行灵活判断，以求在保护中国国家利益和个体利益之间寻得平衡。当前中国并未立法对情况四进行阻断，今后可以尝试通过对《阻断办法》中的“禁令”制度做扩大解释予以实现。

（五）小结

经济制裁和阻断法对于各国而言都是“双刃剑”，制裁与反制裁体系本身就是国家间冲突和对抗的结果，在很多情况下是一场零和博弈。对于受外国经济制裁影响的国家而言，采取应对和反制措施是无奈之下的必然选择。由客观情况所决定，目前西方国家的阻断立法主要针对情况一，并且在实践中倾向于将其间接适用于情况三，以形成对美国经济制裁的应对和反制。尽管中国的《阻断办法》在很大程度上借鉴了欧盟《阻断法令》的立法经验，但中国的国情同西方国家存在重大差异，中国需要因地制宜地采取适合本国的阻断法立法模式。如本章所述，在中国的阻断立法体系中，应当优先阻断情况三和情况四，原则阻断情况一，适度阻断情况二，以最大限度在保护中国的国家利益和个体利益之间寻找到平衡。中国当前的阻断法体系通过《阻断办法》阻断了情况一，通过《不可靠实体清单》

[78] Rachel Barnes ect., the Guide to Sanctions, Law Business Research Ltd, 2020, p.132; Financial Markets Law Committee, "U.S. Sanctions and the E.U. Blocking Regulation: Issues of Legal Uncertainty", June 2019, available at http://fmlc.org/wp-content/uploads/2019/06/Report-U.S.-Sanctions-and-the-E.U.-Blocking-Regulation.pdf.

[79] 其他中国实体如果同因为违反制裁规则而被纳入 SDN 清单的中国实体从事重大交易，并不会直接导致该中国实体也被纳入 SDN 清单，SDN 的制裁并非是无限扩散的，例如在美国对伊朗的制裁中只有给“被指定的伊朗实体或在 SDN 清单上的伊朗人”提供重大协助者才会被同样列入 SDN 清单，参考：U.S. Dep’t of the Treasury, Office of Foreign Assets Control, Iran-Related Civil Aviation Industry Advisory: Deceptive Practices by Iran with respect to the Civil Aviation Industry (July 23, 2019), p.5.

阻断了情况二和情况三，但并未对情况四进行阻断。

五、中国视角下阻断法之进与退

（一）中国视角下的“次级阻断”

传统国际法学者认为阻断法之所以能够有效阻断外国的经济制裁，是因为相关实体位于该国的管辖范围内，属于该国公共秩序的保留，又被称为“消极压倒性强制规范”。[80]因此，西方各国的阻断法原则上都适用于本国管辖范围之内，例如香港阻断法适用于“在香港并且是在香港经营业务”的人，[81]加拿大阻断法适用于“部分或全部在加拿大进行的国际贸易或商业活动”。[82]近年来，伴随着西方国家阻断法开始广泛接受了“追索条款”，以及被制裁国家“报复性制裁立法”的出现，阻断法开始分化为“初级阻断”和“次级阻断”两种类型。“初级阻断”是指禁止在本国管辖范围内适用外国具有域外效果之法律并消除其影响的一类国内法的统称，原则上对应于情况一和情况四。“次级阻断”又称“域外阻断”，是指禁止在本国管辖范围外适用外国制定的可能对本国造成影响的法律、或是消除该法律可能对本国造成的影响的一类国内法的统称，原则对应于情况二和情况三。对中国而言，“次级阻断”要求相关主体如果遵守美国的制裁规则并拒绝同中国特定实体交易，那么也不得同中国的其他实体交易，这同美国“次级制裁”要求外国主体“如果同美国的制裁目标做交易，那么就不要同美国做交易”在法律逻辑上异曲同工。[83]

中国的现行阻断法体系中，《不可靠实体清单》中针对“外国实体”的阻断法规定和《阻断办法》第 9 条中关于“追索条款”的规定都属于典型的“次级阻断”。在笔者同国内专家学者就阻断法问题的讨论中，一些学者认为“次级阻断”和“次级制裁”都是对国际法的违反，以“长臂管辖阻断长臂管辖”的模式并不可取。但正如政策定向法学和批判法学所观察到的，国际法是国际政治的工具，[84]中国是否采纳“次级阻断”应当从中国的具体国情和政策需求出发来做出综合判断：

首先，从政策评价的角度来看，中国在客观上有进行“次级阻断”的必要。

其次，从法理上看，中国的“次级阻断”有着完全合法的国际法依据。

然后，从国际实践上来看，各国在阻断法问题上实施“次级阻断”由来已久。

最后，从实用主义的角度来看，“次级阻断”将继续在国际实践中长期存在。

综上，中国在应对被美国直接制裁的问题上采取“次级阻断”具有客观必然性和现实必要性，而阻断法本身的谦抑性也会为中国“次级阻断”在合理范围内最大限度发挥其政策功效提供有效的缓冲地带。

（二）中国视角下阻断法的谦抑性

[80] Tamás Szabados, Economic Sanctions in EU Private International Law, Hart Publishing, January 2020, pp.151-152; Basedow, J. (2017). Blocking statutes. In J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, & P. d. Miguel Asensio (Eds.), Encyclopedia of Private International Law (pp. 209-214). Cheltenham: Elgar.

[81] 香港《保护贸易权益条例》第 3（1）（b）款和第 3（2）款。

[82] Article 3 (1), Foreign Extraterritorial Measures Act, R.S.C., 1985, c. F-29.

[83] 叶研,吴大伟,金方斐.美国对伊朗能源领域制裁政策的解读与分析[J].国际石油经济,2018,26(12):79-92，第 83 页。

[84] 李鸣.国际法的性质及作用：批判国际法学的反思[J].中外法学,2020,32(03):801-825.

阻断法是具有涉外属性的一种特殊国内法，它具有强烈的政治和外交敏感性，着眼于国家的宏观利益，会使私人主体处于“两难困境”，需要外交对司法的灵活干预才能实现本国利益的最大化，区别于一般的国内法。因此，阻断法在制度设计和执行上具有强烈的司法自我谦抑性，其目的就是为了对阻断法可能带来的风险予以有效的控制，以最大限度地实现其政策性法律工具的功能。

一方面，阻断法在制度设计上具有谦抑性。

另一方面，阻断法在实施中也具有谦抑性。

六、结语

阻断法是一把“双刃剑”，其保护的本国国家利益和个体利益在很多情况下并非完全一致，中国需要根据外部国际环境和具体情况对其做出权衡与取舍。在国家层面，我们应当厘清思路，优先考虑保护中国国家的核心利益和整体利益；在个体层面，我们对于中外实体的利益也要予以充分考虑，尽量减少法律上“两难困境”可能给个体带来的困扰。中国目前的阻断法体系已初具雏形，但仍然存在大量需要完善之处，例如：阻断法作为涉及国家主权、外交、经贸和基本诉讼制度的法律，通过部门规章对其予以规范的法律位阶过低，不符合中国《立法法》的基本要求，不利于多部门采取联合行动，也无法实现大陆阻断法同香港阻断法的有效衔接；中国的阻断法体系目前并未对情况四进行有效的立法阻断；《不可靠实体清单》目前无法直接列示美国直接制裁中国的相关法律，难以有效发挥阻断法的政治宣示和引导功能；《阻断办法》未设计对于在美国法下实现“外国主权强制”比较重要的特别阻断令制度，没有考虑中国法院受理相关案件的级别管辖问题，没有考虑阻断法下的诉讼和仲裁之间管辖权选择和适用法律冲突的问题等。在中国今后更高层级的阻断法立法中，中国可以根据本国的特殊国情，尝试将《阻断办法》扩展适用于直接制裁中国的情况二、情况三和情况四，甚至将其扩展用于应对美国的“新冠病毒诉讼”和证据开示等问题。在实施层面，中国目前可以考虑率先启动香港阻断法（《保护贸易权益条例》）的实施试点，未来再有选择、有重点地在全国范围内灵活实施阻断法，并将美国企业作为执法重点，不放松对中国企业的监管，控制好执法节奏，在实现阻断法设计初衷的同时，最大限度地在维护中国的国家利益和个体微观利益之间寻找到平衡。

附件：

《中华人民共和国避免外国域外措施影响中国国家和个体利益法（反外国域外措施法）》

（建议稿草案）2020 年 5 月第一稿

美国单边制裁的合法性分析及应对措施

张琛

摘要：美国单边经济制裁措施历史悠久，目前已经成为了美国对外制裁的主要手段。其作为经济外交的一种,是指一国或数国对破坏国际义务、条约和协定的国家在经济上采用断绝外交关系以外的非武力强制性措施。《国际经济经济权利法》、《国家紧急状态法》以及《爱国者法案》等法律是美国实施单边制裁的国内法依据，且美国认为 GATT 一般例外以及合法的贸易救济措施的存在，为其提供了国际法层面上的法律依据。但是美国针对我国所具体实施的单边措施，比如“232 措施”以及“301 措施”，在国际法层面上并不具备合法性。基于此，我国政府应当积极的运用国际法维护自己的合法权益，在面临现时且紧迫的制裁时，政府可以实施反制措施，并加强双边谈判。而在同美国长期的贸易往来中，建立政策合规审查机制并完善国内相关的立法工作，以应对未来可能发生的单边制裁。企业或个人在面临美国的单边制裁时，可以主动寻求同 OFAC 和解，争取在制裁清单中除名，以最大化的减少自己的损失。

关键词：单边制裁；“301 调查”；合法性；应对措施

美国单边经济制裁措施历史悠久，目前已经成为美国对外制裁的主要手段。其经济制裁措施的影响范围和程度远超想象。中国自建国以来就频频遭到美国的各种经济制裁措施针对，加之中国现今经济飞速增长，与美国在贸易领域的摩擦不断，美国依据国内法对中国实施了多次单边经济制裁举措：2018 年 3 月，美国依据美国《1962 年贸易扩展法》第 232 节，对包括中在内的多个国家进口至美国的钢铁及铝分别加征 25%和 10%的关税。2018 年 4 月，依据美国《1974 年贸易法》第 301 节，经调查后所形成的《根据 1974 年贸易法 301 条款对中国技术转让、知识产权和创新有关行为、政策及做法的调查结果》(简称 301 调查) ，美国总统宣布了针对中国的一系列单边经济制裁措施，包括对从中国进口的部分产品加征关税、在 WTO 起诉中国、限制中国对特殊领域的投资行为等，并于 4 月 4 日宣布对原产于中国的 1300 余种进口商品加征 25%的关税。2018 年 10 月 29 日，美国商务部将中国福建晋华公司，列入到美国商务部制裁实体名单，声称其生产的芯片窃取美国的技术，禁止美国企业和个人与晋华公司就相关芯片的贸易往来。2019 年 5 月 10 日，美国对中国 2000 亿美元商品开始加征 25%关税。2019 年，中国三家国有大型银行因拒绝执行美国法院关于违反朝鲜制裁调查的传票，将面临被切断美元清算渠道的金融制裁风险。以上措施可以看出，美国对中国经济制裁的潜在与现实危险不断上升，因此本文试图探讨美国单边经济制裁的合法性，分析其法律依据，并结合相关案例以探究中国在今后与美国经贸交往中对于美国采取的单边经济制裁的应对措施。

一、美国单边经济制裁概述

（一）单边经济制裁的概念

经济制裁作为经济外交的一种,是指一国或数国对破坏国际义务、条约和协定的国家在

经济上采用断绝外交关系以外的非武力强制性措施，常常被经济实力强大的国家利用作为打击、削弱其他国家政治、经济和军事实力的手段。一般认为，财政、金融、贸易等领域的制裁均属于经济制裁。常见的方式包括：实施贸易禁运、中断经济合作、切断经济或技术援助等。

经济制裁根据发起者的不同可以分为单边经济制裁与多边经济制裁。多边经济制裁是指由联合国安理会所决定的集体经济制裁，单边经济制裁是相对于多边经济制裁而言，一国单方面对外国或外国实体的商贸活动等经济行为加以禁止、限制和附加条件等制裁手段。美国的单边制裁包含很多类型的手段，其一般综合运用多种类型的制裁措施以达到其目的，但大部分美国美国经济制裁手段可以归结为贸易制裁和金融制裁两类。贸易制裁的主要措施包括管制或禁止目标国的商品进口或出口;金融制裁的措施主要包括对目标国外部融资的限制与对目标国及其公民对外投资的限制。美国单边经济制裁在本质上是美国凭借其经济实力等综合国力在世界上占优势或垄断地位，而绕过联合国集体安全体制，将本国经济、外交政策强行推广到其他国家乃至世界，以巩固和提高自身国际地位及经济发展。

（二）美国经济制裁的历史演进

美国单边经济制裁历史悠久，其最早可以追溯到十八世纪六十年代，当时的美洲殖民地通过对特定的英国商品限制进口或者禁止英国商品离开美国港口即采取所谓的“不出口”以及“不进口”方式来对抗英国殖民者以迫使其改变税收和贸易法律。1在美国内战时期，美利坚合众国对美利坚联盟发起经济制裁以禁止美国南部从国外进口商品。21898 年美国西班牙战争中，美国通过封锁古巴和菲律宾的方式对西班牙施加经济压力从而为战胜西班牙打下了基础。西班牙战败，将波多黎各割让给美国，从此美国进入世界强国之列。3在一战和二战中，美国也同样利用经济制裁来达成其战略目的，例如在两次战争中，美国对日本采用单边经济制裁来控制日本对亚洲的影响，迫使其军队在占领地区撤军。4冷战时期，美国针对中小国家以及中国苏联发起包括出口限制、进口管制等经济制裁措施，限制社会主义国家的科技发展，削弱其经济实力。5可以说，单边经济制裁贯穿于美国历史，其作为一种对外政策中的有力工具，伴随着美国的独立、美国的内战，以及一系列战争美国的崛起，直到如今美国成为全球综合实力最强的国家，单边经济制裁都起到无与伦比的作用，在美国对外经济策略中占据着绝对核心的位置。

随着苏联的解体，冷战的结束，美国单边经济制裁措施也迎来了新的变化。在目的方面，美国实行经济制裁的目的相较以前更加复杂多样。冷战结束前，美国实行经济制裁更多的是为了抵制共产主义，遏制社会主义国家发展。冷战结束后，美国认为其需要统筹全球事务，肩负起负责维护世界和平的大旗。在保证本国经济发展的基础上，增加美国在国际社会的地位与竞争力，确保国家安全并且解决全球日益突出的一些问题，具体包括：在全球范围内推行美国式的人权与民主，打击恐怖主义，反对核武扩散，贩卖毒品等问题。

在对象方面，美国单边经济制裁从之前的针对国家的制裁转向了针对特定个人和经济实体的“定向”制裁，其典型方式是冻结个人财产以及金融封锁，赋予美国总统在宣布国家紧急状态时发布冻结任何外国人财产的行政命令就是美国“定向”制裁的典型体现。此外，

[1] See Adam Smith, A High Price to Pay: the Costs of the U.S. Economic Sanctions Policy and the Need for Process Oriented Reform, 4 UCLAJ. INT'L L. & FOREIGN AFF (1999).
[2] See Gary Clyde Hufbauer et al., Economic Sanctions Reconsidered: History and Current Policy 9 (3rd ed., Washington DC: Peterson Institute for International Economics 2007).
[3] Id. at 23.
[4] Id. at 13.
[5] Id. at 1.

美国商务部还可以将其认为威胁到本国国家安全以及经济利益的企业列入制裁实体名单，以禁止美国企业与个人与该经济实体往来。

美国使用经济制裁的频次较以前也大为增加。在冷战期间，美国采取单边经济制裁不仅是为了遏制社会主义国家发展主动策略，也是被动性反应的行为，美苏两大集团对抗互相采取经济封锁是当时大环境造成的，美国无从选择。而冷战后，国际社会出现一超多强的格局，美国世界霸主地位奠定，其影响力遍布全球，为了维护自身利益，其经济制裁施加的范围和频次就大为扩展，不仅那些被美国认为损害其利益的国家受到制裁，连美国的同盟国也席卷其中。仅在 1993 ~ 1996 年 4 年间,美国就新颁布了 61 项法案和行政命令对别国实行 经济制裁, 有 35 个国家成为美制裁的目标。6由此可见，美国对于经济制裁这一外交手段情有独钟，将其作为国际政治斗争的主要手段，日渐成为美国外交政策的核心。

二、美国单边制裁行为的国际法分析

（一）美国单边制裁的国际法依据

WTO 推行多边贸易体制，DSU 是多边贸易机制的重要组成部分，WTO 成员认为其在 WTO 项下的权利遭到侵犯时，可与争议方进行磋商，如果磋商未能达成一致，申诉方可要求成立专家组，在专家组做出决定后，申诉方和被申诉方均有权向上诉机构提起上诉。除非双方一致同意拒绝专家组或上诉机构报告，该报告将被争端解决机构直接采纳。7这一程序是 WTO 成员争端解决最直接和必要的方式。 WTO 规则既规定了多边规则机制，也规定了特殊情况下可采取单边措施。例如 GATT 中仍含有例外和补充条款，这些例外条款保障成员方通过运用单方措施保护某种政策目标的主权权利。GATT 第 20 条一般例外和 GATT 第 21 条安全例外明确许可在特定条件下采取单边措施。其中，GATT 第 20 条一般例外赋予了成员方在涉及公共道德、人类或动植物的生命健康、黄金或白银进出口等 10 项不同社会利益和问题的情况下采取减损或免除 WTO 义务的措施，即单边措施的可能性。该措施只需符合：第一，须证明该措施符合第 20 条中的例外之一 ;第二，该措施不得构成同等条件下国家间任意或不合理歧视的手段，也不得构成国际贸易的变相限制。8该条款在人权保护、环境保护、资源可持续利用、知识产权等相关争端中被频繁援引。GATT 第 21 条安全例外允许 GATT 自由贸易规则中涉及安全利益受到威胁时采取单边措施，该条款设置了安全例外的适用条件，其措辞体现了安全例外高度敏感的特性，成员方一直以来在申诉或被申诉时援引该条款受限，并且该条款具有很大的不确定性。9

如果美国采取的单边制裁措施属于 WTO 规则规定的范围之内，即使该措施不符合多边贸易体制的原则，该单边制裁措施仍合法，WTO 规则本身的模糊和不确定性以及 GATT 规则的例外规定为单边措施的施行留有制度上的空间，也为其存在提供了法律依据。

（二）美国单边制裁的国内法依据

美国作为单边制裁措施的代表国家，其国内法拥有一套完备的立法体系: 由国会立法、行政法规、总统命令及专门制裁法案构成的一个层层递进的立法、执法、司法的互动机制，起核心作用的是《国际紧急经济权利法》与《国家紧急状态法》以及作为相应补充性规制

---

[6] National Association of Manufacturers, March 1997, A Catalog of New U.S.Unilateral Economic Sanctions, For Foreign Policy Purposes, 1993~1996.

[7] Misha Boutilier,‘From Seal Welfare to Human Rights, Can Unilateral Sanctions in Response to Mass Atrocity Crimes Be Justified under the Article XX(A)Public Morals Exception Clause’(2017)75 U Toronto Fac L Rev 101.

[8] United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline(Complaint by Venezuela and Brazil)(1996), WTO Doc WT/DS2/AB/R at 22(Appellate Body Report), online:WTO (USGasoline).

[9] Tania Voon,‘Can International Trade Law Recover? The Security Exception in WTO Law:Entering a New Era’, AJIL UNBOUND, 2019, Vol 113:45-50.

的《爱国者法案》和《国防授权法》。10此外，根据特殊情况的需要，国会还可以紧急通过相应的制裁法案，如《伊朗制裁法案》；美国总统及相关政府部门亦可能通过颁发行政令启动单边经济制裁。

美国最具代表性的单边制裁措施是 301 调查，其是美国为维护国家与企业的利益，于 1974 年颁布《1974 年贸易法》，其中第 301-310 节的内容被称为 301 条款，随后，在世界贸易日益复杂的背景下，美国又相继颁布了《1984 年贸易与关税法》和《1988 年综合贸易与竞争法》，这些法律文件相互补充，最终交织成范围广泛，内容众多的 301 条款。根据该条款，美国认为他国的法律、政策或做法损害美国的经济利益时,就可以对其他国家的贸易立法或措施展开单方面调查,继而与该国进行磋商,如果磋商不成就可以直接对该国实施单边报复。自该条款实施至今,世界上包括中国在内的多个国家都曾遭到“301 条款”的威胁或报复。

三、美国单边制裁的现实应用

（一）背景介绍

2017 年 8 月 18 日，美国贸易代表办公室(United States Trade Representative，USTR)依照《1974 年贸易法》第 301 节启动了对华 301 调查，并于 2018 年 3 月 27 日，公布了此次对华 301 调查报告，此后，尽管中美进行了十余轮经贸磋商，美国仍然决定继续将中国列入其重点观察国名单，USTR 分别于 2018 年 4 月 3 日和 6 月 15 日两次公布对华制裁措施，并于 7 月 6 日正式开始实施，涉及钢铁、制造业等多个产业。2019 年 5 月 10 日美国正式对 2000 亿美元中国输美商品加征的关税从 10%上调至 25%，中国商务部则表示将适时采取反制措施，11而美国宣称还将继续对 3000 亿美元中国输美产品加征关税。这是 301 条款自 1998 年在 WTO 体制中受挫后，时隔 20 年的再度“复苏”。与以往不同的是，在此次中美贸易战中，美国一直宣称其主张的是 WTO 规则外利益的减损。这不仅体现了美国意欲探索 301 条款在 WTO 体制外适用空间的政治意图，也是对当今世界多边贸易体制的严重挑战。

（二）“301 调查”的非法

1. “301 调查”试图逃避 WTO 管辖

美国此次对中国发动的 301 调查涉及多项 WTO 规定，应通过 WTO 争端解决机制进行处理，而非单边措施解决。美国一直试图规避 WTO 管辖和束缚，回避本次对华 301 调查涉及美国在 WTO 贸易协定下的利益或中国的义务问题。其发起调查的依据也是第 301 条(b)项对不合理贸易的调查，而非第 301 条(a)项违反贸易协定利益的调查。USTR 概括性地认为中国的相关贸易政策、措施和做法不合理或存在歧视，可能对美国贸易利益造成了限制或负担，而不涉及(a)项中国对美国贸易协定下权利的违反，不属于 DSU 管辖范围，美方以此根据调查采取单边报复措施。因此，要想以 WTO 规则限制美国的行为，首先要证明美国 301 调查涉及美国在贸易协定的利益或中国在贸易协定的义务。

首先，从美国 301 调查发起所采用的法律依据来看，美国并未否认本次调查可能涉及美国贸易协定利益。根据《1974 年贸易法》的规定，USTR 所进行的 301 调查内容分为两种:第一种依据的是第 301 条(a)项，审查他国贸易法律、政策和做法是否侵害美国贸易协定项下的权利，如有侵害将据此采取强制性措施。第二种是依据第 301 条(b)项对他国贸易法

[10] 葛淼：《美国单边金融制裁的国际法性质与应对》，载《上海金融》，2018 年第 10 期。

[11] 参见《商务部新闻发言人就美方正式实施加征关税发表谈话》，http://www.mofcom. gov.cn/article/ae/ag/201905/20190502861691.shtml，2019 年 5 月 10 日访问。

律、政策和做法是否不合理或歧视性地负担或限制了美国贸易的调查，若存在限制内容，则许可 USTR 按照第 301 条(c)项，采取合理、可行的任意性措施，直至他国消除影响。12对于“美国贸易”的具体含义，在 301 条(d)项中，明确指出包括但不限于：一是涉及到国际贸易的服务业、信息转移，无关于是否存在实际货物; 二是美国人在外国的直接投资中，有实际货物或服务贸易的。13从字面来说，第 301 条(a)项和(b)项的调查内容似乎有所冲突，(a)项主要是说贸易协定下的利益违反，而在(b)项中又没有相关内容。但是事实上，(b)项涵盖的内容和举措更广，其可以指没有明确说明或者隐含有违反贸易协定内容的政策或做法，相较于(a)项来说更具有普遍性，为美国日后采取措施留下了余地，并为美国在日益复杂的贸易环境中应对法律问题提供了支撑。

2.301 调查违反了 WTO 关于货物和服务贸易条款

WTO 的目标是建立一个完整的包括货物、服务、与贸易有关的投资及知识产权等更具活力、更持久的多边贸易体系，其宗旨是扩大货物、服务生产与贸易，促进各成员方对世界资源的最优利用、保护和维护环境，并以符合不同经济发展水平下各成员需要的方式，采取相应措施。随着贸易保护主义抬头，美国执意采取的单边措施可能对 WTO 体制机制造成根本破坏，。美国基于 301 调查结果采取的关税措施涉嫌违反 GATT1994 第 1.1 条普遍最惠国待遇、第 2.1 条(a)和(b)项关于关税减让的承诺，直接损害了中国在 WTO 协定下应获得的利益。2018 年 4 月 4 日，在美国发布对原产于中国的 106 项进口商品加征关税的公告后不久，中国就在 WTO 争端解决机制下提起磋商请求，指出美国《1974 年贸易法》第 301—310 条、美国 3 月 22 日发布 的 301 调查报告中的事实和拟议措施，以及 4 月 3 日发布的对华征税建议违反了 GATT 1944 第 1.1 条规定、GATT 1944 第 2.1 条(a)、(b)项规定。[14]中国所采取的做法表明中国坚决维护 WTO 多边规则的信心。

3.制裁措施在国际法范围中适法性存疑

本次 301 报告均未释明美国的国际法权利基础，此种制裁措施在国际法范围内的适法性存疑。除 USTR 主张涉及到歧视性技术许可的部分违反了 TRIPs 相关规定，损害了美国的利益，提交至 WTO 申请裁决外，其他问题均是由美国自己独自启动调查程序并进行单边制裁。本次 301 报告中所涉其他三项调查内容均尚未形成统一的国际规则，且中美之间也没有涉及这三个事项的双边条约，所以美国在这三项调查内容上并不对中国享有国际法权利。诚然,《1974 年贸易法》第 301 节(b)规定 USTR 在证明被调查国家的做法、政策或实践是不合理的或歧视性的，且这种不合理的或歧视性的做法、政策或实践加重了美国贸易的负担或限制了美国贸易发展的前提下，可以以裁量方式启动单边制裁。但根据联合国国际法委员会 通过的《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 32 条的规定，责任国不能以其国内法解除其行为的不法性，所以 301 条款不能为违反国际义务的 301 制裁提供国内法依据和抗辩。

4.301 调查程序与美国国内法规定不符

[12] 《1974 年贸易法》第 301 条(b)(1)和(2)项。
[13] 《1974 年贸易法》第 301 条(d)(B)项:“foreign direct investment by United States persons with implications for trade in goods or services”.
[14] United States-Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543.

美国针对中国的 301 调查报告不仅在国际法范围内存在适法性问题，其与国内法也存在矛盾冲突，美国此次制裁行为无法做到“师出有名”。此次 301 调查与第 303 条(a)项、第 304 条(a)项所规定程序不符。《1974 年贸易法》第 303 条(a)(2)项规定，如果 301 调查涉及一项贸易协定且不能通过磋商解决的，USTR 应当就该事项迅速启动该协定下争端解决程序下的行动。第 304 条(a)(2)项规定，如果 301 调查涉及一项贸易协定，则 USTR 应当在争端解决程序完成之后作出决定。因此，对于涉及美国 WTO 协定利益的 301 调查，美国应诉诸 WTO 争端解决程序，仅对于不涉及 WTO 协定的 301 调查，USTR 才可以作出单边调查决定和行动决定。如前文所述，本次 301 调查中涉及的强制技术 转让和歧视性技术许可等内容分别涉及 GATT、GATS、TRIPS 中的多项规定，涉及美国贸易协定下的利益，从美国国内法角度讲也应依据相关程序规定进行，进而将涉及 WTO 内容的争议提交 争端解决机制进行解决，而非一揽子采取单边措施。

因此，USTR 径自启动对中国单边制裁措施的做法实质上是利用其在国际关系中的优势地位对尚存争议的国际经济事务设定美国标准，为中国强加国际义务，有强制推行经济霸权之嫌。同时，从 301 调查的运行上看，美国是在通过其单边制裁的方式强迫中国接受其调查，开放本国市场。

四、美国单边制裁的合法性判断

（一）单边制裁与国际法基本原则

国家主权平等、不干涉他国内政既是传统国际法上的重要原则之一，也是现代国际法的一项基本原则。无论是联合国还是其他区域国际组织，在它们通过的有关国家间关系的基本原则的文件中，均无一例外地列有这两项原则。一国根据本国国内法对其他国家发动单边制裁有将他国置于其国内法管辖之嫌，侵犯了他国主权。美国采取的单边制裁措施长久以来就合法性问题颇受争议。赞成者认为，单边制裁措施在界定、明确国际标准并将国际标准国内化的过程中体现了重要的作用。15由于政策选择手段的优先性，仅仅因为对外制裁存在局限和缺陷而对其加以否定，是不严谨的，对外经济制裁的优劣需要通过其他政策的对比方能判断。如果能找到比经济制裁更加有效的手段，才可以取消这一政策。16反对者认为，美国采取单边经济制裁实质上是少数利益集团为了实现自己的目的，利用美国在国际关系中的优势地位向其他国家施压，强迫其他国家迎合美国标准。针对特定国家的制裁是对他国主权的粗暴干涉，而在实际执行制裁的过程中，美国有选择性地对部分政府行为实行豁免又构成严重的歧视。这样的制裁不仅损害了其他国家的利益，也违背了民主的实质。美国采取的单边经济制裁措施作为一种政治外交手段，在适当的时间的确比采取武力手段更有效，但是经济制裁发挥的作用是有限度的，甚至会激化矛盾，引起被制裁方的反抗，被制裁方在谈判磋商无果的情况下可能采取反制措施，往往对美国自身的经济贸易带来巨大损害。17上述不同的主张多从美国经济制裁措施的动机、表现入手，评价制裁措施引起的社会效果，而忽略了美国采取单边经济制裁措施的依据。事实上，尽管美国的对外经济制裁政策也追求经济目的、文化目的等，但绝大多数情况下，美国都试图以在目标国建立民主化体制，在当地扶持确保美国利益的代理人，从而实现改变被制裁国政治体

[15] [Sarah H.Cleveland.Norm Internalization and U.S.Economic Sanctions[J].The Yale Journal of International Law,2001,1.

[16] David A.Baldwin.The sanctions debate and the Logic of Choice[J].International Security,2000,3.

[17] 杜涛．国际经济制裁法律问题研究[M]．北京:法律出版社，2015.

制、执政党派及政治领导人的最终目的。18根据国家主权平等、不干涉他国内政的国际法基本原则，美国政府无权依据其国内法对他国国内的经济政策、法律法规等作出评判，并要求他国根据其要求予以“改正”。此次美国对中国的 301 调查和制裁，美国不以 WTO 规则为依据，反以其国内法作为标准，对中国的法律法规，经贸政策妄加评判，将中国置于美国国内法管辖之下，有罔顾中国经济主权、立法主权之嫌，违反了国际法基本原则中的国家主权平等与不干涉他国内政原则。

（二）单边制裁与 WTO 规则

确定美国的单边制裁措施在 WTO 多边贸易体制的框架下是否具有合法性，需要明确以下两个问题：首先美国的单边制裁措施是否符合 WTO 现有的规则；然后，如果该行为不符合 WTO 的规则，那么其是否能够满足可以违反 WTO 规则的例外情形，比如 GATT 的一般例外条款或安全例外条款。另外，根据美国所依据的国内法的不同，其采取的措施所可能涉及到的 WTO 规则也不同，因此需要分情况进行讨论。在下文中，本文将选取美国于近年来采取的一些单边制裁措施，就其在 WTO 规则下的合法性进行讨论分析：

1.基于“232 条款”所实施的制裁措施合法性分析。2018 年 3 月 8 日，美国依据其 1962 年的《贸易扩张法》（Trade Expansion Act of 1962）第 232 节，以保障“国家安全”为由，对包括中国在内的多个国家进口至美国的钢铁和铝产品分别征收 25%和 10%的关税。19随后，美国又宣布分别对欧盟、澳大利亚、韩国、巴西等国家提供豁免期，以回应其传统盟友的利益诉求。20根据该措施的内容，中国约 30 亿美元的钢铁和铝产品在该措施的影响范围之内。就“232”条款自身规定而言，其授权美国商务部就特定产品进口是否威胁美国国家安全进行立案调查，并向总统提交调查报告，并由总统决定是否采取进一步的措施。根据条文内容，该条款对总统赋予的裁量权几乎没有限制，总统可以根据其对于“国家安全”的理解，对进口至美国的货物关税进行单方面修改。那么首先需要确认的是，美国的单边制裁措施是否违背了 WTO 的规则。根据 DSU 第 23 条的规定，WTO 要求成员在产生争议后均应当按照谅解规定的方式和程序来解决争端，成员不得就已经发生的违反 WTO 义务或阻碍其实现 WTO 项下利益的行为自行做出决定。因此，即便他国存在使美国利益受损的“不法行为”，后者避开 DSB 而单方面对其他国家实施制裁，在 WTO 规则之下也是站不住脚的。当然，DSU 的这一条规定并非就完全禁止了有关国家实施单边制裁措施的可能性，其一揽子规定存在着一系列的例外情况，如果行为国的制裁措施符合例外规定，那么其行为就可以合法化。美国认为其所实施的“232 措施”为国家安全措施，因此其有权依照 GATT 第 21 条的安全例外条款采取对外贸易限制措施，在这种情况下，其针对其他国家的制裁行为在 WTO 规则下应当是合法的。然而其这一主张其实难以成立，理由如下：首先，GATT 第 21 条的安全例外条款对于其所涉及的货物范围存在明确限制，即”核裂变材料“或”武器、弹药或者作战物质“，而钢铁和铝产品的适用范围远不止于此；其次，针对“232 制裁”的性质，不同国家对于保障措施以及安全例外条款的适用范围解释不同，因此应当适用条约解释规则中的善意原则进行解释，而无论当事国是否属于《维也纳条约法公约》的缔约国。21根据善意原则，GATT 第 21 条应当是为成员国出于战争防御的目的或应对其他国际关系中的紧急情况违反 WTO 规则而设立的，美国并未就针对钢铁及铝产

[18] 潘锐．美国国际经济政策研究[M]．上海:上海人民出版社，2013

[19] 周艳云：《中美贸易摩擦中美国“232 措施”法律性质之辨析——以 DS544 案切入》，载《国际经济法学刊》，2020 年第 2 期。

[20] 彭岳：《中美贸易战中的安全例外问题》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》，2019 年第 1 期。

[21] 马明飞，邢政：《论岛礁建设在岛屿主权争端中的证明作用》，载《中国海商法研究》，2019 年第 2 期。

品加征税收的行为是为了实现维护美国安全的目的提供有效的证据，因此 GATT 安全例外条款的设立目的显然与美国对钢铁或铝产品加征关税行为的关联度并不高；再次，根据 GATT 第 21 条第 2 款第 3 项，其规定“在战时或国际关系中的其他紧急情况”下，缔约方可以实施其认为必须采取的任何行动。此处“国际关系中的紧急情况”与“战时”是一种并列的关系，另外考虑到该款第 1 项与第 2 项的规定，意味着该“紧急情况”应当是与“发生战争”类似你 的紧迫情形。而根据美国实施 232 条款的现实背景来看，除了其主动的发动的针对其他国家的贸易调查之外，美国并无同“发生战争”同样或类似的其他紧迫情形。最后，DSB 应当拥有确定某一事项是否在 WTO 规则涵盖范围内的最终认定权。22尽管美国主张 WTO 作为多边贸易体制，无权就成员国的“国家基本安全”的内涵进行解释，因此对于其对 GATT 安全例外条款的援引问题无管辖权。但是依据 DSU 第 3.2 条的规定，DSB 拥有依照解释国际公法的管理澄清涵盖协定现有规定的权利，而针对美国就“国家基本安全利益”的这个主张与 DSB 管辖权的具体范围存在关系，因为该问题本质上是对 DSB 管辖权的认定，除去该条款设立之初可能的政治考量，DSB 对此有着当然的解释权。23因此，美国试图通过援引“基本国家安全”来排除 DSB 的管辖权是不符合 WTO 规则的。综上所述，美国对其他国家所实施的“232 措施”在 WTO 的规则体制下并不具有合法性。

2.基于“301 条款”所实施的制裁措施合法性分析。“301 措施”的实施背景已经在上文中进行了详细的叙述，此处便不再赘述。美国实施“301 措施”的依据主要来自美国国内法《1974 年贸易法》第 301 节规定，即“301 条款”。首先，该条款的某些内容曾经在欧共体诉美国“301 条款”案中，被 WTO 的专家组认定不符合 WTO 规则。但是当时美国总统通过提交《行政行动声明》，承诺遵守 WTO 的规则，使得专家组最终修改了其对“301 条款”的认定。24由此可见，WTO 专家组对于“301 条款”合法性的认定本身并非基于其条款的内容，而是基于多变利益的考虑，并以美国政府对该条款不对抗 WTO 及争端解决机制的保证为前提条件，最终选择容忍“301 条款”在 WTO 体制下继续运行。这也进而可以推断，仅根据“301 条款”的内容，WTO 专家组以及其他成员国并不能认同其在国际上的合法性。其次，尽管美国声称“301 措施”本身所涉及的事项并非涉 WTO 协定的事项，比如强制技术转让，但是“301 措施”本身的违法性使其不能排除 DSB 的管辖权。根据《马拉喀什协定》第 16.4 条的规定，成员方不得通过变更国内立法来背离其在 WTO 框架协定内的义务。因此，尽管“301 条款”的（b）项为美国实施单边制裁措施提供了国内法依据，即其所主张的利益并不属于 WTO 项下的利益，可以采取单边制裁措施。但是“301 措施”的制裁内容却是实在的违反美国在了 WTO 项下的义务。比如 USTR 对中国产品单方面加征关税的行为，违反了 GATT1994 第 1.1 条的最惠国待遇规定，以及第 2.1（a）(b) 关于约束关税的承诺。总而言之，即使美国所援引的利益不涉及 WTO 的项下规定，从而有权实施单方面的制裁措施，但该措施的内容仍然不能违背其在 WTO 中的义务，否则就不能排除其他成员国诉诸 DSB 的权利。

综上，美国依据其国内法所实施的“232 措施”与“301 措施”，一方面在 WTO 的规则体系之下并不具有合法性，另一方面其也不能完全排除 DSB 对于涉及该措施争端的强制管辖权。即使美国认为中国存在其相关报告中提到的使其利益受损的行为，也应当通过

[22] 刘瑛，刘正洋：《301 条款在 WTO 体制外适用的限制——兼论美国单边制裁措施违反国际法》，载《武大国际法评论》，2019 年第 3 期。
[23] 刘瑛，刘正洋：《301 条款在 WTO 体制外适用的限制——兼论美国单边制裁措施违反国际法》，载《武大国际法评论》，2019 年第 3 期。
[24] Marcus Noland.US Trade Policy in the Trump Administration. Asian Economic Policy Review,2018,13.

DSB 寻求多边机制下的解决方案，而非单方面依据国内法律而实施制裁措施，这与 WTO 所倡导且规定的要求不相符合。25

五、我国对于美国单边制裁的应对措施

2021 年 1 月 20 日，拜登正式取代特朗普成为美国的新一任总统。但是中美之间激烈的竞争关系却并未因此发生本质上的变化。拜登政府的总体外交战略是“重新领导世界”，强调美国要致力于恢复其在全球范围内的领导力，修补特朗普执政时期美国与其盟友国之间的关系。其将价值观置于美国外交政策的中心，主张通过构建“民主国家联合体”，以应对俄罗斯以及中国带来的挑战。由此可见，应对大国竞争仍然是美国外交政策的主要目的之一。26因此，在这个政策背景下，我国没有理由认为美国会放弃单边制裁这一威力强大的武器，应当积极的做好进一步的防备措施。

（一）国家角度

1.应对单边制裁的短期对策

首先，我国应当及时的采取反制措施。根据《国家对国际不法行为的责任条款草案》（简称《草案》）的规定，受害国有权针对国家不法行为采取反措施。如前所述，美国针对我国实施的单边制裁，比如“232 措施”或“301 措施”等，均不具备国际法层面的合法性。美国单方面歧视性的对我国出口货物加征关税的行为对我国的企业以及经济发展造成了严重的损害，因此我国基于《草案》的规定采取对等的反制措施，是符合国际法的正当行为。另外，我国的反制措施的法律依据还包括《维也纳条约法公约》第 60 条，其规定缔约国一方存在重大违约情形时，其他缔约国有权中止履行条约的义务。美国单方面加征关税的行为违反了 GATT1994 的最惠国承诺以及约束关税承诺，对于中美贸易的影响巨大且十分恶劣，足以导致 GATT 的目的或宗旨无法实现，符合《维也纳条约法公约》中对“重大违约”的解释。基于此，中国可以依据该法律中止履行对美国的 WTO 项下义务。27

其次，我国也应当积极的加强同美国的双边谈判。采取反制措施是手段而非目的，与美国达成长期的贸易协议或一致意见才是最终的目标。28中美之间的比较优势与贸易结构是互补关系，开展深层次的经贸合作符合两国的根本利益。29且历史上美国针对他国所开展的单边制裁措施案例，很少存在最终采取报复措施的结果，大多数情况下双方都达成了新的贸易协议。2018 年，外交部长王毅在会见美国国务卿蓬佩奥时也指出，“中美合则两利、斗则双输，合作是双方唯一的正确选择”。尽管就某些关键问题，我国在与美国的多次高级会谈中仍未达成一致意见，但是磋商谈判是最有利于达成双赢局面的路径，特别是当下 WTO 上诉机构停摆，美国又迟迟没有加入《多方临时上诉仲裁安排》（简称“MPIA”），我们更应当将其作为解决中美矛盾的首要选择。30

最后，我国可以选择将争议提交至 WTO 争端解决机制。尽管历史上中美之间的贸易摩擦多数不是依靠 DSB 解决的，但如果磋商谈判长期难以取得进展，采取司法手段维护我国的经济利益也是可供选择的方式。然而目前上诉机制停摆的阴霾仍然笼罩载 WTO 之上，由于美国并没有同意加入 MPIA，我国就“301 调查”所提交的诉讼也在美国提出上诉之后

[25] 张虎：《美国单边经济制裁的法理检视及应对》，载《政法论丛》，2020 年第 2 期。
[26] 赵明昊：《重新找回“西方”：拜登政府的外交政策构想初探》，载《美国研究》，2020 年第 6 期。
[27] 杨国华：《中国贸易反制的国际法依据》，载《经贸法律评论》，2019 年第 1 期。
[28] 易继明，李春晖：《我国知识产权制度及科技法律政策之新节点——评 2017 美对华 301 调查报告及我国之应对》，载《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》，2019 年第 1 期。
[29] 梅冠群：《特朗普启动对华贸易调查的若干认识与思考》，载《中国发展观察》，2017 年第 16 期。
[30] 杨帅：《中美贸易争端下美国贸易法“301”条款及中国对策研究》，2019 年山东大学硕士学位论文。

陷入僵局，未来上诉机构究竟以何种形态重新开始运行还充满着未知数，但是不能忽视的是，其自成立以来，为发展中国家提供了一个可以与发达国家相对公平抗衡的机会。一方面，我们应当积极支持上诉机构的改革与重新运转，另一方面，也可以寻求在专家组阶段解决争议的可能性。

2.应对单边制裁的长期措施

第一，建立政策合规审查机制。我国在今后国家政策的制定过程中，应当更多的将注意力集中于合规审查的环节。因为对于我国的政策解读并非仅仅来自于国内，还有很多来自国际的解读。比如美国在 301 调查报告中提出，中国的《中国制造 2025》《国家中长期科学技术和发展规划纲要（2006 年-2020 年）》等战略规划中，存在大量如“自给自足率”以及“国产化率”等敏感字眼，使美国认为中国的产业发展与贸易投资是在中国政府有目的、有计划的引导下进行的。尽管这种指责是对我国发展纲领的一种误读，但是却容易使其他国家在于我国进行贸易时不必要的提高警惕，更有可能成为一些别有用心的国家攻击我国贸易政策的借口。

第二，完善国内以及国际领域的知识产权立法工作。一方面，我国应进一步的完善国内有关的知识产权立法。就“301 调查”而言，美国认为我国存在强制技术转让的依据主要是来自我国《中外合资经营企业法实施条例》第 43 条第 3 款以及第 4 款的规定，而该条款对于技术转让确实存在相对不合理的规定。在“301 调查”之后，国务院便颁布了《知识产权对外转让有关工作办法（试行）》，以对知识产权的对外转让秩序加以规范。从这个角度来看，美国的单边制裁在某种程度上也确实推动了我国知识产权立法的完善。31因此为了避免以后类似的制裁措施，我国也应当主动积极对自己的知识产权立法进行检查与更新。另一方面，我国也应推动国际层面的知识产权保护立法。美国能够绕开 WTO 争端解决机制，单方面的对中国采取“301 制裁”措施，正是因为 WTO 项下的知识产权保护中不包含关于知识产权转让的规定。因此推动国际知识产权保护立法规则的额发展，对于防止未来可能的单边制裁具有重要的作用。

（二）企业及个人角度

1.严格进行国际经贸合规审查工作

中国企业在进行跨国贸易时要特别警惕美国单边制裁的影响，建立属于自己的“制裁名单”排查体系。在跨国贸易时应当严格排查敏感国家、地区以及政治敏感个体，做好客户的背景调查，保证业务合规，以免成为美国的制裁对象。32美国财政部海外资产控制办公室（简称“OFAC”），在 2019 年 5 月 12 日发布了《OFAC 合规承诺框架》33,该文件中列明了如何有效制定制裁合规计划的五个要素，即管理层承诺、风险评估、内部控制、测试与审记以及培训。我国的跨国企业应当针对以上的列明的要素采取必要的合规措施，以在面临未来可能的制裁时进行有效的抗辩。

2.寻求与美国 OFAC 和解

如果拥有足够且真实的证据，我国企业也可以主动寻求同 OFAC 的和解，但是往往要承担相对巨额的罚款以换取制裁的豁免。2017 年中兴通讯同 OFAC 达成和解协议，就其对

[31] 李懿璇：《WTO 单边贸易措施合法性研究——以美国“301 条款”调查及其制裁为例》，2019 年厦门大学硕士学位论文。

[32] 龚柏华：《中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对》，载《经贸法律评论》，2019 年第 12 期。

[33] https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/framework_ofac_cc.pdf

《伊朗贸易制裁条例》的违反以及虚假陈述和毁灭证据等违法行为，缴纳了 8.92 亿美元的罚金。2018 年，烟台杰瑞与 OFAC 达成和解协议，该公司因 11 项明显违反《伊朗贸易制裁条例》而缴纳了 2774972 美元罚金。尽管和解的成本十分高昂，但是对于某些企业而言，被列入 SDN 名单的影响要远比罚款更为严重。34

3.争取在制裁清单中除名

美国的单边制裁并非禁止所有的贸易与资金往来，而是根据不同的情况采取不同的制裁措施，而且往往会存在一定程度的例外豁免。352019 年，美国商务部工业安全局将 50 家实体列入了未经核实清单，之后又将 8 家中国公司从清单中移除。因此，我国企业或个人可以寻求法律专家的协助，自行判断其业务范围是否被美国的制裁法令所涉及，并预先实施一些措施以规避美国的制裁范围。比如对本国企业的产品技术占比进行评估，将美国技术的占比控制在 25%以下，这样就低于了美国商务部关于微量规则 25%的占比门槛，从而避开禁令的制裁范围。

4.可以考虑在美国境内提起司法诉讼

根据《美国法典》第 1581 条的规定，我国因类似“301 调查”或“232 调查”制裁措施而收到损失的企业或个人可以在美国国际贸易法院（CIT）对美国政府、政府机构以及工作人员提起诉讼。该法典第（i）（2）项规定，可以就“非为增加财政收入的目的而对进口商品征收的关税、税或其他税”提出起诉。但是根据这条规定在 CIT 提起的判例少之又少，仅能检索到两个案件：Gilda Industries，Inc. v. United States 和 Almond Bros. Lumber Co. v. United States。在该两个案件中，前者的原告请求获得了法院的支持而后者的原告请求则遭到了驳回。考虑到目前中美关系并不乐观的政治背景，以及我国相对较缺乏的判例法诉讼经验，我国企业与个人在美国胜诉的不确定性较大，36但是这位我国企业与个人在美国司法层面维护自己利益提供了一种途径，值得我们在未来的争端中进行更多的思考。

[34] Global Law Office.2019 年度 OFAC 经济制裁执法案件评述[EB/OL].https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fde7fac3-0a5d-4568-9269-3a881c8ed3e9,2020-02-17.

[35] 龚柏华：《中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对》，载《经贸法律评论》，2019 年第 12 期。

[36] 雷雨清，刘超，郑伟：《美国对华 301 调查及中国反制措施的法律分析》，载《经贸法律评论》，2019 年第 2 期。

高水平对外开放与中国司法的国际化

张春良，赵梦玲[1]

摘要：高水平对外开放是中国对外开放高质量发展的必然要求。司法作为我国涉外争端解决的主流制度与实践，与高水平对外开放相互嵌套、同向而行。高水平对外开放作为需求侧塑造并诱导作为供给侧的中国司法的国际化发展，并具体化为更大范围、更宽领域和更深层次的国际化。依托“一站式”解纷机制、涉外私法关系认定、司法合作等范围的扩大彰显我国司法更大范围的国际化；仲裁协议效力认定、仲裁裁决司法审查、涉外法律适用等领域的拓宽彰显我国司法更宽领域的国际化；涉外司法理念、司法体制、司法技术和人才培养等层次的深化彰显我国司法更深层次的国际化。为回应我国高水平对外开放的持续需求，我国司法在当下应促进涉外关系法律体系的完善，通过明确国际条约和国际惯例的适用提升我国法律适用的国际化，着力改进仲裁司法审查环境助力我国仲裁目的地国的建设，并从司法服务与保障的跟跑、伴跑角色转型为司法引领的领跑角色，通过司法释放规则潜力并逆逼规则的国际化更新。

关键词：高水平；对外开放；司法；仲裁；国际化

一、引言

40 多年前，史诗般的改革开放在中国拉开序幕，国家领导人邓小平首次明确提出“开放”并阐述了改革的总要求、理论依据以及改革的精神，经济特区的改革试行、沿海沿边沿江开放地带以及内陆省会城市的全方位、多层次的开放格局相继形成。党的十二届三中全会指出要积极发展多种经济形式，将对外开放作为我国的基本国策，为更大范围的对外开放奠定了政治基础。[2]1992 年到 2001 年，对外开放从经济特区向内陆全面展开、引进来和走出去双向开放、从体制试点到全面制度建设转型，对外开放的区域、方向和重心全面改革，以推动更高水平的对外开放。伴着中国入世，对外开放的广度和深度不断扩大，坚定不移地实施对外开放的基本国策和互利共赢的开放战略，在更大范围、更广领域、更高层次上参与国际经济技术合作与竞争[3]。中国开放的大门越来越大，在人类命运共同体、“一带一路”倡议、自由贸易试验区建设[4]等新发展的基础上，实施更大范围、更宽领域、

[1] 张春良，四川泸县人，法学博士，西南政法大学教授，博士生导师；赵梦玲，重庆市人，西南政法大学国际法学研究生。

[2] 董希淼，朱美璇：《中国特色对外开放的历程与逻辑》，载《中国金融》2019 年第 20 期，第 18 页。

[3] 中共中央文献研究室：《十六大以来重要文献选编（中）》，中央文献出版社，2006 年版。

[4] 茹亚辉：《回顾与反思：新中国成立以来中国共产党对外开放策略的解读》，载《党史博采(下)》2020 年第 12 期，第 14-15 页。

更深层次的高水平对外开放成为新时代的重要国策。

为了服务保障我国高水平对外开放的战略部署，最高人民法院及时发布并实施了《关于人民法院服务保障进一步扩大对外开放的指导意见》（以下简称《指导意见》）等司法文件，从依法行使管辖权、完善涉外法律适用规则体系建设、加强国家之间的司法协助与交流互鉴等方面[5]回应了高水平对外开放对中国涉外司法的国际化要求，在《指导意见》下配套各种具体司法服务和保障意见，[6]部署由点及面的司法国际化安排。

中国司法的国际化可以分别概括为更大范围、更宽领域、更深层次三个方面，逐一响应高水平对外开放的要求。在更大范围的司法国际化方面，主要表现为更大范围地促进诉讼、仲裁、调解三位一体的“一站式”纠纷解决机制的融贯；更大范围地认定涉外民商事关系；更大范围地强化区际和国际司法合作与交流。在更宽领域的司法国际化方面，主要表现为更宽容的司法审查仲裁环境；更宽容的涉外管辖安排；更宽容的涉外法律适用。在更深层次的司法国际化方面，主要表现为更精细的涉外司法理念；更科学的示范法院建设标准；更深层的涉外司法体制机制改革；以及更实战的涉外法律人才培养。

二、更大范围的对外开放

中国司法的国际化首先表现为司法领域更大范围的对外开放。在更大范围的司法开放中，尤以如下三方面的发展引人关注，即多元解纷机制的一体化融贯、涉外因素认定范围的扩大，以及司法机关通过司法外交途径实现司法国际合作的拓展。

（一）解纷机制更大范围的开放

诉讼、仲裁、调解作为纠纷解决的三驾马车在国际商事纠纷争端解决中发挥着基础性作用。由于三种解纷机制有其独特的解纷原理与功效，因此在传统解纷领域中三类机制各有其独立的适用范围，并保持相对独立的运行模式。因应纠纷发展的复合化与复杂化，不同法律关系主体对纠纷解决产生了不同的需求，传统的纠纷解决机制已经难以通过单兵作战方式有效解决纠纷，或者说解决纠纷的效果难以有效满足当事人的多元化需求。职是之故，探讨并促进三类“元”解纷机制之间的多元化、多类型融合，成为当前世界范围内对国际商事纠纷争端解决机制的创新性、灵活性的期许。在中国高水平对外开放格局下，三大传统纠纷解决机制也在司法主动推动中实现更大范围的融贯。从提供传统单一的争端解决方式到多样化的争端解决组合，国际商事主体可以依据不同的纠纷类型选择适合的、公

[5] 肖永平：《司法服务保障对外开放的四个关键词》，载《人民法院报》2020 年 9 月 27 日第 002 版。
[6] 如《最高人民法院关于人民法院为北京市国家服务业扩大开放综合示范区、中国(北京)自由贸易试验区建设提供司法服务和保障的意见》《最高人民法院关于为成渝地区双城经济圈建设提供司法服务和保障的意见》《最高人民法院关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》《最高人民法院关于人民法院为中国(上海)自由贸易试验区临港新片区建设提供司法服务和保障的意见》《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》《最高人民法院关于为海南全面深化改革开放提供司法服务和保障的意见》等。

正的、高效的纠纷解决机制组合，中国司法对外提供的争端解决方式的选择更多、范围更大、灵活度更高了。

1.促成解纷机制“三位一体”的融贯格局

为适应新形势下的国际商事主体需求，我国司法对诉讼、仲裁、调解之间的重心进行了相应的调整，对仲裁和调解实现了从支持到并重，再到“挺前”的位序转换。《人民法院第二个五年改革纲要》中提出要“加强和完善诉讼调解制度，依法支持和监督仲裁活动”，非诉讼与诉讼方式之间的关系更倾向于强调前者对后者的辅助以及后者对前者的监督；在《人民法院第三个五年纲要》中“多元纠纷解决机制”开始出现，此时诉讼与非诉讼之间是相互衔接的关系，核心在于“扩大调解主体范围，为人民群众提供更多可供选择的纠纷解决方式”；随着全面深化改革，“多元化纠纷解决机制”在《第四个五年改革纲要》中范围更进一步扩大；《人民法院第五个五年改革纲要》则是彻底变革了过去诉讼与非诉讼之间的常态化关系，转而“坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面，推动从源头上减少诉讼增量”，行业调解、专业调解、多方调解更进一步得到加强和完善，将互联网技术与多元化纠纷解决机制相互融合，实现纠纷解决在线咨询、在线评估、在线调解、在线确认，向更加国际化的多元纠纷解决平台转型。以非诉讼方式优先解决纠纷以及三种解纷机制更大范围的融合表彰出司法对非诉讼解纷机制大力支持的国际化态度。

2.创新解纷机制“三位一体”的融贯方式

为回应更大范围的对外开放之需求，中国司法的国际化进程还尤其表现在创新解纷机制三位一体的融贯方式上，这就是依托创新的国际商事法庭促进三者高度集约、整合和融贯的“一站式”发展，形成国际商事法庭的“一站式”纠纷解决机制。“一站式”争端解决机制通过三类解纷机制的多边互动，多角度、多层次地满足跨国商事争议当事人的不同解纷需求。国际商事法庭这一创新的融贯方式为当事人提供了诉讼、调解、仲裁有机衔接的国际商事纠纷解决机制，充分尊重当事人解决纠纷方式的选择。结合《国际商事法庭程序规则》观之，纠纷解决机制的“一站式”安排具有如下要点：（1）诉调融合。《国际商事法庭程序规则》第四章专章规定了庭前调解制度，在专门解决国际民商事争议的国际商事法庭中并入调解。其第十七条为国际商事争端当事方提供了两种审前调解路径：其一是由最高人民法院国际商事专家委员会成员组织调解，其二是由国际商事调解机构进行审前调解。上述两种调解路径都体现了调解水平的国际化转变。国际商事专家委员会是境内外知名专家的集合，国际商事调解机构则是积累了众多国际商事案件调解经验的中国国际贸易促进委员会调解中心和上海经贸商事调解中心。（2）诉仲衔接。《国际商事法庭程序规则》第七章以国际商事法庭关于保全申请和仲裁裁决撤销或执行的立案审查规定实现了仲裁与诉讼的有机衔接。国际商事主体在选择将国际纠纷交由“一站式”争端解决机制中的仲裁机构仲裁前后，有权向国际商事法庭申请证据、财产或者行为保全；在仲裁裁决作出后，有权国际商事法庭申请撤销或者执行仲裁裁决，仲裁与诉讼在国际商事法庭中实现了高度协同

和彼此衔接。

3.开放解纷机制“三位一体”的关键元素

解纷机制的适用领域、解纷专家以及解纷方式是其关键元素，更大范围的开放应首先和首要地体现在这些关键元素的开放上。在适用领域的开放方面，多元化纠纷解决机制被应用于多种法律关系中，包括但不限于知识产权纠纷、金融纠纷、互联网纠纷、商事纠纷，三种纠纷解决方式在更大范围的跨国纠纷类型中被引入适用。在解纷专家的开放方面，更大范围的调解员、仲裁员以及调解机构、仲裁机构从国外引进，如国际商事法庭中有来自34 个国家和地区的专家委员，各大机构中有具备仲裁和调解丰富经验的专业人员以及外籍仲裁员等等后备力量，多元化、国际化和开放化的解纷专家库的建设提升了我国解纷机制的竞争力和吸引力，是我国秉持更大范围对外开放精神进行解纷机制建设的重要体现。在解纷方式的开放方面，互联网和人工智能等技术的应用使得跨国当事人的争端解决更加便利，多元化纠纷解决平台支持通过网络方式受理、缴费、送达、调解、阅卷、证据交换、庭前准备、开庭等，为国际商事主体提供了更加开放、便利和国际化的多元争端解决载体，提升其纠纷解决的用户体验。

（二）涉外因素更大范围的认定

涉外因素是区分国内案件与涉外案件的标志，也是我国司法机关采取不同法律处理模式和程序的标准。[7]由于含有涉外因素的案件在我国司法程序中将得到更为国际化的处理，因此涉外因素认定标准的扩大就有助于扩大我国对外开放，支撑对外开放的高水平发展需求。我国司法实践在传统法律关系三要素测试方法基础上作了两个方面较大的突破：第一个方面是，从《民法通则》司法解释中的要素测试法到《涉外民事关系法律适用法》司法解释一中的兜底开放条款的引入。具有转折意义的案件是“黄金置地与西门子公司案”，[8]该案审理法院基于自贸区内注册、外商独资企业性质、资本来源、最终利益归属、公司的经营决策、货物从区内区外流转等多方面事实最终适用兜底条款认定该案具有涉外因素，进而认定仲裁协议的有效性。

第二个方面是司法实践对涉外因素的认定从自贸区到保税区的特别考虑。自贸区和海南自由贸易港是中国决策层立足国际政治经济发展新情势所提出的中国方案和中国道路。我国司法机关通过一系列文件和司法解释对此提供了相应的司法服务和保障，作为其中的重要举措之一即是将自贸区视为法律关系涉外的具体情形。在上述案件中，人民法院的裁判思路已经体现了将自贸区进行特殊考虑的因素，最高人民法院在该案一年后发布的《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》中的第九条就实质性地将自贸区在临时仲

[7] 张春良：《制度型对外开放的支点：我国私法关系涉外性的界定及重构》，载《中国法学》2019 年第 6 期，第 92 页。
[8] 西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司案，上海市第一级人民法院（2013）沪一中民认（外仲）字第 2 号民事裁定书。

裁、域外仲裁中作为涉外因素予以认定，为自贸区提供了特殊的法律地位。在另一案件中，人民法院进一步明确了关税保税区具有“境内关外”的性质，因此针对该特殊区域内的标的发生的法律关系应被认定为具有涉外因素。

（三）司法合作更大范围的拓展

1.区际司法协助通过区际协定持续拓展协助范围。

内地与港澳台之间区际司法协助的先行先试为国际司法协助提供了经验积累，是中国高水平国际司法合作探索的试验田。近年来内地与港澳特区持续拓展司法协助的范围，在诸多领域取得了历史突破，迄今内地先后与香港、澳门特区围绕委托送达民商事司法文书、提取证据、认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决、认可和执行民商事仲裁裁决等内容，形成了多元化、立体式的区际协助模式。[9]

2.国际司法协助通过司法外交持续拓展协助国别。

中国司法机关在高水平对外开放中开展了越来越主动的行动，除了国家层面签订国际民商事司法协助条约之外，中国司法机关还衍生出了新型的国际司法合作方式，这就是通过司法外交签订最高司法机关之间的各种宣言、备忘录等。尽管这些司法外交及其形成的文件的法律性质有待进一步定性，但其至少在司法政策层面可以现实和有效促进国家间的司法良好互动，诱导司法协助顺利实施，并为正式的司法协助协定的签署奠定基础。不同国家的最高司法机关之间签订的司法合作声明，扩大了司法合作的主体范围和地域范围。2017 年 6 月 8 日在广西南宁举办的第二届中国-东盟大法官论坛中通过《南宁声明》，该声明在信息技术服务应用于司法领域、替代性纠纷解决机制、法官培训等方面进行了区域性的交流与合作，是最具代表意义的首次以官方非约束性文件的形式提出“推定互惠”，即在承认和执行东盟国家民商事判决时，对于未与之缔结对应国际条约的情况下，只要对方国家的法院不存在以互惠为理由拒绝承认和执行中国民商事判决的先例，在中国国内法允许的范围内，即可推定与对方国家之间存在互惠关系，这对我国国际司法协助领域具有巨大推动作用，有效解决了困扰中国司法机关在承认与执行外国判决中由立法所设置的“事实互惠”的司法合作之梗。这为我国司法领域更大范围的对外开放，以及支持我国其他领域更大范围的开放提供了有力支持。我国最高人民法院从 2016 年开始对外签订谅解备忘录，截止 2021 年 3 月 20 日，我国已与 27 个国家最高司法机关签署了与司法合作相关的谅解备忘录[10]，包括朝鲜、巴拿马、摩洛哥、比利时等。尽管谅解备忘录不具备法律约束效力，

[9] 这些区际协定或安排包括：《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院就民商事案件相互委托提取证据的安排》《最高人民法院、香港特别行政区政府关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排（尚未生效）》《 最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行民商事判决的安排》等等。

[10] 《中华人民共和国最高人民法院与朝鲜民主主义人民共和国中央裁判所关于友好协助和交流的谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院和巴拿马共和国最高人民法院司法交流与合作谅解备忘录》《中华人

但通过与各国家最高司法机关商签备忘录的方式，在信息化建设、司法改革、案例研究、法律查明、民商事判决相互承认与执行等重点领域加强交流互鉴并推动法治合作，为创新型国际司法合作引领方向。

三、更宽领域的对外开放

中国司法国际化的第二个指标是更宽领域的对外开放。更宽领域的对外开放涉及不同的方面，就中国司法国际化角度而言，其主要表现为仲裁司法审查更宽容、涉外管辖安排更宽容，以及涉外法律适用更宽容三个关键领域。

（一）更宽容的仲裁司法审查

仲裁是国际社会偏爱的跨国商事争议解决机制，一国司法机关对仲裁的态度成为国际社会判断该国对外开放和国际化程度的重要观测点。我国长期以来致力于国际仲裁目的地国的打造，但部分外国观察者仍心存疑虑。[11]因此，支持仲裁协议和仲裁裁决的司法谦抑审查态度，不仅有利于仲裁行业的高速发展，而且也有助于巩固和深化我国对外开放进程。事实上我国的确通过立法、司法解释和实践确立了越来越宽容的仲裁司法审查标准，亲仲裁、友好仲裁的司法环境乃至社会文化环境正在成形。

1.更宽容的仲裁协议审查标准

仲裁协议的有效性是确定案件通过仲裁解决的前提条件。司法支持仲裁的首要表现便是尊重当事人之间签订的仲裁协议，而认定仲裁协议有效在我国也经历了从宽容到更宽容的转变，在司法实践中呈现为“有利于有效”的法律适用与分割认定方法论。（1）有利于有效的法律适用。我国调整涉外仲裁协议的法律适用规则先后共有四条，最终引入了“有利于有效”的法律适用调节规则。根据现行规则安排，我国法院在确定涉外仲裁协议的准

民共和国最高人民法院和摩洛哥王国最高人民法院司法交流与合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院和比利时王国最高人民法院司法交流与合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院与蒙古国最高人民法院司法交流与合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院与南非共和国宪法法院合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院与苏丹共和国最高人民法院合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院与新加坡共和国最高人民法院合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院与阿富汗伊斯兰共和国最高人民法院司法交流与合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院和委内瑞拉玻利瓦尔共和国最高人民法院司法交流与合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院和法兰西共和国最高人民法院合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院和希腊共和国最高人民法院司法交流与合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院与秘鲁共和国最高人民法院合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院和芬兰最高人民法院司法交流与合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院与意大利共和国最高司法委员会及意大利最高人民法院谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院与哈萨克斯坦共和国最高人民法院司法交流与合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院与塔吉克斯坦共和国最高人民法院司法交流与合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院和泰王国大理院司法交流与合作谅解备忘录》《中华人民共和国最高人民法院与老挝人民民主共和国最高人民法院司法交流与合作谅解备忘录》。

[11] Born G B, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing* (Kluwer Law International, 6th edn,2021), p. 74.

据法时首先适用当事人选择的法律，其次则适用仲裁机构地法或仲裁地法中确认仲裁协议有效的法律，最后才适用法院地法。（2）分割认定的方法论。在根据我国法律认定仲裁协议的效力时，我国一贯对或裁或审、先裁后审或先审后裁的仲裁协议持否定态度。这是我国司法审查仲裁协议的强硬立场。然而，在晚近的相关司法审查实践中我国司法一贯坚守的这一立场也开始发生转变，相关法官天才地利用分割方法，将此类复合管辖条款进行切割，单独对仲裁约定部分作出有效认定。[12]除上述情形外，我国在司法实践中逐步承认仲裁当事人约定境外的仲裁机构在境内仲裁的仲裁协议有效[13]，以及承认自贸区内“三特定”条件下临时仲裁协议的有效性和提交境外仲裁机构进行仲裁的有效性，这些司法实践动态都从不同方面构成我国司法在审查仲裁协议效力时“没有最宽容，只有更宽容”的立场和态度。

2.更宽容的仲裁裁决司法审查标准

司法审查涉外仲裁裁决更加宽容主要表现为两个方面：一是严格限定司法审查仲裁裁决的依据，并符合国际审查标准；二是设立撤裁层报制度，形成严格的司法内控机制，贯彻司法支持仲裁的精神。

（1）设置撤裁依据负面清单并符合国际化标准。我国民事诉讼法第 274 条以封闭立法方式限定了撤裁审查依据的负面清单，禁止司法机关法外撤裁。[14]查该条设置的五类撤裁依据，分别涉及仲裁协议、仲裁参与、仲裁程序、超裁或无权仲裁，以及社会公共利益。这些撤裁依据主要限定于程序性事项，而不涵盖实体性事项，这种限制性的审查范围符合国际社会的通行做法[15]。（2）涉外仲裁裁决司法审查的模式体现宽容的司法审查态度。我国司法对涉外仲裁裁决的审查模式经历了从下级法院独立办理到报告制度，最后向报核制度的转变；再到此前针对国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决采取双轨制到目前采取附条件的单轨制的内部报核制度的转变[16]；在最高人民法院关于自贸区的意见中，涉及自贸区企业的仲裁司法审查案件也纳入到了报核制度的范畴。报核制度在更宽领域内得以适用的司法实践改善了过去中外当事人不平等的司法审查环境，解决了实践中可能存在的地方保护主义问题。从双轨制到单轨制，从涉外案件到国内案件，我国司法在改革开放的潮流中不断改良精进，填补了层报制度在实践中所反映出的漏洞，有助于形成“仲裁友好型”的司法审查环境。

[12] BY.O 与豫商集团有限公司服务合同纠纷案，上海市第一中级人民法院，（2020）沪 01 民辖终 780 号民事裁定书。

[13] 安徽省龙利得包装印刷有限公司与 BP Agnati S.R.L 确认仲裁协议效力案便是典型案例之一。在该案中，最高人民法院认为：涉案仲裁协议有请求仲裁的意思表示，约定了仲裁事项，并选定了明确具体的仲裁机构，应认定有效。最高人民法院突破性地将“选定的仲裁委员会”解释为“选定了明确具体的仲裁机构”，认为“仲裁委员会”包括外国仲裁机构，从而认定约定外国仲裁机构在华仲裁的仲裁协议有效。该案所确立的认定思路，在其后的宁波北仑案、大成产业案等中得到沿用。

[14] 张春良，官隆清：《论涉外仲裁裁决的法外撤裁》，载《国际法研究》2021 年第 1 期，第 113 页。

[15] 万鄂湘，于喜富：《再论司法与仲裁的关系——关于法院应否监督仲裁实体内容的立法与实践模式及理论思考》，载《法学评论》2004 年第 3 期，第 60 页。

[16] 宋连斌：《仲裁司法监督制度的新进展及其意义》，载《人民法治》2018 年第 3 期，第 22 页。

3.更宽容的外国仲裁裁决司法审查标准

中国司法审查仲裁的励精图治还体现在对外国仲裁裁决的司法审查上，具体表现为对外国仲裁裁决的承认与执行数量逐年上升，中国司法正以包容开放的国际化态度接受符合公约的外国仲裁裁决的承认与执行。国内仲裁行业二十年的巨变带来了司法对仲裁谦抑支持的司法环境，外国仲裁裁决的国内承认与执行率逐年攀升。据考察，从 1994 年到 2004 年外国仲裁裁决在中国的平均执行率仅高于 37%，但从 2011 年到 2015 年这一平均执行率就上升到了 86.4%。另一个显著的可观察趋势是，位于一线城市（北京、上海、广州）的法院的执行率最高，为 76%。二线城市（福州、南津、天津、厦门）法院执行率约为 69%，三线城市（滨州、丹东、金门、南通、镇江）法院执行率约 62%。[17]从最高人民法院发布的《中国仲裁司法审查年度报告（2019 年度）》来看，人民法院 2019 年共审结申请承认和执行外国仲裁裁决案件 32 件，仅 1 件因超出仲裁协议范围而裁定部分承认和执行，裁定承认与执行的 20 件；准许当事人撤回申请的 6 件；驳回申请的 1 件；涉及管辖权异议等其他案件 4 件。[18]

4.更宽容的区际仲裁司法合作

除了作出终局性仲裁裁决以外，仲裁庭时常还需要作出具有中间性、临时性的命令。外国仲裁裁决因为《纽约公约》的存在得以在世界范围内广泛的被承认与执行，然而临时措施由于统一国际公约的缺乏以及不同国家的规则差异，在理论和实践中都面临着较大的障碍，临时措施在更宽领域被承认与执行关涉着仲裁裁决的承认与执行，不断加强关于临时措施承认与执行的司法合作是中国司法国际化的路径之一。作为在这方面对外开放的先行尝试，中国国内不同法域之间的区际仲裁司法合作已然拉开序幕且正在制度化。

我国内地与香港之间在仲裁临时措施上达成的《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》（以下简称“《安排》”）及其实际运转打通了我国在仲裁领域的区际司法合作。2019 年 4 月 2 日，最高人民法院和香港特区政府律政司代表两地在香港提起签署《安排》，其是内地与其他法域签署的第一份有关仲裁保全协助的文件，标志着我国在仲裁方面的司法合作向更宽领域拓展。根据《安排》的规定，[19]我国内地仲裁机构管理的案件，不考虑仲裁地何在，仲裁当事人都有权直接向香港特区法院申请执行保全措施，这极大地促进了中国内地仲裁机构的临时措施的域外认可与执行。对应的，

[17] Vicky Priskich, “The Recognition and Enforcement of New York Convention Awards in the People’s Republic of China: Recent Reform of the Prior Reporting System and Trends in Recognition and Enforcement” (2019)，Asian Dispute Review，2019] Priskich V, “The Recognition and Enforcement of New York Convention Awards in the People’s Republic of China: Recent Reform of the Prior Reporting System and Trends in Recognition and Enforcement” (2019) 21 *Asian Dispute Review*, p. 75.

[18] 《中国仲裁司法审查年度报告（2019 年度）》，中国法院网，https://www.chinacourt.org/index.php/article/subjectdetail/id/MzAwNMjNM4ABAA.shtml，最后访问时间：2021 年 4 月 20 日。

[19] 《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》第六条：内地仲裁机构管理的仲裁程序的当事人，在仲裁裁决作出前，可以依据香港特别行政区《仲裁条例》《高等法院条例》，向香港特别行政区高等法院申请保全。

香港仲裁程序的当事人也可申请内地法院进行保全。[20]《安排》的具体实施已经切实展开，自该《安排》生效后的七天内，上海海事法院就受理了内地的第一起仲裁财产保全申请，截止 12 月 20 日，HKIAC 已受理了 11 例仲裁保全申请。[21]

（二）更宽容的涉外管辖安排

1.协议管辖规则的国际化改革

在国际民商事诉讼管辖权规则中，协议管辖已成为国际民商事主体缔结合同、解决争议和增加合同可预测性和确定性的重要工具。[22]国际民商事主体在协议选择法院的过程中能够最大限度地行使意思自治，而在经济全球化和人本化的时代背景之下，意思自治原则在国际私法中占据着越来越重要的地位，是否允许意思自治、在多大程度上允许意思自治、是否承认协议管辖、在多大的范围内承认协议管辖，是国际民商事争议主体选择法院时的考量因素，也是考量一个国家在国际民事管辖权上的开明性与便利性的因素。完善的协议管辖制度设计既能满足当事人对意思自治的期待，又能维护国内管辖秩序和司法主权，契合了民事诉讼中对“自由”和“秩序”两大价值的追求，也融入了更加尊重当事人意思自治的国际化理念，使得协议管辖制度迈向国际化的大门。协议管辖制度在我国立法中经历了一个较大的转变过程，对国内与涉外协议管辖双轨制立法已成为过去式，现行《民事诉讼法》第 34 条不予区分国内与涉外协议管辖而进行统一调整，对合同或者其他财产权益纠纷的中外当事人赋予相同的意思自治与限制条件，但即便如此，协议管辖必须区分案件是否涉外的语境而别其用之。针对国内案件，协议管辖是对我国境内不同地域的法院之间进行的约定管辖；针对涉外案件，协议管辖则首先是在中国法院和外国法院之间的约定管辖。我国的司法实践原则上承认协议管辖具有排他性效力，除非当事人对管辖条款系非排他性作出明确约定，这就意味着在多数情况下，当事人在选择他国法院管辖的同时，排除了我国法院的管辖权。[23]因此，尽管意思自治原则在国际私法领域不断扩大，然而在不方便法院原则、法官自由裁量等配套规则尚不完备的情况下，保有实际联系的限制能有效避免当事人任意选择外国法院而不当排除我国法院的司法管辖权，防止损害我国弱势方当事人的合法利益。

需要关注的是，我国签署了《协议选择法院公约》但尚未批准。尽管如此，我国司法实践中已经出现了一些案例，相关人民法院开始援引该公约对协议管辖的排他性进行说理，

[20] 《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》第三条第一款：香港仲裁程序的当事人，在仲裁裁决作出前，可以参照《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国仲裁法》以及相关司法解释的规定，向被申请人住所地、财产所在地或者证据所在地的内地中级人民法院申请保全。被申请人住所地、财产所在地或者证据所在地在不同人民法院辖区的，应当选择向其中一个人民法院提出申请，不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请。

[21] 杨海琛：《国际商事仲裁中临时措施的承认与执行机制研究》，上海师范大学，2020 年。

[22] 王磊：《试论我国涉外民事诉讼协议管辖规则体系的改进》，载《武大国际法评论》2018 年第 4 期，第 19 页。

[23] 林欣宇：《涉外协议管辖中实际联系原则的理性思辨与实践探索》，载《法律适用(司法案例)》2018 年第 24 期，第 62 页。

并且贯彻了该公约所确立的“排他性推定”的精神。这即是，除非当事人之间的管辖协议明确表明该协议管辖是非排他性的，否则应认定其为排他性的约定，仅有当事人之间约定管辖的国家法院才具有管辖权。这一司法实践反转了此前长期普遍存在的“非排他性推定”的解释立场，体现了我国在协议管辖上接轨国际的努力。

2.不方便法院的国际化变革

不方便法院是一国法院在认定其他国家法院行使管辖更为方便和适当时，主动放弃案件管辖权的规则和实践。在国际社会普遍追求扩大涉外案件管辖权的潮流之下，这种以退为进的司法管辖权让渡制度更具国际合作意义。将案件交由在事实认定、证据调查、开庭审理等各方面都更为方便的法院管辖是实现个案正义的有效途径，也是各国司法主权在管辖权问题上的统一协调与合作分配。中国在司法指导和司法实践中皆表现出对不方便法院原则的宽容吸纳。

（1）不方便法院从司法实践提升至司法解释规则。不方便法院原则的接纳以司法实践为序幕拉开，最早出现于我国的司法实践是 1995 年东鹏贸易公司诉东亚银行信用证纠纷案[24]，并最终正式以司法解释形式出现在最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释(2020 修正)第 532 条。[25]这种发展历程表明，中国乐于接受世界范围内的先进制度，积极消除不同国家或地区之间管辖权积极冲突、保障案件更加公正便利地解决，逐步向国际化的司法大国转变。（2）在不方便法院原则中融入本地化考量。尽管不方便法院原则在司法实践中的运行效果与预想不太相符，但其在移植的过程中参考了中国的司法环境，是中国司法对国际化制度的有限接纳。对中国法院实践的系统调查表明，与美国和英国相比，不方便法院原则在中国受到一定的限制，但却符合中国的司法背景和司法现实。[26]（3）形式上的“不方便法院”向“公正的法院”的国际化转变。采纳不方便法院原则，放弃一些与本国关联大不、耗时耗力而难有结果的诉讼，不仅会节省本国珍贵的司法资源，更可缓和与有关国家的管辖权冲突，与世界和谐发展，促进和推动我国经济的持续、科学发展。[27]采纳不方便法院原则是中国司法国际化的积极体现。中国司法在不方便法院原则的改良中将始终致力于促进双方当事人获得公正保护、缓和国家之间的管辖权积极冲突，并最终实现形式上的“不方便法院”转向实质上的“公正的法院”。

（三）更宽容的涉外法律适用

1.恪守国际条约与尊重国际惯例

[24] 东鹏贸易公司诉东亚银行信用证纠纷案，广东省高级人民法院（1995）粤法经二监字第 3 号民事裁定书。
[25] 黄智慧：《人民法院适用不方便法院原则现状反思——从"六条件说"到"两阶段说"》，载《法商研究》2017 年第 6 期，第 157 页。
[26] Tu guangjian, “Forum Non Conveniens in the People’s Republic of China” (2012) *Chinese Journal of International Law* (2012), p. 341.
[27] 黄秋丰：《中国应确立不方便法院制度》，载《河北法学》2010 年第 4 期，第 72 页。

中国历来恪守国际条约并尊重国际惯例，这也是中国扩大开放、融入国际社会的承诺与行动。国际条约和国际惯例的动力来源于活跃在市场一线的国际商人，法院在国际民商事纠纷中恪守国际条约与尊重国际惯例，符合国际商事主体适用统一性法律规则的预期，协调隶属同类法律关系的国际商事主体的权利与义务，在更宽领域内促成法律适用的公正性和统一性。国际商事条约是经济全球化推动下产生的独立调整国际商贸关系的统一立法模式，[28]本文以调整国际货物买卖合同法律关系的《联合国国际货物销售合同公约》以及调整国际航空运输法律关系的《蒙特利尔公约》为例展示中国司法实践的国际化趋势。

调整国际货物买卖合同的《联合国国际货物销售合同公约》无疑是中国法院适用最广泛的代表性条约之一，以此为样本来研究中国民商事条约适用的立法和实践有相当的现实意义。[29]自 2010 年以来，我国法院受理的国际货物买卖合同纠纷案件尽管在 17 年之后由于中美贸易战等国际客观因素有所下降，但总体依旧呈上升趋势，在中国裁判文书网上公布的 2010 年 1 月至 2020 年 1 月期间我国法院受理的案由为“国际货物买卖合同纠纷”的 787 件案件中，共有 51 例适用了该公约，[30]占比 6.48%。国际航空运输的高速发展也意味着与之相关的争议数量急速增长，自 2011 年到 2019 年 12 月底期间，我国各级人民法院共审结至少 120 件以上涉及《蒙特利尔公约》的案件[31]。中国司法致力于为更宽领域的国际商事主体在国际条约和国际惯例的法律适用上提供国际化的法治保障。不仅如此，最高人民法院还以发布典型案例的方式指导下级法院在国际民商事案件中正确适用国际条约和国际惯例。[32]

2.充分贯彻意思自治

私法领域允许意思自治已经成为国际共识，中国法院在认定当事人选择法律适用协议的效力上充分贯彻意思自治原则。立法上赋予更宽领域的法律关系主体协议选择法律的权利并适用更宽容的选法条件，司法实践中具体落实意思自治原则在更宽领域的适用，融入意思自治的国际发展趋势，彰显中国司法的国际化风采。（1）更宽领域的意思自治立法。司法在法律适用方面的国际化很大程度取决于明确的授权性法律规则，而我国目前关于意思自治的法律规则正体现了向更宽领域扩展的国际化趋势。《涉外民事关系法律适用法》整部立法事实性地贯彻了意思自治的精神；赋予国际商事纠纷主体选法的适用条件也更为宽容，从放弃要求所选法律需与所系争端之间存在实质性联系，到允许当事人选择暂未对我国生效的国际条约，再到选法方式和选法时间，无不折射出我国在尊重当事人意思自治上的宽容态度。（2）尊重当事人意思自治的司法实践。中国法院在司法实践中尊重当事人在

[28] 杨梦莎：《CISG 优先适用法律模式探析——兼评我国国际商事条约适用立法及司法实践》，载《东北大学学报(社会科学版)》2020 年第 4 期，第 98 页。
[29] 刘瑛：《论<联合国国际货物销售合同公约>在中国法院的适用》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 3 期，第 191 页。
[30] 周婵：《<联合国国际货物销售合同公约>在中国法院适用的实证分析》，华东政法大学 2020 年。
[31] 谢海霞：《<蒙特利尔公约>在我国法院适用的实证分析》，载《经贸法律评论》2020 年第 2 期，第 34 页。
[32] 车丕照：《<民法典>颁行后国际条约与惯例在我国的适用》，载《中国应用法学》2020 年第 6 期，第 5 页。

法律选择上的意思自治，意思自治原则在涉外合同纠纷中的运用占比最高。有文献统计2011年4月1日至2015年7月26日期间，以上海市四家法院共受理涉外案件596件，其中运用意思自治原则确定准据法的案件有352件（包括合同纠纷案件339件、侵权纠纷案件11件和不当得利纠纷案件2件），[33]占比59.06%。

四、更深层次的对外开放

（一）涉外司法理念的深度拓展

经过40多年的改革开放，中国已然跃升为世界第二大经济体、世界第一贸易大国。即使是在全球疫情肆虐的2020年，我国GDP仍然实现了正增长。在我国经济地位不断增强的背景下，大国司法理念被提出。[34]中国司法在处理国际商事纠纷时融入深度拓展的司法理念，不断加强本国司法的国际竞争力，吸引更多的国家商事主体选择中国法院和中国法律，向世界传递中国司法的大国理念。

1.精细司法理念的确立

司法专业化分工理念的践行自中国改革开放以来取得了显著的成效，我国从过去单一的四级两审终审法院的基础上，逐步增设了军事法院、铁路运输法院、知识产权法院、森林法院、海事法院、互联网法院、金融法院、国际商事法庭等专门法院或法庭，将专业化领域的纠纷交由专业法官集中处理，具备行业经验的法官及其专业经验的复制推广，都使得中国司法在专业化理念的改革上比肩国际。

2.示范法院标准的设立

欧洲、亚洲、澳大利亚及美国的一些法院和研究机构共同制定了一套衡量国家司法质量的标准，即《卓越法院国际框架标准》（International Framework for Court Excellence, 即IFCE），是目前在世界各国司法领域中衡量和检验法院各项能力的一套完整、客观的法院工作评价体系，各国法院在自身运行过程中需要自检是否符合上述要求，从而在司法理念的国际化上保持与国际一致的步调。其中各国法院普遍认可的十项司法核心价值——法律面前人人平等、公平、中立、独立审判、胜任职责、清正廉洁、公开透明、便捷亲民、及时快捷、司法的确定性是考量司法理念国际化的重要方面。[35]

中国法院不断提升自身公平、中立、独立的审判能力，在司法公开透明、服务便捷亲民、清正廉洁等多个方面展开了重点改革。以司法公开透明为例，我国自1999年就开始了

[33] 林燕萍、娄卫阳：《意思自治原则在上海涉外审判中的运用》，载《法学》2015年第12期，第133-134页。
[34] 何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，载《中国社会科学》2017年第5期，第125页。
[35] 何其生：《国际商事法院研究》，法律出版社2019年版，第28-33页。

审判公开和执行公开的国际化改革；2009 年《关于司法公开的六项规定》继续深入，从庭审和执行公开深入到立案公开、听证公开、文书公开、审务公开；后出台司法公开示范法院标准，细化具体的考量指标和考评办法；最后至 2018 年最高人民法院发布关于进一步深化司法公开的意见，无不体现出中国司法在公开透明方面对标国际认定标准，不断深化改革，谋求更深层次的司法国际化。服务便捷亲民、及时快捷等卓越法院标准更是在互联网等高科技技术的加持下不断深化。

（二）涉外司法体制的深度改革

1.国际商事法庭的科学布局

国际商事法庭是“一带一路”背景下我国扩大对外开放、增强国际司法合作、为国际民商事争端提供公正高效司法服务和保障的重大举措。[36]早在中国设立国际商事法庭之前，世界范围内已经有许多国家展开了国际商事法庭的筹备与设立工作，例如，英国国际商事法庭、新加坡国际商事法庭、迪拜国际金融中心法院、卡塔尔国际法院和争端解决中心、阿布扎比全球市场法院、澳大利亚维多利亚州最高人民法院商事法庭、荷兰商事法庭等。在这场设立专业商事法庭的潮流中，中国国际商事法庭紧跟各国国际商事法庭“e 法院”改革的国际步伐，出台对应规则以加快高效便捷的线上处理机制；其次，中国国际商事法庭与其他国家的商事法庭相比是存有中国特色的，正如有观点指出：“在其他国际商事法庭，解决纠纷仅有审判一种方式，而当事人一进入中国国际商事法庭，就可以选择通过调解、仲裁和诉讼三种方式来解决纠纷。”[37]调解、仲裁与诉讼相结合的“一站式”纠纷解决机制体现了中国国际商事法庭在这场应变中特有的东方智慧。

2.自贸区法院接轨国际

自 2013 年上海建立首个自贸区之后，目前我国共有 21 个自贸区，区内政策和法律规则的利好倾向使得许多外资企业纷纷进驻，自贸区涉外案件逐年攀升，成立集中处理自贸区案件的自贸区法院是司法体制国际化改革的创新之举。《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》中指出：“司法机关应当保障自贸区内实施的制度创新，依法支持自贸试验区企业的创新做法，鼓励其探索新的经营模式。” 例如，南沙自贸区法院在探索涉港澳审判创新机制中表现突出，其积极推进内地与港澳法律规则和审判机制的对接融合以试验国际化规则在本土的适应程度，目前已经探索性地施行了律师调查令、交叉询问规则、属实申述规则、当事人主义的送达模式、文件披露规则，落实案例指导制度的同时促进了其与普通法系国家和地区普遍适用的遵循先例原则的对接互鉴，积极探索更契

[36] 刘元元：《中国国际商事法庭运作中的协议管辖——挑战与应对措施》，载《经贸法律评论》2020 年第 6 期，第 2 页。

[37] 《最高人民法院国际商事法庭敲响“第一槌”》，人民法院报 2019 年 5 月 30 日，国际商事专家委员会专家委员、对外经济贸易大学国际商法研究所所长沈四宝持该观点，http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2019-05/30/content_155911.htm?div=-1，最后访问时间：2021 年 4 月 20 日。

合港澳当事人的诉讼模式和习惯规则。

不仅如此，一些自贸区法院还积极引入港澳籍专业人士作为陪审员参与庭审，迄今参审案件数百件。内地吸纳的港澳法律人才还深度扩展至特邀调解员、专家咨询委员、实习法官助理等。港澳专业人员在协助内地法官处理涉港澳纠纷时，适时提示法官考量两地之间差异化的法律制度以契合港澳当事人的真正需求、传输先进的国际商事惯例和处理规则，不仅有效地处理涉港澳纠纷，还为内地法官的国际化视野和规则意识培养开创了新的交流途径。此外，还有许多自贸区法院积极与境外司法、调解、仲裁机构等建立合作关系，设立对接中心，推动国内司法体制机制的深度国际化改革。例如前海法院与香港和解中心、粤港澳商事调解联盟、深圳国际仲裁院等 47 家域内外仲裁、调解机构建立合作关系，成立前海“一带一路”国际商事诉调对接中心，打造多元化国际商事纠纷解决平台等等。

3.互联网专业法院的国际化引领

随着进一步对外开放的不断深入，各专业法院、法庭如雨后春笋般涌现，其中互联网法院的设立作为将科技融入司法的重点改革对象，吸引了世界各国的广泛关注，逐渐成为中国司法国际化建设成果的闪亮名片。以北京互联网法院为例，自 2018 年 9 月 9 日到 2019 年 8 月 31 日，其受理了涉港澳台案件 10 件，涉外案件 26 件，为国际商事主体提供“24 小时不打烊”全流程在线诉讼服务，囊括网上立案、网上缴费、在线庭审、裁判文书电子送达等便利跨境互联网当事人的诉讼服务。[38]为了进一步加强司法的国际化交流，其在英文网站中介绍员额法官及审判工作动态，翻译典型案件裁判文书，向全世界展示我国互联网法院司法新成就，并以接待访谈为契机，向世界展示北京互联网法院的司法形象。

（三）涉外司法技术的深度支持

1.科技铸造国际化的智慧法院

科技助力智慧法院的国际化建设的举措包括：（1）国际化的智慧法院建设规划。早在 2007 年 8 月，最高人民法院在第一次全国法院信息化工作会议上就提出了“法院信息化建设”，标志着我国信息化建设在法院运用的开端。截止 2017 年底，全国法院基本建成服务所有法官、覆盖所有案件、打通所有流程的网上办案系统。[39]（2）国际化的智能法院技术。在智慧法院的国际化建设中，中国各地法院的智能技术对标国际。裁判文书网、中国审判流程信息公开网、执行信息公开平台、庭审公开网四大平台借助大数据与人工智能技术，依托先进的图（ＯＣＲ）、文（ＮＬＰ）、声（语音识别）、像（视频解构）处理技术实现对裁判文书与庭审视频的高效处理。（3）跨境诉讼当事人的网络诉讼全流程覆盖。2021 年 2 月 3 日最高人民法院发布了《关于为跨境诉讼当事人提供网上立案服务的若干规定》，将智

[38] 《北京互联网法院审判白皮书》，北京互联网法院官网，https://www.bjinternetcourt.gov.cn/cac/zw/1567483035819.html，最后访问时间：2021 年 4 月 20 日。
[39] 杨临萍：《司法体制改革与智慧法院的实践与探索》，法律出版社 2019 年版，第 46 页。

慧法院建设成果移植到跨境诉讼中，为跨境当事人提供便捷高效的诉讼服务，无疑是中国在研究常态化疫情防控中的司法创新应对举措，也是中国司法国际化的重要表现。

2.科技为域外法查明赋能

域外法查明是国际民商事案件司法审判中的重要一环，关系到准据法的适用并最终影响涉外民事诉讼当事人的权益保障。域外法律适用机制是国际通行的衡量法治水平的重要指标，适用域外法是凝聚国际共通的司法理念与司法共识的重要载体。[40]随着“一带一路”倡议的开展与实施，新一轮的贸易交往和投资热潮席卷而来，我国涉外争议呈现出井喷态势，外国法查明的紧迫性和重要性也日益凸显。[41]因此，建设符合国际发展趋势、具有国际竞争优势的域外法查明与适用体系，有利于将中国司法的国际化成果对外展示，进一步与国际社会达成在外国法查明与适用上的国际化共识。这些举措包括：（1）建立全方面、多地域、精准化的域外法查明平台；[42]（2）国际商事法庭域外法查明的创新。《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第八条创新性地深化域外法查明途径，将法律查明服务机构提供和国际商事专家委员提供两种全新方式囊括其中，实质上则是引入了更为可行便捷、高效精准的域外法查明方式。

（四）涉外法治人才的深度培养

在司法国际化改革的进程中，培养具备国际化专业知识和国际化视野的人才是关键的一环。近年来，在诸如《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》《最高人民法院关于为海南全面深化改革开放提供司法服务和保障的意见》《最高人民法院关于人民法院为中国(上海)自由贸易试验区临港新片区建设提供司法服务和保障的意见》等文件中都提出“建设符合新时代要求的国际化、专业化队伍培养机制，与高校制定联合培养和教学计划，培养和储备国际法律人才”、“加强人才队伍建设，为审判工作提供智力支持”、“拓展国际司法交流机制，建立与国际接轨的交流学习和人才培养机制”等要求。国际化专业法律人才的培养是我国未来独立处理国际商事纠纷的核心力量，是解决目前我国引入外籍法律人才的后备积蓄，只有建立多维度的涉外法律人才培养模式才能应对司法国际化的大变革，涉外法治人才高地的建设是中国司法“以能力为导向”的国际化未来。中国以在职法官的国际化培养和未来法律人才的国际化培养两线并进的方式，形成具有国际竞争力的涉外法治人才制度优势，为全方位对外开放新格局提供人才支撑和智力保障。

涉外法官培训方面，涉外法官位于我国国际民商事案件处理的一线，涉外法官的办案

[40] 闻长智：《适用香港法裁判的“一带一路”效应(上)》，载《人民法院报》2017年，第1页。
[41] 史珂：《外国法查明实践中的问题及解决途径》，吉林大学2019年。
[42] 厦门市中院与厦门大学台湾研究院共同组建的“台湾地区法律查明研究中心”、浙江师范大学非洲法律查明研究中心、新疆大学与自治区高院共建的“丝绸之路经济带”沿线国家法律查明研究中心、东方域外法律查明服务中心、西南政法大学中国—东盟法律研究中心、蓝海法律查明和商事调解中心、中国政法大学外国法查明研究中心、华东政法大学外国法查明研究中心、武汉大学外国法查明研究中心。

能力决定了中国司法国际化水平。中欧法官论坛、最高人民法院法官国际交流中心江苏基地和海南基地、最高人民法院联合欧盟与联合国开发计划署开展的“法官培训国际论坛”等国际会议旨在拓宽中国法官的国际化视野，通过与外国法官和专业人士的深度交流提升自身对域外法制的认识。

涉外法律人才培养方面，对于未来中国涉外法治人才的国际化培养需要国家联动国内院校，建立涉外法律人才教育培养基地，出台关于法律硕士专业学位（涉外律师）研究生培养项目，打造涉外法治人才高地。我国教育部在多所院校设立了涉外法律人才培养基地；[43]中华全国律师协会等响应国务院号召于 2012 年开始进行法律人才计划，设立“中国涉外律师领军人才”计划，大力推进涉外律师领军人才培养工作，对涉外律师进行国际化培训与交流；我国许多高校还积极与知名大学、法律院所举行法学学生、硕士等层面的“中外合作办学项目”，如西南政法大学与美国凯斯西储大学合作办学法律硕士项目（国际商法与争端解决方向）、德国汉堡大学与中国政法大学合作的“欧洲-国际法学硕士”项目等。晚近，我国教育部出台《关于实施法律硕士专业学位（涉外律师）研究生培养项目的通知》，选取 15 所高校实施法律硕士专业学位（涉外律师）研究生培养项目，致力于培养一大批通晓国际法律规则、善于处理涉外法律事务的涉外律师人才，保障和服务高水平对外开放。

五、总结与前瞻

中国司法的国际化是一个系统化工程，应紧扣中国高水平对外开放的司法需求，按照“从全局谋一域，以一域谋全局”的辩证思维推动中国司法的高质量供给侧改革。中国司法迄今已经围绕国家自贸区/港、高质量共建“一带一路”倡议、周边命运共同体和人类命运共同体作出了积极的回应和主动的探索，交出了契合时代需求的行动方案，在形态上展示出中国司法在更大范围、更宽领域、更深层次对外开放的努力。然而，在中国“对外开放的大门越开越大”的趋势和构建人类命运共同体的总纲领指引下，中国司法应在坚守捍卫国家主权、安全和发展利益的核心原则框架中秉持“没有最高、只有更高”的国际化理念，持续服务更大范围、更宽领域和更深层次的高水平对外需求。在当下，中国司法的国际化应重点聚焦如下问题寻求突破：

第一，司法的国际化需要立法的主导，立法的国际化程度为司法的国际化限定了界限。为此，我国应着力构建国际化、法治化和系统化的对外关系法律体系，涵摄从公法到私法领域的涉外法律体系。与此同时，中国涉外法律体系的构建应善用“涉外”这一立法杠杆，通过涉外立法及其后的涉外司法的双轨制法律处理模式实施激励；但也要注重在适当的法律关系领域，促进涉外法律关系与国内法律关系从双轨制模式走向单轨制模式。简言之，

[43] 《卓越系列人才培养计划实施情况评估简要报告》，教育部官网，http://www.moe.gov.cn/jyb_xwfb/xw_fbh/moe_2069/xwfbh_2015n/xwfb_151204/151204_sfcl/201512/t20151204_222892.html，最后访问时间：2021 年 4 月 20 日。

双轨制的立法和司法处理模式是必要的激励杠杆，但一方面不能使用过度，另一方面不能以用为本，从双轨制向单轨制的转变进程本身就是中国整体法律体系国际化的要求和目标。

第二，中国司法的国际化离不开法律适用的国际化，法律适用的国际化离不开国际条约与国际惯例，但其适用迄今存在适用依据空白。在《民法典》生效之后，原本规定在《民法通则》第 142 条、《涉外民事关系法律适用法》司法解释一以及部分部门法中的相关规则都已失去效力，国际条约和国际惯例在中国适用缺少了立法依据，法官在审理案件时变得无法可依，法律适用的国际化亟待立法规则的指引。短期内建议采取“部门法+司法文件+典型案例”的指导方式对其适用予以缓冲，未来则应统筹国内法治与涉外法治，在宪法或宪法性文件中为国际条约的国内适用作出明确规定。

第三，中国司法的国际化在广义上包括仲裁的国际化，为此中国司法应继续强化友好型司法审查模式，为中国仲裁目的地国的铸造抵定司法基石。中国司法迄今已经为仲裁，特别是涉外仲裁提供了立法和政策范围内最高的“礼遇”。但立法和司法仍存在相互协同改进之处，包括在司法审查方面从双轨制到单轨制的转变，在司法审查依据或标准方面引入意思自治，对临时仲裁的放开，对外国仲裁机构国内仲裁合法性的明确化，等等。

第四，中国司法的国际化还包括更为积极主动的司法引领，从裁判的跟跑角色到服务保障的伴跑角色，再到引领的领跑角色。以最高人民法院为代表的中国司法机关在服务和保障高水平对外开放方面做出了卓越的努力，取得了一系列开创性的成果。中国决策层做出的有关战略、倡议和政治经济社会方面的改革举措，基本上都有司法服务和保障意见的跟进。不仅如此，为解决法院判决国际流通问题，最高人民法院还积极推动司法外交，通过司法层面的谅解备忘录等形式在实践层面缓解立法对对外开放的桎梏。未来的中国司法应更为积极和主动地担当司法引领的角色，透过司法实践向立法界和决策层传递对外开放的前沿需求，并通过司法的能动和探索空间释放规则潜力，以支撑更大范围、更宽领域和更深层次的对外开放持续攀高。

浅析外商投资企业投诉工作机制不足与完善——兼评《外商投资企业投诉工作办法》相关规定

张兰[1]

摘要：依据《外商投资法》，外商投资企业投诉工作机制进入全国规划设置的新阶段。商务部发布的《外商投资企业投诉工作办法》是当前规定外商投资企业投诉工作机制最为详细的中央立法文件，但是其在指导地方投诉工作机构设置时，存在法律位阶较低以及对投诉工作机制设置目的、投诉工作机构管辖范围、不予受理规定、投诉处理程序及方式规定不完善的问题。为了构建全国统一外商投资企业投诉工作机制，应当对工作办法进行完善。同时，为切实有效发挥机制作用，建议增加纠纷预防体系。

关键词：外商投资企业投诉工作机制，外商投诉，争端预防

2019 年 3 月 15 日，在第十三届全国人大二次会议上通过的《中华人民共和国外商投资法》（以下简称《外商投资法》），首次在法律层面确定建立我国外商投资企业投诉工作机制，旨在为外商投资企业、外商投资者与我国政府部门之间的行政纠纷提供一个协商解决平台[2]。该机制的落实，不仅有利于及时化解外资与我国政府部门之间的纠纷，避免上升为国际投资争端，还有利于优化我国外商投资环境，从而增强我国吸引外资的软实力。但是基于外商投资企业投诉工作机制尚处于初步构建阶段，关于投诉工作机制的规定还不是很完善，因此本文旨在通过结合分析由商务部 2020 年发布的《外商投资企业投诉工作办法》（以下简称商务部《工作办法》），研究我国外商投资企业投诉工作机制的不足，并提出相应的完善建议，以便切实有效地发挥机制应有作用。

一、外商投资企业投诉工作机制概况

自上个世纪七八十年代我国外商投资管理体制初步成型开始[1]，陆续有地方为了适应扩大开放、改善外商投资环境，开始在当地设置外商投资企业投诉工作机构，以期及时处理外商投资企业的投诉[3]。最早在 1989 年，上海市人民政府发布《上海市外商投资企业投诉及处理办法》设置外商投资企业投诉协调中心，随后福建、陕西、贵州、辽宁、吉林等地区人民政府也陆续发布相关办法设置当地投诉工作机构。各地外商投资企业投诉工作机构的设置及运营推动了中央对外商投资企业投诉工作机制的构建[2]。2006 年商务部发布《商务部外商投资企业投诉工作暂行办法》（以下简称商务部《工作暂行办法》），设置了全国外商投资企业投诉中心，并且对全国外商投资企业投诉中心、地方投诉工作机构受理范围进行了划分[4]，同时还对投诉提交、受理条件、处理程序及方式、处理终结进行了一定规

[1] 简介：张兰，女，河北省邢台市人，河北经贸大学法学院 2019 级法律硕士（非法学）研究生。
[2] 参见《外商投资法》第二十六条。
[3] 参见地方外商投资企业投诉工作办法，例如，1996 年贵州省颁布的《贵州省外商投资企业投诉及处理办法》第一条。
[4] 参见商务部《工作暂行办法》第五条。

定[5]。此后广东、北京等地区在商务部《工作暂行办法》指导下出台相关办法，设置了投诉工作机构及相关投诉规则。

但是并非全部地区都设置了当地投诉工作机构。同时，由于已经颁布的地方相关办法，大都是在商务部《工作暂行办法》出台前颁布的，导致既有的地方投诉工作机构在机构组织设置、受理范围、处理原则、处理方式、处理程序等方面的规定并不统一[2]。

2019 年，国家正式颁布《外商投资法》，在法律层面明确建立我国外商投资企业投诉工作机制。同年颁布的《外商投资法实施条例》规定“县级以上人民政府及其有关部门应当按照公开透明、高效便利的原则，建立健全外商投资企业投诉工作机制”[6]，自此结束了由地方自发设置投诉工作机构的情况，改由国家统一规划构建我国外商投资企业投诉工作机制。为了具体落实投诉工作机制的构建，2020 年商务部发布的《外商投资企业投诉工作办法》，对投诉范围、投诉原则、组织设置、投诉提出与受理、投诉处理、投诉工作管理制度等内容进行了较为全面的规定。

结合《外商投资法》建立国家外商投资企业投诉工作机制目的，以及当前各地投诉工作机构设置不统一的情况，未来关于外商投资企业投诉工作机制的立法趋势应当是，各地参照中央关于投诉工作机构的规定制定或修订当地相关办法，最终实现全国外商投资企业投诉工作机制的统一构建。但是当前作为中央层面、具有基准作用的、规定最为详细的商务部《工作办法》，虽然已经进行了较为全面的规定，其在对投诉工作机构管辖分配、受理范围、处理方式等方面的规定仍然具有一定的不足，应当对其进行完善，以便更好的指导地方投诉工作机构的构建。

二、商务部《工作办法》对外商投资企业投诉工作机制规定的不足

（一）法律效力层级较低，不足以指导地方投诉工作机构设置

商务部《工作办法》是当前规定外商投资企业投诉工作机制最为详细的中央立法文件，但是其属于商务部制定的部门规章。而当前地方发布的外商投资企业投诉工作办法，多是地方政府发布的地方政府规章[7]。由于在法律效力上，部门规章与地方政府规章具有同等效力，因此商务部《工作办法》规定的投诉工作机构的投诉工作规则、投诉受理和投诉处理等内容，对于地方投诉工作机构并无强制指导作用，这导致商务部《工作办法》只能规定“地方投诉工作机构应当完善投诉工作规则、健全投诉方式、明确投诉事项受理范围和投诉处理时限”[8]。如此将会产生，依据商务部《工作办法》制定的全国外商投资企业投诉中心与地方各级投诉工作机构之间、地方投诉工作机构之间，在投诉工作规则等内容上不统一的问题，这不利于投诉工作机构的整体运行。这个缺陷已经在商务部《工作办法》中体现出来：商务部《工作办法》在第二十二条规定“投诉人对地方投诉工作机构作出的不予受理决定或者投诉处理结果有异议的，可以就原投诉事项逐级向上级投诉工作机构提起投

[5] 参见商务部《工作暂行办法》第七、八、九、十、十一、十二条。
[6] 参见《外商投资法实施条例》第二十九条。
[7] 例如，福建省人民政府发布的《福建省外商投资企业投诉办法》，属于地方政府规章。
[8] 参见商务部《工作办法》第七条。

诉。上级投诉工作机构可以根据本机构投诉工作规则决定是否受理原投诉事项”，如果上级投诉工作机构自身规定的投诉工作规则与原受理机构规定不一致，则上级投诉工作机构也“可以”选择不予受理，这不利于纠纷的解决。

（二）外商投资企业投诉工作机制设置目的未明确“预防投诉产生”

商务部《工作办法》规定投诉工作机制目的，是“为及时有效处理外商投资企业投诉，保护外商投资合法权益，持续优化外商投资环境”[9]，即仅仅明确了“处理投诉”的直接目的。但是，商务部《工作办法》的投诉工作机构的职责部分，亦规定了需要“预防投诉产生”，例如其第六条规定全国外商投资企业投诉中心职责时，明确要其“积极预防投诉事项的发生”。同时，《外商投资法》对于投诉工作机制设置目的表述为“及时处理外商投资企业或者其投资者反映的问题，协调完善相关政策措施”[10]，其中“协调完善相关政策措施”就是为避免纠纷再次形成。由此可见，商务部《工作办法》关于投诉工作机制目的的规定并不严谨。

投诉工作机制目的的设置将会直接指导投诉工作机构的组织设置、内部机构运行职责设定，所以目的的设置需要全面、严谨。

（三）各级投诉工作机构的管辖规定不合理且不完善

商务部《工作办法》第六条规定了全国外商投资企业投诉中心的管辖范围，即负责涉及国务院有关部门、省级人民政府的投诉事项，以及“在全国范围内或者国际上有重大影响”的投诉事项。同时在第七条规定了地方投诉工作机构的管辖范围，即负责涉及本地区行政机关的投诉事项。

首先，全国外商投资企业投诉中心负责受理涉及省级人民政府的投诉事项，那么省级投诉工作机构是否还需要受理涉及省级人民政府的投诉事项？其次，地方投诉工作机构只负责涉及本地区行政机关的投诉事项，那么跨地区的投诉事项应当由谁负责？最后，如何认定商务部《工作办法》规定的“重大影响”标准。以上问题均未在商务部《工作办法》中明确，这将导致各级投诉工作机构可能会出现管辖交叉或管辖空白的问题，不利于投诉工作机构的实际运行。

（四）投诉工作机构不予受理的规定不清晰且不合理

商务部《工作办法》在第十四条，以列举的方式规定了投诉工作机构不予受理的九种情况，包括不属于投诉主体范围、不属于投诉事项范围、投诉材料不合格、重复投诉及已经进入其他救济途径等几类情况。

在因不属于投诉事项范围而不予受理的规定中，存在规定不清晰的问题。第十四条第三款规定不予受理的情形是“不属于本投诉工作机构的投诉事项处理范围的”。而商务部《工作办法》明确规定的投诉事项，是其第二条的规定，即投诉主体因被投诉主体的行政行为侵权而提起的投诉，或投诉主体提起的关于投资环境的完善建议。但是将第十四条第三款理解为第二条规定并不合适，因为第十四条第二款规定不予受理的情形是“申请协调

[9] 参见商务部《工作办法》第一条。
[10] 参见《外商投资法》第二十六条。

解决与其他自然人、法人或者其他组织之间民商事纠纷，或者不属于本办法规定的外商投资企业投诉事项范围的”。很明显，将第十四条第二款“本办法规定的外商投诉企业投诉事项范围”，理解为第二条规定的投诉事项，更为合适。因此，如何理解第十四条第三款的规定，成为一个问题，究其原因是因为规定不清晰。

在因投诉材料不合格而不予受理的规定中，存在规定不合理的问题。第十四条第四款规定不予受理的情形是“经投诉工作机构依据本办法第十三条的规定通知补正后，投诉材料仍不符合本办法第十一条要求的”，即材料只有一次补正机会，如果仍然不符合要求，则投诉将不被受理。商务部《工作办法》第十一条规定的投诉材料应包括投诉人、被投诉人详细信息、投诉事项及证据等内容。笔者认为，投诉工作机制设置目的是为外商投资者提供一个纠纷协商解决平台，虽然通过限制投诉材料可以预防烂诉问题，但是存在投诉人提出投诉门槛过高的潜在问题，例如投诉人投诉行政工作人员侵权行为，但是确实不知行政工作人员详细信息，将无法提起投诉。

（五）投诉工作机构投诉处理的规定不完善

相较于商务部《工作暂行办法》规定的处理方式主要为建议、协调、移交、转交、督促等非实质处理方式[3]，商务部《工作办法》专章规定投诉处理，删除了移交、转交等处理方式，明确规定要“协调处理”，并且规定了可以通过召开协调会议促成具有约束力的和解协议等实质性处理方式[11]。虽然新的工作办法已经在投诉处理上有了质的飞跃，但是关于投诉处理流程并未详细规定，仅规定投诉工作机构在处理投诉时，可以要求相关人员进行协助、配合及召开协商会议[12]；关于不同处理方式的适用条件及处理效果并未具体规定，仅粗略规定可以促成双方和解、协调被投诉人或向人民政府提交完善相关政策措施建议[13]。这不利于投诉工作机构具体工作的展开。

三、关于外商投资企业投诉工作机制构建的思考及完善建议

（一）提高中央工作办法立法层级，统一中央与地方投诉工作机构关键规则

统一中央与地方的投诉工作机构的构建，有利于机制的整体运行。针对当前商务部《工作办法》在法律效力上不足以强制指导地方投诉工作机构设置的现状，笔者认为，可以通过提高工作办法的法律效力层级，例如由国务院制定相关行政法规，使得地方在制定或修订相关工作办法时，对于投诉工作机构的关键规则，如投诉工作规则、受理范围、处理期限等关键规则，与中央保持一致，其他内容则可以结合各地实际情况进行具体规定。

（二）外商投资企业投诉工作机制设置目的应明确“预防投诉产生”

笔者认为，外商投资企业投诉工作机制设置目的应明确“预防投诉产生”。除经上文分析，可以从《外商投资法》及商务部《工作办法》条文中提炼出预防目的，还可以从以下两方面进行推理。

从投诉工作机构设置情况来看。在当前已经存在行政复议、行政诉讼、国际仲裁等国

[11] 参见商务部《工作办法》第十七条。
[12] 参见商务部《工作办法》第十六、十七条。
[13] 参见商务部《工作办法》第十八条。

内国际投资争端救济途径的背景下，我国仍然通过立法规定了这种通过协商解决纠纷的新型问题解决途径，是因为投诉工作机制初衷是为投资者与行政机关提供一个平等对话的平台，通过促进各方的沟通交流这种柔性的、低对抗性的方式寻找各方都可接受的纠纷解决方案[4]。相比对传统的救济方式，期望通过这种方式避免纠纷上升为强对抗的争议，从而既保护外商合法权益、又有利于东道国的利益保护。因此可知，纠纷化解是手段、纠纷预防才是机制设置的根本。

从国际投资争端解决的趋势来看。当前国际投资争端解决机制都存在不同程度上的制度缺陷，越来越多的国家开始寻求其他替代性解决方案[5]，其中以巴西为代表提出的投资争端预防机制逐渐受到国际重视[6]，越来越多的国家以及学者开始将争端解决思路从事后救济转向事前预防。我国学者也已经开始从理论上分析构建我国国际投资争端预防机制可行性。而投诉工作机构又在事实上起着国际投资争端预防的实际效果[7]。因此争端预防符合当前国际投资发展趋势，投诉工作机制有可能在未来成为我国国际投资争端预防机制。争端预防，包含及时处理纠纷，避免其演化成争端，也应包含直接预防纠纷的产生。

（三）明确并完善各级投诉工作机构管辖范围

商务部《工作办法》作为中央层级立法文件，需要统筹全国各级投诉工作机构的管辖分配。结合投诉工作机制的层级设置模式以及投诉复审规定来看，投诉工作机制类似我国诉讼模式。因此，可以参考我国诉讼管辖来进行设置。

笔者认为可以通过明确级别管辖规则，来规定各级投诉工作机构管辖范围。基础规则可规定为，各级投诉工作机构管辖投诉人对本辖区内的投诉事项，上级投诉工作机构还需受理在其辖区范围内涉及跨地区的投诉事项、或在其辖区范围内具有重大影响的投诉事项。具体来说，县级投诉工作机构受理涉及本辖区内的投诉事项，省级投诉工作机构受理涉及本省的投诉事项、本省内跨区或在本省具有重大影响的投诉事项，全国外商投资投诉中心受理涉及国务院的投诉事项、全国范围内或在全国、国际有重大影响的投诉事项。除此之外，笔者认为还应当设置补充规则，如，如果投诉人提交的投诉工作机构不具有管辖权，则投诉工作机构内部应当将其投诉移交具有管辖区的投诉工作机构，并告之投诉人。

（四）合理制定投诉工作机构不予受理的范围

商务部《工作办法》之所以在第十四条规定“不属于本投诉工作机构的投诉事项处理范围的”的不予受理情况，笔者认为是基于当前各地投诉工作机构规定并不统一，因此当前商务部《工作办法》在目前如此规定。经上文分析，笔者以为中央与各地方投诉工作机构应当在投诉事项处理范围保持一致，如此这样规定将再没有存在的必要。

同时，笔者认为之所以在商务部《工作办法》第二条已经明确投诉事项的情况下，仍然提出“本投诉工作机构的投诉事项处理范围”此类规定，亦是因为第二条规定投诉事项过于原则。为了能够便于投诉工作机构具体工作的展开，笔者认为可以明确规定具体受理投诉事项的纠纷类型。基于投诉工作机构设置初衷是避免纠纷上升为争议，投诉工作机构的受理范围不宜制定过窄，应当包含投资可能涉及的所有管理方面，例如外资准入方面、

国家安全审查方面、投资促进方面、投资保护方面、投资管理方面、投资信息报告方面[3]，可以在工作办法中以列举加兜底规定的形式列明。

除此之外，经上文分析，投诉工作机构不予受理的范围制定不宜过于严苛，因此笔者建议应当删除商务部《工作办法》第十四条第四款规定[14]。不予受理的范围应当限制在实质上不属于投诉工作机构受理范围，或者已经进入其他司法救济途径，至于其他因为形式原因不宜规定为不予受理。

（五）完善制定投诉工作机构投诉处理的规定

投诉处理是投诉工作机制的核心，要想真正落实纠纷解决，必须明确处理流程、处理方式等具体内容。在提出完善建议之前，笔者认为应当先明确两个问题，什么是“协调处理”，投诉工作机构与其他争端解决机构之间的界限。

首先，什么是“协调处理”。“协调”意指配合得适当。商务部《工作办法》在第十六条规定“投诉工作机构在受理投诉后，应当与投诉人和被投诉人进行充分沟通，了解情况，依法协调处理，推动投诉事项的妥善解决”。笔者认为，“协调处理”在这里可以理解为通过投诉工作机构牵头，促进投诉方与被投诉方进行沟通，或促进多个被投诉方之间内部的沟通，进而化解投诉方与被投诉方之间的纠纷。“协调处理”概念的明确，有助于投诉工作机构处理方式的设定。

其次，投诉工作机构与其他争端解决机构之间的界限。以徐芳副教授为代表的众多学者提出，为了赋予投诉工作机构实质处理投诉的权利，可以在投诉工作机构上附设调解或仲裁委员会，通过其进行调解、仲裁形成调解协议、终局仲裁裁决，从而达到解决纠纷的目的[3]。笔者认为投诉工作机制设置的目的是给予外商投资企业、外商投资者一个独立的柔性投诉平台，如果在机构上额外附设调解或仲裁委员会，为何不选择既有的仲裁机构解决纠纷，这种额外的机构附设是否会形成变相的资源浪费。再者，投诉工作机构的设置初衷是避免纠纷进行强对抗性的司法或准司法救济途径[2]，在投诉工作机构内部设置仲裁委员会也违背机构设置目的。明确投诉工作机构与其他争端解决机构之间的界限，有助于投诉工作机构处理方式的限定。

通过明确上述问题，笔者认为可以从以下两方面对投诉解决进行完善：

对协调处理流程进行完善。为了避免增加投诉人与被投诉人负累，提高协调处理速度，可以规定针对投诉方的书面投诉资料，要求被投诉方提交书面回应，在双方均确认对方提交的材料后，投诉工作机构相关工作人员进行书面实质分析，对于案件清晰、权责明确的纠纷，可以出具处理意见书推动纠纷的解决。如果不能对纠纷进行解决，则可以组织召开会议，邀请投诉人和被投诉人共同参加，协商探讨就投诉事项的解决方案。如果还不能对纠纷进行解决，可以形成相关政策建议提交相关行政部门。

对协调处理方式进行完善。首先，针对权责明确且双方可以达成一致意见的纠纷，可促使双方达成和解协议书。其次，在不违背我国相关法律法规的情况下，针对地方政策措

[14] 商务部《工作办法》第十四条第四款规定“经投诉工作机构依据本办法第十三条的规定通知补正后，投诉材料仍不符合本办法第十一条要求的”。

施确实有失公允的情况，投诉机构出具处理意见书，建议相关政府部门整改，若相关政府部门对处理意见书不服，可向本级政府提出不同意见并做出说明，由本级政府对投诉事项做出决定，例如修改处理意见书或驳回相关政府部门意见。

（六）增加投诉工作机构预防体系构建

通过上文对投诉工作机制设置目的分析可以看出，投诉工作机构工作核心应该有二，其一是纠纷的协调处理，其二是纠纷的预防。但是商务部《工作办法》中并无投诉预防相关内容的规定。笔者认为，为了实现投诉工作机制应有作用，应当考虑增加投诉工作机构预防体系内容，具体可以从以下三方面入手。

首先，由全国外资投诉中心及时整理、发布我国对外签订的投资条约，并定期向地方政府相关部门培训。因为国家对外签订投资条约，基本都是中央政府进行协商签订。但对于投资条约中保护外商投资条款、给予外商投资优惠条款等内容的落实，又要依靠地方政府通过制定相关的法律法规赋予相关权利或避免增加额外负担来落实。但是在实际中，由于地方可能因为并未参与投资条约的制定或并未及时了解投资条约信息，会导致其制定的相关地方政策法规违反投资条约，从而造成外商投资与行政机关之间的纠纷甚至争议[8]。因此，需要由全国外资投诉中心及时整理我国对外签订的投资条约，通过在相关网站发布便于地方政府查询，定期向地方政府相关部门培训，培训内容应包括了解投资条约内容、分析投资条约可能会影响到的政策措施制定等内容。

其次，建立政府相关部门与投诉工作机构内部信息沟通系统，增强不同政府相关部门之间、政府相关部门与投诉工作机构之间有关投资信息的交流与沟通。投诉工作机构及时将已经处理投诉案件进行分类整理上传内部信息沟通系统，政府相关部门定期分析有关案件，以避免在日后制定相关政策、措施中出现同样问题，避免同类纠纷再次发生；政府相关部门及时将与外商投资者签订的合同、协议上传内部信息沟通系统，对应的投诉工作机构应定期对其进行分析，结合自身处理纠纷经验对其可能存在的风险提出预警提示；政府相关部门定期将其制定的有关外商投资的相关法规、政策上传内部信息沟通系统，不同政府相关部门在发布有关政策、措施之前，可以查询参考可能涉及的其他部门已经发布的文件，避免造成冲突形成纠纷隐患。

最后，建立外商投资者与投诉工作机构之间信息沟通系统，既便于投资者信息咨询、信息反馈，也便投诉工作机构及时识别可能出现的问题。在指定网站开设外商投资者信息咨询、信息反馈渠道，通过及时回应外商投资者的问题来避免纠纷的形成。投诉工作机构对外商投资者咨询、反馈的信息进行筛查，及时识别潜在的纠纷，提请相关政府部门提早介入，以避免纠纷的形成。

四、结语

《外商投资法》的正式实施，使得外商投资企业投诉工作机制进入全国统一规划设置的新阶段。但《外商投资法》对外商投资企业工作机制规定的较为原则，而商务部《工作办法》又存在位阶较低以及部分不完善之处。为更好地指导地方投诉工作机构设置，最终

构建全国统一完备的外商投资企业投诉工作机制，建议以商务部《工作办法》为蓝本，提高其立法层级，并对投诉工作机制设置目的、投诉工作机构管辖范围、不予受理规定、投诉处理程序及方式规定进行完善。同时，基于当前国际投资争端事后救济模式备受诟病，事前预防模式越来越受到各国欢迎，外商投资企业投诉工作机制可以增加外资纠纷预防体系。笔者认为，伴随着外商投资企业投诉机制的逐步完善、合理，该制度将有力推动我国外商投资的进一步繁荣。

参考文献

[1] 崔凡, 蔡开明. 《中华人民共和国外商投资法》初探 [J]. 上海对外经贸大学学报, 2019, 26(03): 14-24.

[2] 王海英, 王伟峰. 论外商投资企业投诉工作机制的不足与完善 [J]. 山东工商学院学报, 2020, 34(01): 90-9.

[3] 徐芳. 论我国新型外国投资投诉协调处理机制的构建——兼评《外国投资法(草案征求意见稿)》相关规定 [J]. 河北法学, 2016, 34(02): 45-54.

[4] 欧达婧. 外商投资企业投诉工作机制探究——《外商投资法》26 条的适用、局限与完善 [J]. 现代管理科学, 2019, 10): 111-3.

[5] 刘万啸. 国际投资争端的预防机制与中国选择 [J]. 当代法学, 2019, 33(06): 50-63.

[6] 唐妍彦. 巴西国际投资争端解决模式改革及对中国的启示 [J]. 拉丁美洲研究, 1-15.

[7] 谢进. 我国国际投资争端预防机制研究 [J]. 厦门特区党校学报, 2020, 06): 53-9.

[8] 漆彤. 论“一带一路”国际投资争议的预防机制 [J]. 法学评论, 2018, 36(03): 79-87.

浅析国际争端解决机制中的仲裁与调解——以“一带一路”争端解决机制的构建为切入点

张鹏万[1]

【摘要】习近平法治思想中提到“统筹推进国内法治和涉外法治”，提高我国在国际争端解决中的地位和话语权，对我国涉外法治的进步意义重大。以“一带一路”为例，虽然沿线国家参与度高，但各国经济文化水平、社会稳定情况都不一样，国际上现有的争议解决机制因主体、程序等原因并不适合“一带一路”沿线国家处理经济贸易争端，建立符合“一带一路”特点的国际商事争端解决机制和机构对促进“一带一路”沿线国家投资、贸易健康稳定发展具有重要意义。本文通过借鉴国际上常用的争端解决机制，针对“一带一路”的特点需求，提出建立“一带一路”争端解决机制需要提高我国国际商事法庭和仲裁机构的能力及国际化水平、建立“一带一路”争端解决机制可以以中国主导性较强的国际组织和机构为依托、弥补其他争议解决机制的不适用部分做好仲裁与调解的衔接、解决执行问题和救济问题，同时注重国际法律人才的培养。

【关键词】“一带一路”；争端解决机制；仲裁；调解

一、“一带一路”发展需要配套的争议解决机制

（一）“一带一路”取得长足发展

我国提出的“一带一路”得到了世界大部分国家的积极响应，截至 2021 年 2 月底，我国先后与 140 个国家、31 个国际组织签署 205 份共建“一带一路”合作文件，包含 46 个非洲国家、37 个亚洲国家、27 个欧洲国家、11 个大洋洲国家、11 个北美洲国家和 8 个南美洲国家，涵盖了投资、贸易、金融、科技、人文、社会、海洋等领域。[2]一带一路成员国家参与热情高、合作范围广，沿岸国家合作共赢，受疫情影响，全球投资大幅下滑，贸易萎缩，但是“一带一路”沿线的投资“逆势增长”。因此，为保障“一带一路”沿线国家更持续稳定地发展，需要制定符合“一带一路”沿线国家共同发展的争议解决机制。

（二）沿线国家差异大

“一带一路”沿线国家数量多，经济发展水平不同，贫富差异比较大、社会问题突出、政局分化严重，避免不了会产生投资争端。比如，中企曾中标“墨西哥城-克雷塔罗”高速铁路项目，然而却是一波三折；斯里兰卡的科伦坡项目被叫停等。而沿线各国的法律制度差异比较大，一旦出现国际争端纠纷，投资者在法律理解及适用上存在一定的困难，投资者容易处于不利地位，不易于国际争端的解决。“一带一路”沿线既有大陆法系国家、也有英美法系国家、又有信奉伊斯兰法律等政教合一的国家，还有一些国家的法律同时融合了

---

[1] 张鹏万，河南陆达律师事务所主任，河南省律协投融资委员会主任，河南省律协直属分会理事、战略发展委员会主任，河南省法学会证券法学研究会常务理事，河南大学黄河流域生态保护和高质量发展法治研究中心主任，2019 年度教育行业法治人物。

[2] 智库报告《逆势增长：疫情期“一带一路”进展评估》，来源：http://www.china.com.cn/opinion/think/2021-03/11/content_77298426.htm，访问日期：2021 年 4 月 28 日。

这几种法系的特征。不同国家的法治发展水平不同，有些国家由于战乱和恐怖活动频发、政局不稳等因素，例如伊朗、阿富汗、也门；有的国家则因为独立或分立不久，法治建设起步晚，发展慢，例如原南联盟分立的黑山、塞尔维亚等。有的国家虽然法制较全，但并不完善，如印度尼西亚。另外，沿线多国存在民族主义和排外势力，有些国家在司法程序中对外国当事人不公，对本国当地企业采取特殊的庇护措施。因此，统一的争议解决机制会为“一带一路”沿线国家处理争端提供标准。

（三）现有的国际解决机制无法满足“一带一路”国家争端

常见的国际性和区域性争端解决机制有根据《解决国家与他国国民之间的投资争议公约》（《华盛顿公约》）而成立的国际投资争端解决中心（ICSID）争端解决机制、根据《关于争端解决规则与程序的谅解》（“DSU”）而建立起来的 WTO 争端解决机制、基于美国、加拿大、墨西哥共同签署的《北美自由贸易协定》而产生的 NAFTA 投资争端解决机制等，既有机制在制定和具体操作过程中都有其特定的特点，在以往的实践中都存在着或多或少的缺陷，很难满足“一带一路”国际投资争端的内在需求。比如，第一，主体要求，“一带一路”沿线国家大部分不是既有机制的成员，这就意味着并不是所有在“一带一路”沿线国家和地区出现的国际投资争端都能由既有机制解决。比如，ICSID 要求寻求争端解决的一方必须是缔约国，而事实上，加入“一带一路”倡议的很多国家并不是 ICSID 的成员国；WTO 无法涵盖“一带一路”沿线所有国家，WTO 争端解决机制的争议主体必须是国家，在“一带一路”的投资法律关系中，通常一方是东道国，另一方是缔约国的自然人或法人，显然，投资争端并不在其范围内；NAFTA 是一个适用于北美自由贸易区的争端解决机制，有区域性限制；CAFTA 争端解决机制仅适用于中国与“东盟十国”之间，属于封闭性的合作区域，其适用的范围有限，而“一带一路”沿线有七十多个国家，今后还将有持续扩大的趋势，势必无法将沿线所有国家全部涵盖其中。第二，公平性很难得到保障。比如，沿线国家在 ICSID 被起诉的比例较高，但是该地区的法律专家参与到 ICSID 审理的案件比例相对较低，两者比例严重失衡，而实践中仲裁员的国籍、法律倾向、法学背景等对案件的处理结果是会产生很大的影响力，这就意味“一带一路”沿线的国家在利用 ICSID 机制解决争端时，其仲裁结果的公正性容易受到质疑。第三，没有上诉程序。ICSID 没有规定上诉程序，撤销制度也只适用于针对程序问题的争端，所以便常常出现“实体不公无法解决”的结果。也会出现一些失误却得不到解决，包括相同当事人、相似的案情的裁决不一致，或者不同当事人、相似案情的裁决不一致。如果相关投资问题对东道国利益影响较大，一旦发生实体不公的情形，东道国便极有可能不愿意执行 ICSID 的仲裁裁决，给投资者造成损失。CAFTA 机制也没有设置上诉程序进行监督，一裁终局能够实现高效解决纠纷但无法保障结果的相对公正，上诉机制的存在能够纠正裁决中出现的错误，维护结果的公正和权威，保障争端得到真正有效的解决。

为了促进争端解决手段的多元化和现代化，加强规则的改进和创新，创设新的国际投资争端解决机制刻不容缓。

二、国际争端解决机制中的仲裁与调解现状分析

（一）国际投资争端下的仲裁与调解

仲裁仍是解决投资者与东道国之间投资争端的主要方式。2017 年 10 月 1 日起施行的我国首部《国际投资争端仲裁规则》，填补了我国在国际投资仲裁领域的空白。我国作为世界第二大经济体，近年来的对外投资进入高速增长的阶段，更是在《2017 年世界投资报告》中显示，我国首次成为全球第二大对外投资国。该规则的实施有效保护了我们企业的合法权益，在与“一带一路”沿线国家签订投资合同时即可将仲裁地约定在中国。但国际投资仲裁也面临着一些问题，一是仲裁裁决缺乏连贯性、一致性，没有纠错机制。ICSID 虽设置了临时撤销委员会，但 ICSID 没有规定上诉程序，撤销制度也只适用于针对程序问题的争端，所以便常常出现“实体不公无法解决”的结果。如果相关投资问题对东道国利益影响较大，一旦发生实体不公的情形，东道国便极有可能不愿意执行 ICSID 的仲裁裁决，给投资者造成损失。二是仲裁费用高昂，据联合国国际贸易法委员会有一个报告显示，投资仲裁里每个当事人的仲裁平均费用大概是 800 万美元，仲裁期限一般是 3—4 年，其相对于诉讼费用低、耗时短、高效的优势已逐渐丧失。

近年来，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）主持的投资争端解决机制的相关改革中，扩大了调解的重要性。比如 2019 年 1 月欧盟所提交的要建立争端预防机制，需以推动投资争端友好解决。ICC 在 2001 年发布的《国际商会友好争议解决机制》被 2014 年发布的《调解规则》所取代，新调解规则通过十项条文以最大限度地去实现调解规则性与灵活性的统一。2012 年 10 月 4 日，作为世界上规模和影响最大的国际性律师组织，国际律师协会在都柏林正式公布了由其国家调解小组委员会制定《国际律师协会投资争端调解规则》，标志着国际投资争端调解制度新时代的到来。[3]

国际投资争端解决中心（以下简称 ICSID）考虑到如今不少新签订的双边和多边条约中出现调解规则，由此也越来越关注调解的重要性。2018 年 8 月 3 日，ICSID 秘书处公布了全面修订中心投资争端解决规则的建议稿，并征求成员国和公众的意见，其中修订的规则就包括《ICSID 调解规则》。《ICSID 调解规则》的修改使得调解程序更加详细具体，争端双方能够更好地适用该规则来进行调解。除此之外，新版《ICSID 调解规则》在执行上也有了新突破，这使得调解当事人通过调解达成的和解协议可以受益于《新加坡调解公约》，让和解协议执行落地。国际律师协会（IBA）于 2012 年公布了《国际律师协会投资争端调解规则》（IBA Mediation Rules），该规则明确调解作为一种替代性争端解决方式与仲裁并不冲突，在争端和冲突的任何阶段都可以适用。目前，IBA 的调解规则已经运用在 ICSID 的调解案件中。

在争端解决几种的选择上，既要考虑争端性质也要考虑双方偏好，由此尽管很难找到万全的解决方式，但在大部分情况中，调解是很有效的解决手段，使双方更好的维护彼此之间的合作关系。如今西方国家更倾向于选择仲裁和诉讼等具有对抗性的争端解决方式，

[3] 漆彤、张生、黄丽萍《调解在国际争端解决中的发展与应用》，《武大国际法评论》2020 年第 2 期。

而亚洲国家更倾向于选择调解等较委婉的争端解决方式。虽然 ICSID 是投资者和东道国用来解决投资争端最常用的方式，但考虑到“一带一路”建设的特殊性以及沿线国家文化、历史传统以及法律体系上的多样性，ICSID 也存在一些适用上的不足。ICSID 要求寻求争端解决的一方必须是缔约国，而事实上，加入“一带一路”倡议的很多国家并不是 ICSID 的成员国。这就意味着并不是所有在“一带一路”沿线国家和地区出现的国际投资争端都能由 ICSID 解决。

（二）国际贸易争端下的仲裁与调解

WTO 争端解决机制是根据《关于争端解决规则与程序的谅解》（“DSU”）而建立起来的，其主要采用政治和法律两种手段解决国际投资争端。政治方式是磋商、斡旋和调停；法律方式有专家组审议、上诉机构审查。成员方首先进行磋商，如果磋商不成功，成员方会将争端提交专家组。

WTO 争端解决机制对于“一带一路”沿线国家的争端解决具有不适用性，首先，WTO 争端解决机制的主体必须是国家，在“一带一路”的投资法律关系中，通常一方是东道国，另一方是缔约国的自然人或法人，显然，投资争端并不在其范围内；其次，WTO 争端解决机制的成本相对较高，部分沿线国家并不具备雄厚的经济综合实力；最后，WTO 争端解决机制规定了“交叉报复”作为强制执行手段，这与“一带一路”的核心理念“共同合作、互利共赢、开放包容、互学互鉴” 存在冲突。

（三）国际商事争端下的仲裁与调解

仲裁裁决往往比法院判决更为容易、更为广泛地适用。由于各国、各地区在司法方面的法律制度、法律观念以及实践与理论认定都存在很大差异，由此则会造成外国判决在别国无法得到承认和执行，且在实践中存在诸多困难。相较之下，对于仲裁裁决的执行，在国际上则有普遍的规则（各国、各地区共同签署的有关外国仲裁裁决承认和执行公约）适用，其中为最多国家、地区适用的则是《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》），该公约旨在处理外国仲裁裁决的承认和仲裁条款的执行问题。其拥有近 150 个签署国，当事人可以拿着生效的裁决到《纽约公约》签署国的法院，直接申请承认和执行仲裁裁决。该公约与《国际商事仲裁示范法》统一适用下相辅相成，例如：在《纽约公约》中并未设定“国际性”的标准，各缔约国国内仲裁法对“国际性”的定义有多种类型，包括仅考虑当事人的国籍、考虑当事人的国籍和争议实体法律关系以及综合性标准，采用综合性标准的典范即是《国际商事仲裁示范法》其中的有关规定。

国际仲裁协议的效力往往是仲裁地法的仲裁协议效力的准据法管辖，不同的仲裁地对仲裁协议效力的判断也有所不同。仲裁协议的独立性推定是判断国际商事仲裁协议有效性的原则性前提。《国际商事仲裁示范法》第 16 条第 1 款明确规定了仲裁协议的独立性：“构成合同一部分的仲裁条款应当视为独立于合同其他条款的一项协议”。《纽约公约》第 2 条规定国际仲裁协议应当得到缔约国的承认，这一规定只受到排他的、有限的几个无效情形的约束。《国际商事仲裁示范法》中也有类似的规定。

近年调解在国际商事争端解决中有着重大突破，2018 年对《国际商事调解示范法》作了修正，新增了关于国际和解协议及执行部分，更名为《国际商业调解和调解所产生的国际和解协议示范法》，其作为调解立法的基础，在此基础上 2018 年 12 月联合国大会会议通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（简称《新加坡公约》），作为第一部以调解方式解决商事争端的多边条约，其旨在解决国际商事调解达成的和解协议的跨境执行问题，补充现行国际调解法律框架，有助于发展和谐的国际经济关系。2019 年 8 月 7 日在新加坡开放签署，包括中国、美国在内的 46 个国家和地区作为首批签约方签署了这一公约。该公约生效后，国内外对商事调解的研究热情高涨，调解在民商事领域得到了广泛，推动国际商事争端的良性发展。被誉为调解领域的《纽约公约》。

国际商事仲裁往往一裁终局，虽然降低了争议解决成本，但是相较于诉讼程序缺乏连贯性、一致性，没有纠错机制，难免出现裁决错误无法纠正的局面。虽然在《纽约公约》的规定下，仲裁协议的承认与执行得到相应保障，但对于“一带一路”沿线中的部分国家并不适用。故在解决“一带一路”沿线国家争端中，需要更好的利用仲裁与调解各自的优势，建立适合、完善的多元化争端解决机制。

三、构建我国多元化“一带一路”争端解决机制的建议

（一）提高国内仲裁和调解机构的国际化水平

1、CICC 对内提高司法能力，对外对标国际标准

2018 年 6 月 29 日，最高人民法院第一、第二国际商事法庭应运而生，标志着最高人民法院涉外商事审判建设掀开崭新一页，人民法院服务保障“一带一路”建设进入新的阶段。

中国国际商事法庭（CICC）与国际商事专家委员会已成立两年多。一方面，CICC 已经按照既定方案建立，通过案件办理不断摸索、磨合，通过制定规则不断细化完善。另一方面，已结案件具有一定代表性但尚无重大国际影响力，且新立案件来源不足，国家商事专家委员会支持审判的作用发挥还不够，“一站式”国际商事纠纷解决机制尚无实质运作。[4]

从历史和现实来看，建立国际商事法庭只是“一带一路”争端解决机制的第一步，该机制从建立到完善将是一个渐进的过程。因此提高 CICC 影响力，既要把握以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局，也要对标国际标准，提升自身司法能力，进而促进更多“一带一路”项目建设协议选择 CICC 管辖。

2、不断拓展中国国内的仲裁与调解结构的能力与职权，提高国内仲裁与调解机构的国际化水平

商事仲裁已成为国际社会解决商事争议的重要手段，几乎所有国家均设有仲裁机构。目前中国境内共有 250 多家商事仲裁机构，其中受理涉外商事争议（国际商事争议）的主要仲裁机构包括，中国国际经济贸易仲裁委员会（贸仲，CIETAC）、北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心（北仲：BAC/BIAC）、上海国际经济贸易仲裁委员会/上海国际仲裁中心（上

[4] 张新庆《中国国际商事法庭建设发展路径探析》，《法律适用》2021 年第 3 期。

海国仲：SHIAC）、深圳国际仲裁院（深圳仲裁委）（深圳国仲：SCIA）。但在实际运作中，大案、要案主要还是由设于欧美等发达国家的仲裁机构审理，起主导作用的主要还是这些仲裁机构，如国际商会（ICC）仲裁院、英国伦敦国际仲裁院（LCIA）、瑞典斯德哥尔摩（SCC）商会仲裁院、美国仲裁协会（AAA）、香港国际仲裁中心（港仲，HKIAC）、新加坡国际仲裁中心（新仲，SIAC）等。

如果涉及“一带一路”倡议的商事争议之仲裁沿用目前的制度，则西方发达国家的仲裁机构便事实上掌握了解释“一带一路”商事合同的权利。因此，构建“一带一路”争端解决机制，要提高我国商事仲裁机构的实力，同时，以国内的自贸区为依托，吸引“一带一路”有关国家选择中国作为国际仲裁地。

（二）以中国主导性较强的国际组织和机构为依托建立“一带一路”争端解决机制

对现有的国际争端解决机制进行梳理，我们可以总结出一个重要规律：目前大多数国际争端解决机制都是依托于国际组织和国际条约的权威建立起来，并最终建立机构。[5]

由于“一带一路”国家间在法律制度上的巨大差异和高昂的司法成本，现有机制无法高效地提供争端解决服务。但另一方面，它们也为中国建设“一带一路”争端解决机制提供了重要思路。作为“一带一路”倡议的发起国，建立“一带一路”争端解决机制和机构，中国责无旁贷。而依托国际组织和国际条约建立国际争端解决机制的这一思路，为中国提供了借鉴。我国可以以中国主导性较强的国际组织和机构为依托，如上海合作组织（SCO）、亚洲基础设施投资银行（AIIB）、新开发银行（NDB）等。

（三）建立“一带一路”争端解决机制强调仲裁调解机制的重要性，做好仲裁与调解的衔接

仲裁与调解相衔接是指将仲裁和调解两种方式结合来解决争议，该种方式融合了两种纠纷解决的优势，弥补各自的不足。中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》中提出，建立“一带一路” 国际商事争端解决机制和机构，应当遵循坚持共商共建共享原则，鉴于仲裁和调解之间的自愿性、灵活性、高效性等共同特征，并且仲裁、调解手段较于诉讼手段更为温和，因此， 建立“一带一路”争端解决机制要做好仲裁与调解的衔接，融合二者的优势，弥补各自的不足，形成适合“一带一路”沿线国家发展的独具特色的争端解决机制，可以逐步打破仲裁程序开始后或者组庭后进行调解的传统方式，形成让调解贯穿于仲裁过程中，尤其是我国加入《新加坡调解公约》后，调解制度越来越重要，我们可以逐步采取仲裁机构与专业调解机构合作、诉调对接机制、仲裁机构下设调解中心等措施。[6]

（四）建立“一带一路”争议解决机制要解决好执行问题

仲裁庭的裁决或报告具有最终效力，国家在承认和执行时可以根据《承认和执行外国

[5] 程诚、陈晓晨、何泉霖《建立争端解决机制为“一带一路”护航》，载《21 世纪经济报道》2018 年 1 月 30 日。

[6]广州仲裁委员会《我国商事仲裁与商事调解衔接制度的法律问题探析（下）》https://www.sohu.com/a/451536573_740841，访问日期：2021 年 5 月 6 日。

仲裁裁决公约》即《纽约公约》的相关规定，它是当前各国普遍承认的国际规则，“一带一路”沿线有超过９０％的国家都加入了该公约，为将来承认和执行外国裁决奠定了合法性基础。为了确保仲裁裁决的有效执行，在沿线国家签订《“一带一路”投资争端解决公约》的同时鼓励其积极加入《纽约公约》，并且呼吁各国主动实施“先行给惠”的原则，即在不存在双边条约和其他执行依据时，先行承认对方国家合法有效的仲裁裁决并予以主动执行，以促进仲裁程序能够真正发挥作用。为了确保结果的执行顺利，可以规定实施损害担保或诉讼费用担保制度，避免一方当事人随意、恶意提起程序，造成机构负担。可以在开始仲裁之前，由国家签订一份放弃主权豁免的声明或协议，避免胜诉方在要求执行仲裁裁决时，败诉方政府引用现行的国家主权豁免理论来拒绝履行义务。执行应尽量避免强制性的措施和手段，主张采取柔和的执行措施，由中心秘书处进行记录和监督。

（五）建立“一带一路”争议解决机制要考虑救济机制

救济机制的存在能够纠正裁决中出现的错误，维护结果的公正和权威，保障争端得到真正有效的解决。而 ICSID 没有规定救济程序，CAFTA 机制也没有监督程序，一裁终局能够实现高效解决纠纷但无法保障结果的相对公正。缺乏上诉机制常常出现“实体不公无法解决”的结果，也会出现一些失误却得不到解决，包括相同当事人、相似的案情的裁决不一致，或者不同当事人、相似案情的裁决不一致。因此，在构建“一带一路”争议解决机制时，要考虑到救济机制，包括救济的审查标准、可救济的决定、效力、救济机制的期限等问题。

（六）培养国际法律人才

“一带一路”争端解决机制的建立和完善离不开高素质的国际法律人才，培养 国际法律人才是一项长期的系统工程。我国在涉外法治人才储备方面存在数量不足、能力不足、经验不足和培养不足的问题，培养国际法律方面的人才，第一，组建职业化法律团队，以法律实务为导向参与涉外实际案例；第二，加强对国际争端解决的学术研究，了解不同争端解决机制的特点、优劣，了解其他争端解决机制的特点以及他国国际商事法庭及仲裁机构的运作模式；第三，了解“一带一路”沿线国家的法治环境和特点；第四，建立涉外法律研究机构，出台相应的扶持政策，国内一流的法学院校积极参与“一带一路”国家高效间的涉外法治人才的培养和交流；第五，鼓励国内目前领先的法律服务机构向“一带一路”国家开设办实机构分所或者双方互派人员学习交流，形成合作机制；第六，出台相关政策鼓励国内知名度高的仲裁机构在“一带一路”沿线国家设置分支机构办事处，同时加强与“一带一路”其他国家仲裁机构的交流与合作。

中国是“一带一路”的发起国，也必然是“一带一路”争端解决机制制定的引领者，推动“一带一路”争端机制的建立和完善，最后要靠不断提高中国商事法庭的国际公信力，要努力营造稳定、公平、透明的法治化营商环境、吸引更多国家和境外当事人选择将我国作为“最终仲裁地”，进而做好仲裁与调解的衔接。

参考文献：

[1]张新庆.中国国际商事法庭建设发展路径探析[J].法律适用,2021(03):138-147.

[2]黄健昀.国际投资仲裁:有条件的上诉机制——从“尤科斯案”到“一带一路”投资争端解决[J].西部法学评论,2020(05):104-115.

[3]张怡宁. “一带一路”国际投资争端解决机制的探索[D].南昌大学,2020.

[4]李亮.上海合作组织建立成员国间冲突调解机制初探[J].俄罗斯研究,2020(03):19-53.

[5]孟琪.WTO 争端解决机制作为“上海合作组织”经贸争端解决机制的可行性研究[J].上海对外经贸大学学报,2019,26(03):43-57.

[6]漆彤,张生,黄丽萍.调解在国际争端解决中的发展与应用[J].武大国际法评论,2020,4(02):80-100.

调解在“一带一路”ISDS 机制中运用的难点及其解决

张瑞萍，潘宇[1]
（北京交通大学 法学院，北京 100044）

摘 要：以仲裁为主的 ISDS 机制由于存在一些问题而招致许多批评，ISDS 机制改革成为国际社会关注的热点。与此同时，国际社会对调解表现出浓厚的兴趣，调解在 ISDS 机制改革中迎来了发展契机，许多投资条约的 ISDS 条款中纳入了调解这一争端解决方式。“一带一路”区域国家的特点使得调解在其域内适用具有独特优势，但区域内所订立的投资条约的 ISDS 条款中规定调解的内容较少，在适用中存在着政府官员缺乏调解意愿、信息披露不明确以及和解协议执行难等难点。在未来的投资条约中应有针对性地解决上述难点问题，对调解方式作出具体规定，以充分发挥调解在“一带一路”沿线国家的 ISDS 机制中的积极作用。

关键词：国际法学；调解；“一带一路”；ISDS

The Dilemma of Mediation in the Use of "the Belt and Road" ISDS Mechanism and Its Resolution

ZHANG Ruiping, PAN Yu
（School of Law , Beijing Jiaotong University ,Beijing 100044，China）

Abstract: The ISDS mechanism based on arbitration has attracted a lot of criticism due to some problems, and the reform of the ISDS mechanism has become the focus of attention of the international community. At the same time, the international community has shown strong interest in mediation, and mediation has ushered in a development opportunity in the reform of ISDS mechanism. Many investment treaties have included mediation as a dispute settlement method in ISDS clauses. The characteristics of countries in "the Belt and Road" region make mediation have unique advantages in its application, but the ISDS provisions of investment treaties concluded in the region stipulate less mediation content, and there are difficulties in the application, such as lack of mediation willingness of government officials, unclear information disclosure and difficult implementation of the settlement agreement. In the future investment treaty, the above-mentioned difficult problems should be solved and specific provisions should be made on the mediation mode, so as to give full play to the positive role of mediation in the ISDS mechanism of the countries along "the Belt and Road".

Key words: international law; mediation; "the Belt and Road"; ISDS

[1] 作者简介：张瑞萍，北京交通大学教授、博士生导师，法学博士；潘宇，北京交通大学国际法学硕士研究生
本文为司法部国家法治与法学理论研究项目“中国企业投资海外基础设施的政府违约风险防范与应对”（项目批准号：18SFB2052）中期研究成果。

投资者与东道国争端解决机制（以下简称ISDS机制）是当下解决投资者与东道国投资争议的基本措施，受到国际社会的广泛重视，国际投资的快速发展在一定程度上得益于这一机制。随着国家与地区间投资的不断扩展和深入，国际投资改变了由发达国家单一流向发展中国家的局面，越来越多的发展中国家不仅大规模地吸收外来资本，海外投资也不断扩展，因而具有投资者母国和东道国的双重身份。国际投资出现了许多新的变化，由此也产生了大量的投资争议。而ISDS机制因规则的欠缺，以及实践中漠视东道国的公共管理权、过度保护投资者、仲裁裁决缺乏一致性等问题遭致诸多质疑与批评，面临着“正当性危机”和可持续发展危机。ISDS机制的改革与完善成为必然。在此背景下，调解作为一种可以替代仲裁的国际投资纠纷解决方式引起了国际社会的广泛关注。调解所具有的灵活高效、更加尊重争端当事方的意愿而受到众多国家及国际组织的认可。“一带一路”倡议的实现涉及亚洲与欧洲的多个国家，由于沿线各个国家在政治、经济、社会以及法律等方面存在很多差异，区域投资环境复杂，投资者与国家之间的争议时有发生，仅仅依靠现有的ISDS机制很难满足纠纷解决的多元需求。因此，在“一带一路”倡议实施过程中，应重视调解在ISDS机制中的作用，发挥其优势，实现争议的快速和有效解决。

1 调解的优势：对“一带一路”区域ISDS机制的影响

1.1 调解费用低，时间少，对投资项目影响小

迅速、有效、低成本的调解制度与“一带一路”倡议的基础设施建设需求相契合。“一带一路”区域内投资项目主要集中于油气、通信、能源、基础设施等建设和运营周期长的领域，投资项目资金量大、运行维护不易。根据经济合作与发展组织（OECD）的统计，国际投资仲裁案件从申请到设立仲裁庭的平均时间是263天，而平均结案时间为3.6年，各项律师费用更是高达500万美金[2]。高昂的费用使得东道国和外国投资者不堪重负。商业环境变化日新月异，冗长的仲裁程序可能会延迟甚至破坏投资项目的推进，大型企业尚能支撑，但是对中小企业来说，国际投资仲裁只能是空中楼阁[3]。相较之下，调解可大大节省时间，提高争端解决效率，减少对项目运行的影响。对于“一带一路”沿线国家而言，国际投资争端的妥善解决不止关乎一方的输赢，更重要的是当事各方长远的经济福祉[4]。在“一带一路”沿线国家的投资争端中，出于区域内投资合作健康与长期发展的需求，虽然当事各方希望解决争端，但是并不希望关系完全破裂从而影响后续的投资和合作。调解制度既可以保证当事各方现有投资经营的延续性，维持沿线各国的友好合作关系，也有利于树立东道国的良好形象，增强东道国的潜在投资吸引力。

1.2 调解可弥合调解员与当事各方的法律文化背景差异

“一带一路”沿线国家有着与西方不同的、更为复杂的混合法律文化，各国在法律文化和法律传统上具有不同的特点，沿线国家适用的法律包括大陆法系、英美法系、伊斯兰法系多种。不同法系国家的法律分类与法律术语、法律的表现形式以及法律适用规则都存在着明显的差异[5]。而国际上知名的仲裁员主要来自于英美法系的发达国家，以西方法律文化为核心的法律影响对他们早已深入骨髓，将“一带一路”投资争端交由不理解该区域实际特点的仲裁机构和仲裁员审理，仲裁员很有可能对沿线国家利益诉求的理解和考虑不足[6]，或者因为法律文化上的鸿沟以及观念上的偏见而使得仲裁裁决显失

[2] The United Nations. Investor-State Disputes: Prevention And Alternatives to Arbitration [R].U.N. Doc. UNCTAD/DIAE/IA/2009/11:14(2010).
[3] 参见漆彤.投资争议处理体系的三大构成[J].社会科学辑刊,2018(04):135-140.
[4] 参见普利桑特·库玛.重塑与重构新兴世界的争端解决框架[C].外交部，中国法学会.《规则与协调——“一带一路”法治合作国际论坛文集》——北京：法律出版社,2018:7.
[5] 参见李玉璧,王兰.“一带一路”建设中的法律风险识别及应对策略[J].国家行政学院学报,2017(02):77-81+127.
[6] 参见石静霞,董暖.“一带一路”倡议下投资争端解决机制的构建[J].武大国际法评论,2018,2(02):1-24.

公正[7]。相比之下，调解的方式就显得灵活多变，可以减少调解员适用“一带一路”沿线国家多样化法律制度的难度。此外，“一带一路”沿线国家大多是新兴经济体和发展中国家，没有深厚、发达、成熟的法律传统，一旦发生国际投资争端，无论是“一带一路”区域内的投资者或者东道国，参与规则复杂的国际投资仲裁都有一定的困难。而“一带一路”沿线国家有着相似的重视调解的文化传统，在“一带一路”的ISDS机制中运用调解方式解决争端，可操作性更强，更易获得当事各方都满意的处理结果。

1.3 调解结果的可预测性和可控性强

与现行ISDS机制中的其他解决争端渠道相比，调解制度有其独特优势，可在一定程度上避免因直接干预东道国管制经济的公共权力和公共利益而产生的风险[8]，更加全面地平衡投资者和东道国之间的利益需求。同磋商、斡旋等方式相比较，调解制度因为中立第三方的居中介入，可以比较好地兼顾案件解决的效率与案件结果的公正公平。富有经验的调解员可以很好地总结、提炼案件争议焦点，引导调解的过程，避免当事各方无效率的沟通。同投资仲裁相比较，由于调解是以当事各方的意思自治为核心，调解的启动、调解员的选择、调解协议的达成是由当事各方协商决定，因此争端解决的主动权始终掌握在当事各方手中。不同于仲裁员，调解员多注重考量案件的商业情势、合作关系、利益需求，帮助当事各方厘清争议并寻求当事各方可以接受的解决方案，而不做任何价值判断，也不纠结于判断案件的是非对错、分配当事方的法律责任，更不会强迫当事方接受调解结果。尊重当事各方意志的调解可以保障当事各方对调解的结果有完全的预测与控制，符合“一带一路”沿线国家的国情和彼此的利益诉求。

2 “一带一路”区域ISDS机制下的调解现状

2.1 中外双边投资协定中的投资争端解决条款

“一带一路”沿线有64个（不含中国）国家，我国已经和其中的56[9]个国家签订了双边投资协定（以下简称BIT）。其中大部分为上世纪八九十年代签订的第一代BIT，这些BIT规定的投资争端解决途径多为友好协商、东道国当地救济以及国际仲裁。其中，“友好协商”方式在自愿性上与调解有一定的共性，但因为这些条约中的规定大多仅为原则性规定，协商如何进行以及协商的期限、地点等内容都没有详细的规定，当事方较难就具体程序和实体问题达成一致。实际运用中，由于缺少中立第三方的介入，协商往往不能达到预期效果，当事方大多将协商流于形式，投资者可以直接寻求东道国救济或者申请国际投资仲裁。

进入二十一世纪后，国际社会意识到此前构建的争端解决制度框架已经无法满足国际投资发展的现实需求。基于此，本世纪签订的新一代BIT中加入了调解这一争端解决渠道。2006年中国—印度BIT就将调解机制纳入ISDS条款[10]，2008年中国—新加坡自由贸易协定的投资章节关于争端解决的条款中明确提及可选择调解或调停程序解决投资争端[11]，2011年中国—乌兹别克斯坦BIT中也明确提及争端友好解决方式包括调解程序[12]。

总体而言，从“一带一路”现有的中外BIT中可以看出，有的国家偏向于利用东道国当地救济的方式解决争端，有的国家偏向与适用国际仲裁来解决投资争端，调解机制在BIT中的适用具有一定的局限

[7] 参见初北平.“一带一路”多元争端解决中心构建的当下与未来[J].中国法学,2017(06):72-90.
[8] 参见刘万啸.国际投资争端的预防机制与中国选择[J].当代法学,2019,33(06):50-63.
[9] 数据来自商务部网站：我国对外签订双边投资协定一览表 Bilateral Investment Treaty，http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml，最后访问时间：2021 年 3 月 12 日。
[10] 参见《中华人民共和国政府和印度共和国政府关于促进和保护投资的协定》第 9 条。
[11] 参见《中华人民共和国政府和新加坡共和国政府自由贸易协定》第 95 条。
[12] 参见《中华人民共和国政府和乌兹别克斯坦共和国政府关于促进和保护投资的协定》第 12 条。

性，即使有少数BIT中提及调解机制，但是并没有专门的调解条款，在投资实践中容易被忽视。

2.2 中国—东盟自贸区内的投资争端解决机制

东南亚地区是“一带一路”倡议建设的重点地区和优先发展方向，建立中国—东盟自贸区更是我国首次参与区域经济一体化实践。目前，自贸区内的多个条约都包含了ISDS条款，为国际投资纠纷的有效解决提供了多种可行的途径。

2004年生效的《中国—东盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议》为中国和东盟成员国之间的投资争端解决提供了明确的依据，其中规定的ISDS机制包括东道国救济、调解、国际仲裁。协议第5条即为调解条款，争端双方可以随时调解解决争端，也可以随时结束调解。但是，该协议主要解决的是货物贸易问题，因此规定的纠纷处理时限较短，没有考虑到国际投资纠纷的特殊性，用以解决国际投资争端显得有些力不从心[13]。2009年签署的《中国—东盟全面经济合作框架协议下的投资协议》（以下简称《投资协议》）是规范中国与东盟投资领域的重要协议，其中也明确提及投资者与东道国之间的投资争端可以提交调解[14]。但是该机制在实践中也存在着盲区，《投资协议》以列举的方式明确限定了适用范围，一旦投资者与东道国之间的争议超出条款限定的范围，即使争议与协定义务有关，投资者的权益也无法依据《投资协议》得到保障。

中国—东盟自贸区内的ISDS机制从一开始就引入了调解制度，但是自贸区只包括“一带一路”区域内的中国与东南亚十国，“一带一路”沿线其他非自贸区内的国家无法引用其中的规定进行调解，自贸区ISDS机制中的调解条款覆盖面较小。

2.3 《华盛顿公约》下ICSID中心的投资争端解决机制

“一带一路”沿线的65个国家中，有54[15]个为《华盛顿公约》的缔约国，在缔约国之间发生的投资者—东道国投资纠纷可以由投资者一方提交ICSID中心解决。

1964年签订的《ICSID公约》中将调解与仲裁规定为两种平行的投资者—东道国争端解决方式，仲裁或调解程序的启动都取决于争端当事方的自愿选择[16]。公约的第三章规定了调解委员会的成立及其职责、投资者申请调解的条件等内容。但是ICSID的调解职能没有得到充分利用，原因在于ICSID中心的调解规则是一项没有法律约束力的类仲裁规则，没有发挥出调解制度的优势。公约中规定案件提交ICSID中心进行调解的审查标准同进行仲裁的标准相比并无大的差别，调解员的组成和指定也和仲裁员的相关程序类似，耗费的时间和成本和仲裁大致相同。相比之下，具有法律拘束力的国际投资仲裁对于投资者而言更具吸引力。2018年，ICSID提出了仲裁机制和调解机制的全面改革方案草案，希望在未来推动ICSID中心的争端解决机制迈向现代化，其中就对调解规则作出了重大修改，使得调解程序更加灵活，强调调解的保密性、细化了调解员的职能、注重和解协议的可执行性。但是草案尚未形成最终的改革方案，在投资纠纷解决实践中尚未发生效力。

其次，具体到“一带一路”沿线国家对ICSID机制使用的积极性而言，中东欧和西亚国家倾向于运用该机制，东亚、南亚、中亚的国家虽然大多都加入了该公约，但在国际投资实践中却较少运用该机制，而通过ICSID调解规则来解决“一带一路”投资争端的案件更是少之又少。

3 “一带一路”区域ISDS机制下适用调解的难点

3.1 东道国政府官员缺乏调解意愿

[13] 参见蒋德翠.中国—东盟自贸区投资争端解决机制的困境与出路[J].河北法学,2020,38(05):104-116.
[14] 参见《中华人民共和国政府与东南亚国家联盟成员国政府全面经济合作框架协议下的投资协议》第 14 条。
[15] 数据来自 ICSID 网站：Database of ICSID Member States， https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states，最后访问时间;2021 年 3 月 12 日。
[16] 参见王军杰,石林.论“一带一路”沿线“投资者-东道国”争端解决的路径与机制[J].西南民族大学学报(人文社科版),2018,39(06):99-103.

一般而言，为了维持与东道国的长期合作关系，私人投资者更愿意通过非对抗性的调解方式解决投资纠纷。但是东道国政府官员则往往缺乏调解意愿，更希望通过仲裁解决投资争端。根据新加坡国立大学国际法研究中心的一项调查显示，希望避免或者转移与外国投资者达成和解协议的责任是东道国政府官员选择不调解的主要原因[17]。因为：第一，与其主动做出妥协和让步，参与争端解决的代表更倾向于被动地承担仲裁或诉讼后果。与其选择调解途径，使自己成为制定和解协议的参与者，东道国政府官员更希望将投资纠纷推给第三方进行仲裁，避免对纠纷处理结果承担责任与负面评价[18]。第二，东道国政府往往不愿意主动承认其先前的行为确实违反了其与投资者之间的约定，这将对政府形象招致来自国内外的诸多批评，影响潜在外国投资者的投资意向。第三，调解的进行需要东道国政府机构代表作出妥协与让步，这种妥协与让步缺乏公众的监督。在此过程中，政府官员在秘密进行的谈判中具有很大的灵活性和发挥空间，容易滋生贪污腐败，公众也可能批判政府官员的谈判能力，指责其出于个人私利考虑而牺牲国家利益。舆论压力使得政府官员出于对自身政治形象的考虑选择仲裁机制。第四，东道国的政府官员担心自己参与的调解案件成为先例，促使其他外国投资者提出预先赔偿，个人需要承担责任。

此外，东道国复杂的审批程序是影响东道国政府官员调解意愿的另一大障碍。在大多数国家，一项和解协议如果想通过各级行政机构的审查，特别是涉及政府向外国投资者支付赔偿时，审查程序需要耗费大量时间、精力和政治资本[19]。即便和解协议通过了重重审查，但相较于支付自愿达成和解的赔偿金，政府官员根据已经生效的强制性仲裁裁决获得一个已知预算范围内的审批更为容易。

3.2 投资条约中对调解信息的公开无明确规定

调解以保密为原则，不仅调解过程是非公开的，而且调解过程中所使用的信息不能披露给案外人或在其他场合任意使用。但当国际调解从传统的私人商事领域转换至特殊的投资者—东道国纠纷领域时，调解的保密性却受到诸多质疑与批评[20]。

投资者—东道国投资纠纷兼具国际公法纠纷与私人商事纠纷的双重特征，多涉及东道国的公共安全、环境保护、国际资源开采等公共利益或者公共政策。基于对本国公共利益的关注，东道国公民有权对关乎自身切身利益的纠纷解决全过程行使知情权、参与权和批评权。此外，调解达成的结果不仅与外国投资者与东道国相关，还涉及东道国的国家财政支出和公共资源消耗[21]。因此，投资争端的公共属性对国际投资调解提出了透明度的要求[22]。但是目前对于国际投资调解制度透明度的研究多为调解过程是否可以公开，而对调解信息的公开与否并没有给予充分的关注。学者大多赞同国际投资调解同商事调解保持一致，调解过程应保密进行，禁止与案件无关的民众旁听以及媒体采访，除非当事方之间另有约定。调解过程的公开将阻碍调解的顺利进行，使得早期阶段的讨论受到公众监督，从而对东道国政府官员产生压力，最终导致争端当事各方之间的对话徒劳无益。因此，调解信息的公开就成为保证投资调解透明度的关键所在，那么调解信息是否应当向公众披露？如果应当披露，那么是调解所涉及的全部信息都进行披露，还是有限地公开，抑或是原则上全部公开但有所保留？这些问题在国际社会都还未得出统一的答案，在“一带一路”区域内可适用的各条约中也无明确规定。这在一定程度上动摇了东道国政府机构参与调解的决心。

[17] Seraphina Chew, Lucy Reed and J Christopher Thomas QC, ‘Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes’ NUS Centre for International Law Working Paper 18/01 (September 2018) <https://cil.nus.edu.sg/publication/survey-on-obstacles-to-settlement-of-investor-state-disputes/> accessed 18 September 2018.

[18] 参见漆彤,范晓宇.国际投资争端调解机制的发展与制度困境[J].中南大学学报(社会科学版),2020,26(05):58-69.

[19] 参见露西·里德.加强投资者—国家争端解决[C].外交部,中国法学会.《规则与协调：“一带一路”法治合作国际论坛文集》——北京：法律出版社，2018.

[20] 参见王春婕.《中日韩投资协定》ISDS 机制研究:现状、问题及前瞻[J].东岳论丛,2017,38(07):93-100.

[21] 参见林一.论上合组织内多边投资争端解决机制的独立建构[J].商事仲裁与调解,2020(04):28-44.

[22] 参见漆彤,范晓宇.论投资者与东道国争端调解机制的透明度规则问题[J].国际经济法学刊,2020(03):44-58.

3.3 和解协议缺少法律拘束力，可执行性无法得到保障

经调解而产生的和解协议无法直接产生法律效力被认为是一些投资争端当事方不愿意进行调解的最大阻碍。2014年国际调解组织（IMI）对其内部律师和业务经理进行了调查，其中38.1%的受访者认为国际和解协议的执行机制缺位是阻碍调解成为ISDS机制主要解决方式的主要原因[23]。比较而言，国际投资仲裁因其仲裁裁决具有可执行性而受到重视。仲裁裁决可以通过国内法律、《纽约公约》、ICSID中心的执行程序获得执行。在“一带一路”沿线国家中，目前只有6个国家不是《纽约公约》的缔约国，国际投资仲裁在“一带一路”区域内的执行具有充分的保障，而和解协议却无法直接寻求争端当事方国家的承认和执行。

当事方达成了和解协议而不能得到实际执行的话，那么争端只能算作“解而未决”，必然影响其在国际投资中的实际利益与参与国际合作的积极性[24]。如果争端一方恶意拖延或者不履行协议，不仅用于调解花费的时间和精力将付之东流，争端可能还需要再次诉诸成本极高的仲裁或者程序。此外，对于和解协议是否具有强制执行力，“一带一路”沿线不同国家有着不同的理解，审查门槛也各不相同，这使得和解协议的可执行性有着极大的不确定性。

4 难点的突破：“一带一路”区域ISDS机制下调解规则的完善

4.1 设置鼓励性自愿调解条款

为提高争端当事方选择调解方式解决投资争端，有学者提出将调解作为提起仲裁或者诉讼的强制性前置程序[25]。笔者认为，不宜将调解强加于争端当事方，调解不宜强制地普遍适用，因为调解并不是万能的，无法适用于所有类型的投资争端。一般而言，调解只适用于投资协定中允许当事方享有自由裁量权的问题的解决[26]，例如有关长期投资或者投资赔偿的问题，较难运用于国家广泛适用的法律规范性文件所引起的争议，东道国一般不会就环境、社会以及其他公共利益方面的规定所引发的争议通过调解方式解决，也不可能单独给予外国投资者特殊对待。此外，强制性调解会挫伤争端当事方参与调解的意愿。根据伦敦大学皇后玛丽学院发布的《ISDS机制改革与发展之投资者的建议和意见》，受访者认为强制性的调解可能会损害投资者的立场，并且不会促成争端当事方有效的讨论，也有可能导致争端解决中白白增加时间和金钱成本[27]。

调解应遵循自愿原则。“一带一路”区域国家在未来签订的双边或多边投资条约中可以参考《加拿大—欧盟自由贸易协定》等投资条约有关调解的规定，设置自愿性调解条款，鼓励当事方在任何时候选择调解的方式解决投资争端，将调解的启动权交给当事方。也以此表明调解是国家在实际投资争端发生前事先作出的选择，并非东道国政府代表的个人选择，避免部分政府官员为规避个人风险而放弃维护国家利益而使用最佳争端解决途径。

4.2 调解信息以保密为原则，保留部分公开的例外

一定程度上增加调解制度中的透明度，既契合当前ISDS机制改革的总体趋势，也符合公法领域处理行政关系的一般原则[28]。但是在具体操作上应谨慎处理，坚持调解信息以保密为原则，同时保留信息披露的例外情形，保障公众获知案件信息以及具体进展的权利，允许公众通过法律认可的手段表达意

[23] International Mediation Institute. Survey Results Overview: How Users View the Proposal for a UN Convention on the Enforcement of Mediated Settlements [EB/OL].https://imimediation.org/2017/01/16/users-view-proposal-un-convention-enforcement-mediated-settlements/.

[24] 参见杨松.“一带一路”下国际投资争议协同治理机制的构建[J].国际法学刊,2019(01):85-105+167.

[25] 参见王裔.投资者——国家争端解决中的调解：现状、价值及制度构建[J].江西社会科学,2019,39(11):172-180.

[26] 参见刘万啸.投资者与国家间争端的替代性解决方法研究[J].法学杂志,2017,38(10):91-102.

[27] Queen Mary University of London-Corporate Counsel International Arbitration Group. 2020 QMUL-CCIAG Survey: Investors' Perceptions of ISDS [EB/OL]. http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/QM-CCIAG-Survey-ISDS-2020.pdf.

[28] 参见单文华,王鹏.均衡自由主义与国际投资仲裁改革的中国立场分析[J].西安交通大学学报(社会科学版),2019,39(05):20-28.

见[29]。

调解的私密性既存在于调解进行中，也需要持续至调解结束后。争端当事方及调解员应当对调解过程中当事各方的立场、提供的证据以及争议解决方案等信息严格保密[30]，避免出现当事方在调解过程中所作的意思表示以及提供的证据等在其他程序中被对方当事人不当使用，作为对其不利的证据。

调解信息应当以保密为原则，但出于维护公众参与度和知情权的必要，调解所涉及的信息需要保留部分公开的例外。那么，哪些事项可以成为信息公开的例外呢？对此，ICSID中心公布的第三份改革文件草案中规定的三种例外情形值得我们在“一带一路”区域未来的条约实践中加以借鉴：（1）双方当事人另有约定；（2）该资料或文件可以通过其他途径独立获得；（3）法律要求披露该信息[31]。对于“法律要求披露”的情形，在不同的条约中可作灵活变通，由缔约国在签订条约时对“法律”一词的范围作出明确限定，避免调解实践中因此发生争议。

4.3 保证和解协议的效力，同《新加坡调解公约》保持一致

2019年开放签署的《新加坡调解公约》（以下简称“公约”）旨在解决商事调解达成的国际和解协议的跨境执行问题，增强调解在国际争端解决中的竞争力。《公约》将以前纯粹的私人契约转换为可以在具有法律约束力的跨境流通的文本，就如同判决和仲裁裁决一般，给予它在成员国内获得特殊对待的权利[32]**错误!未找到引用源。**。目前“一带一路”区域的六十五个国家中已有23[33]个国家签署了该公约，占公约签署国总数的45.3%。《公约》第1条有关适用范围的规定并未排除ISDS机制下达成的和解协议，成员国中仅有伊朗、白俄罗斯以及沙特阿拉伯等3个国家对此作出了保留：“对于成员国或者政府相关机构为当事方的和解协议不适用本公约”。这在一定程度上反应了区域国家对于《公约》未来适用于ISDS机制总体上持欢迎态度[34]。因此，“一带一路”区域内投资者与缔约国之间达成的国际投资和解协议可以根据《公约》寻求承认和履行。

“一带一路”区域国家在未来签订的投资条约中可考虑纳入和解协议的执行力条款，以与《公约》规定相协调。在具体的条文设计上，可以参考中国—乌兹别克斯坦BIT中确认的仲裁裁决效力的条款，明确和解协议对争议双方均具有拘束力，要求争端双方真诚地、毫不拖延地予以执行，并提示争端双方可援引《公约》寻求和解协议的执行。在投资条约中确认和解协议的跨境执行力，可免除投资者对和解协议无法执行的担心，推动投资调解在ISDS机制中的发展。

5 结语

目前，“一带一路”区域国家的投资条约中有关国际投资调解的规定凤毛麟角，在国际投资争议解决的实践中难以寻找可操作的调解规则。尽管在ISDS机制的改革中调解是其发挥作用的极好契机，但是要使调解真正在“一带一路”ISDS机制中发挥重要作用还面临着一些难点问题需要解决。因此，需要提升调解的作用和价值，在“一带一路”区域国家签订的投资条约有关ISDS机制中明确纳入调解争端解决方式。当然，倡导在“一带一路”区域国家的投资争端解决中采用调解方式并不意味着否定或

[29] 参见齐湘泉,姜东.国际投资争端解决中的透明度原则[J].学习与探索,2020(02):76-82.
[30] 参见肖建华,唐玉富.论法院调解保密原则[J].法律科学(西北政法大学学报),2011,29(04):138-146.
[31] Proposals for Amendment of the ICSID rules, Working Paper 3, Volume 1, Additional Facility Proceedings, Ⅷ Conciliation Rules, Chapter Ⅲ General Provisions, Rule 17.
[32] 参见蒂莫西·施纳贝尔,王徽.《新加坡调解公约》:跨境承认和执行调解而产生的和解协议的制度基础[J].国际法研究,2020(06):105-126.
[33] 数据来自联合国国际贸易法委员会网站：《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》状况，https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status，最后访问时间：2021年3月12日。
[34] 参见戚咪娜.《新加坡调解公约》在ISDS机制中的适用性研究[A].上海市法学会.《上海法学研究》集刊（2020年第22卷 总第46卷）——上海对外经贸大学文集[C].:上海市法学会,2020:9.

替代仲裁、东道国救济等传统的争端解决方式，而是相互补充，充分发挥调解在纠纷解决上的分流与过滤作用。

单边经济制裁的国际法逻辑

张晓君 曹云松

摘要：单边经济制裁一直以来都是重要的外交工具，制裁国根据其国内法和国内的政策目标实施，区别于多边经济制裁。目前单边经济制裁处于国际法上的灰色地带：支持一方认为单边经济制裁是主权项下的权力，也满足《国家对国际不法行为的责任条款草案》中有关反措施的规定；反对一方认为单边经济制裁违反联合国多项决议，限制和影响人权，还可能违反禁止干涉原则。中国作为频频受到单边经济制裁伤害的国家，需要积极利用现有多边规则进行回应，加强国内反制裁措施的立法和运用，推动制定单边经济制裁的国际违法标准。

关键词：单边经济制裁 国际法 反措施 人权 禁止干涉原则

近年来，美国对中国进行的单边经济制裁不胜枚举，涉及经贸、人权等多个方面。单边经济制裁作为历史发展的产物，具有深厚的历史渊源。作为武力威胁的补充，单边经济制裁已经成为了大国外交当中的重要工具，其单边性质也遭到越来越多国家的诟病，质疑其国际法合法性。目前单边经济制裁处于国际法的灰色地带当中，无法非常准确地判断单边经济制裁的国际法合法性。而目前中国频频遭到来自美国和欧盟的单边经济制裁，中国亟需一套完整的应对单边经济制裁的措施。在此背景下，研究单边经济制裁的国际法逻辑具有现实价值。

一、单边经济制裁的运行逻辑

（一）单边经济制裁的历史发展

历史研究表明，从古代的城邦到现代的国家，制裁一直都是政治实体之间最寻常的交往方式之一。[1]虽然现在已经无法考证单边经济制裁产生的确切时间，但是根据历史唯物主义的观点，单边经济制裁的产生一定由当时的社会经济条件决定。[2]单边经济制裁历来都是作为威胁使用武力、加强谈判地位的替代或补充，在早期的人类社会中，武力是解决争端的主要方式，而不必用到制裁这样复杂的手段。

随着社会经济的发展，人类的斗争逐渐加强，在公元前 432 年的古希腊，著名的政治家伯里克利颁布了与单边经济制裁有关的《麦加那法令》，主要目的是限制麦加那的产品进入雅典市场。[3]在欧洲中世纪时期，单边经济制裁曾是欧洲封建领主和阿拉伯人斗争的主要形式。[4]在我国的历史中也不乏“禁止互市”的例子，北宋政权不满西夏的威胁，于是禁止与之进行互市交易，希望通过限制生活物资的交易使得北方民族归顺。虽然单边经济制裁的历史深远，但是在早期并没有形成一套完整的措施体系，也没有得到国家的重视。

在近代，威斯特伐利亚和约确立了欧洲国家体系。虽然限制了武力，但国家之间的利益斗争却无时无刻不在发生。在限制武力的基本前提下，作为战争法约束之外的单边经济制裁被广泛使用。并且在当时，大多数国家都认为单边制裁是国家自然权利的一种，不受到约束。[5]在二战后，单边经济制裁

作者简介: 张晓君，西南政法大学国际法学院院长、教授、博士生导师，中国-东盟法律研究中心秘书长；
曹云松，西南政法大学国际法学院博士生。

本文为 2019 年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“对‘一带一路’沿线国家投资风险监测预警体系研究”（项目编号: 19JZD053）的阶段性成果。

[1] Kelly M. Greenhill and Peter Krause, Coercion: The Power to Hrt the International Politics, Oxford: Oxford University Press, 2018, p1.

[2] 王宏鑫：《国际法上单边经济制裁的演变》，《河南财经政法大学学报》，2020 年第 4 期，第 93 页。

[3] Barry E.Carter. International Economic Sanctions:Improving the Haphazard U.S Legal Regime.Cambridge University Press，1988.p.8.

[4] Sarabeth Egle. Learning Curve of Sanctions-Have Three Decades of Sanctions before Taught Us Anything?.19 Currents International Trade Law Journal, 34，2010.

[5] Jeremy Matam Farrall.United Nations Sanctions and the Rule of Law.Cambridge University Press, 2007.p. 47.

被广泛运用，制裁的方式也逐渐从贸易禁运和经济封锁等形式转变为贸易与金融制裁相结合。

如今，单边经济制裁作为大国外交政策中的常见工具，在外交工具箱中占据重要位置。[6]其合法性也越来越多地受到国际社会的质疑，特别是广大发展中国家希望对单边经济制裁加以约束。但目前单边经济制裁仍然处于国际法的灰色地带，单边经济制裁的合法适用范围还没有在国际法层面实现统一。

（二）单边经济制裁的界定

单边经济制裁是一国在未经区域或多边经济组织许可的前提下，对另一国或国际团体所实施的单边行为。[7]它包括但不限于经济和政治措施，使得被制裁国家屈服，以期确保其政策发生某些具体变化。[8]这些措施是希望应对国际法违法行为的国家或国际组织的自助措施。[9]这些措施可能包括贸易制裁，例如禁运或对进出口的限制，金融制裁或资产冻结和旅行禁令。其中，对于个体的制裁又被称为“智慧制裁”（smart sacntions）。[10]

由定义可以看出，单边经济制裁具有强烈的单方性特征。顾名思义，单边经济制裁区别于多边经济制裁，也就是一国单方面实行的经济制裁措施并没有得到多边组织的批准。这里强调的单边也与多边相对，即一国在没有征求相对方意见也没有征求多边组织中其他成员意见的情况下，自行决定采取的制裁行动。可以明确的是受到联合国安理会授权的经济制裁属于多边制裁。另外，虽然世界贸易组织（WTO）规则禁止成员国实行单边经济制裁，但是在经过争端解决程序，胜诉的专家组或上诉机构报告生效后，败诉的成员方仍然拒绝修改其国内法，WTO 授权胜诉成员方实施的制裁属于多边制裁。此外，本文需要澄清的是，虽然能够从定义上区分单边经济制裁和多边经济制裁，但是在实际操作过程中，由于多边组织缺乏实际的制裁工具，多边制裁也是通过多边组织成员国各自的制裁最终达成目标。

其中，需要注意的是，国家集团也可以采用单边经济制裁，但应将其与多边制裁区分开。这种国家集团所采取的单边经济制裁主要指国际或区域组织没有根据多边组织的组织法对成员国采取的单方经济制裁。因此，该术语不包括联合国安理会或非洲联盟根据其各自的组成文书对它们各自的会员国采取的制裁。[11]但是，欧盟对非成员国采取的限制性单边经济制裁措施被认为是单边经济制裁。

此外，单边经济制裁由于会发生域外效力同时具有长臂管辖的效果。反过来，长臂管辖也是发达国家进行单边经济制裁的主要手段之一。以美国为例，作为在世界经济体系中占据主导地位的国家，美国基于其国内法规定对外国实体和个人进行制裁。通过长臂管辖，受制裁的对象不再限于具有美国国籍或者美国境内的实体和个人。即使当事人是外国人且不在美国境内，只要该实体和个人活动中与美国存在最低限度联系，美国就能依据长臂管辖对相关个人和实体进行制裁。[12]

（三）单边经济制裁的目的和依据

从前文对于单边经济制裁的定义可以看出，单边经济制裁具有强烈的目的性。制裁国希望通过单边经济措施使得被制裁国在制度上作出改变，或者令被制裁的个人和实体按照其所制定的规则办事。同时，这种目的性的背后还带有一定程度的强制性，即制裁本身带有胁迫的目的。归结起来，进行单边经济制裁主要有以下几个目的：

打击和限制犯罪是实行单边经济制裁最冠冕堂皇的理由。跨国公司在全球经营中可能出现商业腐

[6] 张家铭：《“霸权长臂”：美国单边域外制裁的目的与实施》，《太平洋学报》，2020 年第 2 期，第 53 页。

[7] 张虎：《美国单边经济制裁的法理检视及应对》，《政法论丛》，2020 年第 2 期，第 92 页。

[8] Idriss Jazairy, HRC Res 27/21, Human rights and unilateral coercive measures, (adopted 26 September 2014).

[9] Hofer, Alexandra. "The ‘Curiouser and Curiouser’Legal Nature of Non-UN Sanctions: The Case of the US Sanctions against Russia." Journal of Conflict and Security Law 23.1 (2018): 75-104.

[10] 龚柏华：《中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对》，《经贸法律评论》，2019 年第 6 期，第 3 页。

[11] HRC, Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, Idriss Jazairy, A/HRC/30/45 (10 August 2015), para. 14.

[12] 张家铭：《“霸权长臂”：美国单边域外制裁的目的与实施》，《太平洋学报》，2020 年第 2 期，第 54 页。

败、欺诈等行为，也可能违反反垄断法或者危害国家安全。基于跨国公司的违法行为，单边经济制裁可以作为国家打击违法的重要手段。例如美国的《反海外腐败法案》以打击海外商业腐败欺诈未主要目的，允许美国对企业和个人的商业行为进行审查。英国也有《反贿赂法》用以规范海外腐败行为。

实现自身的政治目的、推行自己的人权和价值观也是单边经济制裁被经常使用的主要原因。“单边经济制裁手段的应用十分广泛，当矛盾无法通过协商予以解决时，在不作为、经济制裁、军事打击三者中，经济制裁是最好的外交政策工具，它可以对被制裁国形成一种心理压力”。[13]美国一直以来对伊朗的制裁就是最典型的例证。美国认为伊朗支持恐怖主义并一直将其视为敌对国家，以金融和能源为重点对伊朗进行制裁。并且除了限制本国企业以外，美国还限制其他国家的企业与伊朗发生经济联系。美国和欧盟对中国也实施了多次单边经济制裁。2020 年 8 月因为香港问题，美国制裁了包括香港特首林郑月娥在内的 11 名内地和香港官员，他们被限制使用信用卡。美国基于美元霸权，受到美国经济制裁的实体和个人，将被禁止使用美元作为结算和支付工具，甚至是被限制使用全球银行业务。2021 年 3 月欧盟、美国、英国以“人权问题”为由，对中国新疆维吾尔自治区的官员进行的制裁也是属于此类。

谋求经济利益，维护自身霸权。除了打击范围和实现自身的政治目的，单边经济制裁作为一种经济手段还能够作为霸权国家维护自身经贸利益的工具。例如在美国特朗普政府时期根据《1974 年贸易法》对中国发起的 301 调查，涉及知识产权、钢铁、制造业等诸多问题。对中国对美输出的 3000 亿美元产品加征关税，一直到拜登政府上台都没有取消。另外，美国对中国华为等企业实施芯片封锁，制裁多家中国高新技术企业也是例证。

单边经济制裁是否符合国际法目前还是一个值得讨论的问题，但是制裁国在实施单边经济制裁的过程中都会通过相关的国内法。以美国为例，美国对外实行单边经济制裁都有相应的国内法依据，如《国家紧急经济权力法》《出口管理法》等。还有专门针对某一国家或某一事件的特别法案，如《伊朗自由和支持法案》《伊朗全面制裁、问责和撤资法案》等。以及前文提到的经济方面的《1974 年贸易法》等。

二、单边经济制裁的国际法框架

单边经济制裁的国际合法性目前还是一个灰色地带。经济制裁本身并不意味着是一个国际不法行为，在目前的国际法框架下，单边经济制裁处于灰色地带当中，并没有被国际法所完全禁止。

（一）单边经济制裁是国际法中的灰色地带

由于目前国际上尚且没有统一的规范单边经济制裁的法律，并且要从国际法的角度统一对单边经济制裁的规范相当困难，单边经济制裁仍然是法律的灰色地带。[14]在 1970 年《国际法原则宣言》特别委员会在起草法律原则时，都回避了“经济强制”的禁止问题，没有将禁止“经济强制”纳入到法律原则的范围当中。[15]

由于没有统一有效的有关单边经济制裁的国际规范，“法无禁止及自由”的理论成为认为单边经济制裁合法的主要理论基础。并且在国际法上也能找到渊源，有学者提出单边经济制裁属于“荷花号原则”（Lotus Principle）的范围，即国际法不禁止即允许。[16]国家只要遵守条约或法律规范，便可以自由选择其选择的经济关系。[17]单边经济制裁基本上被认为属于一国进行经济关系的自由范围之内，并且在

[13] 柳剑平、郑绪涛：《美国对外经济制裁发展趋势及其对我国的启示》，《太平洋学报》，2005 年第 5 期，第 5-14 页。

[14] Nigel White and Ademola Abass, Countermeasures and sanctions, in: Malcolm D. Evans International Law (2010), 531.

[15] 张虎：《美国单边经济制裁的法理检视及应对》，《政法论丛》，2020 年第 2 期，第 92 页。

[16] Hofer, Alexandra. "The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?." Chinese Journal of International Law 16.2 (2017): 175-214, p.180.

[17] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 14 (http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf), para. 276: “A State is not bound to continue particular trade relations longer than it sees fit to do so, in the absence of a treaty commitment or other specific legal obligation”.

大多数情况下，仅受一国明确同意或已被承认为国际习惯的法律义务所规制。根据这一原则，从表面上看单边经济制裁是合法的。甚至有学者提出，当今国际法中几乎不存在非法的单边经济制裁的行为。[18]

对单边经济制裁的国际法框架主要见于《国家对国际不法行为的责任条款草案》（Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts，以下简称《国家责任条款草案》）当中。联合国国际法委员会（International Law Commission，以下简称 ILC）在 2001 年 11 月通过了《国家责任条款草案》。《国家责任条款草案》是 ILC 在总结和梳理国际习惯法、判例和学术的基础上，对国际不法行为的相关责任问题作出了规范。虽然目前仅是一份草案，并不具有条约的效力，但是其内在有国际习惯法的支撑。在《国家责任条款草案》通过后也被诸多国家所援引，作为确定国际不法行为责任的根据。[19]因此，《国家责任条款草案》是分析单边经济制裁合法性的重要工具。

之所以前文提到目前单边经济制裁仍然处于国际法的灰色地带，是因为《国家责任条款草案》虽然为判断单边经济制裁的合法性提供了框架，却没有明确规定判断单边经济制裁合法性的标准。例如《国家责任条款草案》第 18 条规定的“另一国的胁迫”的内容没有明确胁迫的法律界限。[20]这就给单边精致制裁是否构成“胁迫”造成了困扰。更多有关单边经济制裁的合法性的讨论主要集中在有关反措施的规定中。

（二）反措施作为单边经济制裁合法的依据

《国家责任条款草案》第 22 条规定在一国不遵守其对另一国国际义务的行为在构成反措施的情况下，其不法性才可以解除。[21]并且《国家责任条款草案》用第三部分第二章规定了明确的反措施的内容。其实，ILC 是以“某种勉强的方式”将反措施纳入到《国家责任条款草案》条款中。之所以将其描述为“某种勉强的方式”，是因为有学者认为“反措施可能是一种罪恶的规则，但它们是必要的罪恶规则，是维护国际社会秩序稳定的必要工具。因此，有必要以良好的态度接受它们。”[22]

作为排除不法行为的情况，反措施构成了针对先前的不法行为而采取的不法行为。一国在另一国采取损害其利益的非法行为后所采取的有损于国际法一般规则的强制措施，其目的是通过损害使后者尊重法律。[23]取这些措施是向责任国施加压力，要求其履行其停止和赔偿的义务。一国在实施单边经济制裁以前，都会宣称被制裁国家、实体或个人违反了国际法或者该国的内国法律。也就是在单边经济制裁存在以前存在一个不法行为。因此，单边经济制裁一定程度上能够被认为是反措施。那么单边经济制裁的属性就可以分类讨论，如果单边经济制裁本身是一个合法行为，那么它最多只是一个不友好的行为[24]；如果单边经济制裁措施本身不合法，如果单边经济制裁构成合法的反措施，则可以排除其非法属性。

虽然，反措施能够为单边经济制裁提供合法依据，但是反措施的构成却有自身比较严格的条件。第一，反措施的启动必须以国际不法行为的存在为基本前提。而且，《国家责任条款草案》明确规定了，采取反措施的目的是促进一国际不法行为的责任国履行其义务。[25]也就是说单边经济制裁的目的并不是

[18] Antonios Tzanakopoulos, The Right to Be Free from Economic Coercion, 4:1 Cambridge Journal of International and Comparative Law (2015), 631.

[19] 刘瑛、刘正洋：《301 条款在 WTO 体制外适用的限制——兼论美国单边制裁措施违反国际法》，《武大国际法评论》，2019 年第 3 期，第 151-152 页。

[20] 《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 18 条。

[21] 《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 22 条。.

[22] Mr Pellet, Yearbook of the International Law Commission vol. I (2000) UN Doc A/CN.4/SER.A/2000, 272, para. 52.

[23] Ronzitti, Natalino. "Sanctions as Instruments of Coercive Diplomacy: An International Law Perspective." Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law. Brill Nijhoff, 2016, 11-13.

[24] Thomas Giegerich, ‘Retorsion’ in Rüdiger Wolfrum (ed.) Max Planck Encyclopedia of Public International Law vol. VIII (2012) 976.

[25] 《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 49 条第 1 款。

使得制裁国家从中获益，而是维护国际秩序，制止被制裁国的国际不法行为。第二，反措施的形式并不是由制裁国决定的，反措施的实施限于暂不履行采取措施的一国对责任国的国际义务，并且要以容许恢复履行有关义务的方式进行。[26]第三，反措施的实施不得违反《联合国宪章》关于禁止威胁或使用武力的义务，也不得侵害基本人权，并且采取反措施的国家仍然需要寻求与责任国之间用争端解决程序和平解决国际争端。[27]最后，反措施的实施需要满足程序规则。采取反措施的决定需要通责任国进行谈判，并且在国际不法行为已经停止时需要停止反措施。[28]

此外，在《国家责任条款草案》，就非直接受害国是否可以采取反措施进行了讨论，也就是所谓的“第三方反措施”在习惯国际法下是否合法。[29]这里所谓的“第三方反措施”即包括受害国以外的国家采取的反措施，以应对违反为保护集体利益而欠国家集团的义务（普遍义务）或对国际社会的义务。[30]

尽管 ILC 在《国家责任条款草案》中提出了关于反措施的规制方案，但对于单边经济制裁是否构成反措施仍然是国际法的一个未开发领域。[31]直到今天，“它仍然受到各种微妙的争议和灰色地带的困扰”。[32]ILC 起草的反措施框架比国际法的编纂更接近于国际法的逐步发展。尽管如今关于反措施的条款被视为权威性的，但确定单边经济制裁是否实际上构成合法的反措施并不是一件容易的事。责任国是否应对国际不法行为负责的事实常常会引起争议。[33]单边经济制裁作为一种政策工具，可以视为一国对另一国对惩罚，[34]但是否时为了限制另一国的国际不法行为需要经过复杂的考证。

（三）美国和欧盟对单边经济制裁的态度

美国和欧盟作为西方世界的领导，单边经济制裁一直都是他们推行自身价值观的重要工具。美国和欧盟在单边经济制裁的态度上并不完全一致，美国认为单边经济制裁完全符合国际法，而欧盟的态度却柔和很多，认为单边经济制裁在某些情况下是可以接受的。

美国将自己定义为世界领先者，负责推动将使世界变得更美好的价值观。这些通常与民主，人权，法治和自由主义有关。对于任何认为自己是世界领导者并认为应促进特定价值的国家而言，制裁是必要且合法的工具，这似乎是合乎逻辑的。美国一直强调实行单边经济制裁是其国家主权项下的权力，其目的是应对美国所面对的威胁。[35]这种威胁包括了国家安全、外交政策和经济等相当广泛的范围。同时，自诩世界领导者的美国一直以来都在推行自身的人权观念，而且他们认为他们的人权观念不仅符合其自身的利益，也是国际社会所需要的。[36]因此，美国认为单边经济制裁是被允许的，因为它们试图代表国际社会获得“崇高的目标”，美国制裁所针对的个人和实体被描述为“不良”或“恶性”。[37]

欧盟也将自己视为国际关系中人权和民主价值观的促进者。欧盟与美国的不同之处在于，它并未将自己定位为世界领导者，而是将自己定义为美国的合作伙伴。因此，它与主要的国际参与者建立了战略伙伴关系，以寻求促进人权规范和民主价值观。触发实施单边经济制裁的行动不一定用“威胁”

[26] 《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 49 条第 2、3 款。

[27] 《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 50 条。

[28] 《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 52、53 条。

[29] Sicilianos Linos-Alexandre, ‘Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations Owed to the International Community’ in James Crawford et al. The Law of International Responsibility (2010) 1138.

[30] 《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 48 条第 1 款、第 54 条。

[31] Nigel D White and Ademola Abbas, ‘Countermeasures and Sanctions’ in Malcolm Evans, International Law (2010) 531.

[32] Tom Ruys, ‘Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework’ in Larissa van den Herik (ed), Research Handbook on U.N. Sanctions and International Law (Edward Elgar Publishing 2017) 19, 23-24.

[33] ILC, ‘Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries’ in Yearbook of the International Law Commission vol. II, part II (2001) 130, para. 3.

[34] David Baldwin, ‘The sanctions debate and the logic of choice’ (2000) 24(3) International Security 80;

[35] US Department of State, ‘Economic Sanctions Policy and Implementation’ (http://www.state.gov/e/eb/tfs/spi/).

[36] Jeffrey Goldberg, The Obama Doctrine, The Atlantic, April 2016. (http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2016/04/the-obama- doctrine/471525/

[37] US Department of the Treasury, Press Center “Remarks of Secretary Lew on the Evolution of Sanctions and Lessons for the Future at the Carnegie Endowment for International Peace” (30 March 2016) (https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl0398.aspx)

来表述，而是欧盟认为违反国际法或人权的政策。[38]欧盟限制性措施的目的是最大程度地减少负面影响。欧盟在战略上使用制裁，认为制裁在某些情况下是允许的，但不能孤立使用。[39]欧盟在联合国组织的讨论单边经济制裁的合法性的会议上态度也含糊不清。欧盟不完全同意美国支持单边经济制裁合法的论断，也不太可能大发展中国家站在一起。最终欧盟的态度还是制裁在某些情况下是可以接受的，例如在针对缅甸、叙利亚、俄罗斯等与人权相关的问题上是支持实行单边经济制裁的。

三、单边经济制裁对国际秩序的破坏

单边经济制裁的合法性问题一直是联合国舞台上反复出现的主题。虽然前文的论述表明存在支持单边经济制裁合法的理论和实践，但是单边经济制裁的使用却违反了联合国的诸多决议、对人权造成影响、可能违反禁止干涉的国际法基本原则。

（一）违反联合国的诸多决议

《联合国宪章》第五章指定联合国安理会为维护国际和平与安全的主要机构。第七章赋予安全理事会在危及国际和平与安全的局势中采取经济制裁的权力。由于《联合国宪章》并没有赋予任何一个国家采取经济制裁的权利，因此大多数国家认为在联合国安理会框架之外采取的经济制裁是单边的和非法的。[40]

并且，在联合国框架下通过了许多决议谴责单边经济制裁，认为这种行为与禁止干涉原则相抵触。但事实上正如前文所提到那样，单边经济制裁的国际合法性还没有明确。联合国秘书长在 1993 年发表了一份报告，也重申了这个结论：“就单边经济制裁何时不当而言，国际法尚无明确共识。”[41]

倡导多边机制的联合国通过了一系列的决议都被认为是限制单边经济制裁行为的。早期有《关于友好的国际法原则的第 2625（XXV）号决议宣言》《关于不容许干涉和干涉国家内政的第 36/103 号决议宣言》（1981），第 3281 号决议通过的《国家经济权利和义务宪章》（1974）等。在通过第 2625 号决议之前，只有玻利维亚代表团明确提到经济制裁作为措施。此外，巴基斯坦表示，禁止以武力威胁或使用武力应包括“经济，政治和其他形式的压力”。[42]这些是关于将经济压力视为违反非干涉原则的主要明确声明。

《国家经济权利和义务宪章》主张，国家间的经济和政治关系应以不侵略和不干涉原则为准。其第 32 条规定：“任何国家都不得使用或鼓励使用经济，政治或任何其他类型的措施来胁迫另一国，以便从其国家获得行使其主权权利的从属地位。”但是，《国家经济权利和义务宪章》似乎没有规范性的价值。因为它不是具有约束力的文书，不能将第 32 条理解为法律上禁止单边经济制裁。[43]

在进入 21 世纪以后，联合国颁布了一系列的决议限制单边经济制裁的使用，关于《消除以单方对外强制性经济措施作为政治和经济胁迫的手段》（2002）、《阿拉克宣言》（2008）[44]、关于《以单方面经济措施作为向发展中国家进行政治和经济胁迫的手段》（2011）、《必须终止美利坚合众国对古巴的经济、商业和金融封锁》（2018）等。但是联合国的诸多决议是否能够作为限制使用单边经济制裁法律规范的

[38] European Commission ‘Restrictive measures’ (Spring 2008) (http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/docs/index_en.pdf, accessed 2 June 2016) 1: “Sanctions are an instrument of a diplomatic or economic nature which seek to bring about a change in activities or policies such as violations of international law or human rights, or policies that do not respect the rule of law or democratic principles”.

[39] EU explains that “All restrictive measures adopted by the EU are fully compliant with obligations under international law, including those pertaining to human rights and fundamental freedoms” (emphasis in original) in: Sanctions: how and when the EU adopts restrictive measures (http://www .consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/).

[40] Idriss Jazairy, Unilateral Economic Sanctions, Internatioanl Law, and Human Rights, Ethics & International Affairs, vol.33 no.3, 2019, p293.

[41] Note by the Secretary-General, Economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries, A/48/535 (25 October 1993), point 2(a).

[42] Statement made by Pakistan before the UNGA Sixth Committee, A/C.6/SR.1179 (24 September 1970), paras. 18-19.

[43] Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. the Government of the Libyan Arab Republic 17 ILM 1 (1978), paras 85-88.

[44] 旨在敦促各国避免实施任何违反国际法及《联合国宪章》的单方面金融、经济或贸易措施。

出现，在于确定该做法的规范性价值。但可惜的是，这些决议通常是政治性的，并以严重分歧的票数通过，因此缺乏法律权威。

在这些决议确立的过程中，不少发展中国家都鲜明地表达了自己的态度。在 2014 年，中国、俄罗斯和印度曾针对单边经济制裁发表过态度，他们认为“单边经济制裁的做法没有尊重国际法，违背了主权平等的国际法原则”。[45]广大发展中国家呼吁各国避免使用单边经济制裁。特别是俄罗斯表示，“坚决并一贯反对对发展中国家采取单边经济制裁”，并遗憾地注意到，尽管每年大会除了声称非联合国制裁“违反国际法”外，俄罗斯还高度批评这些措施的单边属性，[46]尤其是美国实施的单边经济制裁。

（二）单边经济制裁影响人权

单边经济中制裁虽然很多时候是打着维护人权的旗号，但是单边经济制裁本身却严重影响了被制裁国家人民的人权。单边经济制裁可能影响的人权包括生命权；健康权；受教育权；以及获得适当标准的权利等等。

单边经济制裁会影响人民自决权的行使。自决权的实现“是有效保障和遵守个人人权的必要条件”[47]，但它也可能受到单边经济制裁的影响，特别是在全面经济制裁的时候。这项权利在《公民权利和政治权利国际公约》和《经济社会文化权利国际公约》中均得到承认，它们都在其第 1 条中指出：“ 人民凭借该权利自由决定其政治地位，并自由地追求其经济，社会和文化发展。”两项公约 1 条第 2 款规定：“在任何情况下都不得剥夺人民的生存手段。”[48]有学者指出，在特定情况下，被制裁国由于缺乏足够的应对措施，在经济制裁下其国内人口或者大部分人口可能因为经济制裁措施而失去生存手段。[49] 而且，一个国家或国家集团对另一国家或国家集团实施的单边经济制裁，迫使后者改变特定的政治或经济政策，可能构成禁止干涉原则的违反和对人民自决权的破坏。[50]

单边经济制裁会使得人民的发展权的行使。人的发展权特别容易受到单边经济制裁的影响。人权理事会在 2017 中重申：“单边经济强制措施是执行《发展权利宣言》的主要障碍。”[51]显然，对一国实施的单边经济制裁几乎不可避免地会给被制裁国带来严重的不利因素，投资者以及外国银行和国际金融机构都会受到制裁规定的影响而不敢在被制裁国营业。这严重损害了该国的经济，进而影响了每个人的人权，特别是最贫困和最脆弱的人群。[52]例如，在伊朗，美国最近的经济制裁影响了数千万普通伊朗人，影响他们正常地获得工作，食物和药物，进而破坏了他们的生活。

单边经济制裁被认为已被恰当地描述为“为了拯救一个国家而摧毁它”的工具，这是一种不人道和不道德的外交政策形式。[53]由于其对人权的影响，不仅是是单边经济制裁，联合国安理会授权的多边经济制裁也在被不断反思。安全理事会在海地，伊拉克和前南斯拉夫全面制裁的悲剧性后果之后，也开始强调对于制裁行为的评估。

（三）可能违反禁止干涉原则

单边经济制裁被诟病最多的是其对于禁止原则的违反。单边经济制裁的目的是被制裁国能够改变

[45] Joint Communiqué of the 14th Meeting of the Foreign Ministers of the Russian Federation, the Republic of India and the People’s Republic of China (19 April 2016) (http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjdt_665385/2649_665393/t1356652.s html), para.6.

[46] Verbatim Record of UNGA 2nd Committee (12 November 2015) A/C.2/70/SR.31, paras 24-25 (Russia).

[47] UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No.12: Article1 (Right to Self-Determination), The Right to Self-Determination of Peoples, March 13, 1984, para. 1.

[48] United Nations, Article 1, “International Covenant on Civil and Political Rights,” and
United Nations, Article 1, “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,”

[49] United Nations General Assembly, “Human Rights and Unilateral Coercive Measures,” A/70/345, paras. 25-30.

[50] Saul, Kinley, and Mowbray, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, p. 107.

[51] United Nations General Assembly, Resolution 34/13, “Human Rights and Unilateral Coercive Measures,” A/HRC/RES/34/13, March 24, 2017, p. 2, undocs.org/A/HRC/RES/34/13.

[52] United Nations General Assembly, “Human Rights and Unilateral Coercive Measures,” A/70/345, paras. 31-33.

[53] Charles A. Rarick, “Destroying a Country In Order to Save It: The Folly of Economic Sanctions against Myanmar,” Economic Affairs 26, no. 2 (June 2006), pp. 60-63.

其政策措施，这被诸多发展中国家认为违反了禁止干涉原则。但是，禁止干涉原则本身就是模糊的，将其引入对于单边经济制裁合法性的判断进一步增加了问题复杂性，因为禁止干涉原则被描述为“所有原则中最有力和最难以捉摸的”[54]。究竟单边经济制裁措施是否构成对于禁止干涉原则的违反，主要取决于对于干涉的解释。

国际法院在尼加拉瓜军事和准军事行动裁定中解释说，如果一项行为涉及的越权行为直接或间接地影响了其他国家的内部或外部事务，则该行为将被视为干涉，因此，被禁止的干预必须与国家主权原则允许每个国家自由决定的事项有关，在这些问题的选择上必须保持自由。[55]但是，国际法院没有讨论单边经济制裁被认为是胁迫而构成对禁止干涉原则的违反而必须达到的最低限度。[56]此外，目前尚不清楚单边经济制裁到底需要达到什么阈值才能构成非法干涉，因为行为必须对目标国施加不可抗拒的压力，使它被迫在没有逃避手段的限制下，在其保留地域范围内做出决定。

针对尼加拉瓜的申诉，即美国停止经济援助和实行贸易禁运相当于间接干涉的行为，国际法院裁定：“无法将这种行为视为违反了习惯做法中禁止干涉的法律原则”。[57]首先，对于“这种行为”的理解就存在歧义，无法判断究竟国际法院认为美国对尼加拉瓜的行为违反了禁止干涉原则，还是从广义上讲禁运，或者单边经济制裁违反了禁止原则。有学者认为，禁运不一定是非法的，必须对“构成经济干预措施的禁令”进行狭义解释。[58]相较于禁止干涉原则而言，禁运更可能违反了两国之间通过条约签订的其他特定国际义务而被认为是国际不法行为，但并不意味着禁运就直接构成对禁止干涉原则的违反。而且，这种逻辑也符合国际法院的裁定，国际法院认为美国的行为违反了两国 1956 年签订的友好通商航海条约。

可见，目前对于何为对于禁止干涉原则的违反还没有一个清晰的定义，更无法判断单边经济制裁本身是不是构成禁止干涉原则的违反。国际法院的裁定也仅仅给出了一个模糊的答案。因此，虽然单边经济制裁被诸多国家和学者所诟病，也存在违反禁止干涉原则的嫌疑，但目前的国际实践仅能表明单边经济措施可能违反禁止干涉原则。

四、单边经济制裁的中国因应

晚近以来，中国频频遭到美国和欧盟发起的单边经济制裁。从宏观上讲，美国对中国加征的 3000 亿美元关税至今没有取消，从个人和实体层面上，美国对香港特区官员的制裁，欧盟以新疆人权问题为由进行的制裁至今仍未停止，以华为为代表的中国高新技术公司仍然在美国的芯片封锁中艰难前行。面对美国欧盟的单边经济制裁，中国也需要在各个层面上积极回应，充分利用国际法治和涉外法治维护自身的国家主权和利益。

（一）积极利用现有多边规则进行回应

联合国作为全球最大的多边政府间组织，中国应坚定支持联合国在全球治理中发挥核心作用。[59]联合国是多边主义的象征，支持联合国在全球治理中发挥核心作用就是坚持多边主义。抵制美国和欧盟的单边经济制裁同样需要发挥联合国的核心作用，用多边规则规范和约束单边主义行为。并且前文已经提到，联合国曾多次经常通过谴责采取单边经济制裁的决议，呼吁消除作为对发展中国家的政治和经济胁迫手段的单边经济制裁。因此，中国在对抗美国欧盟所采取的单边经济制裁行为时，需要充分

[54] Maziar Jamnejad and Michael Wood, The Principle of Non-Intervention, 22:2 Leiden Journal of International Law (2009), 345.

[55] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 14 (http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf)，para.205.

[56] Maziar Jamnejad and Michael Wood, The Principle of Non-Intervention, 22:2 Leiden Journal of International Law (2009), 370.

[57] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 14 (http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf)，para.245.

[58] Tom Ruys, Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework, 7

[59] 习近平：《中国坚定支持联合国发挥核心作用》，《青年报》，2020 年 9 月 24 日，第 A02 版。

利用好联合国的重要平台作用。在联合国中，团结广大发展中国家禁止单边经济制裁的适用，并进一步用更多的联合国官方文件将禁止单边经济制裁用条款的形式固定下来。

面对与贸易相关的制裁措施，中国要积极利用世界贸易组织（WTO）的争端解决程序维护自身的合法权益。WTO 规则本身是限制成员进行单方经济制裁，面对美国挥舞关税大棒对中国无理加征的关税，WTO 的争端解决机制将是中国强有力的武器。并且在中国诉美国“301 条款”关税措施案中，专家组已经裁定，美国对华采取的“301 条款”关税措施违反了《1994 年关税与贸易总协定》第 1.1 条、第 2.1 条(a)项和(b)项，建议美国纠正违规措施。[60]

（二）加强反制裁措施的立法和使用

习近平法治思想要求坚持统筹国内法治和涉外法治。在面对美国和欧盟对我国的单边经济制裁时，我国要加快构建和完善涉外法治武器库。一方面颁布反制裁法，从立法层面上捍卫自身权益；另一方面综合运用现有的涉外法律武器，反制美国和欧盟。

从立法方面颁布反制裁法。反制裁法能够从法律层面排除外国基于其国内法所实施的行政裁定和决定以及基于外国具有域外效力的法律而产生的争端判决，同时也维护中国人民法院对外国实施单边经济制裁时对案件的管辖权。[61]与此同时，反制裁法的确立也能够为我国对发起单边经济制裁的国家进行反制进一步提供法律依据。在立法的方式上，欧盟和加拿大的立法模式值得中国借鉴，在反制裁立法中明确规定外国法的域外效力问题，不仅中国的个人和实体不得遵守具有域外效力的外国法，中国法院也不得承认外国法院根据有域外效力的外国法所作出的判决，同时还应赋予受到此类域外效力损害的中国个人和实体有权针对为此有责任的外国个人和实体提起索赔诉讼获得救济。[62]

积极运用已有的反制手段，用好反措施。面对美国在单边经济制裁中广泛运用的清单模式，中国国也应该充分利用已经制定的“不可靠实体清单制度”。列出不遵守市场规则，背离契约精神，出于非商业对中国企业实施封锁或断供，严重损害中国企业正当权益的外国企业组织或个人对清单，并在不可靠实体清单的基础上对他国对中国实行的单边经济制裁实行有效反制。同时，在现有《出口管制法》的基础上，中国商务部在新近颁布的《两用物项出口管制内部合规指南》中完善和加强了中国出口管制合规体系，明确要求出口经营者应该在“合同中设置出口管制合规相关条款，约束交易方遵守出口管制相关法律法规，以减少或排除出口管制相关风险”。由此强化了我国国内法对出口的规制和管辖，为我国对美欧提起反制措施提供了法律保障。

（三）推动制定单边经济制裁的国际违法标准

目前对于单边经济制裁的仍然处于国际法规制的灰色地带，缺乏明确的国际法规范和限制单边经济制裁的适用。联合国的多项决议上已经逐渐明确了对于单边经济制裁的态度表明，具有域外效力的单边经济制裁“会影响其他国家的主权，其管辖范围内的实体或个人的合法利益以及贸易和航行自由，”被国际社会视为非法，这可能意味着一种习惯国际法规则的逐渐确立。[63]但是上述决议并不满足建立禁止单边经济制裁的国际习惯法的标准。首先，尽管绝大多数通过了该决议，但它仅占会员国三分之二的略微以上，因此量化权重较小。此外，表决的结果表明在禁止单边经济制裁问题行仍然存在很大分歧，多数代表不足以代表所有国家。[64]关于对发展中国家提出的有关单边经济制裁的决议，尽管只有两票（美国和以色列）反对票，但欧盟成员国及其盟国却产生了五十多票弃权。由于弃权的解释含糊不

[60] WTO Panel Report, US — Tariff Measures (DS543).

[61] 李寿平：《次级制裁的国际法审视及中国的应对》，《政法论丛》，2020 年第 5 期，第 66 页。

[62] 杨永红：《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》，《法商研究》，2019 年第 3 期，第 176 页。

[63] Idriss Jazairy, Unilateral Economic Sanctions, Internatioanl Law, and Human Rights, Ethics & International Affairs, vol.33 no.3, 2019, pp.293-294.

[64] Hofer, Alexandra. "The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?." Chinese Journal of International Law 16.2 (2017): 175-214, p.194-199.

清，因此不能将其视为无所作为，因此不能视为对法律的接受形式。

虽然目前仍然不能从国际习惯法的角度判定单边经济制裁违反国际法，但是联合国的多项决议可以证明大多数国际社会的愿望：就算不能禁止单边经济制裁的运用，也至少要从国际法的角度规范和限制单边经济制裁的使用。实际上，一再通过这些决议可以理解为绝大多数投票赞成的国家试图“建立国际行为标准”。[65]发展中国家通过这些决议表示希望各国避免在其国际关系中采取单边经济制裁。中国作为深受单边经济制裁伤害的国家之一，在国际社会中要做的就是积极推动建立单边经济制裁的适用标准，并且团结广大发展中国家，增强限制单边经济制裁的国际舆论影响。

[65] Rossana Deplano, Assessing the Role of Resolutions in the ILC Draft Conclusions on Identification of Customary International Law: Substantive and Methodological Issues, International Organizations Law Review (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972639)

自贸港商事仲裁第三方资助度的构建

张晓萍*

（海南大学 法学院 570228）

摘要：仲裁作为多元化纠纷解决机制中的一种，在构建法治营商环境中作用独特。当前国际社会商事仲裁第三方资助制度发展迅速，但我国仲裁法中尚未明确其合法性。自贸港可利用“先行先试”的政策优势，在仲裁规则中引入商事仲裁第三方资助制度。这一制度的引入有助于满足商事仲裁当事人的需求、提高自贸港仲裁机构的国际竞争力和吸引力、实现案件诉外分流减轻司法压力。商事仲裁第三方资助制度不违背我国的法治传统，资助行为在现行法律框架下有效，自贸港良好的法律资本和服务市场，为制度的引入和发展奠定了基础。制度构建时应同时设计信息披露规则、费用担保规则和程序控制权规则，以防范制度引入的风险。

关键词：法治营商环境；商事仲裁；第三方资助制度；自贸港

法治作为最好的营商环境，其建设离不开多元化纠纷解决机制。世界银行发布的《2020 年营商环境报告》显示，我国“非诉讼纠纷解决机制建设”法治指标获得满分。[1]仲裁作为多元化纠纷解决机制的关键一环功不可没。自贸港在充分发挥仲裁制度服务“一带一路”倡议，服务国家经济高质量发展的同时，应对其优化改革，使之与国际接轨。当前，国际社会仲裁制度改革措施层出不穷，商事仲裁第三方资助被认为是最具影响力的发展趋势之一。[2]与国际社会商事仲裁第三方资助发展风生水起相比，[3]我国《仲裁法》中没有关于商事仲裁第三方资助的规定。在自贸港着力提升营商环境法治化水平之际，构建具有中国特色又改革开放的商事仲裁第三方资助制度既有必要也切实可行。

一、自贸港商事仲裁第三方资助制度构建的动因

自贸港仲裁制度的改革离不开对国内国际两个大局的审查检视。构建自贸港商事仲裁第三方资助制度，既是满足当事人需求、构建法治营商环境减轻司法压力的内在需求，也是自贸港仲裁制度走向国际化、提升国际吸引力和竞争力的重大创新。

（一）自贸港商事仲裁当事人的内在需求

商事仲裁第三方资助制度作为一种费用分担机制、风险分散机制，兴起于经济全球化背景下仲裁的发展、现有平行机制满足当事人需求方面的不足，以及金融危机背景下投资

---

* 张晓萍，1990 年出生，山西晋中人，海南大学法学院博士研究生，研究方向：民事诉讼法、仲裁法。

[1] World Bank Group, Doing Business 2020, p34.

[2] Rand Corporation, *Third-Party Litigation funding and Claim Transfer*, 2010.

[3] 过去十年，商事仲裁第三方资助制度在澳大利亚、美国、英国等多个司法管辖区兴起。2017 年新加坡和香港先后修改立法，允许在仲裁中使用第三方资助。发展至今，第三方资助已经形成了产业，全球市值超过 100 亿美元。

机构投资风向的转变。[4]经济全球化促进了商品、服务的跨境快速流通，同时也导致了商事纠纷数量、复杂程序和标的额的大幅度攀升，这对选择仲裁作为纠纷解决机制的当事人提出了更高的资金储备、风险承担和专业技术要求。国际投资机构准确捕捉到了这一商业机遇，一批以投资案件为业、希望规避金融危机下传统投资模式风险的第三方资助机构就此诞生。[5]第三方资助机构开拓了向仲裁当事人提供资金或者其他实质性支持，胜诉后分割一定比例的赔偿金，败诉后不享有追索权的资助模式。商事仲裁第三方资助制度兴起的背景，契合了我国当前自贸港商事发展的趋势。

自贸港国际商事仲裁当事人对第三方资助需求广阔。自贸港“三区一中心”的定位，高水平的贸易和投资自由化便利化政策，以及外资全面实行准入前国民待遇加负面清单管理制度，将有力推动商事活动的繁荣。与商事活动繁荣相伴相随的是商事纠纷的增加，尤其是涉外商事纠纷。[6]历史上我国企业在处理涉外商事纠纷时存在“3 个 90%现象”：90%以上的企业在签订涉外商事合同时，选择了国际商事仲裁作为争议解决机制；在选择国际商事仲裁作为争议解决机制的条款中，90%以上的条款选择了境外仲裁中心作为仲裁机构；在选择境外仲裁中心作为仲裁机构的企业中，90%以上的企业败诉。[7]中国企业参加国际仲裁的用两句话描述，可谓“财薄气不壮，进退皆失据；盲人骑瞎马，夜半临深池”。[8]与发达国家或地区的国际商事仲裁案件当事人相比，我们作为后起之秀的发展中国家企业，普遍家底较薄，难以承受高昂的国际仲裁费用。[9]同时，由于法律文化传统的不同，中国企业对以英国法为主的国际仲裁规制、证据规则并不了解熟知，既缺乏实战经验，也缺乏涉外法律人才。商事仲裁第三方资助的使用，可以给中方企业提供资金支持、鼓舞其斗志，分散仲裁风险，缩小仲裁对正常营业的影响。第三方资助者作为国际仲裁领域的重复玩家（Repeat player），可为偶然涉诉的一次追索当事人（One-shotter）提供专业的指导建议，如律师的选择、仲裁员的指定等，改变中方当事人在国际仲裁中势单力薄、不知所措的局面。

自贸港国内商事仲裁当事人对第三方资助制度需求广阔。自贸港创新背景下将催生大量的中小企业。促进中小企业发展，是稳增长、稳就业、乃至稳定社会发展大局的关键。但中小企业因为发展规模和发展水平有限、风险管理经验不足，容易涉诉涉裁。仲裁动辄上百万的花费会使得资金困难或者对现金流依赖较重的中小企业不敢轻易淌入仲裁的洪流。

4 See Nick Rowles-Davies, Third Party Funding, Oxford University Press, 2014, pp23-24.
5 See Jonas Von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure, International Arbitration Law Library, 2016, p35.
6 中国公司法务研究院与律商联讯联合发布的《2015-2016 中国企业走出去调研报告》显示：超过 50%的中国企业在走出去的过程中都牵涉过仲裁或诉讼，涉案金额人民币 1 亿以上的占 23%。
7 参见杜焕芳、李贤森：《提升中国仲裁国际竞争力路径探析》，载《法治日报》20019 年 7 月 9 日第 10 版。
8 郭晓文：《涉外仲裁第三方资助的意义》，https://www.sohu.com/a/211527146_708255，最后访问时间：2020 年 5 月 13 日。
9 据英国特许仲裁员协会的统计，国际商事仲裁案件申请人的平均花费约为 158 万英镑，被申请人的花费约为 141.3 万英镑。CIArb，CIArb Costs of International Arbitration Survey, https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2017/01/CIArb-Cost-of-International-Arbitration-Survey.pdf，最后访问时间：2020 年 6 月 23 日。

中小企业仲裁当事人会在大额资金是投入仲裁程序以获得可能的赔偿，还是投入运营以产生利润之间摇摆不定。即使中小企业当事人提起了仲裁也特别容易受到对方拖延战术的影响，无法与之持久抗衡。在双方非势均力敌状态下，仲裁于中小企业就成了零和游戏，你赢一些就必然意味着你输一些（You Win Some You Lose Some）。第三方资助支付仲裁费用、在败诉情况下对资助不享有索赔权的特性，可以让中小企业受资助者既提起索赔又不影响正常的运营，产生积极的会计效应。[10]同时，中小企业当事人的平等对抗能力，长期以往有利于法治社会的形成。

自贸港商事仲裁当事人对第三方资助需求广阔的原因，除了第三方自治制度自身的优势之外，还在于现有的费用转嫁和风险分散机制难以满足主体需求。首先，法律援助制度难以在商事仲裁中使用。法律援助产生于 15 世纪的英国，基于慈善的目的，承认穷人享有免付诉讼费用和律师代理费用的权利。[11]法律援助制度从产生伊始，针对的目标群体就是经济困难的公民和特殊案件的当事人，目的在于使以上人员能够在关系到公民最基本生存、生活保障权利事项范围内，获得必要的、无偿的法律服务。我国《法律援助条例》在制定的时候，也严格把握了这一原则。[12]商事仲裁的当事人，多为企业、法人，非法律援助所针对的“公民”和“特殊案件当事人”，且非传统意义上的贫困者，商事主体的“资金困难”更多地表现为资金流动性差而非真正意义上的贫穷。[13]其次，律师风险代理无法满足当事人资金需求。律师费是商事仲裁众多费用中的一部分，除此之外还有仲裁机构的费用、仲裁员的费用、专家证人费用、翻译费用、场地租赁费用等。在国际商事仲裁中，仲裁员的费用是十分昂贵的，动辄就是好几千元人民币一小时。而收费高昂的不光是这一位仲裁员，三人仲裁庭的组成，加上翻译人员、专家证人等，开庭时济济一堂二三十人非常常见，这些人员加起来每一个小时的费用都是天文数字，更别说开庭通常长达好几个星期。[14]律师风险代理无法帮助当事人支付以上费用。最后，法律费用保险无法满足当事人法律技术需求，且在我国发展缓慢。法律费用保险（Legal Expenses Insurance）指的是投保人为了避免败诉后支付相关法律费用，向保险公司购买的一种保险产品。与律师风险代理相比，法律费用保险可以解决当事人对资金的需求，但是无法满足当事人对法律技术的需求。法律费用保险由保险公司承保的，保险公司在收取保费后，坐等案件的结果和费用的支付，不参与案件的管理，不会给仲裁当事人提供律师、仲裁员人选推荐、法律风险控制和调解、和解方案等服务。这对国际商事仲裁当事人吸引力不大。并且，我国法律费用保险发展缓慢，2015 年全国第一个诉讼费用保险制度才在新疆克拉玛依市落地，目前尚未广泛普及。

（二）建设法治营商环境减轻司法压力的多措并举

随着经济的发展、人民法治意识的提高，特别是立案登记制改革额后，大量的纠纷涌

10 深圳前海鼎颂投资有限公司：《中国“法律+资本”创新及探索，北京：中国法制出版社 2017 年版，第 117 页.
11 参见张耕：《法律援助制度比较研究》，法律出版社 1997 年版，第 2 页。
12 陈文婧：《商业第三方资助诉讼的中国实践及域外经验借鉴》，载《商业研究》2019 年第 4 期。
13 程雪梅：《第三方诉讼融资制度研究》，西南政法大学 2014 年博士学位论文，第 48 页。
14 杨良宜：《关于国际商事仲裁费用问题的讲座（一）》，载《北京仲裁》第 62 辑。

入法院，形成了“诉讼爆炸”。2019 年海南全省法院受理各类案件 236798 件，同比上升 12.54%，全省法官人均办案 206 件，海口市龙华区人民法院法官人均办案已达 592 件。[15]在自贸港建设过程中，随着民商事活动的繁荣，案件数量将得到进一步的攀升，甚至出现新一轮的诉讼爆炸。[16]

如何有效应对即将到来的诉讼浪潮，除了法院继续深化改革之外，将案件引流至诉讼之外的仲裁，不失为好的分流办法。2016 年最高人民法院在发布的《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》中指出，要完善多元化纠纷解决机制，推动仲裁机构、公证机构等各类治理主体发挥预防与化解矛盾纠纷的作用。仲裁作为多元化纠纷解决机制中的重要一环，可以从案件堆积的源头入手，通过诉外案件分流，达到减少诉内案件数量的目的。[17]仲裁“一裁终局”的原则，确保了案件不会回流至法院。即使部分当事人不服仲裁裁决申请撤销裁决或者因当事人没有自觉履行裁决申请法院强制执行，也因经过仲裁庭的审理后争议焦点明确，处理起来相对简单。

商事仲裁第三方资助制度的引入，可以进一步提高仲裁的吸引力，增强仲裁诉讼外分流的功能，减轻法院的司法压力，使得法院能够集中精力办理更多事关民生、家庭、食品安全、环境保护等案件，完成习近平总书记提出的“努力让人民群众在每一起案件中感受到公平正义”的期许。

（三）提升自贸港仲裁国际竞争力的重大制度创新

提升仲裁机构国际竞争力、打造国际仲裁中心，是形成法治化、国际化、便利化营商环境的重要组成部分。中共中央、国务院在 2018 年印发《关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》，明确提出要支持自贸港建立国际经济贸易仲裁机构和国际争端调解机构等多元纠纷解决机构。建设国际仲裁中心的核心要义，是把自贸港打造成国际仲裁的“目的地”，只有当事人真正愿意把纠纷放到自贸岛解决，才算真正国际仲裁中心的建成。尽管我国仲裁案件总量年年勇创新高，但其中涉外案件数量依然较少，国际吸引力优势尚不明显，自贸港亦是如此。以中国国际经济贸易仲裁委员会的受案情况下为例，2020 年贸仲委共受案 3615 件，涉外案件 739 件，双方当事人均为境外当事人的仅 67 件，占比 18%。[18]与之形成鲜明对比的是，新加坡国际仲裁中心和香港国际仲裁中心涉外案件的比例。2019 年新加坡国际仲裁中心共受案 479 件，其中国际案件 416 件，占比 86.8%；[19]2020 年香港国际仲裁中心共受案 318 件，其中 72%以上的案件是国际性仲裁案件。[20]以上数据充分说明了我国

15 数据来源于《海南省高级人民法院 2019 年工作报告》。
16 左卫名：《诉讼爆炸的中国应对：基于 W 区法院近三十年审判实践的实证分析》，载《中国法学》2018 年第 4 期。
17 参见朱骅：《人少案多的常态化解决方式》，载《江苏法制报》2016 年 3 月 29 日（第 3 版）。
18《中国国际经济贸易仲裁委员会 2020 年工作报告》，访问网址：https://www.sohu.com/a/447583549_100006534，最后访问时间：2021 年 3 月 11 日。
19 SIAC Year in Review 2019, 访问网址：https://siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC%20AR_FA-Final-Online%20(30%20June%202020).pdf，最后访问时间：2021 年 3 月 11 日。
20 《香港国际仲裁中心发布 2020 年统计数据》，访问网址：https://www.hkiac.org/news/hkiac-releases-statistics-2020，最后访问时间：2021 年 3 月 11 日。

国内仲裁机构与国际优秀仲裁机构相比，还存在很大的差距。中国当事人长期位列新加坡国际仲裁中心外国用户第二名，[21]最能说明这一问题。

同时，我国在构建国际商事仲裁中心还面临着“国际市场国内化”的局面。随着我国推进和贸易投资自由化便利化政策的实施，各类国际商事主体的纠纷解决需求的不断增长，最高人民法院在 2021 年 3 月 26 日发布的《最高人民法院关于人民法院为北京市国家服务业扩大开放综合示范区、中国（北京）自由贸易试验区建设提供司法服务和保障的意见》中指出，要探索引入国内外知名国际商事仲裁机构，支持境外知名仲裁及争议解决机构在自由贸易试验区内设立业务机构，就国际商事、投资等领域民商事争议开展仲裁业务。境外仲裁机构的引入在带来先进仲裁经验的同时，也带来了激烈的竞争。如何在激励的竞争中，存活下来保证一定的市场份额和案件来源，是我国仲裁机构必须解决的问题。

对标国际规则，吸收、借鉴国际先进的第三方资助实践，是新加坡、伦敦、香港以及斯德哥尔摩等地成为全球最受欢迎的仲裁地，其仲裁中心成为最具竞争力仲裁机构的制胜法宝之一。[22]以上机构为了成为全球最受欢迎的仲裁地，不断提高国际仲裁能力建设水平以及不断更新与仲裁有关的法律。以新加披为例，新加坡国际仲裁中心（SIAC）自 1991 年成立以来，在成为全球争端解决中心方面取得了长足的进步。为了进一步加强其地位，新加坡议会于 2016 年提出了《民法（修正）法案》，引入了允许第三方资助参与仲裁的规定。在 2017 年 1 月 9 日的资助法案二读中，时任新加坡法律事务国务大臣的英德拉尼·拉贾（Indranee Rajah）表示，新加坡目前是世界上五个最受欢迎的仲裁地之一，为了继续保持这一局面，新加坡必须保持反应迅速，不断适应商业需求，其中就包括为有效的索赔提供资金，否则由于财政限制，这些索赔可能无法得到被提起。[23]就此，新加坡成为亚洲第一个明确立法支持第三方资助仲裁的国家。无独有偶的是，香港法律改革委员会第三方资助仲裁小组委员会在论证香港是否应准许第三方资助时，也一致认为“法律没有明确准许在任何情况下由第三方资助仲裁这种情况，会损害香港作为国际仲裁中心的竞争力。改革香港法律，在适当的专业操守及规管框架下明确准许第三方资助仲裁，应该不会对社会大众造成不利，反而可以为公正带来诸多好处，包括包藉以下方式而达致的：（1）支持香港作为国际仲裁中心的竞争力，带来更多与仲裁有关的就业机会、技能提升、经济得益，以及其他好处；及（2）更多商业、建筑、金融、贸易及相类争议可以不经香港法院，改由仲裁解决，令香港法院的资源压力得以舒缓，从而提供更多资源处理争论点及争议关乎公众的诉讼”。[24]

对第三方诉讼资助制度的置之不理，可能成为仲裁机构日后发展的障碍。世界上并非

21 刘润东：《国际仲裁的土壤和机遇》，海南自贸区（港）国际仲裁高端论坛上的讲话。
22 Anselmo Reyes, Weixia Gu, The Developing World of Arbitration A Comparative Study of Arbitration Reform in the Asia Pacific, Hart Publishing, 2018, p3.
23 At the Second Reading of the Funding Bill on 9 January 2017, Ms. Indranee Rajah SC, then Senior Minister of State for Law.
24 香港法律改革委员会第三方资助仲裁小组委员会：《咨询文件第三方资助仲裁》2015 年 10 月，第 16 页。

所有司法管辖区都像新加坡、香港一样，直截了当地对第三方资助加以法律规制，法国即是如此。法国没有对第三方诉讼资助行为提供立法指导，现实中的司法判例也非常有限。这导致了国际商会法国工作组在 2014 年将外部律师的保密义务确定为第三方资助行业发展的潜在障碍。根据法国《律师职业规范》，律师不得就客户的档案尤其是机密信息，与资助者进行沟通共享，否则将违反其道德义务，需要承担律师执业纪律处罚和刑事制裁。[25]该法律旨在保护客户的个人利益，[26]但这种过于严格的保密义务阻碍了第三方资助在法国的发展。与其他对第三方资助友好的司法管辖区相比，它降低了巴黎作为潜在仲裁地的价值，并使法国律师相对于不受同样义务约束的外国律师处于不利地位。[27]法国选择的不干涉专业义务驱动的方法，不一定会阻止资助者开展活动，但却不能提供有关各方所期望的保障。缺乏对第三方资助的正式承认和监管，虽然不会妨碍对选择巴黎作为仲裁目的案件的资助，但也不足以指导利益攸关方，一定程度上的不确定性，容易造成混乱。这也是为何有许多的国际投资者积极考察法国市场，但最终设立办事处的却为数不多。

通过新加坡、香港以及法国在关于第三方诉讼资助制度方面的立法实践，可以发现就第三方资助问题进行规制，制定必要的法规和指南，一方面可以使得第三方诉讼资助在最符合当事人利益的情况下发展壮大，另一方面可以为其国际仲裁中心的建立和巩固提供帮助。在我国面临“国内市场国际化，国际竞争国内化”的严峻挑战下，通过构建第三方诉讼资助制度，明确第三方诉讼资助制度的合法性，可以间接地承认第三方资助仲裁的合法性，打消涉外当事人在选择我国作为仲裁目的地时关于我国是否允许第三方资助的困惑，从而提高我国国内仲裁机构的吸引力，提升我国仲裁机构的国际竞争力。这也符合我国《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》中提出的“坚持尊重当事人意思自治原则。尊重一带一路建设参与国当事人协议选择纠纷解决方式、协议选择其熟悉的本国法或第三国法律的权利，积极适用国际条约、国际惯例，平等保护各方当事人合法权益。”的要求。

二、自贸港构建商事仲裁第三方资助制度的法治基础

（一）我国无禁止“助诉和助诉获利”的传统

禁止“助诉和助诉获利”（Maintenance and Champerty）曾是第三方资助制度合法化路上的额绊脚石。历史上，普通法系国家禁止与案件实体关系无关的第三方参与到他人的诉讼或者仲裁中去。[28]就像丹宁勋爵所言:“普通法系国家不喜欢第三方资助，第三方资助破坏了正义的纯洁性、容易造成滥诉，资助者为了自己的经济利益可能会作出隐匿毁灭证据、收买证人等违法行为。”[29]

当前，禁止“助诉和助诉获利”原则在众多法域得到了逐步松绑。最先开始的是英国，

25 Article 2.1 of the National Regulations of the lawyers' profession （'Règlement Intérieur National'）.
26 Cass 1ere civ, 6 Avril 2004, n 00-19.245.
27 Olivier Marquais and Alain Grec, Do's and Dont's of Regulating Third-Party Litigation Funding: Singapore vs.France, Asian International Arbitration Journal, Issue16, 2020.
28 See M Radin, Maintenance by Champerty, California Law Review, Vol 24, Issue 1, 1935, pp 48–51.
29 Re Trepca Mines (No 2) [1963] 1 Ch 199.

英国 1967 年《刑法法案》废除了助诉获利构成犯罪的规定，[30]之后是澳大利亚、新加坡、香港等国家和地区。逐渐松绑的原因在于，当司法变得更加独立并受到法治约束时，“助诉及助诉获利”行为破坏司法纯洁性的可能已经大大降低，反倒是禁止助诉和助诉获利成为了当事人通往正义之路的障碍。在司法领域公共支出的削减、费用普遍增加以及信贷紧缩的情况下，当事人亟需外部资金来资助诉讼和仲裁。

我国没有禁止“助诉和助诉获利”的传统。但我国历史上确实存在不鼓励诉讼的诉讼文化。在儒家学说看来，诉讼背离了人和人之间和睦相处的理想状态，违背了中国古代社会以“礼”为核心的行为规范，系是道德沦丧的结果。[31]真正的和谐社会应该是“无争”“无讼”的。这一理念因有助于统治者的管理方便，可以防止诉讼所带来的社会动荡不安，被统治者所倡导。同时统治者采取了一系列制度、非制度以及半制度化的途径，包括但不限于道德感化、宣传为讼有害、增加诉讼的道德成本、限制诉讼主体和诉讼时限、进行民间调处等，抑制诉讼的形成和发展。[32]

然而，我国历史上有相当长的时期里诉讼活动是相当活跃的。统治者“息讼”“抑讼”的行为，尽管在一定程度上抑制了民众对诉讼的需求，但我国历史上有相当长的时期里民众“健讼”。大致从宋代以降，民间好讼之风不同程度地弥散于全国各地，很多地方的百姓据称鼠牙雀角动辄成讼，明清时期更是如此，尤以经济发达得江南地区为甚。[33]统治者“贱讼”“息讼”的企图与民众“健讼”“好讼”的状态，说明了“无争”“无讼”得社会理想，不过是官府的一厢情愿罢了。[34]我国无讼的诉讼文化与其说是民众的社会模式，倒不如说是管理层的治理文化。民众对诉讼的恐惧并非源于诉讼本身，而是源于国家对诉讼的压制。一旦遇到纠纷或者统治者对诉讼的压制稍有放松，民众运用诉讼维护自身权益的维权意识和维权行动便开始凸显。

随着西方法律文化的传入，以及改革开放以后市场经济发展下自由、民主、平等、法治等观念深入人心后，诉讼不再是邪恶的象征，而是解决纠纷和实现正义的重要方式。当代我国对诉讼的思想教化逐渐放宽，公民的维权意识在国家诉讼文化政策的引导下也逐渐加强。公民对诉讼的需求呈现出多元化、多样化的特征，这推动了国家司法改革的进程，也为法律服务也得快速发展提供了重要契机。我国《律师服务收费管理办法》中允许律师进行在法律规定的案件范围内进行风险代理，说明了我国对助诉活动的认可。

（二）现行法律框架下商事仲裁第三方资助行为有效

我国不禁止助诉及包揽诉讼的传统，不能当然证成第三方诉讼资助行为合法有效，还需要考察第三方诉讼资助协议具体条款是否与我国法律制度规范具有相容性。第三方诉讼资助协议在我国实体法下是有效的。其有效性表现为以下几方面：

30 Criminal Law Act, 1967, c. 58 (U.K.).
31 胡旭晟：《中国传统诉讼文化的价值取向》，载《中西法律传统》2002 年第 2 期。
32 郭星华：《无讼、厌讼与抑讼——对中国传统诉讼文化的法社会学分析》，载《学术月刊》2014 年第 9 期。
33 尤陈俊：《“厌讼”幻象之下的“健讼”实相？——重思明清中国的诉讼与社会》，载《中外法学》2012 年第 4 期。
34 邓建鹏：《健讼与息讼——中国传统诉讼文化的矛盾解析》，载《清华法学》2004 年第 1 期。

首先，第三方诉讼资助是当事人意思自治的体现。意思自治作为民法理论中的“黄金法则”原则，赋予了民事主体意思自由。民事主体在法律允许的范围内，可自主决定自己的事务，从事各种民事活动。我国《民法典》第 5 条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系”。第三方诉讼资助系资助者和被资助当事人基于资助协议而形成的法律关系，当然适用于意思自主的原则。双方当事人在平等协商的基础上，决定是否进行诉讼资助，采用哪种形式的诉讼资助，案件胜诉后的抽成比例等问题。资助者代替当事人缴纳诉讼费用行为，以及被资助人将其在裁决中确定的债权权利部分转让给出资人的行为，均是民事主体对自由处分财产的表现。

其次，第三方诉讼资助不违反法律、行政法律强制性规定。当事人的意思自治以“法不禁止即可为”为边界。有学者指出，第三方诉讼资助协议中资助者胜诉后较高的抽成比例，可能会违反了《民法典》第 680 条第 1 款[35]以及最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》中禁止高利放贷的规定。[36]在实践中，有法院将第三方资助协议认定为借贷，又因投资回报约定超过《中国人民银行关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》[37]以及最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》[38]中的比例，援引《合同法》第 53 条第 3 款“以合法形式掩盖非法目的的合同无效”，而认定资助协议无效。[39]笔者认为，第三方诉讼资助协议中的抽成比例可能违反我国禁止高利放贷的规定，系以资助协议构成借款合同为前提条件的，但实际上资助协议并不属于我国《民法典》第 12 章第 667 条规定下的借款合同。[40]其一，借款合同是有偿合同，借款人的还款义务是确定的，还款金额也是明确的。但资助协议下被资助者没有绝对的还款义务，被资助者是否需要向资助者分享胜诉的收益，以及分享胜诉收益的数额是不确定，系最终取决于案件是否胜诉以及胜诉金额的。即便资助者严格的事前审查，确保了案件较高的胜诉率，但没有一个案件的胜诉率是百分之一百确定的，凡是诉讼都是有风险的。资助协议下资助者收益的不确定性，与借贷合同下出借人收益的确定性，构成了资助协议和借款合同本质上的不同。资助者收益的不确定性，使得其比出借人承担了更高的风险，因此其收益比率高于出借人是有情可原的。其二，更为重要的是，借贷合同的标的物为货币，出借人将货币交付给借款人即完成了合同义务；而资助协议的标的物是一项综合性的服务，资助者除了提供资金外，还需要对案件进程监督管理，资助

35 《民法典》第 680 条第 1 款规定：“禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。”
36《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》规定，出借人未经监管部门批准，或者超越经营范围，以营利为目的，经常性地向社会不特定对象发放贷款（两年内向不特定的人放贷 10 次以上，并且以超过 36%的年利率放贷），扰乱金融市场秩序，情节严重的行为以非法经营罪定罪处罚。
37 《中国人民银行关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》中规定：“民间个人借贷利率由借贷双方协商确定，但双方协商的利率不得超过中国人民银行公布的金融机构同期、同档次贷款利率（不含浮动）的 4 倍。超过上述标准的，应界定为高利借贷行为。”
38 最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》中第 26 条规定：“借贷双方约定的利率未超过年利率 24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率 36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36%部分的利息的，人民法院应予支持。”
39 董暖：《国际投资仲裁中的第三方资助问题研究》，对外经济贸易大学，2019 年博士学位论文。
40 《民法典》第 667 条：借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

者无形中还提供了案件管理服务。不论从服务内容还是服务周期上，诉讼资助协议均复杂于借款合同。因此，以借款合同的最高年利率来划定资助协议的收益回报率是不合理的。

最后，第三方诉讼资助实体权益条款不违反我国的公序良俗。我国《民法典》第 8 条规定“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”第 153 条第 2 款规定“违反公序良俗的民事法律行为无效。”第三方诉讼资助协议在我国要获得合法性，除了系当事人意思自治的表现，不违反法律行政法规的禁止性规定，还需要不违反我国的公序良俗。“公序良俗”与英美法系“公共政策”相对应的。英美法系在免除了第三方诉讼资助刑事和民事责任同时，保留了其可能因违法公共政策而无效的规定。[41]当前英美法系国家主要从以下几个方面审查资助协议是否违反公共政策：资助者享有的回报比例、资助者与律师之间的沟通水平、资助者是否受到监管、被资助者对案件的了解和决策情况、是否有引起损害的风险、是否有扭曲证据的风险等方面审查。[42]目前，法院对第三方诉讼资助协议合法性的标准认定越来越宽松。诉讼资助协议只要不包含可能被定性为“破坏正义的目的”的附加特征，就予以支持。第三方诉讼资助不再被视为“正义的恶”，而是“改变现状、挑权、重新安排经济与政治格局、实现社会变革的工具。”[43]第三方诉讼资助的社会效用开始得到承认。第三方诉讼资助在促进接近正义，以及其防止滥诉和提高诉讼效率的功能，表明了其原则上不违反公序良俗，但我们需要通过新的举措防范第三方诉讼资助潜在的不利后果。我国在构建第三方诉讼资助制度规则时，对以上可能违反公序良俗的内容进行规制，即可确保其在法治的轨道上运行。

（三）自贸港良好的法律资本和服务市场

商事仲裁第三方资助在中自贸港的落地生根离不开法律资本市场作为支撑。当前，我国法律资本市场已经崛起，并呈现繁荣的景象。法律资本渗入到法律信息服务、信息平台交易撮合、代理交易、法律法规速查与使用工具、第三方资助等领域。[44]2015 年开始，我国国内开始出现以诉讼资助为业务的公司，如帮瀛网络科技（北京）股份有限公司、赢火虫信息科技（上海）有限公司。其通过借鉴国外诉讼融资的模式，在国内创新性地提出了“法律金融”的概念，将金融元素与法律服务场景相结合，取得了初步的发展。2016 年我

41 如英格兰和威尔士《刑法法案》第 14 条第 2 款规定：“根据英格兰和威尔士的法律，取消助诉及包揽诉讼的的刑事和民事责任，不影响该法律中关于合同被视为违反公共政策或在其他方面非法的任何规定。”如澳大利亚南威尔士州《助诉、包揽诉讼废除法案 1993》第 6 条以及《维多利亚错误法案》第 32 条第 2 款均规定“立法的废除不影响任何关于合同被视为违反公共政策或非法的法律规则”。

42 Andrew Evans & Nicholas Thompsell，Funding Litigation–the good, the bad and the ugly，https://www.fieldfisher.com，最后访问时间：2020 年 8 月 2 日。

43 Jason Lyon, Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation, UCLA Law Review, Issue 5, 2010, p587.

44 法律资本介入到法律服务业的领域主要有五类：一是法律信息服务类，如北大法宝，投资公司通过投入大量人力财力物力，以持续不断更新数据的方式提供法律法规、案例、期刊等检索服务。二是信息平台交易撮合类，如无讼，投资公司通过搭建平台的方式，利用大数据分析，帮助客户寻找最适合的律师，帮助客观完成服务过程的管理。三是代理及交易类，如汇桔网，投资公司通过 O2O 互联网商业模式，代理客户申请商标、专利、域名等服务。四是法律法规速查与使用工具类，如易董，投资公司通过研发 APP 的形式，为上市公司、新三板公司的董秘提供证券相关法律法规的速查功能、信息披露和定期报告等时间节点的提醒共能。五是第三方资助类，如鼎颂、萤火虫等诉讼投资服务平台，通过“先赢官司、回款付费”的方式，对客户案件进行投资，降低当事人诉讼或仲裁风险。

国出现了首支诉讼资助基金——多盟诉讼融投基金，该基金由多层次资本市场联盟发起设立，联手北京京师律师事务所，专门为企业提供专业金融和法律及投资服务，解决企业间纠纷，解决高额诉讼给资金状况较差的企业带来的困境，也为企业内的自然人（如公司高管）提供诉讼费用支持。[45]2017 年我国首个诉讼资助法律公益项目成立，该项目通过法律援助部分与诉讼投资公司的遴选确定支持的案件，为被资助人提供诉讼资金并匹配合适的律师，待案件胜诉并执行后被资助人将诉讼成本返还基金池以资助其他案件。2018 年 2 月 7 日，《多盟诉讼融资白皮书》发布，标志着中国诉讼融投行业白皮书从无到有、从不规范向规范逐渐发展。

近年来，以上诉讼资助公司先后承办了诸多标的额高、社会影响力大的案件，如多盟诉讼资助先后承办了案值 2.8 亿的华联股权转让纠纷再审案、案值 2.5 亿的武汉商职医院股权纠纷再审案等，如截至 2019 年 12 月深圳前海鼎颂投资有限公司，投资案件 500 件以上，投资案件标的额超过 49 亿元，体现了我国良好的法律资本市场。

良好的法律服务市场是商事仲裁第三方资助制度得以长久发展的关键。第三方资助制度在实际运行中需要律师和提供法律服务职业群体的参与。商事仲裁第三方资助在实际运行中包括三个阶段：一是资助协议签订前的案件评估，二是资助协议签订时双方权利义务的确定，三是资助协议签订后的仲裁程序的推进。不论哪个环节，都离不开律师和提供法律服务人员参与其中。

自贸港律师职业化程度的不断提高，为自贸港商事仲裁第三方资助制度的引入奠定了基础。随着自贸港建设的推进，涉外法律服务需求的不断增加，海南自贸港进行了律师制度改革。2019 年 10 月 1 日《海南经济特区律师条例》（以下简称《条例》）颁布实施。其中事关第三方资助的规定主要有：允许香港、澳门和外国律师事务所驻海南代表机构依照有关规定从事部分涉海南的商事非诉讼法律事务；新增外国律师事务所与中国律师事务所的协议联营的合作方式，以及港澳律师事务所与内地律师事务所在海南开办合伙联营律师事务所。涉外律师事务所自贸岛内设代表机构和合作经营的方式，可以为自贸岛带来域外先进的第三方资助执业经验。

三、自贸港商事仲裁第三方资助制度具体规则设计

在《仲裁法》尚未修订之时，自贸港构建商事仲裁第三方资助制度的最佳路径是在机构仲裁规则中增加第三方资助仲裁条款。条款设计中应包含以下具体规则：

（一）信息披露规则

信息披露规则设计的目的在于及时发现利益冲突情形。利益冲突（Conflicts of Interests）指的是仲裁过程中对仲裁员内心公正、地位独立产生影响的情形。所有的案件都可能存在利益冲突。传统仲裁案件中，一方当事人与仲裁员是否存在利益冲突，可以在仲裁员自行检查或者对方当事人审查后，通过自行回避、拒绝接受指定或者申请回避处理。但在第三

45 多盟诉讼融资网：http://www.lawsuitfund.net/index.php/culture.html，最后访问时间：2021 年 3 月 19 日。

方资助的案件中，资助者非案件的当事人，在资助事实未被披露的情形下，对方当事人和仲裁员难以知晓资助者的存在，更别论审查利益冲突的情形。[46]第三方资助者的参与使得利益冲突更加复杂化和隐密化。随着第三方资助机构参与仲裁程度的不断加深，众多第三方资助机构和律所、律师之间形成了共生关系。[47]而律师又是仲裁员名录中的常客。实践中仲裁员与第三方资助者可能存在的潜在利益冲突情形有：仲裁员所在的律师事务所与资助者业务往来密切，仲裁员在第三方资助者内部任职或担任临时顾问，仲裁员持有第三方资助者机构发行的股票证券，仲裁员被第三方资助者在不同案件中多次任命等。

第三方资助产业发达的法域均将信息披露作为及时发现利益冲突的手段，但在确定信息披露的义务主体、披露方式和披露内容方面尚未统一，存在争议。以《香港第三方资助指引》为例，其 98U 和 98V 规定受资助者及时向仲裁的每一方及仲裁机构，披露已经订立资助协议这一事实及出资第三者的姓名及名称。该规定未将仲裁员纳入信息披露义务主体，未明确仲裁庭是否有权要求受资助者披露第三方资助协议内容，以及在申请情况下可以作出这一要求。尽管《香港国际仲裁规则 2018》11.4 条规定：“仲裁员人选在被指定或确认前(a)应签署一份声明，确认其有处理争议的時間，及其公正性与独立性；且(b)应披露任何可能导致对其公正性和独立性产生合理怀疑的情况。仲裁员在被指定或确认后及整个仲裁规程中应立即向当事人披露这类情况，除非其已告知当事人。但实践中，仲裁员对何为“利益冲突信息”存在认识上的差别，第三方资助作为一个相对较新的现象，现有仲裁规则对利益冲突信息的界定采用笼统、概括式的表述，导致部分仲裁员们认为第三方资助信息不属于其信息披露范围。[48]

披露机制中另外一个争议焦点是披露内容范围厘定：仲裁员和受资助者作为信息披露义务主体应该披露哪些内容，是披露仲裁员与第三方资助者的所有关系还是部分关系，是披露资助者的存在、身份即可还是要披露资助协议，是披露资助协议的全部还是部分内容，目前这一问题在国际仲裁层面尚未达成共识。建议参考《IBA 指引》将不可弃权红色清单和橙色清单中仲裁员和第三方资助者之间的关系，作为仲裁员披露的内容范围；将第三方资助者的存在、身份作为受资助者需要披露的常规内容，资助协议的部分内容作为受资助者需要披露的例外内容，在确保信息披露目的达成的同时，防止过度披露给披露人造成“战术劣势”，打击第三方资助产业的发展。

自贸港商事仲裁第三方资助制度信息披露规则应构建仲裁员和受资助者作为披露义务主体，第三方资助者的存在及身份、资助者与仲裁员之间的关系为常规披露内容、资助协议条款为例外披露内容，系统性强制披露为主、个案申请决定披露为辅的信息披露机制。

（二）费用担保规则

费用担保作为临时措施的一种特殊形式，源于英国的仲裁法律与实践，指的被申请人

[46] 张晓萍：《论国际仲裁第三方资助信息披露机制》，载《国际经济法学刊》2021 年第 2 期。
[47] Report of the ICCA- Queen Mary Task Force on Third -Party Funding in International Arbitration, 2018, p.82.
[48] Trusz Jennifer, Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration, *The Georgetown Law Journal*, Vol.101, 2013, p1649.

向仲裁庭提起的，要求仲裁庭命令申请人通过提供银行不可撤销的担保函（irrevocable bank guarantee）、进行托管账户（an escrow account）或者其他形式提供担保，目的在于确保被申请人胜诉时，申请人有能力履行仲裁庭作出了不利费用决定。[49]仲裁庭在作出费用担保决定时，会综合考量多方面的因素，如申请人的经济状况、无法执行的风险、案件的是非曲直等。但不可否认的是申请人的财务状况是仲裁员在审理费用担保申请时所考虑的关键因素。[50]

商事仲裁第三方资助中因部分受资助者资金困难，导致了费用担保申请的增多。[51]甚至有仲裁员认为：只要存在第三方资助即可推定申请人资金困难，仲裁庭应准予费用担保申请。如 Gary Born 指出，第三方资助的存在可形成强有力的表面证据，证明申请人无足够的资产支付不利费用，需要提供费用担保。[52]但实际上，使用第三方资助的申请人可以分为两类，一类是资金困难，无力支付高昂的仲裁费用，希冀通过第三方资助获得接近正义和公平竞争的机会；另一类是资金富裕，有能力支付仲裁费用，但希望通过使用仲裁费用降低仲裁风险、保持现金流、获得专业技术支持的。对于此类当事人，要求其提供费用担保并不合理。

因此，仲裁庭在商事仲裁第三方资助案件中作出费用担保决定时，必须审查受资助者使用第三方资助的原因。在受资助者因资金困难使用第三方资助的情况下，仲裁庭还需要进一步检查第三方资助的适用有无改善申请人资金困难的状况。只有在第三方资助者既不对不利费用承担责任，又可以任意解除资助协议的情形下，仲裁庭要求申请人提供费用担保；申请人拒绝提供的，仲裁庭可以终止仲裁程序。

自贸港在制定商事仲裁第三方资助规则时，可以参照贸仲委员《国际投资争端仲裁规则》的规定，将第三方资助作为仲裁庭作出仲裁费用和其他相关费用裁决的考虑因素，而非决定性因素。

（三）程序控制权规则

第三方资助者虽非案件当事人，但可以通过控制受资助者的行为达到控制仲裁程序的目的。绝大多数案件中，资助者对受资助实行不同程度的控制，从定期报告进度到带有时间表和预算的详细报告、仲裁员的选任、和解的谈判等。[53]即使在部分案件中双方约定资助者对仲裁程序不享有任何控制权，资助者的意见建议对受资助者仍具有影响力。因为资助者始终保留了“钱袋子”的权力，如果受资助者拒绝按其意愿行事，资助者就可能撤资或者拒绝下一步的资助。[54]第三方资助对仲裁程序的控制与当事人意思自治之间形成冲突。尽管第三方资助者和当事人追求胜诉的最终目标是一致的，但在具体操作上存在一定的差

[49] Weixia Gu, Security for Costs in International Commercial Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Vol 22. Issue 3, 2005, p167.
[50] See,Atlanta Shipping Corp. v. Chemical Bank(United States), 818 F. 2d 240, 251-252 (2d Cir. 1987).
[51] 张晓萍：《论国际仲裁第三方资助费用担保中的资金困难》，载《国际商务研究》2021 年第 2 期。
[52] Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Editora: Kluwer Law International, 2009.
[53] Vicki Waye, Conflicts of Interests Between Claimholders, Lawyers and Litigation Entrepreneurs, *Bondl. Rev*. Vol.19, 2007, p252.
[54] Antonio Crivellaro, *Third-Party Funding and Mass Claims in Investment Arbitrations*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, No.10, 2013, pp148-149.

异。如商事仲裁的双方当事人可能是长期合作伙伴关系，受资助者在仲裁过程中考虑到以后的合作可能会倾向于和解，尽管和解的金额比预期裁决的金额较低。但这一和解的提议会遭到以逐利为唯一目标第三方资助者的反对。

英国和威尔士第三方资助者协会（The Association of Litigation Funders ofEngland & Wales，简称 ALF）2018 年修订的《第三方资助者指引》（Code of Conduct for Litigation Funders）中，允许第三方资助者控制仲裁程序，但控制权的大小和控制的方式要在资助协议中订明。香港《第三方资助实务守则》不允许第三方资助者控制仲裁程序，其中 2.9 规定：资助协议需要订明，出资第三者不会寻求影响受资助方或受资助方的法律代表，令其将有关仲裁的控制权或操作事宜给与出资第三者，唯在法律准许的情况下除外。

自贸港商事仲裁第三方资助程序控制权规则制定时，应考虑到我国第三方资助产业刚起步，让与资助者过多的程序控制权，容易损害受资助者的程序自决权，造成资助者程序控制权和资助者意思自治之间的矛盾。因此，笔者建议规则参考香港的作法，资助者不得试图影响受资助者和受资助者方的律师。

结语

2018 年国际商事仲裁理事会 ICCA 和玛丽女王学院共同发布了《国际仲裁第三方资助报告》，[55]2019 年世界著名的剑桥出版社、威科法律出版社先后出版了《第三方资助对法律、经济、政策的影响》[56]《国际仲裁中的第三方资助》[57]等书，足以见得第三方资助在国际上发展之迅猛。在自贸港法治营商环境建设北京下，商事仲裁第三方资助制度的引入既有必要也切实可行。商事仲裁第三方资助制度的引入与构建，有助于实现自贸港仲裁规则与国际接轨，构建国际仲裁中心，带动与仲裁有关的经济发展，为商事仲裁当事人权益保驾护航。

[55] Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on *Third -Party Funding in International Arbitration*, The ICCA Reports No.4, 2018.
[56] Gian Marco Solas.Third Party Funding Law,Economics,and Policy, Cambridge University Press, 2019.
[57] ICC International Chamber of Comeerce, Third party Funding in International Arbitration, Kluwer Law International 2019.

《新加坡调解公约》落地我国的利弊与前景之研究

张卓锦 上海海事大学法学院

摘　要：2019 年 8 月，我国签署《新加坡调解公约》引起国内对其落地的一系列讨论。《新加坡调解公约》生效对我国商事调解制度的发展和“一带一路”提供良好营商环境有推动作用，且具有国际条约本土化的操作空间，虽然我国现有商事调解体系暂时无法适应公约的生效条件，面临着立法空白、本土涉外商事调解机构处于发展阶段、和解协议的执行程序与我国现行民事诉讼程序相冲突等问题，然而，《新加坡调解公约》在我国生效是必然趋势，且多数现有问题可通过本土商事调解机构自身软件与硬件实力的加强、《民事诉讼法》的法律解释及司法实务的完善解决。

关键词：《新加坡调解公约》 商事调解 和解协议 本土化

第一节 《新加坡调解公约》适用范围和特点之分析

为便利跨境调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的和解协议关于承认、法律效力确认和执行，在联合国贸法会的积极推动下，提倡国际贸易多边主义的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（下简称“《新加坡调解公约》”或“公约”）应运而生，旨在鼓励国际商事争议以调解与和解方式解决，进一步推动国际商事争议解决调解制度的发展，号召签约国政府公权力承诺为跨境和解协议提供的“保险柜”。[1]本文首节结合《新加坡调解公约》的内容，就其适用何种和解协议与为怎样便利适格的和解协议执行与救济展开分析，并通过比较《承认及执行外国仲裁裁决公约》（下简称“《纽约公约》”）分析其特点。

一、适用于经调解达成的国际性商事和解协议

《新加坡调解公约》仅适用于经调解达成的和解协议，这一点将其与国内传统意义的和解协议区别。公约第 2 条第三款对“调解”的定义是“必须是经过一名或者几名的第三人协助，在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下，当事人设法友好解决争议的过程”，对“调解”的实质要件包括以下两点：（1）必须存在独立于双方的中立第三人推进调解程序，若和解协议是争议双方在没有第三人介入情况下谈判达成的，不适用公约；（2）调解过程与结果不是强制的，而是争议双方自主性的充分反映。通说认为，民商事纠纷经调解产生三种分野结果，即“三条路径”[2]，公约第 1 条第三款将经过调解后转化为具有强制执行力的仲裁裁决和法院判决排除在外，并进一步紧缩调解协议产生的和解协议范围，将其

[1] 范怡娜：“有关《新加坡调解公约》的八个问题”，载法制网，http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2019-04/09/content_7824457.htm，最后访问日期 2020 年 8 月 10 日。

[2] 三条路径是指经过调解产生的三种法律效果：第一条路径是在调解的基础上缔结和解协议，其效力等同于普通合同或协议类文件，对调解当事人的强制约束力较弱；第二条路径是在诉讼程序中调解成功的基础上达成和解协议，转换为具有强制执行力的民事判决；第三条路径是在仲裁程序中调解成功的基础上达成和解协议，转换为具有强制执行力的仲裁裁决书。

限定在“国际性”和“商事”范畴内。然而，在诉讼、仲裁程序中达成的和解协议也不当然被排除，若其未被制作成生效的判决书和裁决书，《新加坡调解公约》亦可以适用此类和解协议。公约第 1 条第一款强调和解协议的“国际性”。虽然和解协议没有同仲裁协议类似的“国籍”，但依然强调和解协议需满足下列一个条件：（1）争议双方营业地不同或；（2）营业地相同但和解协议相当一部分义务履行地所在国不同或；（3）和解协议相同但所设事项最密切联系的国家不同。此外，《新加坡调解公约》第 1 条第二款强调了“商事”特点，明确规定公约仅适用商事和解协议，排除了诸如家庭、继承等常见的典型非商事争议。[3]

二、《新加坡调解公约》效力及于规定和解协议的方方面面

和《纽约公约》仅就仲裁裁决的承认和执行不同，公约的效力不仅限于和解协议的承认和执行，也包括和解协议的援引、法律效力确认等救济途径和司法引证环节，是跨境争议解决国际条约的崭新尝试。《新加坡调解公约》第 1 条第一款规定：“本公约适用于调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议”，出于不同签约国国内对于“协议”的解释不同，《新加坡调解公约》用较大的“协议”概念避免了司法救济的穷尽式罗列，是国际条约包容性与基础性特点的体现。

三、《新加坡调解公约》特点——以《纽约公约》为参照[4]

（一）淡化和解协议的“国籍”概念

《新加坡调解公约》区别《纽约公约》的特点之一是淡化了和解协议的“国籍”概念，强调当事人营业地与和解协议履行地。公约如此规定主要是出于调解行为的基础特征。相较于仲裁和诉讼的争端解决途径，调解无论是在机构选择、程序进行还是结果确立等方面都更具自主性、灵活性，更能体现当事人的意思自治。而当事人在和解协议中不会约定诸如仲裁条款中的仲裁地，主动为调解协议确定籍属。实务中，对于调解的约定通常表述为“纠纷发生时，双方应友好协商和调解”，或与仲裁诉讼条款相勾连，顺便提及，其国籍往往被忽视。在跨境调解中，合同双方在正式调解程序开始前也没有确定调解地的惯例，若过分强调其国籍，需要司法机关通过规则明确，会极大削弱调解协议的执行效率。

（二）强调普惠原则

在弱化“国籍”概念的基础上，《新加坡调解公约》进一步摒弃了传统国籍公约的签约国互惠原则，倡导普惠原则，引起签约国国内的一些质疑，也让部分国家对签署公约持保留观望态度。施行普惠原则亦是和解协议的自然特征体现，签署公约意味着即使调解机构的所在地、一方或双方当事人营业地所在国家是非签约国，和解协议当事人营业地、履行地或最密切联系地是签约国，也不得通过援引互惠原则拒绝此类和解协议在本国境内执行。因强调依据“调解员（或机构）所在地”“和解协议签署地”“和解协议请求执行人”或其他标准都会带来实际执行上的混乱，在和解协议的承认执行环节强调互惠保留会使《新加坡调

[3] 孙巍：“《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》立法背景及条文释义”，法律出版社 2019 年版，第 15 页。

[4] 参考《<纽约公约>与<新加坡调解公约>主要条款对比评析》，载锦天城官网，https://www.allbrightlaw.com/CN/10475/2ec2f7910c984c8.aspx，访问日期 2020 年 8 月 10 日。

解公约》失去意义。

（三）签约国保留将《新加坡调解公约》默认成为法律渊源的选择权

《新加坡调解公约》虽然倡导互惠原则，但在第 8 条第二款允许签约国对公约是否默认成为本国法律渊源作出保留，其规定：“公约当事方可声明本公约适用，唯需和解协议当事人已同意适用本公约。”在关上一扇门的同时，又开了一扇窗，赋予签约国当局决定当事人是否需要明示才能适用公约的权利。若签约国对此项作出保留声明，则和解协议当事人需要在协议中明示方能适用公约；若签约国在加入公约时不作保留声明，则公约将自动适用于与签约国相关的和解协议。

（四）强调和解协议的确定性与可执行性

《纽约公约》较注重程序正当性，而《新加坡调解公约》更侧重和解协议的确定性与可执行性，因为公约对于和解协议采取直接执行机制而非审查机制，若和解协议执行事项规定模糊或有其他无法执行的情况，签约国有权拒绝准予救济。程序正当性在公约中亦有提及，但在司法实务中，为和解协议专程前往域外调查取证十分困难且成本高昂，签约国仅能通过要求提供的书面材料并和解协议双方当事人的行为进行推定和解协议是否能被执行与救济。

综上，《新加坡调解公约》全文带有强烈的调解行为特色，和诉讼、仲裁泾渭分明的同时又注重和解协议在实务中和诉讼、仲裁的衔接，并且在互惠原则的基础上进一步突破尝试普惠原则，通过非传统形式的保留条款涉及强调和解协议当事人的意思自治，在一些条款的设计上和现有的《纽约公约》《联合国国际合同使用电子通信公约》相统一。

第二节 《新加坡调解公约》落地我国的影响分析

2019 年 8 月，包括我国在内的 46 个国家与地区签署《新加坡调解公约》。我国作为“一带一路”发起国与一些主要参与国一同签署公约，加之公约本身普惠性质的影响，“一带一路”沿线各国、亚太区域和全世界范围内发生的商事争议解决机制得到进一步完善与保障，填补了国际商事调解的国际条约空白，对优化跨境投资与资源配置的营商环境意义重大。然而，在接受《新加坡调解公约》带来制度便利的同时，我国国内需要积极调整与创设商事调解法律体系，快速发展本土商事调解机构以降低公约生效带来的风险与挑战。

一、《新加坡调解公约》落地面临的疑问与挑战

《新加坡调解公约》在各签约国落地都面临着国内的疑问与挑战。一些疑问与挑战是普遍存在签约国的，主要包括以下三个问题（1）《新加坡调解公约》的普惠原则是否会损害国家利益；（2）鼓励和解协议执行是否会造成涉外执行要求激增为法院造成诉累；（3）在境外实施的调解进程和签订和解协议如何审查。一些疑问与挑战是根据我国国情特有的，因为我国国情下实施《新加坡调解公约》较商事调解体制和商事调解机构发达的国家面临更多难题，在体系与实践上主要体现为：（1）国内法在商事调解上的立法空白；（2）国内涉外商事调解机构尚未被国际社会普遍认可；（3）《新加坡调解公约》和解协议的执行程序

与我国现行民事诉讼程序相冲突。本节将就《新加坡调解公约》在签约国普遍存在的疑问与挑战和我国的疑问和挑战二分分析。

（一）签约国普遍面临的疑问与挑战

其一，是普惠原则是否会损害签约国国家和地区（下简写为签约国）利益的疑问。和《纽约公约》不同，《新加坡调解公约》未赋予签约国互惠保留的权利，签署该公约将必然导致存在隶属于非签约国的调解机构达成的和解协议或具有非签约国国籍的商事主体向签约国请求救济和解协议的情况，当局的司法机关将无法援引对等原则拒绝相关和解协议享有《新加坡调解公约》项下的权益——然而，在非签约国请求执行隶属于签约国调解机构达成的和解协议或具有签约国国籍的商事主体请求执行的和解协议在非签约国境内，则无法要求非签约国按照对等原则适用公约的规定对和解协议进行救济与承认。毫无疑问，这会造成签约国和非签约国之间权利义务的不对等，直观表现在签约国相关的和解协议无法在非签约国享受公约赋予的权利，但在签约国履行的非签约国相关的协议却受到公约的保护，只有在该和解协议符合公约规定拒绝救济的情形，签约国相关当局才有拒绝救济和解协议的权利。因此，有观点认为，加入《新加坡调解公约》会损害签约国的国家利益，尤其是跨境商业行为频繁密切的国家。然而，如第一节所述，与和解协议相关的公约适用互惠原则在实践中并无可行性，甚至会造成和解协议承认执行比公约生效前更难执行的后果，这显然有悖于公约主旨。笔者认为，就公约普惠原则“损害国家利益”“给非签约国占了便宜”这类论调过于片面。从表一可直观看出，《新加坡调解公约》适用的和解协议的承认执行情况主要有 6 种，其中第 2、3、4、5 项是现有观点得出签约国和非签约国利益不平衡的主要依据。

表一：《新加坡调解公约》适用范围下涉及签约国和非签约国和解协议概况

	调解地（是否为签约国与公约无关）	调解机构（个人）所在地（是否为签约国与公约无关）	和解协议救济申请当事人营业地 / 惯常居住地是否为签约国	和解协议被申请当事人营业地 / 惯常居住地是否为签约国	和解协议申请救济地是否为签约国
	是 / 否	是 / 否	是	是	是
	是 / 否	是 / 否	是	是	否
	是 / 否	是 / 否	是	否	是
	是 / 否	是 / 否	否	否	是
	是 / 否	是 / 否	是	否	否
	是 / 否	是 / 否	否	否	否

以我国为例，在“中国—欧盟—中国执行”模式下达成的和解协议在特定情况下能够为我国企业提供更多的救济，而“欧盟—中国—中国执行“模式下达成的和解协议也不能当然作为权利义务不平衡的依据。首先，和解协议双方在平等协商的基础上达成一致共识，签订的和解协议在很大程度上是双方真实的意思表示，假如中方企业后来不愿自行执行而导致欧盟企业来我国申请公约下的救济事项，我国因欧盟未缔约主张互惠保留的做法显然

是不公平、欠商榷的，也不利于我国涉外营商环境的良好发展和负责任大国的形象口碑树立[5]；若国内企业是因不公正的和解协议遭受欺诈，我国也有《新加坡调解公约》与《中华人民共和国民事诉讼法》（下简称“《民事诉讼法》”）及其司法解释的救济措施，而不是通过互惠保留这一国际惯例去拒绝营业地或惯常居住地为非签约国的企业的执行请求。

其二，涉外和解协议执行是否会增加签约国司法诉累。有观点认为，《新加坡调解公约》在一国生效后会导致与该国相关和解协议的救济请求激增，从而给当局主管和解协议的机关造成司法诉累，笔者认为此观点缺乏对调解基础的理解和实务调研。大多数经过调解产生的和解协议是双方真实的意思表示，能够进行涉外商事行为的法人或自然人更重视商誉具有较高的诚信意识，在友好平等条件下达成的和解协议一般都会由双方自行执行，若双方未达成一致意见自然会选择仲裁或诉讼解决，所以“大量涌入和解协议强制执行请求”的此类观点夸大了公约适用后的风险。

其三，拒绝准予救济的和解协议辨别的司法实务难题。《新加坡调解公约》第 5 条规定了拒绝准予救济的理由，笔者赞同其确实存在为签约国造成了一定的司法实务难题的观点。其中第 5 条第一款规定了（a）项当事人无行为能力、（b）项协议本身瑕疵和（c）项调解程序违法三类公约签约国主管机关可以拒绝救济的情况，其中仅（b）项可以通过书面审查明确辨别。然而，（a）项虽然短短几字但留下了较多复杂的问题。和解协议当事人若是位于境外的自然人与机构，判定位于境外的自然人与机构是否处于无民事行为能力的状态需要主管机关域外取证方能明确提供证明的正确性，各国就“无民事行为能力”的认定各不相同，实务中适用何种法律认定也需要识别界定，例如依据《中华人民共和国法律适用法》的规定：“民事主体权利能力使用经常居所地法律，法人及分支机构，适用登记地法律。”而（c）项在（a）项的基础上对主管机关的识别能力提出了更高的要求，涉及调解员的调解行为和披露行为等程序性是否公正的事项，在司法实践中执行此项审查十分困难，调解程序发生地与调解员一般都位于境外，意味着主管机关可能需要为了验证此类证明而开启域外调解调查程序，这无疑是不现实的。中方认为对于（c）项，只能通过和解协议当事人行为进行推定，例如一方没有出席调解程序而和解协议的结果却对其极其有利，足以推定该协议的调解程序严重违反“调解准则”。[6]但该类做法仅适用于特别明显的不公正、不独立的和解结果，依然无法辨识一些刻意设计的调解骗局。

其四，虚假调解损害公共利益的担忧。虚假调解，指当事人出于非法的动机和目的，利用《新加坡调解公约》赋予的权利，通过进行虚假调解程序在调解员有意或无意的误判下做出和解协议并申请救济执行以达到双方事先通谋目的的行为。为了避免当事人通过虚假调解行为损害签约国的公共利益（比如避税、躲避限购），公约第 5 条第二款规定：“若准予救济违反当事方的公共政策或法律，当事方主管机关可以拒绝救济。”在即使调解员不

[5] 孙巍：“对加入《新加坡公约》几点顾虑的回应”，载微信公众号“中伦视界”，2019 年 4 月 30 日。

[6] 孙巍：“《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》立法背景及条文释义”，法律出版社 2019 年版，第 66 页。

能识别虚假调解的情况下，公约也赋予了签约国维护自身公共利益的最后保护屏障。

（二）我国国情下实施《新加坡调解公约》带来的疑问与挑战

其一，和解协议执行便利下境外调解机构对我国调解机构的挑战。有观点认为，《新加坡调解公约》会对我国本土调解机构带来挑战，笔者认为此种担忧不无道理。作为涉外商事纠纷大国，我国的非诉纠纷解决机制和机构均还未成熟完善，尤其是商事调解体系，较商事仲裁体系发展更加缓慢。在此种情况下，若《新加坡调解公约》在我国生效，即使和解协议是由位于境外国际商事调解机构产生的，当事人也可申请救济。面对商事调解规则更完善、服务更专业与快速的境外商事调解机构，国内的商事调解机构在竞争中完全处于劣势，如何在较短时间内完善各个地方、区域与行业商事调解机构的商事调解规则与服务应当深入探讨并积极实践。

其二，《新加坡调解公约》执行程序与我国现行民事诉讼程序的冲突。我国国内的商事调解既无实体法规定，程序法规定也相当简略。在实体法方面，2011 年开始实施的《中华人民共和国人民调解法》（下简称“《人民调解法》”）于商事调解并不适合援引借鉴，甚至应当严格区分，因为其适用范围是人民调解委员会通过说服、疏导等方法，促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议，解决民间纠纷的活动；在程序法方面，《民事诉讼法》第十五章特别审判程序第六节对确认调解协议案件做出的规定可以看出[7]，我国现有的调解协议必须经过司法确认才能申请司法救济，与《新加坡调解公约》直接执行经调解达成的和解协议有明显冲突，若《公约》在我国生效，国内将不可避免的出现和解协议执行双轨制度，《公约》与《民事诉讼法》如何衔接主要涉及两套制度各适用何种和解协议，是解决制度不协调的关键。

二、《新加坡调解公约》实施带来的机遇

（一）加快我国国际商事调解机构和规则的制定

虽然我国的商事调解规则机制和商事调解机构存在滞后性，甚至于商事调解法律法规都存在立法空白，但我国有大量潜在的商事调解人才、持续增长的商事调解案源和“以和为贵”的文化内核，《新加坡调解公约》在我国生效虽然会带来一些外部竞争冲击，但就长远来看，其能对我国商事调解产生非常良性的深远影响，包括商事调解立法的完善、商事机构的成长和规则的构建，“没有竞争的环境是一滩死水”，有竞争才有发展，基于此，切不可固步自封，对《新加坡调解公约》在我国生效采取消极态度，从而错失挑战带来的发展机遇。

（二）助力我国企业“走出去”

《新加坡调解公约》在我国生效有利于鼓励我国企业在“走出去”过程中就产生的商事纠纷积极寻求商事调解程序解决。笔者在上文分析，在调解程序公平进行的情况下，我

[7]《民事诉讼法》第 194 条：“申请司法确认调解协议，由双方当事人依照人民调解法等法律，自调解协议生效之日起三十日内，共同向调解组织所在地基层人民法院提出。”第一百九十五条：“人民法院受理申请后，经审查，符合法律规定的，裁定调解协议有效，一方当事人拒绝履行或者未全部履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行;不符合法律规定的，裁定驳回申请，当事人可以通过调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议，也可以向人民法院提起诉讼。”

国企业在“走出去”的过程中并不会因《新加坡调解公约》的普惠原则而遭受利益损失。调解前置能够解决商事中大多数小摩擦，较昂贵的仲裁和漫长的诉讼程序而言，是一条低成本、高效率的争议解决途径，能够优先降低企业的营运成本，助力企业更好的“走出去”。

（三）“一带一路”背景下我国营商环境改善的重要一环

作为“一带一路”的倡议者和发起人和世界第二大经济体，我国在考虑《新加坡调解公约》普惠原则时不应过于患得患失。首批签约的 46 个国家中包含“一带一路”参与国 25 个，即超过半数的签约国是“一带一路”的参与国，相应的，“一带一路”参与国中有 1/3 的国家缔结了公约。一方面，公约的实施能够便利争议解决途径救济，习近平总书记指出：“法制是最好的营商环境”，商事争端解决途径体系的完善是评价对外资投资友好程度的重要指标，象征着良好的营商环境和开放形象；另一方面，加入公约是我国参与国际规则制定的重要标志，是推动多边主义变革的重要步骤，一定程度上加强了我国的国际影响力与话语权。[8]

综上，我国加入《新加坡调解公约》虽然面临着暂时的难题和挑战，但都能够通过国内商事调解机构自身竞争能力的增强和商事调解规则的完善得到解决，加入公约对“一带一路”意义深远，也有助于助推我国商事调解规则机构建设和企业“走出去”，表明了我国推进全球治理改革进程的决心。总体而言是利大于弊的。

第三节 《新加坡调解公约》在我国落地的注意事项与建议

第二节提到，《新加坡调解公约》落地我国存在执行程序与我国现行民事诉讼程序的冲突和境外调解机构对我国调解机构的挑战，本节就这两个挑战结合我国商事调解提出《新加坡调解公约》在我国落地的注意事项与具体建议。

一、加快国内商事调解的法律法规设计

（一）结合我国基本国情加快制定《商事调解法》进程

我国国内商事调解领域存在立法空白，起草完善的《商事调解法》有一定必要性。一方面，商事调解和诉讼、仲裁一样是商事争端解决的重要途径，我国已有《民事诉讼法》《中华人民共和国仲裁法》（下简称“《仲裁法》”）和《人民调解法》，其中《人民调解法》适用对象是民间争议纠纷，和商事调解存在很大差异。在调解法制观念体系建设时不应忽视商事调解。另一方面，作为经济大国，我国涉外商事纠纷逐年增长，商事调解的法律缺位在未来会造成一定的困扰。反观其他经济大国或地区组织，全球第一大经济体美国在 1998 年就通过了《替代性争议解决方案》、2001 年《统一调解法案》生效实施，欧盟于 2008 年 5 月颁布了《关于民商事调解若干问题的指令》，德国于 2012 年 7 月颁布了《促进调解及其他诉讼外冲突解决程序法》，印度将调解制度和仲裁制度统一立法颁布了《1996 年仲裁与调解法》，相较而言，我国商事调解立法存在滞后性，建立一套完善的服务商事纠纷解决法律体系需要提上日程。此外，若《商事调解法》被提上正式立法程序，笔者认为

[8] 刘敬东：“《新加坡调解公约》对我国的意义及影响”，载微信公众号“天同诉讼圈”，2019 年 12 月 9 日。

该法的起草在体系上可借鉴《人民调解法》，内容上参考《仲裁法》，将国内调解与涉外调解分野进行立法，并尝试将《新加坡调解公约》本土化。

（二）积极借鉴域外和国内现有商事调解规则

我国现行调解规则较为典型的是中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心在2012 年发布的《调解中心调解规则》（以下简称《贸仲调解规则》），其调解范围为“平等主体的自然人、法人和非法人组织之间发生的民商事争议”，并不是专门针对商事调解的调解规则；而上海经贸商事调解中心的调解规则更契合商事仲裁特点，但不具有普遍的地域指导性，影响力较小。在根据我国的国情基础上，国内的商事调解机构需要积极借鉴域外和国内商事调解机构的商事调解规则以完善与自身配套的商事调解规则。

国际商会（ICC）在 2002 年发布的《国际商事调解示范法》。《国际商事调解示范法》对“国际”“商事”等概念有清晰的界定并为大众接受，已成为重要的参考标准；明确了调解的基本原则是充分尊重和体现当事人意思自治；强调了国际商事调解涉及的技术性问题，就披露、保密作出的界定具有指导意义；对电子商务等新型行业多商事争议也有所涉及，是我国在制定相应的《商事调解示范规则》优秀的借鉴对象。此外，上海经贸商事调解中心的《调解规则》也有亮点和创新，比如强调诉调对接、仲调对接和联合其他机构调解的制度，通过实践证明也有一定的可行性，值得借鉴参考。

（三）完善虚假和解下虚假调解民事救济途径

上文提到，《新加坡调解公约》生效后也需注意利用虚假和解规避我国公共政策和法律的情况。公约虽然赋予签约国主管机关对违反公共政策或法律的和解协议拒绝救济的权利，但却是“被动的防御”，对有意通过虚假和解损害国家、公共利益的行为并无威慑作用，大多数虚假和解虽然无法达到非法目的，但缺乏违法成本，主管机关依旧会被其困扰；而少数的虚假和解或许无法通过公约规定的审查方式被发现，侵害了当事人或善意第三人的权利甚至公共利益。我国《民事诉讼法》规定了虚假诉讼、调解侵害社会、他人利益的惩戒措施。[9]为此，《商事调解法》立法时应当规定准用性规则，指向《民事诉讼法》执行异议完善司法救济途径和惩戒措施；借鉴参考虚假仲裁民事救济途径，建立虚假和解识别机制，建立案外人听取评判机制等。

二、扶持涉外商事调解机构的发展——以“一带一路”国际商事调解中心为例

在签署《新加坡调解公约》前，我国就已在“一带一路”沿线各国国际商事纠纷调解中心的建立过程中扮演积极角色，其中最为典型的就是“一带一路”国际商事调解中心。2015 年 10 月，“一带一路”服务机制在意大利米兰设立，并于 2016 年落地北京，并在国际上和意大利、法国、西班牙、印尼等国建立线上线下对接等国内外调解室，[10]实现了线

[9] 《民事诉讼法》第 112 条规定：“当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，人民法院应当驳回其请求，并根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的，依法追究刑事责任。”第一百一十三条规定：“被执行人与他人恶意串通，通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的，人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

[10] “国内外专家支招“一带一路”投资贸易纠纷解决：首选调解”，载中国国际贸易促进委员会官网，http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3387/2019/0121/1115226/content_1115226.htm，最后访问日期 2020 年

上线下国际国内的结合与联动，国际商事调解服务已覆盖亚非拉欧各个地区与国家，该中心的建立成长过程对《新加坡调解公约》生效后其他国内商事调解机构极具指导意义。

（一）按影响力阶梯循序渐进发展商事调解中心

商事调解中心的影响力参照商事仲裁机构可分为地方商事调解中心、全国性商事调解中心、区域性商事调解中心和国际知名商事调解中心。[11]我国现有数量可观的地方调解中心，涉及业务主要是人民调解而不是商事调解，而全国性商事调解中心少之又少。《新加坡调解公约》落地后我国应积极在一线城市、各个自贸区着力发展地方性商事调解中心与全国性商事调解中心服务于本国商事调解争议解决，并在海南自贸港等开放度较高，跨境贸易繁荣的区域尝试建立类似于“一带一路”国际商事调解中心的地方商事调解机构，通过提升服务品质积攒口碑循序渐进向更上位的影响力的商事调解中心过渡。

（二）尝试混合设立常设调解中心与专业性调解中心

商事调解中心参照仲裁机构按设置情况可分为常设商事调解机构和专业性商事调解机构，其中专业性商事调解机构是附设在特定行业内的商事调解机构，例如大宗商品交易、电商、海事海商等行业对商事调解有较强等专业性和实务要求，设置相应的专业性商事调解机构有一定针对性和专业性。

（三）突破机构调解桎梏鼓励个人调解

区别诉讼与仲裁，调解更注重发挥当事人的意思自治，主要表现在要式上更灵活，为个人调解提供了发挥的契机。我国在民间纠纷调解中广泛使用的个人调解，在更为正式的商事调解场合却偃旗息鼓。事实上，我国拥有丰富的后备高层次专业性调解人才队伍，在商事调解能够发挥重要作用，却因难以同一般双方当事人的和解相区分而被忽视。我国在发展机构调解的基础上培养一批特定专业的个人调解人才具有一定可行性，对调解员的具体选拔标准可以参照仲裁员，也可在行业协会和商事调解机构推荐下选任，从而推动个人商事调解的开展。

（四）和人民调解委员会严格区分

我国的人民调解体系较商事调解体系更为成熟，不仅拥有《人民调解法》的法律保障，还有各地区层级的人民调解委员会。但人民调解的蓬勃发展事实上和法律上都对公众正确理解商事调解造成了阻碍。在国内商事调解体系构建的过程中，需要明确人民调解和商事调解的区别：第一，在原则上，民法主张平等原则、自愿原则、公平原则、诚信原则、绿色原则、公序良俗原则，而商法强调效率，有较多的商事惯例与妥协；第二，人民调解委员会大多处理的是民事纠纷，由群众自发的、半官方、非职业化的调解员进行调解，而商事调解中心仅涉及商事纠纷，自治且专业，需要较高的外语能力水平，两方的调解员队伍建设术业有专攻，不可混用；第三，人民调解委员会数量较多，而商事调解中心应当依据商事需要设立，且行政构造应当参照仲裁庭追求人员精简和高效，切忌一味追求数量而在服务质量上丧失优势。

8月20日。

[11] 上海市律师协会律师学院组编：“国际商事仲裁律师实务”，法律出版社2018年版，第60页。

（五）培养高层次专业性的商事调解人才队伍

商事调解虽注重当事人意思自治，优秀调解员亦不可少。专业的调解员不仅能促进并保障双方调解依法顺利进行，还能识别虚假调解，虽然不能对争议双方强加解决办法，却能推动当事人友好解决争议、调解程序的成功进行和争端的圆满解决。我国在加强国际商事调解中心软实力的过程中应引导行业精英人才加入调解员队伍，加强调解员职业道德教育，建立专业化培训机制，并在涉外商事调解机构积极引进不同法系、不同语言、不同国家和不同领域的外籍专家，打造多元高效专业的高素质商事调解员团队。

（六）结合互联网技术打造高效、便利、先进调解体系

“一带一路”国际商事调解中心作为国内第一家国际商事网上调解中心，为我国现阶段建设线上调解体系提供了经验。美国已能够运用 Sagewise、OpenBazaar 等线上 ADR 解决纠纷，互联网技术为跨境商事纠纷解决提供了新的契机，国内商事调解机构应敏锐察觉这一契机并作出一系列尝试，在线上商事调解方兴未艾知识占据主动以打造高效、便利、先进的调解体系，但线上调解体系需要注意双方当事人的个人信息和调解过程信息安全。

三、法院与仲裁机构应重视调解与诉讼、仲裁对接产生的实务问题

（一）诉仲中产生的和解协议部分适用《新加坡调解公约》

《新加坡调解公约》第 1 条第三款规定排除法院判决／仲裁裁决执行的和解协议，但不是当然排除所有在诉讼、仲裁制度中产生的和解协议。有些和解协议虽然在诉讼／仲裁的过程中产生，但没有被制作成调解书／裁决书，仅具有合同的一般效力，若符合公约的其他要求依旧可以援引其申请救济。[12]和解协议可以在诉讼／仲裁程序开始前达成；也可以在诉讼／仲裁程序进行时达成，时间跨度包括开庭前、开庭时、开庭后判决／裁决未作出前，在这些和解协议中，法官／仲裁员被法律和规则赋予了调解员角色，虽然和诉仲程序紧密相关，但也应在重视诉调结合，仲调衔接的基础上强调调解的独立性。有条件的仲裁机构和委员会可以积极发展商事调解业务，培养多元化的商事调解与仲裁人才，制定相应商事调解规则，例如《中国海事仲裁委员会示范调解条款》（下简称“《海仲调解规则》”），就是中国海事仲裁委员会在仲调结合模式下的积极探索与尝试。

（二）完善诉仲过程中达成和解后的退费细则

实务中不乏商事争端诉诸法院/仲裁机构经过调解撤诉／撤裁的情况，多数仲裁机构虽然都对调解的介入持积极态度，但存在并未配备合适的调解制度、调解员名册缺失和收费规则还需细化等问题。例如《海仲调解规则》就调解费用作出了详细的说明，但因调解而撤销仲裁的退费却存在空白。以仲裁机构和仲裁委员会主导的商事调解为例，可以分为仲裁程序启动前的调解、仲裁程序启动后的调解，其中仲裁程序启动后的调解又可分为组庭前的调解和组庭后的调解，此类区分意义在于调解员的身份不同，在仲裁程序开始前和组庭前的调解员可能是仲裁委/机构的行政人员、其提供的调解员名册中的调解员，而组庭后扮演调解员职责的主要是读任仲裁员或 3 位仲裁员，可分为首次开庭前调解、首次开庭时

[12] 陈铭龙：“《新加坡调解公约》视角下国际和解协议的执行”，载《研究生法学》，第 34 卷第 4 期。

调解和首次开庭后调解，在仲裁和调解衔接的程序中，每一个阶段都可能发生调解，不同阶段调解程序启动产生的费用，以及调解结果成功与否影响调解员的报酬程度都应被清晰界定。

第四节 《新加坡调解公约》移植与本土化构想与展望

《新加坡调解公约》第 8 条第一款（b）项允许签约国保留是否将公约转化为国内法律渊源的权利，若签约国保留此项，则公约需经过和解协议当事人明示方能适用。即使在此情况下，《新加坡调解公约》的一些规定仍可通过移植本土化，进一步推动签约国与非签约国商事调解救济体系的完善，本节着重探讨公约在我国本土化的可行性和影响、注意事项以及具体进程构想。

一、《新加坡调解公约》移植与本土化可行性和影响分析

《新加坡调解公约》的移植与本土化存在可行性，主要体现在以下四个方面。其一，从法律移植的方法论出发，国内存在不可移植论和可移植论两种观点，笔者赞同何勤华教授的观点，认为法律具有可移植性[13]；其二，从国内现有商事调解法律体系出发，上文已提到我国商事调解实体法与程序法都存在立法空白，移植《新加坡调解公约》在一定程度上能够填补这一空白，促进我国商事和解协议的救济体系完善；其三，从《新加坡调解公约》本身出发，公约是和解协议救济操作体系的一套教科书规范，是较为先进的法律制度，移植公约的行为顺应了商事法国际化的趋势，也有利于进一步节省司法成本；其四，从国际条约的特点出发，《新加坡调解公约》内容具有妥协性，规定内容比较基础，赋予了签约国较大的自主操作空间，移植公约后依据我国国情本土化可操作空间大。

二、《新加坡调解公约》移植与本土化注意名词统一

《现代汉语词典》将“和解”定义为不再争执或仇视，归于和好，然而在我国民事诉讼法的语境中，和解一词和传统文义不同。[14]我国在引进《新加坡调解公约》时需注意公约中的“和解协议”外延与我国民事诉讼特别程序中“调解协议”以及“和解协议”外延的区别。在定义上，公约的“和解协议”仅指具有国际性的商事调解协议；而《民事诉讼法》中的“调解协议”不仅囊括民事和商事争议解决产生的调解协议，也包含国内和国外的调解协议，在民事诉讼程序中形成的调解协议除第 98 条规定外都应当制作调解书，且送达后即有法律效力；《民事诉讼法》中的“和解协议”是由当事人自行协商达成的文件。在法律效力上，公约的“和解协议”和我国“和解协议”的效力类似，形成后无既定法律强制力。在形成程序上，公约的“和解协议”和我国“调解协议”类似，需要第三人以非强制的方式介入；但公约规定的“和解协议”同仲裁程序中通过调解达成协议但并未制作调解协议书的情况更贴近。所以，若引进《新加坡调解公约》，使用“调解协议”的称谓较“和解协议”更为适当。一方面，可以避免造成歧义和《民事诉讼法》规定的“和解协议”

[13] 何勤华：“法的移植与法的本土化”，商务印书馆 2014 年版，第 18 页。

[14] 温先涛：“《新加坡公约》与中国商事调解——与《纽约公约》《选择法院协议公约》相比较”，载《中国法律评论》，2019 年 01 期。

混淆；另一方面，有利于调解、仲裁、诉讼程序法制体系的和谐统一。

三、《新加坡调解公约》移植与本土化进程构想

由于我国现行商事调解法律体系并不完善，也无相关立法计划，《新加坡调解公约》移植成为法律存在一定困难，但可以通过国内自由经济贸易区的规章条例先行尝试，在自贸区摸索出一套本土化的商事和解协议救济体系，例如，海南国际仲裁院设立了国际商事调解中心并引入了公约的相关内容，在制度设计上与公约保持有效衔接。[15]在自贸港商事调解机构先行示范的基础上，其他商事调解机构可调研总结经验，结合我国基本国情从点到面，逐渐推广至特定地域、全国范围内，鼓励商事纠纷当事人调解前置，赋予调解协议完善有效的救济途径，从而达成减少案件数量，节省司法成本的良性互动。

[15] 《海南国际仲裁院设立国际商事调解中心》，载中新网，http://www.hi.chinanews.com.cn/hnnew/2020-06-02/4_121805.html，最后访问日期2020年8月16日。

CISG 下根本违约和欺诈的认定——评中国公司与美国公司有机菊粉争议案

周雁琳

上海海事大学

摘要：作为买方的美国 Becwood 公司以作为卖方的中国定西陇海公司出口的有机菊粉受潮为由，单方面解除此前双方订单下第三批和第四批的货物交易。中国定西陇海公司诉至美国法院，控告美国公司违约和欺诈，并且要求就其所遭受的损害进行赔偿。据此美国公司提出反对动议。一审法院认为，中国公司没有举证证明因取消第三批和第四批货物造成损害的时价，因而法院认定损害不存在。中国公司对此判决不服，向美国第八巡回法庭提起上诉。上诉法庭经过对本案审理后作出发回重审的裁决。通过对该案案情的简单回顾，结合《联合国国际货物销售合同公约》相关条款剖析中方败诉的原因——未能提供有效证据予以支撑其诉求。根据该案也提醒中国公司在国际贸易中应当增强风险意识。

关键词：违约损害；分批交货；《联合国国际货物销售合同公约》；欺诈

《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称 CISG）是当今国际货物买卖领域的重要法律规范，在调整国际货物销售合同关系和促进世界货物贸易流通方面发挥着重要的作用。中国有大量外贸企业与美国企业进行贸易往来，在国际货物买卖中，无可避免会出现涉及 CISG 适用问题的纠纷。美国发下将该公约完全视为国内法，即使合同当事人没有将其明确约定为合同争议的准据法，美国法院也经常使用 CISG 来解决由其管辖的国际货物买卖纠纷。但是中国企业对 CISG 的理解和适用仍然存在不了解、不重视的问题，本文将以中国甘肃定西陇海乳品公司与美国 Becwood Technology Group 有限责任公司有机菊粉争议一案为基点，通过运用 CISG 相关规定，同时结合既往司法实践，对案件中涉及的学理及法律问题进行分析论证。

一、案情回顾

（一）案件背景

2007 年 2 月，原告中国甘肃定西陇海乳品公司（以下简称中国公司）与被告美国 Becwood Technology Group 有限责任公司（以下简称美国公司）签订合同，约定美国公司向中国公司订购 612 公吨有机菊粉，合同总价 177 万美元，货物分四次装运，分别付款。第一次装运 8 个集装箱，第二次装运 4 个集装箱，第三次装运 11 个集装箱，第四次装运 11 个集装箱。

之后，美国公司收到第一批货物，并全额支付费用。但随后以货物受潮为由，拒收拒付第二批货物。中国公司为避免损失扩大，召回了在途的第三批和第四批货物，并且以美国公司对后三批货物存在欺诈以及根本违约为由诉至美国法院。

（二）基本案情

原告：中国甘肃省定西市的陇海乳品公司（以下简称中国公司）

被告：美国 Becwood Technology Group 有限责任公司（以下简称美国公司）

2007 年 2 月 27 日，双方签署了买卖有机菊粉（一种用于加工食品的膳食纤维）的订单。其中合同中约定美国公司向中国公司订购 612 公吨的有机菊粉，交货条件为 FOB 中国天津新港，其中还包括标签和包装说明。最后还规定，因延迟装运或者质量低劣或者与合同条款的其他偏差引起的任何索赔应由供应商承担。合同要求从中国天津港到新罕布什尔州的伦敦德里分 4 批货物进行装运，合同总价为 177 万美元。订单对于诉讼或者仲裁条款没有作出明确约定。在与订单有关的 12 个集装箱中，11 个通过巴拿马运河到达美国东海岸，1 个在洛杉矶卸货，并通过陆路运到东海岸。

中国公司按合同要求，于 2007 年 3 月 5 日至 6 日将包装好的菊粉通过陆运运送到天津港装运了第一批货物，即 8 个集装箱，美国公司于 2007 年 4 月中旬对于第一批货物支付了相应的货款。但在中国公司装运了第二批货物后，美国公司收到了前两批货，支付了第一批货物的货款，但由于包装外部有霉菌而拒绝支付第二批货。为了防止损害进一步扩大，中国公司在第三批和第四批货物到达目的地之前召回了这些货物，并以违约和欺诈性的虚假陈述起诉了美国公司。

美国公司声称货物受潮，通知中国公司，拒收货物。为了支持其关于菊粉受损的立场，美国公司提交了据称是霉菌的照片以及一份目击者证词。此外，美国公司还提供了一份由其保险人在伦敦德里检查菊粉装运的报告。在报告中，检查员得出“初步结论，即收到有机菊粉的十二个集装箱可能潮湿，包装上有明显的潮湿迹象”。报告还指出，“产品是否受到污染，将由中国公司进行进一步的产品测试来确定。”因此 2007 年 6 月 12 日，美国船运保险公司要求中国公司提供检测报告。中国公司尽管没有义务这样做，但还是提供了在第 11 个集装箱内货物的实验室报告。中国公司称，报告证明货物质量没有受到水渍影响，且货物质量符合订单要求。

2008 年 3 月 18 日，中国公司向美国明尼苏达州联邦地区法院提起诉讼，主张：第一，美国公司没有对三批货物支付货款，且这三批货物价值 141 万美元。美国公司应该支付该货款，并外加相关的利息、律师费。第二，由于相信美国公司的许诺，中国公司才将订单上所有的货物发往美国指定的港口，从而遭受人工、包装、陆运等损失。为了减少造成的损失，中国公司不得不召回已经运往美国的最后两批货物，从而遭受的相应损失达 28 万美元。中国公司要求美国公司支付相关运费、成本、开支、利息、律师费等，合计为 82 万美元。2008 年 4 月 15 日，美国公司提出动议，要求拒绝中国公司有关第三批和第四批货物的请求，以及有关虚假陈述的损害赔偿请求。

二、判决要旨

该案件一共存在四次判决，双方对本案适用 CISG 没有异议，四次判决如下：

1.第一次判决

美国明尼苏达州联邦地区法院审理认为：第一美国公司及时向中国公司发出了拒绝接受第三批和第四批货物的通知，并且中国公司也就此采取了召回这两批货物的行为，因此中国公司的索赔应当依据 CISG 第 76 条[1] 而非第 74 条[2]，并且仅限于商品当前价格与其在同美国公司签订合同时确定的价格之间差额。然而中国公司对此无法提供就第三批和第四批货物受损的证明。第二，根据《美国民事诉讼规则》第 9 条第 b 款的规定，中国公司无法提供有效证据证明美国公司的行为存在欺诈。

2008 年 7 月 1 日，法院判决支持美国公司的动议，驳回中国公司的诉求。[3]

2.第二次判决

在法院作出第一次判决后，美国公司于 2010 年 3 月 1 日提出反诉，并且提供了一份专家证明。

法院经审理后认为：出具证明的 Tungland 并不具备对有机菊粉受潮出具证明的资格，其再该领域缺乏教育和经验，同时其提供的专家证明是基于 Stonyfield 身份不明的第三方证人所作的证词以及包装材料未注明日期的照片的影印本，既没有审查有关受潮的分析或检验报告，也未独立调查或测试该物质。据此，法院于 2020 年 6 月 1 日作出判决——支持美国公司的动议，排除专家证明效力。[4]

3.第三次判决

中国公司不服该判决，遂于 2010 年 2 月 10 日对前两批货物的违约损害赔偿提起上诉。美国公司提出反诉，认为中国公司交付的货物不符合合同约定，成立根本违约，同时还认为中国公司的行为构成对现有或预期合同的侵权干扰，违反了合同项下的明示和默示保证义务。

法院经审理认为：首先美国公司没有任何证据证明其在有机菊粉包装外部发现的物质是霉菌或者其他任何污染物，不足以就菊粉受到损害作出实质性证明。并且美国公司在其后对菊粉进行回购，将其重新包装后以“适合人类食用”的形式出售给其他客户，这足以说明菊粉并未受损；其次运输菊粉的海运承运人签发了清洁提单，并且承运人并未就货物存在任何不佳状态通知中国公司，由此可以看出中国公司将菊粉运输到天津新港时并未发生美国公司所诉称菊粉受损的情况；最后该案中也没有证据表明中国公司的行为试图促使美国公司违反与 Stonyfield 现有或者预期合同关系；前述已论证交付给美国公司的菊粉并未受损，因此不存在中国公司违反合同项下的明示和默示的担保义务。

---

①注释：CISG 第 76 条：“如果合同被宣告无效，而货物又有时价，要求损害赔偿的一方，如果没有根据第 75 条规定继续购买或者专卖，则可以取得合同规定的价格和宣告无效时的时价之间的差额以及按照第 74 条规定可以取得的任何其他损害赔偿。但是，如果要求损害赔偿的一方在接收货物之后宣告合同无效，则应适用接收货物时的时价，而不适用宣告合同无效时的时价。”

②注释：CISG 第 74 条：“一方当事人违反合同应负的损害赔偿额，应与另一方当事人因他违反合同而遭受的包括利润在内的损失额相等。这种损害赔偿不得超过违反合同一方在订立合同时，依照他当时已知道或理应知道的事实和情况，对违反合同预料到或理应预料到的可能损失。”

① See *DINGXI LONGHAI DAIRY, LTD., a China Company incorporated in the Province of Gansu, China, Plaintiff, v. BECWOOD TECHNOLOGY GROUP, L.L.C., a U.S. Company incorporated in The State of Minnesota, USA,Defendant.* Civil No. 08–762(DSD/SRN). July 1, 2008.

② 同上。

2010 年 6 月 17 日，法院支持中国公司的简易判决动议，同时作出判决——认定中国公司在将菊粉从中国运至新罕布什尔州的过程中未有菊粉受损情形，不成立违约；中国公司未对美国公司与 Stonyfield 之间现有和预期的合同关系造成侵权干扰；中国公司未违反合同项下的明示和默示保证义务；驳回中国公司对美国公司提出的部分损害赔偿请求。[5]

（四）第四次判决

中国公司不服法院作出驳回第三批和第四批货物损害赔偿诉求的判决，遂向美国第八巡回法院（以下简称上诉法院）提起上诉。

法院经审理后认为：中国公司召回在途的第三批和第四批货物，且有证据表明，中国公司并未违反合同项下的明示和默示担保义务，且货物质量符合合同约定，因此其诉求不太可能完全获得法院的支持。

2011 年 2 月 14 日，上诉法院作出裁决，认定地区法院错误认定中国公司保留了第三批和第四批货物的所有权。然而在 FOB 下，当美国公司拒绝履行合同义务并拒绝支付货款时，中国公司被要求重新拥有所有权。据此，上诉法院裁决撤销地方法院于 2008 年 7 月 1 日所作判决，裁定发回重审。[6]

三、评析

（一）判决的思路及意义

本案所涉及的关键法律问题是，在当事人订立的买卖菊粉合同中，美国公司是否构成根本违约，是否享有违约损害赔偿请求权以及美国公司是否构成欺诈。本判决的特色在于确立了如下规则：在美国法域下因根本违约而生发的损害赔偿请求权前提是要求受害方存在实际损失；欺诈的认定需要从客观要件和主观要件两方面出发。这不但牵涉因根本违约和损害赔偿请求权之关系，还关乎欺诈举证责任分配之理解。尽管该案时隔多年，但鉴于学界对其迄今罕有关注，故仍有解读和省思之必要。

（二）评析

正如前文所述，本案适用 CISG，本文认为本案的争议焦点主要在于国际货物销售合同中关于因违约而导致合同被取消，以及合同当事人能否要求损害赔偿。关于卖方单方宣告合同无效的问题，其前置条件应当是合同一方当事人存在根本性违约。根据 CISG 第 25 条的规定：“一方当事人违反合同的结果，如使另一方当事人蒙受损害，以致于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西，即为根本违反合同，除非违反合同并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果。[7]”关于“实质性剥夺”应当如何认定？公约对于这一问题并未作出规定，因此本文认为法官在认定“实质性剥夺”具有很大的自由裁量权。本文认为，所谓“实质性剥夺”应该是指合同一方当事人的严重违约行为导致无过错一方丧失原本可以依合同享有的期待权。综合本案来

① See *DINGXI LONGHAI DAIRY, LTD., a China Company incorporated in the Province of Gansu, China, Plaintiff, v. BECWOOD TECHNOLOGY GROUP, L.L.C., a U.S. Company incorporated in The State of Minnesota, USA,Defendant.* Civil No. 08–762(DSD/SRN). July 1, 2008.
② 同上。
① See *CISG* Article 25.

看，美国公司主张中国公司所交付的菊粉因受到严重潮湿而导致美国公司丧失期待权，对于这种行为是否达到“实质性剥夺”的程度，还有待证明。

本案认定难点还在于因违约导致的损害赔偿的计算问题。中国公司在其诉求中只是依据 CISG 第 74 条概括性提出了赔偿要求，不包括如何计算损害赔偿。美国法院认为“中国公司没有提出合同规定的价格和宣告合同无效时的时价之间有差额”，所以由此推定中国公司不存在损害。同时美国法院还认为，本案应适用 CISG 第 76 条，关键在于如何界定时价。本文认为，时价是宣告合同无效时的时价或者接收货物之时的时价。关于地点的认定，时价为交付货物地点的价格或者另一合理替代地点的价格。

美国法院最后判决驳回中国公司对于第三批和四批的赔偿请求。双方当事人在合同中约定 FOB 天津，也就意味着，交付货物的地点为天津港，在同时存在宣告合同无效和交付货物的时价时，双方没有对此作出明确约定，那么应当适用可以取得合同规定的价格和宣告合同无效时的时价之间的差额以及按照 CISG 第 74 条规定可以取得的任何其它损害赔偿。但是随着经济的发展，宣告无效时的时价可能会产生波动，导致二者之间不存在较为明显的差价。因此笔者认为对于损害赔偿的计算还应综合考虑各种因素才能加以认定。

关于在国际货物贸易中分批交货的问题，根据 CISG 第 73 条的规定，对于双方当事人约定使用分批交货进行货物运输的，如果一方当事人不履行对任何一批货物的义务，便可以认定为对该批货物构成根本性违约，因此另一方当事人可以宣告该批货物的无效。[8] 这一款是对于在分批交货的前提下，当事人享有宣告该批货物无效的前置条件是造成根本性违约。

结合本案来看，美国公司在收到第一批货物后，认为该批货物因受潮导致严重生发霉菌而受损，因此拒绝支付第二批货物的价款，同时表示拒绝接受第三、四批货物。对此，美国公司援引第 73 条第 2 款对其所提出的诉求提供法律支撑。如果第一批货物确实存在质量问题，那么是否当然认为第二批、第三批和第四批货物也会存在质量问题呢？美国公司的主张显然不能站住脚。要证明中国公司对今后各批货物也会发生根本违约，就必须证明这四批货物具有不可分割性。在本案中，很难有证据证明第一批菊粉受潮后，第二批、第三批和第四批菊粉也会受潮，因此可以认定这四批货物之间不具有依存关系。

那么在此种情况下美国公司拒收货物后产生何种法律后果？根据 CISG 第 77 条[9]有关非违约方减损义务的规定可以看出，即使卖方交付的第二批货物不符合合同要求，但是买方接收货物仍然是其基本义务。根据 CISG 第 52 条[10]的规定，买房拒收货物仅包括两种情形，第一卖方提前交货；第二卖方多交货。据此，美国公司无权拒绝接收货物。但是“接收”不等于“接受”，买方接收货物并不免除卖方违约责任的承担。然而如果因为买方没有接收第二批以后的货物致使货物出现毁损、灭失等情形的发生，买方也应当承担相应的责任。

② See *CISG* Article 73（1）.

① 注释：*CISG* 第 77 条：“声称另一方违反合同的一方，必须按情况采取合理措施，减轻由于该另一方违反合同而引起的损失，包括利润方面的损失。如果他不采取这种措施，违反合同一方可以要求从损害赔偿中扣除原可以减轻的损失数额。”

② See *CISG* Article 52.

因此，美国公司需对其拒收货物的行为承担减损义务的不利后果。

（三）关于根本违约相关规范及学理

根本违约其违约形态的划分最早可追溯到罗马时期，依据“法律不理琐事原则”（Deminimis non Curat Les）将违法程度划分为“严重违约”与“非严重违约”[11]，其中债务人拒绝履行债务或者发生阻碍所导致履行不能的行为属于严重违约的范畴，除此之外的行为认定为非严重违约。

从罗马法中根本违约的雏形，到根本违约制度的产生与发展，当下学者的考究已渐趋成熟。通说认为这一制度始于英国的判例法，之后在美国以及大陆法系的运用实践中得到进一步发展，最终 CISG 吸收两大法系的成果，成为当前通行的根本违约制度，为国际货物买卖合同违约纠纷解决贡献了法律依据。

依据 CISG 第 25 条[12]规定可知，根本违约由客观要件和主观要件两个方面构成，采取了主客观相结合的标准[13]，即违约损害所致可期待利益的剥夺以及违约方对损害结果的可预知性是根本违约认定的两大要件。具体论证如下：

1.对根本违约中“损害”的认定

如何认定 CISG 中关于根本违约条款中“损害”以及“实质上剥夺有权期待得到的利益”在实务中通常是一个难题。CISG 并未对何种损害程度构成根本违约予以例证，秘书处仅在 CISG 草案中作出概括性评注，即对于根本违约中损害程度可参照合同标的价值、违约所致经济损失及违约对非违约方的影响等因素予以考量，可见评注对于司法实践可操作性不高。

通常认为根本违约的核心在于“主要损害”，而非违反合同主要条款。[14] 在合同履行阶段若发生违约，则通常是由于迟延履行和不完全履行所导致的，其中不完全履行包括瑕疵履行和加害给付。由于迟延履行成立根本违约的情形有：其一卖方不履行合同中约定的义务；其二，买方给予卖方合理时间内履行某种约定的义务，然而卖方并未履行，此种情形下买方甚至可以依据 CISG 第 49 条第（1）款[15]宣告合同无效；其三，针对合同标的物为应季性或者时效性要求较高的货物，迟延履行导致合同预期目的无法实现，也成立根本违约。然而如何认定不完全履行构成根本违约时，核心在于是否实质损害当事人期待得到的利益。

法院在对是否构成当事人可得利益的实质损害时，认为如果货物造成的缺陷无法修补，通过降价的方式也无法进行二次销售，或者没有任何卖方能以任何合理的的行为予以弥补时，才认定一方将从实质上丧失依据合同原本有权期待得到的利益，由此构成根本违约。

---

③ 参见焦津洪. 论根本违约. 中外法学，1993 年第 1 期，第 43 页。

① 注释：CISG 第 25 条：“一方当事人违反合同的结果，如使另一方当事人蒙受损害，以致于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到得到的东西，即为根本违反合同，除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果。”

② See *Magellan Int'l.Corp. v. Salzgitter Handel GmbH*, 76 F.Supp.2d 919, 924 (N.D.Ill.1999).

③ See John Shijian Mo，*International Commercial Law*，LexisNexis Butterworths 5th 2013，Australia，P.115.

④ 注释：CISG 第 49 条第（1）款：“（1）买方在以下情况下可以宣告合同无效：（a）卖方不履行其在合同或本公约中的任何义务，等于根本违反合同；或（b）如果发生不交货的情况，卖方不在卖方按照第四十七条第（1）款规定的额外时间内交付货物，或卖方声明他将不在所规定的时间内交付货物。”

[16] 当不构成根本违约，对于一方当事人采取补救措施以弥补另一方当事人不完全履行带来的损失时，依据 CISG 第 74 条的规定，一方当事人违反合同应负与另一方当事人因其违反合同而遭受的包括利润在内的损失额相等的损害赔偿额。

本案争议焦点之一便是美国公司是否构成根本违约，合同约定中国公司应当分批交付菊粉，美国公司因菊粉受潮生发霉菌而拒绝第三、第四批货物。中国公司与美国公司交涉无果后，为了减轻损失，便召回在途中的第三、第四批货物。依据 CISG 根本违约的客观要件来分析，中国公司完全可以转售剩下两批货物，说明美国公司的不完全履行未实质剥夺其依据合同可期待的利益，属于一般违约并不构成根本违约，但需要赔偿中国公司运费损失及利益和堆存费。

2.对根本违约中“合理人”的认定

CISG 第 25 条可预见性标准有两项要求，前文所述乃是其一，其二为合理人的不可预见（即一个同等资格人，以下简称“合理人”标准）。在大部分判例中，法院仅提及违约方是否可预见的问题，直接忽略“合理人”标准这一问题。在为数不多提及“合理人”的判例中，法院对“合理人”标准并未进行详细论证，仅仅是一笔带过。

实际上 CISG 此处“合理人”标准并非高度抽象的标准。美国学者[17]认为：“更确切地说，一个通情达理的人只不过是一个理性的、谨慎的人而已，一个群体里的所有成年人通常所知道的事实都为一个通情达理的人所知晓，即使被告是该群体中的另类并且对有关问题事实上不知晓，被告行为的标准也不会有任何区别。”也有学者认为“通常公认的理解是指国际贸易中熟知某一贸易部门做法的一个专业人士的理解。他通晓所涉及的各种类型的销售合同以及相关的专业术语；熟悉发货方式、海关手续、支付方式等操作实务；熟悉所涉领域的货物及使用的专业特性。”[18] 本文认为“合理人”标准应当解释为一个与违约方具有同等资格，在尽到合理、谨慎注意义务后仍无法预知损害后果将会发生的第三人。

3.对根本违约中“可预见性”的认定

关于可预见性的举证责任，部分学者[19]认为，根据证明规则，若认为违约方具有可预见性，则应由非违约方举证证明。从中可以看出此种证明责任分配对非违约方过于苛责，本文并不认同，对此下文将对其各要件进行剖析。

首先，CISG 下根本违约的认定采取过错原则，即违约方主观上明知其行为会造成严重后果。即便事实上实质损害了另一方当事人依据合同有权期待得到的利益，然而由于缺乏主观故意最终不能认定其行为构成根本违约。那么如何判断违约方主观上是否具有“可预见性”呢？通常认为一个与违约方具有相同资质且通情达理的第三人也无法预知会造成某种损害后果时，法院认定违约方主观上不具有“可预见性”。

---

⑤ See Franco Ferrari，*Fundamental Breach of Contract Under the UN Sale Convetion-25 years of Article 25* CISG，International Business Law Journal 25（2005），p.501-502.

① [美]文森特·R·约翰逊著，赵秀文等译. 美国侵权法. 中国人民大学出版社，2005 年版，第 77 页。

② Junger，Peter Schlechtriem，*Commentary on the UN convention on the International Sale of the Goods*，Clarendon Press Oxford，1998，P.72.

③ 周新军. 关于根本违约及其与大陆法系相关违约形态的比较研究和思考. 河北法学，2004，（7），第 52-56 页。

其次，不具有“可预见性”的证明责任在于违约方。若违约方无法举证证明自己不知道或者无法知道其行为会造成损害后果，法院则会认定违约方的不完全履行行为具有“可预见性”。

最后，并不要求在合同履行整个阶段均符合“可预见性”，而是要求其在违约行为发生之后，卖方交货之前。例如卖方在装货港经检测后发现货物于合同不符，明知不达标的货物交付将给买方造成损害后果，而未采取合理的补救措施，则构成根本违约。[20] 具体案件中如何认定“可预见性”则赋予法官较大的自由裁量权。也就是，根本违约是基于违约方（主观）的实际可预知和“合理人”的假设预知，将主观和客观因素结合起来，对根本违约进行界定。

本案的主观方面，中国公司在交付第一批货物后因受潮发生霉变，美国公司据此拒收拒付第三批和第四批货物。中国公司诉称美国公司此种行为构成根本违约，那么美国公司是否具有“可预见性”？在审理过程中，美国公司提起反诉。首先分析中国公司的诉求，美国公司是否明知其行为将会造成实质性损害后果？据此法院认为由非违约方即中国公司承担举证责任。在诉讼中，中国公司无法提供证据予以支撑，因此法院认定美国公司不具有“可预见性”。其次分析美国公司的反诉，其认为中国公司的不完全履行致使依据合同可获得的预期利益减损，构成根本违约。在交付货物时，承运人所签发的为清洁提单，且货物并无不良状态。因此，在主观上，中国公司认为其所交付的货物符合合同约定，不知道或者不应当知道菊粉受潮而生发霉菌，以此说明中国公司不预知其所交付的菊粉会给美国公司造成严重后果。因此上诉法院判决中国公司不构成根本违约是依据 CISG 作出的正确判决。

中国和美国均是 CISG 的缔约国，双方同意本合同受 CISG 管辖。故而下文将先介绍双方辩论，再结合法院审理过程予以分析论证。法院指出，双方当事人的违约索赔涉及到损失风险何时从中国公司转移到美国公司的不同理论。中国公司称，双方签订了一份船上交货（“FOB”[21]）合同，其中规定了一旦货物在装运港越过船舷，损失风险就从卖方转移到买方，也即损失风险从天津新港转移给美国公司。同时中国公司还指出，根据合同，它的唯一职责是将菊粉安全地运到天津新港，因此中国公司完全履行了这一义务。

中国公司诉称美国公司违反合同，其未在约定的时间内支付第二批货物的货款，给中国公司造成了 208084 美元的损失。美国公司则辩称，双方没有签订 FOB 合同，中国公司应当承担整个海上运输过程中的损失风险，并负责将菊粉安全地运送到新罕布什尔州的伦敦德里。美国公司提起反诉称中国公司交付损坏的货物这一行为违反了合同，导致美国公司损失预期利润，故美国公司要求法院判决中国公司构成根本违约以及驳回中国公司提出的诉求。

针对双方主张，法院认为，美国公司的证据不足以证明菊粉是否受损的这一实质性事实。Tungland 的最终报告得出结论，测试的菊粉适合人类食用。此外，在美国公司拒绝了

① 吴汉嵩. 国际贸易买卖合同根本性违约问题探析. 对外经贸实务，2009，（4），第 92 页。
① See *Incoterms 2020.*

这批货物后，又在打捞中回购了这些货物。之后，美国公司将菊粉重新包装并以“适合人类食用”的名义出售给其他客户，而没有将菊粉标记为“翻新”或通知客户其先前已拒收该产品。最后，美国公司也没有提供证据证明其在菊粉包装外部发现的物质是霉菌或任何其他污染物。

以上事实均表明，美国公司在客观方面并未遭受损失。此外，还有其他证据否定了美国公司遭受损失的说法。运输菊粉的实际承运人为这两批货物签发了清洁提单（清洁提单是货物承运人可以目视观察或检查的良好交付证明[22]）。海运承运人收到菊粉并将其装入集装箱，如果当时菊粉已经损坏，船务人员会通知中国公司。面对这些证据，陪审团只能做出有利于中国公司的判决，因此不存在真正的争议。主观上中国公司也缺乏“可预知性”，故而无法认定中国公司构成根本违约。相反，对于美国公司的违约反诉，即决判决有利于中国公司，因为美国公司无法证明中国公司违反了合同。相反，对中国公司的违约索赔也应作出即决判决，因为对于中国公司是否履行了合同，不存在实质性事实问题，而且毫无疑问美国公司没有支付第二批货物的货款。因此，法院同意中国对这第一批货物索赔的即决判决动议。

为了防止损失的进一步扩大，中国公司在第三批和第四批货物到达目的地之前及时召回，双方合同因一方不能履行而导致合同被取消，在此之前美国公司对于这两批有机菊粉进行了转售。美国公司要求驳回中国公司有关第三批和第四批货物的诉求，其认为中国公司没有举证证明损害的存在，理由是卖方在货物到达买方之前召回货物，即使认为买方违约，卖方保留的这些货物的合同价格也不能作为损害赔偿金收回。其理由是美国公司在取消合同下第三批和第四批货物时，给了中国公司及时的通知。中国公司也知晓该通知，并采取了占有货物的措施。

因此，法院认为中国公司的损害赔偿要求是根据 CISG 第 76 条而不是 CISG 第 74 条，即限于合同规定的价格和宣告合同无效时的时价之间的差额。根据 CISG 第 76 条[23]，时价是指“原应交付货物地点的现行价格，如果该地点没有时价，则指另一合理替代地点的价格，但应适当地考虑货物运费的差额”。时价是指因此法院认为中国公司对于第三批和第四批货物不存在可确认的损害额。所以美国法院驳回中国公司对于第三批和第四批货物的诉求。

在对案情简单回顾后，结合法院审理及判决内容，探讨本案争议点之一——“是否构成根本违约”。CISG 判断是否构成根本违约的主观要件是“可预见性”，判断客观要件的关键是认定“违约使另一方蒙受损失”和“违约实质上剥夺了受损害方根据合同有权期待得到的利益”。那么菊粉是否遭实际损坏而致使美国公司可得利益的损失呢？对此，合同明确约定“美国公司保留其拒绝任何无法通过实验室检测的货物的权利”，处理之外，未对货物检测作出任何规定。由此可见，实验室的检测是评价货物是否达标的唯一标准。美国公司

② See *Nat'lTransp., Inc. v. Inn Foods, Inc.,* 827 F.2d351, 354 （8th Cir.1987）

① 注释：*CISG* 第 76 条第 2 款：“为上一款的目的，时价是指原应交付货物地点的现行价格，如果该地点没有时价，则指另一合理替代地点的价格，但应适当地考虑货物运费的差额。”

一方面对实验室的报告置之不理，另一方面却出具一份不足采信的专家报告以拒收拒付。货物的“可转售性”是联合国贸易和发展会认可的一种作为评判货物是否适用于通常使用目的的标准。

本案中，美国公司将菊粉重新包装并以市价出售给其他客户，货物质量显然达标。此外，双方合同中已清楚写明“Terms of Delivery Tianjin-Xingang Port”，即 FOB 条款，因此在天津新港，风险就已经转移给美国公司。并且，负责运输的海运承运人为这两批货物签发清洁提单，并未做出任何不良批注。海上货物运输具有风险不确定性和运输期间较长等特点，故而当货物到达目的港验货时受潮，是中国公司无法预知的情况。以上事实表明菊粉并没有实际损坏，中国公司不构成根本违约。

（四）关于欺诈的相关规范及学理

买卖双方意思表示一致，国际贸易合同即成立。国际贸易中常见的合同欺诈形态有两种：其一是合同主体欺诈；其二是合同赔偿条款欺诈。前者主要包括主体虚构欺诈、有限责任欺诈、主体变更欺诈三种形态；后者主要包括利用品质条款、索赔条款、违约金条款、担保条款欺诈。[24] 本文对前述各种形态不做过多介绍，将重点论述合同赔偿条款欺诈之担保条款欺诈内容。

进行国际贸易的双方当事人来自不同国家或者地区，一方当事人对另一方当事人是否具备履行合同的能力和条件不甚了解；而且，国际贸易合同的履行期限通常较长，在此期间能否保证合同订立时经营状况和财产状况，不得而知。因此，为了降低风险，确保合同预期目的得到实现，维护当事人的正当权益，不同法域下均对担保合同完整、全面履行作出了规定，并且当事人也可在合同中约定担保。

在本案中，美国公司因未收到其下家的货款，因此在收到第二批货物后没有在约定的时间内支付货款，但同时却不断向中国公司许诺其会尽快支付第二批及剩下批次货物的货款。在美国公司的持续保证下，中国公司才将第三批和第四批货物按照合同约定的方式交付。但是美国公司最终没有付款，因此中国公司认为美国公司构成欺诈，美国公司应当赔偿中国公司运费及利息。但是，中国公司无法提供有力证据支持这一诉求。

为了在美国明尼苏达州确立欺诈性虚假陈述，原告必须证明：

（1）一方当事人对过去或现有的可供知悉的重大事实作了虚假陈述；

（2）明知是虚假的，或者明知是真是假，只有其本人知晓；

（3）意图诱使他人依此行事；

（4）该项陈述导致另一方依据该陈述行事；及

（5）当事人因信赖而遭受经济损失。

美国法院认为，中国公司所声称的欺诈是一个将来发生的事实，即承诺将来作出支付，而非“过去的或现在的重大事实”。并且中国公司不能提供证据证明美国公司在通知时明知其虚假性，或者美国公司实际上存在诱导中国公司依赖其履行合同。然而中国公司未就欺

① 参见黄荣文. 国际贸易风险研究. 福建师范大学博士论文，2002 年，第 128-143 页。

诈的基本构成要件提供有力证明，从而不符合《美国民事诉讼规则》第 9 条 b 款的要求，故而此诉求不能得到法院的支持。

因此，美国法院驳回中国公司关于欺诈这一诉求的动议。

（五）本裁决的参考意义及待解决的问题

本案涉及国际货物销售合同中买方因卖方根本违约而宣告合同无效和欺诈的认定问题。一方宣告合同无效的前提是另一方“根本违约”。对此 CISG 第 25 条对根本违约的规定在前文中已经详细介绍，再次不再赘述。结合本案的判决，法院从客观方面论证不论是中国公司还是美国公司均没有遭受实质损害，但是却忽略了“合理人”标准。

为了保障国际贸易的稳定性，CISG 对宣告合同无效设定了限制条款，即买方应当在“合理时间”内宣告合同无效，否则该权利丧失。在本案中，美国法院提及“美国公司在取消订单下第三批和第四批货物时，给予中国公司及时的通知”。那么何谓“合理时间”？如何确定“合理时间”？

本案还有一个问题是涉及国际贸易中合同欺诈的问题。中国公司诉称美国公司曾经允诺将支付诉争四批货物货款，之后拒收拒付的行为构成欺诈。但根据美国判例，中国公司必须提供有力证据予以支撑其诉求。本文有所疑惑的是，其一美国公司的此种行为是否违反了“禁止反言原则”？其二受害方所提供的证明标准以及证明程度如何确定？这些问题均有待未来进行深入探讨。

结论

随着“一带一路”建设的逐步推进，大量企业实现走出去，因此在国际货物贸易交往中，常常会出现卖方以质量瑕疵为由要求卖方给予货物折扣、金额补偿或者拖欠货款，甚至会提出反索赔的情形。通过对中国公司与美国公司有机菊粉一案的惠顾与分析，为了减少这类纠纷的出现，中国对外企业要尽量订立完善的贸易合同条款（包括货物品质条款、商品检验条款、质量异议期、责任承担比例）。关于质量问题的认定，最好能在合同中约定由哪一具体机构进行检测。进出口业务环节多，风险大，这就要求中国对外企业不断提高自己的业务能力和水平，熟悉国际贸易中的各种规则，综合运用多种措施，以此应对“一带一路”中各种不确定的风险和挑战。

我国单边制裁立法的不对称性分析和立法完善途径[1]

周玉华

北京德恒律师事务所 北京市 100033

摘要 中国施行“一带一路”国家战略取得明显成效，但是与一带一路国家俄罗斯、伊朗等存在经贸往来而受到美国等国单边制裁的风险也在不断增加，中国要做好反经济制裁的准备。中国目前只有贸易类反制裁立法，因此本文从比较立法的角度来分析单边制裁立法的不对称性下我国立法的空白和不足，从而为我国从国家治理层面统一规划多层次多方位反制裁立法提供完善建议，以满足我国国际反制裁实践的需要。

关键词：单边制裁 反制裁 国际法 立法完善

2021 年 1 月 9 日，商务部公布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》，自公布之日起施行。这样，加上先期出台的《不可靠实体清单规定》（2020 年 9 月 19 日公布）和《中华人民共和国出口管制法》（2020 年 10 月 17 日通过），我国应对外国滥用贸易制裁的法律制度框架已经基本成型。但是以上三项措施仅限于与贸易领域有关的制裁和反制裁，其他领域例如金融外交国防等领域还是空白，与欧美特别是美国的单边制裁立法对比存在明显的不对称性，导致针对我国欧美单边制裁的反制裁措施缺乏国内法基础，为外国法律人士所诟病。因此本文从比较立法的角度来分析立法的不对称性下我国立法的空白和不足，从而为我国从国家治理层面统一规划多层次多方位反制裁立法提供完善建议，以满足我国国际反制裁实践的需要。

一、美国的反制裁立法概况

（一）制裁的立法体系

美国经济制裁在其国内法中有较为充分的依据,形成了比较系统的法律体系。目前,有关经济制裁的美国立法数量繁多, 美国的制裁法体系是由国会的一般性立法与专门制裁法案、行政法规、总统命令构成的一个层层递进的国会立法与行政立法、一般法与特殊法相结合的复杂体系。

（1） 制裁的核心授权性法律。《国际紧急经济权力法》和《国家紧急状态法》是美国制裁法律体系的核心。

[1] 作者简介：周玉华 法学博士 北京德恒律师事务所律师，主要研究方向：国际经济法。

（2） 其他与制裁相关的法律。《爱国者法案》与《国防授权法》是对发起和实施制裁的补充性说明和规定。

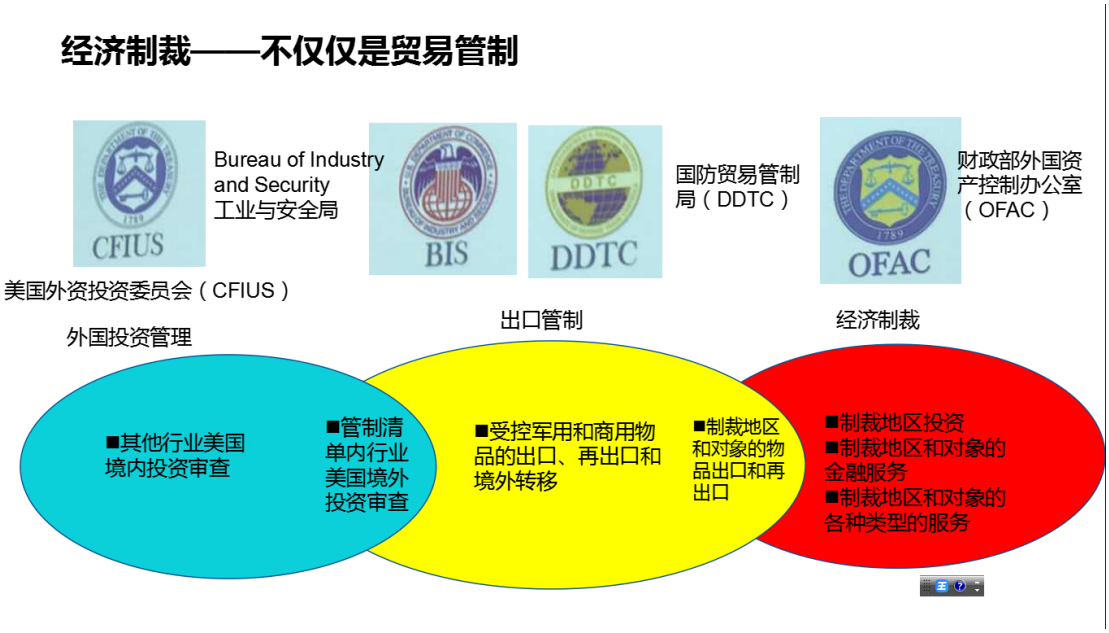
（3）总统行政令和财政部公布的专门条例。美国总统可以根据局势的需要颁布行政令，针对特定国家和组织进行经济制裁。。美国对外经济制裁手段主要是贸易制裁和经济制裁。贸易制裁包括进出口的数量限制、类别管制和禁运，此外还包括与之配套的交通运输、停泊、降落和补给限制，以及出入境签证限制等；经济制裁主要指使用各种金融手段的经济制裁。

（二）美国经济制裁的运行机制

美国经济制裁体系运行机制按职能可划分为三类：决策部门、执行及监督部门和实施渠道。

（1）决策部门：总统和国会。总统是美国发起经济制裁的常规决策者，国会是特定情况下的决策者，两者之间就经济制裁体系的主导权偶有竞争并相互制约。

（2）执行及监督部门：财政部外国制裁控制办公室 OFAC、国防贸易管制局 DDTC，工业与安全局 BIS、美国外资投资委员会 CFIUS 等行政机构。美国经济制裁的执行和监管主要通过财政部的外国资产管理办公室（OFAC）及负责经济制裁政策制定和实施的国务院泛金融威胁和制裁部门（TSF）进行，同时也需要美国国内其他的情报和行政部门相互协调与配合。



制作来源：公开媒体，本文作者制作。

（3）实施渠道：银行和支付清算机构。银行和支付清算机构是经济制裁实施的主要渠道，也是经济制裁得以实现的载体。其中，银行是国际资金流动的重要通道，同时也是OFAC的重点监管对象，负责具体实施OFAC所要求的资产冻结、禁止或限制被制裁者在美国银行体系内的金融活动等。支付清算机构通过切断被制裁者获取和使用美元的渠道，有效提升了美国经济制裁的影响。一方面是通过美元清算系统（如联邦电子资金转账系统Fedwire、纽约清算所同业支付清算系统CHIPS、自动清算中心ACH等）对被制裁者相关的交易进行筛查拦截，甚至冻结相关资产；另一方面是通过国际银行结算通道（主要是环球银行间金融电讯协会，简称SWIFT）拒绝为被制裁者提供国际结算服务，使得被制裁者无法在以美元为支付结算货币的金融体系内活动。

（三）美国经济制裁的常用手段

美国实施经济制裁主要通过限制被制裁方的资金融通活动，迫使其停止相关行为并最终接受制裁条件，进而实现其国家利益。简言之，经济制裁主要是通过阻碍资金流动来使受制裁国承受经济及政治压力，大致分为以下几种方式：

（1）冻结或罚没被制裁对象在美资产;

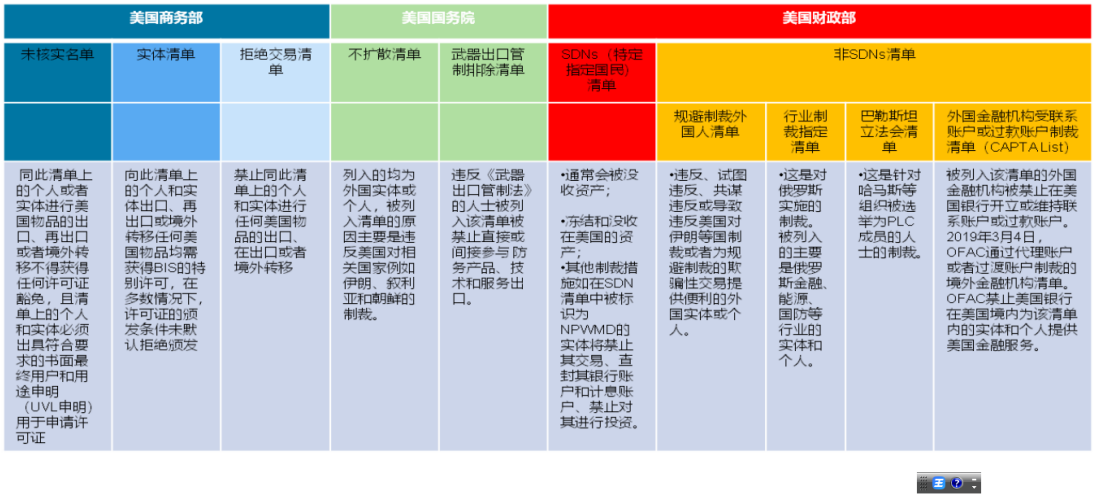
（2）限制被制裁国在美国金融市场投融资;

（3）切断美元获取能力和使用美元渠道;

（4）禁止其他金融机构与被制裁对象交易；

（5）禁止与管制清单列明企业和国民进行交易。

出口管制清单和制裁清单



美国商务部			美国国务院		美国财政部				
未核实名单	实体清单	拒绝交易清单	不扩散清单	武器出口管制排除清单	SDNs（特定指定国民）清单	非SDNs清单			
						规避制裁外国人清单	行业制裁指定清单	巴勒斯坦立法会清单	外国金融机构受联系账户或过款账户制裁清单（CAPTA List）
同此清单上的个人或者实体进行美国物品的出口、再出口或者境外转移不得获得任何许可证豁免，且清单上的个人和实体必须出具符合要求的书面最终用户和用途申明（UVL申明）用于申请许可证	向此清单上的个人和实体出口、再出口或境外转移任何美国物品均需获得BIS的特别许可，在多数情况下，许可证的颁发条件未默认拒绝颁发	禁止同此清单上的个人和实体进行任何美国物品的出口、在出口或者境外转移	列入的均为外国实体或个人，被列入清单的原因主要是违反美国对相关国家例如伊朗、叙利亚和朝鲜的制裁。	违反《武器出口管制法》的人士被列入该清单被禁止直接或间接参与防务产品、技术和服务出口。	•通常会被没收资产； •冻结和没收在美国的资产； •其他制裁措施如在SDN清单中被标识为NPWMD的实体将禁止其交易、查封其银行账户和计息账户、禁止对其进行投资。	•违反、试图违反、共谋违反或导致违反美国对伊朗等国制裁或者为规避制裁的欺骗性交易提供便利的外国实体或个人。	•这是对俄罗斯实施的制裁。被列入的主要是俄罗斯金融、能源、国防等行业的实体和个人。	•这是针对哈马斯等组织被选举为PLC成员的人士的制裁。	被列入该清单的外国金融机构被禁止在美国银行开立或维持联系账户或过款账户。2019年3月4日，OFAC通过代理账户或者过渡账户制裁的境外金融机构清单。OFAC禁止美国银行在美国境内为该清单内的实体和个人提供美国金融服务。

制作来源：公开媒体，本文作者制作。

（四）美国经济制裁的效力和范围

美国经济制裁“长臂管辖”之所以产生域外效力不仅在于其强大的金融实力所产生的间接效果（银行经营国际业务无法离开美元和美国金融机构），还在于其主张的域外管辖突破了一国法律通常只作用于该国境内的传统，对境外实体产生了直接效力。美国所主张的域外管辖权包括两方面含义，一是指美国有关法律明确规定对境外当事人或行为具有法律效力；二是指美国法院根据相关法律或判例，对外国被告（非居民）所主张的法院管辖。这两个方面联系紧密，常被美国的立法和司法机关结合运用。

美国制裁分为一级制裁和二级制裁。通常一级制裁是指适用于美国人的制裁，管辖所有美国政府可以施加控制的美国居民和公司（含受其控股或所有的境外实体），以及位于其境内的个人和实体。所谓二级制裁，由原始制裁派生而来，主要是指限制非美国金融机构与被制裁者在美国境外进行金融交易或向其提供金融服务，并对违反此项禁止性规定的非美国金融机构实行制裁。由于外国金融不在美国执法机关的实际管辖之下，美国政府的二级制裁措施通常有两种表现形式，一是将有关外国金融机构列入黑名单，予以罚款；二是直接禁止有关外国金融机构通过美国银行及海外分支机构办理业务、开立或维持美国账户、进行清算等。通过二级制裁，美国可迫使第三国及其企业在被制裁国和美国的金融市场之间做出选择，从而达到一种事实上的多边制裁。

目前并没有任何成文的国际性文件明确禁止单边经济制裁或者经济制裁。《联合国宪章》和《国际法原则宣言》均禁止武力强制，但并未禁止经济强制，《维也纳条约法公约》 所

定义的国际强行法也没有禁止经济强制。单边经济制裁既未被成文国际法文件所禁止，亦未被国际习惯法所禁止。因此，从理论上而言，这种单边制裁就应当具有国际法上的正当性。 但就美国国际法实践来看， 不同的制裁却有着完全不同的国际评价，合法性也有着明显的差别。 例如美国因伊朗核问题对伊朗持续的经济制裁，得到了国际上大多数国家的支持。 但是美国对同伊朗中央银行或其他列入制裁清单的伊朗金融机构进行大宗金融交易的第三国金融机构和其他商事主体实施制裁，即第三方经济制裁（又称次级制裁），则受到了国际社会的反对与质疑。 任何非武力对抗措施都必须与国际法原则相一致。由于现有国际法原则是国际社会整体利益凝结的共同价值追求，与国际法原则相统一，也就意味着符合国际社会的整体期待。 美国的第三方经济制裁因与国际法上的管辖权原则相冲突而受到普遍质疑与反对。

三、反制美国经济制裁的立法措施

美国发动的对外国干涉的长臂管辖主要有四个领域：经济制裁、出口管制、反洗钱和海外反腐败法。美国在上述领域发动的制裁措施具有不对称性，这种不对称性主要源于美国的全球金融中心地位、美元清算交易体系和重要应用以及垄断地位，以及美国和美国主要金融机构在全球范围内实施的金融监管措施2。2020 年 11 月，习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上强调，要坚持统筹推进国内法治和涉外法治，并要求强化法治思维，运用法治方式，有效应对挑战、防范风险，综合利用立法、执法、司法等手段开展斗争，坚决维护国家主权、尊严和核心利益。针对美国这种不对称性制裁，实践中有多种应对措施，其中首要和最重要的就属立法型反制措施；这种反制裁立法应当提高立法层级，涵盖金融等领域，进行全覆盖式反制裁立法。

（一）制定一部统一最高层级的总刚性质的反制裁法案

私法领域有“法未禁止则可为”，但是在公法领域讲究“法无授权不可为”。在除贸易以外的金融、能源、国防军工等领域如何阻断外国单边制裁，目前中国应当重点考虑如何建立起可与美国国内法体系相对称相抗衡的具有域外法律效力的一部高层级中国法律，从而有效反制美国。目前只有个别法规和部门规章涉及，但是规定较为零散。例如《外商投资法》第 40 条的规定实际商授予了我国相关方面政府部门在投资安全管理方面对美国采取反制措施的规定，但是比较笼统，具体哪个行政机关实施何种具体行政措施安排仍然有待明确[3]。我国国内反制裁目前仍然存在无法可依的状态。针对美国和北约成员国对俄罗斯公民和企业采取的不友好措施，俄罗斯出台一系列反危机计划和反制裁措施。如 2018 年 6 月

[2] 邵辉、沈伟：“你打你的，我打我的，”：非对称性经济制裁反制理论及中美金融脱钩应对，载《财经法学》2020 年第 6 期。
[3] 孟刚、王晔琼：《美国一级制裁的理论基础与制度实践》，载《美国法制》2020 年）第 4 期

4 日，俄罗斯普京总统签署《关于针对美国和其他不友好行为的反制裁措施法案》，为俄罗斯反制裁提供了重要的法律依据。法案赋予总统针对外国制裁行为采取相应反制裁措施的权力，如停止或暂停与不友好国家或者实体在特定领域的国际合作；禁止从其进口或者向其出口特定产品和原材料；禁止其参与国家、地方工程或者采购项目或者私有化进程等，以及俄总统决定采取的其他措施，俄罗斯财政部设立反制裁司，负责制定和落实相关反制裁措施并在降低外国制裁带来的危害方面与各部门协商[4]。我国不应该在局限于简单抨击美国单边制裁的国际法合规性问题，而是应该围绕抵制“长臂管辖”等问题，进行外国域外措施抵制法的立法工作，将立法的效力层级提高到法律层级，范围涵盖整个国家管理层面。这样可以起到战略储备的作用，理想状态当然是不用，但是要起到威慑作用，起到要用可以随时拿起来用的作用。我国应当向反阻断法变成法律，以有效应对美国的长臂管辖。

（二）加强金融领域反制裁措施的多层次立法

现在最为紧迫的任务就是我国如何应对美国金融制裁的反制措施。美国在与中国进行贸易谈判时曾经一度将中国列为外汇操纵国，2018 年美国修订《外国投资国家安全现代化法案》，直接针对中国企业对美国企业的收购兼并。美国修改国内法以图对别国汇率进行反补调查，2020 年 2 月美国商务部决定对原产于中国的扎带产品发起反倾销反补贴调查，并且在反补贴调查中对人民币汇率低估项目发起调查。2020 年 12 月美国众议院正式通过《外国公司问责法案》，要求上市公司证明没有受到外国政府的控制或操纵，许多中国公司面临退市风险。美国政府也在积极鼓励美国投资的回流。包括限制美国政府退休基金投资中国股市，给予撤资回美国的企业 100%的费用报销等[5]。中国针对美国金融制裁措施并无采取反制的立法依据。在立法层面上，我国并没有专门设置对他国采取的经济制裁采取对等措施的法律依据，仅能以目前的《阻断办法》阻断外国贸易方面的制裁措施的适用。依据目前跨境金融交易实践，尤其是在以美元结算的清算体系中，金融机构实际遵循美国 OFAC 的制裁规则，不为可能触及美国经济制裁的中国个人或实体提供涉及美国连接点的金融服务。美国依托强大的美元结算体系，经济制裁始终会是终极选项。由于在金融、外交国防、能源等领域采取反制还是立法空白，例如中国的银行被美国反洗钱罚款而忍气吞声，下一步美国如果经济制裁香港和强行在 SWIFT 美元结算系统中剔除中国结算资格，我们是否会面临束手无策的境地？万一美国对中国采取经济制裁措施，届时中国如何采取金融反制措施，金融管理机构应当尽早未雨绸缪。

[4] 参照白若冰，美国经济制裁新特点与应对策略，载《中国发展观察》）2020 年第 10 期

[5] 论金融制裁的非对称性和对称性——中美金融脱钩的法律冲突与特质，沈伟，记在《上海对外经贸大学学报》2020 年 9 月第 27 卷第 5 期。

（三）加强外交国防能源等其他领域的反干涉立法进程

最近一段时间，中国对香港、西藏、新疆地区的管理，被他国指责干涉。外国以维护上述地区的自治为由，屡次通过制裁中国政府官员、为反对中国政府管理上述地区的团体和组织提供经济、人员等等方面的支持、在联合国、WTO 等国际事务层面向中国施压等方式，干涉中国对上述地区的内政政策，进一步在国际经济、政治和外交上掣肘中国。例如，从 20 世纪 80 年代至今，美国通过国会立法，在内国法层面通过了数百项法律、法案和决议，主要包括《1992 年美国-香港政策法》、《2019 年香港人权和民主法案》、《2020 年香港自治法案》、《2019 年西藏政策和支持法案》、《2020 年自由西藏法案》、《2020 年维吾尔人权政策法案》、《2021 年维吾尔强制劳动预防法案》等。美国以此类法案为法律依据，对中国相关外交人员或实体实施制裁，限制中美之间的贸易待遇，直接或间接地反对和干涉中国对香港、西藏和新疆地区的内政政策和事务。美国最近又通过所谓的《香港自治法案》制裁“破坏”香港自治的中国官员和其他人员，以及与之有业务往来的银行。目前中国主要采取的措施是对等反制，相关的法律依据散见于国内的各项法律法规。例如根据《全国人大关于建立健全香港特别行政区维护国家安全的法律制度和执行机制的决定》第 2 条，国家坚决反对任何外国和境外势力以任何方式干预香港特别行政区事务，采取必要措施予以反制，依法防范、制止和惩治外国和境外势力利用香港进行分裂、颠覆、渗透、破坏活动。但是《决定》适用范围还是非常有局限，对于香港以外的非法干涉则没有适用的效力。外交部宣布多项制裁欧美人士和部分美国军工企业，包括全球最大军火商洛克希德马丁、雷神、通用动力等、限制从澳大利亚等国进口等反制裁措施没有国内法依据，为外国法律人士所诟病，我国相关国内立法亟待完善。

（四）提高反阻断立法的效力层级和适用范围

中国虽然颁布有《反阻断法》，但是仅限于贸易领域，而且只是商务部制定的部门规章，效力层次和范围非常有限。针对美国第三方经济制裁的管辖权扩张，除了欧盟颁布《阻断法令》 等反制法律措施外，其他一些国家也在国内立法中否认美国第三方制裁的效力，达到反制的效果。 例如墨西哥公布了《贸易投资保护法》，直接否定国外法律产生的域外效力，准许墨西哥企业不承认美国因第三方制裁对其进行的判决和认定。 加拿大也针对美国第三方制裁修改了《外国域外管辖措施法》，拒绝执行美国因第三方制裁对加拿大公司的处罚决定。其次，反阻断法至少应当包含“禁止遵守”、“不予执行”、“索赔诉讼”和报告义务等内容，最大限度地限制外国实施次级制裁对我国造成的损害，基于域外制裁做出的法院判决对中国企业和公民的效力，确立人民法院对外国单边次级制裁对我国公民、企业造成的损害的赔偿诉讼的管辖权，对有关国家迅速采取反制措施提供国内法依据，最大限度

维护我国的合法权益[6]。第三，阻断清单应当尽可能全面，防止出现企业面临次级制裁威胁，阻断法令无法提供有效保护的情况。截止 2019 年 12 月，在美国财政部海外资产办公室公布的“特别指定国民名单”中中国企业或者个人主要因违反以下法律而遭受次级制裁：《伊朗制裁法案》《全面制裁伊朗、问责和撤资法案》《国防授权法案》《伊朗贸易与制裁条例》、《伊朗经济制裁条例》《朝鲜制裁条例》《敌对国家制裁法》等。阻断法令应将前述目前前与中国企业或个人最为相关的制裁法律纳入阻断清单。最后，立法部门与企业应该建立畅通的信息沟通机制，企业及时反馈实践中影响正常经贸活动开展的制裁法律，一遍定期更新阻断清单。最后阻断法令应具有灵活性，为企业进入维持或者退出制裁目标国家市场留有足够的决策空间。建议阻断法令明确企业终止涉制裁国家业务必须基于对实际经济、商业形势的评估。在司法实践中，判断企业是因为经济效益还是因为遵守美国经济制裁法律而终止涉目标国交易，应由最高院出台司法解释，统一各级法院对经济利益的判断标准，避免出现阻断法令适用标准不一致的情况[7]。

[6] 李寿平，次级制裁的国际法审视及中国的应对，在政法论丛 2020 年 10 月第 5 期）
[7] 朱玥，反制美国次级制裁的欧盟经验及启示：单边抑或多边，载中国流通经济，2020 年 6 月，第 34 卷第 6 期

论国际商事法庭中的裁量管辖规则

朱偲媛[1]

（中南财经政法大学 法学院，武汉 430073）

摘要：在国际商事法庭创设初期，裁量管辖规则被视为争取跨境案源和积淀国际司法声誉的重要手段。当前，各国国际商事法庭的裁量管辖规则各异，大致可划分为国际商事法庭或其所属法院的单方裁量决策式，以及双方分享裁量决策式两大类。对比新加坡国际商事法庭较为全面的裁量能动性和衡量因素，我国国际商事法庭裁量管辖规则可操作性不高，且具体衡量标准尚待完善。为增强裁量管辖规则的确定性和可预见性，我国裁量管辖标准亟待细化。有必要明晰国际商事法庭与传统涉外商事法庭二者在司法体系中的案件交流与分工协调职能，增设必要的裁量管辖消极事由与拒绝管辖后的移送机制，以避免引发司法双轨制不公和管辖权消极冲突问题。

关键词： 国际商事法庭 不方便法院 提级管辖 裁量管辖

引言

我国国际商事法庭的设立，顺应了“一带一路”合作发展机制之时代需求，是促进国际商事争端公正合理裁决的重要举措。国际司法管辖权的自主配置作为主权国家参与全球治理的表现之一，在国际商事法庭管辖机制构建中有所创新突破。鉴于国际商事争议的日趋自由复杂化发展，各国国际商事法庭多采用增设裁量管辖制度之方式，弥补法定管辖规则的带来的案源受阻和专业度不足等问题。在国际商事法庭创设初期，该管辖规则被视为积淀国际司法声誉，扩展和争取跨境民商纠纷案源的重要手段。不拘泥于传统属地管辖和属人管辖的客观连结点限制，在尊重当事人意思自治的协议管辖之外，我国国际商事法庭再行构建起法院裁量管辖的“主观”管辖依据，并在近年多起跨境商事纠纷案件的管辖裁定中得到实际运用。

一、 国际商事法庭裁量管辖规则概述

裁量管辖制度产生于 19 世纪英格兰地区，因与国际商事法庭灵活专业的司法职能定位天然契合，而为众多国家所设立。作为法定管辖规则的突破性例外规定，该管辖制度对自由裁量原则的遵循，使传统僵化、机械的管辖连结因素更具弹性和灵活性，其对国际商事法庭司法资源优越性的发挥，亦彰显着现代国际民事诉讼程序的服务功能，被视为重要的补充性兜底规则。

（一） 历史沿革

[1] 朱偲媛，女，中南财经政法大学研究生，主要从事国际私法研究。

裁量管辖规则，最早源起于 19 世纪中叶的英格兰地区，是区别于法定管辖权的例外性管辖规则。普通法系国家通常将“有效性原则”作为确定管辖权的主要依据，但基于该原则，英格兰法院无法向应承担合同义务或民事侵权责任的部分外国被告送达令状或传票，该实效性标准显然不利于本国当事人利益的保障。因此，原有的局限性规则被英格兰最高法通过 1852 年《普通法诉讼程序法》第 18 条和第 19 条所弥补与完善，该规则授权法院在某些严格限制的情形下，根据原告的申请，法院可以自由裁量是否准许向境外被告进行送达，从而行使对人诉讼的裁量管辖权。这些特有情形被列入“冗长而详尽的目录”，囊括了标的物所在地、合同履行地等诸多大陆法系国家所采纳的连结因素。[2]

随着国际民商事纠纷日益复杂化，通过争端裁决专业能力的强化来提升国际民商事争议解决的效率为各国所高度关注，国际商事法庭的建立势必成为时代趋势，而裁量管辖权也因其与国际商事法庭专业灵活化的司法功能定位天然契合，为各国国际商事法庭竞相增设。区别于内国一般商事法院系统管辖权规则的强制性与法定性特征，迪拜、阿联酋等诸多国际商事法庭制定了蕴含当事人主观联系因素的协议管辖规则，荷兰、德国、新加坡等多个国家的国际商事法庭更是增设了法院意定的裁量管辖权规则。

（二）基本内涵

国际民事诉讼中的裁量管辖权是指，法院在一定情形下无需遵循法定管辖原则或规则，直接对案件的管辖事项进行自由裁量的权利。[3]接受一国的国际民事管辖权在实体法层面意味着将适用该国冲突规范所指引的准据法，而在程序法层面即为接受该国程序规则的约束。同理，国际商事法庭作为国际民事诉讼中的重要主体，其裁量管辖规则通常被视为既定管辖规则的补充性兜底存在。国际商事法庭的裁量管辖权具有三方面要素：**其一**，裁量管辖权实施的目的，在于发挥国际商事法庭司法资源的优越性，对争讼案件进行公正、专业和高效的裁决。对于尚处于起步阶段的国际商事法庭而言，裁量管辖权的积极主动行使，更能适当弥补单一协议管辖造成案源不足或被动局面。**其二**，就裁量权的行使主体而言，当前并非所有的国际商事法庭均是自主动议裁量案件的管辖，与普通法院就案件分享行使裁量管辖权的典型如荷兰商事法庭。**其三**，裁量管辖的客体也即受理的国际商事纠纷，裁量移送国际商事法庭的积极来源可以是内国法院系统将依照既有法定管辖规则所受理的传统涉外案件，亦有国家允许国际商事法庭对既定属于其管辖的案件行使消极的裁量管辖而移送其他法院审理。

（三）国际商事法庭裁量管辖规则的正当性

1.自由裁量原则的遵循

自由裁量权即为权力机构中的个人主体，依据自身判断决策行事的选择权。该权利行使的约束性因素包含某些既定原则和规则，行权者也不得从中谋求自身利益。[4]而在裁量权与既定法的关系上，管辖权与一国司法主权的配置密切关联，自由裁量原则的遵循软化了

2 参见马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，北京：北京大学出版社 2009 年版，第 74 页。
3 参见赵相林：《国际民商事争议解决的理论与实践》，北京：中国政法大学出版社 2009 年版，第 80 页。
4 See Black’s Law Dictionary, West Publishing Co. 2002.

传统管辖规则僵化、机械的连结因素，使受案法院的管辖权行使更具弹性和灵活性。裁量管辖权的行使往往包含着法院对案件受理或处置的意思表示，在国际司法领域，体现为法院对涉外民商事案件管辖事项行使积极主动的自由裁量，在综合考虑个案案情后或是积极主动地受理案件，或是消极地决定不予行使管辖权，其行使结果终将影响到实体正义。为兼顾司法主权与实体正义的维护，国际商事法庭裁量管辖权的增设无疑有其必要性意义。

2.诉讼程序的服务功能

对跨境民商事纠纷的当事人而言，当事人选择受一国民事诉讼制度裁决纠纷，实际上是在选择化解争议的服务。是故，现代国际民事诉讼程序的优化改革无不注重当事人权益的保护，并设置专业化的审判机构以求公正高效裁决纠纷。[5]如前所述，裁量管辖规则适用的案件来源，实质上是将原有的属于法定管辖中的特殊案件转由我国国际商事法庭审理。相较于国内常规法院的审理模式，一则国际商事法庭吸纳了涉外法律知识丰富和实务经验充足的法官来审理案件，更具专业性；二则给予国际商事交往主体意思自治足够的尊重；三则具有较高的审理效率，通过较短的审限期间内确定当事人双方的权利义务。[6]裁量管辖的行使无疑将有利于复杂疑难案件的公正高效审理，为商事纠纷主体提供更为良好的司法服务。

3．裁量管辖的相对约束力

裁量管辖权的相对刚性的约束力，是相较于法定管辖权的绝对强制力而言的，其虽是法定管辖的突破但本质上也具有法定性。法定管辖展现的是一国对民事诉讼案件管辖的明确意志，即从地域管辖以及级别管辖横纵两维度确定具体个案的管辖法院，除另有法律规定外，应具有刚性既定力。[7]而在客观事实层面，确乎存在法定管辖之外的特殊规定，例外规定的存在是为更为公平、合理并实效地裁决超乎立法预期的争讼案件。从立法意旨上看，裁量管辖属于例外规则而非法定管辖范域。但需明确的是，裁量管辖权系法定管辖的突破性规定。初始管辖权或起先不归属于国际商事法庭本身，属于传统法定管辖权体系的受案范围，但国际商事法庭的管辖权事项系对既有的法定管辖权行使进行裁量，其本身也来自于法律规定，具有法定性。这种裁量管辖权以国际民事诉讼中的传统管辖权为基石，将二者进行有机融合与灵活践行，共同服务于国际商事法庭国际化与自由化的功能定位。

二、国际商事法庭裁量管辖的决策模式与衡量因素

当前，各国国际商事法庭管辖规则各异，裁量管辖的决策模式也各不一致。依据参与裁量管辖决策主体的不同，可以将国际上现有的国际商事法庭裁量管辖决策模式划分为单方裁量决策式和分享裁量决策式两大类。其中，以新加坡为代表的分享裁量决策式较全面发挥了国际商事法庭本身及其所属法院的裁量能动性，有利于实现管辖规则可预见性与实

5 参见何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，《中国社会科学》2017 年第 5 期，第 137 页。

6 参见刘岩: 《“一带一路”倡议下我国设立国际商事法庭的必要性》, 《沈阳工业大学学报（社会科学版）》2018 年第 6 期，第 501-502 页。

7 参见张晋红：《民事诉讼合并管辖立法研究》，《中国法学》2012 年第 2 期，第 149 页。.

质公正的价值追求，其裁量管辖的衡量因素也多有借鉴意义。

（一）国际商事法庭裁量管辖的决策模式

1.单方裁量决策式

依据裁量管辖决策主体身份的不同，单方裁量决策模式又划分为所属法院决策式和国际商事法庭自主决策式。

所属法院决策式的裁量管辖行使主体并非国际商事法庭，而是国际商事法庭所属的普通法院。依据国际商事法庭的设置是否嵌入在普通法院系统中，可以将其设置模式概括为嵌入式和独立式两类。[8]其中，嵌入式法院通常以普通法院中的特别法庭的形式设立。可以说，存在所属法院决策式的国际商事法庭均属于“嵌入式法院”，如德国国际商事法庭设于州中级法院层级之中即属此类。2018 年 1 月德国法兰克福地区的中级法院正式设立国际商事法庭，依据该院《业务指引 2018》的规定，若尚处诉讼期间内的国际商事性纠纷满足国际商事法院的管辖条件，且不属于其他法院特殊管辖类型，只要当事人一致同意以英语作为庭审语言，即可移送国际商事法院审理。[9]可见，德国国际商事法庭裁量管辖权的行使主体即为其所属法院，即法兰克福中院。我国国际商事法庭作为最高院的常设机构，裁量管辖的决策主体为最高院，故亦属此类。

另一类单方裁量决策式为国际商事法庭自主决策，典型代表如英国国际法院、卡塔尔国际法院、迪拜国际金融中心法院等。与所属法院决策式裁量管辖相区别的是，这些国家国际商事法庭裁量管辖权的行使虽具有较强的自主性，但均存在于协议管辖案件之中，且与不方便法院原则相关。例如，通常情况下英国商事法院会尊重当事人间的管辖协议，但若该协议选择法院将违反公共政策或规避最密切联系地法律中的强制性规定，法院将经裁量决定中止审理或拒绝管辖该案，并向当事人告知适当管辖审理的法院。[10]迪拜国际金融中心法院在认为其他法院对案件作出的裁决具有终局性，但涉案当事人仍协议选择其为管辖法院时，也有权放弃对该案的管辖。[11]而卡塔尔国际商事法院在决定管辖协议有效性或是否拒绝管辖时同样也有裁量管辖权，当其认为自身是不方便法院后，则可以直接将案件移送本国其他法院管辖审理。[12]可见，与英国、迪拜的不方便法院裁量管辖规则不同，卡塔尔国际商事法院在裁量本院为不方便法院后的移送管辖做法更为积极主动，在避免国际案件消极冲突的同时，利于提升案件管辖的可预见性。

2.分享裁量决策式

分享裁量决策式下的裁量管辖决策主体既有国际商事法院本身，也包括所属法院等普通法院，以荷兰、新加坡国际商事法庭为代表。依据《荷兰商事法庭规则》第 1 条第 3 款

8 参见卜璐：《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行》，《求是学刊》2018,第 5 期，第 92 页。
9 参见毛晓飞：《独特的德国国际商事法庭模式——解析〈联邦德国引入国际商事法庭立法草案〉》，《国际法研究》2018 年第 6 期，第 101 页。
10 See George A. Zaphiriou, Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements,592 Maryland Journal of International Law,331(1978).
11 See Law No.12 of 2004 in respect of the Judicial Authority at Dubai International Financial Centre as amended, Article 5A (4).
12 See Hon. Gerald Lebovits, Delphine Millera, Litigating in the Qatar International Court , International Law Practicum 28,2015,p.56.

之规定，荷兰国际商事法庭在行使裁量管辖权时需与普通法院系统对应层级法院就国际商事案件管辖达成合意，经双方就国际商事法庭审理该案件达成一致意见时，才可以将该案移送至国际商事法庭审理。[13]

在新加坡国际商事法庭的裁量管辖规则中，该法庭所属高等法院及其本身在不同情况下均有权自主裁量决定是否对案件行使管辖权。《新加坡国际商事法庭诉讼指引 2020》（第 2 修正版）第 63 条[14]对该法庭所属高等法院的裁量管辖权作出具体规定。当事人未以特权令的方式对国际商事性案件寻求司法救济，且高等法院总司（General Division）认为其国际商事法庭为适当管辖法院时，高等法院可裁定将该案移转由其审理。[15]另一方面，新加坡国际商事法庭既在受理时对案件管辖权留有自主裁量的权利，亦对协议管辖案件有裁量权。当国际商事法庭对案件没有管辖权或拒绝行使管辖权时，国际商事法庭在裁定不方便管辖的同时，将在当事人同意移送的情况下行使裁量管辖权，把案件移交至有管辖权的高等法院，或者做出驳回、中止诉讼等适合的决定。[16]

综上所述，大多数的国际商事法庭采取的是单方裁量决策模式，国际商事法院自主决策式的裁量管辖多存在于协议管辖案件之中，且与不方便法院原则相关。相较而言，法院在对国际商事案件拒绝行使管辖权后，若能积极移送其他适当法院将有利于避免管辖权消极冲突的发生，增强裁量管辖规则的可预见性。总体而言，新加坡的分享裁量决策式的裁量管辖规则，更有利于国际商事法庭及其所属法院双方充分发挥裁量能动性。

（二）国际商事法庭裁量管辖的衡量因素

管辖权规则的设计通常受到两项基本价值控制：一是与形式政策有关的可预见性和可操作性；二是与实质事项有关的诉讼公正。[17]如前所述，新加坡国际商事法庭的裁量管辖模式向比于其他国际商事法院，更为全面地发挥了法庭本身及其所属法院双方主体的裁量能动性，能较好地实现了两项程序价值的平衡，故对其司法实践中裁量管辖的衡量因素进行探讨有一定的借鉴意义。

裁量管辖规则项下的移送管辖，是为保证新加坡国际商事法庭案源而设立的管辖规则。[18]第一起由新加坡国际商事法庭审理的 BCBC PTE 公司案19，即为新加坡高等法院依据裁量管辖规则移送至法庭的。尽管该案早在 2011 年就已立案管辖，但由于案情极为繁杂、且牵涉到多国当事人，新加坡高等法院迟迟未作裁决。直至 2015 年 3 月新加坡高等法院综合衡量案件的国际商事性、案情复杂性等因素最终将该案裁定移送国际商事法庭审判。IM Skaugen SE v MAN Diesel & Turbo SE 案[20]亦是高等法院移送案件，Zhuang WenXiong 法官

13 See NCC Rule, Art,1,3,1(c).
14 See Singapore International Commercial Court Practice Directions 2020. Section 63.
15 See the Singapore Court of Judicature Act Order 110 Singapore International Commercial Court, Rule 12(4).
16 See the Singapore Court of Judicature Act Order 110 Singapore International Commercial Court, Rule 10(3).
17 参见阿瑟·冯迈伦著：《国际私法中的司法管辖权之比较研究》李晶译；黄进校，北京：法律出版社 2015 年版，第 109 页。
18 See Johannes Landbrecht," The Singapore International Commercial Court (SICC)-an Alternative to International Arbitration?", ASA Bulletin 34,2016,p.115.
19 See BCBC SINGAPORE PTE LTD & Anor v PT BAYAN RESOURCES TBK & Anor, [2016] SGHC(I) 01.
20 See IM Skaugen SE v MAN Diesel & Turbo SE, [2016] SGHCR 6.

在该案中为判断新加坡法院是否为方便法院前，先对高等法院裁量移送管辖是否适当均作了详尽的审判推理。对案件由高等法院是否满足移送新加坡国际商事法庭的要求，法院主要对以下几点进行考量：其一，案件的国际性，具体到本案为原告营业地所在国在挪威和新加坡，与当事人间大部分商业义务的履行地在德国不同。其二，案件的商事性，该案属于供应或交换货物或服务的贸易。其三，当事人未以特权令或与特权令有关的形式寻求任何救济。其四，符合 110 号法院规则第 12（4）（a）项管辖法院的适当性要求，且认为当案件满足国际性和商业性的情况下，由新加坡国际商事法庭管辖将更为适宜。可见，新加坡法庭在对案件是否裁量管辖进行衡量考察时，不仅将案件法律关系复杂性、牵涉多国主体、当事人未采取强制性救济措施等因素纳入考量范围，还对案件的国际商事性、受移送法院的适当性进行综合衡量，而既定的不方便法院原则适用条件也被纳入新加坡法院依据裁量管辖权拒绝管辖的衡量标准。

三、我国商事法庭裁量管辖规则之现状

我国在一定程度上借鉴了新加坡、卡塔尔国际商事法庭的做法，在协议管辖的基础上增设了所属法院裁量管辖规则。就我国司法管辖制度的历史发展与职责分工来看，国际商事法庭的裁量管辖权源于传统集中管辖制度，采取的是以最高人民法院为主体的单方裁量管辖模式，具体实施规则尚待细化。裁量管辖规则已然成为我国国际商事法庭管辖审理案件的主要依据，且绝大多数案件系最高院径直动议提审管辖。裁量管辖的衡量因素尚为抽象，并零星出现当事人异议、被告下落不明等消极裁量事由。

（一）立法概况

依据《最高院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《规定》）第 2 条之规定，国际商事法庭受理下列案件……（5）最高人民法院认为应当由国际商事法庭受理的其他商事案件。该条款属于管辖权规则中的兜底性条款，国际商事法庭是隶属于最高院的常设审判机构，最高人民法院可据此条款决定对裁量涉外商事案件是否行使管辖权，决定将其纳入国际商事法庭的管辖范围。《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》第 11 条则进一步加强了裁量管辖权的权威性，规定国际商事法庭必须受理最高院依据《规定》第 2 条第 3 项、第 5 项决定由其审理的案件。具体而言，最高院为裁量管辖权行使的实际主体，国际商事法庭通过该类管辖权受理案件主要有两种方式：一是最高院可以将原本属于自己管辖范围内的在全国范围内具有重大影响的第一审涉外商事案件，以及认为应当由国际商事法庭管辖的案件分配给国际商事法庭管辖。在此，最高院分配案件所考量的综合因素包含法官专业素养、案件影响力和复杂性等；二是最高院可以准予高院将原属于其管辖的第一审涉外商事案件报请转移由国际商事法庭管辖。但依据《程序规则》第 10 条，高院在报请最高批准时，还应当说明具体理由并附有相关材料，最高院以此作为准予案件管辖权转移的考量依据。

就我国司法管辖制度的发展演进以及职责分工来看，国际商事法庭的裁量管辖权是在

我国原有的集中管辖制度基础上发展演变而来的，具有中国司法制度的鲜明特色。[21]改革开放初期至九十年代末，我国第一审涉外民事案件多由各个基层人民法院、中级人民法院分散受理管辖。涉外民商事案件的繁杂化促使我国在 2002 年《最高院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》中对第一审涉外案件的受理管辖规则作出重大调整，即涉外案件审理的最低层级法院为中级人民法院，仅有国务院批准设立的经济开发区法院、省高院、省会所在市中院等审判业务能力较强的法院有权集中管辖。我国国际商事法庭相较于一般涉外商事法庭的优越性在于，法官的任命人选兼具国际性和专业性，采用的是本国法官加国际商事专家委员会体制。法官均具有丰富的审判经验，并熟悉国贸投资实务及国际惯例[22]，是故裁量由国际商事法庭管辖有利于形成示范性意义的国际商事案件裁决，提升我国司法的国际影响力。

综上所述，我国采用的是以最高人民法院为主体的单方裁量管辖模式，现有相关立法并未赋予我国国际商事法庭向其他涉外案件审理的一般法院移送案件的裁量权利。就案件来源来看，裁量管辖的案件均来自于原有传统涉外商事法庭集中管辖规则的适用结果，有利于国际商事法庭建设初期案源的拓展，提升复杂疑难案件裁决的示范性效力。但我国国际商事法院的裁量管辖规定是原则性，并未对该类管辖权的实施细则作出明确的规定，不利于商事管辖可预见性和确定性的实现。

（二）裁量管辖司法实践的特征表现

由于我国最高院及省高院本身受理的第一审民事案件数量并不在多数，理论上通过裁量管辖规则再行指定国际商事法庭管辖的案件也极为有限。而当前我国国际商事法庭司法实践中，受理管辖案件主要来源也即裁量管辖权的行使。可见，裁量管辖制度对我国国际商事法庭国际司法权威与声望的累积具有重要意义。尚已公布的国际商事法庭相关裁判文书所述的案件管辖依据都在一定程度上援引了裁量管辖规则。[23]据此，可归纳现阶段我国国际商事法庭裁量管辖权的行使具有如下特征：

1.最高院提审裁量管辖的案件居多

就案件来源而言，绝大多数个案为最高院径直提级后裁量决定由国际商事法庭管辖的案件，经高院报请批准的提级管辖裁量案件占少数。据统计，在目前尚已公布的 13 件最高院判决裁定书中，经最高院裁量决定由国际商事法庭审理的案件达 12 件，其中经省高院报请国际商事法庭批准审理的案件仅有 1 件，即广东高院报请批准的亚洲光学股份有限公司等诉富士胶片株式会社等加工合同纠纷案[24]（以下简称亚洲光学加工合同案），其余均为最

21 参见吴永辉：《论国际商事法庭的管辖权——兼评中国国际商事法庭的管辖权配置》，《法商研究》2019 年第 36(01)期，第 155 页。

22 参见《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 4 条。

23 截止 2021 年 2 月 27 日，中国裁判文书网可以搜寻到国际商事法庭相关裁决文书共计 13 份，分别为(2018)最高法民辖 188 号、(2018)最高法民辖 189 号、(2018)最高法民辖 190 号、(2018)最高法民辖 191 号、(2019)最高法商初 1 号、(2019)最高法商初 2 号、（2019）最高法商初 4 号、(2019)最高法民特 1 号、(2019)最高法民特 2 号、(2019)最高法民特 3 号、(2019)最高法民辖 27 号、(2020)最高法民辖 54 号、(2020)最高法民辖 55 号。

24 参见(2019)最高法商初 2 号。

高院主动提审的裁量案件。依据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）第二十条之规定，最高院有权审理在全国有重大影响及其认为应当由其审理的第一审民事案件，《民诉法》第三十八条第一款同时也赋予了最高院作为上级法院审理下级法院管辖的第一审民事纠纷案的权利。在最高院基于《规

定》第二条第五项行使国际商事法庭受理案件的裁量管辖权时，上述两项相关条款也同被援引作为管辖依据。其中，由最高院从中院提级管辖的第一审民事案件占到五成之多。

2.考量因素多样且趋同化发展

就案件裁量管辖的缘由看，裁量管辖权行使的考量因素多样，但趋同性显著。最高院在行使裁量权时通常会对案件性属“重大影响和典型意义”进行认定，并继以表述具体主动提审或准予高院报请提审的事由。在红牛维他命饮料有限公司（以下简称红牛饮料公司）所涉的公司股权利益纠纷，以及法定代表人损害公司利益责任纠纷的一系列关联案件中，最高院对裁量管辖事由做了较为全面的表述。在英特生物制药控股有限公司与红牛饮料公司盈余分配纠纷一案[25]中，2016 年 8 月英特生物制药控股有限公司述称其持有红牛饮料公司 7%，红牛饮料公司在 2015 年 9 月作出利益分配方案并通过后至今未向其分配利润，却多次以分配利润的名义将资金汇入泰国华彬国际集团等公司账户，故诉请北京市高级人民法院向英特制药公司分配自红牛饮料公司成立之日起至 2014 年底累计未分配利润 87568782.58 元。与该案向关联的案件还包括英特生物制药控股有限公司另对红牛饮料公司法定代表人严彬提起损害公司利益责任之诉，[26]前案所涉泰国华彬国际集团公司诉请法院确认其红牛饮料公司股东资格之诉，[27]以及英属环球市场控股有限公司诉徐馨雄损害公司利益责任纠纷。[28]考虑到四个关联案件案情复杂性，最高院依据《民诉法》第二十条、第三十八条第一款提审诸案，并依据《规定》第二条第五项裁定由第二国际商事法庭一并审理。最高院先认定案系“具有重大影响和典型意义”的第一审国际商事案件，继而所述的裁量管辖事由统一包括：案件疑难复杂、所涉纷争利益巨大、社会各界高度关注。

除上述关联案件的考量事由外，最高院还在行使该管辖权时综合考量法律适用的统一性和专业性问题。例如，在亚洲光学加工合同案中，行使裁量管辖权的衡量因素除上述诸事由外，还考虑了案件适用法律涉及商事合同、知识产权等多方面，涉及多个国家和地区等因素。同样，在著名的新劲企业公司、运裕有限公司、北京港中旅维景国际酒店管理有限公司等与深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力的三个关联案件中，还特别提及由国际商事法庭审查案件有利于法律适用的统一，提高纠纷解决效率。**综上，**我国国际商事法庭裁量管辖权的行使主要围绕案情繁简程度和诉讼金额、社会关注度、争讼效率以及法律适用等抽象考量因素，尚未有较具体明晰的衡量细则，可操作性有待增强。

3. 出现零星消极裁量管辖事由

25 参见(2018)最高法民辖 188 号。
26 参见(2018)最高法民辖 190 号。
27 参见(2019)最高法民辖 27 号，(2018)最高法民辖 191 号。
28 参见(2018)最高法民辖 189 号。

在最高院积极行使裁量管辖权以拓展案源的同时，实践中也出现零星的裁量拒绝行使管辖权的消极事由，如被告下落不明、当事人异议。在海航金融一期有限公司诉方达投资控股有限公司、钱涛委托合同纠纷案[29]中，最高院受理立案后经审查认为，因被告钱涛下落不明，本案不宜由国际商事法庭审理。并而依照《民诉法》第三十八条第一款、《民诉法解释》第四十二条之规定，裁定由海南省海口市中级人民法院审理本案。笔者认为，尽管在传统民诉程序中被告下落不明可以经过公告送达等法定程序后缺席审判，[30]但由于最高院所审理的国际案件通常性属繁杂疑难案件，当事人缺席审理或将影响案件的事实查明，且国际商事法庭所作判决一审终审，因而将案件移交下级法院审理有其合理性。但该案在最高院立案受诉，最终裁定由海口市中院审理或对当事人管辖法院的可预见性造成一定影响。此外，在广东本草药业集团有限公司诉贝斯迪大药厂产品责任纠纷案中，最高人民法院依据裁量管辖规则提级审理原本由广州中院的立案管辖案件后，又提及双方当事人对第一国际商事法庭管辖本案未提出异议，可推定当事人异议也为国际商事法庭无法对案件行使裁量管辖权的消极事由。

四、我国国际商事法庭裁量管辖规则的完善建议

就现行裁量管辖规则本身而言，为增强裁量管辖规则的操作性和可预见性，有必要对其衡量标准进行细化，并在裁判中公开审判推理意见。在对外与传统涉外商事法庭的管辖制度衔接上，应对二者在司法体系中的案件交流与分工协调予以明晰，缓解潜在的司法双轨制不公问题。同时，有必要增设裁量管辖的消极事由，允许国际商事法庭对不属于或不适宜由其管辖的案件及时移送最高院或其他适当法院管辖，以避免管辖权消极冲突的发生。

（一）公开与细化裁量管辖的衡量标准

当前，我国现行立法与司法实践均未对裁量管辖权行使的具体衡量标准做出明确规定或审判意见，不利于当事人对此类管辖规则适用结果做出合理预期。然而，国际商事法庭担负着建设合商业性的法律体系，推动商事法律、司法实践和道德行为准则协同发展的职责，而司法公开是促成该职责实现的重要保障。[31]裁量管辖的案件多为有重大影响或极具典型意义的案件，此类案件收归国际商事法庭裁决利于统一司法尺度和发挥示范作用。与此同时，裁量管辖规则的可预见性也需通过衡量标准的公开透明予以强化，如以司法解释的方式加以释义，亦或在具体个案中明确适用该管辖规则的审判推理，衡量因素的细化标准如具体诉讼标的额、当事人人数众多、牵涉多国利益主体等等。

（二）完善与常规法庭间的分工与交流机制

目前，我国国际商事法庭对跨境商事纠纷案件的管辖，多来源于传统涉外商事法院的法定管辖案件。为充分发挥国际商事法庭与常规法院之间协同解决跨境民商事争端的职

29 (2019)最高法商初 4 号。
30 参见张进德：《新编民事诉讼法学》，北京：中国民主法制出版社 2013 年版，第 344 页。
31 See SUNDARESH M. International Commercial Court: Towards A Transnational System of Dispute Resolution_EB/OL]. [2021-02-15]. https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/media room/opening-lecture-difc-lecture-series-2015.pdf.

能与效用，避免发生涉外商事案件审判的司法双轨制不公问题，有必要对二者在司法体系中的交流机制与职能分工予以明晰。首先，最高院自主裁量管辖案件时，可以考虑以下条件：其一，就案件本身的性质而言，争讼案件满足国际性和商业性的基本要求；其二，国际商事法院为管辖权行使的适当法院，包括审判专业度高、所涉利益重大等因素；其三，案件具有普遍的法律适用意义；其四，下级法院难以排除干扰，作出公正裁决等等。其次，常规法院可以依据《民诉法解释》第 532 条确立的不方便法院原则驳回起诉，并告知当事人方便管辖的法院。据此，可效仿新加坡授予国际商事法庭行使不方便法院规则的权利，允许国际商事法庭对将无管辖权以及不方便管辖案件，移送最高院或其他合适的法院管辖，以防止跨境商事争端案件在法院间相互推诿而产生管辖权的消极冲突问题。

（三）增设裁量管辖权行使的消极事由

裁量管辖权行使的消极事由，也即特殊情形之下最高院不得对案件行使裁量管辖移送国际商事法庭的事由。如前所述，我国国际商事法庭司法实践中已出现包括当事人异议、被告下落不明等等的零星消极管辖事由，但立法或司法解释均未对此作出明确的指示。笔者认为，尽管现行司法实践中裁量管辖权的行使有利于案源扩展和提升国际司法声誉，但为避免未来裁量管辖的过度行使给国际商事法庭带来消极效应，有必要在作出之时予以适当规制。就案件的性质来看，在劳动争议纠纷、国家主权财产豁免、专属管辖案件等超出国际商事法庭管辖范围的案件时不得裁量移送；就程序性事项而言，在双方当事人就裁量管辖权的行使提出异议时，理应保留当事人的异议权以充分尊重其商事主体的意思自治，对其他专门法院管辖的商事案件需及时移送其管辖审理等等。

中国国际商事法庭“一站式”解纷机制的构建研究

中南财经政法大学 武汉 朱梦瑶

【摘要】国际经贸交易愈加频繁，不断深入的当下，国际商事争端也就不可避免地不断增多，这对我国的国际商事解纷机制提出了更高的要求。国际商事解纷途径主要包括三种：调解、仲裁和诉讼，但当前我国的商事调解和商事仲裁制度发展较为滞后，不够完善。制度的完善需要实践与立法的双重支持，而法规的出台需要较长时间的等待，但不断增加的国际商事纠纷的合理解决使得解纷机制亟待完善。我国在 2018 年 6 月发布《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《规定》）宣布设立国际商事法庭，并纳入一些国际商事仲裁和调解机构，构建“一站式”的国际商事纠纷解决机制，满足当事人多元化的解纷需求。这一以国际商事法庭为核心的“一站式”解纷机制，是当前我国弥补商事调解、商事仲裁制度不足，应对国际商事交往需求以及打造区域性甚至世界性争议解决中心的关键一步和最佳选择。当然，“一站式”的解纷机制是我国的首创，构建经验需要摸索，解纷机制还需要不断完善。

【关键词】国际商事法庭；一站式；解纷机制

【Abstract】As international economic and trade transactions are becoming more frequent and deepening, international commercial disputes will inevitably increase. This puts forward higher requirements for my country's international commercial dispute resolution mechanism. There are three main ways to resolve international commercial disputes: mediation, arbitration, and litigation. However, the current development of commercial mediation and commercial arbitration systems in China is relatively lagging and not perfect. The perfection of the system requires the dual support of practice and legislation, and the promulgation of laws and regulations requires a long wait. However, the reasonable settlement of increasing international commercial disputes makes the dispute resolution mechanism urgently needed to be improved. In June 2018, my country issued the "Regulations of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Establishment of International Commercial Courts" (hereinafter referred to as the "Regulations"), announcing the establishment of international commercial courts and including some international commercial arbitration and mediation institutions to build a "one-stop shop" The international commercial dispute resolution mechanism meets the diversified dispute resolution needs of the parties. This “one-stop” dispute resolution mechanism with the International Commercial Court as the core is a key step and the most important step for my country to make up for the lack of commercial mediation and commercial arbitration systems, respond to the needs of international commercial exchanges, and build a regional or even global dispute resolution center. Best choice. Of course, the "one-stop" dispute resolution mechanism is

my country's first, and the construction of experience requires exploration, and the dispute resolution mechanism needs to be continuously improved.

【Key words】 International commercial tribunal; "One-stop" work style; Mechanism of dispute resolution

随着各国经济联系不断加深，国际商事纠纷数量也不断增多，这对各国的国际商事纠纷解决机制提出了更高的要求。在全球范围内，新加坡、迪拜、英国、法国等已经成立了国际商事法庭或者国际商事法院，并借此增强其在国际商事争议解决市场上的竞争力。[1]我国在“一带一路”倡议不断深入发展，参与国之间的商事交往愈加频繁的现实需求下，宣布建立国际商事法庭，致力于建设调解、仲裁、诉讼于一体的“一站式”争端解决平台。这是立足于我国当前解纷路径制度发展滞后与不断扩大对外商贸交往需求之间巨大矛盾的制度创新，也是顺应国际争端解决机制发展趋势的必然选择，国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制的构建具有必要性。但当前在机制的构建中还存在一些问题，笔者希望对这些问题给出自己的完善建议。

一、 国际商事法庭“一站式”解纷机制的制度设计

（一） 国际商事调解机构、国际商事仲裁机构的纳入

国际商事法庭“一站式”解纷机制的构建的第一步就是国际商事调解、仲裁机构的纳入，依托国际商事法庭的平台构建“一站式”多元解纷机制。《规定》第 11 条之处最高人民法院有权选定符合条件的国际商事调解机构和国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的解纷解决平台。[2]当事人可以协议选择国际商事仲裁机构，通过仲裁裁决纠纷，也可以在国际商事法庭受理案件后 7 日以内选择国际商事专家委员会或者国际商事调解结构进行调解解决争端。[3]2018 年 12 月，最高院选择了几家规模较大、制度较为完善的国际商事调解机构和国际商事仲裁机构纳入到国际商事法庭“一站式”的解纷平台，供当事人选择。[4]

（二） 国际商事专家委员会的性质及其职能

2018 年 12 月发布的《国际商事专家委员会工作规则（试行）》对专家委员会的只能和组成，专家的认知资格、职责与义务，专家委员会办公室的职责，专家委员调解和咨询机制，专家委员的履职保障等内容做出详细地规定，国际商事专家委员设置是我国国际商事法庭制度中的创新之举。这里主要分析专家委员会的职能：主持调解国际商事案件、对专门性法律问题提供咨询意见、就法庭的发展规划提供意见和建议、就最高院制订相关司法解释及司法政策提供意见和建议。国际商事专家委员会的成员是来自多个国家和地区的具

[1] 何其生.国际商事法院研究[M].北京：法律出版社，2019：177.
[2] 杜涛，叶珊珊.国际商事法庭：一个新型的国际商事纠纷解决机构[N].人民法院报，2018-07-10（002）.
[3] 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 11、12 条。
[4] 仲裁机构包括：中国国际经济贸易仲裁委员会、深圳国际仲裁院、上海国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会、中国海事仲裁委员会五家国际商事仲裁机构调。
调解机构包括：中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心两家国际商事调解机构。

有丰富理论基础和实践经验的法律专家，专家委员会主持调解国际商事案件，承担着调解员的功能，在一定程度上弥补了我国国际商事调解机构专业性程度不足的缺陷。第 2、3 种职能可以对国际商事法庭的诉讼提供专业支撑作用，也弥补了法官国籍单一化限制国际商事法庭对当事人的吸引力的不足，第 4 项职能则是对法庭的整体构建与发展提供专业性助力。

（三） 国际商事法庭对调解和仲裁的支持作用

以国际商事法庭为中心的“一站式”纠纷解决机制的创新之处，主要体现在借助国际商事法庭对调解、仲裁的司法支持。根据《人民调解法》，经人民调解委员会主持调解，当事人达成调解协议的可以向人民法院申请确认其效力，由法院制作调解书，调解书具有强制执行力。[5]但商事调解不属于《人民调解法》的调整范围，所以最高院参照《人民调解法》规定了国际商事法庭可以对经国际商事专家委员会和国际商事调解机构调解达成的调解协议进行司法确认并出具调解书，从而使调解协议具有强制执行力。对于调解协议的执行，根据《民事诉讼法》民事调解书由被执行人住所地和被执行财产所在地人民法院执行。而根据《规定》经国际商事专家委员会和国际商事调解机构调解，并经国际商事法庭确认的调解书也是由国际商事法庭负责执行。“一站式”的调解程序安排能够避免当事人为了执行调解书的舟车劳顿，给予其很大程度的便利。

国际商事法庭对于仲裁的司法支持主要体现在三个方面，仲裁保全范围的扩大、仲裁保全措施和仲裁裁决执行的便利化。根据《规定》第 13 条，当事人可以在仲裁前或者仲裁后申请证据、财产和行为保全。与《民事诉讼法》相比规定的财产和证据保全相比，仲裁保全的范围进行了扩大。法院判决的行为保全的规定曾经出现在 2013 年 1 月 1 日施行的民诉法，当时的规定是：人民法院对于因当事人一方的行为或其他原因使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，经当事人申请或者法院认为有必要的，法院可以要求其为或不为一定行为。除了保全范围的扩大，保全措施的执行也是有国际商事法庭集中提供保障。而《民事诉讼法》中规定涉外仲裁的保全措施由中级人民法院实施，国际商事法庭则为仲裁提供了“一站式”的保全措施保障，在一定程度上通过提高保全措施执行的效率弥补了我国《仲裁法》没有赋予仲裁庭采取临时措施的权利带来的实施保全措施的滞后性。[6]仲裁裁决的撤销与执行也是由国际商事法庭集中实施，特别是《民事诉讼法》规定仲裁裁决的撤销需要当事人向仲裁机构所在地中级人民法院申请，如果中院决定撤销或不予执行裁决则需要上报高院进行核准，高院也同意还需要继续上报最高院进行核准，最高院也同意撤销或者不予执行才能得出最终裁决。国际商事法庭作为最高院的派出法庭直接集中承担仲裁的撤销与执行能够免去中间的层报核准环节，大大提高了仲裁裁决做出以后的执行效率。

二、 国际商事法庭“一站式”解纷机制构建的必要性

（一） 国内解纷途径发展相对滞后

[5] 《人民调解法》第 28 条。

[6]薛源,程雁群.以国际商事法庭为核心的我国“一站式”国际商事纠纷解决机制建设[J].政法论丛,2020(01):149-160.

调解作为“化戈止纷”的一种方式其实起源于我国，比如古代的“息诉”思想就是鼓励人们通过非诉的方法解决纠纷，但是在现代我国的调解制度的发展与西方相比速度比较缓慢。究其原因主要如下：第一，调解与诉讼和仲裁最大的区别是缺乏国家强制力的保障，因而公信力不足，加之整个社会的公信情况不佳，纠纷主体一般不愿意选择调解解决。第二，不少专业人士对于这项制度的认同度也不高，甚至认为调解侵害了公平正义和程序正义的诉讼与仲裁原则[7]，很显然他们夸大了调解制度对于司法的负面影响却忽略了调解制度在解决纠纷时发挥的积极作用。第三，我国在调解制度上存在不可忽视的立法空白，严格来说至今我国还未出台商事调解的具体法律法规，商事调解实践大多是依据《民事诉讼法》以及《仲裁法》中的调解条款，也就是说调解条款在我国法律中的存在形式都是分散立法。缺乏专门的调解立法，对于国际商事调解的规定更是不足，就导致了国际商事调解处于几乎无法可依的困境中，而且已有法规中对调解效力的规定不明确导致协议遵守率很低。除了调解制度本身的不足，调解—仲裁的衔接规定只有《仲裁法》的 51 条和 52 条，根本不能满足当事人的需求。国际商事交易双方更注重的是能达成既定的交易以获取利益，所以在正常情况下当纠纷发生时会倾向于通过最直接的调解来解决纠纷，但是由于我国的调解制度存在上述缺陷使得调解在纠纷发生后经常无人问津，从而导致不仅自身成本低、灵活性强和适应性强的优势无法发挥还会造成仲裁和诉讼的受案压力加大。

我国的仲裁制度与外国相比起步比较晚，1956 年设立了对外贸易仲裁委员会，但在法律规定方面一直到 1994 年才出台了《仲裁法》，之后 2005 年最高院发布了《仲裁法》的司法解释，与诉讼制度的法律法规相比仲裁方面的法律法规也不够完善。之后为了应对不断增加的对外贸易活动，我国借鉴西方不断对国际商事仲裁制度进行改革建立了意思自治的基本原则，当事人可以协商一致选择仲裁机构，适用或裁或审和一裁终局制度，确立了仲裁机构的民间性和仲裁的独立性等。新的制度适应了不断深入的改革开放背景下的市场经济发展的需要，但是仍然有一些不足。比如我国大陆至今都没有完全承认临时仲裁制度，临时仲裁制度以其能极大程度地满足纠纷当事人意思自治的需要，能够及时高效地解决纠纷。我国则是站在立法谨慎性的立场，认为虽然临时仲裁自治程度高灵活性强的但同时可预测性会大大降低带来风险，所以我国对机构仲裁完全认可，只承认港澳地区的临时仲裁和《纽约公约》成员国的临时仲裁。除了临时仲裁不被完全认可，我国商事仲裁的配套制度也不够完善，例如仲裁员的任职资格标准并不统一和完善。仲裁具有其相较于诉讼的相当的灵活性和自主性，而且相较于调解，因为《纽约公约》的支撑仲裁裁决更容易被法院承认而予以强制执行，也就是说仲裁更易间接获得司法强制力的保障，所以其在国外在商事纠纷的解决上发挥着巨大的作用。对国内的仲裁制度进行完善，使其与国外接轨，国际商事纠纷当事人才会倾向于选择仲裁来解决问题。

通过上述分析可知，我国当前的商事调解和商事仲裁制度存在众多不足，在这样的背景下选择设立国际商事法庭，创造性地构建调解-诉讼-仲裁为一体的“一站式”纠纷解决

[7]王长生.仲裁与调解相结合的理论与实务[M].北京：法律出版社，2001：159-160.

机制，能够弥补当前调解和仲裁制度的不足现状。调解充分尊重当事人的意思自治，而且有利于维护双方当事人的友好关系；仲裁高效便捷，裁决的承认与执行有《纽约公约》作保证；诉讼程序灵活性不足但它的公正性和权威性仍然具有很强的吸引力。[8]并使得这三种解纷途径能够互相弥补自身，各自发挥出自身的优势，满足当事人地多样化需求，更加便利地解决纠纷。

（二） 制度优势的体现

2014 年我国提出“一带一路”倡议，倡议促进了参与国之间的贸易、投资交往，随着倡议内容的进一步落实与深入，商贸交往愈加频繁的同时必然会带来争端纠纷的增加。这样的现实情况下，我国作为倡议的发起国成立国际商事法庭，构建“一站式”国际商事纠纷解决机制，为“一带一路”倡议的发展提供司法支撑。国际商事法庭建立的目的也不仅仅只是为“一带一路”倡议发展提供司法助力，也有着成为更广范围的区域甚至世界性的国际商事争端解决中心的目标。我国作为世界上的第二大经济体、世界第一大贸易国，[9]近来在争取国际秩序构建中的更大话语权。[10]我国要在其中提升司法服务的国际竞争力才能增强在国际私法秩序的构建中的参与度，才能更好维护我国跨国商事活动参与主体乃至国家的利益，从而促进我国商事活动的对外开展。但目前，英国、新加坡、迪拜的国际商事法庭建设已经成熟完备，在国际商事纠纷解决市场中具有相当的竞争力。德国、荷兰等欧洲国家在英国脱欧以后也宣布设立国际商事法庭，争取欧洲的商事争端解决市场中占领一席之地。各国纷纷积极建立国际商事法庭的行动，也表明国际商事争端解决市场竞争力的增强趋势。所以在构建国际商事法庭的构建中找到竞争优势，笔者认为当前诉讼-仲裁-调解三位一体的“一站式”纠纷解决机制是我国国际商事法庭首创以及独有的制度设计，其所带来的便捷高效就是我国国际商事法庭的特有的制度优势。

三、 国际商事法庭多元解纷路径构建的不足

（一） 国际商事专家委员会的职能设计

国际商事专家委员会是我国国际商事法庭制度中的创新之处，也是对法庭法官国籍单一化的弥补。专家委员会的职能设计中后面两项比较宏观，具体参与解纷过程的则是前两项职能。这两项职能中对调解的参与度最高，诉讼程序只涉及到对国际条约、国际商事规域外法律的查明等问题提供咨询意见。但诉讼作为我国国际商事解纷机制的核心，专家委员会应该要更多地参与进来，这样也能更大地发挥出其对我国无法聘用国际法官地弥补作用。专家委员会既能主持调解也能参与诉讼，也能在人员配置上实现调解与诉讼的衔接，更为现实的是因为专家委员会在前一程序中已经对案情有了一定的了解，在后一程序中对前一程序的工作成果的利用将更为方便。

（二） 调解机构和仲裁机构的选定标准

[8]初北平.“一带一路”多元争端解决中心构建的当下与未来[J].中国法学,2017(06):72-90.
[9]根据联合国贸易和发展会议公布的数据，在 2016 年中国外商直接投资流入量排名世界第三，总量大 1340 亿美元；外伤直接投资流出量排名世界第二，总量达 1830 亿美元。
[10] 贺荣.论中国司法参与国际经济规则的制定[J].国际法研究,2016(01):3-15.

当前被纳入“一站式”国际商事纠纷解决机制的5家商事仲裁机构和2家商事调解机构无一例外都中国机构，最高院也未公布选择这7家机构的标准。标准不透明一是无法令人信服，二是标准的存在可以成为其他未入选机构的发展目标，从而促进我国商事仲裁和商事调解机构的进步与发展。选定标准除了存在不透明的问题，还有不够开放的不足，所有入选的机构都是中国国内的商事调解和仲裁机构，这样一刀切把国外的国际商事调解和仲裁机构排除在外的做法很难说没有本国保护主义的倾向。最高院保守的选择可能会使我国国际商事法庭的吸引力大大减弱，多元解纷机制的构建无法获得实质性进展。国际商事法庭作为处理跨国商事案件的专门法院与其他人民法院相比，最重要不同在于其应该是一个更加开放的纠纷解决平台，而接纳一些外国的国际商事调解和仲裁机构是其开放性的重要体现。外国的国商事调解和仲裁机构发展更为成熟，在专业性上要优于我国的机构，将外国机构纳入机制也能吸引更多的当事人选择我国的国际商事法庭解决纠纷。

（三） 解纷途径的制度衔接

我国的国际商事法庭旨在建立“一站式”纠纷解决机制，为当事人提供多元化的解纷路径选择。上文对路径衔接已经进行了分析，整个制度的构建主要还是体现在法院对于仲裁和调解的司法支持，在程序上的衔接还是不够充分，例如诉讼程序向调解程序的转变的制度构建。国际商事法庭要能更好地与仲裁和调解进行衔接需要对法院作为一国司法机关所具有的主权色彩进行淡化，国际商事法庭不仅是司法机关，也是提供法律服务的公共平台，需要不断深化其国际性的特点。

（四） 判决的承认与执行

对于当前我国存在判决承认与执行困难的问题，国际商事法庭做出的判决必然也会遇到。因为我国《民事诉讼法》第268条规定，对于外国判决的承认与执行我国的审查标准是相关国际条约和互惠关系的建立，鉴于我国当前没有批准任何相关条约，也只与少数国家签订了双边协定，这些国家也并不是我国主要的国际商事贸易交易国家，所以是否与我国建立互惠关系是一国判决能否被人民法院承认与执行的重要条件。互惠标准包括事实互惠、法律互惠和推定互惠，当前我国采用的是较为严格事实互惠标准。事实互惠要求外国法院请求我国法院承认与执行自身判决时已经存在承认和执行我国法院判决的司法实践，如果不存在就会被我国法院拒绝。事实互惠极有可能会导致国家间判决承认与执行的囚徒困境，事实上也已经造成了我国与日本之间判决承认与执行的僵局。当前学界也在呼吁我国法院应该突破事实互惠的限制，灵活采用法律互惠、推定互惠的多元互惠标准，来使互惠原则发挥出促进国家间司法协助应有作用，而不是沦为国家间报复性拒绝判决承认与执行的借口。[11]海牙判决承认与执行公约还只有32个国家加入，我国虽然已经加入但还没有批准生效。所以该公约作用的发挥仍需要较长时间的等待，但国际商事法庭的发展无法一直处于等待之中。

四、 “一站式”解纷机制的制度构建展望

[11] 徐伟功.我国承认与执行外国法院判决制度的构建路径——兼论我国认定互惠关系态度的转变[J].法商研究,2018,35(02):171-182.

（一）明确并开放国际商事调解、仲裁机构的选定标准

最高院对国际商事调解和仲裁机构的选定过于保守，外国调解和仲裁机构的发展完善程度高于我国，引入它们对于完善国际商事争端的多元解纷机制大有裨益。不但可以为当事人提供更多样化也更为专业化的机构选择，从而增强我国国际商事法庭的吸引力，也能引入更为国际化的商事调解和商事仲裁的实践经验，增加我国商事仲裁和商事调解市场的竞争性。对于外国仲裁、调解机构的选择标准笔者认为要秉持原则性和包容性相结合的制度，类比对于外国仲裁的承认与执行，对于仲裁、调解规则应该尽量包容，符合我国与该国订立的双边条约，没有双边条约的符合我国加入的国际公约即可，不应强硬地要求机构采用我国国内的仲裁或者调解规则。对于仲裁或者调解结果则可以引入公共秩序保留地原则，即国外机构的仲裁、调解结果不得违背我国法律的基本原则、经济、政治、文化制度。

（二）扩大国际商事专家委员会的职能

国际商事专家委员会的成员精通国际法与本国法律，还具有丰富的实务经验，为使其充分发挥应该适当扩大其职能范围，特别是强化其对诉讼程序的参与。根据《法官法》，我国的法官必须的中国公民，而且因为国际商事法庭是最高院的派出法庭，其法官还需要由最高人民法院院长提请全国人民代表大会常务委员会任免，所以任命专家委员会成员作为法官困难重重。不过可以探索专家委员成为陪审员的可能性，《人民陪审员法》要求陪审员必须为我国公民，但其程序上的要求较法官而言要简单得多，所以专家委员突破制度限制成为陪审员更为容易。而且，当前已经有了类似的实践参考。在最高人民法院《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》，对于自贸试验区内的第一审民商事案件，当事人一方或双方是港澳台民事主体时可以选人港澳居民作为陪审员。陪审员和审判员一样都能对案件的审理独立发表意见，国际商事法庭可以先探索选任具有港澳居民身份的专家委员作为陪审员，然后再进一步考虑选任外籍专家委员作为陪审员的可能。除此之外，专家委员会主持的调解程序之中，也要注意赋予当事人选择专家委员的权利，保障其选择权也是尊重当事人意思自治的体现。

（三）加强解纷途径之间的有机衔接

在争端提交国际商事法庭之前当事人可以选择先由国际商事专家委员会或者国际商事调解机构调解或者由国际商事仲裁机构仲裁，但是其实争端没有经过审查之前，双方当事人对争端所涉及的法律关系，双方的优劣地位并不能充分衡量，当事人对于争端适合哪一种解纷途径并没有明确的认知，所以会谨慎选择调解来解决纠纷。而且跨国商事解纷案情复杂审理期限相对会比较漫长，争端的具体情况很有可能会发生变化，所以在已经选择了一种解纷途径后也应该允许当事人转变途径选择的权利。《规定》第 12 条规定，法庭在受理案件后 7 日内经当事人同意可以委托国际商事专家委员会或者国际商事调解机构对案件进行调解。这条规定中的调解准确的说属于诉讼中调解，但是 7 日的限制表明案件并没有进入诉讼程序的实质性审理，所以案件进入法院实质审理程序之后无法在转如调解程序。所以为了真正满足当事人对纠纷途径的多样化需求，可以将调解与诉讼的衔接不仅局限于

此，而是允许当事人在将案件提交法庭进入实质审理程序后，当事人考虑到未来商业关系的维持而想要停止诉讼、达成调解协议的，可以由诉讼再转入调解程序。在调解无法完成时，比较高效的选择是继续诉讼程序，做出判决，这样可以充分利用前期的工作成果，解决纠纷。

（四）判决的承认与执行的多元化路径

为了能尽快促进国际商事法庭的判决能够被外国法院承认于执行，我国可以借鉴新加坡国际商事法庭和迪拜国际金融中心法院的做法，加快速度与主要贸易国家签订双边司法合作协定。我国与 2017 年 9 月 12 日签署了《海牙协议选择法院公约》，但尚未批准，采用协议管辖的国际商事案件数量较多，考虑到保障这些案件的判决的承认与执行，批准改公约是有必要的。不过该公约目前只有 32 个缔约国，对判决的承认与执行的保障作用比较有限。中国际商事法庭本身就致力于成为集调解、诉讼和仲裁为一体的一站式多元解纷平台，那么除了争端提交平台之前和以及争端解决过程中的两阶段要注意调解、诉讼和仲裁之间的有机衔接。对于判决的承认与执行当前除了通过双边司法协助的途径，还可以参考迪拜国际金融中心法院甚至还提出了一个十分大胆而新颖的建议即将该法院的判决转化为仲裁裁决来推动该法院判决的执行。[12]考虑到判决所包含的法院作为一国司法机关所包含的主权色彩以及强制执行性，仲裁裁决相较于调解协议是更适合的选择。国际商事法庭相较于其他法院的去司法主权的倾向也是这一转化更能令人接受。当然最重要的还是《纽约公约》的存在使得判决转化为仲裁裁决之后得到承认与执行的可能性大大提高，从而达到国际商事法庭判决得以间接承认与执行的目的。

（五）与涉外民事诉讼制度的协调

我国的国际商事法庭制度设计比较保守，并没有对国内的既有制度规定进行变动，只是为了法庭的成立出台了司法解释，另作规定，形成了涉外民商事诉讼领域的双轨制。根据《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》涉外民商事案件主要由中级人民法院集中管辖，而《规定》的出台使得一部分标的额较大、具有较大影响的案件归于国际商事法提供管辖，国际法庭的审理制度与一般中级法院存在较大差异，涉外案件审理双轨制会造成挑选法院甚至司法不公。为了防止司法不公的出现，在国际商事法庭运行成熟，相关制度也已建设完备后就需要对传统的涉外审判制度进行改革。这一改革的意义也并不仅仅在于使得涉外民商事领域双轨制管辖下的审理制度趋于一致，其更深远的价值在于使得以国际商事法庭为中心的“一站式”解纷机制不只存在于最高人民法院这一审级，更要纵向发展，使得我国的国际商事审判机制自下而上达成统一。具有了从下而上的制度基础才能使得以国际商事法庭为中心的“一站式”国际商事纠纷解决机制有可能不再是被托举在空中的创造性楼阁，而是拥有层层阶梯的巨塔。从国际商事法庭到国际商事法院，自下而上多审级的组织架构可以参照我国海事法院的海事法院、海事法院所在地高级

[12] Harles Lilley, Update: “Converting”DIFC Court Judgment into Arbitral Awards，available at https://www.blplaw.com/expert-legal-insights/articles/update-converting-difc-courts-judgments-arbitral-awards. ,最后访问日期: 2021 年 4 月 4 日。

人民法院和最高人民法院三级两审制，形成国际商事法院、国际商事法院所在地的高级人民法院和国际商事法庭的三级两审制度。

参考文献

[1] 何其生.国际商事法院研究[M].北京：法律出版社，2019.

[2]冯汉桥,沈旦.国际商事法庭诉讼与仲裁、调解衔接机制的完善[J].怀化学院学报,2020,39(02):72-79.

[3]薛源,程雁群.以国际商事法庭为核心的我国“一站式”国际商事纠纷解决机制建设[J].政法论丛,2020(01):149-160.

[4]张力.中国国际商事法庭的创新实践与现实意义[J].人民论坛,2020(03):110-111.

[5]朱伟东.国际商事法庭:基于域外经验与本土发展的思考[J].河北法学,2019,37(10):75-85.

[6]杨临萍.“一带一路”国际商事争端解决机制研究——以最高人民法院国际商事法庭为中心[J].人民司法,2019(25):34-39.

[7]申婷婷.中国国际商事法庭司法运作的困境与路径——以法律适用和判决的承认、执行为视角[J].河北法学,2019,37(08):70-83.

[8]宋锡祥,田聪.“一带一路”视野下国际商事争端解决机制的构建[J].海峡法学,2019,21(02):26-36.

[9]廖宇羿.论“一带一路”倡议下中国国际商事法庭的定位[J].经贸法律评论,2019(02):81-97.

[10]姜丽丽.国际商事法庭的未来抉择[J].人民司法,2019(10):91-96.

[11]石静霞,董暖.我国国际商事法庭的若干核心问题[J].西安交通大学学报(社会科学版),2019,39(03):116-123.

[12]吴永辉.论国际商事法庭的管辖权——兼评中国国际商事法庭的管辖权配置[J].法商研究,2019,36(01):142-155.

[13]卜璐.“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行[J].求是学刊,2018,45(05):91-99.

WTO 体制的利益平衡体系与机制[1]

朱淑娣

(复旦大学法学院，上海，200433)

摘要：WTO 体制的利益体系是由 WTO 的申请方与成员方，成员方之间，尤其是发达成员与发展中成员之间通过利益平衡机制博弈形成的，以权利、义务平衡为内容的利益平衡性体系，而 WTO 协议就是该利益平衡体系的法律确定形式与利益平衡博弈的游戏规则，因为 WTO 协议及其生成、演变与实施过程，无不昭示 WTO 体制的运行规律是生成利益平衡、利益平衡演变与维持利益平衡。此观点对于 WTO 体制内的各类谈判，以及国际贸易争端解决应有顶级的价值导向意义。

关键词：WTO 体制；利益体系；平衡性；利益平衡性体系

马克思曾明确指出：“人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关[2]”，利益是人与社会的联系纽带，“利益不仅仅作为一种个人的东西或众人的普通的东西存在于观念之中，而且首先是作为彼此分工的个人之间的相互依存关系存在于现实之中[3]”，正是“利益把市民社会的成员彼此连结起来[4]”把人与社会连接了起来，而“每一个社会的经济关系首先是作为利益表现出来[5]”。“每一个社会的经济利益都构成一个完整的体系。因为，每一个社会中的生产关系都形成一个统一的整体[6]”。尽管这些观点的原本视域与全球化现象有一定距离，不过，其穿透力、概括性决定了它们在分析新型利益体系方面仍具有普适性。

以此观之，经济全球化时代，以货物、资金、技术和服务等为内容的国际贸易，已在全球范围内普遍展开，各国、各经济区域之间的经济关系联系密切，形成了全球性的经济利益体系。素有“经济联合国”之称的 WTO，至 2004 年 10 月 13 日，其成员[7]已多达 148 个。它们在 WTO 体制内所形成的经济利益占全球经济利益体系的绝大部分。它具有什么样的主体结构、根本特性与运行机制呢？这些问题，笔者尚未见系统

[1] 基金项目：本文是复旦－耶鲁国际合作项目“WTO 体制下的国际行政法”的拓展性研究成果。
作者简介: 朱淑娣，女，复旦大学法学院教授，博士生导师。研究方向:国际法、行政法。本文首发于《河南财经政法大学学报》，2020，35(02)。

[2] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局．马克思思格斯全集(第 1 卷)［M］.北京:人民出版社，2006: 82，308．

[3] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局．马克思思格斯全集(第 3 卷)［M］.北京:人民出版社，2006: 27．

[4] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局．马克思思格斯全集(第 2 卷)［M］.北京:人民出版社，2006: 154．

[5] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局．马克思思格斯全集(第 1 卷)［M］.北京:人民出版社，2006: 82，308．

[6] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局．马克思思格斯全集(第 4 卷)［M］.北京: 人民出版社，2006: 144．

[7] 注：包括主权国家、单独关税区、欧共体。

地论述。利益法学家赫克指出，法的最高任务是平衡利益。[8]沃尔夫等德国学者认为行政法的重要任务是利益平衡[9],因此，作为国际行政法的重要组成部分——WTO 法，其重要任务同样也是利益平衡。此外，WTO 的特殊意义在于它从法律角度对国际经济关系进行调整[10],而“利益”对于“经济关系”而言具有重要意义。因此，本文主要以利益为视角，从功能和机制方面进行研究[11],分析 WTO 体制[12]利益体系的整体结构、形成、演变过程，及其利益平衡机制，旨在论证 WTO 体制的利益体系是一个自足的利益平衡性体系。[13]

一、WTO 体制的利益体系

“利益，就是指在一定的社会形式中由人的活动实现的满足主体需要的一定数量的客体对象[14]。”WTO 体制内的利益，就在 WTO 协议的规范下，各类主体(如作为组织体的 WTO，各成员方、各成员方内的经济组织等)通过开展经济活动所实现的满足其需要的一定数量的客体对象。按照不同标准它可分为，WTO 体制的目前利益与长远利益；WTO 体制的局部利益和整体利益等等。不过，最重要的是按 WTO 体制的利益主体层次所进行的分类，即 WTO 体制内各成员方公共利益(WTO 体制的公共利益)、成员方公共利益、各成员方内具体经济主体的利益(以下简称经济主体利益)。第一，WTO 体制的公共利益是由成员方公共利益、经济主体利益所组成的，不但利益层次高于前二者，而且利益总量大于二者的机械之和。它是 WTO 体制内各类主体所有利益的有机系统整体，具有其组成要素的机械之和所不具有的层次与质量；第二，成员方公共利益，是指作为 WTO 成员方的主权国家、单独关税区和欧共体，在 WTO 体制内所享有的利益，如 WTO 体制内中国的国家利益；第三，经济主体利益是指 WTO 各成员方内部各类经济主体的利益，如进口商、出口商、生产商、消费者，以及它们所组成的利益集团的利益等。由于 WTO“协议是由政府通过谈判签署的，但其目的是为了帮助产品制作者、服务提供者和进出口商进行商业活动[15]。”经济主体的利益是 WTO 体制利益体系的根基和归宿。

WTO 体制的利益体系就是 WTO 体制内的各类利益，相互交换、相互作用所形成的利益关系的有机统一体。其中最容易把握的是各类利益主体之间的关系，如 WTO 所有成员方的公共利益与成员方公共利益的关系，成员方之间的公共利益关系，成员方公共利益与其经济主体利益的关系，不同成员方内各类经济主体之间的利益关系。从利益主体的角度

[8] 张文显.二十世纪西方法哲学思潮研究［M］.北京:法律出版社，1996:130.

[9] 利益平衡是行政法的一个任务，其中包括公共利益与公共利益、个人利益与个人利益、公共利益与个人利益的权衡。参见【德】沃尔夫、奥托•巴霍夫、罗尔夫•施托贝尔著:《行政法》，高家伟译，商务印书馆 2002 年版，第 1 页。

[10]【德】施托尔，朔尔科普夫．WTO——世界贸易制度和世界贸易法［M]．南京大学中德法学研究所译．南京:法律出版社，2004:31.

[11] 赵维田老师认为 WTO 不断发展，追求着主持正义的价值。虽然本文更为具象化地从功能的角度，从规则和机制方面进行研究，然而法律以主持正义为根本特征，WTO 法也在不断发展并遵循这一规律。

[12] WTO 体制是由作为组织体的 WTO、各成员方，依据 WTO 协议实施各类行为，以及行为过程中相互制约、相互作用所组成的主体、行为及其关系的综合体系。由于该体系在 GATT1947 基础上发展而成的，从历史的角度而言:它还包括 GATT1947 体制下形成的利益体系。

[13] 近年，美国反复阻扰 WTO 体制的正常运行，尤其是 2017 年以来开始实施的摧毁上诉机制的行动，正反映了美国与 WTO 有关利益的态度间冲突，美国追求的是美国利益，而 WTO 追求利益平衡。

[14] 苏宏章.利益论［M]．沈阳:辽宁大学出版社，1991:21.

[15] 世界贸易组织秘书处.贸易走向未来:世界贸易组织法概要［M］.张江波译.北京:法律出版社，1999: 9.

看，它们组成 WTO 利益体系的整体结构。

二、WTO 体制的利益平衡性体系

美国国际问题专家亨利•基辛格指出，“世界秩序”就像火焰，“适度地燃烧，适度的熄灭”，但是，“在表面之下，事物统一在一起；而统一取决于在相互对立的事物之间做出平衡的应对[16]”。WTO 体制的经济原理是“比较优势”原则。它是指各国获得繁荣首先是通过利用其可用的资源，集中生产所能生产的最佳产品，然后是通过将这些产品与其他国家所能生产的最佳产品做交易[17]。这也是 WTO 体制利益关系生成的基本原理。因为各国等各有利益比较优势，存在增进他方利益的潜能。如果双方或多方合作，就能实现利益之间的互换、互补以至互相增进利益。而且在利益的驱动下，又不宜通过战争强夺他方利益，各国等只有可能坐在一起和平谈判，寻求双方或多方交换利益，增进利益的各类贸易协定。WTO 体制利益关系的生成和变动过程就是以谈判的方式实现的。谈判方式从起点到过程决定了 WTO 体制利益体系的平衡性。

(一) WTO 协议规范下的谈判 —— WTO 利益平衡性体系的生成与演变

1.WTO 协议规范下的申请加入谈判——WTO 利益平衡性体系的生成。申请加入 WTO 的程序有四个阶段。第一，告知 WTO 成员相关信息，向 WTO 加入工作组递交详细的贸易和经济政策备忘录；第二，进行复杂的平行双边谈判；第三，工作组确定加入条款，期间经过多边谈判，起草加入文件；第四，决议是否通过[18]。

谈判过程中，谈判各方代表着各自不同的利益。申请方需要同 WTO 成员方进行谈判，经过讨价还价反复进行博弈，以享有权利与履行义务的方式，寻求各方利益的最大化。在最终达致权利与义务的平衡后，才能达成入世后有关双方承担的责任和享受的利益的协议。最后再经过表决程序决定申请方能否成为 WTO 成员方。可见谈判的过程，实际上就是国家间交换利益、反复博弈、寻求利益平衡的过程。各成员方经过谈判加入 WTO 的，成员资格意味着权利和义务的平衡。

如在中国“复关”历程中的 1993 年，前国家主席江泽民在西雅图与美国总统克林顿首次会晤时，就阐明我国处理“复关”问题的三大原则之一是“中国的参加以权利和义务的平衡为原则”，确定了我国“复关入世”谈判的基调。事实上，在此原则指导下，我国 15 年有余的谈判包括了双边谈判和多边谈判两部分，双边谈判是中国政府和 37 个与中国有重大贸易利害关系的成员方进行的，谈判的重点是中国加入 WTO 后在货物和服务等领域的具体减让；多边谈判则是通过中国与 GATT / WTO 中国工作组前后 38 (GATT 时代共 20 轮，WTO 时代共 18 轮)工作组会议的形式展开的，谈判的重点则是将在双边谈判的基础上起草《中国加入议定书》[19]。WTO 体制下的具体减让是在互惠的基础上，谈判双方平衡各自长远利益与当前利益、整体利益与局部利益等等的过程；

[16] 【美】亨利．基辛格．世界秩序［M].北京:中信出版社，2015:490．
[17] See，the Word Trade Organization，Understanding the WTO，(2003)，P13．
[18] http: / / www．wto．org / English / thewto_e / whatis_e / tif_e / org3_e．htm#join，最后访问日期: 2019－12－09．
[19] 周汉民．与 WTO 规则的触合［M］.上海:上海人民出版社，2003:30－31．

多边谈判则是申请方与代表 WTO 体制公共利益的入世工作组在双边利益平衡的基础上，平衡成员方公共利益与 WTO 体制公共利益的过程。我国入世议定书就是这两个过程的结果，确定了谈判过程中达成的利益平衡。

不过，在哲学意义上，任何事物始终处于平衡与不平衡的矛盾统一之中，因而各种利益的完全平衡乃是一种理想的状态，平衡与不平衡的交织循环才是其正常的状态。WTO 新加入方与其他各方初步达成利益平衡关系后，利益平衡关系不是静止不变的。随着国际贸易形势及其利益关系的变化，这种平衡会被打破。各方只有不断参与 WTO 的活动，要求修改相关 WTO 协议条款，才能再次使得本方与其他成员方经济利益达致平衡。

2.WTO 协议规范下的修改谈判——WTO 利益平衡体系的演变。WTO 作为成员方的谈判场所，能为各成员方追求利益平衡提供和平角逐的舞台。GATT / WTO 国际贸易规则的完善就是建立在充分谈判、利益平衡的基础上。它既让各方感受到法律约束，又使其在各项条款中得到利益平衡的调整余地，从而能够使各方在许多分歧颇大的问题上最终达成一致意见[20]。通观 GATT / WTO 的历史进程，GATT 协议的修改，在 GATT 阶段是通过八个回合的谈判完成的[21]。这些回合的谈判都不同程度的涉及发达成员与发展中成员(包括最不发达成员，下同)的利益平衡问题。GATT / WTO 修改协议的谈判史，从南北关系来看，也是发展中成员在 WTO 体制中追求利益平衡的历史。

概因原关贸总协定素有“富人俱乐部”之称，其大多数规定均以发达成员的利益为出发点，未能充分反映发展中成员的利益。尽管肯尼迪回合增加了关于给予发展中国家特殊待遇的条款，但发展中成 员的境况并未得到实质性的改善。关贸总协定的几次重要谈判和修改亦均未能反映发展中成员的利益。在乌拉圭回合，发展中成员的力量已经有长足的发展，但仍无法左右谈判的结果。乌拉圭回合达 成的诸协定几乎都涉及发展中成员的特殊待遇问题，但没有任何一个协定试图从根本上解决发展中成 员的问题。不过，尽管关于发展中成员的特殊安排距离这些成员的实际需要还相差很远，但与原关贸总协定相比，乌拉圭回合制度已经有了很大进步[22]。发达成员在一定程度上寻求和实现了与发展中成员利益的平衡点。不过随着发展中成员地位的进一步上升，发展中成员和发达成员间的利益平衡问题成为关注焦点。到底应如何使发展中成员，特别是最不发达成员从乌拉圭回合的成果中受益是新一 轮谈判必须面对的议题。

2001 年 11 月 10 日，中国代表团团长石广生在 WTO 第四届部长级会议上发言表示，新一轮谈判[23]的目标之一是有利于发达成员和发展中国家成员的平衡。他认为新一轮谈判必须保证发展中成员的 全面和有效参与，议题的确定和谈判必须在平等协商的基础上进行；

[20] 曾令良．世界贸易组织法［M］.武汉:武汉大学出版社，1996:5－6.

[21] See，the Word Trade Organization，Understanding the WTO，(2003)，P18．［1947: Geneva，1949: Annecy，1951: Torquay，1956: Geneva，1960 － 1961: Geneva (DillonRound)，1964 － 1967: Geneva (KennedyRound)，1973－1979: Geneva(TokyoRound)，1986－1994: Gareva(UrugayRound) ］

[22] 王贵国.世界贸易组织法[M] 北京：法律出版社，2003：603，610，619。

[23] 2001 年 11 月 9 日至 14 日，WTO 在多哈召开了第四次部长级会议，正式启动了新一轮多边贸易谈判，因此本轮多边贸易谈判被称为“多哈回合”。

必须以平衡和一揽子的方式进行谈判，保障谈判结果体现各方利益的总体平衡。事实上多哈回合的谈判进行地相当艰难。2003 年 9 月 10 日至 14 日，WTO 第五次部长级会议在墨西哥的坎昆举行。这次会议本来被各成员国寄予厚望，但因农业问题没有得到恰当的解决，发展中成员拒绝就新加坡议题进行谈判，谈判最终宣告破裂[24]。坎昆会议的失败反映了发达成员与发展中成员的利益冲突日益白炽化。早在会议召开之前就有人认为，WTO 多哈回合谈判要最终取得各方利益平衡的积极结果，发达成员要充分照顾和切实解决发展中成员优先关注的问题。

2004 年 8 月 1 日，WTO 的 147 个成员就“多哈回合”的主要议题达成框架协议。这份框架协议基本平衡了各方的利益，打破了坎昆会议的僵局，给“多哈回合”注入了生机。不过，在这份框架协议之外，还有许多具体细节需要磋商，还有许多地方需要相互妥协、权衡，寻找利益平衡点。欧盟在新闻公告中指出，WTO 只走完了“多哈回合”漫长谈判的一半路程，因为在框架协议之外，还有许多具体细节需要磋商，还有许多地方需要相互妥协、权衡，寻找利益平衡点，这可能要花两年的时间才能推敲完成。2015 年 12 月 15 日，美国、欧盟和其他 WTO 发达成员在 WTO“内罗毕会议”中主张终止久拖不决的多哈回合谈判，并想要转向新的谈判领域。然而，很多发展中成员不同意这种新的谈判模式。尽管如此，内罗毕会议还是达成了一些重要协定，如信息技术扩围协定，以及农业出口补贴一揽子措施等。 继两年前成功的巴厘会议之后，内罗毕会议的成果表明 WTO 仍具有谈判功能[25]。

(二)WTO 谈判达成的协议——WTO 利益平衡性体系的规范形式

法是分配利益的方式，也是“定纷止争”，解决利益冲突的工具。从根本上讲，法是在特定社会条件下平衡利益的社会规则。法律作为社会关系的平衡器，其“目的是平衡个人利益与社会利益，实现利自主义与利他主义的结合”[26]，其价值取向，即法律制度的宗旨，或者说法律制度运行的后果，就是利益平衡[27]。WTO 协议是法,是国际法。相对于国内法，其利益平衡性更为典型。这是由国际法反映、调整的利益关系，以及国际法规定、实施的方式所决定的。WTO 协议的法律形式是多边国际条约，其运行的一个基本规律是权利与义务的平衡性。通过分析 WTO 协议的原则与规则可以加强我们对其平衡性的认识。

1.WTO 协议原则的平衡性——WTO 利益体系的理念与运作导向的平衡性。WTO 的理论背景“在经济学上，是当代新自由主义的公共选择理论和‘宪政经济学’”[28] 。“事实上，无论是申请加入时的谈判，还是各成员方修改 WTO 协议条款的谈判，申请方与成员方都是在既定条件下追求其自身利益最大化的‘经济人’与‘理性人’”。它们在 WTO 体制内反复博弈，历经谈判的协议，只有在平衡各方利益后才能最终达成一致。

[24] 何帆，肖莹莹.WTO 多哈回合谈判的前景[J].财经问题研究，2004，(1)：72。
[25] http: / / finance．sina．com．cn / roll /2015－12－28 / doc-ifxmykrf2527743．shtml，2019－12－09．
[26] 张文显.二十世纪西方法哲学思潮研究［M］.北京: 法律出版社，1988: 35.
[27] 张文显．法学基本范畴研究［M］.北京:中国政法大学出版社，1993:253－254．
[28] 刘文静．WTO 规则国内实施的行政法问题［M］.北京:北京大学出版社，2004:4．

WTO 协议的一系列原则，如非歧视原则、互惠原则、优惠原则，明确地宣示了利益平衡的理念与导向。

第一是非歧视原则。非歧视待遇，又称无差别待遇，是指一成员方在实施某种限制和制裁措施时，不得对其他成员方实施歧视。非歧视原则是由国民待遇和最惠国待遇两个原则来实现。国民待遇要求各成员方对外国国民、法人、其他经济组织应与本国国民、法人、其他经济组织在经济贸易上有相同待遇。最惠国待遇要求 WTO 某成员方如果给予另一成员方在经济贸易上某种优惠待遇，它就应该“立即、无条件地”降至扩展到所有成员方。二者的实施能够保证本国与他国经济主体地位的平等，从而为各类国际贸易主体充分竞争、实现双赢提供前提保障。

第二是互惠原则。互惠原则是指 WTO 成员方之间在国际经济贸易中相互给予优惠待遇，即通过关税减让等互惠互利方式来保持成员方经济贸易上权利义务对等，实质为各成员方对等地向其他成员方开放本国市场，从而获得本国产品或服务进入其他成员方市场的机会。“WTO 政体的引擎是互惠”[29]，互惠互利是多边贸易谈判和合作的前提，是建立共同行为规范的基础，是 WTO 协议框架下利益交换的指导性原则，也是 WTO 成员方利益平衡的主要方式。因而互惠原则主要反映 WTO 体制当前利益、直接相关利益的平衡运动。

第三是优惠待遇原则，也称作非互惠待遇原则。针对成员方 3/4 是发展中成员的现状，WTO 要求发达成员对处于弱势地位的发展中成员给予必要的优惠条件，而不应要求相应的直接互惠。WTO 协议规定有发展中成员享有更多优惠的条款[30]。根据这些条款，发达成员要给予发展中成员更多的关税减免，并消减更多的非关税壁垒。发达成员这样做的根本原因在于，它们不能过分要求发展中成员做出与其经济贸易发展不相称的贡献，损害发展中成员经济发展，以致出现发达成员与发展中成员利益分配的严重失衡，致使发展中成员经济萎缩，最终损害其自身经济发展。因而 WTO 有必要保障发展中成员也从 WTO 体制公共利益的增长中获得相应的份额来维持其经济可持续发展，进而为 WTO 体制公共利益的增长作出贡献。可见，优惠原则主要反映 WTO 体制长远利益、间接可得利益的平衡运动。

2.WTO 协议规则的平衡性——WTO 利益关系的状况与运行方式的平衡性。上文已论证 WTO 利益的生成与变动具有互惠对等的平衡性。不同类别的利益在 WTO 协议框架下相互作用，通过谈判的方式最终由 WTO 规则确定下来。因而 WTO 规则就是申请方与 WTO 成员方讨价还价后确定双方利益关系的规则，它所规定的成员方的权利和义务，实质上就是平衡利益的载体。在 WTO 协议中，典型地确定利益平衡的是关税协议，它集中反映 WTO 体制下的利益交接模式基本是纯粹交换模式(见下表) 。

[29] See，John O．McGinnis and Mark L． Movsesian，the World Trade Constitution，114 Harv． L． Rev． 511、546(2000) .

[30] 参见《1947 年关税与贸易总协定》第 18、36、37、38 条；《服务与贸易总协定》第 6 条；《与知识产权有关的资易总协定》第 65 条第 2 款、第 66、67 条；《农业协定》第 15、16 条；《关于实施卫生和植物卫生措施的协议》第 10 条；《贸易技术壁垒协议》第 12 条；《关于补贴与反补贴措施协议》第 27 条；《保障措施协议》第 9 条；《海关估价协议》第 20 条，以及《关于最不发达国家优惠措施的决定》等。

关税协议	关税	纯粹交换	国家 A＜—＞B

该表表示，关税协议的目标追求与法律后果(利害关系)是交互性的。A 国增税，B 国也增；A 国减，B 国也要相应减。扩展开来，在 WTO 体制平衡性利益体系中，一国采取行动有益或有损他方，他方的相应反应会很快反射到本国。这是一种纯粹的交换模式，善举互惠互利；恶举，损它损己[31]。

《纺织品和服装协议》第 4 条可以集中的反映这一过程。

1.该条第 1 款规定，进口成员不承担协议规定之外的义务；

2.该条第 2 款规定，各成员改变协议，不应打破本协议下有关成员之间权利和义务的平衡，扭曲本协议下的贸易，妨碍其他成员间接预期的利益；

3.如果仅构成部分限制的某一产品按照第二条规定被通知纳入，各成员同意该限制水平的任何改 变不应打破本协议下有关成员之间权利和义务的平衡；

4.如果上述改变确属必要，同意改变的成员应在改变之前通知受影响的成员并与之协商，以达成彼此满意的解决办法。否则就有可能提交有关当局审查。此外，世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》第 7 条规定：“知识产权的保护与权利行使，目的在于促进技术的革新、技术的转让与技术的传播，以及以有利于社会及经济福利的方式去促进技术知识的生产者与使用者互利，并促进权利与义务的平衡。”这一规定体现了该协定对利益平衡目标的肯定和重视[32]。

可见，WTO 规则运行的基本规律是权利与义务的平衡性，主要表现在八个方面：WTO 规则的利益平衡性、非单方性、非法定约束性、协商一致性、义务豁免性、利益妥协性、成本与利益综合性、兼容性与多元性[33]。不过，这种权利与义务的平衡，不是在数量上的简单对等，而是 WTO 各成员的各种当前利益与长远利益、局部利益与整体利益、直接利益与间接利益的综合平衡。这种利益平衡也不是只体现在一个协议之中，而是在 WTO 的一揽子协议。总之，“WTO 从本质上说，是各成员方通过讨价还价而达成的一种利益均衡，其各项规则也都是为了确保这均衡状态的持续，各成员之所以承诺履行世界贸易组织法典中所确定的各项义务，是因为其对利弊得益进行了总体的权衡[34]。”

三、WTO 体制利益体系的平衡机制

法的生命在于实施，法的使命在于平衡。WTO 协议是反映、确定 WTO 体制各类利益关系平衡性生成、演变的国际法。为了保障其平衡性的实现，WTO 协议规定有国际层面的利益体系平衡机制，并要求各成员方建立国内层面的利益体系平衡机制。

(一) 国内层面的利益平衡机制

[31] See，the Word Trade Organization，Understanding the WTO，(2003) ，P14．
[32] 冯晓青．知识产权法的价值构造: 知识产权法利益平衡机制研究［J］．中国法学，2007，(1): 68．
[33] 周林彬．WTO 规则的平衡性规律初探［J].中山大学学报(社会科学版),2004，(3):61．
[34] 江必新.WTO 与司法审查［M］．北京:人民法院出版社，2002: 13．

国内层面的利益平衡机制主要包括两部分：贸易救济机制与贸易救济审查机制[35]。

1.贸易救济机制。WTO 成员方建立贸易救济机制的前提是 WTO 协议关于自由、公平贸易，反对扭曲市场竞争的规定，以及他方或贸易商对该类规定的违反；条件是根据 WTO 协议的相关规定，本国贸易商的利益受到外来损害，且本国贸易商依法申请救济；目的是保护本国贸易商的利益与本国公共利益。WTO 各成员方为了保护本国和本国贸易商的利益普遍建立了以贸易救济行政机关为主体的贸易救济机制，而且这类救济机制通常集调查、裁决、执行于一身，具有准司法性质。如我国《反倾销条例》、《反补贴条例》及其规定的商务部；美国《1995 年关于执行乌拉圭回合协定法的条例》等规定的美国商务部、国际贸易委员会；欧盟《1995 年反倾销规则》及其规定的欧盟委员会，等等。

2.贸易救济审查机制。WTO 协议深受美国法的影响，其理论基础之一是古典自由主义的“权力分立”的思想。它对贸易救济行政权抱有深深地不信任，唯恐贸易救济机关“胳膊肘儿往里拐”，实施贸易保护主义，而违反 WTO 协议规定。因此《1994 年关税与贸易总协定》第 10 条第 3 款第 2 项，《服务贸易总协定》第 6 条第 2 款，《与贸易有关的知识产权协定》第 32 条、第 41 条第 4 款，《反倾销协议》第 11 条、第 13 条，《补贴与反补贴措施协议》第 21 条、第 23 条等[36]都不同程度的要求成员方在其宪法与法律的框架内制定贸易救济审查程序，设立以独立于贸易救济机关的贸易救济审查机关为主体的贸易救 济审查机制。WTO 的主要成员方已经建立各自的贸易救济审查机制，如我国的行政诉讼法司法解释及其规定的中级人民法院、高级人民法院、最高人民法院；美国《1980 年海关法院法》、《1984 年贸易与关税法》等及其规定的国际贸易法院、联邦巡回上诉法院和联邦最高法院；欧盟《尼斯条约》及其规定的欧洲初审法院与欧洲法院。当事人可直接向设在卢森堡的欧洲初审法院提起诉讼，请求对反倾销等贸易救济措施的合法性进行司法审查[37]，对其不服的可向欧洲法院上诉。

WTO 协议这样规定的直接目的是在国际贸易商不服贸易救济行政行为时，要求成员方为其提供法律救济，纠正与监督贸易救济行政行为。从利益平衡的视野看，贸易救济行政行为是“依法”平衡本国或本国贸易商因受害而利益失衡的行为。贸易救济审查则是在前者出现“矫枉过正”，超过 WTO 协议规定的平衡点时，应外国贸易商依法请求审查贸易救济行政行为的行为。其客观作用是，贸易审查机关在 WTO 协议要求下给予外国贸易商“扳回一局”的机会，从而在成员方国内实现失衡利益的平衡。

(二) 国际层面的利益平衡机制

国际层面的利益平衡机制主要包括 WTO 体制的贸易政策审查机制(Trade Policy Review Mechanism，TPRM) 与争端解决机制(Dispute Settlement Mechanism，DSM)，其中发挥作

[35] 朱淑娣，袁勇．WTO 体制国际贸易法律救济制度刍议［J］．广西社会科学，2005，(6)：56－59．
[36] 江必新．WTO 与司法审查［M].北京:人民法院出版社，2002: 21－13；朱淑娣，袁勇．WTO 体制国际贸易法律救济制度刍议［J］.广西社会科学，2005，(6):57．
[37] See，Clive Stan ’brook O．B．E．Q．C．＆ Philip Bentley，Q．C，Dumping and Subsidies: The Law and Procedures Covering the Imposition of Anti-Dumping and Countervailing Duties in the European Community (third editions)，Kluwer law International，p．29．

用最直接，最明显的是 DSM。

1.贸易政策审查机制。WTO 协议的附件三规定的 TPRM 是贸易政策审查机构定期对有关成员方的贸易政策、立法和惯例及其对多边贸易体制的影响实行审议并提出相应建议来发挥监督作用的制度。TPRM 的“目的是对改进所有成员遵守在多边贸易协议和适用的诸边贸易协议项下的规则、纪律和承诺作出贡献，并因此通过更加了解各成员的贸易政策和惯例，实现其更大的透明度而使多边贸易体制更加平稳地运作[38]。”

不过，这种监督不得增加被评审成员在世界贸易组织下各协定的义务，也不得把评审结果视为执行世界贸易组织相关协定或争端解决的基础。可见“该机制由于评审结果和建议不具有法律约束力，需要充分考虑到成员方法律与政治体制，实行贯彻自愿的原则，在维护多边贸易体制权利与义务平衡的作用逊色于争端解决机制”[39]。

2.争端解决机制。WTO 协议附件二：《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)在其第 3 条第 2 款、第 3 款显示，DSM 的目的在于维持、恢复各成员之间在有关协定基础上的权利义务平衡[40]。而且 DSM 以公正、公开、合理、客观为原则运行，可防止贸易大国以实力单方面主宰贸易争端的解决，保障发展中成员方在贸易争端解决过程中的程序权利和实体权益，实现对相对处于弱势地位的发展中成员的矫正公平，维护各方在谈判中达成的利益平衡格局。“它对各成员的权利与义务具有重要的动态平衡作用[41]。”

更重要的是，DSM 能够向多边贸易体制提供安全保障和提高国际贸易活动的预见性，发挥维护各成员国在各项协定下的权利和义务，并根据国际公法解释的习惯规则澄清此等协定的各项既存规定，确保 WTO 协议的有效实施。所以，DSB 的各项建议和裁定不得增加或减少有关协定的权利义务，而应维护各成员国的权利和义务之间的适当平衡[42].如在具体适用 GATT1994 年第 20 条时,“虾和海龟”案的上诉机构强调提出，“解释和适用引言的任务是在成员国援引第 20 条例外规定的权利和其他成员国基于 GATT1994 实质性规定的权利之间定位并画出一条平衡线，这样，任何相竞争的权利都不会抵消对方从而使协议中由成员国亲自设定的权利与义务之间的平衡遭到歪曲、失效和削弱。”

可见 DSM 的目的是维护成员方的利益平衡，它指导着 DSM 的具体运作过程。不过,在实现方式上，DSM 与 TPRM 具有很大不同。如果说 TPRM 通过大面积的审查来监督 WTO 成员方的政策、立法与惯例是否违反 WTO 协议，从而防止成员方利用它们实施贸易保护，偏离 WTO 协议确定的权利与义务平衡，那么 DSM 作为刚性的争端解决机制,则是利用磋商、斡旋与调停的外交手段，以及强制管辖、两级审理的司法机制

[38] See，Article A: Trade Policy Review Mechanism．
[39] 于安．WTO 协定国内实施读本［M］.北京:法律出版社，2000:42．
[40] See，Article3．2，3．3: Understanding On Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes．
[41] 王新奎(主编)．世界贸易组织与我国国家经济安全［M].上海:上海人民出版社，2003:2，28．
[42] 曾令良．世界贸易组织法［M］.武汉:武汉大学出版杜，1996:118．

[43]，通过解决个案的方式实现争端各方的利益平衡。就具体过程而言，既有争端方通过谈判，自愿让步等达成利益平衡性的解决，也有争端方各不相让，一路争到底，最后败诉方在 DSB 的监督下执行 DSB 的裁决，或者在 WTO 协议涵盖下自愿补偿，或者最终遭到胜诉方的报复，而出现被动性利益平衡。然而需要注意,“1947 年关贸总协定与 WTO 争端解决活动实践表明，成员(国) 恶意滥用争端解决程序，会对维护国际贸易中的脆弱平衡造成困难，甚至导致这种平衡的崩溃”，因此需要谨 慎善意地使用争端解决机制[44]。

四、结语

“WTO 全球多边贸易体制本质上是一种作为成员方的国家或地区和作为国际组织的 WTO 之间的一种权力平衡。WTO 全球多边贸易体制的这种性质决定了所谓‘中性’的贸易规则只能通过各成员方之间的竞争和均衡来发挥作用[45]。”WTO 国际层面与国内层面的利益平衡机制就是这种竞争与均衡发挥作用的立体的实然的运行机制。WTO 体制的利益体系就是由 WTO 的申请方与成员方，成员方之间，尤其是发达成员与发展中成员之间通过利益平衡机制博弈形成的，以权利义务平衡为内容的利益平衡性体系;WTO 协议的原则、规则则是该利益平衡性体系的法律确定形式与利益平衡博弈的游戏规则。

总体看来，这个结论可以揭示 WTO 体制的运行规律：生成平衡、平衡演变与维持平衡。从抽象反观具体，GATT/WTO 各回合的谈判的成就取决于各方找到的利益平衡点的质量，乌拉圭回合谈判与多哈回合前期谈判，分别为正反两例。这表明在 WTO 体制的利益平衡性体系中，生成或变动 WTO 利益关系的各类谈判应当考虑利益平衡性，违反 WTO 体制利益平衡性的谈判将难尽人意；同样这个结论对国际贸易争端解决也具有最高价值导向意义。无论是国际层面的争端解决，还是国内层面的争端解决，都应当追求、维护 WTO 协议规定的争端各方的利益平衡。否则，争端解决中的利益失衡方往往不会善罢干休，而再次寻求解决争端，寻求实现 WTO 协议确定的利益平衡。所以，只有以利益平衡为价值导向，平衡各方利益的争端裁决才能最终“定纷止争”。

[43] 赵维田．WTO 的司法机制［M］.上海:上海人民出版社，2004:20、49．
[44] 余敏友．WTO 争端解决机制概论［M］.上海:上海人民出版社，2001:105．
[45] 王新奎(主编).世界贸易组织与我国国家经济安全［M].上海:上海人民出版社，2003:2，28．

农业营商环境视域下中企赴俄投资机遇、挑战与应对*

祝宁波* 张琴* 刘莉*

摘要：营商环境是企业投资的重要参考依据。当前，俄罗斯非常重视营商环境建设，并在农业复兴战略下，通过持续建设，培育多元产业主体、推动“极化”发展、加强国际农业合作，为农业投资带来新契机。不过，世行营商环境评测的片面性以及俄罗斯农业投资中存在的社会环境风险、投资安全审查以及严苛的农用物资管理和生态环境保护制度等隐形壁垒相互掣肘，影响俄政府营造的农业投资营商环境效果的发挥。多元主体对俄开展全产业链投资和本土化经营是企业融入俄罗斯农业营商环境建设的重要举措之一。在俄企业作为营商环境国际化、法治化的重要主体，应发挥投资地营商环境改善的推动作用；同时加强企业合规管理，提高抗风险能力。中国政府应在加强对俄不同地域农业投资营商环境评估的基础上，深化两国合作、共促区域农业营商环境的改善；也应持续完善农业投资信息平台和风险预警机制、构筑农业海外投资保险制度和农业争议预防解决机制，继续加强农业投资保障机制。

关键词：营商环境；俄罗斯；企业；农业投资保障

营商环境（Doing Business）源于“投资环境”，以吸引外资为导向，是与企业投资有关的要素综合。它将企业投资所需的各要素以指标体系和指数得分高低的形式显示特定投资环境的优劣。由此形成的营商环境指标成为东道国制定满足外商投资需求的规范指引。相比“投资环境”，“营商环境”从指标设计、数据采集到指数得分等都更具操作性。因此，营商环境也被称为“投资营商环境”。自 2003 年世界银行（World Bank）每年发布《全球营商环境报告》（以下简称“报告”）以来，营商环境排名日益成为各国改进投资环境状况的重要参考依据之一。在这方面，俄罗斯也不例外。加入 WTO 后，俄罗斯意识到营商环境在吸引外资、提高国家经济影响力的重要作用。其营商环境改革力度之大、进步之快令世人侧面。[1]随着对农业发展的重视，以优越的农业资源禀赋和优惠政策吸引国际投资成为俄罗斯农业营商环境建设的核心目标。不过，农业一向是各国外资管控最为严格的领域之一，[2]鼓励与限制并存的常态化会增加农业营商环境的复杂性。当前，中国企业在俄农业直接投资

*收稿日期：2020-12-30

基金项目：本文系 2016 年国家社科基金后期资助项目“中国海外投资企业法律风险识别研究”（16FFX032）；2019 年农业农村部项目“俄罗斯联邦农业外资政策法律制度梳理”（T100-71907）的部分研究成果。

*华东理工大学法学院副教授，硕士研究生导师，研究领域：海外投资法、农业国别法、法律风险管理

*华东理工大学法学院经济法方向硕士研究生

*西安建筑科技大学文学院教授

[1] 俄罗斯在世界银行营商环境报告的排名从 2012 年的第 120 位上升至 2020 年的第 28 位。资料来源参见：https://chinese.doingbusiness.org/zh/data/exploretopics/registering-property.

[2] 赵立军.“农业国际投资规则演进及中国的应对策略研究”[D],中国农业科学院,2016:2-3.

额比十年前增长近十倍。[3]为确保企业在更开放、更有保障的营商环境下开展经营，有必要充分认识俄罗斯农业营商环境。

一、俄罗斯农业营商环境持续优化为投资带来契机

营商环境与外商直接投资有着紧密联系，良好的营商环境对于外资的吸引力会更大。为尽快发展本国农业，俄罗斯急需外资促进经济升级和农业高质量发展。在农业营商环境建设方面，俄罗斯突出“三化”目标，实施各类“特区”优惠政策，不断改善投资软硬件环境；为农业投资开启新的契机。尽管农业发展目标起源于对国内粮食短缺问题的解决，但经过对农业营商环境有意识地培育，其农业产业已从低迷状态逐步复苏并向全面提速发展阶段迈进。

（一）夯实“三化”目标举措，优化农业投资营商环境

营商环境“便利化”、“法治化”和“国际化”是衡量某个经济体是否适于投资的三个重要维度。[4]丰富的矿产和油气资源一度令俄政府只注重工业和能源产业，农业凋敝、粮食产量逐年下降，产业发展比例严重失调。在美、欧农产品进口限制的压力下，农业在俄罗斯国民经济的重要地位凸显。为此，俄罗斯以实现营商环境的“三化”目标为改善农业投资各项措施的行动指引，将农业振兴战略和法治公平要求深度融合，围绕政务环境、市场环境、法治环境等开启一系列改革举措，为推进农业现代化、农产品进口替代，扩大农产品出口、促进和保障外资及农业可持续发展等创造良好条件。

在规范政务环境方面，为解决长期困扰企业的项目审批部门多、手续繁琐复杂等难题，俄罗斯开展跨层级、跨区域、跨部门的系统性改革。对企业成立、注销以及农业项目报批等事项实施政务服务标准化，简化审批流程、压缩环节和减少材料提供，极大提高了投资便利化程度。俄农业部甚至准备在 2020 年底前创建“单一窗口”系统，以提高管理决策的效率。在营造宽松的市场环境方面，俄罗斯扶持成立大型农场、农工综合体企业，鼓励不同生产组织合作化、一体化经营；[5]不断加大农村资金和建设投入，促进农村稳定发展；鼓励成立各类农业行业协会。持续改革农业税制，允许各联邦主体实行更加灵活的税收政策；实施农业技术研发和革新改造财政资助；继续鼓励金融机构农业信贷等；[6]增加种植业、畜牧业及中小型农业企业和家庭农场的直接生产补贴；[7]采用配额、关税等手段限制农产品进口、扩大出口。同时，大力建设农产品物流中心、仓储冷藏设施；升级铁路、港口等交通设施，提高农产品外运便利度。

[3] 郭鸿鹏,吴峴.“一带一盟”视阈下中俄农业合作发展研究[J].东北亚论坛,2018,27(05):86—87.
[4] 便利化体现政务服务和行政效率水平；国际化包含外资企业的投资待遇标准、权益保护、知识产权保护、跨境贸易等；法治化包含产权保护、涉企收费、行政执法、公正司法、信用法治等内容。谢红星.营商法治环境评价的中国思路与体系——基于法治化视角[J],湖北社会科学,2019(03):138-147.
[5] 周洪涛.浅析加入世贸组织后俄罗斯农业发展主要措施[J].西伯利亚研究,2014(02):23-24.
[6] Aleksandra An,辛立秋.俄罗斯金融支持农业发展的现状、问题及对策分析[J].对外经贸,2016(04):10-11.
[7] 参见俄罗斯联邦《2013~2020 年农业发展和农产品、原材料、食品市场调控国家纲要》。.

稳定、公平的法治环境有助于企业开展中长期投资项目。2007 年 7 月，俄罗斯颁布《2008-2012 年农业发展、农产品市场调节、农村发展规划》。该规划与营商环境建设同步，成为俄罗斯农业营商环境建设的里程碑事件。[8]与不断出台的各项改革和发展规划呼应，[9]1991 年通过的《关于俄联邦实现土地改革的紧急措施》总统令开启了土地私有化改革。2001 年《土地法》[10]和 2002 年《农用土地流转法》确立了农业土地私有制和土地流转程序。同时，俄罗斯持续推进农产品进口替代战略，并通过明确农业税收、实施各项优惠和农业振兴措施推动农业向出口导向转变，因地制宜制定重点产业、重点地区农业规划和行动纲要，[11]破除不适应农业现代化发展的体制机制障碍。俄罗斯还完善了大型农业生产企业及其他农业主体制度；多次修改联合农业保险制度，[12]农产品质量安全，农产品进出口检验、检疫制度等。[13]2004 年《税法》通过确立农业统一税制度，简化征税流程、减少税负负担。同时，通过政府补贴和鼓励商业银行向农业贷款等形式缓解农业企业的财务压力。

营商环境建设的优化路径不仅在于激发本土营商力量，更在于充分吸引外资。[14]通过制定并密集修订《外国投资法》《投资法案》等外商投资法律政策，俄罗斯已构建形成较为完善的投资法律体系。除专门性法律外，其他国内法也从不同角度保障外商投资权益，以便持续营造投资的国际化氛围。鉴于俄罗斯法律制度尚处于频繁调整阶段、法律稳定性差，政府采用多种手段确保投资者待遇标准不致因法律变动而减损，或在损害投资者权益情况下能得到及时救济。2020 年 3 月《投资法案》修订以减少包括国家支持措施在内的法律及监管条件变化对既有投资的不确定性影响。[15]此外，2014 年《工业政策法》详细规定了个别工业领域特别投资合同（SPIC）的适用条件和程序。俄政府向合同当事人承诺这种政府和符合特定条件的投资者之间签订的国家合同将获得“不恶化税收条件”保证。2019 年 8 月，通过修改 SPIC 文本，俄罗斯放宽合同中行业清单准入限制，解决签订和履行程序复杂等问题，以便让更多的投资者享受稳定经营环境的履约保证。[16]

形式多样的国际合作是农业营商环境建设的又一重要方面。2006 年，俄罗斯成为联合国粮食及农业组织（FAO）第 189 个成员国。2014 年加入国际农业发展基金（IFAD）。通

[8] 俄罗斯于 2007 年开始参与世行营商环境报告排名，汇报其营商环境指标内容状况。资料参见世界银行官网：https://chinese.doingbusiness.org/zh/data/exploretopics/registering-property.

[9] 如俄联邦政府先后颁布《2013~2020 年农业发展和农产品、原材料、食品市场调控国家纲要》、《关于“发展渔业产业”的计划》（2014）、《批准 2014-2015 年促进农业领域进口替代的措施计划（路线图）》（2014）、《延长个别特殊经济措施的实施以保障俄罗斯安全》（2015）、《2017-2025 年俄联邦农业科技发展规划》（2017）、《粮食安全理论》（2020）等多项政策、规划。

[10] 参见俄罗斯联邦《土地法》，https://legalacts.ru/kodeks/ZK-RF/6.

[11] 如《俄中远东地区合作发展规划（2018-2024）》等。

[12] 高际香.俄罗斯农业发展战略调整与未来政策方向[J].东北亚学刊,2020(01):92.

[13] 《有关农业保险领域国家支持联邦法》（260 号）于 2014 年修订。之后，全国农业保险公司联盟（HCA）成立。参见 http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=45874.

[14] 刘亚军,刘学文.新法给农业营商环境建设带来新契机[J],人民法治, 2019(07):22-23.

[15] 参见《关于保护和促进俄罗斯投资和发展投资活动的法案》,https://icss.ru/ekonomicheskaya-politika/drugoe1/o-zakonoproekte-o-zaschite-i-pooschrenii-kapitalovlozheniy-i-razvitii-investitsionnoy-deyatelnosti-v-rf.(2021 年 3 月 29 日最后访问)。

[16] 参见：张玫“特别投资合同（SPIC）2.0 版（三）：2.0 版的优势以及值得注意的方面”，http://www.chinaruslaw.com/CN/InvestRu/Law/19153949_786709.htm.(2021 年 3 月 29 日最后访问)。

过缔结或加入多个涉农国际条约或者组织，俄罗斯不但承担国际义务，[17]也更方便地获得农业生产贸易信息、农业技术援助和项目贷款，并与其他成员国开展更广泛的农业技术交流与合作。俄罗斯注重加强“上海合作组织”、“欧亚经济联盟”、“金砖国家”等区域组织成员国间的农业合作。[18]国际合作不但增强了农业营商环境的国际化水平，也使俄罗斯在农业领域的国际话语权不断增加。国际条约中农产品及加工产品的质量安全标准、农业技术规范[19]以及动植物健康、资源环境保护等内容成为其国内农业制度的重要渊源和制定依据。

多年农业营商环境的建设使俄罗斯农业产业发生翻天覆地的变化：农产品进口依赖度不断下降、出口势头强劲，不仅拓宽了农产品市场，也巩固了与他国的农业合作。[20]同时，一系列减轻税负负担、简化纳税流程以及农业金融支持等举措不但极大刺激了家庭农场生产，也使大量国内外公共和私人投资资金进入农业产业[21]，一批规模庞大、产销一体的农业企业集团兴起。[22]外国投资者纷纷建立农工控股公司，持续扩大产业规模，并拓展投资新领域。[23]农业企业私有化率和劳动生产率均有了较大提高。在经历改革初期农业衰退的阵痛后，俄罗斯已发展成为粮食生产大国。

（二）践行“极化”发展理论，提振外商投资企业信心

营商环境的优劣直接影响区域内招商引资的多寡和企业经营的好坏，并反作用于营商环境本身。俄罗斯幅员辽阔、地区经济发展不平衡问题严重。早在 2002 年，俄罗斯就通过《关于完善制定、批准和实施俄罗斯联邦主体经济社会发展规划》，确定“极化发展”原则，即向“支柱区域”集中金融、行政管理、人力和其他资源，再向周边地区辐射。[24]为此，先后立法设立自由经济区、保税区、经济特区、超前社会经济发展区（以下简称“超前发展区”）和符拉迪沃斯托克自由港(以下简称自由港)等各类“特殊区域”[25]。区域内实施税收、信贷、关税等优惠措施，完善基础设施建设，以有利的营商环境实现产业振兴。在农业产业方面，俄罗斯鼓励多元主体投资农业，纾解农业主体结构不佳、作用发挥不足，营商环境建设效果不明显和农业国际化水平不高的困境，不断激发企业投资活力，汇聚起支撑农业产业高速发展的动力与合力。

---

[17] 如俄罗斯加入的联合国《支持在国家粮食安全范围内逐步实现充足食物权的自愿准则》、《国家粮食安全范围内土地、渔业及森林权属负责任治理自愿准则》，WTO《农业协议》、《技术性贸易壁垒协议》等。

[18]为形成农产品全球贸易网络，俄罗斯鼓励跨境电商的发展。2017 年，金砖国家经贸部长会议上通过《金砖国家电子商务合作倡议》，金砖国家电子商务工作组成立。参见央广网:金砖国家之间农产品贸易会迎来更多机遇,2017 年 9 月 6 日，http://country.cnr.cn/mantan/20170906/t20170906_523936865.shtml （2021 年 4 月 1 日最后访问 ）

[19] 如农药残留量最高限量指标、兽药残留量最高限量指标、重金属等污染物限量指标、微生物限量指标等。参见刘文忠. 域外农业法律体系发展趋势[J].西北农林科技大学学报(社会科学版). 2016(02):126-132.

[20] 高际香.俄罗斯农业发展战略调整与未来政策方向[J].东北亚学刊,2020(01):87.

[21] 王志远.农地私有化、市场环境与俄罗斯农业发展[J].俄罗斯研究,2010(02):108-109.

[22] 陆南泉.从经济结构分析俄罗斯经济发展前景[J].中国浦东干部学院学报.,2017(05).

[23] 刁秀华.转轨以来俄罗斯农业发展状况及前景[J].西伯利亚研究,2006,33(06):5.

[24] 刘锋,刘涛.极化发展理论在俄罗斯的应用与发展——以俄罗斯超前发展区建设为例[J].俄罗斯东欧中亚研究,2018(02):65-79.

[25] 2005 年俄联邦颁布《经济特区法》，2015 年先后生效《超前社会经济发展区法》和《自由港法》。

不过，俄罗斯的“极化”发展理论不断经历着现实考验。各类“特殊区域”在建设进度、管理水平和集聚效应上并未实现极化发展预期：“自由经济区”由于经济支持和权利保障不到位，未能真正建立起来。“保税区”多由俄联邦主体设立，在地区招商引资上曾经发挥了重要作用。[26]2015 年《经济特区法》修订后，尽管这些“特区”内实施简化行政手续的“单一窗口”制度。不过，新修订的税法、海关法等不适用于特区内的经营者。在“经济特区”全面开花式的建设后，俄政府逐步放慢新设步伐。通过优化资源和裁撤那些运行不畅、资金闲置的“经济特区”等手段来提升特区质量。

在“向东转”战略指引下，俄政府聚焦远东。依托远东超前发展区和符拉迪沃斯托克自由港（以下简称“一区一港”），面向亚太，发展外向型经济。不同于以往特区的明确产业指向，“一区一港”范围内并未限制产业发展方向。有鉴于中国和东亚对食品安全的需求，“一区一港”日益成为国际农业合作的重点区域。俄政府通过并修改多项联邦法律，为远东开发创造特殊条件：对在区域内投资农业的企业提供优惠的土地分配政策,土地租赁以优惠费率单独计算；畜禽养殖场、农产品加工储存以及选种育种和遗传育种等鼓励优先发展。同时，各级政府投入资金解决基础设施建设不足等问题。[27]符拉迪沃斯托克及滨海地区的自由港则是为便利远东国际货运和发展航运业而设立。此区域内适用简易签证制度，商品免税出入自由港。入驻企业享有多项优惠，如在获得建设和土地使用规划许可，土地和不动产所有权登记、造册，电网、配气网络、集中式供水和排水连接方面获得政府特殊承诺；[28]货物过境由边检、海关和卫生检疫部门“单一窗口”联检办公；外国员工无需办理用工配额；在缴纳利润税、增值税、预算外基金缴费、土地税和企业财产税等方面享受优惠；从事捕鱼业等享受特惠政策。[29]

俄罗斯“极化”发展理论和实践在吸引外资、振兴农业在内的产业发展、调整经济结构、促进区域经济增长和优化地区营商环境等方面发挥了重要作用。区域内实施的特殊政策和法律以及不断调整的营商管理模式，推进了进口替代和产业本地化发展战略的落地。以远东为例，受营商环境优化政策的激励，企业焕发极大的投资热情。农业种植、食品加工、畜牧养殖等项目合作广泛开展。[30]这为俄罗斯外向型经济提供了“先行先试”的范本和制度修改的依据。“以点带面”式的极化发展路径，将国家政策和资金支持在特定地区与企业投入相结合，繁荣了区域内经济、促进了产业结构的深层次改革。[31]

二、农业营商环境视域下企业在俄投资障碍与挑战

[26] 钟坚.俄罗斯设立经济特区历史进程与经验教训[J].当代财经,2006(08):28-30.
[27] 靳会新.对《俄罗斯社会经济超前发展区联邦法》及相关法律的解读[J].俄罗斯学刊,2015(06):51-56. А.Г.布雷,С.В.格赖济科,钟建平（译）.俄罗斯远东开发新政策及其与东北亚国家的经贸合作[J].西伯利亚研究,2019(2):75-78.
[28] 靳会新.黑龙江省参与俄罗斯远东开发对策[J].俄罗斯学刊,2018(01):55.
[29] http://commerce.dbw.cn/system/2016/11/04/001145644.shtml
[30] 赵欣然.俄罗斯滨海边疆区和哈巴罗夫斯克边疆区超前发展区现状分析[J].西伯利亚研究,2019(03):36-39.
[31] 李勇慧,倪月菊.俄罗斯远东超前发展区和自由港研究[J].欧亚经济,2019(05):67.

尽管俄罗斯政府一直致力于提升企业投资便利度、法治化和国际化水平。但企业对俄农业投资的重重桎梏仍显现于俄罗斯世行营商环境报告中。同时，世行评估将企业样本限于私人有限责任公司，并对企业规模、营业额及企业主的年龄、婚姻等作出严格限定。信息采集的片面性和样本的代表性不足，[32]容易导致营商指标评测存在“以偏概全”的问题，即用企业部分权利保护情况来衡量其经营中所有规制和障碍。同时，营商环境反映的是一国投资环境的一般状况，并非某一产业或各地区营商环境的加权平均。聚焦于农业，许多影响农业投资的因素并未囊括于世行营商环境报告体系中。因此，企业若对世行营商环境报告认识不足，极易忽略投资显性障碍和隐性壁垒，影响经营。

（一）俄罗斯营商环境报告明示部分投资风险

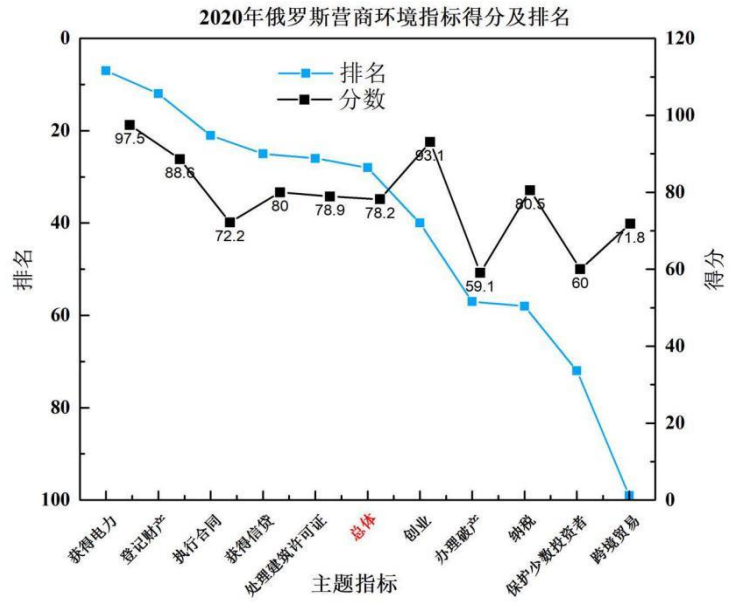
世行营商环境评估着眼于一国的一般投资状况。它更注重体现法律法规的完备性和企业在制度性交易中实现权利的显性成本。然而，法律规范的完备性并非等同于其实效性；非制度性因素常常干预企业合法权利的实现，导致企业产生隐性支出。因此，营商环境报告难以反映企业权利保护的真实样貌。

世行营商环境在评估目标上有意忽略了不同产业的结构差异。因此，世行营商环境不对特定产业或地域的营商环境进行评估，也无法顾及企业权利诉求的多样化。下图是 2020 年俄罗斯营商环境报告十项指标得分排名情况。得分前三的是“获得电力、登记财产、执行合同”指标，表明俄罗斯在这些指标内容上与领先国家的差距较小，企业将获得与此有关的较为便捷的服务和较可靠的权益保障[33]；而“纳税、保护少数投资者和跨境贸易”指标的得分不高，意味着企业在这些领域将面临更多投资障碍和风险。

图：2020 年俄罗斯营商环境指标得分及排名

[32] 李朝.中国营商环境评估的实践偏差及其矫正[J].中国行政管理,2020(10):106-114.

[33] 以“执行合同指标”为例，该指标包含“合同执行时间、合同执行成本和合同执行手续数”等 3 个细分变量。其中,“合同执行时间”代表一国解决合同纠纷的效率；“合同执行手续数”反映了合同当事方与法院互动程序的繁琐程度；“合同执行成本”主要指为实现合同权益产生的司法、律师费等。参见张龑,孙浦阳.双边营商环境、契约依赖和贸易持续期——基于中国企业微观数据的实证研究[J].财经研究,2016,42(04):54.



（注：图表数据来源于 2020 年世界银行《营商环境报告》（俄罗斯专题）[34]）

企业是否投资农业并能否成功的决定性要素包括但不限于东道国自然条件、制度的稳定性、农业项目融资的难易程度、农业税负负担、地方政府执法、农业合同目的为当地社区接受的程度、农用投入品获得、农产品跨境贸易限制以及纠纷解决便利度和司法公正与否等。这些要素有的不在营商报告指标内，或虽有涉及但俄罗斯的相应得分不高。以下选择俄罗斯营商环境排名较好和较差的指标，结合与农业投资密切相关的制度加以分析。

1、“登记财产”指标得分并未充分体现农企用地困难状况。

世行“登记财产”指标主要衡量企业登记财产所需的手续、花费的时间和费用，涵盖了各经济体的土地行政管理情况，特别反映了企业将财产使用权登记到自己名下所需的时间和成本。[35]俄罗斯这一指标的得分较高，说明企业在俄注册登记的程序较为简便、支出成本较低。不过，该指标却未能充分反映农企投资中的重要物质保障——土地的获取条件和登记难易程度。俄罗斯《土地法》尽管允许外国人（自然人、外国法人）取得土地所有权。[36]不过，外国人被禁止取得特定地区（如边境地区、大陆架和地下空间等）的土地所有权。[37]2011 年《关于确认外国人、无国籍人、外国法人不能取得土地所有权边境地区清单》的总统令在明确边境地区清单的同时，扩大解释了《土地法》，那些不在边境地区但具有战略重要性的商业及住宅用地仍然禁止外国人购买。此外，外国人只能租赁农用地，不能取得农用地所有权。[38]进一步的限制来自于租期限制，即外国人租赁农用地不得超过 49 年，且有法律草案建议租期应进一步缩短。[39]与农用地的规定类似，外国人只能通过竞拍方式

[34] 参见世界银行官网： https://chinese.doingbusiness.org/zh/data/exploretopics/registering-property.
[35] 同上.
[36] 参见俄罗斯《土地法》第 5 条第 2 款。
[37] 参见俄罗斯《土地法》第 15 条第 3 款。
[38] 参见俄罗斯《农用土地流转法》第 3 条。
[39] 参见俄罗斯《农用土地流转法》第 9 条第 3 款。

获得林地使用权而非所有权，租期也不得超过 49 年。农业企业的成本投入是长期的、持续的过程，较短的租赁期将影响投资成本的回收和收益率，甚至可能给企业融资和扩大生产构成阻碍。2013 年，俄联邦经济发展部制定《关于外国人不动产交易特点和修订 1997 年 7 月 21 日关于不动产及其协议国家登记》的法律草案，对外国人以及外国资本超过 50%的俄罗斯公司专门确立不动产交易许可程序。[40]这意味着在该俄罗斯国家机关不许可或迟延登记不动产的情况下，外国人将无法获得银行贷款。以上对外国投资者财产限制性的多项规定并未纳入“登记财产”的评估指标内，不能成为外国农业投资者的唯一参考。

2、改进的“纳税”指标措施未根本解决农企税负重、报税流程繁冗顽疾。

俄罗斯“纳税”指标上的得分和排名始终未有突出表现。为提高得分，俄罗斯多次改革税制，在简化税制、扩宽税基、降低税率，减免进口关税、增值税和利润税等方面建树颇多。不过，企业仍然面临税种多，[41]税制复杂、变动频繁、税负重等风险。

尽管农业领域重新开征农业统一税，且 2019 年 1 月 1 日起，俄罗斯各地有权将税率降为 0。不过，并非所有农企都可改缴农业统一税。[42]且统一税未覆盖的税费，农企和个体农户仍应缴纳。实践中，农业主体税赋高、税种多的现状并未根本改变。企业在农产品进出口中负担的关税也较高。同时，俄政府在经济特区和远东“一区一港”实施的各类税收优惠政策面临操作性差等问题。由于政府对企业的税务要求较高，违反税务政策将面临严格处罚。企业若非密切关注多变的税收政策可能面临较大的税收风险。

除以上单个指标折射出的问题外，俄罗斯营商环境指标背后的制度运行也普遍存在“名不符实”的问题。以远东超前发展区为例，尽管俄政府为破除行政壁垒，推行“单一窗口”等措施。但该机制实施中却存在规定含糊、实施细节欠缺，政策透明度、可操作性差，内部竞争不公开，超前发展区与其他特区（如自由港）协作方式不明，国家安全优先于经济发展等问题。[43]

（二）营商环境隐形壁垒相互掣肘阻碍农业投资

自然、社会环境是企业发展的保障性因素，也是塑造营商环境竞争力的重要突破口和着力点。[44]农业生产具有典型的地域性、季节性和周期性，农业投资需要长期、稳定的自然、社会环境。有利的自然、社会环境将会使政府营造的农业营商环境发挥更大的作用；反正，则会影响其实施效果。俄罗斯自然资源禀赋丰富，但国土大多处于高纬度地区，作

[40] 参见龚兵.中俄经贸合作中利用俄罗斯土地的法律风险控制,北方法学,2018(03):129-137.
[41] 主要开征的税种包括自然人所得税、企业和组织利润税、增值税、消费税、自然人财产税、企业和组织财产税、社会保障缴款、水税、动物和水生生物资源使用费及与自然资源开采相关的税种等。参见俄罗斯《税法》第二部分第 25、21、22、30 章。
[42] 有分支机构的农业企业和产品属于消费税应税产品范围的农业企业，任何情况下不能改缴农业统一税。
[43] 于小琴.试析“向东转”战略下俄罗斯远东发展态势[J].西伯利亚研究,2017(02):5-12.
[44] 王光荣.营商环境提升:补齐社会环境短板[J].重庆社会科学,2019(02):26.

物生长期短、自然灾害频发。其农业用地分布广、农田水利设施严重老化，[45]允许外商投资的农业项目又大多位于边远地区的原始土地或撂荒地之上，土地开垦程度低、开发成本高。赴俄农业投资还须面对农村社会环境复杂、适格劳动力缺乏、民众排华心理严重等挑战。俄罗斯在投资准入、农用物资管控及生态环境保护等方面的严苛要求往往也令企业投资的准入和成本大大增加。在农业营商环境改革进程中，俄罗斯还存在制度、措施粗放、供给侧结构性改革精准推进的现实考验。众多历史遗留问题和农业营商环境的罅隙亟待弥合，否则将减损投资者对俄罗斯农业营商环境的预期。

1、社会环境是引发各类农业投资风险之源。

世行营商报告并非投资环境评估指标的集大成者。某些公认的影响投资的宏观风险要素，如“政治稳定性”“文化差异度”等，并未纳入到报告的考量范围。同时，世行报告也有意回避了投资地推崇的价值观。“平等、环保”等理念在俄罗斯是重要的文化元素。企业经营中若背离主流价值观可能引发严重的社会风险。聚焦到农业投资，俄罗斯农村社会状况及社会风险不容忽视。现阶段，俄罗斯农村日趋呈现衰落之势，无法提供农业生产所需的长期、稳定的社会环境。这不仅体现在农村人口数量大幅减少、人口结构失衡，居民贫困问题严重，住房严重老化、水电气等配套设施较差等表面现象上；土地撂荒、农用土地制度不合理，农业劳动生产率不高、不能对农村发展起到支撑作用，城乡收入差距加大以及农村居民难以享受必要的医疗、教育、娱乐等社会服务等深层次因素都是导致俄罗斯农村衰败的重要原因。[46]尽管政府不断实施稳定和发展农村的战略、政策和法律，[47]为农村经济多元化发展创造条件，但上述问题并未根本解决。在农村薄弱的治安管控下，俄境内恐怖势力极易同农村地痞流氓勾结，发展成为地方黑恶势力，威胁正常的生产经营秩序。农业生产实现经济目标的同时也会影响农村环境及社会发展。农村居民改变贫困的迫切愿望和极端民族主义思潮交织容易使民众对企业，特别是中国企业投资既欢迎又心存戒备。企业任何不当行为，都易引发社会风险，遭遇排华、不公平对待等。[48]

适格农业劳动力缺乏是困扰企业农业投资的另一严重挑战。出生率下降和农村人口的急剧流失使俄农村人口的绝对数量持续下降，人口老龄化严重、劳动力结构失衡，且教育程度不高。为保障本国人就业权，政府限制企业雇佣外国人的比例。[49]企业信贷及某些项

[45] 韩俊主编.中国粮食安全与农业走出去战略研究[M].中国发展出版社,2014:256.
[46] 高际香.俄罗斯农村地区发展:挑战与应对[J].俄罗斯东欧中亚研究,2018(03): 53-62.
[47] 如《2030 年前俄联邦农村地区稳定发展战略》、《2020 年前农用土地和用于农业发展的非农用地的国家监控和建立相关土地的国家信息资源构想》、《2014~2020 年俄联邦农用土地复垦开发规划》等。
[48] И.А·马卡罗夫,肖辉忠.俄中农业合作：期望与现实[J].俄罗斯研究,2017(2):105-127.
[49] 俄罗斯《外国公民法律地位法》【N115-ФЗ】第 18.1 条第 5 款规定，俄联邦政府有权根据各地区劳动力市场情况和优先安排本国公民就业的必要性，每年制定各地区使用外国劳动力的数量限制以及各行业外国劳动力的用工比例。通常，俄联邦政府每年年底前会公布下一年度不同地区、不同行业的外国劳动力用工配额比例。如 2019 年 9 月 30 日第 1271 号政府令就规定，2020 年与农业生产相关的建筑业外国员工不得超过 80%（部分区域除外）；蔬菜种植业不得超过 50%等。违反此规定的企业将根据俄联邦《行政违法法典》【N195-ФЗ】第 18.17 条第 1 款的规定，面临 80~100 万卢布的行政罚款或 14~90 天的停业整顿。

目的签订中，外国员工雇佣比例是必须考虑的条件之一。[50]工作签证是限制外国劳动力入境人数的有利有段，俄罗斯工作签证不但较难，也存在申请期长、签证有效期较短，办理费用年年攀升等问题。

2、投资安全审查限制农业投资准入和扩张。

俄罗斯对外资秉持欢迎和谨慎管理并重原则。对外资企业，特别是外国国有资本参与的投资活动，常因畏忌国家安全或者垄断，从立法到实施均设置较高的审查标准，严防它们对本国市场产生不当影响。

从 2002 年 12 月，俄杜马将私有化进程原则[51]扩大适用于外国投资者开始，对外资的安全审查有愈演愈烈之势，审查范围不断扩大、审查程序愈来愈严。[52]2008 年，俄罗斯《关于外国资本对保障国防和国家安全具有战略意义的经济主体投资程序法》（以下简称《战略行业外商投资法》）进一步明确对国家安全具有战略意义的行业（以下简称“战略行业”）限制外国资本投资。[53]外国国有资本控制的经济实体投资战略行业的，将从投资比例、投资主体、投资对象、投资程序等方面，按照外国国家资本对该经济实体控制权的不同，给予或禁止交易[54]、或预先批准或不加限制的区别性规定。企业违反规定将面临交易无效、被撤销或者股东大会投票权被剥夺等法律后果。俄罗斯赋予反垄断局（FAS）审查外国投资者的交易行为是否符合《战略行业外商投资法》。从近些年 FAS 的实践分析，它有权对任何外国国家、国际组织控制的经济实体收购俄罗斯国内企业超过 25%（不包括）的表决权股，或取得企业管理权的交易，决定是否预先批准。这意味着不论是否属于“战略行业”，所有收购俄企 25%表决权的交易都要经过 FAS 批准。俄罗斯《外国投资法》修正案对以上内容予以确认，并扩大适用于新设企业。[55]由于对外国及其控制权的认定并未明确，也对何谓“外国投资者”的认定存在争议，实践中，交易企业是否为外国控制存在认定上的不确定性，并导致 FAS 延长审查时间，[56]甚至将已批准的交易提请法院撤销。[57]已有案例表明，FAS 对违反国家安全审查规定，已经终止或者解除的交易都有权提请法院确认交易无效并

[50] 如在外资信贷机构中，俄籍雇员不能少于雇员总数的 75%；产品分成项目中，投资者聘用的俄籍雇员应不少于雇员总数的 80%。参见：驻俄罗斯联邦经商参处,“俄罗斯外商投资法律制度”, http://cafiec.mofcom.gov.cn/article/c/201407/20140700646777.shtml.（2021 年 4 月 23 日最后访问）

[51] 2001 年《私有化条例》第 5 条明确，任何国有股份超过 25%的俄罗斯公司不得参与私有化程序。

[52] 该项法律的修改直接阻止了中国石油天然气集团公司参与斯拉夫石油公司的股权拍卖。

[53] 这些行业包括矿产、国防、核能、通讯传媒、环境资源、交通、渔业等 46 项。

[54] 交易不仅包括买卖、赠与、交换、租赁、委托等直接投资行为，也包括由外国国家控制的外国投资者获得战略企业有价证券的情况。

[55] 参见俄联邦《外商投资法》（第 322 号）第 6 条第 4 款。

[56] 2019 年 7 月，香港 Ontario Leaf HK 公司持股的 Майский лист 有限责任公司提交申请，请求批准收购在俄境内注册的开放式股份公司 Высочайший (GV Gold)的 100%表决权股股票。FAS 认定，Майский лист 公司的投资人受外国控制，交易结果会导致 GV Gold 有被外国控制的可能，由此延长此项申请的审核时间，以最终确定是否作出预先批准或预先否决的决定。

[57] 2020 年 5 月 25 日，FAS 在其官网上宣称，2017 年工业投资有限责任公司从卢克公众股份公司购买的达曼兹阿尔汉格尔斯克地质开采股份公司 100%的股份交易存在违反《战略行业外商投资法》的情况。投资人申请预先批准时，没有提供其控股公司的实际拥有人有其他国家国籍的信息，从而导致外国投资人对俄战略企业形成控制。因此，FAS 向阿尔罕斯克州仲裁法院提起诉讼，要求认定上述收购交易无效。

追究法律责任。[58]

农业项目因资金量大，不乏国有外资企业参与，或者与俄国内企业开展多种合作。因俄罗斯 FAS 审查导致的投资准入或者企业扩大经营可能面临多重障碍和风险挑战。

3、详尽的农用物资制度增加农业投资成本。

俄罗斯农业技术创新不足、多地农业基础设施落后、农业机械化水平较低。企业获取农机具的价格昂贵，新型农机具过境手续繁琐、税率高。[59]俄罗斯注重农资管理，其详尽的种子、农药和农用化学品、农业机械等法律制度的实施不仅令农用物资生产企业面临较严格的监管，加上进口限制，使农用物资市场存在农资供应不足、价高质劣、使用程序复杂等问题。这方面的问题在种子及农用化学品领域更为突出。

俄罗斯非常重视种子生产与品种控制。调整种子的法律不仅有联邦《种子法》和联邦主体的法律，种子管理机构也有权规范种子各项标准。历经 9 次修改的《种子法》不仅涉及种子在品种和播种品质方面的质量要求、专业区内特殊的种子种植要求、种子储备、种子包装等内容，还规定了对种子生产、加工、储存和使用的监管，种子保险基金，种子鉴定以及进入商业流通环节的种子公证，种子质量和检疫要求等。[60]严苛的管理制度限制了种业发展和种子供应，致使俄过度依赖进口种子。进口替代政策加剧了种子供应的紧张局面，推高了种子价格。尽管政府持续加大扶持力度发展种业，但收效甚微。

农药及农用化学品领域也有类似制度性原因导致农业企业获取优质农药及农用化学品困难。俄罗斯制定并多次修改《农药和农药安全管理法》及其他法律，[61]建立了农药和农用化学品严格的使用条件和程序，以排除对人类健康和环境的不利影响。农业部每年公布允许使用、销售的农药及农用化学品清单，持有农药或农用化学品国家登记证书且在上述“国家清单”内的农药才可流通。农药及农用化学品实行按季度报备的计划供应制度。实务中，农药首次登记费用高、周期长。市场供应的农药品种单一、更新速度不能满足需求，难以发挥杀虫护禾的功效。另一方面，农业生产急需的进口农药也必须在“清单”内方可申请进口许可证。[62]

4、严苛的生态环境要求推高农业投资门槛。

[58] 2018 年 4 月，FAS 向阿穆尔州仲裁法院起诉，请求法院认定黑河市 JY 经贸有限公司与俄罗斯公民泊诺玛连科订立的有关阿穆尔铜矿有限公司股权转让协议无效。尽管该协议当事人早已终止协议，但 FAS 仍然认为外国投资者的违法行为已经给国家安全和公共利益造成损害，应受到法律制裁。FAS 在二审法院确认交易无效后，随后根据俄罗斯《行政违法法典》第 19.8.2 条第 1 款规定对当事人处以行政罚款。https://www.kommersant.ru/doc/3909487?from=doc_vrez.(2021 年 4 月 24 日最后访问)

[59] 龙盾,陈瑞剑,杨光.“一带一路”建设下中国企业赴俄罗斯农业投资现状及分析[J].世界农业,2019(09):97.

[60] 参见俄联邦《种子法》【N149-ФЗ】，http://ivo.garant.ru/#/compare/12106441/58162537/tab/0/paragraph/24:21.

[61]《农药与农药安全管理法》（第 70-FZ 号）http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=96055. 其他法律如：《关于批准农药及农用化学品国家登记程序》（第 357 号）、《关于批准联邦兽医、植物卫生监督局执行农药和农用化学品国家登记国家职能的行政规则》（第 231 号）等。

[62] Irina Y. Soldatova,Victor N. Ovchinnikov,Nikolai G. Kuznesov,Alia A. Lisochenko.State Support of Russian Agro-industrial Complex at the Federal and Regional Levels on Entering the Global Market[J].食品科学与工程：英文版（2159-5828）,2012,2(02):118-127.

耕地、水、森林等自然资源与农业生产密不可分。受惨痛的环境污染损害事件影响，俄罗斯非常重视自然资源的合理利用和环境保护。

俄罗斯对自然资源实行有偿使用。尽管《2020 年森林工业发展战略》将木材深加工放在产业振兴首位，但同时明确使用者应支付森林资源更新费、防治灾害与保护费、资源使用费等。2019 年生效的《林地恢复补偿法》（第 212 号）明确，森林地质勘探、采矿、兴修水利设施、海港、码头、管道线路工程、木材加工的组织和个人，一年内有义务在相应联邦主体境内进行森林恢复和植树造林活动，恢复或种植森林的面积应与其破坏面积相等。

《2025 年前俄罗斯联邦生态安全战略》、《俄罗斯联邦 2012-2010 年国家环境保护规划》、《俄罗斯联邦 2017 年生态年活动计划》等环境保护国家战略和各项具体规划为企业从事农业活动设定了非常严苛的环境保护要求。不仅体现在复杂、严苛的技术指标上，也反映在企业承担义务的广泛覆盖面上。国家、社会、企业三位一体的环保监督主体制度，各主体共同但有差别的监督职责、分工、效力等均被《环境保护法》详细规范。[63]此外，有关农业土壤的使用和修复、农药农用化学品计划使用和限制以及转基因动植物的谨慎培育原则[64]等均被用于约束生产者。

5、法律环境整体状况不佳威胁投资安全。

完备的法律体系是保障营商环境良性运行的基础。俄罗斯众多法律制度滞后，大量市场经济法律缺失，或有待细化。这将导致农业营商环境保护的缺位与失衡。因联邦主体享有不同的自治权，使俄罗斯法律形成“俄联邦原则立法、各地方主体细化规则”的传统。这种立法模式虽为众多市场行为提供了初步的法律规制与保障，但具体问题往往会在不同联邦主体面临不同的处理结果，或者因缺乏明确的法律规定或权利救济途径而处于权利不确定或者缺乏有效保障的尴尬境地。俄罗斯政策法律的稳定性不足，支持农业的财政资金数额、农业发展规划及实施措施调整频繁。俄罗斯执法环境混乱，行政机关及其他执法主体多头执法、交叉执法，加上执法方式上的选择性执法、运动式执法、野蛮执法较为普遍，极易导致营商环境运行上的失序。腐败、司法不公、生效判决执行率不高等现实困境常令司法实践背离法律，不但折射出司法保障的乏力，也易滋生民众法治意识淡漠心理，守法行为倦怠、违法行为频发。

三、企业在俄农业投资的应对

企业的生存能力和风险容限能力直接决定了它能否充分利用营商环境的优势，同时采取合理措施应对营商环境风险。外商直接投资不仅促进了东道国经济增长，也会影响其制度建设。在经济环境整体较差国家投资时，跨国企业的制度依赖性更强。由此，在跨国企

[63] 参见俄联邦《环境保护法》第 2 章，https://legalacts.ru/doc/FZ-ob-ohrane-okruzhajuwej-sredy/.
[64] 参见俄联邦《环境保护法》第 50 条。

业的推动和东道国自我改革的作用下，外商直接投资对于东道国营商环境的改善具有促进作用。近些年，中企赴俄农业投资呈稳步上升趋势，表明俄罗斯营商环境的优化对企业具有强大的吸引力。不过，俄罗斯农业营商环境建设和运行的不足与偏颇也给农业投资带来巨大挑战。在新冠肺炎疫情持续蔓延、国际直接投资急剧下滑的背景下，对俄农业投资危机四伏。对投资可能面对的障碍和风险，企业不能被动承受或者逃避。以积极心态反映诉求，投身于俄罗斯营商环境建设；并加强企业合规和风险能力建设，才是投资俄农业产业的应有之义。

（一）多元主体全产业链投资和本土化经营

多元主体参与农业产业，既能振兴农业、促进传统农业产业转型，也能培育新型有竞争力的主体发展现代农业、规避投资风险。俄罗斯农业私有化改革后确立了三类农业主体：综合性农业企业、家庭农场（居民经济）和农业合作社。[65]在农业营商环境建设初期，因综合性农业企业的生产能力下降，其生产地位随之下降；农业合作社也因在经济产值所占比重较小，没有发挥应有作用；相反，家庭农场的生产地位呈上升趋势。[66]为保护本国农业生产者利益，俄罗斯对外商投资农业持审慎态度，在投资准入、股权比例等方面均设置较高门槛。相反，俄罗斯鼓励农工综合体的发展，并允许外资以农工综合体的形式投资农业。为此，企业赴俄农业投资，可顺应俄政府在投资主体上的引导，成立农工综合体。发挥这一主体规模化发展优势，将俄农业发展重点与其农村地区发展、农业技术现代化及农业生产率提高、数字农业等国家战略目标相结合，形成食品一体化和地区产业集群。不仅可以享受到俄政府给予的政策支持和在农机械、利率等方面的补贴，[67]还因其承载着粮食安全保障、农业产业链延伸、农村可持续发展等使命和职责，极大规避投资中的政治风险、社会风险。多元主体的投资模式有助于克服俄罗斯《公私合营法》、《中小企业发展法》等多部法律对外资的股权比例限制，降低投资安全审查风险。随着俄罗斯对农业投资主体越来越开放的态度，不同类别企业参与俄农业项目成为可能。非农企业参与农业投资不但有助于解决我国企业赴俄盲目投资、同质化投资引发的内部恶意竞争问题，也能使俄罗斯农业产业链更为丰富和多元，增加企业在俄投资黏性。[68]

中小企业更应考虑联合经营模式，“抱团出海”，共同新建或入驻现有农业产业园，形成集群式投资和链条式产业结构，既可改善资源和市场的配套条件，解决融资难的问题，又能逐步形成覆盖经营全过程、服务全方位的微观商业运营环境，降低生活成本和运营成

[65] 参见俄罗斯 2018 年 12 月 25 日修订的《农业发展法》《Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. N 264-ФЗ "О развитии сельского хозяйства"》。
[66] 刘雨欣,张一豪,丁友乐,郭翔宇.俄罗斯家庭农场发展历程与现状分析.世界农业,2017(02). 崔宁波,庞博.俄罗斯农业经营主体变迁及启示[J].学术交流,2014(12):134-136.
[67] 参见《2024 年前俄罗斯国家发展战略任务》、《2030 年前农工综合体发展战略》。https://www.agroinvestor.ru/analytics/news/33422-pravitelstvo-utverdilo-strategiyu-razvitiya-apk-do-2030-goda/,Правительство утвердило стратегию развития АПК до 2030 года.（2021 年 4 月 24 日最后访问）
[68] 参见龙盾,陈瑞剑,杨光.“一带一路”建设下中国企业赴俄罗斯农业投资现状及分析[J].世界农业,2019(09): 100-101.

本。

企业同时应秉持“本土化”经营模式。不但优先选择俄罗斯鼓励投资或者农业产业急需发展的项目，如出口型农业产业项目、农产品深加工项目、农业技术创新项目、农业中介服务项目等。[69]在企业组织架构和股权结构方面，也可采用合资经营或者并购形式开展“褐色投资”。这不仅是克服俄罗斯投资障碍的现实选择，也能较为有效地化解部分社会风险。

（二）积极融入俄农业营商环境建设

企业不仅是良好的营商环境的受益者，也是营商环境的参与者、贡献者。好的营商环境对于企业发展影响重大；同时，营商环境改善离不开企业的参与和积极配合。研究表明，外商直接投资所产生的“鲶鱼效应”对于营商环境指标中“开办企业、建筑许可、财产登记”等 7 方面的改善作用显著；相反，东道国“开办企业、建筑许可、跨境贸易和办理破产”等 4 方面营商环境的改善也将提升跨国企业的运营效率。[70]

随着营商环境优化日益从政府供给向企业需求导向转变，企业对营商环境的优劣评价日益被各国政府重视。[71]这意味着政府不但应当满足企业对涉及经济、政治、法律等宏观环境的制度化需求，更应努力营造企业发展所需的商业运行环境，满足其多维度、多元化的需求。俄罗斯很多优惠政策并非针对中小企业设计；其东、中部地区营商环境的建设也未尽如人意；我国政府能够提供的金融支持和投资风险担保不到位等因素常常令企业对俄投资裹足不前。为此，作为需求提供者的企业应充分发挥主观能动性，采用多种途径和方式向俄联邦各级政府以及我国主管部门反馈问题及需求，促使俄罗斯系统、全方位地优化营商环境，调整营商环境中不同维度的失衡，不断满足企业对农业生产基础设施建设的需求，解决投资限制和各类不合理的投资阻碍，保持政策的稳定性、提升法律的可预见性等。

在俄企业也不能忽视自身在改进俄罗斯营商环境上的作用。应树立企业自身即为营商环境组成部分的观念。从农业项目选择和投资目标上，努力与中俄两国国家发展战略相契合。依托在俄农业产业园，培育企业产业发展所需的上下游合作伙伴，延伸农业产业链，降低企业综合交易成本。在资金流、物质流、知识流、信息流及人才流等方面凸显集聚效应，增强企业外部整体抗风险能力。[72]

（三）构建完善的企业合规管理体系

对俄罗斯农业营商环境风险，企业的现实选择是研究俄罗斯农业投资营商环境，回应政策、制度要求，健全合规管理体系，规避、减少营商风险。为此，首先应完善本土用人

[69] 王永春,徐明,宋雨星,聂凤英:中国对俄罗斯远东农业投资潜力制约因素及对策[J],农业经济问题,2015(10).
[70] 周超,刘夏,任洁.外商直接投资对于东道国营商环境的改善效应研究——来自 34 个“一带一路”沿线国家的证据[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2019(01):59-71.
[71] 刘刚,梁晗.外部性视角下营商环境的优化--基于企业需求导向的研究[J].中国行政管理,2019(11):53.
[72] 许永继. “一带一路”倡议下中国东北与俄罗斯远东区域经贸合作探析[J],学术交流,2019(08):93-103.

机制、扩大俄籍员工雇佣比例，增强企业本土运营和管理能力。同时开展多种形式的公益活动，履行社会责任、提升企业形象。企业在推行此项策略时，应避免国内公司失去对俄投资企业的实际控制风险。[73]其次，企业应建立风险数据库，调查并梳理农业投资中的各类风险。前期投资调查不仅应全面了解俄罗斯营商环境指标、排名及建设规划，也要综合分析营商“软环境”。站在项目生命周期角度，评估营商环境是否能够满足投资的各项需求，是否为确保企业运营承担不可避免的交易成本等。对政策变动风险和不同地域制度差异风险、政府治理能力风险等制定专门的风险应对策略和合规管理规划。再次，投保海外投资保险，提高企业风险承担能力。企业应穷尽中俄两国政府及商业机构提供的投资保险和担保工具，转移风险。为此，应积极参加俄罗斯农业保险，增加抵御农业生产风险的能力；另一方面，积极投保我国海外投资保险，增加非商业性风险的投资保障。最后，应注意构建专项合规管理体系，把控企业运营中的关键风险：

（1）农业用工合规体系构筑的必要性。适格农业劳动力缺乏是困扰在俄企业农业投资的另一严重挑战。出生率下降和农村人口的急剧流失使俄罗斯农村人口的绝对数量持续下降，老龄化严重、劳动力结构失衡，且教育程度不高。为保障本国人就业权，俄罗斯政府限制企业雇佣外国人的比例。[74]每年年底前会公布下一年度不同地区、不同行业的外国劳动力用工配额比例。[75]在企业获得信贷及某些项目签订中，外国员工雇佣比例也是必须考虑的条件之一。[76]政府还用工作签证限制外国劳动力入境人数。办理工作签证中存在申请时间长、签证有效期较短，办理费用年年攀升等问题。

（2）农业生态环境合规体系构筑的必要性。耕地、水、森林等自然资源与农业生产密不可分。受惨痛的环境污染损害事件影响，俄罗斯非常重视自然资源的合理利用和环境保护。以森林资源为例，俄罗斯森林资源实行有偿使用。尽管《2020 年森林工业发展战略》将木材深加工放在产业振兴首位，但同时明确使用者应支付森林资源更新费、防治灾害与保护费、资源使用费等。2019 年生效的《林地恢复补偿法》（第 212 号）明确，森林地质勘探、采矿、兴修水利设施、海港、码头、管道线路工程、木材加工的组织和个人，一年内有义务在相应联邦主体境内进行森林恢复和植树造林活动，恢复或种植森林的面积应与其破坏面积相等。《2025 年前俄罗斯联邦生态安全战略》、《俄罗斯联邦 2012-2010 年国家环境保护规划》、《俄罗斯联邦 2017 年生态年活动计划》等环境保护国家战略和各项具体规划

[73] 俄哈巴罗夫斯克边疆区仲裁法院曾受理一起中国矿业公司请求撤销其投资的孙公司未经同意召集临时股东会撤换总经理的决议无效的案件。法院依据俄罗斯《民法典》第 181.4 条第 1 款和《有限责任公司法》第 43 条第 1 款的规定认为不符合认定股东会决议无效的情况。因此，法院判决驳回原告诉讼请求。该案例暴露出中国公司在投资企业的股权结构设计、公司治理权限分配等方面的风险漏洞。

[74] 俄罗斯《外国公民法律地位法》【N115-ФЗ】第 18.1 条第 5 款规定，俄联邦政府有权根据各地区劳动力市场情况和优先安排本国公民就业的必要性，每年制定各地区使用外国劳动力的数量限制以及各行业外国劳动力的用工比例。

[75] 如俄联邦政府 2019 年 9 月 30 日第 1271 号政府令就规定，2020 年与农业生产相关的建筑业外国员工不得超过 80%（部分区域除外）；蔬菜种植业不得超过 50%等。违反此规定的企业将根据俄联邦《行政违法法典》【N195-ФЗ】第 18.17 条第 1 款的规定，面临 80~100 万卢布的行政罚款或 14~90 天的停业整顿。

[76] 如在外资信贷机构中，俄籍雇员不能少于雇员总数的 75%；产品分成项目中，投资者聘用的俄籍雇员应不少于雇员总数的 80%。参见：驻俄罗斯联邦经商参处,“俄罗斯外商投资法律制度”, http://cafiec.mofcom.gov.cn/article/c/201407/20140700646777.shtml.

为企业从事农业活动设定了非常严苛的环境保护要求。这些要求不仅体现在复杂、严苛的技术指标上，也反映在企业承担义务的广泛覆盖面上。国家、社会、企业三位一体的环保监督主体制度，各主体共同但有差别的监督职责、分工、效力等均被《环境保护法》详细规范。[77]此外，有关农业土壤的使用和修复、农药农用化学品计划使用和限制以及转基因动植物的谨慎培育原则[78]等均被用于约束农业生产者。

（3）农村社会风险应对体系构筑的必要性。俄罗斯农村日趋呈现衰落之势，无法提供农业生产所需的长期、稳定的社会环境。这不仅体现在农村人口数量大幅减少、人口结构失衡，居民贫困问题严重，住房严重老化、水电气等配套设施较差等表面现象上；土地撂荒、农用土地制度不合理，农业劳动生产率不高、不能对农村发展起到支撑作用，城乡收入差距加大以及农村居民难以享受必要的医疗、教育、娱乐等社会服务等深层次因素都是导致俄罗斯农村衰败的重要原因。[79]尽管俄罗斯政府不断实施稳定和发展农村的战略、政策和法律，为农村经济多元化发展创造条件，但上述问题并未根本解决，加剧了农村社会治安的不稳定状况。在农村薄弱的治安管控下，俄境内恐怖势力极易同农村地痞流氓勾结，发展成为地方黑恶势力，威胁正常的生产经营秩序。农业生产实现经济目标的同时也会影响农村环境及社会发展。农村居民改变贫困的迫切愿望和极端民族主义思潮交织容易使民众对企业，特别是中国企业投资既欢迎又心存戒备。企业任何不当行为，都易引发社会风险，遭遇排华、不公平对待等。[80]

上述风险对于在俄农业企业不仅具有不同于国内也不同于其他东道国的特殊性，它们不但会增加企业的投资成本，也会带来各类风险隐患，导致投资陷入困境。为此，专项合规管理体系的建立不仅有助于集中降低这类特殊风险隐患，也有助于企业视情况分阶段构建。

四、中国政府因应之策

根据国际直接投资理论，东道国营商环境和外商投资偏好直接相关，不同分项指标得分对外商直接投资净流入的影响各异。企业更倾向在“登记财产、执行合同和办理破产”等指标得分较高的国家投资。[81]尽管俄罗斯“执行合同”和“登记财产”的指标表现都相对不错，但“办理破产”和“保护少数投资者”指标的排名不佳。显然，俄罗斯这些指标还有很大的提升空间。对于投资俄罗斯的企业而言，会成为影响投资决策的重要因素。不过，我国不同投资动机下的企业对目标国的营商环境呈现“异质性”偏好[82]，即企业会因投资动机的不同，放弃营商环境好的投资目的地，而选择营商环境欠佳的目标国投资。这种“异质性”偏好在农业类投资方面表现得更为明显。个中缘由，一方面是农业投资大多属于资源类投资，从

[77] 参见 2002 年俄联邦《环境保护法》第 2 章，https://legalacts.ru/doc/FZ-ob-ohrane-okruzhajuwej-sredy/.
[78] 参见俄联邦《环境保护法》第 50 条。
[79] 高际香.俄罗斯农村地区发展:挑战与应对[J].俄罗斯东欧中亚研究,2018(03): 53-62.
[80]И.А·马卡罗夫,肖辉忠.俄中农业合作：期望与现实[J].俄罗斯研究,2017(02):105-127.
[81] 张应武,刘凌博.营商环境改善能否促进外商直接投资[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2020(01):59-70.
[82] 王正新,周乾.营商环境如何影响中国企业对“一带一路”沿线国家直接投资[J].财经论丛,2019(09):42-52.

影响机制视角分析，其投资动机不同于其他类型投资对市场、效率、基础设施等动机更具倾向性，因而农业对外投资者对东道国营商环境状况的关注度略低。另一方面，“一带一路”倡议及中国与沿线国家政府间合作机制的引入和加强产生的“叠加效应”，甚至会使投资者的对外投资流入营商环境较差的东道国。为此，我国政府在企业对俄农业投资方面，应发挥政府职能，在构建企业对俄农业投资营商环境评估体系的基础上，加强对俄罗斯农业营商环境机遇与风险研究，引导企业对俄农业理性投资。同时，通过加强中俄政府间合作，深入开展形式多样的多领域合作，共促两国双边营商环境建设水平的提高，提高企业在俄农业投资便利度，延伸我国政府促进和保障企业境外投资的政策、法律及服务领域。同时，中国政府也应对我国农业重点投资国家构建并稳步推进各类保障机制，为农业投资保驾护航。

（一）加强对俄农业投资营商环境评估

加强对俄农业投资营商环境的评估不仅有助于获取俄罗斯不同地区农业营商环境信息，充分挖掘两国在农业贸易、投资、资源、农业科技和生产等方面的互补优势和合作潜力，加强在俄投资产业布局的整体指导；针对不同地域、不同项目的财政和税收等方面的优惠措施及限制，以更为紧密的制度和机制安排培育并引导企业有序投资；延伸在俄农业产业链、形成以优势产业为主导的商业生态环境，以规模化、产业化、集群化逐步降低企业对俄农业投资风险和运营成本，提升企业获得感。评估还将丰富我国对东道国农业投资营商环境评估案例，为我国农业营商环境的改善提供借鉴。

当前，营商环境评估正逐步以世行出具的报告为蓝本，向区域化、行业化方向发展。我国也开展了多项国别营商环境监控及评估提示。[83]这些评估将目标国与我国政治、经济关系，其国内贸易与投资政策以及企业海外经营风险作为评估内容，帮助企业选择适宜投资地、维护海外投资利益。它们为国别农业投资营商环境信息调查和评估提供了良好的实践范本。

对俄农业投资营商环境评估应坚持内外部一体化视角，以俄罗斯世行营商报告为基础，遵循营商环境评估的一般性要求，围绕农业企业生命周期，借鉴世行绩效模型设计指数。同时，应突破营商报告的局限性，满足对俄农业合作和投资指引的评估诉求。为此，可借助俄罗斯在世行各项指标得分和排名，获取“法律指标”和企业完成政府监管所需“程度复杂性和成本运行指标”反映的一般投资环境状况，汲取俄罗斯改善营商环境进程中的成功经验。[84]

评估应立足俄罗斯投资环境基本情况，针对农业投资的特点和需求，对世行营商指标纠偏，构建专用于对俄农业投资营商环境评估体系。不同投资动机企业对营商环境指标分项的敏感度不同。我国对俄农业投资大多属于资源开发型投资。对获得资源使用权和施工

[83] 如商务部《中国对外投资合作发展报告》、中国社科院世界经济与政治研究所《中国海外投资国家风险评级报告》等。

[84] 李清池.营商环境评价指标构建与运用研究[J].行政管理改革,2018(09):77-78.

许可权等方面较为关注。企业运营不同阶段对指标分项的诉求也有差异。如资源型企业项目前期更关注施工许可证办理和仓储、运输服务等；其他阶段更注重自然资源获取、环保要求和政府或民众对企业的接受度等。[85]此外，投资者权利保障程度及稳定性也是资源型企业关注的重点。由此，评估指标应充分考虑企业农业投资特点和各阶段需求。

指标设定应有农业行业和贴近俄联邦各地实际情况的针对性指标，如俄罗斯经济政策、科技水平、基础设施以及社会综合指标，包括生活水平、环境质量、农业劳动力充足和能否正常获取、科技创新、市场前景等内容。在评估范围上，不但要对营商宏观“硬”环境评估，也应注重宏观和微观“软”环境的评估。[86]俄罗斯积习难改的腐败、权利寻租、低效行政、行政监管程序复杂以及行政机关与司法机关权利制约失衡等是其营商环境运行中的“毒瘤”，极易增加企业制度性交易成本。这在社会关系复杂、黑恶势力横行的俄罗斯农村表现得更为明显。由此，对俄农业投资营商环境的评估离不开对农村社会文化环境的评价。同时，当地居民外资接受度是农业对俄投资的隐形壁垒之一，俄民众会出于国家、民族情感等因素，对外国投资者占用自然资源或环境损害出现抵制外资、阻碍企业落地运行的现象。由此，应将这一指标纳入评估的范围。

营商环境评估应充分考虑企业利益和意见。相比本地企业，在俄外企对市场准入、行政程序、合同执行、投资保护等规则的把握以及政企关系等方面会处于劣势，进而在创设、经营、容错处理等阶段将面临更大的投资风险。[87]我国对俄农业投资以中小型民营企业为主，且多集中在与我国毗邻的俄罗斯东、中部地区。这些地区的营商环境较差且不利于中小企业发展。[88]加强对这些地区营商环境及其变动情况的评估，对我国企业在俄农业投资的区位选择和风险规避具有重要意义。[89]

（二）深化合作，共促区域农业营商环境提升

中俄两国农业合作远落后于预期，这与前述俄罗斯农业营商环境的问题与障碍不无关系。在“一带一路”倡议与俄罗斯“向东转”战略呼应下，两国农业合作和区域经济一体化建设提升至新高度。两国营商环境，特别是俄地方农业营商环境建设将迎来最为有利的发展契机。

1、政府间合作为营商环境国际化、法治化助力。

营商环境的异质性表明政府间协议有助于弥补东道国营商环境的缺憾，引导资金投向营商环境较差的地区。为此，在以往基础上，两国合作应持续着眼于机制优化、制度完善和障碍纾解等方面。

[85] 杨亚平,李腾腾.东道国营商环境如何影响中国企业对外直接投资选址[J].产经评论,2018,9(03):132.
[86] 张志铭,王美舒.中国语境下的营商环境评估[J].中国应用法学,2018(05):29-37.
[87] 杨亚平,李腾腾.东道国营商环境如何影响中国企业对外直接投资选址[J].产经评论,2018,9(03):129-130.
[88] 徐昱东,徐坡岭.俄罗斯投资区位选择及其影响因素分析——基于俄各地区中小企业发展水平的视角[J].俄罗斯研究,2014(04):104.
[89] 宋林霖,黄雅卓.俄罗斯营商环境优化:影响因素与效果评价[J].中国行政管理,2020(05):146-152.

在机制优化方面，应以前期俄农业投资营商环境评估结果为基础，依据不同阶段合作战略，建立多网络、多层级农业合作体系，持续扩大合作意向。借助并不断完善业已形成的政府首脑定期会晤机制和各委员会工作机制[90]；加强沟通，确立并及时调整农业投资重点领域、合作方向等；对合作中的问题，研究解决方案；鼓励从“两国相邻地区优先发展”向“内陆腹地发展”；并通过帮助俄提高区域营商环境指标，如“保护少数投资者、办理破产”等，促使东北亚国际营商环境更加开放、透明和更具稳定性。

在制度构建方面，应重视条约对国际营商环境改善的推动作用。因为缔约意味着缔约国将面临国际规则的约束或者营商环境改革压力。各类协议谈判进程中，通过各方诉求，东道国往往会认识到营商环境的不足和制度性差距，进而对国内制度加以改进，特别在市场准入、企业退出等方面，以提升营商环境法治化水平。[91]中俄部分协定存在着缔约时间较早、投资保护标准不高，协议调整范围有限等问题。因此，两国应重视已有协议内容的更新、细化，并不断构建新的合作协议和条款，[92]如农业技术标准、农产品质量标准、检验检疫、关税、标识和包装要求等。既帮助企业降低成本、解决融资难、获取土地使用权困难等现实障碍；[93]也有助于克服俄罗斯法律稳定性差、执法较随意等问题，提高外资保护标准，延伸双边营商环境的广度和深度。[94]

2、扩大、深化各领域合作、提升区域农业贸易投资便利度。

中俄两国地缘优势突出，但农业合作一直以农产品贸易为主，在投资方面甚至呈不升反降趋势。扩大资源、科技、基础设施等领域的农业合作是两国的现实选择。通过资源互补、科技合作、基础设施建设，帮助俄罗斯解决其农业基础要素不足、产业生态系统发展不充分等问题，将扩大两国农业互补式发展、促进俄罗斯农业营商环境改进。营商环境改进能够在更大的边际效应上降低违约风险。[95]

在农业资源领域，中俄两国各有优势，应充分利用地缘优势，把俄罗斯丰富的农业自然资源优势和中国资金、农业劳动力和农业生产管理经验优势相结合，加快高水平农产品生产基地建设，重点扶持在俄农业综合开发示范园区项目，鼓励有实力的大型企业、集约化企业集团扩大对俄农业投资和两国农业企业合作。随着农产品深加工技术升级的需求增

[90] 两国政府间合作对话机制建设成绩斐然：2014 年俄中投资合作委员会启动，定期批准优先合作项目、研究改善两国投资环境的提案；2018 年《中国东北和俄罗斯远东及贝加尔地区农业发展规划》签署，推进两国地方和企业合作；农工产业发展基金成立后解决了现代农业项目发展资金不足等问题。参见 JI.B.诺沃肖洛娃.俄罗斯远东超前发展区研究[J].西伯利亚研究,2018(05):13-19.

[91] 朱光福,周超,孙义.双边投资协定改善了发展中国家的营商环境吗？[J].经济问题,2020(06):124-129.

[92] 2009 年《中国东北地区与俄罗斯远东地区及东西伯利亚地区合作规划纲要（2009—2018）》包含了农业合作内容。2011 年中国确定俄远东地区为对俄农业投资的优先地区。2019 年 6 月，《关于深化中俄大豆合作的发展规划》就扩大大豆贸易、深化产业链合作达成共识。两国还签署大麦输华检疫要求议定书等多项农产品准入协议。

[93] SALACUSE J W.The law of investment treaties[M].Oxford:Oxford University Press,2015.

[94] 吴俊,刘枚莲,袁胜军,徐正丽.目标国营商环境对中国对外直接投资的促进效应与影响机理分析[J].世界经济研究,2020(12):118-131.

[95] 张龑,孙浦阳.双边营商环境、契约依赖和贸易持续期——基于中国企业微观数据的实证研究[J].财经研究,2016,42(04):49.

强，俄罗斯鼓励并积极推动有实力的企业建设农业产业园区，通过粮油作物种植、畜产品养殖加工、仓储物流一体化发展向现代农业转变。[96]双方共同发展绿色农业、数字农业，以“互联网+农业”模式，拓展两国“资源、资本、平台和市场”的农业新合作方式。

农业科技合作是增加农业产出和农产品贸易量的重要途径。中俄农业科技各有所长，具备互补发展条件。俄罗斯在粮食新品种培育的杂交技术处于世界领先；中国在施肥、灌溉技术，病虫害防治、动物疫苗、农业机械等方面技术领先。两国应以农业科技合作为突破口，搭建农业科技合作平台，开展多渠道、多形式的农业科技合作。一方面积极发挥科研机构、大学在科技合作中的主导作用，深入开展科研机构合作和高层次农技人才交流，促进技术研发创新，提升农业整体科技水平，提升中俄两国在农业科技领域的影响力。另一方面，通过推广在俄农业企业的信息化建设，加强两国农业管理技术和农业应用领域的交流和合作，加快成果的相互引进和转化，拓展优势技术的输出范围，提高资源利用和农业生产效率。通过推动中俄两国农业技术和农业设备的进出口，使两国在国际农产品市场具有更多的话语权。

俄罗斯因物流、仓储、运输体系发展滞后以及技术和设备不足等农业基础设施问题导致农产品浪费严重、粮食物流成本过高。中国在上述领域的建设和管理经验丰富，有助于双方该领域的合作。并可通过建立信息服务平台，增加农产品贸易品种，实现两国生产者间的供求信息畅通，扩大农产品贸易规模。提升通关便利化水平，推进互联互通建设，为扩大港 u 物流、资源开发、现代农业、装备制造等领域投资合作创造条件，为中俄经贸合作不断注 入新动力。例如积极加强地区与地区之间的农业产业合作，像黑龙江和远东地区，或者开发农业产品贸易通道等。

加强和创新境外农业园区建设，充分发挥载体作用，为园区企业提供各类服务和投资权益保护、提供风险预警。

（三）持续完善农业投资保障机制

良好的营商环境将减少风险，影响国际投资流向。[97]各国均把降低风险作为改善营商环境的重要手段之一。鉴于企业对俄农业投资面临复杂的农业投资环境，构建和持续改善投资保障机制是推进两国农业合作、促进企业投资的前提。为此，我国政府应完善农业投资保障机制，优化农业投资信息和风险预警机制、完善农业海外投资保险机制并尝试构筑农业争议预防解决机制。

1、完善农业投资信息平台和风险预警机制

相比企业，政府拥有更优越的信息获取和风险评估能力。随着海外投资的深入，我国政府不断加强对东道国投资环境和投资风险研究。商务部多年前就已为企业“走出去”搭建

[96] 李勇慧,倪月菊.俄罗斯远东超前发展区和自由港研究[J].欧亚经济,2019(05):62.
[97] 张应武,刘凌博.营商环境改善能否促进外商直接投资[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2020(01):59-70.

信息服务平台，整合对外投资政策文件、统计数据及资讯，提供对外投资合作国别（地区）指南，提示境外安全风险等。国家税务总局陆续出台国别（地区）投资税收指南，并与各国积极构建“一带一路”税收征管合作机制、成立“一带一路”税收征管能力促进联盟，制定“一带一路”税收征管合作行动计划。[98]农业农村部也通过境内农业对外开放合作试验区和境外农业合作示范区设计一批可持续发展的合作项目，并不断强化政策支撑和服务保障体系。此外，我国各级地方政府部门和驻外机构也通过多种方式和途径为海外投资企业扩展多项服务。日臻完善的信息服务及风险预警在促进投资、避免和解决投资争议等方面发挥了重要作用。不过，相较于企业农业对外投资，上述信息平台存在着信息专业化不足、风险评价内容不全面，无法满足农业企业投资决策的需要。为此，国家仍需加强农业领域信息平台和风险预警体系建设。特别是对于俄罗斯等农业重点投资国家，不但需要加强专业领域平台建设，更需要聚焦其东、中部地区开展细化研究，为企业提供微观具体的农业投资信息，特别是投资限制措施和风险预警，以便在风险发生前能为企业决策提供科学指导和及时的预警、引导企业止损或者采用合适的风险规避手段。除发挥政府职能作用外，农业各行业协会、商会和中介组织等同样可从自身优势出发，构建服务于本领域的产业信息平台和信息预警体系。[99]

2、完善农业海外投资保险制度

在俄农业投资不仅面临严酷的自然风险考验，还可能遭遇俄政府违约、腐败、征收等非商业性风险挑战。海外投资保险制度是化解投资风险、提高投资者抗风险能力的专门性保障机制之一。不过，目前我国海外投资保险制度面临法律体系不健全；海外投资保险机构承保能力不足、业务单一；承保条件过高、程序复杂；合格投资者范围有限；中俄 BIT 协定代位权追偿机制不健全；[100]缺乏海外投资保险的投保人与保险人争议解决机制等诸多问题。由于农业项目风险因素来源复杂、风险事件致害性高、保险事故损害估值困难，海外投资农业企业常常遭遇“无险可保”或者发生保险事故索赔困难。与普通商业保险不同，海外投资保险制度既具有非商业性风险事先预防功能，又具有投资损失事后补偿功能。健全的海外投资保险制度有助于保护投资者利益、妥善解决投资争议的功能，对投资者而言，有助于消除顾虑、促进投资。为此，我国政府应重视农业投资海外保险制度的作用于价值，重构海外投资保险制度[101]、更新投资条约条款、加强与多边投资担保机构的合作。对于农业投资的其他风险，中俄两国也可增加农业投资保障方面的合作，如建立农业合作风险基金和政策性农业保险体系。

[98] 参见国家税务总局网站，http://www.chinatax.gov.cn/chinatax/n810219/n810744/n1671176/n3465625/c4324695/content.html.（2021 年 4 月 23 日最后访问）。

[99] 张述存.“一带一路”战略下优化中国对外直接投资布局的思路与对策[J].管理世界,2017(04):1-9.

[100] 《中俄政府间关于鼓励和相互保护投资的协定》（BIT）第七条约定的“代位权”较为原则，且未明确赋予我国海外投资保险机构——中国出口信用保险公司有权行使代位求偿权。

[101] 参见刘亚军.“一带一路”海外投资保险法律制度重构[J].社会科学辑刊,2021(01):184-188.

3、构筑农业争议预防解决机制。

有效运行的国际商事争端解决机制是营商环境优化的重要体现。在俄农业投资的一大障碍是企业合法权益的保障手段不利。为此，中国政府除应加强与俄罗斯政府投资争议解决的政府间沟通，如以条约等形式对农业投资中企业投资待遇、投资争议等达成一致。中国政府更应主动对企业农业投资中遭遇的障碍、困难与俄各级政府沟通和协商，帮助企业解决他们面临的普遍性问题和困难。

Opportunities, Challenges and Responses of Chinese Enterprises' Investment In Russia From The Perspective of Agricultural Doing-business Environment

Zhu ningbo,zhangqin,liuli

Abstrct: Doing-business environment is an important reference for enterprise investment. At present, Russia attaches great importance to the construction of doing-business environment, and under the agricultural revival strategy, through continuous construction, cultivate diversified industrial subjects, promote the development of "polarization", strengthen international agricultural cooperation, and bring new opportunities for agricultural investment.However, the one-sidedness of the World Bank's assessment of doing-business environment and the hidden barriers such as social and environmental risks, investment safety review, and strict agricultural materials management and ecological environment protection system in Russia's agricultural investment restrict each other, which affects the effect of the Russian government's agricultural investment environment.Diversified entities' investment in the entire industrial chain and localized operations in Russia is one of the important measures for enterprises to integrate into the construction of the Russian agricultural doing-business environment. As an important subject of internationalization and rule of law, enterprises in Russia should play an important role in promoting the improvement of business environment in investment areas, and strengthen the compliance management of enterprises and improve the ability to resist risks.The Chinese government should deepen cooperation between the two countries and jointly promote the improvement of the regional agricultural doing-business environment on the basis of strengthening the assessment of the doing-business environment for agricultural investment in different regions of Russia.

Key words: Doing-business environment; Russia; Enterprise; Guarantee of agricultural investment

参考文献

[1]商务部.中俄在俄罗斯远东地区合作发展规划(2018—2024 年)[EB/OL].

http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201811/20181102807004.shtml.[MinistryofcommerceofthePeople'sRepublicofChina.SinoRussianCooperationandDevelopmentPlaninRussianFarEast(2018-2024).

[2]商务部.对外投资合作国别(地区)指南——俄罗斯(2019)[EB/OL].https://www.ccpitcq.org/html/content/19/06/3363.shtml.

[3]罗培新.论世行营商环境评估"获得信贷"指标得分的修法路径--以我国民法典颁布为契机[J].东方法学,2020(01):49-57.

[4]刘刚,梁晗.外部性视角下营商环境的优化--基于企业需求导向的研究[J].中国行政管理,2019(11):52-59.

[5]龙盾,陈瑞剑,杨光."一带一路"建设下中国企业赴俄罗斯农业投资现状及分析[J].世界农业,2019(9):96-103.

[6]余姝,陈伟,郇长坤.中国海外农业投资区位选择+中东道国法治环境评价[J].世界农业,2019(09):46-81.

[7]许永继."一带一路"倡议下中国东北与俄罗斯远东区域经贸合作探析[J].学术交流,2019(08):93-103.

[8]王光荣.营商环境提升:补齐社会环境短板[J].重庆社会科学,2019(02):26-34.

[9]范婧昭.俄罗斯投资法律制度和投资风险防范研究[J].上海政法学院学报,2019(02).

[10]李清池.营商环境评级指标构建与运用研究[J].行政管理改革,2018(09):76-81.

[11]周名峰.和谐价值观视域下"一带一路"沿线营商环境的优化[J].云南社会科学,2018(05):82-88.

[12]C·巴尔苏科娃.俄罗斯经济与社会政策的当代选择——以农业政策为例[J].俄罗斯研究,2018(05):93-96.

[13]王镝,杨娟."一带一路"冶沿线国家风险评级研究[J],北京工商大学学报(社会科学版).2018(04).

[14]龚兵.中俄经贸合作中利用俄罗斯土地的法律风险控制[J].北方法学,2018(3):129-137.

[15]高际香.俄罗斯农村地区发展:挑战与应对[J].俄罗斯东欧中亚研究,2018(03):52-66.

[16]李娣.亚洲部分国家和地区营商环境比较分析与启示[C].中国智库经济观察(2017),2018.

[17]刘乃郁,韩一军,刘邦凡.逆全球化背景下中国农业海外投资风险与对策[J].哈尔滨工业大学学报(社会科学版),2018(01):127-132.

[18]程中海,南楠.中国对"一带一路"国家直接投资的效率及潜力评估[J].商业研究,2017(08):64-73.

[19]郭晓琼.危机与应对:普京第三任期俄罗斯经济发展[J].东北亚论坛,2017(06):112-115.

[20]王慧敏,翟雪玲.中俄农业投资合作现状及发展方向[J].国际经济合作,2017(04):80-85.

[21]许振宝,李哲敏."一带一路"战略下中国与俄罗斯农业合作探析[J].世界农业,2016(08):192-196.

[22]刘志颐,王琦,马志刚,等.中国企业在"一带一路"区域农业投资的特征分析[J].世界农业,2016(05):194-197.

[23]王永春,徐明,宋雨星,聂凤英.中国对俄罗斯远东农业投资潜力制约因素及对策[J].农业经济问题,2015(10):76-79.

[24]徐昱东,崔日明,包艳.俄罗斯地区营商环境的哪些因素提升了 FDI 流入水平——基于系统 GMM 估计的动态面板分析[J].对外经济贸易大学学报,2015(06):57-65.

[25]孙永祥.俄罗斯农村土地督察制度及其对中国的启示[J].世界农业,2014(05):86-90.

[26]葛新蓉.俄罗斯农业发展的新变化及其对中俄农业合作的影响[J].商业经济,2019(11):76-78.

[27]崔宁波,庞博.俄罗斯农业经营主体变迁及启示[J].学术交流,2014(12):134-139.

[28]李晓玲.打好"一带一路"园区建设服务牌[J].瞭望,2017(21):4-4.

[29]A.O.廖武什金娜,B.Φ.佩切利察,李传勋.《符拉迪沃斯托克自由港法》：经验、问题、矛盾[J].俄罗斯学刊,2016(05):84-89.

[30]于小琴.试析"向东转"战略下俄罗斯远东发展态势[J].西伯利亚研究,2017(02):5-12.

[31]赵欣然.俄罗斯发展符拉迪沃斯托克自由港政策研究[J].西伯利亚研究,2018(4):68-72.

[32]IrinaY.Soldatova,VictorN.Ovchinnikov,NikolaiG.Kuznesov,AliaA.Lisochenko.StateSupportofRussianAgro-industrialComplexattheFederalandRegionalLevelsonEnteringtheGlobalMarket[J].食品科学与工程：英文版（2159-5828）,2012,2(2):118-127.

[33]于小琴.西方制裁背景下俄罗斯远东投资环境及吸引外资前景[J].俄罗斯东欧中亚研究,2016(4):113-129.

[34]И.А·马卡罗夫,肖辉忠.俄中农业合作：期望与现实[J].俄罗斯研究,2017(02):105-127.

[35]靳会新.黑龙江省参与俄罗斯远东开发对策[J].俄罗斯学刊,2018(01):45-67.

[36]于小琴.乌克兰危机以来俄罗斯远东对华合作舆情分析[J].俄罗斯东欧中亚研究,2019(06):58-76.

[37]高晓慧,张惠芹,李佳蕙.俄罗斯远东地区体制机制创新实践[J].西伯利亚研究,2019(05):15-20.

[38]王宪举.俄远东超前发展区建设为中俄合作带来新机遇[J].西伯利亚研究,2015(05):28-31.

[39]A.Г.布雷,C.B.格赖济科,钟建平(译).俄罗斯远东开发新政策及其与东北亚国家的经贸合作[J].西伯利亚研究,2019(02):75-78.

[40]靳会新.对《俄罗斯社会经济超前发展区联邦法》及相关法律的解读[J].俄罗斯学

刊,2015(6):51-56.

[41]刘锋,刘涛.极化发展理论在俄罗斯的应用与发展——以俄罗斯超前发展区建设为例[J].俄罗斯东欧中亚研究,2018(02):65-79.

[42]Л.В.诺沃肖洛娃.俄罗斯远东超前发展区研究[J].西伯利亚研究,2018(05):13-19.

[43]赵欣然.俄罗斯滨海边疆区和哈巴罗夫斯克边疆区超前发展区现状分析[J].西伯利亚研究,2019(03):36-40.

[44]李勇慧,倪月菊.俄罗斯远东超前发展区和自由港研究[J].欧亚经济,2019(05):60-74.

[45]李朝.中国营商环境评估的实践偏差及其矫正[J].中国行政管理,2020(10):106-114.

[46]韩世莹.俄罗斯阿尔泰谷经济特区被裁撤的原因分析[J].西伯利亚研究,2018(02):45-49.

[47]张少峰,江河,李海,夏初阳.“走出去”企业利用税收协定情况分析及建议[J].国际税收,2020(10):64-68.

[48]陈继勇,陈大波.“一带一路”沿线国家引进外资与国内投资的替代互补关系研究[J].湖北大学学报:哲学社会科学版,2020,47(01):124-133.

[49]张晓静,王康妮,李姣,宋荟柯.“一带一路”高质量发展背景下中国企业“走出去”的战略思考[J].国际贸易,2020(01):15-21.

[50]许劲,曹阳,于全辉.“一带一路”背景下中国对外承包工程的国别环境评价研究[J].重庆大学学报:社会科学版,2020,26(03):1-18.

[51]李成顺.充分发挥政府在优化营商环境中的重要作用[J].技术经济,2020,39(4):132-136.

习近平法治思想与国际法研讨会
暨中国国际法学会 2021 年学术年会

论文集（第五卷）

人类命运共同体理念与全球治理体系变革

主办：中国国际法学会
海南大学
协办：海南大学法学院

中国·海口
2021 年 5 月 21-23 日

免责声明

本文集所刊载之内容仅代表作者个人立场与观点，并不代表本次会议主办方和协办方的立场与观点。若因文章引起的任何版权及其他争议，应文责自负，由论文作者自行解决，主办方及协办方不承担任何法律或连带责任。对本文集的论文观点的援引，敬请自行与署明作者联系并取得授权。

编排说明

本文集根据论文所属议题分类收编，共分为五卷：

第一卷：习近平法治思想与国际法研讨会

第二卷：恢复联合国合法席位 50 周年：中国的国际法贡献

第三卷：加强涉外法治体系建设与国际法

第四卷：运用国际法防范应对风险与挑战

第五卷：人类命运共同体理念与全球治理体系变革

所有论文原则上根据作者注明的议题予以归类，部分论文所属议题由会务组根据论文内容进行归卷调整。

各卷论文按照作者姓名拼音从 A-Z 依序排列。

目 录

《中欧全面投资协定》中的可持续发展：贡献与局限 边永民.....1
中欧投资协定与中国涉外经贸法律问题研究 蔡嘉伟.....14
核废水排海的国际法问题浅析 蔡倩怡.....22
后巴黎时代共同但有区别责任原则的适用困境与重塑路径 曾文革 高颖.....27
南海海域功能性区域执法合作机制的构建 陈璐.....38
美国打击 IUU 捕捞战略探析——兼论其对中国的影响 陈盼盼.....50
从全球健康正义看国际传染病防治立法的应有完善 陈意夏.....58
数字环境下 RCEP 知识产权规则的要求与中国道路 陈韵洁.....70
加拿大国家公园决策影响机制考察及对我国之启示 董祥宇.....76
如何定义北极：对北极多元概念的国际法审思 董 跃.....87
自主性武器对国际法的挑战及中国的应对 杜陈洁.....100
选择法院协议定性视角下我国涉外协议管辖实践审思 范冰仪.....110
试述作为核心企业的跨国公司就供应链侵犯人权所负企业责任的国际立法进程
方媛.....123
CPTPP 协定中监管合作法律问题研究 冯尊乙 孙宁.....128
BBNJ 协定中的传统知识权利主体研究 高晨晨.....133
法律视野下核泄漏危机对中国的危害及影响 耿嘉琪.....134
对放射性废物海洋处置国际法规范的审视及思考 郭萍 喻瀚铭.....144
闭海或半闭海制度下渔业合作的模式 郭婧.....159
世界卫生组织改革问题研究 郭旭阳.....172
论我国间接管辖权之制度构建 洪冬宜.....186
无人机军事化利用的国际法规制 胡晓.....194
关于中国所涉新冠肺炎疫情诉讼之国际法分析 黄骅.....204
“国家意志之外”的法？——对国际强行法概念的批判与重构 黄蓬北.....207
海平面上升对海洋划界协议效力的影响 黄瑶 徐琬晴.....218
论民商事判决承认与执行制度的变革 黄志鹏.....224
巨型小卫星星座建设背景下的空间碎片治理面临的困境及国际应对 吉益霖....234
国际集装箱承运人责任制度的比较研究 贾佳.....245

无人船对领海无害通过制度的挑战及其应对 姜瑞.....251
WTO 上诉机构危机研究及中国应对 解为淳.....259
区域竞争规则的“多边主义导向” 荆鸣.....277
浅析国家航空器与民用航空器的区分 雷傲.....286
国际法视阈中的水下文化遗产与海洋能源互动研究 李松洋.....292
数字贸易及其自由化对国家管辖原则的内涵革新诉求 李雪平.....304
欧洲健康数据的隐私保护及其对我国的启示 李艳华.....316
构建人类卫生健康共同体的国际法思考 李艳华.....334
中国大陆何以“等高对接”RCEP 国家税收营商环境 李悦.....344
全球卫生治理中临时建议制度的国际法治路径 李志文 熊奕成.....359
全球供应链治理视角下跨国公司社会责任的法律规制 李卓伦.....370
上诉机构存废之争背景下 WTO 争端解决机制改革研究 梁意.....385
“区域”矿产资源开发惠益分享的财政运行机制探索 林家骏.....405
国际经贸规则重构中的透明度原则 林 进 415
论国家跨境环境损害的防治义务 刘恩媛.....426
“共同但有区别的责任”在新冠疫苗国际分配中适用的可行性探讨 刘佳.....434
日本“排核污水入海”决定的性质，国际法规制与中国作用 刘久 沈乐.....444
跨国公司在全球价值链中侵犯人权行为规范的法制化 刘林语.....458
我国批准《选择法院协议公约》的问题与对策 刘仁山.....465
新药保护 TRIPS+规则：以 TPP 协议为例 刘音.....485
WTO 临时上诉仲裁机制：性质、困境和前景 刘瑛.....514
国际航空业碳抵消与削减机制初探 刘勇 朱瑜.....526
强行法与属事豁免：分歧厘清、规范分析与争议根源 刘韵清.....541
区域经济一体化在北极航线运输管理法律问题中的应用 栾宇.....559
我国承认与执行外国法院判决中的确定性问题 罗雅馨.....571
月球资源的权利归属探析 马金铎.....585
从新疆棉案看行业协会对国际贸易的影响及其监管 马忠法 李依琳.....593
基于我国视角比较 CPTPP 和 RCEP 电子商务规则 闵未若雁*.....598
日本向海洋排放核污水决定与国际法：履行国际义务 那力.....607
碳捕获与封存技术纳入碳市场的法律路径 潘晓滨[1] 孙成龙[2].....619

“区域”开发中担保国责任和赔偿制度研究 裴兆斌 晏天妹.....631
Understanding A Community of Shared Future for Human Rights in Five Dimensions Dr. Qinxuan Peng 641
卫星遥感数据的国际分发规则的重构——以外空安全为原则 师亚楠.....654
马耳他在人类共同继承财产概念形成中的作用与贡献 郑和英* 宋杰*.....668
美国数字服务税 301 调查及对我国启发 宋愿愿.....685
BBNJ 协定对 RFMOs 海洋生物多样性保护功能之重塑 苏子修.....692
浅析我国对 WTO 上诉机构危机的应对 孙博.....699
国际灾害治理法对疫情防控的启示——基于人权的视角 唐颖侠.....705
新冠肺炎疫情下全球卫生治理的困境反思和出路探究 宛旸.....717
生物安全纳于我国涉海立法的证成与规范考量 王崇.....737
疫苗国际合作与公平分配机制研究 王萌.....747
论国家紧急状态下强制许可中的政府使用问题 王伟峰.....756
二十国集团框架下互联网企业反腐败合规治理机制建构 王文华 魏祎远 陈丹彤 772
疫苗全球共享与公平分配的正当性基础：全球正义 王欣怡.....785
海洋微塑料：知识分享与国际法治 温维刚.....799
跨国公司侵犯人权的母国立法研究 夏洁.....825
拜登的气候治理政策及中国的应对之策 夏天佑.....830
论习惯国际法的规范性 向 敏.....835
论国际邮轮疫情防治的国家责任 谢佳芮.....842
美国出口管制法中 UVL 清单制度及其启示研究 谢甜 盛建明.....850
特朗普政府在经贸方面的法律遗产及其影响分析 谢微 盛建明.....868
人类共同遗产原则的新发展与中国启示 许皓.....879
再议磋商请求在 WTO 程序规则中的意义 许艺馨.....888
《南极条约》第 4 条的法律意涵及中国应对 许子昀.....901
疫情下国际卫生合作的法律问题研究 严永灵.....919
欧盟碳边境调节机制的 WTO 合规性问题研究 晏子衿.....930
外空资源开发背景下《月球协定》的再审查及我国考量 杨宽.....941
1.…外国投资法领域 “国家安全”的变化趋势及中国态度 杨睿娴.....953

浅析《区域全面经济伙伴关系协定》的争端解决机制 杨桐宇.....970
“一带一路”倡议背景下全球能源治理体系的变革与中国作用 杨泽伟.....981
国家管辖范围外海域海洋遗传资源惠益分享复合型机制研究 袁雪 马龙.....993
《欧洲绿色协议》的诞生背景、核心内容和相关方的回应 张贵玲.....1027
人类命运共同体思想下的海洋资源开发理论问题研究 张红宽.....1032
中美贸易战中“美国——关税措施案”法律问题评析 张军旗.....1047
卫生条例下过度边境措施的使用与解困之道 张丽英.....1064
印度重返 RCEP 的可能性分析及中国因应 张玲玉.....1068
刍议《选择法院协议公约》之判决承认与执行 张琪琪.....1078
我国涉外协议管辖中实际联系原则之进路研究 张琪琪.....1086
新冠肺炎疫情下的国际投资保护与公共卫生治理 张倩雯.....1096
海上无人系统的法律地位研究 张书凝.....1109
WTO 透明度机制改革：基于整体视角的研究 张耀元.....1119
数据本地化措施兴起下国际投资保护规则的适用困境及其纾解 张渝.....1132
“东盟方式”的演变与 RCEP 争端解决机制 赵亚琦.....1145
CPTPP 环境章节文本解读及我国法律对策 郑玲丽 李文卿.....1152
BBNJ 环境影响评估制度研究 郑淑云.....1165
论国家管辖范围外海域生物多样性国际协定谈判 郑淑云.....1176
我国地理标志保护制度之弊端及解决路径 郑宇填.....1184
论国家管辖范围外生物多样性保护协定对第三方的效力 周杰韬.....1193
中欧 CAI 背景下批准国际劳工组织公约的风险研究 周昕亮 1202
欧盟草药农药残留最大限量标准制度最新立法及其启示 朱志东.....1209

《中欧全面投资协定》中的可持续发展：贡献与局限

边永民* 对外经贸大学法学院

摘要：中欧双方在《中欧全面投资协定》中，通过设立专门的“投资与可持续发展”章节，承诺推动朝向可持续发展的投资。双方在实体规则和程序规则两个方面对可持续发展做出了贡献。实体规则方面，双方协调了关于可持续发展的理念、政策和原则，部分统一了可持续发展的规则和标准，我国承诺向着批准废除强制劳工公约持续努力。程序规则方面，双方设立了通过协商和专家组解决有关可持续发展与投资分歧的程序，并创建了法庭之友的参与规则，专家组的审理原则上公开。这些程序在透明度和民主、公开方面都有非常大的创新。但可持续发展章节在实体规则的规定上措辞很软，与《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》相比，缺少强制实施的措施。如果我国自愿积极遵守其中的环境和劳工保护标准，将有利于我国未来加入环境和劳工标准更高的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》。

关键词：中欧投资协定;可持续发展;投资与环境;投资与劳工

在紧张的新冠病毒防疫为重的2020年末，我国政府高调宣布《中欧全面投资协定》的谈判结束，中欧朝向更紧密的投资合作和更大程度的开放迈出了重要的一步。《中欧全面投资协定》达成了很多共识，其中第四部分“投资与可持续发展”对于我国参加的投资协议而言具有创新性，截止到2020年年底我国已经签署了145份双边投资协定（BIT），[1]其中并没有任何一份含有可持续发展章节。可持续发展这个概念本身是欧洲人提出来的，与之大体相对，我国则使用“科学发展观”或生态文明等概念。有关可持续发展的规则在过去的三十多年里主要是以软法的形式存在，其中一部分演变成了国际习惯法。《中欧全面投资协定》的可持续发展章节包括中欧在谈判阶段分歧较大的劳工和环境保护问题。将这些问题包括在双边投资协定中，是2003年以来的新一代投资协定的特点之一，新一代双边投资协定用特定的语言解释了对健康、安全和环境的保护，以及对国际认可的劳工权利的改善，它们旨在明确，在追求投资协定所追求的投资保护和投资自由化目标时，不能以牺牲重要的公共政策目标位代价。[2]在这些议题上，中欧双方各自有什么样的妥协和坚守，也是各方人士关心的重要方面之一。本文将从有关可持续发展的法律、标准、实施方式和分歧解决四个方面评议《中欧全面投资协定》的可持续发展章节，中欧就这一章节所涉问题谈判成功，是中欧对可持续发展的合力贡献；同时，由于该章节以软法性质的承诺居多，其对可持续发展的贡献上也有局限性。

一、中欧就可持续发展问题达成一致的基础：可持续发展观与我国的新发展观

可持续发展观是起源于西方国家的概念。第二次世界大战结束后，经过二十多年的和平发展，西方国家在经济上实现了快速复苏和增长，同时，人们也开始思考经济发展的可持续性问题。[3]我国政府在改革开放早期的施政理念里没有直接倡导可持续发展，而是要求“环

【作者简介】边永民，对外经济贸易大学法学院，教授、博士生导师。

1 UNCTAD Investment Policy Hub，“China”，available at https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china, 2021年4月13日访问。

2 余劲松、詹晓宁“国际投资协定的近期发展及对中国的影响“，《法学家》2006年第3期，第155页。

3 参见丹尼斯•米都斯著，李恒宝译：《增长的极限----罗马俱乐部关于人类困境的报告》，吉林人民出版社1997年版。

境保护与经济建设和社会发展相协调”，[4]这种协调发展的“强调点和基点是经济建设和社会发展，环境保护必须或也只能服从或者服务于经济建设和社会发展”。[5]2003 年 8 月 28 日至 9 月 1 日，胡锦涛同志在江西考察工作时，提出了科学发展观，[6]在 2007 年党的十七大报告中，又提出了建设社会主义生态文明。[7]可持续发展观与科学发展观、生态文明建设的方向是一致的，这也是中欧能在投资协定中就可持续发展问题达成一致的基础。

（一）可持续发展观与我国的新发展观的方向一致

可持续发展这一概念最初出现在题为《我们共同的未来》的世界环境和发展委员会报告中，[8]该报告于 1987 年在联合国大会上获得通过。报告的第 27 段指出：“人类有能力使发展可持续，以满足当代人的需要，同时又不损害子孙后代满足他们需要的能力”。可持续发展的概念提出后，引发了世界各国特别是欧洲学者的广泛讨论，包括可持续发展的概念，[9]它与经济发展的关系，[10]经济是否可以一直增长，人口增长与经济增长的关系，资源尤其是不可再生资源是否可以被持续地利用下去，以及可持续发展与社会发展的关系等等。经过数年的讨论，可持续发展被认为至少包括经济发展、环境保护和社会发展三个维度，[11]其中社会发展又包括消除贫困、性别平等、社会公平等方面。这些讨论中达成的共识推动联合国、国际组织、区域组织和国家出台了一系列关于可持续发展的宣言、决议和倡导性文件。可持续发展原则被写入了欧盟的里斯本条约，成为欧盟内部关系和欧盟与其他国家关系中都需要遵守的基本原则之一。[12]

20 世纪 80 年代，我国处于经济改革和开放的初期，广大人民发展经济的热情非常高，对发展的理解基本上等同于经济增长。这样粗放发展了二十年后，我国的自然环境发生了退化，各种污染和对自然资源的快速消耗使整个生态系统承受着极大的压力。在这种情况下，我国政府于 2003 年提出了“科学发展观”，党的十六届三中全会通过的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》强调，要“坚持以人为本,树立全面、协调、可持续的发展观，促进经济社会和人的全面发展”。[13]到此，我国的发展理念实际上向可持续发展观逐渐靠拢。习主席 2018 年又提出了推进生态文明建设，坚持人与自然和谐共生、绿水青山就是金山银山等原则。[14]，这些与可持续发展观也是方向一致的。2018 年的宪法修订中，生态文明被写入《宪法》序言关于国家的建设目标中。所以中欧之间关于可持续发展，并没有方向性的根本冲突，双方的表达可能略有不同，但都认同经济、社会和环境的全面发展，这是《中欧全面投资协定》可持续发展章节得以制定的基础。

（二）可持续发展已经形成了法律规则

可持续发展已经不仅仅是一个概念，学者们为它创建了一套理论。很多国家在实践中遵

---

[4] 1989 年通过的《中华人民共和国环境保护法》第四条。
[5]赵旭东、黄静:“俄罗斯‘环境保护优先性’原则，《河北法学》2000 年第 6 期，第 131 页。
[6]参见王炳林、张立梅: “科学发展观形成记”，《中国经济周刊》2012 年第 44 期，第 42 页。
[7]参见夏光: “生态文明是一个重要的治国理念”，《环境保护》2007 年第 21 期，第 35 页。
[8] United Nations, “Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future”, available at https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf，2021 年 4 月 13 日访问。
[9] Peter P. Rogers, Kazal L. Jalal, John A. Boyd, *An Introduction to Sustainable Development*, Earthscan, 2008.
[10] David Gibbs，“Integrating Sustainable Development and Economic Restructuring: a Role for Regulation Theory”, *Geoforum*, Vol.27, No. 1(1996), p.1.
[11] Rogers, supra note 9, pp.50-51,
[12] David O’Sullivan, “The EU-China Investment Treaty: Challenges, Themes and Competence”, *China-EU Law Journal*, Vol. 5(2016), p.8.
[13] 新华社：“科学发展观的提出”，载《光明日报》2010 年 1 月 9 日。
[14] 习近平: “推动我国生态文明建设迈上新台阶”，《奋斗》2019 年第 3 期，第 7-8 页。

循可持续发展的理念，它的一些核心规范形成了可以在司法实践中直接适用的法律规则。国际法院在 1997 年判决的匈牙利与斯洛伐克之间关于盖巴斯科夫水坝案[15]，就涉及匈牙利保护环境的政策与斯洛伐克通过修建水坝来发展经济的需求之间的矛盾，法院在判决书的第 140 段援引了“可持续发展”这一概念。[16]但维拉曼特法官认为这还不够，他在该案中发表的单独意见中认为：“法院在判决书的第 140 段把它作为一个观念加以援引，但是，我认为它（可持续发展）不仅仅是一个概念，而是一个有规范价值的原则，对于决定本案是非常关键的……可持续发展是解决本案中竞争性的诉求的基本原则。”[17]在国际法院判决的阿根廷诉乌拉圭的纸浆厂案中，原被告及法庭都数次引用可持续发展原则，法庭认为根据可持续发展原则，必须在持续保护乌拉圭河环境的需求与利用乌拉圭河的权利之间保持平衡。[18]

国际司法实践表明，可持续发展原则可以特别用于评判对自然资源的竞争性利用，例如一方想利用河流进行发电或者通航，另一方想维护河流的环境，继续发挥河流的生态价值。很多投资项目，诸如采掘、制造、能源、农业种植和修建机场、铁路、公路、码头、海港等，都必然涉及对自然资源的利用，可持续发展是这类投资中必须要考虑的一个因素。与之相对，我们的科学发展观和生态文明观是更加宏观的发展理念，对包括投资在内的经济活动有重要的指导作用，但尚未发展为可以在司法实践中适用的法律原则。我国在处理经济发展与环境保护和社会发展之间的关系时，走过了一条从经济发展优先，到经济与环境保护和社会发展并重，最后到生态保护优先、确保脱贫减贫的道路。具体到我国国内一个特定的开发项目，其经济利益与环境和社会利益的平衡通常根据《环境影响评价法》、土地、资源保护法[19]和土地征收补偿文件来论证及判断。

二、中欧就可持续发展的原则和标准进行了协调

《中欧全面投资协定》谈判结束后，中方评价该协定是“高水平的”，其标志之一就是包括了环境和劳工这样的可持续发展承诺，而欧盟方面的一些学者却对可持续发展章节表示了遗憾，认为没有达到欧盟方面的期望。[20]中欧之间对可持续发展与投资部分不同的评价意见正反映了双方在践行可持续发展理念的差异造成这些差异的一部分原因是前述的中欧之间关于可持续发展的观念的确立和实践的历史不同，欧盟讨论和树立可持续发展的理念比我国早了将近二十年，即欧盟用了 30 多年的时间对其公众进行可持续发展理念的教育、普及和制定实施措施，在社会各界中形成了不能以损害环境和社会公平的方式实现经济发展的理念，在欧盟内部强化了环境保护和劳工保护的规则。我国尚需要一段时间使从中央到地方、从政府到企业和公众等各类利害关系方都接受环境保护和社会公平需要内化到发展中的理念，从全面发展的角度审视经济发展的环境或社会代价。虽然欧盟很希望《中欧全面投资协定》可持续发展部分能够规则明确且具有执行力，但从谈判结果看，这部分在创建可强制执

---

[15] Gabikovo-Nagymaros project (Hungary/Slovakia), Judgement, *I.C.J. Reports* 1997, p.7. 1977 年 9 月，捷克斯洛伐克和匈牙利缔结一项条约，决定两国共同在多瑙河上修建并联合营运两座拦河坝，从作为界河的多瑙河中引水至捷克斯洛伐克领土，以蓄峰模式运行一个双重拦河坝系统。1992 年，匈牙利以该工程可能对多瑙河环境造成严重不利影响为由，宣布终止 1977 年条约的履行。

[16]Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgement, *I.C.J. Reports* 1997, para.140.

[17] Id., Separate Opinion of Vice-president Weeramantry, Judgement, *I.C.J. Reports* 1997, p.88.

[18] Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, *I.C.J. Report*s 2010, para. 75.

[19] 资源保护法包括《中华人民共和国草原法》、《中国人民共和国森林法》、《中华人民共和国野生动物保护法》、《中华人民共和国矿产资源法》、《中华人民共和国煤炭法》和《中华人民共和国水资源保护法》等。

[20] Jeo Zhang, “What Does the Draft European Union-China Comprehensive Investment Agreement on Investment Mean for Sustainable Development”, *International Institute for Sustainable Development*, 26 January 2021, available at https://www.iisd.org/articles/what-does-draft-european-union-china-comprehensive-agreement-investment-mean-sustainable，2021 年 4 月 13 日访问。

行的可持续发展的新规则和标准方面的贡献是十分有限的。[21]它的积极意义在于宣示了一些软法性质的规则，有助于推动我国在可持续发展问题上与欧盟进一步协调政策、规则和标准，在这些都逐步达成共识之后，才可能有切实的执行。

（一）可持续发展的习惯国际法规则

如前所述，中欧之间在可持续发展的方向上并没有分歧，我国提出的“一带一路”倡议与联合国倡导的 17 个可持续发展目标都有重合，也对这 17 个目标的实现有贡献。[22]《中欧全面投资协定》可持续发展章节的一大贡献是中欧之间就与可持续发展有关的国际法文件达成了共识，这些文件中载有一些重要的可持续发展的习惯国际法规则。在我国的国际法研究和实践中，长期存在着重条约法而轻习惯法的情况，这与我国遵从大陆法系的传统，以成文法为法律的主要渊源有关。《中欧全面投资协定》的可持续发展章节对于推动我国学者对习惯法的研究和推动可持续发展的习惯法在我国的实践都有重要的意义。

《中欧全面投资协定》在可持续发展章节第 1 节第 1 条规定了可持续发展的理念，这些理念规定在第 1 条提到的七个国际法文件[23]之中，中欧双方承诺它们的投资应该推动这些文件中所宣示的可持续发展目标的实现。

首先，上述这七个文件都是联合国或联合国所属的国际组织的决议，而不仅仅是欧盟所奉行的规则，这一点符合我国一贯倡导和支持的多边主义。其次，这七个可持续发展的国际文件中包含具有拘束力的习惯国际法规则，也包含仅具有建议性的软法规则，以及仅仅是政治性的倡议。这种把有拘束力的规则与建议性的规则都写在一个不具有拘束力的国际文件中的方式，也是有意义的。但是对于欧盟的律师而言，可持续发展已经不需要再进行概念或理念方面的讨论，重点就是具体规则的执行。但对于我国而言，可持续发展的国际法规则尚需要进一步落实。欧盟不能把自己长期认同的可持续发展规则理所当然地作为我国也应该接受的国际规则。例如，就劳工保护而言，我国的政策与欧盟的政策是有差异的。即使是国际劳工组织通过的劳工条约或建议，主权国家仍然可以自己决定是否予以批准，国际劳工组织毕竟只是一个国家之间的组织，不是一个主权国家之上的、可以直接向主权国家发号施令的国际组织。国际社会的治理现状仍然是尊重国家的主权，并不存在全球性的联邦政府一样的超国家组织。所以中国在劳工和环境保护问题上与欧盟有不同的政策，这绝不等于我国的政策违反了国际规则，但同时，我国在与欧盟进行投资谈判时，表现出了很大的善意与友好，愿意与欧盟在劳工和环保这类可持续发展问题上进行政策协调，包括更多地承认可持续发展的国际规则和标准。虽然可持续发展部分第 1 节第 1 条中双方一起回顾的七个国际文件没有强制的法律拘束力，但它们包含很多可持续发展的习惯规则，例如发展必须要在环境、劳工和经济目标之间保持平衡；不能以牺牲子孙后代福祉的方式来增加当代人的福利；投资产生的利益应该公平分配，不能仅使一部分人受益，另一部分人生活条件恶化等等。第 1 条双方共同回顾的与可持续发展相关的国际文件，为双方结合第四部分其他各条中双方达成的一致性

---

[21] Axel Berger and Manjiao Chi, “The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: Stuck in Half-way? ” *Columbia FDI Perspectives,* No. 299, 8 March 2021, available at http://ccsi.columbia.edu/files/2021/03/No-299-Berger-and-Chi-FINAL.pdf, 2021 年 4 月 13 日访问。

[22] Donald J. Lewis, Xiaohua Yang, Diana Moise and Stephen John Roddy, “Dynamic Synergies Between China’s Belt and Road Initiative and the UN Sustainable Development Goals”, *Journal of International Business Policy*, 2021, available at https://link.springer.com/article/10.1057/s42214-020-00082-6, 2021 年 4 月 13 日访问。

[23] 这七个文件分别是：《21 世纪环境与发展议程》（1992），《实施可持续发展的约翰内斯堡计划》（2002），《联合国经社理事会充分就业和有尊严的工作部长宣言》（2006），国际劳工组织《社会公正和公平的全球化宣言》（2008），《联合国 2012 年可持续发展会议结果文件----<我们想要的未来>》，联合国 2030 可持续发展议程和目标（2015），国际劳工组织《工作的未来世纪宣言》（2019）。

的规定，共同探讨这些文件中包括哪些义务性的和倡导性的规定提供了重要的基础。由于《中欧全面投资协定》是在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》之后达成的，所以它吸收了国际社会关于可持续发展的最新承诺和目标，例如联合国 2030 可持续发展议程和目标（2015）和国际劳工组织《工作的未来世纪宣言》（2019），这些都是《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》中所没有的。

第 1 条中这些国际法文件的意义，还可以与可持续发展一章中关于透明度、公众参与和纠纷解决的有关规定联系在一起解读。第 1 节第 3 条规定，中欧双方应确保各自拟议和采纳的履行可持续发展承诺的措施应该给公众和非国家实体提供发表意见的机会。公众和非国家实体在评论中欧各自履行可持续发展承诺时，可以引述第 1 条中的七个国际法文件，或者说，这七个文件给非政府组织监督中欧可持续发展承诺的履行提供了参考性的标尺。此外，这些文件还可能在中欧关于可持续发展的纠纷或分歧的解决中发挥作用。如下文所述，鉴于可持续发展部分的承诺并非都是基于具有强制性法律效力的文件，所以《中欧全面投资协定》在规定争议解决方式时，并没有使用“争端”解决的措辞，而是使用了“分歧处理”这种表述。[24]既然不是解决法律争端，其所适用的依据也可不限于法律，双方共同承认的国际文件，也可以为双方处理分歧提供参考。

（二）与投资有关的环境保护的规则和标准

《中欧全面投资协定》虽然在我国参加的投资协定中首次设立了可持续发展章节，但这类的承诺对我国而言并非是全新的。以环境保护议题为例，我国早在《中国--智利自由贸易协定》中就开启了将环境保护合作纳入经贸合作协定的实践，[25]并在 2014 年的《中国--瑞士自由贸易协定》中首次为环境保护议题设立了专门章节，[26]在随后签订的《中韩自由协定》、《中国--格鲁吉亚自由贸易协定》[27]等自由贸易协定中基本上都延续了将环境合作予以专门规定的模式。有了将贸易与环境问题挂钩的管理经验，我国在《中欧全面投资协定》中又进一步开启了将投资与环境保护深度挂钩的实践，这充分彰显了我国在经济合作中，从单纯管理贸易和投资问题向着将贸易、投资和环境、社会问题统筹管理和全面合作的能力。

在《中欧全面投资协定》中，中欧双方同意共同履行双方均批准和加入的国际环境条约。在该协定中，双方没有对承诺共同履行的国际环境条约进行列举，这种规定的缺点是在履约的时候，双方可能就某一具体的国际条约是否属于国际环境条约发生分歧，例如《联合国海洋法公约》有专章规定海洋环境保护，[28]但该条约同时也规定了很多非环境保护的内容，这样的条约是一种含有环境保护内容的综合性条约，不清楚其是否也可以被纳入《中欧全面投资协定》中双方承诺合作履行的国际条约中。这种不做列举的规定方式的优点是其开放性，如果双方能够处理好分歧，善意地真诚合作，则这种条款可能将更多的与环境有关的国际条约纳入共同合作履约的范畴，包括《中欧全面投资协定》签订后，双方共同批准的国际环境条约。在双方承诺合作履行的国际环境条约中，协定特别提到了《联合国气候变化框架公约》及其《巴黎协定》，这两个条约与可再生能源投资、低碳技术、高能效的产品和能效服务投资等都有密切关系，双方承诺推动这些领域内的投资。

---

[24] See Sub-section 4, Mechanism to Address Differences, Section IV，China-EU Comprehensive Agreement on Investment.

[25] 《中国智利自由贸易区协定》（2005）第 108 条规定：“缔约双方应该通过劳动和社会保障合作谅解备忘录和环境合作协定增强缔约双方在劳动、社会保障和环境方面的交流和合作。

[26] 《中国瑞士自由贸易区协定》（2014）第十二章“环境问题“。

[27] 《中韩自由贸易区协定》（2015）第十六章“贸易与环境”；《中国格鲁吉亚自由贸易协定》（2017）第九章“贸易与环境”。

[28] 《联合国海洋法公约》第十二部分“海洋环境的保护和保全”。

中欧各自可以决定其自己的环境保护水平、环境法律和政策，以及优先保护的事项。双方同意努力继续提高其环境保护法律、政策和保护水平，这至少意味着双方承诺各自保持现有的环境保护水平将不倒退。不倒退原则是法国倡导的《全球环境条约》中明确提出的环境保护原则，[29]在贸易与环境保护、投资与环境保护问题上正受到越来越多的重视，并有发展成习惯国际法规则的趋势。

中欧双方在绿色投资的标准上没有做出规定，有评论人员认为该协定在绿色投资部分应该把我国制定的《绿色债券支持项目目录》[30]和《欧盟可持续活动分类》[31]包括在内，以便为实务界提供更具体的关于绿色投资，包括绿色产品和绿色服务标准的指引，[32]但最终的协定文本中并没有包括这样的内容，实践中双方可能就对方的投资是否是“绿色”持不同意见。欧洲的经济在新冠疫情发生后出现了负增长，欧盟拟定了巨额经济刺激计划，准备实现疫情后经济的绿色复苏，也就说，一些非绿色的产业，例如煤发电，不在政府的经济复苏计划之内。[33]中欧之间对绿色产品和绿色服务的理解也有一些差异，例如大型水电、核电是否属于绿色能源，这些都是中欧今后需要进一步加强对话的地方。

绿色投资的条款上可圈点的积极规定是，双方同意就与投资相关的环境影响评价的经验和良好实践进行合作。环境影响评价的习惯国际法规则在最近几十年里有了快速的发展，其中一些良好经验和实践，对我国而言，至少构成软法，例如联合国环境规划署制定的《环境影响评价的目标和原则》，[34]我国被期待在投资中努力遵循这些实践，包括对于那些可能引起严重的跨界环境影响的项目进行跨界环境影响评价。[35]中欧双方承诺将在已有的双边和多边机制下加强与投资有关的环境问题的对话和合作。

总体而言，《中欧全面投资协定》中关于环境保护的义务规定，并不如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》中关于环境义务规定的执行力强。例如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第 20.7 条要求成员国对于被指控的涉嫌违反环境法的行为进行调查，并要给予反馈；对环境法的实施建立行政、准司法或者司法的强制执行程序。《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》关于共同履行的国际环境条约，也规定了更加详细的义务，特别指出了臭氧层保护、[36]船舶污染[37]、海洋生物保护[38]和生物多样性[39]几个方面。《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》是一个包括贸易和投资的综合性的协定，它管理的经济活动的范围本来就比《中欧全面投资协定》广，所以它涉及的环境议题比《中欧全面投资协定》广也是很自然的，例如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第 20.14 条管理随贸易活动发生的物种入侵，第 20.13

---

[29] 《世界环境公约（草案）》， 2018, available at https://globalpactenvironment.org/uploads/CHI.pdf, 2021 年 4 月 13 日访问。2018 年，联合国大会通过第 72/277 号决定，成立工作组，支持《世界环境公约（草案）》的谈判和协商。

[30] 中国人民银行、国际发改委、中国证券监督管理委员会：关于印发《绿色债券支持项目目录（2020 版）》的通知，2020 年 7 月 8 日，载中国人民银行网 http://www.pbc.gov.cn/tiaofasi/144941/144979/3941920/4052500/index.html，2021 年 4 月 13 日访问。

[31] European Commission，EU Taxonomy for Sustainable Activities，June 2020，available at https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/eu-taxonomy-sustainable-activities_en, 2021 年 4 月 13 日访问。

[32] Jeo Zhang, supra note 20.

[33] Karl Methiesen, EU Calls for Global Coal Power Phase Out, 25 January 2021, available at https://www.politico.eu/article/eu-calls-for-global-coal-power-phase-out/, 2021 年 4 月 13 日访问。

[34] UNEP，Goals and Principles of Environmental Impact Assessment，UNEP/GC/Dec. /4/25/ (1987).

[35] 边永民：“跨界环境影响评价的国际习惯法的建立和发展”，《中国政法大学学报》2019 年第 2 期，第 33-34 页。

[36] Art.20.5, Comprehensive and Progressive Agreement on Trans-Pacific Partnership.

[37] Id., Art.20.6.

[38] Id., Art. 20.16.

[39] Id., Art.20.13 and Art. 20.17.

条是贸易对生物多样性的影响，这些都是《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》相比于《中欧全面投资协定》而独有的环境议题。

（三）与投资有关的劳工保护规则和标准

劳工保护是《中欧全面投资协定》谈判中双方分歧比较大的一个议题，欧洲方面一直想让我国接受欧洲的劳工保护标准，我国坚持劳工保护水平要与经济发展的阶段相适应。中欧方面在劳工保护上的主要差异是，国际劳工组织制定的八个构成国际劳工基本权利的公约中，[40]我国只批准了四个，分别是《最低年龄公约》（1973 年，第 138 号）、《最恶劣形式的童工公约》（1999 年，第 182 号）、《同工同酬公约》（1951 年，第 100 号）和《劳动和就业歧视公约》（1951 年，第 111 号），尚有四个没有批准，分别是《自由结社和保护组织权公约》（1948 年，第 87 号）、《自由结社和集体谈判公约》（1949 年，第 98 号）、《强迫劳动公约》（1930 年，第 29 号）、《废除强迫劳动公约》（1957 年，第 105 号）。《中欧全面投资协定》允许双方按照它们各自作为国际劳工组织成员的义务，以及它们在《国际劳工组织关于工作中基本原则和权利宣言及其后续措施》下的承诺，根据国际劳工组织宪章，善意地尊重、推动和实现国际劳工组织基本条约中所规定的劳工权利。我国承诺朝着批准《强迫劳动公约》和《废除强迫劳动公约》“继续地和持续地”努力。[41]

劳工权利保护长期以来是欧盟的核心价值观之一，在欧盟与发展中国家的贸易合作中，劳工权利保护就曾经是欧盟决定是否给予发展中国家普惠待遇或者优惠待遇的考量标准之一。[42]我国对工人权利的保护水平实际上并不低，但某些方面与国际劳工组织的标准仍有一定的差距，例如我国法律关于强迫劳动的规定比国际劳工组织《强迫劳动公约》和《废除强迫劳动公约》的规定窄，在实践中需要对我国的监狱服刑人员进行劳动改造的一些具体做法进行完善，包括彻底地实施监狱和监狱企业分开，另外需要加大对农民工、家庭雇工的保护力度。[43]欧盟境内也存在强迫劳动的情况，主要发生在非法移民劳工或被拐卖的劳工中。[44]我国在结社自由和集体谈判方面的法律规定与国际劳工组织的标准也有明显的差异，[45]但很难说我国的劳资矛盾比欧盟的劳资矛盾更加严重，或者说，中欧双方采取了不同的解决劳资矛盾的路径。

与《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》中关于劳工保护的第 19 章的内容相比，《中欧全面投资协定》中关于劳工保护的义务规定也没有《全面与进步跨太平洋伙伴协定》中规定的执行力强，例如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第 19.6 条规定，成员国应该避免进口全部或者部分由强迫劳动或者童工生产的产品。

（四）以软法为主的负责任投资标准的确立

《中欧全面投资协定》的可持续发展章节还统一了一些推动负责任投资的标准，这些标准都是软法性质的，或者建议性质的。关于如何衡量什么是负责任的投资，或者与投资有关的环境和社会方面的良好实践，过去几十年里，中欧在标准上实际一直是有分歧的。从中方

---

[40] International Labor Organization, Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and Its Follow-ups, 国际劳工大会第 68 届会议，1998 年 6 月 18 日通过。

[41] See Art. 4.1, Sub-section 3, Section IV.

[42] 边永民：“国际贸易与劳工保护的关系”，《西南民族大学学报》（人文社科版）2006 年第 11 期，第 68 页。

[43] 肖竹：“废除强迫劳动国际劳工标准与我国相关立法及实践的比较研究”，《中国劳动关系学院学报》2010 年第 1 期，第 83-84 页。

[44] Marley S. Weiss, “Human Trafficking and Forced Labor: A Primer”, *ABA Journal of Labor and Employment Law*, Vol.31 (2015), pp.1-2.

[45] 王君玲：“中国结社自由和集体谈判法规与国际劳工组织标准的比较研究”，《经济论坛》2009 年第 5 期，第 131-134 页。

而言，所谓环境和劳工方面的国际标准，基本上都是西方主导的标准，我们在改革开放的早期是被动遵守，后来我们尝试着提出自己的标准，与西方的标准共存，例如对于国际最佳实践（bestpractice），我们就曾经本着没有最好，只有更好的雄心，想创立自己的一套行为标准，但标准的创立和国际化推广实际上需要时间，例如我们的绿色“一带一路”，虽然目标已经提出来了，但绿色的标准一直没有制定出来。在这样的背景下，《中欧全面投资协定》的可持续章节，为中欧负责任的投资确立了下列共同遵守的国际标准。

中欧双方同意下列四个文件，是与负责任的投资相关的“国际认可的指南和原则”：[46]《联合国全球契约》、联合国《工商业与人权指导原则》、国际劳工组织《关于多国企业和社会政策的三方宣言》和经合组织《跨国公司指南》。这四个文件中，后面三个在我国的宣传、研究和实践都是有限的。企业社会责任在我国已经宣传和实践了多年，但我们政府和行业协会一直都是在制定和实践我们自己的企业社会责任标准，[47]并没有简单地直接采纳经合组织《跨国公司指南》或其他国际标准，虽然我们在制定自己的标准时，也参考了国际标准。在《中欧全面投资协定》签署后，我国仍然可以按照自己的标准来继续推动企业社会责任。上述四个标准写入《中欧全面投资协定》的意义主要是双方共同地庄严认可上述四个文件中的标准是负责任的投资方面的国际标准。既然是双方都承认的国际标准，那么双方就应该许可支持这四个标准的国际组织合法地在对方的领域内宣传这些标准，开展相关的培训和研讨，在可持续发展章节的“分歧处理”程序中，也要允许协定的另一方，包括法庭之友和其他利害关系方，以上述四个标准为依据，对有关的投资活动品头论足，讨论有关的活动是否是负责任的投资。也就是说，双方有了讨论和评判负责任的投资的共同标准，每一方仍然可以执行自己的标准，但也要考虑到自己承认的国际标准。

三、对话、合作、监督、评估为主的可持续发展实施方式

可持续发展合作，不同于单纯的经贸合作，它涉及人权、劳工权利，人与自然的关系，人类中心主义或生态中心主义等不同的价值观，各国人民在这些问题上的选择不尽相同，以这些价值观为核心的可持续发展目标不适宜主要以经济惩罚和制裁来推动，所以《中欧全面投资协定》的可持续发展章节建立了以监督、评估、对话和合作为主的方式来推动该章节下各目标的实现。

中欧同意在现在的多双边机制下开展环境和劳工权利保护的对话和合作，这种对话和合作的规定不仅仅只是纸上谈兵式的一个空泛的条文。首先，它已经规定了对话和合作的渠道，就是利用中欧之间已经存在的双多边机制。除了一年一度的中欧领导人会晤以外，中欧之间已经建立了 13 套对话机制，包括战略对话、人权对话、贸易政策对话、环境与气候对话、法律对话、知识产权对话、人文对话等。但是，根据《中欧全面投资协定》第六部分建立的中欧可持续发展问题工作组，每年只开一次会议，[48]与其相比，投资问题工作组，每六个月召开一次会议，[49]这种安排是中欧可持续发展合作在机构安排方面的局限。其次，《中欧全面投资协定》对环境和劳工对话和合作规定了部分相关目标或努力方向，就环境保护而言，双方都承认联合国环境规划署下的联合国环境大会的价值，强调投资与环境保护应该互相支

---

[46] See Art. 2.2, Sub-section 1, Section VI.

[47] 如国务院国有资产管理委员会：关于印发《中央企业履行社会责任的指导意见》的通知，国资发研究【2008】1 号，2007 年 12 月 29 日；商务部、环保部：关于印发《对外投资合作环境保护指南》的通知，商合函【2013】74 号，2013 年 2 月 18 号；外交部、发改委、商务部、生态环境部：《关于推进绿色“一带一路”的指导意见》，环国际【2017】第 58 号，2017 年 4 月 26 日。

[48] Art.4, Sub-section 1, Section VI.

[49] Art.3, Sub-section 1, Section VI.

持。这可能意味双方将就哪些投资（例如火力发电、核发电）属于应该鼓励的投资，以及如何评定投资的环境影响等问题展开深入的交流。就劳工保护而言，我国已经承诺将努力加入废除强迫劳动的两个国际条约，[50]同时，对于国际劳工组织颁布的其他的基本劳工标准，我国也应该积极地考虑加入。1998 年《国际劳工组织关于工作中基本原则和权利宣言及其后续措施》声明："所有的成员，即使还没有批准有关的公约，根据它的国际劳工组织成员这一事实，也有义务根据国际劳工组织宪章，善意地推动和实现那些公约里规定的基本劳工权利，包括（a）自由结社和有效承认集体谈判权；（b）废除所有形式的强迫或强制的劳工；（c）有效废除童工；（d）废除就业和工作歧视"。[51]

非正式的监督也是中欧同意的实施可持续章节的方法。非正式的监督主要是指欢迎非国家实体和公众对可持续章节的实施效果进行监督。非国家实体参与和监督的权利体现在下面两个方面：（1）根据第四章第 1 部分第 3 条关于透明度的规定，中欧在制定实施可持续章节的实施措施时，应该为非国家实体提供参与和提出意见的机会；在中欧投资委员中，中欧双方应该为来自经济、环境和劳工领域的非政府实体提供平衡的表达它们的意见和观点的机会；中欧可以根据它们各自的国内法为非政府实体讨论与投资有关的可持续问题提供便利措施。（2）在分歧处理过程中，非国家实体可以参与，并提交书面意见。可以预见，这些规定将为非政府组织监督中欧可持续章节的实施正当地打开大门。如果我国从事可持续发展工作的非政府组织不如欧盟的相关的组织强大，我们的非政府组织对欧盟的履约状况的监督力度也可能处于弱势。当然，欧盟的非政府组织也将监督欧盟国家的履约。

关于《中欧全面投资协定》对可持续发展的贡献的评估，在协定的第 4 条有一个简单的规定，中欧将根据它们各自的程序和制度进行评估。所以，在将来不会有中欧联合评估，中欧将各自评估协定对可持续发展的效果。因为不是联合评估，所以也可能中欧各自评估得出的结论并不完全一致。评估中发现的问题将成为中欧就可持续发展继续对话和合作的主题。

四、半透明、半开放的分歧解决程序

鉴于可持续发展问题可能涉及中欧之间的价值观差异和国家对优先发展事项的不同选择，所以《中欧全面投资协定》明确规定双方源自可持续发展章节的纠纷不适用协定第十部分规定的国家之间的争端解决程序，并为双方因执行可持续发展章节产生的不同意见专门规定了"分歧处理"机制。这与《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》处理环境和劳工纠纷的方式类似，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》的第 20.20 到 20.22 分别规定了成员国之间协商、成员国的高级代表协商和部长协商三种协商程序，期望源自环境章节的争议可以通过协商的途径得到解决，但如果协商失败，第 20.23 条也规定了专家组解决争议程序。对于劳工问题，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》P 第 19 章也规定了自己的协商解决纠纷的程序，但如果协商不能解决的，也可以按照《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》P 第 28 章的争议解决程序成立专家组予以解决。[52]从这一点上看，《中欧全面投资协定》的分歧处理程序也没有《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》P 第 19 和 20 章的争议解决程序有强制力。

分歧处理程序分为协商程序和专家组程序两层。协商程序是保密的，但经双方同意，可以寻求国际劳工组织或国际环境组织等国际组织的专家意见。除非双方另有规定，协商应该在 120 天内完成。[53]如果协商未能解决分歧，任何一方均可请求成立专家组。双方建立的投

---

[50] Art. 4, Sub-section III, Section IV. 原文为中欧双方应"make continued and sustained efforts …"

[51] International Labor Organization，Fundamental Rights at Work and International Labor Standards, Geneva, 2003, p.3.

[52] Art. 15.12, Chapter 19, Comprehensive and Progressive Agreement on Trans-Pacific Partnership.

[53] Art.3，Sub-section4，Section IV.

资委员会将建立一份专家名单，该名单由三份子名单构成，分别是双方推荐的专家名单各一份，以及由中欧以外的专家组成的首席专家名单一份。专家组应该在成立后 150 天提交中期报告，180 天内提交最终报告。[54]这一分歧处理机制有如下特点：

（一）分歧处理机制受理的“分歧”的范围十分广泛

《中欧全面投资协定》可持续发展章节设立的的是分歧处理机制，“分歧”即关于投资与可持续发展政策、法律和措施的不同意见或观点，不但涉及经济，例如市场准入、投资待遇等，还涉及环境和劳工与投资的关系三个维度。分歧处理机制可以处理的分歧的范围包括可持续章节的任何事项。这些事项与传统的国家间贸易和投资争议不同的是，它可能涉及一项具体的措施，例如在结社自由方面，如果某个欧盟的非政府组织想在我国进行劳工权利保护的宣传和培训而未获许可，也可能涉及一项一般性的政策，例如就业政策中是否有对患有艾滋病[55]或者同性恋[56]等人群的歧视。就后一种情况而言，中欧双方也可以在对话机制下讨论，而分歧处理机制的特殊价值是，它能够比对话机制更有效地解决分歧。

中欧之间在可持续发展问题上有不同观点实际上是正常的，即使在欧盟内部，不同国家之间的政策也可能不同。通常民主国家的决策者之间很可能比他们在集权国家的同事们具有更多的不同意见。分歧处理机制的目的，当然不是统一中欧在这一问题上的思想。正如我们在日常生活中，人们存在宗教信仰、价值观和性取向等等的不同，允许这些差异的存在，被认为是对人权的尊重，而强制消除差异，只允许一种形态的存在，被认为是对人权的侵犯。国家之间的情况也与此类似。但多样化并不意味着任何一种政策或者措施都可以顶着本地区特色的帽子与可持续发展的目标背道而驰，中欧之间可能需要处理的分歧，在可持续发展章节下，主要是指与投资和可持续发展直接相关的那些政策和措施的分歧。

这是我国第一次同意将一种“分歧”纳入一个类似争端解决的机制予以处理，考虑到可持续发展章节的分歧处理机制不限于协商程序，还包括专家组程序，所以它具有一定的客观性和强制性。专家组程序不像单纯的协商程序那样，可以完全由一方来控制分歧解决的进程和结果。欧盟在协调国家之间政策和分歧上具有丰富的经验，它的 27 个成员能够团结为一个区域性实体，对分歧的协商和谈判是一项贯彻始终的工作。研究显示，民主国家之间的协商比其他国家之间更容易达成结果，[57]因为在其国内政策制定中，协商和谈判也是一种惯常的工作方法。现在还很难评估这一分歧处理机制将以怎样的力度推动中欧之间分歧的解决和政策的协调。这一程序显然为中欧之间广泛地协调可持续发展的规则、标准和措施打开了一扇门，但它毕竟只是一个投资协定的一部分，如果双方之间的投资合作成效一般，附着于投资协定之上的其他问题的解决也难以单独推进，所谓皮之不存毛将焉附。

（二）分歧处理程序具有鲜明的民主性

国际争端解决机构的民主化问题是最近几年的一个热点问题之一。《中欧全面投资协定》中可持续发展章节设立的分歧处理机制就响应了这种民主化的呼声，在以下两个方面体现了民主性。

1.引入法庭之友程序

---

[54] Art.4，Sub-section4，Section IV.

[55] 参见回雪宁：“从《公民权利和政治权利国际公约》中的平等权看我国的就业歧视----以贵州省第一例就业歧视案为例”，《求实》2012 年第 2 期，第 28-29 页。

[56] 参见王芳、黄沛璇：“招聘市场的同性恋歧视----来自随机邮件的实验证据”，《世界经济文汇》2019 年第 5 期，第 74-89 页。

[57] William J. Dixon, Paul D. Senese, “Democracy, Disputes and Negotiated Settlements”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 46, No.2(2002), p.547.

《中欧全面投资协定》第 IV 章第 4 节第 6 条规定，除非专家组成立后 5 天内另有规定，中欧境内的独立于政府的自然人或者法人，均可向专家组提交书面意见。这一条款为专家组拒绝法庭之友程序提供了可能，即在专家组成立后 5 天内做出决定，这一超短时限将使得在大部分专家组程序中，法庭之友的参与成为一种更大的可能。

“法庭之友”一词源自罗马法，是指争端解决案件的非当事人经法庭允许提交其书面意见、证据材料，或参与相关程序。“法庭之友”程序的正当性在于，它通过提供专业视角或专业知识，可以协助法庭作出裁判，而且允许其参与诉讼程序可以提高司法的透明度，增强社会公众对裁判结果的接受度。但是，“法庭之友”也会产生消极后果，它可能迫使争端双方对“法庭之友”意见作出回应，从而提高其诉讼成本，同时还会放任利益集团渗入司法程序。[58]将法庭之友程序引入投资仲裁和世界贸易组织的贸易争端解决程序都是那些呼吁国际争端解决程序民主化的人所建议的措施之一。美国在世界贸易组织争端解决机构裁决印度等国诉美国的海虾--海龟案[59]时，实际上已经通过将部分非政府组织的意见作为自己提交的文件的附件，间接地实现了包括世界自然基金会等非政府组织参与争议解决。[60]法庭之友的陈述虽然已经被 WTO 的争端解决机构以行使自由裁量权的名义所接受，但在世界贸易组织法律制度中仍然是一个空白。[61]法庭之友参加投资仲裁的案例就更多，虽然法庭之友参与投资仲裁缺乏统一的标准，各仲裁庭就是否允许法庭之友参与仲裁及其参与的范围作出的决定也大相径庭。[62]但无论如何，法庭之友参与国际经贸争议解决并不是新生事物，只是我国在双边争议解决机制中接受法庭之友程序还是第一次。

鉴于法庭之友经常代表公共利益参加争议解决程序，在涉及环境和劳工保护这类典型的有公共利益特点的事项上，允许法庭之友参与代表了中欧共同建立的分歧处理机制的先进性和包容性。《中欧全面投资协定》分歧处理章节关于法庭之友的规定，确定了法庭之友参与分歧处理案件的资格和具体程序。而此前虽然有法庭之友参与投资仲裁的实践，但法庭之友参与投资仲裁的规则远未正规化。[63]在资格方面，《中欧全面投资协定》规定，法庭之友应具有独立于案件当事方政府的特点，并具有参与分歧处理程序的正当理由。在提交书面意见时，法庭之友必须同时披露其设立的地点、活动的性质、法律地位、总体目标、资金来源、受控的实体、与中欧一方的任何联系和法庭之友在案件中的任何利益。这些信息的披露将有助于专家组判断提交意见的个人或组织是否独立于中欧政府，如果有关的个人或者法人实际上受政府的控制，可能不符合法庭之友的身份。现在还不清楚将来专家组如何利用法庭之友披露的这些信息来判断其独立性，鉴于我国的很多行业协会、工会组织和环境保护组织都得到政府不同程度的支持，专家组如何评论这些政府支持对各组织的独立性的影响，还需要未来的案例来回答。

法庭之友程序的引入，将使那些对于监督《中欧全面投资协定》履行的非政府组织具有更大的积极性，也为中欧政府以外的利益集团参与分歧解决和利益博弈提供了空间。

2.高度透明的专家组程序

《中欧全面投资协定》的专家组程序具有很高的透明度。首先，要求成立专家组的请求

---

58 Gary Born1 and Stephanie Forrest, “Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration”, *ICSID Review*, Vol.34, No.3(2019), p. 626

59 United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, 1998, WT/DS58/ABR.

60 Id., paras.79-110.

61 陈立虎：“法庭之友陈述在 WTO 争端解决机制中的可接受性”《法学家》2004 年第 3 期，第 158 页。

62 周园：“国际投资仲裁中法庭之友制度的新发展”，《东方法学》2015 年第 4 期，第 90 页。

63 陈剑玲：“国际投资仲裁中的“法庭之友”参与问题研究”，《暨南学报》（哲学社会科学版）2012 年第 7 期，第 27 页。

及其理由应该公开；其次，各方提交给专家组的文件和声明应该公开，保密信息除外；第三，除非另有规定，专家组的审理应该公开。专家组公开审理的过程，应该允许公众按照先来先得的顺序到现场旁听，并应提供实时的闭路电视或广播直播，或者录播；第四，双方根据专家组的最终报告的建议所进行的协商的结果，包括制定的相关措施应该公开。[64]这个过程中，只有专家组的合议是保密的，其他的部分，除非双方另有规定，都是对公众公开的。这么高的透明度下的专家组审理，仿佛专家组领导下的一种公众审理，公众的参与不仅仅是旁听，还包括以法庭之友的身份提交书面意见。

可持续发展与公众的利益具有密切的联系，而中欧政府都是以保护广大人民的利益为己任的政府，允许公众最大限度地了解专家组程序的全过程，具有四个积极的意义：首先，在分歧处理程序开始之时，就允许公众了解中方和欧方的意见、事实、法律依据和理由，有利于公众增加对于本国政府以及对方国家政府的措施及理由的了解；其次，全过程的公开有助于公众对专家组裁决意见的接受和理解；第三，公众的参与本身也是一个中欧两边的公众就可持续发展下面的具体议题进行交流的一种形式；第四，透明的专家组程序有助于推动该程序前的保密协商的成功性。在协商阶段，与双方的分歧有关的事实和理由都不必公开，双方之间可能达成一些互谅互让的解决方案，这些解决方案不一定都是严格地以法律为依据的，双方有政治协调和利益分割的空间。但到了专家组程序，在公众的密切监督下，双方讨价还价的空间实际上变小了，所以，透明的专家组程序为保密协商的成功提供了更有力的支撑。

六、结论

《中欧全面投资协定》为中欧两个重要的经济体互相开放投资市场打开了大门，提供了投资保护。《中欧全面投资协定》中的可持续发展部分是谈判双方都高度重视的内容，我国把这部分的谈判成功看做是该协定达到高水平的重要标志之一。然而，这部分的规定总体而言是比较软性的，其确定的环境和劳工保护的标准没有《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》的执行力度大。它的重点并非是确定可以强制执行的可持续发展的法律规则，而是推动中欧双方就可持续发展的政策、法律、标准和措施进行协调，以便使双方的投资能够为可持续发展做出贡献。

虽然可持续发展的概念已经提出了三十多年，并且形成了一些可持续发展的习惯国际法规则，在国际司法实践中也有可持续发展规则的直接适用，但中欧双方关于可持续发展的原则和标准上仍然存在分歧和差异。《中欧全面投资协定》的双方通过谈判，承诺了为可持续发展进行投资，认可了数个重要的与可持续发展有关的国际文件，就部分可持续发展的规则和标准达成了共识。更进一步，中欧在协定的可持续发展部分就分歧处理程序达成了一致，承诺以透明和开放的方式，协商或通过专家组解决分歧，但这一程序缺乏强制实施安排，仍然有明显的政治解决纠纷的特点。如果将来我国加入了《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》，那么《中欧全面投资协定》中的可持续发展和《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》下的环境和劳工保护内容同时构成了我国的国际义务，由于《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》关于环境保护和劳工保护的义务有更强的执行机制，我国为了履行《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》下的环境和劳工义务而建立的标准和机制都将使《中欧全面投资协定》下的可持续发展义务的履行受益，因为我国不大可能为《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》的贸易和投资伙伴设立一套在我国适用的环境和劳工标准，而为欧盟的投资者再建立另外一套环境和劳工标准。这类标准不像关税或者投资市场准入那样，可以方便地做成针对不同商务伙

[64] Art.4.7，Sub-section4，Section IV.

伴的版本。所以，如果中国最终加入了《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》，届时中欧在可持续发展方面的合作将得以提速。

在美国拜登政府与中国都想与欧盟加强合作的局势下，可以预见，我国将秉承最大的诚意，认真履行《中欧全面投资协定》的可持续发展章节。对《中欧全面投资协定》中的环境和劳工义务的遵守，将为我国铺垫更顺畅地接受和履行《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》中的环境和劳工标准的道路。

Sustainable Development under China-EU Comprehensive Agreement on Investment : Contributions and Limits

Yongmin Bian

Abstract: By providing a separate Section on investment and sustainable development in China-EU Comprehensive Investment Agreement, China and EU commit to promote investment toward to sustainable development. Both parties make contribution to the substantive and procedure rules on sustainable development. In the field of substantial rules, the parties coordinate the notions, policies and principles on sustainable development, and reach consensus on some rules and standards relating to sustainable development. China commits to make continued and sustained efforts to pursue ratification of the ILO conventions on forced labor. For dispute settlement, parties set up consultation and panel procedure to address their differences. They also agree on procedure rules for *amicus curiae* participation. Any hearing of the panel should be open to the public unless otherwise provided. These procedures are innovative in transparency and democracy. But compared with CPTPP，the wordings of the substantial rules are soft and lock of enforcement. If China implements the environmental and labor standards in a positive way, China will benefit from the implementation when China makes effort to join CPTPP which contains high environmental and labor standards.

Key words: China-EU Comprehensive Investment Agreement; Sustainable Development; Investment and Environment; Investment and Labor

【参考文献】

[1] 余劲松、詹晓宁：“国际投资协定的近期发展及对中国的影响“，《法学家》2006 年第 3 期。

[2] 丹尼斯•米都斯著，李恒宝译：《增长的极限----罗马俱乐部关于人类困境的报告》，吉林人民出版社，1997 年。

[3] 肖竹：“废除强迫劳动国际劳工标准与我国相关立法及实践的比较研究”，《中国劳动关系学院学报》2010 年第 1 期。

[4] 王君玲：“中国结社自由和集体谈判法规与国际劳工组织标准的比较研究”，《经济论坛》2009 年第 5 期。

[5] Donald J. Lewis, Xiaohua Yang, Diana Moise and Stephen John Roddy,“Dynamic Synergies Between China’s Belt and Road Initiative and the UN Sustainable Development Goals”, Journal of International Business Policy, 2021, available at https://link.springer.com/article/10.1057/s42214-020-00082-6，2021 年 4 月 13 日访问。

[6] Jeo Zhang,“What Does the Draft European Union-China Comprehensive Investment Agreement on Investment Mean for Sustainable Development”, International Institute for Sustainable Development, 26 January 2021, available at https://www.iisd.org/articles/what-does-draft-european-union-china-comprehensive-agreement-investment-mean-sustainable，2021 年 4 月 13 日访问。

中欧投资协定与中国涉外经贸法律问题研究

蔡嘉伟 上海外国语大学

摘要：2019 年取代三个外资企业法而制定的《中华人民共和国外商投资法》，总结了之前各项改革试点成熟经验；中国去年 11 月份签署的《区域全面经济伙伴关系协定》中包含有投资相关条款，RCEP 是一项区域性自由贸易协定,不包括对环境、气候和劳工的承诺,也不包括对国有企业或补贴的承诺。而更高标准的中欧投资协定，深化互利共赢的中欧全面战略伙伴关系，推动双方提升经贸水平，为中国构建开放型经济和“双循环”格局提供动力。中国 2020 年版《外商投资准入负面清单》较之以往版本部门分类更加明确、清晰，政策透明度和市场开放度也有大幅提升。中欧投资协定在此基础上，也可能加速向前推进。这方面研究有大的突破和进展。

关键词：投资协定、BIT、CAI、负面清单、国民待遇

中国自 2013 年开启全面改革和进一步扩大对外开放以来，在经济贸易法律方面取得重大突破和进展。以上海自由贸易区开头的 18 个自贸区及海南自由贸易港建设，在改革先行先试方面，发挥了先行者的作用。2019 年取代三个外资企业法而制定的《中华人民共和国外商投资法》（以下简称“外商投资法”），总结了之前各项改革试点成熟经验；中国去年 11 月份签署的《区域全面经济伙伴关系协定》（以下简称“RCEP”）中包含有投资相关条款，RCEP 是一项区域性自由贸易协定,不包括对环境、气候和劳工的承诺,也不包括对国有企业或补贴的承诺。而更高标准的中欧投资协定（以下简称 “中欧 CAI”）深化互利共赢的中欧全面战略伙伴关系，推动双方提升经贸水平，为中国构建开放型经济和“双循环”格局提供动力；在条件成熟时中欧将签订全面深入的自由贸易协定（简称“FTA”）。RCEP 对 CAI 没有影响。

自贸区是在新形势下推进中国改革开放的重大举措，率先建立符合国际化和法治化要求的跨境投资和贸易规则体系，使自贸区成为我国进一步融入经济全球化的重要载体，打造中国经济升级版。

跨国投资是推动当今世界经济发展的重要驱动力，双边投资协定（简称 BIT）是国家间较为有力地促进和保护跨国投资重要国际法手段。从最初的低层次友好通商航海条约到简单的双边投资协定，再到向外商投资开放“负面清单”之外的所有经济领域的更高层次的《中欧全面投资协定》。这一切行动将给未来跨国经济活动带来你中有我我中有你，各国相互依存更加紧密格局，而国民待遇规则是投资协定中最为核心和敏感的规则，它包括投资准入和投资待遇两个方面。本文从这个核心规则切入剖析投资协定的结构、意义和价值。

一、借鉴国际通行规则，对外商投资实行准入前国民待遇是涉外经贸法律中的重要内容之一

国民待遇规则是投资协定中最为核心和敏感的规则，它包括投资准入和投资待遇两个方面。根据《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2020 年版)》（以下简称“《2020 年版负面清单》”），自贸区在实施准入前国民待遇和负面清单管理模式等方面深化试点。具体体现在以下方面：

首先，列明上海等 18 个自贸区内对外商投资项目采取的与国民待遇等不符的准入措施，即为负面清单，制订试验区外商投资与国民待遇等不符的负面清单。以“附件”方式列明。负面清单按照《国民经济行业分类及代码》（2011 年版）分类编制，包括 18 个行业门类。

负面清单还将根据外商投资法和自贸试验区发展需要，适时进行调整。近年来我国已逐步缩减负面清单长度，目前 18 个自贸区及海南自由贸易港外资准入负面清单共 30 条，全国外资准入负面清单 33 条，未来还将进一步缩小。

其次，负面清单为限制或禁止的内容。负面清单上有的，不能从事；同时禁止（限制）外商投资国家以及中国缔结或者参加的国际条约规定禁止（限制）的产业，禁止外商投资危害国家安全和社会安全的项目，禁止从事损害社会公共利益的经营活动。自贸区内的外资并购、外国投资者对上市公司的战略投资、境外投资者以其持有的中国境内企业股权出资，应当符合相关规定要求；涉及国家安全审查、反垄断审查的，按照相关规定办理。

2020 年 7 月《美墨加协定》（以下简称“USMCA”）生效取代了已经运行二十多年的世界第二大区域经济一体化组织《北美自由贸易协定》（以下简称“NAFTA”）。NAFTA”被视为负面清单模式最典型代表, 但其中并没有出现“负面清单”字眼, 其所指向的内容在协定中是叫“不符措施”（non-conforming measures）。美国此后签订的 BIT 延续了 NAFTA 的结构，但同样没有直接使用"负面清单"这个词，将这些不符措施汇总之后的形式在习惯上被称为负面清单。友好通商航海条约中包含了负面清单原则的萌芽，这些条约确定要给予外资国民待遇，只是对于某些行业要有所限制。美国与日本 1953 年签订的友好通商航海条约第 7 条规定，缔约方应当给予另一方的国民或企业国民待遇，以在其境内从事商贸、工业、金融和其他商业活动，但公用事业、造船、空运、水运、银行等行业除外，这些便是国民待遇义务的负面清单。

第三，负面清单上没有的都可以从事；类似“法无明文规定不为罪”，这就体现了“自由”。对负面清单之外的领域，将外商投资项目由过去的核准制改为备案制；将外商投资企业合同章程过去审批改为备案管理。换而言之，实质上所谓的“负面清单”，用法律的语言表述就是国民待遇的例外情形，即这些领域不给于国民待遇，除此以外的，都可以赋予国民待遇。

第四，上述规则与当时的《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国中外合作经营企业法》（以下简称“三资企业法”）规定的有关行政审批相冲突，因此规定自 2013 年 10 月 1 日起在三年内试行，暂停行政审批。

2019 年《中华人民共和国外商投资法》及其配套行政法规《中华人民共和国外商投资法实施条例》取代上述三资企业法，全面确立了外商投资准入前国民待遇加负面清单管理体制，则标志着中国外商投资监管正式步入“负面清单管理制”阶段，中国外商投资监管框架的透明度与可预见性均取得显著提升。“国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。前款所称准入前国民待遇，是指在投资准入阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇；所称负面清单，是指国家规定在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施。国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇。负面清单由国务院发布或者批准发布。”(外商投资法第二条)

自由贸易区制度下的国民待遇规则，可以视为一种与 WTO/GATT 不同的新措施。这种措施更加注重实践性和可行性。其基本原理就是反方向的先将不予适用国民待遇的情况列在否定列表（即“负面清单”）中，除此以外的情况，概适用国民待遇。在中国与美国正在进行的双边投资保护协定的谈判中，美方坚持准入前国民待遇，这不仅是美国的要求，而且是世界贸易发展的趋势。如果实施准入前国民待遇，则必须改变国内事前审批前置的管理模式，将行政管理的重点放在事中和事后的监督和对违法行为的及时处罚上。

二、中欧投资协定的地位

在过去的 20 年中，从欧盟流入中国的欧盟累计外国直接投资（FDI）已超过 1400 亿欧元。对于中国对欧盟的直接投资，这一数字接近 1200 亿欧元。

据欧盟中国商会数据，截至 2020 年末，中国共在欧盟设立直接投资企业 3200 余家，覆盖欧盟 27 个成员国及英国，雇佣外方员工逾 26 万人；戴姆勒宣布与北汽福田合作在北京生产和销售梅赛德斯-奔驰重型卡车，总投资逾 38 亿元人民币。联想集团也宣布在匈牙利投资逾 2000 万欧元建设首家欧洲工厂，生产个人电脑等信息技术产品。中国电池制造厂商蜂巢能源则将投资约 20 亿欧元在德国打造欧洲电池生产基地及研发中心。同样，德国大众集团计划到 2024 年与其中国合作伙伴一起，在中国投资约 150 亿欧元发展电动汽车。从 2004 年华为设立欧洲总部开始，华为在欧洲 12 个国家成立了 23 个研究机构，并与 900 多所欧洲大学合作开展研究项目。过去 10 年华为在欧洲大举投资已经大见成效，2019 年，华为为欧洲贡献 GDP 达到 164 亿欧元。从这些双向投资中可以看出中欧投资的活跃程度和巨大潜力。

中欧 CAI 使欧盟公司的市场准入条件变得清晰且独立于中国的内部政策。还允许欧盟在 CAI 中诉诸争端解决机制。欧盟就更多领域的新的市场准入开放和承诺进行了谈判，例如取消了数量限制，股本上限或合资企业要求。在欧盟方面，根据《服务贸易总协定》（GATS），服务市场已经开放并为服务行业做出了很大的承诺。欧盟在能源，农业，渔业，视听，公共服务等方面的敏感性都保留在 CAI 中。

中国自 1982 年与瑞典签订第一个 BIT 开始至 2015 年 12 月，共签订了 132 个 BITs（其中生效 110 个）。美国自 1982 年与巴拿马签署第一个 BIT 以来至 2015 年 12 月，已经总共达成了 46 个 BITs（其中生效 40 个）。虽然在 1980 年中美签订《中美关于投资保险和投资保证的鼓励投资协议和换文》，但适用范围有限，没有涉及中国对美直接投资问题。

中国与除爱尔兰以外的 26 个欧盟成员国分别签订双边投资协定，其中含有国民待遇条款有 17 个。但这些协定为本世纪初重新签订的投资协定所终止（以下简称为“被取代的协定”）。比如 2003 年在与德国重新签订了双边投资协定后，中国又分别于 2005 年 4 月、11 月和 12 月，与芬兰、西班牙和葡萄牙重新签订了双边投资协定。中国与除爱尔兰外的所有欧盟成员国缔结的投资协定，签署时间跨度大、内容不一，部分条约守旧，虽然具有相似性，但由于缔约主体、签订时间不同，协定具体内容如待遇标准、货币兑换、争端解决等条款规定也存在着较大的差异。这些差异在实践中必然会给投资者带来很大的困扰。基本上都不涉及投资市场准入、投资自由化和可持续发展等内容，已不适应当今市场的需求。中欧《贸易与经济合作协定》(第 12 条)规定中国与欧盟应当在公平与对等的基础上，扩大在促进和保护投资方面的安排。但该协定仅是一个框架性协定，并未对保护和促进投资流动做出任何具体设计。虽然为中国与这些欧盟成员国的国际投资提供了相对全面和实体性的保护，但从欧盟整体角度看，则缺乏完备性与协调性。

2009 年《里斯本条约》生效后，欧盟就具备了国际法主体资格，中国就可以跟欧盟谈中欧投资协定。

2020 年 5 月，欧盟 23 成员国签署了《终止欧盟成员国间双边投资条约协议》，约定将终止所有欧盟内部的双边投资条约，已经于 2020 年 8 月生效。。UNCTAD 的统计数据显示到目前为止全球双边投资协定数量共有 2896 个，生效的协定有 2337 个。当前正处于国际投资条约的改革期，不少国家在对待投资条约方面采取更加谨慎的态度。2018 年和 2019 年两年间终止的投资条约数量已经超过了新签署的投资协定的数量。新签署的投资协定在内容上更加精细化和均衡化。

三、投资准入问题

中国在制造业做出的全面承诺只有很少的排除在外（特别是在产能严重过剩的行业中），欧盟外国直接投资的大约一半用于制造业（例如运输和电信设备，化学药品，医疗设备等）。中国没有与其他国家做出如此深远的市场准入承诺。中国在汽车行业已同意取消和淘汰合资企业规定并致力于新能源汽车的市场准入

中国已经开始逐步开放金融服务业，并将承诺并承诺继续向欧盟投资者开放。银行，证券和保险交易（包括再保险）以及资产管理的合资企业要求和外国股权上限已被删除。中国将通过解除对北京，上海，天津，广州和深圳等中国主要城市的私立医院的合资要求来提供新的市场开放。

中国以前从未承诺开放外国对生物资源研发的投资。中国已同意不采取新的限制措施，并给予欧盟任何可能在未来取消的当前限制。

中国允许外商投资的电信业务“仅限于中国入世承诺开放的电信业务”，且“增值电信业务的外资股比不超过 50%（电子商务、国内多方通信、存储转发类、呼叫中心除外），基础电信业务须由中方控股（且经营者须为依法设立的专门从事基础电信业务的公司）”；并不包括前述云服务商业运营所涉及的 B11 互联网数据中心，以及 B12 内容分发网络、B13 国内互联网虚拟专用网和 B14 互联网接入四类业务，云服务一直作为禁止外商投资的领域进行管理。中国已同意取消对云服务的投资禁令。将向欧盟投资者开放，但其股本上限为 50%。

中国已同意对计算机服务的市场准入进行约束，这比当前情况有了很大的改善，将包括“技术中立”条款，该条款将确保对增值电信服务施加的股本上限不会应用于在线提供的其他服务，例如金融，物流，医疗等。中国将允许对相关的陆上辅助活动进行投资，使欧盟公司可以不受限制地投资于货物装卸，集装箱堆场和车站，海事机构等。允许欧盟公司组织全方位的多式联运的门到门运输，包括国际海运的国内航线。尽管 CAI 由于受制于单独的航空协议而未涉及交通权，但在计算机预订系统，地面处理以及销售和营销服务等关键领域开放。中国取消了对没有机组人员的飞机出租和租赁的最低资本要求，这超出了《服务贸易总协定》的范围。

中国将取消对房地产服务，租赁和租赁服务，运输的维修和保养，广告，市场研究，管理咨询和翻译服务等领域的合资要求；取消对环境服务的合资要求，例如污水，减噪，固体废物处置，废气清洁，自然和景观保护，环境卫生和其他环境服务；消除其 GATS 承诺中目前保留的项目限制。欧盟公司的经理和专家将被允许在中国子公司工作长达三年，而不受劳动力市场测试或配额等限制。允许欧盟投资者的代表在投资之前自由访问。

传统投资协定指投资保护。主要条款涉及外国投资的范围和定义 ；准入和开业 ；开业后国民待遇 ；最惠国待遇 ；公平和平等待遇 ；征收后的补偿 ；资金的自由转移及资本和利润的汇回 ；国家和国家之间、国家与投资者之间争端解决条款。

我国 BITs 对于国民待遇的适用范围主要是从两方面进行限定的：投资和投资者。只有符合这两个方面的双重标准，即只有合格投资者的合格投资才能享受国民待遇。

中国商务部颁布的 BIT2010 年模板草案，包括 18 个条款，投资定义也采用了基于资产并列举资产种类的方式，但与美方不同是：增加了前置条件，即要求外国投资者必须依照缔约国本国的法律；多出了“金钱请求权或任何其他与投资相关的具有经济价值的履行请求权”以及“法律或法律允许依合同授予的商业特许权，包括勘探、耕作、提炼或开发自然资源的特许权”两项。

中加 BIT 中的投资定义基本上参照了中方模板草案的内容，但取消了依照本国法律法规作为投资定义前置条件的要求，将“通过资本或资源投入进行经济活动承诺所获得利益”

纳入投资口径，但仍不 包含“执照、授权、许可证和其他根据国内法所授予的类似权利”。

美方 2012 年 BIT 模板采取了基于资产并列举资产种类的投资定义方式，与传统的以企业或商业存在为基础的投资定义和口径有很大的区别。投资是指“投资者直接或间接拥有或控制的具有投资特征的任何资产”，其特征包括资本或其他资源的投入、收益或者利润的预期或者对风险的承担。定义是一种宽口径、全覆盖的资本存量概念。并将协议赋予“涵盖投资”和投资者权利的描述进一步细化，扩大了投资规则所保护的领域与范围。美方在投资定义上的规定更为详细，强调列举所有符合要求的合同种类。在特许权方面，中方将其锁定在法律或法律允许依合同授予的商业特许权，而美方则要求根据缔约国国内法授予的类似权利均属于投资内容。

对于自然人投资者的国民标准，有的 BITs 采用的是国籍标准，有的是住所标准；对于公司等法人投资者，除较常采用的住所地标准和注册地标准之外，有的 BITs 中采用了管理中心所在地标准和主要营业地标准等。有的国家采用资本控制学说，或在定义条款里利用单独条款扩大投资者的范围，把任何一国投资者拥有实质利益的第三国公司包括在内，可以享受条约规定的国民待遇。如中韩协定（1992）和中日协定。

我国 BITs 对于国民待遇具体适用对象——“投资”的规定并不一致，概括起来可分为三类：一只适用于“投资”，范围最窄，如中冰协定（1994）；二是适用于“投资”及 “与投资有关的业务活动”，如中德协定；三是适用于“投资”、“收益”及其与“投资有关的活动”，如中韩协定。

四、投资待遇问题

（一）中欧 CAI 对于国民待遇、最惠国待遇、禁止的绩效要求和对高级管理人员和董事会的非歧视性要求的承诺，附件一和附件二采用负面清单的方法。 这意味着除已明确排除或保留的行业以外，所有行业均做出相关承诺。 任何保留都必须以现有（不合规）措施为基础，并且必须明确指出。 这意味着，如果某个行业没有被列入清单，则该行业已根据相关义务作出充分承诺。

缔约方在附件二中列出了各自免于执行同样承诺的保留行业，包括目前尚不存在不合规措施的情况（这就是所谓的“政策空间”）。对于影响市场准入的数量限制（例如所谓的“经济需求测试”或许可数量限制等）的承诺，附件三采用正面清单方法。这意味着双方都承诺相关行业在其要约中列出（不强加数量限制）。最后，附件四规定适用于公司内部调动人员和商务访问者的入境和临时居留的额外的保留条款和限制。

（二）、中国对外签署的 BIT 对于国民待遇主要有三种处理方式：（1）投资协定中规定没有国民待遇条款，但规定有最惠国待遇条款，如果中国根据其他协定给予第三国的投资者国民待遇，那么这些国家的投资者也可以通过最惠国待遇间接享受到国民待遇；（2）有条件的国民待遇条款，即缔约方给予缔约另一方投资者的投资以国民待遇；（3）在协定中规定国民待遇，并且不适用“依据缔约各方的法律法规”的措辞，但对双方给予的国民待遇做出保留。[1]

有国民待遇条款的 BIT，条款内容表述有区别，大致可以分为五种情形：

一是缔约一方应“尽可能”或“尽量”给与缔约另一方投资者国民待遇。如中英投资协定、中冰投资协定；

二是缔约一方应给与另一方投资者国民待遇。如中泰协定；

---

1 卢进勇、余劲松、齐春生著，《国际投资条约与协定新论》，人民出版社，2007 年 10 月第一版，第 257 页。

三是缔约一方，根据其法律和法规，为了公共秩序、国家安全或国民经济的正常发展，在实际需要时，给予缔约另一方国民和公司的差别待遇，不应视为低于该缔约一方国民和公司所享受的待遇，在正文中规定国民待遇原则，但在附件中对其加以实质性限制，

如 2005 年生效的中德《关于促进和相互保护投资的协定》第三条，“投资待遇 一、缔约一方的投资者在缔约另一方的境内的投资应始终享受公平与公正的待遇。二、缔约一方应给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动不低于其给予本国投资者的投资及与投资有关活动的待遇”。第三条第二款不适用于 （1）任何现存的在其境内维持的不符措施;（2）这种不符措施的持续；（3）任何对这种不符措施的修改，但修改不能增加措施的不符程度。中国将采取所有适当的措施逐渐地撤除这些不符合措施。第三条第二款所指的“活动”尤其包括但不限于：一项投资的管理、维持、使用、享有和处分。

“待遇低于”尤其指：限制购买原材料或辅料、能源或燃料、生产设备或操作工具的不平等待遇及其它具有类似效果的措施。因公共安全和秩序、公众健康或道德而采取的措施，不应视为第三条中的“待遇低于”。第三条并不要求缔约一方有将其依照税法只给予住所在本国境内的投资者的税收优惠、免税或减税待遇，扩大到住所在缔约另一方境内的投资者的义务。”再如中日协定及其议定书；

四是中国保证至少按现状给外资国民待遇，不再增加对外资新的限制措施，并承诺今后随着条件的不断成熟，逐步取消对国民待遇的有关限制，如中、日、韩政府《关于促进、便利及保护投资的协定》第三条 （ 国民待遇）规定“一、缔约一方在其领土内给予缔约另一方投资者及其投资的待遇，不得低于其在类似情形下就投资行为给予本国投资者及其投资的待遇。二、前述第一款不适用于各缔约方依据其法律法规制定的、在本协定生效前已经存在的、与本协议不符的任何措施（如有），以及对这些措施的任何修正或修改，但前提条件是修正或修改没有减损相关措施在修正或修改之前与本协定的一致性。对投资给予的待遇一旦承认，在任何情形下都不应低于原始的投资行为做出时给予的待遇。 三、如果可行，缔约一方应采取一切适当措施逐步消除本条第二款所指的所有不符措施。注：中华人民共和国确认，本条第二款中所指的该国的措施不应与 1988 年 8 月 27 日在北京签订的《中华人民共和国和日本国关于鼓励和保护相互投资协定》中第三条第二款、该协定议定书第三款不一致。”五是“缔约一方将对缔约另一方投资者实行国民待遇”。如中韩协议，中国完全接受了对外资实行国民待遇的国际条约义务。毕业论文 http://www.lw54.com

（三）国有企业条款

中欧 CAI 是第一份履行国有企业行为义务、全面透明补贴规则和可持续发展承诺的协议。近年来，欧盟委员会在审查中国国有企业的并购交易中，往往将同行业的中国国有企业视为“单一经济体”，夸大中国企业在当地发展的实际业务影响力，导致中国企业寻求并购扩张或建立合营企业时被相关监管机构开展具有针对性的反垄断调查、甚至给予交易否决等，严重影响国资背景企业的正常经营扩张。

依照欧盟法，分析国有企业的集中度的法律依据是私营公司与国有企业之间的非歧视原则，即《欧洲联盟运行条约》（TFEU）第 345 条和 2004 年的《关于经营者集中控制的第 139/2004 号条例》（以下简称《并购条例》）引言第 22 条中规定的公共与私营部门之间的非歧视原则。

为了确保在市场上相互自主运作的国有企业不会被错误地视为同一集团的一部分，《欧盟并购条例》还规定，仅应将组成具有独立决策权的单一经济体的企业一起考虑，以计算营业额并确定委员会是否对该交易具有管辖权。

除《并购条例》外，《欧盟经营者集中控制统一管辖通告》对国有企业的营业额的计算

提出了更明确的规定，指出未与其他国有企业进行任何协调的国有企业，应该被视为独立的，不应考虑其他国有企业的营业额。相反，如果几个国有企业由同一个独立的决策中心控制，则这些企业的营业额应被视为参与该交易的企业所属集团的一部分。

欧盟委员会在确定管辖权时应将其营业额包括在计算中。在实际操作中，欧盟基本遵循两步方案，首先分析该国企是否有独立决策权；如果没有独立决策权，下一步即确认最终有独立决策权的实体及该实体所控制全部企业的营业额，以决定集中企业的营业额是否达到了欧盟审查的门槛。

从实践来看，在涉及法国、德国、挪威等国有企业的并购案中，欧盟委员会一般认为这些国家的国有企业具有独立决策权，从而可视为“单一经济体”，而涉及我国国有企业的并购案，欧委会原则上认为，在适用《并购条例》时，属于中国政府尤其是国资委的实体应被视为同一集团，或欧委会在分析并购案交易各方的实力时倾向于将所有相关国有企业作为一个整体来审查。

在 2015 年中国广核集团联合法国电力公司（EDF）投资英国欣克利角核电站的审查中，首次将中国能源企业的营业额合并计算，这是欧盟委员会首次就有关中国国有企业的独立决策权问题作出结论。此案之前的一些案例因企业营业额不需合并计算就已经达到审查的门槛，所以对于国资委与央企之间的关系欧盟一直未有公开的明确定论。虽然本次交易 2016 年通过审查，但是本案影响深远。按照欧盟法，确定企业是否有独立的商业决策权对于竞争执法至关重要，其不仅是确定欧盟委员会是否对并购案件有管辖权，还是判定企业支配地位、并购交易、协议或国家措施对竞争的影响以及补救措施与罚款计算的重要标准。

本案确立的标准，即将同行业的中国国有企业视为“单一经济体”，会加大国有企业海外并购的不确定性与风险，企业还有可能遭遇不公平的法律后果。例如，如果一家国有企业被认定违反欧盟反垄断法，其可被处上一营业年度市场销售额 10%以下的罚款。但是，如按照同行国有企业被视为“单一经济体”的标准，这家违反欧盟竞争法的国有企业就可能被按照同行所有国有企业的市场销售额征收罚款。

2018 年 12 月，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）正式生效；CPTPP 是首次将国有企业写入协定章节的自贸区协定，体现了“高标准、高质量和高层次”的特征，将双边、区域贸易协定和国内制度及改革要求相联系，以规范成员国政府和企业行为。协定中的国有企业条款与澳大利亚、经合组织提出的竞争中立原则在本质上是一致的，旨在调整国际经贸规则，构建更加公平竞争的环境。

美国 2012 年 BIT 模板规定协定约束范围适用于国有企业及相关政府行为，国有企业与竞争中立问题成为美国在中美 BIT 谈判中的重大关切问题。

美方认为，中国政府对国有企业的各类补贴、信贷优惠及其他政策支持构成了对包括外资企业在内的私营企业的“不公正竞争”；中国国有企业往往不以追逐经济利益为第一目标，夹杂实现国家政治利益的动机。美方希望通过相关投资协定条款使中国政府加强对国有企业经营行为的约束与规范。

从本质上说，美国大力推行“国有企业和指定垄断”条款，旨在制约中国对国有经济的扶持，从而削弱中国跨国企业的国际竞争力。美方 2012 年 BIT 模板对国有企业的定义标准较为宽泛，除了中央层次外，还将省级、市级政府或者主管机关授权非政府主体行使政府职权也纳入规制范围。

其国有企业条款确立的竞争中立规则，主要目的在于消除由政府不当行为造成的资源配置扭曲，限制政府通过本国国有企业扭曲贸易或者阻碍投资，实现私人经营者与国有企业的

“竞争中立”，获得公平公正的待遇。由“国有企业与指定垄断”、“政府采购”和“竞争政策”三个部分规定，“国有企业与指定垄断”要求：缔约国确保其国企在进行商业采购和销售时基于商业考虑；其政府不得向国企提供非商业性帮助和支持(比如补贴、融资优惠、政府采购偏好和选择性监管)，对其他成员国利益造成不利影响或损害；互相分享各自的国企名单，说明政府对有关国有企业的所有权、控制权和所提供的非商业性援助的范围和程度；确保政府部门在行政许可与监管方面对国企和私营企业一视同仁(例如征用、发放许可证、批准商业交易、发放配额、收费等)。

中方草案模板和中加 BIT 并没有约定竞争中立规则，没有提及国有企业问题。中加 BIT 只是在 “适用范围”（第 2 条）中要求缔约方在协议中承诺的义务适用于“任何行使缔约方政府委托的监管或行政职权的实体”，这个实体当然包含国有企业。

（四）国家安全审查制度

2019 年由欧洲议会与欧盟理事会通过的《建立进入联盟的外国直接投资审查框架条例》（以下简称《欧盟外资审查条例》）正式生效，并在 2020 年 10 月 11 日正式实施。这是欧盟对于外商直接投资监管的一次里程碑式变革，在全欧盟范围内首次建立外国投资审查合作机制。由于《欧盟外资审查条例》显著扩大了外资审查范围，将对中国及其他国家企业对欧盟的直接投资带来深远影响。

美国在国家安全审查制度上存在的巨大不透明性，审查决策带有随意性并缺少清晰的流程和文本说明，这给外国投资者带来巨大的不确定性，中资企业已经吃了不少苦头，华为两次收购 3COM 受阻和中兴被美国以“威胁美国国家通信安全”为由，禁止进入 ICT(信息、通讯技术)市场；而三一集团的美国风电项目被指“涉嫌威胁国家安全”，被勒令无条件退出；中海油收购尼尔科受挫、西色国际收购尤金公司受阻、鞍钢收购美国钢铁公司受调查。

在 2014 年的第六轮中美战略与经济对话上，美方承诺将提高相关法规程序的透明度，双方承诺继续就审查程序中的概念进行讨论和解释。美国国会通过的外资监管相关法律授予总统和隶属美国财政部的外国在美投资委员会（CFIUS）自由裁量权（包括“一案一议”）。这是个模糊地带，在跨国投资审查中难以界定和衡量是否威胁国家安全。这是个“哑巴吃黄连——有苦说不出”说不清道不明的问题。

五、结语

世界经济发展的路径现在清晰可见，摒弃两次世界大战惨痛教训的贸易保护主义，已经成为各国的共识，虽然时不时的有些国家在个别领域依然采取保护措施，但是个别不代表整体趋势。在自由贸易的大旗下，两种不同的目标在引领着，一是朝向区域经济一体化发展，如欧洲联盟、美加墨贸易区、RCEP、 CPTPP；二是朝向世界经济全球化发展，这是人类社会正在进行的一场“大实验”。两种目标，在理论上既相互矛盾，又可以统一。二者的冲突在于一旦三大区域经济成熟独立，世界经济将被分割为三到五个不同区域，这将是新的“势力范围”，这种分割会导致各自为战的局面重新出现，届时历史将再次循环！如果三到五区域经济经济发展，只是一个“中继站”，之后继续融合统一，那么全球经济时代的“大实验”即告成功。届时,“大同社会”就出现，国家消亡，人类进入新境界。

核废水排海的国际法问题浅析

蔡倩怡 广东财经大学国际法研究所

摘要：日本政府于 4 月 13 日召开会议，决定在未来两年福岛核废水罐达到蓄水峰值后，将稀释过的废水排入大海，引发外界和当地渔民的猛烈批评，也引发出了大量的国际法问题。本文将对核废水排海的国际法律责任承担问题、海洋环境保护问题以及受损方的国际救济问题进行浅析后，对核废水排放的国际法规制进行探讨，提出国际社会应提升现有机制的有效性、充分发挥国际软法的作用、加强国际法律责任的私法救济途径。

关键词：核废水排海、国际法律责任、《联合国海洋法公约》

一、国际法律责任问题

（一）核废水排海的国际法律责任的构成

日本核电站以其储存能力预计在两年后达到上限为由，申请排放核废水入海，日本政府经讨论后同意了该决定。日本政府批准的核废水排放入海洋的行为构成海洋环境污染行为，违背了《联合国海洋法公约》各国有保护海洋环境的义务和责任的规定。而核电站运营公司——东京电力公司在排海、变成水蒸气排入大气、沿地下管道排入地底深处、电解处理以及固态化埋入地底这五种现存的核废水处理方案中，选择了经济成本最小但对环境损害最大的方式处理核废水。因此，在做出排海行为后东京电力公司便成为跨界海洋污染责任的责任主体之一。1960 年的《关于核能领域中第三方责任的巴黎公约》、1962 年的《关于核动力船舶操作者责任的布鲁塞尔公约》、1963 年的《关于核损害民事责任的维也纳公约》、1971 年的《海运核材料民事责任公约》这些公约都做出个人行为是跨界海洋污染责任的第一责任主体，国家只承担补充责任的规定。但在日本拟将核废水排海事件中，政府批准核废水排海决定成为了东京电力公司将来做出排海行为的有力支撑，故该事件中政府和东京电力公司应共同承担主要责任，而不做主要责任和补充责任之分。

在海洋污染事件中，引入国家责任可以约束国家的行为，促进国家更好的监督海洋环境的保护，也对弥补受害方的损失起到保障作用。引入个人责任，也是由于近些年个人造成海洋环境污染事件的频发引起了国际社会的关注。在跨界损害海洋污染责任中，不仅是由国家行为造成污染的后果，再将国家责任规定为海洋污染责任的主要责任者，已经不符合国际社会的现状，也不能有效阻止个人的污染行为。个人的污染行为中又包含着国家不作为或消极作为等多重因素，为了更好制约国家和个人的行为，更好的保护受害方的权利，应视情况分配个人责任和国家责任。

（二）核废水排海国际法律责任的免除

在国际社会中国家责任和个人责任通常都采取严格责任制。但这种严格责任制在一定的条件下也可以免责，在他国以有效的方式同意、自卫行为、不可抗力或偶然事故、危难与紧急状况时国家责任可以免除；存在战争行为、敌对行为、国家内乱和暴乱行为、不可抗力、基于第三方责任造成的损害，个人可以免责。核废水排海事件中，国家和东京电力公司是否存在危难与紧急情况这种可免事由？危难与紧急情况的免责事由，是指为保护本身的根本利益、应对严重而紧迫的危险不得已而做出的违反其承担的国际义务，但会严重损害他国利益的行为。可知，日本拟将核废水排海的行为并非是为应对紧迫的危险而不得已做出的行为，故不属于危难与紧急情况，也不属于其他可免责的情况。因此，日本政府和东京电力公司拟将核废水排海的行为不存在可免责的情形。

二、海洋环境保护问题

（一）核废水排海的国际标准

迄今为止，国际上并不存在核废水排放入海的先例，不存在核废水排海的国际标准，更不存在国际第三方机构对处理后的核废水进行检验再排海的规定。在《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》（以下简称《伦敦公约》）的附件一指出对于未列入的放射物质倾倒入海的情况，缔约国应参考国际原子能机构的建议。此处也只是要求缔约过参考国际机构的排放建议，[1]并未赋予国际机构检测，规定排放标准的权利。《联合国海洋法公约》的第 207 条，第一款[2]要求缔约国制定相应的法律应对陆源污染与径流污染对海洋环境的影响并进行预防、减少和控制，但《联合国海洋法公约》对该条款却没有规定具体的标准与规则，只是用“应在最大可能的范围内尽量减少有毒、有害或有碍健康的物质”这种模糊的标准。据德国研究机构计算显示核废水若排放入海，放射物质 57 天便将扩散至太平洋大半区域，美国和加拿大也会在 3 年后受到影响，核废水排放带来的危害虽然无法具体的预估，但根据 2011 年日本福岛地震导致的核泄漏事件后，大量的物种出现变异的状况可以看出，核废水排海后将对海洋生物和人类产生巨大的影响。由于国际社会并无核废水排海的先例，在有其他办法处理核废水的情况下也要强烈抵制核废水排海这一危害全人类的行为。国际社会也要避免制定核废水排海的国际标准，避免打开核废水排海的潘多拉魔盒。

（二）核废水排海决定违反的国际法

日本作为《伦敦公约》的缔约国，其拟将核废水排入公海的行为违反了《伦敦公约》规定的禁止倾倒的义务。日本拟将运输核废水至公海后排入大海的行为符合《伦敦公约》的规定的“倾倒”。如日本将核废水倒入海洋后，将对海洋环境造成无法挽回的损害，将违背保护海洋环境质量，避免海洋受到污染的义务。日本还是《联合国海洋法公约》的缔约国，该公约也明确规定成员国应采取必要措施保证其国内管辖或控制下进行的活动，不损害其他国家的环境，并确保其进行的活动如果发生污染，不使活动造成的污染扩散到该公约行使权利的区域外。日被的核废水排海决定就将损害他国的海洋环境，会使污染扩散到公约行使权利的区域外，违反了《联合国海洋法公约》的第 192 条，保护海洋环境和质量的一般义务。

三、受损方的国际法救济问题

（一）受损方国际经济救济方式

在探讨受损方国际经济救济方式前，要现判断致损行为属于国际不法行为还国际损害行为。国际不法行为则是可归因于国家的，国家违反国际义务的行为，主要有终止不法行为、赔偿这两种方式；国家损害行为则是从事国际法不加禁止的活动造成的损害引起的责任，主要有国家专属责任、双重责任这两种责任承担方式。

国家批准排放核废水入海洋这种行为违反了国际义务属于国际不法行为，但是排放主体是私营企业，那么企业的责任也不容忽视，应适用双重责任制。受损方可以要求终止倾倒核废水行为、赔偿的方式。要求终止倾倒核废水的行为通常是由法院发布禁令的方式实施，也可由国际机构发布临时法令的方式实施，但对于国际机构是都有权发布停止违法行为的法令

---

[1]《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》附件一.第九条，第四款：“未列入附件一的放射性废物或其他放射性物质，在发给倾倒这些物质的许可证时，缔约国应充分考虑这一领域的国际主管机构（目前是国际原子能机构）的建议。”

[2]《联合国海洋法公约》第 207 条，第 1 款：“各国应制定法律和规章，以防止、减少和控制陆地来源，包括河流、河口湾、管道和排水口结构对海洋环境的污染，同时考虑到国际上议定的规则、标准和建议的办法及程序。

国际上还存有争议。[3]在国际实践中，国际机构发布的临时禁令主要限于外交抗议、声明，多属于政治性不具备实质性的禁令。停止损害是从“终止不法行为”中衍生出的一种适用于跨界损害的救济方式。核废水排放后，受损方可以要求排放国停止这种损害环境的行为，将损害控制到最低或缩小损害范围。赔偿中包含恢复原状、抵偿和补偿三种方式，其中恢复原状这种救济方式在核污染中适用的难度较大，核污染对人类、海洋生物造成的影响难以在短时间内恢复。补偿是发生核废水排放后的主要救济方式，可以用金钱衡量损害的程度，包括恢复原状需要的费用、生理伤害、渔业等经济损失的费用等，但在实践中难以准确评估造成的损失。抵偿则是要求责任国给予受害国非物质损害或精神损害的赔偿，可以采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉的方式。

（二）受损方权益实现途径

大多数受损方通过外交途径来实现其权益，多以声明、抗议的方式敦促损害过纠正其行为，但是外交途径的力度并不理想。外交途径解决问题，根本上依赖于损害过自觉主动旅行义务，建立完善健全的国际法律责任制度才是解决问题的根本途径。可以采取单方途径、司法途径和、联合途径这三种方式落实国际法律责任。具体来看，单方途径则是受损方，通过反措施来促使责任国终止步伐行为和赔偿损失，但采取反措施要注意其采取措施的程度要与收到的损害相对应，当损害过停止损害后则要停止反措施。采取反措施也要注意遵守国际法基本原则和强制性义务，不能使用武力等。司法途径，包括国际仲裁和国际诉讼这两种方式，受害国可以向国际法院提起诉讼要求损害国赔偿，受害人也可以向排放核废水的私人主体请求赔偿。随着跨界诉讼活动中外国与国内当事人平等准入机制的跨界损害民事责任条约的增多，诉诸国内法体系将是跨界环境损害领域越来越多采用的救济途径，这样可以避免国际上复杂的要求和限制，如用尽当地救济的前提条件。联合途径，则是联合其他国家或者国际机构，共同采用制裁的方式对损害国施压。如联合其他国家，共同采取对损害国的产品抵制行为；向国际原子能机构申请，要求国际机构监督日本采用其他方式处理核废水。

四、核废水排海的国际规制发展趋势

（一）提升既有机制的有效性

由于国际上无核废水排放入海的先例，故现有的《联合国海洋法公约》、《伦敦公约》等公约中未对核废水排海问题进行详细的规定。想要提升既有机制的有效性，则要从制定议定书和加强国际机构的合作两方面入手。

现有的国际条约只是用不得破坏海洋环境、排放其他放射性物质这样笼统的概念。这种笼统的概念有利于维护条约的稳定性，但不能解决其滞后性，为了应对当前及今后可能产生核废水处理的国际法问题，可以在相关的国际公约框架下制定议定书针对性的解决核废水的处理问题。如制定议定书规定核废水不得采用直接向海洋倾倒的行为，首先要明确发生倾倒后国家或私人主体应承担的国际责任，只有明确国际责任才能让各国严格的约束自己的行为，减少对海洋环境的破坏行为；其次要拟定核废水的处理方式，明确责任的同时还需要注意提供处理核废水的方法，明确规定处理核废水的方式才能让各国用最合理的方式处理核废水；最后要制定一定的激励机制促进各国积极履行议定书的约定，如设置资金上的奖励机制提高各缔约国的履约的积极性。

提升既有机制的有效性，还有赖于各国际机构的合作。联合国环境规划署织、国际原子能机构、等一些国际环保机构应联合起来。联合国际环境规划署加强统筹世界环保工作，促

[3] 邢爱芬，解彬：《论核电事故国际法律责任》[J].河北科技大学学报.2015-03(1).

进各国对核废水处理问题展开国际合作，用最环保的方式处理核废水，使核废水对人类、其他生物及环境的影响降到最低。国际原子能机构可以针对将核废水这种放射性物质的排海决定做出紧急的响应，迅速的采取行动制止这种行为，拟定辐射检测方案，监督后续处理方案等。这些机构还要联合应对污染环境的行为，采取协调一致的办法共同施压给损害国，从而维护海洋环境，维护人类及其他生物的健康发展。

（二）充分发挥国际软法的作用

核废水的排放属于生态环境保护范畴，国际治理机制问题属于科学和环境保护交叉的政治和法律问题，国际社会在这中问题上达成国际合作相对较容易。而安全使用核技术，尽可能的避免核泄漏事件的发生，如果加强各国在技术检测上的合作会涉及泄漏本国的核技术掌握程度，涉及了国家安全和军事问题。因此，各国很难在核技术的检测和监控上达成国际合作。基于核废水产生的问题具有法律性、政治性、军事性和国家安全性等多重属性，必须人情当前法律机制呈现出的多样化和碎片化的特征还会长期存在，难以在这一问题上达成国际强制法。因此，国际软法将继续发挥主导作用。国际软法出现的领域（如环境、人权等）都是那些具有高度国际共识却又极度敏感、存在相当多立法“瓶颈”的领域，暴露 出了国际合作中纷繁复杂的矛盾和冲突。[4]俄国在环境智力的基本理念上能较容易的达成共识，但在短期内制定有关治理的区域或多边条约尚不具备现实性，特别是环境问题的规制可能要求修改经济政策并且被认为是对发展和增长的限制。在国际社会遇到新的挑战时，软法应作为一种过度手段的硬法先导。总之，该问题所具有的多重属性要求软法还应继续发挥主导性作用。

（三）加强国际法律责任的私法救济

要求国家承担赔偿责任存在较多障碍，通过私法途径进行救济成为国内外学者认同的解决国际环境损害责任的一种发展趋势。[5]加强国际法律责任的私法救济是通过明确核电站运营人的责任，通过对核事故、核污水的溯源调查，评估核电站运营人应当承担的损害赔偿责任，从而缓解国际法律责任的履行困难。国际上有双重责任制度，但是没有对私人主体的承担多大的责任、什么类型的责任进行详细的说明，运营人除了承担民事赔偿责任，甚至还应承担刑事责任，只有对这些责任设置具体的评估标准、评估程序才能更好完善私法救济。国际法委员会近年的编纂重点也偏向国际环境损害的私法赔偿，《预防责任条款草案》和《损失分配原则草案》即有所体现。《损失分配原则草案》实质是个人优先赔偿与国家补充性赔偿相结合的一种分配模式。这种责任分配模式体现了跨界损害向私法救济倾向。但这种私法化的趋势并不代表否认或者弱化国家的国际责任，只是因为私立救济相对公里救济更容易实现，能更好的对受害方进行赔偿而设置的。但由于草案内容多为原则性的规定，国际社会还需要出台细化的规定，完善私法救济规则，让私法救济能更好的与国家救济相衔接，从而保障受害方的权益。

当然提升现有机制的有效性、充分发挥国际软法的作用和加强国际法律责任的私立救济并不是为了应对核废水排放的问题，而是以处理核废水，避免排放入海为主旨，力求找寻国际社会上可行的办法合理的处理核废水，形成一套处理核废水，降低对环境影响的办法，并监督核废水生产国按规定的方式处理核废水。

【参考文献】

---

[4] 万霞.国际法中的“软法”现象探析[Ｊ].外交学院学报，2005（2）：98.

[5] 那力，张炀.国际环境损害责任的私法化[Ｊ].当代法学，200（4）：113.

[1] 邢爱芬,解彬.《论核电事故国际法律责任——兼评日本福岛核电站事故的国际赔偿问题》[J].河北科技大学学报，2015（15）。

[2] 杨赟.《跨界海洋污染的责任分配制度研究》[J].西南政法大学，2014.

[3] 龙隆.《论跨界环境污染损害赔偿责任》[J].吉林大学，2011.

[4] 彭丁带,陈玮.《日本福岛核事故及其相关国际法问题探析》[J].江西社会科学，2011（10）.

[5] 李秀华.《海洋污染区域治理的国际法机制研究》[J].山东大学，2020.

[6] 张科.《陆源海洋污染的国际法规制》[J].上海师范大学，2020.

后巴黎时代共同但有区别责任原则的适用困境与重塑路径

曾文革 高颖 重庆大学法学院

摘要：共同但有区别责任原则作为国际气候法律制度的核心原则和制度基石，确立于《联合国气候变化公约》，在《京都议定书》实现具体化，在《巴黎协定》中得以继承与发展。后巴黎时代，共同但有区别责任原则在强调“共同责任”的基础上，趋向灵活性、程序性、动态性。在理论因素及政治因素的共同影响下，共同但有区别责任原则面临内涵模糊、属性不明、制度缺憾等适用困境。基于“原则-规则”的法律规范构造，后巴黎时代共同但有区别责任原则需在人类命运共同体理念指引下理解其应有之义，明晰共同但有区别责任原则的适用界限及标准，建构共同但有区别责任原则适用的保障制度。在此问题上，我国应当推动构建“气候命运共同体”，坚持捍卫共同但有区别责任原则及其法律属性，并完善国内应对气候变化的法律体系。

关键词：后巴黎时代；共同但有区别责任原则；原则-规则理论；适用标准；保障制度

共同但有区别责任原则（Common but Differentiated Responsibility，以下简称“CBDR 原则”）是国际气候法律制度的核心原则和制度基石，亦是发达国家与发展中国家在气候谈判中争论较大的议题。CBDR 原则首先确立于《联合国气候变化框架公约》（以下简称《公约》），《京都议定书》继承了 CBDR 原则，并将《公约》规定的附件一国家的减排责任具体化，确立了“南北国家二分法”的减排模式。由于“绝对二分法”责任分配模式引发美国等发达国家强烈抵制，导致气候谈判陷入僵局。《巴黎协定》（以下简称《协定》）以“国家自主贡献”的减排责任区分模式缓和了国际气候谈判僵局。在后巴黎时代，CBDR 原则呈现出一番新样态，由原来的“南北国家二分法”的强制差别转化为“国家自主贡献”的自我差别、由原来的实质性减缓承诺差别转化为程序性的支持和执行机制、由原来的静态差别转化为动态差别。CBDR 原则趋于灵活性与共同化的发展趋势调和南北国家减排责任分配的绝对化，鼓励更多的主体参与应对气候变化的行动。然而，却造成了适用边界较为模糊、执行机制缺憾等困境。从“原则-规则”理论上看，原则指导规则的适用和构建方向。[1]在“行动转向”的气候法律制度实施及机制构建的后巴黎时代，推进 CBDR 原则的合理解释并形成价值共识，对于《巴黎协定》实施机制的构建与完善具有重要价值。本文对 CBDR 原则的适用困境进行探讨，从“原则-规则”理论提出适用标准和制度保障两方面的重塑路径，以期为消除《巴黎协定》后续气候谈判的障碍提供助益。

一、后巴黎时代共同但有区别责任原则的理论溯源与发展样态

气候问题作为“全球公域”治理的重要领域，不可避免出现集体行动困境。CBDR 原则的提出与适用旨在公平分配发达国家与发展中国家的减排责任，实现形式公平与实质公平的统一，保障经济发展权与环境权的平衡。后巴黎时代，CBDR 原则的变革不仅体现在“国家自主贡献”的核心制度上，同时将实质性的减缓承诺差别转化为程序性的支持和执行机制。明确 CBDR 原则存在的法理内涵，把握 CBDR 原则的发展样态，是达成原则共识及指导规

【项目基金】国家社会科学基金项目“人类命运共同体理念下巴黎协定实施机制构建研究”（20BFX210）；中央高校基本科研业务资助项目（NO.2020CDSKXYFX009 资助）

【作者简介】曾文革，重庆大学法学院教授，博士生导师，主要研究方向为国际环境法，国际经济法；高颖，重庆大学法学院博士研究生，主要研究方向为国际环境法，国际经济法。

[1] 薄燕.《巴黎协定》坚持的“共区原则”与国际气候治理机制的变迁[J].气候变化研究进展,2016,12(03): 243-250.

则构建的基础。

（一）后巴黎时代共同但有区别责任原则的法理基础

法治不仅源于客观现实所需，又以坚实的理论基础为实现条件。应对气候变化的议题与缔约国经济、政治、环境等议题紧密相关，当发达国家和发展中国家经济发展水平与应对气候变化的能力建设存在差异时，CBDR 原则就有其坚持的现实意义。CBDR 原则存在于国际气候法律制度中不仅是因为发展中国家的据理力争，也不仅取决于发达国家在追求工业化进程中过度排放的历史责任和现实责任，更深层次的原因在于 CBDR 原则的存在与发展有其正当和坚实的法理基础。

从文义解释角度观之，CBDR 原则由两部分组成："共同责任"和"有区别责任"。"共同责任"是指国家无论大小和贫富对于气候变化采取共同行动，承担共同职责。"有区别责任"是指各国承担的减排责任并不是平均的，而是有区别的。二者的产生源于不同的理论基础：其一，"共同责任"的理论基础是污染者付费原则，即采取了行动造成气候变化的不利影响，无论国家大小、强弱都应该承担责任。污染者付费原则源于《里约宣言》（Rio Declaration on Environment and Development），污染费用应当由污染者承担。污染者付费原则反映了纠正性正义的理念，纠正了污染者通过向被污染者分配责任而伤害他人所造成的不公正，这一原则背后的逻辑在于要求污染者为其造成的污染支付费用，从而抑制污染的发生。实际上，CBDR 原则涵括了污染者付费原则，发达国家导致了气候变化，因此发达国家应该承担应对气候变化的成本。[2]其二，"有区别责任"的理论基础是气候正义。CBDR 原则最早在《公约》中阐明了有区别责任的两个逻辑基础：第一，各方对造成气候变化问题负有不同的历史责任。例如有数据显示发达国家的排放量是发展中国家的 2.3 倍，因而发达国家应承担更重的责任。第二，各方解决气候变化问题的能力不同。发达国家的资金和技术远超发展中国家，因而过分追求形式平等可能造成实质上不平等。

基于上述分析，我们认为 CBDR 原则的目标主要包括以下两点：其一，实现形式公平与实质公平的统一。无论《公约》还是《协定》条款实际上都立基于公平理论。《公约》规定："条约缔约国应在公平的基础上并根据其共同但有区别的责任和各自的能力来保护气候系统"。《协定》序言规定："以公平为基础并体现共同但有区别的责任和各自能力原则，同时根据不同的国情。"由此可见，公平构成了国际气候变化制度的核心，CBDR 原则的基础亦是公平价值，其发展体现了双重旨趣：承认与国家财富、权力和环境问题的历史性贡献之间的严重不平等相关的公平考虑；发达国家有必要向发展中国家提供适当的条件，以鼓励更多主体广泛参与减排。其二，实现经济发展权与环境权统一。CBDR 原则考虑区别对待的主要目的在于解决发展中国家因免受气候变化不利影响而付出的巨大经济成本。发达国家为了实现经济高速发展以损害环境为代价，造成了气候变化的严峻性。发展权与环境权是协调统一的，发展权的充分保障有利于为气候问题的解决提供必要的资金、技术支持，而良好的生态环境又可以为发展创造直接或间接经济利益。[3]环境权与发展权之间的平衡与协调以"可持续性"为支点，可持续发展无疑是解决环境问题的根本要求和最终目标。

（二）巴黎协定关于共同但有区别责任原则的成果样态

《巴黎协定》在其序言中明确规定："为实现《公约》目标，并遵循其原则，包括以公平为基础并体现共同但有区别的责任和各自能力的原则，考虑不同国情。"由此可见，《协定》

---

[2] LEE J. Rooting the concept of common but differentiated responsibilities in established principles of international environmental law[J]. Vermont Journal of Environmental Law, 2015, 17(1):27-50.

[3] 李雪平,万晓格.发展权的基本价值及其在《巴黎协定》中的实现[J].武大国际法评论,2019,3(03):31-46.

将“CBDR 原则+各自能力”发展成为“CBDR 原则+各自能力+不同国情”，在强调应对气候变化的共同责任时，也赋予不同缔约方自主决定权。后巴黎时代，CBDR 原则的发展趋势可以概括为“三性”：即灵活性、程序性、动态性。

1.灵活性：由原来的“绝对二分法”的强制差别转化为“国家自主贡献”的自我差别

京都模式规定了“南北国家二分法”的绝对区别责任，即发达国家的强制减排责任和发展中国家的道义减排责任，旨在强化履约能力，但这种“自上而下”的强制减排治理模式加剧了南北国家矛盾，过分的区别责任降低了发达国家履约意愿，为后续全球气候治理的发展积攒诸多隐患。[4]与京都模式相比，《巴黎协定》以“国家自主贡献”的自我减排模式将气候问题这一国际集体行动交由各国自愿参与决定，既保障了缔约方共同减排的功能，又避免了在区别责任与共同责任之间无谓纠缠。[5]此种模式实质上改变了 CBDR 原则原有的表述机理，又利于弥合发达国家和新兴发展中大国之间的巨大分歧。但是，此种模式的后果是增加了履约的不确定，《巴黎协定》促使应对气候变化的国际法再次回归“软法”特性。[6]质言之，这种以国家自主贡献为基础、以全球性参与为框架的灵活性责任共担模式，鼓励非国家行为体共同参与减排，有助于达成共识并共同实现减排目标。

2.程序性：由原来的实质性减缓承诺差别转化为程序性的支持和执行机制

《京都议定书》规定了截然不同的实质性减缓义务，并以完善的程序性框架作为补充，同时将发展中国家的利益纳入该制度的决策过程。但是，美国等发达国家并不支持《京都议定书》自上而下的且仅适用于工业化国家的定量减排的规定。基于此，《巴黎协定》将差别从实质性减排目标的差别延伸到程序性机制。在集体减排目标的引领下，更注重程序性规则的设置，比如资金支持、技术援助、能力建设等。虽然在实质性减缓承诺方面的作用有所减弱，但对于形成程序性的执行机制和支持机制的空间越来越大。[7]毋庸置疑，CBDR 原则将继续在资金支持、技术转让、能力建设和遵约方面发挥关键作用。

3.动态性：CBDR 原则关于差别的解释由原来的静态差别转化为动态差别

《巴黎协定》之所以能够在雄心勃勃的减排承诺和基于差别的公平分担之间达成微妙平衡，归因于其确立的动态化差别，主要表现在三个方面：其一，在 CBDR 原则基础上引入“不同国情”的要素变量，发展成为“CBDR 原则+各自能力+不同国情”的新范式；其二，在 CBDR 原则的实现方式上，规定了资金、技术和能力建设等相关差别条款，隐性区分了发达国家与发展中国家的不同责任；其三，在集体目标层面，《巴黎协定》基于循序渐进原则，要求缔约方不断提高自主贡献承诺，承诺的实现是连续和动态的。[8]动态化差别反映了从普遍的、无区别的义务，到通过规范提供隐性差别的规定，规范的适用允许考虑各国不同的特点。

二、后巴黎时代共同但有区别责任原则的适用困境及其根源

追踪溯源，CBDR 原则源于公平分配南北国家减排责任以达成政治诉求平衡。CBDR 原则促进了 20 世纪 90 年代国际环境体制的诞生，但是，由于发达国家与发展中国家的不同的

---

[4] 孙悦,于潇.人类命运共同体视域下中国推动全球气候治理转型的研究[J].东北亚论坛,2019,28(06):112-123+125.

[5] 李威.从《京都议定书》到《巴黎协定》:气候国际法的改革与发展[J].上海对外经贸大学学报,2016,23(05):62-73+84.

[6] CALLIESS G P , RENNER M . From Soft Law to Hard Code: The Juridification of Global Governance[J]. Ratio Juris,2009,22 (2):260-280.

[7] HUGGINS A , KARIM M S. Shifting Traction: Differential Treatment and Substantive and Procedural Regard in the International Climate Change Regime[J]. Transnational environmental law, 2016, 5(2):427-448.

[8] VOIGTC, FERREIRA F. 'Dynamic Differentiation': The Principles of CBDR-RC, Progression and Highest Possible Ambition in the Paris Agreement[J]. Transnational Environmental Law, 2016, 5(02):285-303.

经济发展水平和资源差异因素，对于 CBDR 原则的争议持续存在于国际气候治理制度谈判中，对原则的确切涵义和实施情况极具争议。《巴黎协定》谈判焦点同样集中在区分责任的主体和范围上，最终以灵活性的“国家自主贡献”的创新减排方式扭转了多边气候谈判的僵局，通过“一份具有约束力的文件”来管理 2020 年后的法律制度。《巴黎协定》因其要素灵活性使不同缔约方对原则的解释千差万别，同时也带来了共同但有区别责任原则的适用困境。

（一）后巴黎时代共同但有区别责任原则的适用困境

正如上文所述，后巴黎时代 CBDR 原则表现为更多的自主性、灵活性，CBDR 原则的落实依赖于国家自主贡献机制，缺乏强有力的保障执行机制。CBDR 原则的适用困境不仅表现在原则本身，同时也存在于 CBDR 原则的实施过程中。主要表现在以下三个方面：

1.内涵模糊：CBDR 原则的内涵模糊造成解释分歧

巴黎协定气候大会成功的根本原因就在于用“国家自主贡献”之名在名义上对 CBDR 原则做出调整，但实质内容并没有太大改变。[9]相较于京都时代的“南北国家二分法”，巴黎协定通过灵活性的国家自主贡献机制将《协定》所确定的“共同目标”交由各国自主实施，由此引发的结果就是各缔约国基于国家利益对 CBDR 原则作出有利于自身的解释。CBDR 原则本身就是欧盟、美国和发展中国家三方博弈的结果，对于该原则本身并没有统一的定义，在不确定性的趋势背景下，发达国家与发展中国家在“共同责任”与“区别责任”之间作出了片面解释，同时也引发了发展中国家之间博弈。具体表现为：第一，发达国家试图淡化和抛弃共同但有区别责任原则，片面强调“共同责任”，认为气候变化作为典型的全球性问题，需要国际社会共同应对，因此更加注重强调“共同责任”；发展中国家则认为发达国家具有不可推卸的历史责任，理应为气候问题解决承担更多的责任，因此更加强调“区别责任”。《巴黎协定》尽管淡化了《京都议定书》发达国家与发展中国家“两分法”的区别，但在减缓、适应、技术、资金、能力建设等方面都体现了 CBDR 原则。[10]第二，除了发达国家与发展中国家分歧外，发展中国家内部也存在较大争议。以“基础四国”为主的新兴经济体，除中国一直在坚持共同但有区别责任原则的法律地位外，其余三国开始摇摆不定。印度在重压下对欧盟“路线图”表示“不情愿地”支持，南非和巴西则表现出亲欧盟倾向。[11]因此，虽然 CBDR 原则长期被坚持适用，但缺乏统一的定义和公平合理的量化标准，对此造成较为模糊的解释分歧。

2.属性不明：CBDR 原则的法律属性存疑使其游离于“道义责任”与“法律责任”之间

CBDR 原则中的“责任”是指同质责任还是异质责任是 CBDR 原则需要明确的核心问题。同质责任是指同为“道义上责任”或者“法律上责任”，异质责任是指兼具“道义上责任”和“法律上责任”两种责任性质，现有立法并未对其作出明确解释。[12]此外，我国有学者认为 CBDR 原则兼具伦理、政治、法律多重维度的功能。[13]京都模式的失利促使《巴黎协定》采取了“国家自主贡献”减排机制践行 CBDR 原则，致使 CBDR 原则的实现依靠缔约国自主性。《巴黎协定》的法律约束力指的是整体上的法律约束力，并不包括一些具体规定，

---

[9] 李彦文,李慧明.全球气候治理的权力政治逻辑及其超越[J].山东社会科学,2020(12):168-176.

[10] 王海林,黄晓丹,赵小凡,何建坤.全球气候治理若干关键问题及对策[J].中国人口·资源与环境,2020,30(11):26-33.

[11] 曹明德.中国参与国际气候治理的法律立场和策略:以气候正义为视角[J].中国法学,2016(01):29-48.

[12] 陈贻健.共同但有区别责任原则的演变及我国的应对——以后京都进程为视角[J].法商研究,2013,30(04):76-86.

[13] 寇丽.共同但有区别责任原则:演进、属性与功能[J].法律科学(西北政法大学学报),2013,31(04):95-103.

从《巴黎协定》规定的条款来看，其主要是对于程序性规定有约束力，而缔约国需要采取的具体减排行为，依据自主贡献模式，依然是由缔约国自主来确定。

3.制度缺憾：CBDR 原则的具体实施缺乏制度保障

CBDR 原则是促使达成多边环境协议的有力武器，同时也成为美国等发达国家退约的砝码。缺乏强制力的国际经济法律本身使得国家，特别是西方发达国家在行为时可以“理性地”游戏于违法与守法之间，由于《巴黎协定》虚弱的法律约束力，依据 CBDR 原则所构建的一系列规则，比如国家自主贡献、资金支持、技术援助、能力建设等履约保障机制也缺乏强制性。《巴黎协定》通过的四年来，其实施效果不尽人意。发展中国家依然面临气候治理过程中的资金难题，美国退约、英国脱欧等逆全球化难题更是增加了气候治理的不确定性。《巴黎协定》描绘了包括透明度、五年盘点、遵约等在内的框架性监督机制，但是缺乏执行的具体规则以及规则不协调等问题使得上述规定被束之高阁。

（二）后巴黎时代共同但有区别责任原则适用困境产生的根源

后巴黎时代，CBDR 原则为了扭转京都模式下的气候谈判僵局，将不同利益攸关方纳入同一治理平台，采取了战略性的国家自主贡献模式，将减排责任的承担赋予主权国家自主决定。此外，国际政治力量的博弈也加剧了 CBDR 原则适用困境。

1.实践因素：共同但有区别责任原则本身源于国家利益博弈

20 世纪 70 年代，气候变化作为全球性问题逐渐得到世界各国的普遍关注。于国际立法而言，CBDR 原则从确立开始，各国就存在激烈争议。共同但有区别责任原则本身就是欧盟、美国和发展中国家三方博弈的产物，发达国家在广大发展中国家的压力下进行了妥协。《京都议定书》采取了绝对区分标准，即规定了附件一国家（发达国家）具体量化的减排义务和附件二国家（发展中国家）酌情减排义务。绝对的“南北国家二分法”的减排责任的后果是作为第一大国的美国在 2001 年宣布退出《京都议定书》，直接导致《京都议定书》第二阶段的承诺陷入僵局。基于此，自德班会议后的气候谈判基本放弃了京都模式的“南北国家绝对二分法”，强调国际社会共同应对气候变化的法律责任。巴黎协定大会上 CBDR 原则再次成为发达国家与发展中国家争议的焦点，甚至有些国家摒弃 CBDR 原则的法律地位。对此，《巴黎协定》要求所有缔约方根据自身能力和各自国情承担力度不同的责任，灵活性的减排责任规定才使得气候谈判的僵局得以挽救，再次重申了 CBDR 原则。但是，如何在后续谈判中将其加以具体化，依然存在很大的不确定性。

2.理论因素：后巴黎时代共同但有区别责任原则落实的不确定性

《巴黎协定》重申了 CBDR 原则，并赋予 CBDR 原则新时代内涵。与《议定书》相比，《巴黎协定》下 CBDR 原则一改往日的“南北国家二分法”，模糊了国家类别区分。从其条文来看，《巴黎协定》不仅仅规定了国家自主贡献的自我差别，同时在程序规则中也体现了不同类别的国家。在协定中“发展中国家”被提及了 36 次，仍然保留其特殊地位，但是，协定并没有做出具体定义。《巴黎协定》采用的灵活性方法意义重大，反过来却极大增加了应对气候变化的不确定性，各缔约方提交的自主贡献远不及巴黎协定的目标，事实上科学数据表明全球气温仍在上升。模糊性与不确定的后果就是使气候变化这一国际公共产品再次陷入集体行动困境。责任的模糊性必然会引发“搭便车”行为，发达国家逃避履行资金与技术支持，由此导致《巴黎协定》签署五年来全球气温仍在不断升高。

三、后巴黎时代“原则-规则”理论下共同但有区别责任原则适用的出路与实现机制

依法理而言，法的基本原则是构成法律规则、法律体系、法律部门的基本要素和神经中枢，原则指导规则构建并填补规则漏洞。CBDR 原则的重塑不应是浮于抽象的法律原则，而

是落实到具体义务的法律原则，即实现原则制度化，唯此才能解决 CBDR 原则的先天性约束力的不足及适用争议等困境。由此，本文拟从“原则—规则”理论分析 CBDR 原则的未来出路。“原则—规则”理论衍生于美国学者斯蒂芬·克莱斯勒（Stephen D. Krasner）提出的国际制度定义，即“国际制度是在国际关系领域，为了组织和协调国际关系而建立的默示的或明示的原则、规范、规则和决策程序。”[14]我国学者薄燕在此国际制度定义的基础上，融合国际法与国际政治的视角提出了“原则—规则”的分析框架。[15]从“原则—规则”理论分析框架出发，后巴黎时代 CBDR 原则需明晰 CBDR 原则的适用界限及标准，建构 CBDR 原则实施的保障机制，从原则与规则两个层面提出完善进路。

（一）“原则-规则”理论下共同但有区别责任原则内涵的应有之义

在“原则-规则”理论的分析框架下，首先需明确 CBDR 原则的应有之义。全球气候治理作为最严峻的全球治理难题，人类命运共同体理念可以作为 CBDR 原则重塑的基本理念，并为实现可持续发展的最高价值服务。人类命运共同体理念的核心在于：合作共赢、公平合理。合作共赢与公平合理，既是全球气候治理机制应体现的价值目标和伦理要素，也是全球气候治理机制建设和完善的基本旨归，两者相铺相成，相互作用。在人类命运共同体理念指引下，CBDR 原则可以从实施主体的多元性、减排责任的公正性、实施路径的多样化三个方面加以阐释：第一，实施主体的多元性。《协定》强调不同缔约方共同应对气候变化，保障了参与减排主题的广泛性，兼顾公平与效率，提升了国际社会共同应对气候问题的信心。[16]同时，《协定》第 6 条规定的市场机制有利于激发私人主体参与实现集体减排目标。人类命运共同体所体现的包容性理念要接受人类及非国家政府实体等国际行为主体或国际法主体在气候治理中的作用。[17]因此，未来全球气候谈判重视参与减排主体的广泛性。第二，减排责任的公正性。合作共赢是人类命运共同体理念的核心内涵，而公正是国际气候治理的首要价值。构建人类命运共同体，增进人类共同利益，就要求国际社会责任共担、利益共享。第三，实施路径的多样化。《协定》通过“国家自主贡献”创新性的减排模式将全球气候治理共同责任交给各个缔约方通过国内立法保障实施，在一定程度上发挥了实施路径的创新与多元，同时有利于弥合不同缔约方之间的差异。

（二）共同但有区别责任原则适用标准的调适

《国际法院规约》第 38 条第 1 款通常被认为是关于国际法渊源的最权威的表述。根据该条款，可以认为 CBDR 原则在控制气候变化的国际环境法领域内是具有约束力的法律原则，但仅限于在缔约国之间适用。国际社会对于共同应对气候变化基本达成共识，主要争议在于责任大小的区别。《巴黎协定》快速生效的关键因素在于 CBDR 原则形式上满足南北国家合理诉求，即发达国家与发展中国家共同承担减排责任，发达国家向发展中国家提供资金与技术支持。后巴黎时代 CBDR 原则的适用需要考虑以下因素：第一，CBDR 原则的适用边界。CBDR 原则不能在真空中适用，也不能以牺牲其他一切为代价。CBDR 原则的适用应当坚持“三个标准”：（1）不应减损《公约》的总体目标和宗旨；（2）应该认识并预先确定差异标准和其他类别；（3）当相关的差异不复存在时，它就应该不复存在。[18]如此，坚持

---

[14] 徐崇利.《巴黎协定》制度变迁的性质与中国的推动作用[J].法制与社会发展,2018,24(06):198-209.

[15] 薄燕,高翔.原则与规则:全球气候变化治理机制的变迁[J].世界经济与政治,2014(02):48-65+156-157.

[16] 陈贻健.国际气候法律新秩序的困境与出路:基于“德班-巴黎”进程的分析[J].环球法律评论,2016,38(02):178-192.

[17] 李寿平.人类命运共同体理念引领国际法治变革:逻辑证成与现实路径[J].法商研究,2020,37(01):44-56.

[18] BOVTE R. Common but Differentiated Responsibilities: Adjusting the 'Developing' / 'Developed' Dichotomy in International Environmental Law[J]. New Zealand Journal of Environmental Law, 2010, 14: 63-102.

CBDR 原则是对《公约》权威性地位的坚守，CBDR 原则所体现的“区别待遇”正是由于发达国家和发展中国家的经济、政治等各方面差异所致。第二，CBDR 原则的适用标准。CBDR 原则在国家主权与增进人类共同利益的发展权、环境权存在冲突时，显然应该适当限制国家主权的行使，以谋求人类共同利益；在绝对公平与相对公平冲突时，追求符合国际社会发展的相对公平。第三，CBDR 原则“差异化”实施。CBDR 原则最重要的要求是如何实现“差异化”，在国际环境法领域基本形成四种“差异化”的实现方式：第一种是情境化，义务用表述条件来表达，这些表述承认国家解决特定环境问题的不平等能力；第二种是宽限期，对资源较少或执行条约能力较弱的缔约方提供特殊便利的技术，允许发展中国家延迟执行的“宽限期”；第三种是广泛使用的资助型，包括技术转让、资金支持和其他能力建设等；第四种是争议较大的区别化，即不同类型的国家规定不同义务。[19]《公约》和《议定书》体现了“区别化”这一极端方法，由此导致气候谈判陷入僵局，《巴黎协定》综合运用各种差异方法来表达，才得以扭转气候变化多边谈判局势。在此趋势下，CBDR 原则的适用可以采用“绝对遵守规范，差别贡献规范”的规范表达，即：一方面发达国家和发展中国家具有实现《巴黎协定》减排目标的共同义务并遵守减少温室气体排放量的相同时间表，另一方面基于历史罪责和当前支付能力，要求发达国家为温室气体排放问题的国际解决方案提供资金及技术支持，在 CBDR 原则指导下作出不同形式的贡献。

（三）共同但有区别责任原则保障制度的建构

在“原则-规则”的法律规范结构中，原则指导规则的构建并填补规则漏洞。作为法律原则的 CBDR 原则对于国际气候法律规则的构建发挥指导作用。但是从目前的国际气候谈判而言，缔约国将 CBDR 原则当作政治的附属品和谈判砝码，扭曲 CBDR 原则本身所赋予的内涵，导致具体规范体系的谈判与 CBDR 原则脱节。20后巴黎时代，CBDR 原则指导应对气候变化的减缓、适应、损失损害、资金支持、技术转让、透明度、遵约等相关实施细则的制定，需要突破“原则”论的思维定势，从“原则-规则”理论视角出发，对于 CBDR 原则的运用实施规则加以完善，促进对于 CBDR 原则的理解与重塑。

1.制定 CBDR 原则指引下的缔约方具体减排责任的量化表和时间图

《巴黎协定》下 CBDR 原则的适用主要通过国家自主贡献方式，但其实施效果较差，主要原因在于减排责任的规定过于软法化，各国根据国情决定减排标准，缺乏法律约束力。环境领域立法多为原则性的规定，弹性较大、具体义务较少，缺乏保障性条款，违约成本较低。现阶段，需要采取“软硬兼备”的立法模式，制定 CBDR 原则指引下的缔约方具体减排责任的量化表和时间图。在立法技术上，可以采取《公约》的附件模式或者实施细则的形式。在立法策略上，兼顾区别责任，即每个缔约国都具有强制性的减排责任，只在具体减排责任的量化上加以区分，也可以采取“宽限期”的规定，即允许发展中国家迟延履行。[21]

2.构建多主体协同气候治理机制

所谓多主体协同，是指政府、市场和私人主体共同形成良性气候治理模式。针对特朗普

---

[19] PEEL J. Foreword to the TEL Fifth Anniversary Issue: Re-evaluating the Principle of Common But Differentiated Responsibilities in Transnational Climate Change Law[J]. Transnational Environmental Law, 2016, 5(2):245-254.

[20] 刘健,彭丽娟.“共同但有区别责任”内涵审视与适用研究——以国际气候变化谈判为视角[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2016,40(03):35-39.

[21] PEEL J. Foreword to the TEL Fifth Anniversary Issue: Re-evaluating the Principle of Common ButDifferentiated Responsibilities in Transnational Climate Change Law[J]. Transnational Environmental Law, 2016, 5(2):245-254.

“逆气候化”对于气候治理带来的挑战，城市、私人等非国家行为体在国际气候治理中发挥越来越重要的作用。在逆全球化背景下，市场、私人主体在气候治理中的作用集中显现，联合国气候变化第 25 届大会和将要举办的第 26 届大会对于市场机制和私人融资的主题讨论，实际上证明非国家行为体对于减排目标实现的重要意义。未来要推进碳市场机制连接并且形成完善的私人融资体系。此外，应对气候变化私人治理的全球民航案例[22]和应对气候变化私人治理的制冷剂案例[23]等案例的成功表明私人治理有利于填补政府监管的不足。当然，私人环境治理不仅在政府采取行动之前填补空白，同时在政府退出市场后，也可以填补空白。比如，特朗普在宣布退出《协定》的几个小时内，美国许多企业和投资者仍坚持表明致力于实现《协定》目标。可见，多元协同治理是全球气候治理的创新治理模式，形成多主体协同气候治理模式是未来全球气候治理体系完善的主要方向。

3.完善国际气候治理履约保障机制

《巴黎协定》确立了“灵活性”的国家自主贡献减排机制和“棘轮式”的“全球盘点+透明度+遵约”全方位履约保障机制。但是，《巴黎协定》的实施现状无法掩盖其缺乏强制执行力的弊端。《世界环境公约》的制定似乎已经发出一个警示信号：仅仅依靠非惩罚性的履约保障机制已无法应对全球气温升高，植入强大的环保义务履行的保障体系，突破传统的环境损害管辖权原则，只有这样才能有望阻止环境的进一步恶化。发达国家始终将其归为“软法”而不履行减排目标，因此，在未来的气候变化谈判中应当对其加以改进。首先，构建强有力的问责机制。CBDR 原则所呈现的“差别待遇”在尊重发展中国家利益的同时，无法确保发达国家履行资金支持和技术转让的承诺，因而需要强有力的问责机制，将《协定》差别化的程序性规定转化为考虑发展中国家利益的强有力的程序化框架。[24]问责机制的一个重要方面是对表现不佳实施“制裁或其他补救措施”。除了公开“点名羞辱”，不遵守的缔约国也应该面临更具体的责任追究。其次，可以考虑建立国际气候法庭。与其他环境问题不同，气候问题的复杂性、全球性与不可逆转性决定了气候案件需要具有专业知识的审判人员，由专业人员解决专业的气候问题，可以保障工作的有效性和司法性。[25]

4.细化对发展中国家资金支持、技术援助等能力建设的规定

CBDR 原则的“区别责任”也体现在对发展中国家的资金支持、技术援助等能力建设层面，能力建设对于有效应对气候变化至关重要。发达国家通过掠夺资源和破坏环境实现巨额经济价值，因而需向发展中国家提供援助以弥补造成的气候损害，这种义务是建立在“污染者付费”和“受益者补偿”的基础上。但是，一直以来发达国家对发展中国家的资金支持和技术援助“形同虚设”。基于此，在《巴黎协定》实施细则中应加强对发展中国家资金支持、技术援助等能力建设方面的规定，规定履行期限并规定惩治措施。此外，发展中国家也应加强自身技术能力及适应气候变化能力建设，以气候安全和灾害风险管理为切入点，全面提高应对气候变化决策支撑保障能力和气候变化科学研究水平。

四、后巴黎时代共同但有区别责任原则适用路径重塑的中国参与

2020 年全球陷入新冠疫情的后危机时代，中国国家主席习近平在多个场合相继发表“二

---

[22] VANDENBERGH M P, METZGER D J. Private Governance Responses to Climate Change: The Case of Global Civil Aviation[J]. Fordham Environmental Law Review, 2018, 30(1), 62-110.

[23] VANDENBERGH M P, METZGER D J. Private Governance Responses to Climate Change: The Case of Global Civil Aviation[J]. Fordham Environmental Law Review, 2018, 30(1), 62-110.

[24] HUGGINS A , KARIM M S. Shifting Traction: Differential Treatment and Substantive and Procedural Regard in the International Climate Change Regime[J]. Transnational environmental law, 2016, 5(2):427-448.

[25] BANTHIA V. Establishing an International Climate Court[J].Journal of Environmental Law and Litigation,2019,34:111-128.

氧化碳排放力争于2030年前达到峰值，努力争取2060年前实现碳中和”的言论，并将其写入中国“十四五“规划，展现了我国致力于实现碳中和承诺的雄心与大国担当，同时也迎来塑造全球气候治理中国国际话语权的契机。在“行动转向”的后巴黎时代，遵循“理念-原则-制度”的路径，积极推动形成“气候命运共同体”理念，坚持捍卫CBDR原则的法律属性，并完善国内应对气候变化的法律体系。

（一）积极推动构建“气候命运共同体”理念

气候问题涉及一国经济、政治、技术等多领域问题，不同利益主体的利益诉求不同，在此背景下，需要寻求兼顾各方利益诉求的理念。气候问题的复杂性与不可逆转性需要国际社会共同治理，没有任何国家可以独善其身。中国提出的人类命运共同体理念正是弥合差异与协同行动的重要理念。以全球公共利益为根本，以合作共赢和共建共享为理路，通过平衡各国利益与能力，保障发展中国家与发达国家的不同利益诉求，合理分配减排责任，实现经济发展权与环境权的衡平。气候命运共同体是人类命运共同体在气候领域的具体表现，人类命运共同体在世界范围内形成广泛认同并载入《联合国宪章》，气候命运共同体只有得到国际社会的普遍认可和接受后，才能引导高效的全球气候治理。[26]

（二）坚持捍卫共同但有区别责任原则及其法律属性

CBDR原则是发达国家向发展中国家提供资金支持、技术转让和能力建设的法律依据，也是中国极力推动的结果。作为最大发展中国家和排放大国的中国，发展中国家的身份并未改变，理应坚持捍卫CBDR原则在国际气候法律制度中的核心地位，维护发展中国家的整体利益。全球气候治理作为典型的全球公域治理，在国际无政府状态下的全球环境公共产品供给很容易陷入埃莉诺·奥斯特罗姆（Elinor Claire Awan）所称的“集体行动困境”，而CBDR原则正是化解集体行动困境的武器，通过设定区别责任将不同类型与不同发展阶段的国家纳入同一平台，通过设定共同责任避免有些国家搭便车的行为。[27]CBDR原则必须捍卫并且一切规范制度必须受CBDR原则制约。美国退出及欧盟领导乏力的国际政治背景为中国塑造CBDR原则动态解释话语权提供契机，一方面通过双边谈判或者小多边谈判稳固与欧盟、加拿大等国家的合作关系，另一方面利用基础四国的影响力，维护发展中国家的整体利益。[28]在此基础上，坚持和捍卫CBDR原则的法律属性，建立全球共同应对气候变化的法律制度。

（三）完善国内应对气候变化的法律体系

碳中和愿景的实现需要以国家强制力为后盾，通过立法手段助力碳减排长远目标实现。中国《应对气候变化法》仍未出台，将会制约碳中和愿景实现。现阶段，中国需加快《应对气候变化法》的立法进程，并以此为基础形成包括行政法规、地方规章在内的法律体系。[29]具体而言，中国《应对气候变化法》应涵括以下内容：第一，为了保障应对气候变化多元共治的治理格局形成，应形成政府推动、市场引导、公众参与的应对气候变化法律原则。第二，将《巴黎协定》的减排义务和碳中和目标纳入国内立法，以法律保障国家高水平履行国际公约义务。第三，《气候变化法》的内容可以借鉴国外立法及我国《环境保护法》的立法体例，但要突出强调应对气候变化的全球性与复杂性。内容包括但不限于减缓、适应、碳排放交易、奖惩制度、法律责任等内容。第四，我国气候变化法的制定要体现不同功能区“区分原则”，

---

[26] 王瑜贺.命运共同体视角下全球气候治理机制创新[J].中国地质大学学报(社会科学版),2018,18(03):26-33.
[27] 寇丽.共同但有区别责任原则:演进、属性与功能[J].法律科学(西北政法大学学报),2013,31(04):95-103.
[28] 肖兰兰.后巴黎时代全球气候治理结构的变化与中国的应对策略——基于美国退出《巴黎协定》的分析[J].理论月刊,2020(03):45-55.
[29] 朱炳成.全球气候治理面临的挑战及其法制应对[J].中州学刊,2020(04):56-62.

旨在实现经济发展权与环境权的统一。区分不同功能区的减排责任：城市化区域实行严格的气体变化减排责任，农产品区域以适应气候变化为主，承担次要的温室气体减排责任，重点生态功能区主要支持其保护和修复生态环境，不承担强制性减排义务。

此外，推进全国碳市场建设。中国《碳排放权交易管理办法（试行）》已于 2021 年 2 月 1 日开始实施，标志着我国致力于构建全国碳市场建设目标。在此基础上，构建中国碳排放交易制度，将行业覆盖范围从高耗能行业扩展到具有较大排放增长潜力的行业，通过碳市场形成稳定的碳价格并调解碳排放预期。[30]同时，在时机成熟时可以引入碳税，形成政府宏观调控与市场调节的良性运转。

五、结语

随着《巴黎协定》及实施细则的生效，国际气候治理迈入了“行动转向”时代，我们不得不思考共同但有区别责任原则的有效性以保障具体制度实施。后巴黎时代，共同但有区别责任原则通过国家自主贡献减排机制及资金支持、技术援助、能力建设等核心制度予以适用，呈现出灵活性、程序性、动态性之势，旨在调适京都模式“南北国家绝对二分法”的失序，同时将不同类型的国家纳入同一制度平台，共同参与全球气候治理。然而，共同但有区别责任原则的内涵模糊与法律属性不明的理论因素及发达国家与发展中国家的政治博弈的实践因素共同造就了诸多适用困境。基于此，本文认为在人类命运共同体理念指引下，基于“原则-规则”的法律规范结构，寻求共同但有区别责任原则的新内涵，明晰共同但有区别责任原则的适用标准，建构共同但有区别责任原则适用的保障制度，将浮于抽象的法律原则落实到具体义务的法律原则，推动应对气候变化国际法律实施机制的构建。在此问题上，我国应当推动构建“气候命运共同体”，坚持捍卫 CBDR 原则的法律属性，并完善国内应对气候变化法律体系。申言之，共同但有区别责任原则的争议由来已久，期冀各国本着人类共同利益的共识，共同实现《巴黎协定》减排目标。

The application of the principle of common but differentiated responsibilities in the post-Paris era dilemma and remodeling path

Zeng Wen ge　Gao Ying

Abstract：The principle of common but differentiated responsibilities, as the core principle and institutional cornerstone of the international climate legal system, was established in the United Nations Convention on Climate Change, which was concreted in the Kyoto Protocol and inherited and developed in the Paris Agreement. In the post-Paris era, the principle of common but differentiated responsibilities tends to be flexible, procedural, and dynamic on the basis of emphasizing “common responsibility.” Under the combined influence of theoretical and political factors, the principle of common but differentiated responsibilities is faced with application dilemmas such as ambiguous connotation, unclear attributes, and institutional shortcomings. Based on the “principle-rule” legal norm structure, the principle of common but differentiated responsibility in the post-Paris era needs to understand its due meaning under the guidance of the concept of a community of human destiny, clarify the applicable boundaries and standards of the principle of common but differentiated responsibility, and construct a common

[30] 王灿,张雅欣.碳中和愿景的实现路径与政策体系[J].中国环境管理,2020,12(06):58-64.

But there is a guarantee system to which the principle of differentiated liability applies. On this issue, China should promote the construction of a “climate destiny community”, adhere to the legal attributes of safeguarding the CBDR principle, and improve the domestic legal system to deal with climate change.

Keywords： post-Paris era; the principle of common but differentiated responsibilities; principle - rule theory; applicable standards; protection system

南海海域功能性区域执法合作机制的构建

陈璐 华东政法大学国际法学院

摘要：近年来，我国海上执法特别是在南海争议海域的维权执法实践取得巨大进展，中国海警与中国海事作为两大执法力量在南海区域与周边各国展开了多领域的海上执法合作，但同时存在着合作机制制度化体系化程度低，未能形成有较强法律约束力与执行力的区域执法合作机制。本文首先从国际关系理论中的功能性合作入手，根据欧洲一体化等国际实践分析了功能性区域合作的因素与情境。进而从理论、制度与现有实践提出了在南海构建功能性区域执法合作机制的三重可能，并针对当前构建南海功能性区域合作机制的困境提出未来创建南海功能性区域合作机制的路径。

关键词：功能性区域合作；海上执法；南海；

引言：问题的提出

随着我国海上执法体制的改革，2021 年 2 月 1 日，《中华人民共和国海警法》正式生效开始实施；2021 年 9 月 1 日，新修订的《中华人民共和国海上交通安全法》也将正式实施。这些立法举措面临了诸多国际社会的关注，甚至一些质疑，对中国海警、海事执法海域的关切，是担心中国借执法力量在争议海域的存在巩固实际控制。南海争议海域的界定应当以争端国家之间有关南海海域及其底土，在权利归属方面存在分歧作为衡量的要素。[1]自上世纪 70 年代后，南海周边国家纷纷发表声明设立专属经济区或大陆架，并主张《联合国海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》）框架下的海域管辖权，与我国形成了海洋权益争端。目前除中越两国在北部湾领海、专属经济区和大陆架的划界协定以外，中国与越南、菲律宾、印度尼西亚、马来西亚、文莱始终未就海洋划界达成协议。面对局势复杂、安全形势不容乐观的南海海域，海上执法面临诸多挑战。由于海洋的跨界性与开放性，海上执法只依靠某个国家执法无法满足海上治理需求，执法机构间的国际合作是有效推进海洋治理的重要途径，也是降低争议海域敏感局势、加强危机管控和建立互信的重要举措。海上执法合作机制的建设不能一蹴而就。以国际法为载体构建南海争议海域执法合作制度需要从既往的经验和理论中取经，国际关系学中关于“功能性合作”理论和实践发展就是最为重要的源泉。事实上，在现今的国际海洋区域治理模式中早已有“功能主义”理论范式的身影，而海洋法学学者们往往从单独的领域入手进行间接分析南海区域海上执法合作机制的构建，尚未系统地对二者加以统摄性地研究。因此，笔者试图从国际关系中的"功能性合作"理论模型出发，抽象化地分析审视目前对于南海争议海域内功能性执法合作的模式，以期有所总结、有所助力。

一、功能性区域合作的因素和情境

长期以来，功能主义在欧洲一体化等区域合作的进程中发挥了重大作用。功能主义合作在国际关系的视角下论述更多，功能主义的集大成者戴维·米特兰尼（David Mitrany）认为，功能主义的核心在于聚焦国家间的共同利益和目标，他将国家视作国际合作的主要障碍，在批判国家并寻找超越国家体系路径的过程中构建起“功能主义”。以欧洲一体化为主题，论证了“跨国经济合作”能够造就国家间持续合作的意愿和信任。[2]功能性合作，不仅能磨合国家之间的差异和分歧，而且将逐渐消除国家之间的地理和政治界限。功能主义理论强调“外溢”，在诸如交通、通讯等 “低政治”的功能性领域合作必将发展扩大到其他领域的合作，

[1] 参见李志文：《我国在南海争议区域内海上维权执法探析》，载《政法论丛》2015 年第 3 期，第 92 页。
[2] *See* David Mitrany, The Functional Theory of Politics, London: St.Martin’s Press,1975.

在经济、社会和福利领域的合作最终会扩展到政治领域。《联合国海洋法公约》不仅依循海域路径(Zonal Approach) 将海洋空间划分为不同法律地位，还在功能路径(Functional Approach) 上形成了关于各项海洋使用的法律规范。围绕特定海洋使用亦即海洋法中特定功能领域的区域合作也被称为“功能性区域合作”。沿岸国(在一些情况下还包括海域使用国以及相关国际组织) 依据海洋法规定的合作义务，在特定海洋区域围绕特定功能领域开展制度化合作的过程，以及由此产生的合作机制、规范与措施等。

（一）功能性区域合作机制的动因是实现该区域公共利益

功能性区域合作的实践分析首先应当关注动因问题。“考虑国与国之间的关系主要应该从国家自身的战略利益出发”，国家利益的维护和实现是民族国家制定对外政策的最高原则和基本出发点。[3]全球化时代下，同一区域各国的国家利益之间存在高度的相互依赖性，区域合作必然建立在各国维护的利益具有公共性。公共性的范围，是参与该合作机制的全体国家和地区。回顾欧洲一体化进程，作为当今世界区域合作机制最成功的实践，欧盟的兴起、推进和最终形成是有着强烈的现实动因，甚至功能主义理论本身也源于该动因。作为两次世界大战的主战场，欧洲各国出于遏制战争、实现法德和解、恢复欧洲经济等原因，欧洲经济一体化首先从经营战略物资破局，成立欧洲煤钢共同体，继而成立欧洲原子能共同体，在逐渐达成经济一体化下深入社会政治领域，改善了欧洲经济社会乃至政治事务的治理并使欧盟成为全球影响力巨大的超国家政治经济集团。[4]区域合作的客观必然性是由所谓“配适性难题”决定的，意指用以解决环境保护等可持续性问题的治理体系的有效性，取决于相关机制的特征在多大程度上与人类企图治理的生物物理系统和社会经济系统属性之间相匹配。[5]

在某一具体领域的区域执法合作实践中，南太平洋《纽埃条约》是一个成功的案例。太平洋论坛渔业局成员针对捕捞检测与控制于 1992 年缔结了《关于南太平洋区域渔业监测和执法合作的纽埃条约》，其动机是协助南太平洋国家在其专属经济区广泛的海洋管辖范围内巡逻和执行渔业法律。该条约第 3 条提出了促进合作的要求，要求缔约方合作执行其渔业法律及条例，合作制定区域商定的渔业监督和执法程序，此外还签订了几项附属协议以实施《纽埃条约》。该协议鼓励缔约方根据国际法与非缔约方合作。在论坛渔业部门的推动下， 该区域也开展了多国渔业监测活动。十多年来，年度行动“KuruKuru”已经在大型专属经济区和公海区域进行了大量合规性检查，许多南太平洋岛屿国家以及澳大利亚、法国、新西兰和美国也参加该年度行动。[6]功能性区域合作基于共同的利益下，具有一定的开放性，也可以吸收区域外的国家基于对该区域的公共利益共同开展合作。

无论是区域性国际事务综合治理的实践还是区域性某一领域的执法实践均可得出，功能性区域合作机制的成功实践首先归因于该区域的国家拥有许多共同资源、国家之间利益相互依存。在国际法中，打击恐怖主义等强行法规则是受到世界各国公认的，而在一般领域，譬如不同国家针对海洋科研管理、海洋环境与生态保护等方面不同行为的认知是不同的。这些不同认知与争议海域相结合，就失去了对这些行为进行执法合作的基础。随着海洋非传统安全因素影响的加大，海洋经济的日益发展，同处一个海域内的国家在共同开发海洋、保护海洋环境与生态上存在着共同的目标。南海属于半闭合海域，我国与南海诸国在南海的利益存

---

[3] 参见《邓小平文选（第 3 卷）》人民出版社 2001 年版，第 330 页。

[4] 参见张正州：《现代社会治理：功能性府际合作与功能性政府建构——基于欧洲一体化研究的功能主义进路》，《黑龙江社会科学》2019 年第 3 期，第 55 页。

[5] O.R. Young, “Building Regimes for Socioecological Systems: Institutional Diagnostics”,（2008）.

[6] 参见施余兵、陈奥鑫：《构建“渐进式”的南海渔业执法合作》，《海南大学学报人文社会科学版》 2020 年第 4 期，第 12 页。

在争议争议之外更多的是利益的相互依存性，南海海域的功能性区域执法合作机制建立在南海周边各国对南海资源共同开发、利用和保护以实现可持续发展的动机之上。

（二）功能性区域合作机制作用的领域具有多元性

功能性区域合作机制往往从某一经济领域入手逐步扩展演变至政治等级更高的领域，“外溢”效力使得区域合作机制作用的领域具有多元化的发展趋向。根据“功能主义”理论的主张，区域合作从制约民族国家实现和平的宗旨出发，在“低政治”领域进行功能性合作，建立起功能性国际组织，区域合作会自动拓展，即某一功能部门的成功合作会刺激其他功能部门的合作，外溢作用的推动下，功能性区域合作机制作用的领域呈现多元化色彩。欧盟实际发展进程中，西欧先从经济领域入手，先后经历了关税同盟、共同农业政策、统一大市场最终形成经济货币联盟，合作领域不断深入并拓展。针对海洋执法的区域海上执法合作机制作用的领域也多种多样，尽管区域执法合作机制的构建存在关注单一领域和多个领域两种构建方式，但是这些合作机制几乎可以覆盖所有涉及海洋开发利用和管理的事项。作为一国在不同海域凸显其主权、主权权利和管辖权的重要方法，海上执法也是现代海权的重要内容。不论是针对传统海洋治理中的渔业执法与防治海盗，还是新形势下的海洋环境领域、海上救援与应急救灾、海洋安全领域等均有区域执法合作的实践先例。东盟海事论坛作为东盟国家的海洋安全合作平台，建立了一个以东盟为中心的国际多边合作机制。议题涵盖了包括防务、海洋安全、渔业合作、打击海盗、人道主义救助、科学考察等涉及海洋合作的各种领域。

功能性区域合作机制的构建存在仅关注某一领域，也存在关注多种领域的情形。功能性区域合作机制均会达成外溢的效果，从最初影响的领域扩展至其他领域，同时为实现其动机，功能性区域合作机制的作用下，各国合作均会有渐进式的发展，从低级转向更高级别的合作。波罗的海海洋监测合作组织与该区域的海事当局之间存在长期合作的传统，从最初人工交换报告逐步发展到自动信息交换机制实现自动数据共享，监测波罗的海潜在风险，联合打击海上非法越境活动。该组织自成立以来，为波罗的海区域的海军提供多边合作，通过信息交流与合作的方式加强了海上安全并在打击海洋环境中的非法活动做出了贡献。[7]就我国来说，渔业是较早进行海上执法合作的领域，目前我国与韩、日、越甚至苏联都签订了专门的渔业协定。《亚洲地区反海盗及武装劫船合作协定》是亚洲区域第一个专门针对打击海盗和武装抢劫船只的多边协议。同时上海合作组织国边防合作协定、中日通过《中华人民共和国公安部和日本国海上保安厅关于防止和打击海上犯罪活动会谈纪要》构建的执法合作机制，均明确了基于各方同意的基础上多个领域的区域执法合作机制。

（三）功能性区域合作机制的重要方式是提供区域公共产品。

二十一世纪以来区域公共产品的供给成为展开区域功能性合作的重要方式之一。区域公共产品中的优先供给项目主要包括：经济安定、安全保障、环境保护、信息共享、疾病防治等内容，而这些产品恰恰是功能性合作的核心领域或基本目标。[8]区域性公共产品是从全球公共产品的概念衍生而来的，区域性公共产品的收益扩展到区域内所有国家、人民和世代，在区域内不具有竞争性和排他性。若是某个多国家的区域中有共同的需求和共同的利益，但全球性国际公共产品供应严重不足或者无法满足其个性化需求，则区域内国家或国家集团可

---

[7] *See* Pekka Visuri, Timo Hellenberg and Hellenberg International Oy, “Regional Organization Report: Baltic Sea Maritime Cooperation”,2013,p.6

[8] 参见贺平：《区域公共产品与日本的东亚功能性合作———冷战后的实践与启示》，上海人民出版社 2019 年版，第 62 页。

以共同设计出一套安排、机制或制度，并为之分摊成本，并称为区域性国际公共产品。[9]随着综合国力的提升，自一带一路战略实施以来，我国从双边、多边的合作转变为主动参与区域安全合作，创构提供公共产品作为稳固周边安全与稳定的重要机制，中老缅泰湄公河联合执法合作机制就是典型实践。2011 年湄公河“10·5”惨案之后，中国迅速联合老挝、缅甸、泰国构建湄公河流域执法安全合作机制，四国执法部门在湄公河开展联合巡航执法，共同防范、打击和制止湄公河流域违法犯罪，共同应对突发事件和维护航运安全。经过四国的共同努力，中老泰缅湄公河联合执法合作取得了明显效果，提供区域安全公共产品的“中国方案”得到了有效验证。中国主导并提倡建立的中老缅泰湄公河联合执法合作，必然具有区域合作的非传统安全公共产品的内涵，让周边邻国共建和共享安全产品的收益。

公共产品的有效供给提高、成本降低、自主性增强，更容易得到认同和促进区域合作。[10]就海洋而言，海上公共产品包括与海洋开发密切相关的基础设施、服务项目以及各种政策法规。具体到各领域，海上公共产品种类多样，主要有：海上航道测量，使舰船可以在全球海洋的航道上可以安全航行；海上导航服务，例如卫星导航系统对海上航道的开辟和适用不可或缺；海洋气象预告，对海洋运输、渔业捕捞、沿岸晒盐作业等经济活动影响巨大；海洋卫星通信，为舰船、勘探平台、科考站等提供通信服务同时为海上灾难救援提供信息保障；海上安全保障，防止传统安全与非传统安全威胁维护海洋秩序；海上医疗保障，例如新冠疫情发生后，日本邮轮、美国航母的大型传播事件，席卷全球的疫情很大程度是通过海洋从一个大洲传播到另一个大洲。[11]功能性区域合作机制的重要方式是共同产品的提供，海上公共产品为区域性、全球性的海洋治理困境提供了解决方案,为地缘上接近的地区公共产品需求者和偏好相同者提供了合作的可能。对于区域性合作而言，由于有着接近地缘、相近发展需求和人文背景，区域公共产品的价值容易得到认同，更容易形成“集体合作”。区域内公共产品匹配性强，对应性突出，并能根据区域内行为体的行为偏好和实际需求统一调整，提高了资源配置与合作效率。

二、南海海域功能性执法合作制度构建的三重可能

（一）理论可能：功能主义与海洋命运共同体

第一，南海区域各国在执法上拥有共同利益与价值取向，南海的可持续发展目标亟需构建功能性区域执法合作机制。有学者认为在一个区域化正成为越来越重要政治现象的世界里，承认海洋中特殊的区域性利益是确保海洋制度达成全球性协议的唯一可行办法。当前全球范围内除欧盟以超国家体制在“欧盟海”的海洋政策一体化之外，其他典型的海洋区域合作均围绕特定功能领域展开。根据罗伯特·基欧汉和约瑟夫·奈等人的观点，通过国际制度和机制提供公共服务及相关争端解决和管控机制，增进各国政策的透明度和可预测性。在权力缺乏制衡的情况下，发挥区域性机制的作用以促进和平局面的产生和维持，推动合作的开展是一种必要和可行的选择。

第二，南海功能性区域执法合作机制主要涉及非传统安全领域，从实现海域各国的对该海域的共同治理目标入手。南海的争议海域主要争议点是基于《海洋法公约》下的专属经济区与大陆架的划界与管辖权冲突。同样作为半闭海的地中海地缘政治复杂，沿岸国对专属经

---

[9] 参见杨怡爽：《区域合作行为、国家间信任与地区性国际公共产品供给——孟中印缅经济走廊推进难点与化解》，《印度洋经济体研究》2015 年第 6 期，第 49 页。

[10] 参见陈小鼎：《区域公共产品与中国周边外交新理念的战略内涵》，《世界经济与政治》2016 年第 8 期，第 53 页。

[11] 参见杨震、蔡亮：《海洋命运共同体”视域下海洋合作和海上公共产品》，《亚太安全与海洋研究》2020 年第 4 期，第 71 页。

济区和大陆架的主张多有重叠，存在大量海洋划界及其他利益冲突。地中海国家在《海洋法公约》生效后，并未采取刚性的专属经济区制度，而是通过沿岸国的功能性国家管辖制度将其替代，以相对缓和的方式应对地中海管辖权冲突问题。自 20 世纪 90 年代末，西班牙、法国、克罗地亚、斯洛文尼亚、意大利等国沿岸国各国代替性地主张了有所差异的功能性国家管辖海域。通过推行“地中海计划”建立地中海海洋保护区，在实现海洋保护区基本功能的基础上，也承担了缓解地中海区域海洋划界争端的积极作用。地中海沿岸国的区域合作模式展示了功能性合作机制的成功可能。[12]与地中海相类似的南海区域，纷争的焦点主要是各国针对海域路径主张管辖权引起的冲突，强调功能合作，弱化海域路径才是南海实现和平与稳定发展的最佳选择。

第三，海洋命运共同体理论与“一带一路”的发展理念鼓励提供更多海上公共产品，为构建南海海域功能性执法合作制度提供了更深的理论支撑。2019 年 4 月，习近平主席在集体会见应邀参加中国人民解放军海军成立 70 周年活动的外方代表团团长时指出：“我们人类居住的这个蓝色星球，不是被海洋分割成了各个孤岛，而是被海洋连结成了命运共同体，各国人民安危与共”。海洋命运共同体是人类命运共同体的重要组成部分，包含各国共同承担海洋治理的责任，并共同享有良好国际海洋秩序所带来的共同利益的深刻内涵。建设海洋命运共同体需要以包括《联合国海洋法公约》在内的国际法为依据，以国际法基本原则为指导，以共同利益为导向，摈弃零和思维、 实现和平合作、互利共赢，在相互尊重中实现权利、义务和能力的平衡，实现海洋开发利用与生态环境保护的平衡，共同维护海上航行自由安全，共同推动海洋法治建设，促进海洋领域的国际法律规则向更加科学、公平、合理的方向发展。[13]海洋命运共同体是我国为国际海洋治理提出的中国智慧，在一带一路的推进下，我国将会提供更多区域公共产品促进功能性区域执法合作。

（二）制度可能：基于国际海洋法制度与国内海上执法依据

区域合作作为海洋区域主义所归纳或研究的对象，法规伴随着海洋区域合作的整个过程，既是构建合作的基础，也是合作过程中的产出物。

首先，《联合国海洋法公约》为南海功能性区域合作提供了法律基础。根据海洋法公约 122 条对于“闭合或半闭合海”的定义，南海显然属于半闭海，海水的流动性与交换性差，沿岸国应当善意履行其合作义务。关于半闭合海的规定，联合国海洋法公约第 123 条合作对象为三大功能领域。第 123 条(a) 至(c) 项罗列了半闭海内海洋区域合作的具体对象，即海洋生物资源的养护和管理、海洋环境的保护和保全以及海洋科学研究。第 123 条的罗列也使得这三大功能领域的相关法规被纳入了半闭海的海洋区域合作框架之下。区域合作的规定实际以功能路径跨越了国家管辖海域与公海。其中关于海洋环境保护区域合作(第 197 条、第 200 条、第 207 条、第 210 条等) 、海洋科学技术发展与转让区域合作(第 268 条、第 270、第 272 条、第 276 条等) 的规定不以海域的法律地位为限，关于海洋生物资源养护和管理区域合作的规定则包括专属经济区(第 63 至 64 条) 与公海(第 118 至 119 条) 两个部分。[14]海洋法公约对海洋区域合作义务的规定，使得南海功能性区域合作的构建具有更强的指引性。

其次，从区域层面，南海沿岸国就不同领域签订了一系列协议加强执法合作，构建功能

---

[12] 参见马得懿:《公海元叙事与公海保护区的构建》,《武汉大学学报(哲学社会科学版) 》2018 年第 3 期，第 90 页。

[13] 参见密晨曦：“海洋命运共同体与海洋法治建设”,《中国海洋报》2019 年 9 月 17 日。

[14] 参见郑凡: 《从海洋区域合作论“一带一路”建设海上合作》,《太平洋学报》2019 年第 8 期，第 60 页。

性区域执法合作机制。我国与南海争议海域国家签订了一系列包含共同执法内容的协定、备忘录等。海洋生物资源养护和管理方面，2000 年中越签署《北部湾渔业合作协定》并在 04 年进一步签订《中越北部湾渔业合作协定补充议定书》，加强渔业执法合作，养护和持续利用北部湾协定水域的海洋生物资源；海洋环境保护领域，在联合国环境规划署的带领下，中国参与制定和实施了一系列的区域海洋环境计划，包括西太平洋行动计划、改变南海及泰国湾环境恶化趋势项目。但目前为止，整个西太平洋区域尚未形成具有法律约束力的区域环境协定。[15]海洋科学研究领域， 中国与马来西亚签订的《中华人民共和国政府与马来西亚政府海洋科技合作协议》是我国与南海周边国家签署的第一个政府间海洋科技合作协定。两国还定期举行中马海洋科技合作联委会，确定中马海洋科技合作协定。中国与东盟国家全面、有效地落实《南海各方行为宣言》（DOC），2013 年中国与东盟国家开启“南海行为准则”（COC）磋商，2018 年就“南海行为准则”单一磋商文本草案达成一致，目前已对单一磋商文本草案完成一读。不管是《南海各方行动宣言》还是未来《南海行为准则》的条款都将从海洋环保、海洋科学研究、海上航行安全、海上搜救、打击跨国犯罪等领域进行功能性的执法合作制度构建。

第三，国内法层面，我国海洋法治起步较晚，但自进入新时代以来，我国提出海洋强国战略和海洋命运共同体理念，全方位强化海洋治理能力和治理体系现代化建设，海洋法治建设不断取得突破，为区域性执法合作机制的构建提供了制度上的可行性。除制定了《中华人民共和国领海及毗连区法》、《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》外，在海洋单行法律方面，就海洋维权、海洋环境保护、交通安全、渔业、矿产等领域形成了相应的配套法规。[16]从执法力量来看，自机构改革以来，我国目前海上执法力量主要是中国海警局与中国海事局。我国《海警法》已于 2021 年 2 月生效，明确了我国海警在海上治安管理、海上缉私、海洋源开发利用、海洋生态环境保护和海洋渔业管理五大领域行使海事安全、搜救、海洋生态资源保护等职责，同时海警法第八章还对作为我国主要海上执法力量的中国海警如何开展国际合作进行了更为细致的规定。作为我国海事局海上执法依据《中国人民共和国海上交通安全法》修订版也将于 2021 年 9 月 1 号开始实施，进一步提升我国的海上执法力量。

（三）实践可能：基于当前南海功能性区域执法合作

中国与南海各国在政治、经济、文化、社会等领域上展开了广泛的合作。南海区域各国基本上均为东盟成员国，在经济领域，中国与东盟的经贸往来密切，双边关系紧密，2020 年中国—东盟贸易额在新冠疫情下逆势增长，双方第一次互为第一大贸易伙伴，共同推动签署了区域全面经济伙伴关系协定（RCEP），双方高质量共建“一带一路”，稳步提升区域基础设施建设和互联互通水平，打造智慧城市、5G、人工智能、电子商务、大数据、区块链等新合作亮点。[17]中国与印尼、泰国、马来西亚、越南、斯里兰卡、马尔代夫、柬埔寨、印度等签署了双边海洋领域合作文件，建立了东亚海洋合作平台、中国—东盟海洋合作中心、中国—东盟海洋科技合作论坛等合作平台。在合作经费方面，2011 年中国宣布将设立 3 0 亿元人民币的中国—东盟海上合作基金，逐步形成中国—东盟多层次、全方位的海上合作格局。之后每年中国都与东盟国家就低敏感领域合作召开专家论证会等形式的磋商。在《中国

[15] 参见张晏瑜：《由法律视角论中国特色的海权合作发展模式》，《江苏大学学报（社会科学版）》 2020 年第 1 期，第 68 页。

[16] 参见孙书贤：《海洋行政执法——法律依据汇编（国家篇）》海洋出版社 2007 版，第 27 页。

[17] 参见：东盟跃升中国最大货物贸易伙伴 http://www.gov.cn/xinwen/2021-02/06/content_5585368.htm，2021 年 5 月 1 号访问。

一东盟战略伙伴关系 2030 年愿景》提出在协商一致基础上争取早日达成和通过一个实质和有效的“南海行为准则”。2017 年 8 月中国和东盟国家外长通过的“准则”框架是朝达成有效“准则”迈出的重要一步。继续加强务实对话和海上合作，提升互信与信心，包括用好外交高官热线，落实《中国与东盟国家关于在南海适用〈海上意外相遇规则〉的联合声明》和《关于未来十年南海海岸和海洋环保的领导人宣言（2017—2027）》等；鼓励中国—东盟蓝色经济伙伴关系，促进海洋生态系统保护和海洋及其资源可持续利用，开展海洋科技、海洋观测及减少破坏合作，促进海洋经济发展等。

当前，在《联合国海洋法公约》第 123 条所规定的海洋生物资源养护和管理以及海洋环境保护两个领域均有覆盖南海的合作，包括 1948 年在联合国粮农组织框架下建立的亚太渔业委员会，1981 年在联合国环境规划署“区域海洋项目”下设立的东亚海项目，由国际海事组织发起、全球环境基金资助并于 1999 年进入新阶段的“东亚海环境管理伙伴关系计划”等。[18]在打击跨国犯罪方面，2006 年 ，中国与东盟海上执法合作研讨会召开，会议提出加强海上执法合作，联手打击海上跨国犯罪。渔业管理上，中国与越南在北部湾有关渔业的共同执法是目前比较深入的执法实践。根据《中越北部湾渔业协定》，建立了共同渔区和渔业联合委员会，并规定了共同渔区的联合执法问题，包括执法管辖权、联合监督检查等方面。海警联合执法行动是区域执法合作的重要表现。2021 年 4 月 26 日至 28 日，中国海警与越南海警开展了北部湾联合巡航观察登检双方渔船，这是 2006 年以来中越海上执法部门在北部湾海域开展的第二十一次联合巡航行动，也是《中华人民共和国海警法》颁布实施后的首次海上联合巡航。下一步，中越海警将在《中国海警局与越南海警司令部合作备忘录》框架下，继续深入加强海上执法交流合作，共同维护北部湾海域安全稳定。[19]

三、南海争议海域功能性区域执法合作制度构建的困境

尽管目前我国与南海诸国已经在很多领域进行了较多执法合作，但仍尚未形成系统、体系化的功能性区域执法合作制度。

（一）海洋法公约自身缺陷造成南海执法冲突频发

《海洋法公约》自生效以来，一直作为世界各国管理和利用海洋的国际法依据。但由于海洋法公约在制度设计文字表述上的不完善之处，使得南海争议海域内的执法冲突层出不穷。有学者对《海洋法公约》管控南海局势的实效进行实证研究发现，公约在冲突强化效果（conflict-enhancing impact）比其和平促进效果（peace-promoting effect）更为显著。[20]

第一，《海洋法公约》未能平衡好领土取得制度与海域管辖权的冲突问题。联合国海洋法公约用一揽子的方式将包括海底在内的海洋空间划分为了不同的法律地位，属于国家管辖海域的包括内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架以及群岛水域，然而海洋法公约并未对于海岸相向或相邻的沿海国之间海域划界以分配海洋权益进行细致明确的规定。我国主张在南海诸岛的主权和历史性权利，很大程度上是基于国际习惯法，南海各国则完全根据海洋法公约围绕专属经济区和大陆架以声明、国内立法、提交外大陆架划界委员会的方式主张专属经济区与大陆架的划界。例如越南 1977 年《关于越南领海、毗连区、专属经济区和大陆架的声明》、文莱 1982 年《渔业法案》、马来西亚 2009 年向联合国大陆架界限委员会提交的外大陆架划界案等，这些相邻或相向的国家与我国基于习惯国际法在南海的权利主张重叠。

---

[18] 参见郑凡: 《论《联合国海洋法公约》半闭海条款在南海区域合作中的适用》,《政法论丛》2019 年第 6 期，

[19] 参见《人民日报》(2021 年 04 月 30 日 11 版)。

[20] Yann-huei Song & Stein Tønnesson，“The Impact of the Law of the Sea Convention on Conflict and Conflict Management in the South China Sea,”Ocean Development & International Law，2013,Vol.44,pp.235-269.

第二，《海洋法公约》条款规定的模糊性使得南海争端各国进行片面的援引与利己阐释。尽管我国与南海各国在争议海域的区域执法中均认同依据《海洋法公约》规定管理海域，但争端各国在争议区域的执法过程中大多片面援引公约规定，并把公约利己的部分进行最大化的诠释，对公约规定的顾及义务、区域合作义务等进行淡化处理。公约第 121 条在概念上对“岛屿”和“岩礁”进行了区分，但是并未对两者如何区分给出具体的标准，这就造成了我国与其他国家对南海诸岛法律地位认识上的分歧。海洋法公约也未对军事行动的界限进行明确规定，而南海争议区域执法主体不仅有行政执法主体，还包含了很多军事与准军事力量。针对军事与准军事力量的武力行为也会被国际法认定为执法行为，“军事行动”与“执法行为”界限的模糊，为越南菲律宾等规避其军事力量在南海射杀我国渔民的责任提供了籍口，增加了南海争议区域海上执法主体摩擦的风险。

（二）域外势力干涉过多动摇南海区域各国互信

南海问题归根结底是陆地资源日益枯竭，各国对海洋资源和海域主导权的博弈。南海声索国尽管与我国建立了多个合作机制，也与中国在和平解决争端与应对非传统安全威胁上达成一致，但仍然对中国心存疑虑。2021 年 3 月开始，菲律宾国防部长洛伦扎纳发声明称，200 多艘由“民兵掌控的中国渔船非法停泊在菲律宾所属的”牛轭礁，声称这是“对菲律宾的挑衅”，他表示菲海军将执行新一轮巡航行动，以确认中国渔船是否已经离开牛轭礁。菲律宾军方打算扩大美菲海上联合年度军演的规模，美军方也多次表达对菲律宾南海声索的支持。[21]

在南海问题上，美国及其盟国声称“中国在南中国海发动了针对国际法的战争”。有西方学者认为美国对南海地区的介入及中美之间的不信任感是南海地区安全合作机制建立的主要障碍。[22]美国对南海地区的介入是以所谓的“成本强加战略”为重要依据的。具体而言，美国对中国发动的成本强加战略就是以美国的优势军事力量为支柱，通过联合其在东亚的盟国，对中国发动军事遏制、政治包围、舆论孤立以及国际法律战，测算中国在南海问题上所耗费的财政、军事、安全、国际政治、国际形象、国际法律成本等方面的成本，让中国在南海的主张及行为上的成本大于收益，以遏制中国乃至拖垮中国，进而继续实行并维持美国及盟国自我定义中的全球治理中的南海秩序。[23]美国学者认为中国是南海区域执法合作的所面临的最大障碍，中国的海警船只总吨位轻松超越南海诸国的总和，中国利用海上执法实力，单方面将本国的法律强加于南海区域。中国海警在西沙群岛附近与越南、与菲律宾在斯卡伯勒浅滩附近、与印度尼西亚在纳土纳附近多次干预渔业争端，中国单方面战略的问题，缺乏公平性且未能抵制过度捕捞。为了向中国表明战争实际上是“长期的”和“大规模的”，美国必须在该地区保持强大的海军存在，以表明在必要时发动战争的决心。[24]日本在南海的举措与美国相呼应，首相菅义伟希望以实现“自由开放的印度太平洋”为目标呼吁加强合作，应对“共同面临的海上挑战”。日本共同社报道，日本国际协力机构与越南政府签署贷款协议，向越南提供六艘巡逻船，帮助越南提升海上救援行动和海上执法的能力。[25]日方抹黑中国在南海扩大海上和空中的种种活动一方面是将“争议地区军事化”的表现，另一方面就是要

---

[21] 参见：中菲“突然升温 是谁在带节奏，《中国青年报》 4 月 7 日。

[22] 参见[澳]萨姆·贝特曼：《不信任感成南海合作主要障碍》，《中国海洋报》2015 年 11 月 12 日。

[23] 参见涂少彬、江河：“全球治理与国际法治的中国策略选择——以南海地区安全合作机制建立为例”，武大国际法评论 2017 年第 6 期。

[24] Michael Perry: Cooperative Maritime Law Enforcement and Overfishing in The South China Sea,https://cimsec.org/cooperative-maritime-law-enforcement-and-overfishing-in-the-south-china-sea/ 最后访问 2021 年 4 月 30 号。

[25] 参见：https://news.ifeng.com/c/7fb9kZcLAof， 最后访问 2021 年 5 月 2 号。

单方面“试图改变地区现状”，而这会对日本产生直接影响。韩国向菲律宾海军捐赠药品、两国海军联合演习、韩国向菲律宾捐赠巡逻舰艇等。这些域外势力的干涉影响了中国与南海各国的政治互信，一定程度上阻碍了双方合作机制发挥作用。

（三）现有南海功能性区域执法合作机制自身弊端

首先，从现有合作机制来看，南海功能性区域执法合作中出现同一领域存在较多合作机制，执法合作机制的类别划分不清。比如针对反海盗、打击跨国犯罪和恐怖主义，中国-东盟海事磋商机制和亚洲地区打击海盗和武装抢劫合作协定都具有相应的执法合作，这就在一定程度上产生机制的拥堵，容易造成执法资源的浪费。

其次，南海功能性区域执法合作机制基本上以“备忘录”或者“指导原则”的形式出现，并不具备当然的法律效力。目前区域执法合作机制按照功能主义构建路径可以分为综合性区域合作框架机制与海上执法专项机制协定。从现有的海上执法合作机制看，许多执法机制是涵盖在综合性区域合作框架中建立的。我国与南海周边各国有《南海行为宣言》，规定和倡议各方在海洋环保、航行交通安全、海洋科研、海上搜救、打击跨国犯罪等五个方面开展合作，但国外学者普遍认为《宣言》仅仅是一份政治宣言，不具有法律上的拘束效力，只能作为一种“软法”、一项建立措施或临时安排。这种最为框架的基础协定，可操作性较低，难以直接发挥作用。在单一领域内，我国达成的海上合作机制主要表现为双边合作机制多于多边机制。2009 年中国、马来西亚《海上科学技术合作协议》；2013 年中国与文莱《中-文海洋环境保护及油气田开发谅解备忘录》；2017 年中国与越南《关于开展北部湾渔业资源增殖放流与养护合作的谅解备忘录》；2018 年中国菲律宾签署《关于油气开发合作的谅解备忘录》，这些谅解备忘录相较于框架协议是缺乏法律约束力的。除了合作机制大多以备忘录形式缺乏“硬法”约束之外，也较少有多边合作机制。由于两方共识比多方共识更益达成并在短期内有效解决实际问题，在南海各国间，双边协定构建起具有直接可操作性的执法合作机制。但南海的特殊地理性质，该海域内多国力量的博弈远远超过双边争端。功能性区域执法合作机制的构建中“多边”机制显然比“双边”机制更好的实现对南海争议海域的管理，符合各国的海洋利益维护。不论是综合性指导框架还是单一领域的合作机制，现有的合作机制均缺乏必要的监督价值，无法产生充分的法律约束力，合作开展主要依靠各国的自觉履行，执法合作的效果得不到充分保证。

四、南海争议海域功能性执法合作制度构建的进路

（一）创新制度模式，重视海洋法公约中海域的功能路径

“南海是一个东北-西南走向的半闭合海”[26]，由于海洋法公约自身的缺陷，使得南闭合、半闭合海与专属经济区制度的匹配度较低。南海沿岸国均是发展中国家，大多在《海洋法公约》形成过程中就已经开始主张专属经济区，未能像地中海那样区域性考虑南海岛屿、复杂地貌以及专属经济区对区域密集且历史悠久海洋适用的影响。在南海断续线内，南海问题的核心仍然是岛礁的主权归属，海洋法的发展赋予沿海国拓展海域管辖权的同时也加剧了对南海岛礁的争夺。当前整个南海在海域路径上的划分始终处于僵局之下，在断续内的争议海域内，海域的法律地位问题将继续对南海争议海域的功能性执法合作发展形成障碍。但是《海洋法公约》不仅依循海域路径将海洋空间划分为不同法律地位，还在功能路径上形成了关于各项海洋使用的法律规范。作为典型的半闭合海，地中海沿岸各国并未实行严格的专属经济区制度，而是以功能主义为导向，进行了创新性的应对方式。复杂的海域地理特征和诸多沿

[26] 参见国务院新闻办公室：《中国坚持通过谈判解决中国与菲律宾在南海的有关争议》白皮书

岸国对历史性水域的各类主张和诉求，要求地中海沿岸国对于管辖权主张必须保持一定的容忍度和克制。功能性国家管辖海域也以 200 海里为最大界限，但在具体界线主张上会有所保留并不损害沿海国可依照大陆架、专属经济去所享有的权利。这些克制性的主张不仅避免了划界的难题，而且降低了对半闭合海内航行的影响。例如西班牙未在与摩洛哥相对海岸、与直布罗陀海峡相邻的海域主张渔业保护区；意大利划定的生态保护区界限与突尼斯协议大陆架界限间流出了西西里海峡至地中海中部的公海走廊。[27]西地中海各国共识性的采取有差异的功能性国家管辖海域主张，以相对缓和的方式作为专属经济区的替代方式提出来应对地中海管辖权缺位或不确定问题。地中海功能性国家管辖海域实践得到了国际社会的合法性承认。

地中海的成功经验对我国的启发是重视海洋法公约的功能路径，使功能路径与海域路径并行。笔者建议首先针对无争议或争议较小区域划设相对克制的海洋生态保护区，主张对养护和管理海洋生物资源以及保护水下文化遗产的管辖权，通过明确管辖权范围在执法活动中进行更为有效的管理。南海管辖海域的不确定对海洋生物资源管理与养护、海洋环境保护、海洋科学研究等功能领域的执法合作造成了负面影响。淡化传统海洋法硬性的专属经济区制度，在南海确立起有弹性的功能性国家管辖海域制度，在推动功能性区域执法合作的同时亦可加强对无争议和争议较小海域的管辖。通过逐步明确划定管辖海域并在各功能领域制定更为科学的管理办法，既是履行《海洋法公约》规定国际法义务的需要，也是有效执行我国《渔业法》、《海洋环境保护法》、《水下文物保护管理条例》等功能性国内法的需要，也是推动南海争议海域功能性执法合作的需要。南海的国际治理具有 1982 年《公约》第 123 条的国际法基础，南海各国应该展开国际合作。我国主张的南海断续线在彰显中国利益的同时，并不否认南海周边国家的合法权益。各国可以在“共建共享”理念下展开国际合作，南海作为历史性水域，应该秉承海洋命运共同体理念，承载着包括中国在内的南海各国的“重大利益”。作为半闭海的南海，在海洋命运共同体构建中，南海各国针对南海海域特殊情况，可以灵活、务实展开半闭海沿岸国之间的国际合作。[28]南海各国应该有意淡化 1982 年《公约》的海域路径，重视《公约》的功能路径。

（二）依托地缘优势，推动政治互信达成执法合作框架协议

中国与东盟各国自古以来就是山水相亲，血脉相连。但由于海洋法公约自身缺陷，南海诸国在扩张本国海域管辖权时与我国产生了诸多摩擦，在域外大国势力的煽动下，功能性区域执法协作机制的构建过程中常有坎坷。2017 年南海仲裁案结束后，美日等国多次向中国发起国际法舆论攻击，并打着航行自由的旗号在南海横行霸道，美其名曰维护南海的稳定。南海各国必须摒弃政治歧见，通过和平方式解决争端，树立利益共享、责任共担的命运共同体意识。 尽管我国与南海周边国家存在海洋权益争端，但在处理与这些周边国家的国际关系上，应当发扬和平合作的传统，以 21 世纪海上丝绸之路为平台，夯实海上经济合作基础，拓展至与经济相关领域的执法合作。[29]近些年来，中国加大了与东盟的合作，尤其是一带一路与亚洲基础设施银行等重大战略设想提出后，东南亚国家在其中战略地位受到高度重视，双方合作迎来更大发展，中国向东南亚国家展示了维护地区和平稳定、开展务实合作的诚意。[30]在海上互联互通、航行安全与搜救、人道主义救援等领域与南海诸国进行了诸多合作，南

---

[27] 参见郑凡：《地中海功能性国家管辖海域实践及对我国的启示》，《法学杂志》 2019 年第 6 期，第 107 页。

[28] 参见马得懿：《海洋命运共同体：历史性水域的国际法阐释与演进》，《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》 2020 年第 5 期，第 136 页。

[29] 参见杨洁勉：《新时代大国关系与周边海洋战略的调整和塑造》，《边界与海洋研究》 2018 年 3 月第 19 页。

[30] 参见周玉渊：《东南亚海事安全合作的国际化：东盟海事论坛的角色》，《外交评论》 2014 年第 6 期

海诸国对联合执法有着共同的需要，都持开放的态度，但各国强烈的主权意识却对中国领导的执法有敏感的反应，担心会对其内政、安全形成干扰。

在海洋命运共同体的倡议下推动南海功能性执法合作机制的构建，努力达成执法合作的框架性协议。海洋命运共同体尊重南海周边其他国家合理的利益诉求，南海争议海域内所承载的海洋权利并非属于南海海域某一特定国家排他性享有，而应该是南海周边国家都可以依据历史性水域的理据和史实主张相应的权利。统筹国内国际两个大局，提高海洋外交能力，努力把握维权和合作的关系，积极推动建立危机管控机制，制定及时恰当的应对方案。[31]要通过大力倡导“共同开发”， 进一步突出海洋合作中的共同体意识。历史经验表明，任何共同体，只有合作才能长久生存、持续发展。[32]在海上搜救、海洋科学研究及海洋环境保护等低敏感领域，深度参与海洋制度构建，充分展示负责任大国形象以促进政治互信，为海上维权创造良好的政治环境。[33]2020 年新冠疫情影响下，我国与东盟互为贸易第一大方，中国在抗击疫情下为友邻提供了尽可能的帮助，中国与南海各国应抓住时机努力达成在南海区域海上执法合作的框架性协议，达成的措施越具体机制越成熟，合作将越容易推进，取得显著的效果。因此，框架性协议应当涵盖合作的宗旨、原则、合作的制度以及成立有效的机构组织等具体措施。要在对世界各海域具体实践的基础上，大胆设计出符合南海海域实际、更具创新的合作制度。区域执法合作机制的构建上秉持着先易后难、循序渐进的原则。先从非争议海域开展合作，然后推广到争议海域、更深领域的合作，非争议领域的合作较少涉及到南海沿岸国的核心利益，能够记起沿岸国开展合作的意愿，同时使得沿岸各国在非争议海域执法合作的经验基础上，推进争议海域的执法合作。

（三）完善当前机制，提高功能性区域执法合作质量

第一，根据功能性领域在设立南海执法合作常设机构。以湄公河四国联合执法为例，中国、老挝、缅甸、泰国签署发表《关于湄公河流域执法安全合作的联合声明》和《中老缅泰湄公河联合巡逻执法部长会议联合声明》，四方在湄公河流域建立联合执法机制，设立联合巡逻执法指挥部，作为协调联合执法行动和信息共享的核心，四方均派除联络官常驻并在本国设立联络点，与指挥部联系。以此为核心，建立起装备精良、国家保障为后盾的联合巡逻执法队伍，不断拓宽执法的广度，四国通力合作下，湄公河流域非传统安全威胁得到有效改善。[34]南海区域执法合作机制的构建中，应就海洋环境保护、海洋生物资源的养护、海洋科学研究三个功能领域的执法合作构建上，由各缔约国海上执法部门部长组成海上执法合作委员会，各执法部门实现一对一衔接。海上执法合作委员会下设海上执法合作指挥中心，负责执行海上执法的合作计划，并对执法队伍、执法方式进行调度与安排，对各国执法情况进行监督。

第二，缔结可操作性强的制度规范，设立南海执法合作机制的决策程序和监督机制，逐步形成适当区域组织。首先半闭海条款尤为独特地明确了以法定半闭海为合作的空间范围。虽然《南海各方行为宣言》规定“南海地区”为合作区域，但仍需进一步强调南海的半闭海性质，并明确“南海地区”的空间范围。在谈判中的“南海行为准则”等区域性文件当中，可对南

---

[31] 参见杨泽伟：《“论‘海洋命运共同体’构建中海洋危机管控国际合作的法律问题”》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》2020 年第 3 期，第 1 页。

[32] 参见秦亚青：《合作：命运共同体发展的铁律》，《国际问题研究》2020 年第 3 期，第 27 页。

[33] 参见金永明：《论海洋命运共同体理论体系》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》2021 年第 1 期，第 1 页。

[34] 参见王玫黎,陈悦：《中国—东盟在南海区域海上执法合作机制的构建——基于新时代总体国家安全观》，《广西社会科学》2018 第 3 期，第 52 页。

海的“半闭海”性质予以强调；在建立合作程序的规范性文件应以地理描述或坐标明确划定包括泰国湾与“出口”马六甲海峡在内的“南海地区”，并辅以“权利保留条款”，在一定程度上排除国家管辖海域争端与南海区域合作之间的潜在影响。根据公约中的海洋环境保护、海洋生物资源的养护、海洋科学研究三个功能领域就争议海域的海上执法合作行动进行细致磋商，形成兼具可操作性与法律约束力的制度规范。在各领域的海上执法合作机制构建中，要对执法合作委员会进行科学化的设置。参考国际组织的决策程序，选择多数通过或协商一致的决策程序实现执法合作委员会决策的效力。同时设立相应的监督机制来保证区域合作机制执法计划的推进，在对监督机制和决策程序的构建中，逐步形成海洋法公约第 123 条中鼓励半闭合海沿岸国展开协调与合作的“适当区域组织”。

第三，设立相应的辅助机制，提高南海执法合作的质量。作为各国主要的海上执法力量，海岸警卫的合作对于互信机制建立是重要的。[35]我国新生效的海警法第八章明确规定了中国海警局按照对等互利原则开展海上执法国际合作；在规定权限内组织或者参与有关海上执法国际条约实施工作，商签海上执法合作性文件。要在功能性区域执法合作中建立海上执法合作的交流机制，组建各领域单独的信息交流平台。通过组建定期的论坛、对话等形式，交换各方与海上执法相关的法律法规、政策文件、指导信息等，避免因信息不对称形成误解。建立海上执法人员的培训，解决区域执法合作机制中各国执法人员专业素质不一、综合能力参差的问题。同时要针对执法合作中产生的纠纷，成立争议争端解决委员会等争议磋商机制，并在海上执法部门间设置专门的联络窗口。面对执法合作过程中出现的海上执法纠纷，各方要对争议现状保持克制，争议争端委员会要积极促成进行当事人之间的协商，必要时针对具体事件成立专家调查组，通过专家调查报告、提出解决方案。

[35] See: Coast Guard Cooperation in the South China Sea：A confidence-building Measure? Asia-pacific journal of ocean law and policy,4(2019)28-52.

美国打击 IUU 捕捞战略探析——兼论其对中国的影响

陈盼盼 中国边界与海洋研究院

摘要：以 MSRA、H.R.774 和 SAFE 法案为标志，美国打击 IUU 捕捞战略可分为三个阶段，MSRA 到 H.R.774 实现了具体标准到国内管控体系的转变；H.R.774 到 SAFE 完成了管控体系之下的具体贯彻执行，并把打击 IUU 与国家安全并重，提升了 IUU 行为管控的紧迫性。以贸易管制为主要途径、以国内法律体系为主要依据、以美国优先为基本出发点，最终服务于美国构建“安全海洋网络”是美国打击 IUU 战略的主要特点。美国打击 IUU 战略在动机、内容方面具有明确的针对中国的目的，给中国远洋渔业环境带来了严峻挑战，加剧了中国鱼产品出口限制，另一方面，在美国紧缩 IUU 捕捞管控的同时，也倒逼了中国渔业管理体制机制的支撑力。美国打击 IUU 战略对中国实质性的影响巨大，但其潜在和长远的影响也不可忽视。

关键词：美国；IUU 捕捞；中国

一、美国打击 IUU 捕捞战略演变

1.第一阶段（1976-2007）

本阶段以推动建立管控 IUU 捕捞法律标准为主，通过在国内法律体系中补充和完善涉及 IUU 捕捞和海洋生物资源保护为内容的法律条文，使得打击 IUU 捕捞“有法可依”，重点聚焦明确 IUU 捕捞行为认定以及 IUU 捕捞行为识别和认证。

上世纪 50 年代和 60 年代，增长的鱼产品消费[1]、运输和渔业技术创新以及外国船队进入美国周边海域等因素导致渔业压力显著提高，渔业资源骤降[2]。作为回应，美国国会通过制定 1976 年《马格努森-史蒂文斯渔业保护和管理法》（Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act.，以下称 MSA）“立即采取措施保护和管理美国海岸发现的渔业资源”[3]。MSA 主要设计师之一 Magnuson 参议员解释说“立法主旨是提供一项保护和管理的机制与计划，以拯救和恢复我国领海的宝贵渔业资源”[4]。MSA 的主要目标是从美国渔业中获取最大可持续产量，从而在法案中规定了地区管委会[5]为每个下辖的渔场制定（以及必要时修改）渔业管理计划（FMP），以“要求实施保护和管理”[6]。MSA 成为管辖美国联邦水域海洋渔业管理的基本法律。

尽管具有了《渔业保护管理法》确立的监管框架、强制实施以及实现最大可持续产量的愿景，但是结束美国水域中的过度捕捞现象仍然是一项艰巨任务。在实施过程中 MSA 也暴露了自身弊端：缺乏停止渔业枯竭和重建全国渔业的必要要求。MSA 明确要求停止过度捕捞，持续实现全国渔业的“适宜产量”，但 MSA 规定的“适宜产量”应考虑相关的“经济”与“社会因素”，但未作进一步说明，从而导致渔业捕捞者有法律依据拖延实施具有积极意

---

[1] Warren G. Magnuson,《1976 年渔业保护管理法：改善海洋渔业管理迈出的第一步》，52 Wash. L Rev. 427,431(1977 年)(“美国的鱼产品消费增加了一倍以上，从 1978 年的约 31 亿磅增加到 1973 年的 70 亿磅”).

[2] 参阅 Eric Schwaab,《探明渔业资源，再论马格努森*史蒂文斯法：马格努森法实施三十五年后》，17 Roger Williams U.L Rev.14,16(2012 年)(举例而言，“此项增加的捕鱼压力从上世纪 50 年代开始至 1965 年导致新英格兰地区的底栖鱼捕捞量增长一倍以上。”)

[3] 16 U.S.C.1801(b)(1)

[4] Warren G. Magnuson,《1976 年渔业保护管理法：改善海洋渔业管理迈出的第一步》，52 Wash. L Rev. 427,431(1977 年)，第 439 页。

[5] 16 U.S.C. 1852(h).

[6] 16 U.S.C. 1852(h)(1).

义的捕捞限制措施。1996 年，美国国会通过制定《可持续渔业法》（SFA）来修订 MSA，尝试纠正阻碍全国渔业持续性的各种结构缺陷[7]。要求尽快“最长不超过 10 年，少数例外情况除外”恢复已被过度捕捞的鱼种数量。同时要求渔业管理计划须规定具体目标以及用于确定渔场何时出现过度捕捞的可衡量标准，并将“适宜产量”重新定义为“根据任何相关的社会、经济或生态因素减少的”最大可持续产量。

2007 年，美国国会再次干预，通过了《马格努森-史蒂文斯渔业养护和管理法再授权法案》（Magnuson-Stevens Reauthorization Act, MRSA）。MSRA 大大改进了 MSA，要求地区管理委员会在科学的基础上制定年度捕捞限量，该限量须确保排除过度捕捞，并实施严格的问责措施以防止和纠正超过年度捕捞限量的过度捕捞问题[8]。同时针渔业资源管理过程中出现的新问题——滥捕行为（非法、不报告、无管制捕捞行为）添加了与“应对 IUU 捕捞和保护海洋生物资源”的条款，提出建立“识别和认证程序”。该法案第 403 条依据《禁止公海流网捕捞保护法》进行修订，增添涉及 IUU 捕捞的第 609 条，提出比 IPOA-IUU 更为严格的本地化定义，具体列出针对与美国共享鱼种和高度回游性种群的过度捕捞活动。

2.第二阶段（2008-2017）

本阶段将打击 IUU 捕捞作为保护海洋生态环境的一项重要内容，以不断完善国内打击 IUU 法律体系为手段，利用联邦政府各机构以及州政府渔业管理部门等平台，推动各方在 IUU 鱼获产品、国际合作、法律执行、港口措施等方面打击 IUU 捕捞行为层面的协同合作。

2014 年 6 月 17 日，白宫发布了一份总统备忘录，题为“建立一个全面框架，打击非法、未报告和无管制的捕捞和海鲜欺诈行为”。除其他行动外，该备忘录还设立了跨机构工作队，其目的是在六个月内编写“关于实施综合方案综合框架的建议，以打击非法、未报告和未报告的捕捞和海鲜欺诈，强调最需要的领域”。2015 年 11 月，奥巴马签署了针对 IUU 捕捞行为的强制执行法，H.R.774-Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing Enforcement Act of 2015——全球第二个经济体专门打击 IUU 捕捞的条例。该法案对 MSA 进行了修正，以扩大执行权限，使违反条约或具有约束力的保护措施的行为也被纳入监管之中。后在 H.R.774 下确定了 15 项行动，将加强执法；建立和扩大与州和地方政府、工业界和非政府组织的伙伴关系；并建立一个基于风险的可追溯计划，以跟踪海鲜从收获到进入美国商业的全过程。该计划还强调了美国将与外国伙伴合作的方式，以加强国际治理，加强合作，并建设打击非法、未报告和未报告的捕捞和海鲜欺诈的能力。

同年，《安提瓜公约实施法》（Antigua Convention Implementing Act of 2015）也在国会予以通过。该法案修正了《公海流网捕鱼禁令保护法》（the High Seas Driftnet Fishing Moratorium Protection Act），1950 年《金枪鱼公约》（the Tuna Conventions Act of 1950），并废除了 1984 年的《东太平洋金枪鱼许可法》（The Eastern Pacific Tuna Licensing Act of 1984），在阻止 IUU 渔获产品进入美国港口和市场方面有很大的突破。

2016 年，《公海捕捞遵守措施法案》出台，规制悬挂美国国旗的船只在公海上从事捕捞行为《美国打击非法捕捞和水产品气爪的进口水产品可追溯计划》发布，联邦政府采取更严厉的措施，限制被列入“IUU 黑名单”的船只进入港口和使用港口服务。12 月《海产品进口监控计划》（SIMP）通过，该计划是一项基于风险的可追溯性计划，要求美国进口商提供并报告从收获点到进入美国商业点的 13 种进口鱼类和鱼类产品的关键数据，以打击 IUU 捕

[7] 参阅皮尤慈善信托基金与海洋保护协会，《保护美国渔业的法律：（马格努森*史蒂文斯渔业保护管理法）：它是捍卫者》，第 12 页。
[8] 参议院报告第 109 229 号，第 8 页。

获和/或虚假陈述的海产品进入美国商业[9]。

3.第三阶段（2018 年至今）

本阶段（2018 年至今）将打击 IUU 捕捞行为与国家安全维护并重，聚焦打击 IUU 法律体系的执行层面，以 2019 年通过的《海洋安全和渔业执法（SAFE）法》为核心，为政府管控 IUU 以及对海洋安全的相关威胁提供了一套完整的法律方法。

《海上安全和渔业执法》法案（The Maritime Security and Fisheries Enforcement Act，SAFE）于 2019 年 12 月通过，旨在提供政府整体对策，来打击 IUU 捕捞以及对海事安全的相关威胁。这个目标显著体现在该法第 3551 条，其要求建立一个机构间工作组，以同时实现上下级与平行机构间的合作[10]。该工作组汇集了 21 个机构，以便在全球范围内对 IUU 作出综合的、联邦政府范围的反应。该小组的主席和副主席职位在 NOAA、美国国务院和美国海岸警卫队之间轮换。

SAFE 于 2019 年 12 月 20 日成为法律。该法第二部分要求设立一个机构间协作工作组，以加强海上安全，打击 IUU 捕捞活动[11]。2020 年 5 月 7 日，总统签署了提升美国海产品竞争力和促进经济增长行政命令。行政命令要求各机构通过一系列国内和国际活动，加强合作以打击 IUU 捕捞活动。为实现该目标，行政命令更加注重各机构间程序的融合，而不是由各机构建立一个单独的程序。同时，SAFE 在第 3551（b）列举的机构组成的跨部门联合工作组义务，还成立了墨西哥湾打击 IUU 捕捞工作组分组。根据需要成立工作分组，开展履行法定职责的活动。我们也正在组建项目组，专注于完成特定任务或项目的任务。从而实现立体式的，有目的地建立和完善打击 IUU 捕捞工作组结构。

二、美国打击 IUU 战略动机与特点

美国打击 IUU 捕捞行为从聚焦管控标准到加强机构间合作再到具体执行，经历了“点—线—面”的发展历程。以维护渔业资源为出发点，以不断完善国内法律体系为手段，在全球范围内逐步推行符合美国国家利益的 IUU 管控标准是美国打击 IUU 战略的重要特点。

1.美国打击 IUU 战略动机

1.1 中国渔业领域影响力不断提升

党的十八大以来，国务院及地方政府认真贯彻渔业法确立的以养殖为主，养殖、捕捞、加工等并举的发展方针，依法规范管理渔业生产活动，推动我国渔业经济持续健康发展。2018 年，我国水产品总产量 6457.7 万吨，约占世界总产量的 40%，其中养殖产量 4991.1 万吨，占世界养殖总产量的 2/3 以上；渔业经济总产值 2.586 万亿元，其中渔业产值 1.28 万亿元，占农林牧渔业总产值的 10.7%，水产品加工率 41%，水产品进出口总量 954 万吨，进出口总额 372 亿美元[12]。远洋渔业方面，2018 年作业渔船已经发展到 2600 多艘，作业范围发展到全球 42 个国家和大西洋、印度洋、太平洋公海，船队总体规模和产量均居世界前列。进入新世纪，渔业生产主动适应国际国内两个市场需要，成为出口创汇的重要产业。2002 年，中国成为世界第一大水产品出口国，2018 年水产品进出口总量和总额均创历史新高，与 201 个国家和地区有水产贸易往来，是世界最大的水产品贸易国[13]。中国已经成为世界上具有重要影响力的渔业大国。

---

[9] 前 11 个物种的合规性从 2018 年 1 月 1 日开始。其余两个品种虾和鲍鱼的合规于 2018 年 12 月 31 日生效。

[10] Maritime SAFE Act Interagency Working Group on IUU Fishing | NOAA Fisheries

[11] Maritime SAFE Act Interagency Working Group on IUU Fishing, Work Plan (as of October 29, 2020).

[12] 全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查《中华人民共和国渔业法》实施情况的报告—2019 年 12 月 24 日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议

[13]

1.2 遏制中国海上力量的发展

美国认为中国是用捕捞当借口，实则扩张自身实力，如不加以阻止，美国的海上势力就会受到侵犯。2019 年美国向西太平洋派出了海警，理由便是中国的渔船在这里进行非法捕捞。美国以非法捕捞为由扣押中国的渔船，实际是打击中国彰显自身地位。美国海军实力尽管居世界首位，但其实影响力有限，主要集中在欧洲中东等地方。近两年中国海上实力发展迅速，美国方面对此非常警惕，抽调舰队以便了解中国的发展状况。海岸警卫队对于美国来说有重大的作用，可以独立指挥并且力量十分强大，其使用的武器同军队，加之美国法律赋予其较高的权力，使得其可以在海上除扣押其他国家船只外，还可对其他国家船只的行为进行压制。2020 年美国海岸警卫队发布的 IUU 战略展望中[14]，把中国列为了该报告中唯一受到特别关注的国家。认为中国拥有世界上最大的捕捞船队，估计有 3000 多艘船只的海上人民武装力量在公海和他国主权水域实施侵略行为，胁迫和恐吓合法渔民，以此支持中国长期海洋战略目标[15]。

1.3 南海扩张执法区域

2020 年 10 月 23 日，美国总统国家安全事务助理奥布莱恩表示，美国海岸警卫队正在西太平洋部署增强型反应舰艇，目的是打击中国的“非法捕鱼和骚扰船只”。指责中国渔船已经“威胁”到亚太地区和平稳定，对于这艘增强型反应舰艇，奥布莱恩表示它的主要任务是维护海上安全，并与地区其他具有“近海监视和执法能力”的伙伴展开合作，共同提高海洋领域的执法能力，另外他还强调美国海岸警卫队正在评估在南太平洋部署该型舰艇的可能。美国海岸警卫队部署亚太一事，实际上美海岸警卫队早在上个月就准备启程奔赴南海，当时他们已经排除了“韦舍”号驱逐舰，结果在航行中途突然起火，不得不前往日本基地维修。中国“非法捕鱼和骚扰船只”不过就是白宫为了确保海岸警卫队师出有名而编造的理由，所以白宫其实已经做好了海岸警卫队部署南海的准备，或者说俨然把中国南海当成了美国自己的“后院”。继以“航行自由” 鼓动南海周边国家失败以后，美国转向以“打击非法捕捞”的大旗继续加大投入来给南海国家施压。

2.美国打击 IUU 战略主要特点

2.1 以贸易措施为主要管制手段

H.R.774“IUU 捕捞强制执行法”。该法案在阻止非法捕捞鱼类产品进入美国港口和市场方面取得了突破性进展，将使全球渔业更加可持续发展。该法案的签订，也将通过增强美国国内执法部门来杜绝“IUU”捕捞和此类鱼产品进入美国市场，保证执法部门打击非法捕捞活错误贴签的鱼类在美国销售，为美国渔业的发展铺平道路；2016 年 2 月，NOAA 发布公告，就 SIMP 法规草案提出征求意见。最终规则在 2016 年 12 月 9 日发布，自 2017 年 1 月 9 日期生效，并于 2018 年 1 月 1 日起，对规则中涉及的最优品种强制实施[16]。该法案的核心内容便在于建立一个海产品追溯信息系统，以确保进口海产品来源的合法性，防止 IUU 捕捞或欺诈海产品流入美国市场。

美国商务部于 2009 年 1 月 30 日向美国国会提出了有法国、意大利、利比亚、巴拿马、中国、突尼斯等六国的渔船在进行 IUU（违法的、无报告的、无捕捞规范的）捕捞的报告。

---

[14] United States Coast Guard, Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing Strategic Outlook, September 2020, Washington, D.C.

[15] 原文表述为“Additionally, the People’s Armed Forces Maritime Militia, estimated to include more than 3,000 vessels, actively carries out aggressive behavior on the high seas and in sovereign waters of other nations to coerce and intimidate legitimate fishers in support of the Chinese Communist Party’s long term maritime strategic goals.”

[16]Federal Register. Magnuson Stevens Fishery Conservation and Management Act [J]. Sea food Import Monitoring Program,2016,81(237):36-38.

为此，美国政府与 IUU 捕捞的认定国进行了要求其停止 IUU 捕捞的协议。如果认定的对象国不采取有效措施停止其 IUU 捕捞时以及断定其仍在容许 IUU 捕捞时，可采取禁止该国渔船进入美国的港口，禁止进口该国渔获物等的制裁措施。

2020 年 9 月，美国国务院在其强迫劳动生产的商品清单中增加了中国远洋捕鱼船队捕捞的鱼类，并在国土安全部文件中也引起关注[17]。2019 年 12 月 20 日，美国众议院成员要求美国国际贸易委员会审查 IUU 捕捞对美国渔民的经济影响，并着重提到“中国在非法海产品贸易中的作用”。理由是中国作为美国最大的海鲜贸易伙伴，所捕获的海鲜中有三分之一来自 IUU 作业，每年产生的影响超过 230 亿美元，对美国渔民造成了不公平的竞争[18]。

以上种种行动表明，在美国打击和管控 IUU 捕捞行为的战略布局中，一直是以贸易措施为主要方式。相比直接对外国可能在进行 IUU 捕捞的渔船进行海上执法，美国倾向于通过严格规定海洋水产品的准入条件，来规避其认定违反所制定捕捞标准的外国产品在本国市场流通。

2.2 以国内法律体系为执法主要依据

美国拥有完善的环境和动物保护法律体系。在美国联邦政府公布的百余部渔业法律中，最为重要的就是《马格努森-史蒂文斯渔业养护和管理法案》（MSA）。2006 年颁布的《马格努森-史蒂文斯渔业养护和管理法再授权法案》（MRSA）中添加了关于“应对 IUU 捕捞和保护海洋生物资源”的条款，提出建立“识别和认证程序”。上述两项法案成为美国打击 IUU 捕捞的法律基础，将 IPOA-IUU 转化为美国国家行动计划。在 MSA 基础上，美国推出了一系列配套法律法规，如 1900 年《雷斯法案》，这是该国首个保护野生动物的联邦法案，是关于执法人员保护野生动物最广泛、最全面的联邦法律之一。该法案 1981 年修订版中加入“禁止非法野生动物贸易”的内容，并在之后一些涉及 IUU 捕捞的法律判例中被援引作为“制裁 IUU 捕捞鱼获进入美国市场”的法律依据[19]。2011 年《IUU 捕捞/兼捕最终规则》建立了针对涉嫌 IUU 捕捞国家的识别认证程序；2013 年《鲨鱼/IUU 捕捞最终规则》修改了美国国内对 IUU 捕捞的定义。为回应 IPOA-IUU，美国在 2015 年推出《非法、不报告、不管制捕捞的执法条例》，成为继欧盟之后全球第二个颁布专门打击 IUU 捕捞国家条例的经济体。2016《公海捕捞遵守措施法案》出台，规制悬挂美国国旗的船只在公海上从事捕捞行为《美国打击非法捕捞和水产品欺诈的进口水产品可追溯计划》发布，联邦政府采取根伟严厉的措施，限制被列入“IUU 黑名单”的船只进入港口和使用港口服务。除了科学和法规，美国还执行了 40 多项旨在保护海洋生物及其栖息地的法律，按照国内法和国际条约要求，以确保这些全球海洋资源可供子孙后代使用。美国特别探员和执法人员与各州和其他联邦机构合作，在美国所有海岸和内陆河道开展工作，以确保遵守国家海洋资源法，并在违反法律的情况下采取执法行动[20]。

2.3 以服务于美国构建“安全海洋网络”为最终目的

---

[17] Exclusive: U.S. urged to join South America in fighting China fishing, Bethany Allen-Ebrahimian, AXIOS, 2021.3.23,
https://www.axios.com/exclusive-us-urged-to-join-south-america-in-fighting-china-fishing-5ce2d4ec-812d-48ce-a632-aa91dcc7e4c3.html

[18] US House Ways and Means leaders request study of China's IUU imports, Steve Bittenbender, SeafoodSource, 2019.12.20,
https://www.seafoodsource.com/news/environment-sustainability/us-house-ways-and-means-leaders-request-study-of-iuu-impact-on-fishing-industry

[19] ERCEGD. Deterring IUU fishing through state control over nationals[J]. Marine Policy, 2006, 30(2):173-179.

[20] Enforcement: International Enforcement.
http://www.fisheries.naa.gov/topic/enforcement#international-enforcement

美国一直致力于在全球范围内打击IUU捕捞，通过主导活参与国际组织和RFMOs谈判、签订双边或多边渔业协定等方式，以增强打击全球非法捕捞为己任，积极向盟国提供资金和技术支持，鼓励发展中国家采取可持续捕捞措施，助其反抗以中国为首的“IUU 捕捞大国”。

2001 年，美国支持 FAO 制定 IPOA-IUU，并于 2004 年颁布了本国行动计划。2009 年，美国成为《港口国措施协定》的签署国，主张全球广泛接纳并采取强有力方式执行协定中的相关规定。2015 年，美国政府在“我们的海洋”会议上发起构建“安全海洋网络”的倡议，聚焦国家间共同打击 IUU 捕捞的合作，以促进国家间在侦查、执法和起诉等方面的信息技术共享[21]。

美国积极参与大西洋、印度洋、太平洋和南大洋各大 RFMOs 的管理，并参加各国际组织的贸易协定（如：WTO、OECD、APEC 等）。通过这些活动，包括美国国会在内的国家海洋委员会各机构通过美国驻世界各地的数百个外交使团，一直努力争取着其他国家政府高级官员的政治承诺，邀请他国加入共同打击 IUU 捕捞和海鲜欺诈行为。2016 年 9 月，美国国会主办了第三届“我们的海洋”会议，各国元首、副元首、外交部长、环境部长、大使、环境和海洋部长、来自各种非政府组织的领导、科学家、慈善家、企业家和民间社会人士参加了会议，涉及 90 多个国家。会上美国极力宣传其在海洋保护以及海洋资源开发和利用方面的主张，促使参会领导人作出重大承诺，将采取果断行动保护和改善海洋健康，包括努力减少和消除 IUU 捕捞活动和海鲜欺诈行为，共同构建“安全海洋网络”。

2.4 以“美国优先”为基本出发点

随着现代经济和科技的发展，海洋领域中国家利益的内涵也越来越丰富。海洋经济已经成为美国国民经济的重要组成部分和新的增长点，并且发展态势良好，海洋经济增速超过总体国民经济增速。美国目前 90%的海产品依赖进口，产生了 140 亿美元的海产品贸易逆差，这可以作为未来美国海洋经济的一个潜在增长点加以发展。特朗普政府把推动经济增长、创造就业、实现能源独立作为经济政策的施策重点。其海洋政策专注于海洋经济发展和资源开发，以推动美国经济增长、增加就业、保障国家能源安全为重点，低调处理海洋环保问题。

特朗普的海洋政策重点强调通过政府部门、海洋相关产业、社会组织与民众之间的协调合作，发展海洋的经济功能，进而保障国家的安全利益以及其他利益。由此可以看出，特朗普的海洋政策是其“美国优先”战略思维在海洋领域的实践与体现。该政策更强调海洋资源的获取，以本国海洋资源开发和利用为出发点，最终服务于美国的经济发展与就业，同时兼顾本国海洋环境的保护，但并不乐于为全球海洋治理承担过多责任。

在此目标驱使下，美国对其海洋领域外，他国管辖海域中的捕捞活动的关切已超出合理范围。归根结底，美国对其盟友，尤其是太平洋地区强烈关系到其亚太对华战略的沿岸国的种种支持，仍旧没有摆脱美国维护自身霸主地位的长期企图。在其海岸警卫队发布的 IUU 战略中，美国自称“海上安全、安保和环境管理领域公认的领导者”，认定自己有能力也有义务帮助合作伙伴对抗中国“掠夺性和不负责任的 IUU 捕捞与国家行动”，以防止中国捕鱼船队作为中国的准军事力量维护中国在南海的战略利益。[22] 这种显著的意图倾向同样体现在美国与盟友签署的 IUU 双边协议中。譬如，在美国同印尼签署的关于双方共同关注的 IUU 捕鱼谅解备忘录里列出的五个优先合作领域，“海上安保”成为最主要的关注问题，IUU 捕

[21] SAFEOCEANNETWORK［EB/OL］. 2018［2019-05-28］.https://www.state.gov/e/oes/ocns/fish/safeoceannetwork/index.htm/.

[22] U.S. Coast Guard Puts New Focus on the Fight Against Illegal Fishing, The Maritime Executive, 2020.9.18. https://www.maritime-executive.com/article/u-s-coast-guard-puts-new-focus-on-the-fight-against-illegal-fishing

捞重点涉及的“海上资源和渔业保护与管理”、“海上经济”却屈居其后。[23]美方有关太平洋地区 IUU 捕捞的诸多讨论反复提及，可持续性蛋白质资源的损失会导致地缘政治不稳定，加剧中国和其他竞争对手之间的矛盾。为了避免中国藉由 IUU 捕捞带来的巨大利益继续扩大其全球影响力，美国才努力为其盟友加入打击 IUU 捕捞铺平道路，从而确保自身全球优势地位不受动摇——与“美国优先”思想一脉相承。

三、美国打击 IUU 战略对中国的影响

总体上，美国构建了一套以打击 IUU 捕捞为旗号的打击和遏制中国的政策法律体系。其对中国的影响主要集中在以下几个方面：

（1）中国总体的远洋捕捞环境趋于严苛

中国远洋渔业自 1985 年起步，根据相关双边渔业合作协议或安排，在合作国家管辖海域开展互利共赢的入渔合作。上世纪 90 年代以来，根据《联合国海洋法公约》等相关国际法，中国开始发展公海渔业，积极行使开发利用公海渔业资源的权利，同时全面履行相应的资源养护和管理义务。截至 2019 年底，中国拥有合法远洋渔业企业 178 家，批准作业的远洋渔船 2701 艘，其中公海作业渔船 1589 艘，作业区域分布于太平洋、印度洋、大西洋公海和南极海域，以及其他合作国家管辖海域[24]。大洋性渔业投产船数和产值分别占远洋渔业总船数和总产值的 57%、71%，公海鱿鱼钓船规模和产量居世界第一。

我国远洋渔业的作业海域主要为发展中国家，通过采用投资与贸易合作、劳务与技术合作、资源与资金合作等多种方式，发展水产捕捞、冷藏加工、物资贸易等，在境外投资建厂建基地，受制于投资成本、涉外入鱼管理等因素影响，远洋渔业企业的用工管理、外籍船员出入境、远洋捕捞转载加工等暴露出不少问题[25]。加之投入不足、管理不规范等问题，使得我国远洋捕捞成为以美国为首的西方国家竞相打击和炒作的对象。

（2）中国鱼产品出口贸易条件将加剧

美国在 IUU 问题上逐年紧缩的政策，无疑是人为地提高了他国，尤其是发展中国家水产品出口美国的门槛。当前，我国以美国市场为主的水产品企业超过一千家，许可证准入制度和追溯程序的增加使捕捞或生产过程不够规范的小企业会被轻易地隔离在美国市场之外，与此同时，美国政府所要求的 13 至 17 项追溯信息也会大大地增加正规企业成本，使企业通关困难重重。在当前规定下，他国企业申请办理国际渔业贸易许可证（IFTP）需要提供的信息是非常繁琐且详尽的。除了捕捞或生产加工水产品的实体信息，捕捞渔船的名称、国籍和捕捞许可证、独特的渔船身份识别证明、捕捞方式、渔场或养殖设施名称等，甚至还要求涵盖野生捕捞和养殖的区域名称、捕捞日期、养殖场位置、第一卸货地点、首次卸货日期及运抵设施的名称(加工厂、经销商、船只)。

拜登政府重新确认了美日的共同防御条款，宣称其适用于钓鱼岛。美、日、印、澳同意以四方机制共同努力，建立一个“自由开放的印太地区”。2021 年 2 月 5 日，美国情报与分析办公室释出一份标签为“敏感但未分类”的文件，“南美国家可能会欢迎美国为提高对中国的贸易压力，迫使其执行捕捞标准而做出的努力”，意图拉拢南美也加入与中国的争斗，打击中国的渔业贸易。3 月 26 日，台湾驻美国台北经济文化代表处发文称，台湾方面与美国

---

[23] Illegal, Unreported, and Unregulated (IUU) Fishing, @America, Jakarta, U.S. Embassy & Consulates in Indonesia, 2016.1.28, https://id.usembassy.gov/remarks-by-ambassador-blake-on-illegal-unreported-and-unregulated-iuu-fishing-america-jakarta/

[24] 中国远洋渔业履约白皮书（2020），参见中国远洋渔业履约白皮书(2020) (moa.gov.cn)

[25] 大国渔业的崛起—新中国渔业七十年回眸

于前日签署了《设立海巡工作小组谅解备忘录》，以“增进双方在海巡工作方面的沟通、合作及咨询分享”。此外，英日两国还在外长与国防部长的视频会议中讨论了英国派遣伊丽莎白女王航母战斗群前往太平洋参加英日、英美日联合海军演习的计划。

（3）间接倒逼国内渔业机制体制的支撑力

中国国力日益增长，海洋实力不断加强，但发展中国家的身份并没有改变，海洋渔业管理还存在诸多问题，他国对我国渔民 IUU 活动的指责并非全无道理。中国作为世界上人口最多的国家，对渔业产品的需求巨大，拥有世界上最大的捕鱼船队。中国船队中，IUU 捕捞行为的确部分存在，渔船、渔具的管理、更新、注册和规范仍待完善，渔民传统捕捞方式需要继续转型，近海渔业资源损耗严重。在美国紧缩打击 IUU 之下，中国已逐步完善国内渔业体制机制的支撑力：规范渔业管理，抓紧修改渔业法，增加关于监督执法主体、种质资源保护、涉鱼“三无”船舶管理、违禁渔具制造销售、渔获物监管等内容，推动渔业治理体系和治理能力的现代化；开展“中国渔政亮剑”2020、2021 系列执法行动，加强渔政队伍建设、提升执法效能，维护渔业生产秩序，确保渔民群众生命财产安全，保障和推动渔业高质量发展；出台《远洋渔业管理规定》，接轨国际管理规则，强化涉外安全管理，加强违规处罚力度。为适应国际规则，实施有效监管，在生产情况报告制度、标准化渔捞日志制度、远洋渔船船位检测制度、远洋渔业观察员制度、合法捕捞证明制度和远洋渔业履约评估制度等已经接轨国际规则，为远洋渔业持续健康发展提供了制度保障[26]。

四、结语

打击 IUU 战略是美国全球战略的另一抓手，是美国巩固海洋事务领导地位、谋求美国国家利益的重要支撑。随着全球格局、国际发展和中国实力的变化，美国的具体战略措施也在进行不断的调整。大国竞争尤其是中美竞争已经成为美国国际发展合作改革的重要动力[27]。

应对中国不断上升的国际影响力，遏制中国海洋实力的发展成为当下美国打击 IUU 战略的最终目的。为了抵消中国在海洋事务中不断上升的影响力，美国打击 IUU 战略不断法律化、安全化、政治化，中国在发展海洋经济的过程中所面临来自美国和西方国家的影响将不断加剧。更值得注意的是，针对中国远洋渔业捕捞的负面影响在沿海发展中国家内部的影响，将给中国与当地的合作带来不可忽视的影响。对此，中国应在遵守国际渔业法律制度开展渔业活动的同时，对于国际社会的恶意指责要以事实行动坚决回击，维持并不断深化与沿海发展中国家双边或区域合作。在积极完善自身管理体制机制的同时，通过合作持续推进与各国渔业国家的互信共赢。

[26] 农业农村部渔业渔政管理局张显良局长就《远洋渔业管理规定》修订答记者问。

[27] 周玉渊，《美国国际发展合作新战略探析—兼论其对中国的影响》[J],《太平洋学报》，2019 年 12 月第 27 卷第 12 期。

从全球健康正义看国际传染病防治立法的应有完善

陈意夏 福州大学

摘要：从全球健康正义的角度来看，国际传染病防治体系的缺陷是世界卫生组织领导权力缺失、资金不足且不稳定、传染病防治体系协调不力、问责制薄弱以及全球各主要组织和部门间配合不足，因而很难保障全球卫生技术和服务的平等分配，难以防控大流行病的全球肆虐。然而，基于全球健康正义视野，通过为国际传染病防治体系提供更完善的立法保障，在《国际卫生条例》中增加适度的投资和行之有效的融资、遵守和问责机制，同时缓解《TRIPS协定》下知识产权与全球健康正义价值的冲突，完全有可能降低发达国家与发展中国家健康不平等的可能性，大幅改善全球健康状况。因此，为建立一个更加公平的国际传染病控制制度，首先应在《国际卫生条例》（2005）中加强世界卫生组织的领导力和可执行权力；同时应保证履行国际卫生义务的缔约国能获得额外资金支持，并使其有资格获得世界卫生组织的资助和贷款；世界卫生组织需要评估每个缔约国监测能力，并考虑形成对没有履行国际卫生义务的会员国进行罚款等制裁措施；最后，作为实现全球健康正义的重要一环，在国际传染病防治立法中，也应加强发展中国家药品可及性问题的应对。

关键词：世界卫生组织；国际传染病防治立法；国际卫生条例；全球健康正义

一、什么是全球健康正义

（一）健康权的提出

要了解何为健康正义，首先有必要了解健康的定义。各国最初在起草健康权时，意识到很难对健康一词进行准确定义，也很难为保障每个人的健康提供完美的法律手段，因为健康取决于一个人的身体和精神前提，很难进行明确，因此国际社会对何为健康或健康权没有统一认定。但在《世界卫生组织宪章》序言将健康定义为“完全的身体、精神和社会健康状态，而不仅仅是没有疾病或虚弱。”其中，健康是指个人的状况。

国际立法和宣示性文件将健康权作为一项人权进行保障，在《经济、社会、文化权利国际公约》第十二条的一般性意见中规定，“健康是行使其他人权不可或缺的一项基本人权。”同样，《世界卫生组织宪章》规定，“享有能达到的最高健康标准是每个人的基本权利之一。”其他人权文书对健康权也有相同的内容。健康权也已被纳入其他几项人权文书，包括不具约束力的《联合国人权宣言》和具有约束力的区域文书。从人权的角度来看，在贫困国家的卫生服务面临不成比例的负担的情况下，通过世界卫生组织的有效协调，加强国家对《国际卫生条例》的遵守，将有助于维护最脆弱、最需要帮助的人的健康权，从而缩小国家间卫生水平的差距。

（二）关于全球健康正义的理论

关于全球健康与正义的讨论，即人们对承担全球健康的责任界限如何，有大致包括自由主义、世界主义和国家主义三种立场。自由主义认为个人享有选择自由，个人权利不受干涉，可以自主决定对他人是否提供帮助。[1]从国家主义者的角度来看，国家是全球卫生治理的唯一参与者，它们只关心威胁国家和国际安全的卫生问题。在这种模式下，健康是一个国际问题，只是它威胁到国家的持续生存和安全。相比之下，全球主义观点关切的是人类安全，它并不认为国家是解决健康问题的唯一或最合适的行为者。此外，它还关注个人在尽可能充分

[1] R·诺齐克.无政府、国家和乌托邦[M].牛津:布莱克威尔,1974.

地生活的能力方面所面临的挑战。健康是一个国际问题，因为健康不仅既影响个人，也威胁国际社会。纵观历史，全球卫生治理体系已经从一个植根于国家主义的视角转变为一个整合了全球主义范式而没有完全取代先前方法的体系。

国家主义的立场处于自由主义与世界主义之间，主体有权利选择是否关心遥远的外国人，一旦选择或签约后就要受到约束，承担起更广泛的责任。世界主义将重心放在了对全人类的道德义务这一原则上，全球健康正义的实现不仅仅可以依赖于世界主义立场上，自由主义和国家主义中也存在基于自身行为侵犯了他人的利益，而导致的矫正的责任。[2]在矫正主义的语境下，发展中国家从发达国家处得到健康援助存在实现的机会和可能性。发展中国家将期待发达国家提供应急基金、后备部队，提高其在《国际卫生条例》监测和应对能力方面的合规性，以及为发展中国家改善其健康安全问题提供最大份额的资源支持，发展中国家还将期待发达国家继续现有资助，并提供合理的资金应对新出现的健康威胁。但是也应注意的是，若由于地方性流行病给发展中国家带来损失，并与发达国家无关的情况下，发达国家则不需要承担健康义务，而只能依赖发达国家的自愿。在现有全球健康体系处于破碎状态下，绝大多数涉及健康的国际法都是“软”法，这意味着各国没有遵守相关义务的约束。但发展中国家对于作为“世界卫生中心”的世界卫生组织却可以期待其运用法律规则协调国际社会的不同立场，实现全球健康正义。

（三）国际传染病防治与全球健康正义

全球健康正义，根据全球卫生学者戈斯丁的定义，是指基于“公平”、“公正”，依赖于法律规则的执行，实现健康条件和结果的改善。全球健康正义的普遍的法律和人类价值观要求社会将公平融入人们生活的环境，公平分配卫生服务，能够特别关注最弱势群体的需求。[3]健康正义的一项义务是，它要求发达国家和发展中国家双方都做出公平的贡献。然而，贫穷、医疗保健不足、政治功能失调等丑陋的事实是国际社会长期忽视的问题。如果发达国家没有政治动机来弥补这一缺口，它们继续造成巨大的人员伤亡。目前国际传染病防治立法存在许多弱点：世界卫生组织放弃了其作为全球卫生卫士的角色，国际社会未能履行其根据国际卫生法承担的义务，以及国际社会持续忽视严重影响贫困人口的疾病。

如今严重疾病在世界范围内的传播似乎比过去更加普遍。最近的流行病和大流行包括2002/2003 年爆发的严重急性呼吸系统综合症(非典)、2009 年 HINI 猪源流感病毒或猪流感大流行、2010 年以来海地的霍乱、美洲的基孔肯雅热(2013 年)以及最近大韩民国的中东呼吸系统综合症冠状病毒(2015 年)或拉丁美洲和加勒比地区疑似寨卡病毒的爆发。世界卫生组织称，2019 年前 6 个月，全球麻疹病例比 2006 年以来任何一年的同期都多。自 2018 年 10 月以来，一场麻疹爆发席卷了太平洋岛国萨摩亚，而后宣布紧急状态。这次事件造成 76 人死亡，全国每天大约有 200 名儿童到达医院。11 月下旬，全国范围内的学校被关闭。这是在全国疫苗接种率急剧下降的背景下发生的，这对人们的健康产生了重大影响。[4]因此，国际社会不能眼睁睁地看着全球卫生安全变成仅仅是富裕国家的卫生安全，应当发挥世界卫生组织作为传染病防治的领导核心作用，充分发挥其全球卫生治理功能，发挥传染病防治法律的作用，让全球卫生法律缓解发达国家和发展中国家、以及发达地区与不发达地区应对传染病的紧张关系。

2019 年底出现的新冠肺炎疫情成为 21 世纪前所未有的全球大流行，世界卫生组织将新

---

[2] T·博格.世界贫困与人权[M].剑桥:剑桥大学出版社,2002.

[3]Gostin,Lawrence O.Global Health Law,Cambridge Ma, London: Harvard University Press, 2014.

[4] https://healix.com/sharing-knowledge-and-news/december-world-health-report-19/2020.

冠肺炎疫情列为“国际关注的突发公共卫生事件”。新冠肺炎疫情的全球蔓延显现出巨大的破坏力，在国际传染病领域再次凸显了公共卫生及其与国际法和国际政治的复杂互动，此次大流行还证实了当前的国际传染病防治法律和治理框架在以协调和持续的方式解决健康危机方面存在不足。并且与 2014-2016 年的埃博拉疫情一样，证实了在国际传染病防治的问题上，国家之间和国家内部在以公平的方式获得卫生服务和类似的基本卫生条件存在的深刻的不平等。在实现全球健康正义，确保健康平等的努力上，国际法特别是国际传染病防治立法具有巨大的潜力，但在很大程度上尚未得到开发。通过不断完善国际传染病防治立法，可以将健康的好处扩展到所有国家的人民，让生活在最贫贫穷国家家和社区的人民的健康状况会得到显著改善。[5]

二、国际传染病防治立法现状

现行有关传染病控制的国际法渊源，主要包括 1946 年的《世界卫生组织宪章》，还有世界卫生组织于 1969 年通过并在 2005 年修订的《国际卫生条例》。在世界卫生组织之外，各国还通过国际条约制定了其他一些监控传染病的措施，如世界贸易组织（WTO）协议群中涉及全球传染病的预防和控制问题的《与贸易有关的知识产权协定》（以下简称《TRIPS 协定》）和《实施卫生与植物卫生措施协定》（以下简称《SPS 协定》）等等。WTO 的《实施卫生与植物卫生措施协定》,期望在尽量减少干预国际贸易的前提下保护公共卫生，它体现了世贸组织有关为保护世界卫生而限制贸易的政策。WTO 的《TRIPS 协定》，旨在公共卫生和知识产权保护之间寻求平衡。《TRIPS 协定》中订有一些有关商业许可和平行进口普通药物的例外条款（如第 8 条第 1 款、第 27 条第 2 和 3 款等），能够被利用来保护公共卫生。此外，在人权领域还有一些关于针对传染病的立法。文章主要讨论世界卫生组织体系下的国际立法和世界贸易组织的《TRIPS 协定》以及 2001 年底的多哈会议上通过了《关于 TRIPS 协定与公共健康的多哈宣言》。

（一）世界卫生组织的国际传染病防治立法

1.关于世界卫生组织的规定

第一，世界卫生组织的领导权力。1946 年，《世界卫生组织宪章》开放供成员国签署和批准。《世界卫生组织宪章》明确指出，世界卫生组织的目标是通过指导和协调国际卫生工作的权威机构，应成员国的要求提供技术援助，建立流行病学和技术能力，以及促进与其他相关组织的合作，促进“所有人民达到尽可能高的健康水平”。在世卫组织体制内，已经建立了一个良好的全球传染病监控体系。成立于 1948 年的世卫组织，是目前监管全球卫生状况的主要国际组织，它作为负责监管世界卫生领域的一个联合国专门机构，其宗旨是“使全世界人民获得可能达到的最高的健康水平”[6]。世卫组织组织法第 2 条第 7 项规定：世卫组织的任务之一是“促成并推进消灭流行病、地方病、及其他疾病的工作”。[7]据此，对全球性传染病的控制一直是世卫组织的一项重点工作。[8]

第二，世界卫生组织的应急权力。2003 年成功抗击非典后，世界卫生组织利用其专业知识影响各国政府和个人抗击疾病，成为全球卫生领域的一个关键行为体。2005 年修订的《国际卫生条例》将世界卫生组织的应急权力正式化，此举被誉为全球治理的一大飞跃。随后为进一步确立世界卫生组织的权威地位，成员国赋予世界卫生组织宣布国际传染病等重大

---

[5] （资料 2）
[6] 世卫组织组织法第 1 条。
[7] 世卫组织组织法第 2 条。
[8]黄瑶，聂云飞：传染性疾病的监控与国际法——兼谈应对“非典”问题

突发事件为“全球公共卫生突发事件”的法律权力，并赋予其对此类突发事件的建议权，尽管世界卫生组织的建议没有法律约束力，但可以对国家和个人产生重大的经济和政治影响。《国际卫生条例》将应急权力完全交给了世界卫生组织秘书处，秘书处由总干事领导，其中总干事由成员国选出，预期应具有“国际公共卫生和组织管理方面的资格和经验”。《国际卫生条例》授权总干事在专家委员会的协助下宣布国际紧急状态，并在宣布紧急状态后发布公共政策声明，即所谓的临时建议。

2.《国际卫生条例》（2005）的实施

在全球化的世界里，疾病可以通过国际旅行和贸易广泛传播，一个国家的卫生危机会影响世界许多地方的生计和经济。这种危机可能是由新出现的感染引起的，如严重急性呼吸系统综合症，或一种新的人类流感大流行。《国际卫生条例》的目标是限制对国际交通和贸易的干扰，同时通过预防疾病传播来确保公共健康。从 1995 年到世界卫生组织于 2005 年通过经修订的《国际卫生条例》，各国政府、世界卫生组织和非国家行为者建立了一种将公共卫生和安全思维相联系的新的方法来应对传染病威胁，其中《国际卫生条例》是确保建立一个强有力、反应迅速的国际传染病控制制度的基石，《国际卫生条例》（2005）对全球传染病防治具有明显优势。

首先，《国际卫生条例》（2005）没有将条约局限于一类特定疾病，而是根据一定的决策制度，考虑某一疾病是否构成国际关注的公共卫生紧急情况。“全球公共卫生突发事件”的宣布关注的是疾病爆发的影响，而不是特定疾病本身，提搞了其应对新威胁的灵活性。

其次，《国际卫生条例》（2005）特别允许非政府组织和非国家行为者向世界卫生组织报告疫情。政府再也不能通过保持沉默来阻碍来自国际社会的卫生干预。这一转变表明了世界卫生组织对各国政府提供的数据的怀疑，以及对利用新通信技术实现更快、更全面的疾病信息共享的愿望。《国际卫生条例》（2005）也向各国政府表达了世界卫生组织对国际传染病的关注，它将会以任何可能的方式了解疫情的情况，因此各国政府应该提前公布疫情，与世界卫生组织和其他机构进行合作，在阻止疾病的全球传播中发挥积极作用。

最后，《国际卫生条例》（2005）迫使各国进行更积极的疾病监测。《国际卫生条例》（2005）呼吁各国指定一个国家联络点，负责接收和传输有关疫情的信息，并发展强大的监测能力，以检测疫情并实施控制措施。《国际卫生条例》（2005）没有完全关注出入境点，而是设想各国可以自主监控整个国家领土。《国际卫生条例》这些规定明确了世界卫生组织所有成员国应发展国家监测和应对能力，如发现异常疾病事件应报告信息以发布应对措施，以及建立预防疾病传播的措施。这些义务在国际卫生合作史上是前所未有的，体现了在追求全球卫生安全的过程中，国际卫生合作高于国家主权的特点。[9]

（二）WTO 体系下的国际传染病防治立法

1.《TRIPS 协定》

WTO 成立之初，并不太关心公共健康，只是重申了关贸总协定中为了保护公共健康的权益可以限制自由贸易这一原则。但是，随着健康权日益被人们所重视，贸易机制在保护公共健康权中逐渐发挥重要作用，因为落实健康权，首先要确保公众能够非歧视地获得基本药物。其中 WTO 通过的《TRIPS 协定》是协调 WTO 国际贸易规则与保护公共健康矛盾的重要规范。

《TRIPS 协定》设置了高标准的药品专利最低保护标准。但是，应当承认的是，《TRIPS

[9] （资料 2）

协定》也同时设置了限制专利权对公共卫生和社会福利造成严峻影响的制度。此外，《TRIPS协定》中的部分条款也为各国国内公共健康的保护立法提供了更广阔的适用空间。前者如《TRIPS 协定》中所规定的强制许可制度，药品专利强制许可出于对人权的尊重和考虑而设立，使得发展中国家的病人在应对重大疾病时可以更大可能性获得救治。而后者则如《TRIPS协定》中的与药品试验数据保护密切相关的未披露信息保护条款。这些制度在一定程度上缓和了严苛的知识产权保护标准对全球公共卫生和药品可及性所产生的负面影响。同时，在符合包括《TRIPS 协定》等国际法规则的范围内，发展中国家也保留有自由裁量权，以选择采用最适合其技术能力以及社会、文化和经济需求和优先事项的专利制度。因此，在不违反《TRIPS 协定》义务的基础上，发展中国家有权根据自身经济和科技发展水平以及本国公共健康状况确定知识产权保护水平。基于此，最初被发展中国家视为服务于发达国家知识产权利益的《TRIPS 协定》，如今却因其所展现出的灵活性而广受赞誉。[10]

2.《关于 TRIPS 协定与公共健康的多哈宣言》

自《TRIPS 协定》签订以来，世界贸易组织成员在多哈回合谈判中就实施专利药品强制实施许可制度和解决发展中国家成员方公共健康危机达成了一致意见，力图在专利权和健康权之间达成平衡。《关于 TRIPS 协定与公共健康的多哈宣言》（以下简称《多哈宣言》）第 4 条阐明，“《TRIPS 协定》没有也不应当妨碍成员国为维护公共卫生而采取措施”；因此“协议能够也应当以一种有助于成员国维护公共卫生，特别是促进所有的人获得医药的方式进行解释和实施”。《多哈宣言》确定了公共健康权优先于私人财产权，确认了 WTO 成员使用强制实施专利药品强制许可和平行进口等措施的权利，并从政治上和法律上增强了发展中国家获得药物的能力，对于公共健康与知识产权之间的冲突具有积极作用。[11]《多哈宣言》第 5 条针对《TRIPS 协定》第 31 条对“未经权利人授权的其他使用”即强制许可制度进行澄清，规定 WTO 各成员都“有权批准强制许可，并且可以自由决定准予强制许可的理由”。这就消除了一个误解，即认为强制许可只能在国家紧急状态才能使用。根据《多哈宣言》，政府机构颁发强制许可，不必以首先与专利权人协商获得自愿许可为前提。 《多哈宣言》给予 WTO 成员对权利用尽制度作出不同选择的自由，各国可以根据自身需求，选择适合自身发展的标准，以更好服务于本国政策目标。这使得 WTO 成员可以在国家、地区或国际标准间作出选择，意味着 WTO 成员可以自行决定是否允许平行进口专利药品。

在很多国家，知识产权法律并没有明确规定权利用尽或采取何种标准，而是将其留给法院和专利行政部门在实践中根据个案裁决。但是，由于《多哈宣言》并无具体的法律条文，必须将《多哈宣言》规范的内容纳入本国知识产权法律，或者写入双边或多边的知识产权或贸易协定中才能加以落实。在药品专利保护方面，发达国家正通过赋予药品试验数据以独占权保护、延长对专利药品保护的期限等方式加强对药品专利的保护，药品专利的强保护趋势将加剧药品可及性的困境。一些发展中国家由于同发达国家签署自由贸易协定，或因各种双边谈判的压力，引入了比《TRIPS 协议》更严格的知识产权规则，这些超 TRIPS 条款有可能限制甚至阻止药品平行进口。[12]因此，有必要采取一定措施予以应对。

三、全球健康正义视野下国际传染病防治立法的缺陷

（一）《国际卫生条例》

1.世界卫生组织权力缺失

---

[10] 张明：后 TRIPS 时代的药品专利保护:趋势、影响与因应——以发展中国家的立场为视角

[11] 张彩霞，吴玉娟：传染病防控的国际合作机制演进与国际卫生法的实践

[12] 《世界卫生组织宪章》：公平使用保障专利药品

世界卫生组织的领导权力是由《世界卫生组织宪章》和《国际卫生条例》所赋予的。《世界卫生组织宪章》第 2 条概述了该组织的一系列关于指导和处理传染病工作的 22 项核心职能，重要的是，《世界卫生组织宪章》还规定，世界卫生大会（WHA）“有权通过关于以下方面的条例...卫生检疫要求和其他旨在防止疾病国际传播的程序。”世卫组织有双重使命，有时甚至是相互竞争的使命：该组织既是全球卫生的道德代言人，也是会员国的代理人。[13]世卫组织的这种潜在利益冲突使该组织的许多部分功能失调，特别是在世卫组织的道德愿望与会员国的利益不一致的情况下。对世卫组织不满的会员国可以拒绝与该组织合作，或通过削减预算来表达其不满。[14]作为一个成员驱动的组织，世卫组织对全球卫生的科学和技术期望仍然受到其会员国的批准、需求和偏好的制约，这些往往与全球疾病负担不一致。[15]这表明迫切需要从制度上赋予世界卫生组织足够的权力，[16]以确保世界卫生组织的决策能从维护全人类健康权的基础上，考虑发展中国家的正当利益。

全球卫生领域的新角色和新举措层出不穷，可能会使当前的法律秩序复杂化，打破已经支离破碎的全球卫生治理，并无意中削弱未来对传染病控制的国际反应。世界卫生组织在全球卫生安全领域拥有独一无二的权威，但它正在经历一场领导危机，[17]即世界卫生组织的规范性权力未能得充分实施。[18]在埃博拉疫情期间，世界卫生组织的缓慢反应导致的传染病防治的领导真空，使世界卫生组织在国际卫生领域的领导力和能力受到质疑。针对世界卫生组织被广泛认可的领导失误，世界卫生组织治理框架内外都出现了概述更具响应性机制的提案，例如，世界银行与世界卫生组织、私营部门保健公司和非政府组织合作，建立的全球大流行病应急基金(PEF)。[19]因此，许多法律学者和政治学家指出，《国际卫生条例》也应当赋予世界卫生组织更大的权力的同时，也应确保世界卫生组织具有有效实施权力的机制，不至于使世界卫生组织在应对传染病时决策系统滞后，导致错过最佳应对时机。

2.筹资机制不完备

世界卫生组织虽然根据《世界卫生组织宪章》规定，具有根据请求协助各国政府加强其卫生服务并促进联合国提供卫生服务的国际义务。但需要提供卫生服务的国家不仅仅在技术上需要援助，而且通常都有卫生系统、基础设施不达标的情况。即使世界卫生组织意识到，防御全球传染病最薄弱的环节才能使全球公共卫生系统能力最强，但这一切重担都由世界卫生组织来承受，几乎是不可能实现有效向贫穷国家提供卫生服务的。因为世界卫生组织本身的财政资金是来自于会员国或者其他非政府组织捐款，这些捐款被指定用于特定项目，世界卫生组织几乎没有酌处权将其预算快速分配给全球疾病负担，目前这一数额并没有增长的趋势，而且随着通货膨胀，更是显得拮据。在世界卫生组织没有足够的财政资源的前提下，期望世界卫生组织能够履行其《世界卫生组织宪章》的授权权力是不现实的，同时世界卫生组织执行《国际卫生条例》的预期效果无法实现。这将导致依赖健康援助的发展中国家因为缺乏资金而无法拥有基本卫生设施，甚至缺少基础的医疗健康用品，这将产生健康不平等的问题，而在贫困国家中产生“健康是属于富裕国家的”等异议。

---

[13] （资料）166
[14] 167
[15] 168
[16] Lee,Tsung-Ling.Making International Health Regulations Work:Lessons from The 2014 Ebola Outbreak［J］.Vanderbilt Journal of Transnational Law,2016,49(10).
[17] Devi Sridhar & Lawrence O. Gostin, Reforming the World Health Organization, 2011.
[18] Fidler,David P. The Future of the World Health Organization: What Role for International Law? 31 Vand. J. of Transnat’l L. 1079 ,1998.
[19] Szeming Sze, 世界卫生组织: From Small Beginnings, WORLD HEALTH FORUM, 1988:29-34.

另外，随着越来越多的行为者占据日益拥挤的全球卫生领域，国际社会对全球卫生发展援助的投资增加了近八倍，然而，从财政上来说，世界卫生组织并没有从增加的全球卫生资金中受益。反而，当世界将注意力转向其他同等重要的全球承诺（例如气候变化或可持续发展目标）时，世界卫生组织不得不争夺资金。在全球领域，公共卫生问题乃至全球传染病难题在国际政治话题上影响力不大，世界卫生组织资金来源主要依靠资助，而且基于全球健康正义的健康援助也取决于发达国家的意愿，意味着如果没有《国际卫生条例》等全球卫生立法没有强制执行的机制，这种基于发达国家、其他团体的自愿提供的资金来源不稳定，极其不平衡。

3.执法机制薄弱

《国际卫生条例》为全球卫生安全提供了国际法律架构，其要求缔约国向世界卫生组织通报在其领土内可能构成公共卫生应急中心的所有事件，缔约国也必须向世界卫生组织做出回应，减少受影响国家通知的不利因素。但国际传染病制度仍然存在缺乏效力的情况，原因在于《国际卫生条例》缺乏执行机制，《国际卫生条例》文书充其量只是象征性的。世卫组织总干事指出："我们面临的一项最大挑战是，太多受影响的国家仍然没有与世卫组织分享数据。"此外，世卫组织总干事多次呼吁不要采取旅行和贸易限制措施，但很多国家在不同程度上没有听从这一建议。[20] 《国际卫生条例》依靠缔约国在疾病监测、诊断和核心能力方面执行进展的自我报告。[21]在出现全球传染病时，往往出现其他国家单方面实施不必要的旅行和贸易限制，更重要的是受灾国会出现预期的旅行和贸易减少，以及随之而来的重大经济和政治影响，导致受灾国不愿向世界卫生组织分享信息。由于《国际卫生条例》缺乏对各国执行进展的外部核查机制，导致自我报告是评估《国际卫生条例》在全世界执行进展的唯一官方来源。

《国际卫生条例》执法机制的缺失从根本上损害了《国际卫生条例》的整体效力。可以说，对《国际卫生条例》的例行侵犯之所以发生，是因为不遵守《国际卫生条例》文书不会导致法律制裁，各国通常也不会付出高昂的政治代价。在缺乏可强制执行的法律制裁的情况下，各国缺乏遵守《国际卫生条例》协议的动力，一个最明显的、蓄意的违规行为是各国实施超出世界卫生组织建议的预防性跨境控制措施。虽然《国际卫生条例》允许一个主权国家实施世界卫生组织发布的临时建议之外的额外措施，但《国际卫生条例》要求有关缔约国在实施后三个月内向世界卫生组织披露其公共卫生理由和相关科学信息。[22]

实际上，世界卫生组织几乎没有权力迫使会员国自愿披露促使它们首先实施额外措施的信息。世界卫生组织公开谴责政府对违约国家来说几乎没有政治成本。因此，对于采取理性主义理论的国家而言，不遵守的好处大于遵守的好处，这解释了为什么许多国家经常违反《国际卫生条例》。[23]缺乏卫生能力在很大程度上解释了这些国家遵守率低的原因，这些国家脆弱的公共卫生基础设施是几十年内战、结构调整政治和战后外国援助的结果，因此必须区分一国不遵守《国际卫生条例》是基于无遵守意愿还是缺乏能力，对于前者应施加实质性的法律后果。

（二）《TRIPS 协定》知识产权与全球健康正义价值的冲突

1.发展中国家陷入药品可及性困境

---

[20] 熊爱宗：新冠肺炎疫情下世界卫生组织面临的挑战及其应对

[21] Rebecca,Davis,.Ebola Epidemic 2014: Timeline, Guardian,2014, Oct. 15.

[22] 见《国际卫生条例》第 43 条。

[23] Henkin,Louis.How Nations Behave: Law and Foreign Policy1979,49(2).

2019 新型冠状病毒（COVID-19）大流行疫情下，世卫组织与各合作伙伴一道在 2020 年推出了 COVID-19 疫苗全球获取（COVAX）机制。COVAX 机制是获取 COVID-19 工具加速计划（ACT 加速计划）的疫苗支柱，由流行病防范创新联盟、全球疫苗免疫联盟和世卫组织牵头负责。该机制的目的是，加速开发安全有效的 COVID-19 疫苗；支持建立生产能力；与政府和生产商合作，确保向所有国家公平和公正分配疫苗。这是全球唯一向各国公平分配疫苗的计划。[24]即使如此，从数据上看，新冠疫苗的使用人群主要集中在发达国家，可见国际社会在疫苗公平和可及性方面仍然面临严峻的挑战。根据世界卫生组织的说法，基本疫苗和药物“是那些满足人们优先保健需求的疫苗和药物”。目前，世界上不到 10%的生物医学研究基金用于解决占世界疾病负担 90%的问题。这种鸿沟之所以存在，是因为发展中国家承受着最大的疾病负担，但却没有提供足够有利可图的市场来鼓励制药和生物技术公司投资治疗贫困疾病。对艾滋病等被认为值得研究投资的疾病的治疗甚至存在障碍，因为垄断价格阻碍了发展中国家获得这些治疗。就艾滋病而言，如上文所述，由于巴西和印度等有能力生产抗逆转录病毒药物的国家缺乏专利保护，抗逆转录病毒药物的成本在短时间内大幅下降。[25]因此，这些国家能够大规模生产抗逆转录病毒药物的仿制药，形成了一个竞争市场，导致价格下降。总体而言，尽管存在有效降低疾病负担的廉价方法，但私营行业激励措施与知识产权壁垒的结合阻碍了贫困人口获得基本药物。[26]

在药品的专利保护方面，一方面，发达国家强调对药品进行专利保护而导致大量用于挽救传染病患者生命的新药价格高居不下；另一方面，在药物领域生产能力不足或没有生产能力的较贫穷国家，因为没有金钱购买高价药品而导致大量传染病患者面临死亡。因此经验表明，仿制药竞争是发展中国家以可承受的价格获取药品以应对健康危机的最佳方式之一。原研药的强保护趋势直接延缓了仿制药的上市时间，进而阻碍了发展中国家试图通过仿制药以缓解健康危机的应对策略，同时仿制药的延迟上市也将使原研药价格长期保持较高价位。自《TRIPS 协定》签订以来，私权属性的知识产权与人权属性的健康权之间的冲突与对立问题得到了史无前例的关注，而药品专利的强保护趋势无疑将进一步加剧两者之间的冲突与对立。因此，值得进一步思考的是，如何才能更好地去应对药品专利的强保护趋势所产生的负面影响，进而推动全球公共卫生健康的良性发展。[27]当前，全球药品议题所面临的主要困境是，尽管有国际援助和致力于改善全球药品可及性的众多方案，但发展中国家最需要药品的人群仍然无法获得药品。“尽管 WTO 围绕专利权和药品可及性之间的矛盾进行了一系列的努力，力图在专利权和人的健康权之间达成平衡，但是，发达国家利用知识产权获取垄断利润的立场没有改变。”药品专利的强保护趋势将加剧药品可及性的困境。

四、国际传染病防治立法的应有完善

（一）建立国际传染病防治立法的共同但有区别责任原则

国际传染病防治对援助义务的确立,有利于促进国际法从“共处法”向“合作法”的缓慢演进。“共同但有区别责任”原则作为“合作法”的标志性国际法原则,应同样适用于传染病国际控制。鉴于目前国际社会只有在经过流行病的教训才会重视全球卫生能力建设，而且每次大规模流行病似乎都仅有短暂的政策窗口，因此传染病的威胁几乎伴随着国际传染病系

---

[24] 见世界卫生组织官网。

[25] 55

[26] Gostin,Lawrence O.Redressing The Unconscionable Health Gap:A Global Plan For Justice［J］.Harvard Law & Policy Review,2010,4,271.（文稿 7）

[27]张明：后 TRIPS 时代的药品专利保护:趋势、影响与因应——以发展中国家的立场为视角

统不完善而一直存在，一切全球紧急卫生事件危险的发生只是时间的问题，甚至容易为摧毁以往全部投资提供缺口。总体而言，所有国家对国际传染病的关注，每年都会根据其经济地位、战略需要和人道主义需求而波动，[28]因此为加强国家对国际传染病的重视，应确立发达国家与发展中国家在应对国际传染病防治中承担共同但有区别的责任。

首先，在国际传染病防治立法中明确界定国家对卫生筹资的法律义务，以确保持续、充足和可预测的供资；各国政府也应重视遵守世界卫生组织的建议，例如在边境关闭和暂停航班方面，同时针对传染病建立国家卫生战略，确保其实施质量，其中包括投资于初级卫生保健，重视卫生和社会保护，建设安全、健康、包容的社区，和加强数据和卫生信息系统等。[29]其次，其中发达国家应承担较大的义务和责任，让生活在贫穷国家和社区人民的健康状况得到应有改善，这也是矫正主义的体现。COVID-19 的出现让全球南方面临资金不足和人员不足造成的卫生系统不完备的巨大困境，尽管目前这一流行病的中心大都在发达国家以及城市，但是不发达国家在对抗流行病领域一直处于弱势。由于国际传染病具有迅速传播性和严重致命性，所以在这紧要关头，主要发达国家应将传染病的紧急防治作为全球焦点，在世界卫生组织的领导和建议下，重视发展中国家传染病防治的情况，加大医药与技术服务等援助，补足全球健康正义的短板。[30]

（二）加强世界卫生组织领导和国际协调合作

随着全球卫生治理的分散性、不协调性和竞争性特点的日益显现，使世界卫生组织不足以应对未来的问题。同时，全球卫生领域许多新、老利益攸关方正越来越多地挑战世界卫生组织先前的核心地位。[31]世界卫生组织是预防、防备和应对大流行病最重要的指导机构，这是无可替代的。国际社会应进一步加强对世卫组织的支持，维持世卫组织在全球卫生治理中的核心地位，各成员国应积极遵守《国际卫生条例》，尽最大努力跟从世界卫生组织对传染病防控的引导和建议，使世界卫生组织有能力动员成员国集体行动，使现有国际传染病防治系统产生放大效应，让真正的传染病危机到来时不至于没有任何准备。同时，世卫组织也应积极行使全球卫生领导权力，特别是在传染病控制领域，应及时组织和协调技术专家、资金和物资来支持受影响国家应对疫情，监测、指导并协调国家和国际层面的疫情应对。加强对发展中国家传染病防控的关注和引导，增加基本物资的生产和公平分配，消除使卫生工作者和患者面临风险的贸易壁垒，并号召汇集全球力量抗击疫情。[32]

全球卫生治理需要动员、协调和集中众多不同的行动者，围绕一个明确的任务、共同的目标，通过有效的方法、持续的行动和问责制度来进行，同时需要所有卫生行为体根据现有最佳科学信息采取行动，以确保它们能够对健康产生最大影响。因此，首先，世界卫生组织应积极进行跨部门协调，特别是与联合国系统保持紧密合作，在必要情况下，可以要求激活联合国危机管理政策，建立危机管理团队，以协调联合国全系统共同帮助各国防范和应对国际传染病。其次，世界卫生组织还必须与国际社会其他组织进行合作，在全球大流行病治理系统中建立复原力。新冠肺炎疫情发生后，二十国集团（G20）表示完全支持并承诺进一步

---

[28] Youde,Jeremy.MERS and Global Health Governance[J].International Journal,2015,70（1）:128-130.

[29] 世界卫生组织官网

[30] Shamasunder,Sriram ;Holmes,Seth M.;Goronga,Tinashe; Carrasco,Hector;Katz,Elyse;Frankfurter,Raphael & Keshavjee,Salmaan COVID-19 reveals weak health systems by design: Why we must re-make global health in this historic moment, Global Public Health,2020(7):1083-1089.

[31] （资料 2）

[32] [1]新冠肺炎疫情下世界卫生组织面临的挑战及其应对
熊爱宗

增强世卫组织在协调国际抗疫行动方面的职责。同时，全球卫生部门以外的民间社会组织也可以承担大流行预防和准备的职责，[33]世界卫生组织应努力寻求给予非国家行为者更多机会与其进行对话。这些行为者可以加强世界卫生组织在区域或全球范围的工作能力，从而减轻国家决策者的负担，也可以使国际传染病防治系统得到可预测的长期国际援助，以及更有助于使国家在国际传染病的发现、监测和应对行动更加公开、透明和负责，帮助澄清国家应对传染病的责任。

（三）实现可持续融资

国际筹资机制可以刺激创新和资助全球卫生行动，[34]如全球卫生基金，以最佳方式确保了国家自主权，并简化了国家一级卫生行动者的必要行动。现有的专门用于收集和分配国际卫生援助的疾病专项基金，包括全球抗击艾滋病、结核病和疟疾基金，为相关传染病的防治提供了可预测的有效资金，但该基金的适用范围过于狭窄，不足以满足作为全球正义计划重点的基本生存需求。并且全球主要经济体正在寻求削减全球卫生捐款预算，特别是削减外国援助支出。[35]因此，全球健康融资机制应当进行进一步完善，在世界卫生组织或者其他主要全球组织的引导下，通过国家自愿的集体行动，建立国际传染病的可持续融资机制，保证国际资金的可持续性，[36]将该资金直接提供给各需要的国家。同时应确保该机制可以得到国际社会足够的政治支持，避免与其他全球融资的不利竞争。考虑到许多发展中国家日益增长的财政能力，所有国家都将提供国际卫生援助，援助水平以经济能力为基础。[37]

另外，应确保缔约国，特别是贫穷国家能获得履行《国际卫生条例》义务的额外资金，并使其有资格获得世界卫生组织的资助和贷款。为提供这种援助，世界卫生组织应建立一个供资结构，旨在为符合供资和贷款条件的缔约国境内的监测和报告基础设施升级划拨资金。世界卫生组织可向符合条件的缔约国提供赠款和低息贷款，用于改善监测和报告的具体项目或项目，包括从建造新诊所到在农村地区安装计算机和互联网等方面。[38]并且该方案的原始资金可以来自有能力的缔约国的一次性付款，或者由每个成员国提供 50 万至 100 万美元的捐款，形成一个长期稳定的资金池。

（四）建立监测与遵守机制和问责制

《世界卫生组织宪章》第 19 条规定，成员国“有权就本组织职权范围内的任何事项通过公约或协定。”[39]为了使各成员国能更好遵守《国际卫生条例》，首先，世界卫生组织可以协调各成员国商定一套对其公民实施合理旅行限制的框架公约。在确认感染后，可以向公民分发一份危险传播疾病的非详尽清单以及由这种已知感染引起的法律要求，违反这些要求将受到法律惩罚。其次，可以对各国实施“激励遵守”制度，[40]在该制度下，受影响的国家在

---

33 Otterson,Trygve; Hoffman,Steven J.; Groux,Gaelle.Ebola Again Show The International Health Regulation are Broken: What Can be Done Differently to Prepare for The Next Epidemic,American Journal of Law & Medicine, 2016,42(2 & 3):387-388.

34 Michaud,Josh&Kates, Jen. Innovative Financing Mechanisms for Global Health: Overview & Considerations for U.S. Government Participation, The Henry J. Kaiser Family Found. 2011.

35 Gostin,Lawrence O.Redressing The Unconscionable Health Gap:A Global Plan For Justice［J］.Harvard Law&Policy Review,2010,4,271.

36 Cometto,Giorgio. A Global Fund for the Health MDGs?373 Lancet 1500 ,2009.

37 Ooms,Gorik.From the Global AIDS Response Towards Global Health? Hélene de Beir Foundation and the International Civil Society Support Group, Working Paper, Jan,2009.

38 Fleming,Matthew.Combating The Spread of Disease:The International Health Regulations［J］.Columbia Journal of Transnational Law,2012.

39 见《世界卫生组织宪章》第 19 条。

40 Frau,Robert.Law as an Antidote:Assessing the Potential of International Health Law Based on the Ebola-Outbreak 2014［J］.Goettinggen Journal of International Law,2016,7(2):296-308.

采取的各行动符合要求的前提下，可以优先获得世界卫生基金的援助，以实现《国际卫生条例》的有效遵守。同时可以使各成员国说明遵守《国际卫生条例》（2005 年）和国际关注的公共卫生紧急情况期间发布的临时建议的情况，增加各国报告的透明度。最后，国际社会必须就有效控制重大传染病爆发所需的分工、协调和资源，并形成稳定长期的制度，世界卫生组织需要建立稳定的执法机制，应对会员国的监督和报告系统进行独立评估，根据这些评估，应向缺乏能力的成员国提供国际援助。世界卫生组织应促使各成员国履行其报告责任，并立即向缔约国提供反馈和建议。

世界卫生组织作为国际传染病防治甚至全球卫生领域最重要的权威性机构，需要设计一个能够评估每个缔约国监测能力的方案，同时应当在《国际卫生条例》下赋予其一定的评估罚款能力。如果缔约国没有尽最大努力报告潜在的公共卫生信息，世界卫生组织应有权实施适当的罚款，该罚款收入可以用来改善在该缔约国领土上的监督和报告环境，以弥补各成员国传染病防治最薄弱的环节。该罚款的目的应是建设和改善公共卫生基础设施，而不是建立一个真正的惩罚性制度，因此应明确被罚款的会员国可以通过承诺，提供同等数量的罚款用于提高监督和报告能力或完善基础设施建设，而取消其罚款。最后，由于世卫组织的建议不具备强制执行力，但世界卫生组织的建议主要是基于有力的科学研究和证据，各国遵循世卫组织提供的疫情应对建议能更有效应对传染病威胁。所以该项罚款制度也可以用于成员国未遵守世界卫生组织在国际关注的具体公共卫生紧急情况下发布的临时建议的情况。[41]

（五）加强发展中国家药品可及性问题的应对

在新冠疫情期间，世界卫生组织采取了许多措施。由世卫组织、全球疫苗免疫联盟(The Global Al-liance for Vaccines and Immunisation，GAVI)以及流行病预防创新联盟(CEPI)共同领导建立的新冠肺炎疫苗实施计划(The COVID-19 Vaccines Global Aceess，COVAX)作为 ACT 加速器的重要组成部分，其主要目标是支持加快新冠疫苗的开发和生产，并确保每个国家都能公平地获得新冠疫苗。CO-VAX 有望提供近 20 亿剂候选疫苗并在 2021 年底使参与国家的人口覆盖率达到 20%。[23] 此外，C-TAP 已经获得了 18 家仿制药公司加入药品专利池的公开承诺，支持对新冠病毒采取集体行动，以使世界各地的人民都能获得负担得起的医药产品。

为统筹全球和各国医药产品生产、协调和分布情况，联合国建立新冠病毒供应链系统(COVID-19 Supply Chain System，CSCS)，用于请求和接收有限市场条件下的全球医药产品资源。[24] 世卫组织为此建立新冠病毒供应门户网站，以供各国和利益攸关方提交推动国家行动计划所需的物资请求 [25] ;此外，世卫组织还出版了紧急全球供应链系统目录，涵盖防控新冠病毒所需的个人防护设备、医疗设备与耗材、实验室检测有关设备等重点医药产品。联合国供应链工作小组动态监测全球、区域及国家等各层面的医药产品需求，尤其是目录中罗列的医药产品，并对总体需求进行准确预测，向亟待解决的物资缺口问题、供应链脆弱环节以及独立采购能力缺口等风险领域发出及时预警。

在传染病的问题前，发展中国家基本上主要位于不利位置。世界卫生组织在倡议各国加强传染病的直接应对时，面临的主要挑战是治疗药物和疫苗等关键医药产品研发缺口所造成的全球医疗物资短缺。世界卫生组织应结合既往经验以研发蓝图为核心，规划全球医药产品研发行动，同时加强全球合作，促进数据共享。在疫苗、治疗方法和检测方法等具体方面，世卫组织及时协调科学家、医生、资助方和生产商等，加强全球合作与数据分享等，推动相

[41] 资料 2

关医药产品研发工作，并尽快在全球分享相关惠益，保证该药品的公平分配，推动实现全球公平。[42]

【参考文献】

[7] Lee,Tsung-Ling.Making International Health Regulations Work:Lessons from The 2014 Ebola Outbreak[J].Vanderbilt Journal of Transnational Law,2016,10.

[8] Sullivana,Ryan.Implementing The International Health Regulations(2005)with Search Engine-Based Syndromic Surveillance[J].Georgia Journal of International and Comparative Law,2016,44.

[9] McDonald,Jeremy.Will The Ebola Epidemic Serve to Make Reform of The Broken Health Research And Development Framework Go Viral?[J].Indiana Journal of Global Legal Studies,2016,23.

[10] Heath,Benton J.Global Emergency Power in The Age of Ebola[J].Harvard International Law Journal,2016,12.

[11] Youde,Jeremy.MERS and Global Health Governance[J].International Journal,2015,1.

[12] Fidler,David P. Epic Failure of Ebola and Global Health Security[J].Brown Journal of World Affairs,2015,2.

[13] Frau,Robert.Law as an Antidote:Assessing the Potential of International Health Law Based on the Ebola-Outbreak 2014[J].Goettinggen Journal of International Law,2016,2.

[14] Gostin,Lawrence O.&Friedman,Eric A.Towards a Framework Convention on Global Health:A Transformative Agenda for Global Health Justice[J].Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics,2013,1.

[15] Gostin,Lawrence O.Redressing The Unconscionable Health Gap:A Global Plan For Justice[J].Harvard Law & Policy Review,2010,4.

[16] Fleming,Matthew.Combating The Spread of Disease:The International Health Regulations[J].Columbia Journal of Transnational Law,2012.

Otterson,Trygve; Hoffman,Steven J.; Groux,Gaelle.Ebola Again Show The International Health Regulation are Broken: What Can be Done Differently to Prepare for The Next Epidemic[J].American Journal of Law & Medicine, 2016,2.

[42] 突发公共卫生事件下世界卫生组织推动全球医药产品

数字环境下 RCEP 知识产权规则的要求与中国道路

陈韵洁 北京师范大学法学院

摘要：RCEP 知识产权规则作为互联网时代的产物，在数字领域增加“超 TRIPS”等新规定，包括规避有效技术措施与权利管理电子信息保护，商标、专利及工业设计电子申请，遗传资源、传统知识及民间文学艺术保护，域名相关反不正当竞争以及数字环境下的知识产权执法等，提出了一系列知识产权保护的基本要求。2019 年以来，我国陆续完成知识产权领域的大规模立法修订工作，逐步实现与国际规则的衔接，但在技术措施法律保护以及数字环境下的知识产权执法实践等方面还存在完善空间。为更好地应对数字时代变革，推动建设知识产权强国，中国应积极把握 RCEP 签署的重要历史契机，为今后可能加入 CPTPP 做好准备，不断统筹推进知识产权领域国际合作与竞争，深度参与全球知识产权治理。

关键词：RCEP；知识产权；数字环境；TRIPS；

一、导言

作为“世界上人口最多、经贸规模最大、最具发展潜力的自由贸易区”，《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）[1]的签署在全球范围内，尤其在亚太区域内为国际贸易自由化和便利化注入了新的活力。其中，以《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）的既有规则为基础，RCEP 第十一章知识产权条款设置了共 14 节 83 条另两项附件，内容多、篇幅长，进一步提升了知识产权的国际保护水平。在当今数字环境下，RCEP 知识产权规则为促进各国数字技术交流和推进数字经济贸易夯实法制基础，展现时代特色。据此，本文旨在梳理 RCEP 知识产权规则在数字化领域对 TRIPS 协定的改进与更新，并对照国内立法、执法与 RCEP 规则的协调配合，探寻数字环境下中国知识产权保护的国际化道路。

二、RCEP 知识产权规则对 TRIPS 协定的更新

1994 年通过 TRIPS 协定时，互联网的普及和应用程度远不及如今。由于不具备数字化的社会现实，TRIPS 协定缺乏保护数字环境下知识产权的相关内容，已不能完满适应当代科技与经贸交往的迅速发展。近年来，诸如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）、《美墨加协定》（USMCA）、《反仿冒贸易协议》（ACTA）等区域贸易和多边贸易协定均对 TRIPS 协定以外的数字环境下知识产权问题作出部分回应，以应对实践中层出不穷的知识产权侵权情形，强化知识产权国际保护。整体而言，RCEP 知识产权规则同样作为“超 TRIPS”（TRIPS-plus）的协定之一，也并未突破 TRIPS 基本框架，只是在立法、执法等层面与时俱进地提出了相对更高的标准要求，以满足数字化时代保护知识产权的现实需要。

在 RCEP 众多知识产权规则中，规避有效技术措施、保护权利管理电子信息，以及商标、专利、工业设计电子申请和域名等条款，为保护数字环境中的著作权和相关权利、专利、商标以及规制不正当竞争行为提供了规范思路，从多方面体现出对互联网时代前的 TRIPS 协定的改进与更新。

（一）规避有效技术措施与权利管理电子信息保护

1 2020 年 11 月 15 日，东盟十国与中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰共十五个亚太国家正式签署《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership, 简称 RCEP）。2021 年 4 月 15 日，中国向东盟秘书长正式交存《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）核准书，标志着中国正式完成 RCEP 核准程序。参见中华人民共和国商务部：《中国向东盟秘书长正式交存<区域全面经济伙伴关系协定>（RCEP）核准书》，http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202104/20210403053096.shtml，2021 年 4 月 30 日访问；《<区域全面经济伙伴关系协定>（RCEP）各章内容概览》，http://www.mofcom.gov.cn/article/zwgk/bnjg/202011/20201103016080.shtml，2021 年 4 月 18 日访问。

RCEP 知识产权规则明确要求缔约方应当提供充分有效的法律保护和法律救济，防止规避有效技术措施（第 14 条）和违反权利管理电子信息保护（第 15 条）。

根据第 14 条规定，为限制未经授权对其作品、表演或录音制品的规避行为，作者、表演者或录音制品制作者所采取的与著作权和邻接权相关的技术措施在“有效技术措施”之列。该条款通过保障作者、表演者及录音制品制作者等著作权人和邻接权人能够采取措施有效预防侵权，明确了技术措施的事前预防功能，从根本上切断他人未经许可利用作品、表演或录音制品的途径，从而加强了对规避技术措施实施著作权侵权行为的规制。但与《世界知识产权组织版权条约》（WCT）、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（WPPT）等国际条约的措辞类似，RCEP 只作出原则性规定，并没有进一步解释“技术措施”的具体范畴和界定“规避行为”。目前各国对于技术措施的保护采用不同做法，存在“接触控制措施”和“版权保护措施”的区分。部分国家立法禁止对两类技术措施实施直接规避行为和向公众提供规避手段；而部分国家则区别对待两类技术措施，对于“版权保护措施”只禁止向公众提供规避手段，不禁止直接规避行为。[2]对此，RCEP 规则有意回避了具体操作，将争议留待各成员国根据自身情况决定知识产权的保护水平。

保护权利管理电子信息方面，第 15 条明确指出两大类违反权利管理电子信息保护规定的行为，包括未经授权故意实施“去除或改变任何权利管理电子信息”和“分销、为分销目的进口、广播、向公众传播或提供明知已被未经许可去除或改变权利管理电子信息的作品、录制的表演或录音制品”。[3]TRIPS 协定尚未将权利管理信息保护纳入其中，而相较于早期 WCT 和 WPPT 的规定，RCEP 更强调权利管理“电子”信息，即以数字和代码的形式呈现的信息，反映了数字环境对国际立法的深刻影响。同时，该条款主观上要求行为人明知或应当知道其实施上述行为会诱导、促成、便利或包庇侵犯著作权或相关权利，即以主观过错为构成要件，实行过错责任原则。

此外，RCEP 知识产权规则第 16 条还规定缔约方可以依照其法律法规提供关于规避技术措施和权利管理电子信息保护的限制和例外，既为合理使用留下了适当空间，也赋予了各成员国根据各自公共政策和知识产权数字化的要求自主立法的灵活性。值得注意的是，实践中大量权利管理信息数字化后可能具备某些技术特征，容易造成与技术措施的混淆。因此，为提升数字环境下技术措施和权利管理电子信息的保护水平，有必要对二者作出区分，以便适用对应的保护和权利限制规则。而区分的关键在于辨别一项内容是否具备有效积极阻止他人借助网络使用权利人的作品的功能，或者是否具备识别特定作品、权利人身份和许可条件等信息的功能。[4]

（二）商标、专利及工业设计在线电子申请

RCEP 知识产权规则在工业产权领域的数字化相关规定主要包括两个方面，一是有关注册和申请程序的书面通知可以以电子文本形式作出，二是缔约方应当为商标、专利及工业设计的电子申请提供便利。

可以以电子方式提供书面通知的情形包括：向申请人提供驳回商标注册理由的书面通知

---

2 王迁：论禁止规避技术措施的范围[J].法学家.2016,(06):133-145+179.

3 第 15 条脚注规定：“就本条而言，权利管理信息指：（一）识别作品、表演或录音制品，作品的作者、表演的表演者、录音制品的制作者的信息；或识别对作品、表演或录音制品拥有任何权利的所有人的信息；（二）有关作品、表演或录音制品使用条款和条件的信息；或（三）代表第（一）项或第（二）项所述信息的数字和代码，如该各项信息均附于作品、以录音制品录制的表演或录音制品的复制件上，或在向公众传播或提供作品、以录音制品录制的表演或录音制品时出现。”

4 王迁：“技术措施”概念四辨[J].华东政法大学学报.2015,18(2):35.

（第 22 条）；对获得授权的专利的异议、撤销、注销或无效程序的行政决定（第 41 条）[5]；向申请人提供一份驳回工业设计注册或授权理由的书面通知（第 51 条第 1 项），以及对获得授权的工业设计的撤销、无效或注销程序的行政决定（第 51 条第 4 项）[6]。上述 RCEP 规则确立了通知的电子送达方式，为数字环境下收集、处理和传递信息提供便利，有助于实现相关程序的信息化建设与数字化管理，极大地提高了商标、专利的注册和申请效率，是现代数字社会势不可挡的发展趋向。

其次，从为商标、专利在线电子申请提供便利的角度来看，第 22 条第 2 款要求缔约方应当提供“商标电子申请的处理、注册及维持制度”和“可以公开访问的商标申请和注册的在线电子数据库”。该条款一方面为申请人在线申请商标提供了制度保障，规范商标电子申请的程序；另一方面通过公开商标申请和注册的在线电子数据库，方便商标申请人进行查询和获取准确信息，提高商标注册的成功率，避免造成对他人注册商标的侵权，也为相关利益人提出异议和申请撤销、宣告无效畅通渠道。与之相似，第 43 条专门规定专利电子申请制度，明确指出“鼓励每一缔约方采用专利电子申请制度，以便利专利申请人申请”，适应了近年来各国专利电子申请的迅猛发展，大大节约专利申请的时间及成本，有效保证了申请提交的时效性和申请文件的安全性，同时也为国际专利申请提供便利与保障。

再者，得益于数字环境下发达的现代通讯，RCEP 知识产权规则确认了在互联网上向公众提供的信息可以构成专利和工业设计在先技术的一部分（第 45 条、第 50 条），[7]有利于专利申请人在“世界标准”的地域范围内提出现有技术抗辩，刺激本国发明人与外国发明人的竞争，从而促进本国科技创新与经济发展。

（三）保护遗传资源、传统知识和民间文学艺术

遗传资源、传统知识和民间文学艺术的保护是 RCEP 知识产权规则超越 TRIPS 协定的一大特色。这是首次在国际条约中规定缔约方“可以制定适当的措施”保护此类目前尚未制度化保护的知识产权（第 53 条）。[8]另外，为加强对此类尚未纳入传统知识产权范畴的对象的保护，RCEP 知识产权规则第七节主要作以下两方面规定：第一，对遗传资源的来源或起源有披露要求，若“此类要求相关的法律、法规和程序可获得”，即可“作为一缔约方专利制度的一部分”，具体包括“在可行的情况下通过互联网提供，以使利害关系人和其他缔约方能够了解这些要求”。第二，关于专利质量审查，规定缔约方在适用和适当的情况下，可以“使用与遗传资源相关的传统知识的数据库或数字图书馆”等，突出强调了对于该类专利质量审查的较高专业化水平的要求。

在遗传资源及传统知识保护领域，如何协调知识产权保护与遗产资源及传统知识保护之间的关系是国际社会长期争议的热点问题。[9]随着《生物多样性公约》（CBD）与《<生物多样性公约>关于获取遗传资源和公正公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》等文件的签署，以及其他双边或多边谈判的积极推进，各国对于遗传资源知识产权保护的观念正在不断发生变化。而 TRIPS 框架下的知识产权规则尚不足以应对保护遗传资源及传统知识的现实需要，与 CBD 等公约之间的落差亟需通过其他具有强制力的国际保护准则加以调整。此

5 第 41 条第 2 款第 5 项脚注规定：“就本项而言，行政决定可以包括准司法决定。”
6 第 51 条第 4 项脚注规定：“就本项而言，行政决定可以包括准司法决定。”
7 第 50 条脚注规定：“为进一步明确，本条中的任何规定不得要求一缔约方确保其行政机关对工业设计进行实质性审查。”
8 张乃根：与时俱进的 RCEP 知识产权条款及其比较[J].武大国际法评论.2021,(02):1-25.
9 陈默：FTA 框架下遗传资源及传统知识保护谈判与我国的应对策略[J].河南大学学报（社会科学版）.2014,54(05):53-61.

时，RCEP 扩充传统知识产权保护范围，无疑为遗传资源及传统知识的国际保护提供了新思路，以尊重各成员国在遗传资源、传统知识和民间文学艺术方面的立场为前提，[10]进一步为在专利制度中引入遗传资源披露义务和完善专利质量审查机制提供制度依据，有利于在最大程度上实现对滥用遗传资源及传统知识行为的有效规制。

（四）域名相关反不正当竞争

RCEP 知识产权规则第 55 条作出统一域名管理政策之规定，即依据各自国家顶级域名（ccTLD）管理制度，“基于互联网名称与数字地址分配机构批准的《统一域名争议解决政策》中确立的原则或仿照该原则建立适当的争端解决程序”。同时，对于域名与商标权的冲突，若他人“以营利为目的恶意注册或持有一与商标相同或足以导致混淆的近似域名”，缔约方应提供适当的救济，且此类救济可以但不必包括撤销、注销、转让、损害赔偿或禁令救济。

（五）数字环境下的知识产权执法

RCEP 知识产权规则在第十节第五小节中专门规定了数字环境下的知识产权执法，确认民事救济与刑事救济规定的实施程序“应当在相同范围内适用于数字环境中侵犯著作权或相关权利以及商标的行为”（第 75 条），为数字环境下反侵权有效执法提供了可靠依据。参照 RCEP 知识产权规则第十节第二小节（民事救济）和第四小节（刑事救济）的具体规定，数字环境下的侵权救济也可以通过请求损害赔偿，以及请求司法机关责令销毁侵权货物、材料和工具或清除出商业渠道等方式实现。

然而，相比于 ACTA 和 CPTPP 关于数字环境中保护知识产权的具体规则，虽然 RCEP 新增数字环境下的知识产权执法要求，一定程度上呈现“超 TRIPS”态势，但在民事救济力度和刑事处罚力度上明显不及 ACTA 和 CPTPP，而是更多地寻求与 TRIPS 协调，并未大幅度提高知识产权执法标准。同时，RCEP 条款更侧重原则性规定，并未明确强调互联网服务提供者负有提供侵权者信息和移除侵权材料等义务。[11]不可否认，ACTA、CPTPP 以及目前各国 FTA 模式下的数字环境下知识产权执法都具有较高的法律保护水平。相较之，RCEP 知识产权规则中的数字环境下的知识产权执法条款作为顺应“互联网条约”潮流的时代成果之一，在立法层面并无显著特色。值得关注的是，该条款与其他数字环境下执法的条约一样，也面临着落实困难的重大挑战，仍需各成员国保障施行和提升执法效果。

三、国内立法与 RCEP 知识产权规则的衔接

自 2019 年以来，我国先后完成《商标法》《反不正当竞争法》《专利法》和《著作权法》等立法修订工作，并密集出台若干知识产权保护方面的法律规范文件，逐步实现与国际规则的接轨与协调。在信息科技迅速飞跃和国际经贸蓬勃发展之际，RCEP 的签署为我国知识产权保护带来了机遇与挑战，进一步要求我国在推动精细立法和完善知识产权法律体系的过程中，要注重与 RCEP 知识产权规则的衔接，使国内立法、司法与执法能够更好地适应数字环境下保护知识产权、创新科技文化的现实需要。

（一）数字环境下国内立法与实践现状

数字环境下，我国知识产权保护在许多方面均体现立法及实践与 RCEP 知识产权规则的密切衔接。为适应数字时代需要，我国出台相关政策助推专利、商标电子申请规范化、便利

10 参见第 53 条第 1 款脚注规定：“为进一步明确，本节不损害任何缔约方在遗传资源、传统知识和民间文学艺术方面的立场，包括通过任何活动进行的任何双边或多边谈判中的立场，例如 WIPO 知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会。”

11 黄宁、张凡、秦铮：国际知识产权新规则的“超 TRIPS”趋势及对我国的挑战[J].全球科技经济瞭望.2020,35(06):1-6.

化，与 RCEP 知识产权规则第 43 条关于鼓励采用电子申请制度等倡议性条款不谋而合。[12]在域名保护领域，最高院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 1 条第 3 项规定，“将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的”，构成对商标权之侵害，实际上已达到 RCEP 的域名保护水平。此外，有关遗传资源及传统知识保护方面，我国《专利法》明确了申请人的遗传资源披露义务，并对违反该项义务的法律后果作出强制性规定。[13]同时，相关条例要求人类遗传资源信息在世界范围内的公开须以保证我国公众健康、国家安全和社会公共利益为限，对我国建立和运行与遗传资源相关的传统知识数据库发挥了规范性作用，有利于提高专利质量审查专业化程度。[14]

但在规避技术措施与数字环境下的知识产权执法等领域，国内立法和实践现状又呈现出或落后于或超越国际规则的差异。正值 RCEP 签署的历史契机，面对上述问题，促进 RCEP 知识产权规则在我国知识产权立法中的转化适用，推动国内立法、执法的实际落实，对于提升我国数字环境下知识产权保护水平和完善知识产权相关国际贸易大有裨益。

（二）国内立法与实践的完善思路

1.技术措施法律保护的立法

最新《著作权法》修订主要借用《信息网络传播权保护条例》之规定，新增加技术措施法律保护系列条款，进一步完善了我国著作权立法体系，并实现与国际规则及其他国家普遍立法的一致性。但对于故意避开或破坏技术措施和违反权利管理信息保护的行为，《著作权法》将其纳入侵权行为范畴，这与国际规则和其他国家的普遍立法有所不同。

根据 RCEP 知识产权规则第 14 条表述，规避有效技术措施的行为属于“不被该缔约方法律和法规所允许”，遵照文义解释的法律解释方法，宜定性为违法行为而非侵权。同时，从行为内容来看，由于该类行为并不受著作权和相关权利等权利人专有权利的控制，不构成直接侵权，并且在他人未实施直接侵权的情形下，这种行为也不构成间接侵权。因此，借鉴 RCEP 知识产权规则将故意避开或破坏技术措施的行为定性为违法行为更为妥当，即关于技术措施的法律保护，我国《著作权法》仍需寻求与国际规则的衔接。

2.数字环境下的知识产权执法

随着互联网的应用与普及，数字时代已然到来。大量信息资源数字化、网络化，在便利作品、专利和商标等相关信息传播的同时，也大大加剧了侵权的潜在风险，侵权行为难度与成本明显降低。为应对此情形，各国广泛重视强化数字环境下的知识产权执法，设置了严格的制度保障与操作标准。

以损害赔偿为例，2020 年我国《民法典》《著作权法》《专利法》的修订新增加惩罚性赔偿条款并提高损害赔偿数额，回应了实践中特别是数字环境下的知识产权侵权举证难、成本高、赔偿低等普遍问题，进一步实现与 CPTPP、USMCA 等国际规则的衔接。但 RCEP 知识产权规则却没有关于惩罚性赔偿的规定，实质上并未超越 TRIPS 协定的弹性条款与最

12 参见《国务院关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》（国发[2015]71 号）第 13 条规定：“优化专利和商标的审查流程与方式，实现知识产权在线登记、电子申请和无纸化审批。”

13 参见《专利法》第 26 条第 5 款规定：“依赖遗传资源完成的发明创造，申请人应当在专利申请文件中说明该遗传资源的直接来源和原始来源；申请人无法说明原始来源的，应当陈述理由。”《专利法》第 5 条第 2 款规定：“对违反法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源，并依赖该遗传资源完成的发明创造，不授予专利权。”

14 参见《中华人民共和国人类遗传资源管理条例》第 28 条第 1 款规定：“将人类遗传资源信息向外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用，不得危害我国公众健康、国家安全和社会公共利益；可能影响我国公众健康、国家安全和社会公共利益的，应当通过国务院科学技术行政部门组织的安全审查。”

低标准。相比于 RCEP 知识产权规则关于“数字环境反侵权的有效行动”的概括性规定，国内立法在知识产权执法方面的标准更为严格。从 RCEP 知识产权规则谈判与签署的过程来看，中国基本秉承了知识产权适当保护的立场，并未急于将国内立法中“超 TRIPS”内容反映在谈判意见中，因此在数字环境下的知识产权执法方面，中国也更趋向在 TRIPS 最低标准的基础上注重完善 TRIPS 协定对发展中国家需求反映不足的内在缺陷，以形成适度平衡的知识产权规则。[15]对此，国内立法有意识的“不衔接”，是综合考虑我国法律体系、执法能力、社会环境与公共政策等因素的判断结果。

然而在知识产权执法方面，我国立法虽已达到“超 TRIPS”的严格标准，实践现状却不尽如人意。例如《商标法》早在 2013 年就引进惩罚性赔偿制度，但实际适用该条款的案件却并不常见，其关键原因仍在于维权成本过高而侵权成本太低，这一对比在数字化侵权领域尤为显著。长期以来，中国的知识产权保护总存在“虽有完备的立法，但执法效果不明显”之论断。[16]时至今日，部分创新能力和经济水平处于世界前列的发达国家仍未完全打消对中国知识产权执法力度的质疑。本次知识产权领域大规模修法完成后，许多超越国际规则的国内立法还有待具体推进与落实。必须意识到，强化数字环境下的知识产权执法是我国加强与其他发达国家知识产权合作、提高中国经济竞争力的必然要求，也是新形势下加快建设知识产权强国的必经之路。

四、中国知识产权国际保护的未来道路

与互联网时代前的 TRIPS 协定相比，RCEP 知识产权规则呈现显著的与时俱进的特点。除了数字化领域具体条款的增添外，RCEP 知识产权规则还要求其缔约国应当批准或加入《世界知识产权组织著作权条约》（WCT）和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（WPPT）等互联网条约，全面加强了世界知识产权组织框架下的知识产权全球治理。在国际保护水平方面，RCEP 知识产权规则着重反映了核心经济体的诉求。一方面，由日韩主导的知识产权强保护模式体现明显的 CPTPP 兼容性；另一方面，东盟、中国和印度等国主导的知识产权适当保护路径则代表数字环境下发展中国家的积极诉求。[17]自美国退出《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）后，虽然新协定 CPTPP 搁置了 TPP 知识产权规则有 11 条之多，但总体保护水平仍高于 RCEP。不过更高水平的 CPTPP 却难以兼顾最不发达缔约方，就目前亚太自由贸易区域的发展需求而言，RCEP 知识产权规则更具有示范性意义。

而此时中国作为逐步向知识产权创造大国转变的发展中国家，为促进自由贸易和区域经济发展，正在致力于与更高规格的国际贸易规则接轨，并积极为加入 CPTPP 做准备。本次 RCEP 的成功签署和核准为中国加入 CPTPP 奠定了良好的基础，也在诸多方面释放出积极的信号。[18]可以预见，数字环境下 RCEP 知识产权规则的要求将进一步促使中国实现与 CPTPP 标准的对接，从而推动国内体制深度改革，提升国际竞争力。从当前的知识产权治理水平和发展目标看来，中国仍应重视 RCEP 知识产权条款的履约，并坚持扩大开放的政策立场，统筹推进知识产权领域的国际保护，以期走好深化知识产权国际合作与竞争的未来道路。

---

15 褚童：巨型自由贸易协定框架下国际知识产权规则分析及中国应对方案[J].国际经贸探索.2019,35(09):80-95.

16 谢光旗：论数字环境下知识产权执法国际法制的发展[J].法治研究.2013.

17 褚童：巨型自由贸易协定框架下国际知识产权规则分析及中国应对方案[J].国际经贸探索.2019,35(09):80-95.

18 张司晨：新形势下 CPTPP 的影响、前景以及中国的选择[J].东北亚经济研究.2021,5(02):76-85.

加拿大国家公园决策影响机制考察及对我国之启示

董祥宇* 中南财经政法大学法学院

摘要：加拿大作为仅次于美国之后世界上第二个设立国家公园的国家，拥有着悠久的公园设立历史，并且积累起了相当丰富的经验。而贯穿其国家公园发展历程的主脉络，则是引导公园发展趋势的决策影响机制，具体为企业家联盟、环保主义支持者联盟以及原生地居民联盟，此三类主体作为影响国家公园相关法律体系设立与完善的重要因素，伴随着加拿大国家公园从初期阶段到完善阶段的全过程。因而对加拿大国家公园决策影响机制的考察具有十分重要的理论与实践意义，同时也能为我国构建完善国家公园法律体系提供有利参考价值。

关键词：加拿大；国家公园；决策影响机制；启示

加拿大作为北美洲大国，早在 1887 年便制定了《落基山公园法》（后落基山公园更名为班夫），而该法案的出台最初之目是为了保护班夫公园内的生态环境免遭破坏。直至 1930 年加拿大正式颁布了《加拿大国家公园法》。[1]这也意味着加拿大开始了对国家公园进行总体立法规制及保护。至此以后，加拿大国家公园的法律机制开始围绕着如何更为全面的对保护区内的各种资源进行优化与维护。对于上述问题的解决，仅靠公园内部的自我维护与资源管理，很难做到真正的构建完善的法律政策机制，于是加拿大的决策干预逐渐以外部影响决策机制占据了主要地位。而外部决策机制最为重要的影响因子便是加拿大国家公园决策制定中三大影响主体之间的利益博弈机制，那么此种利益博弈机制运行的具体内容如何以及对我国目前构建国家公园法律体系又有哪些启示呢?本文将通过以下分析进行释明。

一、加拿大国家公园决策影响机制阐述

1885 年，加拿大于班夫建立了第一个国家公园，也是自此开始，加拿大的国家公园的发展开始与企业家、环保主义者以及当地的土著居民产生了紧密联系，两年后的《落基山公园法》颁布虽然看似是为后续正式的《国家公园法》施行的过渡期，但实质其实是对班夫公园温泉地貌性质的保护，而之所以会形成改文件，则是与当时的企业家影响决策实行密不可分。在加拿大国家公园法律体系形成的早期，企业家们对公园布局决策产生了主要的影响，而随着时间的推移，经历了“大萧条”之后的经济发展开始趋缓下来，此时加拿大形成了以环保主义者联盟和土著居民联合的共同体，旨在对抗企业家联盟，将影响决策的主导权“易主”，事实上他们也成功的实现了这一目标，但是随后在环保主义者与土著居民之间亦发生了观念上的冲突，由此开启的则是依托加拿大公园管理局与土著居民的联合管理制度下的国家公园法律机制，而土著居民对于国家公园法律机制的影响成为当下重要的参与力量。但这也并不能否定其他两种利益群体对于国家公园决策影响的降低，它们同样在历史的某一时期推动着国家公园法律制度的完善。因而对三种群体的利益博弈进行分析，间接地将加拿大国家公园法律机制的整个发展历程全面进行了展示，以此更好地为我们理解其法律制度奠定了坚实根基。

（一）以企业家为主要影响时期的机制分析

1、以游说为主的影响方式

---

* **【作者简介】**董祥宇，中南财经政法大学法学院在读博士研究生。研究方向：国际法学

[1] 蔚东英、王延博、李振鹏、李俊生、李博炎，国家公园法律体系的国别比较研究———以美国、加拿大、德国、澳大利亚、新西兰、南非、法国、俄罗斯、韩国、日本 10 个国家为例，环境与可持续发展，2017，（02）:13-16

企业家们与政治家们有着天然的紧密关系网，尤其是体现在加拿大政治制度的设立上，因其通常采用的是议会负责制，这也在实质意义上给予了议员们一定的政策法律建议权，而议员们的背后却直接或者间接地受到企业家们的紧密影响，这就使得企业家们通常采用游说这一最为简单且有效的方式影响着决策者们制定法律政策的意见，企业家们将自己所要经营的规划布局通过议员们表达出来，再由法律的方式加以保障实施，如在 1930 年的《加拿大国家公园法》及其修正案中均涉及到对于条文的解释问题。而作为解释条文的权力机关，在立法的措辞上，特别是“对国家公园区域的保留与使用”和“为了加拿大公众的利益、享受和使用”这些类似的条款释义上往往给予了解释机关一定的自由裁量权，这也成为企业家们游说的最有利保障。而政治家们亦在试图寻找合法性框架内的“合作伙伴”，双方即可以此为契机达成一定的共识从而影响最终国家公园规划设计等问题的决策。

2、影响目的为获取利益回报

加拿大国家公园建立的初期，企业家们纷纷假言献策，力图为自己的经营领域提供利益支持，而获取利益回报则是企业家们的立足之本，于是加拿大太平洋铁路公司开始率先影响加拿大国家公园的决策，提出建立第一个国家公园即班夫国家公园，以此垄断加拿大洛矶山的旅游业发展。当然上述事例也并非企业家们唯一的产业，还有类似的煤炭开采、矿产资源开发与利用以及伐木产业等。这些对于企业家们来说是具有丰厚利润的产业链。而在加拿大国家公园管理的早期历史，即从 1885 年到 1920 年左右，几乎完全由企业家的产业链布局所主导，对于企业家们来说利益至上，如何将公园保护区周边所蕴含的丰富资源尽可能低成本、长久的变现为利润，这就使得交通运输成为必不可少的重要环节，正如上述所列班夫公园的形成，铁路企业联盟为了最大化攫取利益，当然不仅是铁路轨道的铺设，而且还涉及到矿产资源的开发专用道路、机场的航道建设等交通设施的规划。据 PHILIP DEARDEN 及 LAWRENCE D. BERG 在其文中提及的数据显示：在公园建立的早期，班夫、Yoho 和冰川公园的大部分地区都被用作木材泊位。同样，直到 1904 年，班夫公园的煤矿还在使用，1923 年，班克黑德煤矿也在使用。[2]企业家们对国家公园决策影响的时间期限远未到此结束。一直到 1960 年左右，企业家们仍然在影响公园决策方面保持着首要地位。仍以班夫公园为例，在其建立保护区以来的几十年里，企业家们的决策影响导致其在发展时期引入了多项建设项目，如 1911 年的班夫斯普林斯高尔夫球场、1914 年建设的班夫游乐场球场、1934 年建设的班夫机场以路易士湖滑雪场等。在企业家们看来，国家公园已然成为了获取利润的有利途径。

3、影响结果为改变国家公园原有规划

企业家联盟作为早期主导群体，主要是对于国家公园的边界位置以及内部区域划分产生着实质性的影响，这反映在政策上便是对于公园区位优势的选择划分问题上，在加拿大早期成立的国家公园中曾出现许多边界位置影响的案例，如不列颠哥伦比亚省的伐木公司公然试图影响太平洋沿岸和南莫尔斯比国家公园保护区的边界位置。这些公司甚至可以保留在特定国家公园开发保护区的权利，这一影响无疑对保护区的设立以及总体规划产生了重大改变。在加拿大最早的班夫公园设立时，为了保证加拿大太平洋铁路公司的利益，他们通过影响决策对边界位置的划定，将具有丰富资源的区域排除在法律政策规定的国家公园保护范围之外，由此影响着早期加拿大国家公园的规划、设计和管理等方面的布局。在这些公园表面上被指定为“保护区”之后，伐木业和采矿业仍在他们所掌控的区域内继续进行着。

在企业家影响决策阶段中，并非一味地为国家公园的建立起到了阻碍作用，在利益至上

[2] PHILIP DEARDEN、LAWRENCE D. BERG；CANADA’S NATIONAL PARKS: A MODEL OF ADMINISTRATIVE PENETRATION；The Canadian Geographer / Le Ceographe canadien 37, no 3 (1993) 197

的理念支配下，企业者们会选择有利用自身长久盈利的项目，如度假村、滑雪场及铁路缆车等收入可观的建设。但也正是因为有了上述种种的项目实施，才使得民众越来越认识到国家公园的自然属性同样占据着主导地位。1971 年，以环保主义者为代表的群体成功地阻止了路易士湖滑雪区在班夫国家公园的大规模扩张。这一事件也被认为是企业家群体和环境游说群体首要地位之间象征性的断裂点。自此以后，长达近百年以企业家为主要决策影响时期的国家公园发展开始动摇，环保主义者联盟在面对世界环境日趋恶化的现实状态下开始成为影响加拿大国家公园决策的中坚力量。

（二）以环保主义者群体为主要影响时期的机制分析

1、利用公众舆论方式影响决策

相较于企业家群体拥有绝对的财富资源等优势而言，环保主义者则需要寻求符合自身利益诉求的渠道为国家公园的保护尽责。在此过程中环保群体通过一系列的保护行动利用公众舆论的形式为他们所倡议的“公园环境完整性”理念争取到实质的决策影响力，如在 20 世纪 50 年代和 60 年代，一批具有雄辩能力的环境保护倡导者重新唤起了人们对北美环境保护的关注。利奥波德等作家的作品在提高加拿大人对原始公园在维护环境完整性、促使公众加深对环保理念的认知等方面发挥了关键作用。[3]而类似以写作提高公众认知的方式还表现在通过媒体宣传、以及发起保护行动等积极影响模式，这些最终的目的是唤醒公众对于国家公园环境保护的认同，从而以公众舆论的方式给予决策层面实质性改变。虽然企业家们通过游说的方式能轻易影响决策层面出台符合他们要求的政策法规，但是面对公众舆论的压力，决策层亦必须给予让步和妥协。在经历了企业家主导的决策影响阶段后，公众也越来越关注自己周边的环境问题，而不再一味地任由企业家对公园决策达到有利可图之目的，这实际上也对企业家主导力量产生了阻碍作用。公众舆论的压力也使得环保主义者与企业家对抗的过程中逐渐显现优势，在班夫公园滑雪场规模扩大、避免国家公园遭受过度开发等重要提议上，环保主义者们成功以一种更为公开的方式施加了影响，而试图触及公众的心灵和思想，在这一方面对决策者施加压力也成为环保主义者影响决策时期的主要措施。

2、以协会组织为平台呼吁保护公园完整性

随着环保主义者开始成为影响决策的主导力量，除了运用公众舆论的压力这一方式外，他们也深刻的意识到必须成立协会组织广泛集中自身力量来应对企业家们给予的挑战。于是环保主义团体在加拿大国家公园建立的初期便开始尝试于20世纪20年代成立国家公园保护协会，企图反对企业家们控制国家公园的土地使用政策决定，但囿于当时企业家主导的力量占据优势，故未能成功实现环保团体的主张。然而这并非是一次完全徒劳的抗议，在某种程度上决策者们意识到了国家公园不能一味地依托商业模式兼具保护与开发的双重属性，同时在环保团体对政府决策不断施压的行动中，关于在硫磺山和铁路上发展飞艇站的建议以及在喀斯喀特山进行开发的多项决议均未能如企业家们预想的那样顺利实现。更具有重要意义的一项行动是在加拿大阿尔卑斯山开展的，当地一个国家公园协会的分支机构，成立了起来反对卡尔加里电力公司在加拿大国家公园保护区周边修建水力发电大坝的规划，该协会试图通过侵犯电力公司的商业利益来防止加拿大国家公园受到相应损害。虽然该协会的努力最终未能得到决策层的认可，但在加拿大国家公园发展史上这是环保团体开展抗议企业家群体的标志性运动，这场运动的深远影响一直未能停止，相反让越来越多的环保人士加入了影响公园

[3] PHILIP DEARDEN、LAWRENCE D. BERG；CANADA’S NATIONAL PARKS: A MODEL OF ADMINISTRATIVE PENETRATION；The Canadian Geographer / Le Ceographe canadien 37, no 3 (1993) 198

决策的队伍中来。1963 年，在原有的国家公园协会及分支机构的基础上，加拿大国家公园和省级公园协会（NPPAC）成立起来，后来成为加拿大天然公园与荒野协会公园协会（CPAWS），由保护主义者组成，作为一个监督组织，核心目标在确保公园的环境完整性，该协会的主要宗旨是“保护加拿大公园、荒野和类似自然区域的野生生态系统，保护栖息地及其物种的完全多样性;通过教育、欣赏和经验促进对荒野生态原则和固有价值的认识，最终建立成人们体验和尊重自然的健康生态系统”。该协会的成立也在随后的发展中见证了与企业家群体的优劣势转化。1971 年，NPPAC 和其他环保组织面临着他们最大的挑战：路易斯湖地区的所有者、新泽西帝国石油公司和路易斯湖的其他公司，提议在班夫国家公园的路易斯湖开发一个巨大的目的地滑雪胜地。当时负责国家公园管理的当局随后与路易斯湖村签署了一份意向备忘录，在这份备忘录中，企业家们希望将路易斯湖村庄打造为全年最佳旅游胜地，为游客提供全方位的住宿与服务，并且能凸显当地特色的长期发展建设项目，按照需要进行建设，以满足公众的需求，并符合经济可行性和国家公园政策。而且在这里需要有多元化的娱乐设施，电影院、酒店、会议中心必须要包含在其中，更为甚者要建立一个巨大的滑雪场。鉴于企业家们提出了比以往更为多样的建议，这使得环保主义者们无法坐视不管，他们通过协会发声，联合公众舆论为加拿大公园管理当局及其背后的企业家施压，并组织公众进行抗议行动。这场关于路易斯湖村的公开辩论比其他任何关于公园未来的辩论都更多地涉及到人们的切身利益，最终环保组织成功地解除了这个提议的开发计划。在此种情形下，环保主义者直接挑战企业家的影响力并且达到预期的目的，这也成为了环保主义者对公园决策的影响力占据主导力量的标志性事件。

3、通过法律政策的调整达成环保诉求

环保群体与企业家之间的对抗在滑雪场修建事件发生后并非意味着环保团体完全赢得了胜利，例如，企业家曾在此时期通过对公园的交通路线扩展实现了自身的商业价值。二者之间在随后的几年内爆发了无数次冲突。在保护公园与公园发展的对立问题上，双方都未能让步，这也导致了政府部门开始试图通过在国家公园保护区禁止进行商业利益行为的政策措施，以此一方面来缓解两大群体紧张的斗争态势，另一方面从法律上为实现国家公园保护之目的给予肯定。在 1979 年的国家公园政策中，加拿大决策者们第一次明确表示，对国家公园的生态保护比商业利用更为重要。这一开端性的举措也进一步加强了加拿大《国家公园法》及第 C-30 号法案的修订，由于是在普遍支持环境保护的团体中得到的修订，故内容涉及到了许多加强保护公园完整性的条款。其中包括关于公园内荒野地带的立法、界定城镇和滑雪场范围的规定，以及要求部长每三年报告一次公园的状况，并要求为每个公园制定一份管理计划。实际上，这些修正案进一步减少了政客和公园官僚在决策过程中的自由裁量权，并使他们对公众更加负责。而在这些修订的内容中也能够看出环保群体对决策的重要影响已经否决了企业家们之前的努力，如加强公园荒野立法保护以防止被作为商业用途，界定城镇及滑雪场的范围用以限制企业家们不断扩建设施的商业行为。更为重要的一点是环保群体通过法案修订对决策者们自由裁量权力的削弱，如此便可从根本上切断企业家们与决策层紧密联系的游说渠道。

总的来看，在环保主义群体影响决策的期间内，通过与企业家们对抗的事件中可以发现他们最重要且有效的方式是联合，不仅建立了自己的环保协会，而且能够通过唤醒公众对环境保护的认可去监督与影响决策者。但在联合的过程中他们也为自身的发展带来了一定的桎梏。尤其体现在与当地原始居民分歧上。虽然在对抗企业家的行动中环保主义者与原始居民具有共同的诉求，即维护保护区域内的现状，但在后续取得胜利，使企业家的影响能力受限

后，环保主义者与土著民就开始了不同的追求目标，环保主义者意图建立的是完整的生态系统，保留国家公园的最佳环境状态。作为土著居民来讲，他们所生活的地方不希望被打扰甚至被破坏，如若让他们背井离乡是完全没有任何商量余地的。这就与环保人士希冀建立的荒野生态保护区背道而驰。而从生态维护的角度来看，环保群体是基于对人类在国家公园中所扮演角色的独特性进行的认定，他们认为人类与国家公园是独立的两种主体，人类不应该附属于或依赖于国家公园的自然属性而生存。相比之下，土著居民由于来自不同的地方，因而他们的世界观是建立在他们自己和他们的活动是自然环境的一部分而不是与自然环境分离的观念之上的。在这个框架下，环保群体提出的荒野保护区的概念既陌生又不和谐。双方在联合抵抗企业家肆意发展公园商业利益行动取得胜利后开始出现裂痕。虽然环保主义群体仍然主导着国家公园发展的决策方向，但是土著居民亦开始为自身的生存权和发展权谋求实质上的帮助。

（三）以土著居民为主要影响时期的机制分析

1、通过建立联合共管模式影响公园决策

作为国家公园保护区内生活已久的土著居民，他们首要目的是与环保团体一致反对企业家在公园保护区进行商业开发、伐木活动等危及公共环境安全的行为，然而企业家的游说方案一旦失去对决策的影响，那么在环保团体与土著居民间便产生了矛盾，环保团体希望的是将自然权利全部返还给国家公园，但是土著居民依然主张在保护区内享有自己的“主权权利”，这些主权权利体现为在保护区延续以往的生活习俗、生产劳动方式以及多年来积淀下来的文化传统等。虽然对于环保团体来讲，相较于与企业家之间的实质矛盾，这并非是触及到根本利益的冲突。但土著居民要求确认权利的行为可视为环保主义对决策影响力量的削弱。其实早在 1979 年环保团体要求决策层对国家公园法律政策调整之时，土著居民便已主张他们的权利，当时的加拿大公园管理局也初步计划与当地土著社区代表谈判达成一项协议，然后待到保护区正式建立国家公园后，实行国家公园规划和管理的联合管理制度，但囿于当时环保团体的影响并未能真正贯彻施行。值得关注的是对于土著居民的权利，国家公园管理局进行了保留，仍然允许他们进行必要的资源开采权以及所有权等基本生存权利，这也成为了土著居民影响公园决策的先决条件。20 世纪 80 年代早期，加拿大北部的奥尤伊图克国家公园保护区出现土著居民与当地公园管理局成立公园咨询委员会开始将联合管理制度落到实处，同时通过公园规划会议决定，对已在该地区居住了近 4000 年的因努特人保留公园保护区内传统的资源开采权，他们的主要作用是向公园管理者提供咨询意见。虽然还未真正影响到实质决策，但他们通过参与管理的方式也为后续的主导决策奠定了坚实基础。1984 年加拿大签署的《最终土地所有权协议》给予了育空北部国家公园的土著居民直接影响决策的权利，加拿大公园管理局接受北部土著人民传统的再来源开采权，这一重大决定预示着北部土著居民基本权利开始得到了决策层的认可与支持，同时也为容纳南部地区的土著居民争取上述保护政策等类似活动方面具有相当重要的意义。[4]然而，不能就此认为加拿大全国的土著人民最终在影响国家公园决策方面占据了首要地位，直到在加拿大南部的土著居民在国家公园保护区权利得到认可与支持。1988 年，在加拿大南部的明安群岛国家海洋公园保护区内，当地的土著蒙塔格奈人采取直接行动，迫使加拿大公园管理局于 1989 年签署了一项共同管理协定，但这一行动并未真正落实蒙塔格奈人的民族生存权利。与蒙塔格奈人类似的南部土著居民海达族人，最终成为了推动土著居民在影响公园决策方面的重要力量，海达人早期是与环

[4] PHILIP DEARDEN、LAWRENCE D. BERG；CANADA’S NATIONAL PARKS: A MODEL OF ADMINISTRATIVE PENETRATION；The Canadian Geographer / Le Ceographe canadien 37, no 3 (1993) 200.

保团体在南莫尔兹比国家公园保护区内一起并肩行动的原住民，他们对这片保护区具有深厚的感情，并且这里是他们传统家园夏洛特女王群岛的一部分。事实上，海达人还是岛屿保护协会的创始成员之一，这是一个专门为了南莫尔兹比获得国家公园的认可而成立的环保组织，通过不懈努力，环保团体成为了主要影响决策力量，并促使联邦政府和省政府就南莫尔兹比国家公园地位进行法律政策上的认定。与此同时，海达人也开始了推动以海达本民族主权为中心的议程，在随后的几年里，海达族人与环保团体就公园区域内建设规划问题、公园性质等关键问题产生冲突，环保团体依然主张继续推行完整的生态链系统，但海达人却希望对他们保留民族主权并参与到公园管理中，于是双方的“同盟关系”渐行渐远。随后，海达人选择脱离了推动保护南莫尔兹比地区的各种环保团体，成立了海达民族理事会并通过各种“民族主权”行动试图说服当地公园管理局给予他们充足的权利，如收取游客相应费用，执行海达管理计划和阻止进入南莫尔兹比公园的某些属于原住民的私人区域等，这些行动最终迫使加拿大公园管理局为拟规划的公园制定一个真正的共同管理制度，政府决策层也很快审查批准了该项制度。自此，共同管理制度开始真正成为土著居民影响公园决策的重要保证。环保团体与海达人在公园问题方面的冲突，也标志着土著民族在行政决策渗透中的优势地位。因此，南莫尔兹比的成功事例也意味着原住民为争取公园资源管理权利得到承认而进行的斗争达到了高潮，这意味着他们的原始影响力开始对公园的决策产生实际效果。

2、通过司法裁判影响公园决策执行

在联合共管制度以外，作为生存在加拿大土地几百年的土著居民，还在通过争取自身的民族权利而影响着国家公园的决策，而他们主要的途径便是寻求司法裁判的保护。由于在加拿大地区存在着不同的土著居民，因而争取的权利也具有明显差异化。在加拿大南部除了大西洋省份以及魁北克省的大部分地区以外，都受到印第安人条约的管辖，这些条约规定了加拿大政府对土著人民的某些法律义务，如印第安人主要拥有其村庄和田地的所有权，并保证他们有权“在无人居住的土地上狩猎，并继续以前的渔业”。而在其他地方却没有条约的约束，这就使得当地的土著居民的权利无法正常的行使，为此，生活在不列颠哥伦比亚省的尼加斯人率先选择通过诉讼的方式来强制政府承认他们作为原住民应享有的权利，这一案件又被称为“考尔德案”，该案在不列颠哥伦比亚省最高法院开庭，并最终提交到加拿大最高法院，在庭审中法官们围绕着原住民的权利进行了观点阐述，其中有三位法官做出了有利于尼加斯人的论断，他们认为根据加拿大普通法，政府对于土著居民权的取消必须要有明确的法律文书，而加拿大政府未明文规定取消土著居民权，故尼斯加人对他们的土地仍然拥有原住民的所有权。尽管该案件最后以四比三的法官意见败诉，但是加拿大最高法院首次承认，在殖民化时期，土著所有权是一项法律权利，源于印第安人对土地的历史占领和占有。[5]根据这一判决，联邦政府宣布愿意在加拿大的一些地区——即不列颠哥伦比亚省、魁北克省和两个北方领土——就“综合”土地要求问题达成协议。[6]此外，加拿大政府确认愿意就条约执行不力问题与土著居民进行协商并达成具体的索赔解决办法。经过上述案件后，土著居民开始对政府进行立法建议，要求通过法律形式来确保土著权利。1982 年《宪法法案》的实施意味着土著权利的保护得以落实，因在该法案第 25 条以及 35 条中均涉及到了对土著族群权利的认可。在随后的“斯派洛案”中，加拿大最高法院再次做出了具有里程碑的裁决，该案

[5] PHILIP DEARDEN、LAWRENCE D. BERG；CANADA’S NATIONAL PARKS: A MODEL OF ADMINISTRATIVE PENETRATION；The Canadian Geographer / Le Ceographe canadien 37, no 3 (1993) 207

[6] TASKFORCE TO REVIEW COMPREHENSIVE CLAIMS POLICY 1985 Living Treaties: Lasting Agreements, Report of the Task Force to Review Comprehensive Claims Policy (Ottawa: Department of Indian Affairs and Northern Development)

件围绕着印第安人斯派洛违规使用渔网进行捕鱼是否应受到处罚为主要争议焦点，初审法官认定斯派洛违反《渔业法案》，使用了比他的印第安食品捕捞许可证所允许的长度更长的漂网。但其本人辩护认为自己的权利受到 1982 年《宪法法案》对土著人捕鱼权的保护。在最高法院审判后，法官们一直认为：作为土著居民的斯派洛拥有 1982 年《宪法法案》规定的土著捕鱼权，并提出了用以界定加拿大土著权利的存在和范围的框架。即 1982 年之前，土著人的权利继续存在，除非这些权利被王国政府明显打算这样做的行动所取消。[7]“斯派洛案”的胜诉不仅再次重申了土著居民的捕鱼权利受到宪法保护，而且对于加拿大政府的行为起到了很好的控制作用，政府如若采取限制土著居民权利的行为或者造成任何负面影响时必须要承当责任，除非有理由证明影响的正当性，尽管如此也必须要与土著居民进行协商，以减轻对他们权利的任何影响。因此在影响公园决策执行方面，司法机关的裁决成为了土著居民应对的“利器”。

3、具体权利对公园决策之影响分析

在前述两种影响公园决策的基础上，土著居民享有的具体权利亦会对公园区域内的规划管理产生影响，以影响较大的南莫尔兹比公家公园为例，作为生活在那里的海达族人，他们通过谈判与政府成立了临时的“群岛管理委员会”。由海达族和加拿大政府各派两名代表组成，委员会主要负责审查所有与南莫尔兹比公园运营、管理及规划等方案实施。海达人也将保留以下权利：1、进入及在群岛内旅行；2、海达族人传统食品的采集；3、收集用于医药或仪式目的的植物；4、为庆典或艺术目的砍伐选定用途的树木；5、狩猎及毛皮动物的捕捉。6、捕捞淡水鱼和溯河鱼的权利。7、举行具有传统精神或宗教意义的仪式、教学或演示；8、在保护区内寻求文化和精神上的灵感权利；9、使用进行上述活动所必需的住房和设施的权利；同时委员会将有权审查拟议的公园保护区内所有海达人生活和传统活动的范围和意图，并确保这些活动不违反国家公园的目的。最后，加拿大政府将提供培训帮助海达人获得公园就业的资格，海达族也将参与公园员工的选择过程中。[8]从上述具体权利可以提炼出以下主要影响因素：首先，加拿大政府对公园管理规划必须要与当地原住民进行协商，否则很有可能会通过“群岛管理委员会”进行否决，这实际上就是将政府决策部门的权力进行了限制，并随时由原住民进行监督。如此不仅提高了原住民的政治地位，而且在日常生活中也加大了原住民的自主权利。其次，土著居民延续几百年的生产生活习惯并未改变，而是通过一系列的政策法规进行了保护与明确，如前述的“斯派洛案”涉及到的捕鱼权、狩猎权、伐木权以及食品生产加工权等与土著居民紧密联系的生存权。再次，政府部门必须要尊重原住民的传统习俗并在适当时提供协助，作为原住民可因传统节日的举行或仪式需要，对公园区域内的设施进行使用，政府部门则要进行相应的配合，确保原住民能够顺利进行传统节日或仪式。最后，海达族人作为公园区域内的原住民，享有优先获得公园岗位的权利，同时政府部分应及时对原住民进行技能培训，协助他们更好地履行岗位职责。总的来看，原住民的具体权利对公园区域内的规划管理产生了实质影响，如进行伐木、采集、狩猎等，必然会对公园内的生态系统产生消极影响，但是从长远来看，公园生态体系也具有强大的自我修复能力，并不会导致永久破坏，而 1982 年《宪法法案》也对土著权利加以保护，因此，只要做到土著居民与公园生态和谐共生即可。从原住民的角度来看，他们的权利得到尊重与认可也是与加拿

[7] Sparrowv. The Queen etal. 1990 Supreme Court of Canada. Chief Justice Dickson, and Justices Mclntyre, La Forest, Lamer, Wilson, L’heureux-Dub& and Sopinka, 31 May 1990, QuickLaw Reports, file 2031 1.

[8] PHILIP DEARDEN、LAWRENCE D. BERG；CANADA’S NATIONAL PARKS: A MODEL OF ADMINISTRATIVE PENETRATION；The Canadian Geographer / Le Ceographe canadien 37, no 3 (1993) 204

大政府通过协商谈判及司法裁决换取的结果，从权利的弱化到强化的过程亦是土著居民影响公园决策的全过程。

二、加拿大国家公园决策影响机制对我国之启示

2013 年 9 月 7 日，习近平总书记在哈萨克斯坦纳扎尔巴耶夫大学发表演讲并回答学生们提出的问题，在谈到环境保护问题时他指出：“我们既要绿水青山，也要金山银山。宁要绿水青山，不要金山银山，而且绿水青山就是金山银山。”[9]随后，在 2017 年召开的十九大会议上，习近平总书记在报告中指出，坚持人与自然和谐共生。必须树立和践行绿水青山就是金山银山的理念，坚持节约资源和保护环境的基本国策。在习总书记提出的绿色发展理念的推动下，我国正大力完善生态环境保护以及国家公园建设等工作。2019 年 10 月，我国国家林业和草原局的新闻发布会提出，2020 年，我国将结束国家公园体制试点，总结评估经验，正式设立一批国家公园。目前，我国已经开展了三江源、东北虎豹、大熊猫、祁连山、海南热带雨林、神农架、武夷山、钱江源、南山、普达措 10 个国家公园试点，总面积 22.29 万平方公里。[10]出台的配套法律文件有《云南省国家公园管理条例》《三江源国家公园条例（试行）》《云南省迪庆藏族自治州香格里拉普达措国家公园保护管理条例》《神农架国家公园保护条例》，均为地方性法规。[11]由上述数据可知，我国在国家公园建设过程中先行在原有自然保护区的基础上设立试点国家公园并出台了相应地方法规。而 2020 年我国将会依托试点成果结合国家公园整体的规划布局着手进行我国国家公园法律法规的制定。总体来看，我国国家公园建设仍处在发展阶段，这就需要借鉴在国家公园建设方面已经较为成熟的国家。加拿大作为北美洲幅员辽阔的大国，一直致力于完善对生态环境保护的政策法律，素有“枫叶之国”别称的加拿大是世界上第一个建立国家公园管理机构的国家，而且能调动了各利益相关方“共抓大保护”，较好地处理了保护与利用的矛盾。[12]这对于我国在公园建设方面具有十分重要的借鉴意义，尤其是在处理企业、环保力量以及原住民之间的利益关系上，不仅要立足于我国国情，制定合理的政策措施，而且要实现三者的有机统一结合，才能共同建立维护好国家公园为主体的自然保护区域体系。通过上述加拿大决策影响机制分析，可以看出加拿大国家国家管理局在处理企业家、环保团体以及原住民之间的利益问题有着丰富的经验，并极力推行以公园为主导的全方位保护措施，这与我国在十九大报告中指出的“建立以国家公园为主体的自然保护地体系”具有契合之处。加拿大的管理模式也是以国家公园管理局为主要行政主体的体系，这亦与我国在试点阶段推行的国家与地方相结合的国家公园管理局制度具有一定的趋同性。故我国在加拿大国家公园决策影响机制方面可进如下借鉴，以便更好地推动我国国家公园建设的有序发展完善。

（一）发挥企业参与公园保护的优势资源

由加拿大企业影响机制可以看出，作为以盈利为目的核心经营理念，企业常常会通过加大公园建设成本的投入而进行相应的利益交换。在此基础上实现最大化利润。而我国在绿色治理理念的推动下，需要解决的便是如何协调企业利益与公园环境保护间的关系。据此，笔者认为可从以下几点充分发挥企业参与公园环保的优势能动性。第一，促进公园保护与企业技术合理衔接，将公园的保护进行具体区块划分，再通过谈判合作，由相关具有专业维护技

[9] http://cpc.people.com.cn/GB/67481/412700/；访问日期：2020 年 5 月 31 日

[10] http://www.gov.cn/xinwen/2019-10/18/content_5441647.htm；访问日期：2020 年 5 月 31 日

[11] 鲁晶晶，《新西兰国家公园立法研究》，载《林业经济》2018 年第 4 期，第 22 页

[12] 苏杨 胡艺馨 何思源：《加拿大国家公园体制对中国国家公园体制建设的启示》，载《环境保护》2017 年第 20 期，第 60 页

术的企业与公园管理机构协同保护，同时通过对维护费用的支付实现企业的盈利。如此便可调动企业参与公园保护的积极性，同时也对公园的保护提供专业性分析。第二，将企业宣传与公园保护相结合，通过对企业提供宣传平台的模式，吸引企业为公园的保护尽力，如可定期对企业在保护区内开展的相应生态保护活动进行宣传，在企业实现社会责任、协助公园保护的同时为其扩大影响力，这对企业来说亦是持续性的无形财富增值效应。第三、通过构建企业团体组织形成旨在以保护国家公园为目的协会，由国家公园行政机构进行管理，可定期进行维护公园生态相关的公益项目交流会，加强企业间的沟通与合作，在共同实现以国家公园为主体的自然保护区域这一目标的基础上强化企业间业务的往来，亦可间接增加企业的盈利性收入。以支付宝旗下推出的蚂蚁森林为例，将该项目纳入到国家公园行政机构合作管理的框架内，形成以项目促进交流的模式，吸引一批致力于环保公益的企业联盟，在该联盟内形成资源共享、商业合作的盈利体系，最终实现双赢的目标。综合来看，企业可以实现的优势资源不仅仅局限于此，在国家政策以及经济发展的推动下，现代化的企业已经完全扩大了加拿大国家公园建立初期时的企业经营范围，作为盈利性的企业，长久的生存与发展离不开可持续发展理念的支撑，这也是企业责任的体现，因此，在今后我国国家公园完善时期，企业需要结合新时代下我国发展进程，走持续性的绿色生态保护与发展模式之路。

（二）注重公园管理机构与环保力量的有机结合

作为国家公园保护的中坚力量，环保团体自成立以来便肩负着与国家公园建设目标一致性的使命，这也成为了绿色发展道路上不可或缺的支撑作用力。正如加拿大环保团体所希冀的建设完整荒野生态系统那样，在基于我国国情以及公园建设模式基础上，新时代既要以史为鉴，又要推陈出新，将环保力量有机结合于我国公园管理体制机制之内，打造符合本土化的国家公园自然保护地体系，据此可从以下几点进行分析：首先，组织环保力量有序开展国家公园保护区宣传工作，通过新媒体视频拍摄手段、宣传手册发放形式以及知识科普讲座举办等措施提高人们对国家公园自然保护地的认知，强化人们对国家公园自然保护的绿色发展理念认同感。借鉴加拿大环保团体通过公众舆论引导方式，以我国公园保护区多样化的特点为依托，在宣传中加入具有公园保护区特色传统的元素，提高宣传力度的同时创新我国公园保护模式。如对于大熊猫公园自然保护区的宣传，可围绕熊猫的生活习惯为主要内容，普及人们对自然保护区内符合熊猫日常栖息的食物、地点以及周边环境等具体要求的了解，以此来促使人们自觉维护自然保护区内生态系统的平衡。其次，形成旨在以维护国家公园保护区绿色发展的环保组织，该组织并非我国现有环保组织的分支，而是以我国现有环保组织成立模式为参照，在国家公园建设阶段形成新的特殊环保团体，挂靠于国家公园管理机构内，主要内容是协助公园管理机构进行保护区内的维护工作，宣传保护区内的政策法规，提高公民对保护区域内生态价值理念的认知度，使公民能够自觉加入到国家公园保护的行动中来。最后，在环保团体内部要建立完善的人才奖励机制，提高环保力量参与维系公园保护区绿色发展的积极性，同时在环保力量内部选拔具有专业知识技术的人员，发挥他们的优势提高科学保护公园环境的能力，并构建相关技术部门，如技术支持、科学监测以及保护区内信息反馈等，加快科学指导公园保护体系进程，做到与时俱进，突破创新，以便为新时代国家公园科技化绿色治理提供强有力支撑。

（三）在绿色治理理念指导下维护好原住民权利

在加拿大国家公园决策影响历程中，最为重要的因素就是土著居民权利的影响，由于土著居民是直接生活在国家公园区域内且具有民族传统习俗的群体，故在公园决策方面加拿大采用的是尊重土著居民权并通过立法的方式保护土著权利免受侵犯，并在公园管理中吸纳土

著居民参与到其中，形成联合管理机制。上述举措充分体现了尊重土著居民权利的政策机制。而在我国历史的发展进程中，已经具备了成熟的民族区域自治的优势经验，在尊重与保护少数民族权利及生活习惯的同时，我国也划定了相应的自治区域充分保障各民族的繁荣发展。进入新时代后，我国在绿色治理理念的指导下，加快国家公园发展完善的同时亦需强化对生活在自然保护区内的原住民及少数民族权利的维护。目前我国三江源、湖北神农架、福建武夷山、湖南南山、云南普达措等几个试点范围内，均存在少数民族聚居区，已出台条例的 3 个试点（三江源、湖北神农架、云南普达措）均划分了传统利用区，给当地居民的传统利用行为进行了授权。[13]虽然在法律政策上给予相应授权以便更好地维护原住民的权利，但在实际中仍需要在绿色治理理念下注意以下几点：第一，建立原住民参与自然保护区维护机制，在此基础上能够保证原住民与公园管理机构进行更加高效及时的沟通，有助于管理机构在研判下一步政策布局的同时，优先考虑保护区内居民的诉求，切实为他们的利益着想，排忧解难，这也符合新时期下人与自然和谐共生的基本要求，在听民意、重民生、解民忧等措施的实施中转变绿色发展理念，从靠山吃山转变为养山富山的发展思路，将当地居民的生产生活同自然保护区生态可持续有机统一，形成良性循环的体系。第二、通过立法方式将原住民的具体权利纳入法律保护体制中来，在充分调研当地居民及少数民族区域的传统民族权利后，形成具体的权利保护条款，在落实维护当地居民的权利上强化具体可操作性流程，加之在此过程中对当地居民进行法律权利的普及，促使他们能够更为精准的掌握具体权利条款的运用，弥补在权利受到侵犯时无法及时采取应对措施的短板。在立法理论与法律应用实践相结合的推动下以及绿色治理理念的指导下，对当地居民权利起到多重维度的保护。第三、结合脱贫攻坚政策，帮扶保护区内原住民解决生存发展难题。保护区内的居民通常在生活过程中会面临种种考验，如交通不便利，医疗卫生落后、食物供给短缺等，即使是少数民族虽然仍保留着传统的生活习俗，但也会因为衣食住行中的难题得不到解决而惆怅。故在我国大力举行脱贫攻坚战的同时，应当给予保护区内的居民相应的政策倾斜，为保护区内居民的生存发展提供全面的物质帮助，同时在尊重当地居民传统习俗观念的基础上与现代科技相结合，最大限度改善保护区内居民的生活水平，为全国赢取脱贫攻坚战胜利助力。具体措施如优先吸纳保护区内的居民成为管理机构成员，或者优先为保护区内的居民提供全方位的就业岗位，在绿色治理理念的推动下，通过保护区内居民的参与，更好地完善以国家公园为主体的自然保护地体系的建立。

由于我国在国家公园保护区的发展过程中相较于其他国家具有一定的滞后性，因而在对国外国家公园考察中可以汲取有助于我国国家建设的经验方法，为我国在公园建设、立法模式及决策影响上提供符合我国国情的依据。但是需要注意的是，一方面，世界各国国家公园立法的社会背景和法制基础并不相同，并未形成统一的立法理念与模式；另一方面，当前我国国家公园建设在体制机制、制度建设等多方面也具有了新的时代内涵。[14]据此，我国应明确的核心理念是绿色治理理念，即习近平总书记在十九大报告中指出“绿水青山就是金山银山”的绿色生态发展观，在该理念的指导下，围绕我国国家公园自然保护区等系列举措必须要符合这一新时代的内涵，如此才能彰显出我国的本土化治理特色，进而保障我国生态保护走向高速发展“轨道”。

三、结语

作为在国家公园制度方面起步较早，发展趋于完善的国家，加拿大所呈现出来的公园发

[13]鲁晶晶，《新西兰国家公园立法研究》，载《林业经济》2018 年第 4 期，第 23 页
[14]秦天宝，《论我国国家公园立法的几个维度》，载《环境保护》2018 年第 1 期，43 页

展史在许多方面都有一定的借鉴性，在基于对加拿大公园决策影响机制的考察上可知，在不同时期会产生相应的利益主体的博弈，不论是企业家、环保团体还是土著居民，他们所代表的利益阶层可能会在某一时期对公园发展产生主导性的影响，但是随着公园区域保护的不断发展，影响主体亦在更迭变化，而在这其中对加拿大国家公园起到关键性决策影响的主体应该是土著阶层，由于他们在地缘条件以及法律层面上都具有一定优势性，故影响的持续过程也很长。总体看来，无论决策影响机制如何变化，最终仍然需要确保国家公园符合其自然属性。这也是对我国国家公园自然保护区最为重要的启示，我国在结合国家公园自然属性的基础上提出的绿色治理观念以及符合本土性的生态持续发展观等举措，能够更好地促使国家公园保护区域健全相应的政策法规，进而完善自然、社会、经济和公众参与四位一体、和谐共生的生态保护机制。

如何定义北极：对北极多元概念的国际法审思

董 跃　中国海洋大学法学院

摘要：北极作为建立在地理空间范围上的概念，在实践中被各方主体基于不同目的进行了差异巨大的定义。总体来看，形成了概括式、行政区划及功能区划三种不同的定义模式。各类定义的实质是为了提供对于北极相关权益进行分配的基础，诉求差异集中在可供北极域外国家参与分配的权益范畴。北极定义的分歧在实践中造成了对于北极法律性质、北极事务范畴及域外国家活动正当性的误用和误解。其共识空间主要在于在现有国际法框架下基于空间的不同权属的明确性以及北极存在“公共领域”和“公共事务”的确定性。从中国在《中国的北极政策》白皮书中的相关阐述可以建构出北极的“空间定义”“权属定义”“影响定义”“关联定义”和“事务定义”，体现了中国多层级的战略考量。中国的北极定义覆盖到了北极定义的共识空间并且有所完善，符合国际法上权益分配的相关法理，为未来北极权益博弈提供了有效的合作性政治安排方案。

关键词：北极定义；北极公共事务；中国北极政策

在国际法和国际关系领域，没有任何一个概念像“北极”一样，被如此广泛的加以讨论，但是却缺少一个公认的清晰定义。非但如此，不同国家、各类国际行为体、学界、媒体的定义各不相同，产生了大量的误解和争论。究其原因，一方面北极自身情况非常特殊，很难以某一特定元素作为界定其范畴的唯一标准，也很难对其整体加以定性；另一方面，涉北极的各方立场不同，各国对于“北极”这一概念有不同的功能设计，进行了侧重某一元素的不同解读。那么，在国际法上是否可以形成一个“北极”的通用概念？如果无法形成，各种不同行为体的界定之间可否形成某种共识从而避免误解和分歧的加剧？从中国 2018 年初发布的《中国的北极政策》白皮书之中，不难发现中国正尝试对于“北极”进行多重定义。中国的宣示体现了中国对于“北极”多层次的战略考量，也是基于自身“近北极国家”和“北极重要利益攸关方”的定位尝试探寻可以被北极域内外各方广泛接受的北极定义。那么中国所提出的定义和阐释，是否可以为目前围绕北极定义及定位的争论提供一个共识基础？从国际法的视角出发，中国提出的北极定义的战略考量和理论基础何在？本文拟对前述问题做一初步的讨论。

一、北极的不同定义

在自然科学上，对于北极的定义涉及学科主要包括地理学和物候学，其中物候学包括气候学、生态学、冰川学、海洋学的不同角度。从国际关系和国际法实践来看，绝大部分的北极定义都是参考地理学来界定北极的空间范围，有一些还参考了物候学的定义。[1]从地理学上看，北极点（North Pole）为地轴的北端与地面的焦点，位于北冰洋中，纬度为 90° N，是所有经线的共同交点之一。北极是指以北极点为中心的北极圈（北纬 66° 33′ ）以北的广大区域。[2]之所以以北极圈而不是别的纬度圈作为北极的南部边界，是因为北极圈内外有一个很明显的地理差异——极夜和极昼现象，北极圈以北地区存在这一年之中天数不等的极

基金项目：山东省泰山学者基金。
作者简介：董跃，中国海洋大学法学院教授。

1 北极问题研究编写组：《北极问题研究》，北京：海洋出版社，2011 年，第 1-3 页。

2 李绍明：《最新实用世界地图册》，北京：中国地图出版社，1993 年，第 156 页。

昼和极夜现象。[3]

不同于其他同样词源来自地理学的概念，北极的范围在国际关系及国际法中没有统一或权威的界定。其他的一些同类概念，或者是在某一权威的国际条约之中有明确的以空间范围为基础的定义，如《南极条约》中的“南极”、《联合国海洋法公约》中的“公海”“国际海底区域”等，或者是在国际关系实践中得到一致的认可，如各大洲以及类似“中东”“东南亚”之类的地缘概念。北极在实践之中以空间范围为基础形成了三种不同的定义方式：概括式定义、行政区划定义以及功能区划定义。本文所选择的研究样本主要是法律文件，包括国际条约以及国内立法。对于北极域外国家而言，则主要是其发布的北极国家战略或政策。值得关注的是，除了定义之外，很多国家或国际组织喜欢对于北极的特性加以一定的阐释。这种阐释往往就附在定义后面，起到定义的补充作用，成为定义的一部分。另外有些则是在无定义的情况，实际上起到了定义的作用。本文将其一并总结。

（一）概括式定义

所谓概括式定义，一般是以简单的以纬度为划分标准的空间定义，或者是用一个比较模糊的描述来泛指北极地区，或者压根不做定义，认为相关文献的受众可以清楚的把握文献所谈及的北极。主要包括以下几种情况

1.以空间范围或自然因素为特性的概括性定义。

使用这种方法的国家以北极域外国家为主。例如英国在其北极政策之中指出“北极也没有公认的定义，但有许多常用定义。这些定义包括：北极圈（北纬 66°34′）内的区域；[7]月 10°等温线内的区域；以及北极树线内区域（即树木生长的北部边界）。”[4]再如德国在其北极政策白皮书《德国的北极政策方针：承担责任，建立信任，塑造未来》之中完全以自然要素定义北极“北极的主要特征是融化和冻结的冰水。从地理上讲，该地区包括海冰，内陆冰，雪和永久冻结的土壤。”[5]

这类国家往往还强调北极的域外影响及全球性。主要涉及到北极与全球气候变化的互动影响，以及北极生态环境变化对于全球可能带来的巨大影响。如专门强调“北极环境的变化不仅在北极而且在全球都有着政治，经济和社会影响。由此产生的机会和问题正在吸引全球社会中北极和非北极国家的关注。”[6]此外，日本、德国都特别提到了北极的环境变化可能会影响到北极临近的中高纬度国家。

2.不作出明确定义

丹麦在其国家的北极战略之中就未对北极做出定义。日本[7]和韩国[8]在各自的北极政策之

---

3 相对照，在南极用南纬 60°而不是用南极圈来界定南极地区的北部界限。参见位梦华、郭琨：《南极政治与法律》，北京：法律出版社，1989 年，第 406 页。

4 Polar Regions Department, Adapting To Change, UK policy towards the Arctic, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/251216/Adapting_To_Change_UK_policy_towards_the_Arctic.pdf, 访问日期：2019 年 12 月 3 日。

5 The Federal Government, Germany’s Arctic Policy Guideline:Assuming Responsibility, Creating Trust, Shaping the Future, https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2240002/eb0b681be9415118ca87bc8e215c0cf4/190821-arktisleitlinien-download-data.pdf, 访问日期：2019 年 12 月 11 日。

6 The Headquarters for Ocean Policy, Japan’s Arctic Policy. October 16th, 2015. http://library.arcticportal.org/1883/, 访问日期：2019 年 12 月 8 日。

7 The Headquarters for Ocean Policy, Japan’s Arctic Policy. October 16th, 2015.http://library.arcticportal.org/1883/, 访问日期：2019 年 12 月 8 日。

8 Korea Maritime Institute etc., Arctic Policy of the Republic of Korea,http://library.arcticportal.org/1902/1/Arctic_Policy_of_the_Republic_of_Korea.pdf, 访问日期：2019 年 12 月 19 日。

中都没有对北极做出明确定义，而是直接从飞速变化的北极环境和日益增长的北极利益开始讨论。在北极最重要的非政府组织“北极国际科学委员会”（IASC）的相关文件之中，也基本上没有对于 “北极”的定义。只是强调“国际北极科学委员会是一个非政府和国际科学组织。它在北极研究的各个方面、从事北极研究的所有国家以及北极地区的所有区域中鼓励和促进合作。”[9]

（二）行政区划定义

行政区划定义并非按照地理学的纬度来定义北极，而是将北极圈所穿越的行政区域整体定义为北极区域。采取这种定义方式的主要是北极域内国家及由域内国家组建的北极理事会。其中域内国家主要是定义本国的“北极”部分。

1.北极域内国家的定义

美国、加拿大、俄罗斯等北极域内国家在本国立法或者战略规划之中使用行政区划来界定本国的北极区域。

（1）美国。美国《北极研究与政策法案》（Arctic Research and Policy Act, ARPA）定义的北极边界为，“北极圈内所有美国和外国领土，以及由波丘派恩、育空地区、库斯科昆姆河组成的边界西北部美国领土，还有所有毗连的海洋，包括北冰洋和博福特海、白令海和楚科奇海，以及阿留申岛链。”[10]

（2）加拿大。加拿大 2015 年生效的《高北极考察站法案》（Canadian High Arctic Research Station Act）中对北极地区的定义为：“(a)北纬 60° 以北；(b)北纬 60° 南部，但在不连续永久冻土带南部边界以北。”[11] 这一定义已经跨越了北极圈。在其适用范围更为广泛的《加拿大的北方战略》之中，通过行政区域地图将其北极圈穿越的高北地区定义为北极，一共包括 82 个具体地区。

（3）俄罗斯。俄罗斯在《2020 年前及更远的未来俄罗斯联邦在北极的国家政策原则》中宣示：“该《原则》中所指的俄罗斯北极部分包括下列行政区划的部分或全部领土：萨哈（雅库梯）共和国，摩尔曼斯克州，阿尔汉格尔斯克州，克拉斯诺亚尔斯克边疆区，涅涅茨民族自治区，亚马尔-涅涅茨民族自治区，楚科奇民族自治区。这些行政区划是根据《有关北极事务的相关决议》（由附属于前苏联部长会议的国家北极委员会于 1989 年 4 月 22 日通过）和《关于苏联的土地和岛屿在北冰洋的声明》（由前苏联中央执行委员会主席团于 1926 年 4 月 15 日公布）划分的，具有法律效力。此外，俄罗斯的北极部分还包括这些行政区划邻近的土地、内海（河）中的岛屿、领海、专属经济区和大陆架。”[12]

（4）芬兰。芬兰没有直接给出具体的区划，但是强调了自身与北极的融合度。芬兰在其《北极地区战略》中指出“北极地区在不同的背景下有不同的定义，一个是由北极圈划分的区域。尽管芬兰在北冰洋上没有海岸线，但其大部分领土位于北极圈以北。拉普兰，芬兰最北端的省份，是芬兰北极形象的重要投影。就经济、技能和能力、教育和培训及研究而言，该地区引起了全国的关注。这是新的北极战略的基础。在所有生活在北纬 60 度以北的人中，

---

[9] International Arctic Science Committee, Strategic Plan 2018-2023: Enhancing Knowledge and Understanding of the Arctic,https://iasc.info/images/about/organization/StrategicPlan2018_layout_web.pdf, 访问日期：2019 年 12 月 19 日。

[10] US Congress, Arctic Research and Policy Act of 1984 (amended1990), https://www.nsf.gov/geo/opp/arctic/iarpc/arc_res_pol_act.jsp, 访问日期：2019 年 12 月 20 日。

[11] Canadian High Arctic Research Station Act, Statutes of Canada, https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-17.8/page-1.html, 访问日期：2019 年 11 月 27 日。

[12] 潘亮（编译）：《2020 年前及更远的未来俄罗斯联邦在北极的国家政策原则》, http://www.china.com.cn/military/txt/2011-04/28/content_22459573.htm,访问日期：2019 年 10 月 30 日。

将近三分之一是芬兰人。”[13]

2.北极理事会的定义

北极理事会正式通过的《加强北极国际科学合作协定》中完全是按照缔约国所提供的行使行政管辖权力的地理区域的组合来定义北极的空间范围的。即“为本协定目的而认定的地理区域由下列每一缔约国各自描述，包括本协定缔约国政府行使主权、主权权利或管辖权的区域，其中包括这些区域内的陆地、内水和符合国际法的邻接的领海、专属经济区和大陆架。认定的地理区域还包括北纬 62 度以北公海上的国家管辖范围以外区域。”之后列举了各国具体的行政范围。在北极理事会自身公开的若干地图之中，很明确的提出了“北极的行政区域”这一概念。

除了北极理事会之外，瑞典在其《瑞典的北极战略》，欧盟在其《欧盟与北极》报告之中都采用了同样的定义，明确规定“北极地区概念涵盖了北极圈以北北极点周围的区域。它包括北冰洋和八个北极国家的领土：加拿大，丹麦（包括格陵兰），芬兰，冰岛，挪威， 俄罗斯，瑞典和美国。”[14]日本在本国北极政策中也阐释了北极的主权归属，“需要记住的是，北极地区的土地在该地区各国的主权管辖内。北冰洋的很大一部分由沿海国家的领海组成，它们对专属经济区（EEZ）和大陆架具有主权或主权权利。”[15]

（三）北极功能区划定义

伴随气候变化和北极可实际被应用领域的增加，主要是针对具体领域的共同治理，也是国际条约和协定中最常用的定义方法。主要体现在环保、海事、搜救几个领域之中。

1.环保领域

北极理事会虽然有北极地区行政区域的概念，不过理事会下设各个承担不同生态和环保职能的工作组，对北极的定义根据工作目标不同各有不同的界定。北极监测与评估工作组（Arctic Monitoring and Assessment Programme，AMAP） 与北极人类发展报告工作组和（Artic Human Development Report，AHDR） 就以不同的北极边界作为其工作范围。

在 2013 年《北极海洋油污预防和反应合作协定》[16]中，协定适用范围以协定中各国分别提出的南部边界为准。“加拿大：北纬 60° 以北海域；丹麦（含格陵兰岛和法罗斯群岛）：以格陵兰岛专属经济区和法罗斯群岛渔业区为南部界线的区域；芬兰：北纬 63° 30′ 以北海域；冰岛：以冰岛专属经济区为南部界线的海域；挪威：北极圈以北地区；俄罗斯：白海、巴伦支海、喀拉海、拉普捷夫海、东西伯利亚海和楚科奇海的海岸线以北海域，以及以上海域领海基线以北向海的河流入海口；瑞典：北纬 63° 30′ 以北海域；美国：从美加博福特海边界海岸基线，沿着阿拉斯加大陆北部边缘至阿留申群岛，以及阿留申群岛 24 海里外，白令海的美国专属经济区东部界线，以上区域的北部海域。”[17]

2.海事领域

国际海事组织在《极地水域船舶航行规则》（Polar Code，简称“极地规则”）中定义了

---

[13] Prime Minister’s Office, Finland’s Strategy for the Arctic Region 2013, https://vm.fi/en/publication?pubid=2411, 访问日期：2019 年 12 月 9 日。

[14] Commission of the European Communities, The European Union and the Arctic Region,http://www.eeas.europa.eu/archives/docs/arctic_region/docs/com_08_763_en.pdf, 访问日期：2019 年 12 月 17 日。

[15] The Headquarters for Ocean Policy, Japan’s Arctic Policy,http://library.arcticportal.org/1883/, 访问日期 2019 年 12 月 8 日。

[16] Arctic Counci, Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic, https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2013/05/209406.htm, 访问日期：2019 年 12 月 9 日。

[17] Arctic Council, Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic, https://oaarchive.arctic-council.org/handle/11374/529, 访问日期：2019 年 11 月 28 日。

“北极水域”，即“位于由北纬 38° 西经 42° 到北纬 63° 7’ 西经 35° 27’ 的连线以北,至北纬 67° 39’ 西经 26° 34’ 的恒向线,随后至斯瓦尔巴德群岛的恒向线,扬马延岛以及由扬马延岛至熊岛的南岸,从熊岛到卡宁诺斯角的一个大圆弧线,从亚洲大陆北部海岸向东到白令海峡,从白令海峡向西直到北纬 60 的伊皮尔斯基，然后随着北纬 60° 纬线向东，包括埃托林海峡，从北美洲大陆北部海岸向南直到北纬 60° ，接着沿北纬 60° 纬线向东至西经 56° 371 " ，最后至北纬 58° 、西经 42° ”。

3.搜救领域

2011 年签署的《北极海空搜救协定》划定了北极整体搜救范围，并就各成员国承担的北极区搜救区域和责任进行了规划。从其给出的地图来看，在俄罗斯和挪威沿海一线基本是沿着北极划定，而到了北太平洋，搜救区域已经超出北极圈的范国，延展到北纬 50° 05’ ，加拿大一侧，由于加拿大北极群岛范图大，冰情比较严重，这一区域是按照北极圈来划定的;到了格陵兰一侧，搜救范国又扩大到北纬 58° 30’ 。这种划分是在北极圈基础上，考虑到了个国家领土主权和海洋权益区划以及相关国家的搜救能力和便利性。[18]

二、分歧实质及其共识空间

（一）北极定义分歧的实质

定义，是对于一种事物的本质特征或一个概念的内涵和外延的确切而简要的说明。如果将前述三种定义进行分类的话，不难发现，定义者是从不同的领域出发去把握北极的“本质”，因此才会产生定义上的分歧，进而造成实践中的误解和冲突。“概括式定义”多数是在强调北极系“复杂和动态的社会生态系统”以及“全球影响”。“行政区划定义”强调的是“主权”，突出的重心是北极地区绝大部分空间已经为北极域内国家所管辖，依国际法地位不同行使不同类型的主权、主权权利和管辖权。“功能区划定义”强调的是“功能”，突出的重心是该领域北极事务所要解决的主要问题，因此必须充分考虑技术需要。

一些国外学者也注意到了这一点，奥兰·杨从治理的角度探讨了北极，认为之所以存在很多关于北极的争论，本质上是因为大家采用了不同的理论性框架和话语(discourse)来组织、思考和解决相关的政策问题；这些内容塑造了大家解决问题、选择答案的方向。他认为北极目前的状态有两种论述的框架，第一种是“地缘政治或政治现实主义的论述”，第二种是“基于生态系统管理的论述”。奥兰·杨发现，北极正在被第一种论述模式所支配，体现在各国对北极资源的竞争性控制、该地区的再次军事化，甚至是一些国家之间的摩擦。第二种论述模式是来源于将北极视作一个“复杂和动态的社会生态系统”。他认为，这两种论述模式可能会共同的对北极事务与政策问题发挥作用，但是，这两者是一种竞争且不相容的关系 。因为，第一种论述的重点在于控制，并且期待在自然资源的开发过程中会出现一定程度的冲突；而第二种论述试图跨越主权的界限，用一种整体性的方法，对北极进行管理。在可预见的未来，这两种论述在处理北极政策问题方面无法相互战胜对方。[19]

奥兰·杨的归纳是针对北极的“话语”模式的，对北极的定义的分析也有很大的借鉴意义。不过他的研究主要是建立在国际政治和治理的基础之上的。北极的定义，其核心之争还是在于国际法上的权属问题。控制抑或治理只是表象，其实质仍然是权益的划分。不同定义的实质分歧在于如何分配北极快速变化中带来的各类权益。定义给出的是分配的基础性因素。其中争夺的核心是北极事务及资源有多少属于“公共物品”（public goods）？

---

[18] 杨剑：《北极治理新论》，北京：时事出版社，2014 年，第 8 页。

[19] Young O.R.,"The Arctic in Play: Governance in a Time of Rapid Change", *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2009, 24(2), pp.423-442.

因此就不难解释为什么强调行政区划定义的国家多数是北极域内国家，因为首先在国际法的框架之下，北极以空间为基础的一些“权属”是明确的，例如领土主权、再如基于领土进而对于领海、专属经济区、大陆架享有的相关权利，虽然可能在区域范围以及一些区域的属性上有争议，但是这些权利是毋庸置疑的，而且这些权利不会因为北极有再多的全球影响，或者有再多的生态要素而被动摇，或者需要再次进行分配；其次是主权和相关权利的扩张，可以有效的缩减属于公共物品的北极部分；再次是这种划分体现了一种对待北极“公共物品”的总体思路，即坚持“私有化”，加强其排他性和竞争性，从而不断拓展自身的权益，北极理事会的定义就充分的体现了这一点。以上分析可以有效的解释为什么目前北极产生的寥寥无几的国际条约的缔约国都是为数不多的国家，很多都是在北极八国之间签订的。即使有吸纳域外国家参与的规制公域部分的协定，参与国家也是少之又少，例如 2018 年《北冰洋中部防止不受管制公海捕鱼协议》，只有美国、中国、俄罗斯、挪威、丹麦、冰岛、加拿大、日本、韩国与欧盟签署，其中北极域外国家只有中国、日本和韩国。

而强调“生态社会系统”和“全球影响”的定义，其实质在于力图扩大北极部分事务的公共物品属性，从而扩大可供域外国家参与分配的权益范畴，特别是自己所关心的领域。这种思路对现有国际法而言是一种冲击，因此在实践之中，这类定义多数都是比较简单和模糊的，就是为了淡化北极大部分地区已经权属清晰的特点。而对于生态环境以及气候变化的强调，其目的也并不单一，除了前述事务确实是有全球影响和切身影响之外，更为重要的是这些因素可以关联到每一项北极事务之中，从而强化各项事务的非排他性，增强其公共资源属性，使之有机会参与治理和分配。

（二）对北极定义的误用与误解

从定义的分歧及其实质出发，可以发现目前在北极的国际关系以及相关研究中，围绕北极定义存在着比较明显的两种误读与一种误解。所谓误用，是错误的使用北极的定义。所谓误解，主要是指域内国家基于自身北极定义对于域外国家的行为的错误理解。

1.将北极整体定性的误用。这类观点主要存在于我国的国际关系学界当中。很多学者以北极的概括式定义为基础，将北极在法律属性上视为一个整体，泛化北极的公共性，将其整体视为公共物品。相关观点包括将北极整体视为“人类共同财产”[20]也有学者将北极视为同海底、月球同质的“人类共同继承财产”，强调北极的全球性以及与南极类似的国际法地位。[21]进而提出用一种“全球共管机制”来对北极进行管理。[22]这种定性毫无疑问和现行国际法是相悖的，是对于北极这一概念的错误使用。严格意义上讲，北极只有公海及其上空以及国际海底区域属于“人类共同财产”或“人类共同继承财产”，可能存在部分事务具有公共物品属性。

如果将北极定义根据其制度渊源是来自于战略政策还是法律，可以划分为“政治定义”和“法律定义”，其中政治定义更加模糊一些，并且有更为充分的空间来表达政治诉求。但是各国始终是以尊重国际法作为前提的。概况性定义的政治属性并不使其在理论研究中可以突破现有国际法规则。

2.对于北极事务的误用。从上文分析之中可以发现，“北极”作为一个特殊定义，其要

---

[20] 李振福、马书孟、汤晓雯、李贺：《大北极交通运输网络演进趋势研究》，《俄罗斯东欧中亚研究》2014 年第 2 期。

[21] 柳思思：《“近北极机制”的提出与中国参与北极》，《社会科学》2012 年第 10 期。

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

害并不完全在地理位置上，而是在由于特殊的地缘而产生的特殊事务上，目前来看，实践之中在生态环境保护、海事、搜救、渔业等领域已经展示了特殊性，从理论上看凡是具有国际公共属性的事务也属于北极这一特殊定义的范畴之内。但是目前一些学者的研究有泛化之嫌，将北极区域内的各类传统经济活动都列入“北极”范畴之中，藉北极之名开展研究，例如沿海风力发电、智慧城市建设等。从现有的北极定义来看，这些活动虽然从地理上属于“北极”活动，但是从属性来看不具备北极的特质。在学术研究的视角下，这类活动不应列为北极活动。但是如果这类活动可以对于具备北极特质的活动产生影响时，也可以纳入整体予以考虑。从实践上看，这种误用会进一步加剧域内外国家的矛盾，使得域外国家传统上在北极地区参与的一些一般事务被附加到特殊事务中去，进一步夸大域外国家参与北极事务对于北极域内国家的负面影响。

3.对于域外国家参与北极事务正当性的误解。这方面以对中国的态度最为突出，就连外国学者都发现，西方的媒体普遍将中国描绘成一个野心勃勃、充满攻击性、寻求破坏北极的主权或法律制度，从而获得北极的相关权益的国家。[23]西方学界也有观点认为中国官方关于北极的一些表述，尤其是认为北极各国应当考虑全人类的利益，这与中国一直坚持的尊重主权和领土完整与不干涉他国内政的基本原则似乎是矛盾的。[24]这种观点本质上体现了一种认识，即将北极单一的定义为主权管辖下的部分国家私有物品。对于域外国家的参与，视为是“分权”而非“合作”。

以上误用和误解，造成了外交对话、媒体宣传和学术传播上的一些对立观点。同时也在影响相关国家的决策和民众情绪，从而进一步加剧北极国际关系的对立。因此寻求北极定义的共识与互融，就显得尤为必要。

（三）北极定义的共识空间

梳理不同北极的定义以及其附随的阐释，可以发现其并非是泾渭分明的，是有交集的，这些交集是涉北极各类主体寻求合作达成共识的基础。

1.北极定义的多元性与不可统一性。首先应当明确，北极定义的多元表达并非是暂时现象，北极无法形成一个统一的定义。其根本原因就在于如上文所言，定义的明确性实际上是权属明确的体现。各方主体定义分歧的根本是北极的权益分配模式的认识差异。国际法的实践也证明了这一点，以南极为例，在《南极条约》签订之时，各协商国在南极大陆主权等问题已经达成共识，因此就用确定的空间范围来定义“南极”。再以北极内部的斯瓦尔巴群岛而论，在 1920 年形成《斯瓦尔巴群岛条约》的时候，其法律性质已经得到了明确，挪威拥有主权，其他国家拥有一定程度的活动与开发的权利，因此对于斯岛的定义也是十分明确的。但是在有了专属经济区和大陆架制度之后，斯约所规定的斯岛及其所辖海域的范围是否包括专属经济区和大陆架，其争议就十分尖锐了。其根源就在于对于根据斯岛所划定的专属经济区和大陆架，权属是不清晰的。[25]

2.基于空间的北极基本权属的复杂性及确定性。不论北极的外部界限定义在何处，但是基于北极大陆部分明确的主权归属，北极中间区域的海域的基本权属层次是清晰的，只是其

---

[23] Lasserre Frédéric., Huang L., Alexeeva O.V.,"China's strategy in the Arctic: threatening or opportunistic?" *Polar Record*, 2017, 53(1), pp.31-42.

[24] Jakobson L., China prepares for an ice-free Arctic, Stockholm International Peace Research Institute, https://www.sipri.org/publications/2010/sipri-insights-peace-and-security/china-prepares-ice-free-arctic, 访问日期：2019 年 12 月 9 日。

[25] 刘惠荣、张馨元：《斯瓦尔巴群岛海域的法律适用问题研究——以〈联合国海洋法公约〉为视角》，《中国海洋大学学报》（社会科学版）2009 年第 6 期。

界限有待厘清。即包括领海、毗连区、专属经济区、大陆架、国际海底区域、公海等。此外还有两种特殊权益区域，一是斯瓦尔巴群岛；另一是基于《联合国海洋法公约》的第 234 条“冰封区域条款”，赋予冰封区域沿岸国家以特殊的管理权。[26]

3.北极存在“公共事务”的确定性。一方面是基于空间范围的公共物品，主要是国际海底区域与公海以及公海的上空，有明确的国际法依据，也是各类主张所不能否认的。另一方面是属于“公共物品”的特殊事务。这方面的争议是前述北极定义分歧的要害所在。但是北极和世界上其他区域有所不同的，首先，北极科研具有特殊的价值，由于探索的艰巨性以及对于学科协同的要求，历史上形成了各国协作的惯例，并且也形成了成熟的国际治理机制。北极科考虽然在空间上需要充分服从相关北极国家的管辖，但是却具有充分的公共物品属性。其次，北极气候变化引发的生态环境变化以及由此引发的全球影响，也需要提供协同治理机制来加以应对。这也是前述概况式定义经常强调的一点。第三，对于争议巨大的航道、资源等传统领域。这些要素从权属上看可能为相关国家主张主权或管辖权，具有排他性。但是北极在这些要素上，具有“开发滞差”的特点。一般区域内的类似资源，其发现、开发与保护的进程同国家能力的增长是同步成长的，也是相匹配的，此外其进程之中的风险也是可控制的。而北极不同，其航道和资源的可利用性是爆发性的出现的，相关国家还没有充足的能力来应对这种可利用资源的增长，并且也很难依靠自身来控制开发利用可能产生的负外部性，此时就如果采取公共治理的方式，将其公共物品化，可能会得到更有效的利用，并且控制风险。

三、多重定义：《中国的北极政策》的尝试及其战略考量

对于北极，中国在一些官方文件之中都有过定义。国外学者还专门对此做过梳理，贝内特（Bennett）指出中国通过两种概念模式，使北极成为一种复杂化的概念。第一种是封闭的基于领土、机构的区域化概念，第二种是北极环境效果影响全球的海洋空间。基于第一种概念模式，中国认识到北极圈区域领土的重要价值，关注其自然资源、气候变化所导致的脆弱性、进行国家支持的科学研究活动；基于第二种是全球化的概念，中国提出了一种将北极视作一个海洋的、全球化公域，因为这里的气候变化将会对全球环境产生影响。贝内特认为，中国所提出的北极的概念正在引导北极区域内的国家重新考虑他们对北极的理解。基于中国的定义，中国已经不仅仅是“近北极国家”，而且，已经成为一个具有独特极地身份的北极国家。这样的后果是中国通过全球化和地理生态系统的理论，削弱了北极国家基于领土而产生的特有的权利。[27]

贝奈特的研究一定程度上反应了中国北极定义的特点，但是却因为事先带有预定的立场，将中国的意图定位为“扩张”和“侵入”。因此其解读的路径是可取的，结论却是背离现实的，并不能真正反应中国的战略考量。2018 年初，中国颁布了《中国的北极政策》白皮书（以下简称白皮书），其中关于“北极”有明确的定义，而且也有附随的大量阐释，从中可以对中国的北极定义以及在定义背后的认知一窥全貌。

（一）中国的北极定义：多重定义的融合尝试

白皮书分为四部分“北极的形势与变化”“中国与北极的关系”“中国的北极政策目标和基本原则”“中国参与北极事务的主要政策主张”。从表面上看，似乎只有第一部分“北极的形势与变化”中对于北极进行了专门的定义。但是实际上整个白皮书通过不同的侧面力求对

---

[26] 刘惠荣、李浩梅：《北极航行管制的法理探讨》，《国际问题研究》2016 年第 6 期。

[27] Bennett M.M.,"How China sees the Arctic: Reading between extraregional and intraregional narratives", *Geopolitics*, 2015, 20(3), pp.645-668.

于北极进行多重的定义，从而构成中国对于北极权益分配的完整主张。

1.空间定义。这是北极定义的基础，白皮书采取了地理学上的通说，即“地理上的北极通常指北极圈（约北纬 66 度 34 分）以北的陆海兼备的区域，总面积约 2100 万平方公里。”需要注意的是，白皮书也指出这仅是地理学上定义，不带有法律或政治意义。

2.权属定义。白皮书充分认可和尊重现有国际法体系下北极的既有权益格局，因此在空间描述之后立刻从国际法层面开始定义北极，“在国际法语境下，北极包括欧洲、亚洲和北美洲的毗邻北冰洋的北方大陆和相关岛屿，以及北冰洋中的国家管辖范围内海域、公海和国际海底区域。……有关大陆和岛屿的领土主权分别属于加拿大、丹麦、芬兰、冰岛、挪威、俄罗斯、瑞典、美国八个北极国家。”但是与本文前述所梳理的所有定义不同，白皮书特别强调了域外国家的权利。“北极域外国家在北极不享有领土主权，但依据《联合国海洋法公约》等国际条约和一般国际法在北冰洋公海等海域享有科研、航行、飞越、捕鱼、铺设海底电缆和管道等权利，在国际海底区域享有资源勘探和开发等权利。此外，《斯匹次卑尔根群岛条约》缔约国有权自由进出北极特定区域，并依法在该特定区域内平等享有开展科研以及从事生产和商业活动的权利，包括狩猎、捕鱼、采矿等。”

3.影响定义。在附随北极定义的阐释之中，中国从两个方面强调了北极的全球影响，一是北极自然环境变化可能产生全球影响，二是北极自然环境变化可能带来北极的开发利用，这种开发利用又对北极产生反作用。

4.关联定义。除了早已提出的基于地缘的“近北极国家”之外，中国在白皮书创造性提出了“北极重要利益攸关方”这一概念。根据白皮书的阐释，这一概念，与近北极国家的地缘之利有关。但是更为重要是因为“中国与北极的跨区域和全球性问题息息相关”。此外，白皮书还系统的整合了中国参与北极事务的国际法依据，并梳理了相关的历史发展，作为“北极重要利益攸关方”的注脚。

白皮书对于中国和北极关系的宣示，从另一个侧面来看，实际上也是对北极的一种新的定义，如果说北极域内国家对北极采取行政区划定义是基于对空间范围的实际管辖以及依据自身主权的话；那么中国为域外国家提供了一种新的思路，就是依据自身与北极的“关联”来定义北极。

事务定义。在白皮书第四部分“中国参与北极事务的主要政策主张”之中，中国系统阐释了中国拟重点参与的北极事务领域，分别是“北极科考、科研及相应技术装备发展”“保护北极生态环境和应对气候变化”“依法合理利用北极资源”“积极参与北极治理和国际合作”。应该说这四个方面集中体现了中国对于北极面向全球的“公共事务”的把握。

中国通过上述五个方面，描述出自身对于北极的宏大、复杂、周祥而全面的定义。从白皮书不难看出，中国非常清楚现有的北极定义之间的分歧以及其他国家特别是北极域内国家对中国的误读。中国尝试将几个定义及其背后的权益主张通过不同的表述方式融合在一起，求同而存异。其中的空间、权属、影响定义基本上覆盖了本文已经总结的几类定义。中国采取的主要的协同手段是创造性的提出了“关联定义”“事务定义”，也就是说对应“主权”，提出了域外国家参与北极权益分配的基础是与北极的“关联”，而具体的权益内容仅限于特殊的带有公共物品性质的“北极事务”。

（二）中国的战略考量：从利益导向到贡献导向

中国对于北极的定义，其背后是中国对于北极的战略规划的需求。在白皮书中直接涉及的主要是以下三个层次的国家战略考量。

中国极地考察规划。自上世纪 90 年代开始到本世纪的前十年，中国在北极开展的具有

国家行为性质的活动主要是科学考察活动。国内负责“极地事务”的行政主管部门也是极地考察活动的主管部门（现自然资源部极地考察办公室）。因此中国对北极最基础的国家战略是极地考察的相关战略规划。在极地考察“十二五”和“十三五”发展规划之中，其核心目标主要是“提高考察能力和水平”，以此为核心，追求“拓展在两极的实质性存在”“争取和维护国家极地权益”。考察战略是将北极视为探索和认知的对象，对于北极的诉求主要是“输出式”的。由于考察活动多数需要在北极国家的管辖范围内展开，因此受相关国家的管理活动影响较大，相对而言也是比较重视尊重这些国家的领土主权及相关主权权利、管辖权的。比较典型的例证就是我国的《北极考察活动行政许可管理规定》之中，明确规定“本规定所称北极地区是指北极理事会通过的《加强北极国际科学合作协定》中所认定的地理区域”，而这一地理区域即北极各国所主张的北极行政区划定义。当然，北极的全球影响也是北极考察活动的重要考虑因素。因此在这一层面，中国主要关注的是北极“空间定义”“权属定义”和“影响定义”。

“冰上丝绸之路”。2017 年 6 月，国家发改委和国家海洋局于联合发布《“一带一路”建设海上合作设想》中提出了这一概念，并将其明确为“共建经北冰洋连接欧洲的蓝色经济通道”。在白皮书中，也提出中国“愿依托北极航道的开发利用，与各方共建“冰上丝绸之路”“为促进北极地区互联互通和经济社会可持续发展带来合作机遇。”从“冰上丝绸”的要旨来看，中国对于北极的诉求既包括“输出”，也包含“输入”，而且是基于航道利用这一地缘基础。在这一层面，中国开始需要北极的“关联定义”和“事务定义”。

“构建人类命运共同体”。白皮书中明确提出“中国致力于同各国一道，在北极领域推动构建人类命运共同体”。“人类命运共同体”是中国自中共十八大提出的重要理念，[28]并且在最近一次修宪之中被写入宪法。有关“人类命运共同体”的经典文献中有直接涉及极地的相关论述，即“要秉持和平、主权、普惠、共治原则，把深海、极地、外空、互联网等领域打造成各方合作的新疆域，而不是相互博弈的竞技场。”[29]有学者认为人类命运共同体的构建策略包含“中国方案”和“共同方案”这两个层面，即提供“中国方案”，并且推动形成“共同方案”。其中在国际规则尚未成型的“新疆域”，要积极发出“中国声音”，凝聚更多国际共识。[30]对于北极而言，“人类命运共同体”所关注的不再是自然条件，而是合理的治理机制的形成。从而使中国的关注点从对于由自然提供的公共资源的治理问题上升到致力于构建机制层面的“公共物品”。此时中国对于北极的“关联定义”和“事务定义”就势必要有所扩展，而且还存在进一步扩展的潜在可能。

从极地考察规划到“冰上丝绸之路”倡议再到“构建人类命运共同体”理念。中国对于北极的诉求呈现由点到面，由单向到多向的变化。而其主旨也从简单的“利益导向”上升为“贡献导向”。这也可以解释为何中国要试图在白皮书中将多元的北极定义加以融合，其实质是希望可以推动今后北极“共商共建共享”的权益分配格局的出现。

（三）中国北极定义的理论基础

从国际法的角度审视，北极定义涉及到国家权益的来源问题。强调行政区划定义的北极国家，秉承的是最传统的“属地原则”，以领土作为确定权益来源的基础，从而确立北极“领

---

[28] 钱彤：《中共首提“人类命运共同体”，倡导和平发展共同发展》，http://cpc.people.com.cn/18/n/2012/1111/c350825-19539441.html，访问日期：2019 年 9 月 15 日。

[29] 习近平：《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》，http://world.people.com.cn/n1/2018/0119/c416882-29775965.html，访问日期：2019 年 9 月 15 日。

[30] 廖凡：《全球治理背景下人类命运共同体的阐释与构建》，《中国法学》2018 年第 5 期。

土—主权—权益”的权益分配模式。不过就国家之间而言，领土可能是最重要的权益分配依据，却从未是唯一的依据。自近代国际法形成之日起，除了“属地原则”之外，还有一个重要的原则即“联系原则”，即存在权益或利益上的紧密或重大联系，也可以主张相关的权益。即使是主权，其行使范围也不仅仅限于领土，以主权中的管辖权而言，“属人管辖”“保护管辖”都体现了这一点。此外，国家基于对国际公共事务的联系也可以在承担相关责任的同时主张相关权益，主权中的“普遍管辖权”就是最典型的例子。此外，“人类共同继承财产”“人类共同关注事项”中对于相关权益的分配也是基于这一原则。

除此之外，在极地、深海这类的“新疆域”之中，由于治理格局和法律秩序仍处于发展期，其权益分配还体现出了“能力原则”的趋势，即以能力作为权益划分的基础。最典型的就是南极条约体系中将南极条约的缔约国分为两类，一类是“协商国”，另一类是“缔约国”。两者之间的区别，在于南极条约第九条第二款明确规定：“按照第十三条加入本条约的各个缔约国，在其在南极洲进行实际的科学研究，如建立一个科学工作站或派遣一支科学探险队，从而表示其对南极洲的兴趣期间，有权指派代表参加本条第 1 款所提及的会议。”而缔约国在南极条约协商会议之中是没有提案权和决策权的。中国是在 1983 年签署了南极条约，并第一次参加南极条约协商会议，但是仅是缔约国，直到 1984 年中国建成了“长城站”之后，才在 1985 年获得协商国的身份。由此可见，对于南极而言，是否具有成建制的科考能力，是能否实质性参与南极治理，获得相关权益的基础。

在已经建立“平行开发制度”的深海矿产资源领域，也体现了这一原则。根据《联合国海洋法公约》中的“平行开发制度”，各国均有在国际海底区域进行勘探和开发的权利，但是需要履行国际海底管理局平台上各国约定的相关程序。目前，主要被勘探的矿区分为三类，分别是多金属结核、多金属硫化物和富钴铁锰结壳。2015 年，中国五矿集团成功在位于太平洋的多金属结核保留区获得了矿区，自此中国成为了世界上获得矿区最多的国家。在上百个海洋法公约的缔约国之中，拥有海底勘探能力的国家非常之少。从 1994 年成立至 2007 年，国际海底管理局共收到 8 项多金属结核矿区勘探申请。2011 年到 2014 年，国际海底管理局共收到了更多的申请，例如，富钴结壳矿区勘探申请有 4 项，多金属硫化物矿区勘探申请有 6 项。[31]

即使是在北极，也存在相关实践。例如根据《斯匹茨卑尔根群岛条约》，47 个缔约各国有在斯岛设立科考站的权利，到目前为止，也只有挪威、德国、英国、日本、意大利、荷兰、法国、中国、韩国等十几个国家在新奥尔松建立科考站，并且参与新奥尔松科研委员会的运行。这也是由各国的战略规划以及国家能力所决定的。

“能力原则”的正当性来自于一个基本的逻辑，即对于人类所要面对的新疆域而言，一个国家没有相应的能力，自然无法负担相关的义务和责任，就无法获得相应的权益，能力作为义务和责任的基础，同时必然是权益的基础。

综上，从“属地原则”到“联系原则”和“能力原则”，不难发现中国北极定义在国际法上的合法性及合理性。“空间定义”不具有法律或政治上的实质含义。“权属定义”充分尊重“属地原则”以及基于此原则的北极国家的领土主权及延伸可得的相关权益。“影响定义”则充分体现出在北极适用“联系原则”的基础。“关联定义”和“事务定义”是对于“联系原则”“能力原则”的运用。之所以对于北极而言，除了有主权国家之外，还有“重要利益攸关方”国家，并且具有大量的面向全球的“公共事务”，就是因为北极与域外国家有些全

[31] 国家海洋局海洋发展战略研究所：《中国海洋发展报告》（2013 卷），北京：海洋出版社，2014 年，第 223 页。

方面的密切“联系”，而且可以参与事务的国家能力是有差异的，由此可以承担的责任和主张的权益也是有所区分的。

四、中国方案的贡献与发展

（一）中国方案对于北极定义及北极治理的贡献

由于权属的复杂性，北极很难形成一个覆盖领域广、涉及全部空间范围的类似《南极条约》式的“北极条约”，从而也很难有一个以空间范围为基础的对北极全域进行定性的统一定义。法律上的定义，特别是在国际关系中纳入到各类文本中的定义，从来都不是真正揭示定义对象的本质或者特征，而是基于特定利益诉求建构的产物。各定义主体都是希望通过界定对象来给予自身最有利的概念工具，用以划定、保障或拓展权益边界。此时，需求不同定义之间的共识，追求更为“合理”的定义，本身就是寻求在冲突利益博弈中找到合作性政治安排的过程。中国在《中国的北极政策》白皮书中对北极的综合定义，就是做了这样一项工作。

对比本文所总结的目前不同北极定义之间的共识，可以发现，中国的北极定义，非常贴近上述共识。同时又给予域外国家合理身份，把北极公共事务从空间范围剥离出来。首先，对于北极不同空间为基础的领域的权属有清晰的界定，承认北极国家基于主权拥有的确定权益；其次，明确北极存在基于空间范围的公域，同时指出北极也存在基于全球影响属于公共物品范畴的公共事务，并且明确这些公共事务的范畴包括“科研”“生态环境保护”“资源利用”“治理”；最后，基于交互影响，赋予了域外国家与北极的关联“身份”，作为域外国家参与北极相关权益分配的基础。

前述尝试，是基于中国近年来对于全球治理秉承的“人类命运共同体”做出的，较之以往的参与理念以及西方的误读，其突破在于一方面对于北极的“事务定义”，将自己和域外国家对于北极的诉求圈定在了有全球影响和全球治理需求的“北极公共事务”之中，不涉及对北极基于空间范围的法律定性以及权属划分问题，这样也就不存在所谓“扩张”之嫌；另一方面对于北极的“关联定义”，尝试赋予域外国家参与北极事务的基本身份，基于这一身份，域外国家不仅拥有权益，也必须做出贡献，承担应有的义务和责任，为今后在北极公共事务领域形成域内外国家的合作机制奠定了基础。而且即使有国家不属于地缘上的“近北极国家”，或者“重要利益攸关方”，但是仍可以选择“北极公共事务”中的“利益攸关事务”作为自身参与北极事务的领域，并构建自身的北极身份。

从国际关系的实践来看，白皮书颁行之后，虽然仍有对其的负面解读，但是西方学界的观点已经开始认识到中国参与北极的重心。如有加拿大学者就对于中国的北极白皮书所阐述的中国北极政策持有谨慎的态度，认为中国的互利共赢的北极政策，如果获得恰当的管理，可以有助于加拿大的北极建设；但是，如果没有恰当的管理，中国将会损害加拿大的北极主权、损害加拿大依据本国意愿管理该区域的能力，获得对北极的实际控制。基于这两个方面，他建议加拿大不应该害怕这种发展变化，但是，必须要为此做好准备。[32]

有域外国家或地区已经认识到中国方案的可行性与优越性，并且加以借鉴。苏格兰于2019年9月23日发布了《北极政策框架》。该文件的第二页展示了从北极视角中苏格兰的地图。地图上用不同边框暗示了北极定义的易变性，并强调苏格兰在地理上是北极最近的非

---

[32] Lajeunesse A., Finding"Win-Win"–China’s Arctic Policy and what it means for Canada,The School of Public Policy Publications, https://www.policyschool.ca/wp-content/uploads/2018/12/final-Chinas-Arctic-Policy-Lajeunesse.pdf, 访问日期：2019年12月20日。

北极邻居的信息。该政策借鉴了中国白皮书所创设的“关联定义”。将苏格兰引申定位为“近北极重要的海上运输和物流合作伙伴”。同时，苏格兰在政策之中近一半内容专门用于解释苏格兰为何与北极有历史联系。同样也借鉴了“事务北极”的定义，指出“在教育、研究和创新、文化联系、农村联系、气候变化、环境和清洁能源以及可持续经济发展等领域，北极属于更大的北极共同体。”这也是基于“人类命运共同体”的中国方案得到认可和推行的有效例证。[33]

（二）中国方案的发展方向

中国方案所面临的最大问题是，对于北极的“关联定义”和“事务定义”仍需要在国际法上进一步充实规则依据和实践，“近北极国家”很难在国际法上进行法律表达，也很难通过一部带有普适性的国际文本将其明确为法律概念。这样就弱化了其权益分配的功能。对于这一问题，可以考虑今后在各类参与的具体北极事务中，将“关联定义”融入其中，通过不同领域的法律实践，不同的文本之中中国涉及北极的权利义务责任的界定，逐渐充实“关联定义”所代表的权益分配机制，将其法律化。

此外，对于北极的“事务定义”，还需要进一步精细化，究竟哪些领域才属于基于北极特殊的域外影响，需要域外国家承担责任义务和分配相关权益，哪些事务通过公共治理，而非由国家“私有”，效率更高，争议是非常之大的。而且虽然说可以通过“事务定义”回避对于北极主权及相关管控的冲击，但事实上的影响和冲突几乎是不可避免的。因此，粗放的将各类事务放到“公共事务”这一个篮子之中是不合适的，也需要将其通过实践以及对话进行进一步识别。

[33] Middleton A.,Constructing Arctic Identity: Analysis of Scotland's Arctic Policy, https://www.highnorthnews.com/en/what-remains-not-so-evident-what-scotland-wants-arctic-return, 访问日期：2019 年 12 月 20 日。

自主性武器对国际法的挑战及中国的应对

杜陈洁 西南政法大学国际法学院

摘要：在人工智能技术加持下，自主性武器在带来军事利好的同时，也引发了国际社会的人道主义担忧。现存的国际法规则无法针对性地规制自主性武器，其在面对自主性武器时也难以得到很好的遵守。为此，国际社会为解决自主性武器对国际法的挑战，对其进行了数年的讨论，形成了一系列共识与要点。当下中国在国际安全治理中扮演日益重要的角色，且对该议题同样存在重大利益关联，但对该议题的参与度却仍显不足，不仅存在立场的模糊和矛盾，也受到“有立场无方案”的桎梏。据此，中国应进一步澄清立场、积累经验、形成中国方案、拓展多元思路，为国际安全治理和自主性武器国际军控规则的形成贡献中国力量。

关键词：自主性武器、国际人道法、归责真空、中国

人工智能技术赋予某一特定系统在一个宽泛的环境中得以选择实现其目标的最好方法的能力[1]，该技术除应用于虚拟游戏外，也逐步走进了现实生活，例如驾驶交通工具、图片识别、声音识别、语言翻译以及疾病诊断等。近年来，人工智能技术已逐步进入军事领域，开始赋予各类武器系统一定程度的自主性，联合国裁军事务研究所（UNIDIR）出具报告称：人工智能和机器学习领域的飞速发展对于自主性武器在武器系统中的角色产生了显著影响。越来越多的智能机械可以在更为复杂的环境中被用于更具挑战性的任务。[2]为适应不断加快的战争节奏、加倍放大武力、降低运行成本和人力需求，越来越多的国家开始利用人工智能技术开发自主性武器，以减少军队的人力开支、提高军队在难以进入的地区进行干预的能力，保持在技术方面相对于潜在对手的领先地位等。[3]有专家认为：在接下来的军队科技改革中，研发具备自主性的武器系统将是符合逻辑且不可避免的下一步。[4]关于自主性武器所带来伦理和法律问题已经在世界范围内引发了热议，各方以“自主性武器系统”（Autonomous Weapons System）[5]、“杀人机器人”（Killer Robots）[6]、“致命性自主武器系统”[7]等不同的

[作者简介]杜陈洁(1994—) ，女，重庆人，西南政法大学国际法学院博士研究生，主要研究方向: 国际法、海洋法。

[1] Shane Legg , Marcus Hutter, “A Collection of Definitions of Intelligence”, *Frontiers in Artificial Intelligence and Applications*, Vol.157 , 2007, p.9.

[2] UNIDIR, The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies:Artificial Intelligence, 2018, p.1, https://www.unidir.org/files/publications/pdfs/the-weaponization-of-increasingly-autonomous-technologies-artificial-intelligence-en-700.pdf.

[3] CCW, Report of the 2015 Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), CCW/MSP/2015/3, June 2, 2015.

[4] J.M Beard, “Autonomous Weapons and Human Responsibilities”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol.45, 2014, p.620.

[5] 关于自主性武器系统（Autonomous Weapon systems）的准确定义，国际社会尚无统一的见解。国际红十字委员会（ICRC）认为“自主武器系统”是指能够独立选择和攻击目标的武器，即在捕捉、追踪、选择和攻击目标的“关键功能”上具有自主性的武器。美国国防部将其定义为“在激活后，可以在无人操作的情况下自主选择目标并交战的武器系统”。罗伯特·斯巴罗（Robert Sparrow）认为，自主性武器系统是指是任何能够在没有人类直接监督和人类直接参与致死决策的情况下，瞄准并启动潜在致命武力使用的系统。See ICRC, *Report of the ICRC Expert Meeting on “Autonomous weapon sysytems:technical, military, legal and humanitarian aspects*”,May 9 , 2014;DoD, *Directive No.3000.09*, November 21 , 2012;Peter Asaro, On banning autonomous weapon systems:human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making, *International Review of the Red Cross*, Vol.94, No.886, 2012, p.690.

称谓为对象进行了讨论。现今的人工智能技术仍存在显著的弱点，在可预测性、可靠性、可解释性等问题上均存在局限，而具备自我学习能力的机器可能会因种种因素导致错误的学习结果而致行为失常，因此，人们担心具备高度自主性的武器会挑战人类伦理和国际人道法。此外，不具备法律人格又缺乏人类控制的自主性武器若违法还可能导致归责真空（Accountability Gap）的问题。基于对自主性武器的人道主义担忧，国际社会于 2014 年起，在《特定常规武器公约》（CCW）框架下组织会议从技术、法律、政策等角度对自主性武器进行了数年的讨论。参与的主体除 CCW 缔约国外，还包括非缔约国、政府间国际组织、非政府组织以及自主性武器相关各领域的专家学者。中国作为对自主性武器存在重大利益关切的国家，也参与其中，但参与度不足。本文拟以自主性武器给国际法带来的挑战为事实基础，探讨中国参与自主性武器国际法规制过程中存在的问题及未来的方向。

一、既存的国际法缺乏对自主性武器的针对性规制

现行的国际法体系对作战工具和作战手段均存在既有的国际规范，这些规范能够对自主性武器起到一定的规制作用，但针对性的缺乏也使得这些既定的规则在面临自主性武器的特异性时存在漏洞与不力。此外，人工智能技术的军事化被认为是继火药、核武器后的第三次战争革命，这一趋势将催化出一大批自主和半自助性的武器系统，人类战争将将进入“算法战”的新时代，数据的准确和运算的速度将成为未来战争胜负的关键。[8]自主性武器军控规则的缺失也将放任大规模的人工智能军备竞赛，威胁国际和平与安全。

（一）国际人道法不直接规制自主性武器。

国际人道法的作战规则总的来说可分为“区分原则”、“比例原则”和“预防原则”，其对具体作战手法的禁止和限制则是对这三个原则的进一步确认与延伸。当我们在讨论自主性武器给人道法带来的挑战时则应当考虑人道法对武器的要求是什么？美国认为：“自主性武器本身并不具有天然的违法性，国际人道法的规制对象是人，而不是机器，战争法并没有要求武器做合法的决策，而战争中的人为了遵行战争法，则应当以一种非歧视的、成比例的方式去使用武器。”[9]如前所述，在当下的技术水平内，运用人工智能技术来强化武器的自主性能是国际趋势，但其如何做到在复杂的作战环境中对军事目标和民用目标进行区分，如何判断其攻击范围和损害程度是符合比例的？尽管国际社会认可国际人道法完全适用于所有武器系统，包括自主性武器[10]，但其引发的这些问题仅仅依靠国际人道法是无法解决的。

（二）国际武器条约对自主性武器的规制缺乏针对性。

现行的武器条约主要分为大规模杀伤性武器（MAD）和对特定常规武器的规制。就大

---

[6] 人权观察组织（Human Rights Watch）在他们的报告中多次将“杀人机器人”（Killer Robots）作为与“完全自主性武器系统”、“自主性武器系统”、“致命性自主武器系统”相等同的概念或通俗化的代称，在其报告中多次出现“Fully autonomous weapons,also known as kiiler robost”，“Fully Autonimous Weapons,also called killer robots or lethal autonomous robots”等表述。See, Human Rights Watch, Mind the Gap:the Lack of Accountability for Killer RobotsMind the Gap:the Lack of Accountability for Killer Robots, April 2015, p.1;Human Rights Watch, Losing Humanity :the Case against Killer Robots, November 2012, p.1.

[7] 在《特定常规武器公约》（CCW）框架下定期召开的会议中，致命性自主武器系统（Lethal Autonomou Weapons Systems）被作为主要讨论对象，有的国家（例如日本）要求将讨论对象限定在具有致命性的自主性武器系统，而有的国家（如美国）则通常讨论的是自主性武器系统，并未强调其“致命性”See Japan, Possible outcome of 2019 Group of Governmental Experts and Future actions of international community on Lethal Autonomous Weapons Systems，CCW/GGE.1/2019/WP.3, March 22,2019;USA, Autonomy in Weapon Systems, CCW/GGE.1/2017/WP.6, November 10, 2017.

[8] 李恒阳：《美国的人工智能战略探析》，载《美国研究》，2020 年第 4 期，第 108、113 页。

[9] USA, Autonomy in Weapon Systems, CCW/GGE.1/2017/WP.6, November 10, 2017; USA, Implementing International Humanitarian Law in the Use of Autonomy in Weapon Systems, CCW/GGE.1/2019/WP.5.

[10] CCW, Report of the 2018 Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), CCW/MSP/2015/3, October 32, 2018.

规模杀伤性武器条约而言，这些条约具有明显的指向对象，即核武器、生物武器、化学武器。[11]纵使自主性武器可能会在某些范围内与大规模杀伤性武器存在交叉，从而受到这些条约的规制，但就自主性武器本身最具争议的“自主性能”引发的守法不确定性以及归责真空等问题而言，这些条约是无法触及的。此外，《特定常规武器公约》（CCW）旨在禁止和限制某些具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器，地雷、燃烧武器、特种碎片武器、燃烧空气弹、激光致盲武器等。[12]公约本身是对区分原则和比例原则的重申，指出对引起过分杀伤和不必要痛苦的武器的禁止。但同样的，即便自主性武器完全符合 CCW 的要求，也不属于其几个附加议定书所明确禁止的武器类型，CCW 的规则也无法回应自主性武器的守法不确定性和归责真空问题。这源于自主性武器安全问题的根源——“不可预测性”，即它是否会造成违法后果是不确定的。这个层面上自主性武器就像战场上的交战者一样，我们不能判断该交战者本身合法与否（童子军除外），是否会做出违法行为基于自主武器的自我学习进程和算法的设置，它可能时而合法时而不合法。而对人类交战者我们尚且可以追责，对自主性武器却不能。因此国际武器条约也无法触及自主性武器的根本问题。

二、自主性武器对国际法的具体适用形成挑战

基于人权与人道的考虑是国际社会对自主性武器担忧的核心内容。战术优势是军事研究的主要目的，而科技能力在军事竞争力中占据核心位置，自主性武器的设计者很难找到合理的理由去限制武器的致命潜力，因此自主性武器的运用将会导致“高效却非人道”的战争。[13]机器并不具备人类独有的伦理观和判断力，若任其在人道抉择上发挥自主性则难以避免违法的后果的出现。与此同时，自主性武器法律人格的缺失使得一旦其在脱离人类控制的情况下造成了违法后果，可能产生归责的真空。

（一）自主性武器存在守法困难

国际人道法的核心在于对战争手段进行限制，以实现对人道、公共良知的维护，主要表现为“区分原则”（Principle of Distinction）、“比例原则”（Principle of Proportionality）、“预防原则”（Principle of Precautious）。区分原则要求战争和武装冲突中的各方必须区分战斗员与非战斗员、武装部队与平民、军事目标与非军事目标。“比例原则”禁止交战方发动可能导致平民意外死亡、受伤、民用物体受损或以同时包含以上情形的损害结果的袭击，交战方对军事目标进行攻击时应当最大限度地减少对平民和民用物体的伤害，这种伤害不应当超过军事行动中所要求达到的具体的、直接的军事利益。[14]“预防原则”要求交战方在进行军事行动时，必须不断照顾平民人口，平民和民用物体。必须采取一切可行的预防措施，以避免并在任何情况下尽量减少平民丧生，平民受伤和民用物体损坏。[15]自主性武器在国际人道法的视角下的法律地位是交战者与武器的结合，它们能否在发动攻击时运用人类的价值观和伦理观进行判定和衡量，确保其遵守以上三项原则，是自主性武器给国际人道法带来的重要挑战。[16]

（二）自主性武器引发“归责真空”

---

[11] 参见 1968 年《不扩散核武器条约》、1972 年《禁止生物武器公约》、1993 年《禁止化学武器公约》。

[12] 参见 1980 年《特定常规武器公约》及其《关于无法检测的碎片的议定书》、《禁止或限制使用地雷（水雷）、饵雷和其他装置的议定书》、即《禁止或限制使用燃烧武器议定书》、《激光致盲武器议定书》。

[13] Karolina Zawieska, “An Ethical Perspective on Autonomous Weapon Systems”, *Perspectives on Lethal Autonomous Weapon Systems(UNODA)*, November 2017, p.49.

[14] See ICRC, Rule14.Proportionality in Attack, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter4_rule14.

[15] See ICRC, Rule 15. Principle of Precautions in Attack, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter5_rule15.

[16] 参见 张卫华：《自主性武器对国际人道法的新挑战》，《政法论坛》，2019 年第 4 期，第 149 页。

自主性武器不具备人类的道德伦理观念，更不享有任何意义上的“法律人格”，无法承担法律责任。一旦自主性武器的使用造成了违法后果，应当由谁来承担责任？除国家责任以外，操作员或决策者在缺乏主观犯意的情况下能否从国际法国内法层面受到追责？此外，根据现有的国际人道法和国际刑法，缺乏人类控制的自主性武器可能会使编程、开发等阶段的相关人员因为缺乏主观的认知而难以被归责。[17]在现有的国际国内法律体系下，自主性武器的受害者能否得到充分的权利救济？在各国追求军事优势和国家安全的本能驱使下，人工智能技术的军事化已是大势所趋，具备自主性能又缺乏人类控制的武器，挑战着人类社会的伦理和法律，在存在归责真空的情况下，自主性武器更容易被非法地研发、使用和贩卖，它不仅是一种“工具”，更有可能是一个“潘多拉魔盒”。

二、国际社会对自主性武器国际法规制的讨论要点

（一）抢先性规制

有效的军控制度应当包含可信的承诺，而可信的承诺取决于其是否具有法律拘束力，法律拘束力越强，则违反该承诺的名誉成本则越高，在缺乏拘束性义务的情况下，违背承诺可能成为一种常态。[18]具有法律拘束力的自主性武器军控制度自然也更加有利于解决国际社会的担忧，因而“抢先性规制”（Pre-emitive Regulation）作为解决自主性武器安全问题的路径之一，受到了许多 CCW 与会者的支持。[19]理论上，抢先性规制存在两种情形，其一是直接禁止（Ban）；其二是允许其存在但应在法律允许的范围内研发、部署、使用以及售卖，而法律拘束力是其发挥作用的核心要义。但对抢先性规制也不乏反对意见，例如美国。美国以时机不成熟为由反对对讨论方向和成果进行过早的定论，认为增加共识是当务之急。[20]而在探讨“致命性自主武器”的可行定义时，美国则强调与其对可行性定义做明确界定，不如加强对致命性自主武器特征的普遍理解，并且不应以一种被禁止的武器为导向。[21]

（二）有意义的人类控制

基于自主性武器给国际法带来的挑战，一个英国的非政府组织“第 36 条”提出了“有意义的人类控制”（Meaningful Human Control）这一理念。该组织强调，在任何情况下都应当对针对个人的攻击进行“有意义的人类控制”，世界上不存在完全脱离人类设定的参数运行的全自主武器。[22]“有意义的人类控制”理念一经提出即受到来自各界的关注。尽管内涵和实施方式仍有待明确，但多数学者、政府、和非政府组织对其表示了肯定与支持：克里斯托弗·海因斯（Christof Heyns）认为，有意义的归责取决于有意义的人类控制，自主性

---

[17] Neil Dabison, “A Legal Perspective:Autonomous Weapon Systems under International Humanitarian Law”, *Perspectives on Lethal Autonomous Weapon Systems(UNODA)*, November, 2017, p.17.；Also See Thompson Chengeta, “Accountability Gap:Autonomous Weapons Systems And Modes of Responsibility in International Law”, *Denver Journal of International Law and Policy,* Vol.45, No.1, 2015, pp.2-3.

[18] Sarah E. Kreps, Institutional Design of Arms Control Agreements, *Foreign Policy Analysis*, Vol.14, 2018, pp.128-129.

[19] 国际机器人军控委员会（ICRAC）、斯里兰卡、巴基斯坦、中国等国家和非政府组织均表达过对抢先性规制的支持。ICRAC, International Committe for Robot Arms Control opening statement to the CCW Meetings of Experts on LAWS, April 13, 2015; Sirilanka, Statement by Sirilanka, Informal CCW Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS), April 13, 2015; Pakistan, Statement by Pakistan Delegation during the Session on “Way Ahead”, Informal CCW Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS), April 17, 2015; China, Statement of the Chinese Delegation of the Thematic Discussion on Conventional Arms Control at the First Commitee of the 74th Session of the UNGA, NewYork, October, 2019, p.3.

[20] USA, US Delegation Opening Statement, Informal CCW Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS), April 13, 2015; USA, US Delegation Opening Statement, Informal CCW Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS), April 11, 2016

[21] USA, Characteristics of Lethal Autonomous Weapons Systems, CCW/GGE.1/2017/WP.7, November 10, 2017.

[22] Article 36, Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons, April 2013, p.3, http://www.article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf.

武器能否被接受，取决于它是否仍然是人类手中的“工具”，将它们当做工具，即是对它们进行有意义的人类控制。[23]荷兰政府认为，只要人类在部署自主性武器系统时针对决策程序进行有意义的人类控制，就不会出现归责真空，现存的法律制度完全足以惩戒违法者。[24]红十字国际委员会认为“尽管对于其究竟是基于法律、伦理、还是军事行动或者是政策性的因素，这种控制究竟是‘有意义的’还是‘合适的’抑或是‘有效的’等问题还尚不清晰，但各方对于必须保留针对武器系统和使用武力的人为控制已经形成了广泛的共识”，并且红十字国际委员会也认为人类的控制是解决自主性武器系统所带来的法律、伦理问题的基本路径之一。[25]2014 年起，国际社会以《特定常规武器》缔约方会议（CCW 会议）[26]为平台，对“新兴技术领域的致命性自主武器”进行了数年的讨论。2015 年，CCW 会议就开始了对“有意义的人类控制”这一理念的关注，至 2016 年，斯里兰卡、波兰等代表团提出可以将“有意义的人类控制”作为评估致命性自主武器的法律、道德和伦理问题的框架。[27]2017 年的会议中，俄罗斯代表表示，“有意义的人类控制”虽然仍欠缺研究，但的确是各国间达成共识的潜在因素”[28]。至 2018 年的 CCW 会议，各国已经普遍达成共识，认定人类控制是专家组未来工作重点的核心理念。[29]至 2019 年，CCW 专家会议对“有意义的人类控制的讨论”已从理念的提出与强调深入至实施的方式、实施的界限等问题。

（三）法律审查

美国国防部制定的 3000.09 号和 5000.01 号指导文件分别为自主性武器的监管提供了研发、生产、获取和购买过程中法律审查的依据。[30]据此，美国在国际社会就自主性武器安全问题达成共识前，形成了其国内的规制经验。1997 年的《日内瓦公约第一附加议定书》第 36 条明确要求，在对新武器、新的战争手段或方式进行研究、开发、获取、适用等情形时缔约国有义务判定其在某些情形下是否受到该议定书或其他于该缔约国有效的国际法规则所禁止。[31]美国强调，对新武器的开发和获取进行法律审查是确保武器系统以符合国际人道法的方式得到使用的关键措施。法律审查为设计和开发人员以及其他保障武器可靠性的人员提供了运用他们专业知识的机会；此外，法律审查还提供了一个审查武器系统和确保武器合法使用的原理、培训和程序的机制。[32]法律审查也受到了 CCW 会议众多与会者的认可，成为了在 CCW 会议中具备较强共识基础的提议之一，ICRC 也认为，解决自主性武器所带来的法律及伦理问题的路径之一就是通过加强国家对武器的法律审查以保障包含自主性武器在内的任何新式武器都能够以符合国际人道法的方式使用。对自主性武器进行法律审查既可以保障自主性武器的运用符合国际人道法，也能够指引自主性武器朝着合法、安全的方向

---

[23] Christof Heyns, “Panel on Human Rights and Lethal Autonomous Weapons Systems, CCW Meeting of Experts on LAWS, April 16, 2015, pp.3-5..

[24] Netherlands,Examination of various dimensions of emerging technologies in the area of lethal autonomous weapons systems, in the context of the objectives and purposes of the Convention, October 9, 2017, p.3.

[25] ICRC, Views of the International Committee of the Red Cross on Autonomous Weapon system, CCW Meetings of Experts on LAWS, April 11, 2016, pp.3-4.

[26] 该会议最初是以缔约方非正式会议的形式进行，2017 年后转为政府间专家组会议，为叙事简便，本文统称为 CCW 会议。

[27] CCW, 2016 Report and recommendations of the Informal Meeting of Experts, CCW/CONF.V/2, June 10, 2016.

[28] Russia, Examination of various dimensions of emerging technologies in the area of lethal autonomous weapons systems, in the context of the objectives and purposes of the Convention, CCW/GGE.1/2017/WP.8, November 10, 2017, p.3.

[29] CCW, Report of the 2018 session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems, CCW/GGE.1/2018/3, October 23, 2018.

[30] DoD, *Directive No.3000.09*, May 8 , 2017; DoD, *Directive No.5000.01*, September 9 , 2020.

[31] 参见《日内瓦公约第一附加议定书》第 36 条。

[32] USA, Implementing International Humanirarian Law in the Use of Autonomy in Weapon Systems, CCW/GGE.1/2019/WP.5, March 28, 2019.

发展。[33]

四、参与自主性武器国际规制的中国立场及未来路径

中国历来重视并支持国际裁军和军备控制，不断通过参与国际会议、广泛宣传裁军问题、参加一系列重要的国际军控与裁军条约或公约等方式向国际社会展示中国的担当以及对国际和平与安全的重视。[34]习近平总书记强调："不论国际形势如何变化，我们要保持战略定力、战略自信、战略耐心，坚持以全球思维谋篇布局，坚持统筹发展和安全，坚持底线思维，坚持原则性和策略性相统一，把维护国家安全的战略主动权牢牢掌握在自己手中"，中国应"引导国际社会共同塑造更加公正合理的国际新秩序"。[35]当下，国际形势充满了不可预测性，国际社会，尤其是中美之间在高科技领域的竞争态势加剧，新技术为冲突构建了新的形势与影响，在缺乏信任与合作意愿氛围下国家只能通过加强自身力量来获取安全保障。[36]在这种形势下，自主性武器军控显得尤为不易但也尤为必要。为寻求持久的国际和平与安全，中国有必要以务实合作的精神参与这一议题的讨论。2014 年至今的 CCW 会议中一直都有中国的身影，但在可查询范围内却少见中国发言。有研究表明，大国的支持对于军控协议的达成和生效起着积极的作用。[37]

（一）中国参与自主性武器国际规制的既有立场

2018 年，中国首次向 CCW 会议提交了一份立场文件，包含五项基本观点：首先，针对致命性自主武器的界定问题，中国支持以确定基本特征为基础探讨明确的定义和范围；其次，必要的人机互动措施有利于防止致命性自主武器因脱离人的控制而滥杀，同时强调"有意义的人类控制"和"适当的人类判断"等理念太笼统，需要进一步的阐释和澄清；再次，强调致命性自主武器的双重影响，呼吁各国采取预防措施；又次，强调新兴技术的影响值得客观、公正和充分的讨论，不应有任何可能阻碍人工智能技术发展的预设的前提或预判的结果；最后，作为战争手段，致命性自主武器原则上应遵守 1949 年《日内瓦公约》和 1977 年两项附加议定书所载的国际人道主义规则，包括预防、区分和比例原则。[38]此外，中国还对美国所极力倡导的法律审查发表了见解，认为关于研究、开发和使用新武器的国家审查在一定程度上对防止滥用有关技术和减少对平民的伤害具有积极意义，然而，由于这方面的国家政策和做法差别很大，因此很难制定统一的审查标准。关于这些审查的结果以及如何处理这些结果，存在许多不确定性，因此，基于这种审查的任何倡议或建议都很难从根本上解决致命性自主武器引发的安全问题。[39]2019 年，中国在联合国大会上再次表达了对自主性武器军控问题的立场：中国高度重视致命性自主武器所引发的人道、法律以及伦理问题，并支持在 CCW 框架下对其进行深入讨论。虽然致命性自主武器仍然是一种目前尚不存在的未来武器，但中国相信有必要针对完全自主的致命武器达成一项具有法律拘束力的成果以防止其自主

---

[33] ICRC, Views of the International Committee of the Red Cross (ICRC)on autonomous weapon system, CCW Meeting of Experts on LAWS, April 11, 2016; Australia, Australian Statement: General Debate Exchange of Views, CCW Meeting of Experts of LAWS, April 11, 2016.

[34] 中华人民共和国国务院，《中国的军备控制与裁军》（1995 年 11 月），国防部网站，2011 年 1 月 6 日，http://www.mod.gov.cn/regulatory/2011-01/06/content_4617804.htm。

[35] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社，2017 年版，第 382 页。

[36] Severre Lodgaard, Arms Control and World Order, *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, Vol.2, No.1, 2019, pp.1-13.

[37] Sarah E. Kreps, Institutional Design of Arms Control Agreements, *Foreign Policy Analysis*, Vol.14, 2018, p.141.

[38] China, Positioning Paper, CCW/GGE.1/2018/WP.7, April 11, 2018.

[39] Ibid.

地滥杀。[40]

综上，我们可以总结出中国针对自主性武器的主要立场为：认可人机交互措施的必要性、怀疑法律审查的效果、强调自主性武器军控应避免阻碍人工智能技术的发展、支持抢先性规制。但就抢先性规制这一问题而言，中国并未明确是直接禁止还是在允许自主性武器存在的前提下对其进行管控，但有部分非官方资料表明中国曾表示支持达成针对完全自主的致命性武器的适用（不包括研发）禁令。[41]但这种支持禁令的立场又与我们所支持的人机交互措施存在逻辑上的矛盾性，禁令意味着全面的否定，何来的所谓“有意义的人类控制”或“适当的人类判断”呢？[42]除了缺乏更明确且详细的立场文件以外，中国也缺乏解释相关理念、解决相关问题的中国方案。可以说中国对自主性武器军控问题的立场存在相当大的模糊性，中国声音的缺失不仅不利于我们以人类命运共同体理念为导向在国际安全治理中发挥影响力，也不利于国际社会就自主性武器军控问题产生有意义的成果。

（二）中国参与自主性武器国际规制的未来方向

2017 年针对自主性武器军控的 CCW 会议由最初的非正式会议转变为政府间专家组会议，这不仅是形式上的差异，更代表着自主性武器军控作为一项国际安全议题重要性的升级。国际社会对自主性武器军控的讨论不可避免地会持续并不断深入，如何强化中国在其中的有益角色是值得我们思考的问题。美国参与讨论的路径是具备丰富的国际安全治理经验和敏感性的集中体现，于中国有一定的参照意义。但中国与美国不同，我们所秉持的理念和引导的方向必将体现“构建人类命运共同体”这一中国特色的国际治理理念。

1.对标自主性武器安全问题形成中国经验

近年来，中国部分学者已开始关注到自主性武器带来的安全问题。[43]但在国家层面却鲜见对自主性武器安全问题的关注。虽然中国向国际社会充分表达了对于自主性武器安全问题的重视，以及参与到自主性武器国际军控中的诚意，但自身治理经验的缺乏却成为了我们进一步提出明确方案及详细论证的阻碍。国家政策层面关注度的缺失，也成为了美国等西方国家以此为由大肆宣传中国威胁论的借口之一。布鲁金斯学会在其报告中声称“中国已经在自主性和人工智能武器系统等领域具备领先性，这将会影响国际军事平衡，威胁国际和平与安全。并且，为了追求技术上的领先性，中国军队会急于部署不安全、未经测试且不可靠的武器系统。”[44]

---

[40] China, Statement of the Chinese Delegation at the Discussion on Conventional Arms Control at the First Committee of the 74th Session of the UNGA, NewYork, October, 2019, p.3.

[41] 会议过程并未完全公开，但非政府组织“阻止杀人机器人”（Campaign to Stop Killer Robots）代表团通过推特直播的方式呈现了会议过程。此外，CRS 也佐证了这一立场。Campaign to Stop Killer Robots, Twitter, April 13, 2018, https://twitter.com/BanKillerRobots/status/984713419134853120; CRS, International Discussions Concerning Lethal Autonomous Weapon Systems, August 16, 2019.

[42] 针对这一问题有学者认为这种禁令是建立在有效监管框架下的甄别性禁止，对于没有人类任何控制就能完全自主致命的武器实行禁止，而非禁止所有的自主武器。参见 龙坤、徐能武：《致命性自主武器系统军控——困境、出路和参与策略》，载《国际展望》，2020 年第 2 期，第 97 页。

[43] 宋新平:《致命性自主武器带来的挑战》，载《国防科技报》，2015 年 3 月 24，第 14 版；黎辉辉:《自主武器系统是合法的武器吗？》，载《研究生法学》，2014 年第 6 期，第 128-132 页；朱路:《无人机攻击问题国际人道法研究》，载《南京理工大学学报》(社会科学版)，2013 年第 12 期，第 38 页；何蓓：《自主武器系统的国际法问题研究》，武汉大学博士论文，2018 年；徐能武、葛鸿昌：《致命性自主武器系统及其军控选择》，载《现代国际关系》，2018 年第 7 期；徐能武、龙坤：《联合国 CCW 框架下致命性自主武器系统军控辩争的焦点与趋势》，载《国际安全研究》2019 年第 5 期；龙坤、徐能武：《致命性自主武器系统军控——困境、出路和参与策略》，载《国际展望》，2020 年第 2 期；张卫华：《人工智能武器对国际人道法的新挑战》，载《政法论坛》，2019 年第 4 期；杨成铭、魏庆：《人工智能时代致命性自主武器的国际法规制》，载《政法论坛》，2020 年第 4 期等。

[44] Brookings Institution, “AI Weapons” in China’s Military Innovation, April, 2020, p.1.

中国是 1977 年《日内瓦公约第一附加议定书》的缔约国之一，理应遵守其第 36 条所规定的针对新的武器、作战手段和作战方法仅行法律审查的国际义务。但目前未见任何公开的相关法律或政策文件以支持对自主性武器进行法律审查。这不仅不利于树立守法用法的大国形象，也不利于提升中国对武器研发、部署的法律适应性的重视与关注。公开的法律审查政策的缺失还会导致国际社会对中国参与国际安全治理意愿的误判。例如，布鲁金斯学会的报告就建议美国政府通过以合法的方式使用人工智能以履行其对国际社会的承诺来增强其在人工智能伦理问题上的话语权和领导力；另一方面，还强调应当指出中国政府实际行为预期与宣称立场不一致的情况，以削弱中国所追求的话语权。[45]因此，以《日内瓦公约第一附加议定书》为依据，中国应当构建对新武器、新作战方式进行审查的法律和政策框架，以确保对国际人道法的遵守。而正如中国在 CCW 会议上所表述的立场那样，法律审查的模式因各个国家不同的法律体系存在较大差异，中国所建立起来的武器审查模式应当具有中国特色。对标自主性武器带来的安全问题，形成中国特色的审查模式，积累中国特色的规制经验，不仅有利于我国更规范、安全的研发、使用自主性武器，也能强化我国对国际人道法的遵守，更加有利于我国以守法用法的国际形象参与国际安全治理。

2.澄清以国家利益和人类共同利益为导向的明确立场

自主性武器在提升作战效率、减少人员伤亡方面具有显见的优势，而人工智能技术的加持能够帮助人类战斗员更准确地识别目标，减少误伤平民和民用物体的可能性，从结果上保证国际人道法得到更好的遵守。毫无疑问，只要具备技术和生产条件，自主性武器的研发和使用对任何一个国家来讲都是有利的。但与此同时，毫无顾忌地滥用自主性武器也会导致违背人道法的结果，引发安全问题。此外，各国对人工智能技术和武器自主性能的追求也极有可能引发新一轮的人工智能军备竞赛，威胁国际和平与安全。

中国此前表达的立场存在一定的模糊性和矛盾性。美国国会研究处甚至认为中国是为了达成自身军事目标而刻意保持着一种“战略性模糊”[46]，以此来宣传中国在自主性武器国际军控议题上的“不可靠性”。诚然，撇开美国的无端猜测不谈，模糊的立场的确不利于我国在自主性武器国际军控议题上发挥影响力，也不利于该议题产生有益结果。美国对抢先性规制的反对是其继续研发和适用自主性武器内在意图的外在表达，中国对抢先性规制的支持是我国在国际上具备一定技术优势的情况下仍然关注国际和平与安全，勇于在国际安全治理中承担大国责任的集中体现。正如习近平总书记所强调的，安全是普遍、平等和包容的，各国不能牺牲别国安全谋求自身所谓的绝对安全。[47]中国一直以来都秉持着平等合作的精神致力于推动国际安全常态化、制度化，中国从不缺乏维护国际和平与安全的坚定立场，但缺乏参与国际安全治理的经验和敏感度。因此，中国应进一步澄清关于自主性武器国际军控的立场，包括关于抢先性规制的具体形式和对象、对人机交互措施的明确态度和必要元素等。人类命运共同体理念是决定中国国际规则偏好的基本逻辑，可以为潜在的国际规则和国际秩序提供方向上的哲学指引，可以为国际规则发展的范式和路径提供启示。[48]因此，中国的立场应当融合国家利益与人类共同利益为内涵，以人类命运共同体理念为导向，以避免阻碍技术发展为前提。如此，才能让国际社会听见清晰的中国声音，感受到中国参与国际安全治

[45] Ibid, p.8.
[46] CRS, International Discussions Concerning Lethal Autonomous Weapon Systems, August 16, 2019.
[47] 习近平，“积极树立亚洲安全 共创安全合作新局面——在亚洲互相协作与信任措施会议第四次峰会上的讲话”，新华网，2014 年 5 月 21 日，http://www.xinhuanet.com/world/2014-05/21/c_1110796357.htm。
[48] 张相君：《论国际秩序规则供给的路径选择——基于人类命运共同体理念》，载《国际观察》，2019 年第 5 期，第 61-62 页。

理的诚意与力量。具体而言，结合中国已提交的立场文件：应坚持对完全自主的致命性武器进行规制，而非所有具备自主性能的武器；应以官方书面文件的形式明确中国所支持的抢先性规制的形式和范围；应进一步澄清中国对人机交互措施的看法和理解；应强调对致命性自主武器的规制不应涉及支撑技术的研发和生产。[49]

3.提出融合中国理念与经验的创新方案

在自主性武器议题中，美国为了支撑其立场做出了一系列详细的理论阐释，包括对各类术语和法律的独特解释。这些解释就形成了融合美国理念与经验的美式方案，对于尚在酝酿中的自主性武器国际军控规则具有重大影响。客观而言，美国的方案为国际社会提供了一些创新性的思路，但同时其中也包裹着明显的美国利益。美国方案对于自主性武器的规制过于宽松，它所追求的充分利用自主性武器保持甚至扩大军事优势的美国利益与人类追求国际和平与安全的共同利益存在着内在冲突。中国作为国际裁军与军控事务的重要参与者，在国际安全治理中肩负着不可推卸的大国责任。但在自主性武器的议题上，中国不仅存在着立场的模糊，还陷入了“有立场无方案”的僵局。而这种状况同样也会被有心人士肆意曲解，认为中国在该问题上言行不一，表面上宣扬支持达成规制自主性武器的法律框架，但其行动表明并不愿意在自主性武器的研发和部署上进行国际合作。[50]

据此，中国在参与自主性武器国际军控议题时，不仅要有清晰的立场，更应该提出明确的方案。如同美国在其方案中包裹着其对自主性武器的迫切追求一样，中国方案也应当有自己的利益考量，但不同的是这种利益考量必然将加入促进国际和平与安全的因素，而不仅仅是一种自利的方案。此外，中国经验的积累对于方案的提出也有着不容忽视的作用，有益的国内实践能够帮助我们从实践中获取如何使得武器的适用高效且合法的有益经验，将其融入中国方案中不仅能够进一步支撑中国立场，也能在自主性武器议题中传达来自中国的声音，贡献中国力量。具体而言，当下热议的“有意义的人类控制”理念，以及受到较多国家支持的抢先性规制的合理性与具体方案，都应当作为中国下一步关注和研究的重点。

4.拓展参与自主性武器国际规制的多维思路

CCW 会议作为自主性武器问题的核心讨论平台，囊括了众多的政府、学者以及非政府组织参与其中。但这并不是也不应该是中国参与自主性武器国际规制的唯一渠道。鉴于相关规则仍停留在讨论层面，国际社会仍在寻求共识，多层次多维度的讨论应当被纳入中国政府的政策考量。例如，在军事互信的基础上进行国家之间的政策交流，寻求自主性武器国际规制的有益经验和可能方向。其中尤以双边合作最为可行，更少的参与者意味着更少的利益博弈和冲突，在军事技术和理念相似的国家中寻求双边合作有利于形成获得双边认可的经验和方案，为这份经验和方案增添更多的智力支持。此外，区域性的合作对于中国积累自主武器规制经验，丰富理论认识同样重要，欧盟的努力值得借鉴。[51]非政府层面的交流与合作更能突破国家固有利益的限制，从国际合作的层面探讨形成更多的有益成果。中国应鼓励国内的学者参与到国际社会就自主性武器规制问题的交流与讨论中，不仅能丰富国家智力层面的认知，也能向国际社会传达中国学者的理念和影响力。不仅如此，支持国内的高校、研究机构具备相关的国内、国际研讨会，自行搭建传达中国理念的平台也是参与自主性武器军控的方式之一。总的来说，中国想要真正在自主武器国际规制议题上发挥影响力，方法和路径是

[49]龙坤、徐能武：《致命性自主武器系统军控——困境、出路和参与策略》”载《国际展望》，2020 年第 2 期，第 100 页。

[50] Brookings Institution, “AI Weapons” in China’s Military Innovation, April, 2020, p.5.

[51]杨成铭、魏庆：《人工智能时代致命性自主武器的国际法规制》，载《政法论坛》，2020 年第 4 期，第 142 页。

多元的，从更宏观的角度上看，这也是一种参与国际安全治理经验的积累。

五、结语

人工智能的军事化已不可避免，各国都将追求武器的自主化以维护其自身安全，获取军事利好。但自主性武器带来的守法和规则问题也不能忽视，现存国际法对自主性武器规制的漏洞也应当得到补足。因此，自主性武器国际军控是国际军事安全领域一个新兴且日益重要的议题。国际社会对自主性武器军控进行了一系列的设想，提出了包括“有意义的人类控制”、“抢先性规制”以及“法律审查”等一系列有助于合法使用自主性武器的建议。中国作为人工智能技术具备一定领先性的国家，也是该议题切实的利益关联者，但却缺乏参与国际安全治理的经验和理论准备。而随着技术的发展，各国对人工智能军事化的技术竞争和围绕着自主性武器国际军控话语权的竞争将会愈演愈烈。[52]中国应充分意识到，积极广泛地参与国际安全治理是中国这一崛起大国内在利益的必然驱动和国际地位提升的责任使然。因此，必须重视对自主性武器军控议题的参与。重视中国特色的理念和经验有利于我国在自主性武器军控议题上发挥更强、更好的影响力。为此，澄清中国立场、积累中国经验、提出中国方案、拓展参与思路均是未来中国参与自主性武器国际军控议题的方向。

The Challenge of Autonomous Weapons to International Law and The Response of China

Duchenjie

(Southwest University of Political Science and Law, International Law School)

Abstract: With the assistance of AI technology, autonomous weapons have not only brought military benefits, but also raised humanitarian concerns in the international community.The existing rules of international law can not regulate the autonomous weapons pertinently, and it is difficult to be well complied with when facing the autonomous weapons. In order to solve the challenge of autonomous weapons to international law, the international community has discussed it for several years and formed a series of consensus and key points. At present, China is playing an increasingly important role in international security governance, and it also has significant interests related to this issue. However, China's participation in this issue is still insufficient. There are not only ambiguities and contradictions in its positions, but also shackles of "having positions but no plans". Based on this, China should further clarify its position, accumulate experience, form its own plan and expand diversified thinking, so as to contribute to international security governance and the formation of international arms control rules for autonomous weapons.

Keywords: Autonomous Weapons, International Humanitarian Law, Accountability Gap, China

[52] 徐能武、龙坤：《联合国 CCW 框架下致命性自主武器系统军控辩争的焦点与趋势》，载《国际安全研究》，2019 年第 5 期，第 128 页。

选择法院协议定性视角下我国涉外协议管辖实践审思
——以《选择法院协议公约》的批准为考量

范冰仪 吉林大学法学院

摘要：明确选择法院协议的性质是解决涉外协议管辖纠纷的先决问题，厘清待批准的《选择法院协议公约》视阈下选择法院协议之性质于我国意义重大。选择法院协议属于一种广义上的、非典型的程序性合同，其在多数情况下被赋予的排除管辖权之功能应得到重视。我国涉外协议管辖实践呈现出的诸多特征与选择法院协议的属性并不契合，这将有碍于公约日后在我国发挥实效。对此，应当转变将国内协议管辖与涉外协议管辖统一化的单轨制模式，原因在于该模式系着眼于国内协议管辖，无法兼顾选择法院协议的特有性质。另外，应区分涉外管辖协议的有效性与可执行性，公约中适用被选择法院地法的做法略显冒进，宜采取对二者分别适用准据法与法院地法的做法作为衔接。

关键词：选择法院协议；涉外协议管辖；管辖权；被选择法院

一、问题的提出

选择法院协议系当事人对管辖法院进行的合意约定，是当事人意思自治在国际民事诉讼管辖权领域的体现。在我国，该类协议惯被称为涉外管辖协议或涉外协议管辖条款，与其对应的制度为2012年《民事诉讼法》第34条关于协议管辖的规定。我国已签署了2005年《选择法院协议公约》，[1]对公约的批准问题正在研究过程中。[2]既有文献对公约于我国的影响、公约与我国立法的衔接、批准公约的对策以及适宜时机等问题进行了诸多探讨，[3]但对于以下两个相互关联的问题则少有涉及：一是公约之下选择法院协议的性质，二是我国实践中的涉外管辖协议与公约语境下的选择法院协议在性质方面是否具有一致性。需要注意的是，选择法院协议的性质并非是无涉司法实践的纯粹理论问题。选择法院协议具有涉外性，其性质往往是判断冲突法规则或准据法适用的决定性因素。因此，任何忽略了选择法院协议性质的国际诉讼至少是存在风险的。[4]换言之，明确选择法院协议的性质是涉外协议管辖纠纷解决面临的先决性问题。

目前，在国内学界，专门针对选择法院协议性质的研究较为匮乏，对选择法院协议的性质界定基本内嵌于管辖协议的定性问题之中，几乎未因其涉外因素而作单独处理。[5]根据通行观点，管辖协议的性质为一种诉讼契约，[6]具体而言，其属于一种程序合同。[7]可见，国内

作者简介：范冰仪，吉林大学法学院博士研究生，专业方向：国际法。

[1] 2005年《选择法院协议公约》作为国际统一私法的立法成果，其目的在于促进民商事判决的全球性流动。不同于《承认与执行外国民商事判决公约》，《选择法院协议公约》仅适用于争议中订有选择法院协议的情形。我国签署公约的时间为2017年9月12日。

[2] 参见宋建立：《<选择法院协议公约>及对我国的影响》，《人民司法》2019年第4期。

[3] 例如，杜涛：《中国批准海牙<选择法院协议公约>的法律问题及对策》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2016年第4期；肖永平：《批准<选择法院协议公约>的利弊分析及我国的对策》，《武大国际法评论》2017年第5期；王吉文：《海牙<选择法院协议公约>批准的时间点问题》，《武大国际法评论》2018年第2期；刘仁山：《我国批准<选择法院协议公约>的问题与对策》，《法学研究》2018年第4期。

[4] See Alexander J. Belohlavek, "The Definition of Procedural Agreements and the Importance to Define the Contractual Nature of the Arbitration Clause in International Arbitration", *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 2, No. 21, 2012, p. 38.

[5] 例外为焦燕：《法院选择协议的性质之辩与制度展开》，《法学家》2011年第6期。

[6] 参见张嘉军：《论诉讼契约的效力》，《法学家》2010年第2期；参见杨会新：《论诉讼契约的适用范围与效力》，《法商研究》2017年第4期；参见夏志毅：《管辖协议与仲裁协议实质效力判断研究》，《民事程序法研究》2017年第18辑。

研究对于选择法院协议的诉讼契约性质基本达成了共识，但缺乏进一步细化。相对而言，国外研究对于选择法院协议性质的关注更侧重于公法性与私法性这一特征，即选择法院协议中的国家主权与当事人意思自治。[8]但总体看来，无论是国内研究还是国外研究均面临两大问题：一是对《选择法院协议公约》中关于选择法院协议性质的隐含立场剖析不足。公约虽未对选择法院协议的性质进行明确界定，但相关条款及谈判资料可反映出公约在这一问题上的基本立场；二是在选择法院协议的诉讼契约性质层面探析不够深入，未能凸显出选择法院协议相对于其他诉讼契约的独特性。于我国而言，应当对公约视野下的选择法院协议性质形成准确的认知，由此适时地对现行立法及实践进行检视，以便应对公约的日后批准。

在确定了以选择法院协议的定性为视角之后，需率先关注我国涉外协议管辖之立法。我国现行涉外协议管辖制度存在一个倍受争论的表征，即立法模式的选择。《民事诉讼法》对于涉外协议管辖的规定经历了嬗变。1991 年《民事诉讼法》确立了协议管辖制度，分别以第 25 条和 242 条规定了国内民事诉讼协议管辖和涉外民事诉讼协议管辖，立法上的双重标准使得两种协议管辖产生了显著差异。[9]2012 年《民事诉讼法》则通过第 34 条对国内民事诉讼与涉外民事诉讼的协议管辖规则进行了整合，结束了自 1991 年《民事诉讼法》开启的“内外有别”之局面。纵然 34 条采取的统一化模式落实了国民待遇原则，[10]但这样的统一化究竟是否能被视为一种进步，学界对此素来争议颇多。有学者认为，变双轨制为同一体系符合大多数国家的做法，是立法成熟的表现，彰显了我国民事诉讼协议管辖体系的进步。[11]还有学者认为，涉外协议管辖与国内协议管辖泾渭分明，这种“统一适用”完全忽视了二者的差别，是一种倒退。[12]笔者认为，将国内民事诉讼与涉外民事诉讼的协议管辖规则进行统一是否具有进步性应当以该规定能否同时契合两种制度的需求为判准。对于国内民事诉讼自不必说，2012 年《民事诉讼法》第 34 条相对于 1991 年《民事诉讼法》第 25 条并无显著变化，[13]可知第 34 条系着眼于国内协议管辖，后又将涉外协议管辖囊括其中。因此，对单轨制模式的检视应主要依据涉外协议管辖的实践效果。

为了考察涉外协议管辖之实践，笔者收集到既属于涉外民商事案件、又关涉协议管辖的

---

[7] 张利民：《非排他性管辖协议探析》，《政法论坛》2014 年第 5 期。

[8] See Alex Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 14-20; See Mukarrum Ahmed, A Comparative Study of the Fundamental Judicial Nature, Classification and Private Law Enforcement of Jurisdiction and Choice of Law Agreements in the English Common Law of Conflict of Laws, the European Union Private International Law Regime and the Hague Convention on Choice of Court Agreements, the Degree of Doctor of Philosophy in Law at the University of Aberdeen, 2015, pp. 26-36; See Xandra Kramer & Erlis Themeli, “The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum”, in Vesna Lazić & Steven Stuij, eds., Brussels Ibis Regulation: Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme, Hague: T.M.C. Asser Press, 2017, pp. 32-36; See Horatia Muir Watt, “Party Autonomy in Global Context: The Political Economy of a Self-Constituting Regime”, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 58, 2015, p. 175.

[9] 王福华：《协议管辖制度的进步与局限》，《法律科学（西北政法大学学报）》2012 年第 6 期。

[10] 吴永辉：《论新<民诉法>第 34 条对涉外协议管辖的法律适用》，《法律科学（西北政法大学学报）》2016 年第 5 期.

[11] 刘晓红、周祺：《协议管辖制度中的实际联系原则与不方便法院原则——兼及我国协议管辖制度之检视》，《法学》2014 年第 12 期；王磊：《试论我国涉外民事诉讼协议管辖规则体系的改进》，《武大国际法评论》2018 年第 4 期。

[12] 甘勇：《涉外协议管辖：问题与完善》，《国际法研究》2014 年第 4 期；杜焕芳：《涉外民事诉讼协议管辖条款之检视——兼评最高人民法院（2009）民三终字第 4 号裁定书》，《法学论坛》2014 年第 4 期； 李旺：《国际民事裁判管辖权制度析——兼论 2012 年修改的<民事诉讼法>关于涉外民事案件管辖权的规定》，《国际法研究》2014 年第 1 期。

[13] 仅有的变化体现为 2012 年《民事诉讼法》第 34 条在 1991 年《民事诉讼法》第 25 条基础上增加了“与争议有实际联系”这一要求。

裁判文书共计 137 份。[14]从裁判文书的总体情况来看，有 116 起案件的当事人提出了管辖权异议，[15]占比高达 85%。虽然涉外协议管辖系当事人合意的体现，但是若认为协议管辖的存在便意味着管辖权问题迎刃而解，无疑是低估了与协议管辖相关的诸多事项的灵活多变。[16]依我国现行实践来看，协议管辖的约定往往难以在管辖权方面起到定纷止争的作用，且在多起案件中，当事人在管辖权异议被驳回之后还会寻求上诉乃至再审，[17]由此消耗大量司法成本。这种现象与我国司法实践对涉外管辖协议的认知尚不清晰密不可分。因此，笔者意欲以关于涉外协议管辖的案件为研究对象，以对选择法院协议的性质界定为研究视角，探寻我国涉外协议管辖实践中体现出的诸多特征，保障《选择法院协议公约》在我国批准后得以最大程度地发挥其效用。

二、选择法院协议性质探析

前文已经提到，国内关于选择法院协议性质的研究多集中于选择法院协议的程序性与实体性方面，而国外研究则更关注其公法性与私法性，即国家主权与当事人意思自治。笔者认为，选择法院协议最常被探讨的这两种性质互为表里，但具备不同的侧重点。国家主权与当事人意思自治分别是选择法院协议中程序性与实体性的来源所在。首先，对于国家主权与当事人意思自治的探讨主要是为了从理论角度明确当事人意思自治的正当性。在上世纪 50 年代之前，法院对于将管辖权交由外国法院的选择法院协议秉持着一致的拒绝态度，原因在于，彼时的观点普遍认为由当事人剥夺未被选择法院的管辖权是违背公共政策的。[18]既然管辖权是国家主权的象征，私主体缘何能够对这种权力进行选择和排除？国际私法理论尚无法为这一实践中的普遍现象提供妥善的理论基础。[19]其次，针对选择法院协议属于程序性、实体性抑或诉讼契约的讨论则与选择法院协议的法律适用密不可分，也因此对选择法院协议引发的纠纷产生了决定性作用。本文中，由于所研究对象为我国涉外协议管辖的司法实践，故在探析选择法院协议的性质时将聚焦于后者。此外，判断选择法院协议是否具有排他性同样对于法院管辖权的认定举足轻重，亦将成为本部分的关注点之一。

（一）非典型程序性合同

首先需要明确的是，各国法律对于选择法院协议的程序性或实体性一般没有直接规定，其立场隐含于选择法院协议的法律适用之中。正如在 1960 年第九次海牙国际私法会议中，各国代表围绕选择法院协议的准据法问题展开了激烈的争辩，这场争论表面上是选择法院协议的准据法之争，实质上则是选择法院协议的定性之争，其中隐藏的深刻分歧一直延续至今。从历史上来看，对于选择法院协议在程序性与实体性方面的界定大致有三种观点，即程序性质论、合同性质论以及折衷的诉讼契约性质论。[20]尽管诉讼契约论已经成为学理上的主流观

---

14 本文裁判文书来自中国裁判文书网、聚法案例及北大法宝。

15 既包括当事人在提交答辩状期间提出的管辖权异议，也包括上诉期间提出的管辖权异议。

16 Alex Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 91.

17 例如，（2014）苏商外辖终字第 0002 号、（2017）渝 05 民辖终 1580 号、（2016）豫民辖终 13 号、（2011）民提字第 313 号。

18 See William W. Jr. Wiggins, “Application of the Forum Clause to Commercial Contracts”, *Houston Law Review*, Vol. 8, No. 4, 1971, pp. 739-740.

19 佐证选择法院协议中当事人意思自治正当性的理论主要有两种：一是接受当事人意思自治，但将当事人的选择限定于有客观联系的、在国际公法视角下可以行使管辖权的国家法院，二是将国际公法中的相关规则进行再解释，将当事人的协议这一非客观因素纳入一国法院可以行使管辖权的情形之中。See Alex Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 7-8.

20 参见焦燕：《法院选择协议的性质之辩与制度展开》，《法学家》2011 年第 6 期。

点，[21]但实践中却远未达成这种一致性。各国对选择法院协议的法律适用规定大致可归纳为四种模式，其中体现的对于选择法院协议程序性与实体性的立场可相应地归为三类：

第一种模式是适用法院地法，相当于将选择法院协议界定为程序性，代表国家包括我国和美国。我国法院在裁判实践中通常将选择法院协议确定为管辖权问题，从而得出适用法院地法的结论（具体情况后文将有详述）。美国在司法实践中采取的做法与我国类似，绝大多数案件都认为选择法院协议应当适用法院地法，无论在联邦法院还是州法院中皆是如此，且有相当数量的案件甚至没有考虑过法律选择问题，而是不假思索地适用了法院地法。仅有极少数的案件在选择法院协议的解释问题上适用了当事人选择的准据法。[22]

第二种模式是适用准据法，相当于将选择法院协议视为合同性质，代表国家为法国。法国信奉合同自由原则，视其为法律的根本原则，自始认为它适用于管辖权领域。[23]基于对合同自由的高度尊重，法国将选择法院协议亦归入合同的范畴，适用合同准据法。

第三种模式是区分适用法院地法与准据法，相当于认定选择法院协议兼具程序性与实体性，将其界定为一种诉讼契约，代表国家为德国和日本。德国民事诉讼法认为管辖协议的诉讼效力根据德国的诉讼法判断，协议的达成、表示的作出和交易条件中所包含协议的解释都由实体法调整。[24]日本民事诉讼法也秉持着近似的立场，认为管辖协议的要件和效力应遵照诉讼法的规定。然而，协议管辖虽然属于一种诉讼行为，却是由当事人在诉讼程序之外交换意思表示而成立的，类似于民法上的契约，因此对其能力及关于意思表示的无效或者撤销，可以类推适用民法规定。[25]

第四种模式是适用被选择法院地法。在管辖协议效力的法律适用问题上，与传统的“意思自治说”和“法院地法说”不同的是，《布鲁塞尔条例 I 修正案》采取了“被指定法院地说”，包括被选择法院所在国的冲突法规则。[26]有观点认为，这种做法既克服了“法院地法说”的不确定性，又保留了“意思自治说”的精髓。[27]也有学者指出，适用被选择法院地法的做法可满足常规性的选择法院协议，但无法应对复杂、灵活的选择法院协议。[28]《选择法院协议公约》采取的做法与《布鲁塞尔条例 I 修正案》类似，规定选择法院协议的效力适用被选择法院所在地法。[29]公约还就选择法院协议的形式要件进行了专门规定。[30]由此，选择法院协议的形式要件将受到公约的统一调整，国内法在选择法院协议的形式问题上无适用空间。[31]换言之，只要一选择法院协议符合公约的形式要求，缔约国法院便不得否认该协议的

---

[21] 参见张嘉军：《论诉讼契约的效力》，《法学家》2010 年第 2 期；参见杨会新：《论诉讼契约的适用范围与效力》，《法商研究》2017 年第 4 期；参见夏志毅：《管辖协议与仲裁协议实质效力判断研究》，《民事程序法研究》2017 年第 18 辑；张利民：《非排他性管辖协议探析》，《政法论坛》2014 年第 5 期；See Alexander J. Belohlavek, “The Definition of Procedural Agreements and the Importance to Define the Contractual Nature of the Arbitration Clause in International Arbitration”, *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 2, No. 21, 2012, p. 25; See Mukkarum Ahmed, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: A Comparative Study*, Portland: Hart Publishing, 2017, p. 7.

[22] See Symeon C. Symeonides, *Choice of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 448-449.

[23] 焦燕：《法院选择协议的性质之辩与制度展开》，《法学家》2011 年第 6 期。

[24] 参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法（上）》，李大雪译，北京：中国法制出版社，2007 年，第 185 页。

[25] 参见[日]兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法（新版）》，白绿铉译，北京：法律出版社，1995 年，第 22 页。

[26] 《布鲁塞尔条例 I 修正案》序言第 20 段。

[27] 参见黄志慧：《欧盟协议管辖制度实施之保障研究》，《现代法学》2017 年第 6 期。

[28] See Mónica Herranz Ballesteros, “The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast: The Solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, No. 2, 2014, pp. 295-296.

[29] 《选择法院协议公约》第五条第一款。

[30] 《选择法院协议公约》第三条（三）项。

[31] See Trevor Hartley & Masato Dogauchi, Explanatory Report of Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, para.126.

形式效力，[32]但对于实质效力则另当别论。可见，公约将选择法院协议进行形式有效性与实质有效性之区分的立场是一以贯之的，因此公约同样认为选择法院协议具有双重属性。

然而，仅仅停留在程序性合同层面并不足以对选择法院协议的性质进行准确的评介，应当注意到，选择法院协议仍然具有不同于一般程序性合同的特征。对于程序性合同的法律规定处于普遍缺位的状态。从文义解释的角度来说，程序性合同即相关当事方对特定程序作出的约定。程序性合同存在着狭义与广义之分，狭义的程序性合同诸如调解协议、撤诉协议以及就证据类型或取证方式达成的协议等等，广义的程序性合同则包括管辖协议，即指选择法院协议和仲裁协议。[33]广义程序性合同与狭义程序性合同之间的区分主要体现在三方面：第一，广义的程序合同一般是在程序开始之前作出、针对未来潜在争议的约定，狭义的程序合同则是在程序开始之后为保证程序顺利进行所作出的具体安排；第二，广义的程序合同类型一般较为固定，相关法律多会规定这类合同的形式、要件等基础问题，而狭义的程序合同很少被赋予固定的类型或具体的限制；第三，广义的程序合同多会对实体法律关系产生影响，尽管这种影响仅会在争议发生之后显现。[34]由此看来，选择法院协议的确满足了上述区分中广义程序性合同所具备的特点，但笔者认为，选择法院协议与传统的、狭义上的程序性合同之间最核心的区分在于程序性的强度。狭义的程序性合同虽然也具有当事人合意约定的形式，但与选择法院协议相比，这种合意在强烈的程序性之下显得微不足道，原因主要体现在两方面：首先，狭义的程序性合同侧重于针对具体程序的过程或方式的安排，因此这类合同通常紧密围绕着程序问题展开，以解决程序问题为直接目标，基本不会直接触及实体问题，但反观选择法院协议，则很难与实体法律关系完全割裂开来。例如，在像我国这样要求当事人协议选择的管辖法院与争议有“实际联系”的国家中，“实际联系”的判断便很难脱离实体法律关系，此乃检视选择法院协议是否具有可执行性的关键。其次，选择法院协议一般由当事人在争议发生之前订立，通常包含在主合同中（亦可自成为单独合同）。当然，选择法院协议在地位上被普遍认为独立于主合同，即不能单单以主合同无效为基础去否定选择法院协议的效力。[35]然而，作为一种通常与主合同一并订立、在主合同产生争议这一条件成就后方可发生效力的协议，与在争议产生之后为了推进争议解决进程而达成的程序性约定相比，二者在与实体的关联程度方面还是有所区分的。也正因如此，选择法院协议适用准据法的可能性才得以存在。[36]在证据协议这种狭义的、纯粹的程序性合同中，准据法很难有适用空间。

由此可见，选择法院协议虽然具有程序性合同的本质，但并不属于一种典型的程序性合同。

（二）一般授予排他性管辖权

在明确了选择法院协议的基础性质之后，需要注意到选择法院协议还存在着一个争议性特征，即是否应当具有排他性。各国的立法及实践对于选择法院协议是否排他的立场可区分

---

[32] See Masato Dogauchi & Trevor C. Hartley, Explanatory Report of Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, Preliminary Document No. 26 of December 2004, para. 76.

[33] See Alexander J. Belohlavek, “The Definition of Procedural Agreements and the Importance to Define the Contractual Nature of the Arbitration Clause in International Arbitration”, *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 2, No. 21, 2012, p. 25, pp. 28-29.

[34] See Alexander J. Belohlavek, “The Definition of Procedural Agreements and the Importance to Define the Contractual Nature of the Arbitration Clause in International Arbitration”, *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 2, No. 21, 2012, pp. 28-35.

[35] See Mónica Herranz Ballesteros, “The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast: The Solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, No. 2, 2014, p. 297.

[36] 对选择法院协议的效力适用法院地法，对其解释适用当事人选择的准据法已成为学界中盛行的一种观点。See Kevin M. Clermont, “Governing Law on Forum-Selection Agreements”, *Hastings Law Journal*, Vol. 66, No. 3, 2015, p. 643.

为两种情形：一是认为在当事人未作另行规定的情况下，选择法院协议均属于排他性。欧盟《布鲁塞尔条例 I 修正案》[37]及《卢加诺公约》[38]均采取了这一做法，日本民事诉讼法中对于管辖协议的规定也渗透出此种观念。根据日本民事诉讼法，管辖协议一经成立，按照其内容直接产生变更管辖的效力。但若管辖协议是以格式合同上的附加条款形式签定的，在排除其他法院旨意不明确的情况下，应解释为签定竞合的协议管辖。[39]这是基于弱者利益保护而作出的特别规定。第二种情况是认为选择法院协议并非天然具有排他性，而是要通过对协议的解释加以确定，美国与德国采取了这种做法。在美国司法实践中，法院并不倾向于将选择法院协议认定为排他性的，除非协议中进行了明确的限定。在协议用语模棱两可的情况下，选择协议的排他与否需要借助于法院的解释。事实上，美国法院在早期实践中即表现出对非排他性选择法院协议的接纳态度，但是却拒绝承认排他性管辖协议的效力，因其“剥夺了”原本有管辖权的法院对案件的管辖权。[40]可见，这种早期立场的影响一直延续至今。德国民事诉讼法中亦不存在《布鲁塞尔条例 I 修正案》及《卢加诺公约》中的推定式做法，而是认为当事人的意思毋宁通过具体解释来查明。[41]

值得关注的是，《选择法院协议公约》中对于选择法院协议排他性的立场颇为明确。正如担任《选择法院协议公约》报告人之一的特雷弗 C.哈特雷（Trevor C. Hartley）曾指出的，如果一个管辖协议不具有排除其他法院管辖的效果，那么其应有的提供可预见性的优势便也不复存在了。[42]公约第一条即规定，本公约适用于国际民商事案件中签订的排他性选择法院协议。[43]可见，公约将适用范围严格限定于排他性选择法院协议。针对排他性选择法院协议需具备的要件，公约第三条中除了对形式要件的规定，还进一步指出，除非当事人另有明示约定，指定某个缔约国法院或者某个缔约国一个或多个特定法院的选择法院协议应当被视为排他性的。[44]可见，公约在这一问题上同样采取了推定式做法。之所以将仅指明被选择法院的协议认定为具有排他性，是由于公约在平衡各方对于“排他性”所作解释的过程中，发现各国国内法针对此类最为常见的情况存在重大分歧，[45]故此，公约认识到，这是在界定排他性选择法院协议时须解决的首要问题。

笔者以为，公约对于选择法院协议排他性秉持的严苛立场和明确态度有其合理性。认为当事人意思自治排除法院管辖权有违公共政策的观点虽在理论层面仍有探究空间，但在协议管辖盛行于国际民商事争议解决的今时，其在实践层面已不宜再成为障碍。选择法院协议授予排他性管辖权的功能不仅提供了确定性和可预见性，更避免了发生平行诉讼情况下适用先受理法院优先原则而导致的“一刀切”式的僵化结果。[46]相对于理论基础的薄弱，选择法院

---

37 《布鲁塞尔条例 I 修订本》第 25 条第 1 款。

38 Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matter, Article 23. 1.

39 参见[日]兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法（新版）》，白绿铉译，北京：法律出版社，1995 年，第 23-24 页。

40 See Symeon C. Symeonides, *Choice of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 437-438.

41 参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法（上）》，李大雪译，北京：中国法制出版社，2007 年，第 186 页。

42 See Trevor C. Hartley, International Commercial Litigation, Text, Cases and Materials on Private International Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 163.

43 《选择法院协议公约》第 1 条第 1 款。

44 《选择法院协议公约》第 3 条 b 项。

45 See Avril D. Haines, Choice of Court Agreements in International Litigation: Their Use and Legal Problems to Which They Give Rise in the Context of the Interim Text, Hague Conference on Private International Law, February 2002, pp.8-10.

46 参见肖雯：《欧盟<布鲁塞尔条例 I（重订）>关于“未决诉讼”修订之评介》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2019 年第 5 期。

协议排除管辖权的功能在实践中的重要作用不容割舍。

然而，选择法院协议具有授予排他性管辖权的功能仅是一般情况，非排他性的选择法院协议并非无存在空间。常见的情况即当事人意图订立非排他性选择法院协议，在协议中明确约定了其并不排除其他法院的管辖权。但颇具争议的一种情形是，对于复杂、灵活的选择法院协议如何判断其排他性，最为典型的便是单边管辖条款（one-sided agreements）。《布鲁塞尔条例 I 修正案》并未体现出对单边管辖条款是否属于排他性管辖协议的立场。欧盟成员国国内法院对该问题也未达成一致意见。[47]单边管辖条款是一种在一方当事人提起诉讼时排除其他法院管辖权，但在另一方当事人提起诉讼时却不排除其他法院管辖权的选择法院协议。国际贷款协议中的管辖条款通常以此方式订立。依据《选择法院协议公约》解释报告，该问题取决于由哪一方在哪一法院提起诉讼：若由贷款方提起诉讼，公约将不适用，因为借款方可自由选择管辖法院；若借款方在非协议选择的法院提起诉讼，由于借款方无权在该法院进行诉讼，公约同样不可适用；若借款方在协议指定的法院提起诉讼，由于贷款方仅有权在该法院提起诉讼，协议自此刻便具有了排他性，可适用公约。[48]

三、选择法院协议定性视角下我国涉外协议管辖的实践特征

根据我国《民事诉讼法》第 34 条，当事人协议选择管辖法院需要满足三个条件：一是通过书面协议进行选择；二是选择与争议有实际联系的地点的人民法院；三是不得违反级别管辖和专属管辖的规定。[49]此外，依据 1992 年最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》（简称“民诉法意见”）第 24 条规定，在当事人的管辖协议不明确抑或选择两个以上法院管辖的情况下，管辖协议无效。此即我国协议管辖司法实践中对选择法院“唯一确定性”要求的来源。[50]如今，2015 年最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》（简称“民诉法解释”）第 30 条保留了明确性的限制，而对唯一性进行了放宽，即允许原告在管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的法院时向其中一个法院起诉。然而，开放唯一性限制这一细微的调整是否能够在真正意义上降低协议管辖的门槛是值得商榷的。[51]基于上述立法规定中设置的条件，我国涉外协议管辖实践中主要呈现出如下特征：

（一）对协议管辖的明确唯一性认定不一

在 137 例涉外协议管辖案件中，仅有 14 例案件的当事人约定了唯一确定的法院。[52]这些约定指向的法院是无可争议的，与民诉法意见第 24 条和民诉法解释第 30 条的要求严格相

---

47 参见黄志慧：《欧盟协议管辖制度实施之保障研究》，《现代法学》2017 年第 6 期。

48 See Masato Dogauchi & Trevor C. Hartley, Explanatory Report of Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, Preliminary Document No. 26 of December 2004, paras. 71-72.

49 需要强调的是，第二项条件中采用的“人民法院”这一措辞并非意味着当事人仅可协议选择我国法院管辖，2015 年最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 531 条已经对这一问题进行了释明。该条规定：“涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。”

50 吴永辉：《论新<民诉法>第 34 条对涉外协议管辖的法律适用》，《法律科学（西北政法大学学报）》2016 年第 5 期。

51 明确性与唯一性在多数情况下是不可分割、紧密联系的，正如在“（大韩民国）株式会社 SBF. INC 与北京市滕氏制衣有限责任公司商标权管辖异议纠纷上诉案”中，法院指出：“双方当事人在合同中就诉讼管辖法院的选择不是唯一的，因此，双方当事人关于诉讼管辖的约定并不明确。”该案中，法院即认为唯一性与明确性之间存在直接因果关系。

52 诸如厦门市中级人民法院、武汉市中级人民法院、珠海市香洲区人民法院等等。

符。然而，在这 14 起案件中，有 8 起案件[53]的协议管辖条款均因违反级别管辖或集中管辖[54]而被法院认定无法适用。在除此之外的 123 起案件中，当事人约定的管辖法院从文义解释的角度来看，均不能绝对符合唯一性的限制。但是对于这些管辖协议是否具有明确唯一性，不同的审理法院作出了不同的认定。

当事人在协议约定管辖法院时，被选择频率较高的是“原告住所地法院”、“合同签订地法院”、“甲/乙方所在地法院”等与争议存在实际联系的“……所在地法院”。按理来说，这样的管辖协议应当被认定为具有明确性，因其与《民事诉讼法》第 34 条的措辞相符。例如，在“利功洋行（香港）发展有限公司与陈燕萍买卖合同纠纷上诉案”[55]中，当事人协议约定争议由供方所在地人民法院管辖，法院即认为该协议管辖条款约定明确。在“淮北市热电有限公司与招商银行股份有限公司等借款合同纠纷管辖权异议案”[56]中，当事人选择的甲方所在地法院也同样被法院认为具有明确性。然而，在部分案件中，法院却否认了这类协议管辖的明确性。例如，在“李德源与周引英民间借贷纠纷案”[57]中，当事人双方约定向贷款方所在地有管辖权的人民法院起诉，法院却认为该约定不具有协议管辖必须具备的唯一性、排他性、确定性，从而认定管辖协议无效，但并未说理。在“何振斌与江苏金叶园林工程有限公司等建设用地使用权转让合同纠纷案”（简称“何振斌案”）[58]中，法院虽针对明确性的否认进行了说理，但该说理略显牵强。该案中，当事人约定争议由原告所在地人民法院管辖，但一审法院却以不能确定原告所在地是原告住所地还是经常居住地为由，得出了管辖协议约定不明的结论。原告所在地的判断本就是法院理应完成的工作，法院怠于判断却要求当事人在协议中进行示明，未免欠缺妥当性。与何振斌案类似的情况还出现在“厦门汇洋投资有限公司与福建省轻工业品进出口集团公司等债权追偿纠纷案”中，[59]该案当事人约定争议发生后任何一方均有权向合同签订地法院提出起诉，法院却认为合同中未载明签订地点，因此无法确定当事人选择了明确且唯一的管辖法院。

与之相对的，也有法院在确定当事人协议选择的“……所在地法院”时态度积极、论证合理，其中最具代表性的案件当属“乐视移动智能信息技术（北京）有限公司、蓝思国际（香港）有限公司买卖合同纠纷案”。[60]该案中，当事人约定争议由“乐视致新所在地法院”管辖。法院在对这一协议管辖条款的效力进行判断时，详细阐释了该法院如何确定，并在裁判文书中将其独立列为一个部分。最终，当事人协议选择的管辖法院被确定具有明确唯一性。

还有一类较为常见的协议管辖条款被约定为“提交……地有管辖权的法院起诉”。对于此类协议管辖条款是否明确唯一，仍然存在着迥异的认定结果。在“恒华国际投资有限公司与中国光大投资管理公司债权转让合同纠纷案”[61]和“山西金港能源有限公司与北京柏恩投资管理有限公司等借款合同纠纷案”[62]两例案件中，当事人均约定争议由北京市有管辖权的

---

[53] （2008）粤高法立民终字第 264 号、（2014）闽民终字第 1251 号、（2015）高民终字第 02494 号、（2015）三中民终字第 14082 号、（2016）粤 5381 民初字 2931 号、（2018）粤 04 民辖终 190 号、（2018）粤 04 民辖终 196 号、（2019）川民辖终 1 号。

[54] 2001 年通过的《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》确立了对涉外民商事案件实行集中管辖的做法。

[55] （2008）粤高法立民终字第 195 号。

[56] （2013）民四终字第 49 号。

[57] （2014）中二法民三初字第 41 号。

[58] （2013）陕立民终字第 00003 号。

[59] （2014）闵民终字第 1481 号。

[60] （2018）津民辖终 152 号。

[61] （2014）高民终字第 2043 号。

[62] （2014）二中民（商）终字第 11319 号。

人民法院管辖，法院均认定管辖协议不具备明确性，不符合民诉法意见第 24 条的要求。然而，在“谭辰龙、罗闻镌合同纠纷案”[63]中，双方约定将争议提交至本协议签署地有管辖权的人民法院诉讼，一审法院肯定了协议管辖的有效性并援引了民诉法解释第 30 条，间接说明了一审法院认为该管辖协议符合民诉法解释第 30 条要求的明确性，这与前述两起案件中法院作出的认定截然不同。

综上可见，管辖法院的明确性与唯一性不仅是我国涉外协议管辖实践中频频出现的问题，也是当事人之间的协议管辖被判定无效的常见原因。依选择法院协议的性质看来，并无哪一方面的属性需要根据管辖法院是否明确和唯一加以判断。这种限制对于国内民事诉讼或有其意义，但对于涉外民事诉讼而言却是徒增桎梏，不仅无益于涉外管辖协议的特征识别，反而平添了协议管辖落空的概率。

（二）普遍依法院地法来认定协议管辖的效力

对于管辖协议适用法院地法还是当事人约定的准据法，我国法律并没有相关规定。根据实践中的做法来看，我国法院基本已确立了依据法院地法对协议管辖进行效力认定的审判规则，这与《选择法院协议公约》中区分形式有效性与实质有效性的做法不同。

在“上海衍六国际货物运输代理有限公司与长荣海运股份有限公司海上货物运输合同纠纷案”[64]中，提单记载内容为本提单项下的所有诉讼适用美国法律。最高人民法院指出，管辖权属于诉讼程序问题，应适用法院地法进行审理，因此对于涉案管辖条款的相关判断也应当适用中国法。后续的“绍兴市凯帝体育休闲用品有限公司与 CavilleAnthonyGuy 等民间借贷纠纷案”[65]及“中信澳大利亚资源贸易有限公司与山煤煤炭进出口有限公司等涉外合同纠纷管辖权异议案”[66]也沿用了这种做法，将管辖问题归于程序性事项，适用法院地法。然而，需要明确的是，这一裁判规则在我国司法实践中并非自始形成。在“住友银行有限公司与新华房地产有限公司合同纠纷管辖权异议案”（简称“住友银行案”）[67]中，最高人民法院认为，应当适用当事人约定的准据法即香港法律对约定管辖条款的含义作出解释。在“山东聚丰网络有限公司与韩国 MGAME 公司等代理及许可合同纠纷管辖权异议案”（简称“聚丰网络案”）[68]中，作为一审法院的山东省高级人民法院认为，既然双方协议约定了中国法律作为准据法，那么双方的协议管辖条款也须符合中国法的规定。该案中，山东高院适用中国法来判定协议管辖条款效力的原因并不是中国法是法院地法，而是中国法系当事人选择的准据法。但在二审中，最高人民法院对这一观点进行了批驳，指出原审法院裁定理由有误，应当依据法院地法来判断协议选择管辖法院条款的效力。

实际上，除去住友银行案和聚丰网络案中法院曾明确提出了协议管辖条款适用当事人选择的法律之外，笔者暂未寻到有其他裁判呈现过这一观点。原因可能在于前述两起案件审判时间较早，[69]彼时我国关于涉外协议管辖法律适用的实践倾向暂未形成。近年间，唯一隐约透出协议管辖条款适用准据法立场的是长沙市中级人民法院于 2019 年审理的“谭辰龙、罗闻镌合同纠纷案”（简称“谭辰龙案”）[70]。该案中，作为二审法院的长沙市中级人民法院首

---

63 （2019）湘 01 民终 1893 号。
64 （2011）民提字第 301 号。
65 （2014）浙辖终字第 45 号。
66 （2016）最高法民终 66 号。
67 （1999）经终字第 194 号。
68 （2009）民三终字第 4 号。
69 分别为 1999 年和 2009 年。
70 （2019）湘 01 民终 1893 号。

先援引了民诉法解释第 533 条，[71]继而根据协议认定双方产生争议时应适用中国法律。随后，法院指出：双方同意将争议提交本协议签署地具有管辖权的人民法院诉讼解决，即使协议签署地美国加州洛杉矶对法院本案有管辖权，现一方当事人向我国法院起诉，法院亦可予受理。从这番论证中可以推知，法院实则肯定了当事人协议管辖的有效性，那么这种认可源于何处呢？单从文义来看，法院的认定似乎取决于协议适用中国法的约定。然而，由于本案中当事人约定的准据法恰为中国法，因此不排除法院疏于区分准据法和法院地法的可能。

（三）对协议管辖的排他性认定不同

我国涉外协议管辖实践中对于协议排他性关注较少，仅有寥寥数起案件的裁决中出现了“排他性”一词，其余案件并未提及。

在“高超保证合同纠纷案”（简称“高超案”）[72]中，上海市高级人民法院对于当事人的协议管辖条款是否属于排他性管辖进行了精妙的论证。在我国法律没有明确规定排他性管辖的情况下，法院参考了《选择法院协议公约》第 3 条对排他性选择法院协议作出的规定。法院认为，参照公约相关条文，选择管辖法院是否具有“排他性”关键在于协议用词是否明确。涉案保证书载明双方合意以台湾地方法院为第一审管辖法院，除此之外未另作规定。法院据此将该协议认定为排他性管辖协议。该案中，法院借鉴《选择法院协议公约》的规定，从文义解释的角度对管辖协议排他与否进行了判断，这样的做法是适当的。基于协议用词的文义判断是认定管辖协议性质的首要方法，在适用顺序上处于上位，只有管辖协议具有疑义、歧义时，才进一步使用其他方法。[73]

同样是针对仅约定了管辖法院而未明确排他与否的涉外管辖协议，“北京东方车云信息技术有限公司与鼎耀有限公司管辖权异议案”（简称“东方车云案”）[74]中对于协议排他性的认定却与前案不同。该案中，当事人约定争议由鼎耀公司所在地法院管辖，该公司所在地为英属维尔京群岛，作为一审法院的北京市第四中级人民法院在判断我国法院是否能够对本案行使管辖权时指出，一方面，当事人在管辖条款中并未明确约定是否属于排他性管辖法院，另一方面，当事人均以实际行动表示接受我国法院的管辖，因此我国法院对本案享有管辖权。从这一论证过程可以发现，法院认为在未明确约定管辖协议是否具有排他性的情况下无法排除其他法院的管辖权，这与公约秉持的立场并不相符。

四、《选择法院协议公约》待批准背景下我国涉外协议管辖实践的完善

由上文可知，我国涉外协议管辖实践所体现的特征与前文所探讨的公约语境下选择法院协议的性质并非契合。因此，本文尝试对我国涉外协议管辖实践提出下列完善构想，以期从选择法院协议性质的角度为我国批准《选择法院协议公约》提出过渡性对策。

（一）将涉外协议管辖与国内协议管辖分别规定

文章在第一部分已经指出，对于涉外协议管辖与国内协议管辖采取单轨制还是双规制模式的争论应当通过司法实践中的效果进行审视。经过前文的阐析可发现，我国涉外协议管辖制度在实践中的运作并不能与选择法院协议的特有性质相配适，适用于国内民事诉讼协议管辖的规定并不宜用以调整涉外协议管辖。

在我国涉外协议管辖实践中，最为常见的否定协议管辖的原因便是当事人的协议管辖违反了地域管辖、级别管辖或集中管辖的规定。笔者认为，就涉外民事诉讼而言，对当事人的

---

[71] 该条规定为：“中华人民共和国法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的，人民法院可予受理。”

[72] （2016）沪民辖终 99 号。

[73] 张利民：《非排他性管辖协议探析》，《政法论坛》2014 年第 5 期。

[74] （2017）京民辖终 454 号。

协议管辖施加上述限制意义匮乏，且收效甚微。原因在于，在涉外协议管辖制度下，当事人只消将对于某一国家或法域管辖权的选择合意体现在协议中，至于地域管辖、级别管辖等规则的适用，应由取得管辖权的一国法院主动依照国内诉讼法去解决，而不应成为涉外诉讼当事人考虑的主要问题，因此意义匮乏；此外，我国关于地域管辖、级别管辖和集中管辖的规定繁芜、分散，甚至有许多相关规定包含在各省法院发布的通知之中，且常有更新和替换，若要让涉外民事诉讼当事人的协议管辖条款不违反这些规定，恐怕很难付诸实践，是故收效甚微。总体而言，在涉外协议管辖中设置地域管辖等限制只会对涉外民事诉讼的解决起到反作用。

既然将管辖法院限定到国内或法域内某一特定法院存在违反地域管辖、级别管辖或集中管辖的风险，模糊的、仅仅指明某国法院具有管辖权的管辖协议按理来说应当是最为稳妥的。然而，在我国司法实践中，这样的管辖协议却容易被法院视为不明确，与具体到特定法院的管辖协议殊途同归。因此，对选择法院唯一确定性的限制于涉外协议管辖而言亦不合理。国内协议管辖中对当事人选择的法院施以“唯一确定性”的限制是为了预防国内法院之间的审判权冲突。[75]对于包含涉外因素的选择法院协议而言，其内核是国家主权与当事人意思自治间的协调，这里的国家主权并不是指国内审判权的分配，而是在数个国家或法域均享有管辖权的情况下，当事人通过意思自治排除了被选择法院以外法院的管辖权，可能构成对被排除法院所在国国家主权的侵扰。进一步说，选择法院协议的内核正是在于强调不同国家或法域法院的管辖权，如果不存在这种有并行空间的管辖权，当事人意思自治与国家主权之间的紧张关系便迎刃而解了。因此，在选择法院协议中，当事人对管辖法院的选择只要锁定到具体的国家或法域范围即可。《选择法院协议公约》解释报告也印证了这一点，报告在“‘排他性选择法院协议’定义”部分指出，选择法院协议可笼统约定缔约国法院（如“法国法院”）；亦可指向缔约国某一具体的法院（如“纽约南区联邦法院”）；也可为同一缔约国两个及以上的具体法院（如“东京地方法院或神户地方法院”）。[76]由此看来，“唯一确定性”要求既不现实，也不必要。

综上所述，我国涉外协议管辖现行的规则与实践做法只会让争议当事人陷入一种无解的困境，破局的关键便在于将涉外协议管辖与国内协议管辖分开规定。实践业已证明，现行的单轨制模式较少考虑到涉外民事管辖权立法是一项系统的工程，在利益保护方面有着特殊的价值和作用。[77]

（二）区分管辖协议的有效性与可执行性

根据选择法院协议的混合性质可知，对于其法律适用应当采取二分法。直接采取《选择法院协议公约》中适用被选择法院地法的做法于我国而言略显冒进。当我国法院并非被选择法院时，需要根据被选择法院地的实体法、程序法包括冲突法规则来认定选择法院协议的效力，这对于法官的能力和素质要求极高。因此，我国应探索关于选择法院协议法律适用的过渡性路径以契合其混合性质。具体而言，管辖协议的成立、生效以及解释等问题属于实体问题，应当适用合同准据法，例如当事人是否有缔约能力、意思表示是否真实等问题。对于管辖协议是否有可执行性，即是否约束我国法院，属于程序问题，应当按照法院地法进行判断。[78]也有学者按照我国《民事诉讼法》的现行模式对国内与涉外协议管辖一并提出建议，将法

---

[75] 参见张靖：《国内协议管辖惟一性要求的解释及其法政策思考》，《兰州学刊》2008 年第 1 期。

[76] See Trevor Hartley & Masato Dogauchi, Explanatory Report of Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, para.12.

[77] 参见何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，《中国社会科学》2017 年第 5 期。

[78] 杜涛：《新民事诉讼法下当事人协议选择境外法院问题》，《人民司法·应用》2017 年第 1 期。

院对协议管辖的审查分为管辖协议的成立与有效以及管辖协议的合法要件，前者审查的内容包括当事人的缔约能力、不损害公共利益、不显失公平等等，依据实体法审查；后者审查的内容包括法院范围、约定形式、约定内容等等，依据程序法审查。[79]两种分类方法在实质上并无差异，区别仅在于前者采取的“可执行性”（enforcement）这一说法系立足于国际社会对于协议管辖的普遍实践，因此，本文也将采纳这一说法。

我国法院在涉外协议管辖实践中对管辖协议的成立、有效与可执行作出区分的具体流程及做法为：首先，法院应当依准据法对管辖协议是否成立和有效进行判断。既然要适用准据法，那么这就要求法院在对协议管辖条款进行检视时务必首先处理法律适用问题。然而，在这一步可能引发的一个问题就是，如果当事人没有选择合同准据法，准据法的确定将会由受案法院完成，争议解决的第一步往往是确定由哪个法院来行使管辖权，在法院还没有进行实体审理之前，由法院根据合同连结点的分布情况来确定合同准据法，并据此判断管辖条款的效力在司法实践中是颇具难度的。[80]在此时，可参照《选择法院协议公约》中的规定，在当事人没有选择合同准据法的情况下，适用被选择法院所在地国家的法律。[81]被选择法院所在地国家法律的适用机理在于，在当事人没有就法律适用达成合意的情况下，双方对管辖法院进行了协议选择，因此双方大概率是认可、甚至希望被选择法院地的法律得到适用的，即使当事人对此没有倾向性，根据最密切联系原则，争议的准据法亦很可能指向被选择法院所在地国家的法律。其次，法院需要依据法院地法对管辖协议的可执行性进行判定，考察的因素便是《民事诉讼法》及其司法解释中规定的数个条件。

通过对管辖协议成立、有效与可执行性的区分，涉外协议管辖这一制度中的实体性事项和程序性事项得以分别适用适当的法律，而非统一囿于法院地法的支配。应当认识到，解决国际诉讼法程序问题的法律适用时，适用法院地法的诉讼规范并不是一般原则。在实际的诉讼过程中，唯有通过单个地研究各个诉讼规范的内容、目的和由这些诉讼规范所调整的诉讼法律关系的性质，才能获得正确的解决方法，[82]涉外协议管辖的法律适用便体现为这一理念的现实观照。

此外，鉴于公约对于选择法院协议排他性秉持的严苛态度，且我国司法实践中存在将常规性管辖协议认定为非排他性的先例。[83]因此，需要强调的是，我国在选择法院协议的排他性问题上亟需向公约立场靠拢。具体做法即在实践中惯常将选择法院协议认定为具有排他性，形成明显的认定偏好，将非排他性协议管辖作为例外，只在当事人明确强调非排他性管辖时才可适用。

结语

在我国签署了《选择法院协议公约》的背景下，公约中选择法院协议的性质应当被准确识别，方可据此对涉外协议管辖制度进行检视，进而对公约的日后批准提出过渡性对策。首先，学界对于选择法院协议作为诉讼契约或程序性合同的属性基本已达成一致，但各国实践中仍然不乏将选择法院协议认为纯粹的程序性事项抑或合同的倾向。公约中采取的是程序性合同之立场，但需要明确的是，选择法院协议并非是一种一般性的程序合同，而是一种广义

---

[79] 周翠：《协议管辖问题研究——对<民事诉讼法>第 34 条和第 127 条第 2 款的解释》，《中外法学》2014 年第 2 期。

[80] 杨弘磊、范晓华：《涉外民事诉讼协议管辖条款的性质及法律适用》，《人民司法》2005 年第 3 期。

[81] 《选择法院协议公约》第 6 条 a 项。

[82] 李双元、徐国建主编：《国际民商新秩序的理论建构——国际私法的重新定位与功能转换》，武汉：武汉大学出版社，2016 年，第 321 页。

[83] （2017）京民辖终 454 号。

上的、非典型的程序性合同，与证据协议等狭义上的程序性合同在实体性程度方面有重要区分。其次，选择法院协议一般授予被选择法院以排他性管辖权。公约对于选择法院协议排他性的态度颇为严苛，仅指明某国、某地区或特定法院的选择法院协议均属于排他性，这种立场有其合理性。但对于复杂、灵活的选择法院协议的排他性则要审慎判断。在选择法院协议定性视角下，我国涉外协议管辖实践存在如下特征：第一，对于“明确唯一性”存在不同的认定，管辖协议的落实常受到这一要求的掣肘，然而这一要求与协议的性质并无关联。第二，我国法院普遍依据法院地法来认定管辖协议的效力，并未区分其双重属性。第三，我国法院较少关注到管辖协议的排他性，且存在将一般性管辖协议认定为非排他性的情况，与公约采取的推定式做法相悖。要对上述情况予以完善，应首先将涉外协议管辖与国内协议管辖分开规定。着眼于国内民事诉讼而设置的级别管辖、地域管辖、集中管辖和明确唯一性等限制于涉外民事诉讼而言意义匮乏且收效甚微，相当于忽略了选择法院协议的特有性质。此外，还应在实践中区分管辖协议的有效性和可执行性，直接效仿公约中适用被选择法院地法的做法稍显冒进，宜采取对其成立与有效性适用准据法、对其可执行性适用法院地法的过渡性措施。

试述作为核心企业的跨国公司就供应链侵犯人权所负企业责任的国际立法进程

方媛 外交学院

摘要：过去七十年间，跨国公司实现了结构网络化、集团化的转变。供应链的出现虽然适应了这种转变，但在另一方面也可能成为人权隐患。为应对规模不断扩张、影响力日益增长的跨国公司对人权造成及可能造成的影响，联合国做出了多年努力，首先建立了工商业与人权框架，确立企业在国际法上的责任；其次在供应链侵权问题上，软法性法律文件提出跨国公司应就供应链侵权应当承担尽责义务，并对此种义务的前提、情形、期间、内容和方式都做出了较为详细的规定及解释。

关键词：跨国公司 供应链 企业责任 国际人权法

一、问题的提出

从上世纪中叶开始，跨国公司数量迅速增加。跨国公司往往通过在国外设立子公司或分支机构在主要工业领域中实现跨国垄断。到 20 世纪 60 年代，跨国公司组织结构由过去常见的由国际业务部负责所有海外事务到建立全球性组织结构，由母公司总部协调所有分散职能，就职能、产品、地区等方面设立新的部门。在整体的组织结构调整后，跨国公司不断倾向于网络化和集团化。

供应链（价值链）最初指的是从原料供应商到零售等过程的整个交换链。随着供应链发展，其概念更注重围绕核心企业。广义的供应链指的是所有参与初始原材料供应到产品准确无误交付最终消费者过程的成员所构成的网链结构，以及成员在网络中的多向互动。而也有学者将供应链狭义的定义为“围绕核心企业，在竞争、合作、动态的环境，由供应商、制造商、分销商等实体构成的快速响应市场变化的动态供需网络，包括由上游到下游前向的供应、生产和销售物流，以及从下游到上游后向的需求信息流。”我国标准物流术语对于供应链（Supply Chain）的定义是指生产及流通过程中，涉及将产品或服务提供给最终用户活动的上游与下游企业所形成的网链结构。[1]本文采纳的是狭义的供应链的概念。

在跨国公司全球供应链运作的过程中，工作往往是跨部门、跨企业、跨产权主体甚至是跨行业的。[2]而供应链中的主体，无论是子公司与母公司之间，还是核心企业与其他成员之间，都是法律上具备独立地位的公司。这就导致负责一个环节的公司往往不仅对其他参与者毫无了解，亦不负有了解和调查的义务。供应链的此种特性很有可能导致供应链中工商业主体所在国（通常是发展中国家）人权遭到侵害。

2013 年 4 月 24 日，孟加拉国首都达卡郊外一座购物中心的八层商用楼房突然倒塌，造成 1100 多人丧生，其中大多数是大楼中几家成衣制造厂的工人。这场事故被称为“2013 年孟加拉国萨瓦区大楼倒塌事故”，是世界上建筑物倒塌罹难人数最多的灾难事件，也是制衣业历史上死亡人数最高的一场灾难。当时，多家跨国公司在涉事大楼里设有服装厂，包括贝纳通集团、The Children's Place、普莱马克、英格列斯百货、沃尔玛和季候风配饰等。此外，孟加拉国境内有超过 5000 家服装厂，订单来自世界上几乎所有顶级的品牌和零售商。

尽管按照国内法律，服装厂老板应当为事故承担责任，但在孟加拉国，因为该行业在经

[1] 参见王瑛、孙林岩著，《供应链与物流管理概述》，2005 年清华大学出版社，第七页。
[2] 参见沈厚才,陶青,陈煜波.供应链管理理论与方法[J].中国管理科学,2000(01):1-9

济上的重要性及其具有的影响力，服装厂老板常常能免于责罚。[3]此外，由于品牌商与供应商、供应商的供应商为法律上独立的实体，哪怕工厂工人在恶劣工作环境下全部的劳动产品供给至跨国公司品牌商，跨国公司亦在无需对侵害人权的行为承担责任。

2013 年孟加拉国萨瓦区大楼倒塌事故引发了国际社会的强烈抗议，也促使西方零售商承诺对孟加拉国的数千家服装厂进行大范围检查。此类事件也引起了对全球供应链上对企业社会责任的广泛讨论：如何规制跨国公司供应链中的企业行为？如何管理供应链中的社会责任？为探究对跨国公司供应链侵权的立法规制，本文将在联合国文件基础上进行整理和分析，聚焦作为核心企业的跨国公司对于供应链中非其自身活动造成或加剧的负面人权影响所负义务及其他基本问题。

二、企业责任的国际立法进程概述

在探讨跨国公司对于供应链侵犯人权需要承担何种法律责任之前，必然要涉及公司这一私主体是否有资格承担国际人权法上法律义务的问题。传统国际人权法中，国家为主要的义务主体。但公司在国际法中越来越完全免于责任：公司逐渐被国际上承认为“参与者”，并有能力根据国际法享有某些权利和承担某些义务，如根据双边投资条约享有某些权利；根据涉及环境污染问题的若干民事责任公约承担义务。[4]此外，国际刑法中个人责任、国际法中公司责任的发展，也为确立企业责任提供了法律支持。

为应对规模不断扩张、影响力日益增长的跨国公司对人权造成及可能造成的影响，联合国一直在尝试制定具有约束力的国际规范。早在 20 世纪 70 年代，联合国就首次尝试制定具有约束力的国际规范来管理跨国公司的行为。联合国早期的两次尝试最终都以失败告终，具体情况如下。1974 年，联合国经社理事会成立了跨国公司委员会，以制定跨国公司的国际企业行为准则。 该委员会经过近二十年的努力，形成了一套令人满意的标准，但由于未能达成共识，最终不得不在 1990 年代解散。2004 年，联合国促进和保护人权小组委员会提出了 "跨国公司和其他工商企业在人权方面的责任准则草案"，这是确立企业人权义务规范性标准的第二次尝试。 准则草案提出了一个框架，将有约束力的义务直接交给公司，国家将有 "主要 "人权义务，而企业将有 "次要 "人权义务。 企业强烈反对该准则草案，人权委员会最终拒绝通过该草案。[5]

后来，人权委员会转而要求联合国秘书长任命一名特别代表，澄清国家、企业和其他社会行为者在国际人权法下的作用和责任。结果是约翰·鲁格（John Ruggie）先生在 2005 年至 2011 年间被指定为联合国秘书长的特别代表，期间，他提交多份报告理清了跨国公司与人权议题下的基本问题；提出并促进落实“保护、尊重和补救”框架；领衔编写了《工商企业与人权：实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》（下称指导原则），于 2011 年 6 月 16 日在人权理事会一致通过[6]。这是首套为预防和解决与工商业活动有关的、对人权不利影响风险而制订的全球标准，尽管其性质并非是国际法上有约束力的规范文件。

2011 年 11 月 1 日起，人权理事会决定设立一个人权与跨国公司和其他工商业企业问题工作组，报告相关实践并落实指导原则。2014 年 6 月 26 日，人权理事会在第 26 届会议上通过了第 26/9 号决议，决定“设立一个跨国公司和其他工商企业与人权的关系问题不限成员名额政府间工作组（Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations

[3] 孟加拉国的服装行业不仅解决了大量的就业问题，而且该行业年出口超过 200 亿美元的产值，也为拉动孟加拉国的经济增长做出了重大贡献。参见联合国网站：https://news.un.org/zh/audio/2014/05/305152。

[4] 参见联合国文件，A/HRC/4/35。

[5] 联合国文件，A/HRC/WG.16/1/NGO/3。

[6] 联合国文件，A/HRC/RES/17/4。

and other business enterprises with respect to human rights），其任务是拟订一项具有法律约束力的国际文书，以在国际人权法中对跨国公司和其他工商企业的活动进行监管”，再次尝试做出拟定有拘束力的国际规范，目前工作组已经发布了零草案。

总体而言，目前为止，习惯国际法上尚未形成确认公司责任的统一做法；各项人权条约也未明确论述直接的公司法律责任。尽管缺乏“硬法”，国际社会中规范企业行为的“软法”律机制得到各方青睐，发挥着重要的规范性作用，并且可能在合适的时机得到“硬化”。除了联合国的努力之外，政府间组织的工作如国际劳工组织和经合组织的相关宣言、方针广泛得到各国政府和工商企业的援引。而经过几十年的发展，联合国全球契约项目作为自愿性举措也已经成为世界上最大的企业社会责任倡导者。全球契约致力于推动在人权、 劳工标准、环境保护以及反腐败领域的联合国标准，目前已构建了由三千多家企业和四十个国家组成的联络网。[7]此外，政府间倡议、涉及政府和公司等利益相关者的多方机制也有所发展。

三、跨国公司就其供应链侵权应承担的尽责义务

2011 年《指导原则》中确立的框架主要包括：国家保护人权的义务；企业尊重人权的责任；与工商业有关的侵权行为的受害者能够更好地获得补救措施的需求。在这个框架下，国家和企业都负有保障工商业活动中的人权的义务，而企业的尊重责任独立于国家义务之外而存在。以下仅讨论企业尊重人权的责任。在企业尊重人权的责任中，与供应链侵权行为相关的义务是尽责（due diligence，也被译为“应有注意”）的义务，即尊重责任的履行需要应有的注意。这个概念描述的是公司必须采取哪些步骤，以确认、防止和缓解负面的人权影响，并对如何消除此类影响负责。[8]

（一）尽责义务的实质内容：

跨国公司的供应链可能会侵犯何种人权？对此，可以参照跨国公司对人权的影响（见表 1）[9]。因为尽管本文讨论的仅是跨国公司以外企业侵犯人权的问题，但跨国公司本身就可以作为供应商等成员，因此，供应链成员公司或其他主体对人权的影响可参照跨国公司。从如下表格可以看出，理论上，工商企业实际上可对整个国际公认的人权产生影响。

[7] 约翰·杰勒德·鲁格,张伟,尹龄颖.工商业与人权:演进中的国际议程[J].国际法研究,2017(03):17-36

[8] 联合国文件，A/HRC/8/5. A/HRC/17/31。

[9] 联合国文件，A/HRC/8/5。

工商业与人权的国际标准

《公民权利和政治权利国际公约》　　《经济、社会、文化权利国际公约》

《国际劳工组织关于工作中的基本原则和权利宣言》　　《国际劳工组织关于多国企业和社会政策的三方原则宣言》

《1949 年日内瓦公约及其附加议定书》　　《经合组织多国企业准则》

《保护、尊重和救济：工商业与人权框架》　　《联合国全球契约十项原则》

《工商企业与人权：实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》　　《企业尊重人权的责任：解释性指南》

工商业对人权的影响

劳工权利

结社自由	同工同酬权
组织和参与集体谈判权	工作中的平等权利
不受歧视权	公正和合适报酬权
废除奴役制和强迫劳动	安全工作环境权
废除童工	休息和娱乐权
工作权	家庭生活权

非劳工权利

生命、人身自由和安全权	和平集会权	适足生活水准权(包括食物、衣服和住房)
免受酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇的自由	婚姻和组织家庭权	身心健康权；医疗服务的获得
法律平等承认和保护	思想、信仰和宗教自由	受教育权
获得公正审判权	持有主张权利，新闻和言论自由	参与文化生活权，受益于科学进步以及对著者利益的保护
自决权	政治生活权	社会保障权
迁徙自由	隐私权	

（表 1）

（表 2）

至于国际社会中评估工商企业人权影响的文书依据，公司至少应参看国际人权法和劳工组织的核心公约，因为其中所涵原则是其他社会行为人判定公司人权影响的基准。此外，在特定行业中或特定情况下，一些人权可能比其他人权面临更大风险，应成为高度关注的焦点。目前，联合国网站中就工商业与人权的法律及“软法”国际标准如表 2[10]所示。在实践中，如果工商企业在其供应链中有大量实体，想要对所有这些实体的所有负面人权影响尽到责任，可能非常困难。此情况下，工商企业应确定供应链造成的负面人权影响最大的一般领域，可以考虑供应商或客户的经营背景，所涉及的特定业务、产品或服务等方面，同时确认这些因

[10] 联合国人权高级专员办事处，工商业与人权的国际标准：https://www.ohchr.org/CH/Issues/Business/Pages/InternationalStandards.aspx。

素对人权尽责的轻重缓急。[11]

（二）尽责义务的前提要件及基本组成

由在 2011 年特别代表的最后报告中，规则 17 到规则 21 较为详细的论述人权尽责义务及基本组成，在此简要概述。第 17 条规则概述了企业的尽责义务。第 18 条是企业应确认和评估作为其商业关系的结果，企业可能参与造成的任何实际或潜在的负面人权影响，这种评估应当全程、定期进行。第 19 条是如果存负面人权影响，应就前一条的评估结果采取适当行动以消除负面影响。第 20 条是为了核实是否消除了负面影响，企业应跟踪其对策的有效性。第 21 条，则关于工商企业应对外公布有关情况的义务。

在上述义务中，跨国公司对供应链侵权行为尽责义务的前提要件包括（1）工商业企业与供应链实体存在商业关系[12]；（2）供应链上其他的实体活动，而非工商企业自身活动导致侵权[13]；（3）造成或加剧负面人权影响；（4）该负面人权影响与工商企业业务、产品、服务直接相关。至于如何判断最后一个要件中的直接关联，从对第 19 条规则的解释来看，所考虑的因素可以包括企业对有关实体的影响力，商业关系对企业的重要程度，侵权行为的严重性，与有关实体终止关系是否带来不利的人权后果。[14]

上述内容是跨国公司为了确认、防止、缓解供应链对人权的负面影响企业承担相关的义务。而在法律化企业责任的最新重大进展，即跨国公司工作组提出的规范跨国公司和其他工商企业活动具有法律约束力的文书零草案中，第 10 条第 6 款是与供应链侵权责任相关的条款，其相关内容为“所有从事跨国经营活动的人都应对其经营活动中出现的侵犯人权行为所造成的伤害负责，包括在其整个经营过程中。与其子公司或其供应链中的实体有足够密切的关系的程度并且其行为与受害者所遭受的不法行为之间存在强烈和直接的联系，或在其经济活动链中已预见到或应该预见到侵犯人权的风险。”在解释“足够密切、直接的联系”以及“预见或应该预见”两个要件的时候，尽责义务中的直接联系及注意义务是可能的选项之一。

四、结论

为应对规模不断扩张、影响力日益增长的跨国公司对人权造成及可能造成的影响，在多年努力下，联合国首先建立了工商业与人权框架，开始了确立企业在国际法上的责任的努力；其次，在供应链侵权问题上，软法性法律文件中确立了跨国公司就供应链侵权应当承担的尽责义务，并对尽责义务的前提、情形、期间、内容和方式都做出了较为详细的规定及解释。但是，通过如上综述也可看出，相较于其他早期国际人权议题，企业责任依然比较模糊，发展尚不完善，难以应对瞬息万变的商业实践。在此综述基础上，仍然可以对企业责任的性质、实施途径做出更详细的解释与研究，尤其是开展国别研究及行业研究可能会为跨国公司承担供应链侵权的企业责任更好的提供理论支持。

---

[11] 参见联合国文件，A/HRC/17/31。

[12] “商业关系”为联合国报告中的用语，指的是与商业伙伴、价值链中的实体以及直接与其业务、产品或服务相关联的任何其他非国家或国家实体的关系。包括本文中的供应链。出处：A/HRC/17/31。

[13] 若工商企业自身活动造成或加剧人权负面影响，可能承担国际犯罪行为引起的责任或承担国际人权法上其他责任，还可能和供应链其他实体构成“共谋”或“串通”。对“共谋”或“串通”的报告详见特别代表历年报告中相关部分。

[14] 联合国文件，A/HRC/17/31。

CPTPP 协定中监管合作法律问题研究

冯尊乙[1]　孙宁[2]　东北大学

摘要：在反全球化浪潮，贸易保护主义和新冠疫情的影响下，全球贸易受到了前所未有的挑战。面对经济全球化中的一些负面影响，要想在世界经济中寻求新的发展，就必须加强区域经济一体化，促进地区间的经贸合作。CPTPP 协定保留了 TPP 协定大部分原始文本，虽然美国的退出在某种程度上削弱了条约影响，但其仍然是一个高标准的区域贸易协定，如果中国未来加入该协定势必会对对外经贸环境产生重大影响，尤其是协定中关于监管合作的规定。中国如何更好的融入监管合作减少贸易中的非关税壁垒是加入 CPTPP 必须要考虑的问题。本文从实施监管合作的理论基础入手结合 CPTPP 协定的相关条文，论述监管合作条款会对中国贸易产生的影响并提出应对建议。

关键词：CPTPP;监管合作；法律研究；区域经济一体化

Abstract: Under the influence of anti-globalization tide, trade protectionism and COVID-19, global trade has been confronted with unprecedented challenges.In the face of some negative effects of economic globalization, regional economic integration and cooperation must be strengthened if we want to seek new development in the world economy.The CPTPP retains most of the original texts of the TPP.　If China joins the agreement in the future, it is bound to have a significant impact on the economic and trade environment.Especially the provisions of the agreement on regulatory cooperation, how China can better integrate into the regulatory cooperation and reduce the non-tariff barriers in trade is an issue that must be considered when China joins the CPTPP.Starting from the theoretical basis of implementing regulatory cooperation and combining with relevant provisions of the CPTPP agreement, this paper discusses the impact of regulatory cooperation provisions on China's trade and puts forward countermeasures.

Key words: CPTPP;Regulatory cooperation;Legal research;Regional economic integration

当前世界经济正复苏期，反全球化盛行，贸易保护主义抬头。以 WTO 为代表的贸易多边组织致力于促进各个成员国之间的贸易谈判与协商，其完整且独立的纠纷解决机制使得以关税为代表的传统贸易壁垒在一定程度上得到解决。贸易保护主义在当前的表现主要是“边境后政策”即国内监管贸易壁垒问题。据统计自 1995 年以来世界非关税贸易壁垒种类数量不断增加。根据 WTO 官方数据显示 1996 年全世界公布可视作非关税壁垒的各种政策措施数量为 1677，2016 年为 3771。非关税贸易壁垒形式多样隐蔽性大，针对性强并且运用越来越广泛。由此可见 WTO 的决策方式逐渐无法适应国际贸易与投资的新要求，欧美等发达国家和地区已经开始转向双边或是多边自由贸易协定（FTA）模式解决非贸易壁垒问题。通过对自由贸易协定的不断摸索，发现要解决“边境后”的贸易壁垒问题就必须实现政府间的监管合作。

一、基础理论

由于各国的经济发展水平，文化背景，社会政治制度各不相同，导致制定的监管规则各不相同。这些不同的监管规则具有强制性靠一国强制力保证实施，导致国外市场主体进行投

[1] 冯尊乙，男，汉族，东北大学 文法学院 法学系 硕士研究生在读
[2] 孙　宁，女，汉族，东北大学 文法学院 法学系 硕士研究生在读

资和贸易要遵守的监管规则千差万别，这无形的增加了准入成本即所谓的非关税壁垒。例如欧美之间的“激素牛”贸易。欧盟禁止销售含有激素生长的牛肉，而在美国使用激素生产肉牛是常规操作。这就导致美国的牛肉无法进入欧洲的市场，美国认为欧盟的做法是贸易保护，而欧盟则认为保护公众免受激素危害是必要的措施。毫无疑问由于两者监管标准的不同阻碍了自由贸易的发展，而监管合作可以有效的减少这种监管上的差异。

监管合作即“Regulatory Cooperation”，对于其定义目前在学术界并没有形成统一的看法。吴泽林教授将监管合作定义为：“各国政府对阻碍贸易畅通的歧视性规制或者不必要的规则差异进行沟通与协调。”该定义仅仅强调了监管合作沟通与协调一种方式，并不足以涵盖监管合作的所有类型。我们可以从监管合作的设立目的和运作方式两个方面来定义它。监管合作的目的是为了减少非关税贸易壁垒所导致的非必要成本，进而增强贸易的便利性。监管合作的方式可以是信息公开与交换、公众参与、制定监管合作计划和执行机制、沟通协商、建立统一监管组织等等。故可将其定义为“以减少非关税贸易壁垒促进贸易便利为目的，各缔约国政府监管机构之间通过各种方式实现更为紧密的伙伴关系，更加可操作性的监管。”

法律有硬法和软法之分，硬法是指具有国家强制力来保证实施的法律，软法则相反并没有强制力保证实施但也可以产生一定的社会效应。监管合作条款属于哪一种呢？纵观已经缔结的各个国际条约其中的监管合作条款并没有规定不履行合作条款的责任后果更没有强制措施，CPTPP 也不例外。所以监管合作条款属于软法的范畴，其本质属于国际条约的一种。虽然监管合作条款属于软法没有强而有力的实施保障，但是其在一定程度上宣示了缔约国在促进贸易自由便捷的一般价值观念和基本认识，具有国际影响力。另外监管合作条款虽为软法但为硬法的制定，甚至法律原则的产生创造了有力的条件，表现出更大的灵活性。通过监管合作条款引导贸易规则向着统一发展，可以减少非关税贸易壁垒实现贸易监管趋同，以达到增强贸易自由和便利程度的目的。

二、CPTPP 协定关于监管合作的规定

签署 CPTPPX 协定的国家有日本、加拿大、澳大利亚、智利、新西兰、新加坡、文莱、马来西亚、越南、墨西哥和秘鲁。这其中既包括发达国家也包括发展中国家，这也意味着成员国之间的监管水平存在差异，协定关于监管合作的条款也需要照顾到每一个成员国的实际情况，这就导致 CPTPP 监管合作条款具有协调兼顾性。协定共可以分为监管合作内容和机制，监管实践的实施，监管机构的建立以及透明度与公众参与原则。

（一）监管合作内容和机制

协定在总则里将监管合作的目标内容划定“促进缔约方之间货物贸易和服务贸易增长及投资增长方面的监管一致性；确定其监管优先事项和制定和实施处理这些优先事项措施的主权权利；开展监管合作和能力建设；更好实现公共政策目标。”为目标的实现条约要求每一方设立有效的协调机制。要求该机制具备以下能力 1.审议拟议涵盖监管措施，并确定此类措施的制定在何种程度上符合良好监管实践，并根据审议情况提出建议。2.增强国内机构间的磋商和协调，以确定潜在的重叠和重复之处，并避免机构之间制定不一致的要求。3.就完善系统性监管提出建议。4.对所审议的监管措施、关于完善系统性监管的任何提案以及程序和机制变更情况的最新信息作出公开报告。另一方面协定也建立了合作机制例如监管机构与其他缔约方包括中小企业的信息交流、对话或会议、制定培训计划、召开研讨会和其他相关援助。

（二）监管实践的实施

由于各缔约国存在监管水平的差异，如果制定的监管措施超过某一缔约国设定的经济影

响的最低水平，导致政府监管过紧或者过松都会影响该国的市场稳定。通过权衡 CPTPP 监管合作条款引入监管影响评估机制以促进监管合作实践的顺利进行。条约规定在符合缔约方法律法规的情况下，鼓励相关监管机构开展监管影响评估。

协定规定监管影响评估应当考虑到制度、社会、文化、法律和发展方面的差异可能不同的监管方法，所以评估应当包含一系列用以确定可能影响的程序。包括评估一监管提案的必要性，包括对问题性质和重要性的说明；以及审查可行的替代措施，包括在可行的限度内且在符合法律法规的情况下，审查其成本和收益。说明所选替代措施可以有效方式实现政策目标的理由，这也体现了适度原则和损害最小原则。另外，缔约方应以其认为适当的时间间隔对其新涵盖监管措施进行审议，以确定是否应修改、简化、扩充或废止其实施的特定监管措施，从而使该缔约方的监管制度能更有效实现其政策目标。通过评价监管措施的影响，给与缔约国修改监管行为的空间，以此减少监管合作措施的不适应性和摩擦。

（三）建立统一监管机构

建立和设立一国家级或中央级协调机构即设立监管一致性委员会，由每一缔约方的政府代表组成作为协调监管合作的统一机构。协定定监管一致性委员会应当在协定生效一年内召开会议，之后至少每 5 年审议良好监管实践领域的进展情况、以及设立协调合作机制的最佳实践情况，并可以考虑是否向自贸协定委员会提出建议改进监管合作条款增强条款的适应性。同时监管一致性委员会应审议包括可能的部门倡议和合作活动等涉及与监管一致性相关的问题。在此过程中应考虑根据本协定设立的其他委员会、工作组和任何其他下属机构的活动，并应与这些机构合作，以避免活动出现重复。

（四）透明度与公众参与原则

监管合作中透明度原则包括“一个基础，两个保障，四项例外”。主要以公布义务为基础，以联络点和信息提供制度作为保障信息透明的实施机制，以对国内行政程序和复审、上诉程序的要求作为保缔约国国内行政治理环境的基本手段。例外情形包括四项，不要求缔约方公开有损其法律执行、侵害公共利益、合法商业利益或个人隐私的信息 。CPTPP 并没有单独的设定透明度条款而是将其分散规定在监管合作规定中。例如在监管协调机制中规定缔约方通常应编制程序或机制说明的文件，并可使公众获得。在监督实施部分规定“在遵守其法律法规的前提下，每一缔约方应保证相关监管机构向公众提供获取关于新涵盖监管措施信息的渠道，且如可行，使这一信息可在线获得；每一缔约方应以其认为适当的方式，并在符合其法律法规的情况下，对其合理预期其监管机构在未来 12 个月期限内发布的任何涵盖监管措施作出年度公告。

三、我国加入 CPTPP 协定监管合作的建议

2020 年 11 月 20 日，习近平主席在亚太经合组织（APEC）领导人非正式会议上提出中国将积极考虑加入全面与进步跨太平洋伙伴关系协定（CPTPP）表达了中国在推动区域经济一体化的决心。CPTTP 协定对亚太贸易规则的重构产生了重大的影响。中国参与地区自由贸易协定虽然起步较晚但是后来者居上，已经成为我国对外贸易投资的重要组成部分。尤其是当前在强调“逐步形成以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局”背景下，有必要学习和借鉴 CPTPP 关于区域贸易的监管合作模式，使我国充分融入该地区的经济合作当中。

（一）充分认识监管合作条款的重要性

随着经济全球化的不断发展 WTO 贸易投资机制表现乏力，监管合作议题越来越凸显。它反映了区域自由贸易协定的新趋势和发展方向，也是未来贸易自由投资便利的保障。欧美

等发达国家已经将其列为重要的谈判内容，而我国则对监管合作表现出暧昧的态度。最近签订的《RCEP》协定并没有关于监管合作的相关条款，即便是设有透明度原则，非关税解决措施，RCEP 联合委员会等合作监管条款，但并没有将其作为独立的章节列举。我国担心实施监管合作很可能面临着国际监管规则和国内规制的摩擦，可能面临国家监管主权受损问题，说明中国在监管合作问题上还有所顾虑。所以中国应当重视监管合作议题，积极倡导在自由贸易协定中添加监管合作条款。

（二）设置专门的监管合作机构

目前我国对外贸易和投资政策都是由国务院商务部制定包括对外经济合作的法律法规草案以及对国际贸易条约协定的意见建议等。但是我们可以从 CPTPP 协定的内容看出监管合作的内容比较广泛涉及到立法，执法，信息公开甚至还涉及到地方放政府。所以仅仅由为商务部的某一职能部门参与协调监管合作是非常困难的一件事。

在涉及监管合作议题时可以由商务部相关的职能部门牵头组织协调其他职能部门由它们共同组成一个对外的监管合作组织。这个组织应当包括来自政府的领导人，全国人大，以及各行各业的代表人物。由选出来的监管合作委员会把握对外投资和贸易的政策方向，当面对政府对市场的监管执法存在问题时可以有效的协调地方或中央政府。当法律，法规，规则存在或者冲突时可以通过人大对相关的规定作出修改。同时如果某个行业的行业规范出现问题时各行业的专家也可以提供相应的智力和技术支持。可以有效的协调立法机关，行政监管机关，避免监管机关各自为战。

（三）提高自身监管标准

CPTPP 的前身 TPP 缔约国有既有发达国家也有发展中国家，TPP 主要是以美国为中心的协定在一系列标准上也是以美国标准为主的，这也导致其监管合作章节的内容反映美国的利益和标准。无论是信息公开的程度亦或是监管的层级和范围标准都以美国为标准，体现出高标准国家在规则制定中的话语权，所以只有提高标准才能在监管规则制定中有话语权。当前中国的监管合作无法与协定要求的标准相匹配，拿信息公开为例监管合作的实践前提即是各方的信息公布，而中国目前对监管的信息透明度要求并不尽人意，监管规则即便有信息公开程序，通常信息公布后征求各方意见后内有再深入调查对利益相关人的影响，信息公布流于表面。根据欧美发布的《监管合作与透明度指南》，监管合作透明度原则的内容包括提供公众获得监管机构制定监管规则的相关研究、数据和分析的途径；对公众提出的问题及时反馈；考虑公众对监管规则提出评论，无论是否采纳均应给出相应解释或说明。目前我国的信息公布和公众实质性参与都不足，无法到到协定的要求标准。不仅仅是透明度问题，监管的合作畅通必须在每个方面都施行高标准。

提高监管合作标准可以通过设立独立的评估机构定期的开展监管影响评估。比如通过制定行业标准，定期评价某一监管措施的实施情况。监管性影响评估可以分为事前评估和回溯性评估，通过监管事前评估可以提高监管规则的制定质量，通过回溯性评估可以及时的发现和修正已经生效的监管规则的不足之处，进而进行有效的修改。同时还可以通过信息公开交换使我国的监管机构学习新的监管理念和监管方法，促进与国外监管机构的交流，提高监管标准。

结 语

当前国际经贸规则正处于变革的关键时期，自由贸易协定的发展趋势必定是更加开放自由，监管合作是促进经贸自由的重要一环。我国对国际投资贸易领域的监管合作研究起步较晚，无论在条约制定还是落实上和欧美国家都存在差距。通过介绍 CPTPP 协定关于监管合

作的规定希望能过引起国国内学界对该问题的关注，在此基础上探讨如果加入 CPTPP 协定其中的监管合作会对中国产生怎样的实际影响，以此为导向推动我国国际贸易与投资领域监管合作的发展。

【参考文献】

[1] 袁明兰,张小玲.RCEP 签署带来的机遇、挑战及中国的策略选择[J].价格理论与实践,2021(01):82-86.

[2] 刘江山. TTIP 协定中的监管合作法律问题研究[D].对外经济贸易大学,2020.

[3] 韩铭.WTO 框架下国际监管合作的改革[J].现代营销(经营版),2020(10):122-125.

[4] 王君晖. 跨境监管合作应进一步加强[N]. 证券时报,2020-04-29(A01).

[5] 许铭. 全球监管合作与产业国际化(上)[N]. 医药经济报,2020-11-19(F02).

[6] 刘斌,于济民.中国加入 CPTPP 的可行性与路径选择[J].亚太经济,2019(05):5-13+149.

[7] 余淼杰,蒋海威.从 RCEP 到 CPTPP：差异、挑战及对策[J].国际经济评论,2021(02):129-144+7.

[8] 王盼盼.世界非关税壁垒形势分析与我国的策略选择探讨[J].现代营销(下旬刊),2019(10):3-4.

[9] 符磊,强永昌.世界非关税壁垒形势与我国的策略选择[J].理论探索,2018(04):98-106.

[10] 赵嘉,谭德讲,高泽诚,杨化新.监管科学的起源定义及作用[J].中国药事,2014,28(12):1290-1293.

BBNJ 协定中的传统知识权利主体研究

高晨晨*

摘要：在最新召开的国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题（BBNJ）政府间会议第四届会议上，许多国家认同“利用土著人民和当地社区的相关传统知识”成为 BBNJ 协定的一般原则和办法；并同意，应根据土著人民和当地社区的相关传统知识，划定海洋保护区等划区管理工具来加以保护的区域。中国有丰富的传统知识，也是 BBNJ 相关传统知识的利益攸关方，但中国无“土著人民和当地社区”这一具有殖民意味的权利主体概念，使我们难以在 BBNJ 谈判中提出相关主张。本文拟考察其他条约体系传统知识权利主体和保护目标，认为 BBNJ 协定不能照搬既有条约的传统知识主体模式。我国在谈判中应区分不同类型的传统知识提出其权利主体的主张，以更好维护我国权益。

关键词：BBNJ　生物多样性　传统知识　土著人民　当地社区

一、中国在 BBNJ 传统知识的利益所在

（一）中国所持有的 BBNJ 传统知识亟待保护

（二）中国利用他国 BBNJ 生物遗传资源传统知识并共享惠益的诉求

（三）中国利用本国或他国传统知识划定海洋保护区的诉求

二、其他条约体系的传统知识权利主体模式

（一）WIPO 体系：多元的传统知识获益者模式，灵活实现多种保护目标

（二）《生物多样性公约》：所有权与处分权分离模式，保护广义生物多样性相关传统知识

（三）《名古屋议定书》：土著人民和当地社区之单一权利主体模式，保护生物遗传资源传统知识

三、BBNJ 传统知识权利主体模式取决于其保护的不同传统知识类型

（一）生物遗传资源传统知识的权利主体

（二）广义生物多样性相关传统知识的权利主体

四、BBNJ 传统知识权利主体之中国立场——区分不同类型传统知识提出权利主体的主张

* 博士生，中山大学法学院。

法律视野下核泄漏危机对中国的危害及影响--以日本福岛第一核电站核泄漏事故为例

耿嘉琪[1]　大连海洋大学

摘要：核能源的开发与利用是促进当今世界各国经济发展和社会进步的重要因素，为缓解世界能源危机作出巨大贡献。但是，与之带来的核安全问题一直威胁着国际社会的安全与稳定。本文以日本福岛核泄漏事故为例，分析和梳理其对我国及周边国家的产生的危害及影响，结合国内外核安全法立法现状和相关法律规范，提出我国未来核能开发与利用的法律发展趋向和对策与建议。

关键词：福岛核泄漏，对策研究，国际法

一、日本福岛核泄漏事故简介

日本东京电力公司福岛第一核电站发生放射性物质泄漏事故，是继 1986 年切尔诺贝利核事故发生后以国际核事件分级表为标准第二次被列为七级特大事故的核泄漏事故。2011 年 3 月 11 日下午 1 点 46 分，日本东海岸发生里氏 9.0 级地震，受到强震的影响，核电站内部电网遭到损害，影响堆芯冷却系统的正常运行，工作人员为保全核反应堆不受余热高温的破坏，利用应急柴油机不断向反应堆堆芯注入冷水。随即由地震引发 10---38.9 米的海啸，造成核电站内压力容器机和应急柴油机均无法正常运行，核电站的多台运行机组冷却水泵系统失灵，反应堆堆芯在压力容器内部受到高温与水的作用产生大量氢气，与厂房内氧气发生化学反应引发核电站机组燃料厂房发生爆炸，最终造成碘 131 和铯 137 等大量核物质泄漏。爆炸发生后，核电站每小时的辐射强度高达 1015 微西弗，相当于平常 1 年的辐射量。原子能安全保安院在日本特别委员会的报告中指出，福岛核电站 1 号机组中央控制室的放射线水平已高达正常数值的 1000 倍，核电站周围的放射线量高达正常数值的 70 倍以上。此时是日本政府官方首次确认福岛核电站发生核泄漏事故。然而，通过日本政府和东京电力公司采取一些列的措施后，事态仍没有得到有效控制，3 号反应堆的温度持续上升至 100 度，核泄漏的危险仍在不断增大。日本政府要求核电站周围 20 公里的居民疏散避难，撤离规模达 10 万人，已有 190 人确定受到核辐射影响。3 月 13 日，福岛第一核电站 1 号机组实施注入海水作业，降低反应堆温度；2 号机组实行排气减压措施；4 号反应堆冷却系统失灵，注入淡水后氢气凝聚，有外部氢气爆炸的危险。[2]此时，通过对放射性污染物质的检测，核电站 10 公里内发现放射性污染，辐射量已高达正常标准的 400 倍。随即避难半径扩大到 30 公里，已有 21 万人紧急疏散到安全地带，12 万人进行核辐射检查。日本东京电力公司为了使福岛核电厂内冷却反应堆的的功能损失降到最低，采取向反应堆内注水降温同时不断释放出对人体生命健康和生态环境产生影响的带有放射性污染物的消极措施，当反应堆内水容量达到上限时，东京电力公司既没有事先通知也没有经过过滤保护，决然将堆芯内的含有放射性物质的污水排入到海洋内，采取注水--排放--注水的作业循环措施。东京电力公司向日本经济产业省原子能安全保安院报告称，福岛第一核电站 4 日至 10 日向海洋排放的污水中约 500 亿贝克勒姆放射性物质，第放射性污水共计 103939 吨排入海洋。因此，东京电力公司这一行为无疑造成海洋环境污染、海洋资源损害、海水使用质量降低以及对人类健康造成严重危害

---

[1] 大连海洋大学法律硕士研究生

[2]《日政府发布核能源紧急事态令确保核设施安全》http://world.huanqiu.com/roll/2011-03/1558750.html，：2011 年 9 月 22 日

等严重后果，严重违反《联合国海洋公约》第一条第四款的规定，将“排海倾废”行为凌驾于国际法之上。

二、日本福岛核泄漏事故产生原因

在事故发生后短短一个月的时间内，日本经济产业省原子能安全保安院和安全委员会根据国际标准将福岛第一核电站核泄漏事故等级由 4 级提升至最高等级 7 级。可见，此次核泄漏事故对日本本土及其他国家带来了不可估量的危险性及破坏性。事故的起因不能完全取决于地震、海啸等自然灾害，更多源于人为因素即日本政府和东京电力公司的消极救灾行为。美国《华尔街日报》直言不讳地抨击日本核泄漏危机是“人祸大于天灾”，《日本时报》指出此次福岛核泄漏“危机系人为，不是上帝行为。”[3]日本政府及东京电力公司对核电站设施日常管理、事故发生后紧急处置以及等风险等级评估方面都存在问题。具体来说：第一，日本核安全问题长期存在。福岛第一核电站在 1978 至 2008 年间发生过 5 次核泄漏事故，设备老化和抗震效果差等根本问题一直没有受到日本政府的高度警示，解决危机的措施更是敷衍了事。例如，核电站内一号机组仍属于 BWR-3 型沸水堆，其冷却系统运行仅仅依靠传统型柴油机，早已落后于现今世界核能研发技术的标准水平，留下了巨大的安全隐患；第二，日本政府处理核泄漏事故经验不足，监管不当。国际原子能调查团（IEAE)报告中指出，日本独立的核能监督检查部门履职时效性低、缺乏独立性。其隶属于内阁府的日本经济产业省原子能安全保安院(NISA) 和原子能安全委员会(NSC) 是主要监管部门，监管效果可想而知。[4]福岛第一核电站核泄漏事故发生时，日本官方和东京电力公司救援工作效率极低，拒绝美国、德国等国家的救助，加上自身应对重大核泄漏事故的经验不足，事故没有在第一时间得到合理控制，最终酿成严重的后果。第三，日本的核泄漏事件预警及响应机制落后。东京电力公司在事故初始时没有上报到日本首相官邸，直到泄漏危机态势极其严重时，才不得已向日本政府通报，日本政府得知发生核泄漏事故时没有通知周边国家，违背国家条约的约定，以主观故意态度将核废料污染水排放至太平洋。因此，日本政府和东京电力公司对福岛第一核电站严重核泄漏事故的发生有着不可推卸的责任。

三、日本福岛核泄漏对我国造成的核污染危害

主委亚兹柯（NRC)在国会听证会上表示，核泄漏的危机远远比日本官方说法更为严重。联合国核监督机构国际原子能机构（IAEA）总干事天野之弥认为，日本福岛核电厂的情势发展非常严重，福岛第一核电站核泄漏事故不仅对日本本土的产生了严重核辐射危害，其释放出的放射性物质对我国及其他国家都造成了巨大的核污染影响。我国利用 ROMS 区域海洋模式模拟在北太平洋环流区域内核放射污染物在流场中的大致流动方向和输送强度的物理量，模拟结果得出以中国、美国、俄罗斯等国家为主要区域的的北太平洋区都存在以 131I 和 137 Cs 为主要放射性物质的核物质污染物。[5]基于此，日本福岛第一核电站核泄漏事故无疑会破坏我国海域生态环境，危害我国国民的健康安全。

核辐射是原子核从一种结构或者一种能量状态转变为另一种结构或能量状态的过程中释放出的微观粒子流，辐射量主要通过核辐射检测仪来探测和量度，其主要传播途径是大气、水源等。日本东京电力公司通过向太平洋排放含有放射物污染物的核废料水来确保福岛核电

---

[3] 薛澜,沈华；日本核危机事故应对过程及其启示[J].行政管理改革,2011(05):28-32.

[4] 范纯.日本福岛核泄漏事故的法律省思[J].法学杂志,2012,33(05):137-140.

[5] 容逸能,徐瑞,梁湘三,赵远冰.福岛核泄漏事件对中国海污染的研究[J].环境科学学报,2016,36(09):3146-3159.

站反应堆冷却系统的正常运行，这种损害海洋环境的行为必将会导致整个太平洋海域都会受到放射性元素的影响，海洋中海藻类、鱼类动植物或多或少会吸入海洋内的核废物及污染物，可食用的海藻及鱼类进入人类的食物链时后，其含有的 131I 和 137 Cs 半衰期长达 30 年，将会长期存在人类体内并且对人体健康造成不可忽视的危害。此外，福岛核电站反应堆爆炸后，放射性物质外泄进入大气中，受到风向和气流的影响会对我国空气环境造成危害，其危害会远远低于事故发生周边地区的放射物污染度，但是微量的核废料依然很难在大气中被完全降解，国民吸入带有核辐射污染物的空气，辐射会使人体免疫系统、消化道细胞和神经细胞受到损伤。日本政府和东京电力公司在未通知周边国家且公然违法《联合国海洋公约》、《核安全公约》、《核事故或辐射紧急情况援助公约》和《核损害补偿公约》等国际公约的情况下，无视国际法律和国际管理条例，公然将核废料水倾倒至太平洋海域，严重危及我国国民生命权、健康权并对我国海洋资源、空气环境质量产生相当程度的影响。

四、福岛核泄漏事故引发对国家责任的思考

（一）日本政府承担国家责任问题的提出

国内法提出若行为人实施的行为侵犯了他人和合法权益，就要依法对行为后果承担侵权责任，对个人责任有具体的规范。国际法中的国家责任更是如此，即违背有效的法律义务通常会引起责任措施（a measure of responsibility）。日本政府在建设福岛核电站初期，未充分考虑核电站内紧急救助机制，在项目建设审批阶段未实行环境评估，甚至在设计以及选址方面都没有全面的考虑安全性问题。在以往出现的几起轻微核泄漏事故时，官方不以为意，不能从中汲取教训，不听取核专家对核电站内机器设备更新换代的改良建议；在监管方面更是过于形式主义。[6]在处理此次核泄漏事故中，将含有放射物的核废料水私自排放至太平洋流域，造成严重的跨国危害。综上，日本政府的一系列依职权不作为以及故意造成核污染的传播扩散都要依法承担国际法上所规定的国家责任。

（二）跨国核污染国家责任

跨国核污染的国家责任不同于我国国内法所指的刑事责任、民事责任等，他所指向的责任主体并非公民、法人或者其他组织，而是当事国，这种法律责任形式主要依靠国际组织和国际公约的形式对其进行约束和制裁，表现形式包括限制主权、恢复原状、赔偿、道歉。跨国核污染指向的国家责任法律特征包括三点：第一，当事国的行为违反了国际条约或不履行国际组织所赋予的义务；第二，危害行为来源于该当事国；第三，当事国所实施的行为不属于国际法不予禁止的行为。就福岛第一核电站发生的核泄漏事故而言，日本政府承担的国家责任的属性即国际法不予明确禁止的行为。联合国及其他国际组织没有明确禁止各国对核能的开发与利用，但是在核电站或核设施的建设和运行中出现污染环境、危害人体健康等跨国核污染时，当事国务必要承担国家责任，主要表现形式和目的包括：对受害国及其国民进行赔偿；采取有效的预防和补救措施；加强审批、监管及风险评估制度。

（三）跨国核污染国家责任涉及的国际条约

《联合国海洋公约》明确规定缔约国有保护海洋环境的责任和义务，第 192、194 条规定：各国有保护和保全海洋环境的一般义务；各国采取一切必要措施以减少对海洋环境的污染，在其管辖核控制的范围内从事的一切活动不得对他国的环境产生危害；第 235 条规定：

---

[6] 王少鹏,鲁振声. 论日本福岛核泄漏对我国造成的影响[C]. 辽宁省法学会海洋法学研究会.辽宁省法学会海洋法学研究会 2016 年学术年会论文集.辽宁省法学会海洋法学研究会:辽宁省法学会海洋法学研究会,2017:3-11.

各国应当按照国际法承担国家责任。

《核损害补充赔偿公约》明确规定关于核损害赔偿的国家责任，以促进全世界范围内核研发安全水平。第 2 条规定：发生核事件后，责任国要对人身伤害、经济损失等采取有效的补救措施。第 14 条规定：由核事件造成的核污染诉讼由发生核事故缔约国的所在法院管辖。

《核事故或辐射紧急情况援助公约》明确规定在发生核事故或紧急情况时，缔约国有义务进行合作，迅速提供援助，以尽量减少危害后果的发生。第 1 条规定：各缔约国应按照本公约条款互相进行合作并与国际原子能机构进行合作，以尽量减少其后果并保护生命、财产和环境免受放射性释放的影响。

《核安全公约》明确规定各国要采取加强核安全的措施，保证核安全水平提高的同时保护人类的生存环境。第 7 条规定：每一缔约方应建立并维持一个管理核设施安全的立法和监督框架；第 10 条规定：每一缔约方应采取适当步骤确保从事与核设施直接有关的一切组织为核安全制定应有的优先政策；第 17 条规定：每一缔约方要确保核设施的选址要充分评价其对个人、社会和环境安全可能造成的影响。

五、以福岛核泄漏事故为例引发的核安全生产事故犯罪之刑法法理分析

（一）关于刑罚严惩核安全生产事故罪之刑法渊源

核安全生产事故罪的范畴不仅有本文重点提及的日本福岛第一核电站核泄漏事故，还涵盖了核污染事故、核扩散事故等，它贯穿于核能源技术生产环节、核能源生产管理环节、核能源安全事故防范环节、核安全事故预警机制环节、核安全事故发生修复环节等一系列核能源生产管理环节。在刑法研究的理论界和实务界将核安全生产事故罪归类为环境污染事故罪，且会导致极大的危害后果，包括对人类生命健康的危害、公私财产的损害和生态环境的破坏等方面。从更深层的刑法维度探析，构成此类犯罪的违法行为也可能构成玩忽职守罪、妨害公务罪、滥用职权罪、谎报安全事故罪、生产、作业安全事故罪。因此，要从违法阶层和主观要件两个方面来区分罪与非罪、此罪与彼罪，从而真正达到刑法的规制作用。

我国于 1997 年修订的《中国人民共和国刑法》，在第六节破坏环境资源保护罪专章中规定了重大环境污染事故罪，其危害行为即违反国家规定，向土地、水体、大气、排放、倾倒或者处置放射性废物、含传染病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，其危害结果即造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果。该罪主观方面表现为过失，即行为人应当预见自己的行为会破坏生态环境但因疏忽大意没有预见或虽然已经预见但是轻信能够避免，这点在第一部《中华人民共和国刑法》中没有提及，属于新设内容。基于此，行为人在作出破坏生态保护环境的危害行为之时即使是处于过失心理状态，也会被追究其法律责任，承担相应的刑罚。我国于 2011 年修订的《中华人民共和国刑法》将重大污染事故罪的罪名完善为污染环境罪，修改的内容主要有两点：第一点是将原法条中的危险废物完善为有害物质，此处有害物质可做扩大解释，即所有可能会造成生态失衡、环境破坏、危害人类生命健康等造成消极影响的物质；第二点是将构成犯罪的主观要件完善至故意和过失，不再仅仅指犯罪过失；第三点是将原有法条中危害后果具体化，改为该行为导致环境严重污染。由此可见，不论是否对人类生命健康造成威胁、是否对公私财产造成损害，只要行为人的违法行为造成环境严重污染，即构成该罪。此外，我国先后出台并修订的《中华人民共和国环境保护法放射性污染防治法》、《中华人民共和国民用核设施安全监督管理条例》、《中华人民共和国核材料管制条例》、《核电厂涉及安全规定》等法律、法规、规章中均设立了与我国核安全管理相对应的核安全法律法规体系，在法律层面保障安全利用核能源，保护人民群众的生命健康，促进生态环境可持续发展，

（二）核安全生产事故犯罪的主观方面分析

构成核安全生产事故罪的违法阶层和责任阶层是相对特殊的，就其违法阶层中犯罪主体和危害行为不同于一般刑事犯罪的，该罪的犯罪主体局限于从事核能源技术开发与管理的人群，此类人群大多工作在处理我国核安全相关工作的特定的国家机关或企事业单位。日本亦是如此，就日本福岛核泄漏事故的责任原因与日本国内法相结合分析，日本东京电力公司的主管人员和直接责任人因其违法行为已构成核安全生产事故罪。该罪的危害行为是行为人在开采、生产、运输、管理、核材料过程中，违法相关法律法规的规定，在上述某一环节或多个环节出现失误或者不当的行为，产生了对生态环境等法益的严重侵害。构成刑事犯罪要符合客观的违法阶层即客观要件，也应符合主观责任阶层即主观要求，就核安全生产事故罪的犯罪构成而言，刑法学家对构成该罪的主观要件中行为人的违法行为系故意还是过失，刑法学术界各位专家学者持有不同的观点和见解，可以将不同的见解归纳总结为三大类：第一类观点是构成本罪的主观要件表现仅仅为过失；第二类观点是构成本罪的主观要件表现仅仅为故意；第三类观点是构成本罪的主观要件既可以是故意也可以是过失。[7]当然，由于核安全生产事故罪属于环境污染罪范畴内的一类特殊罪行，以上论点是基于污染环境罪的大框架内进行论述的，综合以上观点，当前我国认定核安全生产事故罪的主观方面通说理论是采取过失论，笔者也认同该类观点，原因如下：首先，本罪罪名为核安全生产事故罪，事故一词体现了本罪的性质和种类，该词是与自然灾害相对立的，发生事故的根源大多体现在为从事某类工作的专职人员因某些原因可能会预见事故的发生却因为疏忽大意造成该事故，或轻信避免事故的发生，这一点是符合我国刑法理论中关于过失的理论释义；其次，本罪的行为主体实施不当的勘探、开采、保存、使用一起其他错误的管理方式对生态环境造成了实害结果，这一点符合我国构成过失犯罪定罪量刑的表现形式；最后，研究本罪的主观方面是从环境污染罪的整体性出发的，我国刑法在破坏环境罪的量刑幅度根据犯罪行为造成严重后果和特别严重后果两类制定的，该定罪量刑的标准也符合过失犯罪的定罪量刑标准。因此，在研究核泄漏事故等核安全生产事故犯罪的主观方面采取过失的理论更能够符合刑法的立法初衷和原则。

（三）核安全生产事故罪的法律责任认定及追究标准

目前，我国越来越重视对核能源的利用与发展，国家发展和改革委员会表示会大幅度在总电力生产中核电能的占有比例，在 2030 年，我国核电装机容量争取达到 250GW，在不断发展核能源的同时，我国也要加强配套的法律法规建设，虽然目前我国没有发生过严重的核安全生产事故，但是要吸取日本福岛核电站核泄漏事故等核事故发生的教训，让建立健全的核安全法律法规为核安全保驾护航。我国现有的《核电厂核事故管理条例》等专门针对核安全的法律法规或条例的内容大多明确指明哪些行为构成核安全生产事故罪，构成犯罪应承担哪些刑罚，在具体的司法实务中也需要最高人民检察院和最高人民法院出台的相关解释进行指导，进一步加强司法机关追求此类犯罪主体的刑事责任。针对核泄漏等核安全生产事故的司法解释处于空白阶段的时期，法律工作人员在审理此类案件的过程中可以适当援引造成生态环境破坏、公私财产损坏等方后果的司法解释内容对其空白内容进行补充，例如：2006 年最高人民检察院发布并施行的《最高人民检察院关于渎职侵犯犯罪案件立案标准的规定》中关于滥用职权罪、玩忽职守罪的立案标准；2006 年最高人民法院发布并实施的《关于审

---

[7] 薛培.核泄漏、核污染、核扩散犯罪主观方面探微——以核安全生产事故犯罪为中心[J].西南民族大学学报(人文社会科学版),2014,35(01):107-111.

理环境污染形式案件具体应用法律若干问题的解释》中关于公私财产遭受重大损失、严重危害人体健康、后果特别严重的具体情形。[8]笔者认为，在审理核安全生产事故犯罪行为时做到立法解释和司法解释相结合有两方面的原因：其一，最高人民检察院和最高人民法院出台的相关司法解释具有权威性，将立法解释与司法解释的法律规范内容相结合能够使得审判结果更具说服性；其二，无论是核泄漏事故、核扩散事故还是核污染事故等其他核安全生产事故，其事故后果必会导致环境破坏、公私财产毁害、人体健康损害，合理的运用以上司法解释中关于此类危害后果的法律规范更具合理性。当然，上述方法或多或少会存在一些不合理之处，核安全生产事故犯罪作为一种特殊的罪行，具有独特性，最为行之有效的办法应当由我国立法机关和司法机关制定与之对应且专门的法律法规及司法解释，利于针对核安全生产事故合法合理的定罪量刑。

此外，核安全生产事故的影响较为恶劣，对人身造成的伤害较为严重，一旦爆发核事故，其放射性物质会致使患癌几率、畸形机率、遗传性并发率提高，严重影响下代人的身体健康，后果不可设想且难以消除，因此，开发与管理核能源的企业单位务必要在法律规制的范围内合法研发核电技术，同时要对不涉及国家秘密的内容定期向公众公开，出现危机情况及时疏散周边居民，制定事故处理方案，将事故危险系数降到最低，杜绝出现欺上瞒下等错报、瞒报的情形，依法履行信息公开的职责。

六、日岛核泄漏事件对我国法治建设的启示

（一）完善核安全管理监督检查制度

日本政府对在其管辖范围内的核电厂设备、设施等核安全具有监督管理的职能，但日本政府忽视对福岛核电站的安全隐患进行严格的监管，根据《中华人民共和国行政诉讼法》第74条规定：被告不履行或者拖延履行法定职责的，人民法院判决确认违法，但不撤销其行政行为。基于此，日本政府的行为必然是违法行为，且其不作为的行为是导致此次核泄漏事故发生的重要人为因素之一。

我国2014年4月24日第十二届全国人民代表大会常务委员会第八次会议修订《中华人民共和国环境保护法》，此次修订内容重点强调了政府监督管理的职能，将原有法律条文中仅有的一条关于政府责任的原则性规定扩展增加至现行《中华人民共和国环境保护法》第二章监督管理的内容，突出政府对环境质量的监督管理职责。《环保法》第18条规定：省级以上人民政府应当组织环保部门或者委托专业机构，对环境状况进行调查、评价，建立环境资源承载能力的预警机制。第42条规定：排放污染物的企业事业单位和其他生产经营者，应当采取措施，防治在生产建设或者其他活动中产生放射性物质等对环境的污染和危害。国务院于1986年10月29日发布的《中华人民共和国民用核设施安全监督管理条例》第二章也设置了监督管理职责的内容，第4条规定：国家核安全局对全国和设施安全实施统一监督，独立行使核安全监督权；第5条规定：国家核安全局在核设施集中的地区可以设立派出机构，实施安全监督，可以组织核安全专家委员会参与核安全的发展规划、审评、监督等工作。上述法律法规的颁布和修订体现我国政府十分重视对核安全及环境管理的监督和管理，但是在具体的实务中，各级行政主管部门行使监督权相对分散且混乱。例如：《中华人民共和国放射性污染防治法》第十一条规定，县级以上地方政府环境保护行政主管部门和同级其他有关部门，按照分工、各负其责、互通信息、密切配合对放射性污染防治进行监督检查。依照该规定仅赋予了相关环境保护行政主管部门具有监督检查的职能，并未对相关部门具体分工和

[8] 薛培,刘燃.核安全生产事故犯罪及其刑法治理[J].人民检察,2012(10):17-20.

同级有关部门具体指哪些政府部门进行规定。基于此，我国要明确各个环境保护行政主管部门的职责划分，提高执法效率，强化监督检查合力。

（二）强化核建设企业法律责任意识

日本东京电力公司在事故发生初期，没有意识到此次核泄漏的危害程度，向日本政府隐瞒并瞒报灾情，擅自使用注入海水—排放核废料污水—注入冷水的破坏海洋环境的应对措施以保全核反应堆，并且拒绝听取国内外核技术专家的补救措施，导致核泄漏事故发展至无法控制的危机地步。[9]根据《中华人民共和国侵权责任法》第 72 条规定：民用核设施发生核事故造型他人损害的，其经营者应当承担责任，但是能够真名损害是因战争等情形或受害人故意造成的，不承担责任。根据《中华人民共和国放射性污染防治法》第 54 条规定：违反本规定，有不按照规定的方式排放放射性废液的或向环境排放不得排放的放射性废液等行为，由县级以上人民政府环境保护行政保管部门责令停止违法行为，限期改正，处以罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。日本东京电力公司的行为依然构成违法行为。因此，日本东京电力公司作为世界著名核电技术与研发的大型企业，其淡薄的法律意识是造成此次福岛核电事故发生的另一重要人为因素。

《中华人民共和国放射性污染防治法》第 57 条规定：违法本规定，未经许可，擅自从事贮存和处置放射性固体废物活动或不按照许可的有关规定从事贮存和处置放射性固体废物活动的。由省级以上人民政府环境保护部门责令停产停业或吊销许可证。有违法所得的，没收违法所得；违法所得十万元以上的，并处一倍以上五倍以下罚款。由此可见，我国对核能建设单位违法行为的行政处罚幅度较低，只有在未达到最基本的要求时，才对相关单位处以吊销许可证并处五十万元以下的处罚。涉核单位的其他行为违反法律规定或不履行法律义务的，处罚力度较低。例如：拒绝环境保护部门和其他有关部门进行现场检查的违法行为处两万元以下罚款；未编制或未经批准环境影响评价文件等违法行为限期补正并处一万元以上二十万元以下罚款；未建造放射性污染防治设施的违法行为责令停止违法行为并处五万元以上二十万元以下的罚款。因此，我国应当加重对核建设单位作出违法行为时所应承担法律责任的程度，加大对其罚款金额的设定，严格审批核设施营运单位的经营资格，将责令停止违法行为、限期改正的行政处罚升至吊销营业许可证，督促核建设单位遵守法律规定，强化责任意识，推动我国核安全治理能力和治理体系现代化进程。

（三）保障公民对核电能源的知情权

日本福岛核泄漏事故发生初期，核电站工作人员隐瞒事故向人民群众隐瞒事故发生的真实情况，这种做法无疑侵犯了公众的知情权。核泄漏事故发生后，其释放出的核物质对人体健康的影响是十分恶劣且难以消除的，如果事故发生初期不能做到及时止损，及时通知周边居民并且有序对居民进行疏散，无疑对公众的生命健康权造成极为严重的损害。迄今为止，我国虽然没有发生过特大核泄漏事故，但是随着我国核安全生产规模日益提高，必须要保障公众对核电能源相关情况的知情权，如果发生核泄漏事故务必要第一时间制定疏散周边居民的方案，做到保障人民群众的生命权和健康权。

本文所指的公众的知情权不仅是指使得公众掌握核能源信息，而且包括公众对核电企业的监督权。保障公众能够掌握我国核能源包括及时向社会发布我国核能源技术开发与利用的进程和成果，在各个城市以社区为单位聘请专业人士向公众普及核能知识，以及如果发生核泄漏事故如何保障自己和他人的生命健康权，进而使得人民群众了解核能开发给生活带来的

[9] 仇晓光，孙烨：自然灾害下核安全危机的法律救济研究-以日本福岛核事故中东京电力公司为视角的视察[J].法制与社会,2011(13):157-158.

便利，以及若核能开采和管理不符合法律法规的规定或不符合常规流程会引起那些不利后果，使得公众对核能有广泛的认知。在国民深入了解核能源技术的基础上，可以有效对核电企业进行公众监督，居住在距离核电站相对较近的人民群众如果发现违法操作的核电企业或违背专业素养的工作过人员及时举报并监督违规企业进行整改。

除此之外，核电企业要尊重公民的知情权。对不涉及国家秘密或依法不得公开的核安全生产信息及时进行定期、系统、全面的公开，如果发生核泄漏等核安全生产事故要及时利用媒体等手段向公众发布准确的事故发展状况等信息，避免出现公众恐慌等现象。核安全生产对公众的生活产生见解并且深远的影响，合法且合理的进行核安全生产会对人们的生活带来许多便利，提高我国居民的生活质量和水平；反之，不当的开发和利用会给我国国民生活带来不可挽回的消极影响。

（四）建立健全我国核能安全立法

核能源的开发和利用是国际能源发展的趋势，核安全法律法规的制定与完善是国际法立法发展的趋向。日本福岛核泄漏事故的经验与教训警示世界各国在核建设中重新审视核安全的法律规制，我国作为核能研发与创新的世界大国，务必要建立健全以强调核安全责任与使命为重点领域的监督管理法律体系，保障我国核电产业高速度、高质量发展。

目前我国涉及核安全的法律法规主要包括 1993 年实行的《核电厂核事故应急管理条例》、1995 年实行的《核设施的安全条例》2003 年实行的《中华人民共和国放射性污染防治法》、2005 年实行的《中华人民共和国放射性同位素与射线装置安全核保护条例》等，在我国环境保护行政主管部门履行核安全监督管理职能过程中，能够依照的法律法规相对有限且涉及范围较窄，难以解决我国日益复杂的核安全问题，因此，我国要建立一套完备的核安全立法，例如：《核安全法》、《原子能法》，从立法层面保证核建设企业的法律责任以及我国核能开发与利用的国家责任，

现今我国核建设领域立法主要以法规、规章为主要表现形式，且制定时间较为久远，权威性有待提高，一些法律条款不能适应我国现阶段更高水平的核能研发，例如，1986 年实行的《中华人民共和国民用核设施安全监督管理条例》第 18 条规定：国家核安全局在必要时有权采取强制性措施，命令核设施营运单位采取安全措施或者停止危及安全的活动；第 19 条规定：核设施营运管理单位有权拒绝有害于安全的任何要求，但对国家核安全局的强制性措施必须执行。以上法律条文并未对如何界定有害核安全行为以及采取强制性措施的种类和时间进行规定。此外，核安全的法律法规中未设定对核能经营单位损害赔偿法律责任的系统性规定。因此，我国应制定与时俱进的核安全管理法律法规，借鉴国际法对核电企业设定以绝对责任原则（Absolute Liability)或客观责任(Objective Liability)原则为主要损害赔偿责任的具体规定，[10]确保我国核能建设单位践行责任精神和安全精神，增强我国核技术开发与研究的国际影响力及国际认可度。

（五）重视研发核电技术专业人员队伍建设

核能源技术的正确开发和利用需要专业人员的共同努力，就日本福岛核泄漏事故成因分析，其核电站工作人员的处理应急事故的手段存在不正当性，导致事故演变成七级核事故。由此，我国重视对核电技术开发人员的队伍建设是十分有必要的。笔者认为，增强我国核电技术开发人员队伍综合素养需要政府、核电企业和专业人员三方共同努力。

首先，我国政府可以考虑出台关于核电技术专职人员的人才引进政策，实施相对应的奖

[10] 杨泽伟：“两型社会”与湖北核能开发利用的法律问题[J].法学评论,2009,27(02):56-62.

赏措施，鼓励优秀的专业人才到核电企业发展，

与之对应的，教育部门要制定核电专业人才的培养计划和方案，积极引导全国范围内高校增设核电专业教育教学人员，着力培养核电专业人才。除此之外，针对现今已经从事于核电工作的人员，要加强对其监管和培育，包括专业水平等综合水平的监管以及道德理念的培育。根据与对各国核安全监督管理机构对比得出，我国核安全监督管理机构等级相对较低，且专门核电机械等研究的配套人员相对较少，[11]基于此，我国政府要重视起对核电技术开发专业人员的培育及其专业队伍的建设，提高核电机构专业人员的队伍建设水平，从而提高我国核安全技术研发的专业性。

其次，我国核电企业和机构要积极相应党和国家关于核电技术人才引进的战略号召，还可以与高校进行人才交流与人才聘用的合作。具体来讲，可以从三个方面进行合作：第一，核电企业指派已经从事核电技术研发等工作的人员到高校进行宣讲，向高校学生普及核电知识与在实务中的重点、难点，使得高校学生对该核电技术有充分的了解与认识，提高高校学生对核电能技术的兴趣；第二，核电企业可以与重点高校进行实习等实践活动合作，鼓励在校学生利用课余时间到企业实习，对优秀且具有研发潜能的学生予以留用；第三，核电企业可以考虑在高校内开设关于核电理论与技术的创新创业活动，高校聘请专业人士对学生的创新创业活动进行指导，并设立奖学金，以上方法和途径不仅能够使得高校优秀人才有兴趣投身于我国核安全生产工作，而且有利于核电企业内部吸收青年工作者，拓宽核能研发与管理的内部专业团队。

最后，就从事核安全生产的工作人员自身而言，他们对推动我国核技术发展起到重要且不可替代的作用，因此，务必要从专业水平、综合素养等综合方面严格要求自己。核安全生产工作贯穿于对核物质的生产与管理一系列环节中，包括最先对核能的勘探和开采、开采后的提纯、运输、保管以及最后对某类核物质的埋藏和销毁每一个阶段都需要专业人员的严格把关，稍微有处理不当很可能会造成核泄漏、核扩散事故的发生，那么提升核安全生产人员的专业素养是非常有必要的，相关工作人员在工作之余要自主的学习专业知识，提高专业水平，用科学理论知识指导实践工作，锻炼自己的自主研发等综合能力。除此之外，核技术及应用人才还要注重对外语熟悉并掌握，提高自身综合素养。

七、结语

综上，日本福岛第一核电站核泄漏事故给我国及世界其他国家造成严重且持续性的污染和危害，我国要从此次事件中提高警惕，审视我国核设施建设和运行中涉及的核安全问题，建立健全核安全法等方式方法以保证我国核能开发与建设可持续、高速发展。

【参考文献】

[1]《日政府发布核能源紧急事态令确保核设施安全》http://world.huanqiu.com/roll/2011-03/1558750.html，：2011 年 9 月 22 日

[2] 薛澜,沈华；日本核危机事故应对过程及其启示[J].行政管理改革,2011(05):28-32.

[3] 范纯.日本福岛核泄漏事故的法律省思[J].法学杂志,2012,33(05):137-140.

[4] 容逸能,徐瑞,梁湘三,赵远冰.福岛核泄漏事件对中国海污染的研究[J].环境科学学报,2016,36(09):3146-3159.

[11]李萌萌.核电安全的法律问题研究——由日本福岛核泄漏带来的启示[J].法制与社会,2013(07):72-74+83.

[5] 王少鹏,鲁振声. 论日本福岛核泄漏对我国造成的影响[C]. 辽宁省法学会海洋法学研究会.辽宁省法学会海洋法学研究会 2016 年学术年会论文集.辽宁省法学会海洋法学研究会:辽宁省法学会海洋法学研究会,2017:3-11.

[6] 薛培.核泄漏、核污染、核扩散犯罪主观方面探微——以核安全生产事故犯罪为中心[J].西南民族大学学报(人文社会科学版),2014,35(01):107-111.

[7] 薛培,刘燃.核安全生产事故犯罪及其刑法治理[J].人民检察,2012(10):17-20.

[8] 仇晓光，孙烨：自然灾害下核安全危机的法律救济研究-以日本福岛核事故中东京电力公司为视角的视察[J].法制与社会,2011(13):157-158.

[9] 杨泽伟：“两型社会”与湖北核能开发利用的法律问题[J].法学评论,2009,27(02):56-62.

[10] 李萌萌.核电安全的法律问题研究——由日本福岛核泄漏带来的启示[J].法制与社会,2013(07):72-74+83.

对放射性废物海洋处置国际法规范的审视及思考

郭 萍[1*] 喻瀚铭[2] 中山大学法学院

摘要：2011 年福岛事故后，日本长期放任核污水向太平洋中泄漏，并于 2021 年 4 月 13 日经内阁会议正式决定向海洋排放储存的核污水，这也折射出国际社会需要足够的国际法律规制放射性废物的海洋处置。基于放射性废物海洋处置的国际性、污染性以及危害性，也基于代际公平理论、目前国际法的发展趋势和目前世界核电产业的发展状况，以国际法手段规范放射性废物的海洋处置具备合理性、正当性和必要性。目前，相关国际法律规范主要由国际条约和国际原子能机构推出的国际安全标准组成。由于缺乏针对性和强制力等问题，现有国际法律规范在放射性废物的海洋处置问题上存在不足，有必要进行完善。

关键词：放射性废物，海洋处置，国际原子能法，国际环境法，海洋核污染

Examinations and Considerations on International Legal Norms of Disposal of Radioactive Waste into the Ocean

ABSTRACT： After the Fukushima accident in 2011, Japan allowed to leak nuclear sewage into the Pacific for a long time. On April 13, 2021, the cabinet meeting formally decided to discharge stored nuclear sewage to the ocean. This also reflects the international community’s need to restrict disposal of radioactive waste into ocean. Based on the internationalism and pollution of the disposal of radioactive waste into ocean, the theory of intergenerational equity, the current development trend of international law, the current development status of the world’s nuclear power industry and the hazards of the disposal of radioactive waste into ocean, it is reasonable, justificative and necessary to regulate the disposal of radioactive waste into ocean by means of international law. At present, the international legal norms related to the disposal of radioactive waste into ocean are mainly composed of relevant international treaties and safety standards promulgated by the International Atomic Energy Agency. Due to problems such as lack of pertinence and compulsory force, existing international laws and regulations are insufficient in regulating the disposal of radioactive waste into ocean, and it is necessary to improve them.

Keywords: Radioactive Waste, Disposal into the Ocean, International Atomic Energy Law, International Environmental Law, Marine Nuclear Pollution

一、福岛核污水产生及拟处理方式演进

2011 年 3 月 11 日，日本东部发生里氏 9.0 级特大地震并引发海啸。海水淹没福岛第一核电站柴油机厂房，造成反应堆冷却机制断电失效，进而诱发累积在反应堆内的氢气爆炸，导致重大核事故（以下简称 “福岛事故”）的产生。福岛事故发生后，福岛第一核电站每天产生约 180 吨核污水[1]。这些核污水主要来源如下：一是海啸涌进电厂的海水，二是因选址失误持续从阿武隈山系下的地下水脉流入的地下水，三是雨雪等自然降水，四是日本为了冷却核电机组而引入海水漫灌所产生的核污水[2]。日本政府曾于 2015 年初起至 2016 年 7 月在

[*] **基金项目：**南方海洋科学与工程广东省实验室（珠海）资助项目（SML2020SP005)以及中山大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目 (19wkjc01) 研究成果。本文仅限 2021 年国际法年会会议交流使用，未经允许请勿转载或引用。

作者简介：郭萍（1968-），女，辽宁大连人，中山大学法学院教授、博士生导师/南方海洋科学与工程广东省实验室（珠海）研究员，最高人民法院国际海事法律研究基地（中山大学）执行主任；喻瀚铭（1999-），男，湖北武汉人，中山大学法学院 2021 级硕士研究生。

[1] 彭丹妮.百万吨核污水 日本真要倒入太平洋？[J].科学大观园,2020(22):52-55

[2] 孙菲.核辐射阴霾仍旧笼罩福岛[J].生态经济,2017,33(05):2-5.

福岛第一核电站周边修建“冻土墙”以阻隔地下水和反应堆，但这项斥资 400 亿日元的工程最终被日本原子能规制委员会宣告失效，标志着治理核污水由此进入长期化阶段[3]。福岛核电站对上述受放射性物质污染的核污水将通过一项去除多种放射性核素的先进液体处理系统（以下简称“ALPS”）进行处理，并且存储在福岛核电站厂址内诸多存储罐中等待后续处置。但受技术限制，仍然不能去除氚等放射性物质。

受土地资源限制，日本已停止建设新存储罐。现有大约 137 万吨核污水的一千个存储罐[4]将于 2022 年达到饱和状态。这些已经经过 ALPS 系统处理和稀释的核污水仍含有 1500 贝克勒尔以下的氚[5]。事实上，早自 2011 年 4 月 4 日起，日本就向海洋排放了约 11500 吨含有约 1500 亿贝克勒尔的放射性物质的核污水[6]，虽然上述核污水标准及排放貌似在国际原子能机构设定的标准范围之内，但正如北海道大学长岛美织教授在其所著《风险政治性的扩散》中指出，依照科学的国际标准本身就是一种伪权威的提法[7]。

在福岛核事故发生后，日本政府决定采纳“有关福岛第一核电站第 1-4 装置退役的中长期路线图计划”（Mid-and-Long-Term Roadmap towards the Decommissioning of TEPCO’s Fukushima Daiichi Nuclear Power Station Units 1-4）（以下简称“路线图计划”）。路线图计划对日本政府以及福岛第一核电站的经营者-日本东京电力公司（TEPCO）就核电站装置退役所要采取的行动措施和路径予以规定。经日本政府请求，国际原子能机构（IAEA）成立了审议路线图计划国际同行小组（International Peer Review of the Roadmap），并先后于 2013 年 4 月、2013 年 11 月至 12 月、2015 年 2 月、2018 年 11 月举行四次会议，最终在 2020 年 4 月发布审议报告。[8]该审议报告认为经过 ALPS 处理过的核污水理论上可以存在如下五种处置方式：注入地下（Geosphere injection）、经控制后排入海洋（Controlled discharge into the sea）、经控制后进行蒸汽排放（Controlled vapor release）、脱氢处理（Hydrogen release）[9]、地下掩埋（Underground burial）。在选择上述具体处置路径时应综合考虑如下因素：技术的可行性、规制的可行性、污染物留存时间、处置所产生的花费、处置核污水所影响的范围、次生废物、进行处置的人工将面临核暴露辐射问题等等。在上述可选择的多个处置方式中，注入地下、脱氢处理、地下掩埋这三种方式进行核污水处理尚不存在先例，而且均存在非常明显的无法解决的技术障碍、监管规制的不确定性以及亟待考虑的风险评估问题等。在采用这三种方式尚存在技术不成熟、没有可经证实的实践经验以及实施中会存在无法解决的一些问题，从操作安全、技术发展、排放许可、社会可接受程度等诸多方面考虑，采用这三种方式进行处置的不确定性将产生极高的风险。而采取经控制后排入海洋和经控制后进行蒸汽排放这两种方式在日本或者全球范围内，都有较为成熟的技术标准以及可供参考的实践先例，因此国际同行小组认为这两种方式可以作为可选择的路径，并建议不论采用这两种方式或其中任何一种方式，均需要进行充分的技术层面和科学层面的综合考虑，并需要借鉴以往或现今采用这种方式进行废物处置的实践活动，提供综合性环境评价计划，主动并及时向利益攸关方和公众

[3] 孙菲.核辐射阴霾仍旧笼罩福岛[J].生态经济,2017,33(05):2-5.
[4] 王政,伍浩松,赵宏.东电发布报告　介绍福岛放射性污水处置方案[J].国外核新闻,2020(04):23-25.。
[5] 智晓敏,郑光峰.日本拟将核污水排入太平洋[J].生态经济,2020,36(12):1-4.
[6] 中新网.日本回应排放核污水质疑：尚未造成跨国影响[EB/OL].https://www.chinanews.com/gj/2011/04-05/2952453.shtml,2011-4-5.
[7] 转引自：智晓敏,郑光峰.日本拟将核污水排入太平洋[J].生态经济,2020,36(12):1-4.
[8] 参见国际原子能机构审议报告“IAEA Follow-up Review of Progress Made on Management of ALPS Treated Water and the Report of the Subcommittee on Handling of ALPS treated water at TEPCO’s Fukushima Daiichi Nuclear Power Station”，详见国际原子能机构网站：https://www.iaea.org/sites/default/files/20/04/review-report-020420.pdf。
[9] 脱氢处理是基于氚是氢的放射性同位素。

披露相关信息。[10]

2021 年 4 月 13 日，日本政府召开内阁会议，正式决定将于 2022 年对福岛第一核电站核污水经过滤并稀释后排入大海。鉴于日本政府和日本东京电力公司尚未公布具体排放入海的方式以及没有向国际社会公布经 ALPS 处理的核污水成分构成要素、排放的监管措施以及环境评价报告等内容，因此日本政府将核污水排放入海的决定作出后，引发了包括韩国、中国等周边国家的关切。

目前已有国内学者对此次事故及核污水排放引发的相关问题或制度进行论述，例如高之国、钱江涛所著《日本福岛核废水排海涉及的国际法原则和问题》[11]、郁志荣教授所著《日本排放福岛第一核电站低放射性污水入海的法律责任辨析》[12]、段小松《论国际海上核污染法律制度的完善——以日本海上核污染为例》[13]和岳宗凤《从日本核泄漏看国际机制的缺失》[14]、傅云琪《核废料处理的国际法制度研究》[15]等，本文试图从放射性废物海洋处置的国际法律规范入手，在对放射性废物海洋处置基本概念予以厘清基础上，讨论运用国际法规范这一行为理论依据以及利用国际法规范放射性废物海洋处置的合理性、正当性和必要性。

二、放射性废物海洋处置的界定及路径分析

（一）放射性废物的界定及种类

放射性废物是二十世纪人类开始利用核能后出现的新型垃圾。一般而言存在三个来源：核能产业、生产放射性同位素和核工业设备退役[16]。这种废物无法通过核反应条件外的物理、化学或生化等常见手段去除放射性，会对人体和环境产生不利影响。因此放射性废物处置的目的在于通过特定技术手段分隔放射性废物和人类生存环境，以保护生态环境和人类安全[17]。

1997 年国际原子能机构通过的《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》（以下简称《联合公约》）第 2 条（h）项明确规定“放射性废物”系指缔约方或者其决定得到缔约方认可的自然人或法人预期不做任何进一步利用的而且监管机构根据缔约方的立法和监管框架，将它作为放射性废物进行控制的气态、液态或固态放射性物质。

根据国际原子能机构于 2011 年 7 月公开发布的《安全标准丛书》有关“放射性废物处置”（具体安全要求第 SSR-5 号）文件（以下简称《放射性废物处置标准》），[18]明确规定放射性废物的种类包括：免管放射性废物、极短寿命放射性废物、极低水平放射性废物、低放废物、中放废物、高放废物。

（二）放射性废物海洋处置的含义

根据国际原子能机构公开发布的标准，放射性废物处置是指将放射性废物安置在某个设施或场所中并无意回取的行为。[19]《联合公约》第 2 条（d）项也明确规定“处置”（disposal）是将乏燃料或放射性废物置于合适的设施内并且不打算回取，而“排放”(release) 系指作为

---

[10] 参见该审议报告第 19-20 页内容。详见国际原子能机构网站：https://www.iaea.org/sites/default/files/20/04/review-report-020420.pdf

[11] 高之国,钱江涛.日本福岛核废水排海涉及的国际法原则和问题[C].中国海洋法学会 2020 年学术年会论文集.北京:中国海洋法学会,2020.621-631.

[12] 郁志荣.日本排放福岛第一核电站低放射性污水入海的法律责任辨析[J].海洋开发与管理,2011,28(10):69-73.

[13] 段小松.论国际海上核污染法律制度的完善——以日本海上核污染为例[J].特区经济,2011(10):249-251.

[14] 岳宗凤,李小辉.从日本核泄漏看国际机制的缺失[J].理论观察,2018(06):80-82.

[15] 傅云琪.核废料处理的国际法制度研究[D].华东政法大学,2016.

[16] 黄永锋,许紫洋.放射性废物处置研究进展[J].化工设计通讯,2017,43(02):105+122.

[17] 易树平,马海毅,郑春苗.放射性废物处置研究进展 [J].地球学报,2011,(5)：592–600.

[18] 参见国际原子能机构官网，http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/publications.asp

[19] 国际原子能机构.放射性废物处置[M].国际原子能机构:奥地利,2011.

一种合法的做法，在监管机构批准的限值内，源于正常运行的受监管核设施的液态或气态放射性物质有计划和受控地释入环境。[20]显然根据该公约规定，排放与处置是两个既有交叉又有区别的概念，前者是针对受监管的核设施在正常运行情况下根据合法程序有计划有控制地向周边环境释放放射性核废弃物的过程，也是人类对核设施营运操作的常态方式，包括可能对放射性废物的处置，因此排放也是将核废弃物置于某个合适设施内并无意取回的措施。而“处置”本身除了包括对正常排放操作后的处理方式，还可以包括乏燃料或放射性废物管理的任何阶段如果发生放射后果的事故以及一旦发生事故时，为了减轻事故后果对乏燃料或放射性废物予以处理的措施。[21]因此排放主要针对核设施正常运行状态下对无意取回的废弃物的处理，而处置既包括对核设施正常排放废弃物的后续处理，也包括发生核放射事故后对废弃物的处理。

根据《联合公约》第 2 条（t）项条文规定，“贮存”（storage）指为回取将乏燃料或放射性废物存放于起保护作用的设施中的行为。显然日本政府及日本东京电力公司在福岛事故发生后采取将核污水集中在存储罐中存放，还属于为了回取核污水而有意进行存放的措施。但是 2021 年 4 月 13 日日本政府内阁会议公开宣布福岛核废水将于 2 年后排放入海的决定，也反映了作为经营人的日本东京电力公司及承担国家监督责任的日本政府在主观意识形态方面发生了重大转变，即无意于对福岛事故产生的核污水有任何回取的意思表示。

根据国际原子能机构《放射性废物处置标准》第 1.9 条规定，处置和贮存这两种方案都旨在对放射性废物进行包容，并在必要范围内使之与可接近的生物圈隔离。重要的区别在于贮存是一种临时措施，不排除在采取此种临时措施之后，基于对未来某种行动的规划安排，对经贮存的放射性废物进行整备或包装，乃至最终对其进行处置措施。

而日本政府宣布拟将福岛核废水排放入海的提法实有混淆概念之嫌，其使用“核废水”“经 ALPS 处理的水”“排放”等表述规避了“核污水”和“处置”的用词，有避重就轻的意图。基于前文分析，日本政府所支持的日本东京电力公司所要“排放入海”的 137 万吨“核废水”是融合了福岛事故所产生的含有放射性核素的被污染了的废水，而非该核电厂正常操作作业中产生的废水，实际上属于“核污水”的范畴，而且受到和放射性物质污染后的污水，及时经过了 ALPS 系统的处理，但是由于此种污水的源头和产生路径，已经超越正常营运操作中产生的废弃物，因此已经不属于核废弃物“排放”范畴，对该污水处理的措施，应当属于《联合公约》中的处置行为，而非一般意义上的排放行为。

根据《放射性废物处置标准》，对于免管放射性废物可以采取解除、 豁免或排除监管控制标准，即在做出无需予以监管的决定后即可排放处理；对极短寿命放射性废物，可以采取经过最多几年时间的贮存衰变后，根据监管机构核准的安排解除监管控制，进行不受控制的处置、利用或排放。对于极低水平放射性废物适宜在实行有限监管控制的近地表填埋设施中处置。低放废物需要多达几百年时间的可靠隔离和包容，适宜在专设的近地表设施中处置。由于中放废物含量特别是其长寿命放射性核素导致需要高于近地表处置提供的包容和隔离程度，该类别的废物需要进行约几十米至数百米深度处置。高放废物因其放射性浓度水平足以通过放射性衰变过程产生重要量热，因此在地表以下通常数百米深或更深的稳定地质建造中进行处置是普遍公认的处置方案[22]。显然根据上述处置标准，除了第一种无需进行任何监管即可排放之外，对于其他五种放射性废物均需要采取不同程度的监管及达到不同程度处置

[20] 参见《联合公约》第 2 条（C）项规定内容。
[21] 参见《联合公约》第 1 条（iii）项规定内容。
[22] 参见《放射性废物处置标准》文本第 49-50 页。

要求后才可以处置排放。

鉴于上述放射性废物的处置措施并未限定处置的地点是陆域、海域或者空域，因此只要能够满足上述处置标准要求的方式在理论上或是实践中都是可行的。根据国际原子能机构《放射性废物处置标准》第 1.14 条的规定，目前已经得到一个或多个国家实践证实的核废料处置方式包括：特殊填埋处置（与传统的工业垃圾填埋设施类似）、近地表处置（在由地表上或地平面下数十米处建造的工程加固管沟或拱顶组成的设施上进行处置，多用于低放废物处置）、中放废物处置（视其特性而定可以在地平面下至少数十米到数百米的洞窟、拱顶或竖井中建造的设施中通过一定的方式进行处置）、地质处置（在地平面下至少数百米具有长期稳定性及其水文地质性质的隧道、拱顶或竖井中建造的设施中进行处置，多用于高放废物处置）、钻孔处置（在由深达几十米至几百米的一系列钻孔或单一钻孔组成的设施中进行处置）、采矿废物和矿物加工废物的处置（通常在地表上或近地表进行，一般就地进行固定，并用多层岩石和土壤加以覆盖）。显然从已有国际实践情况看，对核废物的处置方式大部分采取在陆域上进行。

放射性废物的海洋处置则是通过向一定的海域有意排放不打算取回的放射性废物，以期在海洋的稀释与生态自我调节、修复功能下，以海水为屏障隔绝其放射性[23]。

如前文所述，国际原子能机构国际同行小组在对日本政府提交的路线图计划审议报告中从技术等多方面考虑，确认核污水向海洋排放也是一种可选择路径之一，但有待于日本政府作出最终决定。

（三）放射性废物海洋处置的路径分析

目前尚未看到日本政府及日本东京电力公司就拟排放入海的福岛事故核污水具体采取何种方式进行处置的报告或声明。本文综合已有向海洋排放或倾倒废弃物以及核污水特性等，从可能采取的工具、处置地点等方面对将放射性废物向海洋处置可能的几种路径予以分析。

1. 通过油轮运载至公海倾倒

如果选择通过船舶将福岛核污水向海洋有意倾倒的路径，作为经营人的日本东京电力公司大概率会选择商用油轮并在公海上进行倾倒处置。主要理由是根据国际海事组织制定的《国际海上人命安全公约》（以下简称《SOLAS 公约》），大型油轮均采用双壳双底的结构，主要是为了避免单壳单底的油轮一旦发生意外事故可能对海洋环境造成的污染威胁。此种油轮船体结构坚固，隔板都是 1 厘米以上的钢板，能够有效的屏蔽核废水（主要是β衰变）的放射性污染。此外，油轮所需的船员相对可控。10 万吨级-30 万吨级及其以上的油轮需要的船员在 20-30 人之间，可以避免因为使用更多船员带来的人员辐射风险。第三，“二手”油轮本身价格便宜。装载 130 万吨核污水，只需要四艘左右的船舶，总共的价格也就是 8000 万美金。再加上人力物力船员、燃料等费用，排入海水的整体费用大概在 1 亿美元左右[24]。

考虑到福岛周边的海洋不仅是当地渔民赖以生存的渔场，也是太平洋乃至全球海洋的一部分，核污水排入海洋会影响到全球鱼类迁徙、远洋渔业、人类健康和生态安全等方方面面。因此为了避免日本福岛周边渔民、居民和国际社会的愤慨，日本政府不太可能选择本国沿海、领海或者管辖的其他海域排放核污水，大概率会选择公海上排放。当然仍需要进一步的具体细则措施将岸上核污水装载在油轮上并驶往公海予以处置。因此该路径属于通过船舶向指定海域有意倾倒的行为。

---

[23] 黄永锋,许紫洋.放射性废物处置研究进展[J].化工设计通讯,2017,43(02):105+122.

[24] 陈甘露.日本福岛排放核污水细节：两年后入海，或选择油轮运到几百海里外公海[EB/OL].http://www.thecover.cn/news/7242977,2021-4-13.

2. 通过地下管道或设施直接从陆源向海洋排放

在日本经济产业省出具的《关于日本东京电力公司控股的福岛第一核电站经 ALPS 处理核污水操控基本政策报告》（*Basic Policy on handling of ALPS treated water at the Tokyo Electric Power Company Holdings’ Fukushima Daiichi Nuclear Power Station*）（以下简称日本政府处理污水政策报告[25]），其中第三部分第（1）条第（5）项有关核污水向海洋排放具体方法的基本指南中，明确提及日本政府将要求日本东京电力公司具体筹备建设相关**设施或装置**进行废水排放（The Government requires that TEPCO will proceed with concrete preparations such as the **construction of facilities for discharge and other works**），但是未具体指明该排放设施或装置的具体名称及形式，因此不排除日本拟采取管道和配套设施组成的来自陆源的固定排放设施进行废水处置的可能性。该措施符合通过一国内水、领海及其他管辖海域以陆源方式向海洋处置核废料的行为。

但是此种措施将取决于入海管道的构造、长度等相关具体技术标准，而且这种方式恐会污染日本东部沿岸特别是福岛附近的海水。在日本东部沿海 “黑潮”的作用下，排放的污水将会扩散到日本东部更广泛的海区，在北太平洋洋流作用下，甚至扩展至整个太平洋区域。

由于上述处置核污水的路径不同、源头不同、采取的措施不同、处置地点不同等，会引发不同国际条约或标准的适用问题，下文将结合已有国际条约对此进行分析。

三、涉及放射性废物海洋处置的国际条约、标准及适用性分析

（一）相关国际条约及适用性分析

同放射性废物海洋处置相关的国际条约既包括涉及海洋环境保护一般原则的《联合国海洋法公约》，也包括国际海事组织和国际原子能机构等制订的专业区域范围内的国际条约。

1. 《联合国海洋法公约》

《联合国海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》）是规制海洋问题的基本法性质的国际条约。《海洋法公约》第十二部分涉及海洋环境的保护和保全。除了为缔约国设立了保护和保全海洋环境的一般义务[26]，要求缔约国“应适当情形下个别或联合地采取一切符合本公约的必要措施，防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染[27]”。同时，《海洋法公约》还要求各国制定法律和规章，防止、减少和控制陆地来源[28]和国家管辖的海底活动[29]造成的污染，体现出《海洋法公约》效力向国内事务的延伸。但是《海洋法公约》并未针对放射性废物海洋处置做出具体明确规定，因此其适用的可操作性和可执行性方面受到很大限制。

2. 国际原子能机构制定的有关国际条约

国际原子能机构制定的有关放射性废物处置的国际条约主要包括《核安全公约》《联合公约》《及早通报核事故公约》和《核事故或辐射紧急情况援助公约》等。

（1）《核安全公约》

1994 年 6 月国际原子能机构通过《核安全公约》。其目的在于在世界范围内实现和维持高水平的核安全、保护人类和环境免受来自核设施的电离辐射的有害影响、防止带有放射后果的事故发生[30]。公约的适用范围是核设施安全，即陆基民用核动力厂的安全，包括在同一

[25] 日本经济产业省.Basic Policy on handling of ALPS treated water at the Tokyo Electric Power Company Holdings’ Fukushima Daiichi Nuclear Power Station[R].日本:经济产业省,2021.
[26] 参见《联合国海洋法公约》第十二部分第一节第一九二条规定内容。
[27] 参见《联合国海洋法公约》第十二部分第一节第一九四条规定内容。
[28] 参见《联合国海洋法公约》第十二部分第五节第二〇七条规定内容。
[29] 参见《联合国海洋法公约》第十二部分第五节第二〇八条规定内容。
[30] 参见《核安全公约》第一条规定内容。

厂址的与运行有关的贮存、装卸和处理放射性材料的设施安全[31]。公约主要就缔约国对核设施的立法与监督管理义务、一般安全考虑和设施的安全等内容以及条约相关的技术性事项进行规定，而且主要侧重对核设施正常营运操作方面的监督管理，并未涉及核设施退役后，尤其是发生了放射性事故引发的核污水处置问题。

（2）《联合公约》

1997 年 9 月 5 日，国际原子能机构通过《联合公约》。《联合公约》是迄今为止对于放射性废物管理问题规定最为详尽的国际条约，明确针对放射性废物在装卸、预处理、处理、整备、贮存或处置有关的一切活动，包括退役活动以及可涉及的排放等活动予以高度重视并强化安全管理。[32]同时《联合公约》在序言中明确规定，应当注意和重视 1992 年在里约热内卢举行的联合国环境和发展大会上通过的《21 世纪议程》第 22 章有关重申放射性废物安全和与环境相容管理的重要性；任何国家都有权禁止外国乏燃料和放射性废物进入其领土的权利。并在公约第三章有关放射性废物管理中，从设施的选择、设施的设计与建造、设施的安全评价、设施的运行、关闭后的制度化措施、已存在的设施及已有的实践活动等诸多制度方面予以规制。《联合公约》同时也体现出一定的代际公平原则[33]。

但是，作为放射性废物管理安全领域的首个具备法律约束力的国际条约[34]，《联合公约》没有对向海洋处置核废物做出具体规定，也没有对违反条约后的责任作出明确规定。

（3）《及早通报核事故公约》

在 1986 年切尔诺贝利事故后，为了建立各国在核事故后的互相通报机制，以便能够使超越国界的辐射后果降低到最小程度，国际原子能机构通过《及早通报核事故公约》。

根据《及早通报核事故公约》第 1 条的规定，对下列情形所涉及的本公约缔约国管辖或控制下的任何个人或法人的设施或活动，以及由此产生或可能引起放射性物质释放，并已经造成或可能造成对另一国具有辐射安全重要影响跨越国界的国际性释放的任何事故：不论在何处的核反应堆，任何核燃料循环设施，任何放射性废物管理设施，核燃料或放射性废物的运输或贮存，用于农业、工业、医学或科研目的的放射性同位素的生产、使用、贮存、处置和运输，利用放射性同位素作为空间物体的动力源，有依照公约规定予以通报和提供情报的义务[35]。根据公约规定，对于公约第一条涉及的事故以外的其他核事故，为尽量减少核辐射的后果，缔约国可以发出通报，但是没有明确如第一条提及的各项活动或事故那样提出明确的公约义务。[36] 并对提供情报的具体要素[37]、缔约国履行通报义务的机构和联系方式[38]、协商机制[39]、争端解决争议等予以规定[40]。该公约依然侧重于核事故或核辐射造成或可能造成跨越国界重要影响时缔约国的通报义务，并未针对类似福岛事故放射性废物处置的强制通报义务。

（4）《核事故或辐射紧急情况援助公约》

在 1986 年切尔诺贝利事故后，为了建立各国在核事故后的互相援助机制，国际原子能

[31] 参见《核安全公约》第二条（i）项规定内容。
[32] 参见《联合公约》第 2 条（i）项规定内容。
[33] 参见《联合公约》第十一条规定内容。
[34] 傅云琪. 核废料处理的国际法制度研究[D].华东政法大学,2016.
[35] 参见《及早通报核事故公约》第二条规定内容。
[36] 参见《及早通报核事故公约》第三条规定内容。
[37] 参见《及早通报核事故公约》第五条规定内容。
[38] 参见《及早通报核事故公约》第七条规定内容。
[39] 参见《及早通报核事故公约》第六条规定内容。
[40] 参见《及早通报核事故公约》第十一条规定内容。

机构通过《核事故或辐射紧急情况援助公约》。《核事故或辐射紧急情况援助公约》侧重缔约国在发生核事故或辐射紧急情况时需要援助，不论事故或紧急情况始于其领土、管辖或控制范围之内，均可以直接或者通过国际原子能机构向其他缔约国或政府间国际组织请求援助[41]，并对这种援助机制的细则，例如费用的偿还[42]、人员设备和财物的过境[43]以及损害赔偿责任分配和限制[44]等予以规定。

3. 涉及放射性废物海洋处置的国际环境法条约

（1）《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》

《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》（以下简称《伦敦倾废公约》）系根据 1972 年于斯德哥尔摩召开的联合国人类环境会议通过的《联合国人类环境公约》的精神，由国际海事组织通过的公约。《伦敦倾废公约》的目的是为了保护和保全海洋环境，为了对人类活动加以管理从而使海洋生态系统可以继续承受对海洋的各种合法利用并继续满足当代人和后代人的需求，能够而且必须不迟延地采取新的国际行动来防止、减轻并在切实可行时消除倾倒造成的海洋污染。按照《伦敦倾废公约》第三条规定，“倾倒”一词的含义指任何从船舶、航空器、平台或其他海上人工构筑物上有意地在海上倾弃废物或其他物质的行为；以及任何有意地在海上弃置船舶、航空器、平台或其他海上人工构筑物的行为。不包括船舶、航空器、平台或其他海上人工构筑物及其设备的正常操作所附带发生或产生的废物或其他物质的处置。此外，由于海底矿物资源的勘探、开发及相关的海上加工所直接产生的或与此有关的废物或其他物质的处置，不受本公约规定的约束。

按照《伦敦倾废公约》之规定，倾倒废物受到如下限制[45]：禁止倾倒附件Ⅰ中所列举的废物，其中第六项即为国际主管机构确定的不宜在海上倾倒的“强放射性废物”和“其他强放射性废物”；倾倒附件Ⅱ中所列举的废物需要事先获得特别许可证；倾倒其他一切废物需要事先获得一般许可证。这个附件清单便构成了《伦敦倾废公约》对倾倒废物行为的核心规范机制。同时《伦敦倾废公约》也对缔约国之间合作与协商、相关监测机制、承诺保护海洋环境免受特定物质污染、相关机构设置以及在附录中对海上焚烧废物及其他物质等其他方面内容作初步规定。

《伦敦倾废公约》起初在倾倒强放射性废物和低放射性废物上的规定并不统一。除了由国际原子能机构所确定的列入附件Ⅰ而被禁止向海洋倾倒的强放射性废物外，由于涉及技术、政治和经济等因素，各方经过了漫长的争论才就是否应禁止向海洋倾倒低放射性废物的问题达成一致[46]。

《防止倾倒废物和其他物质污染海洋的公约 1996 年议定书》《伦敦倾废公约》于 1996 年经过修订并通过了经修订的议定书（以下简称《伦敦倾废公约 1996 年议定书》），相较《伦敦倾废公约》，《伦敦倾废公约 1996 年议定书》对于倾倒的含义予以扩展，除了包括《伦敦倾废公约》规定的倾倒行为外，还在第一条定义规定中，增加从船舶、航空器、平台或其他海上人工构造物将废物或其他物质在海床及其底土中作的任何贮藏以及仅为故意处置目的在现场对平台或其他海上人工构造物作的任何弃置或任何倾覆。此外，较为明显的一个制度变化就是将对倾倒废物之限制由禁止倾倒物质的“负面清单”制度变为可以倾倒物质的“正

[41] 参见《核事故或辐射紧急情况援助公约》第一条规定内容。
[42] 参见《核事故或辐射紧急情况援助公约》第七条规定内容。
[43] 参见《核事故或辐射紧急情况援助公约》第九条规定内容。
[44] 参见《核事故或辐射紧急情况援助公约》第十条第二款规定内容。
[45] 参见《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》第四条规定内容。
[46] 傅云琪. 核废料处理的国际法制度研究[D].华东政法大学,2016:30-31.

面清单”制度。按照《伦敦倾废公约 1996 年议定书》第四条之规定，除附件 I 以及事先获得许可证的附件 II 中所列举允许倾倒物质外的任何废物均应当予以禁止。显然采取可允许倾倒物质的“正面清单”制度下，缔约国所能倾倒废物的范围大大缩小。此外附件 I 中还特别指出，污水污泥属于该公约允许倾倒的废物物质名单，但是所含放射水平由原子能机构规定并由缔约国采用的最低（豁免）浓度的物质不应视为适于倾倒[47]。该附件 I 第 3 条还规定，从 1994 年 2 月 20 日起的 25 年内及此后每隔 25 年，缔约国应根据其认为适当的其他因素，完成一项除高放射水平废物或物质外的所有放射性废物和其他放射性物质的科学研究，并按照公约第 22 条中规定的附件修订程序检查对倾倒此种物质的禁令。除了“正面清单”制度上的修正，《伦敦倾废公约 1996 年议定书》还将管辖范围扩大至内水[48]，进一步限制了缔约国规避责任的空间。

显然根据《伦敦倾废公约 1996 年议定书》的规定，并未绝对禁止放射性污水向海洋有意倾倒的行为，只要该倾倒污水的放射性标准满足国际原子能机构的最低（豁免）浓度并由各个缔约国每 25 年进行高放射性物质以外的放射性物质的科学研究报告即可。但是公约本身并没有提及最低浓度的标准。经查证，《伦敦倾废公约 1996 年议定书》提及的国际原子能机构最低（豁免）浓度标准，应当依据国际原子能机构通过的《国际辐射防护和辐射源基本安全标准》（GSR PART 3 号）；我国已经将国际原子能机构的上述标准以国内标准（GB 18871-2002）颁布。因此如前文分析，作为《伦敦倾废公约 1996 年议定书》缔约国的日本政府，如果采用油轮向公海倾倒福岛事故核污水，似乎是可以从该议定书及其附件 I 中列明的“污水污泥”找到一些可供依赖的借口。

（2）《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》

联合国环境规划署于 1989 年在巴塞尔召开关于控制危险废物越境转移国际会议，通过了《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》（以下简称《巴塞尔公约》）。

《巴塞尔公约》的目的在于规范危险废物越境转移行为，将这类转移减少到最低限度，进而保护人类健康和环境[49]。按照《巴塞尔公约》第二条之规定，《巴塞尔公约》中“越境转移”的含义是指“危险废物或其他废物从一国的国家管辖地区移至或通过另一国的国家管辖地区的任何转移，或移至或通过不是任何国家的国家管辖地区的任何转移，但该转移须涉及至少两个国家[50]”，且这种转移往往是通过进出口的方式实现[51]。缔约国的义务包括采取措施最大限度减少国内产生的危险废物和其他废物、把废物越境转移减至最低限度、转移时应保护环境和人类健康以及对危险废物和其他废物的非法运输视作犯罪行为并加以防范和惩办等。但是该公约第 1 条明确规定不适用具有放射性而应由专门适用于放射性物质的国际管制制度包括国际文书管辖的废物。因此该公约不涉及本文讨论的放射性废物海洋处置问题。

（3）《防止陆源物质污染海洋的公约》

《防止陆源物质污染海洋的公约》（以下简称《巴黎公约》）于 1974 年 6 月 4 日在巴黎签订，缔约国主要为东北大西洋沿岸国。《巴黎公约》对控制来自于陆地源头污染海洋的行为作出专门规定。《巴黎公约》第二条明确提出其适用的海域是北纬 36° 以北和西经 42° 至东经 51° 之间的海域，以及北纬 59° 以北和西经 44° 至西经 42° 海域之间的大西洋部分海

[47] 参见《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约 1996 年议定书》附件 I 第三条规定内容。
[48] 参见《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》1996 年议定书第七条规定内容。
[49] 参见《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》序言内容。
[50] 参见《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》第二条第二款规定内容。
[51] 参见《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》第一条第一款（b）项、第二条之第十款和第十一款等诸多条款都提到了“进出口”。

域，其中部分波罗的海海域和地中海海域被排除在适用范围以外。第三条规定来自陆源物质污染的含义是指通过水路、连接岸边的地下水或其他管道、缔约国管辖水域的人工设施等造成海洋污染的情形。与《伦敦倾废公约》《巴塞尔公约》类似，《巴黎公约》也通过附件清单分类列举污染物，并分别针对附件中三个部分所列明的物质可能造成海洋污染分别作出规定。其中附件 A 第Ⅲ部分提及了放射性物质及其废物，[52]并在公约第 5 条明确规定对于附件 A 第Ⅲ部分提及的放射性物质及其废物的陆源导致海洋污染，缔约国应采取各项措施予以阻断并采取适当措施消除污染损害。在不影响公约其他义务的前提下，缔约国应当充分考虑相关国际组织或机构提出的建议，采纳相关国际组织或机构推荐的监管程序并根据本公约相关规定进行放射性物质监管和研究的合作协调工作。

该公约是专门针对陆源物质，包括放射性物质导致海洋污染的国际条约，但是鉴于该公约适用范围和缔约国情况的限制，也不涉及适用本文探讨的福岛事故核废水排放问题。

（二）相关国际标准

除了国际条约，国际原子能机构还主导制订了一系列安全标准，可以在规范放射性废物的海洋处置方面产生一定作用。这一安全标准体系由“阐述防护和安全的基本安全目标和原则，以及为安全要求提供依据[53]”的安全基本法则为总领，加之“确定为确保现在和将来保护人类与环境所必须满足的各项要求[54]”的安全要求和“就如何遵守安全要求提出建议和指导性意见，并表明需要采取建议的措施（或等效的可替代措施）的国际共识[55]”的安全导则共同构成。其中一般安全要求第五部分之《放射性废物的处置前管理》、具体安全要求第五号之《放射性废物处置》等标准文件都同放射性废物有关。

四、以国际法规范放射性废物海洋处置的合理性、正当性和必要性

（一）以国际法规范放射性废物海洋处置的合理性

一般认为，国际法的调整对象是国际关系，即国家与国家之间、国家与国际组织之间、国际组织相互之间以及国家和国际组织与其他国际法主体之间的关系[56]。而放射性废物海洋处置的影响具备显著的国际性，其主体也往往属于国际法主体，属于国际法的适用范围。

相较于近地表处置、地质处置以及尚在设想中的太空处置等其他处置手段，放射性废物在海洋进行处置的话，由于放射性废物及其所含的核素直接和海洋生态系统接触，因此海洋处置的跨界性和国际性更加突出。核素在海洋中的扩散会借助如下介质：其一是海水，离子态核素可以通过洋流以及海水的垂直交换和涡动同时在水平和垂直方向发生迁移扩散；其二是生物，海洋生物通过各种途径吸收核素后成为携带者和传播者，将核素带到其他海区；其三是沉积物，作为核素的最终归宿有时也会因为海底热液、生物扰动等原因将核素重新释放回海洋[57]。以日本在福岛事故后的放射性废物处置行为作为典型案例，早在 2013 年就有学者利用拉格朗日示踪物的方式，对日本福岛核污染影响中国和美国近海的影响进行集合统计预测研究，预测表明大约四年时间内来自福岛的核污染物就会对中国和美国近海产生影响[58]。有报道显示，2016 年在加拿大西海岸的三文鱼身上检测出来自福岛排放污水中的放射性

---

52 参见《防止陆源物质污染海洋的公约》附件 A 内容。

53 国际原子能机构.放射性废物处置[M].国际原子能机构:奥地利,2011.

54 国际原子能机构.放射性废物处置[M].国际原子能机构:奥地利,2011.

55 国际原子能机构.放射性废物处置[M].国际原子能机构:奥地利,2011.

56 国际公法学编写组.国际公法学（第二版）[M].高等教育出版社:北京,2018:27.

57 郭皓,杜金秋.海洋核污染与核素迁移[J].海洋开发与管理,2014,31(07):83-86+95.

58 韩桂军,李威,付红丽,张学峰,王喜冬,吴新荣,张连新.日本福岛核污染对中国和美国近海影响的集合统计预测[J].中国科学:地球科学,2013,43(05):846-850.

元素铯-134 也现实地印证了放射性废物海洋处置之影响的国际性和广泛性[59]。

由于放射性废物本身具有一定的危险性和辐射性，对其进行处置的技术和资金要求也比较高，因此往往由一国政府或者国家机构负责人决定放射性废物相关处置活动的组织或是管理事宜。例如日本宣布将向太平洋排放核污水，就是经由日本政府内阁会议做出决议。

1. 放射性废物海洋处置可由国际环境法予以规范

尽管德国国际法学家 Vitzthum Wolfgang 在其所著《国际法》中并不认同国际环境法是一个“独立的国际法领域”抑或是“独立的法律部门”[60]，但伴随着国际环境法律的发展与国际环境问题的凸显，越来越多的学者开始重视国际环境法的地位和作用。王曦教授认为国际环境法是以国家为主要代表的国际法主体在一个国家因利用、保护和改善环境而发生的国际交往中形成的，体现它们之间由其社会经济结构决定的，在利用、保护和改善环境方面的协调意志的，主要调整国际环境法律关系的法律规范[61]。”

向海洋处置放射性废物行为倘若不当，极易造成海洋环境污染等一系列环境损害后果。其中最显著的问题在于无论是经过储存罐冷却的“直接处理”抑或是化学方法的“后处理”的放射性废物，都依然含有高剂量的且衰变时间极长的锕系核素，即便是安全性较高的地质处置手段尚且不能保证长时间不会泄露[62]，更遑论在所有处置手段中安全性较低的海洋处置手段。

2. 放射性废物的海洋处置可由国际原子能法予以规范

目前国际原子能法主要是由国际原子能机构组织牵头或各国自行签订关于原子能利用事宜的国际条约，其调整对象为国际原子能关系，即国际法主体在开发、利用原子能和处置核事故过程中而产生的各种国际关系。因为放射性废物主要来源于核电站等原子能利用设施，所以放射性废物的处置一直是国际原子能法所关注的问题，当然应当包括向海洋处置放射性废物的活动。

（二）以国际法规范放射性废物海洋处置的正当性

为规避国际法责任，处置主体可能会以处置行为“符合环境安全标准”作为抗辩理由——即向海洋排放的放射性废物中的放射性物质含量、放射性强度等指标在“安全标准”之内；或者以处置行为属于“国内事务”作为抗辩理由——即由其陆域向内水或领海排放放射性废物属于一国之国内事务不受国际法管辖。然而基于代际公平理论和国际法调整范围扩大与深入的发展趋势，以国际法特别是国际环境法对放射性废物的海洋处置予以规范具备正当性。

1. 从代际公平角度看

作为国际环境法的可持续发展原则的基本要素之一[63]，代际公平原则理论由 Edith Brown Weiss 教授于 1984 年在《生态法季刊》上发表的题为《行星托管:自然保护与代际公平》的论文中提出，认为人类每一代人都是对后代人的地球权益的托管人，每一代人在开发、利用自然资源方面的权利平等；其中“保存质量原则”作为代际公平的三项基本原则之一，意为每一代人应保持地球生态环境的质量，使下一代有权利享有前代人所享有的那种地球生态质

---

[59] 央视网.加拿大出现遭福岛核污染鱼类[EB/OL]. http://news.cctv.com/2016/12/22/ARTI0zmitvjP4H5aRhr8ws8A161222.shtml,2016-12-22.

[60] Vitzthum Wolfgang Völkerrecht[M].Berlin, Boston:DE GRUYTER,2007.转引自：吴厚盛.试论国际环境法的实施[J].法制与社会,2008(21):38-39.

[61] 王曦.国际环境法[M].北京法律出版社:,2005-05:58.

[62] 袁涛,王晓宇,栗再新,陈志.核废物处理途径的探讨[J].科学技术与工程,2004(10):861-867.

[63] 国际环境法学界一般认为可持续发展原则的四个基本要素是可持续利用、环境与发展一体化、代际公平和代内公平。

量[64]。

代际公平原则要求人类不仅要关注和限制能直接对地球生态环境造成破坏的活动，还要充分考虑某一不会即时产生不利影响的行为经过长期的累积是否会在未来显现出对生态环境的破坏性，并根据这种长期的考虑，具体确定是否应当以及如何对其加以规范。只有这样才能符合代际公平理论的要求，保护后代人的环境权益，真正实现全人类的可持续发展。

基于此，尽管放射性废物的处置者例如日本政府支持的日本东京电力公司以及某些支持日本政府的外国国家，会借口福岛核废水进行海洋处置的排放行为“符合全球公认的核安全标准”[65]，但由于不同种类的放射性废物所含有核素的半衰期区别较大，较长者[66]可达几十年、数百年乃至极端的数十亿年。因此如果不对放射性废物的海洋处置加以规范与限制，长期累积的核污染很可能超过临界值，对生态环境真正造成破坏，进而危害人类后代的生存权利。

2. 从国际法发展趋势看

由于环境污染和生态破坏的影响往往具有全球性，因此目前国际法越来越深入地介入各国国内的环境问题。例如《海洋法公约》就明确要求各个缔约国应根据公约规定的基本原则，制定本国法律和规章以便于更好地控制海洋污染。

基于此，如果福岛核废水处置者提出其系从日本陆源向其本国内水或领海排放的行为属于国内法管辖范围的抗辩理由，也不能阻断或影响国际法对其行为的规范。

（三）以国际法规范放射性废物海洋处置的必要性

1. 从应对全球利用核电的实践需求考量

自 1951 年，美国建成世界上第一座核电站起，核电产业在全球的发展进入快车道。根据国际原子能机构的统计，截至 2019 年 6 月，全球核电装机近 4 亿千瓦，共有 449 台核电机组正在运行，分布在 30 个国家，基本分布在北美洲、欧洲和亚洲，另有 54 台机组在建[67]。美国三里岛核电事故和前苏联切尔诺贝利核电事故等一系列核电事故也为人类敲响警钟。

目前，受核反应堆技术要求等多方面条件限制，全球核电站地理位置分布均以沿海地区为主。由于放射性废物的海洋处置相较其他处置手段成本较低，因此为了避免日后可能出现效仿日本向海洋中排放核污水的现象发生，由国际法规范放射性废物的海洋处置具备现实必要性。

2. 从降低海洋处置放射性废物危害性考量

如果排入海洋的放射性废物没有经过充分处理和稀释，其放射性将会造成海洋水体污染，严重危害海洋环境与海洋生态，极端情况下会使海洋生物出现变异，乃至威胁到人类本身的生存。

在福岛事故中，日本向海洋排放核污水造成环境危害已经显露出来。中国国家海洋局环保司在福岛事故后对公海检测结果显示，样品中全部检验出放射性核素锶-90、铯-137 以及正常情况下海水中无法检验出的铯-134，其中锶-90 和铯-137 等，最高含量分别超过中国海

[64] The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity[J]. Ecology Law Quarterly, 1984, 11(4) : 495-581. 转引自：王曦.论国际环境法的可持续发展原则[J].法学评论,1998(03):73-78.

[65] 详见 https://www.state.gov/government-of-japans-announcement-on-fukushima-treated-water-release-decision/。

[66] 例如福岛核污水中所含的 ^{137}Cs 和 ^{134}Cs。

[67] 龙茂雄.世界核电发展现状与展望[N].中国能源报,2019-09-16(011).

域 10 倍和 300 倍，铯-134 和铯-137 最高含量超过中国海水水质标准，[68]“绿色和平”组织在 2020 年的一次报告中指出，福岛排放的核污水中含有“危险级别的碳-14 元素”，可能会对人类 DNA 造成损害[69]。除了对环境和人类的危害，放射性废物的海洋处置对于经济特别是相关产业的不利影响也不容小觑。例如日本茨城县渔业协会在北茨城市周边海域捕捞的玉筋鱼幼鱼体内检测出每千克 526 贝克勒尔的放射性艳，约 10 倍于食品卫生法标准值。此外，在同一地区捕捞的成年玉筋鱼体内也检测出每千克 4080 贝克勒尔的放射性碘，茨城县渔业协会已要求全县渔民不得捕捞玉筋鱼[70]。日本福岛县渔业、旅游业等相关产业遭受损失。[71]因此只有在国际条约及国际标准规定的范围内，融合技术和科学两个方面，在规定的处置程序、环境影响评价机制、严格监督管理、操作安全、社会可接受度等多方面考虑对放射性废物的海洋处置予以规制。

结束语

作为一种清洁能源，原子能很有可能是未来的出路之所在，在能源、动力乃至国防等领域都发挥出强大的力量，推动人类走向宇宙、走向繁荣。然而原子能的发展也伴随着大量的事故和灾害。事实证明，如果不对人类利用原子能的行为加以规范，最终我们所得到的只有满目的疮痍。福岛事故后，日本政府及日本东京电力公司做出向海洋排放核污水的行为，警醒我们庞大的国际法体系在规范放射性废物的海洋处置问题上还存在着缺失和不足。作为海洋基本法的《海洋法公约》因为对海洋环境保护的保全的规定过于原则性，缺乏应对福岛事故核废水入海的有效应对规定，《伦敦倾废公约》及其 1996 年议定书因规定的语焉不详，似乎并未绝对禁止一切放射性废物向海洋排放的行为，而仅对一定浓度或标准的放射性污水排放予以禁止。已有涉及环境及原子能领域的国际条约要么存在公约本身适用范围受限、要么未对因发生核设施事故导致的核废物处理问题作出具体性、针对性规定。因此针对日本福岛核污水海洋处置或类似放射性废物的海洋处置的规制，还需要通过修订现有国际条约，例如《伦敦倾废公约 1996 年议定书》或者创设新的针对性地规范放射性废物的海洋处置的国际条约作为未来国际法规范的路径。都是未来国际社会应该关注并大力推进的关切事项。相信在国际社会关注并大力推进之下，伴随着相关国际法律机制的逐步完善，在未来放射性废物的海洋处置方面应当受到国际法充分地规范和严密地监管。原子能，是开启人类未来的钥匙，而这把威力无穷的钥匙更应当妥当保存在法律的“保险箱”之中。

【参考文献】

[1]国际公法学编写组.国际公法学（第二版）[M].高等教育出版社:北京,2018:27.

[2]王曦.国际环境法[M].北京法律出版社:,2005-05:58.

[3]国家海洋局科技司,辽宁省海洋局,严宏谟主编.海洋大辞典[M].辽宁人民出版社:沈阳,1998-06:149.

[4]国际原子能机构.放射性废物处置[M].国际原子能机构:奥地利,2011.

[68] 王少鹏,鲁振声.论日本福岛核泄漏对我国造成的影响[A]. 辽宁省法学会海洋法学研究会.辽宁省法学会海洋法学研究会 2016 年学术年会论文集[C].辽宁省法学会海洋法学研究会:辽宁省法学会海洋法学研究会,2017:9.

[69] Shaun Burnie.The reality of the Fukushima Radioactive water crisis[R/OL]. https://www.greenpeace.org/static/planet4-japan-stateless/2020/10/5e303093-greenpeace_stemmingthetide2020_fukushima_radioactive_water_crisis_en_final.pdf.2010-10.

[70] 王曼琳,夏治强.日本福岛核泄漏事件的环境危害与思考[A].中国环境科学学会.2011 中国环境科学学会学术年会论文集（第四卷）[C].中国环境科学学会:中国环境科学学会,2011:5.

[71] 刘春燕.核污水排海对日本经济影响几何[EB/OL]. http://dz.jjckb.cn/www/pages/webpage2009/html/2021-04/14/content_73168.htm,2021-4-14.

[5]孙菲.核辐射阴霾仍旧笼罩福岛[J].生态经济,2017,33(05):2-5.

[6]彭丹妮.百万吨核污水　日本真要倒入太平洋？[J].科学大观园,2020(22):52-55.

[7]王政,伍浩松,赵宏.东电发布报告　介绍福岛放射性污水处置方案[J].国外核新闻,2020(04):23-25.

[8]智晓敏,郑光峰.日本拟将核污水排入太平洋[J].生态经济,2020,36(12):1-4.

[9]郁志荣.日本排放福岛第一核电站低放射性污水入海的法律责任辨析[J].海洋开发与管理,2011,28(10):69-73.

[10]段小松.论国际海上核污染法律制度的完善——以日本海上核污染为例[J].特区经济,2011(10):249-251.

[11]岳宗凤,李小辉.从日本核泄漏看国际机制的缺失[J].理论观察,2018(06):80-82.

[12]黄永锋,许紫洋.放射性废物处置研究进展[J].化工设计通讯,2017,43(02):105+122.

[13]易树平,马海毅,郑春苗.放射性废物处置研究进展 [J].地球学报,2011,(5)：592－600.

[14]郭皓,杜金秋.海洋核污染与核素迁移[J].海洋开发与管理,2014,31(07):83-86+95.

[15]韩桂军,李威,付红丽,张学峰,王喜冬,吴新荣,张连新.日本福岛核污染对中国和美国近海影响的集合统计预测[J].中国科学:地球科学,2013,43(05):846-850.

[16]那力.从国际环境法看国际法及国际法学的新发展[J].法学评论,2009,27(06):65-71.

[17]袁涛,王晓宇,栗再新,陈志.核废物处理途径的探讨[J].科学技术与工程,2004(10):861-867.

[18]王曦.论国际环境法的可持续发展原则[J].法学评论,1998(03):73-78.

[19]吴厚盛.试论国际环境法的实施[J].法制与社会,2008(21):38-39.

[20]傅云琪.核废料处理的国际法制度研究[D].华东政法大学,2016.

[21]王晓峰. 国际法视阈下的海洋垃圾污染问题研究[D].浙江大学,2017.

[22]高之国,钱江涛.日本福岛核废水排海涉及的国际法原则和问题[A].中国海洋法学会2020 年学术年会论文集[C].北京:中国海洋法学会,2020.621-631.

[23]王少鹏,鲁振声.论日本福岛核泄漏对我国造成的影响[A]. 辽宁省法学会海洋法学研究会.辽宁省法学会海洋法学研究会 2016 年学术年会论文集[C].辽宁省法学会海洋法学研究会:辽宁省法学会海洋法学研究会,2017:9.

[24]王曼琳,夏治强.日本福岛核泄漏事件的环境危害与思考[A].中国环境科学学会.2011中国环境科学学会学术年会论文集（第四卷）[C].中国环境科学学会:中国环境科学学会,2011:5.

[25]新华社.日本政府正式决定：福岛第一核电站核污水经过滤并稀释后将排入大海[EB/OL].http://www.xinhuanet.com/2021-04/13/c_1127322422.htm.,2021-4-13.

[26]中新网.日本回应排放核污水质疑：尚未造成跨国影响[EB/OL].https://www.chinanews.com/gj/2011/04-05/2952453.shtml,2011-4-5.

[27]央视网.加拿大出现遭福岛核污染鱼类[EB/OL].http://news.cctv.com/2016/12/22/ARTI0zmitvjP4H5aRhr8ws8A161222.shtml,2016-12-22.

[28]龙茂雄.世界核电发展现状与展望[N].中国能源报,2019-09-16(011).

[29]新华社.日本福岛县海域鱼类因放射性物质超标被禁止上市[EB/OL].http://m.xinhuanet.com/2021-04/20/c_1127349237.htm.,2021-4-20.

[30]环球网.日本决定将福岛核废水排入大海　多方担忧关切[EB/OL].https://world.huanqiu.com/article/42hZIyhfyPR,2021-4-13.

[31] 刘春燕．核污水排海对日本经济影响几何 [EB/OL]. http://dz.jjckb.cn/www/pages/webpage2009/html/2021-04/14/content_73168.htm,2021-4-14.

[32]Shaun Burnie.The reality of the Fukushima Radioactive water crisis[R/OL]. https://www.greenpeace.org/static/planet4-japan-stateless/2020/10/5e303093-greenpeace_stemmingthetide2020_fukushima_radioactive_water_crisis_en_final.pdf,2010-10.

闭海或半闭海制度下渔业合作的模式

郭婧　厦门大学南海研究院

摘要：近年来，南海的矛盾与争端愈演愈烈，使得南海地区的渔业合作更是遥遥无期。为探求南海渔业合作的新起点、新路径，从闭海或半闭海制度入手，通过分析包括里海、地中海、加勒比海、北冰洋、北海在内的闭海或半闭海区域的渔业合作模式，针对南海目前的渔业合作现状与国际形势，探求未来南海渔业合作的模式选择，并对模式的开展提出一系列的建议。

关键词：闭海或半闭海；渔业合作模式；南海；渔业委员会

闭海或半闭海制度是联合国海洋法公约所创立的制度，其考虑到闭海或半闭海区域特殊的地理位置而可能导致的资源争夺和主权争议的情形，而鼓励闭海或半闭海区域的国家通过一系列的合作促进资源的共同利用与减少国际冲突。从目前的实践来看，在渔业合作方面，不少闭海或半闭海区域的渔业合作已经有了一定的模式选择，包括地中海以一个区域组织为主，其他区域组织为辅的模式、以及加勒比海以多个区域组织共同管理的模式等。上述的闭海或半闭海区域渔业合作模式的选择与开展将对之后其他闭海或半闭海区域的渔业合作具有一定的启示与借鉴作用。南海争端由来已久，近来更是冲突不断，渔业合作遥遥无期。当前南海的渔业合作仅在一些双边与多变协定中有所体现，但尚无有效的区域渔业管理组织进行管理，使得南海的渔业资源无法充分有效利用，南海的不合法捕捞行为也无法得到规范管理，长此以往不仅将是南海的损失，也是周边国家的巨大损失。考虑到南海其符合闭海或半闭海区域的特征，联合国海洋法公约也明确鼓励闭海或半闭海区域开展渔业合作，通过分析相关闭海或半闭海区域的渔业模式选择，以期对南海渔业合作模式的选择与开展有一定借鉴意义。

接下来，笔者将首先分析闭海或半闭海制度，包括闭海或半闭海制度的定义与其关于区域合作的规定。之后将分析相关的区域渔业合作模式选择与现状，包括北冰洋、地中海、加勒比海等。通过上述的区域渔业合作模式，结合南海的渔业合作现状，分析当前南海渔业合作的模式选择，并探讨其模式的开展。

一、闭海或半闭海制度

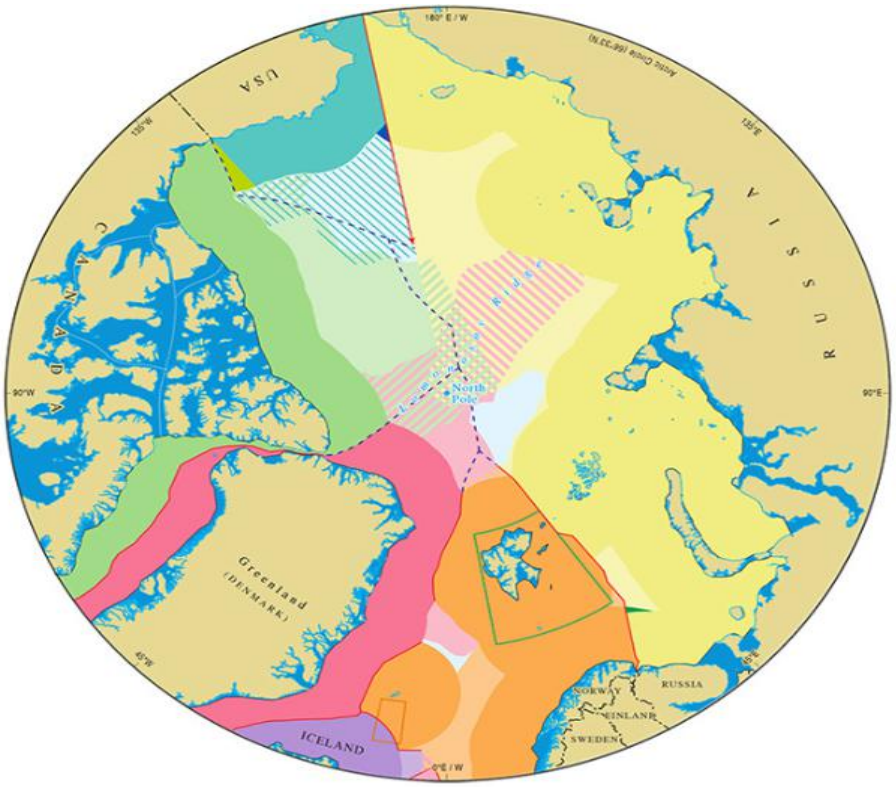
（一）定义

《联合国海洋法公约》第 122 条明确规定了闭海或半闭海区域的定义。UNCLOS 第 122 条规定：“为本公约的目的，‘闭海或半闭海’是指两个或两个以上国家所环绕并由一个狭窄的出口连接到另一个海或洋,或全部或主要由两个或两个以上沿海国的领海和专属经济区构成的海湾、海盆或海域。”[1]根据这一规定，闭海或半闭海区域的判断需要满足两个条件，第一个条件是一个必要条件，即闭海或半闭海区域必须要满足的条件，无一例外，第一个条件是这个区域必须有两个或两个以上的国家。第二个条件是一个选择条件，这个条件中有两个要求，只要满足其中的一个要求就能称之为闭海或半闭海区域，第一个要求是由一个狭窄的出口连接到另一个海或洋，第二个要求是全部或主要由领海和专属经济区构成的海湾、海盆或海域。

[1] 联合国海洋法公约，https://www.un.org/zh/law/sea/los/，最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。

根据上述规定，世界上主要的闭海或半闭海包括: 地中海、黑海、波罗的海、北海、墨西哥湾、加勒比海、鄂霍次克海、白令海、安达曼海、日本海、亚丁湾、波斯湾、红海、西里伯斯海以及东海、南海等。[2]这些海域是没有争议的闭海或半闭海，其中地中海、北海、加勒比海、南海是本文接下来会讨论的海域，本文还将讨论北冰洋以及里海，这两个海域是否属于闭海或半闭海仍有一定的争议。

北冰洋是否属于闭海或半闭海？从地理方面来看，北冰洋由两个以上国家环绕, 通过狭窄的出口与其他的海或洋相连。比如白令海峡、丹麦海峡、纳斯海峡和戴维斯海峡, 尽管其中有些海峡相对于直布罗陀海峡或马尔摩一哥本哈根海峡来说是很宽阔的，但与北极区的面积成比例来看, 它们还是明显狭窄的。[3]因此从地理特征来看，北冰洋应属于半闭海。同时，从一张由英国杜伦大学制作的地图标示出了北极区的各种边界，[4]下图可以看出，北冰洋大约四分之三的水面由美国 、加拿大、挪威、丹麦、冰岛和俄罗斯的专属经济区所覆盖。四分之三足以符合 《公约》中“ 主要”由领海和专属经济区覆盖这一定义吗？



为探究这一问题，我们先从制度上对《公约》关于闭海或半闭海的规定入手，首先，《公约》关于闭海和半闭海的定义具有很大的延展性。从封闭程度来看，根据 1982 年《公约》中明确表达的定义, 并考虑到其周长的 75%都被大陆或岛屿从公海分离出来的事实 , 加勒比海是一良好的半闭海例子。[5]75%这个统计数值是某种精确的标准吗？不见得，正好相反上述引证似乎暗示着闭海和半闭海的概念必然包含定程度的主观性也就是说对地图上一个

[2]]Lewis M.Alexander.Regionalism and the law of the sea: The case of semi‐enclosed seas[J]OceanDevelopment & International Law,1974,2(2):151-186.
[3] Joshua Owen.闭海和半闭海制度——北冰洋是半闭海吗？[J]中国海洋法学评论 2013,(2):193-218.
[4] 下载于 http://www.dur.ac.uk/resources/ibru/arctic.pdf,最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。
[5] Extracted from a more extensive list within Major Issues in the Management of Enclosed or Semi-Enclosed Seas,with Particular Reference to the Carribbean Sea,LC/CAR/L..24,United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean(November 2004),p.2,at http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/20811/L0024.pdf.最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。

给定的海的地理特征进行考察判断其为闭海或半闭海还是公海具有主观经验性在判断一个海是公海而不是半闭海这点上并没有个能够很容易用语言或公式表达清楚的界线，经过再三考虑闭海和半闭海的严格定义可能实际上无法充分适应地球上诸多海洋复杂多样的情况。那么一个海必须要多大程度上处于国家主权范围内才能被视为主要由领海和专属经济区所构成，五分之四 、四分之三或甚至是三分之三，同样这些问题是公约等重要基础性条约不会回答的，更确切地说在需要的情况下这样的问题应当由国家实践或司法手段加以解决。在国家实践上，大部分北极管理权已经落在少数几个北极沿岸国家手中。 1996 年, 北极理事会通过《渥太华宣言》成立, 其宗旨是：（1）在北极原住居民和其他北极居民的参与下, 在一些共同的北极问题上, 尤其是北极地区的可持续发展和环境保护问题上, 提供一种促进北极国家之间合作、协调与互动的方法；（2）监督和协调根据北极环境保护战略的北极监督与估计划所建立的项目，北极动植物保护、北极海洋环境保护、做好应急防治、准备和响应；（3）采纳有借鉴作用的条款, 监督和协调可持续发展计划；（4）传播信息、鼓励教育, 以及促进在北极相关问题上的利益。[6]这些目标与地中海、波罗的海和加勒比海的政府间管理机构的目标非常相似 。

其次，闭海和半闭海制度本质上是劝导性的。从《公约》的原文可以看出[7]，世界知名海洋法专家 Nandan 先生和 Ronsenne 教授指出，在这一条款拟定的立法史中，确实存在过把“合作”规定为一项“义务”的提案，但经过多方讨论后，此提案最终并未得到采纳。最大的改变是把严格义务的言辞“必须合作”（shall cooperate）改为一种规劝,规定各国“应合作”（should cooperate）以及“应尽力”（shall endeavor）协调第（a）到（d）项所列举的活动。鼓励各国在行使权利和履行义务方面进行合作。[8]因此，《公约》的规定说明要求各国在(a)、(b)、(c)、(d)四项内对合作应该进行努力，但是最终能不能达到最后的合作是《公约》并不强求的。并且，《公约》并没有规定遵守该条款的激励措施或者违反该条款的惩罚机制，如果一个国家认定最符合其利益的做法是不合作, 那么延迟或者躲避合作也并不会招致严重后果。[9]

最后，《公约》条款的目标是加强对闭海和半闭海的保护, 不授予沿岸国过多的权力。在《公约》的谈判过程中，各国均明确表示在行使有关闭海和半闭海区域治理的权利时，不会侵犯航行自由。任何闭海和半闭海制度的指导原则都会在不损害自由航行、海洋科学研究或者其他传统海事自由的前提下进行有效管理。建立闭海和半闭海的制度只是为了改善区域治理, 并不会减损传统的海事自由，因此，反对北冰洋适用半闭海制度是没有根据的。

里海是否属于闭海？从下图可以看出，里海由两个或两个以上国家环绕，同时，根据资料显示，里海东西平均宽度 320 千米（约 64 海里）[10]，因此，其全部或主要由两个或两个以上沿海国的领海和专属经济区构成，满足《公约》关于闭海的规定。

---

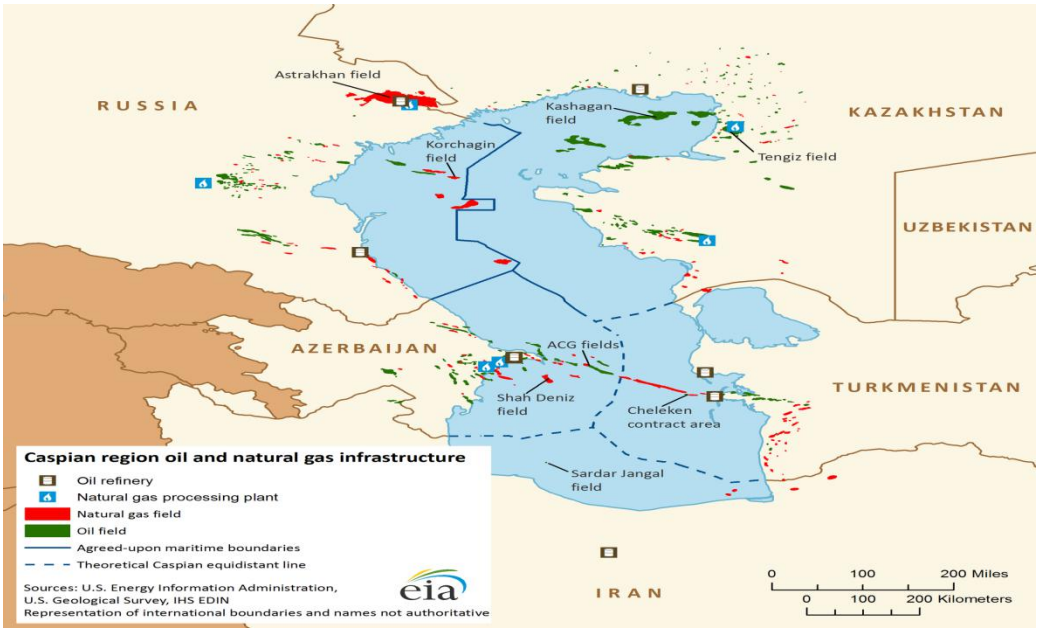
[6] 1996 Ottawa Declaration on the Establishment of the Arctic Council,at http://arctic-council.org/filEarchive/Declaration%20on%20the%20Establishment%20of%20the%20Actic%20Council-1.pdf,最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。

[7] 公约原文：Article 123:”Co-operation of States bordering enclosed or semi- enclosed seas States bordering an enclosed or semi-enclosed sea should cooperate with each other in the exercise of their rights and in the perfor mance of their duties under this Convention. To this end they shall endeavour, directly or through an appropriate regional organization:(a)、(b)、(c)、(d).....”

[8] Satya N.Nandan and Shabtai Rosenne(ed.),United Nations Convention on the Law of the sea 1982:A Commentary,Volume III[M].Martinus Nijhoff,1995:362,364,345.

[9] Joshua Owen.闭海和半闭海制度——北冰洋是半闭海吗？[J]中国海洋法学评论 2013,(2):193-218.

[10] https://baike.baidu.com/item/里海/310941?fr=aladdin,最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。



（二）区域合作的规定

在闭海或半闭海，沿岸国将面临海洋空间与海洋资源争夺的问题。在海洋空间上，沿岸国为了主张完整的 200 海里专属经济区和大陆架，甚至在某些情况下为了主张完整的 12 海里领海，将不得不与相向或相邻的国家发生主张上的重叠。在海洋资源上，沿岸国之间要分享同样的水体用于陆地污水排放，以及相同的海洋资源体，包括生物和非生物，用于其生产和经济发展。因此，从某种意义上说，闭海或半闭海的沿岸国进行合作，是基于这种海域的特殊地理特征之考量，任何沿岸国在这一区域的活动都直接可能影响到其他沿岸国的权利和义务，因此需要各沿岸国进行合作。

UNCLOS 第 123 条明确规定了闭海或半闭海区域的合作。根据 UNCLOS 第 123 条规定：“闭海或半闭海沿岸国在行使和履行本公约所规定的权利和义务时，应互相合作。为此目的，这些国家应尽力直接或通过适当区域组织：（a）协调海洋生物资源的管理、养护、勘探和开发；（b）协调行使和履行其在保护和保全海洋环境方面的权利和义务；（c）协调其科学研究政策,并在适当情形下在该地区进行联合的科学研究方案；（d）在适当情形下,邀请其他有关国家或国际组织与其合作以推行本条的规定。”[11]根据这一规定，闭海或半闭海区域的合作是符合公约订立目的，且其（a）项内容更是为闭海或半闭海渔业合作提供了理论依据。

《鱼类种群协定》也对闭海或半闭海有相关规定。《鱼类种群协定》第 15 条：“各国在闭海或半闭海执行本协议时，应考虑到有关闭海或半闭海的自然特征，并应以符合《公约》第九部分和《公约》其他有关规定的方式行事。”同时，根据《鱼类种群协定》第 7 条第 2 款，该协定实质上对上述问题采取的方法是在鼓励区域合作的同时，要求“为公海订立的和为国家管辖地区制定的养护和管理措施应互不抵触”。[12]换言之，区域渔业管理组织为公海规定的养护和管理措施将与沿海国的措施相一致。

二、闭海或半闭海已有渔业合作模式

[11]联合国海洋法公约，https://www.un.org/zh/law/sea/los/，最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。
[12] 联合国鱼类种群协定，https://baike.baidu.com/item/联合国鱼类种群协定/19510403?fr=aladdin,最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。

（一）划界基础上的渔业合作

1、里海

根据《里海法律地位公约》，确立了里海开发与治理的原则，即“ 尊重各国主权、领土完整、独立和主权平等 ” 。阐明了里海特殊的法律地位，将其确定为“ 陆地包围的水体 ”，即非“ 海”非“ 湖 ” 。规定了各个国家拥有 15 海里的领海以及额外 10 海里的“ 专属渔业区 ”，其余海面属于五国共有。非里海国家不得在里海驻扎军队，里海国家不得提供本国领土给第三国从事危害其他里海国家的军事行动，非里海国家舰船不得进入里海。沿岸国家在里海进行军事建设时需考虑其规模的合理性及其他里海国家安全利益，以使沿岸各国驻扎在里海的军队规模保持平衡。[13]削弱了美国等西方国家介入里海地区事务，也有助于降低区域地缘形势的复杂度与敏感度。

《里海法律地位公约》的颁布，明确了里海水域的法律地位，使得各国在划界基础上开展渔业合作。

（二）未划界的渔业合作

1、区域渔业组织主导模式

（i）地中海——一个渔业组织为主，其他渔业组织为辅

地中海区域渔业合作的模式是以一个渔业组织为主，其他渔业组织为辅。地中海区域有三个主要的渔业管理机构: 地中海渔业委员会（GFCM）、养护大西洋金枪鱼国际委员会（ICCAT）、欧盟专门负责渔业的协作部门。地中海渔业一般委员会对地中海渔业统筹管理，涉及包括金枪鱼在内的大型中上层鱼类的管理交给养护大西洋金枪鱼国际委员会或是与其合作管理。欧盟主要负责位于地中海成员国的共同渔业政策，建议性战略决策而不是从事任何直接渔业管理。只适用于欧盟成员国（地中海的七个国家），无权管制来自中东和非洲的邻国的捕鱼活动，管理具有区域性。[14]

同时，根据《地中海一般渔业委员会条约》第 3 条“第 3 条功能：1. 委员会之目的应系促进发展、保育、合理管理及最佳利用海洋生物资源暨区域内之可持续发展养殖，及为此目的，委员会应有下述之功能和责任：• 审视资源状况，包括其丰裕量及开发利用之程度，暨利用该资源的各种渔业之状况；• 依第 5 条条款规定，厘订及建议适当的措施：i. 为保育及合理管理海洋生物资源目的，包括下列措施（打击 IUU）：－规范渔法和渔具；－个别或特定鱼种之最小可捕捞体长规定；－设立开放及禁止捕捞之季节和区域；－规范会员国间之总允许捕捞量及渔获努力量和配额。ii. 执行上述这些建议；• 审视捕捞产业之经济及社会状况及建议促进相关发展之措施；• 适当地鼓励、建议、协调，以采取渔业所有层面之训练推广活动；• 适当地鼓励、建议、协调，以采取研究与发展活动，包括渔业范围之合作计划和海洋生物资源之保护；• 收集、发行或传播有关利用海洋生物资源渔业之信息；• 促进海洋及盐水养殖和加强沿岸渔业之方案；• 为实现前述界定之目的，必要时得执行之其他活动；2. 在厘订及建议前述第(1)款(b)项之措施时，委员会应适用预警途径作成保育和管理措施，及同时也考虑可利用的最佳科学证据及促进海洋生物资源发展和适当利用之必要性。”[15]

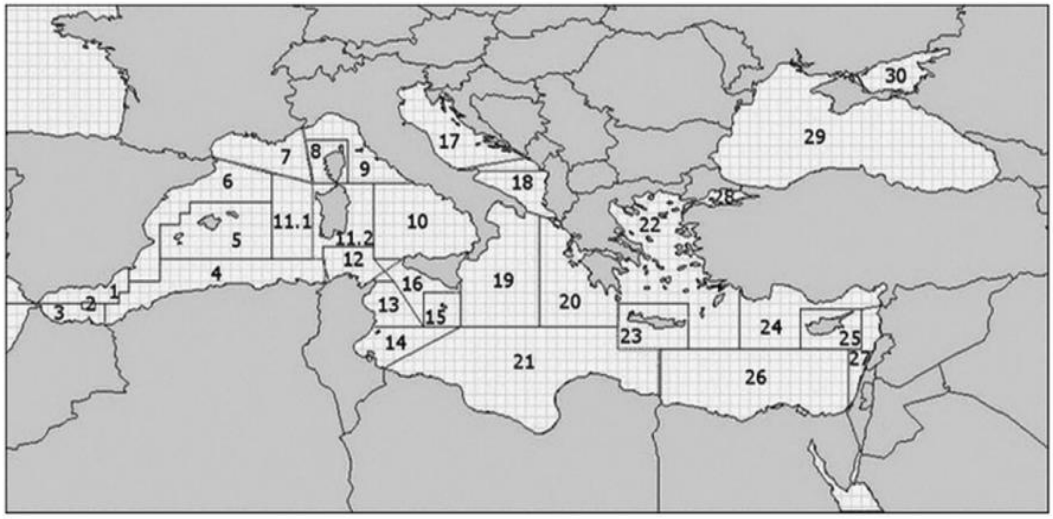
同时，地中海渔业合作还进行分区域网络制度。地中海委员会建立渔业研究和管理“分

[13] 焦一强.《里海法律地位公约》的签署及其影响[J].国际问题研究,2019,(1):107-138.

[14] 李聆群.南海渔业合作：来自地中海渔业合作治理的启示[J].东南亚研究,2017,(4):114-156.

[15] GFCM”Amendments to the Agreement and Rules of Procedure of GFCM”,GFCM22nd Session,Rome,Italy, 13-16 October 1997,http://www.fao.org/docrep/MEETING/005/W6063E.HTM,最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。

区域网络”，分区域数据收集，共同识别数据。合作项目包括支持亚得里亚海负责人渔业的合作、支持东地中海负责人渔业的科学和制度合作等。[16]合作项目由相关国家支持，从一开始所有相关国家、欧共体和地中海委员会都参与，成效显著。[17]



（ii）加勒比海——多个渔业组织合作模式

加勒比海的渔业合作主要是多个渔业组织合作的模式，主要是两个渔业组织：加勒比区域渔业组织（CRFM）和中美洲渔业水产组织（OSPESCA）。中美洲渔业水产组织（OSPESCA）主要由中美洲大陆的洪都拉斯、尼加拉瓜、巴拿马等 8 个国家组成，管辖的水域范围不仅包括了成员国的专属经济区、还有领海、内水等。加勒比区域渔业组织（CRFM）是加勒比海东部沿岸国（或岛屿国）组成的区域渔业协调机制，目前有 16 个成员，大部分是加勒比海岛国。管辖范围包括了成员国的内水、领海、专属经济区和大陆架的渔业资源 ；在符合《海洋法公约》的条件下，加勒比区域渔业组织也负责国家管辖权之外关于跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的养护与管理。两个渔业水产组织之间较多的合作，已经涉及到加勒比海域生物资源养护与开发的大部分领域。

值得注意的是，中美洲渔业水产组织不能通过对外国船舶许可捕捞渔业资源而为该组织创造经济来源，它只能依靠成员国的出资和它所执行的计划来支持。而中美洲渔业水产组织的成员国主要是小型发展中岛国，因此中美洲渔业水产组织面临着资金不足的难题，维持其机制的稳定发展有一定的困难。[18]

2、混合模式

（i）北冰洋——区域渔业组织与多边协定相结合

北冰洋渔业合作最具有代表性的协定是《防止北冰洋中部公海无管制渔业活动协定》，[19]该协定于 2018 年 10 月在格陵兰岛由美国、俄罗斯、加拿大、挪威、丹麦、冰岛、中国、日本、韩国和欧盟十方代表正式签署通过。协定旨在通过预防性养护和管理措施来预防中北冰洋公海区域的无管制的捕鱼活动，该协定确立了未来 16 年在中北冰洋公海禁止商业捕捞

[16] 有关各项计划的详细内容[EB/OL],可参阅地中海渔业一般委员会网站,http:www.gfcm.org/gfcm/topic/16108/en,最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。
[17] See Caminas J.A.,Mannini P.,Massa F.,Robles R.,Regional cooperation in the Mediterranean fisheries[C],in Basurco B,(ed.),The Mediterranean fisheries of CIHEAM member countries,Zaragoza,Spain,4 February 2008:[5].
[18] Milton O.Haughton,Robin Mahon,Patrick McConney,G.Andre Kong&Anthony Mills,Establishment of the Caribbean Regional Fisheries Mechanism[J].Marine Policy,2004,28:359,357.
[19] 白佳玉，王琳祥.中国参与北极治理的多层次合作法律规制研究[J].河北法学，2020,(38):66-79.

活动，待 16 年期满后，如果没有任何一个缔约方反对，则协定自动延期 5 年。[20]

北冰洋渔业合作还有一些双边与多边协定，双边协议包括：挪威一苏联（俄罗斯）渔业事务合作协议、格陵兰（丹麦）一挪威共同渔业关系协议、格陵兰（丹麦）一俄罗斯共同渔业关系协议、美国一苏联（俄罗斯）共同渔业关系协议等。多边协议包括：《东北大西洋渔业协定》、《保护东北大西洋海洋环境公约》等。

同时北冰洋还有许多的区域渔业管理组织。涉及北极海域的区域渔业管理组织，大致可以分成两类：一类是明确规定适用于北极部分海域的；一类是没有明确表示适用于相关北极海域的。

第一类区域渔业管理组织有:西北大西洋渔业组织(NAFO)、东北大西洋渔业委员会(NEAFC)、北大西洋鲑鱼养护组织(NASCO)、北太平洋溯河渔业委员会(N PAFC)、国际太平洋鲽鲹渔业委员会 (IPHC)等。除此之外 ,在白令海 ,除中西太平洋渔业委员会(WCPFC)外 ,在该海域还存在 2 个双边协定和 2 个多边协定:1953 年《北太平洋鲽鲹渔业公约》、1985 年《美国和加拿大政府间关于太平洋鲑鱼条约》 ;1992 年《北太平洋溯河鱼类种群养护公约》与 1994 年《中白令海狭鳕资源养护与管理公约》。它们分别针对鲑鱼、鳕鱼、鲽鲹等特定鱼类资 源 。

第二类区域渔业管理组织有:中西太平洋渔业委员会(WCPFC)、大西洋金枪鱼委员会(ICCAT)。根据《有关养护与管理中西太平洋高度洄游鱼类种群公约》第 3 条和《养护大西洋金枪鱼国际公约》第 1 条, 这两个金枪鱼组织还没有确定具体北部界限。因此,如果在太平洋和大西洋两大洋的北极海域出现金枪鱼资源,则这两个组织将可以对此海域制定与实施相关的养护管理措施。因此，可以认为全球气候变暖导致这些高度洄游鱼类种群向北迁移, 则 WCPFC 和 ICCAT 会将其实际管辖范围延伸到北极海域。[21]

北冰洋渔业合作还体现了抵御域外势力的决心。2014 年北极五国针对中北冰洋公海渔业达成一系列的临时安排，除了组建中北冰洋公海区域性渔业开发与管理的组织，还通过一系列的中北冰洋公海渔业会议试图向其他国家和国际组织推广北极五国制定的临时安排，以达到排斥他国和国际组织涉入的目的。[22]

(ii)北海——区域组织与国家相结合

随着 200 海里专属经济区的建立，北海完全属于沿海国渔业管辖范围。除了挪威以外的国家，渔业管理和养护措施都属于欧盟管辖范围，实际上北海成为挪威和欧盟双边管辖的海域。[23]双方已经开展了一系列的渔业合作，包括 1980 年欧盟和挪威签订协定，确定了双方各自可利用的渔业资源。2014 年欧盟与挪威就北海海域鳕鱼捕捞配额问题达成协议。[24]2016 年挪威和欧盟针对北海海域渔业捕捞签订了双边协议，协议规定，双方将共享北海海域的鲱鱼、真鳕、绿青鳕和牙鳕的捕捞配额。[25]2017 年欧盟与挪威已同意在北海和斯卡格拉克海

[20] Pew Charitable Trusts:Timeline:Toward a Fisheries Agreement for the International Water of the Central Arctic Ocean.http://www.pewtrusts.org/en/projects/arctic-ocean-international/solutions,accessed 12 Marc h,2018.

[21]唐建业，赵嵌嵌.有关北极渔业资源养护与管理的法律问题分析[J].中国海洋大学学报，2010，(5):11-15.
[22] 赵宁宁、欧开飞：《冰岛与北极治理》，载《欧洲研究》，2015 年第 4 期。
[23]Chris Whomersley , Regional Cooperation in the North Sea under Part ix of the Law of the SeaConvention ,THE INTERNATIONAL JOURNAL OF MARINE AND COASTAL LAW 31 (2016) 3 3 9 - 3 5 8
[24] http://www.shuichan.cc/news_view-178847.html,最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。
[25] http://www.shuichan.cc/news_view-305443.html，最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。

峡的主要鱼类资源配额商议，其中包括减少 20%的鲭鱼配额和 30%的鲱鱼配额等。[26]

2017 年英国脱欧，使得北海的渔业合作由之前的两方关系，转变为三方关系，即北海的渔业合作主要在于挪威、欧盟与英国三方之间的合作。而英国渔民拥有北海鳕鱼约一半的配额，英国的脱欧将带走大额的捕捞配额，对欧盟而言是相当大的冲击。[27]目前，尚无三方之间有关渔业合作的进展，期待今后，欧盟、挪威与英国之间在北海开展的一系列渔业合作。

三、南海渔业合作模式

（一）现状

南海的渔业合作模式以双边合作为主，包括签订双边协定和划定共同渔业区。例如 2004 年 9 月，中国和菲律宾签署了 《中华人民共和国农业部和菲律宾共和国农业部渔业合作谅解备忘录》，双方决定在渔业领域开展层次更深、范围更广的合作。2006 年，菲律宾和印度尼西亚签署备忘录协议，将两国间的渔业合作协议延长至 2011 年。在备忘录中，双方承诺为促进共同开发海域中的渔业可持续发展，将提高在渔业资源保护方面的合作。2004 年 4 月中越划定了面积较大的两国渔船都可进入的跨界共同渔区，几乎涵盖了北部湾大部分中高产渔区，时限 15 年等。[28]

目前南海尚无专门针对渔业资源的渔业管理组织。[29]亚太渔业委员会（APFIC）职能范围覆盖海洋和亚太地区的内陆水产资源，但实际效用非常有限。世界粮农组织在 1996 年的报告中甚至建议终止亚太渔业委员会。[30]东南亚渔业发展中心（SEAFDEC）是从事南海区域远洋渔业研究的唯一有效的多边机构。然而，其项目注重科研，特别是重在中上层鱼类资源。[31]中西太平洋渔业委员会（WCPFC）则是专门为管理保护在西部和中部太平洋地区的高度洄游鱼类种群而创建的。其职能只有当监管或有针对性的鱼类种群迁徙到这个地区时才覆盖到南海。事实上，它对南海渔业合作几乎没有影响。[32]

（二）模式选择

根据南海目前的情势状况，笔者主张南海渔业合作应当在未划界基础上合作，并且实施由一个区域组织管理的模式。主张南海在未划界基础上合作原因如下：首先，区域矛盾日益升级，划界难度大。2020 年 7 月 13 日，美国国务卿蓬佩奥发表所谓“美国就南中国海海洋权利主张的立场”的声明，妄议中国南海主权，甚至宣称要拒绝中国的“海上帝国”。其措辞之强烈，立场之突出，让全球舆论哗然。随后，美海军“双航母”打击群再现南海，此外，美军侦察机多次抵近中国海岸实施侦察，让近来并不平静的南海局势愈发紧张。密集对中国抵近侦察，炫耀武力、渲染紧张、鼓动对抗,千方百计在南海挑动是非、兴风作浪，是美国长期以来在南海的“套路”。在全球政治和经济秩序因新冠疫情而面临重塑的非常时期，美

[26] https://www.sohu.com/a/210161015_421212，最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。
[27] 张云霞.英国脱欧将使欧盟渔业付出沉重代价[J].水产科技情报，2016，43（5）：243.
[28] 陈明宝.南中国海区域渔业资源合作开发机制研究[J].亚太经济,2012,(3):115-120.
[29] 张宏洲.理解南海渔业合作的目标和路径.云大地区研究，2019，（1）：75-99，166-167.
[30] S. H. Marashi，The Role of FAO Regional Fishery Bodies in the Conservation and Management ofFisheries，
Rome: FAO，1996.
[31] Pakjuta Khemakorn，Sustainable Management of Pelagic Fisheries in the South China Sea Region. New York: United Nations，2006，http: / /www. un. org /depts/los/nippon /unnff _ programme_ home/fellows_pages/fellow
s_ papers/khemakorn_ 0607_ thailand. pdf.
[32] Nien Tsu Alfred Hu，“Semi-enclosed Troubled Waters: A New Thinking on the Application of the 1982 UNCLOS Article 123 to the South China Sea”.

国除了采取了贸易战、媒体战、科技战等一连串对中国实施打压的手段，此次又在南海问题上公然对中国指名道姓，大放厥词。使得南海的矛盾愈加突出。[33]

其次，外溢效应的影响。马里奥·泰洛在《国际关系理论》中阐述了外溢效应，即国家之间通过具体的、跨国性的技术和专业合作推动某些议题的去政治化和实现冲突的中立化，从而实现国家利益的融合和趋同。[34]如葛红亮和鞠海龙指出:“在各国官方推动渔业合作的同时，建立 ‘自下而上’、基础稳固的南海地区渔业合作与管理机制和推动南海地区渔业资源 ‘共同开发’稳步向前发展将有助于地区互信机制的建立。”[35]其实，这也是官方层面的普遍共识。比如，中国外交部边海司司长易先良曾表示，包括海洋环保、海洋科学研究、海上航行和交通安全、搜寻与救助、打击跨国犯罪等领域，“这种合作不是为了其他人，而是直接关系到各国实实在在的利益，直接影响到各国人民的福祉。此外，这类合作与领土或海洋管辖权争议性质不同，不应受到相关争议的阻碍。事实上，这类合作还可以有效缓和争议，并为争议的最终解决创造良好氛围。”[36]理论和实践也基本表明，在渔业等低政治问题上进行有效合作，可以为争端国家以后在高政治问题 (比如领土问题) 的合作提供所需的战略信任。[37]因此，南海地区的国家从政治敏感性低、操作相对简单以及享有共同利益的渔业问题开始合作是明智的。

主张由一个区域组织管理的原因如下：首先，南海与其他闭海半闭海的实际情况不同。南海与北冰洋的实际情况不同，南海没有北冰洋那么大的公海面积和冰川面积，无需由区域合作组织和协定相结合，因其可能会造成一定的管辖混乱。南海与加勒比海的实际情况也有不同，南海主要为沿岸国，而加勒比海的相关渔业国家不仅有沿岸国也有内陆国，所以南海无需效仿加勒比海机制划分为沿岸国和内陆国来合作治理。南海与北海实际情况也不同，南海不像北海有类似欧盟的政府间区域组织，因此渔业合作涉及的国家数量仍较多，相关北海的区域合作模式不适用于南海。其次，地中海的实际效果显著。地中海的区域渔业合作模式已经成立并运作二三十年，并且在打击非法捕捞等方面卓有成效，是闭海或半闭海区域渔业合作的典型代表，具有借鉴意义。[38]最后，避免组织间职能的重复与懈怠。Chakalall 教授观察到海洋治理各个方面的重叠和相互竞争的安排会导致“制度迷宫”。在地中海区域，但 GFCM 和 ICCAT 在海洋生物资源的开发、保护、合理管理和最佳利用等方面必然会造成一

[33] https://new.qq.com/omn/20200722/20200722A0EKFF00.html，最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。
[34] See Caminas J.A.,Mannini P.,Massa F.,Robles R.,Regional cooperation in the Mediterranean fisheries[C],in Basurco B,(ed.),The Mediterranean fisheries of CIHEAM member countries,Zaragoza,Spain,4 February 2008:[5].
[35] 葛红亮、鞠海龙: 《南中国海地区渔业合作与管理机制分析———以功能主义为视角》。
[36]《携手共创南海合作的美好时代———外交部边海司司长易先良在博鳌亚洲论坛 2018 年年会南海分论
坛上的演讲》，外交部网站，https: / /www. fmprc. gov. cn /web /wjbxw_ 673019 /t1550804. shtml。最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。
[37] Kriangsak Kittichaisaree，“A Code of Conduct for Human and Regional Security Around the South China Sea”，Ocean Development & International Law，Vol. 32，No. 2，2001，pp. 131－ 147; Shih-Ming Kao，Nathaniel Sifford Pearre and Jeremy Firestone，“Regional Cooperation in the South China Sea: Analysis of Existing Practices and Prospects”; Orville Schell，et al.， U. S. Policy Towards China: Recommendations for A New Administration; Keyuan Zou， “Realizing Sustainability in the South China Sea”; Ian Storey，“Arctic Lessons: What the South China Sea Claimants can Learn from Cooperation in the High North”，ISEAS Perspective，Singapore: ISEAS，2013; Ussif Rashid Sumaila，Christophe Bellmann and Alice Tipping，Fishing for the Future: Trends and Issues in Global Fisheries Trade，Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) ，2015.
[38]李聆群.南海渔业合作：来自地中海渔业合作治理的启示[J].东南亚研究,2017,(4):114-156.

定程度的混乱，说明地中海地区也存在制度性迷宫问题。[39]

对此模式的选择，学界早已有一定的探讨。2004 年，中国南海研究院院长吴士存建议南海周边国家签署区域渔业合作协议，建立区域渔业管理组织，并在南海实现总许可捕捞量管理措施。[40]新加坡资深外交官许通美也认为应在南海建立区域渔业管理组织，同时区域渔业管理组织可通过多数票决定权运行。[41]美国战略与国际研究中心下属机构亚洲海事透明倡议(AMTI) 2017 年发表了题为《南海渔业管理和环境合作蓝图》的报告，指出有的组织不足以解决南海地区渔业资源管理和保护的问题，而建立南海区域渔业管理组织是实现渔业可持续发展目标、保障该地区生计的有效方式，也是减少冲突的可行方法。[42]

（三）模式开展

1、区域选择

渔业合作选择北纬 12 度以南的南沙群岛海域。原因如下：第一，合作范围应该是重叠主张区。东沙、西沙、中沙群岛为中国领土。除越南对西沙群岛的主权和菲律宾对黄岩岛提出主权反对意见之外,其他南海周边国家均没有对中国的主权提出挑战。因而这三个群岛的周边海域不应是争议海域。南海周边国家矛盾与冲突的核心主要集中在南沙群岛及其周边海域。南沙海域是南海争端各方从事渔业生产活动的海域,也是各方渔业矛盾和冲突集中的海域。第二，中国从 1999 年起已经对北纬 12 度以北的南海海域实施了伏季休渔的渔业管理措施,并得到了周边有关国家的认可。[43]

2、组织机构及运行机制

设立南海渔业委员会，下设科学咨询委员会、执行委员会、执法委员会、行政和财务委员会。（1）科学咨询委员会负责按照不同鱼种设立不同鱼类资源评估小组,每个鱼类资源评估小组在各国渔业管理部门和渔业科研机构的协作下采集与分析生物学资料和进行有效的动态监测。（2）执行委员会根据各成员国经济、社会状况等因素按公平和相对稳定的原则确定总捕捞许可量,并负责执行具体的渔获配额和配额转让,并报告成员国政府和区域渔业管理委员会。各成员国政府再将自己的建议和意见反馈给执行委员会,执行委员会再对配额方案进行修改,最后各成员国政府达成共识。分为不同配额管理区,再按渔区和作业方式将每一鱼种分为若干个“鱼类群体”。以最大持续产量为基础设置总捕捞许可量,但是由于受基础条件的限制,不可能全面掌握所有“鱼类群体”的生物学资料和渔业状况。所以很难计算最大持续产量,但是可以在现有条件下计算出最大固定产量和当前年产量来确定总捕捞许可量。（3）执法委员会有权进驻在南海海域作业的任何一个成员国渔船或者登临有违规嫌疑的任何渔船。但是不应有扣押渔船和渔民的权利,也不得强制任何一国的渔船和渔民到指定地点。执法范围应仅限于渔具和渔获物。对于违规的渔船和渔民的处罚应交由船旗国予以处理,而船旗国应将处理结果及时通报南海渔业委员会。渔业违规行为和船旗国的不及时或不当处理都将作为下次分配额的参考依据。根据国际标准和南海渔业的实际情况制定统一的渔业作业标

[39] NIEN-TSU ALFRED HU，Semi-enclosed Troubled Waters: A New Thinking on the Application of the 1982 UNCLOS Article 123 to the South China Sea，Ocean Development & International Law, 41:281–314, 2010

[40] Keyuan Zou，“Realizing Sustainability in the South China Sea”.

[41] Tommy Koh，“Peace at Sea”，The Straits Times，June 3，2016，http: / /www. straitstimes. com/opinion /peace-at-sea.

[42] CSIS Expert Working Group on the South China Sea，A Blueprint for Fisheries Management and Environmental Cooperation in the South China Sea， September 13，2017，https: / / amti. csis. org /coc-blueprint-fisheries-environment /.

[43] https://baijiahao.baidu.com/s?id=1665507590497600162&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。

准。各成员国应对在南海作业的渔船实施批准、授权和许可制度,严格遵守渔业管理委员会规定的有关渔船建造、通信设备、渔具标识、监测设备等方面的要求，渔船船员也应按照渔业委员会的要求进行培训,颁发区域统一的合格证书。（4）行政和财务委员会负责其他行政事务以及经费管理。关于委员会经费的来源，参考地中海渔业一般委员会，地中海渔业一般委员会因其成员开放性，经费来源多样化，合作项目得到粮农组织区域计划的支持，因此其经费较为充裕。[44]而加勒比海区域其经费依赖成员国（小岛屿发展中国家）出资和它所执行的计划，且其海域大陆架狭窄上升流少渔业资源不丰富，因此经费维持运作困难。[45]因此，建议南海渔业委员会的经费来源分为违法行为执法所得、过往渔船缴纳一定合理费用、争取项目获得粮农组织区域计划支持、成员国出资。

3、加强监督

决策机制应该在坚持协商一致的基础上,对反对程序做出明确的规定。将决策事项规定为实质性事项和程序性事项。对于实质性事项的通过,必须在全体成员国四分之三以上多数通过的情况下通过,比如执行委员会对超配额捕捞的最大值做出规定等。程序性事项的表决则只需要三分之二以上的成员国通过即可,这样将提高委员会的决策的效率和执行力。反对程序的启动仅适用在实质性事项的决策时。反对程序提出后在规定时限内,国家要对该反对的内容进行通报并和相关成员国以及南海渔业委员会进行多边磋商。否则该反对是无效的,决策内容依旧对该国生效。反对程序启用之后,如果该实质性事项的决策满足大多数的决策机制,实质性事项仍然通过,只是对提出反对的成员国做出保留。

4、循序渐进

把南海渔业委员会的成立作为一个长期目标，而相应的制定一个南海区域渔业合作的短期目标。如傅崐成提出，南海渔业资源养护合作可分为三个步骤进行，第一阶段的合作任务是各国改善其所属及其 12 海里领海的养护状况，第二阶段的合作任务是建立并实施由主张历史性水域的有关国家共同参加的多边合作安排，第三阶段的合作任务是在整个南海半闭海范围内 “建立起所有周边国家都参加的区域合作组织，实施 《联合国海洋法公约》和 《联合国跨界鱼种协定》规定的养护措施”。[46]但此方案也有缺点，比如第二阶段中各国应 “分别正式放弃其各自在历史性水域 (即第二个层级海域) 的若干优先权利”不太具有可行性。菲律宾、印度尼西亚、泰国的历史性水域主张面临的争议远远小于中国断续线内历史性水域，其历史性水域的地位早已得到 1982 年 《公约》的明确承认。周边国家几乎不可能为了渔业资源养护合作而正式放弃其在历史性水域的若干优先权利，也不大可能为了渔业资源养护合作而承认中国在断续线内的历史性水域主张。在 “南海仲裁案”之后，一些周边国家可能更加不愿意承认中国对南海断续线内水域的历史性权利。

对此，关于循序渐进的过程，提出如下建议：第一，降低政治敏感性，由共同调查渔业资源或水产养殖起步,逐步向合作管理和共同养护过渡。周边国家对南海渔业资源的生物学状况、洄游分布、种群状况、生产力等缺乏足够的了解,各国客观上都有开展渔业资源调查的需要。2005 年 3 月 4 日中国、菲律宾和越南已经签署了《南中国海协议区三方联合海洋地震工作协议》,通过一系列的海上渔业资源调查合作为各方建立合作打下基础,然后逐步过

[44] See Caminas J.A.,Mannini P.,Massa F.,Robles R.,Regional cooperation in the Mediterranean fisheries[C],in Basurco B,(ed.),The Mediterranean fisheries of CIHEAM member countries,Zaragoza,Spain,4 February 2008:[5].
[45] Milton O.Haughton,Robin Mahon,Patrick McConney,G.Andre Kong&Anthony Mills,Establishment of the Caribbean Regional Fisheries Mechanism[J].Marine Policy,2004,28:359,357.
[46] 傅崐成: 《南 (中国) 海渔业资源区域合作护养管理研究》, 《中国海洋法学评论》2005 年第 1 期。

渡到资源的合作管理和养护。[47]如果 0. 015%的全球海洋面积能够被用来发展海水养殖的话，其产量就可以等同于目前的全球捕捞总量，显示海水养殖的巨大潜力。[48]亚洲的许多国家早已把水产养殖作为减少过度捕捞、增加鱼类供应、提供就业机会以及获取大量外汇收入的重要举措，越南、印尼和菲律宾也是主要的水产养殖国家。基于水产养殖的巨大潜力，很多国内外学者都认为水产养殖合作应该成为周边国家推动南海渔业合作的一个重要举措。[49]中国南海研究院吴士存院长指出，为了促进泛南海地区渔业合作，中国应该发挥 “在海洋渔业育苗和养殖技术、水产品加工等方面的优势，开展现代海洋渔业技术、渔业资源养护、渔业养殖基地和海产品交易等领域合作，构建地区渔业产业体系，共同致力于提升本地区渔业产业的国际市场竞争力”。[50]同样，暨南大学陈明宝也表示，南海周边国家应该 “以渔业资源调查为基础，针对渔业种类与资源量状况，联合设立渔业保护区; 积极开发渔业的增养殖活动”。[51]2016 年 11 月，中国农业部渔业渔政管理局副局长刘新中访问了靠近黄岩岛海域的菲律宾三描礼士省的马辛洛克镇，表示中方愿意在农业、水产养殖以及其他渔业生计领域为菲律宾渔民提供技术支持。中方在 2017 年和 2018 年两次向菲律宾赠送各 10 万尾东星斑鱼苗，并邀请菲律宾渔民和官员来华学习水产养殖技术。中方也积极与马来西亚、文莱等国加强水产养殖合作。作为 “文莱—广西经济走廊”框架下的重点项目，广西海世通渔业 (文莱) 有限公司 2016 年在文莱成立，从事海洋水产品的种苗繁育、养殖、收购、加工与销售。[52]

第二，由民间机构间的合作开始逐步过渡到政府间的合作再到一个独立于政府的区域渔业组织的建立。目前南海各国间已经成立了一些民间的渔业合作机构,如东盟渔业协调组、东南亚渔业发展中心等,在促进东盟间国家间的渔业交流,为各国提供渔业的决策与咨询等方面起到了积极的作用。中国与南海周边有关国家在经济、贸易、科技、环境等方面开展了广泛的合作和交流,并建立一些合作机制和渠道。但在渔业方面,中国和这些国家间的民间尚未建立起来。可以借鉴中国与日本、中国与韩国建立正式外交关系之前的渔业民间合作,当时中国渔业协会和日木日中渔业协会、中国东黄海渔业协会与韩国水产业协同组合中央会分别就两国间渔船海上事故的处理、渔船安全作业、渔业资源的养护等方面开展了富有成效的合作。待民间的合作达到一定的水平,政府再介入其中,最后建立一个区域性渔业管理组织。

第三，由双边合作起步,逐步向双边或全区域的合作过渡。2000 年中越两国也在北部湾开展了渔业合作管理,并签署了《中越北部湾渔业协定》。2001 年和 2004 年中国与印度尼西亚也签署了渔业合作的谅解备忘录和渔业生产合作协议。东盟有关国家间也开展了有关渔业的双边合作。可以借鉴《中日渔业协定》、《中韩渔业协定》、《日韩渔业随定》的做法,通过国家间的协商,签订双边渔业合作协定,成立双边的渔业联合委员会。待双边合作发展到一定的程度,有关各方建立一定的互信和合作基础后,再逐步向多边和全区域的渔业合作过渡。

5、抵制域外势力干涉

南海争端复杂化的一个重要原因就是美、日、欧盟等势力的渗入,使得本来就复杂的南

[47] http://www.cnr.cn/newspaper/news/200503/t20050316_327861.html，最后访问时间：2021 年 4 月 22 日。
[48] R. R. Gentry，et al,.“Mapping the Global Potential for Marine Aquaculture”，Nature Ecology & Evolution，Vol. 1，2017，pp. 1317－1324.
[49] 全红霞:《南海渔业资源合作开发法律机制探讨》，第 161—163 页。
[50] 吴士存:《倡导泛南海经济合作，扛起海南责任担当》,《南海学刊》，2018 年第 1 期。
[51] 陈明宝:《南中国海区域渔业资源合作开发机制研究》，第 120 页。
[52] 《中企助文莱打造渔业研发中心，文莱养殖鱼首次实现出口》，https: / /www. yidaiyilu. gov. cn /xwzx /hwxw /76476. htm

海局势进一步恶化。南海区域渔业合作的国家应仅限于南海周边的国家和地区,中国台湾、香港和澳门可以作为中国的地区加入。对于区域外的国家,不论其是否曾经或目前在南海从事渔业生产,都不得参加南海区域渔业合作管理和养护。反对在有区域外国家参加的国际多边会议上讨论和决定。

四、结论

近年来，南海争端不断，渔业合作不断搁置，考虑到南海符合闭海或半闭海区域的定义，《公约》也有明确鼓励闭海或半闭海区域渔业合作的规定，试图通过其他闭海或半闭海区域的渔业模式选择与开展，探讨符合南海的渔业合作模式选择。当前南海局势紧张，并且考虑到多个区域组织的管理可能导致管辖混乱，可能使南海渔业的管理陷入一种制度迷宫，建议南海选择搁置争议、以一个区域组织管理的渔业合作模式。同时，渔业合作模式的开展也有不少难点，首先，为减少争端，渔业合作区域的选择需要考虑到各方的主权主张区域与重叠区域；其次，应确保区域管理组织运行良好与职责清晰并通过建立反对程序加强对区域渔业管理组织地监督；再次，采用循序渐进的方法，通过从政治敏感度低的领域合作、由民间机构间的合作开始逐步过渡到政府间的合作再到一个独立于政府的区域渔业组织的建立、从双边合作过渡到多边甚至全区域的合作。最后，应明确南海渔业合作应抵制域外势力干涉，确保区域各国独立自主地开展活动而不受其他域外势力的介入。南海问题绝非一朝一夕所能解决，但减少冲突，维护和平一直是我国的坚定主张与不懈追求，希望南海渔业的合作能及早提上议程，周边国家能及早认识到南海渔业合作的重要性与可行性，以期促进南海的和平与稳定，维护世界的和平与发展。

世界卫生组织改革问题研究——基于《国际卫生条例（2005）》和国际组织法综合视角

郭旭阳* 汕头大学法学院

摘要：针对新冠疫情全球大流行背景下国际公共卫生治理中的突出问题，本文综合运用国际法与国际组织法综合视角，先从《国际卫生条例》，尤其是第 43 条的分析该条例在实践层面适用困境。进而研究该条例既有缺陷并由此提出争议概念的解释路径；鉴于该条例呈现的问题从更大层面反映出的是世卫组织本身的功能定位和深层次的机构改革问题。本文进一步结合国际组织法研究路径，探究世卫组织如何在公共卫生治理领域更有效地发挥指导和调整作用。本文认为：世卫组织应当从设置《条例》遵约机制、完善筹集资金制度、加强总部和区域组织之间的有效协作三个方面开展深层次改革。同时，这三方面改革需相互配合才能发挥更大的作用，完善推动世卫组织充分有效履行其组织法赋予之职能，切实防止和控制今后传染病全球蔓延染，从国际层面整体提升全球公共卫生治理水平。

关键词：《国际公共卫生条例》，世界卫生组织，国际组织法，改革

一、引言

2020 年 1 月 30 日，世界卫生组织 （World Health Organization, WHO）（以下简称“世卫组织”）宣布新冠疫情构成国际关注的突发公共卫生事件 （Public Health Emergency of International Concern, PHEIC）。当日，世卫组织总干事召开了《国际卫生条例（2005）》（International Health Regulation, IHR）（以下简称“《条例》”）突发事件委员会关于中华人民共和国 2019 年爆发新冠疫情的第二次会议，委员会在对世卫组织发布临时建议提出的意见中表明其不建议任何旅行或贸易限制措施。[1]然而，根据世卫组织于 2020 年 2 月 7 日发布的新冠疫情第 18 号情势报告，有 72 个缔约国实行了旅行限制，且只有 23 个向世卫组织提交了正式报告。[2]缔约国背离世卫组织的临时建议对国际交通与贸易采取限制的情况在以往的几次突发公共卫生事件中也很常见。[3]其中，加拿大和澳大利亚对来自埃博拉疫情爆发中心的西非居民实施近乎全面的入境限制，鉴于此类限制将造成助长非法移民、妨碍援助人员通行等不利影响，世卫组织要求两国提供公共卫生依据，但均遭到无视。[4]《条例》作为世卫组织法律规范中唯一涉及传染性疾病防控的条例，其如何规制上述超出世卫组织临时建议保护水平的卫生措施，以及世卫组织在全球公共卫生治理中发挥何种作用，如何改革世卫组织

---

* 汕头大学法学院讲师，

1 See WHO, “Statement on the Second Meeting of the IHR (2005) Emergency Committee regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV)”, https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-internationalhealth-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)/ (last visited April 22, 2021).

2 See WHO, “Novel coronavirus (2019-nCoV) situation report-18”, https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200207-sitrep-18-ncov.pdf?sfvrsn=fa644293_2/ (last visited April 22, 2021).

3 See WHO, Sixty-eighth World Health Assembly, Report by the Secretariat, 2014 Ebola virus disease outbreak: current context and challenges; stopping the epidemic; and preparedness in non-affected countries and regions, A68/24 (2015), para. 16.

4 See Tsung-Ling Lee, “Making International Health Regulations Work: Lessons from the 2014 Ebola Outbreak”, (2016) 49 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 931, p. 966; See THE SYDNEY MORNING HERALD, “Australia Must Explain Ebola Visa Ban: WHO”, http://www.smh.com.au/world/australia-must-explain-ebola-visa-banwho-20141105-11hkdj.html/ (last visited April 23, 2021).

在遵约机制、会费制度等问题，成为亟待研究的突出问题。

在过往的研究中，国内学者针对本文所涉议题的研究角度主要有三种：第一种为从整体界定和分析全球卫生外交，典型的研究成果有：张清敏《外交转型与全球卫生外交》，罗艳华《试论“全球卫生外交”对中国的影响与挑战》，晋继勇《浅析公共卫生外交》以及苏静静、张大庆的《全球化进程中的卫生外交》等，这类文章主要是介绍了“全球卫生外交”的起源和现状，对中国参与全球卫生外交的历程以及全球卫生外交对中国外交的影响与启示进行了梳理，其中个别文章概括性地介绍了全球卫生治理中的合作机制。第二种是对全球卫生治理体制的研究和探讨。对于此种角度，有些学者是置于传染病防治的背景下，如龚向前《传染病全球化与全球卫生治理》，而部分学者则是响应新冠肺炎疫情这一时代背景，着重于疫情下全球卫生治理体制发挥的作用，提出世卫组织等国际组织陷入失灵状态、大国协调与合作难度加大等，并在此基础上提供相关的改进路径。第三种是分析世卫组织唯一涉及全球疾病防控的条例《条例》。但是针对世卫组织在全球卫生治理的功能定位与作用机制的完善这一议题进行研究的成果并不多见。除了国外些许学者的文章可供参考外，国内仅有晋继勇《世界卫生组织改革评析》《新冠肺炎疫情防控与全球卫生治理——以世界卫生组织改革为主线》对上述议题做出了初步的研究。其中，对于世卫组织遵约机制的完善、世卫组织功能定位以及更深层次的机构改革，现有文献尚未给出切实有效的答案。除此之外，亦没有研究从《条例》第 43 条本身概念的解释着手分析其内在缺陷。多数学者对文本的研究停留在高度概括的层面，未能注意到第 43 条本身存在的模糊性。部分学者留意到了《条例》与世贸组织法下《实施动植物卫生检疫措施的协议》（Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures，SPS）（以下简称“《动植物协议》”）的关联性，但其中亦无人尝试借助《动植物协议》对《条例》进行解释以厘清其条文内涵、研究规则内在缺陷。

基于上述问题和现有研究存在的不足，本文综合运用双视角：针对国际公共卫生治理中的突出问题，先从《条例》具体规定切入，运用《动植物协议》的相关司法实践去解释《条例》的第 43 条，以此确定第 43 条的适用困境。在此基础上分析规则的既有缺陷并由此提出争议概念的解释路径；鉴于《条例》规则缺陷从更大层面、更实质地反映出的是世卫组织本身的功能定位和更深层次的机构改革问题。本文进一步结合国际组织法研究路径，探究世卫组织如何在公共卫生治理领域更有效地发挥指导和调整作用。

二、《条例》对突发公共卫生事件下国家额外卫生措施的规制与解释路径

首先，本文将从第一个视角即《条例》的具体规定入手，分析世卫组织对前述国家所实行的超出世卫组织临时建议的卫生措施的规制，探究相关规则的缺陷与对应的解释路径。

（一）《条例》概述

《国际公共卫生条例》是世界卫生大会（World Health Assembly, WHA）根据《世界卫生组织法》（Constitution of the World Health Organization）（以下简称“《组织法》”）第 21 条履行准立法职能的产物。根据《组织法》第 21 条，世界卫生大会有权制定与传染病控制密切相关的条例，其内容限于五个方面，其中包括《条例》所对应的“旨在阻止疾病国际传播的卫生和检疫措施以及其他方法”。[5]《组织法》第 22 条规定：“在经过卫生大会的预期公告之后，根据 21 条通过的条例应对所有缔约国生效，在通知规定的期限内向总干事通知表明拒绝或保留的缔约国除外”。 由此，《条例》根据《组织法》第 21 和 22 条而约束各缔约国。

然而，鉴于《条例》的缔结、生效机制与一般的条约大不相同，对它的性质何如、是否

[5] 其他四个方面包括：疾病、死因与公共卫生实践的命名方法；疾病诊断的国际化标准；国际市场流通的生物、药物及同类制品的安全、纯度与效力标准；国际市场流动的生物、药物及同类制品的广告与标签。

属于条约存在争议。对于这一问题，学界存两种观点：部分学者认为《条例》是一个非典型的规范性文件，并不属于条约，但持此观点的学者并未给出理由；[6]另一种观点则是《条例》属于条约，理由是《组织法》并未界定条例与公约或协定之间的差别。[7]本文认为，对于《条例》是否属于条约的判断不应以《组织法》是否有明文界定为依据，而应聚焦于“条约”这一概念本身。基于《维也纳条约法公约》（Vienna Convention on the Law of Treaties）第 2 条对“条约”所下的定义，判断是否属于条约的关键点在于是否处于国际法的规制之下，即是否有创设国际法下之义务的目的与意图。[8]对此，可从文件本身的用词入手进行判断。[9]

具体而言，《条例》中与缔约国行为相关的条款根据其用词划分为三大类别：第一，条文用“必须”（shall）修饰行为，表明设定法律约束力的义务；第二，条文用“应当”（should）修饰行为，表明缔约国认可为适当的权威性建议；第三，条文用“可以”修饰，表明缔约国对于采取特定的措施具有自由裁量权或得到授权。[10]由第一类规则即可得出《条例》具有为缔约国设定具体义务的意图。

因此，《条例》属于条约的范畴，不过其具有特殊性——其制定依赖《组织法》第 21 条确立的创新之举，即“约定不受拘束”的方法。第 21 条将条约修订的程序延伸到条约缔结的程序，同时，根据该条提出的各项条例仍然需经各缔约国谈判和简单多数表决通过，故并未破坏国家同意的基础作用。[11] 这体现了国际组织的造法功能，相关条约经由世界卫生大会这一媒介，不再受缚于各国谈判、签署、批准而缔约的传统程序，避免了不同缔约国之间存在不同条约义务的混乱局面。[12]

（二）《条例》对额外卫生措施的规制：第 43 条

当国家面对突发公共卫生事件，《条例》肯定其有根据国内卫生政策针对人员、行李、货物、集装箱、交通工具、物品和邮包等采取特定卫生措施的主权。然而，这样的主权并非不受限制。为了实现其目的——在疫情下保护生命健康的同时避免任何对国际交通与国际贸易的不必要干扰，对于采取等于或超出总干事发布的临时建议的保护水平的措施的缔约国，《条例》设定了第 43 条下的实体与程序义务以限制此类“额外卫生措施”（additional health measure）的实施。

1. 实体性义务

对于其实体性义务，第 1 款规定，额外卫生措施对国际交通的干扰或对人员的创伤性或侵扰性，不能超过能够达到适度保护水平的其他合理可行的措施，可归纳为“穷尽合理的可替代措施”。第 2 款规定，额外措施的实施应当基于三个因素：（1）科学原则；（2）现有的关于人类健康风险的科学证据，或者当此类证据不充分时，来自世卫组织以及其他相关的政府间国际组织和国际机构的现有信息；以及（3）世卫组织的任何现有的特定指导或建议。

---

[6] See Pedro Villarreal, “COVID-19 Symposium: ‘Can They Really Do That?’ States’ Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19 (Part I)”, http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations-under-the-international-health-regulations-in-light-of-covid-19-part-i/ (last visited April 28, 2021).

[7] 参见龚向前：《传染病控制国际法律问题研究》，法律出版社 2011 年版，第 45 页；季华：《世界卫生组织体系下的国际卫生法律机制：历史与现状》，载《国际法学刊》2020 年第 3 期，第 41 页。

[8] See Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2000), p.14.

[9] See Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Judgment, I.C.J. Reports, 1994, p. 112, paras. 26-7.

[10] See International Health Regulations (2005), Toolkit for implementation in national legislation Questions and answers, legislative reference and assessment tool and examples of national legislation, WHO/HSE/IHR/2009.3 (2009), p. 14.

[11] 龚向前：《传染病控制国际法律问题研究》，第 44 页。

[12] 参见龚向前：《传染病控制国际法律问题研究》，第 45 页。

然而，由于《条例》本身缺乏对第 43 条部分概念的界定，且其缺少相应的纠纷与司法实践，对实体性义务内容存在光从概念的通常含义难以作出清晰界定的问题。例如，何谓“充分”（sufficient）、“适度保护水平”（appropriate level of protection）、“合理可行”（reasonably available）？对此，本文主张借助世界贸易法下具有较丰富司法实践的《动植物协议》对《条例》第 43 条实体性义务进行内容梳理与缺陷分析。

（1）世贸组织下《动植物协议》司法实践的可借鉴性

《动植物协议》相关司法实践的可借鉴性来源于《条例》与《动植物协议》在目的、规制对象上的重合。在修订 1995 年版本《条例》的过程中增设第 43 条时，立法者即考虑到在适用《条例》与《动植物协议》时鉴于此种重合而产生冲突的可能性，故在《条例》第 43 条多处采用了与《动植物协议》第 2 条与第 5 条相同的概念与标准。[13]这一考虑同时体现在《条例》第 57.1 条，其规定《条例》与其他相关的国际协议应当作一致解释。下文将具体分析《条例》与《动植物协议》在目的、规制对象方面的重合以及相关规则在结构与概念上的相似性。

1）目的、规制对象的重合

《条例》的目的是应对可能构成突发公共卫生事件的传染性疾病的国际传播。根据《条例》，缔约国可以针对国际航运与空运、旅行者、货物、集装箱等实施公共卫生措施。而《动植物协议》处理的是因进口食品、农产品而引发的对进口国国内人类、动物以及植物的生命与安全造成的威胁和损害，仅针对货物贸易。因此，当进口货物成为病原体的宿主，根据《动植物协议》所采取的措施便同时落入了《条例》所规制的范围。[14]虽然《条例》应对的卫生问题的具体范围要广于《动植物协议》，但显然对人类健康的保护是二者的共同目的。同时，《条例》的目的不仅在于卫生健康的保护，还在于避免对国际交通与贸易施加不必要的干扰，这与《动植物协议》对贸易自由的保护又是相一致的。[15]

2）结构与概念上的相似性

如图 1 所示，《条例》将缔约国在该条约下采取的卫生措施根据风险情势分为两类。第一类是不存在特定风险时的日常措施或存在特定具体风险但尚未构成突发公共卫生事件时的措施，其包括（1）《条例》第 16 条授权世卫组织发布的指导缔约国应对疾病的传播、减少对国际交通不必要干扰的长期建议，以及（2）缔约国可针对运输、旅行者、货物、集装箱卸货区等采取《条例》第五编规定的具体的常规卫生措施，但不包括该编内被第 43 条的列举所排除的额外卫生措施，即被第 25 条、26 条、28.1 与 28.2 条、30 条、31.1.3 条和 33 条所明确禁止的措施以及第 23.2 条、27.1 条、28.2 条和 31.2.3 条所明确定义为额外卫生措施的措施。第二类是当存在构成突发公共卫生事件的风险的情况下才适用的措施。在该情况下，《条例》第 15 条赋予了世卫组织发布临时建议的权力；同时，缔约国可以实施符合第 43 条的额外卫生措施，此类卫生措施或是前述第五编中明确排除于常规卫生措施之外的《条例》已预设的具体措施，或是缔约国自行设定的等同或超出世卫组织的临时建议可达到的保护水平的措施。

---

[13] See WHO, Review and approval of proposed amendments to the International Health Regulations: relations with other international instruments, Intergovernmental Working Group on Revision of the International Health Regulations, A/IHR/IGWG/INF.DOC./1 (2004), para. 9; See WHO, 『 “Revision of the International Health Regulations: Progress report”, (1998) 73 Weekly Epidemiological Record 233』 , p. 236.

[14] See Huei-chih Niu, “A Comparative Perspective on the International Health Regulations and the World Trade Organization's Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures”, (2006) *1 Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 513, p. 531.

[15] See International Health Regulation, 2509 U.N.T.S. 69 (2005), Art.2.

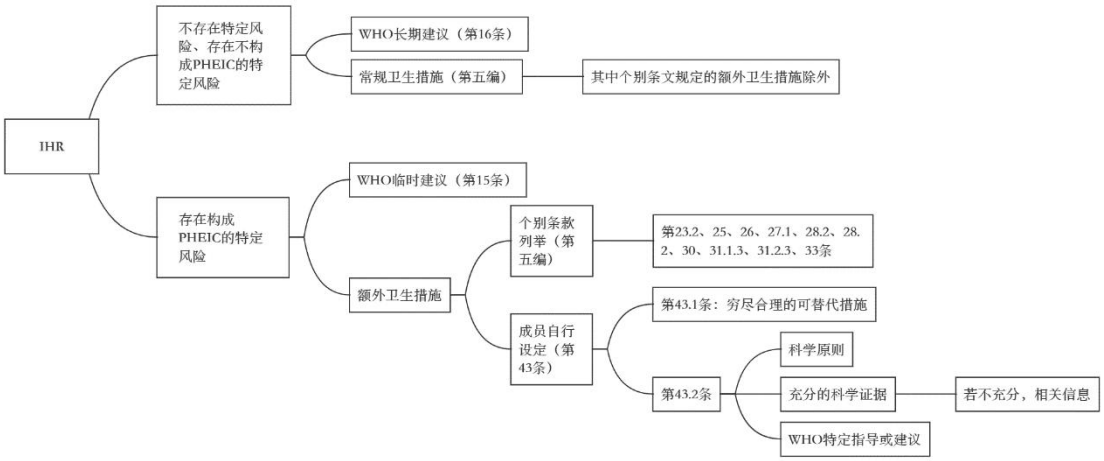


图 1：《条例》的结构示意图

如图 2 所示，《动植物协议》下缔约国采取的卫生措施可根据措施的保护水平分为两类。第一类是第 3.1 条规定的缔约国基于国际标准、指导或建议而采取的卫生检疫措施，包括符合世卫组织根据《条例》发布的临时建议的措施。[16]对于该类措施，第 3.2 条推定其符合《动植物协议》其他相关规则，例如推定其具备充分的科学证据作为支持。第二类是第 3.3 条规定的所能达到的保护水平超出国际标准、指导或建议的卫生检疫措施。该类措施，应当满足两方面的要求：（1）第 5.6 条规定的穷尽其他可达到适度保护水平且对国际贸易造成更小限制的替代性措施；（2）风险评估与实施依据的要求，即若具备第 2.2 条所规定的科学原则与充分的科学证据，则可实行第 5.1 条规定的风险评估；若科学证据不足的，则无法进行风险评估，但应具备第 5.7 条所规定的现有相关信息，包括从相关国际组织以及其他缔约国实施的措施获取的信息，此时的措施属于临时性措施，实施后应继续获取额外的信息以进行更为客观的风险评估，并在此基础上在合理期限内重新审查其措施。[17]

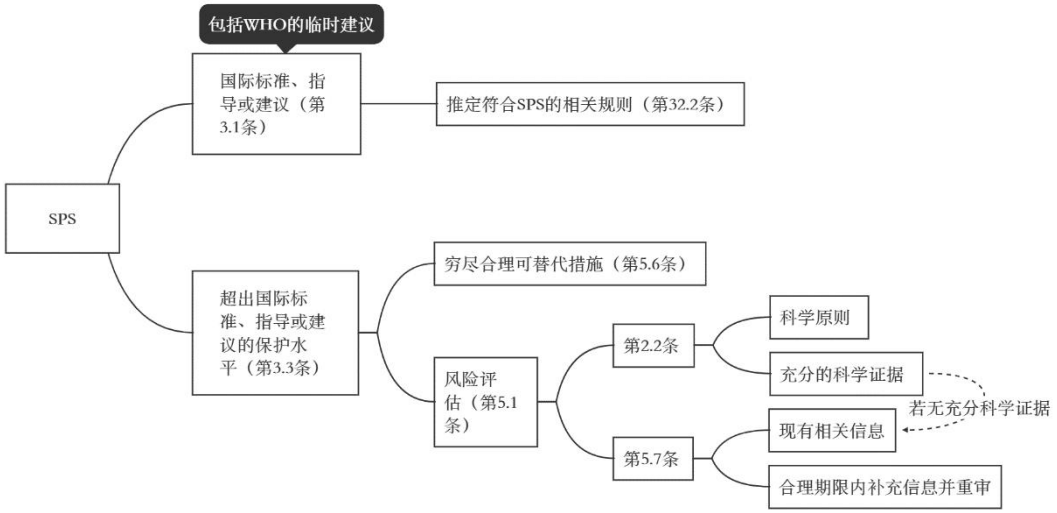


图 2：《动植物协议》的结构示意图

由上述分析可得，《条例》与《动植物协议》在结构上具有相似性：首先，二者对于国家采取的卫生措施的规制皆采取“一般+特殊”的体例，即以符合世卫组织的临时建议为一

16 参见龚向前:《传染病控制国际法律问题研究》，第 136 页。

17 根据 WTO 专家小组的美国动物案（US-Animals），《动植物协议》下第 5.1 条与第 5.6 条为构成对第 3.3 条的违反的两个独立的法律依据。See United States - Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products From Argentina, WTO Panel Report, WT/DS447/R (2015), para.7.721.

般，以超出临时建议的保护水平为特殊。[18]对特殊情境下采取的措施，两条约皆设定了严格限制，即须满足穷尽合理可替代措施以及基于充分科学证据的要求。同时，对于充分科学证据的要求，又采“原则+例外”的体例，允许其他信息对科学证据的补充。再者，“科学原则”（scientific principle）、“科学证据”（scientific evidence）、“适度保护水平”等概念亦具有一致性。因此，对《条例》第 43 条下实体义务的解释与分析可以借助于《动植物协议》的相关规定与司法实践。

（2）第 43 条实体性义务的缺陷与解释路径

1）第 43 条第 1 款

根据第 43 条第 1 款的规定，只有当不存在符合以下三个条件的可替代卫生措施的可能时，缔约国方得采取实施额外卫生措施：第一，对国际交通的干扰或对人员的创伤性或侵扰性小于欲采取的额外卫生措施；第二，可以实现适度保护水平；第三，合理可行。

首先，对“适度保护水平”这一概念，《条例》本身未有任何界定。通过世贸组织上诉机构在澳大利亚新西兰苹果案中的说理，“适度保护水平”的含义可得进一步明确为“欲采取额外卫生措施的缔约国所能接受的风险程度”，而风险程度指采取卫生措施后疾病进入或在进口国传播的可能性。[19]上诉机构曾在澳大利亚三文鱼案中对“适度保护水平”与缔约国采取的措施之间的关系做出界定，其认定前者属于目标，而后者则是实现前者的手段。[20]因此，“适度保护水平”对卫生措施的严格程度起着决定性作用。

作为采取卫生措施的主权国家，“适度保护水平”的决定权自然应交由其自主决定，此亦与世贸组织上诉机构的裁判相一致。[21]但正如“适度保护水平”这一概念中“适度”一词所体现的，缔约国在决定保护水平的时候应当受到一定的限制，否则其将得以随意设定其措施的严格程度，由此便可打着防治疾病传播、保障国民生命与健康的表明口号，实则暗行贸易保护主义。正是出于避免“保护水平”决定权被滥用的考虑，《动植物协议》在第 5.4 与 5.5 条设置了相应的限制性规定。其要求缔约国在决定保护水平时应考虑最小化对国际贸易的限制的目的，同时在面对不同的情况时，其设定的“适度”的保护水平之间的区分不应是任意或无正当理由的，不得对国际贸易构成歧视性限制。

然而，问题在于，《条例》缺陷在于其并无与《动植物协议》第 5.4 与 5.5 条一般对缔约国设定保护水平进行限制的规定，故给缔约国的自主权过大，容易使得“保护水平”成为缔约国对他国进行经济制裁的工具，使国际交通与贸易受到不必要的干扰。因此，笔者认为在解释第 43.1 条的“适度保护水平”时，应着重强调“适度”一词，将这一限定概念解释为包含最小化国际贸易干扰以及不得构成歧视性限制等合理性、必要性的考虑，由此最小化限制性规定的缺失所带来的不利影响。

其次，《条例》对“合理可行”这一概念并未做出任何界定。而《动植物协议》与这一

---

[18] 根据欧共体荷尔蒙案，《动植物协议》第 3.1 条与 3.3 条是一般规则与例外规则的关系。See United States - EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WTO Panel Report, WT/DS26/R/USA (1997), paras. 8.86-7; See Canada - EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WTO Panel Report, WT/DS48/R/CAN (1997), paras. 8.89-90.

[19] See Australia - Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand, WTO Appellate Body Report, WT/DS367/AB/R (2010), para. 405.

[20] See Australia - Measures Affecting Importation of Salmon, WTO Appellate Body Report, WT/DS18/AB/R (1998), para. 203-4.

[21] 在澳大利亚三文鱼案以及澳大利亚新西兰苹果案中，WTO 上诉机构认定适合保护水平的决定是采取措施的缔约国的“特权”。See Australia - Measures Affecting Importation of Salmon, WTO Appellate Body Report, WT/DS18/AB/R (1998), para.199; Australia - Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand, WTO Appellate Body Report, WT/DS367/AB/R (2010), para. 342.

概念解释相关的实践也较为局限。但对“合理可行”的判断，可以参照《动植物协议》的规定，将经济和技术方面的可行性纳入考虑。[22]

2）第 43 条第 2 款

第 43 条第 2 款列举了三项缔约国应当考虑的因素：（1）科学原则；（2）现有的科学证据，或当科学证据不充分时，则现有信息；（3）现有的世卫组织的具体指导或建议。

《条例》第 1 条将“科学原则”与“科学证据”分别定义为被认可为通过科学方法获取的公认基本自然法则和事实，以及根据既定和公认的科学方法提供一定证据的信息。对于“科学原则”，此定义并未明确其具体范围，其可能包括传染性疾病传播控制的基本科学原则，即从病原体、传播途径、宿主三方面的防控传染病传播。[23] 世卫组织的具体指导或建议应包括其发布的技术指南，例如旅行、入境口与边境卫生指南，同时，应注意其不包括世卫组织的临时建议，因为额外卫生措施的定义即为在世卫组织临时建议“之外”采取的措施。[24]

对于以上三个因素，《条例》要求的并非必须同时遵从，而是要综合地考虑。因为世卫组织的具体指导或建议极可能与缔约国提出的科学证据不同或冲突，要求同时遵从显然并不合理。同时，若世卫组织的具体指导或建议必须被遵从，这将与“指导”“建议”本身的非约束性质冲突。

具体而言，应当如何综合考虑这三个因素呢？笔者认为，世卫组织的具体指导或建议非必然要遵从，但应予以优先考虑，有条件地遵守。世卫组织的具体指导或建议背后其实是世卫组织的科学证据与相关信息在提供支撑，因此，国家须有科学原则与充分的科学证据作为依据，否则不应偏离世卫组织的具体指导或建议。科学成为了决定各缔约国追求实现各自适度保护水平的卫生措施是否可得国际认可的标准。由于科学原则范围过于宽泛，难以为具体化的措施提供充分的理由，应重点关注的是科学证据。对于第 2 款中科学证据必须“充分”的要求，世贸组织上诉机构在日本农产品案中将其解释为“在科学证据与根据其所采取的措施之间存在充分、合理且客观的关系”。[25]在日本苹果案中，专家小组进一步将该关系解释为“科学证据必须能够证明其措施所要应对的风险的存在”。[26]直接的或间接的、[27]符合或背离主流科学观点但确实是通过科学方法获取的科学证据，[28]皆可获得认可。

若现有科学证据不足以支持缔约国通过风险评估证明措施所要应对的风险的存在，则应认定其为“不充分”（insufficient）。[29]此时，《条例》允许缔约国诉诸来自世卫组织以及其他相关的政府间国际组织和国际机构的现有信息。同理科学证据的充分性要求，现有信息与所采措施之间也应当具有合理、客观的联系。[30]但由于信息并不像科学证据那般必须经过科学

---

[22] 《动植物协议》第 5.6 条的规定本身表明对“合理可行”的判断应考虑经济和技术方面的可行性。

[23] See KIM-FARLEY, *Oxford Textbook of Global Public Health* (United Kingdom: Oxford University Press, 6th edn, 2015), pp. 5-11.

[24] 参见郭中元，邹立刚：《全球卫生治理视域下<国际卫生条例>中额外卫生措施之适用》，载《江淮论坛》2020 年第 5 期：第 134 页.

[25] See Japan - Measures Affecting Agricultural Products, WTO Appellate Body Report, WT/DS76/AB/R (1999), para.73.

[26] See Japan - Measures Affecting the Importation of Apples (Article 21.5—the United States), WTO Panel Report, WT/DS245/RW (2005), para. 8.45.

[27] See Japan - Measures Affecting the Importation of Apples (Article 21.5—the United States), WTO Panel Report, WT/DS245/RW (2005), paras. 8.92-3, 8.98.

[28] See European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) case, WTO Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R (1998), para. 194.

[29] See Australia - Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand case, WTO Appellate Body Report, WT/DS367/AB/R (2010), para. 179.

[30] See United States - Continued Suspension of Obligations in the EC - Hormones Dispute, WTO Appellate Body Report, WT/DS320/AB/R (2008), para. 678.

方法得出，故对缔约国的严格程度有所降低。[31]

上述规则涉及的争议点主要在于风险预防原则（precautionary principle）。在欧共体荷尔蒙案中，世贸组织上诉机构认定《动植物协议》中与《条例》此规定相对应的第 5.7 条体现了风险预防原则，但强调对该原则的强调不得凌驾于 5.7 条本身规定的信息与措施之间必须建立合理、客观联系的要求之上。[32]也即，缔约国即便援引风险预防原则，也必须满足信息的充分性要求。在欧共体生物技术产品案中，专家小组又重申了这一观点，同时强调风险预防原则并非违反第 5.7 条规定的抗辩理由。[33]如此一来，世贸组织似乎否定了风险预防原则的可适用性。然而，在美国持续暂停案中，上诉机构又明确考虑且强调了风险预防原则。其提出，当面临紧急的情况时，缔约国在没有充分证据的情况下将根据有限的信息采取措施，而其是否符合该条款下的义务应当根据情况的紧急程度进行判断。[34]这意味着缔约国得以出于国民健康遭受不可逆转损害的可能性的考虑，在现实危险尚具不确定的时候预先采取措施，此即风险预防原则适用的体现。这似乎又肯定了风险预防原则的适用。因此，从司法实践来看，对于《动植物协议》第 5.7 条适用时风险预防原则的适用是存在矛盾与争议的。

然而，需要注意的是，在科学证据不充足而诉诸其他信息的这一情况下，《动植物协议》与《条例》适用的规则并非完全相同的。相比于《条例》第 43 条，《动植物协议》第 5.7 条多设置了一项限制，即要求依据信息而非科学证据采取措施的缔约国在采取措施之后，继续获取额外的信息以进行更为客观的风险评估，并在此基础上在合理期限内重新审查其措施。这一限制的设定意味着，即便承认风险预防原则的适用，缔约国也不易滥用这一原则以不公正限制贸易。与此相反，由于《条例》其对于额外卫生措施的重新审查时限长达三个月，[35]并未设定类似于《动植物协议》第 5.7 条的限制，尤其是考虑到目前过度卫生措施被频频采取的现状，贸然承认风险预防原则的适用将极大地增加国家以该原则之名行经济制裁之实的可能性。因此，笔者认为，在《条例》的解释中，不宜贸然引入风险预防原则，对该规定的解释应当强调对信息充分性的要求，防止国家滥用其低于科学证据充分性标准的特点。

由上述对第 43 条第 1、2 两款的分析可见，《条例》对缔约国的义务设定存在给予缔约国过大自主权的缺陷。无论是从“适度保护水平”的决定权缺少限制，还是从风险预防原则可能被引入但缺乏相应的补充依据与重新审查的义务要求，皆可得出这一结论。在对这两款的规则进行解释的时候，应采取上述解释路径，以适当限缩国家的自主权。

2. 程序性义务

《条例》第 43 条为缔约国设定了三项程序性义务：第一，第 3 款与第 5 款规定，若缔约国实施的额外卫生措施构成对国际交通的严重限制，则其应在实施措施的 48 小时内向世卫组织通报该措施以及相应的公共卫生原理与相关的科学信息；第二，第 6 款规定，缔约国应在实施措施后 3 个月内依据世卫组织的建议以及第 2 款规定的标准重新审查其措施；第三，根据第 7 款的规定，若受措施影响的缔约国要求实施措施的缔约国与其进行协商，后者应接受协商，从而达成双方皆可接受的解决方案。

三、与《条例》相关的世卫组织机构改革

[31] See United States - Continued Suspension of Obligations in the EC - Hormones Dispute, WTO Appellate Body Report, WT/DS320/AB/R (2008), para. 678.
[32] See European Communities - EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WTO Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R (1998), paras.124-5.
[33] See European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WTO Panel Report, WT/DS293/R (2006), para. 7.3220.
[34] See United States - Continued Suspension of Obligations in the EC - Hormones Dispute, WTO Appellate Body Report, WT/DS320/AB/R (2008), para. 680.
[35] See International Health Regulation, 2509 U.N.T.S. 69 (2005), Art.43.6.

前文所述的《条例》第 43 条的规则缺陷，在本质上反映出了世卫组织与其缔约国关系定位问题。更深层次而言，直接涉及世卫组织机构的改革问题。下文将以世卫组织实践中运行存在的面对缔约国违反《条例》束手无措、资金组成比例失衡、区域组织各自为政等问题为切入点，从国际组织法角度对其进行分析并提出改革路径。

（一）设置《条例》的遵约机制

正如前文所述，大部分国家采取的额外卫生措施违反了《条例》第 43 条要求的程序性义务，世卫组织并没有任何反应，甚至都不会进入到对国家违反第 43 条下实体义务的审查。除了第 43 条规定的额外卫生措施之外，《条例》中仍存在缔约国的其他义务，其中最为重要的一个是缔约国有义务建立检测、评估、通知和报告事件以及应对公共健康风险和紧急情况的核心能力。[36]截至 2014 年，已有 64 个缔约国表示其符合最低核心能力标准，81 个缔约国要求再延长两年的执行期限，但同时 48 个没有向世卫组织报告现有情况。[37]可见，不遵约的情况并不异常，且世卫组织对此没有后续行动，进一步放任了缔约国不遵约的行为。因此，世卫组织有必要建立针对《条例》的遵约机制，使《条例》在实践中发挥应有的作用。

国际环境法的遵约机制较为典型，如《蒙特利尔议定书》《联合国气候变化框架公约<京都议定书>》（以下简称“《京都议定书》”）等，故本文以该机制为切入点。而首要问题则是为什么国际公共卫生领域可以借鉴国际环境法领域的规则设置。主要是因为环境与公共卫生本质上均属于全球公共产品。全球公共产品是指具有公共性（消费上的非竞争性和利益上的非排他性）的商品或物品延伸到一个以上的国家或地理区域，并且不歧视任何人口群体或时代。[38]而全球公共产品一般包括预防核扩散、抑制致命的大流行病、缓解气候变化和基本的科学知识。[39]因此，《条例》遵约机制的规则设置可以借鉴国际环境法，同时根据公共卫生安全本身的特点做出适当的调整。根据对国际环境法领域遵约机制共同特点的总结，其主要包含以下四个部分（如图 3 所示）。

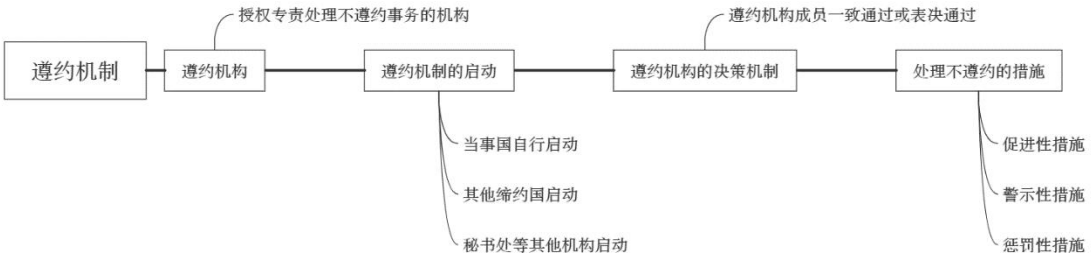


图 3

具体来说，鉴于国际公共卫生法和国际环境法领域均具有全球公共产品的共同特性，事关世界上各个国家的共同利益，《条例》遵约机构的设置、遵约机制的启动和决策方式可以参照国际环境法设置。首先，应当设置针对《条例》的遵约机构，而遵约机构一般是指缔约国会议授权专责处理不遵约事务的机构，[40]如《蒙特利尔议定书》对应的履行委员会[41]和《京

[36] See WHO, 136th session, Report to the Director-General of the Review Committee on Second Extensions for Establishing National Public Health Capacities and on IHR Implementation, EB136/22 Add.1 (2015), para. 3.
[37] See WHO, 136th session, Report to the Director-General of the Review Committee on Second Extensions for Establishing National Public Health Capacities and on IHR Implementation, EB136/22 Add.1 (2015), para. 5.
[38] See Inge Kaul, Isabelle Grunberg, and Marc Stern, “GLOBAL PUBLIC GOODS: INTERNATIONAL COOPERATION IN THE 21ST CENTURY QUESTIONS AND ANSWERS”, https://www.act.nato.int/images/stories/events/2010/gc/ws_gen_gpg_intlcoop.pdf (last visited April 27, 2021).
[39] See Barrett S., *Why Cooperate?: The Incentive to Supply Global Public Goods* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 1.
[40] 参见宋冬：《论<巴黎协定>遵约机制的构建》，载《外交学院》2018 年，第 24 页。

都议定书》的遵约委员会[42]。其二是关于遵约机制的启动方式。其主要有三种方式：（1）缔约国自行启动：当缔约国认为无法履行条约义务时，主动报告给遵约机构；[43]（2）其他缔约国启动：若缔约国认为其他缔约国存在不遵约的行为时，可以报告给遵约机构；[44]（3）国际组织内部其他机构启动：如秘书处、遵约委员会等，其发现存在缔约国不遵约的情况时，可以报告给遵约机构。[45]其三则是关于决策方式，可分为遵约机构全员一致通过，或是多数决通过。实践中，启动方式[46]和决策方式的选择在具体运行中存在差异，[47]而针对 IHR 的遵约机制应当考虑到缔约国之间利益的平衡而设定，不可一概而论。

然而，鉴于世卫组织职能的限制和出于国际卫生安全的考虑，在如何处理不遵约措施方面不能完全参照国际环境法遵约机制的设置。国际环境法遵约机制中处理不遵约的措施主要有三种，分别为促进性措施、警示性措施和惩罚性措施。其中较为典型的遵约机制主要体现在《蒙特利尔议定书》和《京都议定书》中。二者均设定了这三种措施，但由于各个议定书的目的不同，其所采取的措施的侧重点也有所不同，如《蒙特利尔议定书》中主要是采取促进性措施，即提供缔约国适当的帮助，如资源援助、技术建设。[48]而《京都议定书》更侧重惩罚性措施，如扣除缔约国排放配额等。[49]对于促进性和警示性措施，《条例》的遵约机制应当借鉴。其一，鉴于各国之间的经济状况、医疗基础设施建设、人口数量等存在差异，各国的卫生治理水平也参差不齐。[50]例如，于 2016 年 2 月到 2019 年 3 月，对世卫组织非洲地区 40 个缔约的治理能力进行评估，没有一个国家达到标准。[51]世卫组织现任总干事谭德塞于 2020 年 4 月 22 日发布的演讲中也提到了各国的防备体系的差异性，仅有 66％的国家设有新冠肺炎患者的临床转诊系统，以及仅 48%的国家制定了传染病防控计划和卫生设施的用水、环境卫生和个人卫生标准。[52]故可能会存在某些缔约国由于自身财政、技术等原因而无法履行《条例》下的实体义务，此时，遵约机构应当给予这些缔约国帮助，如制定对应策略、提供资金资助、加强其设施建设等。同时，针对《条例》下的程序义务，实践中也存在

---

41 UN Environment programme ozone secretariat, The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer Annex II : Non-compliance procedure (1998) - Tenth Meeting of the Parties, para. 5.

42 Decision 27/CMP.1 Procedures and mechanisms relating to compliance under the Kyoto Protocol, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3 (2005), para. 1.

43 UN Environment programme ozone secretariat, The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer Annex II : Non-compliance procedure (1998) - Tenth Meeting of the Parties, para 4.

44 UN Environment programme ozone secretariat, The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer Annex II : Non-compliance procedure (1998) - Tenth Meeting of the Parties, para 1.

45 UN Environment programme ozone secretariat, The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer Annex II : Non-compliance procedure (1998) - Tenth Meeting of the Parties, para 3.

46 如《蒙特利尔议定书》《名古屋议定书》中三种方式均有采用；《巴塞尔公约》《卡塔赫纳议定书》仅有缔约国可以启动遵约机制；《巴黎协定》仅能由当事国和遵约委员会启动。

47 如《蒙特利尔议定书》中采用的是协商一致；《巴塞尔公约》采用的则是先协商一致通过，若无法达成一致，可以经由出席并参加表决的 2/3 通过；《粮食和农业植物遗传资源国际条约》规定了应当尽力达成一致，除非委员会所有成员一致同意采用其他方式做出决定。

48 蒙特利尔议定书不遵守情事程序下设履行委员会第六十三次会议：《蒙特利尔议定书不遵守情事程序下设履行委员会第六十三次会议工作报告》，UNEP/OzL.Pro/ImpCom/63/6 (2019)，第 36 页。

49 蒙特利尔议定书不遵守情事程序下设履行委员会第六十三次会议：《蒙特利尔议定书不遵守情事程序下设履行委员会第六十三次会议工作报告》，UNEP/OzL.Pro/ImpCom/63/6 (2019)，第 37 页。

50 参见贺嘉：《全球公共卫生治理中的成员遵约机制研究》，载《西南政法大学学报》2020 年 03 期，第 25 页。

51 See Talisuna A, Yahaya AA, Rajatonirina SC et al, “Joint external evaluation of the International Health Regulation (2005) capacities: current status and lessons learnt in the WHO African region”, *BMJ Global Health*, November 1, 2019.

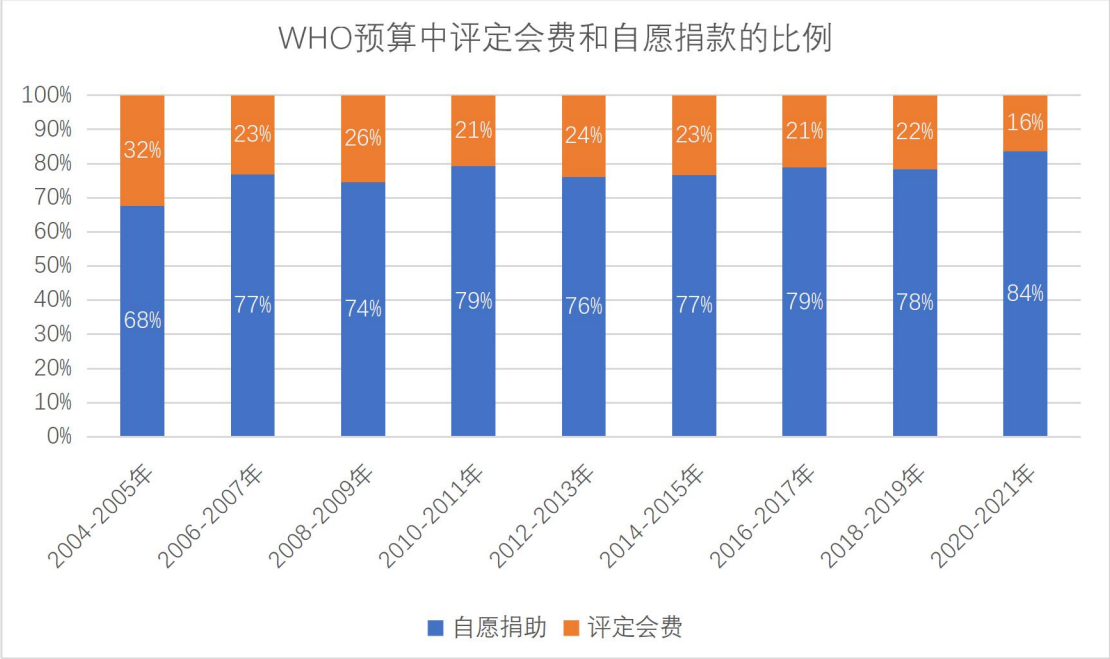
52 参见《世卫组织总干事 2020 年 4 月 22 日在 2019 冠状病毒病（COVID-19）疫情媒体通报会上的讲话》，世卫组织网站，
https://www.who.int/zh/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--22-april-2020，最后访问时间：2021 年 4 月 27 日。

广泛不履行的情况。遵约机构应当先与缔约国进行沟通，明确不履行义务的具体原因，再促使缔约国履行程序义务。其二，若遵约机构予以沟通和引导后，缔约国仍不遵守其实体或程序义务，遵约机构应当予以警告，并公布国家的具体信息和不履约的情形与原因。目前，世卫组织每周将不遵守《条例》国家的信息与数据，在世卫组织的情势报告中公布，[53]但这一做法效果甚微。[54]虽然目前世卫组织已经每周在归口单位中公布不履约的国家信息的情况，但是其甚至没有公布具体的国家名字和事由，[55]并不能起到应有的警示作用。

其三，惩罚性措施不适合制定在《条例》的遵约机制中。根据《组织法》第二条，[56]可见其主要职能有以下三种：（1）准立法权能，如国际公约、协定和条例的提出和国际术语、国际标准的确立；（2）指导与协调国际卫生工作事宜；（3）与其他组织合作，同时，具体体现在《条例》中，世卫组织也不享有同国际环境法中可以分配排放额、限制特定物质进出口的权能。此外，若对缔约国使用或是进出口疫苗、药品等对人类的健康有积极作用的物品予以限制，是与世卫组织追求各国达到卫生最高可能水准的目的宗旨相矛盾的。[57]

（二）保证世卫组织资金的可预测性、可持续性和灵活性

世卫组织的资金来源主要由会员国会费缴纳与自愿捐助两部分组成。根据世卫组织公布的双年规划预算，会员国会费缴纳占总预算的比例逐渐从 32%下降到 16%。根据图 4 显示，近几年来，世卫组织资金来源中的会费缴纳和自愿捐助长期处于比例严重失衡的情况。[58]这导致了世卫组织对自愿捐助过度依赖，鉴于自愿捐助来源、金额、持续时间不确定的特点，进而使得世卫组织资金具有不可预测性和不稳定性，[59]这并不利于世卫组织及时地、有效地实施全球卫生治理任务以及应对突发公共卫生事件的出现。



[53] See https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports.
[54] 参见何田田：《<国际卫生条例>下的“国际关注的突发公共卫生事件”:规范分析、实施困境与治理路径》，载《国际法研究》2020 年 04 期，第 47 页。
[55] See WHO, “Novel coronavirus （2019-nCoV） situation report—18, 7 February 2020”, https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200207-sitrep-18-ncov.pdf?sfvrsn=fa644293_2 (last visited April 27, 2021).
[56] Constitution of The World Health Organization, 14 U.N.T.S. 185 (1948), Art.2.
[57] Constitution of The World Health Organization, 14 U.N.T.S. 185 (1948), Art.1.
[58] See https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/donors-and-partners/funding.
[59] 参见晋继勇：《世界卫生组织改革评析》，载《外交评论（外交学院学报）》2013 年 01 期，第 143 页。

图 4

其中，自愿捐助主要来自会员国以及其他联合国专门机构、政府间组织、慈善基金会、私营部门等其他主体。根据世卫组织在决定如何使用这些资金方面的灵活程度被进一步分为以下几类：（1）核心自愿捐款（完全灵活使用）；（2）专题和战略参与资金（部分灵活使用）；（3）指定用途自愿捐款（不能灵活使用）。需要注意的是，指定用途自愿捐款部分占自愿捐款总额的 90.1%。[60]指定捐款限定了世卫组织使用资金的领域、地区和时间，不具有灵活性。世卫组织与捐助者之间更像是雇佣关系，其要听从于捐助者的命令，然而此种关系并不利于世卫组织根据实际行动来调配资金，无法发挥世卫组织指导与调整国际卫生工作的作用。外部捐助者决定了该组织的优先事项和行动议程，[61]其中，部分富有的国家可以通过此种捐助方式来决定世卫组织的优先事项，严重制约了世卫组织的自主权。[62]

世卫组织在国际公共卫生治理中起主导地位，[63]故世卫组织资金的可猜测性、可稳定性以及灵活性对于其在全球卫生治理中掌握更大的自主权尤其重要。本文提出以下四种方式以完善世卫组织的筹资制度。

其一，世卫组织应当将一些关键捐款者从官方关系转变为观察员身份。首先，观察员制度主要体现在世界卫生大会程序规则第三条[64]和执行委员会程序规则第四条，[65]是被指定应邀出席世界卫生大会或其任何主要委员会和执行委员会公开会议的有限实体。[66]值得注意的是，全球疫苗与免疫联盟（The Global Alliance for Vaccines and Immunisation, GAVI）和抗击艾滋病、结核病和疟疾全球基金（The Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria）（以下简称“全球基金”）也被列为了观察员。其次，官方关系是指执行委员会授予非政府组织、国际商业协会和已经并继续持续和系统地参与本组织利益的慈善基金会的特权。[67]该制度设置的原理在于鼓励非国家行为者利用它们自己的活动来促进公共卫生工作的进行。[68]目前，已有 218 个非国家行为体与世卫组织建立了官方关系。[69]较为典型的是比尔及梅琳达·盖茨基金会（Bill & Melinda Gates Foundation）。官方关系主要体现为一种特权，然而观察员相对于官方关系来说更加稳定，权限范围也更为广泛。笔者认为，鉴于某些关键捐助者在国际卫生工作中的重大影响力，应当将其从官方关系转化为观察员身份。其中，比尔及梅琳达·盖茨基金会作为全球最大的基金会，长期致力于推进国际卫生工作的进行，且发挥了重要的作用。[70]具体体现为该基金会是世卫组织 2018-2019 年度捐助款位列第一的非国家行为体，同时在新冠肺炎疫情期间，其向世卫组织捐款 2.5 亿美元，发挥着与全球疫苗与免疫联盟、全球基金几乎等同的作用。因此，对于此类行为体，世卫组织应当将其列为观察员，有利于促进其发挥更大的作用。

其二，世卫组织应当主动与其他主体达成共同合作的项目，而非是一方确定优先事项，

---

60 See https://www.who.int/about/funding.

61 See Ruger JP, “International institutional legitimacy and the World Health Organization”, *J Epidemiol Community Health*, August, 2014; Gostin LO, The Future of the World Health Organization: Lessons Learned From Ebola, (2015) 93 *Milbank Q* 475, p. 478.

62 参加晋继勇：《新冠肺炎疫情防控与全球卫生治理——以世界卫生组织改革为主线》，载《外交评论（外交学院学报）》2020 年 03 期，第 29 页。

63 参见穆丽：《重大突发公共卫生事件国际应急管理合作机制探究》，载《延边大学学报（社会科学版）》2020 年 05 期，第 135 页。

64 WHO, Rules of Procedure of the World Health Assembly, Article 3.

65 WHO, Rules of Procedure of the Executive Board of the World Health Organization, Article 4.

66 WHO, Participation in the Programme, Budget and Administration Committee, EB146/43 (2019), para. 3.

67 WHO, Framework of Engagement With Non-State Actors, WHA69.10 (2016), para. 50.

68 WHO, Framework of Engagement With Non-State Actors, WHA69.10 (2016), para. 50.

69 See https://www.who.int/about/partnerships/non-state-actors/non-state-actors-in-official-relations-with-who.

70 See https://www.gatesfoundation.org.

世卫组织仅负责执行。世界卫生大会于 2013 年通过世卫组织第 66（8）号决定建立了筹资对话。[71]根据 2016 年 10 月 31 日筹资对话的报告，[72]可知筹资对话是指世卫组织与会员国、其他捐助者就世卫组织资金短缺问题进行对话，寻求解决办法，以确保世卫组织有适当的能力响应其全球公共卫生任务。其不仅仅邀请了会员国，也邀请了其他国际组织和非政府组织。该制度一定程度上促使了世卫组织主动去筹集资金，但是其缺陷在于筹资对话仍然以捐助者作出捐款承诺的形式为主。世卫组织应当在筹资对话的基础上，与作出承诺的主体进行进一步的沟通。其中，世卫组织不应当局限在捐款任务的执行者这一角色，而应当与捐款者共同商讨捐款任务适用领域、方式等细节，以更好地弥补世卫组织目前特定领域的资金紧缺。同时，在平等协商的基础上，世卫组织可以尝试与捐助者达成长期的合作项目协议，保证资金来源的可猜测性与稳定性。此类做法可借鉴公私合营模式（public-private partnerships, PPPs），其是指一个或多个公共部门实体与一个或多个私营部门实体之间的合作，以实现公共卫生目标或与卫生有关的产品或服务。[73]世卫组织可以通过此种模式尽可能地达成全球卫生治理中资金短缺领域的合作协议。此外，世卫组织应当在寻求合作时，吸引更多的非国家行为体，并扩大资金来源的途径，以便更独立地行使职权，而非受大国主导。

其三，世卫组织应当进一步提高其资金使用的透明度。政府间组织资金的支出一般与机构本身的运行有关，如人员工资、主持会议等，同时也包括一些业务费用。[74]世卫组织作为指导与调整国家卫生工作的组织，其资金支出范围应当限制于与该组织职能相关的活动。因此，提高透明度可以起到外部对世卫组织的监督作用，防止其滥用资金。而就捐助者而言，其更愿意将资金投入开支透明、容易监管、效率更高、成效更好的机制中，如全球疫苗与免疫联盟和全球基金。[75]2017 年 5 月，世卫组织推出了其重新设计的规划预算门户网站，以此来提高世卫组织资金使用的透明度。[76]虽然目前世卫组织已在官网上实时公示捐助者捐助金额、已使用的金额以及适用的领域，但仅仅公布这些信息并不利于捐助者或其他主体对资金使用进行监管的。相较于全球疫苗与免疫联盟和全球基金，其也在官网上公布资金的使用情况，但更加具体和明确，其中包括了日期、资金的具体使用项目，如购买设备、工作人员外出费用、场地租用等。因此，为了促使自愿捐助者持续地资助世卫组织，其必须使利益攸关方更容易地监测其资金使用情况，并证明资金能有效地转化为更好的全球卫生治理成果。

（三）加强世卫组织总部与区域委员会之间的协调与合作

根据《组织法》第 44 条，世界卫生大会应视需要建立区域组织。目前，世卫组织已有六个区域组织，[77]各自为政，且对人事、经费使用、决策等事项上享有高度自主权，[78]这也

---

[71] WHO, “WHO FINANCING DIALOGUE 2016 31 October, Geneva, Switzerland Meeting report”, https://www.who.int/about/finances-accountability/funding/financing-dialogue/Financing-dialogue-2016-Meeting-Report.pdf (last visited April 27, 2021).

[72] WHO, “WHO FINANCING DIALOGUE 2016 31 October, Geneva, Switzerland Meeting report”, https://www.who.int/about/finances-accountability/funding/financing-dialogue/Financing-dialogue-2016-Meeting-Report.pdf (last visited April 27, 2021).

[73] See WHO, “Priority Medicines for Europe and the World 2013 Update”, https://www.who.int/medicines/areas/priority_medicines/MasterDocJune28_FINAL_Web.pdf?ua=1 8.1 public private partnerships and innovation (last visited April 27, 2021).

[74] See Jan Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed, 2015), p. 116.

[75] 转引自韩铁如：《世界卫生组织全球卫生治理的挑战》，载《国际政治研究》2020 年 03 期，第 117 页。

[76] WHO, “WHO improves transparency of financial data”, https://www.who.int/zh/news-room/feature-stories/detail/who-improves-transparency-of-financial-data (last visited April 27, 2021).

[77] 分别为非洲、美洲、东南亚、欧洲东地中海、西太平洋六大区域组织。

[78] 《组织法》第 47 条规定了“区域委员会由该管区域会员国及副会员之代表组织之”，且第 50 第 1 款第 1 项规定了区域委员会“就绝对有区域性之事项决定施政方针”。

决定了世卫组织权力高度分散的治理结构。[79]鉴于公共卫生具有较大的地域性差异，给予区域组织自主权是具有合理性的。但是，若对于区域组织的自主权不给予一定程度上的限制，极可能会降低世卫组织的行政效率，不利于达到卫生治理的目标。例如，东南亚区域办事处在 2007-2008 年发布的禽流感治疗指南与世卫组织总部发布的指南存在不一致的地方，[80]指南上的冲突导致政策协调复杂化，降低了工作效率。世卫组织于 1953 年机制安排时，便提到区域组织与总部之间要相互信任和合作，分权制管理模式才能发挥其优势。[81]加强协调与合作也是目前世卫组织机构改革关注的重点，尤其是区域组织和总部之间。

首先，应当重新改写《组织法》关于区域安排的条文。其一，总部应当对区域委员会的成员组成享有决定权。目前，区域委员会由会员国及副会员的代表组成，[82]总部对其没有控制权，这也导致了实践中出现区域委员会与总部行动不一致的情况。因此，对于区域委员会的成员组成，可以先由该区域的缔约国内部决定，再经由世界卫生大会表决通过，或是经总干事批准。其二，《组织法》第 48 条规定了区域委员会应自行制定议事规则，[83]该规定并不合理，因为议事规则对于卫生治理任务的安排尤为重要，如开会的时间、议事的内容等，若完全由区域委员会决定，其自主权过大、没有限制，不利于总部对区域委员会的监管。因此，区域委员会自行制定议事规则后，应当报告给总部，总部批准后方可实施。其三，一定程度上限制区域委员会的职能。尤其是《组织法》第 50 条第 1 款“就绝对有区域性之事项决定施政方针”，即便是区域性事项，区域委员会也应当将其指定的施政方针告知总部，总部享有监督权。且在执行过程中，需在固定的时间期限内将执行情况报告给总部，以保证世卫组织总部和区域组织之间有效、持续的沟通。在良好沟通的基础上，世卫组织可以更全面地了解各个区域组织的卫生状况，及时给予帮助并对资金等资源配置予以调整，有利于加强二者之间的协调与合作。

综上，世卫组织应当从设置《条例》遵约机制、完善筹集资金制度和建设以及加强总部和区域组织之间的沟通三个路径进行组织内部深层次改革。同时，上述改革需相互配合才能发挥更大的作用，推进世卫组织的资金改革有利于世卫组织充分有效履行其组织法赋予之职能，切实防止传染全球扩散，推动遵约机制有效地发挥作用，并辅以区域组织与总部之间的合作，世卫组织才能发挥其指导和调整国际卫生工作的职能。

[79] 参加晋继勇：《新冠肺炎疫情防控与全球卫生治理——以世界卫生组织改革为主线》，载《外交评论（外交学院学报）》2020 年 03 期，第 26 页。
[80] Tess van der Rijt and Tikki Pang, “Resuscitating a comatose WHO: Can WHO reclaim its role in a crowded global health governance landscape?”, *Global Health Governance Journal*, September 17, 2013.
[81] WHO, Report of working party on regionalization and assignment to regions, EB11/79 (1953), p.5.
[82] Constitution of The World Health Organization, 14 U.N.T.S. 185 (1948), Art.47.
[83] Constitution of The World Health Organization, 14 U.N.T.S. 185 (1948), Art.49.

论我国间接管辖权之制度构建

洪冬宜*　中南财经政法大学

摘要：合理的管辖权基础是一国法院判决在他国境内获得承认与执行的重要前提。内国法院在判断是否承认或执行某一外国法院判决时，首先应当根据间接管辖权规范来认定外国法院是否对该案享有管辖权。我国立法在间接管辖权的规范方面存在着一定缺失，司法实践中法院常常回避对于判决作出国法院管辖权依据的审查，或是没有就管辖权依据的审查活动作出充分说理，间接管辖权的制度效应难以在我国得到有效发挥。在借鉴各国国内法与相关国际公约围绕间接管辖权审查所积累经验的基础之上，现阶段我国有必要在国内立法中纳入间接管辖权的审查条款，明确以被请求国法律作为审查依据，采纳列举管辖权基础清单式的审查模式，并积极促进国内立法与国际公约的相互协调。

关键词：间接管辖权 承认与执行 外国法院判决

当今世界，各国之间的交流与联系不断加强，在“一带一路”倡议的推动下，我国与相关国家在法律领域的联系日益紧密，相关的涉外案件也逐渐增多，如何构建一个合理的承认与执行外国法院判决机制是当下我们需要破解的难题之一。作为承认与执行外国法院判决的先决条件，间接管辖权的审查不仅直接制约着一国法院判决在利益相关国的最终承认与执行，更间接影响到主权国家间良好司法协助关系之建立，是司法礼让原则在涉外民事诉讼领域的具体体现。遗憾的是，现阶段我国尚未批准任何有关间接管辖权的国际公约，既存的涉及间接管辖权的中外双边司法协助协定数量有限，无法真正涵盖我国与大部分国家间所开展的民商事活动，而我国的立法体系也存在一定缺失，致使司法实践中法官无法获得有效的法律指引，法院在审查过程中也常常出现集体沉默或言之不详的现象。本文拟从间接管辖权在我国的适用困境出发，通过考察国际上部分具有代表性的国家围绕间接管辖权审查所形成的不同国内法模式以及相关国际公约在这一问题上所确立的国际公约模式，重申在我国国内立法体系中确立间接管辖权审查条款的必要性与可行性，并明确间接管辖权之审查依据与审查模式，处理好我国立法与国际公约的衔接问题，不断增强我国司法制度的竞争力与影响力。

一、间接管辖权在我国的适用困境

我国有关间接管辖权规范的法律渊源主要包括国内立法与国际条约两个方面。就前者而言，现行有效的《民事诉讼法》及其司法解释并没有将间接管辖权条款列为审查外国法院判决的一般性要件，而只是在离婚判决等特殊领域中有所提及，导致司法实践中我国法院常常回避对判决作出国法院是否享有正当管辖权依据等事项进行相应的法律论证；就后者来说，当前已对我国产生法律效力的间接管辖权规则主要集中于我国与各主权国家相继签署的双边司法协助协定当中，但由于双边条约所约束的国家数量有限，且基于各主权国家所面临的不同国情与追求的不同国家利益，我国在各项双边司法协助协定中确立的审查标准也不尽相同，这容易引起间接管辖权制度在司法适用上的复杂化倾向，不利于跨国判决的自由流通。

（一）立法规定的缺失

针对法院所受理的外国法院判决、裁定的承认与执行申请，我国《民事诉讼法》第 281

* 中南财经政法大学 2019 级国际法专业研究生。

条[1]、第 282 条[2]作出了原则性指引，规定以我国与对方国家存在的条约或互惠关系作为审查依据。2015 年最高人民法院公布的《司法解释》对此作出了进一步的细化规定[3]，但仍没有确认间接管辖权审查条款的先决地位。有学者认为，尽管在宏观层面我国立法并没有对间接管辖权作出具体规定，但由于国际条约中均具有间接管辖权条款，故在以条约关系为依据进行审查之时，直接适用条约的规定即可；而在以互惠原则为依据进行审查之时，由于依照惯例各国都将判决作出国法院具有管辖权基础等作为承认与执行该国判决的条件之一，故我国法院在适用互惠原则的过程中也有义务对外国法院管辖权行使的正当性质进行审查。[4]然而在司法实践中，多数法官在审查由当事人所提出的请求承认与执行外国法院非离婚判决时往往只是关注我国与该外国是否存在条约或互惠关系的认定问题，而没有就间接管辖权的审查过程等展开相应说理，[5]难免让人怀疑法院是否真正承担起间接管辖权的审查义务。值得注意的是，在外国法院离婚判决的承认问题上，我国立法反向规定判决作出国法院须具有管辖权基础，否则我国法院将不予承认该离婚判决，[6]即认可了间接管辖权在承认外国法院离婚判决程序中的法定地位，但仍没有解释外国法院管辖权的审查依据与审查模式。

自 1987 年以来，我国已与 39 个国家缔结了双边民事司法协助条约，其中 19 项民刑事司法协助条约全部生效，20 项民商事司法协助条约中除与伊朗和比利时的条约之外，其余 18 项条约全部生效。[7]在我国与他国签署的有效双边司法协助协定中，有关间接管辖权的审查主要形成了以下 3 种模式：第 1 种是以被请求国法律有关管辖权的规则作为审查依据，如我国与法国的司法协定[8]；第 2 种是排除专属管辖权的审查模式，即判决作出国法院只能在缔约另一方法院的专属管辖事项范围外行使管辖权，如我国与俄罗斯的双边条约[9]；第 3 种

1 2017 年《民事诉讼法》第 281 条：“外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。”

2 2017 年《民事诉讼法》第 282 条：“人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。”

3 2015 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 543 条：“申请人向人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，应当提交申请书，并附外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定正本或者经证明无误的副本以及中文译本。外国法院判决、裁定为缺席判决、裁定的，申请人应当同时提交该外国法院已经合法传唤的证明文件，但判决、裁定已经对此予以明确说明的除外。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约对提交文件有规定的，按照规定办理。”第 544 条：“当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定的，如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约，也没有互惠关系的，裁定驳回申请，但当事人向人民法院申请承认外国法院作出的发生法律效力的离婚判决的除外。承认和执行申请被裁定驳回的，当事人可以向人民法院起诉。”

4 参见沈红雨：《外国民商事判决承认和执行若干疑难问题研究》，《法律适用》2018 年第 5 期。

5 参见湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民商外初字第 00026 号民事裁定书、江苏省南京市中级人民法院（2016）苏 01 协外认第 3 号民事裁定书。

6 1991 年最高人民法院《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》第 12 条：“经审查，外国法院的离婚判决具有下列情形之一的，不予承认：（二）作出判决的外国法院对案件没有管辖权。”

7 访问网址：https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/tyfg_674913/default_1.shtml. 最后访问日期：2021 年 2 月 1 日。

8 《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》第 22 条：“对有下列情形之一的裁决，不予承认和执行：（一）按照被请求一方法律有关管辖权的规则，裁决是由无管辖权的法院作出的。”

9 《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约》第 20 条：“有下列情形之一的法院裁决，不予承认与执行：（二）根据被请求承认与执行裁决的缔约一方的法律，被请求的缔约一方法院对该案件有专属管辖权。”

是列举式形式，即在条约中详细列举出外国法院的管辖权依据，只要判决作出国法院满足其中任一情形，则该法院就可以被视为是对本案具有管辖权基础之法院，如我国与意大利的双边司法协助协定[10]。

以上 3 种模式各有其内在机理和利益考量，是我国与特定国家在判决的承认与执行领域进行利益博弈后所达成的平衡状态。然而我国现行有效的双边司法协助协定也不可避免的存在着某些弊端。首先，与我国成功建立条约关系的国家数量较少，且我国尚未与美国、英国、加拿大等世界发达国家签署民商事司法协助方面的双边协定，条约的作用范围仍有待扩展。其次，条约对于外国法院管辖权审查的不同规定使得间接管辖权规范在我国的立法体系中呈现出一种分散式立法的局面，增加了当事人及法院的外国法查明负担。再者，将间接管辖权规范置于双边条约协定当中虽能够及时调节两国分歧，在法律适用上更为灵活，但若单纯依靠双边条约来进行认定，则当我国与判决作出国尚未建立起条约关系或所缔结的条约中不具备相关条款时，就会面临无法可依的适用困境。

（二）司法审查的回避

在俄罗斯国家交响乐团与阿特蒙特公司申请承认英国高等法院判决一案[11]中，作为被申请人一方的北京国际音乐节协会认为本案应以被请求国法律即我国法律来审查间接管辖权，故英国高等法院对本案不享有合格的管辖权。但本案的受理法院在审查过程中却没有对当事人在管辖权问题上的异议作出任何回应，而是径直以中英之间不存在条约或互惠关系为由拒绝了承认申请。在三廷特公司申请承认和执行波兰法院作出的刑事附带民事赔偿请求裁决一案[12]中，湖北省襄阳市中级人民法院在裁判主文中提出我国与波兰存在条约关系并且认为案涉裁决的承认与执行事项应当依据双方所缔结的条约规定进行审查，而该双边条约的第 20 条[13]也纳入了间接管辖权的审查条款，并且规定了审查管辖权的依据为将承认或执行裁决的缔约一方国家法律。但襄阳市中院却没有进一步论证波兰法院在我国法律体系下是否拥有合理的管辖权基础，而是在简单确认波兰法院的判决没有违背我国法律的基本原则或公共秩序后，同意了三廷特公司的承认与执行申请。尽管法院最终还是对波兰法院判决在我国境内的法律效力给予了认可，但单从裁定书中我们难以看出法院是否真正审查了外国法院的管辖权基础，有关管辖权的具体审查流程更是无法知悉。在后来的崔综元申请承认和执行韩国法院民事判决案[14]、海湾公司申请承认新加坡民事判决案[15]以及温晓川申请承认和执行美国法院

10 《中华人民共和国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》第 22 条第 1 款：“为实施本条约，符合下列情况之一的，作出裁决的法院即被视为对案件有管辖权：（一）在提起诉讼时，被告在该缔约一方境内有住所或居所；（二）被告因其商业性活动引起的纠纷而被提起诉讼时，在该缔约一方境内设有代表机构；（三）被告已明示接受该缔约一方法院的管辖；（四）被告就争议的实质问题进行了答辩，未就管辖权问题提出异议；（五）在合同案件中，合同在作出裁决的缔约一方境内签订，或者已经或应当在该缔约一方境内履行，或者诉讼的直接标的物在该缔约一方境内；（六）在合同外侵权责任案件中，侵权行为或结果发生在该缔约一方境内（七）在身份关系诉讼中，在提起诉讼时，身份关系人在作出裁决的缔约一方境内有住所或居所；（八）在扶养责任案件中，债权人在提起诉讼时在该缔约一方境内有住所或居所；（九）在继承案件中，被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地在作出裁决的缔约一方境内；（十）争议的对象是位于作出裁决的缔约一方境内的不动产的物权。”

11 参见北京市第二中级人民法院（2004）二中民特字第 928 号民事裁定书。

12 参见湖北省襄阳市中级人民法院（2018）鄂 06 协外认第 1 号民事裁定书。

13 《中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定》第 20 条：“对本协定第 16 条列举的裁决，有下列情形之一的，不予承认或执行：（一）按照将承认或执行裁决的缔约一方的法律，裁决是由无管辖权的法院作出的。”

14 参见山东省青岛市中级人民法院（2018）鲁 02 协外认第 6 号民事裁定书。

15 参见浙江省温州市中级人民法院（2017）浙 03 协外认第 7 号民事裁定书。

判决案[16]等案件中，法院在说理部分都对间接管辖权的审查问题有所回避。

正如前文所述，我国在各项双边司法协助协定中确立了不同的审查模式，若当事人请求承认或执行的外国判决原审国属于已与我国缔结条约关系的成员国，则我国法院应当依据与该国所签署的对应条约规定来展开审查。相较于相对统一的区域性条约或全球性国际公约，双边条约关系所形成的一一对应性审查模式虽然满足了缔约国的不同需求，但在实施方面却不如前者所具有的便捷高效，故在尽力促进中外两国司法合作的同时，我国也应当在国内法中制定有关间接管辖权的具体规则，并积极推动对应主题下相关区域性或国际性条约的缔结与实施，以营造一个公平高效的国际司法环境。

二、间接管辖权的国际法模式

理论而言，有关间接管辖权的审查可以分为派生说与非派生说两大阵营。所谓派生说，是指对于判决作出国法院管辖权的审查只能依据原审国或者被请求国的直接管辖权规则，并可根据直接管辖权规则是属原审国还是属被请求国而被进一步划分为单边说与双边说。所谓非派生说，是指法院审查外国判决时不应一味依赖于直接管辖权规则，而应当结合本国的政策利益或目的来作出恰当的选择，非派生说在实践中又可分为实质联系模式与清单模式。

（一）外国国内法模式

由于单边说的理论过于绝对化，且在实际审查的过程中被请求国法院也不愿承受违背本国公共利益之风险而完全遵从原审国的直接管辖权规则。因此，目前各国有关间接管辖权审查之国内法模式主要集中于双边说、实质联系模式与清单模式。

以德国为代表的“镜像原则”模式是双边说理论的延伸发展。德国法院将内国法中的直接管辖权规则进行域外化适用，即若德国法院依照德国法律规定能够对所涉案件行使管辖权，则德国法院就可认定判决作出国法院对该案具有管辖权，反之外国法院所作判决则无法在德国境内得到承认或执行。[17]这种方式简单明了，为内国法院的审查流程提供了较大便利，但直接管辖权与间接管辖权制度的价值追求并不完全相同，一味以直接管辖权的标准来审查间接管辖权未免太过于僵化封闭，不利于判决目标在域外的最终实现。

以英美为代表的普通法系国家法院采纳的是实质联系模式。英美国家在审查间接管辖权过程中主要选择的是个案分析的方法，将本国法院在类似情形中是否具有管辖权等作为参考因素，并考察判决作出国对该案是否具有足够的管辖理由，以及本国法院是否存在特定的政策利益需要保护。如加拿大法院就以“真实与实质联系”作为认定外国法院管辖权的法定依据之一。[18]法国最高法院也认为，若依据案件的全部事实情况可以判定其与判决作出国具有密切联系，则可认定该外国法院能够对该案行使管辖权。[19]这种模式赋予了法官较大的自由裁量权，传递出部分国家在承认与执行外国法院判决中所秉持的开放态度，但过于主观化的审查标准也不利于法律适用的稳定性。

以瑞士和斯洛文尼亚为代表等国家则偏好清单模式，这两个国家分别以肯定式列举和否定式列举的形式来对外国法院是否享有管辖权问题做出结论。瑞士通过在本国国际私法立法

16 参见浙江省宁波市中级人民法院（2018）浙 02 协外认第 6 号民事裁定书。

17 德国《民事诉讼法》第 328 条第 1 款第 1 项规定，如果“有关外国法院依德国法无管辖权时，则拒绝承认该外国判决”。

18 参见乔雄兵、王怡文：《“一带一路”倡议下外国判决承认与执行中的间接管辖权问题研究》，《武大国际法评论》2017 年第 5 期。

19 参见李浩培主编：《李浩培法学文集》法律出版社 2006 年版，第 376—378 页。

的分则部分详细列出不同于内国直接管辖权的任意性间接管辖依据，[20]推动外国法院判决在瑞士的承认与执行，体现了一定的自由主义倾向，[21]在立法上也更具指引性和操作性。而斯洛文尼亚等国则从反面上列举出不予承认外国判决的具体情形[22]，主要是基于对本国司法主权的保护而排除外国法院的过度管辖，特别是当外国法院对某一案件的受理与本国专属管辖权的规定发生冲突时，本国法院应当对有关判决的承认与执行申请予以拒绝。

（二）国际公约模式

全球性国际司法协助条约是公认的调节民商事判决流通的强有力方式，目前有关承认与执行跨国判决并涉及间接管辖权审查的国际公约主要有2005年《选择法院协议公约》与2019年《承认与执行外国民商事判决公约》。

2005年《选择法院协议公约》是以排他性协议管辖为依据的判决公约，只要当事人在公约调整范围内就管辖某一法律争议的法院进行了排他性的协议选择，则该被选择法院就可基于当事人的自主选择而取得管辖权基础，该法院所作出的相关判决也应当在其他公约缔约国之间获得承认与执行。《选择法院协议公约》是国际社会在判决的承认与执行问题上所迈出的重要一步，但由于公约的适用范围仅限于排他性的协议管辖，故公约所提供的参考价值也受到了一定限制。

2019年海牙国际私法会议通过了《承认与执行外国民商事判决公约》（以下简称2019年《海牙公约》）。2019年《海牙公约》在总结此前多份公约草案的经验上弱化了对直接管辖权的规定，转而寻求在缔约国之间塑造可被广泛接受的间接管辖权规则。针对管辖权的审查问题，公约选择以“白色清单”的方式列举出13项合规的管辖权依据，而没有适用判决作出国或被请求国的直接管辖权规则作为判断标准，并且放弃了对拒绝承认与执行的“黑色清单”事项的设置，体现出间接管辖权规则的趋同化与明确化。我国在探寻间接管辖权制度的完善路径过程中也可尝试将此类具有一定的理论基础与实践经验的管辖权依据纳入我国的立法体系当中。

三、间接管辖权在我国的制度构建

回归本国立场，如前所述，立法规定的缺失与错位使得间接管辖权制度在我国的司法适用面临着一定困境。通过借鉴世界上其他国家围绕间接管辖权所形成的不同审查模式，以及相关国际公约在修订过程中所呈现出的最新发展，可以看出，现阶段我国有必要针对间接管辖权制度进行相应的立法重塑，明确间接管辖权条款的先决条件地位，并以被请求国法律作为审查依据，采纳列举式的清单模式，构建具有中国特色的间接管辖权制度，为国际公约在我国的落地实施做好准备。

（一）确立间接管辖权条款之必要性与可行性

在我国立法缺乏相关规定的情况下，运用国际公约、双边条约或互惠原则来处理判决的承认与执行问题是国际上常见的3种替代方案，若这些替代方案能够有效地弥补国内立法的

20 《瑞士关于国际私法的联邦法》第26条：“（a）本法某一条款对此有规定，或者在无此种规定时，被告在作出判决的国家有住所；（b）在财产争议方面，当事人各方通过达成一项依本法为有效的协议自愿服从作出判决的机关管辖；（c）被告在财产争议中对作出判决的机关不提出管辖权异议而直接就争议事项应诉答辩；（d）在针对反诉作出判决的情形下，作出判决的机关对本诉有管辖权，且本诉与反诉之间互有实质性关联。”

21 参见陈卫佐：《瑞士国际私法法典研究》法律出版社1998年版，第72页。

22 斯洛文尼亚《关于国际私法与诉讼的法律》第97条规定，外国法院判决的事项属于斯洛文尼亚法院专属管辖的，拒绝承认该外国判决。第98条规定，根据当事人的抗辩，外国法院如果是基于原告国籍、原告在判决国的财产、向被告本人送达起诉状或其他引起诉讼开始的法律文书，斯洛文尼亚法院拒绝承认和执行。

不足，则有关间接管辖权之立法空白所引发的负面效应也能够得到一定缓冲。然而立法者的美好设想并不一定就能在司法实践中得到完美实现。就国际公约的适用而言，我国虽然在2017年签署了《选择法院协议公约》，但由于涉及到与国内法之间的衔接与声明问题，我国至今尚未批准该公约；而最新通过的2019年《海牙公约》则仍处于尚未生效阶段，我国法院若想直接适用国际公约中有关间接管辖权的审查规则还需经历一段漫长的等待时期。除主流公约之外，我国也曾加入部分涉及判决的承认与执行中有关管辖权认定的专项性国际公约，[23]但由于此类公约的调节事项具有特殊性，故不能作为普遍性的国际公约以作为对国内立法的规则替代。

就双边条约的适用而言，分别与各个主权国家订立单一的司法协助协定并不是加强国际司法合作的最佳选择，在运行上也会容易受到各国之间的政策影响，波动性较大。就互惠原则的适用而言，司法实践中我国法院的做法更多反映出一种保守态度，大部分情况下都需要对方国家法院先行承认与执行我国法院判决的先例存在。然而，世界人口流动的不断加强使得越来越多的法院判决需要在境外发挥法律效力，而以上替代方案的不足导致了仅有少部分的外国判决能够在我国境内得到最终的承认与执行，故有必要将间接管辖权在我国的立法重塑工作提上日程。

早在2000年，我国学者就曾在《中国国际私法示范法》中以肯定式列举的模式对间接管辖权规则的运用作出规定。无独有偶，2017年最高院主持起草的《关于承认和执行外国法院民商事判决若干问题的规定（征求意见稿）》也选择以否定式列举的模式对外国法院的管辖权进行认定，两者都采取了清单式的审查模式，以此实现外国判决的可控性，保护我国利益不受损害。此外，在解决区际司法协助问题时，我国也积累了间接管辖权的立法经验，如2019年内地与香港签署的涉及两地民商事判决的相互认可和执行安排又再一次选择了列举式的立法方式，[24]规定在保证被请求方法院专属管辖权不受侵犯的前提下，只要判决符合条约规定的情形，则请求方法院判决就能得到被请求方的认可和执行，以尽可能地尊重请求方法院的管辖权，降低区际判决的流通难度。此外，前述外国国家的各式立法也为我国提供了参考价值，以上种种都表明间接管辖权制度在我国国内法律体系的确立具有可行性。

（二）明确间接管辖权之审查依据与审查模式

在重申间接管辖权是承认与执行外国法院判决的法定要件之后，就需要进一步明确间接管辖权的审查依据与审查模式问题。针对间接管辖权的审查依据问题，笔者认为我国应当以被请求国法律作为审查外国法院管辖行为的法律依据。正向而言，由于被请求国法官往往对内国法律规定较为熟悉，故适用被请求国法律能够在一定程度上减少法律适用的错误，加快

23 如《国际油污损害民事责任公约》和《统一国际航空运输某些规则的公约》。

24 2019年1月18日签署的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》（尚未生效）第11条：“符合下列情形之一，且依据被请求方法律有关诉讼不属于被请求方法院专属管辖的，被请求方法院应当认定原审法院具有管辖权：（一）原审法院受理案件时，被告住所地在该方境内；（二）原审法院受理案件时，被告在该方境内设有代表机构、分支机构、办事处、营业所等不属于独立法人的机构，且诉讼请求是基于该机构的活动；（三）因合同纠纷提起的诉讼，合同履行地在该方境内；（四）因侵权行为提起的诉讼，侵权行为实施地在该方境内；（五）合同纠纷或者其他财产权益纠纷的当事人以书面形式约定由原审法院地管辖，但各方当事人住所地均在被请求方境内的，原审法院地应系合同履行地、合同签订地、标的物所在地等与争议有实际联系地；（六）当事人未对原审法院提出管辖权异议并应诉答辩，但各方当事人住所地均在被请求方境内的，原审法院地应系合同履行地、合同签订地、标的物所在地等与争议有实际联系地。.....知识产权侵权纠纷案件以及内地人民法院审理的《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条规定的不正当竞争纠纷民事案件、香港特别行政区法院审理的假冒纠纷案件，侵权、不正当竞争、假冒行为实施地在原审法院地境内，且涉案知识产权权利、权益在该方境内依法应予保护的，才应当认定原审法院具有管辖权。除第一款、第三款规定外，被请求方法院认为原审法院对于有关诉讼的管辖符合被请求方法律规定的，可以认定原审法院具有管辖权。”

审查流程的进展；且这一做法也为绝大多数国家所青睐，以被请求国法律作为准据法更加便利我国与他国司法合作活动的开展。尽管适用被请求国法律可能会因为各国实体法规定的不一致而导致在某些情况下原审国的有效判决在被请求国遭受拒绝，当事人需要在被请求国法院重新寻求法律救济，但建立于不同经济基础与政治体制之上的法律制度当然会因各国国情的不同而有所差异，盲目要求被请求国法院接受可能不符合其政策目的的外国法院判决，未免对该国要求过于苛刻，且易助长原审国法院过度管辖的不良倾向。反向来说，若适用判决作出国法律作为审查依据，则在该国对内国法院管辖权的行使规定了较为宽泛的要件，却对外国法院的间接管辖权进行严格限制之时，就会容易产生管辖范围不对等的问题。[25]且原审国法院在作出生效判决之前理应已经依照该国法律解决了管辖权的确定问题，再次适用原审国法律对该国法院管辖权进行审查不仅意义不大，且易造成司法资源的浪费。故适用被请求国法律进行审查的优势性更强。需要注意的是，所适用的被请求国法律不应仅指被请求国的直接管辖权规则，而应是被请求国法律的原则性规定，[26]法院在具体审查外国法院的判决时还需考量原审国法院是否符合相应的管辖权标准。

针对间接管辖权的审查模式问题，笔者建议我国可采取详细列举管辖权基础的清单模式。首先，以具体的管辖权依据而不是请求国或被请求国的直接管辖权规则等作为审查标准强调了国际民事诉讼制度与国内民事诉讼制度的不同价值取向，体现了间接管辖权制度的独立性。其次，详细列举出所有可能被法院认可的间接管辖权依据有利于保障间接管辖权审查的稳定性，符合大陆法系之立法传统。再者，如前所述，我国在列举式立法模式方面已有类似实践，具备了一定的经验基础，且 2019 年《海牙公约》也同样采取的是列举合规管辖权依据的审查模式，借鉴此种模式也更加方便日后我国立法与国际公约的相互衔接。因此，我国也应当积极学习他国立法经验，结合自身的国情发展选择在国际上具有较高认可度的管辖权依据，并注重对我国专属管辖事项的排除，完善我国的间接管辖权规则。

（三）促进国内立法与国际公约之有效衔接

我国一直十分重视并积极参与国际公约的制定工作。近年来为解决国际民商事法律争议所达成的国际条约文件的相继出台让我们看到了各国为迈向人类命运共同体所付诸的种种努力。一方面，我国应当在立足本国国情的基础之上积极批准相关公约在我国的法律适用，尽可能为当事人提供充分有效的争端解决机制，不断提高我国涉外民商事司法服务的能力与水平。另一方面，我国在解释和适用国际公约时也需要注意公约的国际性与统一性，避免将对国内法的解释和适用方法直接套用于国际公约当中，必要时还可通过修改国内法以契合国际公约之规定，促进国际规则的统一适用。在不违反公约基本立场的前提下，我国法官也可结合公约的订立目的与宗旨等，尝试对公约规定不清晰的地方进行解读并加以讨论，以提高公约适用的灵活性。

目前可能对我国间接管辖权制度的未来发展产生较大影响的全球性国际公约主要包括 2005 年《选择法院协议公约》和 2019 年《海牙公约》。针对《选择法院协议公约》与我国立法的衔接问题，除了肯定批准公约的基本步调外，在承认与执行依据非排他性选择法院协议所形成的外国判决问题上，我国当前仍不应按照公约规定作出互惠声明。而在承认与执行惩罚性赔偿判决的制度设计上，我国立法也应当明确以我国法律作为识别依据并确立分割式

25 参见李双利、赵千喜：《论承认和执行外国法院判决申请之司法审查——以中美两国的立法和司法案例为分析对象》，《法律适用》2018 年第 5 期。

26 参见何其生：《间接管辖权制度的新发展及中国的模式选择》，《法律科学（西北政法大学学报）》2020 年第 5 期。

的承认与执行方法。[27]此外，2019 年《海牙公约》中所规定的 13 项管辖权依据无疑是我国在制定间接管辖权审查清单时的重要参考，通过归纳分析上述管辖权依据的立法根基与内在关联，也许能够为间接管辖权在我国的制度构建提供某些新思路。

四、结论

实践证明，我国现有立法体系之疏漏无法为法官在审查外国法院管辖权基础的实务工作中提供有效指引，甚至可能会使间接管辖权制度落入“形同虚设”的司法适用困境当中。纵观各国针对间接管辖权的审查问题所形成的不同发展模式，我们有必要将间接管辖权的审查条款从隐性的保障立场向显性的基本原则转变，而我国的立法经验也表明间接管辖权制度在我国国内法律体系的确立具有相当的可行性。在间接管辖权法律依据的确立方面，以被请求国法律的原则性规定作为审查依据既保护了被请求国的本国利益，也为外国法院管辖权的行使留有一定的适用空间，而在具体审查模式的选择方面，采用非派生说理论延伸出的列举管辖权基础的清单模式不仅有相关国家的立法经验作为参照，也契合了作为多边合作重要成果的 2019 年《海牙公约》的最新理念，有利于促进我国立法与国际公约的制度衔接。

【参考文献】

[1]刘仁山.国际私法[M].6 版.北京:中国法制出版社,2019.

[2]何其生.间接管辖权制度的新发展及中国的模式选择[J].法律科学(西北政法大学学报),2020,38(05).

[3]濮云涛.中外双边司法协助协定间接管辖权条款的模式和规则[J].华东政法大学学报,2020,23(01).

[4]于飞.我国间接管辖权制度的构建——基于国际礼让理念[J].国际经济法学刊,2020(01).

[5]刘仁山.我国批准《选择法院协议公约》的问题与对策[J].法学研究,2018,40(04).

[6]沈红雨.外国民商事判决承认和执行若干疑难问题研究[J].法律适用,2018(05).

[7]李双利,赵千喜.论承认和执行外国法院判决申请之司法审查——以中美两国的立法和司法案例为分析对象[J].法律适用,2018(05).

[8]乔雄兵,王怡文.“一带一路”倡议下外国判决承认与执行中的间接管辖权问题研究[J].武大国际法评论，2017(05).

[9]沈涓.再论海牙《民商事管辖权和外国判决的承认与执行公约》草案及中国的考量[J].国际法研究,2016(06).

27 参见刘仁山：《我国批准<选择法院协议公约>的问题与对策》，《法学研究》2018 年第 4 期。

无人机军事化利用的国际法规制

胡晓* 西南政法大学

摘要：无人机从 20 世纪初的初具雏形到今天运用于许多领域，其军事化发展进程总体上看从未停止。国际法上虽然承认军事化无人机存在的合法性，但当它被用于诉诸战争权的行使时却依然存在许多概念上的争议，并且自主无人机有违国际人道法。毫无疑问，军事化无人机必须在国际法框架下行使，在用于诉诸战争权时，应该谨慎解释“国家同意”“国家同意的限制”“必要性”“相称性”等概念 ，并且严格区分普通无人机与自主无人机对国际人道主义法的挑战；在国内法层面我国要以防御原则发展无人机技术，在法律框架下使用军事化无人机。

关键词：无人机 ；军事化利用；战争权；比例原则；国际人道法

引言

对于无人机军事化利用，目前相关文献及著作都承认无人机作为一种武器它的存在是合法的，但它应该遵守国际法关于武器的相关规定；[1]其次，在无人机与国家行使武力规则方面，现有观点在讨论国家自卫权行使的时候，只是对学说和文献的一种归纳，并未给出结论，特别是对非国家行为体发起的武装袭击，《联合国宪章》51 条规定的自卫权打击主体只能是国家。此种情况下到底能不能援引自卫权，在恐怖袭击日益猖獗的今天，有必要给出一个明确的结论；最后，无人机在国际人道法方面，根据相关文献来看，在讨论无人机有违国际人道法时，有必要对传统无人机和自主型无人机进行概念界定。[2]

针对以上问题，首先，在无人机存在合法方面，既然已经提到了对于无人机作为武器的相关规定，现有文献并未对无人机违反这些规定进行规制，文章在研究已有文献的基础上，对无人机违反国际法武器规定如何规制进行了给出了意见；其次，对非国家行为体发起的武装袭击，文章以联合国安理会决议 1368 和 1373 为支撑得出了非国家行为体发起的恐怖袭击可以援引《联合国宪章》51 条关于自卫权的规定；最后，无人机在国际人道法方面，有必要对传统无人机和自主型无人机进行概念界定，因为传统无人机的操作主体仍是“人”，对国际人道法区分原则和比例原则的挑战只是有违反的风险。而自主无人机的操作主体变成了事先写好的程序或软件，这一点是违反国际人道法相关原则的。

一、无人机的类别与应用现状

无人机指任何无人驾驶的遥控飞行器，范围从像无线电遥控玩具直升机一样小，到 32000 磅。[3]根据中国民用航空局飞行标准司的规定，无人机（Unmanned Aircraft, UA），也称为远程驾驶航空器（Remotely Piloted Aircraft，RPA），是由控制站管理的航空器。按应用领域划分，可分为军用无人机、专业级无人机、和消费级无人机。[4]

（一）无人机可以是军事武器—军用级

美国中央情报局（CIA）自 2000 年以来就已经在阿富汗地区使用无人机来执行侦察任

---

* 胡晓，西南政法大学国际法学院博士研究生。

[1] 耶莱娜·佩伊奇：《利用武装无人机攻击域外目标：某些法律问题》，李强译，红十字国际评论—武装冲突中法律的适用范围.2016（893）。

[2]巫鹏：《自主控制无人攻击机对国际人道法的挑战及应对》，华东政法大学，2015。

[3] Vivek Swhrawat, “Legal Status of Drones Under LOAC and International Law,” *Journal of law and international affairs*，Vol.5, No.1, p.171.

[4] 宇辰网：《无人机—引领空中机器人新革命》，机械工业出版社，第 2 页。

务，但是出于对道德伦理和合法性的考虑，美国一直未将无人机投入到反恐作战。随着“9·11”事件的发生，中央情报局开始使用武装无人机，协助完成军事行动，所以可以说“9·11”事件推动了世界上唯一的超级大国开始了一场意义深远的利用无人驾驶军用无人机来执行攻击和侦查任务的运动。2001 年之前，美国国防部只有不到 50 架无人驾驶航空无人机。到 2006 年，这个数字已经超过了 3000 架。[5]而到 2012 年，五角大楼使用了大约 7000 架无人机驾驶航空无人机。

美军对无人机的利用大大推进了无人机的军事化进程，但是在使用无人机打击恐怖分子的同时，由于当今无人机的智能化程度并不能对“恐怖分子”和平民加以区分，因而会误伤大量平民。2009 年至 2012 年 2 月期间，无人机杀死了 282 至 535 名平民，包括 60 名儿童。[6]将无人机运用于战争，其简单粗暴的打击特点使得无人机的军事化进程之路走得并不顺利，也没有得到国际社会的普遍认同。

（二）无人机可以是专业工具—专业级

21 世纪人工智能已经被广泛运用，人工智能革命不同于以往的工业革命，生产力的革新从电力变成了大数据，大数据的运用激发了新的创造力和商业机会。此次革命从工业到农业，从无人驾驶的汽车到飞机，人工智能以智能设备和互联网为媒介正在迅速降落。2018 年 5 月 7 日，微软公司在年度大会上宣布将与 DJI Innovation 进行合作，期望可以推进人工智能技术同无人机的结合，使无人机企业可以通过智能计算革新生产力。大疆企业的无人机作为这次合作的技术成果在大会上进行了演示。此次演示模拟化工厂管道出现故障，工作人员运用人工智能无人机扫描工厂管道，扫描结果在传回的同时也可进行问题的同步分析，在过去，传统的无人机只能进行扫描，同步分析很难做到，因为无人机和故障现场设备的计算能力有限，两者难以开发并结合，因此才导致人工智能技术在无人机上的运用很难得到质的飞跃，而此次 DJI 和微软的合作代表了无人机技术和人工智能数据分析技术的结合，此次结合将改变人工智能不能和无人机结合的现状，并使无人机同步智能分析这一想法成为现实。但是不可忽视的是，人工智能技术飞速发展，法律很难与之完全匹配，所以人工智能技术仍然存在一些法律上的问题，这些问题中不乏有一些也会在人工智能无人机行业存在。

（三）无人机可以是民用商品—消费级

无人机不断提高的技术与良好的商业前景，使得被广泛运用，越来越多的民众可以接触到无人机。广泛运用意味着监管更加困难，这就使得消费级无人机领域出现了一个普遍现象——“黑飞”。在技术和市场都在奋力发展的同时，如何在不妨碍创新的情况下，减少消费级无人机“黑飞”是立法所面临的一大难题。我国无人机的制造和销售都处于世界前茅，对于迅速崛起的新兴产业，急需相应的法律配套设施，但目前我国关于无人机的立法还处于完善阶段，法律的滞后性是每个新兴行业都会面临的问题。到底是该放宽政策还是严格审查，这其实是一个世界共性问题。美国的航空业相对发达，但其也在发展和安全中间苦苦寻找平衡点。一方面,考虑到安全的重要性,美国联邦航空管理局(FAA)2015 年年末出台了无人机注册制度,以便强化管理,尽快追查到事故责任人。另一方面企业们却想要一个更加包容的法律环境以此发展产业。受市场影响,FAA 在 2016 年年中出台了针对 55 磅以下小型无人机的新

---

[5] Charles Levinson, **“**Israeli Robots Remake Battlefield,” *Wall Street Journal,* January 13,2010, https://www.wsj.com/articles/SB126325146524725387.

[6] Chris Woods and Christina Lamb, **“**Obama Terror Drones: CIA Tactics in Pakistan Include Targeting Rescuers,” *The Bureau of Investigative Journalism,* February 4,2012, https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2012-02-04/cia-tactics-in-pakistan-include-targeting-rescuers-and-funerals.

规,虽然整体依然严苛(比如只能昼间和视线内飞行),但较之前的管理还是有所放松(比如对于无人机操作者不再要求飞行执照,只需要通过相关知识测试)。

二、无人机军事化利用的国际法问题

（一）无人机本身的国际法合法性问题

讨论无人机运用于反恐作战是否符合国际法依据，首先应该明确无人机本身是否合法。第一次世界大战无人机运用于战场，近代以来无人机又被大量运用于军事作战，对此人们一直持有担忧态度。首先，因为无人机自身的特点，可以让作战人员在千里以外歼灭敌对势力，打击国几乎无人员伤亡，使得国家投入战争的人员成本降低；其次，当无人机开始批量研发生产，其生产成本和普通固定翼战斗机相比也相当低，这就使打击国投入战争的经济成本也降低了；[7]最后，在恐怖袭击日益猖獗的今天，袭击模式一般不是国家作战，恐怖人员或集团可以随时出现在任何地区，遭受恐怖袭击的国家如果运用传统作战方式进行反击将会投入大量人力物力，运用无人机反击将会大大提高反击效率。[8]有些学者和军事领导人将这些无人机描述为让杀手与受害者分离的武装机器人“杀手”，[9]让暴行变得更加容易。[10]但是以上这些论述并不能从法律上证明无人机本身的违法性。

抛开以上这些人员、经济和道德因素，其实让战斗人员远离实体战场并不是只有无人机独有的特点，从传感炸弹到巡航导弹等等武器都可以达到使作战人员远离战场，它们并未被现有国际法所禁止，由此可见无人机的使用只要遵守国际条约和国际习惯，它的存在就是合法的。但是我们也应当明白，无人机本身的合法并不表示可以没有国际条约对无人机加以管制，当无人机被运用于作战时，已经不仅仅是一种工具，而是应当被视为一种武器，所有对武器类禁止性的国际条约和国际习惯都应当适用于无人机。首先禁止使用极度残酷的武器，这类武器是指攻击能力巨大明显超过使战斗人员丧失战斗能力的程度、会造成极度痛苦、使得战斗人员必然死亡的武器；[11]其次无人机上发射诸如化学和细菌武器也违反战争法，这类武器指各种窒息性的、有毒的或者其他类似武器；[12]最后对于《〈某些常规武器公约〉议定书三》的缔约国来说，还有其他更为严格的限制。虽然战争法的内容已经规定得十分详细，但由于科学技术的快速发展，作战方式和手段也在不断更新，条约的规定无法把所有新的战

---

[7] Michael J. Boyle, “The Costs and Consequences of Drone Warfare”, *International Affairs*, Vol.89, No.1,2013, p.22.

[8] Stephen Holmes, “What’s in it for Obama?”, *London Review of Books*, Vol.38, No.14, 2013, pp.15–18.

[9] John Pike,“ Coming to the Battlefield: Stone-Cold Robot Killers”, Washington post，January 2, 2009 ，http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/01/02/AR2009010202191.html .

[10] P.W. Singer, “Military Robots and the Laws of War”, *The New ATLANTIS*.No.23(Winter 2009), pp.25-45.

[11] 1868 年的《圣彼得堡宣言》最早禁止使用这类武器；1899 年海牙第三宣言明确规定,禁止使用在人体内易于膨胀或变形的投射物；由于现代科学技术的发展导致新武器不断出现,1980 年联合国主持制定了《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》。该公约进一步强调在战争中应注重人道主义原则,禁止或限制使用那些容易致残或使人陷入长期痛苦的常规武器。

[12] 1899 年海牙第二公约的附件《陆战法规和惯例章程》中,对此作了明确规定,并在 1907 年海牙第四公约的附件中作了重申,1899 年海牙第二宣言即也宣布禁止使用室息性瓦斯或毒气弹的投射物。1922 年《关于在战争中使用潜水艇和有毒气体的条约》又明确禁止在战争中使用室息性、有毒及其他瓦斯以及一切类似的液体、物质或手段。1925 年《禁止在战争中使用室息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》不仅概括了上述规定,而且将禁用范围扩展到细菌武器。1972 年 4 月 10 日签订的《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》,不仅禁用细菌生物武器,而且永远禁止在任何情况下发展、生产及储存这类武器,并号召销毁这类武器,是一个全面禁止细菌武器的公约；同样,《集束弹药公约》禁止缔约国使用无人机发射集束弹药，由于集束弹药在战争中很可能对平民造成伤亡，违反国际人道法，所以《集束弹药公约》第一条规定每一缔约国均承诺在任何情况下均不适用集束弹药。

争形式都涵盖其中，所以“马顿斯条款”就具有了重大的意义。[13]“马顿斯条款”从论述上来看并未提供具体的标准，可见马顿斯条款更多的是具有宣誓作用，可以说它从根本上规范了战争双方的作战手段和方式，作为一项战争法重要原则，无人机作为武器运用于战争时也应遵守此原则。如果一国在运用无人机进行恐怖打击时违反了上述国际法原则，责任国家应承担对受害国进行承诺停止侵害和赔偿的法律后果。所以根据现有国际法我们可以看出，无人机存在本身并不违反国际法，但是当无人机运用于反恐作战时，作为一种武器应当遵守所有关于武器的禁止性条约和习惯法，如果违反则要承担相关责任。

（二）无人机诉诸战争权的行使

在国际法框架下合法战争权的行使，首先是取得主权国家的同意。如果一国同意另一国在本国领土内使用武力，那么将排斥《联合国宪章》第 2 条第 4 款关于禁止使用武力的规定[14]。但主权国家的同意在实践中往往难以被运用，因为一个国家在公开场合有效地同意另一国在本国使用武力这种情况非常少见，国家的同意一般都是通过非官方渠道传达，这种不透明性还需要谨慎地评估同意是否有效。[15]其次，国家诉诸武力合法还可以是因为国家自卫权的行使。[16]《联合国宪章》第 51 条规定了国家有自卫这种自然权利，但自卫的打击对象必须为国家很多恐怖袭击都不是国家行为，而且袭击的规模跟传统战争相比也显得很小，[17]那么无人机作为一种武器去打击集团或个人发起的小型攻击可否援引《联合国宪章》51 条。对于这个问题，学界存在不同看法。[18]有些学者认为，“武力攻击”只可以是一个国家行为。另一些学者则认为武力攻击可以由集团或个人发起，但是该攻击必须存在可归责于国家的事由，只有存在这种归责事由被攻击的国家才可援引自卫权。[19]还有些学者的看法是“武力攻击”可以由集团或个人发起，而且即使该攻击不可归责于国家，被攻击国也可援引自卫权。以上关于不同的学者观点应该如何解决，尤其是一个集团或个人被视为“恐怖分子”时，联合国安理会 1368 和 1373 号决议承认了个人或者集团的大规模武装袭击可以被视为第 51 条中的“武装袭击”。最后联合国安全理事会根据《联合国宪章》第七章进行授权，也可使国家诉诸战争权合法。所以关于此问题一些国际法专家得出了结论：如果一个国家得到安理会根据《联合国宪章》第七章进行授权使用武力，该国家就可以使用武装无人机进行反恐反击，

---

[13] “马顿斯条款”（Martens Clause）：凡遇有本条文中未规定之事项，则有种种国际法之原则，从文明人民之惯例上，从人道之原则上，自良心之要求上，发生事变之两交战国与其人民之间，应在此原则之保护与支配下。参见 Rupert Ticehurst, “he Martens Clause and the Laws of Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, No. 317, (April 30,1997)

[14] Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *International Law Commission*, A/56/10，2001.

[15] 关于此点可能要指出的是，例如，在一个特定的情况中，一国境内一个特定的人或实体是否有权给予 同意的问题并非有关国家责任的国际规则所调整的问题，而是与该国的意愿表达有关的国际法以及国内法所调整的问题。就前者而言，一般认为《维也纳条约法公约》 (1969 年 5 月 23 日通过，1980 年 1 月 27 日生效) 规定的同意接受条约约束的规则提供了相关指南。

[16]《联合国宪章》第 51 条规定联合国任何会员国“受到武力攻击时”拥有进行单独或集体自卫的权利。

[17] Daniel Bethlehem, “Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors”, *American Journal of International Law,*Vol.106,（October 2012）,p. 773； Elizabeth Wilmshurst ,Michael Wood, “Note and Comment: Self-Defense against Non-state Actors: Reflections on the ‘Bethlehem Principles’”, *American Journal of International Law* ,Vol.107, (April 2013), p. 390.

[18] Ashley S. Deeks, “‘Unwilling or Unable’: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.52, No.3, (June 2001) ,p. 492.

[19] Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, *Report by the ICJ*, ES-10/14(2004), para. 194.在该咨询意见中，法院拒绝了以色列的自卫主张，因为以色列没有证明相关攻击可归因于一国。

联合国不必再出具关于武装无人机的单独授权。[20]

（三）无人机关涉国际人道法问题

自 9・11 袭击之后，美国对恐怖势力呈现一种零容忍的态度，美国的反恐行动是否符合国际法在学界还存在争议，但将无人机视作武器运用于战争，是否符合国际人道法却早已是一个热点问题。未来无人机的发展趋势是——在军用无人机上更大程度地使用自动化科技，尽管许多国家都宣称，自动化无人机对目标的打击仍由人类控制，[21]但联合国的一份报告显示:“自动化杀伤性机器人系统正在到来,目标的自动化处理出现在战场上也只是时间问题。”[22]这种无人机可自主侦测攻击目标，例如，以色列正在计划实施一项“闭环（closed loop）”边界防御系统，由人工智能炮塔监视边界，无需任何的人类干预；韩国正在研发一种能够在与朝鲜接壤边界处执行哨兵职责的无人炮塔，炮塔具有一定程度的自动开火能力。国际人道法的基本原则学术界存在很多不同观点，[23]但区分原则和比例原则却是学者公认的国际人道法基本原则。

区分原则要求作战方必须对平民和战斗员作出区分。传统无人机之所以未被国际人道法禁止是因为它并未摆脱人的操作，[24]而自主无人机因为其运作依靠事先编写的程序，没有士兵或飞行员去按下发射器，机器自己可以作出射击决定。它在战时能否准确地区分平民和战斗人员是决定它是否符合区分原则的关键。首先，各国关于平民的定义虽然达成了一致，但在现代战争中，平民这一身份往往很难精准辨别，而且在战争中平民和战斗人员的身份也会随时发生转化。《第一附加议定书》第 51（3）条规定平民直接参与战斗不再受到区分原则的保护。其次，关于“平民直接参与敌对行动”这一概念目前在国际人道法上并未得到精准定义。与之类似的概念还有“可疑人员”如何对待。一些国家吸纳了《第一附加议定书》的规定：“无法判断一个人是平民还是作战人员时，此人应被视为平民”。[25]而有些国家对此问题的态度是，应当由指挥官在考虑各种因素之后善意作出判断。[26]例如，各国被要求采取“持续的注意”和预防措施以确保平民不会在攻击中丧生。预防措施的标准指“一位理性的消息灵通的人，处于实际犯罪者（perpetrator）的位置，是否合理利用了他或她所掌握的资讯，

---

[20] Advisory Report on Armed Drones, Report by the Netherlands Advisory Committee on Issues of Public International Law, Advisory Report No. 23, The Hague, July 2013, paras.2–3. 荷兰国际公法问题咨询委员会是一个独立的机构，为荷兰政府、众议院和参议院就国际法问题提供咨询。

[21] [美]John Frank Weaver：《机器人也是人—人工智能时代的法律》，郑志峰译，台湾：元照出版公司，第 224 页。

[22] Philip Alston, Interim Report of the Special Rapporteur of the Human Right Council on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, U.N. Document A/65/321, August 23, 2010, p.13. https://undocs.org/en/A/65/321.

[23] 朱文奇教授所著《国际人道法》的观点是有区分原则、避免不必要痛苦原则、比例原则、军事必要原则和禁止报复原则。参见朱文奇：《国际人道法》，北京：商务印书馆；国际法院在《使用核武器或以核武器相威胁的合法性问题》咨询意见里，列出了一些“构成人道主义法制度的核心原则”：区分原则、禁止使用不分皂白的武器原则、禁止对战斗员造成不必要的痛苦的原则，以及国家在使用武器方面并非具有无限制地选择手段的原则，参见路易丝・多斯瓦尔德-贝克：《国际法院关于以核武器相威胁或使用核武器是否合法的咨询意见与国际人道法》，凌岩译，载《红十字国际评论》，1997 年第 316 期，p.35。

[24] 来自联合国法外处决问题特别报告员 Philip Alston 说到：“一架无人机发射一枚导弹与其他任何通常使用的武器并没有本质区别，就像士兵扣动扳机开枪一样。”这种无人攻击机的代表如美国研发的“捕食者”和“死神”在进行攻击是，大约需要 160 到 180 人进行操作。

[25] 如澳大利亚、加拿大、德国、印度、意大利、荷兰、南非、西班牙、南斯拉夫。

[26] 英国和法国就在批准《第一附加议定书》时对该规定作出了自己的理解：该推定不能超越指挥官依据《第一附加议定书》的其他条款所负有的保护自己军队安全或维持其军事形势的指责；美国在其 Naval Handbook 中也类似规定：即在判断“直接参与敌对行动”这一概念时，应当由指挥官综合考虑各种因素，作出善意决定。

是否预见了大量的平民会因为攻击而丧生。”[27]就前兰斯拉夫问题，国际刑事法庭曾颁布规约，明确阐述这一标准适用于人类（human）犯罪者，但透过变通解释，这一标准也能够适用于无人机。最后，这个时候问题又会演变成哪些资讯对于自主无人机来说是可以获取的。相较于哪些资讯是人类可以获取的来说，要判断同样场景下哪些资讯是自主无人机可以获取的更为困难，所以自主无人机想要在现行人道主义法的区分原则下合规运行是不可能的。

比例原则要求军事攻击要在预期军事利益（anticipated military advantage）和可能造成的附带损失或伤害之间作出判断，如果预期军事利益小于附带伤害，则此次行动违反比例原则。[28]关于自主无人机是否符合国际人道法的比例原则主要是讨论它能否在敌对冲突时准确平衡预期军事利益和可能造成伤害之间的比例。国际上以往对比例原则的实践标准基本一致，在判断利益与伤害之间的平衡时，实践经验是必须有一个经验丰富的指挥官综合考虑各种获得的情报并将各种紧急和疑难问题纳入考虑的范围之内，正直且理性地作出判断。在关于前南斯拉夫问题的判断时，国际刑事法庭的回应是：“在评价附带损失是否超出军事利益时，该决定必须由一个理性的指挥官作出”。[29]国际刑事法庭在其他相关罪名的犯罪构成要件中指出：“判断附带损失与军事利益相比是否过分时，应由一个了解要件构成的行为人按照要求作出价值判断。这一判断必须在行为人所获得所有必要信息的基础上作出。”而自主式无人机作战模式的最大特点便是在作战过程中脱离人类的指导，完全依靠事先写好的程序和算法对目标进行攻击，这种事先的程序无法完全代替人类的思想，而战场上也有许多不确定因素，自主式无人机无法根据战况的变化作出有效的判断。目前看来，虽然自主式无人机对平民的伤害还在可控范围内，但是根据国际法习惯、判例表明只有人才是判断比例原则的主体。所以自主无人机作为武器运用于战争是违反比例原则的。根据前文论述：无人机的存在本身符合国际法，但是使用自动化无人机进行反恐作战有违国际人道法风险。

三、无人机军事化利用的国际法规范

国际的法治和国际法的执行取决于是否存在一种为国际法主体所共同接受的“词汇”。国际上并不存在一个独立的司法体系来编写或执行这个“词汇”的含义，所以国际法主体必须对这个“词汇”制定共同的被统一接受的解释，并且愿意遵守这个共同的解释。如果国际主体能够对这个解释达成共识，那么即便没有国际司法制度，法治也可以存在。

（一）军事化无人机本身合法性规范

无人机军事化利用并不违反国际法，但由于它投入作战的人员成本低、相比固定翼战斗机经济成本低、反击效率高的特点，有必要对军事化无人机作战进行特别审查。现今无人机越来越被运用于作战行动，当它们被视作武器时，如果不加以特别审查则很有可能会违反对武器类禁止的国际条约和习惯，如何使得军事化无人机更好地遵守国际法规制，其问题的关键是军事化无人机的使用框架不应该是法律跟随无人机，而是无人机应跟随法律。

现有的法律完全能够控制无人机战争。武装冲突法的基本原则、专门武器条约、和《联合国宪章》为无人机的使用提供了全面的法律依据。同所有武器一样，至关重要的是确保无人机攻击只针对合法的军事目标，并依照有关使用武力的法律进行。从无人机发射的导弹与任何其他常用武器一样，每一种武器的关键法律问题都是一样的:具体使用是否符合武装冲突法。

---

[27] Prosecutor v. Galic , Judgment and Opinion ,*Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (2003),Case No:IT-98-29-T,para.58.

[28]《日内瓦第一附加议定书》第 51 条。

[29] Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia(ICTY),* Para.50.

（二）军事化无人机诉诸战争权的规范

国际法委员会关于《国家对国际不法行为责任的责任条款草案》第 20 条及其所附评论为理解国际法中的同意提供了一个框架。前文提到了“有效的”同意，所谓有效性要求同意必须由“合法”政府授权的一位官员“自由地给出并明确确认”。在“战争法”下，同意是控制无人机袭击是否合法的关键因素。[30]此外，第 20 条提到同意的“限制”表明了，首先，被同意国不得偏离同意所规定的范围; 其次，这种同意不能排除违反国际法行为的不法性，除了战争法之外，最明显的是违反国际人道主义法和国际人权法。同意和被同意的国家都有责任确保同意使用武力不违反国际法的其他领域。[31]所以同意和被同意国家仍然受其国际人道主义法和国际人权法的义务约束。人们普遍认为，一个领土国家“只能同意它自己可以合法进行的行动”，因此一个领土国家“不能合法允许侵犯人权或人道主义法准则的攻击，因为它本身并不享有这种权力，所以无法给予同意”。[32]因此，虽然许多国家都同意使用无人机，但这只影响到最初使用无人机的合法性，而不影响使用无人机的方式，使用无人机的方式仍然由国际人道主义法和人道主义法管辖。

国际上通常以自卫为前提，来声称使用军事化无人机进行打击的行为是合法的。[33]在自卫的情况下使用无人驾驶飞机，特别是在没有“东道国”同意的情况下，自卫的行使必须满足“武装攻击”、必要性和相称性等要求，其中一些解释对什么是合法的自卫有很大的灵活性，从而扩大了可以诉诸武力的情况范围，基于有争议的自卫概念进行的无人机袭击必须得到适当且彻底的评估，以确定其行动是否符合国际法相关方面。除此之外，诉诸武力的合法性只是无人机袭击总体合法性的一个方面，无人机袭击“必须满足所有适用的国际法制度下的法律要求”。[34]而且《联合国宪章》也明确规定，各国在行使自卫时，必须“立即向安全理事会报告”所采取的措施。虽然不遵守报告的要求并不自动使自卫行为成为非法，但这可能表明，有关国家并不认为它是在自卫。

（三）军事化无人机国际人道法规范

首先我们应该明白，区分原则和比例原则的规则主要适用于无人机的使用方式，而不是无人机本身作为一种武器的情况下。重要的是，在考虑无人机是否违反区分和比例原则时，尽管作为一种作战手段，根据国际人道主义法，它们并不违法（例如《特定常规武器公约》），但无人机所采用的作战方法有可能违反适用于武器冲突的法律。

其次，对于有指挥人员操控的军事化无人机，虽然操作人员远离战场，但他们仍在操作武器系统、识别目标并发射导弹。他们一般在负责任的指挥下行动，因此根据国际人道主义法，无人机驾驶员及其指挥系统应对所发生的一切负责。他们远离战场数千公里的事实并不免除无人机操作员的责任，其中包括坚持区分和比例的原则，以及在攻击中采取一切必要的预防措施。因此，就遵守国际人道主义法的义务而言，无人机驾驶员与直升机或其他战斗飞机等载人飞机驾驶员没有什么不同，就根据国际人道主义法的规则可作为攻击目标而言，无

---

[30] 如美国在巴基斯坦、索马里和也门实施的秘密打击。

[31] Ashley Deeks, “Consent to the Use of Force and International Law Supremacy” , *Harvard International Law Journal*, Vol.54,No.1,(March 2013).pp.11-30

[32] Michael N. Schmitt, “Drone Attacks under the Jus ad Bellum and Jus in Bello: Clearing the ‘Fog of Law’” , *Yearbook of International Humanitarian Law*,vol.13, (December 2010) ,p.311, 315.

[33] 美国在巴基斯坦、索马里和也门对非国家武装组织发动的袭击，以及在伊拉克、利比亚和叙利亚对 ISIS 发动的袭击，都是出于自卫，以应对 2001 年 9 月 11 日的武装袭击。

[34] C Heyns, D Akande, L Hill-Cawthorne and T Chengeta, “The International Law Framework Regulating the Use of Armed Drones”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.65,Issue 4, (October 2016),p.791, 795.

人机驾驶员也没有什么不同。[35]

再次，对于前文提到的自主化无人机，特别是无人驾驶武器，在极度谨慎的情况下，可用于武装领域和偏远地区的救援以及自然灾害救助，但绝不能在武装冲突中杀害目标人员。根据《日内瓦公约第一附加议定书》第 36 条，在研究、发展、获取或采用新的武器、作战手段或方法时，缔约方有义务确定在某些或所有情况下，该新的武器的使用是否为本议定书或适用于缔约方的任何其他国际法规则所禁止。因此，如果一个国家打算研制任何新武器，那么它需要考虑对是否可以按照国际人道主义法的原则使用这种武器进行考虑，如果不这样做，那么该国就不应该在战场上发展和使用这种武器。

最后，从国际人道主义法的角度来看，任何使进行更精确攻击成为可能，并有助于避免或尽量减少平民意外伤亡的武器，都应优先于不进行精确攻击的武器。使用自主无人机是否真的能提供这些优势，将取决于具体情况。由于缺乏关于大多数无人机袭击的信息，这个问题至今一直是辩论的主题。

四、无人机军事化利用的国内规范

近年来我国持续在航天航空的各个方面进行发展，这其中不仅包括传统飞机，也包括更现代、更尖端的——无人驾驶飞机。无人机作为我国投入大量时间和精力的一个领域，我国已成为世界上最大的无人机生产国，在商业市场和军事市场上占据了很大的份额。尽管无人机商业方面的价值不容小觑，但本文主要侧重对军用无人机进行理论分析，并希望以此为起点，以进一步对这一领域进行研究。

（一）发展以防御为主

虽然当前我国社会的基本面稳定，但在总体稳定的同时我们也应看到许多不稳定因素，南海问题虽然有进展但目前未得到实质解决；海峡两岸互通增加，但台湾主权问题一直未落实；恐怖主义在我国虽然局部可控，也应引起我们高度重视等等，这些不稳定因素虽然不会动摇国之根本，但其破坏力难免会被有心之人放大，所以新时代国防建设应该持续稳步推进。

军事化无人机在战争中不管是作为武器还是一种作战装备都具有一定杀伤力。目前我国作为无人机最大生产国，发展无人机的原则应该是以防御为主。从之前的“科学发展观”到现在“一带一路”倡议和“人类命运共同体”的理念，我国发展道路的指导思想一直围绕着“和平”这一原则。但随着中国综合国力特别是军事实力的上升，个别国家散布“中国威胁论”，诋毁中国国际形象，企图遏制中国发展。国防部于 2019 年 7 月 24 日发表白皮书——《新时代的中国国防》，白皮书中首次构建新时代中国防御性国防政策体系；首次指出坚持永不称霸、永不扩张、永不谋求势力范围，是新时代中国国防的鲜明特征，建设同国际地位相称、同国家安全和发展利益相适应的防御性国防。防御性原则不仅是和平理念主导的结果，也有利于提高国际社会对中国国防政策的认可度、理解度和支持度。

（二）使用以法律为基础

法律滞后不是只有无人机行业才面临的问题，任何一个新兴产业的兴起，都会存在一段时间的法律盲区，我们要做的就是尽量缩短这个盲区存在的时间。目前我国关于无人机的立法主要集中在民用无人机方面，而且我国对民用无人机的监管呈现出一种监管主体众多、监管客体分类不清、监管法规零散的状态。前文提到根据划分方式不同，无人机的分类就不同，这就使得很难仅通过一部法律来调整无人机规范。消费级无人机价格便宜，容易操作，供应面广使得监管变得非常困难，而且缺少足够的证据，难以对违法者进行监管，所以相比军用

[35] ICRC，“The use of armed drones must comply with laws,” October 5 2013，https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/interview/2013/05-10-drone-weapons-ihl.htm

无人机，解决民用无人机当前的存在的问题才是当务之急。其一是因为民用无人机几乎都靠国内法调整，长久的交叉管辖或者空白管辖难免会抑制行业发展；其二军用无人机不仅可以通过国内法管辖，还可以通过国际法调整，现有的法律框架是充分的，我国完全可以先解决民用无人机存在的法律问题，把军用无人机置于战争法之下使用。

首先，严格按照战争法原则进行军事准备。一是准确把握战争法基本精神，积极研制精确度更高的军事化无人机，军事化无人机对国际法的最大挑战之一就是区分原则和比例原则，精确度直接关系到军事化无人机的合法性；二是使用军事化无人机应建立事前效应评估机制，对无人机的精准打击程度进行严格评估，评估不合格的机器应及时改进或淘汰；三是加强国际间合作，推进规范国际立法进程，公约和习惯构成国际法，可以说国际法的精髓就是国家间的沟通交流，再成熟的法律都有滞后的一天，只有加强国际合作才能推动国际法进步。

其次，严格按照战争法原则使用军事无人机。以战争法原则为标准，以“马顿斯条款”为基础。任何法律的原则都不能涵盖所有现实情况，战争法亦如此。“马顿斯条款”作为一种兜底式宣誓，其存在的意义就是弥补战争法原则可能会有的漏洞，所以不能因战争法原则未规定而免责，只要是不符合人类文明惯例、不符合良心要求均应认为违反战争法的要求。

最后，严格按照战争法原则承担责任。问责机制是国际法下的一项义务，而不是一项政策选择，一旦军事化无人机出现问题，国家就应承担相应的责任。一是公开无人机造成平民的伤亡数，国家没有理由对军事化无人机造成的平民伤亡保密，只要有可能造成伤亡，就应立即启动调查并将结果公布；二是对平民伤亡进行补救，建立以透明度为基础的问责机制，国家层面须具备相关司法系统，然后对受害者提供抚恤金或补偿。

随着我国军事进入“新时代”，无人机这些新军力的投入运作可以增强中国的军事力量，甚至可能影响未来的军事平衡。随着无人机的发展和使用，除了必须要应对的法律问题之外，我国还面临的直接挑战将是建立新的单位，引进新型无人驾驶飞行器，这将需要选择和培训飞行员和操作人员，为培训和教育建立新的框架，并将它们纳入更复杂和现实的培训活动中。在如何部署和利用这些系统方面，各服务部门之间可能继续存在高度的多样性和可变性。随着我国对未来“无人”和“智能化”战争的展望，无人机将成为中国航天力量不可或缺的组成部分。

黑格尔曾将悲剧定义为两种商品之间的冲突，每种商品的主张都过于死板。[36]无人机军事化利用与法律规制所带来的辩论并不是一个悲剧，新型和先进武器在战争中的出现，在武装冲突的历史上并不是一个新的挑战。只是无人机确实为遵守武装冲突法和其他有关法律提供了一个警示和加强的机会。

International law on the military use of unmanned aerial vehicles

Hu Xiao

Abstract： From the embryonic form of UAV in the early 20th century to its application in many fields today, its militarization development has never stopped in general. While international law recognises the legitimacy of the existence of militarised drones, there are still many conceptual disputes when they are used to exercise the right to war, and autonomous drones violate international humanitarian law. There is no doubt that militarised UAVs must be exercised within the framework of international law, and that concepts such as "state consent", "limits of state consent", "necessity" and "proportionality" should be carefully interpreted when applied to

[36] G.W.F. Hegel. , *Hegel on Tragedy*, Anne and Henry Paolucci, eds. Westport, Conn. : Greenwood Press.1978.

the right to war, and that challenges to international humanitarian law arising from ordinary and autonomous UAVs should be strictly distinguished; At the level of domestic law, China should develop UAV technology based on the principle of defense, and use militarized UAV under the legal framework.

Keywords： Unmanned aerial vehicle (uav); Militarized use; The war; Principle of proportion; International humanitarian law [Authors] Hu Xiao, Doctoral candidate, international law school, southwest university of political science and law (ChongQing, 401126).

关于中国所涉新冠肺炎疫情诉讼之国际法分析

黄骅　华东政法大学

2020 年伊始，一场突如其来的新型冠状病毒肺炎疫情严重的侵扰了人类社会。短短的数月间，该疫情波及到了世界的各个角度，从亚洲到欧洲，从美洲到非洲，没有一个国家能够幸免于此次疫情灾难。该疫情也被世界卫生组织宣布为“国际关注的突发公共卫生事件”，其对全世界形成了重大的冲击。而正当世界各国携手奋力抗击此次疫情之时，个别别有用心的国家却借疫情污名化中国，甚至有个别人和个别团体无端的在当地法院起诉中国，要求中国对疫情造成的相关损失进行赔偿。笔者认为，某些国家、团体、个人借新冠肺炎病毒疫情起诉中国之举不符合国际法的规则，于法无据，主要理由如下：

一、从国际法渊源的角度分析

法律渊源是指法律原则、规则和制度第一次出现的地方。每个部门法律都有它的法律渊源。法律渊源是审判机关审理案件的依据，也是当事各方必须遵守的行为准则。在国际社会中，一国起诉另一国，起诉的依据必须是国际法，而具体表现形式就应该是国际法的渊源。按照《国际法院规约》第 38 条的规定，国际法的渊源，即国际法的表现形式共有三种，分别为：国际条约、国际习惯、一般法律原则。在这三种法律渊源形式中，至今没有任何一种法律渊源形式赋予起诉方以起诉中国的法律理由。

首先，从国际条约的角度分析。作为国际法最主要的渊源，国际条约是国际法院裁判案件，以及衡量当事各国权利义务的最重要的法律规范。若起诉方想要起诉中国，则起诉的理由和依据必须是其和中国之间互相签订有相关的双边条约，或其和中国必须加入到他们共同签订过的相关多边条约中。可是，中国从来就没有与他国签订过任何与此次新冠肺炎疫情相关的双边条约或多边条约。因此，若起诉方想以国际条约来约束或起诉中国，则明显于法无据。

其次，从国际习惯的角度分析。所谓国际习惯是指各国重复类似的行为而具有法律约束力的结果。构成国际习惯必须有两个要素，一是各国的重复类似行为，二是被各国认为有法律约束力。也就是说，国际习惯有一个逐渐形成的过程，因为它既需要各国的重复的类似行为，又需要各国在这种行为中逐步认为有法律的义务，一般说来，国际习惯形成的过程是比较长的，往往要经过几十年，甚至一二百年的时间。但是，此次新冠肺炎疫情从开始出现，直到现在也才经历了短短的几个月的时间，根本不可能形成与之相关的国际习惯准则。因此，起诉方若想通过与疫情相关的国际习惯来起诉中国，明显属于空穴来风。

再次，从一般法律原则的角度分析。通说认为，一般法律原则是为各国法律体系所共有的原则。也就是说，能够作为国际法衡量依据的一般法律原则，必须是世界上各个国家，尤其是各个文明国家所承认的原则或准则。然而，笔者目前没有看到哪个国家现在有针对新冠肺炎疫情而形成过的一般法律原则，至少在中国是没有这样的法律原则的。因而，起诉方想依靠一般法律原则来起诉他国（而该他国自身根本就没有类似的一般法律原则）的话，这样的起诉行为明显是不符合常理的。

由上可知，起诉方想借新冠肺炎疫情之名起诉中国，没有任何的国际法渊源可以作为依靠。

二、从国际法主体的角度分析

国际法主体是指独立参加国际关系并直接在国际法上享受权利和承担义务，并具有独立进行国际求偿能力者。简而言之，国际法主体应具备三个要件，即：独立参加国际关系的能

力，直接承受国际权利和义务的能力，独立进行国际求偿的能力。而能够符合上述条件的主体之一，便是国家。国家是最主要也是最重要的国际法主体。在这里，笔者还想强调一点，除了国家这个最为重要的主体之外，国际法的主体还包括了国际组织和争取独立的民族。但是，个人不是国际法的主体，作为国家组成部分的地方行政部门也不是国际法的主体。因此，在国际社会中，能够起诉国家的起诉方，必须是国家（或者是国际组织和争取独立的民族），但绝对不可以是个人或地方行政机构。因此，就笔者目前所了解到的，有关个人或某国的地方职能部门，想借此次新冠肺炎疫情，以他们的名义来起诉中国，根本就不符合起诉的主体资格与条件。

三、从国家主权豁免的角度分析

国家主权豁免是指国家根据国家主权和国家平等原则不接受他国管辖的特权。作为国际社会最重要也是最主要主体的国家，彼此之间都享有独立的主权。国家不分大小，相互之间都是平等的，没有任何一国可以凌驾于另一国之上。国家主权豁免便是这种国家平等的必然结果，因为按照“平等者之间无管辖权”的格言，任何国家不能对其他主权国家实行管辖。国家主权豁免具体包括：（1）国家的行为和财产不受或免受他国立法的管辖；（2）国家的行为和财产不受或免受他国司法的管辖；（3）国家的行为和财产不受或免受他国行政的管辖。

笔者在这里要特别突出一下有关司法的豁免权。司法豁免权一般包括如下三方面：（1）司法管辖豁免。即非经某一外国国家明确同意，任何国家的法院都不得受理以该外国国家为被告或以该外国国家的财产为诉讼标的的案件；（2）诉讼程序豁免。即若外国国家明确同意放弃司法管辖豁免权而作为被告在一国法院参加诉讼，也享有诉讼程序上的豁免权，即在没有征得它的明确同意之前，不得强迫它出庭作证或提供证据以及实施其他诉讼行为，也不得对它的财产采取诉讼保全等强制措施；（3）强制执行豁免。即若作为一方当事人参与了某一诉讼程序的外国国家败诉，非经该国明确同意，仍不得根据法院的判决强制执行它的财产。

因此，作为主权国家的中国享有国家豁免权，任何他国或他人在未经中国同意的情况下，不得以中国为被告提起诉讼，法院也不得受理以中国为被告的案件。

四、从国家责任的角度分析

所谓国家责任，是指当一个国际法主体从事了违反国际法规则的行为，或者说，当一个国家违反了自己所承担的国际义务时，在国际法上应承担的责任。国家责任的构成要件包括：（1）国际法上的不法行为；（2）国际不法行为的法律责任应当可归咎于当事者本国，否则不能引起该国的国家责任；（3）国家行为的内容包括了国家元首和政府首脑的行为、政府官员的行为、国家机关的行为、个人行为、另一个国家或国际组织交由一个国家支配的机关所作的行为、叛乱或革命起义的行为。

然而，此次疫情的爆发，完全是由病毒这个自然界的元凶所引起的，与中国无关。中国没有做过任何国际法上的不法行为，也没有任何可归咎于自己的法律责任，更没有类似于国家元首或政府首脑的行为存在过。一切损害的根源在于病毒，而非中国。因此，以新冠肺炎疫情起诉中国，无法自圆其说。

五、从国际法基本原则的角度分析

每一种法律体系都必须有某些最后原则，从而引申出所有其他原则，这些最后原则就是基本原则。所谓国际法基本原则，不是个别领域内的具体原则，而是那些被各国公认的、具有普遍意义的、适用于国际法的一切效力范围的、构成国际法的基础的法律原则。因此，国际法基本原则具有如下特征：（1）它们是各国公认的；（2）它们是具有普遍意义的，而且是超越国际法各个领域的全局性原则；（3）它们是适用于国际法的一切效力范围的；（4）它们

是国际法的基础。基于如上对国际法基本原则的定义与特征的阐述，我们可以看出，国际法基本原则是国际社会中的各个国家必须遵守的行为指南。

而现行的国际法基本原则，主要以联合国七项原则、和平共处五项原则、万隆十项原则、《国际法原则宣言》七项原则和《各国经济权利与义务宪章》十五项原则等为基本构成要素。综合起来，我们可以看出，国际法的基本原则主要体现为：（1）互相尊重主权；（2）互相尊重领土完整；（3）互不干涉内政；（4）互不侵犯；（5）不使用武力或武力威胁；（6）民族自决；（7）公平互利；（8）和平共处；（9）国际合作；（10）尊重人权和基本自由；（11）诚实履行国际义务；（12）和平解决争端。

此次新冠肺炎疫情爆发后，国际社会中的各个国家之间，理应按照上述基本原则来行事，即，在互相尊重对方主权和内政、尊重人权和基本自由的前提下，互不侵犯，加强国际合作，以达到公平互利，诚实履行国际义务之目的。然而，现在某些个别国家、个别团体、个别人员假借新冠肺炎疫情之名，无端抹黑中国，甚至借用起诉之手段来污名化中国，这明显是违背国际法基本原则的。

综上所述，笔者认为，就新冠肺炎疫情起诉中国之行为，完全不符合国际法的现行规则，于法无据。此时此刻，全世界各国理应遵守国际法，加强国际合作，共克时艰，大家一起齐心协力战胜人类的共同敌人——新冠肺炎病毒，才是当务之急。

“国家意志之外”的法？——对国际强行法概念的批判与重构

黄蓬北　北京大学

摘要：围绕强行法概念与识别的争议，其本质是国际法上自然法与实证主义之间关于法的正当性基础的论争。尽管强行法理念源自于自然法传统，但在《维也纳条约法公约》对强行法的定义与识别要素中，“国家之国际社会全体”的意志是强行法的必要要件之一。国际法委员会自 2016 年起审议了特别报告员的四份有关强行法专题的报告，这些报告集中反映了强行法概念的矛盾性与误导性。本文在呈现强行法概念的相关问题并对之作出批判之后，试图用“国际社会基本规范”的概念取代强行法之概念，并对国际强行法的法理基础作出论证。

关键词：国际强行法 国家意志 自然法

一、争议与现实：国际强行法概念的产生、发展与困境

作为一个源取自罗马法（特别是罗马私法）[1]的概念，强行法(Jus Cogens)[2]自 20 世纪中期被引入国际法之际便获得了国家和学者们的广泛关注，而这种关注所伴随的是围绕这一概念的诸多争议。有关这一概念如何被引入国际法，国际法委员会的报告[3]和诸多学者的著作均已作出过梳理[4]，本文无需赘述。但作为第一个对国际强行法作出若干规定的国际性法律文件[5]，《维也纳条约法公约》对国际强行法的有关规定殊为关键，其不仅反映了各国对于强行法概念之定义与内容的一致看法[6]，也规定了关于强行法的争端解决方式[7]，即在发生有关强行法争端时诉诸国际法院。一方面，支持强行法的学者们认为，《维也纳条约法公约》吸纳并定义强行法概念，足以作为国家普遍接受和认同这一概念，乃至强行法事实性存在的证据，另一方面，也有学者指出，《维也纳条约法公约》文本[8]仅仅从后果的角度给出了一个形式主义的定义，“避免进入实质性规则的讨论” [9]，这一定义常常被批评为过于空洞，且涉嫌循环论证。

围绕强行法概念的争论，实际上反映了两种对国际法的正当性基础与终极目的的观点之间的博弈。一方面，正如诸多学者所总结的，强行法概念，或言存在不可克减的基本规范这一理念在国际法上的产生和引入，具有明显的自然法背景[10]。抛开格劳秀斯、瓦特尔和沃尔夫等早期学者的观点不论，从《维也纳条约法公约》几任特别报告员的报告[11]来看，他们都

1 何志鹏.漂浮的国际强行法[J].当代法学,2018,32(06):106-122.

2 值得注意的是，国际法委员会 2016 年《特别报告员迪雷・特拉关于强行法的第一次报告》中文本将 Jus cogens 翻译为“强制法”，而非通常及后续文本所用的“强行法”；笔者查询罗马法相关文章，发现用“强制法”和“任意法”翻译的作者也较多，Jus Cogens 的中文译名何时被确定为“强行法”，并被纳入国际法专业术语之中，也是一个值得探索的问题。

3 《特别报告员迪雷・特拉第关于强制法的第一次报告》，参见 https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml.

4 参见：张潇剑《国际强行法论》(1995 年版)；Jus Cogens: Quo Vadis? Netherland Yearbook of International Law 2015；Thomas Weatherall: Jus Cogens: International Law and Social Contract;等等。

5 张潇剑《国际强行法论》(1995 年版)

6 《维也纳条约法公约》第 53 条。

7 《维也纳条约法公约》第 64 条。

8 《维也纳条约法公约》第 53 条文本：“条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言，一般国际法强制性法律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。”

9 Kadelbach, Stefan. "Chapter II. Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and Other Rules-the Identification of Fundamental Norms." The Fundamental Rules of the International Legal Order. Brill Nijhoff, 2006. 21-40.

10 参见《特别报告员迪雷・特拉第关于强制法的第一次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml.

11 包括劳特派特、菲茨莫里斯和沃尔多克。

强调了存在一个高于一般国际法规范的“国际公共秩序”[12]及其规则，而对这一“国际公共秩序”的解读——无论采取什么样的衡量标准——则牵涉到法律之外的考量；因而不少学者认为这标志着将道德引入国际法，“强制法无疑源于国际法的自然法方法”[13]，“国际法已然变得道德化了”[14]。然而另一方面，从《维也纳条约法公约》的文本和国家的嗣后态度来看，以国家同意为基础的传统实证法路径并没有随着强行法的引入而被放弃。正如学者所归纳的那样[15]，《维也纳条约法公约》文本从字面上可以归纳出三个强行法的准则[16]：国家之国际社会全体公认为一般国际法的规范；不许损抑的规范；只能用另一个强行法规范更改的规范。但后两者都不是强行法识别的准则，而是其法律后果；强行法识别的标准还是基于“国家之国际社会全体公认为一般国际法”，且根据双重接受说，还应被公认为不许损抑。这一立场将强行法的识别标准和主体重新落回到国家自身，实际上暗含了国家将强行法纳入实证法体系的要求。正如特别报告员和学者们所总结的那样[17]，至少在表面上，强行法作为一种“超越国家意志的法律”，其概念本身就同传统国家同意理论之间存在张力，其背后所反映的是国际法上自然法与实证法之间旷日持久的论争。

关于强行法概念的争议引发了强行法在当前国际法理论与实践中的尴尬地位。尽管“强制法已被确立为现行国际法的组成部分”[18]，但正如学者们所意识到的，强行法的讨论更多集中在学术界，而相关的法律实践却十分有限[19]。一则是国际法院的相关判例虽然随着《维也纳条约法公约》的通过而有所上升，但总体数量仍旧有限[20]，“很难在国际法院的判例中找到运用强行法的例证”[21]，”它们在法律文献中所获得的的注意力，同其在国际法院的判例法中所获得的极小分量不成比例”[22]。此外，正如邓华所指出的，即便是直接或间接（通过“对一切的义务”）援引强行法的判决，国际法院对某一项规则构成国际强行法的论证也是不充分的，特别是在涉及到同国家管辖豁免原则相冲突的情况，国际法院的判决回避了强行法的效力问题（即国家行为违反强行法的法律效果），体现了国际法院对待强行法的审慎态度，和避免同国家主权相冲突的现实主义考量。二则，由于国际判例和国家实践较为稀缺，国际法委员会在研究并通过强行法相关结论草案时也采取了较为谨慎的立场，除了第四次报告所涉及的说明性清单之外，国际法委员会的总体工作方式是“涉及方法论和次级规则，而

12 见《特别报告员赫希·劳特派特先生关于条约法的报告》，A/CN.4/63，《1995 年国际法委员会年鉴》第二卷，其中提到条约的非法性是由于“不符合可被视为国际公共政策构成原则（国际公共秩序）的高于一切的国际法原则”；见《特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士先生关于条约法的第二份报告》，A/CN.4/156 和 Add.1-3，《1963 年国际法委员会年鉴》第二卷，其中提到“认为归根到底不存在国际公共秩序，不存在各国不能按照自由意愿以合约方式保证不受之约束的规则，这样的观点已变得越来越难以维持”。

13 《特别报告员迪雷·特拉第关于强制法的第一次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml.

14 Tomuschat, Christian. "Chapter XX. Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes-Concluding Observations." The fundamental rules of the international legal order. Brill Nijhoff, 2006. 425-436.

15 《特别报告员迪雷·特拉第关于强制法的第二次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml.

16 《特别报告员迪雷·特拉第关于强行法的第二次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml.；张潇剑老师的《国际强行法论》也早在 1995 年就提炼出了这三项字面规则。

17 den Heijer, Maarten, and Harmen van der Wilt. "Jus Cogens and the Humanization and Fragmentation of International Law." Netherlands Yearbook of International Law 2015. TMC Asser Press, The Hague, 2016. 3-21.

18 同注 13。

19 同注 17。

20 邓华.国际法院对强行法的发展：规则和方法[J].南大法学,2020(03):75-94.

21 Kadelbach, Stefan. "Chapter II. Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and Other Rules-the Identification of Fundamental Norms." The Fundamental Rules of the International Legal Order. Brill Nijhoff, 2006. 21-40.

22 同注 14。

非实质性或规范性规则”[23]，也即规避了对强行法实质内容的讨论。目前国际法委员会推迟了国家提交意见的截止时间，且强行法议题并未出现在 2021 年国际法委员会第 73 届会议的计划之中。

关于强行法的学理讨论热烈，而法律实践稀缺的现状，其背后的根源是有关强行法概念的争议尚未得到解决。尽管国际法委员会强调自身使命只包括确立“次级规则”而非判定“初级规则”，但正如特别报告员所承认的，“虽然解决关于强制法的理论辩论不是本报告或者审议这一专题的目标，但任何尝试提炼其确定标准甚至其后果的努力都必须基于对有关其基础的理论辩论的理解。因此，辩论是无法避免的。”[24]尽管探讨强行法的法律后果、非详尽地列举强行法的“描述性”核心特征[25]和说明性清单的任务具有很高的实用意义，但倘若拒绝面对强行法基本概念之争，回避讨论强行法是否存在[26]、应否存在、其强行性（约束性）的法理基础等根本问题，那么可以预见的是，关于强行法的“谜团”将难以被解开，强行法永远无法避免“漂浮”[27]的命运。因此，本文将着眼于强行法的概念认定与识别标准——在笔者看来，二者是一个问题的两个面向。本文将从国际法委员会特别报告员关于国际强行法的四次报告入手，梳理围绕强行法概念产生的问题，并分析其背后所反映的自然法-实证法之争，以及这一二元争论的局限性。最终，本文将试图提出一个超越二元争论的替代性概念和理论，以解决或调和当前强行法概念与理论所存在的自相矛盾性和误导性。

二、问题呈现：国际法委员会(ILC)关于国际强行法的报告

国际法委员会在 2014 年第 66 届会议期间决定将题为“强制法”的专题列入其长期工作方案[28]，并于 2015 年第 67 届会议期间指定了南非籍国际法学者迪雷·特拉作为该议题的特别报告员。尽管如前文所提，自 2016 年至 2019 年的四次报告中，国际法委员会将自身的目标局限在注重程序和方法，而非涉及具体、实质的规则和规范，也即只关乎确定强行法规则的程序及其后果[29]，但在特别报告员的报告中，依然能够呈现诸多关于国际强行法概念的实质性争议与问题。

在 2016 年第一次报告中，特别报告员陈述了研究此议题所采取的总体方法，并阐述了强行法相关概念的性质与定义，同时在报告中强调“总体办法和概念问题都必然将是临时性的”[30]。对于采用的方法，特别报告员在指出演绎与归纳法的差异，即“实在法方法更有可能与所谓的双重同意理论联系起来；自然法方法可能会以来不以各国意志为转移的价值观”后表示将采用灵活的方法结合二者。而通过归纳法收集材料的来源，则是“综合”国家惯例、判例、书面文献等。从特别报告员四份报告的论证思路来看，实际上其大多数采用的是列举国际或国内司法判例、国家实践等作为某项规则形成“一般国际法规则”，或某个观点为国际社会所普遍接受的证据，而几乎很少真正从自然法的演绎角度论证某项规则或某个理念的合法性与正当性。这或许同各国在联合国第六委员会对该议题的审议与讨论中所表明的态度有直接关系。“至少到 1969 年《维也纳公约》通过时，国际法强制性规则的构想一直是国际

23 《特别报告员迪雷·特拉第关于强制法的第一次报告》、《特别报告员迪雷·特拉第关于一般国际法强制性规范（强行法）的第四次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml。
24 《特别报告员迪雷·特拉第关于强制法的第一次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml
25 同上。
26 Shelton, Dinah. "Sherlock Holmes and the mystery of jus cogens." Netherlands Yearbook of International Law 2015. TMC Asser Press, The Hague, 2016. 23-50.
27 何志鹏.漂浮的国际强行法[J].当代法学,2018,32(06):106-122.
28 同注 24。
29 同注 24。
30 同注 24。

法的一部分。质疑将其列入《维也纳公约》的国家这样做并不是因为认为强制性规范不是国际法的一部分，而是由于担心已取得强制法地位的特定规范缺乏明确性。”[31]第一次报告指出，法国、美国和荷兰三个明确对强行法被纳入委员会工作日程表示怀疑的国家，其反对的意见本质相同，即“怀疑能否达成共识”、“成效不大”、“很难确定各国之间的具体需要”。而在第二次报告中，针对结论草案 3 第 2 段中的“强制法规范保护国际社会的基本价值观”，美国担心“强行法规范普遍适用并反映国际社会基本价值观”这种理念，会为企图从含糊不清和有争议的自然法原则制造强行法规范的做法打开大门，而不管这些强行法规范事实上有没有得到各国接受和确认[32]。此外，法国还抗议特别报告员将其排除出“一贯反对者”的结论。对此，特别报告员的回应依然是援引”各国态度和法院惯例”[33]，认定“强行法规范反映和保护国际社会基本价值观，这个观点从未受到严重质疑”，但同时表示“2 段所载要素不是强行法的准则，是强行法规范的描述性要素”[34]。

当我们将特别报告员的报告和学者的著作相对比，不难看出特别报告员在论证强行法概念与识别标准上的审慎态度——学者们往往毫无疑义地将强行法同国际社会公共秩序（公共政策）、共同价值等联系起来[35]，而特别报告员则不得不面对国家对强行法概念既认同又警惕的矛盾态度。我们当然可以将其归为对强行法融入实证法的努力，即以大多数国家的同意作为强行法的现实依据。但正如后文所要指出的，这样做并没能解决强行法概念的根本性问题：强行法的强行性来自何方？倘若按照实证法的分析路径，强行法来自于国家的同意，那么其同任意法相比的不可克减性、不可随意更改性又缘何而来？例如和一般国际习惯法相比，强行法如果不承认一贯反对者，并强制适用于反对该规则的个别国家，其根据何在？在讨论国际法渊源的问题时，报告员和学者们大都认为习惯国际法是强行法的一个重要渊源，构成《维也纳条约法公约》中的“一般国际法规范”，但显然习惯法仅能作为强行法的形式渊源，习惯法的形成过程本身无法为强行法有别于一般习惯法的强制性提供实质渊源的正当性保障。在反对强行法概念的国际法学者们看来，强行法的强制性与等级性无法同实证主义的基本原则相协调：其和规范法学派的“最高原则”[36]，即条约必守原则相冲突[37]，也同国际法的水平特性与结构相矛盾[38]。但问题在于，对于前者，实证法学没有能够从内部证明条约必守原则得以同强行法规范相对抗的效力来源；此外，条约必守原则是一项强行法规范吗？对于后者，国际法的水平特性是其根本性特征，还是其结构性弱点？

诚然，强行法概念无论从其字面含义、来源还是现有定义来看，都带有对其法律效果上的“强行性”的强调。然而，强调强行法的强行性并不能解决强行法的定义与识别困难，反而可能造成概念上的混乱。在国内法体系中，任意法与强制法的区分多见于民商法等私法规范的学理分析中[39]，而罕见于公法体系——毕竟根据罗马法的谚语，“私人协定不得克减公

31 《特别报告员迪雷・特拉第关于强制法的第一次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml
32 《特别报告员迪雷・特拉第关于强行法的第二次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml
33 同上。
34 同上。
35 例如 Tomuschat, Christian. "Chapter XX. Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes-Concluding Observations." The fundamental rules of the international legal order. Brill Nijhoff, 2006. 425-436.
36 Kelsen
37 Orakhelashvili
38 Kolb
39 参见楼建波,刘燕.合同自由原则的限制及其与诚实信用原则的关系[J].中外法学,1995(06):35-45.；张强.商法强制性规范研究[D].复旦大学,2011.

法”[40]是一项原则。那么，我们为何要用这一私法体系上的分类来区分国际公法的规则？倘若按照罗马法谚语的分类标准，那么国际法上的任意性规范，是否仍可以被称之为“国际公法”？此外，这一分类还关涉到更为基本的对法律概念的理解问题：没有任何强行性、可以随意依照缔约方意思随时修改的法律是否是法？是否有存在的必要？国家之间的条约作为国际法的重要渊源，早已被列为国际公法的范畴，并且是同强行法迥然相异的、基于当事方意思自治的特别法。然而，即便是条约，是否就可以由当事方随意修改而不加以拘束？倘若如此，似乎就不存在国家基于条约所发生的纠纷了——毕竟当事国可以随时修改条约规则，以使自己的行为符合条约。由此可见，至少在国际法上，即便是双边条约所确立的权利义务，也并非完全不具有独立于并约束国家意志的“强行性”和不可随意修改性。换言之，“法”之所以存在，即是为了约束人或国家之任意的意志，否则其存在便无意义[41]。在这个意义上，“强行性”是所有法律的一个基本特性，而非国际法上“强行法”所意指的特定一般国际法规范。另外，采用康德式的观点，还是奥斯丁式的观点，决定了一个人认为“强行法”是一个应然的概念（先在于个体意志），还是实然的概念（必须要以某种法律后果为依托）。对于“强行法是客观存在的法（或称现行法）吗？”这一问题，很大程度上也取决于“客观存在的法”是自然法还是实在法。

国际法委员会在第二次报告中采纳了一些国家和特别报告员的提议，决定将题目从“强行法(jus cogens)”更改为“一般国际法强制性规范（强行法）(peremptory norms of general international law(jus cogens))”。其更改的原因在于“国内法中有不属于这一专题范围的强行法规范，将这个专题称作强行法可能会给人一种印象，认为委员会也在审议这些国内法规范。”其看似只是增加了“国际法”这一限定领域，但正如笔者在前文所言，其实际上反映了“强行法”概念在国际和国内适用领域的错位。

在讨论强行法的识别标准问题时，如特别报告员在第二次报告中所述，许多国家强调“强行法准则应以《维也纳条约法公约》第 53 条为依据”[42]。特别报告员认为，第 53 条的内容与含义取决于国家惯例和国际法院和法庭的裁决，因而在论证“一般国际法规范”和“国家之国际社会全体” 必须接受并公认这两个识别要素时，其继续采用了援引国际国内法院判例和国家实践的实证主义论证方法。针对后者，特别报告员实际上采用了实证主义的“双重接受”理论，即“接受规范的内容，以及接受其特殊性质，即强制性质”[43]，来确定国家表示接受和确认的方式和要求。然而，在何种程度的国家同意能够构成“国际社会全体”的问题上，显然国际法委员会并未能够做到严谨。按照起草委员会主席的解释，加插“全体”二字是要表明有关规范的强制性质不必“由所有国家接受和公认”，而“只要有很大一部分国家这样做”就足够了[44]。然而正如第三次报告中所反映的，许多国际法委员会委员、各国普遍都认为“大多数”这一标准是不充分的[45]。此外，“全体”二字所带来的法律效果，即“在确认某一规范为强行法方面，没有任何个别国家有否决权”，意味着一贯反对者不仅无法阻

40 《特别报告员迪雷・特拉第关于强制法的第一次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml
41 张潇剑教授在《国际强行法论》中论证“《联合国宪章》103 条是否具有强行性”时，也采用了这一思路，即如果该条款（“联合国会员国在本宪章下之义务与其任何其他国际协定所负之义务又冲突时，其在本宪章下之义务应居于优先”）没有强行性，则任何会员国均可以自行订立与宪章相冲突的条约，并将此类条约凌驾于宪章义务之上，《宪章》也就不复存在了。就此，可以得出推论，任何创设权利义务的规则都必然具有强行性，否则便可以随时被其他规则所取代，该规则之存在也就无意义了。
42 《特别报告员迪雷・特拉第关于强行法的第二次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml
43 同上。
44 同上。
45 《特别报告员迪雷・特拉第关于一般国际法强制性规范（强行法）的第三次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml

止强行法规范的产生，且仍旧要受到该规范的制约，而如前文所述，国际法委员会的报告中并未能够对强行法具有此规范效力的正当性予以论证和说明。

在强行法的识别上，存在着两个基本问题：其一是强行法的识别标准，其二是强行法的识别主体。前者涉及到强行法概念自身的内涵和外延，而从法律效果角度对强行法“不可损抑性”的定义则难以为强行法确立实质性的识别标准。按照通说，确立国际强行法的目的是为了“维护国际社会公共秩序（公共政策）“，或言”国际社会的共同价值和利益”[46]，这一点虽然在报告的审议中遭到了少数国家的质疑，但作为强行法规则的正当性基础得到了大多数国家的认可。但问题在于，如何界定什么是“国际公共秩序（公共政策）”或者“国际社会的共同价值和利益”？后者则涉及到谁能够代表“国家之国际社会全体”，以及，倘若按照国际法委员会的报告中的方法，谁来判定有足够数量的国家能够代表“国际社会之全体”？按照《维也纳条约法公约》的设定，国际法院被委以了判定国际强行法之存在的“重任”[47]，但也正如前文所言，国际法院在实践中对自己这一“立法性权力”的行使十分审慎。相比于国际法院，国际法委员会似乎反而更热衷于动用自身“编纂、发展国际法”的权力推动强行法的发现或发展。然而，国际法委员会列举“说明性清单”的做法[48]依然招致了一些国家的质疑，强行法的“编纂”是针对拟议法还是现行法？其是否是国际社会实践的客观反映？国际法委员会能否运用《国家责任条款草案》中的策略，行使自身的“立法”职能？

第三次报告是关于强行法的法律效果和后果，特别报告员提及强行法的后果在实践中的匮乏，其对法律效果的分类与归纳和一般的学术教科书并无不同。而第四次报告中关于区域强行法概念的分析，则可以作为“强行法”概念之易混淆性的例证。特别报告员在第四次报告中指出，“区域强行法”概念的支持者对“强行法”概念采用了更为宽泛的理解[49]，认为”任何不可更改的规则，包括国际法院的程序性规则，皆可构成强行法。” [50]由此，“构想区域（甚至双边）强行法并非难事，因为凡国家之间达成的关于不得克减某一规则的协议，都有资格被确立为强制性规范”[51]。区域强行法的提出同《欧洲人权公约》及欧洲人权法院有着密切联系，阿兰·佩雷特就认为欧洲“存在强制性人权体系”。如前文所言，这涉及到对“强行性”的不同理解，倘若按照强行法的字面意思，科尔布的主张没有任何问题，因为强行性是法的一般特性；但如特别报告员所提出的问题，“如果只是一些国家而非所有国家受一项强制性规范约束，那么该规范是否仍具有强制性？”这里的强制性是一种普遍强制性，如 Tomuschat 所言，强行法“永远都不可能作为纯粹的‘双边’规范存在，因为强行法的权威根源在于国际社会的利益”。也就是说，作为国际法概念的强行法，普遍适用性是其必然要求和固有属性，而其实质根源是在于“国际社会的利益”。但另一方面，特别报告员的思路似乎存在着局限，其对国际和国内“强行法”概念隐含的二元区分导致其无法合理解释为何一方面不存在区域强行法，另一方面区域或国家群体又能够“确立一套共同的具有统一性（且具有约束力）的规范，并在这些国家中间赋予这套规范比其他规则更高的地位”。特别报告员援引实证法中“特别法优于一般法”的规则，即“国家有权自主确立与国际法一般规

46 参见：何志鹏：《漂浮的国际强行法》；Weatherall, Thomas. Jus cogens: international law and social contract. Cambridge University Press, 2015.
47 《维也纳条约法公约》第 64 条。
48 《特别报告员迪雷·特拉第关于一般国际法强制性规范（强行法）的第四次报告》
49 同上。
50 Kolb
51 《特别报告员迪雷·特拉第关于一般国际法强制性规范（强行法）的第四次报告》

则相异的特定规则”[52]。然而，《欧洲人权公约》所确立的人权领域的规则，是否能够作为特定规则而“偏离”国际法一般规则呢？与其说其是对国际法一般原则的偏离，是否更应将其视为不违背国际法一般规则，乃至基于国际法一般规则之上的更高要求？此外，倘若我们不刻意将国际和国内的强行法规范进行区分，那么特别报告员对阿兰•佩雷特的指责就不能成立——其质疑后者“没有说明为何这些权利仅限于欧洲，即这些权利在非洲、亚洲和拉丁美洲区域是否并非同为权利”。因为在国内法上，以宪法为代表的更高位阶的“强行法”同样既基于普遍的人类尊严，又具有地域、文化等方面的各色差异，而我们显然不能要求各国说明，为何本国的宪法所规定的公民权利仅限于该国国民，而在该国以外的区域并非同为权利。因此，即便如特别报告员所说，区域强行法的实践目前十分稀缺，但正如特别报告员所承认的，“在区域范围内形成的规范性规则往往是强行法规范出现的推动力”[53]，“区域强行法”概念一方面体现了“强行法”概念本身的矛盾性和模糊性，另一方面却并不同普遍的国际强行法相冲突，甚至可能推动国际强行法的发展。真正的问题，在于如何反思并重构国际强行法概念，以解决其内在的矛盾和不统一性。

三、以何为基：对国际强行法概念的反思

强行法这一概念的特殊性在于，其刚好命中了国际法理论论争的核心，即国际法的正当性基础或约束性来源的问题。前述有关国际强行法概念的问题，集中而言都是在追问：强行法究竟为何成其为强行法？只有解决了强行法正当性来源的问题，才能进一步探寻如何发现和发展强行法的问题。正如特别报告员所指出的，在强行法理论基础的论争中，“自然法和实证主义主导了这场法理辩论”[54]。倘若我们对国际强行法采用通常的狭义理解，即其反映了国际社会的共同价值和利益，那么自然法便是从“国家意志之外”的道德层面来确定这一共同价值和利益的合理内容，而实证法则是从国家意志自身出发来确定国际社会的共同价值和利益。特别报告员指出了这两种理论路径各自的困境：强调“外在于国家意志”的自然法的问题在于，脱离了国家意志，由谁来确定自然法的内容，以及《维也纳条约法公约》的文本显然承认国家意志在强制法规范的形成中也发挥了作用；强调国家同意的实证法之问题在于，如前文所述，只有国家表示同意后规范才能获得强制法地位的理念，与即使是国家意志也不容克减的较高规范的理念相矛盾，“即使有办法解决通过该同意或共识形成强制性规则的问题，仍不清楚达成共识的国家以后为何不能撤回同意，从而破坏共识”[55]。特别报告员最后援引了科斯肯涅米在《从乌托邦到辩护词》[56]中的话语，认为应“将自然法和实证主义结合起来”[57]。

显然，科斯肯涅米所代表的批判法学派是超脱于自然法和实证法二元论证（以及各自困境）的一条“第三路径”。然而，是否如特别报告员所说的，其仅仅简单是自然法和实证主义的“结合”呢？笔者认为并不是。首先，批判法学否定自然法意义上存在超出国家意志的法这一设定，而是认为一切价值都是主观的，不同的人、群体与国家之间不存在“共识”或“普遍价值”，个体之间永远存在价值与利益的冲突，世界在斗争中不断被形塑和再形塑。继而，批判法学也否定实证法所坚持的、与政治相区分的“客观”法律体系的理念，认为其

52 同上。
53 《特别报告员迪雷•特拉第关于一般国际法强制性规范（强行法）的第四次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml
54 《特别报告员迪雷•特拉第关于强制法的第一次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml。
55 同上。
56 Martti Koskenniemi: From Apology to Utopia: The Structure of Legal Argument(Cambridge, 2006), at p.307 et seq.
57 《特别报告员迪雷•特拉第关于强制法的第一次报告》，https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml。

建立在自由主义的两个“假定”基础上：首先假定法律标准源自法律主体本身，也即法律的正当性仅能来自与个体的具体意志与利益之间的联系（强调法律的具体性）；其次假定社会秩序一旦创建，就对相同的个体具有约束力，个体将不能援引他们的主观看法来逃避法律的约束力（强调法律的规范性）[58]。而尽管自由主义国际法试图论证法律可以同时具有二者，科斯肯涅米却否定了“规范性”和“具体性”同时存在的可能性，认为国际法律论证的结构正是处在“辩护词”和“乌托邦”之间的矛盾动态之中。其中，“自上而下”的论证模式假设法律的客观性在于它的规范性，因此主张法律应独立于国家行为、意志或利益，但这种假设要么无法解决抽象、形式主义法律背后的冲突，要么便导向传统的自然主义“客观正义论”，在具体情境中沦为对压倒性霸权加以正当化的“辩护”，从而违背了“法治”对多元价值自由、平等的保障。“自下而上”的论证模式虽然可以维持价值主观性、国家自由、主权平等和法治的原则，但无法赋予法律以约束不接受国的规范性与正当性，将“客观”的法律等同于对国家主观意志的描述，从而落入政治斗争的“竞技场”[59]。

不难看出，批判法学的批评切中了强行法基本理论中的难点：即强行法如何一方面维持其相对于国家意志的“高阶性”和“不可损抑性”，另一方面又不脱离于国家意志而存在？正如一些国家所批评的，强调强行法的自然法属性，会使得“谁来界定强行法”的问题变得更为复杂，这种“共同体”话语的背后往往难以避免地反映了决策者的个体意志和利益。无怪乎在一本论文集的序言中，托姆沙赫特和戴维南诚惶诚恐地表示，他们的“德-法联盟(German-French alliance)”并非想要宣告在该问题上的某种“欧洲霸权”，或者将世界其他地区排除在讨论之外[60]。但实证法学自身又无法解决“规范性”和“具体性”之间的结构性矛盾，无法在遵从国家意志的同时又约束国家意志。

那么，批判法学所指引的“第三条道路”是什么呢？从形式主义角度，批判法学对法律的定义是“国际法是一个把政治偏好明确表达为法律主张的过程”[61]；其将国际法构想为一种特殊的、同时又是普遍的语言。在科斯肯涅米那里，他借用了结构语言学对语言不确定性的讨论（这种借用是否准确这里暂且不作评判），认为法律作为一种语言所具有的不确定性能够使其成为不同利益冲突达成“一致”又保留差异的“形式”，不同行为者可以借由法律解释来宣告其主张的正当性。按照科斯肯涅米的设想，其向往的是一种“多元主义”的世界图景，其中国际法可以作为不同主体间权力或权利斗争的工具，并作为共同的语言或形式而为各国构建一种“共同体想象”[62]。也就是说，科斯肯涅米接受了国际法无法脱离于政治这一前提，但同时强调了国际法作为一种语言相对中立的工具属性。在批判法学的图景下，“国家之国际社会全体”所具有普遍价值或利益，与其说是具有共同的实质内容，不如说是一种国际法的话术，在这一话术一下，各国可以借助国际法这一话语将自身利益上升为国际社会的普遍利益，并通过国际法这一话语平台进行博弈。博弈的结果——一方面取决于“论辩术”的运用，一方面取决于国家实力——就是国家个体意志被上升为国际法；而这种斗争是持续的，新一轮的斗争可能改变胜负分配结果。

然而，是否如科斯肯涅米，或特别报告员所认为的那样，批判法学能够为强行法树立一

58 Martti Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument (Cambridge University Press, 2005), pp.21.
59 Martti Koskenniemi, “The Politics of International Law”, 4EJIL(1990).
60 Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin: Foreword, in The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes, Martinus Nijhoff Publishers.
61 Martti Koskenniemi (2004) : International law and hegemony: a reconfiguration, Cambridge Review of International Affairs, 17:2, 197-218.
62 Martti Koskenniemi(2004): International Law and Hegemony: A Reconfiguration, Cambridge Review of International Affairs, 17:2, 197-218.

个新的理论基础呢？笔者同样认为不是的。科斯肯涅米错误地理解了康德的理性主义学说，借用康德的“绝对命令式”表述将国际法视为“将特殊利益上升为普遍利益”的工具。实际上，在康德那里，他首先确定了道德法则的正当性基础不应来源于人之外的任何事物及其所产生的动机或行为的结果，而是来源于人的理性本身。科斯肯涅米对康德“理性立法”学说的误解在于，他认为只有“理性的意志(rational will)”[63]，也即意志必须符合一种“理性”的标准，才能为法律约束提供正当性。因此，他认为这种“理性”的标准要么只能诉诸自然主义的“自上而下”，要么只能诉诸社会科学的“自下而上”——他始终认为“理性”的标准需要从人之外寻找，却未能理解理性是人自身的本质和先验属性。由于每个人都是理性存在者，“每个理性存在者的意志都是一个普遍立法的意志”，因此，一方面，人仅仅服从其自身所立的法，另一方面，人自身所立的法是一种站在普遍立法者意义上立的法。也即，每个人都必须也必然有能力站在中立的普遍立法者的角度去反省自己道德行动的每一条准则。简而言之，人作为理性存在者，有着“自律”的能力——在这个意义上，康德解释了为什么人可以凭借自己的意志制定法律，同时又被自己所制定的法律所约束。康德区分了两个世界，即感官世界与知性世界，人就感官世界而言完全服从自然法则，但就理智世界而言服从于不依赖自然的，仅仅基于理性（也即人的自由意志）的法则；这两个世界之间是有关系的，理智世界构成对感官世界的根据与指引，“知性世界包含着感官世界的根据，从而也包含着感官世界法则的根据”[64]。人依据理智世界的意志进行直接立法，这种立法的效力针对的是理智世界之下处于感官世界的自我，下面的感官世界可以依据上面的理智世界的法则行动。这种自我立法不仅并不损害人的自由，而反之恰恰证明了人相对于自然规律所拥有的意志自由。人作为理性与激情的共在体，走向立法与联合的可能性来自于人的理性能力，而法律与国家产生的必要性来自于人作为感官世界的存在。

因此，与科斯肯涅米的说法相反，自由、平等、法治并非建立在价值主观性上，并非源自于不存在客观的道德法则，而是来自于将道德法则区别于“自然法则”，并将法则的正当性奠基于人的理性之上，人因理性，得自由与平等。人与人之间关系的“理性”的标准，也是建立在一种相互承认的伦理之上——人之所以承认他人为与自我相同的、平等的“主体性”存在，而非自然世界中各类事物的“客体性”存在，正是由于人认识到、并将他者视为理性存在者并因而是自由的，“理性”标准是一种能够在理性存在者之间普遍适用的标准，一切经过普遍化后不会自相矛盾的“意志”都符合“理性”的标准。由是观之，当我们思考“法律是什么”的时候，一个必然的前提是，法律是对一个以上的人同时有效的，只对一个人的命令不能被称之为法律。也即法律必然包含普遍化的面向。但是这种普遍化的过程，不是依靠强权逼迫他人相信“对我的利益好/坏的行为”，也是“对所有其他人的利益好/坏的行为”，而是依靠人与人之间理性的共通性，作为理性存在者的人类有能力超越自身的立场而体会到“处在他人的地位”和境况所遭受的利弊并感同身受，因而尽管现在的“我”与他人并不处在同一个立场，我也能意识到某个行为是“对所有处在该地位的人的利好/侵犯”，正因为每个个体的理性都能理解到这一点，这种处在特殊立场的“特殊利益”才能够被普遍化，这种普遍化只能存在于人类之间，并且无需强力便自愿成为约束所有人的法则。也就是说，要摆脱实证法的二元结构困境，就必须站在“理性立法”的基础上，理解人得以“自律”的伦理

63 Martti Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument (Cambridge University Press, 2005),

64 [德]康德著：《道德形而上学的奠基（注释本）》，李秋零译注，中国人民大学出版社 2013 年版，第 78 页。

基础。

四、国际法基本规范：对国际强行法概念的重构

如前文所说，将罗马法上的概念移植到国际法体系之中的做法导致了国际和国内强行法概念的断层。这一思路放在《条约法公约》的编纂过程中是可以被理解的，因为类比于国内的《合同法》，《条约法》是意在规制条约的条约，因而涉及到有关对协定的强制性无效条款、公共秩序或公序良俗的考量等。但问题在于，条约不只是合同，特别是多边条约。条约的内容很多涉及到公法上的问题，而非单纯国内法上私主体之间的权利义务分配问题。此外，“强行法”字面含义的广泛性使其不仅仅包括国际法所意在指向的一般国际法规范，而后者，就笔者看来，反而更接近罗马法概念中的“万民法(jus gentium)”——一方面，其似乎更能避免“强行法(jus cogens)”所带来的不必要的误解和断层；另一方面，其似乎更能反映出强行法的功能价值。如何志鹏老师认为，“强行法的基本定位是提供可以衡量认定法正当性的一种‘超级规则’”——倘若强行法可以作为一种判断实定法之合法性、正当性的初级规则，那么是否可以认为，强行法所承担的是类似国际宪法的功能？为何不能将其直接定义为“国际宪法性规范”，或者至少，国际社会基本规范？实际上，已经有学者指出了“强行法”概念被替换的必要性和可行性：“国际社会的基本规范不应被称为强行法，因为强行法概念同基本规范中的某一个方面联系过于紧密，即否定同其相冲突的条约的效力。”[65]也正是因此，该论文集的题目是“国际法律秩序中的基本规则”。

实际上，对罗马法中这一概念的援引，反映出的是对古代社会与现代社会之基本差别的忽视——并非所有的古代法律概念都自然应当得到推崇和遵循。现代社会是建立在启蒙哲学所阐发的个人主义精神之上的——尽管罗马法中也存在“公共秩序”理念，但这一公共秩序或价值并非以个体为基础，这导致的是古代社会所常见的独裁体制、“寡头政治”抑或“多数人的暴政”——三者的唯一区别，是决定公共秩序的主体的人数，但显然，三者都无法代表真正意义上的“全体利益”，并容易招致对个体权益的侵犯。尽管现代政治体制依然遵循少数服从多数的一般原则，但其宪政基础建立在个体权利的让渡之上，并最终以维护个体权利作为目的。

有学者从社会契约论的角度，为协调强行法理论中的规范性与具体性矛盾提供理论基础。他指出，强行法规则的强制性来自于其对“国际社会的维系”的重要性[66]。他援引托姆沙赫特的观点，即人权话语逐渐将国家主权描述为依赖于其满足个体基本权利的能力，“国家不过是旨在为其公民的利益而服务的工具”[67]。在这个意义上，国际强行法是那些关涉到“超越国家”的、关乎个体与人类整体利益的法律规则[68]。他援引了国际法院在灭种公约咨询意见中的观点[69]，即在灭种公约的范畴内，“国家并没有个体的利益，而是有且仅有一个共同的利益”；以及菲德罗斯对强行法之目的并非“为了满足个体国家的需要，而是为了满足国际社会整体的更高利益”[70]。而这种“超越国家”的“更高利益”并非自然法意义上的、国

65 Christian Tomuschat: Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes-Concluding Observation, in The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes.
66 Thomas Weatherall: Jus Cogens: International Law and Social Contract
67 Christian Tomuschat, General Course on Pubic IL
68 国家责任条款 ILC 特别报告员 Willem Riphagen: “… the tendency in MIL to recognize and protect interests which are ‘extra-state’ interests in the sense that their ultimate beneficiaries are entities which are not states, but individual human beings, peoples or even humanity as a whole.”
69 ICJ in Reservations to the Genocide Convention, advisory Opinion 1951.
70 Alfred Verdross: “the criterion for these rules consists in the fact that they do not exist to satisfy the needs of the individual states but the higher interest of the whole IC. Hence these rules are absolute”(Jus Dispositivum and Jus Cogens in IL)

家意志之外的公共利益，而是针对于各个国家自身的、维系各国在国际社会和平与和谐之下的安全与福祉的普遍利益。建立在理性立法学说基础上的社会契约论，一定意义上可以超越自然法和实证法的二元对立，为强行法提供正当性基础和实质性渊源。

然而，社会契约论自身也存在着局限性。一个典型的问题是，其无法解释在当前的国际社会，也即在一个不存在世界政府和真正意义上中央权力机构的“水平”世界，是否国家之间就处在社会契约论所称的“自然状态”之中？按照霍布斯和康德的理论，人们达成社会契约、进入政治社会前的自然状态，是一个服从于丛林法则的战争状态。然而，社会契约论无法解释的一个问题是，人们如何可能从这样一种前社会的丛林法则中走出来，而不是和动物一样周而复始地在丛林法则中生活？事实上，康德的自然状态理论同其对人之理性本质的哲学自相矛盾。相比之下，洛克的自然状态更接近于人类社会的本质——即在前国家的状态，人与人之间依然存在着伦理社会。洛克将之称为自然社会/共同体(nature society/community)[71]，，人们相互之间会遵守一些基本的自然法。而这种“自然法”实际是人类作为理性存在者之间相互承认（即互相认识到并尊重对方的理性存在者身份，将之同其他的客体区分开来，也即将人视为人）。这解释了为何在至今仍然不存在一个高于国家的第三方权力机构的情况下，国家之间依然能够得以走出战争状态而建立一个相对和平的国际秩序。

综上所述，国际强行法正是在人类试图总结两次世界大战带来的教训，试图为构建一个国际性的伦理社会作出努力的背景之下被提出并纳入国际法体系的。在笔者看来，也正是因此，其更具有“国际社会基本规范”的特性。对于中国而言，强行法是一个值得被持续关注的议题[72]。从国际法委员会的报告中可以看出，中国对强行法抱持着审慎而不抗拒的态度[73]。关注国际强行法之法理基础，有助于帮助中国在构建人类命运共同体话语之时，摆脱批判法学及其他国家可能抱有的、对“霸权性叙事”的担忧和敌意——“人类命运共同体”之要义，核心还是在于每个人类个体的价值与利益。而对于国际法委员会而言，其提供“说明性清单”以完成“编纂和发展国际法的任务”的目标值得嘉赏——正如报告中所指出的，国际强行法已然是存在于国际法体系和国际社会之中的概念，尽管其可能是“漂浮的”，但其并非如同空气一般无影无踪，而是每个人都能看到它的客观存在。那么，与其对强行法本质避而不谈，不如推动强行法的编纂与发展，从而使其摆脱实践层面无所依托的尴尬处境——国际法的发展与国际实践之间，本就是互相促进的关系。而至于对国际法委员会工作是“拟议法”还是“现行法”的争论，实际上更多取决于国际法委员会的工作方法。就目前而言，特别报告员所采取的，还是更加务实的实证主义论证方式，但笔者认为，不排除国际法委员会之后采用国际法院曾采取的、相对演绎性的论证方式，其可以通过社会契约与伦理社会精神来摆脱国家对其滥用自然法的指控。

71 洛克：《政府论（下篇）》，商务印书馆。

72 张乃根：试析人类命运共同体视野下的国际立法——以联合国国际法委员会晚近专题为重点，载《国际法学刊》2021 年第 1 期，p.13-32。

73 《特别报告员迪雷 • 特拉第关于强制法的第一次报告》：中国“请委员会“在就此主题进行深入研究之前，收集关于国家惯例的资料”；《特别报告员迪雷 • 特拉第关于强行法的第二次报告》：中国认为 2 段中引入了新核心要素或要求，“与《维也纳公约》第 53 条所列的强行法基本要素明显有差异”。关于等级优先性，中国问到这些新要素是否意味着强行法高于《联合国宪章》？

海平面上升对海洋划界协议效力的影响

黄瑶 徐琬晴*

摘要：由海平面上升引起的沿海国海岸线向陆地一侧后退、陆地面积减少、甚至海岸附近的海洋地物被完全淹没等情形，均将给海岸相向或相邻国家间通过海洋划界协议划定的海洋边界的效力带来冲击和挑战。关于海平面上升导致沿海国原本议定的海洋边界改变是否构成条约法上情势变迁原则中的情况根本改变问题，学界对此存有争议。国际法协会、联合国国际法委员会均表达了支持维护海洋边界协议的确定性、稳定性和可预见性的观点。在探寻减缓海平面上升对海洋划界协议不利影响的方法上，应以维护现行海洋法制度的稳定性和可预见性为方向。

关键词：海平面上升；海洋划界协议；情势变迁原则；《维也纳条约法公约》；《联合国海洋法公约》

在气候变暖的背景之下，全球海平面日益上升。政府间气候变化专门委员会（IPCC）在其第五次评估报告中指出，预计到 2100 年，全球平均海平面上升可达 1 米左右。这种程度的海平面变化将对许多沿海国构成潜在的严重威胁。从国际法的角度看，海平面上升将给沿海国领海基线、国家管辖海域外部界限、沿海国之间的划界协议的稳定性等带来了挑战。其中，关于海平面上升对海洋划界协议效力的法律影响问题，国内鲜有学者进行专门研究，现有相关国内研究成果基本上只是在与海平面上升引发的法律影响文章中对此问题予以简要提及。而国外学者对这一悬而未决的问题一直存有争议。近年来，国际法协会（International Law Association）、联合国国际法委员会对该问题予以高度关注。有鉴于此，本文拟聚焦海平面上升对海洋划界协议造成的法律影响，并探寻减缓海平面上升对现行法律制度造成不利影响的方法。

一、问题的缘起

根据《联合国海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》），沿海国在邻近其陆地领土的领海、毗连区、专属经济区和大陆架等海洋区域内享有主权或主权权利。《海洋法公约》确定了各海洋区域的最大宽度，且各海域的宽度均是从沿岸的领海基线开始测量。通常而言，这些沿海国管辖海域的外部界限由沿海国根据《海洋法公约》的规定单方面予以确立和公布。当沿海国的管辖海域与海岸相向或相邻国家的管辖海域发生权利重叠之时，则需要有关国家通过谈判达成协议、或者是将争端提交国际司法机构裁判划定海域界限。

《海洋法公约》第 15、74 和 83 条分别对海岸相向或相邻国家间领海、专属经济区和大陆架界限的划定作出了规定。其中，领海界限的划定应参考中间线或等距离线，除非因历史性所有权或其他特殊情况证明有理由采用不同的方法；而专属经济区和大陆架界限的划定则要求有关沿海国在《国际法院规约》第 38 条所述的国际法的基础上达成协议，得出一个公平的解决方案。而国际司法机构在近年的司法实践中倾向于采用三阶段法划定海洋边界，即参照中间线或等距离线确定临时划界线，进而根据相关情况调整或改变临时划界线，最后对经过相关情况考察后临时划界线进行比例检验，避免产生不公平的结果。

总体而言，不论是采取协议的方式划界，还是通过提交国际司法机构裁判的方式划界，

* 黄瑶，中山大学法学院教授、博士生导师，南方海洋科学与工程广东省实验室（珠海）海洋法团队首席科学家；徐琬晴，中山大学法学院博士研究生。

本文尚未定稿，注释省略，仅供 2021 年中国国际法年会交流之用，请勿引用。

沿海国海岸的地理状况都将影响适当基点、中间线、等距离线、相关情况等关键因素的确定和衡量。而海平面上升将引发沿海国沿岸低潮线向陆地一侧后退、陆地面积减少、海岸适当点或突出点位置的改变或是消失、甚至海岸附近的海洋地物被完全淹没，这意味着沿海国的管辖海域范围也将发生变化，在地势较低的岛屿被淹没等极端情况下，还可能涉及成千上万平方公里的管辖海域的丧失。种种情形都将导致原本议定的或是通过司法裁判确立的海洋边界所依据的沿岸地理构造产生变化，进而使这些海洋边界也发生地理意义上的改变。其中，针对有关沿海国协议划界的情形，海洋划界协议的当事国还将面临一个无法回避的重要问题，即海平面上升导致沿海国通过协议划定的海洋边界改变是否构成《维也纳条约法公约》（以下简称《条约法公约》）第 62 条中当事国同意承受条约拘束之必要根据的情况发生基本改变的问题。

二、情势变迁原则与海洋划界协议效力的问题

海平面上升导致沿海国的沿岸地理状况发生重大改变，造成沿海国领海基线、国家管辖海域外部界限在地理意义上发生变化，继而也给沿海国间海洋划界协议的稳定性带来挑战。对此，关于沿海国能否援引《条约法公约》第 62 条的情势变迁原则单方面终止或退出海洋划界协议的问题，或者说海洋划界协议是否属于《条约法公约》第 62 条第 2 款 a 项所指的“确定边界的条约”，学界对此存在争议。

在上世纪九十年代，Alfred Soons 就认识到，由于海平面上升，海洋划界协议所依据的地理情况发生改变，将对海洋划界协议产生深远的法律影响。不过，他认为，《条约法公约》第 62 条第 1 款规定的情势变迁原则并不适用于这些海洋划界协议，因为包括海洋划界协议在内的确定边界的条约已被第 62 条第 2 款 a 项明确排除在这种援引情况发生根本变化的可能性之外。这样做的主要原因是，对边界协议提出的任何质疑都将永久造成严重的国际政治紧张局势。因此，必须得出结论，根据目前的国际法规则，一个国家无权援引海平面上升导致的情况之根本变化来单方面终止划界协议。如果两国之间的海洋边界已通过条约确定，海平面上升对这些边界线没有影响，除非两国另有约定。

随后，不少学者从不同的角度出发，表达了自己对海洋边界属于《条约法公约》第 62 条第 2 款 a 项所指的“边界”范围之内、海洋划界协议的效力不受海平面上升影响的支持。例如，David Freestone 和 John Pethick 认为，一旦通过划界协议确定了海洋边界，该协议的效力将不受后来情况的根本变化影响。Clive Schofield 特别指出，《条约法公约》第 62 条第 2 款是“国际法对边界条约给予的特殊保护”，并认为海洋边界条约固然属于“确立边界的条约”范畴。Rüdiger Wolfrum 在强调国家应保护边界不被改变、确保边界的永久性的同时，指出尽管陆地边界和海洋边界之间可能存在差异，但对于海洋边界而言，必须同样适用陆地边界制度的主要原则，其中即包括在确定边界上不得援引情势变迁条款。冯寿波教授虽未就海平面上升是否构成海洋划界条约的情势变迁问题给出明确答复，但也指出《条约法公约》第 62 条的规定使得有关国家不太可能单方面终止一项海洋边界条约，该条约将仍旧约束缔约各方。

尽管前述学者均在不同程度上支持不能够根据《条约法公约》第 62 条终止或退出海洋划界协议的主张，但他们都较少对其观点的合理性作出进一步的详尽论述。相较而言，Jenny Stoutenburg 援引了国际法院的判例以支持海洋划界协议不能通过援引情势变迁原则而被终止的观点。她指出，尽管《条约法公约》第 62 条第 2 款 a 项没有明确提及海洋边界的划界协议，国际法院在 1978 年希腊诉土耳其的爱琴海大陆架案的判决中就已对该问题作出了明确答复，认为所有大陆架划界协议都属于《条约法公约》第 62 条第 2 款 a 项规定的例外。

法院表明：“不论是陆地边界还是大陆架边界线，它们的确定过程基本上是相同的，而且不可避免地都涉及到稳定性和永久性因素，并受不允许边界协定发生根本变化的规则的约束。”

此外，Julia Lisztwan 更是详细研究了《条约法公约》文本的准备工作文件，并基于此得出结论，一国援引《条约法公约》第 62 条作为终止海洋边界协议的依据的可能性极小。具体而言，其一，为维护条约制度的稳定性，国际性法庭和仲裁庭几乎从不接受情势变迁理论。Lisztwan 援引了国际法院的渔业管辖权案和盖巴斯科夫—拉基玛洛工程案，指出国际法院从未接受过第 62 条第 1 款作为缔约国单方面终止条约的理由，可见国家极少成功援引第 62 条第 1 款。鉴于《条约法公约》第 62 条第 2 款的严格例外规定，国际性法庭和仲裁庭更不可能在海洋边界协议方面接受情势变迁理论。其二，通过对《条约法公约》的准备工作文件予以详细考察，Lisztwan 指出，国家代表们的讨论揭示了第 62 条第 2 款的“边界（boundary）”一词涵盖了陆地边界和海洋边界，而且没有任何国家代表发言明确反对将海洋边界归入第 62 条第 2 款 a 项的边界范围之中，因此，第 62 条第 2 款排除了在海洋边界条约中援引情势变迁理论的可能性，国家不能以海岸线移动为由终止海洋边界。其三，即使海洋边界不属于第 62 条第 2 款的例外情况，根据情势变迁理论，一国想要援引第 62 条单方面终止海洋边界协议，也需要证明缔结协议时的沿海地理情况构成缔约国同意受边界协议约束的必要根据，并且该国不可能合理地预期相关沿海地理情况的变化。不过，一方面，虽然沿海地理情况构成划界的核心，但在协议划界时缔约国鲜少明确说明确定边界线的地理情况是同意受协议约束的必要根据。另一方面，由于在 20 世纪 80 年代末以后，各国已经开始普遍意识到气候变暖的问题，故想要证明沿海国难以预见到气候变化引发的沿海地区的地理情况变化的风险将存在极大的困难。鉴于此，无论领海基线是变动的还是固定的，大多数海洋边界协议都将在国家缔约方之间保持有效。

不过，值得注意的是，即使是这些认为不得以情况发生根本改变为由终止海洋边界条约的学者也对全盘将海洋边界条约排除在情势变迁原则的适用范围之外这一想法持有顾虑。特别是在岛屿完全被淹没等极端情况下，领土的消失随之带来的是领海基线和从这些领海基线量起的管辖海域的完全消灭，从海洋法的角度来看，基于岛屿陆地领土所享有的海洋权利已经灭失，若继续根据原有的海洋划界协议保留海洋权利会对传统国际法造成冲击。对此，现有的国际法律规则并没有为这一潜在的严重问题提供适当的解决方法，前述学者亦鲜有对此进行全面地分析。

区别于前述学者的观点，一些学者认为，情势变迁原则可以适用于海洋边界条约。David Caron 提到，在气候变化带来的巨大压力下，各国可能会质疑过去与相邻国家达成的海洋划界协议是否公平。尽管各国在维护这些协议的神圣性方面通常有着极大的利益，但完全有可能的是，其中一个缔约国会辩称情况已经发生了根本改变，因为在签订协议时各方都没有预见到海平面会如此显著地上升。Jonathan Lusthaus 亦指出，在海平面上升背景下，国家直接挑战其他国家对海洋领土（maritime territory）的主权会导致冲突的发生，甚至使过去的海洋划界协议受到质疑。

其中，对情势变迁原则可适用于海洋边界条约这一立场作出系统理论分析的代表性学者是 Snjólaug Árnadóttir。她认为，《条约法公约》第 62 条第 2 款 a 项中的“边界（boundary）”并不包括所有的海洋边界。具体而言，首先，通过对国际法委员会的准备工作文件和相关判例进行分析，Árnadóttir 发现，《条约法公约》第 62 条第 2 款的规定仅将划定领土边界和完全主权的条约排除在情势变迁原则的适用范围之外。对于确立不划定完全主权的海洋边界的条约，如确立专属经济区、专属渔区、大陆架边界的条约，由于国家在专属经济区、大陆架

仅享有勘探和开发特定资源的主权权利，专属渔区边界的划定可通过对鱼类资源权利的配额分配来完成，均不涉及完全主权，故这些海洋边界条约不属于情势变更原则排除适用的范围。因此，在满足《条约法公约》第 62 条第 1 款的所有要求时，这些条约可以被终止。其次，陆地边界和海洋边界存在本质区别，两者的划定方式和所依据的原则有所不同。陆地边界的位置可以是完全任意的，不过陆地边界一旦确立，它就建立在永久占领的基础上，其意义就在于实现稳定性。而海洋边界的划定是以法定权利为基础的，并受《海洋法公约》中一系列明确的规则制约。而且，根据《海洋法公约》第 74、83 条，海洋边界是一种公平的解决方案，而不是一种稳定的解决方案。事实上，海洋权益随着沿海地理环境的改变而经常变化，而海洋界限一般被理解为是可变动的。因此，将确定边界的条约排除在《条约法公约》第 62 条的适用范围之外的理由并不能成为普遍排除海洋边界的理由。再者，针对国际法院在爱琴海大陆架案中的论述，Árnadóttir 辩称国际法院的相关论述仅存在于附带意见当中，其中并未提及与情势变迁有关的论据。另外，法院谈及的“不论是陆地边界还是大陆架边界线，它们的确定过程基本上是相同的”这一观点也难以令人信服，如前所述，确定陆地边界和海洋边界的过程实际上是完全不同的。而且该案仅涉及大陆架划界，并不涉及海域划界。最后，Árnadóttir 特别指出，国际法协会下设的国际法与海平面上升问题委员会在其 2018 年的报告中，援引了国际法委员会就国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法条款草案开展工作时所作的辩论。该辩论似乎表明，国际法委员会认为，除领海边界外，其他海洋边界可能不属于第 62 条第 2 款 a 项的边界排除范畴。基于上述原因，Árnadóttir 得出如下结论，当相关的沿海地理环境发生了急剧且不可预见的改变，导致《海洋法公约》规定的海洋权益发生根本性变化时，划定专属经济区、专属渔区或大陆架边界等特定类型的海洋边界的条约可以根据《条约法公约》第 62 条而被终止。但她并未明确否认涉及划定领海界限的协议属于第 62 条第 2 款 a 项的“确立边界的条约”。

不过，若认可情势变迁原则可适用于海洋边界协议，在该原则适用的过程中存在的问题是，究竟从哪个时间点起可以认为海平面上升所带来的影响是可以被当事方预见的，并且影响到海洋边界协议谈判的客观标准。对此，前述支持缔约国可援引情势变迁原则单方面终止或退出海洋划界协议的学者们并未进行深入分析。国际法协会下设的国际法与海平面上升问题委员会在其 2016 年中期报告中有就该问题予以探讨。委员会指出，这个时间点理应在 1979 年世界气象组织举办第一届世界气候大会时就已经存在，但有学者认为，在 1982 年结束的第三次联合国海洋法会议期间，人们并未广泛认识到海平面上升可能带来的问题，各国谈判代表也没有预料到全球海岸线会出现大幅退缩，这才会使得 1982 年《海洋法公约》本身并未就海平面上升带来的法律影响等问题予以处理，进而很难认定在此之前缔结的海洋边界协议的谈判代表们已经普遍意识到海平面上升问题可能与他们所谈判的划界协议密切相关。故委员会最终也未对该问题给出明确的答复。

三、国际法协会和国际法委员会对海洋划界协议效力问题的审议

除学者外，海平面上升所造成的法律影响也引起了各国政府和有关国际机构的高度关注。国际法协会就此设立了专门的委员会对相关国际法问题予以审议。2008 年，国际法协会设立了基线委员会，旨在就海平面上升对基线制度造成的影响予以探讨。基线委员会在其 2012 年的索非亚报告中指出，由海平面上升导致的大量领土丧失是一个超出基线和海洋法范围的问题，需要结合国际法的多个部门一同审议。因此，国际法协会于 2012 年又成立了国际法与海平面上升问题委员会以专门研究与海平面上升相关的国际法问题。与此同时，基线委员会 2012 年的索非亚报告就进一步研究海平面上升所带来的法律影响确定了三个重要的初步

问题，它们共同构成了国际法与海平面上升问题委员会的研究基础：一是海平面上升对在划界时依据正常基线协商确立的海洋边界的消极影响；二是海平面上升对依据正常基线宣布的国家管辖海域外部界限的消极影响；三是海平面上升可能导致一些岛屿被完全淹没，沿海国是否丧失了从已被淹没的领土上主张正常基线的全部权利。

针对基线委员会提出的第一个问题，国际法与海平面上升问题委员会在其 2016 年中期报告将该问题予以细化：如果两个或两个以上沿海国的代表在协商达成海洋划界协议时是依据当时的领海基线来确定等距离线或中间线的，随后，由于海平面上升，显著的基点被淹没，领海基线的位置向陆地一侧移动。在这种情况下，一方是否可以认为这是情况之基本改变，进而选择终止海洋边界协定的效力？

国际法与海平面上升委员会在其报告中并未就《条约法公约》第 62 条第 2 款 a 项的例外是否适用于海洋边界作出明确答复，但委员会多次强调了维护所有边界条约的确定性和稳定性的重要性，并指出在现阶段破坏已谈判达成的既定海洋边界的效力并不最有利于国际社会的利益。因此，委员会认为，基于法律的确定性和稳定性，不应将海平面上升对海洋边界的影响视为情况的根本改变，不论当事方在谈判海洋边界时是否考虑到这一点。

2018 年，旨在促进国际法的发展和编纂的国际法委员会将“与国际法有关的海平面上升”专题正式列入其长期工作方案。2020 年初，与国际法有关的海平面上升问题研究组发布了第一次问题文件。比较而言，针对海平面上升对海洋划界的影响问题，国际法委员会更多是从国家实践的角度进行分析。一方面，基于国际法委员会与联合国大会第六委员会之间密切的机构联系，国际法委员会收集了会员国在联合国大会第六委员会针对该问题的发言，总结得出会员国在很大程度上都一致赞成有必要维护海洋划界的法律稳定性、安全性、确定性和可预测性。所有涉及海洋划界问题的发言均主张维持现有海洋划界，没有任何发言赞成因海平面上升而对现有划界作出改变。另一方面，国际法委员会对搜集到的现有的与海洋划界有关的条约进行审议，发现除少数例外情况外，大多数条约不包含修正条款，其中一些条约甚至明确包含关于其海洋划界永久性质的条款，这意味着国家实践表明，各国并未预期修正已达成的海洋划界条约。因此，国际法委员会认为，为了维护法律的稳定性、安全性、确定性和可预测性，尽管海平面上升造成海岸变化，也有必要维持现有海洋划界；海平面上升不能被援引为终止或退出确立海洋边界的条约的情况之基本改变，因为海洋边界享有与任何其他边界相同的稳定制度。

四、减缓海平面上升对海洋划界协议不利影响的应对方法

面对全球海平面日益加剧上升这一不可逆转的形势，国家和相关国际机构应利用国际法这一法律工具制定法律解决方案以适应和应对海平面上升带来的法律影响和后果。针对海平面上升对海洋划界协议效力的影响问题，也同样可以通过制定新规则或是修改现有的法律规则以减缓海平面上升引发的不利法律影响。

尽管国际法委员会强调它不会对《海洋法公约》等现行国际法提出修正建议，国际法协会下的国际法与海平面上升问题委员会就维护现有的海洋权利提出了两种可能的发展方向：一是使用沿海国正式承认的大比例尺海图，将现有领海基线冻结在目前的位置；二是冻结根据从《海洋法公约》确立的基线量起的现有已确定的海域外部界限。虽然这两种方法并不是直接针对海平面上升对海洋划界协议效力的法律影响而提出的，但其核心是要巩固现有的海洋边界的位置，以维持海洋边界的稳定性。该方向符合国际法委员会的立场，也符合国际法委员会调查得出的会员国的基本立场，固然也在一定程度上符合我国于联合国大会第六委员上发言所体现的内在精神，即考虑到包括《海洋法公约》在内的现有国际法的规定和精神，

尽力维护现行海洋法制度的稳定性和可预见性。故维持海洋边界的稳定性可以成为减少海平面上升对海洋划界协议效力造成的负面法律影响的总体应对方向。

值得注意的是，即便是认为情势变迁原则能够适用于海洋边界条约的学者，也认可稳定性是确立国际边界的关键所在，确立边界的条约稳定对于国际和平与安全极为重要。只是他们所追求的边界的稳定性并非一定是地理意义上的稳定性，更重要的是要实现法律意义上的稳定性。例如，Snjólaug Árnadóttir 认为，在划定海洋边界时，完美的地理意义上的稳定性实际上是无法实现的，因为海洋边界的划定取决于相关地理特征的存在和确切位置，但后者具有不稳定性。作为应对环境不稳定性的挑战的一个可行的选择，在地理意义上的稳定性无法实现的情况下，国家可以选择在协议的基础上确立一条变动的边界线，即确立边界线所依据的基点和界限都是会因地理情况的改变而变动的，如等距离线、河流干道、甚至是海洋生态资源的分布，由此以应对相关沿海地理环境不可预见的变化。

至于那些主张不能够援引情势变更原则终止或退出海洋划界协议的学者，他们更是强调维持海洋边界稳定性的重要性，并就此提出了许多解决有关海洋边界的不确定性的适当应对方法。具体而言，其一，为了解决效率低下和冲突的问题，各国应该朝着永久固定海洋边界的方向发展，国家可选择采取物理措施加固海岸，即通过人工手段合法地捍卫现有的海岸线。但不可否认，仅仅为了保护海洋利益而对关键基点采用人工手段予以防护会造成资源浪费。Alfred Soons、David Caron 等提出该建议的学者也承认这是一个极其昂贵的选择。其二，沿海国可考虑记录其基点以及所有海洋边界的坐标，并将相关的海图和坐标交存联合国秘书长。如前所述，国际法协会的报告也支持这种做法，并指出一些沿海国已经开展了这项工作。这种文件记载不仅具有澄清作用，而且根据《条约法公约》第 31 条第 3 款 b 项，当达到一定程度时可构成条约适用的嗣后惯例。不过，Alfred Soons 也指出，沿海国自愿向联合国交存此类海图和坐标的这一简单事实，并不意味着其他国家不能以其不符合《海洋法公约》的相关规定而对此提出异议。其三，由于对《海洋法公约》予以修订需要符合严格的要求，故《海洋法公约》缔约方会议可考虑通过一项声明，对相关条款作出解释，或是要求国际海洋法法庭就有关问题发表咨询意见，从而消除海平面上升所可能产生的不确定性。同理，《条约法公约》的缔约方也应重新审视第 62 条的规定，就该条款的解读达成共识，以维护海洋边界条约的稳定性。其四，不少学者指出，面对海平面上升所引发的不利后果，现行的相关国际法规则需要改变，而国家在这方面发挥着至关重要的作用。国家实践是逐步发展国际法、填补法律空白的关键，一方面可以通过对诸如《海洋法公约》等现有条约的嗣后实践对相关条款予以澄清，另一方面亦可通过国家实践发展新的习惯国际法规则，进而维护国际海洋秩序的稳定性。如果维持现有海洋边界的做法未遭到反对，相关的国家实践就可能导致对《海洋法公约》的有关条款作出新的普遍被接受的解释，或是发展出习惯国际法的新规则。

论民商事判决承认与执行制度的变革——以《选择法院协议公约》和《判决公约》为例

黄志鹏　中南财经政法大学

摘要：国际上有关民商事判决承认与执行的公约一直都在发展，为了使各国民商事判决的自由流动，我国应从公约的条文内容中吸取经验，以完善我国的判决承认与执行制度。两公约有关判决承认与执行的规定相较我国的规定都十分细致，明确了判决执行各方面内容。因此，这给如何完善我国判决执行制度具有很大的借鉴作用。在国内方面，应修改《民事诉讼法》有关判决承认执行条文的规定，使承认与执行的规定更加具体化，转变忠于事实互惠的态度，将法律互惠和推定互惠并行；在国际上，考虑批准《选择法院协议公约》和《判决公约》，通过分析两公约的异同之处，并以此完善我国判决承认与执行制度。

关键词：《选择法院协议公约》；《判决公约》；判决承认与执行

一、引言

2020 年 6 月 9 日，小米向湖北省武汉市中级人民法院（以下简称武汉中院）起诉 Interdigital Corporation（以下简称 IDC）请求裁定必要专利的许可费率。同年 7 月 29 日，IDC 向德里法院起诉小米及其部分子公司专利侵权并寻求禁令救济。该案件分别在武汉中院和印度德里法院提起了诉讼，暴露出在国际民商事诉讼领域中诸多的问题。比如，由于该案牵涉到了知识产权的问题，而专利权具有极强的地域性，在诉讼过程中可能涉及多国或地区，这将会造成涉外诉讼中管辖权积极冲击冲突的问题。此外，从 2020 年 9 月 23 日武汉中院对小米保全申请作出的裁定书来看，“……申请人（小米）提请本院就双方之间的标准专利全球许可费率争议进行裁决符合该项规则。被申请人（IDC）置本院对双方争议受理在先于不顾，在印度地方法院针对申请人及其关联公司发动临时禁令、永久禁令，干扰本案审理程序，损害申请人的利益，可能造成本案生效判决难以执行。”①这也体现外国法院判决承认与执行的问题。

国家之间的判决承认与执行，指主权国家之间在满足相互约定的条件下互相承认他国法院判决在本国发生效力，如果需要执行的予以执行的司法协助行为。[1]〔P2〕可以说，判决的承认与执行对于诉讼当事人来说就是他们的“生命线”，如果判决不能获得承认和执行，那么该胜诉判决对于当事人而言并无作用，当事人得到的有利判决无法兑现，其合法权益无法得到保障，交易安全也自然的不能得到保护。然而在很长一段时间，各个国家都秉持着属地主义的理念，认为本国只能承认和执行自己国家的判决，因为判决是一国的司法权，法院判决具有浓厚的主权思想，除非条约的另外规定，否则主权的行使仅限于本国境内，法院作出的判决不具有域外效力。[2]〔P327〕这一观点在全球化不断演进的背景下早已不合时宜，各国之间缺乏合作并不是全球化该有的表现。

各个国家在判决的承认与执行上的合作的过程并不是一帆风顺的，而作为国际私法国际统一最富有影响力的国际组织——海牙国际私法会议，长期以在全球各缔约国之间实施的判决承认与执行国际公约为目标，以期实现判决在他国不被拒绝承认与执行而能够形成一个良性流动的环境。1971 年通过了《外国民商事判决承认与执行公约》，科威特、阿尔巴尼亚等 5 个国家作为成员国，但该公约并未生效。1992 年，在美国的倡议下，海牙国际私法会议再

[1] 宣增益．国家间判决承认与执行问题研究[M]．北京：中国政法大学出版社，2009．
[2] 卢　峻．国际私法之理论与实际[M]．北京：中国政法大学出版社，1998．

次对判决承认执行问题进行谈判。几经回合之下，形成了《民商事管辖权及外国判决公约》（草案），遗憾的事，该草案最终也是以失败告终。于是，各代表团将目光聚焦于已经达成一致意见的法院选择问题，并形成了《选择法院协议公约》（下称《公约》）。在我国签署该公约的 2 年后，在第 22 届外交大会上通过了《承认与执行外国民商事判决公约》（下称《判决公约》）。从此，《判决公约》与《公约》一起铺设了一条法院判决全球流通的大道。[3]

我国已于 2017 年和 2019 年分别签署了《公约》和 2019 年《判决公约》。在承认与执行判决方面，我国早前对于“事实互惠”的路径依赖的态度已经出现了转变的趋势，这对于形成积极的互惠关系来说具有莫大的意义。因此本文除了对《公约》和《判决公约》有关承认与执行条款进行分析外，还将对我国判决承认与执行外国民商事制度的实践进行阐述，并探讨我国批准《公约》和《判决公约》后将对我国判决承认与执行制度产发生何种影响问题。

二、《公约》与《判决公约》的分析

（一）《公约》

根据《公约》的名字，虽然第一感觉很有可能以为其是选择管辖权的协议，但究其本质来说，它是一个判决承认执行公约，[4]只不过借以选择法院协议作为载体。通过当事人的自愿选择来确定哪个法院具有排他管辖，在其他成员国内所选法院作出的判决将会得到承认和执行。

《公约》有 34 条，确立了 3 个核心原则：只有被当事人协议选择的法院才具有管辖权且其作出的判决应能得到其他成员国的承认和执行，没有被选择的法院不具备行使管辖权的资格。从公约的条文数量可以看出，公约有关管辖权的规定只有 3 条(第 5-7 条) ，而关于判决承认和执行的条款达到了 8 条(第 8-15 条) 。公约第三章主要规定了判决承认与执行问题以及明确举出拒绝法院判决承认与执行的理由。另外，公约还对先决问题、赔偿金、法院和解等与判决承认执行有关的其他方面做了规定。

（二）《判决公约》

《判决公约》是国际社会首部具有全球性质的有关外国民商事案件判决承认与执行的多边国际公约。它确立了承认与执行外国民商事判决的基本原则，其序言②强调本公约希望通过司法合作为各缔约国成员有效得促进获得司法正义的途径，使以规则为基础的多边贸易和投资以及人员流动更加便利，相信在外国民商事判决承认与执行方面制定一套统一的核心规则能提高在判决承认执行方面与他国合作的可能。

《判决公约》有 32 条，公约的核心内容是第二章。其规定凡是公约成员国法院作出的判决都应在另一缔约国获得承认与执行；该公约还从管辖权的角度出发，规定拒绝承认与执行的 7 种情形；不能对判决做实质性审查；承认与执行的前提是外国法院所做判决是有效且可执行。与此同时，还规定了先决问题、可分割性、损害赔偿、司法和解协议、提交文件、诉讼费用等问题。

（三）《公约》与《判决公约》的关系

《判决公约》的序言中直接指出了《公约》和《判决公约》的关系“《公约》与《判决公约》是相互补充的关系”，都以实现法院判决的自由流通为宗旨。《判决公约》中许多条款几乎都是以《公约》为蓝本的，因此两者具有许多相似的地方，比如对符合条文规定条件的判决一律予以执行、先决问题等等。在下文当中，笔者将主要比较两公约之间的不同之处并

[3] 徐国建：被攻克的最后堡垒：2019 年《海牙判决公约》所涉关键问题评析[J]. 上海政法学院学报，2020，(2).

[4] 王吉文：我国批准海牙《选择法院协议公约》的必要性分析[J]. 安徽大学法律评论，2009，(1).

尝试分析缘由，以期对我国的判决承认与执行制度提供借鉴。

从公约排除的适用方面来看，《判决公约》相比于《公约》在非适用范围内多了“诽谤”“隐私”等内容。诽谤判决并不是一开始就被排除在公约的适用范围之外，而是经历了一定的阶段。其原因是多样的：首先，诽谤择地行诉频繁发生，其所引发的判决承认与执行更加复杂；其次，美国在国内签署了 SPEECH 法案，该法案规定美国法院一般不承认外国法院所作出的诽谤判决，这一主张必将反映到《判决公约》的草拟中。[5]而且，海牙国际私法会议常设局认为：“在很多国家诽谤问题是很敏感的，它与表达自由有关，甚至还具有宪法意义。工作小组提议将诽谤问题纳入排除适用范围之内。”③

在有关判决承认执行被拒绝的情形下，《判决公约》新增了“被请求国法院若在审理相同当事人的同一诉讼时，如果被当事人请求的法院先于原审法院受理案件且该争议与被请求国间有紧密联系，可以推迟或拒绝承认或执行”的条款，相比《公约》，其外延性更大。之所以新增该款的原因在于平行诉讼的大量出现导致一国法院经常滥用管辖权，为此需要提高因为平行诉讼而拒绝或推迟判决承认与执行的最低条件，各个国家为了维护本国的利益进而对此类诉讼所做出的判决一概拒绝，将造成司法资源的浪费。

在实质性问题审查方面，《判决公约》规定，“判决的实质性问题，被请求国法院不得进行审查，只有在适用本公约却有必要时才能够考虑审查。”而《公约》也有类似的规定，“在不影响将审查作为对本章条款的必要适用的情况下，被请求法院不应该对原审法院所做判决的实质内容进行审查。除非缺席判决，被请求法院应将审查限定于对原审法院如何产生管辖权基础这种事实的认定。”[6]〔P287〕通过对比发现，尽管内容所表达的意思上两者并没有很大的不同，但是在具体的规定上还是具有较大的差异。首先，在用词方面《判决公约》更加简洁，《公约》规定在特殊情况下可以对判决进行必要的审查，而《判决公约》并未延续审查一词，而是用了考量一词；其次，在范围的界定上两者具有较大的差异性，《公约》规定为适用本章规定，而《判决公约》规定为适用本公约确为必须时；最后在有关缺席判决的问题上，《判决公约》并没有做出规定，究其原因是因为《公约》的目的还是在协调各缔约国之间的管辖权，强调由原审法院确定其管辖权的事实，而《判决公约》是在强调判决执行的问题。[7]

在有关国家作为主体方面，《判决公约》以单独一条的形式规定了关于国家相关判决的说明，较《公约》作了新的发展：第一，在不损害国家及其财产特权与豁免的情形下，增加了国家间判决承认与执行的可能性；第二，为国家设置了例外机制和声明保留机制；第三，在主体为国家的判决承认与执行方面，平衡了绝对豁免与相对豁免、促进判决流通与国家利益自我保护的关系。[8]随着全球化的进程不断加快，国家也是可能作为民事主体的，不能光因其职权所体现出来的公法属性便一概拒绝因国家作为一方当事人所做出的涉外民商事的判决。

在涉及消费者和雇员的消费合同和劳动合同争议方面，《执行判决公约》第 5 条第 2 款对该两类主体做了特别的规定。只有当其向法院作出书面或口头同意的时候才能适用判决承认与执行，如果触及到第一款（六）（七）（十三）项则不予适用。该理念与《公约》完全不同，《公约》将该两类合同排除出公约的适用范围。从立法的基础来看，以有利于消费者和

[5] 张丽珍：海牙“判决项目”中的诽谤问题：界限内外[J]．武大国际法评论，2019，(1).
[6] 叶斌．比较法视角下的 2005 年海牙选择法院协议公约研究[M]．北京：中国社会科学出版社，2013.
[7] 徐国建：2019 年《海牙判决公约》判决承认和执行机制概述[J]．中国应用法学，2020，(4).
[8] 何其生：《海牙判决公约》与国家相关判决的承认与执行[J]．环球法律评论，2020，(3).

雇员的角度出发做此规定是为了避免限制管辖过滤器的适用。这在一定程度上体现出国际私法的人文关怀精神，国际私法人本化的趋势愈加明显。[9]

在判决承认与执行程序方面，《判决公约》第 13 条较《公约》增加了一个条款，“被请求国法院不得仅因为判决应该在另一国寻求承认和执行便对其拒绝承认和执行。”新增这条的规定是为了保护当事人的合法权益不受侵害，能够在被请求国法院得到执行，加速判决承认执行流动的速度，提高案件实现执行的效率，以防止被请求国法院因此情况而任意拒绝判决承认与执行，也是为了增加判决的确定性。

三、我国对外国判决承认与执行的态度变化

虽然我国已经签署了《公约》和《判决公约》，但是因为没有经过国内的批准程序，公约不能对我国生效。目前判决要得到承认和执行，在我国有三种途径：其一是根据国家间所签订的多边条约或者双边条约；其二是根据两国的互惠关系进行认定；其三是根据被请求国的法律进行考量。

（一）法律与条约

在我国，涉外判决承认与执行主要规定在《民事诉讼法》和《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》（以下简称《民诉解释》）中。我国《民事诉讼法》可以分为两个阶段，一是 1991 年以前，一是 1991 年之后。1991 年前主要是运用 1982 年《民事诉讼法》第 204 条。该条文在当时对促进涉外民商事交往起着很大的作用，但是不可否认的是，该条文存在不完善的地方。首先，它规定外国法院做出的判决必须由法院委托中国法院才有获得承认与执行的可能，当事人没有权利径直向我国法院请求承认执行，这一做法和当时国际条约以及其他国家的法律都是不协调的；其次，并没有把行使管辖权是否恰当作为判决承认与执行的条件，这和国际公约和其他国家法律规定不一致的，之所以规定管辖权作为条件是为了避免原判决法院滥用司法管辖权；最后，承认与执行不是相同的概念，有些判决只需要承认而不需要执行，但该条规定的承认是以执行外国判决为前提条件的。如若遇到确权判决，该条将无法得到适用。为了弥补 1982 年《民事诉讼法》的缺陷，1991 年我国颁布了新的《民事诉讼法》，对原 204 条的承认执行规定进行了全面的修改，修改后的条文为 267-268 条。该法在 2007 年、2012 年、2017 年经历了三次修改，但是对于判决承认执行的规定没有发生变化，只是条文发生了改变。较之旧《民事诉讼法》，新的《民事诉讼法》关于判决承认执行规则弥补了一些缺陷。首先，在主体方面，改变了以往单一主体申请的规定，当事人也能径行向法院提出申请；另外，对承认与执行分别作了规定，改变了以往两者混淆的状态。然而，不足的地方在于该法依旧没有将管辖权作为判决承认与执行的条件。

1992 年最高人民法院颁布了《民事诉讼意见》，其中第 318 条和第 319 条是对 1991 年《民事诉讼法》的补充规定。2012 年和 2015 年的《民诉解释》对判决承认与执行作了规定，但该司法解释也只是原则性规定不够具体。从历年的司法解释可以看出至今所有的司法解释中，最高人民法院都不会采取先行给惠此种做法，但对于到底执行的是事实互惠还是法律互惠，司法解释则显得含糊不清并没有明确。虽然在文字上，2015 年的司法解释与之前的司法解释区别不大，但从法院所处的大环境以及法院思想和司法实践的一致性上判断，最高人民法院在早期更大可能性指的是严格的事实互惠关系。[10]

虽然我国法律并没有将管辖权是否合法作为承认与执行外国判决的条件，但我国与一些

[9] 徐冬根：人文关怀与国际私法中弱者利益的保护[J]. 当代法学，2004（5）.
[10] 陈儒丹：自由贸易港建设背景下的互惠制改革[J]. 法学，2018（11）.

国家签订的双边条约中有将管辖权是否合法作为条件。[11]〔P497〕在与 39 个国家签订的民商事双边司法协助条约中生效的有 38 个，在这 38 个国家中，我国与比利时、新加坡、韩国和泰国的双边条约中并没有涉及到判决承认的与执行，在签订的双边条约中除了泰国外，都只是把仲裁裁决的承认与执行纳入了适用范围，我国与泰国签订的双边条约将民商事司法协助的范围限定在送达文书和调查取证方面。④

（二）破除事实互惠原则的司法解释或文件

随着我国经济的快速发展，对外交往也日渐频繁，对于一个在国际政治、经济、文化等方面日益强大的国家而言，在判决承认执行方面我国将需要更多的国际合作。[12]〔P17〕然而事实互惠的缺陷将会导致我国在对外交往中难以取得预期的结果，各个国家在交往过程中很难知道他国对待互惠原则的真实立场和态度。[13]为此，为了摆脱长期对事实互惠的路径依赖，我国颁布了若干司法解释和文件。

2015 年《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》规定，要加强区域之间的司法协助，在一带一路沿线国家没有和我国签署双边司法协助条约时，可以根据双方合作意向、对方国家承诺等实际情况，考虑率先给予他国帮助，促进沿线国家法院判决的承认与执行，促成互惠关系构成。2019 年《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》（下称《若干意见》）也要求采取积极主动的措施以促进外国判决的承认与执行。这 2 条指导意见体现出国家之间即便没有司法协助条约，没有事实互惠的先例发生，只要对方有证据证明对于发生互惠关系的积极态度，那么我国也可以先行给惠。除此之外，我国还要通过实施具体的积极措施，以便利外国法院判决的承认和执行。这实质上就是承认在“一带一路”沿线国家施行法律互惠制。

2017 年通过的《南宁声明》，最核心的便是推定互惠共识的达成。在没有缔结双边协助条约的国家，如果没有显著的证据证明外国法院曾经拒绝承认和执行本国法院的判决，可以推定存在互惠关系。该条款从某种角度上可以说中国和东盟成员已形成一种推定互惠的共识，推动了互惠原则的新发展。除此之外，新加坡作为东盟成员国之一加入该声明在一定程度上弥补了我国与新加坡之间双边司法协助在判决承认执行方面的空缺。《若干意见》规定，采取推定互惠的司法态度，以点带面不断推动国际商事法庭判决的相互承认与执行。这在一定上可以体现出我国最高人民法院对于事实互惠已有松动的趋势，转向多互惠发展。

2018 年我国与新加坡签署《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》（以下简称《备忘录》），《备忘录》总共 32 条，涵盖适用范围、判决审查和拒绝判决承认与执行的理由，在范围等方面很接近《判决公约》。《备忘录》第 6 条明确了我国可以在互惠基础上，根据申请人的申请，承认与执行新加坡法院的判决。与《南宁声明》一样，《备忘录》可以补缺我国与新加坡在判决承认与执行的空白，推动两国之间在判决承认与执行方面的合作。[14]

（三）互惠原则及其在司法实操中的运用

互惠是以互利为目的，并在追求双赢的过程中实现利益平衡的效果。[15]〔P309〕互惠有事实互惠、法律互惠和推定互惠三种。

事实互惠是指法院对他国法院判决予以承认和执行时会以他国法院是否在其司法实践

[11] 刘仁山．国际私法[M]．北京：中国法制出版社，2019.
[12] 王吉文．外国判决承认与执行的国际合作机制研究[M]．北京：中国政法大学出版社，2014.
[13] 王吉文．2005 年海牙《选择法院协议公约》研究[M]．南京：东南大学出版社，2008.
[14] 张勇健 杨蕾：司法机关相互承认执行民商事判决的新探索[J]．人民司法，2019（13）.
[15] 霍政欣．国际私法[M]．北京：中国政法大学出版社，2017.

中已经有了承认与执行本国法院判决为考量，如有，则予以承认；反之。事实互惠的要求会导致囚徒困境的出现。[16]〔P162〕 在此情况下哪个国家都不愿意首先对他国判决进行承认和执行。我国法院目前大多数采取的是事实互惠认定标准。笔者在威科·先行法律信息库中以“《中华人民共和国民事诉讼法》第二百八十二条、互惠原则、审理年限从2015年6月16日-2021年4月16日⑤”为关键词进行检索，共有18条结果。抛开在文书中未进行具体的说理和运用双边司法协助条约外，共有7个案件⑥是运用事实互惠为依据进行审理的。如在(2019)沪01协外认17号韩国彼克托美术式有限公司与上海创艺宝贝教育有限公司一案中，受理案件的上海市第一中级人民法院认为我国与韩国并没有签署任何判决承认与执行的条约，所以对于是否承认和执行韩国法院作出的判决应该根据互惠原则进行审查。经审查发现，韩国法院曾经承认了我国的民事判决，故而可以认定我国与韩国存在互惠关系。国家之间存在相互承认的先例，是一种投桃报李的氛围自然是好的，但如果两国之间先前并没有存在互惠的关系，则容易导致以牙还牙的情况发生。我国与日本在此方面就是很好的例证。[17]

法律互惠是指承认执行外国判决的条件规定在一国的国内法中，且两国所规定的条件应大致相等。德国柏林高等法院认为中国与德国之间存在法律上的互惠关系，于2006年裁定承认与执行我国江苏省无锡市中级人民法院的所作的判决。[18]此外，2015年以色列特拉维夫法院也采用法律互惠标准承认和执行了我国南通市中级人民法院的判决。⑦

推定互惠是指一概推定两国之间存在互惠，前提是当事人不能证明他国法院曾拒绝承认执行本国法院判决。从所检索到的案例当中，笔者发现只有1个案件的审理是运用了推定互惠。在(2018)川01协外认5号陈鑫、林昭辰一案中，成都市中级人民法院认为我国与加拿大之间并没有缔结或共同参加有关承认和执行判决的国际条约，但是也没有证据可以证明加拿大曾经拒绝过我国所作出的判决，基于推定互惠，我国法院将对加拿大法院作出的判决予以承认执行。

四、完善我国判决承认与执行制度的路径

完善我国判决承认与执行制度，得从以下方面进行考量：

（一）修改《民事诉讼法》并采取宽松的互惠态度

我国《民事诉讼法》的条文对互惠原则的规定只是原则性的，对于互惠原则该如何适用缺乏明确的标准。从法律规范的明确性与有效性角度分析，这种原则性立法方法有着严重的缺漏：立法目标不明确将会缺失立法约束和有效的立法指导。[19]〔P224〕

虽然近年来我国法院在判决承认与执行的态度上有向法律互惠、推定互惠标准靠拢，但仍执着于采用事实互惠的标准。事实互惠随着时代的发展已经不能满足我国涉外民商事关系的现状。事实互惠原则的适用往往使得法院拥有宽泛的自由裁量权，而法院通常都是以国家利益出发来决定是否认可两国之间存在互惠关系，在这个时候当事人的利益将受到侵害，互惠原则将变成国家之间利益博弈的工具。[20]正因此原因，李浩培教授认为互惠原则不应该适用在判决的承认执行方面，互惠原则本质上是一种报复行为，是为了保护国家利益而以牺牲个人利益为代价，这是不可行的。[21]〔P140〕 荣格教授也认为，互惠原则不过是国家为了保

[16] 徐伟功．冲突法的博弈分析[M]．北京：北京大学出版社，2011.
[17] 黄志慧：我国判决承认与执行中互惠原则实施的困境与出路[J]．政法论坛，2018（6）.
[18] 马琳：析德国法院承认中国法院民商事判决第一案[J]．法商研究，2007（4）.
[19] 王吉文．外国判决承认与执行的国际合作机制研究[M]．北京：中国政法大学出版社，2014.
[20] 王吉文：论我国对外国判决承认与执行的互惠原则——以利益衡量方法为工具[J]．法学家，2012（6）.
[21] 李浩培．国际民事程序法概论[M]．北京：法律出版社，1996.

护其抽象利益而牺牲私人利益的一种盲从地尝试，是没有作用的。[22]可以说，上述的观点具有一定的道理，但是笔者认为在当今仍然强调司法主权的时代，互惠原则不应该摒弃。首先，我们在实际运用过程当中会把互惠原则想当然的等同于狭义的事实互惠，这是没道理的，因为互惠还包括推定互惠和法律互惠；其次，互惠原则所蕴含的对等性要求，其作用不可忽视；[23]再者来说，由于我国立法的不完善，如果抛弃互惠原则，仅以我国国内法作为依据是不具有现实意义的。

因此在互惠原则还不能废弃的时候，我们有必要细化互惠原则的具体适用，具体包括互惠原则的认定标准、查明方式和适用范围等。在互惠原则的认定标准上，我国应采取事实互惠转为法律互惠，在实践中采用推定互惠的方法。[24]相较于事实互惠，采用法律互惠有助于提高我国与其他国家之间判决承认与执行的明确性和可预测性。[25]根据法律互惠的定义，当事人只需查阅两国有关判决承认与执行的条文即可证明互惠关系是否存在。对于互惠关系的查明方式的细化也是很有必要的。在互惠原则的适用上必须明确由谁来承担互惠关系的证明责任是很关键的。对于这一问题学界有很大的争议。有学者认为互惠关系的查明责任应该由被申请人承担，其认为该方法避免了法院承担证明的压力，也符合民事诉讼法谁主张谁举证的原则。[26]也有学者主张由胜诉方承担举证责任，法院只有在必要时才承担举证的义务。[27]还有学者认为，应该由法院进行证明。[28]笔者赞同第三种观点，即互惠关系的证明责任由法院进行证明。虽然说申请人和被申请人与案件密切相关，但是大多数当事人的法律知识以及所获得的信息并不全面，有的时候会出现证明困难进而损害自己合法权益的情况，况且在有的情况下连法官都无法完全掌握互惠关系的信息，更何况当事人。如在 2015 年张晓曦申请承认和执行韩国法院判决案中，沈阳市中级人民法院认为我国与韩国没有建立互惠关系而拒绝承认执行其判决，但事实上早在 1999 年，韩国法院认可了我国山东潍坊中院的一项判决，这就是由于法院没有掌握外国法院的司法实践。而采用法院承担互惠关系证明责任的方法更具有合理性。证明互惠关系是否存在，得查明判决做出国法律的规定及司法实践，因此可以看出外国法查明与互惠关系的证明具有相联系，为了使法院不发生混淆，正确的适用法律，因此互惠关系的证明责任应与《涉外民事关系法律适用法》第 10 条外国法查明制度的规定相匹配，由法院承担为宜。在互惠关系适用范围方面，受我国最高人民法院在《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》的启发，在离婚判决方面可不以互惠原则为基础，因此在此后立法的过程中笔者认为对于一些确权之诉也可以采用这一方法。

（二）积极批准《公约》和《判决公约》

根据第二部分有关双边条约的分析，我们可以看出虽然与我国缔结双边条约的国家只有 39 个，但是相较于 WTO 的 164 个成员国的数量来说是很少的，两者之间存在着明显的差距。因此，我国和这些剩余的国家在判决承认与执行方面还是存在着空白。除此之外，与我国所缔结双边司法协助的国家大多是我国周边国家，但是像美国、日本等与我国民事交往密切的

[22] Friedrich K．Juenger，The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters，36 American Journal of Comparative Law 32 (1988) ．
[23] 马明飞 蔡斯扬：我国承认与执行外国判决中的互惠原则：困境与破解[J]．政治与法律，2019（3）．
[24] 杜涛：互惠原则与外国法院判决的承认与执行[J]．环球法律评论，2007（1）．
[25] 陈亮 姜欣：承认和执行外国法院判决中互惠原则的现状、影响与改进——从以色列承认和执行南通中院判决案出发[J]．法律适用，2018（5）．
[26] 黄志慧：我国判决承认与执行中互惠原则实施的困境与出路[J]．政法论坛，2018（6）．
[27] 徐崇利：经济全球化与外国判决承认和执行的互惠原则[J]．厦门大学法律评论，2005（1）．
[28] 徐伟功：我国承认与执行外国法院判决制度的构建路径——兼论我国认定互惠关系态度的转变[J]．法商研究，2018（2）．

国家并没有签署有关的双边条约；再者，从所签署的条约内容来看，也不尽合理，条约的适用范围并没有一定的限制。[29]〔P230〕基于双边条约所体现出的缺陷，笔者认为在我国已经签署《公约》和《判决公约》的情况下，应该适时进行推进批准两公约的工作以使该两公约对我国产生影响。对于我国而言批准该两公约将会起到不可估量的作用。

从微观的角度来说，批准两公约后，该两公约即会对我国生效，我国将会受条约内容的实质性约束。公约中规定的承认与执行外国判决的条件、排除消费者雇员合同判决的承认与执行、拒绝判决承认与执行的理由等问题对我国都会发生效力。

由于我国的立法和司法解释在有关判决承认与执行方面都没有把管辖权是否合法作为承认与执行的条件，因此批准公约后能有效的在此层面弥补空白。管辖权的确定会关系到案件的审理结果，实践中可能会出现一国对案件的管辖权并不适格但是仍然行使管辖权并进行审判的情形，在此种情况下如果不对管辖权进行审查将会损害当事人的合法权益，如若放纵该情况的发生，则会导致各个国家滥用管辖权，造成司法资源浪费，损害当事人的期待利益。因此可以说管辖权作为判决承认与执行的条件之后将会对法院的管辖权进行审查，避免上述情况发生，对于判决的自由流动具有重要的意义。通过第二部分的对比我们知道《判决公约》特意把消费者和雇员的合同排除在其适用范围。这一举措充分体现了各国对于弱者的保护。我们说，国际私法首先强调的不应该是对国家主权的利益保护而应该是对私权的保护，过多强调抽象的国家主权会把民商事关系中最为重要的有关人的私权进行忽视。[30]〔P21〕在国际民商事交往过程中，消费者和雇员由于经济实力、信息掌握不对称等原因往往处于弱势一方，对其给予特殊的关注在一定层面上体现了国际私法的人本论。在判决的承认和执行问题上，人权法对国际私法的介入性影响，进而形成解决判决承认与执行问题的新机制。[31]因此，如果我国批准公约，在外国法院作出相关判决请求我国法院予以承认与执行时，便可以公约的规定拒绝，这也再次体现我国对弱者保护原则的贯彻。从我国的法律条文中可以看出，我国拒绝外国判决承认与执行的理由是因为违反了我国公共秩序、违背社会公共利益，这是十分含糊不清的。在公约的批准下，我国可以扭转这一现状，适用公约穷尽性的理由，清楚明了。

从宏观的角度来说，批准公约有利于提高我国判决在域外获得承认与执行的可能。目前我国涉外判决承认与执行仅依据双边签订的司法协助条约和互惠原则，这会使判决难以得到承认和执行。因此，需要一个全球性的判决公约来提高我国涉外判决的执行率。[32]此外，批准公约有助于弥补前述双边条约的缺陷，弥补我国判决在域外承认与执行方面的缺憾，有助于在成员国之间建立高效的争端解决机制。[33]最后，批准公约对共建“一带一路”和迈向人类命运共同体具有重大的积极意义。[34]〔P155〕批准公约以后，可以避免与各个国家进行谈判，提高国际统一规则的效率，也可以吸引其他国家加入公约，提供公约的影响力，为打造人类命运共同体提供条约保障。

五、结语

当前世界百年未有之大变局加速演变，我国不断发展壮大，日益走近世界舞台的中央。

[29] 王吉文．外国判决承认与执行的国际合作机制研究[M]．北京：中国政法大学出版社，2014.
[30] 梅傲．国际私法人本论[M]．北京：法律出版社，2015.
[31] 刘仁山：人权保护对国际民商事判决承认与执行的影响——以《欧洲人权公约》之适用为中心[J]．法学评论，2015（3）.
[32] 李莉 张钰：我国加入《选择法院协议公约》的可行性与利弊分析[J]．社会科学家，2016（11）.
[33] 刘仁山：我国批准《选择法院协议公约》的问题与对策[J]．法学研究，2018（4）.
[34] 肖永平 朱磊．批准《选择法院协议公约》之考量[M]．北京：法律出版社，2017.

从 1971 年海牙国际私法会议通过的《外国民商事判决承认与执行公约》到《公约》再到《判决公约》都展现出各国的交往日益频繁，亟需一套能够统一全球判决承认与执行的公约。由于我国在对外国法院所作出的判决承认与执行方面一直都是秉持事实互惠的认定标准，导致一些判决错失了得到承认与执行的机会，因而在认定互惠标准方面，我们应从事实互惠转向法律互惠，并以推定互惠作为辅助。习总书记指出，我们要坚持统筹国内法治和涉外法治，运用法治和规则维护自身合法权益。因此，在有关判决承认与执行方面，笔者认为在国内方面应该修订《民事诉讼法》的规定，将判决承认与执行的条件化明确化，而不只是单采公共秩序等模糊性字眼；在司法实践方面，要以开放包容的心态对待外国法院的判决，只要符合条件则都应予以承认；在国际层面，我国在签署《公约》和《判决公约》的基础上应该选择合适的时机去批准公约，使公约内容能对我国生效，从两公约对于判决承认与执行的条文中完善我国的判决承认与执行制度。

【注释】

①见（2020）鄂 01 知民初 169 号之一民事裁定书

②Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and CommercialMatters．https://assets.hcch.net/docs/806e290e-bbd8-413d-b15e-8e3e1bf1496d.pdf

③Explanatory Note Providing Background on the Proposed Draft Text and Identifying Issues Drawn up by the Permanent Bureau, https://assets.hcch.net/docs/e402cc72-19ed-4095-b004-ac47742dbc41.pdf

④中华人民共和国外交部，《2020 中国对外缔结条约概况》https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/tyfg_674913/t1866179.shtml

⑤之所以将案例时间从 2015 年 6 月 16 日开始，是因为《若干意见》2015 年 6 月 16 日发布，笔者想看在该意见出台后是否会改变我国法院审理时对事实互惠的态度。

⑥该 7 个案件的案号：(2019)沪 01 协外认 17 号、(2018)浙 02 协外认 6 号、(2017)浙 03 协外认 8 号、(2018)鲁 02 协外认 6 号、(2018)鲁 14 协外认 1 号、(2016)苏 01 协外认 3 号、(2016)赣 01 民初 354 号

⑦(2009)通中民三初字第 0010 号

【参考文献】

[1] 宣增益．国家间判决承认与执行问题研究[M]．北京：中国政法大学出版社，2009．

[2] 卢峻．国际私法之理论与实际[M]．北京：中国政法大学出版社，1998．

[3] 徐国建：被攻克的最后堡垒：2019 年《海牙判决公约》所涉关键问题评析[J]．上海政法学院学报，2020，(2)．

[4] 王吉文：我国批准海牙《选择法院协议公约》的必要性分析[J]．安徽大学法律评论，2009，(1)．

[5] 张丽珍：海牙“判决项目”中的诽谤问题：界限内外[J]．武大国际法评论，2019，(1)．

[6] 叶斌．比较法视角下的 2005 年海牙选择法院协议公约研究[M]．北京：中国社会科学出版社，2013．

[7] 徐国建：2019 年《海牙判决公约》判决承认和执行机制概述[J]．中国应用法学，2020，(4)．

[8] 何其生：《海牙判决公约》与国家相关判决的承认与执行[J]．环球法律评论，2020，(3)．

[9] 徐冬根：人文关怀与国际私法中弱者利益的保护[J]．当代法学，2004（5）．

[10] 陈儒丹：自由贸易港建设背景下的互惠制改革[J]．法学，2018（11）.

[11] 刘仁山．国际私法[M]．北京：中国法制出版社，2019.

[12][19][29] 王吉文．外国判决承认与执行的国际合作机制研究[M]．北京：中国政法大学出版社，2014.

[13] 王吉文．2005 年海牙《选择法院协议公约》研究[M]．南京：东南大学出版社，2008.

[14] 张勇健 杨蕾：司法机关相互承认执行民商事判决的新探索[J]. 人民司法，2019（13）.

[15] 霍政欣．国际私法[M]．北京：中国政法大学出版社，2017.

[16] 徐伟功．冲突法的博弈分析[M]．北京：北京大学出版社，2011.

[17] 黄志慧：我国判决承认与执行中互惠原则实施的困境与出路[J]．政法论坛，2018（6）.

[18] 马琳：析德国法院承认中国法院民商事判决第一案[J]．法商研究，2007（4）.

[20] 王吉文：论我国对外国判决承认与执行的互惠原则——以利益衡量方法为工具[J]．法学家，2012（6）.

[21] 李浩培．国际民事程序法概论[M]．北京：法律出版社，1996.

[22] Friedrich K．Juenger，The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters，36 American Journal of Comparative Law 32 (1988) .

[23] 马明飞 蔡斯扬：我国承认与执行外国判决中的互惠原则：困境与破解[J]．政治与法律，2019（3）.

[24] 杜涛：互惠原则与外国法院判决的承认与执行[J]．环球法律评论，2007（1）.

[25] 陈亮 姜欣：承认和执行外国法院判决中互惠原则的现状、影响与改进——从以色列承认和执行南通中院判决案出发[J]．法律适用，2018（5）.

[26] 黄志慧：我国判决承认与执行中互惠原则实施的困境与出路[J]．政法论坛，2018（6）.

[27] 徐崇利：经济全球化与外国判决承认和执行的互惠原则[J]．厦门大学法律评论，2005（1）.

[28] 徐伟功：我国承认与执行外国法院判决制度的构建路径——兼论我国认定互惠关系态度的转变[J]．法商研究，2018（2）.

[30] 梅傲．国际私法人本论[M]．北京：法律出版社，2015.

[31] 刘仁山：人权保护对国际民商事判决承认与执行的影响——以《欧洲人权公约》之适用为中心[J]．法学评论，2015（3）.

[32] 李莉 张钰：我国加入《选择法院协议公约》的可行性与利弊分析[J]．社会科学家，2016（11）.

[33] 刘仁山：我国批准《选择法院协议公约》的问题与对策[J]．法学研究，2018（4）.

[34] 肖永平 朱磊．批准《选择法院协议公约》之考量[M]．北京：法律出版社，2017.

巨型小卫星星座建设背景下的空间碎片治理面临的困境及国际应对

吉益霖

摘要：巨型小卫星星座以外空利用新模式和新技术以及新应用成为了人类太空产业的新增长点，但其在促进科技进步、生产生活便利的同时，也加剧了空间安全隐患，小卫星在轨运行寿命短、机动能力有限的特性也加剧了空间碎片的威胁。当前国际法尚未建立起有效的空间碎片治理规定和治理机制，大量的低轨道空间物体极大的增加了碰撞的风险，导致空间碎片呈指数级和不可逆增长，不利于轨道环境保护，严重威胁空间安全。在联合国框架下，构建一个以空间碎片治理公约为基础的空间碎片治理新机构，建立起空间碎片减缓和主动移除的强制性义务，国际社会以共同责任为基础，在管理局下设立空间碎片管理基金，共同治理空间碎片。同时，我国应当加快空间立法进程，完善空间法律法规体系，构建符合我国国情且合理可行的空间活动管理机制，在此基础上构建科学的空间碎片治理机制，并积极审慎地参加空间碎片治理的国际谈判和相关技术合作。

关键字：空间碎片 减缓 主动移除 国际治理

随着航天科技的发展，人类不断加速卫星星座的建设，由于传统卫星研发、生产、发射以及星座运行维护成本高昂，星座建设也从早期铱星（Iridium）、全球星（Globalstar）和轨道通信（Orbcomm）的第一代通信卫星建设，转向巨型小卫星星座建设。近年来，尤以低轨巨型小卫星星座为代表的新模式和新技术以及新应用成为了人类太空产业的新增长点，各航天国家积极部署巨型低轨星座计划，例如美国太空探索公司的星链星座计划、英国一网星座计划、韩国三星星座计划、美国波音星座计划、加拿大开普勒星座计划、加拿大 TeleSat 星座计划等。截止 2021 年 4 月 10 日，美国 SpaceX 公司星链星座共发射 1378 颗小卫星（包括早期两颗实验星）；[1]OneWeb 公司共发射 146 颗小卫星；其余星座计划也在紧张部署中。目前，巨型星座已发射的小卫星在轨数量占全球在轨卫星总量的三分之一，预计星座计划完成组网时此占比将会大幅度提高。

巨型小卫星星座的发展在促进科技进步、生产生活便利的同时，也加剧了空间安全隐患，小卫星在轨运行寿命短、机动能力有限的特性也加剧了空间碎片的威胁，提高了轨道运营维持成本。同时，大量的低轨道空间物体极大的增加了碰撞的风险，导致空间碎片呈指数级和不可逆增长，不利于轨道环境保护，严重威胁空间安全。构建行之有效的空间碎片管理法律制度，减少新碎片的形成，同时移除关键轨道高危碎片，以保障空间活动的有序进行。关于空间碎片管理，现行国际空间法尚无明确法律规制，仅有些软法性规定空间碎片的减缓政策，尚未构建空间碎片的主动移除制度，也未设立空间碎片的国际管理机构，多依靠国内法规定，但其中仅有法国设有强制性规定，国际社会的空间碎片管理状况不容乐观。

面临空间碎片日益增长的局面，亟需解决一系列核心国际法基础问题，例如是否应当构建强制性空间碎片减缓和主动移除义务，以有效控制和减少空间碎片，保障空间安全；由于空间碎片的特殊性，其与空间物体的关系、识别标准亟需明确；若可以构建空间碎片减缓与主动移除机制，则移除原则、移除标准、移除主体、第三方移除权以及移除资金等问题也亟待明确。本文结合当前巨型星座建设背景，分析现行国际法律基础及技术基础，为构建国际空间碎片减缓与主动移除机制提出建议，并在此基础上为我国所面临的挑战提供应对措施。

1 SpaceX 官网：https://www.spacex.com/launches/ ，2020.2.7.

一、空间碎片治理面临的困境

自 1957 年第一颗人造卫星发射，人类已经完成 6020 次发射任务，发射了 10680 颗人造卫星，其中约 6250 颗仍位于地球轨道区域，但仅有 3600 颗在轨活跃卫星，[2]其中巨型星座小卫星的数量占到总数的三分之一，这一比例将会随着星座计划的推进逐渐增高。根据美国空间监视网（Space Surveillance Networks，SSN）监测数据显示，目前追踪到 28210 颗空间碎片，其中由于空间物体爆炸、破裂、撞击等造成的空间碎片将近 600 个，但更多的是未追踪到的空间碎片，目前在地球轨道的空间碎片的总量超 9200 公吨，其中大于 10 厘米的碎片月 34000 块，1 厘米-10 厘米的小碎片约 90 万块，而 1 毫米-1 厘米的碎片约 128 百万块，[3]空间碎片问题不容忽视。

（一）现实困境

轨道资源是有限的不可再生的重要空间资源，对全球社会、经济的有效运作至关重要。基于轨道资源的服务在日常生活中更是不可或缺，甚至超过了人类对其依赖程度的认知。随着空间技术的迅猛发展，商业航天不断推进，空间商业化利用与空间军事化利用并行发展，空间活动主体愈发多元化，空间活动日益频繁，空间物体持续增长，空间碎片问题不断凸显。轨道资源的可持续性利用也面临多方面挑战，比如受到严重的空间天气事件等的自然灾害的威胁，也受到频轨资源有限性和轨道拥挤的潜在威胁，其中空间碎片的危害是对轨道资源的人为危害最严重的方面。大多数空间碎片分布于空间中最拥挤且最有价值的区域，特别是在近地轨道（LEO）和地球静止轨道（GEO），目前空间碎片的线性增长严重影响了轨道资源的可持续利用。国际社会针对空间碎片问题提出碎片减缓、及时避碰、主动移除以及在轨服务等解决措施，但空间碎片问题的解决不仅面临着技术障碍，也面临着高昂的实施成本。

一方面，空间碎片主动移除技术的发展缓慢。目前空间碎片的治理迅速发展，不断从概念设计应用到实际工程。美国宇航局调查显示，并非所有国家或航天企业遵守 25 年的离轨要求，且根据 NASA 碎片增长模型显示，即使 90%的遵守率也不足语阻止未来低地球轨道碎片的增长，目前的缓解标准可能并不充分，需要采取更积极的缓解措施或采取主动移除行动，以确保轨道的正常使用。[4]美国国防高级研究计划局（Defense Advanced Research Projects Agency，DARPA）在 2010 年发布了“捕手手套”最终报告（“Catcher’s Mitt” Final Report），其中讨论了清除碎片的各种概念，包括使用渔网和鱼叉捕获大型物体，以及使用系绳、增阻装置和太阳帆清除物体。[5]DARPA 在 2012 年公布了凤凰计划（Project Phoenix），旨在开发机器人卫星服务和组装技术，能够回收仍然完好无损的空间物体部件，并最后组装成功能卫星。[6]2010 年，日本宇宙航空研究开发机构（JAXA）演示了一款主动清除空间碎片技术的微小卫星系统——空间碎片微型清除器（SDMR），由于空间碎片的不受控制，成功捕获的

---

2 欧空局碎片办公室，http://www.esa.int/Safety_Security/Space_Debris/Space_debris_by_the_numbers，2021.2.16.

3 同上。

4 National Research Council, Summary of the Workshop to Identify Gaps and Possible Directions for NASA’s Micrometeoroid and Orbital Debris Programs, The National Academies Press, Washington, D.C., 2011.

5 W. Pulliam, Catcher’s Mitt Final Report, Tactical Technology Office, Defense Advanced Research Projects Agency, Arlington, Va. Cited by：National Research Council (U.S.). Committee for the Assessment of NASA's Orbital Debris Programs. The National Academies Press, Washington, D.C., 2011.p59.

6 Mishra H , Schmidt P . Motion and parameter estimation for the robotic capture of a non-cooperative space target considering egomotion uncertainty. [C] 14th Symposium on Advanced Space Technologies in Robotics and Automation (ASTRA, 2017).
https://robotics.estec.esa.int/ASTRA/Astra2017/2.%20Thursday%2022%20June/9A%20On%20Orbit%20Servicing/S.9A_14.50_Mishra.pdf ,2021.3.9.

难度很大，还需借助电刷接触器，实用价值较低，处于技术发展阶段。[7] 2018 年 6 月，欧洲“空间碎片移除”（RemoveDEBRIS）任务试验卫星完成在国际空间站的部署，随后完成飞网捕获立方星、空间目标运动跟踪、鱼叉捕获、拖曳帆离轨等 4 项技术。[8]欧空局（ESA）将于 2023 年发射“e. Deorbit”航天器, 主要移除大型失效卫星。验证针对大型报废卫星的移除技术。德国和法国也都在开展空间碎片清除技术的相关研究。

碎片主动移除技术的发展多依靠国家技术发展，也有商业实体参加，但由于其经济效益尚未显现，私人实体的作用并未充分开发。由于空间技术涉及商业机密，且空间碎片虽不具有经济价值，但有很强的技术性和政治性，对空间碎片治理的空间技术研发，国家间合作较少，技术发展缓慢且不成熟，距离实现批量空间碎片的主动移除还有一段距离。

另一方面，空间碎片的减缓与主动移除都极大的增加了卫星国自身的经济成本。外层空间是全球公域，由于尚无强制性规定，部分规定也未严格落实，各国在探索与利用外空时，都最大限度的降低发射成本，提高经济效益，极易造成“公地悲剧”。由于尚无空间碎片减缓与主动移除的强制要求，各国在自身履行碎片减缓的同时，很难确定其他国家也都履行相关义务，导致航天实体在进行空间活动时，忽略空间碎片的管控，将成本外部化，试图让国际社会分担空间碎片污染所造成的结果，以降低自身成本。[9]且由于空间碎片的治理是一项长期的工程，很难见到短期效益，何况目前也尚未带来任何经济效益，各国政府在开展空间活动时，便更加注重可观可预测的短期效益。例如，美国里根总统 1988 年的国家空间政策指示中明确提出，所有空间部门都将设法尽量减少空间碎片的产生，但任务要求要与成本效益相一致。[10]

（二）法理困境

现行国际空间法与外空治理机制始于 20 世纪 60 年代，在冷战背景下，外空主要是美苏争霸的重要军事战场，亟需一系列法律规定以确保地球冲突不会扩散到外空，并建立和平使用外空空间的相关原则与基本制度。随即形成联合国五大公约，以便确定与太空探索有关且可预见的问题，但五大公约制定于空间探索尚处于起步阶段时期，没有一项条约明确涉及空间碎片问题，但由于空间碎片与空间物体的相关性，有关国际法原则、习惯国际法虽对此问题有原则性规定，尚无具体的空间碎片法律规定。近年来迅速发展的国际软法对空间碎片问题有一定的研究基础，在空间碎片的治理上发挥了极其重要的作用，但由于软法的性质，不具备法律约束力，空间碎片治理收效甚微。

《关于各国探索与利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》（于 1967 年正式生效，简称《外空条约》）构建了外层空间的基本制度，明确了外空活动所应遵循的原则，其中包括自由探索与利用外层空间、不得据为己有、国际登记、遵守国际法原则、国际责任、国际合作、限制军事化、保护外空环境等规定。[11]《外空条约》第 1 条赋予了各国平等的和平探索空间的自由，但在探索与利用的同时也应为所有国家谋福利和利益，强调公共利益原则，强调自由的边界。空间碎片伴随着空间活动而产生，且由于碎片的指数级增长，

7 马楠,贵先洲.国外空间碎片清除计划[J].国际太空,2013(02):64-69.
8 Jason L Forshaw, Guglielmo S Aglietti, Thierry Salm- on, et al. Final payload test results for the RemoveDebris active debris removal mission [J]. Acta Astronau- tica, 2017, 138: 326—342.
9 Annette Froehlich. Space Security and Legal Aspects of Active Debris Removal. Springer, 2019, p112-113.
10 National Research Council, Committee for the Assessment of NASA's Orbital Debris Programs. The National Academies Press, Washington, D.C., 2011.
11 李寿平.赵云，《外层空间法专论》，光明日报出版社，2009 年，p14-19。

极有可能引起凯斯勒现象（Kessler Syndrome），[12]严重威胁空间的自由探索与利用。《外空条约》第 9 条规定，空间活动者互相协助和充分顾及其他国家相应利益的要素，与第 1 条规定的自由探索直接相关，其中合作原则也体现在《关于开展探索和利用外层空间的国际合作，促进所有国家的福利和利益，并特别要考虑到发展中国家的需要的宣言》（简称《国际合作宣言》），[13]《国际合作宣言》同时明确，合作精神适用于所有形式的合作，包括政府间合作和非政府合作；包括商业合作和非商业合作；包括全球合作、多边合作、地区合作和双边合作；而且可以是在不同发展水平上的国家之间的合作。因此，合作原则适用于国家开展的公共活动，但也不排除私人和商业活动，而后者应在国家的监督和控制下进行。《外空条约》第 9 条也被视为外空环境保护原则的基础。[14]外空活动本身极具危险性，可能会对外空和地球环境有害，各国应当避免有害污染，在这个意义上，空间碎片属于有害污染的一种形式。然而，《外空条约》第 9 条并未明确在何种情形下必须采取适当措施，也未明确哪些措施在事实上属于适当范围。[15]但不宜将环境保护作为一项强制性国际义务，只是审慎地要求各国做出合理努力、采取适当措施避免破坏现有空间环境。

《关于登记射入外层空间物体的公约》（于 1975 年正式生效，简称《登记公约》）要求发射国须登记空间物体的相关信息，向联合国秘书长通报空间物体的标志、轨道参数、一般功能等具体信息，但公约并未规定空间物体丧失功能后或空间碎片的具体信息登记的义务。《空间物体造成损害的国际责任公约》（于 1972 年正式生效，简称《责任公约》）规定了空间法主体违背国际义务或从事空间活动时造成损害所应承担的法律后果，主要是空间物体对他国或他国自然人、法人的财产或人身财产损害的赔偿责任，明确外空活动承担责任的主体、归责原则、赔偿范围及求偿途径等，但公约并未规定空间物体和空间碎片造成空间环境损害的国际责任。《关于援救航天员，送回航天员及送回射入外空之物体之协定》（于 1968 年正式生效，简称《营救协定》）规定了航天员和空间物体的援救规则，其中针对航天器及其组成部分返回地球，落在其所属国管辖范围之外时，相关国家可以予以必要协助，该公约未涉及外层空间的空间碎片问题。

由于国际法发展的缓慢特征，空间碎片管理方面发展最快的是不具有法律约束力的国际软法，2002 年 10 月，机构间空间碎片协调委员会（IADC）以协商一致方式通过了《IADC 空间碎片减缓指南》，归纳了空间碎片的部分技术标准和碎片减缓措施，为空间碎片的国际法律规范提供基础。2004 年 6 月 28 日，由欧洲空间局、意大利空间局、英国国家空间中心、法国空间研究中心、德国航空航天局共同制定的《欧洲空间碎片减缓行为准则》出台，其中技术标准和减缓措施主要承继《IADC 指南》，此准则为欧洲航天国家在解决碎片问题时提供了良好的国际合作基础。2007 年联大通过《和平利用外层空间委员会空间碎片缓减准则》，[16] 其中技术内容沿袭《IADC 指南》的规定，提出了 7 项减缓措施，同时准则也提倡促进国际合作以解决空间碎片问题。

---

12 凯斯勒现象是由美国科学家唐纳德·K·凯斯勒于 1978 年提出的一种理论假设，该假设认为当在近地轨道的运转的物体的密度达到一定程度时，将让这些物体在碰撞后产生的碎片能够形成更多的新撞击，形成级联效应，卫星轨道资源将会遭到永久性破坏，人类对太空的探索和利用将不得不终止。

13 联合国文件 A/RES/51/122 (13 December 1996) ,Declaration on international co-operation in the exploration and use of outer space for the benefit and in the interest of all States, taking into particular account the needs of developing countries.

14 Cheng, Bin, Studies in International Space Law, Clarendon Press, Oxford 1997, p. 160.

15 Goh, Gérardine M./Kazeminejad, Bobby, Mars through the looking glass: an interdisciplinary analysis of forward and backward contamination, Space Policy (20) 2004, p. 219.

16 和平利用外层空间委员会空间碎片缓减准则，
http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/topics/space-debris/compendium.html，2021.2.16.

空间碎片法律规制的缺失以及轨道容纳能力的恶化是当前碎片治理矛盾的根源。在空间法的形成期，尚未设想空间碎片的管理问题，也未对此问题进行法律规制，因此现行空间法仅有对空间碎片的模糊和一般性规定。随着空间技术的迅猛发展，航天国家越来越多，空间权力结构发生变化，短期内难以形成新的硬法规定。目前处于空间法解释补充时期，[17]条约的解释需尊重条约目的与宗旨，以公平善意的解释规则对有不明确的条约进行解释，但条约的解释不得援引其未表示的意思来限制其义务范围，也不能进行不必要的扩大解释，增加各缔约方的义务。[18]因此，这些条约不是治理空间碎片问题的最实际工具。

二、空间碎片国际治理的责任主体

空间碎片是人类进入外空时代以来面临的最具挑战性的空间问题之一，此问题受到经济、政治、法律、科技等多种因素的影响。《外空条约》赋予各国探索与利用外空的自由，虽有避免有害污染的要求，但无不得产生空间碎片的要求，各国在几十年的发射活动中产生的碎片并无明确法律规制，现空间碎片问题不容忽视，国际社会应当共同负责，对空间碎片减缓与主动移除等空间碎片治理行为承担共同责任。

共同责任意为，各国为解决空间碎片问题而制定的减缓措施和主动移除等相关制度方面的责任是相同的。《外空条约》规定探索与利用外层空间应是全人类的事情，且外空的探索与利用也应造福于各国人民，并应在探索与利用外空的科学以及法律方面共同合作。部分国家认为，空间碎片是由于航天国家实施空间活动造成的，且有的国家尚无航天实力，并未进行任何外空活动，没有产生任何空间碎片，不应该对此问题承担责任。正如本杰明·雅各布斯所指出，所有从事航天活动的国家都可能在一定程度上加剧了空间碎片的产生，每个空间碎片都威胁着整个空间生态系统，[19]但绝大多数国家又受益于空间活动，此归责原则是简单的以空间碎片的来源作为空间碎片治理的唯一依据。

本文认为，空间碎片问题系全球问题，航天国家的空间活动造成了空间碎片，但也带来了科技的进步和社会的发展等积极效益，非航天国家也直接或间接的受到了空间探索的惠益，例如卫星导航系统、天气探测系统、无线通信系统等。若对航天国家因空间活动的负面效应而进行简单归责，其积极效益是否需要以其他形式进行补偿？笼统地将空间碎片的来源作为空间碎片治理的责任原则依据有失公允。同时由于外层空间的整体性、综合性和复杂性，各国的外空利益已经紧密的联系在一起，一荣俱荣一损俱损，国际社会应本着外空命运共同体的理念，和平探索与利用外层空间并践行惠益共享，更需要责任共担。

根据共同责任原则，国际社会是空间碎片治理的责任主体，亦是空间碎片治理的主体。共同责任要求各国本质上对空间碎片治理承担共同责任，但对于责任的承担形式可有所区别，“共同”并不意味着“相同”，即各国在空间碎片减缓和主动移除时，各国根据其经济技术发展水平承担不同形式的责任，航天国家可以在未来发射活动中克尽减缓要求，并积极发展航天技术，支持空间碎片的主动移除，而非航天国家也可积极参与治理活动，主动承担治理责任，积极提供发展资金，以此促进国际社会加强合作，整合现有资金和技术资源，共同突破技术难题，并在必要情况下提供技术支持。

三、空间碎片治理模式与程序机制构建

巨型小卫星星座的建设极大的增加了空间物体碰撞和碎片增长的可能性，空间碎片的指

17 李寿平.赵云，《外层空间法专论》，光明日报出版社，2009 年，p 7.
18 李浩培，条约法概论，法律出版社，1988 年，p406-412.
19 Benjamin Jacobs. “Debris Mitigation Certification and the Commercial Space Industry: A New Weapon in the Fight against Space Pollution.” Media L. & Pol’y 20 (2011): 117.

数级增加，外空环境极低的自我净化能力，都将会严重影响对外层空间的探索和利用，空间碎片问题不容忽视。国际空间法在日益复杂的环境中也需要不断发展，应总结历史定位中的状况，结合现实发展，构建空间碎片国际治理机制以缓解空间碎片给轨道资源造成的压力。

（一）空间碎片治理模式

目前并无空间碎片治理的条约或国际组织，而联合国和平利用外层空间委员会及其两个小组委员会是最适合推动空间碎片治理的国际机构，空间碎片治理机制的形成应当在外空委的牵头下，各国的积极参加中制定新的空间碎片治理公约，并以公约为依托设立专门的空间碎片管理机构，在联合国框架下统一管理协调空间碎片治理工作。条约应规定空间碎片的治理原则、适用范围、空间碎片减缓措施、主动移除措施、设立空间碎片管理局、争端与解决等事项。

目前在联合国框架下没有设立专门的空间碎片管理机构，空间碎片减缓与主动移除强制性义务的构建不仅需要确立相关的法律机制，也需要一个具有强制执行力的国际机构进行统一管理，即空间碎片管理局。空间碎片管理局应分设“两组两委”即法律小组、技术小组、基金管理委员会和争端解决委员会。法律小组负责空间碎片的所有权、管辖权、控制权、移除主体、移除程序和争端解决等相关法律问题；技术小组负责空间碎片的监测、识别、危险程度识别、是否需要移除等相关的技术性活动；基金管理委员会负责公约的实施和空间碎片管理局的运行所募集的国际资金；争端解决委员会负责针对空间碎片减缓和主动移除过程中造成的损害争端解决以及对两项碎片治理措施的日常监管。

基金管理委员会主要管理用于管理局运行和碎片主动移除的资金，资金来源可以多样化，可分为强制基金和自由基金。自由基金可由各国自愿捐赠，而强制基金需要国际社会共同缴纳。同时，任何国家可针对特定事项进行定向捐赠，专款专用解决特定空间碎片问题。强制基金则分为两部分，其一，国际社会每个国家均应交付空间使用费；[20]其二，航天国家应根据每次的发射任务交付航天活动发射费。发射费应根据发射任务的空间利用程度、质量大小、不同轨道等标准，进行不同收费。[21]基金主要用于国际空间碎片监测站的运行、碎片主动移除作业、空间碎片管理委员会等空间碎片治理所需。

（二）空间碎片治理程序

针对空间碎片不同的治理措施应有不同的管理之策。空间碎片减缓从源头上减缓碎片产生，而空间碎片主动移除则是针对已经存在的碎片。针对碎片减缓主要有两项治理措施：其一，应以空间碎片管理局为主体，协调 ITU 引入许可审查制度，在国家进行频率申请时进行空间碎片减缓措施审核，应已达到减缓标准为频率获批前提，从源头上抑制空间碎片产生。严格审批没有减缓措施，发射无功能性物体，不能保证再入大气层等空间活动，例如 2021 年 2 月 2 日，日本京都市的醍醐寺发布“宇宙寺院”，拟于 2023 年发射一颗低轨道卫星，并搭载一尊佛像和曼陀罗画等法器，[22]以实现外空与宗教的结合。其二，由于也存在无需频轨申请的发射活动，所以应当在联合国秘书长登记时对碎片减缓技术指标进行明确登记，以便监管，而空间碎片管理局应当对碎片减缓措施进行认证，确保符合国际减缓要求。例如 2018 年 2 月 6 日，SpaceX 公司的重型猎鹰火箭（Falcon Heavy Rocket）首发成功，并搭载一辆特斯拉轿车和“驾驶员”假人“Starman”，这辆车以及驾驶员将长期活动于外层空间。

---

20 Gunnar Leinberg, Orbital Space Debris, 4 J.L. & TECH. 93 (1989) , p111-112.

21 A. Froehlich (ed.), Space Security and Legal Aspects of Active Debris Removal, Studies in Space Policy, 2019, p120-122.

22 净天院劫蕴寺官网，https://www.gounji.space/，2021.3.1.

针对不具有功能性空间物体的发射，其减缓措施应当更加严格，确保其对地球轨道资源的威胁降到最低。

由于目前碎片主动移除的技术要求高，耗资高，但轨道问题日益突出，应由空间碎片管理局统筹管理主动移除问题，同时碎片登记国可随时进行主动移除。碎片管理局应从技术角度分析哪些碎片必须移除，针对目标碎片（需移除碎片）的移除，碎片登记国具有优先选择权，可选择自己主动移除，若碎片登记国不进行主动移除，则由碎片管理局委托第三方进行碎片移除。若存在紧急情况，严重影响空间活动安全，或未及时查明空间碎片的登记国，则空间碎片管理局可行使第三方的主动移除权。移除过程应进行必要的操作记录，以便进行信息公开或争端解决，保障移除作业的公开、透明。

（三）空间碎片第三方主动移除权

空间物体的所有权是永久的，不受其在外层空间或天体上或返回地球的地理位置影响，也不受该物体的功能或物质状态影响。原则上，空间碎片也受到国际法的法律保护，并享有不受干扰的自由，由碎片的登记国享有管辖权和控制权，但由于空间碎片的特殊性，并非所有碎片都可识别出登记国，且由于外空的特殊环境，空间碎片具有高度危险性，并不一定要完全按照国际法保护空间碎片免受任何干扰，且在不能识别空间碎片登记国，或紧急情况下，空间碎片第三方主动移除机制十分重要。《外空条约》第 8 条通过登记制度将空间物体的管辖权和控制权交予登记国。但空间碎片的管辖权和控制权应与整个国际社会的利益相平衡，《外空条约》第 9 条规定在外层空间，包括月球与其他天体在内进行的各种活动，应充分注意本条约所有其他缔约国的相应利益。同时空间碎片管辖权与控制权也应当与空间碎片可能造成损害的国家权益相平衡，个人利用空间的自由以及空间碎片的管辖权应当受到必要的限制。

类似于空间法中空间碎片第三方主动移除权与空间碎片登记国的利益冲突，国际海洋法中有沿海国和船旗国的利益矛盾。《海洋法公约》规定，沿海国对其领海享有主权，但其主权的行使受公约和其他国际法规则的限制，例如领海的无害通过权，公约第 19 条规定，“只要不损害沿海国的和平、良好秩序或安全，就是无害的，”但该条第二款列出了损害沿海国利益的行为的“负面清单”，例如威胁到主权完整、装载军事设施、故意或严重污染行为等。当空间碎片对其他国家管辖或控制的功能性物体构成安全威胁时，或对该地球轨道的运行构成重大隐患时，为了确保空间活动的长期可持续，或为了确保功能性物体的合法权益时，空间碎片的管辖权和控制权则应受到一定程度的限制。且《外空条约》第 9 条规定，当缔约国有理由认为，该国或其国民在外层空间计划进行的活动或实验可能对其他缔约国和平探索和利用外层空间产生有害干扰时，则该缔约国在开始进行任何这种活动或实验之前，应进行适当的国际磋商。举轻以明重，在活动尚未进行时则可对该活动进行磋商，当空间碎片严重威胁其他国家自由探索与外空自由或严重影响空间安全时，也可进行必要的磋商。

布朗利称无害通行制度为，海洋通行的必要性与沿海国利益的明智协调，明确其目的和规则以及相应反措施可更好的实现双方利益。[23]外层空间的自由利用中也应当赋予第三方空间碎片的主动移除权，第三方必要的权利将是对碎片管辖权和控制权的有效限制，也是对空间安全和空间环境保护的有效手段，以便解决空间碎片这一全球问题。空间碎片委员会技术小组可以针对相关技术问题决定移除对象，例如，美国宇航局和欧洲航天局的研究表明，如果每年有 5 到 10 个具有如下特征的物体从近地轨道被移除，空间环境即可以得到稳定。1.

23 James R Crawford. Brownlie's Principles of Public International Law (8th Edition). Oxford University Press, 2012, p317-318.

高质量物体（临界尺寸碎片对环境影响最大）；2.具有高碰撞概率的物体（即，在数量密集区域的轨道运行）；和 3.高度很高的物体（碎片的轨道寿命很长）。高级别的热点区域被确定在海拔约 1000 公里、倾角 82 度；海拔 800 公里、倾角 98 度；海拔 850 公里、倾角 71 度的区域。[24]而法律小组可以明确空间碎片移除的目的和第三方主动移除的“负面清单”，以有效保护登记国的合法权益，比如保护敏感信息等。

四、中国面临的挑战与应对

空间碎片对人类空间活动产生巨大的威胁，严重影响空间发展的可持续性。国际社会也此做出一定努力，试图减缓空间碎片的产生，并采取积极的手段消除空间碎片的威胁。国际上多份软法文件要求减缓空间碎片，虽然这些准则不具有法律约束力，但具有广泛的政治影响力，部分国家已经根据目前的减缓准则出台了法律法规，建立了本国的空间碎片减缓机制。部分国家也建立起相应的碎片监测机构，并不断的发展空间碎片的主动移除技术，以期有效解决空间碎片问题。我国作为新兴的、负责任的航天大国，需尽快构建我国完善的空间法律体系，建立起合理有效的空间碎片治理机制，并且应当积极审慎地参加空间碎片治理的国际谈判和相关技术合作。

第一，构建完善的空间法律法规体系，并以此为基础出台空间碎片治理规定。从目前空间管理规定现状来看, 空间活动的管理尚停留在行政法规阶段, 没有一部专门的空间法，在空间碎片管理方面, 甚至最低层的行政法规都没有, 只有不具有法律约束力且政策约束力也很弱的部门文件。[25]1958 年 10 月 1 日，美国国会通过了《美国航空航天法》，成立美国航空航天局，负责规划、指导和实施航空航天活动。1993 年 8 月，俄罗斯议会正式通过了《俄罗斯联邦航天活动法》，1996 年 11 月进行了修订。1986 年 7 月 18 日，英国制定了《外层空间法》，并于 2018 年 3 月 15 日出台《2018 年航天产业法》。2008 年 5 月，日本出台《宇宙基本法》。主要航天国家均以综合性航天立法的母法为主，具体实施性的子法为辅的立法模式，首先制定综合性的空间法，并围绕综合性空间法的实施另行制定相关的法律法规。我国尚无综合性的航天立法，有关航天管理的规定多散见于行政法规、部门规章以及非专门空间立法的行政法规中，不利于国家航天活动健康有序发展，也不利于空间碎片的治理。且随着空间活动的新发展，空间活动主体出现多元化，也出现了诸多新的法律问题，航天立法的滞后已经影响了中国空间活动的深入发展和国家的空间安全。政策具有不稳定性和临时性，因此必须加快综合性航天立法的出台，通过基础性立法明确中国航天产业和航天事业的战略性地位，为航天事业的发展提供稳定的国家支持，为我国航天发展保驾护航。

我国空间活动顺利开展，月球探测已成现实，丰富的国家空间活动为我国空间立法提供了充分的现实基础。我国已经形成了一系列的航天政策、空间管理规范和行政条例、部门规章，为我国综合性空间立法提供了坚实的实践基础。我国空间活动主管部门和相关单位及有关专家学者对我国空间立法进行了深入探索和研究，为我国空间立法奠定了理论基础。[26]我国综合性空间立法势在必行，且综合性空间法的出台对于空间碎片减缓国家机制建设来说具有更重要的意义。一方面，综合性空间法的出台是建立完善的空间法律制度和空间碎片减缓法律体系的指导性法律和根本法；另一方面，综合性空间法的出台也是厘清中国空间活动的管理机构权限, 特别是空间碎片减缓管理机构权限, 建立科学有效的管理机制的法律依据。

---

24 Williamson,Smith,Hobe. IAA Study Group 5.10 Orbital Debris Removal: Policy, Legal, Political and Economic Considerations’

25 李寿平.试论空间碎片减缓国家机制的构建[J].北京航空航天大学学报(社会科学版),2008(04):35-39.

26 李寿平.21 世纪空间活动新发展及其法律规.北京:法律出版社.p293-294.

第二，构建符合我国国情且合理可行的空间活动管理机制，在此基础上构建科学的空间碎片治理机制。由于综合性航天立法的缺失，国家缺乏空间活动的统一协调机构，相关空间活动管理的政策与法律难以协调发展，导致我国并未形成科学合理的空间活动管理机制，更罔论科学的空间碎片治理机制。国际上空间活动管理机制分为两种：其一是以美国为代表的分散管理模式。美国国家航空航天局（NASA），是从事航空航天科学、探索和应用研究、技术和开发的主要联邦机构；运输部（DOT）负责许可和促进商业发射操作，与其他机构（如联邦通信委员会（FCC））共同发布发射和有效载荷批准，联邦通信委员会（FCC）负责管理电信、广播和其他用途的无线电频率；商务部（DOC），其国家海洋和大气管理局（NOAA）从事遥感，收集数据，进行研究，并对地球环境进行预测，其空间商业化办公室在 DOC 内协调与空间有关的问题和方案；以及美国国防部（DOD），利用空间进行情报收集、通信，并可能用于导弹防御。[28]其二是以俄罗斯为代表的集中管理模式。2015 年 7 月 13 日，俄罗斯总统普京签署法令，批准《俄罗斯航天国家公司联邦法》，成立俄罗斯航天国家集团公司（State Space Corporation ，简称 Roscosmos）。[29]新国家集团公司吸纳了原有俄罗斯航天局和俄罗斯联合火箭航天集团的所有职能，并于 2016 年 1 月 1 日起正式运营，届时俄罗斯航天局开始注销工作。[30]俄罗斯航天局由俄罗斯联邦政府管理，主要负责起草与执行国家政策与法律规范，管理国家太空资产并提供相关服务，同时管理国际合作项目，审计国家航天单位，研判如何军民两用，实现科学效益、社会效益与经济效益。[31]俄罗斯联合火箭航天集团主要是致力于实现航天的财务创收，满足国家与商业客户的需求，实现航天赢利，该公司几乎囊括了俄罗斯航天领域内的所有企业、设计局与科研单位。俄罗斯航天国家集团公司的成立，打破了政企分离的行政管理体系，实现航天管理的高度集中。

上述两种航天管理模式截然相反，美国的分散管理使得空间活动的监管权在多个机构之间划分，空间碎片的监管职能也有相应划分。2017 年 2 月 15 日，NASA 正式更新限制轨道碎片和评估流星体和轨道碎片环境的程序要求（Procedural Requirements for Limiting Orbital Debris and Evaluating the Meteoroid and Orbital Debris Environment）NPR 8715.6B。[32]2004 年 6 月，FCC 通过了一套关于轨道碎片缓减的综合法规，适用于美国商业卫星的许可证发放和非美国卫星在美国提供服务的使用，通过审查空间碎片的减缓设计，以确定是否批准申请。[33]NOAA 颁布条例，规定了该局根据《地球观测法》审查私人地球遥感空间系统运营商的空间碎片的减缓设计，以确认许可证发放、监测和合规要求。[34]DOT 在职权范围内，以颁发许可证的方式，审查飞行器再入的设计，在任何时候不遵守许可证条件和联邦航空局轨道碎片缓减条例，则吊销许可证或处以罚款。[35]俄罗斯采取相对集中统一的管理模式，在空间碎片

---

27 李寿平.试论空间碎片减缓国家机制的构建[J].北京航空航天大学学报(社会科学版),2008(04):35-39.

28 Paul Stephen Dempsey. “Overview of the United States Space Policy and Law.” National Regulation of Space Activities. Space Regulations Library; Vol. 5. 238232972. New York, NY [etc.]: Springer (2010): 373–374.

29 俄罗斯航天国家公司联邦法，http://www.kremlin.ru/acts/bank/39889/page/1 ，2021.3.24.

30 王晓海,周宇昌.俄罗斯航天工业发展与系统建设规划[J].卫星与网络,2020(06):62-69.

31 张京男.俄罗斯航天国家集团公司成立的影响与分析[J].国际太空,2015(09):7-12.

32 NASA, “Orbital Debris Quarterly News.” Volume 21, Issue 2, May 2017, at 1.

33 K. Kensinger, S. Duall, and S. Persaud, “The United States Federal Communications Commission’s Regulations Concerning Mitigation of Orbital Debris.” Proceedings of the 4th European Conference on Space Debris (ESA SP-587), at 571.

34 Rupert W. Anderson. “The Cosmic Compendium: Space Law.” Lulu. com (2015): 94.

35 “the United States of America - UNOOSA Compendium of space debris mitigation standards adopted by States and international organiza- tions (UNOOSA Compendium).”
http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/topics/space-debris/compendium.html ，2021.3.24.

监管上也由 Roscosmos 统一管理。《俄罗斯航天国家公司联邦法》第 11 条第 1 款规定，Roscosmos 应行使有关权力和职能，以确保空间活动的安全，其中包括根据俄罗斯联邦立法，与有关联邦执行机构一起制定并确保空间活动安全的措施提案，并向俄罗斯联邦政府提出建议，包括编制一份工作清单，以确保火箭和空间技术、战略导弹设备、空间物体和空间基础设施的开发、制造、试验、使用（操作）和处置过程中的安全；第 14 条 16 款规定，Roscosmos 公司活动的一项为减少近地外层空间人为堵塞，管理减少近地外层空间碎片的活动。同时联邦国家统一企业中央机械制造研究所制定，经联邦技术法规和计量局于 2018 年 9 月 21 日批准的标准技术文件——GOST R 52925-2018“空间技术条款. 近地空间碎片缓减空间飞行器的一般要求（Space Technology Items. General Requirements for Space Vehicles for Near-Earth Space Debris Mitigation）”，该技术标准于 2019 年 1 月 1 日生效。我国由于尚未综合性空间立法，导致空间活动管理机构及其职权模糊不清，不利于空间活动的有序进行，必须确立符合我国国情的空间活动管理体制，构建科学的空间碎片治理机制。

第三，积极审慎地参加空间碎片治理的国际谈判和相关技术合作。空间碎片主动移除的国际法发展离不开空间碎片多边谈判的发展，我国应充分利用好联合国外空委、联合国外空透明度和建立信任措施政府专家组、机构间空间碎片协调委员等谈判平台。其中空间碎片的多边谈判机制是一个以 2008 年联合国外空委、机构间空间碎片协调委员会的《空间碎片减缓指南》为基础，以自愿为原则、以技术化为特点、松散的空间碎片减缓国际合作体系。[36] 空间碎片多边谈判局势越来越紧迫复杂，我国应积极审慎地参与相关的国际谈判和相关技术合作，争取新的国际规则制定的主导权。

五、结语

巨型小卫星星座建设加剧了空间碎片的威胁，加速了空间碎片的指数级增长。航天国家由于控制空间活动成本，且受碎片主动移除的技术限制，在没有强制性碎片减缓和主动移除的现状下，难以积极应对空间碎片带来的空间安全问题，严重影响了空间活动的长期可持续发展。

空间碎片治理系全球问题，国际社会应本着外空命运共同体的理念，承担共同责任。在联合国框架下通过碎片公约，以此为基础设立空间碎片管理局，统一管理协调空间碎片治理工作。以 ITU 频轨申请引入减缓措施审查，以空间碎片管理局“两组两委”建立空间碎片主动移除机制。

我国作为新兴的、负责任的航天大国，需尽快构建我国完善的空间法律体系，建立起合理有效的空间碎片治理机制，并且应当积极审慎地参加空间碎片治理的国际谈判和相关技术合作。

【参考文献】

[1] 李寿平.21 世纪空间活动新发展及其法律规.北京:法律出版社.2016.

[2] 格劳秀斯.战争与和平法.北京:中国政法大学出版社,2016,p320-323.

[3] Fabio Tronchetti . The PCA Rules for dispute settlement in outer space: A significant step forward, Space Policy 29 (2013) 181-189.

[4] James R Crawford. Brownlie's Principles of Public International Law (8th Edition). Oxford University Press, 2012.

[5] Cheng, Bin, Studies in International Space Law, Clarendon Press, Oxford 1997.

36 中国空间法学会. 空间法学研究年刊.中国宇航出版社.2014 年.p386-391.

[6] Gérardine M./Kazeminejad, Bobby, Mars through the looking glass: an interdisciplinary analysis of forward and backward contamination, Space Policy (20) 2004.

[7] Annette Froehlich. Space Security and Legal Aspects of Active Debris Removal. Springer, 2019.

[8] National Research Council, Committee for the Assessment of NASA's Orbital Debris Programs. The National Academies Press, Washington, D.C., 2011.

[9] Agapov V. Report on Work on space debris problem (in Russia) [R].Moscow: Pulkon, 2009：251-252.

[10] Christopher D. Williams. “Space: The Cluttered Frontier.” J.air L. & Com (1994): 1182.

[11] N.L. Johnson and D.S. McKnight, Artificial Space Debris, Orbit Book Company, Malabar, Florida, 1987.

[12] Jason L Forshaw, Guglielmo S Aglietti, Thierry Salmon, et al. Final payload test results for the Remove Debris active debris removal mission [J]. Acta Astronautica, 2017, 138: 326—342.

国际集装箱承运人责任制度的比较研究

贾佳　长沙理工大学法学院

摘要：集装箱运输自 20 世纪 60 年代开始在国际货物运输领域广泛使用，至今已成为国际海上货物运输中重要的运输方式之一。《海牙—维斯比规则》是目前全球最为广泛适用的国际海上货物运输公约，世界上主要的航运大国都采用或参照了《海牙—维斯比规则》。英国作为传统的航运大国，英国法在世界航运界的影响不容忽视。我国虽不是《海牙—维斯比规则》的缔约国，但我国的《海商法》中海上货物运输合同中有关承运人责任的相关规定以《海牙—维斯比规则》为模板。本文重点比较我国和英国在《海牙—维斯比规则》框架下对国际集装箱运输的发展做出了哪些规定和变更，从承运人责任期间、责任基础、免责事项以及承运人的举证责任等方面评价国际集装箱承运人的责任制度。

关键词：集装箱运输；承运人责任；《海牙—维斯比规则》；《海商法》

一、国际集装箱运输法的发展背景

在联合国贸易和发展会议（United Nations Conference on Trade and Development，‘UNCTAD’）发布的 Review of Maritime Transport 2019 中，中国在过去十年间贡献了将近一半的全球海运贸易，是集装箱贸易的主导者。[1] 鉴于约 90%集装箱货物都是以海上运输方式进行运输的，海上货物运输适用的国际公约成为规范集装箱运输的主要法律制度。在国际层面主要有三个已生效的国际条约：1924 年的《海牙规则》、1968 年的《海牙—维斯比规则》和 1978 年的《汉堡规则》以及最新制定尚未生效的 2008 年的《鹿特丹规则》。其中，在全球范围，普遍经过国内法通过或批准生效的是《海牙—维斯比规则》。我国没有加入上述的任何一个国际公约，但我国的《中华人民共和国海商法》第四章海上货物运输合同的相关规定，以《海牙—维斯比规则》为基础，吸收了《汉堡规则》的相关内容。[2] 因此，本文从承运人责任的角度出发，重点比较英国法（《海牙—维斯比规则》被附在英国 Carriage of Goods by Sea Act 1971）和我国《海商法》在集装箱承运人责任方面的区别。同时，通过对英国法院在《海牙—维斯比规则》适用集装箱新发展时做出的最新判决的分析和解释，理解英国法的发展趋势，同时加深对我国《海商法》第四章海上货物运输合同的理解。

《海牙—维斯比规则》实际上是对《海牙规则》进行的修订，两个国际公约的内容在很大程度上是一致的，本文提及的相关条款在《海牙规则》和《海牙—维斯比规则》是完全相同的，因此不再予以特别说明。《海牙—维斯比规则》在修订时，集装箱运输已经出现并开始广泛应用，因此，《海牙—维斯比规则》针对集装箱运输的特点做出了特别的规定，但仅限于承运人责任限制的计算方面。由于篇幅有限，本文不予讨论。本文以英国判例法为基础，分析《海牙—维斯比规则》对集装箱承运人的责任制度的影响，主要是从承运人责任期间、责任基础、免责事项和举证责任四个方面说明英国法院如何解决集装箱运输中产生的新的法律问题。同时，比较分析我国集装箱承运人的责任制度。

二、承运人的责任期间

《海牙—维斯比规则》没有对承运人的责任期间做出明确规定，而是在第 1 条第 5 款中对货物运输做出了定义，即“货物运输是指自货物装上船时起，至卸下船时止的一段时间”。

1 UNCTAD, ‘Review of Maritime Transport 2019’, UN Doc UNCTAD/RMT/2019, p 12. <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/rmt2019_en.pdf>

2 司玉琢：《海商法》，法律出版社 2018 年版，第 81 页。

这个条款适用于传统的装船模式，即托运人把货物运到船舶旁，承运人负责将货物装船。如果采用船舶吊钩，承运人的责任期间从船舶吊钩在装货港钩住货物开始，至在卸货港松开货物结束；如果采用岸上吊钩，承运人的责任期间从货物越过船舷开始，至货物再次越过船舷终止。因此，《海牙—维斯比规则》中承运人的责任期间又被成为“钩到钩”（“tackle to tackle”）或“舷到舷”（“rail to rail”）。假设采用简单的文义解释，就会得出这样的结论：当货物损失发生在勾住货物或者越过船舷之前，货方承担责任；反之，则承运人承担责任。那么，承运人是否对货物损失承担责任则完全取决于货物损坏发生在某一个特殊的时间点之前还是之后，这显然是不合理的。在 *Pyrene Co Ltd v Scindia Steam Navigation Co Ltd*[3]中，FOB 的卖方把消防设备送到船边等待搬运上船，其中一个设备在由船舶吊钩吊上甲板的过程中，越过船舷前，掉落码头损毁严重，此时货物损失由谁承担？本案中的关键问题之一是货物损失是否发生在《海牙—维斯比规则》中承运人的责任期间内。Devlin 法官判定《海牙—维斯比规则》中关于承运人的权利和义务依附于货物运输合同而不是某一段特定的时间，而合同双方可以自由约定将《海牙—维斯比规则》的适用范围扩大到整个装船过程。因此，即使货物在越过船舷前掉落，《海牙—维斯比规则》也可以适用。之后 Devlin 法官在 *Pyrene v Scindia* 中的判决得到了英国最高法院的认可。[4] 自此，当英国法适用时，《海牙—维斯比规则》可以由合同双方约定适用于整个装船或卸船过程。

而在现代集装箱运输中，集装箱往往在装船前由承运人或者托运人雇佣的装卸工人进行装箱，装箱在装船之前就已经完成了。这个由于集装箱的广泛应用而出现的装船模式的改变造成了新的问题：《海牙—维斯比规则》下承运人责任期间从何时开始起算，是集装箱装箱时还是集装箱被装上船之时？在最近的 *Volcafe v Compania*[5]案例中，袋装咖啡豆由 20 个不通风的集装箱从哥伦比亚运输到德国南部。抵达目的地后，18 个不通风的集装箱内的咖啡豆都出现了不同程度的损坏。承运人签发了 9 个格式相同的提单且都适用《海牙—维斯比规则》。在《海牙—维斯比规则》的适用这一问题上，英国初审法院、上诉法院和最高法院的判决相同：《海牙—维斯比规则》中承运人的责任期间在承运人雇佣的装卸工人开始装箱时开始计算。法院认为，在本案的集装箱运输中，集装箱的装箱发生在集装箱的装船前不久，因此集装箱的装箱应被视为集装箱装船过程的一部分，即使在二者之间有不可避免的时间上的间隔。根据此判决，《海牙—维斯比规则》的适用范围可以扩大到集装箱的装箱。但遗憾的是，本案中咖啡豆的损坏发生在装船之后，因此法院对“责任期间可以扩大到集装箱的装箱”的判决仅能为参考意见，无法形成先例。此外，本判决没有解决当集装箱的装箱和装船之间的时间间隔较长而货物的损坏就发生在此期间时，承运人责任期间是否仍从装箱开始计算这一问题。但在实践中，集装箱的装箱往往发生在集装箱装船前，时间间隔可以是几个小时甚至几天。将判断集装箱的装箱是否属于装船过程的一部分完全取决于时间的长短也并不符合英国法中的先例。因此，问题的关键应当是集装箱的装箱是否属于海上货物运输合同的一部分。但这个问题还有待解决。

我国《海商法》第 46 条规定，承运人对集装箱装运的货物，不论是承运人装箱还是托运人自行装箱，其责任期间为从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。如果 *Volcafe v Compania* 案中适用我国《海商法》，则承运人的责任期间从装货港接收货物时开始计算，覆盖了装卸工人装箱这一环节，无需考虑集装箱装箱是

3 [1954] 2 QB 402 (QB).
4 G H Renton Co Ltd v Pamlyra Trading Co of Panama [1957] AC 149 (HL).
5 [2018] UKSC 61.

否属于装船过程的问题。《海商法》第 46 条借鉴了《海牙—维斯比规则》第 1 条第 5 款货物运输的定义，且考虑到集装箱对传统装船和卸船模式的改变，一定程度上解决了集装箱货物运输中，承运人责任期间计算的问题。[6] 但对于集装箱在装货港之外的集散地装箱的情形，《海商法》第 46 条中的承运人的责任期间不能扩展到装货港之外的地方，亟待修改。

三、承运人的责任基础

承运人的责任制度主要由承运人的责任基础、基本义务、免责事项和证明责任这四个核心问题构成。《海牙—维斯比规则》虽然没有对承运人责任基础做出明确规定，但在第 3 条规定了承运人的两项基本义务，即船舶适航义务和管理货物义务。在这两项基本义务中对承运人注意程度的要求分别是恪尽职守（“due diligence”）和妥善谨慎（“properly and carefully”）。而在第 4 条第 2 款中列出了十余项承运人的免责事项，其中第 1 项和第 2 项的航海过失和火灾过失尤为突出。因此《海牙—维斯比规则》的责任基础被称为为“不完全过失责任制”，我国《海商法》中承运人责任基础是参照《海牙—维斯比规则》制定的。“不完全过失责任制”是指承运人对所承担货物责任实行“过失责任制”，但航海过失和火灾过失作为例外，即使承运人的代理人或雇员有过失也不承担责任。[7] 《海商法》第 46 条规定，“在承运人的责任期间，货物发生灭失或损坏，除本节另有规定外，承运人应当负赔偿责任”。第 50 条规定，承运人对由于自身过失导致货物因延迟交付产生损失的，负赔偿责任。从这两条规定可以看出，承运人的责任基础是“过失责任制”。但第 51 条照搬了《海牙—维斯比规则》第 4 条第 2 款第 1 项和第 2 项的航海过失和火灾过失，因此承运人责任基础变为了“不完全责任制”。

对于集装箱承运人而言，责任基础没有发生变化，仍为“不完全责任制”；但在承运人两项基本义务的内容方面，发生了变化。在船舶适航义务中，集装箱承运人有保证集装箱适于且能安全接收、运输和保管货物的义务，最新制定的 2008 年《鹿特丹规则》第 14 条对这一变化表示肯定，对集装箱的适航性专门做出了要求。而对于承运人的管理货物义务，来源于英国普通法中有偿托管合同。在英国普通法中，海上货物运输被视为以提单条款为条件的有偿托管（bailment for reward）的一种，且托管的规则可以和《海牙—维斯比规则》同时适用。因此，在讨论承运人义务时，法官往往会以承运人的受托人义务作为出发点。承运人在托管中的合理管理货物的义务和在《海牙—维斯比规则》第 3 条第 2 款的义务大致相同。英国法院对“妥善地、谨慎地”的解释有先例，其中对“妥善地”的解释没有争议，问题在于对“谨慎地”理解。最初，“谨慎地”被解释为“应依据一套健全的系统”（in accordance with a sound system）。[8] 后在 *Albacora SRL v Wescott & Laurence Line Ltd*[9]案中，对“谨慎地”做出了详细的解释。在此案中，货物是冷冻鱼肉，在抵达目的地后被发现受到了细菌的污染。细菌在低于 41 华氏度的条件下是不会存活的，但载货的船上并没有相应的冷冻设备，且没有证据证明承运人知道或应当知道细菌感染的这一风险。因此上诉法院判定承运人没有违反《海牙—维斯比规则》第 3 条第 2 款下的管理货物义务，因为采用合理措施照顾货物的义务意味着应该考虑到承运人知道或者应当知道的所有关于货物的情况。此外，上诉法院认为，判定承运人是否依据一套健全的系统不意味着要所采取的措施要适应特殊货物的一切弱点或特性，而是要考虑在一般海上货物运输实践中应当考虑的相关情况。因此，在此案中，承

6 参见司玉琢：《海商法专论》，中国人民大学出版社 2018 年 5 月版，第 76 页。
7 参见司玉琢：《提单责任基础的重大变革》，载《中国国际法年刊》中国对外翻译出版公司 1984 年版，第 146 页。
8 Renton v Pamlyra [1957] AC 149 (HL) 167.
9 [1966] SC (HL) 19.

运人没有违反《海牙—维斯比规则》第 3 条第 2 款下的管理货物义务。

而对于集装箱运输，当货物从一个温暖的地区运送到一个较寒冷的地区时，货物自身可能会释放出水分或者由于集装箱完全密闭不通风，从而导致在容器的内壁和顶部形成冷凝，货物受潮就成为一种常见的货物受损原因。在此情形下，承运人应采用何种措施包装集装箱才不违反《海牙—维斯比规则》第 3 条第 2 款的义务？有观点认为含水分的货物（如本案的咖啡豆）从温暖气候地区运往寒冷气候地区的运输过程中会产生水分从而可能会在集装箱内受潮这一事实，在集装箱运输的实践中是广泛知晓的且承运人在装箱时应该认识到这一风险。因此，在装箱过程中，对集装箱进行包装所采用的材料的厚度是一个决定性的因素。为了证明包装所采用的材料厚度是充分的，承运人应当做出证明：（1）有不同纸张或卡片在同一合同运输线路和时间下预期的理论上的吸水量；或者（2）对某一特定重量的纸张有实证研究证明足以防止运输过程中的损坏。[10] 如果主张包装是遵循了行业惯例，那么应当证明行业惯例下应采用何种厚度或何种重量的包装材料。即使这一行业惯例存在，也不能自然地认定依据行业惯例等同于 “依据了一套健全的系统”，应该有相应的理论或实证研究证明。虽然英国最高法院没有对本案中承运人是否遵循了集装箱包装的行业惯例做出直接判决，但对依据行业惯例是否等同于“依据了一套健全的系统”表示肯定。最高法院认为判断是否依据一套健全的系统应当考虑是否遵从行业惯例，但承运人仍需提供充分证据证明行业惯例的存在。

四、承运人的免责事项和证明责任

在英国普通法中，货物运输承运人分为公共承运人（“common carrier”）和私人承运人(“private carrier”)。十九世纪时，在缺乏风险分配合同条款的情况下，船舶所有人，通常为公共承运人，对货物的保管承担严格的责任，只在非常少数的例外情形下不对货物损失承担责任。这些例外情形是：承运人能证明自身没有过失并且是由以下四种除外风险导致了货物损失。四种除外风险包括：天灾（Act of God）、公敌行为（Act of the King’s or Queen’s enemies）、托运人的过失以及固有缺陷（inherent vice）。这也是承运人被视为货物的保险人的原因。这些严苛的规定受到英国普通法中契约自由原则的影响，承运人的严格责任被逐渐减轻。承运人可以通过恰当的措辞在海上货物运输合同中有效地免除或减轻自己对货物损失需要承担的责任。固有缺陷是国际海上货物运输法中一项传统的免责事项，是从普通法中传统的四个免责事项之一。《海商法》第五十一条第（九）项也规定了由于货物自然属性或固有缺陷导致货物损失，承运人可免责。集装箱普遍使用后，对固有缺陷产生了新的影响，包括集装箱货物本身是否构成固有缺陷、固有缺陷下承运人的证明责任等方面。本文就上述问题将展开详细的讨论。

（一）固有缺陷

需要值得注意的是，在过去很长一段时间里，海上货物运输合同和海上保险合同中都有固有缺陷这一免责事项，英国判例法的理解也大致相同。在海上保险合同的经典案例 *Soya v White*[11]中，对英国 1906 年《海上保险法》第 55 条第 2 款第 c 项的固有缺陷做出了定义，指出固有缺陷是在没有任何外界意外干预的情形下，货物在一段正常的预期运输过程中，由于自身原因货物情况恶化的一种风险。。因此，货物受热、变色、腐烂、蒸发或损坏其包装的倾向，或动物固有的易怒或暴躁，或有缺陷的包装，都可能构成其固有的缺陷。没有强调承运人的注意义务。但在海上货物运输合同中，考虑到承运人在《海牙—维斯比规则》中有两项基本义务，因此英国最高法院判定，固有缺陷的内涵在这两种不同的合同中不尽相同。在

10 Volcafe Ltd v Compania Sud Americana de Vapores SA [2015] EWHC 516 (Comm), Donaldson Judge.
11 [1983] 1 Lloyd’s Rep 122 (HL)。

海上货物运输中，如果承运人可以且应该采取预防措施防止了货物的某些固有特性造成的损坏，那么这种特性就不是货物的固有缺陷。与传统货物相比，集装箱这一新运输工具的产生的新的问题：集装箱货物受潮（本文之前提到 *Volcafe v Compania* 案中的事实）是否构成了固有缺陷？根据英国最高法院的最新判决，在不通风的集装箱运输过程中，咖啡豆经过合理的注意，很可能完全能够承受合理预计的风险。在本案中，如果在承运人没有疏忽的情况下发生受潮损害，则根据《海牙—维斯比规则》第 4 条第 2 款第（m）项，受潮损害可被视为固有缺陷。但在本案中，考虑到承运人未能证明他已按照第 3 条第 2 款尽到了应尽的义务，所以他不能援引第 4 条第 2 款第（m）项的固有缺陷进行免责。

（二）承运人的证明责任

由于《海牙—维斯比规则》并没有对举证责任做出明确的规定，因此英国法院认为，《海牙—维斯比规则》下仍然可以在适用托管中承运人举证责任的相关规则。在托管关系中，承运人作为受托人，需承担证明其没有疏忽的法律责任。尽管承运人不需要证明货物的损失是如何发生的，但他仍需要证明以下二者其一：对货物尽到了合理注意的义务或者即使没有尽到合理注意的义务但这没有导致货物的损失。原因是承运人在占有货物的情况下更容易能证明货物的损失，尽管现代技术降低了困难程度，但承运人的地位是相同的。

对于《海牙—维斯比规则》下承运人的举证责任，英国法院认为如果因规定的免责事项导致货物发生损失，承运人应表明他已对货物采取了合理的照顾，从而使自己受到《海牙—维斯比规则》第 4 条第 2 条规定的免责事项的保护。[12] 这导致的结果是，当承运人援引免责事项时，只需证明免责事项导致了货物的损失，无需承运人证明自身物过错。而在最新的 *Volcafe v Compania* 案中，当承运人援引固有缺陷这一免责事项时，英国最高法院首次明确了承运人需要证明其《海牙—维斯比规则》第 3 条第 2 款和第 4 条第 2 款第（m）项下均无过错，才能免责。因此，本案中《海牙—维斯比规则》下的承运人举证责任是：（1）第一阶段，如果在货物的表面良好状况被记录下来的前提下货物在目的地受到损失，法院可以推断承运人违反了《海牙—维斯比规则》第 3 条第 2 款的义务。第一阶段的举证责任基本得到广泛认可，争议的关键在于第二阶段的举证责任。（2）在本案中，争议是谁有责任证明货物的损失是由于根据第 3 条第 2 款的规定缺乏合理的照料或根据第 4 条第 2 款第（m）款的固有缺陷造成的? Sumption 法官认为, 依据托管中承运人的证明责任，承运人必须证明货物的损失是在第 3 条第 2 款规定的义务下无其自身过错发生的，或者是由例外危险造成的。在本案中，承运人若想免责，就必须将货物的损失纳入固有缺陷的范围并证明其有效原因是固有缺陷。但事实是当咖啡豆在从凉爽的气候搬运到温暖的气候时，如果承运者应该而且能够适当小心是可以阻止咖啡释放水分从而受潮遭受损失的。如此一来，货物受潮就不会构成固有缺陷。

《海商法》第五十一条规定，承运人主张免责事项导致货损时，负有举证责任，但没有说明承运人是否需要证明其物过错。但有法官援引第五十一条中第十二款免责事项“非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因”，认为在固有缺陷这一免责事项下，承运人应负有同等的证明责任，即证明自身无过错。

《鹿特丹规则》第 17 条第 4 款确立了免责事项下实行承运人无过错推定原则，如果索赔人（货方）能够举证推翻上述第 3 款的免责事项的推定，即证明承运人或第 18 条述及的人的过错造成、促进了承运人所依据的免责事项，则承运人无过错的推定不能成立，承运人

12 Gosse Millerd v Canadian Government Merchant Marine Ltd [1927] 2 KB 432 (KB).

仍然要货物的损失负责赔偿。《鹿特丹规则》对承运人免责事项实行承运人无过错推定原则，这一规范的必然结果是，索赔人在免责事项范围内承担了实质的举证责任。相比之下，英国最高法院在固有缺陷免责事项中对承运人的证明责任做出了调整，在法律证明责任上明确了承运人的举证责任。但实质举证责任中，托运人和承运人通常都会提供证据证明承运人是否有过错，因此在此方面影响有限。

六、结语

在集装箱运输中，由于新的运输工具和新技术的使用，在《海牙—维斯比规则》适用时产生了新的法律问题。集装箱的广泛使用大大提高了装船的效率，同时提前了装船过程的起始点：装箱。由此对承运人的责任期间和在《海牙—维斯比规则》第 3 条下的两项基本义务都产生了相应的影响。此外，集装箱运输本身也为承运人援引免责事项造成新的问题。从适用范围的角度产生的问题是：《海牙—维斯比规则》能否适用于集装箱的装箱过程以及能够延伸到何种程度。虽然在 *Volcafe v Compania* 案中判决《海牙—维斯比规则》的适用范围可以扩大到集装箱的装箱，但遗憾的是，这一判决只是附带意见，不能形成先例。对于《海牙—维斯比规则》能否适用于集装箱的装箱过程以及能够延伸到何种程度这一问题，英国法下还有待解决。我国《海商法》虽然解决了部分情形下集装箱承运人责任期间的问题，但仍有不足，亟待修改。在《海牙—维斯比规则》第 3 条中，集装箱承运人对集装箱的适航性需要尽到恪尽职守的义务，并且对集装箱的包装、运输、储藏等需要尽到妥善地和谨慎地管理货物的义务。英国最高法院判决，对于判断承运人是否尽到“妥善和谨慎地”的管理货物的义务，应当参照一般的行业惯例，但同时承运人需要承担证明行业惯例在实践中确实存在的举证责任。此外，英国最高法院指出，承运人必须证明其没有违反第 3 条第 2 款规定的义务且援引固有缺陷这一免责事项时，证明没有过错。英国最高法院对固有缺陷下的举证责任的判决虽然还没有得到普遍的认可，尤其是对该案在《海牙—维斯比规则》第 4 条第 2 款下其他免责事项的举证责任的适用，但是这个判决符合免责事项中“兜底条款”下的证明责任规则，对承运人和托运人的法律证明责任做出了较为合理的分配。我国《海商法》的相关条款应当参照英国最高法院的判决做出相同的解释，从而更好地保护货方的利益。

无人船对领海无害通过制度的挑战及其应对

姜瑞*　中山大学法学院

摘要：人工智能背景下，无人船的研发为国际规则的适用带来诸多新问题，各国相继对此展开研究以求在该领域的新规制定上拥有话语权。《联合国海洋法公约》中领海无害通过制度也受此冲击，面临着传统适用范畴的突破、“无害性”法律审查的困难和违法责任难以落实的现实挑战。应对此类挑战需要顺应高科技的发展，首先构建无人船“身份”认定的国家审查机制，其次沿海国加强网络执法监管和国际合作，最后构建无人船“适管义务”的多元责任体系，全方位、深层次利用网络信息技术解决人工智能技术为现实带来的新问题。

关键词：无人船；无害通过；联合国海洋法公约；网络监管;适管义务

Abstract: The advancement of artificial intelligence technology has promoted the development of unmanned intelligent ships in all countries in the world, which has brought many new problems to the application of international regulations. Countries have successively carried out research on this in order to have a voice in the formulation of new regulations in this field. The system of innocent passage in the United Nations Convention on the Law of the Sea is also affected by this, and it faces the real dilemma of transcending the scope of traditional application, the difficulty of "innocent" legal review, and the challenge of the liability mechanism. To break through this kind of dilemma, it is necessary to comply with the development of high technology. First, build a national review mechanism for the identification of unmanned intelligent ships. Secondly, coastal countries strengthen network supervision and international cooperation. Finally, build a diversified responsibility system of ship's management obligation， and comprehensive and in-depth use network information technology to solve new problems brought by artificial intelligence technology to reality.

Keywords: unmanned intelligent ships; innocent passage; the United Nations Convention on the Law of the Sea; network supervision；management obligation.

随着科学和技术的进步，人工智能已广泛应用于多个领域，深刻影响产业变革和综合国力的竞争。在海洋强国战略背景下，人工智能进军海运领域，无人船的研发已在世界蔓延。人工智能技术与船舶的结合在为人类带来提升工作效能、节约成本、安全环保等巨大利好同时，也必将引发新的法律规制问题。2018 年，我国工业和信息化部、交通运输部、国防科工局联合印发了《智能船舶发展行动计划（2019-2021 年）》的通知，要求为建设海洋强国、交通强国，提升船舶工业的核心竞争力，既要做好技术攻关也要梳理相关法律法规，完善相关规则、政策文件的修订制定工作。显然，国家已经注意到法律规制对智能船舶发展的重要性。

在法律层面，无人船的应用应当遵循现有海洋法和海事法方面的条约和制度领海无害通过权作为《联合国海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》）下船舶享有的重要权利，应当继续适用于无人船，但从发展历史来看，该制度的建立并未考虑无人船的出现，诸多规定都是建立在船上有人的情况，包括各国国内法的规定同样基于此。因此，无人船并不能当然适用原有的领海无害通过制度，其法律属性的认定、无害通过的法律审查形式、刑事和民事责任

* 姜瑞，中山大学国际法博士生。

本文仅供 2021 年国际法学术年会交流使用，暂隐去注释。

承担等问题皆因人工智能技术的介入而成为新的法律问题。

一、无人船及其法律属性

（一）无人船的定义

无人船的发展在全球已具备一定技术基础，智能技术应用初显成效，但整体而言，无人船仍处于初步发展阶段，由于海上环境的特殊性还需克服诸多技术难关，有关于智能船舶的定义和分类在全球尚未统一。

2015 年，中国船级社使用“智能船舶”一词率先发布《智能船舶规范》，其指出智能化是指在利用现代通信与信息技术、计算机网络技术、智能控制技术等技术基础上，进行评估、诊断、预测和决策的系统。智能船舶则是实现智能化的船舶，其能够自动感知和获得环境中的信息和数据，经过大数据分析和处理之后能够在复杂的水域环境中自主作出决策，实现自动避碰、自主航行等智能化运行。智能航行又分为自主航行和高级自主航行，相比之下，高级自主航行更能够应对狭窄、复杂的航行环境。

劳埃德船级社（Lloyd’s Register）则使用“Cyber Enabled Ships”一词， 2017 年其发布了海上无人系统劳氏规范，将船舶的自动化水平划分为从 AL1 至 AL6 六个等级，智能化依次递增，人的参与度逐步递减，从人为全部操作到人机协作的半自动化再到完全脱离人的意志实现全自动化水平。

2018 年，国际海事组织（IMO）则使用“Maritime Autonomous Surface Ship” (MASS)的用语，并将其定义为能够独立于人为干预而运作的船舶，依据人的参与度将智能化船舶划分为四级，其中三级和四级实现船上无人，依靠人的远程操作运行和船舶完全自主运行。

尽管各国和各组织对无人船的名称和分类各异，但本质上无人船具有以下共同特征：第一，无人船具有感知能力，这是其实现智能化的必要前提，通过感知外部环境的特征和变化来收集数据；第二，无人船能够整理和分析数据，通过信息技术的应用将储存的信息进行归纳、分析和比对，以为决策提供数据基础；第三，无人船能够自主作出决策和行动，无需依靠人的意志判断，其能够完全代替人的角色下达指令采取某项行动，这也是无人船的根本特征，真正实现无人。基于此，无人船在海上航行过程中将不只发挥船舶装载、运输的功能，也将发挥船长、船员甚至领航员等人类角色的作用，具有无人性、智能性特点。出于无人船在应用中的特殊性和研究价值的考量，本文研究对象仅限于船上不配备任何船员的商用无人船，用于政府公务和军事目的的无人船不在本文研究范畴之内。

（二）无人船的法律属性

无人船的法律属性主要取决于其是否满足船舶的定义。无人船与传统船舶形式上最主要的区别在于是否配备船员，但船员的配备并不是定义船舶的要素。从当前实践来看，对于无人船的法律属性目前没有定论，主流观点认为，无人船具有船舶的法律属性，属于现有法律法规调整的范围。从诸多国际公约和国内立法来看，对船舶的定义主要是围绕船舶本身界定，侧重强调具备装载、运输功能，是否配备人员并不是船舶认定的要素。因此，从文义解释角度讲，无人船具备“运载工具”的特性，满足法律规定的船舶概念，应当归属船舶类别。2017 年国际海事委员会（CMI）就各成员国对无人船的属性、国际规则的适用及可能遇到的障碍等问题发起调查问卷，2018 年收到的调查回执报告显示，包括中国在内的多数国家的国内法认可一艘不配备船员、自主运行的无人船具备船舶属性。实质上，无人船的定义并不是争议的重点，责任承担问题才是各国关心的焦点，因为其“无人性”使得目前法律规定的责任主体无法明晰，这将决定其能否被各国接受和适用国际法的权利和义务。

无人船具备传统船舶的特征，并且主要发挥与传统船舶相同的运载功能，没有本质的差

别，因此无人船的法律属性应当定性为船舶。但这并不意味着现有法律对无人船天然适用，由于无人船无人性和智能性的特性，在具体法律适用方面存在障碍，例如船员配备的最低要求或者无害通过一国领海时“无害性”问题的规制等。

二、无人船对领海无害通过制度的挑战

领海无害通过制度是沿海国国家利益和外国船舶航行利益博弈和妥协的结果，出于国家安全和环境保护等方面的考量，现行国际法对无害通过制度作了详细规定并集中体现于《海洋法公约》。正如格劳秀斯所言，沿海国即使对海洋享有主权，也不应损害外国人的 “无害通过”，这亦符合日益繁荣的海上商贸需求。由此可见，海洋属于全人类，不能被以任何方式据为己有，和平用海是每个主权国家的自然权利，这种权利不应因科技的进步而受到任何阻碍。

无人船具备国际法和国内法上的船舶属性，理论上应当与传统船舶一致享有无害通过一国领海的权利和履行无害通过领海的义务。从当前人工智能科技发展来看，无人船尚处于初期发展阶段，精准、高端能够判断环境并独立作出决策和实施行为的无人船还不存在，现行的国际法尚可适用于人机配合的半自动船舶。但随着人工智能技术的不断发展，智能船舶的自主性不断提升，真正无人参与的智能船舶的诞生将对现有领海无害通过制度带来挑战。

（一）无人船超出领海无害通过制度传统的适用范围

领海无害通过制度的设定源于“海洋自由论”的影响和航运发达国家的博弈。1609 年，格劳秀斯在其短篇论著《海洋自由论》中强调海洋是不能通过占领而取得占有的，不能成为国家的财产，因而海洋本质上不受任何国家主权的控制。尽管遭到普遍反对，但在海洋航行自由上却有所进展。随着海上贸易日渐繁荣和资本主义的兴起，海洋自由逐步被人们所接受。但为了保护沿海国的安全和利益，《海洋法公约》赋予沿海国行使领海主权的权利。

外国船舶在有限条件下享有通过他国领海和通过不受妨碍的权利。《海洋法公约》第十七条明确规定无论是内陆国还是沿海国，其船舶均享有无害通过领海的权利，此“通过”不限于穿过领海不进入内水的行为，还包括驶往或驶出内水或停靠泊船处或港口设施的行为。因此，外国船舶通过领海不只是传统理解的过境，还包括进出内水、领海、停靠的过程。同时，此种通过不得受到妨碍和任何形式的歧视。历史上，利比亚曾在 1985 年通过一系列规定变相妨碍船舶无害通过其领海的权利，因遭到西方国家的强烈反对而废除。

因此，从历史发展脉络来看，领海无害通过制度的适用对象原则上是有人在船操作和营运的传统船舶，其最初的创立只是针对当时伴有人类行为参与的船舶而设计，对于“船舶”一词的定义也是出于当时对船舶功能认知而作出的内涵阐释，并未考虑到人会不在船上的可能性，所以本质上无人船并不是领海无害通过制度传统设定的适用对象。而现代无人船之所以能够契合法律对“船舶”的初始定义，是因为其并没有失去船舶的原始运载功能，依然符合人类对船舶属性的要求，但事实上，无人船相比于人工操作船舶已经有了质的飞越，好比自主武器系统和传统步枪之间的区别。虽然人的行为的参与不构成定义船舶的要素，但船舶的智能性却深刻影响诸多方面法律责任的承担，也因此导致各国对无人船是否享有相同的海洋权利持观望态度。

2018 年 19 国海商法协会提交给国际海事委员会的调查问卷回执回应了各国对无人船能否适用《海洋法公约》规定的相同权利和义务，例如航行自由、通过权等。其中五国认为考虑到无人船具备国家和国际法规定的船舶能力，它们应受此约束。美国虽然不是《海洋法公约》的缔约国，但是其国内法对“船舶”的定义不考虑人员配备，因此无人驾驶船舶可能也应遵守《海洋法公约》规定的相同权利和义务，譬如，美国国家法律对无害通过的定义与《海

洋法公约》相同，无人船也应遵守无害通过的规定。不过，美国也只是提供的倾向性答复，具体是否适用相同权利和义务仍需依据现实情况作出判断。此外，马耳他的回应则是由于缺乏国内和国际层面的立法，《海洋法公约》规定的载人船的权利和义务是否适用于无人船目前还是一个有争议的问题。阿根廷海商法协会则表示，一些成员认为无人驾驶的核船不应列入《联合国海洋法公约》第 23 条，这一声明似乎表明，一艘无人驾驶的核船将不享有无害通过的权利。

由此可知，目前阻碍各国同意将《海洋法公约》规定的包括领海无害通过制度在内的相同权利和义务适用于无人船的主要担忧在于：一是领海无害通过制度本身存在的不足会加剧无人船法律适用的问题严峻性，譬如军舰能否享有领海的无害通过权，《海洋法公约》并没有给出明确答复，因此而成为历史遗留问题，导致实践中产生诸多争议。意大利的态度就取决于《海洋法公约》对原本缺陷的处理。加之无人船网络通信技术的高度发达，军用和民用船舶的设备功能存在混同的可能性，坚持军舰不享有无害通过权的国家则会持保留态度。二是无人船由于技术发展仍处于初级阶段，风险不可控，安全层面的问题成为各国主要担心的问题，比如污染风险、沿海国安全风险等，德国明确表示与安全相关的事项可能会带来的问题，将使无人船面临更频繁的沿海国检查。

因此，历史缘由和和科技进步使得无人船超出现有领海无害通过制度的规制范畴，这也是法的滞后性的体现，加之无人船技术发展的不成熟，如果允许无人船享有同传统船舶一样的领海无害通过权，则国内和国际层面的法律都面临修订或解释的问题。

（二）无人船通过领海的“无害性”法律审查困难

船舶享有无害通过的权利，当然要遵守相应的国际法义务，行使领海无害通过权的外国船舶的主要义务在于通过的“无害性”。《海洋法公约》要求“通过应继续不停和迅速进行”，不得损害沿海国的和平、良好秩序和安全。同时，《海洋法公约》第十九条第 2 款明确列举 11 项“有害”行为和 1 项兜底性规定，明确禁止外国船舶通过领海时实施该类行为，不仅包括武力威胁、搜集情报、接载军事装置等军事行为，还包括海洋环境污染、水文测量、捕鱼等活动。

因此，理论上领海无害通过制度中“有害”和“无害”的界线和标准清晰，船舶是否属于“无害”应当容易判断，首先，沿海国可以根据外国船舶的航行轨迹和速度判断其是否做到“继续不停和迅速进行”；其次，即使符合第一项要求，如果从事了所列的“有害”行为，也会被认定为有损沿海国和平、良好秩序和安全，例如携带核武力。因此，沿海国对通过本国领海的船舶皆有检查和监督的权利，包括制止非无害通过、防止破坏、划分航道、消除不安全因素等行动，这有赖于沿海国海洋警察的执法行动。

可以看出，《海洋法公约》在维护沿海国领海主权与安全、保证外国船舶“无害性”方面有明显的倾向性，在事实上消除对沿海国的实际威胁和损害。依照《海洋法公约》，船舶是否“无害”取决于其形式上的“连续不停迅速通过”和实质上没有实施该公约列明的 12 项有害行为。如前所述，传统判断船舶是否无害通过领海的方式是通过观察其速度、航行路线和是否伴随明确列举的“有害”行动，以及海警的相关执法行动来判别。

但是，当人工智能技术参与到船舶营运中时，原本的“无害性”审查会囿于互联网技术的深刻介入而增大难度。无人船的运行依赖于发达的网络通信技术，具有高度的独立性和自主性，通过物联网、互联网、远程测控技术及大数据分析系统能够及时将船体获取的信息传输到岸基系统，比传统船舶的网络功能和数据传输能力更加强大。我国发布的《智能船舶发展行动计划（2019-2021 年）》在专栏 1 中强调关键智能技术要具备智能感知系统、网络与

通信系统和智能航行系统，船舶需要感知航行环境、船舶状态、设备状态、货物状态等数据，并将这些数据通过船岸交互系统和全船信息交互系统及时进行信息共享，最终实现船舶的自主智能航行。

由此，无人船“无害性”审查将面临的主要困难在于：无人船所必需的正常操作行为会触碰现有《海洋法公约》规定的禁止性“有害”行为。以避碰自动化研究为例，依照当前的技术，船舶实现避碰自动化需要采集水上、水下物体目标信息源，以收集到的信息为基础进行处理和决策，再将决策指令传达操作系统以落实相关避碰措施。如果为实现避碰，那么水下物体信息就应当包括其他航行的船舶、潜水艇、冰山、礁石、水下暗礁等信息，这会牵涉海底地形的勘探问题。而智能船舶航行还会收集海水的温度、盐度、水流速度和水深等水文信息。但《海洋法公约》禁止船舶“进行研究和测量活动”，依据系统解释方法，此处的“研究和测量活动”就是指针对一国领海的科学研究和测量活动，但《公约》并没有对海洋科学研究和测量活动的内涵进行界定，也未加以区分，实践中也很难将二者完全分离。基于此，各研究组织遵照《公约》的框架规定对海洋科学研究进行界定，其中，联合国系统中的政府间海洋学委员会(Intergovernmental Oceanographic Commission，IOC)认为海洋科学研究包括水文、生物、地质、物理、卫生等多学科研究。显然，无人智能船舶要实现避碰不可避免地要收集领海水下物目标信息，而国家对领海享有主权，未经国家同意进行海底物理、生物、水文等特征的信息收集违反“不损害沿海国的和平、良好秩序和安全”的规定，但这又是船舶自主航行必须要进行的数据收集。无人船的感知行为与海洋研究存在混同可能性，并且无法判断这种数据收集和测量行为究竟是只为航行所需还是另有企图。因此，这将使沿海国对无人船的“无害性”审查陷入两难境地。而我国一直主张海洋科学研究同其他科学一样直接或间接为一定的政治、经济或军事目的服务，成为大国争霸海洋、掠夺的工具，不加管制将会使发展中国家完全处于劣势。

《海洋法公约》力求通过领海无害通过权实现沿海国国家利益和外国船舶航行利益的平衡，既赋予沿海国行使领海主权的诸多权利，也将一部分航行的权利让渡于外国船舶，以求充分发挥海洋的价值。但互联网的匿名性和强大的连接性决定无人船实施的行为具有抽象性和隐蔽性，目前，英国、挪威、韩国以及国际海事组织等多个国家和国际组织都有所侧重地研发无人船，致力于提升船舶的数字化水平。无人船强大的智能特性在为航运带来便利同时国家安全问题也会相伴产生。

（三）无人船违反无害通过制度的法律责任难以落实

为维护沿海国的和平、良好秩序和安全，《海洋法公约》赋予沿海国司法管辖权，其第二十七条和二十八条分别规定了沿海国对外国船舶的刑事管辖权和民事管辖权，以处理船舶及其船上人员的违法行为及后果。

原则上沿海国不应当对通过其领海的外国船舶行使刑事管辖权，但存在四种例外情形：（ａ）罪行的后果及于沿海国；（ｂ）罪行属于扰乱当地安宁或领海的良好秩序的性质；（ｃ）经船长或船旗国外交代表或领事官员请求地方当局予以协助；或（ｄ）这些措施是取缔违法贩运麻醉药品或精神调理物质所必要的。所列四种除 c 项之外都与沿海国的和平、安全和良好秩序相关，而（a）项和（b）项在实际中都没有清晰地判断标准，沿海国能否行使刑事管辖权有赖于具体案件的判断和沿海国的自由裁量和自我论证。当发生沿海国刑事管辖情形时，沿海国可以要求船舶停航并物理登船，逮捕船上与所犯罪行有关的任何人和进行与该罪有关的任何调查，这些主体包括船长、船员、旅客和其他相关服务人员。

对于民事管辖权，《海洋法公约》第二十八条要求在涉及船舶本身在通过沿海水域的航

行中或为该航行的目的而承担义务和责任时，沿海国可以对船舶执行或逮捕，但仅限于针对船舶本身负担的民事义务而行使民事管辖权，例如船舶在通过领海时产生海洋环境污染责任、船舶碰撞责任、特殊服务费用缴纳责任等情形，理论上，沿海国针对船舶采取执法行为而不针对个人，但船舶只是机器没有思维和意识，本质依然是船舶背后的船舶所有人承担责任。因此实践中沿海国主管当局通常是与船长或船东进行沟通、协商民事责任的承担问题，比如此次“长赐”轮被埃及主管当局扣押之后就是船长、船东与主管当局沟通议价。

但在人工智能情景下，沿海国针对无人船行使的刑事管辖权和民事管辖权的责任承担机制将发生变化。在刑事管辖权层面，《海洋法公约》规定的四种沿海国可以行使刑事管辖权的情形依然适用于无人船，刑事管辖的对象不会发生变化，但刑事管辖的方式将不能继续适用人为物理登船逮捕或调查的办法，特别是无人货运船舶的刑事管辖因为没有人的存在而无从下手。在民事管辖权层面，无人船的民事责任承担问题也会困扰沿海国，理论上沿海国依然应当在涉及船舶本身的民事义务时执行或扣押船舶。但是，无人船没有船长或船东在船，沿海国主管当局缺乏可当即进行沟通、协商的对象，也没有权限和能力操控船舶以使其能够停船、卸货承担义务，给现实操作带来极大不便。这正是目前各国主要担心的问题，根据国际海事委员会（CMI）的调查问卷报告，各国对责任主体的确定存在担忧。英国在给国际海事委员会的调查问卷回复中提到船上缺少人员意味着一旦发生违约，船上没有可以逮捕的人员，日本国内法的若干条款也是建立在船长在船的情景下，而新加坡则提出在沟通和决策方面又如何远程确认相关人员身份的问题。

实质上，无人船的刑事责任和民事责任承担问题最大的难点在于沿海国如何能够控制船舶，包括对船舶的执行、逮捕、扣押，如何确保技术发达国家和技术发展落后国家都能够对通过本国领海的无人船有控制的权限和能力。所以，沿海国的刑事管辖权和民事管辖权如何落实是无人船适用领海无害通过制度的重点问题，表面上看这是一个技术问题，但实质上这是一个制度设计的问题。技术规则法律化在海事立法中并不少见，避碰规则、适航义务等都是由技术问题最后转化为法律规则，保障沿海国的刑事管辖权和民事管辖权也会是无人船适用领海无害通过制度需要确立的一项技术性的法律规则。

无人船的关键智能技术是综合管理和控制系统，这种系统具备人工智能共有的缺陷，即计算机语言的不可解释性和安全漏洞的难以控制性，而之所以存在这样的缺陷，一是人工智能本身使用的是抽象的计算机话术，讲求的是自身的技术逻辑，二是这种计算机科学方法论是概率论而非责任归责中的因果论。无人船发生违反领海无害通过制度的行为多数情况并非人为故意所致，而是系统故障所为，这种系统故障在技术发展中又不可避免，因此保证沿海国控制船舶的权能是问题关键。

三、无人船适用领海无害通过制度的法律对策

无人船融合经济高效、节能环保和安全可靠的优势，具有巨大的发展潜力，目前已成为各国研发热点项目。但无人船的研发、取得及其使用必须遵守国际条约、尊重国家主权，因此国际社会应紧跟形势，进一步完善和发展规制无人船领海无害通过权的法律机制，从事前预防、事中控制、事后追责三个层面确保无人船的合法使用。

（一）构建无人船国家审查机制

从文义解释角度解读《海洋法公约》的法条，无人船确实符合“船舶”的定义，并应当同样适用该公约规定的权利和义务，但从目的解释角度解读，该公约设定的权利义务并未虑到无人船的出现，而船舶的智能性特征深刻影响公约权利义务的规定。因此，要允许无人船享有领海无害通过制度，需要遵照公约规定和各国对于安全问题的考量，重新设立国家审查

机制，在无人船投入使用之前就加强审查和管理，确保无人船遵守国际公约规定，特别是船舶的智能性数据说明，确保船舶的智能性不会给沿海国带来安全风险，例如军用和民用功能的混同等。

国家审查机制是一种预防机制，防止无人船的研发和应用违反领海无害通过制度的要求。《海洋法公约》第九十四条船旗国的义务为确立无人船的国家审查机制提供了法律依据。公约要求船旗国要对悬挂其国旗的船舶实行有效的行政、技术和社会事项的管辖和控制，其中包括船舶的构造、装备和适航条件以及信号的使用、通信的维持和碰撞的防止，并在采取措施时遵守一般接受的国际规章、程序和惯例。由此可知，船旗国既有义务也有必要对无人船的“身份”做明确的鉴定，并对其军用和民用功能予以区分和标识，以遵守无害通过权的国际条约和沿海国的法律规章。同时，这种审查应当覆盖无人船研发、取得和使用的全过程，从系统编程、使用目的、使用主体及预期效果等全部进行审查。

从目前各国反馈给国际海事组织的问卷来看，国家趋向于无人船适用《海洋法公约》中的权利义务，因此，领海无害通过制度应当通过国际层面和国内层面法律的修订和扩大解释相同适用于无人船。通过引入法规和一般操作原则，由国家进行监管和进行自我监管，将成为并将继续成为新技术发展和可持续性的重要参数。

国家审查机制对无人船的“身份”的确认还出于军舰特殊性的考量，当前军舰领海无害通过权在各国之间仍未达成一致，判别无人船的“身份”决定其能否享有无害通过权。因此，构建无人船“身份”认定的国家审查机制从这一层面讲也具有必要性。同时，人类对无人船的需求会促使国家怠于行使法律审查的义务，这是未来无人船使用的风险之一，构建国家的强制性审查机制和确立其责任制度是必不可少的程序。

（二）沿海国建立通报制度和指定特定航道加强无害性监管

一艘无人驾驶船只不太可能比载有危险物质的船只造成更大的危险，在合理的管理下无人船将比传统船舶更安全、更高效。无人船的“无害性”审查是沿海国的权利，因此克服“无害性”审查的困难还需从沿海国角度入手。

首先，建立无人船的及时通报制度。无人船通过沿海国领海之前应当及时向沿海国有关当局报备船舶信息，包括但不限于船舶名称、船籍、船舶国际呼号等船舶登记簿上的信息，还应当包括此智能船舶主要的智能性功能。对于需要岸基操作人员辅助的无人船，该义务应当由远程控制系统人员提前向沿海国报备，以备沿海国及时查验。完全自主的无人智能应当自行监测即将进入沿海国领海水域前向沿海国主管当局发送本船有关信息。这种报备并不等同于许可，只要报备船舶信息即可直接进入沿海国领海，但是没有进行信息报备的无人船舶则不能享有无害通过领海的权利，沿海国有权予以驱逐。

其次，沿海国划定无人船无害通过航道。《海洋法公约》赋予沿海国采取必要措施防止非无害通过的船舶，这些措施包括划定领海无害通过的航区、建立监测监视制度、登临检查可疑船舶等。因此，沿海国为便于对无人船的“无害性”审查，防止无人船的感知系统获取本国重要海域的研究数据，首先可以依据本国领海的地理环境划定专门的无人船可航区域，限定凡是标志为无人船的船只通过本国领海均需要接受本国划定的航道，否则视为违反沿海国的法律规章，将新型船舶的潜在威胁限定在区域内，当然这种划定不得变相干扰无人船的正常通行。

此外，沿海国加强与他国的合作。无人船“无害性”审查之所以难度增大归因于网络信息技术的介入，国际上目前也对网络空间的安全问题多次进行讨论，就现行的国际法规则在网络空间的适用进行解释和论证，并已经形成《塔林手册 2.0 版》，其中对国家提出“审慎”

义务，防止领域内发生不利他国的网络行为。在网络信息技术高度发展和普遍应用的当下，加强国际合作仍然是规避风险的可选之策。由于国家之间科技水平发展的差异，对于无人船“无害性”检测的能力悬殊，而国家间合作能够及时披露可疑船舶并将信息共享，弥补部分国家科技水平的欠缺，以供相关国家参考和提高警惕，加强对该船舶的执法监察。

（三）构建无人船“适管义务”的多元责任体系

无人船适用领海无害通过制度必须确保其遵守《海洋法公约》的规定，最终能够承担法律责任，因此无论是刑事责任还是民事责任，都以沿海国具备控制通过领海的船舶为前提条件，以进一步执行或扣押船舶，或截停船舶通过相关信息联系船舶所有人或岸上控制人员，由其承担替代或补充责任。

因此，所谓无人船的“适管义务”是与适航义务相类似的义务，即要求无人船在航行过程中从技术上满足沿海国管控的需要，以应对船舶在行使无害通过权时沿海国的检查和监管。如此，即使在无人在船的情况下，沿海国也能够在无人船违反无害通过制度时依法行使刑事管辖权和民事管辖权。这种义务可以通过岸基人员或全自动船舶监管者的授权或是密码交流来实现沿海国的技术管控。

这要求多方主体共同履行责任。首先，无人船的研发人员和制造商要在船舶建设过程中对智能系统的设计符合这一标准，利用人工智能算法技术保证沿海国的管控可以实现。当然由于人工智能技术不可避免的算法漏洞和环境复杂性，研发人员通常对此不会要求对外承担责任，否则苛刻的要求将不利于技术的改良和进步。

其次，国家的审查责任和管理责任，船旗国在验收无人船时要检查其是否符合“适管义务”的标准，如果没有达到此标准则有督促船舶整改的责任。如果船旗国没有尽到审查义务或是故意放任无人船逃脱违反沿海国和平、良好秩序和安全的责任，则国家责任在所难免。此种责任机制的建立也是为国家审查机制的落实提供助力，否则国家的审查机制会形同虚设，同时在一定程度上解决方便旗船的责任问题。

最后是船舶所有人的保证责任。船舶所有人作为无人船的终极控制者应对船舶“适管义务”承担最主要的法律责任。在人工智能技术的应用下，无人船发生法律责任沿海国最主要还是通过船舶所有人来实现责任的承担，尽管无人船能够实现拟人化，但机器不是法律上的责任主体，因此责任应当由所有权人承担。因此，船舶所有人承担船舶“适管义务”的最后一层保证、检验责任，以实现船舶的顺利通行。

四、结论

无害通过是一项由来已久的制度，但无人船的出现为它带来新的问题。随着人工智能技术的介入，沿海国国家利益和海洋自由之间的博弈需要新的规则平衡，无害通过制度因而面临规则的调整和修订，以确保在网络信息技术高度发达的情势下沿海国的和平、良好秩序和安全依然能够得到保障。但是，无人船对无害通过制度的冲击不止于本文讨论的“身份”的鉴定、“无害性”的法律审查和违法后果承担的保证机制，还有部分历史遗留问题在人工智能背景下重新进入大众视野并且亟待解决，譬如军舰的无害通过问题。因此，无人船带来的影响远不止于无害通过制度，其对海洋法、海商法、国际法等都有质的影响，在全球化背景下，这些问题的解决不能由单个国家的意志决定，更需要国际合作来解决新事物引起的新问题。现今，无人船在海洋中的应用已势不可挡，在合理的规制下，其对打击毒品运输、恐怖主义和非法移民走私等都将发挥作用。各国纷纷关注这一重要课题，欧美发达国家在技术与法律层面的研究都处于世界前列，这不单是科技和学术的竞争，更是国际规则制定话语权的争夺，因此，法律人的研究任重道远，仍需各位同仁共同努力推动我国在国际上话语权的提升。

WTO 上诉机构危机研究及中国应对

解为淳[1]　中南财经政法大学

摘要：作为世贸组织争端解决机制重要部分的上诉机制自建立以来，尽管其极大推动了国际经贸争端的解决，但随着世界经贸格局的发展变化，上诉机制也逐渐暴露出诸多问题，加之美国的不满与阻挠，当前其已不能正常发挥正常功能，并极大影响了世贸组织在世界经贸格局中的影响和地位。本文旨在探究引起当前上诉机构危机的原因，通过分析美国的不满与机制的不足以及在实践中出现的问题，以评价当前危机下争端解决的几种可能，从而探讨中国在推动上诉机构改革过程中应承当的角色。一方面中国要积极参与争端解决路径的创新尝试，另一方面也要密切关注 WTO 争端解决的最新实践，并将改革上诉机构作为优先事项。同时中国还需持续推进建设“一带一路”争端解决机制，完善本国的社会主义市场经济体制，在坚定维护本国经济利益的前提下尽量减少经贸摩擦并积极促进国际贸易争端以和平方式得到实质性解决，以维护现有的自由多边贸易体系。

关键词：上诉机构；争端解决机制；改革途径；中国应对；

Abstract：The appeal mechanism, which is an important part of the WTO dispute settlement mechanism, has greatly promoted the settlement of international economic and trade disputes since its establishment. However, as the world situation changes, the appeal mechanism has gradually exposed many problems, coupled with the dissatisfaction and obstruction of the United States, which is currently in the dilemma of shutdown thus greatly affecting the role of the WTO. This article aims to explore the causes of the current crisis of the Appellate Body. By analyzing the dissatisfaction of the United States, the shortcomings of mechanisms and the problems that have emerged in practice, to evaluate the current three feasible solutions and propose China's commitment in the process of promoting the reform of the Appellate Body. While promoting the reform of the appeal mechanism, we need to advance the construction of an effective "Belt and Road" dispute settlement mechanism, constantly improve the country's socialist market economic system, and actively promote the substantive settlement of international trade disputes in a peaceful way, so as to maintain the existing free multilateral trading system.

Keywords: the Appellate Body; DSB; Reform Path; China's response;

[1] 解为淳：中南财经政法大学 2020 级国际法研究生

一、上诉机构的发展历程

探究世界贸易组织(World Trade Organization,以下简称 WTO)争端解决机制中的上诉机构离不开 WTO 的建立，而 WTO 又与 1947 年的《关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, 以下简称 GATT)密不可分。由于 GATT 在应对国际贸易形势迅速变化中显现出诸多弊端，且人们在二战后逐渐意识到 20 世纪 30 年代“以邻为壑”的邻国关税政策已成为一些残酷战争的原因之一[1]，所以为规范国际贸易行为并防止贸易战的再次爆发，参加各方在历经多方长期谈判后终于在 1994 年召开的 GATT 乌拉圭回合部长级会议[2]上达成共识，并根据《马拉喀什建立世界贸易组织协定》以下简称《WTO 协定》)决定建立多边贸易体系，以促进世界范围内贸易经济一体化，即 WTO[3]，并接替 GATT 成为战后覆盖范围最广、功能最完整的国际经济组织。随着贸易的扩大与矛盾的增多，为加强多边贸易体系并维护全球贸易秩序，WTO 各成员方在 GATT 争端解决机制的基础上根据《关于争端解决规则与程序的谅解》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes，以下简称 DSU) 建立起世贸组织争端解决机制(Dispute Settlement Body,以下简称 DSB)[4]。DSU 第 23 条规定，当 WTO 成员寻求协议项下的义务违反、利益减损或阻碍实现所涵盖协任何目标的补救措施时，其必须诉诸 WTO 体系内的多边争端解决机制[5]，该条款的实质是要确保多边贸易体系得到维护及延续，防止成员自行作出法律裁决[6]。

DSB 还创设了上诉机构(Appellate Body)以负责审理各 WTO 成员针对解决贸易争端的专家组报告所提出的各类上诉案件，成为现今国际司法体系中唯一的国家间争端上诉程序。该程序与国内诉讼程序中的第二审程序类似，争端方只有在对专家组程序所作报告不服的情况下，才能提出上诉由上诉机构进行审理。且一旦上诉机构的裁决报告被 DSB 表决通过就会产生法律效力，争端各方必须接受，因此上诉机构作出的裁决具有终局性[7]。上诉机构在对法律问题进行审查的过程中可以纠正专家组的某些意见，这有利于增强对 WTO 协定内容的理解和澄清与维护公平正义，为国际贸易市场中争端的实质性解决贡献了重要作用。因此，上诉机构的建立成为乌拉圭回合谈判“最卓著的成果”[8]，被誉为“WTO 皇冠上的明珠”和“世界贸易最高法院”。

二、上诉机构危机的起源

自 2017 年初特朗普政府上台后，美国开始对 WTO 采取负面态度，不断攻击甚至威胁退出 WTO，不仅如此，其不断阻挠(block)上诉机构成员遴选更严重影响了上诉机构作用的发挥[9]。至 2020 年 11 月 30 日，随着最后一名现任法官赵宏的正式卸任，上诉机构也彻底停摆。至此，WTO 争端解决机制失去了对贸易争端的审理、裁决和强制执行力，国家和地区

---

[1] M. A. Crowley, An Introduction to the WTO and GATT, Economic Perspectives, vol. 4, 2003.

[2] 1986 年 9 月在乌拉圭的埃斯特角城举行了关贸总协定部长级会议，决定进行一场旨在全面改革多边贸易体制的新一轮谈判，故命名为“乌拉圭回合”谈判。这是迄今为止最大的一次贸易谈判，历时 7 年半，于 1994 年 4 月在摩洛哥的马拉喀什结束。谈判几乎涉及到所有贸易，从牙刷到游艇，从银行到电信，从野生水稻基因到艾滋病治疗。参加方从最初的 103 个，增加到谈判结束时的 125 个。https://wiki.mbalib.com/wiki/乌拉圭回合

[3] Ariticle 1 of Marrakech Agreement Establishing the World Trade Organization, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm#articleI，访问日期：2021.4.10

[4] DSU 第 2 条

[5] DSU 第 23 条

[6] Appellate Body Report, Mexico-Taxes on Soft Drinks, para.53.

[7] DSU 第 2.1 条

[8] See David Palmeter and Petros Mavroidis, Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure, Kluwer, 1999, P17American dissatisfactionAmerican dissatisfaction

[9] 杨国华：《WTO 上诉机构危机的原因》,《北大法律评论》第 19 卷第 2 辑。

间的矛盾无法得到迅速化解。WTO 面临该其成立以来的最大危机[10]不仅使争端方很难通过上诉机构维护自身的权益，还严重破坏了世贸组织规则和多边主义原则。因此有必要对危机产生的原因进行分析以探讨其应对之策。

（一）美国的不满

作为战后涵盖国家最广泛、涉及贸易种类最齐全、争端解决功能最强的贸易平台，WTO 及其前身 GATT 在美国主导下所建立起来的全球贸易网络在 20 世纪中后期为美国维护其贸易霸主地位提供了重要支撑。同时美国也凭借自身的传统优势及制定解释全球贸易规则话语权，通过 WTO 迫使几乎所有国际贸易的参与方在与美国发生贸易争端时作出让步。然而，随着全球化进程不断加快与国际社会的迅速发展，争端解决机制并未因其逐步规范化而更符合美国利益。以 2002 年为界，美国利用 DSB 的频率逐渐减少（见图 1），尽管 2001 年中国入世为美国提供了进一步扩大市场的机会，但中国也借此机会利用 WTO 平台增强发展，并在逐渐熟悉 WTO 既定框架下的贸易规则后形成了自己的一套有效应对模式，使得美国的经验与优势不再突出。

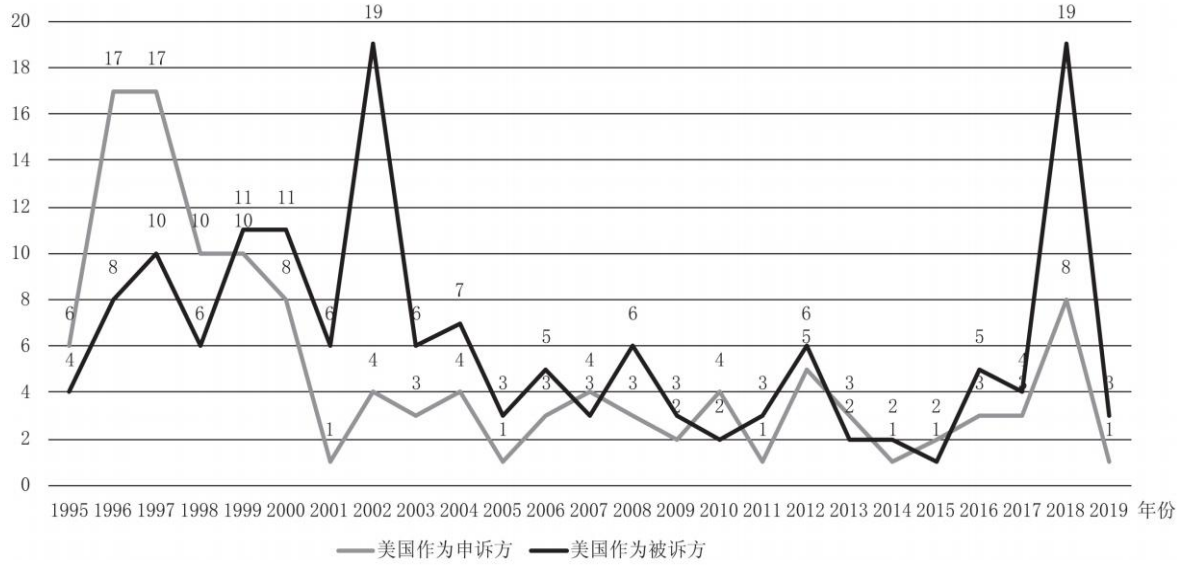


图 1：1995-2019 年美国参与 WTO 争端解决案件情况[11]

随着美国在争端裁决上的霸权红利逐渐消失，其对 DSB 的态度也由抱怨转为采取实质性措施来明确表达不满[12]。在贸易代表办公室发布的在《年度贸易政策议程报告》(USTR)[13]中，美国也多次对上诉机构作出多项控诉，且在美国与 WTO 存在持续冲突下，美国贸易代表罗伯特·莱特希泽(Robert Lighthizer)甚至将阻止上诉机构成员任命作为美国美国启动 WTO 改革的跳板，并在 2020 年 2 月发表的《WTO 上诉机构报告》[14]中详细罗列了美国对上诉机构的各类不满与改革意见。其对争端解决机制的关注在实体和程序两个方面的基础上还新增了

[10]

[11] 数据来源参见 WTO 官网。

[12] 参见李杨,尹紫伊:《美国对 WTO 争端解决机制的不满与改革诉求》,载《国际贸易》2020 年 7 期，第 74 页。

[13] USTR, “2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report”, https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-offices/press-office/reports-andpublications/2018/2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report，USTR,“2020 Trade Policy Agenda and 2019 Annual Report”,February,2020

[14] USTR,Report on the Appellate Body of the World Trade Organization Office,p. 47,February 2020; https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf

对系统性的关注。

1、实体性问题——越权裁判(overreaching)

根据 WTO“诉讼程序法”DSU 对 DSB 功能的定位，DSU 规定其功能在于“维护”(preserve)WTO 成员在协定中的权利义务,“澄清”(clarify)现有规定，但不得“增加或减少”(add to or diminish)协定中的权利义务[15]。

但根据上文提到的美国发布的 USTR 系列文件中列举的案件，美国认为，专家组和上诉机构在在补贴、反倾销税、反补贴税和保障措施等方面超越了其法定权限，对 WTO 成员增加或减少了权利义务。例如在“美国反倾销和反补贴案”(DS379)中，上诉机构认定美国的措施不符合 WTO 相关规定[16]。因此美国认为上诉机构的解释严重限制了 WTO 成员抵制国有企业所提供的干扰贸易补贴的能力，对市场导向行为者的利益构成威胁。

2、程序性问题

（1）上诉机构机构的裁判超出期限限制

根据 DSU 规定，上诉审理期限为 60 日，最长不能超过 90 天[17]。但美国指出上诉机构在实践中经常无视 90 日上诉审期作出延期裁判。2011 年之前，上诉机构基本遵守了 90 日审期的规定，只是在必要时经当事方同意延长期限。然而，上诉机构后来改变了做法，不再与当事方协商，而只是向争端解决机构通报。近年来，上诉机构也不再遵守一般应在 60 日内提交报告的规定，不向当事方和争端解决机构通报延期所需时间。

（2）上诉机构成员的“服役期限”不符合规定

根据规定，上诉机构成员任期四年并可连任一次，且任命上诉机构成员的权力在 DSB，因此延期审案应该经 DSB 开会批准[18]。但在实践中，经常出现任期届满而案件没有审结、继续审理案件的情况。因此美国在 DSB2017 年 8 月 31 日的会议[19]上指出，若干案件的有些裁决是在上诉机构成员任期结束后作出的，极端情况甚至还包括在任期结束前 3 天接受案件，因此以至于整个案件都在任期结束后完成。

3、系统性问题——上诉机构的司法裁判模式

（1）咨询意见超出正常的联系范围

美国指出上诉机构经常发表与争议的解决联系并不紧密的意见，从而导致审期延误。例如在某个较为极端的案例中，上诉机构报告的 2/3、长达 46 页的分析都是咨询性质的(obiter dicta); 在该案中，上诉机构推翻了专家组裁决并认定专家组的所有裁决无效，转而长篇解释《服务与贸易总协定》(General Agreements on Trade in Services, 以下简称 GATS)的若干规定[20]。无疑，这些空泛的解释只是对一个被认定为无效的专家组裁决的审查，而对于争端的解决却毫无用处。

（2）越权审查事实问题

根据 DSU 规定，上诉机构的审查范围应限于专家组报告涉及到的法律问题和专家组所

---

[15] DSU 第 3 条第 2 款

[16] 案件情况见 WTO 网站：http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds379_e.htm，访问日期：2021.4.05

[17] DSU 第 17 条第 5 款

[18] DSU 第 17 条第 2 款

[19] DSB 会议纪要(WT/DSB/M/400)
见 http://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Aug31.DSB_.Stmt_.as-delivered.fin_.public.pdf;访问日期：2021.4.13

[20] 参见杨国华:《WTO 上诉机构危机的原因》，载《北大法律评论》第 19 卷第 2 辑。

作的法律解释[21]。但美国在报告中指出，上诉机构经常根据不同的法律标准对专家组报告中的事实进行审查，并试图解释一些成员的国内法。例如，在某些案例中上诉机构将国内措施的含义作为法律问题进行审查，而不承认其属于事实问题。不仅如此，上诉机构在审查国内措施的时候，存在不采纳专家组的事实认定的情况，而是自己重新进行事实的认定，而这也是违背上诉机构关于审查范围的规定的。

（3）主张其裁决构成先例

上诉机构认为，除非有强有力的理由(cogent reasons)，专家组应该遵循其裁决。而美国则认为，尽管上诉机构裁决能够对 WTO 协定进行有价值的澄清，但是裁决本身并非成员所同意的文本，也不能替代谈判所达成的文本。如果上诉机构主张其裁决可以构成先例，就是认同审查案情不属于专家组的责任范围内。因此美国在 2018 年 12 月 18 日的会议[22]上指责上诉机构想要建立一种类似于英美法系中的判例制度在 DSU 中并没有法律依据。

（二）上诉机制本身存在的固有问题

虽然美国对上诉机构提出的诸多不满是美国推行其“美国优先”政策的结果，但同时我们也需要认识到，上诉机构本身在设置上也存在问题。

1、上诉机构成员设置不足与选任条件不明确

DSU 规定上诉机构有 7 名成员，当争端一方向 DSB 提出上诉后，上诉机构就需要从 7 名成员中随机抽选 3 名负责该案[23]。但随着争端的日益复杂和机构工作量的增大，人员设置无法满足实际操作的问题也越来越突出。当前上诉机构停摆的直接原因就是由于美国持续阻挠上诉机构成员的选任，加之成员的任期陆续到任，最终导致上诉机构在任成员人数无法满足机构人数的最低标准。

另外，机构成员的选任程序同样存在选任条件不明确的问题。DSU 第 17 条第 3 款和《上诉审查工作程序》第 2 条规定了上诉机构成员的选任条件，可总结为要求成员具有专业性、中立性和代表性。DSB 的 WT/DSB/1 号文件还特意对代表性作出了进一步的解释：应该考虑不同地理区域、发展水平和法律体系[24]。因此上诉机构规定选任成员多采用原则性的要求，但具体到选任程序上却不够直接和清晰，给工作带来的不确定性也不利于上诉机构开展其他工作。

2、上诉机制的审查范围划分不清晰

DSU 规定上诉机构的审查范围应被限制在专家组报告所涉及到的法律部分，包括其法律适用和法律解释[25]。即应该先由专家组对事实问题进行认定，然后上诉机构才能就专家组所认定的事实对争端所涉及的法律部分进行裁决[26]。但在实践中，上诉机构常常自行划分事实问题和法律问题，在有些案件中甚至否认专家组了对事实进行认定的调查结果，从而“越权”审理关于案件的事实部分。因此其没有按照 DSU 的规定而未清晰划分事实部分和法律部分的做法，引起了部分 WTO 成员的不满。

3、上诉机构报告的通过缺乏监督

DSU 规定每一份报告在 DSB 适用反向一致原则进行表决，即除非一致反对该报告生效，

---

[21] DSU 第 17 条第 6 款

[22] DSB 会议纪要：(WT/DSB/M/)
见 http://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Dec18.DSB_.Stmt_.as-deliv.fin_.public.pdf; 访问日期：2021.4.08.

[23] DSU 第 17 条第 2 款

[24] WT/DSB/1 号文件第 6 段

[25] DSU 第 17 条第 6 款

[26] 参见韩立余：《WTO 案例及评析（1995-1999）》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 89 页。

否则争端各方应无条件接受[27]。该原则对比之前 GATT 采用的以权力为导向的协商一致原则，虽然以效率为导向有利于上诉机构裁决的顺利通过和生效，从而提高争端的解决效率并增强 WTO 的法律权威性，但报告的高通过率也缺少了一定程度的监督：如果上诉机构的裁决出现某些错误，出现对争端一方不公正的裁决，那么在反向协商一致原则下，这份报告也很容易得到通过从而损害成员方的利益。因此，在制度的设计方面，通过上诉机构的报告需要增强监督。

（三）其他国家的态度

1、欧盟——引领 WTO 改革

欧洲理事会于 2018 年 6 月授权欧盟委员会推动 WTO 进行改革，新任欧委会主席冯德莱恩在给贸易委员霍根的 Mission Letter 中也再次强调“欧盟处于以规则为基础的多边体系的中心”，明确了“欧盟的首要任务是引领 WTO 改革”。所以为了维护现有的多边贸易体制，欧盟提出先全面修订与上诉机构运行有关的争端解决机制的规定，在解决美国所关注的程序性问题并说服美国不再阻挠上诉机构法官遴选后，再进一步处理相关实质性的问题。2018 年 9 月 18 日欧盟委员会通过的《WTO 现代化：欧盟未来方案》（以下简称《欧盟方案》）针对美国提出的问题都提出了相应的主张，例如针对审理期限，建议除非争端当事方同意，在任何情况下都不应超过 90 天；以及建议上诉机构澄清 DSU 规定可提出上诉事项不包括国内法等[28]。

2、欧盟、中国与加拿大等 12 方发布《联合方案》

美国贸易代表办公室于 2018 年 3 月发布了《总统贸易政策议程》，主要从 5 个方面对上诉机构提出了质疑，因而欧盟、中国、加拿大、印度等 12 方于 2018 年 11 月 26 日联合提交《联合方案》[29]，分别对上述 5 个方面进行了回应和建议，有助于打破目前上诉机构法官遴选僵局。

三、危机下争端解决的若干可能及其发展状况

WTO 目前固然存在缺陷亟待改革，但是其争端解决机制的上诉机构却在单个美国的阻挠下就陷入瘫痪的境地，这也充分显示出当前多边贸易体制的脆弱性。下图 2 显示了 1995 年至 2020 年每年提交给 WTO 的争端数量以及诉诸专家组和上诉机构的数量[30]：

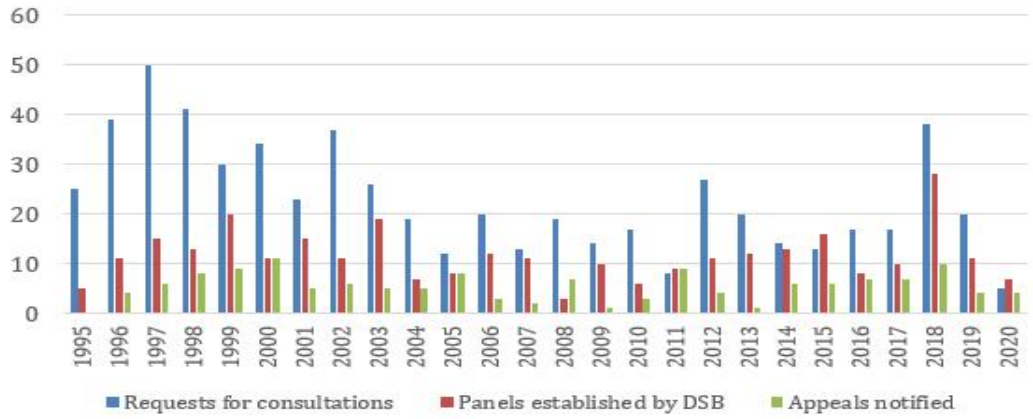
---

[27] DSU 第 17 条第 14 款

[28] WTO Modernazation-introduction to Future EU Proposals, http:www.europarl.europa.eu/portal/en.

[29] 欧盟、中国、加拿大、印度等 12 方联合提交了一份方案，欧盟、中国和印度三方联合提交了另一份方案，分别简称《联合方案》和《欧中印方案》。“Communication from the European Union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore and Mexico to the General Council;Communication from The European Union, China and India to the General Council”, 见 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc_157514.pdf，访问日期：2021.4.10

[30] 数据来源参见世贸组织官网：https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm#，访问日期：2021.4.10



从图中可以看出，自上诉机构陷入瘫痪后，将争端提交由争端机制解决的频率明显降低。以下梳理了上诉机构现存的上诉案件（截止 2021 年 4 月 26 日），以从总体上反映上诉机构“停摆”对相关案件后续审理可能造成的影响。

表 1: 当前 WTO 上诉阶段案件[31] (截至 2021 年 4 月 26 日)

被诉方以及案件名称	案件申诉方	涉及协定
韩国-**反倾销和反补贴案（DS539)**	美国	《补贴与反补贴措施协定》
阿联酋-薄膜案（DS538）	巴基斯坦	《反倾销协定》、《关贸总协定》
日本-不锈钢棒案（DS553）	韩国	《反倾销协定》、《关贸总协定》
巴西-鸡肉和鸡制品措施案（DS484）	印度尼西亚	《卫生和植物检疫协定》、《技术性贸易壁垒协定》、《关贸总协定》等
中国-相关产品关税措施案（DS543）	美国	《关贸总协定》
加拿大-软木木材措施案（DS533）	美国	《补贴与反补贴措施协定》
俄罗斯-成本调整和反倾销措施案（第二次投诉）（DS494）	欧盟	《反倾销协定》、《关贸总协定》
卡塔尔-知识产权案（**DS567**）	沙特阿拉伯	《与贸易有关的知识产权协议》、《关贸总协定》
印度-热轧碳钢平板案（**DS436**）	美国	《补贴与反补贴措施协定》、《关贸总协定》
美国-大型民用飞机案（**DS436**）	欧盟	《补贴与反补贴措施协定》、《关贸总协定》
美国-出口措施案（DS541）	印度	《补贴与反补贴措施协定》
菲律宾-香烟措施案（第二次援引）（DS371）	泰国	《海关估价协定》、《关贸总协定》
印度-可再生能源案（DS510）	美国	《关贸总协定》
美国-软木反倾销差价措施案（DS534）	加拿大	《反倾销协定》
美国-管道反补贴案(DS523)	土耳其	《补贴与反补贴措施协定》
菲律宾-香烟措施案（第一次援引）	泰国	《海关估价协定》、《关贸总协定》

[31] 数据来源于 WTO 官网：https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm，访问日期：2021.4.26。

（DS371）		
印度-钢铁进口案(DS518)	日本	《关贸总协定》、《保障措施协定》
哥伦比亚-纺织品案(DS461)	巴拿马	《海关估价协定》、《关贸总协定》
欧盟-能源管理措施案(DS476)	俄罗斯	《服务贸易总协定》、《关贸总协定》

从表 1 可以看出，由于上诉机构的瘫痪，诸多上诉案件的走向只能是一个未知数。且在多次磋商均无功而返的情况下，WTO 成员方仅能通过维持上诉机构的存在以保证多边体系的低功能运转。而对于挽救上诉机构至关重要的第 12 届世贸组织部长级会议又由于全球疫情的蔓延无法如期召开[32]，这无疑又为上诉机构的恢复历程大打折扣。作为重要的争端解决机构，上诉机构的瘫痪不仅极大挑战了争端解决机制的独立性和权威性，对拥有 164 个成员国的 WTO 来说，也大大损害了其审议和解决成员间争端的能力，此尤不利于世界经贸秩序的正常运转。所以上诉机构的停摆对于目前和未来发生的贸易争端将意味着 WTO 争端解决特别是如何处理专家组报告将从一揽子、统一适用的模式进入到多元化、碎片化的模式[33]。因此，结合目前出现的一些争端解决实践，一些学者探讨了上诉机构恢复正常功能前争端解决的若干可能，从而为后续相关经贸纠纷的解决提供参考。

（一）启动机构成员投票遴选

鉴于上诉机构停摆的直接原因在于美国持续阻挠成员遴选，导致机构成员人数无法达到上诉的最低标准，因此世贸组织法律事务司前司长皮耶特 •奎柏(Pieter Jan Kuijper)早在 2017 年 11 月就呼吁 DSB 或 WTO 总理事会以多数票通过启动任命程序[34]。同时也有国内学者提出，如果上诉机构的“停摆”得不到结局，为了打破美国的桎梏，启动投票制度遴选上诉机构成员并不违反 WTO 现行规则[35]。WTO 的宪法性文件《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》第 9 条第 1 款也规定了成员在不能通过“协商一致”方式达成意见时，可进行投票表决[36]。

（二）专家组报告发布后，双方放弃上

上诉机构“停摆”后，在最近澳大利亚与印度尼西亚 A4 纸反倾销措施案（DS529)中，双方达成了互不上诉的谅解[37]。在 DSB 于 2020 年 1 月 30 日通过该案的专家组报告后，申诉方印度尼西亚表示特别感谢澳大利亚不对专家组裁决提出上诉的合作精神。澳大利亚表示，该争端解决了以前未曾涉及的一些重要系统性问题，尽管其对结果表示遗憾，但仍然打算于印度尼西亚密切合作，以确保迅速执行裁决[38]。

（三）启动“无效上诉”以阻止专家组报告

根据 DSU 第 16.4 条规定，如果一方已通知其上诉决定，则 DSB 在上诉完成之前不应考虑通过专家组的报告。即如果没有有效的上诉机构，将有效地阻止程序的进行[39]。因此只

---

[32] 信息来源参见中国商务部发布通知：
http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/e/202103/20210303042768.shtml，访问日期：2021.4.8

[33] 参见都亳：《上诉机构停摆后的 WTO 争端解决》，载于《南大法学》2021 年第 1 期，第 102 页。

[34] Guest Post from Pieter Jan Kuijper on the US Attack on the Appellate Body,IELP Blog,15 November 2017,available at https: //worldtradelaw.typepad.com /ielpblog /2017 /11 /guest-post-from-pieter-jankuiper -professor-of-the-law-of-international－economic－organizations-at-the-faculty-of-law-of-th．html# comments.

[35] 参见房东：《解决 WTO 上诉机构危机: 启动投票制度的初步设想》，载《国际经济法学刊》2019 年第 4 期，第 21 页。

[36] 第 9.1 条规定“……除非另有规定，如无法经协商一致作出决定，则争论中的事项应通过投票决定”; 第 16.3 条规定“在本协定的条款与任何多边贸易协定的条款产生抵触时，应以本协定的条款为准”。

[37] Panel Report，Australia－Anti－dumping Measures on A4 Copy Paper，WT /DS529 /R，27 January 2020.

[38] WTO，“Members adopt panel ruling in Australia－Indonesia paper duty dispute”，https: / /www.wto.org /english /news_e /news20_e /dsb_27jan20_e.htm.

[39] Article 16. 4 provides that[i]f a party has notified its decision to appeal, the report by the panel shall not be considered for adoption by the DSB untilafter completion of the appeal.

要没有上诉机构（即上诉机构的成员少于三个）来“完成”上诉，该案将一直处于困境，专家组的报告将无法被采纳，即出现“无效上诉”。很难预料，这将称为新常态还是一种例外[40]。

（四）签订“不上诉协定”以自动采纳专家组报告

避免出现“无效上诉”的一种可能解决方案是，在发生纠纷之前或至少在专家组发布其（临时）报告之前，WTO 成员签署不上诉条约（No Appeal Pact，以下简称 NAP）。在尚未确定输赢的情况下，行使上诉权可能会更容易。只要双方都认为他们有充分的机会在专家组中胜诉，那么就缔结国家行动方案以确保胜诉 至少有可能取得未来的胜利（没有“无效上诉”）是有道理的。但目前仅在印度尼西亚–铁或钢铁产品案中（DS490），争议方（越南，中国台北和印度尼西亚）在第 21.5 条合规程序的范围内缔结了该 NAP,确保尤其是作为索赔人的越南和中国台北，在需要遵守程序的情况下另一方没有选择权，以此阻止不利的第 21.5 条小组报告[41]。

（五）诉诸 DSU 第 25 条

除 NAP 之外，防止“无效上诉”的第二种选择是 DSU 第 25 条上诉仲裁[42]以代替或补充专家组程序，该方案也为各成员尤其是欧盟所积极倡导以解决上诉案件。由于 DSU 第 23.1 条要求寻求解决 WTO 争端的成员“诉诸并遵守 DSU 的规则和程序”，因此 WTO 成员必须使用 DSU 允许的争端解决方式。DSU 第 25 条允许 WTO 成员诉诸“WTO 内部的迅速仲裁作为争端解决的一个替代手段”，以“促进解决涉及有关双方已明确界定问题 的争端”。

1、欧盟第 25 条“临时解决方案”

2019 年 5 月 16 日，欧盟以和另一个 WTO 成员签署的双边协议的形式分发了一项草案[43]，其认识到“如果继续阻止新任命，上诉机构可能在某个时候将不再能够履行其职能”，因此规定“根据 DSU 第 25 条进行临时上诉仲裁”。依据 DSU 第 25 条，两个争议方之间根据针对特定争议的双边协议尽可能复制现有的上诉机构程序，并在任命新的上诉机构成员之前，将“临时解决方案”适用于双方之间将来发生的任何争端，并且可能还会专门确定待决的专家组。对于那些受第 25 条“临时解决方案”约束的争端，当事各方同意他们“不会根据 DSU 第 16.4 条和第 17 条提出上诉”。

2、基于 DSU 第 25 条建立多方临时上诉仲裁机制（MPIA）

目前看来，虽然世贸组织的上诉机构停摆造成上诉机制的功能丧失，但各成员仍然在寻求着如何尽快恢复世贸组织，表明世界仍然需要一个健全的上诉机构。因此，除了欧盟之前提出的以双边上诉仲裁的形式，2020 年欧盟、中国等 16 个 WTO 成员达成了临时仲裁协定，一致认为只有基于 DSU 第 25 条的上诉仲裁是保持两审终审、约束力裁决以达到原争端解决机制效果的唯一办法。所以其于 3 月 27 日共同发表声明，决定建立多方临时上诉仲裁安排（Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement,以下简称 MPIA)[44]，并于 4 月 30 日通知

---

[40] Joost Pauwelyn, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect? 22 Journal of International Ecnomic Law 297,321(2019).

[41] See Indonesia – Safeguard On Certain Iron Or Steel Products, Understanding Between Indonesia And Chinese Taipei Regarding Procedures Under Articles 21 And 22 Of The DSU, WT/DS490/13, 15 April 2019 and Indonesia – Safeguard On Certain Iron Or Steel Products, Understanding Between Indonesia And Viet Nam Regarding Procedures Under Articles 21 And 22 Of The DSU, WT/DS496/14, 27 March 2019.

[42] Originally proposed in Scott Anderson, Todd Friedbacher, Christian Lau, Nicolas Lockhart, Jan Yves Remy and Iain Sandford, Using Arbitration Under Article 25 of the DSU To Ensure The Availability Of Appeals, Graduate Institute, Geneva, CTEI Working Papers, 2017-17.

[43] 参见欧盟草案：http://worldtradelaw.typepad.com/files/eu-ab-proposal.pdf, 访问日期 2021.4.7

[44] 中国与欧盟等世贸组织成员决定建立多方临时上诉仲裁安排，http://tfs.mofcom.gov.cn/article/ztxx/202004/20200402953356.shtml ，访问日期：2021.4.09

了 WTO，在 7 月 30 日遴选了 10 个上诉仲裁员[45]。中国与欧盟等世贸组织成员根据该安排，在上诉机构无法根据 DSU 第 16.4 条和第 17 条在特定争端中审理上诉时，将进行 DSU 第 25 条项下的仲裁。

首先，MPIA 最重要的特征就是临时性，包括主协定正文和两个附件。在协定和附件一中多次强调该安排的临时性，一旦上诉机构重新恢复其运行，MPIA 即会停止实施，因此 MPIA 的建立和维护 WTO 争端解决机制本身并不矛盾。其次，MPIA 作为一种替代性上诉与上诉存在差别，主要是因为其包含的两个仲裁要素：第一，从程序启动来看：在 MPIA 机制下，上诉需要双方合意，这体现在其附件一中：双方于事先达成仲裁协定，约定如果不满专家组报告，即通过 MPIA 进行上诉仲裁。但在 WTO 普通程序中，只要一方认为另一方违反了 WTO 所规定的义务，即可进行磋商并进入专家组程序，进而启动上诉。第二，从裁决效力来看：MPIA 上诉仲裁庭做出的裁决可以立即对双方产生法律效力而不需要任何通过程序。但在普通程序中，无论是专家组报告还是上诉机构报告发生效力都需要经过 DSB 通过。最后，与已经陷入停摆危机中的上诉机构相比较，MPIA 在制度上具有创新性，并回应了美国提出的不满。第一，其从实体上限制了上诉审议的范围；第二，其在程序上严格规定了审理的期限，如果裁决无法在 90 天内做出，则延期审理必须要经过双方同意。第三，MPIA 还对上诉的范围进行了限制，只有法律问题才属于可上诉的范围，而事实问题则不属于。

目前 MPIA 的核心机制等经过谈判均已达成，其成员也从最初的 16 个（澳大利亚、巴西、加拿大、中国、智利、哥伦比亚、哥斯达黎加、欧盟、危地马拉、墨西哥、新西兰、挪威、新加坡、瑞士、乌拉圭和中国香港）扩大到 19 个（增加了冰岛、巴基斯坦和乌克兰），因其是开放机制，今后还有可能继续扩大。该方案因其诸多有效性也被诸多学者看好。

（六）发布“效力未定的小组报告(panel reports)”

由于上述每种情况都存在一定阻力，因此争端解决的另一种可能性是发布一种临时或最终的小组报告，但该报告既没有提出上诉也没有被采纳。相反，它们只是“浮动”在周围，而没有技术上的约束或阻止，可以潜在地适用在争议双方之间的持续谈判中[46]。美国贸易代表罗伯特·莱特希泽（Robert Lighthizer）也在 USTR 中，提到此种专家组报告（无论是临时报告还是最终报告，无论通过与否）本质上只是一种要素，是“专家报告”的一种，仍然是政治谈判以解决贸易争端[47]。

（七）执行案件的解决——申请授权报复

在目前已经进入执行阶段的菲律宾诉泰国烟草关税措施案(DS371)中，菲律宾于 2020 年 2 月 12 日根据 DSU 第 22.2 条请求 DSB 授权中止对有关泰国实施适用协定项下的减让或其他义务。菲律宾指出其多次（最近一次是在 2019 年 12 月 13 日）要求泰国善意履行以使其措施遵守 WTO 规则，尤其是在当前上诉机构陷入僵局的背景下，进行真诚合作以寻求相互接受和迅速的解决方案。但遗憾的是泰国并没能妥善应对，因此菲律宾只能请求 DSB 授

---

[45] 10 人名单如下：瑞士（Thomas Cottier）；墨西哥（Mateo Diego-Fernández Andrade）；巴西（José Alfredo Graça Lima）；中国（杨国华）；加拿大（Valerie Hughes）；智利（Alejandro JARA）新加坡（Locknie Hsu）；欧盟（Joost Pauwelyn）；哥伦比亚（Claudia Orozco）；新西兰（Dra Penelope Jane Ridings）。

[46] Joost Pauwelyn, WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect? 22 Journal of International Ecnomic Law 297,321(2019).

[47] Interview of USTR Robert Lighthizerby John Hamre, U.S. Trade Policy Priorities, Center for Strategic and International Studies, 18 September 2017, at: www.csis.org/analysis/us-trade-policy-priorities-robert-lighthizer-united-states-trade-representative.

权报复[48]。

四、争端解决途径评析

（一）启动机构成员投票遴选

恢复成员遴选虽然可以彻底解决上诉机构成员不足的问题，且该方法是恢复上诉机构正常运转的最快途径，但同时不得不考虑的是，通过启动成员投票表决方式选任上诉机构成员除了需要克服其他法律障碍外，还需 WTO 成员在理事会会议上表决通过，这需要绝大多数成员的协同行动，因此涉及巨大的外交努力。正如有学者所言，目前 WTO 成员几乎没有政治力量以这种方式排挤美国[49]。且在 GATT/WTO 的实践中几乎只运用了“协商一致”的决策方式，而投票表决制度并未实际使用过。因此在目前的紧急情况下，启动投票程序仍然存在许多困难。

（二）专家组报告发布后，双方放弃上诉

在上诉机构“停摆”的背景下，虽然还是有部分成员愿意本着解决问题的角度，以友好的态度通过调解协商以解决纠纷从而避免了案件处于悬而未决的状态，但在缺少一个有效运作的争端解决机制的情况下，为了更好的维护国际经贸秩序，仍然不能仅寄希望于双方通过放弃上诉以解决纠纷。

（三）启动“无效上诉”以阻止专家组报告

由于“无效上诉”的出现会使得案件的审理一直处于悬而未决的状态，因此如果要解决该程序，则要么(1)恢复上诉机构的正常运转使得上诉可以“完成”，或者(2)获得所有 WTO 成员（包括在上诉中提出上诉的当事方或多方）的积极共识，以终止 DSU 第 16.4 条并通过专家组的报告。

但实际上后者将使我们回到类似于 GATT 的系统，在该系统中，小组报告只能以 GATT 所有当事方的积极共识通过，也即败诉方必须同意通过不利的专家组报告。因此就可能出现即使专家组的报告可能包含令人反感的调查结果，双方仍然认为报告总体上是可以接受的情况。如此一来，“无效”上诉数量的增加就可能损害世贸组织争端解决的整体效力，从而损害有关成员的根本利益。与此同时，如果一个成员“向无效方提出上诉”，则也会增加其他成员在其他纠纷中（包括在上诉成员站在获胜方的情况下）这样做的风险。长此以往，通过对专家组报告进行“上诉”来阻止专家组报告的通过可能被视为“恶意举动”，包括在进行可信的新规则谈判时，该成员的声誉和可靠性也会因此受到不利的评价。

另一个可能对维护国际社会和平发展带来不利影响的是，较弱的 WTO 成员可能会因为担心在其他地方（例如在另一个悬而未决的贸易问题中）遭到报复而被迫接受不利的专家组报告（而不是将其“宣告无效”）。此外，“无效上诉”虽然可能会阻止专家小组报告的通过，但它不一定能阻止一个（胜出的）有力索赔人在 DSU 规则之外以任何方式进行报复。 例如，索赔人可能会辩称，由于被告屏蔽了专家组报告，因此索赔人也不再受 DSU 的约束。例如美国贸易代表罗伯特·莱特希泽（Robert Lighthizer）在 2019 年 6 月 18 日美国参议院财政委员会的听证会上谈到，尽管是在 USMCA 的背景下，美国仍然可以通过使用其单边法律和 301 条款[50]来执行其法律。而且该党有可能通过拒绝任命专家组成员来阻止诉讼[51]。在这

---

[48] Thailand －Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines，WT /DS371 /32，14 February 2020.

[49] See also，Joost Pauwelyn，WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?，pp．302－303.

[50] [Section] 301 of the 1974 US Trade Act

[51] See US Senate Committee on Finance, Hearing of 18 June 2019, available at https://www.finance.senate.gov/hearings/the-presidents-2019-trade-policy-agenda-and-the-united

种情况下，撇开 301 条款下的这种单方面报复是否与 WTO 一致的问题，对不利的专家组报告“无效”提出上诉，实际上可能会使败诉的被告更加糟糕。因此上诉“无效”的选择增强了权力的作用，并可能导致“贸易战”升级，也就是学者 John Jackson 所提到的，上诉“进入无效”的威胁将使天平远离“以规则为导向”的极点，更接近“以权力为导向”的极点[52]。最坏的情况是，“无效上诉”的选择可能导致“贸易战”升级和世贸组织争端解决机制（暂时）失效。这个反过来，可能会使世贸组织的实质性改革和新规则的缔结进一步复杂化：如果改革或新规则不受约束性执行，一些国家可能会在一开始就犹豫不决。所以“无效上诉”不太可能成为“新常态”。

（四）签订“不上诉协定”以自动通过专家组报告

固然“不上诉协定”能在一定程度上提高争端解决的效率，且事实上，如果上诉机构无法发挥其正常的效力，那么至少对败诉一方来说，诉诸“无效上诉”可以保证不利于自己的专家组报告（至少在任命新法官之前）继续处于悬而未决状态，并且不能被 DSB 采纳[53]。因此在没有上诉机构的情况下，争端各方同意不对专家组报告提出上诉以使专家组报告能够根据 DSU 第 16.4 条以反向协商一致的方式获得通过的可能性并不大。虽然 WTO 成员原则上会遵守不上诉协定，但如果出现问题，缺乏可执行性可能是一个颇大的挑战。因此，此类 NAP 本质上仅对索赔人有吸引力，很难确定其将成为新的标准做法。

（五）诉诸 DSU 第 25 条

1.欧盟方案

虽然欧盟这一建议可以防止争端方提起无效上诉，并且在没有仲裁上诉的情况下，可以确保 DSB 基于反向协商一致规则采纳专家组报告[54]。但双边上诉仲裁机制仍然不同于上诉机构，其实质就是第二个专家组程序，无法实现多边贸易体制稳定性和可预见性的目标。所以，虽然第 25 条上诉仲裁是唯一同时维持上诉阶段和报告自动通过或具有约束力的方案，且未来很可能会在该方案下看到很多涉及欧盟的案件，但其不会涵盖所有争议。因此在哪种类型的案例中，争议方将签署此方案仍有待观察。

2.MPIA 受到的阻碍

（1）美国的反对

但 MPIA 最大的问题在于美国的反对，2020 年 6 月 5 日，美国常驻 WTO 大使谢伊(Shea)致函 WTO 总干事阿泽维多，反对 MPIA 获得相关支持的方式和标准[55]。主要反对内容在于两方面：一是能否在 WTO 秘书处成立一个专职部门来支持 MPIA 的仲裁工作；MPIA 相关文件指出：“与会成员期望将为上诉仲裁员提供适当的行政和法律支持……与会成员期望该支持部门将与 WTO 秘书处工作人员及其相关司完全分开，并对其工作实质负责，且其仅对上诉仲裁员负责。与会成员要求世贸组织总干事确保提供符合这些标准的支持结构。”[56]但

---

states-mexico-canada-agreemen,and the discussion at https://ielp.worldtradelaw.net/2019/06/ustr-lighthizer-comments-on-naftausmca-state-state-ds-panel blocking.html.

[52] See, for example, John H. Jackson, The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) at p.6–10.

[53] 参见胡加祥：《上诉机构“停摆”之后的 WTO 争端解决机制何去何从》，载《国际经贸探索》2020 年第 1 期，第 91 页。

[54] 参见都亳：《上诉机构停摆后的 WTO 争端解决》，载于《南大法学》2021 年第 1 期，第 104 页。

[55] 参见反对信原文：https://mp.weixin.qq.com/s/1CnH_cKrB-A9lITjvF1BZg?scene=25#wechat_redirect，访问日期：2021.4.20

[56] 参见 MPIA 具体文件 https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158685.pdf。访问日期：2021.4.20

美国认为，MPIA 官方文件中提到的“完全独立于 WTO 秘书处工作人员及其相关司”，以及相关人员“仅对上诉仲裁员”负责，与之前的上诉机构秘书处存在大量的相似之处，相当于“重新恢复”上诉机构(recreate the appellate body)，或是“建立上诉机构的替代”(create an ersatz aapellate body)。所以美国强烈反对，并指出 MPIA 参加方应该自己承担费用，而不是使用 WTO 成员共有的预算。

反对的第二个方面在于能否动用 WTO 正常预算来支持 MPIA 的工作。按照 MPIA 参加方的设想，上诉仲裁员的工作大致是与裁决直接相关的工作；以及虽与案件审理并不直接相关，但 10 位仲裁员为了促进决策程序的一致性和协同性(promote consistency and coherence in decision-making)而需要做的“集体工作”，例如集体讨论相关法律问题和参与法律研讨会等，因此这些费用按照设想也应在 WTO 秘书处的正常预算范围之内。但由于“一致性和协同性”的工作与原上诉机构通过裁决创造“先例”(precedent)的做法相类似，且这恰好是美国对原上诉机构所强烈不满的部分。因此美国认为此举是“利用 WTO 资源，并通过诸边安排的方式，重新恢复上诉机及其错误做法和上诉机构秘书处”(expend WTO resources to seek to the appellate body, its erroneous practices, and the appellate body secretarist though a plurilateral arrangement)。

鉴于美国无论是在专家组审理的案件还是上诉机构审理的案件中都占有大量的份额，因此美国的参与对争端解决机制的正常运转有着举足轻重的作用。所以目前 MPIA 的运转缺少了美国的参与就会使其适用范围在一定程度上受到限制，其在世界贸易格局中所能发挥的作用也随之受限，这也是目前其他成员方们仍然在犹豫的原因。虽然这是同时保留上诉阶段和争端解决裁决自动约束力的唯一选择，但它是否成为普遍选择可能取决于这些仲裁首先在实践中如何发挥作用。

（2）受到的质疑

有学者提出，MPIA 在维护多边贸易体系这方面并不具有可靠性及预测性[57]。

根据 MPIA 及其两个附件，作为在上诉机构“停摆”期间解决其成员间因对专家组报告不服申请进行再次审议的临时紧急安排，因此其许多程序规则都是针对像美国进行质疑的参加方提出的类似关注所进行的修正与补充[58]。所以尽管 MPIA 在设计过程中对上诉机构的审理程序进行复制的同时，也在审理时限和上诉等程序问题作出了相应的改进，但其真正得到实施后是否能满足各参加方成员的需求还未可知。但如果一个争端案件是发生在参加方成员和非参加方成员之间，则 MPIA 便不能适用于该争端方之间的上诉案件。只有参加方成员能在该安排框架之下解决相互之间的上诉案件争端，包括裁决执行争端以及 MPIA 生效之日未决的争端。此外，由于其不再具备遵循先例的客观条件，因此 MPIA 在维护当前多边贸易体系的可靠性和可预测性方面还有很多方面需要改进。

（3）引发的法律问题

从法律性质上说，MPIA 实际上是部分世贸组织组织成员就如何执行争端解决机构一审裁决而达成的一份仲裁协议[59]。其形式类似于诸边贸易协议(plurilateral trade agreement),但二者却存在本质区别。根据《WTO 协议》第二条第 3 款的规定，诸边贸易协议对未加入的成员“既不增加义务，也不创设权利”；且其作为《WTO 协议》的组成部分，在入世之前就已

[57] 参见李晓玲：《世贸组织上诉机构改革的谈判进程与岔路口选择》，载《国际经贸探索》2020 年第 4 期，第 111 页。
[58] 参见郑晨《多方临时上诉仲裁安排之法律问题初探》，载《上海法学研究》2020 年第 22 卷，第 202 页。
[59] 参见胡加祥：《从 WTO 争端解决程序看<多方临时上诉仲裁安排>的可执行性》，载《国际经贸探索》第 37 卷第 2 期，第 99 页。

经过成员的立法机关批准接受。但 MPIA 只是对争端解决程序作出临时安排，并不涉及世贸组织成员在市场准入方面的权利义务，也没有经过加入成员的立法机关批准。因此，MPIA 作为一份建立在没有任何实际保障基础之上的“君子协定”并不能构成世贸组织的诸边贸易协议作为《WTO 协议》的组成部分并援引争端解决机制。因此，尽管用仲裁代替上诉有助于在目前上诉机构进入“瘫痪”情况下争端的解决，但由此引发的法律问题必须引起我们的重视。

五、上诉机构“停摆”形式下中国的应对思考

（一）上诉机构危机对中国造成的影响

目前中国在上诉阶段仅 1 起案件，即相关产品关税措施案(DS543)，美国在 2020 年 10 月 27 日提起了上诉。因此对中国而言，短期内仍然有缓冲时间，但如果上诉机构危机继续得不到解决，仍然会对中国带来较大不利影响。

1.贸易争端的不确定性增大

作为解决 WTO 成员间贸易纠纷的“法律途径”，WTO 争端解决机制具有可预测性和根本性的优势，其大大推动“国际法治的发展，应该成为解决国际贸易争端的主要方式[60]，而上诉机构陷入瘫痪，则直接对 WTO 争端解决机制造成了严重影响。以中欧紧固件争端(WT/DS397)为例，2009 年 1 月 26 日，欧盟依据自身的反倾销调查对来自中国的紧固件[61]进行调查并加征 69.9%-85%的关税[62]。中国政府立即表示反对，并依据 WTO 规则通过争端解决机制提起申诉，在双方历经多项争端解决程序后，最终欧盟于 2016 年 2 月 26 日宣布取消紧固件措施[63]。至此，中国通过 WTO 争端解决机制顺利解决了与欧盟的贸易争端，并有效的维护了中国的合法权益。

但目前 WTO 争端解决机制陷入瘫痪危机，中国在解决对外贸易争端时无法利用有效的法律途径来化解危机，而只能更多的借助政治手段。但政治手段相较于法律途径，主要采用“互相施压、加征关税等贸易报复和磋商谈判”等方式，成本更高，普遍适用性较差、且谈判结果的执行具有不确定性。例如在中美贸易摩擦中，自美国于 2018 年 3 月违反 WTO 规则单方面援引其 1974 年《贸易法》第 301 条对价值 500 亿-600 亿美元的中国产品征税关税[64]，到 2018 年 4 月 2 日，中国政府采取相应的报复措施，对大约 128 种来自美国的产品征收关税，特别是铝、汽车、猪肉和大豆[65]。之后，双方的报复和反报复手段逐渐升级，尽管双方都向 WTO 提出了申诉，但事实表明，双方明显采用了更多的政治手段，而并没有等待世界贸易组织就其申诉作出裁决就已经采取了单方的贸易保护主义措施[66]。从所采取的“政

---

[60] 参见杨国华：《论论 WTO 争端解决机制的作用-以中欧紧固件争端和光伏争端为例》，载《北方法学》第 12 卷总第 71 期，第 131 页。

[61] 本文涉及“紧固件”，是指铁制或钢制紧固件(不锈钢除外)，如:木螺钉(马车螺钉除外)、自攻螺钉、其他带头螺钉和螺栓(带或不带螺母或垫圈，但由钢条、牙条、牙型、线材车成，其实心部分、杆身厚度不超过 6 毫米的螺钉和用于固定铁路轨道建筑材料的螺栓除外)以及垫圈。参见《欧盟正式取消对华钢铁紧固件反倾销措施》，资料来源于中国贸易救济信息网:http: //www．cacs. gov．cn /cacs/newcommon /details．aspx? navid = C01＆articleid = 135953，访问日期：2021.4.12

[62] 欧盟官方公报(Official Journal of the European Union):COUNCIL REGULATION (EC) No 91 /2009 of 26 January 2009imposing a de-finitive anti-dumping duty on imports of certain iron or steel fasteners originating in the People's Republic of China．

[63] 欧盟官方公报:COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2016 /278。

[64] J. Caporal, U. S., China Tussle over Section 301’s Compatibility with WTO Rules at DSB, Inside US Trade Daily Report, Mar. 2018.

[65] B. Fortnam, U. S., China Tangle over Section 301 Tariffs at WTO General Council, Inside US Trade Daily Report, May. 2018.

[66] 参见托鲁洛・安东尼・阿德科拉：《中美贸易战与世界贸易组织的争端解决机制》，载《国外社会科学前沿》2020 年第 12 期，第 87 页。

治手段”的效果来看，加征关税的贸易报复严重损害了中国出口企业的利益和国家经济的稳定发展；磋商谈判也由于美国政府的反复无常导致谈判的协定多次被推翻，无法保证贸易争端得到有效解决，也不利于市场的稳定，从而增加了争端解决的不确定性。

因此，随着中国对外贸易的扩大，由于经济体制和文化的差异，与贸易伙伴产生贸易摩擦在所难免，但如果双方无法诉诸有效的法律途径而仅通过政治外交的手段化解矛盾从而缺少争端解决机制的约束，争端解决的时长、成本以及谈判结果的执行都缺少稳定性的保障。长此以往，不但不利于形成良好的对外经贸合作关系，而且也不利于中国“一带一路”构想的进一步发展。

2.对外贸易拓展范围受限

WTO 争端解决机制虽然多注重于有效解决贸易争端，但其更主要的目的在于为世界多边贸易体制建立可靠的、可预测性的法律体系，以保证 WTO 成员在遵循 WTO 规则和相关协议的前提下进行贸易合作[67]。

2021 年，中国迎来了加入 WTO 的 20 周年。入世 20 年，中国对全球经济增长的年均贡献率接近 30%，关税总水平由 15.3%大幅降至 7.5%，远低于入世承诺的 10%[68]，并发展成为全球第二大经济体、第一大货物贸易国和第一大外资吸收国。不可否认，中国的良好发展离不开 WTO 争端解决机制的良好运行。但目前争端解决机制由于上诉机构停摆陷入瘫痪，使 WTO 规则和相关协议的执行失去了法律约束，因而在各 WTO 成员为保证国内产业利益积极推行贸易保护主义下，以 WTO 为核心的多边自由贸易体制受到了严重冲击。例如美欧等多国在中国入世议定书第 15 条到期后[69]仍然表示中国是非市场经济国家，并拒绝撤销替代国做法。这种公然违反 WTO 规则的做法引起中国的强烈不满，也成为中美、中欧贸易关系中的一个紧张因素[70]。长此以往，如果争端解决机制无法为国际经贸保驾护航，国际贸易自由化更是无从谈起，区域性贸易体制的发展也会受挫。所以这对扩大“一带一路”贸易范围也增加了新的阻力，中国要想进一步拓展对外贸易的范围就需要付出更大的代价。

（二）危机之下中国的应对措施

在当前的“停摆”危机之下，中国应基于其在争端解决中的现实情况来选择相应的争端解决方式。上文一些 WTO 成员处理争端的最新实践，中国可进行借鉴。例如前述澳大利亚和印度尼西亚在 A4 纸案件中本着合作精神互不上诉，最终妥善解决纠纷以避免了矛盾升级。因此针对中美间贸易争端，在第一阶段的贸易协议已经达成的情况下，双方可本着善意合作的精神，考虑依据协议的争端解决条款妥善解决后续过程中可能出现的贸易摩擦。

此外，从入世后中国争端解决的历史来看，中国仅与美国、欧盟等七个成员发生过争端[71]，且值得注意的是，目前 MPIA 的 19 个成员中，已经涵盖了欧盟、加拿大、墨西哥、巴西、危地马拉这些曾和中国发生过争端的成员。因此，后续针对上述成员尤其是与欧盟、加

---

[67] 参见咎琪、方友熙：《WTO 争端解决机制危机下中国的应对研究》，载《全国流通经济》2019 年第 8 期，第 26 页。

[68] 数据参见政府信息公开“中国加入世贸组织——为经济全球化注入强劲动力”“http://www.xiushui.gov.cn/xxgk/xzxxgk/xwx/tzgg_127890/202104/t20210406_4816222.html#，访问日期：2021.4.12

[69] 根据中国入世议定书第 15 条，中国加入 WTO 后 15 年内，其他 WTO 成员如果在其国内倾销法中认定中国为非市场经济国家，则在对华饭倾销时可以继续采用替代国做法，即不采用中国的价格进行比较，而采用第三国的价格。

[70] 参见屠新泉、李帅帅：《非市场经济地位对中国对外贸易影响的量化分析》，载《国际经贸探索》2019 年第 35 卷第 8 期，第 105 页。

[71] 具体为美国、欧盟、加拿大、墨西哥、日本、巴西、危地马拉，其中中国作为原告一共有 44 起案件，作为被告一共有 21 起案件。

拿大之间的上诉案件，中国可以借助 MPIA 妥善解决相互间的上诉争端[72]。为此，针对 MPIA 目前在实施过程中出现的一些困境，尤其是针对美国的反对，中国需要熟悉和加强对该规则的研究，并注重该机制与现有上诉机制的关系协调，以为后续的实际运用提供有效支撑。

1.积极维护争端解决机制，承担上诉机构改革中的中国角色

基于我国对外经济对 WTO 规则的依赖性及以上分析，上诉机制停摆已经对我国经济造成了严重损害。因此我国应认识到，面对美国为维持其全球经济霸主地位以试图重回之前“弱肉强食”的世界经贸格局的行为，我国应该积极推动 WTO 改革，在维护争端解决机制的过程中承担中国角色。正如我国于 2019 年 5 月 13 日正式向世贸组织提交的《中国关于世贸组织改革的建议文件》[73]中所提出，目前优先解决上诉机构法官遴选是化解世贸组织生存危机的关键和紧迫性问题，由于争端解决机制对世贸组织发挥在世界经贸格局中的作用尤其重要，因此各成员应加强交流与沟通，维护上诉机构的公正地位以尽快启动上诉机构遴选。

在我国参与上诉机制改革过程中，首先必须坚定我国的根本立场以维护根本利益。其次作为最大的发展中国家，我国应有大国担当并努力维护广大发展中国家的权益，尽量减少发展中国家在参与上诉机制过程中可能遇到的阻力。最后我国应在改革中坚持公平公正原则，努力维护多边贸易体制的核心价值和非歧视与开放的多边贸易体系，为国际经贸格局营造一个良好的环境。

从长远利益出发，我国还需要看到上诉机构本身的体制性问题。例如其在实际运行过程中权力范围过广和争端解决的效率与成果问题，若美国继续利用协商一致的原则不同意对 DSU 改革并且继续阻止上诉机构成员遴选，则我国在推进上诉机构改革的过程中需要进一步与其他成员进行合作与交流，重新考虑“协商一致”原则以解决目前机构的瘫痪危机，以尽快恢复争端解决机制的正常运行。例如，可利用 DSU 第 25 条中规定的仲裁庭，进行上诉审查工作；又如暂时背离 WTO 秉承的协商一致原则，由美国之外的成员（共 163 个）推动上诉机构成员遴选，以恢复其正常运作，防止单个成员的持续反对使上诉机构陷入瘫痪[74]。而且基于《联合方案》的广泛提案方，表明目前中国与 WTO 其他成员方尤其是西方发达经济体在当前改革中已经达成了广泛共识，虽然该方案在美国的无视下还存在很多困难，但中国作为 WTO 的重要成员理应加大与其他成员方的合作与交流并持续推进[75]。

2.加快推进建设有效的“一带一路”争端解决机制

“一带一路”倡议是中国全面深化改革开放和深度融入全球化的重要渠道，因此在 WTO 争端解决机制无法有效保障我国利益的情况下，推进有效“一带一路”机制的建设可以在很大程度上缓和该危机，同时提升中国在 WTO 改革中的话语权[76]。所以我国应持续搭建中国同世界各国协作交流的桥梁，缓和与其他各国的经贸摩擦以保持中国对外贸易的健康发展。鉴于“一带一路”沿线国家的贸易主张和贸易制度都不相同，因此中国在推进建设争端解决

---

[72] 参见彭德雷：《十字路口的世贸组织上诉机构：改革观察与最新实践》，载《国际经贸探索》第 36 卷第 9 期，第 97 页。

[73] 参见《中国关于世贸组织改革的建议文件》，http://sms.mofcom.gov.cn/article/cbw/201905/20190502862614.shtml，访问日期：2021.4.12

[74] 参见贺小勇，陈瑶：《“求同存异”：WTO 改革方案评析与中国对策建议》，载《上海对外经贸大学学报》2019 年第 2 期，第 32 页。

[75] 参见廖凡《世界贸易组织改革：全球方案与中国立场》，载《国际经济评论》 2019 年第 2 期，第 42 页。

[76] 参见李杨，尹紫伊：《美国对 WTO 争端解决机制的不满与改革诉求》，载《国际贸易》2020 年第 7 期，第 78 页。

机制时应体现多元、灵活的争端解决模式，充分考虑各国之间的差异性和实际需求[77]。在此基础上还可以借鉴 WTO 争端解决机制已有的独特之处，吸取其在实践过程中出现缺陷所反映的经验教训，并设立一个具有强制力的执行机构，以保障裁决的有效执行。

3.优化贸易结构，完善市场准入负面清单制度

中国的对外贸易结构不平衡一直是中国在对外贸易中产生诸多贸易摩擦的一个重要原因，货物贸易顺差和服务贸易逆差严重影响了中国对外贸易的高质量发展。因此我国迫切需要调整和优化我国货物贸易和服务贸易在贸易格局中的比重，着重提高我国服务业尤其是新兴服务业的国际竞争力。我国自《市场准入负面清单（2018 年版）》公布以来已全面实施市场准入负面清单制度[78]，因此面临瞬息万变的国际经贸市场，我国需要不断完善该制度，优化我国贸易格局，发挥市场在资源配置中的决定性作用，以加快我国社会主义市场经济体制的完善历程，从而减少与发达经济体的贸易摩擦。

六、结语

尽管争端解决机制存在许多固有缺陷亟待改革，但其作为 WTO 的一部分在解决国际经贸争端、维护世界自由公平贸易方面具充当了关键角色，对我国经济的重要性也不言而喻。目前上诉机制的瘫痪使该组织陷入了僵局，诸多上诉案件无法得到有效解决。虽然当前由于美国重回“单边主义”的外交模式及其“美国优先”的谈判目标，恢复原有的 WTO 争端解决机制和既有的多边经贸格局还存在诸多困难，但通过探究危机的原因和分析机制本身存在的积弊也会让更多成员方意识到上诉机构改革的急切性和必要性，所以促进其早日正常运行也会成为各国的共同诉求。纵观危机下争端解决的各种可能，尽管 MPIA 在受到诸多质疑与美国的阻挠下还未曾有过实践，但其鉴于其临时性和开放性等诸多优点，该方案仍然是促进国际争端解决的强有力途径。同时我国作为世界第二大经济体和最大的发展中国家，面对该危机，我国要在推进改革过程中坚定立场并灵活应对来自其他成员的质疑。一方面要积极参与争端解决路径的创新尝试，另一方面也要密切关注 WTO 争端解决的最新实践，并优先推进上诉机构改革。同时还要从长远利益出发维护广大发展中国家的利益，不断推进建设有效的“一带一路”争端解决机制并完善我国的社会主义市场经济体制，努力加强与其他国家的沟通与交流，在求同存异中不断完善中国方案，向世界贡献中国智慧。

【参考文献】

[1]U.S. Refusal to Appoint Members Renders WTO Appellate Body Unable to Hear New Appeals. 2020, 114(3):518-525.

[2]Joanna LANGILLE. The tradeâ abour relationship in the light of the WTO Appellate Body's embrace of pluralism. 2020, 159(4):569-589.

[3]Chang fa Lo, Junji Nakagawa, Tsai fang Chen. The Appellate Body of the WTO and Its Reform. 2020,

[4]陈凤英,孙立鹏. WTO 改革:美国的角色[J].国际问题研究,2019(02):61-81+138.

[5]孔庆江.一个解决 WTO 上诉机构僵局的设想[J].清华法学,2019,13(04):197-207.

[6]李杨,尹紫伊. 美国对 WTO 争端解决机制的不满与改革诉求[J].国际贸易,2020(07):72-79.

[7]廖凡. 世界贸易组织改革:全球方案与中国立场[J].国际经济评论,2019(02):32-43+4-5.

[77] 参见何芬：《探究“一带一路”战略背景下的国际贸易争端解决机制的建立》，载《科技风》2018 年 11 月刊，第 26 页。

[78] 参见卞文志：《市场准入负面清单再升级》，载《中国审计报》2019 年第 5 期，第 26 页。

[8]石静霞.WTO《多方临时上诉仲裁安排》:基于仲裁的上诉替代[J].法学研究,2020,42(06):167-185.

[9]石静霞,白芳艳.应对 WTO 上诉机构危机:基于仲裁解决贸易争端的角度[J].国际贸易问题,2019(04):13-34.

[10]杨国华.WTO 上诉机构的产生与运作研究[J].现代法学,2018,40(02):147-156.

[11]杨国华.WTO 上诉仲裁机制的建立[J].上海对外经贸大学学报,2020,27(06):29-38.

[12]杨国华.WTO 上诉机构危机中的法律问题[J].国际法学刊,2019(01):72-84+167.

[13]王思敏. WTO 上诉机构僵局研究[D].山东大学,2020.

[12]王联合,张翔.美国与世界贸易组织改革:战略考量与潜在影响[J].复旦国际关系评论,2020(01):94-110.

区域竞争规则的“多边主义导向”——对 RCEP 竞争规则的评述和展望

荆鸣* 大连海事大学法学院

摘要：东盟主导的《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）成功签署标志着多边主义的胜利。国际经贸规则的语境中区域化对多边贸易体制的作用经历了从碎片化到能够促进多边主义的演变过程。尊重各成员主权平等，对现行多边规则足够尊重，就具体制度进行协调是当下多边主义概念的三个要素。在缺乏多边规则的竞争领域，多边主义导向表现为尊重多边层面的整体性安排，符合所有制中性，注重贸易的公平性与包容性。RCEP 竞争规则恰如其分地诠释了区域竞争规则的多边主义导向，呈现澳版竞争中立要求的原始面貌。RCEP 竞争规则未来将扩大影响，具有发展为多边规则的潜质。我们在与更高水平的 CPTPP 竞争规则对接时，应最大程度囊括区域竞争规则的多边主义导向，坚持所有制中性。

关键词：《区域全面经济伙伴关系协定》，区域竞争规则，多边主义导向

一、问题的提出

2020 年 11 月 15 日，《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）正式签署，成为人口最多，经贸规模最大，最具发展潜力的自贸区，被视为自由贸易和多边主义的胜利。[①]RCEP 整合了东盟与中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰多个“10+1”自贸协定及中、日、韩、澳、新五国之间已有的多对伙伴关系，其成员与《全面进步的跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）存在重叠，二者在亚太地区形成交叉并立的态势。CPTPP 颇受争议的国有企业章节在 RCEP 中没有出现。我们已表达将积极考虑加入 CPTPP，[②]一旦作出该决定，CPTPP 涉及的公平竞争问题则无法回避。本文注意到 RCEP 竞争规则不以所有制而以企业行为界定相关概念（公共机构）并判断市场的公平程度。这能否视为 RCEP 在公平竞争方面的立场？

RCEP 是区域经济一体化强势发展的产物。区域化曾在较长时间充满争议，被认为挑战了多边贸易体制，阻碍其发展完善。[③] RCEP 的成功签署被誉为多边主义的胜利，这反映了国际经贸规则的沧海桑田。区域化以一个个“碎片”的方式提升了多边体制的开放水平，[④]从贸易自由化方面对多边主义的促进作用逐渐得到承认。区域自由化只要尊重多边体制的既有安排，就被认为是符合多边主义的，或说多边主义导向的。但竞争领域不存在多边层面的安排，曾进行的协调竞争规则的尝试因各国竞争法律和政策分歧太大，诉求不一而受挫。[⑤]美欧等发达经济体还曾在区域层面协调竞争规则，诞生了 CPTPP、USMCA 等协定的国有企业章节。但这些规则以竞争中立为旗号，对国有企业商业行为进行不合理限制，构成对公有制

---

* 荆鸣（1994-），女，大连海事大学法学院博士研究生，联合国粮农组织渔业与水产司实习研究人员，主要研究方向为国际经济法，竞争法，国际争端解决，海商法与海事法。

本文系国家社会科学基金重大项目“中国海权发展模式及海洋法制完善研究”（17ZDA145），国家社会科学基金重大项目“构建人类命运共同体国际法治创新研究”（18ZDA153），国家社科基金重点项目“人类命运共同体国际法理论与实践研究”（18AFX025），国家社科基金“新时代海洋强国建设”重大研究专项“海洋命运共同体视野下的中国海洋权益维护研究”（19VHQ009）的阶段性成果。

① 商务部.国际司负责同志解读《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）之一［EB / OL］.2020，中国政府网， http://www.gov.cn/xinwen/2020-11/15/content_5561731.htm.［2020-11-15］（2020-11-15）.

② 新华社新媒体.首次！习主席说中国将积极考虑加入这个协定［EB / OL］.2020, 新华社官方账号，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1684067929036031769&wfr=spider&for=pc.［2020-11-22］（2020-11-30）.

③ Baldwin, Richard, Freund, Caroline. Preferential Trade Agreements and Multilateral Liberalization, in Preferential Trade Agreement Policies for Development［R］, by Jean-Pierre Chauffour $ Jean-Christophe Mau red.，The International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank. 2011.

④ 车路遥. 论区域经济一体化对多边贸易体制的碎片化作用［J］.武大国际法评论，2013（2）.

⑤ 金善明. 困境与路径：竞争法国际化的规范分析，社会科学［J］,2012：(11).

国家的歧视，与多边主义的含义相去甚远。竞争规则以促进公平为要义，其目标定位与倡导自由化的市场准入等规则存在不同。竞争规则与多边主义是何关系？有无可能在区域层面协调竞争规则，使区域竞争规则呈现多边主义导向？

RCEP 诞生之前，国际社会尚不存在多边主义导向的区域竞争规则。RCEP 竞争规则对不同所有制主体一视同仁，以企业行为作为规制对象，这与其它区域协定的竞争规则迥乎不同。因此，RCEP 是探索区域竞争规则符合多边主义的可能性，在区域一体化与多边主义的对立统一关系中为功能独特的竞争规则解决身份难题的绝佳素材。RCEP 文本发布不久，尚缺乏有针对性的深度研究。本文力求弥补这一缺位，首先追踪区域自贸协定盛行的国际经贸背景下多边主义概念的发展流变，为区域竞争规则的多边主义导向作出符合实际的界定；再对 RCEP 第十三章及其他章节中竞争内容进行解读和分析，大胆提出 RCEP 竞争规则恰如其分地诠释了多边主义导向这一论断；最后结合当下国际经贸形势，预见 RCEP 及区域竞争规则的多边主义导向将扩大影响，并为我国提出有针对性的应对之策。

二、多边主义导向的内涵外延界析

国际经贸领域对区域化协定的认识经历了从挑战多边体制、阻碍其发展，到提升规则的水平，为多边谈判奠定基础的过程。基本符合现行多边体制的区域自由化措施被认为是多边主义导向的，这对在缺乏多边规则的竞争领域判断何为多边主义导向具有重要的参考价值。

（一）国际经贸规则中的多边主义

GATT 的前身《国际贸易组织宪章》涵盖领域广泛，饱含建设国际经贸领域多边体制的初衷，但因美国未向国会提交审批夭折；无心插柳，谈判期间临时达成的 GATT 得到适用，奠定了国际贸易的多边制度基础。约翰．鲁杰在其 1993 年的著作中将国际关系领域的多边主义定义为依据普遍行为的原则，协调三个或三个以上国家的制度形式，在行为方式上表现为对国际公认的行为准则和规制的尊重和遵守，在制度设计上表现为各国之间的多元、平等、互利、合作的，良性互动的安排。[①]顾名思义，多个主权国家享有平等地位，都要遵守国际公认的行为准则，在具体制度中相互协调，构成这一概念的三要素。相对应地，一国以强大实力为基础（侵害其他国家的主权平等地位），采取违背国际规则的行动（不遵照既有多边规则），不顾及其他国家的反对、径直采取单方措施（违背协调要求），就被认为是单边主义的。三要素中，是否遵照现行有效的规则是多边主义在国际规则层面的表现，也是国际法中多边主义原始、狭义、影响深远的含义。但这一定义未考虑，或说不予考虑可能出现的特殊状态或紧急情况，使其难以适应波谲云诡的国际经贸交往现实。

WTO 吸取 ITO 赋予少数国家特权导致夭折的教训，按照协商一致的共识进行决策。然而，恰是这一允许所有成员平等享有决策权的模式使各国都可以阻挠多边制度的运行，导致 WTO 成立以来谈判进展缓慢，实质成果微乎其微，争端解决上诉机构成员的遴选还出现僵局。在多边体制因多哈回合受挫止步不前时，区域一体化却发展迅速。到 2012 年前后，绝大多数 WTO 成员国都至少成为一个区域协定的缔约方。[②]以多边主义为初衷的制度设计为何走向困境？原始狭义的多边主义概念赋予了多边制度太过理想化的使命，既要包容所有成员形形色色的需求，又要维持制度在多边层面的运行，还要推动这一制度向更高水平发展，三者的同时实现似乎是不可能的。由于不同成员的发展速度不一，各成员不同时间的关切也是动态的，这三项任务还存在天然的内部矛盾。因此，狭义的多边主义概念已经无法在理论

[①] ［美］约翰·鲁杰.多边主义［M］.苏长和等译.杭州：浙江人民出版社，2003.

[②] Cheewatrakoolpong，Kornkarun. Are Preferential Trade Agreements Stumbling Blocks? ［J］，The Singapore Economic Review，2012，57.

上自洽，也无法满足国际经贸关系的动态现实需要。

区域化在造成不同区域的规则适用不一致，削弱多边体制的整体性的同时，也以碎片的形式在区域内领先多边体制减少市场准入壁垒，促进贸易自由化，还能为后续的多边层面的谈判奠定规则基础，甚至催生更高水平的多边规则。[①]伴随这一积极作用的逐渐呈现，多边主义的概念也逐渐偏离其原始状态。经修正的多边主义被理解为平等对待各成员，并对现行规则保持一定的尊重；但不排斥对现行规则的更新、调整和修改，只是启动改变的程序需要一定的共识。[②]如果不顾其他成员的明确反对，采取单方行为明目张胆地挑衅现行规则，仍被视为单边主义的，或至少是单边主义导向的。根据 GATT 第 24 条，区域安排应更优惠，以促进贸易自由化为主要内容，对内、外都不应降低多边体制的开放程度。如果区域安排降低了 WTO 的开放程度（如增加关税壁垒），实质违反 GATT 第 24 条的约束，也被视为单边主义的。在区域内各成员之间达成共识，以更高水平的贸易自由化为内容的区域规则是多边主义导向的，这一论断已近乎不存在理论障碍。RCEP 以 15 个成员国的共识为基础，区域内货物贸易最终零关税产品数整体上将超过 90%，服务贸易和投资的总体开放水平也显著高于原有“10+1”自贸协定。因此，RCEP 符合当下国际经贸规则中多边主义的含义，是多边主义导向的。

（二）多边主义导向在区域竞争规则中的表现

竞争规则旨在创设和维护公平的竞争环境，其目标定位与区域一体化促进贸易自由化的整体目标存在结构性差异。竞争领域还具有强烈的本土色彩，在 WTO 框架下协调竞争规则的努力不了了之正是由于难度太大。在多大程度上尊重现行的多边规则是国际经贸规则中多边主义的重要判断依据。多边层面不存在参照对象，区域竞争规则能否成为多边主义导向的，就成了一个看似无解的难题。问题的关键在于如何确立这一标准。

首先，可参考多边主义原始概念三要素中的其他两项。尊重不同成员的主权平等地位，意味着协调竞争规则需要权衡谈判中各方的关切。成员需就具体制度进行协调，意味着谈判面临困难时，需要各方作出适当妥协。区域化协调竞争规则的谈判中，以实力为基础的强势规则输出和锱铢必较，是单边主义导向的。其次，竞争规则自身的特点及竞争与贸易规则的关系对于判断何为多边主义导向的区域竞争规则也具有重要价值。竞争规则旨在规范企业的反竞争行为，维持市场的有效运行。这一功能定位与贸易规则的功能具备一定的互补性。一国的竞争规则较为完备，具备公平的市场条件，能吸引外国投资，产生贸易自由化措施的作用。反之，一国的竞争规则不甚公平，特定领域的法规或行政措施（许可要求等）对企业构成较大负担，即使削减贸易壁垒，也削弱贸易自由化的长效收益。[③]这一微妙的联系表明区域竞争规则是贸易自由化的重要内容，对各成员的竞争规则进行必要的协调安排是贸易自由化在区域内顺利推行的保障。因此，整体上符合多边体制的贸易自由化安排的区域竞争规则，如也符合上述尊重各成员主权平等，能进行制度协调的两要素，就是多边主义导向的。

具体而言，尊重不同成员的主权平等应包括尊重各国的制度和发展模式。多边主义导向的竞争规则在所有制问题上立场应是中性的，不能区别对待不同所有制的企业。所有制中性的含义可以表达为“反对因企业所有制不同而设置不同的规则，反对在国际规则制定中给予

[①] Emerson，Perta. An Economic Integration Agreement on Services: A Possible Solution to the Doha Development Round Impasse［J］，Trade, Law and Development, 2010，2.

[②] 韩立余. 当代单边主义与多边主义的碰撞及其发展前景［J］，国际经济法学刊，2018，（4）.

[③] 张久琴. 竞争政策与竞争中立规则的演变. 国际贸易［J］，2019，(10).

国有企业歧视性待遇”。[①]多边主义导向的区域竞争规则对不同所有制的企业一视同仁，也能对不同的经济制度抱有平等尊重，不对公有制国家带有偏见。要求不同成员就具体制度进行协调表现为注重公平贸易和自由贸易的平衡，对不同发展阶段的成员怀有包容性态度。竞争领域的公平性和包容性主要关系到发展议题。多边体制给予发展中国家特殊与差别待遇是考虑到这些国家在国际贸易中长期处于不利地位，经历漫长谈判的结果，在国际社会已存在一定共识。[②]多边主义导向的区域竞争规则不会动摇或削弱这一共识。

在上述论证基础上，本文试图界定区域竞争规则的多边主义导向，在区域范围内创设和维持公平竞争环境的规则，整体上符合现行多边体制，符合所有制中性，注重贸易的公平性与包容性。这一阶段性定义与源自澳大利亚的竞争中立要求十分接近。

（三）竞争中立与多边主义导向的关联

竞争中立与区域竞争规则的多边主义导向是何关系？竞争中立最初是澳大利亚的一项经济政策，出发点是消除国有企业在商业经营中的资源分配扭曲，在国内市场创设公平竞争环境，这与区域竞争规则的目标定位近乎一致。具体要求主要包括：促成国有企业公共服务与商业职能在财务上分离，杜绝“搭便车”的交叉补贴；拉平国有企业与私营企业的起跑线；不影响国家安全的垄断领域允许私营企业进入，实现“准入前”竞争中立；国有企业的商业活动不享有公共权属带来的不公平优势。“同起跑线”不阻止国有企业凭借与“国有”无关的规模，信誉，资源等优势参与商业竞争。[③]不享受额外的竞争优势表现为融资、偿债中立、规则一致，即国有企业不得因“国有”免受卫生、财务、安全等强制性标准的规制。[④]各项措施关注的焦点是企业竞争行为对竞争环境的影响，符合所有制中性的要求。澳版竞争中立符合上述多边主义导向，具有发展为多边主义导向的区域竞争规则的潜质。

竞争中立被 CPTPP、USMCA 等区域自贸协定用作协调竞争规则的工具。然而，这些协定的竞争规则却背离了拉平竞技场的初心，呈现出专门限制国有企业的意味。表面来看，CPTPP、USMCA 均受经济实力强大的国家主导，USMCA 的谈判程序就出现了不友好的因素，在内容上也没有考虑到不同制度模式国家的差异，[⑤]没能尊重各成员的主权平等。CPTPP 第 17 章，USMCA 第 22 章均对非商业援助进行限制，涵盖政府对国有企业的支持和国有企业间的支持，这将使得国有金融机构向国有企业的正常融资行为受到限制。非商业援助以协调多边层面没有安排的竞争规则为名，实质地调整实质地修改了 WTO《反补贴协定》确立的红绿灯规则。这一修改将导致非区域成员基于原多边体制享有的待遇受到实质的削弱，堂而皇之地违背了 GATT 第 24 条，不符合多边主义导向。所有制中性是竞争中立的生命，在区域层面以竞争中立要求为工具协调竞争规则，坚持所有制中性是符合多边主义导向的必要条件。

三、RCEP 竞争规则对多边主义导向的诠释

[①] 这一概念在我国正式首次公开提出是在 2018 年国务院新闻办的发布会上，国务院国有资产监督管理委员会将其如此表达。国务院新闻办. 一文读懂－国资委：提出所有制中立——国企民企不存在谁进谁退问题［EB / OL］，2018，财经网，http://finance.qq.com/a/20181015/006505.htm.［2018-10-15］（2020-11-29）.

[②] 漆彤，范睿.WTO 改革背景下发展中国家待遇问题[J]，武大国际法评论,2019,(1).

[③] 多起案例表明澳大利亚调查机关在严格要求国有企业与私营企业在法律面前平起平坐的同时，并不禁止国有企业凭借实力与民争利，只要其优势与“国有”无关联。Commonwealth Competitive Neutrality Complaints Office, Australian Institute of Sport Swim School, Investigation No.2, 1999; Australian Government Competitive Neutrality Complaints Office, NBN Co, Investigation No.14, 2011.

[④] “澳大利亚邮政局”案中，澳大利亚邮政在海关清算程序中有更大自主权，则就构成了规则适用方面的额外竞争优势。Commonwealth Competitive Neutrality Complaints Office, Customs Treatment of Australia Post, Investigation No.5,2000.

[⑤] 越南是公有制经济为主的社会主义国家，这一独特性在 CPTPP 竞争规则中近乎没有体现。

RCEP 竞争规则，包括第十三章“竞争”和其他章节中规范相应领域补贴和反竞争实践的内容。这一部分从符合多边体制整体框架、所有制中性与竞争中立、贸易的公平性与发展议题三个维度分析 RCEP 竞争规则对多边主义导向的诠释。

（一）RCEP 竞争规则与多边体制的关系

第十三章第一条和第三条的前三款对竞争规则的目标和“针对反竞争行为的适当措施”的规定首先体现了多边主义导向。第一条规定 RCEP 旨在促进竞争，提高经济效率，消费者福利为目标，亦能便利缔约方的贸易和投资。这一目标定位以竞争规则与其他领域规则的关系切入，确立了竞争规则需要符合多边体制整体目标这一定位，符合多边体制中贸易自由化的整体框架。第三条的前三款规定缔约方应采取或维持禁止反竞争活动的法律法规，并相应执行此类法律法规，还应建立或维持有效实施竞争法律法规的主管机关，并保证竞争执法的决策独立性。这是协调竞争规则的具体要求，在各国竞争法水平差异较大的情况下，在本国创造公平竞争环境，才可能将竞争规则在区域层面协调，使之呈现多边主义导向。

RCEP 其他章节包含的一些竞争规则奠定了 RCEP 维持和尊重多边体制的基调。第二章“货物贸易”第十三条“农业出口补贴”，缔约方重申《2015 年 12 月 19 日关于出口竞争的部长级决定》（WT/MIN(15)/45，WT/L/980）的内罗毕承诺，取消已计划的对农产品使用出口补贴的权利，共同努力阻止这类补贴以任何形式重新使用。这一条文对多边层面就农业补贴问题的态度进行重述，要求 RCEP 成员国尊重多边层面的既有安排，未赋予新内容。第七章“贸易救济”第一节“保障措施”第二条“过渡性保障措施的实施”规定在削减或取消关税造成严重损害时，进口缔约方在必需限度内可相应调整关税税率。这基本是对多边层面保障措施条文的复制，RCEP 允许的保障措施的手段、限度均未超出 WTO 的范围。[①]RCEP 维护公平竞争的举措要求成员国遵守 WTO 贸易救济的相应规定，是多边主义导向的重要体现。

除竞争外，RCEP 还涉及服务贸易、知识产权、电子商务等高水平议题。多边体制对于这些议题或没有安排，或安排的约束程度、范围较局限（如 TRIPS 的保护标准）。区域安排如涉及这类问题，必然超出 WTO 的既有规则。第八章服务贸易的附件二第六条“竞争保障”要求缔约方采取合理措施，妥善阻止反竞争的交叉补贴，使用从竞争对手处获取的信息达到反竞争效果等行为。第十一章“知识产权”第八节“不正当竞争”第五十四条“有效防范不正当竞争”提到缔约方应依照《巴黎公约》明确对不正当竞争行为进行有效防范。第十二章“电子商务”第十六条强调对话对电子商务发展的价值。RCEP 对反竞争行为在高水平领域中表现的规制主要在认识和对话层面，将具体的策略留待日后谈判，这表达了对共识的高度重视。RCEP 试图将这些规则推向更高水平，但措辞和尺度谨慎，没有为区域外的国家享受基于 WTO 的权利带来负担。第十三章第八、九条将竞争章节排除争端解决的适用，规定磋商作为解决纠纷的方式，也是考虑成员国能力水平差距较大和竞争本身的复杂性作出的审慎选择。第十八章“机构条款”附件一对赋予商务环境委员会监督竞争章节规则的实施的职能，但仍要求在协商一致基础上开展工作。整体上，RCEP 的竞争规则以成员国的共识为根基，尊重多边体制，又面向未来，具备多边主义导向的宏大格局。

（二）所有制中性和竞争中立要求的表达

第十三章第三条第四、五款通过规范竞争规则的实施对所有制中性和竞争中立进行了较为完整的诠释。第四款规定缔约方应以不基于国籍歧视的方式(in a manner that does not discriminate on the basis of nationality)适用和实施其竞争法律和法规；第五款进一步规定缔约

[①] WTO 框架下的保障措施允许在最惠国待遇的基础上增加额外负担，且可采用配额和数量限制的形式。

方对全部从事商业活动的实体（all entities engaged in commercial activities）适用竞争法律法规，不考虑所有权(regardless of their ownership)，任何排除或豁免适用竞争法都应透明且基于公共政策或公共利益等理由。这两款内容互为补充，明确了“非歧视”作为竞争执法的前提，“从事商业活动的实体”的表述以行为界定主体。国有企业从事商业活动时与私营企业无差别地适用竞争法律法规，正是所有制中性的要义。

所有制中性在第八章服务贸易的措辞中体现的也十分显著。第一条“定义”第十五项“行使政府职权时提供的服务“指既不在商业基础上、也不与一个或多个服务提供者竞争”的服务，将企业行为的商业属性和竞争关系的有无作为判断政府职权行使的标准。第十七条“垄断和专营服务提供者”的措辞与 GATT 一致，第四款将缔约方授权少数几个服务提供者、实质地阻止此类服务提供者在领土内竞争的情形也视为专营服务提供者。这整体上弱化了所有权对企业承担何种义务的影响，凸显了所有制中性。附件一“金融服务”第一条“定义”第五项将“公共实体”界定为缔约方政府、中央银行或货币当局，或缔约方拥有或控制的、主要为政府目的、执行政府职能的实体；但书注明不包括以商业条件从事金融服务的实体，但包括行使通常由中央银行或货币管理机关行使的职能的私营实体。这一概念采所有权和行为的混合标准，“不包括……但包括”的设计更为偏重行为。第二条“范围”规定“行使政府职权时提供的服务”包括公共实体代表政府或由政府担保或使用政府财政资源从事的活动，将成员允许金融服务提供者从事这类活动与公共实体或金融服务提供者竞争的活动也视为行使政府职权提供的服务。RCEP 偏重行为或职能，将控制权作为参考的界定标准，是对公共机构曾引起的争议的隐晦回应。[①]这一标准作了一些妥协，但对所有制中性的坚持没有放松。

“竞争中立”（competitively neutral）在第八章第十三条“普遍服务”中直接出现，在区域协定中具有极大的突破性。该条规定缔约方有权定义其希望维持的普遍服务的义务，只要以透明，非歧视，竞争中立的方式履行，不超出定义此类服务所必需的负担，就不得被视为反竞争的。本文大胆猜测，如此表述很大程度上是试图为澳版原始竞争中立正名。USMCA 对竞争中立的变质诠释并未使用“竞争中立”的概念，RCEP 第八章第十三条对普遍服务的界定基本复制了澳版竞争中立，直接采用这一表达是宣布其含义的最佳方式。“以竞争中立的方式履行”更是明确表达以企业行为作为约束对象，间接重申了所有制中性。RCEP 竞争规则通过坚持所有制中性，实现对澳版原始竞争中立的回归。

（三）贸易公平性与发展议题的嵌入

RCEP 竞争章节维护发展中国家的特殊待遇和安排，表达了更大程度地促成贸易秩序向实质公平发展的愿景。第二条“基本原则”第二款规定各缔约方拥有进行竞争立法和执法的主权权利，同时也注意到缔约方在竞争法律和政策领域能力和水平的差异。第四、五、六条分别规定各国竞争主管机关就竞争执法相关问题进行合作的形式，合作中的信息保密要求，为建立必要的能力以加强竞争政策的制定和竞争执法进行的技术合作活动。信息保密要求在其他区域协定中尚未见得，是考虑不同成员国发展状况的差异以及一些国家对信息主权问题的敏感度作出的规则创新。这一谨慎的规定顾及各成员平等的主权地位和多样的关切。第六条对技术合作和能力建设的规定考虑到缔约方资源的可获得性，要求开展多边或双边合作，建设必要的能力以增强竞争政策和执法能力建设。这一条在文意上称符合共同利益，实际上

[①] 专家组及上诉机构的多起案例涉及 Public bodies 的属性和地位，典型的如 Appellate Body Report, United States –Countervailing Duty Measures on Certain Products from China Recourse to Article 21.5 of the DSU by China（US－Countervailing Duty Measures）, WT/DS437/RW.

更多反映了竞争政策和法律体系不甚完善的发展中国家的利益。竞争章节通过这些内容传达出区域竞争规则不能削弱多边体制对发展中国家权利的关注和重视，还需要为其更大程度地参与国际贸易提供必要条件这一含义，有效地嵌入了发展议题，诠释了多边主义导向的公平性和包容性。

四、有关 RCEP 竞争规则的展望和应对

RCEP 竞争规则诠释的多边主义导向具有强大的生命力，具备发展为真正意义上的多边规则的潜质。未来中国如顺利加入 CPTPP，促成两个区域协定竞争规则的对接，真正的多边竞争规则可能从中诞生。

（一）RCEP 竞争规则将在未来一段时间持续扩大影响

RCEP 的影响力在区域自贸协定中无出其右。区域协定的影响力与其规模、包含成员国的含金量、输出规则的质量具备高度的相关性。从规模上，RCEP 已是全球最大的区域协定，且当下对印度采无条件复原政策，印度复原概率极大，其影响力将在地理上扩散。从成员国看协定的含金量，中、日、韩三国首次现身同一自贸框架下，对东亚经济一体化具备里程碑意义。这将显著优化东亚整体营商环境，为各国企业交易极大地降低制度性成本。从规则的质量看，RCEP 实现了高质量和包容性的有机统一，不仅大幅提升货物、服务贸易和投资的总体开放水平，还纳入知识产权、电子商务、本文探讨的竞争等高水平议题。RCEP 整体上尊重多边体制的既有安排，在一些领域提升了多边规则的水平，但也符合循序渐进的规律。其谨慎的措辞和一些建设性模糊为成员国落实这些规则提供了相当的灵活度，不会对国内法律和政策造成过大压力。RCEP 成功签署后，各成员对批准的态度都十分积极。[①]这一已经具备极大影响的区域协定可能不久的将来就经 6 个东盟成员国，中、日、韩、澳、新中 3 个成员国批准而生效，[②]进一步扩大、加深其影响。

RCEP 诞生于 WTO 改革处于十字路口，新冠疫情又加剧全球经济的不确定性，单边主义和保护主义交叉感染的危急时刻。其注重成员国的共识，模糊处理可能放大分歧的敏感问题，维护贸易公平性的宏大格局具有强烈感召力。国际社会对竞争规则的需求和多边主义导向的优越性也是 RCEP 竞争规则扩大影响的原因。国际经贸领域迫切呼吁高水平的竞争规则。国有企业的因公优势外观，承担公共服务职能的特殊使命，都使得为其正名成为一项世界性难题。[③]这一身份危机已波及公司治理，国家所有人角色定位等问题，[④]亟待有针对性的公平竞争规则出台。多边层面不存在安排，区域层面的竞争规则又因涉嫌所有制歧视争议较大。所有制中性的 RCEP 在这一历史节点横空出世，恰好弥补缺位，发挥其价值。RCEP 竞争规则对发展议题十分重视，可能在区域效率和公平之间达成“帕累托最优”，促进基于比较优势的区域协调均衡发展。RCEP 成员的经济结构高度互补，区域内资本、技术、劳动力等要素较为齐全。成员间在货物、服务、投资等领域的市场准入进一步放宽后，原产地规则、海关程序、检验检疫、技术等标准会逐步整合趋同，区域内消费市场将扩容升级，区域产业链、供应链、价值链也将向更高水平发展。

（二）RCEP 竞争规则的多边“进阶”潜质

---

① 2021 年 2 月 24 日，日本政府已在内阁会议上通过批准程序。共同社. 日本内阁通过 RCEP 批准程序.［EB / OL］，2021，观察者网，https://www.sohu.com/a/452394242_120877946. ［2021-02-24］（2021-03-01）.

② 商务部.国际司负责同志解读《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）之三［EB / OL］.2020，中国政府网， http://www.gov.cn/xinwen/2020-11/15/content_5561731.htm.［2020-11-15］（2020-11-15）.

③ 王金存.破解难题——世界国有企业比较研究［M］，上海：华东师范大学出版社,1999.

④ World Bank Corporate Governance, Held by the Visible Hand – the Challenge of SOE Corporate Governance for Emerging Markets［R］, 2006，（8）.

RCEP 竞争规则尊重多边体制的框架，又对未来的规则变更保持足够的开放性，具备向多边规则发展、从区域向全球“架桥”的可能。区域一体化成果能为开拓全球市场注入潜力和动力，从而呼吁更高水平、约束面更广的多边规则。RCEP 整合而成的东亚一体化市场将释放巨大潜力，成为新时期我国扩大对外开放的重要平台。承认区域内各成员的比较优势，能“倒逼式”增强我们在关键新兴技术与先进制造业领域实现产业升级的决断力与自信，使我国产业更充分地参与竞争，推动加快形成国内大循环为主体，国内国际双循环、相互促进的新发展格局。这一巨大潜力将使全球市场更为迫切地需要多边竞争规则。颇具说服力的是，多边主义导向的生命力已被其他协定关注并借鉴。在 RCEP 成功签署后不久，《中欧全面投资协定》（CAI）完成谈判。1 月 22 日公布的 CAI 文本第一部分第二条定义中“体现政府职能行使的行为”被界定为既不以商业为基础，也不存在与一或多个经营者竞争的行为，基本是对 RCEP 这一概念的复制。中欧就 RCEP 竞争规则部分内容达成共识，一定程度上证明了弱化所有制色彩、关注企业行为这一模式的强大生命力，同时中欧两个国有企业大户的影响力也可能进一步扩展竞争规则的多边主义导向的影响。

RCEP 竞争规则对所有制中性的坚持和对澳版原始竞争中立的回归还在相当程度上突破了 USMCA 毒丸条款对中国产业的规锁。其竞争规则发扬多边主义导向的同时也侧面表达了所有制歧视的区域竞争规则的非法和不自恰性。亚太经合组织第 27 次领导人非正式会议上，习主席将积极考虑加入 CPTPP 这一高瞻远瞩的表态有利于我们在拜登政府上台初关注内部事务的窗口期占据优势，把握国际经贸规则制定中的主动权，既能防范美国率先加入对我国构成压力，又能避免被新时代的规则边缘化。RCEP 竞争规则诠释的多边主义导向具备较强的灵活性和开放性，已在诸多方面为加入 CPTPP 创造有利条件。CAI 竞争规则对 RCEP 一些内容的重申更为区域竞争规则的多边主义导向提振信心。不可否认，CPTPP 在包括竞争在内的各领域的高标准规则可能为我们带来较大压力，其中国有企业章节蕴含的变质竞争中立带有所有制歧视色彩。我们在与 CPTPP 更高水平竞争规则对接时，一些细节上的合理妥协是可预见的，这符合多边主义的协调要求。但只有多边主义导向的区域竞争规则才具有发展为多边制度的可能。因此对 RCEP 竞争规则诠释的多边主义导向不能放松，尤其需坚持所有制中性。在 RCEP、CAI 的基础上，我们加入 CPTPP 时可力争实现对所有制非中性条款的保留，借机推广区域竞争规则的多边主义导向，以期未来达成真正意义上的多边竞争规则。

【参考文献】

［1］车路遥. 论区域经济一体化对多边贸易体制的碎片化作用［J］.武大国际法评论，2013（2）.

［2］韩立余. 当代单边主义与多边主义的碰撞及其发展前景［J]，国际经济法学刊，2018，（4）.

［3］金善明. 困境与路径：竞争法国际化的规范分析，社会科学［J］,2012：(11).

［4］漆彤，范睿.WTO 改革背景下发展中国家待遇问题[J]，武大国际法评论,2019,(1).

［5］王金存.破解难题——世界国有企业比较研究［M］，上海：华东师范大学出版社,1999.

［6］［美］约翰·鲁杰.多边主义［M］.苏长和等译.杭州：浙江人民出版社，2003.

［7］张久琴. 竞争政策与竞争中立规则的演变. 国际贸易［J]，2019，(10).

［8］Cheewatrakoolpong，Kornkarun. Are Preferential Trade Agreements Stumbling Blocks?

［J］，The Singapore Economic Review，2012，57.

［9］Emerson，Perta. An Economic Integration Agreement on Services: A Possible Solution to the Doha Development Round Impasse［J］，Trade, Law and Development, 2010，2.

“Multilateralism Orientation” of Regional Competition Ruleson RCEP Competition Rules

Abstract: The successful signing of the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement (RCEP) led by ASEAN marks the victory of multilateralism. The effect of regionalization on the multilateral trading system has undergone a process from fragmentation to promoting its development. The orientation of multilateralism in the sense of competition includes conforming to the WTO system as a whole, adherence to the neutrality of ownership, and advocating the parallel of fair trade and free trade. RCEP competition rules interprets the orientation of multilateralism appropriately, which presents the appearance of the original Australian competitive neutrality. In the future, RCEP will improve the level of its rules and expand the influence. When we interface with higher-level CPTPP competition rules, we should adhere to the neutrality of ownership.

Keywords: "Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement", regional competition rules, multilateralism orientation

浅析国家航空器与民用航空器的区分

雷傲　民航局国际合作服务中心

摘要:2015 年，在国际民航组织第三十六届法律委员会会议上，波兰、保加利亚和其他 8 个国家提交了题为“国家/民用航空器定义及其对航空活动的影响”的报告。他们重申了芝加哥公约第 3 分条在应用方面遇到的如 1993 年民航组织秘书处关于国家/民用航空器的研究报告所述的那些问题和困难。国际民航组织法律委员会受邀在不修改公约的情况下就这些问题的解决方法发表意见。本文介绍了当前航空法领域的定义标准，以及与此定义标准不同的观点。并通过实例指出了在确定具体定义时的特殊情况。

关键词: 国家航空器、民用航空器、公共航空器、私人航空器

引言

1.1 航空器的分类

根据不同的分类模式，航空器可分为多种类型。从技术手段这一分类模式入手，航空器可以分为“轻于空气的航空器”和“重于空气的航空器”，前者靠空气静浮力升空，后者靠空气动力克服自身重力升空。如今，轻于空气的航空器几乎只作娱乐使用。传统作运输用途的航空器多是重于空气的航空器。此外，根据航空服务的目的不同，航空器可分为国家航空器和民用航空器。

1.2 1919 年巴黎公约[1]中的定义

国家航空器的概念最早于 1919 年巴黎公约中正式出现。公约第 30 条规定：

“下列为国家航空器：

(a) 军用航空器。

(b) 专为国家目的服务的航空器，如邮政、海关、警用航空器。

除此之外任何其他航空器都应当被认定为是私人航空器。 除军用、海关和警用航空器外，所有国家航空器均应视为私人航空器，并应遵守本公约的所有规定。”

公约第 31 条还进一步解释了军用航空器的定义：

“具体来讲，每架由服役人员指挥的航空器，均应视为军用航空器。”

这里使用的是“私人航空器（private aircraft）”的概念，而不是“民用航空器（civil aircraft）”。确定航空器是否是国家航空器的决定因素是有关航空器是否受雇于国家服务部门。1919 年巴黎公约不仅给国家航空器和私人航空器下了定义，还清晰地确定了两者定义的边界。

1.3 1944 年芝加哥公约[2]的定义

1944 年芝加哥公约第 3 条规定：

“(a) 本公约只适用于民用航空器，不适用于国家航空器。

(b) 用于军事、海关和警察的航空器，应视为国家航空器。”

这里开始出现“民用航空器”的概念，这一概念在随后的航空法律文书中继续使用。然而，第 3 条确实是一个耐人寻味的条文，它在(b)款中将三种特定类型的航空器划定为国家航空器，但不清楚该定义是举例式列举还是穷尽式列举。[3]此外，与 1919 年巴黎公约不同，

---

[1] 1919 年 10 月 13 日 26 个国家在巴黎签署的《关于管理空中航行的公约》，是第一个关于航空的国际公约，对于国际航空法的建立和发展具有重要作用，以下简称 1919 年巴黎公约。

[2] 《国际民用航空公约》是 1944 年 12 月 7 日在芝加哥召开的国际民用航空会议上签订的有关民航的公约。1947 年 4 月 4 日起生效，以下简称 1944 年芝加哥公约。

[3] Ruwantissa Abeyratne, *Convention on International Civil Aviation: A commentary*, Springer International Publishing Switzerland2014 年出版，详见第 55 页.

对于军用航空器这一特定类型没有给出明确的定义，而军用航空器往往是受到特别规则管制的一类。

2.区分国家航空器与民用航空器的必要性

2.1 定义不清晰

目前，无论是在国际公约还是国内法中，都没有给出对国家航空器和民用航空器的统一定义。虽然 1919 年巴黎公约给出了对国家航空器和民用航空器的明确而独特的定义，但它给出的定义已被后继的 1944 年芝加哥公约所抛弃。1944 年芝加哥公约中含糊不清的词语，使得公约在适用范围上产生了诸多问题。此外，1948 年日内瓦公约、1963 年东京公约、1970 年海牙公约和 1971 年蒙特利尔公约都载有与芝加哥公约第 3 条（b）款类似的条款，规定："本公约对用于军事、海关或警察的航空器不适用。"这些公约中都没有界定可以明确区分国家航空器和民用航空器的界限。国内立法中也出现了同样的状况。大多数法律在提及这两个概念时都照搬了芝加哥公约第 3 条(b)款的规定。"公共航空器"、"国家航空器"、"民用航空器"、"私人航空器"等不同的术语也根据不同国家的立法目的和宗旨的不同而有所变化。[4]

2.2 飞行自由不同

国家航空器需要获得特别许可才能飞越、技术经停或降落在另一个国家。而民用航空器则可以依据 1944 年芝加哥公约第 5 条的规定进行上述操作。如果一架未获得飞越某一国家或降落在某一国家的必要授权的航空器，若两国在其是否为民用航空器存在争议的情况下，就会出现飞越国将其认定为国家航空器，同时认定此种飞行为未经许可的飞行，并可采取适用于国家航空器的对应行动。[5]

2.3 适用公约不同

如上所述，1948 年日内瓦公约、1963 年东京公约、1970 年海牙公约和 1971 年蒙特利尔公约都载有与芝加哥公约第 3 条(b)款类似的条款，其中规定："本公约对用于军事、海关或警察的航空器来说不适用"。华沙体系则大不相同，1929 年华沙公约[6]第 2 条第 1 款规定，"本公约适用于国家或其他公法人在第一条规定的条件下所办理的运输。"1955 年海牙议定书[7]允许国家在批准加入时声明第 2 条第(1)款不适用于由国家直接进行的航空运输活动。1971 年危地马拉议定书和蒙特利尔第 2/3/4 号议定书载有与之相同的规定。

对上述航空公约的分析表明，许多后芝加哥航空公约(如：1948 年日内瓦公约、1963 年东京公约、1970 年海牙公约)与芝加哥公约第 3 条(a)和(b)的规定大致相同。而于此不同的是，华沙公约体系为代表的航空私法公约由于性质不同，采取了不同的规定，条约可适用于国家航空器。[8]

2.4 事故调查程序不同

由于 1944 年芝加哥公约及其附件仅适用于民用航空器，因此国家航空器可免于担负附件 13 中关于事故调查责任。倘若一起航空事故中，事故发生地国家认为这是一起民用航空器事故，认为它有权进行调查；而航空器注册登记国则坚持认为它是属于 1944 年芝加哥公约及其附件定义范围之外的国家航空器，那么就会产生争端。更复杂的是，有时国家航空器

---

[4] 秘书处关于"民用/国航航空器"的研究报告, ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 5 (1994)。

[5] 同上。

[6] 《统一国际航空运输某些规则的公约》，1929 年 10 月 12 日订于华沙，以下简称 1929 年华沙公约。

[7] 《修订 1929 年 10 月 12 日订于华沙的<统一国际航空运输某些规则的公约>的议定书》,1955 年 9 月 28 日订于海牙,以下简称 1955 年海牙议定书。

[8] 秘书处关于"民用/国航航空器"的研究报告, ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 5 (1994)。

事故需要走特定的司法程序。

2.5 保险责任范围不同

航空保险是专门针对航空器经营和航空风险的保险。大多数航空保险只提供给民用航空器。如果航空器是作军事目的使用的，且被视为国家航空器，那么航空器经营者、机组人员和乘客就会丧失仅为民用航空器提供的商业保险。在一些国家中，他们可以申请国家赔偿，但申请条件因国而异。

2.6 国际民航组织对 SARPs 的统计需求

航空活动可分为国家航空器活动和民用航空器活动。民用航空器活动已广泛分类为商业航空运输服务、通用航空服务、机场服务、航空导航服务、民用航空制造服务、航空培训服务、机务维修以及航空管制活动和其他活动。[9]明确的分类可以指导航空导航管理，有助于提高航空安全标准，以实现航空工业的安全目标。

3.特殊情况

除正常情况（如用于国家使用目的的国家航空器和用于民用的民用航空器）外，有三种特殊情况涉及国家航空器与民用航空器之间的转换使用。

3.1 用于国家目的的民用航空器

在战争或发生武装冲突期间，国家可能要求商业运营的民用航空航班及其机组人员免费或以获得某种补贴的形式运输军队、物资和军事装备。许多国家制定了具体的征用计划，以允许民用航空器和其机组人员在紧急状态下作为军用航空器的组成部分使用。[10]在一些国家，军方通常为购买民用航空器的机构提供部分资金，但获得这一资金有一个前提，即国家一旦发生紧急情况，这些航空器将作军事用途使用。航空器承运人也签有彼时提供机组人员、维修和服务的协议。[11]这种计划在实践中也是最常见的。

1985 年 10 月 10 日，埃及航空公司的 MS 2843 航班被埃及政府租用，用来押送据称是劫持意大利游轮的劫机者。游轮的乘客们由武装部队保护着。这架航空器被美国海军拦截并被迫降落。在扣押乘客被美国海军扣留后，航空器获准再次起飞。这起事件中，由于没有任何国家提出正式申诉，所以国际民航组织也没有采取进一步的行动。[12]

1986 年 2 月 4 日，一架由叙利亚外交人员乘坐的利比亚航空的不定期航班被以色列空军拦截并被迫降落。利比亚向国际民航组织理事会提交了正式申诉。然而，以色列对理事会在这一案件上的管辖权产生了质疑，因为他们认为，该航班应被视为是一架国家航空器，不属于国际民航组织的管辖范围。为了证明这一航班的身份属性，利比亚政府提交了适航证书和机组人员的执照副本。最后，理事会通过了一项决议，其中认为以色列“对国际民用航空实施的这一行为（拦截并使其迫降）违反了芝加哥公约的原则，并“谴责以色列的拦截行为”。[13]

3.2 用于获取报酬的国家航空器

当国家航空器一部分用于运送军事、海关或警察人员或装备，而另一部分用于运送乘客以获得报酬时，若要判断应将其视为国家航空器还是民用航空器，须综合考虑所有相关因素。事实上，这更大意义上算是一个理论问题。然而，国家航空器被全部用来运载乘客的情况也

---

[9] 7 Review of the Classification and Definitions used for Civil Aviation Activities，ICAO Doc. STA/10-WP/7, 10 (2009).

[10] 秘书处关于“民用/国航航空器”的研究报告, ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 5 (1994)。

[11] Eugene Sochor, *国际航空政治*,爱荷华大学出版社, 1991 出版，详见第 94 页.

[12] 同上，详见第 95 页。

[13] 秘书处关于“民用/国航航空器”的研究报告，ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, at 5 (1994).

发生过。拒了解，印度空军已经开始每周两次在偏远的安达曼和尼可巴群岛上运输平民乘客。国防部现在也提供民用航空器。他们向乘客收取机票，并根据飞行时数向空军支付一些费用，然后，为岛民提供机票补贴。[14]在这种情况下，航空器应被视为民用航空器，并遵循国际民航组织的相关标准。

3.3 用于其他公共服务的航空器

除 1944 年芝加哥公约第 3 条(b)款所列具体三类服务外，作其他政府公共目的使用的航空器是否可以被视为国家航空器，这是当前争论最为激烈的问题。这个问题的实质是第 3 条(b)款是针对全部航空器的规定还是仅针对部分航空器。有些学者认为，当某架航空器用于公共目的时，即使它是被用于军事、海关或警察领域以外的服务，也应被视为国家航空器。许多其他类型的航空器活动都是为了履行国家职能，例如运送国家元首或外交人员、海岸警卫队、搜救、医疗服务、测绘或地质调查服务以及救灾等。[23] 大多数国家之所以倾向于对“警察服务”一词作广义解释，以包括上述公共服务，是因为它们试图缩小国际民航组织严格的技术标准要求(包括 SARPs)。[15]

其他航空法专家坚持认为，用于其他政府服务的航空器应被视为民用航空器。一个有说服力的证据是第 3 条起草委员会主席的回忆录。在 1949 年发表的一项研究中，他写道：“决定因素是某架航空器是否在某一特定时间被实际用于三种特殊服务中的一种。如果是这样的话，那是一架国家航空器。否则，它就是一架民用航空器。[16]

民间-军事交流常设委员会(CMIC)（Civil-Military Interface Standing Committee）成立于 1997 年，目的是在欧洲空中航空安全组织（EUROCONTROL）内为军民空中交通管制协调提供一个切实可行的高级别平台。该委员会是一个用于支持欧洲空中航空安全组织临时委员会的法定机构。

由民事和军事代表组成的欧洲空中航空安全组织临时委员会第十一届会议审议了为空中交通管制目的识别国家航空器的议题，以明确在欧洲空中交通管理范围内什么是国家航空器（特别是在豁免政策和特别程序方面）的必要性。它列出了定义中的几个原则。这些原则的唯一目的是向空中导航服务提供者提供明确的指导，以说明在欧洲 ATM 环境中什么是国家航空器。原则 1 规定，“一个国家用于军事、海关和警务以外的民用注册登记的航空器不视为国家航空器。”[17]

4.解决途径

对于芝加哥公约第 3 条(b)款中含糊不清的用语，秘书处关于“民用航空器/国家航空器”的研究为解决这些问题提供了三种可能的办法。

4.1 暂不采取行动

一些专家认为，定义不清并没有导致非常多的实际问题，模糊的词语定义可以允许最大程度的灵活解释，而灵活解释会有助于扩大定义的适用范围。然而，就像上面提到的那样，国家航空器与民用航空器之间转换使用的案例越来越多。国家航空器范围的确定是大多数冲突案例的实质问题所在。没有明确的标准，国家之间就会产生冲突。

---

14 http://timesofindia.indiatimes.com/india/Air-Force-now-flying-civilian-passengersin-Andaman-Nicobar/articleshow/53581949.cms, 11/4/2019.

15 I. H. Ph. Diederiks - Verschoor, An Introduction to Air Law, ninth revised edition, revised by Pablo Mendes de Leon, published by Kluwer Law International, 2012. 第 22 页.

16 秘书处关于“民用/国航航空器”的研究报告，ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 5 (1994).

17 Definition of State Aircraft – Decision of the Provisional Council of EUROCONTROL, session 11 on 12/07/01.

4.2 对公约进行修订

一些专家建议根据 1919 年巴黎公约第 30 条修订芝加哥公约第 3 条(b)款。但是，对公约的任何修订应在得到缔约国总数中至少三分之二的国家的批准后生效，这一条件的达成将需要很长的时间。例如，对其第 83 分条有关的修订议定书于 1980 年通过，议定书于 1997 年 6 月 20 日生效。另一个例子是第 3 分条，该修订 1984 年通过，于 14 年后生效。此外，修正案只可以解决现时的问题，将来出现问题时，我们不能一而再、再而三地提出修正案。

4.3 对公约进行解释

秘书处认为，解释是目前最可行的方式。先前成功的例子是 1952 年通过（并在 1980 年重新审查通过）的关于“定期空中航行服务的定义”（文件 7278/2）。[18]

5.决定因素

为了适用芝加哥公约及其附件，秘书处关于“民用/国家航空器”的研究采用了一项标准，即用于第 3 条(b)款所列三种具体类型以外的其他公共服务目的的航空器应被视为民用航空器。它还列出了决定某架航空器用途的决定因素。与所有权、登记、标记或技术因素不同的是，它规定任何一个特定因素都不能单独地用来确定航空器的用途。下列所有因素都应予以考虑。这些应包括：

“(1) 货物运输的性质。它们是一国军队、海关或警察部门的物资或装备吗？

(2) 航空器的所有权。它是私有的还是国家所有的？

（3）运行。指定服务机构对航空器的控制和监督的程度。

(4) 运载的乘客或人员属性。他们是军队、海关或警察，还是普通乘客？该航班是否可供公众使用？

(5) 航空器注册和国家标记。

(6) 航班的保密程度。是否会提交飞行计划，并获得空中交通许可？

(7) 机组人员的性质。机组人员是普通雇员，还是军事、海关或警察人员，还是受雇于这些部门？

(8) 航班的营运人员。营运人属于军事、海关还是警察机构？

(9) 航行文件。芝加哥公约及其附件所要求在民用航空器上携带的文件是否在实际上被携带上航空器？（如：注册证书、适航证书、船员执照、旅行日志等）？

(10) 飞经区域。航空器是否会在武装冲突的情况下飞行或飞越该地区？

(11) 海关通关。是否会获得正常的通关许可？[19]

此外，秘书处强调，这份清单不是排他性的，它是指示性的，还可以考虑其他相关因素。当涉及到特定的情况时，应对不同的因素给予不同的权重。

在国际民航组织法律委员会第三十六届会议上，波兰、保加利亚和其他 8 个国家的代表提交了“国家/民用航空器定义及其对航空的影响”。他们重申了上文所列的因素。国际民航组织受邀在不修改公约的情况下，就解决适用于芝加哥公约第 3 条(b)款时遇到的问题发表意见。[20]

6.结论

1944 年芝加哥公约第 3 条(b)款因其对国家航空器和民用航空器含糊不清的定义而引发了激烈辩论。然而，现在依然还没有明确的相关标准，这就给芝加哥公约及其附件的适用性

---

[18] 秘书处关于“民用/国航航空器”的研究报告，ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 5 (1994).
[19] 秘书处关于“民用/国航航空器”的研究报告，ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 5 (1994).
[20] “国家/民用航空器定义及其对航空的影响”， ICAO Doc. LC/36- WP/2-6, 12(2015).

带来了不确定性。国家冲突也正是因此而产生的。建议理事会通过对第 3 条(b)款的解释，对缔约国进行指导。对第 3 条(b)款的适当解释应表明，用于军事、海关或警察事务的航空器应视为公约规定的国家航空器。反之，除指明的政府服务外，所有用于其他用途的航空器，均应视为民用航空器。在决定航空器的身份时应考虑到若干因素。

国际法视阈中的水下文化遗产与海洋能源互动研究

李松洋*　武汉大学国际法研究所

摘要：海洋能源开发与水下文化遗产保护的法律制度有各自侧重的维度，但海洋空间的开发与利用是一个立体的、多方位的过程。因此，开发与保护之间极有可能面临现实的冲突。而这类冲突主要是因为制度的不平衡而导致的，其形式大多表现为海洋空间规划的不平衡与环境损害赔偿制度的不完善。具言之，国际法的“碎片化”和国际法与国内法的关系是产生这类制度冲突的主要原因。为了解决这种冲突，必须以促进能源开发兼顾水下文化遗产保护为原则，并在这一原则的指导下，通过环境影响评价、调整就地保护原则、增设能源企业的地质数据分享义务和损害赔偿责任，从而有效缓解制度冲突。

关键词：国际法；海洋能源；水下文化遗产保护；《保护水下文化遗产公约》；法律平衡

一、前言

随着国际法的进一步发展，许多专门领域的立法产生，但是各分支之间的法律冲突与国内法的相互渗透也为法律实践造成了困扰。在海洋能源开发的国内外法律制度与水下文化遗产保护的国内外法律制度之间存在明显冲突。海洋能源开发的过程，不可避免地对开发区域内的水下文化遗产造成不同程度的影响。如果文化遗产因此遭受损害，当前法律制度能否提供救济；如果在水下文化遗产保护区内发现储量巨大的海洋能源，是否应该为了保护文化遗产禁止开发。

《保护水下文化遗产公约》（后文简称《公约》）回避了诸如此类能源开发所引起文化遗产保护问题的规制，而国际油污基金也没有赔偿文化遗产损害的规则。针对这一问题，本文依次分析相关国际和中国法律制度，并试图分析冲突的产生及其原因，为缓解冲突提出相关制度改善建议和指导原则。

二、海洋能源与水下文化遗产法律冲突的产生及其原因

中国海洋能源开发与水下文化遗产保护制度的冲突主要表现在两方面：一是海洋空间规划的冲突，即排他性的海洋功能空间规划导致能源开发权益与文化遗产保护权益的冲突；二是环境保护制度的不完善，即国际、国内法律体系在面对能源开发导致的海洋重大污染事件时，无法为文化遗产保护提供充分的救济。

1.中国海洋空间规划时忽视水下文化遗产保护

海洋能源开发会对水下文化遗产造成或极大可能造成损害。以海上风电为例：风力发电的涡轮机深入海底，直接占据了较大一块海床并将其作为地基；风机需要通过长达几十公里或更长的海底电缆与岸上输电设施连接，而海底电缆建设需要对海底进行挖掘，这很有可能危及附近的水下文化遗产；风电设备诸如风机可能会对海岸遗迹和近海水下历史景观欣赏产生负面视觉影响，这类能源开发建设，也可能对水下文化遗产造成各种间接和次要的影响。[1]

中国政府对于海洋空间规划制度以《中华人民共和国海域使用管理法》、各省的管理条例和管理办法为主。而在这些法规中直接涉及能源开发区域规划的只有上海、海南、广东、

---

* 武汉大学国际法研究所博士研究生。

1 Martijn Manders，Offshore Renewable Energy Development Wind Farms in The North Sea,Conference Book：UNESCO Scientific Colloquium on factors Impacting Underwater Cultural Heritage
UNESCO regional Meeting on the Protection of the Underwater Cultural Heritage,P-57, Royal Library of Belgium, Brussels 13 - 15/12/2011

福建、河北五个大陆沿海省级行政区，只占中国大陆地区沿海省级行政区的45%左右。[2]且这些法律法规中几乎没有条文明确涉及水下文化遗产保护。

不仅仅是中国，有一定数量的国家在海洋空间规划中，也未重点关注水下文化遗产保护。主要原因可能是：海域空间规划的目的主要是为了解决海洋资源利用与环境保护之间的协调问题，它很少关注海洋开发活动（如油气勘探开发）及其对水下文化遗产的影响。[3]

可法律制度作为决定权利分配的重要因素，对多方博弈情境下的均衡抉择产生重要影响。水下文化遗产保护制度的缺失会激励能源开发企业规避履行保护开发水域文化遗产的责任，另一方面增大了水下文化遗产抢救性保护的概率，进而提高文物保护的成本，这一成本最终将由整个社会承担。对该法律制度的忽视导致了能源企业、政府、社会三方利益的冲突。例如，如果法律制度只重视海洋能源开发却忽视水下文化遗产保护，这种情况下，它维护了能源企业利益却增加了政府行政成本和社会负担，这既不符合经济效率，也有违公平、正义。

2.国际、国内环境损害赔偿制度未能救济水下文化遗产

海洋能源开发与水下文化遗产保护的冲突另一表现为：环境损害赔偿制度的缺失，即当海上油气开发平台漏油事故[4]等重大环境危机发生后，现有的国际、国内法律体系无法为水下文化遗产保护提供充足的制度保障。

（1）国际法律体系无法充分保护水下文化遗产。《公约》只对直接以水下文化遗产为对象的活动进行规制，且其在第1条第6[5]款和第7款[6]对直接活动与间接活动进行区分，而能源开发诸如建设石油钻井平台、铺设海底电缆等都被认为是间接活动。《公约》直接涉及间接活动的是第5条，即缔约国有义务防止或减轻任何间接活动可能造成的不良后果。海洋能源开发所产生的油污事故当然是由间接活动造成的负面影响，但是《公约》又仅规定各国有义务采取措施。这种规定是实质上要求一国政府设立一套制度，切实有效地规制间接活动所产生的负面影响，或者只是要求一国政府在形式具备相关法律制度以表明缔约国履行该项义务。具体到能源活动产生的海洋污染，无论是第5条还是其他条文都没有直接涉及。因此，在污染发生导致水下文化遗产受到损害时，《公约》无法提供充分的法律保障。

同时，国际海洋油污治理公约体系也无法保护水下文化遗产。1954年《国际防止海洋油污公约》、1969年《国际干预公海油污事故公约》、1971年《设立国际油污损害赔偿基金公约》、1992年《国际油污损害民事责任公约》等有关海洋油污的国际公约大部分对海上油气勘探开发设施的法律地位没有明确，且赔偿范围也大多不包括油气开发的损害赔偿。因此，以上公约更不可能涉及规制油污对水下文化遗产造成的负面影响或破坏。

（2）中国国内法无法充分保护水下文化遗产。《中华人民共和国水下文物保护管理条例》第10条规定法律惩罚，但这种规制也是和《公约》一样，只涉及以水下文化遗产为对象的

---

2 参见上海市政府《上海市海域使用管理办法》，上海市人民政府令[2005]第54号，第7条；海南省人民代表大会常务委员会《海南省实施〈中华人民共和国海域使用管理法〉办法》，海南省第3届人民代表大会常务委员会公告[2005]第3号，第3条；广东省人民代表大会常务委员会《广东省海域使用管理条例》，广东省第十届人民代表大会常务委员会公告[2007]第72号，第12条；福建省人民代表大会常务委会《福建省海域使用管理条例》，闽常[2006]6号，第10条；河北省第人民代表大会常务委员会《河北省海域使用管理条例》，河北省第十届人民代表大会常务委员会公告[2006]第66号，第16条。

3 See Marilena Papageorgiou，Underwater Cultural Heritage Facing Maritime Spatial Planning:Legislative and Technical Issues,165 (11) Ocean & coastal management 199（2018）.

4 本文讨论的海洋能源开发导致的污染损害赔偿主要是油气开发。

5 《保护水下文化遗产公约》第1条第6款：“开发水下文化遗产的活动”系指以水下文化遗产为其主要对象，并可能直接或间接对其造成损伤或破坏的活动。

6 《保护水下文化遗产公约》第1条第7款：“无意中影响水下文化遗产的活动”系指尽管不以水下文化遗产为主要对象或对象之一，但可能对其造成损伤或破坏的活动。

直接活动，而未规定涉及到开发海洋能源的活动。

《中华人民共和国文物保护法》第 64 条规定，“故意或者过失损毁国家保护的珍贵文物的”会构成犯罪，可能被追究刑事责任。首先，什么是珍贵文物？中国国内法对其没有明确界定。中国的文物管理有分级管理制度，却没有“珍贵”这一级别。那么，对文物造成损害的都对其进行刑法制裁，可能会导致过于宽松地适用刑法。其次，该法第 66 条和 67 条要求，对于既有的文物保护的区域进行的建设、开发活动不得损害、污染及破坏保护区域或区域内的文物。这些规定的前提是政府已经设立文物保护区域或发现某区域内存在文物。若破坏行为事前没有发现某个区域内存在文物，应如何处理，是否承担任何责任，还是采用第 66 条、67 条进行规制，均有待进一步讨论。具体到海洋能源开发活动，国内文物保护法律体系不足以应对如下问题：一是因能源开发导致的环境污染能否认定为破坏区域内文物的行为，二是能源活动进行过程中发现对其产生非故意导致的文物（事前未发现的）损害应如何处理。

且国内海洋油污治理法律体系无法充分保护水下文化遗产。在中国交通部发布的《船舶油污损害赔偿基金理赔导则》中，只对应急处理费用、控制或清除污染费用、渔业、旅游业等直接经济损失、恢复海洋生态与天然渔业资源等措施费用予以明确规定。并且，这些法律主张其他行业所遭受的损失必须与油污事故具有直接因果关系，且在直接经济损失范围内。

国内海洋油污治理法律体系无法保护水下文化遗产，主要有以下原因：首先，此类基金并不涉及海洋能源开发设施导致的环境污染事故；其次,如果司法层面适用于类似规定可能导致诸多问题无法得以解决，例如水下文化遗产能否纳入保护范围，直接经济损失的内容有哪些，水下文化遗产因油污损害能否主张直接经济损失等问题。

3.海洋能源与水下文化遗产法律冲突的原因

基于以上分析，海洋能源开发与水下文化遗产保护制度冲突的主要原因在于这两方面的国际法与国内法自成体系，甚至部分条文制定的过程中没有考虑其自身与相关法律的协调。这种冲突呈现出国际立法“碎片化”、国内立法分散化的特点，以及国际法与国内法互动过程中的失衡。

（1）国际法的“碎片化”是导致冲突的原因。随着国际贸易、环境和人权法等越来越多的专门领域国际法的兴起，国际法呈现一种扩散的趋势，其作为一个整体系统正处于分裂的状态[7]；各种专门的和相对自治的规则或规则复合体、法律机构以及法律实践领域随之出现[8]，这就是国际法的“碎片化”。此种发展趋势的特点是相近国际法分支体系的相对独立或分散的立法和司法实践逐渐增多，这也导致了国际法各分支体系之间的制度冲突的频繁发生。

《公约》产生的背景是越来越多的水下文化遗产被发现，因为缺乏国际协调与规则机制，对水下文化遗产的盗取或商业打捞等行为导致破坏现象屡屡发生。同时，各国意识到遗产所蕴含的巨大历史、文化价值和保护水下遗产的紧迫性，并认为有必要开展国际立法以实现保护目的。因此，《公约》往往重点关注直接影响文化遗产的人类活动，对于其他影响文化遗产的活动规制较少。

海洋能源开发与水下文化遗产保护紧密相关，主要体现在以下两个方面，一是海洋能源开发活动可能直接破坏水下文化遗产，二是能源开发产生的环境事故可能导致遗产所在地点物理环境的改变从而间接损害文化遗产。直接规制能源企业和沿海国的国际油污防治公约，仅仅对油污事故导致的环境损害和利益相关人的经济损失予以救济，水下文化遗产却不在其

7 See Malcolm N. Shaw, International Law 324 (8th ed. ,Cambridge University Press 2017).
8 参见杨泽伟:《当代国际法的新发展与价值追求》,《法学研究》2010 年第 3 期，第 177 页。

保护范围之内。沿海国基于国际海洋法律制度，在其管辖海域设立的保护区和能源开发区，表现出一种绝对的海洋空间规划观点，即能源开发与文化遗产保护是一种排他性制度安排，在同一空间两种活动不能并存。这种制度设计既不符合法律最基本的公平原则，也不符合国际能源法所要求的可持续发展原则。

（2）国际法与国内法的关系是导致冲突的原因。在国内法与国际法相互关联过程中，国内法与国际法的不协调之处存在潜在危害：主权国家国内法与国际法规则存在冲突，选择适用国内法，可能成为他国提起国际争端的借口。[9]在能源开发与遗产保护过程中，对于中国不利的局面是：一旦中国法院在处理海洋能源开发导致的污染案件不涉及水下文化遗产的保护或中国政府缺乏在海洋能源开发区域保护水下文化遗产的具体制度时，水下文化遗产所有国可能就此向国际司法机构提起诉讼，干涉中国专属经济区的海洋能源开发活动。

二、海洋能源与水下文化遗产法律冲突的平衡

中国海洋能源开发与水下文化遗产保护制度冲突的解决，首先，要确认中国在这两方面的利益和总结基于利益而体现的当前制度的价值追求；其次，基于制度的价值追求分析，确立制度协调的价值取向；最后，基于中国国情，提出法律制度冲突调整的基本原则。

1.可持续发展是中国海洋能源开发的价值追求

虽然中国的能源资源总量丰富，但存在人均不足、分布不均、消耗总量和增速大、对外依存度高的特点。目前中国占了全球二氧化碳排放量增长的近三分之二，从 2019 年末起，中国的人均二氧化碳排放量已超过欧盟。[10]若考虑气候变化的约束，无论是增速还是总量中国能源消耗呈现一种不可持续的趋势。

而开发海洋能源不仅能源满足中国能源需求，还能进一步降低化石能源消耗，使能源结构转向绿色、可持续。因此，海洋能源开发能够保障一国的能源安全，即能源供应安全和使用安全，也就是提供持久充足稳定的能源供应和能源生产、消费与生态环境保护相契合。[11]

从当前国际能源治理的趋势和特征来看，可持续发展原则成为国际能源法的一个基本原则[12]，该原则在《联合国气候变化框架公约》 《里约环境与发展宣言》 《欧盟职能条约》等国际法律文件中得到体现。

故基于保障中国能源安全和顺应国际能源治理的趋势，在海洋能源开发过程中，中国应以可持续发展原则为其价值取向。

2.全人类共同利益是中国水下文化遗产保护的价值追求

中国古代海上贸易发达，形成“海上丝绸之路”，线路沿线古港口、沉船和所载货物及其他人类活动遗址众多。但目前，中国并没有完整的水下文化遗产数据统计，正处于遗产资源调查阶段，缺乏有效的针对性保护。[13]

水下文化遗产的客观情况要求中国政府加大保护力度和制度建设，而与海洋能源开发如何平衡，做好制度衔接是中国政府不可忽视的问题。

---

9 See Edwin Borchard,The Relation between International Law and Municipal Law,27(2) Virginia Law Review 140-146 (1940).

10 See Laszlo Varro & An Fengquan, China’s net-zero ambitions: the next Five-Year Plan will be critical for an accelerated energy transition, https://www.iea.org/commentaries/china-s-net-zero-ambitions-the-next-five-year-plan-will-be-critical-for-an-accelerated-energy-transition,Visted on 15 November 2020.

11 参见杨泽伟：《我国能源安全保障的法律问题研究》，《法商研究》2005 年第 4 期，第 19 页。

12 See Alexandra Wawryk , Interantional Energy Law: An Emerging Academic Discipine, Paul Babie & Paul Leadbeter , Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook 235-247(University of Adelaide Press 2014).

13 参见赵亚娟：《联合国教科文组织《水下文化遗产公约》研究》，厦门大学出版社 2007 年版，第 166 页。

水下文化遗产对于人类社会具有显著的历史、经济、文化和教育价值。在《公约》第2条目标和一般原则中要求公约各项条款，基于全人类利益保护水下文化遗产。虽然《公约》中的人类共同遗产原则并非简单理解为全人类共同所有，但不可否认水下文化遗产对于沿海国、船旗国、来源国、联系国乃至人类社会具有重要的意义。此意义不应仅在历史、经济、文化等维度体现，更应上升到一种更高维度即对于水下文化遗产的保护和研究最终是为人类社会的未来发展提供指导。因此，为了全人类共同利益而保护应是水下文化遗产保护基本价值取向。

3.中国海洋能源与水下文化遗产法律冲突平衡的对策

法律的主要作用就是调整利益冲突，调整范围不局限于个人利益、社会利益还包括各国之间的利益和整个人类社会的利益；而调整利益冲突方式就是通过规定利益重要度评价的一般性规则实施。

（1）减低冲突和平衡利益是协调法律制度的价值取向。虽然现有实在国际法体系没有对各种法律权益做出清晰界定，且仅以哲学方法为依据评判不是一种普遍有效的权威等级排列，但通过自然国际法的发现，可以理解、证实权益并不同等，例如生命利益是一切利益的正当前提。

生命权的维护离不开健康权、经济权等，而只有人获得发展，经济社会获得发展即发展权的实现，才能巩固其他人权 ，而能源就是保障生存和发展的物质基础。海洋能源开发能保障能源供应安全，能源消费安全及能源结构安全，为人类社会存续和发展提供支撑。

《公约》虽然有所有水下文化遗产适用人类共同利益原则的内容，但具体条文以“Acknowledging”呈现，其是一种非强制性法律义务，更强调以合作方式基于人类共同利益，而非仅考虑本国利益的方式采取水下文化遗产保护。这种人类共同利益侧重的水下文化遗产对于整个人类的历史、文化及教育意义，显然在现实中此类利益与能源安全利益相冲突时多让位于能源安全。但利益调整不是以完全牺牲某种利益的形式，具体在海洋能源开发与水下文化遗产保护的情境下，做到尽可能降低冲突的负面影响，平衡两种利益。

（2）能源开发为重和兼顾水下文化遗产是法律制度调整的基本原则。海洋能源开发与水下文化遗产保护两个社会活动的冲突背后是两种法律权利的冲突，前者是对于生存权的追求，后者是维系全人类共同利益。两者的冲突的平衡可以借鉴国内法“权利位阶”理论进行调整。

“权利位阶”依据规则对不同权利等级或者顺序进行对比划分，承认权利的实质不平等，根据分配正义，确定权利的价值的重要度，从而成为一种法律规则指导社会实践。[14]能源是人类生活的必需物质，目前中国岸基能源无法满足其能源需求，对外依赖程度高，潜在风险积聚，为了稳定能源供应，海洋能源开发势在必行。而水下文化遗产保护是在中国经济发展向注重质量发展过程中一个分支任务，更是履行大国担当维系全人类共同利益的要求。两者产生冲突应以保障社会稳定，国家生存发展必需的能源为首位即生存权高于人类共同利益。在冲突情景下，对于能源开发的追求并没有从根本上损害全人类共同利益；因为人类共同利益最根本内容应是全人类生存发展之所需，即包含生存权之追求。

但两者的冲突并非绝对不相包容的，平衡的基本原则是：促进能源开发为第一要务，不得损害自然环境，兼顾水下文化遗产保护。

---

14 参见张平华:《权利位阶论———关于权利冲突化解机制的初步探讨》,《清华法学》2008年第1期第51-54页。

而能源开发为重和兼顾水下文化遗产的具体内容是：保障海上重大战略能源区域开发为首位，兼顾水下文化遗产保护，两者冲突时水下文化遗产采取打捞保护的方式；在非重大战略区域若存在重大历史意义、价值水下文化遗产采取有利于遗产保护的方式进行，海上能源开发区域尽可能规避此区域；对于区域存在一般历史价值的文化遗产，采取打捞保护，尽量不影响能源开发；整个开发区域不得损害生态环境，尽量降低对环境的负面影响。

三、中国海洋能源与水下文化遗产冲突的法律调整

中国的海洋能源开发与水下文化遗产保护制度的冲突主要集中在海洋空间规划与环境保护制度方面。对于这两方面的冲突，可以从环境影响评价制度、就地保护原则、地质数据分享、海洋能源开发的环境损害赔偿范围覆盖水下文化遗产等四个角度进行国际法适用和国内法适用的法律调整，以达到有效缓解制度冲突的目的。

1.环境影响评价制度的调整

环境影响评价制度很大程度影响海洋能源开发区域的水下文化遗产规制。而无论是《联合国海洋法公约》，还是中国国内有关海洋能源开发环境保护与水下文化保护的法律法规，都没有明文规定环境影响评价制度能否适用于海洋能源开发与水下文化遗产保护冲突的情形。因此，需要法律解释以调整环境影响评价制度的适用。

（1）国际法律体系下保护义务适用的调整：有学者认为根据《联合国海洋法公约》第149条与第303条，水下文化遗产保护仅涉及领海、毗连区及国际海底区域，即各国只在以上区域具有保护水下文化遗产的法律义务，而大陆架上的文化遗产不在国际海洋法保护范围内。[15]基于沿海国缺乏对专属经济区和大陆架上文化遗产的专属管辖权，最合适的方式就是沿海国作为协调国与船旗国协商解决保护问题，且仅在紧急情况下可采取措施阻止危害水下文化遗产的活动。[16]

而《公约》第9条、第10条授予沿海国管理专属经济区和大陆架的水下文化遗产的一定权限，这似乎与国际海洋法律制度不一致，但其实这与《联合国海洋法公约》精神相契合。因为《联合国海洋法公约》第301条第1款规定，各国有义务保护水下文化遗产。故而，《公约》第9、第10条应理解为国际海洋法律制度精神的具体化。[17]

因此，中国在其管辖海域范围内开发海洋能源，当然负有保护水下文化遗产的国际义务。无论中国是否加入《公约》，这一义务是国际海洋法律制度具体法律条文和精神所要求的。对于保护义务的解读应与海洋环境保护义务做相似理解，即采取必要措施，防止、减少和控制任何危害水下文化遗产的活动。

根据《联合国海洋法公约》第165条，国际海底管理局下设法律和技术委员会，其工作就有“就‘区域’内活动对环境的影响准备评价；(e) 向理事会提出关于保护海洋环境的建议，考虑到在这方面公认的专家的意见……”。对此可理解为环境影响评价是海洋资源开发的必要措施之一，其能促进海洋环境保护。虽然《联合国海洋法公约》仅在国际海底区域有具体条文明确规定施行环境影响评价，但其也没有要求对将开发区域内水下文化遗产纳入开发活动影响范围这一做法进行评价。水下文化遗产保护有一重要原则就是“就地保护原则”，其认为遗产区域的水下环境改变将很大程度损害遗产，而最佳措施就是就地保护。海洋资源

15 See Janet Blake,The Protection of the Underwater Cultural Heritage, 45 (4) The International and Comparative Law Quarterly 824 (1996).

16 See Craig Forrest,A New International Regime for the Protection of Underwater Cultural Heritage,51(3) The International and Comparative Law Quarterly 542-544 (2002).

17 参见傅崐成、宋玉祥：《水下文化遗产的国际法保护-----2001年联合国教科文组织《保护水下文化遗产公约》解析》，法律出版社2006年版，第74-76页。

开发有可能对海洋环境产生负面影响，进而存在损害区域内水下文化遗产的可能性。因此，把水下文化遗产纳入能源开发活动的环境影响评价之中，具有合法性和必要性。

（2）国内法体系下保护义务适用的调整：《中华人民共和国海洋环境保护法》第 47 条[18]规定海洋能源开发设施建设必须通过环境影响评价，但是涉及业务管理的部门并没有包含文物管理部门。该法保护具体对象包括“有重大科学文化价值的海洋自然历史遗迹和自然景观。”从文意角度分析，这类遗迹和景观与《公约》中的“具有考古价值的环境和自然景观”有重叠，或者说重大科学文化价值中包括考古价值。《公约》的考古价值包含一般考古价值与重大考古价值。经以上对比分析发现，至少保护义务可归纳为：在海洋能源开发区域规划时，法律要求把具有重大考古价值的自然环境纳入环境影响评价之中。

《防治海洋工程建设项目污染损害海洋环境管理条例》第 8 条规定“海洋工程的环境影响评价，应当以工程对……海洋资源的影响为重点……预防、控制或者减轻工程对……海洋资源造成的影响和破坏。”

同时《中华人民共和国海洋石油勘探开发环境保护管理条例》第 5 条对环境影响评价报告内容规定“…对海洋环境影响的评价；…对周围海域自然环境、海洋资源可能产生的影响；对海洋渔业、航运、其他海上活动可能产生的影响…”

除具有重大考古价值的自然环境外，《公约》和《中华人民共和国水下文物保护管理条例》规定保护的其他文化遗产能否纳入环境影响评价，取决于两个因素：其一是水下文化遗产能否解释为“海洋资源”的一部分，其二是水下文化遗产保护活动能否解释为“其他海上活动”之一。

对“海洋资源”进行扩大解释，其当然包括水下文化遗产。但纵观上述法律法规，它们并没有在文本中对“海洋资源”进行解释，故需探究“海洋资源”含义。如果从资源利用的主体来说，资源是人类生存和发展所需的物质与非物质总称。水下文化遗产也符合其特性。如果从立法目的和相关法律考量，其强调的是一种海洋资源开发行为不能损害其他海洋资源利用的权利，或者说应将对其他海洋资源利用的负面影响降到最低且符合可持续发展的要求。因此，水下文化遗产可被认为是“海洋资源”的一种。

“其他海上活动”应被解释为其他海洋利用活动，不局限于海平面上。本身海洋油气开发就包括海平面上和下的建设活动，对海平面当然造成影响。水下文化遗产的考察和保护都涉及水下的考古及后续保护活动，当然也会受到海洋能源勘探、开发工程的影响。故无论从文意，还是目的都应把水下文化遗产保护纳入“其他海上活动”范围之内。

总之，把水下文化遗产纳入海洋能源开发活动的环境影响评价是中国国内法规定的义务。

2.就地保护原则法律适用的调整

水下文化遗产保护的就地保护原则正逐步成为国际通行做法，在《公约》中就十分倡导这一做法。但在适用过程中，该原则可能导致因某一海洋能源开发区域内发现一定规模的水下文化遗产从而禁止该区域用于能源开发的用途这一结果。澳大利亚就有法律[19]如此规定。就地保护原则不能机械地直接适用，而需要综合考虑，务实运用。

（1）就地保护原则的法律与理论基础：《公约》规定就地保护是进行文化遗产保护时必

18 条文内容为：“海洋工程建设项目单位应当对海洋环境进行科学调查，编制海洋环境影响报告书（表），并在建设项目开工前，报海洋行政主管部门审查批准。海洋行政主管部门在批准海洋环境影响报告书（表）之前，必须征求海事、渔业行政主管部门和军队环境保护部门的意见。”

19 澳大利亚的《水下文化遗产法案》（2018）第 20 条，第 7 项 采取一种严格管理模式限制水下文化遗产保护区的人类活动，未经许可严禁任何人或船只进入该区域或在该区域活动，严禁在该区域开展水下相关的任何活动。

须首先考虑的保护方式，在国际领域被普遍运用到文化遗产的保护方式。在 1978 年，欧洲理事会就提出建立 200 海里文化保护区，来保护水下文化遗产；1996 年的《保护与管理水下文化遗产宪章》第 1 条就提到，把就地保护作为首要选项；2004 年的《关于“RMS Titanic”号沉船的协议》第 4 条规定了就地保护原则；在 2006 年埃及开始筹备创建亚历山大水下博物馆；在 2009 年位于中国重庆的全淹没式博物馆开始运营。[20]

考古界通常认为水下文化遗产的水下环境有利于遗迹的长期保存，水下考古已从挖掘与打捞保护向就地调查和保护转变，就地保护成为保护遗产的主要管理方式。[21]就地保护兴起的另一原因就是出于成本-效益角度的考虑。随着水下考古技术发展发现与预估的水下文化遗产越来越多，每一项文化遗产都采取打捞保护的方式并不现实，一国政府不可能有充足的资金支持，故采取就地保护，运用一些信息技术进行监测和管理具有经济上的可行性，又符合尽可能减少考古调查对遗产保护影响的要求。[22]还有观点认为，通过就地保护，考古界能找到适合遗产保护的科学方法和合理挖掘方式，能总结出一种可以评估水下文化遗产重要性等级的方案，从而有利于政府部门决策。[23]

（2）就地保护原则法律适用的调整：中国并没有关于就地保护原则的法律条文，有观点认为《中华人民共和国水下文物保护管理条例》颁布日期是 1989 年，而《公约》生效是在 2001 年，没有纳入是可以理解的。[24]这并不是中国没有适用该原则的主要因素，因为早在 1989 年之前已有国际先例。该原则能否科学地保护水下文化遗产，有待考证。

随着时间的推移，被考古界认为有利于文化遗产长久保存的“环境”可能已经发生了物理上的嬗变，诸如从洋流的变化到海底山坡的发展，任何变化都可能使文化遗产从“原始”的环境转移到“新的”环境中[25]，所以当前水下遗产的环境有利于保护文化遗产的理由并不充分。

具体到就地保护实施方面，有观点认为整合当前的海防部队的雷达监控系统、 国家地县级海防管理监控中心系统、海上船只监控系统、警用道路监控综合管理系统、海上相关执法部门的监控管理系统、水下文化遗产的无线视频监控，并采取以文物局为主导跨部门、跨平台的协同执法能最大程度保护水下文化遗产。[26]

但是跨部门、跨平台的协同执法未必能实现可持续的联合监管。法律的制定和实施是有成本的，行政机关需对管制行为进行评估，以实现管制目标效益最大化，而这种效益最大化应建立在实现管制目的与降低管制成本相协调的基础上；法律成本的增加并不代表正义的增多，可能造成效率的降低，从而导致非法律博弈的突显。[27]随着信息技术的发展，就地保护的硬件成本会进一步下降，但不代表整个就地保护法律系统的成本会下降。多部门的联合执

---

20 参见刘丽娜：《中国水下文化遗产的法律保护》，知识产权出版社 2015 年版，第 79-81 页。

21 See Vicki Richards, In Situ Preservation – Application of a Process-Based Approach to the Management of Underwater Cultural Heritage, The 2011 Asia-Pacific Regional Conference on Underwater Cultural Heritage Proceedings, http://www.themua.org/collections/files/original/8de7b2c59bbd77eab07b3961b1c15b02.pdf, visited on 20 November 29, 2020.

22 See David Gregory et al. ,Conservation and in situ preservation of wooden shipwrecks from marine environments, 13(3) Supplement Journal of Cultural Heritage S145,S146 (2012).

23 See Bingbin Lun, Shichao Zhou,China's state-led working model on protection of underwater cultural heritage: Practice, challenges, and possible solutions, 65(3) Marine Policy 43 (2016) .

24 See Bingbin Lun, Shichao Zhou,China's state-led working model on protection of underwater cultural heritage: Practice, challenges, and possible solutions, 65(3) Marine Policy 42,43 (2016).

25 Mariano J. Aznar, In Situ Preservation of Underwater Cultural Heritage as an International Legal Principle, 13(1) Journal of Maritime Archaeology 69 (2018).

26 范伊然：《我国水下文化遗产安全监控初探———以福建漳州“半洋礁号”遗址监控为例》，《南方文物》2013 年第 2 期，第 174-175 页。

27 See Richard Posner , Economic Analysis of Law 572-576 (3rd ed. Wolters Kluwer 1986).

法似乎可以通过技术手段降低行动成本，但这却违背了一个最基本的经济学假设：“理性人”。行政管理部门在采取行动时会不自觉的从最有利于部门利益的立场和方式进行。联合执法在中国更多地表现为一种突击式的集中执法行为，而这种行为需要大量人力、物力资源投入；制度成本和联合行动成本则制约了就地保护的跨部门、跨平台协同执法效果。

选择合理的法律规制范围，可以有效的降低执法成本。如果中国加入《公约》，无需把就地保护规定为一种硬性原则；《公约》规定的就地保护原则是作为一种保护选择方式并不是强制性规则。[28]在规划海洋能源区域时，就地保护合理的适用前提是水下文化遗产位于潜在规划区并具有重大保护价值，且打捞保护会很大程度上损害水下文化遗产。其次海洋能源规划应尽可能避免水下文化遗产区域。

3.增设地质数据分享义务

目前，现实情况是国内政府部门在海洋能源区域规划时缺乏必要的水下文化遗产分布的地质数据数据，且不重视海洋能源区域与水下文化遗产保护区域的协调。能有效解决这一现实问题的法律对策是增设把包含水下文化遗产可能分布情形的地质数据分享给海洋能源区域规划、审批部门及文物保护部门的这一法定义务。

1.地质数据分享义务的必要性

当前中国政府没有进行全面的水下文化遗产调查，没有较为准确的水下文化遗产数据。单纯依靠文物管理部门进行水下文化遗产普查，并不具有较大的现实可行性。水下文化遗产保护只是政府部门的职能之一。如果进行中国管辖海域的水下文化遗产普查，资金、人力、时间等成本所耗巨大。故需要借助其他部门或行业力量调查中国水下文化遗产总体分布状况。海洋能源开发企业有能力分享相关水下文化遗产的数据，因为此类企业在规划和施工过程中需了解施工区域海床地质状况，会调查和收集地质数据。而水下文化遗产调查恰恰需要这些这些地质数据。故海洋能源开发企业提供区域内海洋地质数据对于水下文化遗产保护具有重要意义。

2.地质数据分享义务的法律依据

《公约》《联合国海洋法公约》《中华人民共和国水下文物保护管理条例》等有关水下文化遗产保护的国际法、国内法无明确条文要求海洋能源开发企业履行海洋地质数据分享义务；只要求沿海国作为“协调国”在专属经济区和大陆架开展文化遗产研究，研究信息需要与联合国教科文组织共享。

地质数据分享义务符合《公约》精神和目的，其第 2 条第 4 款就提到缔约国应采取必要一切适当措施，运用最佳的行政手段进行水下文化遗产保护与管理。地质数据共享能有效减少水下文化遗产调查的投入成本，符合保护管理的实际需要，这当然符合第二条的规定。且该条英文文本中用的“shall”应该认为该条是一种具有较强法律约束力的条款。虽然“必要”需要法律解释，至少可认为地质数据分享义务没有违反《公约》，而是符合其立法目的规制措施。

某一法律主体是否会遵守或抵制某一法律义务，主要基于法律主体对这一法律义务背后利益的评价，即这一法律义务所保护的法律利益与法律主体追求利益之间的差距；采取遵守行为，是法律主体认为其所获得收益大于成本，而抵制行为带来的直接和潜在受到惩治的成本较高，违法被认为是不经济的，不理性的；反之采取抵制行为就是法律规制义务产生的遵

28 See Mariano J. Aznar, In Situ Preservation of Underwater Cultural Heritage as an International Legal Principle, 13(1) Journal of Maritime Archaeology 69 (2018).

守成本高于收益。[29]地质数据分享并没明显增加海洋能源开发企业的经济成本，因为这类数据本身就是该企业开发海洋能源所必需，没有产生新的地质状况调查研究需求。且此类数据的分享并未影响到企业的核心利益。所以设置这一法律义务并不会增加能源开发企业的守法成本。若把此类义务归属到能源项目审批之中，在巨大能源开发经济利益面前，企业会愿意遵守。并且地质数据分享义务也没有明显增加相关部门的行政管理成本，这有利于将海洋能源开发企业纳入行政管理范畴。

（四）海洋能源开发的环境损害赔偿覆盖水下文化遗产

当前国际、国内海洋开发环境损害赔偿制度是没有涉及水下文化遗产保护问题。水下文化遗产因为直接或间接的海洋能源开发污染事件受损，而得不到应有救济，既不合法，也不合理。从法经济学角度，可以解释洋能源开发的环境损害赔偿范围覆盖水下文化遗产的必要性和法理基础。

1.赔偿的必要性

法律制度通过对具体权利的安排来影响社会运转、市场运行和企业与人的行为，而这些主体的行为就是基于法律制度作出的选择。[30]因此有必要对法律效果进行评估，以发现阻碍法律实施的问题，通过改善法律达到一种有限条件下的帕累托最优。

表 1[31]预防程度与社会成本

预防程度	预防费用	事故概率	预期损害[32]	总社会成本
不预防	0	15%	15	15
适当预防	3	10%	10	13
高度预防	6	8%	8	14

表 1 假设海洋能源企业发生污染事故对水下文化遗产造成损害的价值是 100，在不同预防程度下会有不同事故概率，从而预期损害和社会总成本不同。[33]

如果法律不要求能源企业承担对于水下文化遗产的损害赔偿责任，企业没有任何义务和经济理由采取预防措施。在 15%的概率下，水下文化遗产因污染导致的预期损害的现值是 15，而根据现有法律，中国政府承担文物的管理和保护费用，那么最终就是整个社会承担价值 15 的损失。

在不讨论损害赔偿是基于过失责任还是基于严格责任规则下，因为预防措施的边际效用递减规律，会出现如下结果：

（1）如果法律要求能源企业尽到一种适当的或审慎的预防义务，那么企业的预防费用是 3，污染事故概率降到 10%，水下文化遗产的预期损害现值是 10，整个社会对于遗产保护投入就是 13。

（2）如果法律要求能源企业尽到一种高度的预防义务。那么企业的预防费用是 6，污染概率降到 8%，水下文化遗产的预期损失现值是 8，社会总成本是 14。

---

29 See Richard Posner , Economic Analysis of Law 3-10 (3rd ed. Wolters Kluwer 1986).

30 See Martin Zelder, The Cost of Accosting Coase: A Reconciliatory Survey of Proofs and Disproofs of the Coase Theorem, Steven G. Medrma,Coasean Economics: Law and Economics and The New Institutional Economics 71-74 (Springer Science+Business Media 1998).

31 Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law 179 (Harvard University Press 2004).

32 该损害是一种假设：在污染事故发生的某种概率下，水下文化遗产的预期损害和损害修复的现值。

33 在此采取一种法经济学理论进行制度的比较分析，通常假设行为主体无论是政府还是企业、个人都是理性人，即在有限信息条件下对于行为的边际收益和边际成本进行比较，只有当边收益大于边际成本时才会行动；且这种理性人对于风险的偏好是中性的，既不追求风险，也不厌恶风险。

基于以上推测，可认为：从政府立场考虑,对水下文化遗产的保护较理性的措施是要求海洋能源企业承担适当预防义务，能一定程度减少对水下文化遗产的损害，使社会总成本达到最优的状态。

如果基于过失责任，那么社会总成本的均衡是法律要求能源企业承担审慎预防义务；如果基于严格责任,能源开发企业也只会做到审慎预防义务程度,因为按照法律要求严格责任，企业尽到严格预防程度承担的总成本大于审慎程度。

故归责方式的选择对于整体社会的经济效率并不重要，能源企业需要承担赔偿责任，会理性选择最佳方式以有效降低水下文化遗产损害的风险。

2.赔偿的理论依据

在海洋能源开发这一风险活动中,能源制度必须在能源开发权利与水下文化遗产保护之间进行选择。这种选择若基于降低风险发生概率的标准进行判断，最有效率的方式则是让能源企业控制风险。但它没有解决一个问题：保护水下文化遗产的社会成本如何分配。

权责任归责有两种最基本责任方式：（1）过失责任，行为主体只要尽到审慎义务，剩余风险将由受害方承担；（2）严格责任，行为主体只要产生损害行为，风险全部由自己承担。过失责任制度存在一个前提：政府或者司法机关能够对于水下文化遗产保护的最佳行为措施进行界定。这是一种数理推导的理想状态，但实际是不可能的。

然而，波斯纳(Richard Posner)认为在严格责任制度下，责任方能够找到一种有效率的预防措施，以减少成本[34]。

表 2 各种情境下的社会总成本假设

各种情景	能源企业预防成本	水下文化遗产损害	社会总成本
无预防措施	0	100	100
法定审慎措施	10	80	90
严格措施 1	20	65	85
严格措施 2	20	70	90
严格措施 3	20	75	95

波斯纳的结论可以从表 2 获知，因为法定审慎措施或法定审慎义务有极大可能不是最有效率的预防行为，在严格责任归责体系下能源企业的实践会发现最佳措施，实现经济效率。

影响制度设计的另一个因素就是正义和公平。正义即“对每一社会主体而言，他既有依据其主体资格就直接享有的抽象的形式上的权利，也有依据具体情况和条件而享有的具体的实质上的权利”[35]；公平即“任何社会主体既不应该剥夺其他主体依据其主体资格所固有的抽象权利与尊严，也不应该剥夺其他主体依据具体情况及其作为所获得的具体权利”[36]。

根据《联合国海洋法公约》，中国在其管辖海域有保护水下文化遗产的义务。这种义务具体表现形式可理解为中国政府具有行使保护职能的权利。而根据正义与公平原则，能源企业的污染行为是对行使水下文化遗产保护的权利的侵犯，体现为一种非法的增加中国政府行政管理成本，产生实质性经济损害的做法。若法律不进行规制，有违法律的正义与公平原则。

34 Richard Posner , Economic Analysis of Law 160-165 (3rd ed. Wolters Kluwer 1986).
35 罗国强:《重读平等:正义与公平的形式要求》,《求索》2014 年第 8 期，第 122 页。
36 同上。

结论

在资源的有限和需求的无限这一矛盾下，人类社会产生了应如何分配资源这一经济学需要解决的问题；而法学需要解决何种制度更为公平与正义的问题。能源对于一国经济发展，乃至国家安全具有重要意义，在中国能源对外依赖度高，能源需求量日益增加的现在，过度强调水下文化遗产保护不符合中国实际国情，但也不能忽视水下文化遗产的保护。较为合适处理海洋能源开发与水下文化遗产保护的制度应是事前合理规制，在海洋能源区域规划过程中就尽量避免两者冲突，把水下文化遗产因素纳入能源项目环境影响评价范围；有取舍地采用就地保护方式，要求能源开发企业履行地质数据分享义务以减少保护成本；若因海洋能源开发产生污染事故，能源企业承担区域内水下文化遗产的损害赔偿责任。

数字贸易及其自由化对国家管辖原则的内涵革新诉求[1]

李雪平[2]　武汉大学国际法研究所

摘要：基于互联网和数字技术，数字贸易及其自由化正成为促进全球经济增长的重要力量。WTO 主要成员已通过国内措施、区域协定，支持数字贸易及其自由化发展，WTO 数字贸易议题的多边谈判也正在进行，但其间关于数据跨境流动问题的分歧却甚为严重，焦点集中于对与之有关的属人管辖原则和属地管辖原则的选择和适用上。为协调并解决此类分歧，有必要结合数字贸易特征及其自由化困境，澄清其对国家管辖原则的内涵革新诉求，进而推动数字贸易多边规则的达成及相关制度的建立，促进国际贸易关系和国际贸易秩序的现代化。

关键词：数据跨境流动　数字贸易　贸易自由化　国家管辖原则

数字贸易是对电子商务发展到一定阶段的升级表达，是国际贸易现代化的表现形式。它不仅突出体现在近年达成并生效的《全面进步的跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）、《美国-墨西哥-加拿大协定》（USMCA）及《美日数字贸易协定》等区域（含双边）贸易协定的数字贸易规则和制度中，而且也是 WTO 体制内正在进行的一个多边谈判议题，由此昭示着全球数字贸易自由化的发展趋势。由于数字贸易及其自由化本身包含数据存储地标准、源代码转让、数据跨境流动、隐私和个人信息保护、商业秘密保护、边境及边境后措施等不同于传统国际贸易的新形式、新内容，因而必然在内涵上对国家管辖原则提出相应的革新诉求。

在国际法上，国家管辖原则是国家行使管辖权的理论依据，它反映了国家主权独立和领土完整、不干涉内政等国际法的基本原则，包括属人管辖、属地管辖、保护性管辖和普遍性管辖等具体原则。这些具体管辖原则有不同的法律涵义、适用条件和适用范围，充分表明了基于物理疆界而行使国家管辖权的必要性和重要性。正是因为在国际法上有了被广泛接受和认可的国家管辖原则，国家间才能在充分协调国家管辖权冲突的基础上，达成众多的国际条约或公约，国际法律秩序也才能因之而得以确立并表现为稳定性与可持续性。鉴于互联网数字技术和数据跨境流动对于数字贸易及其自由化的重要性，从国际法角度阐明 WTO 主要成员有关的支持措施、明晰其间在国家管辖原则上存在的分歧及相应后果、厘清数字贸易及其自由化对国家管辖原则的内涵革新诉求，有助于全面理解区域数字贸易规则和制度的适用前景，有助于化解 WTO 数字贸易多边谈判中的分歧，进而推动国际贸易关系及国际贸易秩序的现代化。

一、WTO 主要成员对数字贸易及其自由化的支持措施

数字贸易及其自由化是对国际贸易发展程度的一种定性、定量和定向表示。它是运用数字技术对产品和服务进行数字化处理之后利用互联网技术进行数据传输的一种国际贸易活动，与算法、计算设备、有关企业、金融服务提供者、个人信息、关税、数字产品、电子认证、电子签名、电子传输、商业秘密、政府信息、国内税收等存在关联。与传统国际贸易相比，数字贸易除了动力源、跨界性和表现形态的不同外，最突出的特征表现为数据跨境流动；

[1] 本文是国家社科基金重点项目“推动构建新型国际关系和人类命运共同体的国际法规范体系建设研究”（21AZD092）、司法部国家法治与法学理论研究项目“数字贸易争端解决的规则与程序：国际法与比较法研究”（19SFB2056）的阶段性成果，仅供会议交流学习用。

[2] 武汉大学国际法研究所教授。

[3]但同时，数字贸易自由化不可能是纯粹的自由贸易，而是“一国对另一国数字化产品和服务的进口所采取的限制措施逐步减少的过程”。因而必须注意到，WTO 主要成员在充分充实各自数字经济战略的背景下，通过国内支持和区域措施，正就全球数字贸易的规则化和制度化展开竞争与合作。

（一）WTO 主要成员在数字贸易及其自由化国内支持措施上的差异

面对互联网和数字技术推动的国际贸易，WTO 主要成员对与之有关的数据跨境流动、隐私和个人信息保护、源代码转移、商业秘密保护、关税征收等法律问题不会坐视不管，纷纷出台有关的法律、法规，问鼎数字贸易之事，而最具代表性的是美国和欧盟。

作为数字技术强国和法律高产国家，美国坚持实现“自由的全球电子商务”，并大体上将数字贸易界定为一个不征收任何新税的免税环境，且拥有自由市场准入和“尽可能广泛的信息跨境自由流动”，其中当然也包含对与数字贸易有关的数据跨境流动采取的“补漏性”措施。早在 1998 年 10 月，美国就通过了《互联网免税法案》（The Internet Tax Freedom Act），规定从 1998 年 11 月到 2001 年 10 月 31 日，禁止各州及地方政府对互联网访问征收附加税，包括禁止征收“互联网接入服务税”、禁止对网上销售进行多重课税或征收歧视性税收，并授权美国总统通过各种国际组织或论坛谈判缔结双边和多边协议，以消除全球电子商务的税收障碍，并据此成立了美国“电子商务咨询委员会”。从 2003 年起，美国又通过《互联网税收不歧视法案》（2003）、《互联网税收自由法案修正案法案》（2007）、《贸易便利化和贸易执法法案》（2014）等，一次又一次地不间断延长对电子商务征税的禁令。[4]同时，美国也认识到与数字贸易有关的数据跨境流动带来的侵权风险，通过引入和建立“隐私盾框架”（Privacy Shield Framework），呼应和解决欧盟、瑞士等 WTO 成员对数字贸易的管制措施。

欧盟在数字贸易上的主张与美国相比则有很大不同。为了充分发挥数字贸易的潜力，欧盟委员会已将“数字单一市场”（Digital Single Market）作为其首要任务之一，确保欧盟保持作为数字经济世界领导者的地位，帮助欧洲企业在全球范围内的创新和业务增长。[5]除了对数字化的货物贸易征收成员国内税（包括数字服务税、企业税则改革等）的主张外，欧盟还着重对数据跨境流动的监管，尤其关注与数据跨境流动有关的隐私和个人信息保护。[6]2018 年生效的欧盟《一般数据保护条例》规定，“个人数据”是指与已识别身份或可识别身份的自然人(“数据主体”)有关的任何信息；而可识别的自然人是直接或间接可以确定的人，特别是通过参考诸如名字、身份证号码、位置数据、在线标识符等标识符或者参考该自然人的物理、生理、遗传、心理、经济、文化或社会身份等多个特定因素的可以确定的人。这一释义，显然包含一些重要的隐私信息，并涵盖了欧盟一贯的观点：要想了解和确定个人信息和隐私保护的必要性和重要性，必须明晰数据跨境流动过程的风险。欧盟从隐私（个人数据）保护出发，推进实现数据本地化（要求），并成为其主张对数字贸易征收成员国内税的管辖

---

[3] 从动力源看，数字贸易依赖于数字技术，而非地理概念上的跨国公司经济活动，任何一个企业只要利用数字技术从事产品和服务交易，都可以成为数字技术意义上的跨国公司。从流动性看，数字贸易依靠互联网传递产品信息，而非地理意义上的跨境（产品运输或服务提供）流动，从而使国家边界或边境变得模糊。从形态上看，数字贸易是以数字技术支持、互联网为载体的数据流动，外在表现为静态镜像，而非动态的产品和服务的跨境流动。

[4] Despina Anagnostopoulou, The Digital Agenda of the European Union and the Digital Policies of the USA, in Technology, Society and Sustainability, edited by L.W. Zacher, Springer, 2017, DOI 10.1007/978-3-319-47164-8_4, p.72.

[5] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Time to Establish a Modern, Fair and Efficient Taxation Standard for the Digital Economy, COM(2018) 146 Final, Brussels, 21.3.2018. See also https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market.

[6] https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en.

依据。

必须指出的是，美国关于数字贸易的立法不同于欧盟的“家长式事前做法”（paternalistic ex ante approach），这充分反映了美国为建立全球数字自由贸易框架而采取的“不干涉的做法”。[7]基于私营部门主导数字贸易和行业自律的原则，美国主张政府避免对数字贸易的不当限制；如果政府有必要进行干预，也应支持和建立一个可预测的、最低限度的、统一且简单的法律环境。鉴于美国在国际经贸领域的硬实力和软实力，它对数字贸易及其自由化的主张和做法已经对 WTO 电子商务工作方案和 WTO 电子传输免税中止都产生了重要影响，更重要的是美国的这些国内支持措施已经变相地写入由其参加的区域（双边）贸易协定中。

（二）数字贸易及其自由化的区域支持措施

作为世界上第一个包含数字贸易规则的区域贸易协定，CPTPP 将数字产品定义为计算机程序、文本、视频、图像、录音或其他数字编码的、为商业销售或发行而制作并能通过电子方式传播的产品。在这一定义的注释说明中，CPTPP 还强调“数字产品的定义不应被理解为反映缔约方关于通过电子传输进行的数字产品贸易应被归类为服务贸易还是货物贸易”的观点。[8]但在 USMCA 中，数字产品是指计算机程序、文本、视频、图像、录音或其他数字编码的、为商业销售或发行而制作并能通过电子方式传播的产品，更确切地说，数字产品不包括金融工具（包括货币）的数字化表现。同样地，USMCA 也通过注释方式指出，这一定义不应被理解为反映一方认为数字产品是货物或服务的观点，应将跨境服务、金融服务、投资—支付转移等排除在外。[9]

基于对数字产品的定义，在管制措施上，USMCA 和 CPTPP 都要求，任何一方不得在一方的个人与另一方的个人之间对以电子方式传输的数字产品的进口或出口征收关税、费用或其他费用，或与此有关的费用。[10]USMCA 还要求每一缔约方应维持一个与《联合国国际贸易法委员会 1996 年电子商务示范法》原则相一致的管理电子交易的法律框架，并努力避免对电子交易造成不必要的监管负担，便利利益悠关方就发展电子交易的法律架构提供意见。[11]在 CPTPP 中，各缔约方认识到保护电子商务用户个人信息的经济和社会效益，因而要求各方应采用或维持法律框架，以保护电子商务用户的个人信息。在制定保护个人信息的法律框架时，CPTPP 要求缔约方应考虑到有关国际机构的原则和指南，包括应努力采取非歧视做法，保护电子商务用户免受其管辖范围内发生的侵犯个人信息的行为；各方应公布其为电子商务用户提供个人信息保护的信息，包括如何个人如何能够寻求救济以及企业如何能够遵守任何法律要求。[12]但遗憾的是，CPTPP 缔约方虽有义务按照详细条款允许是自由的数字贸易，但它们也有义务根据松散的条款建立自己的数据保护法律框架，而对于数据保护的程度被设定在一个几乎不能证明正当的数字交易的水平上。或言之，就数字贸易及其自由化来看，CPTPP 未有在数据保护、数据使用或流动之间建立适当的平衡。[13]

2019 年 10 月，美国和日本共同签署的《美日数字贸易协定》，涵盖确保数字产品的非

---

[7] 这种方式是由美国全球电子商务框架建立的，而该框架则是由一个跨部门的电子商务工作组经过 18 个月的磋商后制定的。

[8] CPTPP 第 14.1 条及注释 2 和注释 3。

[9] USMCA 第 19.1 条及其注释 1。

[10] 参见 CPTPP 第 14.3 条和 USMCA 第 19.3 条

[11] USMCA 第 19.5 条。

[12] CPTPP 第 14.8 条。

[13] See Nohyoung Park, Data Protection in the TPP: More Emphasis on the “Use” Than the Protection”, in Paradigm Shift in International Economic Law Rule-Making TPP as a New Model for Trade Agreements? edited by Julien Chaisse, Henry Gao and Chang-fa Lo, Springer, 2017, pp. 364-365.

歧视待遇、跨境信息转移、禁止数据本地化、在线消费者保护、个人信息保护、软件的源代码转让、网络安全等措施，目标是消除数字贸易壁垒、促进数字贸易自由化发展。其核心内容包括：一是，原则上不得限制电子数据交易，禁止对跨境电子数据交易（如软件、电子书、游戏和音乐等产品）征收关税；二是，基于防护或安全目的，在进口或销售数字产品时，禁止政府强制要求企业公开专有计算机源代码以及影响软件性能的算法；三是，不得以在本国设置服务器或数据中心、实现数据本地化（包括金融服务数据）等作为企业市场准入的前提条件；四是，借鉴美国《通信规范法》（1996），设置了防止大型信息技术企业被卷入诉讼的条款。[14]这里，最突出的是互联网平台企业的“诉讼豁免”问题，它要求：即使用户上传了有问题的内容，平台企业也可免遭诉讼。例如，“在社交网站（SNS）等服务方面，在决定与信息流通相关的损失责任时，不得采用把服务提供者视作信息发布主体进行处理”，这将为 Facebook、Twitter、YouTube 等企业免遭诉讼提供有力保护。虽然该协定是美日达成的内容最为全面、标准要求最高的双边数字贸易协定，但它在本质上遵循了美国的互联网发展模式，并与其规划和设定的全球数字贸易规则的目标相一致，包括 WTO 数字贸易多边谈判的主张或方案。[15]

（三）WTO 数字贸易多边谈判的走向

全球电子商务的快速发展，为国际贸易创造了诸多新的机遇和机会，这必然会引起 WTO 的高度关注。早在 1998 年 5 月，WTO 第二次部长级会议就通过了《全球电子商务宣言》，同意“在不影响工作方案的结果的情况下，‘电子商务’一词是指以电子方式生产、分销、营销、销售或交付货物和服务”，倡议 WTO 成员政府制订电子商务工作计划。从此，WTO 总理事会负责执行《电子商务工作方案》，审查与全球电子商务有关的贸易问题，包括发展中国家的经济、金融和发展需求以及不对电子传输征收关税的做法等议题。[16]到了 2001 年，WTO 电子商务谈判集中于某些电子传输的内容分类、与发展有关的问题、电子商务的财政影响、电子商务与传统商业形式之间的关系、可能的替代效应及对电子传输征收关税、管辖权和适用法律（或其他法律）等方面。就管辖权及适用法律问题看，主要涉及三个方面：一是，如果现有的 WTO 规则适用于电子商务，则应逐案考虑其间产生的任何差距；[17]二是，电子商务议题已在其他论坛进行审议，已超出了 WTO 的工作范围；三是，关于这一问题（以及关于竞争）的数据不充分，对所涉各方面还缺乏了解。[18]此后，WTO 电子商务多边谈判虽有所进展，但相对于全球电子商务或数字贸易的发展趋势看，则显得相当迟钝。

随着电子商务内容和范围的演变及其对国际贸易日益增强的重要性，2017 年 12 月 WTO 第十一届部长级会议上，71 个成员就与贸易有关的电子商务事项发布了一份《联合声明》，重点包括三个方面：其一，以 WTO 规则为基础，在多边贸易体制内推进电子商务工作，以更好地利用发展机遇，促进开放、透明、非歧视和可预测的监管环境，促进电子商务发挥重要作用；其二，电子商务倡议不应损害 WTO 现有协定和授权，但应倾听发展中和最不发达

---

[14] See articles 6, 7 and 17, Agreement Between the United States of America and Japan Concerning Digital Trade, October, 2019.

[15] 周念利、吴希贤：“美式数字贸易规则的发展演进研究——基于《美日数字贸易协定》的视角”，载《亚太经济》2020 年第 2 期。

[16] Declaration on Global Electronic Commerce，WT/MIN(98)/DEC/2, 25 May 1998.

[17] WTO 并没有针对数字贸易出台专门规则，相关规则多散见于 WTO 框架下的一些协定文本及其附件，如《服务贸易总协定》（GATS）、《信息技术协定》（ITA）、《与贸易相关的知识产权协议》（TRIPS）、《全球电子商务宣言》等。

[18] Dedicated Discussion on Electronic Commerce Under the Auspices of the General Council on 15 June 2001 Summary by the Secretariat of the Issues Raised，WT/GC/W/436，6 July 2001.

国家的诉求，特别是它们的中小微企业在电子商务方面面临的特殊机遇和挑战。其三，电子商务谈判是开放性的，所有 WTO 成员都可参加，不影响参与者的未来谈判立场，以支持、提高电子商务给全球企业和消费者带来好处。[19]

在完全确立了电子商务谈判目标和方向的基础上，WTO 成员于 2019 年 1 月在瑞士达沃斯启动的谈判才真正进入与贸易有关的电子商务的核心事项。参加谈判成员的数量增加到 86 个，谈判的内容以 WTO 成员的文本提案为依据，并通过全体会议、焦点小组会议、小组会议相结合的方式，寻求在现有 WTO 协议和框架的基础上取得高标准的谈判成果，包括促进电子商务、开放性和电子商务、信任和电子商务、跨境问题、电信、市场准入等六个主题。甚至在 2021 年 2 月，有关 WTO 成员对“垃圾邮件”开展小组讨论，达成了一个旨在减少电子商务中垃圾邮件的清洁文本（clean text），并期待 WTO 促进数字贸易的谈判能成为新冠疫情后全球经济复苏的重要组成部分。

从国家、区域和多边层面看，包括中国、印度等 WTO 主要成员都希望抓住数字技术发展的机遇，通过采取有效的支持或鼓励措施，促进数字贸易及其自由化发展。但决不能忽视的是，它们对于数字贸易及其自由化存在的严重分歧，突出表现在对数字产品的定义以及数据跨境流动管制措施上。特别是以微软诉美国（Microsoft Corp. v. United States，2015）、谷歌诉西班牙(Google v.Spain，2014)以及欧美《安全港协议》破裂等案件或事件为标志，表明 WTO 主要成员对与贸易有关的数据跨境流动管制措施分歧带来的棘手问题。

二、WTO 主要成员在数字贸易及其自由化措施上的关键分歧

解决跨境数据流动问题是促进数字贸易及其自由化发展的当务之急，具体涉及数据确权认证、隐私和个人信息保护、源代码和商业秘密保护、数据犯罪防范等方面，它们深刻地反映了与之有关的国家管辖原则理应发生的适应性变化。就当前来看，全球数字贸易自由化的关键分歧在于对数据跨境流动的管理和管制。具体而言，WTO 主要成员在对用于数字贸易数据的属地管辖原则和属人管辖原则之间存在的分歧，而且从数字贸易及其自由化所需要的支持看，两者之间还确实存在“非此即彼”的选择关系。[20]

（一）对数据跨境流动的属人管辖原则及其对数字贸易自由化的影响

从数字贸易及其自由化发展趋势看，对数据跨境流动主张属人管辖原则的优势表现在：其一，它符合数字贸易及其自由化的本质特征，便于国家通过对数据跨境流动的管控，实现对数字贸易的宏观管理。数字贸易实际上是将产品和服务数字化之后的在线传输，这些数字化内容连同其他与贸易有关的信息被称之为贸易数据，因而数字贸易在广义上就是贸易数据的跨境流动。与数字贸易有关的数据持有人，一般都是互联网平台企业，因而确定属人管辖原则就是对持有数据且具有该国国籍的企业或法人行使管辖权。[21]其二，它可以降低数字贸易过程的风险，有助于促进数字贸易及其自由化。对数字贸易行为行使属人管辖权，意味着对贸易数据持有人进行针对性的管理，有利于保护隐私、个人信息、商业机密、知识产权等，降低数字贸易过程中存在的风险，增强数字贸易参与者的信心，进而扩大数字贸易的范围，推动数字产品和服务的全球流动。

美国和日本是对数据跨境流动适用属人管辖原则的代表性国家。2018 年 3 月，美国发

---

[19] Ministerial Conference Eleventh Session，JOINT STATEMENT ON ELECTRONIC　COMMERCE，WT/MIN(17)/60，13 December 2017

[20] Congressional Research Service Report, Internet Regimes and WTO E-Commerce Negotiations, January 28, 2020, pp.21-22, https://crsreports.congress.gov/.

[21] 这里还涉及互联网平台企业的社会责任问题。关于这个问题，印度 2018 年通过的《个人数据保护法案》有较为详细的规定。详见 Chapter VII and VIII, The Personal Data Protection Bill of the Republic of India, 2018.

布了《澄清境外数据合法使用法案》（Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act（CLOUD Act），以下简称《云法案》），确立了数据的属人管辖原则，真切反映了数字企业甚或个人拥有、占有贸易数据的事实，更符合美国反对对数字产品加征关税和国内税的主张。根据这一法案，美国互联网平台企业占有贸易数据的所有权和使用权，根据属人管辖原则，平台企业的国籍国就对贸易数据拥有管辖权；同时，对通过互联网传输的数字产品不加征关税，使数字产品贸易成为一种新型服务贸易，由此扩大服务贸易的内容和形式。美国的这一主张也充分表现在《美日数字贸易协定》中，凸显美日两国在数据跨境流动问题上适用属人管辖原则的一致性。

然而，从数字贸易及其自由化的过程和目标看，属人管辖原则可能存在如下问题：其一，很容易成为国家间贸易较量的“砝码”。任何形式的国际贸易，都可能带来诸如公平竞争要求、贸易失衡调整等显性问题，而基于属人管辖原则，国家可以轻易地通过国内法律、法规、行政命令，对贸易数据持有人进行管理和限制，制造数字贸易障碍或者壁垒，进而或可轻易改变数字贸易的走向及全球格局。其二，很容易引发数字贸易争端。数据跨境流动决定了数据持有人（互联网平台企业）不仅持有其国内的贸易数据信息，而且也持有国内外数字贸易参与者的数据信息。如果一国按照属人管辖原则对具有其国籍的数据持有人进行管理、控制，那么就会轻易取得另一国国际贸易的数据信息，造成他国有关数据、个人隐私甚或商业秘密的暴露或泄露，进而引发数字贸易争端。

（二）对数据跨境流动的属地管辖原则及其对数字贸易自由化的影响

在数字贸易及其自由化进程中，属地管辖原则突出表现为对数据的本地化要求，即：国家要求互联网平台企业在提供数字贸易服务的东道国内定位数据服务器，或要求在该领土内存储或处理原始数字贸易的数据或副本，或者要求一般性阻碍数字贸易数据向其他国家流动的措施。从识别度角度，数据本地化要求对数字贸易及其自由化有三方面的作用或影响：一是贸易管制。数据本地化要求是国家规范和管理数字贸易最简单、最便捷的方法，尤其在国别贸易统计以及数字产品原产地确定方面，这实际上是对基于物理疆界的国际贸易管理的数字化，是通过对数据跨境流动的管制进而对数字贸易进行管理。二是关税征收。数据本地化要求是国家属地管辖原则的一种法律实践，而以数据为表现形式的数字产品的跨境流动最有可能涉及的就是关税征收问题，或者说基于属地管辖原则的数据本地化要求为数字贸易的边境调节税征收提供了便利依据。三是隐私保护。数据本地化要求有利于国家对互联网信息和数据的管理，继而可有效保护本地域内与数字贸易有关的隐私、个人信息和商业秘密等。

值得注意的是，数据本地化要求有可能导致与 WTO 非歧视待遇的义务不一致的情形，进而构成难以消除的数字贸易壁垒。2020 年 6 月，美国就对欧盟征收数字服务税问题发起过 301 调查，并认为欧盟关于征收国内税的议案几乎完全都是针对在欧的美国数字企业，可能对参与欧盟市场的美国企业产生不合理或歧视性影响。美国《2021 年国家对外贸易壁垒评估报告》认为：以数据本地化要求为导向的《一般数据保护条例》，意味着欧盟的绝大多数贸易伙伴的供应商必须依赖其设立的安排或标准，才能从欧盟企业获得数据。尽管欧盟在 2021 年初发布了针对英国的充分性决定草案，在此之前于 2019 年通过了针对日本的充分性决定草案，但仍有包括印度和韩国在内的许多国家表示有兴趣获得充分性决定，以促进与欧盟的数据交换。基于此，美国认为，欧盟《一般数据保护条例》的实施和管理不仅对美国而

且对所有欧盟以外的其他国家都可能造成不成比例的贸易壁垒。[22]

数据跨境流动意味着互联网平台企业为数字产品的跨境流动提供服务，而数据本地化要求则极有可能阻止外国数据处理服务供应商跨境提供服务，就像“美国—赌博案”中美国在其领土内限制在线博彩服务一样。[23]禁止跨境提供（赌博）服务，显然违反了 WTO《服务贸易总协定》关于“市场准入”的有关规定，即：在做出市场准入承诺的部门，除非在其减让表中另有列明，否则一成员不得在其一地区或在其全部领土内维持或采取按如下定义的措施：无论以数量配额、垄断、专营服务提供者的形式，还是以经济需求测试要求的形式，限制服务提供者的数量。[24]根据该案的事实依据，数据本地化要求中也可以发现类似的违法情形，即：数据处理服务部门即使没有承诺市场准入的义务，依然可以发现其违反市场准入义务的情形。[25]在实践中，数据本地化要求或可加剧形成数据审查、数据追溯等地域性政策或措施，并有可能进一步加剧全球数据流动的破碎化程度，进而抑制数字贸易及其自由化的进程并增加有关成本，而这些成本最终由消费者来承担。

从美国商务部推行“隐私盾框架”计划的教训，就可以看出 WTO 主要成员在与数字贸易有关的数据跨境流动方面存在合作困境的根本原因——属人管辖原则和属地管辖原则的分歧。“隐私盾框架”由美国商务部下属的国际贸易管理局（ITA）负责管理，旨在通过合作以保护电子商务或数字贸易中的隐私。根据这一框架的有关规定，美国国内外企业申请加入该框架虽然是自愿的，但如果有关企业公开承诺遵循隐私盾框架的要求，它的承诺就应根据美国法律予以强制执行。[26]这无疑会带来国家管辖权的冲突。遗憾的是，该框架经过几年运行后，欧盟法院于 2020 年 7 月 16 日发布裁决结果，认定欧盟委员会于 2016 年 7 月 12 日发布的“关于《隐私盾框架》的决议”（（EU）2016/1250）无效，据此确定美国隐私盾框架不再是欧盟企业根据欧盟数据保护要求将个人数据从欧盟转移至美国的有效机制。2020 年 9 月 8 日，瑞士联邦数据保护和信息委员会（FDPIC）发布意见：根据瑞士联邦数据保护法案（FADP），“隐私盾框架”并没有为从瑞士到美国的数据传输提供足够保护；尽管根据隐私盾框架将个人数据从瑞士转移到美国时应寻求法律指导，但并不能缓解那些参与《瑞士—美国贸易协定》的互联网企业的压力，因为这些企业不仅在瑞士承担隐私保护的义务，而且在美国也承担同样义务，故宣布正式终止“瑞士—美国隐私盾框架计划”。[27]

从国家主权角度看，属人管辖原则和属地管辖原则本没有可比性，它们都是国家可以根据国际法和国内法自愿选择适用的管辖原则。在国际法上，国家的属人管辖原则会受到属地优越权的限制，如在外国境内在原则上不得行使管辖权；国家的属地管辖权也会受到属人管辖原则的限制，如不得实行奴隶制度，但它们均应受国家间订立的国际条约的限制，如引渡条约。但在数字贸易环境中，数据本地化要求不仅是对属地管辖原则的实践，而且也籍此强化了属人管辖原则的内涵和地位。最典型的例证是：尽管从本源上说欧盟《一般数据保护条

---

[22] Office of USTR, 2021 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers, 31 March, 2021, p.215-221. https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2021/2021NTE.pdf.

[23] United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005, pp.73-81.

[24] 详见《服务贸易总协定》第 16 条第 2 款第 1 项。

[25] Ines Willemyns, Addressing Digital Services in PTAs: Only Convergence in the 11th Hour? European Yearbook of International Economic Law, 2020, https://doi.org/10.1007/978-3-030-46955-9_6, p.122.

[26] 2016 年 7 月 12 日，欧盟委员会认为，欧盟与美国之间的贸易壁垒是一个巨大的障碍，但隐私盾框架足以使数据传输符合欧盟法律，于是建立了欧盟-美国隐私盾框架。2017 年 1 月 12 日，瑞士政府宣布批准瑞士-美国隐私盾框架，作为将个人数据从瑞士转移到美国时应符合瑞士要求的一种有效法律机制，建立了瑞士-美国隐私盾框架。

[27] https://www.privacyshield.gov/Program-Overview.

例》适用于欧盟区域范围内的数据保护，要求欧盟辖区内的所有国家均应依据数据本地化要求执行这一条例，但如果某一成员国根据本国法律或国际承诺对个人数据提供了足够的保护，该条例也允许其将个人数据传输到第三国。基于属人管辖原则，国家对数据持有人的管理和控制，容易导致国家对数字贸易过程的干预，尤其涉及隐私、个人信息、商业秘密甚或国家的经济安全；而基于属地管辖原则，数据本地化要求可以制造显性的数字贸易保护，籍此可以使数字贸易壁垒变得更加复杂、更加敏感，因此而发生的争端必定超出当前 WTO 争端解决机制的管辖范围。客观而言，为了消弭与数字贸易有关的数据管控和数据跨境流动之间的分歧，最佳方法就是促成 WTO 数字贸易多边谈判，由此确立有关的原则、规则和制度，而这样的多边谈判或多边协定必须全面考虑适应促进和管理数字贸易及其自由化发展所需要的国家管辖原则的新内涵。

三、数字贸易及其自由化所需要的国家管辖原则

数字贸易及其自由化完全依赖于数据的跨境流动。没有数据流动，就没有数字贸易；促进数字贸易及其自由化，必然意味着实现数据的跨境流动。但是，数据跨境流动意味着隐私、个人信息、商业秘密等存在暴露或泄露的风险，需要国家给予规范和保护，而规范和保护必然意味着某种程度的限制或管制，甚或形成数字贸易壁垒。尽管目前 WTO 主要成员都认识到数字贸易对于数字经济发展的重要性，但其间在数字贸易支持措施上还存在不同程度的隔阂或不信任，根本原因就在于国家管辖原则对数据跨境流动形成的“桎梏”。而欧盟和瑞士在数据隐私保护方面同美国的“脱钩”行为，在很大程度上表明了与数字贸易及其自由化有关的国家管辖原则所应有的一些新特性、新内涵。

（一）属人管辖原则在数字贸易及其自由化问题上的定向性

在国际法上，属人管辖原则是指国家对于具有其本国国籍的国民，无论是在国内还是在国外，都可行使管辖权的原则。在传统国际贸易中，属人管辖原则体现在国家对产品供应商、服务供应商、投资商、知识产权持有人等行使管辖权。按照属人管辖原则，国家对与数字贸易有关的拥有数据资源的具有本国国籍的国民（主要是互联网平台企业）具有当然的属人管辖权。但在数字贸易及其自由化问题上，属人管辖原则表面看起来是要对互联网平台企业拥有或行使管辖权，但其实质指向是被互联网平台企业所拥有或掌握的数据。

美国在数字经济和信息技术领域具有全球领先优势，这是其主张属人管辖原则并推崇全球数据自由流动政策的前提，而且在很大程度上，美国通过区域（自由）贸易协定推行数据跨境自由流动，也是其主张对数据适用属人管辖原则的表现。但必须注意的是，自 2016 年以来，美国严格限制涉及重大科学技术及基础领域的技术数据和敏感数据的跨境转移，并通过“长臂管辖权”和庞大的情报网络加以执行。美国的《云法案》，秉承“谁拥有数据谁就拥有数据控制权”原则，允许政府跨境调取数据。实际上，在《云法案》出台之前，政府是否有权要求本国企业提交受其控制且存储于海外的数据，一直是美国国内法上的争议问题，并引发了轰动一时的微软诉美国案。该案中，美国司法部为调查一起毒品走私犯罪，指令微软公司向其提供相关电子邮件信息，但微软公司以数据存储于爱尔兰境内为由拒绝提交。案件双方僵持不下，最终诉至美国最高法院。还未等美国联邦最高法院作出判决，美国政府就通过了《云法案》，确立了对境外数据的属人管辖原则，从而化解了案件的核心争议。[28]

（二）属地管辖原则在数字贸易及其自由化问题上的特定性

从起源看，国际贸易本就是货物和服务在国家间的相对自由流动，因而应该适用属地管

[28] 周梦迪：“美国 CLOUD 法案: 全球数据管辖新‘铁幕’”，载《国际经济法学刊》2021 年第 1 期。

辖原则，这又重点体现在海关措施以及服务贸易的提供模式上。而 WTO《服务贸易总协定》规定的跨境提供、跨境消费、商业存在提供、自然人存在提供等四种服务提供模式，更真切反映了国家属地管辖原则。[29]在数字贸易及其自由化问题上，欧美等 WTO 主要成员对于数字产品是否征收关税和国内税的严重分歧，充分表明了属地管辖原则适用于数字贸易的复杂情形。根本原因在于：数字化产品的数据经互联网传输改变了传统的物理边界，代之以网络疆域并表现为域名所代表的地域，而数字贸易就是数字产品的数据通过互联网技术进行跨越国界的传输、访问或处理。对于由数据跨境流动决定的数字贸易来说，数据本地化就是对国家属地管辖原则的适用，进而表现为法律上的“数据存储地标准”。

但必须明晰的是，当前关于数据属地管辖权的确定，一般都与网络犯罪相关联，包括侵犯隐私和个人信息、侵犯商业秘密、侵犯知识产权。《网络犯罪公约》（Convention on Cybercrime）第 29 条明确规定：一国欲调取存储于境外的数据，须向存储地国请求司法协助。这一规定中的“数据存储地标准”，显然是属地管辖原则在数据跨境流动问题上的适用，因而也将延伸于数字贸易及其自由化当中。《网络犯罪公约》委员会发布的《指引注释》（Guidance Notes）中，关于该公约第 32 条的注释也强调：属地管辖是本公约划分数据管辖权所遵循的原则，因此跨境获取数据原则上须得到存储地国的同意，只有当数据是可公开获取的，或者私人跨境披露数据的行为符合存储地国法律时，才无须得到存储地国的同意。《网络犯罪公约》关于数据属地管辖权的规定，仍以国家的物理疆界来考虑与犯罪有关的数据跨境流动，进而成为“局域网的捍卫者”。从国际刑法角度看，这种规定有利于确定犯罪行为发生地，并据此追诉有关的刑事案件，包括国际刑事司法协助。但必须指出的是，这些要求和条件都反映了国家管辖原则在数据跨境流动问题上的特定性。

如果将国家属地管辖原则适用于与数字贸易及其自由化有关的数据流动，在一定程度和范围内，可以发现、确定、防止数据跨境流动过程的某一个环节出现的侵权和侵权风险。但不能否认的是，基于属地管辖原则的数据本地化要求会割裂甚或妨碍数字贸易的发生和发展，进而造成数字贸易的数据壁垒，有悖于数字贸易的本质特征及数字贸易自由化的发展规律。即便抱有乐观想法，认为数据本地化措施可以形成局域网或区域网，促进区域内的数字贸易及其自由化，但无疑不利于全球数字产业链的形成、建立及其稳定发展，也就无法形成全球性的数字贸易秩序。

（三）保护性管辖原则在数字贸易及其自由化问题上的内卷性

在广义上，保护性管辖原则是一国对于外国人在该国领域之外对该国国家或其国民的犯罪行为实行的管辖，目的是为了保护本国的安全、独立和利益，包括保护本国国民的生命、财产和利益。数字贸易是数据跨境流动的产物，并严重依赖于持续、安全的跨境数据流动，因而这一过程必然要求各国采取措施，对其中所涉隐私、个人信息、国家安全、商业秘密等予以保护。

实践中，数据跨境流动的风险主要集中于数据的传输、存储和应用等三个环节。由于跨境数据的承载介质多样、呈现形态各异、应用较为广泛，而数据所在国的政策和法律存在差异，这就容易导致数据所有者和使用者之间的权限模糊，进而使数据本身存在被滥用的风险。在数据跨境流动过程中，可能引发用户数据被泄露、滥用隐私权保护等问题，并由此给平台企业、贸易企业等带来技术管理、资产管理和组织管理上的挑战。[30]因而，在范围和内容日

[29] 《服务贸易总协定》第 1.2 条。

[30] 王娟娟、汪海：“充分重视数据跨境流动的风险”，载《经济日报》2019 年 5 月 15 日。

益扩大的跨境数据流动中，如何辨识和保护个人数据进而保护隐私权，如何辨识和保护公共数据和商业秘密进而保护国家经济安全和企业利益，已成为数字贸易及其自由化发展与治理的重要环节，这显然需要引入保护性管辖原则。

与数字贸易有关的数据跨境流动的保护性管辖，预示着国家权力的介入，可能会使得数字贸易的独立自由发展受到一定阻碍。[31]但是，与保护性管辖原则相关，美国已经采取措施，通过限制重要技术数据出口以及特定数据领域的外国投资，实现对数据跨境流动进行限制或管制。美国《出口管制改革法案》（2018）就特别规定，如果科学技术数据传输到美国境外的服务器或数据出境，必须获得商务部产业与安全局（BIS）的出口许可；在外国投资审查方面，美国《外国投资风险审查现代化法案》规定，对于涉及“关键技术”、“关键基础设施”、“关键或敏感数据”的美国企业做出的特定非控股外国投资，都会被纳入安全审查的范围。这些规定将“保护”的“达摩克里斯之剑”悬于美国数字贸易企业的头顶，充分体现了保护性管辖原则在数字贸易及其自由化问题上的内卷性，在实践中必然会带来不同国家间的法律竞争，进而引发数字贸易争端。

（四）普遍性管辖原则在数字贸易及其自由化问题上的扩容性

在国际法上，普遍性管辖原则用于对国际犯罪的管辖，是指对于那些危及全人类安全的国际犯罪行为，不论犯罪嫌疑人是何国籍、在何地犯罪，也不论侵犯了何国利益，世界各国均有权对其进行管辖。根据有关的国际条约，诸如劫持航空器罪、海盗罪、贩毒罪、贩卖奴隶罪等都适用普遍性管辖原则，对犯有此类罪行的人，无论其到任何一个缔约国，该缔约国都应遵循“或引渡或起诉”原则，行使刑事管辖权，追究其刑事责任。[32]

基于互联网技术的数据跨境流动过程，不可避免地会发生互联网犯罪行为，并会很方便地延伸到数字贸易领域。欧盟早在 2001 年就通过了《网络犯罪公约》，并于 2003 年通过了《网络犯罪公约附加议定书》，内容涵盖刑事实体法、刑事程序法和国际合作等多个方面，重视多元主体的参与，并通过各种立法技术协调不同国家之间刑事法律政策、文化传统等方面的冲突，但“该公约的发展能力严重不足，难以成为国际社会打击网络犯罪的立法‘标杆’”，[33]也无法适用于数字贸易及其自由化进程中的犯罪情形。在数字贸易过程中，用数字化技术处理的一切数据及其跨境流动为犯罪对象，不仅体现为技术破坏、非法获取个人隐私或商业机密信息的行为，也体现为大规模数据监控、过度挖掘、恶意滥用等一系列行为。这种犯罪行为的危害后果，除了对数字贸易信息系统功能造成严重破坏之外，还涉及个人的财产安全、隐私、人格安全，同时也会涉及商业秘密泄露、贸易信息篡改、贸易腐败等，更为严重的是危害国家经济安全和国际贸易秩序。

不可否认的是，与数字贸易有关的犯罪及其社会危害性，已经给各国现行刑事立法和司法提出了前所未有的挑战。面对直接威胁数字贸易安全、企业经济利益、消费者权益的数据犯罪，各国刑法的制裁能力和打击半径力有不逮，在国家整体安全战略和现实罪情需要面前已经滞后。[34]为了数字贸易及其自由化的进程，需要将大规模危害数据安全的犯罪行为定为国际罪行，适用普遍性管辖原则。

---

[31] 参见朱萍：“虚拟空间管辖权的确定——美国和欧盟实践的启示”，载《法商研究》2002 年第 4 期。

[32] 可详见《关于制止非法劫持航空器的公约》《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》《防止及惩治灭绝种族罪公约》《联合国海洋法公约》《制止危及海上航行安全非法行为公约》《反对劫持人质国际公约》《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的有关规定。

[33] 皮勇：“《网络犯罪公约》框架下的美国网络犯罪立法：特立与趋同”，载《国外社会科学》2020 年第 5 期。

[34] 于志刚、李源粒：“大数据时代数据犯罪的制裁思路”，载《中国社会科学》2014 年第 10 期。

迄今为止，“互联网原始的基本的自由主义本质正受到政府对互联网管辖权的挑战，并通过制定规则限制个人和公司访问互联网及跨界数据流动的能力，有时还被融入政治因素。”[35]随着互联网及数字技术的发展，WTO 主要成员已经开始实施有关的法律法规，以追求数据保护、数据安全、隐私和其他政策目标。但必须警惕的是，有关互联网管理制度可能利用国家安全法规，阻止跨境数据流动，扰乱全球供应链，限制新兴技术的潜在用途和收益，甚至不同国家的数字技术标准的制定也会限制企业的市场准入。[36]相互竞争的互联网管理制度和相互冲突的数据治理规则显然增加了数字贸易壁垒，限制了企业和消费者进入市场并参与竞争的能力，而所有这一切都需要国家间在明晰数字贸易及其自由对国家管辖原则内涵革新诉求的基础上进行协调并达成一致。

四、结论及对中国的策略建议

作为数字经济发展的组成部分，数字贸易及其自由化具备相当的前沿性、独立性和便利性，进而在一定程度和范围内突破国家权力的现实性，并集中表现为对国家管辖原则的内涵革新诉求上。从 WTO 主要成员当前实施的各种支持措施看，囿于其间对属人管辖原则和属地管辖原则的适用分歧及其在 WTO 数字贸易议题多边谈判中的表现，数字贸易迄今尚未成为国际贸易的一个独立管辖领域，而与之有关的数字贸易壁垒无疑是国际贸易关系现代化和国际贸易秩序现代化面临的最大挑战。[37]

虽然数字贸易及其自由化离不开互联网技术，但它在本质上不等同于网络空间，因而不能完全适用网络主权、第四空间主权、服务器所在地及网址管辖等关于网络空间管辖权的理论或主张。在互联网和数字技术的支持下，数字贸易及其自由化也不可能是纯粹的自由贸易，但最关键的是应澄清其对国家管辖原则的内涵革新诉求。在确定适用属人管辖原则时，应以消除最新数字技术垄断、消除数字贸易壁垒为目标，防止国家间支持措施的分歧及其带来的法律冲突；在确定适用属地管辖原则时，应明晰数据本地化对于数字贸易及其自由化发展的局限性；对于保护性管辖原则，应看到其内卷化所依赖的物质基础及其带来的国家间的法律竞争；对于普遍性管辖原则，需要界定大规模侵犯数据安全给数字贸易及其自由化带来的严重损害或严重损害威胁。

从当前及发展趋势看，中国是数字贸易的主力军，也应是数字贸易自由化的强力推动者。2020 年 9 月 4 日，习近平总书记在中国国际服务贸易交易会全球服务贸易峰会上指出，“我们要顺应数字化、网络化、智能化发展趋势，共同致力于消除‘数字鸿沟’，助推服务贸易数字化进程”。近年来，中国基于属地管辖原则，对电子商务或数字贸易出台了诸多的支持措施，且仅在 2020 年就制订或通过了《数据安全法（草案）》《个人信息保护法（草案）》《密码法》《网络安全审查办法》《个人金融信息保护技术规范》《信息安全技术个人信息安全规

---

[35] 互联网也成为挑战政治权力的工具。例如，突尼斯、缅甸、伊朗、埃及和乌克兰的民众起义，正是网络互联所促进的。无论是发布在 YouTube 上的警察暴行视频，还是通过 Facebook 发布的数字组织，互联网在激励和组织政治行动方面发挥了作用。See in detail Joshua Paul Meltzer, The Internet, Cross-Border Data Flows and International Trade，Asia & the Pacific Policy Studies, Vol. 2, No. 1, p.92-94.

[36] US Congressional Research Service Report, Internet Regimes and WTO E-Commerce Negotiations, January 28, 2020, https://crsreports.congress.gov.

[37] 数字贸易限制措施的数量正在迅速增加，2018 年已经有 1500 多项数字贸易限制措施，但到了 2019 年，这一趋势又增加了 3%，从针对数字商品的传统壁垒到针对新数字技术的新型贸易限制。See in detail Erik van der Marel，Old Wine in New Bottles – How Protectionism Takes Hold of Digital TradeGlobal Policy Volume 10 . Issue 4 . November 2019, pp.738-739.

范》等，成为促进数字贸易及其自由化的实质性法律储备。[38]但在中国参加的区域或自由贸易协定中，尚待实质性的尝试和推进，而且在 WTO 多边谈判中，也需要与其他成员一起，以消除数字贸易保护主义或数字贸易壁垒为目标，基于数字贸易及其自由化对国家管辖原则的内涵革新诉求，协调不同主题下的谈判分歧，使数字贸易多边规则与中国数字贸易持续增长相匹配，使数字贸易真正成为中国数字经济发展的“火车头”。

[38] 值得说明的是，对于征收数字税的问题，2021 年 3 月，中国民进中央向中国政协第十三届全国委员会第四次会议提交了提案，建议出台数字税等税种对收入进行分配调节，加快数字税的立法工作，并完善相关税收配套政策，但至今尚未有任何与之有关的政策或措施。详见 https://finance.sina.com.cn/china/gncj/2021-03-01/doc-ikftpnnz0363064.shtml?wm=3049_000644844781。

欧洲健康数据的隐私保护及其对我国的启示——以《欧洲人权公约》第 8 条相关判例为视角

李艳华* 厦门大学法学院

摘要： 我国尚未建立体系性的健康数据隐私保护模式，但鉴于大数据时代下健康数据的爆发式增长以及数据主体对隐私保护的现实需求，有必要完善现有的立法与司法保护体系。《欧洲人权公约》第 8 条规定了个人享有隐私权，欧洲人权法院在判例实践中不断探索出了健康数据隐私保护的路径。这其中依次经历了范围定位，国家对这项权利的干涉与否，再到依据法律、合法目的和在民主社会所必要除外事由认证的发展过程。欧洲人权法院广泛采用了边际裁量原则和 step-by step 式分析，并且随着判例实践的发展将审理重点进一步转移到形式与内容上的利益平衡检验，申言之，需要通过发挥司法说理和司法能动性要素，注重个人隐私利益与雇主、社区和国家利益、宗教自由利益、言论自由利益的平衡。前述经验为我国完善健康数据隐私立法与司法提供了有益借鉴。

关键词：健康数据隐私；《欧洲人权公约》第 8 条；欧洲人权法院

引言

近年来，涉及卫生数据的重大技术创新数量有所增加，其中包括使用远程医疗咨询、大数据分析、机器人技术、智能手机应用程序和可穿戴设备。[1]而医疗领域的进展首先取决于数据，特别是健康信息，来帮助患者改善诊断、定制治疗和寻求新的治疗方法。[2]健康数据是指与个人的身体或心理健康有关的所有个人数据，包括提供医疗保健服务，披露有关个人过去、现在和未来健康的信息。[3]健康数据的泄露会严重引起卫生或商业风险，例如，2018 年第 1 季度，有 113 万患者记录遭到泄露，这些健康数据可以通过非法交易渠道找到和购买。[4]鉴于此，一些特定领域特别强调了健康技术的发展对数据隐私保护的影响。

保护个人数据隐私是一个全球性的问题，在国家一级这些规定各不相同，尤其在涉及到健康数据隐私，[5]一般说来，健康数据享有更高级别的保护。在欧洲，健康数据的处理受到一般法律和条例的管制。欧洲人权保护机制作为区域人权保障的典范，自 20 世纪 90 年代起开始审理若干涉及健康数据与隐私交叉的案件，并形成了一套完整的审判机制，通过对《公约》条文的解释为健康数据隐私[6]提供了直接的保护，丰富了《欧洲人权公约》第 8 条的含义。本文正是试图从判例法的角度考察其中有关健康数据隐私保护的思路，进而总结出欧洲

---

* 李艳华，厦门大学法学院 2020 级国际法博士研究生，主要研究方向为网络空间国际法，国际经济法。【基金项目】国家社科基金国家应急管理体系建设研究专项“疫情下国家紧急状态的国际法问题研究”（项目编号：20VYJ049）。

[1] Victoria Hordern, Data Protection Compliance in the Age of Digital Health，*European Journal of Health Law*, 2016(23), p.249.

[2] Lothar Determann, Healthy Data Protection, *Michigan Technology Law Review*, 2020(26), p.229.

[3] 参照《一般数据保护条例》第 4 条“有关健康的数据”定义；Recommendation CM/Rec(2019)2 1.3《与健康有关的数据指南》相关数据的定义。此外，欧洲法院在 Case C-ioi/i, BodilLinqvist, 6 November 2003, para. 50.对健康数据的定义作了进一步解释，“有关健康的数据必须有广泛的解释，以便包括个人健康的各个方面”。

[4] T. Mulder & M. Tudorica, Privacy policies, cross-border health data and the GDPR, *Information & Communications Technology Law*, 2019(28), p.270.

[5] Determann, Lothar, Healthy Data Protection, *Michigan Technology Law Review*, 2020(26), p.236.

[6] 首先在具体论证欧洲健康数据的权利保护前需要澄清这两组概念：（1）数据和信息在本文的表述中含义并无二致；（2）健康数据权保护与隐私权保护共同构成欧洲健康数据权利保护的保护方式，并非所有健康信息都属于信息隐私保护的范围，只有健康信息中的敏感信息才属于其保护范畴。

人权法院健康数据隐私司法保护的特点。文章最后一部分将从立法和司法的角度对我国当前的个人健康信息保护制度加以检视，并从比较法的角度，参考欧洲实践可兹借鉴之处。

第一节 欧洲健康数据隐私立法保护之状况

个人数据保护对于欧洲人而言是一项基本权利，它一直将“隐私视为一种建立在基本人权之上的政治要求”。[7]在立法领域中，从横向来看，欧洲健康数据隐私立法保护分散于欧洲与欧盟两套立法体系中，二者虽在权利定性和具体规定上有所不同，但却又互为补充，相互影响。从纵向来看，二者分别由基本权利公约、数据保护基本立法以及其他具体指南构成。由此可见，欧洲数据隐私立法体系已经相对成熟，从而为健康数据隐私提供了稳健、充分的国际法保护。

一、健康数据隐私保护立法之根基：《欧洲人权公约》与《欧洲基本权利宪章》

欧洲基本权利的保障体系呈现出多元的特点。欧盟法和欧洲人权公约在保障基本权利的过程中存在着交互式影响。[8]发端于 1950 年的《欧洲人权公约》（以下简称为《公约》）是一个区域性的人权条约，《公约》第 8 条从个人和家庭隐私的角度，对个人信息权作出了规定：个人享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利，但是依据法律规定的干预、为了国家安全和公共安全、防止犯罪、保护健康和保护他人的权利和自由则不受此限。为了阐明、保障和发展《公约》制定的规则，助于各国遵守其作为缔约方所承担的义务，将人权判例法扩展到整个欧洲国家共同体，2018 年 8 月 31 日，欧洲委员会（Council of Europe, CoE）发布了《公约》第 8 条《“尊重私人和家庭生活、家庭和通信的权利”指南》（以下简称《指南》）。《指南》第 2 部分 C 节隐私权下的数据保护和健康信息部分，分析和总结了截止至 2018 年 8 月 31 日欧洲人权法院的相关判例法。欧盟（EU）于 2001 年颁布的《欧洲基本权利宪章》（以下简称《宪章》）移植了《公约》所有的基本权利，《宪章》也在第 52 条第 3 款中明确要求欧盟法院对来源于《公约》基本权利的解释标准不得低于《公约》。[9]此外，《宪章》第 8 条[10]还首次明确规定了个人数据保护权，2007 年《里斯本条约》更将这一权利作为一项构架性权利。[11]

二、健康数据隐私保护立法之两翼：《第 108 号公约》与《一般数据保护条例》

欧盟和欧洲委员会的数据保护法律框架在经历了漫长的改革/现代化之后，于 2018 年进行了更新。[12]1981 年《关于个人数据自动化处理的个人保护公约》（通常称为“第 108 号公约”）是目前对所有国家开放且唯一具有法律约束力、保护个人数据隐私的多边文书。第 108 号公约历经 40 年实现了现代化的改造，于 2018 年在斯特拉斯堡由欧洲及其他国家开放签署《第 108 号公约修正议定书》（通常又称为“第 108+号公约”）。借由 2013 年“斯诺登事件”、2014 年“谷歌西班牙案件”、“2015 年施姆雷斯案”，欧盟为执行《欧洲基本权利宪章》和《里

---

[7] Q. and A. with Viviane Reding, N.Y. Times, Feb. 2, 2013, http://www.nytimes.com/2013/02./03/business/q-and-a-with-vivianereding.html, accessed Feb. 2, 2021. See generally Joel R. Reidenberg, E-Commerce and Trans-Atlantic Privacy, *Hous. L. Rev*iew, 2001(38), p.717, 730-732.

[8] 范继增：《多元结构下欧洲基本权利保障体系》，载《厦门大学法律评论》2016 年第 1 期，第 27 页。

[9] 范继增：《多元结构下欧洲基本权利保障体系》，载《厦门大学法律评论》2016 年第 1 期，第 27 页。

[10] 《欧洲基本权利宪章》第 8 条第 1 款规定：“每个人都拥有保护与他（或她）有关的个人数据的权利。”第 2 款规定：“此等数据应仅得于特定明确目的，且于信息所有人同意或其它法律规定之正当依据下，公平地被处理。人人均有权了解其个人信息，并有权要求销毁其个人数据。”

[11] 刘泽刚：《欧盟个人数据保护的“后隐私权”变革》，载《华东政法大学学报》2018 年第 4 期，第 56 页。

[12] T. Mulder & M. Tudorica, Privacy policies, cross-border health data and the GDPR, *Information & Communications Technology Law*, 2019(28), p264.

斯本条约》，在 2016 年通过史上最严《一般数据保护条例》（以下简称 GDPR）[13]，欧盟逐渐将个人数据受保护从隐私权独立出来，作为与隐私权并列的公民基本权利。《条例》还将是否加入《第 108 号公约》作为评估第三国数据保护充分性的重要参考之一。[14]《第 108+号公约》第 6 条[15]与《条例》第 9 条[16]中都规定了健康数据属于敏感数据，而且它们都认为，披露某人健康信息的数据应该得到额外的保护。[17]《第 108+号公约》要求满足法律规定的安全措施、在本公约规定的情况下才被允许处理，而且这些安全措施应当保障数据主体的基本权利和基本自由。而 GDPR 一般禁止处理与健康有关的个人数据、基因数据和生物特征数据等；作为例外，GDPR 第 9 条第 2 款以穷尽的方式具体列举了 10 类情形，如数据主体的明确同意、履行就业与社会保障的义务、数据主体同意不能、数据主体公开、司法必要、重大公共利益、预防医学、公共卫生领域的公共利益和科学研究，其中与第 2 款(h)项为医学领域所必要与(J)项为公共利益与科学研究所必要的联系尤为紧密。实际上，究于《第 108+公约》例外条款第 11 条规定仅基于国家安全和国防目的数据处理活动才可设置第 6 条例外情况，但一般公共利益、科学研究活动等除外，鉴于此，《第 108+公约》相较于 GDPR 更为严格。

三、健康数据隐私保护立法之补充：与健康数据有关的其他法律

欧洲健康数据隐私法律保护体系以欧洲(CoE)法律和欧盟(EU)法律为分野，为了使前述法律文本的一般规则得以落实，欧洲委员会和欧盟还制定了一些特殊的法律文书。

根据 CoE 法律，1997 年《欧洲委员会医疗数据建议》（以下简称《建议》）将《108 公约》中的原则更加具体的应用于医疗数据的处理。《建议》规定：数据主体有权访问、纠正与删除与己有关的医疗数据；医疗保健专业人员合法处理的医疗数据不得移交给执法机关，除非提供了充分的保障措施，以防止披露不符合《欧洲人权公约》第 8 条所保障的私人隐私权。[18]此外，还对患者数据的匿名化与假名化予以详细解释。2016 年《欧洲委员会基因检测数据建议》同样适用于医疗数据的处理。[19]为了促进健康医疗的构建和健康数据的分享，2018 年 4 月，欧洲委员会发布了《在数字单一市场中实现医疗保健的数字化转型，赋予公民权利，建设一个更加健康的社会指南》。此后，2019 年 3 月，CoE 发布了《相关健康数据的保护指南》，重申与健康有关的数据的敏感性和对其使用加以管制的重要性，以保证适当尊重每个人的权利和基本自由，特别是隐私权和个人数据的保护权。[20]

根据 EU 法律，2011/24/EU 指令《跨境医疗中患者权利的适用》要求建立跨境医疗患者

---

[13] 张金平：《欧盟个人数据权的演进及其启示》，载《法商研究》2019 年第 5 期，第 188 页。

[14] 《条例》前言第 105 段：除了第三国或国际组织已作出的国际承诺外，委员会还应考虑第三国或国际组织参与多边或区域体系，特别是与个人资料保护有关的义务，以及履行这些义务。特别是，应考虑到第三国加入 1981 年 1 月 28 日《欧洲委员会关于在自动处理个人数据方面保护个人的公约》及其附加议定书。委员会在评估第三国或国际组织的保护水平时，应咨询委员会。

[15]《第 108+号公约》第 6 条第 1 款：处理以下数据：基因数据；与违法行为、刑事诉讼和定罪以及相关的安全措施有关的个人数据；唯一识别个人的生物特征数据；揭示与种族或族裔出身、政见、工会会员、宗教或其他信仰、健康或性生活有关信息的个人数据，只有在法律规定了适当的安全措施、补充本公约规定的情况下才应当被允许。第 2 款：这些安全措施应当防止处理敏感数据可能给数据主体的利益权利和基本自由带来的风险，尤其是歧视的风险。

[16]第 9 条第 1 款：对揭示种族或民族出身，政治观点、宗教或哲学信仰，工会成员的个人数据，以及以唯一识别自然人为目的的基因数据、生物特征数据，健康、自然人的性生活或性取向的数据的处理应当被禁止。

[17] Mulder, Trix, The Protection of Data concerning Health in Europe, *European Data Protection Law Review* (EDPL), 2019(5), p 210.

[18] ECtHR, Avilkina and Others v. Russia, No. 1585/09, 6 June 2013, para. 53.

[19] Council of Europe, Committee of Ministers (2016), Recommendation Rec(2016)8 to member states on the processing of personal health-related data for insurance purposes, including data resulting from genetic tests, 26 October 2016.

[20] Recommendation CM/Rec(2019)2

权利电子健康网络连接，通过这一自愿网络，欧盟国家可以为欧盟的电子健康发展提供指导，并帮助其制定电子健康互操性和标准化政策。[21]2014 年《人用医疗产品临床试验》[22]对于评估新药对于患者的影响具有相当大的数据保护意义，临床试验需要不断提高他们的透明度和结果，且构成伦理评估的一部分。GDPR 前言部分第 156 和 161 节规定有关临床试验适用于该法律。欧盟委员会还就电子健康记录的互操性提出了建议，[23]不过，电子健康记录仍会引发数据存储和数据访问的问题，2014 年 4 月，欧盟委员会发布了《移动健康绿皮书》(a Green Paper on mobile health, mhealth)，[24]移动健康涉及包括移动设备支持的医疗和公共卫生实践。鉴于医疗数据的敏感性，该书强调应发展包括对患者数据特定和适当的安全保障措施，数据处理者应遵守个人数据保护规则 mhealh 评估指南。此后，欧盟还一直在推动一项由业界主导的移动健康应用程序行为准则和欧洲卫生数据空间创建，它们是欧盟委员会 2019-2025 年战略的优先事项之一，卫生基础设施和技术将遵循 2020 年 2 月 19 日发布的《欧洲数据战略》，拓展 eHealth 数字服务基础设施、欧洲参考网络和基因组学项目。[25]2020 年 11 月 25 日，为进一步规范欧洲数据治理模式，欧盟委员会通过了《欧洲数据治理条例》（数据治理法案）提案，提案明确了健康数据服务企业如何处理数据，并制定促进健康数据共享的方案。在此背景下，2020 年后半年，欧盟各国还颁布针对数字化医疗服务进行活动的有关健康数据处理的规则。[26]

总而言之，就欧洲健康数据隐私立法保护来看，主要从健康数据隐私权强保护和健康数据权相对严格保护的两个面向，通过一般+特殊的立法方式，为个人健康数据的保护提供了充分的救济。与此同时，欧洲人权法院还强化了这一救济路径：在申诉人穷尽国内救济的情况下，人权法院有权以人权公约为标准辅助性地对成员履行公约的情况进行外部审查，[27]在此过程中，人权法院通过动态性的解释对健康数据隐私权利保护予以重新塑造。

第二节 欧洲健康数据隐私司法保护之典型案例[28]

事实上，欧洲人权法院强调了《欧洲人权公约》在人权领域作为“欧洲公共秩序的宪法文书”的作用。[29]《公约》第 8 条规定：个人享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利，但是依据法律规定的干预、为了国家安全和公共安全、防止犯罪、保护健康

---

[21] at https://ec.europa.eu/health/ehealth/cooperation_en, last visited on Feb.2, 2021.

[22] Regulation (EU) No. 536/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on clinical trials on medicinal products for human use, and repealing Directive 2001/20/EC (Clinical Trials Regulation), OJ 2014 L 158.

[23] Commission Recommendation of 2 July 2008 on cross-border interoperability of electronic health record systems, Point 3 (c)

[24] European Commission (20140), Green paper on mobile Health (“mHealth”), COM(2014) 219 final, Brussels, 10 April 2014.

[25] https://ec.europa.eu/health/ehealth/cooperation_en , last visited on Feb.2, 2021.

[26] 2020 年 12 月 7 日，德国数据保护局发表“护理数字化现代化法”草案；2020 年 10 月 26 日,2020 年 12 月，意大利准备通过关于实施远程医疗服务的准则，意大利数据保护管理局发表关于识别高危患者算法的意见；2020 年 10 月，法国更新报销申请文件以提高医疗器械使用 AI 的评估效率，2020 年 10 月 13 日，法国国务院发布关于向第三国转移卫生相关数据的简易程序判决，2020 年 11 月 30 日，法国电子卫生机构(“ANS”)宣布与 Interop'Santé(一个负责促进卫生系统互操作性的协会)结成伙伴关系，以简化互操作性测试；2020 年 11 月 13 日，葡萄牙数据保护管理局发布健康数据处理准则；2020 年 12 月 30 日，加泰罗尼亚卫生领域个人资料处理行为守则；荷兰批准为医疗数字化项目提供资金计划于 2021 年发放；2020 年 10 月 29 日，比利时远程会诊调查发布。吴旭阳主编：《法律认知、数据与智能 通讯》（电子版）2021 年 5 月号。

[27] 范继增：《多元结构下欧洲基本权利保障体系》，载《厦门大学法律评论》2016 年第 1 期，第 27 页。

[28] 本文所述案例取自于欧洲委员会于 2018 年发布的《尊重私人和家庭生活、家庭和通信的权利指南》及由欧盟基本权利机构（FRA）、欧洲委员会和欧盟数据保护机构联合发布的《欧洲数据保护手册 2018 年版》中所载案例，不过案例未具体展开，本文欲表明：其一，本文所选案例为最具代表性的案例；其二，本文案例所述更为详实。

[29] Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland no. 45036/98,paras.156, ECHR 2005-V

和保护他人的权利和自由则不受此限。而且，《公约》第 8 条《尊重私人和家庭生活、家庭和通信的权利指南》为欧洲成员国遵守尊重私人和家庭生活、家庭和通信提供了参照。在《指南》颁布之前，欧洲人权法院依照“尊重私人和家庭生活、家庭和通信权利的原则”，已经发布了一系列涉及健康数据隐私的案例。

一、国家机关健康信息收集与披露类：L.H. v. LATVIA 案、Avilkina and others v. Russia 案及 Z v. Finland 案

（一）健康监督局分娩信息披露案

L.H. v. LATVIA 案[30]申请人曾经就诊于 Cēsis 区中心医院，医院院长致函“医疗保健和工作健康质量监督局”（以下简称 MADEKKI 健康监督局），请求该局评估申请人在分娩期间接受的治疗，然而，该局在行政调查报告中包含了申请人的健康信息和敏感数据，并提交给中心医院。后申请人提请行政诉讼，但均以失败告终。申请人再以健康监督局违反《公约》第 8 条为由施以申诉。政府声称其依据《医疗法》第 50 节、《MADEKKI 法规》以及《个人资料保护法》依法行使职权，他们收集个人资料的目的旨在保护公众健康以及他人的权利和自由，因此，构成禁止处理个人数据的例外情况。[31]在欧洲人权法院审查的过程中，首先，依据《公约》第 35 条第 3 款的规定[32]，申请并不明显缺乏根据，因此予以受理；其次，MADEKKI 收集此类数据构成对私生活受尊重权利的干涉，不过，政府坚称这种方式的干涉是“微不足道”的；[33]最后，法院指出，国内法院适用的法律不能认定为具有足够的精确性，并为防止任意性提供了充分的法律保护。它没有限制 MADEKKI 可以收集私人数据的范围和行使自由裁量权的方式，亦没有实现评估 MADEKKI 所收集数据的潜在决定性、相关性或重要性。鉴于上述考虑，MADEKKI 干涉私生活的行为不符合《公约》第 8 条第 2 款所指称的依据法律。[34]

（二）检察院宗教组织人员健康信息收集案

Avilkina and others v Russia 案[35]申请人是俄罗斯耶和华宗教组织及其组成人员，该组织的意识形态禁止信徒接受输血或血液成分。市检察院收到相关投诉后，以拒绝输血妨碍合格医疗服务管理为由，调查该组织的活动是否合法，并且要求公共卫生委员会与医疗机构提供该组织的医疗文件与信息。一审法院认为检察官依据《公共卫生法基本原则》，有权向医疗机构申请披露该组织的医疗信息。二审法院予以维持。后申请人以检察官的调查行为违反《公约》第 8 条提起诉讼，他们认为，个人选择坚持某一特定宗教的信仰，并不会自动丧失《公约》保障的尊重私人生活的权利。[36]人权法院认为州医院和检察官的行为确实干涉了申请人的私生活，那么这种干涉是否正当？需要考虑如下因素：(1)干涉行为是否依据法律？法院回顾其成熟的判例，即依据法律的措辞要求在国内法有一定的依据，并符合《公约》前言第 8 条的目的，具有足够的可访问性和可预见性，且应明确规定主管当局自由裁量权行使范围和方式。[37]结合本案事实，被告有依据的法律；(2)干涉行为是否有合法目的？法院对于披露医疗信息有利于国家利益，避免威胁病人的安全，以确保当局采取何种措施这一论辩持怀疑

[30] ECtHR, L.H. v. LATVIA, No. 52019/07, 29 April 2014.
[31] ECtHR, L.H. v. LATVIA, No. 52019/07, 29 April 2014, paras. 35.
[32] 《欧洲人权公约》第 35 条第 3 款：法院应当宣布不予受理任何人根据第 34 条所提出的它认为与公约或者是议定书的规定不相一致、明显存在瑕疵或者是滥用了申请权利的申诉。
[33] ECtHR, L.H. v. LATVIA, No. 52019/07, 29 April 2014, paras. 39.
[34] ECtHR, L.H. v. LATVIA, No. 52019/07, 29 April 2014, paras. 59.
[35] ECtHR, Avilkina and Others v. Russia, No. 1585/09, 6 June 2013.
[36] ECtHR, Avilkina and Others v. Russia, No. 1585/09, 6 June 2013, paras. 28.
[37] ECtHR, Avilkina and Others v. Russia, No. 1585/09, 6 June 2013, paras. 35. 国内法还必须“制定得足够精确，并提供充分的法律保护，防止任意性”。

态度；(3)干涉行为是否为民主社会所必须？检察官办公室收集有关申请人拒绝输血机密医疗资料时，没有设法取得申请人的同意，亦没有采取充分的保障措施，以防止披露，[38]因此不符合《公约》第 8 条所保障的尊重申请人私生活的规定。[39]

（三）上诉法院艾滋病信息披露案

Z v. Finland 案[40]申请人 Z 女士的前夫 X 感染了艾滋病，犯下了若干性罪行，随后，当地法院判决其构成三项过失杀人未遂罪和一项强奸罪，判处 7 年有期徒刑，并下令在 10 年内对案件提交的文件保密。[41]因相关证据文件涉及到申请人患有艾滋病的医疗数据，而且保密期很短，所以 Z 和 X 均向赫尔辛基上诉法院提出上诉，上诉法院维持了地方法院的判决，即审判记录的保密期限为 10 年，且其判决书中载有申请人及 X 的全名。后申请人向最高法院申请撤销上诉法院判决的命令，最高法院也驳回了申请人的请求。[42]1993 年 5 月，Z 女士根据《欧洲人权公约》第 8 条所保障的尊重私人和家庭生活的权利受到侵犯为由，向欧洲人权委员会提出申诉，委员会 1995 年宣布予以受理。[43]政府对这一指控提出异议，而欧洲人权法院认为，有人违反了这一规定。

欧洲人权法院从以下 3 个方面来进行论证：首先，从法院的审理范围来看，国内法院从 2002 年向公众提供有关资料，以及在上诉法院的判决中披露她的身体医疗状况属于受案范围；其次，无可争议的是，所申诉的各项措施干扰了申请人的隐私权和家庭生活权；最后，从干扰是否合理来看，芬兰政府根据《司法程序法典》调取医疗数据符合法律规定，同时符合对诉讼有重要评估中的正当性，不过，在确定受到指责的措施在民主社会中是否必要时，法院将考虑从整个案件来看，即，为证明这些措施的正当性而提出的理由是否相关和充分，以及这些措施是否与所追求的合法目标相称。[44]法院认为，如果没有这种保护，需要医疗援助的人可能会被“阻止”披露为接受适当治疗而可能需要的个人和亲密信息，甚至被“阻止”寻求这种援助，从而危害他们自己的健康，如果是传染病，则危害社区的健康。因此，国内法必须提供适当的保障措施，以防止任何可能不符合《公约》第 8 条保障的个人健康数据的传播或披露。（参照第 108 公约第 3 条第 2 款 c 项、第 5 条、第 6 条和第 9 条）[45]上述考虑因素特别适用于“保护与艾滋病毒有关信息的机密性”，因为披露此类信息可能会对个人的私人和家庭生活及其社会和职业状况造成毁灭性后果，包括暴露于耻辱和可能的排斥,[46]所以，

---

[38] 未经患者同意，诊所向社会保险办公室披露医疗记录，包括与堕胎有关的信息，从而向更广泛的公务员群体披露，构成了对患者尊重私生活权利的干涉（M.s. v.Sweden，paras.35）。医疗机构向记者和检察官办公室披露医疗数据，以及负责监测医疗质量的机构收集病人的医疗数据，也被认为是对尊重私人生活权利的干涉（Mockut v.Lithuania，paras.95). 在本案中，考虑到申请人母亲与其女儿之间的紧张关系（第 100 条），关于向申请人母亲披露的信息的第 8 条也受到了干扰。See Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence, p36.

[39] ECtHR, Avilkina and Others v. Russia, No. 1585/09, 6 June 2013, paras. 33-54.

[40] ECtHR, Z v. Finland, No. 22009/93, 25 February 1997, paras. 94 and 112; see also ECtHR, M.S. v. Sweden, No. 20837/92, 27 August 1997; ECtHR, L.L. v. France, No. 7508/02, 10 October 2006; ECtHR, I v. Finland, No. 20511/03, 17 July 2008; ECtHR, K.H.
and Others v. Slovakia, No. 32881/04, 28 April 2009; ECtHR, Szuluk v. the United Kingdom, No. 36936/05, 2 June 2009.

[41] ECtHR, Z v. Finland, No. 22009/93, 25 February 1997, paras. 33.

[42] ECtHR, Z v. Finland, No. 22009/93, 25 February 1997, paras. 38.

[43] ECtHR, Z v. Finland, No. 22009/93, 25 February 1997, paras. 57.

[44] 除非有符合公众利益的压倒性要求，否则鉴于有关个人艾滋病毒状况的信息具有高度的私密性和敏感性，任何国家都会在未经患者同意的情况下，采取强制传播或披露此类信息的措施，要求对患者进行最仔细的审查法院，以及旨在确保有效保护的保障措施。 (see mutatis mutandis, the Dudgeon v. the United Kingdom judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, p. 21, paras.52; and the Johansen v. Norway judgment of 7 August 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, pp. 1003-04, paras. 64).

[45] ECtHR, Z v. Finland, No. 22009/93, 25 February 1997, paras. 94-96.

[46] ECtHR, Z v. Finland, No. 22009/93, 25 February 1997, paras. 96.

人权法院判定国内上诉法院披露申请人信息和健康状状况违法。

二、新闻媒体健康信息披露类：Biriuk v. Lithuania 案及 Fürst-Pfeifer v. Austria 案

（一）日报艾滋病信息披露案

Biriuk v. Lithuania 案[47]中立陶宛最大的日报 Lietuvos Rytas 在头版发表了一篇题为“因对死亡的恐惧而瘫痪的帕斯瓦利斯村庄：立陶宛偏远地区被艾滋病威胁束缚的居民”，文章中涉及 Biriuk 滥交和感染艾滋病毒相当多的描述，后 Biriuk 以侵犯隐私权为由向一审法院提起诉讼，并要求赔偿非金钱损失 50000 立特，一审法院判决该日报的行为侵犯了原告的隐私权，并根据《向公众提供信息法》判定被告赔偿 30000 立特的非特定损害赔偿金。随后原告以赔偿额错误提起上诉，上诉法院基于原告未证明日报故意刊登为由，依法将赔偿额减至 10000 立特。最终，最高法院维持了上诉法院的裁决。[48]随即，Biriuk 女士向欧洲人权法院指称国内法院违反《公约》第 8 条，尽管法院认定日报严重侵犯了她的隐私权，但由于判决的非金钱赔偿额之低，未能保障她的私生活的权利，[49]被告国未能履行尊重国民私生活的积极义务。如此低的限额的存在易于侵犯她的权利，因为该报知道对于此类违约行为的赔偿，在任何情况下都不需要支付巨额赔偿金。申请人的结论是，这一法定限额不能被视为实现《公约》第 8 条第 2 款所列举的与任何合法目的必要和相称的手段。[50]政府认为国内法院已经承认了第 8 条，并给予了她充分救济，[51]政府指出，第 8 条并不一定要求国家通过无限赔偿来确保尊重个人的生活。••••••在政府看来，当寻求国家总体利益和个人利益之间的公平平衡时，对一个国家在一定时期内的非金钱损害设定最高赔偿额应该是可以接受的。[52]法院认为：涉及申请人健康状况以及性生活属于第 8 条的规制对象，[53]法院同意政府的意见，由一国决定在特定情况下“尊重”私人生活而采取的步骤有自由裁量的余地，[54]并注意到实行财政限额并不违背《公约》第 8 条的积极义务，而且对违反新闻规定的行为实施严厉制裁可能会对根据《公约》第 10 条行使新闻自由的基本保障产生寒蝉效应，然而在本申请书所述的一个肆无忌惮地滥用新闻自由的案件中，法院认为，对司法自由裁量权的严格立法限制有助于纠正受害者所遭受的损害，并因此认为政府违反了《公约》第 8 条。[55]此外，鉴于该国新《民法典》已废除司法赔偿最高限额，所以政府仍需向申请人支付 6500 欧元。

（二）网络出版公司心理障碍信息披露案

Fürst-Pfeifer v. Austria 案[56]申请人是一名心理专家，负责羁押期间的法庭诉讼以及儿童和青少年的心理检查，一审被告是一家网络出版公司，该公司于 2008 年披露了申请人的全名和心理障碍信息。因此，申请人以媒体侵犯隐私和违反《媒体法》诉至法院。一审法院认为这篇报道触及到了她的私人领域，命令出版商支付 5000 欧损害赔偿金，后上诉法院以所述事实真实撤销了下级法院的判决。其后，申请人以政府违反《公约》第 8 条提起诉讼，政府辨驳道，奥地利法院在《公约》第 8 条和第 10 条相互竞争的利益之间取得了平衡，有关司法系统运作的问题是公共利益问题，而媒体发挥了“公共监督机构”的作用。欧洲人权法院重申隐私权是《公约》第 8 条保障的一项独立权利，第 10 条第 2 款承认，为了保护隐私，

[47] ECtHR, Biriuk v. Lithuania, No. 23373/03, 25 November 2008.
[48] ECtHR, Biriuk v. Lithuania, No. 23373/03, 25 November 2008, paras. 1-11.
[49] ECtHR, Biriuk v. Lithuania, No. 23373/03, 25 November 2008, paras. 22.
[50] ECtHR, Biriuk v. Lithuania, No. 23373/03, 25 November 2008, paras. 29.
[51] ECtHR, Biriuk v. Lithuania, No. 23373/03, 25 November 2008, paras. 24.
[52] ECtHR, Biriuk v. Lithuania, No. 23373/03, 25 November 2008, paras. 31.
[53] ECtHR, Biriuk v. Lithuania, No. 23373/03, 25 November 2008, paras. 34.
[54] ECtHR, Biriuk v. Lithuania, No. 23373/03, 25 November 2008, paras. 37.
[55] ECtHR, Biriuk v. Lithuania, No. 23373/03, 25 November 2008, paras. 45-46.
[56] ECtHR, Fürst-Pfeifer v. Austria,nos. 33677/10 and 52340/10, 17 May 2016.

可以限制言论自由，特别是在出版物的案件中，保护私人生活必须与《公约》第 10 条保障的言论自由相平衡。[57]报道的文章内容是真实的，不包含任何攻击性或辱骂性的言语攻击，而且，以官方身份行事的官员应当受到比普通公民更广泛的接受批评。[58]因此，法院认为，发表一篇关于心理专家心理健康状况的文章并没有违反《公约》第 8 条。

三、公司职场精神健康数据收集类：Surikov v. Ukraine 案

Surikov v. Ukraine 案[59]申请人受雇于塔夫里达出版社，出版社以申请人精神健康状况为由，拒绝将申请人晋升到与其资历相当的工程职位。该断定源于 1997 年公司从征兵办公室得到一份“申请人因精神病性障碍，被宣布为不适合在和平时期服兵役”的数据证明。2006 年 6 月，申请人对公司成员提起数据保护民事诉讼，地区法院驳回了申请人的请求，上诉法院和最高法院也分别驳回了申请人的上诉和上诉许可申请。后申请人以雇主任意收集、保留和使用敏感、过时和不相关的心理健康数据，涉嫌违反《公约》第 8 条提出申诉。[60]政府辩称免除兵役的资料并非机密，乌克兰《兵役法》规定了雇主有义务将军事身份证上载有的有关豁免理由的信息复制到人事记录上。[61]人权法院认为这样的理由可以予以受理，法院强调，首先，这种干涉依据乌克兰的《兵役法》，所以转而评估为公共当局对于申请人私生活的干涉。在乌克兰宪法法院在其 1997 年对 Ustymenko 案的意见中，一般将国家精神健康数据保护框架定性为“定义不清、相互矛盾的规定和漏洞”，不完全符合乌克兰的国际义务；[62]其次，干涉可出于各种合法目的，包括国家安全、公共安全、健康和他人权利等；最后，关于这种干涉是否必要，长期收集和储存一个人与健康有关的数据，以及将这些数据披露和用于与收集这些数据的原始理由无关的目的，构成了对尊重私生活权利的不相称的干扰。国家法院也没有在雇主利益和职位候选人的隐私利益之间取得公平的平衡。[63]综上，人权法院的结论是，在保留和披露申请人的心理健康数据，以及将其用于决定申请人的晋升申请方面，存在违反第 8 条的情况。

第三节 欧洲人权保护机制健康数据隐私保护的路径分析

欧洲人权法院在尊重私人和家庭生活权利的案件中，基于健康数据机密性和敏感性的特点，善于从维护当事人的权利出发，并整合出缜密的 step by step 的分析思路，建立了公平与审慎的平衡机制。

一、健康数据隐私司法保护的思路

于健康数据隐私司法保护的审理思路而言，基于更加严格的人权保护，欧洲人权法院的司法论理需要采用严格遵循法律条文的文义解释与符合立法目的的目的解释，具体来说，欧洲人权法院在司法实践中需要确定申诉行为是否依次满足以下三个条件：

一是申请人的诉讼请求是否属于第 8 条的范围，人权法院宽泛的界定了第 8 条的范围，包括但不限于私人生活、家庭生活、家庭和通信四种利益。一般说来，私人生活涵盖了一个人的身体、心理或道德的完整性，个人的隐私与身份。其中，个人隐私包括对自己图像和照片的权利、保护个人名誉和防止诽谤的权利、获取个人信息的权利、个人的健康信息予以保

[57] See Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland, no. 33846/07, § 56-58, 16 July 2013.
[58] See Janowski v. Poland [GC], no. 25716/94, § 33, ECHR 1999-I
[59] ECtHR, Surikov v. Ukraine, No. 42788/06, 26 January 2017.
[60] ECtHR, Surikov v. Ukraine, No. 42788/06, 26 January 2017, paras. 61.
[61] ECtHR, Surikov v. Ukraine, No. 42788/06, 26 January 2017, paras. 66.
[62] ECtHR, Surikov v. Ukraine, No. 42788/06, 26 January 2017, paras. 80.
[63] ECtHR, Surikov v. Ukraine, No. 42788/06, 26 January 2017, paras. 84-94.

护的权利、安全部门或其他国家机关收集的文件或数据、警察监视和拘留期间的隐私等，[64]而健康数据是关涉个人最为私密和至关重要的数据，为此，需要更为严苛的保护。鉴于健康数据的敏感性与机密性，上文所述 6 个案例中，L.H. v. LATVIA 案、Avilkina and others v. Russia 案、Z v. Finland 案和 Surikov v. Ukraine 案 4 个案件推翻了国内最高法院的判决，Biriuk v. Lithuania 案 1 个案件变更了国内最高法院的赔偿数额，以维护申请人的健康数据隐私权，不过，在 Fürst-Pfeifer v. Austria 中，欧洲人权法院考虑到了申请人的官方身份以及曝光的心理健康数据的真实性，对健康数据隐私权的边界予以限制，对此，法院驳回了申请人的请求。

二是国家是否存在对这项权利的干涉或者国家是否承担了保护这项权利的积极义务，第 8 条的主要目的是防止国家对隐私权的过分干涉，这属于典型的消极义务。如 L.H. v. LATVIA 案中，MADEKKI 对申请人健康数据的行政调查行为构成了对私生活权利的直接干涉；Surikov v. Ukraine 案乌克兰《兵役法》的规定构成对私人健康数据权的间接干涉，这两种干涉行为均违反了政府的消极义务。除了这一主要的消极承诺外，还会产生有效尊重私人生活，采取相应措施的积极义务。如 Z v. Finland 案中，芬兰国家法院非但不能干涉申请人及其丈夫的隐私，任意披露涉及艾滋病毒医疗数据的信息，还需要采取适当的措施予以保护，以防止当事人暴露于耻辱和可能的排斥；Avilkina and others v Russia 案中，检察官不仅向医疗机构收集宗教人员医疗敏感数据，还没有采取充分的保障措施。然而，Biriuk v. Lithuania 案中，申请人因日报侵犯其健康数据隐私权虽以低额赔偿，欧洲人权法院却认为国家有自由裁量的余地，换言之，国内实行财政限额并不违反法院的积极义务。

三是这种干涉是否依据法律，若是，是否进一步构成合法目的，且干涉是否在民主社会中是必要的。[65]当国家违反消极义务时，则需评估这种干涉是否符合《公约》第 8 条第 2 款的要求，具言之：步骤一，法律合规性检验。这一干涉不仅要求符合国内法，还需满足法治的要求，质言之，国家法律必须是明确的、可预见的和可充分利用的；法律还应限制公共机构收集私人数据的范围和行使自由裁量权的方式。L.H. v. LATVIA 案因违反法治之要求而无法实现评估数据的潜在决定性、相关性和重要性；Surikov v. Ukraine 案宪法法院也指出乌克兰关于健康数据的法律是“定义不清和相互矛盾的”。步骤二，目的性检验。《公约》第 8 条第 2 款列举了维护国家安全、公共安全或国家经济福祉、防止混乱和犯罪、保护健康或道德、保护他人的权利和自由 5 项合法目的。在前述案例中，申请人患有艾滋病病毒的信息泄露，为国家借以保护公共健康和他人的权利；新闻媒体的报道是言论自由的反映；对宗教组织的调查是为了维护国家的公共卫生秩序；《兵役法》规定的数据记录与查阅是为了维护国家安全。不过，上述目的的正当性还需考察步骤三——是否为民主社会所需的比例性检验，比例分析是最难以断定的步骤之一，法院需要考虑为证明这些措施的正当性而提出的理由是否相关和充分，以及这些措施是否与所追求的合法目标相称。Z v. Finland 案对于“为民主社会所必要”的解释最具有代表性，“尊重卫生数据的保密性是《公约》所有缔约国法律制度中的一项重要原则。重要的是，不仅要尊重病人的隐私意识，而且要保持他或她对医疗行业和一般卫生服务的信心，如果没有这种保护，需要医疗援助的人可能会被“阻止”披露为接受适当治疗而可能需要的个人和亲密信息，甚至被“阻止”寻求这种援助，从而危害他们

[64] See Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence, p29-39.
[65] Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence, p7-11.

自己的健康，如果是传染病，则危害社区的健康。”[66]此外，对于健康数据长时间的存储以及用于不相关的目的也构成对民主社会不必要的干扰。然而，获得受害人的同意将是消除第三种步骤检验的有效工具。

二、健康数据隐私司法保护的特点

于健康数据隐私司法保护的审理特点而言，欧洲人权法院在尊重各国法律的基础上，采取有步骤的自由裁量，注重在权衡个人健康数据隐私利益与雇主、社区和国家利益，个人隐私利益、宗教自由利益与国家利益，个人隐私利益与言论新闻自由利益的过程中，注意结合案例具体事实与相关情节，呈现出审判对于个人健康数据隐私权利保护倾向与司法能动的特点。

（一）主体方面：注重个人隐私利益与雇主、社区和国家利益的平衡

《公约》第 8 条第 2 款将关系到国家、公共利益与他人利益，作为个人隐私保护的除外事由。医疗数据的保密性是缔约国间的一项重要原则。与此同时，医疗数据时常与公共利益联系在一起。Z v. Finland 案中人权法院认为鉴于艾滋病毒状况具有高度的私密性和敏感性，通过对医疗数据的隐私保护有利于保持申请人对医疗行业的信心，防止对于个人以及社区公共卫生利益的损害，除非有符合公众利益的压倒性要求，从而更好的平衡公益与私益。人权法院同样在 L.H. v. LATVIA 案与 Avilkina and others v Russia 案作了相似的解释。Biriuk v. Lithuania 案中法院通过审查“赔偿数额”来实现个人隐私利益与国内法院公共审判利益的“量的平衡”。而在 Fürst-Pfeifer v. Austria 案中，个人隐私利益与公共利益发生了冲突，但是欧洲人权法院以其职务限制了隐私利益绝对保障，捋顺了特殊私益和公益间的关系。另一方面，当知情权的内容涉及到社会公共利益或者公众的合理兴趣时，公众的知政权和社会知情权分别构成了对国家官员隐私权和社会公众人物隐私权的限制。[67]Surikov v. Ukraine 案法院权衡了国家安全、公共安全、雇主利益以及申请人个人的隐私利益，虽然申请人的心理障碍显然不满足服兵役的要求，然而，国家公共机关公然允许私人机构调取个人健康数据，用于与之不相称的目的，此时，公共利益与雇主利益发生重合，与个人隐私权与数据保护权相冲突，人权法院因此认为，国内法院也没有在雇主利益和职位候选人的隐私利益之间取得有益的平衡。

（二）内容方面：注重个人隐私利益与宗教自由利益的平衡

尽管《欧洲人权公约》第 9 条规定了思想、良心和宗教事务的自由，[68]但披露个人宗教和哲学信仰的信息也可能涉及到第 8 条，因为这些信仰有时也包含私人生活中的一些最密切方面。[69] Avilkina and others v Russia 案市检察院不仅要求公共卫生委员会与医疗机构提供申请人的相关医疗数据，还向申请人所在组织调取他们的宗教信仰信息而非他人的信息，由此可见，这种医疗数据的调取取决于耶和华宗教组织拒绝输血的行为。因此，从某种程度上讲，市检察院的行为还违反《公约》第 14 条禁止歧视的原则，即不得因为宗教不同而对人权区

---

[66] 欧洲委员会部长委员会 1989 年 10 月 24 日通过关于“卫生保健和社会环境中艾滋病毒感染的伦理问题”的第 R（89）14 号决议，特别是《解释性备忘录》第 165 段中关于医疗数据保密的一般性意见。

[67] 张新宝：《从隐私到个人利益：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》2015 年第 3 期，第 42 页。

[68] 第 9 条 1.人人有权享受思想、良心以及宗教自由的权利。此项权利包括改变其宗教信仰以及单独地或同他人在一起的时候，公开地或者私自地，在礼拜、传教、实践仪式中表示其对宗教或者信仰的自由。
2.表示个人对宗教或者信仰的自由仅仅受到法律规定的限制，以及基于在民主社会中为了公共安全的利益考虑，为了保护公共秩序、健康或者道德，为了保护他人的权利与自由而施以的必须的限制。

[69] Folgerø and Others v. Norway, paras.98, 如果规定家长有义务向学校当局披露有关其宗教和哲学信仰的详细信息，则可被视为违反《公约》第 8 条，即使在本案中，家长本身没有义务披露自己的信仰。

别对待。[70]在许多情况下，第 8 条和第 14 条一起阅读。[71]人权法院重申，第 14 条并不独立存在，但通过补充《公约》和《议定书》的其他规定发挥了重要作用。因为它保护处境相似的个人在享受这些其他规定所载权利方面不受任何歧视。[72]由此可见，个人隐私利益与宗教自由利益是不相排斥的，不能仅仅因为宗教不同而对私人利益强加干涉，政府曾以公共卫生利益为由对这一“失衡”予以矫正，而人权法院对这一目的持怀疑态度，事实上，病患对自己的生命有处置的自由，而且政府的调查行为并未设法取得当事人的同意，也并未曾采取保障措施，因此，政府以宗教自由对于社会公共卫生管理利益的侵害，而对个人隐私横加干涉，既不符合民主社会的必然要求，又损害了公众的合法权益。法院通过对法条的 step-by step 式分析，实现了对于健康数据隐私利益、宗教自由和公共利益的动态平衡。

（三）内容方面：注重个人隐私利益与言论自由利益的平衡

言论自由与民主密不可分，它载入了许多国家、欧洲、国际和区域文书，它被认为是唯一能够保障人权的制度。[73]实际上，由于新闻媒体的活动侵入了构成法律意义上隐私的信息空间，而个人的信息空间同社会信息空间的界限很难清晰划清，总有一部分出于交融的状态，所以个人隐私利益与言论自由利益发生了冲突。[74]人权法院认为，作为一个原则性问题，《公约》第 8 条尊重私生活的权利与第 10 条言论自由的权利值得平等的尊重。[75]而且，《公约》第 10 条第 2 款承认保护个人的名誉和权利可以对言论自由构成合乎民主社会中的约束。[76]言论自由虽有例外，但是必须要严格解释，任何限制的必要性必须要有令人信服的确定。[77]关于两种价值的调适问题，通常来说，当言论涉及到公共利益的合理兴趣时，言论自由构成隐私侵权的合理抗辩，当言论仅仅涉及个人私人生活而无涉公共生活时，对于二者冲突的协调取决于法律的态度。[78]欧洲人权法院判例法界定的相关标准如下，需要考虑对公共利益的贡献、受影响者的声名狼藉程度、新闻报道的主题、有关人员的先前行为、出版物的内容、形式和后果，以及在适当的情况下拍摄照片的情况。[79]Biriuk v. Lithuania 案和 Fürst-Pfeifer v. Austria 案涉及的新闻主题非常敏感，包括艾滋病病毒感染和心理健康的机密信息。

---

[70] 保障享有公约规定的权利和自由，不得以性别、种族、肤色、语言、宗教、政治或其他见解、民族或者社会的出身、与少数民族的联系、财产、出生或者其他地位而受到歧视。

[71] Oliari and Others v. Italy, paras.178 and 180-185; Schalk and Kopf v. Austria, paras.108.

[72] ECtHR, Avilkina and Others v. Russia, No. 1585/09, 6 June 2013, paras. 60. 与此同时，如果公约或其议定书的某一实质性条款本身以及与第 14 条一起被援引，并且发现单独违反了该实质性条款，则法院一般不必也根据第 14 条审议该案，但如果存在明显的不平等待遇，则情况并非如此在本案中，享有所涉权利是一个基本方面。See Chassagnou and Others v. France , nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, paras.89, ECHR 1999-III, and Dudgeon v. the United Kingdom, judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, paras.67.

[73] 例如，《欧洲联盟基本权利宪章》（2000 年）第 11 条、《美洲人权公约》（1969 年）第 13 条、《公民权利和政治权利国际公约》（1966 年）第 19 条和《非洲人权和人民权利宪章》（1981 年）第 9 条。

[74] [美]唐纳德·M·吉尔摩,等：《美国大众传播法：判例评析》，梁宁译，清华大学出版社 2002 年版，第 56、59 页。

[75] Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, paras. 91; Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, paras. 123; Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina , paras.77.

[76] 1.人人享有表达自由的权利。此项权利应当包括持有主张的自由，以及在不受公共机构干预和不分国界的情况下，接受和传播信息和思想的自由。本条不得阻止各国对广播、电视和电影等企业规定许可证制度。2.行使上述各项自由，因为负有义务和责任，必须接受法律所规定的和民主社会所必需的程式、条件、限制或者是惩罚的约束。这些约束是基于对国家安全、领土完整或者公共安全的利益，为了防止混乱或者犯罪，保护健康或道德，为了保护他人的名誉或者权利，为了防止秘密收到的情报的泄露，或者为了维护司法官员的权威与公正的因素的考虑。

[77] Stoll v. Switzerland (paras.101, reiterated in Morice v. France , paras.124) and Pentikäinen v. Finland(paras. 87).

[78] 张新宝：《从隐私到个人利益：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》2015 年第 3 期，第 42 页。

[79] Von Hannover v. Germany(no. 2) , paras.108-113; Axel Springer AG v. Germany, paras.89-95.

Fürst-Pfeifer v. Austria 案对法庭诉讼以及青少年的心理健康等公共利益产生重大影响，而且考虑到申请人的国家机关人员身份，因此发表一篇关于心理专家心理健康状况的文章并没有违反《公约》第 8 条。此外，获得信息的真实性以及制裁的严重性也会作为权衡的考虑因素。[80]在文中所述的 Fürst-Pfeifer v. Austria 案中，法院审查了信息的真实性；Biriuk v. Lithuania 案法院对出版商施加处罚的严重性进行了评估。因此，法院的行为一方面有利于保护个人的健康数据隐私，另一方面有利于防止法院的严厉制裁使得新闻自由基本保障遭到破坏而所引发的寒蝉效应。

（四）形式方面：注重司法说理的能力和发挥司法能动性

欧洲人权法院是审查缔约国违反《欧洲人权公约》义务的专门性法院，具有司法的独立性、权威性与正当性，并以《欧洲人权公约》为最低标准对各国人权司法保障进行辅助性外部监督。[81]欧洲人权法院在司法实践中通过其判例，填补了基础条约的漏洞与二级立法的不足，不过相较于欧盟法院“取代、排除、限制、补充各国国内法的作用”，[82]欧洲人权法院案例法无法直接对缔约国产生约束力，也无适用上的优先性，具体取决于各缔约国国内法。[83]在判案的过程中，欧洲人权法院通过对《欧洲人权公约》条文进行动态解释，以审查国内法官的法律解释和相关国内法制度是否与公约的最低标准相符合，一方面，欧洲人权法院判决的说理性极强，具有说理内容的针对性、说理方式的多元性、法官意见的公开性以及法官说理的保障性等特点。[84]另一方面，欧洲人权法院通过援引先例和整合、阐明、铸造以及创制法律来发挥司法能动性。如前所述案件中，法官一一回复了申请人和被申请人的争议焦点，说理方式含括了文义解释和目的解释，并通过 step-by step 式分析层层递进，判决文书会附上详细且富有逻辑的判决意见及反对意见。此外，Z v. Finland 案中的一些解释还具有开创性的意义，针对个人健康数据隐私，法院对于数据暴露的耻辱性及对其反向解释的说理性和能动性，成为了其他类似案件的辅助性引用，从而弥补了条文的漏洞。

与此同时，为了使欧洲人权法院的管辖与判决执行得到成员国的支持及尊重各国的国情、文化和法律，[85]欧洲人权法院在解释欧洲人权公约时，采用“边际裁量”理论为各成员国预留了一些自由裁量的空间，实际上，国家裁量余地原则构成了国家减损条约义务、限制隐私权利的违约阻却事由。国家裁量余地原则已经发展为欧洲人权法院的重要原则之一，该原则一方面可限制开放式条款——第 8 条合法性、合目的性和合比例性原则的适用——其中的范围和幅度，另一方面能牵制司法能动性的不当扩张，一定程度上实现人权保护和国家主权诉求之间的平衡，Biriuk v. Lithuania 案及 Avilkina and others v. Russia 案便是如此。

第四节 对于我国健康数据隐私保护现状的思考

我国正在激励公司进行包括医疗保健的数据驱动研究和开发，在此过程中，政府、企业和其他组织需要收集、使用和分享更多的健康信息。相较于欧洲十分严苛的健康数据隐私保护政策与法律体系，我国的健康数据相关立法偏重于国家公共利益、网络安全的绝对保护与数据隐私的有限保护，司法实践同样如此。实际上这一处理方式有益于我国健康数据相关行业的飞速发展，但与此同时，我国仍需借鉴欧洲健康数据保护的合理性要素，从而实现数据

[80] Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, paras.165.
[81] 张华：《论“里斯本条约”生效后欧洲人权保护机制的一体化趋势》，载《国际论坛》第 2011 年第 5 期, 第 20 页。
[82] 王传丽：《欧洲法院的司法独立性对欧洲一体化进程的贡献》，载《当代法学》2008 年第 2 期，第 114 页。
[83] 范继增：《多元结构下欧洲基本权利保障体系》，载《厦门大学法律评论》2016 年第 1 期，第 27 页。
[84] 罗灿：《美国裁判文书说理的微观察—从费尔南斯案的司法意见书切入》，载《人民司法》2015 年第 7 期第 107 页。
[85] 邱静：《国际人权司法机构的政治性—以欧洲人权法院为视角》，载《兰州学刊》2020 第 12 期，第 11 页。

分享与健康数据隐私利益保护的相对平衡。

一、我国健康数据隐私保护的现状及其问题

（一）立法及其实践层面

首先，结构上中国数据保护法和数据隐私法的概念相对较新，健康数据主要通过隐私权和个人信息权益的立法模式来保护，不过这两种模式的关系并不明朗。已于 2021 年 1 月 1 日实施的《民法典》第 1032 条第 2 款规定：隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息，第 1034 条第 3 款进一步规定：个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定。由此可见，对私密信息的侵犯由隐私权来保护，私密信息之外的一般信息适用《民法典》个人信息权益保护的方式。《民法典》虽将健康信息纳入了个人信息的范围，但仍未界定何为私密信息。从《信息安全技术 个人信息安全规范》(GB/T 35273-2020)（附录 B 个人敏感信息判定）和《个人信息保护法（草案）》（2.2 敏感个人信息的处理规则)来看，个人信息分为一般个人信息和个人敏感信息，个人敏感信息含括了个人财产信息、个人健康生理信息、个人生物识别信息、个人身份信息和其他信息。目前，对于一般个人信息、个人敏感信息、私密信息还缺乏明确的界分，有待法律进一步明确。个人敏感信息也可能与私密信息存在交叉，但是不能概括的等同为私密信息，而健康信息作为个人敏感信息种类之一，其中涉及个人人格利益而不为人所知的健康信息才能称为私密信息。此外，《个人信息保护法（草案）》作为正在兴起的网络信息法的核心组成部分，与《民法典》的传统人格权理论出现各种不适配的问题。[86]

其次，内容上健康数据保护法规很少，支离破碎，主要通过战略规划、技术能力及应用与管理 3 个层面推进大数据发展策略。除了上述基本法《民法典》(2021)、个人信息专项保护的一般法律《个人信息保护法（草案）》(2020)《个人信息保护法（草案）》（二次审议稿）（2021）、技术性法规《信息安全技术 个人信息安全规范》(2020)外，《网络安全法》(2017)《关键信息基础设施安全保护条例（征求意见稿）》(2017)第 3.18 也将卫生医疗纳入关键信息基础设施的范围；《数据安全法（草案）》（二次审议稿）（2021）第 20 条新增国家建立数据分类分级保护制度，并确定重要数据目录，加强对重要数据的保护；《信息安全技术—健康医疗信息安全指南》主要描述了保护个人健康医疗信息的安全目标、使用或披露原则、实施方法、可使用的安全措施等。于 2020 年 6 月 1 日实施的《基本医疗卫生与健康促进法》第 49 条、第 92 条、第 101 条要求全民健康信息化，加快医疗卫生基础信息建设，以及要求确保公民的个人健康信息安全。此外，自 2013 年到 2018 年，我国先后出台了一系列政策、法规和标准体系，[87]并就健康数据的确权、开放、流通、交易和产权保护和责任承担作出了规定。实际上，这一分散式立法无法全面的规制与保护健康数据处理的行为，还因此加重了立法负担。

再者，目前的法律法规不能很好的解释医疗数据所有权的权属问题，在学术领域，主要有病患所有说、医疗机构所有说和患者与患者与医疗机构共有说。[88]不过，有学者认为不宜从传统所有权权属思维来解决其权利配置，对于医疗数据，患者个人享有医疗数据上的主体

---

[86] 周汉华：《个人信息保护的法律定位》，载《法商研究》2020 年第 3 期，第 54 页。

[87]《人口健康信息管理办法（试行）》(2014)、《全国医疗卫生服务体系规划纲要(2015-2020)》(2015)、《促进大数据发展行动纲要》(2015)、《关于促进和规范健康医疗大数据应用发展的指导意见》(2016)、《“十三五”卫生与健康规划》(2016)、《国家健康医疗大数据标准、安全和服务管理办法（试行）》(2018)和《互联网医院管理办法（试行）》(2018)《关于促进“互联网+医疗健康”发展的意见》《“健康中国 2030”规划纲要》(2017)等。

[88] 钱亚芳：《大数据时代个人健康数据法律规制》，中国社会科学出版社 2018 年版，第 58-59 页。

利益（隐私利益），形成和管理医疗数据的医疗机构享有数据财产权（数据控制者权），国家卫生健康管理委员会基于公共特定范围用于公共健康管理。又有学者根据个人数据的属性来划分，原始数据和与个体密切相关的敏感信息归个人所有，匿名化处理的一般数据的所有权归企业组织所有，具有公共利益的个人数据所有权归政府(国家) 所有。[89]

复次，医疗数据流动与共享在医疗卫生机构之间以及医疗卫生机构与社会公众领域之间也存在不同程度的壁垒。数据孤岛容易造成患者数据的重复采集和医疗资源的浪费，阻碍优质健康大数据的系统性开发和建设。[90]目前，中国致力于构建“国家医疗卫生信息分级开放应用平台”，以实现数据跨部门、跨区域共享与开放。[91]《“健康中国 2030”规划纲要》即提到统一归口健康医疗数据共享机制，实现公共卫生、计划生育、医疗服务、医疗保障、药品供应、综合管理等应用信息系统数据采集、集成共享和业务协同。未来立法层面应注重对于健康数据流动与共享和隐私保护、数据保护的平衡。

最后，互联网医院[92]的数据合规[93]在数据收集、数据储存、信息展示、内部管理、对外提供方面亦存在着诸多问题。2018 年《互联网医院管理办法（试行）》（以下简称办法》[94]及其附录《互联网医院基本标准（试行）》提到：互联网医院由互联网进行远程访问，会涉及到实体医疗机构的重要系统数据交换，同时根据互联网医院信息系统按照国家有关法律法规和规定，实施第三级信息安全等级保护。随着 2020 年互联网医疗的“塑造力”更为强劲，医疗行业的合规焦虑日益突出，包括数据的载体合规、数据的本体合规、健康数据的行业属性与健康数据的伦理道德考量等。[95]大健康医疗数据的监管体系并没有完善和统一的立法，数据合规之规缺失，造成多头弹性合规、多头监管。鉴于此，健康数据法律亟需立法进行完善，从而使医疗行业相关机构有法可依、有法必依。

综上而言，本文认为鉴于政策的模糊性、立法的分散性、内容的交叉性、法规的低层级性和弱约束力，使得健康数据及其隐私保护面临着严重的困境。在目前医疗体制下，医疗卫生机构及其他主体之间很难去共享其采集和收集数据，数据孤岛阻碍了医疗数据自由和有序的流动，而互联网医院的数据合规在数据的收集、储存、对外提供方面存在着或多或少的问题，上述问题除了究于数据控制者和数据处理者本身的操作问题外，本文认为更多的是立法上的规则缺失以及事后惩罚方式和力度的问题，随着《民法典》的实施以及《个人信息保护法》的即将出台，这一局面应该会有所缓解，但法律的实施还需要其他方面的协同配合，例如司法裁判方面。

---

[89] 高富平：《论医疗数据权利配置—医疗数据开放利用法律框架》，载《现代法学》2020 年第 4 期，第 53 页。

[90] 王忠、陈伟：《我国健康大数据发展的障碍及对策》，载《卫生经济研究》2017 年 11 期，第 55 页。

[91] 孟群、毕丹、张一鸣、尹新：《健康医疗大数据的发展现状与应用模式研究》，载《中国卫生信息管理杂志》2016 年第 13 期，第 552 页。

[92] “互联网医院”是指实体医疗机构自行或者与第三方机构合作搭建信息平台，使用在本机构和其他医疗机构注册的医师开展互联网诊疗活动；或第三方机构依托实体医疗机构独立设置互联网医院开展互联网诊疗活动。互联网医院能够提供远程会诊、部分常见病、慢性病复诊及在线处方、家庭医生签约等服务，而非仅仅是在线轻问诊与健康咨询服务。自《互联网医院管理办法（试行）》颁布至 2020 年 6 月 30 日，全国已有 577 家互联网医院。而因疫情影响和政策推动，仅 2020 年上半年，全国范围内新建的互联网医院数量已达到 207 家。参见动脉网、蛋壳研究院《2020 年互联网医院报告》, at https://www.sohu.com/a/411756433_100117963，最后访问时间：2021 年 2 月 15 日。

[93] 互联网医院的数据合规包括互联网问诊服务中数据管理的合规；药品配送服务中数据管理的合规；健康医疗大数据业务中的数据管理的合规。

[94] 《办法》第 15、17、23、28、30 条就信息安全、隐私保护和医疗数据的存储和访问作出了具体的规定。

[95] 互联网+医疗数据合规要点——蔡航律师及姚婷律师参与 2020 年安拓年度医疗大会部分演讲内容回顾, at http://anjielaw.com/news/industry/1594.html, 最后访问时间：2021 年 2 月 15 日。

（二）司法实践层面

在《民法典》的个人信息保护规则具体适用之前，健康数据[96]多通过民事侵权和刑事侵犯公民个人信息法益的案由来保护，[97]案件所涉范围常体现在病历、妇产和新生儿信息以及其他的个人健康信息，而纠纷一般产生于医疗机构与健康数据主体之间以及其他私人侵权主体与健康数据主体之间。本文通过“中国裁判文书网”搜索总结，从 2015 年 1 月到 2021 年 1 月间与个人信息和隐私侵权案由有关的案件共计 387 篇文书，与健康信息相关的案件少于 10 例；共检索到与侵犯公民个人信息罪案由有关的案件为 9920 件，与健康信息有关的仅有 13 例。本文试图从纠纷发生主体的角度，并考察我国司法审判的审判路径与特点。具言之：

其一，个人及其他组织健康数据隐私权益纠纷。婴幼儿的医院诊疗信息经常性的遭到泄露，轻则以侵犯患者隐私权为由赔偿损失，重则以侵犯公民个人信息罪来定罪；[98]此外，一些诊所在与患者的医疗纠纷中将患者的病历公之于众，为不特定第三人所知，侵犯了原告隐私权。[99]其二，医院等公共机构类健康数据隐私权益纠纷。金至宝与江苏省人民医院医疗服务合同纠纷中，原被告就电子病历资料的归属权问题产生争议。[100]其三，新闻媒体健康数据隐私权益纠纷，法院认为，未经授权、核实转载他人私密信息的，属于散布、公开和披露了他人的隐私，构成侵犯隐私的行为，并结合侵权行为过错程度、侵权行为的情节、侵权后果及侵权人获利情况加以认定。[101]即使在新冠疫情这一特殊时期，任何单位和个人未经被收集者同意，将个人隐私信息用于其他用途的，也应该承担相应的侵权责任，但是，因联防联控工作需要，且经过脱敏处理的除外。[102]

结合我国法院发布的若干司法案例，法院的审判思路通常依据中国法律，严格遵循要件构成的策略，由于隐私侵权适用过错责任原则，所以法院需审查加害行为、损害后果、因果关系和主观过错等，并结合原告诉讼请求和被告的主观过错、侵权情节、影响范围等各项因素确定被告承担责任的形式、范围及金额。本文认为，这一中国式的裁判说理方式，虽无可置否，但在健康数据法律体系还不完善的前提下，严格坚持法条主义，努力寻求实定法的依

---

[96] 2016 年一份包含数万条深圳妇产和新生儿信息的名单被曝遭到泄露；2017 年《法制日报》刊文《超过 7 亿条公民信息遭泄露，8000 余万条公民信息被贩卖》再度披露了一起孕检信息披露和买卖的案件；2019 年 9 月，德国漏洞分析和管理公司的专家发现中国有 14 个未受保护的医学影像归档和通信系统暴露在互联网上，泄露了近 28 万条数据记录。

[97] 2020 年 12 月 14 日，最高人民法院《关于修改<民事案件案由规定>》（法[2020]346 号）正式新增了“个人信息保护纠纷”案由，并于 2021 年 1 月 1 日起正式生效并指导司法审判实践。

[98] 2008 年刘女士到妇幼保健院孕产期诊断的个人信息被医院泄露，频繁接到推销婴幼儿用品的电话，后诉至法院。法院审理后认为医疗机构违反了《民法通则》《侵权责任法》对于患者的隐私保护，构成一种故意侵犯她人隐私的行为，还违反了《医务人员医德规范及实施办法》对于医师的道德规范要求，at http://www.enshi.cn/2009/0313/322616.shtml，2021 年 2 月 20 日。2020 年 5 月 8 日，资阳市雁江区法院依法公开开庭审理了社区卫生服务中心工作人员侵犯公民个人信息罪一案，被告人以牟利为目的，将工作群中孕妇的基本身份信息和生理健康信息发送给妇产医院工作人员，来推销产检项目。法院经审理认为被告非法获取、出售公民个人信息，已构成侵犯公民个人信息罪，at http://www.zyfyw.gov.cn/news/show-4539.html，最后访问时间：2021 年 2 月 20 日。

[99] 焦洋与徐萍等隐私权纠纷二审民事裁定书 （（2018）京 03 民终 3553 号）。

[100] 一审法院认为病历资料作为医疗活动信息的主要载体，不仅是医疗、教学、科研的第一手资料，也是医疗质量、技术水平、管理水平的综合评价依据。《中华人民共和国侵权责任法》第 61 条仅赋予患者查阅、复制权，应当解释为以上病历资料的所有权归医疗机构所有。如此，方能更好地发挥患者病历资料在公共卫生安全、医学研究和教学等方面的的重大社会价值。二审人民法院认为， 根据《医疗机构病历管理规定》和《侵权责任法》的规定， 医疗机构具有保管病历资料的法定义务，原告仅具有复制权。

[101] 刘馨予申请隐私权纠纷申诉申请一案（2016）京民申 3514 号。

[102] 赵倩与重庆扬啟企业营销策划有限公司隐私权纠纷一审民事判决书（2020）渝 0112 民初 24368 号。

据[103]就有失偏颇了。现《民法典》已经开始实施，在相当程度的意义上，健康数据与私密信息相重合，因此，与健康数据隐私权利保护方式相关的案例不会大幅度削减。与此同时，中国应以欧洲健康数据的保护方式为正反例，对本国法律体系加以完善。

二、我国健康数据隐私保护的应对之策

（一）厘清及明晰健康数据的权利归属、保护模式和保护方式

健康数据不仅具有私人属性，还与他人利益和整个社会利益相关，因此具有强烈的公共属性。从数据生成的角度来看，健康医疗数据因具有公共属性，其包含的信息隐私“需要一定程度的社会控制来构建与维护”。[104]对于健康数据的合法权益，从数据主体的角度可以很好的维护利益相关者的利益；上文提到，欧洲数据立法通过个人数据基本权利和隐私权保护，而中国健康数据同样以个人信息权益与隐私权所保护。在这两种权利/权利与权益的较量中，欧盟将个人数据受保护这一权利从隐私权独立出来，作为与隐私权并列的公民基本权利。中国则将个人信息权益中的私密信息部分转为隐私权，非私密信息由私法性质的《民法典》和公法性质的《个人信息保护法》予以保护，两者是相对不对等的保护，这就需要公私立法上的有效衔接。为了使机密健康信息落入隐私权的范畴，需要处理好一般个人信息、个人敏感信息、私密信息间的关系，未来可以通过司法解释的方式，使得法律之间协调一致，形成与欧盟法律相一致的效果；在健康数据的保护方式层面，中国避开了数据保护历史传统的掣肘，在借鉴欧盟 GDPR 出台《个人信息保护法（草案）》 的同时，又倾向于健康数据隐私的单独保护。2021 年 4 月 30 日公布的《个人信息保护法（草案二次审议稿）》第 61 条增加了国家网信部门统筹协调有关部门依据本法推进“针对敏感个人信息以及人脸识别、人工智能等新技术、新应用，制定专门的个人信息保护规则、标准”的个人信息保护工作，在该立法背景下，本文认为中国可以仿效美国制定单一专门的健康数据立法——《健康保险携带和责任法案》及配套的《个人识别健康信息的隐私标准》——以解决个人健康医疗信息使用和披露的问题。

（二）平衡好健康数据积极利用与数据隐私权益保护间的关系

健康数据的积极利用可以带来积极的社会会效益，积极利用主义亦正在成为各国关注的焦点，现代财产权的立法强调财产的充分利用，[105]因此，明确健康医疗大数据积极利用主义规制模式势在必行。此外，大部分健康数据涉及患者隐私，隐私安全与数据安全又相互交织在一起。为了平衡好两者的关系，健康数据的积极利用需要良好的制度设计。首先，可对健康数据予以多重分类规制，即去识别化健康数据和可识别健康数据；[106]公共利益的健康数据和非公共利益的健康数据；特殊敏感的健康数据和其他健康数据。根据健康数据的属性来识别利用标准，可以降低隐私被泄露的风险。其次，当前健康数据在赋予财产权的同时，一定要配置相应的安全管理义务，限制其权利。如前所类分，对应的健康数据也需要遵循一定的义务，使积极利用主义规制与知情同意原则相协调，即利用前告知且给予选择退出的义务、利用前告知且获得特别授权的义务、利用前告知但无需征询同意的义务和无需告知和征询同

---

[103] 凌斌：《法官如何说理：中国经验与普遍原理》，载《中国法学》2015 年第 5 期，第 112 页。

[104] 刘士国、熊静文：《健康医疗大数据中隐私利益的群体维度》，载《法学论坛》2019 年第 3 期，第 129 页。

[105] 王立梅：《健康医疗大数据的积极利用主义》，载《浙江工商大学学报》2020 年第 3 期，第 34-35 页。

[106] 有学者认为以个人主义为中心的制度下去识别化健康数据和可识别健康数据很难防止数据被重新识别，个人身份可识别性数据与不可识别性数据也不再有区别。参见：刘士国、熊静文：《健康医疗大数据中隐私利益的群体维度》，载《法学论坛》2019 年第 3 期，第 131 页。

意的情形等。[107]最后，患者健康数据隐私权和数据权益的保护应该存有限度，上文讨论的欧洲个人数据主体的权利更是一种防范主体尊严遭受侵害的消极权利，因此很难推出患者对于医疗数据的使用具有决定或控制权，患者对于医疗数据的使用权应当仅限于复制医疗数据，而非数据资源化上的使用权。[108]

（三）平衡好健康数据隐私保护与言论自由利益间的关系

在信息社会高速发展的过程中，个人将在毫无防护情况下使他人得知其隐私生活的全部细节。人们对信息的需求更加加速了两者间的冲突。我国宪法明确规定公民享有言论自由，且将其作为一项政治权利，而《民法典》将隐私权作为一项独立的人格权予以保护，因此，我国对于二者的保护力度与方式不为相称。为了协调好言论自由与隐私权的冲突，可借鉴《欧洲人权公约》的保护方式，在民法中将其作为一项人格权加以保护。[109]还应详细界定隐私与言论自由利益之间的界限，健康数据属于《民法典》个人信息的范畴，但尚未界定机密信息的范围，使得健康数据与私密信息的关系模糊，故而应该进一步明确个人隐私中机密信息的具体含义。要规范限制言论自由的原则，对于何为言论自由对于隐私侵权的标准，《关于贯彻执行中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》包含两个要素“以口头、书面形式宣扬他人的隐私；这种行为要造成一定影响”。与此同时，要厘清隐私侵权的抗辩事由，区别对待基于公共利益和经过当事人同意的言论，区别对待已为去识别化处理和公众知晓的言论，区别对待国家官员和公众人物的隐私，Fürst-Pfeifer v. Austria 案中欧洲人权法院认为以官方身份行事的官员可以受到比普通公民更广泛的接受批评。此外，在国家机关类案件中，也多以公共利益进行抗辩，这时候就需要法院衡平公共利益与个人隐私保护利益的孰高孰低。

（四）完善法官司法说理的能力和发挥司法能动性

有学者断言，中国法官的说理方式不符合一套分析流程或者法律思维、特别是法教义学的形式规定，因此难以实现其程序、实体乃至整体的法治意义。[110]这一定论虽有些言过其实，但确实存在着很多说理性问题。此外，面对大数据时代和健康数据引起的新型权益纠纷，中国司法者不应一味地恪守司法被动原则，而应充分发挥具有正当性的司法能动。[111]研究欧洲人权法院的司法实践为我们理解国际法院、国内法院的司法能动性和司法节制，提供全景参照。中国虽然没有欧洲遵循先例的历史传统，但一些指导性案例仍发挥着相当大的作用。从上述案例法院的说理来看，健康数据隐私因关涉到当事人的切身利益，进而说理性层层推进，易于理解。实际上，中国的法民关系决定了法官的说理原则应易于理解、符合法律的一般学理，[112]渐进式推动其裁判的说理水平。而且中国健康数据隐私立法有着若干问题，数据主体处于相对弱势的地位，这就需要法官充分发挥司法能动性，在合法性和合理性的基础上，通过司法说理与司法解释来有效平衡隐私与数据流动、隐私与言论自由之间的关系。

结论

个人健康数据的利用方兴未艾，这对于卫生决策、医疗服务、科学研究等均有裨益。它的诞生，将缔造一个新的医学时代，合适的药物、适当的剂量，针对确实需要医治的患者提

---

107 王立梅：《健康医疗大数据的积极利用主义》，载《浙江工商大学学报》2020 年第 3 期，第 40 页。

108 高富平：《论医疗数据权利配置—医疗数据开放利用法律框架》，载《现代法学》2020 年第 4 期，第 60 页。

109 李先波、杨建成：《论言论自由与隐私权之协调》，载《中国法学》2003 年第 5 期，第 93 页。

110 凌斌：《法官如何说理：中国经验与普遍原理》，载《中国法学》2015 年第 5 期，第 100 页，转自邱爱民: 《论司法裁判中的说理》，载《南京工程学院学报(社会科学版) 》2006 年第 1 期。

111 王建国：《司法能动的正当性分析》，载《河北法学》2009 年第 5 期，第 148 页。

112 凌斌：《法官如何说理：中国经验与普遍原理》，载《中国法学》2015 年第 5 期，第 114 页。

供量身定制的筛查项目，正确的医生以及合理的医疗支出。[113]与此同时，健康大数据的开放与保护自大数据概念提出时就相伴相生，隐私保护高度依赖于社会文化与道德价值观的演变[114]，欧洲人权保护的历史传统催生出极其严密的个人隐私保护体系，而中国的隐私保护似乎建构在国家安全、网络安全上带有家父主义色彩的健康数据隐私；欧洲制定了从国际法到国内法（欧盟法）、从基本权利宪章到条例和指南的统一数据立法模式，采用了原则禁止+优先例外的保护方式，但相关公共卫生行业的利益需求却无法满足。中国数据立法不仅没有国际法和宪法性基本权利公法层面的保护，准公法《个人信息保护法》和私法《民法典》个人信息权益的保护方式更有待提高，对此，健康数据的保护面临着严峻的挑战；在司法层面，鉴于《欧洲人权公约》本身是一个活文件，欧洲人权法院在判例法实践中通过 step by step 的分析方式，根据具体案情具体考量，形成了相对明确的利益平衡检测标准，而中国则坚持传统的隐私权侵权裁判思路，这源自中国的立法现状和“唯法条主义”的司法审判特点。欧洲立法与司法经验将对中国产生深刻的启发意义，中国应以其为正反例，明晰健康数据权利归属，制定专门的《健康数据保护法》，善用合法性原则、合理性原则、比例原则和自由裁量地原则，平衡好健康数据隐私与共享/流动、健康数据隐私与言论自由的关系，革新固有的裁判说理方式，从而促进中国健康数据权利保护的制度繁荣。

Privacy Protection of European Health Data and Its Enlightenment to China—— From the Perspective of the Relevant Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights

Li Yanhua

Abstract: China has not established a systematic privacy protection model for health data. However, in view of the explosive growth of health data in the era of big data and the actual demand of data subjects for privacy protection, it is necessary to improve the existing legislative and judicial protection system. Article 8 of the European Convention on Human Rights stipulates that individuals have the right to privacy, and the European Court of Human Rights has continuously explored the direct path to protect the privacy of health data in its case practice. Among them, it has gone through the development process of scope orientation, whether the state interferes with this right or not, and then according to law, legitimate purpose and necessary exclusions in a democratic society. The European court of human rights has widely adopted a step-by-step analysis, and with the development of case practice, it has further shifted the trial focus to the balance test of interests in form and content, that is, by exerting the elements of judicial reasoning and judicial initiative, it pays attention to the balance between the interests of personal privacy and the interests of employers, communities and countries, religious freedom and freedom of speech. The above experience provides a useful reference for improving the legislation and judicature of health data privacy in China.

Key words: Health Data Privacy; Article 8 of the European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights

[113][美]埃里克·托普：《颠覆医疗——大数据时代的个人健康革命》，张南、魏薇、何雨帅译，电子工业出版社 2014 年版，第 44 页。

[114] See Concetta Tania Di Iorio and Fabrizio Carinci , Privacy and Health Care Information Systems: Where Is the Balance? *Springer-Verlag Berlin Heidelberg*, 2013, p77-107.

构建人类卫生健康共同体的国际法思考

李艳华*

摘要：人类命运共同体的理论与实践为人类卫生健康共同体的构建奠定了基础。“人类卫生健康共同体”这一概念是对当下新冠疫情蔓延国际社会的最新概括，亦是中国为破解全球公共卫生治理赤字、信任赤字和发展赤字而贡献的中国方案和中国智慧。然而，国家间政治与人权的高度冲突、国际公共卫生治理的规则缺陷和制度重叠、国家责任的机制缺位、国际合作的基础薄弱，给人类卫生健康共同体的构建带来巨大挑战。本文认为，在实现这一概念的过程中，需要注意国际话语权的建立、公共卫生规则的适度修正、国家责任的区分转化与国际合作中多主体与多领域合作的重要性。

关键词：人类卫生健康共同体；国际法挑战；国际法路径

2020 年 5 月 18 日，在第 73 届世界卫生大会视频会议开幕式上，习近平总书记呼吁国际社会共同构建人类命运共同体。在新冠疫情仍在全球蔓延的背景下，这一倡议对各国团结合作战胜疫情具有显著的意义。人类卫生健康共同体作为人类命运共同体的有机组成部分，是全球公共卫生治理的中国智慧和中国方案。构建人类卫生健康共同体不仅是中国特色大国外交在卫生健康方面的政策，还隐含着中国政府对未来公共卫生国内法治和国际法治走向的判断。因此，有必要对人类卫生健康共同体在国际法方面加以考察。本文首先通过归纳人类命运共同体的国际法理基础和国际法理实践，由此引申出人类卫生健康共同体的法理内涵与实践，然后结合构建人类卫生健康共同体目前所遇困境，分析所涉缘由，最后阐述人类卫生健康共同体的国际法构建路径。

一、人类命运共同体：构建人类卫生健康共同体的基石

自“人类命运共同体”这一理念[1]被写进 18 大报告以来，习近平总书记就先后出访了 60 多个国家，在 100 多个重要场合阐释了人类命运共同体的理念。[2] 从国际法的角度看，“人类命运共同体与国际法”课题组[3]认为人类命运共同体思想具有丰富的法律内涵、明确目标和政策导向，大体上包括“人类共同向往的美好愿景”、“处理国际关系和深化全球治理的一套政策主张和行动倡议”，以及“基于条约和习惯法的国际法义务”。[4]车丕照教授将人类命运共同体这一理念加以国际法意义拆解，认为“人类命运共同体是以国家为成员的共同体”、“人类命运共同体将孕育国际社会本位的国际法”，以及“人类命运共同体的国际法律制度转化方式”。[5]马忠法教授则指出人类命运共同体内涵的四观：全球治理观、共同利益观、包

* 李艳华，厦门大学法学院 2020 级国际法博士研究生，主要研究方向为网络空间国际法，国际经济法，国际卫生法。

1 指出“我们主张，在国际关系中弘扬平等互信、包容互鉴、合作共赢的精神，共同维护国际公平正义”“合作共赢，就是要倡导人类命运共同体意识，在追求本国利益时兼顾他国合理关切，在谋求本国发展中促进各国共同发展，建立更加平等均衡的新型全球发展伙伴关系，同舟共济，权责共担，增进人类共同利益”。

2 马忠法：《构建人类命运共同体理念的演进及其蕴含的国际法思想》，《辽宁师范大学学报（社会科学版）》2020 年第 4 期。

3 该课题组系外交部于 2018 年 1 月批准设立的专题研究小组，旨在对推动构建人类命运共同体相关国际法问题进行深入研究。

4 “人类命运共同体与国际法”课题组：《人类命运共同体的国际法构建》，《武大国际法评论》2019 年第 1 期。

5 车丕照：《“人类命运共同体”理念的国际法学思考》，《吉林大学社会科学学报》2018 年第 6 期。

容互鉴观和可持续发展观。[6]可以看出，学者们对人类命运共同体概念有不同的解读。与此同时，人类命运共同体也有着坚实的国际法理论基础与丰富的国际法实践，符合各国人民的根本利益，面对卫生领域的治理赤字，催生出人类卫生健康共同体这一新语词与新理念。

1. 人类命运共同体的国际法理论与实践

纵观近代以来的历史，建立公正合理的国际秩序是人类孜孜以求的目标。从 360 多年前《威斯特伐利亚和约》确立的平等和主权原则，到 150 多年前日内瓦公约确立的国际人道主义精神；从 70 多年前联合国宪章明确的四大宗旨和七项原则，到 60 多年前万隆会议倡导的和平共处五项原则，国际关系演变积累了一系列公认的原则。这些原则应该成为构建人类命运共同体的基本遵循。[7]从国际法法理的角度来看，人类命运共同体理念秉承了“伙伴（partnership）”的共有观和“你好我好大家好”的基本理念，它超越了霍布斯社会“敌人（enimity）”的共有观和“你死我活”的基本理念；超越了格劳秀斯（洛克）式社会“对手（rivalry）”的共有观和“我活也允许你活”的基本理念。而康德式社会“朋友（friendship）”的共有观和“大家为我，我为大家”的基本理念则是人类命运共同体未来要实现的图景。[8]此外，倡导人类命运共同体也是遵循国际“普遍性义务”的体现，“普遍性义务”为保护国际社会的整体利益，随着国际法的发展，“普遍性义务”的外延已经扩展到环保、人类共同海洋利益以及公共卫生等方面，[9]同时也丰富了人类命运共同体理念的内涵。

构建人类命运共同体需要具体的国际实践支撑，目前，中国已经形成了较为丰富的国际法实践，主要包括国际组织的实践与国际合作的实践。就前者而言，人类命运共同体理念载入了联合国的发展决议，国际人权话语体系和安全方面的决议中；亚投行相继颁布各种基础性文件，对推动亚洲和大洋洲区域共同体建设具有积极的意义；上海合作组织作为建设性的多边合作机制，旨在建设相互尊重与合作共赢的命运共同体；就后者而言，一带一路以共商共建共享三原则为指导，取得了诸多建设性成果；中非、中拉命运共同体的构建为加强合作，互为开放提供了平台；亚洲命运共同体下中国—东盟、中国—日本—韩国、RCEP 自贸协定的开展带来了经济的繁荣；中欧投资协定的签署将惠及中欧企业以及中欧消费者，协定加强了双方在环保、公共卫生和金融方面的合作。不过，在新冠肺炎疫情发生后，世界卫生组织虽迅速启动“国际关注的突发公共卫生事件”程序，但是国际公共卫生专门机构及其规则作用缺失，出现个别国家推诿责任，施以滥诉。

2. 人类卫生健康共同体的国际法理论与实践

在上述背景下，习近平总书记于 2020 年 3 月致法国总统马克龙的慰问电中首次提出构建人类命运共同体的倡议。2020 年 5 月 18 日，习近平总书记在世界卫生大会视频会议开幕式上发表讲话，在致辞中，习近平宣布了中国为推进全球抗疫合作的六点建议和五点举措，即，关于六点建议，其一，要全力搞好疫情防控；其二，发挥世卫组织的领导作用；其三，加大对非洲国家的支持；其四，加强全球公共卫生治理；其五，恢复经济社会发展；其六，加强国际合作。关于五点举措，其一，中国将在两年内提供 20 亿美元的国际援助；其二，中国将同联合国合作，在华设立全球人道主义应急仓库和枢纽，努力确保抗疫物资供应链，并建立运输和清关绿色通道；其三，中国将建立 30 个中非对口医院合作机制，助力非洲提

6 马忠法：《论构建人类命运共同体的国际法治创新》，《厦门大学学报（社会科学版）》2019 年第 6 期。
7 习近平：《共同构建人类命运共同体——在联合国日贝瓦总部的演讲》，《人民日报》2017 年 1 月 20 日。
8 徐崇利：《人类命运共同体理念与中国国际法研究的创新》，《厦门大学研究生创新教育大讲堂》2020 年 12 月 26 日。
9 吴蔚：《国际法规则的“邮轮困境”与人类卫生健康共同体建设》，《亚太安全与海洋研究》2020 年第 4 期。

升疾病防控能力；其四，中国将把研发完成的新冠疫苗作为全球公共产品；其五，中国将同二十国集团成员一道落实“暂缓最贫困国家债务偿付倡议”，加大对于疫情特别严重国家的支持力度。[10]

人类卫生健康共同体是习近平总书记就人类有效应对重大突发公共卫生事件的新方案，该方案以保护人民健康为宗旨，以实质公平为导向，以维护世卫组织的领导作用为支撑，以全球公共卫生治理为内容，以加强国际合作为手段，以疫情防控为前提。人类卫生健康共同体理念根植于马克思的共同体思想和世界历史理论，融入了中国“和合”哲学，蕴含着价值逻辑、理论逻辑和实践逻辑，亦是提升中国抗疫国际话语权的重要方案；[11]人类卫生健康共同体超越了本我的天下主义与世界主义，在国际主义的基础上，通过社会主义法治之理施以修正，[12]必将孕育以国际社会为本位的公共卫生国际法治理新秩序。[13]

在传染病全球化趋势增强、各国相互依存加深和世界各国人民对于国际公共卫生产品需求增长的背景下，人类卫生健康共同体的构建势在必行。不过，在该理念提出之前，已经有一些实践成果。2017 年中国政府与世界卫生组织签署《关于“一带一路”卫生领域合作的谅解备忘录》以及《关于“一带一路”卫生领域合作的执行计划》，同年 8 月，30 多个国家和相关国际组织共同发布了《“一带一路”卫生合作暨“健康丝路”北京公报》，提出了共建“健康丝路”的详细线路图。[14]中国与 100 多个“一带一路”相关国家或地区签署双多边卫生协议，发起或参与了诸如东盟与中日韩卫生部长会议、中国-东盟卫生部长会议、上海合作组织卫生部长会议、中阿卫生合作论坛、中日韩卫生部长会议等专门机制。[15]此外，G20、金砖国家和亚投行在公共卫生治理中发挥着重要作用，包括二十国集团暂缓最贫困国家债务偿付倡议、满足卫生与健康有关的投资和公共卫生领域基础设施的投融资需求。[16]不过，该理念同样面临以下困境：各国政治文明的冲突、国际人权的不同理解、国际公共卫生治理体系尚未完善、国家责任的国际淡化、国际合作的基础薄弱等。

二、构建人类卫生健康共同体的国际法挑战

新冠疫情的持续蔓延暴露出全球公共卫生治理的限度与不足，同时，还使世界政治、经济以及治理格局发生了改变。在构建人类卫生健康共同体的过程中，将面临着诸多挑战。

1. 理论根源困境：各国文明中的政治与人权相冲突

首先，国际范围内的民粹主义兴起和政治上的不信任造成西方各国以邻为壑。《国际卫生条例（2005）》第 43 条赋予会员国采取贸易限制作为额外的卫生和检疫措施，但需要向 WHO 提供采取此类措施的公共卫生依据和科学有关信息。在新冠疫情迅速蔓延之时，各国通过选择该特定条款来维护本国利益，且采取了不同程度的措施限制跨国货物与人员流动，超过 2/3 会员国没有正式向 WHO 通报其限制措施及依据，[17]自行其是，封锁国门，契约精神已无关紧要，即使欧盟成员国也无一例外。例如，德国和法国自 2020 年 3 月 3 日起，禁止向对外出口医用口罩及其它医用防护装备。此外，特朗普政府还借以政治手段将病毒污名化，转移国内主要矛盾，将政治意识形态带入到公共卫生领域。全球公共卫生治理出现了明

10 习近平：《习近平：团结合作战胜疫情，共同构建人类卫生健康共同体》，《新华社》2020 年 5 月 18 日。
11 梁爱文：《构建人类卫生健康共同体的时代意蕴与实践进路》，《理论月刊》2020 年第 10 期。
12 陈金钊：《“人类命运共同体”的法理诠释》，《法学论坛》2018 年第 1 期。
13 车丕照：《“人类命运共同体”理念的国际法学思考》，《吉林大学社会科学学报》2018 年第 6 期。
14 金振娅：《“健康丝绸之路”惠及数十亿人民》，《光明日报》2017 年 8 月 19 日。
15 宋效峰：《“一带一路”卫生健康共同体构建路径探析》，《特区经济》2020 年第 381 卷。
16 王明国：《全球公共卫生治理的制度重叠及其应对之策》，《东北亚论坛》2021 年第 1 期。
17 Roojin Habibi , Gian Luca Burci, Thana C. de Campos, et al. , “Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak”, *The Lancet*, Vol. 395, 2020.

显的政治化倾向，反映了全球公共卫生为谁服务的思想。

其次，对于人权的不同解读导致全球公共卫生治理难以有效实施。“充分尊重人的尊严、人权和自由”是人权在国际卫生领域中的基本原则，违反人权义务可因特殊情形而被暂时接受。[18]因此，在人权领域，《国际卫生条例（2005）》采取了双轨制模式，即它只提供国际法律框架，而国内法交由各国规定。[19]这就给了国家自由裁量的权力，即由各个国家依据本国孕育的人权价值观来决定。西方倡导文化多元主义，其中自由与个人主义是西方民主的核心观念，因此，疫情发生后美国和英国并未及时发布防疫措施，而是尊重国民不戴口罩，自由行走，从而未及时止损；中国认为生命与自由同样重要，在二者无法兼顾时，只能选择生命作为优先价值，同时，注重在公共卫生事件发生时集体主义的重要性，所以，中国政府迅速采取隔离措施，积极治疗病患者，团结抗疫，取得了阶段性的胜利。不过，一些国家未能很好的尊重和理解中国的人权观念，而是对中国进行指责和污名化。

最后，基于各国政治体制和对人权理解的不同，以及《国际卫生条例（2005）》人权保护条例是一种相当简单的人权与伦理声明，[20]更为重要的是，它缺乏强有力的执行体制，因此，公共卫生治理体制中的内生性存在破裂的因子，我们认为，从一开始，世界卫生组织条例便是各国博弈的软机制。

2. 治理内容困境：WHO 的制度缺陷与和其他国际组织制度相重叠

作为全球公共卫生治理的核心机构，世界卫生组织（WHO）在防控疫情方面发挥了重要作用。但这次疫情同时暴露了世界卫生组织的一些缺陷。

从内因上来看，WHO 颁布了大量包括传染病控制、环境卫生标准及医药方面的各种决议、标准、建议和指南，形成了庞大的软法体系。[21]WHO 制定的《国际卫生条例（2005）》是国际卫生公共安全治理领域中最为重要的国际法律规则，但该规则效力不足：WHO 缺乏缺乏决策程序以及缺乏国际法规制，WHO 在全球卫生领域的领导能力和协调能力日渐式微。《国际卫生条例（2005）》第 7 条要求在突发或不寻常公共卫生事件期间，应保持卫生数据和信息的共享，但在疫情期间，各国处于各种原因，违反该职责；WHO 应对突发公共卫生问题的能力让有待加强，在监测能力方面，缺乏一个能够促使各国快速高效地共享数据的全球性框架。此外，WHO 在财政问题上也面临着严峻的融资和信任困境。[22]

从外因上来看，WHO 是主权国家博弈的结果，部分国家合作的政治意愿降低了 WHO 的领导力，以美国为代表的国家或退群或不履行义务，导致 WHO 被边缘化。全球卫生治理体系的领导真空，导致治理碎片化，重叠化。全球公共卫生治理体系形成了以 WHO 为核心的联合国诸公共卫生制度、以盖茨基金会为代表的非正式公共卫生制度、以二十国集团为代表的涉卫新型国际制度以及特朗普试图打造的美式国际公共卫生制度，[23]制度重叠是国际公共卫生治理的特征，并由此约束与限制 WHO 有效性的发挥。此外，鉴于全球公共卫生议题的复杂性、分散化和规范开放性的助推，联合国内其他国际组织也通过不同的方式分割 WHO 的职权，如 WTO 通过争端解决机制、联合国开发计划署和人权事务委员会等通过国际人权法和国际环境法、世界银行国际货币基金组织通过资金渠道，还有世界动物卫生组织和国际

18 龚向前：《送走瘟神之道——传染病控制与人权保障》，《比较法研究》2007 年第 3 期。
19 转引自周阳：《《国际卫生条例（2005）》的法理冲突与规则重构》，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 6 期。
20 龚向前：《传染病控制与当代国际法变革的新趋势——以《国际卫生条例》（2005）为例》，《法学评论》2011 年第 1 期。
21 刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，《法学》2020 年第 4 期。
22 熊爱宗：《新冠肺炎疫情下世界卫生组织面临的挑战及应对》，《国际经济评论》2020 年第 6 期。
23 王明国：《全球公共卫生治理的制度重叠及其应对之策》，《东北亚论坛》2021 年第 1 期。

植物保护公约组织通过相关立法来实施公共卫生治理的职责。[24]随着非国家行为体、世界银行、国际货币基金组织和 WTO 影响力的不断增长，WHO 的权威日益受到严重削弱，再加上 WHO 本身的制度缺陷，使得它不能及时且有效处理国际上重大公共卫生危机。

3. 执行机制困境：国家责任机制缺位

没有国际法准则下各国义务的承担，全球公共卫生治理如同纸上谈兵，其机制和体系形同虚设。尽管多年前的亨金命题[25]基本解决了“国际法是否必须被遵守”的基本问题，然而“国际法能否被遵守”一直拷问着国际法理论与实务界。应当说，国家责任是人类卫生健康共同体的法治基石与灵魂，公共卫生治理的拘束力主要通过国际法责任体系来实现。《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 2 条规定，如果一行为属于国际不法行为，且能够归因于国家，那么国家需要对此承担责任。国际不法行为则需满足违反了国际义务。该部法律还规定受害国同意、对抗措施、不可抗力、危难和危急情况可以作为排除不法行为的因素。在国际法理论和实践中，国家责任的认定需要通过繁琐的程序和实体要件，公共卫生领域尤为如此。在逆全球化抬头、国家本位主义色彩浓厚的情形下，各个国家基于本国的卫生利益，不愿让渡自己的权力来约束本国的卫生行为，因此出现了《国际卫生条例（2005）》的软机制。而且，疫情能否作为不法行为的排外事由国际法院也未做澄清。所以，可以认为国家责任在国际公共卫生治理体系中贫乏，由此导致西方国家对国际卫生治理体系进行破坏。如，疫情初期英国和美国不负责任的宣扬中国病毒论，且未及时在国内采取应对措施，而使全球疫情反弹，危及全球的公共卫生健康。以 WHO 为首的国际组织，只能通过旅行建议或警告来发挥一定的公共职能。此外，由于许多国际组织分享与卫生有关的问题上的立法权威，发布指令与施加义务的努力容易分散和无效，规则的叠加和矛盾使国际责任的承担无所适从，或成为逃避的借口。[26]

4. 协同机制困境：国际合作基础薄弱

作为一种非传统安全，新型传染病对于全球公共卫生安全构成挑战，加强国际合作具有紧迫性和必要性。所谓应对突发公共卫生事件的国际合作，是指为防止传染病扩散或生物恐怖活动对人类的卫生威胁而采取的情报及医学应对措施所形成的相应机制。《国际卫生条例（2005）》第 44 条规定的“合作与援助”，为会员国履行义务提供保障。虽然目前国际上已经形成了卫生领域合作治理的框架和机制，主要包括监测、通报与评估机制；信息共享、磋商与核实机制；应对与争端解决机制；合作与援助机制；统一与协调机制，[27]但是现有机制在实践中仍然面临一系列操作难题，该困境源于：其一，在应对公共卫生问题上，国家主权和国家利益的偏好，势必会造成国家利益的冲突，难以形成全球集体行动。以美国为首的国家或对 WHO 实施破坏或退出已有的国际公共卫生治理体系；其二，国际组织制定的文件具有软法的性质，国际法的执行在很大程度上依靠各国的自愿，而现有卫生治理机制除了《国际卫生条例（2005）》外，大多数公共卫生规范都通过建议、决议、指南、声明等软法形式出现，导致合作机制缺乏执行力；其三，国际社会发展中国家的公共卫生能力有限，而且对发展中国家保护不充分，成员国的援助义务也不够明确，造成合作机制难以有效的开展；其四，公共卫生治理全球统一框架尚未建立，WHO 的领导能力不足，国际组织之间出现了制

24 刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，《法学》2020 年第 4 期。

25 国际法大师路易斯·亨金教授对国际法是否被遵守作出判断，他指出：几乎所有国家在几乎所有时间遵守着几乎所有的国际法规则和他们几乎所有的国际法义务。

26 刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，《法学》2020 年第 4 期。

27 张超汉、冯启伦：《全球卫生合作治理——以重大突发公共卫生事件防控为视角》，《河北法学》2020 年第 8 期。

度重叠，且缺乏协调统一的治理模式，使得合作机制冗杂低效。由此可以看出，国际合作面临着巨大的挑战。国际合作的建立与有效执行很大程度上源于信任、互相包容、法律制度的相对完善以及机制的强约束力等。

三、构建人类卫生健康共同体的国际法路径

新冠疫情的蔓延给国际社会带来了强烈的冲击，与此同时，国际社会中的风险孕育着全球公共卫生治理改革和共同构建人类卫生健康共同体的契机。为此，我国应该结合国际法体系健康共同体的困境，提出我国的解决方案，以彰显中国的理念和价值观，形成中国关于人类命运共同体和人类卫生健康共同体的叙事体系。

1. 理论根源破解：加强国家间沟通，建立国际卫生治理话语权

文明因多样而沟通，因沟通而互鉴，因互鉴而发展。2019 年 5 月，习近平总书记在亚洲文明对话大会开幕式上发表了题为 《深化文明交流互鉴 共建亚洲命运共同体》的主旨演讲，倡导各国要坚持和树立相互尊重、平等相待、开放包容、互学互鉴的文明观，共同创造亚洲文明和世界文明的美好未来。与此同时，人类文明史也是一部同疾病和灾难的斗争史，因此各国应加强沟通，以更好的应对重大突发公共卫生事件。目前来看，中国可以利用现有的国际组织平台，如联合国、二十国集团、亚太经合组织、金砖国家、上海合作组织、东盟与中日韩机制等，利用多边机制加大各成员国之间的对话交流与政策协调力度。[28]此外，面对全球性传染病防控，可通过“基于权利的方法”来保障人权，视国际人权法为衡量公共卫生措施的标准，通过尊重、保护和履行人权来控制传染病，并以符合人权的传染病控制措施来保护公共卫生。[29]

人类卫生健康共同体塑造了自成逻辑的话语结构，但是这种话语结构如何能够为国际社会所接受，如何能够转化成全球卫生治理话语权则是一个相对复杂的问题。我们可以试着借鉴一下传统国际法下国际法话语的转变方式。例如，拉美国家提出的 200 海里海洋权逐渐发展成为专属经济区制度；由于人类卫生健康共同体是一个高度抽象的概念，也不只有国际法意义，所以，应将其转变为法律语言。美国关于大陆架的法律定义就为《联合国海洋法》提供了素材。[30]本文认为，人类卫生健康共同体话语权的构建可以通过下面几种方式来破解：其一，在多种场合重申人类卫生健康共同体。上文提到，习近平总书记已在 100 多个场合重申和阐释人类命运共同体的含义，在 2017 年 3 月 1 日举行的联合国人权理事会第三十四次会议上，中国代表 140 个国家发表题为《促进和保护人权，共建人类命运共同体》的联合声明。鉴于卫生健康共同体为人类命运共同体的一个非敏感分支，所以可以仿效人类命运共同体的推广路径；其二，以国内治理机制来推动国际法话语的构建。根据《国际法院规约》第 38 条，国际法的渊源为国际条约、国际习惯和一般法律原则。中国需要增强可持续防疫的硬国力和软国力，[31]可以通过本国或者区域机制先行制定或完善公共卫生相关法律和国际援助事项，经过各国法律确信和反复实践后，由此发展成为国际条约，形成国际话语，最后建立国际话语权。

2. 治理内容破解：完善 WHO 法律制度、修正制度重叠

28 杨鸿柳、杨守明：《构建人类卫生健康共同体的现实境遇与路径选择》，《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 4 期。

29 David Patterson & Leslie London, “International law, Human Rights and HIV/AIDS”, *80 Bulletin of World Health Organization,* 2002.

30 车丕照：《“人类命运共同体”理念的国际法学思考》，《吉林大学社会科学学报》2018 年第 6 期。

31 刘江永：《可持续安全观与全球防疫规则——兼议构建可持续安全的人类卫生健康共同体》，《亚太安全与海洋研究》2020 年第 4 期。硬国力是指有形的各国国家物质实力，包括隔离医院、防疫物资等；软国力是指国家各种无形的实力，包括国家的治理协同能力、国际社会影响力与政策纠偏力。

第一，对 WHO 制度进行改革。从《国际卫生条例（2005）》文本来看，其主要特征在于“建设性模糊”，因此世界卫生组织需要对部分模糊条款进行解释和澄清。又如执行困难，这可以根据《世界卫生组织法》第 19 条来扩大并夯实 WHO 权力以推动全球公共卫生的治理，但仍需超过 2/3 多数票通过，并须经各会员国宪法程序接受后，始对该各会员国发生效力。从 WHO 的治理机制来看，将履约能力建设制度等非敏感议题作为改革的优先事项十分可行，而且从疫情发生后各国国内状况来看，改善公共卫生系统与服务非常急迫。然而，WHO 资金目前还存在很大的缺口。2020 年 5 月 27 日，WHO 基金会在瑞士成立，该基金会在法律上独立于 WHO。中国为推动构建人类命运共同体的实现，于 2020 年 5 月，习近平总书记作出承诺，中国坚持 WHO 的领导地位，中国将在两年内提供 20 亿美元的国际援助。此外，亦需从立法层面来根本解决资金不足的情况，《世界卫生组织法》第 58 条“为应付紧急事项及意外变故之见，应设特别基金，备执行委员会斟酌动用”完全可以成为立法暗含权力的来源。[32]

第二，对 WHO 与其他国际组织制度重叠进行修正。应当注意的是，其他公共卫生制度对于全球公共卫生治理也发挥了重要作用，如亚投行、金砖国家集团积极参加世界银行、国际货币基金组织应对疫情的协调机制。目前，美国单方面质疑《国际卫生条例（2005）》的有效性和 WHO 的领导能力，意另起炉灶，试图主导 G7 和双边同盟在在全球卫生治理中发挥主导作用，把公共卫生纳入美国的全球外交政策和国际战略范畴。[33]面对美国的单方面挑衅，WHO 应该在秉持人类卫生健康共同体理念，坚持国际公共卫生多边治理的基础上，提高自身应对公共卫生的能力和权威，制定政策工具，对《国际卫生条例（2005）》的评估机制、防范机制和筹资方法进行细化，将角色定位由协调转为领导，发挥其传统的领导地位，并且协调好与联合国其他机构、G20、金砖机制等国际组织的协调和配合，以有效应对全球重大公共卫生突发事件的爆发。

3. 执行机制破解：借鉴“共同但有区别的责任原则”，完善“国家责任”制度

第一，构建人类卫生健康共同体，发达国家承担责任应大于发展中国家的责任，以践行国际社会的实质正义。在此，国际公共卫生治理机制中的责任承担可以借鉴国际环境法中“共同但有区别的责任原则”，即从责任承担性质上看，每个国家都应该毫无例外地承担责任，但从责任承担能力上看，每个国家应该基于自身实际能力承担有区别的责任。该原则历来被视为应对全球气候变化国际法律制度不可动摇的一大基石。不过，中国现已将源于应对全球气候变化国际法律制度的共同但有区别责任进一步拓展适用于所有的国际发展领域。[34]实际上，全球公共卫生治理与全球气候变化治理议题有着很多的相似性，包括议题具有极强公共属性、非敏感性、利益的一致性，但是发达国家与发展中国家因历史责任、发展阶段与应对能力都不同，因此，“共同但有区别的责任原则”可以弥补全球治理体系中国家固有的利益鸿沟。

第二，构建人类卫生健康共同体，须加强国家责任机制的强制约束力，以强化国家有约必守的国际意识。将人类卫生健康共同体作为公共产品是一种理想化的共同体，而国家责任的落实是构建人类卫生健康共同体的基石，这便需要建立一个国内负责、国际尽责的“国际责任共同体”。尽管《国家对国际不法行为的责任条款草案》并非形式上具有约束力的条约，但是很多条款业已形成国际习惯法，然而，《国家对国际不法行为的责任条款草案》为了平

32 周阳：《《国际卫生条例（2005）》的法理冲突与规则重构》，《河北法学》2020 年第 6 期。
33 王明国：《全球公共卫生治理的制度重叠及其应对之策》，《东北亚论坛》2021 年第 1 期。
34 徐崇利：《《巴黎协定》制度变迁的性质与中国的推动作用》，《法制与社会发展》2018 年第 6 期。

衡国家履行国际义务的重要性和应对突发情形的灵活性，[35]免责事由构成需要具有非常高的标准，且条款含义模糊，未做阐明。所以，对于“国际责任共同体”的构建，国际卫生法应该从治理的结构体系、法律、原则方面加以完善，设立严格的义务与责任，实现卫生治理的宪政化。[36]为了弥补国际卫生健康共同体的治理赤字，应当借鉴国际环境法和 WTO 法中的国家责任相关规定，对国家形成法律上的约束力。

4. 协调机制破解：秉持“共商共建共享原则”，完善国际合作机制

全球公共卫生合作需要有集体的努力和坚定的承诺，需要坚持多边主义，需要以国际价值共识拓展人类卫生健康共同体，需要坚持公共卫生治理的共商共建共享观。“三共”原则各自含有国际法的含义。共商是国际法治的民主化；共建是国际法治的共同义务；共享是国际法治的追求目标。三共原则既是对主权平等原则的继承，又是对可持续发展原则的推陈出新。[37]该原则蕴含了包容性思想，国际合作原则，以及互利共赢的理念，各国是平等的参与者、贡献者和受益者。人类卫生健康共同体的构建，需要用中国的理念来推行，而三共原则在一带一路层面已经取得了广泛的共识，因此，可以将三共理念贯穿到人类命运共同体和人类卫生健康共同体之中。具体来说，人类卫生健康共同体的共商是指，各国平等的参与国际卫生领域的讨论；共建是指，各国加强国际合作，共同建设国际公共卫生治理机制；共享是指，疫苗等产品作为一种公共产品，将使每一个国家与每一个人民受益。其中，共建中的国际合作原则是三共得以发展的基石，一方面为共商创造了条件，另一方面使共享成为可能。与此同时，我国应主动将我国国际法理念和主张与以联合国宪章为基础的国际法体系衔接，不断推动相关原则、规则、制度的发展，更好应对国际社会的共同挑战。[38]

国际合作原则的实现需要：第一，发挥多元治理主体间的良性互动。近年来，越来越多的国际组织加入防疫的队伍，而世界卫生组织一般通过软法来加强国际组织间的合作，其他国际组织也相继出台政策法律措施支持防控合作。因此，国际公共卫生制度应加强世界卫生组织与联合国、二十国集团、世贸组织、金砖国家集团等多边制度框架内的协调配合和相互支撑。同时，世界卫生组织也需与各国加强在检测和评估、提供技术合作和后勤支持或给予方便、义务动员财政资源以及制定相应法律法规等四个方面展开合作援助。[39]此外，非国家行为体[40]在战争冲突后的人道主义援助、公共卫生健康、妇女儿童保护、传染病控制、灾难救助和环境保护等国际法领域发挥着越来越重要的作用。国际社会借助其在疫苗研发、病毒分析鉴定与医疗援助、推动和监督政府行动以及参与国际国内制度的设计等方面的专长，很大程度上弥补了各国政府在合作援助行动中的不足。[41]如，马云和盖茨基金[42]等企业充分发挥非政府组织提供资金以及物资的优势。总的来说，发挥国家、国际组织以及非政府组织的联动作用是现阶段全球关于疫情联动机制发展的必由之路；[43]第二，加强多领域之间的合作，如今，人类卫生健康共同体的构建所涉领域已经超越了传统的卫生范畴，蔓延到贸易、环境、

35 刘晓华：《新冠肺炎疫情能否成为国家责任的免除事由》，《法制日报》2020 年 4 月 1 日。
36 李春林：《构建人类卫生健康共同体的国家国际责任探讨》，《百年未有之大变局背景下的国际法法理学术研讨会》2020 年 12 月 27 日。
37 龚柏华：《“三共”原则是构建人类命运共同体的国际法基石》，《东方法学》2018 年第 1 期。
38 “人类命运共同体与国际法”课题组：《人类命运共同体的国际法构建》，《武大国际法评论》2019 年第 1 期。
39 《国际卫生条例（2005）》第 44 条第 1 款。
40 如拯救儿童基金会、全球卫生联合理事会、国际护士理事会、国际流行病学会等。
41 王秀梅、鲁少军：《传染病防控国际合作机制及演进》，《河南省政法管理干部学院学报》2010 年第 2 期。
42 盖茨基金自 2000 年成立后就加入到世卫组织反击结核病、艾滋病和免疫发展研究计划之中，成为最重要的疫情经费提供者。
43 刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，《法学》2020 年第 4 期。

劳工等领域。因此，在多领域的合作机制中，应当首先发挥 WHO 在国际卫生中的引领作用，既要坚持软法技术性、灵活性的优势，又应推动 WHO 的立法功能。其次，WTO 在公共卫生治理中的作用也应受到重视。WTO 中涵盖了若干与人类卫生健康有关的规则，包括《实施卫生与植物卫生措施协议》（SPS）、《技术性贸易壁垒协定》（TBT）等，WHO 应加强与 WTO 的对话与合作。在技术上，两个组织最近成立了关于药品差别定价和知识产权地位的工作组；[44]第三，关于中国人类卫生健康共同体的合作方案，可以从区域层面和多边层面同时展开，在坚持世卫组织领导作用的同时，重视一带一路等区域合作的重要性。目前，中国积极与世界卫生组织合作，在疫情防控和疫苗研发等方面取得了重大成果；中国主动开展地区抗疫合作，推动举行中国—东盟关于新冠肺炎问题特别外长会、澜湄合作第五次外长会、中日韩新冠肺炎问题特别外长视频会议等，同周边国家成立联防联控合作机制，在遏制疫情发展、维护经贸合作等方面发挥了重要作用。[45]

四、结语

人类的每一次巨大进步，势必要历经重大事件的磨难。当前，国际社会正面临百年未有之大变局：世界多极化加速推进，民粹主义与经济民族主义兴起威胁国家间政治互信，科技革命和产业革命发生重新分配国家利益，出现东升西降的现象，国家安全日益泛化，[46]究于诸多不稳定的因素，人类命运共同体的构建遭遇着各种挑战。应当注意的是，新冠疫情的爆发只是加速生成了国际社会的变局，切不可本末倒置。历次传染疫情爆发更加揭露了国际公共卫生治理的薄弱，从建立之时，便埋下了隐患。

新冠疫情发生后，中国积极履行国际义务，及时向世界卫生组织报告病毒基因序列；通过封城和停运交通的方式有效遏制传染；发挥社会主义制度集体主义的优越性，众志成城，将人民的生命与健康权放在第一位。在疫情得到控制之后，中国实施了新中国成立以来规模最大的全球人道主义行动，向 150 多个国家和 9 个国际组织提供抗疫援助，为有需要的 34 个国家派出 36 支医疗专家组，用实质行动勾勒着人类卫生健康共同体的蓝图。

中国在国际社会中的身份经历了从参与者到推动者再到引领者，但中国却从未曾是主导者。人类命运共同体和人类卫生健康公共体便是中国崛起与软硬实力的提升和映射。[47]在应然层面，中国应该加强在规范性层面的引领，包括推动《世界卫生组织法》和《国际卫生条例（2005）》的修改与解释、公共卫生领域国家责任条款的细化与落实、非国家行为体的合法性依据等。在实然层面，中国可以采用在一带一路、中国—东盟、金砖国家、亚投行等区域组织中的经验，在已有的框架下，推广人类卫生健康共同体的理念，加强国家间政治与人权理念沟通，实现人类卫生健康共同体中的“人类”中心观；加快推进疫苗成为国际公共产品，同时注重疫苗的知识产权保护，实现人类卫生健康共同体中的“卫生机制”；与此同时，继续支持世界卫生组织的领导作用，通过国际多边合作和援助机制，实现人类卫生健康共同体中“共同机制”的实质公平。

【参考文献】

44 刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，《法学》2020 年第 4 期。

45 胡鞍刚：《人类卫生健康共同体视阈下的中国行动、中国倡议与中国方案》，《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 5 期。

46 张宇燕等：《世界面临百年未有之大变局》，
http://ip. people. com. cn/n1/2018/1224/c179663-30483611. html.

47 徐崇利：《人类命运共同体理念与中国国际法研究的创新》，《厦门大学研究生创新教育大讲堂》2020 年 12 月 26 日。

［1］习近平：《习近平：团结合作战胜疫情，共同构建人类卫生健康共同体》，《新华社》2020 年 5 月 18 日。

［2］“人类命运共同体与国际法”课题组：《人类命运共同体的国际法构建》，《武大国际法评论》2019 年第 1 期。

［3］车丕照：《“人类命运共同体”理念的国际法学思考》，《吉林大学社会科学学报》2018 年第 6 期。

［4］王明国：《全球公共卫生治理的制度重叠及其应对之策》，《东北亚论坛》2021 年第 1 期。

［5］刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，《法学》2020 年第 4 期。

［6］张超汉、冯启伦：《全球卫生合作治理——以重大突发公共卫生事件防控为视角》，《河北法学》2020 年第 8 期。

［7］周阳：《《国际卫生条例（2005）》的法理冲突与规则重构》，《河北法学》2020 年第 6 期。

［8］龚柏华：《“三共”原则是构建人类命运共同体的国际法基石》，《东方法学》2018 年第 1 期。

［9］胡鞍刚：《人类卫生健康共同体视阈下的中国行动、中国倡议与中国方案》，《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 5 期。

［10］马忠法：《论构建人类命运共同体的国际法治创新》，《厦门大学学报（社会科学版）》2019 年第 6 期。

［11］杨鸿柳、杨守明：《构建人类卫生健康共同体的现实境遇与路径选择》，《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 4 期。

［12］徐崇利：《《巴黎协定》制度变迁的性质与中国的推动作用》，《法制与社会发展》2018 年第 6 期。

中国大陆何以“等高对接”RCEP 国家税收营商环境

李悦 深圳职业技术学院经济学院讲师

摘要：承接 RCEP 的贸易自由化和投资便利化趋势，中国大陆借助“放管服”改革提升营商环境，在财政税收领域将直观地表现为服务优化。据此，有必要结合当前中国大陆所面临的内外部境况，“等高对接”其它 RCEP 缔约国家的税收服务标准，从而更好地保障与实现中国大陆纳税人的权利。税收服务是同纳税服务存在功能界分的，“更倾向于纳税人”的征纳权义配置架构，在新时代中国大陆特色税收现代化语境下，着眼于强调税务机关在征纳关系中的服务角色，意图寻求全方位对外开放阶段的税法治理机制。是故，税收服务有必要受“以纳税人为本”的人本主义理念，国家主动保障纳税人权利的宪法原则，连同方便并有利于纳税人的税法原则之涵摄。文章进而据此提出了若干纳税服务工作的完善建议。

关键词：RCEP、税收营商环境、纳税服务、税收服务、纳税便利

壹、问题的提出

中国大陆应以加入 RCEP 为契机，持续优化整体营商环境，助力更高水平对外开放。2020 年 11 月 15 日，中国大陆签署了《区域全面经济伙伴关系协定》（*Regional Comprehensive Economic Partnership* ，RCEP）。毋庸讳言，RCEP 所代表的经济全球化和贸易自由化，是符合缔约各国经济贸易利益的历史趋势；在国际经贸往来上坚持多边主义与开放合作，更是世界各国应对风险挑战、实现互惠共赢、推进共同发展的正确选择。签署 RCEP 势必大幅改善中国大陆的外部贸易环境，有力地推动中国大陆同其它缔约国家之间，形成更为紧密的贸易投资和产业分工关系，为复杂形势下中国大陆的经济增长提供新动能。与此同时，加入 RCEP 也有助于倒逼中国大陆的经济体制改革，推动全方位对外开放连同营商环境建设。[1]

优质营商环境是 RCEP 在中国大陆得以顺利运行的制度情境，中国大陆需要“等高对接”拥有优良营商环境的 RCEP 缔约国，将优化税收营商环境作为全局性命题加以探讨。世界银行发布的《2020 年营商环境报告》（*Doing Business 2020*）显示，中国大陆的整体营商环境有显著提升，2020 年度排名已上升至全球第 31 位（2019 年全球排名为第 46 位）。该报告以“纳税”（paying taxes）维度指代经济体的税收营商环境，是影响国家（地区）整体营商环境的重要指标，决定了样本经济体营商环境的质量和水平。[2]但中国大陆税收营商环境的全球排名仍然相对滞后，在该报告选取的 190 个经济体中，税收营商环境指标仅位于全球的第

[1]参见沈铭辉、李天国，区域全面经济伙伴关系：进展、影响及展望，东北亚论坛，2020 年第 3 期，第 102 页。

[2]根据中国大陆《优化营商环境条例》规定，“营商环境”是企业等市场主体在市场经济活动中所涉及的体制机制性因素和条件，《营商环境报告》则认为营商环境是“经商的容易程度”（The ease of doing business）。研究结论认为，狭义的“税收营商环境”是指影响纳税人遵从税法，并促成合理纳税的体制机制环境。广义的税收营商环境，则将所有对企业合理纳税存在影响的环境条件包括其中，而非单纯考虑影响企业纳税的税收制度因素。

105 位。[3]据此，中国大陆有必要兑现“中国开放的大门只会越开越大，营商环境只会越来越好”的承诺，有的放矢，将优化税收营商环境提升为事关中国大陆营商环境优化的全局性命题，以充分回应 RCEP 签署后缔约国和有关市场主体，对中国大陆营商环境的更高标准和要求。[4]

优化税收营商环境与既有的减税降费可谓“同频共振”。自 2015 年以来，减税降费始终是中国大陆各年度《政府工作报告》在财税领域的“主旋律”。申而言之，从税收营商环境的内部环境来看，近年来经济下行导致财政收支矛盾逐步凸显，延宕至今的新冠肺炎疫情可谓“雪上加霜”。此时，中国大陆不仅应落实 2020 年政府工作报告所提出的更大规模减税降费，使纳税人“轻装上阵”，尽快摆脱新冠肺炎疫情对企业生产经营的不利影响，助力复工复产，打通国内国际“双循环”，保障纳税人的基本生存权和经济发展权。[5]在后续探索设置税收治理体制机制时，更应“硬”“软”兼施，不仅仅将目光局限于减轻纳税人的税收经济成本，也有必要探索降低纳税人遵从成本的制度进路。

相关研究表明，降低纳税人遵从成本、优化税收营商环境、助力更高水平对外开放同构建“服务型税收”法律制度高度相关。中国大陆以 RCEP 签署为现实背景，有必要从立法、行政、司法和守法诸维度，参照《优化营商环境条例》整体化和系统性立法口径，[6]多维并举，深化“放管服”改革，保障纳税人权利，实现纳税人便利，抽象出关于服务型税收的法治理论（简称“税收服务”）。以期从条文落地向营造环境发力，借助税收服务理论指导纳税服务工作的提质增效，助力补齐中国大陆税收营商环境的制度短板，使纳税人面对下阶段的税制改革时更有“获得感”。[7]

贰、纳税服务：作为税务机关内部管理工作的初始功能

作为税收服务理论所依托的现实制度，纳税服务的初始功能被限定为税收机关的内部行政管理工作。“纳税服务”被间接和零散地规定于中国大陆《税收征收管理法》第七条和第九条的部分，从历史发展的角度看，其经历了从税务机关及其工作人员的职业道德范畴，到中国大陆实现税收现代化之“核心维度”的嬗变。

2013 年中国大陆税务机关提出，要“相信纳税人、敬重纳税人、依靠纳税人、服务纳税人”，强调将服务意识贯彻到税款征收和税源管理征管全程，纳税服务是故逐渐精细化，继而获得了相当程度的制度刚性。2015 年中国大陆税务机关强调，下阶段应着力建设的税

[3]中国大陆的企业纳税人在 2020 年仍需要耗费 138 小时进行税收合规，同前沿距离（frontier distance，即最优营商环境国家或地区的对应指标）的 49 小时仍有较大差距；同时，中国大陆的纳税人每年需要缴纳多达 37 次税（费）。

[4]RCEP 涉税条款明确缔约国的税收措施，应当受第 10 章“投资”章节第 9 条转移条款约束。该条款的核心要求在于，缔约方应当允许所有与涵盖投资有关的款项（如资本、利润、股息、特许权使用费等）转移自由且无迟延地进出其境内。RCEP 的转移条款在承认税收协定优先前提下，相较于各缔约国间既有的税收协定，更加强调缔约的公正、非歧视和善意原则。

[5]2020 年的新一轮“减税降费”预计为中国大陆的企业纳税人新增减负超 2.5 万亿元人民币。

[6]中国大陆的《优化营商环境条例》明确，营商环境是涉及立法和司法的综合治理命题，为此，其专门设置了第六章“法治保障”，设置行政机关同立法机关、司法机关就优化营商环境的衔接机制。

[7]参见单飞跃，纳税便利原则研究，中国法学，2019 年第 1 期，第 164 页。

收征管“六大体系”中，“优质便捷的服务体系”被认为是税收现代化的核心与重要表现。迄今为止，中国大陆税务机关在加强法治税务建设、推动绿色税制改革、推行纳税服务规范、实施税收风险管理、推进金税三期建设、全面实行绩效管理等举措后，出台的最新纳税服务规范是2019年《全国税务机关纳税服务规范（3.0版）》（以下简称“纳税服务规范”）。[8]纵然纳税服务工作规范逐渐细化，整体由“软法”变“硬法”，但其在税法体系中的影响仍然有限。这主要表现为：

其一，从当前中国大陆纳税服务的规范体系看，征税方的权力、责任连同纳税人的权利、义务，在形式上并未通过立法程序予以规整，仅停留于税务机关出台的规范性文件层级。不难得出，纳税服务规范法制构造的非正式性和非权威性，就框定了纳税服务规范的学理定性。纳税服务工作规范只能够被认为是税务机关自我限权的自律管理规范。[9]此外，从中国大陆各省（直辖市、自治区）税务局根据纳税服务工作规范制定的《纳税人办税指南》来看，易知纳税服务工作规范在税务行政复议中的可采纳性相当有限，更不能成为相关税务行政诉讼的裁判依据。

其二，从纳税服务同其它税法治理机制的互动交涉来看，税务机关纳税服务工作存在单方向性和非正式性，实践中始终存在“服务过度”和“服务缺位”交替出现，深度和广度有所欠缺的“制度失范”风险。譬如根据中国大陆税务机关2019年修订的《纳税服务投诉管理办法》规定，纳税义务人认为税务机关内部处理结果显失公正的，申请上级税务机关“复核”是纳税义务人的救济渠道。[10]这种上级税务机关对纳税服务的复核，通常被认为是上级加强对下级单位处理投诉监督力度的内部管理行为，而非保障纳税人“获得良好服务”自然权利的行政法律行为。[11]

叁、实践困境：中国大陆纳税服务工作当前面临的功能缺憾

作为来源于税收学和管理学的概念，属于公共管理范畴的纳税服务通常与“促进税收遵从”“提升税收管理质量”和“提高税收征管效率”等相连，其经济功能在于降低税法运行中的成本耗费，着眼于以最小的成本实现最大程度的税收管理。[12]这反映了当下中国大陆纳税服务工作的逻辑起点，仍然是汲取税收收入的国库中心主义，而非建立在保障纳税人权利的基础上。因功能定位的逻辑起点的偏离，实践中纳税服务工作遭遇了如下功能缺憾：

---

[8]中国大陆《纳税服务规范》所指称的纳税服务被划分为14个子制度，即（1）信息报告；（2）发票办理；（3）申报纳税；（4）优惠办理；（5）证明办理；（6）社保费用及非税收入办理；（7）出口退（免）税办理；（8）国际税收业务；（9）信用评价；（10）税务注销；（11）涉税（费）咨询；（12）涉税信息查询；（13）纳税服务投诉；（14）涉税专业服务。

[9]参见张成松，财税权力清单的法治反思与体系构造，上海政法学院学报(法治论丛)，2017年第4期，第130页。

[10]参见中国大陆《纳税服务投诉管理办法》（国税总局2019年第27号公告）第四十条。

[11]作为对比，根据中国大陆（2018）最高法行申6603号行政裁定书的审判主旨，中国大陆司法机关就具体个案提出，对于投诉举报事项能否申请行政复议，应当结合关于投诉举报事项的具体法律、法规或者规章的规定进行综合评判。在具体的法律、法规或者规章规定了投诉举报的请求权，且该请求权的规范目的在于保障投诉举报人自身合法权益的情况下，相关行政机关对举报投诉不予受理或者不履行依法纠正，查处的法定职责的，举报投诉人可以申请行政复议或者提起行政诉讼。

[12]参见李大庆，深化纳税服务的法学视角，税收经济研究，2013年第3期，第60页。

一、税务行政审批简化不到位

税收营商环境建设要求优化税收服务并非“无源之水”，其承接了“放管服”中“简政放权”和“放管结合”的改革成果。2013 年以来，中国大陆各地税务机关取消了数以百计的税收行政审批事项。以中国大陆重庆市的税务系统为例，2019 年重庆已经分批次、有步骤地实施了 18 类共 58 项优化纳税服务配套措施。[13]根据新闻报道，“简并涉税文书报表和减少审批等待时间，使得纳税人纳税前的工作量减少了 70%以上”。[14]但就目前而言，税务行政审批简化的现实效果仍然有限。在广东省各级税务机关进行的实地调研中发现：

其一，部分法定行政许可项目被归入非行政许可类审批，而不再受中国大陆《行政许可法》的规范和约束。前述非行政许可的税务行政审批事项，在中国大陆的税收征管实践中，往往被作为兜底条款遭到滥用。与此同时，非行政许可类审批项目作为兜底条款，也增加了非行政许可规范的不确定性，这就导致了部分非行政许可类审批项目，始终存在“于法无据”的脱法评价可能。

其二，需要纳税人重复报送的审批资料依然未少，“减税”同时并未真正“减负”，没有切实降低纳税人的税收遵从成本。承前所述，部分涉税事项并未被法律法规列入行政许可范围，但部分税务机关出于方便内部管理的需要，变相以“备案”名义要求纳税人报送资料。这在形式上看似落实了“简政放权”简化流程的要求，实则并未落实税务行政审批流程简化的要求。

其三，税收现代化要求纳税人办税便利，“先备后核”是“放管服”备案制改革的核心和精髓，纳税人通过备案即可提前享受到办税便利。但是，现实中纳税人线上“一网通办”，或线下“最多跑一次”的政策执行并不方便。如果纳税人不全面按时地报送规定的资料，便不能向税务机关提出享受对应征管利益，税务机关事实上便赋予了审批备案法律意义。

其四，税务机关内部制度不适应行政审批制度改革需要。中国大陆现有的税收管理员制度对其工作职责的界定，同税务行政审批的备案制改革要求仍不适应，未做到“还权还责于纳税人”，征纳合谋与随意执法的风险尚存。在进行的实地调研中，部分税务机关工作人员对“审批就是管理”产生路径依赖，对如何在新的内外部经济形势下落实“放管结合”要求，后续加强对纳税人的监管普遍存在畏难情绪。

二、纳税人基本权利受到忽视

其一，纳税人诚信推定权受忽视。2005 年的《纳税服务工作规范（试行）》不仅记载了纳税服务的最早定义，里面也明确记载了“纳税人依法诚信纳税”和“税务机关依法诚信征税”的内容，可见，纳税信用制度建设以及征纳互信状态的实现，是建设服务型税务机关的题中应有之义。[15]目前，中国大陆的纳税人诚信推定权学术探讨和制度试点，譬如税务机关

[13]2013 年中国大陆国家税务总局的行政审批事项仍有将近百件。截至 2019 年 10 月，国家税务总局只保留了 6 项税务行政许可审批事项，税务非行政许可审批事项以及 46 项中央指定地方税务机关实施的税务行政审批事项已经全部清理完毕。

[14]韩政，重庆智慧税务建设提速 249 个涉税事项全程网上办，重庆晨报，2020 年 1 月 17 日，第 1 版。

[15]参见中国大陆国家税务总局《纳税服务工作规范（试行）》（国税发〔2005〕165 号）

实行的“首违不罚”和“容缺办理”等，仍未总结出可复制可推广的制度试点经验，从税收法律关系的角度分析，也反映了纳税人诚信推定权受忽视的现实境况。

作为对比，世界上多数税制先进国家（地区），已经将纳税人诚信推定权写入税法，其中就有作为 RCEP 缔约国的韩国和澳大利亚。韩国的《纳税人权利宪章》明确规定了纳税人的诚信推定权，该宪章详细列举了纳税人享有 7 项税法权利。首要的就是纳税人在设置账簿并如实申报的情况下应当被认为是诚实的。纳税人所提供的资料也应当被视为真实资料，在特定情况下有权拒绝税务机关的重复调查。[16]澳大利亚《纳税人宪章》也对纳税人诚信推定权进行了原则性规定，“我们假定纳税人告知我们的都是真实的，除非我们有理由相信不是这样。”[17]

在中国台湾学者和中国大陆学者的共同努力下，纳税人诚信推定权在学理上已经得到初步界定。[18]实体意义上的诚信推定权，是指纳税人有被征税机关假定为诚信纳税人的权利。亦即，税务机关在接受申报纳税或计算应纳税款时，如纳税人提供的材料无明显的瑕疵或错误之处，税务机关应当推定纳税人是“诚实可信”的，而不得对纳税人给予区别性或选择性的对待。与此同时，程序意义上的纳税人诚信推定权，是指在税务行政复议或税务行政诉讼中，纳税人对自身的诚信状况不需要提出证据；税务机关则需要对纳税人“不诚实”的主张，向复议机关或行政法庭承担举证责任。

若中国大陆的纳税人诚信推定权得到税法的明确规定，税务部门首先必须事先预设“纳税人诚实申报”，通过主动为纳税义务人提供专业的纳税服务，帮助其正确地开展和履行自我估税和自主报税。在提供专业纳税服务的前提下，税务机关应通过积极主动的教育引导，使纳税人自觉遵从税法的意识得以内化，从小处培养纳税人诚信纳税的行为习惯，主动进行依法纳税原则下的自主行为安排。

其二，纳税人的信息隐私权受到忽视。从税收征管的技术层面来审视纳税服务工作，囿于征纳双方普遍存在的信息不对称问题，纳税服务存在同纳税人现实需求脱节的风险。当前，数据被视为与土地等同等重要的生产要素，大数据已然成为各类型社会组织转既往之粗放式管理，为准确、可及、便利、快捷之精细化社会治理的重要工具。自 2015 年中国大陆税务机关提出“互联网+税务”行动计划以来，各级税务机关日益重视涉税数据的采集、分析、利用和共享。可以认为，随着经济活动数字化以及数字技术的不断进步，“数据管税”必将成为中国大陆继“以账控税”“以票控税”“信息管税”后新时代税收征管的核心模式。[19]

“数据管税”能够提升征纳双方非合作博弈前提下，税务机关获取纳税服务信息的真实性和有效性，从根本上缓解征纳双方的信息不对称问题。“数据管税”本质上是将纳税人被

[16]参见莫纪宏，纳税人的权利，北京群众出版社 2006 年版，第 92 页。
[17]张富强，论纳税人诚信推定权立法的完善，学术研究，2011 年第 1 期，第 11 页。
[18]该权利也被部分中国大陆学者称为“纳税人诚实推定权”。但从语义的包容性深究，较“诚实推定权”，“诚信推定权”似更为准确。“诚信推定权”包含“诚实”“信用”两个层次的意蕴，既考量纳税人主观上的诚实程度，而非已经诚实履行纳税义务的状态；又要求纳税人客观上做到恪守信用。据此可以同纳税信用管理机制和税收核定举证标准等联结。
[19]参见李昊源，“数据管税”：新时代税收征管的核心模式——以互联网交易为例的分析，现代管理科学，2018 年第 12 期，第 39 页。

课以的纳税义务、接受的税收管理和获得的纳税服务，通过大数据手段，同纳税人的负税能力、管理要求及其服务需要予以匹配，以此提升税制设计和征管程序的科学化智能化程度。从“数据管税”的未来发展来看，因纳税人提供的信息数据受强制约束而确保其真实性，税务机关能够全面掌握纳税人的特征连同需求，使纳税服务更加精准，化既往纳税服务工作之“被动”为“主动”。与此同时，税务机关还可以通过“银税联动”的协同机制，向金融机构有限度提供纳税人的税务信息，“以税定贷”，促进小微企业纳税人的良性发展，并最终实现企业、金融、税务的三方共赢。[20]

但必须强调，因涉税数据往往包含攸关纳税人经济的财产情况和个人信息，纳税人信息向税务信息的转变过程，因公权力与私权利冲突不可避免、纳税人信息的经济价值增长等因素，导致税务机关与纳税人在纳税人信息领域存在紧张关系。税法确有必要调和“信息开放”和“隐私保护”的异质法益，明确纳税人的信息隐私权利，寻求纳税人信息数据用于“数据管税”，跨部门交换之税务信息转换的合宜标准。[21]

三、纳税服务权利救济受阻碍

纳税人就税务机关行政行为的合法性产生质疑时，可自主决定启动权利救济程序。但诚如前述，纳税人就所接受的纳税服务是否享有复议和诉讼权利，在法理层面仍然言人人殊。即便认为纳税人就纳税服务可以提起行政复议，也可以提起行政诉讼，现实也会因维权成本高企而导致救济权利行使受阻。

其一，双重前置的“清税前置”和“复议前置”程序，显著抬高了纳税人的维权成本。[22]程序税法中“双重前置”法律机制的存在，造成了纳税人维权的财务和时间成本高企，客观上阻碍了纳税人寻求权利救济的行为。[23]当前的理论和实践问题集中在“清税前置”环节，就清税前置而言，该双重前置条款损害了纳税人服务权利救济的可及性，导致“无救济无权利”蜕变为“未解缴不救济”，在事实上为纳税人增设了救济资格的经济门槛，限制了纳税人纳税服务救济权利的行使。

从域外税制先进国家的实践来看，大多数 OECD 成员国并不要求先行缴纳税款；反观 RCEP 中的税制转型国家，因缔约国政府的税收征管能力较弱，为防止纳税人滥用救济程序，而普遍地要求纳税人先行解缴。“双重前置”的征管立法规定，虽然在某些程度上保证了国家的财政汲取，也在相当程度上妨害了纳税人权利实现，使纳税人付出了额外的经济成本和时间成本，亟需在未来税法修改时予以改进。[24]

---

[20]参见周政训，税务信用数据征信应用的法律问题研究，研究生法学，2019 年第 5 期，第 108 页。

[21]参见闫晴，纳税人信息管理权与保护权的冲突与平衡，北京理工大学学报(社会科学版)，2018 年第 4 期，第 153 页。

[22]根据中国大陆《税收征收管理法》第八十八条第一款，所谓“缴税前置”是指，除非纳税人已经足额缴纳税款、滞纳金抑或提供充足的担保，否则其无权提起税务行政复议；所谓“复议前置”是指，因税务纠纷提起的税务行政诉讼之前，该纠纷必须经过税务行政复议程序。

[23]根据中国大陆《行政复议法》规定，行政复议机关从受理到作出复议决定最长可达 95 天；税务行政诉讼从立案到作出判决，可长达 6 个月之久，有特殊情况经批准还可延长，纳税人最终得到救济的时间最长可能达到 10 个月。

[24]刘楠楠、刘文慧，困境与出路：纳税人权利救济体系的完善，税务研究，2020 年第 5 期，第 92 页。

其二，纳税人权利救济的审查范围和力度有限，导致纳税人权利救济的实效不足。纳税人权利得到救济的前提条件，必然是税务机关的行政行为可以进入审查范围，否则，税务行政复议机关或法院无法审查行政行为，纳税人的权利救济便也无从谈起。设若提升纳税服务规范的立法位阶，那么根据中国大陆《行政复议法》之规定，复议机关对纳税服务规范的审查势必受限。就税务行政诉讼而言，中国大陆法院的审查范围，仅限于税务机关作出的具体行政行为；同时，对于部门规章以下的抽象行政行为则无审查权限。这就意味着即便法院在案件审理中，发现了税务机关的行为所依据的相关规定不合法，也只能作出“不予适用”的裁决，而不能就此直截作出否定性评价。

其三，纳税人权利救济复议和裁判结论的论证与公信力仍有加强余地。税务行政复议机关在审查具体行政行为的事实依据、行政程序、法律依据和设定的权利义务内容时，既可对其合理性进行审查，也可对其合法性进行审查。但是，税务行政复议的机构设置，复议形式和公开程度均有所不足，未严格体现纳税人权利救济程序中的当事人主义。[25]与此同时，税务行政诉讼的专业程度较高，税务行政诉讼没有通用的证明标准，中国大陆《行政诉讼法》没有明确规定裁判理由制度，无从通过裁判文书知晓证据采信和法律适用过程。

申而言之，仅就从税务行政诉讼的证明标准来看，纵观中国大陆现有的典型案例，如2016 年的“儿童主基金案”和 2017 年“德发案”中所采用的证明标准，本应由税务机关承担纳税人商业安排“无正当理由”的举证责任，但司法实践将证明责任转移至纳税人，从而由过错责任错置为过错推定责任。证明责任的不合理分配势必给纳税人带来“难以承受之重”，出于维护法律明晰性与权威性之考虑，亟需厘清法院在税务行政诉讼中的证明标准。[26]

肆、权利保障：RCEP 下纳税服务概念扩容的理论动因

省思前面种种纳税服务工作的问题的根源，在于纳税服务忽视了纳税人作为税收法律关系主体地位。承前所述，以课税制度运行效率为终极追求的纳税服务工作，整体建立在纳税人“性恶”的预设上，在制度设置中尽可能规避税款流失风险，并无助于提高税法的社会可接受度。中国大陆的部分研究成果提出，“加强税收宣传、强化征管执法、提升信息管税”等号召，以强化税收管理的方式提升稽征效率，以外部强制促进纳税人税法遵从，似无助于纳税人自觉纳税意识的内化提升。而将税收征管视为纯粹技术性事务的观点，忽视了中国大陆社会特质剧烈变动之现实背景下，纳税人作为税收法律关系主体的根本性作用。纳税人权利保障的缺位，将导致税法倡导之公平正义价值的弱化、虚化乃至边缘化，势必同公共行政管理“实现公共利益”的愿景背道而驰。

为了纾解纳税服务工作在逻辑起点上的理念和现实困境，“税收服务”的概念被税法学

[25]根据中国大陆《税务行政复议规则》第十七条规定，税务行政复议原则上由上一级税务机关管辖；第六十四条规定，行政复议原则上采用书面审查的办法，税务行政复议程序不对外公开。
[26]参见李悦，税收筹划司法认定的实证研究——基于 2019 年的 35 份税务行政判决书，法治论坛，2020 年第 60 辑，第 267 页。

者初步提出。税收服务的内涵被广泛地认为高于纳税服务，用于讨论的是中国大陆政府与市场关系变迁过程中，税收理应扮演的角色和发挥的作用。从现有的研究看，税收服务相较于纳税服务，其理论侧重点在于，税务机关作为整个“服务型政府”的组成部分，在市场经济前提下，应当积极发挥地税收职能，实际上体现的正是“税收反作用于经济”的中国特色税收特性。[27]那么，如何从税理和法理两个维度理解“税收服务”，税务机关如何从强化税务管理和纳税服务力度，向对纳税人彰显税收法治态度和税收法治温度转变？

一、理论功能：达致权利权力衡平

尽管目前并未在中国大陆的税法研究中占据重要地位，但是“税收服务”范畴所蕴含的法治精神，则直接指向了“税”的政治和法律本源，为其衡平征纳双方的权利（力）提供可能。从中国大陆新时代全面深化改革开放的实践来看，税法制度和税收征管所追求的“公共利益”，绝不全然等同于税务机关的部门利益，甚或政府单方面的财政收入利益。传统税收理论将税收界定为“无偿性”，掩盖了税收作为“公法之债”的本质属性，税收课征行为就被曲解为国家“凭借政治权力进行的强制分配”，造成了代表国家课税的税务机关同纳税人之间形成了对立关系；也正因此，税法尤其是税收程序法始终被视为行政法的分支，而非具有自身独特理论品格的领域法学。

纵观全世界范围内税收法律关系的发展历程，不难看出，纳税人和征税方的法律关系始终是税法的主线。深究纳税人愿意将财产权利向国家让渡的原因，是因为纳税人相信国家能够保障自身的尊严、自由和发展，特别是经济全球化和贸易自由化下的经济发展权利。随着征纳双方法律地位在历史发展中逐步平等，税法的“私法化”倾向逐渐明晰，税法作为调整税收“公法之债”的规范总和。税收实践和学术观点都指出，征纳关系已经完成了“征税方优位”向征纳平等的转变，税法也拥有了“保障国家征税权”和“保护纳税人权利”的双重目标。

未来税法应当会更加侧重于纳税人的权利及其保护。“保护纳税人权利”是税法的价值追求，其根植于纳税人权利的税收正义，由此逐步产生了“更倾向于纳税人”的制度倾向。美国出台的《2019 纳税人优先法案》（*Taxpayer First Act 2019*），便明确了从“征纳平等”到“纳税人优位”的立法趋势。[28]学者在考察了中国大陆改革开放四十年间的学术历程和制度历程后断言，“随着中国大陆经济社会的发展，纳税人主体性逐渐觉醒，公民权利意识不断增强，未来征纳关系的发展将更侧重于纳税人权利及其保护”。[29]这种经过实定税法规范明确的“纳税人优位”（Taxpayer First）演进趋势，被学者从理念层面概括为，“以人为本的现代税法，是指将人本理念嵌入现代税法的构造中，以纳税人的权利保护为逻辑起点，通过规范和平衡国家征税权力，与纳税人权利之间的关系来保障纳税人权利，并最终实现人的自

[27]参见邓力平、陈丽：新时代中国特色税收现代化之路再思考，税务研究，2020 年第 5 期，第 12 页。
[28]该《2019 纳税人优先法案》旨在广泛地对美国国内收入署进行流程再造（re-design），旨在扩大和加强纳税人的权利，并要求制定全面的客户服务战略，实现技术现代化，并加强网络安全，将美国的国内收入署改革为“纳税人友好”的机构。
[29]洪小东：改革开放四十年纳税人权利保护考察，理论月刊，2019 年第 1 期，第 152 页。

由和全面发展的税收法律规范。”[30]

二、现实功能：增进纳税人获得感

“获得感”来源于习近平主席在中共党内的重要讲话，其使用范围通常指人民群众共享制度改革成果后的幸福感。从税制改革领域来看，“获得感”是指纳税人在依法履行纳税义务过程中所收获的心理满足，这种心理满足体现在物质和精神两个层面。纳税人“获得感”同纳税人客观付出的税收经济和遵从成本高度相关，物质层面的“获得感”指纳税人实际获得的减税额、退税额、降费额、退费额等物质利益。与此同时，心理层面的“获得感”比物质层面的“获得感”要复杂得多，多数来自物质层面“获得感”的传导。[31]纳税人遵从税收所付出的心理成本，常常是被税法研究所忽略的纳税人需求。作为基本的经济规律，纳税人倾向于以尽可能少的成本遵从税收，无论是客观上付出的金钱、时间抑或是主观上的精力、注意力。从税法角度来说，纳税人的“获得感”取决于纳税人权利的顺利行使和圆满实现。诚如开篇所述，在当前 RCEP 要求打造优良税收营商环境的背景下，“减税有限度”但“服务无限度”，纳税人“获得感”与税务机关提供的服务有密切关系，越周到细致的法治化税收服务，必然越有利于纳税人权利与便利的实现。

囿于税务机关代表国家行使公权力的正当威权，加之现实中更高的税收汲取和信息获取能力，制度层面税务行政审批和纳税人权利救济的单方性，致使部分征管成本往往有意无意地“改头换面”，成为纳税人必须承担的遵从成本。这不仅超出了纳税人在较短时间内，应对税款支付与税务合规的“承压力”，也严重妨碍了纳税人对日常生产经营收益的可期待性，使得广大纳税人特别是 RCEP 的非居民纳税人，对中国大陆的税收营商环境失去“获得感”。

伍、理论因应：从纳税服务工作向法治化税收服务

习近平主席指出，“坚持以人民为中心的发展思想，就要把增进人民福祉、促进人的全面发展，作为发展的出发点和落脚点”。“法学是人学”，“法律之生成与消亡，系于人，因于人，由于人，法律以人为本源。”[32]在中国大陆“人民美好生活需要”不断向纵深扩展的时代背景下，纳税服务工作未道破税法理应遵循的人本主义关怀，这既是现有纳税服务规范的结构性价值缺陷，也是借助中国大陆加入 RCEP 的契机，对指导纳税服务工作的税收服务法治理论予以系统性审视，进而对相关纳税服务工作规范和制度予以拓补的抓手。“法治是最好的营商环境”，合宜的法治化和便利化税收服务有必要坚持（1）以纳税人为本的制度基点；（2）保障纳税人权利的国家义务和（3）方便并有利于纳税人的税法原则。

一、以“纳税人为本”的逻辑基准点

税收服务的理论拓补与制度完善，必须建立在“纳税人本位”的坚实基础上。纳税服务仅从优化税务机关征管效率的角度讨论税收遵从，而未提及纳税人享有经宪法确认的人民主权和基本人权，连同纳税人对国家征税、用税的最终决定权，特别是相应的宪法法律监督权。

[30]参见张怡：人本税法研究，北京：法律出版社 2016 年版，第 48 页。
[31]王晖、王文清、王乾宇：减税降费政策落实中提升纳税人获得感的研究与思考，财政科学，2020 年第 5 期，第 95 页。
[32]杨奕华，法律人本主义——法理学研究泛论，台北：汉兴书局有限公司 1997 年版，第 100 页。

那么，假使税收服务作为公共服务的核心价值被弱化了，税收征管效率的提升是否导致纳税人承担相应成本？全社会是否因征管效率的提升，真正实现了“各得其所”的帕累托最优？通过税制改革增进征税方征管效率，是否会导致纳税人的不便，甚或进而减损了纳税人的权利？凡此种种，税收征管中坚持技术中性和功利主义的纳税服务工作，在正当性论证方面必然存在偏颇与不足。因此，当面临构建 RCEP 纳税人的税收征管制度时，支撑纳税服务工作的公共管理理论，有缺乏解释力、涵摄力和预判力的嫌疑。

中国大陆市场经济、民主法治和权利意识兴起的背景下，税务机关若摒弃高压强制型传统征税策略，而是转而采取“积极帮助型”的征税策略，无疑将使得纳税人从内心更加自发接受和回应税务机关所开展的行政活动，有助于纳税人避税行为显著减少、纳税人自愿遵从度提高的征税目标之实现。[33]从纳税工作的具体实践来说，纳税人对税务机关有多样化的服务诉求，比如要求制止突袭征税，差异化的纳税服务，恰当的预先裁定机制，税负确认简便快捷，提升纳税的智能程度，以及畅通的涉税法律救济，等等。这些都需要对征纳双方的权利义务进行再分配。税务机关在这种征纳关系下所需要做的，首先便是在充分信赖纳税人的基础上，基于“以人为本”的法治理念改进税收服务观念，为税收征管制度注入道德判断和伦理价值。

二、主动保障纳税人权利的国家义务

税法是最具宪法意识的法律。[34]承前所述，具有道德价值的国家不再是“必要之恶”，更不会成为危险的“利维坦”，相反，国家成为了维持社会持续所必不可少的善。既然道德的国家应当是“积极和干预的”国家，在以纳税人为本的法律治理体系中，从宏观角度观察，这种“国家作用”的发挥应当是积极而主动的。

作为横亘于自由国家和福利国家的合宜样态，税收国家需要成为积极和能动的社会秩序保障者，对自由竞争所导致的社会不平等予以纠偏，实质性地保障作为公民之纳税人的人性尊严与基本权利。与此同时，当下税收国家也有必要因循法自由国家的法治传统，通过法律形式保障公民的个人自由和财产权利。因此，作为某种历史性的必然，国家需要借助税收充当获取财政收入的中介，以避免政治权力对经济自由和个人自由的直接干预。[35]实现公平正义是国家须承担的重要宪法义务，也唯有国家才能担此重任。因此，在宪法层面，征税方是否应当承担积极协助纳税人的国家义务，成为了税收服务同纳税服务的价值取向分野。

基于前述观点，文章认为，即便纳税人“获得优质服务”的自然权利，在实定税法下仅仅是应当由法律保护的法益，但是，其在宪法上也可被视为源于纳税人权利的国家义务。特别是在当前加入 RCEP 的背景下，以“纳税人”为叙事主体揭示征税方义务的理路，明确国家需要承担主动帮助纳税人的义务是可取的。援用公法的国家义务理论，除了为税收服务提供理论正当性外，更实际的原因（这往往更重要）在于，中国大陆纳税人权利保障的专门立

[33]丁一，国外税收征管的最新趋势，税务研究，2008 年第 2 期，第 92 页。
[34]葛克昌，人民有依法纳税义务，台大法学论丛，1990 年第 2 期，第 140 页。
[35]葛克昌，租税国的危机，厦门大学出版社 2016 年版，第 60 页。

法长期缺位，致使征税权始终存在不作为或滥作为的可能。亟需寻求纳税人权利保护的“法律代偿机制”，确保国家征税权力既不能恣意任性也不能消极无为。税收服务理论指导下的纳税服务制度，其宪法表现是在立法中通过设置国家的约束和负担，由国家承担尊重并容让纳税人权利的宪法义务。

申而言之，这种宪法义务同“课税禁区”和纳税人的经济生存权紧密相关，旨在消除无知性的税收不遵从，首先使纳税人能够在税法提供的规则框架内自立；税收服务则应在纳税服务已经实现尊重纳税人权利的基础上，在宪法和税法的制度设置中更加强调征税方的主动协助义务，规定征税方需要实现纳税人“获得优质服务”权利的积极义务。其同纳税人享有的经济发展权利紧密相关，旨在消除纳税人主观上的自私性税收不遵从，使纳税人能够在宪法和税法框架内实现自强。

三、方便并有利于纳税人的税法原则

“等高对接”RCEP 缔约国的优良税收营商环境，需要以便利规范的税收法律制度为前提。纳税人的便利程度是衡量税制改革已经满足税收服务要求的直观尺度，也是中国大陆实现税制现代化改革的目标和方向，更是最终实现税制改革的重要手段和方法。作为近来被学术界热议的新兴税法原则，以“方便并有利于纳税人”为核心内涵的纳税便利思想，“承载实现法治语境中，征纳双方税收遵从最大化的税收治理理想，具有指导税制构建与税法实施的积极意义”。学者提出，纳税便利原则主张“国家有义务为纳税人提供与其履行纳税义务相匹配的便利条件，税收立法确定、简便、易懂，税收执法规范、科学、以人为本，是形式方便与实质有利、征税便利与纳税便利的有机结合”。[36]

纳税便利原则对纳税服务工作规范改进起着直接的促进作用。纳税便利思想早已经存在于中国大陆税收征管，特别是纳税服务的相关规范当中，已有研究将纳税便利提升为税法基本原则的理论价值，在于提出将“方便并有利于纳税人”作为纳税便利原则的核心内涵，能够明确未来税法的便利化改进需要以纳税人权利保障为导向；提出将前述核心内涵作为税法的初造与续造、涵摄与适用的法律标准，初步划定了纳税便利的调整范围及其可能边界；提出纳税便利权是纳税人的主观权利和积极权利，明确其税法意义在于提升纳税人的主观“获得感”。[37]。纳税便利原则本身所蕴含的“给予纳税人最大便利”的元理念，就承载了税务机关的服务纳税人意识。税法所强调的不是简单的国家（地区）征税行为之法，而应当是纳税人权益保障法，“为纳税人提供服务”必然是纳税便利原则的当然延伸。[38]“方便并有利于纳税人”的应然意旨要求，无论是在立法机关或政府部门制定税法和政策，还是在细微处，如办税服务厅为纳税人办理涉税事宜，均要求给予纳税人充分的尊重、全面的利益考量及最

[36]单飞跃，纳税便利原则研究，中国法学，2019 年第 1 期，第 164 页。
[37]参见李悦，国家义务视域下的纳税便利——基于优化营商环境和减轻税收负担的法治实践，行政与法，2019 年第 10 期，第 113 页。
[38]参见侯欢，香港税收营商环境优化的法治逻辑与经验借鉴，税收经济研究，2020 年第 6 期，第 66 页。

大的便利。[39]

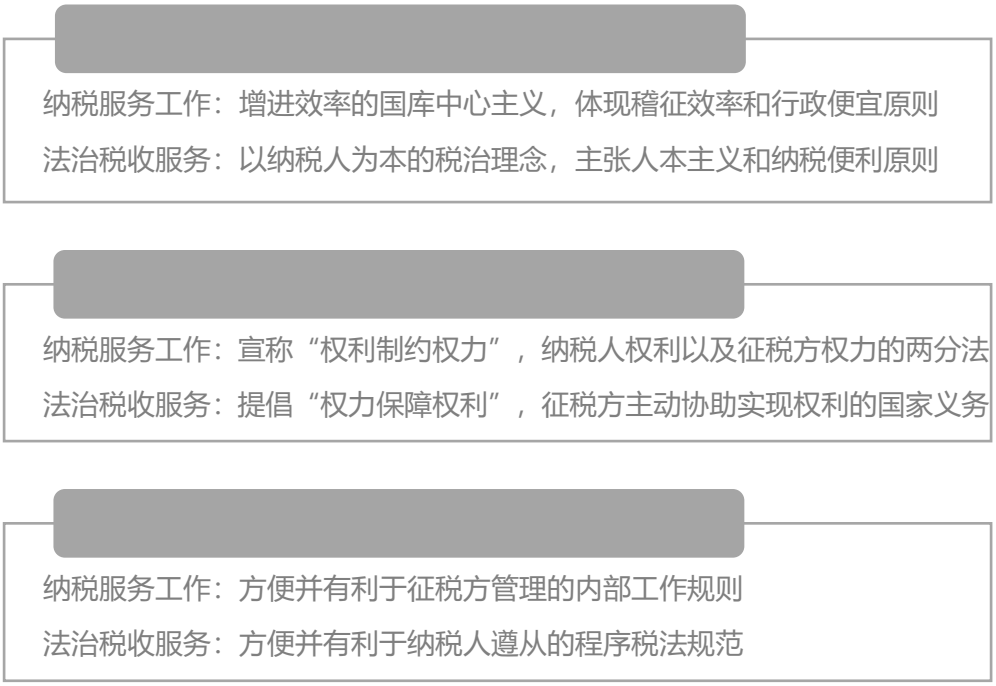


图 1 税收服务的法治构造

陆、制度因应：以税收服务改进中国大陆纳税服务工作

税收制度对税收的改革具有全局性和根本性的影响，优化税收营商环境需要针对制度进行改革，才能获得稳定而恒久的动力。那么，如何指导改进中国大陆的纳税服务制度，实现“等高对接”RCEP 缔约国税收营商环境的功能？此时，可考虑从保障纳税人权利出发，改进税收征管的服务理念，打造法治化税收营商环境，营造便利化税收营商环境。

一、强化税收征管的服务理念

未来中国大陆应“脱实向虚”，持续深化“放管服”改革，强调征管的服务理念。持续深化“放管服”优化税收营商环境的目的，不仅要保障纳税人作为市场主体免受侵扰的生存权利，更是要通过营造公平和法治化的环境，服务于纳税人经济发展权利的实现。毋庸置疑，中国大陆通过“营改增”、所得税改革、各种税收优惠政策等具体措施，“有效实现了‘减税降费’的税制改革措施，从而为市场化、法治化、国际化的税收营商环境提供良好的基础条件”。[40]

但正如前文所述，优化服务是在“减税降费”面临边际效应时，理论上行之有效的替代性策略。“减税有限度”而“服务无限度”，行之有效的税收服务，必然是建立在复制推广精简资料、“容缺办理”、预先裁定、“首违不罚”等“放管服”改革举措基础上的。后 RCEP 时代中国大陆税收营商环境的优化，不仅需要推进减税降费的规范化和法治化，更需要税务机关连同其它政府部门共同助推税收征管改革，将“优化服务”理念贯穿于中国大陆税制改革的全过程。

[39]饶立新，纳税服务的内涵与外延——兼谈服务与管理的区别，税务研究，2016 年第 2 期，第 60 页
[40]侯欢：“香港税收营商环境优化的法治逻辑与经验借鉴”，《税收经济研究》，2020 年第 6 期，第 69 页。

优化税收营商环境既是建设服务型政府的内在要求，也是通过转变税务机关职能进而提高纳税服务效能，从而更好地适应经济全球化和贸易自由化时代，纳税人在经济领域自我发展的内在要求。税务机关要在税法和税收政策的制定过程中，更加注重纳税人宏观上作为税收关系主体，连同微观上作为服务接受者的内心体验。税务机关在课税时应当给予纳税人最大程度的征管便利，如减少行政审批，信息化智能办税，设计明确易懂的课税要素规则，畅通纳税人权利的司法救济等，从而实现征纳双方的双向沟通和共同便利，促进中国大陆的税收征纳关系，从不平等、单向、对抗转型为平等、互惠、互信、合作的征纳关系。[41]

二、打造法治化税收营商环境

其一，提升中国大陆税制法治化程度。从税收法律规定层面来看，当前中国大陆的《税收征收管理法》尚未完成修订，增值税、消费税等主要实体性税种尚未完成立法，现行纳税服务规范的权威性与规整度普遍较低，亟待落实税收法定原则中的要素法定要求。这需要尽快完善中国大陆《宪法》对纳税人地位的规定，在中国大陆的《立法法》或税收基本法中，明确税收管理权的配置、税收基本制度的内涵及设置权限，特别是授权立法和转授权立法等重要立法事项。法治化税收营商环境也要求在税法中明确纳税人的实体权利、程序权利和救济权利，其可从下阶段实体税种立法连同《税收征收管理法》的修订，建立健全相关的税收法律机制。

其二，征管立法凸显纳税人本位。中国大陆的《税收征收管理法》修订有必要坚持以人民为中心的发展思想，聚焦降低纳税遵从成本、提高税收确定性、提升满意度和获得感，在优化税收营商环境上持续发力。[42]首先，探索纳税人适当加入征管立法的机制，吸收纳税人对税收征管流程的设计与评价过程，实现纳税人对征管立法参与的常态化；其次，规定面向自然人纳税人的更高标准定制化纳税服务，目前中国大陆的税收征管过程中，面向大企业的个性化服务和预约裁定等已经成熟，自然人纳税人的个性化服务仍不健全，可以考虑首先为纳税信用度高的自然人纳税人提供经过定制化服务，寓管于服，从纳税信用制度的激励面向巩固纳税人诚信推定权利。[43]最后，在税收征管法律续造中，强调并贯彻“纳税人本位”，充分尊重和保障纳税人平等主体地位及各项合法权益，高举“服务”与“管理”两面旗帜，把该有力的征管抓强，把该柔和与完善的服务抓优。[44]

其三，将纳税服务纳入救济范域。“法治的根本在于，通过保障人之特定利益的满足，而最终实现其主体价值。”[45]纳税服务因为缺乏对纳税人权利的救济功能而虚化，无法从现行规定中寻求具有解释力的理论框架。纳税服务作为由税务机关向纳税人提供的公共服务，

[41]参见刘剑文、陈立诚：迈向税收治理现代化——《税收征收管理法修订草案(征求意见稿)》之评议，中共中央党校学报，2015 年第 2 期，第 42 页。
[42]参见于健：优化税收营商环境的比较研究——基于《2020 年营商环境报告》的分析，国际税收，2020 年第 10 期，第 78 页。
[43]参见李悦、董澦野：纳税守信激励制度的实现路径，行政与法，2020 年第 7 期，第 110 页。
[44]参见柳华平等，良法善治：优化税收营商环境的价值取向和现实选择，税收经济研究，2020 年第 3 期，第 75 页。
[45]参见彭诚信，现代权利理论研究，法律出版社 2017 年版，第 253 页。

其功能并非仅仅被局限为税务机关的行政工作，纳税服务应该且必须服从于纳税人的权利满足，进而将纳税服务纳入纳税人的权利救济范域。借助行政私法的理论，纳税服务关系可以被解释为私法服务合同的缔结过程，加上基于公法原理对当事人（尤其是税务机关）所额外附加的公法约束拼接而成。那么，纳税服务便拥有了权利的可救济性，旨在为接受纳税服务之纳税人及利益相关人的救济空白提供了可能的渠道。

三、营造便利化税收营商环境

其一，信息化智能化税收征管机制。从税收征管的信息技术层面来看，毋庸讳言，“数据管税”将推动现行税收征管体制的重大变革，但税务机关获取纳税人信息的机制尚未上升到法律层面，与此同时，“金税四期”信息化工程在税务实践中已经启动，而相关配套的税务数据法律法规尚未跟进。在发票已经全面电子化的前提下，税务机关如何使用业已掌握的海量纳税人信息，也将对现行税收征管机制构成挑战。2020 年 7 月，中国大陆出台了《关于进一步优化营商环境更好服务市场主体的实施意见》（以下简称《实施意见》），提出了主要涉税服务事项“基本实现网上办理”的目标，该目标取决于不断提升的税收征管信息化和智能化程度。未来在信息技术广泛应用于税收管理服务的情况下，只有税法回应诸如用电子印章向纳税人发放电子税务登记、纳税人涉税审批网上报送和审批结果网上传输、与有关部门机构数据交换等问题，才能为充分利用信息技术大幅提升纳税服务的质量和效率提供依据及条件。[46]

其二，多部门间信息协调共享机制。建设“数字政府”的关键就在于提升整合多数据源的能力，通过信息化推动国家治理体系和治理能力现代化。《实施意见》要求税务机关和金融部门间强化数据共享，这将有助于打破政府部门间的“数据孤岛”困境。在中国大陆税收征管改革中，由于各地税务机关的信息化建设的思路和模式不尽相同，缺乏具有前瞻性的政府信息协调共享机制的顶层设计，使得多部门间的政务信息协调共享机制遭遇瓶颈。特别是相关部门，如税务机关和金融部门的“以税定贷”尽管在省级层面获得了强力推进，但基层税务机关和金融部门缺乏内在驱动力，各部门之间无法清晰界定数据开放共享过程的权利和责任。在构建多部门信息协调共享机制的过程中，应尝试建立具有激励和惩罚机制的考核体系，并明确多主体的监督问责机制，明确政府部门的数据共享权责。

其三，先行先试相关的便利化技术。中国大陆税务机关在提升纳税便利化程度时，应当主动拥抱最新的科技发展成果，将区块链、大数据和人工智能等前沿科技，有机融入电子税务局和“金税四期”建设当中。譬如就区块链融入税收征收管理为例，中国大陆学者认为，从企业工商登记到电子发票、纳税申报、出口退税、税收优惠的日常管理，从纳税评估、信用公示、税务稽查协查等纳税服务活动，也可以以区块链技术驱动税收征管创新。因此应加强区块链数据隐私权保护、完善税收法律法规和规范规划技术应用。[47]

---

[46]参见柳华平等，良法善治：优化税收营商环境的价值取向和现实选择，税收经济研究，2020 年第 3 期，第 76 页。

[47]参见王娟，区块链技术驱动税收征管创新的路径与对策，税务与经济，2020 年第 6 期，第 99 页。

How Mainland China Align the Tax Business Environment with RCEP countries?——A Theoretical Reflection on Tax Service

Yue Li

Abstract：In the light of the trend of trade liberalization and investment facilitation in RCEP, Mainland China's overall business environment has been improved through the reform of "streamline the government, delegate power, and improve government services", which is inevitably reflected in the optimization of services in the field of taxation. It is necessary to "align" with the tax service standards of other RCEP countries to better protect and realize the rights of domestic and foreign taxpayers, taking into account the current internal and external environment faced by Mainland China. As a theoretical response to the aforementioned needs, tax services are functionally differentiated from taxpaying services, and the framework of "taxpayer-oriented" in the allocation of taxation rights. In the context of tax modernization with Chinese characteristics in the new era, tax services are intended to seek a tax governance mechanism that is open to the outside world in all aspects, with the aim of theoretically clarifying the service role of taxation authorities in the relationship between taxpayers and tax-authorities. It is argued that tax services should be subject to the humanistic concept of "taxpayer-oriented", the constitutional principle of state initiative to protect taxpayers' rights, and the tax law principle of convenience and benefit to taxpayers. Accordingly, a number of proposals for the improvement of the tax system are proposed.

Keywords：RCEP , Tax Business Environment , Taxpaying Service , Tax Service , Tax Convenience

全球卫生治理中临时建议制度的国际法治路径

李志文　熊奕成　大连海事大学法学院

摘要：临时建议是世界卫生组织在应对国际关注突发公共卫生事件时提出的一种非约束性建议，属于全球卫生治理体系下的特有制度。从责任伦理、科学主义的角度审视，临时建议制度的国际法治路径在“良好遵守”和“良法”两个层次有其特有的实现理路。借助软法理性，依托非正式治理机制下的国际法治理论，探索临时建议制度的国际法治之应然路径。从现有治理实践检视临时建议制度的国际法治路径之实然与应然的差距，厘清现行体系下，临时建议制度国际法治路径的实现在科学性保障机制和失灵救济机制上的困境，分析产生困境的表里动因，将其放置于全球治理的视野之下，提出促进临时建议制度国际法治路径实现的远期论。

关键词：全球卫生治理；临时建议；国际组织；软法

全球卫生治理中的临时建议（temporary recommendations）是《国际卫生条例（2005）》（以下简称《条例》）所囊括的一系列改革中的一部分，[1]《条例》为临时建议制度制定了详细的程序，从这些程序看，临时建议应当是一项具有法律约束力的制度，[2]但《条例》却将其规定为不具有法律约束力。[3]即便如此，临时建议制度仍凭借世界卫生组织的权威性而影响着缔约国，对缔约国产生事实上的效力。基于此种效力，临时建议制度的国际法治具有实现基础，但目前的全球卫生治理框架之下，该制度的法治程度却存在着明显不足。分析临时建议制度国际法治路径的法理基础，研究临时建议制度国际法治路径之应然与实然的差异，以期填补现有全球卫生治理体系中的漏洞空白。

一、全球卫生治理中临时建议制度的国际法治维度

（一）临时建议制度在全球卫生治理体系中的法治定位

全球卫生治理体系，是在应对特定公共卫生问题时，该公共卫生问题的起源或后果之影响范围超越了单个国家的领土，从而产生对国家机构以外的其他全球力量一同参与治理的需求，在此需求下应运而生的卫生治理体系。[4]现行的全球卫生治理体系格局复杂，由相互重叠而时有竞争的制度集群组成，涉及国家、政府间国际组织和非国家行为体等主体，这些主体通过不同的制度、规则与程序不同程度地参与到各种卫生问题的全球治理中。[5]可以看出，全球卫生治理体系在治理的主体、靶点、手段等方面表现出显著的多元性，基于这种多元性，临时建议制度的定位也呈现出一定的复杂性，主要从该行为的主体、客体以及效力三个层面展开。

首先，临时建议由全球卫生治理体系主要平台作出。临时建议是在应对国际关注的突发公共卫生事件（Public Health Emergency of International Concern，以下简称 PHEIC）时采取的措施，世界卫生组织总干事依据《条例》草拟该临时建议，并向突发事件委员会提交征求

作者简介：李志文，法学博士，大连海事大学法学院副院长、教授、博士生导师；熊奕成，大连海事大学法学院博士研究生。

[1]参见《国际卫生条例（2005）》第三版前言。

[2]Frau,R.(2016).Law as an antidote: Assessing the potential of international health law based on the ebola-outbreak2014.Goettingen Joumal of IntemationalLaw.7(2). 271.

[3]参见《国际卫生条例（2005）》第一条。

[4]Peter S. Hill (2011) Understanding global health governance as a complex adaptive system, Global Public Health, 6(6), 594.

[5]DavidP.Fidler(2010)The Challenges of Global Health Governance,working paper of CFR’s International Institutions and Global Governance program,1-2.

意见后发布。由于世界卫生组织总干事是该机构的首席执政官，[6]能够代表世界卫生组织作出符合《条例》规定的行为，故临时建议的发布主体实际上是世界卫生组织。世界卫生组织在全球卫生治理体系中所扮演的角色，随着《条例》的修订发生了嬗变，逐渐成为在 PHEIC 中具有规范性和行动性的双重角色，[7]进而成为了发生此类事件时全球卫生治理的主要平台，该地位奠定了临时建议制度得以构成全球卫生治理法律体系组成部分的基础。

其次，临时建议指向全球卫生治理中的可传播疾病控制。全球卫生问题，主要被归纳为七个维度：妇幼健康问题、可传播疾病问题、非传染性疾病问题、精神残疾问题、外伤问题、气候变化引起的健康问题、国家健康保障差距问题，[8]由此，得以析出全球卫生治理体系的七大指向。根据《条例》，临时建议制度的目的在于防止或减少疾病的国际传播，同时需要兼顾减少对国际交通的干扰，综合其目的与兼顾考量，“传播”是临时建议作出的重要要素，因此临时建议是全球卫生治理法治体系之下可传播疾病控制制度的下位制度。同时，由于全球可传播疾病问题的国际性，以及可传播疾病控制与国际运输的辩证统一性，[9]临时建议除指向疾病防控本身之外，还涉及国际卫生法与国际运输、国际贸易法律制度的协调问题，故临时建议制度所指向的疾病传播防控及对国际运输、国际贸易的影响，共同构成了全球卫生治理之下的可传播疾病控制之维度。

再次，临时建议在全球卫生治理中的效力有限。临时建议在《条例》的框架下，是一种有时间限定并且以特定风险为基础的非约束性建议，其在全球卫生治理中的效力受限。第一，时间效力的限定。临时建议的有效期一般为公布后的三个月，尽管该期限得以三个月为单位不断延长，但其时间效力不得延伸至该临时建议所针对的 PHEIC 被确定后的第二次世界卫生大会。另外，这种临时建议能在与缔约国沟通后随时撤销，故其在时间上的效力还处于不稳定状态。第二，约束力的限定。全球卫生治理体系下存在两种不同治理形式构成的国际机制，一种是正式的治理机制，这种机制下的决策对参与全球卫生治理的主体具有强制约束力；另一种是非正式的治理机制，其作出的决策更注重倡议性，以牺牲强制约束力为代价，换取一定的时效性与灵活性。[10]临时建议属于典型非正式治理机制之下的制度，其对缔约国并不发生强制的约束力，缔约国对临时建议不具有强制采纳的义务。

综合来看，临时建议制度由于其在发布主体和效力上的特征，属于全球卫生治理体系中的软法规范；同时由于其客体和其他国际法律制度的纠缠交错，使得该制度在全球卫生治理体系下构成一种综合性的制度。

实现国际法治，是临时建议制度的最高要求。临时建议制度的国际法治价值指引具有“良好遵守”和“良法”两个层次，[11]前者由责任伦理原理赋予，后者则由科学主义提出要求。

（二）临时建议制度国际法治路径的责任伦理

临时建议在国际事务中的“良好遵守”，其正当性源自于责任伦理思想。责任伦理属于哲学概念，在该思想的指导下，相对于“良知”，行为及其产生的后果更受重视，[12]这种行为及后果带来的责任在全球卫生治理中的临时建议制度视域之下被赋予了新的内涵：临时建

[6]Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies,Article I.
[7]汤蓓.PHEIC 机制与世界卫生组织的角色演进[J].世界经济与政治,2020(03):45-48.
[8]Gostin, L. O., & Friedman, E. A. (2013). Towards framework convention on global health: transformative agenda for global health justice. Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics, 13(1), 9-16.
[9]李亚凝.国际疫情防控与国际航空运输的平衡——基于国际组织制定的规范性文件的分析[J].河北法学,2021,39(05):135-136.
[10]晋继勇.全球卫生治理的背景、特点与挑战[J].当代世界,2020(04):45-46.
[11]何志鹏.国际法治何以必要——基于实践与理论的阐释[J].当代法学,2014,28(02):134.
[12]朱葆伟.科学技术伦理:公正和责任[J].哲学动态,2000(10):11.

议的作出，是世界卫生组织在 PHEIC 下采取的行动，该行动尽管不具备法律上的强制约束力，但仍会对全球卫生治理的未来产生影响，这种影响的外在体现就是缔约国对临时建议的“良好遵守”。

从上述责任伦理的逻辑梳理可以看出，临时建议所创造的针对 PHEIC 的措施现实与全球卫生治理的未来结果之间存在的因果关系，以“良好遵守”为前提。尽管临时建议制度在全球卫生治理体系中属于不具有强制力的软法规范，其依然因权威性而得到缔约国不同程度的广泛接受而构成“良好遵守”，这种权威性的来源主要可以细化为国家授予、道义、专业知识三方面。[13]

第一，临时建议“良好遵守”的国家授权证成。根据比利时学者 Jan Wouter 提出的代理理论，国际组织职能的履行源自于国家的委托。[14]临时建议的行为主体世界卫生组织，通过国家之间以签订国际公约《世界卫生组织组织法》的方式，得到国家对执掌该公约第二条中规定的二十二项与卫生有关职责的权力之共同授予，从而代表了缔约国的集体意志，并由此依据缔约国的委托作出行为。临时建议的作出，作为世界卫生组织所执掌职权的一部分，其权力的根本性来源是缔约国的共同委托行为，尽管在完成委托工作的过程中世界卫生组织具有一定的自主性，但委托工作成果外化为临时建议，本质上依旧是听从委托人指挥而作出的行为，基于这种委托的属性，“良好遵守”得以通过国家授权实现。

第二，临时建议“良好遵守”的道义证成。《世界卫生组织组织法》第一条阐释了世界卫生组织的宗旨“在求各民族企达卫生之最高可能水准”，这一宗旨所产生的，对道义的立场代表性，赋予了世界卫生组织在卫生决策上的自主性，并得以强调这种自主性所衍生出的中立、公正和客观，以此对抗国家授权属性所带来的大国控制，这种对抗为临时建议得到国际社会“良好遵守”奠定了道义上的正当性基础：临时建议的作出是为了全球卫生治理之目的，其考量是国际社会之共同利益而非世界卫生组织或某几个缔约国的利益。基于此种道义上的权威性，临时建议即使不具有强制约束力，仍对各国产生影响，从而以道义为来源构成临时建议的“良好遵守”。

第三，临时建议“良好遵守”的专业证成。临时建议是由世界卫生组织总干事在征求突发事件委员会的意见之后作出的，根据《条例》，突发事件委员会的成员为总干事从专家名册和世界卫生组织其他专家咨询团中挑选的专家，这些专家因其具备有助于 PHEIC 防控的知识而受到国际社会的重视，以一种为全球卫生治理提供专业服务的身份存在。正是由于临时建议的决策团队因其所掌握的专业卫生领域知识而具有一种权威的“客观性”，使得其外在表现为一种技术至上的价值标准，该价值标准一定程度上排除了政治性，使得各缔约国更愿意接受。由此，临时建议制度通过其专业性对政治因素的排除而扩大了对各国的影响，从而在专业性层面构成了“良好遵守”的来源。

（三）临时建议制度国际法治路径的科学主义理路

临时建议制度的国际法治除责任伦理所赋予的“良好遵守”之外，还具有“良法”层次的需求，这种需求由科学主义调整。从辩证唯物主义的世界统一性角度看，人对世界的认识活动与世界存在本身具有一种辩证否定的关系，[15]从而导致了人类规则与自然规则之间的辩证关系。临时建议制度作为全球卫生治理体系的组成部分，其本质是由人类制定的规则，与

[13]Barnett.M;Finnemore.M.为世界定规则：全球政治中的国际组织[M].薄燕译.上海人民出版社.2009：31-35.
[14]J.Wouters and P.De Man(2009)International Organizations as Law-Makers.Leuven Centre for Global Governance Working Paper 21,5-7.
[15]王清涛.辩证唯物主义的世界统一性[J].山东师范大学学报(社会科学版),2020,65(01):66-68.

自然规则之间并不必然统一，使得即使是具有国家授权、道义和专业知识三方面权威性的临时建议，依然可能存在错误而引发全球卫生治理上不利后果的可能性。不利后果的无法规避，导致了临时建议制度的国际法治对“良法”需求的迫切性，要求一种科学的“良法”塑造模式，该塑造模式主要由对临时建议与自然规则一致性的保障机制以及该保障机制失灵后的救济机制两个层面组成。

第一，临时建议科学性保障机制。临时建议的科学性保障机制是指在临时建议发布前，通过制度规范尽量保证发布的临时建议与卫生规则一致性，从而保证人对世界认识的有限性不会影响到发生 PHEIC 时的全球卫生治理的制度。鉴于前述临时建议在效力上的有限性，灵活与时效是该保障制度的重要考量因素，因此临时建议科学性保障机制不宜过于复杂。

第二，临时建议失灵的救济机制。临时建议失灵的救济机制是指临时建议发布后，由于不可避免的人类认识与自然规律之间的偏差，产生了对全球卫生治理的负面影响时，采取旨在消除负面影响、预防未来可能发生的其他负面影响的措施的机制。首先，临时建议失灵的救济机制构建中，考虑的首要问题是临时建议是否“失灵”的认定。在自然规则与人类认识否定性关系的前提下如何证明偏差的存在，唯一的进路在于，通过证明临时建议的发布导致了不利于应对 PHEIC 的影响，而这种影响又是由全球卫生治理的危害结果来证明的，由此形成了一种典型的通过间接证据证明事实的直线型[16]逻辑链，全球卫生治理的危害结果认定也成为了最重要的证明要素。在对这一要素进行证明时，需要重点考量危害结果的程度因素与时间因素，即在临时建议发布后的何种时间延伸下出现的何种程度的危害结果需要激活救济机制。其次，临时建议失灵的救济需要采用相对温和型的机制。临时建议失灵的救济，既要考虑到救济的有效性，更需要兼顾临时建议本身的软法性质。临时建议作为一种非正式的全球卫生治理机制，对缔约国能够产生影响但影响程度有限，根据权责相适应的基本法律原则，临时建议失灵产生的责任也相对较轻，故救济手段也更加温和。

二、软法理性视野下临时建议制度国际法治之应然路径

临时建议制度定位于全球卫生治理体系之中，其国际法治通过责任伦理原理以权威性代替约束性实现了“良好遵守”，而科学主义下的“良法”要求问题则仍值得进一步探讨。以临时建议制度的软法性为基础，从软法理性的视角分别探究临时建议科学性保障机制和临时建议失灵救济机制之应然路径。

（一）临时建议制度的软法理性基础

临时建议制度的软法理性基础基于“软法”一词的产生背景。临时建议制度是广义国际法下的制度，国际法与国内法最大的区别在于垄断法律资源的唯一合法权力来源之缺位，[17]制定约束性规则的主体与遵守约束性规则的主体同一，约束性规则的遵守并非由超越国家主权的存在强制实现，而是由各主权国家之间通过谈判、博弈等方式让渡权力实现，这种主权国家之间的谈判与博弈形成约束力规则的机制伴随着冗长的时间延伸，该时间延伸与临时建议的灵活性、时效性之间具有天然的不切合性：在 PHEIC 中由突发事件委员会会议于较短时间限定内作出，以专业性为主导，缺失主权国家之间有关权力让渡的考量和争议，临时建议制度的软法性几乎成为一种必然。

临时建议制度的目的在于实现公共卫生治理，故软法的公共性理念适用于临时建议的国家法治。软法以其开放且低成本的特点在公共治理中发挥作用，[18]而世界卫生组织作为由国

[16]李浩.“直接证据”真的不存在吗？与纪格非教授商榷[J].中外法学,2017,29(01):228.
[17]罗豪才,周强.软法研究的多维思考[J].中国法学,2013(05):103.
[18]强昌文.公共性:理解软法之关键[J].法学,2016(01):64.

家授权获取权威性的国际组织，在全球治理体系中扮演的平台角色本质上是一种具有理性、合法权威的官僚机构角色，具有制定一般性、非人格性规则的权力，[19]其作出临时建议的目的在于公共卫生治理。依据此种逻辑，普遍作用于公共治理的软法理念，得以作为上位概念的理论基础映射于临时建议的国际法治。

综上，临时建议制度自有其软法理性基础。通过适用软法的一般理性原则，临时建议的国际法治得以在“良法”塑造层面实现，临时建议科学性保障和临时建议失灵救济皆得以窥其理想之机制。

（二）软法理性下临时建议科学性保障机制之国际法治结构

软法理性视角下的效力完善，为在《条例》框架下临时建议的科学性保障提供了参考，以软法为纲的公共治理思想作为指引，形成三位一体的临时建议科学性保障国际法治结构。

第一，科学性来源说明机制。国际软法效力完善的程序正当性原则，为非强制的公共治理手段提供了以信息说明机制作为形式要件来保障治理的思想。软法制定中的民主化因素十分重要，构成软法发挥效力的内在动力。[20]出于此种民主化因素实现的目的，信息说明在通过软法进行公共治理时属于必不可少的程序要件。与其他公共治理手段不同的是，临时建议的行为主体与行为目的是固定的，由世界卫生组织总干事为应对 PHEIC 而发布，故其发布对目的、内容、责任主体的说明并不是必要的形式要件；基于临时建议制度在科学主义上的考量，其科学性保障首要要素应当是科学性来源的公开，通过公开科学性来源使之受到缔约国、政府间国际组织、非国家行为体等相关国际法主体的检视，进而从临时建议作出的来源上保障其科学性。因此临时建议的作出，应当以科学性来源的公布说明作为形式要件。

第二，缔约国建议吸纳机制。非强制的公共治理手段中，接受对象的意见反馈与吸纳机制也是保障科学性的重要机制之一。软法的效力完善要求国际治理主体的广泛参与，[21]临时建议科学性的保障机制的构建同样可以汲取该思想的精华。在 PHEIC 发生时，缔约国直接受到公共卫生的威胁，缔约国国内在疾病防控中会积累一定的经验，此种经验对于临时建议科学性具有优化的意义，故应当建立缔约国与世界卫生组织就临时建议内容进行交流的机制，使得临时建议在吸纳缔约国建议后作出，更具科学性。

第三，建议对象多元化机制。临时建议制度作为一种公共卫生治理领域的软法，体现出建议对象的多元性，存在特定与不特定两个维度，应当建立对象多元化机制。不特定的软法规范针对某一群体的全体作出，而特定的软法规范则针对特定的一个或多个对象作出，此种界分使得软法能够兼顾普遍性与特殊性要求，覆盖公共治理层面更广泛、更精准。临时建议制度下，鉴于 PHEIC 的发生往往与特定缔约国有直接联系，且并非必然对所有缔约国的公共卫生都产生紧迫威胁，临时建议的提出，应当根据各缔约国受到公共卫生威胁的程度，以建议对象的特定性为分类标准，分为面向所有缔约国的临时建议，以及面向与 PHEIC 有直接联系的缔约国和其他受威胁较大缔约国的临时建议。

（三）软法理性下临时建议失灵救济机制之国际法治要素

临时建议制度的国际法治中“良法”塑造的另一维度是在临时建议失灵后的救济机制，这一机制是临时建议作出之后的事后机制。在软法理性的视角下，软法的一般救济理论给予临时建议失灵救济以思路和原则指引。

首先，临时建议失灵救济的前提。临时建议失灵救济的前提在于“失灵”，其认定主要

[19]Barnett.M;Finnemore.M.为世界定规则：全球政治中的国际组织[M].薄燕译.上海人民出版社.2009：29-30.
[20]何志鹏,尚杰.国际软法的效力、局限及完善[J].甘肃社会科学,2015(02):130.
[21]何志鹏,尚杰.国际软法的效力、局限及完善[J].甘肃社会科学,2015(02):130.

通过欠缺科学性的临时建议所造成的危害后果间接证明，软法理性为非强制治理手段的失灵所造成的危害结果点名了两种指向，分别构成临时建议失灵救济的前提。第一，程序错误与实体错误导致的危害结果。对于软法理性下的公共治理，治理主体的违法加害行为不论是法律行为还是事实行为都应当救济，程序或实体上的错误导致的危害结果得以成为救济的前提之一。临时建议的作出违反法定程序或临时建议本身错误所导致的危害结果，如临时建议缔约国采取的措施存在过轻的错误判断致使缔约国疾病防控不力，或因建议过于严格的旅行或贸易限制措施而对缔约国造成了不良影响，应当认定为成立了临时建议失灵救济的前提。第二，正当预期与信赖保护原则的违反。英国法下国内软法救济的底层原理在于正当预期和信赖保护，这一原理源自于一种条理法的自然正义，[22]强调治理主体的禁止反言，其反言行为造成的危害结果也构成救济的前提。全球卫生治理中临时建议制度的现有实践表明，[23]针对缔约国的临时建议作出的同时，在同一份文件中还会包括针对世界卫生组织的建议，这一建议可能会构成缔约国的正当预期或信赖。如临时建议文件中包含的对世界卫生组织的建议，使缔约国相信其会开展一定行动，但此种行动并未采取或采取不力，此时就可能构成对正当预期与信赖保护的违反，成为临时建议失灵救济的前提之一。

其次，临时建议失灵救济的形式。对于临时建议失灵所造成危害结果进行救济的形式，软法救济理论提供了传统与革新两方面的借鉴。第一，传统救济理念下的临时建议失灵救济。传统理论下认为软法由于没有直接的法律效果不能引发司法诉讼，对于其救济只能通过国家补偿的方式。临时建议与之相似，同样不具有直接的法律效果，似乎由世界卫生组织进行补偿将是唯一的救济方式。鉴于世界卫生组织与国内治理机关在权威性程度上的巨大差异，以与国内法中国家赔偿同样的形式要求世界卫生组织进行补偿，既不公正也不具有可行性，可以考虑采用由世界卫生组织向产生危害结果的缔约国提供公共卫生资源补偿的方式实现这一救济。第二，革新的救济形式。日本软法救济中的“处分性扩大”解释论，革新性地将不具有直接法律效果的软法规范行为纳入司法救济的框架之中，[24]通过判决取消、变更、确认无效等形式充实救济手段。依据此种思想，临时建议制度作为国际软法，其救济可以增加确认临时建议无效、敦促修改临时建议、履行临时建议文件所产生的正当预期或信赖义务等形式，并且在不同前提的临时建议失灵救济中采用不同的形式。

三、治理实践视野下临时建议制度的国际法治路径之实然考量

全球卫生治理下临时建议制度的国际法治，不仅需要考量法律层面，其他因素介入导致的事实层面与法律层面的不相称性也需要纳入考量范畴。现有全球卫生治理实践下，临时建议制度的国际法治路径之实然与应然的差异主要体现在临时建议科学性保障机制的部分缺位，以及临时建议失灵救济制度与现有国际实践不相匹配两方面。

（一）临时建议科学性保障机制之实践检视

现行临时建议制度建立在《条例》的框架之下，《条例》的规定构成了临时建议科学性保障机制的主要实践依据，故临时建议科学性保障机制的实践检视，应当在《条例》的框架下，分别从科学性来源说明机制、缔约国建议吸纳机制、建议对象多元化机制三个角度分析得失。

---

[22]莫于川.论行政指导的立法约束[J].中国法学,2004(02):51.

[23]参见《关于新型冠状病毒（2019-nCoV）疫情的<国际卫生条例（2005）>突发事件委员会会议的声明》,https://www.who.int/zh/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov),最后访问日期：2021-05-02.

[24]闫尔宝.日本的行政指导:理论、规范与救济[J].清华法学,2011,5(02):155.

第一，现有科学性来源说明机制考评。对科学性来源的说明，主要分为实体与程序两个角度，实体角度是论证说明临时建议本身在科学上的可靠性，程序角度则是从作出临时建议的程序性事项上说明该建议的作出是中立、专业的。首先，实体角度说明机制缺失。目前《条例》只是规定临时建议的作出应当考虑科学原则、现有的科学证据与信息，[25]但并未将实体角度的科学性来源之说明义务纳入保障机制，实践中临时建议也仅以单纯的建议形式作出，[26]并不涉及对实体科学性的论证证明，实体科学性来源保障机制不足。其次，程序角度说明机制完整。临时建议由世界卫生组织总干事在咨询由其组建的突发事件委员会意见后发布，因此突发事件委员会组成的程序合法性，是临时建议在程序角度保障科学性的主要因素。突发事件委员会的组成成员来自世界卫生组织框架下的专家咨询团和专家委员会，应当受到《专家咨询团和专家委员会条例》的调整，该文件要求突发事件委员会的成员应当以国际专家身份专行使职能，不得以该身份请求或接受其他国际法主体的批示，从而尽量避免其他因素对科学性的影响；另外，对于可能与专家身份具有利益冲突的各种情况，突发事件委员会成员应当透露。[27]临时建议发布的国际实践也基本遵循了这一规定，突发事件委员会的声明中包含对此类程序性事项的说明，包括各委员和顾问对利益冲突透露义务的认知情况，以及对其不具有利益冲突的调查情况。[28]

第二，现有缔约国建议吸纳机制考评。在《条例》的框架之下，缔约国建议的吸纳机制比较完善。《条例》将吸纳建议的缔约国范围限定于本国领土上发生相关卫生事件的缔约国，赋予相关缔约国参与突发事件委员会会议并向突发事件委员会陈述意见的权利，此种权利的行使不得影响突发事件委员会会议的按期召开。[29]这种机制使得疾病防控的缔约国本土化经验得以被突发事件委员会吸收，为临时建议在 PHEIC 全球治理中的科学性提供有效的事实支撑，同时又兼顾临时建议的时效性要求，限缩了陈述意见的缔约国范围，避免因为缔约国数量的庞大性和背景的复杂性影响突发事件委员会对临时建议决策的效率。现有国际实践也基本遵循了该机制的规定，例如世卫组织总干事根据《条例》召集突发事件委员会成员，于日内瓦时间 2020 年 1 月 30 日举行的突发事件委员会会议中，邀请了中国国家卫生健康委员会的代表参与会议，以报告疾病防控状况和所采取公共措施情况的方式[30]参与临时建议发布的程序。

第三，现有建议对象多元化机制考评。《条例》中有关临时建议的具体规定确立了临时建议对象多元化的机制，规定临时建议措施可针对遭遇 PHEIC 的缔约国或其他缔约国作出，

[25]参见《国际卫生条例（2005）》第十七条第（三）项。

[26]参见《关于新型冠状病毒（2019-nCoV）疫情的<国际卫生条例（2005）>突发事件委员会会议的声明》,https://www.who.int/zh/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov),最后访问日期：2021-05-02.

[27]参见《世界卫生组织专家咨询团和专家委员会条例》第 4.6 条。

[28]参见《关于 2019 冠状病毒疫情（COVID-19）大流行的<国际卫生条例（2005）>突发事件委员会第七次会议的声明》,https://www.who.int/zh/news/item/19-04-2021-statement-on-the-seventh-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic,最后访问日期：2021-05-03.

[29]参见《国际卫生条例（2005）》第四十九条第四款。

[30]参见《关于 2019 冠状病毒疫情（COVID-19）大流行的<国际卫生条例（2005）>突发事件委员会第二次会议的声明》,https://www.who.int/zh/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov),最后访问日期：2021-05-03.

[31]该规定事实上将临时建议的对象分为遭遇 PHEIC 的缔约国和其他缔约国两种。实践中，临时建议针对的对象也是多元的，以世界卫生组织就 2019 冠状病毒疫情（COVID-19）中所召集的突发事件委员会所作出的声明为例，除第一次会议未将 COVID-19 疫情宣布为 PHEIC 而没有发布临时建议之外，第二次会议的声明包含了对中国的临时建议、对所有国家的临时建议、对国际社会的临时建议；第三次及之后的会议声明则主要是针对所有缔约国的临时建议。[32]由此可见，尽管现有实践并未严格按《条例》中有关对象的划分作出临时建议，但具有针对性的多元化建议对象机制已经完成构建，并落实于全球卫生治理之中。

（二）临时建议失灵救济机制之实践检视

《条例》中有关临时建议失灵救济机制的规定基本属于空白，不论是在临时建议失灵救济制度的启动前提方面，还是临时建议失灵救济的形式上，《条例》都没有作出规定。在现有全球卫生治理实践中，临时建议也不具有救济的途径，这种临时建议失灵救济机制的缺位，其成因可从救济前提和救济形式两方面分析。

第一，临时建议失灵救济前提确定之困境。临时建议失灵救济以其欠缺科学性造成危害后果为前提，此种危害后果的认定标准难以确定。在危害结果方面，程序错误和对世界卫生组织建议所建立的正当预期或信赖的损害相对来说容易认定和证明，但从世界卫生组织对于 PHEIC 的应对历史来看，对《条例》中程序要求的违反或损害正当预期与信赖的情况较少，因此实体错误所导致的危害结果认定在临时建议失灵救济前提确定上处于更为重要的地位。对于实体错误所导致的危害结果，一方面危害结果认定的时间和程度问题复杂使得危害结果认定标准难以确定；另一方面危害结果即使得以认定，界定危害结果与世界卫生组织实体错误间的因果关系依旧是巨大难题，由于世界卫生组织在 PHEIC 应对中的协调能力极大地受到缔约国及时和准确通报的影响，[33]危害结果的产生可能由当事国的配合以及义务履行不足导致，而非由世界卫生组织作出错误判断发生实体错误导致。基于这两方面的原因，临时建议失灵救济的前提不论在制度上还是在实践上都处于难以确定的窘境。

第二，临时建议失灵救济形式实现之困境。临时建议失灵救济的形式，不论是传统观念下的补偿形式，还是革新观念下的类司法形式，在目前的全球卫生治理实践下都不具有落实的可行性。首先，世界卫生组织的司法豁免排除了司法形式救济手段。根据《专门机构特权和豁免权公约》的规定，世界卫生组织除特定情况下表示放弃豁免权外，能够豁免一切形式的法律诉讼，[34]司法形式的临时建议失灵救济不具有生存空间。其次，细节与具体化建议的转移规避了其他形式救济手段。分析世界卫生组织在历次 PHEIC 中发布声明中的临时建议可以看出，临时建议的作出往往具有相对较为笼统、保守的特征，这种抽象的特征使得临时建议与危害结果之间因果联系的建立更加困难。但对于 PHEIC 的防控不可避免需要细节化、具体化的措施建议，对于此类建议，世界卫生组织往往并不以临时建议的形式作出，而是以专家报告出版物的形式出版。例如 2020 年 6 月 5 日世界卫生组织发布的《关于在 2019 冠状病毒病（COVID-19）疫情期间使用口罩的建议》，详细地阐述了在 COVID-19 疫情期间使用口罩的注意事项，但其并不属于临时建议，而是属于专家报告出版物中的过渡性指导（Interim guidance）文件类别，属于专家小组委员会会议的报告。[35]对于专家小组委员会会

[31]参见《国际卫生条例（2005）》第十五条第二款。
[32]参见《世卫组织应对 COVID-19 疫情时间线》,https://www.who.int/zh/news/item/29-06-2020-covidtimeline, 最后访问日期：2021-05-03.
[33]韩永红,梁佩豪.突发公共卫生事件中过度限制性措施的国际法规制[J].国际经贸探索,2020,36(07):91.
[34]参见《专门机构特权和豁免权公约》第三条第四款。
[35]Mask use in the context of COVID-19,WHO REFERENCE NUMBER: WHO/2019-nCoV/IPC_Masks/2020.5.

议报告的结论与建议，《专家咨询团和专家委员会条例》中规定世界卫生组织不承担义务，[36]这一规定排除了对细节、具体化建议的救济，使得其他形式的救济手段也不具备主张的正当性。

四、困境溯源下临时建议制度的国际法治路径再思考

临时建议制度的国际法治路径在应然与实然层面的不匹配，是法治治理理念与现有全球卫生治理体制冲突的结果。剖析临时建议制度的国际法治困境的底层动因，放置于全球治理的视野之中，从远期视野规划临时建议制度的国际法治实现路径。

（一）临时建议制度的国际法治困境动因之分析

临时建议制度的国际法治困境之动因具有表层与里层两个维度，从临时建议科学性保障机制和临时建议失灵救济机制中的不足与缺位问题入手，分别剖析表层困境动因，进而提炼里层困境动因及其本质。

第一，临时建议科学性保障机制困境的表层动因。临时建议科学性保障机制下的三个维度中，缔约国建议吸纳机制、建议对象多元化机制的应然性与实然性贴合程度较高；但科学性来源说明机制方面，实体的科学性来源说明较为不足，与理想机制有所差距。从世界卫生组织在 PHEIC 中发布的各种文件来看，对于实体的科学性来源说明主要集中于专家咨询团和专家委员会所发布的报告出版物，而非发布临时建议的突发事件委员会会议声明之中。究其原因，专家报告出版物虽然也是对缔约国进行指导的文件，但在性质上属于研究报告的范畴，对于实体科学性来源的论证比较充分是由文件性质决定的。对比之下，临时建议主要在突发事件委员会会议的声明文件中作出，该声明文件作为世界卫生组织突发事件委员会的一种官方文件，不宜占用大量篇幅进行科学性来源的论证。因此临时建议科学性保障机制困境的表层动因，实际上是临时建议作出的载体文件的性质与理想化的科学性来源说明机制有所冲突。

第二，临时建议失灵救济机制困境的表层动因。临时建议失灵救济机制的应然与实然不相匹配，一方面在于救济前提的难以认定，另一方面则在于第三方介入的救济形式不具有采用可行性。对于救济前提的难以认定问题，其主要表层动因在于通过规范性法律文件等书面形式确定一个需要承担责任的危害后果之标准，在多元化的国际卫生问题与复杂的国际政治环境下，都是既不可行且对世界卫生组织不利的，这是因为全球卫生治理问题并非单纯的科学问题，临时建议的作出会影响到国际运输、国际贸易等方面，而世界卫生组织在应对疫情时提出建议的依据主要来源是缔约国的通报情况，出于对卫生以外其他因素的考虑，缔约国可能出现隐瞒国内真实疫情状态的情况，[37]使得世界卫生组织非因自身原因出现误判。对于救济形式的可行性缺失问题，其主要表层动因在于，世界卫生组织作为联合国专门机构得以排除司法救济形式，以及通过规范性文件排除义务以规避其他形式的救济手段。这种对救济形式的排除和规避实际上体现了世界卫生组织在面对 PHEIC 时采取的一种以专业判断为主导的处理模式，而单纯专业判断的作出不应当带来义务，这也是《条例》中通过规定临时建议是一种“非约束性建议”来排除其法律效力的原因。除此之外，世界卫生组织并未对于其行为所导致的不利后果设立专项救济基金，各救济形式不具备经济上的基础。

分析上述临时建议制度的国际法治困境表层动因，可以看出其共性在于临时建议制度设置上的专业性，与其由全球卫生治理主要平台作出而产生的事实上的权威性发生了纠缠。世

[36]参见《专家咨询团和专家委员会条例》第 4.12 条。
[37]韩永红,梁佩豪.突发公共卫生事件中过度限制性措施的国际法规制[J].国际经贸探索,2020,36(07):87-88.

界卫生组织不仅属于技术机构，还属于能够制定规范、提供政策支持的政府间国际组织。[38]临时建议的作出既有以专业知识为主要依据的专业性质，其考量因素又包含了对国际贸易、国际交通的限制以及对人员的侵扰等非纯粹的卫生专业知识因素，[39]故临时建议还是一个治理层面的问题。

临时建议的专业层面与治理层面的冲突，源自于世界卫生组织本身在历史上的缺陷。国际卫生合作的发源，是由拥有国际经贸利益的工业化国家出于经济利益的考量领导的，大国政治主导与经济利益的平衡成为全球卫生治理集体行动的主要阻碍，[40]这种阻碍持续存在，使得世界卫生组织从事技术工作时，过度的政治考量会损害其作为卫生标准制定者的权威性和可信度，[41]该损害导致部分国家授予世界卫生组织权威性的意愿降低，组织本身的道义性也受到影响，临时建议制度的国际法治在责任伦理视角下“良好遵守”的首要和次要来源受到质疑。由此可见，临时建议制度的国际法治困境里层根本动因，从“良法”层面回归到了“良好遵守”层面。

（二）临时建议制度国际法治实现路径远期论

临时建议制度的国际法治实现路径，要从临时建议制度国际法治困境的根本动因入手破局，正视现有全球卫生治理体系之下临时建议的“良法”要素难以达到理想化的应然水平，聚焦长远期视野，通过推动世界卫生组织的权威性建设，加强“良好遵守”，营造临时建议的“良法”供养氛围，在此基础上通过国际合作推进更加完备的临时建议制度的国际法治体系搭建。

第一，通过机构改革带动临时建议科学性来源实体内容说明机制完善。在世界卫生组织的机构改革中重视临时建议的专业知识性和治理政策性混杂所带来的主体权威正当性来源不足问题，创设全新的首席科学家部门，[42]由该部门专职负责 PHEIC 中作出临时建议的实体科学性来源收集，将世界卫生组织中负责治理的行政事务部门与专业科学部门在临时建议科学性保障制度中的职能相对划分，由总干事召集突发事件委员会并发布包含临时建议的会议声明，而由新设的首席科学家部门以附件或其他文件的形式，公开说明作出临时建议的科学性来源实体部分内容。

第二，通过提升缔约国信息提供动机推动临时建议失灵救济前提确认机制建立。临时建议的作出依据中的重要一项是缔约国对疫情信息的提供，目前的《条例》第六条规定了缔约国向世界卫生组织通报其本国领土内发生的、依据决策文件可能构成 PHEIC 的任何事件以及针对此类事件所采取各种卫生措施情况的通报义务，[43]但对于这一义务违反的后果，现行《条例》却没有作出明确的规定，使得这一义务沦为实质上无约束力的规定。应当在针对《条例》的修订之中，推动各国对权力的让渡，赋予世界卫生组织对未及时履行通报义务的缔约国采取措施的权力。这种措施尽管出于政治考量不宜采取强制惩罚性手段，但世界卫生组织

[38]何田田.《国际卫生条例》下的“国际关注的突发公共卫生事件”:规范分析、实施困境与治理路径[J].国际法研究,2020(04):49.
[39]参见《国际卫生条例（2005）》第十七条。
[40]刘蔡宽.应对非传统安全威胁国际合作的国际法审视与制度创新——以 PHEIC 为视角[J].政法论坛,2020,38(06):143.
[41]Charles Clift.What’s the World Health Organization For? Final Report from the Centre on Global Health Security Working Group on Health Governance.Chatham House Report,20.
[42]参见《世卫组织推出全面改革计划，争取实现“三个十亿”目标》,https://www.who.int/zh/news/item/06-03-2019-who-unveils-sweeping-reforms-in-drive-towards-triple-billion-targets,最后访问日期：2021-05-04.
[43]参见《国际卫生条例（2005）》第六条。

可以通过以国际资源的获取来制约缔约国不履行义务行为[44]等方式提升这一义务的约束力，并通过缔约国履行提供信息义务的动机提升，降低临时建议失灵救济前提认定中非世界卫生组织因素带来的干扰，进而推动临时建议失灵救济前提确认机制的建立。

第三，通过完善合作与投入机制为临时建议失灵救济措施提供基础。临时建议失灵救济措施的缺失，源于各救济形式在目前世界卫生组织权威性不稳定的环境之下都不具有可行性，因此需要通过促进完善合作与投入机制，为临时建议失灵救济措施的可行性提供政治上与经济上的基础。一方面，启动全球性、区域性的卫生治理合作谈判，赋予世界卫生组织更高的国家授权权威性，促进其增强自主性，增加道义上的权威性，为临时建议失灵救济措施提供更高的正当性基础；另一方面，合作探讨有效的世界卫生组织规划预算拨款提高路径，设立世界卫生组织行为救济专项基金，为临时建议失灵救济措施的采取提供经济上的基础。

第四，通过《条例》修订建立形式多元化的临时建议失灵救济机制。在政治与经济基础皆具备的前提下，以《条例》的修订为契机，分别从世界卫生组织外部与内部两个层面建立临时建议失灵救济机制，不同层面采用不同的救济形式。外部救济层面的救济形式来源于治理行为救济形式的传统理念，以世界卫生组织向受到临时建议不利影响的缔约国进行补偿为主要形式，补偿的方式包括在其权限内为受到不利影响的缔约国增加国际资源获取的便利，以及使用行为救济专项基金为缔约国提供更多公共产品等。内部救济层面的救济形式来源于治理行为救济形式的革新理念，在外部司法机构无法介入的前提下，在世界卫生组织自身的框架内设立纠错部门，纠错部门通过确认临时建议无效、对作出临时建议的总干事和突发事件委员会进行问责等方式实现对临时建议的救济。

五、结论

临时建议制度是全球卫生治理体系之下，一项由世界卫生组织发布的，指向可传播疾病控制，不具有强制约束力的软法性制度。从责任伦理的角度，临时建议制度的国际法治中“良好遵守”目标的实现来源于国家授权、道义和专业赋予的权威性；从科学主义的角度，临时建议制度国际法治中“良法”的目的在于实现人类规则与自然规则的有机统一，这种统一通过科学性保障机制和失灵救济机制实现。软法理性视角下，临时建议制度之应然构建可以适用软法规范中体现的公共治理理念。检视现有全球卫生治理实践下的临时建议制度之实然性与理论分析下的应然性，临时建议制度的国际法治路径在科学性保障机制和失灵救济机制上存在不同程度的缺位与空白。溯源来看，临时建议制度的国际法治困局来源于内外两层动因，应当以远期视野考量临时建议制度的国际法治实现路径。

[44]韩永红,梁佩豪.突发公共卫生事件中过度限制性措施的国际法规制[J].国际经贸探索,2020,36(07):93.

全球供应链治理视角下跨国公司社会责任的法律规制：以尽职责任为例

李卓伦　意大利乌尔比诺大学

摘要：供应链网络的形成与发展使公司社会责任问题更为复杂，并逐渐成为全球供应链治理的重要内容。全球供应链治理理论为优化基于供应链的跨国公司社会责任治理提供理论支撑，通过该视角发现当前世界范围内以强制性尽职责任为核心的法律规制实践基本符合供应链治理的核心要求，但也存在不可忽视的瑕疵。在“工商业与人权条约”进程缓慢、规制跨国公司及供应链商业活动迫在眉睫、尽职责任立法获得国际认可与实践的背景下，以制定框架公约的方式推进全球供应链中跨国公司社会责任的法律规制具有可欲性与可行性。法理依据、国家义务、强制尽职责任、专职协调机构、冲突解决办法与供应商的救济是该框架的核心内容。我国政府与工商业界应关注强制性尽职责任制度的国际发展，以充分应对潜在的“强制性尽职责任主流化”趋势。

关键词: 公司社会责任 供应链治理 强制性尽职责任 人权尽责 框架公约

一、引言

跨国公司为人类社会创造了巨大价值，既推动科技创新、也整体提升了人民生活水平。日益壮大的跨国公司逐渐成为传统“公”与“私”主体外的“第三类主体”，既能左右国家政策、也能损害社会利益与个人权利。[1]自上世纪 60 年代开始，以公司社会责任规制跨国公司经营行为成为国际治理的重要议题。“企业公民”、“负责任的经营”、“工商业与人权”等不同话语本质上都是弥合跨国企业对社会带来的负面影响与社会应对能力间治理差距（governance gap）的主要工具。即便如此，跨国公司侵犯劳工权利、破坏生态环境、无视人权价值的行为扔时有发生。一些国家开始通过立法约束跨国公司经营行为，不仅要求跨国公司为自身行为负责，还要求其承担确保供应链成员遵守社会责任的法律义务。供应链是指生产与流通过程中所涉及将产品或服务提供给最终用户的上游与下游企业所形成的网链结构，[2]以“功能融合”为目的供应链涵盖了处于不同国家、不同行业 、不同类型的所有工商业活动者，[3]跨国公司通常在供应链中扮演“协调者”与节点的作用。基于全球供应链的跨国公司社会责任法律规制成为当前跨国公司治理的最新趋势。

虽然早在 21 世纪初，我国学者就已经开始研究跨国公司社会责任的概念内涵与规制路径，[4]并就全球供应链企业社会责任管理等议题进行深入研究，[5]但法学领域鲜有学者基于全

---

[1] Mende, J. (2020). Business authority in global governance: Beyond public and private (No. SP IV 2020-103). WZB Discussion Paper.

[2]参见李金良，乔明哲：《基于全球供应链管理中企业的社会责任治理》，《管理学刊》2010 年第 6 期。

[3] Gereffi, G. (2010). 8. The Global Economy: Organization, Governance, and Development. In The handbook of economic sociology (pp. 160-182). Princeton University Press.

[4] 我国法学界对跨国公司社会责任的代表性研究作品可以参见刘满达:《跨国公司的人权责任》,《法学》2003 年第 9 期；袁文全，赵学刚:《跨国公司社会责任的国际法规制》,《法学评论》2007 年第 3 期；迟德强:《论跨国公司的社会责任》,《学术界》2007 年第 4 期；李春林:《跨国公司的国际人权责任：基本现状与发展趋势》,《云南社会科学》2012 年第 4 期；Radu Mares，张万洪:《工商业与人权的关键议题及其在新时代的意义》,《西南政法大学学报》2018 年第 2 期；隽薪:《国际投资背景下跨国公司与人权保护》，法律出版社 2019 年版；梁晓晖:《工商业与人权：从法律规制到合作治理》，北京大学出版社 2019 年版；徐亚文,李林芳:《简析企业社会责任的人权维度与路径建构》,《上海对外经贸大学学报》2020 年第 1 期等。

[5] 我国法学界专门研究供应链企业社会责任的成果较少，主要研究集中在经济与管理相关学科，其中的代表性研究参见李金良，乔明哲:《基于全球供应链管理中企业的社会责任治理》,《管理学刊》2010 年第 6 期；吴定玉:《供应链企业社会责任管理研究》,《中国软科学》2013 年第 2 期；李维安等:《供应链治理理论研究：概念、内涵与规范性分析框架》,《南开管理评论》2016 年第 1 期；李金华，黄光于:《供应链社会责任的整合治理模式与机制》,《系统科学学报》2016 年第 1 期等。

球供应链治理讨论跨国公司社会责任，[6]晚近源于欧美国家的以强制性尽职责任（mandatory due diligence）为主的跨国公司供应链法律规制也未获得充分关注。[7]因此，本文不揣冒昧，尝试借鉴全球供应链治理的视角分析当前主要国家与国际社会以推进强制性尽职责任立法的方式规制跨国公司社会责任的实践情况，并就该议题的未来发展陈述拙见，以期推动相关研究走向深入。

二、全球供应链治理与跨国公司社会责任规制

（一）全球供应链治理下的公司社会责任

在经济全球化背景下逐步形成的全球供应链本身是由一个个独立的法人实体构成的松散型组织，有限理性与信息不对称引起的供应链内部机会主义行为与目标冲突是供应链治理产生的动因[8]。传统的“命令-服从”式管理无法适应全球供应链降低运营成本和扩大收益的需求，也无法回应全球供应链中公司社会责任问题的异常复杂性、风险传导性、谈判能力与利益分布高度不对称带来的挑战，以治理理念为基础的全球供应链治理逐渐获得青睐。[9]供应链治理是指通过制度设计与实施使供应链中不同主体间冲突利益得以调和，并采取联合行动保持供应链持续、稳定运行，最终实现供应链绩效最大化的持续互动过程。[10]与单向度的管理相比，供应链治理不仅主体多元、方法也丰富多样。首先，治理的基础是协调而不是控制；其次，治理过程应由包括公共部门、市民社会、相关企业等利益相关者充分参与；再次，治理强调主体间利益的调和与均衡；最后，治理是一种持续性的调适与互动。[11]因此，合作与协调是全球供应链治理的核心。供应链治理起初是为协调全球生产网络中的分工与合作，通过资源最佳配置的方式优化参与者经济效益与市场表现。随着公司社会责任主流化的发展，适当履行社会责任成为所有公司获得“社会经营许可”（social license to operate）的必要前提，而供应链中某一公司不履行社会责任不仅对公司自身造成影响，由此带来的消极后果还将传递给供应链上下游公司。换言之，位于供应链任何节点的公司面临社会责任风险，都极有可能导致链上其他主体受到公众和利益相关者责难。公司社会责在全球供应链具有的传递性与高度风险性“甚至给供应链上其他企业造成毁灭性的打击”。[12] 由此，社会责任逐渐成为全球供应链治理的重要内容，也成为“供应链间竞争成败的关键”[13]。

目前世界范围内应对供应链社会责任治理仍主要采取“基于供应链地位的利益分配模式”，[14]亦即，由供应链上游的大型跨国公司制定规则，下游公司与供应商则需遵守规则，上游公司是治理主体，而下游成员是被治理的对象。在这种模式中，上游公司通常以公开承诺的方式发布“行为准则”并要求供应商与合作伙伴严格遵守以履行社会责任。实践中，供应商积极履行社会责任对产品需求和利益相关者（而非供应商自身）收益具有正向影响，但

---

[6] 刘彬在讨论全球价值链理论与法律规则时注意到全球价值链上跨国企业的社会责任问题日益突出，但仅将该问题作为经贸谈判中社会议题的内容简单提及。参见刘彬：《全球价值链理论：规则重构与法学评价》，《国际法研究》2019 年第 6 期。

[7] 隽薪曾在讨论国际投资背景下的跨国公司与人权保护问题时专门介绍跨国公司人权尽责的发展，但主要涉及联合国《工商业与人权指导原则》与经合组织《负责任的商业行为尽责管理指南》等国际文件，在立法实践方面只介绍了《欧盟非财务信息披露指令》和法国《警惕义务法》等个别案例。参见隽薪：《国际投资背景下跨国公司与人权保护》，法律出版社 2019 年版，第 128-140 页。

[8] 参见李维安等：《供应链治理理论研究：概念、内涵与规范性分析框架》，《南开管理评论》2016 年第 1 期。

[9] 参见李金良，乔明哲：《基于全球供应链管理中企业的社会责任治理》，《管理学刊》2010 年第 6 期。

[10] 同注①。

[11] 同上注。

[12] 参见李金良，乔明哲：《基于全球供应链管理中企业的社会责任治理》，《管理学刊》2010 年第 6 期。

[13] 同上注。

[14] 参见吴定玉：《供应链企业社会责任管理研究》，《中国软科学》2013 年第 2 期。

由于生产运营成本大幅增加，供应商经济收益则会降低。[15] 同时，在供应商未能履行社会责任时，跨国公司将终止与供应商合作。因此，当前实践本质上是位于供应链上游的跨国公司将本应由自己承担的社会责任成本与风险“外部化”（externalize）给下游供应商，对于供应商而言是一种极不公平的管理而非治理模式，是全球供应链企业社会责任治理陷入困境的主要原因。[16]基于全球供应链治理理论的跨国公司社会责任治理应当以合作与协调为核心价值，不应一味地强调权力的控制，而应当促进治理对象之间通过合作性协调实现治理目标，既强调跨国公司的核心地位，也要协调供应链中不同主体的冲突利益。换言之，跨国公司与供应商之间的治理模式不仅包含监督与评估机制，还应当包含协助与激励机制。[17]因此，在全球供应链中规制跨国公司社会责任应采取合作治理与将硬法规范与软法规范进行“明智混合”（smart mix）的方式。就合作治理而言，既要发挥政府立法规制与市民社会舆论监督的作用，[18]也要平衡跨国公司与供应商之间权力与利益差异；[19]就混合治理而言，强制立法与柔性政策应依据情境适当组合，既确保社会责任得以履行，也赋予公司足够的政策空间，实现经济效益与社会效益最佳平衡。

（二）跨国公司社会责任规制的历史演变

经历 20 世纪 90 年代的“黄金时期”，跨国企业的数量与规模获得前所未有的扩张，其影响也已越过国界，供应链渗透到人类社会的每一个角落。无论是印度博帕尔事件、南美与非洲的“资源诅咒”，还是东南亚的“血汗工厂”都可归咎于跨国公司贪婪的逐利欲望。由于单一国家无法或者不愿规制跨国公司，要求跨国公司在经营活动中履行社会责任逐渐成为一项全球议题。虽然不同意识形态的国家与不同利益集团在具体路径选择中时有冲突，但国际社会对跨国公司社会责任的规制总体呈现出强制路径与自愿路径的对立或并存的局面。[20]以该领域的全球性权威框架[21]——《联合国工商业与人权指导原则》（《指导原则》）的通过为标志，[22]可以将国际社会规制跨国公司经营行为的实践分为 2011 年以前与 2011 年以后两个阶段。2011 年以前国际社会主要以跨国公司为治理主体，通过国际倡议、[23]跨国公司行为

---

[15] 参见田刚等：《跨国公司能促使中国供应商实施企业社会责任吗？》，《系统工程》2019 年第 3 期。

[16] 参见吴定玉：《供应链企业社会责任管理研究》，《中国软科学》2013 年第 2 期。

[17] 李金华，黄光于在吸收国际供应链社会责任治理经验的基础上提出了供应链上游跨国企业与下游供应商间的整合治理模式。该模式包括监督机制、评估机制、协助机制与激励机制。监督与评估机制体现的是跨国公司对供应商的单向控制模式；协助与激励机制则强调供应链的适度整合与利益的重新分配，要求上游跨国公司通过人力物力投入协助合作伙伴履行社会责任，并对认真履责的供应商给与一定利益回馈。参见李金华，黄光于：《供应链社会责任的整合治理模式与机制》，《系统科学学报》2016 年第 1 期。

[18] 参见孟庆春等：《“供应链+多元主体”视角下中小制造企业污染环境共治路径与机制研究》，《中国软科学》2020 年第 9 期。

[19] 同注①。

[20] 参见[美]约翰·鲁格：《正义商业：跨国企业的全球化经营与人权》，刘力纬，孙捷译，社会科学文献出版社 2015 年版，第 75-120 页。

[21] 《指导原则》获得联合国人权理事会的核可并获得了国家、国际组织、市民社会组织、跨国企业的一致支持，成为国际上首份被各国政府普遍接受的、具有合法性、权威性、核心性和全面性的公司社会责任全球标准。参见 Radu Mares，张万洪：《工商业与人权的关键议题及其在新时代的意义》，《西南政法大学学报》2018 年第 2 期；梁晓晖：《工商业与人权：中国政策理念的转变与业界实践的互动研究》，《国际法研究》2018 年第 6 期。

[22] 联合国人权理事会：《工商业与人权：实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》，A/HRC/RES/17/4，2011 年 6 月 16 日。

[23] 由时任联合国秘书长的科菲·安南发起的“全球契约”是该时期国际倡议的典型代表。“全球契约”以《世界人权宣言》、国际劳工组织《工作中基本原则和权力宣言》和《里约环境与发展宣言》为基础，提出了与公司社会责任有关的 6 项原则，分别是公司应支持和尊重国际公认的基本人权标准、保证不与践踏人权者同流合污、支持结社自由及切实承认集体谈判权、消除一切形式的强迫和强制劳动、切实废除童工、消除就业和职业方面的歧视。截至 2021 年 4 月参与“全球契约”的中国企业超过 300 家。有关“全球契约”的具体内容，参见：https://www.unglobalcompact.org/，2021 年 5 月 1 日访问。

准则[24]等方式鼓励跨国公司自愿履行包括落实劳工标准、保护环境和尊重人权等内容的社会责任，并监督供应链合作伙伴的商业行为，但未能通过强制性规范约束跨国企业经营行为。[25]这一时期，国际社会对跨国公司社会责任的约束不仅存在规制散乱、规制错位与规制残缺等不足，[26]也未能充分发挥政府与供应商的作用，主要依靠跨国公司对供应链的监督与评估机制推动社会责任治理。这种不完整的合作治理格局与单一的规制方法不仅难以形成对全球供应链的系统性治理，还使“公司社会责任”沦为跨国公司逃避社会责任或转嫁社会责任成本的工具。

2011 年后通过的《指导原则》将劳工标准、环境保护、人权责任整合到“工商业与人权”概念下，从此公司社会责任便成为既包括强制路径也涵盖自愿路径的“伞状概念”。[27]《指导原则》还明确区分国家保护人权的国际法义务与公司尊重人权的责任，承认将公司社会责任治理在供应链中延伸的必要性，[28]为跨国公司社会责任治理提供了统一的规范框架，在一定程度上解决此前实践的不足。虽然《指导原则》不具有法律约束力，但其本身是对既存国际法律规范的重申，并且被广泛纳入 OECD、ILO 等国际组织的规范性文件中、成为个人和集体向跨国公司追责的主要依据，因此获得了国际软法的效力。[29]《指导原则》体现了供应链治理理论的核心要求，是在认可人权要求的前提下强化公司内部和供应链治理的责任。[30]首先，《指导原则》的制定过程与主要内容均体现了合作治理的思路与方法。在拟定过程中，起草人在世界范围内开展了广泛充分的调研工作，使供应链下游企业、弱势群体、人权组织等在以往治理机制设计中没有发言权的主体获得充分有效的参与途径；[31]从内容上看，《指导原则》为国家、行业、企业、市民社会等利益攸关者建立了合作机制，确保利益攸关方在规则制定、履责监督、事后救济等治理环节中充分参与成为该原则的基本要求之一。同时，《指导原则》也鼓励政府通过“明智混合”的方式适当采取“一系列高明的国家或国际措施，或是强制性的，或是自愿性的，促使企业尊重人权”。[32]人权尽职责任（human rights due diligence，以下简称人权尽责）既是公司人权责任的主要内容，也是混合治理方法的具体实践，在此后的实践中逐步成为跨国公司社会责任治理的主要机制，[33]也是各种尽职责任机制

---

[24] 李维斯（Levi Strauss）在 1991 年率先制定世界上首份综合性的“行为准则”，并开创了为供应商制定劳工标准的先河。此后，越来越多的供应链上游跨国公司承诺履行保护劳工的社会责任，并为下游供应商施加相同义务。See Hassel, A. (2008). The evolution of a global labor governance regime. Governance, 21(2), 231-251.

[25] 联合国在该时期曾两次尝试通过直接向作为私主体的跨国公司施加国际法义务的方式强制要求履行社会责任，但均因发达国家和跨国公司的强烈反对而以失败告终。参见梁晓晖：《工商业与人权：从法律规制到合作治理》，北京大学出版社 2019 年版，第 63-98 页；胡珀，李卓伦：《企业人权责任的历史演进与未来展望》，《北华大学学报（社会科学版）》2020 年第 3 期。

[26] 规制散乱是指国际社会与不同国家在规定跨国企业社会责任的内容与范围未成共识、各行其是；规制错位体现在以国际软法的方式为跨国公司设定直接义务的同时，也尝试以国际硬法的方式设定间接义务，最终效果不佳；规制残缺则表现在法律责任的缺失。参见李春林：2012《跨国公司的国际人权责任 ：基本现状与发展趋势》，《云南社会科学》2012 年第 4 期。

[27] 徐亚文,李林芳：《简析企业社会责任的人权维度与路径建构》，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 1 期。

[28] Radu Mares，张万洪：《工商业与人权的关键议题及其在新时代的意义》，《西南政法大学学报》2018 年第 2 期。

[29] Ramasastry, A. (2015). Corporate social responsibility versus business and human rights: Bridging the gap between responsibility and accountability. Journal of Human Rights, 14(2), 237-259.

[30] 参见梁晓晖：《工商业与人权：从法律规制到合作治理》，北京大学出版社 2019 年版，第 159 页。

[31] 参见[美]约翰·鲁格：《正义商业：跨国企业的全球化经营与人权》，刘力纬，孙捷译，社会科学文献出版社 2015 年版，第 180-189 页。

[32] 联合国人权理事会：《工商业与人权：实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》，A/HRC/RES/17/4，2011 年 6 月 16 日，原则 3 及评论。

[33] 参见 Radu Mares，张万洪：《工商业与人权的关键议题及其在新时代的意义》，《西南政法大学学报》2018 年第 2 期；Also see Landau, I. (2019). Human rights due diligence and the risk of cosmetic compliance. Melbourne Journal of International Law, 20(1), 1-27.

的核心。

人权尽责是由《指导原则》整合传统的企业尽职调查实践与国际法中国家尽责义务（due diligence duties）而提出的易于工商企业理解与执行、符合国际法原则的概念。[34]人权尽责要求所有工商企业都应积极履行识别与衡量现实和潜在的负面人权影响（影响评估）、采取措施防止和缓和负面人权影响（积极应对）、跟踪与监督应对措施的实际效果（对策跟进）、通报企业如何应对负面人权影响（及时通报）的尽责程序，以确定、防止和缓解因自身活动造成或加剧或者因其商业关系而与其业务、产品或服务直接关联的潜在和实际的人权影响，并说明如何处理这些影响。[35]人权尽责具有“持续性”与“情境依赖性”的特点，前者是指人权尽责应当是持续的，贯穿经营活动、经营关系或特定项目始终；后者是指在开展人权尽责时应充分考虑公司的规模、人权风险的严重程度、业务的性质和背景，并基于不断变化的经营环境评估动态的人权影响。《指导原则》要求国家通过法律、政策、指导文件等方式要求、鼓励和引导公司开展人权尽责，通过“明智混合”的方式实现治理效益最大化。同时，《指导原则》以上游跨国公司为核心，要求其在自身业务范围与供应链中开展人权尽责，通过对合作伙伴的影响力（leverage）防止和缓解对社会造成的负面影响，并可通过协助有关实体进行能力建设或激励措施的方式共同履行社会责任。[36]可见，《指导原则》充分考虑了传统治理模式中上游公司滥用控制权转嫁社会责任的现实，强调通过监督、评估、协助和激励的整合治理模式确保供应链中社会责任得以履行。即便如此，公司在经营管理中落实《指导原则》框架与人权尽责要求的实践屈指可数。[37]

该阶段供应链中跨国公司社会责任治理的基础并非法律、行政命令等强制性规范，而是以“自我规制”与“自愿主义”为主的非强制性规范，由此导致治理效果未能达到理想状态。[38]为了进一步弥合工商业与人权问题的“治理差距”，2014 年联合国人权理事会启动了“工商业人权条约”进程，[39]英国、法国、荷兰等国家和欧盟等国际组织也纷纷通过立法要求跨国公司及其供应链成员以开展尽责调查的方式履行社会责任，由此步入了强制路径与自愿路径“‘双轨并行’的局面”，[40]并开启了基于全球供应链的跨国公司社会责任法律规制新征程。

三、尽职责任法律规制的主要实践

（一）主要国家的立法实践

近年来，主要欧美国家一直反对制定“工商业与人权条约”，却纷纷通过制定或修改国内法的方式以法律规范跨国公司及其供应链的生产经营行为。虽然具体路径有所差异，但立法实践均以《指导原则》为主要依据、以尽职责任为核心内容。根据法律对公司义务的不同要求，可以将当前国家的立法实践初步划分为“公开披露”和“尽职责任”两类。

---

[34] Fasciglione, M. (2016). The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence: From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the Legal Systems of EU Countries. Human Rights & Internationl Legal Discourse, 10(1), 94–116.

[35] 联合国人权高级专员办事处：《尊重人权的公司责任：解释性指南》,联合国人权高专办网站，https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_12_02_ch.pdf/， 2021 年 5 月 1 日访问。

[36] 联合国人权理事会：《工商业与人权：实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》，A/HRC/RES/17/4，2011 年 6 月 16 日，原则 19 及评论。

[37] McCorquodale R, Lise S, et al. (2017). Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises，Business and Human Rights Journal, 2(2) ,195-224.

[38] 参见李维安等：《供应链治理理论研究：概念、内涵与规范性分析框架》，《南开管理评论》2016 年第 1 期。

[39] 联合国人权理事会：《拟定一项关于跨国公司和其他工商企业与人权的关系的具有法律约束力的国际文书》，A/HRC/RES/26/9，2014 年 7 月 14 日。

[40] 参见梁晓晖：《工商业与人权：从法律规制到合作治理》，北京大学出版社 2019 年版，第 176 页。

“公开披露”型立法要求公司通过公开披露非财务信息的方式履行社会责任。首先，2010 年美国加州通过《加利福尼亚供应链透明度法案》，要求在加州开展业务且总营业收入达到一亿美元的零售商和制造商必须在其网站或以其他书面方式，公开披露公司为确保产品供应链免受奴隶和人口贩运而采取的行动。[41]披露的内容至少包括：验证产品供应链，以评估和解决存在的人口贩运和奴役风险；审核供应商，以评估供应链对反人口贩运和奴役相关标准的合规状况；要求直接供应商证明其遵守经营业务所在地国家或地区有关奴役与人口贩运的法律；对于未能达到公司有关奴役和贩运标准的员工或承包商，保持内部问责标准和程序；为直接负责供应链管理的公司员工和管理层提供关于人口贩运和奴役的培训。[42]如果公司未能依法履行披露义务，则由总检察长提起诉讼申请强制令救济（injunctive relief）。[43]

其次，英国于 2015 年颁布了《现代奴役法案》。该法案要求在凡在英国从事商业活动且总营业收入在 3600 万英镑及以上的公司（包括子公司）必须提交年度“奴役与人口贩运声明”。[44]声明应当说明该公司在财年内为确保不发生奴役和人口贩卖而在其自身业务范围以及供应链中采取的政策，或者声明该公司没有采取相应政策。[45] 声明的具体内容可以包括公司组织机构的架构、业务和供应链情况；与奴役和人口贩运有关的公司政策；自身业务和供应链范围内开展的相关尽职责任程序、存在的奴役与人口贩运相关风险、为评估和管理风险采取了何种措施；可以衡量自身业务和供应链中反奴役和人口贩运政策实施效果的绩效指标；对员工开展的相关培训等。[46]如果相关公司不履行法案规定的披露义务，则可由政府向法院申请强制令的方式执行。[47]澳大利亚也于 2019 年通过了核心内容与英国立法极为相似的《现代奴役法案》。

“尽职责任”型立法不仅要求公司披露非财务信息，还强制要求公司建立尽职责任程序，其中又可以依据法律是否要求公司在特定情况下承担民事责任进一步划分。首先，最具代表性的是法国 2017 年通过的《警惕义务法案》（Loi de Vigilance）。[48]该法案不仅要求公司建立以防止侵犯人权和基本自由、个人健康和安全、环境保护等为目的警惕计划（plan de vigilance），还赋予受害人据此提起民事诉讼寻求救济的权利。具体而言，达到一定规模的公司必须履行制定、公布和执行警惕计划的三重义务；警惕计划必须与利益相关者共同制定，并且包含风险识别、应对、监督和评价等环节；在公司未履行法定义务时，任何具有诉讼资格的人均可向特定法院提出申诉要求公司履行警惕义务；法院可以向公司发出正式通知，要求其在三个月内建立警惕计划，法院就计划的实质内容是否符合法律规定作出裁决；[49]当公司未执行，或未能适当执行警惕计划造成侵权时，受害人可以向法院提起民事诉讼要求赔偿。[50] 警惕义务不仅适用于公司，还适用于受公司直接或间接控制的子公司、与公司建立了稳定的业务关系（une relation commerciale établie）的分包商和供应商。

---

41 California Transparency in Supply Chains Act of 2010，SEC.3. Section 1714.43.(a)(1).
42 Ibid，SEC.3. Section 1714.43.(c)(1)-(5).
43 Ibid，SEC.3. Section 1714.43.(d).
44 Modern Slavery Act 2015，Section 54（1）-（3）.
45 Ibid，Section 54（4）.
46 Ibid，Section 54（5）.
47 Modern Slavery Act 2015，Section 54（11）.
48 一些学者认为法国《警戒义务法案》在跨国公司社会责任治理中具有里程碑式的重要意义。See Cossart, S., Chaplier, J., & Beau De Lomenie, T. (2017). The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All. Business and Human Rights Journal, 2(2), 317–323.
49 LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), Article 1.
50 Ibid, Article 2.

其次，荷兰于 2019 年通过的《荷兰童工尽责义务法》同样要求公司建立尽职责任程序，但未提供相应的民事诉讼救济程序。该法要求所有向荷兰消费者销售商品或提供服务的公司，无论其注册地是否位于荷兰，都应向监管机构提交声明，说明公司为防止供应链中的童工现象采取的尽职调查。监管机构不主动审查公司的尽责调查措施与效果，任何受害者、消费者和其他利益相关者都可以向涉事公司提出投诉，如果公司在六个月内未妥善解决，监管机构则主动介入调查。如果监管机构判定公司未提交声明、未开展尽责调查或者尽责调查不符合相关规定，则为公司提供具有法律约束力的执行方案；如果公司不执行或者未充分执行该方案，监管机构则可以做出行政甚至刑事处罚。[51]此外，一些国家已经明确表示将尽快制定相关立法，或者已经递交了立法草案[52]，通过国内立法规范跨国公司及其供应链的经营行为正逐渐成为一种新的趋势。[53]

（二）国际组织的造法实践

将尽职责任上升为法律义务以规制跨国公司及其供应链的做法在国际层面上也获得广泛认可与实践。[54]在厄瓜多尔等国家的主导下，《指导原则》的软法规则被纳入“工商业与人权条约”中，人权尽责更是被视为条约的重要元素。[55]已经公布的三份草案都明确表达了对缔约国通过法律程序确保境内或管辖范围内的公司开展人权尽责的要求（表 1）。《在国际人权法中规范跨国公司和其他企业行为的具有法律约束力文件（第二修订草案）》（以下简称“《第二修订草案》”）[56]，提供了目前最详尽的人权尽责条约化方案，以强调国家“预防义务”的方式要求缔约国采取具体措施激励、确保其领土或管辖范围内的工商企业履行人权尽责，如未履行上述义务则应承担法律责任。如果条约通过审议，人权尽责将不再是“勾选框”式的行为，而是跨国公司必须履行的法律义务。《第二修订草案》公布后，中国、智利、厄瓜多尔、埃及、巴拿马、菲律宾、俄罗斯等国家纷纷表示支持，其中关于人权尽责的具体制度构建引发了热烈讨论。[57]虽然上述国家都就草案内容提出了不同修改建议，但总体而言并未反对通过国际造法的方式赋予人权尽责法律效力。

表 1 “工商业与人权条约”各草案中关于人权尽责的条文汇总

文件名称	人权尽责相关条文

[51] 由于未能检索到官方发布的英文法律条文，本文对《荷兰童工尽责义务法》内容的梳理主要依据非官方版本的英文文件，参见 https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/06/Dutch-Child-Labor-Due-Diligence-Act-Approved-by-Senate-Implications-for-Global-Companies/, 2021 年 5 月 1 日访问。

[52] 例如，美国于 2019 年 11 月提交《公司人权风险评估、预防和缓解法案》（Corporate Human Rights Risk Assessment, Prevention, and Mitigation Act， 2019），目前仍在审议中。

[53] See Landau, I. (2019). Human rights due diligence and the risk of cosmetic compliance. Melbourne Journal of International Law, 20(1), 1-27.

[54] 在国际层面除了国际劳工组织、OECD 等也积极推动尽职责任落实。OECD 于 2011 年依据《指导原则》修订了《跨国企业准则》，不仅将尽职责任列为核心内容，还分别设置了人权尽责、环境尽责等专门章节，并创立了在一定程度上具备“准司法”职能的国家联络点制度（National Contact Point）辅以实施，还制定了《负责任的商业行为尽责管理指南》指导落实尽职责任。国际劳工组织及时将《指导原则》中尽职责任的内容纳入《关于多国企业和社会政策的三方原则宣言》中。

[55] 参见孙萌，封婷婷：《联合国规制跨国公司人权责任的新发展及挑战》，《人权》2020 年第 6 期。

[56] OEIGWG，Legally Binding Instrument to Regulate，in International Human Rights Law，the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises，Second Revised Draft，2020. https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx/, last visit: 1 May 2021.

[57] 相关国家对于草案内容的修改建议参见联合国人权理事会网站 https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx/， 2021 年 5 月 1 日访问。

《在国际人权法中规范跨国公司和其他企业行为的具有法律约束力文件（零草案）》	第9条第1款要求缔约国应在其国内立法中确保所有在其境内、或在其管辖、或控制下从事跨国商业活动的人在整个商业活动中承担尽责义务，同时考虑到商业活动的规模、性质、背景和相关风险对人权的潜在影响。 第9条第2款规定，尽责义务应当包括但不限于：监测人权影响、识别和评估现实或潜在的人权风险、避免违反人权、定期公开报告至少包括环境和人权问题的非财务事项、开展事前与事后环境与人权影响评价、在涉及商业活动的所有合同中体现上述内容、向利益攸关者开展有意义的咨询、建立和维持财务担保制度。 第9条第3款要求缔约国应确保制定有效的国内法律程序，以确保本条所规定的义务得到遵守。 第9条第4款规定，未能依照本条规定履行尽责义务的，应根据本公约条款承担相应的责任和赔偿。 第9条第5款规定，缔约国可选择将某些中小型企业排除在本条规定的某些义务范围之外，以避免造成不必要的额外行政负担。
《在国际人权法中规范跨国公司和其他企业行为的具有法律约束力文件（修订草案）》	第5条第1款要求缔约国应当有效地规制在其领土或管辖范围内的工商业活动，确保工商业尊重人权并避免侵犯或践踏人权。 第5条第2款规定，为实现上述目的，缔约国应当采取必要措施确保所有商业活动者开展人权尽责，人权尽责的内容包括：识别和评估任何现实和潜在的人权风险、采取适当行动避免侵犯人权、监测商业行为中的人权影响、就人权尽责的内容与利益攸关者保持交流等。 第5条第3款规定了开展人权尽责的具体措施和内容。 第5条第4款要求缔约国应确保制定有效的国内法律程序，以确保本条所规定的义务得到遵守。 第5条第5款要求缔约国在制定和执行与本公约有关的公共政策时，应根据国内法采取行动，保护这些政策不受从事商业活动(包括跨国性质的商业活动)的人的商业和其他既得利益的影响。 第5条第6款鼓励缔约国提供激励和其他措施，促进从事商业活动的中小型企业遵守本条的要求，以避免造成不必要的额外（人权）负担。
《在国际人权法中规范跨国公司和其他企业行为的具有法律约束力文件（第二修订草案）》	第6条第1款要求缔约国应当有效地规制在其领土或管辖范围内的工商业活动，确保工商业尊重人权并避免侵犯或践踏人权。 第6条第2款规定，为实现上述目的，缔约国应当要求工商业实体进行与其规模、人权风险的严重程度、业务的性质和背景相称的人权尽责。人权尽责的内容包括：识别和评估任何现实和潜在的人权风险、采取适当行动避免侵犯人权并有效缓解侵权后果、监测上述行动的实际效果、就人权尽责的内容与利益攸关者保持交流等。 第6条第3款规定缔约国应当确保工商业采取的人权尽责的具体措施。 第6条第4款鼓励缔约国提供激励或其他措施促进人权尽责的落实。 第6条第5款要求缔约国应制定有效的国内程序，确保工商业遵守本条规定的人权尽责义务。 第6条第6款规定未履行第6条第2、3款规定的义务而应承担的法律责任。

	第 6 条第 7 款要求缔约国在制定和执行与本公约有关的公共政策时，应根据国内法采取行动，保护这些政策不受从事商业活动(包括跨国性质的商业活动)的人的商业和其他既得利益的影响。 第 8 条第 8 款明确指出，人权尽责不应自动免除从事工商业活动的法人或自然人造成或促成的侵犯人权行为或未能防止这种侵权行为的责任。法院和其他主管当局将在审查这些工商业实体履行人权尽责义务的情况后，决定其应承担的责任。

欧盟也积极推动尽职责任的法定化。2013 年开始实施的《欧盟木材法案》要求将木制品首次投放欧盟市场的贸易商履行尽职责任，以防止非法木材流入欧盟市场；尽职责任的内容应涵盖非法砍伐、武装冲突、供应链等。[58]2014 年通过《欧盟非财务信息披露指令》要求雇员人数达到 500 人的大型实体或者其他被认为涉及重要社会公众利益的实体，必须自 2018 年起在年度报告中披露与环境、社会和雇员事务、尊重人权、反腐败与贿赂等有关的非财务信息。披露的具体容应包括公司所采取的政策，包括已经实施的尽职责任程序；政策的实施效果；公司经营对上述问题带来的风险及公司如何管理风险；与那些与特定业务相关的非财务关键绩效指标有关的主要风险。如果公司未能按照规定充分披露上述非财务信息，则需要进一步做出解释。[59]即便如此，由于缺乏明确的法律处罚与适当的监督程序，尽职责任制度效果并不明显。在欧洲委员会的一项调查中，只有三分之一的受访企业表示或多或少地开展了相关尽责程序；与此同时，近 70%的受访公司表示期望欧盟制定统一的强制性人权和环境尽职责任立法。[60]

为了尽快推动可持续的公司治理，在成员国、跨国公司、市民社会组织的推动下，欧盟在 2021 年 3 月公布了“公司尽责调查和公司责任指令”（草案）（Corporate Due Diligence and Corporate Accountability,以下简称“《欧盟草案》”），正式启动欧盟层面的公司尽职责任立法进程。[61]《欧盟草案》适用于以欧盟成员国为母国或者东道国的大型公司、公开上市的中小公司和从事高风险经营活动的中小公司，以及虽未在欧盟注册且受第三国法律管辖，但欧盟市场从事经营业务的上述公司（第二条）。符合条件的公司应当在自身业务和价值链范围内履行人权、环境和善治尽职责任（第一条）。成员国应确保公司与利益攸关者诚挚有效地合作以制定和执行尽责调查策略（第五条），并与其他工商企业、组织以协同安排（collaborative arrangement）的方式建立具有风险预警、争议调和功能的申诉机制，诉诸申诉机制不应阻碍申诉人通过其他司法机制寻求救济（第九条）。成员国还应确保受害人可以通过国内法以民事诉讼的方式寻求救济（第十、十九条），指派专职机构监督该指令的执行并宣传公司履行尽职责任的最佳实践（第十二条），该机构应当具有对公司进行调查与施加

[58] Regulation (EU) No 995/2010 of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market Text with EEA relevance, Articles 1 & 6.

[59] Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups，Art.1.

[60] See European Commission Directorate General for Justice and Consumers. Study on due diligence requirements through the supply chain, 20 Feb. 2020，available at：https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en/，last visit: 1 May 2021.

[61] European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability.

行政处罚的权力（第十三、第十八条）。《欧盟草案》还将为中小型公司履行尽职责任提供技术与财务支持（第十五条），并建立欧盟层面的“欧洲尽职责任框架”以推动人权、环境和善治尽职责任的落实（第十六条）。根据欧盟立法规划，《欧盟草案》将在 2021 年的第二季度完成审议程序。

（三）当前立法实践的主要特征

从上述主要国家和国际组织的立法或造法实践可以发现，当前实践与全球供应链治理理论的核心观点基本相符。首先，无论“公开披露”型还是“尽职责任”型立法都体现了多方参与的合作治理思路，总体上都遵循“国家立法-公司执行-社会监督”的逻辑，还将法律的约束范围延伸到供应链，以多层次的治理网络应对全球供应链中“不负责”的经营行为。法国《警惕义务法》和《欧盟草案》更是要求公司履行尽职责任的法律义务时必须与利益攸关方充分合作，将多方参与和合作治理上升为法律元素。其次，当前实践还体现了混合治理的要求。各国立法虽然要求特定公司制定尽职责任计划、执行尽职责任程序，但未在法律中严格规定尽职责任的具体内容，给与公司适当的政策空间。并且这些立法的适用范围有限，未涵盖所有公司与社会责任的所有内容，仅是国家规制跨国公司经营行为的工具之一，在立法之外更多地是以政策性文件的方式鼓励公司决策者积极履行社会责任，如各国制定的国家工商业与人权行动计划。同时，国际组织造法草案也鼓励缔约国采取强制性和非强制措施在全球供应链中推动落实尽职责任。

即便如此，通过全球供应链治理的理论视角不难发现当前法律规制实践中存在以下不可忽视的瑕疵，并由此造成跨国公司社会责任法律规制的困局。

第一，未解决核心公司主导模式中供应链利益分配问题。尽管当前的法律规制已经注意到合作治理的重要性，但对供应商而言主要体现的仍是“命令-服从”的管理模式。国家或国际组织是规则制定者，跨国公司是法律规范的直接对象，供应商是法律规范的间接对象，主要依靠跨国公司以监督和评价的方式进行约束。履行社会责任产生的成本由供应商承担，而由社会责任带来的溢价供应商却无法分享。当社会责任风险爆发时，上游公司的会以终止合同方式切断风险，证明已采取适当措施履行尽职责任。因此，当履行社会责任会进一步加剧供应链中利益分配不公的问题时，在有限理性的驱动下供应商不免会以“形式履行”等方式应对上游公司“外部化”社会责任成本与“内部化”社会责任收益的行为。

第二，法律适用范围的有限性会再次引起逐底竞争问题。目前主要国家立法实践都只适用于满足特定条件的公司，并且适用事项、规制方式也十分有限，主要集中在非法采伐、人口贩运、强迫劳动等。虽然法国《警惕义务法》与《欧盟草案》涵盖了人权和基本自由、个人健康和安全、环境保护、善治等较为宽泛的内容，由于仅适用于特定公司，适用依旧有限。同时，《第二修订草案》中各国争议的焦点集中在条约适用的公司类别上，由此看出各国在未来一段时间较难在强制性尽职责任适用的公司类型问题上达成一致意见。在以“功能整合”、“区位分散”的供应链网络为特征的经济全球化时代，跨国公司仍可以轻易通过改变注册地或交叉设立子公司、孙公司等方式逃避更严格的法律制度，由此会引发各国为留住或吸引跨国公司而降低法律要求的逐底竞争。可见，任何单独采取立法行动的国家都会降低其在全球供应链中的吸引力，由此会挫伤先行者的动机和积极性，[62]唯有通过联合行动的方式才能保持供应链治理绩效最大化。

---

[62] “监管竞争”是当前仅有少数欧美国家以立法推进强制性尽职责任的原因之一，澳大利亚议会也曾基于类似理由拒绝通过相关立法提案。See Bilchitz, D. (2016). The necessity for a business and human rights treaty. Business and Human Rights Journal, 1(2), 203-227.

第三，法律救济与法律制裁不足无法解决治理差距问题。“工商业与人权”是为解决公司社会责任中公司法律责任与受害人救济权利不足而在公司社会责任概念下产生的新话语。[63]虽然美国、英国、澳大利亚、荷兰的立法都明确规定公司不履行披露或者尽职责任，即由管理部门以行政甚至刑事处罚的方式对违法公司施加制裁。很明显，由国家进行行政或刑事处罚，最终的罚款或罚金主要流入国库，并非受害人的“口袋”。仅有法国《警惕义务法》已经建立了配套的民事救济制度，为跨国公司侵权行为受害人提供直接的法律救济渠道。《第二修订草案》和《欧盟草案》虽然也有相关规定，但在未来的审议程序中是否能够保留允许受害人提起民事诉讼的方式寻求救济仍不得而知。因此，如果不能为受害人提供有效的法律救济、不能对违反法律的跨国公司施加足够严厉的惩罚，基于“成本-收益”的理性人思维，跨国公司极有可能继续以社会利益为代价追求经济利益最大化。

四、跨国公司社会责任法律规制困局的化解之道：制定框架公约

跨国公司的国际化经营与供应链全球化分布使得与之相应的监管与规制成为需要联合行动的全球问题，而全球问题只有凭借以国际法制与全球团结为基础的全球治理方可解决。[64]在“工商业与人权条约”进程缓慢、规制跨国公司及供应链商业活动迫在眉睫、尽职责任立法获得国际认可与实践的背景下，国际社会可以考虑先行制定以建立强制性尽职责任为主要内容的具有约束力的框架公约（Framework Convention，以下简称“框架公约”），以此作为《指导原则》与“工商业与人权条约”过渡，[65]巩固既有实践、培育更多共识，进一步推动尽职责任法制化发展。框架公约是一种以结果义务为导向的国际法律文书，通常只在文书中明确规定缔约国应当实现的行动目标，而赋予缔约国足够的自由裁量权（margin of appreciation）以根据国内情况采取适当范围与合理程度的措施实现目标。[66]目前，框架公约在全球气候治理、全球卫生治理等领域的实践充分证明其在全球治理中的工具价值与对国际造法的推动作用。[67]

（一）制定框架公约的可欲性与可行性

制定框架公约的可欲性主要体现在与其他方案相比更具优势，首先，框架公约可以缓解由于各国立法范围和严厉程度不同可能引起的逐底竞争效应，通过规定相同的标准和目标促进各国政府在落实尽职责任或者披露要求方面的政策融合与沟通，最终使各国监管政策公平竞争，在工商业经营中整体提升社会效益保障水平。其次，框架公约作为《指导原则》向“工商业与人权条约”的过渡，与条约具有相同的目的与功能，但比国际造法更具效率和灵活性。如上文所述，各国在该领域形成的共识分布有限，人权的政治敏感性使不同阵营国家难以就

---

63 See Ramasastry, A. (2015). Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. Journal of Human Rights 14(2): 237-259.

64 [瑞典]拉斯洛·松鲍法维：《人类风险与全球治理：我们时代面临的最大挑战可能的解决方案》，周亚敏译，中央编译出版社 2012 年版，第 88-96 页。

65 O'Brien, C. (2020). Transcending the Binary: Linking Hard and Soft Law Through a UNGPS-Based Framework Convention. AJIL Unbound, 114, 186-191.

66 See De Schutter, O. (2015). Towards a New Treaty on Business and Human Rights. Business and Human Rights Journal 1(1): 41-67.

67 See supra Note ②, also see Hickmann, T., Widerberg, O., Lederer, M., & Pattberg, P. (2021). The United Nations Framework Convention on Climate Change Secretariat as an orchestrator in global climate policymaking. International Review of Administrative Sciences, 87(1), 21–38; De Schutter, O. (2015). Towards a New Treaty on Business and Human Rights. Business and Human Rights Journal 1(1): 41-67.

工商业与人权问题达成具体共识，[68]以结果为导向的框架公约既可保证各国政策目的协调，也赋予各国政府足够的政策空间。再次，虽然通过制定国际示范法（Model Law）或者在国际投资协议中纳入公司社会责任相关条款也是有效推进全球供应链中跨国公司社会责任法律规制的可行进路，[69]但相比之下，框架公约具有的优势更明显，这是因为：其一，目前各国在工商业与人权问题中形成的有限共识尚不足以细化为具体的示范法条文，更何况示范法本身不具有约束力，在工商业与人权议题中作用有限；其二，在国际投资协议中纳入相关条款早有实践，无论是欧盟贸易协定中的“社会条款”（social clause）还是美国和加拿大与第三国间贸易协定的“劳工条款”（labor provisions），针对的社会责任议题与适用范围都十分有限，更遑论这些条款本身带有的不公平因素，[70]都使该方法难以胜任在全球范围推进公正平等的合作治理。

就可行性而言，首先，国际社会一致认可加强对跨国公司社会责任的问责。近年来，各国对跨国公司社会责任问责必要性的认识不断加强，但在具体路径中尚存争议，以加强问责为目的且余留充足政策空间的框架公约与多数国家的政治立场相符合，且符合供应链治理中混合治理的实践需求，可以获得政治支持。其次，《指导原则》已经成为国际社会在工商业与人权领域统一的行动指南与责任标准，框架公约以《指导原则》为基础，通过国际法义务的方式明确国家在工商业与人权中需要承担的义务与实现的标准，具有规范依据。再次，强制性尽职责任立法正成为国际立法发展趋势，亦符合供应链治理中合作治理的实践要求，以此为主要内容的框架公约不仅可以已经立法或准备立法的国家支持，还可获得跨国公司、市民社会组织的认可，由此获得正当性基础。复次，强制性尽职责任以前置性的风险防范为主要目的，[71]通过帮助跨国公司及其供应链识别、评估、应对、缓解潜在和实际负面影响，以降低风险成本的方式增加经济效益，同时也可为跨国公司侵权行为受害人提供非司法救济，具有现实意义。最后，全球气候治理与气候治理中框架公约的成功实践积累了宝贵经验，为框架公约的拟定提供技术支撑。综上所述，以框架公约的方式推进全球供应链中跨国公司社会责任的法律规制具有可欲性与可行性，是当前国际社会可以采用的较优路径。

（二）框架公约的核心要素

框架公约作为纲领性文件应主要着眼于跨国公司社会责任法律规制的核心要素，并集中反映当前国际社会在此问题中形成的制度共识。本文认为，明确法理依据与界定国家义务是框架公约的基础，强制尽职责任、专职协调机构、冲突解决办法与供应商的救济是该框架的核心内容。

第一，明确法理依据。国家保护义务是《指导原则》中国家义务的法理基础，也是要求国家通过立法、行政、司法等混合治理的措施推进强制性尽职责任的国际法依据。[72]国际法

---

[68] 几乎每份草案公布后各国政府代表都提出不同、甚至截然相反的意见，条约草案仍然存在一系列内在矛盾与内容缺陷。以《第二修正草案》为例，各国对“条约”适用范围、国家义务、跨国公司法律责任等事项存在重大分歧，具体内容参见 https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx/， 2021 年 5 月 1 日访问。

[69] Cîrlig, R. E. (2016). Business and human rights: from soft law to hard law? Tribuna Juridică, 6(12), 228–246.

[70] 长期以来，国家间缔结的国际投资协议主要关注东道国与母国之间的投资保障制度安排，着重保护投资者利益而忽视对东道国当地社区的关注，以牺牲社会效益外代价换取投资者的经济利益。参见刘笋：《国际法的人本化趋势与国际投资法的革新》，《法学研究》2011 年第 4 期。

[71] Buhmann, K. (2018). Neglecting the Proactive Aspect of Human Rights Due Diligence? A Critical Appraisal of the EU’s Non-Financial Reporting Directive as a Pillar One Avenue for Promoting Pillar Two Action. Business and Human Rights Journal, 3(1), 23–45.

[72] See De Schutter, O. (2015). Towards a New Treaty on Business and Human Rights. Business and Human Rights Journal 1(1): 41-67.

下的国家保护义务主要是指国家应采取所有合理的必要措施防止私人主体实施任何违反人权的行为，虽然各国就国家保护义务是否具有域外适用效力的问题仍有较大争论，[73]作为宏观和总括性的条约框架应当首先强调各国形成共识的部分，即政府应采取适当合理的措施约束跨国公司及其供应链的生产经营行为。如果因为一国政府未能及时有效地履行保护义务而发生跨国公司侵犯人权、污染环境、强迫劳动等危害行为，则有可能违反国际法义务、引致国际法责任。

第二，界定国家义务。在明确国家规范跨国企业经营行为的法理依据后，还需要在《指导原则》基础上进一步廓清国家保护义务的具体内容。国家保护义务首先对应《指导原则》第一和第三支柱，即“国家保护人权的义务”和“获得补救”。根据《指导原则》第一条，“国家保护人权的义务”至少包括采取国内法措施规制工商企业的义务、预防的义务、跟进国家措施有效性的义务和调查、惩罚与确保受害人获得救济的义务。而确保受害人获得救济的义务对应的是受害人获得救济的权利，即诉诸司法的权利，获得及时有效的赔偿或补偿的权利，获取相关信息的权利。如前文所述，民事诉讼是确保受害人获得救济的权利的最佳途径，只有在国内法中针对跨国公司侵权案件给与受害人提起民事诉讼的资格，国家才算履行了上述义务。而在供应链网络遍布全球的现实背景下，畅通民事诉讼救济途径又离不开国际司法互助，因此框架公约中的国家义务还应包含国际司法互助的义务。第三支柱“获得救济”要求国家既要提供国家层面的法律救济、国家层面的非法律救济，还要确保公司提供业务层面的申诉机制。只有进一步明确国家义务的具体范围，才能确保框架公约得到有效落实，并为“工商业与人权条约”创制奠定基础。

第三，强制尽职责任。当前国家与国际层面的实践表明，尽职责任是《指导原则》中最有可能实现世界范围内法定化的制度工具，以人权尽责为代表的国际尽职责任立法潮流将在未来持续。[74]尽职责任既是国家的义务也是公司的义务，为了充分尽职责任的工具价值，框架公约的相关规定可以考虑以下建议：其一，虽然人权逐渐发展为尽职责任的主要内容，鉴于“人权”话语在一些国家和地区依旧敏感，且其内涵具有较大弹性，本文建议框架公约使用“尽职责任”的表述，既避免政治敏感性问题，也可以囊括当前各国在特定行业、特定议题中的尽职责任立法实践，更具包容性；其二，尽职责任应采广义理解，即包含“政策承诺-尽责调查-社会审计-有效救济”的完整框架，政策承诺是国家和公司履行尽职责任的自我声明与路线图，尽责调查是内核，社会审计是尽职责任有效履行的外部保障，救济是公司社会责任风险预防中的最后一道防线，四个环节紧密相连，缺一不可；其三，借鉴合规激励的制度实践，在提供配套的刑事、行政、民事司法制度的前提下，允许相关公司以充分履行尽职责任为抗辩事由，当然，实现上述构想的前提是要明确“充分”的判断依据；其四，参考法国与欧盟的实践，将利益攸关者的参与视为尽职责任的法定要件。

第四，专职协调机构。由于跨国企业社会责任法律规制涉及不同发展程度的国家、不同类型的公司、不同属性的实体法与程序法，如果不能有序协调形成集体行动，则难以保证尽职责任在全球供应链中的落实与推进。无论《指导原则》、《第二修订草案》还是《欧盟草案》都认可政策协调面的重要性与设置协调机构的必要性。专职协调机构的职能应当包括，其一，确保国际、区域、国内的强制性尽责管理政策纵向协调，并协助缔约国开展能力建设以实现国内正常的横向协调；其二，监督框架公约的实施，在条件成熟时可以增设接受个人或集体

[73] 参见于亮：《跨国公司母国的人权义务》，法律出版社 2020 年版，第 70-71 页。
[74] See Ingrid Landau. (2019). Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance. Melbourne Journal of International Law, 20(1), 1-27.

受害人与供应商申诉的渠道；其三，促进框架优化，通过收集国家和公司层面的最佳实践、定期召开研讨会等方式促进主体间的学习并为框架优化积累经验；其五，宣传和普及框架公约，并向发展中国家提供技术援助与可能的财务援助；其六，与联合国人权机构、国际劳工组织、经济合作组织、国际工会联合国等国际组织保持协作；其七，为供应商赋能，提升供应商在框架公约制定和实施中的话语权，平衡供应商与上游公司间利益冲突。

第五，冲突解决办法。作为具有国际法律约束力的文件，框架公约应当明确公约条文的解释机构与机制、因适用条文产生争端时的解决机制。框架公约可以考虑设置专职协调机构调和、申请仲裁、诉诸国际法院等不同的解决机制。在仲裁方面，可以将《海牙商业和人权仲裁规则》作为仲裁依据，以提升跨国公司侵权案件中仲裁结果的中立性。[75]无论采取何种办法，框架公约的可能贡献之一是进一步明确人权与基本自由的保障与其他法益相比应具有更高的法律价值位阶，或至少与其他法益，尤其是受国际投资法、WTO 法保护的法益处于同等法律位阶[76]。

第六，供应商的救济。如前文所述，当前全球供应链中公司社会责任治理是以跨国公司为核心节点的治理模式，虽然供应商可能以利益攸关方的身份参与规则制定与实施，但其“被治理对象”的地位问题始终未能解决。各国立法实践、国际组织倡议等均聚焦于受害人救济，而无视了供应商的弱势地位。全球供应链中社会责任治理能否成功运作的关键在于，其中的治理机制是否能够确保参与各方均有足够的动机抑制机会主义行为，避免自身利用信息不对称和不完全契约带来的优势地位谋求私利。[77]如果未能合理分配上游公司和供应商之间因履行尽职责任产生的成本利益分配问题，则难以实现“负责任的供应链”。因此，框架公约应当将“整合治理”上升为公司义务，强调上游公司对供应商开展尽职责任的技术协助、物质支持和政策激励，以调适链中利益冲突。此外，还要为供应商提供申诉渠道，当上游公司判定供应商未履行社会责任而终止合作、施加惩罚的时候，应允许供应商通过自我证明、邀请社会审计，或者向专职协调机构申诉的方式寻求救济，以此平衡供应链治理中的权力分配。

五、结语

本文通过全球供应链治理视角，以尽职责任立法发展为切入，分析跨国公司社会责任法律规制的发展状况，认为只有通过合作治理与混合治理的方式，在国家、上游公司、供应商、国际组织等多元主体间形成联合行动，才能真正实现“负责任的供应链”，确保经济效益与社会效益并进。同时，以框架公约的方式推进全球供应链中跨国公司社会责任的法律规制具有可欲性与可行性，是当前国际社会可以采用的较优路径。囿于篇幅，本文未能进一步依据供应链中不同主体的影响力和所处情境分析不同的治理模式。[78]根据不同治理主体所处情境设计不同治理模式，要求其在适当程度中承担社会责任，或许也是有效约束跨国公司及供应

[75] 《海牙商业和人权仲裁规则》是为解决“人权”在国际投资仲裁中作用的有限性和低位阶而专门设计的仲裁规则，该规则以《贸易法委员会仲裁规则》为依据，供给常设仲裁法院和其他国际仲裁机构使用。《海牙商业和人权仲裁规则》官方文本参见：https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf/, 2021 年 5 月 1 日访问，

[76] See De Schutter, O. (2015). Towards a New Treaty on Business and Human Rights. Business and Human Rights Journal 1(1): 41-67.

[77] 参见李维安等：《供应链治理理论研究：概念、内涵与规范性分析框架》，《南开管理评论》2016 年第 1 期。

[78] 供应链治理理论认为由于生产方驱动、采购方驱动、第三方驱动和政府主导等不同类型的主体在供应链中的经营方式、业务特征、影响力等均有不同，因此依据不同驱动类型的主体针对性分配治理权力和义务也是优化供应链治理绩效的具体方法，同上注。

链经营行为的路径之一。

我国是全球供应链中的重要环节，不仅是重要的原材料产地和加工出口国，还是许多大型跨国公司的母国。而长期以来，我国对跨国公司的规制主要侧重于运用国内法约束投资行为，[79]对跨国公司社会责任的关注虽然在近十年迅速提升，并且我国政府和公司在尽职责任中的“最佳实践”已经获得联合国人权理事会的认可，[80]但仍有较大的政策空间。在“人权主流化”逐渐成为国际经贸发展新特征的背景下，[81]以人权为主要话语的公司社会责任成为掣肘我国“走出去”企业海外发展的重要因素。[82]因此，我国政府可以考虑在积极参与工商业与人权国际议程的前提下，充分整合我国政府和公司的实践经验，适时开展强制性尽职责任立法，并与广大发展中国家一同推动制定以建立强制性尽职责任为主要内容的框架公约，以增强发展中国家在新一轮跨国公司社会责任治理规范创制中的话语地位，以免尽职责任再次沦为“人权验厂”等西方国家用以责难发展中国家的政治工具。无论是否考虑通过立法推动强制性尽职责任制度，我国政府、跨国公司和供应商都应当关注强制性尽职责任制度和工商业与人权议程的国际发展，以充分应对潜在的“强制性尽职责任主流化”趋势。

[79] 参见陶立峰：《跨国公司在我国农业投资的法律规制》，《法学》2013 年第 7 期；Radu Mares，张万洪：《工商业与人权的关键议题及其在新时代的意义》，《西南政法大学学报》2018 年第 2 期。

[80] UN Working Group on Business and Human Rights, Corporate Human Rights Due Diligence – Emerging Practices, Challenges and Ways Forward, A/73/163，16 July 2018, para. 65.

[81] 参见戴瑞君：《“一带一路”建设中的人权因素——以中蒙经贸合作为例的分析》，《人权》2018 年第 5 期。

[82] 参见隽薪：《国际投资背景下跨国公司与人权保护》，法律出版社 2019 年版，第 301-304 页。

上诉机构存废之争背景下 WTO 争端解决机制改革研究

梁意　中国人民大学 法学院

摘要：在上诉机构存废之争背景下，改良派主张保留上诉机制，并侧重探讨对上诉机制的改革。革命派主张把 WTO 争端解决机制由“两审终审制”改为“一审终审制”，但需要改革专家组机制以构建更公正的一审终审制。这两派的主张虽各具合理性，但都在某种程度上忽视了国家主权和事物的客观发展规律，改革宜遵循折中派的主张，对 WTO 争端解决机制分阶段进行改革，在不同阶段对改良派和革命派的主张各有取舍。

关键词：WTO；争端解决机制改革；上诉机构

一、引言

（一）问题的提出

近年来，世界贸易组织（World Trade Organization，以下简称 WTO）上诉机构的存废成为国际法界关注的重要问题。美国通过阻挠上诉机构成员的连任和选任，以一己之力使上诉机构陷入停摆，[1]一手造就了上诉机构危机，其废除或弱化上诉机构之心昭然若揭。[2]与此同时，包括中国和欧盟在内的其余 WTO 成员则极力挽救上诉机构，并为应对上诉机构危机而积极采取行动。其中最重要的行动是，中国和欧盟等部分 WTO 成员于 2020 年根据《关于争端解决规则与程序的谅解》（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes，以下简称《谅解》）第 25 条达成《多方临时上诉仲裁安排》（Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement，以下简称《上诉仲裁安排》），[3]以上诉仲裁机制临时替代原来的上诉机构机制。然而，由于存在参与成员有限（尤其是缺乏美国的参与）、运作经费来源不确定等问题，上诉仲裁机制无法替代上诉机构，也无法完美应对上诉机构停摆危机。

在上诉机构面临生死存亡之际，我们不禁思考：我们是否需要对 WTO 争端解决机制进行改革？若是，应对 WTO 争端解决机制进行何种改革？为了维持 WTO 争端解决机制的良好运作进而维护 WTO 的生命力和权威，真的有必要维持上诉机构吗？

上诉机构陷入停摆，使得 WTO 的整个争端解决机制陷入了危机，WTO 争端解决机制的改革是必然选择，也是当下亟需探讨的问题。WTO 新任总干事恩戈齐•奥孔乔-伊韦阿拉（Ngozi Okonjo-Iweala）在其就职演讲中说到：“争端解决机制是保障多边贸易体制安全和可预测性的核心要素，改革该机制对（WTO）[4]成员至关重要。……有成员批评争端解决机制的运作方式，并要求对其进行改革。重要的是要就这些改革的性质达成一致意见，使之具体化，并制定一个可以在第十二次部长级会议上推进的执行工作方案。”[5]

同时，WTO 争端解决机制改革也是中国的关切。在 2021 年 1 月 25 日召开的世界经济

作者简介：梁意，中国人民大学法学院博士后。

[1] 2020 年 11 月 30 日，随着 WTO 上诉机构最后一名成员赵宏“大法官”的任期届满，上诉机构因人员空缺而彻底陷入停摆。*See Appellate Body*, WORLD TRADE ORGANIZATION (Mar. 29, 2021), https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm.

[2] 美国对上诉机构积怨已久。随着拜登当选美国总统，上诉机构有望恢复。但即便上诉机构得以恢复，其也面临改革而不再是从前的上诉机构。

[3] MULTI-PARTY INTERIM APPEAL ARBITRATION ARRANGEMENT PURSUANT TO ARTICLE 25 OF THE DSU (hereinafter “MPIA”) (Dec. 6, 2020), images.mofcom.gov.cn/www/202004/20200430201543477.pdf.

[4] 此处为笔者的补译。

[5] Appointment of the next Director-General, Statement of the Director-General Elect Dr. Ngozi Okonjo-Iweala to the Special Session of the WTO General Council, 16 February 2021, JOB/GC/250, para. 1.12.

论坛“达沃斯议程”对话会上，习近平总书记指出：“要推进世界贸易组织和国际金融货币体系改革……”[6]2020 年 10 月 29 日中国共产党第十九届中央委员会第五次全体会议通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》（以下简称“十四五规划”）提出，要“维护多边贸易体制，积极参与世界贸易组织改革，推动完善更加公正合理的全球经济治理体系”。[7]

问题在于，应对 WTO 争端解决机制进行何种改革？毋庸置疑，上诉机构的存废是 WTO 争端解决机制改革面临的核心问题，起码是无法绕开的问题，因为目前争端解决机制的危机因上诉机构危机而起。但仅探讨上诉机构的存废，还不足以解决 WTO 争端解决机制存在的问题。围绕上诉机构的存废，WTO 争端解决机制还需要进行何种相应的改革，也是亟需探讨的问题。

自WTO成立以来，国内外学者对WTO争端解决机制改革作出了诸多有益研究。早期的讨论多集中于如何对《谅解》进行“小修小补”。在这一机制运行了25周年之后，尤其是美国通过阻挠上诉机构成员的连任和选任致使上诉机构瘫痪之后，讨论则由微观转向宏观，更多地涉及WTO争端解决机制何去何从的问题。[8]自上诉机构危机产生以来，国内外绝大多数专家都侧重于探讨如何维护和完善WTO上诉机制，但忽视了对专家组机制以及WTO争端解决机制其它方面改革的探讨。这一缺漏是非常危险的，因为一旦上诉机构被废除，或者上诉机构一直无法恢复运作，现有WTO争端解决机制难以良好运行，也容易产生不公问题。国

---

[6] 习近平:《让多边主义的火炬照亮人类前行之路——在世界经济论坛“达沃斯议程”对话会上的特别致辞》，载《人民日报》2021 年 1 月 26 日第 2 版。

[7] 《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》，载《人民日报》2020 年 11 月 4 日第 1 版。

[8] 参见石静霞：《世界贸易组织上诉机构的危机与改革》，载《法商研究》2019 年第 3 期，第 150-163 页；胡加祥：《上诉机构“停摆”之后的 WTO 争端解决机制何去何从》，载《国际经贸探索》2020 年第 1 期，第 90-98 页；张乃根：《上诉机构的条约解释判理或先例之辨——兼论 WTO 争端解决机制改革》，载《国际经济评论》2019 年第 2 期，第 44-56 页；刘敬东：《浅析 WTO 未来之路——WTO 改革动向及思考》，载《法学杂志》2013 年第 4 期，第 87-94 页；朱榄叶：《论 WTO 争端解决机制程序设计缺陷的技术性修正》，载《国际经济法学刊》2013 年第 3 期，第 1-11 页；李杨、尹紫伊：《美国对 WTO 争端解决机制的不满与改革诉求》，载《国际贸易》2020 年第 7 期，第 72-79 页；于鹏：《WTO 争端解决机制危机: 原因、进展及前景》，载《国际贸易》2019 年第 5 期，第 10-19 页；罗文正：《WTO 专家组的组成及其改进》，载《南通大学学报·社会科学版》2007 年第 3 期，第 37-42 页；胡北平、李美红：《发展中国家对 WTO 争端解决机制的改革要求及改革前景》，载《社会科学辑刊》2005 年第 5 期，第 113-116 页；龚冠华：《简议 WTO 争端解决机制的现代化改革》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2019 年 12 月第 21 卷增刊，第 9-14 页；等等。Also *see* Bernard M. Hoekman and Petros C.Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, 23 J. INT'L ECON. L. 703, 713-714 (2020); Matteo Fiorini *et. al.*, *WTO Dispute Settlement and the Appellate Body: Insider Perceptions and Members' Revealed Preferences*, 54 JOURNAL OF WORLD TRADE 667 (2019); Qingjiang KONG and Shuai GUO, Towards a Mega-Plurilateral Dispute Settlement Mechanism for the WTO?, 53 JOURNAL OF WORLD TRADE 273 (2019); Robert Mcdougall, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, 52 JOURNAL OF WORLD TRADE 867 (2018); Laura C. Mahrenbech, *Emerging Powers, Domestic Politics and WTO Dispute Settlement Reform*, 21 INT'l NEGOTIATION 233 (2016); Janak De Silva, *Reform of the WTO Dispute Settlement System: A Developing Country Perspective*, 21 SRI LANKA J. INT'l L. 169 (2009); Marc Iynedjian, *Reform of the WTO Appeal Process*, 6 J. WORLD Investment & TRADE 809 (2005); Ignacio Garcia Bercero & Paolo Garzotti, *DSU Reform: Why Have Negotiations to Improve WTO Dispute Settlement Failed So Far and What Are the Underlying Issues*, 6 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 847 (2005); Mateo Diego-Fernandez & Roberto Rios Herran, *The Reform of the WTO Dispute Settlement Understanding: A Closer Look at the Mexican Proposal*, 1 MANCHESTER J. INT'l ECON. L. 4 (2004); Carolyn B. Gleason & Pamela D. Walther, *The WTO Dispute Settlement Implementation Procedures: A System in Need of Reform*, 31 LAW & POL'y INT'l BUS. 709 (2000); Faryar Shirzad, *The WTO Dispute Settlement System: Prospects for Reform*, 31 LAW & POL'y INT'l BUS. 769 (2000); James C. Hecht, *Operation of WTO Dispute Settlement Panels: Assessing Proposals for Reform*, LAW & POL'y INT'l BUS. 657 (2000); etc.

外极个别学者关注到了这一研究缺漏，也对此展开了初步的研究，[9]但此类研究要么只反映了发达国家的利益，缺乏普遍性；要么陷于形而上学的僵化，没有揭示事物发展的客观规律。为了弥补现有研究的不足之处，使WTO争端解决机制重新焕发活力，也为了更好地实践习近平法治思想、落实“十四五规划”，本文从WTO上诉机构的存废之争出发，对WTO争端解决机制的改革进行研究。

（二）上诉机构存废之争背景下 WTO 争端解决机制改革派别划分

以对上诉机构和上诉机制的态度为标准，各界对 WTO 争端解决机制的改革可被分为三个派别，即改良派、革命派和折中派。

改良派主张保留上诉机制，并侧重探讨对上诉机制的改革。目前，除美国以外的主要 WTO 成员以及绝大多数国内外学者均持改良派的观点。有学者提出在 WTO 原有争端解决机制的基础上建立“超大型的诸边争端解决机制”（mega-plurilateral dispute settlement mechanism），这一改革方案跟原有争端解决机制的唯一区别在于适用范围的区别，即其不适用于所有 WTO 成员。[10]这属于改革 WTO 争端解决机制的改良派观点。

革命派主张抛弃上诉机制，把 WTO 争端解决机制由“两审终审制”改为“一审终审制”，仅保留专家组机制。其中，根据是否主张改革专家组机制，该派别可进一步被分为保守革命派和进步革命派，前者主张原封不动地保留现有的专家组机制，后者主张对专家组机制进行改革。

折中派主张，对于是否保留和改良上诉机制，或者对 WTO 争端解决机制进行何种改革，不宜持非此即彼的态度，而应尊重国家主权和事物的客观发展规律，对 WTO 争端解决机制分阶段进行改革。这意味着折中派并不反对改良派和革命派的诸多主张，只是反对以僵化的态度对待这些改革方案。鉴于此，下面将先对改良派和革命派的主张进行分析和论述，而后再论述折中派的主张。

三、改良派的主张及其局限性分析

目前，除美国以外的主要 WTO 成员以及国内外较多学者持改良派的观点，主张保留上诉机制，并侧重探讨对上诉机制的改革。这也是目前的主流观点。

（一）改良派支持保留上诉机制的理由

目前，WTO 成员以及改良派学者尚无系统阐述其支持保留上诉机制的理由。但归纳起来，原因主要有三：一是这符合多数意志，二是这有助于增强争端解决结果的可靠性和可预测性，三是上诉机制更有利于维护争端解决结果的公正。

1. 符合多数意志

改良派之所以主张保留上诉机制，其中一个重要原因是这符合 WTO 成员的多数意志。第一，从 WTO 争端解决机制 20 多年的实践看，对专家组报告提起上诉的案件比例平均达到 70%，表明成员对上诉的需求很高，[11]因而 WTO 成员更倾向于保留上诉机制。为应对上诉机构停摆危机，满足成员的上诉需求，中国和欧盟等 WTO 成员甚至于 2020 年根据《谅解》第 25 条通过达成《多方临时上诉仲裁安排》（Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement，以下简称《上诉仲裁安排》）而建立上诉仲裁机制。截至 2021 年 4 月，《上诉

[9] *See* Bernard M. Hoekman and Petros C.Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, 23 J. INT'L ECON. L. 703, 713-714 (2020).

[10] Qingjiang KONG and Shuai GUO, Towards a Mega-Plurilateral Dispute Settlement Mechanism for the WTO?, 53 JOURNAL OF WORLD TRADE 273, 291 (2019).

[11] 参见石静霞、白芳艳：《应对 WTO 上诉机构危机：基于仲裁解决贸易争端的角度》，载《国际贸易问题》2019 年第 4 期，第 28 页。

仲裁安排》共有 23 个成员（加上欧盟 27 个成员国，共 50 个成员，约占 WTO 164 个成员的三分之一）。第二，目前除了美国旗帜鲜明地反对上诉机构，其余成员均不反对上诉机制。甚至许多 WTO 成员（尤其是发展中成员和最不发达成员），它们尚未深入参与 WTO 的争端解决，目前常常只是以争端第三方的身份来学习现有的 WTO 争端解决机制。对于这些成员而言，它们尚未学会现在的争端解决机制，又要求他们学习新的争端解决机制，未免有些强人所难。上诉机构前主席赵宏“大法官”在其离职演讲中也说到：“不同群体的成员在对争端解决体制的使用和了解方面存在落差。十来个频繁使用者（美国和欧盟等）已很了解该体制并已着手考虑如何对其进行改革；但大多数使用者仍在积累经验，并且坚信强化而不是弱化该体制才符合他们的利益。对绝大多数成员而言更是如此。”[12]

2.增强争端解决结果的可靠性和可预测性

上诉机制有助于增强争端解决结果的可靠性和可预测性。《谅解》第 3 条第 2 款规定：“WTO 争端解决体制在为多边贸易体制提供可靠性和可预测性方面是一个重要因素。”在 WTO 争端解决机制中，一审层面的专家组是专案专设的，具有临时性，因而对于同一法律问题，不同专家组可能作出不同认定。通过设立一个常设的上诉机构则有助于解决这一问题。一方面，上诉机构作为一个常设机构，其对同一问题的认定通常比较连贯一致；另一方面，上诉机构裁决具有事实上先例的作用，后案专家组在处理相同问题时遵循上诉机构的“先例”，则可达到“同案同判”的效果。因此，为给多边贸易体制提供可靠性和可预测性，需要有上诉机构或与此类似的上诉机制。在这方面，WTO 的“两审终审制”起到了较好的作用，也对其它国际争端解决机构和机制形成了良好的示范效应。

国际争端解决结果的可靠性和可预测性是十分重要的。现在国际投资仲裁机制[13]大多是以临时仲裁为基础的“一裁终局”机制，国际投资仲裁裁决常常因仲裁裁决结果的不一致而饱受诟病。为了改善这一缺陷，近年来国际投资仲裁领域常常探讨增强国际投资仲裁裁决的一致性，其中一个方案即为构建上诉法庭。[14]

3.有利于维护争端解决结果的公正

与“一审终审制”相比，“两审终审制”更有利于维护争端解决结果的公正。上诉机构前主席赵宏“大法官”在离职演讲中说到：“二审裁决阶段不只是用以交换各方同意放弃他们阻挠专家组报告通过的筹码，也是纠正错误的机会。对世贸成员而言，它也意味着让裁决者对法律事项有二次审查的机会，并可能因此得到更公平的结果。当世贸成员发现专家组报告中存在法律错误时，他们有公平地获得裁决的程序性权利。如果多边贸易体制在条约中创设了两级裁决，维持该权利并确保其便于行使是世贸成员们的根本权利。从国际裁决史的角度看，二审可代表国际裁决机制性发展上的一个更高级别，它意味着更公平的结果、更公平的司法以及更好的条约规则保护。它标志着国际裁决发展上显著的进步，是共同价值中的关键要素和人类文明史上的亮点。”[15]

与其他国际争端解决机制相比，WTO 争端解决机制具有更强的执行力。经 WTO 授权，胜诉方可以对不执行裁决的败诉方进行贸易报复，也可以要求败诉方进行补偿。[16]因此，争端解决结果的公正对于 WTO 成员而言尤为重要。既然上诉机制更有利于维护争端解决结果

---

[12] 赵宏：《条约下的司法平等——离任演讲》，载《国际经济法学刊》2021 年第 2 期，第 9-10 页。
[13] 包括多边（例如 ICSID）、双边和区域投资仲裁机制（例如 NAFTA）。
[14] 参见联合国国际贸易法委员会第三工作组的探讨。
[15] 赵宏：《条约下的司法平等——离任演讲》，载《国际经济法学刊》2021 年第 2 期，第 9 页。
[16] 参见《谅解》第 21、22 条。

的公正，那么 WTO 成员则更倾向于保留上诉机制。

4.其他原因

除了上述理由，改良派之所以支持保留上诉机制，还因为反对法治发展道路的倒退。WTO 争端解决机制从“权利导向”到“规则导向”，从一审终审到两审终审，是国际法治发展进步的表现。如果废除上诉机制，则是历史的倒退，也不符合事物的客观发展规律。

（二）改良派对 WTO 争端解决机制的改革主张

改良派所提出的改良方案大多在上诉机构危机的背景下提出，主要是回应美国对上诉机构的指责，旨在解决上诉机构的停摆危机，因而侧重探讨对上诉机制的改革。目前，除美国以外的主要 WTO 成员以及绝大多数国内外学者均持改良派的观点。改良派呈现出“WTO 成员改革方案为主+学者方案为辅”的特点。考虑到 WTO 成员的改革方案大多吸收了改良派学者的诸多主张，下面关于改良派改革主张的分析将以 WTO 成员提出的有关改革方案为主。

在上诉机构生存危机的背景下，欧盟、中国、加拿大、印度等多个成员先后通过不同形式提出了诸多改革建议。[17]这些建议大致涵盖两方面内容，第一方面涉及对上诉机构机制的改革，第二方面是构建临时上诉仲裁机制。

1.对上诉机构机制的改革主张

针对美国对上诉机构的指责，也为了保障上诉机构独立性、提高上诉机构工作效率、保障上诉机构的运行（尤其是在机制上保证上诉机构的运行不因个别 WTO 成员的阻挠而瘫痪），改良派在审限、上诉机构届满离任成员继续审案问题、附带意见、审查范围、上诉机构报告等方面提出了对上诉机构机制的改革主张。

（1）审限

美国指责上诉机构经常逾期作出裁决，违反了《谅解》第 17 条第 5 款所规定的 90 天审限要求，[18]也有违《谅解》第 3 条第 3 款所规定的迅速解决争端的总则，还导致审限届满后报告效力的不确定性和透明度等问题。[19]据统计，截至 2017 年，在上诉机构作出的 139 份裁决报告中，有 70 份报告超出《谅解》规定的 90 天审限，[20]即上诉机构在超过 50%的案件中没有遵守审限要求。

围绕美国对上诉机构的这一指责，不同 WTO 成员提出了不同的争端解决机制改革提案。关于上诉审限的第一种改良方案允许上诉机构逾期发布裁决，但需要满足一定的程序要求以增强上诉程序的透明度和合法性。为此，需要对《谅解》第 17 条第 5 款关于 90 天审限的规定进行修改完善。一方面，需要在原有条款的基础上补充关于进一步延长审限的相关规定。例如，包括欧盟和中国在内的 WTO 成员提出，如果当事方同意，报告可以超过 90 天作出，

---

17 典型的改革方案文件有欧盟的《世贸组织现代化概念文件》、加拿大的《关于强化和现代化世贸组织的讨论文件》和《渥太华集团关于世贸组织改革的联合公报》、中国的《关于世贸组织改革的三项原则和五项主张》以及世贸组织成员提交总理事会和争端解决机构会议的十多份其他文件。

18 《谅解》第 17 条第 5 款对上诉审议的审限作出了规定：“诉讼程序自一争端方正式通知其上诉决定之日起至上诉机构散发其报告之日止通常不得超过 60 天。……当上诉机构认为不能在 60 天内提交报告时，应书面通知争端解决机构延迟的原因及提交报告的估计期限。但该诉讼程序决不能超过 90 天。”简言之，该条款规定上诉程序的最长审限为 90 天，且并无进一步延长审限的规定。

19 *See* United States Trade Representative (USTR), *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (Jan. 28, 2021), https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf, at 26-27.

20 See Claus-Dieter Ehlermann, The Workload of the WTO Appellate Body: Problems and Remedies, 20 Journal of International Economic Law, 706-707 (2017).

同时上诉机构应加强与当事方的磋商和透明度义务；如果报告预计需超过 90 天作出，上诉机构可在程序早期甚至上诉提出前与各方协商；如果当事方未就超时安排达成协议，则考虑设立相关机制调整该案件的上诉程序或工作安排，如建议当事方自愿聚焦上诉范围、为当事方提交的内容设定篇幅限制、采取适当措施缩短报告长度或仅以上诉语言发布报告、规定强制性司法节制原则（即要求上诉机构仅处理对于解决争端所必须解决的问题）[21]等方式，以满足 90 天审限要求。这些变化不应影响现有规则关于超过 90 天做出报告的效力和报告通过的规定。[22]另一方面，需要进一步明确《谅解》第 17 条第 5 款中“90 天”所涵盖的范围。例如，洪都拉斯提出，90 天审限的计算可以考虑将周末和节假日、报告翻译时间排除在外，对 60 天上诉期限进行延期以避免上诉机构在某段时间内工作量过大不能按期结案等情况。[23]

与此不同，关于上诉审限的第二种改良方案则主张修改现行 90 天审限的规定，把上诉审限延长至 120 天或允许上诉机构根据实际情况自行决定案件的审理期限。关于在 90 天审理期限届满后上诉机构做出报告的效力应主要取决于是否上述期限为强制性的（即在具体个案中未进行调整）以及是否不遵守审理期限则自动通过专家组报告。

以上方案均意识到《谅解》关于上诉程序审限的规定已日益无法适应 WTO 争端解决实践的需求。在乌拉圭回合谈判之时，之所以没有对 WTO 设计更长的上诉审限，除了因为考虑到需要迅速解决成员之间的争端，还因为当时以为上诉程序不会经常启动。然而，WTO 成立以来，上诉程序不仅经常启动，而且上诉案件日益复杂。因此，即便没有美国的指责，为了适应争端解决实践的需求，进一步完善 WTO 上诉审查程序，增强上诉审查程序的合法性，也有必要对《谅解》关于审限的规定进行修改。

（2）对上诉机构届满离任成员继续审案的过渡规则

根据《上诉审议工作程序》第 15 条的规定，届满上诉机构成员根据上诉机构授权且通知争端解决机构后可继续完成其被分配的案件审理。仅为此目的，该成员可继续被视为上诉机构成员。美国认为，根据《谅解》的规定，上诉机构无权将任期届满的成员仍视为成员，只有争端解决机构才有权力决定届满成员是否应继续审理案件。

WTO 成员对此提出的改革建议涉及对上诉机构成员任期即将届满时的案件分配、规定有案件审理任务的离任成员任期得以延长的条件以及限制延期成员介入未分配的案件审理或合议等。为确保即将离任和新任上诉机构成员之间的有序过渡，“欧中加印等成员提案”提出 WTO 成员应通过修订《谅解》的方式规定上诉机构离任成员的过渡规则，规定离任成员应完成在其任期内分配的已开庭案件。洪都拉斯提出的建议包括：（1）离任成员应继续完成已开过庭的案件；（2）在成员届满前的 60 天之内不得再对其分配新的案件。这些建议一方面试图尽可能缩短上诉机构成员届满后继续审案的时间，另一方面则以案件是否已开庭作为划分标准，不仅有助于避免资源浪费，而且可促进争端的尽快解决。

（3）对解决争端不必要的问题发布咨询性意见或附带意见

美国指出，上诉机构成员倾向于对解决争端不必要的问题甚至当事方未上诉的问题发表意见，有报告竟包含了长达 46 页的附带意见。对此，“欧中加印等成员提案”建议应对《谅解》第 17.2 条的规定进行修订，即规定上诉机构“应在上诉程序中处理当事方提出的每个

---

[21] “强制性司法节制原则”涉及对《谅解》第 17 条第 12 款的修改。

[22] Communication from the European Union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore, Mexico, Costa Rica and Montenegro to the General Council, Revision, 11 December 2018, WT/GC/W/752/Rev.2, p. 2.

[23] Fostering a Discussion on the Functioning of the Appellate Body, Communication from Honduras, 21 January 2019, WT/GC/W/758, para. 2.1.

问题”，但需要“在解决争议的必要程度或限制内”。洪都拉斯则建议考虑是否可对上诉机构规定强制性的司法节制，禁止上诉机构在其报告中包括附带意见，禁止进行抽象讨论或提供有关 WTO 法的咨询性意见等。这将解决有关上诉机构作出对争端解决不必要的、冗长的“咨询性意见”或“附带判决”等方面的问题，也间接有助于符合 90 天的审理期限的要求。

（4）审查范围（上诉机构对事实问题的审查）

《谅解》第 17.6 条将上诉审查限于“专家组报告中涵盖的法律问题以及所做的法律解释”。美国认为，上诉机构在实践中适用不同标准审查专家组的事实认定，并得出一些并非基于专家组认定或本无争议的事实的结论。这特别体现在上诉机构针对专家组关于 WTO 成员内法含义所做结论的重新审查，而这是事实问题而非法律问题，因此并不在上诉审的范围内。对此，“欧中加印等成员提案”建议进一步澄清专家组报告中包含的法律问题及其所做的法律解释的含义。在《谅解》第 17.6 款的意义上而言，尽管专家组报告涉及的法律问题的解释包括根据 WTO 规则对涉案措施所做的法律定义和专家组根据《谅解》第 11 条对此进行的客观评估，但不包括 WTO 成员内措施本身的含义。洪都拉斯则建议对《谅解》进行修改：规定上诉机构审议事项应类似于专家组根据《谅解》第 11 条的审议，即对提交的问题或事项进行客观评估，并且由 WTO 成员规定客观评估和审查标准的具体范围；明确禁止上诉机构审查事实问题，并且明确规定 WTO 成员的国内法属于事实问题，WTO 成员的法院或有权机构对其国内法的解释不受上诉机构的审查；规定上诉机构不再进行所谓的完成法律分析。

（5）上诉机构报告的“先例”地位问题

上诉机构宣称其报告实际上可作为先例，如果缺乏“强有力的原因”，在后的专家组的报告应遵循在先的上诉机构报告。美国认为，这种做法缺乏 WTO 协定的法律基础。尽管上诉机构报告可以对 WTO 协定进行有价值的澄清，但其报告本身并非经过 WTO 成员谈判而一致同意的协定文本，不可作为其替代。对此，“欧中加印等成员提案”建议上诉机构与 WTO 成员通过年度会议等形式进行交流，这种沟通方式与通过案件的具体报告无关。WTO 成员可表达对上诉机构成员审理案件所使用的方法、涉及的一些系统性问题或法理发展趋势等方面的关注。这种沟通需要透明度规则等来约束，以避免 WTO 成员对上诉机构成员施加不必要的压力。

同时，WTO 成员的建议还涉及增加上诉机构独立性和公正性、提高工作效率以便遵守案件审限、确保有序过渡并尽快开始新成员的选任程序等问题。例如，“欧中印加等成员提案”建议调整上诉机构成员任期为 6-8 年的单一任期以增强其独立性、将上诉机构成员由 7 人增至 9 人、规定上诉机构成员的全职工作性质、增强上诉机构秘书处的力量、上诉机构离任成员的过渡期最长不超过 2 年、在上诉机构成员任期届满前的特定时间内自动开始新成员的选任程序等。针对上诉机构增加或减少 WTO 成员在涵盖协定项下的权利和义务问题，澳大利亚、新加坡、加拿大等建议立即开始讨论和聚焦解决问题，包括加强在争端解决机构和争端裁判者之间的功能和责任方面取得合适的平衡等。洪都拉斯认为，对 WTO 成员权利和义务的增加或减少既包括成员的实体性权利义务，也包括成员的程序性权利和义务，即涉及上诉机构对成员义务的解释方式或方法，因此建议修改或删除《谅解》第 3.2 条关于上诉机构的义务在于“澄清”WTO 涵盖协定的规定，或将其改为上诉机构的义务在于以解决当前争议为目的而澄清相关规定的义务。洪都拉斯还建议引入发回重审程序，减少上诉机构审查的信息量，基于该程序可能会延长整个争端解决程序，可通过修改对上诉机构成员与其他成员进行合议的要求以避免迟延。

2.构建临时上诉仲裁机制

改良派还主张根据《谅解》第 25 条[24]的规定构建临时替代上诉机构功能的“临时上诉仲裁机制”，以在上诉机构停摆期间满足 WTO 成员的上诉需求。2020 年 3 月 27 日，包括欧盟和中国在内的 16 个 WTO 成员达成《多方临时上诉仲裁安排》（Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement，以下简称《上诉仲裁安排》），构建了诸边的临时上诉仲裁机制（以下简称上诉仲裁机制），并向 WTO 成员开放加入。其后于 2020 年 4 月 30 日，19 个成员向 WTO 通报了该安排。截至 2021 年 4 月，《上诉仲裁安排》共有 23 个成员（加上欧盟 27 个成员国，共 50 个成员，约占 WTO 164 个成员的三分之一）。

《上诉仲裁安排》由正文和两个附件组成，对上诉仲裁机制各方面的问题作出了详细的规定。上诉仲裁机制基本复制了原来的上诉机构机制，但在不少地方作出了改进，尤其是针对美国对上诉机构的指责作出了回应和改革，这些改革也吸收了不少 WTO 成员对上诉机构机制的改革主张。因此，上诉仲裁机制在某种程度上也是 WTO 争端解决上诉审议机制的改革试验田。

值得一提的是关于上诉仲裁审限、审查范围以及上诉建议权等方面的改良。

（1）审限

《谅解》第 17 条第 5 款规定，上诉程序的一般审限为 60 天，最长审限为 90 天，且无进一步延长审限的规定。然而，上诉机构在超过一半的案件中都无法在 90 天内结案，且在延长审限时只是通知了争端解决机构而并未经过争端方的同意，因而遭到美国的指责。

在构建上诉仲裁机制时，有关 WTO 成员一方面考虑到美国的关切，另一方面也关注到上诉机构逾期作出裁决存在客观原因（例如案件数量增加、案情日益复杂等），在审限方面作出了不少创新。这些创新基本上吸收了有关 WTO 成员在讨论上诉机构机制改革时所提出的关于上诉审限的第一种改良方案。首先，《上诉仲裁安排》延长了原来的一般审限，且补充了关于进一步延长审限的规定，即规定上诉仲裁庭应在 90 天内作出裁决，但经争端方同意可延长审限；其次，上诉仲裁庭可采取限制裁决篇幅、设置截止日期、限制开庭时长和次数等适当的措施以满足审限要求。[25]此外，为了在 90 天审限内发布裁决，《上诉仲裁安排》赋予了仲裁庭对争端方减少上诉请求的建议权。[26]但《上诉仲裁安排》在审限的计算上并未采纳洪都拉斯的建议，即审限的计算依然不得将周末和节假日、报告翻译时间排除在外。

（2）审查范围和事项

《谅解》第 17 条第 6 款把上诉审查范围限定为法律审。美国指责上诉机构违反《谅解》中关于上诉审查范围的规定，越权审查事实问题；同时批评上诉机构在其报告中过多发表附带意见（obiter dicta）或咨询性意见，甚至讨论争端方并未提出上诉的问题，因而有碍实现 WTO 争端解决机制迅速解决争端的目标。[27]

有关 WTO 成员所构建的上诉仲裁机制也回应了美国的批评。一方面，《上诉仲裁安排》

---

[24] 《谅解》第 25 条规定的仲裁在性质上是与专家组和上诉机构程序并行的替代性争端解决方式，改良派主张对该条款进行适当变通，将该条所规定的仲裁程序仅适用于上诉程序，构建临时替代上诉机构功能的“临时上诉仲裁机制”。

[25] *See* paras. 12-14, Annex 1, the MPIA.

[26] *See* para. 13, Annex 1, the MPIA. 考虑到上诉仲裁庭的这一建议权既涉及审限又涉及审查范围，较为复杂、独特，下文将单独对此进行论述。

[27] *See* USTR, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (Jan. 28, 2021), https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf, at 37-54.

保留了《谅解》第 17 条第 6 款的规定，把上诉仲裁庭的审查范围依然限定为法律审；[28]另一方面，上诉仲裁机制部分吸收了洪都拉斯对上诉机构机制所提的改革意见，对《谅解》进行了改良，通过在《上诉仲裁安排》中纳入一个“强制性司法节制”条款来回应美国关于上诉机构发表附带意见的批评，即规定上诉仲裁庭应仅审理那些对本案争端解决而言所必需的问题，且在不影响仲裁庭履行就其所管辖问题作出裁决义务的前提下，上诉仲裁庭应仅审理那些由争端方在上诉中提出的问题。[29]

（3）上诉建议权

上诉仲裁机制的另一项重要创新是赋予仲裁庭对争端方减少上诉请求的建议权。《上诉仲裁安排》附件一第 13 段规定：“如有必要，为了在 90 天期限内作出裁决，仲裁员还可以向当事方提出实质性措施，例如排除根据《谅解》第 11 条声称对事实缺乏客观评估的主张。”这一创新的规定，回应了美国对上诉机构在违反审限和越权审查上的批评指责。

其一，上诉仲裁庭的这一建议权，有助于精简争端方上诉请求的数量，从而有利于上诉仲裁庭满足审限要求，在上诉仲裁机制中回应了美国对上诉机构在违反审限的指责。其二，与上诉机构一样，上诉仲裁庭仅有权审查法律问题，这一规定有助于避免上诉仲裁庭中对事实问题进行审查，从而减少了上诉仲裁庭越权审查事实问题的可能性。这是因为《谅解》第 11 条涉及专家组对案件事实问题的审查，在 WTO 争端解决实践中，上诉机构在对有关《谅解》第 11 条的上诉请求进行审查和作出裁决时，需要区分事实问题和法律问题，若处理不当，则会出现审查事实问题的情况，从而遭到 WTO 成员（尤其是美国）的指责。[30]

此外，这一创新规定也有实践基础。在 WTO 争端解决实践中，上诉机构常常对《谅解》第 11 条项下的上诉请求适用司法节制原则而不予审查。简单而言，《谅解》第 11 条项下的上诉请求涉及的是程序问题和请求。当上诉方请求上诉机构推翻专家组对某些实体问题的裁决时，其往往同时请求上诉机构认定专家组在程序问题上的违法——主张专家组违反了《谅解》第 11 条的规定而没有对其审议的事项作出客观评估。针对上诉方关于实体问题的请求，上诉机构可能予以支持、驳回或不予审查，但无论作出何种裁决，上诉机构常常会对与实体请求捆绑的程序请求适用司法节制原则而略过对程序请求的审查。如果专家组在实体问题上的裁决被上诉机构推翻，这就在一定程度上证明了专家组未遵守《谅解》第 11 条来对其审议事项作出客观评估，因而上诉机构不必再对《谅解》第 11 条项下的上诉请求进行审查；反之亦然。[31]

《上诉仲裁安排》的另一创新规定涉及到仲裁庭对争端方减少诉请的建议权。如果是为

---

[28] *See* para. 9, Annex 1, the MPIA.

[29] *See* para. 10, Annex 1, the MPIA.

[30] 石静霞：《WTO<多方临时上诉仲裁安排>：基于仲裁的上诉替代》，载《法学研究》2020 年第 6 期，第 181 页。

[31] *See*, e.g., United States - Conditional Tax Incentives for Large Civil Aircraft, WT/DS487/AB/R, paras. 4.1, 5.83, 5.84 and 6.6; Argentina - Measures Relating to Trade in Goods and Services, WT/DS453AB/R, paras. 4.1 and 6.78; United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, para. 156; European Communities - Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China, Recourse to Article 21.5 of the DSU by China, WT/DS397/AB/RW, para. 5.243; United States - Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea, WT/DS464/AB/R, paras. 5.286 and 6.15; Colombia - Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, WT/DS461/AB/R, para. 5.94; United States - Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India, WT/DS436/AB/R, para. 4.47; Japan - Countervailing Duties on Dynamic Random Access Memories from Korea, WT/DS336/AB/R, para. 201; United States - Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Argentina, WT/DS268/AB/RW, para. 185(a); EC - Selected Customs Matters, WT/DS315/AB/R, paras. 243and 270; US - Upland Cotton, WT/DS267/AB/R, para. 695. 参见梁意：《世贸组织上诉机构对司法节制原则的适用》，载《武大国际法评论》2018 年第 2 期，第 146-150 页。

在 90 天期限内作出裁决所必需，则仲裁庭可对争端方提出排除某些诉请的实体性建议。在被排除的诉请中，《上诉仲裁安排》特别提及那些“基于《谅解》第 11 条提出的、缺少对事实的客观评估的主张”。这一问题有复杂的背景。简言之，尽管《谅解》第 11 条（“专家组的功能”）规定专家组对争端方提交事项（包括案件事实问题）进行客观评估，但《谅解》第 17 条第 6 款将上诉审议范围仅限于专家组报告中涵盖的法律问题及专家组所作的法律解释。因此，在 WTO 上诉审议中区分法律问题和事实问题，便关系到上诉审议的范围和标准，也与争端解决机制改革中是否建立上诉机构的发回重审制度等问题密切相关，一直存在较大争议。

美国指责上诉机构越权审查专家组报告中的事实问题，推翻专家组的事实认定，特别是其中所涉及的 WTO 成员国内法的含义，认为这导致争端解决的复杂化和两审内容的重复性，延迟争端解决。为此，《上诉仲裁安排》允许仲裁庭建议争端方排除此类上诉事项，以减少上诉仲裁中审理事实问题的可能性。如果争端方接受建议，不对专家组报告中的事实认定问题提出上诉，上诉仲裁庭即无须审理。这样既节约程序时间，也在一定程度上回避了争议。但应注意，仲裁庭的此类建议并不具有约束力，最终仍由争端方决定是否对专家组报告中的某些诉请提出上诉，且争端方不同意仲裁庭建议并不影响仲裁庭对案件的考虑和争端方的权利。这是《上诉仲裁安排》参加成员考虑到该问题的争议性、具体案件中事实问题和法律问题难以区分并尊重争端方意思自治等因素，进行综合权衡后的规定。

3.其他改革主张

除了上述两方面的改革主张，还有学者提出在 WTO 原有争端解决机制的基础上建立“超大型的诸边争端解决机制”（mega-plurilateral dispute settlement mechanism），这一改革方案跟原有争端解决机制的唯一区别在于适用范围的区别，即其不适用于所有 WTO 成员。[32]这属于改革 WTO 争端解决机制的改良派观点。显然，这一主张主要是为了应对美国对 WTO 争端解决机制的消极态度，绕开美国“另起炉灶”。但是，这一主张具有很大的局限性，[33]目前这一主张也没有得到 WTO 成员的支持。[34]

另外，不少专家也注意到，WTO 争端解决机制的改革涉及到更广泛的体系性改革。但考虑到这些这些问题以及超出本文的讨论范围，也限于篇幅，在此对其不予赘述。[35]

（三）改良派主张的局限性

改良派的主张固然在细节上改进了 WTO 争端解决机制，其保留并完善上诉机制的基本主张也得到中国、欧盟等主要 WTO 成员的支持，但改良派的主张依然存在很大的局限性。

1. 改良派主张本身的不足之处

改良派主张本身存在不足之处。例如，中国、欧盟等 WTO 成员构建的上诉仲裁机制在把上诉审限定为法律审（即没有赋予上诉仲裁庭事实审查权），但并未同时规定发回重审程

---

[32] *See* Qingjiang KONG and Shuai GUO, Towards a Mega-Plurilateral Dispute Settlement Mechanism for the WTO?, 53 JOURNAL OF WORLD TRADE 273, 291 (2019). *See* also Robert McDougall, The Search for Solutions to Save the WTO Appellate Body, European Centre for International Political Economy (Dec. 2017), http://ecipe.org/publications/the-search-for-solutionsto-save-the-wto-appellate-body (accessed 10 Apr. 2018); and Tetyana Payosova, Gary Hufbauer & Jeffrey Schott, The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures, PIIE Policy Brief 18‐5 (Mar. 2018). Washington: Peterson Institute for International Economics.

[33] 关于这一主张的局限性，详见下文分析。

[34] Robert Mcdougall, The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance, 52 JOURNAL OF WORLD TRADE 867, 885 (2018).

[35] Robert Mcdougall, The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance, 52 JOURNAL OF WORLD TRADE 867, 885 (2018).

序，这依然没有解决因专家组错误适用司法节制原则而导致争端得不到积极解决的问题。[36]又如，上诉仲裁机制虽然纳入了“强制性司法节制”的规定，但没有明确禁止上诉仲裁员发表附带意见或咨询意见，因而没有彻底解决美国的关切。

关于未来如何避免上诉机制危机，尤其是如何避免由一个成员就能使上诉机构停摆，改良派目前尚无答案。这涉及到 WTO 更广范围、更深层次的改革，涉及到 WTO“协商一致”的决策机制，这也是最难改的。

（1）缺乏可行性

改良派改革主张最大的缺陷在于缺乏可行性，至少可行性存疑。第一，现在上诉机构处于停摆状态，且在可预见的未来能否恢复运行还存在很大的不确定性，因而改良派关于上诉机构机制的改革主张有如空中楼阁，虚幻且无法推行。第二，改良派关于上诉机构机制的改革主张虽然在许多方面回应了美国对上诉机构的批评和指责，但这些主张并未回应美国的核心关切（即所谓的上诉机构越权问题），得不到美国的支持，因而不具备可行性。美国认为，改良派主张的这些程序性改革并非必要，因为《谅解》的有关规定是明确的，上诉机构严格遵循有关规定即可；同时，美国认为改良派的改革主张不可接受，因为在美国看来上诉机构在很多领域已经存在越权问题，但改良派的改革主张坚持甚至增强上诉机构的独立性，与美国主张的加强对上诉机构监督的主张背道而驰。第三，改良派所构建的上诉仲裁机制适用范围有限，同样因没有触及美国的核心关切而很难得到美国的支持。在 WTO 争端解决中，涉美案件数量最多，没有涵盖美国的上诉仲裁机制无疑是有缺陷的，因为在涉美争端中，美国完全可以通过向“人去楼空”的上诉机构提起上诉来阻扰对其不利的专家组报告的通过，进而使这些争端陷入未决状态，即争端无法得到积极解决。

（2）缺乏灵活性

不容忽视的是，改良派的这些改革主张缺乏灵活性。其坚持维护上诉机制，尤其是坚持维护上诉机构，把“两审终审制”和“一审终审制”对立起来，把这两种审级制度看作非此即彼的选择。这样的改革主张虽然能避免 WTO 争端解决机制“倒退”回“一审终审制”，但过于僵化、缺乏灵活性，在争端解决机制改革议题上把美国和其余 WTO 成员划为对立的两个阵营，因而无益于解决当下的僵局。

此外，改良派的改革主张大都基于应对上诉机构瘫痪和停摆危机而提出，许多改革主张存在一定的滞后性，难以适应新形势，因而缺乏前瞻性。

四、革命派的主张及其局限性分析

革命派主张抛弃上诉机制，把 WTO 争端解决机制由“两审终审制”改为“一审终审制”，仅保留专家组机制。其中，根据是否主张改革专家组机制，该派别可进一步被分为保守革命派和进步革命派。前者主张原封不动地保留现有的专家组机制，目前美国政府似持这一态度；

[36] 在 WTO 争端解决实践中，这一问题并不鲜见。假设申诉方提出甲、乙两个诉讼请求，这两个诉讼请求涉及世贸组织涵盖协定的不同条款，专家组通过审理诉请甲发现争议措施违反了世贸组织规则，且专家组认为不必审理诉请乙就足以解决争端，就对诉请乙适用了司法节制原则。然而，上诉机构推翻了专家组关于诉请甲的裁决，认为争议措施并不违反诉请甲所提及的条款。这种情况下，专家组在诉请乙上错误适用了司法节制原则，但上诉机构无权亲自审查诉请乙，也无权把案件发回给专家组让其审查诉请乙，导致争端得不到积极解决。对于 WTO 争端解决机制的这一缺陷，WTO 成员也考虑赋予上诉机构事实审查权，或者建立发回重审制度。但在构建上诉仲裁机制时，这两个主张均未被采纳。

[37]后者主张对专家组机制进行改革，该派别的代表人物是美国的伯纳德·M·霍克曼（Bernard M. Hoekman）教授和佩特罗斯·C·马弗鲁第斯（Petros C.Mavroidis）教授。[38]目前，革命派呈现出“美国政府倡导理念+学者细化方案”的特点。

需要注意的是，保守革命派的主张并不可取，因为其无法解决 WTO 成员对专家组裁决公正性的担忧。这些关于公正性的担忧至少体现在以下两方面：第一，关于专家组成员。尽管《谅解》第 8 条要求“专家组成员的选择应以保证各成员的独立性、完全不同的背景和丰富的经验为目的进行”，但在实践中，专家组成员多来自发达国家。中国是 WTO 争端解决机制的三大运用国之一，然而在中国向 WTO 提交的专家组成员指示性名单中，只有张玉卿先生真正审理过案件。[39]在这种情况下，很难保证专家组不作出倾向于维护发达国家利益的裁决。第二，关于争端解决行政支持。这主要是指秘书处职员的问题。在 WTO 争端解决中，由于专家组的非常设性质，在案件审理程序的把握（包括专家组成员的提名）和专家组报告的起草上，专家组都较为依赖秘书处的职员，而秘书处职员大多来自发达国家。因此，这也很难保证专家组的公正性不受秘书处职员的影响。此外，WTO 的专家组是非常设的，若以其为基础建立一审终审的争端解决机制，在争端解决机制其他方面不做修改的情况下，难以确保争端解决法理的连贯性和一致性，也没有纠错机制对专家组的错裁予以救济。

当然，本文并不全然反对以非常设性的专家组为基础建立“一审终审制”，只是应对 WTO 争端解决机制进行体系性改革以确保争端解决的公正和高效。但考虑到保守革命派只是主张废除上诉机构，并主张以非常设性的专家组为基础建立“一审终审制”，但并未阐述其关于争端解决机制的体系性改革主张，下文在阐述革命派的改革主张时，仅论述进步革命派的主张。

（一）革命派反对保留上诉机制的理由

1. 保留上诉机制不具备可行性

革命派认为，在现有机制以及当下局势下，保留上诉机制不具备可行性。WTO 实行协商一致的决策机制，保留上诉机制则需要没有成员对此予以反对。[40]然而，美国很有可能反对保留上诉机制（包括上诉机构机制和上诉仲裁机制）。虽然拜登当选美国总统之后，曾表示美国会回归多边，上诉机构也有望恢复；但是拜登就职之后，在 2021 年 1 月 25 日召开的 WTO 争端解决机制例会上，美国代表以美国正处于向新政府过渡时期为由，再次拒绝启动上诉机构成员的选任。由此可见，关于上诉机构能否恢复，局势并不明朗。更重要的是，美国对上诉机构积怨已久，且其对上诉机构的不满在联邦政府内部存在广泛共识。[41]因此，未来美国很有可能依然反对上诉机构的恢复。对于用以临时替代上诉机构机制的上诉仲裁机制，

---

[37] 美国特朗普政府时期的美国贸易代表莱特希泽 2020 年 8 月在《华尔街日报》上提出了世界贸易组织的改革方案，他建议把 WTO 争端解决机制由“两审终身制”改为以非常设专家组为基础的“一审终审制”。*See* Permanent Mission of the United States to the World Trade Organization, https://currentthoughtsontrade.com/2020/08/24/ustr-lighthizers-op-ed-in-the-wall-street-journal-how-to-set-world-trade-straight/, last visit on February 10, 2021, last visited on 7 May 2021.

[38] 类似的主张参见 Warren H. MARUYAMA, *Can the Appellate Body Be Saved?*, 55 JOURNAL OF WORLD TRADE 197, 197-230 (2021).

[39] 2007 年 9 月 5 日，张玉卿先生被任命为专家组成员审理“欧盟——香蕉（三）（美国提起执行之诉）案”。*See* European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, Constitution of the Panel, Note by the Secretariat, Revision, WT/DS27/84/Rev.1, 5 September 2007, para. 4.

[40] 参见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 9 条第 1 款。

[41] See Bernard M. Hoekman and Petros C.Mavroidis, To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform, 23 J. INT'L ECON. L. 703, 717 (2020); Barfield, Free Trade, Sovereignty,Democracy:The Future of the World Trade Organization, American Enterprise Institute: Washington, DC, 2001; Ragosta and Zeldovich,WTO Dispute Settlement: The Systemis Flawed and Must be Fixed, The International Lawyer, 2003, 37: 697.

美国大概率不会支持，即不会加入中国、欧盟等 WTO 成员达成的《上诉仲裁安排》。

美国贸易代表办公室 2020 年 2 月发布的《关于 WTO 上诉机构的报告》[42]集中反映了美国对上诉机构的指责。该报告指出，上诉机构长期违反 WTO 规则，从而破坏了 WTO 以及 WTO 争端解决机制。上诉机构的这些违法行为包括经常逾期发布上诉机构报告（违反《谅解》第 17 条第 5 款关于上诉审限的规定）、允许上诉机构成员在其任期届满之后继续审案（违反《谅解》第 17 条第 2 款的规定）、越权审查事实问题（违反《谅解》第 17 条第 6 款关于限定审查法律问题的规定）、对于对解决争端非必要的问题发表咨询意见（违反《谅解》第 3 条第 7 款关于争端解决目的的规定）、错误地把上诉机构报告视为具有约束力的先例、越权对属于 WTO 其他机构管辖的事项发表意见、错误解释 WTO 规则等。[43]虽然部分 WTO 成员针对美国的指责提出了相应的上诉机构改革方案，例如延长上诉审查期限、对上诉机构引入强制的司法节制原则，但这些方案都不能满足美国的需求，美国依然坚持架空上诉机构。

实际上，美国对上诉机构不满的深层原因在于，上诉机构作出了很多对美国不利的裁决；尤其是在美国被诉案件中，上诉机构推翻了很多对美国有利的专家组裁决，最典型的就是涉及归零问题的一系列美国被诉案件。因此，在美国看来，维持上诉机构或类似的上诉机制并不符合美国利益。

2.保留上诉机制不具备必要性

革命派认为，保留上诉机构的一个主要理由是，上诉机构的存在有利于争端解决的去政治化（depoliticization），但保留上诉机构、维持“两审终审制”并非达到争端解决去政治化的唯一途径，以常设专家组为基础的“一审终审制”也能达到同样的效果。[44]因此，从争端解决去政治化的角度来讲，没有必要保留上诉机构或与此类似的上诉机制。

争端解决的去政治化，意味着一方面要削弱争端解决机制的政治性，即削弱权力对争端解决的影响；另一方面要加强争端解决机制的法律性，即增强争端解决结果的可靠性和可预测性。

若要削弱权力对争端解决的影响，则需要增强争端解决机制的司法性。就这方面而言，上诉机构的确功不可没，但其并非起这一作用的唯一机构和机制。从历史的角度来说，上诉机构在 WTO 中的建立仅仅是争端解决去政治化的其中一环。在 GATT 时代，争端解决以“权力导向”为特征，外交色彩浓厚。“协商一致”的决策方式使败诉方对专家组报告拥有“一票否决权”，而且绝大多数专家组成员为 GATT 缔约方的政府官员，在争端解决中专家组的独立性和中立性得不到保障，争端解决的效率和公正因而大打折扣。WTO 建立的争端解决机制则以“规则导向”为特征，大大削弱了权力对争端解决的影响，克服了 GATT 争端解决机制的诸多缺陷。与 GATT 争端解决机制不同，WTO 的争端解决机制建立了上诉机构，构建了“两审终审”的审级制度；争端解决机构采取“反向协商一致”的决策方式，使专家组报告和上诉机构报告基本得以自动通过；专家组和上诉机构的成员不隶属于任何政府。此外，在 WTO 成立之前，GATT 也逐渐建立了专门处理法律事务的法律司（Legal Office）来为争端解决提供内部法律咨询，从而强化争端解决的司法功能。这些举措，都增强了争端解决机制的司法性，削弱了权力对争端解决结果的影响，从而有利于争端解决的去政治化。也

[42] United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020.

[43] United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020, pp. 25-121.

[44] *See* Bernard M. Hoekman and Petros C.Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, 23 J. INT'L ECON. L. 703, 712 (2020).

由此可见，争端解决的去政治化是一项系统工程，上诉机构仅为 WTO 争端解决去政治化贡献了部分作用。

争端解决的去政治化，还需要增强争端解决结果的可靠性和可预测性。《谅解》第 3 条第 2 款规定:“WTO 争端解决体制在为多边贸易体制提供可靠性和可预测性方面是一个重要因素。”在 WTO 争端解决机制中，一审层面的专家组是专案专设的，具有临时性，因而对于同一法律问题，不同专家组可能作出不同认定。通过设立一个常设的上诉机构则有助于解决这一问题。一方面，上诉机构作为一个常设机构，其对同一问题的认定通常比较连贯一致；另一方面，上诉机构裁决具有事实上先例的作用，后案专家组在处理相同问题时遵循上诉机构的“先例”，则可达到“同案同判”的效果。因此，通常认为，为给多边贸易体制提供可靠性和可预测性，需要有上诉机构或与此类似的上诉机制。然而，革命派不以为然。其一，虽然上诉机构是常设的，但其裁决结果并不总是连贯一致的，其甚至在一些根本性问题上前后摇摆。其二，即便上诉机构的裁决并不存在前后不一致的问题，为给多边贸易体制提供可靠性和可预测性，也没有必要维持常设性的上诉机构，因为这并非实现这一目的的唯一途径，以常设专家组为基础的“一审终审制”同样能实现这一目的。考虑到分析为什么以常设专家组为基础的“一审终审制”涉及争端解决机制改革的诸多细节，这一分析将在下一部分进行论证。

（二）革命派对 WTO 争端解决机制的改革主张

革命派主张抛弃上诉机制，把 WTO 争端解决机制由“两审终审制”改为“一审终审制”，并把专家组由临时的改为常设的。在构建以常设专家组为基础的“一审终审制”上，革命派主张在常设专家组成员人数、任职资格、选拔程序、任期和行政支持等方面进行机制设计。[45]

1.常设专家组成员人数

根据 WTO 成立以来受理案件的数量以及每个案件的工作量来看，常设专家组成员人数可以确定为 12 至 15 名。具体负责个案审理的专家组人数应为 3 人或 5 人，到底是采用 3 人庭还是 5 人庭，则取决于案件标的额，即受影响的贸易额。[46]

2.任职资格

常设专家组成员应满足一定的任职资格。为了确保争端解决的专业性和公正性，革命派认为常设专家组成员起码需要满足以下三项任职资格：（1）在贸易法和/或经济学方面具有明显专长。但这一“专长”并不要求其之前担任过专家组成员或者上诉机构成员，这些任职经验只是加分项，而非必需项。（2）不得隶属于政府，且在其任期届满之后，其在政府中的任职应受到限制。（3）不得存在潜在偏见和利益冲突。在理想情况下，应禁止选任正在休假中但未离职的政府官员，并要求专家组成员在任期届满后五年内不得回政府任职，也不得作为律师代理政府打 WTO 官司。此外，还可以参考《欧盟运行条约》，规定只有在国籍国享有最高司法职能者才有资格被选为常设专家组成员。

3.选拔程序

革命派提出，在构建常设专家组时，专家组成员的选拔可分为两轮。

第一轮为“交叉选拔”，旨在产生一个专家组成员的短名单。例如，美国从欧盟拟定的专家组成员名单中选择一名专家，欧盟从印度拟定的专家组成员名单中选择一名专家，印度

[45] *See* Bernard M. Hoekman and Petros C.Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, 23 J. INT'L ECON. L. 703, 713-717 (2020).
[46] *Ibid.*, at 713.

从中国拟定的专家组成员名单中选择一名专家，以此类推。这轮程序旨在产生一个由 40 人组成的专家组成员短名单，最常使用 WTO 争端解决机制的前 20 名 WTO 成员均应起码有一名专家被列在这一短名单中。[47]

第二轮为“委员会选拔”，旨在产生最终的常设专家组成员。在这轮选拔中，首先由 WTO 成员选出 11 名专家组成“专家组选拔委员会”，这 11 名委员由资深学者、成员域内最高法院的法官、曾任专家组或上诉机构成员的专家组成；然后由“专家组选拔委员会”从第一轮程序产生的 40 人“短名单”中选出 15 名专家，组成最终的常设专家组。其中，三分之一的专家组成员应具备服务贸易问题、国内规制、知识产权和投资政策等方面的知识，即主要为法律专家；另外三分之一的专家组成员应具备经济学专长，但这部分成员可与前一类别的成员重叠。之所以要求专家组成员由法律专家和经济学专家组成，是因为在争端解决中，某些法律问题的分析需要辅之以经济学知识。[48]

4.任期

上诉机构成员的任期为 4 年，可再连任一次，即最长任期为 8 年。与此不同，革命派提出，常设专家组成员的任期为 8 年，且不可连任。此外，在第一批常设专家组成员在，有一半成员的任期仅为 6 年，从而确保第一批和第二批专机组成员在任期上的衔接。革命派认为，把常设专家组成员的任期延长到 8 年且规定不可连任可以达到以下两个目的：第一，具有从现有专业知识中获益的机会（the opportunity to profit from the expertise of incumbents）；第二，确保专家组成员不会利用他们的输出寻求连任（to ensure that panelists will not use their output as a signaling mechanism for reappointment）。

5.行政支持

在行政支持上，革命派有两方面的主张，一是限缩 WTO 秘书处的职权和职责，二是扩大专家组获取行政支持的自主权。这是一个问题的两个方面。

之所以主张限缩秘书处的职权和职责，是因为：第一，在常设专家组机制下，WTO 秘书处无需享有如此广泛的职权和职责。例如，在现有的 WTO 争端解决机制之下，根据《谅解》第 8 条第 6 款，WTO 秘书处应当向争端各方建议专家组成员的提名；之所以作此规定，部分是因为现有的 WTO 专家组是临时性的；而当专家组被改为常设性的之后，秘书处就无需承担这一职责了。因此，在常设性专家组机制下，《谅解》第 8 条第 6 款已经成为多余的条款，可被删除。第二，秘书处享有的部分职权和职责，容易引起公正性担忧。在现有机制下，秘书处还会协助专家组起草报告、向 WTO 成员驻 WTO 使团回答各种法律问题。然而，这两项职责是存在冲突且会引发不公问题。例如，当一个 WTO 成员向秘书处咨询关于 WTO 另一成员国内法的问题，并在此后就这些国内法问题将该成员告上 WTO；由于此前秘书处就相关问题向提起申诉的成员提供法律咨询意见，秘书处便有可能对专家组报告中涉及的某些法律问题形成预判，进而影响专家组裁决的公正性。

革命派还主张扩大专家组获取行政支持的自主权，主要是向专家组成员提供必要的预算，供他们聘任自己的办案秘书或助理。在常设性专家组机制下，如果在秘书处方面不作相应的改革，可能产生的问题是：秘书处职员并非由专家组成员任命或聘用，专家组成员和秘书处职员之间会缺乏信任，他们之间的关系并不像美国最高院大法官与其助理之间的关系。然而，在专家组由临时变常设、变得更加专业化的背景下，专家组成员与其助理之间的信任关系非

[47] *See* Bernard M. Hoekman and Petros C.Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, 23 J. INT'L ECON. L. 703, 714 (2020).
[48] Ibid.

常重要。因此，有必要向专家组成员提供必要的预算，供他们聘任自己的办案秘书或助理。此外，如前所述，这一改革建议也是基于维护公正的考虑，因而有必要将 WTO 的司法职能与日常行政职能加以区分，其中包括将 WTO 秘书处的职员与专家组成员的助理区分开来。[49]

（三）革命派主张的局限性

革命派这一以“常设专家组”为基础的一审终审改革主张同样存在很大的局限性。其改革方案本身不仅存在不少漏洞，而且存在可行性障碍，也缺乏灵活性。

1.改革方案本身的漏洞

革命派的改革方案本身存在许多漏洞，至少存在许多有待完善之处。例如，在选拔程序上，革命派目前的改革方案并未澄清以下问题：（1）在第一轮选拔中，哪些成员有资格提出专家组候选人名单？是否只有最常使用 WTO 争端解决机制的前 20 名 WTO 成员才有资格提名？若是，那么是否需要选拔两次才能凑够短名单所需的 40 人？若所有 WTO 成员均可提出专家组候选人名单，那初步交叉选拔的结果应为 164 人，又如何从中继续挑选出 40 人？（2）第二轮选拔中的“专家组选拔委员会”怎么构建？其与 WTO 其他委员会的性质有何异同？（3）这一选拔程序如何确保最终 15 名专家组成员的代表性和多样性？又如，行政支持上，这一方案只是主张限缩 WTO 秘书处职员的职责，但未阐明秘书处职员的具体职责，也并未说明是否需要用专门条款对秘书处职员的职责作出规定。

2.可行性问题

革命派认为其改革主张较为可行。第一，这一主张存在一定的历史基础。其实，在 WTO 构建“常设专家组”并非一个全新的主张。在 21 世纪初期，欧盟就曾提出这一主张，旨在通过提高专家组报告的质量和连贯性来减少对上诉的需求，同时在选择专家组成员以及专家组报告的起草上减少对秘书处的依赖。但当时欧盟的这一主张没有得到多少支持，一是因为某些 WTO 成员担心“常设专家组”会过于独立，二是因为当时大家认为专家组的错误可由上诉机构纠正，没必要设立常设专家组。[50]尽管如此，欧盟的这一主张为现阶段的 WTO 争端解决机制改革打下了一定的历史基础。第二，与 20 年前相比，这一方案在当下历史背景下较有可能推行。虽然“常设专家组”的改革提案在 21 世纪初没有实现，但如今改革背景发生了很大变化，与 20 年前相比，在当下推动设立“常设专家组”会没那么困难。现在上诉机构处于瘫痪状态，而且在可预见的未来，美国对于恢复上诉机构的态度并不积极，专家组的错误很有可能没法由上诉机构来纠正。至于《上诉仲裁安排》，目前参加的 WTO 成员有限，即便有更多的成员加入这一安排，美国也很有可能不加入，意味着在涉美经贸争端上，没有上诉仲裁庭来纠正专家组的错误。因此，前述反对构建“常设专家组”的第二项理由现在不复存在。

即便如此，革命派的改革主张依然面临很大障碍，其可行性存在很大疑问。第一，革命派主张把 WTO 的争端解决机制由“两审终审制”改为“一审终审制”，这一变动太大，WTO 成员难以就此达成共识。虽然革命派认为改良派维护上诉机制的主张因美国的反对而并不可行，但革命派的主张也有可能因其余 WTO 成员（尤其是中国和欧盟等已经签订《上诉仲裁安排》的成员）的反对而无法推行。第二，美国也不一定会支持革命派的这一主张。目前，

---

[49] *See* Bernard M. Hoekman and Petros C.Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, 23 J. INT'L ECON. L. 703, 714-715 (2020).

[50] *See* Bernard M. Hoekman and Petros C.Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, 23 J. INT'L ECON. L. 703, 712 (2020).

美国只是反对上诉机构，但其并未表示其会支持构建“常设专家组”。更重要的是，美国很有可能不只反对上诉机构，还有可能是反对以上诉机构为标志的常设争端解决“法庭”，因为这样的法庭过于独立，有可能削弱“成员控制”（member control）。例如，美国指责上诉机构的其中一个理由是，上诉机构要求专家组“遵循先例”，然而 WTO 规则作此要求，因而上诉机构这一做法违反 WTO 规则。[51]但革命派指出，美国其实并不反对事实上的“遵循先例”，美国只是反对遵循其认为错误的“先例”。[52]可以预见，如果“常设专家组”（若成功构建）在争端解决中遵循美国所认为的错误“先例”，那么美国同样会推翻“常设专家组”，甚至会因预想到这一点而反对“常设专家组”的构建。

3.方案缺乏灵活性和包容性

与改良派的主张类似，革命派的主张不仅因其缺乏普遍性而难以推行，还因其缺乏灵活性和包容性而使其难以成为 WTO 争端解决机制改革的最佳方案。

4.功能性不足

WTO 的专家组是非常设的专家组（即专案专设的专家组），上诉机构的一个重要功能是纠正这些非常设专家组的裁判错误。当然，革命派主张的把非常设的专家组改为常设性的专家组，能在一定程度上确保裁判结果和法律解释的连贯和一致，也能在一定程度上避免裁判错误；但常设性专家组依然无法具备上诉机构的纠错功能，起码无法达到同等的效果。

在国内法层面，世界上大多数国家实施的是“多审终审制”，就是为了让上级法院纠正下级法院的裁判错误，尤其是法律解释错误；商事仲裁裁决虽然是一裁终局，但在执行中也会面临司法审查而有可能被撤销，或被外国法院不予承认和执行。在国际法层面，例如在解决投资争端国际中心的“投资者—国家间”的投资争端仲裁机制，即便其为一裁终局，其还有撤销程序，相当于投资仲裁机制中的“二审程序”。

与其他国际争端解决机制不同，WTO 争端解决机制是“有牙齿”的机制，其争端解决结果具有更强的执行力。这就意味着 WTO 成员之间的争端更加需要具备纠错功能的“二审”机制，典型的即为上诉机制。目前看来，常设性专家组尚不具备这一功能。

五、折中派的主张及实现路径

改良派和革命派的改革主张都各有合理性，但它们都在某种程度上忽视了国家主权和事物的客观发展规律，因而缺乏可行性和灵活性。从尊重国家主权的视角来看，改良派坚持在维护“两审终审制”的前提下对 WTO 争端解决机制进行改革，并侧重探讨改良上诉机制来解决，但改良派的改革主张无法彻底解决美国对上诉机制（尤其是上诉机构）的担忧，因而难以推行；革命派则坚持抛弃上诉机制，把 WTO 争端解决机制由“两审终审制”改为“一审终审制”，但这一方案过于颠覆，只考虑了美国的诉求，而忽视了其他 WTO 成员的维护上诉机制的意愿，同样难以推行。从事物发展的客观规律来看，无论是“两审终审制”还是“一审终审制”，都只是 WTO 争端解决机制发展中的一个环节，片面坚持一种方案则忽视了事物发展的客观规律，不利于解决 WTO 争端解决机制当下面临的困境，也不利于中国推动和引领多边规则的发展。

因此，在上诉机构存废之争背景下 WTO 争端解决机制的改革，除了改良派和革命派的路径，还应当有第三条路，即本文主张的折中派的路径。

---

[51] *See* United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020, pp. 55-63.

[52] *See* Bernard M. Hoekman and Petros C.Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, 23 J. INT'L ECON. L. 703, 710 (2020).

（一）折中派的改革主张

习近平总书记在论及深化司法体制改革时指出：“完善司法制度、深化司法体制改革，要遵循司法活动的客观规律……”[53]习近平总书记的这一观点虽然是针对国内司法体制改革提出，但其对包括 WTO 争端解决机制在内的国际司法体制和准司法体制改革同样具有重要启示。完善 WTO 争端解决机制、深化 WTO 争端解决机制，要遵循 WTO 争端解决活动的客观规律，要遵循 WTO 争端解决机制发展的客观规律。

鉴于此，本文持折中派的改革观点，认为在上诉机构存废之争背景下对 WTO 争端解决机制进行改革，WTO 成员不宜对上述派别的方案作出非此即彼的选择，而应遵循 WTO 争端解决机制发展的客观规律，在不同阶段提出和选择不同的改革方案。也唯此方可突破改良派和革命派主张的局限性，改革方案才真正具备灵活性和可行性。

就国家主权而言，国际法的发展史是国家主权逐步受到约束的历史。在此过程中，争端解决机制机制的逐步发展是国际治理日益法治化、国际法治水平不断提高的反映。唯物辩证法发展观认为，事物的发展是波浪式前进和螺旋式上升的。多边经贸争端解决机制的发展亦如此。在 GATT 时代，权力导向的争端解决机制是多边经贸争端解决机制发展的第一阶段，该阶段以非常设的专家组“一审终审机制”为标志，且缔约方通过裁决的决策机制为协商一致。到了 WTO 时代，多边经贸争端解决机制发展到了第二阶段，由权利导向发展成为规则导向，以非常设的专家组机制加常设上诉机构机制的“两审终审制”为标志，且争端解决机构通过裁决的决策机制为反向协商一致。在 WTO 发展进入第 26 个年头，上诉机构停摆，如果改革成功，多边经贸争端解决机制将进入第三个发展阶段，这一阶段将以什么为标志？倒退回到权力导向的 GATT 时代不符合多边经贸争端解决机制的规律，也并非 WTO 成员所愿意看到的。即便美国通过一己之力使上诉机构陷入瘫痪，其也只是想通过此举促进 WTO 争端解决机制的改革，其并不反对去政治化的“反向协商一致”的决策方式。[54]

当下的改革，能推行何种方案在很大程度上取决于美国的态度。即便美国回归多边，愿意支持上诉机构恢复运作，那么上诉机构也不会是原来的上诉机构，在此情况下宜以改良派的主张为基础，推进上诉机制的改革。如果美国坚持抛弃上诉机制，那么可以以革命派的主张为基础，集中精力探讨如何改革专家组机制，以建立更公正的一审终审机制。

拜登当选美国总统后，美国有望回归多边，上诉机构也可能恢复运行。但美国对上诉机构积怨已久，即便愿意暂时恢复上诉机构的运行，也不排除美国将来会重新使上诉机构陷入停摆。有学者指出，拜登政府表示出回归多边的一点迹象（例如采纳部分关于上诉机构改革的主张），这也只是为了抚慰其贸易伙伴，上诉机构很有可能还是无法被拯救。[55]因此，美国更有可能把 WTO 的争端解决机制由“两审终审制”改为“一审终审制”。同时，包括中国和欧盟在内的诸多 WTO 成员依然希望保留两审终审制并签订了《上诉仲裁安排》。

因此，如果要兼顾这些 WTO 成员的不同需求，多边经贸争端解决机制发展的第三个阶段以“混合式的争端解决机制”为标志：对于《上诉仲裁安排》的参加方而言，则遵循“常设性的专家组+上诉仲裁”的两审终审制；对于没有加入《上诉仲裁安排》的 WTO 成员而言，则遵循常设性的专家组一审终审制；通过裁决的方式依然为反向协商一致。

然而，第三阶段并非多边经贸争端解决机制发展的终点。中国想要引领多边经贸争端解

---

[53] 习近平：《论坚持全面依法治国》，载中央文献出版社 2020 年版，第 148 页。

[54] 目前，美国尚未提出否定反向协商一致决策方式的方案。*See* Bernard M. Hoekman and Petros C.Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, 23 J. INT'L ECON. L. 703, 704 (2020).

[55] *See* Warren H. MARUYAMA, *Can the Appellate Body Be Saved?*, 55 JOURNAL OF WORLD TRADE 197, 197-230 (2021).

决机制的发展，还需要看得更长远。随着国际经贸关系更加深入的发展以及国际力量对比的变化，多边经贸争端解决机制的发展也许还会进入第四个阶段，这一阶段的争端解决机制将会更加完善，可能以“常设性的专家组”加“常设性的上诉机构”的两审终审制为标志，同过裁决的方式依然为反向协商一致。但无论多边经贸争端解决机制步入哪一发展阶段、具体以何种面貌呈现，也无论其在发展过程中经历何种挫折、陷入何种暂时的倒退，其均往符合客观规律的大方向发展。

需要注意的是，折中派的改革主张并非简单糅合改良派和革命派的主张。改良派和革命派的主张只有横向维度，而缺乏纵向维度（即时间维度）的考虑，因而是不全面的。

（二）折中派改革主张的实现路径

折中派关于 WTO 争端解决机制的改革主张需要分阶段来推进和实现。因此，在本轮改革中，即推动 WTO 争端解决机制的发展进入第三阶段（混合式的争端解决机制）的改革中，需要为下一轮改革设定计划，起码需要为下一轮改革留下空间。但当务之急为探讨如何推动 WTO 争端解决机制的发展进入第三阶段——混合式的争端解决机制。（中国推动和引领的角度）

中国作为 WTO 的重要成员，作为 WTO 争端解决机制的拥护者，应积极推动 WTO 争端解决机制的发展进入第三阶段。为此，中国还需要采取以下措施来推动改革：

第一，推动专家组机制的改革。在习近平法治思想中，抓住领导干部这个“关键少数”这个思想占有突出的地位。在 2020 年 11 月 16 日召开的中央全面依法治国工作会议上，习近平总书记提出要以科学理论指导全面依法治国各项工作；其中，需要“坚持抓住领导干部这个‘关键少数’”。[56]“各级领导干部作为具体行使党的执政权和国家立法权、行政权、司法权的人，在很大程度上决定着全面依法治国的方向、道路、进度。党领导立法、保证执法、支持司法、带着守法，主要是通过各级领导干部的具体行动和工作来体现、来实现。”[57]世界贸易组织成员平等，但具有实力的成员具有更大的影响力和破坏力。大国共识对世界贸易组织规则制定和实施、世界贸易组织正常运转至关重要。在 WTO 争端解决机制改革中，美国无疑是“关键少数”之一。WTO 争端解决机制改革需要美国的参与和支持，从而当务之急是把美国重新拉回改革的谈判桌。为此，中国在竭力维护上诉机制的同时，不得忽略美国推翻上诉机制的观念，也需要加快研究如何构建更公平、合理、高效运行的“一审终审制”的争端解决机制。如果是建立以常设性的专家组机制为基础的一审终审制，则可以在进步革命派主张的基础上进一步加入反映发展中国家诉求的因素。如果是建立以非常设性专家组机制为基础的一审终审制，则更加需要对 WTO 争端解决机制进行体系性改革，以避免少数成员以公正的名义操纵 WTO 争端解决机制和争端解决结果。[58]例如，秘书处职员要更具代表性、反映 WTO 成员的多样性；通过加强成员监督来发挥对专家组裁判的纠错功能。

第二，吸引更多的成员加入《上诉仲裁安排》。其一，这有助于满足成员的上诉需求；其二，从规则发展的角度来看，这有利于《上诉仲裁安排》的多边化，也有助于推动 WTO 争端解决机制的纵深发展，为 WTO 争端解决机制发展步入第四阶段做准备。

六、结语

在上诉机构存废之争的背景下，WTO 争端解决机制到了不得不改的境地。无论是维持“两审终审制”的改良派主张，还是改“两审终审制”为“一审终审制”的革命派主张，都

[56] 习近平：《论坚持全面依法治国》，载中央文献出版社 2020 年版，第 5 页。
[57] 同上注，第 135 页。
[58] 目前美国政府也还没提出关于专家组机制的改革方案。中国需要抓紧对此进行研究。

缺乏可行性和灵活性，也忽视了事物的客观发展规律。WTO 争端解决机制改革需要采取折中派的主张，即在上诉机构存废之争背景下对 WTO 争端解决机制进行改革，WTO 成员不宜对上述派别的方案作出非此即彼的选择，而应遵循 WTO 争端解决机制发展的客观规律，在不同阶段提出和选择不同的改革方案。也唯此方可突破改良派和革命派主张的局限性，改革方案才真正具备灵活性和可行性。

“区域”矿产资源开发惠益分享的财政运行机制探索

林家骏 中国政法大学

摘要：“区域”矿产资源开发惠益分享的财政运行机制主要调整国际海底管理局、承包者与缔约国之间的财政利益再分配关系，以追求平等普惠价值为核心，为保障最不发达国家共享“区域”内活动产生的利益构筑“最后一道防线”。以对财政本质的理解为切入点，该运行机制应包括费种设计、数额厘定和资金配置三个层面的内容，相应要求从矿山地租、税制优化和社会总产品分配这三个理论维度加以审视。我国推动构建国际海底区域采矿惠益分享秩序，不宜仅从参与者的立场出发权衡利弊，还应以贡献者的话语导向积极应对，因势利导提出与维护国家海洋权益具有适应性和包容性的中国方案。

关键词：《“区域”内矿产资源开采规章草案》，惠益分享，财政运行机制，中国方案

“区域”矿产资源日渐接近商业开发，在推进技术和融资能力建设法律保障的同时，国际海底管理局（以下简称“海管局”）加快“区域”采矿规章的制定，惠益分享有关的财政运行机制构建正是当中的焦点之一。就“区域”采矿行为主张对价源于对全人类共同继承财产使用的补偿请求权，这一原生权利的性质并不因委托给海管局行使而发生改变。通过财政运行机制对所有者权益的补偿予以货币化分配，需要海管局依法筹集承包者的“区域”内活动收益并纳入财政资金范畴，通过国际机构合作与设立援助基金等路径供给法定受益国和人民，并为代际范畴的命运共同体成员保留均等的参与机会。以《“区域”内矿产资源开采规章草案》（以下简称《开采规章草案》）出台为契机，正视财政运行机制面临的挑战，对接《联合国海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》）有关内容，把握国际海洋形势，维护我国海洋权益，谋求惠益分享财政运行机制与中国对外援助战略联动发展，引导援助对象的行为，确保物质援助与道义支持互为映衬，相辅相成。

一、“区域”矿产资源开发惠益分享财政运行机制的理论分野

“区域”矿产资源开发可视为自然资本转换为金融资本的过程，再分配的财政运行机制可以说是分享这种转变利益最直接也是最具争议的方法。[1]当前研究“区域”开发财政问题的进路多着眼于同陆地采矿税费结构和征收方式作横向比较。而制度本位应注重人类共同继承财产原则的补偿向度，对海管局财政本质的理解基于经济属性之“财”与政治属性之“政”的辩证统一，[2]以问题导向辨析并优选矿山地租、税制优化、社会总产品分配理论作为阐释与评价税种设计是否合理、数额厘定是否公平以及利益分配是否规范的学理依据。

第一，绝对地租与级差地租 I 构成缴费种类设计的纬度。虽然价值理论、产权理论和分配理论都与矿产资源有偿使用制度直接相关，但得以集中体现这三种理论要旨的却是地租理论，[3]其中，绝对地租与级差地租 I 共同构成“区域”矿产资源的原始价值。“区域”矿产资源根据人类共同继承财产原则剥离了公海海底所有权的国家私有性，但因海管局的国家集合垄断特性生成的绝对地租依然存在。“区域”矿产资源开发技术、装备高投入，却无需购买

[1] Jonathan Sydney Koch, Institutional Framework for the Province of all Mankind: Lessons from the International Seabed Authority for the Governance of Commercial Space Mining,Astropolitic,2018,p.10.

[2]财政是在剩余产品出现之后，因应社会公共需要以及随着国家形成而出现，因而其出现以剩余产品为经济基础，以国家为政治条件，以社会公共需要为必要前提。刘克：《财政学》，中国铁道出版社 2017 年版，第 3-4 页。

[3] 丁志忠、孟磊：《矿产资源税费改革研究》，知识产权出版社 2016 年版，第 21-23 页。

原材料，因而资本有机构成通常低于社会平均资本构成，产品价值也就高于它的生产价格。承包者按价值出售矿产品取得的超额利润作为绝对地租来源，理应补偿所有者权益。级差地租分为级差地租 I 和级差地租 II，前者是等量资本放在相等面积的各级土地上，由于土地的肥力和土地的位置距离市场远近不同而形成。承包者基于开发合同垄断经营特定范围矿区，因矿产丰度、赋存条件、开采难易程度及地理位置等有利条件而超过社会平均利润的超额利润，理应归属于“区域”矿产资源的所有者，在“区域”制度中由海管局统一征收。后者指在同一块土地上由于连续投入等量资本产生不同劳动生产率而形成的级差地租。承包者从勘探到开发持续经营，在租约变化中，通过技术创新与投资追加，获得矿物回收品种和资源回收率增长的超额利润，并非矿区固有资源禀赋属性的改善，不应视作对“区域”矿产资源开采利用的补偿征收范畴。可见，惠益分享的财政运行机制以货币利益为媒介，对“区域”矿产资源开发的补偿集中反映于海管局以所有权行使者身份设置的缴费种类。

第二，再分配税制的利益交集优化成为公平厘定缴费数额的经度。税制优化是惠益分享财政运行机制的重要源头，应当最大限度符合当前环境条件及承包者的利益选择。从对再分配的公平关注层面，无论供给学派主张通过降低边际税率来提高效率、刺激供给或改进再分配状况，还是公共选择学派主张现行税制向一致赞同程度最高的税制逼近，追求的目标都要求改革税制取得充足的税收收入，满足支出需要，促进分配公平，有较低的税收征管成本。[4]从分配依据看，产品分成安排主要依据生产要素施行初次经济性分配，表现为承包者要凭借其“区域”矿产资源开发技术装备、资本投入以及合营企业组织等经济资源，为利益最大化以影响海管局的分配权力，而财政再分配过程却与之不同，带有一定的税收强制色彩，由海管局凭借缔约国赋予的政治资源来支配控制“区域”资源利益再分配。对此，无论是行政预算应缴的会费，还是为公平分享“区域”活动取得财政及其他经济利益制定的规则、规章和程序，都涉及缔约国成员与开发实体缴费数额的厘定，财政运行机制应随着“区域”矿产资源开发事业发展和预算规模扩大，在协商基础上确保缴费数额在海管局适度收入与承包者足够利得之间达致平衡。

第三，“区域”矿产资源开发财政利益用作社会总产品分配提供识别利益需要的风向标。缘于人类共同继承财产与公共财产涵义相近，决定了“区域”矿产资源开发的财政惠益在这种公有制的分配模式下，应是为满足国际社会的普遍需要，由基于信托关系而直接占有“区域”矿产资源的海管局统一分配具有全球公共物品属性的财政利益，国际供应虽将普惠社会大众，但为避免生产不足，必须在全球一级建立有效的合作机制，其中包括促进国家间合作的激励措施和有效工具，[5]以社会总产品分配的“扣除”理论，指明财政利益分配顺序。虽未必具有固定模式，但仍应优先保证“区域”矿产资源开发再生产的补偿、积累和保险需要，再特别考虑非生产性的社会消费需要，[6]这在一定意义上契合了功利主义伦理观下再分配的一种有效方式：落后国家更倾向于现金形式的援助，而非技术转让和企业补贴等实物资助。因为如符合利益需要，其总是可以使用现金来购买知识产权；反之，可将现金用于建立医院

[4] 中国矿产资源税费制度改革研究课题组：《中国矿产资源税费制度改革研究》，中国大地出版社 2008 年版，第 51-56 页。

[5] Rafael Leal-Arcas, Sustainability, Common Concern, and Public Goods,Geo. Wash. Int'l L. Rev.,2016,p.809-810.

[6] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯文集.第三卷》，人民出版社 2009 年版，第 432-433 页。

或学校等最佳用途。[7]

二、“区域”矿产资源开发惠益分享财政运行机制的障碍省思

财政再分配下各方主体的利益得失，尤其是发展中国家利益集团的财产权益维护，多依赖于海管局统筹财政收支一体化过程的利益关系，缴费种类、缴费规则和分配秩序上存在诸多亟待解决的问题，对财政运行机制的畅稳运行提出挑战。

缴费种类功能目的与实施效益存疑。当前《海洋法公约》体系对缴费种类的设置矛盾凸显，固定年费与单一从价的特许权使用费法律定位存在偏差。首先，固定年费抵免功能模糊，难以把握。《海洋法公约》附件三第 13 条明确缴费主要包括申请费、固定年费、生产费、收益净额份额。《执行协定》第 8 节对此作了大幅修正，合同财政条款仅规定了几项原则，申请费、固定年费概念仍予保留，生产费和收益净额份额名称则分别被特许权使用费和盈利分享所取代。特别规定了任何财政缴费制度都应包括自商业生产开始之日起缴付的固定年费，强调其具有能够抵免其他缴费种类的功能，但抵免依据与如何抵免并不明确，并且迄今在《开采规章草案》中仍未见分晓。如果从《开采规章草案》第 83 条第 2 款对固定年费的计算依据看，其与陆地采矿中的矿业权租金（也可称矿地租金、权利使用费等）相似，是为取得相应开发授权而向所有者支付的对价，规避承包者大肆圈占闲置国际海底合同矿区，但这又与抵免其他缴费种类的功能相去甚远。其次，单一从价的特许权使用费有碍海管局收入持续和稳定。以“区域”矿产资源开采价值为依据的从价特许权使用费，反映了因价格波动引起的收益变化。当承包者预期金属价格未来上涨，即可扩大当前生产量；反之，就将延缓商业开发进度，这种因应市场变化的产量调整取决于承包者对商业生产率的自由调控。为使调控趋于理性而不至扰乱开发制度并对海管局的收入造成影响，从价的单一性有待完善。最后，从价的特许权使用费未能彰显激励性。该费用被认为是缴费制度的核心内容。它在一定程度上降低了对承包者账目审查的行政成本，对海管局而言简单易行并且少担风险，但对承包者从事“区域”内活动的激励不足：一方面，商业开发初期的前端缴费具有风险性。根据《勘探规章》附件四第 10 节（c）项，承包者可将会计年度内为执行活动方案而实际和直接支出的勘探费用申报为开始商业生产前的部分开发成本，但从价征收的特许权使用费中，承包者勘探阶段的前端投资无法受到公平对待，势必影响其参与勘探活动的积极性。另一方面，《开采规章草案》第 68 条规定承包者向海管局缴付的所有款项均应为不含有任何扣款、汇款费、税款或其他费用的毛额，又限制了《开采规章草案》第 61 条要求对承包者提供财政鼓励的操作空间，引起《海洋法公约》体系内部的结构性冲突。

第二，厘定缴费数额的透明度和代表性不足。“区域”矿产资源作为人类共同继承财产，主权国家对各自采矿活动产生的利益提出主张，迫切需要海管局制定缴费规则的程序公开透明。《海洋法公约》第 165 条第 2 款（b）授权理事会下设的法律和技术委员会审议“区域”活动的申请并向理事会提出建议，但法律和技术委员的会议为闭门举行，讨论的所有事项均保密，而理事会根据法律和技术委员的建议采取行动，也未必了解这些保密事项。目前并无检查和平衡的途径来确保问责。[8]相应地，海管局大会下设的财务委员会主要承担审查财政预算，并向大会对此以及其他财务事项提出专业建议等职责。大会作为海管局的权力机关，

[7] Eric A. Posner, Alan O. Sykes,Economic Foundations of the Law of the Sea,The American Journal of International Law,2010,p.588-591.

[8] Till Markus,Pradeep Singh,Promoting Consistency in the Deep Seabed: Addressing Regulatory Dimensions in Designing the International Seabed Authority's Exploitation Code,Comparative & International Environmental Law,2016,p.359-360.

拥有对任何行政、预算或财务事项的核准权，但程序提请与内容制定却要依理事会及其财务委员会建议而定。缴费规则的确立属于公共选择过程，其最终可在多大程度上平等满足各方利益需求，取决于共同商酌时当事方的力量支配，因而影响惠益分享决策的讨论是否公开，以及理事会及其财务委员会成员的代表性与专业性尤为利益攸关方所关切。财务委员会历来很少发布会议文件，也没有具体的财务信息。海管局审计报告虽列入公开议程，但仍无法在财务委员会公布的文件找到。[9]在分享意识和普惠观念逐步深入的当下，承包者已承认缴费是合法获取与利用“区域”矿产资源的基本前提，排斥缴费规则并非是质疑资源使用权交换对价的正当性，而是作为商榷数额的筹码以求最大限度维护自身利益。这要求海管局应聚合利益攸关方的诉求作为评判缴费规则科学性的参考。比如，计算缴费率需统筹陆地与海底两个领域同种或类似矿物的采矿费率，“区域”矿产资源开发投资和风险远超于陆地与近海，不宜将海底采矿费率在陆地采矿费率范围内设置。

第三，现有指数排序与基金安排难以规范分配秩序。海管局在执行财政利益的分配任务时，按照联合国开发计划署、世界银行等国际组织的现有指数现有指数排序对受益国和人民进行排序时，将弱化发展中国家的话语权，基金安排未能厘清“优先考虑”扩大再生产的普遍需要与“特别考虑”不同发展中国家的利益需要之间的关系。首先，现有指数排序不宜简单“拿来”。虽借鉴其他国际组织的专业经验或可避免高昂时间成本，但现有指数毕竟强化了发达国家在财政利益分配方面的控制和影响，挑战和冲击了海管局根据能力、需求标准平衡分配利益关系的权威。其次，环境责任信托基金（以下简称“环境基金”）与环境履约保证金功能重叠。环境基金的供资本既包括承包者根据开发合同条款向海管局缴纳的用于实施环境管理和监测计划及关闭计划的估计费用，还有用于迅速执行和实施应急和应变计划、获得风险融资保险产品等相关费用；而环境履约保证金仍须反映关闭开发活动和此后的监测和管理残留环境影响的费用，这无疑加重了承包者的财务负担。再次，“区域”内海洋科学研究捐赠基金（以下简称“科研基金”）难以有效保证发展中国家“区域”矿产资源开发技术能力的积累。科研基金具有双重用途：既要支持发展中国家合格科学家和技术人员参与“区域”内海洋科学研究方案和活动，又要为这些科学家提供参与国际技术和科学合作方案的机会。[10]“区域”内海洋科技成果转化是技术创新的集中体现，科研基金的设立隐含了聘用发展中国家人员的国际技术合作方案可推动创新科技成果的应用转化，这种技术创新与投资追加效果相同，都能满足生产力发展的普遍需要。但由于当前科研基金规模扩张主要依赖国际社会捐赠行为而非承包者的权利金缴费，其是否属于“区域”矿产资源开发惠益分享中的基金安排本就有待商榷。最后，经济援助基金的宗旨未能实际考虑最不发达国家和人民的利益需要。海管局行使财政利益分配职权为发展中国家（内陆国和地理不利国）所作特别考虑应予准许，不视为歧视。但各发展中国家对“区域”矿产资源开发的立场不尽相同，利益需要并不统一，因而设立了经济援助基金补偿因“区域”内活动造成出口收益或经济遭受严重影响的发展中国家。其中，最不发达国家和人民同样拥有“区域”矿产资源使用权，却不具备参与初次分配的能力，只能依靠海管局的财政再分配妥为补偿。

三、“区域”矿产资源开发惠益分享财政运行机制的合理取向

海管局在“区域”矿产本身价值的超额利润范畴，将绝对地租与级差地租 I 作为缴费种

[9] Jeff A.Ardron,Transparency in the operations of the International Seabed Authority: an initial assessment,Marine Policy,2018,p.5.

[10] Michael Lodge, International Seabed Authority. Int'l J. Marine & Coastal L.,2009,p.187-189.

类目的与功能的参照，设计由基础权利金与超权利金两部分构成的缴费体系，以产品分成的销售价值量化财政鼓励，通盘考虑缴费规则设计的诸多因素，依法设定缴费率，通过国际社会监督促进财务委员会讨论事项透明度，提供多元参与路径，建立混合型缴费机制。财政利益国际分配涵盖了国内配置环节，应坚持综合指数排序，注重分配效益与均衡配置多措并举，优先考虑扩大再生产与代际公平的全人类利益需要，理性考虑具备地缘优势的小岛屿发展中国家需要，实际考虑最不发达的内陆国和地理不利国以及尚未完全独立和自治的人民需要。

第一，构建以权利金为中心的缴费体系。权利金缴费是财政运行机制不可或缺的环节。海管局应以矿山地租的视域明晰缴费种类，凸显权利金的功能效力，对于构建科学合理的缴费机制和完善缴费体系显得尤为重要。其一，固定年费属于基于绝对地租从量的基础权利金。从量征收的标准既可以是按开采量也可以根据矿区面积。本文认为，按开采量计征较为合理，圈占矿区面积可由“区域”反垄断标准对拟议工作计划的事先审查规制，固定年费应聚焦于引导承包者兼顾商业利益、海管局收益，以及生态环境影响，合理规划商业生产速率与实际经营规模，在与从价权利金数额的交替适用中达致承包者与海管局的利益平衡。从量与从价计征都属于基础权利金，即最低的支付费用范畴，从而确保海管局商业生产开始时就能获得财政收入。出于避免海管局重复征收给承包者带来繁重财务负担的考虑，以及根据《开采规章草案》第 75 条防范承包者非基于正当商业目的而任意规避、推迟或减轻缴付责任，某一申报期到期计算数额高者为承包者适时缴纳的基础权利金。值得注意的是，《海洋法公约》附件三第 13 条第 3 款也曾规定承包者可自商业生产开始之日起只缴纳固定年费，但条件是只能冲抵数额比它低的生产费，而不包括一份收益净额。其二，增加基于级差地租从利的超权利金。从利的超权利金反映的是级差地租下对“区域”矿产资源超额利润的征收，相当于国内征收的利润税。在陆地采矿制度中，利润税包括企业所得税以及附加利润税。然而，企业所得税作为一种普遍税金，并非“区域”矿产资源自身价值的体现，因而不在权利金缴费体系的讨论范围内。附加利润税才是合理评估因“区域”矿产资源自身条件而可能给承包者带来盈余的超权利金，源于“区域”矿产资源的内在质量、品位或可获取性不同，在承包者盈利达到一定标准（任一年度获得确定回报率）后征收的附加利润税方为基于盈余的超权利金，用以调节级差收益，平衡承包者不同利润时期的收支，并使资源所有者的财务回报随着承包者盈利增长同步提高。对经营效益暂时不佳的承包者，级差收益的折现值不仅可以分期支付，还应允转通过转增企业部持股份额等多种形式征收。勘探阶段投资因开发阶段持续追加自动过渡为级差地租 II，应在计征权利金时相应减免。

第二，双向促进海管局内部决策公开与外部参与畅通。财政利益的收缴与分配由海管局整体规划和实施。为防止任意施为，有必要增加过程透明度，提高主体代表性。首先，应将财务委员会纳入有关透明度问题的讨论。财务委员会承担了相关规则、程序起草任务，作为海管局专门机构又担负着监督实施的责任。[11]其审计工作和报告如不透明，将直接影响国际社会特别是计划取得“区域”矿产资源开发收益的发展中国家及其承包者的规范遵守。此外，缴费机制须以足够收益为海管局监测承包者遵守该机制的计划提供财政支持，并以计划的透明性评估惠益分享的目标是否得到真正贯彻。[12]基于“区域”特殊的法律地位，建议海管局制定财务公开报告规则，利用采掘业透明度倡议、赤道原则等国际公认的最佳做法和最佳可

[11]《执行协定》附件第 9 节第 7 段（e）（f）。

[12] Aline Jaeckel,Jeff A. Ardron, Kristina M. Gjerde,Sharing benefits of the common heritage of mankind – Is the deep seabed mining regime ready?,Marine Policy,2016,p.200-202.

得信息，促成长期公正监管。其次，建立财政惠益分享国际磋商机制。与开发能力建设相比，惠益分享的利益主体更加宽泛，厘定缴费数额不免牵涉各种利益纠葛，相应要求海管局的身份由确定缴费种类时的共有权行使者切换为设计缴费规则时的“区域”管理者，致力于广泛吸纳公众参与，包括在其网站上提供用户界面友好的观察员申请表；在大会和理事会的会议议程提供公众参与平台；允许观察员参加财务委员会、法律和技术委员的预设会议以及在小组委员会任职；鼓励海管局所有机构尤其是法律和技术委员，通过征求外部专家和组织的意见建立密切合作关系，[13]确保海管局有效履行“区域”矿产资源的管理职能。最后，基于海管局长期监管与承包者风险收益均衡的公平原则厘定缴费率。缴费率应根据“区域”矿产资源开发行业发展现状和趋势，适度简化中间计算流程，减少海管局与承包者不必要的成本开支；评估环境成本、汇率变动、行业产出规模与盈利性等基本假设，横向比较陆上采矿费率时，不应忽视累进制的优势和缔约国国内税收结构的潜在影响。超权利金可浮动计算，如财务负担过重，费率可适当递减。

第三，统筹综合指数与基金功能的对接完善。海管局应优先考虑为全人类利益再生产与促进代际公平的普遍需要，特别考虑不同发展中国家的利益需要应把握三点核心要义：一是摒弃发达国家利用现有指数主导援助性财政利益的调配使用，依据《海洋法公约》第 140 条的宗旨由海管局自行制订综合指数来为法定受益国和人民排序；二是理性对待具有“区域”内活动地缘优势的发展中国家“搭便车”的潜在可能，警惕瑙鲁等国卖壳获利、游离于正义灰色地带而走偏的“鹦鹉螺模式”。三是贴合收益净额有限的最初阶段，把海管局现有收益集中于促进内陆国和地理不利国以及尚未完全独立和自治的人民发展高度优先方案的要求，避免直接分配时财政资源分散。为达到上述目的，首先，出于再生产的普遍需要将财政利益优先注入环境基金。一方面，为减轻承包者的财务负担，激励其追加扩大再生产投资，应取消环境履约保证金的设置。另一方面，“区域”矿产资源与生态系统具有共生性，生物资源属于环境资源范畴，从代际公平角度，生物成矿作用意味着以减少和恢复采矿活动对“区域”环境造成的损害为目标的环境基金具有补偿基金的特质。而在承包者或担保国不能全部履行环境责任支付费用时的补充替代功能，又凸显后备基金或保险基金的特质。其次，扩大科研基金的供资来源。国外学者曾就有关“区域”矿产资源开发惠益分享问题提出两种可能的解决方案。[14]就第一种方案而言，类似于保留各国开发机会平等的平行开发制，同时提出企业部也不宜对保留区实施开发，海管局在此仅具有看管职能，保留区更像是保护区；第二种方案则更接近于联合企业的开发模式，并倡导把“区域”海洋科学知识与就业机会的创造纳入“区域”矿产资源开采利用的补偿范畴，计提承包者的权利金可以商讨。“区域”内海洋科学研究获得了可深入了解“区域”及其资源的科学数据（知识），知识转化为技术的过程无形中积累了扩大再生产的能力，同时科学知识的可复制性意味着多重使用的边际成本为零，不会造成利益减损。虽然“区域”内海洋科学研究的国家实践不多，但财务费用可能是一个

[13] Jeff A.Ardron,Transparency in the operations of the International Seabed Authority: an initial assessment,Marine Policy,2018,p.7.

[14] 一种是将深海海底划分为不同的地理区域，每个国家都获得一份份额。那些拥有技术的国家今天可以开发利用属于他们的区域资源，发展中国家将保留他们的区域份额以供未来发展。另一种是允许拥有必要技术的国家开发他们选择的任何区域，条件是将获得利润的一定比例投入一个基金，该基金将在未来向处于早期技术阶段的国家提供。

Barbara Ellen Heim, Exploring the Last Frontiers for Mineral Resources: A Comparison of International Law Regarding the Deep Seabed, Outer Space, and Antarctica, 23 Vand. J. Transnat'l L. 819,1990,p.846.

突出的制约因素，对于发展中国家而言更是如此。为进一步促进海洋科学研究，2006 年，海管局专门成立了科研基金。政府间海洋学委员会对成员国做法的审查表明，各国通常都设有海洋科学研究或海洋技术转让的机构，但很少单一致力于海洋技术转让。[15] 可见，“区域”内海洋科学研究与技术转让往往相伴而生，科研基金基于双重目的开展国际研究与合作会存在两种可能结果：一是在教育和培训活动中使发展中国家获得当前技术条件下的“区域”内活动能力；二是在国际技术合作中受援助的发展中国家科学家通过科学成果转化而研发出新的尖端技术。这表示在分配层面，针对第一种结果，应坚持以效益原则分配科研基金。当前可供分配的科研基金规模有限，选择发展中国家受援国，应考虑地缘优势。识别发展中国家利益需要，为配合其他基金的战略目的，使基金机制之间形成规模效益，科研基金应关注于成本控制最佳的小岛屿发展中国家，并致力于当地的“区域”内活动基础能力建设，这要求海管局在国际层面实施统筹。正如海管局在 2017 年联合国海洋大会上作出自愿承诺所言及的那样，与联合国经济和社会事务部合作推进“蓝色增长深海倡议”，即通过提升发展中国家包括小岛屿发展中国家的社会福利和加强其在“区域”内活动领域的科学知识和研究能力，促进可持续发展目标和“蓝色经济”的实现。针对第二种结果，应坚持以均衡原则配置科研基金。科研基金有关分配国家与配置项目的选定都体现出财政利益此消彼长的变化过程，就后者而言，“区域”内活动基础能力建设应偏重于当前技术的说明示范与应用推广，而国际技术合作则更应侧重于为全人类利益的高新技术研发。财政利益的配置均衡很大程度上取决于申请国能否根据受援国的实际情况与利益诉求制定出最佳合作计划，因而应立足于国内层面加以解决。最后，实际考虑最不发达国家和人民的社会消费需要分配经济援助基金。“区域”内活动的波及影响具有地域性特征，海底矿物的陆基生产者首当其冲。对内陆国和地理不利国以及尚未完全独立和自治的人民等具体援助对象的择定可以其是否制定官方扶贫等社会发展规划为依据，并参考人口规模、收入水平确定配量。为避免实施效果受腐败等因素影响而减弱，应促使被选定的援助对象在国内构建基金形态的对接模式并接受国际社会监管运营，定期反馈援助实效，辅助海管局完善综合指数更新。

四、“区域”矿产资源开发惠益分享财政运行机制的中国方案

我国作为“区域”全球治理的发展中国家引领国，不宜只从与发达国家相同的参与者视角来权衡缴费范围等财政运行机制内容的利弊，而应以贡献者的角色有机衔接在企业部独立运作中的立场选择，拓宽发展中国家在产业中下游领域的参与空间，因势利导与企业部的合作中彰显竞争优势，并通过承包者的联合安排明确经济利益的多元实现方式，彰显国际合作的普惠共赢。对于引领合作的全球伙伴，应吸取在 2018 年太平洋岛国论坛上瑙鲁对我方百般刁难的教训，在“区域”财政运行机制中，通过主张财政分配权与配置权的分离，将带有敏感政治因素的官方援助转移至科研基金等《海洋法公约》框架内施行，化遭遇被动为主动

[15]联合国教科文组织所属的政府间海洋学委员通过其能力建设发展计划，建立了一个全球项目，通过领导力，筹资和技术转让方面的培训，在多个层面加强海洋科学研究机构。该组织开发的一种资源是“海洋专家”，这是一个科学和技术专门知识的数据库。另一种资源是信息交换所机制，以协助有兴趣的发展中国家和发达国家寻求技术转让的适当伙伴关系。该组织的区域附属机构有时被用于海洋技术转让。有限的人力和财力资源对供需双方海洋技术转让构成限制。一些额外的困难与语言和海关限制有关。合作伙伴与合营企业是供需双方转让海洋技术的首选形式。
Law of the Sea: Marine Scientific Research: A Revised Guide to the Implementation of the Relevant Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea(2010).United Nations Website：
https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/publicationstexts/msr_guide%202010_final.pdf.最后访问日期：2020 年 12 月 27 日。

谋划的积极作为，方为明智而有力的回应。

第一，通过促进企业部的独立运作赢得财政鼓励的操作空间。财政利益分配是人类共同继承财产补偿机制的重要内容，相应要求秩序构建需合理统筹“区域”矿产资源开发的财政利益和经济利益，“区域”内海洋科学知识，更好的环境管理等可供分享的全人类利益。其中，财政利益集中体现为权利金；经济利益的范围更加宽泛，不仅涵盖了产品分成的参与，还包括铜、钴、镍、锰等关键战略性金属元素的更高可用性，以及就业机会的创造。《开采规章草案》的缴费范围涵盖了“区域”矿产资源开发的上、下游整个全产业链。根据世界采矿立法的实践，开采等上游环节属于缴费范围，而运输、选冶等下游环节不应归于其列。但这并不意味着海管局的财政鼓励局限于“区域”矿产资源开发的上游产业链。一方面，海管局的工作重点有必要突破开采环节的局限，考虑为陆域的下游加工设计机制。海底争端分庭的咨询意见试图对“区域内活动”的范围加以限制，以排除陆上加工的适用。然而，《海洋法公约》第 165 条第 1 款以及第 170 条等若干条款也均涉及了“加工”，陆上加工多金属结核的影响被视为“区域”矿产资源开发所带来的三大主要环境影响之一，加工行业利润竞争加剧将引起国家间环境利益和负担分配不均。虑及作为国家担保义务可能会对主权产生冲击，海管局可能间接采用在合同中插入与开采矿物加工方法和相关实践有关的条款或清单，对承包者间接施加法律义务约束。[16]另一方面，企业部就地加工的业务执行需要相应的选冶技术和环境管理工具及方法。企业部的营业收入是海管局财政收入的重要来源，而企业部又是无法参与初次分配的发展中国家之代表，其独立运作应遵循成本效益原则、渐进原则、健全的商业原则以及发展中国家优惠待遇的原则。为企业部独立运作预作准备方面的工作包括评估联合企业经营的各种做法，研究企业部在各个不同业务阶段的行政管理上各种可供选择的管理政策等。这就为通过促进企业部的独立运作，使海管局对提供选冶加工技术、环境管理方法等可供分享的全人类利益予以财政鼓励成为可能。前已述及，就地加工与“区域”环境管理和监测计划的关系更加密切，企业部需要相应具备更高的环境风险管理能力。据此，我国依托于提取低品位“区域”矿产有用金属的选冶工艺优势、可用于“区域”矿产资源开发海上脱水环节的冶金废水污染治理的环境管理优势，[17]可引导财政运行机制对此适当激励并反馈于缴费体系与规则的内容设计中。

第二，在联合安排中明确经济利益的多元实现方式。合作共享是我国《深海法》确立的基本原则之一，开展“区域”国际合作是实现我国海洋战略目标的重要途径。我国《深海法》第 6 条所指的国际合作涵盖了所有“区域”内活动，我国公民、法人或其他组织可以联合其他国家实体共同开发，通过立场协调、技术交流和信息交换等，学习借鉴其成功的“区域”实践和管理经验等，更好地对接海管局相关规章与指南；我国作为可从“区域”取得的各类矿物所产金属的最大消费国，应鼓励国内具有产能优势的企业与国际矿业公司开展务实合作，把控国际金属市场的发展趋势和商业时机的判断，提高资源开发利用的经济效益，[18]弥补国家承包者可能错失的商业利益。出于对“区域”矿产资源可持续管理和开发的考虑，对多元利益主体的参与和表达应予以足够的鼓励和尊重。在此基础上，聚焦于发展中国家合作方实

[16] Till Markus,Pradeep Singh,Promoting Consistency in the Deep Seabed: Addressing Regulatory Dimensions in Designing the International Seabed Authority's Exploitation Code,Comparative & International Environmental Law,2016,p.360-361.

[17] 何宗玉、林景高、杨保华等：“国际海底区域采矿规章制定的进展与主张”，载《太平洋学报》2016 年第 10 期，第 15 页。

[18] 陆浩：《中华人民共和国深海海底区域资源勘探开发法解读》，中国法制出版社 2017 年版，第 55 页。

际需要，填补发展利益损失，通过损害赔偿、基础设施建设、创造就业等方式共享开发惠益。其中，对“区域”环境损害赔偿可以通过对发展中国家提供物品、服务的实物支援，以满足紧急需要以及帮助建设自我发展的能力。此外，“区域”矿产资源对保障我国国内经济发展和国防安全的战略作用，一定程度上制约了产品分成的使用，股权分红或现金支付等替代方式可根据合作方国内对战略性资源进出口的依赖性不同而灵活采用。因此，可能需要缔结不同形式或内容的联合安排，一方面，服务合同是与发达国家合作方缔结雇佣关系、采取现金支付的手段和依据。可将资金技术投资需要与生态服务质量提升相结合，统一收费标准的单纯服务合同与依照见险标准收费的风险服务合同并用，形成巩固合作关系的柔性机制。另一方面，资源产量分配可对其他发展中国家实体作出让步，这借鉴了海上共同开发的案例。虽然海上共同开发仍是在管辖海域，而资源产量分配属于“区域”内活动范畴，然而二者都属于事务性合作范畴，不仅免于使国家主权遭到损害，还有利于在求同存异基础上各取利益所需。其中，争议海域共同开发以国家间的条约或协定为基础，超出了私法范畴的契约关系，属于各国政府间的直接合作，然而与“区域”联合安排相同的是，都致力于合作共赢的可持续发展目标，不仅涉及矿产资源探采和环境资源养护等活动，而且诸如运输加工利润，基础设施建设、就业机会创造等经济利益要素都可能影响资源产量的分成比例。以 2002 年澳大利亚-东帝汶共同开发案为例，虽然澳大利亚对东帝汶作出妥协，允许对直接从海底开采的石油资源收益由五五分成变为一九分成，但开采后的资源几乎都将在澳大利亚达尔文市进行精炼或其他形式的工业加工，澳大利亚的下游产业收益也非常丰厚。[19]对于我国而言，依托于矿产选冶工艺上的技术优势，承包者对产品分成作出适度让步并不代表国家利益受损，反而可能有利于惠益分享的持续推进，但这种妥协和让步必须从全局着眼，充分论证，统筹国内社会成本效益的分析过程。基于环境标准和联合安排的内在灵活性，需评估利益的动态变化，在联合安排中明确引入贯穿合作开发各阶段环节的信息披露和监管机制，协调各种环境管理方法与经济利益分享措施，强化整体统一性，提升法律监督效果，维护我国“区域”矿产资源开发权益，并确保其他国家各类实体在共同发展维度下有效参与，逐步拓展合作领域，不断平衡多元利益需求。

第三，利用科研基金达到并超过对外援助的预期目的。利用科研基金达到并超过对外援助的预期目的。财政分配过程包括按照国际法对主权国家和非国家行为体的再分配，以及到当地社区成员等多个层面进行。前者由国家集合的海管局主导，利用综合指数对受益国和人民进行再分配排序；后者主要由受益国和人民根据国情自行使用调配所获得的财政利益。对于现金支出和资助旨在惠及现有人口的项目之间的选择，海管局秘书长洛奇倾向于项目资助，缘于在可用于支付的资金总量相当有限的时期，分配给任一申请国的总金额不足以对该国人民生活水平以及经济社会发展产生重大有益影响。当然，资助项目的缺点是，海管局需要制定机制，选择资助哪些项目，并监督项目，以确保适当地使用资金，并使预期的接受者受益。除了主要为惠及现有人口的项目提供资金外，海管局还应为主要为惠及子孙后代而设计的项目提供资金，例如对物质和人力资本的投资以及新技术研发。这些投资可以提供有利于大量人口和促进经济增长的公共产品，并聚焦于需要发展援助的国家。这些项目提供了一种将财富从当代转移到后代的方法，从而有助于“区域”矿产资源开发利益的代际共享。同样，海

[19] David M. Ong,The New Timor Sea Arrangement 2001: is joint development of common offshore oil and gas deposits mandated under international law?,The International Journal of Marine and Coastal Law,2002,p.97.

管局需要机制来优先安排和监督这些项目。[20]据此，我国通过主张财政利益分配权与配置权的分离，将带有敏感政治因素的对外援助转移至科研基金，不失为一种以践行引领国义务寻求国家利益最大化的策略。在 2018 年瑙鲁举行的太平洋岛国论坛上，我国与瑙鲁发生摩擦的背后不乏存在中西方地缘政治的博弈较量。澳大利亚和新西兰将我国在南太平洋地区提供援助和特惠贷款过分解读为意图扩张地区影响力和争夺领导角色。为避免国际事务中的误解造成政治被动，有必要将具有国家战略意义的官方援助贷款适当转移至《海洋法公约》框架内，在“区域”矿产资源开发惠益分享财政运行机制中体现为响应海管局的规制和号召，以捐助的方式提高该地区国家参与“区域”开发初次分配的能力。我国将官方援助资金注入科研基金，只是将财政利益的分配权交由海管局行使，并未影响承接基金利益的发展中国家配置权，而且有利于以展现负责任大国风范迂回实现提高地区话语权与国际地位的目标。在此基础上，根据《海管局捐赠基金的职权范围、指导原则和使用程序》，既然提供科研基金援助的申请通常由海管局的发展中国家成员提出，秘书长也可以接受任何其他国家的申请，只要他确信该申请将有利于发展中国家的科学家的成长作为，那么，结合《海洋法公约》第 143 条第 2 款，并利用当前由国家海洋局与海管局协调建立的联合培训和研究中心，[21]我国可聘用小岛国家合格的人员从事“区域”科学研究，当其研发出具有转让价值的“区域”矿产资源开发技术时，借助海管局在 2017 年联合国海洋大会上承诺设立的“海管局卓越深海研究秘书长奖”，促进其科学成果传播。基于科研基金主要捐赠者以及援助计划（科学合作、训练方案、技术援助等）制定者的双重身份，大力倡导海管局承认在无其他约定时，其属于我国《专利法》规定的执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的职务发明，专利权归于我国援助计划的主办机构，实现促进“区域”矿产资源开发事业发展上的共赢。

五、结语

“区域”采矿规章中财政运行机制的目标是在海管局和投资者之间建立一个长期稳定合作分享“区域”矿产资源发展利益的关系，自然资源的可耗竭性以及因稀缺性产生的资源租金，对财政运行机制的设计产生了影响。近年来，我国向太平洋国家提供了大量的援助和特惠贷款，却并未得到某些援助对象应有的尊重，也并非促使这些国家依托地缘优势积极主动地参与“区域”治理。缺乏法理支撑的政治谈判仅是权宜之策，有理、有利、有节地引导和促使其他国家认同新时代中国主张的国际治理，推动“人类命运共同体”理念成为全球共识，很大程度上有赖于国际法制度的支持，需要在“区域”采矿惠益分享法律制度体系完善中凸显更具适应性和包容性的中国方案。

---

[20] Michael W. Lodge, Kathleen Segerson,Dale Squires,Sharing and preserving the resources in the deep sea: challenges for the International Seabed Authority,The International Journal of Marine and Coastal Law,2017,p.440-442.

[21] 该中心支持履行海管局在能力建设、海洋科学研究和海洋技术开发国际合作方面的责任和义务，并执行 2019-2023 年战略计划中设定的战略方向。主要职能涵盖了提供海洋科学和技术的培训项目以及海洋科学研究的技能，旨在协助发展中国家全面参与“区域”活动，包括在适当情况下参与由承包者根据与海管局签订的勘探和开发合同而提供的培训项目；开展与“区域”活动最新发展和趋势有关的合作研究项目；与其他国家，特别是与发展中国家的技术合作等。

Draft memorandum of understanding between the International Seabed Authority and the Ministry of Natural Resources (State Oceanic Administration) of China concerning the establishment of a joint training and research centre，International Seabed Authority Website:

https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/files/documents/isba25_a4-e.pdf.最后访问日期：2021 年 1 月 3 日。

国际经贸规则重构中的透明度原则——以《中欧投资协定》为视角

林 进* 复旦大学法学院

摘要：透明度原则在传统国际经贸规则中已有体现，在当前国际经贸规则重构的过程中，其逐步得到了加强，尤其是在投资领域发展迅猛。本次新近达成的中欧投资协定全面体现了透明度作为原则的贯彻及作为机制的落实，对于准确把握本轮国际经贸规则重构中透明度的发展理念至关重要。其不仅仅包含了法规公开、信息提供等传统透明度要求，还创新性地将透明度在补贴问题上用作了弥合争议的工具。本文将对国际经贸规则语境下透明度的内涵表现进行归纳，重点梳理美国缔结的 BIT 中透明度条款的三个历史发展阶段、我国对外缔结的 BIT 以及若干典型区域经贸协定中的透明度条款，并以此为基础转向对中欧投资协定中的透明度原则和机制的聚焦，最后试图就中国如何处理提出立场建议。

关键词：透明度 国际经贸规则 中欧投资协定

国际经贸规则正在经历着重构。在这轮规则重构中，准确把握其基本原则及核心价值理念至关重要。透明度原则在传统国际经贸规则中已有体现，但在这轮国际经贸规则重构中得到了加强。新近达成的《中欧投资协定》，比较全面地体现了透明度作为原则的贯彻及作为机制的落实。本文将在归纳国际经贸规则语境下透明度内涵的基础上，重点解析新近国际投资规则中透明度原则的体现，转而聚焦到《中欧投资协定》中的透明度原则和机制，最后试图就中国如何处理提出立场建议。

一、国际经贸规则语境下透明度的内涵、表现和起源

在国际法层面，透明度（transparency）概念没有统一明确的界定。[1]有国外学者从透明度的核心功能出发，将其描述为“让不可见变为可见”（making the invisible visible）。[2]有国内学者从“信息提供方”提供信息的义务和“信息接收方”应容易获取信息的权利两个角度对透明度的内涵作了粗略的界定。[3]有国外学者甚至还提出一个“半透明”（semi-transparent）的概念，用以概括那些虽然原始信息处于公开状态，但对于利益相关方而言这些信息不易获得或利用的那些信息。[4]由于对透明度给出一个相对完备的定义是困难的，一种实用主义的方法是把关注点从透明度原则的“一般性概念内涵”上挪开，转向透明度原则在具体规则或应用语境下的“表现”，尝试从透明度原则在不同语境下的应用表现来对其进行理解。这种方式虽然不是“理想”的，但却符合现实的国际经贸规则的构建、理解和适用的需求。

从国际经贸规则与透明度的关系来看，可将透明度区分为“条约缔结的透明度”“作为条约实体义务的透明度”以及“争端解决的透明度”三大类型。[5]GATT/WTO 框架下各条约规定的诸如法规公开、信息提供等义务，属于“作为条约实体义务的透明度”。投资者—国家投资仲裁机制中的程序透明度问题，属于“争端解决的透明度”。联合国大会于 2014 年 4 月 1 日通过的《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》（UN Convention on

* 复旦大学法学院国际法专业博士研究生。

1 Andrea Bianchi, On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law, in Andrea Bianchi & Anne Peters (eds.), Transparency in International Law (Cambridge, 2013), p.8.

2 Stephan W. Schill, Five Times Transparency in International Investment Law, 15 J. WORLD Investment & TRADE 363, 365 (2014).

3 参见张潇剑：《WTO 透明度原则研究》，载于《清华法学》2007 年第 3 期，第 131 页。

4 See Julie A. Maupin, Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky, in Andrea Bianchi & Anne Peters (eds.), Transparency in International Law (Cambridge, 2013), pp.156-158.

5 See Esme Shirlow, Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures, 8 Goettingen J. Int'l L. 73, 74 (2017).

Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration）就是一个典型例子。[1]最易受人忽视的是“条约缔约的透明度”，指的是国家间起草、谈判投资协定过程中的透明度。[2]国际经贸协定谈判及缔结过程中的透明度要求基本还不属于国际法规范的范围，在此问题上尚无明确的国际法义务。本文对既有国际经贸规则语境下以及中欧投资协定中的透明度原则的讨论，主要还是侧重于“作为条约实体义务的透明度”这一惯常为人所接受的透明度的概念之上。

从起源来看，国际经贸领域内的透明度规则源于 GATT/WTO 体系。GATT1947 第 10 条做了关于“贸易法规的公布和实施”的规定，该规定之后在 WTO 时期的 GATT1994 中被保留并延续了下来。对于 GATT 第 10 条的认识，可以从“法规公开”和“公正实施”两个相对宽泛的角度进行。

首先，对于“法规公开”的一般性要求主要包含于 GATT 第 10 条第 1 款和第 2 款中，简要分解来看：①公开的范围，包括“法令”“条例”还有一些司法判例和行政决定，这些司法判例和行政决定要求不针对特定对象和事项，而具有创设一般性规范的效果；②公开的对象，包括协定下的各成员方及其贸易商（traders）；③公开的程度，要求各成员方及其贸易商“能够理解”；④公开的时限，是模糊意义上的“迅速”；⑤公开的例外，为公开后可能影响公共利益、妨害法律实施以及可能侵犯正当商业秘密的情形；⑥公开的强制性，体现在某些特定的法规（例如涉及关税费用的提高等）如果不事先公开，则不得付诸实施。

其次，“公正实施”的要求主要体现在 GATT 第 10 条第 3 款中，同样简要分解来看：①实施标准方面，应满足“统一、公正和合理”的要求；②纠错机制方面，要求提供针对行政行为的检查和纠错机制，并要求履行该等复审和纠错职能的机构应独立于行政执行机关，以尽可能保证复审和纠错机制的中立性和公正性，并且该纠错的结论应是可以按常规司法程序进一步接受司法审查。

在 WTO 成立后，基于 GATT 第 10 条的框架和主要内容，透明度原则几乎遍及 WTO 体系内的各大协定，例如《服务贸易总协定》（GATS）第 3 条、《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）第 63 条和《实施卫生与植物卫生措施协定》（SPS）第 7 条。与此同时，后续协定在 GATT 第 10 条的基础上又有了一些发展，如：①公开的范围有所扩张，例如对于成员方对外签署的国际协定，如果该协定与 WTO 项下协定相关或影响 WTO 下协定的履行，则也应该公开（GATS 第 3 条和 TRIPS 第 63 条）；②通报义务的增加，增设了向 WTO 相关机构（如 GATS 下的服务贸易理事会和 TRIPS 下的 TRIPS 理事会）及时或定期通报的义务；③信息请求权的增加，赋予了其他成员方“主动”请求获得相关信息的权利，同时增加了设立咨询点的要求以保障前述“信息请求权”。总体上，WTO 成立后，透明度原则不论在实体的适用范围、信息请求等方面，还是在程序上的信息通报、设立咨询点等方面均有了显著的发展。在以 WTO 为代表的国际贸易领域，透明度原则已被认为是一项基本原则，[3]甚至被认为可与国民待遇原则和最惠国待遇原则这些公认的 WTO 主要原则相并列。[4]

1 See United Nations' statistics on status of United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, available at https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-3&chapter=22 (last visited on 4 May 2021).

2 See Esme Shirlow, Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures, 8 Goettingen J. Int'l L. 73, 75 (2017).

3 参见沈四宝：《国际贸易组织法教程》，对外经济贸易大学出版社 2005 年版，第 59 页。

4 See William B. T. Mock, An Interdisciplinary Introduction to Legal Transparency: A Tool for Rational Development, 18 DICK. J. INT'l L. 293, 295 (2000).

二、国际投资规则中透明度原则的发展

虽然透明度原则主要起源于国际贸易体系，但在国际投资规则中也不乏一些涉及透明度的规定，并随着时间的推移而不断发展。

（一）国际投资规则中透明度原则的总体发展特征

一方面，国际投资领域中透明度原则随着时间的推进得到了显著的发展，从国际投资规则中透明度原则从早期双边投资协定（BIT）不包含任何透明度条款，到后来出现了法规公开的原则性要求，再到 20 世纪之后透明度规则的内容进一步得到了丰富、可操作性得到了实质性提高。此外，国际投资规则中的透明度原则虽然源于贸易领域，但其自身也发展出了一些明显与投资相关的特征，例如一些投资协定明确赋予了投资者进行咨询的权利。因而，有观点认为，当前的透明度原则已成为国际投资协定中的一项“独立的法定义务”。[1]

但另一方面，当前相对趋于丰富的透明度原则主要还是存在于区域性经贸协定中，而这些针对透明度的制度安排总体上还是依托于“贸易透明度”而存在。较贸易而言，专门对于投资透明度原则的规定仍显“单薄”。

对于现有国际投资领域下的透明度原则，可以从一些典型区域性经贸协定和双边投资协定里去寻找，从中可以大致窥见上述国际投资规则中透明度原则的发展情况。

（二）区域经贸协定中涉及投资的透明度制度安排及特点

相较于双边协定，区域经贸协定涉及的内容往往更加综合、全面，囊括了贸易、投资等诸多国际经贸规则领域，其中体现的透明度原则也往往较双边协定更加成熟，也有着更大的影响力。可以说，一些核心的区域经贸协定中的透明度规则在一定程度上反映了国际投资规则领域内透明度原则的当前总体发展水平。

1. NAFTA 和 USMCA 中的透明度原则

虽然当前《北美自由贸易协议》（NAFTA）已被《美墨加协定》（USMCA）所取代，[2]但其在国际投资透明度原则的发展历程中有着举足轻重的地位。例如，有国外学者就视 NAFTA 为国际投资透明度原则发展的重要里程碑，认为自 NAFTA 后国际投资中的透明度原则开始快速发展。[3]USMCA 则在 NAFTA 的基础上继续巩固着透明度原则在区域经贸协定中的支柱地位。

首先，在透明度原则的地位方面，NAFTA 最值得注意的是其第 102 条在对协定的目标进行界定时，将“透明度”视为与“国民待遇”和“最惠国待遇”相并列的基本原则。[4]后续的 USMCA 中虽然没有像 NAFTA 这样对透明度原则地位的明确描述，但其也在序言中明确自身的目的之一是要建立“清晰、透明以及可预测”的制度体系。

其次，在作为一般条款性质的透明度义务方面，NAFTA 和 USMCA 均规定缔约国应承担诸如法规公开、在行政处理中提供正当程序以及审查上诉机制等一般性义务，且不具体区分贸易还是投资。就居于核心地位的法规公开义务而言，两个协定均规定公开的范围包括与

---

1 参见齐湘泉，姜东：《国际投资争端解决中的透明度原则》，载于《学习与探索》2020 年第 2 期，第 76 页。

2 本文所引用的 NAFTA 文本参见 https://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/NorthAmericanFreeTA.asp，最后访问日期：2021 年 5 月 4 日；本文所引用的 USMCA 文本参见 https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between，最后访问日期：2021 年 5 月 4 日。

3 See Julie A. Maupin, Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky, in Andrea Bianchi & Anne Peters (eds.), Transparency in International Law (Cambridge, 2013), p.170.

4 原文为：“The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including national treatment, most-favored-nation treatment and transparency, are to ……”

协定相关的所有“法律、规章、程序和普遍适用的行政规则”，公开的程度应达到其他各方和利益相关方“熟悉”（acquainted）的标准，并同样要求就规则草案提前征求意见等。此外，相较于 USMCA，NAFTA 第 1803 条还特别规定了应尽可能将相关措施（无论是仍在拟议中或已实施）及时通知相关缔约方，并根据其他缔约方的请求及时向其提供进一步的信息并解答疑问。USMCA 第 29. 2 条则对于公开的形式提出了进一步的要求，即要求各缔约方通过公开免费且能固定访问的互联网网站进行公开，并让公众能诸如关键词检索等方式简便查阅这些规则。

再者，NAFTA 和 USMCA 均还就一些与投资相关的特殊情形规定了特别的透明度义务，例如电信通讯服务（NAFTA 第 1306 条和 USMCA 第 18. 24 条）、金融服务（NAFTA 第 1411 条、USMCA 第 17. 13 条）、商务人员临时入境（NAFTA 第 1604 条和 USMCA 第 16. 5 条）。这些特别的透明度义务一般都是在上述一般性透明度义务的基础上，提出了额外或更高的要求。以金融服务的透明度要求为例，其中不仅仅有一般性监管规则公开的要求，同时还有专门针对金融监管机关进行行政审批时的透明度要求。

2. RCEP 中的透明度原则及特点

《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）是由包括我国在内的东亚各国签订的具有里程碑意义的区域性经贸协定。我国已完成对 RCEP 的核准，预计该协定将于 2022 年元旦前正式生效。[1]该协定可以说是国际经贸领域内的最新成果之一，且代表着东亚各国对国际贸易与投资的立场和态度。

纵观 RCEP 的相关规定，透明度原则几乎贯穿始终，包括第四章（海关程序和贸易便利化）第 5 条、第五章（卫生与植物卫生措施）第 12 条、第六章（标准、技术法规和合格评定程序）第 11 条、第八章（服务贸易）第 10 条和第 14 条、第十一章（知识产权）第 77 条、第十二章（电子商务）第 12 条和第十六章（政府采购）第 4 条等。就 RCEP 中与投资相关的透明度规则来说，可以从以下三个方面来认识。[2]

首先，RCEP 同样将透明度原则作为一般条款进行了规定，起到了统领包括投资规则在内的协定整体实施的功能。RCEP 第十七章（一般条款和例外）第 3 条规定了相关法规、程序及普遍适用的行政决定的公布及提前征求意见的义务，同时第 4 条规定了应其他缔约方的请求就上述法规、程序及行政决定进行“答疑”的义务。

其次，RCEP 也同样像 NAFTA 或 USMCA 那样就一些涉及投资的特殊领域规定了特别的透明度义务。例如，RCEP 第八章附件一（金融服务）第 7 条专门规定了适用于金融服务的监管透明度规则。与一般的透明度要求相比，此处要求公开的范围有所扩大，除了公开法规外还需要公开制定该法规的目的，同时“自律组织”的规则也被要求公开。此外，透明度下权利义务的主体范围在一定程度上被扩大，例如利害相关方被赋予了咨询权，具体的金融监管机关也被施加了透明履行行政监管职责的义务（例如在行政审批程序中及时与当事方沟通进展等）。

再者，本次 RCEP 在投资透明度方面的重要特色在于，其在“投资”一章下将透明度视为促进贸易便利化的一种措施。RCEP 第十章（投资）第 17 条要求缔约方采取措施提高投资的便利性，其中包括与透明度原则密切相关的“对外传播投资相关法规政策”以及“通过

1 参见国务院新闻办公室：《中国积极推动 RCEP 生效 已完成 RCEP 协定核准工作》，网址：http://www.scio.gov.cn/32344/32345/44688/45119/zy45123/Document/1700951/1700951.htm，发布日期：2021 年 3 月 25 日，最后访问日期：2021 年 5 月 4 日。

2 本文使用的 RCEP 协定文本参见商务部中国自由贸易区服务网，网址：http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rcep_new.shtml，最后访问日期：2021 年 5 月 4 日。

联络点等方式为投资者提供咨询和帮助”的要求。RCEP 专门在“投资”一章下对透明度的规定，虽然不是特别具体，但也是区域经贸协定中具有开创性的举措，也在一定程度上表明了透明度原则在投资领域的地位提升。

（三）代表性双边投资协定中透明度原则及特点

相较于国际贸易领域 20 世纪以来在多边框架下蓬勃发展，国际投资规则长期以来还是以双边协定为主。而中美分别作为世界上最大的发展中国家以及发达国家，其对外签署的双边投资协定在相当程度上具有代表性。

1. 美国对外签订的双边投资协定中的透明度制度安排及其发展

根据美国国务院在其官方网站上公布的数据，美国对外共签署过 47 份双边投资协定（BIT），其中 41 份目前处于生效状态。[1]美国签署的这些 BIT 都或多或少包含了透明度条款，而且该等条款随着时间的推移呈现了明显的发展趋势，即在美国对外签署的 BIT 中呈现了三个发展阶段。

（1）第一阶段（1983 年前）：不存在透明度条款。1980 年初，美国对外签署的 BIT（例如 1982 年签署的“美国-巴拿马 BIT”）还没有纳入涉及透明度原则的条款，[2]这也是目前在美国国务院官方网站上可查到的唯一没有透明度原则条款的 BIT。

（2）第二阶段（1983 年至 1999 年）：以“法规公开”内容为主的透明度条款。从 1983 年开始，几乎全部的美国对外签署的 BIT 都开始包含透明度条款，但基本只涉及“法规公开”的内容。例如，1991 年签署的“美国-阿根廷 BIT”在第 2 条第 7 款规定了缔约国公开投资规则的义务，但该条款的表述非常原则性，仅要求缔约方公开将会影响投资的所有“法律、法规、行政措施和程序，以及裁决决定”。[3]

除了包含法规公开的要求外，该时期的个别 BIT 也赋予了投资者对行政措施、程序以及裁决的“咨询权”（例如 1985 年“美国-摩洛哥 BIT”第 2 条第 6 款以及 1993 年“美国-突尼斯 BIT”第 2 条第 8 款）。[4]该时期的 1990 年“美国-波兰 BIT”第 8 条也是极为少见的以“信息交换与透明度”为题的专门条款，并且也是早期很少见的具备一定可操作性的透明度规则，例如其中将应公开的信息限定为“非保密”（nonconfidential）、“非专属”（non-proprietary）的信息且不限于法规，并要求向各自的商业界披露该等信息。[5]

（3）第三阶段（2000 年之后）：朝向“全面的透明度原则”发展。此时期的 BIT（包括美国后来制定的 BIT 范本）均包含了比较综合、全面的透明度条款，篇幅较之前大幅扩大，内容也不仅限于法规的公开，还明确增加了信息提供和行政处理程序中的正当程序要求，甚至还包括对标准制定以及金融服务中透明度的额外要求。此时期的典型 BIT 包括 2005 年“美国-乌拉圭 BIT”以及 2008 年“美国-卢旺达 BIT”，它们的透明度条款均与美国 BIT 范本中的相应条款极为相似。

---

1 See U.S. Department of State, United States Bilateral Investment Treaties, available on https://www.state.gov/investment-affairs/bilateral-investment-treaties-and-related-agreements/united-states-bilateral-investment-treaties/ (last visited on 4 May 2021).

2 See Bilateral Investment Treaty between United States and Panama, available at https://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005356.asp (last visited on 4 May 2021).

3 See Bilateral Investment Treaty between United States and Argentina, available at https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf (last visited on 4 May 2021).

4 See Bilateral Investment Treaty between United States and Morocco, available at https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43580.pdf (last visited on 4 May 2021). See also Bilateral Investment Treaty between United States and Tunisia, available at https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43614.pdf (last visited on 4 May 2021).

5 See Bilateral Investment Treaty between United States and Poland, available at https://2009-2017.state.gov/documents/organization/210528.pdf (last visited on 4 May 2021).

美国最新版的 BIT 范本制定于 2012 年，其第 10 条（涉及投资的法律与决定的公开）、第 11 条（透明度）、第 20 条（金融服务）以及第 29 条（仲裁程序的透明度）涉及了透明度的问题，较之前各阶段新增了若干核心内容：①在公开的范围上，明确了不仅仅限于已经颁布生效的法规和决定，也包括那些拟议中的投资规则草案，并且强调要保障另一方和利益相关方提出意见的权利；②在公开的程序方面，就中央政府机关的投资规则草案规定了特别的公开要求，增加了公开的时间要求（如不晚于征求意见截止前 60 日）以及在最终实施时应考虑另一方所提意见，并对草案在征求意见后进行的实质性修改做出解释；③在信息沟通方面，规定了一方应另一方的请求应立即向其提供与协定履行有关或可能影响另一方利益的相应信息，并通过“联络点”（contact points）的方式进行信息交换；④在规则实施方面，类似于 GATT 第 10 条，纳入了对国内投资相关的行政处理程序中正当性程序的若干要求；⑤就“标准制定”（standards-setting）这一特别领域，要求允许另一方的人员参与标准、技术规范与合规评估程序的制定过程（但不包括卫生和动植物检疫措施、政府采购和服务贸易的情形），并享有不低于己方人员的权利；⑥对金融服务相关的透明度的额外要求，例如要求在法规最终实施时以书面形式对重要且实质的意见进行解释（较一般情形新增了“书面”要求）。[1]

2. 中国对外签订的双边投资协定中的透明度制度安排及特点

不同于美国对外签订的 BIT 几乎都包含了透明度条款，中国对外签署的 BIT 则几乎没有关于透明度的要求，但也有少量例外。如果不考虑投资仲裁的公开问题，中国对外签署的 BIT 中包含透明度条款的包括 1988 年“中国-澳大利亚 BIT”、1990 年“中国-土耳其 BIT”、2004 年“中国-芬兰 BIT”、2007 年“中国-韩国 BIT”以及 2012 年“中国-加拿大 BIT”这五件，而且这五件 BIT 所规定的透明度的全面程度也是随着时间的推进而不断提高。

在 1988 年“中国-澳大利亚 BIT”中，透明度原则被专门规定在第 6 条中，主要包括公开相关投资法律和政策，以及对相关法律和政策进行解释和磋商的要求。[2]1990 年“中国-土耳其 BIT”中的透明度条款是被放在第 2 条“投资待遇”下作为专门的一款，仅笼统要求双方应公开与投资相关的法规。[3]2004 年“中国-芬兰 BIT”和 2007 年“中国-韩国 BIT”分别于第 12 条和第 11 条专门规定了透明度要求，除了明确要求公开相关法规外，还纳入了对相关国际协定的公开。同时，两个 BIT 还少见地规定了透明度的例外，即一些“机密和个人信息”不应公开。[4]

迄今为止，中国对外缔结的 BIT 中对透明度的规定最为全面的当属 2012 年“中国-加拿大 BIT”，其中将透明度分为“法律、法规与政策的透明度”和“审理与文件的公众参与”两部分进行规定，分别涉及作为条约实体义务的透明度以及投资仲裁程序中的透明度。在条

1 See 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, available at https://2009-2017.state.gov/documents/organization/188371.pdf (last visited on 4 May 2021).

2 参见《中华人民共和国政府与澳大利亚政府相互鼓励和保护投资协定》，载于商务部条法司网站，网址：http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/av/200212/20021200058345.html，最后访问日期：2021 年 5 月 4 日。

3 参见《中华人民共和国和土耳其共和国关于相互促进和保护投资协定》，载于商务部条法司网站，网址：http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/at/200212/20021200058396.html，最后访问日期：2021 年 5 月 4 日。

4 参见《中华人民共和国政府和芬兰共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》，载于商务部条法司网站，网址：http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/au/200504/20050400033864.html，最后访问日期：2021 年 5 月 4 日；另参见《中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定（2007 年）》，载于商务部条法司网站，网址：http://tfs.mofcom.gov.cn/article/h/at/201811/20181102805372.shtml，最后访问日期：2021 年 5 月 4 日。

约实体义务方面，新增了要确保与投资准入条件相关的法规政策的透明度，并“鼓励”向另一方及其利益相关方就拟议中的投资措施提供合理的评论机会。[1]

三、中欧投资协定中的透明度原则及其特色

中欧投资协定的谈判已于 2020 年 12 月如期完成，[2]欧盟方面也于 2021 年 1 月在其网站上公开了协定文本。[3]纵观本次中欧投资协定的条款，透明度原则在其中扮演了非常重要的角色。与既有的那些协定又不完全一致的是，中欧投资协定中的透明度原则发挥出了以外所没有的功能。

（一）作为中欧投资协定的基本原则之一的透明度

诸多方面均可表明，透明度已然成为了中欧投资协定中的一项基本原则。其基本原则的地位不仅仅反映在协定通篇规定上，也反映在协定谈判缔结的过程以及透明度在本次中欧投资协定中发挥的“创新性”功能。

（1）中欧投资协定通篇对“透明度”进行了各个方面的规定。根据欧盟委员会在其官方网站上所公开的协定文本，[4]序言明确提及要确立一种“非歧视、公平竞争、透明以以及可预测的基于规则的投资环境”（ensuring non-discrimination, a level playing field, transparency, and a predictable and rule-based investment environment），并且还明确表明缔约双方“认识到国际投资中的透明度对于所有参与者利益的重要性”（recognising the importance of transparency in international investment to the benefit of all stakeholders），这些均体现了透明度对于整个中欧投资协定的重要性以及其基础性的地位。此外，从协定正文来看，从协定第二章至第六章均有透明度的相应规则，囊括了投资自由化、“涵盖实体”（Covered Entities）、监管架构、投资补贴、标准制定、可持续发展以及争端解决等诸多方面。

（2）中欧投资协定的条款及其谈判过程从各个角度全面地体现了各种类型的透明度。本文第一部分介绍了从国际经贸规则的实践角度，透明度原则在广义上至少呈现为“条约缔结的透明度”“作为条约实体义务的透明度”以及“争端解决的透明度”三种类型。中欧投资协定自身规定了诸如信息公开和提供、联络点、行政决定的复核与上诉等要求（如协定第三章第二节）就是典型的“作为条约实体义务的透明度”。而协定第四章第四节第 5 条以及第五章第 19 条则是典型的针对“争端解决的透明度”。

剩余的一项“条约缔结的透明度”虽然在中欧投资协定的具体条款中难以发现，但欧盟委员会在协定正式谈判完成并被批准前对社会的公布，就是“条约缔结的透明度”的典型表现。[5]但欧盟委员会通过公开未生效的条约文本原则所体现的这种“条约缔结的透明度”，在当前也还仍表现为一种“被动性”（即利益相关方能观察谈判过程，但无法直接介入影响），

1 参见《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》，载于商务部条法司网站，网址：http://images.mofcom.gov.cn/tfs/201409/20140928171120483.doc，最后访问日期：2021 年 5 月 4 日。
2 参见中国政府网：《中欧领导人共同宣布如期完成中欧投资协定谈判》，网址：http://www.gov.cn/xinwen/2020-12/30/content_5575538.htm，最后访问日期：2021 年 5 月 4 日。
3 See European Commission, EU – China Comprehensive Agreement on Investment (CAI): list of sections (Agreement in principle), available at https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237 (last visited on 4 May 2021).
4 同上。本文后续引述的中欧投资协定条款文本均源于此处。
5 例如，欧盟委员会网站上公布的每一个协定文本文件的开头都明确表明，该等公布所依据的是欧盟委员会自身的“透明度政策”。

而非一种“主动的透明度”。[1]

但总而言之，中欧投资协定的条款及其谈判过程是国际经贸领域内难得的集各种类型的透明度为一身的经典的实践，也从侧面反映出了透明度在其中扮演的重要角色。

（3）中欧投资协定中的透明度原则发挥出了以往所不具有的新的功能。传统上对透明度的功能或价值都是依赖于对 GATT/WTO 框架下的相应贸易透明度规则的理解，而贸易透明度与投资透明度之间当然存在功能上的共通性。例如，对于参与国际经贸关系的各个利益相关方而言，透明度原则有助于提高贸易投资行为的可预见性。[2]再如，对于规定透明度原则的条约或协定本身，该原则也有助于条约的实施及对实施情况的监督，在此过程中还可增进各缔约方之间的信任，WTO 体制下的贸易政策评审机制就是实践中的一个典型事例。[3]

但本次中欧投资协定中的透明度原则，呈现出了以往在贸易领域中少见的功能。首先，一些欧洲学者基于欧盟的实践认为透明度原则具有促进“公众理解”、增强投资协定“正当性”甚至反映“法治”和“民主”这两个基础性价值的功能。[4]在该等对透明度原则的功能的认识中，透明度原则不再限于国际经贸关系参与者的范围内，而扩展到原先看似与此无关的外部社会公众。这样就可以理解为什么欧盟非常注重透明度原则，甚至在谈判阶段就公开了相关信息。

其次，本次中欧投资协定也将“透明度”用作弥合谈判分歧的重要工具，这集中体现在对补贴透明度的规定之中。WTO 框架下的《服务贸易总协定》（GATS）虽然要求成员方对服务贸易的补贴行为进行协商，但始终没有结果，成为了 WTO 框架下的一个重要缺漏。中欧投资协定采取了“透明度”的方式来触及了该极为复杂的问题，虽然欧洲一些人士仍对中欧投资协定中采取“透明度”这种“软处理”的方式表示失望，但这也恰恰体现了补贴问题的高度复杂性。[5]因而，在中欧投资协定中，透明度原则已然开始承担起前所未有的在协定条款建构中弥合各方争议、促成形成一致意见的一种“有力工具”。

（二）中欧投资协定中透明度原则的具体制度安排

根据中欧投资协定的文本，其中涉及透明度原则的具体制度安排的章节包括第二章（投资自由化）、第三章（监管框架）、第四章（投资和可持续发展）、第五章（争端解决）和第六章（机构和最终条款），几乎遍及了协定的全部章节（其中核心的制度安排集中于第二章和第三章中），既包括如法规公开、信息提供等传统的一般透明度要求，还包括前述针对补贴、“涵盖实体”等特殊情形的透明度安排。

1．中欧投资协定中一般性的透明度制度安排

中欧投资协定同样包括了由 GATT 第 10 条以及诸多既有国际经贸协定所共有的传统透明度规则，例如那些不针对特殊应用场景的包括法规公开、信息提供、联络点与咨询等一般性的制度设计。这些内容基本上可以说在当下是国际经贸协定中透明度原则的“标配”。中欧投资协定中的一般性透明度制度安排主要集中于第三章第二节（透明度）以及第六章第二

1 See Esme Shirlow, Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures, 8 Goettingen J. Int'l L. 73, 77 (2017).

2 参见张潇剑：《WTO 透明度原则研究》，载于《清华法学》2007 年第 3 期，第 132 页。

3 参见金建恺：《WTO 透明度规则的改革进展、前景展望与中国建议》，载于《经济纵横》2020 年第 12 期，第 64 页。

4 See Stephan W. Schill, Five Times Transparency in International Investment Law, 15 J. WORLD Investment & TRADE 363, 364 (2014); See also Esme Shirlow, Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures, 8 Goettingen J. Int'l L. 73, 78-79 (2017).

5 See Gary Clyde Hufbauer, EU-China Investment Accord Fails to Resolve Subsidy Disputes, available at https://www.piie.com/blogs/trade-and-investment-policy-watch/eu-china-investment-accord-fails-resolve-subsidy-disputes (last visited on 4 May 2021).

节（最终条款）。

（1）法规和信息的公开范围和例外。中欧投资协定概括性列出了应当公开的法规和信息的范围，包括："与协定项下任何事项相关的法律法规、行政指南、程序，以及具有普遍适用性的司法裁决和行政规则"。[1]同时，协定也规定了公开范围的例外，即不需要公开的信息，例如公开后有损法律实施、公共利益或合法商业利益的保密信息，[2]以及不具有普遍适用性、而是针对特定主体或特定事项的司法裁决或行政规定。[3]就此部分而言，中欧投资协定中的安排与其他国际经贸协定无明显差别。

（2）法规的公开形式和程序要求。对于法律法规（包括法律法规的草案），协定要求在公开性的网站或者官方刊物上进行公开，并附上对这些法律法规或其草案的制定目的和理念的说明。就法律法规的草案而言，如同近年来的其他经贸协定中的安排，中欧投资协定要求要向利益相关方征求意见并充分考虑其意见。就已通过的法律法规，协定要求在一般情况下应在"公开"和"生效"之间留足合理的过渡时间。[4]

（3）信息提供及交换的安排（包含投资者直接获取信息的权利）。中欧投资协定同样也为日常性的信息沟通、交换以及咨询进行了制度安排，并规定为此设置联络点。但本次中欧投资协定直接赋予了投资者申请获得信息以及提出咨询的权利，而不仅仅限于缔约方，该种安排在当下的国际经贸规则实践中还不是特别普遍（如 RCEP 对此就无明确规定）。[5]此外，中欧投资协定还明确要求缔约方与对方的"非国家的利益相关方"（non-state stakeholders）的代表维持定期的沟通对话。[6]

（4）行政处理程序中的正当程序保障。中欧投资协定同样明确了在行政处理程序中的正当程序要求，缔约方在行政处理程序中应为利益相关方提供诸如提前合理通知、允许提出证据和主张、允许委托代理、合理的信息保密、最终决定以书面形式作出并公开等与正当程序相关的待遇。[7]同时，协定也同样要求保障合理的纠错机制，例如要有及时的复审、复审机构要独立于行政执行机关、对复审结果可司法审查等安排。[8]

2. 中欧投资协定针对特殊情形的透明度制度安排

在中欧投资协定中，那些针对特殊情形的透明度安排才是该协定项下关于透明度的最大亮点，包括涉及商务人士临时流动规则的公开（仅进行了类似法规公开的原则性规定）、对"涵盖实体"的透明度安排、补贴透明度以及标准制定决策过程的开放，尤其后三者是本次中欧投资协定在透明度方面的特色所在。

（1）"涵盖实体"被间接作为承担透明度义务的主体。本次中欧投资协定规定了"涵盖实体"的概念，从文本中的具体定义来看，包括一缔约方直接或间接以持股 50%以上等方式对该实体享有控制权的情形，[9]主要针对的还是我国的国有企业。

协定在"涵盖实体"概念的基础上，专门就其规定了透明度义务。如果一缔约方认为另一方的"涵盖实体"从事的商业行为将危害其在协定项下的权益，就可以书面要求另一方提供该"涵盖实体"的经营信息，包括其股权及治理架构、管理人员信息、财务数据、根据国

1 中欧投资协定第三章第二节第 2 条第 1 款。
2 中欧投资协定第三章第二节第 1 条。
3 中欧投资协定第三章第二节第 2 条第 2 款。
4 中欧投资协定第三章第二节第 3 条。
5 中欧投资协定第三章第二节第 4 条。
6 中欧投资协定第六章第二节第 1 条。
7 中欧投资协定第六章第二节第 5 条。
8 中欧投资协定第六章第二节第 6 条。
9 中欧投资协定第二章第 3 条（之一）第 1 款。

内法享有的特殊权益以及政府对该实体的控制情况和控制方式等信息等。[1]虽然协定中的规定看似是针对缔约方本身的，但其实质也是将包含国有企业在内的“涵盖实体”拉到了透明度制度安排的“台前”，间接使其成为了应履行透明度义务的主体。

（2）透明度作为初步解决补贴分歧的手段。如前所述，服务贸易的补贴问题虽在 GATS 中有被提及，但只是一种“协商性”的要求，目前尚未达成成果，仍处于“深水区”。本次中欧投资协定创新性地采用了“透明度”的方式对补贴问题进行了初步安排，并创新性地让中欧这两大经济实体达成了妥协，是一大亮点。

协定在预留了两年过渡期的基础上，明确要求各缔约方在授予补贴的当年年底前通过网络公开与该补贴相关的各项信息。与补贴相关的争议也是采用“信息交换和沟通”的这种极具“透明度”特色的不具有“强制力”的方式来处理。例如，不认可补贴的一方可以向另一方提出磋商请求，在此期间授予补贴的一方有义务配合对方就该等补贴提供进一步的信息以供争议的解决。该等“透明度”形式下的争端解决方式的“非强制性”体现在了以下两点：①协定明确规定缔约双方就补贴问题的纠纷不适用国家间的争端解决程序；②纠纷处置的结果是请求磋商的一方去寻求一个能为双方共同接受的可行解决方案，最终还是需要双方的合意。[2]

同时，本次中欧投资协定虽然涉及了补贴问题，但并未对补贴设置任何实体性的规则或标准，而是留待缔约双方在具体实践中以一种“非强制性”的方式灵活协调，并且也不会影响双方未来在 WTO 框架下就补贴问题进行磋商的立场。[3]正是因为这种“非强制性”或“软性”的处理方式，才易于就类似补贴这样的处于“谈判深水区”的问题达成一定程度的妥协。

（3）开放标准制定决策的参与过程。本文第二章中提及的美国 2012 年版的 BIT 范本中已然在透明度条款下涉及了开放标准制定决策过程的议题，但目前在美国对外正式签订的 BIT 中还未看到此类条款，而中国对外签署的投资相关的国际协定中更无此类条款。

本次中欧投资协定中要求向另一方的“涵盖实体”开放己方的标准制定过程（但不包括卫生和动植物检疫措施、政府采购和服务贸易的情形），具体即要求允许对方的“涵盖实体”参与相应的标准制定机构，并享有不低于己方实体的权益。但上述义务对于中央机构而言是一种强制义务，需要确保履行，对于非政府机构而言只是一种“建议”该非政府机构配合的义务。作为确保上述要求的有效实现，协定还进一步要求公开标准制定机构的信息以及参加标准制定的申请要求等信息。[4]

（三）中欧投资协定中透明度原则及其制度安排的总体特色

总而言之，“透明度”可以说是本次中欧投资协定的一大特色，具体表现在如下方面：

首先，如前所述，透明度原则已然成为本次中欧投资协定的基本原则之一，甚至对于推进透明度原则在国际投资法领域内的地位发展也有着重要作用。中欧投资协定如最终生效，将是少有的在双边投资协定中如此系统、综合且全面地规定了透明度原则及其制度安排的范例。在此基础上，结合一些区域经贸协定和双边投资协定的发展实例，对于透明度原则在国际投资法领域内的地位，可能将不再像前几年一些学者认为的仍处于一种“模糊状态”，[5]而是将像国际贸易法领域下的透明度原则那样，真正迈向“基本原则”的位置。

---

1 中欧投资协定第二章第 3 条（之一）第 4 款。
2 中欧投资协定第三章第二节第 8 条。
3 中欧投资协定第三章第二节第 8 条第 8 款、第 9 款。
4 中欧投资协定第三章第二节第 7 条。
5 See Julie A. Maupin, Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky, in Andrea Bianchi & Anne Peters (eds.), Transparency in International Law (Cambridge, 2013), p.171.

其次，本次中欧投资协定下透明度的适用范围明显扩大。在主体范围角度，本次中欧投资协定中透明度的权利主体实质性扩大，纳入了投资者的直接参与。尤其是中欧投资协定中数次采用了“非国家利益相关方”（non-state stakeholders）的表述，也凸显了在中欧投资协定下，私主体在透明度制度安排中的地位被显著提高。此外，透明度的义务主体也在扩大，在本次中欧投资协定中纳入了涵盖我国国有企业的“涵盖实体”，触及了“国有企业”这一受关切的议题。

再者，本次中欧投资协定中透明度原则的功能范围实质性扩大，被用作了弥合谈判争议的创新性工具，尤其体现在本次协定的补贴透明度的制度安排中。如前所述，面对 WTO 体制下困难重重且难以推进的补贴问题，中欧投资协定以“透明度”为承载形式构造了一种“补贴信息公开+争议磋商+应需求的信息提供+共识性解决方案”的“软性”或“非强制性”的补贴纠纷处理机制，其本质为“沟通”而非“设定义务”，从而推动了在补贴这一敏感问题上的初步共识的达成。至此，透明度原则不再仅仅是作为保障制度有效实施的一种“辅助性”工具，其本身也在实质性意义上成为了帮助制度建构的核心工具。

四、结语

包括投资在内的国际经贸领域的透明度原则虽然是国际法层面的问题，但其仍然需要国内法实践的支撑，而国内法的相关实践也将决定了一国履行其透明度义务的完整程度。因而，如中欧投资协定最终生效，其中“高标准”的透明度要求也将对我国当前的投资法规提出更高的要求。

从类型上看，我国现行以《外商投资法》为核心的投资法律法规已然涵盖了传统国际法上透明度原则的核心内容，甚至还在标准制定方面触及了诸多国际投资协定暂未明确涉及的内容。从程度上看，我国现有投资法规中针对外国投资者提供的透明度安排的水平总体也超过了我国对外缔结的双边投资协定中呈现的水平。但与以本次中欧投资协定为代表的国际经贸规则中逐步趋向“高标准”的透明度安排进行比较，我国现行法律法规中的规定仍存在一些差距，例如：①在信息公开层面，我国尚缺乏针对补贴信息公开的统一制度安排，尚无法满足中欧投资协定中补贴透明度相关制度有效实施的基础要求；②在标准制定参与层面，虽然我国现行法规已然允许并要求确保境外投资者“平等参与”，但本次中欧投资协定所要求的是确保欧盟方面的“涵盖实体”的参与，有更为明确的对象要求；③中欧投资协定中对“涵盖实体”信息的提供要求，也将我国国有企业的经营管理信息和国资委监管的透明度问题纳入了国际投资协定的范畴。

中欧投资协定中“宽范围”“高标准”的透明度安排，总体反映了未来一段时间内发达国家和地区在包括投资在内的国际经贸领域中对透明度问题的一种态度趋势，其涉及的范围和程度也都在不断扩大。因而，我国当前在综合性的外商投资法律法规中实施透明度要求的相对零散以及原则性的规定不一定能适应最新的国际性要求。一种可行的发展考虑是：国务院层面专门制定一部实施贸易投资相关的透明度要求的行政法规，纳入现有国际经贸协定中涉及的透明度安排。该条例既可作为《政府信息公开条例》的“特别法”的形式存在，也是《外商投资法》等贸易投资法律的配套性实施规定。

综上所述，虽然中欧投资协定中的透明度安排对我国提出了更高的要求，但这有助于我国对外宣示一种“坚持开放”“欢迎外资”的公开立场。同时，通过国内法律制度与国际层面透明度要求的合理对标，也将有助于促成我国深化改革目标的进一步实现。

论国家跨境环境损害的防治义务

刘恩媛[1]　上海政法学院国际法学院

摘要：防治跨境损害，是国家根据国际法所承担的义务，还是道义的责任？本文主张防治义务是国家根据国际法所应承担的义务。本文从四个方面来论证防治义务是国家的法定义务：第一部分阐述了关于国际防治义务的相关理论；第二部分分析了国家根据国际条约所承担的具体防治义务；第三部分分析了国家在习惯法上所承担具体防治义务；第四部分提出区域合作是实现国际环境合作、履行国家防治义务的有效途径。

全球环境是一个生态系统，任何国家或地区内发生的损害行为都有可能带来全球性的环境影响。事后补救和赔偿措施不能遏制环境进一步恶化，采取措施防止损害发生才是保护环境最理想的方法。从国际环境法产生时起，国际社会就已经认识到环境损害防治措施的重要性，许多国际法文件都对国家防治义务作出规定，如 1989 年《巴塞尔公约》规定了事先通知和磋商的义务，《里约宣言》将环境预防原则列为环境法的基本原则。国际法委员会在“国家环境损害”制度问题方面的研究，已经从单纯的关注环境责任，转变成“预防”和“救济”两方面并重。[2]在国际实践方面，国际法院 2010 年的“Pulp Mills Case”[3]的判决和国际海洋法法庭 2011 年“ITLOS Case No. 17”[4]的咨询意见中都讨论了国家预防环境损害的义务。

尽有许多条约和司法判例对国家的“环境预防义务”作为较为清楚的规定和归纳，但国家有防治跨境环境损害的义务是否已确切的成为一项国际习惯法仍然存在争议。国际法院、国际海洋法庭及 WTO 上诉机构处理相关案件时，完全有机会就预防义务的适用作出权威解释，但这些权威的国际司法机构却都消极的回避，如国际海洋法法庭在审理澳大利亚、新西兰分别诉日本“金枪鱼案”中，澳大利亚和新西兰援用预防原则向法庭请求临时措施，法庭虽然判决在新的协定达成之前，捕获量不得超过三国已达成的即有配额，但所有的法官均认为该判决不得解释为预防原则已具有了习惯法的地位。[5]笔者认为，不论从学理方面，还是从条约法和习惯国际法方面来看，防治环境损害不是道义上的责任，而是是国家在国际法应承担的义务。

一、国家防治跨境环境损害的相关理论

国家环境责任的国际法尚未发展成为普遍国际法，国家不愿意承担环境损害赔偿的国家责任，并促使跨境环境损害赔偿责任私法化。[6]在难以追究国家环境责任的情况，采取防治措施来防止和减少环境损害的发生就成为符合逻辑的选择。

（一）全球治理理论

1 [基金项目]本文是教育部人文社会科学研究一般项目：“跨境环境损害防治的国际法律问题研究” （项目编号：14YJA820021 ）阶段性研究成果之一。

[作者简介] 刘恩媛，女，法学博士，副教授，上海政法学院国际法学院 201701。

2王曦，论国际法未加禁止之行为引起有害后果之国际责任，社会科学，2006 年第 4 期。

3 Case Concerning Pulp Mills On The River Uruguay (Argentina V. Uruguay)，available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>, Judgment of 20 April 20.

4 Advisory Opinion on Responsibility and Liability for International Seabed Mining (ITLOS Case No. 17): International Environmental Law in the Seabed Disputes Chamber, referring to http://www.itlos.org/index.php?L=0&id=109

5 张新军，从国际习惯法的角度透视预防防范原则，中国国际法年刊（2006 年卷），第 129－131 页。

6 Thomas Gehring & Markus Jachtenfuchs, Liability for Transboundary Environmental Damage Toward a General Liability Regime ?, 4EJIL(1993) 92-106；那力，张炀，国际环境损害责任的私法化，《当代法学》，2004 年第 4 期；刘恩媛，国际环境损害赔偿的国际私法问题研究[D]，复旦大学 2009 年。

随着全球化的不断深入，环境污染等许多社会问题都具有明显的全球性冲突的特点，通过具有约束力的国际规则解决全球性的冲突，以维持正常的国际政治经济秩序，是为全球治理。[7]全球治理理论强调，全球治理的实现依赖于各国政府间的合作、谈判与协调，主张以国际社会整体、共同利益为出发点，构建治理规则。[8]全球治理理论认为，环境灾难等公共危机不断发生是由于现在的国际法体制以国家为中心造成的，要想解决地球生态系统和为人类政治组织的冲突，必须以全人类利益为出发点，坚持整体利益大于局部利益、局部利益让位于整体利益原则，限制单个国家主权，在相互尊重基础上进行合作，以解决环境危机。

全球治理是全球化进程的逻辑结果，全球化使世界变得越来越小，国家间的联系日益增多，由此引发的环境保护等公共问题，这些公共问题明显“溢出”一国国内管辖事项，全球问题需要国际互助。因此，国际体制是全球治理中处于核心地位，该国际体制要求国家间真诚合作，对主权进行自我限制，兼顾其他国家利益，采取必要措施防治跨境环境影响。

（二）不损害别国环境

主权是国家的基本要素之一，各国主权平等原则是国际法的基本原则。国际环境法是国际法的一个分支，主权原则在国际环境法主要是强调国家对其环境资源的永久主权。但是国家的主权不是绝对的，国家主权的行使要受到适当限制，以避免损害国外的环境，即“不损害别国环境原则”。该原则最早在“特雷尔冶炼厂”案确立。[9]在“科孚海峡”案中国际法院对该原则做了进一步的完善，指出“国家疏忽给其他国家造成损害的也违反了‘不损害别国’原则。”[10]在“核试验”案中，国际法院特别强调了该原则是有关环境的国际法的组成部分。[11]在“乌拉圭纸厂”案，国际法院指出国家有义务采取各种措施以防止在其管辖下的领土范围内发生损害别国环境的行为。[12]

不损害别国环境原则在《人类环境宣言》、《里约宣言》等国际法法律文件中加以确认，经过众多环保条约的一再重申和一些典型案例的一再援引，已经成为公认的国际环境法基本原则。[13]甚至有学者主张该原则已发展成为国际强行法，是构成国际环境法的核心原则。[14]该原则强调，国家在行使自己的环境资源主权时，要实行合理的自我限制，对造成的跨国环境损害要承担相应的国家责任，且各国应在环境损害发生前就采取预防措施，以便控制、限制和制止在其管辖范围内发生跨境的环境损害。不损害外国环境原则进一步引申和深入，即为国家有防治跨境环境损害的义务。[15]

不损害国外环境原则还包含着改善本国环境、参与国际环境合作、谨慎行事等义务。因为不损害国外环境原则即包括国家自我限制的消极义务，还包括国家的积极义务。不断改善本国环境，采取措施与步骤减少本国的环境破坏，实行可持续发展是积极的国家义务。环境问题具有跨国性，这就要求国家要打破主权疆域的限制进行合作，特别是在预防环境事故方面，只有各国通力合作，才能真正达到预防损害发生的效果。

---

7 俞可平，全球化：全球治理，社会科学文献出版社，2003 年版，第 13 页。
8 许健，全球治理语境下国际环境法的拓展，知识产权出版社，2013 年，第 40－49 页。
9 Trail Smelter (U.S. v. Can.), United Nations, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS,VOLUME III pp. 1905-1982，at 1965.
10 Corfu Channel Case (UK v Albania) [1949] ICJ Rep 4, p. 22.
11 Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion [1996] ICJ Rep 226, para. 29.
12 Pulp Mills para.101.
13 亚历山大·基斯，国际环境法，张若思译，法律出版社，2000 年，第 91 页；徐祥民，孟庆垒等著，国际环境法基本原则研究，中国环境科学出版社，2008 年版，第 98 页；王曦，国际环境法，法律出版社，2005 年版，第 94 页；蔡守秋，环境资源法学教程，武汉大学出版社，2000 年版，第 603 页等。
14 徐祥民，孟庆垒等著，国际环境法基本原则研究，中国环境科学出版社，2008 年版，第 98－99 页
15 王曦，国际环境法，法律出版社，2005 年版，第 110 页。

（三）预防原则

预防原则起源于世纪 70 年代的德国，美国于 80 年代也开始引入预防原则，在 90 年代时成为欧盟基本环境政策。同时，预防原则被写进无数的国际条约和国际宣言中，其适用的领域也不仅限于环境法。尽管尚未就预防原则的定义达成统一，但目前公认的对预防原则的阐述是《里约宣言》。[16]预防原则是国家的一项责任，它是国家资源主权和不损害国外环境义务的延伸。一国为了做到行使其资源开发主权权利时不损害国外环境，必须遵循预防原则。[17]预防原则是亦由“污染者付费原则” 引申而来，污染者付费原则往往伴随着预防政策，目的是限制将来可能赔偿的损失。国际法院 1997 年盖巴斯科夫－拉基玛洛大坝案中阐述了损害预防和风险预防原则。为了更好预防环境损害的发生，当事国在项目建设的每一个阶段都要履行连续注意、预测和评价的义务。国家必须履行“对一切”的义务，采取措施避免环境重大损害。[18]预防原则要求国家谨慎行事，采取积极的、预期性的事前措施防止损害的发生，而不是消极的、反应性的事务补救。

预防原则不同于不损害国外环境原则。不损害国外环境原则从尊重国家主权角度出发，限于“ 使其管辖范围内或控制下的活动不对其他国家的环境和任何国家管辖范围以外的地区造成损害”，包括要采取防止性措施或行动以防止跨境损害的发生；预防原则并不限于跨境损害，对于任何可能发生的环境事件都要采取积极的防治措施，包括“风险预防”与“防止措施”两种。前者强调“不以科学不确定性为不行动或迟延行动的理由” ，如果某一活动对环境后果是已知，则避免后果产生的措施是防止性的；如果后果是不确定的，则同样的措施就被认为是预防性的。

（四）协商治理

协商治理是经济学的理论，该理论是以排污交易理论基础上构建的。该理论主张通过自愿性环境协议，鼓励公众参与环境管理，政府、企业和非政府组织间多元性谈判关系的构建等来实现环境的综合治理。[19]该理论强调用自愿性环境协调来结束各行为主体的环境排污行为，达到改善环境的目的。协商治理在河流防治污染方面在国内外都取得了不俗的效果。协商治理在国际关系当中体现为国家间的合作。国际社会是由平等主体组成，基于“平等者无管辖权”理论，一国无权禁止另一国的环境开发项目，在这种情况下以协商谈判的方式进行合作，通过国家的协议进行自我约束，自愿采取预防措施，达到改善环境，减少跨境环境损害的效果。

协商治理虽然表现为国际合作，但又不同于国际合作。国际合作原则在《斯德哥尔摩宣言》等众多国际环境法文件中都有规定，《联合国宪章》、《联合国海洋法公约》以及《联合国气候框架公约》等许多重要的国际条约都将其规定为基本原则。这些国际法文件提到国际环境合作时都在强调，各国在保护国际环境事业方面，本着全球伙伴和协作精神采取共同行动。至于共同行动包括哪些？大多数国际环境法文件都没明确规定。因此，目前各国合作大多停留在交换情报、通报、磋商等浅层次的合作。协商治理则是强调双边或区域国家间就具体的环境开发行为进行有效磋商，就可以产生跨境影响的项目作出安排，以防止或减少损害的发生。

---

16 Sonia Boutillon, The Precautionary Principle: Development Of An International Standard, 23 Mich. J. Int’l L. 429 2001-2002.

17 杨泽伟，国际法析论（第三版），中国人民大学出版社，2012 年，第 190 页。

18 万霞，国际环境法案例评析，中国政法大学出版社，2011 年版，第 60－66 页。

19 陈坤，从直接管制到民主协商——长江流域水污染防治立法协调与法制环境建设研究，复旦大学出版社，2011 年版，第 5 页。

二、条约中的国家防治跨境环境损害的义务

从20世纪30年代的特雷尔冶炼厂仲裁案开始，国际社会就开始注意到了国家的防治跨境损害的义务。最早通过条约方式规定具体的防治义务的条约是1954年《国际防止海上油污公约》。该公约开篇便表示，各国政府“本着一致同意采取措施以防止海水被船舶所排出的油类所污染的愿望，并且考虑达到此目的的最好办法是缔结一项公约。”之后，许多条约都规定国家有防治污染的义务，例如《联合国海洋法公约》第194条第1款规定：“各国应在适当情形下个别或联合地采取一切符合本公约的必要措施，防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染。”为了条约的执行，各国国内立法也有防止污染国外环境的规定。从条约来看，国家承担具体的防治义务有：

（一）环境影响评价制度

环境影响评价指的是拟议中的建设项目、资源开发、区域开发、政策制定、立法等人为活动可能造成的各种有利或不利的环境影响或环境后果进行分析、论证的全过程，并在此基础上采取防治措施和对策。[20]环境影响评价被认为是实现人类可持续发展，促进经济和环境协调发展的有效措施，实现预先防止环境损害的最佳制度安排。自美国在国内法中率先规定了该制度后，环境影响评价很快风靡世界。因此，该制度也被引入到国际条约中。最早明确规定环境影响评价的全球性条约是《联合国海洋法公约》。《联合国海洋法公约》第206条专门规定了“对各种活动的可能影响的评价”，要求“各国如有合理根据认为在其管辖或控制下的计划中的活动可能对海洋环境造成重大污染或重大和有害的变化，应在实际可行范围内就这种活动对海洋环境的可能影响作出评价”。此后，《联合国气候变化框架公约》、《生物多样性公约》和《关于环境保护和南极条约议定书》（以下简称《南极条约议定书》）等都规定，国家在采取行动前要进行“影响评估和尽量减少不利影响”。其中《南极条约议定书》就环境影响评价的规定最为全面和具体，该条约以环评适用的范围、执行的主体、环评时应考虑的因素及环评的具体步骤等做了较为详细的规定。

与全球性环境条约相比，区域性环境条约就环境影响评价的规定更为具体。欧洲国家间缔约的《跨国界的环境影响评价公约》（《埃斯波公约》）及其《基辅议定书》和《工业事故跨界影响公约》是目前世界上有关跨界环评规定得最为详细的公约，其中《埃斯波公约》是世界上第一个专门性跨界环境影响评价公约。这两个公约规定，项目起源地国有制定跨界环境影响评价书的义务；为确保缔约国能够进行充分有效的协商，对拟议中的或现在的危险活动起源地国要向可能受影响的缔约国进行通报，并且起源地国与其他国家的协商机制是一项强制性义务。《埃斯波公约》就环评的程序、公众参与及争端解决等内容都做了具体规定。然而这两个公约只是区域性公约，影响范围有限。虽然《埃斯波公约》也对非欧洲国家开放，但非欧洲国家缔约国还是很少，主要是北美和前独联体国家加入。

（二）环境监测制度

环境监测是指人们对影响人类和其他生物生存和发展的环境质量状况进行的监视性测定的活动。通过对环境质量某些代表值进行长时间监视、测定，以掌握环境污染状况和判明环境的好坏。[21]环境监测与环境影响评价有着密切地关系，也是实现防治环境损害的重要手段之一。但环境监测又不同于环境影响评价，环境监测是纯粹技术性的基础性工作，它只是收集、分析和评价各种环境变化因素，不给出结论性意见。且环境监测存在全球性的执行机构，即联合国环境计划署建立的全球环境监测系统（Global Environment Monitoring System,

20 汪劲，中外环境影响评价制度比较研究，北京大学出版社，2006年版，第32页。
21 韩德培，环境保护法教程（第五版），法律出版社，2007年版，第119页。

GEMS ）和世界保护监控中心（World Conservation Monitoring Centre，WCMC ）。前者是负责有关气候变化、污染物运程迁移、有关人体健康的检验，陆地可更新资源、海洋污染状况等五个方面的监测工作，后者负责有关生物多样性信息收集和评估。

为实现防治跨境环境损害的目的，必须强调各国政府的环境监测义务，因此许多环境条约明确规定缔约国有监测环境的义务。例如，《联合国海洋法公约》除规定各国要进行环境影响评价外，还规定缔约国：“用公认的科学方法观察、测算、估计和分析海洋环境污染的危险或影响”，“不断监视其所准许或从事的任何活动的影响”。《防止倾倒废物及其他物质污染海洋公约》、《南极条约议定书》、《生物多样性公约》、《气候变化框架公约》等公约都强调监测的重要性，并要求缔约国进行定期有效的监测。

（三）交换情报

交换情报是指一国就其本国的相关环境立法、环境措施、以及可能发生的危险等信息向相关国际组织报告或通知可能受影响的国家。交换情报是国际环境条约中规定的最常见的，也是最基础的防治义务。解决环境问题需要进行国际合作，国际合作的前提就是要开展环境信息资料的交流，通过环境信息的分享，才能为环境损害的预防提供支持。例如，《联合国海洋法公约》强调，“各国应直接或通过主管国际组织进行合作，以促进研究、实施科学研究方案/并鼓励交换所取得的有关于海洋环境污染的情报和资料。”信息技术的发展，使国家间交换信息和情报越来越方便，国家履行该项义务即经济又可竖立了国家真诚地履行条约的形象。因此，从最早的《保护世界文化和自然遗产公约》规定了缔约国的报告制度开始，上世纪 70 年代以后缔结的大多数国际环境条约都规定了缔约国之间有交换环境信息和情报的义务。

交换环境信息和情报即有全球性的信息交换体制，也有双边和多边性的信息交换体制。全球性的交换平台是联合国环境规划署建立的“环境信息查询系统”和“地球资源信息数据库”。双边性和多边性的环境信息与情报交换分为正常情况的信息交换和特殊情况下的信息交换。《联合国海洋法公约》规定“当一国获知海洋环境有即将遭受损害的迫切危险或已经遭受损害的情况时，应当通知其认为可能受这种损害影响的其他国家以及各主管国际组织。”即为特殊情况下的信息通告。《及早通报核事故公约》、《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》都规定的是特殊情况下的信息交流。《保护臭氧层维也纳公约》鼓励“与公约有关的科学、技术、社经、商业和法律资料的交换”，即为正常情况下的信息交换。《联合国气候框架公约》与《关于防治荒漠化公约》等都规定了在正常情况下缔约国交换相关信息与知识等义务。《生物多样性公约》则分别就两种信息交换都作了规定。

（四）环境应急制度

环境应急制度是指为了及时应对突发的环境事件，国际组织与各国政府及事先制定突发环境事件的应急预案，在发生突发环境事件时，启动应急预案，防止损害或避免损害扩大乃至消除损害的制度。环境应急制度主要针对的是突发性的重大环境事件，不是一项常规性制度。因此与上面谈到三种预防义务相比，环境应急制度在国际环境条约中出现的频率明显要低得多。但由于环境应急制度具有明显的不可替代性，环境应急制度也发展成为国家防治义务之一。有条约规定应急机制最多的领域是海洋环境保护和核安全。《联合国海洋法公约》的“海洋环境的保护和保全”部分专门规定了“对污染的应急计划”，并要求“各国应共同发展和促进各种应急计划，以应付海洋环境的污染事故。”《国际油污防备、反应和合作公约》和 1994 年《核安全公约》都就环境应急制度做了较为详细的规定。

三、习惯法中的国际防治跨境环境损害的义务

近年来国际社会致力于环境条约的制订，环境条约法的发展一定程度上降低了习惯环境法的作用，但习惯法依然是国际法的一个重要渊源。[22] 本文所称的习惯法是指通过国家实践形成习惯环境法，虽然有学者主张现代的习惯环境法可能通过宣言、声明、行动守则等软法方式形成，[23]但软法规则最终发展成为习惯国际法还是要通过国家行为来确认。[24]

（一）不损害别国环境

习惯环境法最权威的阐述体现国际法院的案例中。关于国家防治义务的习惯国际法在几个案例中体现的非常明显。第一个案例是，科孚海峡案（*Corfu Channel* case）确立了一项原则，“如果国家知道在其领土内会发生对其它国家造成有害后果的行为，而未予以公布出来，则其将对受损害国家负有负责。”即国家负有不得在其领土内从事损害其它国家行为的义务。尽管该原则没有被国际条约明确规定，但它确实被国际实践广泛应用。例如，如果一个国有不限制本国生产和使用氟氯化碳，大量消耗臭氧层，即使该国不是维也纳公约或蒙特利尔议定书的缔约国，这种污染大气的行为也违反国际习惯法。二是，特雷尔冶炼厂（*Trail Smelter*）仲裁案。该案确立了一项原则，“睦邻原则”（good neighborliness），即任何国家不得以有明显证据证明会损害其它国家的方式排放大气污染物。[25]该案虽然是处理跨国空气污染的，但该原则也可应用于解决工业事故、臭氧和气候变化等全球环境问题。三是，拉努湖仲裁案（*Lake Lanoux*），该案确立了一项原则，国家在本国行为可能影响他国环境时负有通过他国的义务。一国不能无视他国利益。四是，核试验案（*Nuclear Tests* cases）。该案虽然没有就国家的环境义务作出判决，但从国际法院的判决可以推断出一项原则，即国家的单方承诺亦具有法律拘束力。国家的声明一般不具有法律效力，但本案中法国的声明国际法院认为具有法律效力“legal effect”，法国停止了大气层核试验，避免对南太平洋国家的核污染。五是，国际常设仲裁院在莱茵铁路案（Iron Rhine case）[26]，该案指出国际环境法的发展更加注意国家的环境损害防治义务，国家采取措施避免对管辖领土外的其他地方造成损害是国家的一般义务。

（二）谨慎注意

由于现代技术发展中存在许多不确定性，使跨境损害的防治由于技术的原因存在许多不确立因素，这就要求各国在各种行为要履行谨慎注意义务，才能最大可能地避免跨境损害事故的发生。

谨慎注意义务在国际司法案例中有明确的阐述，国际法院在“美国诉伊朗外交官”案[27]中指出，伊朗没有采取“适当方法”来保护美国外交官和使馆，没有尽到“谨慎注意”，该义务是国际义务中所包含的，并且在履行该义务时要采取相应的措施。在“乌拉圭纸浆”案中，法院认为国家的跨境损害防治义务的习惯法源自于“各国在自己领土范围内的谨慎注意义务”。[28]在 1871－1872 年美英之间的“阿拉巴马求偿案”（Alabama Claims）[29]和 1986“山

22 A/66/10（中文本）,第 292 页。
23 Geoffrey Palmer, New Ways To Make International Environmental Law, 86 Am. J. Int'l L. 259 1992
24 Daniel Bodansky, Customary (and Not So Customary) International Environmental Law, 3 Ind. J. Global Legal Stud. 105 1995-1996.
25 Trail Smelter (U.S. v. Can.), United Nations, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS,VOLUME III pp. 1905-1982，at 1965.
26 Arbitration regarding the Iron Rhine Railway (The Kingdom of Belgium v. The Kingdom of Netherlands), award of 25 May 2005, XVII UNRIAA, 2005，para.222
27 Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) [1980] ICJ Rep 3.
28 Pulp Mills para.101.
29 "Alabama" Arbitration”, 1911 Encyclopædia Britannica, Volume 1, referring to http://en.wikisource.org/wiki/1911_Encyclop%C3%A6dia_Britannica/%22Alabama%22_Arbitration

德士化工原料泄露案”（The Sandoz Spill）[30]都强调国家有“尽到谨慎注意”采取措施防止损害别国的义务。

谨慎注意义务在许多国际软件文件中被再三强调，如联合国大会通过《世界自然宪章》原则 21，世界气象组织和联合国环境署起草的《国家应对气候变化行动指南原则草案》的原则 6 和国际法委员会的“防止跨境损害条约草案”等。 “防止跨境损害条约草案”第三条规定，“各国要采取适当措施防止或最大限度地减少损害的发生。”在其后公布的“条约草案的说明”[31]中指出，要求各国采取适当措施来防止或最大限度地减少损害即是在要求“起源地国家要尽到谨慎注意的义务”，“谨慎注意”不是表示起源国要保证不发生跨界损害，绝对避免损害是不可能的，该义务只是要求起源地国 “谨慎注意”，采取一切可能的措施最大限度地减少损害的发生。[32]国际法委员会将“谨慎注意”义务解释为，[33]要求起源地国采取单边措施，通过立法或行政手段来防止或最大限度地减少可预见的可能发生的跨境损害。起源地国可采取的单边措施包括：第一，制订防止或减少跨境损害的政策；第二，该政策要通过立法或行政机制来执行该政策。至于采取哪些措施被视为已履行了“谨慎注意义务”，国际法委员会认为《里约宣言》原则 11 和《斯德哥尔摩宣言》原则 23 的表述是对“谨慎注意义务”标准最好的诠释，即“注意的标准”应考虑起源国的发展程度，在不给起源造成不必要的经济和社会代价的前提下，一个国家采取了尽可能的预防措施即已满足了“谨慎注意义务”。

四、区域协商治理是实现防治跨境环境损害的途径

环境损害的跨国性、损害的不可逆转性等特点要求解决环境问题要全球广泛和全面的合作。国际社会为此开展了积极的活动，如召开环境会议，制订国际环境法律文件和条约等。国际保护的软件文件和条约数量不断增多，但所有的软法文件和条约都会面临遵守和困境的悖论。许多国家，特别是发展中国家，同于缺乏采取环境保护行动所需的相应资金、技术和能力，都存在着“搭便车”行为。“搭便车”的国家不但获得了不正当竞争的优势，还享受到别国采取环境保护措施所带来的环境利益。虽然国际社会为此做了许多努力，[34]但许多国家还是消极地履行环境义务。由于国际社会没有执法机构来强制执行环境条约，条约的执行依赖于缔约国的自愿履行和被害国的自助。而软法文件本身不具有法律拘束力，虽然有学者主张软法文件的某些内容已发展成“习惯国际法”，但其执行依然差强人意。国际社会召开多次大规模国际环境会议，制订众多国际环境软法文件，也缔结了一些专门性环境条约，但一直没有缔结成综合性的环境条约，原因是国际不愿意承担过多的环境防治义务。因此全球层面展开环境合作困难重重。

虽然人类面临的环境问题都已跨越国境，其环境影响甚至具有全球性。但实际上造成不良环境后果的原因都是国家内的人类活动所引发，虽然我们经常称其为国际环境问题，有时确实需要在国际层面上采取行动，制订国际规则。更多的则是由相邻受影响的国家间就该环境问题进行磋商或采取行为，因此，区域或次区域层面的制度安排，是国际承担环境义务的

30 1986: Chemical spill turns Rhine red. BBC，referring to http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/november/1/newsid_4679000/4679789.stm

31 Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol.

32 Ibid, p154

33 Ibid, p153-155

34 联合国环境规划署制订了一系列旨在促进实施多边环境条约的准则、手册等；国际法委员会致力于制订追究国家违反环境义务的国家责任的条约立法；联合国主持召开了一系列国际会议讨论环境条约的遵守和执行机制等等。

最直接体现。由于全球性条约的制定与执行多存在着相当多的困难，与之相比，区域性条约的制定与执行相对容易。联合国环境计划署（UNEP）很早就认识到区域措施的重要性，环境计划署在联合国五大洲的经社理会中都设立的办公室，以便协调区域环境措施。并且，在许多时候区域性规则也是制定全球环境规则的基本条件。[35]另外，在权利义务不对称的习惯环境规则的确定，在区域组织层面更容易建立，因为环境权利义务的不对等性可以通过区域经济及贸易等方面制度安排获得补偿。[36]区域贸易往往在该地区国家经济中占据重要地区，通过区域贸易制裁、税收安排等手段，保证区域各国能够认真履行环境损害防治义务。又由于区域国家数量少，也有利于国家间的协商，特别在就某一项目的影响进行磋商时，通过当事国的协商达成协议的可能性更大。

区域层次的合作有效预防和减少跨境损害的成功案例很多，最有成功的例子是北欧地区、北美五大湖区和莱茵河流域的合作。北欧国家由于经济发展水平、文化背景相似，很早就建立起了环境区域合作协议，有效地防止和减少了跨境损害事故的发生。五大湖区和莱茵河流域都是工业发达地区，流域各国在充分协商的基础上建立了相对完善的流域保护法律制度，要求沿岸各国采取的有效措施防止损害事故的发生。虽然莱茵流域发生过多起跨境损害事故，但总体上各国都履行了环境损害防治义务。

35 Kazu Kato & Wakana Takahashi, Environmental Cooperation in Northeast Asia, in: Reginal/subregional environmental cooperation in Asia, February 2001 (IGES), P12.
36 Peter H Sand, Lessons Learned in Global Environmental Governance,18 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 213, 226. (1991)

“共同但有区别的责任”在新冠疫苗国际分配中适用的可行性探讨

刘佳* 武汉大学国际法所

摘要：新冠疫情在国际范围内的有效防控，离不开新冠疫苗的国际公平分配。梳理新冠疫苗国际分配的不同路径发现，不公平分配的主要原因是国际公共卫生治理中缺乏对国家主权行为的协调。本文通过分析“共同但有区别的责任”的内涵及其适用，探讨将其适用于公共卫生领域的可行性。

关键词：新冠疫苗 人类卫生健康共同体 共同但有区别的责任 国际公共产品

人类与传染病作斗争的历史实践证明，疫苗在预防传染病方面具有不可替代的作用。新冠肺炎疫苗批准上市、接种给全球抗疫增添了信心和希望。截至 2021 年 2 月 18 日，全球范围内至少推出了 7 种不同的疫苗。[1]然而，疫苗生产产能短时间内无法满足世界各国人民的接种需求。伴随着国际局势变动和大国外交政策调整，疫苗不再仅仅是预防医学领域的生物制剂，被赋予了多重含义，与公共健康、人权、发展密切相关，成为各国追逐的焦点。主要发达国家在 COVAX 计划之外，与疫苗生产商签订疫苗预购协议，优先交付疫苗，更加剧了疫苗短缺和分配不公平。据世界卫生组织（WHO）统计，在高收入国家，平均四分之一的人接种过疫苗，而在低收入国家，每 500 人中只有 1 人接种过疫苗。[2]新冠疫苗不能实现国际公平分配的原因是多方面的，除疫苗生产产能不足、各国财政状况不均等之外，更为重要的是疫苗分配国际规则。现行的疫苗国际分配路径以国家为中心创设，缺乏国际范围内强有力的统一分配方案。公共卫生已经成为全球关注的非传统安全问题，与全球可持续发展密切关联。从人类卫生健康共同体理念出发，在国际公共卫生治理层面探讨将“共同但有区别的责任”扩大适用于公共卫生领域的可行性，约束各国在疫苗分配问题上的主权行为，或许是实现疫苗国际公平分配的一种新路径。

一、以国家为中心的疫苗分配制度无法实现公平

（一）新冠疫苗国际分配的不同路径

新冠疫苗国际分配的路径主要有三种：COVAX 机制、双边预购协议和疫苗捐赠。不同类型的国家参与的分配方式不同，发达国家在资金和技术方面的优势，为其获得更多疫苗提供了可能，而中低收入国家和最不发达国家，在疫苗分配方面相对处于劣势和被动地位。

1.COVAX 全球疫苗分配机制

COVAX 是新冠疫苗供应的多边安排，是由全球疫苗免疫联盟（GAVI）、防疫创新联盟（CEPI）和 WHO 共同领导的全球疫苗采购机制，其目标是加速 COVID-19 疫苗的研制和制造，确保快速、公平和公正地获得疫苗。[3]COVAX 连接了采购国和供应商，通过中间补贴机制，在全球公平分配，实现公共产品的可及、可负担目标。通过汇集所有参与国的购买力，COVAX 基金一旦获得监管机构的批准，就可以迅速获得新冠肺炎疫苗的剂量。参与国既可

*刘佳，武汉大学国际法所博士研究生。

1 See COVID-19 vaccines. https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/covid-19-vaccines, last visited on April 28, 2021.

2 See Greta Thunberg, climate and environment activist, joins World Health Organization’s call for vaccine equity. https://www.who.int/news/item/19-04-2021-greta-thunberg-climate-and-environment-activist-joins-world-health-organization-s-call-for-vaccine-equity. last visited on April 28, 2021.

3 See COVAX Facility governance explained How will the COVAX Facility ensure equitable access to COVID-19 vaccines is indeed equitable? https://www.gavi.org/vaccineswork/covax-facility-governance-explained, last visited on April 28, 2021.

以作为采购方通过机制补贴获得一个相对公平低廉的疫苗采购价格，同时，具备自主研发能力的参与国也可以将自己国内企业研制的疫苗通过 COVAX 机制参与到全球采购之中。

参与 COVAX 的国家和地区分为“预先市场承诺经济体”和“自筹资金经济体”两类。这两类经济体参与 COVAX 机制的方式不同。“预先市场承诺经济体”享受补贴，不需要缴纳预付款，只支付部分费用。它包括人均国民总收入低于 4000 美元的低收入和中低收入经济体，以及其他符合世界银行国际开发协会（IDA）资格的经济体，共有 92 个国家和地区。[4]COVAX 整合这些低收入经济体的需求，借助慈善机构和发达国家政府的援助资金，从疫苗供应商处获得较低的采购价格，再由泛美卫生组织和联合国儿童基金会担任采购方向各自负责的“预先市场承诺经济体”提供疫苗。[5]“自筹资金经济体”属于经济发展水平较高的国家，需要缴纳预付款，承诺购买一定量的疫苗用于本国优先接种人群，按照 COVAX 分配计划获得相应比例的疫苗。[6]虽然两类经济体参与 COVAX 机制的方式不同，但是疫苗分配的初始阶段将按照公平原则在所有国家间按比例进行分配。[7]2021 年 2 月 24 日，印度血清研究所获得许可的 60 万剂牛津-阿斯利康疫苗抵达加纳阿克拉，COVAX 全球疫苗分配计划开始实施。[8]3 月 2 日，COVAX 公布第一轮分配，在 5 月前向参与国提供主要是由印度血清研究所（SII/AZ）许可和制造的牛津-阿斯利康疫苗。[9]

2.采购国与疫苗供应商签订采购协议

有购买力的高收入国家可以绕过 COVAX 机制，直接和疫苗生产商签订预购协议，以获得更多剂量的疫苗。预购协议是在疫苗研发成功、获得批准上市之前，国家政府承诺以谈判价格从疫苗制造商处购买特定数量或百分比的潜在疫苗剂量。购买国政府需要以预付款、高于其他相关方的每剂价格或开发过程中的财政支持作为条件，从制造商处获得时间上优先交付疫苗的权利。[10]预购协议具有法律约束力，用来确保优先获得疫苗和提高生产能力。由于签订协议时疫苗尚在临床试验状态，无法确定是否会成功，国家可能会与不同的疫苗制造商签订多个预购协议，以增加成功获得疫苗的机会。出于经济利益考虑，大多数生产商首先考虑的是在利润最高的富裕国家得到监管批准，积极寻求与高收入国家绕过 COVAX 机制签订双边预购协议。2020 年签署了 44 项双边协议，2021 年至少已经签署了 12 项。[11]许多高收入

4 See 92 low- and middle-income economies eligible to get access to COVID-19 vaccines through Gavi COVAX AMC, https://www.gavi.org/news/media-room/92-low-middle-income-economies-eligible-access-covid-19-vaccines-gavi-covax-amc, last visited on April 29, 2021.

5 吴雨浓.迎接史上最大规模疫苗接种：多边机制 COVAX 实施计划如何行动？http://news.ifeng.com/c/81qvjRS7eg9， 2021 年 5 月 2 日访问。

6 See The Gavi COVAX AMC Explained, https://www.gavi.org/vaccineswork/gavi-covax-amc-explained. Also see COVAX explained.3 September – by Dr Seth Berkley, CEO of Gavi, the Vaccine Alliance, https://www.gavi.org/vaccineswork/covax-explained, last visited on April 28, 2021.

7 See Fair allocation mechanism for COVID- 19 vaccines through the COVAX Facility, https://www.gavi.org/sites/default/files/covid/covax/who-covid19-vaccine-allocation-final-working-version-9sept.pdf, last visited onApril 28, 2021.

8 See COVID-19 vaccine doses shipped by the COVAX Facility head to Ghana, marking beginning of global rollout, https://www.who.int/news/item/24-02-2021-covid-19-vaccine-doses-shipped-by-the-covax-facility-head-to-ghana-marking-beginning-of-global-rollout,last visited on April 28, 2021.

9 See COVAX publishes first round of allocations. https://www.who.int/news/item/02-03-2021-covax-publishes-first-round-of-allocations. last visited on April 28, 2021.

10 Armin von Bogdandy, Pedro A. Villarreal. The role of international law in vaccinating against COVID-19: Appraising the COVAX Initiative. https://ssrn.com/abstract=3733454. last visited on April 30, 2021.

11 See WHO Director-General's opening remarks at 148th session of the Executive Board.18 January 2021. https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-148th-session-of-the-executive-board, last visited on April 30, 2021.

国家预订的疫苗已经远超过其人口数量，例如加拿大预订的疫苗约相当于其人口数的五倍，美国预订的疫苗约相当于其人口数的两倍，欧盟和澳大利亚的预订数约等于其人口数。[12]绕过 COVAX 机制签订双边预购协议可能会推迟疫苗生产商向 COVAX 全球获取机制的交付，影响中低收入国家疫苗接种的时间。

3.疫苗捐赠

疫苗捐赠是中低收入国家获得疫苗的一种常见方式。许多发展中国家由于缺乏足够的当地生产能力，严重依赖进口疫苗，这些疫苗或为捐赠或为低价出售。[13]高收入国家、国际组织、疫苗生产商都可能成为捐赠者。疫苗捐赠有助于改善中低收入国家的公共卫生状况，提升国家间的双边友好关系，帮助疫苗生产商推广疫苗。在抗击新冠肺炎疫情中，美国、欧美、英国等主要发达国家的捐赠主要是为 COVAX 多边倡议提供援助资金，但是在直接捐赠疫苗剂量方面未见有效行动；欧盟一直拒绝分享剂量，而美国向墨西哥和加拿大提供的疫苗贷款则以剂量偿还作为条件。[14]中国和印度填补了疫苗剂量捐赠的空白。中方率先承诺将疫苗作为全球公共产品，努力提高疫苗在发展中国家的可及性和可负担性；目前正向 80 个国家和 3 个国际组织提供疫苗援助，同时向 40 多个国家出口疫苗，同 10 多个国家开展疫苗研发和生产合作；响应联合国号召，向各国维和人员捐赠疫苗。[15]作为全球最大的疫苗生产国，印度总统纳伦德拉•莫迪（Narendra Modi）将其疫苗作为"帮助全人类应对这场危机"的工具，其疫苗捐赠规模上与中国不相上下，但是捐赠集中于东亚和南亚国家。[16]

（二）现行分配机制产生不公平的原因

在疫苗相对紧缺的情形下，尽管有多种疫苗国际分配路径，国家间的不公平现象依然明显。研究发现，全世界有四分之三的剂量集中在 9 个国家，有 54 个国家尚未进行一次注射。[17]高收入国家获取疫苗的途径普遍多于中低收入国家。高收入国家不但可以通过参与COVAX 机制获得疫苗分配，还可以与疫苗供应商签订双边采购协议、自主技术创新研发疫苗。而中低收入国家对 COVAX 机制有较大的依赖。造成不公平的原因，除了疫苗生产产能不足、国家间财政状况的差距之外，更为重要的是分配制度产生的不公平。

1.各种分配方式之间缺乏统一的协调规则

COVAX 机制集合参与国和生产商的力量，汇聚资金，促进研发，在获得可用疫苗之后按比例向全部参与国分配，意图建立一个公平合理的分配框架，促进新冠疫苗在世界范围内公平可及。然而，COVAX 机制并未限制参与国通过其他方式获得疫苗。COVAX 机制之外的疫苗交易妨碍了疫苗国际公平分配。这与国际公共卫生治理的现状有关。WHO 在国际公

12 查道炯.中国新冠疫苗如何走向世界？http://ipp.org.cn/index.php/home/blog/single/id/699.html，2020 年 4 月 30 日访问。

13 See WTO, “Developing and Delivering Covid-19 Vaccines around the World”, 22 December 2020. https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/vaccine_report_e.pdf, last visited on April 28, 2021.

14 Samantha Kiernan，Serena Tohme，Kailey Shanks and Basia Rosenbaum. The Politics of Vaccine Donation and Diplomacy Is a friend in need a friend indeed? https://www.thinkglobalhealth.org/article/politics-vaccine-donation-and-diplomacy, last visited on April 28, 2021.

15 参见 2021 年 3 月 30 日外交部发言人华春莹主持例行记者会，https://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhsl_673025/t1865482.shtml，2021 年 5 月 1 日访问。

16 Samantha Kiernan，Serena Tohme，Kailey Shanks and Basia Rosenbaum. The Politics of Vaccine Donation and Diplomacy Is a friend in need a friend indeed? https://www.thinkglobalhealth.org/article/politics-vaccine-donation-and-diplomacy, last visited on April 28, 2021.

17 Samantha Kiernan，Serena Tohme，Kailey Shanks and Basia Rosenbaum. The Politics of Vaccine Donation and Diplomacy Is a friend in need a friend indeed? https://www.thinkglobalhealth.org/article/politics-vaccine-donation-and-diplomacy, last visited on April 28, 2021.

共卫生治理种扮演的角色是公共卫生领域的技术型和规范型组织，[18]对会员方的约束力有限，特别体现在 WHO 总干事根据《国际卫生条例》发布的长期和临时建议对其会员方没有约束力。约束力和执行力较强的 WTO 规则只涉及与贸易相关的卫生措施，不涉及疫苗、药品的分配。2014 年西非埃博拉疫情期间联合国成立了第一个有关公共卫生的紧急任务——埃博拉应急特派团（UN Mission for Ebola Emergency Response, UNMEER），但是安理会并未在卫生治理领域额外行使职权，联合国对公共卫生治理的首次尝试收效甚微。[19]国际范围内缺乏强有力的国际公共卫生治理规则，反映在此次新冠肺炎疫苗分配问题上的突出表现就是缺乏疫苗分配的统一协调机制。双边采购协议和疫苗捐赠与 COVAX 机制之间缺乏沟通和协调，导致一些高收入国家多种渠道优先获得疫苗，抢占先机，推迟低收入国家的疫苗获取时间。

2.主权国家在疫苗分配中起决定性作用

主权国家在疫苗分配中的决定性作用主要体现在两个方面：

第一，国家只对本国公共卫生治理负责，较少顾及国际公共卫生治理状况。疫苗是结束大流行的利器，人们对新冠疫苗的期待已然超越了预防流行病生物制剂的原本意义，被赋予了维护政治稳定、保障经济发展等多重意义。每一个国家都有保护国内民众，保障人民健康权的责任。国家为了维护国内公共健康，在疫苗市场上抢占资源。在国际层面，主权国家维护国际公共卫生的责任既不明确、也不具体。《国际卫生条例（2005）》中没有发达国家对相关发展中国家资助义务的规定，关于发达国家在应对国际公共卫生风险中的义务范畴不明确，使得发达国家对公共卫生条件相对薄弱国家的援助，实际上成为一种国际道义而无法在国际法律层面予以约束。[20]2021 年 1 月，世卫组织呼吁所有国家共同努力，团结一致，以符合各国的最佳利益，确保在今年头 100 天内，所有国家都在为卫生工作者和老年人接种疫苗。[21]团结一词在国际法很多领域的文件中都有体现，但是很难把它理解为一项得到充分承认，为国际主体设定一套明确的义务国际法原则。[22]国际义务缺位的直接后果就是主权国家在公共卫生治理领域无须顾及其他国家，以自己的国家利益作为行为出发点，国际公共卫生治理行动缺乏协调性。

第二，疫苗捐赠带有明显的政治、外交偏好。疫苗捐赠建立国家间良好外交关系的基础上，同时也是维护国家间良好外交关系的润滑剂。我国新冠疫苗的捐赠对象主要是跟我国有良好外交往来的“一带一路”沿线国家以及东南亚、非洲国家。如前所述，印度的疫苗捐赠主要是南亚和东南亚国家。捐助国没有根据受援国的人口规模和公共卫生状况，而是根据政治外交偏好分发疫苗。加勒比和印度洋地区的一些小国已经接受了足够剂量的疫苗为 10%以上的人口接种，相比之下，人口较多的受援国的接种人口却不足 1%。[23]疫苗捐赠地域分布不均衡，导致疫苗国际分配不公平。除此之外，疫苗捐赠的时间也影响分配公平。疫苗捐赠存在着这样的历史循环：等到世界上的穷人能够获取疫苗时，大流行已经结束。[24]2009 年

18 冯洁菡，额外卫生措施的国际法规制，载《武大国际法评论》2020 年第 3 期，第 27 页。
19 马得懿、周明园，论“国际关注的突发公共卫生事件”下的过度公共卫生措施，《海关与经贸研究》2020 年 9 月，第 9 页。
20 何志鹏、王艺曌，国际法视角下的国际抗疫合作之困境与出路，载《武大国际法评论》2020 年第 3 期。
21 Call to action: Vaccine Equity
https://www.who.int/campaigns/annual-theme/year-of-health-and-care-workers-2021/vaccine-equity-declaration.
22 See Max Planck Encyclopedias of International Law，Solidarity, Principle of. Oxford Public International Law (http://opil.ouplaw.com).
23 Samantha Kiernan，Serena Tohme，Kailey Shanks and Basia Rosenbaum. The Politics of Vaccine Donation and Diplomacy Is a friend in need a friend indeed?
https://www.thinkglobalhealth.org/article/politics-vaccine-donation-and-diplomacy, last visited on April 28, 2021.
24 See WHO Director-General's opening remarks at 148th session of the Executive Board.18 January 2021.

H1N1 大流行时，美国、加拿大的疫苗捐赠是在满足自身需要之后才开始的；疫苗制造商的捐赠往往发生在发达国家对疫苗的需求量减少之后。[25]捐赠往往是在疫苗短缺状况已经得到缓解时进行，当下大规模的新冠肺炎疫苗捐赠还为时过早。相较于其他分配路径，疫苗捐赠受国家主权行为的影响更直接。

二、“共同但有区别的责任”的内涵及其适用

“共同但有区别的责任”在国际环境法领域具有重要地位，就一般国际法而言，共同但有区别的责任概念最有可能成为国际环境政策或软法律的原则，对国际环境法的实质及其体制结构产生了深远影响。[26]在国际环境法领域，共同但有区别的责任指各国在追求共同的环境目标时，根据其社会经济状况及其对环境问题的历史贡献承担不同的义务。[27]《里约环境与发展宣言》对各国在环境保护领域的共同但有区别的责任的阐述，被认为是目前关于该原则的最普遍接受的概念。[28]“发展中国家，尤其是最不发国家和那些环境最易受到损害的国家的特殊情况和需要，应给予特别优先的考虑。”[29]“各国应本着全球伙伴关系的精神进行合作，以维持、保护和恢复地球生态系统的健康和完整。鉴于造成全球环境退化的原因不同，各国负有程度不同的共同责任。发达国家承认，鉴于其社会对全球环境造成的压力和它们掌握的技术和资金，它们在国际寻求持续发展的进程中承担着责任。”[30]这一责任的突出贡献是各国在合作的基础上，基于共同的责任，根据历史原因和国家的具体情况确定有区别的责任，突破了法律意义上的国家主权平等原则，追求国家间的实质公平。“共同但有区别的责任”包括“共同责任”和“区别责任”两个概念要素。

1.共同责任

共同责任，即各国对环境保护和环境发展负有共同的责任，基于共同的责任，各国都要承担相应的义务。国家共同责任的范围仅限于各国共同关切（common concern）的环境问题，仅仅是某一个国家或者少数几个国家关心的环境问题,如防治沙漠化，就不能认为各国对这种环境问题的解决负有共同责任。[31]“共同责任”是“不损害国外环境”原则在全球环境问题上的拓展。[32]《斯德哥尔摩人类环境宣言》的原则 21 和《里约环境与发展宣言》的原则 2 都有关于“不损害国外环境”原则的阐述，各国“有责任保证在他们所管辖或控制下的各项活动不致对别国的或超出其国家管辖范围外的地区的环境造成危害”。根据联合国国际法委员会 2001 年二读通过的《关于预防危险活动的跨界损害的条款草案》，国家应当对造成重大跨界损害的危险活动承担责任。造成重大跨界环境损害的危险活动并不常见，人类工业活动对环境的影响是长期历史作用的结果，多种原因交织，很难明确具体国家的责任。当今社会各国广泛关注的环境问题，如气候变化，生物多样性等，很难把它归咎于哪一个或哪些国家

---

https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-148th-session-of-the-executive-board, last visited on January 24, 2021.

25 Supriya Kumar, Sandra Crouse Quinn, Kevin H. Kim, Karen M. Hilyard. US Public Support for Vaccine Donation to Poorer Countries in the 2009 H1N1 Pandemic. PLoS ONE, March 2012, Volume 7, Issue 3.

26 Max Planck Encyclopedias of International Law, Common but Differentiated Responsibilities. Oxford Public International Law (http://opil.ouplaw.com)

27 Max Planck Encyclopedias of International Law, Common but Differentiated Responsibilities. Oxford Public International Law (http://opil.ouplaw.com)

28 Max Planck Encyclopedias of International Law, Common but Differentiated Responsibilities. Oxford Public International Law (http://opil.ouplaw.com)

29 《里约环境与发展宣言》原则 6。

30 《里约环境与发展宣言》原则 7。

31 边永民，论共同但有区别的责任原则在国际环境法中的地位，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2007 年第 4 期，第 10 页。

32 王小钢，“共同但有区别的责任 ”原则的适用及其限制，载《社会科学》2010 年第 7 期，第 84 页。

的行为结果，但是这些环境问题跟每一个国家的发展密切相关。这意味着在国家利益之外，还存在各国的生存与发展都至关重要的人类共同利益，为了维护人类共同利益，国际法出现了“人类共同关切事项”（common concern of mankind）这一概念来解决这些问题。“人类共同关切事项”的内涵至少包括各国对共同关切事项享有主权、承担共同但有区别的责任、发达国家负有团结协助（solidarity)的义务三个要素。[33]全人类的共同利益、“人类共同关切的事项”是共同责任合法性的理论基础。

各国为了维护全人类共同利益的需要，承担国际法上的共同责任，共同责任是法律责任不是道义责任。《联合国气候变化框架公约》中有三处明确提及“共同但有区别的责任”。“承认气候变化的全球性，要求所有国家根据其共同但有区别的责任和各自的能力及其社会和经济条件，尽可能开展最广泛的合作，并参与有效和适当的国际应对行动。”[34]“各缔约方应当在公平的基础上，并根据它们共同但有区别的责任和各自的能力，为人类当代和后代的利益保护气候系统。”[35]“所有缔约方，考虑到它们共同但有区别的责任，以及各自具体的国家和区域发展优先顺序、目标和情况……”[36]该公约的《京都议定书》中也确认了“共同但有区别的责任”，且对两类国家的减排义务做了具体区分。目前已有 189 个国家加入了《联合国气候变化框架公约》，161 个国家成为了《京都议定书》的签约国，这两个文件分别于 1994 年和 2005 年生效。[37]之后签署并生效的《巴黎协定》也强调按照共同但有区别的责任原则进一步加强《联合国气候变化框架公约》的全面、有效和持续实施。对共同关切的环境问题承担共同责任，是国家需要履行的条约义务。

2.区别责任

区别责任是指，在共同责任的基础上，对不同国家承担的环境责任进行区分。“共同责任”并不意味着相同的责任。共同责任不要求各国为履行这些责任而承担相同的财政义务，并且开始履行责任的时间也可以不同。[38]“共同责任”确保所有国家参与国际环境法，“区别责任”确保国际环境法在政治上为各国所接受。[39]《联合国气候变化框架公约》将缔约国分为发达国家和发展中国家，明确发达国家应承担率先减排和向发展中国家提供资金技术支持的义务。且对发达国家再次进行区分，《公约》附件一国家缔约方（发达国家和经济转型国家）应率先减排，附件二国家（发达国家）应向发展中国家提供资金和技术，帮助发展中国家应对气候变化。附件一国家、附件二国家、发展中国家分别承担不同气候变化责任。划分区别责任，主要依据国家对环境退化的历史贡献、国家的特殊需要，国家在技术和财政资源方面的能力。[40]

根据国家对环境退化的历史贡献划分。《联合国气候变化框架公约》序言中宣布，“注意到历史上和目前全球温室气体排放的最大部分源自发达国家；发展中国家的人均排放仍相对较低。”1991 年 41 个发展中国家的部长在北京举行“发展中国家环境与发展部长级会议”，发布的《北京宣言》指出，“发达国家对全球环境的退化负有主要责任。”发达国家对环境退

33 秦天宝，国际法的新概念“人类共同关切事项”初探，载《法学评论》2006 年第 5 期，第 99 页。
34 《联合国气候变化框架公约》序言
35 《联合国气候变化框架公约》第三条原则 1。
36 《联合国气候变化框架公约》第四条承诺 1。
37 参见 https://www.un.org/zh/aboutun/structure/unfccc/
38 边永民，论共同但有区别的责任原则在国际环境法中的地位，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2007 年第 4 期，第 10 页。
39 See Philippe Sands，“International Law in the Field of Sustainable Development”，65 BYIL 343–344 (1994).
40 Max Planck Encyclopedias of International Law, Common but Differentiated Responsibilities. Oxford Public International Law (http://opil.ouplaw.com)

化负有主要责任，是“污染者付费”原则的变通适用。[41]与发展中国家相比，发达国家较早的开始进行工业活动，工业化程度相对较高，污染排放量巨大，对环境的影响作用远远大于发展中国家。环境责任应当与导致环境退化的历史影响相当，既然各国在全球环境退化中的作用是不均等的，那么责任也应当是不平等的。从历史发展的角度看待环境变化问题，将历史原因纳入责任划分中，不拘泥于形式意义上的国家平等，把代际公平转化为国家公平。

第二，根据国家的特殊需要划分。发展中国家在现阶段有消除贫困、发展经济的需要，如果让发展中国家承担同发达国家一样的环境责任，无疑是对发展中国家提出了更高的环境标准要求，会抑制发展中国家的经济和社会发展。《联合国气候变化框架公约》指出，“发展中国家的人均排放仍相对较低；发展中国家在全球排放中所占的份额将会增加，以满足其社会和发展需要。”[42]“应当充分考虑到发展中国家缔约方尤其是特别易受气候变化不利影响的那些发展中国家缔约方的具体需要和特殊情况，也应当充分考虑到那些按本公约必须承担不成比例或不正常负担的缔约方特别是发展中国家缔约方的具体需要和特殊情况。”[43]在《京都议定书》、《巴黎协定》中对发达国家和发展中国家的减排义务的区分，也考虑了发展中国家经济和社会发展的需要。

第三，根据国家的环境治理能力划分。《联合国气候变化框架公约》不只一处提及各国应当根据其能力参与到应对气候变化行动中。“承认气候变化的全球性，要求所有国家根据其共同但有区别的责任和各自的能力及其社会和经济条件，尽可能开展最广泛的合作，并参与有效和适当的国际应对行动。”[44]“各缔约方应当在公平的基础上，并根据它们共同但有区别的责任和各自的能力，为人类当代和后代的利益保护气候系统。”[45]但是，也有学者认为将“能力”作为区别责任的划分依据缺乏法理支持，正如贫穷不能使盗窃免责一样，缺乏减轻损害的资源以及能力匮乏不能成为应对气候变化责任的抗辩。[46]然而，发达国家在环境治理的技术和财政方面具有能力优势，是其较早进行工业化的结果，工业化进程伴随着资源的掠夺和环境破坏，发达国家是温室气体排放的主要受益者，应当承担气候变化的绝大部分成本。根据环境治理能力进行责任区分，并非劫富济贫，是从历史的维度对国家责任的公平划分。

三、疫苗国际分配中的“共同但有区别的责任”

“共同但有区别的责任”在国际环境法领域的适用已被广泛接受，但是它并非国家环境法领域的独有原则，在其他领域也有体现。在国际文件中对不同国家进行区别对待的意愿最早出现在 1919 年的《凡尔赛和约》中，依据该和约成立的国际劳工组织，在其创建过程中各缔约方承认“气候、习惯和风俗的差异以及经济机会和工业传统的不同，使得严格统一劳工条件很难立即实现”。[47]WTO 法也承认发展中国家在国际贸易中的特殊地位，给予发展中国家特殊的优惠待遇，这在《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》、《关贸总协定》、《与贸易有关的知识产权协议》中均有体现。此外，1982 年《联合国海洋法公约》中多次提及发展中国家特殊地位，如，“这种措施的目的也应在包括沿海渔民社区的经济需要和发展中国家

41 Yoshiro Matsui，“Some Aspects of the Principle of Common but Differentiated Responsibilities”，International Environmental Agreements: Politics，Law and Economics，Vol. 2，2002，p. 155.
42 《联合国气候变化框架公约》序言。
43 《联合国气候变化框架公约》第三条原则 2。
44 《联合国气候变化框架公约》序言。
45 《联合国气候变化框架公约》第三条原则 1。
46 陈贻健，共同但有区别责任原则的演变及我国的应对，载《法商研究》2013 年第 4 期，第 81 页。
47 寇丽，共同但有区别责任原则：演进、属性与功能，载《法律科学（西北政法大学学报）》2013 年第 4 期，第 96 页。

的特殊要求在内的各种有关的环境和经济因素的限制下……”[48]“沿海国在没有能力捕捞全部可捕量的情形下，应通过协定或其他安排，并根据第 4 款所指的条款、条件、法律和规章，准许其他国家捕捞可捕量的剩余部分，特别顾及第六十九和第七十条的规定，尤其是关于其中所提到的发展中国家的部分。”[49]“‘区域’内活动应……并特别考虑到发展中国家和尚未取得完全独立或联合国按照其大会第 1514(XV)号决议和其他有关大会决议所承认的其他自治地位的人民的利益和需要。”[50]“共同但有区别的责任”易于调和各方利益，近年来有扩大适用的迹象，有学者探讨将“共同但有区别的责任”适用于战争法[51]、外层空间的开发与利用[52]、WTO 改革[53]、中国参与全球治理的责任[54]、国内耕地保护[55]等领域。在国际公共卫生治理领域，“共同但有区别的责任”也有适用的空间。

1.疫苗国际分配中的“共同责任”

在公共卫生领域，特别是大流行病的防治，存在“全人类共同利益”，国际公共卫生治理是“人类共同关切的事项”。单个国家的发展越来越离不开对外交往，人员、物资和技术的流动给世界经济发展注入活力。诸如新冠肺炎这种高传染性疾病大流行迫使国家间交往减少甚至停滞，全球化倒退，经济状况恶化，贫富差距进一步拉大。无论是在发达国家还是发展中国家，依靠国家自身能力应对疫情普遍存在不容乐观的状况。联合国大会 2020 年 4 月 2 日通过了有关新冠疫情的决议，呼吁各国加强抗击疫情的国际合作，反复提到“国际合作”“全球应对”“团结”等关键词。[56]WHO 也呼吁各国应当“团结”，公平分配新冠疫苗。[57]消灭传染病与保护臭氧层等共同努力的公共产品有若干相似之处，需要所有国家的参与才能有效提供。[58]大流行疾病的控制需要国际社会共同努力，有必要在国际公共卫生治理的层面，思考各国在全球大流行性疾病防控中的共同责任。

2020 年 5 月，习近平总书记在第 73 届世界卫生大会上具体阐述了人类卫生健康共同体理念，提出了包括加强全球公共卫生治理和加强国际合作在内的疫情应对建议。[59] 人类卫生健康共同体理念很好地诠释了公共卫生是“人类共同关切的事项”。人类卫生健康共同体作为人类命运共同体理念的有机组成部分，着眼于人类卫生健康事业的长远发展，是维护人类公共卫生和整体健康福祉的重要理论创新，是全球公共卫生治理的中国智慧和共同方案。[60]人类卫生健康共同体以“全人类”的卫生健康为关注范围，以全人类“卫生健康”为目标，

48 《联合国海洋法公约》第 61（3）条。
49 《联合国海洋法公约》第 62（2）条。
50 《联合国海洋法公约》第 140（1）条。
51 See Gabriella Blum, On a Different Law of War, 52 HARV. INT'l L.J. 163 (2011).
52 See Man, Philip De & Munters, Ward. ‘Reciprocal Limits to the Freedom to Use Outer Space by All States: Common but Differentiated Responsibilities?’. Air & Space Law 43, no. 1 (2018): 21 – 52.
53 参见徐清军、高波，WTO 改革的发展议题之争及解决之道，载《国际政治经济学》2019 年第 12 期。
54 参见黄超，中国参与全球治理的理论述评，载《国际关系研究》2013 年第 4 期。
55 参见吴泽斌、刘卫东，共同但有区别责任原则在中国耕地保护中的运用，载《中国土地科学》2019 年第 9 期。
56 See UN General Assembly. Global Solidarity to Fight the Coronavirus Disease 2019（COVID-19）Geneva: 2 April 2020, A/RES/74/270.
57 See Call to action: Vaccine Equity, https://www.who.int/campaigns/annual-theme/year-of-health-and-care-workers-2021/vaccine-equity-declaration.
58 Matiangai Sirleaf, Responsibility for Epidemics, 97 TEX. L. REV. 285, 320(2018).
59 习近平，团结合作战胜疫情，共同构建人类卫生健康共同体：在第 73 届世界卫生大会视频会议开幕式上的致辞，载《人民日报》2020-05-19（1）。
60 王明国，人类卫生健康共同体的科学内涵、时代价值与构建路径，载《当代世界》2020 年第 7 期，第 34 页。

以国际合作为途径。[61]国际社会处于同一个人类卫生健康共同体中，只有世界各国的疫情都得到控制，国际社会才是安全的。世界经济的发展依赖良好的国际公共卫生环境。发达国家在国家贸易和国际投资领域有着巨大的经济利益，而发展中国家、中低收入国家则需要通过国际贸易和投资带动国内经济发展、增加国民收入，改善国内经济状况。“共同体”一词即是“全人类公共利益”和“人类共同关切的事项”的直接表达。如前所述，实现“全人类公共利益”，处理“人类公共关切的事项”，世界各国负有共同责任。疫情防控共同责任的承担方式包括积极参与国际公共卫生治理、国际疫情防控合作、推动新冠疫苗公平分配等。

公共卫生领域的共同责任，不仅仅是道义上的援助责任，更应该是国际法责任。《国际卫生组织法》序言中指出，“各民族之健康为获致和平与安全之基本，须赖个人间与国家间之通力合作”“本组织法签订国接受以上各项原则，承认本组织法，以求彼此及与其他方面之合作，共同促进及保护各民族之健康……”国际合作，共同促进和保护各民族健康是国际卫生组织缔约国的条约义务。《国际卫生条例》对缔约国公共卫生应对能力的规定也体现了国际合作原则。[62]《经济、社会及文化权利国际公约》要求“每一缔约国家承担尽最大能力个别采取步骤或经由国际援助和合作，特别是经济和技术方面的援助和合作，采取步骤，以便用一切适当方法，尤其包括用立法方法，逐渐达到本公约中所承认的权利的充分实现。”[63]包括健康权在内的经济、社会及文化权利的实现需要国际合作。这些公约关于国际合作的内容表明，国际合作是国际公共卫生法的要求。国际公共卫生治理中存在以“全人类公共利益”、“人类共同关切的事项”为基础的共同责任，这种共同责任的表现形式主要是国际合作。反映在疫苗国际分配领域，共同责任即是国际合作以实现疫苗国际公平分配。

2.疫苗国际分配中的“区别责任”

疫苗国际分配中的“区别责任”是共同责任落实到单个国家的具体表现。现行国际公共卫生法在界定和分配全球防治流行病责任方面是不完整的。[64]《国际卫生条例》将执行卫生措施以防治传染性强的疾病的主要责任分配给主权国家当局，各国应建设有效运行的卫生系统，以检测疾病、监测、报告、核实和应对等，缺少国家公共卫生治理能力建设的国际合作方式。这种以国家为中心的治理责任划分未能充分认识到国际公共卫生治理中的国际合作和国家能力的差异化，将流行病防治这一“人类共同关切的事项”交由公共卫生治理能力参差不齐的国家单独负担是不科学的做法。国家在疫苗国际分配中的区别责任，可以参照国际环境法中的划分依据，从历史发展、国家的特殊需要、国家能力三个方面进行区分。

从历史发展的角度进行区分。大流行疾病产生的原因很难查证，无法适用国际环境法领域的“污染者付费原则”区分发达国家和发展中国家的不同责任。“污染者付费”原则体现了从历史发展的角度衡量国家间的区别责任。这在公共卫生领域同样适用。历史发展的角度，在国际环境法领域体现为将发达国家历史上对环境退化的影响叠加在当代，国际公共卫生领域的历史发展则体现为，长远来看发达国家在公共卫生治理中的获益更多。发达国家根据国际法对国际社会资源的占有和利用普遍高于发展中国家，特别是中低收入国家。国际法应该根据大国获得的法律特权规定或强化其应当承担的法律义务。[65]在国际治理中享有更多的特权，相应的也要负担更多的国际义务。发达国家，特别是在全球化中获益更多的高收入经济

61 郭中元、邹立刚，全球卫生治理视域下《国际卫生条例》中额外卫生措施之适用，载《江淮论坛》2020年第5期，第135页。
62 参见《国际卫生条例》（2005）第二编。
63 《经济、社会及文化权利国际公约》第二条。
64 Matiangai Sirleaf, Responsibility for Epidemics, 97 TEX. L. REV. 285, 293(2018).
65 蔡从燕，国际法上的大国问题，载《法学研究》2012年第6期，第205页。

体应当承担更多的公共卫生责任，在新冠疫苗国际分配中提供资金、技术、疫苗剂量帮助中低收入国家维持国内公共卫生安全。

根据国家的特殊需要进行区分。国家环境法中考虑到发展中国家在现阶段消灭贫困、发展经济的特殊需求，对其分配相对于发展中国家而言较小的减排责任。在公共卫生领域，同样存在特殊需求。尽管公共卫生风险分布在所有国家，但是国家的公共卫生治理能力有差别，中低收入国家公共卫生管理体系较脆弱，更容易受到流行病的影响，更需要得到其他国家的帮助。另外，在传染病大流行时期，不同国家遭遇的疫情状况、受影响人口有差别，对疫苗及其他国家的能力帮助需求也不同。

按能力进行划分。这里的“能力”，既包括国家公共卫生治理能力，也包括国家在疫苗提供中的能力。理想情况下，受影响的国家应该有能力应对流行病。《国际卫生条例》充分尊重了国家应对公共卫生的主权行为。但是在新冠疫情防控中，不难发现，许多国家应对公共卫生治理能力方面存在欠缺。公共卫生治理能力的强弱客观上决定了国家能够在国际公共卫生治理中发挥的作用。在疫苗提供方面，国家的能力悬殊更为明显。缺乏协调的主权行为是新冠疫苗国际分配出现不公平状况的重要原因。疫苗和疫苗国际分配机制都是国际公共产品。不同国家处于公共产品供应的不同环节，承担有区别的责任。作为单一努力型国际公共产品，疫苗的研发和提供只需单个或者少数国家的努力就可以得到有效供给。此类公共产品由于对全人类十分重要而非提供不可，对于“搭便车”的行为并不敏感。[66]疫苗国际分配机制则是是集合努力型的公共产品，国际社会的集体努力才能实现国际公平分配。高收入国家需要投入更多的资金和技术，而中低收入国家只需要根据 COVAX 计划的要求做好疫苗分配的国内准备即可。

四、结论

新冠疫苗国际公平分配关系到国际公共卫生治理状况能否好转。以国家主权行为为中心的分配方式，缺乏国家间的协调，无法实现公平。公共卫生与国际环境保护一样，是“人类共同关切的事项”。秉持人类卫生健康共同体理念，在国际公共卫生治理中引入“共同但有区别的责任”，强调国家对于公共卫生治理、疫苗公平分配的共同责任，根据历史发展、国家的特殊需要、国家能力对各国在疫苗分配中的责任进行区分，不失为一种促进新冠疫苗国际公平分配的有益探索。

66 何驰，“一带一路” 倡议与中国国际法话语的构建:以供给国际公共产品为视角，载《国际法研究》2019 年第 2 期，第 67 页。

日本“排核污水入海”决定的性质，国际法规制与中国作用[1]

刘久[2]　沈乐[3]　哈尔滨工程大学人文社会科学学院

摘要：在日本“3・11 大地震”引发的“福岛核损害事故”发生十周年之际，为处置因核事故而产生的大量核污水，日本正式作出“排核污水入海”的决定，这引起了包括我国在内的周边国家的强烈关切。可以明确的是日本“排核污水入海”决定不是其内政问题，而是受国际法规制的国际问题。同时，也要注意到“排核污水入海”决定在日本将其付诸实施之前尚未有国际责任可以追究。作为一个现代文明国家，日本处置“福岛核污水”必须符合国际法。因此，在日本国际不法行为发生前，要明确日本处置核污水必须遵守的国际法律制度，这既包括国际海洋法律制度，国际排污法律制度，国际核法律制度等日本作为缔约国但条约，也包括国际环境保护方面一般法律原则。为保证日本在国际法律框架之内合理处置福岛核污水，同时为了保护中国自己的环境权益，我国作为与日本一衣带水的海上邻国，应在国际原子能机构的主持下与日本进行磋商并对其核污水的处置进行全过程监督，与此同时，为随时应对日本将“排核污水入海”的决定付诸实践，要做好利用国内外争端解决机制求偿的准备。同时，我国作为负责任大国，可借此倡议周边国家进行磋商并制定区域性有关放射性废物安全管理的协定，以此最大限度的减少放射性废物对环境的污染。

关键词：核污水，国际责任，国际条约，核损害

一、问题的提出

发展核能是解决能源短缺，控制环境污染，保障能源安全的重要途径之一。[4]日本作为自然资源相对匮乏、陆地面积较小的岛国，自上世纪五六十年代起便大力发展核电。可以说，核电产业的发展成就了日本经济的高速发展。正因如此，无论是核电技术还是核电专利，日本都在全世界处于领先地位。[5]然而，即使在最高的安全标准之下，也无法完全排除发生核损害事故的可能性。[6]正如日本马克思主义学者岩佐茂所说：不管多么安全的原子能发电，都绝不可能百分之百地保证不发生事故，对于日本而言，仅是地震就潜藏着巨大的危险，一旦发生大地震，狭窄的日本国土将无法挽救。[7]2011 年 3 月 11 日，在日本东北海域发生日本有史以来最强烈的里氏九级大地震，尽管核电厂经受住了强度超过抗震设计能力的地震，但是地震引发大规模海啸，导致仅可抵挡五米巨浪的福岛第一核电厂三个反应机组及一个乏核废燃料槽在十余米高的海啸巨浪侵袭下受损，先后气爆，并有放射性物质外泄至大气层。[8]事故后，海啸使大量海水涌进了核电厂，而为了应对事故，技术人员向已经损坏的堆芯注入海水和淡水用于冷却，这些水就都直接沾染了放射性，待情况稳定后，地下水和地表降水又持续进入厂区，遭受直接放射性污染，亦成为核污水。随着污水量的持续增加，东电在厂区建

1 基金项目：国家社会科学基金项目“中国核损害赔偿制度立法研究”，项目编号为 18CFX049。
2 刘久（1988.06—），女，回族，黑龙江省哈尔滨人，哈尔滨工程大学人文社会科学学院副教授,硕士生导师，中国政法大学国际法学博士，加州大学戴维斯分校访问学者，主要研究方向为核能法学，国际法学等。
3 沈乐（1998.01—），男，汉族，安徽省蚌埠人，哈尔滨工程大学人文社会科学学院法学硕士研究生。
4 姜振飞：《中国核安全评论（第一卷）》，北京：社会科学文献出版社，2015 年 8 月第一版，第 3 页。
5 蔡先凤：《核电安全的法律规制》，北京：北京大学出版社，2020 年版，第 103 页。
6 Carlton Stoiber, Alec Baer, Norbert Pelzer, Wolfram Tonhauser: Handbook on Nuclear Law, Vienna：IAEA，2003, P101.
7 岩佐茂：《环境的思想——环境保护与马克思主义的结合处》（修订版），韩立新、张桂权、刘荣华等译，中央编辑出版社 2006 年版，第 37 页。
8 郭位：《核电雾霾你》，北京：北京大学出版社，2014 年版，第 3 页。

立了上千个污水储罐，截止 2020 年底，储存污水量可达到 137 万立方米。这些接触过泄露的堆芯放射性物质的污水，如果不加处理，放射性是非常高的，因此作为福岛核损害事故的第一责任方东京电力建造了 ALPS 先进液体处理系统，采用吸附、脱盐等工艺，去掉除了氚以外的放射性核素，后来，为了要排放，又建立了二次净化处理系统。[9]时至今日，随着剩余贮存空间减少，如果不处置这些污水，到 2022 年污水将会灌满所有储罐。

日本经济产业省内部委员就福岛核污水处理进行过多次讨论，提出包括蒸发释放、电解排放、稀释入海、地下掩埋以及注入地层五种处置方案。其中有的方案由于没有先例，无法评估风险，有的方案在技术和时间上存在诸多障碍，因此一直没有定论。[10]对于日本来说，稀释入海的方案不一定是最佳方案，但由于此方案最为便捷，也最为经济，的确是最符合东京电力当下状况的方案。这是因为 2011 年福岛核事故发生后，由于巨额赔偿，东京电力早已资不抵债，为避免东京电力破产，日本政府设立“日本原子能损害赔偿和反应堆报废等支援机构”拥有 50. 1%的东电股份表决权[11]，在支付巨额损害赔偿的背景下，东京电力和日本政府都希望在污水处理方面降低费用。于是，日本政府原计划在 2020 年 10 月 27 日作出于 2022 年向海洋排放核污水的决定，但由于来自于国外以及国内的诸多反对意见，直到 2021 年 4 月 13 日，日本正式决定向海洋排放福岛第一核电站含有对海洋环境有害的核污水。[12]

日本政府无视国际以及本国国内民众反对的呼声，公然发布将福岛核污水排入大海的决定，引发全世界特别是中国、韩国、俄罗斯、朝鲜、菲律宾等周边国家的严重关切。我国认为，“日方在未穷尽安全处置手段的情况下，不顾国内外质疑和反对，未经与周边国家和国际社会充分协商，单方面决定以排海方式处置福岛核电站事故核污水，这种做法极其不负责任。”[13]同时，此决定一出在国内外国际法，海洋法以及核能法学者中也引起了轩然大波。很多学者认为日本排放核污水入海，定会违反日本签订和加入的诸多国际条约，甚至会造成国际不法行为，产生国际责任与重大损害后果。[14]还有学者提出从损害责任的角度出发，建议在国际法院对日本进行索赔。[15]但是迄今为止，日本只是做出了上述决定，尚未排核污水入海，因此本文认为目前的当务之急不应是考虑尚未发生的行为与事件所引起的国际诉讼及索赔问题。

作为一个现代文明国家，日本处置“福岛核污水”必须符合国际法，这既包括日本已签订和加入的诸多国际条约，也包括习惯法和一般法律原则。因此本文从国际法学理角度出发，首先探究日本这个决定的性质，回答“此为日本国内所辩称的内政行为还是会产生国际法效力的国际问题”与“直至今日日本的决定是否产生了国际不法行为”这两个问题；并以此为基础，回答“日本处置福岛核污水必须遵守哪些国际法律规范”这个问题，即研究处置核污水可适用的国际法律制度；同时回答为保证日本在国际法律框架之内合理处置福岛核污水，

9 TEPCO Draft Study Responding to the Subcommittee Report on Handling ALPS Treated Water，载东京电力官方网站：https://www.tepco.co.jp/en/decommission/progress/watertreatment/index-e.html

10 彭丹妮：“百万吨核废水，日本真要倒入太平洋？”，载《科学大观园》,2020(22):第 52-55 页。

11 新华社记者：“日本核污染水背后那些“信息黑洞”，新华社：http://www.xinhuanet.com//mrdx/2021-04/22/c_139899027.htm

12 刘军国等：“日本决定将核废水排放入海持续引发各方严重关切，专家指出——‘费尽心机想把核废水一排了之，这种做法不可接受’”，载《人民日报》2021 年 4 月 16 日第 16 版。

13 “外交部发言人就日本政府决定以海洋排放方式处置福岛核电站事故核废水发表谈话”，载中华人民共和国外交部网站：https://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/dhdw_673027/t1868508.shtml

14 高之国,钱江涛：“对日核污染水排海可打法律组合拳”,《环球时报》，2021 年 4 月 20 日第 14 版。
刘丹：“‘三管齐下’追究日本排废国际责任”,《环球时报》，2021 年 4 月 15 日第 14 版。

15 熊昂：“国际法视角下对日本排放福岛核废水问题的简析—从国际不法行为到司法救济”，载公众号：跨国法学前沿，https://mp.weixin.qq.com/s/UTawv_mwMzVlli0OIzrTvA

“在此过程中我国可以有哪些作为”这个问题，明确我国作为与日本一衣带水的海上邻国，同时作为负责任大国可采取的对策与措施。

二、日本排核污水入海决定的定性

2021 年 4 月 13 日，日本政府召开有关内阁会议，单方面作出决定：将福岛第一核电站上百万吨核污水经过滤并稀释后排入大海，排放将于约 2 年后开始。[16]因此，时至今日，日本政府是在未与国际社会特别是周边国家充分协商的情况下，决定以向海洋排放的方式处置核污水，真正的“排核污水入海”的行为和事实尚未发生。那么，仅就该单方面“决定”而言，这只是日本的内政问题还是适用于国际法律框架的国际问题。此外，就“决定”来说，其是否产生了国际不法行为与国际责任也是下文将回答的问题之一。

（一）“排核污水入海”决定是受国际法规制的国际问题

内政就是指在一个国家自治范围内的事务。[17]虽然内政概念是一个相对的问题，是一个弹性很强的动态性概念，[18]但判断“内政”的标准是公认的国际法及条约规定的义务。[19]不可否定，日本作为一个主权国家，福岛核污水处置方式的选择与决定是其主权内事项，日本决定以向海洋排放的方式处置福岛核污水，这个决定是日本依照其国内法召开内阁会议针对位于其境内的“核污水”作出的，计划中的排废地点也是位于日本内海。但是国际法上的内政不是一个地理概念，一个国家在本国境内的行为（ 包括作为与不作为）也可能是破坏国际法的行为, 这就不是内政。[20]主权国家并非可以为所欲为，必须要符合国际法的规范与要求。[21]

鉴于海洋环境的整体性，日本一旦将此决定付诸实施，在洋流的作用下，核污水所含的放射性物质很有可能会污染整个太平洋甚至全球海域的海洋环境，甚至造成重大损害，因此“排核污水入海”行为一旦实施很大程度上可能是对国际法的公然违反，这与行为地无关。从现实层面上考虑，日本实施此决定极有可能不仅污染海洋环境，还对太平洋海产品食品安全、居民健康等造成损害。1986 年 4 月发生的切尔诺贝利核损害事故清楚地表明，核损害的地理范围不限于一国之内，可能会扩展到其他国家，所以，必须在国际层面上通过法律来规制核活动。[22]

综上，“排核污水入海”的决定由于其预期产生的国际影响与损害，绝非日本的内政问题，必须受到国际法的规制和调整。

（二）“排核污水入海”决定在付诸实施之前尚不产生国际不法行为与国际责任

2001 年 8 月，联合国国际法委员会第五十三届会议二读通过了《国家对国际不法行为的责任条款草案》。[23]虽然这个草案要作为国际公约正式生效尚需时日，但其规定对于了解和研究国家责任制度具有重要的指导意义。根据《国家对国际不法行为的责任条款草案》第二

16 华义：“日本政府无视反对声音决定排福岛核污水入海”，载新华网：
http://www.xinhuanet.com/2021-04/13/c_1127324077.htm
17 肖凤城：“论国际法上的内政问题”，载《政法论坛》，1998 年第 6 期:第 96-102 页。
18 李伯军：“论国际法上‘内政’的概念及其发展”，载《法学评论》，2009 年第 2 期:第 76-82 页。
19 王庆海,张蓝图：“国际法上的内政及不干涉内政原则新论，载《吉林大学社会科学学报》,2001 年第 4 期:第 19-24 页。
20 同上。
21 高之国,钱江涛：“对日核污染水排海可打法律组合拳”,《环球时报》,2021 年 4 月 20 日第 14 版。
22 蔡先凤：《核电安全的法律规制》，北京：北京大学出版社，2020 年版，第 172 页。
23 第五十三届联合国大会官方记录，Supplement No.10(A/56/10):
http:// www.un.org/law/ilc/reports/

条，某一行为构成国际不法行为需要具备主观和客观两个方面的要件。[24]国际不法行为的主观要件是指某一个人或团体的行为根据国际法的规定可以归因于特定国家而成为该国的行为。因此在主观要件层面，日本如果将“排核污水入海”的决定付诸实施，该行为可以归因于国家，也就是国际法上的国家行为。

国际不法行为的客观要件要求可以归因于一国的行为违反了该国承担的有效的国际义务。在此层面，针对日本“排核污水入海”的决定，许多学者陷入了一个误区，认为该决定已经构成了国际不法行为，日本应为此决定承担国家责任。[25]这些学者从日本签约的国际条约出发，认为日本“排核污水入海”的决定违反《联合国海洋法公约》第 192 条规定的缔约国有“保护和保全海洋环境的义务”。[26]对此，本文认为这些学者们没有注重考虑当下的状况，而是直接将目光放眼于未来了。日本目前是出于经济考虑，在几种核污水处置方案中选择了最经济也是最可能对海洋环境造成放射性污染的方案，但按照其决定中的计划：“排放将于约 2 年后开始”。[27]也就是说，现在只是做出决定与计划的阶段，“排核污水入海”的行为尚未开始，因此现在就讨论其国际不法行为，损害后果以及应当承担的国际责任，是否为时过早呢？试举例：如果有人扬言说两年后要拆掉某房子，那么作为不动产权人的房主要做的是仔细考虑两年后就他拆掉房子这件事情进行追偿，还是在他没有拆房子之前考虑良好的解决办法以达到预防财产损失的目的呢？

所以，仅从日本政府作出“排核污水入海”决定这个阶段本身来看，在“排放核污水入海”行为真正作出前，暂时尚未有国际责任可以追究。因此尽管研究日本作出“排核污水入海”行为后，我国应该通过何种途径，如何追究日本因其国际不法行为引发的国际责任固然十分重要并具有前瞻性，但当下如果能在作为负责任大国的我国的努力之下，确保日本在国际法律框架之内合理处置福岛核污水，从而避免海洋放射性污染的发生，既保护了全人类赖以生存的环境，又预防了之后相关国际争端的发生，岂不美哉？

因此，本文认为，与其研究日本未来可能做出的国际不法行为与对日本的追责，不如立足当下，在日本国际不法行为发生前，利用现有国际法律机制，保障日本处置福岛核污水符合国际法，以预防“排核污水入海”行为与由此产生的环境污染责任的发生。

三、日本处置福岛核污水应遵守的国际法律制度

为防范日本按照其决定，单方面直接作出诸如“排放核污水入海”的国际不法行为，确保日本可以在不违反国际法的前提下处置福岛核污水，首先要明确日本处置核污水必须遵守的国际法律制度。本文从日本批准加入的已生效国际条约出发，理清日本处置福岛核污水应遵守的海洋法律制度，排污法律制度以及核法律制度与相关标准等国际法律制度。

（一）《联合国海洋法公约》

《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）被誉为“海洋宪章”，于 1982 年 12 月 10 日在联合国海洋法会议上通过并开放给各国签字、批准和加入，按照《公约》第 308(1)条规定，于 1994 年 11 月 16 日生效，日本于 1983 年 2 月签字，1996 年 6 月批准加入该《公

24 Article 2 There is an internationally wrongful act of a state when conduct consisiting of an action or ommission：1.is attributable to the state under international law; 2.constitute a breach of an international obligation of the state.
25 林萌：“国际法视角下日本核污排海问题简评”，载公众号：跨国法学前沿，https://mp.weixin.qq.com/s/cZtnfafob40sWRmirMaYRw
26刘丹：“三管齐下”追究日本排废国际责任”，《环球时报》，2021 年 4 月 15 日第 14 版。
27 华义：“日本政府无视反对声音决定排福岛核污水入海”，载新华网：http://www.xinhuanet.com/2021-04/13/c_1127324077.htm

约》。[28]

首先，本《公约》第十二部分规定了缔约国有关于“海洋环境的保护和保全”的相关义务。依据其第 192 条，“各国有保护和保全海洋环境的义务”。毫无疑问，日本作为条约的缔约国之一，也应当积极履行对海洋环境的保护与保全义务。这其中就包括了《公约》第 194 条第 1 款规定的“各国应在适当情形下个别或联合地采取一切符合本公约的必要措施，防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染，为此目的，按照其能力使用其所掌握的最切实可行方法，并应在这方面尽力协调它们的政策”。《公约》第 195 条也规定了“各国在采取措施防止、减少和控制海洋环境的污染时采取的行动不应直接或间接将损害或危险从一个区域转移到另一个区域，或将一种污染转变成另一种污染”，第 196 条亦规定“各国应采取一切必要措施以防止、减少和控制由于在其管辖或控制下使用技术而造成的海洋环境污染，或由于故意或偶然在海洋环境某一特定部分引进外来的或新物种致使海洋环境可能发生重大和有害的变化。”因此，基于日本的现实情况与公约规定，随着福岛核污水量的持续增加，贮存空间持续下降，日本必须“个别或联合（其他国家，尤其是周边国家）地采取一切符合本公约的必要措施”处置可能产生放射性污染的核污水，“防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染，为此目的，按照其能力使用其所掌握的最切实可行方法”，同时注意，其所选择的处置方式，不能是“将损害或危险或转移或将一种污染转变成另一种污染”，因此日本在选择福岛核污水处置方案时，不能仅仅以经济和便捷为导向，而是要结合日本国家乃至世界的技术水平与条件，在其经济产业省内部讨论的具有一定可行性的蒸发释放、电解排放、稀释入海、地下掩埋以及注入地层五种处置方案中选择对海洋污染可能性最小，污染最少的方式，而不是“转移或转变污染”的方式，“并应在这方面尽力协调它们的政策”，从而“保护和保全海洋环境”，在最大可能范围内尽量减少福岛核污水可能造成的污染与损害。

其次，依据《公约》第 198 条，“当一国获知海洋环境有即将遭受污染损害的迫切危险或已经遭受污染损害的情况时，应立即通知其认为可能受这种损害影响的其他国家以及各主管国际组织”，同时根据第 210 条，“非经沿海国事前明示核准，不应在领海和专属经济区内或在大陆架上进行倾倒，沿海国经与由于地理处理可能受倾倒不利影响的其他国家适当审议此事后，有权准许、规定和控制这种倾倒”。日本处置福岛核废水，由于其废水中含有放射性物质，可能会对海洋环境，尤其是周边海洋环境造成放射性污染，因此日本作为《公约》缔约国在处置核污水时必须“立即通知其认为可能受这种损害影响的其他国家以及各主管国际组织”，这其中就包括与其一衣带水的我国。因此，日本如真将“排核污水入海”的决定付诸现实，应该“经与由于地理处理可能受倾倒不利影响的其他国家（包括我国）适当审议此事”，其不得在我国等周边国家不知情，没有“准许、规定和控制这种倾倒”的情况下，单方面实施“排核污水入海”。

然而，日本在作出“排核污水入海”决定时，在信息透明度方面，是既不系统，也不全面，又不完整，甚至采取误导的方式将大部分未进行有效处理的核污水称为“处理水”，以混淆公众视听。因此日本作出“排核污水入海”决定前后的做法的确不是对《公约》的遵守与履行。

（二）国际排污法律制度

1、《防止倾倒废弃物污染海洋公约》

28 联合国公约与宣言检索系统：《联合国海洋法公约》：https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#1

为防止因倾弃废物和其他物质污染海洋，《防止倾倒废物及其他物质污染海洋公约》（简称《伦敦倾废公约》）于 1972 年制定，并于 1975 年生效，现有八十七个缔约国，其中就包括我国和日本，同时我国和日本还都是《伦敦倾倒公约 1996 年议定书》的缔约国。[29]根据该公约，禁止将可能危害环境与人类的废料倾倒进海洋，其中的“废料”理应包括核污水，基于此核废料海抛已经被禁止。[30]根据《伦敦倾倒公约》第三条第一款，“‘倾倒‘的含义是：（1）任何从船舶、航空器、平台或其他海上人工构筑物上有意地在海上倾弃废物或其他物质的行为；（2）任何有意地在海上弃置船舶、航空器、平台或其他海上人工构筑物的行为。”由于日本处理核污水的场所不属于其中所言的“船舶、航空器、平台或其他海上人工构筑物”，该公约可能无法直接适用于日本处置福岛核污水的情况。

然而，可以明确的是，《伦敦倾废公约》是在随着科学技术的发展，向海洋排放的废物超出海洋的自净能力的背景下制定的，尤其是上世纪 70 年代初大量有毒物质的倾倒，激发了国际社会对海洋倾倒控制的强烈要求，因此《伦敦倾倒公约》及其《1996 年议定书》的目的就在于规制海洋倾废，“保护和保全海洋环境，对人类活动加以管理从而使海洋生态系统可以继续承受对海洋的各种合法利用并继续满足当代人和后代人的需求，能够而且必须不迟延地采取新的国际行动来防止、减轻并在切实可行时消除倾倒造成的海洋污染”。而日本作为《伦敦倾倒公约》及其《1996 年议定书》的缔约国，其行为不应与公约目的相左，应按照其“一般义务”行事，即“采取适当预防措施防止损害”，“污染者承担防污费用”，“不应使损害或损害的可能性直接或间接地从环境的一个部分转移到另一个部分或从一种污染转变为另一种污染”以及“防止，减轻和在切实可行时消除污染”。[31]

2、《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》

由控制危险废物越境转移全球公约全权代表会议于 1989 年 3 月制定的《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》（简称《巴塞尔公约》）于 1992 年 5 月生效，日本于 1993 年 3 月成为其缔约国。[32] 然而，根据《巴塞尔公约》第一条第三款，“由于具有放射性而应由专门适用于放射性物质的国际管制制度包括国际文书管辖的废物不属于本公约的范围”，因此《巴塞尔公约》不适用于放射性废物的跨境流动，即其无法适用于日本处置福岛核污水

---

29 International Maritime Organization: "Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter":
https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/London-Convention-Protocol.aspx

30 蔡先凤：《核电安全的法律规制》，北京：北京大学出版社，2020 年版，第 129 页。

31 1996 PROTOCOL TO THE CONVENTION ON THE PREVENTION OF MARINE POLLUTION BY DUMPING OF WASTES AND OTHER MATTER, 1972 (as amended in 2006) ：
ARTICLE 3 GENERAL OBLIGATIONS
1 In implementing this Protocol, Contracting Parties shall apply a precautionary approach to environmental protection from dumping of wastes or other matter whereby appropriate preventative measures are taken when there is reason to believe that wastes or other matter introduced into the marine environment are likely to cause harm even when there is no conclusive evidence to prove a causal relation between inputs and their effects.
2 Taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, each Contracting Party shall endeavour to promote practices whereby those it has authorized to engage in dumping or incineration at sea bear the cost of meeting the pollution prevention and control requirements for the authorized activities, having due regard to the public interest.
3 In implementing the provisions of this Protocol, Contracting Parties shall act so as not to transfer, directly or indirectly, damage or likelihood of damage from one part of the environment to another or transform one type of pollution into another.
4 No provision of this Protocol shall be interpreted as preventing Contracting Parties from taking, individually or jointly, more stringent measures in accordance with international law with respect to the prevention, reduction and where practicable elimination of pollution.

32 UN environment programme: Basel Convention controlling transboundary movements of hazardous wastes and their disposal:
http://www.basel.int/TheConvention/ConferenceoftheParties/OverviewandMandate/tabid/1316/Default.aspx

中的放射性污染部分。

尽管如此，《巴塞尔公约》的确反映了国际法中的关于危险废物跨境转移的基本原则，例如其第十条 b 款规定，“成员国有义务合作监督危险废物处理对人类健康以及环境的影响”。而且，虽然《巴塞尔公约》不适用于放射性废物的跨境流动，但很难否认的是日本需要处置的福岛核污水中，除了放射性物质也可能含有其他危险废物。因此，如果从这个角度看，日本作为缔约国，处置福岛核污水也必须遵循《巴塞尔公约》。

（三）国际核法律制度与标准

1、《核安全公约》

为了确保核能利用安全，受良好监督，与环境相容，实现与维持世界范围内高水平的核安全，加强核安全领域的国际合作，国际原子能机构于 1994 年 6 月通过了《核安全公约》，该公约于 1996 年 10 月生效，与此同时，我国和日本正式成为《核安全公约》的缔约国，受该公约约束。[33]

《核安全公约》第一条就规定，“本公约的目的是：（3）防止带有放射后果的事故发生和一旦发生事故时减轻此种后果”。同时，依据其第十六条，“每一缔约方应采取适当步骤，以确保由核设施引起的对工作人员和公众的辐射照射量在各种运行状态下保持在合理可行尽量低的水平，并确保任何个人受到的辐照剂量不超过本国规定的剂量限值。”因此，作为公约缔约国，日本在事故发生十年后，进行因事故产生的核污水处置工作时，必须选择尽可能安全与防范污染的方式，尽力减轻产生放射性污染的不良后果，从而避免工作人员和公众的辐射照射量超标。

2、《及早通报核事故公约》

《及早通报核事故公约》是在国际原子能机构的主持下制定的，于 1986 年 9 月通过，同年 10 月生效，有关于通报核事故与核安全的国际条约，该公约的目的在“防止发生核事故和如果发生任何这类事故，则尽量减少其后果；进一步加强安全发展和利用核能方面的国际合作；确保各国尽早提供有关核事故的情报，以便能够使超越国界的辐射后果减少到最低限度”，我国与日本都于 1987 年 10 月正式成为《及早通报核事故公约》的缔约国。[34]

《公约》第一条规定，“本公约应适用于发生涉及下面第 2 款所述缔约国的或其管辖或控制下的人或法律实体的设施或活动、由此而引起或可能引起放射性物质释放、并已经造成或可能造成对另一国具有辐射安全重要影响的超越国界的国际性释放的任何事故”，其中第 2 款包括“（3）任何放射性废物管理设施”。由于日本现贮存福岛核污水的储罐可以算作“放射性废物管理设施”，而处置核污水的确“可能引起放射性物质释放”，并“可能造成对周边国家具有辐射安全重要影响的超越国界的国际性释放事故”，因此尽管尚无事故发生，《及早通报核事故公约》也应适用于日本处置福岛核污水这个问题之中。

依据该《公约》第二条，“在发生第一条所规定的一起核事故（包括放射性废物管理设施泄露放射性物质）时，该条所述的缔约国应：（1）立即直接或通过国际原子能机构，将该核事故及其性质、发生时间和在适当情况下确切地点通知第一条所规定的那些实际受影响或可能会实际受影响的国家和机构；（2）迅速地直接或通过机构向所述的国家和机构提供第五条所规定的有关尽量减少对那些国家的辐射后果的这类可获得的情报。”因此，如果日本在

33 International Atomic Energy Agency: "Convention on Nuclear Safety": https://www.iaea.org/topics/nuclear-safety-conventions/convention-nuclear-safety

34 International Atomic Energy Agency: "Convention on Early Notification of a Nuclear Accident": https://www.iaea.org/topics/nuclear-safety-conventions/convention-early-notification-nuclear-accident

处置福岛核污水之前和过程中发现有放射性物质泄露到自然环境中（包括海洋环境中），应及时将泄露地点，涉及的活动，可预见的发展，气象和水文条件，环境监测结果等向国际原子能机构和我国等邻近国家及时通报。不仅如此，根据《公约》，“按照第二条（1）项提供情报的缔约国，应尽其实际可能迅速地响应受影响的缔约国关于谋求提供进一步情报和进行协商的请求，以尽量减少对该国的辐射后果”，因此，一旦日本在处置福岛核污水之前和过程中发现有放射性物质泄露到自然环境中（包括海洋环境中），日本必须以“减少对我国等邻国辐射的后果”为目的，“迅速响应受我国等受影响国家关于进一步提供情报和协商的请求”。

其实，从预防的角度出发，日本如将其“排核废水入海”的决定付诸实践，引起超越国界的释放放射性物质的可能性十分之大，作为邻国，在预防放射性污染的原则之下，我们可以要求其根据该《公约》要求通报的内容，提前公开与通报上述信息，并与之进行磋商。

《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》

国际原子能机构为了在全球范围内更好的管理乏燃料与放射性废物，确保乏燃料和放射性废物管理安全的最终责任由当事国承担，考虑到任何国家都有权禁止外国乏燃料和放射性废物进入其领土，于 1997 年 9 月通过了《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》，该《联合公约》于 2001 年 6 月正式生效，我国于 2006 年 12 月正式加入该公约，日本则于 2003 年 11 月成为公约缔约国。[35]

根据《联合公约》第 1 条，“本公约的目标：（i）通过加强本国措施和国际合作，包括情况合适时与安全有关的技术合作，以在世界范围内达到和维持乏燃料和放射性废物管理方面的高安全水平；（ii）在满足当代人的需要和愿望而又无损于后代满足其需要和愿望的能力的前提下，确保在乏燃料和放射性废物管理的一切阶段都有防止潜在危害的有效防御措施，以便在目前和将来保护个人、社会和环境免受电离辐射的有害影响；（iii）防止在乏燃料或放射性废物管理的任何阶段有放射后果的事故发生，和一旦发生事故时减轻事故后果”，同时依据第 2 条，“就本公约而言，（h）“放射性废物”系指缔约方或者其决定得到缔约方认可的自然人或法人预期不做任何进一步利用的而且监管机构根据缔约方的立法和监管框架将它作为放射性废物进行控制的气态、液态或固态放射性物质”，第 3 条适用范围也规定，“本公约适用于民事应用产生的放射性废物的管理安全。但本公约不适用于仅含天然存在的放射性物质和非源于核燃料循环的废物，除非它构成废密封源或被缔约方宣布为适用本公约的放射性废物。同时，本公约不适用于军事或国防计划范围内的乏燃料或放射性废物的管理安全，除非它被缔约方宣布为适用本公约的乏燃料或放射性废物。但是，如果军事或国防计划产生的乏燃料和放射性废物已永久地转入纯民用计划并在此类计划范围内管理，则本公约适用于此类物质的管理安全”。因此，对于由于海啸引起的福岛核损害事故，这些接触过泄露的堆芯放射性物质的污水经处理放入储罐之中，尽管并非源于核电设施正常营运中的核燃料循环，但从根本上讲其产自民用核电设施（事故），作为缔约国日本的仍含有放射性核素氚的核污水，其处置不应排除该《联合公约》的适用。

因此，依据《联合公约》第 11 条，日本在处置福岛核污水时，应确保“在放射性废物管理的所有阶段充分保护个人、社会和环境免受放射危害和其他危害”，同时“努力避免那些对后代产生的能合理预计到的影响大于对当代人允许的影响的行动”，以“避免使后代承

35 International Atomic Energy Agency: "Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management": https://www.iaea.org/topics/nuclear-safety-conventions/joint-convention-safety-spent-fuel-management-and-safety-radioactive-waste

受过度的负担”。另外，按照《联合公约》24 条，在处置福岛核污水时，日本应“采取措施防止放射性物质无计划和非受控地释入环境”。

4、《核损害补充赔偿公约》

自上世纪六十年代开始，IAEA 一直为建立适用于全球核损害赔偿责任机制而不断奋斗，希望通过建立国际核损害赔偿法律制度去提高核损害赔偿数额，鼓励地区合作与全球合作，促进核能的安全高效利用。[36]因此 1997 年 9 月，IAEA 主持制订了《核损害补充赔偿公约》（CSC）。1997 年《核损害补充赔偿公约》与《维也纳公约议定书》同时制定通过，成为了全球核损害赔偿责任机制建立与发展的重要里程碑。2015 年 4 月，随着日本的批准加入，《核损害补充赔偿公约》正式生效，公约由正文与附件组成，正文总共二十七条。目前，日本为该《条约》的缔约国，而我国尚未加入该条约，因此日本对福岛核损害事故的赔偿与处理可以使用该公约。

《补充赔偿公约》附件第 1 条第一款（e）项规定，“‘放射性产物或废物’系指核燃料生产或利用过程中产生的任何放射性物质或伴随此种过程的辐射照射产生了放射性的任何物质，但不包括已达到制造的最后阶段，因而可用于任何科学、医学、农业、商业或工业目的的放射性同位素。”福岛核污水应属于此公约所言的“放射性产物或废物”，因此如果日本对上述核废水的处置导致放射性物质的超标排放，造成对环境的核污染，即核损害，尽管我国非该《补充赔偿公约》的缔约国，也可以依据公约第 8 条，可向日本法院起诉。其实日本加入《补充赔偿公约》的目的就在于，如果其不加入该公约，受福岛核事故损害的外国民众可在本国法院提起诉讼，判决后由日本法院执行赔偿，这个赔偿数额可能远高于如在日本法院判决的数额，而加入该公约后，外国受害者只能通过日本法院提出赔偿诉讼。[37]不仅如此，基于《补充赔偿公约》规定的核损害单一法院管辖权原则，一旦日本处置福岛核废水造成核污染（核损害结果），日本作为要根据该公约进行相关赔偿，以消除或减轻损害后果，尽可能恢复被其污染（损害）的环境。

4、《国际原子能机构规约》与国际原子能机构出台的一系列《安全标准》

1953 年美国总统艾森豪威尔在联合国大会上提出“和平利用核能”的主张与倡议，[38]为 1956 年国际原子能机构（International Atomic Energy Agency，简称 IAEA）的创立奠定了基础。我国和日本都是国际原子能机构的成员国，上述《核安全公约》，《及早通报核事故公约》，《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》，以及《核损害补充赔偿公约》都是由国际原子能机构制定并通过的公约。[39]《国际原子能机构规约》要求机构促进国际合作，对安全实施监督是国家的一项责任，授权机构制定旨在保护健康及尽量减少对生命与财产的危险的安全标准，根据《国际原子能机构规约》第三条 A 款 6 项，“（国际原子能机构有权）与联合国主管机关及有关专门机构协商，在适当领域与之合作，以制定或采取旨在保护健康及尽量减少对生命与财产的危险的安全标准（包括劳动条件的标准），并使此项标准适用于机构本身的工作及利用由机构本身、或经其请求、或在其管制和监督下供应的材料、服务、设备、设施和情报所进行的工作；并使此项标准，于当事国请求时，适用于依任何双边或多边协议所进行的工作，或于一国请求时，适用于该国在原子能方面的任何活动”，同时

36 OECD Nuc lear Energy Association: "International legal instruments governing liability and compensation for nuclear damage".

37 伍浩松：“日本加入《核损害补充赔偿公约》”，载《国外核新闻》，2015 年第二期，第 17 页。

38 470th Plenary Meeting of the UN General Assembly, 8 December 1953：www.iaea.org/About/history_speech.html.

39 International Atomic Energy Agency: "The Statute of the IAEA": https://www.iaea.org/about/overview/statute

按照《规约》第十二条 A 款 2 项，“（对于机构的任何项目或有关当事国请求机构实施安全保障的其他安排），要求遵守机构规定的所有健康与安全措施”，因此，国际原子能机构所制定的“安全标准（健康与安全措施）”对机构本身有约束力，除此之外，如在涉及福岛核污水排放时，日本向机构提出相关“请求”，那么这些标准与措施也适用于日本在此方面的活动。

从 2021 年 4 月 13 日国际原子能机构总干事格罗斯的讲话中可知，“日本在处置福岛核污水方面已经请求国际原子能机构的合作，国际原子能机构将派遣专家依据机构的安全标准对日本的处置计划和活动进行检查与环境监管”。[40]因此，国际原子能机构“安全标准（健康与安全措施）”在日本处置福岛核污水此事上对日本与此有关的活动上具有约束力，换句话说，鉴于日本对国际原子能机构的请求，日本处置核污水的活动，必须要符合机构下图中（图 1）“安全标准”的规定。



图 1 国际原子能机构（IAEA）安全标准的结构

例如，作为 IAEA 安全标准中一般要求的第三部分（No. GSR Part 3），1995 年 6 月出台的《辐射防护和辐射源安全标准》第 3. 124 条规定，“在实践中的放射源可能造成该放射源所在国领土以外或该国管辖或控制之下的其他地区以外的公众受到辐射时，该国政府或监

40 原文为："Japan has requested the IAEA’s cooperation in the disposal of the water by the IAEA dispatching international expert missions to review the country’s plans and activities against IAEA safety standards and supporting and being present at environmental monitoring operations there", from "IAEA Ready to Support Japan on Fukushima Water Disposal, Director General Grossi Says": https://www.iaea.org/newscenter/pressreleases/iaea-ready-to-support-japan-on-fukushima-water-disposal-director-general-grossi-says

管机构必须:(a) 确保放射性影响评定，包括该国领土以外或其管辖或控制之下的其他地区以外的这种影响;(b) 尽可能制定控制排放的要求;(c) 适时与受影响国家进行信息交流和磋商”。因此，日本在处置核污水时，必须尽一切可能减少放射性污染，并与我国等相邻的，会受其影响的国家进行信息通告，这就需要日本相关信息的公开透明，并必须在现在和未来及时就其中的问题与我国等国家对此问题进行磋商。当然，除此之外，GSG9--《放射性环境排放的监管控制》，GSR10--《设施和活动的辐射环境影响的前瞻性评价》等都要适用到日本处置福岛核污水的问题中。



图 2 国际原子能机构（IAEA）安全标准 GSG9，GSG10

（四）国际环境法律制度

在国际环境法领域，《斯德哥尔摩人类环境会议宣言》和《里约环境与发展宣言》分别是第一次和第二次全球环境会议的成果。[41]1972 年 6 月于斯德哥尔摩在联合国人类环境会议全体会议上通过的《斯德哥尔摩人类环境会议宣言》（简称《斯德哥尔摩宣言》）作为指导世界各国保护和改善人类环境的国际文件，其由 7 条宣言声明的序言和 26 项原则组成。[42]其中“原则 7”内容为：“各国应该采取一切可能的步骤来防止海洋受到那些会对人类健康造成危害的、损害生物资源和破坏海洋生物舒适环境的或妨害对海洋进行其它合法利用的物质的污染”，“原则 21”为：“按照联合国宪章和国际法原则，各国有自己的环境政策开发自己资源的主权；并且有责任保证在他们管辖或控制之内活动，不致损害其他国家的或在国家管辖范围以外地区的环境”。

《里约环境与发展宣言》（简称《里约宣言》）是于 1992 年 6 月 14 日在巴西里约热内卢召开的联合国环境与发展大会上通过，其重申《人类环境宣言》，为各国在环境与发展领域采取行动和开展国际合作提供指导原则，规定一般义务。[43]其中原则十五为：“为了保护环境，各国应根据它们的能力广泛采取预防性措施。凡有可能造成严重的或不可挽回的损害的地方，不能把缺乏充分的科学肯定性作为推迟采取防止环境退化的费用低廉的措施的理由”。

尽管上述《宣言》未以具有法律约束力的措辞表述，因此也不具备条约的性质，但其从某种意义上阐明了各国在环境方面的权利和义务，可谓是之后实质性和程序性环境法律标准

41 Günther Handl: "DECLARATION OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE HUMAN ENVIRONMENT (STOCKHOLM DECLARATION), 1972 AND THE RIO DECLARATION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, 1992", United Nations Audiovisual Library of International Law: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf

42 Stockholm Declaration on the Human Environment, in Report of the United Nations Conference on the Human Environment, UN Doc.A/CONF.48/14, at 2 and Corr.1 (1972).

43 Rio Declaration on Environment and Development, in Report of the United Nations Conference on Environment and Development, UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 August 1992, Annex I.

的基础。[44]因此，本文认为上述宣言作为“国际组织的决议”（联合国决议）是国际法渊源中“确定一般法律原则之补助资料者”，也就是说其可以以一般法律原则的形式表现为国际法渊源，为各国所遵循。[45]

综上，日本在处置福岛核污水之时，必须遵守作为国际法渊源中一般法律原则的上述《斯德哥尔摩宣言》和《里约宣言》，遵循尽一切可能防止海洋污染原则，不损害他国与管辖权外环境原则以及预防损害原则，在不污染海洋环境的前提下，处置福岛核污水。

四、我国可以采取的对策与作为

日本作为一个现代文明国家，处置“福岛核污水”必须遵循国际法，在不违反国际法的前提下，处置核污水，尽其所能将福岛地区的社会秩序恢复到 2011 年 3 月核损害事故发生前的状态，这就包括要遵循上文所梳理的日本已签订和加入的诸多国际条约以及相关的习惯法，一般法律原则。为保证日本在国际法律框架之内合理处置福岛核污水，防范其在此过程中对环境的污染，我国作为与日本一衣带水的海上邻国，同时作为负责任大国应该适当采取相应的对策与措施。

（一）我国作为邻国可采取的对策

1、在国际原子能机构的主持下与日本进行磋商并对其核污水的处置进行全过程监督

中国作为受日本福岛核污水影响可能最大的国家之一，应利用国际法律制度项下的国际磋商合作机制以保障自己的合法权益。首先，我国应在要求日本将有关福岛核污水放射性等相关信息公开透明的基础上，在“排核污水入海”决定尚未付诸实践的现在，可以在国际原子能机构的主持与组织下，与日本进行磋商，力争选择对环境影响最小的方式处置福岛核污水。

其次，中国已经受邀参加国际原子能机构就日本核污水处置成立的工作组，应要求日本政府穷尽安全处置手段，全面公开相关信息，保证在与周边国家与国际社会进行充分协商的前提下应用能够保护保全海洋环境的方案进行处置。日本处置核污水的方案绝对不是日本单方就可以决定的事情，我国及其他周边国家可以根据国家原子能机构《辐射防护和辐射源安全标准》第 3. 124 条要求日本与我国等周边邻国进行“信息交流和磋商”以达到“尽可能制定控制排放的要求”。所以，即使日本最终一意孤行不顾周边国家的强烈反对，仍采取了“排核污水入海”的方式处理核污水，也应当与我国等与之比邻的国家进行就核污水中的放射性物质与其他污染物质等问题进行磋商，并“尽可能制定控制排放的要求”。

总之，无论日本对于其储罐中的核污水采取了何种处置方式，我国要协同周边国家一起，要求其信息公开透明，与国际原子能机构派出的专家一道对其处置过程进行严格监督，以保全环境与我国及周边国家的合法权利。

2、做好利用国内外争端解决机制求偿的准备

日本已于 2015 年加入了《核损害补充赔偿公约》，因此如果日本对上述核废水的处置导

44 Günther Handl: "DECLARATION OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE HUMAN ENVIRONMENT (STOCKHOLM DECLARATION), 1972 AND THE RIO DECLARATION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, 1992", United Nations Audiovisual Library of International Law, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf

45 Statute of the International Court of Justice Article38 (1) 1.The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply：

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d .judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

致放射性物质的超标排放，造成对环境的核污染，即核损害，尽管我国非该《补充赔偿公约》的缔约国，也可以依据公约第 8 条，可向日本法院起诉。

不仅如此，我国及其他《国际海洋法公约》的缔约国还可以通过附件七向日本发起国际仲裁程序，这就要求我国更加积极主动融入国际法话语体系，利用国际法机制进行维护自身环境权。

（二）我国作为负责任大国可有的作为

习近平主席在集体会见应邀参加中国人民解放军海军成立 70 周年活动的外方代表团团长时指出：“我们人类居住的这个蓝色星球, 不是被海洋分割成了各个孤岛, 而是被海洋连结成了命运共同体, 各国人民安危与共”。[46]与此同时，海洋法治建设亦成为构建海洋命运共同体不可或缺的一环，是实现海洋命运共同体的重要保障。[47]改革开放 40 多年以来，我国的综合国力不断提升，中国逐渐向世界展现中国力量，也展示着中国智慧，“当今世界正面临百年未有之大变局”[48]，“一带一路”倡议自提出以来，得到了沿线国家及国际社会的广泛关注与积极响应，也成为了中国为世界提供的最受欢迎的公共产品。同样的，在核安全领域，可以借日本处置福岛核污水之际，与比邻国家一同商讨核污水处置的同时，提出一个在地域上与“一带一路”倡议对称的有关放射性废物安全管理的倡议。

世界环境与发展委员会（WCED）指出，在放射性废物安全处理问题未得到有效解决之前，应该有一个明确的设想，即所有产生放射性废物的国家在其本国领土内处理这些放射性废物，或者根据国家间紧密合作的相关协议进行处理。[49]如今放射性废物处理的问题已经出现了，尤其是地域间专门针对乏燃料与放射性废物处置的合作协议仍进展缓慢。基于此，我国可以积极倡议周边国家进行磋商，制定区域性有关放射性废物安全管理的协定。

在其中，首先就需要坚持科学规划的基本原则，科学规划是实现核燃料循环利用与可持续发展的首要措施，应结合区域的实际情况、产业水平以及环境保护等进行综合考虑。其次，要对放射性废物能够进行科学规划，坚持清洁原则与全过程管理原则。坚持清洁原则就是通过不断技术创新、新工艺引进与变革以及生产环节优化等措施，加强针对放射性废物的末端治理能力，最大限度的减少其对环境的污染。就全过程管理原则而言，有与放射性废物具有污染环境、危害生态系统的成分，在利用国际合作机制对其进行处置时，要最大限度地降低进口放射性废物带来的环境风险及危害，对于其处置过程要进行全过程的监督与管理，防止出现新的污染与危害。

结论

日本“排核污水入海”决定不是其内政问题，而是受国际法规制的国际问题。作为一个现代文明国家，日本处置“福岛核污水”必须符合国际法。然而，“排核污水入海”决定在日本将其付诸实施之前尚未产生国际不法行为与国际责任。因此，在日本国际不法行为发生前，要明确日本处置核污水必须遵守的国际法律制度，这既包括日本作为缔约国的《联合国海洋法公约》,《防止倾倒废弃物污染海洋公约》,《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》,《核安全公约》,《及早通报核事故公约》,《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联

46 国务院新闻办公室会同中央文献研究室:《习近平谈治国理政》(第三卷), 外文出版社, 2020 年, 第 463 页。

47 吴蔚：“构建海洋命运共同体的法治路径”，载《国际问题研究》，2021 年第 2 期:第 102-113 页。

48 习近平：《顺应时代潮流实现共同发展——在金砖国家工商论坛上的讲话》,《人民日报》2018 年 7 月 26 日，第 2 版。

49 参见世界环境与发展委员会：《我们共同的未来》，王之佳、柯金良等译，吉林人民出版社 1997 年版，第 238-240 页。

合公约》,《核损害补充赔偿公约》,《国际原子能机构规约》与国际原子能机构出台的一系列《安全标准》，也包括作为一般法律原则的国际环境法律制度。为保证日本在上述国际法律框架之内合理处置福岛核污水，我国作为与日本一衣带水的海上邻国，可以在国际原子能机构的主持下与日本进行磋商并对其核污水的处置进行全过程监督，与此同时，为应付日本将“排核污水入海”的决定付诸实践的可能性，我国要做好利用各种争端解决机制求偿的准备，这既包括诉讼至日本本国法院，也包括诉诸国际仲裁。同时，我国作为负责任大国，同时也是世界范围内的核大国，区域范围内的核强国，可以借日本处置福岛核污水之际，与比邻国家一同商讨核污水处置的同时，提出一个在地域上与“一带一路”倡议对称的有关放射性废物安全管理的区域性倡议。

【参考文献】

[1] 姜振飞：《中国核安全评论（第一卷）》，北京：社会科学文献出版社，2015 年 8 月第一版。

[2] 郭位：《核电雾霾你》，北京：北京大学出版社，2014 年版。

[3] 岩佐茂：《环境的思想——环境保护与马克思主义的结合处》（修订版），韩立新、张桂权、刘荣华等译，北京：中央编辑出版社，2006 年版。

[4] 蔡先凤：《核电安全的法律规制》，北京：北京大学出版社，2020 年版。

[5] 国务院新闻办公室会同中央文献研究室：《习近平谈治国理政》（第三卷），北京：外文出版社，2020 年。

[6] 世界环境与发展委员会：《我们共同的未来》，王之佳、柯金良等译，吉林：吉林人民出版社 ，1997 年版。

[7] 胡帮达：《核法中的安全原则研究》，北京：法律出版社， 2019 年 3 月。

[8] 高之国, 钱江涛：“对日核污染水排海可打法律组合拳”，《环球时报》, 2021 年 4 月 20 日第 14 版。

[9] Carlton Stoiber, Alec Baer, Norbert Pelzer, Wolfram Tonhauser: Handbook on Nuclear Law, Vienna：IAEA，2003.

跨国公司在全球价值链中侵犯人权行为规范的法制化

刘林语* 中国政法大学人权研究院

摘要：新冠疫情的流行，使得经济全球化遭遇逆流，世界进入动荡变革期。处理好跨国公司在全球价值链的人权影响已成为建设“人类命运共同体”的必要条件和内在要求。最近，跨国公司在全球价值链中侵犯人权行为的国际和国内规则演变有着明显的法制化趋势。本文将通过从国际和国别两个层面，对跨国公司在全球价值链中侵犯人权行为的软法和硬法进行考察，力图辨析目前立法的主要模式。笔者认为通过引入关于强制人权尽责的企业责任的法律规定，为利益相关者提供公平竞争的贸易环境和对法律的确定性。这促使包括公民社会、政府、投资者和越来越多的企业等利益相关者形成合力，共同推动人类命运共同体的发展。

关键词：人权 全球价值链 法制化

一、跨国公司在全球价值链中侵犯人权的现状

目前，世界贸易和生产越来越多地围绕着“全球价值链”[1]展开。而全球价值链的概念于 20 世纪初被广泛讨论。当时各国生产日益分散，再加上全球买家和全球供应商熟练利用运输和通信技术的进步在全球布局，大型跨国企业将离岸外包和外包作为其全球战略的关键部分；外商直接投资和企业内部国际贸易的不断增加。这使得大多数货物和越来越多的服务是“世界制造的”，各国在价值链中需要互相竞争经济地位。因此，从全球价值链来分析跨国公司的侵犯人权立法规则，有助于控制和协调生产网络活动的跨国公司行为。

（一）全球价值链

但是众多学者对全球价值链的定义不一。迈克尔 •波特在其影响深远的 1985 年著作《竞争优势：创造和维持卓越绩效》中首次提出了价值链的概念。波特将价值链定义为公司为向市场提供有价值的产品或服务而开展的一系列活动。[2]经合组织高级经济学家科恩 • 德贝克和经合组织高级贸易政策分析师塞巴斯蒂安 •米鲁多把价值链简单地定义为将产品从概念转变为最终投放市场的迭代步骤。[3]但是普遍得到认可的观点是价值链中的每个阶段都在为最终产品或服务创造和增加价值。而跨国企业必须了解自己的价值链，才能发展和维持竞争优势。

通常，全球价值链包括以下五个主要活动：进货物流、经营、出境物流、营销和销售以及售后服务。[4]这些活动可以在同一个公司内进行，也可以在不同的公司之间进行。但是这些步骤越来越多地分布在多个国家进行，这一事实解释了为什么价值链被视为“全球的”。而全球价值链中的活动也可广泛归类为低附加值（如简单的制造和装配形式）或高附加值（如新科技的研发、更复杂的制造、售后市场服务等）。[5]

（二）跨国公司在全球价值链中的侵犯人权状况

---

* 中国政法大学人权研究院 2019 级博士。

1 全球供应链是另一个常用的术语，两者侧重点不同。早期关于全球供应链的讨论更注重物流。然而，自 20 世纪 90 年代中期以来，全球制造网络日益一体化和相互依存。因此，全球供应链越来越多地与企业内部和企业之间的物流以外的业务职能和流程联系在一起。

2 Jones, L., Demirkaya, M., & Bethmann, E. (2019). Global Value Chain Analysis: Concepts and Approaches. Journal of International Commerce & Economics, 2019, 1-29.

3 Koen De Backer, Sébastien Miroudot, Mapping Global Value Chains, December 2013, p.2.

4 Jones, L., Demirkaya, M., & Bethmann, E. (2019). Global Value Chain Analysis: Concepts and Approaches. Journal of International Commerce & Economics, 2019, 1-29.

5 Torsekar, M. P. (2018). China Climbs the Global Value Chain for Medical Devices. Journal of International Commerce & Economics, 2018, pp. 1-2.

全球价值链上的业务功能和生产活动越来越多地由位于不同国家的不同实体来执行。因此，与全球价值链相关的国际交易已成为跨境贸易的一个重要方面，全球价值链已被公认为推动世界经济结构变化的重要动力。[6]虽然全球价值链有可促进经济增长、就业率提高、技能发展和技术转让，但它们也与侵犯人权行为有关，例如童工或者人口贩卖。而在可持续发展目标中要求到2025年结束一切形式的童工现象。但是根据国际劳工组织2017年报告显示，全球仍有近1.52亿儿童（5-17岁）处于童工状态，几乎占全世界儿童总数的十分之一，而其中近一半的儿童从事的是危险形式的工作。[7]儿童可能因为各种原因被迫去工作。最常见的情况是，当家庭面临以下挑战时，无论是由于贫困、照料者突发疾病，还是失业，都会出现童工现象。但是童工会给儿童造成极大的身心伤害，甚至死亡。而且它还会助长奴役、性剥削和经济剥削，侵犯儿童的受教育权、健康权等一系列人权，威胁到他们的未来。所以，国际社会严厉禁止使用童工。但是童工现象仍然屡禁不绝，尤其是在巧克力生产供应链中。据美国劳工部2015年的一份报告，全球约三分之二的可可供应来自西非，那里有200多万儿童在可可种植区从事危险的劳动。一些知名的巧克力品牌如好时、玛氏和雀巢的代表都表示，不能保证他们的巧克力生产链中没有使用童工。此外，2013年的孟加拉国的拉纳广场大楼倒塌事故，让全球开始关注孟加拉制衣业工人的工作环境。而且这起事故不仅暴露了劳工条件不但能给工人带来重大风险，还使得许多世界大型服装供应商和零售商因为纺织品采购而受到广泛的负面关注，给其声誉、价值链和盈利水平造成重大风险隐患。

二、国际层面规制跨国公司侵犯人权软法的发展

20世纪90年代以来，贸易自由化、国内放松管制和私有化扩大了市场的范围，跨国公司在全球经营的影响大大增加，例如，各国通过保护外国投资者和知识产权的更强有力和可执行的规则。然而，在这种转变的经济背景下，对人和环境的保护却没有跟上步伐。全球治理差距不断扩大。历史表明，各国治理水平之间的严重失衡是不可持续的。因此，工商企业与人权逐步成为全球政策议程的常设问题。跨国公司侵犯人权事件的增长提高了工商企业的负面人权影响的社会意识，随后，包括联合国在内的各方努力缩小治理差距。[8]而自1990年至2005年的15年间，各类有关工商业和人权的倡议层出不穷。高级专员将与公司社会责任有关的倡议和标准分为六类：分别是国际文书；国家标准；认证计划；自愿倡议；主流金融指数以及工具、会议和其他倡议。[9]其中尤其提到了具有深远影响力联合国参与和发表的倡议和标准，即联合国全球契约和联合国《跨国公司和其他工商企业在人权方面的责任准则》[10]。而[11]2003年人权理事会通过的《跨国公司和其他工商企业在人权方面的责任准则》[12]主要是试图直接根据国际法，要求企业承担人权义务。其中包括将企业行为作为强制性标准加以

6 Sturgeon, Timothy J., and Olga Memedovid. 2011 "Mapping Global Value Chains: Intermediate Goods Trade and
Structural Change in the World Economy." United Nations Industrial Development Organization (UNIDO). Development Policy and Strategic Research Branch Working Paper 05/2010.

7 International Labour Organisation: Global estimates of child labour: Results and trends 2012-2016.

8 人权理事会：《工商企业与人权：实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》，第A/HRC/17/31号，2011年，第1-2页。

9 经济及社会理事会：《联合国人权事务高级专员关于跨国公司和有关工商企业在人权方面的责任的报告》，第E/CN.4/2005/91号，2005年，第4-5页。

10 经济及社会理事会：《联合国人权事务高级专员关于跨国公司和有关工商企业在人权方面的责任的报告》，第E/CN.4/2005/91号，2005年，第8页。

11 经济及社会理事会：《联合国人权事务高级专员关于跨国公司和有关工商企业在人权方面的责任的报告》，第E/CN.4/2005/91号，2005年，第10页。

12 联合国促进和保护人权小组委员会：《跨国公司和其他工商企业在人权方面的责任准则》，第E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2号，2003年，第5页 。

规范。它要求各公司不得“从事或受益于”战争罪、反人类罪、种族灭绝、酷刑、强迫失踪、强迫或强制劳动、劫持人质、法外处决、即决或任意处决，或违反国际刑事或人道主义法。[13]但是它失败了。

随后，2011 年约翰·鲁格教授的《工商企业与人权：实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》（以下简称《指导原则》），在联合国人权理事会获得一致通过。将“人权尽责”的概念引入了全球治理框架中。尤其是在第二个支柱中具体阐述了人权尽责的内容，主要包括确定、预防、减轻和说明企业如何管理其潜在的不利人权影响的程序。并且此概念还被纳入了国际工商业和人权软法文书中，例如联合国全球契约，国际劳工组织经 3 次修正[14]的 2017 年版《关于多国企业和社会政策的三方原则宣言》以及 2011 年经济合作与发展组织修订的《经合组织跨国企业准则》。[15]经合组织 2018 年还通过了一份《经合组织负责任商业行为尽责管理指南》，旨在就执行这些准则以帮助企业避免并消除与其运营、供应链和其他业务关系有关的劳工、人权、环境、贿赂、消费者与公司治理相关不利影响，48 个国家已承诺支持和监测其各自管辖区的执行情况。[16]

但是不论是《指导原则》还是其他工商业与人权倡议中提到的人权尽责等举措都因其不具约束力而受到批评。于是，厄瓜多尔等国家认为有必要摒弃《工商业和人权指导原则》所倡议的合作治理的非强制性思路，制定针对跨国公司和其他工商业实体的人权影响的国际法律规范。所以，在 2014 年 6 月 26 日，人权理事会通过第 26/9 号决议要求拟订一项具有法律约束力的国际文书。[17]2018 年 7 月 16 日公布了条约的第一份正式草案（即“零草案”），2019 年 7 月 16 日公布了第一份修订草案，2020 年 8 月 6 日公布了第二份修订草案。此外，人权与跨国公司和其他工商企业问题工作组在其 2018 年的报告中强调了强制性人权尽责立法的重要性，建议国家利用立法来激励实施尽职调查，包括采用强制性要求，同时考虑到推动企业有效实施和促进公平竞争环境的要素。[18]

三、国别层面跨国公司在价值链中侵犯人权立法的发展

首先，人权尽责是公司识别、预防、减轻和说明如何应对其不利人权影响的过程。这是联合国《商业和人权指导原则》的一个核心概念，其中明确规定国家有义务保护人权，公司有责任尊重人权。但是在传统的国际法或国内法中，要求公司采取措施防止、监测或应对价值链中侵犯人权行为的约束性义务很少。根据国际人权法的传统观点，保护人权的责任在于国家，而公司顶多也有尊重人权的责任。其次，自 2011 年通过《指导原则》以来，人权尽责概念在国内法和国际法中得到了广泛和迅速的制度化。特别是在各国在履行国际法规定的防止跨国公司侵犯人权的积极义务时，对其领土或管辖范围内的私营企业施加与人权尽责有关的义务方面。最近各国与人权尽责有关的法规数量不断增加，也验证了这一趋势。而强制

13 人权理事会：《联合国人权事务高级专员 2007 年 2 月 16 日题为“人权与金融业”的行业磋商报告》，第 A/HRC/4/99 号，2007 年，第 17 页。

14 分别是第 279 届（2000 年 11 月）、第 29 届（2006 年 3 月）和第 329 届（2017 年 3 月）修订。

15 OECD (2011), OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en

16 See Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct (OECD Publishing, 2018) <https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-businessconduct.htm>.

17 OEIGWG , “Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf (last visited July 20, 2021)。

18 联合国大会，《人权与跨国公司和其他工商企业问题工作组的报告》，2018 年 7 月 16 日，A/73/163，第 93 条。

性尽职调查（mHRDD）是指一种法律机制，它规定了一种“法律上的注意义务”，立法要求企业采取合理行动，以防止对人权和环境造成不利影响。

（一）一般强制人权尽责相关成文法

人权是近年来在负责任的投资议程上不断攀升的一个话题，但欧盟目前正在努力出台规则，要求跨国公司对其价值链中的社会和环境风险负责，这可能会加速这一进程。早在 2010 年，有关将木材和木材产品投放市场的经营者的义务第 2995/2010 号法规就规定了强制尽职调查制度。而进行尽职调查的义务是由经营者承担，而其核心是两点：第一，提供必要的信息；第二，进行全面风险管理。[19]但是，该法没有涉及那些特别与土著和当地社区有关的人权问题。随后，2017 年的《欧盟冲突矿产条例》[20]为关注到了人权，为来自受冲突影响和高风险地区的锡、钽和钨及其矿石和黄金的联盟进口商规定供应链尽职调查义务。该条例于 2021 年 1 月 1 日正式生效，直接适用于欧盟成员国。其中规定了尽责程序，第三方审计和公开报告等制度。根据该条例以及经合组织尽责指南的规定，供应链尽责程序是一个持续、主动和被动的过程，运营商通过该过程监控和管理其采购和销售，以确保其不会导致冲突或不利影响。[21]因此，欧盟进口商必须确保其供应链政策标准、合同和协议符合经合组织尽责指南。与此同时，欧盟进口商还承担风险管理义务，必须识别和评估其供应链中的不利影响风险，并对已识别风险采取应对措施。2018 年的《欧盟通用数据保护条例》旨在保护隐私权，对其管辖范围内的欧洲公司以及非欧洲公司的数据处理产生了巨大影响。此外，欧盟非财务报告指令要求有关公共利益的大型公司披露其在环境、社会和员工事务以及尊重人权等方面实施的政策信息。2020 年 4 月 29 日，欧盟委员会宣布 2021 年将启动一项立法倡议，要求公司进行强制性人权尽责调查，以防止在国外及其供应链中产生不利的人权影响。这一倡议起源于 2020 年 2 月发布的尽职调查研究报告。根据报告显示，公司声誉风险、投资者要求和消费者期望是公司采取尽职调查的主要激励因素。而诉讼风险，以及法规引起的其他处罚就没那么有力。而且研究表明企业和一般利益相关者（即民间社会、行业组织、工会、政府、法律专家等）普遍对当前的监管格局表示不满，包括缺乏法律确定性。[22]

对于法国，在 2016 年经济、社会和文化权利委员会甚至特别敦促法国通过其现行的强制性尽职调查义务法，当时法国议会正在审议该法。[23]随后，2017 年通过了法国《人权警惕义务法》（French Duty of Vigilance Law）。该法规定在连续两个财政年度结束前，在其注册办事处位于法国境内的直接或间接子公司雇佣至少 5000 名员工的公司，或其本身及其注册办事处位于法国境内或国外的直接或间接有至少一万名员工的子公司应有义务保持警惕，以防止其控制的子公司或有商业关系的公司的活动对人权和基本自由、个人健康和安全以及环境造成严重损害。[24]

19 European Parliament, Regulation (EU) No 995/2010 of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market Text with EEA relevance, Article 6.

20 European Parliament, Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas, 32017R0821.

21 European Parliament, Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas, 32017R0821, (11).

22 Benjamin Grama, Mandatory Due Diligence Trends in Europe: Promises, Possibilities and Pitfalls, 26 August 2020.

23 CESCR, ‘Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of France’ (2016) CO 4.

24 French Duty of Vigilance Law, https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626?r=AtVgPOmMom.last visited at 3rd May, 2021.

2015 年 4 月 21 日，一个由致力于人权、发展和环境保护的瑞士民间社会组织组成的广泛联盟发起了负责任的商业倡议。该倡议旨在引入一个具有约束力的法律框架，要求总部设在瑞士的企业对其人权和环境影响进行“适当的尽职调查”。这个瑞士负责任企业倡议（The Swiss Responsible Business Initiative）于 2020 年 11 月 29 日进行全民投票。尽管获得了 50. 7%的民意，但由于大多数州投了反对票，负责任企业倡议被否决了。[25]

（二）针对供应链中现代奴隶制风险的成文法

荷兰在 2019 年 5 月 14 日通过了《童工尽职调查法》（Dutch Child Labour Due Diligence Act），该法律要求向荷兰消费者销售商品或服务的公司在其供应链中识别并防止童工。由此可见，荷兰也是遵循了国际趋势，即强制性的公司人权尽责。这部法律引入了注意义务，以防止提供使用童工生产的商品或服务。这一义务不同于普通法管辖区侵权行为法中的注意义务，注意义务是对特定人的特定义务。在这里，它涉及到履行人权尽责的一般义务，法律对此进行了详细阐述。该法涵盖向荷兰最终用户销售或提供商品或服务的公司，包括在荷兰境外注册的公司（第 4 条第 1 款）。[26]为了进行尽职调查，公司必须确定是否有合理的理由怀疑产品或服务涉及童工。如果存在这种怀疑，它必须制定并实施一项行动计划（第 5 条第 1 款）。调查必须基于“合理知晓和可咨询”的来源。与其他人权尽职调查立法类似，该法要求公司出具声明，声明公司已进行尽职调查（第 4 条）。其独特之处在于首次对不履行人权尽职调查的人实行刑事制裁。如果一家公司未能提供声明、进行调查或制定行动计划，或者如果调查或行动计划不充分，监管机构可首先处以（主要是象征性的）罚款 4100 欧元。如果在 5 年内再次违反规定，就构成《经济犯罪法》规定的经济犯罪。公司可能面临刑事处罚，如最高四年监禁、社区服务或最高罚款 83, 000 欧元。

英国在其 2015 年《现代奴隶制法案》第 54 条中规定了供应链的透明度问题，要求在该国开展业务且年营业额达 3600 万英镑或以上的工商企业，必须在每个财政年度提供一份为确保不发生奴役和人口贩运而采取的措施的人权报告。[27]

美国《1930 年关税法》第 307 节禁止对任何在外国通过强迫劳动，包括强迫童工，开采、生产或制造的商品全部或部分进口。此类商品将被排除或扣押，并可能会对进口商进行刑事调查。[28]在 2010 年 9 月 30 日，美国的《2010 年加州供应链透明度法案》（California Transparency in Supply Chains Act of 2010）于 2012 年 1 月 1 日生效。这条法例适用于任何在加州出售产品的零售商，必须披露其供应链中的劳动力情况，并要求声明其和供应商都没有雇用奴隶或被贩卖人士。《多德-弗兰克法案》（the Dodd-Frank Act）第 1502 节要求披露其产品是否含有冲突矿产的尽职调查结果。

2018 年澳大利亚现代奴隶制法案（The Australian Modern Slavery Act）于 2019 年 1 月 1 日生效。该法案要求在澳大利亚市场上年综合收入至少为 1 亿澳元的大型企业和其他实体，必须报告在现代奴隶制问题上正在进行的尽职调查。[29]报告要求支持澳大利亚企业界识

25 Swiss Coalion for Corporate Justice, The Responsible Business Initiative, https://corporatejustice.ch/, last visted at 4th May, 2021.
26 Dutch Child Labour Due Diligence Act, https://ohrh.law.ox.ac.uk/dutch-child-labour-due-diligence-law-a-step-towards-mandatory-human-rights-due-diligence/
27 Modern Slavery Act 2015, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/section/54. last visited at 3rd May, 2021.
28 U.S.Custom and Border Protection, Forced Labor, https://www.cbp.gov/trade/programs-administration/forced-labor, last visited at 3rd May, 2021.
29 Nolan, Justine and Frishling, Nana, Australia’s Modern Slavery Act: Towards Meaningful Compliance (July 1, 2019). Company and Securities Law Journal, 37(2), 104 (2019) , UNSW Law Research Paper No. 19-56.

别和解决现代奴役风险，并保持负责任和透明的供应链。根据该法第 19（2）条，澳大利亚政府会通过在线登记的网站发表这些声明，以最大限度地提高透明度，并确保各实体对其处理现代奴役风险的行动公开负责。[30]

（三）相关判例法

英国法院也开始尝试通过将现行法律的适用范围扩大到域外案件来拓展补救办法。从这个意义上说，最近英国最高法院的韦丹塔案[31]开启了在针对在英国注册的跨国公司的跨国案件中使用侵权法的大门。2019 年 4 月 10 日，英国最高法院就赞比亚污染相关诉讼能否在英国法院审理的程序性争议作出判决。这一判断对在最不发达国家拥有运营公司的英国跨国母公司意义重大。这一管辖权问题之所以产生，是因为韦丹塔是一家在英国注册成立的公司，是在赞比亚经营并注册成立的被诉公司的母公司。最高法院认为，母公司对其子公司活动的赔偿责任本身并不是普通法上过失侵权的一个单独的赔偿责任类别。而即使法院断定外国司法管辖区是审理该案的适当地点，但法院如信纳有确凿证据证明在该外国司法管辖区内无法获得实质性公正裁判，仍可准许（或拒绝撤销）向外国被告送达英国法律程序。[32]因而，对于在最贫穷国家设有子公司的英国母公司，该判例法警示这些母公司应当积极应对可能引起环境、健康与安全或人权索赔的业务，并明白此类索赔也可能在英国提起。

此外，英国最高法院正在判决这方面的第二个重大案件，即荷兰皇家壳牌公司案件。[33]该案件的主要法律争议是跨国公司集团在英国注册的母公司是否以及在何种情况下可能对据称因其作为合资企业运营商的一家海外子公司的系统健康、安全和环境缺陷而遭受严重损害的个人负有普通法上的注意义务。而上诉人（约 42500 人）是尼日利亚公民和据称受管道和相关基础设施漏油影响地区的居民。最终，英国最高法院在 2021 年 2 月 12 日作出判决，

尽管这一司法趋势对受害者是积极的，但应强调的是，这些司法案件远未为受害者提供有效的补救。从这个意义上说，强制性的尽责义务法可以有助于国内法院将其侵权行为法适用于此类复杂的跨国案件。

四、展望

首先，国际层面早就承认母国有义务向受害者提供有效的补救措施，以防止在其领土内成立的控股公司在东道国犯下的域外侵犯人权行为。其次，人权尽责最早起源于公共政策应对措施，以管理跨国公司在反腐败和提供私人安全等领域的活动所产生的风险，现在正以一系列形式和各种方式被各国制度化。[34]最后，值得注意的是最近在全世界，特别是在欧洲，将侵犯人权行为的公司责任扩大到各集团及其全球价值链的趋势日益明显。一些国家已经通过要求公司进行人权尽职调查的立法。其中特别是法国 2017 年《公司警戒义务法》、和荷兰《童工尽职调查法》。这两项立法都是里程碑式的，为公司在集团业务和价值链中防止和纠正侵犯人权行为规定了具有约束力的义务。

强制人权尽责在工商业与人权领域是一个新兴的概念，因为它为国际社会提供了一条前进的道路，能够在全球化经济中有效地将负责任的商业行为制度化并付诸实施。越来越多的国家将其视为一种工具，从而促进和确保企业对国内外商业活动和关系造成的人权损害承担更高程度的人权责任，并进行问责。这一趋势背后的推动力是各国对衡量投资项目可持续性

30 the Australian Border Force, https://modernslaveryregister.gov.au/statements/, last visited at 3rd May, 2021.
31 Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents) [2019] UKSC 20.
32 Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents) [2019] UKSC 20, 88.
33 Okpabi & Ors v Royal Dutch Shell Plc & Anor (Rev 1) [2018] EWCA Civ 191 (EWCA (Civ)).
34 Landau, I. (2019). Human rights due diligence and the risk of cosmetic compliance. Melbourne Journal of International Law, 20(1), p. 222.

的环境、社会和治理标准的兴趣激增；以及对域外管辖态度的转变。但是不可否认，工商业与人权规则法制化还只是一种趋势，尚有许多国家仍在考虑甚至拒绝进行相关立法。因而，对于如何构建一个公平的、兼顾人权与发展的工商业与人权国际法治理论还有待进一步考量。

我国批准《选择法院协议公约》的问题与对策*

刘仁山* 中南财经政法大学

摘要:《选择法院协议公约》是不同法系主要国家在协议管辖及与之相关的判决承认与执行问题上妥协的结果，是当今国际民商事规则的重要组成部分和国际民商事秩序的重要内容。我国立法及司法实践与《公约》核心条款尚有差距，虽不构成批准《公约》的根本障碍，但我国批准《公约》所面临的整体性问题、声明问题及具体修法问题，均须妥善解决。虽然批准《公约》有助于促进我国民商事判决的域外承认与执行，并推动我国涉外民事诉讼法制度与体系的完善，但是对于我国批准《公约》的时机，尚需慎重考虑。在我国参与包括《公约》在内的全球国际私法造法活动及国际民商事新秩序的构建过程中，应正确看待国家主权与当事人私人利益之间的关系。

关键词：《选择法院协议公约》判决承认与执行 国际民商事秩序

Abstract: The Hague Convention on Choice of Law Agreements，as a compromise between the major countries of different legal traditions on choice of court agreements as well as on the recognition and enforcement of foreign judgments，is an essential part of international civil and commercial rules that helps shape the international civil and commercial order. There are discrepancies between core provisionsof the Convention and the relevant legislations and judicial practices in China，although these discrepancies do not constitute a fundamental obstacle to China’s ratification of the Convention. In ratifying the Convention，China should make both overall and specific modification to its legislations accordingly. Although China needs to ratify the Convention，it should consider the timing of ratification prudently. In order to promote the construction of a community of shared future for mankind， China should not only comply with private international law but also play an active role in making it. While shaping the international civil and commercial order，China should also properly deal with the relationship between state sovereignty and individuals rights.

Key Words: Hague Convention on Choice of Court Agreements，recognition and enforcement of judgment，international civil and commercial order

尊重当事人在国际民商事管辖事项上的意思自治，协调各国在国际民商事管辖权上的冲突，并藉此构建公平和谐的国际民商事秩序，一直是国际社会努力的方向。海牙国际私法会议在这方面的尝试及成效虽未尽人意，但其通过的诸如 1965 年《选择法院协议公约》、[1]1971 年《外国民商事判决承认和执行公约》[2]以及 1999 年《民商事管辖权及判决公约草案》（下称 1999 年《草案》）及其“2001 年临时文本”所产生的积极示范性效应，毋庸置疑。以这

*本文系作者主持的 2014 年度国家社科基金重大招标项目 “中国涉外民事关系法体系完善研究” (批准号: 14ZDC032) 和中国法学会 2017 年部级重大课题 “构建人类命运共同体的国际法律问题研究” (批准号: CLS (2017) A02) 的阶段性成果之一，于 2018 年发表于《法学研究》第 4 期。作者基于本届年会主题考虑，提交会议，请与会专家批评指正！

*中南财经政法大学教授

[1]1965 年《选择法院公约》（Convention on the Choice of Court），1965 年 11 月 25 日通过。截至目前尚未生效，缔约国仅有以色列。

[2]1971 年《外国民商事判决承认和执行公约》(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters) ，1971 年 2 月 1 日通过。公约已于 1979 年 8 月 20 日生效，截至目前，缔约国包括阿尔巴尼亚、科威特、塞浦路斯、荷兰和葡萄牙。

些公约及公约草案为基础，海牙国际私法会议于 2005 年通过《选择法院协议公约》（下称《公约》），[3]专门就民商事交易当事人协议管辖及判决承认与执行问题，作了明确规定。《公约》的核心条款，集中反映出不同法系主要国家在涉外民商事管辖权领域的博弈。我国积极参与《公约》的起草与谈判全过程，并为《公约》的最终达成作出了重要贡献。在目前《公约》已正式生效、且我国已签署《公约》的情况下，我国是否批准《公约》即成为一个亟需明确的现实问题。为此，本文拟评估《公约》核心条款对我国可能产生的影响，阐述我国批准《公约》所面临的主要问题及相应对策，并就我国批准《公约》的立场和时机提出参考建议。

一、《公约》核心条款及其对我国的影响

选择法院协议的准据法、选择法院协议的排他性、实际联系原则等问题，牵涉各国重大利益。作为激烈博弈之结果，规定这些问题的条款，就成为《公约》的核心条款。

（一）选择法院协议的准据法原则

有效的选择法院协议，是法院对案件行使管辖权的前提。《公约》三个“核心条款”（第 5 条第 1 款、第 6 条 a 项和第 9 条 a 项）均规定，排他性选择法院协议的效力，适用被选择法院地法。此即《公约》著名的选择法院协议之“被选择法院地法原则”。

从《公约》规定及解释报告看，《公约》确立的“被选择法院地法原则”，与我们所熟知的“法院地法原则” 迥然不同。

对于选择法院协议或管辖协议的有效性问题，[4]《公约》并未将其明确为程序问题或者实体问题，既未采取传统的程序问题依法院地法的做法，也未将其作为合同事项适用合同准据法。[5]《公约》为了更加凸显管辖协议的独立性，与欧盟 2012 年《布鲁塞尔条例 I 修正案》一样，为之引入“被选择法院地法原则” 这一特别选法原则，且采分割方法，允许当事人的缔约能力问题由受案法院地法律支配。

同时，为确保《公约》“希望通过加强司法合作增进国际贸易与投资”之目的的实现，确定以“保障商业交易当事人达成的排他性选择法院协议的有效性以及根据这种协议进行

---

[3]《选择法院协议公约》(Convention on Choice of Court Agreements) ，由海牙国际私法会议第 20 次外交大会通过，已于 2015 年 10 月 1 日生效。截至 2018 年 6 月 1 日，《公约》共有 31 个缔约方，墨西哥、欧盟 28 国、新加坡和丹麦已批准《公约》，另美国、乌克兰、黑山和中国已签署《公约》，但尚未批准。参见海牙国际私法会议网站: https: //www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/? cid=98，2018 年 7 月 7 日最后访问。

[4]从公约解释报告来看，这里讲的选择法院协议的效力，主要是指其实质有效性，而非形式有效性，即主要涉及的是欺诈、错误、虚假陈述、缺乏行为能力等影响协议效力的情形。See Trevor Hartley & Masato Dogauchi，Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para. 126.

[5]传统上，对于管辖协议的效力问题，美国联邦法院或州法院一般适用法院地法，仅对少部分案件适用选法条款指定的法律来解释包含在同一合同中的管辖条款。TH Agric. & Nutrition，LLC v. Ace European Group Ltd. (416 F. Supp. 2d 1054 (D. Kan. 2006)) 即为例证。但 Jason Yackee 教授认为，该做法是 “法院地法偏见” (lex fori bias) ，并主张，管辖条款首先应该适用当事人明示选择的法律，在当事人未明示选择的情况下，应该适用被选择法院地法。See Jason Webb Yackee，Choice of Law Considerations in the Validity & (and) Enforcement of InternationalForumSelectionAgreements: WhoseLawApplies，9UCLAJ.Int’lL.&ForeignAff.43(2004)。在法国，1923 年和 1955 年的两起典型案件中，巴黎上诉法院认为，管辖条款应附属于合同实体条款，是完整合同的一部分。因此，管辖条款的实质、效力与存在，应由合同准据法决定。See Otto Kahn-Freund，Jurisdiction Agreements: Some Reflections，26 Int’l & Comp. L. Q. 825，856 (1977) 。1968 年以前，德国法院认为，将诉讼提交至某一国家法院的行为是“程序行为” (Prozesshandlung) ，因此，无论如何都要遵守德国法，德国法作为法院地法应适用于其所属的合同。但是，德国法院于 1968 年否决了之前的判例法，认为合同准据法 (lex contractus) 应该得到适用。原因之一是管辖协议类似于仲裁协议，法院并对管辖协议实质上是众多商事合同条款的一种这一事实进行了特别分析。法院认为其为实质性合同，根本不是 “程序行为”。参见本注所引 Kahn-Freund 文，第 830 页以下。

诉讼产生的判决的承认和执行” 为司法合作方式，[6]三个“核心条款” 均强调“被选择法院地法原则”必须始终得到适用。即只要合同当事人选择了管辖法院，即使当事人对合同准据法另有约定，合同中的管辖条款或单独的选择法院协议，仍应适用被选择法院地法律。当然，公约报告人也指出，该“被选择法院地法” 包含被选择法院地国家的国内实体法及冲突法规则。[7]据此，若依据被选择法院地国家的冲突规范，选择法院协议应适用另一国法律的，则适用该转致的法律。但这种转致的结果，首先是缘于被选择法院地法的适用。若受案法院非当事人选择的法院，受案法院也应依被选法院地的法律(包括其冲突法)，来判断选择法院协议的效力。亦即选择法院协议所适用的法律，始终是“被选择法院地法”。这一原则与传统意义上的“程序问题适用法院地法原则”，是有本质区别的。

《公约》确立“被选择法院地法原则”，是希望有关选择法院协议效力的所有问题，受相同准据法支配，从而在管辖协议效力认定问题上，无论受案法院是业已被选择的法院，还是被选法院之外的其他缔约国法院，都能够取得最大程度的一致，从而避免因选择法院协议效力认定不一致而导致平行诉讼，实现《公约》提升管辖权确定性的宗旨。《公约》所确立的原则虽冠以“协议选择法院” 之名，但是否与意思自治原则的本质要求相符，是值得怀疑的。与《公约》形成对照的是，同样在允许当事人选择争议解决机构的国际商事仲裁领域，1958 年《关于承认和执行国际商事仲裁裁决公约》（下称《纽约公约》）强调意思自治原则的优先适用，只有在当事人对法律适用未作约定时，才以仲裁地法为准据法。[8]

《联合国国际商事仲裁示范法》(下称《示范法》) 所倡导的原则，也与此相同。[9]可见，在管辖协议效力的法律适用问题上，是否切实或优先适用意思自治原则，《公约》与《纽约公约》和《示范法》存在本质区别。《公约》虽有协议管辖之名，但实质上是只准当事人选择管辖法院，并不允许当事人选择适用于管辖协议的法律。《公约》不仅忽视意思自治原则对当事人管辖协议的优先支配效力，而且将当事人管辖协议之效力，简单置于被选择法院地法的框架之内。因而，《公约》是藉“意思自治” 之名，行“被选择法院地法” 之实。同时，《公约》以被选择法院地法宽泛地包含被选法院地的冲突法规则在内，更是加重了管辖协议效力的不确定性。[10]而《纽约公约》和《示范法》不仅允许当事人选择争议解决的机构，而且对于仲裁协议的效力，精确而清晰地遵守了几个世纪以来国际商事领域“意思自治原则”的精要。[11]即对当事人约定的争议解决协议之成立与效力问题，既强调当事人选择的法律在适用上的优先性，又强调仲裁协议效力的稳定性。

由于《公约》实质上确立的是披着“意思自治”外衣的“被选择法院地法原则”，我国作为商品及服务乃至资本输出的大国，对以下问题应予充分重视:

第一，《公约》“被选择法院地法原则”对于参与国际民商事交易的当事人的缔约水平尤其是选择争议解决机构及争议解决机构所在地的能力，提出了更高的要求。我国当事人若不熟悉作为被选择法院地法的外国法(包括被选择法院地国冲突法所指向的另一国家法律)，不仅要承担管辖协议所指定法院地之法律于相对方可能的利益倾斜所带来的损失，还要面临

[6]参见《公约》序言。

[7]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.125.

[8]参见《纽约公约》第 5 条第 1 款。

[9]参见《示范法》第 34 条第 2 款 a 项。

[10]这是相对于《示范法》的规定而言的。《示范法》第 28 条第 1 项规定: “仲裁庭应当依照当事人选择的适用于争议实体的法律规则对争议作出决定。除非另有表明，指定适用某一国家的法律或法律制度应认为是直接指该国的实体法而不是其法律冲突规范。”

[11]参见陈隆修: 《2005 年海牙法院选择公约评析》，台湾五南图书出版公司 2009 年版，第 8 页。

因选择法院地不当而导致的诉权行使不确定的风险。尤其在国际商品或服务贸易多以格式合同交易时，情况更为明显。因为，掌握较大主动权的买方，往往选择于己有利的法院，而处于合同附从地位的另一方，往往缺乏议价的能力和条件。此种情况下，如何平衡当事人在管辖协议上的权益，对我国当事人而言意义尤为重大。

第二，《公约》在强调“被选择法院地法原则” 的同时，又无法避免当事人在“被选择法院”之外提起诉讼。这样，在受案法院地与协议选择法院地不一致时，自然会产生系列问题。其中主要有：(1)原告虽在被告所在地即我国提起诉讼，但双方协议选择的是作为《公约》缔约国的外国法院，根据《公约》规定，我国法院仍应适用“被选择法院地法” 来确定管辖协议的效力。对于由此导致我国法院所面临的一系列问题，现行立法和实践尚无解决依据。譬如，法院同样会遇到外国法查明问题，如果外国法无法查明，能否适用我国法律以确定选择法院协议的效力？再如，若被选择的外国法院也同时行使管辖权，我国法院是直接中止诉讼，还是继续依被选择法院地法审查选择法院协议的效力？(2)如果被选择法院是某外国法院(A 法院），但原告却在另一外国法院(B 法院） 提起诉讼，即使原告的行为实质上是为了拖延诉讼而率先提起的“鱼雷诉讼”（torpedo actions），[12]依据《公约》之规定，B 法院仍应依据 A 法院地法来确定选择法院协议的效力。如何避免当事人为了减损选择法院协议的效果而采取此类行为，既需要《公约》今后进一步完善，也需要我们提前予以考虑并有应对之策。

（二）选择法院协议的排他性与非排他性

一般而言，选择法院协议可分为排他性的和非排他性的两种。[13]《公约》规定仅适用于排他性选择法院协议，但也可以基于互惠声明而适用于基于非排他性选择法院协议的判决的承认与执行问题。[14]由此就产生选择法院协议的排他性与非排他性之认定及效力问题，以及基于两类选择法院协议作出的判决的承认与执行问题。

对于排他性选择法院协议的认定问题，《公约》采取的是“假定排他性原则”。[15]《公约》明确，当事人可以协议选择一个缔约国的法院诉讼，除非当事人有相反表示或另有明示约定，选择法院协议本身就具有排他性；反之，则为非排他性的。《公约》的做法，既不同于以选择法院协议中如果有强制性（mandatory）措辞诸如“shall” “only” “must”，就判定协议具有排他性的文义解释之做法，[16]也不同于以合同准据法为主、以“假定排他性原则”为辅来认定选择法院协议之排他性的实践。[17]依据《公约》解释报告，《公约》第 22 条规定的非排他性选择法院协议必须满足四项条件：一是符合《公约》第 3 条项规定的形式要件；二是双方当事人必须达成合意；三是被选法院必须是为了解决某一特定法律关系中产生或可

[12]在《布鲁塞尔条例 I》修订之前，这种现象在欧盟的相关司法实践中表现得尤为突出。See Trevor C. Hartley，The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws，54 Int’l & Comp. L. Q. 813，816 (2005).

[13] Mary Keyes & Brooke Adele Marshall，Jurisdiction Agreements: Exclusive，Optional and Asymmetrical，11 J. Priv. Int’l L. 345，378 (2015).

[14]参见《公约》第 1 条第 1 款，第 22 条。

[15]参见《公约》第 3 条 b 项。

[16] W. Heiser，The Hague Convention on Choice of Court Agreements: The Impact on Forum Non Conveniens，Transfer of Venue，Removal，and Recognition of Judgments in United States Courts，31 U. Pa. J. Int’l L. 1016 (2010).

[17]Mary Keyes & Brooke Adele Marshall，Jurisdiction Agreements: Exclusive，Optional and Asymmetrical，11 J. Priv. Int’l L. 345，378 (2015).p345.

能产生的争议而被指定；四是该协议必须指定一个或多个缔约国的某一个或多个法院。[18]因此，排他性与非排他性管辖协议唯一的区别在于，后者没有排他性要求，其他所有的构成要件与前者都是一样的。[19]

对于排他性和非排他性选择法院协议的认定及其效力问题，我国立法均无明确规定。但在排他性选择法院协议问题上，我国的实践与《公约》一致。[20]我国批准《公约》后，所面临的是非排他性选择法院协议的认定及效力问题。对于这类协议，[21]目前我国司法实践中主要有两种情形：一是当事人在选择法院协议中直接约定某一法院具有非排他性管辖权；[22]二是当事人在选择法院协议中未明确说明，而由法院加以解释认定。[23]尽管我国法院一般认定其原则上有效，[24]但这类协议只有授权性效力，并不能排除其他法院的管辖权。显然，目前我国相关实践是无法避免平行诉讼问题产生的。

对基于排他性选择法院协议作出的判决的承认与执行问题，《公约》规定，除有第 9 条规定的例外情况外，应根据第 8 条之规定予以承认和执行。应该说，《公约》的这一做法与国际社会的主流实践是一致的。目前国际上主要存在两种做法：其一，除特定情形外，予以承认执行。这种做法以欧盟为代表，欧盟成员国在不违背《布鲁塞尔条例 I 修正案》第 46 条的情况下，应该对另一成员国基于选择法院协议作出的判决予以承认与执行。其二，依据互惠原则和双边条约予以承认和执行。这一做法现为各国普遍采用，但复合法域国家内各法域相互间判决的承认与执行，往往另有依据。《公约》第 9 条规定了四类例外情形：一是依据被选择国家法律，选择法院协议是无效的。该规定的主要目的在于避免不同国家对法院选择协议的效力作出矛盾性判定。二是依据被请求国法律，一方当事人没有缔约能力。[25]根据《公约》解释报告有关缔约能力的阐述，缔约能力会受到受案法院地国、被选择法院地国和被请求法院地国这三个国家法律的约束。依据其中任何一国法律规定，当事人缺乏缔约能力的，都会使得协议无效。[26]三是原审法院违背程序正义和公序良俗等基本法律原则。[27]四是出

---

[18]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.242.

[19]同上引报告，第 242 段中注释 281 的论述。

[20]参见 “徐志明与张义华股权转让合同纠纷案”，最高人民法院 (2015) 民申字第 471 号民事裁定书; “南京神柏远东化工有限公司与 pmc 专业产品集团公司国际货物买卖合同纠纷案”，江苏省南京市中级人民法院 (2014) 宁商外辖初字第 1 号民事裁定书。又见最高人民法院《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》(法发〔2005〕26 号) 第 8 条。

[21]《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 12 条规定，涉外商事纠纷的当事人协议约定外国法院对其争议享有非排他性管辖权时，可以认定该协议并没有排除其他国家有管辖权法院的管辖权。如果一方当事人向我国法院提起诉讼，我国法院依照民事诉讼法的有关规定对案件享有管辖权的，可以受理。另参见 “华懋金融服务有限公司与北京市地石律师事务所等委托合同纠纷上诉案”，最高人民法院 (2014) 民四终字第 29 号民事裁定书。

[22]参见“顺富国际有限公司等与贝亿德控股有限公司等涉外股权转让合同纠纷一案”，广东省东莞市中级人民法院(2007) 东中法民四初字第 223 号民事判决书; “中国建设银行股份有限公司杭州之江支行与浙江南天邮电通讯技术有限公司等追偿权纠纷案”，浙江省杭州市中级人民法院 (2014) 浙杭商重字第 2 号民事判决书。

[23]参见 “富邦财务(香港) 有限公司与瑞通实业公司等融资租赁合同纠纷案”，重庆市第一中级人民法院 (2012) 渝一中法民初字第 00502 号民事判决书。

[24]2015 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》 (下称 2015 年 “民诉法解释”) 第 30 条第 2 款规定，管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，原告可以向其中一个人民法院起诉。

[25]值得注意的是，第 6 条 b 项和第 9 条 b 项都规定，缔约能力由法院地法决定，但前条规定的是 “受案法院”，后条规定的是“被请求国法院”。

[26]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.149 – 150.

[27]同上引报告，第 190 段。

现矛盾判决。[28]

《公约》如此详尽规定的目的，就是要将被请求国拒绝承认和执行判决的理由，限定于有限范围内。这与现行各国在审查外国判决承认和执行时所采取的标准及《纽约公约》的相关规定，大体上是一致的。《公约》为实现判决自由流动所做的努力，将会使《公约》成为建立国际民商事判决承认与执行国际机制的重要依据。[29]同时，《公约》所设置的例外条款，也将成为缔约国维护本国公共秩序和司法主权的主要依据。

对基于非排他性管辖协议作出的判决的承认与执行问题，《公约》允许缔约方就此作出“互惠声明”，从而使得非排他性管辖协议的判决能够在作出“互惠声明” 的缔约国之间得到承认与执行。[30]这一规定表明，对这类判决的承认与执行问题，《公约》是将其交由各缔约国自主决定。这与国际社会以双边公约和互惠原则为据的主流实践是一致的。当然，这种情形下，互惠原则可以发挥的效用，无疑是十分有限的。欧盟在批准《公约》时并没有依据第 22 条作出“互惠声明”，是因为互惠原则效用的有限性，还是对基于非排他性管辖协议的判决的承认与执行问题暂时不予考虑，尚不得而知。

从我国立法及实践看，对基于排他性选择法院协议的外国判决，可以依据条约或互惠原则来决定是否予以承认与执行。在既无条约关系、也无互惠实践的情况下，我国往往拒绝承认和执行原审法院的判决。[31]这一实践与《公约》并不存在实质性差异。对基于非排他性选择法院协议的外国判决，原则上亦可依据我国 2017 年修订的民事诉讼法第 27 章的规定决定是否予以承认和执行。依据 2015 年“民诉法解释” 第 533 条的规定，我国法院和外国法院对特定案件均享有管辖权时，若我国法院与外国法院作出了平行判决，外国判决将难以在我国得到承认与执行。[32]而《公约》规定，缔约国作出关于非排他性选择法院协议的互惠声明后，相互之间可承认和执行此类判决的条件之一，是“不存在根据非排他性选择法院协议可以提起诉讼的任何其他法院作出的判决，当事人之间也未有在此种法院进行的基于相同诉因的未决诉讼”。因此，对依据非排他性选择法院协议作出的判决的承认与执行，《公约》排除了基于平行诉讼产生多个判决及未决诉讼之情形。与《公约》相比，前述司法解释第 533 条并未涉及未决诉讼之情形，也没有涉及两个(以上) 外国平行判决的承认与执行问题，与《公约》之间还有一定差距。

（三）实际联系原则

---

[28]《公约》解释报告对 “矛盾判决” 作了严格界定。根据《公约》解释报告，第一种情形，是与被请求国法院作出的判决相矛盾。在此情形下，不论被请求国法院作出的判决是否先于其他缔约国法院作出的判决，被请求国法院的判决应当优先。换言之，被请求国法院作出的判决被赋予优先性，即便该判决是在基于选择法院协议而行使管辖权的法院所作出的判决之后。第二种矛盾判决的情形是，当判决均由外国法院作出时，只有在下列情形下，根据选择法院协议所作出的判决才可被拒绝承认与执行: 一是根据选择法院协议作出的判决是在与之冲突的判决之后作出的; 二是当事人必须相同; 三是诉因必须相同; 四是相冲突的判决必须满足在被请求国予以承认的条件。参见上引报告，第 191 - 193 段。

[29]Emil Petrossian，In Pursuit of the Perfect Forum: Transnational Forum Shopping in the United States and England，40 Loy . L. A. L. Rev. 1257，1336 (2007) .

[30]参见《公约》第 22 条 “关于非排他性选择法院协议的互惠声明”。该条第 2 款规定了互惠声明前提下基于非排他性管辖协议作出的判决的承认与执行，必须同时满足的条件为: 原审法院是被选择法院; 不存在根据非排他性选择法院协议可以提起诉讼的任何其他法院作出的判决，当事人之间也没有在此种法院进行的基于相同诉因的未决诉讼; 原审法院是先受案法院。

[31]参见 “俄罗斯国家交响乐团、阿特蒙特有限责任公司申请承认英国高等法院判决案”，北京市第二中级人民法院(2004) 二中民特字第 928 号民事裁定书。北京市第二中级人民法院最终基于条约和互惠关系的缺乏，拒绝承认与执行涉案判决。

[32]参见 2015 年 “民诉法解释” 第 533 条。在“中国国际钢铁投资公司与日本株式会社、劝业银行等借款合同纠纷管辖权异议案”((2001) 民四终字第 12 号民事裁定书) 中，最高人民法院认为，由于当事人约定香港法院享有的管辖权是非排他性的司法管辖权，故不能排除其他享有管辖权的法院的司法管辖权。

国际民商事管辖中的实际联系原则，要求当事人协议选择的法院应该与当事人之间的争议存在实际联系。从《公约》整体规定看，《公约》并不要求当事人选择的法院与案件之间具有实际联系。[33]《公约》第 19 条的规定表明，无实际联系只是拒绝管辖的例外，且必须由缔约国明确声明，否则，《公约》不认可实际联系原则。[34]这是自 1965 年《选择法院公约》以来，海牙国际私法会议在该原则上的根本转变。[35]

在是否要求实际联系以及实际联系的认定标准上，各国分歧较大。但总的趋势是，不少国家在协议管辖制度上舍弃了该原则，如英美等国均不要求当事人必须选择与案件有联系的法院。[36]此外，黑山、捷克和土耳其等国家新近的立法规定亦是如此。[37]对于该原则，我国立法基本持肯定立场。[38]从我国目前的司法实践状况看，坚持这一原则，能够避免内国管辖权被不当排除，尤其在目前国际商事交往中我国当事人整体上居于弱势的情况下，坚持这一原则对于维护作为弱势方的我国商事主体之利益，是有一定积极意义的。[39]但在《公约》已将大量与专属管辖权有关的事项及与消费者、雇佣者有关的事项排除在适用范围之外，而实际上只适用于部分商事合同事项的情况下，仅出于我国当事人利益的维护而坚持实际联系原则，是有疑问的。而且，坚持这一原则，还使我国面临如下问题：

一是实际联系的认定标准仍然存疑。例如，对于当事人的法律选择能否作为实际联系之考量依据，学界分歧较大。尽管有将法律选择作为认定存在实际联系之依据的实践，[40]但从最高人民法院最近的态度看，司法实践有向“客观标准” 转变的迹象。[41]而且，2017 年民事诉讼法第 34 条列举了五个地点，这是否意味着只要选择的法院位于这些客观标志地，即可认定存在实际联系？尤其对于格式合同中约定客观标志地管辖的选择法院条款之效力问

[33]参见《公约》第 1 条、第 3 条及第 19 条的规定。

[34]《公约》第 19 条 “限制管辖权的声明” 规定：“一国可以声明，如果除被选择法院所在地外，该国与当事人或者争议并无联系，其法院可以拒绝受理一项排他性选择法院协议适用的争议。”

[35]1965 年《选择法院公约》第 15 条规定，如果争议与所选择的法院并无联系，任何缔约国可保留对选择法院协议不予承认的权利。但 1999 年《草案》第 4 条、2003 年《排他性选择法院协议公约草案》第 14 条及 2004 年《排他性选择法院协议公约草案》第 18 条直至 2005 年《公约》规定，均不再要求被选法院所在国与当事人或争议之间有实际联系。

[36]参见王吉文：《2005 年海牙〈选择法院协议公约〉研究》，东南大学出版社 2008 年版，第 17 页以下。

[37]参见黑山共和国 2013 年《关于国际私法的法律》第 104 条、捷克共和国 2012 年《关于国际私法的法律》第 86 条和土耳其共和国 2007 年《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的第 5718 号法律》第 47 条。

[38]参 2017 年民事诉讼法第 34 条、2015 年“民诉法解释” 第 531 条之规定。但也有不持该立场的立法。依据 1999 年海事诉讼特别程序法第 8 条之规定，对于海事纠纷的当事人都是外国人、无国籍人、外国企业或者组织，当事人书面协议选择我国海事法院管辖的，即使与纠纷有实际联系的地点不在我国领域内，我国海事法院对该纠纷也具有管辖权。

[39]2000 年以来，我国走出国门的企业中，65%都处于海外亏损状态，而其他国家的海外投资中一般有 2 /3 以上企业是盈利的。其主要原因就是中国企业法治思维短缺，国际化思维不够，不熟悉东道国法律。参见江必新：《加强理论研究，提升我国涉外商事审判的国际公信力———在中国审判研究会涉外专业委员会第三次会议上的讲话》，2013 年 9 月 26 日，载郑鄂主编：《中国涉外商事审判研究》第 3 辑，法律出版社 2014 年版，第 1 页。

[40]在“中东公司与中化公司合同纠纷管辖权异议案”中，最高人民法院认为，当事人选择适用瑞士法，这一事实足以表明瑞士与本案争议有实际联系。在此基础上当事人又选择了瑞士苏黎士法院，这就进一步表明双方当事人选择了一个 “与争议有实际联系的地点的法院” 来管辖当事人之间的争议，这种管辖法院的选择符合民事诉讼法的规定。参见唐德华主编：《民事诉讼理念与机制》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 668 页以下。

[41]在“德力西能源私人有限公司与东明中油燃料石化有限公司买卖合同纠纷案”中，最高人民法院认为，德力西公司未提供证据证明英国与本案争议存在实际联系，山东高院关于双方当事人将管辖权交由英国伦敦高等法院的约定无效的意见是正确的 (参见最高人民法院 (2011) 民提字第 312 号民事裁定书) 。目前司法实践多强调选择的外国法院必须与讼争的涉外民事法律关系有某种客观外在的实际联系，仅当事人约定适用特定外国法并不能构成该外国法院与争议有实际联系，如无其他实际联系的连结点，应当认定协议选择管辖法院条款无效。参见江必新、何东宁、李延忱等编著：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用·民事诉讼卷》上，中国法制出版社 2014 年版，第 153 页。

题，我国司法实践中是存在矛盾的。[42]同时，在法律选择问题上，我国现行司法实践已摒弃了实际联系要求。[43]如果在认定管辖协议之有效性问题上仍然坚持这一原则，且继续以当事人选择法律的事实作为认定依据的话，既有逻辑依据问题，也有与现实的矛盾问题。

二是有可能限制当事人挑选中立法院。当事人选择的法院无须与争议有实际联系，已成为国际民商事管辖的趋势之一。[44]海牙国际私法会议在该问题上态度的转变，即是明证。这种变化的逻辑在于，国际商事合同当事人有强弱之分，但也不排除双方当事人经过实质公正协商后，有协议选择中立第三国法院之可能。要求选择与争议有实际联系的法院管辖，不仅在某种程度上有可能使当事人无法选择中立法院管辖，而且还可能使当事人最终无法达成国际商事契约。

三是一定程度上会限制我国法院的管辖权。一方面，在我国与并不要求实际联系的国家之间，不仅可能产生平行诉讼，而且在两国法院均不认可对方管辖权的有效性时，遑论判决能够得到对方的承认和执行，当事人的争议最终亦无法得到有效解决。另一方面，双方当事人为外国人却选择我国法院管辖且案件与我国无实际联系的情形虽然较少，但并不能否认这种可能性的存在。伴随我国全面依法治国的推进，我国法院在涉外商事审判上的国际公信力逐步提高，我国法院作为被选择法院的概率也会增加（如我国在海事诉讼领域的相关实践）。从长远看，一味坚持实际联系原则，可能束缚了自己的手脚。

总的来看，我国目前坚持实际联系原则，实际上是一种特定情势下的“临时措施”，是发展中国家维护国家利益和国民利益的权宜之计。但从国际民商事交往的总体趋势看，尤其从促进国际民商事交往、公平保护当事人利益着眼，我们应当认识到，将实际联系作为协议管辖的前提，在某种程度上是对当事人解决争议方面意思自治的侵蚀。

（四）知识产权问题

知识产权问题是各国在《公约》谈判过程中最为关注且争论最为激烈的核心问题之一。《公约》最终将以下事项排除在其调整范围之外：第一，版权及邻接权以外的知识产权的有效性；第二，侵犯版权及邻接权以外的知识产权，但因违反涉及知识产权的合同所引发的权利侵害诉讼除外。[45]在判决承认与执行方面，《公约》对涉及知识产权的先决问题确立了一项特殊例外规则，如果作为案件先决问题的是版权和邻接权以外的知识产权的有效性，不能以涉及此类知识产权的有效性为由，拒绝承认和执行案件主要问题的判决。[46]因此，与海牙国际私法会议以往相关条约草案所主张的管辖范围相比，[47]《公约》作了一定收缩。这一方面

[42]例如“燕丰进出口公司与法国达飞轮船有限公司海上货物运输合同纠纷案”(法宝引证码: CLI. C. 874998)和“温州市轻工工艺品对外贸易公司与法国达飞轮船有限公司海上货物运输合同纠纷案”(法宝引证码: CLI. C.848846) 案情类似，但天津高院和福建高院在管辖依据上却有截然相反的态度。参见北大法宝: http://www.pkulaw.cn/case，2018 年 7 月 7 日访问。

[43]参见 2012 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释 (一) 》第 7 条。

[44]参见李浩培: 《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版，第 64 页。一般而言，目前的普遍趋势是允许当事人选择一个中立法院来处理当事人之间的争议，例如《公约》第 3 条、《布鲁塞尔条例 I》第 23 条第 1 款。但是，为了保护弱者的利益，一些例外的限制还是有必要的，例如针对消费者合同和雇佣合同等。

[45]依《公约》第 2 条第 2 款 n 项及 o 项之规定，《公约》不适用于“(n) 版权及邻接权以外的知识产权的有效性; (o) 版权及邻接权以外的知识产权侵权，除非侵害权利的诉讼是因或者本可以因违反了当事人之间涉及这些权利的合同而提起”。

[46]当然，《公约》第 10 条第 3 款规定了两项例外: (1) 关于知识产权有效性的认定与根据其法律产生知识产权的国家的主管机关就此作出的判决或决定不一致; 或者(2)在该国关于该知识产权有效性的诉讼正在进行。

[47]1999 年《草案》将关于登记性知识产权的规定集中在专属管辖中，将其他类型的知识产权归入一般管辖范畴，但这一做法引起了许多国家的强烈反对。

是由于国际社会在知识产权协议管辖问题上分歧较大，[48]另一方面是由于相当一部分国家基于知识产权的地域性和专利权及商标权登记或注册的特点，将相关侵权争议归于专属管辖范畴，不允许当事人意思自治。[49]但如果将《公约》第 2 条和第 10 条结合起来看，这种收缩其实又是不太明显的。尽管如此，《公约》已对包括非《公约》签署国在内的一些国家产生了一定影响。[50]

从《公约》的规定及已经产生的影响看，我国批准《公约》所面临的主要问题为：

一是我国现行知识产权管辖制度将面临新挑战。这主要缘于我国现有实践与《公约》的差距。对于“版权和邻接权之侵权” 这一未被《公约》排除的事项，我国现行立法未认可协议管辖制度，而是适用一般侵权行为的管辖规定。[51]同时，可否将“版权和邻接权之侵权”及“因违反涉及知识产权的合同的权利侵害诉讼” 解释为 2015 年“民诉法解释” 第 531 条规定之“涉外合同及其他财产权益纠纷”，进而允许当事人书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖，我国现有司法实践并不明确。[52]

二是可能减损对我国当事人利益的保护。在知识产权贸易中，发达国家当事人可能利用其技术优势，迫使我国当事人依据《公约》同意选择其他国家的法院作为管辖法院，加之外国企业在语言、文化交流与传播、诉讼资源上往往占据优势，我国当事人会面临更多利益受损的风险。此外，依据《公约》第 10 条之规定，若《公约》所排除的知识产权事项作为先决问题产生时，以该先决问题为基础的判决，不应依据《公约》得到承认与执行。但是，当先决问题涉及版权及邻接权以外的知识产权(如专利、商标、外观设计等) 的有效性时，只有在对该先决问题的裁判与权利来源国主管机关就该问题的判决或决定不一致，或权利来源国法院关于该知识产权有效性的诉讼程序正在进行时，才可以拒绝承认与执行此类判决。显然，《公约》对拒绝承认和执行以版权及邻接权以外的知识产权有效性为先决问题的判决之理由，是予以严格限制的，这就使得这类知识产权的有效性问题，不再受地域性限制。从根

---

[48]如美国法学会 2007 年出台《知识产权: 跨国纠纷管辖权、法律选择和判决原则 (最终建议草案)》 (下称“ALI 原则”) 将因版权、邻接权、专利权、商业秘密、商标权、其他知识产权以及与这些权利相关的协议而产生的纠纷，甚至 TRIPs 协议强制执行以外的 “精神权利” (moral right) 和 “限制使用受让的信息的合同权利” (contractual right limiting the use of transferred information) ，均纳入其调整范围。而且，“ALI 原则”不仅规定了当事人协议选择法院的权利，还承认了默示协议、格式合同的效力，甚至将习惯做法或商业惯例也视为有效协议。See Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction，Choice of Law，and Judgments in Transnational Disputes (proposed final draft，March 30，2007) ,p. 50. 但这一做法立即引起欧洲学者的忧虑。欧洲学者认为，基于美国法院在这一领域丰富的经验和高超的专业技术，美国法院通常会成为被指定法院，这会使其他国家感到沮丧。See Fran oisDessemontet，A European Point of View on the ALI Principles-Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction，Choice of Law，and Judgments in Transnational Dispute，30 Brook. J. Int’l L. 849 (2004 - 2005) .

[49]Andrea Schulz，The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements，2 J. Priv. Int’l L. 243 (2006).

[50] LG v. Obayashi Co. and Tanaka 1999 12 2 2 o Marta Pertegás WIPO-ILA Seminar on Intellectual Property and Private International Law available at https: / /www. hcch.net/en/news-archive/details/? varevent=457 2018 7 7

[51]2017 年民事诉讼法第 28 条规定: “因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。”另见 2015 年 “民诉法解释” 第 24 条、第 25 条。

[52]对于知识产权合同争议，最高人民法院的实践表明，我国允许当事人协议选择与争议有实际联系的外国法院管辖。参见 “山东聚丰网络有限公司与韩国 MGAME 公司、第三人天津风云网络技术有限公司网络游戏代理及许可合同纠纷案”，最高人民法院 (2009) 民三终字第 4 号民事裁定书。但对于知识产权侵权争议是否允许当事人协议选择有实际联系的外国法院管辖，目前最高人民法院在司法实践中并无明确立场。在 “渡边淳一与文化艺术出版社侵犯著作财产权纠纷案” 中，上海市第一中级人民法院认可当事人针对著作权合同争议选择与争议有实际联系的外国法院管辖，但否定当事人可针对著作权侵权争议选择与争议有实际联系的外国法院管辖。参见(2008)沪一中民五(知)初字第 210 号裁定书。

本上看，这是有利于在知识产权领域拥有优势的国家的。因而，对于我国而言，若将版权及邻接权以外的知识产权的有效性作为先决问题纳入《公约》的范围，对我国当事人利益的保护是不利的。

（五）惩罚性赔偿判决

惩罚性赔偿（ punitive damages）判决的承认与执行问题，是《公约》起草过程中最有争议的问题之一。涉及惩罚性赔偿判决的承认与执行的《公约》第 11 条表明：(1)《公约》区分补偿性和非补偿性赔偿。尽管《公约》第 11 条在文义上并未明确对赔偿的补偿性和非补偿性(惩罚性）予以区分，但《公约》解释报告指出，惩罚性赔偿的目的，在于惩罚被告及阻却未来的不法行为。这种性质的赔偿，是相对于补偿原告实际遭受损害的补偿性赔偿而言的。[53]在此基础上，《公约》确立了分割承认方法，以确保缔约国不应因判决涉及惩罚性或惩戒性功能就加以拒绝。[54](2)《公约》出于对商事交易主体利益的保护，对惩罚性赔偿判决采取的是有限认可态度。尽管《公约》第 11 条第 1 款规定，判决所确定的包含惩罚性赔偿在内的损害赔偿，若并非赔偿当事人的实际损失或所受伤害的，则可以在该限度之内拒绝承认或执行该判决。但对该款的适用，《公约》解释报告主张予以严格限制：一是对于惩罚性判决，缔约国法院并非绝对拒绝承认，而是可以选择承认此类判决。[55]而且，缔约国法院拒绝承认与执行惩罚性判决仅为例外情形。[56]二是不能仅以公共政策为由拒绝承认惩罚性判决。[57](3)为便于判决的承认和执行，《公约》尽可能对“惩罚性”予以淡化：一是“惩罚性”为一个自治的(autonomous）概念，其界定不应简单依据原审法院和被请求国法院有关损害的法律；二是《公约》倾向采纳比例原则，即被请求国只能拒绝承认和执行明显超出实际损害的赔偿额部分；[58]三是将违约赔偿金和法定赔偿金作为补偿性赔偿而非惩罚性赔偿。[59](4)《公约》规定的损失范围较为宽泛。《公约》所谓的损失，既包括当事人实际遭受的损失，也包括未来的损失。[60]而且，《公约》解释报告将诉讼费用和开支（costs and expenses of proceedings）归为损害赔偿考虑的范围(但并未明确其属于补偿性赔偿还是惩罚性赔偿)。[61]另外，《公约》虽排除了人身损害所引发的精神损害赔偿问题，但仍将侵害隐私及名誉毁损所产生的精神损害赔偿纳入其适用范围，包含此类赔偿的判决亦可得到承认。[62]

我国民法总则、侵权责任法、消费者权益保护法、食品安全法、商标法、旅游法等均确立了惩罚性损害赔偿制度。从《公约》的现有规定以及我国实践看，我国面临以下问题：

一是惩罚性赔偿的界定问题。从部分国家的实践看，与惩罚性赔偿相近但存在区别的，有所谓加重赔偿（ aggravating damages）。《公约》第 11 条规定的例外中，并未提及加重赔偿。那么，加重赔偿是补偿性赔偿还是惩罚性赔偿？对于加重赔偿判决，是否应予承认和

[53]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.204.
[54]同上引报告，第 205(g)段。
[55]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.205 (i).
[56]同上引报告，第 205(h)段。
[57]同上引报告，第 205(g)段。
[58]同上引报告，第 205(d)段。
[59]同上引报告，第 205(e)段。
[60]同上引报告，第 205(c)段。
[61]同上引报告，第 205(j)段。
[62]同上引报告，第 65 段。

执行?[63]而且，有观点认为，“惩罚性赔偿的目的，并非为惩罚被告，而是为了赔偿受害人的实际损失和预防未来伤害。”[64]我国惩罚性赔偿制度是旨在规制或惩戒“具有类似犯罪性质”之恶意侵权行为，还是主要为了充分补偿原告的损害，[65]也尚须进一步澄清。因而，解决国内外对惩罚性赔偿界定的冲突，是处理此类判决承认与执行问题的前提。

伴随惩罚性赔偿的界定问题而来的，就是在对惩罚性赔偿判决的承认和执行中，要不要适用分割承认方法和比例原则的问题。一方面，若采用《公约》倡导的“分割承认” 方法，就必须对判决中的补偿性和惩罚性内容予以区分。这既牵涉对判决的识别，也牵涉识别的依据问题，[66]但根本上仍取决于对惩罚性赔偿的界定。同时，该方法在具体运用中，可能与判决承认与执行中的“禁止实质性审查原则” 相悖。我国在实践中虽然逐步倾向采用分割承认方法，[67]但分割方法本身被视为一把“双刃剑”。要适用该方法，既要解决制度层面上的障碍，又要克服法官自由裁量水准方面的困难。另一方面，从我国目前对惩罚性赔偿的态度考虑，是否有必要采纳比例原则以及如何确定比例原则的适用，尤其是比例原则的具体范围和内涵不确定，比例原则的具体适用条件和标准均较难把握等，都将是我国立法及司法实践面临的难题。当然，比例原则的适用，有助于法院在当事人的实际损害范围之外，承认与执行判决中具有救济功能的惩罚性赔偿部分，并降低高额惩罚性赔偿判决在我国执行的可能性。

二是惩罚性赔偿所涵盖的范围问题。如前所述，《公约》解释报告认为，对诉讼费用和开支，《公约》不宜设计明确规则决定其究竟属于补偿性赔偿抑或惩罚性赔偿。[68]可见，对诉讼费用和开支性质的认定，仍属缔约国法院自由裁量的事项。在外国判决将高昂诉讼费用和开支明确列为补偿性赔偿项目的情况下，我国现行立法和司法解释仅对诉讼开支和费用的承担问题作出了有限规定，其无法为法官提供充分行使自由裁量权的依据。[69]另外，《公约》第

---

[63]Anthony Gray，Enforcement of Punitive Damages Awards in the Convention on Choice of Court Agreements，17 Williamette J. Int’l L. & Dis. Res. 116 (2009).

[64]Jason E. Kelley，Seeking Justice for Pollution Victims in China: Why China Should Amend the Tort Liability Law to Allow Punitive Damages in Environmental Tort Cases，35 Seattle U. L. Rev. 527 ，529 (2012) .

[65]国内有学者认为，惩罚性赔偿是对恶意、恶劣行为所造成严重损害的全部填补。所谓 “超额” 赔偿，实际上是对可见损害背后无形损害的赔偿。由于无形损害难以用金钱衡量，故以可预见损害的合理倍数予以计算。参见马新彦: 《内幕交易惩罚性赔偿制度的构建》,《法学研究》2011 年第 6 期，第 116 页以下。

[66]尽管《公约》解释报告指出，该问题并不能简单依据被请求国法律，但不可否认被请求国法律在其中所起的主要作用。See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.205 (f)。

[67]《最高人民法院关于承认和执行外国法院民商事判决若干问题的规定》(草案，2017 年 6 月第六稿) 第 22 条规定，人民法院经审查认为应部分不予承认和执行外国法院民商事判决，且不予承认和执行部分与判决其他部分可分的，人民法院可以裁定部分承认和执行。可见，我国在未来的相关实践中属意分割方法的适用。

[68]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para. 205 (j) .

[69]国务院 2006 年《诉讼费用交纳办法》第 6 条规定: “当事人应该向人民法院交纳的诉讼费用包括: (一) 案件受理费; (二) 申请费; (三) 证人、鉴定人、翻译人员、理算人员在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴。” 该办法规定，诉讼费用一般由败诉方承担。2017 年民事诉讼法第 152 条规定: “判决书应当写明判决结果和作出该判决的理由。判决书内容包括: ..... (三) 判决结果和诉讼费用的负担。.....” 司法实践中，诉讼开支原则上由双方当事人自己承担。对于胜诉方合理的诉讼开支 (不涉及律师费) ，仅在有特别规定的案件类型中由败诉方承担，如著作权法第 49 条、《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第 22 条、反不正当竞争法第 17 条第 3 款等规定即如此。对于律师费，仅个别司法解释如最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释 (一)》第 26 条明确了律师费的承担问题。可见，关于诉讼费用和开支，我国现行规定并未明确其属于补偿性赔偿或者惩罚性赔偿，亦未提供补偿性赔偿与惩罚性赔偿的区分标准。

2 条第 2 款 j 项虽排除了自然人或其代表提出的人身伤害诉讼，[70]但并未排除精神性人格权损害。对于这类非金钱性损失，英美法系国家多允许进行惩罚性损害赔偿。[71]我国立法虽承认范围宽泛的精神损害赔偿，[72]允许追索非金钱损失(包括精神损害赔偿在内)，但仅适用一般性补偿原则。批准《公约》后，外国法院作出的高额精神损害赔偿判决需我国法院承认和执行时，依据《公约》解释报告，在不能简单依据被请求国有关损害的法律判断该赔偿是否具有惩罚性之情况下，我国关于精神损害的有限赔偿数额之实体法规定，将难以发挥其在分割承认方法适用中的作用。

三是公共秩序保留制度的适用问题。从既有实践看，拒绝承认和执行外国惩罚性赔偿判决的国家，多以公共秩序保留制度为据。[73]但坚持这一传统做法的国家如德国和法国，已有所缓和。[74]尽管我国在域外判决承认与执行问题上，对该制度的适用较为谨慎，但并不能说《公约》缔约国的惩罚性赔偿判决在我国的承认与执行，绝不会引发公共秩序保留的适用。虽然目前还没有根据公共秩序拒绝承认的实例，但如何合理、适度地适用公共秩序保留制度，仍是亟待解决的问题。

总之，对于惩罚性赔偿制度本身及相关判决的承认与执行，鉴于我国相关立法和司法实践与其他国家存在显著差异，全盘接受《公约》的相关规则并无可能。在我国及我国当事人利益的保护与当事人获得有效司法救济的权利之保护之间，仍然需要进行适当平衡。

二、我国批准《公约》的主要对策

在《公约》已经生效且我国已经签署《公约》的情势下，基于前述《公约》核心条款对我国可能产生的影响，我们既要对批准《公约》的立场有清醒认识，也要提前备好批准《公约》的应对之策，并选择好批准《公约》的时机。

(一) 批准《公约》的立场问题

前述表明，从总体上看，《公约》更有利于目前在国际贸易和投资领域拥有若干优势的西方发达国家。尽管如此，对于我国批准《公约》的必要性及可行性，也是毋庸置疑的:

其一，批准《公约》，有助于在缔约国之间为国际贸易及投资的当事人建立有效的争议解决机制。《公约》为实现其宗旨，首先明确了参与特定国际民商事交往的当事人之协议管辖，继而确立管辖协议效力问题的“被选择法院地法” 这一准据法原则，然后设定缔约国

---

[70]根据《公约》解释报告，人身伤害包括精神打击 (nervous shock) ，例如目睹家庭成员的死亡等。但人身伤害不包括对非物质性人格权利的侵害，如侵犯隐私权和名誉权。参见前引 4，Trevor Hartley 等报告，第 65 段。

[71]惩罚性赔偿产生之初，就主要适用于诽谤等使受害人遭受名誉损害及精神痛苦的案件。See David G. Owen，Punitive Damages in Products Liability Litigation，74 Mich. L. Rev. 1257 (1976).

[72]参见叶金强: 《精神损害赔偿制度的解释论框架》,《法学家》2011 年第 5 期，第 87 页以下。

[73]如德国民法典施行法第 40 条第 3 款明确禁止判处非补偿性损害赔偿，因此，任何非补偿性的损害赔偿判决，都是与德国基本法原则相违背的。而根据德国民事诉讼法第 328 条第 4 项，如果外国判决的结果与德国法的基本原则不相协调，特别是与德国的宪法性权利不相协调，判决之认可与强制执行将被拒绝。因而，惩罚性判决包括与惩罚性判决类似的判决，都无法在德国得到承认与执行。参见[德]贝福柯: 《德国惩罚性损害赔偿的神话与现实》，王萍译，载王洪亮等主编: 《中德私法研究》第 10 卷，北京大学出版社 2014 年版，第 131 页。

[74]近年来德国法院在人格权侵权、雇佣歧视、知识产权侵权和不正当竞争案件中所作的判决，已具有和美国惩罚性赔偿判决类似的性质。即试图通过高额的赔偿，来预防或阻却类似行为的发生。有学者认为，从这些判例中，可以推知惩罚性判决在德国应该是被允许的。See Madeleine Tolani，U. S. Punitive Damages Before German Courts:Comparative Analysis with Respect to the Ordre Public，17 Annual Survey of International & Comparative Law 185 - 208 (2011) . 2010 年的 “方腾案” (Fountaine) 中，法国法院认为惩罚性赔偿制度本身并不违背法国的公共政策，只是赔偿数额不符合比例原则，构成对法国公共秩序的违背。See Benjamin West Janke &Fran ois-XavieLi- cari，Enforcing Punitive Damage Awards in France after FountainePajot，60 Am. J. Comp. L. 775 - 804 (2012).

之间承认和执行依管辖协议所生判决的义务及若干例外，并设计了若干限制管辖权及判决承认与执行的声明条款，由此形成协议管辖及判决承认与执行的统一规则，来达成缔约国之间的司法合作。《公约》所构建的这一机制，成为其实现判决在缔约国之间“自由流动” 的保障，也能最大程度地促进争议解决的实效性。首先，《公约》对排他性选择法院协议着力支持的倾向，将简化涉外民商事管辖权的认定过程。[75]其次，《公约》在赋予选择法院条款独立效力的同时，尽可能保障当事人选择法院协议的有效性。[76]与现有国际实践相比，《公约》对管辖权积极冲突的协调，对平行诉讼概率的降低，都具有独特性。尽管《公约》在选择法院协议的效力认定方面，其可预见性还有缺憾，但在选择法院协议效力认定的一致性方面，《公约》所做的努力是有助于实现判决在缔约国之间“自由流动” 的。再则，《公约》在明确缔约国负有义务承认和执行其他缔约国依据选择法院协议作出的判决的同时，也进一步将缔约国拒绝承认与执行相关判决的理由限制在特定范围内，这在一定程度上有助于确保被选法院所作判决在缔约国得到承认和执行。从判决实效性的角度而言，批准《公约》，自然可以有效提升国际民商事诉讼对于当事人的吸引力，从而在国际商事争议解决领域，形成与仲裁相平行的机制。

因而，批准《公约》有助于弥补目前我国判决（尤其是金钱判决）在域外承认与执行方面的制度性缺憾。一方面，我国与存在重要经贸关系的国家和地区（如美国、欧盟和日本等），尚未缔结双边民商事司法协助条约。[77]而且，现有的双边条约中，相关规定多为原则性规定，缺乏可操作性。另一方面，在无条约关系的情势下，一般以互惠原则作为判决承认与执行的依据。而无论国际社会还是我国，对互惠原则的实施往往局限于“事实互惠”，从而形成“事实互惠”与判决承认与执行之间的恶性循环。因此，我国批准《公约》，自然可以弥补现有双边司法协助条约机制及互惠原则之不足。而且，《公约》及其所保障的判决“自由流动” 机制，会对我国涉外民商事管辖制度提出更高的要求，由此产生的改进和完善动力，将有助于我国司法制度在国际竞争和博弈中扩大影响力。

其二，保障对外开放基本国策的落实，增强制定国际规则的话语权。在新一轮经济全球化和我国积极促进“一带一路” 国际合作的背景下，我国依托《公约》赋予当事人意思自治，并保障其权利义务的实现，可以有效降低当事人在对外贸易和对外投资中的风险，增强当事人参与国际民商事交往的积极性。另一方面，我国积极参与了《公约》起草与谈判的整个过程，在公约相关条款的设计上，充分表达了我国的立场与关注。[78]《公约》无论是将部分知识产权事项排除在适用范围之外，还是针对涉及重大利益的特别事项确立的保留条款，在很大程度上都与我国的利益诉求基本一致。我国批准《公约》，并非在根本上减损我国及我国当事人的利益。在我国参与国际民商事交往规则的制定、修改方面，在目前话语权甚为有限的背景下，选择批准《公约》，既可为日后对《公约》之修订争取更多话语权机会，也

---

[75]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.12 – 13.

[76]《公约》之目的就是要“使得当事人的选择法院协议尽可能有效。”同上引报告，第 1 段。

[77]截至 2018 年 7 月，我国与相关国家签订的民商事司法协助条约共 20 项，已生效 18 项。签约国家分别为: 法国、意大利、西班牙、保加利亚、泰国、匈牙利、摩洛哥、新加坡、突尼斯、阿根廷、韩国、阿联酋、科威特、巴西、阿尔及利亚、秘鲁、波黑、埃塞俄比亚、比利时 (尚未生效) 、伊朗 (尚未生效) 。民刑事司法协 助条约 19 项，已全部生效。签约国家分别为: 波兰、蒙古、罗马尼亚、俄罗斯、土耳其、乌克兰、古巴、白 俄罗斯、哈萨克斯坦、埃及、希腊、塞浦路斯、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、越南、老挝、立陶宛、朝鲜。详见外交部官网: http: //www. fmprc. gov. cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/wgdwdjdsfhzty_ 674917 /t1215630. shtml，2018 年 7 月 7 日最后访问。

[78]参见高晓力: 《海牙国际私法会议〈选择法院协议公约〉与对我国涉外民商事审判的影响》，《人民司法》2006 年第 3 期，第 85 页以下。

可避免在这一领域游离于国际游戏规则之外的尴尬。

其三，基于长远利益考量，我国批准《公约》的可行性也是可以肯定的。首先，我国立法及实践与《公约》尽管还存在若干差异，但尚不存在不可调和的冲突和矛盾。而且，我国可以通过《公约》中的保留或声明条款，降低可能存在的风险。其次，批准《公约》后，虽暂时面临“案件国际转移” 及请求承认和执行的域外判决的涌入，但这类难题将伴随我国涉外民商事法治的完善得以降低或化解。前述《公约》并不要求实际联系原则的做法，可能助长当事人选择与争议无实质联系的中立国法院诉讼。[79]《公约》对“国际性案件”界定相对宽泛，为当事人挑选法院提供了便利，实质上也将压缩我国涉外民商事案件的管辖权范围。[80]只要满足当事人是不同缔约国居民或法人，或与争议有关的其他因素与其他国家有联系，外国法院就可以基于管辖协议而拥有管辖权。[81]与此同时，《公约》采取“排除法”，并不禁止缔约国对其他缔约国国内案件进行管辖。并且，《公约》第 19 条所规定的声明只是缔约国片面作出，对其他缔约国没有约束力，这就在实际上扩大了《公约》的适用范围。因此，从某种程度上讲，《公约》的制度设计无形中是对当事人挑选法院的鼓励。由《公约》的上述情况所导致的“案件国际转移”，必然会给我国司法主权带来巨大挑战。对此，我们应意识到，目前我国涉外民商事立法及司法实践还有诸多待完善之处，但这并不意味着我们不能有这样的期许：伴随全面依法治国进程的推进，我国法院公正高效解决涉外民商事争议的能力也将不断提升，我国将逐步成为对国际民商事主体具有吸引力的争议解决中心。近年来我国在海事争议解决方面的建设成就，可资佐证。[82]

“案件国际转移”现象本质上缘于当事人对特定缔约国法院的偏好。正因如此，在各国涉外民事司法制度竞争日趋激烈的今天，强化对当事人程序利益的保护，提升法院处理涉外民商事争议的能力和效率，成为许多国家吸引国际商事合同当事人到本国法院诉讼，并藉此提升本国在国际商业版图中地位和全球竞争力的重要举措。显然，从提升我国法院成为被选法院的几率着眼，我国当然有必要积极提升涉外民商事立法和司法水平，以便在《公约》下强化我国法院对当事人的吸引力。尤其要在遵照“加强涉外法律工作” 之方针，进一步“完善涉外法律法规体系” 之同时，着重在提升我国涉外司法公信力及水准方面采取切实举措。[83]实际上，在涉外民商事管辖权的理念上，我国应以开放立场看待当事人依据《公约》选择外国法院作为争议解决机构的做法。尽管各国对于司法管辖权的争夺甚为激烈，但并不意味着所有与我国或我国当事人存在联系的案件，都必须要由我国法院管辖。如果抱着狭隘、封闭的心态，一味扩张本国司法管辖权，反而无助于我国当事人参与全球民商事交往。在经济全球化与区域经济一体化日益凸显的当下，尊重并保障当事人订立的选择法院协议的效力，

---

[79]参见李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版， 第 64 页。

[80]《公约》第 1 条第 2 款将管辖案件的国际性界定为：“为本公约第二章的目的，除非当事人都居住在同一缔约国，且当事人之间的关系和其他与争议有关的因素仅与该国有关之外，案件是国际性的。”而且，依《公约》在第 4 条第 2 款中对法人实体的“居住地”之宽泛规定，法人的法定住所、成立所依法律的所属国或管理中心、主要营业地所在国，都可以被视为其居住地。

[81]《公约》解释报告针对该问题举例加以说明：假设合同当事人都居住在葡萄牙，且合同在葡萄牙订立并履行，合同当事人协议选择日本法院管辖。而且，除葡萄牙外，案件与其他国家无任何联系因素。于《公约》管辖规则的目的而言，此种案件并不属于“国际性”案件。因此，如果合同一方当事人在葡萄牙起诉，《公约》第 6 条并不适用。如果合同当事人选择在日本法院提起诉讼，日本法院依据《公约》第 6 条并无义务对该案行使管辖权。参见前引 4，Trevor Hartley 等报告，第 42 段。

[82]参见何其生：《构建具有国际竞争力的国际民事诉讼制度》，《法制与社会发展》2015 年第 5 期，第 63 页以下。

[83]参见中国共产党第十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》第七部分之“加强涉外法律工作”。

不仅是顺应国际贸易发展的需要，而且有助于彰显我国作为一个负责任、守规则、有担当的开放大国的国际形象。

（二）批准《公约》的对策

基于上述，我们除了应该有观念和认识上的转变外，还应有一系列完善涉外民商事法治的具体对策。这些对策既需要解决相关事项所涉及的国内法的修改完善问题，也要解决是否有必要对相关事项作出声明的问题。

1．对协议管辖中的弱者予以保护

这一对策，是基于前述《公约》所确立的“被选择法院地法” 这一准据法原则而提出的。国际民商事领域中的弱者，通常是指基于经济、技术、信息、权利配置、组织关系和智力体能等方面的判断，在民商事交往中处于弱势或不利地位的当事方。[84]当事人占有资源的不对等，会对协议中处于不利地位的当事人的公正权益产生消极影响。正因为此，《公约》缔结过程中，欧盟明确要求把弱者保护原则纳入其中，而美国则强调弱者保护原则将对正当程序原则产生消极后果，强调协议的可执行性。最终《公约》仅排除适用于消费者合同、雇佣合同，而对于弱者保护问题采取了回避态度。[85]

基于这种现状，我们可以考虑充分利用《公约》第 6 条 c 项来达到对协议管辖中的弱者予以保护的目的。鉴于《公约》关于管辖协议效力的准据法原则，与商事交易中弱方当事人利益的保护及受案法院地国家的公共政策之间，存在内在的紧张关系，《公约》第 6 条 c 项亦规定，承认选择法院协议的有效性将明显不公正或明显违反受案法院地国家的公共政策时，该协议应为无效。《公约》解释报告指出，由于有些国家将公共政策严格界定为社会公众的普遍利益，而并不涉及任何个人的利益，故即使对某一当事人显然不公正，也不会被认为违反了公共政策。[86]由此，对于基于弱者保护之需而介入选择法院协议效力的判断问题，可以借助《公约》第 6 条 c 项规定的“明显不公正” 之例外规定。

依据《公约》解释报告， “明显不公正”主要包括三种情形：一是因偏见或腐败的原因，一方当事人在被选择法院将不能得到公平审判；二是因一方当事人的特殊原因而导致其不能到被选择法院进行诉讼；三是选择法院协议是一方当事人受到欺诈的结果。[87]而且，相对于“明显违反公共政策”例外，《公约》通过对“明显不公正”的解释，赋予了未被选择法院相当大的自由裁量权，法院只须考虑某一当事人的特殊情况，而无须考察社会的整体利益。此外，“明显不公正” 之例外的适用，可以直接依据案件的具体事实或者仅依据公平原则加以决定。[88]

总之，《公约》为“被选择法院地法” 原则所设置相应例外，主要目的虽然是为了平衡被选择法院和未被选择法院之间的利益，但我们也可以考虑如何充分利用这些例外规则来保护弱者。尽管尚无缔约国对该例外条款的适用作出解释的实践，但此种例外条款能够成为矫

[84]刘仁山主编: 《国际私法》，中国法制出版社 2012 年版，第 25 页。

[85]See E. Kerns，The Hague Convention and Exclusive Choice of Court Agreements: An Imperfect Match，20 Temp. Int'l & Comp. L. J. 509 (2006).

[86]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.153.

[87]同上引报告，第 152 段。

[88]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.151 – 152.

正个案不公的依据，已得到德国联邦最高法院相关司法实践的佐证。[89]

2. 对《公约》第 22 条进行充分评估

这里主要涉及的是，对于依据非排他性选择法院协议所作判决的承认与执行问题，我国是否选择依据《公约》第 22 条作出互惠声明。

在该问题上，我国目前的实践与《公约》尚存在一定差异。批准《公约》虽可以有效改善判决承认与执行中所面临的困境，但我国现阶段还不具备全然接受和认可的条件。主要原因在于：对平行诉讼和关联诉讼所带来的问题，尚无有效的、相对统一的解决方式；对于非排他性选择法院协议的认定问题，各国实践不同，有可能导致在判决承认与执行问题上双边不对等；在当前我国对外交往愈加频繁的背景下，我国当事人成为国际诉讼中被告的机会增多，对该类判决若一概予以承认与执行，从某种程度上讲，并不一定有利于保护我国当事人。截至目前，已批准《公约》的欧盟及其他国家还未对此作出声明，即使我国依据该条作出声明，所发挥的作用自然也是有限的。由此，我国现阶段较为现实的选择是，对《公约》第 22 条采取不予声明的态度。即对基于非排他性管辖协议的判决，依据我国 2017 年民事诉讼法第 282 条的规定，仅对于符合条件的相关判决予以承认和执行。同时，为了更好地适用《公约》之规定并应对《公约》所带来的影响，我国应进一步加强“非排他性协议” 的认定及效力问题研究，完善相关立法及司法实践。

3. 对实际联系原则的取舍

《公约》已经放弃在协议管辖上的实际联系要求，且在协议管辖上坚持实际联系原则的弊端，已得到不少国家的认同。但《公约》第 19 条仍然规定，缔约国可以作出声明，对无实际联系的案件可以拒绝管辖。从支持当事人的意思自治，并契合《公约》在最大程度上尊重当事人订立的选择法院协议之目的而言，为坚持实际联系原则而依据《公约》第 19 条作出声明，显然构成对当事人选择管辖法院权利的重大限制，从而有悖于《公约》之宗旨。而且，《公约》设定该条的目的，也只是为减轻一些国家的司法负担。[90]因此，伴随我国涉外民商事法治水平的提升，若依据《公约》第 19 条作出声明，既会束缚我国法院针对特定案件行使管辖权，也不利于我国法院作出的相关判决在域外的承认与执行。基此，我们不妨采取两种思路来应对实际联系原则的取舍问题：

一是保留我国国内立法中的实际联系原则，不对《公约》第 19 条作出声明。依据 2017 年民事诉讼法第 260 条之规定，在我国与其他未对《公约》第 19 条作出声明的缔约国之间，我国可以不再适用实际联系原则。同时，在我国与对《公约》第 19 条作出声明的缔约国之间，我国仍可坚持实际联系原则。显然，这种做法就无需在国内法中就实际联系原则问题进行修法工作，也不影响在我国与对《公约》第 19 条作出声明的缔约国以及非《公约》缔约国之间，仍坚持民事诉讼法第 34 条要求的实际联系原则。

二是舍弃我国国内立法中的实际联系原则，不对《公约》第 19 条作出声明。这就需要改变民事诉讼法第 34 条将国内协议管辖制度与涉外协议管辖制度合并规定的做法，并对涉外协议管辖制度与国内协议管辖制度予以区分，至少在涉外协议管辖制度上不再坚持实际联系原则。同时，舍弃 2015 年“民诉法解释” 第 531 条针对涉外协议管辖制度规定的实际

[89]在涉及德国私人投资者在格式合同中选择纽约州或伦敦法院管辖的案件中，德国联邦最高法院认为，被选择外国法院所属国并无保护私人投资者的强制性规则，因而依据公共政策条款否认了当事人协议选择法院条款的效力。See Matthias Weller，Choice of Court Agreements under Brussels Ia and under the Hague Convention: Coherences and Clashes，13 J. Priv. Int’l L. 91 (2017).

[90]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.230.

联系原则。显然，这种思路实际上是借批准《公约》之机，在涉外协议管辖制度上彻底放弃实际联系原则。

4. 对知识产权事项的排除

基于我国在知识产权事项上所面临的挑战和问题，我国是否可依据《公约》第 21 条规定的“特别事项的声明”，将所有知识产权事项作为有“强烈利益” 而不适用《公约》的“特别事项”，这是目前需要考虑的对策。

《公约》第 21 条之规定，正是中国、俄罗斯等国基于本国专属管辖及知识产权事项的实践而提出，并得到各国广泛支持的结果。[91]我国若利用《公约》第 21 条进行声明，将包括违反知识产权合同而引发的权利侵害在内的所有知识产权问题，一并排除在协议管辖制度的适用范围之外，当然是较为稳妥的办法。但应注意以下方面:

一是满足“强烈利益” 和“特别事项” 两个实体性条件。前者要求作出声明的缔约国应有合理理由，防止缔约国借机随意作出声明而侵损《公约》的普遍性价值。[92]后者则要求声明排除的事项应具有与《公约》第 2 条所排除事项同样的性质，且该被排除的事项能够得到清楚和明确的界定，以防止声明国作出一个概括性的排除事项，减损《公约》实施的明确性。我国若要依据《公约》第 21 条声明排除知识产权事项，必须按上述要求明确作出阐释。

二是符合《公约》的透明度原则(第 32 条) 及互惠原则(第 21 条第 2 款) 的要求。前者要求该声明必须通知《公约》保存机关，由保存机关向其他缔约国通报，以避免有关缔约国不负责任的声明行为。后者则意味着， “如果一个缔约国不准备把公约所体现的利益授予其他缔约国，它也不能指望从公约中受益。因而，作出一个声明就要付出一份代价”。[93]

总之，基于知识产权事项的特殊性，我国目前并无必要追求“一个大而全但并不可知的公约”，不妨借助声明条款将其排除在《公约》适用范围之外。

但是，我们也应当认识到，目前根据《公约》第 21 条作出声明，仅为权宜之计。从长远看，注重并牢固树立知识产权的保护意识，提高保护知识产权的水平，是国际民商事交往的主体尤其是企业需要着重努力的。伴随我国知识产权输出比重的提高，以及海外知识产权保护需求的增强，对依据《公约》第 21 条声明的功能，也许很快就需要重新评估。

5. 对惩罚性赔偿判决承认与执行规则的明确

对惩罚性赔偿判决予以有限承认和执行，已渐成趋势。这种立场可确保在判决债权人与被请求国(包括该国当事人) 之间达成利益平衡。基于此，为配合《公约》实施，我国有必要构建关于惩罚性赔偿判决承认与执行的专门规则，并尤其明确以下两点:

其一，明确惩罚性赔偿判决识别的法律依据。我国法院在界定外国惩罚性赔偿判决时，应采取较为谨慎的态度，不宜宽泛地将相关判决识别为惩罚性赔偿判决。参考《公约》解释报告，我国可在国内立法中明确，原则上应以我国法律作为识别惩罚性赔偿判决的依据。对外国判决，我国法院可依我国实体法并考虑相关损害赔偿的目的和功能，确定其是否属于惩罚性赔偿判决，以便对判决中填补当事人实际损害的部分予以认可。而对于惩罚性赔偿部分，则视具体赔偿范围、数额以及造成损害程度的情况而定。

其二，确立分割方法作为惩罚性赔偿判决承认与执行的路径。尽管《公约》第 15 条规

[91]参见孙劲: 《论海牙〈选择法院协议公约〉的范围和声明条款》，载黄进等主编: 《中国国际私法与比较法年刊》第 19 卷，法律出版社 2016 年版，第 5 页。

[92]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.236.

[93]See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.238.

定了判决承认与执行的分割方法，但基于惩罚性赔偿判决的特殊性和复杂性，我国有必要专门针对此类判决的分割问题作出规定。对于包含惩罚性赔偿的外国判决，若判处的惩罚性赔偿金明显高于实际损失的，则可以通过比较惩罚性赔偿金与原告实际遭受的损害，来确定我国法院可予承认与执行的比例。但不能将比例原则的适用作为一个简单的技术性问题来对待，而应给予我国法院一定的自由裁量权限。[94]在适用比例原则时，我国立法及司法解释中规定的“退一赔三”“退一赔二”“退一赔十”等实体法规则可供法院参考。对于外国判决中明显超出我国法律允许或法院接受的赔偿部分，可依据《公约》第 11 条第 1 款之规定拒绝承认与执行。

（三）批准《公约》的时机抉择问题

尽管从长远来看，我国应该批准《公约》，但从现实情况来看，在批准《公约》的时机抉择问题上，还有如下情势需要我们冷静思考：

其一，从《公约》目前更有利于西方发达国家并可能导致民商事利益分配失衡之情势，以及我国涉外民商事法律制度体系的现状来看，我国参与国际民商事交易的主体，在提升化解风险、协调冲突的能力及水准上，都还需要经历一个艰难周期。

基于对外国法律的不了解、对外国法院存在疑虑，以及高昂诉讼成本及语言障碍等方面的考虑，在外方当事人无特别要求的情况下，我国绝大多数当事人还是更倾向于选择我国法院解决将来或已经产生的争议。仅此而言，我国现阶段是否批准《公约》，对我国大多数当事人来说影响不大，但我们不能忽视前述“案件国际转移”以及需要我国承认和执行的外国判决大量涌入的可能。尽管我国将完全具有应对批准《公约》后“案件国际转移”问题的能力和举措，但对“案件国际转移”问题的协调或化解，既有赖于系统修法工作的完成，尤其是前述修法重点的完成，也有赖于我国当事人参与国际民商事交往水平的提高，更仰仗于我国涉外司法工作质量和信誉的提升，这无疑都需要一个较长周期。

其二，《公约》在现阶段的影响力还甚为有限，普遍效力的获得还有待时日。

尽管《公约》已于 2015 年 10 月生效，但截至目前，批准《公约》的国家和地区仅为墨西哥、新加坡、欧盟和丹麦。其中，欧盟根据《公约》第 30 条作出声明，欧盟是以区域经济组织身份批准《公约》，其成员国虽然并未签署、加入或批准《公约》，但由于欧盟已批准《公约》，其成员国也应受《公约》约束。[95]参与《公约》制定的绝大多数成员国，仍在观望中。这在某种程度上说明，《公约》的若干重要条款还未能得到大多数国家接受。《公约》虽然设计了一些声明和例外机制，但由于各国涉外民商事法治水平的差异，以及各国在《公约》

---

[94]例如，在首次引入比例原则的“方腾案”(Fountaine) 中，法国法院直接比较惩罚性赔偿金与原告实际遭受损害之间的比例，并认为美国判决在该比例上不符合 1∶1 之要求而违反法国的公共秩序。对此做法，法国学者提出批评意见：惩罚性赔偿金与原告实际遭受损害之间原本就是不相称的，法国法院应比较惩罚性赔偿金与不法行为人的过错程度。See Nathalie Meyer Fabre，Enforcement of US Punitive Damages Award in France: First Ruling of the French Court of Cassation in X. v. FountainePajot，26 Mealey’s International Arbitration Report 1，2 (2011) .

[95]《公约》报告解释指出，《公约》中 State 既指国家，也指复合法域国家中有独立法律制度的领土区域，同时还可以指区域经济一体化组织。因此，欧盟的做法对我国有一定的借鉴意义。基于“一国两制”基本国策及现已形成三法系四法域之国情，我国暂时并没有统一的区际国际私法。依照《公约》第 28 条之规定：“如果具有两个或多个法律体制适用于其不同领土区域的国家将有关问题适用于本公约，则该国在签署、批准、接受、承认或加入时可声明本公约将扩展到其所有领土区域，或仅适用于其中一个或多个区域，并可在任何时间递交另一声明以修改此声明。”若中国 (大陆地区) 批准《公约》的时机尚未成熟，而特别行政区如香港具备条件并希望运用《公约》，那么我国可以利用该条之规定，批准《公约》，使《公约》仅适用于指定的特别行政区。See Trevor Hartley & Masato Dogauchi， Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements，available at https : / / assets. hcch. net / up - load/expl37final. pdf，para.17.

关键性条款上的分歧，可以预见的是，《公约》普遍性目标的实现仍需时日。

《公约》的初衷是基于选择法院协议建立多边判决自由流动机制，但在《公约》框架内，我国作为缔约国能否获得明显利益，除了要解决前述困难外，某种程度上还取决于《公约》普遍性效力的提升状况，尤其是并未与我国订立相关双边条约及建立互惠关系的国家批准《公约》的情况。

其三，尽管《公约》确立了灵活的“声明机制”，但对《公约》的声明毕竟非朝令夕改的行为。我国批准《公约》，是像欧盟那样不作任何声明，还是作出相应声明，声明什么，都需要认真研究。

《公约》第 39 条明确规定，缔约国根据《公约》相关条款所作的声明，可以“在签署、批准、接受、核准或加入时或者此后任何时间作出，并且可以在任何时间予以修正或者撤回”。这虽然让我们对批准《公约》不要有畏惧心理，但批准《公约》声明与否及如何声明，毕竟是国家外交行为。而且，我国需要观察其他国家尤其是与我国存在重要经贸关系的国家对《公约》的立场，并研究《公约》后续的实施，评估我国现行法律制度完成前述修法和完善工作的进程与周期，这些都要求我们不可有莽然之举。

基于上述，我们仍有必要进一步加强对《公约》的深入和系统研究，以选择我国批准《公约》的时机。

结语：从《公约》看我国参与国际民商事新秩序的构建

《公约》将成为国际民商事领域的重要规则。《公约》本身是海牙国际私法会议自 1992 年开始计划的国际民商事管辖领域所谓“混合公约草案” 的重要内容，是在 1999 年《草案》及其“2001 年临时文本” 基础上折中的结果。海牙国际私法会议自 2012 年重启关于国际民商事管辖权和外国判决承认与执行公约谈判以来，已经出台 2017 年《外国法院判决承认与执行公约草案》。可以预见，《公约》和未来在“2017 年草案” 基础上通过的海牙“判决承认与执行公约”，将使得规范国际民商事领域管辖权及判决承认与执行问题的条约法体系基本形成。在国际民商事领域更注重或强调当事人意思自治的今天，《公约》在这一条约法体系中的重要地位将日益凸显。尽管笔者认为，《公约》为实现判决自由流动之目的，在追求管辖协议效力认定一致性的同时，忽视了结果的预期性，一定程度上背离了意思自治原则，但目前国际民商事规则的制定仍由西方主导，这是暂时还无法改变的事实。当然，《公约》的缺憾，使得它本身在未来面临更多挑战的同时，也将使得海牙国际私法会议需要在意思自治原则和“被选择法院地法原则” 关系的处理上，作出进一步努力。

我国签署并最终批准《公约》，既面临机遇也面临挑战。作为国际私法统一化方面最重要和最富影响力的政府间国际组织，海牙国际私法会议已经成为统一国际民商事规则的重要平台。我国已参与包括《公约》在内的多个国际私法条约的谈判和制定工作，批准《公约》，表明作为一个秉持对外开放政策的负责任大国，中国一直是国际民商事规则的践行者。同时，对于擅长利用《公约》规则的我国当事人，其在参与国际民商事交往过程中的合法权益也可以得到应有保障。但是，囿于《公约》的现有规则及其缺憾，无论从我国现行立法及司法实践亟待完善的制度看，还是从我国当事人参与国际民商事交往的现状看，我们还面临诸多需要克服的困难。

当然，我国不应仅停留在对国际民商事规则的遵守层面，还应该积极参与国际民商事规

则的制定。这既是我国“加快培育国际经济合作和竞争新优势” 的必然要求，[96]也是我国参与国际关系治理的重要行动和参与国际民商事新秩序构建的重要之举。为此可以将对《公约》的研究，作为我国积极参与国际民商事规则制定的基础性工作。在当今新一轮经济全球化、社会信息化、文化多样化持续推进的时代，在人类命运共同体的宏大愿景已触手可及的背景下，扩大同各国的利益交汇点，“继续发挥负责任大国作用，积极参与全球治理体系改革和建设，不断贡献中国智慧和力量”，[97]也是我国参与包括《公约》在内的国际民商事秩序构建中的重大任务和目标。由此，我们既要关注海牙国际私法会议的动态，也要充分发挥海牙国际私法会议凝聚各国关于国际私法问题最大共识的功能，并促进我国涉外民商事法律体系不断完善。

[96]习近平: 《决胜全面建成小康社会，夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利———在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年版，第 35 页。
[97]同上引报告，第 60 页。

新药保护 TRIPS+规则：以 TPP 协议为例

刘音* 华侨大学

摘要：TPP 协议号称自由贸易协议，实则更重视保护外国投资人，包括外国知识产权人的（实体和程序）权利，甚至给予其申请投资仲裁的（特殊）权利，对抗东道国属地管辖权，间接限制竞争，具有明显的保护（知识产权人）主义。与 TRIPS 协议相比较而言，TPP 协议的法律天平向外国知识产权（投资）人的（私人）利益倾斜。一方面，TPP 协议新药知识产权条款具有保护范围更广泛、保护标准更高、保护期限更长等特点，实体内容的制度设计与美国现行知识产权法如出一辙，可谓美国新药知识产权法的国际化；另一方面，TPP 协议（涉外）知识产权争议解决方法具有仲裁化、国际化特点，试图从程序上确保缔约国知识产权法的美国化。

关键词：专利链接 数据专有权 投资仲裁

一、引言

2016 年 2 月 4 日，澳大利亚、文莱、加拿大、智利、日本、马来西亚、墨西哥、新西兰、秘鲁、新加坡、美国和越南 12 个太平洋沿岸国家正式签署 TPP 协议（Trans-Pacific Partnership Agreement，《跨太平洋伙伴关系协议》，以下简称“TPP 协议”）。TPP 协议以《美韩自由贸易协议》（Free Trade Agreement between the United States of America and the Republic of Korea / KORUS FTA，2007）为蓝本，一面通过“并入”（incorporation）方式，将现行相关国际条约（——例如 WTO 条约）纳入其中作为制度基础，另一面广泛借鉴和制订大量“WTO+”规则，[1]同时从实体法和程序法两方面协调缔约国市场准入和市场法治原则等内部决策和制度安排，是迄今覆盖地区范围最大（横跨亚、北美和南美三大洲）、涉及人口最多（8 亿）、生产总值最大（占世界生产总值 40%）、涉及领域最广泛（包括国民待遇、原产地规则、纺织品和服装贸易、海关管理、贸易救济、卫生、技术贸易壁垒、服务贸易、知识产权、投资、金融服务与监管、劳动与社会保障、环境保护、善治与监管合作等）、规范标准最高[2]、内容最复杂（30 章）、篇幅最长（5600 页）的区域性国际条约，其中知识产权篇（第

* 法学博士、华侨大学副教授。

[1] 所谓“WTO+”规则，实际并没有一个明确或严格的定义。本文认同澳大利亚阿德雷德大学（University of Adelaide）教授 Andrew L. Stoler 的观点，认为“WTO+”规则包括两类：（1）调整 WTO 法适用范围之外的国际贸易关系的规则；和（2）在法律竞合之场合，较 WTO 法优先适用的（国际贸易）规则（Andrew L. Stoler, *The Future of the “WTO-Plus” Provisions in Preferential Trade Agreements*, 2010 International Trade Law Symposium, p. 2, http://iit.adelaide.edu.au/docs/AGC_WTO%20Plus_2010_DST16Rev3.pdf）。其中，第二类规则往往较 WTO 规则的立法标准更高，其中包括“TRIPS+规则”。

[2] 其中高达七成议题，例如知识产权保护、安全标准和技术规范、金融管制、劳动与社会保障、卫生、安全、环境保护、国际投资仲裁等都是边界后（behind-border）议题 ，参见 Daniel J. Ikenson, et. Al, *Should Free Traders Support the Trans-Pacific Partnership? An Assessment of America's Largest Preferential Trade Agreement*, CATO Working Paper No. 39, September 2016, p. 11, Table 1, available at www.cato.org/workingpapers. 正如 Peter A. Petri 所言，TPP 协议的真正竞争力来自其高标准的贸易规则模板，参见 Peter A. Petri and Michael G. Plummer, *The Trans-Pacific Partnership and Asia-Pacific Integration: Policy Implications*, PILE Policy Brief No. 12-16, June 2012, pp. 2-3.）。

18 章）篇幅长达 75 页（共计 83 条）。[3]

TPP 协议号称自由贸易协议，宣扬新自由主义，实则（新）自由主义与保护主义并驾齐驱。TPP 协议重视市场自由、鼓励（国际）竞争，要求缔约国全面开放国内市场、（简化进出口手续）便利外贸交易、协调市场治理规范，消除非关税贸易壁垒、放松金融管制，（从实体和程序两方面）全面落实国民待遇义务，深化区域经济一体化和法律趋同化（——美国化）。从市场自由化的意义上讲，TPP 协议比现行任何国际贸易条约都走得更远，甚至不惜冒干涉缔约国内政之大不韪以捍卫市场自由。[4]然而与此同时，TPP 协议更重视保护外国投资人，包括外国知识产权人的（实体和程序）权利，甚至给予外国间接投资人申请投资仲裁的（特殊）权利，对抗东道国属地管辖权，以致外国知识产权人和投资人取得“不争而争”之市场优势地位，间接限制竞争，具有明显的保护主义（protectionism）特点。[5]尽管 TPP 协议再三声明缔约国享有制订法律和行政法规、保障和捍卫全民健康、国家安全、环境安全、

---

[3] 国内媒体和学术界普遍视其为“自由贸易协议”，甚至有学者断言它代表了自由贸易发展的新模式和国际经济规则的未来走向（参见韩立余：《TPP 协定的规则体系：议题与结构分析》，载《求索》，2016 年第 9 期，第 13 页）。笔者对此不敢苟同。首先，TPP 协议“系建立在《关于建立世界贸易组织的马拉喀什协议》（The Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization）基础之上的，一项综合性的区域性协议”（a comprehensive regional agreement），尽管内容更为广泛，但它并没有脱离 WTO 制度框架，新意有限。其次，TPP 协议的绝大部分条款内容来源于现行国际条约，例如 WTO 条约、NAFTA 条约、WIPO 条约等，其有限的新意体现在两章：知识产权（第 18 章）和投资争端的解决方法（第 9 章）。不仅如此，TPP 十一国最近达成 CPTPP（Comprehensive and Progressive Trans Pacific Partnership）协议，决定暂缓执行该两章的绝大部分内容（Annex II-List of Suspended Provisions, https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/agreements-under-negotiation/cptpp-2/, 访问日期：2017.12.13）。然而，这两章内容却既不调整国际贸易关系，也无意创设新规则以巩固国际自由贸易秩序（见正文第二目），何来代表“自由贸易”发展的新模式之说？更何况 TPP 协议目前仍处于待（缔约国）批准阶段，所谓“模式”之说为时尚早，尤其美国的退出导致 TPP 协议的变数增加，发展前景更加不确定。再次，TPP 协议宣称以建立（环太平洋）自由贸易区（Free Trade Area）为己任（Article 1.1, TPP 协议），宣扬所谓新自由主义（neo-liberalism），然而它空前强化外国知识产权和外国投资人权利的保护，这不仅不利于捍卫新自由主义的核心价值——竞争，反有限制竞争之嫌，落入保护主义陷阱。复次，全球化时代以来，国际经济关系空前活跃和复杂，一方面关税水平屡创历史新低，而非关税贸易壁垒却层出不穷，另一方面全球生产总值空前上涨，而世界范围内的贫富差距却不断恶化，其中国家、跨国公司、市民社会、个人等法律主体之间的权力、权利和利益关系及其冲突错综复杂，早已不复以往。如何解决上述冲突，是摆在国际社会面前的新课题。诚然，TPP 协议可谓解决新课题的选项之一，但不必然是唯一的选项——尤其对知识产权和投资仲裁章节而言更是如此，又何来“决定新规则的未来走向”之说？事实上，自 2008 年金融危机以来，华盛顿共识已死，凯恩斯主义复活，资本管制、宏观经济审慎监管、国家资本主义等兴起，国际经济秩序的发展方向与经济自由主义渐行渐远（Kevin Gallagher, *Regaining Control? Capital Controls and Global Financial Crisis*, Working Papers, No. 250, Political Economy Research Institute, University of Massachusetts Amherst, February 2011, http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/KGCapControlsPERIFeb11.pdf, accessed on April 21, 2017）。与此同时，金砖国家组织的壮大和发展中国家实力的增强，有助于强化发展中国家参与国际法治建设的能力，促其在国际治理中有更大作为。

[4] Mac L. Busch and Krzysztof J. Pelc, *Yes, the TPP agreement is over 5,000 pages Long. Here's why that's a good thing.* https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/08/02/yes-the-tpp-agreement-is-over-5000-pages-long-heres-why-thats-a-good-thing/?utm_term=.16e200a73c3f (posed on August 2, 2016, accessed on April 20, 2017).

[5] 有学者提出当代知识产权扩张战略与新自由主义是契合的，认为取消知识产权不可能成为自由放任的内在要求，并以 TRIPS 协议为例，试图证明知识产权及其保护可以绕开国家（余盛峰：《知识产权全球化—现代转向与法理反思》，载《政法论坛》，2014 年第 6 期，第 11 页）。笔者对此也不敢苟同。首先，知识产权扩张战略强化市场垄断，限制竞争，与（新）自由主义的核心价值相悖。其次，TRIPS 协议不是国际商事惯例，而是国际条约，它的制订、适用和执行无一不是国家行为的结果。知识产权，尤其专利（权）的授权、保护、确权和救济，无一可以绕开国家，正是“国家刻意设计”的这一“外生性秩序”保护着相关权利人的垄断利益。再次，果真如该学者所言，这一外生性秩序来自市场本身的需求，那它就应该是“偶合秩序（catallaxy）”，而不是为某个单一目的服务的刻意行动。（参见【英】弗里德里希•冯•哈耶克著，邓正来、张守东、李静冰译：《法律、立法与自由》二、三卷，中国大百科全书出版社 2000 年出版，第 189-191 页）。复次，知识产权扩张战略所催生的经济秩序，明显符合市场垄断者的利益诉求，带有浓重的保护主义，而非自由主义色彩。

生物和非生物自然资源、金融安全等国家和社会公共利益的（主权）权利，[6]但是相比条文精细、种类繁多、内容复杂的外国投资人权利（包括知识产权）和救济而言，东道国的这些主权权利似乎显得单薄而苍白。无怪乎哥伦比亚大学经济学教授 Jeffrey Sachs 疾呼“这不是贸易协议，而是保护投资者的国际协议。”[7]无独有偶，诺贝尔经济学奖得主 Paul Krugman 也批评道，TPP 协议不是贸易协议，……而是知识产权保护和争端解决协议，其中最大的受益者是那些企图对抗政府立法管辖权的跨国制药公司。[8]

2017 年初, 美国宣布退出 TPP 协议，同年十一月 TPP 十一国在 APEC 峰会上达成 CPTPP 协议，决定暂缓执行投资、知识产权等条款，[9]推动 TPP 协议尽快生效。本文选取 TPP 协议中最具制度创新意义，同时也是争议最大的内容——药品知识产权及其投资仲裁为研究对象。尽管相关条款已被暂缓执行，但是作为具有代表意义的 TRIPs+规则，[10]这些条款引发的法律问题，例如知识产权法的立法宗旨和目的、知识产权的性质、药品知识产权的适用范围和保护期限、药品专利链接制度、药品数据专有使用权、知识产权投资仲裁等仍然值得研究和探讨。[11]本文运用历史研究方法、逻辑研究方法和比较方法，回顾知识产权国际保护的历史，尝试解释知识产权国际保护被纳入国际贸易与投资协议，并不断被强化的制度逻辑，提出我国在当前国际制度环境下所面临的药品知识产权保护问题。[12]

二、TRIPs 新药保护规则的制度背景：知识产权国际保护制度的演变

知识产权（法）的兴起与扩张，无一不伴随国家对市场的主动干预，是国家刻意设计且强加于市场的“外生性秩序”。[13]最初，知识产权的适用范围，如同散布在公共领域（public domain）这片汪洋大海中的“创新”孤岛，其后国内法不断“填海造地”，陆续把生产工艺、经营方法（business methods）、软件、气味、声音等都作为“创新产品”（innovations），纳入知识产权法的适用范围，知识产权的保护对象由“创意孤岛”渐次扩张开来，日益壮大而

---

6 TPP Agreement Preamble.

7 Roger Hickey, *Economist Jeffrey Sachs Says No to the TPP and the TAFTA Trade Treaties* (“They [the TPP and TTIP] are not trade agreements, but agreements aimed at protecting investors.”), https://www.ourfuture.org (posted on September 15, 2014, accessed on July 10, 2017).

8 Paul Krugman, *This Is Not A Trade Agreement*, http://krugman.blogs.nytimes.com (posted on May 27, 2015, accessed on July 10, 2017).

9 CPTPP Annex II - List of Suspended Provisions.

10 类似规定出现在《欧盟加拿大全面经济贸易协议》第八章 8.1 条（投资的定义）、8.12 条（征收不适用于知识产权）、20.6 条（药品的定义：凡生产、销售用于诊断、治疗、缓解或预防各种疾病、器官功能紊乱、身体不适及其症状，或恢复、矫正、修复生理机能的产品。）、20.27 条（药品保护，Sui generis protection of pharmaceuticals）、20.28 条（专利链接机制，Patent mechanisms relating to pharmaceutical products）、20.29 条（未披露数据保护，Protection of undisclosed data relating to pharmaceutical products）

11 除 TPP 协议之外，2017 年 9 月 21 日起试行的《欧盟—加拿大全面经济与贸易协议》（Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part），其中 Article 20.2.1 申明该协议知识产权章节，系对 TRIPs 协议实体内容的补充，（“The provisions of this [Intellectual Property] Chapter complement the rights and obligations between the Parties under the TRIPS Agreement.”） 暗示该协议的知识产权保护标准不低于，甚至高于 TRIPs 协议。此外，欧盟与日本、越南的经贸协议也有类似规定。

12 本文旨在研究 TPP 协议药品知识产权条款的内容、制度逻辑，以及它可能引发的利益损失（消费者的经济利益）、权利损害（生命权、健康权）和法律风险（缔约国管辖权被制约）。本文虽有提及我国医药行业现状、我国药品知识产权法（包括条约中的知识产权条款）与 TPP 协议药品知识产权保护条款之间的差距及其存在的问题，但是，如何解决这些问题，例如我国是否能够承受 TRIPs+规则引发的风险和代价，在相关权力、权利和利益冲突中如何取舍，则是另外一个问题，不在本文的研究范围之内。

13 余盛峰：《知识产权全球化—现代转向与法理反思》，载《政法论坛》，2014 年第 6 期，第 11 页。

成“权利（或私有财产）大陆”，不断蚕食原本广袤如海洋的公共领域（Jerry Reichman）[14]——知识财产化和私有化运动悄然而生。

21 世纪是知识经济的时代，知识产权法正发生着翻天覆地的变化，它所调整的关系不再只是特定法域内（市场主体之间）的技术和信息的交换与共享，[15]而且更是跨国公司资本与国家战略利益复杂的法律博弈关系，它是跨国公司资本与发达国家主动塑造的游戏规则，在很大程度上业已成为企业之间、国家之间至关重要的竞争性武器。[16]被誉为“21 世纪（知识经济时代）的石油”的当代知识产权，尤其药品知识产权，既是重大的国际政治问题之一，又是重大的国内民生问题之一。[17]

（一）《保护工业产权的巴黎公约》和《保护著作权的伯尔尼公约》——传统知识产权制度：旨在奖励创新（热情）的特权（privileges）

知识产权制度创设的核心目的之一，在于吸引外国技术专家，引进外国新技术。[18]以英格兰为例，最初的专利有效期为七年，与学徒期相当；学徒期届满，专利保护即告终止，学徒出师后即可自由使用专利技术。[19]此外，帮助专利申请人解决资金困难、奖励发明创造亦是专利保护制度的价值所在。其中，奖励发明创造（reward theory），[20]更是迄今证明知识产权正当性（legitimacy）的最为有力的理论依据。

传统（国内）知识产权制度的目的和宗旨在于激发创新、促进发展，其根本任务在于协调和解决知识产权人与社会大众，尤其未来创新者之间的利益冲突，[21]整体制度设计建立在对不同群体之间的利益冲突的定量分析基础之上（quantitative incentive-based approach）。[22]这一时期的知识产权法所保护的，既非“ 财产”（property）也非“权利”（rights），甚至也

---

[14] Rochelle Dreyfuss and Susy Frankel, *From Incentives to Commodity to Assets-How International Law is Re-conceptualizing Intellectual Property*, Michigan Journal of International Law, Vol. 36, Issue 4, Summer 2015, pp. 557-558. 有关知识产权与财产权与物权的关系，可参见郑成思：《知识产权、财产权与物权》（载《知识产权》1997 年第 5 期）

[15] 以威尼斯城邦专利法（1474）为例，首先，该法对于“新颖性”的要求仅限于威尼斯城邦内（only to be new within the state of Venice）。其次，该法要求技术信息仅在行业内部公开，对外保密。再次，该法的核心目的之一，在于吸引外国技术专家。文艺复兴时期，欧洲国家纷纷效仿威尼斯授予专利，以便吸引外国专家，引进外国（新）知识。（参见郑成思著：《知识产权论》，法律出版社 2007 年第 3 版，第 3 页；Sebastian Haunss, *Conflicts in the Knowledge Society*, New York: Cambridge University Press, 2013, pp. 22-23）

[16] 余盛峰：《知识产权全球化—现代转向与法理反思》，载《政法论坛》，2014 年第 6 期，第 11 页。

[17] 参见 Sebastian Haunss, *Conflicts in the Knowledge Society*, New York: Cambridge University Press, 2013, pp. 11-21; 143-185.

[18] 作为史上第一部专利法，威尼斯城邦专利法（1474）的核心目的，即吸引外国技术专家，引进外国新技术。文艺复兴时期，欧洲国家纷纷效仿威尼斯授予专利，以便吸引外国专家，引进外国（新）知识。（参见 Sebastian Haunss, *Conflicts in the Knowledge Society*, New York: Cambridge University Press, 2013, p. 22-23）

[19] Sebastian Haunss, *Conflicts in the Knowledge Society*, New York: Cambridge University Press, 2013, p.23.

[20] 支持知识产权正当性的理论，包括自然权利论（natural-rights）和功利主义论（utilitarianism）

[21] Rochelle Dreyfuss and Susy Frankel, *From Incentives to Commodity to Assets-How International Law is Re-conceptualizing Intellectual Property*, Michigan Journal of International Law, Vol. 36, Issue 4, Summer 2015, pp. 557-558.

[22] Rochelle Dreyfuss and Susy Frankel, *From Incentives to Commodity to Assets-How International Law is Re-conceptualizing Intellectual Property*, Michigan Journal of International Law, Vol. 36, Issue 4, Summer 2015, p. 561.

不总是智力成果（Jerry Reichman），[23]而是创新热情（innovation incentive）。[24]《保护工业产权的巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）、《保护著作权的伯尔尼公约》和其它 WIPO 条约也都延续了这一制度逻辑，在充分尊重缔约国主权的基础之上，确立独立保护原则和国民待遇原则，从国际法高度确认知识产权保护的碎片化格局，同时扩大国内知识产权法的属人效力范围。

传统（国内）专利法兼有双重立法目的，一是鼓励发明创造，二是促进专利成果产业化（working requirement），以便兼顾发明人或专利权人的私人利益和社会公共利益，既确保专利权人取得商业垄断利益，激励创新，又便于防专利权人滥用权利，维护包括（专利产品）市场供应充足、商品价格适中、经济增长稳定、就业与培训机会充分等在内的社会公共利益。[25]《巴黎公约》同样以此为立法目的，[26]但立法指导思想有“专利权人中心主义”（patentee-centric）之嫌。[27]究其原因，公约虽不禁止缔约国把专利成果产业化作为授予专利的要件之一，但禁止缔约国把未付诸生产作为撤销专利的条件之一；换言之，（根据《巴黎公约》，）专利成果产业化的决策者，应当是专利权人而不是授予专利（权）的国家。为防止专利权人闲置专利成果，维护社会公共利益起见，《巴黎公约》把闲置专利成果视为滥用专利权的表现形式之一，授权缔约国有权在一定条件下签发强制许可，[28]甚至撤销专利。[29]

（二）TRIPS 协议：知识产权权利化与商品化[30]

信息技术革命和经济全球化时代以来，信息、知识和知识产权在经济活动中的地位和作用越来越重要，尤其跨国企业的经营战略和产业链向全球铺展开来，研究、开发、生产、销售、售后服务等遍布世界各地，知识产权及其国际保护对于跨国企业实现利益最大化具有越来越重要的（经营）战略意义，以致美国把知识产权视为与自由竞争同等重要的价值加以重

---

23 知识产权起源于封建社会的特权，而非任何一种财产权（郑成思著：《知识产权论》，法律出版社 2007 年第 3 版，第 2 页）。起初，专利权法和版权法中并没有“财产（权）”的概念。18、19 世纪之交，一些律师和记者把“私有财产（权）”（individual property）的概念用于发明创造和文学作品，依据是洛克的“劳动成果论”（labor-desert theory of property），即个人对其劳动成果享有自然权利（a natural right）。然而即便如此，由于当时这种无形财产（权），包括专利、商标和版权的价值主要在于工业生产过程（industrial production process），故被称为“工业产权”（industrial property），而非知识产权（intellectual property）。“知识产权”一语的使用，兴起于 20 世纪 70 年代，并在不到十年的时间内迅速取代“工业产权”。（参见 Sebastian Haunss, *Conflicts in the Knowledge Society*, New York: Cambridge University Press, 2013, p. 24.）

24 英国《财产法》教科书，把包括知识产权（intellectual property）在内的“无形财产”成为“诉讼中的动产”（choses in actions）……一般的无形财产，例如商业票据，往往是“财产的象征”，而更抽象的知识产权可谓“象征的象征”。（郑成思：《知识产权、财产权与物权》（载《知识产权》1997 年第 5 期，第 18 页）

25 Rochelle Dreyfuss and Susy Frankel, *From Incentives to Commodity to Assets-How International Law is Re-conceptualizing Intellectual Property*, Michigan Journal of International Law, Vol. 36, Issue 4, Summer 2015, p. 576.

26 在缔结《巴黎公约》期间，有关知识产权的价值及其保护制度，尤其专利制度的正当性的问题，始终备受争议，迄今仍无定论。（Sebastian Haunss, *Conflicts in the Knowledge Society*, New York: Cambridge University Press, 2013, p. 25）

27 *Ibid*., p. 561.

28 Paris Convention for Protection of Industrial Property (1979) Article 5 A (2) & (4).

29 *Ibid*., Article 5 A (3).

值得一提的，是把专利成果产业化作为授予专利条件之一的国家，往往生产力水平低下，不具备大模生产专利成果的能力，无法产生经济利益，因此，强制许可对专利人期得利益的实际影响微乎其微。国外研究数据显示，发展中国家对跨国制药企业的利润贡献微不足道（）。在此情势之下，如果发展中国家再不参与分担新药研发成本，则降低知识产权保护水平的愿望势必难以实现（Jean O. Lanjouw, *A New Global Patent Regime for Diseases: US and International Legal Issues*, 16 HARV. J. L. & TECH. 85, 90, 2002; Alan O. Skyes, *TRIPS, Pharmaceuticals, Developing Countries, and the Doha Solutions*, 3 CHI. J. L, 47, 48, 2002)。

30 值得一提的是，英美法一方面严格区别有形财产与无形财产的取得方式，另一方面则把二者的转让方式逐渐统一起来，使知识产权的转让与有形财产的转让之间的差别尽可能缩小，以利**知识商品**的流通。（郑成思：《知识产权、财产权与物权》（载《知识产权》1997 年第 5 期，第 18 页）

点保护。[31]TRIPS 协议正是在这样的背景之下，应美国的强烈要求而缔结，它从根本上改变了知识产权国际保护的制度框架。[32]一旦知识产权成为国际贸易的内容之一，则知识产权条约不仅在以知识产权人，尤其专利权人中心主义为指导思想的立法道路上更进一步，而且知识产权的概念及其性质也势必生变。

TRIPS 协议首次在全球范围内：（1）制订专利最低保护标准；（2）提高著作权和商标的保护水平；（3）扩大知识产权客体范围，新增实验数据、商业秘密、工业设计和地理标识等保护对象；并（4）对缔约国科以知识产权执法义务。诚然，TRIPS 协议的立法目的和宗旨仍在激励创新，以便兼顾知识产权人的私人利益和社会公共利益。然而，它以“贸易便利化”之名，行知识产权权利化和商品化之实[33]：名义上，TRIPS 把知识产权作为交易商品（tradable commodity）之一，适用国民待遇[34]和最惠国待遇原则，[35]以确保知识产权执法措施不再被异化为（GATT 时期）贸易壁垒之一；实际上，它则藉此突破知识产权的“地域性”特点，[36]把依据特定法域的（内国）知识产权法产生的知识产权国际化。此时制度设计的基础，不再是以往特定法域内不同群体之间利益冲突的定量分析，而是智力成果的实物化或财产化，以及知识产权的财产(权)化和普遍化。相比较传统知识产权法而言，TRIPS 协议保护的对象，不再是以往单纯的创新热情（innovation incentive），而更像是智力成果之上的“权利”。从这个意义上讲，德、日等大陆法系国家使用的 intellectual property rights（IPRs），更能体现 TRIPs 的保护对象及其本质，即由知识产权法创设的专有权利，它不是一般意义上的财产权，而是正在被财产化（propertization）、权利化的，受知识产权法保护的垄断利益。[37]

无论根据 WTO 协议的理论基础（比较优势理论）、立法原则或宗旨，[38]还是条文内容（国民待遇原则），缔约国都不得把专利成果产业化（working requirement）作为授予专利的条件之一。正如 WIPO 知识产权与竞争政策处执行主任 Nuno Pires de Carvalho 所言，“专利成果产业化要件与 WTO 协议立法原则相悖，毫无疑问，它是被 TRIPS 禁止的。”[39]不过，作为专利保护例外，TRIPS 协议确认缔约国有权在特定情势下签发强制许可令，[40]其适用效果类似《巴黎公约》中的“专利成果产业化”要件。

诚然，TRIPS 协议禁止缔约国把“专利成果产业化”作为授予专利的要件之一，不致影响缔约方通过进口满足国内市场对专利产品的需求。然而，TRIPS 协议把知识产权权利化和

---

31 Susan K. Sell & Christopher May (2001), *Moments in Law: Contestation and Settlement in the History of Intellectual Property*, [J]., Review of International Political Economy, 8 (3), p. 486.

32 Sebastian Haunss, Conflicts in the Knowledge Society, New York: Cambridge University Press, 2013, p. 16.

33 TRIPS Preamble.

34 GATT Article 3; TRIPS Article 3.

35 GATT Article 1; TRIPS Article 4.

36 知识产权的“地域性”特点，不同于有形财产权的“地域性”。一般而言，有形财产适用财产所在地法；知识产权则适用保护国法。（郑成思：《知识产权论》，法律出版社 2007 年第 3 版，第 52 页）

37 郑成思先生认为 IPRs 和 IP 表意相同，可以交替使用，依据之一是 TRIPS 协议即交替使用二者。（郑成思：《知识产权、财产权与物权》（载《知识产权》1997 年第 5 期，第 17 页）。窃以为，这一说法值得商榷。诚然，property 一词含有财产和财产权之意，但这通常是针对有形财产（权）而言的，并不必然适用于无形财产。事实上，早期专利法和版权法中并无财产一说。18、19 世纪之交，一些律师、记者把发明创造和文学作品视为（产生自劳动的）“个人财产”，“财产”一词方才进入专利法和版权法（参见注释 23）。就知识产权法而言，intellectual property 指知识产权法保护的智力成果，专利、商标、作品等，intellectual property rights 则指知识产权法给予知识产权人的专有权（利）。世界贸易组织对二者的解释，与笔者的理解一致。（“ ‘intellectual property’ refers to creations of the mind”, ‘intellectual property rights’ refer to the rights given to people over the creations of their minds”, https://www.wto.org)

38 TRIPS Preamble.

39 其中，国民待遇原则要求缔约方同等对待本地商品和进口商品；禁止把专利成果产业化作为授予专利的条件之一，意味着专利产品进口权由外国专利人专有，缔约方对专利产品的需求可通过进口满足，参见 Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Patent Rights* § 27.66, Kluwer Law International, 2010.

40 TPIRS Agreement Article 31.

商品化，并设定知识产权最低保护标准的做法，实则限制了缔约国协调和解决知识产权人的私人利益与社会公共利益之间的冲突、知识产权法长期目标（激励创新）和短期目标（大众分享智力成果）[41]之间的冲突的权力和自主性。早在 TRIPS 协议全面生效之前，英国知识产权委员会（UK Commission of Intellectual Property Rights, CIPR）就曾发布研究报告，向全球预警高水平知识产权制度并不必然有利于鼓励竞争、便利转让和普及技术，不符合促进发展中国家科技进步的长远利益；报告建议发展中国家“制定严格的专利授权标准，避免给本国健康水平价值优先的技术授予专利权。发展中国家的专利制度应当以促进竞争为目标，并防止专利制度的滥用。”[42]然而，该报告并未能改变此后知识产权法的发展方向，（国内和国际）知识产权法在保护知识产权人的私人利益的道路上越走越远，同时提出越来越严格的、高标准的法律趋同化要求。[43]

（三）TPP 协议：知识产权财产化与资本化

进入 21 世纪以来，由于世界贸易组织多哈回合谈判，以及 WIPO《专利实体法条约》（Substantive Patent Law Treaty, SPLT）缔约谈判陷入僵局，发达国家转而利用双边或区域经贸与投资协议，强化知识产权及其国际保护保护。越来越多的双边或区域贸易投资协议，例如 TPP 协议、《欧盟-加拿大全面经济与贸易协议》[44]、《欧盟-越南贸易与投资协议》[45]、《欧盟-日本经济伙伴关系协议》[46]等，都把知识产权保护纳入其中，出现大量以 TPP 知识产权规则为代表的，保护标准高于 TRIPS 规则的“TRIPS+规则”，进一步扩大知识产权保护范围、提高知识产权保护水平、延展专利期、强化知识产权保护力度，甚至把知识产权视为外商投资内容之一，知识产权投资争议适用投资仲裁，再度改写知识产权的内涵：知识产权由“权利”演化为“财产”（property），从商品化（commodity）走向资本化（investment assets），外国知识产权人的财产利益可在国际法层面直接对抗东道国属地管辖权，[47]以致缔约国再难享有和行使帮助其国民便利取得、分享外国科技进步成果的权利和权力。[48]其中，TPP 知识产权协议，作为美国——全球最大的知识产权净输出国——知识产权法的国际化范本，可谓最复杂、具争议性的 TRIPS+规则。

TPP 协议知识产权部分（第 18 章）篇幅长达 75 页（共计 83 条 / TRIPS 73 条），内容包括总则、执法合作、商标、国别名称、地理标识、专利和保密测试及其数据专有权、工业设计、版权及其相邻权、执法、互联网服务等。其中，与新药知识产权相关的内容，包括知

---

41 WTO OMC Fact Sheet, *TRIPS and Pharmaceutical Patents*, p.1: “(TRIPS) attempts to strike a balance between the long term social objective of providing incentives for future inventions and creation, and the short term objective of allowing people to use existing inventions and creations.”

42 英国知识产权委员会：《知识产权与发展政策相结合——委员会关于知识产权的报告》（中文版，2002.11），http://www.cipr.org.uk, accessed on July 10, 2017.

43 近年来，各国知识产权法的趋同化程度不断提高，其中一个主要和重要的原因，在于知识产权法的国际化，越来越多的国际条约，包括 WIPO 条约、WTO 条约、双边或多边经贸投资条约等，都对知识产权及其保护提出要求。

44 Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (September 14, 2016) Chapter 20.

45 *EU-Vietnam Trade and Investment Agreements* (authentic text as of August 2018), Chapter 12.

46 EU-Japan Economic Partnership Agreement (April 2018), Chapter 14.

47 Rochelle Dreyfuss and Susy Frankel, *From Incentives to Commodity to Assets-How International Law is Re-conceptualizing Intellectual Property*, Michigan Journal of International Law, Vol. 36, Issue 4, Summer 2015, p.559. 正所谓“资本流动到哪里，财产权就跟到哪里”（Where investment goes, an inherent sense of property right tends to follow. Margreth Barrett, *A Cause of Action for “Passing Off/Associational Marketing”*, 1 IP THEORY 1, 2 (2010), http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=ipt.）

48 Rochelle Dreyfuss and Susy Frankel, *From Incentives to Commodity to Assets-How International Law is Re-conceptualizing Intellectual Property*, Michigan Journal of International Law, Vol. 36, Issue 4, Summer 2015, p. 585.

识产权总则 11 条（18. 1-11 / TRIPS 8 条）、专利总则 10 条（18. 37-46 / TRIPS 8 条）和新药专利及其数据专有权（18. 48-54）。此外，新药知识产权争议的解决，适用 TPP 协议第 9 章部分内容。与 TRIPS 协议相比较而言，TPP 协议的法律天平向外国知识产权（投资）人的（私人）利益倾斜。一方面，TPP 协议新药知识产权条款具有保护范围更广泛、保护标准更高、保护期限更长等特点，实体内容的制度设计与美国现行知识产权法如出一辙，可谓美国新药知识产权法的(亚太地区）区域化；另一方面，TPP 协议（涉外）知识产权争议解决方法具有仲裁化、国际化特点，[49]试图从程序上确保缔约国知识产权法的美国化。

三、TPP 协议新药专利规则

（一）专利客体范围扩大化（Patentable Subject Matter）

根据 TPP 协议 18. 37 条（专利的客体范围），凡具有创新性、新颖性和工业生产价值的产品或工艺（process），[50]包括已知产品的新用途、使用新方法或新工艺，[51]均可申请专利。18. 37 条是对 TRIPS 协议第 27 条的继承和发展，在几乎照搬后者文本的基础之上，增加“已知产品的新用途、使用新方法或新工艺”作为保护对象之一，扩大（缔约国）专利客体范围。[52]新增的这一款规定意味着任何已知产品的新用途、新方法或新工艺，即使没有实质性的改进，也可以享有专利保护。这无异于为跨国制药公司的“常青树战略”（Ever-green Strategy）背书，以便后者通过任何细微改进，甚至哪怕细小的改动，从各个不同方面将现有专利产品连续注册专利，从而形成事实上的专利“永续”状态，继续霸占市场，持续攫取垄断利益。这一规定与《印度专利法》（2005）第 3 条（d）针锋相对，被视为遏制印度仿制药品产业发展的手段之一。根据印度专利法的规定，凡已知物质、工艺、机器、设备的新形态（form）、新成份（property）或新用途（use）都被排除在专利客体范围之外，除非该物质的新形态具有提升物质功效的作用，或已知工艺生产出新产品，或使用至少一种化学反应物。[53]

TPP 知识产权协议的专利客体范围的适用，并非绝对。鉴于医药专利与公共卫生、人权（健康权、生命权）之间的天然密切关联，TPP 知识产权协议做出例外规定，准许缔约国出于伦理方面的考虑，或为了维护人类及其他动植物的生命和健康安全、环境安全等公共利益起见，把某些发明创造排除在专利客体范围之外，但同时要求缔约国不可片面依其国内法行事（such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by its law），[54]暗示缔约国国内法必须符合国际法，甚至外国法（——例如美国法）。由此可见，该例外规定表面上看充分尊重缔约国主权及其国情，实则限制了缔约国的立法主权，对区域内各国专

---

[49] TRIPS 协议框架下，外国知识产权人无权将其与 WTO 缔约方之间的知识产权争议诉诸国际仲裁。

[50] TPP Agreement Article 18.37.1.

[51] TPP Agreement Article 18.37.2. 该款规定已被 CPTPP 协议暂缓执行。

[52] TRIPS 协议第 1 条规定，TRIPS 协议内容构成知识产权国际保护的最低标准，缔约方可以根据本地法律和实际情况决定和制订具体办法和措施，落实 TRIPS 协议义务。又根据 TRIPS 协议第 27 条，“已知产品的新用途”不在专利客体范围之内，故缔约方没有义务授予其专利。

[53] India’s Patents Amendment Act, 2005

3. What are not inventions-The following are not inventions within in the meaning of this Act:

... ...

(d) the mere discovery of a new form of a known substance which does not result in the enhancement of the known efficacy of that substance or the mere discovery of any new property or new use for a known substance or of the mere use of a known process, machine or apparatus unless such known process results in a new product or employs at least one new reactant.

... ...

印度享有“世界药房”的美誉，是（以产量作准）世界第三大药品生产国和最大的仿制药品生产国，其仿制药品出口占全球仿制药品出口总量的 20%，是获取廉价药品的重要来源。

（https://www.ibef.org/exports/pharmaceutical-exports-from-india.aspx, 更新日期：2016 年 11 月，访问日期：2017 年 7 月 17 日）。

[54] TPP Agreement Article 18.37.3. 该款规定已被 CPTPP 协议暂缓执行。

利法提出了较 TRIPS 协议更高的法律趋同化（harmonization）要求。不仅如此，由于涉外知识产权争议适用投资仲裁，这一法律趋同化要求，获得与缔约国知识产权法直接对抗的机会，从而具有较 TRIPS 协议更有保障的（强制 ）执行力，间接巩固被扩大了的专利客体范围。

此外，根据 TPP 协议的相关规定，疾病的诊断、（内科）治疗和（外科）手术方法，以及动植物新品种、生产动植物新品种的生物方法**可**不适用专利保护，但源自植物的发明创造应当享受专利保护。[55]

（二）专利链接制度（Patent Linkage System）

TPP 协议没有使用“专利链接制度”的措辞，但明显在内容上借鉴了美国的专利链接制度。尽管这一借鉴内容是概括性的、抽象的，缔约国因此承担的建立专利链接制度的（国际）义务，却是确实的（——缔约国不履行义务致外国专利人损失的，外国专利人可诉诸投资仲裁）。

所谓（广义的）专利链接制度，是指新药注册申请人提交注册申请时，原研药品申请人应当进行规定范围内的专利登记，仿制药品申请人则应当声明（该申请所）涉及的原研药品专利及其权属状态，并在规定期限内将其申请知会相关药品上市许可的持有人和专利权人的一项药品监管制度，它既包括行政执法机关（药品监督管理部门、专利局）与司法机关之间的职能链接，[56]也包括专利登记、药品注册管理和专利诉讼之间的制度链接。

专利链接制度起源于美国《药品价格竞争与专利期恢复法》（Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act 1984，俗称 Hatch-Waxman 法[57]），目的在于通过链接新药上市审批程序与药品专利现状，减少专利侵权争议，降低药品价格，促进药品市场竞争。此后，美国又相继通过《廉价药品法》（Greater Access to Affordable Pharmaceutical Act of 2002, GAAP）和《医疗保障、处方药改进和现代化法》（Medicare Prescription Drug, Improvement, and Modernization Act of 2003, MMA），修正药品专利链接制度的若干规则，并通过签订国际经贸与投资协议，例如《多米尼加共和国-中美洲地区-美国自由贸易协议》（2004）、《美国-澳大利亚自由贸易协议》（2004）、《美韩自由贸易协议》（2007）等，对外（强势）推广专利链接制度。[58]

以美国专利链接制度为例，根据 Hatch-Waxman 法建立起来的广义的美国药品专利链接制度，包括（1）仿制药品（generic drug）上市申请许可与原研药品（branded drug）专利

---

[55] TPP Agreement Article 18.37.4. 该款规定已被 CPTPP 协议暂缓执行。

[56] 参见杨悦、徐景和：《“智慧的滑轮”只青睐“真创新》，载《医药经济报》2017 年 12 月 21 日 F02 版。

[57] 该法誉为专利链接制度的“大宪章”（Magna Carta，Ashutosh Kumar, Patent or Patient, Link Them Properly: ‘Patent Linkage and Competition, 2012, available at https://works.bepress.com/ashutosh_kumar/1/, accessed on January 2, 2018），它是美国联邦法律《食品、药品和化妆品法》（Federal Food, Drug and Cosmetics Act, FDCA）修正案之一，旨在鼓励仿制药品市场竞争，降低药品价格（Congressional Research Service. Follow-On Biologics: The Law and Intellectual Property Issues. January 15, 2014. Accessed at https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41483.pdf, on June 18, 2017）该法概要及其影响和作用，可参阅 Gerald J. Mossinghoff, *Overview of the Hatch-Waxman Act and Its Impact on the Drug Development Process*, Food and Drug Law Journal, Vol. 54, 1999, pp. 186-194.

《更容易获得可支付药品法案》（Greater Access to Affordable Pharmaceutical Act, GAAP）《医疗保障和处方药改进和现代化法案》（Medicare Prescription Drug, Improvement, and Modernization Act of 2003, MMA）、《更容易获得可支付药品法案》（Greater Access to Affordable Pharmaceutical Act, GAAP）

[58] 目前，建立专利链接制度的国家，包括美国、加拿大、澳大利亚、韩国、新加坡。

审核之间的制度链接——（专利）不侵权声明制度（certifications）、[59]桔皮书制度（Orange Book）、[60]仿制药品简化申请制度（abbreviated new drug application, ANDR）、[61]数据专有权制度（data exclusivity），[62]以及（2）美国专利局（US Patent Office, UPO）和食品药品管理局（Food and Drug Administration, FDA）之间的职能链接，即狭义的专利链接制度。TPP 协议借鉴美国专利链接制度，要求缔约国建立美国式狭义的专利链接制度，通过链接原研药品专利审核程序与仿制药品上市程序，防止仿制药品在缔约国境内提前上市，以便减少药品专利侵权争议。

“TPP 协议第 18. 53 条 仿制药品上市措施

1. 申请人可基于在境外上市的原研药的药品数据和其它数据，提出药品上市许可申请的，缔约国应当建立相关制度，

（a）以便专利人在拟申请上市的药品上市之前知悉，他人正于专利期间申请销售疗效相同或相似的药品，或使用药品的新方法；

（b）给予专利人足够的时间和机会，在涉嫌侵权的药品上市之前，寻求（c）项列举的救济办法；以及

（c）通过司法、行政手段，采取迅速有效的救济方法，例如初步禁令或效果相当的临时措施，以便及时解决专利药品的专利效力和侵权争议。

2. 作为前款替代，缔约国可不诉诸司法途径，而根据专利人或专利药品上市许可申请人提交的专利信息，或借助药品监管机关与专利局二者之间的行政合作，不予许可任何第三人提出的仿制药上市申请，取得专利人同意或默许的申请除外。”

---

[59] Hatch-Waxman 法要求仿制药品申请上市的，申请人必须声明（1）原研药品的专利信息未经 FDA 备案；（2）原研药品专利期已经届满；（3）原研药品的专利期即将届满，且仿制药品上市日期在专利期届满之后；或（4）仿制药品不侵犯原研药品的专利权，或者该药品专利无效。{21 U.S.C 355, SEC. 101. Section 505 (j) (2) (A) (vii)}, Public Law 98-417-Sep. 24, 1984, available at https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-98/pdf/STATUTE-98-Pg1585.pdf, 访问日期 2.17.6.20）. 其中，申请人声明仿制药品不侵犯药品专利，或者药品专利无效的，应当在申请书中保证将该申请知会专利权人，且详细陈述（申请上市的）仿制药品不侵犯药品专利，或相关药品专利无效的事实情况和法律根据。{21 U.S.C 355, SEC. 101. Section 505 (j) (2) (B) (i), (ii)}, Public Law 98-417-Sep. 24, 1984, available at https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-98/pdf/STATUTE-98-Pg1585.pdf

[60] Hatch-Waxman 法要求美国食品药品管理局公布《通过等效性评估获得批准的药物》（Approved Drug Products with Therapeutic Equivalence Evaluations），俗称“桔皮书”。根据 Hatch-Waxman 法的相关规定，专利药生产厂商在向美国食品药品管理局提交新药申请时，必须同时列明该新药的相关专利及其期限。新药申请获准之后，美国食品药品管理局即将专利信息登记造册（桔皮书），并在其官网公布。

[61] 仿制药品申请上市的，申请者无需另行进行临床试验，证明仿制药的药性及其安全性。与此同时，该申请者应当向 FDA 出具不侵权声明，确保该仿制药品不存在侵犯原研药品专利权之嫌。{21 U.S.C 355, Section 505 (j) (2) (A) (vii)}, Public Law 98-417-Sep. 24, 1984, available at https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-98/pdf/STATUTE-98-Pg1585.pdf, accessed on June 20, 2017).

[62] 国内有文章把“data exclusivity”译做“数据独占保护（权）制度”（诸童：《论药品试验数据保护制度中的数据独占保护制度》，载《金陵法律评论》2013 年春季卷；丁锦希、罗茜玮、王颖纬：《日本药品数据保护制度评价及对我国的启示》，载《上海医药》，第 32 卷第 12 期，2011；诸葛明：《中国药品数据保护的研究》，中国社会科学院研究生院硕士学位论文，2012；刘彬：《仿制药品立法规制的发展新态势——以 TPP 医药专利条款为视角，载《荆楚理工学院学报》，第 31 卷第 3 期，2016 年 3 月；孙莉：《TRIPS 协定下发展中国家药品试验数据独占保护制度的构建》，载《未来语发展》，2016 年第 12 期），这是不确切的。知识产权法意义上的“独占”有“独一无二”之意（one and only），例如“独占许可”不仅禁止其他人使用专利，而且还禁止专利权人使用专利。与之不同，“exclusive”意为“不可（与他人）分享的”（not divided or shared with others），原研药品生产者根据知识产权法，无论国内知识产权法，还是知识产权条约（例如 TRIPS 协议），对药品数据所享有的权利是排他性的数据使用权，而不是独一无二的使用权或所有权，原因在于，仿制药品生产者并非无权使用相同或相似的数据，而是无权使用原研药品生产者通过劳动获取的数据；前者完全可以通过自己的努力，自行取得试验数据，加以使用。有鉴于此，本文把“data exclusivity”译做“数据专有权”。（这一译法同梁志文：《美国自由贸易协议中的 TRIPS-Plus 保护》，载《比较法研究》，2014 年第 1 期；张明：《论 TPP 协议知识产权章节中的药品数据保护条款》，载《铜陵学院学报》，2015 年第 1 期）

据此，缔约国应当建立药品专利链接制度，以避免和减少原研药品专利侵权争议。尽管TPP协议并未像Hatch-Waxman法、GAPP法和MMA法那样，就落实专利链接制度的目的和宗旨提出具体解决办法，制订配套措施、充实制度内容，例如桔皮书制度、仿制药品简化审批制度、通知制度、[63]药品专利权诉讼制度（an infringement action[64]，declaratory judgment absent infringement action[65]）、中止审批制度（a thirty-month stay）、[66]仿制药品市场保护期制度（180-day exclusivity period）[67]等，但它明确提出缔约国（1）有义务减少专利侵权争议——专利链接制度的目的，且（2）应当通过司法或行政手段落实该项国际义务（建立专利链接制度的手段和方法），[68]具体落实义务的方式、规则、制度等，得由缔约国自行决定。同样地，这也被视为强化专利保护的法律手段之一。首先，在国际法层面，由于知识产权争议适用投资仲裁，故不排除外国专利人把不符合其期待利益的缔约国行为，例如缔约国专利链接制度，诉诸投资仲裁的可能。缔约国是否落实，或适当履行建立专利链接制度的义务，及其制度内容的正当性和合法性，可由国际仲裁庭裁判。在外国专利人与东道国的（公共）利益冲突之间，制度天平向前者的利益倾斜。其次，在国内法层面，专利链接制度的目的在于减少专利侵权争议，在专利人与其他利害关系人的利益冲突之间，制度天平看似平衡。然而，细究具体制度内容，以美国专利链接制度为例，我们发现其中专利诉讼制度、阻遏期制度及其赋予专利权人的各项（旨在保护专利权的）程序性权利，不仅可能不利于减少专利侵权争议，甚至反而可能助长专利权人滥用（程序）权利，在专利期限不可变更的前提下，（最大限度地）拖延仿制药品的上市时间，变相延长专利产品垄断市场的时长，继续攫取垄断利益，制度天平再次向专利人的利益倾斜。正如Hatch-Waxman法的主要起草者，美国联邦前众议员Henry Waxman所言，“专利链接制度使得低成本的仿制药品的上市进程大为延后，

---

63 申请人声明仿制药品不侵犯药品专利，或者药品专利无效的，应当自美国食品药品管理局确认收讫申请书之日起20日内{Section 1101 (a) (B) (i) (II), MMA}，将申请内容知会专利权人，且详细陈述（申请上市的）仿制药品不侵犯药品专利，或相关药品专利无效的事实情况和法律根据。{21 U.S.C 355, SEC. 101. Section 505 (j) (2) (B) (i), (ii)}, Public Law 98-417-Sep. 24, 1984, available at https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-98/pdf/STATUTE-98-Pg1585.pdf, 访问日期：2017.6.2017).

64 ANDR申请人声明仿制药品不侵犯原研药品专利权，或该专利权无效的，应当将其申请内容知会原研药品专利权人。自收到通知之日起45日内，原研药品专利权人可向美国联邦法院提起专利侵权之诉。

65 原研药品专利权人自收到ANDR申请人签发的通知之日起45内，不提起侵权之诉的，ANDR申请人可提起不侵权之诉{Section1101 (a) (2) (C), MMA} 。

66 即原研药品专利权人提起专利侵权之诉的，自专利权人收到ANDR申请人签发的通知之日起30个月内（——或在法院裁定的期限内），美国食品药品管理局不得就该ANDR申请做出审批决定。

67 关于“仿制药品市场保护期制度”，有必要澄清两个认识：（一）国内有文章把该保护期称为“市场独占期”。但是，所谓“市场独占”的事实是在此期间内，美国食品药品管理局不得批准任何其他ANDR申请，仅专利侵权之诉的当事人，即药品专利权人和该ANDR申请人，有权销售该药品（Section 505, Federal Food, Drug and Cosmetic Act, April 24, 2013），故不存在独占市场之说。（二）起初，仅有最先挑战药品专利，且在专利侵权之诉中胜诉的仿制药品生产者，享受该市场保护。但是，自Mova Pharmaceutical Corp. v. Shalala一案判决以来，最先挑战药品专利的仿制药品生产者，即可享受该市场保护，不问其在专利侵权之诉中胜诉与否（Wendy H. Schacht & John R. Thomas, *The Hatch-Waxman Act: Proposed Legislative Changes Affecting Pharmaceutical Patens, Issue Brief for Congress*, updated January 16, 3003, pp.4-5）。

68 有学者认为专利链接制度，是一项明显倾向保护专利权人的制度设计。（参见李阁霞：《对药品专利及其强制许可的研究—以“达拉斯买家俱乐部”的困境为视角》，载《知识产权》，2015年第6期，第64页）不过，专利链接制度的创设初衷恐怕未必如此，且这一说法与实际情况亦不甚相符。正如前任FDA官员Daniel E. Troy所言，“FDA试图在保护新药研发创新和降低仿制药品成本之间建立一种平衡，但通过政策和法规制定避免所有的利益博弈机会是不可能实现的，新情况和不可预见的结果会不断出现。”最新统计数据显示，2016年美国仿制药品占据处方药市场近九成份额，专利链接制度功不可没。（参见杨悦、徐景和：《药品专利链接制度全景解读：两大配套支持，纠正四个误区》，原载《医药经济报》，转自https://www.iyiou.com/p/62759, posted December 23, 2017，访问日期：2017.12.26）

降低了救命药品的可及性。”[69]

欧盟对专利链接制度的态度表示警惕，但欧盟成员国的立法和执法中不乏便利专利链接的规定和实践。[70]此外，值得一提的是，原本较美国专利链接制度更倾向保护仿制药品行业的加拿大专利链接制度，最近做出重大修改，包括引入专利诉讼制度（包括上诉）、把专利链接制度适用于审批仿制生物制品上市申请等，尝试解决专利执法与仿制药品和仿制生物制品及时入市之间的冲突，这在全球尚属首次。[71]

（三）专利期延展（Adjustment）

TRIPS 协议规定专利保护期，自申请人提交专利申请之日（filing date）起，不得少于 20 年。[72]我国《专利法》第四十二条规定，“发明专利权的期限为二十年，……均自申请日起计算。”[73]由此可见，专利审查期间越长，专利权人实际享受的权利期间越短。此外，TRIPS 协议无专利保护期不得延续的要求，就药品专利保护期而言，目前许可延长专利期限的包括美国、俄罗斯、日本、瑞士、德国、法国等，[74]我国专利法设定的专利保护期则为固定期限，不可延续。TPP 协议借鉴美国专利法，要求缔约国得于特殊情势下延展专利期。

---

[69] 他批评美国向发展中国家推广专利链接制度的做法，他说“专利链接制度之所以能在美国发挥作用，是因为大多数美国人都享受健康保险，能够购买必要的药品，也因为美国建有完成的医疗健康网络，所有穷人都能够获得医疗看护和治疗。如果建立专利链接制度的国家没有安全的健康网络，就可能夺走成千上万人的救命药，这是不负责任的做法，甚至是不道德的。”（转引自梁志文：《美国自由贸易协议中药品 TRIPS+保护》，载《比较法研究》2014 年第 1 期，第 135-136 页和脚注 34）

[70] 欧盟法（EU law）没有给予新药上市审批机关核验相关药品专利的权力，故专利链接在欧盟法的范围内是不合法的（unlawful）。但是，欧盟成员国，例如意大利、斯洛伐克、德国、匈牙利、葡萄牙在新药上市审批实践中，或国内法中不乏便利链接新药上市审批和药品专利的做法和规定。（European Union-DG Competition, *Pharmaceutical Sector Enquiry: Final Report*, July 8, 2009, section 2.5.1.1, pp. 315-16, section 3.1.3.1, p. 489, available at http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/staff_working_paper_part1.pdf, accessed January 2, 2018）

值得注意的是，《欧盟加拿大全面经济贸易协议》第 20.28 条专门就专利链接制度做出规定，要求建立专利链接制度的国家确保专利诉讼当事人享有平等的、有效的**上诉权利**：

“If a Party relies on "patent linkage" mechanisms whereby the granting of marketing authorizations (or notices of compliance or similar concepts) for generic pharmaceutical products is linked to the existence of patent protection, it shall ensure that all litigants are afforded equivalent and effective rights of appeal.

有必要指出的是，国内有学者把该条中的“rights of appeal”一词，翻译为“申诉权”（梁志文：《药品专利制度的移植与创制》，载《政治与法律》，2017 年第 8 期，第 108 页），这是错误的。以往，加拿大专利链接制度不包括专利诉讼制度，减少因仿制药品而上市产生的专利争议的办法，是利用既有诉讼制度，给予专利权人申请（application）法院签发临时禁令的权利，而非提起“（专利）侵权之诉”（action），故无所谓上诉（权）之说。现行加拿大专利链接制度引入专利诉讼，经由诉讼解决专利确权问题。

[71] 加拿大是第二个建立专利链接制度的国家。1993 年，加拿大仿效 Hatch-Waxman 法，制定 *Patented Medicine (Notice of Compliance) Regulations*，试图通过简化新药上市审批程序，平衡药品专利人与仿制药品人之间的权利。相比 Hatch-Waxman 法而言，加拿大专利链接制度的天平，向仿制药品人的权利倾斜。2017 年 9 月，伴随《加拿大与欧盟全面经济贸易协议》的生效（试行），加拿大政府修改该法，以配合条约的执行。（J. Bradley White, Vincent M. de Grandpre & Nathaniel Lipkus, *Canada's Patent Linkage Regulations Get Long-Awaited Makeover*, https://www.osler.com/en/resources/regulations/2017/canada-s-patent-linkage-regulations-get-long-await, posted July 18, 2017, accessed January 2, 2018; J. Bradley White & Nathaniel Lipkus, *Welcome to the Canadian Pharmaceutical Patent Dance*, https://www.osler.com/en/resources/regulations/2017/welcome-to-the-canadian-pharmaceutical-patent-danc, posted September 26, 2017, accessed January 2, 2018）

[72] Article 33, TRIPS Agreement.

[73] 其中，“申请日”的表述与 TRIPS 协议（第 33 条）使用“filing date”的表述不一致，二者所指也并非总是一致。在申请人要求国际优先权的场合，“申请日”和“提出申请日”最多可以相差一年。（参见郑成思：《关贸总协定中的专利问题》，载《科技导报》，1994 年第 11 期，第 60 页）

[74] 杨莉、李野：《浅析药品专利期延长制度》，载《中国新药杂志》，2007 年第 12 期，第 906 页。

“TPP 协议 18. 46 专利期顺延[75]

1. 缔约国应当及时、高效地受理专利申请，避免不合理、不必要的延误。

2. 缔约方可以设立专利快速审批通道。

3. 专利申请遭不合理延误的，经申请人请求，缔约国应当适当调整（adjust）专利期限，以补偿申请人因延误遭受的损失。

4. 本条所指“延误”，至少应当包括自申请人提出专利申请之日起超过 5 年，或自申请人提出专利审查请求超过 3 年未授予专利之情势，以在后时间作准，但缔约国可以把非在受理和审查专利申请期间内产生的延误、不能归因于专利机关的延误，以及由申请人自身原因造成的延误排除在外。”

TPP 协议的本条规定，有条件地延展专利期限，可能致仿制药品迟延上市，从而更有利于专利人继续取得垄断利益。因此，这不免又是一条被视为向专利人利益倾斜，强化专利保护的规定。不过，值得一提的是，发明专利的申请授权时间一般都在 3—5 年左右。以我国专利法为例，法律虽无明文规定专利审批期限限制，但在实践中，发明专利的授权，一般需要 3—5 年。条规定的适用范围，以审批不及时，发生“不合理、不必要的延误”的场合为限，且对于“不合理、不必要的延误”的（外延的）理解也基本符合各国专利审批程序的实际情况（包括时间要求，以及由不可归因于专利机关的原因造成的延误，可不做“不合理、不必要的延误”解等）。因此，本条规定固然可起到强化专利保护的作用，符合专利权人的利益，但不必然导致专利期延展而与公共利益相冲突。窃以为，本条规定实际协调的是专利权（利）与行政权（力）之间的冲突，旨在敦促缔约国专利机关提高行政效率。[76]

（四）新颖性宽限期延长（Grace Period）

TPP 协议把新颖性宽限期由申请之日前 6 个月延长至前 12 个月，[77]且不问公开披露申请专利的发明创造的信息的场合，甚至不问该披露行为是否专利申请人本人，或经其授权的他人所为。[78]有必要指出的是，根据 TPP 协议第 18 章注释 31 的解释，专利申请书或专利注册文件中记载的成果信息可除外，即缔约国专利机关可以在先专利申请书或专利注册文件中记载有相似，或相同信息为由，认定申请专利的发明创造不具有新颖性，前述文件中记载的信息有误，或该在先专利申请未征得发明人，或专利申请权受让人同意的除外。[79]此外，缔约国亦可制订国内法，限制本条的适用范围，例如规定披露的信息以发明人本人披露，或从发明人处获得的信息为限；专利申请书中记载的信息，可以是发明人授权披露或从发明人处获取的信息。[80]不难发现，本条规定同样有利于专利申请人取得专利，除明确延长新颖性宽限

---

[75] 该条规定已被 CPTPP 协议暂缓执行。值得注意的，类似的规定出现在《欧盟加拿大全面经济贸易协议》第 20.27 条（*sui generis* protection for pharmaceuticals），甚至保护力度更强，明确要求缔约国给予专利药品（在专利届满之后的）特殊保护，变相延长专利期限。

[76] 相比较而言，《欧盟加拿大全面经济贸易协议》对于延长药品专利期，可谓有过之而不及。该协议第 20.27 条（*sui generis* protection for pharmaceuticals）明确规定专利药品（包括生物制品）的专利期届满之后，缔约国有义务向药品提供特殊保护，并以长达三页半的篇幅，详细规定该特殊保护的适用条件、开始的时间、期限等。其中（第八款）特别强调，药品在其专利期届满之后所享有的权利内容同专利权内容（“the *sui generis* protection shall confer the same rights as conferred by the patent and shall be subject to the same limitations and obligations”）。

[77] TPP Agreement Article18.38 (b).

[78] TPP Agreement Article18.38 (a).

[79] TPP Agreement Chapter 18 Footnote 31:

“No Party shall be required to disregard information contained in applications for, or registration of, intellectual property rights made available to the public or published by a patent office, unless erroneously published or unless the application was filed without the consent of the inventor or their title successor in title, by a third person who obtained the information directly or indirectly from the inventor.”

[80] TPP Agreement Chapter 18 Footnote 32:

期以外，对不丧失新颖性的具体场合几乎不加限制，以致丧失新颖性的场合几乎不存在（——尽管本条的具体适用取决于缔约国国内法），确保专利申请人获得专利。

四、TPP 协议新药数据专有权规则（Data Exclusivity）

（一）化学新药（Pharmaceuticals）数据专有权规则

化学新药数据专有权制度，与专利链接制度一样，起源于美国 Hatch-Waxman 法，它是与专利制度平行的另一种药品知识产权保护制度。所谓试验数据，即原研药生产者提出新药注册申请时，应当向药品监管机构提交的，用以证明新药疗效及其安全性的临床测试数据。根据美国法的相关规定，原研药品生产者享有一定期限的试验数据专有权；数据专有权期间，药品监管机构不得批准其他任何基于该数据提出的药品上市申请。[81]一言以蔽之，数据专有权期间，仿制药品不得上市，原研药品生产者的垄断利益因此得以巩固。此后，欧盟国家、日本等亦效法美国，建立有化学药品数据专有权制度。[82]

TRIPS 协议借鉴发达国家立法经验，首次把“药品试验数据保护”写入知识产权国际条约。其中，第 39 条（3）规定，“缔约方把提交未披露的试验数据，或其他数据作为申请（含有新化学成分的）新药品或农用化学产品上市许可的要件之一，且该数据系申请人经过辛苦劳动取得的，该缔约方应当确保该数据不被用于不正当的商业通途。与此同时，该缔约方对该数据负有保密义务，非出于保护公共利益之必需，或已采取保密措施，确保该数据不被用于不正当的商业用途的，不得披露该数据。”[83]TRIPS 协议采用了一种类似保护商业秘密的办法，缔约方的保密义务，以不把保密数据用于不正当的商业用途为限。由此可见，尽管 TRIPS 协议把有别于商业秘密的“未披露的信息”（undisclosed information），视为知识产权的客体（intellectual property）之一，却并未给予其一般知识财产（intellectual property）所享有的类似财产权的法律保护。

TPP 协议较 TRIPS 协议更进一步，采用类似专利的美国试验数据保护办法，创设药品试验数据和其他数据专有权制度；数据专有权期限届满之前，申请人未经此前提交数据之人同意而申请相同，或相似药品上市许可的，缔约国不得准予之：

“18. 50 试验数据和其它数据保护（包括未取得专利的新药保护）[84]

1.（a）缔约国要求申请人提交有关新药功效及其安全性的保密数据，包括试验数据和其它数据，并以此作为批准药品上市许可申请的条件之一的，自该缔约国批准该新药在其境内上市之日起至少 5 年内，第三人未经申请人同意而基于（i）该数据或（ii）该新药上市许可提出相同，或相似药品上市申请的，缔约国不得准予之。

（b）申请上市的新药已取得外国上市许可，且缔约国准许申请人提交相关证据、数据以取得本国上市许可的，自缔约国批准该新药在其境内上市之日起至少 5 年内，第三人未经

“For greater certainty, a Party may limit the application of this Article to disclosure made by, or obtained directly or indirectly from, the inventor or joint inventor. For greater certainty, a Party may provide that, for the purpose of this Article, information obtained directly or indirectly from the patent application may be information contained in the public disclosure that was authorized by, or derived from the patent applicant.”

[81] TPP Agreement 18.50-1.

[82] 《欧盟—加拿大全面经济贸易协议》亦有此约定。其中，“pharmaceuticals”包括生物制剂。

[83] TRIPS Agreement Article 39:

“… …

3. Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against unfair commercial use. In addition, Members shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use.”

[84] 该条规定已被 CPTPP 协议暂缓执行。

申请人同意而基于该数据，申请相同或相似药品上市许可的，缔约国不得准予之。

2. 缔约国应当：

（a）准用前款规定，给予新临床信息，包括既有药品的新适应症（indications）、新配方或新给药方法至少 3 年数据专有权；或作为替代，（b）准用前款规定，给予含有此前未经该缔约方批准的化学成分的新药至少 5 年专有权。

……”

显然，与 TRIPS 相比较而言，TPP 协议对药品数据的保护力度更大。首先，TPP 协议保护的药品数据范围更广泛，凡未经披露的药品研发数据均得法律保护，不仅限于“经申请人辛苦劳动得来的数据”，即不问获取数据的成本。其次，TPP 协议超越 TRIPS 协议药品数据保护模式，借鉴美国新药数据保护制度，采用类似专利而非商业秘密的保护办法，给予新药数据专有权保护，势必推高仿制药品生产成本，有利于原研药生产者巩固其垄断利益。[85]再次，未取得专利的新药得享有至少 5 年数据专有权，故即使达不到专利要求的新药研发成果，也得享有类似专利的法律保护，非专利新药生产厂商得享有类似专利药品的市场垄断利益。这是人为新增的，并试图强加于市场的新型垄断秩序。复次，尽管 TPP 协议 18. 50（3）确认缔约国有权根据 TRIPS 协议和《关于 TRIPS 协议与公共卫生的多哈宣言》（*The Doha Declaration on TRIPS and Public Health*）采取措施，维护公共卫生利益，[86]但由于 TPP 协议下知识产权投资争议适用投资仲裁，故该款规定的实际意义和作用颇值得怀疑。

（二）生物新制品（Biologics）数据专有权规则

生物制品是以人、动物、微生物的器官、组织、细胞或代谢产物为原料，经过稀释、重组或加工制成的，用于预防、诊断和治疗疾病的产品。广义的生物制品包括血液类、疫苗类、抗体类、细胞因子类制品。[87]TPP 协议，是第一个把生物制品数据纳入知识产权保护范围的国际条约。[88]根据 TPP 协议 18. 51 第 1 款的规定，缔约国应当给予生物制品及其数据有效的市场保护：

“18. 51 生物新制品数据专有权制度[89]

1. 缔约国应当：

（a）执行 18. 50 条第 1（药品数据保护）和 3 款之规定，对新生物制品或含有生物成分的化学新药，自首次批准其上市申请之日起，提供至少为期 8 年的有效市场保护；或

（b）通过采取下列措施，以达到与适用前款相当的效果：

（i）执行 18. 50 第 1（药品数据保护）和 3 款之规定，对新生物制品或含有生物成分的化学新药，自首次批准其上市申请之日起，提供至少为期 5 年的有效市场保护；

（ii）（iii）根据市场实际情况，采取其他措施。

2. 为保护（本节）药品研发成果起见，本条适用的生物制品，至少应当包括通过生物技术手段获取的蛋白，或含有通过生物技术手段获取的蛋白成分的，用于预防、治疗和治愈

---

[85] 由于原研药知识产权人对药品数据享有一定期限的专属使用权，在此权利期间，除非征得原研药者同意，否则，仿制药品生产厂商不得不自行取得相关数据，包括重新进行临床试验，以致仿制药品生产成本和价格上涨。更为重要的是，重复进行临床试验还有可能涉及伦理问题，导致重复试验不能，进而推迟仿制药品上市时间，变相延长原研药知识产权人的权利期间，事实上起到巩固其垄断利益的作用。

[86] TPP Agreement Article 18.6 paragraph 1 (b).

[87] 杨晓明《生物制品的现状和发展前景》，载《上海预防医学杂志》，2009 年第 21 卷第 7 期，第 351 页。

[88] 参见姚雪芳、丁锦希、李鹏辉:《基于美国与日本生物制品数据保护期限设置方法对比分析研究》，载《中国药学杂志》，2017 年 5 月第 52 卷第 10 期，第 891 页。此外，《欧盟加拿大全面经济贸易协议》（第 20.29 条）也把生物制品数据纳入保护范围。

[89] 该条规定已被 CPTPP 协议暂缓执行。

人类疾病或改善健康状况的产品。”

生物新制品数据专有权制度，借鉴自美国联邦法律《生物制品价格竞争与创新法》（*The Biologics Price Competition and Innovation Act*，2009，简称“BPCIA”）。BPCIA 的立法目的与宗旨同 Hatch-Waxman 法，在于激励仿制生物制品市场竞争，降低生物制品价格。由于生物制品通常来自于人体或动物组织、细胞和微生物等生物资源，结构复杂，较化学药品更难以证明相同或相似药品的等效性，仿制风险大，故长期以来，仿制生物制品（biosimilars）一直是法律禁区。2009 年，美国国会通过 BPCIA，自此开启仿制生物制品合法化的大门，并同时给予生物制品知识产权人长达 12 年的数据专有权，[90]以兼顾原研生物制品生产者的利益。2015 年 3 月，美国食品药品管理局批准第一例仿制生物制品 Zarxio 上市申请（仿优保津/Neupogen 制造）；[91]2016 年批准生产 Inflectra（仿 Remicade 制造）。[92]

当前，全球生物医药市场远未成熟，而美国生物医药技术一枝独秀，遥遥领先于世界其他各国，国际舆论普遍认为本条规定符合美国（生物制品产业的）利益。不过，美国国内的反对意见则认为，本条规定所提供的数据专有权保护，远远不足以补偿生物制品的研发成本，反而更便利仿制生物制品者“搭便车”，轻松参与市场竞争，这将挫伤研发者的研发热情，不利于鼓励创新。[93]

五、TPP 协议新药知识产权争议解决规则：知识产权投资仲裁

国际知识产权投资仲裁，系 TPP 协议最显著的制度创新之一。以往，国际知识产权争议也有适用仲裁的，例如 TRIPS 仲裁和 WIPO 仲裁。但是，TRIPS 争议仲裁系缔约国之间与知识产权相关的贸易仲裁，在性质上是国际仲裁；WIPO 仲裁系民事主体之间的知识产权争议仲裁，在性质上是国际民商事仲裁。知识产权投资仲裁是投资仲裁，争议双方分别是外国知识产权人和投资东道国。理论上讲，知识产权投资仲裁并非新生事物。大多数国际投资条约，都把知识产权纳入条约的保护范围，具体适用取决于条约对“投资”的定义，[94]以及

---

[90] 据美国相关统计数据显示，生物制品平均研发成本高达近 12 亿美元，大约需要 12.9-16.2 年方可收回成本（DiMasi, Joseph A. and Henry G. Grabowski. The Costs of Biopharmaceutical R&D: *Is Biotech Different? Managerial and Decision Economics*, vol. 28, 2007; Henry Brabowski, Gernia Long and Richard Mortimer, *Data Exclusivity for Biologics*, Nature Reviews: Drug Discovery, January 2011, vol. 10, pp.15-25）.

[91] FDA News Release, FDA approves first biosimilar product Zarxio, March 6, 2015, accessed at: http://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/ucm436648.htm, on June 18 2017.

[92] FDA News Release, FDA arrpoves Inflectra, a biosimilar to Remicade, April 5, 2016, accessed at http://www.fda.gov/NewsEvent/Newsroom/PressAnnouncements/ucm-494227.htm, on June 18 2017.

[93] Kristina Lybecker, *IP Protection for Biologics in the TPP: Trading away Future Treatments and Cures*, http://www.ipwatch.com/2015/10/26ip-protection-for-biologics-in-the-tpp-trading-away-future-treatments-and-cures/id=62692/ October 26, 2015, accessed on June 19, 2017.

[94] 知识产权是否投资条约保护的“投资”内容之一，不可一概而论。一般来说，双边投资条约一般不涉及药品专利，但把其他知识产权作为受保护的投资（Ruth L. Okediji, *Is Intellectual Property “Investment”? Eli Lilly v. Canada and the International Intellectual Property System*, 35 University of Pennsylvania Journal International Law, Volume 35, Issue 4, 2014, p. 1126）；有的投资条约对“投资”所做的定义较为宽泛，包括有形财产和无形财产，例如 NAFTA 第 1139 条 g 款；有的投资条约概括把知识产权视为投资之一，例如《瑞士—多米尼加关于保护和促进投资的条约》第 1 条第 2 款（d）、《欧盟加拿大全面经济贸易协议》（*Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part*, CETA）第 8.1 条；有的投资条约仅把特定类型的知识产权视为投资，例如《德意志联邦德国—巴基斯坦关于保护和促进投资的条约》第 8 条第 1 款（a）；有的投资条约则把知识产权、与知识产权相关的权利或可以申请专利的发明创造，都视为投资，例如《美国—牙买加投资协议》第 1 条第 1 款-a) -iv)；《欧盟—加拿大全面经济贸易协议》（*Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part*, CETA）第 8.1 条。

仲裁庭对“投资”的解释；[95]实践中，ICSID 公约[96]和大多数国际投资条约[97]，都把专利视为投资的形式之一。[98]然而，（药品）专利投资仲裁，则是近年来伴随知识产权财产化和资本化出现的新现象，[99]其适用性和正当性备受争议。[100]TPP 协议不仅不回避这一甚嚣尘上的舆论

---

95 知识产权是否条约保护的“投资”，得具体问题具体分析。一般而言，单纯销售外国知识产权产品，对东道国的经济发展没有贡献的，或外国知识产权人不承受投资风险的，不构成投资；专利或新药申请（权），一般不被视为专利或知识产权（Valendina S. Vadi, *Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Investments*, New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Vol.5, No. 1, pp. 154-155 及其脚注 258）。例如，Anpotex Holdings Inc. v. United States (Apotex III, 2014)，本案申请人加拿大制药公司 Apotex Inc.，在美国设立分支机构 Apotex Corp.，负责销售其（在加拿大境内）生产的仿制药品。美国食品药品管理局以申请人违反美国法律、法规为由，签发进口禁令，申请人以其本人及其在美分支机构享有新药申请权为由，申请投资仲裁，索赔 10 亿美元损害赔偿金。仲裁庭裁决仿制药品上市申请（abbreviated new drug application, ANDA）不是 NAFTA 第 11 章保护的投资，申请人通过其设在美国的分支机构 Apotex Corp.在美国境内销售其（在加拿大生产的）仿制药品的行为，不是投资行为；申请人在美国的唯一投资是 Apotex Corp.。其中一位仲裁员对此表示异议，他认为仿制药品上市申请权可以交易，是美国法律保护的财产之一和 NAFTA 保护的投资，详见 Apotex Inc. v. United States (Apotex III), ICSID Case No. ARB (AF)/12/1, Award (August 25, 2014).

96 ICSID 条约并没有就“投资”做出确定解释，但实践中投资的判断标准有四：（一）金钱或其他有价物、（二）持续一定期间、（三）具有一定风险、（四）对东道国的发展有益。（Alex Grabowski, *The Definition of Investment Under the ICSID Convention: A Defense of Salini*, 15 CHI. L. INT’L. 287, 293 , 2014) 据此，专利一般被视为投资。

97 国际投资协议对“投资”的定义往往较为明确。例如，当前最有影响力的 TPP 协议和 CETA，都把“知识产权”作为投资内容之一。在 Servier v. Poland 案中，仲裁庭支持申请人的主张，认为投资的定义应当由条约，而非东道国法律（波兰法）支配，驳回波兰的抗辩。

98 尽管大多数国际投资条约都把知识产权投资作为“投资”形式之一，但是长期以来，国际条约和实践却并未确立东道国保护外国知识产权义务的内容，参见 Ruth Okediji, *Is Intellectual Property “Investment”? Eli Lilly v. Canada and the International Intellectual Property System*, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 35, Issue 4 [2014], p. 1124; Valendina S. Vadi, *Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Investments*, New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Vol.5, No. 1, p. 147.

知识产权投资仲裁之所以罕见，原因包括：首先，仲裁以保密性为原则，故往往不为人知；其次，作为解决投资争议的新办法，投资仲裁从理论到实践需要时间。早在 1959 年，《德意志联邦共和国—巴基斯坦促进与保护投资的条约》（史上第一例双边投资条约），就把仲裁作为解决投资争议的新办法，但直到 1987 年才发生第一起投资仲裁（Asian Agricultural Products Ltd. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, June 27, 1990）；再次，投资仲裁耗时长、耗资大，代价高；复次，同时精通国际投资法和知识产权法的律师可谓凤毛麟角，鲜有律师建议其客户把知识产权争议诉诸（投资）仲裁。（参见 Valendina S. Vadi, *Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Investments*, New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Vol.5, No. 1, 2015, pp. 138-139）。

99 早在 1996 年 3 月，一家注册登记地位于墨西哥的制药公司 Signa S.A. de C.V.，就准备以《加拿大联邦专利药品管理法》（*Patented Medicines Regulations*）涉嫌违反 NAFTA 协议第 1105 条（最低保护标准）、1110 条（征收）义务，致其损失 5 千万加拿大元为由，提出投资仲裁申请。根据《加拿大联邦专利药品管理法》的相关规定，仿制药品申请上市期间，原研药生产企业向联邦药品主管机关主张其相关药品专利权的，联邦药品主管机关不得批准该仿制药品的上市申请，且三年之内不予许可其上市销售。该争议中的原研药生产企业拜尔公司向加拿大联邦药品主管机关主张药品专利权，致 Signa S. A. de C. V.生产的仿制药品三年内不得上市。不过，Signa S. A. de C. V.并未正式提交仲裁申请，而仅提交仲裁申请意向（Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration），后撤回该意向。

（http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/signa.aspx?lang=eng, accessed on July 3, 2017）

和学术争议，甚至更进一步，全面颠覆以往国际法不调整国际间接投资关系的惯例，破除国际直接投资与间接投资的划界和分类，把国际间接投资问题和涉外间接投资法国际化——国际间接投资争议适用投资仲裁，强化外国知识产权投资保护，锐化外国投资人的财产权与东道国属地管辖权之间，以及外国投资人的私人财产利益与东道国公共利益之间的冲突。

根据 TPP 协议第 9. 1 条之规定，（国际）投资“即外国投资人直接或间接享有或处分的，具有投资性质的财产，包括实缴资本或其他资源、期得收益/利润，或承担（投资）风险等。投资形式包括：……（f）知识产权；（g）根据缔约国法律颁发的执照、授权、许可和类似权利 ……”；[101]又，根据 TPP 协议 9. 19 条之规定，[102]投资争议双方经谈判与协商不能解决争议的，外国投资人可以本人名义，或以其直接或间接地所有或控制的东道国企业法人的名义，以东道国违反 TPP 协议第 9 章 A 节、投资合同[103]或投资授权[104]等义务，并造成投资人损失或致其损害为由，提出仲裁申请；其中，申请人以东道国违反投资协议、投资授权为由提出仲裁申请的，东道国可以提出反诉请求。

（一）东道国反请求权（Counterclaim）

东道国享有反诉请求权，是国际投资协议基于外国投资人与东道国之间的（程序）权利失衡问题，而给予东道国的仲裁程序权利。以往，鉴于东道国身份的特殊性（主权者），国

近年来发生的药品专利仲裁案件，例如 Servier v. Poland (PCA, 2012, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3005.pdf); Eli Lilly and Co. v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, (http://www.italaw.com/cases/1625.) 其中，前者涉及“投资”定义的准据法的确定，后者涉及专利的授予。Eli Lilly 案所暴露出来的知识产权争议适用投资仲裁的法律问题，尤其突出，争议也最大。申请人 Eli Lilly（——美国制药企业 Eli Lilly 设在加拿大境内的全资公司）声称，加拿大联邦最高法院对《加拿大专利法》中“实用性”（useful）的解释，涉嫌违反 NAFTA 第 1105 条（最低待遇标准），具有专断性（arbitrary）和歧视性（discriminatory）；该司法解释，以及加拿大适用该解释，撤销其药品专利的行为，涉嫌违反 NAFTA 第 1110 条（征收与补偿）。2017 年 3 月 17 日，ICSID 做出裁决加拿大的行为符合 NAFTA 规定，不予支持申请人请求（http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/eli.aspx?lang=eng, accessed on July 5, 2017）。

[100] 知识产权，原本是国家协调知识产权人的私人利益与公共利益的冲突，平衡利益冲突、激励创新、促进社会发展进步的产物。因此，把知识产权争议诉诸投资仲裁的问题，在于（1）由非经选举产生的仲裁庭代替国家司法机关解决相关利益冲突，是否具有正当性？（2）现行的征收直接投资的构成要件、法律依据、正当程序的一般标准，可否适用于征收或撤销、限制知识产权，尤其药品知识产权使用的场合？（3）知识产权征收补偿金的计算，可否同征收直接投资？（Valendina S. Vadi, *Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Investments*, New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Vol.5, No. 1, 2015, pp. 146）

[101] TPP 协议第九章适用的投资项目，包括自 TPP 协议生效之日起，缔约国公民或法人在另一缔约国境内已经设立，或行将设立、取得、扩大的投资项目。（TPP 协议第 9.1 条）

[102] TPP Agreement Article 9.19 paragraph 2. 其中，本条意义上的“违反投资授权”，以违反由投资授权，及其后续法律文件为投资争议双方所创设的权利义务为限（TPP 协议第九章脚注 32）。

[103] 投资合同（investment agreement），指东道国外商投资主管机关与外国投资人签订的书面投资协议，包括勘探开发自然资源协议、公共事业投资协议、基础设施投资协议（TPP 协议第 9.1 条）。该款规定已被 CPTPP 协议暂缓执行。

[104] 投资授权（investment authorization），指缔约国外商投资主管机关给予另一国缔约国公民在其境内投资的权利，许可其从事投资活动的授权（TPP 协议第 9.1 条）该款规定已被 CPTPP 协议暂缓执行。

际投资仲裁往往不认可东道国享有提出反请求的权利，[105]其中原因有二。其一，作为解决争议的法律方法之一，仲裁具有保密性和有效性[106]、专业性、高度自治性、灵活性、国际性、裁决较判决更有保障的强制执行力[107]等优越性，故国际投资仲裁不必通过（明确）认可东道国享有仲裁反请求权的方式，吸引东道国接受仲裁作为解决投资争议的方法。其二，绝大多数投资协议都是缔约国根据国际法，建立彼此之间权利义务关系的国际条约，尽管外国投资人当然负有遵守投资东道国法律的义务，但一向少有投资协议刻意强调这一点，或明文规定东道国有权以外国投资人违反东道国法律为由，提出反请求。更有甚者，则把投资仲裁的适用范围局限于“因东道国违反条约义务而产生的投资争议”的范围之内，仅认可东道国享有抗辩权。[108]近年来，越来越多的国际投资协议，明确认可东道国享有提出反请求的权利。[109]

东道国是否有权提出仲裁反请求，主要取决投资协议中的仲裁庭管辖权条款、法律适用条款及其解释。[110]其中，管辖权条款方面，有的投资协议给予仲裁庭广泛的管辖权，措辞例如“（仲裁庭有权裁判）外国投资人与东道国之间的一切投资争议（any disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party in relation to an investment）”。

---

[105] 我国有学者认为（国际投资协议）“赋予东道国提起仲裁的权利是东道国外资管治权的应有体现，……”（何艳:《投资协定视阈下知识产权与公共健康的冲突与协调——由两栖“菲利浦•莫里斯案”引发的思考》，载《法商研究》，2013 年第 6 期，第 49 页），其中“应有体现”的表述是不确切的。首先，外国投资人遵守东道国法律是否国际义务是有疑问的，故外国投资人违反东道国法律的行为，在国际法上是否可诉就是不确定的。因此，东道国无所谓“应该有”，实际也可能没有可以把外国投资人的违法行为，诉诸国际仲裁庭的权利。其次，东道国完全可以通过国内法律途径，追究外国投资人的违法责任，尽管判决的承认与执行可能不如裁决的承认与执行容易，理论上也不必且不应将其诉诸国际仲裁庭。再次，投资仲裁的目的和意义，在于通过具有独立性和公正性的仲裁，片面给予外国投资人仲裁请求权，矫正投资争议双方之间由身份的不平等造成的（实际）地位的不平等，解决东道国国内救济之于外国投资人的不可及、不充分、不正义的问题，以便公平保护外国投资人的财产权利（详见 Andrew Newcombe &Lluis Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, p. 24, 2009; Valendina S. Vadi, *Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Investments*, New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Vol.5, No. 1, 2015, p.133）。可见，“赋予东道国提起仲裁的权利”，至少与设立投资仲裁的初衷不符。“东道国外资管治权”源于国家主权，具体表现为属地管辖权，它的“应有体现”与东道国的仲裁反请求权无关。相反地，造成以往投资协议不认可东道国享有仲裁反请求权的，正是东道国作为主权者的优越身份和地位。

[106] Ibrahim F. I. Shihata, The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investment: The Role of the World Bank, with Particular Reference to ICSID and MIGA, 1 American University Journal of International Law and Policy, pp. 97, 103, 1986).

[107] Valendina S. Vadi, *Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Investments*, New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Vol.5, No. 1, 2015, p.136.

[108] Andrea K. Bjorklund, The Role of Counterclaim in Rebalancing Investment Law, Working Draft, September 2012, https://law.lclark.edu/live/files/12556-2012-fall-forumbjorklund-paper (accessed on June 20, 2017), p. 1.

[109] 印度最近缔结的双边投资条约，也都明确给予东道国提出反请求的权利（参见 Andrea K. Bjorklund, The Role of Counterclaim in Rebalancing Investment Law, Working Draft, September 2012, https://law.lclark.edu/live/files/12556-2012-fall-forumbjorklund-paper (accessed on June 20, 2017), p. 3, footnotes 4 and 5）。

[110] 我国有学者称多数双边投资条约没有关于反诉与抵消的规定（石静遐、马兰:《〈跨太平洋伙伴关系协定〉（TPP）投资章节核心规则解析》，载《国家行政学院学报》，2016 年第 1 期，第 81 页），这是不确切的。实践中更为常见的情况，是在投资东道国是否享有投资仲裁反请求权的问题上，国际投资协议往往语焉不详，而取决于仲裁庭对条约的解释和适用。例如 Saluka Investment B.V. v. The Czech Republic 一案中，仲裁庭明确表示，该案所涉国际投资协议适用一切投资争议，原则上包括捷克向申请人提出的反请求（Decision on Jurisdiction over the Czech Republic’s Counterclaim, paragraph 24, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0739.pdf, retrieved on June 18, 2019）。无独有偶，在 Spyridon Roussalis v. Romania 一案中，仲裁庭也认为即使双边投资协议没有明确约定反请求权，根据《ICSID 仲裁谷规则》第 40 条（1），东道国也享有提出反请求的权利，这符合解决国际争议的效益原则（paragraphs 759-760, Award of Spyridon Roussalis v. Romania ICSID Case no. ARB/06/1, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf, retrieved June 18, 2019）。

[111]有的投资协议则把东道国应当履行投资合同（observance of undertakings）视为国际条约义务，即“伞形条款”（umbrella clause）；违反适用“伞形条款”的投资合同义务，即构成违反投资协议义务，由此产生的投资争议适用投资仲裁。[112]

在准据法条款方面，有的投资协议指定国际法为仲裁准据法，例如《中华人民共和国与东南亚国家联盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议》；[113]有的投资协议把东道国法律（包括冲突法）作为准据法之一，例如 TPP 协议；[114]还有的投资协议既明确认可东道国享有反请求权，又把“外国人应当遵守东道国法律”写入其中，例如《东南非共同体市场共同投资区投资协定》（*Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, 2007）。[115]在仲裁准据法是国际法的场合，由于外国投资人不负有条约义务或国际法义务，故东道国可否提出反请求是不确定的。相反，在仲裁准据法包括东道国法律的场合，例如 TPP 协议，东道国大概可以外国投资人违反东道国法律为由，提起反请求，不问条约是否把“外国投资人应当遵守东道国法律”写入其中。

根据 TPP 协议第 9. 19 条，外国药品知识产权投资人，滥用知识产权，违反投资协议或投资授权，损害东道国公共卫生利益而引发投资争议并诉诸仲裁的，东道国可以提出仲裁反请求。[116]

---

[111] Article 10.1, Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Hellenic Republic, on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (https://www.finmin.nic.in/sites/default/files/bipa/Hellenic%20Republic%20%28Greece%29.pdf?download=1)

[112] 例如，《巴林—土库曼斯坦双边投资条约》（2011）第 2.2 条规定：“缔约国应当履行其与另一缔约国投资人签订的投资合同（“Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.”）。”

[113] 《中华人民共和国与东南亚国家联盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议》第八条（仲裁庭的职能）第三款（二）（依照上述第六条设立的仲裁庭）：“应当根据《框架协议》和对争端当事方适用的国际法规则做出裁决；……”

[114] TPP Agreement Article 9.25 paragraph 2 (b).

[115] 该协议第 28 条第 9 款规定，外国投资人申请投资仲裁的，东道国（被申请人）可以该申请人未履行该投资协议项下之义务为由，包括未遵守东道国国内法，或未穷尽一切可能减少损失为由，提出反诉请求。（Paragraph 9, Article 28, *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, 2007

“A Member State against whom a claim is brought by a COMESA investor under this Article may assert as a defense, counterclaim, right of set off or other similar claim, that the COMESA investor bringing claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages.” ）

该协议第 13 条明确规定，外国人投资人应当遵守缔约国法律。据此，仲裁庭取得裁判东道国反请求的管辖权。（Article 13, Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, 2007

“COMESA investors and their investments shall comply with all applicable domestic measures of the Member State in which their investment is made.” ）

Andrea K. Bojorklund 认为“外国投资人应当遵守东道国法律”的条约规定，把外国人的守法义务从国内法义务上升到国际法义务的高度，并引发外国投资人违反东道国法律的行为是否（在国际法上）可诉的新问题(Andrea K. Bjorklund, *The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law*, Lewis & Clark Law Review, vol. 17:2, 2013, p. 467，笔者认为这一观点值得商榷。首先，如果把外国投资人视为国际法主体之一，则未经第三人同意，国际条约不得为其创设义务（——条约法原则之一），故该条规定是否系条约为外国投资人创设的国际法义务，及其效力有疑问的。反之，如果不把外国投资人国际法主体之一，则更无所谓外国投资人的国际法义务之说。其次，外国投资人（在东道国境内）应当遵守东道国法律，这是由东道国主权（属地管辖权）决定的，外国投资人的守法义务，仍然是国内法而不是国际法义务。私以为，本条规定的实际意义在于明确仲裁的管辖范围，允许东道国把外国投资人的违法行为诉诸仲裁，提出仲裁反请求，并不改变外国投资人守法义务的性质。毕竟，仲裁不是涉外诉讼，仲裁庭的管辖权来自争议双方的共同授权，而不是法律规定。

[116] 该内容的法律渊源 TPP9.19.1(a)(i) B & C; (b)(i) B & C 已被 CPTPP 协议暂缓执行。

此外，《ICSID 仲裁规则》[117]、《UNCITRAL 仲裁规则》[118]等国际投资仲裁规则，以及国际投资仲裁实践也不乏支持东道国有权提出反请求的先例。[119]其中，《ICSID 仲裁规则》、《UNCITRAL 仲裁规则》也是 TPP 协议规定的仲裁程序准据法之一。[120]值得一提的是，尽管东道国享有反请求权，但是，东道国并不享有损害赔偿请求权，而仅可请求减少（diminish）外国投资人索赔的赔偿金额。[121]

（二）新药知识产权投资仲裁的适用范围

根据 TPP 协议 9. 1 和 9. 19 条的规定，国际投资不再区分直接投资和间接投资，凡投资东道国违反第 9 章 A 节、投资协议、投资授权义务的，[122]外国投资人可申请投资仲裁。据此，凡因东道国违反（投资）条约义务（TPP 协议 9. 1−9. 17 条）、（投资）合同义务和（投资）授权义务而产生的投资争议，包括国际知识产权投资争议，均适用投资仲裁，适用范围之广为其他任何国际贸易与投资条所不及。

在 TPP 协议下，广义的“公平、公正的投资待遇”包括国民待遇、[123]最惠国待遇、[124]最低保护标准、[125]征收程序正当，以及征收补偿充分、及时、有效。又，由于 TPP 协议第 18

---

[117] ICSID 条约第 46 条明确规定，仲裁庭（在其管辖权范围之内）有权裁判与申请人的请求直接相关的东道国反请求，缔约国有相反约定的除外（“Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Center.”）。

[118] UNCTRAL（2013 修订版）第 21 条（答辩书）第 3 款：“被申请人可在其答辩书中提出反请求，或基于一项仲裁请求而提出抵消要求，仲裁庭根据情况决定延迟是正当的，被申请人还可在仲裁程序的稍后阶段提出反请求，或基于一项仲裁请求而提出抵消要求，只要仲裁庭对此拥有管辖权。”（http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-C.pdf，登陆日期：2017 年 6 月 26 日）

[119] Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Perenco’s Application for Dismissal of Ecuador’s Counterclaim, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9268.pdf, paragraph 53, retrieved June 18, 2019; Saluka Investment B.V. v. The Czech Republic; Spyridon Roussalis v. Romania.

[120] Paragraph 4, Article 9.19, TPP Agreement.

[121] Andrea K. Bjorklund, *The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law*, Lewis & Clark Law Review, vol. 17:2, 2013, p. 465.

[122] 其中，有关投资协议、投资授权的内容已被 CPTPP 协议暂停，包括删除 TPP 协议 9.19.3 中的“投资协议”、“投资授权”。

[123] TPP 协议 9.4 国民待遇

1. 缔约国应当给予在其境内从事投资活动的另一缔约国公民以国民待遇，该外国投资人在其境内设立、取得、扩大、管理、经营（conduct）、运行（operation）、出售（sale）、处分投资（项目）等享有的待遇，不得低于类似情势下本国投资人享有的待遇。

2. 缔约国应当给予在其境内的外国投资（项目）以国民待遇，该外国投资项目的设立、取得、经营、运行、出售、处分等享有的待遇，不得低于类似情势下本国投资项目享有的待遇。

3. 缔约国地方政府给予外国投资人的国民待遇，不得低于该地方政府给予该缔约国境内其他地区的本国投资人的最优惠待遇。

[124] TPP 协议 9.5 最惠国待遇

1. 缔约国应当给予在其境内投资的另一缔约国公民以最惠国待遇，该外国投资人在其境内设立、取得、扩大、管理、经营（conduct）、运行（operation）、出售（sale）、处分投资（项目）等待遇，不得低于类似情势下其他外国投资人享有的待遇。

2. 缔约国应当给予在其境内的外国投资（项目）以最惠国待遇，该投资项目的设立、取得、经营、运行、出售、处分等享有的待遇，不得低于类似情势下其他外国投资项目享有的待遇。

3. 国际争端解决程序或机制，例如国际投资争议的解决，不适用本条有关最惠国待遇的规定。

[125] TPP 协议 9.6 最低保护标准

1. 缔约国应当遵守国际习惯法原则，公平、公正地对待其境内的外国投资项目，确保其投资安全。

2. 根据前款规定，缔约国应当把国际习惯法设定的外国投资最低保护标准，作为保护本章适用范围内的外国投资。所谓“公平、公正的待遇”和“保护投资安全”的概念，既不要求超最低标准的保护标准，也不增加投资人的实体权利。缔约国依据前款规定承担的义务包括：

章大量借鉴美国知识产权法、《韩美自由贸易区协议》，整体推高知识产权，尤其药品知识产权的保护水平，向缔约国科以高标准、严要求的知识产权立法和执法（国际）义务，把以往知识产权人的私人利益与相关公共利益之间的冲突与协调，从国内法层面转移到国际法层面，赋予“最低保护标准”具体内容，降低国家解决这一冲突的自主性，强化外国投资人的实体权利，并通过赋予外国知识产权人申请投资仲裁的程序权利，保护和救济其实体权利，确保缔约国遵守保护知识产权的条约义务。然而，药品毕竟不同于一般的物，甚至不同于一般智力成果，新药知识产权也不同于一般财产权和一般知识产权，它攸关自然人的生存权、健康权和发展权，它是知识产权人的利益与社会公共利益妥协之下的产物，不是也不应该是“私有财产不可侵犯”的逻辑结果。当前，在世界发展整体呈现不平衡和碎片化的现状下，协调与平衡药品知识产权的私人利益和公共利益的冲突，有必要依据具体的社会发展现状，设定药品知识产权的边界，这既是一个经济问题，更是一个严肃的伦理问题，是传统投资仲裁不曾遭遇过的新问题。以往，这个问题由国家解决，而在 TPP 协议下，外国投资人有权请求国际仲裁庭，就东道国知识产权法的正当性和合法性做出裁决。

征收与补偿争议是最为常见的国际投资争议，由于知识产权的特殊性，知识产权的征收（依据和程序）与补偿标准，往往难于公式化和（国际）标准化，不宜套用传统投资仲裁适用的办法和标准。TPP 协议第 9. 8 条第 5 款，有条件地把外国知识产权征收与补偿排除在适用范围之外，貌似虑及知识产权的特殊性而有意为之。但是，这一规定的实际效用却十分有限，几乎形同虚设。首先，本款的适用范围，以东道国违反“征收与补偿义务”为限，东道国违反其他条约义务，例如违反国民待遇、最惠国待遇、最低保护标准等义务而产生知识产权争议的，仍适用投资仲裁。其次，即使东道国征收外国知识产权投资引发投资争议，也不影响该争议适用投资仲裁，即不影响争议的解决方法，而是影响被征收对象的市场价值的计算，且以征收对象系“缔约国根据本协议第 18 章和 TRIPS 协议授予、撤销、限制使用或创设的知识产权”为限。换言之，东道国违反 TRIPS 协议或 TPP 协议，授予、撤销、[126]限制使用[127]或创设的知识产权被征收的，仍得适用本条征收与补偿之规定。要言之，TPP 协议下任何知识产权（投资）争议，均可诉诸投资仲裁；凡外国知识产权投资人都可以东道国征收其知识产权，不符合 TRIPS 协议或 TPP 协议的规定为由，申请投资仲裁，从而规避 TPP 协议第 9. 8 条第 5 款。由此可见，TPP 协议第 9. 8 条第 5 款，既不能从程序上阻止外国知识产权投资人把任何知识产权（投资）争议，尤其不符合其投预期收益的东道国行为，例如驳回专利申请的行政决定、[128]（东道国）知识产权立法不符合外国知识产权投资人期待利益的、东道国修正国内知识产权法，致外国投资人期得利益受损的（——即使该修改内容不违反

（a）“公平、公正地对待外国投资（人）”，包括不得违反（国际公认的）正当程序，不得拒绝受理外国投资人提起的刑事、民事诉讼，或行政申请；
（b）缔约国应当根据国际习惯法，“（治安）保护外国投资安全”。
3. 缔约国违反本协议其他条款，或其他国际条约义务的，不当然违反本条规定。
4. 缔约国善意履行本条义务的，即使外国投资人认为缔约国保护不力，甚至未能阻止其损失或损害发生的，缔约国也不构成违约。
5. 缔约国未向外国投资（人）发放，或停止发放补贴或奖励，或变更、减少补贴或奖励的，即使造成投资项目损失或损害，缔约国也不构成违约。

126 “撤销知识产权”包括撤销（cancellation）或宣告知识产权无效（nullification）（TPP 协议第 9 章脚注 19）。

127 “限制使用知识产权”包括行使权利的例外情况（TPP 协议第 9 章脚注 19）。

128 例如 Eli Lilly & Co. v. Government of Canada 一案（2013 年 9 月），仲裁申请人 Eli Lilly 以加拿大驳回其药品专利申请为由，向后者索赔 5 亿损害赔偿金一案，
http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-dominanes/disp-diff/eli.aspx?lang=eng, accessed June 29, 2017.

TRIPS 协议要求）等[129]诉诸仲裁。一旦外国知识产权投资人把知识产权争议诉诸仲裁，东道国知识产权法的正当性与合法性即面临国际仲裁庭的裁判；尽管投资仲裁具有专业性、权威性、自治性、裁决的强制执行力较司法判决更有保障等优点，但是，由于仲裁庭的组成及其法律适用（较诉讼）更灵活，裁决一裁终局，不得上诉，因此，（1）裁决结果往往难以预测——实践中不同仲裁庭对相同或相似法律问题的解释、相同或相似争议的裁决往往亦缺乏一致性和稳定性，（2）不当裁决缺乏救济办法。无怪乎有美国学者担忧，把知识产权投资争议诉诸投资仲裁 “将扰乱国际知识产权制度（would upset the international intellectual property legal system）”。[130]

（三）知识产权投资仲裁的法律适用[131]

在知识产权投资仲裁的法律适用方面，TPP 协议借鉴现有国际仲裁条约、仲裁规则，例如 ICSID 条约、ICSID 仲裁规则等，兼顾法律适用的灵活性与稳定性。其中，在仲裁实体法方面，协议借鉴 ICSID 条约第 42 条第 1 款，但内容更丰富。TPP 投资仲裁的适用范围，涵盖投资条约争议、投资合同争议和投资授权争议，不同类型的投资争议适用不同的冲突规则：（1）申请人以东道国违反条约义务（TPP 协议第 9 章 A 节）为由申请投资仲裁的，应当适用 TPP 协议和国际法；[132]（2）申请人以东道国违反投资授权义务、投资合同义务为由申请投资仲裁的，应当适用东道国（外资管理机关）签发投资授权之时所适用的法律，或投资授权证书、投资合同中载明的法律，或者争议双方协议选择的其他法律；争议双方没有协议选择准据法的，应当适用东道国国内法，包括其冲突法，以及可适用的国际法。[133]其中，国际投资合同的准据法的确定，同 ICSID 条约第 42 第 1 款。要言之，国际投资争议双方可以协议选择准据法的，适用其选择的法律；国际投资争议双方不能选择准据法的，适用国际法或东道国法律。其中，外国投资人与东道国协议选择准据法的，应当适用该准据法所属国的实体法（——不适用反致），且选择时间不拘于签订投资合同之时，选择方式不拘于书面形式，选择范围不拘于特定国家，例如东道国或外国投资人本国的法律，充分尊重争议双方的意思自治；外国投资人与东道国没有（在投资合同中）协议选择准据法的，应当适用东道国国内法和国际法，其中，东道国国内法包括冲突法。[134]知识产权投资争议不同于投资合同争议，应当适用东道国法律和国际法。表面上看，TPP 协议区分违反条约义务（国际法层面）、违反投资授权争议（国内法层面），分别指定准据法。但究其实，TPP 协议全面提高缔约国知

---

[129] Henning Grosse Ruse–Khan, *Protecting Intellectual*
Property Under BITS, FTAS, and TRIPS: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?, in
EVOLUTION IN INVESTMENT TREATY LAW AND ARBITRATION pp. 504-508.

[130] Sean Flynn, *Statement on the Release of the Trans Pacific Partnership Text*, posted on November 5, 2015, http://infojustice.org/archives/35293, accessed on June 29, 2017.

[131] TPP 协议 9.25，该条规定被 CPTPP 协议暂停。

[132] TPP Agreement, Article 9.25.1.

[133] TPP Agreement Article 9.25.2.

[134] TPP Agreement Article 9.25.2 (b) (i).
这意味着外国知识产权投资人与东道国未（在投资合同中）协议选择适用东道国法律的，应当适用东道国实体法；知识产权投资合同双方没有协议准据法的，仲裁庭应当适用东道国国冲突法**或/和**实体法，确定准据法——准据法的确定，取决于东道国冲突法的指引和仲裁庭对反致的运用，或者东道国相关直接适用的（实体）法。从理论上讲，这似乎为**反致**进入国际经贸领域开启了方便之门，在一定程度上扩大了法律选择的范围和仲裁庭的自由裁量权。但是，实践中适用反致的可能性并不大。首先，鉴于国际投资关系之于国民经济的重要性，东道国可能不采用间接方法调整国际投资合同关系，即不经冲突法指引，直接适用相关实体法。其次，即使东道国采用间接方法调整国际投资合同关系，也可能采用单边冲突规范，准据法指向内国法而非外国法，这就不能满足反致产生的法律条件，不产生反致。窃以为，TPP 协议并无意把反致引入国际贸易与投资领域，与其说 9.25 条第 2 款暗示 TPP 投资仲裁接受反致，不如说它体现出 TPP 投资仲裁尊重东道国属地管辖权（立法管辖权）的一面，类似东道国法院审理涉外案件，适用法院地冲突法确定准据法，尽管国际仲裁庭不像国内法院那样负有适用法院地冲突法的当然义务。

识产权保护水平，提出区域内法律趋同化要求，把国内法问题国际法化，东道国国内知识产权法内容的正当性和合法性实际已不再片面取决于东道国，而可能受制于 TPP 协议第 18 章，以及其他相关条约、国际习惯的适用、解释和执行，且国际法得优先于东道国国内法适用。因此，准据法并非泛指东道国法，而是特指不与包括 TPP 协议在内的国际法，甚至区域内其他缔约国（知识产权）法相冲突的东道国国内法。

在投资仲裁程序法方面，TPP 协议许可投资争议双方选择仲裁组织和仲裁规则，争议双方没有选择的，仲裁庭可适用 ICSID 条约和 ICSID 仲裁规则、ICSID 附加便利规则（ICSID Additional Facility Rules）、UNCITRAL 仲裁规则。[135]其中，投资争议双方在投资合同中明确约定投资争议应当提交仲裁，并适用 ICSID 条约和 ICSID 仲裁规则、ICSID 附加便利规则、UNCITRAL 仲裁规则、ICC 仲裁规则，或 LCIA（London Court of International Arbitration，伦敦国际仲裁院）仲裁规则的，外国投资人不得再根据 TPP 协议 9. 19 条第 1 款之规定，提出投资仲裁申请。[136]

（四）TPP 协议的解释及其效力

TPP 协议借鉴 NAFTA 设立国际贸易与投资委员会的经验，[137]设立 TPP 委员会（Trans-Pacific Partnership Commission），[138]负责解释 TPP 协议等多项工作。[139]TPP 委员会对协议条款所做之解释，得拘束仲裁庭；仲裁庭所做之任何决定、裁决，均不得违背该解释。[140]这一规定改变了以往由仲裁庭解释国际投资条约的做法，有利于解决投资条约的解释和适用缺乏一致性和稳定性，以致同类案件裁决相去甚远，仲裁结果难以预见的问题，有利于维护法律的稳定性。

（五）透明度原则

仲裁具有保密性特点，这既是投资争议双方青睐它的优点之一，也是投资仲裁遭遇正当性危机的原因之一。[141]二十世纪 90 年代以来，国际社会一直致力于推进投资仲裁程序透明化，[142]内容包括（1）公开投资仲裁通知和申诉；（2）公开仲裁程序和裁决：（3）公开审理；（4）法庭之友或社会公益组织参与仲裁等。[143]TPP 协议也不例外，明确提出仲裁程序透明化（Transparency of Arbitral Proceedings）要求，[144]包括公开申请人和被申请人提交的各项文书，例如仲裁请求意图、仲裁通知、请求书、备忘录和相关文件摘要、仲裁庭审理记录、

---

135 TPP Agreement Article 9.19.4.

136 TPP Agreement Annex 9-L A 1 (a). 该附件内容被 CPTPP 协议暂停。

137 NAFTA Article 2001 (https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=1&secid=ed3bd8c9-2d73-45fb-9241-d66364f8037a#A2001, accessed on July 12, 2017).

138 TPP Agreement Article 27.2.1. 该委员会由缔约国派出的部长级代表组成。

139 TPP Agreement Article 27.2.2 (f): "(The Commission may) issue interpretations of the provisions of this Agreement."

140 TPP Agreement Article 9.25 paragraph 3.

141 程序透明是公众获取信息，参与决策，维护和实现公共利益的前提条件。仲裁的保密性特点，显然不利于东道国维护和实现其公共利益。

142 例如，NAFTA 成员国要求公开 NAFTA 仲裁裁决，并要求未来公开仲裁过程（NAFTA Free Trade Commission, *Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation*, p. 7, October 7, 2003, http://www.state.gov/documents/orgnization/38791.pdf）；ICSID 要求公开裁判过程（ICSID, *Administrative and Financial Regulations, Reg. 22: Publication*, p. 66, ICSID Doc. ICSID/15 April 2006, http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.）

143 *United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* (the "Mauritius Convention on Transparency"), December 10, 2014, A/RES/69/116, http://www.unicitral.org/unicitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention

144 TPP Agreement Article 9.24.

仲裁庭签发的指令、裁决和决定、公开审理等，[145]申请人和被申请人请求保密的（敏感）信息除外。[146]

（六）一裁终局[147]

投资仲裁一裁终局，不得上诉。外国投资人或投资东道国，有权依据 ICSID 仲裁规则，请求修改、撤销仲裁裁决；[148]或根据 ICSID 附加便利仲裁规则、UNICITRAL 仲裁规则，或争议双方协议选择的仲裁规则，请求修改、撤销或不予执行裁决。[149]

六、我国新药知识产权保护的问题：以 TPP 协议为视角

近年来，我国新药专利申请数量显著增加，但（新药研发水平）与发达国家相比仍有很大差距，鲜少有像欧美发达国家那样，研制出大量具有显著治疗成效的创新药品。[150]目前，创新能力薄弱已成为我国医药产业发展的瓶颈，新药研发严重滞后，每年报批的新药水平不

[145] TPP Agreement Article 9.24 paragraphs 1-2.
[146] TPP Agreement Article 9.2.3-5.
[147] TPP Agreement Article 9.29.
[148] TPP Agreement Article 9.29.9 (a).
[149] TPP Agreement Article 9.29.9 (b).
[150] 姚颉靖：《药品专利保护优化研究》，知识产权出版社，2012 年出版，第 263 页。
统计数据显示，2013 年批准仿制药生产申请 176 件，新药 38 件，国家食品药品监督管理总局，《2014 年杜食品药品监管统计年报》2014 年我国全年批准仿制药生产申请 279 件，新药生产申请 30 件（包括新药证书及生产申请和生产申请）（国家食品药品监督管理总局：《2014 年杜食品药品监管统计年报》，http://www.sda.gov.cn/.

高，大部分是仿制药品和改良型品种，具有自主知识产权的原研新药寥寥无几。[151]

我国现行新药知识产权保护制度，建立在 TRIPS 协议的制度基础之上，[152]包括新药专利制度、化学新药数据专有权制度[153]和专利链接制度。[154]与内含大量“TRIPS+”规则的 TPP 新药知识产权规则相比而言，我国现行新药知识产权保护制度，具有授予专利条件较高、保护范围较窄、保护期限较短、保护力度较弱等特点。

首先，在新药专利制度方面，（1）申请专利的产品、方法或者新技术方案，必须具备“突出的实质性特点和显著的进步”特征（“创造性”）；[155]（2）科学发现、疾病治疗方法、用原

---

151 中国医药企业管理协会：《中国医药产业发展报告（1949-2009）》，化学工业出版社，2009 年出版，第 23 页。早在 2002 年 TRIPS 协议生效不久，英国知识产权委员会（UK Intellectual Property Commission）就发布报告，称发展较高的知识产权保护水平提高了发展中国家使用外国知识产权成果的成本，不仅无助于促进其经济发展，甚至限制其引进技术，不利于先进技术传播、转让和推广。该报告对知识产权制度使用了“穷国的毒药，富国的粮食”的用语，认为它是发达国家欺压和掠夺发展中国家的新工具、新形式，威胁后者的产业安全。我国有个别学者对此却不以为然，认为这是冷战思维的延续（董涛：《知识产权政策十年反思》，载《知识产权》，2014 年第 3 期，第 57 页）。关于产业安全问题，目前国内学术界大体有两类具有代表性的观点：一是产业安全日益严重，中国技术对外依存度 2005 年 65.74%，2013 年则攀升至 71.75%（周至太：《破除外资技术控制 建设知识产权强国》，载《马克斯主义研究，2015 年第 10 期，第 52-53 页）；二是差距与成就并存，产业安全一定程度存在。（吴汉东：《中国知识产权法制建设的评价与反思》，载《中国法学》2009 年第 1 期，第 61-62 页。）有数据显示，我国每年支付技术使用费高达 1000 亿美元以上（欧阳文浩：《知识产权局长：中国是支付知识产权费最多的国家之一》，http://news.ifeng.com/shendu/zgxwzk/detail_2012_11/20/19346410_0.shtml）。可见，产业安全问题并非伪问题，而是真问题。具体就制药产业而言，由于我国药品研发能力严重落后美国、日本、欧盟等国家和地区，甚至连仿制药品的生产能力也落后于印度。因此，高标准的药品知识产权保护制度势必制约我国制药产业发展，恶化我国对外国药品知识产权的依存度，最终将损害我国消费者的经济利益和健康利益。此外，前述董文还认为，当前我国“知识产权制度的发展，已经完全出于我国自身发展的需求，而不再是对外国压力的反应”，原因在于：（一）发达国家开始脱离 TRIPS 协议，发展中国家敦促其回到 TRIPS 框架下来；（二）强化知识产权保护乃大势所趋，发达国家已不必，事实上也不再向我国施压，要求强化知识产权保护（董涛：《知识产权政策十年反思》，载《知识产权》，2014 年第 3 期，第 57 页）。这实在是对国际知识产权制度现状的误读。首先，所谓“外部压力降低”的说法不符合事实。正如美国经济学家 Jeffery J. Scott 在《自由贸易区域与美国贸易政策》一书中所言，“美国一直把双边主义作为胡罗卜和大棒来推进贸易自由化进程。在 GATT 谈判取得成果之前，双边主义既被用来弥补多边体制之‘漏’，又被用来为 GATT 新一轮更为广泛的多边谈判提供样板。”（转引自沈铭辉：《美国区域合作战略：区域还是全球？——美国推动 TPP 的行动逻辑，载《当代亚太》，2013 年第 6 期，第 75 页）发达国家从来没有脱离过 TRIPS 协议，而是在 TRIPS 设定的保护标准之上更进一步，通过双边或区域性贸易与投资协定，例如 TPP、TTIP 协议，确立 TRIPS+规则，提高知识产权保护水平，我国知识产权法遭遇的外部压力更大而不是更小。其次，所谓“知识产权制度的发展完全出于我国自身需要”的说法，也是站不住脚的。保护和激励创新，固然是我国需要之一，但同时，在我国医药产业高度依赖外国知识产权的现状之下，争取减少支付高额技术使用费、降低药品价格，满足我国消费者的用药需求，维护其健康利益，不盲目跟从发达国家的知识产权战略，难道就不是我国需要之一吗？（另见王宏军：《也论知识产权强国建设的人本主义路径》，载《知识产权》，2016 年第 10 期，第 53-54 页）当前，国际知识产权格局正发生重大变革，诚如董涛博士所言，“我国必须……，转变心态，从过去强调对抗的冷战思维转变为强调合作的多赢思维，积极做规则的塑造者、维护者，而不再是消极接受者，……”（董涛：《知识产权政策十年反思》，载《知识产权》，2014 年第 3 期，第 60 页）但是，塑造规则的前提是认清新形势下我国的优势和劣势，摆正立场，扬长避短，争取国家利益最大化，而不是以激励创新之名，一味地追求高标准的知识产权保护水平，重视保护知识产权人的私人利益甚于社会公共利益，甚至不惜以牺牲国内产业安全和消费者的生命权、健康权为代价。

152 从条文上看，《专利法》是与 TRIPS 协议的差距最小的。（郑成思：《WTO 与知识产权法研究》，载《中国法学》，2000 年第 3 期，第 56 页）。

153 《药品注册管理办法》第 20 条。

154 关于我国药品专利链接制度，国内有两种意见。一是认为我国已经建立专利链接制度，其依据是《药品注册管理办法》第八（信息公示）、十八（相关专利状况和不侵权声明）、十九（仿制药品申请限制）、二十条（数据专有权制度）。二是认为我国尚未建立起专利链接制度，原因在于我国没有类似美国桔皮书那样具有法律效力的专利信息表，药品主管部门与专利主管部门之间也没有职能上的相互协作，仿制药品生产厂商在药品注册过程中没有明确的法律环境，国家食品药品监督管理局在处理仿制药品专利争议时无法可依。（汪虹、刘丽春：《药品专利链接制度研究》，载《中草药》，2010 年 9 月）

155 《专利法》（2008）第二十二条。

子核变换方法取得的物质，被排除在专利客体范围之外，不适用专利保护制度；[156]（3）新颖性宽限期为六个月，且严格限制不丧失新颖性的场合；[157]（4）专利期限固定，不得延长。[158]此外，值得一提的是，改变剂型但不改变给药途径，以及增加新适应症的药品，不符合注册新药的条件；靶向制剂、缓释以及控释制剂等特殊剂型除外。[159]

其次，在新药数据专有权制度方面，我国现行法律仅创设化学药品数据专有权（6 年），不保护生物制品数据的使用权。[160]

再次，在专利链接制度方面，尽管我国《药品注册管理办法》（2007）制订有相关法条，内容包括药品监督管理部门应当向申请人提供相关信息（第八条）、申请人应当对相关专利药品的权属状态进行说明并做成不侵权声明（第十八条）、申请人可于专利期届满前 2 年内提出药品注册申请（第十九条）、药品专利人对其药品数据享有 6 年专有使用权（第二十条），然而，制度内容空洞，其中既无仿制药品上市申请与原研药品专利审核之间的制度链接内容，又无专利机关与药品监督管理机关之间的职能链接内容，信息公示和不侵权声明制度流于表面，没有提出专门针对新药专利侵权争议的解决办法，无法起到减少新药专利争议的作用，以致专利链接制度的意义落空。

美国商会（US Chamber of Commerce）全球知识产权中心（Global Intellectual Property Center, GIPC）发布的《2017 年全球知识产权指数报告》（US Chamber IP Index 2017）显示，我国得分 14. 83（低于全球平均分 15. 39 和地区平均分 17. 64），在全部参与知识产权评估的 45 个国家和地区中，排名第 27。[161]其中，我国在“药品知识产权执法”（Pharmaceutical-related enforcement）、“药品专利期恢复”（Pharmaceutical patent term restoration）、“参与的专利条约”（Membership and ratification of patent treaties），以及“参与的后 TRIPS 协议的自由贸易协定”（Membership and ratification of post-TRIPS FTA）四个项目上的得分均为零。[162]我国奉行“包容、互惠、平衡”的知识产权价值观，[163]侧重建立知识产权合作与信息交流机制，鲜少参与制订或接受具有强制执行性的知识产权规则，即使在我国的长项——中医中药的保护方面，我国亦乏善可陈，[164]中医中药知识产权保护的国际化，任重道远。[165]

---

156 《专利法》（2008）第二十五条。

157 《专利法》（2008）第二十四条：“……有下列情形之一的，不丧失新颖性：（一）在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的；（二）在规定的学术会议或者技术会上首次发表的；（三）他人未经申请人同意而泄露其内容的。”

158 《专利法》（2008）第四十二条。

159 《药品注册管理办法》2014 年修订案草案第六十六条新增内容。

160 《药品管理办法》（2007）第二十条。

161 US Chamber IP Index 2017, http://www.theglobalipcenter.com.

162 同上。

163 李俊、崔艳新：《新一轮国际知识产权规则重构下的中国选择——以知识产权强国建设为目标》，载《知识产权》，2015 年第 12 期，，第 14 页。

164

165 早在 2002 年我国加入 WTO 之初，郑成思教授就提议推动国际立法，保护“地方传统医药”。（郑成思：《传统知识与两类知识产权的保护》，载《知识产权》，2002 年第 4 期，第 4-5 页）。2017 年国务院知识产权战略实施工作部际联席会议办公室，审议通过《2017 年深入实施国家知识产权战略加快建设知识产权强国推进计划》（国知战联办〔2017〕12 号），提出“开展中医药传统知识保护制度研究，完善中医药传统知识保护名录数据库，制定并发布重要产业专利报告。”
（http://www.sipo.gov.cn/tz/201706/t20170628_1312302.html 发布日期：2017 年 6 月 23 日，浏览日期：2017 年 7 月 12 日）

此外，迄今我国作为被申请人参与的投资仲裁案件总共三起，[166]且无一涉及知识产权争议。不过，鉴于我国现行新药知识产权法与 TPP 协议等 TRIPS+规则之间的差距，以及我国对仲裁透明度原则的暧昧态度，[167]一旦我国接受知识产权投资仲裁，我国知识产权立法管辖权和社会公共利益都将遭遇前所未有的巨大挑战，前景不容乐观。

七、结语

当代知识产权的本质早已权利化、利益化、财产化，甚至资本化。TRIPS 协议把知识产权视为可以交换的私权利之一，但同时强调应当确保发明创造者与技术用户之间的权利平衡（TRIPS Article 7）。更有甚者，TPP 协议把知识产权视为投资，制度设计兼顾实体和程序问题，一方面通过降低专利授予条件、扩大专利客体范围、延长新颖性宽限期、例外延展专利期限、新增生物新制品数据专有权、建设专利链接制度等，全面扩大新药知识产权的适用范围、提升其国际保护标准和强化其保护力度，另一方面对缔约国提出高规格的法律趋同化要求，并通过适用投资仲裁解决（包括新药保护在内的）知识产权争议，把缔约国知识产权（立法、执法、司法等）法律问题全面国际化，制约缔约国（属地）管辖权，以确保缔约国法律趋同化，甚至一体化发展。

我国现行新药知识产权保护制度以 TRIPS 协议为基础，无论我国国内法还是我国缔结或加入的国际条约，都与 TRIPS+规则存在不小的差距，保护范围、保护水平、保护力度明显不及后者。又，我国医药产业研发能力不足且人口规模庞大，以“激励创新，促进发展”为名的高水平新药知识产权保护制度（包括知识产权投资仲裁），是否将以牺牲我国医药产业安全和发展，以及我国消费者的经济利益和健康权、生命权为代价，值得认真研究。当前，新药知识产权保护规则无一不出自美、欧，保护的都是他们的长项，而作为中华民族文化瑰宝的中医中药，在其中却难觅一席之地。我国有必要尽早出台中医中药保护规范，积极参与国际立法，推动中医中药知识产权保护国际化。

后 TRIPS 时代以来，由于知识产权本质的异化，知识产权护规则和制度的天平不断向知识产权人的利益倾斜，权利边界持续扩张，甚至危及社会公共利益，其中新药知识产权所涉及的利益冲突尤甚。笔者认同英国知识产权委员会的意见，认为知识产权应当是国家和社会帮助促进实现人类经济权利和社会权利的手段之一。[168]在任何情况下，生命权、健康权等

---

166 Ekran Berhad v. China (Case No. ARB/11/15), 韩国安城公司诉中国（Case No. ARB 14/25），德国海乐希亚泽有限公司诉中国（Case No. 17/19）。其中，第一起案件未进入实体审理而结案，第二起申请人败诉，第三起尚未进入审理阶段。

167 2010 年 8 月，我国曾向联合国贸易法委员会表态，称我国目前缔结或加入的国际条约，无一写入“投资仲裁透明度原则”条款，并且认为投资仲裁透明化的要求是不适当的（UNCITRAL Working Group II, Settlement of commercial disputes Transparency in treaty-based investor-State arbitration Compilation of comments by Governments Note by Secretariat Addendum, A/CN.9/WG. II/WP.159/Add.1, p. 12, 4-8 October 2010, “… … There is no provision on transparency or publicity regarding treaty-based investment arbitration in bilateral or multi-lateral treaties entered by China. … …, we do not consider it appropriate to impose provisions pg publicity and transparency on treaty-based settlement of investor-State investment disputes.” https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/555/89/PDF/V1055589.pdf?OpenElement, accessed on July 12, 2017）。然而，《中国—墨西哥投资保护协定》（Agreement between Government of The United Mexican States and the Government of the People’s Republic of China on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, 2008）中明确写有透明度原则（Article 20 paragraph 4: "The arbitral award will be publicly accessible, unless the disputing parties agree otherwise.” http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/759, accessed on July 12, 2017）。《中国—加拿大投资保护协定》（Agreement between the Government of Canada and the Government of the People’s Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, 2012），则对投资仲裁的透明度提出了更高的要求（Article 28 Public Access to Hearings and Documents, http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3476, accessed on July 12, 2017）。

168 英国知识产权委员会（UK Commission of Intellectual Property Rights, CIPR）：《知识产权与发展政策相结合——委员会关于知识产权的报告》（中文版，2002.11），http://www.cipr.org.uk, accessed on July 10, 2017.

最基本的人权都不可从属于知识产权保护的需求。知识产权来自国家授权，具有特定期限，而人权（与生俱来），是不可剥夺的、永恒的。[169]

[169] 联合国人权促进与保护下属委员会（2001），《知识产权与人权》第 6 页第 14 段，http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.Sub.2.2001.12.En?Opendocument.

WTO 临时上诉仲裁机制：性质、困境和前景

刘瑛[1]　武汉大学国际法研究所

摘要：在上诉机构停摆的困局下，部分 WTO 成员达成《依据 DSU 第 25 条的多方临时上诉仲裁安排》（MPIA），创设了临时上诉仲裁机制。MPIA 不是国际条约，而是符合 DSU 第 25 条的上诉机构程序替代。它依循上诉机构程序，又尝试针对上诉机构改革中的若干焦点问题，特别是超时和审查范围问题，作出制度设计尝试。尽管作为新生事物，临时上诉仲裁机制在参加成员、程序启动、经费和秘书支持等方面面临困难，但鉴于临时上诉仲裁机制的功能重要性和制度创新性，临时上诉仲裁仲裁实际运作后会吸引更多成员加入和适用，其运作中的问题也会迎刃而解。其前景依然是光明的。MPIA 的成就取决于其实际运作情况，取决于其是否能在解决具体争端的同时提供一致性和确定性的规则解释。

关键词：WTO；上诉审议；临时上诉仲裁机制；MPIA

世界贸易组织(WTO)的争端解决上诉机构已经因为美国一意阻挠上诉机构成员遴选于 2019 年 12 月 11 日起停摆。由于《争端解决规则和程序的谅解》（DSU）第 17 条明确规定争端方可以就专家小组报告提起上诉，上诉机构停摆就蕴含了争端解决悬而未决的风险。事实上，现实的危机开始得更早一些。如加拿大早在 2019 年 6 月 4 日就对“加拿大诉美国对加拿大软木材反倾销措施中使用区别定价方法案”的专家组报告提出了上诉；[2]又如 2019 年月 8 月 15 日，美国就“印度诉美国可再生能源案”提起了上诉，8 月 20 日，印度也提出上诉，[3]而对这两起上诉，上诉机构均因长期缺员且排队案件太多无法在 90 天内停摆前作出裁决，那么可以想像，上诉日期更接近停摆时间的案件当然也不可能得到上诉机构报告[4]。上诉机构停摆后，2020 年 1 月 16 日，“印度诉美国对印度某些热轧碳钢扁材产品的反补贴措施案”的争端方印度和美国向 WTO 争端解决机构（DSB）发送了一份联合函件，表示鉴于上诉机构已经停摆，双方将真诚讨论以寻求积极解决争端的办法，并在可以再度设立上诉庭时申请或考虑申请上诉；[5]而在“加拿大诉美国对加拿大软木材反补贴措施”一案中，美国选择了另一种做法，即于 2020 年 9 月 28 日对专家小组报告提起上诉，[6]而无论哪种方式，都阻滞了 DSB 通过专家小组报告。鉴于 WTO 争端解决机制对维护 WTO 规则之治的核心作用，这些“无效”上诉将使 WTO 从“规则导向”(rule oriented)向“权力导向”(power oriented)移动。[1]绝大多数 WTO 成员均在积极寻求恢复上诉机制运作，学者们也列举了各种可能，[2]

---

[1] [作者简介] 刘瑛，武汉大学国际法研究所、法学院、国际法治研究院教授、博士生导师。

[2] United States — Anti-Dumping Measures Applying Differential Pricing Methodology to Softwood Lumber from Canada, DS534, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds534_e.htm.

[3] United States — Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector, DS510, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds510_e.htm.

[4] 如 2019 年 11 月 19 日，印度就“美国诉印度出口相关措施案”提出上诉，参见 India — Export Related Measures, DS541, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds541_e.htm.

[5] Joint Communication from India and the United States, United States — Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India, WT/DS436/22, 16 January 2020, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/436-22.pdf&Open=True.

[6] United States — Countervailing Measures on Softwood Lumber from Canada, DS533, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds533_e.htm.

[1]John H. Jackson, The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 6–10.

[2]Joost Pauwelyn, “WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?”, Journal of International Economic Law, vol. 22, no. 3（October 2019）, pp. 298-321.

最具可行性的是 DSU 第 25 条所规定的仲裁。2020 年 4 月 30 日，欧盟、中国等 19 个成员向 DSB 通报了《依据 DSU 第 25 条的多方临时上诉仲裁安排》（Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU, 以下简称 MPIA），确立了临时替代 DSB 上诉审议程序的上诉仲裁机制。MPIA 既是 WTO 成员维护争端解决机制乃至 WTO 多边体制的应急之策，其创设和实践也将会对上诉机构重启和 WTO 争端解决机制产生影响。

一、临时上诉仲裁机制的性质

MPIA 参加成员向 WTO 通报的文件由正文和两个附件组成。正文由序言 8 段和 15 个条款组成，表达了各参加成员订立 MPIA 的目的，阐述了 MPIA 的主要事项。附件一是《在争端 DSX 中商定的 DSU 第 25 条项下仲裁程序》（以下简称《仲裁程序》），列出了 DSU 第 25 条所要求的仲裁协议的标准文本，并详述了仲裁程序的适用条件、启动、上诉仲裁的管辖范围、仲裁庭组成、仲裁的开展、仲裁的期限、遵守裁决的承诺、撤回上诉、与专家组程序的衔接等。附件二是《仲裁员库的组成》，规定挑选首批十名仲裁员的程序。MPIA 是部分 WTO 成员挽救 WTO 上诉机制的集体国家实践，是国家实践推动国际法发展的创新性方式。

（一）作为临时上诉仲裁机制依托的 MPIA 不是 WTO 框架下的新条约

1、MPIA 文件不是 WTO 诸边协定

依据《建立世界贸易组织协定》（以下简称《WTO 协定》）第 10 条第 9 款，一份协议需要经至少一个 WTO 成员请求、部长会议协商一致决定补充到附件四之中，才能成为《WTO 协定》附件四意义上的“诸边协定”。MPIA 参加成员并未请求部长会议将 MPIA 文件作为诸边协定纳入《WTO 协定》附件四，而即使参加成员提出请求，鉴于美国肯定反对，部长会议也不可能协商一致同意将 MPIA 文件纳入附件四。退而言之，诸边协定是在有限数量的缔约方之间设定法律上的权利与义务的条约，而 MPIA 不是国际条约。

2、MPIA 不是国际条约

从隶属关系来看，MPIA 是作为《关于建立、记录和分享处理 WTO 争端做法与程序的机制的声明》（以下简称《声明》）的附件 12[7]申报的。2016 年 7 月 8 日，加拿大请求散发《声明》，目的正如《声明》第 5 条所述，是通过设置一种建立、记录和分享 WTO 争端解决做法和程序的机制，便利并鼓励 WTO 成员单独或与其他成员一起散发商定、拟议或示范性的争端解决做法和程序的文件。WTO 成员可通过支持《声明》而表明他们愿意并意图参与该机制，而该机制不会赋予据此通报 DSB 的相关文件在 WTO 框架下的法律效力。显然，《声明》不是严格意义上的国际条约，MPIA 是《声明》的附件 12，由是推之，MPIA 也不是国际条约。因此，MPIA 是表明参加成员在未来争端中有意单边或者与其他成员在互惠基础上遵守的做法与程序的文件，不是国际条约，只是参加成员之间对临时解决方案的联合安排[3]。

从用语来看，MPIA 文件甚至不是一份贸易协定。条约是至少两个国际法主体意在原则上按照国际法产生、改变或废止相互间权利义务的一致意思表示。[4]纵观 MPIA 全文，正文和附件二中并没有出现“应当”（shall）等表示强制性法律义务的词语，而是使用了“设想”（envisage）、“将”（will）、“意图”（indicate their intention）等表示共识和态度的语汇，

---

[7] Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes, JOB/DSB/1/Add.12, 30 April 2020.

[3] Murilo Lubambo de Melo, “International Trade Dispute Settlement: Ready to Blossom Again?”, ASIL Insights Home, vol. 24, issue 19（July 2020）, https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/19/international-trade-dispute-settlement-ready-blossom-again.

[4] 李浩培：《条约法概论》，北京：法律出版社，2003 年，第 1 页。

仅能体现参加成员的政治承诺。附件一《仲裁程序》使用了 33 次“应当”（shall），看似具有一定约束力，但附件一只是一个标准的上诉仲裁协议模版，适用于特定争端，实践中仅对达成具体上诉仲裁协议的争端方具有约束力，以争端方基于该附件商定上诉仲裁程序为前提为个案具体争端方创设明确的权利和义务。这一点，从其名称《在争端 DS X 中商定的 DSU 第 25 条项下仲裁程序》中的“DS X”可见一斑，X 即是需要争端方填写的案号。

（二）临时上诉仲裁是符合 DSU 第 25 条的上诉机构程序替代

MPIA 正文的标题和序言第 4 段写明其以 DSU 第 25 条为依据，MPIA 正文及附件也多次援引第 25 条。DSU 是 WTO 争端解决机制的基础性文件，DSU 第 25 条明确规定，WTO 成员可以通过仲裁解决争端，进而 WTO 成员可以将 MPIA 及其附件视为对第 25 条仲裁适用于上诉事项的细化规定。MPIA 基于 DSU 第 25 条设计，其实质在于依托仲裁，替代上诉，并具有临时性和开放性的特点，是在上诉机构停摆期间继续维护两审终审并确保裁决约束力的惟一务实及合法选择。[5]第 25 条将仲裁作为迅速争端解决替代手段，规定了诉诸仲裁的三个要件，即已明确界定争议问题、争端方一致同意诉诸仲裁并通知各成员、争端方同意遵守仲裁裁决。DSU 第 25 条第 2 款要求各方同意诉诸仲裁并议定仲裁将遵循的程序，表明第 25 条仲裁应以特定争端的当事方达成仲裁协议为前提。为了满足这些要求，MPIA 的附件一《仲裁程序》为参加成员提供了标准的仲裁协议模本，在具体争端发生后，争端方只需要在《仲裁程序》基础上添加案号就可以作为符合第 25 条要求的特定争端仲裁协议。事实上，MPIA 的正文第 10 段直接将附件《仲裁程序》等同于上诉仲裁协议。《仲裁程序》第 15 段明确规定，争端方同意遵守仲裁裁决。加之上诉方必然在《仲裁程序》第 5 段所规定的上诉通知中明确界定上诉的事项，临时上诉仲裁机制显然符合第 25 条所设定的三个条件。

另一方面，从字面看，DSU 第 25 条并没有限制其适用的争端解决阶段，MPIA 仅适用于上诉阶段并不违反第 25 条。既往争端解决实践也表明，DSU 第 25 条仲裁的适用阶段并无一定之规。第 25 条仲裁仅有的一次使用是在 2001 年“欧盟诉美国版权法第 110(5)节仲裁案”（以下简称“美国版权仲裁案”），该案中美国和欧盟约定将裁决执行阶段中授权报复的具体金额提交仲裁，而在其他案件中，争端方均依据 DSU 第 22.6 条仲裁来解决报复金额和报复方式问题。对此，“美国版权仲裁案”仲裁庭指出，DSU 第 25 条没有将中止减让数额争议排除在外，相反，从第 25 条第 1 款的用语来看，只要 WTO 成员达成合意即可诉诸第 25 条所规定的仲裁机制，仲裁庭基于美欧间的仲裁协议具有管辖权。[8]作为替代性争端解决方式，DSU 第 25 条仲裁的适用范围原则上是广泛的，只要双方约定提交第 25 条仲裁并明确界定提交仲裁的具体争端事项即可，正如 MIPA 参加成员可以合意约定通过 MPIA 仲裁的方式解决拟上诉事项。

综上，DSU 第 25 条可以作为个案上诉仲裁的法律依据，作为个案上诉仲裁依托的 MPIA 也因为其规定符合第 25 条的内涵而具有正当性。美国虽然明确反对 MPIA，却并未质疑 MPIA 本身的合法性。虽然不是国际条约，但根据禁止反言原则，参加成员宜善意履行在 MPIA 中的共同承诺，即 MPIA 在正文第 1 段和第 2 段开宗明义规定的，在上诉机构因成员人数不足

[5] 石静霞：《WTO<多方临时上诉仲裁安排>:基于仲裁的上诉替代》，《法学研究》2020 年第 6 期。

[8] United States - Section110(5) of the US Copyright Act: Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU, Award of the Arbitrators, WT/DS160/ARB25/1, 9 November 2001, paras.2.3-2.4.又如“欧盟诉美国某些产品进口措施案”的专家组也指出，既然 DSU 第 25 条规定仲裁作为替代性争议解决方式，则争端方有权通过仲裁确定一项执行措施的合规性问题,See United States - Import Measures on Certain Products from the European Communities, Panel Report, WT/DS165/R, 17 July 2000, para. 6.119.

而无法审理对专家组报告上诉的情况下，参加成员将不根据 DSU 第 16.4 条和第 17 条提出上诉，而是意图诉诸 MPIA 所约定的临时上诉仲裁程序。而一旦参加成员就具体争端的上诉依据《仲裁程序》签署了上诉仲裁协议，该上诉仲裁协议就具有法律约束力，签署成员应当遵守其中的仲裁程序义务性规定并遵守仲裁裁决。

二、临时上诉仲裁机制面临的困境

MPIA 作为各种改革提案的试验中的一种，将 DSU 上诉审议规则和上诉机构实践做法作为其制度设计的主要依据，可以部分功能性填补上诉机构停摆带来了争端解决僵局，而且 MPIA 制度设计部分回应了 WTO 成员热议的上诉机构改革措施，支持上诉审议中的事实上遵循先例做法，在仲裁启动上做了加速程序的努力，设定仲裁时限并允许仲裁员与争端方协商延长时限，又授权仲裁员采取简化程序的措施，赋予仲裁员排除实质性措施的建议权，且明确了上诉仲裁仅需审查解决争端所必需的每一个法律问题，其实践将会给上诉审议机制的未来完善提供经验。在这个意义上，MPIA 不仅具有临时替代上诉的实用价值，为成员应对危机提供了一种解决方案和模式，而且其产生和运作本身就是国际争端解决机制建设中一个重要成果。[6]但作为一种全新的尝试，MPIA 所创设的临时上诉仲裁机制显然也面临着独有的困境。

（一）参加成员有限

MPIA 的参加成员包括 WTO 争端解决机制的一些重要使用者，如欧盟、中国、巴西、加拿大、墨西哥等，但从数量上不到 WTO 成员总数的 1/3，更重要的是，还有一些 WTO 争端解决机制的主要使用者并未参加 MPIA，如美国、印度、日本、韩国、俄罗斯、印度尼西亚等。而且短期来看，前述 MPIA 机制外的争端解决主要使用成员接受 MPIA 的可能性并不大。美国直接批评 MPIA 将继续重复上诉机构之前存在的问题，不利于 WTO 争端解决机制改革和从根本上解决该机制存在的实体和程序问题。以印度为典型的一类国家虽然没有明确反对 MPIA 机制，但客观上面临一些敏感争议，如糖类补贴、信息技术产品关税等，会倾向于选择游离在 MPIA 之外，且目前大量成员的出口因为疫情表现低迷，因此会更倾向于维持现状，而不是让仲裁机构有机会做出对其贸易保护措施不利的裁决，印度自身还在本质上反对任何诸边倡议。对日本与韩国来说，加入 MPIA 也难有机会推选本国的仲裁员人选，因而短期内参与的意愿也不大，日本还有政治考虑。俄罗斯则是出于内部程序原因，不排除未来加入的可能。

然而，参加成员及其代表的争端解决比例的多少，不仅决定了 MPIA 机制作为上诉替代的实际效用，也直接影响 MPIA 作为国家实践的代表性和实践成果的推广运用预期。考虑到这些国家重要的经贸地位和贸易争端数量，一个不包括全部主要成员在内的争端解决安排，其缺陷是不言自明的。[7]进而言之，MPIA 机制参加成员的 WTO 权利义务可以受到相对完整的争端解决机制约束，而未参加的成员的不符措施可以利用上诉机构僵局游离于生效裁决之外，其结果可能是两类 WTO 成员按照不同的标准运行，成员的义务出现不平衡的情况，这种“双轨”的存在是否会对 MPIA 参加成员的履约意志造成负面影响，是否会深化 WTO 成员间的分歧，带来新的上诉困境，都是我们不得不思考的问题。

（二）临时上诉仲裁的启动尚面临不确定性

诚如前文所述，MPIA 不是 WTO 诸边协定或国际条约，而是一项表达政治承诺的安排，

[6] 杨国华：《WTO 上诉仲裁机制的建立》，《上海对外经贸大学》2020 年第 6 期。

[7] 参见石静霞、白芳艳：《应对 WTO 上诉机构危机：基于仲裁解决贸易争端的角度》，《国际贸易问题》2019 年第 4 期。

MPIA 参加成员并无遵守 MPIA 文件的法律义务，只有当争端方签署以 MPIA 附件《仲裁程序》为基础的上诉仲裁协议，才正式受该 MPIA 程序的约束。参加成员加入 MPIA 是对 MPIA 安排的认可，但理论上依然保留了不参与 MPIA 安排所确立的程序的权利，[8]MPIA 的实际参与仍有不确定性。

目前已经有 MPIA 参加方通知 DSB 将按照 MPIA 诉诸 DSU 第 25 条仲裁，[9]但也有一些尚待解决的问题，核心是临时上诉仲裁与专家组程序的衔接。MPIA 机制的目的是确保参加成员不将专家组报告上诉到已停摆的上诉机构，从而避免该争端的解决因上诉机构停摆陷入僵局。为实现这一目标，除了需要争端方合意达成上诉仲裁协议赋予未来的仲裁庭管辖权，还需要专家组的配合。按照《仲裁程序》第 3 段，争端方应联合请求专家组在最终专家组报告的预计散发日期前 45 日通知争端方最终专家组报告的预计散发日期；第 4 段规定，在最终专家组报告向争端方发布后、向其他成员散发的预计日期前 10 日，争端方可要求专家组中止专家组程序，并共同请求专家组在中止生效前解除最终专家组报告的保密性、在争端方提交上诉通知时将专家组案卷记录交送 MPIA 仲裁员、向 MPIA 仲裁的争端方和第三方提交最终专家组报告。显然，这些规定与 DSU 第 16、17 条不同，第 17 条的上诉在最终专家组报告散发给 WTO 成员后提起，MPIA 上诉仲裁的启动，则需要专家组增加一系列额外动作——通知散发最终专家组报告的预计时间、中止专家组程序、在中止生效前解除最终专家组报告的保密性并向 MPIA 仲裁的争端方和第三方提交最终专家组报告、将专家组案卷记录交送 MPIA 仲裁员等。因此，专家组和专家组秘书的配合将是决定具体案件中上诉仲裁程序能否顺利启动和进行的关键因素，前述配合设计是否会受到未参加 MPIA 的其他 WTO 成员的阻挠也未可知。必须明确的是，MPIA 本身并无法律约束力，争端方达成的上诉仲裁协议也无法对协议以外的任何人，包括个案专家组和秘书施加任何的义务。

（三）临时上诉仲裁的运作依然面临困难

美国驻 WTO 大使丹尼斯·谢伊(Dennis Shea)于 2020 年 6 月 5 日致信 WTO 总干事，反对 MPIA 耗费 WTO 资源重新确立上诉程序，认为 DSU 第 25 条没有为使用 WTO 资源支持 MPIA 所规定的部分事宜提供依据，如建立仲裁员池、在所有仲裁员间共享个案仲裁材料并相互讨论，第 25 条也不能作为部分 WTO 成员指示总干事为 MPIA 仲裁员提供秘书支持的依据，并因此反对为 MPIA 参加成员建立新的部门或分配专门工作人员。[10]鉴于单个成员具有反对预算的权力，预测 MPIA 将很难获得 WTO 的经费支持。尽管 MPIA 参加成员已经克服困难完成仲裁员池的初步构建，且目前仲裁员们都自愿无偿地在为后续具体案件开展中方方面面的事项开展定期研讨，但后续一旦开展仲裁，依然需要解决秘书和费用问题，仲裁员们也难以长期义务地开展日常工作。

费用方面，按照 MPIA 既有安排，仲裁员的工作可以分为与直接审理上诉仲裁案件的工作和与具体案件审理无关的仲裁员日常集体工作，后者如参加集体讨论、接收并学习 WTO 有关争端解决的材料、定期在日内瓦等地参加仲裁员集体活动等，两项工作都需要经费支持。

---

[8] Thibaut Bodson, "*WTO and Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement: Searching for Right Medicine"*, 26 May 2020, http://international-litigation-blog.com/wto-and-multi-party-interim-appeal-arbitration-arrangement-searching-for-right-medicine/, visited on 6 February 2021.

9 如巴西诉加拿大民用飞机贸易措施案（DS522）、墨西哥诉哥斯达黎加牛油果进口措施案（DS524）、澳大利亚诉加拿大红酒销售管理措施案（DS537）、欧盟诉哥伦比亚对来自比利时、德国和荷兰的冻薯条反倾销案（DS591）。

10 See Dennis C. Shea's letter to WTO DG Roberto Azevedo, 5 June 2020, https://insidetrade.com/sites/insidetrade.com/files/documents/2020/jun/wto2020_0268a.pdf.

一方面，第 25 条仲裁与第 17 条的上诉审议程序不同，因为不设常设仲裁员池，也就没有提供仲裁员日常费用， MPIA 以第 25 条为依据，但建设了仲裁员池，缺乏薪酬保障会带来潜在的仲裁员利益冲突问题。此前上诉机构成员的这部分费用一直由 WTO 秘书处的正常预算支出，[11]美国对此诟病已久，按照 MPIA 参加成员的设想，MPIA 仲裁员的费用也由 WTO 秘书处的正常预算承担，且 MPIA 参加成员强调这些工作的目的是为了促进决策程序的一致性与协同性。但通过裁决创造先例正是美国对上诉机构指责的重点之一，而且 MPIA 还只是一个部分 WTO 成员参与的安排，美国因此极力反对这部分 MPIA 预算。另一方面，DSU 第 25 条和 MPIA 均未对审理具体案件的经费作出明确规定。但 DSB 历史上，“美国版权仲裁案”[12]中运用了第 25 条仲裁，当时仲裁员的报酬是从 WTO 的正常预算中列支的，或能为将来 MPIA 仲裁员的此类经费请求提供依据，但前景依然不明朗。如果由 MPIA 参加成员或个案上诉成员出资，则参加成员是否能够提供足够资金覆盖 MPIA 的日常需求，个案上诉成员出资会不会引发对仲裁结果公正性的质疑，都需要考量。MPIA 运作的资金来源是一个大难题。

关于行政和法律支持，MPIA 正文第 7 段请求总干事为上诉仲裁员提供适当的完全独立于 WTO 秘书处工作人员和秘书处支持专家组的部门的支持结构，该支持结构在其工作实质方面仅对上诉仲裁员负责。这一设置与上诉机构秘书处在概念上与世贸组织秘书处分开并直接向总干事报告是一致的，但美国大使已经代表美国对 WTO 为临时上诉仲裁机制提供秘书支持表示了反对，因此这方面未来也将面临阻力。WTO 上诉机构原本拥有自己专门的秘书处，但在上诉机构停摆后该秘书处被解散，工作人员被分配到了 WTO 其他部门。MPIA 是否可以直接用前上诉机构秘书处的秘书人员提供行政和法律支持还是另行聘请自己的秘书人员，进而是遵循上诉机构秘书处方式由一个结构化的单位提供支持，还是仅在个案需要时临时提供服务工作，MPIA 支持团队是集体向仲裁员报告，还是如一些成员国内的律师助理制度一样，由特定工作人员向特定仲裁员提供支持？所有这些具体操作事宜均有待 MPIA 参加成员进一步讨论。[9]

综上，临时上诉仲裁作为一个新的创设机制，尚不具备 DSU 第 17 条上诉审议机制的制度保障，无论是与专家组和执行程序的衔接，还是经费和秘书支持，案件审理的场所和仲裁员沟通的模式，都面临着较大的不确定性和困难。从无到有，本是一个艰难的过程。因为与上诉机构的平行/替代关系，WTO 官方不会为作为部分成员集体实践成果的 MPIA 的运行提供一般性的支持，但是，一旦争端方在个案中启动了基于 MPIA 的临时上诉仲裁程序，由于上诉仲裁符合 DSU 第 25 条，WTO 就必须为具体争议的解决提供基础的办案经费和秘书支持。而如果临时上诉仲裁机制能够有效率地提供高质量的仲裁裁决，就能够逐渐吸引更多 WTO 成员参加 MPIA 安排，从而逐渐改变“双轨”的局面。

三、临时上诉仲裁的前景分析

MPIA 正文序言第 3 段表示，参加成员将把寻求上诉机构状况的持久改善作为优先事项，希望尽快启动遴选程序，使上诉机构能够恢复 DSU 为其设置的功能，将临时上诉仲裁机制

[11]反观上诉机构成员遴选规定中对聘用费的安排是每月 7000 瑞士法郎加上每日工作费用、旅费和零用，上诉机构成员有固定工资。

[12] United States - Section110(5) of the US Copyright Act: Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU，WT/DS160.

[9] Simon Lester, “*Who's Going to Pay For Supporting The MPIA?”*, 15 June 2020, International Economic Law and Policy Blog, https://ielp.worldtradelaw.net/2020/06/whos-going-to-pay-for-the-mpia.html, visited on 8 February 2021.

定位为临时应急措施，仅在上诉机构因为缺员无法审理上诉案件时，替代上诉机构通过对专家组报告进行独立和公正地上诉审查，维护 WTO 争端解决机制强约束的特性。MPIA 的前景因此和上诉机构紧密联系在一起，更与有效运作的上诉审议机制密切相关。

（一）WTO 争端解决需要上诉审议程序

乌拉圭回合的谈判者没有料到上诉审查会如此经常被使用，[10]上诉机构的问题，是发展中的问题。超过 2/3 的案件被上诉，正好印证了上诉机构的价值，尽管并不排除至少部分败诉的被申诉方为拖延执行或寻求撤销专家组报告的部分认定而上诉。

上诉审议机制的存在客观上促使专家组进行翔实的事实查明和缜密的法律推理和解释。没有上诉机构，专家组对相同或类似措施和规则的裁决相互矛盾的可能性将大大增加，不仅降低专家组的权威，随着时间的推移，还会破坏 WTO 规则的可预测性和合法性。上诉审议不仅可以促使专家组提高其报告的质量，促进报告间判理的一致性，其本身也对 WTO 规则的解释和 WTO 判理作出了直接的贡献，澄清和在相当程度上统一了对 WTO 协定规则的理解，并与专家组一起践行 WTO 争端解决独立性和公正性的原则，进而维护 WTO 体制的规则导向和法治特征。也因此，除了美国以外，WTO 成员都高度肯定上诉机构二十多年的成就，并希望继续保留现有的上诉审议程序，维持上诉机构正常运转。

在 DSU 明确规定了上诉审议程序并赋予争端方就专家组报告上诉的权利的情况下，上诉机构停摆会导致争端因争端方上诉而没有结果，此时 MPIA 成为挽救争端解决上诉程序乃至整个机制正常运行最切实可行的选项，是保障 WTO 争端解决有可执行的结果所必需的。应该说，在上诉机构恢复运作前，MPIA 会持续存在，并逐渐得到越来越广泛的接受，这是 DSU 既定程序决定的，也是 WTO 规则之治和规则强约束所要求的。

（二）临时上诉仲裁仲裁实际运作后会吸引更多成员加入和适用

WTO 上诉机构停摆了，但 WTO 成员方解决争端、维护 WTO 协定下权利乃至 WTO 所建构的贸易秩序的意愿并不会因此减少。除了美国这样的超级大国，WTO 成员普遍不希望国际贸易重新陷入单边主义丛林状态，如果短期内看不到上诉机构重启的希望，成员方维护强有力的争端解决和执行机制的政治意愿会促使它们考虑 MIPA 这一现实选项。依据 MPIA，参加成员在上诉机构停摆期间不提起 DSU 第 17 条上诉，转而诉诸临时上诉仲裁机制并遵守仲裁裁决，可以有效避免待审专家组报告处于无限期未决的“悬案”状态，也能较快得到有执行保障的约束性仲裁结果。

1、MPIA 具有加入退出便宜、灵活和高效的特点

加入和退出 MPIA 简单而灵活。按照 MPIA 正文第 12 段和第 14 段，WTO 成员可以通过通知 DSB 其联署 MPIA 的方式便宜加入，也可以通知 DSB 其撤回联署从而方便地退出。[13]便捷的加入为 WTO 成员通过 MPIA 机制维护 WTO 项下合法贸易权益提供了制度保障，为参加方保留随时退出的权利又不会桎梏参加成员，不妨碍参加成员之间可能达成的新安排，对中小型成员尤其有吸引力。

临时上诉仲裁的仲裁性质令其在程序上更尊重争端方意愿，更灵活，容易吸引更多成员加入。联署了 MPIA 的 WTO 成员在作为争端方时仍有权决定是否签署仲裁协议将具体争端提交上诉仲裁，签署了仲裁协议才受到实质性约束。争端方还在其参加的临时上诉仲裁的具

[10] Debra Steger, “The Founding of the Appellate Body”, in Gabrielle Marceau, eds., A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 447.

13 退出仍需履行完已经签署的具体争端上诉仲裁协议。

体程序和时间表、仲裁裁决的时限延长、撤回上诉等程序问题上有更大的意思自治空间。

临时上诉仲裁裁决一经作出即生效，仲裁裁决只需通知 DSB，而无需 DSB 通过，加之延长期限需要争端方同意，时间上可控，整体效率更有保障。

鉴于 MPIA 的前述特点，我们有理由相信，在 MPIA 成功开展上诉仲裁后，部分采取观望态度的 WTO 成员可能会选择加入。[11]

2、非加入成员也可以使用临时上诉仲裁

MPIA 是一份共同声明，因此在措辞上使用“参加成员”（Participating Members），阐明参加成员的立场和具体安排，但这并不意味着只有参加成员可以使用临时上诉仲裁机制。MPIA 以第 25 条为依据，如果非 MPIA 选择依据第 25 条对专家组报告提出上诉，那么在现有的机制供给下，临时上诉仲裁机制是顺理成章的指向，而 MPIA 并没有也不能将非参加成员排除在外，因为这是所有 WTO 成员在第 25 条下的权利。

WTO 争端解决中已经出现非 MPIA 参加成员合意选择依据 DSU 第 25 条解决上诉争议的实例。例如，2020 年 10 月 7 日，非 MPIA 参加成员印度尼西亚和参加成员澳大利亚在“印度尼西亚诉澳大利亚 A4 复印纸反倾销措施案”的执行程序谅解中约定，如果在 DSU 第 21.5 条专家组报告散发时，上诉机构停摆仍继续，任一方可以通过 DSU 第 25 条仲裁对 DSU 第 21.5 条专家组报告提起上诉。由于印度尼西亚没有参加 MPIA，该文件中没有提及 MPIA，但明确了在上诉中使用第 25 条仲裁程序。[14]

也有非 MPIA 参加成员提议进行上诉仲裁的情况。例如，在“卡塔尔诉沙特阿拉伯有关知识产权保护措施案”中，沙特曾于 2020 年 7 月 28 日依据 DSU 第 17 条提出上诉审议，但因为上诉机构已经停摆，案件陷入僵局，于是在 2020 年 10 月 5 日，卡塔尔正式建议双方通过 DSU 第 25 条仲裁方式解决上诉争议。[15]卡塔尔和沙特阿拉伯都不是 MPIA 参加成员，文件中未明确提及 MPIA，但当时 MPIA 已经通报给 DSB，如果开展第 25 条上诉仲裁当然会依循 MPIA 程序，而显然卡塔尔并不认为不参加 MPIA 会妨碍双方使用 MPIA 上诉仲裁机制。

事实上，非 MPIA 参加成员在个案基础上达成通过 DSU 第 25 条仲裁解决其上诉的合意更具灵活性。尽管 MPIA 对参加成员不产生法律约束力，但参加 MPIA 即是明确表明了愿诉诸 MPIA 上诉仲裁的态度，客观上还是会对参加成员构成道德约束，违背承诺对参加成员的声望无益。选择暂不加入，先观察 MPIA 的实际运作，也可以以非参加成员身份选择使用 MPIA 上诉，在充分观察和体验后再决定是否加入，更加灵活。对 MPIA 而言，WTO 成员的客观上诉需求决定了 MPIA 机制的外溢性效果，非 MPIA 参加成员有可能基于个案选择 MPIA 仲裁，而 MPIA 也因此能够在更大范围内帮助填补上诉机构停摆带来的危机，实现其基本目标。随着 MPIA 以多种方式得到更多的运用，参加成员增加也是必然的结果。

（三）美国可能接受临时上诉仲裁或结束上诉机构僵局

美国大使针对 MPIA 的来信，虽然不支持 MPIA，但却没有质疑 MPIA 的合法性，美国也不反对成员利用 DSU 第 25 条或其他非正式程序帮助解决争端。相反，2020 年 2 月 10 日，美国和韩国在“韩国诉美国对韩国某些石油管材反倾销措施案”的执行备忘录中第 5 段约

[11] Bashar H. Malkawi, “MPIA and Use of Arbitration: Bypassing the WTO Appellate Body”, JURIST, 28 May 2020, https://www.jurist.org/commentary/2020/05/bashar-malkawi-mpia-wto-appellate-body/, visited on 12 February, 2021.

14 Australia - Anti-Dumping Measures on A4 Copy Paper - Understanding between Australia and Indonesia Regarding Procedures under Article 21 and 22 of the DSU, WT/DS529/18，7 October 2020.

15 Saudi Arabia - Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights - Communication from Qatar, WT/DS567/8, 5 October 2020.

定，如果双方同意依据 DSU 第 25 条仲裁程序审查 DSU 第 21.5 条执行专家组报告，则将对本备忘录进行相应的修改。[16]尽管备忘录时间早于 MPIA 正式通报时间，但 MPIA 的构想早在 2017 年 6 月即被提出，2019 年 7 月 25 日和 2019 年 10 月 29 日欧盟和加拿大、欧盟和挪威分别向 DSB 通报了已经成形的临时上诉仲裁文件，因此该备忘录中所指的审查执行专家组报告的 DSU 第 25 条仲裁程序就是上诉仲裁程序。这一约定似乎暗示美国并非完全排斥 MPIA 上诉仲裁。

从美国的《WTO 上诉机构报告》来看，美国十分忌惮上诉机构发展和扩大自身权力，其对上诉机构提出的指责至少有五项直接指向上诉机构超越本身职权范围，试图从多个方面调整成员方控制与上诉机构准司法权间的平衡，加强 WTO 成员对上诉审议程序的控制，甚至怀疑建立一个永久性机构必然会导致这种力量增长。由是观之，一个临时性、更少制度性更多争端方意思自治的上诉审查机制可能更符合美国的要求。MPIA 对美国的一些上诉机构改革关切做了回应，例如超期、审查国内法、处理非必要事项，并大大增加了争端方的意思自治，随着临时上诉仲裁的开展，如果确实解决了美国的一些担忧，并不排除美国主动加入的可能。[17]另一方面，上诉机构停摆真实发生后，美国以停摆上诉机构为工具迫使其他成员方接受美国的 WTO 改革方案的效用随之下降，而没有上诉审议程序的争端解决机制未必符合美国利益。美国是 WTO 争端解决机制，特别是上诉审议程序的主要使用方，上诉机构停摆也导致美国敦促其他成员方遵守 WTO 义务的成本上升，尽管美国可以采取单边措施或缔约区域协定，但从广度上都暂时无法完全替代作为多边安排 WTO 的体制。[12]特朗普政府后期惯用单边贸易限制手段压制其他成员，拜登政府应该会向多边、规则主义方向移动，一个规则导向的强有力的争端解决机制符合美国利益。接受 MPIA 或者在改革的前提下恢复上诉机构运转，是拜登政府可能接受的选项。拜登成为美国总统不到一个月即接受了 WTO 总干事人选，就释放了积极信号。

（四）MPIA 的成就取决于其实际运作情况

临时上诉仲裁机制预设在上诉机构停摆期间提供上诉审议，保障 DSU 争端解决机制顺利进行，这是 MPIA 的基本功能。但在此以外，MPIA 还能期待更大的成就。

MPIA 并非 WTO 争端解决机制的组成部分，但是基于 MPIA 的个案上诉仲裁是 WTO 争端解决机制的一部分。作为 WTO 部分成员的集体国家实践，MPIA 及其运行应当遵守 DSU 相关规则。“美国版权仲裁案”仲裁裁决曾专门论述道，由于交付 DSU 第 25 条仲裁无需 DSB 做出决定，诉诸第 25 条仲裁不存在任何多边控制，但仲裁小组有义务确保根据调整 WTO 体制的规则和原则适用第 25 条。[18]MPIA 上诉仲裁中，除 MPIA 文件本身，上诉仲裁员有义务在程序上确保临时上诉仲裁遵守 DSU 相关规则，以嵌入 DSU 争端解决机制。在实体上，仲裁员亦应以 WTO 协定规则与原则为依据，一方面以此维护适用协定项下权利和义务解释的一致性和可预期性，公正解决争端，另一方面也是为了实现临时上诉仲裁裁决对 WTO 规则发展的影响力，取得超出解决具体争端以外的成就。

按照《仲裁程序》第 15 段，临时上诉仲裁裁决无需 DSU 通过报告，只需通知 DSB 即

---

16 Understanding between the Republic of Korea And the United States Regarding Procedures under Article 21 And 22 of the DSU, WT/DS488/16, 10 February 2020.

17 Simon Lester, Can Interim Appeal Arbitration Preserve the WTO Dispute System?, Free Trade Bulletin, September 1, 2020, Number 77, p.4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3694753.

[12] 韩立余：《构建国际经贸新规则的总思路》，《经贸法律评论》2019 年第 4 期。

18 Award of the Arbitrators, US – Section 110(5) Copyright Act (Article 25), WT/DS160/ARB25/1, 9 November 2001, para. 2.1.

可，同时 MPIA 只是部分 WTO 成员之间的一种临时安排，具体案件的仲裁协议只对案件当事方有约束力，于是就有了 MPIA 报告不能作为未来争端解决事实上的先例被援引的质疑。[13]有研究认为，WTO 成员提起某些申诉，更多的是看中争端解决报告对规则澄清的先例价值，而不仅仅是具体涉诉措施的现实和潜在商业利益。[14]因此，为 WTO 争端解决创造事实上的先例，澄清 WTO 规则，明晰 WTO 规则下的成员权利义务，为多边贸易体制提供更大的可靠性和可预见性，将是 MPIA 能够争取的更深远的影响。经全体成员通过并非衡量裁决能否被援引参考的标准，GATT 时期未通过的专家组报告中所含的法律推理对嗣后涉及同样问题的案件亦有参考作用，[19]而解决实体争议的专家组报告和上诉机构报告本来也只是对具体争端成员有约束力，在这一点上与 MPIA 上诉仲裁裁决一致，因此这两点都不能从法理上妨碍上诉仲裁裁决成为事实上的先例。MPIA 上诉仲裁裁决对 WTO 法理和规则解释的影响力最终取决于裁决质量。MPIA 相关制度安排，如仲裁员质量和遴选，又如认可了事实上的依循先例，提供了保证上诉仲裁裁决质量和说服力的可能性，而实际的裁决质量及其与 WTO 原则规则的契合，对尚有争议的问题的阐释情况，将是临时上诉仲裁裁决影响力的决定性因素。

毋庸置疑，以稳妥计，上诉仲裁员需要依循既有专家组和上诉机构对相同或类似法律事项的解释。但对部分成员提出过质疑的规则解释，[20]MPIA 仲裁员是否依然依循先例，还是会有所调整？对比较难以把握的贸易自由和贸易救济的关系以及例外规则，MPIA 仲裁员采取什么办法进行解释和平衡？MPIA 仲裁员会对国内法，特别是具有一定政治敏感性的国内法律法规表现出多大程度的尊重？MPIA 仲裁员该回避摆在它面前的新争议还是着手处理它们？这些问题大概只有在“实战”中根据情况权衡处理。

MPIA 本身仍有许多不确定性，如上诉机构走过的历程类似，临时上诉仲裁将在实践中逐步丰富其程序规则，包括进一步明确 MPIA 中措词的含义，善用 MPIA 给仲裁员预留的精简程序的组织措施决定权和实质性措施建议权以及在行权过程中合理平衡仲裁员和争端方的权利，发展与 DSU 其他程序的衔接方案等。MPIA 参加成员还需要设法通过与 WTO 机构、主要非 MPIA 成员协商解决仲裁员薪酬、仲裁费用、法律和行政支持等问题，唯其如此，才能确保裁决的公正性、独立性和高法律质量。MPIA 正文第 13 段明确规定，参加成员将在 MPIA 提交之日起一年后审查 MPIA，审查可以涉及 MPIA 的任何特征，这种自查对优化 MPIA 机制建设是非常必要的，评审结果和相关决定也将影响 MPIA 自身运行乃至 WTO 成员对 MPIA 的立场和态度。

又及，MPIA 虽自身定位为临时安排，但如果上诉机构危机迟迟得不到解决，则随着其

---

[13] Bashar H. Malkawi, “MPIA and Use of Arbitration: Bypassing the WTO Appellate Body”, JURIST, May 28, 2020, https://www.jurist.org/commentary/2020/05/bashar-malkawi-mpia-wto-appellate-body/, visited on 16 February, 2021..

[14] Mark Daku and Krzysztof J. Pelc, “Who Holds Influence over WTO Jurisprudence”, Journal of International Economic Law, vol.20, no.2 (May 2017), p.243.

19 在 WTO 争端解决的初始阶段，专家组和上诉机构就肯定了未通过报告的法律推理的指导作用。如日本酒精饮料税案专家组引用了“智利诉欧共体苹果进口限制案”的未通过专家组报告的法律分析，上诉机构则在上诉机构报告中肯定了专家组可以在其认为相关事项的法律推理上，从未通过的专家组报告中寻求有用的指导，See Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, Panel Report, WT/DS8 /R, 11 July 1996, para. 6.10；Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, 4 October 1996, p.15.

20 例如，美国在《WTO 上诉机构报告》中就认为上诉机构对《1994 年关税和贸易总协定》和《技术性贸易壁垒协定》中的非歧视待遇判断要素，《补贴与反补贴措施协定》中的公共机构、外部基准、对非市场经济体的双重救济，《反倾销协定》中的倾销幅度计算归零法和《保障措施协定》的解释存在错误，See USTR, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, pp.81-119, https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf.

他成员陆续加入，需要考虑加入成员的提名权并相应调整仲裁员池组成，以吸引更多成员加入并维护加入成员权益。MPIA 附件《仲裁员库的组成》第 5 段规定，全体参加成员可随时协议修改仲裁员池的组成，如果上诉机构停摆时间长，参加成员将自仲裁员库组成两年时起定期部分重组仲裁员库。为体现 MPIA 的开放性和包容性，也应让后来加入的成员参加仲裁员提名和遴选，增加 MPIA 的吸引力。

只有时间才能证明，MPIA 裁决是否具有人们所希望的权威性，既解决具体争端，又提供一致性和确定性的规则解释，还能进一步丰富 WTO 争端解决手段和 WTO 实体规则的内涵。MPIA 参加成员和 MPIA 仲裁员需要发挥创造性的法律思维才能达成前述目标。

四、结语

WTO 法治在执行监督层面的体现集中表现在，通过贸易政策审议机制监督 WTO 成员对 WTO 规则的实施，通过 WTO 争端解决机制实现争端解决的司法化，二者都是推进法治化的关键条件。[15]而从实际运作来看，二者间更加强有力的是争端解决，不仅通过独立公正的法律方法解决了争端，还澄清了 WTO 规则和成员权利义务。因此，上诉机构停摆对 WTO 法治的打击是沉重的。进而，上诉机构停摆还会对 WTO 新规则谈判产生消极影响，如果没有对一成员是否遵守规则的第三方审理，一些成员会因担心谈判成果的执行力减弱而削弱参与谈判的热情。

MPIA 此时挺身而出，作为 WTO 部分成员的集体实践，在承袭上诉审议传统中发挥创造力并提出创新解决方案。在机制建设方面，MPIA 参加成员还有很多工作要做，比较突出的是经费和秘书支持，还有与 DSU 既有程序的衔接。尽管这些问题，迄今仍没有确定的解决方案，但 MPIA 的十位仲裁员每周都开会讨论仲裁开展的程序性问题。在上诉机构恢复运作之前，MPIA 作为替代的仲裁，一旦有案件提交 MPIA 仲裁，MPIA 实际解决了 WTO 成员的争端，就可以在程序实际运作端和成员需求端都产生争相推动了，事实上，WTO 上诉机构的完备程序和秘书支持也是在实践中形成和完善的。目前的 WTO 谈判，已经广泛采取开放的诸边主义，这是多哈谈判受挫情形下的理性选择，MPIA 也是诸边模式，是紧急应对危机的优选现实方法。只要各方持续以妥协、合作的姿态积极协商与谈判，相信 MPIA 一定会逐渐展现出在维护争端解决机制运转方面的价值，并能为恢复上诉机构贡献解决方案。无论未来如何，临时上诉仲裁机制在其存续期间，都能够通过维持解决贸易争端的效率和客观性进一步实践 WTO 促进自由贸易的目标，澄清 WTO 法律规则，并继续培养和锻炼通晓和支持 WTO 法理的专家。[16]随着临时上诉仲裁的开展，希望 MPIA 能够吸引更多的 WTO 成员关注和加入。

在更大的背景下考量，此次上诉机构的危机只是症状，而不是原因。此次美国对上诉机构诸多指责并阻挠上诉机构成员遴选，植根于国际范围内日益加剧的对司法能动主义和国际裁判机构的不信任、对国家主权影响的关注和民粹主义意识形态的增长，[17]也与美国在国际经贸中实力的相对衰弱直接相关。在国际法上，主权所涉及的真正问题是国家如何分配权力，经济主权本质上是确定经济决策的权限范围，将经济主权按照事项分解为具体的权力，然后

[15] 曾令良：《WTO 一种自成体系的国际法治模式》，《国际经济法学刊》2010 年第 4 期。
[16] Bashar H. Malkawi, “Born out of Necessity: MPIA Arbitration and WTO”, Regulating for Globalization, 16 June 2020, http://regulatingforglobalization.com/2020/06/16/born-out-of-necessity-mpia-arbitration-and-wto/, visited on 16 February, 2021..
[17] Joost Pauwelyn and Rebecca J Hamilton, Exit from International Tribunals, Journal of International Dispute Settlement, vol.9, no.4 (July 2018), p.679.

确定如何分配。[18]WTO 争端解决过去二十余年的成就建立在成员自愿让渡部分经济主权的基础上，DSB 因此得以用符合经济自由主义法治模式的一系列裁决逐渐替代了政治谈判。[19]然而，日益强大的争端解决机制及其对 WTO 规则的解释和发展，令部分成员产生了上诉机构权力过大、凌驾在 WTO 成员政治谈判所确定的规则之上的质疑，也在一定程度上挤压了国家经济主权，上诉机构僵局由此而生。当一国处于强盛之时，更倾向于选择规则导向型的国际经济立法模式，一旦进入衰退期，则很可能转向契约导向型的国际经济立法模式，[20]美国特朗普政府越来越倾向于小诸边和双边经贸协议谈判，争端解决模式也从独立第三方演变为双边谈判[21]并减少与多边争端解决的勾连，就是明证。从这个角度观察，尽管拜登政府主张多边主义，美国也恐怕不会无条件地复活上诉机构，但 WTO 其他成员也不宜轻易对美国妥协。对包括中国在内的诸多新兴经济体来说，基本的立场选择应当是从总体上维护现行自由主义国际经济秩序的稳定，脱离霸权统治，回归治理本位，坚持以制度导向为模式的国际经济治理体系。[21]

由此，WTO 上诉机构僵局恐难简单化解，WTO 成员需要通过谈判并在贸易关系中找到新的调和点。也因此，MPIA 将需要运作一段时间，中国可以在 MPIA 的机制建设中发挥建设性作用，维护 WTO 法治和中国的经贸利益，也以此为抓手积极参与 WTO 争端解决机制改革。

[18] John H Jackson, “The WTO ‘Constitution’ and Proposed Reforms: Seven Mantras Revisited”, Journal of International Economic Law, Vol. 4, no.1(March 2001), pp.77-78.
[19] Carol Harlow, “Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values”, The European Journal of International Law,vol.17, no.1 (January 2006), pp.212-214.
[20] 徐崇利：《中美实力变迁与国际经济立法模式的走向：“规则-契约”谱系下的制度选择》，《法学家》2020 年第 5 期。
[21] 《中国和美国经济贸易协议》第 7.4 条“争端解决”就是纯政治性的争端解决模式，而在贸易上，中国正是美国最大的挑战者。
[21] 徐崇利：《变数与前景:中美对国际经济治理模式选择之分殊》，《现代法学》2019 年第 5 期

国际航空业碳抵消与削减机制初探

刘勇[1]　朱瑜[2]

摘要：2016 年 10 月召开的国际民航组织（ICAO）第 39 届全体成员国大会决定建立一个“国际航空业碳抵消与削减机制”（CORSIA），以实现自 2020 年起的“碳中和增长”目标。碳抵消与削减机制是 ICAO 长期持续致力于航空业温室气体减排所取得的成果，同时也与国际航空减排的紧迫性与航空企业的认可相关联，另一方面则受到了欧盟在国际航空减排谈判中的积极推动与单边威胁的影响。CORSIA 的特点主要表现为适用范围有限、分阶段实施、“前松后紧”的抵消义务等。当前，CORSIA 的发展前景尚面临着诸多挑战，如可用于抵消的合格排放单位的资格要求将成为实施 CORSIA 的主要障碍、CORSIA 自身缺乏遵约与处罚机制。为促进 CORSIA 的顺利实施，同时尽可能减少其对航空市场的扭曲，ICAO 应进一步完善 CORSIA 的执行方案，或由成员国调整其自主性航空减排措施。CORSIA 的有效实施也有赖于《芝加哥公约》下的成员国“自助机制”。

Abstract： In October 2016, the 39th ICAO Assembly agreed to establish a Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation（CORSIA）, in order to achieve the goal of 2020 Carbon Neutral Growth. For the one thing, the CORSIA derives from the long-lasting efforts made by the ICAO to mitigate the emission of international aviation. It also relates to the urgent need to reduce carbon emission of international aviation and acknowledgement of aviation sector. On the other hand, the CORSIA is the result of EU’s active promotion and unilateral threatening in the negotiation of emission reduction of international aviation. The features of CORSIA consist of limited coverage, implementation by three phases, offsetting obligations based on “easy before difficult”, etc. Currently, CORSIA faces various challenges, e. g. the criteria of emission units eligible for offsetting will turn out to be the key obstacle for the implementation of CORSIA and there are no compliance and penalty mechanisms in CORSIA. For the purpose of enhancing the reduction effectiveness of CORSIA and minimizing the distortion to the aviation market, ICAO ought to make further efforts to improve the CORSIA implementation programmes. Alternatively, the Member States of ICAO may adjust its voluntary mitigation mechanism for the emission of aviation. The effective implementation of CORSIA highly depends on the self-help mechanism of Member States under the Chicago Convention.

关键词：航空业减排；国际民航组织；市场导向措施；碳抵消与削减机制；2020 碳中和增长

Key words：Reduction of Aviation Emission; International Civil Aviation Organization; Market-based Measure; Carbon Offsetting and Reduction Scheme; 2020 Carbon Neutral Growth

一、引言

2016 年 10 月，国际民航组织（International Civil Aviation Organization，以下称 ICAO）第 39 次全体成员国大会通过了有关市场导向措施应对航空业温室气体排放的第 39-3 号决议。

[1] 刘勇，浙江财经大学法学院教授，法学博士，主要从事国际环境法、国际经济法的研究。
[2] 朱瑜，中国计量大学经济与管理学院副教授，主要从事国际贸易理论与政策的研究

[1]该决议同意在顾及各国特殊情况及各自能力的前提下，建立一个“国际航空业碳抵消与削减机制”（Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation，以下称 CORSIA），以实现从 2020 年起的“碳中和增长目标”（Carbon Neutral Growth Goal）。该机制适用于跨越国境的国际航班，并要求成员国参与抵消的航空公司提交或购买适格的排放单位（排放许可），用于抵消其在基准年（2019 年）[3]之基础上任何新增的排放量。航空运输由此成为第一个通过全球性市场导向措施来削减温室气体排放的行业。这必将极大地增加全球范围内对于碳排放许可与减排信用的市场需求，同时也将提高航空企业参与温室气体减排的积极性，并进一步激发各国气候变化政策的合作与协调。尽管民航业受到新冠疫情的强烈冲击，但 CORSIA 仍按计划于 2021 年正式启动。据估算，在基准年发生变化后，2021−2023 年期间航空公司的抵消义务都将寥寥可数。[4]

对于全球合作应对气候变化的进程来说，CORSIA 机制的出台是国际社会继 2015 年《巴黎协定》后取得的又一个突破性成就，也是气候变化国际公约之外的一个全球性碳减排机制。ICAO 成员国大会的决议本身不具有法律强制性，[2]但此类决议通常会授权理事会起草并通过相关的执行方案。这些获得理事会批准的执行方案（被称为“国际标准与建议措施”）将被纳入《国际民用航空公约》（以下称《芝加哥公约》）的附件中，并成为有一定法律约束力的规则体系。同时，上述决议还切实表达了国际社会试图通过柔性机制（要求企业抵消实际排放量而非直接要求其实质减排）来削减航空业温室气体排放的政治意愿，真实反映了各国在航空业温室气体减排问题上所能取得的最大限度的共识与妥协，同时也是在行业快速发展的背景下试图稳定和锁止 2020 年后全球航空业排放量的适当举措。本文拟追溯 CORSIA 的产生背景，探明 CORSIA 的特点，并在此基础上阐明 CORSIA 所面临的挑战与发展前景，以期为我们深入理解 CORSIA 机制以及中国参与航空业温室气体减排提供适当的智力支持。

二、CORSIA 的生成背景

（一）ICAO 建立航空业温室气体减排机制的长期努力

《联合国气候变化框架公约》（以下称《框架公约》）、《京都议定书》与《巴黎协定》共同构建了全球应对气候变化的政治与法律进程，削减温室气体的排放也随之成为各缔约国的重要任务之一。但是，鉴于国际民航业的特殊性，该行业的温室气体排放不受上述三个法律文件的约束，而是交由 ICAO 来管制。依据《京都议定书》第 2 条第 2 款的规定，缔约国应通过 ICAO 来作出努力，以谋求限制或减少航空业的温室气体排放。《京都议定书》是全球范围内第一个设立以国别为基础（附件 1 国家）的强制性、可量化的减排目标的法律文件。它之所以不适用于民航业的减排，是因为跨国航班的排放量难以归责于某个特定的缔约国，从而无法将航空业纳入到附件 1 国家承担的强制性减排义务中。当时缔约国曾经讨论过航空经营者的国籍、乘客或所承运货物的所有者的国籍、航班的出发地或目的地等可归责的因素，

[1] ICAO. Resolution A39-3:Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection – Global Market-based Measure (MBM) scheme[EB/OL]. [2020-10-15]. https://www.icao.int/environmental-protection/Documents/Resolution_A39_3.pdf.

[3] ICAO 成员国大会最初确立的基准年是 2019-2020 年。但考虑到 2020 年全球航空业受到新冠疫情的严重影响而营业额大跌，下跌的金额最高可达 4000 亿美元，排放量也比当初估算的数据要低 63%，不适合再作为基准年，所以 ICAO 理事会于 2020 年 6 月决定只将 2019 年作为基准年。ICAO Council agrees CORSIA baseline change to protect Covid-stricken airline sector from higher carbon costs, 1 July 2020, https://archives.greenairnews.com/www.greenaironline.com/news538d.html?viewStory=2715.

[4] Airlines unlikely to have any CORSIA offsetting obligations for at least three years if baseline rule changed, finds EDF analysis,15 May 2020, https://archives.greenairnews.com/www.greenaironline.com/news1ddc.html?viewStory=2694.

[2] Jiefang Huang.Aviation Safety through the Rule of Law: ICAO’s Mechanisms and Practices[M], Wolters Kluwer, 2009:191-193.

但最终因无法取得一致意见而不得不放弃。[3]

作为建立 ICAO 的基础性、组织性文件，《芝加哥公约》并没有将气候变化作为法律规制的核心议题之一，主要原因是该公约的首要目的是通过制定和实施国际统一的技术标准或指南来确保国际民航业的安全与有序发展。不过，随着国际社会日益重视环境问题以及国际民航业的快速发展，ICAO 也以成员国大会决议的方式作出了适当的回应。2001 年 ICAO 第 35 次成员国大会通过决议，首次提出应为减少国际航空业排放对环境的影响制定相关的措施，并指示 ICAO 理事会起草执行方案。2007 年 ICAO 第 36 次成员国大会则率先提出了航空业温室气体减排的一揽子方案：一是技术创新，如使用燃油经济性更佳的发动机；二是提高机场与航班的运营效率，如尽量缩短航程的距离或避开航班拥堵的线路；三是使用零排放的生物燃料；四是采用市场导向型的措施。2010 年第 37 次成员国大会明确指出 2020 年后全球航空业的新增排放量应努力维持不变，这就是所谓的“碳中和增长目标”。该目标为 CORSIA 机制的制定提供了一个重要的前提条件。[4]2013 年 ICAO 第 38 次成员国大会则进一步决定，由理事会起草一个全球性的市场导向措施方案并提交下次会议讨论和决定。当时 ICAO 理事会提出了三种可选的方案：一是强制性的碳抵消机制，即由航空经营者须购买合格的排放单位来抵消其在基准线之上的实际排放量。该排放单位应在航空业之外产生，并符合特定的资格要求以确保减排的有效性；二是强制性的碳抵消机制加上收费，即在要求航空经营者承担抵消义务之外还需按实际排放量向 ICAO 缴纳相应的费用（类似于碳税）。该收费将用于促进发展中国家的减排行动等特定用途；三是强制性的以“限额+交易”为基本特征的碳排放权交易机制。ICAO 将确立每一航空经营者在某一年度的排放上限（总量控制），并通过免费或有偿的方式向经营者发放等同于该排放上限的配额。经营者在每一履约期结束后提交与其实际排放量相当的排放配额。一旦经营者的实际排放量超过其获得的配额，则它需另行在市场上购买相应数量的配额。[5]

尽管上述三种方案均具备技术上的可行性且同样有助于实现 2020 年后的“碳中和增长目标”，但是就 ICAO 的管理成本以及企业的减排负担而言，碳抵消机制无疑是最佳的选择。首先，第三种方案（碳排放权交易机制）的实施成本最高。该机制的特点是管理者通过排放配额的数量控制与价格干预来引导企业采取减排行动。因此，管理者首先需要按特定的方法来确立每一经营者应获得的配额数量，这不仅需要考虑到该经营者以往年度的排放量（历史排放法），而且还需考虑到全球航空业的总体排放量以及增长幅度（行业基准法）。此外，管理者还需长期关注和干预公开市场上配额的交易价格，因为价格过高或过低都会抑制企业减排的积极性和能力。况且，碳排放权交易机制致力于控排企业的总量削减，故经营者为适应碳排放权交易机制还需付出额外的成本；其次，对于第二种方案（强制性的碳抵消机制加上收费），管理者面临的最大困难就是很难确立一个适当的收费标准，而且额外收费会直接增加经营者的减排负担，从而遭遇企业的抵制，缺乏政治上的可行性；最后，第三种方案（碳抵消机制）的实施成本最低，因为管理者不需要创造特定的排放配额或排放许可，而是由经营者通过外部市场来购买。所以，管理者无需长期干预排放配额的总量以及市场价格。此外，

[3] Uwe M. Erling. How to Reconcile the European Union Emissions Trading System (EU ETS) for Aviation with the Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA)? [J]Air & Space Law, 2018(4):375-376.
[4] Ruwantissa Abeyratne, Aviation and Climate Change: In Search of a Global Market Based Measure[M].Springer, 2014.30-40.
[5] ICAO, Environmental Report 2013[EB/OL]. [2020-10-20]. https://cfapp.icao.int/Environmental-Report-2013/files/assets/common/downloads/ICAO_2013_Environmental_Report.pdf.

管理者也无需建立成本高昂的交易登记系统以及监测、报告以及核查机制等碳市场所必需的基础设施。这是 ICAO 最终放弃成本高昂、过于复杂的碳排放权交易机制而选择更加灵活、简便易行的碳抵消机制的重要原因之一。

（二）航空业减排的紧迫性与航空企业的认可

相对于能源、化工、钢铁等排放大户，航空业的温室气体排放具有以下特点：第一，排放量的增长速度非常快。2017 年的数据显示，全球航空业的排放量达到 8590 万吨二氧化碳当量，同比增长 5. 9%，相当于当年全球温室气体排放量的 2%左右。尽管所占比例不高，但其增长速度十分惊人。据估算，按目前的增长速度，2020 年全球航空业的排放量将比 2005 年增长 70%;预计到 2050 年,航空业的排放量甚至将达到彼时全球温室气体总排放量的 22%。[6]航空业排放量的快速增长主要源自近年来飞机数量、运输量以及耗油量的持续提高。据预测，2040 年全球航空业的耗油量将达到 2010 年的近 4 倍。[7]上述特征一方面要求航空业应尽快采取有效的减排措施，至少应延缓该排放量的增长速度，另一方面也说明在能耗量持续且快速增长、短期内难达排放峰值的情况下航空业自身减排的压力与困难比较大；第二，航空器的排放具有非常典型的跨国性特征，这是因为排放源是在不同的空域之间移动的，一个国际航班必然会对不同国家的大气环境造成直接的负面影响。换言之，航空业温室气体排放的“溢出效应”与“外部性影响”远远超过其他行业，对全球大气环境产生了更为广泛的负面影响；第三，航空业的减排急需国际合作。鉴于跨国航班数量的快速增加，一国若只要求本国航空公司减排，那么减排效果就容易被外国航空公司在本国境内的排放所抵消，最终本国的减排目标也必将大打折扣，而且这也会损害同类企业之间的公平竞争。这也是为什么欧盟曾经要求其成员国的航空公司以及在欧盟市场经营有跨国航线的外国航空公司都必须参与其强制性碳排放交易体系的重要原因之一。

航空业减排的急迫性在行业（企业）层面获得了广泛的认可。由 240 家航空公司组成的国际航空运输协会（International Air Transport Association，以下称 IATA）也赞同采用碳抵消机制。2013 年 6 月，IATA 全体成员大会通过了一项名为“2020 年后航空业碳中和增长（CNG2020）计划的执行”的决议。该决议所设定的减排目标是 2020 年后国际航空业的新增排放量应保持稳定并逐步减少，并且 2050 年的排放量要比 2005 下降 50%。该决议明确主张采用全球强制性的 CORSIA 机制，并建议 ICAO 根据 2018−2020 年的平均排放量为全球航空业以及每一个航空公司设定每一履约期的排放基准,同时为部分高速增长的航空公司以及新进入航空业的经营者提供特殊待遇。另外，该减排机制还应尽可能消除市场扭曲，对同一航线的经营者应给予公平待遇。据 IATA 估算，通过 CORSIA 机制的运用，2021 年至 2035 年，全球航空业可减少 26 亿吨二氧化碳的排放量。[8]

航空业的排放主要来自传统化石燃料的消耗,因此提高燃油的使用效率或采用清洁能源是目前航空业减排行动的优先选项。但是，我们不能否认 CORSIA 机制的重要地位。据学者研究，如果 ICAO 不结合采用市场导向措施，则单凭其他减排措施无法保证航空业实现 2020 年后的碳中和增长目标。因为无论是提高燃油效率、使用耗油量更小的新发动机，还

[6] Carbon Market Watch, 2016 Annual Report [EB/OL]. [2020-8-10]. https://carbonmarketwatch.org/wp/wp-content/uploads/2017/06/Carbon-Market-Watch_Annual-report-2016_FINAL_PRINT.pdf.
[7] Ruwantissa Abeyratne. Carbon Offsetting as a Trade Related Market Based Measure for Aircraft Engine Emissions[J]. Journal of World Trade , 2017(3): 439–440.
[8] IATA, Climate change [EB/OL].[2020-10-15]. http://www.iata.org/pressroom/facts_figures/fact_sheets/Documents/fact-sheet-climate-change.pdf.

是使用生物燃料，都不可能“一蹴而就”并立即产生减排量[9]。从大气环境治理的角度来说，由何人在何处实施减排并不重要，因为任何人在任何地点的减排行动都会对大气环境起到改善的作用。基于此，CORSIA 机制是航空业最为快捷、简便的减排行动。此外，CORSIA 机制建立在“2020 碳中和增长目标”的基础之上，相当于为将来全球航空业的排放设置了一个总量控制目标。不过，这个目标是弹性的，在总量控制目标之上的排放量仍可以通过购买排放单位来予以抵消。CORSIA 机制一方面能够通过经济手段来激励航空企业采用各种真实的减排措施，以尽可能减少企业的成本支出，另一方面又为航空企业的排放增长留下了适当的空间。这种兼具约束性与灵活性的减排政策也更易为企业所接受。

（三）欧盟对航空业减排的积极推动与单边威胁

欧盟是全球范围内最早通过市场导向措施来削减航空业温室气体排放的经济体。它通过强制要求外国航空公司参与其碳排放交易体系向 ICAO 的成员国施加了压力和单边威胁，并根据 ICAO 的谈判进展以及国际政治经济环境的变化灵活调整自己的决策，可谓是 ICAO 制定 CORSIA 减排方案的重要推手。

依据第 2003/87 号指令，欧盟于 2005 年率先在全球范围内构建了第一个通过市场导向措施来激励企业减排的跨国性、强制性碳排放交易体系，该指令由此成为欧盟碳排放交易的基础性规定。之后，由于 ICAO 迟迟没有就航空业的减排达成有约束力的法律文件或可执行的决议，基于维护航空业经营者之公平竞争以及削减排放量的双重考虑，欧洲议会与理事会于 2008 年 11 月 19 日批准了第 2008/101 号指令，该指令通过修改碳排放交易的基础性规定即第 2003/87 号指令，将航空业纳入已经于 2005 年 1 月 1 日启动的碳排放交易体系。修改后的第 2003/87 号指令要求，自 2012 年 1 月 1 日起，所有在欧盟境内机场起降的商业性客货运输的经营者（包括外国航空公司）都要参加碳排放交易，只有军用、警用、医疗等非商业用途的飞机才可得以豁免。受管制的范围是航空器从欧盟境内机场到境外机场之间所有的温室气体排放量。例如，一架飞机从中国上海飞往法国巴黎，这段行程中所有的排放（包括在公海上空）都须受到管制。

不过，欧盟也为上述针对外国航空公司的单边性管制措施留有余地，即在特定条件下可不予适用。第 2003/87 号指令第 25a 条明确指出，欧盟及其成员国将继续致力于达成一个有关航空业减排的全球性协议。一旦国际社会成功签署该协议，那么欧盟委员会将考虑是否有必要修改本指令中适用于航空业的规定。从第 25a 条的规定来看，欧盟要求外国航空公司参与其碳排放交易体系的根本目的是迫使该公司的母国也应采取相似的航空减排措施，或者引诱其母国与欧盟达成减排的合作协议，而最佳的结果无疑是由 ICAO 成员国达成一个全球性的航空业减排协议。由于上述航空减排指令受到了中、美、俄等航空大国的强烈指责、抨击与抵制，同时也为了持续推进 ICAO 的航空业减排谈判，欧盟对该指令的实施采取了灵活的态度，分两次暂时豁免了外国航空公司所经营的进出欧盟的跨国航班的减排义务。[10]

两次“暂停实施”为 ICAO 的减排谈判以及 CORSIA 的最终达成营造了比较良好的政治氛围。但是，“暂停实施”并不等于“永久免除”，因为依据欧盟第 421/2014 号条例的规定，如果 2016 年 ICAO 全体成员国大会没有达成航空减排的决议，那么欧盟仍可能自 2017 年 1 月 1 日开始，将碳排放交易制度恢复适用于来自或飞往欧洲经济区之外国家的跨国航班。因此，两次“暂停实施”始终没有停止对经营欧盟航线的外国航空公司的单边威胁，这种“胡

[9] Janina Scheelhaase, EU ETS versus CORSA-A critical assessment of two approaches to limit air transport's CO2 emissions by market-based measures[J].Journal of Air Transport Management, 2018(1):57.
[10] 朱瑜,刘勇. 欧盟碳排放交易新政、国际航空减排谈判与中国对策研究[J].国际论坛，2014(6):7-9.

萝卜加大棒”的策略一定程度上推动了 CORSIA 机制的出台。

三、CORSIA 的特点及其评价

按照 2016 年缔约方大会的要求，ICAO 理事会于 2017 年起草了 CORSIA 的执行方案（CORSIA Package），并公开征求社会公众意见。[11]其中，部分内容已经在 2018 年 6 月召开的 ICAO 理事会会议上获得了通过。[12]根据 ICAO 第 39-3 号决议以及 CORSIA 执行方案，下文对 CORSIA 的特点进行归纳与评价。

（一）适用范围有限的碳中和机制

CORSIA 仅适用于成员国从事跨国航线的经营者在 2020 年后的新增排放量（而非其全部排放量）。该机制的根本目的是实现 ICAO 与 IATA 所一致认可的航空业 2020 年后的“碳中和增长目标”。详言之，一方面 ICAO 允许 2020 年后全球航空业的温室气体排放量仍维持增长的态势，避免减排任务对航空业的正常发展造成过度的负面影响；另一方面 2020 年后航空业在基准年之上的新增排放量需要由航空经营者购买和提交相应数量的排放单位来抵消和“中和”，相当于是通过新增排放量的抵消来“锁止”航空业的温室气体排放，从而为全球削减温室气体的行动作出相应的贡献。所以，CORSIA 机制的适用范围比较有限且具有天然的妥协性，因为它并不直接控制经营者在某一年度的全部排放量，也不强制要求经营者逐年减少其实际排放量，而只是间接地控制经营者在 2020 年后的新增排放量，要求经营者为该排放支付相应的代价，并通过此间接手段来促使经营者采用技术创新等实质性减排手段。

CORSIA 机制的有限适用范围还体现在，它仅约束在参与该机制的 ICAO 不同成员国的机场之间运营的跨国航班。据此，两类航班不在 CORSIA 机制的规制范围内：第一，如果某一跨国航班的起飞或/和降落机场所在国尚未参与 CORSIA 机制，那么此航班的排放就不受 CORSIA 的约束。这一规定的主要目的是应尽可能减少 CORSIA 机制对国际航空市场公平竞争的扭曲，确保相同国际航线的经营者获得平等的待遇和受到相同的管制；[13]第二，成员国的国内航班不受 CORSIA 的管制，由成员国自主决定采取适当的减排措施，包括成员国可将国内航空业排放的削减目标纳入《巴黎协定》下国家自主决定贡献的范围。这一选择显然顾及了航空业排放的特殊性。据悉，在航空业的经营活动中，约有 62%的温室气体排放量发生于各国领土之外的国际空域。[14]所以，对跨国航班进行规制应是全球航空业减排的工作重点。

另外，为了提高政治可行性与降低管理成本，同时体现气候变化治理中的“共同而有区别责任原则”，ICAO 免除了部分成员国与部分航空经营者的抵消与削减义务。首先，CORSIA 不适用于最不发达国家、小岛国与内陆发展中国家（Landlocked Developing Countries）的航空业，除非它们自愿参加抵消；其次，历史年度的平均排放量小于 1 万吨二氧化碳的航空公司以及从事人道救援、医疗以及灭火等公务的航空器等也可获得豁免，新进入航空业的经营者在 3 年内也可免除抵消义务。不过，无抵消义务的航空公司仍有向所在国政府报告排放

[11] ICAO. Text of proposed amendment to the international standards and recommended practices of Annex 16 to the Convention on International Civil Aviation Volume IV (CORSIA) [EB/OL]. [2020-9-15]. http://icsa-aviation.org/wp-content/uploads/2018/01/ICAO_CORSIA_draft_-SARP.pdf.
[12] ICAO. Council reaches landmark decision on aviation emissions offsetting[EB/OL]. [2018-9-15]. https://www.icao.int/Newsroom/Pages/ICAO-Council-reaches-landmark-decision-on-aviation-emissions-offsetting.aspx.
[13] Uwe M. Erling. International Aviation Emissions Under International Civil Aviation Organization’s Global Market Based Measure: Ready for Offsetting? [J]Air & Space Law, 2017(1):7-8.
[14] Susanne Becken & Brendan Mackey. What role for offsetting aviation greenhouse gas emission in a deep-cut carbon world?[J].Journal of Air Transport Management, 2017(1):70.

数据的义务。

（二）分阶段实施的碳抵消机制

为尽可能减少碳抵消义务给航空公司带来的负担，同时顾及各国航空业不同的减排能力，CORSIA 将分阶段实施：2021-2023 年为试验期，由各国自愿选择参加。截止 2020 年 7 月，共有 88 个国家明确表示自愿承担试验期的抵消义务，但中国、巴西等发展中航空大国未参加；[15] 2024-2026 年为第一交易期，参与国包括试验期内参与抵消的国家以及在这一交易期内其他自愿参加的国家，发达国家应带头参与；2027-2035 年为第二交易期，所有在 2018 年的航空活动超过国际航空活动（international aviation activities）的 0. 5%的国家都必须参与抵消机制。该航空活动以收入/吨公里（RTK-Revenue Tonne-Kilometer）为计量单位，因此“国际航空活动”实际上反映了一国的航空营收数据以及其在全球航空业的市场份额。按 2014 年国际航空活动的数据，中国、美国、英国、法国、俄罗斯等 36 个航空大国最迟 2027 年须参与 CORSIA。[16]在试验期开始前，即从 2019 年 1 月 1 日起，经营有国际航线且年度排放量大于 1 万吨二氧化碳的公司均须监测并报告其温室气体排放的数据（即 2019 年间的年度平均排放量），以确定其承担抵消义务的基数。

从 2021 年开始，CORSIA 机制的实施从完全自愿逐步过渡到部分自愿与部分强制，并最终进入完全强制阶段。这种分阶段实施的做法有助于减少 CORSIA 给全球航空业带来的负担，同时也能顾及中国等发展中国家的航空排放目前尚在高速增长、排放峰值尚未到来的客观情况，为这些国家的航空经营者提供了在一定期限内继续增加排放量的空间，同时也为经营者采取技术创新、提高运营效率等实质性减排措施赢得了适当的时间。另外，分阶段实施也有助于 ICAO 及时评估 CORSIA 的减排作用并进行必要的修正或完善。

（三）“先松后紧”的抵消义务

成员国应依据其所管辖的航空公司提交的排放数据来核算后者应承担的年度抵消义务。该抵消义务的确定取决于以下因素：受管制的国际航班的实际排放量；特定年度航空业排放量的总体增长系数；特定年度航空器经营者的排放量的增长系数；行业系数与个体系数。具体公式如下：某一航空经营者的抵消义务=（行业系数 X 该经营者受管制的国际航班在某一年度的实际排放量 X 该年度的行业增长系数）+（个体系数 X 该经营者受管制的国际航班在某一年度的实际排放量 X 该年度的经营者增长系数）。

上述行业系数与个体系数将进行动态调整。2021-2029 年，行业系数为 100%，个体系数为 0%；2030-2032 年，行业系数不超过 80%，而个体系数至少为 20%；2033-2035 年，行业系数不超过 30%，而个体系数至少为 70%。2030 年后的两个系数由 2028 年召开的 ICAO 成员国大会来决定。

由此可见，抵消义务相当于是 ICAO 为航空经营者设定了一个可量化的减排目标。这一目标以 2019 与 2020 年受管制的国际航班的平均排放量为基数，同时顾及特定年度的航空经营者与全球航空业之实际排放的增长幅度，再通过行业系数与个体系数进行动态的调整。两个系数的设定则体现了 CORSIA 机制的约束力“先松后紧”的指导思想，因为 2021-2029 年期间经营者只需按照全球航空业实际排放的平均增长量来履行抵消义务，而之后经营者自身的增长量在抵消义务中所占比重逐步增加，最终提高至不少于 70%，甚至将来有可能进一步提高至 100%。这充分体现了环境治理政策中常用的“污染者付费原则”，经营者须为其

[15] ICAO. Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA) [EB/OL]. (2018)[2020-11-13]. https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Pages/state-pairs.asp.
[16] Uwe M. Erling, International Aviation Emissions Under International Civil Aviation Organization’s Global Market Based Measure: Ready for Offsetting?[J]. Air & Space Law, 2017(1):9.

每一吨二氧化碳的排放量支出相应的成本，从而激励其采取实质性的减排措施。

（四）“成员国驱动型”的执行机制

碳税、碳排放权贸易等市场导向型温室气体减排措施均对排放数据提出了严格的要求。CORSIA 机制的有效实施与减排效果也有赖于航空企业排放数据的可靠性、准确性与真实性：第一，在 CORSIA 的准备阶段，自 2019 年 1 月 1 日起，航空公司须监控、记录其国际航班的排放量并向所属国政府上报该数据。该数据是确定 2020 年后该经营者之抵消义务的必要条件，也是经营者新增排放量的比较基准；第二，在 CORSIA 的实施阶段，航空公司须提交其国际航班的年度实际排放量，并结合其基准年的排放数量来折算其在该年度应抵消的新增排放量和应提交的排放单位。简言之，只有当经营者提交了真实可靠的历史排放数据以及 2020 年后的新增排放数据，CORSIA 才能有效地实现碳中和增长目标。ICAO 并没有试图建立一个权威的管理机构来监控与核实航空企业的排放数据。从 CORSIA 执行方案的文本来看，航空公司抵消义务的核算、实际排放量的核实、纠错与报告等均由各成员国来完成。这说明 CORSIA 的执行情况最终还是要取决于各航空公司所在国的自主行动。因此，CORSIA 采用了一种“成员国驱动型”的执行模式。

例如，CORSIA 的核心内容之一是对航空企业的实际排放量进行监测、报告与核查。按执行方案的要求，航空业的经营者必须按照两种方法来监测与记录其国际航班的排放量，方法之一是按照航班的耗油量来折算排放量，方法之二是按照飞机的类型、航程的距离、飞行时间等因素来估算排放量。之后，经营者应按照排放监测方案在规定的时间内向所属国报告该数据。该数据经由独立第三方机构核查后再交给所属国政府，并由后者进行核实，必要时后者还可与国际航班涉及的其他成员国进行数据与信息的分享。核实后的报告由所属国政府提交给 ICAO。

综上，尽管同属全球气候变化治理的重要组成部分，但 CORSIA 采用了有别于《框架公约》、《京都议定书》与《巴黎协定》“以国家为中心”的规制模式，而是将航空企业作为减排义务的承担主体，但也没有完全忽视航空企业所在国的“身份”。CORSIA 相当于是为 2020 年后成员国的每一适格航空企业设定了一个动态的总量控制目标（一旦超出基准线即需承担抵消义务），从而完美地规避了国际空域中的温室气体排放难以归责于某一个国家的难题，同时也能充分体现《芝加哥公约》所确立的非歧视与平等原则，尽可能减少其对航空运输市场公平竞争的扭曲。不过，CORSIA 同时又适当考虑了航空经营者所在国的身份，把一部分航空排放量小的国家排除在调整范围之外，这是对部分发展中国家所长期坚持的“共同而有区别责任原则”的必要回应。因此，CORSIA 是国际社会削减温室气体行动的一次新尝试和新突破，因为它构建了全球范围内首个以企业为最终主体的多边减排机制，突破了《框架公约》、《京都议定书》与《巴黎协定》以国家为边界的规制困境。这一新突破受到了以 IATA 为代表的全球航空企业的普遍认可，从而为国际航空运输的温室气体减排行动奠定了重要的基础。

另一方面，CORSIA 充分考虑到当前航空业仍处于快速增长阶段这一客观事实，它并没有要求航空企业应削减 2020 年后的全部排放量，而只是以部分航空经营者 2020 年后的新增排放量作为管制对象，以柔性的“碳中和”与“碳抵消”为切入点，并通过分阶段实施与“先松后紧”的实施模式，希冀“碳抵消”这一补充性减排措施能促使航空企业采用技术创新、管理升级等实质性减排行动，以最终实现刚性的“碳削减”目标。这一选择最大限度地消解了航空业减排所遇到的政治阻力，同时也能最大程度地降低 ICAO 的管理成本和实施难度。总之，CORSIA 是 ICAO 在尽力平衡政治可行性与减排有效性之基础上取得的适当结果。

四、挑战与应对：CORSIA 的发展前景分析

2018 年 6 月召开的 ICAO 理事会会议通过了 CORSIA 的部分执行方案，并将之纳入《芝加哥公约》的附件 16（环境保护）。此部分内容于 2019 年 1 月 1 日起生效。[17]不过，上述方案的内容比较有限，主要涉及监测、报告与核查机制以及履约登记系统的建设等程序性事项。ICAO 成员国尚在可用于抵消的合格排放单位等重大问题上存在不同意见，还需理事会成员进一步的谈判和协商。此外，如何化解 CORSIA 对既有航空减排措施带来的冲击以及如何在《芝加哥公约》的框架下确保 CORSIA 的有效实施，都有待 ICAO 成员国进行谨慎的思考和应对。基于这些挑战，下文对 CORSIA 的发展前景进行一定的预测并提出应对方案。

（一）合格排放单位的资格要求将成为 CORSIA 面临的主要争议之处

CORSIA 的核心要求之一是受到管制的航空公司应根据其在 2019 年基数之上的新增实际排放量提交相应的合格排放单位（Eligible Emissions Units），以实现 2020 年后的碳中和增长目标。合格排放单位代表了持有者可向大气环境排放一定数量温室气体的权利，这种权利来自于政府或有权机关的认定。从广义上讲，可用于抵消的减排单位可来自两种途径：一是政府基于国内碳排放交易体系的需要而向控排单位发放的排放配额，如企业在欧盟、中国等碳市场免费或有偿获得的配额；二是政府或特定机构基于特定减排项目而发放的排放许可或减排信用，如基于清洁发展机制（Carbon Development Mechanism，以下称 CDM）项目而获得联合国认证的核证减排量（Certified Emission Reduction ，以下称 CER）、中国主管部门对于自愿减排项目发放的中国核证减排量（Chinese Certified Emission Reduction，以下称 CCER）。常见的减排项目有风电、水电、垃圾焚烧发电、沼气回收、林业碳汇等。CORSIA 执行方案的建议稿采用了第二种标准，即要求航空公司使用基于项目而产生的减排信用（排放单位）来履行其抵消义务。[18]因此，ICAO 框架下的排放单位是一种获得政府或特定机构认证的排放许可或减排信用，表明持有者通过项目建设减少了一定数量的温室气体的排放。这种排放单位具有经济属性，可在特定的范围进行流通和转让。一旦航空公司在市场上购买并向政府提交了相应数量的排放单位，则它在上一年度的实际排放量就具有了合规性，或者说它已经通过“投资减排项目”而履行了特定的减排义务，从而抵消了其实际排放量。

合格排放单位的资格要求一定程度上决定了各航空公司所承担的减排成本以及 CORSIA 机制的减排效果：资格要求过于严格，则合格排放单位的可供应数量必将十分有限，造成国际市场价格高企，使航空业难以负担 CORSIA 所带来的成本上升，不过这会极大地促使航空经营者采取实质性减排措施以减少其抵消义务；资格要求过于宽松，则合格排放单位必将大量涌入国际市场，导致市场价格低迷，无法通过经济手段来刺激航空业采取实质性减排措施，因为经营者只需通过低价购买并提交排放单位即可完成减排义务。这对于抑制航空业排放的快速增长必然是不利的。所以，在确立合格排放单位的资格要求时，ICAO 需要谨慎地平衡航空经营者的抵消成本与 CORSIA 机制的减排效果之间的关系。

对于可用于抵消的合格排放单位的资格问题，ICAO 理事会的建议草案提出了一些基本

[17] ICAO.国际航空碳抵消和减排计划[EB/OL]. [2020-10-20]. https://www.unitingaviation.com/publications/Annex-16-Vol-04-CH/#page=2.

[18] CORSIA Emissions Unit Eligibility Criteria, Proposal for the First Edition of Annex 16, Volume IV, concerning Standards and Recommended Practices relating to the Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA) [EB/OL]. [2020-11-10].http://icsa-aviation.org/wp-content/uploads/2018/01/ICAO_CORSIA_draft_-SARP.pdf.

要求，例如产生排放单位的减排项目必须具有额外性，即碳抵消信用（carbon offset credits）代表了法定义务之外的碳排放削减量，同时该减排量在照常情景（business-as-usual scenario）下不会发生；减排项目必须拥有现实的和可靠的基准线；碳抵消信用必须可量化、可监测、报告与核查；减排量的核算必须由独立第三方机构来完成等。上述要求并没有提及排放单位的来源（减排项目的性质）、产生时间、认定机构与程序等关键要素。目前，ICAO 成员国对于可抵消的合格排放单位的资格要求仍有不同意见，这也影响了部分国家参与 CORSIA 试验期的积极性。例如，中国与巴西对 ICAO 第 39-3 号决议中有关资格要求的第 21 条与第 23 条提出了保留。两国坚持认为，ICAO 应自动接纳联合国框架下基于 CDM 项目而产生的减排信用，也就是说无须对 CDM 项下的 CER 进行额外的审查。目前市场上约 60%的 CER 由中巴两国的投资者拥有。[19]欧盟则提出了不同的意见，主张 CDM 项下的 CER 须重新由独立第三方进行审核，以确保其符合 CORSIA 下的资格要求，且只有 2016 年 12 月 31 日后开始运营的项目产生的排放单位才可用于抵消，以保证该排放单位代表了 ICAO 通过 CORSIA 决议后才产生的实际减排量，进而实现 CORSIA 对全球温室气体减排的贡献。[20]

CDM 项目对温室气体减排的实际贡献正在遭受广泛的质疑，其主要原因是项目的额外性不足，且 CER 的供应量过多。例如，不少政府对风力发电、水力发电、垃圾焚烧发电等清洁能源项目提供了大量的补贴，因此即使没有 CDM 项目的经济激励，投资者在照常情景下也会进入此领域。据学者估算，目前 85%的 CDM 项目和 73%的 CER 都缺乏额外性，不能证明其在照常情景之外产生了实际的减排量。[21]另外，德国“新气候研究所”（NewClimate Institute）公布的一份报告显示，自 2012 年起，CDM 项目产生的 CER 就处于严重供大于求的状况，导致其市场价格长期低于 1 欧元/吨，不能对购买者的实际减排行动提供足够的经济压力。就数量而言，2013-2020 年注册的 CDM 项目所产生的 CER 足以满足 2035 年之前航空业对排放单位的需求。所以，如果不限制 CER 的使用，CORSIA 不会对全球温室气体的实际减排产生额外的贡献。[22]

另一方面，由于在排放单位的资格问题上难以取得共识且担忧航空企业的抵消成本过高，迄今中国、巴西、俄罗斯等国仍拒绝自愿参与 CORSIA2021-2023 年试验期的碳抵消行动。中国历来主张 ICAO 的市场导向减排机制应与《框架公约》、《巴黎协定》实现对接，在后两者框架下产生的排放单位或减排信用可直接用于履行航空业的减排义务，同时“共同而有区别责任原则”以及“各自能力原则”也应得到遵守，因为这会对发展中国家的航空业起到重要的缓冲与保护作用。[23]据中国民航总局公布的数据，2019 年全行业完成运输总周转量 1293. 25 亿吨公里，比上年增长 7. 2%；全行业完成旅客周转量 11705. 30 亿人公里，比上年增长 9. 3%。2019 年，中国民航吨公里油耗为 0. 285 公斤，较 2005 年（行业节能减排目标基

[19] Carbon Market Watch, UN aviation body delays decision on key rules for airline offset scheme, I [EB/OL]. [2020-11-10]. https://carbonmarketwatch.org/2018/06/28/un-aviation-body-delays-decision-on-key-rules-for-airline-offset-scheme/.
[20] EU Commission. State Letter AN 1/17.14 - 17/129: Agreement with comments[EB/OL].[2020-10-20]. https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2018-03-01-eu-reply-to-corsia-state-letter.pdf.
[21] Martin Cames, How additional is the Clean Development Mechanism?[EB/OL].[2020-10-20]. https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/clean_dev_mechanism_en.pdf
[22] NewClimate Institute, Marginal cost of CER supply and implications of demand sources[EB/OL].[2018-10-20].https://newclimate.org/wp-content/uploads/2018/03/Marginal-cost-of-CER-supply.pdf.
[23] Ruwantissa Abeyratne, Carbon Offsetting as a Trade Related Market Based Measure for Aircraft Engine Emissions[J].Journal of World Trade, 2017(3):434-435.

准年）下降 16. 2%；机场每客能耗较“十二五”末（2013-2015 年）均值下降约 15. 8%。[24] 这说明中国民航业的单位产品的能耗在逐步下降的同时，排放总量却在持续上升，由此导致 2020 年后民航业自身减排的空间十分有限，需要通过购买大量的外部减排信用来抵消实际排放量。据学者估算，至 2035 年中国航空公司的碳抵消总成本可能会高达 210 亿元人民币。[25]

本文以为，ICAO 不能忽视中国等发展中国家的航空业尚处于快速发展、排放峰值远未到来的阶段。尽管 CDM 项目的额外性与减排效果存在一定的积弊，但如果因减排成本过高而导致中国、巴西、俄罗斯等航空大国不能尽快参与 CORSIA 机制，那么这对全球气体变化治理来说必将是一个严重的损失。基于此，ICAO 可以按照“先易后难”的原则，先对排放单位的资格进行比较宽松的规定，如全盘接受 2016 年 12 月 31 日后产生的 CER，再辅以适当的动态调整机制，由 ICAO 理事会定期对 CORSIA 的减排效果以及 CORSIA 对航空经营者、成员国和全球航空业的影响进行评估，必要时建议 ICAO 全体成员国大会修改上述资格要求。或者建立“价格触发机制”，一旦排放单位的市场平均价格长期低于一定的标准值，则理事会应提出修正的建议。

截止 2020 年 12 月，ICAO 理事会共批准了七项可适用于试验期（2021-2023 年）的合格排放单位，具体包括：CCER、CDM 项下的 CER 以及 American Carbon Registry（美国碳注册，一个自愿减排认证体系，其减排信用可用于加州等强制性交易体系的履约）、Climate Action Reserve（加州碳减排项目登记系统）、Verified Carbon Standard（全球最大的自愿减排认证体系，总部在华盛顿）、The Gold Standard（自愿碳减排认证体系，总部在日内瓦）以及 The Architecture for REDD+ Transactions（Reducing Emissions from Deforestation and forest Degradation，通过减少毁林与森林退化减排，以及森林保护、可持续管理等获得的自愿减排认证体系，总部在阿肯色州小石城）。ICAO 理事会还要求，上述减排项目必须是自 2016 年 1 月 1 日后启动，且减排量必须发生于 2020 年 12 月 31 日前。[5]

不少环境组织提出了批评。如总部位于布鲁塞尔的碳市场观察（Carbon Market Watch）认为，ICAO 理事会对减排项目的实施时间进行限制只是“聊胜于无”，并不能杜绝航空经营者将“垃圾信用”（junk credits）用于抵消其实际排放量。其主要原因是，CDM 项下符合上述要求的 CER 大致在 1. 8-5. 7 亿吨左右，但受到新冠疫情的影响，试验期内航空业的实际需求只有 0. 4-1. 5 亿吨。所以，它主张应将减排项目的启动时间规定在 2020 年之后。它甚至还认为，CDM 缺乏额外性，所以其减排信用是不合格的。[6]

（二）成员国需协调 CORSIA 与既有的航空业碳减排机制之间的冲突

在 ICAO 决定建立 CORSIA 机制之前，欧盟成员国、中国等已经启动了适用于航空业的强制性碳排放交易体系。据此，历史年度排放量达到一定标准的航空公司必须每年向政府提交与其实际排放量相等的排放配额，否则将被处以罚金甚至被剥夺经营权。但是，ICAO 第 39-3 号决议以及 CORSIA 执行方案均未提及如何与成员国现有的航空业碳减排机制实现有效的衔接。例如，CORSIA 是否应全面取代成员国现有的航空业排放权交易机制？相对来

[24] 中国民用航空总局.2019 年民航行业发展统计公报[EB/OL].[2020-11-12]. http://www.gov.cn/xinwen/2020-06/13/5519220/files/c5cf239470c64d7fb5cde4626ba9b37e.pdf.

[25] 顾阿伦. 国家航空市场减排机制对中国碳市场的影响和意义[J].中国经贸导刊.2017(2):49.

5 ICAO completes final building blocks for implementing CORSIA carbon scheme ahead of pilot phase start, 14 December 2020, https://www.greenairnews.com/?p=119.

6 ICAO Council follows advisory body recommendations and approves CORSIA-eligible carbon programmes，16 Mar 2020，https://archives.greenairnews.com/www.greenaironline.com/news9fd2.html?viewStory=2679.

说，CORSIA 对航空业温室气体排放的约束力度要小于碳排放交易体制，因为前者并没为经营者设置一个刚性的绝对减排目标，而是允许其继续增加排放量，条件是经营者用适格的排放单位来抵消其实际增长的排放。因此，受到管制的排放量仅限于经营者在基准年之上的新增排放；后者则为每一个受管制的经营者设置了每一年度刚性的绝对排放上限（总量控制目标），该上限还将逐年降低。因此，受到管制的范围涵盖了经营者每一年度的所有实际排放量。鉴于两者的管制力度、政策目标以及实施机制等存在较大的差异，一旦两者的关系没有理顺，那么这将会给部分航空企业带来“双重负担”的隐患，或者引发 CORSIA 导致航空业不公平竞争与市场扭曲的非议。

根据国家发展改革委办公厅《关于切实做好全国碳排放权交易市场启动重点工作的通知》，全国统一的碳排放权交易市场将涵盖航空业（包括客货运输及机场），航空领域的温室气体控排企业为 2013 至 2015 年中任意一年综合能源消费总量达到 1 万吨标准煤以上（约为 2. 6 吨二氧化碳当量）的法人单位。在这之前，2012 年上海市已经率先将年均排放量超过 1 万吨二氧化碳当量的虹桥机场、浦东机场、东方航空、上海航空、春秋航空等经营者纳入地方性碳排放交易试点的管制范围内。那么，一旦将来东方航空等参与 CORSIA 机制，这将意味着部分中国企业的国内航班与国际航班的排放量均受到管制，从而带来双重负担的问题，影响中国经营者的市场竞争力。同时，经营者的国内航班与国际航班的排放量受到了不同标准的管制，这又会导致航空市场的扭曲与不公平竞争。理论上，不同的航空经营者向大气排放的每一吨二氧化碳均会产生相同的负面作用，故应承担相同的减排义务或支付相同的费用，以补偿其生产经营活动产生的外部性影响。但是，仅仅因为某些经营者主营国内航班，而另一些经营者主营国际航班，两类企业却承担了不同标准的减排义务与成本支出。

上述问题同样存在于欧盟航空业。根据欧盟第 2017/2392 号条例，自 2013 年 1 月 1 日起至 2023 年 12 月 31 日，航空业的强制性减排指令仅适用于欧盟内部经营的航班（包括跨国航线），即只有同时在欧盟境内机场起飞与降落的航班才需要参与碳排放交易体系，在欧盟境外机场起飞并在欧盟境内机场降落或者在欧盟境内机场起飞并在境外机场降落的国际航班却不受管制。目前，欧盟 27 个成员国均自愿参与 2021 年开始的试验期的抵消行动，欧盟内部的跨国航班则面临着最为不利的局面，因为它们一方面要接受欧盟碳排放交易体系的约束，另一方面又必须自 2021 年开始承担 ICAO 框架下的碳抵消与削减义务。基于此，在 CORSIA 出台后，代表行业利益的欧洲航空联盟（Airlines for Europe）主张欧盟内部的跨国航班应停止适用碳排放交易制度，这些航班应统一适用 CORSIA 机制，否则对其将构成不公平竞争和歧视性待遇。[26]

本文以为，CORSIA 仅适用于在参与国机场之间起飞与降落的跨国航班，因此大量不符合条件的跨国航班与国内航班必然要被排除在外，这客观上不利于维护航空业的公平竞争以及尽可能减少 CORSIA 的市场扭曲效果。为此，ICAO 成员国可采用两种方案来协调 CORSIA 与既有的自主性航空减排措施之间的冲突：一种方案是调整 CORSIA 的适用范围，排除成员国之间已经受到管制的跨国航班；另一种方案则是由成员国对其碳排放权交易制度进行适当的修改，豁免航空经营者已经受到 CORSIA 管制的排放量。据悉，英国脱欧后建立了自己的碳排放交易机制，并计划采用所谓的“供应调整”（supply−adjusted）机制，在航空经营者的减排义务中扣除在 CORSIA 项下需要抵消的部分，同时在发放配额的总量中也予以

[26] ICAO reaches key stage in CORSIA implementation with adoption of SARPs but challenges remain over sustainability criteria[EB/OL].[2020-11-10].http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=2499.

对应的扣除。[7]

（三）成员国需借助于《芝加哥公约》的“自助机制”来推进 CORSIA 的有效实施

ICAO 第 39-3 号决议以及 CORSIA 执行方案均没有提及遵约与处罚机制，也没有试图建立一个专门的机构来处理 CORSIA 的实施问题。航空业的温室气体减排方案必须包含相应的遵约与处罚机制，否则难以实现预期的减排目标。例如，依据欧盟的航空减排指令，航空业经营者须向指定的管理国（欧盟的某一成员国）提交与其上一年度排放量相当的配额，否则管理当局将针对每一吨未提交配额的超额排放征收 100 欧元的罚款，严重违规者将有可能被终止欧盟航线的经营权。国家发展与改革委员会起草的《全国碳排放权交易管理条例》（送审稿）也对于各类违法行为规定了责令限期改正、停业整顿、罚款、扣减下一年度排放配额等处罚措施。此条例适用于包括航空公司在内的所有控排企业。但是，迄今为止，气候变化国际公约的遵约与处罚机制都难言成功。《框架公约》与《京都议定书》尽管规定了不遵守程序，缔约方大会可决定对不遵守条约的缔约方采取公布不遵约、丧失条约特权、资金惩罚、在未来的承诺期弥补排放贸易制裁等强制性措施，但是遵约机制的拘束力基本不具有实质意义，而仅具有宣示性价值，同时在实践中也没有得到有效的实施。[27]2015 年《巴黎协定》也没有解决这个“顽疾”。该协定第 15 条只是简单地规定应建立“便利执行与促进遵守机制”，并没有提及不遵守行为的具体形式以及相应的法律责任。[28]

CORSIA 的有效实施可从两个层面来理解：第一，受到管制的航空经营者切实履行其排放数据报告义务以及碳抵消义务；第二，参与 CORSIA 的缔约国须核算航空经营者的排放数据、抵消量并确保后者完成相应的碳抵消义务，同时向 ICAO 提交相应的情况报告。为此，作为《芝加哥公约》不可分割的组成部分，CORSIA 须借助于该公约下的遵约机制，通过规范缔约国的实际行动，来间接地敦促、监督航空经营者履行其碳抵消义务。

按照《芝加哥公约》第 37 条（国际标准及程序的采用）与第 54 条（理事会必须履行的职能的规定），获得理事会批准的 CORSIA 执行方案将作为国际标准与建议措施而被纳入公约附件 16。部分学者将《芝加哥公约》之附件视为“软法”，因为公约并没有规定成员国一旦违反附件中的国际标准将会受到何种处罚。[29]《芝加哥公约》第 38 条（背离国际标准和程序）仅仅规定了此类成员国的通报义务：如果某一成员国不能完全执行附件中的国际标准，那么它应立即将本国的执行措施与国际标准的差别告知 ICAO，嗣后理事会还应将该国措施与国际标准的差别通报给其他成员国。不过，第 33 条（证书及执照的承认）要求成员国相互认可各自作为航空器的登记国而核发的适航证、合格证书与执照，但条件是成员国在核发各类证书时的要求应不低于公约规定之国际标准。进言之，一成员国可以拒绝承认另一成员国作为登记国为航空器出具的证书，理由是另一成员国核发证书的要求低于公约之国际标准，如航空器的经营者没有按附件 16 的标准履行其抵消义务。如果航空器的适航证、合格证书与执照未获某一成员国的承认，这就意味着此类航空器不能进入该国的领空，也就不能经营相关的国际航线。那么，借助于上述“自助机制”，《芝加哥公约》之附件仍可能

---

[7] UK opens consultation on implementing CORSIA and policy options for interaction with UK ETS, 27 January 2021, https://www.greenairnews.com/?p=621.

[27] 陈贻健. 气候正义论——气候变化法律中的正义原理和制度构建[M],北京：中国政法大学出版社, 2014.252-253.

[28] Daniel Klein, Maria Pia Carazo and Meinhard Doelle. The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary[M]Oxford University Express, 2017.349-351.

[29] Jeffrey J. Smith, M. Tanveer Ahmad, Globalization’s Vehicle: The Evolution and Future of Emission Regulation in the ICAO and IMO in Comparative Assessment[J]. Climate Law, 2018(1):96.

构成“事实上的硬法”。[30]

鉴于国际社会的平权结构，国际法缺乏一个超越于各国之上的强制执行机制，这使得国际法历来有“软法”与难以执行的沉疴。为此，国际法通过授权国家采取自助行动来敦促其他国家遵守其国际法律义务，例如联合国安理会授权成员国在必要时采取自卫行动以及世界贸易组织授权适格的成员方对外实施贸易报复等。依据《芝加哥公约》第 1 条（主权）与第 6 条（定期航班），国际航空市场的发展、国际定期航班的运营取决于国家之间的谈判结果，任何缔约国均可基于其主权权力而拒绝向外国航空公司开放领空，也就是拒绝授予其经营某一国际航线的权利。那么，如果某一缔约国未能确保其航空公司严格履行碳抵消义务，那么针对这种“违约行为”，其他国家可采取《芝加哥公约》所授予的“自力救济”，拒绝承认该航空公司的运营资格，剥夺其经营某一国际航线的权利。可见，CORSIA 的执行已经与航空公司的经营权紧密相关。相对于气候变化国际公约较为软弱的遵约与处罚机制而言，这种执行模式的强制性与有效性显然更胜一筹。

五、结语

就全球温室气体应对行动而言，以国家为主体的减排治理的管辖范围与大气容量空间的性质及其环境影响始终存在不匹配的问题。[31]这源自大气环境的“公地”特性。各国减排治理的管辖范围是以国家为边界的，但是各国的大气环境容量却是无边界的，由此导致各国的减排行动之间必然要相互影响，或者说任何一国的减排行动均具有一定的外部性或溢出效应。这种“公地”特性助长了部分国家“搭便车”的动机，同时也构成了气候变化公约谈判的一个重要障碍。但是，对于全球温室气体的减排而言，重要的不是“在何处减排”以及“如何减排”，而是“大家尽可能多减排”以及“公平分配减排任务”。秉承上述理念，CORSIA 突破了以国家为边界的气候变化治理困境，以柔性的 2020 年后碳中和增长为目标，并以 2019–2020 年的历史排放量作为基准线，通过“ICAO–成员国–航空企业”的多层次结构，将抵消与削减义务最终落实到航空企业身上，并有望通过《芝加哥公约》下的成员国“自助机制”来确保该机制的有效实施。

进言之，CORSIA 是国际社会通过全球性、行业性市场导向措施来应对气候变化的一个重要尝试。它在创新航空技术、使用清洁能源、提高管理效率等实质性减排措施之外，为航空业减排提供了一个尽可能降低企业成本、许可航空公司适度增加排放量的合理途径。它也是在航空排放快速增长、欧盟竭力主张航空业强制减排而中俄等航空大国强烈要求保留排放增长空间的大背景下，全球航空业能够达成的最大限度的妥协与最为可行的减排方案。CORSIA 能够通过经济激励与成本压力来引导航空企业采取实质性减排措施，从而为全球应对气候变化作出适当的贡献。总之，尽管 CORSIA 的减排效果可能并不是最理想的，但这是目前国际航空业能够接受的最为可行的方案。

就中国而言，虽然我们明确支持由 ICAO 通过一项市场导向措施来治理航空业温室排放的决议，但对于该措施的具体实施方案以及 CORSIA 的制度构建，仍持有一些有别于其他成员国的意见（如关于合格排放单位的资格要求）。中国政府尚未正式通知 ICAO 自愿参加于 2021 年开始试验运行的 CORSIA 机制，不过在 CORSIA 进入全面强制实施阶段后（即自 2027 年开始），中国航空业仍将承担节能减排的国际义务与成本压力。为此，我们在谈判中应尽可能降低企业的减排负担，最有效的谈判立场就是主张 CORSIA 机制应与《框架公约》

[30] T. Ahmad. Environmental Effectiveness of icao’s Basket of Mitigation Measures to Arrest Emissions from International Civil Aviation[J]. Annals of Air and Space Law, 2014(1):75-76.
[31] 王燕, 张磊. 碳排放交易市场化法律保障机制的探索[M] 上海：复旦大学出版社,2015. 44-45.

与《巴黎协定》实现对接，在后两者框架下产生的排放单位或减排信用（如某一年度之后的CDM 项目产生的 CER）可直接用于履行航空业的抵消义务，以充分践行联合国框架下的“共同而有区别责任原则”以及“各自能力原则”，为发展中国家航空业的可持续发展提供必要的保障。

强行法与属事豁免：分歧厘清、规范分析与争议根源

刘韵清[1]　中国人民大学法学院

摘要：关于国家官员外国刑事管辖的属事豁免是否存在例外，主要存在归纳路径和演绎路径，而强行法正是在演绎路径的背景下进入视野。将强行法作为属事豁免例外的理由，需要突破实体规则和程序规则二分法之论证困境。目前存在的四种解决尝试均不具有可行性，演绎路径下的强行法难以独立完成属事豁免存在例外的论证，将不可避免地回归到依赖国家实践和法律确信的归纳路径。关于强行法与豁免之间关系的争议很大程度上体现了自然法和实证法之争。本文认为，强行法应采取一种以实证法路径为主、兼采自然法路径的方式。这意味着，实证法路径是认定强行法存在、确定强行法内容的决定性因素，同时自然法因素也能够发挥供应价值、宣传规则和限制恶法等辅助功能。尽管目前尚未有充分的国家实践和法律确信支持强行法作为属事豁免例外，但自然法也可能持续对国际行为体的观念和行为产生影响，未来仍可能形成新规则。

关键词：属事豁免；强行法；二分法；实证法；自然法

一、强行法例外进入国家官员外国刑事管辖属事豁免的路径

自关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”列入国际法委员会的研究范围，该专题就引起了诸多关注，尤其是关于国家官员外国刑事管辖的属事豁免是否存在例外，更是在国际法委员会内外引发讨论，甚至被认为是该议题最为核心的问题。对于该问题，第一任特别报告员罗曼·阿纳托列维奇·科洛德金教授认为“很难说豁免例外已经发展成一项习惯国际法规范，同样也不可能肯定地断言存在建立这一规范的趋势”[2]。第二任特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯教授则得出了完全相反的结论，其认为“当代国际法有充分理由认定，国际罪行可构成国家官员的外国刑事管辖豁免的限制或例外”[3]。

在关于国家官员外国刑事管辖的属事豁免是否存在例外和限制的问题上，强行法逐渐进入视野。尽管两任特别报告员就该问题得出了不同的结论，但在论证路径具有相似性，即均采用了归纳路径和演绎路径。归纳方法即遵循识别习惯国际法的传统方法，从国家实践和法律确信的角度分析和总结属事豁免是否存在例外。演绎路径即试图从其他原则或规则推导出属事豁免存在例外，强行法正是在演绎路径的背景下进入视野。

具体而言，第一任特别报告员科洛德金教授总结了当前关于属事豁免应当存在例外的五点理由，并逐一进行了反驳。这些理由主要包括：第一，根据国际法，官员所犯的最严重罪行不能被视为以公务身份所施行为，故不能援引豁免。第二，由于官员以公务身份所犯的国际罪行不仅归咎于国家，也归咎于官员本人，因此他在刑事诉讼中不受属事豁免权的保护。第三，国际法中禁止某些行为并视其为犯罪的强制性规范高于豁免规范，所以豁免对这类犯罪无效。第四，国际法中产生了一种习惯国际法规范，规定官员犯有国际法规定的严重罪行的案件属于属事豁免例外。第五，针对最严重罪行的普遍管辖权的存在与豁免对这类犯罪的无效之间有某种关联。第六，“引渡或起诉”的义务与豁免对这种义务所涉犯罪的无效之间

1 刘韵清，中国人民大学法学院博士研究生，中国南海研究协同创新中心研究员。

2 Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Mr. Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, A/CN.4/631, para. 90.

3 Fifth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, A/CN.4/701, para. 217.

存在类比关系。其中，对于强行法作为例外的理由，第一任特别报告员认为强行法属于实体性规则，而豁免属于程序性规则，故豁免并非排除了违反强行法罪行的责任，其仅仅构成暂时的程序上的阻碍。

第二任特别报告员埃尔南德斯教授更加清晰地采取两种论证路径，一是从“该例外已构成了习惯国际法”的角度分析（归纳路径），二是从“国际罪行构成例外的系统性分类”的角度分析（演绎路径）。在对草案第 7 条的评注中，也明确提及了这两种路径的适用。[4]在演绎路径部分，特别报告员阐述了支持例外存在的三点理由，一是遵守强行法和打击有罪不罚，保护整个国际社会的价值观；二是维护被害者诉诸法律和获得赔偿的权利；三是考虑到起诉国际罪行的义务。其中，对于强行法作为例外的理由，第二任特别报告员认为尽管豁免仅仅是程序规则，但考虑到外国刑事管辖的特殊性，豁免可能成为程序性限制兼实质性限制。

对于属事豁免是否存在例外，两任特别报告员的不同态度本身即说明该问题具有巨大争议性，而草案第 7 条更是在国际法委员会内外引发了新一轮的讨论。强行法在该专题的重要性体现在：一方面，用识别习惯国际法的传统二要素路径（归纳路径）论证属事豁免存在例外存在很大难度，需要发挥演绎路径的作用。例如，即便是支持存在例外的第二任特别报告员埃尔南德斯教授在归纳路径部分也仅仅作出了模棱两可的总结，称“难以否认存在出现新的习惯法的趋势”[5]。可见其也难以得出明确结论认为现行习惯国际法支持属事豁免存在例外。在演绎路径部分，埃尔南德斯教授则更明确地指出，依据演绎路径“有充足的理由支持草案应当包括限制或例外，无论习惯国际法上是否已经存在这种限制或例外”。可见第二任特别报告员更加倚重演绎方法在论证属事豁免存在例外方面的作用。另一方面，在演绎路径中，强行法可以说是最重要的理由。诸如普遍管辖权、或起诉或引渡等其他理由亦着力于强调相关国际罪行的严重程度从而可能导致豁免规则存在例外。这些理由或多或少都与强行法有一定关系。[6]

本文主要分析，如何论证演绎方法路径下的强行法能够作为属事豁免例外的理由，尤其是如何突破所谓实体/程序二分法。本文认为，仅凭演绎路径难以跨越实体/程序二分法的鸿沟，演绎路径最终将不可避免地回归于归纳路径。归纳路径和演绎路径实则体现了国际立法的实证主义和自然主义之争。

二、强行法作为属事豁免例外的论证困境及解决尝试

（一）实体规则/程序规则二分法的引入

早在 2002 年国际法院“逮捕令案（刚果诉比利时）”中，法院即指出：“管辖豁免是属于程序性质的，而刑事责任则是实体性质的。尽管管辖豁免可能在一定时期针对特定行为阻碍起诉，但是其不能使相关人员其免于（exonerate）刑事责任”[7]。该案创造性地区分了程序规则和实体规则，即豁免规则属于程序规则，而刑事责任（包括强行法罪行的认定和惩罚）则属于实体问题，二者不发生冲突。在 2012 年“国家豁免案（德国诉意大利）”中，国际法

4 “…by applying both the deductive method and the inductive method.” Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Report on the work of the sixty-ninth session (2017), A/72/10, p. 180, para. (7).

5 “it does not seem possible under any circumstances to deny the existence of a clear trend that would reflect an emerging custom”. Fifth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, A/CN.4/701, para. 188.

6 第一任特别报告员也认为这些理由在某些方面相当接近。See Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Mr. Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, A/CN.4/631, para. 56.

7 “jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility.” Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at p. 26, para. 60.

院更加明确地阐述了强行法与豁免规则的关系，即“不能认为豁免规则减损了具有强行法性质的实体规则，同时强行法概念也不要求修改或取代豁免规则”[8]。依据国际法院的观点，强行法和豁免法具有不同的性质。因此，尽管强行法等级较高，但是仅相对于其他实体规则而言。针对属于不同性质的豁免规则，强行法不能够发挥作用，不能要求改变或取代豁免规则。

国际法委员会该议题第一任特别报告员罗曼·阿纳托列维奇·科洛德金教授也曾指出，将国际罪行定为犯罪的强行法规范属于实体法范围，而豁免规范具有程序性质，并不影响将有关行为定为犯罪，没有废除此类行为的责任，也没有完全排除对外国官员实施这些行为的刑事管辖权。鉴于二者涉及不同的问题，分别属于程序法和实体法，因此二者几乎不会相互冲突。[9]也有学者提出类似观点，认为强行法和豁免法事实上处理的是不同问题，即适用于国际法律秩序中不同的专门方面。一方面，人权规则保护的是个人不受国家干涉和政府滥用权力影响的不可剥夺和法律上可实行的权利。另一方面，豁免规则使国家官员能够有效履行公共职能，确保有序开展国际关系。[10]豁免仅仅只是将违反强行法的后果转向另一种解决方式，并非与强行法相抵触，豁免规则不存在强行法可以施加影响的实体内容。[11]

国际法院认定强行法和豁免法具有不同性质，即意味着在两种规则之间人工制造了鸿沟，对于不支持存在强行法例外的一方，这条鸿沟意味着，无论强行法具有什么样的效力（effects）和后果（consequences），都不会对豁免规则产生影响。对于支持存在强行法例外的一方而言，可能存在以下四种解决路径。但本文认为，这些解决方式目前都不具有可行性，演绎路径下的强行法将不可避免地回归到归纳路径。

（三）路径二：否认二分法的适用

第二种解决路径不质疑实体规则和程序规则二分法，但认为二分法对国家官员外国刑事管辖属事豁免不适用。具体而言，以下包括两种路径，一是区分国家豁免和官员豁免，二是区分属人豁免和属事豁免。

1．区分国家豁免和官员豁免

这种观点不质疑实体规则和程序规则的一般性区分，但认为应当区分国家豁免和官员豁免，至少在国家官员外国刑事管辖豁免的问题上，实体规则和程序规则的区分不合理。例如，第二任特别报告员埃尔南德斯教授即指出，国际法院在 2012 年“国家豁免案（德国诉意大利）”中关于“强行法”和“国家豁免”的解决“不能自动、全面地适用于”“国家官员外国刑事管辖豁免”。“国家豁免”和“国家官员外国刑事管辖豁免”具有不同的特点。尤其是，“国家豁免”主要指的是“民事管辖豁免”，例如恢复权利、支付补偿、赔偿损失等国家责任和法律后果，可以通过其他途径确定。例如通过国内法院确定民事责任，以及在国际层面通过国际法院诉讼、仲裁、谈判，或行使外交保护来确定和承担民事责任。[12]但是“国家官

8 Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 124, para. 58.

9 Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Mr. Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, A/CN.4/631, para. 64.

10 See Lee M. Caplan, “State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory”，2003 The American Journal of International Law 741, 772.

11 See “State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court. It does not go to substantive law; it does not contradict a prohibition contained in a jus cogens norm but merely diverts any breach of it to a different method of settlement. Arguably, then, there is no substantive content in the procedural plea of State immunity upon which a jus cogens mandate can bite. ” Hazel Fox QC, The Law of State Immunity (Oxford University Press, 2004), p. 525.

12 Fifth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, A/CN.4/701, para. 204.

员外国刑事管辖豁免”是指“刑事管辖豁免”，刑事责任的特点是只能在刑事法院行使，只有通过刑事诉讼才能够确定刑事责任，而上述其他途径无法发挥这种作用。因此，特别报告员指出，国际法院在“国家豁免案（德国诉意大利）”中的判决未考虑这一可能性，因此不可能得出结论认为，法院关于豁免与强行法规范之间没有冲突的说法适用于犯下国际罪行的国家官员的外国刑事管辖豁免案件。[13]

国际法委员会强行法专题的特别报告员迪雷·特拉迪教授对该问题也有类似论述。迪雷·特拉迪教授认为国家豁免（民事问题）和国家官员外国刑事管辖（刑事问题）存在不同。例如统治权（jure gestiones）和管理权（jure imperii）之间的区分仅仅适用于民事问题，因此在民事问题和刑事问题中处理豁免是不同的，[14]鉴于此，只有涉及刑事责任的相关案件才能作为分析强行法和国家官员外国刑事管辖属事豁免之间关系的基础。[15]可以看出，至少对于国家官员外国刑事管辖豁免问题而言，迪雷·特拉迪教授对所谓实体问题和程序问题区分的合理性也持有怀疑态度，[16]尽管并不明确。此外，一些案例中也明确提出适用于民事程序和刑事程序的规则可能不同。[17]

笔者认为，该观点是站不住脚的，其并没有成功地从理论上对所谓属人豁免和属事豁免进行区分。通过仔细分析，大多数观点仅仅是从结果角度上进行论证，认为官员外国刑事管辖豁免比国家豁免更有可能导致事实上的有罪不罚（*de facto* impunity）。如前所述，这种论证是站不住脚的。更重要的是，国家豁免和官员豁免本质上都是豁免规则，并不存在根本不同。正如迪雷·特拉迪教授也承认，“国家豁免案”似乎同时适用于民事和刑事中的豁免规则，换言之，没有理由认为为什么该论述仅仅适用于民事问题，而不是适用于刑事问题。[18]

2. 区分属人豁免和属事豁免

第二种试图则对属人豁免和属事豁免进行区分，即承认属人豁免和强行法之间的不同性质，但认为属事豁免和强行法同属于实体规则，因此属事豁免和强行法之间能够产生冲突，强行法优先于属事豁免。[19]

这种观点主要从属事豁免的性质出发，认为属事豁免构成“实体性抗辩”，而非“程序性抗辩”，因此属于实体规则。由于属事豁免主要适用于官员的官方行为，而官员的官方行为是为了执行国家命令和服务国家利益，官员仅仅是国家的一种工具，因此官员个人不应当为此承认个人责任，而应当由国家承担责任。从这个意义来说，属事豁免保护官员免受惩罚，

13 Fifth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, A/CN.4/701, para. 205.
14 Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, A/CN.4/714, para. 130.
15 Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, 12 February 2018, A/CN.4/714, para. 124.
16 Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, A/CN.4/714, para. 130.
17 Al-Adsani v. the United Kingdom (footnote 303 above), para. 61. See also Yousuf v. Samantar (footnote 316 above), p. 20 (“A number of decisions from foreign national courts have reflected a willingness to deny official-act immunity in the criminal context for alleged jus cogens violations” while noting that “the jus cogens exception appears to be less settled in the civil context”).
18 Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, A/CN.4/714, para. 130.
19 See Ramona Pedretti, Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes (Brill Nijhoff, 2014), pp. 22-25, pp. 401-405.

而将责任转移至国家，因此构成了一种实体性抗辩，故属事豁免属于实体规则。[20]例如前南斯拉夫国际刑事法庭在“Prosecutor v. Blaškić案”中曾指出，“官员仅仅是国家的工具，其官方行为只能归因于国家。如果行为是代表国家进行，而非私人行为，那么不能将其作为制裁或处罚的对象。换言之，国家官员不能承受不法行为的后果，这些不法行为不能归因于他们本人，而应归因于他们所代表的国家，即他们享有所谓的属事豁免。”[21]鉴于此，由于属事豁免和强行法同属于实体规则，实体/程序二分法不适用，即属事豁免和强行法之间可以产生冲突，强行法优先于属事豁免适用。

笔者认为，将属事豁免视作实体性抗辩，因而属于实体规则，并不合理。二战之后的纽伦堡审判和东京审判将“个人刑事责任”付诸实践，事实上否定了任何以官方职权为理由的实体性抗辩，这体现在“官方身份不免责”原则。依据《纽伦堡原则》第三条规定，以国家元首或负有责任的政府官员身份行事，实施了违反国际法的犯罪行为的人，其官方地位不能作为免除国际法责任的理由。个人刑事责任原则认可，“国家并不只是抽象的实体，其行为是由具体的个人来实施的”，国家的权利和义务就是人的权利和义务，因此应当刺破“国家”的面纱，从事国际罪行的官员不能再以官方身份为掩盖，不能躲在国家无形人格的背后寻求豁免。可以说，个人刑事责任“改变了在国家间关系中寻求制止暴行的传统方法，转而追究主权遮蔽之下的、实施严重违反人权的个人的行使责任，惩罚个人是保证遵守人权的最为有效的方法”。[22]

随着“个人刑事责任”的产生，违反国际罪行的行为，不仅仅应归因于国家，也归因于官员个人，即 “一种行为，两种责任”。 该议题第一任特别报告员也不认同前南斯拉夫国际刑事法庭在“Prosecutor v. Blaškić案”的论述，其认为尽管官员的官方行为被认为是国家的行为，但这并不排除可能也归因于个人，从这个角度而言属事豁免在本质上仍然是程序性的而非实体性的。[23]在个人刑事责任得到广泛认可的背景下，认为官员可以将责任归于国家而因此免于承担责任，显然是难以成立的。个人刑事责任原则催生了实体性“官方身份不免责”和程序性“属事豁免”的分野：前者从实体上强调，行使官方职权不能从实体层面免除其责任；而后者仅仅是从程序上暂时阻碍了对其责任的认定，但不能从实体上永久免除其可能承担的责任，不能构成官员免除实体责任的实体性抗辩。这也体现在《反人类罪草案》及其评注中。《反人类罪草案》第 6 条 5 款规定“各国应采取必要措施，确保根据国家刑法，本条草案所述罪行由担任公职的人实施的事实不成为免除刑事责任的理由”。在评注中对此解释道：“为本条款草案的目的，第 5 款意味着，被控犯罪者不能以他或她担任公职的事实作为实质性辩护（substantive defence），借以否定任何刑事责任。但是第 5 款不影响国家官员外国刑事管辖中涉及的任何程序性豁免（procedural immunity）。”[24]可以说，个人刑事责

20 See Antonio Cassese, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case.” (2002) 13 European Journal of International Law 853, 863; Dapo Akande and Sangeeta Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts” (2011) 21 The European Journal of International Law 815, 834; Dapo Akande, “International Law Immunities and the International Criminal Court”, (2004) 98 American Journal of International Law 407, 413. Ramona Pedretti, Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes (Brill Nijhoff, 2014), pp. 24-25.

21 Prosecutor v. Blaškić (Objection to the Issue of Subpoena duces Tecum) IT-95-14-AR108 (1997), 110 ILR (1997) 607, at 707, para. 38.

22 Antonio Cassese, “Reflection on International Criminal Justice”, (2011) 9 Journal of International Criminal Justice 271, 272.

23 Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, 29 May 2008, pp. 179-180, para. 89.

24 Draft articles on crimes against humanity, see, especially, para. (31) of commentary to art. 6. See also Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, 12 February 2018, A/CN.4/714, para. 123.

任和官方身份不免责原则将豁免规则牢牢地逼退并且框限于程序层面。

此外，还有观点认为，属人豁免仅需要考察官员的地位，因此可以在程序开始的初期阶段进行考察。但是官员是否能够享有属事豁免需要考察相关行为是否为“官方行为”，例如是否代表国家行事、是否属于其职权范围等等，因此事实上需要对案件的实质内容（merits）进行考察。这也表明属事豁免涉及的是实体规则，而非仅仅是程序规则。[25]笔者认为，这个观点对于程序规则和实体规则的理解存在偏差。程序规则和实体规则的划分应当取决于其目的，而非其内容。事实上，程序阶段并非完全不涉及案件的实质内容，例如为了确定是否对案件具有管辖权，需要确定争端当事国之间存在“争端”。而争端是否存在，并不取决一方的观点，而应当对双方提出的法律观点进行客观分析，这在一定程度涉及对实体问题的分析。同时争端还应当属于条约的解释或适用，而是否属于该属事管辖权范围，因此也会涉及实体问题。因此，程序和实体规则/阶段的划分难以完全按照所涉及的内容来进行划分，而应当依照其目的进行分析。如果是为了确定是否对案件享有管辖权，以及是否适用豁免规则，即属于程序规则/阶段；如果是为了确定争端当事国是否违反了相关义务而应当承担国家责任，则属于实体规则/阶段。另一方面来说，尽管需要对是否属于“官方行为”进行认定，但属事豁免最终并不涉及对实体责任的判断，后者还要进一步涉及对是否满足特定罪行的判定，因此不能认为是实体规则。

因此，属事豁免和属人豁免一样构成暂时的程序性的阻碍，既不涉及对于官员实体责任的认定，也不能构成对于实体性抗辩。属事豁免的实质在于从一开始就排除了国内法院对外国官员的行为进行罪与非罪的判定，即处于实体程序之前。因此属事豁免显然属于程序规则。

（四）路径三：协调二分法的矛盾

第三种解决路径试图通过解释来协调实体/程序二分法的矛盾，即强调所谓强行法的强解释原则（strong interpretative principles）。关于强行法在条约解释中所发挥的作用，在国际法委员会《国家对国际不法行为的责任草案》中即有所涉及。在该草案第 26 条的评注中指出，仅仅由于条约和强行法存在冲突而认定条约整体无效，这种做法是过激的。在实践中，这种情况事实上很少发生。强行法可以产生强解释原则，解决二者存在的冲突。[26]在强行法专题，特别报告员迪雷·特拉迪教授也进一步指出，通过适用《维也纳条约法公约》第 31 条和 32 条，尤其是第 31 条（3）（c）款，解释者对条约条款的解释应尽可能使之符合强行法（结论草案 10. 3）。[27]

尽管上述讨论是在条约和强行法的框架下进行，但强行法的解释效力毫无疑问也适用于对于其他一般国际法的解释和适用。“国家官员外国刑事管辖豁免”专题的第二任特别报告员埃尔南德斯教授即指出，在处理国家官员的外国刑事管辖豁免与国际罪行的关系时，应谨记这一解释性效力。如果国际罪行违反了强行法规则，则应使解释同时符合这两类规范。特别报告员指出，此种解释必须逐案作出。原则上弃用刑事管辖豁免的理由可以是：这些罪行并非以官方身份实施的行为；或者在某些特别严重的情况下，国际社会的基本法律价值观受到破坏，必须放弃豁免。[28]因此，特别报告员的观点事实上认为，借由强行法的强解释效力，

25 Ramona Pedretti, Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes (Brill Nijhoff, 2014), pp. 24-25.
26 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, para. (3) of commentaries to Article 26, p. 85.
27 Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, A/CN.4/714, paras. 55-68.
28 Fifth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, A/CN.4/701, para. 202.

可以将强行法罪行解释为属事豁免的例外。

但是所谓强行法的强解释效力，究竟可以有多“强”的效力，仍有疑虑。但是显然效力无论多强，都仅仅限于“解释”层面，应考虑到解释的文本、上下文、目的与宗旨等诸多要素，尤其不应当完全违背或曲解字面含义。迪雷·特拉迪教授也指出，作出符合强行法的解释并不意味要忽视解释的其他要素，否则即构成“修改”而非“解释”。[29]笔者认为，认为属事豁免存在例外的种种理由中，事实上只有“强行法罪行不能视为以官方身份实施的行为”这一理由可以符合“解释”的含义，其从豁免的适用条件出发，对“官方职权”进行重新解释，从而构成对豁免的“限制”（而非例外），而其他理由都在实质上要求对豁免规则作出修改。但是对于“强行法罪行不能视为以官方身份实施的行为”这一理由，甚至第二任特别报告员埃尔南德斯教授也并不支持。[30]

（五）路径四：搭建二分法的桥梁

鉴于强行法和豁免法的不同性质，理论上认为二者不会发生冲突。如果认为强行法作为实体规则能够影响和改变豁免规则，第四种解决路径是证明强行法已经产生了附带的程序规则，该程序规则与豁免存在冲突，其优先于或取代豁免规则。如在 2006 年英国上议院“琼斯案”， Hoffmann 法官曾指出在强行法和国家豁免规则之间并非自动存在冲突，因为国家豁免是程序规则。只有当禁止酷刑的强行法规则产生了的附带程序性规则时，即要求一个国家对另一个国家行使管辖权时，才能产生豁免的例外。[31]一些学者也提出类似看法。[32]如阿坎德（Dapo Akande）教授指出，如果认为强行法与豁免规则存在冲突，并且强行法可以修改或优先于豁免规则，那么仅仅存在于以下情况：（1）基于强行法，第三国有义务在其国内法院起诉相关罪行；（2）该义务本身也具有强行法性质。[33]只有在这种情况下，才能认为强行法所产生的要求第三国进行起诉的义务和豁免规则存在冲突，并且可能对豁免规则产生影响。

但强行法能否以及是否产生了影响豁免规则适用的相关次级义务，存在很大争议。尽管国际社会认同惩罚国际罪行和防止有罪不罚，“官方职权无关性”也已经得到了普遍接受，但是争议的关键问题在于，谁有权利来进行起诉和惩罚。[34]显然，惩罚强行法罪行并不必然等同于任何国家都有权进行起诉，并且可以任意剥夺外国官员的豁免。这个问题在本质上涉

29 Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, A/CN.4/714, para. 58.

30 See Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Mr. Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, DOCUMENT A/CN.4/631, paras. 57-61. Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, paras. 121-125.

31 “To produce a conflict with state immunity, it is therefore necessary to show that the prohibition on torture has generated an ancillary procedural rule which, by way of exception to state immunity, entitles or perhaps requires states to assume civil jurisdiction over other states in cases in which torture is alleged.” Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others, House of Lords, [2006] UKHL 26, Opinion of Lord Hoffmann, p. 22, para. 45.

32 “To demonstrate a clash of international law norms, the normative hierarchy theory must prove the existence of a jus cogens norm that prohibits the granting of immunity for violations of human rights by foreign states. However, the normative hierarchy theory provides no evidence of such a peremptory norm. ” Lee M. Caplan, “State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory”, 2003 The American Journal of International Law 741, 772.

33 “or the granting of immunity to come into proper conflict with those jus cogens norms prohibiting certain international crimes, it would have to be argued that (i) there is an obligation on third states (i.e., states other than that responsible for the violation) to prosecute the crime in their domestic courts (or in civil cases to provide a civil remedy) and (ii) that this obligation itself is a rule of jus cogens.” Dapo Akande and Sangeeta Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts” (2011) 21 The European Journal of International Law 815, 834.

34 Chimène I. Keitner, “Horizontal Enforcement and The ILC’s Proposed Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction”, (2017) 109 American Journal of International Law Unbound 161, 161.

及到强行法能否、如何以及是否了产生次级规则，以及这种次级规则是否具备强行法性质。

1. 强行法能否产生程序规则

违反强行法的后果在条约法、国家责任法、对其他国际法渊源的影响等方面均有所体现。例如，对于条约法而言，依据《维也纳条约法公约》53 条和 64 条，与强行法冲突的条约或条款无效。又如，对于国家责任法而言，《国家责任草案》第 26 条规定，违反强行法的国家不能援引其他事由排除行为的不法性。第 41 条规定在严重违反（serious breach）强行法的情况下，第三国进行合作的义务（duty to cooperate），以及不予以承认和不提供帮助的义务（duty not recognize or render assistance）。

可以看出，强行法的核心在于其不可减损性，违反强行法显然能够产生次级义务。因此更重要的问题是，强行法是如何产生次级义务的。

2. 强行法如何产生程序规则

强行法对于条约法和国家责任法的影响事实上已经通过国家实践和法律确信形成了习惯国际法。那么强行法是否还能产生其他次级规则，新的次级规则又是如何产生的，值得进一步思考。从法院判决和学者观点来看，对于强行法如何产生程序规则主要有演绎和归纳两种方法。[35]为了和上文国家官员外国刑事管辖豁免的“演绎路径”和“归纳路径”相区分，这里采用“演绎方法”和“归纳方法”的表述。

（1）演绎方法

演绎方法即直接从强行法本身推导出程序规则。演绎方法通过强调强行法规则对于维护国际社会核心价值的重要作用，以及强行法规则本身的不可减损性等特点，直接产生程序规则，使其他程序规则能够为保护强行法价值和功能服务。

例如，Alexander Orakhelashvili 教授指出，强行法绝不仅仅只是一种实体规则，强行法既意味着实体层面的禁止，同时也意味着相关的后果。[36]将强行法与其程序规则进行区分在概念和规范上均不可行，这是一个误区。[37]与管辖和豁免规则相关的是，强行法不仅仅禁止从事相关行为，同时将相关行为以强行法的效力罪行化（criminalize）。如果将相关行为罪行化属于强行法的一部分，那么起诉规则也同样属于强行法。如果违反强行法仍然能够援引豁免，那么强行法规则将无法运作，这将剥夺一个规则的法律属性。[38]此外，豁免规则和国家的“不承认义务”也有所冲突，授予豁免即意味着赋予该情势以效力（validate）。[39]

笔者认为，演绎方法不具有合法性、合理性和可行性。

首先，演绎方法违背了国际法的基本理念和运作方式，不具有合法性。尽管看似可以溯及强行法作为元规则，但随着演绎推理的无限推进，以及产生的无限可能，其中包含的国家同意逐渐稀薄乃至消散，这构成了一种事实上的立法行为。在演绎法之下，强行法可以无限制地产生各种规则和义务，并且在缺乏考察国家意志的情况下将其施加给国家，将对国际法

35 See Carlo Focarelli, “Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens’ Legal Effects”, (2008) 77 Nordic Journal of International Law 429–459.

36 “Jus cogens is about effects and consequences as much as it is about substantive prohibition.” Alexander Orakhelashvili, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts: A Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah”, (2011) The European Journal of International Law 849, 851.

37 “The disctinction between substantive and secondary norms is not conceptually and normatively feasible. It remains a much-repeated misconception.” Alexander Orakhelashvili, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts: A Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah”, (2011) The European Journal of International Law 849, 852.

38 Alexander Orakhelashvili, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts: A Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah”, (2011) The European Journal of International Law 849, 852.

39 Alexander Orakhelashvili, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts: A Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah”, (2011) The European Journal of International Law 849, 852.

律秩序产生巨大影响，[40]也违背了国际法基于国家同意的合法性根源。同时，考虑到国际社会运行现状，完全不考虑主权国家意志的规则显然难以得到实施。“强行法”专题的特别报告员迪雷·特拉迪教授也指出，强行法的对世义务性质并不能自动为第三国创造义务，其仅仅表明受害国之外的第三国对于违反强行法的行为享有利益（interest），但对第三国的具体法律后果有赖于实践发展。[41]换言之，强行法及其对世义务的性质并不能自动演绎出其他规则，包括程序规则。相比于理论上的推演，更重要的是国家实践是否支持相关规则的产生。[42]

其次，演绎方法缺乏合法权威和既定标准，不具有可行性。由于演绎方法基于价值和逻辑，显然任何人都可以进行演绎推理以及提出解释，包括相关程序规则是否与强行法存在冲突、如何处理规则冲突以及应当产生什么样的程序规则。同时，和自然科学不同，基于价值和规则的理论推演具有无限种可能，既可以无限回溯元价值，亦可以无限演绎次规则。国家、法官、学者可能各自演绎出不同种类、不同强度和不同效果的多种程序规则，那么应当具体适用哪一种程序规则？显然，缺乏国家实践指导的演绎方法缺乏合法权威和既定标准，难以确切和具有说服力地提出演绎结果。在此情况下，仍然需要一个事实性的外在标准。

再次，演绎方法具有吞噬程序规则的巨大胃口，忽视了程序价值和程序正义，不具有合理性。尽管强行法的重要性得到了普遍认可，但并不意味着其他所有价值和规则都应当服务于强行法。正如国际法院在 2007 年“《防止和惩治灭绝种族罪公约》的适用案（波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山）”中指出，国家都负有禁止种族灭绝的义务，但是该义务应当在“国际法所允许的范围内行使”[43]。这意味着，禁止灭绝种族义务的附带义务并不必然优先于其他所有规则。[44]

如果认为强行法能够自动产生影响豁免的程序规则，那么显然强行法也能够自动影响并且凌驾于其他程序规则，这将侵蚀程序价值和程序正义，可能最终适得其反。但笔者认为，强行法不能自动演绎出程序规则，从而取代或排除原有的程序规则。例如，强行法不应当影响法庭的管辖权规则。首先，强行法不影响法庭的属人管辖权范围。如在 2004 年“使用武力的合法性”案中，国际法院即指出，即便案件涉及诸如灭绝种族罪的强行法罪行，也不能自动对非规约缔约国适用。[45]如果强行法能够自动影响属人管辖权，那么诸如《罗马规约》等规定即失去意义，因为国际刑事法院显然可以对任何国家的任何个人行使管辖权。其次，对于属事管辖权而言，在 2002 年“刚果境内的某些武装活动”中，国际法院指出，即便是涉及强行法的案件也不能构成“管辖权基于国家同意原则”的例外，即强行法不能自动赋予

40 For criticisms of deductive methods in this regard, see like Robert Kolb, Peremptory International Law-Jus Cogens: A General Inventory (Hart Publishing, 2015), pp. 110-112.

41 “The erga omnes character of jus cogens norms does not create obligations for third States — as article 41 of the articles on State responsibility does. Nonetheless, the erga omnes character of jus cogens explains the interest of third States in the wrongful act committed by one State against another. The legal consequence of obligations on third States are established by practice and the judicial decisions of international courts and tribunals, with impetus from the work of the Commission.” Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, A/CN.4/714, para.110.

42 Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, A/CN.4/714, para.130.

43 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, at p. 221, para. 430.

44 Dapo Akande and Sangeeta Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts: A Rejoinder to Alexander Orakhelashvili” (2011) The European Journal of International Law 857, 859-860.

45 Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany), Preliminary Objections, Judgment of 15 December 2004, [2004] ICJ Rep. 720, at p. 754, para. 89.

法院管辖权。[46]同时，强行法所要求的谴责罪行和普遍合作的后果，[47]即强行法的对世义务性质本身也同样不意味着能自动产生管辖权，[48]这是两件事。只有当国家同意时，法院才能行使管辖权。[49]在 1995 年“东帝汶案”中，国际法院也指出，如果法院的判决意味着对非本案当事方的另一国的行为的合法性进行评估，那么即便涉及的权利是对世性质的，法院也不能对此行使管辖权。[50]这意味着如果法院依据规约不享有管辖权，那么即便案件实质涉及强行法，这也不能自动赋予法院原先不享有的管辖权，亦不能影响既定的管辖权规则，即只有国家同意和接受才能产生管辖权。再次，属时管辖权而言，争端涉及强行法并不能使法庭突破属时管辖权范围的限制，从而溯及适用。在 2002 年“刚果境内的某些武装活动”中，国际法院即指出，《维也纳条约法公约》第 66 条涉及国际法院对强行法事项的管辖权不能够溯及适用，即强行法性质不能影响时间限制。从另一个角度来说，对于管辖权的规定和限制也不能认为和强行法规则存在冲突。甚至缔约国对于管辖权条款的保留，亦不能视为对作为实体规则的强行法的减损，其仅仅只是排除了一种特定的争端解决方式。[51]

综上，笔者认为，强行法亦不能自动演绎产生新的程序规则，从而影响既有程序规则。

（2）归纳方法

归纳方法即通过进行考察与强行法相关的实践，从而判断是否有足够的国家实践和法律确信支持强行法所能够产生的程序规则。在这种方法之下，强行法不能自动地产生程序规则，相反，对于强行法可能具有的每一个效果都需要个案进行分析，并且以考察国家实践和法律确信为标准。

笔者认为，归纳方法具有合法性、合理性和可行性。归纳方法体现了国家同意的合法性要素。在缺乏中心立法机构和执法机构的国际社会，国际法的产生和执行依赖于主权国家。起关键作用的应当是国家实践，而非理论考量（what should guide… should be State practice and not theoretical considerations）。只有国家实践支持某一种做法，那么才能产生相应规则。[52]同时，归纳方法以国家实践的“事实”要素为核心标准更具有合理性和可行性，也更符合强行法的运行现状。强行法对条约法、国家责任法等产生的影响实际上亦体现了归纳方法，即上述效果为国家实践和法律确信所支持，并非仅仅从理论上演绎推理得出。

其次，归纳方法更能实现规则协调和逻辑自洽。事实上，演绎方法难以解释强行法对同一规则所发挥的不同作用。对于本文主题而言，即便是支持强行法能够优先于豁免规则的观点，也通常认为仅仅是官员的属事豁免受到了影响，而属人豁免和国家豁免仍然适用。演绎方法难以解释为何强行法的效力仅仅及于属事豁免，而不影响其他豁免规则。但是如果依循归纳方法，强行法适用的差异本质上可以归结于国家实践的不同。这体现了国家对于不同的价值考量和对实践偏好，国家实践支持对于属事豁免的例外，而不支持对于其他豁免规则的例外。同时，在没有国家实践的支持下，强行法即便影响属事豁免，也不影响其他程序规则。

但值得注意的是，在归纳方法之下，强行法事实上丧失了核心价值。强行法的核心要素

46 Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, at pp. 31-32, para. 64.
47 Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23.
48 East Timor (Portugal v. Aus- tralia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 29
49 Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, at pp. 31-32, para. 64.
50 East Timor (Portugal v. Australia), Judgment of 30 June 1995, [1995] ICJ Rep. 90, at 32, para. 64.
51 Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, at 32, para. 67.
52 Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, A/CN.4/714, para.130.

即在于不可减损性，以及在规则冲突的情况下产生的无效效力（nullity），这本身即蕴含着从规则到规则的演绎路径。但归纳方法之下，事实上采取的是从事实到规则的路径，核心在于国家实践和法律确信的考察，而不直接涉及强行法的不可减损性。识别是否存在强行法例外的过程本质上与考察习惯国际法的产生并无二异。而在新的规则产生之后，该规则本身即以习惯国际法的形式独立存在。[53]可以看出，这里出现了国家官员外国刑事管辖属事豁免例外下演绎方法和归纳方法的交融。尽管强行法是在演绎路径下进入国家官员外国刑事管辖属事豁免的视野，但其最终还是回到了国家实践和法律确信是否支持强行法例外的归纳路径。

三、基于自然法与实证法的再思考

上述争议最终可能回溯到强行法的理论基础问题。从更大的角度而言，这个问题涉及到国际立法的争论，即实证法路径（即以国家同意为基础，consent-based）和自然法路径（即不以国家同意为基础，not consent-based）之争。

自然法曾经在历史上盛极一时，但自 19 世纪以来，实证法逐渐占据主流。由于难以确认规则具体内容以及不符合国际社会运行本质，自然法逐渐被人们忽略。但是坦率而言，自然法的痕迹在国际法中从未消散，甚至在任何法律体系中都不能完全褪去。尽管在自然法遭受“国际法是法律吗”的质疑中，实证法才逐渐发展和产生，但实证法仍然摆脱不了一系列质疑。例如，既然国际法的存在不是先验的，那么国家为什么要制定自我约束的法律。同时，既然规则的存在和废除都依赖于国家的自由意志，那么国家又为何会被依自身意志产生的东西所约束。即便认为，国家可以自由达成协议使其受到约束，但是在缺乏公平、正义等核心价值引导的情况下，国际法也无法将自己与纯粹基于实力对比和利益偏好的政治协议相区分。可以说，实证法意图摆脱传统的思维方式，并以“国家同意”和“国际社会”构建自己的逻辑体系，但是实证法依旧难以使国际法摆脱“国际法是法律吗”的质疑，甚至在一定程度上落入了现实主义的叙事逻辑。在一定程度上，自然法具有比实证法更有说服力和吸引力的价值内核，使其更接近法律概念的传统叙事。自然法推崇公平、正义、人权保护等核心价值，并使其为为法律体系的至高目标，且不完全为国家意志所左右的，使国际法得以摆脱“自我辩护（apology）”的困境和缺陷，并且适格地自称为“法律”，而非沦为纯粹国际政治。

强行法需要基于国家之国际社会整体的接受和同意，其实证法路径不言而喻。但自强行法诞生，其与自然法亦存在千丝万缕的关系。[54]尤其是，强行法的规则构造和自然法类似。与其他国际法相比，强行法的特殊在于其不可减损性，亦可以解释为其在国际法律体系中的较高位阶。而自然法同样采取这种等级论，认为法律之上存在着更高等级的道德和价值。另一方面，等级理论也意味着强行法不能被一般国际法所改变、减损或废除。这也和自然法的理念相契合，自然法认为法律之上的道德和价值是永恒不变的，不能够为国家意志所更改。但实证法恰恰认为，法律之上不存在更高位阶的道德，而法律均来源于国家同意，并能经国家意志所更改。因此强行法的理念和构建均离不开自然法的影响。

---

53 See Carlo Focarelli, “Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens’ Legal Effects”, (2008) 77 Nordic Journal of International Law 429, 449.

54 See Mark Janis “The Nature of Jus Cogens” (1987) 3 Connecticut Journal of International Law 359, 361 (“[t]he distinctive character essence of jus cogens is such, I submit, as to blend the concept into traditional notions of natural law”); Dan Dubois “The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?” (2009) 78 Nordic Journal of International Law 133, 134 (“..the conclusion reached is that, in any coherent theory of peremptory norms, one must inevitably have recourse to some conception of natural law”). See also Alexander Orakhelashvili, Peremptory Norms in International Law(Oxford University Press, 2009), pp. 37-8. Mary-Ellen O’Connell “Jus Cogens: International Law’s Higher Ethical Norms” in Donald Childress (ed.) The Role of Ethics in International Law (New York, 2012), p. 97.

一些学者观点也明示或暗示地指出强行法与自然法之间的关联，甚至认为强行法的出现体现了自然法路径对国际法上纯粹实证法路径的影响和侵蚀。例如，Bedjaoui 法官在“对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表的咨询意见”中指出，由于强行法和对世义务的产生，国际法的专断实证主义和唯意志论方法已经被国际法的客观概念取代。[55]专案法官 Kreca 在“《防止及惩治灭绝种族罪公约》 的适用案（波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫）”中指出，强制法促进全球国家主权关系向国际社会法律秩序转变，使法治能够战胜国家的自由意志”。[56]Ranjeva 法官在“喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋边界一案（喀麦隆诉尼日利亚，赤道几内亚参加）中指出，强行法规则使人产生对同意原则的质疑。[57]Cançado Trindade 法官在“国家管辖豁免案（德国诉意大利）”中指出，国家同意和强行法是完全对立的。[58]

关于强行法与豁免之间关系的争议很大程度上体现了自然法或实证法之争。持自然法立场的学者更加重视道德和价值，为了最大程度地发挥强行法维护国际社会核心价值的作用，自然法学者倾向于支持强行法能够自动产生附带程序规则，或能够直接影响其他规则。而持实证法路径的学者即便不否认道德的作用，但毫无疑问坚持国家同意的决定性作用，需要国家同意支持强行法能产生的每一项具体效果。

笔者认为，两种路径都不足以单独解释强行法。实证法与自然法重视国际法不同方面的特质，呈现相互依赖、互相补充的关系。[59]应当认为，强行法兼具实证法路径和自然法路径，[60]但两种路径的地位和作用不同。

一方面，实证法依然占据主导地位。在当前国际社会运行情况，自然法路径不能完全取代实证法路径，强行法不可能在完全违背国家意志的情况下产生，也难以在没有国家接受和认可的情况下运行。可以说，当前国际法的合法性依据主要以“国家同意”为核心的实证法。就强行法而言，依据《维也纳条约法》规定，强行法基于“国家之国际社会为整体的接受和确认”，亦体现出强烈的实证法路径。强行法依然是国际法合法性以及产生约束力的根源。从这个角度而言，笔者支持，强行法概念本身不能自动演绎出其他规则，而需要国家实践支持其产生的每一项具体效果，演绎路径最终回归于归纳路径。其次，自然法存在的最大困境在于，尽管存在更高的道德和价值，但在现实中依然难以确认谁有权威来认定何为强行法，

55 “The resolutely positivist, voluntarist approach of international law still current at the beginning of the century … has been replaced by an objective conception of international law.” Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, declaration of Judge Bedjaoui, para. 21.

56 “…the rule of law can prevail over the free will of States.” Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, dissenting opinion of Judge ad hoc Kreca, ICJ Reports 1996, p. 595, para. 43

57 “[o]nly the impact of norms of jus cogens can justify any impugnment of the consensus principle.” Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening), Judgment of 10 October 2002, separate opinion of Judge Ranjeva, ICJ Reports 2002, p. 303, para. 3.

58 “State consent and jus cogens are as antithetical as they could possibly be.” Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy), Counter-Claim, Order of 6 July 2010, dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, ICJ Reports 2010, p. 310, para. 141.

59 See “I consider that none of [the schools of philosophy of law] can give an all-embracing, definite explanation of, or justification for, the phenomenon of law, but I am also convinced that they do not exclude each other, that, on the contrary, each of them can unveil and illuminate aspects of international law which remain inaccessible or off-limits to the other.” Bruno Simma “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law” (1995) 6 European Journal of International Law 33, at 34.

60 See “Initially, jus cogens seems to be descending, non-consensualist. It seems to bind States irrespective of their consent. But a law which would make no reference to what States have consented would seem to collapse into a natural morality [but] the reference to recognition by ‘international community” [makes it] ascending, consensualist.” Martti Koskenniem, From Apology to Utopia (Cambridge University Press, 2005), p. 323.

以及强行法具体包含哪些内容。因此自然主义需要实证主义以客观的方式表现其内容。[61]实证法能够明确和具体地判定是否存在强行法，以及强行法的具体内容。

另一方面，尽管自然法不是认定强行法和确定强行法内容的决定性因素，但自然法依然能够发挥多种作用。首先，自然法具有供应价值功能。强行法的诞生即意味着，除了国家意志和国家利益，国际法体系仍然存在终极价值和核心利益。这种道德或价值即便根源于人类社会现实，产生于人类维系需求，但其显然不能直接与“国家意志”或“国家同意”相等同，尤其是前者本身包含限制后者的意图。[62]国际法的终极价值仍然在于个人保护，否则很难解释为何国家之国际社会整体会接受强行法这样一种负担极重且不可废除的义务。即便有观点认为国际社会的和平对国家的发展同样重要（如“经济依赖和平论”），但这种观点既难以得到实践证实，也并非为所有国家接受。可见，基于维护国际社会核心理念的强行法概念本身即与自然法不谋而合。

其次，自然法具有宣传规则功能。自然法能够指明国际社会的重要价值和核心利益，从而有利于识别可能的强行法，并且推动强行法的发展方向。[63]当一个规则符合自然法的核心价值和理念时，能够促进国家对该规则的接受程度与接受速度。“自然法”标签加强了相关规则具有强行法地位的吸引力和说服力。这意味着，即便自然法不能够产生“国家实践”本身，但也能够大大加强“法律确信”。例如国际法院在“《防止及惩治灭绝种族罪公约》保留咨询意见案”中指出，灭绝种族罪的基础是道德和人道主义原则（moral and humanitarian principles）。[64]同时认为，各国应普遍谴责灭绝种族罪，目标是保障某些人群的生存，以及确认并支持最基本的道德原则。[65]可以看出，国际法院通过将强行法与所谓道德和人道主义原则相关联，加强了灭绝种族罪具有强行法地位以及其具体效果的说服力。

再次，自然法具有限制恶法功能。尽管缺乏国家同意，难以产生强行法，但另一方面，即便有国家同意，但如果严重违背自然法价值，显然也同样不应当产生相关规则。[66]尽管国家同意在国际立法中具有核心地位，但是国家不能任意同意且为所欲为，例如国家不能共同达成协议以实施种族灭绝。自然法在限制国家同意方面具有重要作用，从而有利于国际社会核心价值观。

对于强行法和豁免之间的关系而言，尽管目前尚未有足够的国家实践和法律确信支持将强行法作为国家官员外国刑事管辖属事豁免的例外，但这并不意味着未来不会发生改变。可以说，豁免例外已经形成了一定的发展趋势。未来国家实践亦有可能支持强行法例外，并且发展出相应的程序保障机制，防止对于豁免例外的滥用。在此过程中，自然法理念和价值也将对国际行为体的观念和行为产生巨大影响。从二战之后的历史来看，对于人权的保护已经

61 See “Naturalism needs positivism to manifest its content in an objective fashion. ‘Justice’, ‘common interest’ or ‘reasonableness’ seem to be arguable in a tangible way only by linking them to what States have thought them to mean – to what they have consented to.” Martti Koskenniem, From Apology to Utopia (Cambridge University Press, 2005), p. 308. See also “Arguments about consent must explain the relevance and content in terms of what seems just.” Martti Koskenniem, From Apology to Utopia, (Cambridge University Press, 2005), p. 52.
62 Martti Koskenniem, From Apology to Utopia (Cambridge University Press, 2005), p. 322.
63 See “[w]hile ‘elementary considerations of humanity’ are not a free-standing source of obligation in international law, they may further the identification of those norms and obligations in whose integrity and enforcement the international community has a strong interest.” Daniel Costelloe Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law (unpublished PhD thesis, University of Cambridge, 2013), at 3.
64 Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, ICJ Reports 1951, p. 15, at p. 24.
65 Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, ICJ Reports 1951, p. 15, at p. 23.
66 See “Arguments about justice must demonstrate their correctness by reference to what States have consented to.” Martti Koskenniem, From Apology to Utopia (Cambridge University Press, 2005), p. 52.

对传统的主权理论产生了巨大冲击，也给国际法规则带来巨大改变。在实证法与自然法的双重影响下，国际法的立法过程处于一种持续的互动当中，旧的规则可能被摒弃或修改，新的规则也可能随时产生。

Unravelling and Analyzing the *jus cogens*/immunity *ratione materiae* debate

Yunqing LIU

Abstract: Regarding whether there are exceptions to the immunity *ratione materiae* of state officials from foreign criminal jurisdiction, there are mainly inductive and deductive methods, and the *jus cogens*/immunity *ratione materiae* debate emerges under the deductive method. To assert *jus cogens* backing exceptions to immunity *ratione materiae*, one needs to solve the dilemma called substantive rules/ procedural rules dichotomy. The four existing attempts to solve the dilemma all fall short. The deductive method ultimately converges with inductive method in the end. The debate about the relationship between *jus cogens*/immunity *ratione materiae* to a large extent goes back to the debate between natural law and positive law. This paper considers that *jus cogens* should adopt positivism as well as naturalism. This means that state practices are the decisive factor for determining the existence and content of *jus cogens*. At the same time, natural law factors can also play roles like support, promotion, restriction, ect. Although there are not enough state practices and *opinio juris* to support *jus cogens* as an exception to immunity *ratione materiae*, natural law may continue to impact the international actors, and this may lead to new rules in the future.

Keywords: affair immunity; coercive law; dichotomy; positive law; natural law

（二）路径一：质疑二分法的区分

第一种解决路径直接质疑了所谓实体规则和程序规则的区分。

1. 质疑观点

首先，这种区分在学理上并无依据。国际法上不存在既存标准或权威来将国际法规则区分为不同种类的规则，并无所谓实体规则和程序规则的划分。[1]从《维也纳条约法公约》《国家责任条款草案》等对强行法的规定来看，均仅仅从强行法的形成和效果予以规定，但并没有对其适用范围区分实体规则和程序规则。[2]这种二分法遭到很多批评，如“过分形式主义的（overly formalistic）”[3] “误导的（misguided）”[4]“虚假的（illusory）”[5]，以及是“纯粹理论构建（‘purely theoretical construct）”[6]等等。在“逮捕令案”中，Al-Khasawneh 法官在异议意见中亦指出，判决为了避免处理“高级国家官员在指控犯有严重罪行时是否仍然享有豁免”这个在道德上尴尬的问题，从而人为地区分了实体规则和程序规则（“artificially drawn distinction”）。这种区分的 “人工性”（artificiality，即不自然的，不合理的）体现在国际法委员会对 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 7 条的评注中，即“在司法程序不享有实体豁免或抗辩的必然结果（essential corollary）即是不享有对起诉和惩罚的程序性豁免。一方面不允许个人援引官方职权作为避免承担责任的抗辩，另一方面有允许其援引相同的原因作为避免承担这种责任的结果，这是相互矛盾的”。[7]国际法院作为司法机关，通过进行所谓实体规则和程序规则的区分，实则产生了造法的效果，对强行法的作用和后果进行了限制。

其次，这种区分在适用中也难以维持。无论在理论上作出何种人为区分，强行法和豁免规则确实是存在冲突的。尽管豁免规则被认为一种“程序性阻碍（procedural bar）”，并不影响实体责任的认定，但是在实践中，豁免规则可能同时产生“实体性阻碍（substantive bar）”的效果。尽管国际法院在 2002 年“逮捕令案（刚果诉比利时）”中列举除了其他的追诉途径，例如官员在任期结束后其私人行为不再享有豁免、官员在其母国受到起诉、官员母国主动放弃豁免，以及可能在国际刑事法庭受到起诉，但是并不能保证这些途径能够适用。例如，国际罪行通常都是通过官方职权进行的，甚至属于国家政策的一部分，难以被认定为“私人行为”，在官员任期结束后仍然能享有属事豁免；其次，鉴于官员通常是为了母国利益服务的，

---

[1] See Orakhelashvili, ‘State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong’, (2007) 17 European Journal of International Law 915, 968. See also Orakhelashvili, ‘State Immunity and International Public Order Revisited’, (2006) 49 German Yearbook of International Law 327.

[2] See also Elizabeth Santalla Vargas, “In quest of the practical value of jus cogens norms”, (2015) 46 Netherlands Yearbook of International Law 211, 221.

[3] R. Pavoni, ‘Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations’, in E. de Wet and J. Vidma (eds.), Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights (2012), p. 75. See also L. McGregor, ‘Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty’, (2007) 18 European Journal of International Law 903, 911.

[4] P. Wardle, ‘Zhang v Zemin (2008) 251 ALR 707’, (2009) 15 Australian International Law Journal 277, 279–80.

[5] J.Besnerand A.Attaran,‘Civil Liability in Canada’s Courts for Torture Committed Abroad: The Unsatisfactory Interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can)’, (2008) 16 Tort Law Review 150, 164.

[6] A. Orakhelashvili, ‘Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System’, in M. Frishman and S. Muller (eds.), The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation (2010), p. 165.

[7] “[…] the absence of any procedural immunity with respect to prosecution or punishment in appropriate judicial proceedings is an essential corollary of the absence of any substantive immunity or defence. It would be paradoxical to prevent an individual from invoking his official position to avoid responsibility for a crime only to permit him to invoke this same consideration to avoid the consequences of this responsibility.” Para. 6 of the Commentary on Article 7, in Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, vol. II, part 1, (Kluwer Law International, 2000), p. 354. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Dissenting Opinion Of Judge Al-Khasawneh, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 95, at pp. 97, para. 5.

甚至授意于母国采取相关行动，因此母国主动放弃官员的豁免或者在国内审判官员，概率微乎其微；最后，国际法庭的管辖权通常有严格的限制，并不能保障这些官员都能受到国际法庭。现实是，在这些案例中，受害者并无其他途径可以寻求救济。[8]

在一些案例中也从演绎路径否定了这种二分法。例如在 1998 年“皮诺切特三案”中，Millet 法官指出，“国际社会创造了一种不可能适用属事豁免的罪行，不能指望国际法一方面规定具有强行法性质的罪行，另一方面却提供与其设法规定的义务具有共同空间的豁免。”[9]在 2001 年欧洲人权法院“阿萨德案”中，Rosakis 法官、Caflish 法官、Costa 法官、Wildhaber 法官、Cabral Barreto 法官和 Vajic 法官在“异议意见”中特别指出，“由于强行法具有较高的等级，因此如果强行法和其他国际法规则发生冲突，那么前者应当优先（prevail）”[10]，“由于关于禁止酷刑的强制法规则与国家豁免规则的相互作用，国家豁免的程序性障碍自动被解除，因为这些规则与更高等级的规则相冲突，不产生任何法律效果。同样，也不能援引旨在使国家豁免方面的国际规则产生国内效力的国家法律，制造管辖方面的障碍，而必须根据和依照必要的强制法准则解释国内法”[11]。尽管该案涉及的是国家豁免（民事程序），但从具体论述来看，事实上法官已经自动接受强行法可以对刑事程序产生影响，并进一步认为这种影响应当扩展到民事程序。[12] 在 2004 年意大利最高法院“费里尼案”中，法院也指出，由于强行法的较高等级，应当认为豁免规则不再适用，因为承认豁免会影响国际社会的核心价值。[13]在 2008 年意大利巡回法院“洛萨诺案”中，法院认为，属事豁免和强行法存在冲突，在这种情况下，应当优先考虑较高等级的强制法规则。最严重的罪行超出了主权行使范围的临界点，换言之，国家的“滥用主权”不应当不受惩罚。[14]值得指出的是，尽管这些案件是从强行法的规范等级这种演绎路径切入，但绝大多数没有明确处理程序/实体二分法的问题。但至少可以合理地认为，在 2002 年国际法院“逮捕令案”明确阐述了二分法之后，在此之后的案件应视为不支持这种二分法。

2. 观点分析

不可否认，实体规则和程序规则作为法律制度的一部分，本质上必定是社会构建的，而非像水、空气这般具有客观的物理存在。为了更好地理解和适用规则，法律制度中充满了各种学理定义和区分。例如在国际法中，强行法与酌定法的区分也是一种人为构建的产物。因此，重点在于分析，程序规则和实体规则的区分在国际法中是否具有合理性。

笔者认为，实体规则和程序规则的区分在法律体系中存在已久，国际法院的区分并非空穴来风，而是基于对于规则本质的分析。这种区分具有合理性。

---

[8] Orakhelashvili, , ‘State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong’, (2007) 17 European Journal of International Law 915, 969.

[9] United Kingdom, R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Police and Others, Ex Parte Pinochet, opinion of Lord Millet, para. 330.

[10] Joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, para. 1.

[11] “Due to the interplay of the jus cogens rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect. In the same vein, national law which is designed to give domestic effect to the international rules on State immunity cannot be invoked as creating a jurisdictional bar, but must be interpreted in accordance with and in the light of the imperative precepts of jus cogens.” Joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, para. 3.

[12] Joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, para. 4.

[13] See Pasquale De Sena and Francesca De Vittor, “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case”, (2005) The European Journal of International Law 89, 101-102.

[14] Lozano v. Italy, appeal judgement, Case No. 31171/2008, English translation, p. 22, <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2018/04/Lozano-v-Italy-Court-of-Cassation-24-July-2008.pdf>.

（1）实体规则和程序规则的区分

一般而言，实体规则涉及明确法律定义、确定法律地位、赋予法律权原、设定法律权利和法律义务等等。[15]实体规则一般能够判定行为的合法性与否。

程序规则通常用于实施和执行实体规则，但通常不能直接判断行为的合法性与否。程序规则通常涉及法庭或法院的管辖权规则、豁免规则、可受理性规则、程序规定（rule of procedure）、国家责任的执行等等。

值得注意的是，程序规则（procedural law）不等于程序规定（rules of procedure）。程序规定通常涉及文书提交、证明标准、举证责任、听证程序等等。程序规则通常包括上述内容，但不限于此。其次，程序规则也不同于当事国在程序方面的权利（procedural rights）和义务（procedural obligations）。程序权利和程序义务包括进行合作、通知、谈判、协商、信息交换等等。由于其属于权利/义务范畴，因此本质上是实体性的，如果违反可能导致国家责任。[16]再次，程序规则也不同于次级规则（secondary rules）。次级规则涉及违反初级规则的后果。具体而言，在国际法上，次级规则是指判断国家责任及其法律后果的一般性条件。[17]从这个角度而言，实体规则和程序规则都属于初级规则，违法程序规则（如不正确地行使管辖权或拒绝给予豁免）亦可能引发次级规则的适用。

因此，实体规则和程序规则的区分是有必要的，二者涉及不同的事项。就刑事诉讼而言，实体性刑事规则即“涉及将特定行为非法化并且规定相应责任的规则”，而程序性刑事规则即“为执行实体性刑事规则规定措施和程序的规则”。[18]前者能够直接判断行为的合法性与否，而后者通常不能直接判断合法性，只是为了实施和执行前者。

（2）作为程序规则的豁免与作为实体规则的强行法是否存在冲突

依据上述区分，强行法属于实体规则，而豁免属于程序规则。那么进一步分析，作为程序规则的豁免是否会与作为实体规则的强行法发生冲突呢。具体而言，豁免是否会改变、减损或废除强行法规则呢？

应当强调的是，豁免作为程序规则，具有独特的程序价值。豁免主要在于确保国家官员能够正常履行职务，维护国际关系的稳定性。同时，豁免的适用具有自己的独特标准，并不取决于罪行的性质或严重程度。从另一个角度来说，在官员被指控犯有罪行时才会涉及豁免问题。那么如果仅仅因为可能犯罪即剥夺豁免权，那么豁免则丧失了其全部价值。

更重要的是，就豁免规则的本质而言，豁免规则并非包庇犯罪的官员，豁免作为先决问题的意义，意味着官员不应当受制于（subject to）诉讼程序本身，[19]即从一开始就排除了国内法院对外国官员的行为进行罪与非罪的判定。[20]如果经过审理，官员最终可能有罪，亦可能无罪，但由于豁免的适用，该结果无从知晓。鉴于豁免规则属于先决程序，此阶段尚未对

---

15 Stefan Talmon, “Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished”, (2012) 25 Leiden Journal of International Law 979, 981.

16 See Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2011, [2011] ICJ Rep. 14, at 47, paras. 67–158.

17 “the general conditions under international law for the state or an international organization to be considered responsible for wrongful actions or omissions, and the legal consequences which flow therefrom.” See International Law Commission, Report on the Work of its 53rd Session, UN Doc. A/56/10, (2001), at 31.

18 See Roman Anatolevich Kolodkin, Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, A/CN.4/601, 29 May 2008, para. 48.

19 Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 136, para. 82.

20 “the very purpose of the rule according immunity is to prevent national courts from determining the legality or otherwise of certain acts of foreign states.” Dapo Akande and Sangeeta Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts” (2011) 21 The European Journal of International Law 815, 831.

外国官员是否构成强行法下的罪行作出判定，因此不能认为豁免规则减损了强行法规则。因此，应当认为，考虑到豁免的规则本质，强行法和豁免是不存在规则冲突的，二者在规则体系中应当是一种共存状态。

事实上，绝大多数的反对意见无法从理论层面得出强行法和豁免存在规则冲突，故其重点不在于如何从理论上突破二分法，而在于强调豁免适用的个案后果，即尽管豁免只是从程序上导向另一种解决方式，但由于缺乏其他救济路径，豁免很有可能导致事实上的有罪不罚（*de facto* impunity）。在“国家豁免案”中，意大利曾援引了类似的抗辩，其认为由于德国国内法的规定，意大利的受害者不能获得救济，因此意大利法院有权进行管辖且拒绝适用豁免。国际法院驳回了这个论点，并明确指出，是否享有豁免并不取决于是否存在其他有效的替代性救济手段。[21]个案适用结果具有高度不确定性，取决于多种因素。无论如何，在实体结果尚未明晰的情况下，难以认为豁免规则减损了强性法规则，亦不能凭借是否存在其他救济方式而判定是否适用豁免。

其次，反对意见存在重大逻辑漏洞。目前而言，绝大多数支持属事豁免例外的学者，也并不质疑属人豁免和国家豁免的绝对性。因此其需要合理地解释如下问题：如果理论上不存在实体规则和程序规则二分法，抑或强行法无论如何和豁免存在规则冲突，因而得以影响国家官员外国刑事管辖中的属事豁免，那么为何强行法仅仅影响属事豁免，而不能影响属人豁免和国家豁免。[22]演绎路径很难从理论分析的角度对此进行解释，而必须回归到国家实践的角度，即归根到底更源于国家出于不同的利益考量而在不同领域采取了不同做法。

最后，二分法的合法性最终不取决于理论分析，而取决于国家实践。法律作为社会产物，具有建构性，尤其在以国家同意为基础的国际法体系中更是如此。即便起初并未有这种明确划分，不排除国家会考虑豁免规则的重要性而接受二分法，以便同时保全强行法和豁免规则。国际法不是一成不变的，因此关键在于国家实践是否接受这种二分法。从这个角度而言演绎路径最终将回归于归纳路径。

[21] “The Court can find no basis in the State practice from which customary international law is derived that international law makes the entitlement of a State to immunity dependent upon the existence of effective alternative means of securing redress. Neither in the national legislation on the subject, nor in the jurisprudence of the national courts which have been faced with objections based on immunity, is there any evidence that entitlement to immunity is subjected to such a precondition.” Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 143, para. 101.

[22] See Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Mr. Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, A/CN.4/631, para. 67.

区域经济一体化在北极航线运输管理法律问题中的应用——Cabotage 原理的适用探讨

栾宇　上海海事大学

摘要：北极航线在环境变化、经济战略地位、资源开发需求及周边国家意愿基础上，其全年常态化、商业化通航和运营使用的可能性越来越大、国际关注度越来越高。我国的“冰上丝绸之路”倡议将成为北极地区区域协议及北极航线利用的强劲助推力，并给作为北极航线使用国的中国带来利好。这一倡议将在很大程度上促进沿线国家的交流与区域内合作，使北极航线沿线区域逐渐具有可以被看作整体的要件，加强其一体化程度。与此同时，国际法在全球化扩展的背景下表现出强调全球人类共同利益的价值取向，国际规制工具也表现出法律复合主义趋势。将二者相结合，作为整体的北极航线沿线区域可以在区域经济一体化思想的指导下，将扩展解释后的境内港到港运输原则和相关规定由北极理事会、北极经济理事会这样的管理机构协调统一，然后适用于区域性协定划定的区域，以平衡各国利益为基本，在理论上提出建立区域性运输规则的构想，为目前无法共识的现状提出新的管理思路，为北极航线通行、利用、运营的统一性、便利性法制管理规定寻找新方案，最终期望达到利用最大化的愿景。

关键词：北极航线；区域经济一体化；境内港到港运输；冰上丝绸之路

一、引言

在 2018 年“北极：现在与未来”国际论坛上，俄罗斯国家水文气象大学(State Hydrometeorology University)校长 Valery Mikheyev 先生表示，据预测，由于北极正在变暖，到 2030 年北极航线及其沿岸将不再有冰冻，因此北极航线的全年通航成为可能。[1]北极与全球尤其是北半球国家的气候与经济活动存在重大相互影响。中国海洋大学及社会科学文献出版社共同发布的《北极蓝皮书：北极地区发展报告（2017）》认为：在气候变化以及经济全球化的影响下，北极航道的开通和商业性运营有越来越大的可能性和进展成为现实。北极航线因其可见的短距离、巨大的潜在经济价值、重要的战略地位等原生优势一直是北极国家与非北极国家都非常关注的“冻在冰里的黄金”。北极航线从全年通航 3 个月到 5 个月再到当今预测不久的将来可以全年通航，使得全球的掘金者们摩拳擦掌、跃跃欲试。

北极地区更是蕴藏着丰富、大量的资源，“极地小国”包括原住民是非常希望当地的资源被开发和开采的，他们是需要基础设施建设的，是需要繁荣经济的，而这些往往不能依靠一个国家自身就能够完成，或是仅在一个小范围的地理区域内的国家间就能够实现。北极航线可以将北极地区开采的资源带向世界，同时能够给北极带来贸易交往，从而促进经济繁荣。这都需要大国的带动和参与，不仅包括投资、援建及开放，还能够促进国家间交流往来和共同发展。这也就给北极航线带来更大的可能性。我国 2017 年提出的“冰上丝绸之路”倡议能够借着“一带一路”成功案例越来越多的良好趋势，缓解我国因为原生地缘上的劣势在北极问题上也处于劣势地位的问题。“冰上丝绸之路”的建设，将进一步助推欧亚经济体的融合，并成为各国加强合作的新增长点，使我国可以参与到北极问题当中，当然也包括北极航道的相关问题。

从地理形态上，北极地区处于北极八国陆地或岛屿环绕而成的封闭状态，从历史、法律、

[1]2030 年北极航线或可实现全年通航[J].珠江水运,2018，(23):1.

政治上，北极地区的“全球公域”还不十分明确，域内各国对领土、领海、专属经济区和大陆架界限主张各不相同，所以于北极航线来讲，实现全程“无碍”通行就是一个较为复杂的问题。想要通过北极地区需要进行诸多申请并得到一系列的许可，目前尚没有经北极国家达成共识的统一政策和“一次性”做法。另外，北极八国的航运法律和政策也是对北极航线的货物运输至关重要的；航行中的如碰撞等交通安全问题以及优先级越来越高的环境保护方面的法律问题等都是船舶行驶在北极航线并完成运输所必然牵涉到的问题。所以，在北极航线开发和发展的同时这些法律问题也需要积极讨论和预设性解决。

目前北极问题作为热门研究主题被学术界广泛关注，但是关于北极航线的研究更多的是研究北极航线的经济价值，通过模型刻画某一条试航或者计划航线与传统航线进行燃料成本、航行时间、停靠港作业、运输货量等比较研究，判断北极航线的经济效益；亦或者船舶在北极航道航行的相关问题，包括冰区航行、船舶建造和操作特殊性等问题。再或是将特定概念引入，试图从不同角度寻求某个北极问题新的解决方法，如葛永平从词语构成、语言和语意角度分析论证了“人类共同遗产”原则是一个法律概念，因此可用做于解决北极资源开采、航道利用问题的法律依据等。本文试图从公法角度，为解决非控制国商船队在北极航线一次性便捷、便利通航的问题，在国际法制顺应全球化发展趋势的背景下，将区域经济一体化思想融入北极航线法律问题中，在境内港到港运输原则基础上提出新的管理设想，希望可以丰富这一方向的研究思路。

综上，北极航线的运输管理相关的法律问题研究对北极航线商业化、常态化通航营运；沿线区域运输法律法规学术研究；我国积极参与北极治理、做出贡献并收获收益，包括“冰上丝绸之路”倡议推广、建设、实施等有一定的促进、推动的理论意义和现实意义。

二、北极航线经济可期

北极航道是连接东北亚、欧洲和北美三大经济圈距离最短的海上通道。东北航道是连接东北亚与西欧的最短海上航线，将缩短航程三分之一，降低运输成本 40%。[2]世界贸易集中在北半球的欧洲、美洲和亚洲，海上货物运输方式又是国际贸易中最主要的运输方式，因此北极航线是有巨大海上货物运输需求的。

现有研究文献对北极航线经济价值尚未有完全一致的结论，无论是定性分析还是定量分析。现有研究中使用了很多模型，根据不同的参数确定航程缩短、运输时间减少、燃料使用量降低带来的成本效益，但是因为北极航道的航行环境、吃水深度、港口设施、港口数量、高船舶要求等限制，目前的北极航线是否比经由苏伊士运河、巴拿马运河等传统航线更具有经济价值尚没有共识。但即便如此，大部分学者还是在研究中认为或支持北极航线具有更高经济效益的结论。

目前对北极航线基于当前各方面因素的经济价值的评估和研究很多，本文不再复述，只就笔者认为在经济价值上最为“未来可期”的一项讨论三点，即建设“冰上丝绸之路”的三个主要价值。第一，与传统航线相比，北极航线可以在很大程度和意义上节约费用和时间成本，具有经济成本优势。据预测，北极航线如果完全开通和利用，相比我国 2020 年约 4600 亿美元的传统航线海运运费，可节省 533 亿至 1274 亿美元 [3]。在国际海运通路航线选择上，有助于打破单一性局面，实现国际航运的多元化。第二，北极航线将提供安全、稳定、多元

[2]张永霞,秦同田：打通“冰上丝绸之路”中远海运特运—山东省港口集团北极航线成功首航[J].人民交通,2019，(10):40-41.

[3]张侠,屠景芳,郭培清,孙凯,凌晓良：北极航线的海运经济潜力评估及其对我国经济发展的战略意义[J].中国软科学,2009，(S2):86-93.

的能源供应渠道。北极地区及其洋底大陆架蕴含着丰富的石油、天然气和甲烷水合物以及大量矿藏，对目前的全球能源危机具有重要意义。第三，对我国来说，北极航线的完全开通和利用将直接影响沿海地区的经济发展布局。这表现为进一步加强北部、东部沿海地区的经济优势地位，促进中国北方港口的经济和国际贸易发展，进一步刺激内陆经济，结合“冰上丝绸之路”的建设和实施为中国的进一步国际联结和共荣带来机遇。

三、北极航线运输管理相关法律问题

（一）航线全程通行需要“一纸”化便利

北极地区国家对《联合国海洋法公约》相关条款的理解和适用不同，在北极航道附近，各自对领海、专属经济区和大陆架界限的主张不一，目前为止也没有达成共识。比如，如果北冰洋沿岸国家的外大陆架申请都被许可，北冰洋的国际海底面积将可能缩小到现在的九分之一，即从 288 万平方公里缩小到 34 万平方公里。[4]因此，连带性的，北极地区的“全球公域”也不明确，并且各国根据不同法律依据提出的相关主张也未获得国际社会的普遍承认。另一方面，学界对北极航线附近海域应属于沿线国领海或内水还是国际海峡的争论也没有定论。代表主要控制国和主要使用国利益的双方各自为论。讨论焦点集中在由加拿大主要控制的西北航道和由俄罗斯主要控制的东北航道。

实践中，船舶通行西北航道会遵循加拿大国内法对起始于白令海峡，向东沿美国阿拉斯加北部沿岸海域，穿过加拿大北极群岛，至戴维斯海峡进入北大西洋[1]段航道的相关规定，即依据加拿大认为西北航道是其内水和领海的组合的做法[5]。他国船舶通航需经其许可并收取通行费用。图 1 中另一北极航线依托的重要航道的东北航道[6]其中一个重要部分即为俄罗斯称为北方海航道的部分，即东起俄罗斯与美国的海上边界和杰日尼奥夫角到白令海峡中的纬线，西至新地群岛热拉尼亚角的经线和新地群岛东部的海岸线和马托奇金海峡、喀拉海峡与尤戈尔海峡的西部边界的部分[7]，主要由俄罗斯北方海管理局（The Northern Sea Route Administration，简称 NSRA）管理通航等问题。管理中也有地方政府和国际海事组织和北极理事会等多个国际组织参与其中。根据 NSRA 对俄罗斯北方海的管理，北极航线被划分为七个区域，船舶通过每个区域前，需要提出过境申请，经过 NSRA 审核后才能通航，[8]并规定船舶进入需交纳高昂的服务或通行费用。[9]俄罗斯政府还规定如果船舶违反了相关规定，将有权中止其航行或命令其离开航道。[10]

---

[4]吴迪：北极地区 200 海里外大陆架划界法律问题研究[J].极地研究,2011,23(03):223

[5]James kraska：The Law of the Sea Convention and the North west Passage, The international journal of marine and coastal law, 2007, vol.22, 257.

6 起始于欧洲挪威北角附近，自西向东依次经过北冰洋巴伦支海、喀拉海、拉普杰夫海、东西伯利亚海和楚科奇海，沿途穿过尤戈尔海峡、喀拉海峡、马托奇金海峡、桑尼科夫海峡、德朗海峡等大量狭窄的海峡，最终经过白令海峡通达至太平洋。参见夏健铭. 北极航道航行管控法律问题研究[D].华东政法大学,2017.

[7]Federal Law dated April, 30 1999 Nr.81-FZ Merchant Shipping Code.1999 年《俄罗斯联邦商业航运法》第 5 条第 1 款，Northern Sea Route Information Office[J].
http://www.nsra.ru/en/ofitsialnaya_informatsiya/ktm_statement.html

[8]王爱虎,徐沛：“冰上丝绸之路”建设背景下北极航线的经济价值——基于船舶排放控制的考虑[J].华南理工大学学报(社会科学版),2020,22(06):10-21.

[9]李志文,高俊涛：北极通航的航行法律问题探析[J].法学杂志,2010,31(11):62-65.

[10]王丹,王杰,张浩：环北极国家与地区的北极航道通行政策及其发展趋势分析[J].极地研究,2015,27(01):74-82.

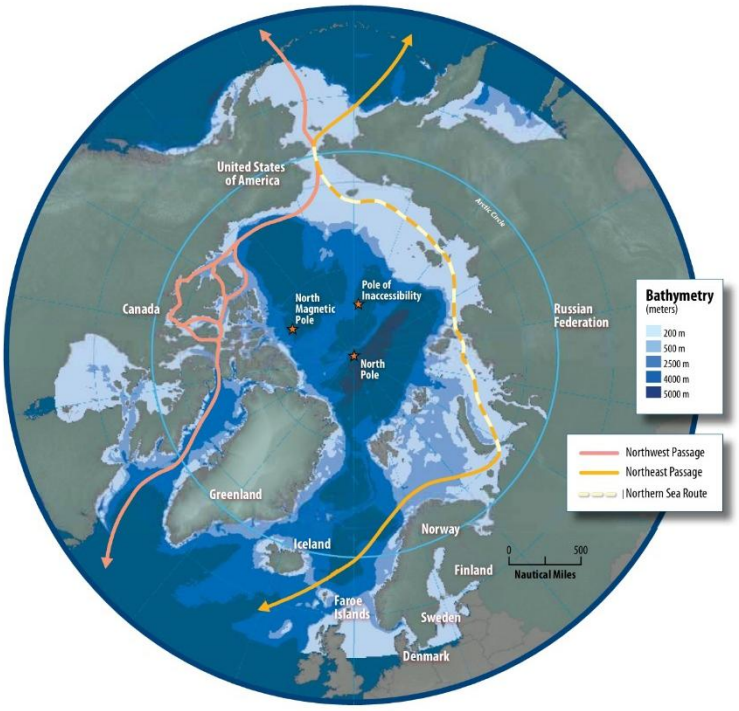


图 1 北极航线图[12]

除了加拿大和俄罗斯两个主要控制国的观点和做法之外，作为主要使用国代表的美国则认为北极航道是国际海峡，应适用《联合国海洋法公约》规定的过境通行制度。这一观点和主张得到了例如瑞典、挪威沿岸国和日本、欧盟国家等非沿岸国的支持，也得到理论界学者研究成果上的支持，这些支持的主要依据为北极航道满足国际海峡的构成要件。

北极航道的法律地位是北极法律问题论战的焦点之一，这两种不同的法律地位必然导致商船通过北极航线的不同效果。如果北极航线要商业化、常态化通航，首先要确保约 5600 公里的北极航线可以全程通行，不能存在中途无法通过或长时间延迟的可能性，这对于航运公司和货主的风险都是非常大的。虽然目前没有相关案例，但是存在多个区域要进行过境申请并且没有权益保障规则和救济途径的情况下，难免担心。而且，这些令人忧虑的问题一旦真的发生，后续将牵扯一系列和货物、船舶等相关的法律纠纷和不菲的经济赔偿。在此之上，还要改善管理中可能涉及多个国家、机构的问题，保证商船的航行时间的最优、通行成本最低。通行权的获取和保证行使，是通过全球性公约还是通过北极区域性规则是亟需解决的法律问题，既要有有利的法律依据也要有公平合理的权益保障。在这个问题上，国际规则的遵守机制更加灵活的趋势下，笔者认为有公平、合理的法律依据取得通行权的基础上非北极国家要对北极地区做出适当贡献。在承认目前对北极航道进行事实控制的加拿大和俄罗斯的主权权利的基础上，适用国际海峡制度[11]，达到搁置争议、共同利用的目的，满足沿岸国与非沿岸国各方需求，实现利益平衡。如果能够实现由北极理事会、北极经济理事会、主要控制国代表、主要利用国代表（包括北极地区国家和非北极地区国家）等主要利害关系方共同设置一专门机构，形成达成一致后的通行前一次申请、一纸审核、一次收费就可以使船舶全程顺畅通行，这将大幅提高商船通行效率的同时也可以避免通行管理规定条文繁复、程序分段

11 根据《联合国海洋法公约》（1982）第三十四条 构成用于国际航行海峡的水域的法律地位：1. 本分部所规定的用于国际航行的海峡的通过制度，不应在其他方面影响构成这种海峡的水域的法律地位，或影响海峡沿岸国对这种水域及其上空、海床和底土行使其主权或管辖权。二者可以同时存在不相互冲突。

分次分国家可能造成的法规或管理冲突。这是对现状提升的一步，毕竟北极航线还没有全年、全面常态化通航，一方面问题不能被全面预见，另一方面多边问题不可能一次性根本解决需要分步分阶段。北极地区签订航运公约或者框架协议，成员国或缔约国至少可以先享受程序、手续简化的优惠。

（二）交通事故需要未雨绸缪

北极航线的安全航行相关法律问题同样被广泛关注和讨论，却不仅仅是出于特殊且严酷的航行环境的考虑。目前与安全航行相关的法律问题研究基本集中于和环境保护相关的油污问题的规定，以及和冰冻航行相关的船级和船员配备的规定。本文只讨论一点和北极航线货运有关的交通事故方面的规定。以目前北极航线的利用率和每年通行的船舶数量来看，这个问题的讨论是对未来的未雨绸缪。

北极航道海面不管是冰层融化还是破冰之后都会有大量浮冰，且少阳光没有太大的风，所以时常浓雾，这对船舶和船员都提出了极高的要求和挑战，再加上航线（图 2）目前基本处于未开发状态，全球的船舶和船员普遍没有航行经验，更是有可能因为人为因素和客观因素[12]和未来增长的船舶数量造成交通事故。

根据《加拿大航行法》，2010 年 7 月加拿大颁布了《加拿大北方船舶交通服务区规章》（简称 NORDREG），建立了船舶交通服务区（Vessel Traffic Service Zones）制度。NORDREG 强制性规则要求进出或者途径一个服务区的 300 总吨以上及装载危险物的船舶[13]必须提前向加拿大船舶交通管理机关申请[14]，加拿大可以根据“推动安全有效的航行或环境保护”为标准判断决定是否准许。在交通服务区内，通行船舶必须通过无线电通信向交通管理机关报告航行基本信息、所在位置（经纬度）、航速、目的港、货物信息、船舶状态等全方位信息。若船舶未经加拿大许可，被加拿大交通管理机关发现处于 NORDREG 区域内，在加拿大港口停靠时将会被滞留。违反 NORDREG 的船舶，面临大约 10 万美元的罚款或者监禁一年的处罚，两种处罚也可共同实施。[15]

针对以上北极航线在运输管理中的法律问题，本文基于全球化加速进程、地缘性区域一体化增多的背景，设想如果北极地区区域一体化达到一定程度，可以由一机构草拟区域性框架协议，适用经过协调统一的区域层面的境内港到港运输规则（regional cabotage），统一约束、保障与管理，平衡各国利益，推进问题解决。

[12]龚非：关于北极航线冰区航行问题的研究[J].中国水运(下半月),2019,19(12):11-12.
[13]Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations, SOR/2010-127, Article 3.
[14]Canada Shipping Act，Article 126.
[15]中华人民共和国海事局编：《北极航行指南（东北航道）2014》，人民交通出版社 2014 年版，p.10.

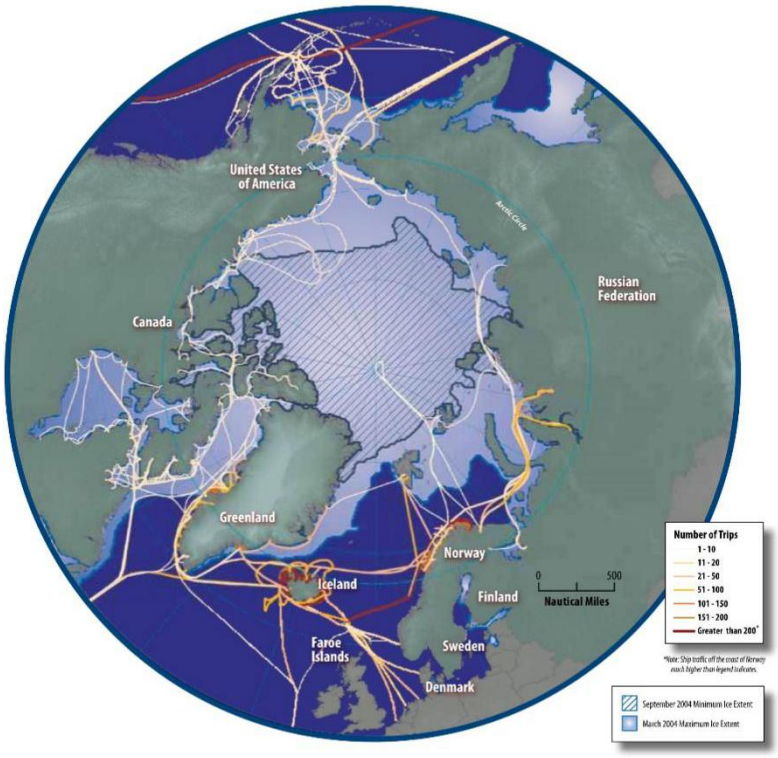


图 2 北极航运交通图（2004 年）

Shipping traffic in the Arctic for year 2004[16]

（三）环境保护法律规制

由于北极地区生态环境相对脆弱，北极航线通航的所有建设都需要伴随着环境保护问题的考虑。通航北极海域的船舶需要严格控制废气排放。目前《联合国气候变化框架公约》（简称《框架公约》）及《联合国气候变化框架公约京都议定书》（简称《京都议定书》）是全球性应对气候变化的主要国际公约。《框架公约》于 1994 年 3 月 21 日正式生效，截至 2015 年 11 月，已经有 195 个国家签署或批准加入了该公约。[17]国际海事组织也发布了《国际防止船舶造成污染公约》（MARPOL）和《极地水域船舶国际规则》等规章。2008 年修正的《国际防止船舶造成污染公约》在特定区域设立了排放控制区，目前已经设立的排放控制区有:波罗的海区域、北海区域、北美区域和美国加勒比区域。在硫排放控制区内，自 2020 年 1 月 1 日起，硫排放必须低于 0. 1% ，全球船舶排放将迎来最严格的管控，对通航北极的船舶控制硫排放提出了更高的要求。

在北极使用重油不仅增加了灾难性溢油事故的风险，而且还增加了黑碳排放量，这将加速海冰和冰川冰的融化。鉴于此，国际海事组织海洋环境保护委员会 2018 年 4 月指示其污染预防和应对分委员会（PPR6）制定一项禁令，禁止在北极使用或运输重油。[1]北极地区油污问题也广泛适用《经 1978 年议定书修订的 1973 年国际防止船舶造成污染公约》，北极八国均为该公约缔约国。缔约国根据该公约附件Ⅰ Ⅱ Ⅴ，防止船舶污染损害。《北极海洋油污预防与反应合作协定》是在北极理事会的主导下，由芬兰、丹麦、挪威、美国、俄罗斯、冰

[16]Arctic Marine Shipping Assessment 2009 report. p.10&17 Arctic Council[J]. http://library.arcticportal.org/1400/,Date Deposited 12 Sep 2011

[17]中华人民共和国常驻日内瓦联合国代表团经贸处.《联合国气候变化框架公约》缔约国完成全球气候变化协议正式谈判文本[J].http://genevese.mofcom.gov.cn/article/jmxw/201502 /20150200901060.shtml., 2015-02-16

岛在内的 6 个国家签订的区域性防止油类污染国际条约。除此之外，北极理事会、北极地区国家和相关国际组织针对防治压载水造成物种入侵、降低船舶噪音对水中哺乳动物的影响等方面也在积极做解决工作。[18]

北极航线欲商业化、常态化运营，沿线的环境问题是不得不加以考虑的问题。即使北极航线的通航是由于全球变暖导致北极冰层厚度、覆盖面积不断减小甚至夏季将几乎达到无冰的状态[19]才有实现的希望和可能，但是这其实是个需要批判性思考的问题。如果北极航线出现冰越少，船越多，船越多，冰越少，这样循环下去的情况，会不会对北极地区气候产生更大的负面影响，而且如果这个负面影响是不可逆的，那么对北极地区的环境、气候、生物的影响会不会由于蝴蝶效应波及全球。这无疑是个需要重点关注的问题，而不只是忧虑。与之相联系的是这个过程中航线利用国对沿线国家环境造成影响产生的权益侵害应该由谁负责、承担赔偿责任，这个责任如何认定、被侵权国家应向哪个权力机构寻求救济，一旦确定侵权主体和侵权行为，并证明二者有因果关系，被侵权国要求赔偿的金额如何确定。这样的损害有着和油污事故损害类似的性质，那是否要适用类似的损害赔偿责任限制制度。这些都是值得深入研究的问题。虽然北极航线是“冰块里的黄金”，但是我们不能为了取得黄金做粉碎冰块的事。北极航线即使可以全年通航也需要制定规则由管理机构合理规划每年通过的船舶数量，对北极航线进行有节制地、合理地开发与利用。北极航线的开发一定是以绿色航道、绿色航行、绿色航运为目标的。

四、Cabotage 原理与区域经济一体化的融合适用解决方案

前述提到与北极航线运输管理相关的三个主要法律问题，而本文认为首要亟需解决的是第一个问题。因为即使北极航线尚未全面、常态、商业化被利用运营，目前每年也是有不少商船通过北极航道利用北极航线的。因此，下述部分将主要讨论航线全程通行需要“一纸”化通航这一法律问题。这个问题其实也是因商船队航行的经济、效率、安全等要求应运而生的。要解决这一问题，如果在区域经济一体化形成并且程度逐渐加强的趋势下，regional cabotage law 便可得以适用，从而可以作为解决这个问题的一个可行方案。以下将分步讨论。

（一）北极八国的 Cabotage 法律

根据国际海员权利组织的报告，Cabotage 的定义在不同的字典中不尽相同，并且在区域层面（regional cabotage）、国际层面（international cabotage）和不同的研究中对其含义做的不同的解释，但总体来看可以将国家层面的 cabotage 定义简要的概括为一国境内港到港（或点到点）的运输需由本国（本国国民、本国运输工具包括具有该国国籍悬挂该国国旗的、由该国建造的、在该国纳税等的船舶或其他运输工具、持有许可证的车辆等）从事。[20]。Cabotage 法律典型来说是“保留”或“限制”许多不同的事项，那些设置 cabotage 规定的国家认为是在他们管辖范围内的事项，以此达到保护该国航运行业之类的政策性目的。比如，国内港口间的航运服务，需要由该国船旗船舶，即该国国籍的或国内所有的、运营的、建造的和/或配备船员的船舶载运。有时，这种保留或限制被表述为排他性地有利于该国船舶。不过，外国船舶被禁止从事沿海或国内港口间运输时，他们可能在特定条件下被许可，即存在豁免、例外和协议情况。由于各国规定各不相同，以下将梳理北极八国各自的 cabotage 法律规定，探索出一条脉络用于区域经济一体化概念的区域性运输规则设想。

---

[18]韩立新,宋思昆：北极海域的国际法规制及对中国利用北极航线的影响[J].中国海商法研究,2016,27(03):59

[19]ZHANG Z, HUISINGH D, SONG M.：Exploitation of trans-Arctic maritime transportation[J]. Journal of cleaner production,2019,212:960-973.

20 后文中因为需要使用其原意，故仍用 Cabotage 一词表述。

在俄罗斯，根据俄罗斯联邦商船航运法典，如此规定 cabotage：“4（1）俄罗斯联邦的海港之间运输和拖航应该由挂俄罗斯联邦国旗船舶实现航行”。然后 4（2）条接着详细说明：“在俄罗斯联邦内海水域或领海进行的与破冰船协助、搜索、救援和拖航作业、海上财产打捞、水利工程、水下工程和其他类似工程有关的活动，应由悬挂俄罗斯联邦国旗的船舶进行”。在俄罗斯联邦的海港之间的运输和拖航应该，如上述提到的，由“悬挂俄罗斯联邦国旗的船舶进行”。有时，境内港到港运输涵盖高度专业服务。例如在俄罗斯，境内港到港运输包括破冰船协助，水利工程和水下工程。

俄罗斯 cabotage 法律的政策目的，体现在两个主要的法规：“俄罗斯联邦截至 2020 年期间海洋学说”和一个俄罗斯联邦政府的决议“2010-2020 年俄罗斯运输系统发展特殊联邦项目”。第一个文件阐述的是俄罗斯的国家海洋政策的主要目的：“维护内海水域，领海和其上领空，海底和底层土主权；对在专属经济区的勘探、生物和非生物的自然资源的发展和保护，在（海）底，在它的底土和水面上，这些资源的管理；利用水流和风生产的能源，人工岛屿的创造和使用，设施和构筑物，海洋科学研究和海洋环境的保护实现管辖权和保护主权；对在俄罗斯联邦大陆架上的勘探和资源开发实现和保护主权权利；实现和保护公海自由包括航行自由，铺设海底电缆和管道的自由；以及保护俄罗斯联邦海洋区域领域，保护和保障俄罗斯联邦海洋和其上面空域的国家边界”。[21]

在加拿大，1992 年沿海贸易法第二章提供关于 cabotage 规定的如下表述：“coasting trade”的意思是（a）船舶货物运输，或用船及任何其他方式的运输，从加拿大或加拿大的大陆架之上的一地至加拿大或加拿大的大陆架之上的任何其他地方，以直接或通过加拿大以外地方的一种方式（通过第三地转运），但是关于加拿大大陆架以上水域，包括仅和勘探相关的货物运输，开采或矿石或加拿大大陆架上的非生物自然资源的运输…（f）用船舶在加拿大水域从事任何其他商业性质的海洋活动，就加拿大大陆架以上水域而言，从事与勘探、开采或矿石或加拿大大陆架上的非生物自然资源的运输有关的其他商业性质的海洋活动。

加拿大政府在保护主义者和自由推行者双重压力下必须使她全球最长的海岸线的利益最大化。加拿大为确保国家安全，更新和维护国家商船队以保证其国内和国际贸易，这对维护主权和保持经济繁荣十分重要。加拿大的沿海贸易只能由悬挂加拿大船旗的船舶运输。加拿大运输委员会 1970 年加拿大沿海贸易和相关海洋活动的调查报告建议将其保护政策扩展到加拿大的大陆架。政策同样适用于特种海洋活动。1992 年沿海贸易法“除持有执照以外，没有外国船舶或无纳税的船舶可以从事沿海贸易。”但根据第三节第一条，在紧急海洋污染反应时上述船舶可以豁免，并且在没有可用的或适当的加拿大注册、纳税、建造的船舶可以执行需求任务的时候法律允许外国船舶临时进入。结合相关判例来看，加拿大的 cabotage 政策是世界上最保护主义的之一，但是在一些多边协定之上却相对开放，如 NAFTA。

在美国，学者仍然激烈争辩英国航海法在触发美国独立战争中起作用的程度。1789 年 9 月 1 日最初的会议上议会实行了“注册和清关船舶法律，规制沿海贸易和为了其他目的”来推行 cabotage 原则。在 1817 年，在一部“关于美国航运的法律”中规定了“没有货物、货品或商品，应该被进口，因此被处以没收的惩罚，从美国的一港至美国的另一港，用一艘全部或部分属于任何外国力量的主体的船…”[22]。换句话说，就是明确进行了货载保留的规定，即美国港口之间的货物运输只能由完全美国所有的美籍船舶进行运输，否则会被没收。美国不仅对货物运输进行了规定，还对旅客运输也进行了规定。1886 年，客运船舶服务法案通过以管

21 See Resolution of the Government of the Russian Federation No. 848, dated December 5, 2001.
22 See An Act concerning the navigation of the United States. FOURTEENTH CONGRESS. Sess.II.Ch 31.p.351

理旅客运输。它描述："外国船舶在美国地点或港口之间寻找运输旅客，当这样的旅客在美国登船，每名乘客上岸一次，应被处以罚款两美元"。cabotage 原则如今在 1920 年的商船法中被全面重新表述，也就是通常被称为琼斯法案。议会声明："美国拥有商船是国防和发展美国国内外商业的需要…"

琼斯法案的序言中对 cabotage 的政策目的有如下表述："对国防是必要的并且对外国的和国内的经济增长是合适的，美国应该有一只装备最佳的商船队并且在战时或国家紧急情况下足以承载其大部分商业和作为海军或军事辅助的最合适的类型的船舶，最终归美国公民个人所有；以此声明美国的政策是尽一切可能发展和鼓励维护这只商船队，在不违反本法明文规定的范围内，运输部长应该，如在下文的条件下安排船舶和航运财产，在制定规则和法规中，保持总是在这个目的和目标的视角作为在航运法律管理要达到的主要目的"。

在瑞典和芬兰，cabotage 自 1724 年通过 1726 年澄清的一个题为"外国至瑞典和芬兰海运"的法令（Foreign Shipping to Sweden and Finland）延续至今。在解释中它被描述为："为了支持瑞典船舶所有者和促进运输，…规定外国运输至瑞典和芬兰，…除非他们自己国家的商品在他们自己的船舶上否则不能运输至此处，违者以没收船舶和货物论处，一半归我们一半归王国；…外国人不仅被禁止用他们的船以上述方式进口本国产品以外的货物，他们也不能寻找货物装运在这个王国某处生产的瑞典产品，并将其运到另一个地方，…"[23]。在过去了 300 年以后，这个法令仍然有效，表明 cabotage 原则通过例法和政府规定被确认，这指的是在特定案子中法令会强制豁免。[24]有时，像是在芬兰，在（主管）部批准豁免之前，（主管）部将听取利害关系方的意见，视情况的性质或紧迫性而定。

相比于前面国家对 cabotage 有法律规定或进行严格限制的情况，北极八国中的另外三个国家，即挪威、丹麦和冰岛在这方面可以说是没有规定的、很开放的。为了确认 cabotage 法律的目的征求了包含 140 个国家的职业律师的意见，被认为没有 cabotage 法律的国家要么它没有相关 cabotage 法律要么 cabotage 法律存在但是被认为不够重要。认为 cabotage 法律不够重要是律师和其他人有理由不同意的判断事项。

在挪威，cabotage 规定于一个非常有限的范围。立法对非欧洲经济区国民，在非欧洲经济区注册船舶提供船上服务，对于超过三个月的不间断期间没有挂靠一个非挪威港口的沿海航行，要求有一个工作许可。而且，一艘船舶如果它载运超过 12 人在挪威港口之间常规的航行必须有一个路线许可；并且任何人通过竞争授予许可必须确保，在履行合同直接工作的那些雇员，收到的工资和工作条件不比根据现行全国关税协定差[25]。并且，还要求工资和工作条件在公共合同中，当政府进入服务合同（包括运输）超过指定的阈值时，应该应用在国家的集体谈判劳动合同中说明的挪威工作和生活条件，同时也应用于分包商[26]。由此可以看出，挪威可以称之为 cabatage 的相关规定更多的是关注船员的权益，而不是货载保留的实质。

在丹麦和冰岛，在地理依据和/或法律依据上是没有 cabotage 相关法律规定的。但此处有必要就一些北极政策，尤其是关于北极航线的政策做简要阐述以明确其态度和倾向。一旦北极航道开通，冰岛希望利用地处北大西洋中心和东北航道西端的有利地理位置，即欧洲和

23 See the Declaration of 1726 on the Ordinance of 1724

24 See exemption by Regulation 1974:235 也同时在 Council Regulation(EEC)No 3577/92 of 7 December 1992 中豁免.Exemption to the Ordinances of 1724 and 1726 也被规定在双边协议中.

25 See section 8(5) of the Law on professional transport by motor vehicle and vessel (Date LOV-2002-06-21-45).

26 See §5 of the Rule on wages and working conditions in public contracts (Date FOR-2008-02-08-112).

美国东海岸的中间位置，改变地处地球边缘的地位，成为北大西洋集装箱运输的中转站[27]。在 2011 年 5 月 5 日，冰岛政府通过了《关于冰岛北极政策的议会决议》（A parliamentary resolution on Iceland's Arctic Policy），其中主要内容之一为：冰岛要积极抓住因北极地区不断增加的经济活动而带来的机遇，进一步发展同北极地区国家之间的贸易关系，从而创造更多的就业岗位，这对繁荣冰岛经济极为重要。冰岛国内的研究机构在关于北极地区的资源利用、航运、科研和监测等研究上，也面临着机遇和挑战。在涉及到冰岛利益的问题上，冰岛有必要加强同北极域内和域外的国家、国际组织之间的沟通和协调[28]。

如果按照前述整理出的北极八国 cabotage 法律，直接应用于整个北极航线沿线区域，自然是对便利国际交通、国际经贸交流与合作无益的。因此，为了既保证如加拿大、俄罗斯这样做严格限制的国家的利益又同时满足想利用北极航线国家的需求，本文提出下述一个较为大胆的设想。北极航线的事务是否可以由一个机构统一管理，机构可以由多方设置，在北极航线沿线划定区域制定区域性运输规则。

（二）Regional Cabotage law 解决方案

如果将北极航线沿线区域作为整体来考虑问题的话，那北极航线的通航运输就可以看作在一个划定区域内的 cabotage 问题。这就首先需要对 cabotage 需要做延展解释，即应用其区域层面的含义。将 cabotage 规则应用于北极航线沿线区域是将其概念中融入区域经济一体化（Economic Integration）思想进行扩展、把二者做结合，将 cabotage 概念中的一国国境扩展为一划定区域，区域的划定可以由一个北极航线区域性自由运输协议确定，而缔约国国籍船舶可视为“该国国籍船舶”，区域内港口间运输便可以适用 cabotage 规则。这样对沿线国来说是适度开放，较小限度的利益出让，对非沿线国家使用北极航线也是一种相对公平、相对开放的所谓“准入”做法。原本较为严格规定了 cabotage 法律的国家可只就北极航线上几个港口开放其间运输，如同我国上海自贸区、浙江自贸区允许“沿海捎带”业务一样的做法。这也是为了实现统一规定、便利管理、适用法律一致的目的。

这个设想还是有一定的可能性的，北极八国中有三个国家可以说是没有 cabotage 相关法律的，瑞典和芬兰的规定也不是很严格，并且他们对于借助北极航线进行本国发展的愿望也是很强烈的。做严格规定的国家中，俄罗斯作为实际控制国是想要大力发展北极航线的。除与我国“冰上丝绸之路”倡议的合作之外，俄罗斯加大北极地区的经济与基础设施投资力度，大幅提高接纳移民、资源开采、港口建设、道路修建等战略投入，开发北极航道形成环北极经济圈。俄罗斯的北极政策中提高了经贸合作与其他国际合作。[29]加拿大虽然也是严格限制性规定的国家，但她存在基于区域性协定开放本国 cabotage 规定的先例，如在 NAFTA 中便有类似做法。因此，如果北极航线沿线区域所涉及国家可以签订或建立一个区域性协定的话，在其中便可以建立一个区域性运输规则，从而实现全程通航“一纸化”，减低了商船滞留、延迟、无法继续通过甚至被扣押的风险，提高了通航的经济性和效率。适用 cabotage 原理或法律规定可以说是为各方利益相关者找到了一个平衡点，平衡了利益与诉求，制定规则之后也多了一份保障甚至可以制定相关救济途径的条文，这使北极航线利用国的商船队多了一份安全感也在无形中给了控制国一份力量。

---

27 See North Meets North: Navigation and the Future of the Arctic, Ministry of Foreign Affairs of Iceland, September 04, 2006, available at https://www.government.is/news/article/2006/09/04/North-Meets-North-Navigation-and-the-Future-of-the-Arctic/(last visited February 2,2021)

[28]杨洋. 浅析冰岛的北极政策[D].外交学院,2018.

[29]舟丹：俄罗斯北极政策的发展趋势及其影响[J].中外能源,2020,25(05):56.

这样的设想很大程度是适应全球治理主体多元化的趋势，如前文提及北极航线的治理主体除了国家之外，还包括北极理事会等区域性组织，也包括国际海事组织等全球性组织；也是适应国际规制工具的法律复合主义趋势，治理规则结合一国国内法、国际条约、国际习惯、国际司法判例及仲裁等硬法与国际或区域组织规制跨国活动处理全球问题等软法[30]。北极航线的管理规则在国际法的“国际共同体时代”同样需要体现人类共同遗产和人类共同利益的特征。这是全球经济一体化进程的大势所趋和发展所至。

（三）冰上丝绸之路推动我国的大国参与

“冰上丝绸之路”的战略思想、战略、布局应秉承于“一带一路”倡议，也要根据地区特殊性进行个性化、针对性思考和设计，不单指狭义意义上的“冰上丝绸之路”，即俄罗斯提出的共建北方航道下的北方海航道范围[31]，而更需要关注广义上的辐射整个北极航线和联结整个北极地区的“冰上丝绸之路”。以北极航线促进沿线港口和其各国腹地的发展，加强中国与经由国和地区间的经济、文化、政治合作，共建中国经北冰洋连接欧洲与北美洲地区的蓝色经济通道。它将促进北极航线沿线国家区域经济一体化的可能性和程度，推动我国积极参与北极问题之中，提升我国参加北极事务和参与北极治理的话语权，在实现北极航线的大国参与的同时为我国航运企业带来机遇。

中远作为中国最早开展极地商业航行的企业，2013 年 09 月 10 日“永盛”号从中国太仓经北极东北航道至荷兰鹿特丹的首航，至今已经完成了多艘船舶在北极的商业试航。[32]至 2019 年，中远海运特运共派出 17 艘船舶完成了 31 个航次的北极东北航道航行任务。这不仅为中远带来了收益，也是为我国在北极航线上的货物运输积累了经验。除了航运企业，北极航线的运营也将推动我国非枢纽港口发展成为特色性用途港口，提升港口功能和服务，促进非枢纽规模港口发展。

“一带一路”的成功案例无疑是对“冰上丝绸之路”沿线国家的吸引力，而且成功经验可以适当平移。共同建设沿线国家的基础设施，克服沿线国家由于基础设施，尤其是港口基础设施建设不足造成的不能支持大型船舶停靠、货物装载和卸载等国际航运辅助性服务业务和活动的不足。港口建设、增加基本港数量，不仅利于北极航线使用者更加利于港口所在国，不仅可以活跃现在已知的北极地区贮藏的丰富能源及衍生产品的贸易活动，更可以活跃其他商品的贸易活动，特别是沿线国本身缺乏的一些商品种类，丰富国民选择、提高经济收入和生活水平，实现贸易原始的作用，以物易物，共荣共赢。“人类共同遗产”和“人类命运共同体”不再只是宏观指导思想理念，而可以真正惠及人类。

五、结论

巨大的潜在经济价值、重要的战略地位、遭遇海盗可能性较低的相对安全的货运环境等等优势和价值使得北极航线在全年通航变成可能的今天破冰而出，很可能成为世界的下一个黄金水道。但是在北极航线商业化、常态化通航中涉及的法律问题牵扯过境通航、环境保护（包括船舶污染损害的油污损害、倾废损害、气候危害的硫排放和碳排放）、航行安全（交通事故的碰撞、人命救助、船舶适航、人员资质）等诸多方面，而且每个方面的法律问题可能不是单一性的，可能多个方面相互交叉、重叠。另外，北极地区航行的特殊性，极强的地域性，传统北极八国对北极问题治理上素来具有的排他性，这种排他性从不太接受北极地区

[30]曾令良：全球治理与国际法的时代特征[J].中国国际法年刊.法律出版社.2013:23-38.
[31]关晓光,李振福：“冰上丝绸之路”对中国与沿线北极国家的经济效应研究.大连理工大学学报(社会科学版)[J].p.1-13. https://doi.org/10.19525/j.issn1008-407x.2021.01.006.,2021-01-25.
[32]李振福：马士基着“极”了[J].中国船检,2018,221(10):32-35

以外的国家参与，例如北极理事会成员规则，便可见一斑。因此，综合上面的特点，大胆的提出构想，在北极航线沿线划定区域，在北极理事会、北极经济理事会框架下，由国际海事组织、沿岸国政府等共同设置一个专门机构，对上述问题涉及的现有公约和各国国内立法进行梳理，整理出现有规定和条文并构建成系统性规则体系，对目前尚未规定或规定不详的部分进行起草拟定，形成一部专门针对北极地区北极航线的规则，如同多边签署的区域性自由贸易协定一般，是否可以签订北极航线沿线区域的区域性自由运输规则的公约或协定，让缔约国家在遇到相关法律问题的时候可以有所依据，有统一的标准享有权益、解决纠纷。然后，适用 cabotage 原理在统一管理下严格限制国可以适当开放，非北极地区利用国也可以公平利用，使北极航线相关法律问题得以解决。

构想的原因之一是现有公约虽然缔约国和效力范围都很广泛，但是其中的规定并不适应北极航线的特殊性。例如，SOLAS 公约第七章和《国际海运危险货物规则》对危险货物进行了科学分类，对包装和标识做了详尽规定，有利于安全运输和管理，但是以上规定在这些货物经由北极航线运输时或因低温等影响因素需要重新议定。又如，1972 国际避碰规则中并没有关于船舶在冰区航行时的相关准则。[33]原因之二是目前对北极航道的法律地位和管理各利益相关方各执一词，没有普遍共识和被国际社会普遍认同的观点。各方如果可以在搁置争议、共同利用的意愿上商定一个科学的、符合国际法的运输规则可能对根本解决争议也会起到积极效果。原因之三是全球经济一体化加快进程中，那么设想将区域经济一体化思想融入北极航线法律问题中，这将有赖于未来“冰上丝绸之路”倡议的建设和实施，大力推动国家间的经贸往来和文化交流等活动，提高一体化程度，以学科交叉、融合的角度思考解决问题的新思路，例如将境内港到港运输原理做扩展解释适用于所划定北极航线沿线区域。基于以上三点实现北极航线运输管理法律使用复合国际规制工具下的协调统一，解决当前法律碎片化的问题，沿线国与非沿线国共同磋商、平衡利益，探寻一个区域性国际运输规则下的共管之路[34]。

[33]曹玉墀,刘大刚,刘军坡：我国北极通航瓶颈问题分析[J].中国海事,2012，(11):37-40.
[34]密晨曦. 北极航道治理的法律问题研究[D].大连海事大学,2016.

我国承认与执行外国法院判决中的确定性问题——中国签署《海牙判决公约》的考量

罗雅馨* 上海海事大学

摘要：确定性要件作为外国法院判决承认与执行中的基本要件之一，对判决是否能在域外顺利得到承认与执行起到至关重要的作用。而这一问题在我国承认与执行外国法院判决的司法实践仍存一定不足。《承认与执行外国民商事判决公约》第 4 条明确了外国法院判决确定性问题的判断标准，其目的在于使判决确定性的判断标准更具有普适性。我国尚未对判决的确定性问题进行明确规定，在已签订的双边条约中表述也不尽相同。在司法实践方面，我国对确定性要件的适用也缺乏一定的重视。对于我国承认与执行外国法院判决中确定性问题的完善路径，可以从明确确定性要件判断标准、缩小立法与实践中差异以及增加指导性案例等方面着手开展。

关键词：外国法院判决；承认与执行；确定性；典型案例

Abstract: As one of the basic elements in the recognition and enforcement of judgments in foreign courts, the certainty element plays a vital role in whether the judgment can be successfully recognized and enforced outside the territory. However, there are still some deficiencies in China's judicial practice of recognizing and enforcing foreign court judgments, including system practice and trial practice. In terms of system practice, China has not yet clearly stipulated the certainty of judgments, and the expressions in the signed bilateral treaties are not the same. In terms of trial practice, China also lacks certain attention to the application of certainty requirements. China's approach to the recognition and enforcement of certainty issues in foreign court judgments can start from clarifying the criteria for determining certainty elements, narrowing the differences between legislation and practice, and increasing guiding cases.

Keywords: foreign court judgments, recognition and enforcement, certainty, typical cases

一、问题的提出

在构建人类命运共同体和建设“一带一路”等世界级理念和方案的推动过程中，中国始终以负责任大国为理念与世界各国共同发展。[1]相应的，在新时代下，中国司法机关也应以“大国司法”[2]的理念开展承认与执行外国法院判决的相关实践，以促进自由贸易的开展、维护世界经济前进、保障经济全球化的成果。目前而言，世界各国对于外国法院判决承认与执行的判定标准不尽相同，但各国立法均要求申请承认与执行的外国法院判决处于一种“确定”的状态。这种“确定”的状态则为本文所讨论的外国法院判决承认与执行中的确定性要件，即依照被申请国法律该判决在申请承认与执行时已发生法律效力，具有一定的拘束力，处于一种“确定”的状态。然而各国对确定性要件的表述以及判定标准也不尽相同，在我国

* 罗雅馨，上海海事大学，上海海事大学博士生研究生。

本文系国家社科基金重大研究专项“新时代海洋强国战略法制保障研究”（项目批准号：18VHQ004）的阶段性研究成果。

1 参见曲颂等：《中国展现负责任大国形象——国际人士积极评价中国对外工作成果》，载《人民日报》2018 年 06 月 22 日，第 3 版。

2 何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，载《中国社会科学》2017 年第 5 期，第 125-126 页。

也有部分学者将其表述为判决的“终局性”。[3]最高人民法院在2020年对全国人民代表大会所作的工作报告中指出，过去五年中全国各级法院依法服务对外开放，审结一审涉外民商事案件1.7万件，海事海商案件1.6万件。[4]从结果上看，中国各级法院积极配合开展司法协助工作，成果丰硕。从过程上看，中国承认与执行外国法院民商事判决的司法实践仍存一定不足，包括制度实践以及审判实践。确定性要件是外国法院判决承认与执行中的先决条件，然而因为各国标准不同使得确定性要件存在很大的“不确定性”，而我国在确定性问题的制度实践与审判实践上也存在制度不清的问题。

2019年7月2日在荷兰海牙和平宫召开的海牙国际私法会议第22届外交大会闭幕式上通过了《承认与执行外国民商事判决公约》（以下简称《海牙判决公约》）。海牙国际私法会议组织起草的《承认与执行外国民商事判决公约》经过2016年6月、2017年2月、2017年11月和2018年5月召开的对该公约进行谈判的四次特别委员会会议讨论，并最终于2019年7月2日获得通过。[5]这是迄今为止国际社会就外国民商事法院判决承认和执行所制定的最受关注也是获得最多国家参与的一项国际司法制度建设的项目工程。[6]《海牙判决公约》第4条第（3）款和第（4）款对判决的确定性问题作出了规定，明确了外国法院判决唯有在原判国有效的前提下才能得以承认，唯有在原判国可执行的前提下才能得以执行。公约的该条规定被认为是公约中最为重要的规定，也被称为公约的基石（corner stone）[7]

《海牙判决公约》第4条第（3）款和第（4）款虽明确了成员国间判决承认和执行的确定性要件，但在实践中可能存在以下问题。首先，《海牙判决公约》未规定依据何国法律来判断外国法院判决的确定性问题，是依据被请求国的法律规定，还是依据原判国的法律规定来确定外国判决的效力？其次，由于各国实践中对判决确定性问题的认定不一致，也可能导致司法实践中实质审查的不对等问题。最后，对于以上问题，本文以《海牙判决公约》第4条第（3）款和第（4）款的内容为切入点，结合公约谈判分析我国对公约签署的考量因素，并结合我国在外国判决审查方面的立法和实践，提出签署公约可能产生的影响。

二、《海牙判决公约》对确定性问题的规定

根据《海牙判决公约》第4条第（3）款和第（4）款的规定，判决唯有在原判国有效，方能得以承认；唯有在原判国可执行，方能得以执行。该款规定对于被请求承认与执行的判决的确定性问题作出了规定，即判决在原判国业已生效，并是继续有效的，而且对于寻求被

---

3 《元照英美法词典》中对于“final decision（终局判决）”的解释为：指案件事实审理清楚，对当事人的有关权利、责任、赔偿等问题作出处理，所有争端已获解决，法院无需再作进一步审理的判决。而在实践中，不同国家对于判决的“确定性”状态表述不同，如“确定性的（final）”、“决定性的（conclusive）”以及“可执行的（enforceable）”等，参见。而我国有学者也将其表述为“终局性”，如钱锋：《终局性：外国法院民商事判决承认与执行的先决条件》，《法律适用》，2006年第6期，第54-57页；王吉文：《判决终局性：外国判决承认与执行上一道难以逾越的坎》，《云南大学学报（法学版）》，2011年第4期，第137-141页；乔雄兵：《论外国法院判决承认与执行中的终局性问题》，《武大国际法评论》，2017年第1期，第76页等。

4 《最高人民法院工作报告——2020年5月25日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》，新华网，http://www.xinhuanet.com/legal/2020-06/01/c_1126059430.htm，最后访问时间：2020年6月2日访问。

5 See Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. 公约原文可见海牙国际私法会议网站 https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137，2021年4月5日访问。

6 徐国建：《2019年《海牙判决公约》判决承认和执行机制概述》，载《中国应用法学》，2020年第4期，第65页。

7 See Francisco Garcimartin and Geneviève Saumier, HCCH Convention of 2 July 2019 on the Re-cognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters: Draft Explanatory Re-port, para. 108; 海牙判决项目四次特委会会议主席，来自新西兰的 Mr David J. GODDARD, QC，在第22届海牙外交大会上以corner stone形容公约此条规定。

请求国执行的判决，必须在原判国具有可执行性，是可以执行的。

（一）外国法院判决的承认

《海牙判决公约》规定，公约中“判决”是指法院就实质问题作出的任何决定，不论其如何称谓，包括裁定或命令，以及法院（包括其职员）对诉讼费用或者支出的决定，只要此种决定与实质问题有关且根据公约可得到承认或者执行，但公约的规定不包括临时性保护措施。该条规定与《选择法院协议公约》第 8 条第（3）款的规定相同，同时对于判决的确定性问题也与《选择法院协议公约》保持一致，分别规定了判决的承认与判决的执行的确定性问题。在我国的司法实践中对判决的承认与执行也进行了区分，例如对离婚判决仅进行承认即可，但我国的法律和司法解释并未对外国法院判决的承认以及外国法院判决的执行进行实质性区分。“承认”外国法院判决与“执行”外国法院判决，既相互关联，又有着不同的含义。承认外国法院判决是执行外国法院判决的前提，如果没有对外国法院判决的承认，执行就失去了基础；而执行外国法院判决是承认外国法院判决的结果。但是，承认外国法院判决不一定导致执行判决，有些判决只需承认而无需执行。

一般而言，外国法院判决的承认是指外国法院判决取得了与内国法院判决同等的效力，外国法院判决中所确定的权利义务关系在内国法院得到了确认；而执行外国法院判决，则是法院运用其强制权力，强制当事人履行外国法院的判决。在确认之诉的情况下，如果原判国法院确认当事人间存在某种法律关系，则被请求国法院也应接受该认定，认为当事人间存在原判国法院所确认的法律关系。从既判力的角度看，对于外国法院判决的承认，便认可和接受了该判决的所有效力，包括对案涉争议不得再行诉讼的限制效力，即所谓的一事不再理（res judicata 或 preclusive effects）。[8]在国际民事诉讼中，所谓一事不再理，是指外国法院就当事人间的争议业已作出判决，则该判决便应为内国法院所承认，原判国法院对当事人间法律关系的认定和对当事人权利和义务的决定对内国有效，内国法院基于有关当事人的请求，不再受理和审理相同当事人间的相同争议。[9]《海牙判决公约》起草过程中，对于承认外国法院判决的效力是否包含一事不再理的法律原则，进行了探讨，前几个草案均规定对于外国法院判决的承认应该给予该判决在原判国所具有的相同的效力，[10]目的在于明确一事不再理效力的范围是由原判国法律确定，而不是根据被请求国法律确定的。但是，由于考虑到《选择法院协议公约》未对该问题作出规定，2017 年 2 月的公约草案第 9 条的这一规定，在其后于 2017 年 11 月召开的第三次特委会会议上被删除了。[11]

同时，值得注意的的是，《海牙判决公约》也未规定依据被请求国的法律规定来确定外国判决的效力。公约的解释报告指出对于该问题应该基于公约的宗旨和目的，以公约统一解释的方式进行解释，依据公约规定的缔约国负有承认外国法院判决的义务，便意味着当事人不能就同一诉讼请求或诉因在其他国家再行进行诉讼。因此，如果外国法院的判决决定了诉讼请求中所包含的权利与义务，则这些权利和义务不得再行成为被请求国法院诉讼的对象。

---

8 徐国建：《2019 年《海牙判决公约》判决承认和执行机制概述》，载《中国应用法学》，2020 年第 4 期，第 74 页。

9 韩德培：《国际私法新论（下）》，武汉大学出版社 2009 年版，第 621 页。

10 Art.9 “Equivalent Effects” of the Draft Convention of February 2017 reads: “A judgment recognized or enforceable under this Convention shall be given the same effect it has in the State of origin. If the judgment provides for relief that is not available under the law of the requested State, that relief shall, to the extent possible, be adapted to relief with effects equivalent to, but not going beyond, its effects under the law of the State of origin”.

11 See Aide Memoire of the Chair of the Special Commission (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017), para. 33.

（二）外国法院判决的执行

一般而言，外国法院判决的执行是法院运用其强制权力，强制当事人履行外国法院的判决。有学者认为承认外国法院判决与执行外国法院判决，都是使外国法院判决在内国境内发生法律效力，判决的内容受到内国法院的认可和保护，因此适用于这两方面的制度从根本上讲是一致的，对于这两者所规定的条件也基本上是一致的。例如海牙《关于承认与执行外国民事和商事判决的公约》。《选择法院协议公约》与《海牙判决公约》中虽然区分判决承认和执行而分别规定了条件，但从实质上来讲也是一样的。

而实践中还可能会出现这样的情况，即原判国法院的判决在原判国有效，但不具有可执行性，例如，原判国法律规定一审判决为生效判决，但上诉期间该判决暂时不可以执行；再如原判国法院判决超过申请执行的时效，在原判国不再具有可执行性，此种判决也便不能再根据公约规定在公约其他缔约国获得执行。[13]总之，对外国法院判决的承认并不意味着需要对该判决进行执行。但是，执行外国判决肯定需要对外国判决予以承认。因此，基于上述外国法院判决承认与执行的差异，也有学者认为《选择法院协议公约》与《海牙判决公约》规定承认和执行的基本条件是不一样的。笔者认为，《选择法院协议公约》与《海牙判决公约》采用的表述方式是为了区分外国法院判决的承认与执行，虽然二者在制度上有重叠的部分，但从规定上明确区分二者可以很好地厘清判决承认与执行的概念以及相关制度规定，从立法目的的角度来看二者的条件是不同的，我国也应参照借鉴公约中的规定，在立法上区分外国法院判决的承认以及判决的执行。

三、确定性问题在我国的立法实践

（一）法律

中国承认与执行外国法院民商事判决有关确定性要件的制度由法律、国际条约以及最高人民法院出台的司法解释及司法解释性质文件等共同构建形成。

就法律而言，我国承认与执行外国法院民商事判决确定性要件的制度主要规定在《中华人民共和国民事诉讼法》（下文简称《民事诉讼法》）第 281 条中，该条规定要求申请或者请求承认和执行的外国法院作出的判决、裁定应已发生法律效力，[14]在《中华人民共和国企业破产法》（下文简称《企业破产法》）第 5 条中也采用了“发生法律效力”的表述[15]。由于我国法律未对外国法院判决的承认以及外国法院判决的执行进行明确区分，根据《民事诉讼法》以及《企业破产法》的规定，我国对于外国法院判决承认与执行确定性要件的判断标准均为该判决在申请时是否已发生法律效力，然而《民事诉讼法》却未对确定性要件的具体细节进行规定，如应依据哪国法律判断外国法院判决是否已发生法律效力等。

（二）国际条约

就国际条约而言，《民事诉讼法》将中国缔结或参加的国际条约的规定纳入了中国民事

12 See Francisco Garcimartin and Geneviève Saumier, HCCH Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters: Draft Explanatory Report, para. 123.

13 See Francisco Garcimartin and Geneviève Saumier, HCCH Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters: Draft Explanatory Report, para. 124.

14 《民事诉讼法》第 281 条规定：“外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。”

15 《中华人民共和国企业破产法》第 5 条规定：“……对外国法院作出的发生法律效力的破产案件的判决、裁定……承认和执行。”

诉讼的程序之中。根据《民事诉讼法》第 260 条的规定，[16]在《民事诉讼法》和《海事诉讼特别程序法》之外，承认与执行外国法院民商事判决相关国际条约的内容是该制度的重要组成部分。截至 2020 年 9 月，中国缔结或参加的 1 部多边国际条约及 34 部双边司法协助条约订有外国法院民商事判决承认与执行相关事项的规定。在一般的民商事判决的承认与执行方面，仅能涵盖法国、意大利、巴西、西班牙、俄罗斯、土耳其、波兰、阿联酋、埃及、越南、罗马尼亚、秘鲁等 12 个国民生产总值位居世界前 50 位的国家。[17]如下表 1：

表 1 中国缔结或参加的外国法院民商事判决承认与执行相关的条约

序号	名称	适用国家	条款	承认与执行的法院所作文书类型
1	经 1992 年议定书修订的《1969 年国际油污损害民事责任公约》	公约缔约国（139 个）	10	油污损害以及防止或减轻油污损害判决
2	中华人民共和国和保加利亚共和国关于民事司法协助的协定	中国与保加利亚	18-23	民事裁决（含刑事判决中有关损害赔偿的部分、法院制作的调解书）的承认与执行
3	中华人民共和国和意大利共和国关于民事司法协助的条约	中国与意大利	20-27	民事裁决（含刑事判决中有关损害赔偿的部分、法院制作的调解书）
4	中华人民共和国和阿尔及利亚民主人民共和国关于民事和商事司法协助的条约	中国与阿尔及利亚	21-24	民商事案件的裁判文书、刑事案件中就民事权利作出的裁判文书，遗嘱和继承、破产以及扶养案件外的临时保全措施案件所作裁判文书除外
5	中华人民共和国和阿根廷共和国关于民事和商事司法协助的条约	中国与阿根廷	15-20	民商事裁决（含调解书）、刑事案件中就向被害人给予赔偿和返还财物作出的民事裁决
6	中华人民共和国和阿拉伯联合酋长国关于民事和商事司法协助的协定	中国与阿联酋	17-27	民事、商事和身份裁决以及刑事附带民事裁决，但除支付生活费有关事项以外的保全措施或临时措施除外
7	中华人民共和国和埃塞俄比亚联邦民主共和国关于民事和商事司法协助的条约	中国与埃塞俄比亚	21-27	民商事案件的裁决（含调解书）、刑事案件中就向被害人给予赔偿和返还财物所作的民事裁决
8	中华人民共和国和巴西联邦共和国关于民事和商事司法协助的条约	中国与巴西	20-25	民商事案件的裁判（含调解书）、刑事案件中就向被害人给予赔偿和返还财物所作的民事裁判
9	中华人民共和国和波斯尼亚和黑塞哥维那关于民事和商事司法协助的条约	中国与波黑	20-26	民商事裁决（含调解书）、刑事案件中就向被害人给予赔偿和返还财物所作的民事裁决
10	中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定	中国与法国	19-24	民商事裁决（含调解书）、刑事案件中就赔偿损失作出的裁决
11	中华人民共和国和科威特国关于民事和商事司法协助的	中国与科威特	17-27	民事、商事和身份裁决刑事案件中就损害赔偿作出的裁决，但除支付生活费有

16 《中华人民共和国民事诉讼法》第 260 条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

17 See International Monetary Fund, “World Economic Outlook Database, October 2020”, https://www.imf.org/en/Publications/WEO/weo-database/2020/October/download-entire-database/ (Last visited October 24, 2020).

序号	名称	适用国家	条款	承认与执行的法院所作文书类型
	协定			关事项以外的保全措施或临时措施除外
12	中华人民共和国和秘鲁共和国关于民事和商事司法协助的条约	中国与秘鲁	21-27	民商事裁判文书（含调解书）、刑事案件中就向被害人给予赔偿和返还财物的裁判文书，但遗嘱或者继承、破产、清算或者类似程序的、关于社会保障的、除涉及生活费以外的保全措施或临时措施的裁判文书除外
13	中华人民共和国和摩洛哥王国关于民事和商事司法协助的协定	中国与摩洛哥	16-21	民商事裁决、身份裁决、刑事案件中作出的有关损害赔偿的裁决，含调解书
14	中华人民共和国和突尼斯共和国关于民事和商事司法协助的条约	中国与突尼斯	19-25	民商事裁决（含调解书）、刑事案件中就向受害人给予赔偿和返还财物所作民事裁决，但遗嘱或者继承、破产、清算或者类似程序、社会保障、除涉及生活费以外的保全措施或临时措施的裁决除外
15	中华人民共和国和西班牙王国关于民事、商事司法协助的条约	中国与西班牙	17-25	民商事裁决和司法调解书、刑事附带民事诉讼中有关赔偿损失的裁决和司法调解书，但破产和倒闭程序问题造成的损失及核能造成的损失除外
16	中华人民共和国和匈牙利共和国关于民事和商事司法协助的条约	中国与匈牙利	16-20	民事裁决、刑事案件中有关损害赔偿所作出的裁决
17	中华人民共和国和阿拉伯埃及共和国关于民事、商事和刑事司法协助的协定	中国与埃及	20-26	民事裁决、刑事案件中所作出的有关损害赔偿的裁决，含调解书
18	中华人民共和国和塞浦路斯共和国关于民事、商事和刑事司法协助的条约	中国与塞浦路斯	24-29	民事裁决、刑事案件中所作出的有关损害赔偿或诉讼费的裁决，含中国法院所作调解书和塞浦路斯法院所作协议判决
19	中华人民共和国和土耳其共和国关于民事、商事和刑事司法协助的协定	中国与土耳其	21-25	民事裁决、刑事案件中就损害赔偿作出的裁决，含调解书
20	中华人民共和国和白俄罗斯共和国关于民事和刑事司法协助的协定	中国与白俄罗斯	17-21	中国法院作出的民事判决、裁定、决定和调解书及刑事案件中有关损害赔偿的裁决；白俄罗斯法院（法官）[包括经济法院（法官）]作出的民事判决、裁定、决定和调解书及刑事案件中有关损害赔偿的判决
21	中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定	中国与波兰	16-20	民事裁决、刑事案件中有关赔偿请求所作出的裁决，含调解书
22	中华人民共和国和朝鲜民主主义人民共和国关于民事和刑事司法协助的条约	中国与朝鲜	17-22	民商事裁决、刑事案件中作出的有关损害赔偿的裁决，含调解书
23	中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助	中国与俄罗斯	16-20	民事裁决、刑事案件中有关损害赔偿作出的裁决（裁决：中国法院作出的判决、

序号	名称	适用国家	条款	承认与执行的法院所作文书类型
	的条约			裁定、决定和调解书；俄罗斯法院作出的判决、裁定、决定和法院批准的和解书以及法官就民事案件的实体所作的决定）
24	中华人民共和国和古巴共和国关于民事和刑事司法协助的协定	中国与古巴	21-25	民事裁决、就犯罪行为造成损害赔偿的民事责任作出的裁决、对诉讼费的裁决，含调解书
25	中华人民共和国和哈萨克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约	中国与哈萨克斯坦	17-21	中国法院作出的民事判决、裁定、决定和调解书及刑事案件中有关损害赔偿的裁决；哈萨克斯坦法院（法官）作出的民事判决、裁定、决定和调解书及刑事案件中有关损害赔偿的判决
26	中华人民共和国和吉尔吉斯共和国关于民事和刑事司法协助的条约	中国与吉尔吉斯斯坦	16-20	民事裁决、刑事案件中有关损害赔偿作出的裁决（裁决：中国法院作出的判决、裁定、决定和调解书；吉尔吉斯斯坦法院作出的判决、裁定、决定和法院批准的和解书）
27	中华人民共和国和老挝人民民主共和国关于民事和刑事司法协助的条约	中国与老挝	20-25	民事裁决、刑事案件中作出的关于民事损害赔偿或诉讼费的裁决，含调解书
28	中华人民共和国和立陶宛共和国关于民事和刑事司法协助的条约	中国与立陶宛	16-20	民事裁决、刑事案件中作出的关于民事损害赔偿的裁决，含调解书
29	中华人民共和国和罗马尼亚关于民事和刑事司法协助的条约	中国与罗马尼亚	21-26	关于财产要求和非财产要求的民事案件的裁决、刑事案件中有关损害赔偿所作出的裁决、对诉讼费用的裁决，含调解书
30	中华人民共和国和蒙古人民共和国关于民事和刑事司法协助的条约	中国与蒙古	17-22	财产性和非财产性的民事案件的裁决、刑事案件中有关损害赔偿部分作出的裁决、对诉讼费用的裁决、就民事案件作出的调解书
31	中华人民共和国和塔吉克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约	中国与塔吉克斯坦	16-20	民事裁决、刑事案件中有关损害赔偿作出的裁决（裁决：中国法院作出的判决、裁定、决定和调解书；塔吉克斯坦法院作出的判决、裁定、决定和法院批准的和解书）
32	中华人民共和国和乌克兰关于民事和刑事司法协助的条约	中国与乌克兰	17-21	中国法院就民事作出的判决、裁定、决定和调解书及就刑事案件中有关损害赔偿作出的裁决；乌克兰法院（法官）作出的刑事案件中有关损害赔偿的判决，民事判决、裁定、决定和调解书
33	中华人民共和国和乌兹别克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约	中国与乌兹别克斯坦	17-21	民事裁决、刑事案件中有关损害赔偿作出的裁决（裁决：中国法院作出的判决、裁定、决定和调解书；乌兹别克斯坦法院作出的民事判决、法院裁定、决定和法院核准的和解书以及法官就民事案件的实

序号		名称	适用国家	条款	承认与执行的法院所作文书类型
					质所作的决定）
4	3	中华人民共和国和希腊共和国关于民事和刑事司法协助的协定	中国与希腊	20-25	民事裁决、刑事判决中有关损害赔偿的部分、调解书
5	3	中华人民共和国和越南社会主义共和国关于民事和刑事司法协助的条约	中国与越南	15-20	民事裁决、刑事案件中所作出的有关民事损害赔偿的裁决（裁决：中国法院作出的判决、裁定和调解书；越南法院作出的判决、决定和调解书）

（数据来源：中华人民共和国-条约数据库）

根据上述涉及外国法院民商事判决承认与执行相关规定的条约，判断外国法院判决是否已发生法律效力均依据“作出裁决的缔约一方的法律”，同时，上述双边条约中有关外国法院判决承认与执行的确定性要件共有十种不同的表述。如下表 2：

表 2 中国缔结或参加的外国法院民商事判决承认与执行相关条约的确定性要件表述形式

序号	表述	条约
1	“具有法律效力和可执行的”	《中华人民共和国和罗马尼亚关于民事和刑事司法协助的条约》第 22（1）条；《中华人民共和国和匈牙利共和国关于民事和商事司法协助的条约》第 17（1）条
2	“确定或具有执行力”	《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》第 22（3）条
3	“生效或具有执行力”	《中华人民共和国和西班牙王国关于民事、商事司法协助的条约》第 22（3）条；《中华人民共和国和白俄罗斯共和国关于民事和刑事司法协助的协定》第 21（1）条
4	“生效或具有执行效力”	《中华人民共和国和秘鲁共和国关于民事和商事司法协助的条约》第 24（1）条；《中华人民共和国和阿尔及利亚民主人民共和国关于民事和商事司法协助的条约》第 22（1）条；《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约》第 20（1）条；《中华人民共和国和哈萨克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 21（1）条；《中华人民共和国和吉尔吉斯共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 20（1）条；《中华人民共和国和塔吉克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 20（1）条；《中华人民共和国和乌克兰关于民事和刑事司法协助的条约》第 21（1）条；《中华人民共和国和乌兹别克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约》中华人民共和国和乌兹别克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约
5	“生效或可执行”	《中华人民共和国和阿拉伯埃及共和国关于民事、商事和刑事司法协助的协定》第 21（1）条；《中华人民共和国和土耳其共和国关于民事、商事和刑事司法协助的协定》第 23（1）条；《中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定》第 20（2）条；《中华人民共和国和古巴共和国关于民事和刑事司法协助的协定》第 25（1）条；《中华人民共和国和立陶宛共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 18（1）条；《中华人民共和国和蒙古人民共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 18（1）条；《中华人民共和国和希腊共和国关于民事和刑事司法协助的协定》第 23（2）条；《中华人民共和国和越南社会主义共和国关于民事

序号	表述	条约
		和刑事司法协助的条约》第 17（1）条
6	“终局的或具有执行效力”	《中华人民共和国和阿根廷共和国关于民事和商事司法协助的条约》第 18（1）条；《中华人民共和国和埃塞俄比亚联邦民主共和国关于民事和商事司法协助的条约》第 24（1）条；《中华人民共和国和巴西联邦共和国关于民事和商事司法协助的条约》第 23（1）条；《中华人民共和国和波斯尼亚和黑塞哥维那关于民事和商事司法协助的条约》第 23（1）条
7	“最终的和可执行的”	《中华人民共和国和塞浦路斯共和国关于民事、商事和刑事司法协助的条约》第 25（1）条；《中华人民共和国和老挝人民民主共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 21（1）条
8	“最终的或具有执行效力”	《中华人民共和国和朝鲜民主主义人民共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 21（1）条；《中华人民共和国和摩洛哥王国关于民事和商事司法协助的协定》第 20（1）条；《中华人民共和国和突尼斯共和国关于民事和商事司法协助的条约》第 22（1）条；
9	“终局性的或具有执行力”	《中华人民共和国和阿拉伯联合酋长国关于民事和商事司法协助的协定》第 21（1）条；《中华人民共和国和科威特国关于民事和商事司法协助的协定》第 21（1）条
10	“生效”	《中华人民共和国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》第 21（2）条；《中华人民共和国和保加利亚共和国关于民事司法协助的协定》第 21（2）条

（数据来源：中华人民共和国-条约数据库）

（三）司法解释及司法解释性质文件

就司法解释而言，截至 2020 年 7 月，最高人民法院尚未专门针对承认与执行外国法院判决的事项出台系统性的司法解释。根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 6 条的规定，[18]司法解释的形式包括“解释”“规定”“批复”以及“决定”。目前《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（下文简称《民事诉讼法解释》）等 5 个司法解释对该事项作出了一定的规定。如下表 3：

表 3 最高人民法院就承认与执行外国法院判决事项出台的司法解释

序号	名称	文号	条款	简要内容
1	最高人民法院关于中国当事人向人民法院申请承认外国法院离婚判决效力问题的批复	法（民）〔1990〕12 号	-	中国当事人向法院申请承认外国法院离婚判决效力案件管辖及审查的基本要求
2	最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定	法（民）〔1991〕21 号	1-22	中国当事人向法院申请承认未与中国订立司法协助条约的外国法院离婚判决的程序要求
3	最高人民法院关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定	法释〔2000〕6 号	-	当事人向法院申请承认外国法院离婚判决的受理问题
4	最高人民法院关于当事人申请承认澳大利亚法院出具的离婚证明书人民法院应否受理	法释〔2005〕8 号	-	当事人申请承认澳大利亚法院出具的离婚证明书的，适用《民事诉讼法》及《关于中国公民申请承认外

18 《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 6 条规定：“司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。”

序号	名称	文号	条款	简要内容
	问题的批复			国法院离婚判决程序问题的规定》审查
5	最高人民法院关于适用《民事诉讼法》的解释	法释〔2015〕5号	533，543-549	当事人申请承认外国法院判决的程序性规定

（数据来源：北大法宝法律数据库）

其中，《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》以及《最高人民法院关于适用<民事诉讼法>的解释》（以下简称《民诉法解释》）中关于确定性要件的规定也为“发生法律效力”，但仍没有更进一步的规定。在最高人民法院办公厅发布的《最高人民法院 2018 年度司法解释立项计划》和《最高人民法院 2019 年度司法解释立项计划》均将制定有关承认与执行外国法院民商事判决的司法解释作为计划内容之一。在《最高人民法院关于承认和执行外国法院民商事判决若干问题的规定（第六稿）》第 15 条第三款[19]中也采用了与《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 16 条[20]相同的“发生法律效力”的表述。值得注意的是，2019 年《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》将承认和执行的范围限定于“生效”判决，[21]并就“生效”的判决给予了列举式载明，[22]该安排同时详细列举了内地及香港可作出“生效”判决的法院清单或情形。[23]该安排或可为今后我国承认与执行外国法院判决中确定性要件规定的完善提供一定思路。

四、确定性问题在我国的司法实践

在我国的审判实践方面，有关承认与执行外国法院判决的案例较少，本文梳理了自 1994 年“日本公民五味晃申请中国法院承认和执行日本法院判决案”至今我国法院审理的外国法院判决承认与执行的案件，并对其确定性要件的审查情况进行整理。如下表 4：

表 4 部分中国承认与执行外国法院民商事判决的案例及确定性要件的审查情况

序号	名称	案号	判决法院	确定性要件审查情况
1	波兰弗里古波尔股份有限公司申请承认和执行波兰共和国法院判决案（最高人民法院为“一带一路”建设提供	-	宁波市中级人民法院	未明确审查

19 《最高人民法院关于承认和执行外国法院民商事判决若干问题的规定（第六稿）》第 15 条第三款规定：“当事人申请承认和执行外国法院民商事判决，有下列情形之一的，人民法院裁定驳回申请：（三）不能确认该判决的真实性或者已经发生法律效力。”

20 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 16 条规定：“人民法院经审查能够确认台湾地区法院民事判决真实并且已经生效，而且不具有本规定第十五条所列情形的，裁定认可其效力；不能确认该民事判决的真实性或者已经生效的，裁定驳回申请人的申请。”

21 《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》第 1 条规定：“内地与香港特别行政区法院民商事案件生效判决的相互认可和执行，适用本安排。”

22 《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》第 4 条规定：“本安排所称“判决”，在内地包括判决、裁定、调解书、支付令，不包括保全裁定；在香港特别行政区包括判决、命令、判令、讼费评定证明书，不包括禁诉令、临时济助命令。本安排所称“生效判决”：（一）在内地，是指第二审判决，依法不准上诉或者超过法定期限没有上诉的第一审判决，以及依照审判监督程序作出的上述判决；（二）在香港特别行政区，是指终审法院、高等法院上诉法庭及原讼法庭、区域法院以及劳资审裁处、土地审裁处、小额钱债审裁处、竞争事务审裁处作出的已经发生法律效力的判决。”

23 张文亮：《论外国判决承认与执行中的“确定性要件”》，载《武大国际法评论》2020 年第 2 期，第 30 页。

序号	名称	案号	判决法院	确定性要件审查情况
	司法服务和保障的典型案例）			
2	高尔集团股份有限公司申请承认和执行新加坡高等法院民事判决案（最高法院发布的第二批涉“一带一路”建设典型案例）	（2016）苏01协外认3号	南京市中级人民法院	未明确审查
3	何捷申请承认加拿大伯塔省艾德蒙特法院离婚判决案	四川省重庆市中级人民法院（1992）民字第594号	重庆市中级人民法院	经法院查明该判决已经生效
4	日本公民五味晃申请中国法院承认和执行日本法院判决案	-	大连市中级人民法院	未明确审查
5	B & T Ceramic Group s.r.1.有限公司申请承认和执行意大利法院破产判决案	-	佛山市中级人民法院	未明确审查
6	俄罗斯国家交响乐团、阿特蒙特有限责任公司申请承认英国高等法院判决案	北京市第二中级人民法院（2004）二中民特字第928号	北京市第二中级人民法院	未明确审查
7	施耐德电气工业公司申请承认法国巴黎大审法院知识产权纠纷案	（2005）温民三初字第155号	温州市中级人民法院	明确审查
8	株式会社SPRING COMM诉被申请人朴宗根申请承认外国法院民事判决案	(2011)深中法民一初字第45号	深圳市中级人民法院	经法院查明该判决已确定生效
9	秦某某与刘某某申请承认和执行外国法院民事判决案	（2012）一中民终字第12357号	北京市第一中级人民法院	未明确审查
10	刘某申请承认和执行外国法院民事判决案	（2013）一中民特字第12559号	北京市第一中级人民法院	未明确审查
11	李秉林申请承认和执行外国法院民事判决案	（2014）淄民特字第1号	淄博市中级人民法院	未明确审查
12	张某申请承认和执行外国法院民事判决案	（2014）大民一特字第2号	大连市中级人民法院	未明确审查
13	刘利与陶莉、童武申请承认和执行外国法院民事判决案	（2015）鄂武汉中民商外初字第00026号	武汉市中级人民法院	未明确全面审查，被申请人对判决在我国境内的法律效力提出异议
14	肖莱公司、特力股份有限公司、道明光学股份有限公司申请承认与执行法院判决案	（2016）浙07协外认1号	金华市中级人民法院	法院经审查认定上诉法院已签发全部诉讼程序终结的裁定
15	戴洪标、陈建云申请承认	（2016）闽01	福州市	未明确审查

序号		名称	案号	判决法院	确定性要件审查情况
		和执行外国法院民事判决案	民再 104 号	中级人民法院	
16	1	赫伯特·楚西、玛丽艾伦·楚西申请承认和执行外国法院民事判决案	（2016）赣 01 民初 354 号	南昌市中级人民法院	未明确审查
17	1	申请人法国 K.C.C 有限责任公司（LaSARLK.C.C）申请承认和执行法兰西共和国贡比涅商业法院 RG2013F00048 号商事判决案	（2016）湘 10 协外认 1 号	郴州市中级人民法院	未明确审查
18	1	李先明与田飞申请承认和执行外国法院民事判决案	（2017）宁 01 协外认 1 号	银川市中级人民法院	未明确审查
19	1	周放中、曾林祥申请承认与执行外国法院判决案	(2017)湘 01 协外认 10 号	长沙市中级人民法院	明确审查
20	2	哈维斯特塔依木有限责任公司申请承认和执行俄罗斯联邦滨海边疆区仲裁法院判决案	（2018）内 04 协外认 1 号	赤峰市中级人民法院	经法院审查认定该判决已生效
21	2	叶夫根尼娅·帕纳约提杜、玛利亚·帕纳约提杜申请承认和执行外国法院民事案	（2018）鄂 72 协外认 2 号	武汉海事法院	经法院审查认定该判决已生效
22	2	高兴达诉何建华申请承认和执行外国法院民事判决、裁定案	（2018）沪 01 协外认 15 号	上海市第一中级人民法院	经法院审查认定根据判决作出国法律规定，该判决书已正式生效
23	2	崔综元、尹智映申请承认与执行韩国水原地方法院民事判决案	（2018）鲁 02 协外认 6 号	青岛市中级人民法院	经法院审查认定该判决已发生法律效力
24	2	周少林申请承认与执行外国法院判决案	（2019）浙 03 协外认 14 号	温州市中级人民法院	未明确审查

（数据来源：北大法宝法律数据库）

通过对比分析可以看出，在我国的审判实践中多数法院未对申请承认与执行的外国法院判决的确定性要件进行审查，还有部分法院没有对确定性要件进行明确审查就裁定该判决已经生效。由此可见，目前我国的审判实践中对于外国法院判决承认与执行的确定性要件的适用重视度较低，对于确定性要件的审查仍存在标准不明，适用法律模糊等问题。但也有部分具有代表性的案例较为详细地阐述了确定性要件的审查过程，主要有以下几个案例。

（一）施耐德电气工业公司申请承认法国巴黎大审法院知识产权纠纷案

2005 年 9 月 27 日，申请人施耐德电气工业公司向温州市中级人民法院（以下简称温州市中院）提出申请，要求承认法国巴黎大审法院对申请人施耐德电气工业公司与温州飞龙电器有限公司知识产权纠纷一案。为证明法国巴黎大审法院的判决应予确认和执行，申请人施耐德电气工业公司向温州市中院提交了巴黎大审法院判决书原本号第 4 号的判决书副本及中文译本；拟证明判决已经送达温州飞龙电器有限公司的证明文件副本及中文译本；巴黎上

诉法院出具的涉案判决已经生效的证明书副本及中文译本以及法国司法执达员制作的送达通知和笔录的证据。而温州市中院认为申请人施耐德电气工业公司提交的拟证明判决已经送达温州飞龙电器有限公司的证明文件副本及中文译本只是证明由于温州飞龙电器有限公司居于法国国外，法国司法执达员已按程序于 2004 年 12 月 28 日将判决书副本送至巴黎大审法院检察院并经检察官核准原件。而法国司法执达员制作的送达通知和笔录显示法国司法执达员通知温州飞龙电器有限公司，由于温州飞龙电器有限公司居于法国国外，其已将判决书副本向巴黎大审法院检察官送达并将副本寄送当地司法部门，以便按照中国所适用的方式将判决送交温州飞龙电器有限公司；同时，其根据法国新民事诉讼法典第 686 条规定，于 2004 年 12 月 29 日以挂号信并要求回执的方式，通知温州飞龙电器有限公司，并寄送与原件相符的副本。因此，以上两个证据并不能证明法国方面已经合法途径、成功地向温州飞龙电器有限公司送达了判决书。而巴黎大审法院判决书原本号第 4 号的判决书副本及中文译本没有明确指出判决已经确定，同时，巴黎上诉法院出具的涉案判决已经生效的证明书副本及中文译本只是表明“巴黎上诉法院民事诉讼处的上诉登记中无任何关于巴黎大审法院就 SAS SCHNE IDER ELECTRIC INDUSTRIES 诉温州飞龙电器有限公司一案于 2004 年 11 月 9 日作出的对席判决的上诉记录。因此，根据法国新民事诉讼法典第 540 条及第 505 条的规定，签发此民事判决生效书。根据法国新民事诉讼法典第 540 条所述情形作出的允许上诉期限延期的决定除外。此决定在判决书签发当年可允许取消逾期导致失去上诉权利的规定。”[24]故前述两个证据不能证明涉案判决已经确定。此案中，温州中院对确定性的适用依据模糊不清，未根据《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》中载明的按照作出判决的缔约一方的法律判断确定性之规定。从措辞来看，其更多地是根据我国《民事诉讼法》有关上诉导致判决不能发生效力之规定判断法国判决的确定性，进而否定法国判决的确定性。[25]

（二）周放中、曾林祥申请承认与执行外国法院判决案

2017 年 9 月 30 日，申请人周放中向长沙市中级人民法院（以下简称长沙市中院）申请承认塔吉克斯坦共和国杜尚别市西诺区民事案第#2-1112/15 号判决一案。为证明坦吉克斯坦共和国杜尚别市西诺区法院的判决应予确认和执行，申请人周放中向长沙市中级人民法院提供了杜尚别市西诺区法院作出的《指令书》副本及中文译本，以及杜尚别市西诺区法院出具的致中华人民共和国相关法院的函，称“本法院关于对李某文、方国银、方立新、周放中、谭林业、喻新跃、曾桂花、熊征兵、刘芝兰、喻槐花由张谊华代表关于贲灵有限公司领导曾林祥关于偿还工资及精神损失费案件停止不再审理。”[26]长沙市中院认为上述证据材料和中文译本并没有明确指出判决已经生效和可以执行，申请人也未提交该国法院证明判决已经生效的证明书。

五、结论

通过上述研究可以发现，就确定性问题而言，《海牙判决公约》所确立的规则与我国现行法律制度和司法实践没有实质性差异，它所确立的判决确定性问题的判断规则实质上有利于我国在国际民商事判决跨国流通方面开展国际合作，同时《海牙判决公约》第 4 条的规定弥补了我国现行法律的空缺、澄清了我国立法的相关规定。因此，我国签署《海牙判决公约》

24 参见温州市中级人民法院（2005）温民三初字第 155 号民事裁定书。

25 张文亮：《论外国判决承认与执行中的“确定性要件”》，载《武大国际法评论》，2020 年第 2 期，第 30 页。

26 参见长沙市中级人民法院（2017）湘 01 协外认 10 号民事裁定书。

在判决的确定问题上并不存在国内法障碍。在《海牙判决公约》已经形成的背景下，我国应当加快完善相应的法律规定，首先，应当明确确定性要件的审查标准以及法律适用，构建我国外国法院判决承认与执行的法律体系，明确各环节审查与判断的标准，合理区分外国法院判决的承认与外国法院判决的执行，并进一步缩小确定性要件在立法与实践中的差距，充分重视并关注我国所缔结的双边条约中关于确定性要件的规定，确立确定性要件的法律地位。其次，应当增加指导性案例。目前最高人民法院尚未发布承认与执行外国法院裁判的指导性案例，仅有一例关于申请和执行涉外仲裁裁决的指导性案例。为进一步完善承认与执行外国法院裁判相关制度，最高人民法院应增加相关指导性案例，改变我国司法实践中不重视确定性要件的现状，促进我国国际司法协助发展。

我国法院在承认与执行外国法院民商事判决方面的实践成果有目共睹。在建设“一带一路”和共建人类命运共同体的国际背景下，加之中国已签署《选择法院协议公约》，中国必须以负责任的大国为定位，进一步完善民事诉讼制度，较好地提供国际司法协助服务，积极承认与执行外国法院民商事判决。正如《承认和执行外国民商事判决公约》所希冀的，在与《选择法院协议公约》相互补充之下，未来民商事判决实现全球流通将具有更大的可能性。

月球资源的权利归属探析

马金铎[1]　中国政法大学国际法学院

摘要：现行国际法规则下，月球资源的法律地位尚不明晰。由于相关概念内涵模糊、被国际社会接受程度不被广泛，月球资源不宜被认定为共有物或是人类共同继承财产。通过对“不得据为己有”原则的分析，月球资源所有权不能归国家或私人实体所有，美国及卢森堡的外空资源法案违反该原则，且缺乏立法管辖权。结合“共同利益”原则，月球资源的使用权与收益权可由国家或私人主体享有，在利益分配机制建构中，应优先考虑开发者的权益，并保障发展中国家的利益需求。

关键词：月球资源　“不得据为己有”原则　所有权　使用权　收益权

引　言

自 1967 年《外空条约》生效以来，人类对外层空间的探索从未停歇，高速发展的航天技术使得人类对外空资源的探索和利用不断深入，或许已超出条约起草者的预想。在与外层空间有关的条约中尚无对月球资源法律地位及权利归属的明确规定，在《月球协定》尚未被国际社会广泛接受的情况下，月球资源不宜被认定为人类共同继承财产，其法律地位尚不明晰。本文将主要基于《外空条约》中的“不得据为己有”原则、“共同利益”原则内涵以及相关国家实践，对月球资源的所有权、使用权和收益权归属进行分析。

一、月球资源的定义与法律地位

（一）月球资源的定义

月球资源是外空资源的一种，广义的外空资源还包括普遍存在的资源、轨道位置资源、小行星资源、月球资源和一般行星资源等。[2]在联合国与外层空间有关的条约和原则中尚无对月球资源和外空资源的具体定义，海牙外空资源治理国际工作组发布的《发展外空资源活动国际框架的要素草案》（以下简称《草案》）将外空资源定义为外层空间可提取或可开采的原位非生物资源，包括矿物和挥发性物质，包括水，但不包括卫星轨道、无线电频谱和来自太阳的能量。[3]美国 2015 年《空间商业发射竞争法》中对外空资源的定义与之一致，即外层空间的非生命资源，包括水和矿物质。[4]本文也采此定义，且定义“月球资源”为月球表面或内部发现的外空资源。

（二）月球资源的法律地位

月球及其资源法律地位的确定直接影响到对其的法律规制，其为共有物亦或是人类共同继承财产的争议一直存在。

1. 《月球协定》规定月球及月球资源为人类共同继承财产

在联合国与外层空间有关的条约和原则中，仅《月球协定》第 11 条对月球及其自然资源的法律地位做出了明确规定，即人类共同继承财产。条约谈判过程中发展中国家希望在具体国际制度建立前暂停探索、开发和使用月球资源，但具有航天能力的国家不支持这一规定，

1 马金铎，中国政法大学国际法学院国际法学专业 2020 级硕士研究生。
2 李寿平：《21 世纪空间活动新发展及其法律规制》，法律出版社 2016 年版，第 82~83 页。
3 Draft Building Blocks for the Development of an International Framework on Space Resource Activities, Article 2.
4 2015 U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, Public Law 114-90, Section 51301.

双方最终妥协的结果是“人类共同继承财产”。[5]但由于《月球协定》缔约国数量较少，且没有被法国和印度以外的任何其他航天大国签署，[6]该条约在国际社会并无普遍约束力，由其确定的月球资源具有“人类共同继承财产”地位也一直受到争议。

此外，“人类共同继承财产”这一术语本身的性质和内涵就存在不确定性。在概念性质上，就存在一般法律原则、强行法规则、习惯法、甚至政治性质、哲学性质等诸多观点。[7]在其内涵上，航天能力发达的国家将其视为开发、利用月球资源的法律依据，而不具备航天能力的发展中国家则将其视为参与外空资源权属及资源利益再分配，并借此改善本国经济状况的机会。[8]因此，在“人类共同继承财产”的性质和内涵存在较大分歧，且《月球协定》并未被国际社会广泛接受的情况下，将月球资源的法律地位认定为人类共同继承财产并不妥当。不过值得注意的是，随着月球资源开发活动的立法规制需求越来越急迫，《月球协定》的地位在近年来持续上升。同样对于外空资源开发的讨论，在和平利用外层空间委员会法律小组委员会的 2017 年届会上，代表团多将讨论重心放在《外空条约》；而 2019 年，届会研究主题为“修改版《月球协定》是未来之路”，[9]代表团多支持以《月球协定》为纲要进行修改，或者另定协议等对其进行解释，以扩展《月球协定》的约束力。

2. 月球资源不宜被认定为共有物

《外空条约》第 1、2 条规定了各国对探索和利用活动享有共同利益，并排除了各国对外空（包括月球及其他天体）主张领土主权的可能，但允许各国在平等基础上并按国际法自由探索和利用外层空间，包括对于月球与其他天体及其资源在内的开发。[10]由此看来，外空及其资源似乎满足“共有物”的条件。共有物早在格劳秀斯时期就已经被认识，[11]其典型代表是公海。[12]在共有物上的活动以完全的自由为原则，部分的限制为例外。如公海自由原则是公海制度的核心，《日内瓦公海公约》与《联合国海洋法公约》也通过对例外的规定来保障公海自由。[13]但认定月球及其资源为共有物蕴含着潜在的危机：如果允许各国像在公海上一样以自由为原则在月球上活动，则拥有航天能力的国家将最大限度地进行开发和利用活动并享受其利益，但开发和利用活动的成本、资源枯竭和退化的代价却由全人类来分散承担，此时过度开发的弊端将不可避免。[14]因此，不宜认定月球资源的法律地位为共有物。

3. 人类共同继承财产与共有物概念的对比

---

5 Kelly M Zullo, The Need to Clarify the Status of Property Rights in International Space Law, 90 Georgetown Law Journal, 2424 (2002).

6 截止 2021 年 5 月 5 日，《关于各国在月球和其他天体上活动的协定》有 18 个缔约国，参见 https://treaties.unoda.org/t/moon。

7 参见金永明：《人类共同继承财产概念特质研究》，载《中国海洋法学评论》2005 年第 2 期， 总第 2 期），第 223-226 页。

8 参见赵云，蒋圣力：《外空资源的法律性质与权利归属辨析——兼论外空资源开发、利用之国际法律机制的构建》，载《探索与争鸣》2018 年第 5 期，第 86 页；Fabio Tronchetti, The Exploitation of Natural Resources of the Moon and Other Celestial Bodies a Proposal for Legal Regime, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 130.

9 International Institute of Space Law (IISL) and European Centre for Space Law (ECSL) Space Law Symposium 2019, The Moon Agreement Revisited: The Road Ahead”, 1 April 2019.

10 Stephan Hobe, Article I, in I Cologne Commentary on Space Law (Stephan Hobe, Bernhard Schmidt-Tedd & Kai-Uwe Schrogl eds. 2009), p. 35.

11 [荷]格劳秀斯：《海洋自由论》，马呈元译，中国政法大学出版社 2018 年版。在第五章，格劳秀斯提出了两项原则：第一，海洋不是任何个人或国家占有的对象；第二，一国对公海的使用应该为其他国家留下可以利用的环境。

12 [英]伊恩•布朗：《国际公法原理》，曾令良等译，法律出版社 2007 年版，第 154 页，第 203-205 页；Malcolm N. Shaw, International Law, 2017, Cambridge University Press, 2017, p. 1142.

13 《日内瓦公海公约》第 2 条，《联合国海洋法公约》第 87-89 条。

14 See Erin A. Clancy, The Tragedy of the Global Commons, 5 Indiana Journal of Global Legal Studies, 604 (1998).

人类共同继承财产的概念正来自于对共有物概念的发展，[15]二者既有共性又有差异。二者共性在于都不允许在其上设立国家主权。二者差异在于，共有物侧重活动的范围，强调以自由为原则的权利赋予；人类共同继承财产侧重物质的性质，强调以限制为原则的义务注意。

具体而言，其差别之一为二者分别侧重活动范围与物质性质。“共有物”强调在该领域（如天体间空间、公海）“探索和利用”这一活动的范围，即不因任何经济或政治因素排除任何国家探索外空、公海的权利；“人类共同继承财产”强调的是月球资源这一实际存在的物质，以及与资源本身（而非探索资源的活动）相关的规则，包括不得据为己有和公平分配给全人类。[16]

差别之二为二者分别强调权利赋予与义务承担。共有物强调权利的赋予，对共有物上活动的法律规制是消极的，即只要避开例外限制，其余活动以完全自由为原则。如相较于“月球与其他天体”，《外空条约》和《月球协定》没有对“天体间空间”进行特别的禁止性规定，该区域具有共有物性质。在天体间空间开展的探索和利用活动只要不实质性损害另一个国家利益即合法，[17]且不要求将本国空间物体向其他国家开放，在和平目的方面的规制也宽松于在月球与其他天体上的活动，只禁止了与核武器相关的活动。与之相对，人类共同继承财产强调义务的承担、利益的共享，对人类共同继承财产上活动的法律规制是积极的。对比《联合国海洋法公约》、《月球协定》相关条款可知，人类共同继承财产包含四个要素，即禁止对领土或资源的占有[18]、要求建立国际机构负责管理所辖区域及其资源[19]、支持各国以各种形式分享利益[20]以及被规制的领域应专供和平之用[21]。

由上述分析可知，共有物与基于其发展形成的人类共同继承财产概念有诸多不同。月球资源不宜被认定为共有物，以防范过度开采的风险。同时，《月球协定》规定的人类共同继承财产地位尚未得到广泛认同。故现阶段月球资源的法律地位尚不明晰，期待国际社会通过修正《月球协定》等方式对月球资源的法律地位设立更为广泛接受的规定。对月球资源权利归属的分析难以从其法律地位入手，但相关空间法国际规则和国家实践仍可以为之提供指引。下文将主要从所有权、使用权与受益权三方面分析月球资源的权利归属。

二、“不得据为己有”原则下的月球资源所有权归属

月球资源的所有权主要受到《外空条约》第 2 条“不得据为己有”原则的规制。该条款规定各国不得通过主权要求、使用或占有等方法以及其他任何措施，把包括月球和其他天体在内的外层空间据为己有。该条款具有重要地位，从其谈判和起草过程来看，任何国家不得把外空据为己有是各国接受《外空条约》及据其衍生的其他外空法条约的基础。[22]

（一）“不得据为己有”原则规制的主体

“不得据为己有”原则限制的主体仅为国家，还是包括国家和私人实体一直存在争论。从文本表述上看，中文版《外空条约》禁止国家通过主权主张、使用、占领及其他方式

15 L. F. E. Goldie, A Note on Some Diverse Meanings of the Common Heritage of Mankind, 10 Syracuse Journal of International Law and Commerce, 82-83 (1983).

16 B. Maiorsky, Few Reflections on the Meaning and the Interrelation of Province of All Mankind and Common Heritage of Mankind Notions, 29 Proceedings of the Colloquium on the Law of Outer Space, 61 (1986).

17 Frans G. von der Dunk, The Moon Agreement and the Prospect of Commercial Exploitation of Lunar Resources, 32 Annals of Air and Space Law. 91 (2007)..

18 参见《联合国海洋法公约》第 137、153 条，《月球协定》第 11 条第 1 款。

19 参见《联合国海洋法公约》第 156 条，《月球协定》第 11 条第 5 款。

20 参见《联合国海洋法公约》第 140、160 条，《月球协定》第 11 条第 7 款。

21 参见《联合国海洋法公约》第 141 条，《月球协定》第 3 条。

22 UNGA Res. 1721 A (XVI) (20 December 1961), para. 1 (b), “outer space and celestial bodies are free for exploration and use by al states in conformity with international law and are not subject to national appropriation.”; UNGA Res. 1472 (XIV) (12 December 1959).

据为己有，只禁止了国家而非私人实体的行为。[23]但英语、法语、西班牙语和俄语的《外空条约》第 2 条则以更一般的术语禁止构成“国家据为己有”（national appropriation）的特定行为，没有明确提及不得据为己有原则限制的主体。条约的五种文本效力相同，[24]且均未对“国家据为己有”的范围作出准确界定。

回顾条约谈判历史，在第 2 条最终修订并通过后，时任和平利用外层空间委员会法律小组委员会主席的曼弗雷德·拉克斯对该条款范围进行审查，并认为对国家据为己有的禁止既包括主权也包括财产权利。[25]结合《外空条约》第 6 条，私人实体在得到国家授权及其监管下也可以进行外空探索和利用活动，此时国家仍是《外空条约》下的首要义务承担者，[26]私人实体的行为被视为国家行为。因此，应对不得据为己有原则规制的主体采广义解释。2004 年国际空间法学会的声明对该原则的阐释也采此观点，即“不得据为己有”原则的意图为排除任何主体，无论国家或私主体，对外空（包括月球和其他天体）的任何领土主张或主权权利性质的主张，如所有权、财产权、处置权等。[27] 许多国家实践也都证明了国际社会对该原则的遵守和践行。例如国际社会对《波哥大宣言》的普遍反对；[28]2001 年美国国家航空航天管理局否定了格雷格里对小行星的所有权主张；[29]2007 年北京一中院依据《外空条约》判决“月球大使馆”状告北京工商局败诉[30]等。

（二）“不得据为己有”原则规制的对象

在文本表述中，该条款只禁止将外空（包括月球及其他天体）据为己有，并未提及对其中资源的规制。对“不得据为己有原则”规制的对象也因而有两种观点，即外空资源因被包含在外空内而应适用对后者的法律规定，抑或条约特意对外空资源的开发留白并暗示了自由活动的态度。对这一问题，国际社会也存在多种声音。

1. 外空资源不得据为己有

巴西代表团是认为“不得据为己有”原则同时适用于外空及其资源的代表者，其主张外空及其资源具有相同的法律地位，即人类共有物，《外空条约》并无对外空资源的法律留白。即便“不得据为己有”原则不适用于外空资源，“谁开采谁所有”的模式也违反了不得对天体主张主权的原则。因为国家或私主体在月球上安装采矿设施时，至少需要暂时性地对该部分区域宣告主权。而在采矿工作进行时，“天体的所有地区均得自由进入”对其他国家而言更是不可能的。[31]在这一观点下，国家和私人实体均不得享有外空资源，包括月球资源的所有权。

2. 外空资源可以据为己有

---

23 Stephan Hobe, Adequacy of the Current Legal and Regulatory Framework Relating to the Extraction and Appropriation of Natural Resources, in Annals of Air and Space Law: Vol. XXXII (2007), Institute of Air & Space Law, McGill University, available at https://www.mcgill.ca/iasl/annals/contents/2007-01.

24 《外空条约》第 17 条。

25 Carl Q. Christol, Article 2 of the 1967 Principles Treaty Revisited, 9 Annals of Air and Space Law, 218 (1984).

26 Francis Lyall & Paul Larsen, Space Law: A Treatise, Ashgate Publishing, Ltd., 2009, p. 66.

27 IISL, ‘Statement by the Board of Directors Of the International Institute of Space Law On Claims to Property Rights Regarding The Moon and Other Celestial Bodies’ (1 July 2004), para. 2, 4.

28 Frans von der Dunk, Fabio Tronchetti, Handbook Of Space Law, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 61.

29 Robert Kelly, Nemitz v. United States, a Case of First Impression: Appropriation, Private Property Rights and Space Law before the Federal Courts of the United Sates, 30 J. Space L. 297 (2004), available at https://ostromworkshop.indiana.edu/library/node/29244, last access on November 18 2019.

30 “月球大使馆”状告北京工商局终审败诉，载于 https://www.chinacourt.org/article/detail/2007/03/id/239435.shtml。

31 See Presentation by José Monserrat Filho, Brazilian Association of Air and Space Law, “Developing Countries and the Exploitation of Space Resources”, 56th Session of the UNCOPUOS Legal Subcommittee, IISL/ECSL Space Law Symposium 2017, 27 March 2017.

针对主张商业化开发所得的外空资源可以由国家或私主体所有的观点，法比欧·特隆凯蒂进行了总结和反驳。[32]主张者认为第一，外空与公海都是共有物，鉴于公海中可以自由捕鱼，类比到外空也应当允许自由开采资源。第二，地球同步轨道这种外空资源已经被国际社会利用，其他资源也应如此。这两个理由是易于反驳的：首先，鱼类是可再生资源，而大多数外空资源不可再生，二者性质不同，不具有可比性。其次，此处讨论的外空资源特指月球等天体上的在位资源，而非轨道位置资源或普遍存在的资源等。

另有观点认为，资源开发是探索和利用外空活动的一种，故国家或私主体开发并享有月球或某一天体的资源，是对“自由探索利用”原则的适用。[33]这种观点也不成立。首先，所有权包括排他的使用权和处分权，拥有开发的权利不代表当然拥有所有的权利，[34]从“自由探索利用”原则推导出所有权是武断的。其次，“自由探索利用”活动并非完全自由的活动，而是受到“共同利益”原则限制的活动。这种限制体现在，通过自由探索和利用取得的资源和利益应以合理方式在国家间共享。[35]

“合理”的利益共享意味着，既不能使具有有关空间能力的国家垄断外空技术与资源，以至加大其与不具有有关空间能力的国家的差距，又不能强制性要求前者无条件分享其外空活动的技术与成果，以至后者无需积极参与外空活动便可不劳而获。1996 年《联合国有关探索和利用外层空间的宣言》[36]指出，“各国均可在公平和可以相互接受的基础上自行决定参加探索和利用外层空间的国际合作的所有方面”，这意味着航天大国对于外空资源和技术的分享不应是强制而无偿的。宣言同时多次强调，具有有关空间能力的国家在探索和利用外层空间时应特别注意到发展中国家的福利和利益。[37]该条款似乎并不否认国家和私人对外空资源所有权享有的可能性，可一旦如此，外空资源交易市场将变得完全跟从资本导向，航天大国对于资源的不断开采与其他国家不具开采能力的现状对比下，前者将构成事实上对于外空资源的垄断。同时，私主体技术日益进步且资金雄厚的今天，必然会导致新一轮抢占外空的战斗，导致外空治理中的混乱局面。[38]

3. 对外空资源所有权持保留意见

在往届和平利用外层空间委员会法律小组委员会届会及其座谈会上，一些专家没有对外空资源的所有权归属发表明确意见，但分析了外空资源在当下和未来的地位重要性，强调资源开发活动必须以“共同利益”原则为纲，并呼吁规范外空资源开发活动的国家机制的积极商讨和建立。如我国学者王国语按可被接受程度对外空资源开发活动进行了划分，[39]接受程度最高的是用于科学用途，通过多国合作开展，为了多国利益的资源开发活动，接受程度最低的是用于商业用途，通过单边行为开展，为了本国利益的资源开发活动。日本代表团并未直接发表对外空资源所有权归属的看法，但其介绍了正在实施的 Ispace 计划，[40]计划包括

32 See Presentation by Fabio Tronchetti, “Current International Legal Framework Applicability to Space Resource Activities”, 56th Session of the UNCOPUOS Legal Subcommittee, IISL/ECSL Space Law Symposium 2017, 27 March 2017.
33 《联合国五项外层空间条约的现状和适用情况报告草稿》，A/AC. 105/C.2/L.301/Add.1，第 40 段。
34 See Kurt Anderson Baca, Property Rights in Outer Space, 58 Journal of Air Law and Commerce, 1049 (1993)
35 Presentation by Guoyu WANG, “Space Resources Activities: Current Legal Issues and Road Ahead”, 58th Session of the UNCOPUOS Legal Subcommittee, IISL/ECSL Space Law Symposium 2019, 1 April 2019.
36 UNGA《关于开展探索和利用外层空间的国际合作，促进所有国际的福利和利益，并特别要考虑到发展中国家需要的宣言》，A/RES/51/122，第 2 条。
37 《联合国有关探索和利用外层空间的宣言》，第 3、5 条。
38 赵云：《外空商业化和外空法的新发展》，知识产权出版社 2008 年版，第 63 页。
39 Presentation by Guoyu WANG, “Space Resources Activities: Current Legal Issues and Road Ahead”, 58th Session of the UNCOPUOS Legal Subcommittee, IISL/ECSL Space Law Symposium 2019, 1 April 2019.
40 Ispace project, available at https://ispace-inc.com/project/.

2022 年在月球上开发水资源。日本也强调了国际社会对于资源的迫切需求，指出其计划致力于通过日本技术使各国都能利用外空资源，并申明该国的资源开发活动并非为一国利益，而是谨遵共同利益原则。[41]

综上，一方面，《外空条约》中规定的对月球资源探索和利用的权利无法周延对其所有的权利，同时该探索和利用的权利也受到“共同利益”原则的限制。另一方面，赋予国家或私主体对开发所得月球资源的所有权将造成资源垄断等对全人类而言灾难性的后果。由此，商业化开发所得月球资源不得为国家或私主体所有。

（三）美国及卢森堡外空资源立法违反“不得据为己有”原则

尽管国家和私人实体可以对外空资源享有所有权的观点遭到诸多反对，但开发和利用外空资源的经济利益与战略意义日益彰显，已有国家通过国内立法明确私人主体对外空资源享有所有权。此种立法在内容上违反“不得据为己有”原则，相关国家亦缺乏立法管辖权。

1. 美国及卢森堡外空资源立法内容

卢森堡 2017 年《探索与利用外空资源法》第 1 条明确规定，外空资源可以被所有。[42]美国 2015 年《外空资源探测与利用法》的规定更为详细，该法第 1 条明确了外空资源商业化开发活动的主体为美国公民，客体为外空资源。第 2 条明确了政府对美国公民从事此类活动的授权与监管。第 3 条明确了开采者对其所开采资源的所有权，即“本章中参与小行星资源或外空资源商业获取的美国公民，根据可适用的法律，包括美国的国际义务，对所获得的任何小行星资源或外空资源享有权利，包括占有、拥有、运输、使用和出售小行星资源或外空资源”。[43]这里的美国公民包括有美国公民身份的个人、按照美国联邦法律或州法律组成的或存在的实体、按照外国法律组成或存在但控制利益由前述主体所掌握的实体。该法规定了较为宽泛的可以从事外空资源开发活动的主体，既有利于吸引更多私人主体参与月球资源的商业化开发活动，又保证开发活动所得利益始终处于美国控制下。但法案并未禁止私人享有外空资源所有权后再转卖给国家，由此，国家也成为了潜在的外空资源所有权主体。

2. 美国及卢森堡缺乏对外空资源所有权的立法管辖权

著名空间法学者斯蒂芬·霍波将立法管辖权分为限制性管辖权和任意性管辖权，[44]此二者均为美国所缺乏。首先，限制性管辖包括属地管辖和属人管辖。依《外空条约》第 8 条，发射国管辖权及于空间物体及其上人员，无论该人员国籍，故外空及天体上的管辖权类似于属地管辖（quasi-territorial jurisdiction）。[45]外空中并不存在任何国家的领土，外空及天体也自然不属于任何国家的立法管辖范围，美国对外空活动无限制性管辖权。其次，美国亦无任意性管辖权。《外空条约》序言及第 1 条要求外空活动在国家合作和相互理解的基础上进行，并且遵循共同利益原则。一国的单边立法行为显然没有考虑到其他国家的利益，更何谈合作。因此，美国《外空资源探测和利用法》和卢森堡《探索与利用外空资源法》的出台既无限制性管辖权基础又无任意性管辖权基础。可以说，任何一个国家对外空资源的商业化开发活动均无立法管辖权。

41 Presentation by Takeshi Hakamada, “A Japanese NewSpace Perspective Lunar resource utilization and development of legal perspective in Japan”, 56th Session of the UNCOPUOS Legal Subcommittee, IISL/ECSL Space Law Symposium 2017, 27 March 2017.
42 The Law of 2017 on the Exploration and Use of Space Resources, available at http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2017/07/20/a674/jo/en.
43 2015 U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, Public Law 114-90, Section 51301-51303.
44 Presentation by Stephan Hobe, Cologne, “The National Appropriation of Outer Space and its Resources”, 56th Session of the UNCOPUOS Legal Subcommittee, IISL/ECSL Space Law Symposium 2017, 27 March 2017.
45 Bin Cheng, Studies in International Space Law, Clarendon Press, 1998, p. 231.

三、“共同利益”原则下的月球资源使用权与收益权归属

有学者认为，否定国家或私人实体对月球资源的财产权会严重挫伤其开展外层空间商业化开发活动的积极性，[46]特别是考虑到相关活动的高技术要求和高投资成本。但禁止国家和私人实体享有月球资源的所有权不意味着一并禁止其他财产权，其中，最为开发者们所关注的月球资源使用权和收益权仍可为国家及私人实体享有。在确定月球资源的使用权和受益权归属时，要优先考虑开发者的权益，并特别保障发展中国家的利益需求。

（一）优先考虑开发者的权益

《草案》中创设性地规定了对外空资源的优先权，其第 6 条规定，国际框架应考虑通过国际登记，在尽可能的时间和范围内，给予将从事发现和/或获取原位外空资源的运营者以一定的优先权，从而使该优先权得到国际认可。2016 年《草案》文本赋予开发者“排他性权利”，后被修改为“优先权”。[47]排他性权利固然可以完整地保护为外空资源利用和开发活动投入大量资金并承担巨大风险的私人实体的利益，但也容易形成外空资源领域被少数国家及私人实体垄断的局面，对大多数不具有足够航天能力的国家构成巨大的阻碍，不符合“共同利益”原则。赋予开发者“优先权”正是在《外空条约》第 1 条“共同利益”原则和“自由探索利用外空”原则的指导下，兼顾保障开发者投资回报利益的基础上，缓和发展中国家和发达国家间对外空资源排他性权利的争议的结果。《草案》评注中也阐释，优先权的设立致力于保护开发者在探寻外空资源和开展相关活动方面的投资和能力，并协调不同开发者间对资源的获取，避免彼此间产生有害干扰。[48]

有学者担忧，如果相关私人实体取得发现和获取外空资源的优先权后不及时行使权利，则可能导致权利的滥用和资源的浪费。[49]这种风险固然存在，但在少数国家已经通过国内法授权私人实体取得外空资源所有权，且一些私人实体已经具有此种实力的情况下，达成禁止外空资源所有权为私主体所有的、得以被国际社会广泛接受的条约更是当务之急，《草案》中的优先权规定可被视作这种共识的初步结果。

（二）保障发展中国家的利益需求

《外空条约》第 1 条规定了“共同利益”原则，要求对外层空间的利用和探索应本着为所有国家谋福利与利益的精神，不论其经济或科学发展的程度如何，且这种探索和利用应是全人类的事情。该原则代表了外层空间国际合作的最高目标，[50]体现了外空活动的重要宗旨，即空间法时代的到来是为了所有国家和全人类的利益，而非有空间能力的国家等特定小团体的利益。[51]“共同利益”原则与人类命运共同体理念相一致，都关注发展中国家在外空资源探索和利用过程中的活动参与和利益获得，强调由国际社会共同商讨建构外空资源开发秩序，反对自由竞争导向下的单边争霸，同时尊重发达国家在外空资源探索利用中做出的贡献。[52]

---

46 贾海龙，《外层空间自然资源开发制度的缺陷和展望》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）2010 年第 6 期，第 32 页。

47 胡建发，夏春利：《<外空资源活动国际框架发展要素（草案）>评析》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）2019 年第 6 期，第 138 页。

48 Building Blocks for the Development of an International Framework for the Governance of Space Resource Activities: A Commentary, p. 46-47.

49 胡建发，夏春利：《<外空资源活动国际框架发展要素（草案）>评析》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）2019 年第 6 期，第 138-139 页。

50 Stephan Hobe, Article I, in I Cologne Commentary on Space Law, p. 38-39.

51 See Francis Lyall & Paul Larsen, Space Law: A Treatise, Ashgate Publishing, Ltd., 2009, pp. 55-60

52 参见王进，《论外空资源开发中权益分配的国际法秩序——以人类命运共同体理念为视阈》，载《上海法学研究》集刊 2019 年第 21 卷，第 136-137 页。

前文已述及国家间应进行合理的利益共享，这并不意味着发达国家应无条件地向发展中国家分享技术与利益。回顾《联合国海洋法公约》有关国际海底区域资源的利益分配机制的建立过程，有助于探寻外空资源利益分享的规则。在《联合国海洋法公约》谈判初期，曾拟定强制性私人技术转让和利益共享的要求，且没有赋予积极参与开采海底资源的国家决策者的地位。[53]这些规定限制了发达国家的商业化开采利益，一些西方国家于是建立了“互惠国制度”以满足彼此的海底资源开采利益。[54]随后发展中国家与发达国家都意识到，只有达成全球性机制共同管辖海底资源才能实现整体利益的最大化。于是 1990 年起双方不断对《联合国海洋法公约》内容进行修改和妥协，在 1994 年最终版本中规定采取市场为导向的做法解决技术转让问题，[55]且补助或其他差别待遇不适用于海底资源的开发。[56]这些规定都为投资者提供了经济收益上的确定性，又保护了发展中国家发展技术和参与活动的权利。以海底资源为参考，月球资源的利益分配机制中应规定航天大国对发展中国家的技术转让不具有强制性，发展中国家应当以公平合理的市场价格获得技术。[57]此外，国际社会应尽快推动国际空间管理局的设立，其理事会应由席位力量均衡的发达国家和发展中国家组成，以保证在外层空间资源的探索和利用过程中，发达国家和发展中国家均能享有公平、合理的惠益。

结　论

包括月球及其他天体在内的外空和其资源的法律地位一直存在争议，其特殊性质决定了“共同利益”原则和“不得据为己有”原则是调整外层空间法律活动的最根本也最具有特色的原则。通过对上述原则内涵的探析，考虑到对发达国家和发展中国家的利益平衡，国家和私人实体不能享有月球资源的所有权，但可享有其使用权和收益权。在月球资源利益的分配中，应优先考虑开发者的权益，并合理保障发展中国家的技术需求与经济利益。在外空领域活动的法律规制中，必须摒弃单一国家的利益导向，秉持各国合作的协商机制，为全人类谋取共同的利益。人类对于外空的探索从未停歇，在人类现有技术日趋成熟的基础上，创设合理的法律体系，谋取各国在外空的携手发展，是人类在外空资源探索领域必须共同面对的首要难题，也是人类对于外空的美好愿景，更是人类为长远计的必经之路。

53 《Jonathan I. Charney, The United States and the Revision of the 1982 Convention on the Law of the Sea, 23 Ocean Development & International Law (1992).

54 Frans von der Dunk, Fabio Tronchetti, Handbook Of Space Law, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 794.

55 《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》及其附件，第 8 节，以下简称《附件》。

56 《附件》第 6 节。

57 参见李寿平, 赵云:《外层空间法专论》，光明日报出版社 2009 年版，第 75-77 页。

从新疆棉案看行业协会对国际贸易的影响及其监管

马忠法　李依琳[1]　复旦大学法学院

摘要：随着 NGO 形式和数量的增加，其影响力不再局限于政治领域。其中行业协会，特指是跨国性的行业协会，利用其身份带来的影响力进而影响了正常的国际贸易往来。现有的国际规则对此并没有明确的处理办法，换而言之，行业协会无需为其影响正常国际贸易往来而负责。如果放任这一行为，行业协会很有可能成为背后“金主”的利刃，不但破坏了自由贸易并且其背后的“金主”还可以完美隐身。面对这种局面，仅仅通过国内法的规制是无法解决的，但国际法层面很难达成对 NGO 处理态度的共识。效仿其他领域对 NGO 通行的处理办法，目前最为可行还是通过宣言的方式表明态度。

关键词：行业协会、非政府组织、问责制

引言

本次新疆棉事件中，虽然国内掀起一起了一轮对国外产品的抵制，但有一个主体一直被公众所忽略——BCI（The Better Cotton Initiative）。BCI 作为国际性的行业协会，其影响力不容小觑。因为 BCI 发布的声明，一系列品牌纷纷表示弃用新疆棉。并且，在 BCI 影响了中国的棉花贸易后，很难要求 BCI 承担任何法律责任。

BCI 作为行业协会之一，其也是非政府组织（NGO）。近年来，NGO 的数量正在急剧增加，这些组织正在越来越多的参与国际政治的各个领域，非政府组织不仅影响着个人的观点，还甚至会影响着政府决策、制定国内政策，对企业的国际贸易行为带来诸多影响。

NGO 的权威源于公众对 NGO 具有中立、客观、非营利及合法成立等特征的认识，即它们中的绝大多数以某种方式确实代表了被压抑的群众，他们的动机是良好的，并且他们牺牲自己的利益来帮助他人。但更重要的是 NGO 对民主，透明度和责任制的批评。民主，透明度和问责制是法律关系的核心，它们阐明了权力结构，偏见和个人利益。

过去，主要通过对外国资金的限制以达到控制 NGO 活动的目的。但是，随着 NGO 形式的增加，对于 NGO 的正当性的争论开始愈演愈烈。NGO 是否应被赋予与民族国家相同的民主，透明和问责制标准，还是非政府组织在本质上有所不同，是否应该或应该使它们脱离《联合国宪章》的规定。

尤其是是对于行业协会来说，这一类 NGO 并不会直接干涉内政，并且国内政府对于 NGO 的限制对其而言并不会造成直接影响——目前典型的对于 NGO 限制在于政府登记和备案。并且不容忽视的是，在一些行业中，尤其是那些对集体组织依赖性比较大的，比如采矿业，行业协会的存在尤为重要。[2]换而言之，行业协会的态度可以影响整个行业的风向标，但国际性的行业协会却得不到有效监管。

随着贸易的全球化，行业协会也呈现出全球化的趋势——影响力的全球化。但不论是国内法还是国际法，都没有对此有足够的重视。即是出现了本次 BCI 对新疆棉花的认定问题，导致各大厂商拒绝使用新疆棉花，也并没有引起国际社会对行业协会的重视。因此本文将以 BCI“更好的棉花计划”对于新疆原料商的影响为切入点探讨行业协会不正当的行为给正常

---

[1] 马忠法，男，国际法学博士，复旦大学法学院教授，博士生导师；
李依琳，女，复旦大学法学院博士研究生， Herbert Smith Freehills Kewei 律师事务所律师；

[2] Barnett, M. L. (2006b). Waves of collectivizing: A dynamic model of competition and cooperation over the life of an industry. Corporate Reputation Review, 8(4), 272–292.

的国际贸易带来极其负面的影响，并在国际层面提出对其进行监管的方向；同时从中得出对我国的启示：利用行业协会推动和维护我国企业的正当合法权益。

一、行业协会对国际贸易的影响

通常而言，非政府组织的定义通常包括以下几个内容：促进公共利益而不是牟利，由私人发起的非暴力行为，独立于国家，并遵循最小的组织结构。[3]在目标上，非政府组织有时在国家一级相当于特殊利益集团，它们可以促进一个问题，或者它们的利益可以涵盖整个意识形态，例如人权，可持续发展或人道主义援助。[4]以新疆棉花争议事件的起源“良好棉花发展协会（BCI）“就是一个典型的新时期的非政府组织。该组织制定可持续发展标准，并对符合标准的棉花农场进行认证。其目的在全球 21 个国家和地区推广更好的棉花种植标准及行动。良好棉花发展协会在零售商及品牌领域的合作伙伴包括 GAP、IEKA、李维斯、迅销、阿迪达斯、新百伦、沃尔玛等，而其资金赞助伙伴则有美国国际开发署、德国技术合作公司、瑞士联邦经济事务总局和丹麦国际开发署等。

和传统理解上通过游行或者其他活动吸引公众关注度的非政府组织不同，BCI 通过颁布证书而向社会传达出“该企业是符合其标准的企业”。BCI 证书的的价值在于如果其目标的客户都是 BCI 零售商和品牌成员，没有证书，将无法向这些公司出售产品。换而言之，BCI 对于新疆棉花的声明直接影响到了棉花业的出口。

此次 BCI 声明后所引发的一系列后续问题无疑反应出 NGO，尤其是行业协会对正常国际贸易的影响力。我们认为本次事件绝不会是孤例，任何国家，尤其是与西方普世价值观所有区别的国家，都可能成为下个“受害者”。

首先，从 NGO 对国际贸易的影响力来谈。虽然 BCI 是私人主体，这看似是一场又私人主体的发起的，被其他跨国企业所广泛响应的抵制活动，但结合中美关系，以及最终实际受益人等因素，很难不认为这是一场有预谋的活动——利用当下最受西方民众所重视的人权问题，基于中美价值观不同导致的误解，从而迫使企业抵制使用新疆棉花，以降低中国的棉花交易额，。虽然这一事件仅是影响新疆棉花这一类目。但是抽丝剥茧后，很难不令人联想到，如果这类 NGO 在其他领域发表类似声明，迫使企业不得使用中国的产品，那么对我国的出口贸易将带来致命打击。这一类手段最典型的优势在于其避免了现有国际贸易规则的规制。由于 NGO 的行为是私人行为，无法通过现有的国际贸易法律体系进行救济。但因为 NGO 在国际上的影响力，以及隐晦的利益输送等原因，当企业得到一个看似正当的借口后，便可以以此来抵制中国产品，进而最终达成了美国的目的——逆转贸易差额。简而言之，这是一系列私人行为背后是国家的间接介入。

我们认为，此次新疆棉事件后，类似的事件极有可能再次发生，和传统的直接国家介入不同，行业协会下场可以直接抵制既有号召力又难以定位到最终的始作俑者。并且，因为中西方文化的差异，加之疫情带来的歧视因素，中国本身就处在舆论的对立面。所以无疑这将成为新的贸易“战场”。

一直以来，我们都没有对 NGO，尤其是行业协会的影响力做出正确的认识。对于 NGO

---

[3] THE CONSCIENCE OF THE WORLD: THE INFLUENCE OF NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS IN THE U. N. SYSTEM 2-5 (Peter Willetts ed., 1996); Stephen Hobb, Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations, 5 IND. J. GLOBAL LEG. STUD. 191, 194 (1997). See also, Martin A. Olz, Non-Governmental Organizations in Regional Human Rights System, 28 COLUM. HUMAN RIGHTS L. REV. 307, 310, 314 n. 16 (1997) (explaining the various requirements and definitions for NGOs).

[4] CONSCIENCE OF THE WORLD, supra note 4, at 2.

而言，公众一般将其影响力直接与人权、环境等问题挂钩。这是处于公众对政府在人权、环境等问题上处理态度的失望而导致的。同样，因为对政府的失望，这些领域 NGO 力量的不断增强，但与之而来对于 NGO 的质疑也开始了。有关其责任的问题也日益受到质疑，非政府组织不受国际法的约束。[5]尤其是过去的几年中，NGO 面临一系列引人注目的丑闻，这导致政府，监管机构和捐助者对这些组织的可信赖度提出了质疑。这些丑闻的特征是违反了公众信任，这包括员工对受益人的不道德行为（Oxfam）[6]以及在筹款时对老年人或弱势群体采取高压销售策略（多家慈善机构）[7]。但这些丑闻主要是针对 NGO 自身信用度的下降，所以为了重获公众的信任以及捐助资金，在 NGO 自身的层面是愿意接受改革措施，通过问责制来重获信任。[8]

但是目前对于上述这类传统 NGO 的问责制是并不完全适用于行业协会的。行业协会的权威性并非来源于公众对相关问题的失望，而是行业协会在业内的权威性和话语权。以 BCI 为例，其通过在纺织业的影响力，尤其是在西方市场，拥有 BCI 的认证标签就意味着该纺织产品从原材料到成品，整个生产过程都是可持续的，这也恰恰符合了西方的价值观。

就 BCI 组织自身而言，通过对 BCI 公开信息的检索。首先，BCI 并没有公布他的资金来源名单，至少连前十大都没有公布。其次，BCI 公开的研究报告实际上并没有足够的证据支持。根据目前 BCI 官网公布的各类报告，BCI 仅发布最后结论性报告，而不提供相应调查证据。最后，对 BCI 报告内容不认可也没有任何复议或投诉途径。综上所述，我们是认为这类行业机构的实际信用是无法与其声誉相匹配。

二、现有国际制度对行业协会的监管

绝大多数的 NGO 不具有国际法主体资格。并且目前并没有强制性的国际性条约约束 NGO 的行为。在意识到时间到严重性之后，亟欲解决的第一个问题是否需要加强对行业协会的限制以及如何限制。目前来看，对于 NGO 的限制各国都局限于国内法层面，并且专注重点在于是否有煽动性的行为或言论。此次事件中，BCI 通过其在纺织业的行业影响力，通过发布调查报告的形式达到抵制新疆棉花的目的，但其发声主体为瑞士总部，从我国国内法层面能做的屈指可数。因此我们认为，目前对于行业协会需要限制，但不应继续在国内法层面，而应在国际法层面。行业协会的问责不只是限于其自身管理，还需要对其所公开发表的言论负责。在过去，具有政治背景的境外非政府组织已经变成境外政权的延伸和变种，成为本国反政府力量的孵化者、助推者和组织者。基于政治利益，通过 NGO 输送资金，利用文化交流、捐资助学、项目培训等手段进行意识形态领域的渗透，搜集目标国的政治、经济、科技、军事情报，在目标国内部培养代理人和政治反对派；特别是以开发援助、扶持弱势群体为名，打着“维权”的旗号，制造舆论，混淆视听，煽动民众和政府产生对立情绪；或者支持参与策划街头政治、民族分裂等活动。这些活动都对国家安全和社会政治稳定带来了一定程度的威胁和危害。而现在，在此次新疆棉花事件后，行业协会利用其在自身行业领域的影响力和公信力，以公开报告的名义夹带私货，直接影响其名下会员甚至是整个行业的采购选择。行业协会的行为看似是由 NGO 在非政府的介入下自发的提升正常贸易门槛，但正如上文分析的，实质是以“环境“、”可持续“、”人权“等容易引起公众关注的“正当”理由，对正常的国际贸易施加“壁垒”。

---

[5] Elizabeth Griffin, Ethics, Morality, and Aid-The Ethical Responsibilities of Human Rights NGOs, The International Journal of Not-for-Profit Law, VOLUME 15, ISSUE 2, DECEMBER 2013

[6] https://www.bbc.com/news/uk-44474211

[7] https://www.bbc.com/news/uk-england-bristol-32762443

[8] https://publications.parliament.uk/pa/cm201516/cmselect/cmpubadm/431/431.pdf

正如上文分析的，这是一系列私人行为背后是国家的间接介入，也就是公法行为私人化的一种表现形式。国家意志的背后是跨国公司的利益体现，贸易壁垒的产生本质是为了维系原既得利益者的利益。原本，通过 WTO 建立的贸易体系令政府在施加关税或其他壁垒时需付出一定的代价。但是通过行业协会作为“中介”，背后的“既得利益者”完全隐藏住自己——既维护了既得利益又不需支付任何代价。

虽然通过这种方式，有效且直接的影响了正常的棉花贸易，但我们认为，不论是中国还是其他国家，应该坚持抵制这一方式。基于世贸组织现行规则的下的国际贸易体系是为了最大程度确保自由贸易，给予市场多样化的选择。而行业协会的介入，利于舆论的因素，不费吹灰之力的抵制一国的产品且不需要对此负责。我们认为这在根本上就是畸形的贸易介入手段，一旦放任，将令国际贸易再次失序。

虽然现在中国国内发起了一系列抵制活动，但这些抵制都是针对 BCI 的成员而非 BCI 本身。虽然这些抵制起到了一定的作用，但是这并没有在根本上解决国际市场对中国棉花的抵制，市场并没有因此接受新疆棉花。

三、行业协会未来的监管方向

目前的对传统 NGO 的监管主要是采取问责制和备案两种方式。问责制的产生是为了响应非政府组织部门规模，资金和权力的急剧增加，基于 1990 年代出现的非政府组织责任辩论，[9]，NGO 为了重拾公众的信任度，自发的接受一些行为准则以及问责举措。换而言之，问责制的前提是 NGO 选择接受监管。而备案制则是以中国、俄罗斯、印度为代表的国家，要求其境内 NGO 采取注册备案的后才可以开展活动，这种方式虽然可以对其境内 NGO 可以有一定的监管作用，但是对于注册地为国外，利用其影响力进而影响正常国际贸易的行业协会来说，这类监管作用微乎其微。

基于上文的分析，我们也知道了行业协会影响国际贸易的方式。毫无疑问，这样行为有两个致命漏洞：1、行业协议的发声是基于其公信力，一旦公信力缺失，其影响力自然会骤减；2、就 BCI 而言，其报告没有提供证据支持。

因此我们认为，在国际层面，为了避免行业协会影响力进一步扩大，至少国际间有同等诉求的国家应当达成以下几点共识：

1、完整披露前十大基金。NGO 的公信力来源于其独立性，虽然其赞助者的资金赞助并不等于 NGO 就丧失了独立性，但在一定程度上，可以让公众对其背后的势力更有所了解。

2、对报告真实性负责，非附证据支持的报告不得随意发布。过去的问责制多指 NGO 内部成员对其审计结果负责。但并没有对 NGO 公开发表的报告有任何责任。但往往，NGO 所发表的言论或者报告才是最影响普通公众态度的。以 BCI 对新疆棉花的调查而言，BCI 在官网上仅附上了最后的调查结论，任何证据都没有提供。公信力是公民对 NGO 对认可，但一些 NGO 却滥用其公信力，将其作为干涉贸易，甚至是干涉内政的工具。

一方面因为目前中西文化的差异，尤其是对于人权和环境等问题无法达成共识，另一方面出于目前民众对 NGO 信任度。直接通过硬法来规制行业协会是毫无可能的。因此，我们更倾向于通过宣言的形式，号召行业协会相应。久而久之，没有响应宣言的行业协会自然公信力就会降低。

四、给我国带来的启示

本次新疆棉事件不仅给我国带来了法律上的警示——思考行业协会在国际层面的监管。

[9] Lisa Jordan and Peter van Tuijl,（eds.），NGO Accountability：Politics，Principles and Innovations（Earthscan, 2006）：4.

还有一点，也是我们需要思考的，那就是如何利用行业协会扩大我国目前的贸易影响力。正如上文所分析的，行业协会在一定程度上可以决定该行业的标准。目前中国作为出口大国，但一直以来中国一直是被动的接受他国的行业标准，这就导致中国的制造业在国际上话语权不够，中国只能是世界的工厂。其实，中国不止是出口大国，同时中国也是进口大国。并且随着科技的进步，中国在新兴科技领域，不论是计算机还是电子通信都是领先行业水平。这就意味着，中国是有实力制定行业标准的。

一直以来，中国实际上并没有真正进入国际市场，虽然国内厂商为了走出国门斥巨资在广告营销上，但实际上其产品的可替代性太强。因为我国始终没有真正掌握制定行业标准的话语权。

虽然我们不认可行业协会对于正常国际贸易的干扰，但是我们必须承认行业协会的影响力。一方面中国需要在国际范围内呼吁建立对行业协会等 NGO 的监管制度，以避免行业协会干扰正常的国际贸易；一方面，中国也需要建立或者支持属于自己的行业协会。目前的中国已经不是过去那个规则的追赶者，而是规则的制定者之一。

五、结论

总而言之，我们首先应当达成的共识就是不能放任行业协会在无责任的情况下继续影响国际贸易。但基于目前的国际形势，制定国际规则的可能性并不高。国际宣言可能是唯一可行的办法。中国作为在国际上话语权和公信力较低的国家，放任行业协会继续掌控国际贸易的公信力无疑会对我国的正常贸易，尤其是进出口贸易造成严重影响。诚然，我国也需要扶持代表中国发声的行业协会，但更为重要的是，我国要提出限制行业协会肆意影响贸易的倡议。行业协会的目的不是为了造成货物的抵制，而是为了更好的协助自由贸易。

基于我国视角比较 CPTPP 和 RCEP 电子商务规则

闵未若雁*　复旦大学法学院

摘要：CPTPP 作为一个全方位、高水平的贸易体系，在 WTO 改革陷入僵局的当下，更多的国家在考虑加入，中国也表达了希望加入的意愿。而随着经济和信息全球化的加速发展，电子商务贸易在信息化时代越来越重要，但当下 WTO 电子商务规则谈判陷入僵局，国际社会尚未形成一套统一的电子商务规则。CPTPP 协定中的电子商务条款被认为是高标准的模版，而这也是中国加入 CPTPP 的一大难点。2020 年 11 月 15 日，中国签署 RCEP 协定，其中也专章规定了电子商务规则。本文将在对比 CPTPP 的电子商务规则与 RCEP 电子商务规则，在分析这些规则异同的基础上，探究中国加入 CPTPP 在电子商务领域面临的困难，并给出一些具有针对性的建议。

关键词：CPTPP　RCEP　电子商务法　电子商务

Abstract：Under the deadlock of WTO reform， more countries are considering joining CPTPP, an comprehensive and high-level trade system. China has also expressed its willingness to join in. With the rapid development of economic and information globalization, electronic commerce trade is becoming increasingly important in the information age. However, the negotiation of WTO e-commerce rules is in a dilemma, and the international community has not yet formed a set of unified e-commerce rules. The e-commerce clauses in the CPTPP agreement are regarded as a high-standard template, which is also a major difficulty for China to join the CPTPP. On November 15, 2020, China signed the RCEP agreement, which also stipulates e-commerce rules in a special chapter. This thesis will compare the e-commerce rules of CPTPP with those of RCEP, and on the basis of analyzing the similarities and differences of these rules, explore the difficulties faced by China's accession to CPTPP in the field of e-commerce, and give some specific suggestions.

Key Words：CPTPP, RCEP, E-commerce Law, electronic commerce

2017 年特朗普出任美国总统后宣布退出《跨太平洋伙伴关系协定》（以下简称 TPP）。2018 年 3 月，日本、加拿大、澳大利亚等剩余 11 国签署的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, 以下简称 CPTPP），该协议已于 2018 年 12 月 30 日生效。国际社会普遍预期美国可能在当选总统拜登上任后加入 CPTPP。中国目前也在考虑加入 CPTPP 的可行性，国务院总理李克强在十三届全国人大三次会议记者会上表示，中国对加入 CPTPP“持积极态度”，习近平主席在 APEC 视频峰会上表态中国“将积极考虑加入 CPTPP”。英国、韩国等国也正在考虑加入 CPTPP，以扩大出口市场的多元化。CPTPP 在日本的主导下，可以通过相对降低门槛让更多经济体得以加入，从而扩大这一组织的影响力和经济总量。[1]

其中，电子商务规则是中国加入 CPTPP 的障碍之一。随着经济和信息全球化的加速发展，电子商务贸易在信息化时代越发重要，跨境贸易借助信息技术也得到了极大的发展，电子商务具有明显的无国界性的特点。但目前全球范围内统一的电子商务规则尚未形成，因此美欧近年来转向通过双边自贸协定和区域自贸协定相结合的方式极力推广各自的电子商务

*闵未若雁，复旦大学法学院国际法学研究生。

[1] 《CPTPP，中国未来自由贸易发展的新机遇》，中国智库研究报告。

贸易政策。当下最具有影响力的就是 CPTPP 中第十四章关于电子商务规则的专章规定，CPTPP 基本完全继承了 TPP 协议文本中电子商务相关的规则，一定程度上可以代表目前电子商务规则的国际最高水准。[2]

中国国内法律法规以及缔结的条约中实行的电子商务规则与 CPTPP 电子商务规则相比仍然有一定差距。2020 年 11 月 5 日，中国、日本、澳大利亚、韩国、新西兰和东盟十国一起签署了全面经济伙伴关系协定（以下简称 RCEP），RCEP 协定中也有对于电子商务规则的规定。因此研究 CPTPP 的电子商务规则是中国考虑加入 CPTPP 无法回避的一个课题，对于中国电子商务规则的修改以及中国参与乃至引领数字贸易国际规则的制定也具有重要意义。但是这并不意味着我们要不加修改地完全移植 CPTPP 电子商务规则，而是应当结合国际和国内具体情况，辩证地学习借鉴。因此，本文将在对比 CPTPP 的电子商务规则与 RCEP 电子商务规则、中国电子商务领域国内法律法规，在分析这些规则异同的基础上，探究中国加入 CPTPP 在电子商务领域面临的困难，并试图给出一些具有针对性的建议。

一、电子商务及相关国际规则概述

值得注意的是，CPTPP 和 RCEP 文本中都采取的是电子商务（electronic commerce）这一概念，与之相关联的一个概念是数字贸易（digital trade），两个条约中均未对“电子商务”这一概念的内涵作出详细的阐述。WTO 电子商务工作计划中给出的定义是：通过电子方式进行货物和服务的生产、销售以及交易，不仅包括互联网上的电子交易，还涵盖了个人网络上的电子数据交换。[3]美欧各自也给出了自己的定义，通过比较可以看出美欧一致认为电子商务并不仅限于传统的商品或服务贸易通过互联网形式进行，而是具有新的内容，如软件、数据、数字媒体文件等。我国 2019 年起实行的《电子商务法》中的定义则较为笼统和狭隘[4]，仅指销售商品和提供服务的经营活动。美国倾向于使用“数字贸易”这一术语，与前者相比范围更广，几乎涵盖了所有与电子商务有关的贸易活动。目前没有广为接受的权威定义，但由于 CPTPP 的电子商务规则是以美国签署的 FTA 电子商务规则为范本，故本文所称“电子商务”采广义含义，即指一切以互联网技术为手段，以产品交换为中心的商务活动。

2019 年，全球电子商务发展取得了新进展，呈现出智能化、移动化和社交化的新兴特点。虽然疫情对全球经济普遍造成了巨大冲击，但随着互联网普及率的提升，可以预计全球电子商务将会继续保持良好的增长态势。中国是世界贸易大国和电子商务发展大国，早在 2013 年，中国就已经超越美国成为了全球最大的网络零售市场。根据 2020 年 7 月 1 日商务部电子商务司发布的《中国电子商务报告 2019》显示，2019 年我国电子商务交易额达 34. 81 万亿元。根据海关总署统计数据显示，2019 年中国跨境电商进出口商品总额达到 1862. 1 亿元，连续四年平均增速超过 50%，其中出口为 944 亿元，进口为 918. 1 亿元，出口量首次超过进口量。虽然受到新冠疫情影响，2020 年我国外贸进出口呈现低迷态势，但由于国内疫情管控形势较好，至三季度已经实现由负转正，而跨境电商进出口则逆势增长，仅前三季度海关跨境电商监管平台进出口商品总额 1873. 9 亿元，已超去年全年水平[5]，强有力地推动了外贸进出口的回稳和经济的恢复。可以说，跨境电子商务是一种新兴的战略产业，我国具有

---

[2] Lee Branstetter, Assessing the Trans-Pacific Partnership Volume 2: Innovation in trading rules, Peterson Institute for International Economics: 72-81.

[3] The General Ministerial Declaration on Global Electronic Commerce, Information provided to Ministerial Conference, World Trade Organization WT/MIN(98)/DEC/2, 25 May 1998, para 2. 1.

[4] 《中人民共和国电子商务法》第二条第二款规定：“本法所称电子商务，是指通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动。”

[5] 参见《中国电子商务报告 2019》。

巨大发展潜力和前景。[6]

虽然电子商务贸易的重要性日益凸显，但目前国际社会还没有形成相对统一的国际规则。国际社会关于电子商务议题的谈判起始于 1998 年世界贸易组织第二次部长级会议，1998 年 9 月 WTO 发布的《电子商务工作计划》中对电子商务这一概念作了定义，明确了电子商务的内涵，并列举了在当时现有的 WTO 法律体系当中与之相关的货物贸易、服务贸易和知识产权的规则。但由于欧美在数字产品的定性这一基本问题上存在严重分歧，WTO 总理事会就这一议题多次召开了专题研讨会，有关跨境电子商务规则的谈判和制定仍然进展缓慢，世贸组织多边谈判在此议题上并未达成共识。

有学者认为 CPTPP 电子商务规则实质就是美国 FTA 电子商务规则的范本，为双边和区域的贸易协定提供了一个范例，其广度和深度都体现了高水平的规则制定技术，代表了未来贸易规则发展的趋势。虽然美国退出了 TPP，但正因 CPTPP 电子商务规则源于美国 FTA 制定的规则，所以美国仍然会受益于 CPTPP 电子商务规则的实施。[7]CPTPP 作为一个以更低关税和更高自由贸易为目标的全方位、高水平贸易体系，在 WTO 改革陷入僵局的当下，更多的国家在考虑加入，其未来的发展值得期待，因此研究 CPTPP 电子商务规则有其现实意义。

二、对比分析 CPTPP 和 RCEP 电子商务规则、中国现有电子商务规则

CPTPP 的电子商务规则以美国自由贸易协定中的电子商务条款为基础，是 CPTPP 的核心内容之一，在目前统一国际规则缺位的情形下，被视作是国际电子商务立法领域的标杆和范本。美国主张数字贸易应当适用货物贸易规则进行调整，但中国和欧盟的立场是倾向于将数字贸易划分到服务贸易的范围中，CPTPP 回避了这个有争议的问题，也就是说 CPTPP 并没有在数字贸易属于货物贸易还是服务贸易这个问题上做一个绝对的判断，而是直接在电子商务章节中中载入了非歧视待遇的要求。RCEP 电子商务规则规定在第十二章，分为总则、贸易便利、营造良好的电子商务环境、促进跨境电子商务和其他规定等 17 条规则。CPTPP 包括定义、范围和一般条款、数字贸易壁垒措施、促进电子贸易便利化、保护在线消费者权益、降低市场准入门槛以及网络安全和协作等 18 条规定。比较 CPTPP 和 RCEP 电子商务规则后，可以看出两者在总括性规定、实体性规定和程序性规定方面均有较大的相似性，但是 CPTPP 在促进全球信息和数据自由流动和禁止数据本地化等方面的要求更高，对比两者的差异有利于我国修改本国电子商务法律法规，以及推进中国加入 CPTPP 的谈判工作。

（一）总括性规定

CPTPP 和 RCEP 在电子商务章节的第 1 条都对一些相关的概念作出了清晰的界定，其中相同的包括“计算设施”、“涉及的人”、“电子认证”和“非应邀商业电子信息”。除此以外，CPTPP 还对“数字产品”、“电子传输”、“个人信息”和“贸易管理文件”的含义进行了规范。可以看出 RCEP 的规则一定程度上仿照了 CPTPP 的规定，但在“涉及的人”的内涵里排除了金融服务章节规定的“金融机构”、“公共实体”或“金融服务提供商”，此处金融服务的公共实体是 RCEP 规则中新增的，因此国有性质的金融服务机构不适用本章节的内容。金融机构只能依据 CPTPP 第 11 章和其他章节的相关规定调整，而 RCEP 同样是在附件 8A 中专门规定了金融服务，在促进金融市场开放的同时，为审慎监管制度提供了一

[6] 韦大宇：《我国引领跨境电子商务国际规则构建探析》，《对外经贸实务》2017 年第 7 期，第 45 页。

[7] Jane Kelsey. How a TPP-Style E-commerce Outcome in the WTO would Endanger the Development Dimension of the GATS Acquis (and Potentially the WTO) [J], Journal of International Economic Law, 2018, 21(2):280.

定的灵活性，维护缔约方的金融监管权。

另外，CPTPP 将原则规定在一般条款中，两个条约都承认电子商务带来的经济增长和机遇，促进消费者对电子商务的信心，CPTPP 还提到了需要避免电子商务的使用和发展不必要的障碍，但 RCEP 则更加强调促进电子商务使用和发展的便利化，两者在原则性规定上的差异也体现在具体的规则之中。

关于电子商务规则适用范围的规定，两者基本一致，适用于缔约一方采取或维持的影响电子商务的措施，不适用于政府采购、一方或代表一方持有或加工的信息以及服务贸易和投资当中的例外情形。值得注意的是，RCEP 在第 12. 3 条适用范围的脚注中特别说明了，RCEP 缔约方在承担本章节规定的义务不得损害任何缔约方在 WTO 中的地位。

（二）实体性规定

1. 消除电子商务贸易壁垒措施

CPTPP 中的消除电子商务贸易壁垒措施包括第 3 条关税、第 4 条非歧视待遇、第 11 条数据跨境流动、第 13 条体现的禁止数据本地化和第 17 条禁止要求共享源代码。RCEP 电子商务规则第 11 条规定了关税，第 15 条规定了数据跨境流动的限制，没有对源代码进行任何规定。

CPTPP 禁止向数字产品征收关税，体现的是美国一直以来主张的适用关贸总协定（GATT）调整数字产品的主张。对数字产品免征关税对于本国信息技术和文化产业发达，向全球大量出口软件、视频、电子书及游戏的发达国家而言，无疑具有明显优势。美国一直坚持电子商务的零关税政策，主要原因就是希望保护其在网络科技和贸易的优势不被别国的税收政策破坏，并将美国的数字产品出口至全球，扩大世界市场的占有率。[8]非歧视原则强化了这一措施，对于数字产品采取形式和内容上的国民待遇和最惠国待遇，倡导文化产品自由化，但这对于文化产业相对薄弱的国家而言将会是巨大的冲击，对本国文化产业的发展形成激烈竞争，挤压国内文化相关中小企业的生存和发展空间。但非歧视原则也有助于打造公平的电子贸易交易环境。[9]与 WTO 的电子商务规则暂时性的零关税规定相比，CPTPP 的规定是永久的，且禁止以其他形式变相征收关税以确保真正落实零关税政策。RCEP 电子商务规则第 11 条规定的是缔约方应当维持缔约方间电子传输免征关税的现行做法。RCEP 在此条规定中格外规定了需要和 WTO 有关电子商务规则的部长级决议保持一致，这是区域自贸协定对于全球多边自贸体系的尊重和维护，以避免导致国际贸易规则的“巴尔干化”。中澳和中韩自由贸易区协定（FTA）直接纳入了 WTO 电子传输免征税的文本，但是也保留了根据 WTO 决议调整的权利。零关税制度也是目前国际上各 FTA 通行的做法，如美墨加协定、TTIP 协定、日本与欧盟协定等。电子商务的发展迅速，零关税不仅有利于电商领域的中小企业发展，也是我国深化改革，扩大市场开放程度的必然之举。

CPTPP 大力促进信息和数据在全球范围的自由流动，体现了新兴科技和技术发展的趋势和要求，CPTPP 是首个承诺禁止数据本地化和允许数据通过电子方式跨境传输的巨型多边贸易协定，而 WTO 和中国、欧盟一直以来在数据的跨境传输的规定方面都趋于保守。但通过分析 CPTPP 文本会发现，其倡导的数据跨境传输也并非是无限制的，第 14. 11 条第 1 款规定缔约方关于电子信息传输可以有自己的监管要求，第 3 款也允许缔约方为实现合法的

[8] 何其生：《美国自由贸易协定中数字产品贸易的规则研究》，《河南财经政法大学学报》2012 年第 5 期，第 148 页。

[9] 龚柏华：《论跨境电子商务 / 数字贸易的“eWTO”规制构建》，《上海对外经贸大学学报》2016 年第 11 期，第 18-28 页。

公共政策目的而采取例外措施，但必须在必要的范围内，且不能通过变相的限制或武断、不合理的歧视的方式。相比于 CPTPP 正向的表述“各缔约方应当允许（shall allow）跨境信息传输”，RCEP 第 12. 15 条采用的是反向的表述“缔约方不应阻止（shall not prevent）跨境信息传输”，并且在合法的公共政策以外还增加了一个“保护本国重大安全利益”的例外，增加了一个限制信息跨境传输的安全阀。

关于数据本地化的要求，RCEP 也采取了和 CPTPP 一致的标准，缔约方不得将在其境内使用或设置数据存储设施作为在其境内开展业务的条件，此条规定同样也有公共政策例外，但是和上述数据的跨境传输规定一样，例外条款的适用也必须严格受到必要性的限制以及不得通过变相的限制或武断、不合理的歧视的方式。这与美国一直认为的技术和服务器位置的选择应该基于商业考虑而不是由数据存储规则决定[10]相一致。RCEP 与 CPTPP 相比的不同之处一是在于同样引入了“保护本国重大安全利益”的例外，以及考虑到缔约方电子商务发展程度的差异，允许柬埔寨、老挝、缅甸和越南有 5 年的过渡期，如有必要，前三者可以再延长 3 年。中国过去在数据本地化这一问题上与美国持相反意见[11]，但从目前公布的 RCEP 规则来看，我国应当也是意识到了“数据保护主义”对于电子商务发展的限制和阻碍，而逐渐在这个问题上采取了让步。在中澳和中韩自由贸易区协定“电子商务”专章中，也没有将设立数据存储设施作为电子商务领域市场准入的前提条件。

源代码（source code）是数字产品的核心，CPTPP 第 14. 17 条禁止缔约方将转让或获得另一缔约方市场主体软件的源代码作为在其境内进口、分销、销售或使用该软件或含有该软件的产品的条件，但规定了关键基础设施这一例外条件。CPTPP 禁止要求共享源代码的出发点是保护软件等数字产品的知识产权，维护发达国家在电子商务领域的优势地位。RCEP 规避了源代码的问题，中国实践中也没有要求外国供应商进入时转移源代码，但是中国对金融工具数字形式的源代码有特殊监管规定。2014 年我国银监会发布的《关于应用安全可控信息技术加强银行业网络安全和信息化建设的指导意见》和《关于印发银行业应用安全可控信息技术推进指南》对银行金融机构的硬件、软件和服务系统提出了安全可控的要求，IT 企业需要将有关源代码在银监会信科部备案，且需在中国设有技术研究中心或服务中心。这一规定引发国外 IT 企业的强烈不满，但是 CPTPP 的禁止要求分享源代码规定还有例外条款，即关键基础设施，但如何解释这一概念是适用源代码规则的关键。

2. 促进电子贸易便利化

CPTPP 关于电子贸易便利化的条款包括第 14. 5 条国内电子交易框架，第 6 条电子签名和认证以及第 9 条无纸化贸易。由于电子商务具有明显的无国界性的特点，所以全球电子商务的发展需要一套相对协调一致的国际规则。CPTPP 第 14. 5 条和 RCEP 第 12. 10 条都有涉及联合国贸易法委员会《1996 年电子商务示范法》和 2005 年订立的《联合国关于在国际合同中使用电子通信的公约》，区别在于 RCEP 规定的是缔约方采取或维持管理电子交易的法律框架时应当“考虑”上述两个文件或其他可适用的与电子商务有关的国际公约和示范法，CPTPP 的表述为“与. . . . . 原则一致”。由于这两个文件从性质上来说都属于软法，没有强有力的约束力和执行力，[12]因此对于区域贸易协定也只有参考作用。但是也体现了区域贸

[10]Robert Wolfe, Learning about Digital Trade: Privacy and E-Commerce in CETA and TPP, World Trade Review (2019), 18: S1, 63 - 84.

[11] 白黎:《TPP 规制数字贸易壁垒的措施研究》，重庆：西南政法大学，硕士学位论文，2018 年 3 月，第 33-34 页。

[12] 张咏梅、张娇:《跨境数据流动国际规制新发展：困境与前路》，《上海对外经贸大学学报》2017 年第 6 期，第 42 页。

易协定注意与多边协定规则相衔接，以期共同为电子商务的发展营造一个宽松有利的法律环境。政府应认同互联网的发展趋势，并根据其特性在国际化基础上推进电子商务立法，以增强消费者在线从事交易的信心。[13]

两个条约对于电子签名和认证的条款规定基本一致，但规定的方式不同，RCEP 采取的是正向的规定，CPTPP 采取的是反向的规定，即禁止性的规定，更具有强制性。RCEP 第 12. 5 条无纸化贸易的规定更加严格，增加了以国际论坛形式合作的义务，并要求参考世贸组织关于无纸化贸易的规定。

3. 降低市场准入门槛

CPTPP 第 14. 10 条电子商务网络的进入和使用原则和第 14. 12 条互联网互通费用的分摊可归类为降低市场准入门槛的措施。RCEP 电子商务规则中没有与之类似的规定。CPTPP 规定在遵守法律法规和政策的前提下，给予消费者更多知情权和选择权。我国《消费者权益保护法》只笼统地规定了消费者有选择商品和服务的自主权，没有提及知情权，也没有针对电子商务领域的具体规定。这一条款也体现了对消费者权益的保护，但是以遵守法律法规和政策为先决条件。CPTPP 允许缔约方的国际网络连接的提供方之间在商业规则的基础上进行谈判。这一规定要求缔约方之间增进网络的互联互通，减少或是消除网络连接中的障碍与成本，进而扩大互联网全球覆盖范围，也是扩大电子商务的潜在市场。我国《电信条例》虽然也规定要实现网间互联，但这只是针对国内的法规，没有涉及国家间的网络互联，并且即使在我国国内也并未完全实现移动网络的互联互通。我国也不允许外国服务提供商提供跨境电信服务。

4. 保护网络消费者权益

CPTPP 对于消费者权益的保护规定在第 14. 7 条网络消费者保护、第 14. 8 条个人信息保护和第 14. 14 条非应邀商业电子信息，RCEP 文本中都有与之相对应的条款。CPTPP 加强了对网络消费者权益的保护，要求缔约方通过立法的形式保护电子商务用户的个人信息，同时还要考虑到相关国际组织的原则和准则。在个人信息保护规则中又重申了非歧视原则，并倡导缔约方通过承认规定的结果或交流信息的方式相互协调以提高各国网络消费者个人信息保护机制之间的兼容性。反观 RCEP 关于消费者权益保护的规定，第 12. 7 条网络消费者保护和第 12. 8 条网络个人信息保护都有强调缔约方应当公开其提供给电子商务用户的消费者保护信息，包括消费者能够寻求救济以及符合法律规定的经营要求，即体现了 RCEP 更为重视的透明度原则。非应邀商业电子信息即为商业或营销目的，未经接受者同意或未明确拒绝，发送至电子地址的信息，最常见的形式就是垃圾邮件。CPTPP 的监管标准更为严格，要求禁止（prevent）后续再接收此类信息，而 RCEP 规定的是停止（stop）接收，根据词语含义可知停止并非一个终局状态，是否能恢复，需要经过多长时间才能恢复，这都留有规定未详尽排除的解释空间。CPTPP 关于网络消费者保护的内容大多都是愿景式的措辞，一方面原因是网络技术的发展日新月异，跨境电商领域和数据主权关联密切[14]，另一方面软法的规定为后续的补充谈判预留了空间。

（三）程序性规定

1. 网络安全与国际协调合作

关于电子商务领域的合作，CPTPP 电子商务章节相关的条款包括第 14. 15 条合作以及第 14. 16 条网络安全的合作。RCEP 电子商务规则将合作规定在第一部分一般条款当中，将

[13] 王珉：《跨境电子商务规则的国际协调》，《海关法评论》（第 5 卷），法律出版社 2015 年版，第 44 页。
[14] 何力：《 一带一路战略与海关国际合作法律机制》，北京：北京大学出版社 2015 年版，第 320 页。

合作当成电子商务规则的基本原则之一。RCEP 第 12.13 条和 CPTPP 第 14.16 条关于网络安全的规定都较为简略，CPTPP 列举了恶意入侵和恶意代码传播这两种情形，RCEP 则概括为与网络安全相关的事项。此外，RCEP 还有一个具有特色的电子商务对话条款（第 12.16 条），为了增进合作，有效应对电子商务领域当前和未来出现的问题以及促进电子商务的使用和发展，缔约方以及利益相关方之间开展友好对话十分有必要，通过友好对话增加缔约方之间的沟通和交流，这一规定与 RCEP 联席会议功能相呼应，而由对话所提出的建议对于 RCEP 的审议也可以有一定贡献。

2. 争端解决机制

CPTPP 的争端解决程序同样适用于电子商务争端，包括合作、磋商、替代性解决方式（斡旋、调解和调停），CPTPP 也借鉴了 WTO 专业素质裁决者的制度，设立专家组和专家组主席名册，使得争议解决程序不仅仅是权利导向，而是兼具政治性和司法性的特点，呈现规则导向的趋势。CPTPP 对于电子商务水平相对较低的缔约方马来西亚和越南规定了两年的过渡期。RCEP 的争议解决条款规定首先应当进行友好协商，协商不成可以根据 RCEP 第 18.3 条将该争议提交给 RCEP 联席会议解决。但至于电子商务争端能否根据第 19 章争议解决规则处理，目前 RCEP 还没有决定，仍然需要审议，且审议结束后也只是在同意适用的缔约方之间适用。故 RCEP 缔约方之间的电子商务争端的解决途径和效率还有待实践检验。中韩和中澳 FTA 都明确规定了电子商务章节不适用争端解决条款，这对于电子商务章节实体规则的具体实施效果将造成不利影响，当出现纠纷时只能通过协商合作、外交途径解决。

三、对中国的启示

中美都是数字贸易大国，但在电子商务实践中还存着产业比较优势、贸易规则诉求和实现利益诉求的路径等差异。[15]中国电子商务贸易的发展具有广阔前景，因此无论是促进电子贸易的持续发展，还是谋求加入 CPTPP 这一高水平贸易协定，都需要加快修改国内的电子商务规则。

CPTPP 第 14.1 条中虽然对数字产品下了一个定义，但在脚注当中也有说明该定义不得被理解为这体现了 CPTPP 缔约方支持将通过电子传输的数字产品贸易应当被归类为货物贸易或服务贸易。数字产品定性的问题从上个世纪末争议至今，仍然没有一个一致的结论[16]，这是由于电子贸易的复杂性和多样性所决定的。也有学者认为数字产品贸易这一相当技术性的法律适用问题与许多 WTO 成员方对视听服务自由化的完全拒绝（文化例外要求）联系在一起，说明这一问题很大程度上存在被政治化的倾向。[17]因此，在缔结自贸协定的谈判过程中，当事方都会倾向于搁置这个问题，更多关注具体条款的内容，这也启发了我们在将来可能的申请加入 CPTPP 的谈判过程中，不必被电子商务的定性问题所束缚，以至于阻碍实质条款的谈判。

在零关税、网络消费者权益保护、促进电子商务便利化和电子商务领域合作等方面，CPTPP 和 RCEP 的观点和立场基本一致。CPTPP 在网络消费者权益保护条款中也载明了缔约方应当在维护国际多边规则，建立个人信息保护的法律框架过程中考虑相关国际机构的原则和准则，RCEP 第 12.8 条同样也要求缔约方在制定个人信息保护的过程当中需参考国际

[15] 李杨、 陈寰琦、周念利：《数字贸易规则“美式模板”对中国的挑战及应对》，《国际贸易》2016 年第 10 期第 37 页。

[16] APEC. 35th Electronic Commerce Steering Group Meeting, Data Privacy Sub-Group Work Plan for 2017-Endorsed, 2017/SOM1/ECSG/024, 24-25 February 2017.

[17] 郭鹏：《电子商务立法：全球趋同化中存在利益分歧—美国与欧盟的立场分析》，《中国社会科学院研究生院学报》2010 年第 3 期，第 60-65 页。

标准、原则、准则和相关国际机构的标准。中国也正在积极推进电子口岸建设，努力实行贸易无纸化，为电子商务发展创造一个良好的环境以及便利的条件，以促进电子商务的长期发展。

数据流动自由性和网络个人信息保护之间的平衡问题是中国在考虑加入 CPTPP 时需要谨慎处理的。美国虽然在国际性的贸易谈判中都极力主张跨境数据自由流动，但是美国国内又有如《出口管理条例》等一系列法律将一切技术数据信息限制只在其境内的流动，访问外国政府或民间通信数据都需要获得批准。欧盟更加重视在跨境电子商务过程中保护个人信息和个人隐私数据，但过多的限制数据自由流动对于中小企业，尤其是科技型企业会有严重阻碍。[18]欧盟 2018 年采取的个人隐私保护法律文本（GDPR）就规定了较高的个人隐私信息保护标准，禁止将个人信息传输到不符合标准的国家。

电子商务的视听服务和视听产品可能需要受到一国文化政策影响，出于保护本国文化目的限制数字贸易自由化，阻碍数据流动很有可能构成变相的贸易限制，违反自贸协定的规定。以我国为例，我国一直以来都是实行有限的开放文化市场政策。一方面，我国传统和现代文化资源丰富；另一方面，我国电子商务行业发展迅猛，淘宝、天猫、京东、拼多多四大电商平台都位列 2020 年市场份额最大的全球电子商务主要平台前五名。实现贸易自由化和扶持本国产业与文化多样性之间的平衡也是我们在加入 CPTPP 时需要着重考虑的关键。欧洲也强调保护本土文化，因而欧盟在 FTA 中采取了“文化例外”+文化合作议定书的模式来应对这一问题，值得我们学习和借鉴，制定相应的市场准入政策，在保护我国文化多样性的基础上促进数字产品贸易的发展。

对于禁止要求共享源代码、数据跨境流动和禁止数据本地化这类存在较大争议的规则，我们必须要注意到其中规定的例外条款的解释问题，这对于条款在实践当中的运用具有重要影响。CPTPP 第 14. 11 条和第 14. 13 条的第 3 款均规定了不得阻止缔约方为实现合法公共政策目的而采取或维持与第 2 款不一致的措施，只要该措施（a）不是以可能构成武断或不合理歧视，抑或是变相的贸易限制的方式；（b）对计算设施的设置和使用的限制没有超过为实现该目标所必要的限度。但是条款没有对“合法公共政策目的”“武断或不合理的措施”以及“变相限制”等概念进行解释。再加上，RCEP 增加的重大安全利益例外条款，这些都是贸易谈判过程中需要重视的问题，厘清这些概念对于限制滥用例外条款，增强条约规定的确定性有重要意义。

我国 2019 年 1 月 1 日生效的《电子商务法》的内容主要是聚焦于电子商务合同的订立和履行以及纠纷解决两方面。，没有体现与国际电子商务规则衔接和跨境电子商务的海关征税问题。中国作为一个电子商务发展大国，应当在电子商务国际规则的制定过程中展现我们的优势以及发出我们的声音。中国目前签署的 FTA，仅仅有中韩 FTA 和中澳 FTA 对于电子商务有专章规定，但其内容以软法为主，没有强有力的约束力，且并不适用争端解决条款，不利于实体性权利的真正实现。目前，我国在电子商务议题上尚未发挥出与我们电子商务发展所匹配的规则制定能力和话语权。因此，在新时期国际经贸规则的谈判过程中，中国应当主动积极参与电子商务领域的规则制定，争取在规则中体现中国元素，形成具有国际影响力的范本。

如果加入 CPTPP 则需要按照 CPTPP 要求大幅度调整和改造电子商务相关法律制度和管理体系。鉴于缔约方之间电子商务发展水平存在差异，因此第 14 章也有关于过渡期的规定。

[18] UPOROVA ANNA：《区域贸易协定中的电子商务规则比较与中国的应对：基于文本数据分析》，广东外语外贸大学，硕士学位论文，2020 年 5 月，第 48-49 页。

直到实施保护电子商务用户的个人数据的法律之前，第 14. 8 条都不适用于文莱和越南，相似的还有第 14. 14 条非应邀商业电子信息的规定。第 14. 18 条争议解决条款也给了马来西亚和越南两年的过渡期。我国目前市场机制还不够健全完善，接受 CPTPP 高标准的电子商务规则具有一定难度，因此要尽量争取适用过渡期条款。

日本向海洋排放核污水决定与国际法：履行国际义务 防止跨境环境损害

那力* 吉林大学法学院

摘要 本文从国际环境法的防止域外环境损害问题切入，从不造成域外环境损害义务、跨境环评义务、通知与磋商义务等三个方面，论证这几项国际法义务的切实存在，阐释其法理基础和国际法义务的内涵与要素。本文指出，日本向海洋排放核污水的决定违背了其应该担当的国际法义务，对其环评，通知与磋商义务都没有适当履行。决定对周边国家与民众等利益密切相关方，以及对人类命运共同体是极不负责任的。日本应该改弦更张，采取措施，回到适当履行其国际法义务的轨道上来。

关键词 日本核污水排放决定 国际法义务 不造成域外环境损害义务 跨境环评 通知与磋商

Abstract：This article reviews state's international obligations relating to Japan's decision on putting the nuclear waste water into sea, including no causing harm beyond its own territories, transbordery environmental impact assessment (TEIA), notification and consultation. The article discusses jurisprudence of these obligations in international law., and elements of TEIA. points out that Japan's decision is in breach of its international obligations, not at all responsible to benefits concerned of bordering states and their people, and to shared future of all human being.Japan should changes and returns to perform its international obligation.

Key words： Japan's decision, obligation of international law, TEIA, notification and consultation

日本将其核污水排泄入海的决定，引起了其国内外民众的疑虑与声讨，引发了国际社会的严重关切，也引起了国际法学界的议论与批评。日本的决定及决策过程在许多方面是违反国际法，违背其应该担负的国际法义务的。本文从国际环境法的防止跨境环境损害问题入手，对日本的决定作解析与评判。

本文分为三个部分，第一部分论证防止域外环境损害国际法义务的存在；第二部分论述跨境环评义务；第三部分论述通知与磋商义务。三方面的论证，既论证各项义务的内涵，也证明日本的决定没有适当履行其国际法义务。

如国际法委员会所言所行，关于域外环境损害的法律已经分为两个相对独立的部分进行编纂与发展，一是跨境环境损害的预防问题，二是跨境环境损害的责任问题。本文认为，日本决定向海洋排放核污水，目前的当务之急是防止造成跨境环境损害。国际法学界应该聚焦于第一个问题，建言献策，使包括我国在内的利益攸关方，乃至整个国际社会，了解日本所作所为的不合法性、违法性，给日本决策者施加压力，迫使日本改弦更张，收回其实质与程序两方面都很不讲理，很不合国际法的决定。

在向海洋排放之前，核污水怎样储存与排放，是日本的内政，是其国内法问题。而一旦向海洋中排放，就会造成不可逆转的跨境污染、域外污染，成为跨境问题、国际法问题。目前，决定尚未实施，我们在时间与空间上皆有回旋的余地来扭转事态的恶性发展，救环境生态于水火，还世界以安全与公道。

一、防止域外环境损害的国际法义务与日本决定

（一）软法与条约义务

* 那力 法学博士， 吉林大学法学院教授，博士生导师

日本将其核污水排泄入海的决定，必定会引起对它所管辖以外区域的环境损害，即造成跨境环境损害。作为国际法的一个分支和重要组成部分的国际环境法，其基本结构与国际法同样，以国家的基本环境权利与义务为骨架组织起来，而以保护环境，防治污染与损害为目的的国际环境法，可以说是以国际义务为本位的。国际环境法中，国家的环境权利义务总结为三项：可持续发展，全球环境责任，跨境环境损害与风险预防。[1]日本向海洋排放核废水的决定，其违背国际法之处，主要在于没有履行其防止跨境环境损害的国际法义务。

在跨境环境损害问题上，有两个论点得到了大力支持，可以看作是国际环境法的一般原则、根本原则，一是国家有义务防止、减少和控制域外污染及环境损害；二是国家有义务在减少环境风险和紧急事件中进行合作，其方式包括通知、磋商、谈判以及在适当的情况下进行环境影响评估。 [2]

一国有责任使自己管辖与控制下的活动，不造成对他国和国家管辖控制以外区域环境的损害，简言之，不造成域外环境损害，是国际环境法得以产生与安身立命的基础。

1972 年联合国人类环境会议及其通过的《人类环境宣言》，又称《斯德哥尔摩宣言》，标志着现代国际环境法的诞生。宣言第 21 条中表述：国家有责任使其管辖控制下的活动，不造成对他国或国家管辖以外区域的环境损害。在这之前，国际法中并没有明确规定不许损害他国环境，而只是涉及到不得损害他国的领土，财产，居民等。将环境因素引入国际关系中，纳入国际法领域，成为国际法的规制对象，保护客体，这还是头一回。由此，国际环境法得以成立，他国的环境，国家管辖范围以外区域的环境（二者统称域外环境），也不容损害，使其遭到损害是违反国际法的，因而国家是要负责的。

这里的责任 responsibility，应该理解为义务 obligation，相对于权利 Right 而言, 即, 国家有国际法上的义务来防止造成对域外环境的损害。

1992 年召开的联合国环境与发展大会，又称里约会议，在国际环境法中具有重要意义与深远影响。其重要性，不仅在于通过的《气候变化框架公约》与《生物多样性公约>至今仍然支撑着国际环境法的大厦，还在于其提出的可持续发展理念对国际环境法乃至国际法、全球治理来说的重大指导意义。会议通过的《里约宣言》，再次宣示了国家不得损害域外环境的原则。

《里约宣言》27 条原则中，有三条特别适用于跨境环境损害问题。原则 2 规定国家要防止对他国及全球公域的环境损害，原则 18 规定通报可能影响他国环境的紧急事件，原则 19 要求在从事可能对跨界环境产生重大不利影响的活动进行之前，进行事先通知及诚意协商。它们构成国家对跨境环境损害的一般国际法义务，即防止对他国和对全球公域造成环境损害的义务，以及通知和协商的合作义务。

就国家与环境损害行为人之间的法律关系而言，这里，国际义务的承担者是国家，而造成域外环境损害的行为主体往往是企业、个人，例如生产企业的排污，船只的倾倒与泄露等。日本政府这次向海洋排污的决定，直接行为者是产生核污水的核电企业东电公司，日本国家批准了这一排放行为。东电公司是日本管辖下的企业法人，对此，没有异议或疑义。由此，日本政府就负有国际法上的义务，不论是阻止、限制或者核准其排放，总原则是不使排放造成对域外环境造成损害等负面影响。

据披露出来的消息，日本政府在作出决定时，曾考虑是否批地给东电公司，使其能建造更多储藏罐来容纳还会增加的污水。 其中一官员说，如果批准的话，还要涉及到关于用地

[1] P. Birnie, A. Boyle, 那力等译,《国际法与环境》, 第二版，高教出版社，2007，P76。
[2] P. Birnie, A. Boyle, 那力等译,《国际法与环境》, 第二版，高教出版社，2007，P99。

的地方法规问题，不如不批就可以回避这个问题了。此言差矣。对日本政府来说，不造成域外环境污染是一种国际法义务，高于、优先于其国内法考虑，如果二者有冲突的话，日本中央政府有责任作出协调，确保其防止污染域外环境的国际义务的履行。

我们再从条约义务的角度来考察日本的决定。

日本决定向海洋排放核污水，要受到海洋法的制约。海洋法目前集中体现在《联合国海洋法公约》（UNCLOS）中。海洋法公约设专章第 12 章来规定海洋环境保护问题，名曰“海洋环境的保护与保全”，表明海洋法极为重视环境问题。海洋环境保护最本源的条款是第 194 条：各国应在适当情形下个别或联合采取一切符合本公约的必要措施，防止、减少、控制任何形式的环境污染与损害。日本作为公约的成员国，其决定违背了应该担负的不损害海洋环境的海洋法义务。

在《生物多样性公约》，1994 年《核安全协定》中，也有防治域外环境损害的规定。日本作为有关条约的成员国，没有担负起其应该担负的条约义务。此处不一一详述。

（二）国际习惯法与日本决定

自 1972 年斯德哥尔摩宣言与 1992 年里约宣言作出防止跨境环境损害的规定之后，在国际法委员会的工作中和国际法院法庭的司法裁判中，有关跨境损害的法律编纂和发展取得了重大进展。本部分围绕跨境环境损害这一主题，分别从宣言，国际法委员会工作，国际法院法庭判案等三个角度来叙说、论证其何以成为国际习惯法。

1.国际法院对环境问题的判决与跨界环境损害

1995 年以来，国际法院有四个重要的案例与环境问题有关，包括：1，新西兰诉法国请求调查情势案，2，威胁或使用核武器的合法性咨询意见案，3，盖巴斯科夫—拉基玛洛水坝案，4，乌拉圭河纸浆厂案。

在案 1 中，新西兰请求国际法院命令法国在进行核试验前，应该依照国际法进行环境影响评价，除非评价结果表明不会发生海洋环境污染，否则，这种试验就是非法的。这是对环评义务的肯定，也含有对风险预防原则的肯定。

在案 2 中，国际法院申明，国家在追求合法的军事目标的过程中进行必要性和比例性的评估时，必须考虑环境因素；国家有义务保护自然资源免受武装冲突时期发生的广泛的，长期的严重的环境损害。[3] 国际法院又称：要求国家确保在其管辖或控制范围内的活动应该尊重其他国家或者各国控制之外区域的环境，其为约束国家的一般义务。

在案 3 中，国际法院提及了可持续发展的概念，当事方必须进行善意诚信的谈判。判决的结果是要求当事方在共同管理中进行合作，确立一个持续的环境保护与监督的办法。其中一位法官在其个别意见中认为，其中一方取走百分之八十以上水流的作法是不公平的，应该调整。

在案 4 中，国际法院对公众参与，适用最佳可得技术等多个跨界环评问题表明了意见与态度。最重要的是，跨界环评作为一般国际法义务的地位得以确立。

如果再往前追溯的话，可以看到，特雷尔冶炼厂案，科孚海峡案，拉努湖仲裁案等国际法院与仲裁庭的裁决都从不同角度给跨界环境损害提供了法律资源。

2.国际法委员会与跨境环境损害

跨界环境损害作为国际法委员会的一项工作自 1978 年始，这一问题归属于“国际法不

[3] 见国际法院报告（1995），288。

加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”。其间经过十八年，到 1996 年拿出了一个包括 22 个条款和评论的草案文本。

这个草案有三个要素，预防、合作、损害赔偿的严格责任。草案在性质上是有关法律的逐渐进展与发展，而非仅是法律的编纂。[4] 1997 年，国际法委员会将这一主题一分为二，将损害预防与损害责任分别处理，从此两个问题分道扬镳而并立、而行。

2001 年国际法委员会《防止危险活动造成跨境损害案文草案》（Draft Articles on Prevention of Transbondary Harm from Hazardous Activities，）代表了在这个问题上习惯国际法以及国际法的进展与发展。国际环境法的著名学者 T Birnie 和 A Boyle 认为，该文件在编纂这个领域的现存国际法方面已具备充分的权威，是各国管理跨境风险的最低标准，它使《里约宣言》原则 2 得以落实。[5]国际法委员会赞同这一论断，在其报告中作了引用。[6]

案文第七条提出，确实需要进行跨境环评与相应的国际法，然而，环评的具体内容的规定，应该留给进行环评的国家的国内法。[7] 这与九年之后国际法院对纸浆厂案判决中的意见相一致。这正是跨境环评国际法的特点与特色，国际法在跨境环评上不适于也不能约束干预过多，过细，要尊重各国的主权与能力。留给国际法的，可能主要是制定原则与标准（standard）。

第二条中将“损害”（harm）定义为“对人员、财产或环境造成的损害”，值得注意。处理损害问题，环境损害是排在人身，财产损害之后的。在第八条和第十三条中，通知和协商同时适用于可能受影响的国家和可能受到影响的公众，这样的规定反映了国际法，特别是国际环境法对公众参与的重视。

我们可以看到，国际法委员会对跨界环境损害预防问题的编纂，特别是涉及到对跨界环评问题的编纂，来源丰富，囊括了宣言等国际软法文件，国际公约条约的规定，国家实践，国际法院仲裁庭的判例等，加以融会贯通，总结提炼，提供了对相关领域法律的权威性解释。它的法理和法律基础是丰富而坚实的，特别是与国际环境损害赔偿责任问题的编纂相比，更是如此。

现存的环境保护国际义务，包括进行跨界环评，通知，协商，监督，损害预防，控制污染，都在案文中得到了表达与体现。

总结起来，国际环境法中不损害域外环境的义务，起源于“特雷尔冶炼厂案”（ Trail Smelter Case），经《斯德哥尔摩宣言》第二十一条原则和《里约宣言》第二条原则的发展，后来在国际法院“关于核武器使用和威胁的咨询意见”一案中，其国际习惯法地位被确认。

二、跨境环评义务与日本决定

没有救济，就没有法律（no remedy，no right）是我们法律人耳熟能详的金句，将环评作为“事前救济”，将它与损害赔偿的事后救济相提并论，是 2010 年国际法院对乌拉圭纸浆厂案判决中引人瞩目的名言，在国际环境法中有非常大的影响。

当下，应该采取国际环境法中的预防措施，启动跨境环评，与各利害攸关方和相关国际组织进行充分磋商，保证程序正义，确保决策透明。

（一）跨境环评义务的一般性规定

环境影响评估（environmental impact assessment，EIA）作为一种法律制度，是半个世纪以来各国法以及国际法中的一个重要发展成果。

---

[4] T Birnie and A Boyle，国际法与环境，第二版，高教出版社，2007，P99。

[5] 见 T Birnie and A Boyle，国际法与环境，第二版，高教出版社，2007， P113。.

[6] ILC，Draft Allocation of Loss Principle，note 309.

[7] 见对第 7 条的评论，第 7 段。

环境影响评估最早出现在美国 1969 年《国家环境政策法》（National Environmental Policy Act）中，其在历史上第一次将环境影响评估制度来管理对居民、社区和自然环境造成重大不利影响的活动，对当代环境变化引起的科学关注和公众关注作出了法律制度的回应。目前，世界上大多数国家都有形式有不同但实质相近的环评法律法规。之所以有这样的发展，半个世纪以来环境问题的普遍性以及各国各界的普遍重视是其主要原因。法律出场，对自然资源和环境进行保护，是各国法律发展的重要历史现象。

跨境环境影响评估（（transboundary environmental impact assessment，TEIA，以下简称为跨境环评）作为国内环评在国际关系与国际法语境下的延申，被国际软法文件、国际条约所吸收采纳而成长发展起来。

对跨境环评的国际法义务确认的最近的权威话语，是国际法院 2010 年纸浆厂案判决的第 204 段：“如果拟议的工业活动有可能在跨界背景下产生重大不利影响，特别是对共有资源产生重大不利影响，可以认为一般国际法要求对其进行环境影响评估。”

对向海洋中排污及其环评，1982 年《联合国海洋法公约》有明确的规定。涉及环境影响评估的内容主要在第 204-206 条。第 206 条是对海洋跨界环评的基本规定：“如果各国有合理的理由相信在其管辖或控制范围下的拟议活动可能会（may cause）对海洋环境造成重大污染（substantial pollution）或引起重大有害（significant and harmful）变化，应尽可能（practically）就此类活动对海洋环境可能造成的影响进行评估。

《海洋法公约》设专章规定海洋环境保护的内容，规定跨界环评的条款，在国际环境法中是浓墨重彩的一笔，是最早的保护（海洋）环境的条约义务，

1992 年《生物多样性公约》适用于国家管辖或控制范围内的所有活动与过程，包括对他国环境的跨境影响和对国家管辖范围以外区域环境的影响。

就环评而言，公约作了三方面规定：(a)采取适当程序，就可能对生物多样性产生严重不利影响的拟议活动进行跨境影响评估，以避免或尽量减轻这种影响，并酌情允许公众参加此种程序。(b) 采取适当安排，以确保可能对生物多样性产生严重不利影响的方案和政策的环境后果得到适当考虑。(c)就可能产生严重不利影响的活动进行通报、信息交流和协商。

此外，还有两套自愿性指南补充了《生物多样性公约》的环境影响评估义务。（1）对拟定在圣地、原住民和地方性的社区历来居住或使用的土地和水域上进行或可能对其产生影响的开发项目，进行文化、环境和社会影响评估（《Akwé: Kon 爱凯指南》）；（2）《生物多样性内在影响评估自愿指南》）。这两个指南的突出特色是重视当地居民的意见：在环境影响评估过程中使原住民和受影响的公众参与进来；确保他们的意见被纳入到报告中，即使这些报告没有以书面的形式提出；在决策中也要考虑他们的意见。

1991 年《跨境情况下环境影响评估公约》（The Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context，Espoo Convention，简称《埃斯波公约》）[8]，由联合国经济贸易委员会 1991 年在埃斯波通过，1997 年生效，经历了 2014、2017 年两次修订，现有成员 46 个，向联合国成员开放。

公约是适用于跨境环境影响评估的最重要，最详尽的国际文件。其规定，各缔约方应采取必要的法律、行政或其他措施来实施公约的规定。附件 1 规定了 22 项可能造成重大跨界环境损害的活动列表，附件 2 列出了跨境环评的最低要素与内容。公约要求环评结论必须进入最终决策考虑，环评文件，有关评论，协商结果，都要进入决策及其文件。这种严格程度

[8] 请注意本文将 context 译为情况，而不是以往很多的译法“语境”，这一不确的翻译应该纠正。

与高要求，是以往的任何有关文件所不具备的。

这是专门针对跨界环评的第一个国际公约，对公约成员国来说，跨界环评已经是一项条约义务。公约的成员国数量，与海洋法公约，气候变化公约等有一百多个成员国相比还是相当有限的。

1987 年联合国环境规划署《环境影响评估的目标及原则》（UNEP， Goals and Principles of Environmental Impact Assessment）是国际上最早规定环境影响评估目标和基本程序的国际文件。它强调各国之间的评估程序的协调，而不是统一规则。至今没有生效。

公约原则 4 规定了环境影响评估中最低应包含的内容，共有八项，是环评标准与步骤的雏形。原则 7 提出，作出某项拟议活动的许可决定之前，应与该项活动的利益攸关者进行协商，应允许政府机构、公众，相关领域专家和相关利益团体的成员对环评进行评论，这是对公众参与的早期规定。

（二）区域性条约中的环评与战略性跨境环评

1974 年《北欧环境保护公约》（Nordic Environmental Protection Convention，NEPC）于 1974 年发布，1976 年实施，是第一个为跨境环境影响评估制定基本标准的区域性公约，很大程度上已经被《跨界环境影响评估公约》(ESPOO)所取代，但它在国际环境法的历史上仍然具有标识意义。

《欧盟环境影响评估指令》1985 年欧盟首次就环境影响评估达成一项指令，经过 2011 年，2014 年的修订，成为 2014/52/EU 文件。欧盟的环境管理主要通过欧盟指令（EU Directives）来进行，其特点是对国内外环境损害一律看待，不分内外，欧盟环评指令在评估范围，“有关公众”定义，环评结果纳入决策并向本国公众通报，受影响国家的质疑权利等问题上，都富有特色。

2003 年《战略性环境评估议定书》（Protocol on Strategic Environmental Assessment，Kiev Protocol，简称《基辅议定书》）规定，缔约方必须对可能具有重大环境和公共健康影响的政策、计划和方案施行战略性环境评估。

议定书适用范围广泛，包括农业，林业，渔业，能源，工业；也包括采矿，运输，区域开发，废物管理，电信通讯，旅游，城镇和村庄计划和方案，其他项目所必需的规划和土地使用等，都需要进行环境影响评估。编撰环境评估报告需包括对国际、他国，他国的重大政策等可能产生的重大跨界环境影响。

《欧盟战略影响评估指令》（European SEA Directive 2001/42/EC）适用于各级政府（地方、区域、国家和欧盟自身机构）的计划或方案，促进可持续发展是其指导原则。

战略性环境评估要编撰详尽的环境报告，考虑预期计划或方案的可能影响，并考虑可替代方案。报告要说明相关地区的环境特征，包括生物多样性，人口，公共健康，动植物群，土壤，水，空气，气候因素，物质财产，文化遗产，土地景观及其之间的任何相互关系可能产生的重大影响。 报告要给出预期的预防或补救措施，对替代方案的解释及选择的理由; 以及预期的监测措施等。

（三）环评的要素与标准

拟议中的活动可能引起相当的跨境损害时，国家有义务进行跨境环评。这意味着，在启动跨境环评前，可能需要预评，来评估拟议的项目是否可能引起重大的环境损害。对于预计为轻微的，不严重的损害，则不需启动环评程序。对可能造成不可逆转的重大损害的活动采取风险预防原则，可以部分地解决这个问题。日本的决定显然不属于轻微的损害，而是会有重大环境影响，因此必须进行跨境环评。

目前的国际文件中，已经建立起相当可观的，成体系的，有系统的环评程序与标准，一般表述在公约附件中，或单独颁发的指南（guidelines），建议（recommendation）等名目的文件中。

跨境环评的要素或标准，一般包括以下各项内容：

1. 筛选 screening，确定对拟议中的工程项目是否应该进行环评。

2.确定评估范围 scoping of the assessment，确定环评的对象与范围。

3. 找寻替代措施 examination of alternatives，寻求是否有可以达到拟议的工程目的，但是对环境更为友好的方案。

4. 环境影响分析 impact analyzing，识别与分析拟议项目的环境影响，社会影响及其他影响。

5. 基准数据 baseline information，描述一个地区或环境可能受影响的要素，包括科技信息，比如生物体中的重金属浓度；可能也包括社科人文信息，比如社会经济文化特点等。

6. 减轻环境影响措施与管理 mitigation and impact management。减轻措施是为避免或减轻拟议活动的不利影响而采取的行动，它可以有效地减缓对生态，经济, 社会文化的不利影响。将缓解措施纳入到环境影响评估进程中，进行合理规划和有效实施，可以减少或避免不必要的对环境的负面影响。

7. 环境影响评估报告 environment impact report ，一般包括下列内容：（1）对拟定活动及其目的的描述；（2）考虑可替代方案及其影响方案；（3）对可能受到影响的环境的描述；（4）对影响程度的估计；（5）描述缓解措施；（6）说明预测方法与基本假设；（7）可能的知识差距和不确定性；（8）监测与项目管理大纲；（9）项目后分析；（10）非技术性总结, 包括适当的视觉呈现，如地图，表格等。

8. 监测与持续监测 monitoring and follow-up。环境影响评估不仅需要在项目开始前进行评估，而且还要贯穿在整个项目中，项目结束后也应持续进行评估。国家有责任确保对其具有潜在重大环境影响的活动进行持续监测和项目后评估的义务。持续监测和跟踪分析被视为国家的通知和磋商义务的组成部分。

国际文书对环评流程步骤采取了简约的方式，尽量纳入较少的，表达清晰，各国之间没有争议的内容。例如，在最近的海洋生物资源保护筹备委员会报告中，关于环评流程步骤一般包括以下非常简约的几项：筛查，公告，协商，发布报告并向公众公开，审议报告/发布决策文件，监测和审查。[9]我国参加此项谈判的代表认为，无需再增加其他流程步骤。[10]

环评要素、流程步骤虽然一般不进入条约等正式国际法文件，不具有法律拘束力，而只是以附件，指南等形式存在，但是实际上是跨界环评的重要组成部分，直接决定环评的内容与范围，直接构成当事国的国际法义务的组成部分。由此，编撰新的环评指南，例如，编撰国家管辖范围外海域生物多样性保护中的环评指南，首先应当尊重现有国际文书，不应增加、减少或者妨碍各国在现有相关国际文书，框架下的权利和义务，避免就同种类型的活动建立新的环评规则。还要尊重原有的法律框架或者机构在本领域的职能和作用，避免另起炉灶。

国际法中还有根据项目清单来启动环评的方式，列入名单的都是对环境影响较大的工程项目。例如，《跨界环境影响评估公约》要求各缔约方必须对附件一所列的 22 项可能造成重大不利的跨界影响的活动实施环境影响评估，名单如下：（1）原油炼油厂；（2）热能发电站

[9] 见郑苗壮，BBNJ 国际协定谈判与中国参与之三（三）环境影响评价，中国国际法学会 2019 年学术年会论文集。

[10] 同上注。

和其他燃烧设施以及核电站和其他核反应堆；（3）核燃料；（4）铸铁和钢铁；（5）石棉提取装置和石棉及含石棉产品的加工和改造设备；（6）综合化学装置；（7）建设高速公路，高速铁路交通线路以及机场；（8）大口径石油和天然气管道；（9）贸易港口以及内陆水道和内陆水路交通港口；（10）用于焚烧、化学处理或填埋有毒和危险废物的废物处理设施；（11）大型水坝和水库；（12）地下水抽取活动；（13）纸浆和纸张制造；（14）采矿、现场提取和加工金属矿石或煤炭；（15）海上碳氢化合物生产；（16）石油、石化和化工产品的主要储存设施；（17）大面积砍伐森林；（18） 转移水资源的工程；（19）废水处理厂；（20） 用于家禽或猪的集约饲养场所；（21）电压施工，以及架空电力线；（22）风力发电厂。

（四）对跨境环评问题的结论与反思

跨境环评的国际法已经有了近半个世纪的历史，其间，产生了大量的软硬法文件，有了可观的体量与相当的份量；在国家实践方面，进行跨境环评已经被大多数国家所接受和践行；在国际司法领域，也有若干个案例涉及到跨境环评问题. 特别是 2010 年国际法院裁决的纸浆厂案，更是把环评称为“事前救济”，与对环境损害进行追责与赔偿的事后救济相提并论，这一裁决使跨境环评成为学界关注的热点问题，我国学界对此非常关注。[11]最近，在海洋法修改的讨论中，又一次聚焦于跨界环评问题，使讨论更为深入。[12]

---

[11] 国内国际法学者晚近的有关作品，包括但不限于

刘惠荣，胡小明．主权要素在 BBNJ 环境影响评价制度形成中的作用[J]．太平洋学报，2017(10)．

2 戴羽西．跨界环境损害责任构成之适当谨慎义务 理论研究. 北京：外交学院，2015.

3 邓华．环境影响评估制度在国际法中的演进和实施，中山大学法律评论，2015(3)．

4 刘恩媛．论国家跨界环境损害的防治义务 法学论坛，2015(4)．

5 何志鹏，高晨晨．跨界环境损害的事前救济:国际司法实践研究．国际法研究，2014(2)．

6 那力，国际法院对纸浆厂案判决分析 华东政法大学学报 2011（3）

7 兰花．乌拉圭河纸浆厂案的评论与启示．世界环境，2011(2)

8 刘乘奇，论跨界环境损害预防中的国家通知义务—兼谈其在国际司法实践中的挑战与应对，2019 年国际法研讨会文集 PP 254

在国际上，近十几年来环评以及跨境环评一直是学界关注很多，用力很勤，开掘很深的领域，仅举几例如下：

1，Timo Koivirova Pameia Lesser, *Environmental Impact Assessment in the Arctic*, EE, 2016.

2 Marsden S. The Espoo Convention and Strategic Environmental Assessment Protocol in the European Union: Implementation, Compliance, Enforcement and Reform *Review of European Comparative & International Environmental Law, 2012 (3)*.

3，Mulder J D. The Protocol on Strategic Environmental Assessment: A Matter of Good Governance. *Review of European Community & International Environmental Law*, 2012(3).

4，Richard K. Morgan. Environmental Impact Assessment: the State of the Art *Impact Assessment & Project Appraisal, 2012 (1)*

5 Kees Bastmeijer, Timo Koivurova: *Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment*, Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic 2007.

6 Kevin Hanna: *Environmental Impact Assessment: Practice and Participation,* Oxford University Press 2009.

7 Bram F. Noble: *Introduction to Environmental Impact Assessment: A Guide to Principles and Practice,* Oxford University Press 2009.

8 Neil Craik: The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration, Cambridge University Press 2010

[12] 例如，见郑苗壮，BBNJ 国际协定谈判与中国参与之三（三）环境影响评价，中国国际法学会 2019 年学术年会论文集。

跨境环评是对一国管辖或控制下的活动对另一国或国家管辖范围以外的环境可能造成的危害，进行评估。环评在实践中是一个过程，在法律上是一种程序。这种过程与程序与防止域外环境损害的实体义务紧密相连，各国一般会在有关的法律法规中就环评和跨界环评做出规定。

环评的目标在于使决策者能够从环境角度做出活动或项目是否进行、怎样进行的决策，其可以防止，减少一国拟议的活动对另一国产生的不利影响。环境影响评估必须在项目开展之前实施。

各国对于可能对给他国或国家管辖范围外区域产生潜在影响的活动或开发项目，有进行环境影响评估的义务。这在国际法上已经建立起来。这是一种（相对于不作为义务的）作为义务（an obligation of conduct）[13]。

目前，并不存在一个统一的管理跨境环境影响评估的国际法体系，现有的相关文件是高度碎片化的，各国主要本着国际法原则和善意精神来处理跨境环评问题，一些区域性的国际公约也发挥着作用。在跨境环评上，国际法委员会的工作成果，国际法院法庭的判决，都是重要的法律渊源和资源。

国家对其管辖或控制下的可能对他国或海洋环境造成重大环境损害的拟议进行的活动，有进行环境影响评估的义务，还有通知受影响国家及与其协商的义务。

在进行环评的义务中，拟议的“非活动”引起的环境问题，不在环评范围内，

这排除了计划，政策等非活动引起的环境问题。在进行环评的义务中，达不到可能引起重大环境损害的程度，也就是达不到跨界环评启动点的，不需进行跨境环评，这排除了轻微环境损害活动进入跨境环评。在协商义务中，与公众协商，与受影响的公众协商，不同程度的公众参与，是一些条约的要求，除对双方都是公约的成员国的情况以外，不是一般国际法上的义务。

虽然国际法中规定了各国在其控制与管辖下的活动可能发生不利的跨境影响时，应开展环境影响评估，履行其国际法义务，但是如何进行环评，有关国家的选择及其国内法仍然起主导作用。总体来看，跨境环评仍然主要是留给国家行使其主权的领域，国家在这个领域有相当大的自由裁量权。这不仅来自法理，来自对现行国际法文件的分析与提炼、萃取，更是来自对实际情况，国家实践的观察与总结。

跨境环评，往往是在地理意义上的邻国之间进行，或者在河流的对岸或者上下游国家之间进行，相互之间的睦邻友好关系非常重要，只要双方都接受并且履行进行环评的国际法义务，具体步骤程序等完全可以双方协商而定，没有必要遵循一套国际统一甚至全球统一的规则。而且，这样的统一规则恐怕也很难制定出来，很难进而取得各国的同意而达成共识。

跨境环评的国际法，其成就在于国家要进行跨境环评的一般国际法义务已经被各国所接受，发展出一系列的标准和程序供给各国选择和使用。然而，更多的细节与具体问题还是要留给各国来处理。国际法在此不适于也不能干预过多，过细，过深。要尊重各国的意愿、主权、权利与能力。留给国际法的，可能主要是达成，形成跨境环评的原则与标准（standard）。

由我国 BBNJ 谈判代表的表态可以看出，我国对跨界环评问题的立场与态度，我们力主与推动的发展目标与方向，是更加尊重国家主权，尊重国家对环境与自然资源及环境事务的管辖权、决策权，更注重可持续发展。反对不当干涉国内事务，不赞同所谓的跨境环评规则、机制、机构的所谓国际化、全球化。

[13] 作者认为此应是“作为义务”，而不是目前许多人所译的“行动的义务，而且这关乎对国际法义务的理解。

在国际环境法的发展道路与前景上，包括在我们所研究的跨界环评问题上，我们可以依稀看出有两条路径，用今天比较时髦的话语来说，就是国际法的“规则导向”VS“国际法治宏观导向”。前者依靠明晰的规则，可预见性强，但是缺乏灵活性，比较死板，或许可称之为形式法治；后者则以比较宏观的方向感来导向，来约束、来指引，富有灵活性，缺少确定性，不断用其公正性来调整法律关系，适应变化着的世界与世事。

纵观国际环境法的发展历程，特别是在跨界环评问题上，我们是不是能够得出结论，大多数国家偏好法治原则导向的跨界环评法，因为它更尊重国家主权和国家的决策权，而不愿意搞出一套所谓国际化的系统规则。

从目前的情况来看，区域性跨境环评条约运行得比较好，起到了应用的作用。欧盟的环境指令直接转为成员方的国内法，而跨境环评主要发生在地理意义上的邻国之间，因此，跨境环评在欧盟范围内能够成功运行起来。

北极的情况很有研究意义与价值。最早的环境保护与跨界环评条约 1974 年诞生于北欧，近年来气候变化引发了北极的航道开通，与油气资源勘探开发等相伴而来的环境问题，以及包括渔业在内的生物多样性问题，使北极成为国际关注的热点，跨境环评也随之成为焦点问题之一。北极国家均有成熟完善的国内环境影响评估制度，在北极地区实施环境影响评估，在目前的条约框架下，北极理事会应担负如下任务：制定统一的环评标准，并对影响进行持续监测；建立后续的监督机制；提供各国在开展环评过程中的信息交换平台。[14]

在实践中已经起作用的公约，都是区域性的，如欧盟指令，北极两公约等，这其中蕴含的道理值得我们思考。跨境环境损害基本上是区域性（regional），地方性(local)问题，对其的环评当然应该由区域性的法律，或者进行环评的国家的法律来规制。然而，这绝不意味着全球性的，国际性的环评法是不必要的，我们需要这样的法律，行动准则来体现时代的特点和人们的共同愿望，并促进区域性跨境环评的发展，但是，只能是最一般的规定与诸多的参考因素，尊重各国的主权权利，遵循可持续发展原则，仍然是跨境环评领域的铁律。

三、通知、磋商义务与日本的“决定”

国际法要求各国在减少跨境环境损害与风险问题上进行合作，国家的“通知”义务与磋商义务都是进行合作的具体体现和不可或缺的组成部分。

对通知与磋商的国际法义务进行规定首先来源于国际软法。<<斯德哥尔摩宣言>对此有规定，更晚近的<里约宣言>27 条原则中有三条特别适用于跨界环境损害及风险问题。原则 2 规定国家要防止对他国环境及全球公域环境的损害，原则 18 规定要通报可能影响他国环境的紧急事件，原则 19 要求:对于可能产生重大不利跨境环境影响的活动，一国必须预先及时通知，提供相关信息给潜在受影响的国家，并且进行诚意协商。国际环境法的学术泰斗博伊尔教授对此的评价为， 原则 19 是一个强有力的条款。P118. 应该说，它是跨境环境损害问题上关于通知与协商问题的最重要表述。

通知、磋商义务是被国际社会广泛认可和接受的程序性义务，研究其背后的法理与逻辑，需要回归到对国际环境法一般法律原则的考察。实际上，通知与磋商义务是从“不损害域外环境原则”（No-harm Principle），损害预防原则（Prevention Principle），风险预防原则（Precaution Principle）及国际合作原则（Interstate Co-operation Principle）的体现与发展，其概念与制度性安排体现了这些原则以及国际环境法所追求的理念与价值。

在处理跨境环境损害问题中，特别是在跨境环评中，通知与磋商义务特别重要，其体现

的国际合作的精神贯穿始终的。主权与管辖权可能是一个对其的平衡因素，但是，在通知与磋商问题上，一般不会出现干涉内政，妨碍一国行使国家主权与管辖权的问题。何况， 国际合作、友好睦邻、诚意协商是当代国际法的重要原则，不但不削弱国家主权及其原则，反而理应与国家主权原则并行不悖。

各国需要通过一个影响评估、通知、磋商和谈判的体系来进行合作，以避免对邻国环境造成不利影响，这个观点在国际司法实践，国际机构的宣言，国际法委员会的工作中受到了普遍支持。在拉努胡仲裁案与核试验案中，它也得到了国家实践的支持。

众多案例中，以下几个案例与通知、磋商义务最为相关。

1957 年的法国与西班牙之间的拉努胡仲裁案，对跨境环境问题提供了多方面的规则与启示，此处我们集中讨论与通知与磋商义务的相关内容。首先要肯定的是，法国已经尽到了其在条约和习惯法下的善意进行咨询与协商的义务。法庭还肯定：相互冲突的利益必须通过协商和相互让步的方式来加以协调。P118

无论是条约还是国家实践都表明，拉努胡仲裁案中所适用的基本原则已经扩展到了危险的或具有潜在危害的活动所带来的跨境风险管理，其中包括在边境附近地区设置核设施，大陆架活动和倾倒、陆源活动等其他海洋污染源，长距离跨境大气污染以及工业事故。在这些情况下，双边，区域性或全球性条约都已经要求采取某种事先通知和磋商措施。

处理跨境环境损害问题及环评的程序性要求也充分体现在拉基马洛-盖巴斯科夫案中。此案裁决中国际法院提及了可持续发展的概念，要求当事方必须进行善意诚信的谈判。此外，该案还涉及了共享资源问题。裁决清楚地表明，在共享资源使用的政策中，对其他国家环境和资源的影响，都是必须考虑的问题。日本向海洋排放核污水，这里的海洋，在一定意义上可以看作是共同资源、共享资源，因而在政策中，在磋商等程序方面，也应该照此对待。

在共同区域受到影响的情况下，与其中任何一个国家进行谈判可能是不适当的，因此人们修订了这个基本原则，以便能够通过一些代表国际社会利益的机构来进行通知和协商。P119 日本的情况可能是符合上述情况，这可能是它没有与中国、韩国等周边国家与利益攸关方磋商，而直接与国际核能组织联络的原因。即使如此，日本的决定也与善意履行其各项国际法义务相去甚远，特别是在跨境环评问题上，在履行通知与协商等程序性义务方面，显然没有尽职尽责，更谈不上满足国际法在这个问题上对国家“恪尽职守”（due diligence）的要求。而且，日本的这个决定，缺乏起码的透明度，这也是令人诟病，让人指责，引起抗议之处。

需要强调指出，协商的义务是一个程序性义务，但是它是一个实质性的义务，而非形式主义的东西，不是走走过场就可以交待了结完事了。 何况日本连这个过场都没有走。

事先通知、协商和谈判都必须在信息足够的基础上进行，因此，环境监督与事先环评是必不可少的。基于足够信息而进行协商的要求，在国际法中得到了实质性的支持，同时也是公平利用共享资源这一概念自然的延申概念。

通知和磋商是贯穿整个处理域外环境损害的全过程， 持续监测和跟踪分析被视为国家的通知和磋商义务的组成部分。

在一些发展水平较高的条约中，通知和协商同时适用于可能受影响的国家和可能受到影响的公众，这样的规定反映了国际环境法对公众参与的重视。

例如，生物多样性公约就环评问题作了三方面规定：(a)采取适当程序，就可能对生物多样性产生严重不利影响的拟议活动进行跨境影响评估，以避免或尽量减轻这种影响，并酌情允许公众参加此种程序。(b) 采取适当安排，以确保可能对生物多样性产生严重不利影响

的方案和政策的环境就环评而言，公约作了三方面规定：(a)采取适当程序，就可能对生物多样性产生严重不利影响的拟议活动进行跨境影响评估，以避免或尽量减轻这种影响，并酌情允许公众参加此种程序。(b) 采取适当安排，以确保可能对生物多样性产生严重不利影响的方案和政策的环境后果得到适当考虑。(c)就可能产生严重不利影响的活动进行通报、信息交流和协商。

环保事务与环保法律对公众参与的重视，是由环保的实质与环保本身的特点决定的。在跨境环境损害问题上，公众参与还没有成为必需因素，这一点可以参考乌拉圭纸浆厂案。然而，公众参与是有利于环境生态保护，也是发展趋势。日本的决定，没有起码的公众参与，连与排核污水休戚相关本国渔民都没有问一问他们的意见，何谈顾及韩国渔民的利益与感受了。

四、结论与展望

联合国海洋法公约下国家管辖外区域外生物多样性保护协议的谈判正在进行中，环境影响评估是其谈判的议题之一，通知与协商义务也有所涉及，包括对环评启动与环评结果的通知与协商。这是近年来国际社会对跨界环评的一次热议，从中可以窥见各国，各国家集团对跨界环评以及通知、协商等问题的想法与态度。各国在以下问题上意见趋同，基本达成了共识：

1.环评的一般义务。对国家管辖控制下的、拟议进行的、对海洋环境有污染及引起负面变化的活动，各国有开展环评的义务。

2.尊重现有规则。不破坏、改变既有的有关规定，也避免复制现有规则。这体现出对跨界环评现有体制和秩序的尊重，也明确了当下讨论和立法过程的性质：不增加或减少各国在各自的，或者共同的现有体制下的权利与义务，不是另起炉灶，另搞一套，而是对现有文书、规则的编撰和取得共识。

以上可以作为对跨境环境损害问题国际法现状的总结，以及对其未来走向的展望。

日本向海洋排放核污水的决定会走向何方？现有的国际法能起什么作用？多少人正拭目以待。不是一般的围观，因为事关重大，也因为对相关法律及其能否执行抱持疑虑。希望国际法能够惩恶扬善，改变日本的错误决定，还环境清洁安全，给人们带来福祉，而不是灾难。

碳捕获与封存技术纳入碳市场的法律路径——基于美国加州 LCFS 制度的分析

潘晓滨[1] 孙成龙[2]

摘要：碳捕获与封存技术的高能耗、高风险与高成本是制约其商业化推广的限制因素。在欧盟持谨慎态度并将 CCS 项目限制纳入碳市场之时，美国政府却一直致力于通过立法和政策行动推动 CCS 技术发展。而将 CCS 商业化项目纳入碳市场，则是美国地方政府一项最新的创新之举。加州政府选择了基线信用型模式的 LCFS 碳市场，通过立法修改引入了 CCS 减排规则。任何投资于 CCS 项目的运营商都能在符合项目永久性、额外性和真实性等要求的前提下获得减排量，用于碳市场履约或交易获益。详尽的减排量计算、缓冲账户、金融担保及 MRV 制度是 CCS 减排规则的重要内容。美国联邦立法中的环境许可、强制报告与税收激励制度也对 CCS 纳入 LCFS 市场起到了重要支撑。

关键词: 低碳燃料标准制度；CCS 减排规则；加州碳市场；法律路径

Legal Path to Incorporate CCS Technology into Emission Trading Scheme Based on Analysis of California LCFS System

Pan Xiaobin Sun Chenglong

Abstract: The high energy consumption, high risk and high cost of CCS technology are the restrictive factors that restrict its commercialization. While the European Union is cautious about incorporating CCS restrictions into the carbon market, the US Government has been committed to promoting CCS technology through legislative and policy actions. The incorporation of CCS commercialization projects into the emission trading is the latest innovation of local governments in the United States. California chose the LCFS carbon market based on the baseline & credit model and introduced CCS emission reduction rules through legislative amendments. Any operator investing in CCS projects can obtain emission reductions on the premise of meeting the requirements of project permanence, additionality and authenticity for carbon market performance or trading benefits. Detailed emission reduction calculation, buffer account, financial guarantee and MRV system are the important contents of CCS protocol rules. The environmental licensing, mandatory reporting and tax incentive system in the federal legislation of the United States also play an important role in supporting the incorporation of CCS into the LCFS market.

Key Words: LCFS; CCS Protocol; CA-ETS; Legal Path

1 引 言

尽管美国联邦政府在 2017 年曾一意孤行退出《巴黎协定》，但不可否认的是，美国以美国加州为代表的一些地方政府，始终在推动州立法以及一系列应对气候变化与减少温室气体排放的政策行动，并在定实践层面出现了一系列值得借鉴的先进制度。低碳燃料标准制度（Low Carbon Fuel Standard，简称 LCFS）是美国加州自 2006 年《全球变暖法案》（AB32 法案）规定的一项市场机制。[1]该制度设计的初衷是为加州境内销售的所有交通燃料设定碳排放强度目标，使加州的燃料组合多样化，减少对石油等化石燃料的依赖，从带来减少温室

基金项目：国家社科基金青年项目（18CFX079）

作者简介：潘晓滨，天津财经大学法学院副教授，硕士生导师，研究方向为国际环境法、气候变化与能源法，低碳经济法和碳排放交易制度。孙成龙，南开大学法学院博士研究生，研究方向为国际环境法、气候变化与能源法和碳排放交易制度。

[1] 参见中国 21 世纪议程管理中心：《国际应对气候变化科技发展报告》，科学出版社 2017 年版，第 68-70 页。

气体和其他空气污染物排放的效果。在法律形式上，加州政府还专门制定了 LCFS 条例对该制度实施中的实体和程序性规则进行了明确。[2]该制度在实施十多年后，对于促进加州交通部门减排起到了一定的减排效果。

为了进一步扩大 LCFS 碳市场的影响范围，加州政府对 LCFS 条例进行了修订，目的是促进基于技术的减排措施——碳捕获与封存（CCS）的商业化应用，抵消化石燃料经营活动中的二氧化碳排放。融入 CCS 减排规则的 LCFS 碳市场制度于 2019 年 1 月正式实施，任何投资于 CCS 项目运营商都将获得减排量参与碳交易。[3]这项新立法刚刚实施不到半年时间，已经引起各方广泛关注。如何能够将 CCS 减排技术通过法律途径纳入到碳市场当中，对于我国这样积极探索运用市场机制进行温室气体减排的排放大国来说，也具有重大的借鉴意义。

2　碳捕获与封存技术减排规则出台的历史背景

2.1　CCS 技术的应用定位发展

碳捕获与封存技术（Carbon Capture & Sequestration，CCS）是一种将二氧化碳从各类大型工业排放源进行分离，并经过一系列捕集、压缩装入密封设施，在运输到特定地点注入地下或海底进行封存，并以此实现被捕集的二氧化碳与大气长期分离的技术手段。[4]1989 年，美国麻省理工学院首次发起了 CCS 技术项目，标志着 CCS 技术正式从学术领域诞生。随着全球气候变暖问题日益严峻，特别是在政府间气候变化专门委员会（IPCC）发布了 1.5 摄氏度报告之后，IPCC、国际能源署（IEA）等国际组织以及一些发达国家相继将目光集中在 CCS 技术的发展上。他们从二氧化碳等气体用于石油开采的驱油技术工程实践中得到了启发，如果能够将火力发电厂、工业企业在化石燃料燃烧过程中产生的二氧化碳永久封存，就能在短时间内大量减少排放。[5]

这项创新技术无论对于需要承担历史排放则的发达国家，还是对正在经历经济高速增长并附带猛增排放量的新兴发展中国家来说，将整个 CCS 技术体系引入到工业排放部门都将显著提高经营成本。[6]根据全球碳捕集与封存研究院（Global Carbon Capture & Sequestration Institute，GCCSI）的统计数据，截止 2016 年底，全球共计有 38 个大型 CCS 项目，其中 21 个处于运行或建设阶段，至 2017 年底，处于运行或建设阶段的大型 CCS 项目数量降为 37 个。至 2019 年 1 月，在 43 个大型 CCS 项目中，共有 22 个项目处于运行或建设阶段，综合捕集能力约为 3700 万吨，正在运行的 17 个大规模项目中，已向地下地质层注入了约 2.2 亿吨二氧化碳，北美地区对 CCS 的发展起到引领作用。[7]CCS 技术发展的缓慢部分原因在于目前全球范围的碳排放价格无法支撑 CCS 技术的大规模商业化应用，因此不少国家都在 CCS 技术的基础上提出了 CCUS 的概念，即碳捕获、利用与封存（Carbon Capture Utilization and

---

[2] See Yeh S, Lutsey, Nicholas P, Parker, Nathan C. Assessment of Technologies to Meet a Low Carbon Fuel Standard. Environmental Science & Technology, 2009, 43(18):6907.

[3] See California Air Resources Board. Staff presentation to Public Workshop held on 28 November 2018, Available at: https://www.arb.ca.gov/fuels/lcfs/lcfs_meetings/112818presentation.pdf（Last visited on April 30, 2021）

[4] 参见中国 21 世纪议程管理中心：《碳捕集、利用与封存技术进展与展望》，科学出版社 2012 年版，第 12-13 页。

[5] See Gunning Hamn, eds. Social license and environmental protection: Why businesses go beyond compliance. Law & social inquiry, 2004, 29(2): 307-341.

[6] 参见仲平，彭斯震，张九天，贾莉：《发达国家碳捕集、利用与封存技术及其启示》，载《中国人口·资源与环境》，2012 年第 4 期，第 25-28 页。

[7] See Global Carbon Capture & Sequestration Institute. Global Status of CCS:2018, Available at: https://www.globalccsinstitute.com/resources/global-status-report/（Last visited on April 30, 2021）

Storage，CCUS），增加捕获二氧化碳的利用环节（如利用二氧化碳驱油、或作为化工原料生产饮料等产品等），通过获得一定的经济效益来抵消 CCS 项目的应用成本。[8]

2.2 CCS 技术的国际法规制进展

2007 年在《联合国气候变化框架公约》下，《京都议定书》将 CCS 技术确立为减缓方案。[9]坎昆会议上，地质封存的 CCS 技术被纳入 CDM 项目类型中，但受到严格的条件约束。[10]而马拉喀什气候变化大会则明确 CCS 技术应受到优先重视。[11]现已有十个国家将 CCS（或部分 CCS）纳入其在《巴黎协定》所做出的自主减排承诺中，其中包括中国。[12]这些都为 CCS 技术被纳入国际碳市场发出了积极信号，碳封存也可以商品化，推动贸易等相关市场的新发展。与此同时，国际法也就近海二氧化碳的地质封存所涉及的海洋环境公共安全问题进行了相应规制。譬如，《伦敦议定书》在允许进行海底地质封存的同时，提出了三个具体的封存前提：一是二氧化碳的封存地点只能是海底；二是注入气体的主要成分必须是二氧化碳；三是禁止以废物／废气处置为目的将其他物质掺入其中。《东北大西洋海洋环境保护公约》则禁止在水体中和海床上进行二氧化碳封存，但允许在缔约国主管部门的监管下进行海底地质封存。[13]

另外值得注意的是，从全球重要的油气贸易中可以发现碳捕集地和封存地的分布并不完全匹配，因此碳链很有可能跨越国界，在不同的司法管辖区捕获并封存二氧化碳。当捕获的二氧化碳被运送出一个管辖区域，经过国际水域并进入第三管辖区域进行封存时，国际 CCUS 链将面临来自法律，政策和道德伦理的新挑战。[14]当前，无论是各国国内还是国际法律体系以及相关气候政策可能都尚未准备好规制此国际化进程。

2.3 CCS 技术纳入碳市场的立法发展——欧盟的限制态度

不少环保主义者提出了批评意见，他们认为基于商业利益的二氧化碳利用并没有起到永久的清除效果，因为无论是驱油用还是作为工业原料用途的气体，都会在使用完毕后通过某种途径再次泄露到大气环境中，从而不能起到真正的碳封存效果。[15]欧盟是最早开启碳市场实践并对 CCS 技术进行立法的政治实体，但是值得注意的是，欧盟始终没有完全将 CCS 项目运营商纳入到统一碳市场当中，并对 CCS 技术的大规模商业推广持谨慎态度。欧盟理事会于 2009 年 4 月 6 日正式通过了第 2009/31/EC 指令，即著名的《二氧化碳地质封存指令》（简称 CCS 指令）。该欧盟法律规定了 CCS 指令的立法目的、技术的适用范围、包括选址封存和运输等作业环节、风险监管等内容。[16]同时，欧盟在 CCS 指令序言中指出，CCS 只是一项“过渡性技术”（Transitional Technology），该技术不应成为增加建设大型排放源的诱因，不应由于 CCS 技术的发展替代其他更加有效的节能、可再生能源以及其他安全的可持

---

[8] 参见陈兵，肖红亮，李景明，王香增：《二氧化碳捕集、利用与封存研究进展》，载《应用化工》，2018 年第 3 期，第 589-592 页。

[9] 参见宋婧、杨晓亮：《国际 CCS 法律监管框架对中国的借鉴与启示》，2016 年工作报告，北京：世界资源研究所. http://www.wri.org.cn/ publications.

[10] 参见吴益民：《论碳捕捉与储存技术对气候变化国际公约的影响》，载《企业经济》，2011 年第 8 期，第 55-57 页。

[11] 同 2。

[12] See Labling, K., and Yang, X. 2016. “Carbon Capture and Storage: Prospects after Paris”. Insights: WRI’s Blog. 2016-04.

[13] 同 2。

[14] See Dixon, T., Mccoy, S. T., Havercroft, I., 2015. Legal and Regulatory Developments on CCS. International Journal of Greenhouse Gas Control 40, 431-448.

[15] 参见李桂菊，张军：《二氧化碳捕获与地质封存项目进展及启示》，载《中外能源》，2011 年第 6 期，第 12-16 页。

[16] 参见彭峰，陈力：《欧盟二氧化碳地质封存指令构建》，载《环境经济》，2012 年第 9 期，第:54-57 页。

续低碳技术。[17]在欧盟的排放交易立法，即在第 2009/29/EC 指令的规定中，欧盟碳市场对于 CCS 运营商的市场化纳入程度有限。尽管在指令附录 I 中明确将获得许可的二氧化碳捕获设施、运输设施和封存设施列入适格的参与主体，但在指令第 10a 条明确了排除了二氧化碳捕获、运输和封存设施获得配额免费分配的资格，[18]并且将 CCS 项目划入到 NER300 项目所获收益的创新支持性项目类别中。[19]而且，立法中明确了可以获得资助的 CCS 项目必须属于捕获后的封存项目，而非用于驱油等其他开采或工业用途的 CCUS 项目。由此可见，欧盟并不支持将 CCS 项目直接纳入到共同体统一碳市场的覆盖范围，而是作为一项游离于市场之外的减排技术项目进行资金补贴。

2.4 CCS 技术融入碳市场的立法发展——美国的支持态度

尽管美国在参与全球气候治理方面态度几经反复，但在推动 CCS 技术的国内立法和政策方面却非常重视。小布什执政时期，美国《能源政策法》（National Energy Policy Act，2005）专门规定了碳捕获研究与发展计划，后来的《能源自主和安全法》（Energy Dependence and Security Act，2007）则专章规定了碳捕获与封存技术研发的推广。奥巴马时期，功败垂成的《清洁能源与安全法案》（American Clean Energy and Security Act, ACES, 2009）甚至将 CCS 技术作为清洁能源章节的重要内容，支持这项技术的商业化应用，对 CCS 的示范和早期商业应用做出了详细规定。[20]此后，美国联邦政府出台的《碳捕获与封存规划修正案》（2011）、《碳捕获与封存奖励法案》（2011）和《碳捕获与封存部署法案》（2014）等立法，进一步推动了 CCS 项目的奖励力度和税收激励，促进了项目实施的商业化转型。[21]特朗普时期，尽管美国国家层面的应对气候变化政策出现了倒退，但一些措施如依据《能源改善和扩展法案》（2008）所实施的 2019-2024“45Q”税收抵免计划，仍然对 CCS 项目的开展给予了较大力度的经济激励。[22]作为气候政策更加激进的美国加州政府，也正在此背景下修改了《全球变暖法案》（AB32），通过颁布条例首次推出全球首个 CCS 减排的碳市场规则。[23]

3 美国碳捕获与封存减排市场规则的制度构成

3.1 美国加州 LCFS 碳市场制度

低碳燃料标准制度（LCFS）是一项美国加州在其辖区内所实施的基线信用型碳市场制度。该制度虽然也属于强制性碳排放交易制度的类型，由于不需要设定碳排放总量，因此该

---

[17] 参见彭峰：《碳捕捉与封存技术(CCS)利用监管法律问题研究》，载《政治与法律》，2011 年第 11 期，第 18-26 页。

[18] 参见焦小平，毛洋、涂毅：《欧盟排放交易体系规则》，中国财政经济出版社 2010 年版，第 20-26 页。

[19] NER300 项目的目标是在欧盟所有成员国范围内建立一整套涵盖最佳碳捕获与封存技术工程以及可再生能源工程的示范项目。项目将支持一系列碳捕获与封存技术（包括预燃烧、后燃烧、氢氧燃料和其他工业应用等）和可再生能源技术（生物能、集成太阳能、光电技术、地热能、风能、海洋能、水力发电和智能电网等）。NER300 项目也在设法吸引大量的私人投资与国家共同基金一起用于欧盟范围内促进革新低碳技术的应用以及促进技术实施过程所带来的新就业机会的增长。NER300 项目名称的来历源自其启动资金的来源，即 EU-ETS 第三交易期初期新入配额储备（NER）300 百万 EUA 单位拍卖所得到的收入。资金根据提议将分为两个阶段投入到项目建设中，首笔资金来自 200 百万 EUA 的拍卖收入，第二轮投资源自 100 百万 EUA 单位的拍卖收入。具体请参见史学瀛等：《碳排放交易市场与制度设计》，南开大学出版社 2014 年版，第 101-102 页。

[20] 参见吕江：《气候变化与能源转型：一种法律的语境范式》，法律出版社 2013 年版，第 63-64 页。

[21] 参见王慧，魏圣香：《国外陆上碳捕获和封存的立法及其启示》，载《气候变化研究进展》，2012 年第 1 期，第 68-73 页。

[22] See California Air Resources Board, Carbon Capture and Sequestration Protocol, Available at: https://www.arb.ca.gov/fuels/lcfs/ccs_protocol_010919.pdf（Last visited on April 30, 2021）

[23] See Energy Futures Initiative. Advancing Large Scale Carbon Management: Expansion of the 45Q Tax Credit, Available at: https://static1.squarespace.com/static/58ec123cb3db2bd94e057628/t/5b0604f30e2e7287abb8f3c1/1527121150675/45Q_EFI_5.23.18.pdf（Last visited on April 21, 2021）

制度可以用于强度减排目标的实施，但对于总量减排目标仅起到了间接促进作用。[24]LCFS制度设定了加州管辖范围内销售、供应或出售的交通燃料的年度碳排放强度基准。基准值反映了交通燃料的全周期排放量，并加入与燃料生产、分销和使用相关的所有温室气体排放量。该制度的实施目标是到2030年将加州交通部门所用燃料的碳排放强度相对于2010年的水平降低20%。[25]汽油、柴油、航空燃油以及其他类型替代燃料都被设定了不同基准值。碳排放强度低于年度基准的燃料生产商将获得减排量，而碳强度高于相关基准的燃料，需要运营商从其他渠道购买加以抵消。已经达到2030年碳排放强度相关基准的清洁燃料供应商（如乙醇燃料）可以豁免纳入LCFS制度，但他们也可选择参与来获得在加州销售替代型燃料而带来的减排量收益。

在加州从事交通燃料生产、进口、分销或零售的经营者每年都必须获得足够的减排量，用以抵消其销售碳排放密集型燃料所导致的排放量增长。这些燃料供应商根据加州法律自然成为了LCFS制度下的纳入企业。为确保他们在某一年拥有足够的减排量进行履约，纳入企业可以使用前些年存储的减排量，或从加州的另一个纳入企业购买剩余的减排量。[26]当然，纳入企业最直接的办法就是在经营活动中增加销售碳排放强度低于规定基准的燃料，或减少销售的碳排放强度高于基准的燃料，或改变燃料的生产工艺来减少碳排放强度。作为兜底性条款，纳入企业还可以进行法人变更将履约义务转移给其他人。[27]

3.2 CCS减排规则与LCFS制度的衔接

加州政府于2018年对LCFS条例进行了大幅修订，其中重要内容是允许满足CCS减排规则（CCS Protocol）中基本要求的项目运营商成为LCFS制度的参与主体而获得可用于市场交易的减排量。[28]2019年1月，修改后的LCFS条例正式生效，LCFS制度内容的扩展为通过市场手段促进CCS项目开发量增加提供了强有力的经济激励作用。一方面，CCS减排规则限定了适格的项目类型：采用陆地封存的枯竭油气井和使用二氧化碳提高采油率的陆地油气井（CO_2-EOR）。另一方面，CCS项目运营商限定为两类主体：一类是本身属于LCFS制度的纳入企业，他们要承担强制履约义务，包括各类炼油厂和油气生产设施，他们所要实施的CCS项目必须分别申请炼油厂投资减排量计划和创新原油供应商项下的减排量，CCS减排规则具体规定了对于这类项目的规模、地点和时间限制。另一类则属于通过投资CCS项目而加入到LCFS碳市场的运营商，他们不需要承担碳市场的强制履约义务，而仅仅是通过投资CCS项目而获得减排量，用于碳市场上进行销售获取经济收益。根据CCS减排规则，全球任何地方的直接大气捕获项目（DAC）运营商都可以通过选择参与LCFS制度来获得减

[24] 参见潘晓滨：《碳排放交易配额分配制度——基于法学与经济学视角的分析》，南开大学出版社2017年版，第32-33页。

[25] See Catapult Energy Systems and the Energy Technology Institute. California Low Carbon Fuel Standard: Rethinking Decarbonization Incentives – Policy Case Studies. Available at: https://es.catapult.org.uk/wp-content/uploads/2018/10/California-LCFS-Case-Study-FINAL.pdf（Last visited on April 21, 2021）

[26] 早前存储的减排量由LCFS报告、信用存储与转账系统（LRT-CBT）进行记录，在用于年度履约义务之后，剩余的减排量可无限期使用。LRT-CBTS还用于记录纳入企业之间的减排量交易信息，包括每笔减排量交易的价格和数量。这些交易信息将由加州空气资源委员会（CARB）汇总并发布，为潜在的减排量卖家提供了一个透明的价格信号。

[27] See California Air Resources Board. Low Carbon Fuel Standard Regulatory Order, Available at: https://www.arb.ca.gov/fuels/lcfs/fro_oal_approved_clean_unofficial_010919.pdf（Last visited on April 21, 2021）

[28] See California Air Resources Board. Public Workshop to Discuss Implementation: Low Carbon Fuel Standard, Available at: https://www.arb.ca.gov/fuels/lcfs/lcfs_meetings/112818presentation.pdf（Last visited on April 21, 2021）

排量，此外，还有一类特殊的参与主体，即本可以豁免而加入 LCFS 碳市场的替代燃料经营者，[29]他们除了根据燃料用途之外，还可以基于投资 CCS 项目而获得额外的减排量收益，且这些项目可以位于美国加州的境外。（详见表-1）

表-1：LCFS 碳市场中的适合 CCS 项目运营商分类

运营商类型	直接空气捕获项目运营商	油气生产设施	炼油厂	清洁燃料供应商
LCFS 履约要求	无	强制履约	强制履约	自愿参与
CCS 地点要求	世界任何地方	美国任何地方，并在加州销售燃料	美国任何地方，并在加州销售燃料	美国任何地方，并在加州销售燃料
CCS 封存要求	陆上枯竭油气井，或用于 CO_2-EOR 技术的油气井			
CCS 减排量获得方式	基于项目	基于项目，依据原油创新供应条款	基于项目，根据炼油厂投资信用计划	基于项目或燃料用途
CCS 认定期	不限	2010	2016	不限
其他限制条件	无	必须达到最低碳强度或减排量	无	无

3.3 CCS 减排规则的具体运行制度

3.3.1 CCS 减排的永久性要求

为了有资格申请减排量，CCS 运营商必须首先证明现场隔离适合永久储存二氧化碳，并且他们有计划和足够的资金资源来应对整个项目周期内二氧化碳泄漏的任何风险。永久性认证包括了封存现场认证和 CCS 项目认证两个部分，需要运营商进行申请后由主管部门进行许可。封存现场必须满足几个最低选择标准，才能获得永久性认证。例如，现场必须具有足够的体积、多孔性、渗透性和注入能力，以注入二氧化碳流，最小注入深度为 800 米，或与深度与超临界状态下二氧化碳存在的条件相对应，并具有不受传递性故障或断裂的影响。此外，必须保证储存设施中的二氧化碳流在很高可能性下（超过 90%的发生概率），有超过 99%的流量在注入后 100 年内不发生泄露，满足这些条件的 CCS 运营商才有资格根据 LCFS 减排量。

CCS 项目运营商还必须在整个运行周期内满足其他一系列要求，才能获得和持有永久性认证。这些要求包括在整个项目中维护、更新和提交对计划的更改，按照规定标准建造封存用井，进行测试和监测保封存现场的施工完整运行且无气体泄漏风险，并以适当方式堵塞油井。为了防止气体泄漏，在注入后的 100 年内要负责监测现场。直到运营商获批关闭封存

[29] See S McCoy. Reducing lifecycle biofuel emissions with CCS , Available at: https://www.cslforum.org/cslf/sites/default/files/documents/tokyo2016/McCoy-BiofuelsCCS-TG-Tokyo1016.pdf（Last visited on April 21, 2021）

现场之前，需要一直负责维护设施。永久性认证申请提交前须由加州空气资源委员会（CARB）批准的第三方机构进行核证，由专业地质学家出具证明，对封存隔离现场认证其提交的数据是真实、准确和完整的，并且在应急和补救响应计划中充分考虑到监控或紧急应对评估中所确定的风险。专业人员必须证明根据 CCS 项目运营商提交的信息足够可靠，并且根据专业判断认定项目是否能够满足 CCS 减排规则的永久性要求。

3.3.2 CCS 减排的额外性要求——减排量计算与缓冲账户存储制度

额外性标准要求任何减排项目产生的减排量都必须在不实施项目的情况下所净增长的排放减少量，包括项目实施中额外产生的排放量以及可能泄露的排放量都应考虑在扣减范围内。CCS 减排规则最重要的部分是计算 CCS 运营商投资项目所能获得减排量数额，这直接关系到 LCFS 碳市场中参与 CCS 项目的各类主体所能获得的经济利益。一般情况下，CCS 项目所能够封存的二氧化碳气体当量（CO2e）直接决定了运营商所能获得减排量数额。但是 CCS 减排规则考虑到项目实施自身会产生一定的排放量，在计算中需要减去直接排放或间接排放量。在 CCS 减排规则中，规定了在碳捕获、运输和封存过程中，由于使用电力、燃料而产生的直接或间接温室气体排放，类型包括二氧化碳（CO_2）、甲烷（CH_4）、一氧化亚氮（N_2O）、挥发性有机化合物（VOC）和一氧化碳（CO）排放。不同类型的温室气体根据全球升温潜值（GWP）进行了二氧化碳当量的换算。值得注意的是，因建设 CCS 项目的封存地的管道或设施施工而导致的直接土地利用变化同样会产生温室气体排放，这类排放量也将被计算在需要扣减的范围内。

运营商在获得主管部门核发的减排量之后，有义务将一定比例提交至加州政府指定的减排量缓冲账户进行存储。CCS 项目的缓冲账户制度类似于一种准备金机制，当发生项目封存的二氧化碳泄漏，而导致之前签发的减排量不再有效时，主管部门可以提取缓冲账户中的预存减排量来保障 LCFS 制度纳入 CCS 项目后实施过程的环境完整性。根据 CCS 减排规则，运营商需要提交 8%至 16.4%不等的减排量进入缓冲账户。比例的差异是由于所实施 CCS 项目的泄露风险等级不同。当然，除了二氧化碳的泄露风险之后，风险还包括了包括企业财务风险、项目选址的社会风险、现场设施管理与封存井的完整性风险等。[30]项目运营商应进行风险评估，并将报告提交给加州空气资源委员会（CARB），由后者决定他们需要缴存到各自缓冲账户的减排量比率。

缓冲账户的减排量将被永久冻结，如果出现封存二氧化碳出现泄漏的情况，将根据不同的封存年限对缓冲账户中的减排量做不同的处理。二氧化碳从封存井中泄漏意味着之前所签发的减排量将失去效力。如果泄漏发生在二氧化碳注入封存井 50 年内，主管部门将根据泄漏量注销已经签发的减排量数额，无效减排量首先从该 CCS 项目对应的缓冲账户中注销。如果封存的泄漏量大于缓冲账户提的冻结数量。项目运营商还必须购买额外减排量，或使用其他项目产生的减排量来弥补余额进行注销。如果封存期超过 50 年，主管部门将从所有项目运营商的缓冲账户提取减排量来抵消因泄漏而产生的无效减排量，个体项目运营商无需再单独注销任何额外的减排量。一旦二氧化碳在储存场所保存了至少 100 年时间，则认为实现了项目的永久封存。值得注意的是，加州在 CCS 减排规则中对 100 年的期限设定，参考了政府间气候变化专门委员会（IPCC）的指南和其他封存项目（如林业补偿协议）所适用的

[30] 参见俞金香:《环境污染治理中碳捕获与封存法律问题初探》，载《河南财经政法大学学报》，2015 年第 5 期，第 96－103 页。

时间线。[31]

3.3.3 CCS 减排项目的真实性要求——监测、报告与核证（MRV）

为了保障 CCS 项目所签发减排量的真实性，项目运营商需要在整个项目周期内向主管部门提交季度或年度报告，提交频次取决于项目接受验证的频率。报告必须包括有关气体注入速率和体积数据、二氧化碳流的分析以及计算温室气体减排量的所有计量、测量方法。运营商必须在报告期结束后的 45 天内将数据上传至 LRT-CBTS 数据管理系统，并在报告期结束后的三个月内提交项目报告。所有项目运营商必须在一个日历年结束后的四个月内提交一份年度合规报告，这与燃料供应商必须根据 LCFS 制度提交的年度合规报告不同。CCS 年度报告还需提供一系列附加信息，包括碳存储重新评估或纠正措施、应急处置计划、以及上一年监测结果等。运营商提交的报告必须由经独立核查机构进行核证。核查机构需要审查所有计划和评估报告，确保符合 CCS 减排规则条款和 LCFS 条例的要求，并在核查报告中对核查中发现的情况进行总结。核证报告必须在报告期结束后八个月内提交。

3.3.4 CCS 项目的风险预防——金融担保制度

项目运营商必须在整个 CCS 项目的运营周期内持续运用金融担保工具为项目的安全提供担保。这项担保独立于前面的缓冲账户机制，其目的在于解决封存井泄露所可能带来的公共健康危机和对环境的负面影响。具体而言，这类金融担保必须能够足额支付给任何受雇的第三方机构执行纠正措施、堵塞油井、现场维护和关闭、以及应急和补救响应措施的费用。如果项目运营商在封存现场永久关闭之前其法人实体就已经灭失，那么预先进行的金融担保将专由主管部门接手，用于应对该项目在未来可能产生的各种成本。根据 CCS 减排规则的要求，金融担保可以采取多种方式进行，包括发行信托债券或担保债券、开立信用证、订立保险合同、或设立自保或托管账户等。如果项目运营商使用第三方担保工具来履行担保责任的话，还必须提供第三方实体符合 CCS 减排规则所设定的财务条件证明。如果运营商希望使用自保方式，也需要达到一套独立的财务状况要求。运营商需要对担保活动进行详细估算，并在计划变更后 60 天内对其进行更新。如果担保估值下降，运营商可以松绑金融担保账户中冻结的部分资金，但须经加州空气资源委员会（CARB）的批准。如果担保需求金额增加，运营商必须在 60 天内使用现有或新的金融担保工具，增加其承保范围需要更新补充的资金。

4 美国碳捕获与封存减排市场规则的法律协调

加州在 LCFS 条例中加入了 CCS 减排规则的内容，适格的运营商可以在 CCS 项目开展后申请 LCFS 减排量。但无论是 AB32 法案，还是 LCFS 条例都属于州立法范畴，适格的运营商在开展 CCS 项目之前还需要对标美国联邦法律，尤其是项目的环境许可、强制报告制度等。另外，联邦层面法律也规定了一些针对 CCS 技术的促进性制度，加州的减排量激励与美国联邦政府的相关法律政策出现了叠加效应也是值得研究的问题。

4.1 与美国环境许可制度的协调

在美国，所有向地下开展注入作业的项目必须根据美国联邦立法中关于地下注入控制制度（Underground Injection Control, UIC）的规定事先申请许可证。[32]这意味着任何符合加州 LCFS 碳市场 CCS 减排规则的运营商项目还必须满足 UIC 制度的要求。该制度是美国联邦

[31] See IPCC, Land Use. Land-Use Change and Forestry. Accessed: February 17, 2018. Available at: http://www.ipcc.ch/ipccreports/sres/land_use/index.php?idp=74 （Last visited on April 21, 2021）

[32] See Environmental Protection Agency, States. Tribes and Territories Responsibility for the UIC Program. Available at: https://www.epa.gov/sites/production/files/201904/documents/primacy_status_revised_april17_2019_508c.pdf（Last visited on April 21, 2021）

《安全饮用水法案》（SDWA）的授权下创建的一项环境许可管理制度。美国联邦环保署（EPA）根据该法案出台了保护公共卫生、防止注入井污染地下饮用水源的最低要求，并形成了 UIC 许可制度下的六类不同的地下井规定，第二类和第六类井与二氧化碳封存直接相关。其中，第二类井（Class II）被定义为用于注入与油气开采相关流体的井，主要用于提高油气资源的开采效率。第六类井（Class VI）被定义为将二氧化碳注入地质层进行封存用途的井，主要用于二氧化碳的长期储存。美国联邦立法自 20 世纪 80 年代以来就已经对第二类井进行了明确的法律规定，直到 2010 年又在 UIC 制度中增加了对于第六类井的许可规定。[33]

在注入活动的管理体制层面，则采用包括美国联邦机构或州机构的混合管理模式。美国联邦政府下属各州可以申请一级执行机构资格来管理二氧化碳的注入活动，获得联邦授权的州机构将成为首要执行机构。其中美国 41 个州拥有了联邦环保署（EPA）批准的二类井优先管理资格，只有北达科他州经批准拥有了对六类井的优先管理资格。除此之外，联邦环保署（EPA）直接负责管理绝大多数州境内的第六类井以及部分州第二类井的注入活动许可审批。这种管理体制意味着在多个州进行二氧化碳封存作业的项目运营商可能需要满足不同的许可申报要求。

4.2 与美国温室气体强制报告制度的协调

在美国，适格的温室气体排放源必须根据温室气体强制报告制度（GHGRP）向联邦环保署（EPA）进行报告。[34]根据该制度 RR 子章节要求，地质封存二氧化碳用途的第六类井，运营商要每年报告注入、产生和排放的二氧化碳量，并计算封存的二氧化碳总量。运营商还必须制定一个获得联邦环保署（EPA）批准的监测、报告和验证计划，并确保项目的环境完整性。根据温室气体强制报告制度（GHGRP）UU 子章节的要求，第二类井的运营商只需报告驱油注入二氧化碳的相关信息，但也可以选择依据 RR 子章节更严格的规定进行报告。[35]但是值得注意的是，如果 CCS 项目运营商仅满足第二类井许可证下的联邦法律要求，以及强制报告制度中 RR 子部分的报告要求，则该项目运营商可能没有资格获得 LCFS 碳市场的减排量。而联邦法律针对第六类井的规定，与加州 CCS 减排规则更加接近，但也存在一定差异，如联邦法律要求第六类井的现场维护期为 50 年或更短，而 LCFS 碳市场减排量的取得前提是至少 100 年的维护期，同时还需履行相对应的金融担保责任。由此可见，加州的相关制度要比联邦立法更加严格。

4.3 与美国联邦税收激励制度的协调

在加州投资 CCS 项目的运营商除了获得加州政府签发的 LCFS 减排量之外，还有可能获得美国联邦政府的相应税收抵免优惠。这与美国政府自 2019 年开始实施的 45Q 税收减免计划是分不开的。所谓 45Q 税收抵免计划，是根据美国《能源改善和扩展法案》（2008）正式引入，并依据美国《两党预算法案》（2018）进行修订的一项税收优惠措施。[36]该计划为

---

[33] See Wilson L, Holland M T. Aquifer classification for the UIC program: prototype studies in New Mexico [Federal Underground Injection Control, Safe Drinking Water Act of 1974, Public Law 93-523. Groundwater, 2010, 22(6):706-716.

[34] 参见中国质量认证中心，清华大学环境学院，国家发改委能源研究所：《企业碳排放管理国际经验与中国实践》，中国标准出版社 2015 年版，第 33-34 页。

[35] See Environmental Protection Agency. Final Greenhouse Gas Reporting Rule for Geologic Sequestration and Injection of Carbon Dioxide: Subparts RR and UU. Available at: https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-07/documents/subpart-rr-uu-ppt.pdf（Last visited on April 21, 2021）

[36] See The Department of the Treasury Internal Revenue Service. Form 8933, Available at: https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f8933.pdf（Last visited on April 27, 2021）

CCS 运营商所封存或利用每吨二氧化碳气体所获得的收益提供了税收抵免，从而减轻了运营商的纳税义务。

加州 LCFS 碳市场 CCS 减排规则与联邦 45Q 计划存在一定程度的交叉。首先，针对项目地点，45Q 计划仅针对美国国内实施的 CCS 项目给予优惠，而加州规定可以向全球任何地点的运营商开发。其次，45Q 计划对火力发电厂、部分工业设施和直接空气捕获设施（DAC）开放，项目应属于 2024 年 1 月 1 日之前的新建项目，并满足最低年度捕获限值。而加州没有纳入发电企业，只针对油气开采和炼油厂两类排放源开放，时间要求没有做具体规定。再次，运营商再 LCFS 制度下所获得减排量价格完全取决于市场变化，而 45Q 计划的税收减免额则根据年份不同而规定了逐步递增的具体金额。但是，与加州 CCS 减排规则相比，45Q 计划针对 CCS 项目封存的永久性要求以及泄露而导致的优惠失效收回仍然缺乏明确的规定。[37]

5 美国碳捕获与封存减排市场规则对我国的启示

5.1 我国推动 CCS 技术发展与立法的必要性

随着经济高速增长，我国自 2005 年已经成为全球最大的温室气体排放国。尽管没有在《巴黎协定》中承担强制减排义务，但根据我国提交的国家自主贡献，我国到 2030 年仍然要实现 60-65%单位国内生产总值碳排放量的下降目标，非化石燃料在一次能源比重中占到 20%比例。在面临减排压力的同时，我国也面临着巨大的能源需求压力，我国电力生产主要的一次能源来源仍然有 70%比例要依靠火力发电，而化石燃料的燃烧必然带来温室气体排放的持续增长，而非化石燃料等清洁能源的应用在短时期内难以替代传统化石能源的局面，迫使我们不得不在继续保持增加传统发电绝对量的前提下，寻求一种能够降低温室气体排放的新型技术，而碳捕获与封存正是一种与火力发电、油气开采和石油化工相结合的减排技术。

从发展视角来看，CCS 技术的商业化推广面临着传统的三高问题，即高能耗、高成本和高风险，这也让我国对于 CCS 项目推广的进展缓慢。根据全球碳捕集与封存研究院（GCCSI）的统计数据，截止 2019 年初，我国投入示范运行的仅有一例 CCS 项目，其他两个项目在建，而更多的六个项目仍然处于研究论证阶段。[38]截至目前，与 CCS 技术配套的相关官方文件，仅包括由国家发改委出台的《关于推动碳捕集、利用和封存试验示范的通知》，以及由原环境保护部办公厅关于所发布《二氧化碳捕集、利用与封存环境风险评估技术指南（试行）》等政策性文件，针对 CCS 的专门立法仍然处于空白，我国已经确立的《环境保护法》（2014 修订）、《环境影响评价法》（2017 修订）、《节约能源法》（2017 修订）、以及《对外合作开采陆上石油资源条例》（2013 修订）都对未来开展的 CCS 专门立法启动重要支撑作用。[39]

与此同时，我国也非常重视通过碳市场来推动经济的低碳转型。2017 年我国全国统一碳市场正式开启。《碳排放权交易管理办法（试行）》从今年 2 月 1 日起已经开始施行，至 6 月底全国符合要求的火力发电厂将全面纳入到碳排放约束管理之中。在地方已经启动的八个碳排放交易试点中，包括油气开采、石油化工、钢铁水泥等行业也都被纳入到碳市场中，这些行业与火电同样面临温室气体减排的现实压力，也对符合成本收益的减排技术及其相关项目产生越来越大的需求。作为一项逐步成熟的二氧化碳去除技术，在国家面临越来越紧迫减

[37] See The Department of the Treasury Internal Revenue Service. Request for Comments on Credit for Carbon Oxide Sequestration, Notice 2019-32, Available at: http://src. bna. com/HRP（Last visited on April 27, 2021）

[38] 参见王新：《我国碳捕获与封存技术潜在环境风险及对策探讨》，载《环境与可持续发展》，2011 年第 5 期，第 53-57 页。

[39] 参见冯帅：《碳捕获与封存的国际法规制研究》，法律出版社 2019 年版。.

排任务以及国内高排放行业面对越来越迫切的转型压力的背景下，CCS 具有更加宽广的应用前景，如果该技术推广能够与我国大力开展的国家和地方碳市场建设相衔接，也将极大促进该技术在我国的应用和推广。

5.2 美国碳捕获与封存技术纳入碳市场的经验借鉴

5.2.1 CCS 技术与碳市场的衔接路径

美国加州新近推动的 LCFS 条例修改引入 CCS 减排规则，带给我们的启示是，市场能够推动低碳技术的应用，让 CCS 项目直接快速进入商业化应用。美国加州的做法是，将是否应用 CCS 技术留给碳市场主体根据市场价格趋势自主决定，特别是一些已经采取二氧化碳驱油技术（CO_2-EOR）的油气企业、炼油类大型排放企业和具有 CCS 专业化技术的企业具备了先期应用的经验。在 LCFS 这类基于基线信用型碳市场发展成熟之际，市场交易的减排量价格足以弥补 CCS 项目的成本之时，CCS 减排规则的引入可谓恰逢其时。

我国 CCS 技术的应用与发展显然处于后发阶段，但随着我国全国统一碳市场的启动，各地方碳市场试点的探索也将进入深水期，未来控排企业对 CCS 项目的需求也可能逐渐显现。可行的路径选择既包括国家层面的推动，也包括地方层面的先行先试。国家层面可以通过将大型 CCS 项目纳入到国家自愿减排机制中，修改《温室气体自愿减排暂行管理办法》的相关规定，通过政策引导支持大型能源企业、金融机构等投资 CCS 项目。而地方层面则可以探索选择运行良好且碳价较高的区域碳市场，通过修改地方碳排放交易立法将 CCS 运营商直接纳入其中，并允许一些有实力的大型控排企业投资 CCS 项目来抵消自己在地区碳市场需要的履约义务，剩余减排量可以存储或出售。

5.2.2 CCS 减排规则的完善制度设计

美国加州 CCS 减排规则具有自愿减排制度的一般性制度框架，同时也引入了 CCS 技术风险评估、环境健康风险应对的特殊制度。值得注意的是，CCS 项目对接碳市场规则的过程中，各项分制度框架都在围绕 CCS 项目减排的永久性、额外性与真实性要求展开。首先，永久性标准设定了极其严格的 100 年封存时限，只有超过 100 年时间封存才能解除项目运营商的维护和监测义务，且在项目启动阶段只有通过有效性封存评估（极高概率下 100 年内泄漏量低于 1%）才能获得减排量。其次，额外性标准则体现在减排量计算和缓冲账户存储制度上。一方面，减排量计算在计入实际封存量的过程中仍然将 CCS 项目实施过程，即碳捕获、运输和封存作业用能过程产生的直接或间接排放，以及封存地点选址施工而带来的土地利用变化排放，在计算过程中直接减除。另一方面，缓冲账户制度则用于解决 100 年封存过程中，由于可能的气体泄漏而带来的额外性丧失问题，主管部门都会从项目运营商所获得的 CCS 减排量总额中根据项目风险系数提取一定比例的减排量存入缓冲账户。再次，真实性标准则通过完善的监测、报告与核证制度（MRV）进行保障，通过强化透明度让政府监管部门实现对运营商 CCS 项目实施的控制。此外，技术风险与环境健康风险的应对，是 CCS 减排规则引入特殊金融担保制度的必要性所在。这些具体的制度，都是我国未来在碳市场立法中引入 CCS 减排规则可以参考的地方。

5.2.3 政府调节对于 CCS 项目商业化应用的助力

美国加州在启动市场机制的同时，也没有忽视联邦政府的调节作用。CCS 项目的投资具有高成本的特点，如果完全依靠市场调节来降低成本，而没有配套其他相应的激励或补贴措施，控排企业或投资方就会缺乏应用或资助 CCS 项目的动力，而制约其商业化推广。美国加州在推动 LCFS 碳市场改革纳入 CCS 项目减排的同时，同时对接了联邦层面的 45Q 税收抵免计划，让 CCS 运营商获得市场收益的同时，获得了政府的奖励，经济激励作用被显

著放大。我国尚且没有对 CCS 技术推广制定相关的激励措施，立法上的缺失状态也导致了无法落实相关优惠政策，更无法为各类主体参与 CCS 实践提供必要的动力支持。因此，我国应当通过相关立法，如结合《环境保护税法》（2018）、《科学技术进步法》（2007 修订）、《促进科技成果转化法》（2015 修订）等法律，配合建立完整、具体的激励制度，通过运用各种激励和补贴政策，引导控排企业或其他实体对 CCS 项目进行投资，对 CCS 新技术的研发给予财政支持，对二氧化碳的有效封存实行税收抵免，为 CCS 技术的创新和应用的先进单位和个人提供经济奖励。[40]

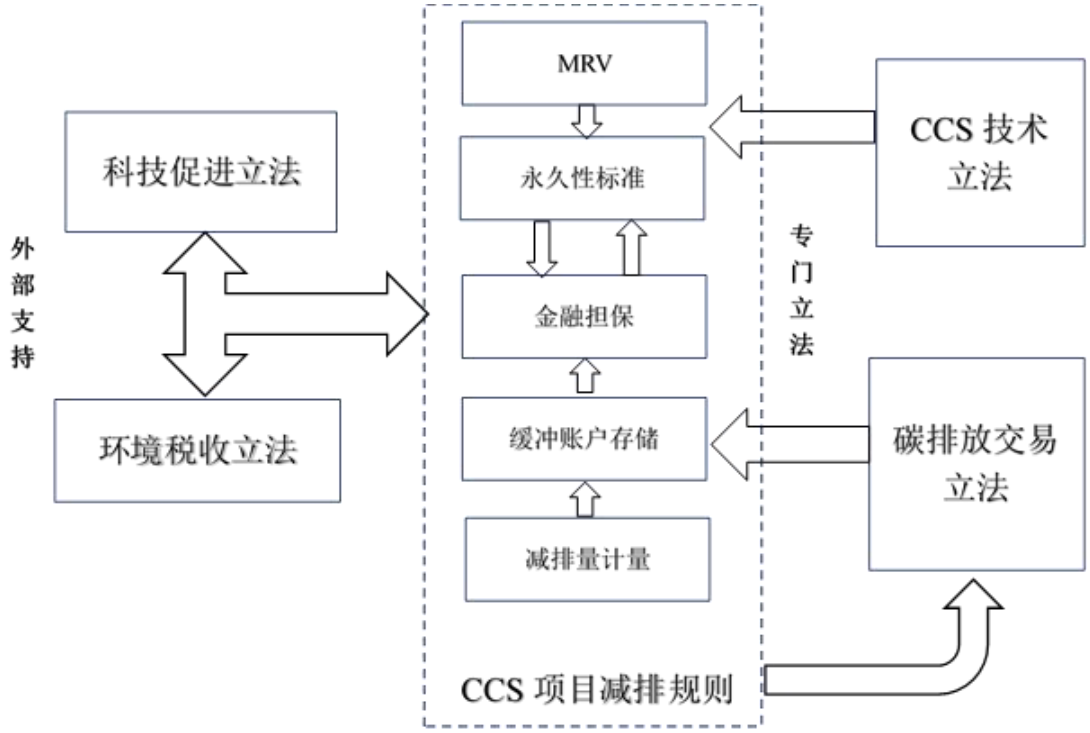


图-1：我国 CCS 技术引入碳市场制度的法律路径

[40] See Global Carbon Capture & Sequestration Institute. Global Status of CCS：2018, Available at: https://www.globalccsinstitute.com/resources/global-status-report/（Last visited on April 27, 2021）

“区域”开发中担保国责任和赔偿制度研究

裴兆斌　晏天妹*　大连海洋大学海洋法律与人文学院

摘要：“区域”开发出现的事故，担保国责任属于违反注意义务应要承担的责任。UNCLOS对于注意义务有相关规定但是比较模糊，对于赔偿制度的规定更不明确，只是一笔带过。国际海洋法庭海底争端分庭发表的咨询意见明确提到做好国内法律、行政法规和规章的制定与执行工作是担保国履行方式与免责的关键。我国制定的《深海海底区域资源勘探开发法》是概念性的立法，在实施过程当中要配合具体的规章制度来执行，在制定规章制度和具体执行措施时应充分考虑担保国责任的特点，将担保国要承担的责任和承包者承担的责任区分开，有利于我国“区域”开发战略的发展和实施。

关键词：“区域”开发；担保国责任；赔偿制度

“区域”内具有多种多样的多金属结核矿物质和生物资源，是大多数国家获取开发产能和科研资源的重要来源地，是一笔非常宝贵的财富，更是人类的共同继承财产。国际海底区域开发活动分为探矿、勘探和开发三个阶段。海底资源开发风险高，如果在开发过程中出现意外，极易导致不可估量的损害。当开发者是个人或者实体的时候，承担风险的能力有限，此时亟需确定一个担保国制度，以避免出现损害结果过大，承包者无力赔偿，进而导致人类共同利益受损的局面。故此，明确“区域”开发中担保国责任和赔偿等相关问题成为当务之急，并且担保国制度是“区域”开发制度的重点和主要内容。研究“区域”开发中担保国责任和赔偿制度，有利于“区域”内活动更快进入开发阶段，有利于“区域”开发制度的完善，更有利于保护人类的共同继承财产。

一、“‘区域’内活动”：概念界定与开发争议

UNCLOS 规定国际海底区域是人类的共同继承财产，对其进行的所有勘探和开发活动，都是为了全人类的利益而进行，并不是某一些国家的专属权益。UNCLOS 的表述与“‘区域’内活动”的概念界定和开发争议紧密相关。

（一）“‘区域’内活动”的概念界定

UNCLOS 第 1 条把国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土范围称为“区域”，把勘探和开发“区域”资源的一切活动称之为“‘区域’内活动”。

“探矿”是对“区域”海底资源的研究和调查，是初步的资源开发活动，通过采集样品，分析海底矿产储存量，最后制定出是否可以进行开采的可行（不可行）性报告。

到勘探活动阶段时，需要勘探活动的承包者在进行勘探活动前向国际海底管理局（简称“海管局”）申请勘探合同，才能开始探测和分析矿藏的位置和规模，并且开始大规模的使用较大的设备机器。[1]要在一个地方大规模的使用设备和机器就排除了他人在此处进行勘探和开发的可能性，这就涉及特定范围矿产资源的专属勘探权和优先开发权，这也是为何在勘探活动开始前需要向海管局申请勘探合同的原因，因为合同中会规定特定范围的矿产资源专属勘探权和优先开发权。

到了开发阶段，“区域”资源开发的难度非常高，且环境复杂，未知因素多，不可预测

* **基金项目：**中国大洋矿产资源研究开发协会办公室 2018 年度研究课题“人类共同继承财产问题研究”；教育部备案 2017 年度国别与区域研究中心项目“海洋法律与政策东北亚研究中心”（GQ17091）。

[作者简介] 裴兆斌，法学博士，大连海洋大学法学院/海警学院院长、教授；晏天妹，大连海洋大学法学院/海警学院研究生。

[1] 参见《“区域”内多金属结核探矿和勘探规章》第 1 条。

的风险也多，复杂性远远高于探矿活动和探勘活动。开发者以营利为目的开采矿物，建造一条以销售为目的的开采、加工、运输矿物的生产线，矿产资源经过采矿和加工等程序，最终变成了蕴含经济价值的生产资料。

由于探矿活动本身的技术难度不如勘探和开发活动高，并且探矿技术已相对成熟，达到了比较高的安全系数，探矿者如果要对“区域”内的海底资源进行探测，不需要向海管局申请合同，此时不存在担保国的问题。在进行“区域”内活动时，从事勘探活动的承包者可以是国家政府，也可以是其他非政府实体，但是在非政府实体作为承包者时需要由担保国担保。勘探阶段的担保责任和赔偿问题不在本文的研究范围之内，本文着重研究“区域”开发阶段的担保国责任和赔偿问题。

（二）“区域”开发争议的历史发展过程

1982 年通过的 UNCLOS 中规定了国际海底区域开发的制度，但没有获得所有国家的认可和支持，1994 年又通过了《关于执行〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》（以下简称《执行协定》），[2]对 UNCLOS 的“区域”开发部分规定进行补充。《执行协定》主要对“区域”开发部分的政策、费用、技术、审查等方面的问题作出了规定，解决了 UNCLOS 的第十一部分应该如何进行具体实施的问题，当年 11 月 UNCLOS 正式生效。1996 年我国全国人大常委会通过了关于批准《联合国海洋法公约》的决定。

由于“区域”资源开发争议愈演愈烈，根据海管局的请求，国际海洋法法庭海底争端分庭在 2011 年 2 月发表了咨询意见，虽然澄清了担保国责任的一部分问题，但并不明确，留下了很多讨论空间。[3]2016 年起，海管局批准的首批“区域”内勘探合同陆续到期，再加上科学技术的迅猛发展，深海采矿技术取得了突破性发展，“区域”内活动开始从资源勘探向资源开发的阶段发展，但由于法律的滞后性，从勘探阶段向开发阶段的这一发展必然会引发一系列的现实问题，此时，以前定制的一系列的《勘探规章》[4]将不再适用于开发阶段。但是海管局有先见之明，早已开始着手制定适用于开发阶段的法律文件，2017 年，发布了《“区域”内矿产资源开发规章草案》简称《开发规章草案》，其中就“区域”开发的问题进行了探讨，但是对于担保国责任问题没有进行深入剖析，尚处于初步探讨阶段。

（三）区域开发的现状

现在，国际海底事务正从勘探向开发过渡，海管局已经把制定《“区域”内矿产资源开发规章》当成了优先工作事项，这是备受各方关注的一个立法活动，也是现阶段国际海洋法领域最重要的国际立法之一。[5]2018 年 3 月，海管局第 24 届会议第一期理事会会议落下了帷幕，这标志着正式开启了制定开发规章的国际谈判。中国是海洋大国，更是要积极响应习近平总书记在十九大上提出的“海洋强国”战略，要积极参与国际海底事务。会前我国向海管局提交了《中华人民共和国政府关于<“区域”内矿产资源开发规章草案>的评论意见》。[6]

目前，国际上并没有统一的规则来规定“区域”资源开采活动应该如何担保。各个国家按照 UNCLOS 和《执行协定》来进行“区域”内活动，同时也会借鉴国际海洋法法庭海底争端分庭（以下简称“海底分庭”）的咨询意见，但 UNCLOS 和《执行协定》的规定比较模

[2] 屈广清、曲波主编：《海洋法》，北京，中国人民大学出版社 2005 年第三版，第 171—172 页。
[3] 高之国、贾宇、密晨曦：《浅析国际海洋法法庭首例咨询意见案》，《环境保护》2012 年第 16 期，第 51 页。
[4] 《“区域”内多金属结核探矿和勘探规章》、《“区域”内多金属硫化物探矿和勘探规章》和《“区域”内富钴铁锰结壳探矿和勘探规章》的统称。
[5] 赵忆怡：《国际海底区域开发阶段的担保国责任问题》，《中南大学学报（社会科学版）》2018 年第 3 期，第 58 页。
[6] 中华人民共和国政府关于《“区域”内矿产资源开发规章草案》的评论意见，海南大学国际司法与仲裁研究中心网站，2018 年 4 月 2 日，http://www.hainu.edu.cn/stm/lawsfzc/201842/10504044.shtml。

糊笼统，咨询意见又并没有法律约束力，只是作为一个参考，所以当务之急是制定“区域”内活动的担保规则，这样才能提高国际海底区域资源开发的效率。进行“区域”开发的现状是：只有非常少的一部分主体（自然人或实体）在进行国际海底资源的开发，并且都只是处于勘探阶段，目前并没有自然人或者实体进入了开发阶段。

二、区域开发各方主体及其法律关系

“区域”内活动一般涉及到三方主体：开发者、国际海底管理局和担保国。开发者是进行“区域”开发的主体，根据 UNCLOS 的规定，开发者可以是海管局的企业部或者是缔约国，也可以是所属缔约国的个人或者实体。[7]本文研究的是“区域”开发中担保国责任和赔偿制度，即是表明涉及担保国的问题，所以本文提到的开发者是指第三种情况。当所属缔约国的自然人或者法人是开发主体的时候，开发者也可以称为承包者。承包者是在“区域”内进行资源开发活动的国营企业或具有缔约国国籍的自然人或法人，需要缔约国对其开发活动进行担保。海管局是一个由 UNCLOS 缔约国作为成员组成的行政机构，主要是负责管理国际海底区域资源开发的活动，制定“区域”开发的法规，审查承包者提交的工作计划，监督缔约国成员的行为，做到平等对待各缔约国并且平等维护其权益。在“区域”开发活动中，海管局要负责制定具体的勘探和开发海底资源的行政法规，制定相关的标准，审查“区域”开发活动的进度，并监督缔约国成员在进行“区域”内活动时的行为，不得违反 UNCLOS 和《执行协定》的规定，建立具体的勘探开发资源的制度，保障国际海底区域开发活动有序进行。“区域”内活动中的担保国是对“区域”资源进行开发活动的承包者的担保国。担保国必须是缔约国，是进行“区域”开发的承包者的所属国家，对于开发者在“区域”内的活动承担担保责任。

（一）承包者和海管局的法律关系

承包者和国际海底管理局之间的关系是合同关系。不同于民法中的两个平等主体之间的合同关系，承包者和管理局不是同一层面的平等主体，承包者是所属缔约国的自然人或者法人，而缔约国是组成管理局的成员之一。承包者和管理局之间的合同由于双方主体地位的特殊性而被认为是特殊合同。根据 UNCLOS 第 153 条第 2 款承包者作为开发的主体和国际海底管理局以协作的方式进行“区域”内活动。承包者如果想要获得开发的资格，需要经过以下流程：首先要向海管局提交已经获得缔约国担保的担保书，然后向海管局提出勘探和开发的申请，并且要提交工作计划，最后还要承包者提交的工作计划通过审核，海管局才会与承包者签订合同。[8]合同中对于海管局和承包者的权利和义务会作出明确规定，承包者会获得在特定区域按照被核准的工作计划内容进行开发活动的权利，海管局有对开发工作的进度和成果进行检查的权利，还有对承包者的行为进行监督的权利；承包者有遵守 UNCLOS、海管局规定、国内法规定和合同约定的义务，海管局有确保承包者的专属特定区域开发权得以实现的义务。

（二）承包者和担保国的法律关系

承包者是属于担保国的个人或者实体，承包者和担保国类似于监督与被监督的关系，担保国监督承包者是否有严格遵守相关规章和规定。担保国要向海管局承担担保责任，保证承包者在进行“区域”开发的过程中遵守 UNCLOS 的规定，遵守海管局的规定，同时还要遵守担保国国家的深海海底资源开发法律法规。担保国有义务制定相关的法律和行政法规来规范承包者在“区域”开发中的行为和法律责任，承包者有义务遵守法律法规来尽可能确保“区

[7] 参见《联合国海洋法公约》第 153 条第 2 款。
[8] 王岚：《国际海底区域开发中的国家担保制度研究》，《学术界》2016 年第 12 期，第 212 页。

域”开发过程中的安全性，避免造成开发事故而导致损害结果的发生。在“区域”开发的过程中，承包者和担保国是两个独立的个体，各自的权利义务并不相同，应与民法中的“债的担保”区别开。民法中保证人要承担责任是由于债务人的违约行为，保证人和债务人对同一个行为承担责任，“区域”开发中担保国承担责任的基础并不是承包者的违约行为，而是自身没有履行合理注意义务。[9]海底资源开发活动是一项技术要求很高的活动，同时也需要大量的资金支持再加上高性能的设备，才能尽可能的提高深海资源开发活动的安全性。深海海底区域的环境复杂多变，不可预测的风险较多，若出现损害不仅是经济损失，更难以弥补的是对海洋环境造成的损害，担保国的存在是为了对承包者的行为多一层监督和保障，避免出现损害过大无人弥补的局面。由于承包者在进行“区域”开发过程中有可能会出现事故，造成对海洋环境污染的同时也会有造成人身和财产损害的风险，承包者需要获得缔约国的担保，在损害结果发生时缔约国对承包者承担担保责任。

（三）担保国和海管局的法律关系

在国际海底区域开发的过程中，担保国和海管局的法律关系不是双方都互相享有权利承担义务的关系。在承包者进行开发的过程中，担保国是负有义务的一方，海管局是享有权利的一方。担保国对海管局有保证承包者在开发活动中遵守 UNCLOS 和海管局规定的义务，同时还有完善本国的国际海底区域开发相关法律法规的义务，还有规范承包者在开发活动中的行为的义务。海管局享有在担保国没有尽到合理注意义务，导致承包者造成损害后果无力赔偿时，要求担保国依照 UNCLOS 规定和合同约定承担担保责任的权利。

三、区域开发中担保国责任

（一）担保国责任的性质

UNCLOS 第 153 条规定在缔约国的担保下，具有缔约国国籍的自然人或法人可以进行“区域”开发。这里提到的缔约国的担保与民法中的债的担保虽有相似之处，但还是性质不同。民法中的担保责任的产生是由于被担保人不履行法律规定或合同约定的义务而引起的；而“区域”内活动中的担保国责任是由于其自身违反了合理注意义务而引起的，并不是因为承包者违反规定或约定的某种义务。UNCLOS 第 139 条、附件三第 4 条中对于担保国在哪些情况下不需要承担责任有所规定，如果担保国已经采取了“一切必要和适当的措施”，则对于承包者由于不遵守海管局规定所造成的损失不用承担责任，这是担保国的免责条款。

UNCLOS 没有明确规定担保国责任是哪种责任，一般的观点是连带责任或者补充责任，在这个问题上，缔约国和非政府组织的观点出现了分歧，[10]缔约国不认为这种担保责任是连带责任，因为连带责任的是由于同一个违约事项而导致的责任。在“区域”开发过程当中，承包者会由于没有履行遵守 UNCLOS、海管局的规定或者合同约定的义务而承担责任，担保国是由于没有履行“确保承包者遵守 UNCLOS、海管局的规定或者合同约定”的义务而承担责任，这二者违反的不是同一种义务，所以不存在连带责任的说法。而非政府组织明确要求担保国承担连带和补充赔偿责任，原因是深海海底资源开发是危险系数很高的活动，如果出现意外，损害结果不可估量，如果国家不承担连带责任和补充责任，有可能会出现承包者无法承担起损害赔偿就无人弥补损失的局面。海底争端分庭的观点是，根据 UNCLOS 第 139 条第三款所确立的责任制度，担保国在“采取了一切必要和适当措施，以确保被担保人切实遵守规定”的情况下，对由于承包者自身不遵守规定所造成的损害不承担责任。[11]担保

[9] 张辉：《论国际海底区域开发担保国责任制度》，《人民论坛·学术前沿》2017 年第 18 期，第 45 页。
[10] 张辉：《论国际海底区域开发担保国责任制度》，《人民论坛·学术前沿》2017 年第 18 期，第 45 页。
[11] 付玉：《浅析国际海洋法法庭第 17 号案》，《中国海洋报》2011 年 9 月 2 日，第 004 版。

国没有履行确保义务应承担的责任和承包者没有遵守管理局规定而造成损害后果应承担的责任是两种责任，没有连带关系。担保国要承担责任是因为违反了确保义务，并且由于担保国没有尽到确保义务的行为，导致了承包者的过错造成了损害后果；承包者要承担责任是因为没有遵守规定，造成了损害结果的发生。所以担保国要承担的责任属于违反注意义务要承担的责任，担保国对承包者所造成的损害后果不承担连带责任和补充责任。

（二）担保国责任的归责原则

UNCLOS 在开头中提出，本公约没有规定的事项，应继续以一般国际法的规则和原则为依据。在担保国责任的归责原则还没有确定说法之前，可以采用一般国际法的规定。归责原则多出现在《侵权责任法》中，是确定行为人是否要承担责任的理由、标准或者根据。常见的归责原则有过错责任和无过错责任，过错责任是指承担责任的前提条件是有过错行为，没有过错行为即使有损害后果也不需要承担责任；无过错责任是指不需要把过错行为作为承担责任的前提条件，即使没有过错行为只要发生了损害后果，行为人就需要对损害后果承担责任。担保国责任的归责原则和民法中的归责原则有所不同，此时是一个国家作为法律关系中的主体，国家是否要承担责任是国际法中的国家责任制度的内容，在判断国家是否要对自己的行为承担责任的问题上，一般依照习惯法的规定：通常不考虑国家主观是否具有过错。但是担保国责任是担保国对承包者的行为要承担的责任，是国家对个人行为承担责任的问题，在判断国家是否要对私人的行为承担国际责任时，对国家施加了合理注意义务，如果国家履行了合理注意义务，则不需要对个人的行为承担责任，这是过错责任的一种表现，我国《侵权责任法》中的过错责任原则规定只有在侵权者有过错的时候才承担损害赔偿责任。承包者不遵守 UNCLOS 和海管局的规定造成损害后果，是私人的行为，在判断担保国是否需要承担责任的情况下要先判断国家有没有主观上的过错，有没有履行合理注意义务，所以对于担保国责任的归责原则一般认为是：担保国承担过错责任原则，履行了合理注意义务即可以免责。

在国际海底区域开发的活动中，国家承担国际责任的情形一般有两种：国家行为（担保国没有履行确保义务）直接导致损害结果的发生；私人行为（承包者违反 UNCLOS 和海管局的规定）直接导致损害结果的发生。其中后者是由于国家没有履行应尽义务，间接导致了损害结果的发生。目前学术界主要有两种理论，责任归属理论和合理注意义务理论。在第一种情形中，国家需要对自己的行为导致的损害结果负责，这适用责任归属理论；在第二种情形中，就不能再适用责任归属理论，因为承包者的行为不能被认为是国家行为，应该适用合理注意义务理论。[12]在联合国国际法委员会《国家责任条款草案》第 4 条规定中，国家机关，或者个人的行为都可以看成是国际法中的国家的行为，这体现了责任归属理论。在合理注意义务理论中，国家是否对自然人、法人的行为承担责任，则要看具体情况，在国家负有合理注意义务的情况下，不一定会把自然人或者法人的行为责任归属到国家。在合理地履行了注意义务的情况下，国家不承担自然人或者法人造成的损害。但是如果国家违反了该注意义务，则需要对自然人或者法人造成的损害后果承担责任。在担保国责任的问题中，承包者是个人或者实体，并不是政府或政府机构，承包者的行为是个人行为，国家不对其行为负责，所以不能将责任归属理论运用到解决担保国的责任的问题当中，而应该适用合理注意义务理论。

（三）担保国责任的构成要件

担保国的归责原则类似于我国民法中的过错责任原则，在国家违反了合理注意义务的前

[12] 张辉：《论国际海底区域开发担保国责任制度》，《人民论坛• 学术前沿》2017 年第 18 期，第 47 页。

提下才对承包者在违反管理局规定的情况下造成的损害承担责任。担保国责任的构成要件有三个：没有履行确保义务的行为、损害后果、行为与损害后果之间的因果关系。担保国责任是国家对私人行为导致的损害后果要承担的责任，那就表示担保国的主观态度不可以被忽略。判断一个国家的主观状态可以从其违反义务的行为角度进行考察，[13]如果担保国未制定相关的法律和行政法规来约束承包者在“区域”开发中的活动，则很难说在发生损害的情况下担保国是无过错的主观状态，所以可以从担保国的行为来推断其主观状态。

1. 担保国违反确保义务

确保义务是指担保国需要采取一切必要和适当的措施来保证承包者在进行“区域”开发的过程中切实遵守规定，这其中的必要和适当的措施是何种措施并没有明确规定，可以视情况而定。一般是指担保国制定国际海底区域相关的法律，成立管理国际海底区域开发的组织，制定规范国际海底区域开发活动的行政法规等。

在“区域”开发的过程中，担保国有确保承包者遵守 UNCLOS 和海管局的规定以及合同的约定的义务，如果担保国违反此种确保义务，则满足了需要承担担保责任的条件之一。但是，如果担保国已经依据 UNCLOS 第 153 条第 4 款和附件三第 4 条第 4 款“采取了一切必要和适当的措施，来确保承包者切实遵守规定”，此时担保国对于承包者由于没有遵守规定造成的损害后果不需要承担责任。

2. 损害后果

根据 UNCLOS 第 139 条第 2 款规定，未履行义务的担保国仅在存在损害后果的情况下承担责任。这一条款表明损害后果是构成担保国责任的要件之一。但是 UNCLOS 和海管局的规章都没有明确规定哪些损害后果需要赔偿。海底争端分庭发表了一些看法，认为 UNCLOS 中所指的损害应包括对“区域”内储存的矿产资源和生物资源的损害，还应该包括对海洋环境的损害。也不是所有违反了确保义务的担保国都需要承担担保责任，在没有损害后果发生的情况下，即使担保国没有履行确保义务也不需要承担责任；反之，如果担保国已经履行了确保义务，那么即使损害结果发生了，担保国也不需要承担责任。[14]损害后果是担保国承担责任的必要条件而不是充分条件。

UNCLOS 第 139 条第 2 款的规定与国际法中关于国家责任规定的习惯法不一致。在习惯国际法中，即使国家违反注意义务的行为没有造成造成具体的损害，国家依旧需要承担责任。在《国家责任条款草案》中，不仅仅是国家机关或者个人的行为被认为是国家行为，造成损害需要国家承担后果，同时国家承担责任也不以造成实际损害为必要条件。

UNCLOS 在第 139 条第 2 款明确指出“在不妨害国际法规则……的情形下”，这说明 UNCLOS 的规定和国际法可以试着相互协调，[15]在 UNCLOS 规定不明确，事实有争议的情况下，可以在一定程度上适用国际法。所以在国际海底区域开发中有 UNCLOS 规定不明确的地方，可以适当适用国际法的一般规定，达到约束担保国承担责任的目的。

3. 行为与损害后果之间的因果关系

行为是指担保国不履行确保义务的行为，损害后果是指承包者在“区域”开发中不遵守 UNCLOS 和海管局的规定以及合同约定所造成的的损害后果。担保国违反确保义务的行为与损害后果之间的因果关系需要证明，确定有因果关系之后担保国才对承包者在“区域”活动中造成的损害承担担保责任。UNCLOS 虽然没有明确要求担保国承担担保责任需要满足

[13] 张辉：《论国际海底区域开发担保国责任制度》，《人民论坛·学术前沿》2017 年第 18 期，第 47 页。
[14] 高健军：《国际海底区域内活动的担保国的赔偿责任》，《国际安全研究》2013 年第 5 期，第 49 页。
[15] 张辉：《论国际海底区域开发担保国责任制度》，《人民论坛·学术前沿》2017 年第 18 期，第 48 页。

不履行确保义务的行为与损害后果之间存在因果关系这个条件，但是在第 139 条第 2 款中使用了“造成”一词，这间接说明了未履行义务的行为与损害后果之间存在一定的联系，[16]是由于未履行确保义务的行为造成了损害后果的发生，这表明因果关系也应当作为认定担保国责任的构成要素之一。中国认为，担保国未履行义务的行为和损害后果之间应存在因果关系，担保国的责任与该因果关系的紧密程度成正比。[17]海底争端分庭也强调应该确认因果关系作为担保国责任构成要件之一的地位，如果要使担保国承担责任，必须要证明担保国未履行确保义务的行为与损害后果之间存在因果关系。

四、担保国赔偿制度

UNCLOS 中没有对“区域”开发活动中担保国的赔偿制度有明确规定，但是既然担保国要承担担保责任，就一定会要承担赔偿责任。所以确立一个担保国的赔偿制度是必不可少的，只是目前并没有可行或者已经取得多方一致认可的赔偿制度。可以从担保国赔偿责任的范围和赔偿方式两个方面进行探讨，尝试确立一个可行的担保国赔偿制度。

（一）担保国承担赔偿责任的范围

在“区域”开发中造成损害的，要根据具体情况来确定担保国的赔偿责任。在“区域”内活动过程中，如果由于承包者不遵守管理局的规定而造成损害结果，并且担保国并没有尽到确保义务，采取一切必要且适当的措施确保担保国遵守管理局的规定，那么担保国要承担责任，作出赔偿。UNCLOS 没有明确规定担保国赔偿的范围，但是规定了承包者的赔偿范围。UNCLOS 规定承包者的赔偿范围应与实际损害相等，这一规定能否适用到担保国的赔偿范围，存在疑问。

对于“区域”开发中担保国承担赔偿责任的范围应如何规定有许多不同的看法，一些缔约国认为担保国的赔偿范围应与开发活动造成的实际损害相等；绿色和平组织则认为在“实际损害”的范围内进行赔偿，无法达到理想的赔偿效果，为了达到更好的环保效果，担保国赔偿责任的范围应该涵盖“区域”开发全过程的全部损害，不仅包括在勘探和开采过程中造成的损害，也包括在矿产运输和处理过程中造成的损害，不仅要赔偿经济损失，也要赔偿环境损害；海底争端分庭认为，由于“霍茹夫工厂”案的判决得到了《国家责任条款草案》的认可，[18]可以把“恢复原状”作为处理担保国赔偿范围问题的原则。《国家责任条款草案》第 31 条第 1 款规定：“责任国有义务对国际不法行为所造成的伤害提供充分赔偿。”分庭认为，UNCLOS 附件三规定的“承包者的赔偿范围应与实际损害相等”应同等适用于担保国赔偿范围。海管局制定的《探矿和勘探规章》附件四当中对实际损害的含义做出过详细规定：承包者应对其本身及其工作人员、分包者、代理人及所有相关人员的不法行为或不行为所造成的损害后果承担责任，包括对海洋环境的损害负赔偿责任，其中还包括为保护海洋环境而采取合理措施所花费的费用。

“实际损害”是担保国承担赔偿责任的最大数额，在实际情况中，管理局、其他担保国或者其他参与者都有可能需要对损害后果承担赔偿责任。首先，如果管理局的行为也是造成损害后果的原因之一，则需要对损害后果承担责任。不论是作为或者不作为，或是没有及时尽到应尽义务导致损害扩大，管理局都要承担部分责任，并且不要求管理局的行为属于不法行为，只要对损害后果起到了“辅助作用”，即使管理局的行为是合法的也要承担责任。其

[16] 张辉：《论国际海底区域开发担保国责任制度》，《人民论坛·学术前沿》2017 年第 18 期，第 48 页。

[17] Statement of the People's Republic of China, pp. 8-10.

[18] 国际常设法院在本案中提出“恢复原状”原则，并认为这个原则是国际实践特别是国际仲裁法庭的实践所创造的。国际常设法院在本案中所表述的恢复原状原则，在国际司法实践中常常被认为是确定不法行为所造成的损害赔偿责任的指导性原则。

次，UNCLOS 还规定当担保国不止一个时，所有担保国需要对损害后果承担连带责任。当需要承担赔偿责任的担保国有多个时，实际损害的范围由这多个担保国共同承担。最后，在实际开发活动中，有可能会涉及到一些分包商或者其他参与国家（比如要对相关活动进行管辖的非担保国），当这些参与者由于没有履行义务而导致损害结果发生时，都需要对实际损害的范围承担赔偿责任。因此实际损害是担保国承担赔偿责任的最大数额。此外，在多重担保的情况下，部分担保国终止担保的行为无法导致合同终止，该国的担保责任依然存在，这些国家若不继续履行其义务而导致损害后果发生，也要承担责任，担保国只需对其应承担的部分负赔偿责任。

（二）担保国承担赔偿责任的方式

在“区域”开发的实际情况中，如果发生意外，可能会出现承包者造成的损害后果太严重而无法全部赔偿的情况，这时候需要担保国承担责任，来避免发生损害结果却无人赔偿和弥补的情况。虽然担保国承担的不是连带责任和补充责任，但是如果担保国满足了承担担保责任的构成要件，则需要对损害后果承担赔偿责任。

对此问题，我们可以借鉴国内法中存在的有关环境保护的强制责任保险和赔偿基金制度。承包者向担保国交一笔担保费用，在担保国需要承担担保责任时用该担保费进行赔偿，或者要求担保国在承包者开始进行“区域”开发活动之前成立赔偿基金，并把这一项要求纳入到承包者资格审查的过程当中。

UNCLOS 第 235 条第 3 款也有对于设立强制保险或补偿基金的规定，为了让一切对海洋环境污染所造成损害得到迅速而适当的补充，各国应进行合作，便于就赔偿的范围和责任等问题进行讨论，解决有关争端有利于国际法的实施。就当前的法律规范来看，建立一个合适的强制保险或补偿基金制度是解决担保国赔偿责任的方式问题的可靠手段。

五、我国的应对

目前，“区域”内活动即将进入开发阶段，中国是爱好和平的海洋大国，在“海洋强国”战略的指导下更应该积极参与国际海底事务，加强国内“区域”资源开发方面的立法和执法。中国坚决支持“区域”及其资源是全人类共同继承财产的原则，反对少数大国霸占“区域”内矿产资源。[19]人类的共同继承财产不是“共有物”，共有是指两个以上人分享同一财产所有权的现象，共有物中的所有权可以转让，可以“量化”，还可以依照所有权份额的大小对所有权进行处分，但是人类共同继承财产是不允许任何国家和个人以任何方式据为己有的，也就是说人类共同继承财产的所有权是一个整体，不可以“量化”更不可以分割。每个国家都拥有对人类共同继承财产的所有权但是不可以被一个或几个国家所有。在“区域”开发活动的现阶段，为了更好的参与到“区域”内活动，国内立法和执法两方面要同时入手，积极立法是为了让“区域”开发活动有法可依，也是履行担保国义务的行为之一。同时，执法方面也不能忽视，执法是为了保障法律的实施，必须做到严格执法，完善执法措施，才能让法律发挥应有的价值。

（一）积极参与国际海底事务

中国在参与国际海底事务时，应海管局邀参加制定《“区域”内矿产资源开采规章》（以下简称《开发规章》）的讨论大会，在海管局的号召下积极发表了本国意见。中国表示，开采规章鼓励资源开发的同时不能忽略环保主张，做到与实际开发水平相适应，与现有国际法

[19] 王超：《国际海底区域开发与海洋环境保护制度的新发展——〈“区域”内矿产资源开采草案〉评析》，《外交评论》2018 年第 4 期，第 102 页。

律法规相衔接，统筹考虑找到各方利益的平衡点，让人类共同继承财产真正惠及全人类。[20]积极表明中国观点既可以维护中国海洋权益，又能提升国际海洋规则制定的话语权，这符合中国作为海洋大国的国际形象。

《开采规章草案》公布以后，中国政府积极响应，向海管局提交了评论意见，意见当中指出草案应该本着充分保障承包者开发活动顺利进行的原则对“区域”开发活动进行规制，明确开发活动中各方主体的权利、义务和责任，但是草案对这方面的内容规定得不够清晰和详细。在“区域”开发的过程中，承包者的权益容易被忽视，海管局应明确要求成员国在“区域”活动中合理顾及承包者的合法权益。草案在规定承包者和担保国义务的同时也不能忽视管理局的监管责任和义务，同时也要强调承包者和担保国享有的权利。海管局在制定《开发规章》时，既要注重“区域”开发的经济效益，也要注重海底环境保护效益。综合考虑经济效益和环境效益带来的利弊，制定恰当的环境保护规则，从成本、效益和代际正义等多方面思考，争取让“区域”开发在兼顾环境保护的前提下最大程度地发挥它应有的经济价值，避免过严的环保措施使“区域”开发受到不合理的限制。

（二）积极制定“区域”开发国内法

我国应该抓住现阶段“区域”开发发展机遇，积极制定关于“区域”开发的国内法律、法规和规章。例如 2016 年通过的《中国深海海底区域资源勘探开发法》（以下简称《深海法》），同时也要完善管理“区域”资源开发的承包者行为的规章和制度。对于“区域”环境保护问题，中国支持海管局以加强深海环境研究为目的，与各国和承包者进一步开展合作，平衡深海环境保护与“区域”资源开发利用的关系，保持国际海底区域工作的活力，为全人类的利益建立一个公平正义的国际经济环境。

为了促进“区域”资源的开发，完善国内相关立法是首要措施，这也是 UNCLOS 中提到的一切必要和适当的措施之一。首先要完善相关法律，《深海法》是国内第一部为顺利进行“区域”开发活动而制定的法律，是实施“区域”开发战略的重要基础性立法，开创了国内“区域”开发立法的先河。由于在制定《深海法》时缺乏“区域”开发的实践经验，所以《深海法》并不是一部相当完善的法律，需要行政部门进一步制定细化的法规帮助其便于实施。因此立法活动不仅包括制定法律还包括制定帮助法律实施的配套行政法规和规章。我国目前与“区域”开发相关的行政法规较少，要加快法规和规章的制定进度，这有利于国家对承包者进行“区域”开发活动的监督和管理。立法过程中要注意明确担保国和承包者的责任界限，平衡二者之间的权利和义务，避免出现任何一方的义务过重而另一方权利过大的局面。建立完善的担保国监督管理体系，是进行国内“区域”开发立法的主要目的，是在“区域”开发中有效保障担保国和承包者利益的一道屏障。

（三）积极制定执法措施

法律执行是法律发挥作用的主要途径，为了“区域”开发相关法律更好地实施，在实践中发挥应有的作用，在立法的同时要积极制定保障法律实施的执法措施。《深海法》解决了我国“区域”开发立法的空白，让“区域”开发活动有法可依，为了让法律更好的实施，除了立法方面的措施，还有执法方面的措施要跟进，建立“区域”活动监督执法机制是切实保障《深海法》实施的前提。

制定与“区域”开发相关法的执法措施与普通的执法措施不同，要考虑“区域”的实际

[20] 《中国代表团在国际海底管理局第 23 届会议理事会 “开发规章草案”议题下的发言》，中华人民共和国常驻国际海底管理局代表处网站，2017 年 8 月 14 日，http://china-isa.jm.china-embassy.org/chn/hdxx/t1487167.htm。

地理情况和国际法律地位，可以采取类似专属经济区和大陆架范围内的执法行动。[21]在执法过程中依然要坚持依法行政、讲求效能、公平合理的原则，不能因“区域”是国际海底区域的特殊地理位置而有所改变。“区域”内矿产资源的开发不同于普通的矿产资源开发，“区域”开发是高难度、高技术要求的开发活动，想要更好地监督“区域”开发活动，需要建立全新的特殊的监督管理机制，运用专门的手段和技能来监督承包者在开发过程中的行为。制定“区域”执法措施应当根据“区域”开发的实际特点，同时要满足 UNCLOS 和咨询意见的要求。建立完善的深海海底区域开发法律体系和专门的执法监督制度是我国顺利实施“区域”战略的重要保障。

[21] 张辉：《论国际海底区域开发担保国责任制度》，《人民论坛·学术前沿》2017 年第 18 期，第 50 页。

Understanding A Community of Shared Future for Human Rights in Five Dimensions

Dr. Qinxuan Peng[1] Wuhan University Institute of International Law

Abstract: China in the New Era has put forward a strategic slogan of Building a Community of Share Future for Mankind(CSFM). This article tries to deconstruct a community of shared future from human rights dimensions, explain why it is helpful rather than harmful in advancing human rights causes and proposes for further actions. First, CSFM is a community of shared human rights interests among states. It advocates win-win cooperation, rather than confrontation and exclusiveness. Second, CSFM reflects the common values that states need to cooperate to jointly tackle the current security and developmental challenges and properly handle state-to-state relations.Third, CSFM composes of shared but diversified human rights discourse. Fourth, CSFM respects and upholds basic human rights norms that are applicable to not only states but also individuals. Fifth, CSFM entails shared obligations of all parties at stake to ensure and promote human rights and human dignity. Accordingly, in order to build a community of shared future, the article proposes five pathways: to enhance inter-continental human rights partnership based on shared human rights interests; to facilitate international human rights dialogues and promote shared human rights values; to improve shared human rights norms by sponger partnership and better governance; to renovate Chinese human rights discourse to contribute to the diversity of shared human rights discourse; to enhance implementation mechanism to ensure shared human rights obligations.

Key words: Human Rights, CSFM, Global Governance

I.Introduction

China in the New Era has put forward a strategic slogan of *Building a Community of Share Future for Mankind(CSFM)*. Distinct from the strategy of previous party leadership, such as *Building Socialist Harmonious Society* by former President Hu Jintao's leadership or *The Three Represents* by former President Jiang Zemin's leadership which both focused more on domestic governance, the *CSFM*, together with *One Belt One Road(OBOR)* initiative, are outward-facing and contains a grand perspective that pins China's position in the global governance. Many scholar regard that CSFM reflects in China's re-thinking of the international law-based society.

Indeed, in comparison to the defensive and inward-looking human rights approach adopted in the beginning years of the Republic,China has gradually overcome its toddler/adolescent period of human rights policies and turning into a proactive and outward-looking adult phrase, especially with the promotion of CSFM to the international forum. With the first pitch of CSFM in the year of 2013 at the Moscow State Institute of International Relations(MGIMO), President Xi Jinping has proposed his new vision to a better global governance.Aftermath, CSFM has been written in the CPC Party's Charter and the 2018 Chinese Constitution Amendment, which demonstrates the

[1] Qinxuan Peng is an associate research professor at Institute of International Law of Wuhan University(武汉大学国际法研究所副研究员) and editor of Wuhan University International Law Review. She holds a Ph.D. degree in International Human Rights Law at the Netherlands Institute of Human Rights Research (SIM) of Utrecht University and a diploma of American Law and International Relations at the Nanking-Hopkins Center for Chinese and American Studies. She was a visiting scholar at the Norwegian Center for Human Rights of Oslo University. She has published extensively in English and Chinese in the areas of international law and human rights law. She presided over National Social Science Fund Key Research Project, Ministry of Justice Fund Research Project and several China Top Think Tank Projects.

pivotal role CSFM undertakes in the CPC Party theoretical system and the state-governance aspiration.Additionally, CSFM has gradually been cooperated in the UN official documents such as the UNSC Resolution[2] and UNHRC Resolutions[3], which signifies the contribution of Chinese public product to the global governance and international legal system.

In the Chinese New Era when CSFM becomes a buzzword, many people wonder what exactly does it mean? According to the speech delivered by President Xi at the UN Geneva office on 18th January 2017, there are 5 pillars of CSFM: to forge partnerships in which countries treat each other as equals, engage in mutual consultation and show mutual understanding; create a security architecture featuring fairness, justice, joint contribution, and shared benefits; promote open, innovative, and inclusive development that benefits all; increase inter-civilization exchanges to enhance harmony, inclusiveness, and respect for differences; and build an ecosystem that puts mother nature and green development first.These pillars are then summarized as 5 key words of aspiration for easier understanding: enduring peace, universal security, common prosperity, open & inclusive, clean & clear.It is always emphasized that CSFM is not to overturn the existing framework, but is integrated with the Charter-based international legal order.

Specifically speaking, the 5 pillars of CSFM echoes the principles of the existing UN-based international legal order. As the first pillar of CSFM, enduring peace is in the same time the object and purpose as enshrined in the UN Charter and the fundamental interests of all countries victimized by the scourge of war and conflicts. As the second pillar of CSFM, universal security is the very basis of enduring peace and ground for the realization of the other UN aspirations. In the globalized world, traditional security issues combined with food security issues, web security issues, financial security issues are all undeniable challenges to the human community. As the third pillar of CSFM, common prosperity opposes winner-have-it-all rule or zero-sum game and proposes economic cooperation to eradicates income gaps in general, which conform with the UN SDGs. As the forth pillar of CSFM, open & inclusive rejects cultural superiority or ideological hegemony, and advocates cultural diversity and mutual-learning. As the fifth pillar of CSFM, clean & clear lay emphasis on the shared responsibilities of all stake holders to manage the eco-system in a way that meets the needs of our generation while not jeopardize our succeeding generations[4], which caters for the UN SDGs and the emerging international environment pacts.

All in all, CSFM is proposed against the background of unprecedented global challenges--abject poverty and widening income gaps, climate change and disappearing lands, conflict of cultures and religions, under-regulation of the cyberspace, limited natural resources and ongoing hunger, trans-border crimes and refugee crisis, newly-evolved and globally spread contagious virus, weapon control and peace maintenance...All but related to human rights and human dignity; and not one item could be well-handled by a single country. Hence, other than relying on unilateralism and various secret political alliance, CSFM proposes multilateralism and shared obligation of all parties on the same boat as the way forward regarding global governance, inter-state relations, and human rights causes as well. By proposing CSFM, China is committed to be a responsible part of the international community, i.e. a constructor of world peace, a contributor of global development, and a maintainer of international order.

Admittedly, China has long been conceived by western scholars as “non-cooperative” in human rights issues whereas resting on the principle of sovereignty and non-interference to defy human rights criticism. It might not be easy for China to persuade the international community that the CSFM is proposed to do good to the society. Since powerful nations are inclined to advance interpretations of international law that reflect their own values and interests,the rising China is getting more suspicion of derogating the established international human rights norms by making human rights “weak, confusing and obscure”. Northern accusation is difficult to erase, hence China turns its face to the South and is gaining more support in the international community on human rights causes with the coalition of the *Like Minded-Group of Developing Countries (LMDC)*, *South-South Human Rights Cooperation,* as CSFM acknowledges that improving human rights is a common cause for all, especially for the developing countries, and CSFM urges international cooperation to promote development and advance human rights with open and inclusive attitude. On the practical level, Southern countries are more or less on the similar development status and have shared human rights concerns, which makes them sympathize with each other and more prone to cooperate.

When the outside world witnessed an alarming rise in racist and xenophobic incidents directed at certain groups solely on the basis of their race, ethnicity, national origin or religion against the COVID-19 pandemic, China, both the country and its people as the victim of such a crisis, has summoned social power and regain economic growth, and provide effective vaccines to the international community based on its successful pandemic management over the COVID-19 and poverty-alleviation. CSFM, as a grandeur vision, has guided China through the domestic and international challenges and march on to the next level of human rights protection. So how to understand CSFM’s implication from a human rights perspective? What to be done in order to build a community of shared future of mankind in the human rights field? This study tries to explore these research questions. To address the given research questions, this article instead tries to deconstructed the community of shared future for mankind in different aspects from a human rights perspective, namely, the article understands CSFM from the following aspects, shared human rights interests, shared human rights values, shared human rights discourse and shared human rights norms. On the basis of such deconstruction, the article proceeds with the analysis as why is CSFM could be helpful rather than harmful to the international human rights cause? The research puts forward some concrete suggestions that moves toward a community of shared future of human rights that promotes shared human rights interests, upholds shared human rights values,merges shared human rights discourse, improves shared human rights norms. The article concludes that CSFM provides a preferable human rights paradigm for a better global governance of sustainable development and preservance of human rights.

II. Understanding A Community of Shared Future for Mankind: A Human Rights Perspective in 5 Dimensions

This section deconstructs A Community of Shared Future of Mankind from a human rights perspective in five dimensions, namely, human rights as fundamental state interests and ground for inter-state cooperation, human rights as universal values pursue by all parties, human rights as common but diversified discourses, human rights as shared norms to be abide by all parties, human rights as obligations of all parties. Analyzed from these five dimensions, this section advances in a way that deconstructs A Community of Shared Future of Mankind as a community

of shared human rights interests, a community of shared human rights values, a community of shared human rights discourse, a community of shared human rights norms, a community of shared human rights obligations:

A Community of shared human rights interests

First, CSFM is a community of shared human rights interests among states and to the international community as a whole*(erga omnes)*. It advocates win-win cooperation, rather than confrontation and exclusiveness. For most of the time, states are considered the ultimate duty-bearer of human rights protection and individual as the beneficiaries of human rights. The truth is, the advancement of the general human rights situation within a state in turn benefits the state's development in all aspects. A country with sufficient human rights protection has stable social order, healthy and creative citizens, effective governance, good international reputation，all in all, a benign circle of development. Thus, sovereign states are not only the duty bearer of human rights, but also the beneficiaries human rights advancement.CSFM acknowledges that human rights, as one of the core national interests, are to be advanced by a collective effort. That is why a CSFM is first and foremost a community of shared human rights interests.

Admittedly, in practice, states' human rights interests for a certain period of time may vary depending on the state capabilities, development status, leadership and a series of other factors. According to the 5 pillars of CSFM, each sovereign state, large or small, presumably enjoys equal position in the international community, which echoes the object and purpose of the Charter of United Nations. Hence the CSFM acknowledges that all states have the right to pursue their interests for the human rights protection of their citizens and dwellers on an equal footing, while refraining from rendering the human rights as a battle field of ideological suppression or political wrestling. Human rights is to advance the good livelihood of all human beings, so it should not be a zero-sum game. Zero-sum is a situation in game theory in which one person's gain is equivalent to another party's loss, so the net change in wealth or benefit is zero. For many occasions, human rights are politicized as tools by the hegemony to blame and shame dissident countries and regimes. In such cases, human rights of these displaced people in the overthrown countries are not realized.

The best scenario under the CSFM aspiration is, while acknowledging the different demands and interests of various states in terms of human rights realization, still, searching for the common denominator of human rights interests among different states so as to enhance inter-state human rights dialogue and cooperation. Common denominator of human rights as such is possible due to the basic notion that despite there are difference categories of human rights such as civil and political rights, economic, social, and cultural rights, or the 'third generation' human rights,"all human rights are universal, indivisible, independent, and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner on the same footing and with the same emphasis."The invisibility and interdependence of all human rights and fundamental freedoms are later reaffirmed in the existing human rights conventions.In reality, there witnesses a trend of diminishing difference among the man-made categories of human rights, not only conceptually but also in terms of international monitoring mechanisms.

Specifically speaking, human rights interests are closely related to the better standards of life for all. According to CSFM, to ensure a better life standard for all, not only works for the benefit of

individuals within a sovereign state also works for the national interests; i.e. the national interests and the individual human rights interests are not always in a zero-sum;quite on the contrary, the realization of individual human rights within a sovereign state works for the national interests. In the case of China, on 25 Feb 2021, President Xi declared that China has achieved a complete victory in the fight against poverty, and that this is not the finish line, but the starting point of a new life and new endeavor. To summon national efforts fighting against poverty is not only to realize people's right to food and right to development, but also paves a solid foundation of advancing national interests in the long-run. Another proper case of the convergence of human rights and national interests is the successful pandemic management in China. Undoubtedly, it is the inherent national interest to well-manage the pandemic so as to ensure people's right to health and right to life. A third case is that new administrative departments are in place and new laws and policies are promulgated in china to curb industrial pollution and ensure carbon reduction so as to ensure peoples environmental rights and fulfilling china's international state obligation to the Paris Agreement.

A community of shared human rights values

Second, CSFM reflects the common values that states need to cooperate to jointly tackle the current security and developmental challenges and properly handle state-to-state relations. Such human rights values are cross-cultural and are derived from the most universal and fundamental human needs that uphold human dignity and ensure functional community. According to the UN Sustainable Development Goals(SDGs), there are plenty of human rights values that are cherished by all states, regardless of their cultural background, political settings, or anthropological traits, such as poverty eradication, ensure healthy lives and food security, promote gender equality, ensure equal access to education and decent work for all, to protect a sustainable ecosystem and so on.These development goals couple with the five pillars that constitute a community of shared future for mankind.

According to the 2020 World Bank report and the 2020 International Labour Organisation report, the COVID-19 pandemic crisis has caused severe economic recession, increased unemployment, raised poverty and aggravated social inequality, specifically, the global output is estimated to shrink by 5.2% in 2020 and lead to an extra 25 million people unemployed worldwide.What's worse, such deprivations usually disproportionately affects children, women, the elderly, the minority, the intersectionally disadvantaged, and other socially underprivileged groups, as well as the underdeveloped countries. With the unprecedented setbacks jeopardizing all countries and all people that is caused by the COVID-19, it requires the stakeholders to discard prejudices and take determined action based on shared human rights values to prevent perpetuating adverse effects of such crisis. Without concerted national and international efforts, the shared human rights values on eliminating poverty would be more unattainable.Hence, in the post pandemic era, to relieve economic recession and to eradicate poverty, to ensure healthy lives and accessibility to vaccines are undoubtedly the shared human rights values of all countries.

Gender equality is another example of shared human rights value. A community of shared future for mankind naturally indicates a community of shared future for both men and women. Equality between women and men is in the same time a predominant indicator for sustainable people-centered development. As one of the major goals in the Millennium Development Goals (MDGs) established following the United Nations Millennium Summit, gender equality as an

important human rights value has gain much momentum in China since the adoption of Beijing Declaration and Platform for Action in 1995 Beijing World Conference on Women.[5] Though China has been faltering in exploring the essence of true gender equality and the society has gone through twists and turns in realizing gender equality, it has never reject the aspiration of equality between men and women, which is enshrined in the Chinese Constitution and used as one of the fundamental slogan of social reform before and ever since the establishment of the Republic. The value of gender equality remain shared and unchanged not only for China but also for, at least most of the whole international community, only the trajectory toward gender equality experience trial and error along the time, and the methodology of realizing the value varies from continent to continent.

To strive for a sustainable and green ecosystem is also a shared human rights value uphold by the CSFM. At least for China, since it put up the CSFM ideal, China has committed itself to many international environmental pacts and making true efforts in discharging its state obligation to reduce Greenhouse Gas(GHG) emissions as nationally determined contributions(NDCs). Such shared values of achieving a carbon neutral world and a sustainable ecosystem calls for shared obligations, such as multilateral financial, technical and capacity building support of countries to each other. After-all, not all developing countries have sufficient financial resources, technology and capacities to deal with many of the challenges brought by climate change.

A Community of shared human rights discourse

Third, CSFM composes of shared but diversified human rights discourses. Discourse is considered as a communicative tool to convey meaning in knowledge dissemination. Since the 1960s, Michel Foucault has directly relate discourse to power. He thinks that discourse is not only functional in expression, but also is functional in construction. Discourse defines and give birth to the object of knowledge, it defines the fashion of a certain discussion, and it deeply affected a person's way of thinking, talking and writing. Discourse helps create knowledge system and faith system, which construct social relations and social identity, thus, discourse creates power. Specifically speaking, discourse is the process that certain social group disseminate its own set of rules into the whole community in order to establish social status. Hence, discourse in the society is no longer purely linguistic, but reflects power, be it weak or strong.

Human rights is a gradually formed discourse and is still being a matter of philosophical debate and social discussion. A most outstanding controversy regarding human rights discourse is how to reconcile the universalistic aspiration with the recognition of cultural diversity. Undoubtedly, according to the preamble of the Universal Declaration of Human Rights, human rights serve as "a common understanding of achievement for all peoples and all nations", based on the basic notion that "all human beings are born Free and equal in dignity and rights". But universality is not uniformality. Human rights is not created artificially in a vacuum, but is thrived in a certain historical legacy and within a particular society. Hence, the pursuit of human rights is a universal aspiration, the ways to talk about human rights, i.e. human rights discourses vary from continent to continent.

Taking Chinese discourse of human rights as an example, the ancient Chinese Classics and

traditional Chinese culture have already bear the essence of human rights, though not in the exact expression of human rights *per se*, but has been identified as *conscientiousness* and is incorporated in the Universal Declaration of Human Rights. When this new "Magna Carta for all mankind" was in drafting, Peng-Chun Chang (1892-1957), the vice chairman of the then Human Rights Commission and a Chinese diplomat and philosopher, has devoted his understanding of Chines ethics and human rights into the text of UDHR. To P.C. Chang, it was the translation of Chinese thoughts that influenced the 18th century Enlightenment and the great philosophers like Voltaire, Diderot, Goethe, Leibnitz and so on.He insisted that "(b)y pleading for tolerance of all opinions and beliefs and by insisting on precision of terminology, the Chinese delegation had striven to introduce certain improvements into the universal declaration of human rights."Chang advocated principle of tolerance and flexibly used Confucian thought to coordinate representatives from different countries with different cultrual backgrounds and divergent opinions to resolve contradictions. He further opposed uncompromising dogmatism and forcible imposition of a singular vision of life of one power over other countries.

Later, in the writings of Chinese academic literature between the 1950s to 1990s, the conservative takings on human rights usually intertwines cultural diversity, anti-western resentment and bourgeois resistance. Not until 1st November 1991 did the first official Chinese Human Rights White Paper get issued by the Information Office of the State Council, then there witnessed an academic prosperity on the subject of human rights, many theories and approaches on human rights came into shaping. Among these theories, there are Marxist human rights theories, Confucianist human rights theories, receptor approach and etc. Many human rights related questions get publicly debated in the academia that lays foundation for the formation of human rights discourse in China. After decades of development on the human rights discussions, China in the New Era has proposed to the international community a self-contained human rights discourse system that cherishes CSFM based on international human rights norms and shared human rights values.

On the basis of the historic entanglement of various human rights discourses developed over the decades in China, the CSFM adopts a pluralist attitude to different human rights discourses and extracts knowledge from all forms of human rights theories, irrespective of their anthropological backgrounds. After all, human rights should not be a western cultural-based privilege, although it is commonly perceived as a by-product conception since the Enlightenment, many cultures might have similar conceptions or discourses that reflects the spirit of human rights. For example, there are traces of similar ideas of human rights found in the Confucianist human rights discourses such as "people comes first before the ruler and the politics" "transcendental conscientiousness" and etc. Additionally, the Communiqué of the Fifth Plenary Session of the 18th CPC Central Committee adopted on 26 October 2015 has proposed a "people-centered development" track, marking the trait of development model in the Chinese New Era. This give rise to the "people-centered human rights theories" that "prioritizes fundamental rights to life and rights to development, coordinates people's economic, politic, social, cultural and environmental rights, advance social justice, facilitates people's integrated development." There are also the receptor approach to human rights, which reckons that culture and traditions are the building blocks for human rights protection, cultural traditions and values which meet the international human rights obligations are identified through anthropological research and applied in fulfilling human rights obligations.

A Community of shared human rights norms

Fourth, CSFM respects and upholds basic human rights norms that are applicable to not only states but also individuals, which means that all parties in the community cherish the shared set of human rights norms. On the one hand, human rights law forms a part of public international law that are applicable to states. Whether or not the states ratified human rights treaties, all states are bound to respect internationally recognized human rights. As the Article 55 of The Charter of the United Nations has imposed all member states a duty to "promote universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion; and that all UN members are pledged themselves to "take joint and separate action in cooperation with the organization for the achievement of the purpose set forth in Article 55".[6] According to the Advisory Opinion of ICJ on the *Legal Consequences of State of The Continued Presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, "to enforce distinctions, exclusions, frictions and limitations exclusively based on grounds of race, color, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights is a flagrant violation of the purpose and principles of the charter".[7]

Beyond the fact that the UN Charter imposes all states to comply human rights as part of general public international law, those human rights prescribed in the Universal Declaration of Human Rights gained a customary status[8] in international law, which could not be affected by inconsistent state practice[9] in reality. Human rights should also qualify as one of the international legal source as "general principles of law recognized by civilized nations" described by article 38 (1)(c) of the Statute of the International Court of Justice. Such observation is also supported by the fact that the *Universal Declaration of Human Rights* has been implemented and incorporated in many bill of rights in the world.

While on the other hand, human rights treaties and human rights customs bear their own specificity other than the regular state-centered formulation, which means that human rights treaties are also applicable to individuals and relevant third parties, such as employers and corporate. For years, globalization has bring severe violations of human rights cross-board by Multinational Corporation, from sweatshops in Sub-Saharan Africa to Shell's involvement in violence in Nigeria, mostly victimizing under-developed countries. Although international human rights treaties generally do not impose direct legal obligations on business enterprises, the states are obliged to translate international human rights norms into domestic laws,[10] including corporate laws, labour laws, non-discrimination laws, health and safety laws, environmental laws and the like. In times when domestic laws are weak or not enforced, the *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* make clear that where national laws fall below the standard of internationally recognized human rights——as those expressed in the International Bill of Human Rights and the principles concerning fundamental rights set out in the International Labor Organization's Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.[11] Such shared international human rights norms binding both states and corporate are alienable essence of a CSFM upholding human rights.

[11] Ibid, p13.

Individuals, are also recognized as the subject of the human rights norms, in comparison to the traditional 'static' and 'horizontal' traits of public international law. For most of the time, international norms deals with reciprocal entitlements and obligations between sovereign states. Whereas international human rights norms is to urge states discharging obligations to the beneficiaries that are usually not the parties to the human rights treaties and conventions.[12]

A Community of shared human rights obligations

Fifth, CSFM entails shared obligations of all parties at stake to ensure and promote human rights and human dignity. Human rights obligations are in the implementation aspect of human rights norms and focus on the duty aspect instead of the entitlement aspect within a set of norms. In another word, a community of human rights cannot be realized without the framework of shared human rights norms, which is mainly realized by the discharge of human rights obligations by all parties, be it of states, or NGOs, or enterprises, or individuals. After all, human rights are to be understand as multi-party structures that involves private parties or non-state actors, rather than only to be perceived as vertical relationships between the state and an individual. Any pronouncement of a human right entails not only the binary relationship between a right-holder and duty- there, but also entails protection afforded by the state authorities.[13] Hence, the state is obliged to taker effective measures to secure the human rights are protected from the actions by individuals or non state actors.[14] International organizations, according to ICJ, are also to be "bound by any obligations incumbent upon them, and the general rules of international law, their constitutions or under international agreements to which they are parties".[15] Transnational corporations, as important participants in the international legal process, are also considered as subjects of international law and thus assume human rights obligations as well.[16]

For example, Article 16 of CEDAW is set to protect women from discrimination in matters relating to marriage and family relations. Another case would be the system of ILO, whose "principle of tripartism" is consists of representatives from governments, workers and employers in both organization and consultation, and is widely applied in the formation of ILO documents and various organizational activities.[17] In such cases, in order to protect and fulfill human rights, not only in the states are obliged measures to secure the enjoyment of human rights or the prescribed fundamental labor rights by an individual in relation to private parties all employers; it also entails incorporation of international legal obligation into domestic law to establish legitimate restrictions upon private actors own other non state actors. Admittedly, as it was as stated before, states are the ultimate duty-bearers of protecting human rights, but the realization of human rights and human dignity is eventually a collective effort of not only the states, but also private parties and non-state actors, which lead to a community of shared human rights obligations.

In such a community of shared human rights obligations, each duty-bear is obliged to discharge their obligation to *respect-protect-fulfill* human rights.[18] For the states, the obligation to respect a

certain human right requires States parties to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of that right. The obligation to protect requires States parties to take measures that prevent third parties from interfering with the enjoyment of that right. The obligation to fulfil includes the obligations to provide, facilitate and promote that right. It implies that States parties should adopt appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures to ensure its full realization.[19] Such state obligations contain the obligation of conduct that requires action to realize the enjoyment of a particular right, and the obligation of result that requires states to achieve specific targets to satisfy a detailed human rights standard. Whilst the failure of states to provide essential measures to realize certain rights may amount to a violation against the human rights norms.[20]

Whereas for the business enterprises, they are to avoid causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities, and address such impacts when they occur; and seek to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships, even if they have not contributed to those impacts.[21] They should respect human rights norms and where national laws conflict with those standards, companies should seek ways to still honor the principles of those standards within the bounds of national law.[22] Take protected rights to personal data and right to privacy as an example, General Data Protection Regulation has translated the rights protection into hard laws that obliges the data controller or data processor, be it corporate or agency, to refrain from 'personal data breach'[23] and shall perform in accordance with the Regulation[24].

As for the individuals, they are in the same time the duty-bearers and beneficiaries of human rights. In some occasions, the realization of a certain human right happens within the relationships of a private character.[25] So when the state takes effective measures to ensure the rights are protected from intrusion by private individuals and private operators, the indirect horizontal effect of human rights norms occur.[26] When such international human rights obligations is further translated into municipal laws. It inevitably establishes legitimate restrictions and obligations upon private individuals to uphold certain human rights and refrain from intruding upon certain human rights.[27] Take gender-based violence as an example, a husband in the family or a managerial officer in the working place are legally obliged to refrain from conducting gender-based violence when the provisions of CEDAW is successfully translated into domestic rules.

6. Summary

In sum, CSFM provides a new public product that contains a comprehensive set of human rights paradigm to solve global challenges that beyond a single country's capabilities.

III. Why is CSFM helpful rather than harmful to the human rights causes?

If we perceive CSFM as a public product produced by China, before judging it with a pair of

[19] Ibid.

ideological lens, we might as well explore what positive vibes could it send to the human rights cause as a whole. The study regards that CSFM could rejuvenate a faltering human rights system[28] in terms of its values, theories, approaches, norms and implementation. Many biased scholars might sniff at it and regard it as a cover-up of China shunning international legal obligation. Some even find it disturbing for China, as "today's most high profile human rights holdout"[29], to make a new normative order of human rights that actually sabotages human rights *per se* by rendering it "weak, confusing, and obscure through their use in official language"[30].

But one would better refraining from "presuming guilty" out of ideological prejudice or insufficient information before getting into the essence of CSFM. Rather, "presume innocent" or "presume beneficial" of CSFM might as well be a pathway to push China for better performance on human rights with the solemn promise itself signed up to. Presumably, not a rational sovereign state would make suicidal policies that deliberately harm their own citizens and jeopardize their international credibility. China may be different, but not necessarily different in a bad way. If European Union self-proclaimed as *suis generis*, it does not make sense to monopolize the privilege to be *suis generis* whereas claiming China to be different and evil. At least seeing from the CSFM proposal, China is *trying* to blend into the international community with the grandeur vision saying that everyone is part of the community and everyone shall contribute to the system as we are on a same boat. Take a step back, wouldn't it be more alerting if China proposes "China comes first"? Hence, along the pathway of "presumed innocent", this article further argues why CSFM would be helpful rather than harmful in advancing human rights cause.

CSFM advances human rights interests

On one hand, CSFM serves as a self-motivation of better domestic governance and advances domestic human rights interests. For many years, millions Chinese people has long been plagued by abject poverty and inter-generation of poverty, low literacy and low education rate, imbalanced economic development and huge income gaps, thus, to relieve poverty and to maintain a sustainable development overall has been the top priority of China's human rights cause. With generations of effort to fight poverty and to promote development, the poverty population and illiteracy rate of the citizen has been significantly reduced. On February 25, 2021, at the National Poverty Alleviation Summary and Commendation Conference, it was declared that China had secured a comprehensive victory in the fight against poverty, and completed the arduous task of eradicating extreme poverty.[31] At least, lifting hundreds of millions of people out of poverty is 'the biggest accomplishment in human rights in human history'.[32]

On the other, CSFM serves as a guiding principle to seek stronger global partnership to advance inter-state human rights interests. Apparently, all 5 pillars of CSFM——peace, security, prosperity, inclusion and sustainability——spell not only the core states interests but also the overall interests of the international community, which ultimately boil down to the realization of human rights and the perseverance of human dignity. During the 2015 Boao Forum President Xi Jinping emphasised "that the interests of others must be accommodated while pursuing one's own interests, and

common development must be promoted while seeking one's own development".[33] This statement reveals the spirit of common interests pursued by CSFM, whose fundamental premise is that no state can operate without considering the interests of other states and that states ought to assist each other to achieve further development.[34] When deciphering this statement from a human rights perspective, it acknowledges that the right to development is not only the ultimate interests of each individual, but also the core national interests of each country, especially for the Global South. Furthermore, the CSFM aspiration fits into the four corners of UDHR, at least if we discount the liberal glosses put onto it by Northern liberal commentators. Additionally, to build a CSFM naturally entails advancing the human rights interests of development which are largely reemphasized by the UN agenda of SDGs——end poverty, relieve hunger, promote quality education, ensure gender equality, provide clean energy, guarantee decent work, address climate issues, maintain peace and etc.[35]

CSFM enriches human rights values

Liberal/individualist/western as mainstream-->holistic values, seeing human beings as a whole, not only individual. In 1947, in the context of the preparation of the text of the Universal Declaration of Human Rights, the Executive Committee of the American Association of Anthropologists declared:"Human rights in the 20th century cannot be restricted to the standards of any existing culture, or dictated by the aspirations of one people. "[36]

CSFM diversifies human rights theories

The universality of human rights goes beyond doubt. Yet it is also true that the existing human rights genealogy system is mainstreamed by western -liberal theories. At least there are room for improvement in three aspects: First, there is a hierarchical dynamic among different powers, where human rights is often politicized as a standard to distinguish higher powers from lower powers, or even in practice, human rights is often instrumentalized as the Trojan horse to overthrow an administration, causing more agony and pain to local people. Second, given the long-term monopoly of a single voice in the international human rights system, theories and approaches from different peoples is under-represented. Third, the current working method of human rights supervision depend heavily on shaming and condemnation based on arrogance instead of constructive advises or exchange of best practices based on mutual respect and equal footing.

Universality is not uniformality. The realization of human rights cause relies on diversified trajectories and pluralist approaches, just as there are millions of ways that reaches Rome. Each country can contribute to the current system their lectures and experiences in promoting human rights, and there is not a single country that always get hold of the ultimate truth on human rights. Hence, the keywords in CSFM --inclusiveness and openness-- calls for a fair representation of different views and a democratic structure among human rights performers to overcome the shortcomings of the existing human rights system. With the input of CSFM, hopefully the human rights system will be based on equal relationship where countries learn from each other instead of patriarchal lecturing of one power over another, the human rights system is composed of diversified human rights theories and approaches. Specifically speaking, there are several human

rights theories that CSFM endorses could contribute to the diversification of the existing human rights system. The UN human rights also encourages multiple methods to realize human rights on the ground, not only limited to legal mechanism, but also social institutions and local-grown remedies.[37]

CSFM implements human rights norms

Fourth, in order to build a community of shared human rights norms, China has promoted a combination of rule of law[38] and realization of human rights and freedom, which is known as *Legal Protection of Human Rights in China*.[39] This is a process of incorporating international human rights norms into municipal laws in several aspects including to improve the legal framework to ensure human rights, to promote law-based administration to protect the citizens' lawful rights and interests, to effectively enhance judicial protection of human rights, to consolidate social mechanisms for legal protection of human rights, to strengthen the development of global human rights under the rule of law and etc.[40] In sum, in the Chinese New Era, respecting and ensuring human rights has become an important guiding principle not only in the Constitution but also in the full process of implementing laws to fulfill international human rights obligations. Apart from the acceded 26 international human rights conventions, China is also actively creating conditions for the approval of the International Covenant on Civil and Political Rights.[41]

On the other way around, as a founding member of the United Nations, China has been involved in creating the UN Charter, the Universal Declaration of Human Rights and other international human rights instruments, making an important contribution to the development of international human rights norms. CSFM also sends the message that China as an emerging power not abandon or overturn the current international human rights system - of which many Northern commentators were afraid - but that China will commit itself to support and develop international law-based order, under the condition that the system will become more universal in the proper sense of the world and will do justice to all worldviews and interests, especially also those of the Global South. Like-minded countries which share a common view on human rights will formulate constructive dialogue and cooperation down-to-earth to truly implement human rights norms on the ground. Such implementation is likely to be put into practice via South-South human rights cooperation, Belt and Road Initiative, BRICS and etc. Instead of turning the table over, China will be part of the game, with consulted human rights visions and approaches shared by diversified partners.

CSFM fulfills human rights obligations

After all, human rights, be it in forms of interests, values, discourses, or norms, has to eventually go beyond mere conceptual notion or normative aspiration and to be implemented on the ground, which takes multi-stakeholder structures and multi-layered efforts to discharge appropriate human rights obligations. In short, human rights is only realized when duties are properly fulfilled by all parties.

37

39

40 Ibid.

41 Ibid.

卫星遥感数据的国际分发规则的重构——以外空安全为原则

师亚楠[1]　武汉大学法学院

摘要：从遥感技术诞生以来，遥感也逐渐从军事用途扩展为民用、商用，参与遥感卫星运营、遥感数据分发的主体越来越多元。早前以冷战为背景建立起来的联合国外空法框架中存在着不少为达成妥协而刻意模糊的条款，加之当下的经济发展水平和全人类的共同需求也发生了较大变化，新产生了数据分发主体之间的冲突、数据责任等问题，都体现出有关遥感活动的最权威的两大国际法渊源《外空条约》和《遥感原则》的内容已不符合国际社会的实践。为了进一步完善卫星遥感数据的国际分发规则，遥感数据分发过程中应以保护外空安全为优先、借鉴欧盟的《通用数据保护条例》重构主体的责任制度、明确分发主体的责任。

关键词：卫星遥感 外空安全 数据责任

一、卫星遥感数据相关基本概念与原理

（一）卫星遥感数据的相关概念

遥感（remote sensing）即遥远的感知，是在不直接接触的情况下，对目标或自然现象远距离探测和感知的一种技术。从技术层面讲，空间中的电磁场、声场、势场等都由于物体的存在而发生变化，测量这些场的变化就可以获得物体的信息。目前人们所说的遥感一般指的是电磁波遥感，即利用电磁波获取物体信息[2]， 遥感活动有时也被称为对地观测（Earth Observation）[3]。

有关遥感的法律定义，联合国大会 1986 年 12 月 3 日第 41/65 号决议中通过的《关于从外层空间遥感地球的原则》（以下简称《遥感原则》）中规定“遥感”是指为了改善自然资源管理、土地利用和环境保护的目的，利用被感测物体所发射、反射或衍射的电磁波的性质从空间感测地球表面[4]。

（二）卫星遥感数据的分类、加工与分发

《遥感原则》将卫星遥感数据分为三类：“原始数据”、“处理过的数据”和“分析过的资料”。其中，“原始数据”指“空间物体所载遥感器取得的并从空间以遥测方式用电磁信号播送或以照相胶卷磁带或任何其他手段传送到地面的粗泛数据”；“处理过的数据”指“为了能利用原始数据而对这种数据进行处理所得到的产物”；“分析过的资料”则是“对处理过的数据和从其他来源获得的数据和知识进行解释所得到的资料”[5]在《遥感原则》之外，有些国家对遥感数据的分类名称不同，学界也存在着遥感影像和衍生产品的区分，[6]但本质上划分的标准相同，即都以数据的加工程度为标准。无论是 “处理”、“预处理”、“改变”还是“分析”，本质上都是对原始数据的加工。不同之处在于，第一步的加工一般是将原始数据中存在的辐射、气候或传感器带来的误差进行矫正，使其达到“正确、可用”的标准；而第二步的加工目的是将“正确可用”的数据进行技术上的计算、解译，形成突出了主要信息、可以满足特定用户需求的有意义的信息，如可以重点显示某地区多年某种特定

---

[1] 师亚楠，武汉大学法学院硕士研究生。

[2] 参见孙家炳编：《遥感原理与应用》，武汉大学出版社 2013 年版，第 1 页。

[3] See Lesley Jane Smith & Gina Petrovici, *Legal Aspects of Satellite based Earth Observation-An Introduciton*, in Christian Brünner, Georg Königsberger, Hannes Mayer & Anita Rinner(eds.) , Satellite-Based Earth Observation: Trends and Challenges for Economy and Society 167 (Springer International Publishing 2018).

[4] See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 1.

5 See UN Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 1.

6 See Atsuyo Ito, Legal Aspects of Satellite Remote Sensing 201 (Martinus Nijhoff Publishers 2011).

植被覆盖面积的图像。

根据《遥感原则》，遥感分发（dissamination）与遥感空间系统的操作、原始数据的获取和存储、处理过的数据的处理、解译一样都属于遥感活动的组成部分[7]。Dissaminate 意为使…广为流传，据此《遥感原则》第十条中使用的公开（disclose）[8]一词和第十一条中使用的传递（transmit）[9]一词应当都属于分发的情形之一。除联合国之外，国际社会上各国的法律和其他国际组织文件、学术著作中还使用过散发（distribute）、出口（export）[10]、可获得性（access）[11]等，为了讨论的方便起见，本文将以《遥感原则》为标准，统一使用分发一词，因此卫星遥感数据分发指所有由进行卫星遥感活动的国际法主体将所获取的卫星遥感数据向其他有需要的国家、国际组织或私人实体等或向全人类或国际社会公开的行为。

二、既有卫星遥感数据分发的国际规则

（一）外空活动的基本原则

卫星遥感数据的分发作为遥感活动的一部分，要受到联合国制定的外空法框架的制约。首先是联合国在 1966 年 12 月 19 日第 2222（XXXI）号决议中通过的《关于各国探索和利用外层空间包括月球与其他天体活动所应遵守原则的条约》（以下简称《外空条约》）。

第一是遥感活动自由的原则。《外空条约》第一条规定了外空活动自由[12]，第二条又在第一条的基础上禁止对外层空间进行任何形式的占有[13]。对于遥感数据的分发来说，这一条意味着原则上在外空可以自由进行遥感活动。[14]也有学者进一步将解释进一步细化，认为是指遥感活动的地理范围和被遥感对象不存在限制[15]，或遥感活动的进行不可以施加时间分辨率、空间分辨率和传感器种类等限制条件。[16]

第二是遥感数据分发应当只用于和平目的的原则。《外空公约》第四条要求在月球和其他天体只能用于和平目的，不允许任何军事基地的建立、任何武器的安装、防御和测试。[17]在《外空条约》签订的冷战背景下，“和平目的”有不同的含义。苏联主张“非军事化”，而美国更多地利用遥感卫星进行军事侦察，因此美国仅仅主张“非侵略性”。[18]冷战后近十年的外空武器部署和各种外空规则的发展都似乎表明，对外空实行完全的非军事化是不够现实的空想[19]，因此“和平目的”越来越多用来指代非侵略性。遥感最早被用来军事侦察，不属于攻击性武器，但也是一种典型的军民两用技术。在和平目的的基本原则下，遥感何时会具

7 See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 1.
8 See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 10.
9 See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 10.
10 See EU, Council Regulation (EC) No 428/2009 of 5 May 2009, setting up a Community regime for the control of exports, transfer, brokering and transit of dual-use items.
11 See Lesley Jane Smith & Gina Petrovici, *Legal Aspects of Satellite based Earth Observation-An Introduction*, in Christian Brünner, Georg Königsberger, Hannes Mayer & Anita Rinner(eds.) , Satellite-Based Earth Observation: Trends and Challenges for Economy and Society 177 (Springer International Publishing 2018).
12 UN, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, Article 1.
13 UN, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, Article 2.
14 Cristina Santos & Lucien Rapp, *Very High-Resolution and Processing-Intensive Image Analysis: Potential Risks Under the GDPR* 44 (3) Air &Space Law 278 (2019).
15 F.G. von der Dunk, *United Nations Principles on Remote Sensing and the User*, in R. Harris (ed.) , Earth Observation Data Policy and Europe 33 (A.A. Balkema Publishers, 2002).
16 See Atsuyo Ito, *Improvements to the Legal Regime for the Effective Use of Satellite Remote Sensing Data for Disaster Management and Protection of the Environment*, 34(1) Journal of Space Law 49 (2008).
17 UN, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, Article 4.
18 See Atsuyo Ito, Legal Aspects of Satellite Remote Sensing 24 (Martinus Nijhoff Publishers 2011).
19 See Jinyuan Su, *Space Arms Control:* Lex Lata *and Currently Active Proposals*, 7 Asian Journal of International Law 92-93 (2017).

有自保性、何时具有侵略性，遥感的数据分发在何时会危害和平，都需要进一步的具体讨论。

第三是遥感数据分发应当遵守国际法，违法时应当承担国际责任。《外空条约》第六条规定各国对本国在外层空间的活动负国际责任，因此遥感数据的分发也应当由有关缔约国（appropriate state party）的批准和持续监督。[20] 但对于具体在何种情况下遥感数据的分发会是违法的而需要承担国际责任，《外空条约》中缺乏相关规定。结合第七条来看，也许“给另一缔约国或其自然人、法人造成损害”是其中的一种情况，但这一条应当如何适用于遥感数据分发却很难说。其一是只有发射国、促使发射国和提供领土或设备供发射使用的国家具有这类义务。遥感数据分发的行为具有特殊性，因为数据不一定掌握在以上国家手中。尤其是处理过的数据或分析过的资料很可能来自与发射国完全无关的第三国的某软件公司。其二是何种损害将会引起外空法的责任迄今仍存在争论。联合国大会在1971年11月29日第2777（XXVI）号决议中通过的《空间物体所造成损害的国际责任公约》（以下简称《责任公约》）中对损害的定义为“生命丧失、身体受伤或健康的其他损害；国家、自然人、法人或国际政府组织的财产损失”。[21]一般认为，《责任公约》中“损害”仅指直接损害。[22]而遥感数据的分发不同于飞行器的发射或降落能造成的直接损害那样直观。如果对某个行动的决策是基于遥感数据做出的，而该行动最终造成了损害，就可能产生责任的问题了。

第四是遥感数据的分发应当遵循国际合作与互助原则。《外空条约》第九条要求从事外空活动的国家在有理由认为其活动可能造成有害干扰时进行国际磋商[23]；第十一条要求各国在最大可能和实际可行范围内向公众和国际科学界告知外空活动的性质、进行情况。理论上数据作为卫星遥感活动的结果，属于各国依据此条需告知国际社会的事项。但是受到“最大可能”、“在实际可行范围内”的影响，该条在实践中的效果可能大打折扣。[24] 该原则能否在遥感数据分发的行为上得到实现还要看随后习惯国际法的发展。

综上，具有外空法“宪章”地位的联合国五大公约在外空活动的范围内为遥感数据的分发贡献了基本的原则。即：遥感数据分发自由、数据只用于和平目的、违反国际法时应当承担国际责任、应当促进国际合作与互助。

（二）遥感活动的基本原则

由上可知《外空公约》的内容太过宽泛，于是联合国大会在1986年12月3日第41/65号决议中通过了《关于从外层空间遥感地球的原则》（以下简称《遥感原则》），这是目前国际社会中既存的、有关遥感活动的最重要的国际法依据。《遥感原则》的内容可分为两大部分，第一部分是对《外空公约》中一些原则的重申。如“为所有国家谋福利和利益”[25]、“遵守包括联合国宪章、关于各国探索和利用外层空间的条约”、“国际合作”[26]等可以看做是既有国际法的编纂[27]。而第二部分的内容特定针对遥感活动。

在第一部分中，《遥感原则》也有一些更为细致的规定。如就国际合作而言，第九条要求遥感国在受该计划影响的任何发展中国家请求下，在切实可行的最大限度内提供任何其他

[20] UN, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, Article 6.
[21] UN, Convention on International Liability for Damage by Space Objects, Article 1.
[22] UN, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, Article 9.
[23] UN, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, Article 11.
[24] See Bin Cheng, Studies in International Space Law 35 (Clarenton Press, 1999).
[25] See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 1.
[26] See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 3.
[27] See Atsuyo Ito, Legal Aspects of Satellite Remote Sensing 59 (Martinus Nijhoff Publishers 2011).

有关资料[28]，第十三条再次强调为了顾及发展中国家，遥感国家应当和被感国协商，应要求确保（发展中国家的）参与机会，增强互惠[29]，

由此可见《遥感原则》更加强调对于发展中国家的照顾。

在第二部分针对遥感活动的内容中，对于遥感数据的分发，《遥感原则》的第一大特点是对数据的分类。《遥感原则》将遥感数据分为“原始数据”、“处理过的数据”和“分析过的资料”[30]三种，并分别做出了定义。如前文所述，这一标准至今仍被广泛使用，即使各国数据所采用的分类的具体名称或数据种类的数量不同，但总体上仍然以《遥感原则》提出的分类依据为模型进行的。“原始数据”是包含了很多误差和杂质的混合物，“处理过的数据”是基本正确的纯净物，“分析过的资料”是可以直接拿来使用的成熟产品。

《遥感原则》的第二大特点是要求“尊重所有国家和人民对其财富和自然资源的完全和永久主权”。遥感活动应当适当顾及（due regard）其他国家和私人实体，不能损害被感国的合法权利与利益[31]。这一点从原则上确定了被感国的权利，要求遥感数据的分发要保证被感国的主权不能受损。

《遥感原则》的第三大特点是规定了“促进地球自然环境保护”原则和“促进保护人类免受自然灾害侵袭”原则。这点对于遥感数据的分发非常重要。它要求遥感国在将发现的、有能力防止地球自然环境受损的向相关国家披露[32]，而对于遥感国掌握的、可能会对已受或将要受自然灾害影响的国家有用的“处理过的信息”和“分析过的资料”，应当尽快传递给相关国家[33]。介于遥感数据的用途十分广泛，不同的用途可能数据分发的种类、速度和限制规则都不相同，这两条原则都具有重要的指导意义，即在环境保护和灾害防治的目的上应当加强数据分发的程度。至于后续的其他问题的解决，如具体基于哪些用户以优惠待遇，在什么条件下允许免费提供数据以及由此产生的后续影响等，还要对国际社会会形成新的习惯国际法进行进一步考察。

《遥感原则》的第四大特点是规定了遥感数据获取的非歧视原则和合理费用原则，然而根据原文，这只针原始的遥感数据和处理过的遥感数据。[34]这一点较为具有争议性。“非歧视原则”从字面意思来看，意为：遥感国分发这两类遥感数据不需要被遥感国的事先同意，因此被遥感国也无权组织数据的分发；遥感国有义务将遥感数据以相同条件分发给被遥感国和其他对遥感有兴趣的国家，因此被遥感国对数据无获取权限和价格上的特权。对于分析过的资料，《遥感原则》并无规定。而“合理费用”这一条款的实际内容则含糊不清。有学者指出，这可能意味着包含边际成本，也可能意味着商业市场价格。[35]

三、现存数据分发国际规则的问题

（一）《外空公约》和《遥感原则》的语言局限性

国际法的渊源包括国际条约、国际习惯、一般法律原则和其他补助资料等[36]。根据《联合国宪章》，联合国大会决议不具有法律约束力，因此严格意义上讲，《外空公约》和《遥感原则》都不能算作是国际条约。也有学者指出，这二者由当时的联合国成员国起草并签订，随后被很多国家纳入了本国立法之中，这既体现了法律确信又体现了国家实践，因而具有习

[28] See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 9.
[29] See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 13.
[30] See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 1.
[31] See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 4.
[32] See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 10.
[33] See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 11.
[34] See UN, Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space, Principle 13.
[35] See Atsuyo Ito, Legal Aspects of Satellite Remote Sensing 59 (Martinus Nijhoff Publishers 2011).
[36] See UN, Statute of the International Court of Justice, Article 38(1).

惯国际法的地位[37]。确实，《外空公约》指出遥感数据分发自由、数据只用于和平目的、违反国际法时应当承担国际责任、应当促进国际合作与互助，而《遥感原则》澄清了遥感活动、数据分发的概念，确立了遥感国的基本义务和被感国的基本权利，但是形成了何种习惯法还不明确。

以《遥感原则》的起草过程中争议较大的问题“遥感国从事遥感活动是否必须取得被感国的同意”为例，彼时广大发展中国家和以美国为首的发达国家观点相互对立，前者援引联合国文件中确认的“各国对本国自然资源享有的充分和永久主权”和《外空条约》第三条“从事外空活动应遵守国家主权原则”为基础认为只有经过事先同意的卫星遥感活动才是合法的，而后者以《外空条约》第一条“外空自由原则”为基础进行反驳，并指出自遥感活动开展以来国际法或其他任何权威国际文献都没有禁止从外空对地球进行探测，也没有出现过事先同意的实例。[38]最后的结果就是在《遥感原则》最终生效的文本中并没有提及这一问题。

再如“为所有国家谋福利”和“特别考虑发展中国家的利益”这两条，本意是好，适用时却可能存在冲突。如在被感国看来遥感数据分发给第三国将会引起国家安全问题，但从国际社会的角度看，广泛地分发遥感数据将有助于环境保护和自然灾害的应对。以及“非歧视的合理价格”。这是《遥感原则》中唯一一条与价格相关的原则，意味着遥感国没有提供免费数据的义务，但是具体何为“合理价格”却缺乏解释。

可以看出，相比《外空公约》，《遥感原则》对遥感数据的分发更具有针对性，但语言上存在着很大的模糊性。作为基本的原则，它们对于遥感数据分发活动只有初步的指导，为了达成合意，很多争议较大较为敏感的议题都采用了“和稀泥”的开放式表达。

（二）新时代分发主体之间的冲突

《遥感原则》较为集中地反应了上世纪 80 年代的政治环境和技术水平，并且主要突出了遥感国和被感国之间的分歧[39]。从那时起至现在，外空活动的发展至少有以下几个颠覆性的变化：1. 越来越多的国家、组织和私人实体如今在轨道上拥有自己的遥感能力；2. 遥感技术从军用为主、公益用途为辅发展为军、民、商三头并进；3. 国际局势也逐渐从冷战时的敌对状态逐渐走向和平合作与互利共赢。[40]相应地，遥感活动的国家实践的丰富也改变了相应规则的面貌，使得以往的原则与现实不再“配套”。既存的旧问题可能换了一种新的形式，新的问题也在不断地涌现。

拥有新面貌的旧问题主要是“对自然资源充分永久的主权”和发达国家积极主张的“外空自由”之间的矛盾。从《遥感原则》的立法草案中可看出，被感国家强调的是主权和他们对于与其领土内自然资源相关的信息享有主权，而遥感国家强调外空是主权未延伸到的地方，尤其是民用的遥感卫星使航空技术发达的美国坚持不受限制地自由分发数据。[41]最终的版本反映了美国的立场和所有发展中国家的妥协。有关被感国的权利、遥感国的义务都如美国所愿——未被明确囊括。现在“事先同意”已不再是争议的核心，但是这一矛盾并未消失，而是变成了“卫星遥感数据的分发是否需要受到限制、如何限制”，这也正是本文想要研究的核心问题。

沿着这一基本的矛盾，以及近年外空遥感活动的发展，涌现的很多新的问题包括遥感数

---

37 See Bin Cheng, Studies in International Space Law 136 (Clarenton Press, 1999).
38 贺其治、黄惠康：《外层空间法》，青岛出版社 2000 年版，第 162 页。
39 Kopal Vladimir, *The role of United Nations Declarations of Principles in the Progressive Development of Space law*, 16 Journal of Space law 14-20(1988).
40 See UN, GA Resolution 1803(XVII), 14 December 1962, p.2.
41 See UN, Report of the Legal Sub-Committee on the Work of Its Twenty-Fifth Session, A/AC.105/370, 1986, p.8.

据分发的所涉各利益主体的权利与义务、数据的价格和数据的质量、类别、用途和国际责任等。《遥感原则》中出现的利益主体只有“遥感国”、“被感国”和“其他对于遥感有兴趣的国家”，而现在更多的矛盾存在于数据提供者、数据接收者和数据第三方之间。国家在遥感数据分发的控制中主要考虑的是安全、主权及国际形象；私人实体的遥感数据分发除受国家安全利益限制以外还会考虑知识产权；个人虽不是分发数据的主体，但却可能受到数据分发行为的影响，个人或群体的隐私可能受到侵犯，数据分发也在人道主义救助活动中起到决定性作用。这三类主体之间的利益会相互影响。在商业遥感领域表现为：国家限制私人实体，私人实体追求商业利益引发个人的隐私担忧，引起要求前两者保护人权的呼声。在公益遥感领域表现为：国家和受国家限制的私人实体对人道主义救助的贡献有限，可能会导致救助任务失败。数据的主要提供者包括国家和私人实体，接受这些问题在之前都没有明确规定。数据分发的限度、要求和质量的规定与外空安全、商业利益和人权保护息息相关。最后是责任条款，如何界定数据生产者、加工者的权利和责任、数据的准确性、完整性和可靠性、是否需要认证或鉴定真实，在目前的《外空公约》和《遥感原则》中找不到答案，但是却对空间法规则的发展、外空的国际合作至关重要。

四、分发规则的重构

（一）优先保护外空安全

1. 外空安全的概念

根据上文，国家之间、国家与私人实体之间在遥感数据的分发问题上有着利益冲突，而并非普遍意义上国际法主体的个人也会受到遥感数据分发的影响。如果依照此背景继续发展，则可能出现国家各自为政的局面，掌握遥感能力和数据加工处理能力的国家和其他国家之间的差距拉大，私人实体的商业利益和整个遥感技术的商业化也会被延误。但是有学者指出，当前的国际社会已经进入了风险社会，其中的风险具有全球性、不可计算性、传染性，[42]这样的社会模型在外空环境中体现得尤为明显。因此本文主张，遥感数据的分发规则的制定更应该提高外空抵御风险的能力，即保护外空安全——为导向。

在早期描述外空时，安全总是与和平同时出现，如《外空条约》第三条要求成员国在探索和使用外太空时应当遵守国际法，维护国际和平与安全（security）。[43]“和平”的意思较易理解。中国春秋时期的“善解纷，贵远怨，恶兵戎”被视为和平精神的源起[44]，而在国际法尤其是国际争端的解决中，战争以外的都是和平的方法[45]，因此和平一般指行为以非冲突或非武装的方式进行。在《外空条约》后的几十年里人类的外空活动指数级增长，外空的安全隐患越来越多，外空安全所包含的外延和内涵都被拓宽。联合国裁军委员会的文件《Recommendations on Practical Confidence Building Measures in the Field of Conventional Weapons》中指出各国行动的原则应当考虑到基于主权平等的国家的合法安全需求和关切[46]，这表明各国的安全利益与主权一样，在国际上的地位是平等的。该文件还指出传统武器在外空过度的累积是会对国际和平与安全造成负面影响[47]，因此外空安全与外空的军事化程度息息相关。在欧盟发起的 2014 年的《International Code of Conduct for Outer Space Activities》

---

42 蔡从燕：《风险社会与国际社会争端解决机制的解构与重构》，《法律科学（西北政法大学学报）》2008 年第 1 期，第 154-155 页。

43 UN, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, Article 3.

44 曾令良主编：《国际公法学》，高等教育出版社 2016 年版，第 454 页。

45 曾令良主编：《国际公法学》，高等教育出版社 2016 年版，第 450 页。

46 UN, Report of the Disarmament Commission for 2017, A/72/42, p.12.

47 UN, Report of the Disarmament Commission for 2017, A/72/42, p.12.

原则中提到其目的是“加强与外空物体和环境相关的所有外空活动的安保（safety）、安全（security）和可持续性”[48]，似乎意指安保、安全和可持续性属于外空环境的不同方面。联合国大会 2019 年《防止外层空间军备竞赛的进一步实际措施》的专家组报告中指出，除了军备竞赛，无限期持续存在的碎片也会对空间作业的安全和安保造成危害[49]。以上文件或措施都表明国际社会对于外空安全与日俱增的重视程度。中国也提出要构造“人类命运共同体”，这一理念被写入了联合国大会决议 72/250，这反映了各国对需要合作以应对当前安全挑战的认同。在要求采取集体行动以实现共同利益的领域，国际合作的价值已被广泛接受。[50]

但是外空安全却缺乏定义。2019 年，由众多外空法领域权威学者组成的研究项目“Space Security Index”在其年度出版物《2019 Space Security Index Executive Summary》中对外空安全下的定义是“对外太空安全可持续的进入与使用，免受天基威胁的自由（The secure and sustainable access to, and use of, space and freedom from space-based threats）”[51]。虽然这份文件不属于正式的国际法渊源，但是却对于全面掌握当前与外空安全相关的信息具有重要的参考价值。文件认为外空安全最重要的性质是它不是代表某个国家或组织的利益，而是作为一种环境的外空，可以被所有主体负责任使用的安全性和可持续性。这项研究分为 4 个主题：对外空环境的状况和知识（condition and knowledge of the Space environment）、各主体对外空的进入和使用、外空系统的安全和外空的治理。4 个主题下共包含 17 个指标来对外空安全进行评价，其中包括外空碎片、射频频谱（radiofrequency spectrum）、源自外空的自然灾害、外空态势感知（space situational awareness）、全球性天基设备（Space-based global utilities）、民用外空项目的优先和资助水平、国际合作、天基军事系统与各国国内的外空政策、战略和法律等。其中有些指标对于外空安全具有积极的作用，如民用外空项目的优先和资助水平越高，全球对于公平、持续使用和管理外太空的动力会更大[52]；有些对于外空安全具有消极的作用，如天基军事系统的加速部署增加了冲突的可能性[53]。

从上述各种不同角度的阐释、描述中可知，外空安全大概包含以下特性：1. 外空安全影响的对象是全世界的所有人类而不是某一类人，是所有地区所有国家而不是某一国某一区域；外空安全的实现需要全人类的共同努力，其结果也会造福于全人类；2. 外空安全包含了两种安全，一是纯粹的外空环境的安全，包括无空气的外层空间和各种天体、人造卫星与其他设施等，二是人们使用外空而对地球造成的安全影响，如卫星导航、通信、遥感等服务可能对地球安全造成的影响；3. 影响外空安全的因素既有军事系统的部署这类人为因素，也有轨道、电波射频等资源稀缺这类自然因素。综上，本文将外空安全视为当前所有外空活动中需要优先注意的问题，并将其定义为“包括外空环境和受外空影响的地球环境，影响全人类的一种持续稳定的、无人为冲突也无自然威胁的状态。”

2. 外空安全对遥感数据分发的要求

遥感数据的分发对外空安全的影响至关重要。从合作的角度讲，保护外空安全要求遥感数据的分发要更加畅通、透明和开放。

从军控的角度讲，遥感数据的分发应当更加主动透明。在外空的军备竞赛中，遥感数据

---

48 UN, Report of the Disarmament Commission for 2017, A/72/42, p.11.
49 See UN, Prevention of an Arms Race in Outer Space, A/74/366, pp.9-11.
50 See Fengna Xu & Jinyuan Su, *Shaping “A Community of Shared Future for Mankind”: New Elements of General Assembly Resolution 72/250 on Further Practical Measures for the PAROS*, 44-45 Space Policy 57-62 (2018).
51 See Space Security Index, 2019 Space Security Index Executive Summary, p.5.
52 See Space Security Index, 2019 Space Security Index Executive Summary, p.12.
53 See Space Security Index, 2019 Space Security Index Executive Summary, p.14.

是重要的决策依据。如在国际原子能机构（IAEA）中，遥感数据被大量用来核查各国是否遵守了签订的核武器扩散条约。核武器的核查是政府做出的一项法律决定，对于建立国家之间达成的协议的信心至关重要。[54]可以看出，向 IAEA 提供更多数量的遥感数据可以有效地协助 IAEA 履行职责，这就要求国家在核查过程中更为主动地配合。有时候国家的不合作或阻挠会导致无法核实，并进一步被视为不遵守条约。因此各国应积极看待核查活动，主动提供遥感数据，因为这表明它们正在履行其条约义务。此外，国家与 IAEA 的充分合作将增加对该国对条约目标的承诺的信心。如果国家采取对抗或质疑的态度，主张缩小解释检查员的职权范围，更容易引起怀疑这将不利于该国的自身利益。国家主动提供数据也会增加对外空安全情势的整体感知，进一步加强彼此之间的信任。IAEA 的规约中并没有给信息的种类做预先的限制，因此每个国家都可将自认为有帮助的信息提供给 IAEA[55]。有时候一国可能会质疑另一国提供的信息是否属实或是否存在偏见，但如果每个利害相关的国家都愿意提供这类信息给 IAEA，IAEA 就可以通过比较各种来源的信息来抵消偏见和怀疑。[56]

从灾害防治、疫情防控等人道主义救助活动的角度来讲，除了上述的更为主动开放地提供数据，人道主义救助过程中数据的供给应当更加及时，数据的质量应当更加有保障。科学数据表明，遥感数据的更好的共享和协调对发展中国家的灾后重建有更多的帮助。在 2000−2015 年，26%的巴基斯坦和 19%越南的国内灾害管理都依赖着卫星应急地图（SEM），相比之下，美国和俄国只有 5%−8%的国内灾害有 SEM 支持。[57]但是数据不及时或错误分发可能导致救助任务失败甚至更严重的后果，这方面已有国内的案例可以参考。如 2009 年意大利拉奎拉（L'Aquila）发生了里氏 6. 3 级地震，意大利国家地球物理与火山研究所（INGV）的七名科学家因为错误估计信息而被检察官起诉，指控他们犯下故意杀人和致使多人受伤的罪行。[58]因此各国之间的数据政策应当进一步协调，以促进彼此之间遥感数据法律的互操作性。虽然在人道主义救助中也有使用很多的商业数据，增强法律互操作性的规则仍然应当由国家来主导，因为除了知识产权问题，更缺乏国际协调的是各国的公共部门信息法。即使国际上可能存在相关的国际条约，如《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》（又称奥斯胡公约），它们也仅适用于部门或未被普遍接受。[59]有限的预算、专业知识的缺乏也使得国际组织的有效运行完全依赖于国家的善意。当前透明度的增加主要指的是非国家行为体的责任，提供其活动的可视性，而政府的行为在很大程度上是隐形的。[60]卫星技术和图像的商业化并未消除国家的影响，反而可能使得透明度和权力本身的概念发生转变。[61]如果说这在涉及到国家安全和军控的领域是不可避免的话，那至少有必要人道主义救济这样的公益性质活动中提出进一步的要求。

---

54 See Irmgard Niemeyer, Mona Dreicer & Gotthard Stein (ed.), Nuclear Non-proliferation and Arms Control: Innovative Systems Concepts 42 (Springer 2020).

55 See International Atomic Energy Agency Statute, Article 8(A).

56 See John Carlson, *Legal Issues Relating to Risk and Systems Driven Verification*, in Irmgard Niemeyer, Mona Dreicer & Gotthard Stein (ed.), Nuclear Non-proliferation and Arms Control: Innovative Systems Concepts 50-51 (Springer 2020).

57 See Stefan Voigt, Fabio Giulio-Tonolo & Josh Lyons, et al, *Global Trends in Satellite-based Emergency Mapping*, 353 Science 249-250 (2016).

58 See Sandra Cabrera Alvarado, *Legal Aspects on the Use of Satellite Images for Disaster Relief and Humanitarian Services*, 60 Proceedings of International Institute of Space Law 379 (2017).

59 See Catherine Doldirina, *Open Data and Earth Observations: The Case of Opening up Access to and Use of Earth Observation Dara Through the Global Earth Observation System of Systems*, 6 Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 80 (2015).

60 See Nina Witjes & Philipp Olbrich, *A Fragile Transparency: Satellite Imagery Analysis, Non-State Actors, and Visual Representations of Security*, 44(4) Science and Public Policy 526-532 (2017).

61 See Nina Witjes & Philipp Olbrich, *A Fragile Transparency: Satellite Imagery Analysis, Non-State Actors, and Visual Representations of Security*, 44(4) Science and Public Policy 524 (2017).

因此在以优先保护外空安全的原则下，各国的具体做法应当是协商试图统一术语，进一步克服知识产权限制。如对于“完全”、“开放”、“最低成本”、“最短延迟”等术语的解读等。在美国的《陆地遥感商业化法案》规定的非商用的遥感数据价格不应超过“满足用户需求的成本”，其中包括“与提供产品生产和再生产以及满足使用者需求的原始数据的分发，但是不包括任何由美国政府承担的资本成本的购买、折旧、贬值，以及其他对于满足用户需求没有特定联系的费用”[62]，而俄罗斯对于非商用遥感数据原则上不收费，在此基础上收取数据采集、复印和交付费用及数据处理费用。[63]遥感数据的分发成本是否存在国际最低标准、如何考虑各国遥感商业化水平的差异都需要进一步讨论。此外还有国际组织中使用的“科学技术”、“科研成果”、“数据和信息”等所涵盖的范围一般都要大于成员国内对于遥感数据的规定。对于有些国家，遥感数据就等于对地观测数据，对于有些国家，对地观测数据还包括导航数据或者其他来源的数据，需要明确的是可以分发的是哪些数据、是否包含某些产品或某些技术等问题。在涉及知识产权的问题上，国家也要平衡好公共利益和商业利益之间的关系，比如对于数据使用许可要更为谨慎。由于外空活动无论是私人实体还是国家从事，其责任都有国家承担，因此国家对于卫星遥感活动指定特别的数据使用许可，可以确保私人实体的行为能够处于国家的控制和监督之下。在商业卫星领域，数据使用许可指的是遥感数据运营者同意被许可方按照约定的方式使用数据，而由被许可方支付一定报酬的合同。[64]即许可证基于现有的法定权利，并且在不依赖权利所有者与单个用户之间的合同协议的情况下自动应用。当这一框架置于国际合作的国际组织中时，各国政府及其附属机构或者国内的私人实体就可以通过签署数据使用许可宣告对数据权利的部分或全部的放弃。而在限制使用许可的条款中，要避免设置太多限制条款，可能会构成不正当竞争风险，或者是存在滥用知识产权的嫌疑，因为这样的限制将会极大地削弱遥感数据分发的根本目的，即促进卫星遥感数据的最大化利用，从而阻碍卫星遥感数据本可能给全人类带来的利益。[65]

（二）借鉴《通用数据保护条例》（GDPR）归责

1. GDPR 简介

如前文所述，《外空条约》、《责任公约》以及《遥感原则》等一系列外空法中的“奠基性”文件都以上个世纪 60−70 年代的政治和科技为背景，如今遥感市场已更为发达，参与外空遥感活动的主体也更为多元，这与当时以国家为主的归责体系有些不相适应。我们现在所处的信息时代，很多问题的解决都要通过互联网传播、整合多源的数据，国家也会依赖跨国公司、国际组织的遥感数据做出决策。[66]但跨国公司和国际组织却并不是外空法领域传统的责任主体，因为《外空条约》和《责任公约》都要求主权国家对所有非政府实体的外空行为负责。这就给在遥感数据分发过程中占重要地位的私人实体、国际组织等的责任留下了空白。本文主张，对私人实体的责任规定可以借鉴欧盟的《通用数据保护条例》（以下简称 GDPR），确定数据的“控制者”和“处理者”，以自愿方式从吸引私人实体率先加入，并进一步形成更为广泛的国际影响力。

62 See United States, Land Remote Sensing Policy (1992), Section 5602.

63 参见王霄：《俄罗斯遥感数据条例发布》，《卫星应用》2014 年第 3 期，第 61 页。

64 参见李杜：《论卫星遥感数据使用许可协议使用限制条款的法律风险》，《卫星应用》2019 年第 2 期，第 44-49 页。

65 See Catherine Doldirina, *Open Data and Earth Observations: The Case of Opening up Access to and Use of Earth Observation Dara Through the Global Earth Observation System of Systems*, 6 Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 75 (2015).

66 See Stefan A. Kaiser, *Time for Improvement: The 1986 UN Remote Sensing Principles in the Information Age*, 59 Proceedings of the International Institute of Space Law 371-373 (2015).

GDPR 是欧盟于 2018 年出台的一项专门保护欧盟公民的个人数据的条例，要求任何传输、使用欧盟公民个人数据的私人实体遵守相关规范，为被传输的数据提供与欧盟同等水平的保护。[67]GDPR 最特别之处在于没有区分规范主体到底是个人、国际组织还是私人实体，而是分为数据控制者和数据处理者。控制者的责任是确定处理数据的方式和目的，对数据的合规承担主要责任，必须采取适当有效的措施，并能够证明数据处理的合规性。[68]因此受 GDPR 约束的数据控制者必须保留任何数据处理活动的记录，包括处理目的、数据主体的类别、数据接收者和数据类型、数据安全措施以及数据的保留政策等[69]。数据处理者是受数据控制者委托的第三方服务提供商，代表控制者处理数据[70]。GDPR 要求控制者和处理者之间必须存在约束力的协定，其中包含处理者处理数据的所有细节，处理者只能根据协定处理数据，如果处理者无视控制者的指令并自行做出决定，则会被视为控制者而承担相应责任。[71]

2. GDPR 在遥感数据分发中的适用

虽然 GDPR 的目的只是保护欧盟公民的个人数据权利和隐私权，并且对外只能规定从事跨境数据传输的私人实体，但是它的立法技术对遥感数据的分发规则具有很大借鉴的意义。

首先，很多遥感数据公司、电子地图公司可能已经在受 GDPR 的约束，证明 GDPR 可以适用于约束遥感数据分发活动。根据 GDPR 第 35 条，处理数据时可能对“个人的权利和自由造成较高风险”的实体必须在进行此类处理之前进行数据保护影响评估，而“对大规模公共区域进行系统的监控”就属于高风险的一种[72]。因此，很多从事卫星图像捕获的数据控制者可能会在 GDPR 的要求下，在处理涉及欧盟公民的人脸识别或位置信息数据之前对活动的影响进行评估。

其次，GDPR 的鼓励事前防控，而非事后救济。它要求私人实体考虑“通过故意和默认方式保护数据”，即要求数据保护成为设计和开发任何新产品和服务时必须考虑的要素。数据控制者还必须实施适当的技术措施确保仅处理特定目的所需的数据，并且接触数据的权限是有限的[73]。在这样的“默认设计”要求下，很多私人实体有必要采取其他行动预先评估自身对数据的保护水平[74]，比起发生事故、造成损害后再确定责任归属要更为合理有效。

再次，GDPR 将重点放在以往外空责任体系中缺位的私人实体，这对于外空活动的进一步协调大有裨益。GDPR 节约了大量的时间成本，因为它并不要求各国通过谈判达成一致的新条约，而且在无法核实其他国家是否遵守条约的情况下，没有主权国家会愿意限制自身在外空活动的自由[75]。《外空条约》和《责任公约》都要求国家对于私人实体的活动负责，于是很多国家都要求一些发射卫星、从事卫星遥感活动、卫星通信活动的私人实体取得特别许可，这属于国内法的事项，各国的许可条件并不相同，私人实体很可能会向最方便国“逃逸”，在国际市场上寻找要求最低的国家申请注册[76]。在希望推广公司形象、增强公司名誉、为活

67 See EU, General Data Protection Regulation, Article 46.
68 See EU, General Data Protection Regulation, Article 83.
69 See EU, General Data Protection Regulation, Article 30(1).
70 See EU, General Data Protection Regulation, Article 82.
71 See EU, General Data Protection Regulation, Article 28
72 See EU, General Data Protection Regulation, Article 35.
73 See EU, General Data Protection Regulation, Article 25.
74 Cristina Santos and Lucien Rapp, *Very High-Resolution and Processing-Intensive Image Analysis: Potential Risks Under the GDPR* 44(3) Air &Space Law 292 (2019).
75 PJ. Blount, *Renovating Space: The Future of International Space Law*, 40 Denver Journal of International Law and Policy 528 (2012).
76 Paul B. Larsen, *Small Satellite Legal Issues*, 82 Journal of Air Law and Commerce 290-291 (2017).

动筹资、实现道德投资[77]等动力的驱动下，企业将更愿意遵守类似的行业规范，可以成为外空数据领域立法的一个先行的模板。

最后，可以预测，GDPR 对主权国家的影响力也可以在外空法领域发生。一方面是 GDPR 本身具有的域外效力直接影响了欧盟境外的数据流动，并且作为世界领先的数据保护法激励了很多欧盟外的主权国家主动制定本国的数据保护法，如阿尔巴尼亚、阿根廷、巴西等，具有很强的兼容性和模仿性[78]，另一方面是在外空法的特殊责任制度下，国家本身也会有很强烈的动机去确保他们负责和监管的私人实体的合规。外空中的卫星星座增多，轨道资源稀缺，也使得发展中国家们对于“不加歧视的地理空间（geospatial）信息的可得性”的需求更紧迫，对于改革当前的数据分发标准、确保数据保护已形成了共识。[79]

（二）明确分发主体的具体的责任

GDPR 的责任设计框架值得借鉴，但是卫星遥感数据与 GDPR 倾向于保护的个人数据毕竟特性不同，保护的倾向性也不同。GDPR 想要保护的是个人数据中的个人信息权和隐私权，而后者隐私权的价值在于“免受外界干扰、独处的”权利[80]，因此对于他人私生活的公开就会被视为对隐私的侵犯[81]，即只需数据泄露的事实本身（而无需造成其他后果）便需要承担违法责任。[82]而如前文所述，在卫星遥感数据分发的过程中，特别要注意到遥感数据的公共产品性质（遥感数据可能在国际司法机构中被用来作证、成为人道主义救济事业的重要决策依据或军备竞赛等条约核实的重要手段），和其中包含的各主体自身需要被保护的利益（国家的安全利益、私人实体的知识产权利益和个人的隐私利益）。因此私人主体应当承担的具体责任的内容也有所不同。

1. 对数据本身的责任：保证遥感数据的可靠性

遥感数据的分发与个人数据的保护过程中第一个不同之处就在于遥感数据的分发主体要对遥感数据的可靠性承担更重的责任，尤其是在遥感数据是重要决策的依据时。在国际刑事法庭、国际海洋法法庭、欧洲人权法院、国际法院上遥感数据的广泛使用对于案件中的事实认定非常有帮助，但同时也引起了法官们的担忧。如欧洲一名法官在审理案件时如遇到当事双方呈上的卫星遥感图像作为证据，他首先希望了解制造这些影像的卫星技术，这项技术是否还处于试验阶段还是已经相对较为成熟。而在考虑到遥感图像的证明力时，最重要的便是这些数据的真实性，包括图片本身和被拍摄的时间。法庭会重点考察从照片被拍摄到照片保管（custody）、处理、提交的整个过程中是否存在相关的保证和操作记录；其次法庭会将视线转移到以下几个方面：遥感数据文件中记录的有关事实的精确范围、数据的精确度、相关度或能提供有用信息的程度、对技术误差的保证等等。如果遥感数据必须和其他数据结合才能使用，法庭将希望知道这些数据“合作”的原理以及其他数据存在瑕疵的可能性。[83]由上可知遥感数据的可靠性包含了两方面的因素，第一是真实性，即其中是否存在人为故意造

---

77 See Margarita Chysaki, *The Sustainable Commercialization of Space: The Case for a Voluntary Code of Conduct for the Space Industry*, 52 Space Policy 8-10 (2020).

78 参见田旭：《欧盟个人数据保护法的全球影响成因与启示》，《江西财经大学学报》2020 年第 4 期，第 142 页。

79 See Amir Saboorian, *A Brave New World: Using the Outer Space Treaty to Design International Data Protection Standards for Low-Earth Orbit Satellite Operations*, 84(4) Journal of Air Law and Commerce 602-604 (2019).

80 See Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy* 4(5) Harvard Law Review 193-220 (1890).

81 See William Prosser, *Privacy*, 48 (3) California Law Review 383-423 (1960).

82 See Roman Zakharov v. Russia, Judgment of 4 December 2015, paras.228-230.

83 See Carole M.Billiet, *Satellite Images As Evidence for Environmental Crime in Europe: A Judge's Perspective*, in Ray Purdy & Denise Leung(eds.), Evidence from Earth Observation Satellites 352-353 (Mertinus Nijhoff Publishers, 2013).

假的行为；第二是质量，即自然条件或者技术限制带来的技术误差可能对结果构成的影响。那么应当如何确保或加强被分发的遥感数据的可靠性？

当前国际上解决这一问题的思路分两种，一是通过电子签名和时间戳技术。电子签名可以用来证明数据的来源，时间戳可以用来证明数据的生产时间。而为了确保这样的“封印”（seal）程序是具有法律效力的，封印的过程必须要一个国际承认的信任第三方（Trusted Third Party，TTP）进行。[84]具体来讲，遥感数据分发的主体在使用这两项技术时应注意以下 1）：电子签名和时间戳应对用户可见；2）：其本身不应限制遥感数据的分发；3）：应当保护的数据包括元数据、派生的地理信息产品（包含对数据及其应用的完整描述）以及遥感数据本身；4）：不能更改的自动处理数据记录（包括处理参数）以便检查是否应用了标准化数据处理，以及应用了哪些参数等。[85]

二是借助第三方如国际标准组织等机构为数据可靠性设立国际最低标准。标准是对产品或服务的某些品质、环境友好程度、安全、可靠性、有效性等其他特性的一种保证。[86]虽然标准本身不具有法律地位，但是他们常在合同中被引用，作为产品或服务满足了要求的一种保证，成为一种证明生产良好可以信任的标志。根据法院对于作为证据的遥感数据的考察，可能需要遥感分发主体保留数据获取、存储、处理和分发等多个流程中的记录，以供后期的定期审核，以证明现有的管理系统在各个处理和存储阶段均运行良好，可靠且安全。[87]

由第三认证会使数据更易被信任，使得引用遥感数据的一方和数据本身都可靠客观。遵循了相同科学测试的数据意味着失误的减少，因此在法庭中更具证明力，在人道主义救助中也会更高效。也许在未来还会出现除第三方认证以外其他的保证手段，但无论形式如何，遥感数据分发的主体应当对数据的可靠性承担责任。

2. 对社会的责任：保护隐私和其他侵权损害

由前文的论证可知，遥感数据的分发可能给社会带来的损害包括两方面：第一是过于广泛、不加限制地分发可能会侵犯个人或群体的隐私，第二是错误或不够准确的数据如成为重大决策的依据可能会带来更为严重的后果，如致人伤亡。

要求高精度的遥感数据在分发过程中保护隐私已经具有广泛的实践基础。在遥感卫星的运营商之前，无人机和闭路电视（CCTV）都具有不易发现、长期系统地收集和记录个人数据的能力。欧盟的数据保护工作组确定了其中存在隐私风险。[88]当然隐私权的保护并不是绝对的，公共机关为了国家安全、公共安全、为了防止混乱或犯罪或保护他人的权利与自由等，必要时可以对隐私权进行依法、合目的地干涉。[89]基于上述理由，欧盟对数据的传输提出了程序的要求，包括适当的保障、可执行的权利和有效的救济。[90]欧盟法院在审核的时候不光

---

[84] Willibald Croi, Fréderic-Michael Foeteler & Harold Linke, *Introducing Digital Signatures and Time-Stamps in the EO Data Processing Chain*, in Ray Purdy & Denise Leung(eds.), Evidence from Earth Observation Satellites 380 (Mertinus Nijhoff Publishers, 2013).

[85] Willibald Croi, Fréderic-Michael Foeteler & Harold Linke, *Introducing Digital Signatures and Time-Stamps in the EO Data Processing Chain*, in Ray Purdy & Denise Leung(eds.), Evidence from Earth Observation Satellites 393-394 (Mertinus Nijhoff Publishers, 2013).

[86] Extract from the International Organization for Standardization (ISO), Why standards matter? See http://www.iso.org/iso/about/discover-iso_why-standards-matter.htm, visited on 24 April 2021.

[87] See Alan Shipman, *Authentication of Images*, in Ray Purdy & Denise Leung(eds.), Evidence from Earth Observation Satellites 360-376 (Mertinus Nijhoff Publishers, 2013).

[88] See Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Privacy and Data Protection Implications of the Civil Use of Drones (2015) at 20, www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519221/IPOL IDA(2015)519221_EN.pdf, visited on 24 April 2021.

[89] See EU, European Convention on Human Rights, Article 8.

[90] See EU, General Data Protection Regulation, Article 46.

会审核公司本身的隐私保护，还会审查接受数据的第三国有关安全和专业措施的国内法和国际承诺、实践等；以及其行政、管理和合规实践。[91]在未来，卫星遥感数据也可能面临着同样的要求，数据的分发应当满足比例原则。卫星遥感分发的主体可能会被要求主动添加能够自动识别并模糊人脸、车牌等敏感信息的处理技术、访问个人数据时应当单独授权、在不需要数据时尽快将数据不可逆转地销毁等[92]。但是为隐私权提供强有力的事后救济的国家并不多，甚至连欧洲人权法院都承认了事后救济的有效性较为有限[93]。总之，遥感数据分发的主体要平衡兼顾公共利益和隐私权利，并且保护隐私的手段将以事前管控、主体自觉为主。

不准确的数据招致损害结果的案例可能多在其他卫星技术发生，如全球定位导航系统（GNSS）的数据，因为 GNSS 与无人驾驶车、无人机紧密相关，容易引起有关责任承担的讨论。[94]但这样的损害也可能由遥感数据引起。2012 年意大利的一个法庭就判决七名科学家误读了电子地图中的信息，并向当地居民保证不会发生地震，结果地震最终发生，造成 309 人死亡和 1600 人受伤。[95]因此在理论上讨论一下卫星遥感数据分发可能带来的损害赔偿责任也有必要。根据普遍适用于赔偿领域的一般法律原则，损失和行为之间必须要有因果关系。如果争议行为和最终的损害结果之间存在多个环节，则不同行为对损害结果而言将有近因和远因的区别。由于法律上只考虑近因，那么重点将在于考察争议行为是造成损害的近因还是远因。判断近因有两个标准，第一个是客观标准。“在法律眼中的远因——不是在时间方面——而是自然的和正常的顺序方面”……“在事物正常发展过程中”……的正常后果。第二个是主观标准，判断行为人在行为时能否预见损害结果的发生，或具有造成损失的意图，[96]而正常状态的客观标准与合理可预见性的主观标准通常一致。[97]卫星遥感数据的分发也应当依照以上标准来判断责任问题。如果分发数据的主体分发不及时或分发的数据质量太差，是否可以推测按照事物正常发展的顺序，有损害发生的可能？因此是否分发主体也有可能预见这一损害结果？一般的数据分发主体可能不具备造成损害的意图，但是如果数据质量过差、太过延迟，也是有可能承担赔偿责任的。很多遥感数据的提供者会在用户使用产品时发表免责声明，如欧盟的哥白尼[98]。但是在数据真正造成重大损害时，这样的免责声明效力到底如何还存在疑问。

五、结论

在遥感数据分发过程中的三大类主体：国家、私人实体和个人的权利可能受到的影响。国家在遥感数据分发的控制中主要考虑的是安全、主权及国际形象；私人实体的遥感数据分发除受国家安全利益限制以外还会考虑知识产权；个人虽不是分发数据的主体，但却可能受到数据分发行为的影响，个人或群体的隐私可能受到侵犯，数据分发也在人道主义救助活动中起到决定性作用。这三类主体之间的利益会相互影响。在商业遥感领域表现为：国家限制私人实体，私人实体追求商业利益引发个人的隐私担忧，引起要求前两者保护人权的呼声。

---

91 See Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems, Case C-311/18, Judgement of 16 July 2020, para.68.

92 See Cristina Santos and Lucien Rapp, *Very High-Resolution and Processing-Intensive Image Analysis: Potential Risks Under the GDPR* 58(3) Air &Space Law 293 (2019).

93 参见廖丽、师亚楠：《欧盟大规模数据监控的赋权、制衡与挑战》，2020 年第 6 期，第 80-81 页。

94 See Dejian kong, *International Space Law for GNSS Civil Liability: A Possible Solution?* 48 Space Policy 76-86 (2019).

95 See Sandra Cabrera Alvarado, *Legal Aspects on the Use of Satellite Images for Disaster Relief and Humanitarian Services*, 60 Proceedings of the International Institute of Space Law 379-380 (2017).

96 参见郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社 2012 年版，第 250-257 页。

97 郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社 2012 年版第 258 页。

98 See European Commission, EMS Disclaimer, https://ec.europa.eu/info/legal-notice-en, visited on 24 April 2021.

在公益遥感领域表现为：国家和受国家限制的私人实体对人道主义救助的贡献有限，可能会导致救助任务失败。

人类面临着很多来自外太空或与利用外太空有关的生存威胁，因此国际社会应当共同努力保护外空安全。从卫星遥感数据分发的角度来讲，应当进一步调和不同主体之间的矛盾与利益冲突。为了增强信任，减少怀疑，数据的分发应当更透明、开放、及时；质量应当更加有保障。各国应当统一术语，克服知识产权等限制。

GDPR 的模板对遥感数据的分发具有重要的借鉴意义，遥感数据也可以利用相似的规范通过对分发主体中尤其是私人主体进行规制，主要鼓励事前的风险防控，减少损害发生。而私人实体和主权国家都将有强烈的动机遵守这样的规范。

遥感数据的分发主体具体的责任应当进一步明确。首先分发主体应当保证数据本身的可靠性，当前已有一些第三方认证的方式值得推广。其次分发主体要对国际社会承担责任。第一应当保护所涉用户的隐私，这方面仍以事前管控为主。第二对于可能造成的其他严重损害还处于学理上讨论的阶段，但也值得引起注意。

马耳他在人类共同继承财产概念形成中的作用与贡献

郑和英* 宋杰** 浙江工商大学法学院

摘要：人类共同继承财产原则是国际海底区域制度的法理基础。此概念最初是马耳他首先提出来的。此概念提出来之后，围绕相关原则及制度构建，马耳他一直致力于在联合国大会层面推进，积极参与了大会为此而设立的专设委员会和常设性的海底委员会的相关活动，并取得了很好的效果。在联合国海洋法会议召开之后，马耳他同样积极地参与了历次会议，并在会议中继续围绕此概念发表意见，提出建议。马耳他在参与此概念形成的过程中，不仅提出了此概念，还提出了具体建议，推动了概念的制度化形成与构建。从效果来看，马耳他的参与是卓有成效的。在参与国际法律事务的过程中，马耳他的参与实践值得其他国家借鉴。

关键词：人类共同继承财产；马耳他；联合国大会；联合国海洋法会议

Abstract: The principle of the common heritage of mankind is the legal basis of the International Seabed Area Regime. The common heritage of mankind was first proposed by Malta. After this concept was put forward, Malta has been committed to advancing at the level of the UN General Assembly around the relevant principles and regime construction, and actively participated in the relevant activities of the ad hoc committee and the permanent seabed committee established by the General Assembly for this purpose, and achieved good results. After the United Nations Conference on the Law of the Sea was held, Malta also actively participated in the previous conferences and continued to express opinions and make suggestions on this concept in the conference. In the process of participating in the formation of this concept, Malta not only proposed this concept, but also put forward specific suggestions, which promoted the institutionalization and construction of the concept. In terms of effectiveness, Malta's participation has been fruitful. Malta's practice of participation is worth learning from other states in the process of participating in international legal affairs.

Key words: the common heritage of mankind; Malta; the UN General Assembly; the United Nations Conference on the Law of the Sea

人类共同继承财产（the common heritage of mankind）概念是《联合国海洋法公约》（下称公约）第十一部分所规定的国际海底制度的基石。以此概念为基础，公约构建了执行和实施此原则的具体制度。而在人类共同继承财产概念的形成过程中，马耳他起到了非常重要的作用，扮演着重要的角色。

1967 年，马耳他常驻联合国大使帕尔多先生向时任联合国秘书长递交了一份题为“关于目前国内管辖范围以外的海洋床底及底土专为和平目的及为人类利益而利用之宣言与条约”的提议，在草案中第一次使用了“人类共同继承财产”的概念。以此为起点，此概念的形成与发展随后经历了两个重要阶段：在联合国大会层面进行讨论的阶段和在第三次联合国海洋法会议上进行讨论和谈判磋商的阶段。而无论是在联合国大会层面讨论的阶段，还是在第三次联合国海洋法会议上进行讨论和谈判磋商的阶段，马耳他都积极地参与了相关讨论和磋商，为此概念的成形、发展、丰富和完善做出了重要贡献。

人类共同继承财产不仅是一个概念，更是一个制度，公约第十一部分即以此概念为基础，

* [作者简介] 宋杰，法学博士，博导，浙江工商大学法学院教授。郑和英，浙江工商大学法学院国际法博士研究生。

构建了一个以此概念为核心的制度性体系。同时，其还是一个“支点”，第三次联合国海洋法会议，即是经由此概念而撬动的，是《联合国海洋法公约》的“起源”。[1]在重要制度性概念形成的过程中，国家应如何参与，如何确保自身参与有效，从而在其形成和发展过程中做出贡献，打上自身印记？例如，“人类命运共同体”如何成功“植入”海洋法体系？在人类共同继承财产的原则和制度性概念形成过程中，马耳他的参与和作为，对我国参与国际事务、将“人类命运共同体”“国际化”、“法律化”是有重要借鉴意义的。因此，详细研究马耳他在人类共同继承财产概念形成和发展中的作为与表现，无疑有很强的借鉴价值。

文章将分三部分。第一部分和第二部分是文章重点。在第一部分中，文章将主要讨论马耳他在联合国大会层面的相关参与；第二部分则讨论其在联合国海洋法会议阶段的相关参与表现；最后是简要总结。

一、马耳他在联合国大会层面的参与

对马耳他在联合国大会层面的参与，将主要以时间为序予以展开。

（一）第 22 届联合国大会：人类共同继承财产概念的初步提出

1967 年 8 月 17 日，在第 22 届联合国大会上，马耳他常驻联合国大使向联合国秘书长递交了一份题为“关于目前国内管辖范围以外的海洋床底及底土专为和平目的及为人类利益而利用之宣言与条约”的提议，要求将其列入第 22 次联合国大会议程的补充项目表中。[2]在解释性备忘录中，该大使称，海洋海床和洋底约占地球面积的七分之五，是目前唯一没有被国家所利用的部分。但随着新技术迅速发展，此种情形将会改变，其将会成为国家竞争性开发和利用的对象，并将有利于技术先进国。因此，有必要将海洋海床和洋底宣告为“人类共同继承财产”并为此目的而起草一项条约。条约中应载入如下诸原则：其不属于任何国家以任何方式开发的对象；对其探测应以符合《联合国宪章》宗旨和原则的方式进行；对其的使用应是为了整个人类的利益，资金收益应首先用于帮助和促进贫穷国家的发展；海床和洋底应完全是为了和平目的等。同时，其还建议，为了人类利益，长期目标是应创设一个特定机构来对国家管辖范围以外的海洋的海床和洋底进行管理。该机构应有权对在此区域内的所有活动进行管制、监管和控制。[3]

9 月 21 日，大会总务委员会[4]建议将此项目列入大会议程。[5]9 月 23 日，在第 1564 次会议上，大会批准了总务委员会的建议。[6]10 月 5 日，在第 171 次会议上，总务委员会建议将此项目分配给大会第一委员会讨论。[7]10 月 6 日，在第 1583 次会议上，大会决定将此项目名称改为“审查专为和平目的对目前国家管辖范围以外的海洋的海床和洋底加以保留，以及为了人类利益使用其资源的问题”，批准了总务委员会的建议，决定将其分配给第一委员会考虑并向大会提交报告。[8]

1967 年 11 月 1 日和 11 月 8 日-16 日期间，第一委员会在第 1515 至 1516 次、1524 至

---

[1]在国际海洋法法庭的官方网站上，在介绍国际法庭时即是这样描述的（第 4 段）。来源参见链接：https://www.itlos.org/the-tribunal/#:~:text=The%20International%20Tribunal%20for%20the%20Law%20of%20the,for%20fairness%20and%20integrity%20and%20of%20recognized%20 2021 年 3 月 10 日最后访问。

[2] See Official Records of the General Assembly, Twenty-second session, Annexes, Agenda item 92, document A/6695.

[3] Ibid., paras.1-4.

[4] 总务委员会是由大会主席和 21 位副主席以及六个主要委员会的主席组成，主要是就议程的通过、议程项目的分配和大会工作安排向大会提出建议。

[5] 参见联合国文件：A/6840。

[6] 参见联合国文件：A/6850。

[7] 参见联合国文件：A/6840/Add.2。

[8] 参见联合国文件：A/6851/Rev.1。

1530 次和第 1542 至 1544 次会议上讨论了此议程。在第一委员会审议上述议程的过程中，马耳他代表向第一委员会介绍了提出议程的由来及相关具体设想。

马耳他代表在介绍的时候，非常详细描述了人类在世界海洋的活动，以及随着技术的发展，人类可以从海洋资源中获取相应利益的未来前景。其结论是：如果延续当前人类对国家管辖范围以外的海洋和洋底的开发和利用模式，要避免对海洋环境可能造成的永久损耗，唯一有效的措施就是设立一个拥有充分权力的国际机构，使其能够为了人类利益而对国家管辖范围以外的海洋和洋底进行管理，能管理、监督和控制海洋上或洋底的所有活动。[9]

马耳他代表进一步强调，在缔结设立前述国际机构的条约时，应将如下原则纳入条约：

（1）本条约中所称的在国家管辖范围以外的海洋的海床和洋底，是不能由国家以任何方式加以占有的；

（2）国家管辖范围以外的海床和洋底应专为和平目的而保留；

（3）对国家管辖范围以外的深海和洋底的不与防卫直接相关的科学研究应是自由的，研究结果应能让所有国家都可得到。

（4）对国家管辖范围以外的海床和洋底资源的开发利用应首先是为了人类利益，特别是考虑到贫穷国家的需求；

（5）对国家管辖范围以外的海床和洋底资源的探测和利用应以符合《联合国宪章》宗旨和原则的方式进行，且不应不必要地对公海带来妨碍，或给海洋环境造成严重损害。[10]

最后，马耳他代表建议联合国大会在第 22 届会议上通过一项体现如下概念的决议草案：

第一，海底和洋底是人类共同继承财产，对其的使用和开发应为和平目的及专为整个人类的利益。由于贫穷国家是人类社会中最需要帮助的，因此，基于商业目的而对海床和洋底的开发所获得经济收益的分配，就应优先考虑这些国家的需求。

第二，应冻结目前对目前国家管辖以外的海床和洋底所提出的主权要求，直至对大陆架有一个明确定义为止；

第三，首先应设立一个具有广泛代表性但人数不多的机构，以考虑在国家管辖范围以外的深海和洋底设立一个国际机构所涉及到的安全、经济和其他问题；其次，需要起草一项全面的条约来保护目前各国管辖范围以外的海床和洋底的国际性；最后，在设立国际机构的时候，应规定该机构的职责是确保国家在深海和洋底所进行的活动将符合拟议条约所载的原则和规定。[11]

在第一委员会讨论过程中，对于海底资源到底是应该被称为“人类共同继承财产”还是其他名称，各国代表团立场不一。例如，英国代表团用的是“国际社会的利益”（the interests of the international community），美国代表团用的是“全人类的利益”（for the benefit of all mankind），前苏联代表团用的是“人类的利益”（in the interest of mankind），中国代表团用的则是“为了人类的利益”（for the benefit of mankind）等。[12]最终确定的，依然是马耳他代表建议所使用的名称。

经第一委员会主席提议，第一委员会成立了一个非正式工作组。非正式工作组成员由第

[9] See Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea office of Legal Affairs, The Law of the Sea: Concept of the Common Heritage of Mankind-Legislative History of Article 133 to 150 and 311 (6) of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, New York, pp.9-11, para.26.

[10] Ibid., p.11, para.27.

[11] Ibid., pp.11-12, para.27.

[12] See Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea office of Legal Affairs, The Law of the Sea: Concept of the Common Heritage of Mankind-Legislative History of Article 133 to 150 and 311 (6) of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, New York, 1996, pp.12-13.para29.

一委员会主席和比利时、巴西、保加利亚、印度、马耳他、美国驻联合国代表组成。工作组以相关讨论为基础，起草了一份供讨论的决议草案。12 月 7 日，第一委员会通过了经修正后的决议草案。在决议草案中，第一委员会建议大会设立专设（ad hoc）委员会来对此问题进行研究和推进。[13]

1967 年 12 月 18 日，联合国大会通过了题为“审议各国现有管辖范围以外公海之海洋底床与下层土壤专供和平用途，及其资源用谋人类福利之问题”的第 2340 号决议。决议确认“人类对构成地球主要部分的海洋床底，具有共同利益”，为“保全海洋床底与下层土壤免受有害人类共同利益之行动及适用”，决定设立“研究各国现有管辖范围以外公海之海洋床底专供和平用途专设委员会”，由包括马耳他等在内的 35 国组成。大会要求专设委员会编写一项研究报告，内容包括概述联合国和其他政府间机构过去和现在有关海床洋底的活动，有关海床洋底的现有国际协定，说明该项目的科学、经济、技术、法律及其他方面等。[14]

总体而言，马耳他在此阶段的参与不仅“有备而来”，而且“颇有成效”。

就“有备而来”而言，主要体现在：

第一，在向联合国秘书长递交提议时，马耳他不仅提出了“人类共同继承财产”这个概念，提出了问题，而且，其还提出了解决问题的初步建议、步骤和方案。马耳他并没有停留在仅仅提出概念和问题的阶段，相反，其非常注重提议的可操作性。

第二，马耳他高度重视随后的积极参与。在第一委员会讨论此问题的时候，马耳他不仅详细描述了相关问题，还提出了解决方案和路径。同时，还积极参与了第一委员会对提交给大会的决议草案的拟定。

第三，马耳他重视自身建议的“与时俱进”。如果将马耳他向联合国秘书长递交的提议和马耳他在第一委员会的发言，就会发现，马耳他本身也在调整自身的主张。例如，就其所提出的具体原则而言，后一阶段即增加了新的内容。[15]而在听取了其他国家的发言后，马耳他更是采取了建设性的和广泛合作的立场，与其他部分国家一起，在非正式工作组和决议起草发起国中发挥着相应作用，有很好的灵活性。

从“颇有成效”角度来看，主要体现在：

就“人类共同继承财产”概念的“起源”而言，马耳他不仅率先在联合国层面提出了此概念，而且，还成功地“保住”了此概念。尽管在第一委员会讨论的过程中，围绕概念的表述有不同建议，但最终采纳的还是马耳他所使用的概念。

马耳他在此阶段的另外两个贡献是：成功地将其提议列入到了大会的正式议程之中，并分配给了第一委员会处理；而在第一委员会讨论的过程中，又成功地推动委员会提出了设立专设委员会来处理此议题的建议。在大会 1967 年所通过的第 2340 号决议中，此决议被正式采纳。在推动第一委员会“向前走”的过程中，马耳他不仅是非正式工作组的成员，同时也是第一委员会共同提出最终决议草案的国家之一。

（二）专设委员会和大会第二十三届会议（1968 年）

根据大会 1967 年第 2340 号决议所设的专设委员会在 1968 年举行了三届会议。[16]在第一届会议上，专设委员会设立了两个全体工作组，一个处理经济技术问题，另一个处理法律问

[13] 参见联合国文件：A/6964，第 6 段。
[14] 参见联合国文件：A/RES/2340（ＸＸⅡ）。
[15] 具体变化为：由原来的 4 个原则增加为 5 个原则，顺序也有所调整，内容上：增加了与国防没有直接联系的深海和洋底科学研究自由以及不得造成不必要的公海交通堵塞和严重损害海洋环境的方式进行。
[16] 参见联合国文件：A/7230，第 3 段。

题，其他问题则由专设委员会自己处理。[17]在 3 月 19 日的第一届会议上，马耳他的 Victor J. Gauci 先生当选为主体委员会报告员。专设委员会最终提交给联合国大会的研究报告，[18]即是报告员根据两个工作组的报告和专设委员会的讨论情况起草的。

在这三届会议上，专设委员会讨论了多个国家提出的不同提议，包括起草的不同决议草案。在涉及到国家管辖范围以外海洋床底区域法律制度所应适用的原则问题时，这些决议草案有两种不同观点，一种观点认为应提请大会考虑，另一种观点认为将原则列在委员会提交给大会的报告之中。[19]在巴西里约热内卢召开的第三届会议上，专设委员会在提交给联合国大会的报告中拟定了两种方案：一种方案是宣告适用于海床洋底区域法律制度的一般原则，一种方案是声明国家同意适用于相应区域的原则。这两种方案均提到如下原则：海洋床底及其底土是人类共同继承财产，任何国家不得对其任何部分主张或行使主权；对海洋床底及其底土的探测、利用和开发应转为和平目的和为了人类利益；对海洋床底及其底土的探测、利用和开发应根据《联合国宪章》规定的原则和宗旨进行。专设委员会各代表一致认为，整个项目值得进一步研究，并建议设立一个常设性委员会，由常设性委员会负责研究项目所涉及到的诸问题。[20]

在 1968 年的第 23 届联合国大会上，专设委员会的报告被交付给大会第一委员会讨论。在讨论过程中，马耳他代表概括了专设委员会所达成的如下共识：在国家管辖范围之外存在着一个海洋床底区域，但其范围尚未确定；此区域应专为和平目的保留，其资源之使用应为人类利益，但“和平目的”与“人类利益”需要进一步界定；在科学研究和海洋环境调查方面特别需要强化国际合作；对海洋床底区域的探测和利用应力避海洋环境污染，不影响国家在公海所已享有的权利和利益。

在大会上，马耳他代表急切敦促大会通过简单明了的声明，宣告国家管辖范围以外的海床洋底及其下层底土为人类共同继承财产。马耳他代表团强调，人类共同继承财产概念不是口号，也不属于那些或多或少让人满意的原则，而是工作的基础，是打开通向未来之门的钥匙，是希望能引入国际法的一项新的法律原则。要有效应对未来几十年中即将面对的更复杂挑战，就有必要引进新概念，采用新办法。人类共同继承财产概念显然能堪此任。此概念不仅意味着对其获取和利用的自由，还意味着基于保留的目的及防止侵犯他国权利的目的而对其利用加以规制，防止其被滥用。此概念还意味着，对其开发所得的获益应公平分配。未经所有国家的同意，不得对此财产进行分割。对此财产的管理应代表整个人类及其利益。[21]

经过讨论，墨西哥等国单独或联合他国向联合国大会提交了 5 份有关探测、开发和利用国家管辖范围以外海洋床底及其底土的原则草案。在这 5 份原则草案中，有一份是马耳他、毛里求斯和坦桑尼亚三国联合提交的。[22]草案主要内容为：

“承认在国家管辖范围之外存在着一个海洋床底及其底土区域，其范围需要进一步确定，

---

[17] 参见联合国文件：A/7230，第 4 段。

[18] See Report of the Ad Hoc Committee to Study the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction, UN Doc. A/7230, 1968.

[19] See Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea office of Legal Affairs, The Law of the Sea: Concept of the Common Heritage of Mankind-Legislative History of Article 133 to 150 and 311 (6) of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, New York, 1996, p36.para38.

[20] 参见联合国文件：A/7230, para.88, pp.17-19.

[21] See Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea office of Legal Affairs, The Law of the Sea: Concept of the Common Heritage of Mankind-Legislative History of Article 133 to 150 and 311 (6) of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, New York, 1996, pp.41-42, para.44(b).

[22] 另外四份草案的提出国为：墨西哥提出了一份草案，塞浦路斯、利比里亚、乌拉圭联合提出了一份草案，利比里亚单独提出了一份草案，阿根廷、巴西、智利等十三国联合提出了一份草案。

“注意到技术的发展可以使此区域用于科学、经济、军事和其他目的，

“相信对此区域的勘探、开发和利用应是为了整个人类的利益，而不论国家的地理位置、经济发展水平或技术能力如何，同时也不得妨碍公海自由，

“1. 在区域及其法律地位得到更精确界定之前，呼吁所有国家不要采取任何可能损害国家管辖权范围以外区域的行动；

“2. 对国家管辖范围以外的区域及其底土，要求国家遵守如下原则：

“（a）任何国家不得对区域的任何部分主张或行使主权、管辖权或任何排他性权利，也不得以任何方式加以占领；

“（b）对区域的探测和利用应是为了全人类的利益，同时考虑到发展中国家的特殊需要；

“（c）区域只用于和平目的；

“（d）在区域内的所有活动均应根据国际法包括《联合国宪章》进行，并不得对公海自由造成无端干涉；……”[23]

1968 年 12 月 21 日，大会通过了题为“审议各国现有管辖范围以外公海之海洋底床与下层土壤专供和平用途，及其资源用谋人类福利之问题”的第 2467 号决议。在决议中，大会决定设立“各国管辖范围以外海洋底床和平使用委员会”（简称“海底委员会”），由包括马耳他在内的 42 国组成。海底委员会的主要职责有：研究如何详细拟定法律原则及标准，以促进各国在探测及利用各国管辖范围以外海洋底床与下层土壤之国际合作，确保此区域资源的开发，用谋人类福利；进一步研究如何保留此区域专供和平用途问题；与联合国各专门机构等密切合作，以免工作重复等。[24]

在 1968 年 12 月 19 日召开的大会第 1648 次会议上，马耳他代表建议，应将包括马耳他等国在内所提交给大会的 5 份有关探测、开发和利用国家管辖范围以外海洋床底及其底土的原则草案提供给即将根据大会第 2467 号决议所设立的海底委员会，以供其考虑和借鉴。马耳他代表并声明，如果其他草案的提出方同意，他将不寻求对其与毛里求斯、坦桑尼亚联合提交的草案进行表决。马耳他的建议获得了塞浦路斯、墨西哥和巴西等国的同意。大会第一委员会随后决议将这些草案提供给即将设立的海底委员会考虑。[25]

相较于前一年，马耳他 1968 年参与专设委员会和联合国大会的活动有如下特点：

第一，在专设委员会层面，马耳他代表因其在 1967 年的突出表现而被成功地任命为专设委员会报告员。由于报告员主要负责最终报告的撰写，在相关议题的发展上能发挥重要作用，马耳他获得此任命既显示了其他国家对其能力和贡献的认可，也显示了他国对其继续发挥重要作用的期待。

第二，在联合国大会第一委员会层面，马耳他不仅概述了在专设委员会层面所达成的有关区域的若干原则性共识，而且，还利用机会再次重申了人类共同继承财产原则这一概念及其意义。相较于其此前的阐述，马耳他代表在第一委员会的阐释更具有说服力，站位也更高。

第三，在联合国大会层面，马耳他的表现更出色。马耳他在提出建议的时候，并没有仅考虑自己提出的草案，相反，是将所有 5 份草案作为一个整体，建议提交海底委员会考虑。马耳他的建议不仅具有全局性，而且，从有效性来看，能推动海底委员会对草案的重视。

---

[23] See Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea office of Legal Affairs, The Law of the Sea: Concept of the Common Heritage of Mankind-Legislative History of Article 133 to 150 and 311 (6) of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, New York, 1996, pp.74-75, para.47(c).

[24] 参见联合国文件：A/RES/2467 A（ⅩⅩⅢ）。

[25] Official Records of the General Assembly, Twenty-third session，Annexes, Agenda item 26, document A/7477,para.16.

最后，与 1967 年的参与具有一致性的是，马耳他特别重视参与在大会层面所设立的相应专业机构。马耳他 1967 年参加了专设委员会，1968 年参与了新设立的海底委员会。相较于专设委员会，海底委员会是一个常设委员会，职权比专设委员会更广，也有更多时间可以支配。新设的这个机构，便于大会对其活动进行指导，是一项适当的制度安排，[26]而这，也明显符合马耳他的相关意愿，因为在对联合国大会第 2340 号决议草案发表意见时，马耳他代表就曾表示，希望在第 22 届联合国大会成立一个委员会。

（三）海底委员会和大会第二十四届会议（1969 年）

海底委员会在 1969 年举行了三届会议。其中，在第一届会议上进行了选举并设立了法律小组委员会和经济及技术小组委员会。[27]马耳他的 Victor J. Gauci 先生在委员会选举中再次当选为主体委员会报告员。海底委员会需要处理的主要问题是：拟定勘探和开发国家管辖范围以外海底的原则和准则，设立一个适当的国际机构，为全人类的利益促进这样的勘探和开发。[28]委员会最终递交给大会的报告共包括三部分，主要部分是法律小组委员会和经济及技术小组委员会的报告。

在法律小组委员会的报告中，围绕“人类共同继承财产”概念，部分代表认为其有违国际法的现行规则与原则，缺乏法律内容，但另一些代表则强力支持此概念，认为其含有由国际机构代表国际社会规制的意思。[29]在经济及技术小组委员会报告中，则详细地讨论了设立相关国际机构的问题。[30]

在 1969 年联合国大会举行的第 24 届会议上，海底委员会起草的报告被交付给大会第一委员会讨论。在第 1673 次、1683 次、第 1708 次至 1710 次、第 1713 次至 1715 次会议上，第一委员会审议了这些报告。在审议过程中，马耳他代表认为：国际社会已经意识到，要对区域内的活动进行规制，就需要制定更全面和广泛的规则。在此过程中，既要考虑到发展中国家的特殊需要，也要考虑到在开发此区域资源过程中的人类共同利益，要在和平利用区域和保护海洋生态环境间维持平衡。马耳他代表认为，有必要设立相应的国际机构，利用区域内的资源应是为了整个人类的福祉，这已是各国共识。[31]

马耳他代表团随后向大会递交了相应决议草案。草案主要内容为：

“鉴于有关公海、领水、毗连区、大陆架、上覆水域及各国管辖范围以外海洋床底诸问题均由密切关系，

“鉴于 1958 年 4 月 29 日《大陆架公约》所载大陆架定义对于沿海国家为探测并开发天然资源而行使主权所及地区界限之规定有欠精确，并且关于此事的习惯国际法并不确定，

“备悉发展中之技术已使整个海洋底床渐易到达及开发，以供科学、经济、军事及其他目的之用，

“确认有一位于各国管辖范围之外之海洋床底及其下层土壤区域之存在，

---

[26] See Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea office of Legal Affairs, The Law of the Sea: Concept of the Common Heritage of Mankind-Legislative History of Article 133 to 150 and 311 (6) of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, New York, 1996, p.77, para.50.

[27] 设立这两个小组委员会的主要目的，就是为了代替专设委员会的两个工作小组。参见：海底委员会 1973 年递交给联合国大会的报告（联合国文件：A/9021），卷一，“导言”，第 7 段。

[28] 参见联合国文件：A/RES/2467（ⅩⅩⅢ），A 分节主文第 2 段和 C 分节。

[29] See Report of the Legal Sub-Committee, in: Report of the Committee of the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction, UN Doc. A/7622, 1969, p.14, paras.20-25.

[30] Ibid., pp.118-161, paras.81-194.

[31] See Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea office of Legal Affairs, The Law of the Sea: Concept of the Common Heritage of Mankind-Legislative History of Article 133 to 150 and 311 (6) of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, New York, 1996, p.109, para.61(a).

“复确认该区域专供和平用途，其资源用谋全人类之福利，

“深信亟需保存该区域免受任何国家之侵犯或据为己有而致有违人类之共同利益，

“察悉为该区域建立一项公允国际管制制度将对决定该管制制度所适用区域界线之工作有所裨益，

“……

“1. 请秘书长就宜否早日召开海洋法会议，以检讨公海、大陆架、领海及毗连区、捕鱼及公海生物资源之养护等制度，尤其对各国管辖范围以外之海洋床底区域参照为该区域行将确立之国际管制制度达成一明白、精确而获得国际接受之定义一事查明各会员国之意见。”[32]

在 1969 年 12 月 15 日召开的第 1833 次全体会议上，经表决，此草案以 65 票对 12 票、30 票弃权获得通过，最终体现在大会所通过的第 2574 号决议 A 部分中。[33]

从前述描述可以看出，一方面，马耳他“延续”了前一年其在专设委员会的表现，在海底委员会“继续”担任报告员，[34]从而继续发挥着重要作用，另一方面，在联合国大会层面，马耳他的参与更有效。一方面，马耳他重视总结和提炼他国所发表的意见，概括其共性，另一方面，其提交的决议草案也被大会采纳，并最终体现在大会正式通过的决议之中。

（四）海底委员会和大会第二十五届会议（1970 年）

海底委员会在 1970 年举行了三次会议：第一次是有关组织方面的，另外两次是届会，主要工作内容是拟定一项关于国家管辖范围以外海床洋底及其底土的宣言草案。[35]在第一次有关组织的会议上，马耳他的 Charles V. Vella 先生当选为主体委员会报告员。[36]

在这几次会议上，海底委员会就法律原则、经济与技术条件及规划、探测与研究、污染、和平用途、国际机构等问题进行了全面而深入的讨论。委员会的结论是，“真正在此领域拿出可行的并能为国际社会接受办法所必须进行的准备工作，大部分事实上业已完成。特别重要的是，在过去的两年中，各位围绕此问题讨论的共识范围扩大了，尽管进展速度比委员会期望的要缓慢一些。但有足够理由相信，会先采用条约形式制定出必需的一般协议，在该协议中，将对适用于区域的国际制度规定相应基础并决定其条件。”[37]

在 1970 年召开的联合国大会第 25 届会议上，海底委员会撰写的报告被交付给大会第一委员会讨论，与报告一并交付的，还有委员会起草的一份有关国家管辖范围以外海洋床底与下层土壤之原则的宣言草案。以此草案为基础，1970 年 12 月 2 日，马耳他等 46 国将其作为决议草案提交大会第一委员会。而在代表发起国介绍此草案之前，在 1970 年 12 月 7 日召开的第 1786 次会议上，马耳他要求第一委员会优先考虑此草案。[38]在于 12 月 15 日召开的 1798 次会议上，由于没有反对意见，第一委员会决定优先考虑此草案。此草案最终以 90 票赞成、11 票弃权、0 票反对的结果获得通过。[39]在 12 月 17 日召开的大会第 1933 次全体会议

---

[32] See Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea office of Legal Affairs, The Law of the Sea: Concept of the Common Heritage of Mankind-Legislative History of Article 133 to 150 and 311 (6) of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, New York, 1996, p.133，para.62.

[33] Official Records of the General Assembly, Twenty-fourth session，Plenary meetings, vol.III, 1833rd meeting, para.2.

[34] 此处所使用的“延续”和“继续”都是文学性的，不具有事实性描述的含义。

[35] 参见联合国文件：A/RES/2574（ⅩⅩⅣ）。

[36] See Report of the Committee of the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction, UN Doc. A/8021, 1970, para.5, p.2.

[37] Ibid., para.68, p.24.

[38] See Official Records of the General Assembly, Twenty-fifth session, First Committee, Annexes, vol.Ⅰ, Agenda item 25, document A/8097, para.13, p.8.

[39] Ibid., para.20, p.21.

上，此决议草案获得通过，成为大会 1970 年第 2749 号决议。[40]

在这份题为“关于各国管辖范围以外海洋床底与下层土壤之原则宣言”的决议中，其郑重宣告了如下原则：各国管辖范围以外海洋床底与下层土壤，以及该地域之资源，为全人类共同继承的财产；任何国家或个人，不得以任何方式对该地域之任何部分主张或行使主权或主权权利；任何国家或个人，均不得对该地域或其资源主张、行使或取得与行将建立之国际制度及本宣言各项原则抵触之权利；该地域对所有国家开放并专为和平用途而使用等。[41]大会在通过了前述第 2749 号决议之后，同一天又通过了第 2750 号决议。该决议决定“于 1973 年召开海洋法会议，审议建立各国管辖范围以外海洋底床与下层土壤区域及其资源之公平国际制度，包括建立一国际机构在内，并审议该区域之精准划定及广大范围之有关问题包括公海、大陆架、领海及毗邻区制度、捕鱼及公海生物资源之养护、海洋环境之保护及科学研究，”并决定海底委员会增加 44 个会员国。[42]

从前述描述可以看出，一方面，尽管人选有了变化，马耳他依然“一如既往”地担任着海底委员会报告员，继续发挥着重要作用，另一方面，在联合国大会层面，马耳他成功地说服了第一委员会优先考虑本国参与递交的决议草案，并以此为基础，最终在大会层面成功将其变为正式通过的决议，而该决议所宣告的诸原则为行将建立的适用于此区域的国际制度奠定了最重要的法理基础。

（五）海底委员会和大会第 26 届会议（1971 年）

1971 年 3 月 12 日至 26 日、7 月 19 日至 8 月 27 日，10 月 14 日、15 日和 22 日，海底委员会举行了其 1971 年届会。由于委员会成员国增加了 44 个国家，[43]委员会组织构建也有了新变化：新增加了一个第三小组委员会，主要职责是讨论海洋环境保护和科学研究问题，并拟定关于这两个问题的条约条款草案；确定了主体委员会和三个小组委员会的成员构成，马耳他的 Charles V. Vella 先生继续当选为主体委员会报告员。[44]

由于第 2749 号决议已经宣告了适应于区域的国际制度的主要原则，而第 2750 号决议又确定了召开海洋法会议的时间，扩大以后的海底委员会 1971 年的工作重点就转向了实际执行 2749 号决议中所宣告的诸项原则，为即将召开的海洋法会议编制关于国家管辖范围以外海床洋底与底土区域及其资源的国际制度的条约条款草案，并编制这个会议应行审议的有关海洋法的题目及问题清单。在 1971 年 3 月召开的委员会第一届会议上，委员会为三个小组委员会分配了相关任务。[45]委员会 1971 年收到的案文，基本上都与海洋国际制度的设计有关。

---

[40] See Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea office of Legal Affairs, The Law of the Sea: Concept of the Common Heritage of Mankind-Legislative History of Article 133 to 150 and 311 (6) of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, New York, 1996, p.188, para.86.

[41] 参见联合国文件：A/RES/2749（ＸＸＶ）。

[42] 参见联合国文件：A/RES/2750（ＸＸＶ），C 部分主文第二段与第五段。

[43] 由于委员会分配给东欧集团的一席虚悬，故委员会的成员国总数为 85 个，而非 86 个（42+44）。

[44] 参见联合国文件：A/8421（中文），“导言”，第 7-8 页。

[45] 第一小组委员会的主要任务是：编撰关于国家管辖范围以外海床洋底与底土及其资源的国际制度的条约条款草案，计及所有国家公平分享由此而生的利益，尤其注意发展中国家的特殊利益与需要，无论其为沿海国或内陆国。第二小组委员会的主要认为是：编制有关海洋法的题目和问题清单，包括有关公海、大陆架、领海（包括其宽度问题及国际海峡问题）及毗连区等制度和公海生物资源的捕捞和养护（包括沿海国的优惠权利问题）的题目和问题，并拟制有关这些题目和问题的条约条款草案。第三小组委员会的主要任务是：讨论保全海洋环境（包括防止污染等）及科学研究问题并编拟该两问题的条约条款擦草案。参见联合国文件：A/8421（中文），“导言”，第 19 段，第 6-7 页。

1971 年 8 月 23 日，[46]马耳他向委员会递交了题为“海洋水域条约草案”的工作文件。[47]在这份长达 89 页的工作文件中，马耳他提出了有关海洋法整体框架的构想，共 205 个条文，实际上是马耳他版的“海洋法公约草案”。在这份工作文件中，第四部分和第五部分是关于“国际海洋水域”即国家管辖范围以外的海洋床底及其下层土壤的原则与具体制度的构想，其中，第四部分是有关基本原则的规定，第五部分则是关于国际制度构建的具体设想。

第四部分共 20 条（草案第 66 条-第 85 条），所涉及到的基本原则有：国际海洋水域是人类共同继承财产，由根据草案第 86 条所规定的国际机构代表人类进行管理；国际海洋水域不得由任何国家或个人以任何方式加以占有，国家也不得对其任何部分主张或行使主权或主权权利；国际海洋水域专为和平目的而对所有国家开放和使用；在此海洋水域的任何活动都应由根据本公约草案所设立的国际机制予以规制；对此海洋空间的管理、探测和利用应是为了全人类的利益，并不得对在此海洋环境种的其他活动产生任何实质性影响，并需要保护海洋环境和保护人命；国家应根据适用的国际法原则、《联合国宪章》、《国际法原则宣言》等规定在此国际水域开展活动；在国际海洋水域的所有探测和开发资源的活动，都应由根据本公约草案第 86 条所设立的国际机构或有其代表进行；所有政府间国际组织或多边组织或公司等在其空间的活动，同样应受到根据本公约草案第 86 条所设立的国际机构的一般性监督和控制；每一缔约国都应对其自身或其国民在此水域内的活动承担国际责任；国际组织同样应对其在此水域内的活动承担国际责任等。[48]

在第五部分关于国际机构的设计中，马耳他分别从“设立和国际人格”、“宗旨和原则”、“会员身份”、“机构设计”（分为大会、联系会员、理事会）、“在海洋水域保持法律和秩序以及对国际海洋水域完整性之威胁”、“争端的和平解决”、“维持海洋水域生态的完整性”、“国际海洋法庭”、“秘书处和预算”、“主要附属机构”、“过渡安排”等 12 个方面分别进行了规定。[49]

在工作文件“引言”中，马耳他解释了公约草案案文的“来龙去脉”。关于第四部分，其解释称，第四部分的规定，主要来自于大会通过的第 2749 号决议和美国、坦桑尼亚联合递交的公约草案；草案第 76 条和第 77 条来自于其他被递交的公约草案；草案第 81 条和第 82 条来自于 1958 年《公海公约》第 24 条和第 25 条；草案第 83 条和第 84 条是全新的。[50]

关于第五部分，其解释称：此部分内容大部分都是全新的。起草这部分内容的一个基本假定就是：如果不对国家管辖范围以外海洋水域的自由进行规制，这既不符合沿海国的利益，也不符合国际社会整体的利益。因此，该海洋水域需要构建一个新的法律秩序，需要创建一

---

[46] 在各国管辖范围以外海洋底床和平使用委员会 1971 年提交给联合国大会的报告书中，马耳他提交工作文件的时间被记载为 1971 年 8 月 5 日，是在该委员会第 63 次会议上。参见联合国文件：A/8421（中文），“导言”，第 11 页，第 25 段。8 月 23 日这一时间是根据联合国文件 A/AC.138/53 确定的。

[47] See Draft Ocean Space Treaty, working paper submitted by Malta, UN Doc. A/AC.138/53, 23 August 1971.值得注意的就是，“海洋空间条约草案”只是马耳他这份工作文件的简称。该文件的实际名称非常长，名称全称为：Draft Treaty concerning the establishment of an international régime, including international machinery, for the sea-bed and ocean floor and the subsoil thereof and for its resources beyond the limits of national jurisdiction, including a precise definition of the area and also concerning a broad range of related issues, including those of the régimes of the high seas, the continental shelf, the territorial sea (including the question of its breadth and the question of international straits) and contiguous zone, fishing and conservation of the living resources of the high seas (including the question of the preferential rights of the coastal State), the preservation of the marine environment (including inter alia the question of pollution) and scientific research, see UN Doc. A/AC.138/53,para.3, p.1.

[48] See UN Doc. A/AC.138/53, pp.41-46.

[49] Ibid., pp.47-89.

[50] 第 83 条涉及到的是在此海域为促进国际合作和确保航行安全而必须进行的信息通报等；第 84 条则涉及到禁止在此海域放置核武器及禁止核试验等。

个国际机构，该机构既有权对国家等在此水域的活动进行规制，又有权对其中的生物和非生物资源进行管理；既能促进此水域经济的有序发展，又能确保所有国家都能分享对此水域的开发所获得的收益。而要达致此目标，就需要从两方面着手：在国际海洋水域建立一个可靠的机制，通过此机制来维护在此水域的法律和海洋秩序；维护国际法的确定性，并为此而建立一个和平解决争端的机制。这就涉及到建立一个具有强制管辖权的国际法庭的问题。[51]

在 1971 年第 26 届联合国大会上，载有前述内容的海底委员会 1971 年报告被提交到大会第一委员会讨论。在同年 12 月 20 日通过的第 2846 号决议中，大会决定“把创设政府间海洋事务机构的问题”交由海底委员会在 1972 年 7 月和 8 月举行的届会中作进一步的审议；[52]在 12 月 21 日通过的决议中，联合国大会对海底委员会的工作进展表示满意，认为“有了令人鼓舞的进展，尤其是关于订制各国管辖范围以外海床洋底与下层土壤的国际制度和机构方面的工作”，“决定委员会成员增加中国和由第一委员会主席谘商各区域集团指派的其他成员三名”。[53]基于此决议，在 1971 年 12 月 22 日大会第 2031 次全体会议上，大会第一委员会主席宣布了海底委员会新的成员名单，新名单共有 89 个国家。马耳他依旧在此名单中。

通过前述介绍可以看出，马耳他 1971 年在海底委员会的活动，一方面延续了此前几年的“特色”：在会员国两度“扩容”之后，马耳他依然在委员会名单中，同时，其代表依然担任着主体委员会的报告员这一重要角色，另一方面，马耳他的工作也有了重大突破：提交了其起草的海洋法公约草案。在这份公约草案中，马耳他一方面在综合此前相关规定和提议的基础上起草了综合性的适用于国际海底区域的原则，另一方面，马耳他还设计起草了整个海洋法规则体系。由于此前并没有国家就整个海洋法公约的制度设计提出过相关案文，[54]马耳他的尝试无疑走在前列。而此份草案，也为随后召开的海洋法会议讨论海洋法公约提供很好的基础。

（六）海底委员会和大会第 27 届会议（1972 年）

海底委员会在 1972 年召开了两届会议。在 7 月 17 日第二届会议开幕时，委员会同意，对于有关海洋法的题目和问题，将予以最优先的考虑。[55]8 月 18 日，委员会通过了第二小组委员会建议的有关海洋法的题目和问题的清单。清单一共涉及到 25 个有关海洋法的题目和问题，[56]基本涉及到即将谈判的海洋法公约的绝大多数主题和议题。委员会强调，此清单仅作为讨论和草拟相关必要条款的基础。[57]

在第三小组委员会的报告中，载入了阿尔巴尼亚、中国等 53 个国家联合提出了一份文

---

[51] See UN Doc. A/AC.138/53, pp.41-46.

[52] 参见联合国文件：A/RES/2846（ⅩⅩⅥ），1971 年 12 月 20 日。

[53] 参见联合国文件：A/RES/2881（ⅩⅩⅥ），1971 年 12 月 21 日。

[54] 在各国管辖范围以外海洋底床和平使用委员会 1971 年递交给联合国大会的报告中（联合国文件：A/8421），委员会将各国向委员会提出的公约草案、条约文本草案、工作文件等作为报告附件列入，相关草案、工作文件等共 18 项。马耳他提交的公约草案是唯一一份有关整个海洋法公约的草案案文。

[55] 参见：《各国管辖范围以外海洋底床和平使用委员会报告》，1972 年，联合国文件：A/8721，“导言”，第 22 段。

[56] 25 个主题和议题为：国家管辖范围以外海床洋底的国际性质；领海；毗连区；用于国际航行的海峡；大陆架；领海范围以外的专属经济区；沿海国对领海以外资源的优先利或其他非专属性的管辖权；公海；内陆国；架锁国和大陆架狭窄或海岸线短的国家的权利和利益；宽大陆架国家的权利和利益；海洋环境的保全；科学研究；技术的发展和传授；区域安排；群岛；闭海和半闭海；人工岛屿和设备；岛屿制度；利用海洋环境而造成损害的责任和赔偿；争端的解决；和平利用海洋区域，区域的安全与和平；国家管辖范围以外海床洋底上的考古学上和历史上的珍贵文物；公海上传递信息；鼓励各国普遍加入关于海洋法的多边公约。

[57] 参见联合国文件：A/8721，“导言”，第 23 段。

件，文件列出了有关海洋法的题目和问题清单。此清单涉及到的题目和问题共 23 个。[58]马耳他随后提出了对此文件的修正案。在修正案中，马耳他建议在诸多项目的分项中增加“国际利益的保护”、“国际合作”等分目。[59]从建议的具体内容可以看出，马耳他的这些建议，既受到此前其提交的海洋法公约草案的影响，也受到第二委员会所建议的清单的影响。

在对他国提出的清单提出修正的同时，马耳他也提出了自己的海洋法题目和问题清单，主旨在于建议对所有相关问题进行分类，不同类别的问题由不同委员会考虑和处理。在解释性备忘录中，马耳他指出，自己提出这个分类表的目的在于：作为讨论和起草条文的一个有益纲领；对各类有关问题和事项的审议建议一个合理的优先顺序；便于将相关问题和清单重新分配给委员会三个小组委员会。具体建议则是：有关海洋法的定义和原则事项、沿海国的管辖权事项、国家管辖范围以内的海洋环境事项等三类事项应交由第二小组委员会审议，国家管辖范围以外的海洋环境事项应交由第一小组委员会审议，国际合作从事科学研究及促进和传授技术事项应交由第三小组委员会审议，所拟各条款草案与关于海洋法的 1958 年公约的关系以及对这些公约的影响事项则应在适当期间交由全体会议审议。[60]马耳他有关议题分类及交由不同小组委员会处理的建议，明显地不同于海底委员会主席在委员会 1971 年第一次全体届会上所作的安排。[61]

海底委员会的报告被提交联合国大会第一委员会讨论之后，大会于 1972 年 12 月 18 日通过了第 3029 号决议。在决议中，大会请该委员会在 1973 年再举行两次会议，“以期完成筹备工作，向大会第 28 届会议提出一份载有建议的报告。”[62]

海底委员会在 1972 年的会议极为重要。在这一年中，通过确定题目和问题清单的形式，为即将举行的海洋法会议确定了基本框架。马耳他在这一年中的参与也颇有特点：在方式上，马耳他不仅对他国提出的清单提出了修正案，还提出了自己的清单；从效果来看，无论是其修正案还是清单，都是建立在既有意见基础之上的，有建设性。

（七）海底委员会和大会第 28 届会议（1973 年）

海底委员会在 1973 年举行了两届会议，报告员依旧由马耳他的 Charles V. Vella 担任。

根据大会在第 25 届大会上所通过的第 2749 号决议即“关于各国管辖范围以外海洋床底与下层土壤之原则宣言”，以及 1971 年 3 月 12 日关于海底委员会工作安排的协议，第一小组委员会的任务是“拟定规定国家管辖范围以外海床洋底及其底土的区域和资源的国际制度——包括国际机构——的条约条款草案”，[63]第一小组委员会起草了有关国际制度地位、范围、基本规定，以及国际机构的地位、范围、职务和权力等的草案，草案名称为“（联合国）国家管辖范围以外海床洋底公约”。

对于此草案，马耳他代表声明称，“马耳他代表团对于本文件所讨论的每一方面，都曾在它的海洋水域条约草案里提出过具体和详尽的法律原则。”“马耳他条约草案的基础是对整个海洋水域问题采取一种单一办法来处理，所以它主张必须为海洋水域建议一种新的国际秩序。”“至于国际机构的问题，马耳他代表团的提议里，规定成立一个机构来维持海洋区域的秩序，保护国家管辖范围以外海洋水域的生态完整、领土完整和管辖完整，并管理和有条理

[58] 参见联合国文件：A/8721（中文），第 185-190 页。
[59] 参见联合国文件：A/8721（中文），第 191-193 页。
[60] 参见联合国文件：A/8721（中文），第 200-202 页。
[61] 关于海底委员会主席有关各小组委员会工作职责和范围的安排，参见联合国文件：A/8421（中文），“导言”，第 19 段，第 6-7 页。
[62] 参见联合国文件：A/RES/3029（ＸＸⅦ），A 分节，主文第 2 段，1972 年 12 月 18 日。
[63] 参见联合国文件：A/8421（中文），“导言”，第 19 段，第 6-7 页。

地开发这个区域及其自然资源。”[64]

考虑到马耳他案文的全面和重要性，以及马耳他在“人类共同继承财产”概念及相关制度构建上所发挥的重要作用，在马耳他发表前述声明后，第一小组委员会在“（联合国）国家管辖范围以外海床洋底公约”案文具体条文中，一旦认为马耳他案文有相关或类似规定，即会在相关条款处加上星标，提请各成员国参看马耳他的前述“说明”。[65]

在经过讨论之后，海底委员会各小组委员会向委员会提交了各自的研究报告，并将各国向各小组委员会提出的文件、小组委员会简要记录索引等作为报告附件一并提交。由于各成员国递交的工作文件较多，以及小组委员会的筹备工作准备充分，最终由海底委员会汇总递交给大会的报告共有五卷之多。[66]

海底委员会的上述报告同样被提交大会第一委员会考虑。经过讨论之后，大会于 1973 年 11 月 16 日通过了第 3067 号决议。在决议中。大会“认为委员会已在其任务范围内尽可能地完成了大会交托给它筹备第三次联合国海洋法会议的工作，”“对于海底委员会为筹备第三次联合国海洋法会议所做的工作，表示赞赏”，“决定于 1973 年 12 月 3 日至 12 月 14 日在纽约召开第三次联合国海洋法会议第一期会议，以便讨论和会议组织有关的事项，”“向海洋法会议提交海底委员会的工作报告，以及大会和委员会的一切其他有关文件。”[67]

马耳他 1973 年在海底委员会的工作同样有其特色。对于第一小组委员会拟定“（联合国）国家管辖范围以外海床洋底公约”，马耳他通过递交“声明”的方式明确地表示了自己的立场。马耳他一方面支持“成立一个机构来维持海洋区域的秩序，保护国家管辖范围以外海洋水域的生态完整、领土完整和管辖完整”，另一方面又不赞成对国际海底区域采用单独制定条约的方式，认为对整个海洋水域问题采取单一办法更可取。从联合国海洋法会议后来所采取的路径来看，马耳他有关采取单一办法的建议无疑是正确的。

二、联合国海洋法会议期间的参与

联合国海洋法会议于 1973 年至 1982 年召开，共有 160 个国家参加，先后举行了 11 届全体会议。在第一届全体会议上，会议决定设立一个总务委员会、三个主要委员会（第一委员会、第二委员会和第三委员会）、[68]一个起草委员会和一个全权证书委员会。

马耳他全程参与了第三次联合国海洋法会议。就人类共同继承财产概念而言，马耳他在参与期间的言行，大体上可以分为三类：

第一类是对人类共同继承财产概念及国际海底区域制度发表一般性评论意见，尤其是强调马耳他在这个概念的“首创”上所做出的贡献。

海洋法会议第二届全体会议期间，在 1974 年 7 月 11 日召开的第 37 次全体会议上，马耳他代表 Bellizzi 先生在发言中指出，“有必要提醒大会注意，是马耳他在联合国大会上第一次提出有关海床的问题。自提出之后，海洋床底问题已被认为是海洋水域的新发展，形成

---

[64] 参见：“关于马耳他草拟的海洋水域条约草案（A/AC. 138/53）的介绍性的说明”，载《各国管辖范围以外海洋底床和平使用委员会报告书》（1973 年）（A/9021），卷二（中文），第 59 页。

[65] 同上注，第 59 页。

[66] 参见：《国家管辖范围以外海床洋底和平使用委员会报告书》（卷一至卷五）（联合国文件：A/9021），1973 年。

[67] 参见联合国文件：A/RES/3067（ⅩⅩⅧ）。

[68] 在第二届全体会议上，会议确定了三个主要委员会的职责范围：第一委员会主要处理国家管辖范围以外的海床洋底事宜，第二委员会主要处理领海、毗连区、大陆架、专属经济区、公海、内陆国、陆架锁国、窄大陆架或短海岸线国、公海上的信息传递问题，第三委员会则主要处理海洋环境保护问题。See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions), Document: A/CONF.62/L. 8/Rev.1, pp.97-98, para.40.

了一个新的海洋法律秩序。”[69]

海洋法会议最后一届全体会议即第十一届全体会议复会期间，在 1982 年 12 月 9 日举行的第 192 次全体会议上，马耳他代表在最后一次发言中，除了感谢牙买加作为会议东道国所作出的贡献，还祝贺其被选为即将成立的国际海底管理局总部所在地。在谈到国际海底区域时，马耳他代表强调，15 年前，正是马耳他首次提出将国家管辖范围以外的海床洋底及其底土宣告为人类共同继承财产。由此出发，联合国大会于 1970 年通过了题为“关于各国管辖范围以外海洋床底与下层土壤之原则宣言”的决议，并由此而准备召开第三次联合国海洋法会议。时至今日，所结硕果即为当前的《联合国海洋法公约》。公约尽管既有优点也有不足，但它是用来平衡多种利益的工具。而事实上，公约的重要性就在于这种平衡。

该代表还指出，马耳他及许多其他国家都希望公约能以协商一致的方式获得通过。然而，由于不同国家对在实践中如何处理人类共同继承财产原则有不同立场，最终导致协商一致通过公约成为泡影。尽管如此，马耳他并未丧失信心。马耳他不仅要签署最终文件和公约，还将尽最大努力尽早批准公约。马耳他的贡献不仅是建立新的海底区域制度和国际海底管理局，从一个更广泛的角度来看，还要建立新的海洋水域制度。[70]

第九届全体会议复会期间，在 1980 年 8 月 26 日举行的第 137 次全体会议上，马耳他代表 Mizzi 先生对公约草案中所设计的国际海底区域开发制度表示质疑。其指出，由于是马耳他首先要求将国家管辖范围以外的海床洋底及其底土宣告为人类共同继承财产，马耳他在此事项上享有特别利益。然而，遗憾的是，自联合国大会于 1970 年通过相关决议以来，人类共同继承财产这个概念的受重视程度就大不如前。由于对此区域资源的开发涉及到复杂的技术和雄厚的资金实力，马耳他有理由怀疑，相应的资金收益能否归属于人类整体，特别是发展中国家能否获益。[71]

第九届全体会议期间，在 1980 年 4 月 3 日举行的第 127 次全体会议上，马耳他代表 Mizzi 先生指出，适用于国际海底区域的人类共同继承财产是海洋法的基础概念，如果 200 海里大陆架的范围进一步扩大，就必须要找到一个能被各国接受的规则，此规则既能确定扩大的范围，也能明确相关定义，同时还能确定收益的分享办法。[72]

第二类是马耳他极力游说大会考虑将即将成立的国际海底管理局总部设在马耳他，主要理由即是马耳他是相关概念和想法的首要提出者和重要推动者。

第三届全体会议期间，1975 年 4 月 14 日，马耳他代表给海洋法大会主席写了一封信，在信中，马耳他提请大会考虑将即将设立的国际海底管理局总部设置在马耳他。在信中，该代表解释称，此次联合国海洋法会议得以召开，正是得益于马耳他最初有关海床洋底议题的倡议，以及随后围绕此议题的推进与讨论。考虑到马耳他在此问题上的所扮演的历史性角色，才提出将国际海底管理局总部设在马耳他的设想。“由于是马耳他率先提出了人类共同继承

[69] See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), Document: A/CONF.62/ SR.37, p.158, para.54.

[70] See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XVII (Plenary Meetings, Summary Records and Verbatim Records, as well as Documents of the Conference, Resumed Eleventh Session and Final Part Eleventh Session and Conclusion), 192nd Plenary meeting, Document: A/CONF.62/SR.192, paras.95-96, p.123.

[71] See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIV (Summary Records, Plenary, General Committee, First and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Resumed Ninth Session)，137th Plenary meeting, Document: A/CONF.62/SR.137, p.44, para.34.

[72] See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIII (Summary Records, Plenary, General Committee, First and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Ninth Session), 127th Plenary meeting, Document: A/CONF.62/SR.127, p.26, paras.28-32.

财产的概念，将国际海底管理局总部设在马耳他，不仅是对马耳他在此领域所做的开拓性贡献的‘回报’，也有利于缓解在此区域的紧张，增强和平与安全。”[73]1975 年 5 月 15 日，马耳他常驻联合国代表向海洋法大会总务委员会主席递交了一封信，在信中，其公约谈判文本第一部分第 20（3）条表示不满，认为此条完全没有无视了马耳他作为潜在的国家海底管理局总部所在地的可能性，并再次重申，希望能考虑将马耳他作为国际海底管理局总部备选所在地。马耳他并要求总务委员会将此信件予以散发。由于没有国家反对，马耳他的此信件随后被散发。[74]1978 年第七届会议期间，在 5 月 19 日举行的第 106 次全体会议上[75]和 9 月 15 日举行的第 109 次全体会议上，[76]马耳他代表再次提出了海底管理局总部所在地的问题。 在第八届全体会议复会期间，在 1979 年 8 月 24 日举行的第 119 次全体会议上，在提及国际海底管理局总部所在地问题时，马耳他甚至质疑了第一委员会的权限问题，认为其无权讨论和决定此问题。[77]在 1980 年 4 月 1 日第一委员会举行的第 48 次会议上，马耳他再次重申了此立场，质疑了第一委员会处理此问题的权限。[78]但到了 1981 年 8 月 28 日，在第十届会议复会期间，眼看着会议已经接近尾声，在多次反对无效之后，在第 155 次全体会议上，马耳他代表表示，马耳他尊重会议有关国际海底管理局总部所在地的决定。[79]

由于对第一委员会决定将国际海底管理局总部设在牙买加“耿耿于怀”，马耳他甚至因此而反对将海洋法全体会议放在牙买加召开。

第六届全体会议期间，1977 年 7 月 15 日，在总务委员会第 33 次会议上，马耳他代表对决定将下一届全体会议举行地放在牙买加进行了质疑。其认为，对于像海洋法大会这样大规模的会议，最适宜的位置，应该是代表团拥有办公场所的位置如纽约或日内瓦，而且，会议对于举办地应持中立立场。遗憾的是，总务委员会邀请了牙买加承办下一届会议，此举有违中立。在此基础上，马耳他也要求承办下一届会议，并且承诺，马耳他提供的会议便利，不会比任何其他地方差。[80]

第三类是对国际海底区域制度的具体设立提出意见和建议。

第三届会议期间，1975 年 4 月 28 日，在第一委员会第 21 次会议上，在听了其他国家对第一委员会提交的有关国际海底区域案文草案的发言后，马耳他代表指出，其他发言者对管理局的结构、职能和权力问题关注较少，关注更多的是管理局在行使职能时所需考虑的特

---

[73] See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IV (Summary Records, Plenary, General Committee, First, Second and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Third Session), Document: A/CONF.62/42, pp.132-133.

[74] See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume V (Summary Records, Plenary, General Committee, First, Second and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Fourth Session), 17th meeting of the General Committee, Document: A/CONF.62/BUR/SR.17, pp.86-87, paras.8-9.

[75] See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IX (Summary Records, Plenary, General Committee, First, Second and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Seventh and Resumed Seventh Session), 106th Plenary meeting, Document: A/CONF.62/SR.106, p.87, para.52.

[76] Ibid., 109th Plenary meeting, Document: A/CONF.62/SR.109, p.108, para.66.

[77] Ibid., 119th Plenary meeting, Document: A/CONF.62/SR.119, p.10, paras.42-51.

[78] See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIII (Summary Records, Plenary, General Committee, First and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Ninth Session), 48th meeting of the First Committee, Document: A/CONF.62/C.1/SR.48, p.67, para.106.

[79] See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XV (Summary Records, Plenary, General Committee and First Committee, as well as Documents of the Conference, Tenth and Resumed Tenth Sessions), 155th Plenary meeting, Document: A/CONF.62/SR.155, p.46, para.46.

[80] See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume VII (Summary Records, Plenary, General Committee, First, Second and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Sixth Session), 33th meeting of the General Committee, Document: A/CONF.62/BUR/SR.33, p.28, paras.14-16.

殊利益。马耳他代表团并不反对以有利于所有国家的方式来管理国际海底区域内的共同财产。然而，要做到此点，就须考虑除了经常提到的利益以外的其他利益。由于工业化国家和陆地上的原料生产国间存在着利益冲突，而许多发展中国家却不属于二者之一。对于这些发展中国家而言，从国际海底区域生产的矿物可以起到稳定作用，防止其经济发展受到相关矿物价格波动而带来的不利影响。在此情形下，在确定发展中国家为某种同时也能从国际海底区域生产的陆地矿物的主要进口商时，就有必要考虑到该国的经济需要问题，要考虑该国的特殊情况，而不是一些没多少意义的全球标准。否则，许多发展中小国参加海底管理局尤其是其执行机构的工作将受到严重影响。[81]

三、简要总结

通过前述描述和评论可以看出，马耳他不仅是人类共同继承财产概念的提出者，在发展此概念，围绕此概念进行制度设计方面，马耳他同样是积极参与者和推动者。无论是在联合国大会层面，还是在联合国海洋法会议阶段，马耳他的相关表现都可圈可点。

总的来看，在人类共同继承财产概念的提出、形成和发展过程中，马耳他的贡献和作用主要体现三方面：首次提出人类共同继承财产的概念，并被国际社会所接受；推动联合国大会对此概念及与此概念相关的问题的关注和研究，联合国大会为此先后设立了专设委员会和常设性的海底委员会，以便能长期和深入地跟进研究此概念及相关制度；提出了具体的案文，包括单独或联合他国起草相关的联合国大会决议，提出马耳他版的“海洋法公约草案”等。

从参与特点来看，马耳他的参与同样可圈可点：从参与形式来看，马耳他的参与形式是多样的，既是概念的首先提出者，也注重与他国合作，联合提出草案，既注重在大会层面的参与，也注重在专业层面的参与，如参与专设委员会和海底委员会并在其中发挥作用；从参与阶段来看，在联合国大会层面的参与是创造性、推动性的，在联合国海洋法层面的参与则主要是建设性的；从参与持续性来看，马耳他在此议题上的参与并非一时的“心血来潮”，而是长期和不断跟进的，表现出了很好的耐心和韧性；而从参与的准备基础来看，马耳他的参与准备无疑是非常充分和全面的，除了概念，还有计划和方案。

从参与效果来看，总体上，马耳他的参与是非常有效果的。人类共同继承财产概念被联合国大会所接受，成为撬动联合国海洋法会议的“支点”，并最终体现在《联合国海洋法公约》之中；马耳他推动的“关于各国管辖范围以外海洋床底与下层土壤之原则宣言”被联合国大会以决议形式通过，为国际海底区域制度的构建提供了最重要的法理基础。但在不同阶段，马耳他的参与效果也有所差异。在联合国大会层面的参与效果要明显地强于在联合国海洋法会议层面的参与效果。而在联合国海洋法层面，马耳他的参与甚至在一定程度上是有缺憾的：尽管其一直“孜孜以求”，国际海底管理局总部还是设在牙买加而非马耳他。马耳他因此而产生的失落也是显而易见的。

他山之石，可以攻玉。马耳他在人类共同继承财产概念形成与发展过程中的参与实践及其效果，对于其他国家参与国际事务尤其是法律事务是有非常好的启示意义的。在国际事务尤其是法律事务的参与中，我国的表现是有缺陷和不足的，影响到参与的有效性。[82]当下，我国正积极倡导人类命运共同体，并意图将其“植入”包括海洋法体系等在内的国际法律体

---

[81] See Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IV (Summary Records, Plenary, General Committee, First, Second and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Third Session), 21st meeting of the First Committee, Document: A/CONF.62/C.1/SR.21, p.66, para.80.

[82] See SONG Jie, Evaluating the Effectiveness of China’s Participation in International Legal Matters: Lessons from China’s Practice in the International Law Commission and the International Court of Justice, China: An International Journal, volume 15, Number 2, 2017, pp.144-165.

系之中。对于我国而言，马耳他参与的积极意义与借鉴之处就在于：在参与国际法律事务和推动人类命运共同体“进入”国际法诸体系之中的时候，我们的参与一定要有建设性，有后续方案的支撑；要重视与其他国家的合作，联手推动相关议案的发展；在提出重要概念的时候，需要注重其实践基础，并且一定要有配套的制度支撑；在操作的过程中要有耐心，要有团队在持续地跟进和推动等。

美国数字服务税 301 调查及对我国启发

宋愿愿　西南政法大学国际法学院

摘要：数字经济在繁荣全球经济的同时也为国际税收规则带来挑战，为此许多国家意欲或着手征收数字服务税。美国为保护本国企业利益针对颁布或实施数字服务税法案的国家发起 301 调查。在美国 301 调查及贸易制裁威胁下，被调查国家延缓征收美国数字企业数字服务税。我国与美国同属数字经济大国利益一致，应积极参与全球数字服务税规则构建，维护中国企业海外利益，谨慎征收数字服务税，营造宽松营商环境。此外，还应预备应对单边征税的措施方案，避免对我国公司双重征税

关键字：美国、数字服务税、国际税收规则、301 调查、启发

一、问题的提出

21 世纪是一个信息技术时代，信息技术促进产业数字化，形成数字经济。习近平总书记指出，“要推进互联网、大数据、人工智能同实体经济深度融合，做大做强数字经济。”目前，数字经济在世界各国经济总量中占据越来越重要的位置。2020 年 7 月 3 日，中国信通院正式发布《中国数字经济发展白皮书(2020 年)》，报告显示，2019 年我国数字经济增加值规模达到 35.8 万亿元，占 GDP 比重达到 36.2%，占比同比提升 1.4 个百分点，按照可比口径计算，2019 年我国数字经济名义增长 15.6%，高于同期 GDP 名义增速约 7.85 个百分点，数字经济在国民经济中的地位进一步凸显。[1]

数字经济在给世界经济带来活力和发展的同时也带来一些挑战，如税收挑战。根据现行国际税收规则，跨国公司通常在生产地而不是消费者所在地或者尤其是数字领域用户所在地缴纳企业所得税。跨国公司通过数字经济从国外用户获取收入，但是因为该公司在外国用户所在国没有实体机构，故不需要在外国用户所在国缴纳企业所得税。为了解决数字经济带来的税收问题，经济合作与发展组织（OECD）一直在与 130 多个国家进行谈判，改革国际税收制度，面对数字经济带来的税收挑战。2015 年，BEPS 行动 1 报告为解决经济数字化带来的税收挑战奠定了基础。自 2017 年以来，G20 与 OECD 包容性框架一直致力于解决税收挑战问题。应 G20 的要求，G20 与 OECD 包容性框架于 2018 年 3 月提交了一份中期报告。这份报告进一步明确了经济数字化的具体特征和税收挑战。在 G20 新授权下，G20 与 OECD 包容性框架成员国承诺继续共同努力，在 2020 年底之前达成一个基于共识的解决方案，对跨国公司尤其是数字公司征税。

二、美国数字服务税两场 301 调查

2019 年 12 月 3 日，美国财政部长在致 OECD 秘书长的信中写道，数字服务税威胁到各国关于国际税收的长期多边共识，美国坚决反对数字服务税，因为此类税会对美国企业产生歧视性影响，不符合现行国际税收规则的结构，试图对收入而不是收益征税。美国认为可以通过建立安全港制度实质性地实现第一支柱的目标。美国也完全支持类似 GILTI 的第二支柱解决方案。最后，美国敦促所有国家暂停数字服务税倡议，以便 OECD 能够成功地达成一项多边协定。为了维护数字经济自由以及美国数字企业的利益，美国先后于 2019 年和 2020 年发起数字服务税 301 调查。

1、法国数字服务税 301 调查

2019 年 3 月 6 日，法国政府发布了一项提案，对特定公司向法国境内人士提供特定数

[1] 《中国数字经济发展白皮书(2020 年)》

字服务所产生的收入征收3%的DST。法国议会两院分别于2019年4月9日和5月21日通过DST法案，并于7月4日就最终法案达成一致。法国总统马克龙7月24日签署了该法案。2019年7月10日，美国贸易代表根据1974年《贸易法》第302（b）（1）（A）条对法国DST展开调查。同一天，贸易代表要求与法国政府进行磋商。法国经济部长在8月9日的信中接受了磋商请求。2019年11月14日，在美国首都华盛顿举行18次磋商。

2019年7月16日发布的《联邦公报公告》宣布启动调查。《联邦公报公告》通知要求公众和其他利益相关者在2019年8月19日中午之前提供与调查有关的意见，USTR当天举行了公开听证会。在听证会上，10名证人作证并回答了机构间301部门委员会提出的问题。利害关系人在本次调查的公共卷宗中提交了36份书面材料。[2]USTR对法国数字服务税301调查的最初重点是：（1）歧视：现有证据（包括法国官员的声明）表明，DST将构成对美国公司的事实上歧视。例如，公司收入阈值的作用是使数字服务收入较大的公司受制于DST，而覆盖的行业中往往是美国公司；而数字服务收入较小的公司尤其是仅在法国运营的公司，则受到豁免。（2）追溯性：DST是一项实质性的新税种，追溯适用于2019年1月1日。法不溯及既往是各国法治治理中遵守的基本原则，DST的溯及既往令人质疑其公正性。此外，DST的溯及既往在实施过程中会给需要缴纳DST的公司带来实操困难， 受DST管理的公司可能无法追溯到2019年初计算其潜在负债所需的数据。（3）不合理的税收政策：DST在以下几个方面似乎与美国税收体系和国际税收体系中反映的税收规则背道而驰：治外法权，对收入而不是收益纳税，并带有惩罚特定取得商业成功的技术公司的性质和意图。[3]

2019年12月2日USTR公布一项法国数字服务税301调查报告，共计93页5部分：执行摘要，背景，法国数字服务税，法国数字服务税的歧视性、不合理和税负繁重的方面以及结论。该报告着重书写了第四部分法国数字服务税的歧视性、不合理和税负沉重的方面这一部分，共计44页。第四部分详尽介绍了《启动通知》确定的与DST相关的调查结果，共分为ABCDEF6小节。

法国数字服务税301调查报告从四个方面论证法国数字服务税对美国数字公司构成歧视。第一，法国税务局官员的声明显示他们的目标是美国的数字服务公司。负责提出和颁布法国DST的法国官员，包括法国部长勒梅尔和法国议会议员的声明显示，法国DST法案和它所依据的欧盟DST提案蓄意针对美国数字公司。首先，法国官员反复提及法国DST及其依据的欧盟提案为“GAFA税”，是谷歌Google、苹果Apple、脸书Facebook和亚马逊Amazon的英文首字母缩写，或“GAFAM税”， 是谷歌Google、苹果Apple、脸书Facebook、亚马逊Amazon再加上微软Microsoft的英文首字母缩写。[4]仅法国部长勒梅尔在上任第一天至法国公布DST提案的那一天，就在其75条推文中提到了GAFA。其次，法国官员还表示，DST应该涵盖美国的“数字巨头”， 为了使法国和欧洲的数字企业更具竞争力而不涵盖法国和欧洲的公司。法国数字服务税301调查报告随后列举了1项Mahjoubi 、3项法国部长勒梅尔、1项国会议员M. Benoit Potterie 、1项国会议员M. Jean-Noel Barrot 在公开场合发表此类的声明。[5]因此，法国数字服务税301调查报告得出结论，法国官员的大量声明显示法国政府设计DST是为了向美国大型数字公司征税，同时避免对法国公司征税。一些声明还表明，

---

[2] Report on France’s Digital Services Tax Prepared in the Investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974

[3] Initiation Notice, at 34043.

[4] See Jennifer McCloskey, Information Technology Industry Council, Comment, at 5, Aug. 22, 2019.

[5] Report on France’s Digital Services Tax Prepared in the Investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974

法国政府打算让 DST 让法国初创企业在与美国大型企业竞争时占据优势。[6]

第二，法国 DST 所涵盖服务选择性歧视美国数字公司。与欧盟 DST 提案一样，法国 DST 的目标是美国公司主导的互联网广告和“数字接口”两类服务，涵盖商品和服务在线市场，以及约会网站（dating websites）等一些订阅服务。法国通信公司 Publicis 和 Havas 是全球第三和第六大的企业，这两家公司和其他一些法国公司统领了法国传统广告行业，而法国 DST 却不涵盖法国传统广告行业，保护本国企业的目的昭然若揭。此外，在“数字接口”服务中，DST 排除了法国和欧洲公司特别成功的特定类型的服务。虽然美国电子商务在全球电子商务领域取得显著成功，但是美国电子商务公司并没有在法国取得主导地位，反而是法国本土公司在法国电子商务领域表现良好。但是，法国 DST 法案对“数字接口”所涵盖服务的定义——DST 仅适用于经营数字接口的公司本身并不拥有或提供货物或服务的商品或服务的销售，将法国公司排除在 DST 的范围之外，同时涵盖其在美国的竞争对手。因此，法国数字服务税 301 调查报告得出结论法国 DST 所涵盖服务选择性歧视美国数字公司。

第三，收入门槛歧视美国公司。法国 DST 仅适用于通过提供所涵盖服务在在全球范围内获得 7.5 亿欧元和在法国获得 2500 万欧元年收入的公司。收入阈值将 DST 的重点放在美国公司上，排除了许多在法国提供所涵盖服务的非美国公司。特别是，全球收入门槛免除了许多取得商业成功的法国公司，包括那些应税服务只是其一部分业务的世界领先公司。法国没有公开解释为何如此设置收入门槛，但法国官员的一般性声明解释说，收入门槛使法国初创企业免于税收。[7]

第四，数字服务税与国家税的关系歧视美国公司。根据法国法律，DST 税款将从法国企业所得税（CIT）中抵扣。法国部长勒梅尔证实，为了减轻 DST 对任何在法国缴纳所得税的公司的影响。可以从法国公司所得税中抵扣 DST，因此，DST 与法国 CIT 的抵扣关系可以将公司的 DST 税款减少多达三分之一。在外国征收 CIT 的情况下，外国公司通常至少可以从本国缴纳的 CIT 中获得部分税收抵免。由于 DST 是按收入而不是收益征收的，因此外国公司很可能无权在其本国司法管辖区获得税收抵免。因而外国公司整体税负增加，在市场竞争中处于不利地位。[8]综上，法国数字服务税 301 调查报告认为，DST 与法国 CIT 之间的关系意味着在法国有常设机构公司在的 DST 税款可能减少三分之一，而另一方面在法国没有常设机构得公司可能无法从其 CIT 税款中扣除 DST，实质上造成税负上的歧视待遇。

在最后一部分结论写道，调查收集的证据表明：法国 DST 的意图是，而且从其结构和实施来看，确实歧视美国的数字公司；法国 DST 的追溯适用是不寻常的，不符合现行的税收原则，并使经营所涵盖服务的美国公司担负特别沉重的税收；法国 DST 对收入而非收益的适用违反了现行的税收原则，并使经营所涵盖服务的美国公司担负特别沉重的税收；法国 DST 适用于与在法国实际存在无关的收入，违反了现行的国际税收原则，对受管辖的美国公司尤其沉重；法国对一小部分数字公司实施 DST 违反了国际税收原则，并针对数字经济进行特殊、不利的税收待遇。[9]

此外，法国官员公开提出的 DST 的两个理由都依赖于不正确或未经证实的断言。可以

---

[6] Report on France’s Digital Services Tax Prepared in the Investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974

[7] Report on France’s Digital Services Tax Prepared in the Investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974

[8] Joe Kennedy, Information Technology and Innovation Foundation, Comment, at 20, Aug. 5, 2019.

[9] Report on France’s Digital Services Tax Prepared in the Investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974

适当采取一系列措施解决上述严重问题，包括密集的双边接触、WTO 或对法国的货物或服务施加关税、费用或其他进口限制。最终 2019 年 12 月， USTR 裁定法国采用的数字服务税歧视美国公司，并提议对 24 亿美元的法国产品加征最高 100％的关税。USTR 在《联邦公报》上发布了一份通知，列出了可能要征收关税的法国产品的初步清单，包括起泡酒、奶酪、化妆品和手提包。USTR 还表示正在考虑是否对法国的服务征收 6 项费用或限制。次月，美国和法国达成协议，根据该协议法国暂停征收数字服务税，美国在经合组织（OECD）正在进行谈判中暂缓征收关税。[10]从 2021 年 1 月 6 日开始，USTR 将对 2020 年 7 月 10 日公告附件 A 所列 21 个《协调关税表》（HTS）子目所涵盖的物品采取 25%的额外关税的报复行动。在受到美国的关税威胁后，法国决定将征税推迟到 2021 年。

2、11 位贸易伙伴数字服务税 301 调查

2019 年在对法国数字服务税进行 301 调查完成并威胁要对法国实施重大关税报复之后，2020 年 6 月 2 日，美国贸易代表罗伯特·莱特希泽宣布， USTR 开始调查一些已经采用或正在考虑采用 DST 的美国贸易伙伴。[11]该项调查将根据 1974 年贸易法第 301 条进行。301 条款赋予 USTR 广泛的权力，以调查和应对可能不公平或歧视性并对美国商务产生不利影响的外国行为。USTR 发言称过去两年来，各个国家或地区已经开始或者打算征收 DST，然而可以预见的是 DST 将针对的是大型美国科技公司。例如，欧盟（下简称为 EU）、正在考虑将 DST 作为其 COVID-19 恢复计划的一部分。欧盟 DST 草案基于 2018 年的提案，其中包括对有特定的广告和数字接口服务的收入征收 3％的税，该税将适用于在全球收入中至少产生 7.5 亿欧元和在欧盟范围内产生至少 5000 万欧元的公司。美国特朗普总统担心美国的许多贸易伙伴正在采用旨在不公平地针对美国公司的税收计划。美国准备采取一切适当行动，捍卫美国企业和工人免受任何此类歧视。该项调查将集中于奥地利、巴西、捷克共和国、EU、印度、印度尼西亚、意大利、西班牙、土耳其和英国的 DST 规定。2020 年 6 月 17 日美国贸易代表莱特希泽在众议院筹款委员会（House Ways and Means Committee）上发言称美国正在退出与欧盟就数字服务征税解决方案的谈判。

11 位贸易伙伴数字服务税 301 调查的最初重点放在：对美国公司的歧视、DST 追溯力以及可能不合理的税收政策。就税收政策而言，DST 可能在几个方面与美国税收体系和国际税收体系所遵从的规范和原则有所不同，包括治外法权、对收入而不是收入征税以及为了惩罚某些取得商业成功的高新技术公司。USTR 正在就其新调查征询公众意见。由于冠状病毒的限制而存在不确定性，因此目前尚未安排公开听证会。2021 年 3 月 31 日 USTR 宣布终止对巴西、捷克、欧盟和印度尼西亚的 301 调查，因为这四个国家在调查期间未颁布或实施数字服务税。[12]

总的来说，2019 年法国数字服务税 301 调查和 11 个贸易伙伴数字服务税 301 调查的共同点是，美国都将调查的重点放在查明以“治外法权”的形式存在的对美国公司的歧视、追溯性和背离国际税收规范的行为；对收入而不是收益征税；以及为了商业成功而惩罚特定技术公司的目的。此次 301 调查可能导致新一轮的关税威胁。在新冠疫情以及由此引发的经济危

---

[10] https://thehill.com/policy/finance/472695-trump-administration-to-propose-tariffs-on-24b-in-french-goods

[11] https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/june/ustr-initiates-section-301-investigations-digital-services-taxes

[12] Bluebook 21st ed.
86 Fed. Reg. 16828 (2021), Wednesday, March 31, 2021, pages 16667 - 17053

机情况下，一场国际税收和贸易战将对全球经济造成难以置信的伤害。数字服务税多边解决方案将优于数字服务税和报复性关税引起的冲突。不幸的是，许多国家都在制定自己的数字服务税收法案，而美国认为这些税收是潜在的贸易壁垒是正确的。但是美国不应设置新的贸易壁垒来应对贸易伙伴的数字服务税收法案，而应将重点放在促进双边和多边贸易长期增长上。在当前持续的经济危机中，各国应愿意共同努力，避免可能阻碍经济复苏的新冲突。

二、美国税收政策成因分析

1、符合美国数字经济战略部署

美国是全球最早布局数字经济的国家，20 世纪 90 年代就启动了“信息高速公路”战略。[13]1994 年 美国副总统阿尔·戈尔在一次演讲中创造了“信息高速公路”这一术语，用来描述计算机在全球网络上访问和通信的未来情况。根据《2019 全球数字经济竞争力发展报告》，美国连续三年蝉联全球数字经济竞争力冠军，是名副其实的数字经济超级大国。在 2019 年福布斯全球数字经济 100 强榜单中，美国企业占据数量最多，有 38 家企业登榜，其中苹果公司位居榜首，前 10 名中有 8 家美国企业。[14]因此，从利益关切角度，美国极力推行数字经济开放，拒绝其他国家和地区征收数字服务税。因此美国先后发起两次针对贸易伙伴发起的 DSF301 调查深得美国政府和企业支持和拥护。

美国参议院财政委员会领导人发表声明支持美国贸易代表办公室法国 DSF301 调查。根据财务委员会的一份公告，主席查克·格拉斯利（Chuck Grassley）和资深成员罗恩·怀登（Ron Wyden）表示：法国和其他欧洲国家正在征收的数字服务税显然是保护主义的，不公平地针对美国公司，这种做法会让美国失去工作机会，伤害美国工人。我们赞扬美国贸易代表展开调查。如果其他国家放弃这些单方面行动，把精力集中在 OECD 正在进行的多边进程上，美国就不需要走这条路。我们敦促美国贸易代表继续与财政部合作，制定一项统一战略，防止其他国家采取可能导致新的贸易壁垒和严重双重征税的单方面歧视性行动。

2、符合美国跨国公司利益

美国政策制定者以及 Facebook、亚马逊和谷歌等主要科技公司都对其他国家施行 DST 表示关注，认为他们不公平地把目标对准美国企业。美国的政策制定者和产业组织认为，各国不应采取单方面行动征税，而应通过 OECD 牵头的多边努力，解决经济数字化带来的税收问题。美国技术贸易协会信息技术产业委员会（下缩写为 ITIC）表示支持美国贸易代表的调查，称越来越多的国家提议单边征收数字税。“我们敦促美国本着国际合作的精神开展这项 301 调查，以期推动建设性地参与全球数字税务谈判，”ITIC 总裁兼首席执行官贾森·奥克斯曼说我们还再次呼吁已经或正在考虑采取单方面行动的国家撤回个别措施，重新致力于正在进行的多边经合组织进程。”参议院财政委员会主席查克·格拉斯利和排名最高的成员罗恩·怀登也表示支持 2020 年 301DST 调查。格拉斯利和怀登在一份联合声明中说：“美国贸易代表正在适当审查美国贸易伙伴已经采用或正在考虑的数字服务税。如我们先前所述，这些数字服务税是不公平地针对和歧视了针对美国公司。 经济合作与发展组织（OECD）成员国为颁布数字服务税而采取的行动与该组织的目标背道而驰，并且与 OECD 进程背道而驰。我们支持 USTR 使用 301 节调查程序来检查这些歧视性的单方面措施。”[15]

三、对中国数字服务税启发

征收数字服务税已经成为全球趋势，但是各国尚未对征收方式和范围达成一致。我国与

[13] 中国信通院，中国数字经济发展白皮书 2020，p54

[14] 2019 年福布斯全球数字经济 100 强

[15] https://thehill.com/policy/finance/500711-ustr-launches-investigations-into-countries-digital-taxes

美国同属数字经济大国，与美国的数字利益一致，美国对数字服务税的态度值得我国学习借鉴。

接下来写，该借鉴他的什么写了之后呢，再写我们应该在国际层面如何推动，然后达到一个营商环境。接下来呢，再从国际规则构建和双边协定上讲，推动构建对对数字服务更加宽松的营商环境。

1、积极参与全球数字服务税规则构建，维护中国企业海外利益

我国是全球第二大数字经济国家，征收数字服务税与我国利益诉求相悖。2017 年 12 月，习近平总书记在致第四届世界互联网大会的贺信中指出："中国数字经济发展将进入快车道"。2019 年，我国数字经济的增加值达到 35.8 万亿元，占 GDP 比重超过 1/3，在国民经济中的地位进一步凸显。根据 2020《财富》世界 500 强排行榜，中国上榜互联网企业有 4 家，京东、阿里巴巴、腾讯和小米，美国只有 3 家，亚马逊、谷歌、Facebook，首次超过美国。此外，中国企业抖音、快手走出国门，向海外发展业务。我国数字经济发展势头猛进，应积极参与构建全球数字服务税规则，表达我国政府和企业的利益诉求，掌握规则构建话语权。

2、谨慎征收数字服务税，营造宽松营商环境

征税数字服务税似乎已经成为国际趋势，但是等待制定全球税收规则仍是美国、欧盟和英国等国家和地区的首选。目前，世界各国政府主要通过直接征收数字服务税或间接征收数字服务税两种形式征税。直接征收数字服务税的实践最早开始于 2016 年。2016 年 4 月 12 日起，通过与以色列居民进行在线交易获得收入的外国实体应在以色列创建常驻机构，因此，如果它在以色列具有重要的数字业务则需要在以色列缴纳数字服务税。2016 年 6 月 1 日，印度开始对在线广告收入征税。截止 2020 年 8 月 22 日，共有 22 个国家和地区出台法律直接征收数字服务税，分别是奥地利、法国、英国、希腊、印度等；6 个国家和地区进入颁布草案或者公共咨询程序，分别是比利时、巴西、捷克、斯洛伐克、西班牙和泰国；还有 10 个国家和地区已经公开宣布或者计划征收数字服务税，分别是加拿大、丹麦、埃及、以色列、拉脱维亚、新西兰、挪威、罗马尼亚、俄国和南非；此外澳大利亚、智利和德国拒绝公共宣言或提议；芬兰、新加坡、瑞典、瑞士和美国等待全球解决方案。

自 2003 年 7 月 1 日起，欧盟改变增值税税收来源规则，开始对非欧盟向欧盟消费者提供数字服务征收增值税，非欧盟供应商需要在欧盟注册、代收和缴纳增值税。欧盟这一作法改变了国际税收惯例--由公司所在国而不是客户所在国征税。自 2003 至今，全球共有 77 个国家和地区开始陆陆续续出台法令间接征收数字服务税，另有十个国家地区公布立法草案计划间接征收数字服务税。截止 8 月 22 日，G20 集团中有 11 个国家已经颁布或起草或计划实施数字服务直接税法案，欧盟中 13 个国家已颁布或起草或计划实施数字服务直接税法案，OECD 中 20 个国家已颁布或起草或计划实施数字服务直接税法案。从全球征收数字服务税国家的体量和数量上来看，征收数字服务税似乎是大势所在。但是,澳大利亚、智利和德国明确表示不征收数字服务直接税。2019 年 3 月 20 日澳大利亚财政部长乔什·弗莱登伯格宣布澳大利亚将不再对数字经济征税采取临时措施。此外，芬兰、新加坡、瑞士、瑞典和美国宣布等待全球解决方案。欧盟、法国和英国等表示已颁布和实施的法案只是临时措施，若 OECD 与 G20 发布全球规则，会采用全球规则。

3、预备应对单边征税的措施方案，避免对我国公司双重征税。

2019 年法国颁布实施数字服务税法案，其中我国企业阿里巴巴因在线零售而被预测会出现在征收榜单之上。1984 年中国与法国签订《所得避免双重征税和防止偷漏税的协定》，这似乎为避免我国数字企业在中法两国双重征税提供了双边协定依据，但是该协定签订于

1984 年，且一直未曾更新，签订时没有预估到现今数字经济发展如此迅速，也没有预料到会突破传统国际税收规则征收数字服务税。根据该协定，中国居民或企业在法国缴纳的税收在中国抵免的前提之一是在法国缴纳的税收是按照该协定规定缴纳的，而法国征收的数字服务税并不符合该协定的规定，故阿里巴巴在法国缴纳的数字服务税在中国无法得到税收抵免。为了减轻我国数字企业的税负，激励数字企业走出国门，我国应预备应对单边征税的措施方案，避免双重征税协定。此外，还应加强双边或多边情报交换协作，避免跨国企业双重不征税，税基侵蚀。

BBNJ 协定对 RFMOs 海洋生物多样性保护功能之重塑

苏子修* 大连海事大学法学院

摘要：渔业资源的生物属性使其与海洋生物多样性保护具有不可分割性，在公海区域渔业资源的管理与养护机制以 RFMOs 为重要依托自成体系。RFMOs 保护海洋生物多样性的功能仍有缺陷，且与正制定的 BBNJ 协定之间存在一定结构性冲突。而该协定在制定过程中强调以“不减损现有国际法相关制度”为前提，构建国家管辖海域外的的海洋生物多样性保护制度体系。“不减损”的含义解读方式将直接影响到 RFMOs 后续将如何与未来的 BBNJ 制度相协调，发挥其海洋生物多样性保护功能。该协定制定时同时强调应增强与其他国际法相关制度间的协调与合作，RFMOs 应以 BBNJ 协定的制定为契机，在公海海洋生物多样性保护制度体系之中发挥相应作用。

关键词：RFMOs；BBNJ；海洋生物多样性保护；不减损原则；国籍协调与合作原则

一、RFMOs 海洋生物多样性保护功能及问题

（一）RFMOs 及海洋生物多样性保护整体性需求概述

《联合国海洋法公约》(UNCLOS)第 116 条规定了受沿海国在专属经济区主权权利和公海生物资源管理与养护措施等限制的“公海捕鱼自由”权利，而区域性渔业管理组织(Regional Fisheries Management Organizations，RFMOs)则是在行使这一权利的过程中，部分缔约国以 UNCLOS 第 118 条所提出的“分区域或区域渔业组织”合作形式，为就管理和养护公海渔业资源进行合作而建立，其规则和决策在成员国内部之间具有约束力和强制执行力。[1]

RFMOs 可以被分为两类：第一类是以对渔业资源进行普遍性保护为目的；而另一类则以特定鱼种的保护为目的，通常这些鱼种都具有较强的迁移性，所以与第一类 RFMOs 相比，其管理范围需要扩及到更大的范围之外，而其中最具有代表性的就是区域性金枪鱼管理和保护组织。从目前世界范围内 RFMOs 的管辖区划图来看，现存的 17 个 RFMOs 已基本覆盖公海的各区域，不同组织之间亦存在重合的管辖范围，[2]通过对成员国执行在数据收集、捕鱼配额及活动管理等方面具有法律约束力的渔业养护和管理措施，实现其促进渔业可持续发展的基本目标。渔业资源不仅为人类提供所赖以生存的食物营养资源，更随着人类勘探和开发海洋生物资源能力的不断提升、范围的不断扩大、捕捞数量的显著提升，而被赋予了重要的商业价值，具有多重属性。若 RFMOs 单一地强调为了利用而进行管理，则极易被诟病为渔业实力雄厚的国家向海洋攫取资源的合法工具和手段，[3]该类组织在世界范围内的认可度以及管理措施的执行力度也会因此减损。

随着海洋生态保护的理念不断深入，RFMOs 也开始致力于根据其所管辖的公海海域或鱼种采取相关海洋生态环境保护措施，减少区域内捕鱼活动对海洋生态造成的不良影响，并且在进行组织决策时顾及海洋生态作出相关预防性措施。如今其角色正从管理逐渐转换为管理和保护并重，也有早年间建立的 RFMOs 通过修改组织协议的方式将保护海洋生态环境和

---

* 大连海事大学法学院海商法专业博士研究生。

[1] Donald. R. Rothwell, Alex. G. Oude. Elferink and others, The Oxford Handbook of The Law of The Sea, Oxford University Press, 2015, p. 613.

[2] http://www. fao. org/figis/geoserver/factsheets/rfbs. html, 最后访问日期 2021 年 5 月 5 日。

[3] Warner, Robin; Gjerde, Kristina; and Freestone, David, ″Regional governance for fisheries and biodiversity″ (2014). *Faculty of Law, Humanities and the Arts - Papers*, p. 19.

海洋生物多样性纳入自身职能范畴。[4]RFMOs 海洋生物多样性保护功能之显现除得益于国际海洋开发利用形势的因势利导外，还蕴含于其组织得以产生和维系的内核——渔业资源的生物属性，逐渐受到重视。海洋生物种类繁多，几乎所有的营养方式和生态学过程都能在海洋生态中寻得踪影，在各因子之间形成极端复杂的食物链，构成“海洋生态功能群”。鱼类作为这一功能群中最主要的生物之一，从海洋生物网和生物地球化学循环的角度来看，一种生物的数量变化会导致其他生物种类的数量变化，甚至导致整个食物网的变动，亦即对海洋生物多样性造成深远影响。[5]

（二）RFMOs 海洋生物多样性保护功能的欠缺

全球海洋生态系统的整体性决定了海洋生物多样性保护也须统筹规划，各沿海国在各自管辖海域内负有海洋生物多样性养护义务，目前世界范围内的 17 个 RFMOs 中，6 个高度洄游类鱼群（主要为金枪鱼）渔业管理组织，8 个分区域综合性渔业管理组织，其余 3 个仅具有咨询地位。[6]目前除极地地区外，几乎所有公海区域都被至少一个以上的金枪渔业管理组织的管辖区域所覆盖，而分区域综合性渔业管理组织管辖区域尚未覆盖上述公海海域，这就导致通 RFMOs 对公海非跨界洄游性(non-straddling)鱼类进行养护时，存在区域覆盖缺位问题。2015 年第 69 届联合国大会(United Nations General Assembly, UNGA)通过的 292 号决议正式启动了国家管辖海域外生物多样性的养护和可持续利用问题（Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction, BBNJ）拟订一份具有法律约束力的国际文书（以下简称 BBNJ 协定）的进程，在 BBNJ 协定的商讨拟定过程中，各成员国对于如何与现有公海渔业管理制度（RFMOs 的协议和管理养护措施为其中重要内容）相协调的问题格外关注，经商议各国决定将包括公海渔业在内的其他相关国际法制度排除在 BBNJ 协定管辖范围之外，仍由现有的法律框架和组织机构进行调整，以不减损现行有效的国家法相关制度。[7] BBNJ 协定未来将如何影响 RFMOs 所采取的生物多样性保护措施，很大程度上取决于笔者将于下文详述的对“不减损”原则的解读方式。其中一种可能性是将与渔业资源有关的海洋生物多样性保护全权交给 RFMOs，而 RFMOs 区域覆盖缺位带来了公海 95%以上的鱼类在生物多样性管理与养护方面缺乏具有控制执行力的国际组织和国际协议的约束，[8]人为地割裂了占全球海洋总面积近 64%的公海海洋生物多样性保护的整体统筹性。

RFMOs 的性质属于综合性渔业资源管理养护机构，无论是从历史还是实践上看该类组织都更侧重于为持续捕捞公海渔业资源而进行管理和养护，所以就 RFMOs 本身，在海洋生态系统尤其是海洋生物多样性保护方面缺乏经验存在短板。RFMOs 的缺陷主要体现在以下几个方面：首先，虽然几个 RFMOs 通过修改各自区域性渔业协议的方式，将海洋生物多样性养护作为原则明确写入具体条款，但是仍有 RFMOs 在组织原则中并未提及，或仅象征性地涉及到海洋环境保护或渔业资源的可持续性利用；其次，RFMOs 的决策机制中存在一直

---

[4] Northwest Atlantic Fisheries Organization Convention Article 2, International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas Convention ICCAT working group, 2017, Appendix VI, article III bis (c).

[5] 孙松, 孙晓霞：海洋生物功能群变动与生态系统演变，载《地球科学进展》2014 年第 7 期，854-858 页。

[6] https://ec.europa.eu/oceans-and-fisheries/fisheries/international-agreements/regional-fisheries-management-organisations-rfmos_en#ecl-inpage-74, 最后访问 2021 年 5 月 5 日。

[7] Report of the Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction: https://undocs.org/A/AC.287/2017/PC.4/2, 上次访问：2021 年 5 月 1 日。

[8] Haas B, Haward M, McGee J, “Fleming A. Regional fisheries management organizations and the new biodiversity agreement: Challenge or opportunity?”, (2021) 22 *Fish Fish*, p. 226.

饱受争议的成员国拒绝权（opt-out），一项已通过的决策措施对于行使拒绝权的成员国可以不发生效力，而相关生物多样性养护措施也极有可能因此而无法得到完全实施，其背后的决策目的也可能因此落空；此外，RFMOs 的区域性特征使其往往各司其政，在原则理念上统一性不足，交流合作也不够紧密，这对于海洋生物多样性保护的这一全球性目标达成程度的减损尤为致命；多年来 RFMOs 一直面临非成员国捕鱼行为不受组织协议约束所带来的一系列问题，而对于成员国而言在同一片公海区域同时加入了不同 RFMOs 的国家来说应遵守哪一 RFMOs 协议中的生物多样性养护标准规则、采取何种养护措施，又该如何尽可能地避免非成员国渔船的捕鱼行为架空该公海区域内的 RFMOs 为保护海洋生物多样性而公布的决策措施，RFMOs 在此类内外部关系处理能力上的欠缺将直接影响其在海洋生物多样性保护方面所发挥作用的大小；最后，RFMOs 决策机制的透明度近年来也开始引起国际社会的重视，而这将直接关系到 RFMOs 生物多样性养护措施的接受认可度，等等，这些都是 RFMOs 欲更好地发挥海洋生物多样性保护功能需要进一步解决和改善的。

二、BBNJ 协定与 RFMOs 之间的结构性冲突

BBNJ 协定是当前促进公海生态系统可持续发展的重要国际机制的最新发展。在当前这一阶段 BBNJ 协定的谈判过程中，需要解决的一个关键挑战在于如何通过该协议在内容上的组织，实现对相应保护对象的国际法律治理有意义的改变，但同时又与现存的海洋治理体制兼容。BBNJ 协议的筹备阶段出现了描述不同的制度安排的术语，如“全球”“区域”和“混合”等。该规则与传统的 RFMO 基于区域海洋地理空间的设立存在着明显的不同。一旦该协议生效，那么现有的区域组织如 RFMOs 的地位将会存疑，由于管辖范围和手段不同带来的潜在冲突将会具体化。

首先，BBNJ 协定设定的目标就涉及国家管辖范围地区以外的海洋生物多样性的保护和养护而言，与授权设立现有 RFMOs 目标存在着冲突。UNCLOS 要求各国有义务“保护和维护海洋环境”，因此已经有国际法上的义务由国家作为主体，单独或者集体的采取措施以保护海洋环境，并在此基础上已经设立了相应的 MPAs。尽管 BBNJ 协定将尽可能的明确 MPAs 在相应区域设立的具体方式和过程，会加速在公海上 MPAs 的产生过程，但是这也将会导致该义务被限制在 BBNJ 协定本身的缔约国的范围之内。通过在一定程度上限制公海自由实现 UNCLOS 的环境义务将进一步被限制于 BBNJ 的缔约国范围。然而对于一些国家而言，渔业作为其基本制度而受到 UNCLOS 的保护和制约。在 UNCLOS 与《联合国鱼类种群协定》（UN Fish Stocks Agreement，UNFSA）的共同引导下，相应的 RFMOs 才得到了设立并实现了对其组织行为框架的建构。如果选择将渔业排除在 BBNJ 协定的保护范畴之外，由于过度捕捞和使用破坏性手段捕鱼带来的对海洋生物多样性的严重威胁，将导致 BBNJ 协定旨在保护国家管辖范围之外的更广泛的生物多样性保护目标变得没有意义。那么只能考虑 BBNJ 协定与现有的 RFMOs 在设立的理论和法律背景上实现兼容和过度，尤其是对于那些可能只是 BBNJ 协定的缔约国而并非 RFMOs 的相应缔约国的主体，其在相同地理空间中权利和义务的平衡会产生实质性的偏差，进而导致 BBNJ 协议下的具体规则与 RFMOs 的相应措施发生冲突。

进一步的，现有的 UNFSA 在一定程度上调整了国际渔业制度，但由于缺乏协调和一体化机制，该制度的效力在不同国家之间的差异非常大。[9]更重要的是，UNFSA 的适用范围仅

[9] KM Gjerde and A Rulska-Domino, “Marine Protected Areas beyond National Jurisdiction: Some Practical Perspectives for Moving Ahead”, (2012) 27 *International Journal of Marine and Coastal Law*, p. 356.

限于高度洄游和跨界鱼类种群，而并没有扩展到更广泛的生物多样性的问题。[10]尽管该协定中要求通过“保护海洋环境中的生物多样性”来实现对跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的养护和管理，[11]但这一宽泛性的规则有特定的目标，与专注目标为生物多样性保护的 BBNJ 协定并不兼容。另一方面，UNFSA 虽然确实为希望参与公海捕捞的国家之间以及区域渔业管理义务制定了有益的指导方针和义务，并对一些原则和概念提供了宝贵的清晰度。但是考虑到 UNFSA 本身较为缓慢的批准速度，UNFSA 同样也缺少决策机构和科学咨询机构，RFMOs 定期的审查会议频率也较低，无法科学解决渔业资源管理的实质性问题。[12]

第三，BBNJ 协定与 RFMOs 适配的路径选择将是另一个重要的问题点。结合后文论述的“不减损”原则，那么无论 BBNJ 协定最终的文本为何，它始终应当关注并促进国际法下现有机制，也就是 RFMOs 与 BBNJ 协议下的机制协调。建立其自身与 RFMOs 作用相补充的机构并在这一前提下寻求协调是一条可行的路径，或者 BBNJ 协定试图将 RFMOs 确定为实现 BBNJ 协定目标的关键机构。现有海洋生物多样性的持续丧失和大量鱼类种群的灭绝性消耗，意味着现阶段的法律规定还未能对海洋生物多样性的保护达到有效的响应。如果仅通过试图扩展 RMFOs 的适用对象范围而不建立统一机制的话，即便存在 RFMOs 与其他区域间环境协议的合作框架，那么也意味着需要数量庞大的双边协议才能够实现全球海洋生物多样性的全面保护，治理碎片化问题严重。RFMOs 本身采用的区域空间的管理方法，也与生物资源本身的高流动性，且存在大量的偷猎活动的现实相冲突，导致管理效果有限。虽然看似这意味着在 BBNJ 背景下设立保护级别更为充分的 MPAs 将更为有助于应对对公海生物多样性的威胁，但实际上带来的更大的问题是通过怎样的协议安排，才会使得 BBNJ 协定真正实现其“不减损”的目标？从 BBNJ 协议的角度，RMFOs 如何有效的参与 MPAs 的建立，以及其对 BBNJ 协议咨商会产生的影响都尚未可知；而从 RMFOs 自身发展的角度“不减损”目标对其带来的价值，以及如何通过自身措施实现与 BBNJ 的目标实现协同以匹配 UNFSA 生物多样性保护的价值等，都是 BBNJ 协定进一步商定过程中需要多重协商的重要结构性议题。

三、“不减损”原则的体系性与历时性解读

在现有的各项“国际法相关制度”之中，RFMOs 可能是最需要得到“不减损” 原则确定性含义解释的制度机制，其全称应为“不减损国际法相关制度”（not undermine existing relevant legal instruments and frameworks and relevant global, regional and sectoral bodies）是 BBNJ 协议谈判中所确定的最为重要的原则之一，自 2015 年该项工作启动以来即出现在各国的视野之中。[13]具体而言，“国际法相关制度”包括既有的相关法律文件、法律框架以及全球性、区域性、次区域性或部门性的组织机构。[14]自其提出至今，为最大程度地避免各成员国之间的分歧，该原则表述的措辞尽为可能地概括，但“不减损”原则背后涉及的国际法相关制度辐射范围极广，除与 RFMOs 相关的公海渔业制度，还包括国际深海海底管理局

[10] UNFSA，第 2 条、第 3 条。
[11] UNFSA，第 5 条(g)项。
[12] G. Wright, J. Ardron, K. Gjerde, D. Currie, J. Rochette, “Advancing marine biodiversity protection through regional fisheries management: a review of bottom fisheries closures in areas beyond national jurisdiction”, 61 (2015) *Marine Policy*, p. 134-148.
[13] BBNJ 协定谈判过程中并未直接将“不减损”确定为一项原则，但包括 BBNJ 制定中的各项决议以及目前的两版草案在内，均将此项置于较为突出的位置，本文中笔者为行文便利，直接使用“原则”的表述，下文“国际协调合作”原则亦同。
[14] UNGA Resolution 692/29, 第 3 段; Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, “次区域”为最新草案第 4 条新加入的内容。

（International Seabed Authority，ISA）以及国际海事组织（International Maritime Organization，IMO）等制定和执行的一系列可能会影响到海洋生物多样性保护的相关制度。但 RFMOs 应是其中所需处理的最复杂的关系之一，因为渔业资源的管理养护不仅与海洋生物多样性直接相关，RFMOs 的历史悠久性和分散性还使其明显区别于其他国际组织，历史遗留问题多且还需要额外考虑与多个 RFMOs 的组织协议和措施相协调的问题，是故在 BBNJ 协定制定框架内合理解读不减损原则无论是对 BBNJ 还是公海渔业制度发展来说都格外关键。

“不减损”原则并非 BBNJ 协议谈判中伊始援用的原创性表达，UNFSA 中也多次采用相同表达，该协定中“undermine”一词共于八处出现，且无一例外地与相关保护或管理措施的“实际有效性”（effectiveness）相关。[15]一方面，实际有效性以各缔约国履行公约下的义务为形式要件；而在实质上，倘若保证对 BBNJ 协议内容的理解及适用不妨碍各成员国履行其他公约规则制定时背后立法目的实现，其他国际法相关制度也不会因此而被减损。[16]为维护海洋生物多样性保护的统筹性，相比之下第二种理解方式易于解决 BBNJ 与 RFMOs 协议条款及措施的现实冲突，但是问题症结在于其他国际法相关制度中的义务也会因此被架空，这将造成其他国际公约实际履约秩序的混乱。最新公约草案将第 4 条的“不减损现有（existing）国际法相关制度”修改为“不减损相关（relevant）国际法制度”，该原则的适用范围又进一步向未来可能订立的国际公约扩展，即使通过磋商谈判后使 BBNJ 协定与其他现有制度的冲突都得以缓和，过于关注实际效果的理解方式仍可能导致未来在处理 BBNJ 协定与其他制度的关系时仍有始料未及的问题出现。

事实上，如果从“不得减损”原则适用的的对象着眼就可以发现无论是联合国大会的决议还是目前 BBNJ 协定草案的规定都尽可能地通过列举的方式，把包括法律文件、框架、相关国际组织机构等都包括在内，对比草案的前后版本列举的事项还有所增加。这一定程度上能够说明该原则可能更多地讲求的是形式上的不减损，即除了实际有效性外还包括不减损公约赋予其他国际组织机构的权限，BBNJ 协定不得以任何方式对其进行剥夺。据此，各缔约国本意应是尽可能地扩展“不减损”原则的适用对象，而这一点也可以通过目前已有的两稿公约草案中第 4 条第 3 款的表述加以印证，该文件中的表述除不减损原则涵盖的原有内容外，还新增了尊重相关国际法制度所涉及的管辖权限（respect the competence）内容，使得原本模糊的含义基本被确定下来，与上文分析的第一种理解方式相符。

公约草案公布这一解读也符合国际法实践，与国内法不同，国际法并不存在职责分工明确的统一立法、司法、执法机关，一部国际条约的规则体系从构建推行到被广泛地遵守，需要在冗长的谈判过程中几经利益博弈，在国际社会获得一定程度的共识性，满足生效标准后再通过不断的国家实践获得更为广泛的认同，才会更多国家批准加入，最终形成一项完整的国际法制度。这一过程极为漫长且充满不确定性，所以对现实运行有效的组织机构及规则推倒重来的可能性微乎其微，更多情况下只能“搭积木”一样地，在现有制度架构上进行调整和新建。而一旦作出形式性的理解，如何“协调”和“新建”才能实现对海洋生物多样性的整体性养护就成了关键，而出于渔业资源的多重属性这一问题对于 RFMOs 来说则更为棘手。

四、RFMOs 生物多样性保护功能重构的与协调

（一）“国际协调与合作”原则为 RFMOs 功能重构带来契机

[15] UNFSA 第 7 条 2（a）款，第 16 条第 2 款，第 17 条第 4 款，第 18 条第 1 款、第 3（h）款，第 20 条第 4 款、第 7 款，第 23 条第 3 款，第 33 条第 2 款。

[16] Scanlon, Z. “The art of ‘not undermining’: possibilities within existing architecture to improve environmental protections in areas beyond national jurisdiction”, 75（2017）*ICES Journal of Marine Science*, p. 414.

以上对“不减损”原则的解读引申出当 BBNJ 协定与其他国际法相关制度仍维持各自独立管辖权时，RFMOs 应如何在克服自身缺陷的同时，与 BBNJ 协定相协调，兼顾海洋渔业资源的合理开发利用及生物多样性整体性养护的问题。在目前联合国官网公布的两稿草案中，国际协调(coordination)与合作(cooperation)不仅在海洋遗传资源、划区管理工具、环境影响评估和能力建设及技术转让四项核心议题中占有重要地位，还与“不减损原则”同时出现在草案的一般性条款一章里，且位置靠前。[17]自 69/292 号决议始，无论是公约筹备委员会(Preparatory Committee)公布的各项文件还是其后陆续公布的决议或草案，“国际协调与合作”原则也均被涵盖在内。从目前的措辞来看涉及到国际协调合作时多用“鼓励”(encourage)、“呼吁”(call upon)、“注意”(note)、“认识到”(recognize)等软性措辞；草案中一般条款和四项核心制度涉及到与其他国际法相关制度的关系时，也多强调增强(enhance)、促进(promote)协调合作。但当对“不减损”原则适用对象作出宽泛化理解时，国际协调与合作就不应在 BBNJ 协定中仅以抽象概括的方式出现，而需落实到具体的合作程序或形式。公约草案第 48 条“成员国会议”第 4 款(c)项以通过设立“一定程序”的方式来促进此方面的合作回应这一问题，但目前这一细化规定仍被标注为待各成员国进一步讨论的备用条款，也有国家主张对其删除。其实早在公约草案公布前即有学者主张未来在 UNCLOS 和 BBNJ 协定之间建构合作平台，[18]或是通过“合作备忘录”的形式实现合作目的。[19]目前公约草案的处理方式更偏向于前述的第一种建议，对合作形式进行必要的细化可以在一定程度上避免协调合作的无序性，能够更好地实现缔约目的，中国作为 BBNJ 协定订立中重要的参与国家应就此备用条款给出肯定性的回应，缓解前述“不减损”原则的解读方式所带来的不确定性。对于发起程序设立的主体，公约草案给出了由 BBNJ 协定成员国会议或其他相关国际组织机构两种选择，无论是哪一种选择，各 RFMOs 都应借此次 BBNJ 协定议定之机，着眼于自身特点和存在的现实问题，同步现代国际海洋治理趋势，在整体上完善其海洋生物多样性保护功能。

（二）RFMOs 功能重构应予重点解决的问题

若 RFMOs 欲在公海海洋生物多样性统筹性保护中寻求自身的准确定位，则必须先解决 RFMOs 的内在矛盾。首当其冲必须要予以解决的问题就是各 RFMOs 无论建立时间的早晚均应将保护海洋生物多样性作为原则性规定写入协议之中，并在未来作出决策时，同其他原则性规定一同予以优先考量。

而就具体 RFMOs 协议内容而言，多个 RFMOs 与其所采取的内容及重点各异的鱼类资源管理和养护措施，如何统一地与 BBNJ 协定的体系框架相协调也是必须要考虑的问题。要求 BBNJ 成员国会议或未来可能成立的对外协调合作机构一一同管辖不同区域、不同种类鱼群的 RFMOs 进行合作谈判并不现实，因此无论未来 BBNJ 协定最终决定由哪一方发起设立协调合作的程序或组建相关平台，最具效率性的安排应为 RFMOs 先通过 UNFSA 的平台，构建起管理高度洄游性跨界鱼种的 RFMOs 间内部统一的交流合作机制，并一致对外进行一般性协商。而这将涉及如何对现有 UNFSA 内容作出合理解释，使其涵盖除为除保护公约规

[17] UNGA. Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, A/CONF. 232/2020/3, 第 2、4、10、14、15、23、43 条。

[18] Kristina M. Gjerde, Nichola A. Clark, and Harriet R. Harden-Davies, Building a platform for the future: The relationship of the expected new agreement for marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction and the UN Convention on the Law of the Sea. Ocean Year Book Online, 1-44, 2019.

[19] Scanlon, Z. The art of “not undermining”: possibilities within existing architecture to improve environmental protections in areas beyond national jurisdiction, 75（2017）I*CES Journal of Marine Science*, 413.

定的鱼类种群外，更大范围地对海洋生态系统内整体的生物多样性予以保护的诉求，个别RFMO 的特殊问题则可以再另行单独协商解决。相比之下对于管理非跨界洄游性鱼种的RFMOs 这一过程则应顺畅得多，因其不受 UNFSA 制约自主性更强，“不减损”原则以及结构性冲突对 BBNJ 进行制度安排的限制也相应地弱于前者。此前《生物多样性公约》(Convention on Biological Diversity，CBD)下设的“生态和生物多样性重点区域”工作组(Ecologically or Biologically Significant Areas Workshop，EBSAs Workshop)已与各 RFMOs 有过交流合作，可汲取相关经验，在此基础上继续开展进步深入的交流合作。[20]

此外，结合渔业资源管理与养护的实际情况，拟定欲进行整体性养护所不得减损的制度内容，并据此修改 RFMOs 协议，对其决策机制中的“拒绝权”加以必要限制，并至少在涉及生物多样性养护问题时 RFMOs 应细化其主动进行信息公布的规则和标准，以增强其决策透明度。最后，对于非跨界洄游性鱼类现有 RFMOs 覆盖不到的区域，可以通过 RFMOs 统一合作机制在预先对 BBNJ 协定相关内容进行协调性考量后，参照制定该区域内渔业资源统一管理和养护指南。

最后，对于 RFMOs 协议无法进行约束的非成员国可能对海洋生物多样性造成负面影响的捕鱼行为，一种可能性的解决方案即 RFMOs 与 BBNJ 协定之间构建报告机制，将 RFMOs 无法管辖的主体，交由因位于上一位阶可能拥有更多缔约国而更有可能涵盖涉事国家的 BBNJ 协定加以解决。

五、余论

海洋生物多样性的养护需要整体性统筹的理念近年来愈加深入，将国家管辖区域内的海洋治理交由沿海国后，对于国家管辖区域外尤其是公海海域的生物多样性也存在统一保护的诉求，此种诉求催生了 BBNJ 协定制定工作的开展。BBNJ 协定不应作为公海海洋生物多样性保护的起点，而是对既有国际法相关制度在海洋生物多样性保护方面的体系化整合。但具有交叉性的制度内容庞杂，在“不减损”原则的限制下，仅凭 BBNJ 协定对现有制度可以进行的单向调整的效果较为有限，更需要其他国际法相关制度积极实现双向的互动性跟进。RFMOs 即为其中较为特殊的一项格外需要跟进协调的国际法相关制度，不仅需要对自身的规则措施进行更新，更需要深层次地扫清与 BBNJ 协定作出互动的内部结构性掣肘，实现自身海洋生物多样性保护功能的重塑，这一过程任重而道远。

[20] Warner，Robin；Gjerde，Kristina；and Freestone，David，″Regional governance for fisheries and biodiversity″(2014)．*Faculty of Law，Humanities and the Art*s － *Papers*，p. 2.

浅析我国对 WTO 上诉机构危机的应对—以中国诉美国“301 条款”案（DS543）为视角

孙博

摘要：伴随着美国特朗普总统的一系列“改革”，美国新重商主义，单边主义盛行，美国多次采用“301 条款”对中国进行所谓的调查和报复，在此背景下，中国在 2018 年 4 月 4 日正式对美国启动了世贸组织争端解决程序。但是美国以WTO上诉机构“干涉过多”有损美国利益为由阻止法官遴选，上诉机构在 2019 年 12 月 10 日因法官不足而停摆。在DS543视角下，通过分析美国“301 条款”和中国在本次诉讼中的答辩，结合在上诉机构停摆和WTO改革，探究中国与美国重新进行磋商或者达成临时仲裁协议的可能性。对中国而言，结合中国国际法原则坚定中国立场提出上诉机构改革方案，推进多边谈判坚持多边贸易路线，加强法理研究和谈判水平可以更好的应对中美贸易战，捍卫多边主义，展现大国担当。

关键词：上诉机构危机　WTO改革 301 条款　中美贸易争端

一、中美贸易摩擦的概述

21 世纪以来世界经济格局发生了巨大的变化，美国对华长期保持着贸易逆差，根据美国商务部的数据，2021 年 3 月贸易逆差创历史新高，其中美国对中国的贸易逆差增长了 22%，达到 369 亿美元。贸易逆差也成了美国发动贸易战的重要借口之一，特朗普自执政以来，以中国对美国长期保持贸易顺差，不正当方式获取美国高新技术为由，认为中国严重威胁到了美国的利益，对中国频频实施贸易制裁并且发动贸易战[1]。2017 年 8 月特朗普要求美国贸易代表办公室（USTR）对中国开展“301”调查，之后在 USTR 发布的《301 报告中》指控中国长期对美国窃取高新技术和知识产权并据此开始收紧了对华科学技术出口，甚至禁止对中兴出口零配件和软件同时开始加征关税，由此贸易战一触即发。

不公平的贸易和对美国知识产权和科学技术的侵犯是特朗普关注的重点，2017 年 8 月 14 日，特朗普在美国代表总统备忘录中称中国采取了许多不正当的法律和政策对美国的知识产权，创新和技术进行损害，因此要求贸易代表按照 1974 年《贸易法》（19 U. S. C. 2412 (b)）第 302（b）条的规定，对于中国实施的可能损害美国知识产权的法律、政策或者行为进行调查[2]。虽然之后中方与美方高层进行了多次对话，习近平主席也与特朗普总统有过海湖庄园会晤，但依然无法阻止美国发动的贸易战。

二、“301”调查的概述

（一）301 条款作为美国发动贸易战的依据

301 调查名义上是美国为了自身利益，根据《1973 年贸易法》301 条对于符合条件的贸易国进行调查。虽然不是为了中国独家设计的，但是成为了中美贸易摩擦的开端，同样也是美国对中国采取贸易报复的法律依据。“301 条款”规定，其他贸易伙伴的做法损害了美国在贸易协定下的利益或其他不公正、不合理或歧视性行为给美国商业造成负担或障碍时，美国贸易代表办公室（USTR）可进行调查，决定采取撤消贸易减让或优惠条件等制裁措施，甚至还有“超级 301 条款”作为广义 301 条款的补充，这样的法律规定赋予了美国总统对于其所认为损害美国利益的贸易国贸易报复和制裁的权利。美国时常使用“301 条款”，对其

[1] 余永定．中美贸易战的深层根源及未来走向[J]．财经问题研究，2019(08)：3-12.

[2] United States : Presidential Memorandum for the United States Trade Representative[J]. MENA Report, 2017.

他国家贸易行为进行所谓的调查，通过此种方式与被调查国进行谈判磋商，以贸易报复和增加关税为由要求与被调查国达成协议或者迫使被调查国妥协作出经济或其他利益上的让步[3]，这就是“301 条款”的强大之处。美国在 2018 年的“301 调查中”同样认定中国违反了有关知识产权让渡，科技创新进出口相关的法律政策，中国对美国进行了贸易歧视，最后对中国进行了制裁。

（二）301 条款的回顾

《1962 年贸易拓展法》中的“252 条款”是美国二战以后第一个贸易报复条款，其规定“如果以国家进口限制不公平或者不正当，对美国的贸易歧视或者造成损害的，（美国）总统有权撤回对该国的减让 ，或对该国的产品增加关税或实施其他进口限制。”[4]这一条款也就是“301 条款”的前身，在 1974 年《贸易法》中大名鼎鼎的“301 条款”才正式出台。301 条款的出台是为了救济美国内部贸易不公平的现象，在二战以后个过认识到了多边贸易的重要性，极力推进世贸组织的建立，美国因此让渡了部分利益，因此形成了世贸组织中“最惠国待遇原则”、“国民待遇原则”和“特殊待遇原则”（SDT）等原则[3]。但随着欧盟一体化的发展，中国等发展中国家的日益崛起，美国经济霸主的地位受到了冲击。为了防止不公平的贸易对待，“301 条款”在知识产权、科学创新等领域对美国进行了有效的保护。我们现在所说的“301 条款”准确的说不是某一特定条款，而是一个体系，而“301 条款”先后也经历了《1974 年贸易改革法》、《1984 年贸易与关税法》等多次的修改，形成了现在的具有强制报复性的“301 条款”

（三）301 调查对中国的影响

美国自 20 世纪九十年代以来对中国总共进行了 6 次“301 调查”，1990 年美国将中国列入知识产权“重点观察国名单”并在 1992 年中美双方在此次调查中达成妥协，并签订了有关知识产权的协定，从此以后多次调查中都已达成相关协议为结束，这也就是上文中提到的美国利用“301 调查”来满足己方利益的方式。根据《特别 301 报告》，自 2005 年以来，中国每年均被美国《特别 301 报告》列为“重点观察国家”名单，也就是说美国会每年为每个观察国设立基准来评定他们的威胁性，以至于采取相关的“报复行动”。而最近的两次“301 调查”分别是 2010 年 10 月，美国对中国在清洁能源领域开展了调查，2 个月以后中美在 WTO 争端解决机制（DSU）体系内磋商，最终以中国取消了对于禁止性补贴为结果。2017 年 8 月美国贸易代表办公室（USTR）宣布对中国进行以“中国对美国知识产权存在侵犯行为”为由的调查，下文会对本次争端进行解释。

基于 6 次“301 调查”的经历，“301 调查”对于中美两国双边贸易有很大程度的冲击和损害[3]。2018 年 3 月 23 日美国总统特朗普在对华贸易备忘录中宣布，对从中国进口约 600 亿美元商品大规模加征关税，并限制中国企业对美方企业投资并购。4 月 3 日 USTR 在对华建议征税清单中发布了对华总额 500 亿美元的出口商品增加关税，建议税率为 25%，次日中方宣布对美国进口的 500 亿美元产品增加关税，税率同样为 25%，从此开始美国陆续宣布对中国商品加征关税，对相关企业（如中兴）限制出口软件，零配件等相关产品，中方也每次做出回应。美国高举贸易保护主义大旗，对中国发动贸易战，必将导致中国对美国产品依赖度下降，激发中国民族企业自主研发的决心与动力，对两国的双边贸易，甚至与两国有关的多边贸易有不小的损害，与全球推行多边贸易的主题不符。

---

[3] 孟祺．美国“301”调查:演变、影响及对策[J]．新疆社会科学，2018(03)：26-33.

[4] 苗雨．美国《1962 年贸易扩展法》“252 条款”分析[J]．沈阳农业大学学报(社会科学版)，2013，15(03)：289-291.

其次美国最新一次的“301 调查”着重强调知识产权，科技创新等方面，势必会给我国高端制造业发展带来阻碍。以美国制裁中兴为例，2018 年 4 月 16 日美国商务部下令禁止美国相关公司向中国中兴公司出售软件及部分零配件，为期 7 年。“301 调查”看似是美国在维护国民经济，维护美国市场的利益，实则是变相打击中国的高新技术产业。本次“301 调查”打击对象恰巧也是我国“中国知道 2025”所涉及的重点发展对象，我国要实现从制造业大国向制造业强国转变，最终实现制造业强国的目标，引进外来技术，进口高端产品都是必不可少的，美国若将源头掐断，完成这一目标的速度恐将受到影响。

（四）中国诉美国 301 条款案的简述

2017 年 8 月，美国特朗普总统指示 USTR，对中国开始了“301 调查”，在次年 3 月 USTR 在其发布的《301 调查报告》中，对中国的相关政策、法律和行为认定为不公平，不合理并且具有歧视性的，这给美国贸易造成了损害。针对美国根据“301 调查”对中国实施的加征关税和限制进出口等措施，中国在 2018 年 4 月 4 日向 WTO 提出与美国磋商的请求，开始了在世贸组织多边争端解决机制下与美国的博弈。之后在 7 月 6 日中国对于之前的请求在美国对中国产品新加征关税方面提起了补充，并且在关税方面于 7 月 16 日和 9 月 18 日分别又修改了其请求[5]。美国同样也以中国对美国加征关税和中国违反《争端解决规则与程序的理解》（DSU）第四条为由进行了答辩，但同样表示愿意磋商。但遗憾的是中美在“征税—反制—再反制”的过程中最终没能完成磋商，在 2018 年 12 月 6 日中国要求成立专家小组推进中美争端的解决。

在 2020 年 9 月 15 日专家组发布了 DS543 的专家报告，认为美方单方面加征关税等行为违反了 WTO 义务[6]，并建议美国采取符合 GATT1994 的行为。由于美国阻碍上诉机构的遴选，在上诉机构停摆的情况下，美国在 2020 年 10 月 27 日提出了上诉请求。

三、WTO 上诉机构的概况

（一）WTO 争端解决机制的简介

1947 年《关税与贸易总协定》(GATT)在战后对世界贸易起到了巨大贡献，而目前的 WTO 争端解决机制遵循的规则和机制也是由 GATT1947 发展而来的，GATT1947 中 22 和 23 条相对比较简单，之后经过 1989 年《GATT 争端解决规则与程序的完善》等不断完善[7]，在乌拉圭回合中将它正式纳入谈判议程，最终形成了 DSU。争端解决机制的完善和确立极大的维护了世贸组织维护多边贸易的原则，为成员国之间贸易摩擦提供了有效的救济平台，成为了世贸组织中最核心的部分。争端解决机构（DSB）负责着争端解决机制的运作，其拥有一套完整的运行体系，常规的争端解决方法包括磋商，专家组程序，上诉机构，仲裁等。我们可以把世贸组织的争端解决程序“近似”的套入我国的司法程序，也就是“一审”、“二审”和“执行监督程序”。其中专家组程序相当于一审，上诉机构相当于二审，根据 DSU21 条，通过专家组或者上诉机构报告后，在合理期限以后，相关成员可以实施报告的建议和裁决，这也就相当于执行监督程序[8]。

WTO 争端解决是有时间期限的，这也保证着争端解决的效率。DSU 的第 4 条规定了磋

---

[5] https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds543_e.htm.

[6] https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=266386,266385&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True

[7] 许静晓．我国参与 WTO 争端解决机制的不足及完善[J]．河南司法警官职业学院学报，2020，18(04)：81-86.

[8] 于鹏．WTO 争端解决机制危机:原因、进展及前景[J]．国际贸易，2019(05)：10-18.

商过程的时间，以及在收到磋商请求 60 日内未解决可以提出成立专家组的请求。而专家库成员由各成员国推荐产生，2004 年 3 月，中国的法律专家张玉卿、曾令良和朱榄叶分别入选了专家库由此中国可以在更深层次和更广领域参与 WTO 事务。

甘瓜苦蒂，天下物无全美，WTO 和他的争端解决机制也有不足之处，在实践中成员国也早就有所察觉。人员不足，事务处理时间较长，条款用词模糊等这些缺陷急需改革，否则将会破坏 WTO 争端解决机制的公信力。从 1994 年举行的摩洛哥马拉喀什举行的部长级会议开始，对于 DSU 和 DSB 的审议和谈判就不断进行，但是成效甚微，发达国家之间，发达国家与发展中国家各持己见，对于实质性问题很难达成共识，特别是在最惠国待遇和特殊差别待遇方面。最终美国对于争端解决的诉求得不到解决，2017 年开始对于上诉机构法官遴选频频动用一票否决，阻挠法官的遴选，在 2019 年 12 月上诉机构停摆，2020 年 11 月 30 日，WTO 上诉机构最后一名成员正式期满卸任，至此，上诉机构成员全部离任，WTO 上诉机构陷入瘫痪，这对多边贸易体制造成了沉重打击。

（二）上诉机构自身的问题

针对 DS543 美国上诉的情形，中国要在上诉机构停摆的困境中提出对策就要首先要知道上诉机构有什么问题，美国为什么要叫停上诉机构。第一，上诉机构越权。DSU17 条的标题是 Appellate Review，有学者将它翻译成上诉审查也有的翻译成上诉复审，这两种称呼都应符合“二审”的定义，即应当审理一审中处理过的问题，也就是专家组报告中涉及的法律解释和其他法律问题。美国认为上诉机构在专家组报告之外有过多的扩张倾销[8]。同时，上诉机构对于专家组认为国内法含义的做法引发的歧义，过多援引外部国际法规范解释，有“司法造法”的嫌疑[9]。

第二，在 DS543 中，美国提到了专家组审理范围模糊的问题，而上诉机构的审理范围同样比较模糊。国内法中对于二审中新提出的请求一般的做法就是调解，调解不成另行起诉，但是如果新提出的事实对于本次案件有重大影响的可能会发回重审。在上诉机构审理案件的时候如果成员国提出了新的请求或者补充了事实，是否还属于上诉机构的审理范围呢，而上诉机构没有发回重审的权利，也就是没法让专家组重新审理案件[10]，同时 17 条第 10 款还规定了上诉机构的程序是秘密的，上诉机构的报告应在争端当事方不在场的情况下起草，并应根据提供的信息和所作的陈述起草。那这个信息到底完全是一审专家组报告中的信息，还是上诉中补充的信息也可以作为参考依据，这点都处于模糊状态，案件的预期性大打折扣，公信力也会有所减弱。

第三，上诉时间超过 90 日。17 条第 5 款规定从争端当事方正式通知其上诉决定之日起，诉讼不得超过 60 天。在任何情况下诉讼不能超过 90 天。但是从 2011 年开始，上诉机构审理案件的时间开始超过 90 日，且不再征求当事方同意。17 条第 14 款，上诉机构的报告应该由 DSB 通过，此后由争端双方无条件接受。超过 90 天的报告是否无效或者当事方要求 DSB 不予通过时，该报告就无效，这点同样规定模糊。

（三）上诉机构停摆后的影响

美国对 DS543 一案进行了上诉，在上诉机构瘫痪的状态下，对争端当事国产生了许多影响。首先，本次诉讼成了“无效”诉讼，一直处于悬而未决状态[11]。DSU16 条第 4 款，规

[9] 范笑迎. WTO 上诉机构“司法造法”之美国主张的批判与标准重构[J]. 武陵学刊, 2021, 46(02): 59-71.
[10] 吴金蓉. WTO 上诉机构的生存危机、仲裁机制弥补的局限分析与对策——基于解决贸易争端角度[J]. 对外经贸实务, 2021(04): 44-47.
[11] 都亳. 上诉机构停摆后的 WTO 争端解决[J]. 南大法学, 2021(01): 101-113.

定了专家组报告必须在 60 天以内在 DSB 的会议中通过，除非小组上诉。在本案中美国上诉，专家组报告便不被 DSB 采纳。而上诉机构瘫痪，上诉期限便无从谈起，一审未生效，二审无法进行，因此 DS543 便失去了解决争端的意义。

其次，上诉机构停摆会延缓中美两国贸易战的结束。在 DS543 中，中国的主张的得到了专家组的承认，在报告中指出，美国征加关税措施违背了美国在 WTO 中的义务，并希望美国能按照世贸组织的建议改变自己的政策和行为。但随后美国贸易代表办公室（USTR）发表生命称专家组无法遏制中国的危险行为，对知识产权无法提供有效保护，美国因此也不会支持这份报告。美国在 2017 年 8 月开始对中国进行“301”调查，此后中国和美国开始了长期的制裁与反制裁，上诉机构的停摆让该案件无法在短期得到结果，不能得出让双方乃至世界信服的结论，对于中美贸易谈判无益，甚至会因此延缓争端解决的步伐。最后，上诉机构相当于二审程序也就是终审程序，是争端解决机制的核心部分。对于“两审终审”的争端解决机制而言，“终审法院”的瘫痪会降低整个争端解决机制的公信力。

四、上诉机构停摆后的几种争端解决方案——基于中诉美“301 条款”案（DS543）

（一）通过谅解、调解解决

DS543 由于美国的上诉，进入了悬而未决的状态中。考虑到上诉机构的停摆对中美的影响和 DS543 的先例，在中国与美国其他争端中，如 DS565 和 DS587（目前处于磋商阶段），两国可以借鉴印度尼西亚诉澳大利亚 A4 纸反倾销措施案件（DS529），和美国与韩国的（DS488）案件的做法，通过协商，谅解解决问题[12]。在 DS529 中，印尼和澳大利亚达成了互补上诉的谅解，并在 2020 年 1 月 27 日 DSB 通过了专家组报告，进入执行阶段。在 DS529 中，美国和韩国也达成谅解协议互补上诉。中国和美国在未进入上诉的案件中，在中美达成的第一阶段协议的基础上，本着平等互利，促进争端解决的态度，达成互补上诉协议，可有效减少贸易摩擦。

（二）通过临时仲裁解决贸易争端。

2020 年 3 月 27 日，中国等 16 个世贸组织成员国联合发表部长声明，同意设立了《多方临时上诉仲裁安排》（MPIA）目的是作为上诉机构停摆以后的临时争端解决机制，其目的是推动法官遴选和争端解决机制的恢复，是一种临时机制，上诉机构回归正常以后，MPIA 自动失效。诉诸仲裁的性质现在不容易确定，但在一定程度上可以解决无效上诉的问 [11]。仲裁有着较强的灵活性，DSU 第 20 条规定，当事各方同意即可采用仲裁解决纠纷。而且根据 MPIA 规定，上诉仲裁员构成的专家库由每一个参加 MPIA 的成员提名，最终经过协商产生。每一个仲裁案件由三名仲裁员审理，同时 MPIA 还规定了仲裁程序按照 DSU 中 25 条关于仲裁的规定进行，上诉开始以后，审理实体问题和上诉程序按照 17 条上诉的有关规定进行。在最大程度上使得临时仲裁替代上诉，达到上诉的效果，仲裁结果也相当于二审结果，发挥终审效力。

但是临时仲裁对于中美之间的争端很难发挥作用。第一，仲裁是双方协商达成的结果，是否开启仲裁由双方成员决定，美国在中美贸易摩擦中一直本着自己利益最大化的原则，这也是其单边主义的体现，因此中美达成仲裁协议难度较大。第二，仲裁相当于第二个专家组，是一个重新审理案件的过程，与上诉机构的原则还是有所差别，这样以来，仲裁和专家组审理案件可能会有较大的出入，以至于使案件变得复杂，降低了案件结果的可预见性。MPIA 是临时性的，从制度设计和实际操作中看，使 MPIA 代替上诉机构完成上诉案件的审理还需

[12] 彭德雷．十字路口的世贸组织上诉机构:改革观察与最新实践[J]．国际经贸探索，2020，36(09)：88-102.

要进行许多理论的补充和经验以及经费的支持[13]。中国对于 MPIA 的成立做出了极大的贡献，基于 DS543，可以继续探索临时仲裁对于推进争端解决机制的作用，为未来上诉机制的改革提供宝贵的经验。

[13] 杨国华．WTO 上诉仲裁机制的建立[J]．上海对外经贸大学学报，2020，27(06)：29-38

国际灾害治理法对疫情防控的启示——基于人权的视角

唐颖侠* 南开大学法学院

摘要：目前关于灾害治理的国际法规则体系仍以软法为主，近 20 年来国际灾害治理的演进历程，经历了由基于慈善的救助到基于人权保障的演变过程。基于人权的方法（HRBA）适用于灾害治理过程渐渐成为主流话语，反映了国际社会对于灾害本身的理解从最初将之视为一种自然现象转为探究其背后社会因素的转变。灾害发生的社会根源为人权视角纳入灾害治理提供了理论基础，既有国际法框架又对应对灾害中的人权保障存在不足，因此，将基于人权的方法纳入了国际灾害治理之中，并形成了一系列国际软法体系。本文通过分析国际灾害治理中基于人权方法的适用进路，总结在疫情防控中纳入基于人权的方法，明确国家承担人权义务的边界，借鉴灾害治理中权利分类和分阶段全方位保护的方法，以及软法的间接适用路径五个方面的特点，以期对于疫情防控中的人权保障有所启示。

关键词：灾害治理；基于人权的方法；疫情防控；人权保障

灾害与人权的关系日益受到关注，然而无论是既有国际人权法规范还是国际灾害治理法，都没有成熟的解决之道。近年来基于人权的方法适用于国际灾害治理中，从理论层面的探索逐渐发展为国际人权判例和软法规范，为应对灾害对人权的负面影响提供了一条可行的路径。在新冠肺炎在全球蔓延的背景下，深入分析国际法中基于人权的灾害治理方法，以期对于疫情防控中的人权保障带来些许启示。

一、灾害对人权的负面影响

灾害[1]会造成巨大的人类痛苦和财产损失。近年来，随着气候变化的影响日益加深，极端天气和气候灾害的发生更加频繁和剧烈。全球近 12 年来（2008-2019 年间）共发生灾害 8356 次，因灾害导致的流离失所者人数达 287，966，000 人，其中 2010 年高达 4235 万人。[2]仅 2018 年一年，国际灾害数据库就记录了 315 次灾害事件，造成 11804 人死亡，6850 多万人受灾，经济损失达 13170 亿美元。[3]2019 年紧急事件数据库[4]（EM-DAT）报告了至少 396 起自然灾害，造成 11755 人死亡，9500 万人受到影响，损失近 1300 亿美元。在地区层面，亚洲是最容易受灾害影响的地区，在全球灾害事件中占据 40%的比例，死亡人数占全球总死亡人数的 45%，受灾人数占到了全球总受灾人数的 74%。[5]尽管几十年来防灾和减灾机制不断改进，但各国在灾害管理方面仍面临许多挑战，这一现象可能会随着气候变化的影响而更加恶化。

---

* **作者简介**：南开大学法学院副教授，硕士生导师，南开大学人权研究中心（国家人权教育与培训基地）副主任。

基金项目：国家社科基金一般项目“人权法视角下国家适应气候变化的治理策略研究”（19BFX207）；南开大学文科发展基金科学研究类一般项目“《国际法视域下气候变化诉讼比较研究》”（ZB21BZ0201）

[1] 灾害指由于危险事件与暴露条件、脆弱性和能力相互作用，从而严重破坏任何规模的社区或社会运作，导致下列一种或多种后果：人员、物质、经济和环境损失和影响。联合国减灾办事处（United Nations Office for Disaster Risk Reduction）： https://www. unisdr. org/we/inform/terminology，最后访问日期 2020 年 11 月 20 日。本文所指灾害是自然灾害的简称，与事故灾害、公共卫生事件和社会安全事件并列为突发公共事件。

[2] 国内流离失所者数据库：https://www. internal-displacement. org/database/displacement-data，最后访问日期 2020 年 11 月 20 日。

[3] 国际灾害数据库网站：www. cred. be，最后访问日期为 2020 年 11 月 20 日。

[4] 1988 年，灾害流行病学研究中心(CRED)建立了紧急事件数据库(EM-DAT)。EM-DAT 是在世界卫生组织(WHO)和比利时政府的初步支持下创建的。

[5] 国际灾害数据库网站：https://www. emdat. be，最后访问日期是 2020 年 11 月 20 日。

灾害会对人权产生广泛而系统的负面影响。这种负面影响既包括灾害本身对于人权的侵犯，也包括国家所采取的应对灾害的各种措施对人权造成的损害。自然灾害对人权的负面影响往往不是通过有目的的政策造成的，如果国家和国际行为体在备灾、救济和恢复的各个阶段都考虑到相关的人权保障，这些挑战就可能得以减轻甚至避免。

首先，在生命权和健康权方面，灾害威胁和破坏人的生命安全，构成对生命权的直接侵犯，健康权也深受灾害的威胁和挑战。灾害发生后，由于缺乏卫生条件和洁净的水，极易引发传染病蔓延以及营养不良，疾病风险大大增加，此时对健康权的保障尤为紧迫。尤其是已经患有疾病并需要定期治疗或住院治疗的人，可能会因灾害造成的医疗保健服务中断或获得服务的机会有限而受到更大的负面影响。依据国际人权法，受灾人员有权获得最高标准的健康权利[6]，包括精神健康和心理健康。如果把心理健康也纳入其中的话，灾害所带来的负面影响将更加深远。

其次，其他与灾害影响直接相关的人权包括适足生活水准的权利[7]，如食物权和水权。每当自然灾害摧毁农作物和农田、污染水源，造成粮食短缺、物资不足时，这些权利就会受到威胁。住房权也特别容易受到自然灾害的影响，而且在灾害发生的各个阶段都有不同程度的影响。在自然灾害的初期，房屋可能被洪水淹没或被地震、飓风等损毁。在灾害发生之后，由于居住条件不安全而被迫逃离家园。这些情况下，受灾人员的住房权都需要得到保障。依据经济及社会理事会在 1998 年通过的《国内流离失所者指导原则》第 7、18 条[8]，国家有义务确保向这些受灾者提供适当的住所，并确保在灾情延长的情况下住所适合长期居住。

再次，除了保护受灾人员获得食物、水、住所和保健的基本权利之外，人权原则还包括保护受灾人员的自由，并确保他们参与影响其利益的决策。在灾害期间，人身自由和安全的权利[9]以及行动自由[10]应得到尊重。家庭被视为应受保护的社会基本单位，因灾害而与家庭分离的成员应尽快团聚或采取特殊步骤确保儿童受保护。受教育权[11]也应在灾害期间得到保障。重返学校不仅对于儿童的持续性教育而且对于社会心理健康以及减少暴露在风险中是很重要的。言论和信息自由权[12]以及政治参与权[13]，也适用于与灾害有关的权利保障。这些权利要

---

[6] 参见《经济、社会、文化权利国际公约》第 12 条、《消除对妇女一切形式歧视公约》第 2 条、《儿童权利公约》第 24 条、《消除一切形式种族歧视公约》第 5 条、《残疾人权利公约》第 25 条、《国内流离失所者指导原则》第 18-19 条。联合国公约与宣言检索系统：
https://www.un.org/zh/documents/treaty/bytopic/humanrights.shtml，最后访问日期是 2020 年 6 月 30 日。

[7] 参见《经济、社会、文化权利国际公约》第 11 条、《消除对妇女一切形式歧视公约》第 14 条、《儿童权利公约》第 24 条、《残疾人权利公约》第 28 条、《国内流离失所者指导原则》第 7、18 条。联合国公约与宣言检索系统：https://www.un.org/zh/documents/treaty/bytopic/humanrights.shtml，最后访问日期是 2020 年 11 月 20 日。

[8] 联合国公约与宣言检索系统：
https://www.un.org/zh/documents/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/1998/53/Add.2，最后访问日期是 2020 年 11 月 20 日。

[9] 参见《公民权利和政治权利公约》第 9 条、《残疾人权利公约》第 14 条、《消除一切形式种族歧视公约》第 5 条。联合国公约与宣言检索系统：https://www.un.org/zh/documents/treaty/bytopic/humanrights.shtml，最后访问日期是 2020 年 11 月 20 日。

[10] 参见《公民权利和政治权利公约》第 12 条、《残疾人权利公约》第 18 条、《消除一切形式种族歧视公约》第 5 条。联合国公约与宣言检索系统：https://www.un.org/zh/documents/treaty/bytopic/humanrights.shtml，最后访问日期是 2020 年 11 月 20 日。

[11] 参见《经济、社会、文化权利国际公约（ICESCR）》第 10 条。联合国公约与宣言检索系统：
https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/A-RES-2200-XXI.shtml，最后访问日期是 2020 年 11 月 20 日。

[12] 参见《公民权利和政治权利公约》第 19 条、《国内流离失所者指导原则》第 18 条。联合国公约与宣言检索系统：https://www.un.org/zh/documents/treaty/bytopic/humanrights.shtml，最后访问日期是 2020 年 11 月 20 日。

求各国提供有关正在发生的自然灾害以及应对措施的信息，以便人们能够知情并自由地做出决定。这包括参与影响受灾人员福利的决定以及灾后返回家园或重新安置的规划和管理的权利。

最后，在应对灾害采取的各项措施中，也可能带来人权的挑战。因此，平等与不受歧视的原则应贯穿于整个灾害治理的过程。在提供救灾援助时，不能因年龄、性别、残疾、宗教、族裔或社会地位而有所歧视，也不能基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身等方面对权利进行限制或克减。[14]人权原则不仅有助于确定受灾人员的需要，而且可以确保以适当、及时和公平的方式满足这些需要。

可能受到灾害影响的人权主要规定在联合国核心人权公约中。据此，各国有义务采取步骤，尽量减少灾害对人权的负面影响，这可能包括有义务请求和接受国际社会的援助[15]。

二、为什么在灾害治理中纳入人权的视角

（一）灾害发生的社会根源为人权视角纳入灾害治理提供了理论基础

当我们透过灾害的自然原因探究影响灾害发生的社会、经济、文化制度根源时，发现正是这些社会性因素与自然力量绞合在一起，才导致甚至加剧了灾害对于人权的负面影响。将灾害仅视为自然现象无法解释受灾人员在同一灾害之中面临的不同的风险和不平等境遇。重新审视灾害根源的社会因素为人权视角纳入灾害治理提供了理论基础。

1、灾害的自然属性与社会属性

当灾害发生时，人们往往关注其自然属性。摧毁人类成就的自然力量被认为是引发灾难原因。因此，灾害是不能预见且无法采取预防措施避免其发生的意外事件，是一种不可抗力。如果把灾害仅仅界定在不可抗力的范畴内，尽管对人权造成了极大的损害，那么受灾人员也只能寻求人道主义援助，因此传统灾害法框架下国家对灾害的应对局限于灾后救济，而且救灾行为被视为对受害者的一种帮助和恩惠。因此，仅看到了灾害对人权的侵犯，不足以支持国家在灾害治理中应承担人权义务。然而，当我们的视角从孤立的灾害事件扩展开来，深入其背后的社会结构，就会发现自然力量不过是触发了灾害。

正如人类无法平等地获得资源和机会一样，人类也不会平等地暴露于危险之中。人们是否有足够的土地耕种、洁净的水源以及安全的住所，这些都取决于社会因素(包括经济和政治进程)。社会因素决定着谁将面临最大的危险。个人的风险防护能力、信息、财富和健康等特征往往与自然无关,而是由社会属性决定的。灾害风险从根本上取决于社会制度及其相关权力关系对不同社会群体的影响。面对灾害的脆弱性受制于社会制度和权力结构，根本上源于政治和经济制度，而不是自然力量。正是这些制度决定了人们在健康、收入、建筑安全、工作地点和家庭等方面的差异。[16]

灾害严重影响社会中的弱势群体，从而加剧了现有的不平等现象。因此，灾害的影响具有不公平性。当灾害发生时，贫困人口、失业者和居住在人口稠密的特大城市边缘地带的人

---

[13] 参见《公民权利和政治权利公约》第 25 条、《国内流离失所者指导原则》第 22 条。联合国公约与宣言检索系统：https://www.un.org/zh/documents/treaty/bytopic/humanrights.shtml，最后访问日期是 2020 年 11 月 20 日。

[14] 参见《公民权利和政治权利公约》第 4 条。联合国公约与宣言检索系统：https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/A-RES-2200-XXI-2.shtml，最后访问日期是 2020 年 11 月 20 日

[15] Hope Lewis, “Human Rights and Natural Disaster: The Indian Ocean Tsunami,” Human Rights, Vol. 33, No. 4, 2006, pp. 12-16.

[16] Ben Wisner et al., At Risk: Natural Hazards, People’s Vulnerability and Disasters, 2nd ed., London: Routledge, 2004, p. 6.

受到的威胁最大。这些群体往往缺乏诸如保险或个人存款等保障机制，难以从灾害的影响中恢复过来。他们有限的基础资源和生活条件使其更容易遭遇疾病的传播以及生计和教育的中断，因此这些群体往往更强烈地并在更长时间内感受到灾害的影响[17]。在自然灾害情况下，先前存在的脆弱性和歧视模式通常会加剧。在受灾人员中处于特别危险境地的是那些因灾害而被迫离开家园或惯常居住地的人，这些人因此成为境内流离失所者（IDPs）。

灾害是自然灾害和人类活动的复杂组合。这种认识加深了我们对灾害发生的根源的理解，即造成灾难的不仅是自然事件，也是不同于自然环境的社会、政治和经济制度的产物，而这些制度构成了社会中不同群体的生活。如果将自然灾害从社会因素中剥离出来，从而过于强调自然灾害本身，就会导致理解的狭隘。当然并不是说自然原因毫无意义，而是在评估灾害的原因时应当注意自然属性和社会属性之间的平衡，避免将自然过程视为灾害发生的唯一原因。对于灾害社会属性的关注为国际社会在灾害治理中纳入人权视角提供了理论基础。

2、脆弱性与赋权

脆弱性是指一个人或一个群体的特点及影响他们预测、应付、抵抗和从自然灾害影响中恢复的能力的情况。它涉及一系列因素，这些因素决定了一个人的生命、生计、财产和其他资产在自然界和社会中受到的危害程度。[18]自然现象本身不一定会导致自然灾害。风险=危害×脆弱性（Risk = Hazard x Vulnerability）。[19]发生在既没有人口也没有经济、社会和环境资产的地方的洪水不一定会导致灾难，通过共同努力减少灾害风险，可以避免或减少脆弱性。[20]

大量文献表明，自然灾害对脆弱人群的影响最为严重。[21]因为在一个特定的社会中，那些经常遭受歧视和缺乏机会的人在发生自然灾害时也会经历类似的排斥模式。此外，由于这些人以前就被排斥在外，这些人很可能已经居住在危险地区或危险的住房内。[22]妇女、儿童、残疾人、老年人、土著社区和少数民族等弱势群体可能更严重地受到自然灾害的不利影响。影响脆弱性关键的变量包括社会阶层（包括财富差异）、职业、种姓、族裔、性别、残疾和健康状况、年龄和移民状况等。脆弱性代表着对于灾害的风险抵御能力和从灾害中恢复的能力较弱，与“脆弱”相对的是“安全”或者“能力”。此外，脆弱性还有时间上的维度。脆弱性可以通过对未来生计的损害来衡量，而不仅仅是灾害发生时的生命和财产损失。弱势群体也是那些在发生灾害后最难重建生计的群体，这反过来又使他们更容易受到灾后恢复过程的影响。

传统的救灾观念对于弱势群体的关注，往往强调其脆弱性和局限性，因此需要对其进行特殊的保护和照顾。这种观点往往将“社会弱势群体”视为“特殊需求群体”。该群体是被

---

[17] Brooke Havard, “Seeking Protection: Recognition of Environmentally Displaced Persons under International Human Rights Law,” Villanova Environmental Law Journal, 2007, Vol. 18, Issue 1, p. 65.

[18] Ben Wisner et al., At Risk: Natural Hazards, People's Vulnerability and Disasters, 2nd ed., London: Routledge, 2004, p. 11.

[19] United Nations Inter-Agency Secretariat of the International Strategy for Disaster Reduction, Living with Risk: A Global Review of Disaster Reduction Initiatives, Volume I, Geneva : United Nations Publication, 2004, p. 62.

[20] John Twigg, “Disaster Risk Reduction: Mitigation and Preparedness in Development and Emergency Programming”, Good Practice Review, Number 9, London: Overseas Development Institute, March 2004, p16.

[21] Mariangela Bizzarri, “Protection of Vulnerable Groups in Natural and Man-Made Disasters”, in Andrea de Guttry, Marco Gestr, Gabriella Venturini eds., International Disaster Response Law , Hague: T. M. C. Asser Press , 2012, pp. 381–414.

[22] Ben Wisner, “Marginality and Vulnerability: Why the Homeless of Tokyo Don't 'count' in Disaster Preparations”, Applied Geography , 1998, Vol. 18, No. 2, p. 26.

固化的而无法通过自身的努力而改变的，只能作为“受害者”被动地接受外来的帮助和照顾。基于人权的方法应对脆弱性是赋权（Empowerment）的过程，并将弱势群体视为能动的主体。被赋权者享有很大程度的自主权和独立性。而且赋权是一种参与的过程，是将决策的责任和资源控制权授予或转移到其手中。从广义上来说，赋权是选择和行动自由的扩展。它意味着增加对影响生活的资源和决策的权力和支配能力。当人们真正进行选择时，就能增加对其生活的支配能力。在灾害治理中纳入人权视角后，产生“脆弱性”的过程将被人们抵抗、避免和适应灾害的能力所抵消，并利用他们的能力来创造安全的环境，无论是在灾难发生之前还是在灾难发生后。

当我们将灾害发生根源中社会因素置于自然原因同等重要的考量时，脆弱性将灾害与人权联系在了一起。脆弱性不仅是个人的能力缺乏，而且是社会结构中的能力和机会。灾害治理也因此超越了人道主义援助的道德层面，增加了人权保障的维度。当灾难来临时，人权不应由此而受到忽视。各国政府也负有同样的保护人权的义务，但在灾难情势下，行使这项义务可能更为复杂。受灾人员面临各种人权挑战，如获得援助的机会不平等、在提供援助方面受到歧视、不安全的重新安置、财产归还和流离失所。这些挑战可能发生在灾害管理的不同阶段。因此，应将基于人权的方法纳入灾害管理的所有阶段，包括预防、紧急救济和反应、重建和恢复。基于人权的方法应该提供一种全面的方法，关注受灾人员的基本需要。

（二）既有国际法框架应对灾害中的人权保障存在不足

如果国际人权法或国际灾害治理法已提供了足够的规范以保障灾害中的人权，那么即使根据灾害中的社会因素，需要通过人权法的纳入并对弱势群体赋权，也只是一个法律适用的过程，而不需要探寻一条新的路径，强调在灾害治理中纳入基于人权的方法。然而，遗憾的是，无论是国际人权法还是国际灾害治理法都没能提供这样现成的法律规范。

1、国际人权法对于灾害治理的关注不足

首先，国际人权条约中直接适用于灾害治理的条款较少，只有两项有法律约束力的文书直接提到了灾害援助。《1990 年非洲儿童权利和福利宪章》第 23 条[23]和《2006 年残疾人权利公约》第 11 条[24]，分别规定了缔约国在自然灾害、国内武装冲突、内战等危难情况下，采取一切适当措施，确保难民儿童、国内流离失所儿童和残疾人获得保护和安全。其他人权条约中鲜有直接涉及灾害治理的规定。

其次，国际人权条约机构发布的涉及自然灾害问题的一般性意见，涉及的权利种类和范围仍十分有限。从 1991 年经济社会文化权利委员会发布第 4 号一般性意见以来，约有 10 份一般性意见明确提及自然灾害问题，涉及到适足住房权、食物权、健康权、水权和社会保障权等。人权事务委员会也仅在第 29 号一般性意见中，明确了国家在自然灾害中克减《1966 年公民权利和政治权利国际公约》所规定的权利时必须满足的实质性要件和程序性要件。[25]

第三，人权理事会发布的有关灾害与人权的文件不具有法律拘束力。人权理事会不仅在特殊群体权利和具体权利议题中反复提及灾害情形，而且在普遍定期审议结果以及主席声明中对遭受重大自然灾害的国家的人权状况进行了评估和督促。如，第 19/4 号《在灾害背景下的适足生活水准权所含适足住房问题》的决议，第 22/16 号《在灾后和冲突后增进和保护人权》的决议、第 S－13/1 号《人权理事会对 2010 年 1 月 12 日地震之后海地恢复过程的

[23]明尼苏达大学人权图书馆网站：http://hrlibrary. umn. edu/africa/afchild. htm，最后访问日期是 2020 年 11 月 20 日。

[24] 联合国公约与宣言检索系统：https://www. un. org/zh/documents/treaty/files/A-RES-61-106. shtml，最后访问日期是 2020 年 11 月 20 日。

[25] 廖艳：《论国际灾害应对法的人权转向》，《法学论坛》，2018 年，第 6 期，第 51 页。

支持：从人权角度》的决议。[26]

2、传统国际灾害治理法中缺乏人权视角

迄今为止在国际法中并没有一项具有法律约束力的有关灾害治理的条约，在国际层面也没有一个集中统一的机构负责灾害治理，主要分散在联合国的各种机构，包括联合国减灾署、世界粮食计划署、世界卫生组织和人道主义事务协调厅等[27]，以及国际红十字和红新月联合会、政府间常设委员会和大量的非政府组织，由此形成了很多软法文件。

传统的灾害治理方法是建立在人道主义救援的基础上的，侧重于对灾害发生之后困境的救助。受灾人员被视为灾害中的受害者，被动地接受物资援助和精神抚慰。人道主义救援从本质上看是一种建立在同情和怜悯基础上的慈善救助。受灾人员的尊严和权利往往难以得到应有的尊重和保护，其需要也难以得到真正的满足。相反，基于人权的方法将受灾人员视为灾害中的权利享有者，不是单向度的接受慈善和恩惠，而是与国际人权法中的义务主体国家处于平等地位，主张自己的权利。国家作为义务主体应尊重、保护和实现受灾人员的权利。受灾人员享有权利的范围也不仅仅局限于灾害发生期间，而是延伸到灾害发生前的预防和减灾措施以及灾后恢复和重建的持久发展过程。因此，基于人权的灾害治理方法，超越了人道主义援助中权利义务不明的缺陷，明确了权利享有者（受灾人员）和义务承担者（国家）各自的行为边界。

3、国家层面的落实差别较大。

人权的保障最终依赖于国家作为义务承担者的行动，通过立法、执法和司法层面落实国际人权条约中所承担的人权义务。2005 年，在世界减灾大会上通过的《兵库行动框架》呼吁各国通过政策和立法的方法减少灾害风险，引发了各国对于灾害治理立法的关注。此后，大量相关立法得以通过。然而，在容易发生灾害的国家之间，灾害治理的法律框架存在相当大的差异。有学者认为，如果法律和政策采用基于人权的办法，个人对灾害的脆弱性可能会减少。[28]目前各国有关灾害治理的国内法中明确包含人权标准和内容的立法比较少见，依据红十字与红新月国际联合会（IFRC）对于 20 个国家样本的比较研究，其中只有 8 个国家在灾害法中规定了人权的标准和原则，但也主要是宣示性的，内容较为空泛，并非具有强制执行力的法律权利和义务。[29]

可见，面对灾害对人权造成的负面影响，国际人权法和灾害治理法都缺乏有效的应对方案。因此，在灾害治理中纳入基于人权的方法成为近 20 年来的发展趋势。

三、国际灾害治理中的人权视角：基于人权的方法

传统上，自然灾害被认为主要带来人道主义性质的挑战和问题。然而，人们越来越认识到，人权应成为所有有关自然灾害的人道主义工作的法律基础。如果人道主义援助不以人权框架为基础，就有可能视角过于狭窄，导致受害者的基本需求无法纳入恢复和重建的整体规划过程。人权视角下的国际灾害治理路径主要是国际灾害治理法对于人权方法的纳入。

---

[26] 同上，第 52 页。

[27] 联合国网站（United Nations），Humanitarian and Disaster Relief Assistance, http://www.un.org/en/globalissues/humanitarian/>，最后访问日期 2020 年 11 月 20 日。

[28] Karen da Costa, Paulina Pospieszna, “The Relationship between Human Rights and Disaster Risk Reduction Revisited: Bringing the Legal Perspective into the Discussion”, Journal of International Humanitarian Legal Studies, Vol .6, Issue 1, 2015, pp. 64-86.

[29] 国际红十字与红新月联合会（IFRC），Law and Disaster Preparedness and Response: Multi-Country Synthesis Report, https://media.ifrc.org/ifrc/wp-content/uploads/sites/5/2019/11/DPR_Synthesis-Report_EN_Screen.pdf. 最后访问日期 2020 年 11 月 20 日。

（一）基于人权的方法

基于人权的方法（HRBAs）[30]最初源于国际发展合作领域，随着人权在联合国事务中的主流化而成为适用于联合国各个领域的重要指导原则，优先适用人权原则是1997年启动的联合国改革的基石，代表性文件是2003年通过的《联合国关于以人权为基础的发展合作方式的共同谅解》[31]，阐明了人权标准和原则如何在联合国的各项规划中付诸实施。主要目的是鼓励国家和国际组织将基于人权的方法整合到他们的发展项目和规划中。

联合国人口基金会（UNFPA）“基于人权的规划方法”培训手册[32]是联合国机构中对基于人权的方法进行灾害管理的范例，该手册了说明如何将人权方法纳入到灾害管理的方案设计中。[33]大量文献表明，虽然最初设想是在发展框架内使用，但在自然灾害治理中越来越多地适用基于人权的办法。[34]

联合国人权理事会在《在灾后和冲突后局势中促进和保护人权的最佳做法和主要挑战的最后研究报告》中提出，将基于人权的方法应用于灾害治理需要遵循国际人权法中的原则。[35]尽管尚无对“基于人权的方法”的唯一、明确的定义，但多数文献认为至少应包括“与人权标准相关联”、 “非歧视”、“赋权/脆弱性”、“参与”和“问责制”五个要素[36]。

在人权的视角下，对于灾害治理，仅仅施舍是不够的。基于人权的方法要求有关灾害治理的计划、政策和进程以国际人权法中所确定的权利和义务为基础，赋权个人尤其是社会中最边缘化的群体有能力参与政策制定，并有权要求责任承担者对其行为负责，以实现可持续的发展。具体在灾害治理过程中，基于人权的方法要求责任承担者在规划和实施新项目和活动时充分地理解、尊重和保护受灾害影响的人的人权；通过参与机制与受灾或易受灾人员进

---

[30]基于人权的方法是为人类发展进程而设计的概念框架，以国际人权标准作为其规范基础，并侧重在实践中以促进和保护人权为目标的方针。它试图揭示发展问题的核心挑战是不平等，纠正妨碍发展的歧视性做法和不公正的权力分配。参见：
https://unsdg.un.org/resources/frequently-asked-questions-human-rights-based-approach-development-cooperation, 最后访问日期2020年11月20日。

[31] 联合国可持续发展组织（UNSDG），The Human Rights Based Approach to Development Cooperation Towards a Common Understanding Among UN Agencies,
https://unsdg.un.org/resources/human-rights-based-approach-development-cooperation-towards-common-understanding-among-un，最后访问日期2020年11月20日。

[32] 联合国人口基金（United Nations Population Fund），A human rights-based approach to programming: Practical information and training manuals，2010.
http://www.unfpa.org/resources/human-rights-based-approach-programming. 最后访问日期2020年11月20日。

[33] Wouter Vandenhole，Paul Gready，“Failures and Successes of Human Rights-Based Approaches to Development: Towards a Change Perspective”，Nordic Journal of Human Rights，2014, Vol. 32, No. 4, pp. 291-311.

[34] Jane McAdam，“From the Nansen Initiative to the Platform on Disaster Displacement: Shaping International Approaches to Climate Change，Disasters and Displacement”，University of New South Wales Law Journal，2016，Vol. 39，No. 4, p. 1520；Brian Concannon，Beatrice Lindstrom，“Cheaper，Better，Longer-Lasting: A Rights Based Approach to Disaster Response in Haiti”，Emory International Law Review，2011, Vol. 25, Issue 3，p. 1145-1191；David Fisher，“Legal Implementation of Human Rights Obligations to Prevent Displacement Due to Natural Disasters”，Studies in Transnational Legal Policy，2010，Vol. 41，p. 551.

[35] 联合国人权理事会（United Nations Human Rights Council），Final research-based report of the Human Rights Council Advisory Committee on best practices and main challenges in the promotion and protection of human rights in post-disaster and post-conflict situations，A. HRC/28/76, 2015.
http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_28_76_en.pdf, 最后访问时间：2020年11月20日。

[36] Wouter Vandenhole，Paul Gready，“Failures and Successes of Human Rights-Based Approaches to Development: Towards a Change Perspective”，Nordic Journal of Human Rights，2014，Vol. 32，No. 4，pp. 291-311.

行磋商；在提供或获得相关援助或建立相关的救援计划、疏散计划和重建方案时，不得有所歧视；并积极主动地发现被边缘化的、需要帮助的弱势群体（例如农村人口、老年人、残疾人、妇女、儿童或贫困人口等）。[37]“参与”要求所有受灾害影响的利益相关者能够参与影响其权利的决策[38]；并且确保“问责制”。可见，基于人权的方法主要有两个特点：首先，它强调实质性的人权标准，通过人权法律和政策规范评估灾害治理的水平和效果；其次，它认为相关的行为体（国家）是“责任承担者”，具有保护“权利享有者”的具体责任。[39]

（二）人权视角在国际灾害治理法中的进路

人权视角为灾害治理带来了两个明显的转变。首先，对于灾害治理从基于人道主义的援助转变为关注其中的人权保障。其次，灾害治理的范围由灾后救助扩展到预防灾害的备灾、灾中救济和灾后重建持久解决途径的全面覆盖。如前文所述，关于灾害治理并没有一部国际条约，主要由不同组织、机构所订立的各种软法组成。近年来，这些软法文件出现了比较明显的纳入基于人权的方法的趋势。

1、《发生灾害时的人员保护条款草案》（2016）

联合国国际法委员会（ILC）于 2016 年通过了《发生灾害时的人员保护条款草案》（以下简称《草案》）[40]的整套条款，包括序言和 18 个条文。尽管草案没有直接以人权冠名，但第 2 条开宗明义指出，本条款草案的宗旨是促进充分而有效地应对灾害以满足有关人员的基本需求，充分尊重其权利。第 6 条指出，应对灾害应根据人道、中立和公正的原则，在不歧视的基础上进行，同时应考虑到特别弱势者的需要。第 7 条明确提到了尊重和保护“人的尊严”。第 8 条将“人权”单列一条，指出灾民有权得到对其人权的尊重。值得关注的还有第 16 条“减少灾害风险的义务”，扩展了国家对于灾害风险的责任范围，不仅涵盖灾害应对阶段，而且也涵盖国家的灾前职责。第 16 条体现了对于国际人权法的吸纳，包括各国有义务尊重、保护和实现人权，特别是生命权。保护不仅事关实际侵犯人权的行为，而且也对各国施加了采取必要适当措施，防止这类侵犯行为出现的积极义务，不管威胁来自何处。尽管《草案》的核心内容是围绕着国家在灾害应对中的合作和援助义务，但基于人权的方法也随着委员会的每一次会议逐步被纳入其中。

2、《关于自然灾害中人员保障的业务准则》（2006）

机构间常设委员会的《关于自然灾害中人员保障的业务准则(IASC 准则)》[41]（以下简称

---

[37] Marlies Hesselman，“Establishing a Full‘Cycle of Protection’for Disaster Victims：Preparedness，Response and Recovery According to Regional and International Human Rights Supervisory Bodies”，Tilburg Law Review，2013，Vol. 18，No. 2，pp. 106－132.

[38] 联合国人权理事会（United Nations Human Rights Council），Final research-based report of the Human Rights Council Advisory Committee on Best Practices and Main Challenges in the Promotion and Protection of Human Rights in Post-Disaster and Post-Conflict Situations，A. HRC/28/76，2015.

[39] Lottie Lane，Marlies Hesselman，“Governing Disasters：Embracing Human Rights in a Multi-Level，Multi-Duty Bearer，Disaster Governance Landscape”，Politics and Governance，2017，Vol. 5，No. 2，pp. 93－104.

[40] 联合国网站：Draft articles on the protection of persons in the event of disasters，https://legal. un. org/docs/?path=. . /ilc/texts/instruments/english/draft_articles/6_3_2016. pdf&lang=EF，最后访问时间 2020 年 11 月 20 日。

[41] 联合国人权高专办网站：Operational Guidelines，https://www. ohchr. org/Documents/Issues/IDPersons/OperationalGuidelines. pdf，最后访问时间 2020 年 11 月 20 日。

《业务准则》）及业务手册[42]是由公共政策智库布鲁金斯学会起草的，已被机构间常设委员会作为灾害中保护人权的黄金标准使用。该准则突出具有可操作性的灾害应对方法，纳入了强有力的基于人权的方法。

《业务准则》将灾害中的人权分为四种类型的权利，并将这些权利列为优先事项，以确保立即做出反应，以满足所有人的基本需要。这四组权利分别是：

A 组：与生命保护、安全和人身安全有关的权利，以及在撤离时保护家庭关系。这类权利主要是与灾害发生期间和灾后密切相关的公民权利和政治权利。其中一些权利，特别是安全权和人身完整权，在整个救灾过程中都很重要，如应对基于性别的暴力。

B 组：与提供食物、医疗、住所和教育有关的权利。这些权利有助于确保灾害幸存者获得挽救其生命的人道主义援助，特别是在紧急状态下获得该种援助。

C 组：与住房、土地和财产有关的权利以及工作权利。这些属于经济、社会和文化权利。一旦紧急阶段结束，灾后恢复重建工作开始，此类权利就会变得特别重要。

D 组：与证件有关的权利，在持久解决国内流离失所者问题的背景下自由行动、重新建立家庭关系、言论自由和参与权。这类主要是公民权利和政治权利，在恢复阶段持续的时间越长，这些权利可能就越重要。

尽管对权利类型进行了划分，但《准则》也强调这并不意味着相关权利之间存在任何等级，而是帮助快速识别那些在特定灾害阶段直接相关的权利。只有充分尊重所有的权利，才能确保充分保护受自然灾害影响的人的人权。

3、《仙台减少灾害风险框架》（2015）

2015 年世界减灾大会通过的《仙台减少灾害风险框架（2015-2030）》[43]中不仅强调了气候变化对灾害风险的影响，而且明确地纳入了人权的视角。首先，在序言第 4、7、13 段提及灾害对人权的影响。其次，在基本原则中第 19 条中明确规定了灾害风险管理的目标是促进和保护所有人权，包括发展权。最后，强调减少灾害风险需要增强权能以及包容、开放和非歧视的参与，同时特别关注受灾害影响严重的人口，尤其是最贫穷者。应将性别、年龄、残疾情况和文化视角纳入所有政策和实践，还应增强妇女和青年的领导能力。

4、《关于国内流离失所问题的指导原则》（1998）

近二十多年来国际社会对于受灾害影响成为流离失所者的关注日益增多，1998 年联合国经社理事会通过了《关于国内流离失所问题的指导原则》（以下简称《指导原则》）[44]。《指导原则》全面吸纳了已有国际人权法的原则和规范并将其适用于境内流离失所者的保护。此后，国际社会相继出台了多部关于灾害中国内流离失所者保护的文件，如机构间常设委员会

[42] 政府间机构委员会(Inter-Agency Standing Committee)，Human Rights and Natural Disasters：Operational Guidelines and Field Manual on Human Rights Protection in Situations of Natural Disaster，March 2008. https://interagencystandingcommittee. org/working-group/documents-public/iasc-human-rights-and-natural-disasters-operational-guidelines-and, 最后访问时间 2020 年 11 月 20 日。

[43] 联合国：《仙台减少灾害风险框架》，https://www. unisdr. org/files/43291_chinesesendaiframeworkfordisasterri. pdf, 最后访问日期 2020 年 11 月 20 日。

[44] 联合国公约与宣言检索系统：https://www. un. org/zh/documents/view_doc. asp?symbol=E/CN. 4/1998/53/Add. 2, 最后访问日期 2020 年 11 月 20 日。

2010 年《关于国内流离失所者持久解决方案的框架》[45]、2015 年《在灾害和气候变化背景下保护跨界流离失所者的议程》[46]、2014 年《在自然灾害中规划大规模撤离的综合指南》[47]等。这些文件都遵循着分阶段保护的方法。通过预防阶段、疏散和流离失所阶段和持久安排三个阶段，分别采取不同的措施侧重保护不同的权利。

此外，红十字会与红新月会国际联合会（IFRC）也开发了大量关于灾害治理的指南和工具。这些软法文件通过纳入人权标准，落实了基于权利的方法。

四、对疫情防控的几点启示

人类社会与自然灾害斗争的历史悠久，近年来自然灾害发生的频率越来越多，国际社会渐渐积累了一些应对的经验，形成了以国际软法为主的灾害治理体系。在近二十年间又逐渐纳入了人权的视角，形成了较为明显的人权方法适用于灾害治理的趋势。而人类应对突发公共卫生事件的机会有限，经验不足，因此可以从应对自然灾害的经验中吸取智慧，供疫情防控中的人权保障参考和借鉴。

第一，各国应在疫情防控中纳入基于人权的方法。无论是国际人权法还是国际灾害治理法都无法提供一套完整的应对灾害的人权保障规范，纳入人权的视角、采用基于人权的方法是可行的路径。面对新冠肺炎疫情这样的重大突发公共卫生事件，各国无论在医疗资源和物资储备方面，还是政策和法律层面，都缺乏充足的准备和经验。此时，如果急于出台政策和法律也许未必是最优的选择，也无法保证其能够适用于未来复杂多变的情势发展。灾害治理的经验表明，将基于人权的方法纳入到疫情防控的过程中，在应对疫情的各项措施中遵循平等和不歧视原则、通过参与的方式，赋权弱势群体，明晰义务承担者尊重、保障和实现人权的义务范围，将大大提高疫情防控中的人权保障水平。

需要注意的是，基于人权的方法不完全等同于人权法律规范。尽管基于人权的方法源于国际人权法律框架，但更强调对于国际人权规范和原则的实施过程，即不歧视原则、参与、赋权和问责。国际人权法主要以规范的形式界定各项人权的内涵、条件、范围和救济途径，是一套静态的规则体系。这些人权规则在国家层面能否得以落实还要依赖于国内人权立法、执法和司法的实施过程。而基于人权的方法侧重于动态的适用过程，在疫情防控的各个环节和各项举措中都可以适用。

第二，在疫情防控中适用基于人权的方法时，还需要注意国家承担人权义务的边界。欧洲人权法院在布达耶娃诉俄罗斯案（BUDAYEVA AND OTHERS v. RUSSIA）[48]的判决中

---

[45] 布鲁金斯学会（The Brookings Institution），IASC Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons,
https://interagencystandingcommittee.org/system/files/iasc_framework_on_durable_solutions_for_idps_april_2010.pdf, 最后访问日期 2020 年 11 月 20 日。

[46] The Nansen Initiative，“Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change”，International Journal of Refugee Law，March 2016，Vol 28，No. 1，pp. 156－162.

[47] 国际移民组织（IOM），The Comprehensive Guide for Planning Mass Evacuations in Natural Disasters（the‘MEND Guide’），
https://www.iom.int/mend-guide-comprehensive-guide-planning-mass-evacuations-natural-disasters, 最后访问日期 2020 年 11 月 20 日。

[48] 2000 年 7 月，俄罗斯蒂诺兹镇发生泥石流，造成数人死亡，许多建筑物被毁。沿河的防护大坝因之前的泥石流而受损，但从未得到修复。幸存者的索赔被国内法院驳回，理由是死亡原因是由自然灾害造成的。欧洲人权法院认为，俄罗斯违反了保护生命免受灾害后果的义务。国家当局忽视了对一种明显可识别的自然灾害采取预防措施的责任，也没有利用有效的手段来降低灾害的风险。因此，国家有责任和义务赔偿幸存者。参加欧洲人权法院（ECHR）网站，https://hudoc.echr.coe.int/eng#, 最后访问日期 2020 年 11 月 20 日。

确立了由自然灾害造成的死亡也可构成国家对人权侵犯的判例，表明国家在灾害治理中不仅要尊重和不侵犯人权，而且还承担积极的预防灾害的人权义务。然而，这并不能理解为国家承担与治理灾害有关的人权义务是无限和绝对的。

如果不考虑人的因素，洪水、泥石流、海啸、地震等灾害事件只不过是自然现象而已。在没有人类之前就存在，今后也将继续发生。因为它们对人类造成了损害，自然现象才被称作自然灾害。人类曾经尝试过很多次努力，意图控制自然，然而自然灾害依然无法完全避免。因此，基于人权的方法应对灾害，并不能要求国家承担无限责任和绝对义务。国际人权法中并不存在一种“免于灾害的权利”。同样，对于突发重大公共卫生事件而言，也不存在一种“免于受到疫情影响的权利”。只要国家尽到了注意义务，依据审慎原则尽了最大努力，采取了一切可能的措施防控疫情，就满足了其义务要求。

第三，关于权利的分类和优先排序问题。不同的人权之间是否存在等级关系或者位阶，是一个在人权理论中存在争议的问题。大多数学者认为应避免对人权进行重要性排序。不仅因为所有人权本身已经是人的最基本权利，对于保证人的生存、安全、自由、尊严和发展都不可或缺，而且所有的排序都具有主观性，没有普遍公认的客观标准。[49]1993 年《维也纳人权宣言和行动纲领》强调，“一切人权均为普遍、不可分割、相互依存、相互联系。国际社会必须站在同样地位上、用同样重视的眼光、以公平、平等的态度全面看待人权。”人权事务委员会在第 24 号一般性意见中也明确指出，《公民权利和政治权利国际公约》下的权利的重要性不分等级。[50]

然而，《业务准则》将自然灾害中所涉权利分为四大类别，并将这些权利列为优先事项适用的方法，对于疫情防控有一定的启发意义。受灾人员享有与以前一样的权利，但行使这些权利可能更加困难，而且往往需要优先考虑某些权利，因为灾害情势不可能同时适用所有的权利。从人权价值层面上，人权没有高低之分和等级顺序，但从操作层面看，国家在疫情防控的过程中，有些权利需要优先考虑，与疫情防控关系最为密切的生命权应置于首要地位。

第四，灾害治理中人权保护的范围涵盖全部过程，尤其是对流离失所者的分阶段保护方法，对疫情防控具有启发意义。灾害治理从最初以灾害发生后的救助为主，逐步发展为关注灾害风险的预防、灾害发生过程中的救助以及灾害后的重建与复原，由此国际灾害治理法形成了全方位、分阶段的综合治理的方法。其中，关注点从救助到减灾的转变，不仅是术语的变化，更反映了国际社会对于灾害发生的社会根源的认识不断深入。疫情防控中的人权保障不应局限于疫情爆发期间，还应延续到后疫情时代。虽然经过努力，疫情逐步得到控制，但其对人权的影响将是一个长期的过程，灾害中流离失所者持久解决方案可以为国家提供借鉴。在灾害的不同阶段，对权利保障的侧重点也会有所不同。疫情防控也有类似的特点。在疫情爆发初期，国家保障生命权和健康权的任务最为急迫。在疫情得到初步控制后，对于适足生活水准权、工作权利、受教育权、隐私权等保障任务将会更加突出。因此，对于疫情防控过程划分不同阶段，并在各阶段有所侧重、突出重点，将会提高人权保障的效率和水平。

第五，在适用路径方面的启示。灾害治理国际法演进的经验表明，国际软法将长期存在。原因主要在于，其一，鉴于各国应对自然灾害的能力和人权保障水平的差异，国家不愿超越现有的国际义务，对具有法律约束力的救灾标准做出承诺。其二，由于每一场灾害都是独一

[49] 孙世彦著：《<公民权利和政治权利公约>缔约国的义务》，社会科学文献出版社 2012 年版，第 31 页。
[50] 第 24 号一般性意见：关于批准或加入《公约》或其《任择议定书》时提出的保留或者有关《公约》第四十一条下声明的问题，http://www.humanrights.cn/html/2014/2_1009/1910.html，最后访问日期 2020 年 11 月 20 日。

无二的，因此需要灵活多样的应对措施，软法文件成为更实际的政策选择。其三，许多能够为实践提供参考的国际救灾准则由经验丰富的非政府组织起草，由此产生的文书仍然是自愿性的。[51]不过，仅有不具有法律拘束力的软法，显然无法保证其在国家层面得到切实的落实。

而基于人权的方法更加注重与国内相关机制之间的互动，是一个内化的过程。借鉴基于人权的方法将国际灾害治理软法纳入国家减灾的法律和政策中，在疫情防控中把已有国际人权法律框架中的原则和标准融入国家法律与政策的实施过程。核心国际人权条约中所规定的各项权利为疫情防控提供了国际法上的规范依据，各项有关公共卫生和疫情防控的软法则可为政策制定者提供具体的行动清单。

Human Right-Based Approach to International Disaster Governance Law and its Implications for Epidemic Prevention and Control

Tang Yingxia

Abstract: At present, the rule system of international law on disaster governance is still dominated by soft law. In the past 20 years, the evolution of international disaster governance law has gone through the process from charity based relief to human rights based protection. The Human Rights-Based Approach applied to the disaster governance process has gradually become the mainstream discourse, reflecting the shift of the international community's understanding of disasters from the initial view of it as a natural phenomenon to the exploration of the social factors behind it. The social root causes of disasters provide a theoretical basis for incorporating a human rights perspective into disaster governance. Existing international law frameworks are insufficient to protect human rights in disasters. Therefore, a Human Rights-Based Approach has been incorporated into international disaster governance, and a series of international soft law systems have been formed. This paper analyzes the applicable characteristics and paths of Human Rights-Based Approach in disaster governance, with a view to providing reference for human rights protection in epidemic prevention and control.

Keywords: Disaster governance; Human Rights-Based Approach; Epidemic Prevention and Control; Human rights Protection

[51] Bridget Lewis, Rowena Maguire, "A Human Rights-based Approach to Disaster Displacement in the Asia-Pacific", Asian Journal of International Law, 2016, Vol. 6, Issue2, p. 343.

新冠肺炎疫情下全球卫生治理的困境反思和出路探究

宛旸* 北方工业大学

摘要：新冠肺炎疫情的全球爆发给全球人类带来了空前劫难，也再次引起了全球社会对公共卫生治理的关注和反思。在全球化时代，跨区域性、跨领域性和跨视域性的显著特点成为全球卫生治理内嵌的基因密码，伴随在全球卫生治理的各个环节。此次新冠疫情再度让全球卫生治理陷入泥潭，面临利益、规则和理念三重困境交织的艰难局面。在逐渐进入后疫情时代的历史阶段，全球卫生治理要在价值、规则和主体上斟量解围脱困的治理路径，也就是在人类命运共同体理念指引下加快构建人类卫生健康共同体，以系统-协调思维为向导形成国际卫生法体系，逐步从多元共治跨越到多元善治，勠力同心实现全民健康的卫生目标。

关键词：全球卫生治理 人类卫生健康共同体 多边主义 国际法秩序

刚刚过去 2020 年注定是人类历史上极不平凡的一年，新冠肺炎疫情肆虐全球，成为人们心中挥之不散的阴霾。2020 年 3 月 11 日，世界卫生组织基于全球疫情快速蔓延的现状和趋势，认定新冠肺炎为全球大流行病。[1]新冠疫情全球爆发以来，数以万计的人们遭受到新冠病毒的侵害，截止到 2020 年 4 月 14 日，全球确诊新冠肺炎人数已逾 1 亿 3 千万，累计死亡数接近 3 百万。[2]这无疑是一场人类共同的灾难，也注定是一场持久的卫生战。

在应对新冠疫情的卫生战中，全球人类表现各异，给全球卫生治理带来了层出不穷的问题和挑战。有些国家固步自受，防疫不力，加剧全球疫情的蔓延，有些国家各自为战，拒绝合作，全球疫情防控协调机制陷入瘫痪停滞。有些国家奉行疫苗“国家主义”，将全球公共产品内部优先化，许多欠发达国家和地区的人民依旧生活在水深火热之中，成为全球卫生治理的“木桶短板”。有些国家将卫生问题政治化，恶意“甩锅”推卸责任，置全球大义于不顾，究国家私利到穷尽，甚至中途退出世界卫生组织，贸然走单边孤行之路，脱钩多边机制，无视国际法规，摈弃国际义务，让本就困难重重行效甚微的世界卫生组织和相关国际法制更加寸步难行。如今，新冠疫情管控工作已相对平稳，许多国家也陆续开始大规模接种疫苗，新冠疫情似乎没有大规模爆发的迹象，全球社会逐渐从前疫情时代迈入后疫情时代。[3]后疫情时代下的全球社会，应当是一个借鉴经验和汲取教训的社会。在此我们亟须思考全球卫生治理过程中出现的困障和矛盾，从国际法层面为全球卫生治理寻求脱困之路，科学构建全球卫生治理的未来。

一、全球卫生治理的内涵要素和显著特点

（一）全球卫生治理的内涵要素

1.全球卫生治理与全球治理

全球卫生治理的概念附着在全球治理的概念之下，作为全球卫生治理的上位概念，全球

---

* 宛旸，湖北黄冈人，北方工业大学国际法研究生。

1 https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020 本文网络资料的最后访问时间除另外注明外，最后访问时间均为 2021 年 4 月 22 日。

2 https://news.google.com/covid19/map?hl=en-US&mid=%2Fm%2F02j71&gl=US&ceid=US%3Aen 全球新冠肺炎疫情数据来源

3 后疫情时代，存在不同的看法。有学者认为是经历疫情之后，人们的工作方式、消费习惯、经济行为、文化观念、国际秩序等被疫情深刻影响后的时代。有学者认为疫情还远没有结束，“后疫情时代”说法尚早。2020 年 11 月 21 日，习近平主席在二十国集团领导人第十五次峰会第一阶段会议上的讲话上提到“后疫情时代”。“后疫情时代”成为中国国际交往的外交术语。

治理概念的透彻把握与否一定程度上决定是否能界定廓清全球卫生治理的概念。全球治理概念脱胎于治理的概念，自 1992 年罗西瑙等主编的《没有政府的治理》（Governance without Government）一书将治理理论引入学界以来，关于治理的相关概念被无数学者引用讨论，对其内涵的框定也是异质众说，难能统一。有学者认为，全球治理是一种有目的地控制或影响在国家场域活动的某些特定人的活动，它是在主权权威缺失的情况下控制或支配跨越国家边界关系的活动。也即，全球治理是国内治理的国际化。[4]而根据国内具有代表性的定义，全球治理指的是通过具有约束力的国际规制解决全球性的冲突、生态、人权、移民、毒品、走私、传染病等问题，以维持正常的国际政治经济秩序。[5]依此而论，全球治理的概念是在全球化的背景下孕育而生，全球化的趋势下风险不再局限于特定的地域或团体，它不仅跨越了民族国家的边界，也模糊了生产和再生产的界限，全球风险社会随之形成。[6]全球风险社会的自然演进产生全球化的问题，全球化的问题催生全球共同事务，全球共同事务关涉全人类共同利益，而不单单是一域或一族的命运兴衰。同时，全球共同事务需要全球人类共同解决，像金融危机、环境污染、病毒扩散等全球性的问题复杂多变影响深远，绝非仅凭个体国家或少数群体就能有效处理。最后，全球治理过程需要信息的交换和创造以及统揽地方秩序和国际秩序共识性知识的构建和普及，[7]这也意味着全球治理不是一个松散无序的过程，而是相关国际规制体制形成、管控和执行的有序进程。而且，全球治理主要是依照既定的规则体系进行的，规则是社会不可或缺的东西，没有规则就没有治理。[8]质言之，全球治理的内在逻辑是人类共益的逻辑，是多体行动的逻辑，是规则治理的逻辑。

遵循相同的逻辑思路，全球卫生治理作为全球治理的子范畴，它是全球治理具体领域的展开，是为应对全球卫生健康方面事务的治理，其核心内容也呈现出相同的征态。有学者遵循英国学派的研究思路，直接将全球卫生治理体系界定为次级制度（secondary institution），支撑它的初级制度（primary institution）则为道义责任。[9]其对人类生存权的考量体现出全球卫生治理的底层逻辑，具体意蕴本文不展开论述，但却揭示出全球卫生治理是锚定在全球人类命运的价值基点上推动形成的，它是为保证实现全人类最基本的卫生健康利益的实践活动。有学者为了体现全球卫生公正的道德价值和标准，径直采用卫生共治（shared health governance, SHG）的理论框架替代全球卫生治理（Global health governance, GHG），[10]这也反映了呼唤多主体多层次的卫生治理诉求。此外，由于全球卫生治理是一个需要多主体共同参与的过程，其势必要在共同规则的安排下有序行动。有学者就直言，认为“全球卫生治理是指国家、政府间国际组织和非政府行为者通过正式或非正式机构、规则和程序去解决克服需要跨国界集体行动才能有效解决的卫生健康挑战。”[11]然而法治作为一种治理哲学，公共卫生领域同样要服膺于此。有学者就指出全球卫生法学体系是全球卫生治理体系中不可或缺的一环，它要求国内国际公共卫生行为必须在法治的框架下实施，它所涵盖的制定主体不仅包括传统的国家行为体，也需要容纳非国家行为体，像非政府组织（HGOs）。[12]进而言之，

4 See Lawrence S. Finkelstein, *What Is Global Governance*, 1 Global Governance 367 (1995).
5 参见俞可平：《全球治理引论》，《马克思主义与现实》2002 年第 1 期。
6 参见[德]乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社 2018 年版，第 7 页。
7 See Lawrence S. Finkelstein, *What Is Global Governance*, 1 Global Governance 367 (1995)
8 参见秦亚青：《全球治理失灵与秩序理念的重建》，《世界经济与政治》2013 年第 4 期。
9 See Jeremy Youde, *Global Health Governance in International Society*, 23 Global Governance 583(2017)
10 See Jennifer Prah Ruger, *Global health governance as shared health governance*, 66 Journal of Epidemiology and Community Health 653（2012）
11 Fidler, D. (2010). (Rep.), *The Challenges of Global Health Governance*, Council on Foreign Relations. Retrieved April 20, 2021.
12 See David P. Fidler, *Global Health Jurisprudence: A Time of Reckoning*, 96 GEO. L.J. 393 (2008).

全球卫生治理应是规则化的治理和法治化的治理，在全球层面上讲，就是国际法规导的全球卫生秩序之治。鉴于此，笔者认为，本文所言的全球卫生治理，是指国家行为体和非国家行为体基于人类共益的价值原则，通过正式和非正式的规则和程序应对和解决全球共同卫生健康问题的一系列活动的总称。

2.全球卫生治理与国际卫生治理

要熟稔全球卫生治理的概念图谱，不仅要遵照处在上位层次的全球治理概念的逻辑脉络，了解其与旁系概念的细微差别也是必不可少的界定思路。国际卫生治理是与全球卫生治理密切关联的重要概念，在许多场合也被学者们替代互用。但细探要义，二者除在英文译注时存在“Global”和“international”的差异之外，在价值基点、主体参与、内容指向和治理关系上也有径庭之别。首先，在价值基点层面上，国际卫生治理植根于传统国家主义的价值底色，而全球卫生治理则立足于全球主义的价值基轨。前者渗透出对国家主体在治理过程中的盲目崇拜，强调国家中心论的治理逻辑，聚焦国家个体的私利。后者则鲜明体现对人类共同命运和共同价值追求的深切关照，申明人类共益论的治理逻辑，着眼人类整体的公益。国际卫生治理概念向全球卫生治理概念的转变，意即国家本位、国家中心理念向人类本位、人类中心理念的转变。其次，在主体参与层面上，国际卫生治理所涉主体主要是主权国家，国家间卫生事务互动是国际卫生治理概念暗含的主体内容。相较之下，全球卫生治理的参与主体更加多样和丰富，除去传统的主权国家之外，政府间国际组织、非政府组织、公私合作组织、跨国企业等非国家行为体都包含在内。像世界卫生组织、全球疫苗免疫联盟（GAVI）、全球基金（Global Fund）、盖茨基金会、克林顿基金会等众多主体都在全球卫生治理中发挥着重要作用，它们都是全球卫生治理概念里不可忽漏的关键角色。再次，在内容指向层面上，国际卫生治理主要涉及本国以外的卫生健康事务，处理的也大多是以国境界定的卫生健康问题（例如传染病的控制），尤其关注其他欠发达国家和发展中国家的卫生健康问题，卫生健康议题的讨论和相应合作机制的形成也以国家与国家之间、区域之间的双边和多边合作为主。而全球卫生治理的内容范围更加广阔，国际卫生问题、跨国卫生问题乃至影响全球卫生健康的危险因素都囊括在全球卫生治理概念的内容范畴，简言之，全球卫生治理是涵盖所有国家和地区的全球性卫生问题的治理。最后，在治理关系层面上，国际卫生治理概念所触及的只是国家层面的平位治理，其概念术语的表达还是把国家单列出来作为一个治理单元进行合作协调，依旧突出国家个体性和国家主导性，而且平行关系的治理表明国际卫生治理所代表的仅是单维平面治理层级。而全球卫生治理则意味着全球一盘棋，强调全球一体性，它蕴藏着对垂直治理体系的期许，其对治理关系的要求多了一层类似国内纵向治理的宏愿，而且它还包罗一种水平治理和垂直治理相结合的交叉治理模式，即“矩阵治理”，[13]是普遍性治理和针对性治理相贯通的通盘治理，因而全球卫生治理概念代表多维立体纵深一体化治理。

（二）全球卫生治理的显著特点

1.跨区域性

由于全球化的蓬勃发展，国家之间、区域之间的相互依赖和相互联系日益加深，资本、商品、信息和观念的全球化影响深远，生物因素（病毒）的全球化也是非常重要的形式之一。[14]很多传染性疾病不分地域、国度和种族快速蔓延，对许多地区人民的卫生安全和身体健康造成毁灭性的打击。例如早期被称作“黑死病”的鼠疫从 1347 年开始，历时 6 年席卷整个

13 See Ng NY, Ruger JP, *Global Health Governance at a Crossroads*,3(2) Glob Health Gov. 1(2011).
14 See Nye, Joseph S., and John D. Donahue, editors, *Governance in a Globalizing World*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2000, p.2.

欧洲，夺走了 2500 万欧洲人的性命，成为人类历史上最严重的大瘟疫之一。近年来死灰复燃的埃博拉病毒在西非兴起短时间再度肆虐整个非洲，迅速击溃非洲脆弱的公共卫生防线。2020 年初暴发的新冠肺炎疫情，几个月内就波及一百多个国家，被世界卫生组织认定为具有大流行病的特征。[15]全球卫生治理因全球卫生危机而生，因国内卫生治理失灵而起。卫生危机的无国界性决定了全球卫生治理的跨区域性的特点。

2.跨领域性

全球卫生治理的治理对象是卫生健康问题，但卫生健康问题并不是孤立存在的，由于全球化的影响，卫生健康领域很难再作为一个单独的政策领域进行治理安排。全球卫生健康已然成为像经济政策、外交政策、安全政策、地缘政治、投资、市场策略、人权等许多政策领域的前要问题。[16]由于其问题的关联性，全球卫生健康问题逐渐与贸易人权在内的其他法律问题盘根交错。[17]卫生健康问题所涉不仅仅是生物意义上的问题，也涉及到贸易、人权、安全等领域问题，因此全球卫生健康的治理与其他领域的治理交织重叠，具有跨领域性的治理特性。

首先，全球卫生治理关涉贸易发展。有学者提到，没有国际贸易的存在，先进的药物和医疗技术荡然无存。因为医疗产品的研发需要大量的投资，没有国际贸易的发展抑或国际贸易的缩减将会导致盈利缩减，进而稀释创新动力，最终影响世界范围内卫生相关产品的可及性。[18]这也说明国际贸易的兴盛将极大地推动公共服务卫生水平的提高，从而为全球卫生治理减轻压力。此外，大量的国际贸易规则都设定了关于卫生领域的内容，例如《关税和贸易总协定》（GATT）就涉及保护人类和动植物的生命和健康措施的要求，同时《实施动植物卫生和检疫措施协定》有对临时性的检疫措施和长期的卫生检疫措施的规定。而且《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS）规定了对药品专利保护的内容，《服务贸易总协定》（GTAS）中的服务内容也包括卫生服务。安设卫生健康相关条款的双边和区域贸易协定更是不胜枚举。在此次新冠疫情爆发的背景下，许多国家陆续开始限制国际旅行、国际运输和相关产品的进出口，这其中就涉及到《国际卫生条例》（IHR）和相关国际贸易规则的对冲协调问题，[19]如何在保护人类健康和维持经济运行之间寻求平衡反映出全球卫生治理的科学水平，也昭示了卫生与贸易相互链接的关系。

其次，全球卫生治理渗透人权理念。健康权是卫生治理的价值基础，二者具有某种嵌合关系。[20]《世界人权宣言》作为联合国自身人权体系的重要组成部分，其中第 25 条规定："人人有权享受为维持他本人和家属的健康和福利所需的生活水准，包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务。"[21]这表明健康权已经成为基本人权的一部分。而后联合国在人权理念的指引下开展全球卫生治理的相关实践，1978 年的《阿拉木图宣言》就预设要实现"人

15 https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

16 See Ilona Kickbusch, Wolfgang Hein & Gaudenz Silberschmidt, *Addressing Global Health Governance Challenges through a New Mechanism: The Proposal for a Committee C of the World Health Assembly*, 38 J.L. MED. & Ethics 550 (2010).

17 See Allyn Taylor, *Global health governance and international law*, 25 Whittier L. Rev. 253 (2003).

18 参见时业伟：《新冠肺炎疫情下国际贸易规则与公共卫生治理的链接》，《华东政法大学学报》2021 年第 2 期。

19 参见边永民：《新型冠状病毒全球传播背景下限制国际贸易措施的合规性研究》，《国际贸易问题》2020 年第 7 期。

20 参见敖双红、孙婵：《"一带一路"背景下中国参与全球卫生治理机制研究》，《法学论坛》2019 年第 3 期。

21 https://www.un.org/zh/universal-declaration-human-rights/index.html

人共享健康”（Health for all）的健康目标，并指出健康权作为一项基本人权，政府要保障实现。[22]然而在实际的卫生治理过程中，国家根据具体卫生发展状况，会采取类似检疫隔离、拘留等限制人权的措施。同时对基本人权的保护和对《国际卫生条例》等国际法的遵循之间，以及加上国内法律法规的具体实施境地的影响，很可能会诱发人权保护的冲突。[23]在新冠疫情爆发期间，妇女、儿童、老年人的健康、经济、安全和社会保护等权利受到严重破坏，甚至基本尊严也被完全剥夺。2020 年 4 月，联合国秘书长古特雷斯发布了一份名为《我们同舟共济：人权与 2019 冠状病毒病的响应和恢复》的报告，其中提到新冠肺炎疫情不啻是一场卫生危机，也是一场人权危机。我们一定要明确人民及其权利一定要成为重中之重。[24]有论者就警惕在新冠疫情背景下，立法者和政府作为还是不作为特别会影响像无住所者、残障人士、移民等弱势群体，我们尤其要关注这些人的权利是否受到减损和不利影响。[25]也有学者认为在全球治理的过程中，在特殊情形下适当克减、限制甚至牺牲人权也是可以接受的。[26]卫生健康与人权保护在全球卫生治理中的复杂关系本文不作过分讨论，但毋庸讳言全球卫生治理要体现人权理念，它是卫生健康之治，也是尊重人权之治。

最后，全球卫生治理牵动安全利益。于个人而论，无需赘言多议，卫生安全直接影响个人安全利益。1994 年联合国开发计划署发布的《人类发展报告》中就指出个人安全威胁的重要侧面就是卫生安全威胁，它提到“人类安全是一个全球性的话题，其中的组成部分是相互联结的。对于世界上的大多数人来说，安全意味着免受疾病、饥饿、失业、犯罪和环境破坏的威胁。”[27]疾病威胁被视作安全威胁的命题开始出现在联合国的各项会议中，安全视角下去关注卫生问题也逐渐显现在公众视野。于国家而论，在传统安全利益的考量下，对安全利益构成威胁的主要涉及国家间的军事威胁或战争。冷战结束之后，非传统安全威胁明显加强。非传统安全不是国家之间的相互安全威胁，而是国家群体乃至整个人类共同面对的威胁，它是仅靠单个国家的自己的实力都无法化解和应对面临的安全威胁，[28]像病毒蔓延和传染病扩散等卫生健康威胁就含列其中。公共卫生危机的跨区域性特征迫使国家把视线转移到领土边界以外，卫生风险紧密牵涉国家安全利益。2000 年美国国家情报委员会发布了题为《全球传染病威胁及其对美国的意义》，报告开篇就明确表明，“传染病所构成的全球卫生威胁让美国安全利益变得更加复杂。传染病不但危及海内外美国公民的利益和美国在海外部署的武装部队的利益，也加剧恶化了美国拥有重大利益的国家和地区的社会和政治稳定。”[29]近年来美国出台的《全球卫生安全战略》标志着美国全球卫生安全政策的进一步诠释，极度体现了以国家安全为导向的特点。[30]因此，卫生安全直接关乎个人安全，也是国家安全的重要构成因素，全球卫生治理的推进是个人安全和国家安全双重关照下的治理过程，全球卫生治理也乃守护安全之治。

---

22 https://www.who.int/topics/primary_health_care/alma_ata_declaration/zh/

23 参见周阳：《<国际卫生条例(2005)>的法理冲突与规则重构》，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 6 期。

24 https://www.un.org/zh/un-coronavirus-communications-team/we-are-all-together-human-rights-and-covid-19-response-and

25 See Audrey Lebret, COVID-19 Pandemic and Derogation to Human Rights, 7 J.L. & Biosciences 1 (2020).

26 参见龚向前：《送走瘟神之道——传染病控制与人权保障》，《比较法研究》2007 年第 6 期。

27 United Nations Development Programme, Human Development Report 1994, New York: Oxford University Press, p.22.

28 参见秦亚青：《全球治理失灵与秩序理念的重建》，《世界经济与政治》2013 年第 4 期。

29 See National Intelligence Council. The Global Infectious Disease Treat and Its Implications for the United States, Washington. D.C.：National Intelligence Council，2000，p.5.

30 参见晋继勇：《美国全球卫生安全战略及其对世界卫生安全体系的挑战》，《国际安全研究》2020 年第 3 期。

3.跨视域性

视域有视野，视角之意，是看视的区域，本质上属于处境概念，然而在哲学层面，视域多了主观上的精神观场的引申释义。从诠释学角度而言，伽达默尔所主张的视域融合理论阐明作为理解者主体的视域和被理解者客体的视域之间始终处于一种交融关系，通过主体的视域去触碰客体的视域，达到主体视域、客体视域、情境视域融合的状态。这个过程是历史的，动态的和不断变化的。[31]某种意义上说，也就是主体带有在接触客体对象前的理解前见形成的原初视域，试图与客体对象的视域融合交汇，从而不断减少二者之间视域差来跨越视域鸿沟的过程。仿鉴此义，其实全球卫生治理的实践过程也具备跨视域性的特质。一方面，如果把全球人类整体当作全球卫生治理的理想主体，他所面临的治理对象则是传染疾病，二者之间就存在巨大的视域差。由于疾病爆发的突发性、临时性和偶然性的特点，人类在卫生治理中对新疾病的认识和理解必然需要一个认识过程和反应时间。很多疫情出现的早期，人类对于致病原理、感染速率、传染途径都缺乏科学上的明确认识，从而导致公共卫生治理上的视域盲区。例如在新冠疫情初期爆发的时候，相应的隔离检疫等防疫措施的部署就没有“对症下药”，防疫措施的强度和力度难奏其效。新冠病毒前期研究阶段，世界对于新型冠状病毒的认知大多基于对先前非典型肺炎的了解，医疗卫生领域对如何攻克消灭该病毒束手无策，如今全世界开始陆续接种新冠肺炎疫苗，但有些地方又陆续出现新冠病毒变异株，“升级版”的新冠病毒可能传染性更强，感染致死率更高，现存疫苗防护性效力进一步受到考验，全球卫生治理难度进一步提高。反观过去，从早期的鼠疫、天花病毒到后来的非典、埃博拉病毒，人类抗击疾病史就是卫生治理的视域奋力接近、达到并跨越病毒视域的晋级历史。如何科学有效的进行全球卫生治理必须要求我们摆脱总是落在疾病后面奔跑的阶段，综合前瞻性地思索卫生治理对象的视域全貌，竭力以远见超越未见、先知预想未知的势态去谋求与卫生治理对象的视域融合，达到共时性的视域统一。另一方面，从全球卫生治理的发展历程来看，全球卫生治理经历了自身视域不断更新和跨越的发展脉络。早期世界的卫生治理是“各扫自家门前雪”的国家独自应对模式，由于疾病爆发的规模和生产力水平的局限性，卫生治理主要集中在一国范围之内，公共卫生领域的国际合作尚未出现。其后的卫生治理图景里，国家合作开始频繁出现，国际社会逐步重视相关国际卫生法规在全球卫生治理中的作用，卫生治理进入了国际卫生合作阶段。当前世界的卫生治理是卫生治理全球化的阶段，换言之就是全球卫生治理阶段。国家、政府间国际组织、私营企业、基金会等主体都积极参与到卫生治理过程中，以世界卫生组织为主导的协调性全球卫生治理体系逐渐形成，《世界卫生条例》逐步修订完善，全球卫生治理机制渐趋稳定。回溯过去，全球卫生治理发展的历史路径完成了从国家自守到国际合作再到全球协调的层次转换，是自身视域不断革新不断进化不断升格的历史过程，毋庸置疑是延续不止的历时性的视域跨越。

二、全球卫生治理的困境呈现

（一）利益困境

全球卫生治理的治理对象是人类社会共同面临的卫生危机，其显著的公共卫生属性决定了全球卫生治理必然带有公益的核心追求，然而作为全球卫生治理的重要主体，国家在参与全球卫生治理的过程中也必然夹杂着对个体私利的强烈捍卫。不同国家在自利和利他的判断上、短期自益和长期自益的取舍中、局部利己和整体利己的抉择下复杂变幻，既而多元分散利益的彼此矛盾、集体公益与个体私利之间的碰撞抵牾共同构成了全球卫生治理的第一重困

31 参见[德]伽达默尔：《真理与方法》，洪汉鼎译，上海译文出版社 2004 年版，第 197、396 页。

境，即利益困境。

首先，国家个体间建造的利益壁垒让全球卫生治理举步维艰。在国际性的卫生突发事件上，中美两个大国若能顺畅沟通合作，一定能为全球卫生治理做出巨大贡献。然而在新冠疫情全球爆发之际，美国秉持极端利己主义思想和冷战思维，把中国视为主要竞争对手，贸易上继续打压中国，甚至把中国的疫情当作本国制造业回流的机会，严重忽视本国疫情岌岌可危的状况，[32]最终导致美国的本土疫情恶化，成为全世界疫情形势最严峻的国家。同时,美国极力把卫生问题政治化，将卫生治理的相关议题作为其追求政治利益的手段，瓦解了全球卫生合作的基础。[33]有论者一针见血地点明大国之间的角力把新冠疫情变成攫取全球势力和影响力的竞技场，疯狂加码进行地缘政治的盘算。[34]在此，美国不断指责中国隐瞒新冠疫情，制造污名化标签，炮制虚假谣言，恶意“甩锅”他国，妄图通过低劣行径获取政治利益，掩盖自身抗疫不力的局面，让本就艰难的全球卫生治理环境雪上加霜。有学者就直言不讳地指出美国的极端自利行为成为了全球卫生治理最大的负面因素。[35]此外，在新冠疫情也非常严重的欧洲地区，欧洲国家也各自为营，如同一盘散沙。例如新冠疫情期间，德国和法国双方不仅相互禁止医疗设备出口，还擅自扣押意大利等国过境的卫生健康用品。[36]可想而知，危急时刻在国家利益面前，契约精神和合作理念消失殆尽，残存的全球卫生治理成果也付之东流。

其次，国家与国际组织之间的利益目标存在明显差异。世界卫生组织作为一个公共性的多边卫生组织，它所承载的卫生使命应惠及全球人类，而不是代表某个国家或地区。世界卫生组组工作的开展需要资金和资源的支撑，然而世界卫生组织在西方大国主导支持下设立，西方国家的资金份额一直在世界卫生组织资金池中占据大头。美国作为世界卫生组织资金资助的第一国，它的一举一动直接影响世界卫生组织的工作安排。美国曾施加压力要求世界卫生组织调查可疑生物恐怖主义事项，但是如果世界卫生组织参与到相关生物恐怖主义的安全问题，就极有可能违背其最初的卫生宗旨，[37]长期以往世界卫生组织与其说是人类共同的卫生组织，毋宁说是一国内部卫生机构。此次新冠疫情危难之际，美国愈加把世界卫生组织当作攫取国家利益的工具，对世界卫生组织所代表的集体公益诉求置若罔闻。2020 年 4 月时任美国总统特朗普指斥世界卫生组织应对疫情工作不力，并宣布暂停向世界卫生组织拨款提供资金。同年 7 月，美国政府正式通知联合国，美国将退出世界卫生组织，该项决定将于 2021 年 7 月 6 日正式生效。[38]世界卫生组织治理融资的难度进一步提升，欠发达地区的疫苗药物等全球卫生健康产品供给匮乏问题越发凸显。由全球疫苗免疫联盟、世界卫生组织和流行病预防创新联盟共同提出并牵头进行的新冠肺炎疫苗实施计划（COVAX），[39]美国也迟迟拒绝加入，可谓是重创全球抗疫大局。国家自身的利益方向应该高度融合在集体的利益大局中，过分汲汲于私利，罔顾多边共利，最终只会反噬自体，一无所获。

最后，发达国家群体和发展中国家群体境况各异，卫生利益迥然不同，矛盾频出。在卫生治理的利益趋向上，发达国家更多关注本国的贸易利益以及本土的卫生健康安全，国家内

32 https://www.bbc.com/news/business-51276323
33 参见晋继勇：《全球卫生治理的背景、特点与挑战》，《当代世界》2020 年第 4 期。
34 See David P Fidler, The covid-19 Pandemic, Geopolitics, and International Law, 11 Journal of International Humanitarian Legal Studies 237 (2020).
35 参见王明国：《人类卫生健康共同体的科学内涵、时代价值与构建路径》，《当代世界》2020 年第 7 期。
36 参见齐峰：《人类卫生健康共同体：理念、话语和行动》，《社会主义研究》2020 年第 4 期。
37 参见晋继勇：《全球卫生治理的背景、特点与挑战》，《当代世界》2020 年第 4 期。
38 https://news.un.org/zh/story/2020/07/1061551
39 https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax

部的疾病控制是卫生治理的主要内容，边境外的疾病传染爆发鲜有关切，以至于有些很少在发达国家和地区爆发感染的疾病因为不被界定为具有较强危险性的疾病而没有在全球获得足够的关注。[40]相比之下，低收入的发展中国家国内卫生医疗体系脆弱不堪，全民医疗保障体系无法建立，许多传染性疾病极易造成大规模的死亡，这些国家的治理趋向是靠发展促卫生，经济保安全，所以二者存在的卫生利益错位形成了巨大的全球卫生治理利益困局。所以很多卫生治理议程设置具有明显大国主导色彩，反映的是西方发达国家的利益。此外，公共产品是国际政治社会系统运转的核心，全球卫生健康的保证需要公共卫生产品的充足供给。[41]然而发达国家与发展中国家卫生资源能力非常不平等，公共卫生产品供需严重失衡。全球公共产品具有消费上的非排他性和非竞争性，以及受益空间上的全球性和受益群体上的普遍性，还有受益时间上的代际性和延续性特点。[42]这意味着公共产品一旦被生产制造出来，多个行为体可以共同使用却无需付出相应代价。现实的状况是像药物疫苗等卫生公共产品的研发需要相当先进的医疗技术能力，发达国家成为主要的生产研发者，而发展中国家只能通过接受援助或商品交易的方式来得到卫生产品。如若发达国家向全球免费提供公共卫生产品，发展中国家可能会坐享其成，引发国际社会中常见的“搭便车”现象。正如亚里士多德而言，“人们关怀着自己的所有，而忽视公共的事物；对于公共的一切，至多只留心到其中对他个人多少有些相关的事物。”[43]在发展中国家内部，疫苗和药物研发没有相应规范的专利保护，发达国家的制药企业很难斥巨资投入药物研发工作，而且这些投资巨大价格高昂的医疗产品，疾病高发的发展中国家也无力承担。[44]进而最终导致发达国家垄断了公共卫生产品的生产和议价权，大多数发展中国家失去了卫生产品的话语权。若没有全球多边协调机制，公共卫生产品分配不公定成为必然趋势，卫生治理危机进一步加深。

（二）规则困境

全球卫生治理是规则之治，全球卫生治理的顺畅推进和全球卫生治理体制的完满构筑依赖相应国际卫生法规的良善制导。而实际上国际卫生法规本身在许多卫生领域处于真空缺漏，而且应对公共卫生危机缓慢滞后，加之某些规则的软法属性和碎片化的现状，共同酿成了全球卫生治理的第二重困境，即规则困境。

首先，全球卫生治理面临着完整齐备的规则设计理想与残缺不整的规则现实之间的差距，治理规则的科学适应性目标和治理规则滞后不适性现况之间存有天堑落差。世界卫生组织作为联合国一个专门机构，同时也是世界上核心的世界卫生治理组织，在其自身组织法的授权下行使国际卫生方面的立法权，但世界卫生组织却极少行使立法权，目前为止也只有两项国际立法，分别为传染病防控领域的《国际卫生条例》和烟草控制方面的《世界卫生组织烟草控制框架公约》。同为政治敏感度较低的非传统安全问题，国际环境领域签署的国际公约数以百计，国际卫生立法进程整体上过于缓慢。[45]就《国际卫生条例》本身内容而言，其中对于缔约国的法律义务规制仅局限于国际关注的突发性公共卫生事件，对于常态化的疾病防控内容没有细致明确的要求。尽管《国际卫生条例》经过修订之后，适用范围从原先封闭的特

40 参见高明、唐丽霞、于乐荣：《全球卫生治理的变化和挑战及对中国的启示》，《国际展望》2017 年第 5 期。

41 参见王明国：《人类卫生健康共同体的科学内涵、时代价值与构建路径》，《当代世界》2020 年第 7 期。

42 参见王雪松、刘金源：《全球公共产品视角下新冠肺炎疫苗供给困境、中国路径与挑战对策》，《当代世界与社会主义》2021 年第 1 期。

43 参见[古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1997 年版，第 52 页。

44 参见杨娜：《全球公共卫生难题及其治理路径》，《现代国际关系》 2020 年第 6 期。

45 参见张海滨：《重大公共卫生突发事件背景下的全球卫生治理体制改革初探》，《国际政治研究》2020 年第 3 期。

定疾病清单扩大到一切公共卫生风险，对缔约国卫生风险评估、通报和信息共享义务的范围也在扩大，但其依旧缺乏了对突发性公共卫生事件防控的中间预警等级和“大流行病”防控合作的有效规定，很难为特定国家在具体卫生危机中提供针对性行动准则的指导。另外《世界卫生条例》的合作内容框架也没有纳入对各国积极履行合作义务的激励机制。[46]世界各国的卫生资源禀赋千差万别，为了避免在突发性卫生危机中国际合作的缺失问题，疾病防控体系雄厚的发达国家对于疾病防控体系薄弱的发展中国家应承担必要的资源支持和扶助义务，《世界卫生条例》对此也默而不语。此外，其对于强制性的公共卫生争端解决机制的设置也存在空白，不存在对成员国有约束力的制裁。有学者指出 WTO 通过自身的争端解决机制对国际公共卫生领域行使裁决权，进而成为国际传染病方面事实上最有影响力的组织。[47]此外，《国际卫生条例》与其他人权、贸易和环境等领域的国际条约的冲突问题在《国际卫生条例》中也没有给出具体的处理方案。以至于有学者认为像联合国开发计划署、世界银行、国际货币基金组织等其他领域的主要国际组织和机构对卫生领域施加影响，越俎代庖向世界卫生组织负责的卫生领域扩张和渗透，分担了全球卫生治理的职责，导致卫生领域的国际法向无序散漫的方向发展。[48]最后，日益敏感的大规模杀伤性生物武器的核查问题，世界卫生组织是否有权干涉，也尚无规则安排，留有立法空白。

其次，全球卫生治理规则的软法属性不能得到有效执行。一方面，国际组织的规范性约束普遍存在非强制性的特征，这是国际制度的弱点。[49]世界卫生组织成员国对于《国际卫生条例》的遵守仅凭自律，无法依靠强制力机关的约束。在突发性公共卫生事件上，世界卫生组织就 PHEIC（国际关注的突发性公共卫生事件）所提供的建议措施也不具备强制性，只要各国向世界卫生组织提供相关的公共卫生理由与科学信息，国家单方面施加额外的旅行与贸易限制措施并不会受到影响和制裁。[50]《世界卫生条例》对缔约国之间的卫生事项争端也没有仲裁决断权，相关的违约行为世界卫生组织也只能姑息任之而无所实质作为。对于《世界卫生条例》的实施状况，世界卫生组织通过世界卫生大会直接管理。纵然《世界卫生组织组织法》第 63 条规定，“每个会员应就本组织向其提出的建议以及执行各种公约、协定与规章所采取的措施提出年度报告。”但迄今为止，世界卫生组织没有对报告做出任何审议、评价与建议，[51]《世界卫生条例》的贯彻实施保障形同虚设。另一方面，现有全球卫生治理机制主要以决议、建议、标准和指南等形式的“软法”规则体系来协调和规范全球卫生事务，其制度权威性不言而喻。软法的灵活性和协调性不可贬损，为国家在尊重发展差异和价值理念的问题上创造了缓和的空间，但面对关涉全球共同利益的事项上，软法的大量存续无益于统一的集体行动。例如新冠肺炎疫情牵动着全球人类共同的利益，许多国家应对措施不力，行动反应缓慢怠惰甚而自行其道，给全球疫情形势的缓解火上浇油，造成了全球卫生治理浩大的灾难。如果没有卫生硬法的创制，国家在疫情面前权责不明，职责不晰，责任意识淡薄，所谓的“全球行政空间”不过是一纸空言。[52]软法无法律上之力，却有现实推动之力，有学

46 参见张超汉、冯启伦：《全球卫生合作治理——以重大突发公共卫生事件防控为视角》，《河北法学》2020 年第 8 期。
47 参见刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，《法学》2020 年第 4 期。
48 参见刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，《法学》2020 年第 4 期。
49 参见唐贤兴、马婷：《健康权保障:从全球公共卫生治理到全球健康治理》，《复旦国际关系评论》2018 年第 2 期。
50 参见汤蓓：《PHEIC 机制与世界卫生组织的角色演进》，《世界经济与政治》2020 年第 3 期。
51 参见季华：《世界卫生组织体系下的国际卫生法律机制：历史与现状》，《国际法学刊》2020 年第 3 期。
52 参见秦倩、罗天宇：《新冠肺炎疫情全球大流行与国际法》，《中央社会主义学院学报》2020 年第 3 期。

者认为软法的效力本源来自于利益导向机制，[53]但国际社会利益趋向错综复杂，全球卫生领域又是一个共益高度集中的范畴，每一个不规范的国家行为都可能引爆相互耦合的卫生利益链条，形成快速传导效应，个体的国家危机最终会演变成全球浩劫。全球公共卫生领域更多的硬法出台变得尤为迫切，具有可执行性可制裁性的硬法规范应是大势所趋，众望所向。

最后，全球卫生治理规则仍然是分散冗杂的碎片化布局，加上制度过载交叠而形成山头林立的分裂治理格局，协同体系化的卫生治理期盼任重道远。一方面，放眼世界卫生治理全貌，如前所述，全球卫生治理是国家行为体和国际组织、私营企业、基金会等非国家行为体多角色多主体共同参与的治理进路，形成分工细致有机联合的整体治理才是应有之义。然而由于全球卫生治理体系的领导力真空，世界卫生组织的核心地位难以发挥，强有力的领导力量难以形成，各主体间的竞争意图远远强于合作意向，行动协调性不足、信息无法共享等弊端加剧。[54]在新冠肺炎疫情全球防控的紧要关头，纵使世界卫生组织向全球发布“国际关注的突发性公共卫生事件”的声明提醒，也强调各国谨慎采取实施旅行和贸易限制的措施以及分享疫情防控的相关经验方法，诸多国家依然各不相谋各自为政，行动步调不统一。有学者就观察到当今全球卫生治理存在多重制度交叠的情况，现有的国际卫生制度包括以世界卫生组织为核心的联合国诸公共卫生制度，以盖茨基金会等为代表的非正式公共卫生制度、以G20 为代表的涉及卫生领域新型国际制度以及美国政府试图打造的美式国际公共卫生制度。[55]它们之间同质性和差异性并存，但制度并行交叠的局面意味着相互之间不是孤立地运作，因所涉内容和领域的高度重合性导致制度之间必然会影响彼此的规范发展和治理效力。此外，全球卫生治理的跨领域性说明卫生问题不再是单纯的人类健康问题，其与全球经济和贸易、国际人权和安全、国际环境、国际知识产权、地缘政治等领域产生内容上的密切钩联。拥有全球公共卫生相关内容立法权限的国际组织过于冗杂，国际立法呈现出碎片化、不协调和低效的无序扩张状态。[56]在给定的领域和管辖范围内，不同组织会为资源和权限相互竞争。[57]其他国际组织与国际卫生组织在相关议题和政策上一旦出现治权争夺，囿于其自身权限不足、资金短缺等问题的国际卫生组织，很有可能面对领导力缺失和协调力不足的尴尬局面。另一方面，着眼世界卫生组织内部，因为世界卫生组织独特的分权治理结构，它的协调机制也堕入了“碎片化陷阱”。[58]根据《世界卫生组织组织法》的规定，“各区委会能够制定区域性的管理方针同时自行制定其议事规程”。[59]世界卫生组织以地理区域为单位划分片区的治理结构，把自身权力分散切割，对于某些需要集中核心领导的事项来说无疑会形成治理僵局。再者各区域办公室在其领导层任命和预算上享有高度自我决断权，很长时间以来各区域主任就区域内责任和义务等问题时有挑战世界卫生总干事，这样的内部职权结构所造成沟通脱节和治理失灵的现象也不足为奇。

（三）理念困境

53 参见江必新：《论软法效力_兼论法律效力之本源》,《中外法学》2011 年第 6 期。
54 参见齐峰：《人类卫生健康共同体：理念、话语和行动》,《社会主义研究》2020 年第 4 期。
55 参见王明国：《全球公共卫生治理的制度重叠及其应对之策》,《东北亚论坛》2021 年第 1 期。
56 See Allyn Taylor, *Global governance, international health law and WHO: looking towards the future.* Bulletin of the World Health Organization. 2002;80(12):975-980.
57 See Christoph Knill & Louisa Bayerlein & Jan Enkler & Stephan Grohs, *Bureaucratic influence and administrative styles in international organizations*, 14 The Review of International Organizations, 83 (2019).
58 参见晋继勇：《新冠肺炎疫情防控与全球卫生治理——以世界卫生组织改革为主线》,《外交评论(外交学院学报)》，2020 年第 3 期。
59 《世界卫生组织组织法》第 49 条和第 50 条。

“理念是政府政策非常重要的决定因素。”[60]执守何种理念决定了国家或组织的政策走向，在国家为主导的全球卫生治理格局中，不同国家的理念判然各异，在生命健康与政治经济利益的优先取向上、在卫生与发展关系的认识上以及对主权的理解和态度上有霄壤之别，终而形塑了全球卫生治理的第三重困境，即理念困境。

首先，关于人的生命健康与其他政治经济利益何者更重要的问题，不同理念指引下的不同回答会直接导致卫生治理效果的差异。面对突如其来的新冠肺炎疫情，基于社会价值理念的不同，许多国家采取不同的抗疫对策，防控效果参差不齐。以中国为代表的卫生治理模式，坚持人民生命健康至上的理念来开展布局防疫工作。中国政府始终把人民的生命安全和身体健康放在第一位，“人民至上，生命至上”，[61]不惜付出巨大的经济社会代价，坚决及时采取封城、隔离、停工停产等高度严密的防疫措施，全国各族人民上下同心，全力以赴，取得抗击新冠肺炎疫情斗争重大战略成果，创造了人类同疾病斗争史上又一个英勇壮举，彰显了中国精神和中国力量。而以部分西方国家为代表的卫生治理模式，在面对严峻的新冠肺炎疫情局势，却处处失灵疲态百出。美国政府秉持经济优先的理念，置人民生命健康于不顾，害怕担心疫情对本国经济造成严重冲击，一度长时间没有重视疫情的发展态势，迟迟没有采取强有力的防控措施，进而导致疫情在美国大规模蔓延爆发，已经造成了几十万人生命被病毒剥夺。在新冠肺炎疫情爆发初期，欧洲某些国家则任由放任疫情不管，坚持维护个人自由的理念，政府奉行“无为而治”的自由放任策略，有些国家甚至寻求群体免疫的策略，进一步加剧了新冠疫情全球蔓延的势头。历史也在证明，以“经济政治利益优先”为理念指导的消极被动治理是错误不科学的治理路径，以“生命健康至上”理念为指导的积极主动治理才是应对新冠疫情卫生危机的不二法门，才能为全球卫生治理注入活气。

其次，在卫生与发展的关系认识上，不同理念引导下的关注重心不同，进而产生不同卫生治理模式的对冲。以美国为代表的西方发达国家自身经济能力雄厚，医疗设施条件完备，科学技术先进，容易忽视卫生与发展的紧密联系，转而把卫生问题与国家安全保障结合思考，打造安全型卫生治理范式。在美国 2019 年发布的《全球卫生安全战略》中明确指出，美国将追求三项全球卫生安全领域的目标，其中两项就跟全球卫生安全能力的建设有关。[62]可见美国把卫生问题与国家安全问题高度融合，却鲜有提及卫生与发展的关系。安全型卫生治理模式把卫生因素提升到安全保障的核心位置，将公共卫生问题提高到国家安全战略的高度，有利于集中资源应对突发性公共卫生事件，但不可避免会出现卫生问题过度安全化的倾向。[63]换言之，卫生问题本身的特点被吸收到安全问题的考量范畴，其与发展的关系被漠视剔除，卫生问题也就沦落为大安全问题下的某个子问题，这显然是把卫生问题工具化的表现，是不科学也是不合理的。相反，发展中国家秉持以发展促卫生的理念去综合推动自身卫生能力的提高，打造发展型卫生治理模式来促动国家卫生体系的完善。发展中国家认为发展是根，经济社会的发展差异才是影响卫生危机应对能力的纽结。它们认为贫穷是全球公共卫生问题的根源，只有缩小国家之间医疗卫生水平的差异，才能从根本上完成全球卫生治理目标。[64]发展中国家卫生设施落后，国内卫生保障体系不健全，卫生建设能力长期滞后。根据世界卫生

60 Judith Goldstein and Robert O. Keohane, *Ideas and Foreign Policy: An Analytical Framework*, in Goldstein, Judith, and Robert O. Keohane, eds., Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change, Cornell University Press, 1993. p.3.

61 http://paper.people.com.cn/rmrb/html/2020-09/17/nw.D110000renmrb_20200917_2-09.htm

62 The White House, United States Government Global Health Security Strategy, Washington, D. C., 2019, p.7 p.9.

63 参见杨娜：《全球公共卫生难题及其治理路径》，《现代国际关系》2020 年第 6 期。

64 参见杨娜：《全球公共卫生难题及其治理路径》，《现代国际关系》2020 年第 6 期。

组织官网最新的数据显示，非洲大陆上绝大多数国家本国内能够享受到基本卫生健康服务的人口不足一半。[65]发展中国家作为全球卫生治理格局中的“木桶短板”，其自身卫生能力的发展状况决定了全球卫生治理的成效。当前对于卫生危机的处理主要集中在卫生危机爆发后的应对和管控，而对于卫生危机的提前预防和后危机时代的卫生重建，尤其是发展中国家卫生能力建设，缺少应有的重视和关注。只有发展中国家和发达国家协同发展才能标本兼治，真正摆脱公共卫生危机的困扰。故而将发展问题特别是发展中国家的问题视为全球卫生治理中的关键一宗，才应当是全球卫生治理全局整体统筹的前进方向。

最后，国家对主权的态度和立场留有分歧，进而形成了强主权理念和弱主权理念的博弈，全球卫生事项上的合作难以为继。在一个特定的社会中，所有成员或大多数成员都习惯性地服从一个特定的一般性的优势者或优势群体，而这个特定的优势者或群体却没有服从另一个特定的个人或群体，我们可以称这个特定的优势者为主权统治者，进而这个特定社会可以成为一个独立的政治社会。[66]从某种意义上讲，主权是一国最高统治权力或至高无上的权力，带有群体依附性和隶属性的特点，只有独立的政治社会或国家才有主权。因此笔者认为在提及全球治理合作时采取主权让渡的术语表达是不准确的。国家的主权是与国家紧紧绑定伴生的概念，国家的主权让渡是主权的交付或让与，意味着其本身独立的政治社会的瓦解或者并入容纳到一个更大的政治社会领域中，即使在一个多边国际组织领导下开展国际合作，国家依旧是全球社会中“对外独立、对内最高”的治理单元，而没有隶属或服从某个新的优势治理单元，所以主权让渡在现有以国家主体的全球治理格局中是不可能的，也是不存在的。因而国家主权没有让渡而言，只有观念上的强弱之别。在谈及全球公共议题时，主权国家需要出人出物出力等资源投入，在某些领域需要服从多边甚至全球统筹安排，难免会对自我独立决策权产生影响，但这并不伤及国家主权的内在要旨，换句话说，如国际经济法学家约翰杰克逊而言，仅仅是国际层面某些事项上的权力分配。[67]聚焦到具体卫生领域的全球治理，有些国家恪守强主权理念，大行其道，不肯参与到全球卫生事项上的合作，卫生治理工作的全球统合协调困难重重。在新冠疫情爆发之初，世界卫生组织多次发表政策声明要求数据共享，根据《世界卫生条例》（2005）的规定在不寻常突发性公共卫生事件期间，各缔约国应提供相关公共卫生信息，保持信息和数据共享。很多国家却不以为意，拒绝向世界卫生组织提供详细数据，世界卫生组织对此无能为力。世界卫生组织不是世界政府，没有超国家的权力，更没有执行权，对于国家之间的协调合作也只能通过政策建议的方式而非强制执行的途径。[68]而那些固守强主权理念的国家，一旦在公共卫生领域坚守传统的主权领地拒绝团结协助甚至倒行逆施，极有可能摧毁那些暂时搁置主权问题持有弱主权理念的国家同心合力共创的卫生成果，最终还会作法自毙，这无疑将是全球社会共同的劫难。正如有论者而述，对主权过分的关照和强调是尤其有害的，因为国家面对已经产生的卫生健康威胁天然具有保密和不作为的动机。[69]因而我们期望的全球卫生治理图景应该是全球社会同舟共济同力克难同心向德，在那里传统的强主权理念思潮应当是过去式。

---

65 https://www.who.int/data/maternal-newborn-child-adolescent-ageing/indicator-explorer-new/mca/population-using-at-least-basic-sanitation-services-(-) 数据来源

66 参见[英]约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，北京大学出版社 2013 年版，第 242-254 页。

67 See John H. Jackson, *Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept*, 97 American Journal of International Law 782 (2003).

68 参见蔡洁、俞顺洪：《全球卫生治理重塑中的世界卫生组织》，《上海对外经贸大学学报》2021 年第 1 期。

69 See Lawrence O. Gostin, *World Health Law: Toward a New Conception of Global Health Governance for the 21st Century*, 5 Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics 413 (2005).

三、全球卫生治理困境的脱困之路

（一）价值之维：人类命运共同体理念涵括下人类卫生健康共同体的构建

行动之上，理念先行。要破除全球卫生治理面临的困局，首先必须进行理念上的深化和变革。人类命运共同体理念作为人类共同价值，是全球治理的价值引领。[70]人类命运共同体着眼在“共”，关键在“同”，目标在“体”。“共”意味着人类命运与共，国家需要齐声并进，携手共创人类未来；“同”表明人类风月同天，要求我们要努力认识到人类利益交叠，危机同应对，理想同实现；“体”预示人类浑然一体，促使我们要联手构建完整的世界利益体和全球命运体，而不是分散孤立各自提防处处为营的星点个体。人类命运共同体理念不仅意味着全球是一个利益交叠、命运交织的大整体，更赋予居处其中的全球人类一种鲜明的身份认同。人类命运共同体理念具有革命性和创新性的意义，它是一种看待国际关系与国际秩序的全新理念，它致力于修正为某些特定国家政治利益服务的传统国际政治理念。[71]人类卫生健康共同体是人类命运共同体理念体系的有机组成部分，同时也是人类命运共同体理念内涵的丰富和发展。2020 年 5 月 18 日，习近平主席在第 73 届世界卫生大会视频会议开幕式上的致辞中首次提出“人类卫生健康共同体”的理念畅想，并呼吁“全球团结合作战胜疫情，共同佑护各国人民生命和健康，共同佑护人类共同的地球家园，共同构建人类卫生健康共同体。”[72]这是中国为世界人民提供的无形的全球公共产品，是中国智慧与全球精神、时代潮流相结合的产物，具有深刻的理论先进性、宏大的历史必然性和迫切的实践必要性。

其一，人类卫生健康共同体具有深刻的理论先进性。一方面，人类卫生健康共同体凝结了人类伟大理论精华。人类卫生健康共同体是人类命运共同体理念在卫生健康领域的生动阐释，承载着人类命运共同体理念的价值旨要。人类命运共同体理念旨在“为世界谋大同，为人类谋幸福”，其与马克思所言的在联合共同体中实现人类的自由全面发展的共产主义理论遐思不谋而合。此外，它与滕尼斯对社会与共同体的思考进路所展现的浩瀚世界观也是异途同归的。同时中国历来强调“天下和合、共为一家”的人际观，素有“协和万邦、和衷共济，四海一家”的大天下观，从古代的“和合”理念到今天的人类命运共同体理念，中国传统的思想文化精髓一脉相通、世代相承。由此可见，人类命运共同体理念是古今中外无数哲人先贤理论精华的结晶，是全球化时代最新的理论命题，人类卫生健康共同体则是关乎人类卫生健康问题的重大理论成就。另一方面，人类卫生健康共同体与全球卫生治理的目标高度契合。人类基本健康权的实现是全球卫生治理欲要达到的基本目标，全民安全人人健康的全球社会是全球卫生治理的终极目标，因为每个人都安全才是真安全。[73]人类卫生健康共同体意在保证人类最基本健康权基础上实现共同体的整体健康，其中包含的敬畏生命、维护健康等价值取向与全球公共卫生治理的人本主义倾向不谋而同，[74]是全球卫生治理核心使命的再强调，为全球卫生治理的目标实现提供了路径向导，为人类卫生健康事业的发展指明了方向，迸发出特有的理论前瞻性和先进性，是新冠疫情背景下全球时代的最强音。

其二，人类卫生健康共同体具有宏大的历史必然性。一方面，人类卫生健康共同体在卫

---

70 参见柳华文：《论习近平法治思想中的国际法要义》，《比较法研究》2020 年第 6 期。

71 参见司芙兰、法比奥·马尔切利、李将：《COVID-19 全球疫情的挑战、反思与展望——以意大利为视角的观察》，《国际法研究》2020 年第 4 期。

72 习近平：《团结合作战胜疫情 共同构建人类卫生健康共同体》，《人民日报》2020 年 5 月 19 日。

73 https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/op-ed---covid-19-shows-why-united-action-is-needed-for-more-robust-international-health-architecture

74 参见高立伟、何苗：《人类命运共同体视阈下全球公共卫生治理谫论》，《厦门大学学报(哲学社会科学版)》，2020 年第 5 期。

生治理发展的历史中孕育。“人类文明史是一部同疾病和灾难的斗争史。”[75]在人类历史的过去，不同国家之间、不同民族之间、不同文明之间交流甚少，几乎处于隔绝孤立的生存状态，一旦出现卫生危机，也仅仅限于相对狭小的空间范围，卫生治理谋一域即可。后来现代文明的发展逐渐走出了区域化生存的传统状态，人类社会发展逐渐走向全球化的态势，人类居住的星球变为“地球村”。各国间的密切联系也逐渐增强了病毒的跨区域性，地区卫生危机和区域卫生危机很容易演变成一场人类卫生危机，危机区域化变成危机全球化，卫生治理停留在谋一域的层次已经不能满足时代发展要求，谋全局的治理思路成为了历史发展的必然趋势。人类卫生健康共同体就紧紧贴合患难与共、命运相系的时代特征。因此人类卫生健康共同体是人类历史发展的产物，是总结人类卫生治理经验对时代前进走向的科学认识。另一方面，人类卫生健康共同体必将得到历史的检验。在全球化的时代，独善其身自利自得已经无法彻底解决人类共同面对的危机，凝心聚力才是克服危难的不二之道。人类卫生健康共同体蕴藏着“合作共治、互惠共赢”的精神，意在重申卫生健康事业是全人类共同的事业，把自我发展和共同发展相兼容，把传统个体领域与全球集体公域相统筹，实现人人健康人人安全的理想目标。中国在抗击新冠疫情过程中不仅保持国内疫情状况得到整体稳定控制，而且还主动参与国际合作，与世界卫生组织保持密切沟通，积极援助其他国家和地区，特别是广大发展中国家。中国已经向许多国家提供疫苗援助，并决定向“新冠肺炎疫苗实施计划”（COVAX）先提供 1000 万剂国产新冠疫苗，用于满足发展中国家的急需。中国疫苗撑起全球抗疫“生命线”，正如赤道几内亚总统奥比昂所言，“中国疫苗挽救了非洲人民的生命。”[76]中国作为人类卫生健康共同体理念的坚定践行者和忠实捍卫者，真正做到了全球社会一家亲。这也昭示着人类卫生健康共同体一定会助益全球卫生治理，推动全球卫生健康事业的勃兴，经受住时代和历史的检验。

其三，人类卫生健康共同体具有迫切的实践必要性。一方面，人类卫生健康共同体能够化险为夷，解决全球卫生治理的燃眉之急。在新冠疫情全球形势不容乐观的紧要关头，有些国家不仅本国疫情状况渐趋恶化，防疫行动迟缓，应对不佳，造成大量人员感染死亡，而且在全球领域内制造不实谣言、炮制不利言论，甩锅推责将病毒污名化，卫生问题政治化，对外奉行单边主义孤立主义，甚至采取霸权主义行径，拒绝与世界卫生组织合作，严重破坏全球疫情防控的工作。如此逆全球化的思潮既不利于全球疫情的控制，也离散了全球人民交流互鉴合作共赢的盼望和信心。世界正遭受新冠肺炎疫情的摧残，全球经济社会发展受到巨大冲击，这是人类历史上不小的灾难。世界需要尽快恢复元气，重新打开开放的大门，重新恢复经济社会发展，维护全球产业链、供应链稳定畅通。人类卫生健康共同体的重要倡议应声而出，它让全球人民认识到命运与共而不是漠不相关才是现实之情，让全球国家认识到以健康为中心而不是以经济为中心才是当务之急，让全球社会认识到多边主义团结合作而不是单边主义各自为战才是抗疫制胜的关键之道。人类卫生健康共同体是实践之需，是克服新冠疫情卫生危机的强大武器。另一方面，人类卫生健康共同体能够同心协契，开辟全球卫生治理的实践新局。后疫情时代的全球社会在汲取此次抗击新冠肺炎疫情的经验教训之后，要建立怎样的全球卫生治理格局，人类卫生健康共同体提供了思路上的指引。首先，人类卫生健康共同体是利益共同体，它告诉世界人民我们生活在一个利益交叠利益互通的世界，它告诉某些国家其他伙伴的卫生健康利益的实现不会阻碍自身卫生健康利益的获取，反而会极大促进本国卫生健康利益的取得。其次，人类卫生健康共同体是责任共同体，它意在明示全球卫生

75 习近平：《团结合作战胜疫情 共同构建人类卫生健康共同体》，《人民日报》2020 年 5 月 19 日。
76 http://paper.people.com.cn/rmrbhwb/html/2021-03/01/content_2035951.htm

大家庭中每一个成员都是重要成员，我们不能忽视或边缘化每一个国家，意在劝导我们要兼济天下，医疗卫生能力强大的国家要主动援助弱势国家，带动弱势国家卫生事业的建设，优化全球卫生资源的配置，共同构筑卫生健康的有力防线。最后，人类卫生健康共同体是价值共同体，全球卫生治理的秩序建设首先是价值建设，我们要明确团结协作在全球卫生治理中的价值主导作用。现行国际秩序虽然面临着大国霸权主义、中小国家建立新秩序的要求等多种因素的挑战，但国际合作原则仍是当今国际社会的法律基石。[77]人类卫生健康共同体是国际社会基本价值在卫生健康领域的基本诠释，牢固确立团结合作的基本价值地位才能让全球卫生治理秩序虽穿越风雨却行稳致远。寻共益、担共责、求共识化溶在人类卫生健康共同体理念的血脉基因中，为全球卫生治理的将来铺就了实践新路。

（二）规则之维：系统-协调思维指导下的国际卫生法体系

法者，治之端也。“在国家间关系中，文明的发展可以被看作从武力到外交，从外交到法律的运动。”[78]国家治理不能没有法律规范，全球社会国家间交往同样需要完备法律规范的调整。系统-协调思维是国家治理中的高阶法律思维，为了防止治理过程中顾此失彼，导致国家治理左支右绌的窘相，进而给人民日常生活和交往、给政府日常运作和管理埋下隐患，[79]系统-协调思维模式为国家治理提供了方法论的支持。系统性意味着完整丰富不缺漏，协调性意味着和洽妥当不冲突，二者是相互勾连的概念。反观全球卫生治理的规则困局，系统-协调思维同样能发挥其破困局开新局的作用，因而以此为纲形成系统完备协调有序的国际卫生法体系兹事体大。

首先，全球卫生治理要完成规则方面系统性的建设。系统性建设的枢纽在于法律体系的形成，而法律体系本身就具有对其属民或规范成员的至上性，某种意义讲就是一种至高的权威性。[80]于全球卫生治理而言，要构建全球卫生法体系，有学者就大胆畅议通过制定全球卫生宪法作为全球卫生事业权威性的树立，并以此为纲，为全球卫生事业提供原则和目标向导，在全球卫生行为体中实现制衡，统帅和整合全球卫生事业。[81]这不失为一个理想臻美的方案，但当前的全球社会依旧在威斯特法利亚体系的土壤上运行，全球卫生宪法的唤生可能遥遥无期，依靠现有多边卫生组织进行具象化的卫生规则再重塑才是燃眉之需。一方面，世界卫生组织要发挥其国际卫生立法的主导作用，坚持软硬并举的思路去完备公共卫生领域的造法工作。硬法层面上，现行《国际卫生条例》（2005）作为当前国际上仅有的用于应对传染病疫情和其他突发性公共卫生事件的“硬法”，尚存在许多问题。例如世界卫生组织在面对突如其来的传染性疾病时，如何才能在科学认识不明晰的背景下去宣布是否构成国际关注的突发性公共卫生事件。有学者就提到面对宣布国际关注的突发性公共卫生事件“二择一”的困境，世界卫生组织可以考虑新的规范，创建新的风险警报量级，如中间预警机制或者设置高于突发性公共卫生事件的警报级别。[82]此外，《国际卫生条例》（2005）规定成员国“避免采取对国际交通和贸易造成不必要干扰的适当方式预防、抵御和控制疾病的国际传播”，[83]而在此

77 参见于亮：《人类卫生健康共同体视角下的国际卫生合作》，《天津大学学报(社会科学版)》2021 年第 2 期。

78 Louis Henkin , *How nations Behave*, Columbia University Press, 1968, p.1.

79 参见谢晖：《论法治思维与国家治理》 ，《东方法学》2021 年第 2 期。

80 参见约瑟夫 • 拉兹：《法律的权威》，朱峰译，法律出版社 2005 年版，第 102 页。

81 See Jennifer Prah Ruger, A Global Health Constitution for Global Health Governance, 107 A Global Health Constitution for Global Health Governance 267 (2013).

82 参见何田田：《<国际卫生条例>下的“国际关注的突发公共卫生事件”:规范分析、实施困境与治理路径》，《国际法研究》2020 年第 4 期。

83 《国际卫生条例》（2005）第 2 条

次新冠疫情全球爆发期间，很多国家为了避免外来病例的输入，许多国家采取严格入境管制措施，尽管按照《国际卫生条例》（2005）的要求成员国可以采取与世界卫生组织建议相比同样或更大程度健康保护级别的额外卫生措施以及其他合理可行措施，[84]但对于这些法律要求《国际卫生条例》（2005）没有给出明确清楚的说明。适时启动对《国际卫生条例》（2005）的修订谈判，打造既满足抗疫需要，又努力保障国际货物流通和国际旅行需求的卫生条例，引导各国采取多边协调动态调整的卫生管理措施至关重要。[85]软法层面上，作为规范性和常规性的结合，软法能够起到推动商谈沟通的作用，进而促成交往的合意。[86]当遇到国家利益相互折冲分歧鲜明的卫生议题，软法的灵活性优势能缓冲不同主体间的矛盾，世界卫生组织在日常工作中可以大量通过建议、决议、指南、标准的“软法”形式促成卫生领域的国家合作，当深度合作成为常态，普遍性共识逐渐达成，“软法”在文化层面和事实层面上与“硬法”无差，那么形式和效力上的“硬法”建构也就水到渠成。另一方面，增强发展中国家在全球卫生立法中的话语权。全球卫生治理只有发达国家的声音是不合理的，全球卫生立法过程中仅仅满足发达国家的诉求是不完整的。发达国家特别是某些霸权国家依靠霸权地位制定和维持有利于自己的国际机制，并通过国际机制巩固霸权形成制度霸权抑或合法性霸权，[87]严重破坏国际秩序，压榨欺凌弱小国家，不利于国际体系的稳定。全球卫生治理格局塑造要避免该现象的发生，尽可能关照发展中国家的利益诉求。《国际卫生条例》（2005）中就要求成员国发展、加强和维持发现、评估、通报和报告事件的卫生能力建设，[88]但实际上这对发展中国家而言是很苛刻的要求，很多发展中国家不具备相应的经济科技实力去支撑其国内卫生基础设施、卫生医疗服务能力和相应疾病应对能力的建设，这必然会给发展中国家带来经济财政上难以承受的负担。因此，我们应该注重不同国家经济卫生能力的巨大差异，实行共同但又区别的责任来改善一刀切的规则要求。同时，在相关国际组织的日常例会讨论中，添加满足发展中国家切实需求的议题安排，努力提高发展中国家在卫生立法和讨论中的话语权和参与权。《TRIPS 协定与公共卫生宣言》（《多哈宣言》）和“穷国购药协议”就是发达国家和发展中国家利益平衡的产物，其所体现的人道主义关怀为发展中国家暂时缓解了阵痛。[89]发展中国家卫生健康事业建设的路途还很漫长，但作为全球社会的重要成员，其角色的特殊独白应该成为全球卫生规则系统性建设不可遗漏的部分。

另言，全球卫生治理要进行规则方面协调性的疏导。一方面，公共卫生领域与其他相关领域规则需要调和。第一，国际卫生规则与国际贸易规则之间要兼容。对于关涉卫生内容的贸易行为，既要符合国际通行的卫生规则，也要满足国际贸易规则的要求。其中像《关税和贸易总协定》和《实施动植物卫生和检疫措施协定》的有关内容就与《国际卫生条例》在特定情况下可能产生规则适用的抵牾。《关税和贸易总协定》里就规定“本协定不得解释为阻止缔约方采取或实施为保护人类、动植物生命或健康所必需的措施，”[90]其中“所必需”的措施也被认为是对贸易限制程度最低的措施。《实施动植物卫生和检疫措施协定》也有类似的规定，要求成员国确保任何动植物卫生检疫措施的实施要以科学原理为依据，并且不超过

84 《国际卫生条例》（2005）第 43 条

85 参见王天韵：《从抗击新冠疫情的国际实践看全球卫生治理改革》，《中央民族大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 4 期。

86 参见张龑：《软法与常态化的国家治理》 ，《中外法学》2016 年第 2 期。

87 参见简军波、丁冬汉：《国际机制的功能与道义》，《世界经济与政治》2002 年第 3 期。

88 《国际卫生条例》（2005）第 5 条，

89 参见龚向前：《利益平衡与人道关怀——WTO 首次修订核心协议述评》 ，《环球法律评论》2006 年第 5 期。

90 《关税和贸易总协定》第 20 条

为保护人类、动植物的生命或健康所必需的程度。[91]尽管贸易领域相关规则赋予了成员国在特殊情况下为保护生命或健康实施限制贸易措施的权利，但这与《国际卫生条例》所规训的“避免对国际贸易造成不必要干扰”的目的和宗旨存在文本意义上的冲突，如何在国际贸易与公共卫生之间寻求恰如其分适应时势的平衡，需要世界卫生组织和世界贸易组织的集体协调和联合共识。第二，某些卫生规则的执行也会涉及对特定人权规则的抵触。尽管在《国际卫生条例》（2005）中规定了成员国可以采取额外的卫生措施，例如“检查”和“隔离”的措施，然而在出入境人员流通管理中，是对所有人还是对特定人群（病毒感染者的密切接触者或疑似病例）采取相应检查和隔离措施，就会牵涉个人的行动自由被限制的问题，其与《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》所保护的个人自由是否相违背，需要对应国际组织和有关国家合乎国际法的解释。此外在新冠肺炎疫情期间，许多国家运用技术手段追踪、检测公民的个人健康情况和行动轨迹，是否构成对公民个人隐私权的过度侵犯，也是一个亟待说明和协调的方面。第三，有些学者也提及公共卫生问题与环境保护之间的天然联系，主张在国际法层面开展和协调国际环境治理，通过实施对公共卫生有益的环境资源保护的国际规则与标准，从而更好的发挥国际环境治理在全球卫生治理的关键作用，实现“全球生态观”和“大卫生观”的有机结合。[92]另一方面，要加强国际法与国内法之间的协和。《国际卫生条例》（2005）中法律文本总体比较含糊，留有大量“建设性模糊”的内容。[93]其中规定成员国应对突发性公共卫生事件可以实施额外的卫生措施，但没有明确的定义指向去说明卫生措施的种类，仅仅要求措施与世界卫生组织的建议相同或更高的健康保护水平，而这又构成了进一步的朦胧意境。所以成员国在采取符合本国卫生法要求的具体卫生措施时，可能会存在根据本国情势采取的卫生措施符合本国法却与国际法格格不入的混沌状况，如何保证卫生措施在国际法和国内法双重调整下的一致性，需要各国做到国内法和国际法有效的衔接，进而在国家法治和国内法治互动过程中达成差异性和一致性的动态统合。[94]

（三）主体之维：多元共治迈向多元善治

当前的全球卫生治理格局是碎片化的多体共同治理的格局，虽然参与主体广泛，参与层次多样，但整体上目标不一行动分散，严重阻碍全球卫生治理的一体化目标的实现和统一化的运作，很难说是结果和目标意义上的“良好的治理”（good governance），即善治。[95]加之面对新冠疫情的残酷考验，当前全球卫生治理体系的弊病暴露无疑。鉴于此，我们应当坚定地维护以世界卫生组织为领导核心的全球多边卫生治理体系，努力发挥各个不同治理主体的优势，各尽其能，各取所长，实现全球卫生领域的多元善治。

首先，充分展现国家在全球卫生治理中的能力和责任。主权国家作为最基本的全球治理单元，任何领域的全球治理事务的处理都要以此为起点布局。一方面，单个国家需要在对内对外两个面域上做出卫生贡献。对内面域上，国家要加强自身公共卫生能力建设，完善相应的卫生法规体系，从整体到局部从中央到地方层层压实卫生责任，实现卫生职能，尽可能做到传染性疾病早发现、早预防、早治疗，奋力保障国内整体的医疗健康水平，逐步实现人人健康。在此，中国早就在《“健康中国 2030”》规划纲要中提出要推进健康中国建设，提高人民健康水平，实现全民健康，为世界其他国家卫生健康规划的制定提供了范例上的指导。对外面域上，首先，国家要坚持多边主义全球治理的范式，毫不动摇地维护多边体制的权威

91 《实施动植物卫生和检疫措施协定》第 2.2 条
92 参见刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，《法学》2020 年第 4 期。
93 参见周阳：《<国际卫生条例(2005)>的法理冲突与规则重构》，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 6 期。
94 参见赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》 ，《中国社会科学》2014 年第 10 期。
95 参见魏治勋：《“善治”视野中的国家治理能力及其现代化》，《法学论坛》2014 年第 2 期。

性和有效性，巩固联合国在全球治理中的核心地位，在卫生健康领域，也就是不断筑牢固实世界卫生组织在全球卫生健康事业的领导地位。其次，国家要坚决执行包含《国际卫生条例》（2005）在内的相关国际卫生法规，切实履行国际法义务，承担国际法责任，规范自身对外行为和言论，树立国际卫生法权威，更好地推进国际卫生法治的发展。最后，要加强国家间卫生领域的交流合作。既要促进卫生医药科研技术方面的合作与交流，又要推动全球公共卫生信息的交换和共享，同时还要加强国内成功卫生治理经验的国际化分享，在此要特别注重大国之间的卫生协作和对小国的卫生帮扶和援助，实现“大国带小国，小国促大国”的双向互助和多维互动。另一方面，要激发多个国家形成的国家集团的特殊能量。二十国集团（G20）作为国际经济合作论坛，在全球卫生治理领域的作用日益显现。在新冠疫情全球爆发不久，二十国集团领导人应对新冠肺炎特别峰会声明就表示 G20 将同一线国际组织，特别是世界卫生组织、国际货币基金组织、世界银行以及多边和区域开发银行一道迅速果断开展合作部署强有力、协调一致、快速的一揽子金融计划，并填补各自政策工具箱中的空白，并且对发展中国家和最不发达国家面临的严峻挑战深表关切。[96]G20 成为新冠疫情全球爆发后为数不多能够推动大国合作的平台，而且 G20 通过的“二十国集团暂缓最贫困国家债务偿付倡议”为很多国家渡过了在新冠疫情期间面临的经济困境。其他的像以金砖国家为主的新兴经济体也参与到全球卫生治理中，向其他发展中国家提供援助，成为全球卫生治理体系的重要成员。但笔者认为诸如此庞大的国家集团从原先的治理领域逐步渗透到全球卫生治理环节，不可否认卓有成效，但作为非正式的经济政治合作机制，不应该喧宾夺主任意扩大治理领域，妄然主导全球卫生治理的进程，干预正常卫生议题设置，而应该通过“经济带动卫生”或“外交带动卫生”的思路发挥平台性作用，提高卫生议题在全球发展中能见度的同时，更需要增强自身援助性能力，努力诠释好辅助性角色，各就其位，各司其职，实现协调性优势互补。

其次，着力增强以世界卫生组织为代表的国际组织的关键效能。对于世界卫生组织而言，纵然难以避免和摆脱大国博弈和地缘政治的影响，但作为在卫生健康领域全球唯一的多边组织，要进一步发挥本职功能实效，实现其在全球卫生治理中的角色再定位。其一，世界卫生组织应当是卫生理念的坚定推行者。《世界卫生组织组织法》开篇宗旨就明确表示要让全世界人民获得可能达到的最高的健康水平。[97]在 2015 年世界卫生组织表达了对联合国 2030 年可持续发展议程的强烈支持，并努力合作实现新的可持续发展目标（SDGs），其中就包括全民健康覆盖的目标。[98]日后全民健康理念多次成为世界卫生组织改革的价值导引，世界卫生组织也成为卫生健康理念的全球传道者和推行者。此次新冠疫情爆发之时，世界卫生组织总干事多次表达了对人类卫生健康共同体理念的赞赏，认为构建人类卫生健康共同体的呼吁非常及时，有利于实现全民高标准健康的远景。因此，世界卫生组织应不遗余力在全球推行命运与共健康相连的共同体理念和全民健康的卫生理念。其二，世界卫生组织应当是卫生行动的有力协调者。“全球卫生治理不是关于世界政府，而是关于促进主权国家间多边合作的一系列制度和法律实践。”[99]“世界政府”的缺失更加考验主权国家之间的合作共治，世界卫生组织要尽力弥合不同参与主体的矛盾和罅隙，成为全球卫生合作的粘合剂。此次新冠疫情爆发后，世界卫生组织总干事谭德塞就竭力呼吁国家之间停止抹黑攻讦，并希望国家审视自

96 G20_Extraordinary G20 Leaders’ Summit Statement
97 《世界卫生组织组织法》第 1 条
98 https://www.who.int/news/item/25-09-2015-ensure-healthy-lives-and-promote-well-being-for-all-at-all-ages
99 See Nayyar Deepak, Towards Global Governance, in Nayyar Deepak eds, Governing Globalization: Issues and Institutions, Oxford University Press, 2002.

己的措施和言论，携手共同避免新型冠状病毒大流行疫情不再重演。[100]另外，世界卫生组织还协调其他机构组织成立了应对新冠疫情的基金和计划，开展全球药物和资金方面的援助，极大缓解全球物资短缺的紧迫状况。因此，世界卫生组织不单单只是国家间的公关人，而且也应该是全球卫生治理多重主体的磁力场。其三，世界卫生组织应当是卫生规范的权威制定者。在国际法层面上，世界卫生组织要“硬法”“软法”两手抓，弥补现行国际卫生法规的缺漏，加强以《国际卫生条例》（2005）为主的国际卫生法规的修订，改善其滞后性和不合时宜性，铸造卫生领域的“良法”，为更好的应对卫生危机提供行动指南。在常规性的卫生知识规范上，要进一步汇聚世界顶级卫生专家从事卫生技术问题的研究，分门别类汇总卫生信息和知识，不断更新《国际疾病分类》、《世卫组织基本药物清单》等国际通用卫生标准。同时在卫生疾病防控应对上，要充分体现专业性优势和发挥技术性权威，为全球社会划定合理的风险警示量级，制定科学的防控手段和诊疗标准建议，科学有序正确有效地面对卫生挑战，克服卫生危机。其四，世界卫生组织应当是卫生资源的合理调配者。世界卫生组织的资金来源主要是会员国缴纳的评定会费和会员国或其他伙伴的自愿捐款。[101]评定会费相对固定且增长停滞，意味着世界卫生组织的预算资金过分依赖自愿捐款，而大部分捐款都被捐助方指定了用途和方向，留给世界卫生组织自我决断的治理资源和灵活资金少之又少，如何在刀刃上把资金用好，把现有资源存量盘活，世界卫生组织需要从内外两个方向重整旗鼓。对内而言，世界卫生组织下属 6 个区域办公室，各个区域办事处相互独立，在预算和决策上拥有高度自主权。如此分权的态势不利于整体战略目标的实现，为了防止松散低效的治理结构，世界卫生组织总部应该集中资源分配权，确立总部在全球范围内的人财物等核心资源的调配权以及在紧急状况下对应急工作部署的领导权，进而形成统一连贯高效的卫生资源分配体系和决策能力体系。对外而言，全球现有的卫生资源分配格局极不平等，发达国家仓满丰实，许多发展中国家和欠发达国家资源贫瘠，面对卫生危机有时只能屈就残羹冷炙。新冠肺炎的预防需要新冠肺炎疫苗，然而此次新冠肺炎疫情全球态势极度紧张的时刻，富裕的发达国家囤积了大量的疫苗，远远与自身国家的感染人数和人口比例不相符。像澳大利亚、加拿大和日本的感染病例不足世界感染总数的百分之一，但它们囤积的潜在疫苗支数远远超过拉丁美洲和加勒比海地区，而那里有超过全球病例百分之十七的感染人数。[102]以此为鉴，世界卫生组织资源调度要往发展中国家或卫生资源紧张的国家倾斜，实现卫生资源分配公平，因为只有发展中国家和欠发达地区的人民尽快享受医疗资源，才有可能早日达到人人健康的全球目标。再者，除去世界卫生组织，世界银行、亚投行等涉经济类国际组织在卫生基础设施的融资贷款方面功不可没，要进一步鼓励促进该类组织在“发展保卫生”的治理进路继续开拓，做到全球经济目标和卫生使命兼容双收。

最后，充分发挥非政府组织、企业机构、私人团体等民间私主体的重要力量。当前的全球社会由于国家中心主义的特征倾向，国际法难以在公共卫生领域调动其他主体的力量（如个人、私人公司和其他民间社会的力量）去解决公共卫生问题，[103]但无可争辩的是民间私主体已经亲历其中。一方面，民间私主体是全球卫生发展物质援助的中坚力量。全球卫生发展援助需要各国官方主导，也少不了民间社会的助力。新冠肺炎疫情期间，马云公益基金会联

100 https://www.who.int/zh/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-world-health-assembly

101 https://www.who.int/zh/about/planning-finance-and-accountability/how-who-is-funded

102 https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-12-29/vaccine-nationalism-will-prolong-pandemic

103 See Lawrence O. Gostin，*Global Health Law*， Harvard University Press，2014，p.61-64.

合阿里巴巴公益基金会迅速向世界卫生组织捐赠一大批抗疫物资，盖茨基金会更是调动数亿资金支持研发新冠病毒诊断工具、药物和疫苗。据悉，在美国政府决定暂停资助世界卫生组织并宣布退出组织之后，盖茨基金会将可能成为世界卫生组织最大的捐赠方，超过世界上其它政府。[104]可想而知，私人基金会对全球卫生治理的贡献潜能不容小觑。同时公私合作的模式也成为全球卫生治理的新趋势，这种公私联动的治理策略能使官方思路和民间意见相互结合，卫生治理针对性显著。全球疫苗免疫联盟（GAVI）作为全球卫生治理公私合作模式的代表，在此次新冠肺炎全球抗疫中联合世界卫生组织牵头推出新冠肺炎疫苗实施计划（COVAX），主要为疫苗研发和购买能力欠缺的国家供给疫苗，来确保世界人民公平获得新冠疫苗救助，很大程度上解决了全球公共卫生产品分配正义的问题。另一方面，民间私主体是全球卫生事业精神上的远大感召。一来很多民间组织不同于官方机构，其社会道义性强、运作机制相对灵活、透明度高，有助于更好地实现全球公共产品的差异化供给，在政府不便涉及的领域发挥补位作用，弥补卫生公共产品的供给真空。[105]这不仅是在信息资金物资等硬供给上实现援济，更重要是在心灵精神信心等软供给层面达到满足，给那些经历卫生危机心理创伤的人民告以慰藉。二来责任感（accountability）和参与性（participation）是衡量全球治理民主性两个非常重要的价值维度和分析标尺。[106]很多非政府组织参与到全球卫生治理能够缓解国际社会“民主赤字”的危机，而且它们还扮演着国际社会服务者和监督者的角色。[107]这些组织大多是通过私人倡议自发形成，深受老百姓的信任，其巨大的号召力会吸引更多民间力量参与其中，以此可以倒逼官方卫生治理的积极性，形成卫生治理的合力，进而助推全球卫生治理。全球市民社会广泛渗透到全球卫生治理各个角落，成为卫生治理的亲历者和并行者，也寓意全球卫生治理在“全民健康”的目标驱使下，一定会逐步跃进到“全民治理”的理想轨路。

104 https://www.usnews.com/news/articles/2020-05-29/gates-foundation-donations-to-who-nearly-match-those-from-us-government

105 参见宋效峰、付冬梅：《全球卫生公共产品供给：中国角色与路径》，《社会主义研究》2021 年第 1 期。

106 See Magdalena Bexell & Jonas Tallberg & Anders Uhlin, *Democracy in Global Governance: The Promises and Pitfalls of Transnational Actors*,16 Global Governance 81 (2010).

107 参见何驰：《国际法上的非政府组织：理论反思与重构》，《中外法学》2020 年第 3 期。

生物安全纳于我国涉海立法的证成与规范考量

王崇*　中山大学法学院

摘要：我国涉海立法的逻辑体例与包容程度，使得与生物安全有关的法律法规得以纳入至其中。生物安全规范与我国涉海立法之间既有关联性，又具切合性，它是我国《生物安全法》的直接授意，也从理论上将人类卫生健康共同体与全球海洋治理相互衔接。对于这种纳入，从立法路径上来看有单行式立法、综合式立法以及嵌入式立法三种模式，但目前这种纳入仍面临着载体的缺乏以及构建样态的不稳定等问题。为此，在结合现行我国立法环境背景、目的、效率、定位以及制度体量等因素的基础上，建议出台一部《海洋生物安全管理条例》，并在《生物安全法》所关注的几个重要领域中特别规范其中的国家生物安全发展战略及政策、海洋生物安全的管理体制、海洋生物多样性维护以及海洋生物技术研发这四个领域的内容。

关键词：生物安全；涉海立法；海洋公共卫生；管理体制

Analysis on the justification of bringing the bio-safety into the marine legislation and its system construction

Abstract: The logical style and inclusiveness of our country's maritime legislation have enabled laws and regulations related to biosafety to be included. Biosafety norms and maritime legislation are both related and relevant. They are the direct inspiration of <Biosafety Law> and theoretically connect the human health community with global ocean governance. There are three models for this kind of inclusion, which are single-line legislation, comprehensive legislation and embedded legislation. However, this inclusion still faces problems such as the lack of carriers and the instability of the structure. To this end, based on the current environmental background, purpose, efficiency, positioning, and institutional size of our country's legislation, it is recommended to introduce a <Marine Biosafety Management Regulations>, and focused on several important areas within <Biosafety Law> , such as the national biosafety development strategy and policy, the management system of marine biosafety, the maintenance of marine biodiversity, and the research and development of marine biotechnology.

Key words: Biosecurity; maritime legislation; marine public health; management system

作为法学与生物学交叉学科的研究领域，生物安全管理法律体系的建设近来一直是备受关注的议题。2020 年 10 月，第十三届全国人大常委会第二十次会议审议通过了《中华人民共和国生物安全法》（以下简称《生物安全法》），该法于 2021 年 4 月起施行，其包括了十章的内容，对于生物安全风险防控体制、防控重大新发突发传染病、动植物疫情、生物技术研究等进行了详细的规定。《生物安全法》的出台，有助于系统地梳理现存较为零散和碎片化的、但却与生物安全紧密相关的法律法规，填补了在这一领域里基础性法律的空白。然而，《生物安全法》本身难以细致地、全面地解决在各行各业中所出现的具体问题，其在发挥上位法所应有的“主心骨”式的作用时，也需要相应的配套实施细则和其他下位法律规范予以支撑和辅助。相比于生物安全立法体系而言，我国涉海立法的种类繁多，体系结构与规范的广度都较为详实。生物安全突发事件的溯源地区不仅包括陆地，还会遍及海洋。一方面，以海洋为媒介传播病原体的风险现实地发生于此次疫情事件中；另一方面，全球海洋环境污染

* **[基金项目]** 中国博士后科学基金面上资助项目（2019M653048）

[作者简介] 王崇，法学博士，中山大学法学院助理教授，南方海洋科学与工程广东省实验室（珠海）研究人员，硕士生导师。

的现状也唤起人们对海洋生物安全风险防范的意识，它使得维护海洋生物安全变得愈发重要和紧迫。据此，在符合我国《生物安全法》规定的基础上，考虑将与生物安全相关的规范纳于我国涉海立法中以填补在这一领域内的空缺是实有必要的。

一、我国涉海立法的逻辑体例与包容度

若从法理的角度出发证明与生物安全相关的法律法规适宜纳入于我国涉海立法中，首先应考虑我国涉海立法本身的逻辑体例和其包容度，以此来探求与生物安全相关的法律法规纳入至这一体系之后所能施展的空间，并保持与其他涉海立法之间的衔接，从而避免矛盾的产生。

（一）我国涉海立法的理论基础

我国涉海立法，应该强化以海洋法权为核心的海洋秩序的构建和法律阐释。[1]海洋法权理论、海洋自由论和海权论属同一维度，均是探讨海洋秩序构建的相关学说。有学者指出，我国应以海洋法权理论为基础完善中国海洋立法、以海洋法权理论为导向发挥软法作用，并在国际海洋法律秩序构建中提升话语权和主导权。[2]海洋法权理论具有较好的包容性，它是与国家开发和利用海洋相关的权利并承担保护海洋之义务的统称。国家在利用海洋的过程中会产生诸多的海洋实践行为，因此而发生的海洋秩序的变化具有较为明显的动态性和发展性，这也意味着任何国家即有的海洋法律规则不可能在面对变化莫测的海洋实践与海洋秩序的变化时一直得以持续的适用,而是在发展的过程中逐步更新自身的体系及规范结构，并使之保有一定的前瞻性。从 2020 年席卷全球的疫情及相应的传播途径来看，以海洋为媒介进行传播的风险是切实存在的，海洋环境中亦有多种可同时感染人畜的致病性微生物，从而可能在未来影响船员及我国沿海居民的健康，[3]而我国现有的涉海立法中与这些问题相关的法律规范却仍有一定的空缺，它正逐渐地让我们意识到，在开发和利用海洋的过程中应注重保护海洋的生态环境，避免成为生物安全风险事件的“培育温床”。

在以海洋法权为理论基础的海洋秩序下，我国涉海立法的理论思路从技术角度出发有“功能主义立法论”与“区域主义立法论”两个重要的进路。功能主义立法论强调海洋功能的划分，并以各种不同的功能为立法的切入导向，如建立渔业资源利用和养护功能区、海洋安全维护功能区等，其目的主要强调海洋为人类提供的各种服务与用途。[4]我国《海上交通安全法》、《海洋环境保护法》等法律法规是这在一立法理论的支持下制定的。区域主义立法论则强调按照沿海国管辖海域的范围来制定相应的法律法规，它与《联合国海洋法公约》中所划分的几种区域（领海、毗连区、专属经济区、公海等）密切相关，我国《领海及毗连区法》、《专属经济区和大陆架法》等是在这一立法理论的影响下制定的。因此，我国涉海立法的理论基础大体是以海洋法权为引领和指导，技术上则是“功能主义立法论”与“区域主义立法论”为共同进路而成的。

（二）我国涉海立法的架构与逻辑因应

我国涉海立法的架构与逻辑因应，是新立法元素纳入至我国涉海立法之前所必须要考量的前提性要素，它从实然的角度为证成性分析搭建了一个可供论证的体系框架。目前来看，

---

[1] 马得懿：《新中国涉海法治 70 年的发展、特点与应然取向》，载《暨南大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 6 期，第 27-39 页。

[2] 杨华：《海洋法权论》，载《中国社会科学》2017 年第 9 期，第 174 页。

[3] Simshon Belkin，Rita R. Colwell. Oceans and Health：Pathogens in the Marine Environment. Springer New York, 2005：pp. 106-110.

[4] Douvere F，Ehler C N. New perspectives on sea use management：initial findings from European experience with marine spatial planning. Journal of environmental management，2009, 90(1)：77-88.

我国涉海法律建设已经初具体系化规模：在法律层面上有《海商法》、《航道法》、《港口法》等法律，国务院及其委托的部门制定颁布了30多个涉海行政法规，在部门规章层面也有了110余个现行有效的涉海行政规章。对此，有学者认为，以上述法律为核心，以相关行政法规、部门规章、地方性法规为辅助的涉海法律集群已经初步形成。[5]具体而言，我国涉海立法的架构与逻辑因应可以从以下两个维度予以释义：

1、内部协调。我国涉海立法受“海陆统筹”及“海陆分离”理念的共同影响，常要重视所设立的涉海法律所相对应之“陆法”的协调关系，[6]因其两者间可能互为特别法与一般法，或上位法与下位法，特别是“海陆统筹”理念也强调无需过多地对陆地与海洋加以区分。[7]例如，我国2014年修订的《环境保护法》与2017年修正的《海洋环境保护法》之间就是一般法与特别法的关系。为此，涉海法律法规在我国法律体系的定位需要首先经由内部的协调来厘清其中的“海陆”关系，且有相当一部分涉海法律法规是作为特别法的身份而存在的，这亦是我国涉海立法架构的特点所在。

2、外部关联。除了内部协调之外，我国涉海立法还深入地对接中国加入的众多国际公约。对于我国已经缔结并加入的国际公约，一般均会以国内立法的方式予以表达和体现，或者直接适用国际公约的有关规定。之所以注重我国涉海立法与国际公约之间的外部关联，其缘由在于避免涉海法律法规与国际公约中的有关规定相矛盾，从而产生适用上的冲突。以海上搜救为例，我国是1979年《海上搜寻与救助公约》的缔约国，而国内诸多沿海省份已出台了海上搜寻与救助条例，如《广西壮族自治区海上搜寻救助条例》、《广东省海上搜寻救助工作规定》等，这两者之间在技术性的规范上保持了一定的协调性，是相互关联的。

从理论基础与逻辑架构两个方面来看，我国涉海立法体系有着较好的包容程度。一方面，学界和海事实务界在研究相应的法律问题之时不曾将这一体系边界化地处理，涉海法律法规可以随着社会发展的现实需要而适时地做出相应的调整。我国《生物安全法》第二条第（八）款也做了开放式的规定，其他与生物安全相关的活动均可落入该法的调整范围；另一方面，我国涉海法律体系的内部是动态协调的，它不仅只有涉海的规范元素，还与陆法紧密相连，陆法中的关联性法律规范同样也可以存在于我国的涉海立法中，这就间接的拓宽了我国涉海立法的包容程度，为生物安全纳于其中奠定了坚实的基础。

二、生物安全规范纳入我国涉海立法的证成与因应

在我国涉海立法的逻辑体例与包容度的架构下，生物安全规范是可以纳入至其中的，这既出于两者之间的关联性，又得益于两者相辅相成的切合关系，理应进行深入的分析与论证。

（一）生物安全规范与我国涉海立法间的关联性

所谓关联性，是指与生物安全相关的法律法规有必要置于我国涉海法律体系之中。我国2021年即将出台的《生物安全法》第二条就对这种关联进行了范畴上的表达。根据它的规定，对于防控重大新突发传染病、动植物疫情；防范外来物种入侵与保护生物多样性以及技术上的研发、应用与管理等问题适用该法。根据《生物安全法》的有关规定，这种必然性和关联性主要在于以下两个方面之中：

第一，海洋环境本身可能诱发生物安全事件。尽管目前在全球流行的新冠疫情并不原生

[5] 曹兴国，初北平：《我国涉海法律的体系化完善路径》，载《太平洋学报》2016年第9期，第9-16页。
[6] 汤喆峰，司玉琢：《论中国海法体系及其构建》，载《中国海商法研究》2013年第3期，第6-13页。
[7] 范金林，郑志华：《重塑我国海洋法律体系的理论反思》，载《上海行政学院学报》2017年第3期，第105-111页。

于海洋，但为保有一定的前瞻性起见，我们仍需知道海洋环境确实存在着人畜共患的传染性生物，这类生物可能会引发安全问题，从而至少对沿海地区的生物养殖业或周边居民的健康产生一定的影响。有学者对此指出，由于受到恶化的海洋环境的影响，细菌、病毒和寄生虫的致病力出现明显得分化和增强，在沿海地区存在着由致病微生物引起人腹泻、感染和食物中毒的病例。[8]这些事件表明，从维护海洋环境和安全的角度出发，与生物安全相关的法律法规可考虑纳入至这些类别的法律体系之中。

第二，海洋环境是生物安全事件传播的载体。如果说海洋环境本身诱发生物安全事件的可能性不足以动用力量来完善相关的立法，那么对于海洋作为载体传播细菌和病原体则却已切实的发生于这次疫情之中。为此，我国海事部门于 2020 年就制定了船舶船员新冠肺炎疫情防控操作指南（V1.0）》。同时，邮轮疫情防控问题、海上医疗、海洋外来生物入侵等现象，不仅给海洋生态环境带来较为严重的威胁，更有严重者，还会危及沿海地区人民的安危。[9]而这些活动均可落入我国《生物安全法》的调整范围之中，从而与未来可能制定的、与涉海生物安全相关的法律法规之间形成一般法与特别法的关系。

（二）生物安全规范纳入我国涉海立法的切合性

从实然的角度出发，生物安全规范纳入至我国涉海立法之中有着很好的切合性，它主要可提现并证明于以下两个不同的层面之中：

1、国内法层面：《生物安全法》的直接授意

我国《生物安全法》第二十三条第二款规定：“进出境的人员、运输工具、集装箱、货物、物品、包装物和国际航行船舶压载水排放等应当符合我国生物安全管理要求”。该法的这款规定表明，国家已认识到了国际船舶在航行和进出境的过程中所可能发生的外来生物入侵问题，而调整并解决这些问题的法律法规恰是我国海事行政管理法律体系的重要组成部分，如《海上交通安全法》、《海洋环境保护法》、等。除此之外，《生物安全法》第二十七条指出，生态环境主管部门应当建立相应的安全监测网络，并完善监测信息报告系统。从主体层面上来看，该法有意将生物安全的监管与生态环境部门相联系，而根据我国《海洋环境保护法》的规定，这些部门恰是肩负起全国海洋环境保护工作，并根据该法第一条宗旨的规定，他们有着保障人体健康的职责。因此，至少从海事行政管理的角度出发即可看出，生物安全规范与我国涉海立法是存在着切合性的。

2、国际法层面：人类卫生健康共同体与全球海洋治理的理论衔接

除了法律的直接授意之外，生物安全规范纳入我国涉海立法的切合性还植根于理论层面之中。习近平总书记在面对突如其来的全球公共卫生危机的现状时发出了“携手打造人类卫生健康共同体”的重要倡议。有学者认为，打造人类卫生健康共同体，应该不断提升公共卫生问题在国际议程中的位置，发挥联合国和世卫组织的领导和协同作用，建立全球公共卫生治理新秩序。[10]相对应的，全球海洋治理是现有国际秩序和海洋秩序的重要内容，而国际秩序和海洋秩序恰是我国涉海法律体系进行外部关联时的重要对象。全球海洋治理的应有之义，是指主权国家之间通过一系列的方式，对主权国家管辖或主张管辖之外的公海、国际海底区

[8] 张振冬：《海洋环境中病原微生物不同检测方法的比较研究》，载《海洋环境科学》2011 年第 2 期，第 292-295 页。

[9] 刘晨虹：《疫情邮轮的责任困境与海洋法律体系的完善》，载《中国海商法研究》2020 年第 1 期，第 3-10 页。

[10] 李春根，罗家为：《深入理解“人类卫生健康共同体”的逻辑理路》，载《光明日报》2020 年 4 月 21 日第 06 版。

域的海洋环境、生物和非生物开发进行管理。[11]国家之间就海洋治理的对象深入地进行沟通与合作，并形成相应的协议或惯例以约束各方的治理行为，这种做法当然地可以适用于全球海洋公共卫生的治理。笔者认为，这两者之间的逻辑在于，人类卫生健康共同体是对全球海洋治理理论体系的丰富和发展，它为全球海洋治理的对象和领域拓宽了国家间进行合作的空间，而全球海洋治理则是人类卫生健康共同体于海洋环境下的理论支撑和表达路径。海洋是此次疫情传播的载体和通道，维护海洋公共卫生安全需要国家间就海洋公共卫生治理达成合意，以更好地解决当下所面临的公共卫生传播危机。

（三）生物安全规范纳入我国涉海立法的间隙

尽管从国内法和国际法的层面上，生物安全规范纳入至我国涉海立法体系中是切合的。然而，从实然的角度出发，这种纳入过程仍存在着很多的间隙，它主要体现在以下两个方面之中：

第一，缺乏一个相对平稳的纳入载体。虽然我国理论界对国家生物安全的法律问题早有一定的研究，但对其重视和关注程度在 2020 年后却是空前地。《生物安全法》的出台不断地唤起该法在各个行业和领域内具体实施的需要，而该法的配套实施细则、各行各业领域的下位式法律法规却并没有在当下很快地出台和补充，对于各个行业的管制目标、管制工具、主管机关、权利与义务的界定也并不完善和充分。这就意味着，以《生物安全法》为引领和指导所形成的各类、各级别的法律法规仍处于进阶的状态，而并非已然实现体系化的目标。因此，生物安全规范纳入至我国涉海立法的过程中目前可能存在着一个载体上的空白，它需要我们对生物安全规范未来纳入至我国涉海立法的体例进行分析与选择，而这既应参考这类规范是如何与其他部门法学（如刑法）结合的，又要从具体的制度上突出涉海立法的一些特殊性所在。[12]在目前各个行业领域以及不同地区的具体实施规范尚处于正在构建阶段之时，生物安全规范纳入至我国涉海立法中可能会面临经验不足、载体缺乏的问题，而这也成为了两者之间的一种间隙。

第二，制度构建的样态仍亟待进一步讨论。所谓样态，是指与生物安全相关的规范应该置入于何部涉海法律规范之中，如果应该予以置入，那么应该如何把握规范的方向和尺度。能够考虑其规范的样态，意味着已肯定这种纳入，并且要着重的分析这类规范应该以何种体量存在于何部法律规范之中。同时，虽不必过于拘泥于具体制度的安排，但却总要把握住一个规范最基本的方向。对于涉海立法而言，与生物安全相关的法律法规既有关联性，又具切合性，但以何种样态存在于其中却仍然处于进一步讨论的阶段，这也意味着当下这个纳入的方向仍未处于一个有定论的状态之中。

三、生物安全规范纳入我国涉海立法的体例选择与分析

生物安全规范纳入我国涉海立法的体例选择，是研究其规范样态的前置问题。在选择与分析的过程中，应充分的借鉴生物安全规范纳于我国其他部门立法的体例，并回应在纳入涉海立法时应采取或选择哪种体例模式。

（一）学界对生物安全规范纳入我国各部门立法的考量

对于生物安全规范如何纳入至我国其他各部门立法的这个问题，学界主要有三种路径，它们从不同角度来回答如何来纳入这个具体的问题：

1、单行立法。单行立法是指立法机关以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的、

[11] 吴士存：《全球海洋治理的未来及中国的选择》，载《亚太安全与海洋研究》2020 年第 5 期，第 18 页。
[12] 秦天宝：《<生物安全立法中附属刑法规范的反思与重构》，载《社会科学辑刊》2020 年第 4 期，第 134-147 页。

规定某一类或者某一种特定事务的法律。支持单行立法的学者较多，这种做法一定程度上成为了现有研究的主流观点。例如，有学者在论证刑法与生物安全法的规范衔接过程中指出，应该重构生物安全犯罪立法思路，采用多元化的生物安全犯罪刑事立法模式，启动灵活的单行刑法立法，重塑独立型的附属刑法立法，以顺利实现两法衔接并达致生物安全犯罪立法的规范化。[13][14]也有学者认为在我国现行的《食品安全法》与《生物安全法》之下，应单行式的颁布相应的管理规定，如颁布《转基因食品安全管理条例》，并与《农业转基因生物安全管理条例》规定保持大致的协调，共同的作为《生物安全法》的下位法。[15]

2、综合立法。综合立法是指由一部基础性法律和一系列配套的法律法规所组成的体系化立法模式。有学者以基因编辑海洋生物安全立法为研究的切入点，认为基因编辑海洋生物安全管理法律体系应由一部基础性法律和一系列配套的法律法规构成，分别规定基因编辑生物安全监管的基本准则和具体的规章制度，形成符合我国法律事件的海洋领域基因编辑法律法规体系。[16]由于涉海立法是一个很广泛的概念，单独出台一部或几部单行式立法很难真正地将生物安全规范纳入至我国涉海法律体系之中，倒不如由我国自然资源管理部门作为主管部门参与有关事项的立法和管理工作，并最终形成一个综合性的立法体系。

3、嵌入立法。嵌入立法是指仅修订和完善现存的法律法规，通过补充和设置与生物安全相关的法律法规来完善即有的涉海立法，不另作额外的立法工作。相比于前两种做法，嵌入式立法较为便捷，它只是在现有相关的法律法规里寻找到自身的立足之地，而不谋求“独立门户”。有学者就曾指出，《生物安全法》与其他专门性立法的关系要重点关注于以下六个领域：生物多样性立法、生态保护与平衡、野生动植物保护、粮食安全与食品安全、技术研发以及传染病防治与动植物检验检疫立法。[17]这意味着，现有的生物安全法律法规可以体现于这六个具体领域内的立法中，在这些立法中寻找一个适宜于引入与生物安全相关的法律法规之所，进而再去考虑它们的具体规范样态。

（二）择取立法路径所应考量的基本因素与笔者的择取

三种立法体例均是生物安全规范纳入至我国涉海立法的路径，笔者认为，在进行择取的过程中应该注意以下三个方面因素：

首先，立法的目的与效率。国家立法目的及效率，对采取何种立法路径而言有着直接且重要的影响，这与该法本身的目的与计划紧密相关。如果设计这些法律法规是一个相对长远的计划，且还要求这些法律法规有相当的高度和站位，那么这些立法的效率就不宜过快，采用的路径也不能是简单的嵌入式，而要从体系化的角度进行切入。相反，如果一部法律对效率有着较高的要求，且规范较为紧迫，那么在选择上就不宜采取综合立法的路径。

其次，立法的定位及层级。采纳何种立法路径还要考虑立法机关对这部法律的定位。如果将其位阶定位为法律，那么它所采取的立法路径就不宜简单的采取嵌入式，更不可能简单地在某个具体的调整领域内出台实施细则或技术性的规范。同时，立法体例的确立还要反应出该法所反映的利益层次和范围层级。利益的层次不同、事项上的包容性不同，其位阶及效

[13] 吴小帅：《论刑法与生物安全法的规范衔接》，载《法学》2020 年第 12 期，第 36-49 页。
[14] 张勇：《生物安全立法中附属刑法规范的反思与重构》，载《社会科学辑刊》2020 年第 4 期，第 59-67 页。
[15] 胡加祥：《我国<生物安全法>的立法定位与法律适用》，载《人民论坛·学术前沿》2020 年第 20 期，第 22-35 页。
[16] 毛可佳，李鸣，张宝路：《我国基因编辑海洋生物安全立法建议》，载《海洋开发与管理》2019 年第 3 期，第 17-20 页。
[17] 常纪文：《加快构建国家生物安全法律法规体系》，载《学习时报》2020 年 2 月 17 日，第 1 版。

力等级就不同，所采纳的立法路径也就随之要有所区别。[18]

最后，立法的制度囊括。不同立法路径所能容纳的制度体量是存在区别的，如嵌入式的立法就不宜安排更多的制度设计，而最好是在现有的体系和逻辑下进行些许的增补或修改。而综合立法却是自上而下的，它的制度群是较为庞大的、调整对象以及范围也是广泛的。因此，采取何种立法路径也要密切的关注制度囊括的体量，采取适宜的立法路径，而不是进行单纯地和机械性地重复。

对于目前的三种路径，笔者更倾向和支持第一种路径，即单行式的立法，并建议出台一部《海洋生物安全管理条例》。一方面，这样的管理规定或细则与我国《生物安全法》第二十三条的规定紧密切合，是贯彻落实该法的有效路径。结合该条的表述可知，对于进出境的人员、运输工具、集装箱、货物、物品、包装物和国际航行船舶压载水排放等生物安全管理要求出台相应的实施细则或其他规范性文件，是《生物安全法》本身的一个要求。这意味着，从立法的定位和层级来看，生物安全纳于我国涉海立法中的定位和层级并不会太高，而且它的设立要与《生物安全法》之间形成特别法与一般法、下位法与上位法的关系；另一方面，采用这种立法路径既可以囊括一定体量的规范，又能兼顾着制定该法的目的和效率。设立一部《海洋生物安全管理条例》，从体量来看可以容纳较多的制度，能够较为全面地引入相应的技术性规定，从而解决包括海洋基因编辑、船舶压载水排放等在内的一系列具体的问题。同时，它还能在一定程度上兼顾立法效率，避免采用综合性的立法而产生过分延迟的现状。

在制定这样一部立法之前，包括我国在内的大多数国家均采用的是抽象行政行为来处理这些应急突发事件。广义上抽象的行政行为并不一定必然就是“法”，但是它是能够发挥法的作用和效力的一般规范性文件，在特定的阶段和范围内也有相应的约束力。例如国家质检总局于 2009 年发布的《关于印发<国际航行邮轮群体性疾病突发事件应急处置技术方案>的通知》，其他国家如新加坡 Maritime and Port Authority of Singapore（港口与海事局）就颁布了相关指令以最大限度的减少并预防新冠病毒通过海洋传播并外入至新加坡。[19]除此之外，包括我国在内的大多数国家还发布了相应的指南性文件来解决有关的问题，例如我国出台了《关于疫情防控期间针对伤病船员紧急救助处置的指导意见》、英国《冠状病毒运输和海港指南》（COVID-19）等。

设立一部《海洋生物安全管理条例》，还应处理好此法与彼法之间的关系，特别是与涉海公共卫生法律体系间的关系。与海洋生物安全相关的法律规范和与海洋公共卫生相关的法律规范之间并不是相同的，而是元素与整体间的逻辑关系。生物安全事件是海洋公共卫生突发应急事件中的一种，后者所包含的应急事件中也可能会有来自于非生物性的安全因素，如物理性和化学性污染，但它们却都可能会产生公共卫生突发事件，进而影响公民的身体健康。例如，我国《环境保护法》和《海洋环境保护法》主要侧重于调整和规范因非生物性因素所导致的污染，而《食品安全法》、《农业转基因生物安全管理条例》等相对而言则是侧重于生物性因素方面。因此，在设立这样一部法律规范时，要注意生物安全与非生物安全之间的界限，避免混淆。同时，设立一部《海洋生物安全管理条例》也并非是要绝对地排除其他几种立法路径，它只是就其中最为集中的、最为突出的几个问题进行规范，并不是要将其他法律规范中已然成体系的内容硬拉拽至这部条例之中。例如，对于涉及到以海洋为媒介传播病原

[18] 李志文，冯建中：《<海洋基本法>的立法要素与范式考量》，载《社会科学家》2019 年第 3 期，第 133-141 页。

[19] Maritime and port authority of Singapore：<Extension of precautionary measures to minimize risk of community spread of the coronavirus diease 2019（COVID-19）in Singapore>. Port marine circular. No. 17 of 2020.

体所可能产生的生物安全风险等，我国现有的海关检验检疫制度里已然能解决其中的大部分问题。那么对于这类制度而言，没有必要在这部条例里进行重复性的规定。

四、我国涉海立法中包容生物安全规范的基本模块

在明确相应的立法路径及体例之后，应着重考虑《海洋生物安全管理条例》的主要内容及该法设立的基本问题。对此，笔者认为除了《生物安全法》本身的体例可供参考之外，常纪文研究员对其范畴的界定也具有重要的借鉴。[20]笔者认为，《海洋生物安全管理条例》应主要地包含以下几个具体的模块。

（一）国家生物安全发展战略及政策

我国《海洋生物安全管理条例》中应该将国家生物安全发展战略及政策引入其中，并作为该法的第一个部分。这一部分既要与《生物安全法》中总则的部分保持一致，又要考虑海洋环境中的一些特殊的问题。前者包括了立法的目的、适用范围、原则、各级主体等内容，后者则应强调海洋生物安全的国际合作以及与全球海洋治理的关系。我国应支持与周边国家之间就海洋生物安全问题达成相应的国际合作协议，预防生物安全突发事件以海洋为媒介进行传播，并就船员身体健康状况进行必要的监控，对周边发展中国家应给予一定的医疗帮助，共同践行人类健康命运共同体。

（二）海洋生物安全的管理体制

笔者所建议设立的《海洋生物安全管理条例》还应明确本国海洋生物安全的管理体制，该部分主要涉及到的制度有两个方面：其一，我国海洋生物安全管理的主体；我国海洋生物安全管理，应由中央国家安全领导机构负责决策、议事协调，研究制定、指导实施国家生物安全战略和有关重大方针。在工作协调以及具体实施机制上，海洋生物安全的管理应交由我国自然资源部门、海事部门、海关及检验检疫部门共同进行。其二，我国海洋生物安全管理主体的协调及其机制。在明确海洋生物安全管理的主体及其职权的基础上，应该进一步地明确这些主体间的协调及机制的建立。包括自然资源部门、海事部门、海关及检验检疫部门之间职权的协调配合、与传统政府管理部门之间的配合以及与相关公众参与主体之间的沟通与合作。实现这种方式的路径可以通过设立相应的协调机制来实现，如会议协调制度、信息共享制度、督查评估制度等，以保障各行政主体之间以及与其他主体间协调合作的顺利进行。

（三）海洋生物多样性保护

保护海洋生物的多样性，是维护海洋生态健康的重要环节，它不仅对保护全球生态环境有着重要意义，更能有效的预防海洋生物安全突发事件的产生。有学者指出，目前国家管辖海域外海洋生物多样性保护的国际立法进程正是为中国引领新的国际海洋法律制度，增加中国在国际海洋法体系中的话语权，提供了机会和可能。[21]设立一部《海洋生物安全管理条例》，并将海洋生物多样性保护作为其中一个重要的组成部分则能有效的迎合与对接当下这一国际立法的进程，为在此领域内表达中国声音提供了坚实的制度基础。海洋生物多样性保护的法律规范应主要以生物多样性保护措施为核心，如构建船舶航行特殊海域制度、防污系统控制制度、船舶压载水控制与管理制度以及相应的国际合作等问题，这些规范既与当下国家管辖海域外海洋生物多样性保护的国际立法保持着步调的一致性，同时也结合了我国目前当下

[20] 参见注释 17

[21] 何志鹏，王艺曌：《BBNJ 国际立法的困境与中国定位》，载《哈尔滨工业大学学报（社会科学版）》2021 年第 1 期（目前仅网络首发，尚未见刊）。

一些特定的需求。[22]

（四）海洋生物技术研发

我国国家安全部门、科技部门以及自然资源部门等硬加强对海洋生物技术研究、开发与应用活动的安全管理，并明确从事这些活动时所必需遵循的伦理原则。从内容上来看，海洋生物技术研发的有关规定应原则上与我国《生物安全法》第四章的内容保持一致，包括相应的风险防控措施、等级标准、不同等级下的研究规范等。在具体制度构建上，特别是对于等级标准以及相应的研究规范中，海洋生物技术研发可结合自身不同研究的特性进行规定。

五、结束语

《生物安全法》颁布与出台之际，更重要的是其在各立法领域内的实施问题，因此这些立法应对需求会比较强烈，也是学术界研究的热门问题。不同立法领域内对生物安全的规范要求不尽相同，但终归与防范生物安全、保障生物技术健康发展紧密相关。目前我国在生物安全管理领域内法律法规的数量仍不多，这一领域内所可能引发的侵权责任法、行政法以及国际法等问题还亟待深入的进行研究，未来与生物安全有关的法律法规将会在《生物安全法》的指引下更多的与其他部门立法相结合，这无疑是我们所期待的。

【参考文献】

[1]马得懿:《新中国涉海法治 70 年的发展、特点与应然取向》,《暨南大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 6 期。

[2]杨华：《海洋法权论》,《中国社会科学》2017 年第 9 期。

[3]Simshon Belkin, Rita R.Colwell. Oceans and Health: Pathogens in the Marine Environment. Springer New York,2005:pp:106-110.

[4]Douvere F, Ehler C N. New perspectives on sea use management: initial findings from European experience with marine spatial planning. Journal of environmental management, 2009,90(1):77-88.

[5]曹兴国，初北平：《我国涉海法律的体系化完善路径》,《太平洋学报》2016 年第 9 期。

[6]汤喆峰，司玉琢：《论中国海法体系及其构建》，载《中国海商法研究》2013 年第 3 期。

[7]范金林，郑志华：《重塑我国海洋法律体系的理论反思》，载《上海行政学院学报》2017 年第 3 期。

[8]张振冬：《海洋环境中病原微生物不同检测方法的比较研究》，载《海洋环境科学》2011 年第 2 期。

[9]刘晨虹：《疫情游轮的责任困境与海洋法律体系的完善》，载《中国海商法研究》2020 年第 1 期。

[10]李春根，罗家为：《深入理解“人类卫生健康共同体”的逻辑理路》，载《光明日报》2020 年 4 月 21 日第 06 版。

[11]吴士存：《全球海洋治理的未来及中国的选择》，载《亚太安全与海洋研究》2020 年第 5 期。

[12]秦天宝：《<生物安全法>的立法定位及其展开》，载《社会科学辑刊》2020 年第 3

[22] 李凤宁：《国际航运立法应对海洋生物多样性保护的新进展—以海洋生态安全为视角》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 5 期，第 76-81 页。

期。

[13]吴小帅：《论刑法与生物安全法的规范衔接》，载《法学》2020 年第 12 期。

[14]张勇：《生物安全立法中附属刑法规范的反思与重构》，载《社会科学辑刊》2020 年第 4 期。

[15]胡加祥：《我国<生物安全法>的立法定位与法律适用》，载《人民论坛·学术前沿》2020 年第 20 期，第 22-35 页。

[16]毛可佳，李鸣，张宝路：《我国基因编辑海洋生物安全立法建议》，载《海洋开发与管理》2019 年第 3 期。

[17]常纪文：《加快构建国家生物安全法律法规体系》，载《学习时报》，2020 年 2 月 17 日，第 1 版。

[18]李志文，冯建中：《<海洋基本法>的立法要素与范式考量》，载《社会科学家》2019 年第 3 期。

[19] Maritime and port authority of Singapore: <Extension of precautionary measures to minimize risk of community spread of the coronavirus disease 2019 (COVID-19) in Singapore>. Port marine circular. No.17 of 2020.

[20]参见注释[17]

[21]何志鹏，王艺嬰：《BBNJ 国际立法的困境与中国定位》，载《哈尔滨工业大学学报（社会科学版）》2021 年第 1 期。

[22]李凤宁：《国际航运立法应对海洋生物多样性保护的新进展—以海洋生态安全为视角》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 5 期。

疫苗国际合作与公平分配机制研究

王萌*　澳门大学法学院

摘要：目前，新型冠状病毒肺炎疫情正在发生。鉴于接种新冠疫苗对于防治全球新冠肺炎疫情的关键作用，世界卫生组织提出旨在促进全球疫苗公平分配的 COVAX 计划，以帮助全球居民脱离贫富差距的限制，平等地获得疫苗分配与接种机会。但 COVAX 计划在其运行过程中遇到了包括区域政策协调困难以及跨境技术转让、知识产权限制等困境问题。而新冠疫苗，能否被作为全球公共卫生产品这一问题也正被国际社会所广泛关注。本文拟对当前疫苗国际合作与公平分配机制的运行过程和国际法依据进行分析，并探讨在后疫情时代完善疫苗国际合作的可能。

关键词：疫苗分配；COVAX 计划；全球公共卫生产品；国际合作

一、疫苗国际合作与公平分配机制背景介绍

1、当前全球公共卫生治理与国际合作趋势

“公共卫生”一词，来源于人类对于群体健康的认知和需求。美国耶鲁大学的 Charles-Edward Amory Winslow 教授曾最早系统地将“公共卫生”总结为“人类群体通过有组织的行动，改善居住环境卫生、控制传染类疾病的流行、养成良好的个人卫生习惯，以期实现预防疾病、提升健康水平、提高生产力的最终目标”。[1]随着社会和公共卫生实践的发展、人类经历和观念的不断革新，公共卫生的内涵和外延也在相应地延展，覆盖到包括人类生活方式、环境安全、人群健康、传染类疾病控制等多个领域。

早期对于公共卫生问题的治理，多以国内法为主，而缺乏国际间的互动，其关注点集中于如何应对传染类疾病流行、管理外国移民的健康状况，从而控制国内公共卫生风险，保护本国居民的健康权利等。[2]而随着国际交通运输的兴起，在全球化时代，人员、货物的自由流动，加剧了传染类疾病在区际间、国际间传播的危险。全球公共卫生问题因其可能会对周边国家甚至世界的居民造成影响，而开始受到广泛关注。国际间的公共卫生治理合作也逐渐开始被重视。1851 年，在法国巴黎召开的第一届国际卫生大会，开启了国际卫生法制体系的建立及制度化进程。随后，控制霍乱、天花等传染类疾病的国际治理方法相继出现。[3]直到 1948 年，全球最大的政府间公共卫生组织——世界卫生组织（World Health Organization）建立。国际社会开始寻求成体系地合作，并关注国际流行病的防治、改进地区间疾病治疗水平、环境卫生保护、确定生物制品的统一国际标准等一系列问题。[4]世界卫生组织的最高权力机构——世界卫生大会（World Health Assembly）亦每年召开国际会议，讨论世界级的公共卫生风险问题，并为全球合作治理提出目标和政策建议。[5]1951 年，第一个以国际法形式规制全球流行病治理的法规——《国际公共卫生条例》（International Sanitary Regulations）

* **[作者简介]** 王萌，澳门大学法学院博士生，研究方向：国际法、科技法律及政策。

[1] Charles-Edward Amory Winslow, “The Untilled Fields of Public Health”, Science, https://science.sciencemag.org/content/51/1306/23 (Last visited May 4, 2021).

[2] Lawrence O. Gostin and Benjamin Mason Meier (eds.), *Foundations of Global Health and Human Rights* (London: Oxford University Press, 2020).

[3] 宋文质、孙东东主编：《卫生法学》，北京大学医学出版社 2007 年版。

[4] 黄琳熹：《世界卫生组织运行机制》，中国法院网，https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/03/id/4844261.shtml，最后访问时间：2021 年 5 月 4 日。

[5] “World Health Assembly”, World Health Organization, https://www.who.int/about/governance/world-health-assembly (Last visited May 4, 2021).

经由世界卫生组织签署通过，监测疫情发展的全球通报机制雏形开始出现。[6]1969 年，《国际公共卫生条例》经修订成为《国际卫生条例》（International Health Regulations），后者更加详细地说明了控制国际间疫情传播的具体方法，并提出构建全球疫情监测系统（Global Surveillance and Monitoring System），以帮助预防和控制全球性传染疾病的大流行。2005 年，鉴于严重急性呼吸道综合征（SARS）的全球治理经验，《国际卫生条例》得以进一步修改和完善。[7]《国际卫生条例（2005）》成为国际社会在治理全球公共卫生问题时普遍遵守的规范文件。随后，世界卫生组织陆续针对不同的健康风险问题，发布具有针对性的措施和政策文件，以“国际软法”的形式，为国际公共卫生问题提供治理思路。世界贸易组织（World Trade Organization）也通过其争端解决机制为涉及公共卫生的贸易、医药产品的知识产权问题提供解决方案。例如，《卫生和植物检疫措施》（Agreement of Sanitary and Phytosanitary Measures）提及，应当规范卫生与植物卫生检疫的国际运行规则，保护人类和动物生命、健康免受污染物、毒素危害等。[8]联合国大会（United Nations General Assembly）及联合国开发计划署（United Nations Development Program）、人权事务委员会（United Nations Human Rights Committee）等也逐步通过国际人权法、国际环境法等国际法规对公共卫生的国际治理施加影响。众多技术与公共卫生机构、实验室和非政府组织针对全球传染类疾病的发生，组建全球疫情警报和反应网络（Global Outbreak Alert and Response Network），监测并研究传染类疾病，同时评估某些疾病带来的风险，以及提高应对疾病的国际能力。[9]至此，国际社会在公共卫生领域的合作框架已经初见成效，并在伦理、利益、成果共享等多个方面逐步得以完善。

而目前，新型冠状病毒肺炎（以下简称“新冠肺炎”）疫情正在发生。世界卫生组织于 2020 年 1 月 30 日将此次疫情确定为“国际关注的突发公共卫生事件”（Public Health Emergency of International Concern），并于 3 月 11 日宣布疫情已经构成全球“大流行”。[10]鉴于病毒的易传播性和易扩散性，加之跨国人员、货物流动大的情况，几乎所有国家都受到这一国际关注的突发公共卫生事件的威胁和影响。世界卫生组织基于现有的国际合作基础，在国际层面，发布疫情相关信息，帮助指导并协调国际间的疫情防控措施。在新冠肺炎疫情发生的前期阶段，各国和区域内部，大多采用了居家隔离、旅行禁令等“阻断式”方式，以遏制病毒的传播。而在如今的“后疫情时代”，接种疫苗则被认为是预防和控制传染类疾病最经济、有效的方法之一，更是有助于停止全球流行病的重要工具。[11]随着多国建立数个疫苗研发平台，多种新冠疫苗也逐步投入使用，全球防控新冠肺炎疫情开始进入寻求免疫预防的新阶段。

2、国际法层面的疫苗公平分配机制

---

[6] Morten Broberg, “A Critical Appraisal of the World Health Organization’s International Health Regulations (2005) in Times of Pandemic: It Is Time for Revision”, (2020) 2 *European Journal of Risk Regulation* 11, pp. 202-209.

[7] 魏庆坡：《〈国际卫生条例〉遵守的内在逻辑、现实困境与改革路径》，载《环球法律评论》2020 年第 6 期，第 174 页-第 186 页。

[8] “Sanitary and Phytosanitary Measures”, World Trade Organization, https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/sps_e.htm (Last visited May 4, 2021).

[9] “Global Outbreak Alert and Response Network”, World Health Organization, https://extranet.who.int/goarn/ (Last visited May 4, 2021).

[10] “Archived: WHO Timeline - COVID-19”, World Health Organization, https://www.who.int/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19 (Last visited May 4, 2021).

[11] Lawrence O. Gostin and Daniel A. Salmon, “The Dual Epidemics of COVID-19 and Influenza: Vaccine Acceptance, Coverage, and Mandates”, (2020) 324 *JAMA*, pp. 335-336.

（1）疫苗公平分配机制运行现状

自新冠疫苗开始研发和进入市场以来，多国已制定相应的政策和计划，以有序推进本国疫苗分配和接种工作。根据世界卫生组织统计，截至 2021 年 4 月，全球 220 个国家和经济体中，已经有超过 194 个开始接种新冠疫苗，有 20 余个尚未开始接种。[12]在国际合作方面，为保障世界上的每个国家可以公平地获取新冠疫苗，加速阻断新冠疫情的传播，世界卫生组织与联合国儿童基金会（The United Nations Children's Fund）、全球疫苗免疫联盟（The Global Alliance for Vaccines and Immunization）、流行病防范创新联盟（The Coalition for Epidemic Preparedness Innovations）等国际组织共同提出“新冠肺炎疫苗实施计划”（COVID-19 Vaccines Global Access，以下简称“COVAX 计划”），旨在加速并促进全球新冠疫苗的研发、审查、生产和交付，同时面向经济水平低、技术能力较弱但感染风险高的国家或地区，组织跨国疫苗供应和技术转让活动。[13]在该计划下，疫苗的剂量将以相同的比例分配给所有参与国，并与它们的总人口规模成正比，以尽可能缩小疫苗接种领域的国际贫富差异。[14]同时，约 5%的疫苗将被储存在储备库中，以应对病毒急性爆发或其他需要紧急接种疫苗的情况。世界银行等其他多边金融机构提出“120 亿美元融资计划”，为经济基础弱的国家提供廉价贷款，以帮助其通过 COVAX 计划购买和部署疫苗。[15]截至 2021 年 4 月 29 日，在 COVAX 计划的支持下，已有共计有 121 个需要疫苗的经济体获得了超过 4900 万支新冠疫苗。[16]COVAX 计划初显成效。

关于将新冠疫苗作为全球公共产品，以公平、合理的价格投放国际市场的讨论也逐渐增多。在世界贸易组织的规制体系下，一项针对疫苗贸易中知识产权问题的提案提出，世界贸易组织将考虑暂停《与贸易有关的知识产权协定》（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，以下简称“TRIPS 协议”）中提及的涉及新冠疫苗的全球知识产权保护，直至新冠肺炎疫情大流行得到控制。该暂停将适用于疫苗专利、工业品外观设计等其他未公开的信息，以尽可能地提高新冠疫苗的技术转让速度、增加疫苗获取的途径。[17]另外，在世界贸易组织的另一项关于贸易与卫生的提议中，相关国家也呼吁放宽对新冠疫苗进出口的限制和关税。[18]

（2）疫苗公平分配机制的国际法依据

在国际法的意义上，公共卫生领域的国际合作符合对“国际安全”、“公共利益”和顺应

---

[12] “Director-General's Opening Remarks at the Media Briefing on COVID-19 - 9 April 2021”, World Health Organization, https://www.who.int/director-general/speeches/detail/director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-9-april-2021 (Last visited May 4, 2021).

[13] “COVAX”, World Health Organization, https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax (Last visited May 4, 2021).

[14] “The GAVI COVAX AMC Explained”, The Global Alliance for Vaccines and Immunization, https://www.gavi.org/vaccineswork/covax-explained (Last visited May 4, 2021).

[15] 《世界银行新冠肺炎疫苗接种融资达 20 亿美元》，世界银行，https://www.shihang.org/zh/news/press-release/2021/04/20/world-bank-financing-for-covid-19-vaccine-rollout-reaches-2-billion，最后访问时间：2021 年 5 月 4 日。

[16] “COVAX VACCINE ROLL-OUT”, The Global Alliance for Vaccines and Immunization, https://www.gavi.org/covax-vaccine-roll-out (Last visited May 4, 2021).

[17] “COVID-19: Measures Regarding Trade-related Intellectual Property Rights”, World Trade Organization, https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/trade_related_ip_measure_e.htm (Last visited May 4, 2021).

[18] “COVID-19 and Beyond: Trade and Health”, World Trade Organization, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/GC/223.pdf (Last visited May 4, 2021).

“多边主义”的考量。而现有的疫苗公平分配与国际合作机制也符合《世界卫生组织组织法》（Constitution of the World Health Organization）序言中所列的原则，即国际社会在公共卫生问题领域相互依赖，需要共享有效的防治工具，以减少疾病的爆发和传染。[19]而且，依据联合国《经济、社会及文化权利国际公约》（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights）第 12 条的规定，全球居民皆有权享有可能达到的最高标准的身体、精神健康的权利，任何国家的任何人员都不应该生活在健康基线之下。各缔约国都应当采取措施，以预防、治疗和控制传染病，并尽力保证人人在患病时都能得到医疗照顾的条件。[20]对于正值武装冲突、经济能力弱的国家来说，实施 COVAX 计划亦符合国际人道法和国际人权法中，对于人类的生命和健康进行合理保护的原则。在具体法律规制中，前文所提及的《国际卫生条例（2005）》为构建 COVAX 计划这一国际法层面的疫苗公平分配与国际合作机制提供了相应的法律依据。例如，其指出，应当在采取卫生措施时，以保护世界上所有人民不受疾病国际传播之害的目标为指导，[21]并以透明和无歧视的方式实施。[22]同时，缔约国应当尽最大可能对世界卫生组织的应对活动提供支持，[23]并为国际公共卫生风险提供技术合作、后勤支持，以及义务承担一定的财政资源。[24]另外，世界卫生组织陆续发布的《共享流感病毒以及获得疫苗和其他利益的大流行性流感防范框架》（Pandemic influenza preparedness Framework for the sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits）、《传染病暴发时的伦理问题应对指南》（Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks）等一系列规范性文件，尽管是用于专项处理某项疾病的文件，但在新冠疫苗的公平分配问题上，亦可作为国际软法意义上的参考。

在将新冠疫苗作为全球公共卫生产品，开放其技术转让和知识产权的问题上，也有其国际法律依据。例如，2001 年世界贸易组织发表《关于与贸易有关的知识产权协议与公共健康的多哈宣言》（Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health，以下简称“《多哈宣言》”），确认公共健康权利应当优先于私人财产权利，允许成员国在面临公共卫生紧急情况时，有权不经权利持有人的同意，实施强制许可而免除知识产权义务，尽快获取治疗药品和方法。[25]同时，《多哈宣言》也建议在面对公共卫生危机时，经济能力强的成员国应鼓励其企业和机构向困难的国家进行技术转让。另外，在 TRIPS 协议中，也有提及在国家处于紧急状态或在其他极端紧急的情况下，出于公共非商业性的目的，成员国可以在一定限度内豁免知识产权要求。[26]

二、疫苗国际合作与公平分配机制的困境

无疑，COVAX 计划的建立和运行符合国际法的规范及目标，在一定程度上推动了新冠疫苗在国际上的公平分配，也为全球恢复经济、阻断新冠肺炎疫情传播提供了机会。但是，在其具体实施的过程中，仍然存在区域供给和分配不均，以及技术转让困难、知识产权限制等困境问题。

---

[19] “Constitution”, World Health Organization, https://www.who.int/about/who-we-are/constitution (Last visited May 4, 2021).

[20] 联合国大会：《经济、社会及文化权利国际公约》，第 12 条。

[21] 世界卫生组织：《国际卫生条例（2005）》，第 3 条。

[22] 世界卫生组织：《国际卫生条例（2005）》，第 42 条。

[23] 世界卫生组织：《国际卫生条例（2005）》，第 13 条。

[24] 世界卫生组织：《国际卫生条例（2005）》，第 44 条。

[25] 杨明芳等：《WTO-WHO-WIPO 推动全球医药创新与可及及其对中国的启示》，载《卫生软科学》2021 年第 3 期，第 3 页-第 6 页。

[26] 世界贸易组织：《与贸易有关的知识产权协定》，第 31 条。

1、区域政策与国际合作的摩擦与冲突

尽管目前，约有 190 个国家加入了 COVAX 计划，但是通过 COVAX 计划完成的疫苗交付数量仍然不足。根据目前的数据显示，仅占世界人口 16%的少数几个国家已经占有了超过一半的全球可用新冠疫苗。[27]许多经济能力强的国家或经济体针对其国内的疫苗供应，在 COVAX 计划之外制定了“疫苗预先购买政策”，即在疫苗进入市场前，先行与疫苗公司交易，以优先确保本国居民的剂量。例如，欧盟在其《欧盟疫苗战略》（Coronavirus：Commission unveils EU vaccines strategy）提出“27 亿欧元紧急支付工具”（€2. 7 billion Emergency Support Instrument）的策略，为正在研发和进行临床试验的疫苗进行预付款，一旦疫苗获批进入市场，欧盟成员国将被优先供应。[28]此外，欧盟委员会于 2021 年 1 月宣布，将建立欧盟内部的疫苗共享机制，在“欧洲团队”成员国和伙伴国家之间进行疫苗共享。欧盟内部的疫苗分配政策则根据各成员国的人口比例并参照流行病学数据进行制定，成员国政府对于如何在国家间共享疫苗拥有决定权。[29]英国也明确表示，将在完成本国居民接种后，再向 COVAX 计划进行捐赠额外剂量。[30]在美国，美国疾病预防控制中心（Centers for Disease Control and Prevention）总体负责疫苗的交付和管理，各州、部落和地区都有权制定独立的区域内部的分配疫苗计划。[31]在法律适用方面，美国在协调疫苗的生产、供应和分配时，援引 1950 年的《国防生产法案》（Defense Production Act），促进疫苗生产过程中原材料和生产设备的补给。[32]然而，根据该法案的第 721 条，涉及国家安全和地区稳定的产品或技术，需经总统或其他部门严格审查后才能进行跨国交易。也就是说，该法案的适用，在提高疫苗公司的产量的同时，也在一定程度上也限制了疫苗的出口和国际供应。此外，在 COVAX 计划实施的同时，多个国家也在进行 COVAX 计划之外的“一对一”疫苗交易。[33]这无疑也影响了全球有限的疫苗生产和交付能力，导致 COVAX 计划存在供给不足的情况。[34]而数据分析同时表明，目前少有经济能力弱的国家可以直接与经济能力强的国家或疫苗公司达成购买疫苗的协议，也很少有途径可以确保获得额外的剂量。如果经济能力强的经济体继续购买或囤积疫苗，那

[27] Mary Brophy Marcus, “Ensuring Everyone in the World Gets a COVID Vaccine”, Duke Global Health Institute, https://globalhealth. duke. edu/news/ensuring-everyone-world-gets-covid-vaccine（Last visited May 4, 2021）.

[28] “Emergency Support Instrument”, European Commission, https://ec. europa. eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/emergency-support-instrument（Last visited May 4, 2021）.

[29] European Commission, “Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council a United Front to Beat Covid-19”, EUR-Lex, https://ec. europa. eu/info/files/communication-united-front-beat-covid-19_en（Last visited May 4, 2021）.

[30] Michael Penn, “If Rich Countries Don’t Share Their Vaccines, the Pandemic Could Stretch on for Years”, Duke Global Health Institute, https://globalhealth. duke. edu/news/if-rich-countries-dont-share-their-vaccines-pandemic-could-stretch-years（Last visited May 4, 2021）.

[31] “COVID-19 Vaccine Distribution: The Process”, U. S. Department of Health and Human Services, https://www. hhs. gov/coronavirus/covid-19-vaccines/distribution/index. html（Last visited May 4, 2021）.

[32] Isaac Stanley-Becker, “Biden harnesses Defense Production Act to speed vaccinations and production of protective equipment”, The Washington Post, https://www. washingtonpost. com/health/2021/02/05/biden-vaccines-tests-gloves/（Last visited May 4, 2021）.

[33] “Access to COVID-19 Vaccines: Looking beyond COVAX”, The Lancet, https://www. thelancet. com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)00617-6/fulltext（Last visited May 4, 2021）.

[34] Cem Çakmaklı et al., “The Economic Case for Global Vaccinations: An Epidemiological Model with International Production Networks”, National Bureau of Economic Research, https://www. nber. org/papers/w28395（Last visited May 4, 2021）.

么经济能力弱的国家居民将至少等到 2024 年才能接受新冠疫苗的接种。[35]

国家或地区间经济基础、疫苗技术和生产能力存在差距，经济基础强的国家或地区有经济实力研发、量产疫苗，也有能力大量购买疫苗以优先保障本地居民使用，而经济基础弱的国家或地区则缺少为本地居民购买足够疫苗的经济能力。[36]在多国制定政策优先保障本国居民接种疫苗的前提下，全球有限的疫苗生产能力与国际间贫富差距、技术壁垒和国际公共卫生安全之间存在巨大冲突。尽管世界卫生组织提出并推动实施 COVAX 计划，以及提出其它针对疫苗公平分配的决议、建议和指南，但其仅能作为成员国自愿达成的契约与协议。这类“国际软法”的拘束力和强制力，仅能靠成员国自觉遵守。此种情况不仅造成疫苗接种地区和人群分布不均衡，也将威胁全球抗击新冠肺炎疫情的进展。这无疑是实现 COVAX 计划和恢复全球正常的社会和经济活动的巨大困境问题之一。[37]

2、跨境技术转让和知识产权限制

另一项疫苗公平分配机制实施的困境在于跨境技术转让和知识产权的限制。因为在疫苗研发、生产并投入国际市场的过程中，不仅需要通过世界卫生组织的疫苗预认证（pre-qualification）、本国的监管批准、进出口许可等程序，更需要获得已有技术的知识产权和专利的使用权。而当前，由于跨境技术转让和知识产权问题的阻碍，疫苗的研发、生产仅能在少数几个国家和疫苗公司所进行，这无疑限制了疫苗的生产、交付数量，造成全球的疫苗研发、生产能力并未得到有效应用。其亦导致国际上出现严重的供不应求现状，进而对疫苗的国际公平分配造成障碍。

尽管在 2020 年 5 月，世界卫生组织建立“新冠疫情技术获取池”（COVID-19 technology access pool），倡议有关国家和科技人才通过这一自愿的技术分享机制，共享关于新冠疫苗和疗法的技术、数据和知识产权。[38]但多数新冠疫苗技术及知识产权持有者对放弃其权利持消极态度，部分疫苗公司则选择以优惠价格签订知识产权许可或技术转让协议。[39]例如，国际制药商协会联合会（International Federation of Pharmaceutical Manufacturers and Associations）在一份声明中明确指出，疫苗公司正是基于知识产权保护体系才迅速开发出了安全有效的疫苗，如果暂停专利保护规则，将影响制药企业的积极性，甚至可能会危及未来的医疗创新。[40]而现有的 COVAX 计划也并未针对技术共享和知识产权问题，提出相应的解决措施。现行的关于知识产权保护的重要国际文件之一——TRIPS 协议更是赋予了疫苗公

[35] “Will Low-Income Countries Be Left Behind When COVID-19 Vaccines Arrive? ”, Duke Global Health Institute, https://globalhealth.duke.edu/news/will-low-income-countries-be-left-behind-when-covid-19-vaccines-arrive (Last visited May 4, 2021).

[36] Thomas J. Bollyky and Chad P. Bown, “The Tragedy of Vaccine Nationalism”, Foreign Affairs, https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-07-27/vaccine-nationalism-pandemic (Last visited May 4, 2021).

[37] Peter S. Goodman et al., “A New Front for Nationalism: The Global Battle Against a Virus”, The New York Times, https://www.nytimes.com/2020/04/10/business/coronavirus-vaccine-nationalism.html (Last visited May 4, 2021).

[38]《行动呼吁：公平分享疫苗宣言》，世界卫生组织，https://www.who.int/zh/campaigns/annual-theme/year-of-health-and-care-workers-2021/vaccine-equity-declaration，最后访问时间：2021 年 5 月 4 日。

[39] Ana Santos Rutschman, “The COVID-19 Vaccine Race: Intellectual property, Collaboration (s), Nationalism and Misinformation”, (2020) 64 *Washington University Journal of Law and Policy*, p. 167.

[40] Thomas Cueni, “The Risk in Suspending Vaccine Patent Rules”, The New York Times, https://www.nytimes.com/2020/12/10/opinion/coronavirus-vaccine-patents.html (Last visited May 4, 2021).

司对疫苗产品生产、检测和技术的法定垄断权。[41]虽然世界贸易组织的部分成员国已经就豁免 TRIPS 协议中的部分义务进行提议，但在实际上，该协议已经对当前各国进出口疫苗、转让疫苗技术造成了一定的阻碍。许多有能力开发关键疫苗和相关医疗技术的疫苗公司也依据保护商业秘密的原则，不开放技术和知识产权共享。在疫苗的生产原材料和制造技术来自不同的国家和公司、豁免相关知识产权义务的条款不足的情况下，新冠疫苗能否作为全球公共产品，不受任何疫苗公司或国家控制而公平分配，仍需各国进一步协商和支持。

三、探讨完善疫苗国际合作与公平分配机制的可能

在全球疫情大流行的背景下，为阻断疫情的传播，从国际社会的全局角度出发，设置一个行之有效的疫苗合作与公平分配机制有其必要性。作为推动国际疫苗公平分配的第一次尝试，COVAX 计划已经在运行的过程中展现了其有效性和可执行性。但是，在区域政策协调、技术转让与知识产权限制方面，该计划也存在未覆盖到的关键环节。故此，本文拟在 COVAX 计划的现有基础上，对从疫苗研发到供应的全环节国际合作进行建议完善。同时，针对公共卫生治理国际合作的现状，探讨补充相关的国际法支持的可能。

1、完善从研制到供应的全环节国际合作——COVAX 计划的延伸

根据世界卫生组织关于 COVAX 计划的现有资料，该计划的实施和运行基本集中于在对新冠疫苗的全球采购和跨国供应方面。总体上看，COVAX 计划仅是在供应环节起到连接供需双方的作用。[42]而对于疫苗的研制、生产方面的公平分配并未有过多的参与。对此，在后疫情时代，有必要在 COVAX 计划可以在现有基础上，延展出从疫苗研制到疫苗供应的全环节国际合作框架。

首先，从疫苗研制的环节开始，关注公平问题。COVAX 计划可以在疫苗技术转让方面起到协调作用。例如，在 COVAX 计划之下，可以建立一个国际性的对话通道，将有疫苗研制和生产技术的国家或公司与拥有制备原材料、数据、设备或可以提供生产力国家或地区纳入同一平台，促成它们之间的沟通与对接，最大限度地扩大疫苗产能。其次，COVAX 计划也应当与其各成员国约定，在非必要情况下尽量减少对疫苗进行“预先购买”的形式，以保证疫苗产量。同时，COVAX 计划可以与各国或疫苗公司达成出于国际公共卫生考量的合作协议，要求在其面向国际市场进行疫苗的生产和供应时，至少预留出一定份额交付至 COVAX 计划，以保障国际最低需求。此外，COVAX 计划还应当专门开设针对接种人群的反馈通道，并根据疫苗的技术数据对疫苗的接种安全性和有效性进行评估。在疫苗公平分配的基础上，充分保障其安全、有效。

2、补充关于疫苗国际合作与公平分配机制的国际法支持

作为全球公共卫生治理的核心机构，世界卫生组织很少利用国际法对全球性的公共卫生事件进行规制，仅仅依托《国际卫生条例（2005）》和其它约束力较弱的“国际软法”规范协调和指导各国的传染病流行防治活动。[43]但是，如前所述，正是由于世界卫生组织缺乏强制力，以及各成员国不同的价值取向和利益追求，使得国际公共卫生相关法律文件和倡议并未在全球公共卫生危机发生时真正发挥作用。故此，以“国际硬法”的强制力，建立有约束力的疫苗国际合作与公平分配机制十分重要。特别是当全球面临新冠疫情的威胁时，世界卫

[41] Lawrence O. Gostin et al.，“Facilitating Access to a COVID-19 Vaccine through Global Health Law”（2020）48 *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, pp. 622-626.

[42] Olivier J Wouters et al.，“Challenges in Ensuring Global Access to COVID-19 Vaccines: Production, Affordability, Allocation, and Deployment”（2021）397 *The Lancet*, pp. 1023-1034.

[43] 张守文：《公共卫生治理现代化：发展法学的视角》，载《中外法学》2020 年第 3 期，第 631 页-第 652 页。

生组织可以根据这一紧急公共卫生事项，真正将 COVAX 计划设置为一项成员国必须遵守的国际法律文件，并补充涉及全球公共卫生产品、全球卫生产品的知识产权等概念和行动目标。同时，构建传染病全球治理责任分配制度和履约保障机制，以对国际公共卫生治理形成国际法意义上的监督作用。

（1）补充关于全球公共卫生产品及其知识产权说明

根据第 73 届世界卫生大会通过的决议，为终结新冠病毒的全球大流行，新冠疫苗应被列为全球公共卫生产品。[44]但事实上，虽然国际社会呼吁将新冠疫苗作为全球公共卫生产品投入国际市场，在国际性的法律文件中也未能找到涉及全球公共卫生产品的具体定义。世界卫生组织在提及疫苗或其它全球卫生用品时，通常使用可及性（accessibility）和可负担性（affordability）两个词来描述。[45]对此，世界卫生组织可以在其发布的国际性法律文件中，补充关于全球公共卫生产品的说明，在国际公共产品概念的基础上进行延伸，[46]将全球公共卫生产品理解为一项可以令全球居民受益、保障全球居民生命健康权的公共商品与服务。这一公共商品或服务不仅具有普遍适用的功能，同时也可以保障中低收入国家和贫困人口的公平使用。该类产品可以突破国家、区域和市场法则的界限，实现全球居民的平等共享。

与此同时，全球公共卫生产品的知识产权也需要打破现有的垄断和独占情况。可以参照《多哈宣言》和 TRIPS 协议的内容，开放全球公共卫生产品的专利，共享相关的知识、数据和技术，以确保任何国家都能生产或购买负担得起的全球公共卫生产品。对此，世界卫生组织可以在 COVAX 机制的基础上，建立一个专供全球公共卫生产品的专利共享机制。在传染病大流行严重危害人类生命健康的时刻，保障全球居民的公共利益优先于国家或疫苗公司的个人收益。

（2）构建传染病全球治理责任分配制度和履约保障机制

在国际法现有的制度框架下，其拘束力主要通过责任归属体系加以实现。在全球抗击新冠疫情的背景下，世界卫生组织应当为成员国能够履行其应尽的义务而构建有效的传染病全球治理责任分配制度和履约保障机制。同时，为严重违背责任分配制度的成员国提出处罚性条款。对此，可以参考国际法委员会（International Law Commission）于 2001 年正式通过《国家对国际不法行为的责任条款草案》（Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts）的内容，对传染病大流行时的国际不法行为进行认定和处理。[47]具体而言，可以在《国际卫生条例（2005）》的基础上，明确规定国家在传染病全球治理过程中应当履行的义务，以及不履行义务应当承担怎样的法律后果。在排除行为不法性的因素即受害国同意、不可抗力、危难或危急等情况之后，判断该国应当如何接受处罚，包括但不限于终止不法行为、恢复原状、赔偿、抵偿和道歉等等。

四、结语

在全球化时代，每个国家都不是“孤岛”。任何区域的新冠肺炎疫情传播都可能导致全球疫情的再度爆发。而阻断疫情传播的关键就在于疫苗的使用。尽管目前一些区域政策的制定在这一领域仍存在不同的价值取向和利益追求，但为了保障全球公共卫生安全，国际社会

[44] 《谭德塞：世卫大会决议具有里程碑意义》，新华网，http://www.xinhuanet.com/world/2020-05/21/c_1126012253.htm，最后访问时间：2021 年 5 月 4 日。

[45] Alexandra L. Phelan et al.，“Legal Agreements: Barriers and Enablers to Global Equitable COVID-19 Vaccine Access”，（2020）396 *The Lancet*, pp. 800-802.

[46] 谈谭、王蔚：《中国提供全球卫生公共产品的路径分析——以中国援助西非国家抗击埃博拉疫情为例》，载《国际观察》2017 年第 5 期，第 113 页-第 127 页。

[47] “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”，United Nations Audiovisual Library of International Law，https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_c.pdf（Last visited May 4，2021）.

必须协调行动，公平地共享疫苗。对此，需要认识到目前 COVAX 计划运行中存在的困境问题，完善并细化从研制到供应的国际合作环节。世界卫生组织也应当在公共卫生治理国际合作领域补充相应的、具有一定强制力的国际法文件。说明疫苗作为全球公共卫生产品的重要性，并倡议各国开放关于新冠疫苗的技术沟通。同时，建立传染病全球治理责任分配制度和履约保障机制，确保公共卫生治理的国际合作能够顺利实施。总而言之，实现公共卫生领域的国际合作，对于世界居民来说十分必要。而实现疫苗在全球范围内的公平分配，控制新冠肺炎疫情的“大流行”，更是当下，国际社会每一位成员需要支持和参与的重要国际事项。

论国家紧急状态下强制许可中的政府使用问题*

王伟峰** 厦门大学法学院

摘要：强制许可作为《TRIPS 协定》中平衡专利权和公共利益保护的灵活性设置，是应对公共健康危机的重要工具。政府使用作为一种特殊的强制许可制度，基于其程序优势更能有效发挥政府在应对公共危机中的作用。政府使用的适用目的一般是为了公共事由，尤其是在发生公共健康危机的情况下。基于此，政府使用的程序必须满足效率性、科学性以及专利权人的事后救济性等要求。我国政府使用的法律渊源因模糊的立法规定而含混不清。另外，我国政府使用还存在行政执法框架不完善、技术能力不足等实施困境。因此，应当从立法、执法以及技术能力等方面增强我国政府使用的可适用性，以为政府应对公共危机提供有效工具。

关键词：强制许可；政府使用；效率性；科学性

引言

新冠疫情爆发，引发全球性公共健康危机。面对新冠疫情，国际社会纷纷采取各种措施进行应对。强制许可作为应对手段之一，也频用于解决被置于专利保护之下的医疗设备或者药品的短缺问题。同时，强制许可也作为增强新冠疫苗可及性的重要工具被广泛使用。

在利用强制许可应对新冠疫情的进路中，有的国家直接依照国内法的现有规定对相关药品实施强制许可，如以色列在 2020 年 3 月 24 日针对一项可能对治疗新冠病毒的药品颁发来进口强制许可；[3]有的国家则为将来方便其适用强制许可而对其本国强制许可相关立法进行更新，如加拿大、德国、法国等国家在疫情期间颁布了相关的应对法案。

加拿大在 2020 年 3 月 25 日颁发了新冠疫情紧急应对法案，法案中有关强制许可的内容规定，政府能够“在必要的范围内制造、建立、使用和销售专利发明，以应对国家关注的公共卫生紧急事件”；[4]德国在 2020 年 3 月 28 日颁发的《预防和控制人类传染病法案》规定，如果联邦议院宣布发生全国性流行病，将为联邦卫生部提供一系列额外的权力。其中包括根据《专利法》现有第 13（1）条签发强制许可的能力。[5]《法国公共卫生法》引入了新的 L. 3131-15 条款，允许总理下令没收所有必要的所有商品和服务，以：与卫生灾难作斗争；暂时控制产品价格；采取必要措施为患者提供相关药物。[6]从前述法案的表述来看，在公共健康危机下政府既可以是强制许可的直接签发主体，也可以是直接的“制造、建立、使用”相关专利的主体。这种政府既作为强制许可程序的启动主体，也作为强制许可实施主体的制度叫做政府使用。

政府使用一般被认为是一种特殊的强制许可制度。相较于其他类型的强制许可制度而言，政府使用的（启动、实施）程序简便，在应对公共危机时，能够充分发挥政府的资源优势等。新冠疫情爆发后，我国也掀起一股对强制许可制度的讨论热潮，但相关讨论大多仅限于对强

* 本文系国家社科基金国家应急管理体系建设研究专项“疫情下国家紧急状态的国际法问题研究”（20VYJ049）课题组成果。

** [2] 厦门大学法学院 2020 级博士生

[3] Dani Kass, Israel Defies AbbVie IP To Import Generic Drugs For COVID-19, https://www.law360.com/articles/1255079/israel-defies-abbvie-ip-to-import-generic-drugs-for-covid-19, last visited 03.05.2021.

[4] https://laws.justice.gc.ca/eng/AnnualStatutes/2020_5/，last visited 03.05.2021.

[5] https://www.wipo.int/news/en/wipolex/2020/article_0008.html，last visited 03.05.2021

[6] https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042103698/, last visited 03.05.2021.

制许可制度整体层面的讨论，未涉及强制许可中的政府使用。[7]另外，对于我国是否存在政府使用，学界与我国政府层面似乎存在相悖的观点。部分学者认识到政府使用的制度优势，呼吁将该制度引入我国立法中，但我国政府早在世界知识产权关于政府使用的调查中已明确表明我国存在政府使用。[8]因此，本文将在具体解构政府使用构成要素的基础上，分析我国政府使用的法律规定。同时，鉴于我国尚未有强制许可的实施案例，因此，将借鉴域外政府使用的实践经验对我国政府使用存在的不足之处提出完善建议。

第一节 强制许可中政府使用的界定

一、强制许可与政府使用的关系

南方中心在 2020 年 4 月针对强制许可和政府使用发布了一项指南，指南中对强制许可和政府使用进行了明确的界定。强制许可是指为实现某些公共政策目标，国家机关授予自然人或法人未经专利权人同意开发使用专利的许可。政府使用是指无需专利权人同意，政府授权政府部门自行或通过承包商（公共或私人）利用专利发明。[9]从上述定义来看，强制许可与政府使用都是未经专利权人同意而使用专利权的行为。一般情况下，不管引起这一行为的原因为何，通常对这种限制专利权的规定称为强制许可制度。

学界对政府使用与强制许可的关系仍存在分歧。分歧点主要在于是否将政府使用归属于强制许可的大类中。但无论是否将政府使用归于强制许可的类集中，政府使用与强制许可的实效相同是不可否认的。[10]有学者认为，政府使用在法律上不属于强制许可，因为其实施程序不需要经过《TRIPS 协定》31 条的繁琐程序，且其国际法渊源是《TRIPS 协定》30 条“授予专利权的例外”。[11]有学者在分析强制许可与政府使用时，将两者作为并行的两种制度，并认为政府使用是相似于（similar to）强制许可的。[12]前述学者主要强调政府使用与强制许可在程序和法律渊源等方面的区别。但有的学者则从政府使用与强制许可的共性上分析，认为政府使用是强制许可的一种特殊形式，且政府使用的国际法渊源是《TRIPS 协定》31 条的

---

[7] 如马乐：《应对公共健康危机的药品专利强制许可实施困境与对策（英文）》，载《科技与法律(中英文)》2021 年第 2 期；刘立春、漆苏：《突发疫情下的药品专利强制许可客体研究》，载《电子知识产权》2020 年第 10 期；向智才、金晋、张朝阳：《我国药品专利强制许可制度的法律规制研究》，载《科技管理研究》2020 年第 19 期；曹磊、刘昭、赵琨、刘跃华：《国际视野下药品专利强制许可制度的实施案例研究综述》，载《中国新药杂志》2020 年第 13 期；张武军、博涵：《新冠肺炎疫情下药品专利强制许可研究——以瑞德西韦为例》，载《科技进步与对策》2020 年第 20 期。

[8] WIPO，Exceptions and Limitations to Patent Rights：Compulsory Licenses and/or Government Use（Part II）， SCP/21/5 REV. https://www. wipo. int/edocs/mdocs/scp/en/scp_21/scp_21_5_rev. pdf，last visited on 02. 05. 2021.

[9] Carlos M. Correa，Guide for the Granting of Compulsory License and Government Use of Pharmaceutical Patents, https://www. southcentre. int/wp-content/uploads/2020/04/RP-107. pdf, last visited 02. 05. 2021.

[10] 林秀芹：《TRIPs 体制下的专利强制许可制度研究》，法律出版社 2006 年版，第 439 页。

[11] 同上。

[12] Nkomo, Marumo， The TRIPS flexibilities and access to essential medicines in the developing world：are they sufficient and is our implementation adequate?（Doctoral dissertation, University of the Western Cape），2007，p24.

Carlos M. Correa、朱继胜等学者也将“政府使用”与“强制许可”相并列表述，*See* Carlos M. Correa, The Use of Compulsory Licences in LatinAmerica, Compulsory Licensing Practical Experiences and Ways Forward, p43. 朱继胜：《“南南联合”构建新型“TRIPS-plus”规则研究————以中国—东盟自由贸易区为例》，载环球法律评论 2016 年第 61 期，第 171 页。

“公共非商业使用”。[13]世界知识产权组织的专利法常设委员会（SCP）在其起草的《关于强制许可例外的参考文件草案》（以下简称《草案》）中明确将政府使用认定为公共非商业使用，“一般而言，公共非商业使用是指由（或用于）政府为让公众受益的使用，其性质为非商业性，即使专利是由行政相对人使用也是如此。通常，这类使用称为‘政府使用……’”[14]

总之，虽然从各界在讨论强制许可和政府使用时的表述来看，对两者关系的看法仍存在些许分歧，但对于两者之间的共性和区别各界却是普遍达成共识的。一般来说，两者的相同之处都是在法律规定的情况下，不经专利权人同意授权相关方使用专利，主要区别则在于程序和专利“使用人”不同。基于上述共性，本文认同政府使用属于强制许可的一种特殊类别，并于下文进一步阐述政府使用的基本构成要素。

二、政府使用的构成要素

（一）政府使用的公共事由

许多国家中都规定了政府使用条款，但具体表述规定不一。世界知识产权组织的会议文件中指出，包括美国、英国、巴西、印度、泰国、中国等在内的 62 个国家的国内法中规定了政府使用条款。[15]其中，有的国家国内立法并没有明确的“政府使用”的表述，而是采用“征用专利”“国家获取专利”或者“王室有权出售被没收的物品”等。[16]各国对政府使用条款具体适用情形（适用事由）的规定也各有不同。一般来说，对于涉及公共利益的，如国家安全、营养、健康或国家经济其他重要部门的发展有此需要的，或者，如果政府使用适当地矫正了专利权人或其被许可方从事的反竞争行为，则允许政府使用。[17]如泰国《专利法》第 51 条规定，“为提供任何公共消费服务、或对国防至关重要的服务、或对保护或认识自然资源或环境至关重要的服务，或为防止或缓解食物、药物或其他消费物品或任何其他公共服务的严重短缺，政府任何部委、司局或部门可自行或通过他人向专利权人支付专利使用费，行使第 36 节规定的任何权利”。[18]美国规定，“如果美国或为了美国而使用或制造美国专利中说明和涵盖的发明，而未经发明所有人许可，或没有使用或制造该发明的合法权，则应当在美国联邦法院对美国提起诉讼，要求对所有人进行救济，使所有人收回其对此类使用和制

---

[13] Ellen ’t Hoen，*Private Patents and Public Health Changing Intellectual Property Rules for Access to Medicines*，Netherlands：Health Action International，p51；我国国家卫生健康委卫生发展研究中心在公开发表的报纸中指出政府使用是强制许可的一种情形；Visser Coenraad，Patent Exceptions and Limitations in the Health Context，https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_15/scp_15_3-annex5.pdf，最后访问时间 2021 年 5 月 2 日；南方中心所做的使用指南中将政府使用等同于公共非商业使用。

[14] WIPO，Draft Reference Document on the Exception Regarding Compulsory Licensing，SCP/30/3，p35, https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=437425，last visited on 02.05.2021.

[15] WIPO，Exceptions and Limitations to Patent Rights：Compulsory Licenses and/or Government Use（Part II），SCP/21/5 REV，p2. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_21/scp_21_5_rev.pdf，last visited on 02.05.2021.

[16] For example，Article 105 of the Industrial Property Code of Portugal reads：“1 – Anyone who is liable for
obligations undertaken in relation to third parties or whose patent is expropriated in the public interest may be deprived of a patent under the law. 2 – Any patent may be expropriated in the public interest on payment of fair compensation，if the need for dissemination of the invention or use by public bodies so requires. 3 – The Expropriation Code is applicable，with the necessary adaptations”；Section 122 of the Patents Act of the United Kingdom provides “[n]othing in this Act affects the right of the Crown or any person deriving title directly or indirectly from the Crown to dispose of or use articles forfeited under the laws relating to customs or excise.” *See also,* Sections 171 and 172 of Patents Act 1990 of Australia；Article 106bis of the Korean Patent Act；and Chapter XIV of the Patent Act 57 of 1978 of South Africa.

[17] WIPO，Draft Reference Document on the Exception Regarding Compulsory Licensing，SCP/30/3，p35, https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=437425，last visited on 02.05.2021.

[18] Patent Act B.E. 2522，Section 51，http://thailawforum.com/database1/patent4.html, last visited on 02.05.2021.

造的合理、完整的补偿”。[19]英国专利法中规定，紧急情况下，政府可出于“政府部门认为需要或合宜的” 以下目的而使用发明：“（a）为女王政府参加的任何战争的有效进行；（b）为保证社会生活必需的供应和服务；（c）为确保社会福祉必需的供应和服务充足；（d）为促进工业、商业和农业的生产率；为鼓励和引导出口并减少从某国或任何国家的进口，或任何种类的进口，以调整贸易平衡；（f）通常为了保证全部社会资源可供使用，并最好地为社会利益服务；（g）为帮助联合王国以外因战争处于严重困难的任何国家或地区解脱苦难，恢复和分配重要的供应和服务；本法所指的为王国政府服务，在紧急情况时期应包括上述目的。”[20]

广泛的政府使用事由使其与其他强制许可事由存在交叉现象。如前所述，政府使用的事由范围较广，包括国家安全、健康、经济发展的需要等政府认为有必要使用该制度的所有情形。国家实质上对此拥有较大的解释权。因为，虽然《TRIPS 协定》对强制许可的使用程序作出限制性规定，但却没有对强制许可的适用事由进行限制。[21]除政府使用强制许可外，专利滥用和反竞争行为、国家紧急状态和其他极端紧急情况、未充分发挥实效、公共利益、出口规定以及拒绝实施等情况也属于强制许可的适用事由。[22]其中，公共利益、国家紧急状态等情况同时也是引发政府使用的事由，他们之间存在密切的联系，仅有细微的实质性差别。[23]一定程度上来说，政府使用包含公共利益、国家紧急状态等其他紧急情形。

（二）政府使用的特殊启动主体

一般情况下，强制许可程序是经由相关第三方申请启动。第三方在完成前置协商程序无果后，向一国有关部门申请强制许可，无论该申请方在该国是否有住所或者是否设有营业场所。[24]但在政府使用中，强制许可程序无需申请，而是依职权（*ex officio*）由政府部门直接启动。[25]可见，与其他情况下的强制许可启动程序相比，政府使用的启动程序中有两个特殊规定，启动方式是政府依职权启动、启动主体是政府相关部门。

（三）政府使用的特殊使用主体

强制许可允许政府未经专利权人的同意授权第三方或者他自己使用专利，其中授权政府自己使用的情况也叫做政府使用。[26]换言之，其他事由下的强制许可的使用人是一般的“第三方”，而政府使用中的使用人是“政府自己”。具体来说，“政府自己”是指政府拥有的机构或者在政府授权下能够代表政府的自然人或者法人等相关机构。政府指定的自然人或者法人即为政府所授权的能够代表政府的使用人。一般情况下，商业实体可作为承包商（a

---

[19] 28 U. S. C. A. § 1498, Patent and copyright cases, https://1. next. westlaw. com/Document/NCAEDAB60A35911D88B25BBE406C5D950/View/FullText. html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=(sc. Default), last visited on 02. 05. 2021.

[20] Section 59 of the Patents Act of 1977 of the United Kingdom, https://assets. publishing. service. gov. uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/950221/consolidated-patents-act-1977. pdf, last visited on 02. 05. 2021.

[21] WIPO，Draft Reference Document on the Exception Regarding Compulsory Licensing，SCP/30/3，p3, par9, https://www. wipo. int/meetings/en/doc_details. jsp?doc_id=437425，last visited on 02. 05. 2021.

[22] Wael Armouti, Grounds for Compulsory License with Selected Cases Granted for Pharmaceuticals, 26 *Tulane Journal of International and Comparative Law* , 2018（2），p381.

[23] WIPO，Draft Reference Document on the Exception Regarding Compulsory Licensing，SCP/30/3，p35, par52, https://www. wipo. int/meetings/en/doc_details. jsp?doc_id=437425，last visited on 02. 05. 2021.

[24] Carlos M. Correa，Guide for the Granting of Compulsory License and Government Use of Pharmaceutical Patents，p22，https://www. southcentre. int/wp-content/uploads/2020/04/RP-107. pdf, last visited 02. 05. 2021.

[25] *Id.*, p. 30.

[26] Cecilia Oh , Compulsory licences: recent experiences in developing countries, 22 *International Journal of Intellectual Property Management*, 2006(1(1/2)), p24.

contractor）成为政府使用的适格使用人。[27]政府使用中，所强制许可的专利使用人往往是与政府存在一定的关系的主体。

（四）政府使用的特殊程序要求

政府使用与其他事由下的强制许可的另一个重要区别就是，程序上豁免了前置协商要求。强制许可制度下，使用人在获得强制许可之前需要与专利权人进行事前协商以争取自愿许可，协商不成才可申请强制许可。但为了在公共事由下提供一个能够满足迅速行动需要的“快速通道”，政府使用中可豁免前置协商程序。[28]需要注意的是，虽然政府使用的情况下无需事前协商，但依照《TRIPS 协定》的规定，授权主体仍然需要履行在合理的时间内尽速通知专利权人的义务。[29]

三、我国政府使用的法律规定

强制许可中的政府使用作为应对公共健康危机的有效工具之一，一直有学者呼吁将其引入我国的专利法中。[30]但我国《专利法》中是否真的没有政府使用的规定呢？事实上，在 2014 年世界知识产权组织 SCP 所做的报告中已经指明，我国的立法规定中包含政府使用。[31]我国学界对此仍没有明确认识或者说没有形成一致看法的主要原因有二：一是我国迄今为止尚未使用过强制许可制度，“零实施”的现状无法提供经验分析；二是我国对于政府使用关注不足，没有对政府使用进行详尽的研究。对此，下文将对应政府使用的构成要素，对我国政府使用法律渊源——《专利法》49 条进行分析。[32]

首先，“国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的”构成政府使用的公共适用事由。我国现行《专利法》第 6 章对强制许可做了专章规定。[33]其中，48 到 51 条是对强制许可适用事由的规定，即“未实施或未充分实施”、“反竞争行为”、“国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的”以及“为了公共健康目的出口”。[34]其中“国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的”与政府使用存在内涵上的交叉。如前所述，国家紧急状态、非常情况以及公共利益恰属于引发适用“政府使用”的原因表现。换言之，我国《专利法》49 条规定的强制许可的适用事由同时满足政府使用的适用事由。

---

[27] Carlos M. Correa，Guide for the Granting of Compulsory License and Government Use of Pharmaceutical Patents，p30，https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2020/04/RP-107.pdf, last visited 02.05.2021.

[28] Cecilia Oh , Compulsory licences: recent experiences in developing countries, 22 *International Journal of Intellectual Property Management*, 2006(1(1/2)), p25.

[29] Article 31(b) of the TRIPS Agreement，https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/31bis_trips_e.pdf，last visited 03.05.2021.

[30] 刘义胜、田 侃：《根据〈专利法〉第 49 条研究药品专利强制许可的可执行性》，载《中国新药杂志》2016 年 22 期；王丽华：《从 WTO 有关强制许可的规定看我国专利强制许可制度》，载《华东政法学院学报》2004 年第 6 期；王 江、李佳欣：《我国绿色技术专利强制许可制度实施的多重障碍及破解》，载《环境保护》2021 年第 1 期；向智才、金晋、张朝阳：《我国药品专利强制许可制度的法律规制研究》，载《科技管理研究》2020 年 19 期；林秀芹：《TRIPs 体制下的专利强制许可制度研究》，法律出版社 2006 年版，第 438-440 页。

[31] WIPO，Exceptions and Limitations to Patent Rights: Compulsory Licenses and/or Government Use (Part II)， SCP/21/5 REV. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_21/scp_21_5_rev.pdf，last visited on 02.05.2021.

[32] 中国 2008 年《专利法》49 条，在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，国务院专利行政部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。

[33] 在 2020 年修订且即将于 2021 年 6 月 1 日生效的新版《专利法》中对原有的强制许可具体条款没有做出修改，仅仅是在第六章中新增加了开放许可等内容，且将第六章的标题由“专利实施的强制许可”更改为“专利实施的特别许可”。

[34] 中国 2008 年《专利法》第 48-51 条。

其次，“国家有关主管机关”符合政府使用授权主体的要求。我国《专利强制许可实施办法》（以下简称《实施办法》）第 6 条规定，在出现《专利法》49 条规定的情形时，“国务院有关主管部门可以根据专利法第四十九条的规定，建议国家知识产权局给予其指定的具备实施条件的单位强制许可。”[35]可见，在国家紧急状态、非常情况以及为了公共利益目的时，强制许可的启动程序是由国家有关主管机关向国家知识产权局提出启动建议。即言之，49 条规定的情形中，强制许可是由政府行政机关直接授权。这与政府使用中对程序启动主体的要求相一致。

再次，“指定的具备实施条件的单位”符合政府使用中使用主体的范围要求。《实施办法》第 12 条对“国务院有关主管机关”所提出的建议作出明确规定，即建议应当包括：国家出现紧急状态或者非常情况，或者为了公共利益目的需要给予强制许可；建议给予强制许可的发明专利或者实用新型专利的名称、专利号、申请日、授权公告日，以及专利权人的姓名或者名称；建议给予强制许可的期限；指定的具备实施条件的单位名称、地址、邮政编码、联系人及电话；其他需要注明的事项。[36]其中，“指定的具备实施条件的单位”即为强制许可的实施主体。从此规定中我们可以推断出，实施单位是由国家有关主管机关指定的，虽然并没有进一步明确“指定”的具体含义，但按照基本的文意解释，该指定与政府使用中对专利实施主体的要求一致。作为强制许可的类型之一，政府使用具有特殊的实施主体，即政府自己或者政府指定的第三方。因此，我国《实施办法》中规定的由“国家有关主管机关”“指定具备实施条件的单位”，与政府使用中对程序启动以及实施主体的要求完全一致。另外，按照我国规定，实施主体的限制性要求仅包括“具备实施条件”，换言之，并不区分实施单位的具体性质。无论是国有企业还是私主体，只要“具备实施条件”即都可作为实施主体。因此，如果直接指定为“具备实施条件的”国有企业，那么这也正好满足政府使用中政府授权给政府自己使用这一特征。

最后，49 条无事前协商要求符合政府使用的程序要求。依照我国《专利法》54 条的规定，依照 48 条第 1 项和 51 条规定申请强制许可的单位或个人需要满足事前协商的程序要求。换言之，依 49 条规定启动的强制许可无事前协商的程序要求。[37]

从上述分析来看，我国《专利法》49 条和《实施办法》中的相关规定，完全符合政府使用的构成要素，是我国政府使用的国内法渊源。虽然没有明确的“政府使用”字样，但我国立法规定中实质存在该制度且该制度也是实际可予以适用的。就像美国虽然没有明确规定“强制许可”，但仍被认为是使用强制许可最强烈的国家一样。[38]

第二节 强制许可中政府使用的实施经验考察

国际社会已发生多起重大卫生公共事件，如 1918 年流感、1976 年美国猪流感、2003 年 SARA、一直存续的艾滋病、H5N1 流感、2009 年 H1N1 流感、2014 年的小儿麻痹症疫情、从 2014 年开始至今的埃博拉疫情、2016 年的寨卡病毒疫情以及当前的新冠疫情等。[39]其

[35] 中国 2012 年《专利实施强制许可办法》第 6 条。
[36] 中国 2012 年《专利实施强制许可办法》第 12 条。
[37] 中国 2008 年《专利法》第 54 条。
[38] 朱怀祖：《药品专利强制许可研究》，知识产权出版社 2011 年版，第 233 页。
[39] WHO 建立“全球流感监测和反应系统”（GISRS），监测流感病毒进化。*See* Halabi, Sam，Viral Sovereignty, Intellectual Property, and the Changing Global System for Sharing Pathogens for Infectious Disease Research, 28 *Annals Health L*. 2019（101）p109.；*See also,* Eileen M. Kane, Achieving Clinical Equality in an Influenza Pandemic: Patent Realities, 39 *Seton Hall Law Review*, 2009（4）.

中包括了世卫组织 5 次宣布的“国际关注的突发公共卫生事件”。[40]部分国家在此期间使用强制许可工具应对公共健康危机。其中，因为政府使用的适用事由广泛，程序便捷等优势，部分成员多次利用政府使用应对突发公共卫生事件。

一、决策程序的科学性和效率性要求

与其他类型的强制许可不同，政府使用是基于公共事由，由国家机关启动并由与政府有关的实施人进行专利实施的特殊强制许可。其适用目的的公共性决定了决策程序必须具备科学性。同时，政府使用的公共事由一般源于国家紧急状态或者其他紧急情况等。因此，政府使用决策程序也必须满足效率性要求。为决策程序的科学性，政府使用决策的参与主体往往包含多个行政机关，如专利主管机关、卫生健康机关等，这就极易减低决策程序的效率性。

（一）马来西亚的政府使用实践

马来西亚是自 2003 年多哈宣言以来第一个使用强制许可的亚洲国家。2003 年马来西亚国内贸易和消费者事务部部长为支持公共医院，授权当地经销商从 Cipla 在印度的生产商手中进口治疗艾滋病的药物。

马来西亚卫生部（Ministry of Health ，MOH）首先是与拥有专利药品的公司进行协商，请求降低相关药品的价格。但是在谈判失败后，MOH 开始考虑其他的办法，并在 2002 年 8 月举行了机构间情况介绍会，讨论《多哈宣言》的影响以及获得可负担的抗逆转录像药物的备选办法。卫生部长邀请贸易、知识产权和公共卫生专家向卫生部、国际贸易和工业部、国内贸易和消费者事务部以及总检察长办公室的官员作简要介绍。随后，MHO 制定了向患者提供免费抗逆转录像病治疗的政策目标，该政策包含三项降低抗逆转录病毒药物和其他艾滋病毒/艾滋病药物价格的战略内容：通过与专利持有人的价格谈判，鼓励当地生产未获得专利的艾滋病毒/艾滋病药物，以及利用《专利法》中政府规定的权利。但是，由于知识产权制度的管理权属于国内贸易和消费者事务部，因此，不能仅由卫生部做出决定。为了获得政府使用的授权，MOH 需要寻求政府内阁部长的批准，[41]但由于各部长之间的分歧以及专利持有公司可能通过政治渠道进行干涉，该决定被推迟了。在 2003 年国内贸易和消费者事务部再次建议 MOH 不要使用强制许可。但 MOH 仍然坚持依“政府使用条款”进口相关药品，并最终获得内阁的批准，且该项政府使用决定为期两年（2003 年 9 月 1 日至 2005 年 9 月 1 日）。该决定下的具体事项，如进口的数量等情况由 MOH 进行明确。期间，在 2004 年 2 月，MOH 与当地的一家马来西亚公司签订合同去进口相关药物。通过对“政府使用”条款的使用，MOH 的治疗成本大大降低（每个患者每月治疗成本降低了 5 倍多），通过政府医院和诊所治疗的患者也增加了两倍之多。同时，专利持有者也基于市场竞争而降低了药品价格。[42]

马来西亚政府使用授权决定的作出涉及多个政府部门，至少包括三个政府部门和多个机构，耗费时间较长。在发展中国家尤为普遍，因为强制许可决定至少涉及负责药品采购的卫生部和知识产权管理部门。因此，为促进决策的有效性，有必要建立一个多部门或多机构的

[40] 赵磊：《全球突发公共卫生事件与国际合作》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》2020 年第 3 期，第 15 页。

[41] 马来西亚内阁是马来西亚联邦政府的行政机构，由总理所领导，内阁部长定期向国会汇报，集体对国会负责。马来西亚内阁包括众多部长及副部长，如国内贸易和消费者事务部长、卫生部长、外交部长、国防部长、财政部长等。 https://zh. wikipedia. org/wiki/馬來西亞內閣，最后访问时间 2021 年 4 月 27 日。

[42] Chee Yoke Ling，Malaysia：’Government use’ route to importing generic medicines，IPR Series，2006(09). At https://www. twn. my，last visited 27. 04. 2021.

委员会，促进部门或机构间的一致性和协调性，以制定联合决策。[43]

（二）泰国的政府使用实践

泰国为应对国内的艾滋病、癌症危机，卫生部自 2006 年至 2008 年间分别向 7 类药品（依非韦伦、洛匹那韦/利托那韦（克立芝）复合剂、氯吡格雷、米曲唑、多西他赛、埃洛替尼和伊马替尼）授予政府使用许可。[44]泰国的政府使用许可的依据是其国内 1979 年《专利法》第 51 条的规定，即为了公共利益，任何政府部门为执行为公共消费提供服务可以使用任何专利。[45]

自 2001 年泰国实施全民医疗保障政策时起，政府便采取了一系列的政策措施来努力确保基本药品的可及性，国家卫生预算也从逐年增加。但所增加的政府预算仍不足以回应患者对高价格专利药的需求。[46]2005 年，世界银行一项题为“有效治疗艾滋病的经济学：泰国的评估政策”为泰国政府适时利用强制许可敲醒警钟。[47]2006 年初，泰国的国家卫生安全局（National Health Security Office ，NHSO）内部对这一有效政策进行了讨论。之后，国家卫生安全委员会任命了一个由 NHSO 秘书长主持的“对专利药品和医疗器械实施政府使用的小组委员会”，以评估对政府使用许可的需要并制定可以指导选择所需要的政府使用许可的药品的标准。小组委员会的成员范围广泛，包括 NHSO，公共卫生部（the Ministry of Public Health，MOPH），食品药品监督管理局（Food and Drug Administration， FDA），知识产权部（the Department of Intellectual Property）以及健康和消费者保护团体的代表，如医院医生、艾滋病和癌症患者、法律协会等。[48]随后，小组委员会认为依非韦伦是治疗艾滋病的有效药品并向卫生部长提议授权政府使用。虽然该提案在最后获得同意，但中间却花费了大量的时间。卫生部长在当时没有同意该提案的原因之一是，卫生部长本身对药品专利及《TRIPS 协定》中的灵活性规定并不了解。随后该提案被置于 MOPH 的办公室，有待进一步考察。之后，新任命的公共卫生部部长重新考虑了该项提案并最终于 2006 年 9 月 29 日针对依非韦伦授权第一项政府使用许可，并开启了 2006 至 2008 年多项政府使用许可授权之路。

从泰国的政府使用实践来看，参与政府使用决策过程的主体涵盖范围广泛。这主要是因为，政府使用决定的作出需要考虑多方面的因素，从适用事由到具体实施都需要全方位的考虑才能作出科学的决策。有学者指出，泰国对政府使用的成功实践，离不开政治家和技术官员的支持。前述主体对学校和社会所提供信息的理解、执行和领导能力也是成功实践中的关键一环。当然，有效实施政府使用许可的前提是存在具体的国内立法以及透明的决策程序。

---

[43] Cecilia Oh , Compulsory licences: recent experiences in developing countries, 22 *International Journal of Intellectual Property Management*, 2006(1(1/2)), pp27-28.

[44] 《泰国 2006 至 2008 年签发政府使用的影响评估》，卫生干预与技术评估项目，药品科技兴中国研究小组，2009 年 7 月，第 9 页。

[45] Section 51 of Patent Act of Thailand 1979. https://www. wipo. int/edocs/lexdocs/laws/en/th/th007en. html，last visited 03. 05. 2021.

[46] 《泰国 2006 至 2008 年签发政府使用的影响评估》，卫生干预与技术评估项目，药品科技兴中国研究小组，2009 年 7 月，1 页。

[47] Jiraporn Limpananont, Kannikar Kijtiwatchakul , TRIPS flexibilities in Thailand: between laws and politics, in Gae¨lle Krikorian, Amy Kapczynski , Access to Knowledge in the age of intellectual property ed., New York: Zone Books, 2010, p439.

[48] Wibulpolprasert, S., Chokevivat, V., Oh, C. et al. Government use licenses in Thailand: The power of evidence, civil movement and political leadership. 7 *Global Health* , 2011(32), p4.

Jiraporn Limpananont, Kannikar Kijtiwatchakul , TRIPS flexibilities in Thailand: between laws and politics, in Gae¨lle Krikorian, Amy Kapczynski , Access to Knowledge in the age of intellectual property ed., New York: Zone Books, 2010, p439.

[49]

二、实施程序的效率性要求

为保障公共目的的实现，政府使用的决策程序需要同时兼顾科学性和效率性的要求。在决策程序之后，政府使用进入具体实施阶段时，效率性成为其首要要求。如何及时有效地推进政府使用决定的落实是实施阶段的主要任务。同时，专利权人在实施阶段也会参与其中，因此，政府使用的具体实施程序在满足效率性的同时还要避免因程序设置不当而与专利权人产生争议。

我国台湾地区“卫生署”在 2004 年 12 月 29 日正式公告禽流感为法定传染病，随后采取专家建议将含有能够阻断病毒在感染者体内扩散的抗病毒药剂 Oseltamivir 的克流感胶囊剂作为主要储备对象。但当时在我国台湾地区市场上唯一拥有克流感胶囊剂专利权（专利权人是“吉利德”公司）的是罗氏药厂，且其供应量不足以应对防疫要求。为此，“卫生署”采取两种策略，在寻求罗氏药厂的自愿许可的同时，也向“智慧财产局”针对罗氏药厂拥有的专利提出特许实施的申请，拟自行生产专利药品“克流感”。“智慧财产局”最终在 2005 年针对专 “克流感”颁发了特许实施。虽然“克流感”专利权人及其在我国台湾地区的合法授权人罗氏药厂最终并未提起诉讼，但在该决定最终确定前，“吉利德”公司仍就该决定的作出程序提出质疑。 “吉利德”公司认为“智慧财产局”给予的答辩时间太短，不符合“专利法”第 76 条第 3 项中规定的 3 个月的答辩期限。而“智慧财产局”则以当时面临禽流感疫情随时可能爆发大流行的严峻情况以及决定作出前已两次请专利权人和参加人到场陈述意见为由进行抗辩。之所以产生此项程序争议，究其根本原因是因为，我国台湾地区“专利法”在 1993 年 12 月依据《TRIPS 协定》修正时未能按照《TRIPS 协定》中不同事由适用不同程序的做法作出修正。[50]如前所述，《TRIPS 协定》第 31 条（b）项仅规定“国家紧急状态、其他极其紧急情势或者公共非商业使用的情况下”，无需事前协商，但应尽速通知。而我国台湾地区 1993 年修正的“专利法”中，“国家”紧急情况下的强制授权程序与其他事由下的程序设置无异，仍赋予专利权人以答辩期间。由此，因实践中对快速因应紧急情况的强制许可程序要求与立法中冗杂的答辩程序相悖，从而在实践中引发争议。

为弥补上述缺漏并因应《TRIPS 协定》中对公共健康保护的发展，我国台湾地区在 2011 年修正的“专利法”中完善了对强制授权的规定。新修正的“专利法”对强制授权进行分类实施，即区分不同的强制授权启动事由，且不同启动事由下适用不同的程序设置。其中，“国家”紧急危难或其他重大紧急情况下，由专利专责机关依紧急命令或中央目的事业主管机关的通知强制授权所需专利，且应尽速通知专利权人，并经中央目的事业主管机关认为没有强制授权必要时，由专利专责机关依照其通知废止强制授权。[51] “国家”紧急危难或其他重大紧急情况下的强制授权程序不同于其他（如为增进公益之非赢利实施、依赖性以及限制竞争或不公平竞争等）情况，无前置程序、无专利权人限期答辩等程序性要求。同时，其终止程序不再与其他情况相同，即“特许实施之原因消灭时，专利专责机关得依申请废止其特许实施”，而修改为专利专责机关依照中央目的事业主管机关的通知废止强制授权。

调整后的“专利法”，不仅明确区分不同强制许可适用事由适用不同的程序要求，同时，对各行政机关之间的之职责进行明确划分。专利专责机关在“国家”紧急危难或者其他重大

[49] Wibulpolprasert, S., Chokevivat, V., Oh, C. et al. Government use licenses in Thailand: The power of evidence, civil movement and political leadership. 7 *Global Health* ,2011(32), p5.

[50] 朱怀祖：《药品专利强制许可研究》，知识产权出版社 2011 年版，第 252-257 页。

[51] 中国台湾地区“专利法”第 87 条第 1 项，https://law.moea.gov.tw/LawContent.aspx?id=FL011249，最后访问时间 2021 年 5 月 3 日。

紧急情况下除“应当尽速通知专利权人”以外，不再具有其他任何实质性的职权。在此情况下，关于强制许可的一切事项均由我国台湾地区的最高行政领导人或者有权的中央政府机关决定。由此可见，我国台湾地区的“专利法”对参与政府使用的行政机关之间的职责划分比较明确。虽然行政机关之间明确的职责划分可以增强政府使用在该地区的实际可操作性，但这种将一切事项的决定权完全交由中央权力机关的设置仍然存在潜在的问题。例如，与其他可选择的专利相比，中央权力机关所“通知”要予以强制授权的专利是否是真正有效的治疗方式、所强制授权的专利是否需要其他配套措施进行辅助等等。事实上，中央权力机关相较于专利专责机关而言，对于这些问题并不熟悉。因此，专利专责机关在政府使用中仍然应作为重要的参与人（守门员）参与其中的决策。[52]

三、救济的事后性要求

根据《TRIPS 协定》的规定，给付给专利权人报酬是授予强制许可的必要条件之一。[53]政府使用仅仅是免除了事前协商的程序要求，仍需要遵守包括给付报酬在内的其他条件要求。各国对补偿费用的确定程序及确定主体甚至是确定标准都有不同的规定。[54]但无论各国对强制许可中补偿费的具体规定为何，需要明确的是，在政府使用这一特殊的强制许可制度中，补偿费的确定往往具有事后性。因为，在国家紧急情况下，政府使用的专利价值以及政府得以维护的公共价值往往具有不确定性。因此，无论是基于“发明的性质”还是“授权的经济价值”，抑或是其他的补偿标准，补偿费的确定程序应当晚于政府使用决定的作出程序。在此方面，美国的政府使用即直接体现为专利权人事后补偿费的获得权。

虽然美国作为一个药品专利大国，一直以来都是强制许可制度最强烈的反对者之一，但美国“在使用强制许可上一直居于世界的领先地位”。[55]美国虽然至今没有明确的强制许可条款，但其国内立法制度提供了诸多“强制许可”的实施途径，[56]如 28 USC 1498(a)（Patent and copyright cases）、42 USC Sec 2183（patents on atomic energy）、42 U. S. C. 7608（Mandatoty licensing, Clean Air Act）、42 U. S. C. 16192(Next generation lighting initiative)等。[57]其中，美国法典 28 篇 1498（a）项规定被普遍认为是强制许可中的政府使用，[58]有学者将其称之为政府专利使用（government patent use）。[59]

依据美国法典第 28 篇 1498（a）项，联邦政府及其协议人可以不经专利权人的同意，在“合理和完全补偿”的情况下使用专利。[60]在新冠疫情爆发以来，美国有大量呼声要求使

---

[52] Kung-Chung Liu Editors，Compulsory Licence and Government Use in Taiwan：A Regress ，in Reto M. Hilty， Kung-Chung Liu ，Compulsory Licensing Practical Experiences and Ways Forward，ed.，Springer Heidelberg New York Dordrecht London 2015，p89.

[53] Article 31(h) of the TRIPS Agreement.

[54] WIPO，Draft Reference Document on the Exception Regarding Compulsory Licensing，SCP/30/3，pp18-19, https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=437425，last visited on 02.05.2021.

[55] Knowledge Ecology International（KEI），a leading international civil society organisation， has said in testimony before the United States International Trade Commission（USITC），https://www.twn.my/title2/health.info/2014/hi140302.htm，last visited 02.05.2021.

[56] 朱怀祖：《药品专利强制许可研究》，知识产权出版社 2011 年版，第 233 页。

[57] Statutory authority for compulsory licenses on patents in the United States，https://www.twn.my/title2/health.info/2014/hi140302.htm, last visited 02.05.2021.

[58] WIPO，Exceptions and Limitations to Patent Rights：Compulsory Licenses and/or Government Use（Part II）， SCP/21/5 REV. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_21/scp_21_5_rev.pdf，last visited on 02.05.2021.

[59] Morten, Christopher, and Charles Duan, Who’s Afraid of Section 1498? A Case for Government Patent Use in Pandemics and Other National Crises, A Case for Government Patent Use in Pandemics and Other National Crises，23 *Yale Journal of Law & Technology* 2020(1)，p1.

[60] Title 28, Section 1498(a) of the United States Code.

用该条款应对药品和治疗器材的不足。[61]但一种传统的观点认为，政府专利使用太过特殊、不可预测且太过戏剧化，即使在传染病大流行的极端情况下也不能适用该条款。[62]为此，有学者对政府专利使用条款的历史实践情况进行分析并基于此得出结论，认为政府专利使用对于应对国家危机时刻（或者国家紧急状态，national emergencies）具有重要作用，并提出政府专利使用在国家紧急状态下的四个关键特征：速度、灵活性、事后确定补救以及公正裁决人确定补偿。

首先，速度是关键。在国家紧急状态下，美国政府不需要任何其他程序，甚至是不需要通知专利权人，即可直接根据美国法典第 28 篇 1498（a）项行使政府使用专利的权力。这对于应对国家紧急状态尤为重要。其次，灵活性是政府使用专利的优势。美国政府既可以强效干预专利也可以适度干预专利，即既可以直接绕过相关专利权人直接与一个或者几个具备能力的制药公司签订合同去生产并提供低价药品，也可以在以市场价格购买专利药品的同时也与与通用仿制药制造商签订合同以建立库存并因此向专利权人提供补偿。再次，基于美国法典第 28 篇 1498（a）项规定，专利权人有权向美国联邦法院请求补偿。补偿额的确定只能是在成功实践之后。因此，救济应当是在政府专利使用之后。最后，美国政府专利使用后的补偿额既不是由美国政府确定也不是由专利权人确定，而是由中立而公正的法官确定。[63]

美国学者在新冠疫情背景下对政府使用专利的具体程序所提出的规范性建议除体现了政府使用中程序效率性（速度）之外，还提出政府使用中补偿费的事后确定性要求。之所以在此提及上述美国学者对补偿费事后确定的建议，是因为这样的规定与我国目前的立法相一致。我国有学者认为，补偿费确定程序与强制许可决定程序相分离的做法严重阻碍了强制许可实施的效率，主张将其合为一体。但本文认为，补偿费确定程序的设置应当区分不同情况，在政府使用将补偿费确定程序置于决定程序之后是具有其合理性的。

第三节 我国强制许可中政府使用面临的困境

世界知识产权组织在起草的《关于强制许可例外的参考文件草案》中指出了成员国在实施强制许可时面临的挑战。既包括成员国国内因素，如国内治理能力不足等，也包括国际因素，如国际条约本身的模糊性等；既包括强制许可制度本身存在的问题，如该制度本身的复杂性，也包括该制度之外的其他影响因素，如来自发达国家的消极反应等。[64]本文将结合我国的具体情况，主要分析我国政府使用中面临的主要困境。总体来说，我国的政府使用所面临的困境可以从立法、执法以及技术能力三方面进行分析。

一、立法规定模糊

国内法律规定本身的模糊性和不确定性阻碍了强制许可制度的实施。虽然很多国家的国内法都规定了强制许可制度，但是与其相关的程序法中却对该制度并没有详细说明。[65]缺乏法律规定，尤其是程序上的规定，会使强制许可制度成为法律文本中的“展览品”，无法发

---

[61] E. g. Kumar, Sapna, Patent, Pharma, and the Pandemic, https://www. readcube. com/articles/10. 2139%2Fssrn. 3636456, last visited 03. 05. 2021.

[62] Morten, Christopher, and Charles Duan, Who’s Afraid of Section 1498? A Case for Government Patent Use in Pandemics and Other National Crises, A Case for Government Patent Use in Pandemics and Other National Crises，23 *Yale Journal of Law & Technology* 2020(1)，p1.

[63] Morten, Christopher, and Charles Duan, Who’s Afraid of Section 1498? A Case for Government Patent Use in Pandemics and Other National Crises, A Case for Government Patent Use in Pandemics and Other National Crises，23 *Yale Journal of Law & Technology* 2020(1)，pp50-87.

[64] WIPO，Draft Reference Document on the Exception Regarding Compulsory Licensing，SCP/30/3，pp35-45, https://www. wipo. int/meetings/en/doc_details. jsp?doc_id=437425，last visited on 02. 05. 2021.

[65] *Id.*, p. 35.

挥其实际效用。同时，法律的模糊性和不确定性也加重了进一步的解释负担。有的国家欠缺解释和实施相关法律规定的能力，进而阻碍强制许可的适用。

首先，我国《专利法》没有明确规定“政府使用”条款。我国虽然承认已有政府使用的实质性立法，但法条中并未有“政府使用”的明确表述，这就极易引起对该制度的分歧观点。例如，我国是否真的存在该制度？是否需要引入该制度？如果存在，该制度的法律渊源是什么？

其次，即使政府层面和学界对政府使用存在于我国立法中的事实具有普遍共识，且明确我国《专利法》第 49 条即为该制度的国内法渊源，但由于与此相关的程序规定太过粗略模糊，不具有实践指导性，使该制度在我国的实际可操作性较差。与 49 条相关的法律规定还包括《实施办法》中的第 6、12、18、21 条的规定。[66]依规定，我国政府使用中的授权主体是“国家有关主管机关”和“国家知识产权局”，但“国家有关主管机关”具体是指哪些机关并没有明确说明，仅仅是明确了所提出的“建议”的内容。2017 年《关于深化审评审批制度改革鼓励药品医疗器械创新的意见》中指出，“公共健康受到重大威胁的情形和启动强制许可的程序，由国家卫生计生委会同有关部门规定。”[67]在这种情况下，强制许可的启动程序是由“国家卫生计生委会同有关部门”决定，但是具体“会同”哪些部门并未明确。2018 年国务院进行机构改革，宣布组建国家卫生健康委，不再保留国家卫生和计划生育委员会。因此，2018 年《国务院办公厅关于改革完善仿制药供应保障及使用政策的意见》中，国务院又对涉及公共卫生事件的强制许可启动主体做了进一步明确，“在国家出现重特大传染病疫情及其他突发公共卫生事件或防治重特大疾病药品出现短缺，对公共卫生安全或公共健康造成严重威胁等非常情况时，为了维护公共健康，由国家卫生健康委员会会同工业和信息化部、国家药品监督管理局等部门进行评估论证，向国家知识产权局提出实施强制许可的建议，国家知识产权局依法作出给予实施强制许可或驳回的决定。”[68]从上述规定来看，我国仅仅是针对政府使用中的授权主体逐渐进行明确，对于其他规定并未有进一步的明确，尤其是政府使用的具体实施程序方面并未进行完善。

二、行政执法框架不完善

行政执法框架设计不合理是阻碍强制许可适用的另一个重要原因。一方面，简单、明确、透明且费用低廉的行政执法机关和司法机关是运行该制度的重要支持。另一方面，内部协调能力不足也是强制许可实施的掣肘。强制许可的实施中往往需要多个政府部门及部委的参与，如专利局、卫生部、贸易部、药品监管部门等。但一些国家中各部门在共同参与时，各部门在追求共同的政策目标时未必会对它们的活动进行协调，造成负责促进贸易以及保护和实施知识产权的部委与负责公共卫生的部委之间的紧张关系。[69]

政府使用的参与主体较多，除卫健委和国家知识产权局之外，还包括信息化部、药监局等部门，这些部门各自的职权以及他们之间在程序上具体该如何协调，我国均未有明确规定。按照我国规定，在《专利法》49 条规定的情况下，国家有关主管机关可以向国家知识产权局提出授予强制许可的建议，并由国家知识产权局依法作出给予许可或者驳回的决定。[70]这

---

[66] 中国 2012 年《专利实施强制许可办法》第 6 条、第 12 条、第 18 条、第 21 条。

[67] 中国中共中央办公厅、国务院办公厅 2017 年印发《关于深化审评审批制度改革鼓励药品医疗器械创新的意见》。

[68] 中国国务院办公厅 2018 年《关于改革完善仿制药供应保障及使用政策的意见》。

[69] WIPO，Draft Reference Document on the Exception Regarding Compulsory Licensing，SCP/30/3，p35, par189, https://www. wipo. int/meetings/en/doc_details. jsp?doc_id=437425，last visited on 02. 05. 2021.

[70] 中国国务院办公厅 2018 年《关于改革完善仿制药供应保障及使用政策的意见》。

就说明，前者的“建议权”并不具有最终的决定权，真正的决定权仍掌握在国家知识产权局手中。这种制度安排是否具有合理性仍存在疑问。以公共健康危机为例，对此进行调查并确认的是卫健委以及会同的其他有关部门，因此前述主体对整体的公共健康危机的具体情况最为了解。在对相关紧急情况最为了解的主体（国家有关主管机关）提出应对意见后，再由不了解状况的国家知识产权局进行审查并做最终决定，未免不妥。因此，在政府使用中，国家有关主管机关的“建议权”与国家知识产权局的“决定权”的实质是什么以及应然实质是什么仍需要明确化，以加强各参与主体之间的协调性。[71]

三、技术能力不足

技术能力包括实施专利的专业技术能力和综合的法律技术能力。一方面，专业的知识产权技术能力在一定程序上是发挥强制许可实效的重要基石，尤其是在通过授权强制许可获得技术并使用的情况中。因为，即使通过强制许可获得了相关专利的使用权，具体在生产专利产品时仍需要相应的技术支持。[72]本地药品生产的工业产能不足是发展中国家很少使用或未使用 TRIPS 灵活性的原因之一。[73]另一方面是法律技术能力。在使用强制许可工具时，不仅需要掌握知识产权方面的法律，还需要运用与贸易有关的其他法律知识。[74]因此，法律技术能力同样是有效使用强制许可的重要保障。

首先，专利技术障碍是阻碍我国实施强制许可的原因之一。[75]就公共健康方面来说，我国医药行业的创新研发能力不足，[76]即使通过法律规定获得相关专利的强制许可，在实施过程中仍然不能生产出与原专利药品同样安全有效的产品。[77]

其次，我国对于政府使用的程序规定缺乏法律技术方面的考虑。一直以来，专利权人及其母国（一般是指发达国家）的消极反应是阻碍强制许可适用的重要原因。[78]引发技术贸易争端是强制许可制度的负面效应之一。[79]但是如前所述，我国公共健康危机下可依《专利法》49 条提出建议的行政机关并没有明确熟悉法律规定的部门参与。

第四节 我国强制许可中政府使用的完善建议

一、细化立法规定，增强可操作性

对我国政府使用的相关立法进行细化规定包括两方面要求，一是对实体规定、具体概念的细化，二是对具体实施程序的细化。

首先，在实体概念方面，“政府使用”、“国家有关主管机关”“具备实施条件的单位”等概念需要进一步的细化。如前所述，我国早在向世界知识产权组织的调查提交的答复中已经表明我国存在政府使用。但我国现行规定中尚未明确“政府使用”的概念，这就引起我国学界对该制度在我国存在与否的质疑。因此，有必要在相关的法律文件中明确“政府使用”的

---

[71] 陈学宇：《我国药品专利强制许可制度分类实施探讨———基于仿制药供应保障的视角》，载《华侨大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 5 期，第 103 页。

[72] WIPO，Draft Reference Document on the Exception Regarding Compulsory Licensing，SCP/30/3，p35, par199, https://www. wipo. int/meetings/en/doc_details. jsp?doc_id=437425，last visited on 02. 05. 2021.

[73]《泰国 2006 至 2008 年签发政府使用的影响评估》，卫生干预与技术评估项目，药品科技兴中国研究小组，2009 年 7 月，第 13 页。

[74] WIPO，Draft Reference Document on the Exception Regarding Compulsory Licensing，SCP/30/3，p35, par197, https://www. wipo. int/meetings/en/doc_details. jsp?doc_id=437425，last visited on 02. 05. 2021.

[75] 陈伟：《甲型 H1N1 流感疫情与药品专利强制许可》，载《中国发明与专利》2009 年第 10 期，第 11 页。

[76] 刘跃华：《建立符合国情的药品专利强制许可体系》，载《健康报》2020 年 8 月第 5 版，第 2 页。

[77] 陈伟：《甲型 H1N1 流感疫情与药品专利强制许可》，载《中国发明与专利》2009 年第 10 期，第 11 页。

[78] WIPO，Draft Reference Document on the Exception Regarding Compulsory Licensing，SCP/30/3，p35, par191, https://www. wipo. int/meetings/en/doc_details. jsp?doc_id=437425，last visited on 02. 05. 2021.

[79] 彭心倩：《专利强制许可下的专利权人权益保障论》，载《政治与法律》2019 年第 5 期，第 18 页。

概念，并详细阐释我国政府使用的具体规定。对于“国家有关主管机关”而言，虽然因面对的具体情况的不同而应有不同的参与机关，但无论是在什么情况下，强制许可制度必然涉及专利技术以及法律等部门。因此，在国家针对该强制许可制度或者政府使用出台的相关规定中，应当尽可能完善“国家有关主管部门”的规定。对于“具备实施条件的单位”来说，在遵循基本文意解释的同时应当明确其涵盖的范围。政府使用中的实施人是“与政府有关系”的相关方，既可以是政府自己，也可以是政府指定的相关单位，只要其能够代表政府即可。依照我国规定，国家有关主管机关在向国家知识产权局提出强制许可的建议时，应当明确指定的实施单位。[80]对于“单位”需要进一步明确，即不仅包括国有企业，也包括私营企业。有学者认为扩张解释“具备实施条件的单位”是应当放宽对“具备实施条件”的限制，只要具备初步实施条件即可，无需完全具备实施及销售条件。[81]但考虑到我国本身药品等行业的创新实践能力不足，为保障政府使用下所生产药品的安全性及有效性，本文认为对于实施单位的实施能力还是应当作严格要求。

其次，应在《实施办法》中明确政府使用的具体实施程序。依规定，我国《专利法》49条下的政府使用的具体实施程序包括：建议启动、审查、决定、公示、费用确定以及终止等环节。[82]我国的上述程序规定都太过宽泛，尤其是建议启动与审查程序。如何作出科学的建议决策，如何协调提出建议的行政部门与国家知识产权局之间的关系都未作明确规定。因此，在《实施办法》中应当针对我国的政府使用的具体实施程序作进一步明确的规定。

具体来说，可以将我国政府使用的具体实施程序细分为决策程序、实施程序以及终止程序。按照我国立法规定，政府使用的决策程序包括“建议+审查”两步，且“建议权”和“审查权”均为具有实质决定性的权力，且并没有具体衔接两者的规定。因此，为保障决策程序的效率性，本文建议将适用政府使用许可制度的实质决定权赋予“国家有关主管机关”。换言之，“建议权”即具有实质决定意义，而国家知识产权局的“审查权”仅保留形式审查的作用（具体理由见下文）。实施程序应当为满足效率性要求仅遵守《TRIPS 协定》中的最低程序要求，即无需事前协商，但应尽速通知，而不另设其他程序要求。我国强制许可实施程序中给予专利权人的救济保障，即“专利权人对国务院专利行政部门关于实施强制许可的决定不服的……可以自收到通知之日起三个月内向人民法院起诉。”[83]其中，我国应当明确专利权人在该条规定下的救济权力不得阻碍政府使用专利程序。借鉴美国的规定，专利权人的救济措施应仅限于获得补偿费。结束程序中，借鉴我国台湾地区政府使用的程序规定，我国应当明确政府使用程序除决定到期自动终止以及专利权人请求终止两种方式外，具有启动权的“国家有关主管机关”同样应当具有终止程序的权力。

二、建立国务院联席工作机制，增强决策的科学性和效率性

与一般程序相比，政府使用中无需事前协商程序，不需要申请人申请启动，直接依国家有关主管机关的建议启动。这样的制度安排是为了能够对国家紧急状态、非常情况等公共需要的情况作出快速反应。效率性是政府使用具体实施程序的关键要求。但由于政府使用适用事由具有公共属性，因此其决策也必须更加慎重，应当保障决策的科学性。所以，如何在效率性和科学性之间保持平衡，同时达到这两项要求，成为政府使用实施程序中的重要考量。

在科学性方面，可以吸取马来西亚的实践教训，设置一个联合决策机制。本文认为，可

[80] 中国 2012 年《专利实施强制许可办法》第 6 条、第 12 条规定。
[81] 陈学宇：《我国药品专利强制许可制度分类实施探讨———基于仿制药供应保障的视角》，载《华侨大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 5 期，第 107-108 页。
[82] 同上，第 102-103 页。
[83] 中国 2008 年《专利法》第 58 条。

以建立一个国务院联席工作机制，[84]相关单位协同运作，且为保障决策的科学性应当尽可能多的包含所涉及的部门，如药品强制许可中涉及的国家知识产权局、国家卫生健康委员会、国家药品监督管理局、国家医疗保障局、科技部以及商务部等都应涵盖在内。同时，借鉴泰国政府使用的成功决策，所设立的联席工作机制在决策过程中除应当发挥各部门的专业作用之外，还应当积极听取相关社会团体或者利益群体的意见，如药品专利政府使用中医院医生、相关患者等群体。

在保障决策科学性的同时，还应该保障政府使用实施程序的效率性。为此，除建立一个联席工作机制以推动决策的尽快高质的作出之外，法律规定中还需要明确各参与主体的职责划分，尤其是作出建议的“国家有关主管机关”与对建议有审查权的国家知识产权局之间的权责划分。我国政府使用决定的作出需要经历“建议+审查”两步走程序。一定程度上，这种设置与“申请+审查”启动的其他强制许可程序相似，无法保障其效率性的优势。因此，有效协调“建议权”与“审查权”之间的关系是实现其效率性的重要举措。对此，我国台湾地区“专利法”在经历克流感案后作出的修订给我们一定的启示。我国台湾地区“专利法”中的政府使用条款对政府授权决定的作出同样规定了两步走程序，即首先是“中央命令或者中央目的事业主管机关通知”，其次是专利专责机关依“命令”或者“通知”进行授权。实质上，我国台湾地区是将政府使用的决定权完全赋予“中央”或者“中央目的事业主管机关”，专利专责机关仅仅是形式上的授权机关。这种设置可以有效协调政府使用中启动主体之间的职责，有效避免像泰国实践中政府使用提议在审查中被搁置的弊端。因此，鉴于上述联席工作机制的建立，在保障政府使用决策科学性的前提下，应当将我国政府使用的实质决定权赋予“国家有关主管机关”，而国家知识产权局在政府使用中应仅对相关文件等进行形式审查。应当指出的是，国家知识产权局作为专利的主要负责机关应当参与联席工作机制，成为“国家有关主管机关”的组成部分。无论是政府使用还是其他类型的强制许可，国家知识产权局理应是联席工作机制的常驻组成部门。事实上，国家知识产权局的“守门员”作用并未被剥夺，而是将其提前至于国务院联席工作机制中行使而已。

三、加强我国技术能力建设，增强实施能力

如前所述，技术能力包括两方面，专利创新和实施技术能力以及法律能力。专利创新与实施能力是政府使用有效践行的重要保障。增强政府对专利研发的资金支持是提高我国专利创新、实施能力的重要举措。就强制许可来说，实施专利的主体即使不需要负担研发资金，在开发非专利产品并将其推向市场的过程中仍需要大量的投资。因此，在政府使用中，增强政府对专利实施主体的资金支持至关重要。同时，从长远来看，政府对专利研发的资金支持也符合我国建设科技强国的目标。

在法律技术能力方面，不光需要政府法律部门参与到政府使用的决策程序中，还需要增强法律制度方面的综合能力，包括整体法律制度建设、具体法律内容解释及适用等。政府使用是一种特殊的强制许可制度。因此，完善的政府使用需要依托完备的强制许可制度。此外，政府使用中政府参与部门的高水平的业务能力同样是实施该制度的重要保障。如前所述，泰国第一次政府使用提案遭到搁置的原因就在于当时的卫生部长本身专业知识不足，业务水平欠缺所致。

结论

我国虽尚未有强制许可的具体实施案例，且对于强制许可的主流态度仍是谨慎实施，但

[84] 郝敏：《药品专利强制许可制度在发展中国家的应用——从“抗癌药代购第一人”陆勇事件谈起》，载《知识产权》2015 年第 8 期，第 101 页。

依此次国际社会以强制许可应对新冠疫情的实践来看，不排除我国将来适用强制许可的可能。政府使用作为一种特殊的强制许可便于政府在公共危机应对中职能的发挥。因此，为增强我国政府对公共危机的应对能力，有必要完善我国的政府使用以备将来的不时之需。我国《专利法》已于 2020 年 10 月 17 日通过修改，强制许可的原有规定虽并未改变，但其实施条例以及相关配套法规应因应新的现实需要作出修改。因此，我国应积极在《专利法实施条例》《专利实施强制许可办法》修正之际，完善我国政府使用的相关规定并增强该制度的实际可操作性。

On the Government Use in the Compulsory License under the State of Emergency

Wang Weifeng

Abstract: Compulsory license, as a flexible setting to balance the protection of patent rights and public interests in TRIPS Agreement, is an important tool to deal with the public health crisis. As a special compulsory license system, government use can play a more effective role in dealing with public crisis based on its procedural advantages. The purpose of government use is generally for public reasons, especially in the case of public health crisis. Based on this, the procedures used by the government must meet the requirements of efficiency, scientificity and the patentee's ex post relief. The legal sources used by our government are ambiguous due to the vague legislative provisions. In addition, there are still some difficulties in the implementation of administrative law enforcement framework and technical capacity. Therefore, we should enhance the applicability of our government from the aspects of legislation, law enforcement and technical ability, so as to provide an effective tool for the government to deal with public crisis.

Key words: Compulsory license; Government use; Efficiency; Scientificity

二十国集团框架下互联网企业反腐败合规治理机制建构[1]

王文华 魏祎远 陈丹彤[2]

近年来，企业合规成为全球企业发展不可回避的重要内容，主要是指企业要自觉遵守、契合特定的要求，这种要求既包括企业所在国，也包括企业业务所在国、流经国的法律法规、政府规章、法院判决裁定、行业准则和社会道德标准，同时还要符合公司内部的规章制度。多年来，G20 已在各次峰会和各级别合作会议上作出 60 多项反腐败承诺，涉及资产追回、资产披露、公司所有权匿名、利益冲突、公开数据和公共采购等领域。[3]而从狭义上说，企业合规就是反腐败、反洗钱合规，就是指企业应当建立内部制度筑牢可能出现腐败、洗钱问题的风险，及时发现并处置腐败和洗钱行为。

在互联网企业尚未蓬勃发展的时期，一般企业的腐败现象多发生在已初具规模的传统企业身上，但互联网企业在短时间内的迅速兴起打破了这种局面。近年来，许多跨国公司在腐败和洗钱方面合规问题频发，特别是其中的互联网企业作为新兴的企业类型，发展势头迅猛，企业的数量和体量也在极速扩张，全球一张网的格局不断蔓延。互联网企业遍及商业金融、电子商务、电子政务、医疗卫生、交通出行、社交娱乐等众多领域，需要合规的内容众多、复杂，稍有不慎企业轻则被科以大额罚款，重则被吊销营业资格或被予以商业制裁，2019 年上海莹嘉科技有限公司因为涉嫌无证经营电信业务、不当获取公民个人信息的不合规行为而被依法处罚没收违法所得 1.05 亿、罚款 3.15 亿，合计 4.2 亿，创下了中国互联网企业发展史上的最高罚款额记录。[4]

互联网企业合规的面很广，合规覆盖方方面面，其中腐败和洗钱问题已经成为阻碍互联网企业发展的瓶颈因素。无论是华为 CFO 孟晚舟被逮捕事件，还是 TikTok 与微信禁令事件，亦或是 Twitter 被欧盟重罚、Facebook 被美国进行反垄断调查，这其中尽管有着复杂的政治和经济原因，但所涉公司或多或少都有企业经营不合规的行为存在，也暴露出互联网企业在经营过程中，合规意识薄弱、对域外法律法规了解和运营程度不够深入的问题。因此，如何建构起互联网企业反腐败反洗钱合规的机制就成为了迫在眉睫并符合各国共同利益期待的问题。

一、互联网企业反腐败反洗钱合规的法律风险与困境

（一）互联网企业商业模式和内部机构的合规风险

纵观国内外政治和经济发展趋势，腐败不仅是一个历史性问题，也是辐射世界各国并引起广泛关注的问题。近年来，不单只是具有国家公职人员身份的人会产生腐败问题，众多民营企业的高管、员工也频繁出现腐败问题，许多还伴随着严重的洗钱行为，严重制约企业的生存与发展。早在 2003 年联合国大会就通过了《联合国反腐败公约》，并将每年 12 月 9 日确定为国际反腐败日，联合国前秘书长潘基文还将腐败定性为与恐怖主义、气候变暖同等级别的“全球性威胁”，[5]以唤起国际社会对腐败问题的关注和重视。作为新兴领域，随着现代企业制度的建立，互联网企业依靠巨大的人

[1] 本文系北京外国语大学二十国集团研究中心项目“二十国集团互联网企业反贿赂反洗钱合规：国际评价及展望”（项目批准号：G2020201001）的阶段性研究成果。

[2] 作者简介：王文华，北京外国语大学法学院教授、博士生导师，电子商务与网络犯罪研究中心主任；魏祎远，北京外国语大学法学院博士研究生；陈丹彤，北京外国语大学法学院硕士研究生。

[3] Transparency. Four Ways the G20 can Take the Lead on Anti-Corruption[EB/OL]. https://www.transparency.org/en/news/four-ways-the-g20-can-take-the-lead-on-anti-corruption, 2019-05-14.

[4] 孙伟敬. 上海信管局开 4.2 亿罚单！因企业无证经营电信业务[EB/OL]. http://news.idcquan.com/news/169738.shtml, 2019-09-10.

[5] 世界各国反腐败“各有利器”[J]. 武汉宣传, 2013(7):50-51.

口效益吸引到了大批次流量，是我国互联网企业非实体化的重要虚拟资产，在人工智能、共享经济、区块链、物联网等新应用、新场景的介入下，开辟了新的盈利模式，企业形式几乎覆盖生活中的各个方面，主要包括电子商务、电子政务、金融保险、广告营销、医疗保险、生活服务、网络社交通讯等。互联网企业的流量获取并不是一劳永逸的，必须依靠急剧扩张才能生存和盈利，而在此进程中，大量资本在短时间内涌入，这些资金贯穿投融资、商品采购、公司运营等多个环节，伴随着互联网企业寻租的手段隐蔽性、高科技性、多样性，加大了寻租空间，寻租的成本更倾向虚拟化，腐败不仅仅出现在资金链上，也出现在流量这一虚拟资产的运作过程中，包括收受商家贿赂、有偿删除差评、违规篡改数据等，腐败发生的领域也更加广泛，涉及全流程。

互联网企业资本多维、资金多源、业务多样、利润多层，腐败的普众性十分突出，内部成员成为互联网企业腐败及洗钱问题的高风险人群。基层员工通常会被赋予很大的权力，从招投标环节到物资采购、商家入驻、收益分配等各环节都可能被赋予决定权，每一个环节都无法切实阻断员工与商家的往来，极易发生权钱交易等腐败行为，从一定程度上提高了互联网企业腐败行为发生的可能性。

互联网企业独特的盈利模式和高科技属性，滋生了许多新的寻租方式，对于企业来说，流量在某种程度上已成为维系其生存的命脉，在腐败滋生这一现象之下，其实质是权力寻租。互联网企业存在与传统企业相似的腐败样态，存在以职务侵占和商业贿赂为主要形式，伴随着与网络科技和计算机前沿技术紧密结合的权力寻租，具有鲜明的腐败方式。

第一，非法利益输送，主要表现为互联网企业员工与合作方、经销商、供应方相互串通、勾结。大家所熟知的淘宝购物平台，雇用了很多负责平台运营管理的人员，每一个人负责特定的区域或特定的商品类型，虽然每个人看上去从事的都是不太起眼的工作，但他们手握平台流量分配的权力，屡屡发生因贪腐而被移送司法机关进行处理的案件；还有字节跳动旗下的火山小视频原运营负责人，将其知悉的平台政策漏洞和应对规则透露给利益相关方，使其降低运营成本或在活动中扩大额外收益，被公安机关依法刑事拘留。[6]

第二，实施商业贿赂。互联网企业的核心卖点就在于巨大的流量，处在关键岗位的关键员工手握与企业连接的供应商的生杀大权。许多供应商急迫进入大流量体系的互联网企业，期求通过互联网企业巨大的流量获取巨额利益，供应商为了提高自己在众多竞争者中的优势地位，选择通过私下贿赂员工的方式跻身于获利行列。截至 2019 年底，排名前 100 的中国独角兽企业中 60%以上都是互联网企业，而许多互联网企业大起大落，今天可能通过融资的方式获得高额资金注入，但可能一夜之间人去楼空。一些手握权力却没有安全感的员工，为了降低未来的风险，滋生了“先把钱拽到自己的口袋再说”的想法。互联网行业员工流动性过大，尤其是基层员工面对高强度的工作压力和劳资不符的收入水平，在整个互联网行业的征信体系尚未建立时，部分员工凭借经验和技术优势频繁跳槽，加之其所抱有的侥幸心理，在上家腐败，然后马上选择新的企业继续实施腐败违法行为，给整个互联网企业反腐败合规建设带来了负面带动作用。这样的行为还辐射到经销商、代理商、合作方，在互联网企业竞争加剧和国内外市场萎靡的严峻挑战下，向互联网企业员工行贿进入市场是一条捷径，常见的如消费返点、收取好处费、索要礼品、接受宴请等。比如京东就多次被爆出内部人员通过接受供应商用车辆行贿、[7]擅自抬高进货价或通过高价采购赠品[8]等牟取不正当利益的新

[6] 王阳. 扩大监察覆盖面推进民企反腐常态化[N]. 法制日报, 2019-08-29(04).
[7] 见北京市第二中级人民法院(2020)京 02 刑终 47 号刑事裁定书.
[8] 朝晖. 京东商城确认一员工贪污遭刑拘[EB/OL]. https://news. mydrivers. com/1/250/250998. htm?fr=m, 2012-12-29.

闻；58 集团也曾在通报中披露,集团重要管理人员利用职务便利非法收受代理商财物；[9]也有小米创意部总监索要供应商好处费 700 万元，涉嫌非国家工作人员受贿罪被警方刑事拘留的报道。[10]

第三，高科技属性使技术领域成为互联网企业腐败行为的高发区。企业员工可以利用职权或技术漏洞，通过篡改数据、泄露数据、兜售个人信息、收费删帖、商家刷单等方式非法获利，如阿里员工通过编写脚本秒杀月饼，[11]“饿了么”平台区域经理为完成发展新餐饮企业的指标要求，在证照不全的情况下通过 P 图技术手段伪造证照，给餐饮店铺入驻平台提供支持并分别收取好处费。[12]

（二）互联网企业国际化进程带来的合规风险

在全球经济一体化的背景下，互联网企业很难在一国范围内独善其身，实施国际化发展战略是各国互联网企业的必然选择。在许多互联网企业走出去的过程中，由于不遵守业务驻在国的法律法规，很多企业遭受重创，甚至被处罚得一蹶不振，不能再站起。2017 年中兴通讯由于违反美国相关法律法规被处罚支付 8. 92 亿美元与暂缓支付 3 亿美元的行政罚款，这一度使中兴集团自感苍凉，直接对外发布公告称，受拒绝令影响，公司主要经营活动已无法进行。[13]但中兴集团确实存在企业违规行为，自身有错在先，中国政府投入大量资金、动用多方资源，通过多方努力将中兴集团从濒死一线拉了回来。

在新冠肺炎疫情以及疫情过后的后疫情时代，许多国家经济状况呈现或将呈现持续萎靡的态势，各国都不断加大对跨国企业的多方位打压，疫情之下国家利益至上的逆全球化趋势日益凸显。针对中国的逆全球化势力也频频抬头，贸易保护摩擦不断被挑起，制约中小企业国际业务的开展，使我国众多互联网企业不断受到发达国家和一些发展中国家的横眉冷对。西方部分国家为了本国发展利益的需要，违背公平竞争的市场规则，使我国华为、腾讯、字节跳动等互联网企业或涉互联网业务的传统企业涉入其中，在一定程度上妨害了我国互联网企业参与国际化进程的前进脚步。在 2020 年 Tiktok 事件中，美国出于维护本国国家利益的需要，认为 TikTok 从事“向中国政府提供美国私人信息”的活动，并提出由美国企业将其收购的要求，把本属于经济领域的活动上升到政治领域，背离企业自由参与市场竞争的原则，也损害了我国的国家利益。

全球经济一体化进程加快，各国政府和企业的发展水平、文化背景、管理理念都存在很大差异，二十国集团内的许多国家，包括欧盟组织都结合自身特点制定了许多规制互联网企业发展的规定，如 2011 年 7 月英国《反贿赂法案》（Bribery Act）正式生效，该法案不仅规制对公共官员进行的贿赂，也能够规制私人或者私营部门间的贿赂行为，几乎所有与英国有密切关系的公司和个人都受到该法案的制约。[14]2016 年法国宪法委员会通过了《萨宾第二法案》，[15]对反腐败反贿赂问题进行规制。2018 年 5 月欧盟制定了《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，简称 GDPR），用于保护所有欧盟公民的数据隐私。2020 年 11 月签署的《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional

[9] 李伟. 58 同城原高级副总裁宋波涉嫌受贿被拘[EB/OL]. https://finance. ifeng. com/c/7hyr9fwxXTU, 2018-11-20.

[10] 邹太平. 反腐败，互联网行业面对的一场“大考”[N]. 中国纪检监察报, 2019-08-06(04).

[11] 创日报. 阿里员工写代码抢月饼被开除？只因价值观不符！[EB/OL]. https://www. sohu. com/a/114275192_120731, 2016-09-13.

[12] 胡永平. 网购 PS 证照助“黑店”加盟 “饿了么”区域经理获刑[EB/OL]. http://news. china. com. cn/txt/2017-11/21/content_41920471. htm, 2017-11-21.

[13] 周禹彤. 中兴通讯：受拒绝令影响主要经营活动已无法进行[EB/OL]. http://www. nbd. com. cn/articles/2018-05-09/1215577. html, 2018-0509.

[14] 中国经营报. 英反贿赂法案将生效 企业合规再临反腐法大考[EB/OL]. https://finance. qq. com/a/20101218/000815. htm, 2010-12-18.

[15] 2016 年 12 月，法国宪法委员会批准通过了《关于提高透明度、反腐败以及促进经济生活现代化的 2016-1691 号法案》，该法案又被称为《萨宾第二法案》（Sapin Ⅱ），因为它沿袭、承继了法国财长米歇尔·萨宾于 1993 年提交的第一份反腐法案。该法案进一步加大了打击腐败、贿赂行为的执法力度。

Comprehensive Economic Partnership，简称 RCEP），[16]在数据保护、跨境传输和网络安全方面都作了专门约定，现已成为国际规则的重要支点。

相对于只开展国内业务的互联网企业，涉及跨国业务的互联网企业的合规风险是多重的，公司注册地、互联网流经地、服务提供地、消费者所在地很可能涉及多个国家和地区，而各个国家和地区可能会以各种理由伸张管辖。面对突破国界开展业务的互联网发展大势，在错综复杂的国内外经营环境下，互联网企业要遵守多个国家和地区的法律法规，甚至还要遵守不同文化差异，在这种情况下还要确保本企业能在众多竞争者中稳住宝座，极力控制腐败和洗钱行为的发生，是相当艰难的。因此，在开展国际业务时要恪守合规规定，不仅要遵守本国的法律法规，还要充分学习、遵守业务辐射国的法律法规，宁可付出巨大的人力和财力成本，也不可放过任何会被他国政府挑起事端的风险。

（三）互联网企业不良商业惯例的侵袭

一些发展中国家和欠发达国家把商业贿赂当成一种常规性“潜规则”，[17]面对这样的情形，到这些地区开展业务的跨国企业及其经营者久而久之也认为贿赂是理所应当。尤其是互联网企业，其利润来源所依靠的就是规模型市场和巨大的流量来源，一旦与所在地政府关系僵硬，就面临在竞争中失去市场机会和份额的可能，往往只能通过选择贿赂的方式稳住自己的经营业务，即便心中有万般反对和愤懑，也只能选择接受，硬生生得把商业贿赂行为演变成一种不良的商业惯例，成为滋生腐败犯罪和经济犯罪的温床。

这些不良商业惯例侵袭了公平竞争的市场交易秩序，剥夺了其他竞争者公平交易的机会。更重要的是，如果这些贿赂行为是由企业自身授意，那么企业将贿赂支出的费用通过洗钱的方式，假借合法用款的外衣从公司账户出账，这些费用将不当地施加在消费者身上，另一方面，如果这些贿赂行为是在企业财务账外进行，所产生的不当利益将进入个人账户或单位小金库，同样会使国家和集体的资产流失浪费。企业最终还是要将这些额外的运营成本负担于消费者身上，要由消费者买单加大了交易成本，增加了消费者负担，造成社会财富的巨大浪费。在正常情况下，这种损失会给政府、企业和公民造成重大损失，而据透明国际的消息，在 2020 年新冠肺炎疫情期间，一些国家政府和企业使用不当的采购程序以过高价格购买防护设备、呼吸机和其他关键用品，迟交、不交或者交付有缺陷的防疫治疗物资，导致公共项目损失了 20%至 30%的价值，在大流行期间，它可能意味着生与死的差别。[18]

（四）互联网企业面临管辖权扩张风险

无论是对腐败、洗钱犯罪的治理，还是对互联网空间的治理，国际社会相互协作的趋势日益加强，特别是依靠国际组织的调节力和协商力，能够有效应对互联网企业发展过程中面临的风险和挑战。但一些国家贸易保护主义频繁抬头，为了自身的利益不惜牺牲一切代价，对抗国际组织的有序发展，拒绝在国际组织的框架内开展对话和交流，有意削弱国际组织的地位和作用，破坏了国际组

[16]《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）是 2012 年由东盟发起，历时八年，成员包括中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰和东盟十国共 15 方而制定的协定。2020 年 11 月 15 日，第四次区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）领导人会议 15 日以视频方式举行，会后东盟 10 国和中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰共 15 个亚太国家正式签署了《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership，RCEP），这标志着当前世界上人口最多、经贸规模最大、最具发展潜力的自由贸易区正式启航。

[17] [法]弗雷德里克·皮耶鲁齐、[法]马修·阿伦. 美国陷阱[M]. 中信出版集团:北京, 2019:96.

[18] M Emilia Berazategui. THE G20 MUST SHOW GLOBAL LEADERSHIP TO TACKLE COVID-19[EB/OL]. https://www. transparency. org/en/blog/the-g20-must-show-global-leadership-to-tackle-covid-19, 2020-09-27.

织的合法性和权威性。[19]

美国这个经济与互联网强国近年来频频“退群”，先后退出《中导条约》、联合国人权理事会、伊核协议、联合国教科文组织、跨太平洋伙伴协定（TPP）、《巴黎协定》，在疫情期间还退出了世界卫生组织，以自己的强姿态不断给国际组织和其他国家施压，企图削弱国际和地区组织与条约的力量，加剧逆全球化趋势。虽然美国通过《反海外腐败法》（Foreign Corrupt Practice Act，简称FCPA）鼓励和引导违法企业与政府合作，配合执法调查，开创了反贿赂合作机制，也推动美国海外反腐工作的深入发展，[20]但美国使用其FCPA作为“长臂管辖”域外适用的抓手，不断侵犯他国司法主权，实现其维护本国利益的目的，先后使日本半导体行业从繁荣走向萧条，使法国“工业明珠”阿尔斯通被“肢解”，还针对TikTok、微信等中国互联网企业实施制裁。

美国“长臂管辖”的本意是保护被告免受遥远的不方便诉讼的困扰，并且声称在国际案件中必须更谨慎地适用。[21]而近些年，其不断扩张适用，从解决美国不同州之间的问题扩张到国际问题，从民事诉讼领域扩张到刑事诉讼领域，并妄想成为各国通行的国际法原则。在面对国际形势如此严峻的情况下，互联网企业稍有不慎就有可能受到他国管辖而受到制裁，尤其是美国通过FCPA不断增强对收受商业贿赂等腐败行为的惩罚力度。从已经发生的案件来看，这些惩处措施轻则少量罚款、责令进行合规整改，重则罚没资产、巨额罚款，甚至可能被制裁到倾家荡产，难以再继续进行经营活动。

令人欣喜的是，经过多年运行发展，二十国集团在多方共识中不断成长为世界上首屈一指的国际对话平台，并多次就互联网平台发展和反腐败、反洗钱问题达成共识并取得成果，2020年11月举行的二十国集团领导人利雅得峰会发布宣言，对加快全球互联网普及、弥合数字鸿沟、推进人工智能发展以及在全球反腐败斗争中发挥表率作用等方面达成了多项共识。[22]

（五）腐败、洗钱犯罪会给互联网企业造成巨大损失与不良影响

历史上，因出现腐败和洗钱犯罪而造成企业巨大损失，以及因此问题受到处罚的企业不计其数。2012年，美国沃尔玛公司在墨西哥的大规模行贿丑闻案发，震撼了美国商界，沃尔玛股价两天蒸发150亿美元。2016年，巴西奥德布雷希特公司因十多年间为招揽工程在12个国家行贿总计7.88亿美元，公司同意因违反《美国反海外腐败法》而接受至少35亿美元的罚款。[23]2019年，爱立信公司因长期通过第三方代理和顾问向中国、布吉提、越南、科威特等国家公职人员行贿，被美国司法部刑事罚款5.2亿美元，还向美国证券交易委员会支付民事和解款项5.4亿美元，两笔共计10.6亿美元的款项已达其单个季度营收的五分之一。[24]根据美国金融犯罪执法网络局（FinCEN）泄露的文件，Buzz Feed News与国际调查记者协会等88国108个国际媒体，共同揭露摩根大通、汇丰、渣打等多个全球知名银行，涉嫌替犯罪组织大洗赃钱，近20年来转移超过2万亿美元的可疑资金，涉事银行不仅股价大跌，还将接受高额罚款。[25]

二、互联网企业反腐败反洗钱合规治理趋势

---

[19] 戚龙飞, 吕永红. 国际组织是推动全球治理的重要力量[J]. 新疆社科论坛, 2019(03):29-34.

[20] 万方. 美国反贿赂合作机制及对我国反腐败机制发展的启示[J]. 法学杂志, 2018, 6:124.

[21] 李庆明. 论美国域外管辖:概念、实践及中国因应[J]. 国际法研究, 2019(03):44.

[22] 二十国集团领导人利雅得峰会宣言[N]. 人民日报, 2020-11-23(3).

[23] 中国纪检监察报. 巴西建筑公司跨国行贿大案搅动拉美[EB/OL]. http://www.ccdi.gov.cn/lswh/hwgc/201702/t20170220_122048.html, 2017-4-12.

[24] 巨丰投顾. 被罚10亿美元！爱立信行贿丑闻背后真相曝光 5G格局又将生变[EB/OL]. https://baijiahao.baidu.com/s?id=1652763552706271380&wfr=spider&for=pc, 2019-12-13.

[25] 新浪财经. 汇丰又摊上事了！无视监管规定 这5家银行陷洗钱丑闻[EB/OL]. https://money.163.com/20/0921/17/FN2KUULU002580S6.html, 2020-9-21；新浪财经. 渣打银行被控为伊朗洗钱2500亿美元[EB/OL]. http://finance.sina.com.cn/money/bank/zdxiqian/, 2020-12-10.

作为推动社会经济发展的新兴力量，互联网企业无时无刻不在产生着新问题、新挑战，其能否长远健康地发展，决定着各国经济是否可以持续稳健增长。华为公司创始人任正非曾说：“华为最大的敌人不是别人，就是我们自己，公司内部的治理结构还有很多工作要做。”[26]针对当下互联网企业内部贪腐等犯罪频发的情况，刑事合规治理已成为互联网企业和社会各界广泛关注的重点之一。

（一）互联网企业内部不断加强自身建设

随着企业合规意识的大范围觉醒，互联网企业开始注重自己的企业声誉，纷纷建立起反腐败反洗钱合规机制。

阿里巴巴集团于2010年设立了集团一级部门“廉正合规部”，独立运作、能够监督任何一名员工；加大科技反腐能力，在日常业务中嵌入风控技术，依靠云计算能力构建自动风控模型，依靠智能系统对违规操作自动报警；将制度红线集中于《阿里巴巴商业行为准则》与《员工纪律制度》，通过网站、邮箱、电话等方式接受社会各界监督举报。阿里对企业合规的重视程度可见一斑，针对2012年阿里巴巴集团频繁出现腐败问题的“聚划算”业务模块，马云曾表示“即便不要这个业务，也要守住阿里的价值观”[27]。

京东集团于2016年设置了内控合规部，颁布《京东集团反腐败条例》并要求全体员工学习，在《京东集团举报人保护和奖励制度》的规定中开辟了多种举报渠道，包括“廉洁京东”微信公众号、反腐举报专属电话、“廉洁京东”反腐官网等，每年投入1000万元的反腐奖励专项基金，鼓励员工、供应商及其他合作伙伴全面深度参与到京东诚信经营的监督体系中来。

腾讯公司设置了六条反腐“高压线”，每位员工在入职第一天都会被要求认真学习，一旦触犯其中一条，轻则免职，重则移交司法机关；滴滴出行集团设立了风控合规部，直接向CEO程维汇报，和总裁柳青属于平行部门；美团内设监察部，建立了“重案六组”，直接向联合创始人穆荣均汇报，还在2016年成立阳光委员会；百度的道德委员会具有高度独立性，不隶属于任何业务部门，直接向最高管理层汇报；主导违规舞弊事件查处的小米内控内审监察部，总经理为刘少顺，向集团CFO周受资汇报。

除上述列举的互联网公司外，还有其他众多互联网公司都重拳出击，打击企业内部腐败和洗钱犯罪行为，坚持违法犯罪零容忍的高压态势，不断加强合规治理建设。

（二）各国通过立法不断提升合规治理水平

面对企业腐败、洗钱活动频发，美国、英国等国家积极通过立法进行打击和预防，同时发布相关合规指引，引导企业构建合规机制，加强自身建设。

美国早在20世纪30年代，就先后颁布了《证券交易法》、《邮政电信反欺诈法》、《国内税收法》以及《企业虚假陈述法》等法规，以此来严格限制美国公司的各种贿赂行为。1977年，美国国会以绝对的优势通过《美国海外反腐败法》（FCPA），遏制企业对外国官僚行贿，重建公众对美国商业系统的信心。同时，美国积极鼓励企业自身构建合规机制，财政部海外资产办公室、证券交易监督委员会等机构把合规作为计算罚款数额的主要参考因素。2020年美国司法部更新发布《美国反海外腐败法资源指南》，为向广大企业和公众提供美国《反海外腐败法》相关实用信息和指导。[28]

英国于2010年制定《反贿赂法案》，在行贿罪、受贿罪、贿赂外国公务人员罪之外，还规定了商业组织未能防止贿赂行为罪，要对未能防止相关人员贿赂行为的公司施以惩罚。同时，英国司法

---

[26] 大包．华为最大的敌人不是美国，而是自己[EB/OL]. https://user. guancha. cn/main/content?id=59680, 2018-12-06.

[27] 廉政瞭望. 阿里巴巴的反腐之路[EB/OL]. https://www. sohu. com/a/258468452_100232553, 2018-10-9.

[28] *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, Second Edition, U.S. Department of Justice, Department of Justice, https://www. justice. gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide, updated July 3 2020.

部还专门发布《商业组织防贿赂可行程序指引》[29]，指导企业如何才能建立起一套足以预防贿赂的内部程序。

同时，许多国家意识到企业合规的重要性后，也通过加紧刑事立法加强国家对企业合规建构的控制力度。如日本《公司法》、《金融商品交易法》都规定了董事的内部控制义务，规定董事若因未尽内部控制义务造成公司损失，应当对公司承担巨额赔偿责任；法国《关于提高透明度、反腐败以及促进经济生活现代化的 2016-1691 号法案》中也有相关条款规定了刑事合规的强制性义务，自安然事件[30]后，《萨班斯法案》也要求企业建立内控措施，内控报告由自愿性披露转向强制性披露。[31]

（三）国际和区域组织不断发挥作用

早在 2005 年，联合国已经将打击和预防私营部门的腐败专章写入《联合国反腐败公约》，指出要加强私营部门的会计和审计标准，酌情对不遵守措施的行为规定有效、适度而且具有警戒性的处罚措施，并且呼吁各成员国加强反洗钱举措。[32]2018 年 5 月，联合国秘书长古特雷斯表示，联合国当务之急是实现 2030 年可持续发展议程，其中，减少腐败和非法资金流动是刑事司法领域的重点。根据《2030 年可持续发展议程》，各国到 2030 年要大幅度减少非法资金流动，大幅度减少一切形式的腐败和贿赂。[33]要实现这一目标，携手打击腐败是国际社会的共同选择，二十国集团及其他相关国际组织已把反腐败、反洗钱作为实现 2030 年可持续发展目标的重要内容。

反腐败、反洗钱合作也日益嵌入国家间经贸关系。2018 年 10 月，《美国—墨西哥—加拿大协定》首次正式把反腐败纳入多边贸易协定，规定美国、墨西哥和加拿大反腐败执法机构之间应开展国际合作和信息交换。[34]当前，国际标准化组织《反贿赂合规国际标准》（ISO37001）已生效，作为第一个全球反贿赂国际体系标准，意味着反贿赂成为国际贸易的技术标准之一。此外，经济合作与发展组织、世界银行、G20、国际商会、国际律师协会等国际和区域组织与平台也大力推动商业领域反腐败，共同制定《反贿赂、道德与合规商业指南》，为企业搭建合规体系、构建反腐败机制提供合规指导。反洗钱金融行动特别工作组（FATF）、欧亚反洗钱与反恐融资小组（EAG）、亚太反洗钱集团（APG）、埃格蒙特集团（FIUs）等以打击、预防洗钱犯罪并协调反洗钱国际行动为主要职责的国际组织也持续发挥国际影响力，为减少非法资金流动不断努力。

（四）外部监督所发挥的作用不断增强

除了政府等国家机关和企业自身对企业腐败活动的监督外，外部监督也成为国家打击贪腐、洗钱犯罪，从而推动加强企业治理的一大动力。

总部位于德国的民间反腐败组织“透明国际”每年都会根据客观数据给各国公共部门的腐败程

---

[29] 英文全称为《Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing》，参见 https://www.thenbs.com/PublicationIndex/Documents/Details?Pub=MOJ&DocId=303583.

[30] 安然事件（the Enron Incident），是指 2001 年发生在美国的安然（Enron）公司破产案。安然公司曾经是世界上最大的能源、商品和服务公司之一，名列《财富》杂志“美国 500 强”的第七名，然而，2001 年 12 月 2 日，安然公司突然向纽约破产法院申请破产保护，该案成为美国历史上企业第二大破产案。2001 年 6 月，安达信曾因审计工作中出现欺诈行为被美国证券交易委员会罚了 700 万美元。安然欧洲分公司于 2001 年 11 月 30 日申请破产，美国本部于 2 日后同样申请破产保护。

[31] 李本灿. 企业犯罪预防中国家规制向国家与企业共治转型之提倡[J], 政治与法律, 2016, 2:51-65.

[32] 联合国.《联合国反腐败公约》[EB/OL]. https://www.un.org/zh/issues/anti-corruption/uncac_text.shtml.

[33] 联合国. 变革我们的世界：2030 年可持续发展议程[EB/OL]. http://infogate.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/zt_674979/dnzt_674981/qtzt/2030kcxfzyc_686343/t1331382.shtml, 2016-1-13.

[34] 中央纪委国家监委驻司法部纪检监察组. 反腐败需要国际间通力合作[EB/OL]. http://www.moj.gov.cn/news/content/2019-04/30/438_234136.html，2019-4-30.

度打分并排名，其公布的清廉印象指数（Corruption Perceptions Index）和腐败晴雨表（Global Corruption Barometer）已成为全球范围内最广泛使用的腐败指标，多国政府已被迫注意并采取行动。[35]在最新的2019年数据中，中国在198个国家中排名第80。[36]

反洗钱金融行动特别工作组（FATF）从2014年至2022年对所有成员开展相互评估，形成评估报告，综合考察成员国反洗钱工作的合规性和有效性。工作组还会公布高风险及应提高监控效力的国家或地区名单，[37]一旦进入该名单，如果不采取有效措施就将面临FATF的反制措施，会引发一系列在吸引外资、国家结算等方面的限制，从而蒙受经济损失，以此推动各个国家的反洗钱合规建设。

企业治理是社会治理的重要组成部分，而目前互联网企业内部所出现的腐败、洗钱、欺诈等违法犯罪问题，不仅是寄生在互联网企业内部的暗疮，更是影响社会良好风气形成的重要原因。可喜的是，目前反腐败反洗钱合规已成为互联网企业治理的重点，同时也是备受社会关注的焦点，在企业自身和社会各界的重视与推动下，系统的合规机制将逐步建立。

三、互联网企业反腐败反洗钱合规机制的建构基础

在二十国集团框架下构建互联网企业反腐败反洗钱的合规机制至少具有以下三大基础支撑：

（一）二十国集团平台的优势作用

二十国集团作为当今世界促进国际经济合作、加强全球治理的重要平台，20多年来，构建了以领导人峰会为引领、协调人和财金渠道“双轨机制”为支撑、部长级会议和工作组为辅助的工作机制。其成员方不仅包括美国、英国、日本等科技先进、互联网业发展成熟的发达国家，还包括中国、印度、巴西、南非等正处于经济增长黄金时期、互联网业正蓬勃发展的发展中国家。由二十国集团发出互联网企业反腐反洗钱倡议、主导构建互联网企业合规机制，有利于达成共识，齐心协力应对风险和挑战，遏制大量互联网企业腐败、洗钱犯罪的发生。同时，二十国集团虽然只有二十方，但却覆盖全球六大洲，以二十国集团的成员方作为辐射点，进一步拓展各方的影响力，有利于带动周边国家提升反腐倡廉意识和对反洗钱合规建设的重视程度，营造全球风清气正的互联网企业经营空间。

当下二十国集团就打击腐败、洗钱、互联网治理方面已达成众多共识，逐渐成形的体制机制为开展互联网企业反腐败、反洗钱合规建设打下了重要基础。自2009年匹兹堡峰会起，各国便开始讨论反腐败问题，2014年第九次领导人峰会上达成《2015-2016反腐败行动计划》，将建设反腐败合作网络提上议程，随后2016年杭州峰会的《二十国集团反腐败追逃追赃高级原则》、《二十国集团2017—2018年反腐败行动计划》、《二十国集团数字经济发展与合作倡议》等成果文件相继出台，与之配套的反腐败工作组、反腐败追逃追赃研究中心也相继成立。2020年11月，在新冠疫情肆虐背景下召开的第十五次峰会上，各方重申加强反腐败和反洗钱国际合作的重要性，核准《二十国集团应对疫情反腐败行动倡议》、《加强国际反腐败执法合作利雅得倡议》、《二十国集团制定和实施国家反腐败战略高级原则》等文件，并通过《二十国集团腐败相关经济犯罪追逃追赃国际合作建议》、《二十国集团在私有化和公私伙伴关系过程中促进廉洁建设高级原则》，[38]将更多的注意力转向经

[35] Transparency International. Corruption Perceptions Index[EB/OL]. https://www.transparency.org/en/cpi.
[36] Transparency International. Corruption Perceptions Index 2019[EB/OL]. https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results/chn.
[37] 央行反洗钱局.金融行动特别工作组公布的高风险及应加强监控的国家或地区（2020年10月）[EB/OL]. http://www.pbc.gov.cn/fanxiqianju/135153/135267/135279/4121478/index.html, 2020-10-26.
[38] 新华网.二十国集团领导人利雅得峰会宣言[EB/OL]. http://www.xinhuanet.com/world/2020-11/23/c_1126772662.htm, 2020-12-23.

济犯罪、商业领域的反腐败合规建设上来。

二十国集团以其多年来逐渐形成的较为完整顺畅的工作机制，以及在反腐败、反洗钱领域逐步成熟的制度架构，对各成员和全球互联网行业治理都发挥着重要影响，为构建未来全球互联网企业反腐败反洗钱合规架构奠定坚实基础。

（二）互联网企业反腐败反洗钱的国际需求日益凸显

我国互联网企业腐败行为高发，洗钱犯罪活动也处于频发态势。据不完全统计，从2015年至今近6年的时间里，共有27家互联网企业曝出了超过360起腐败舞弊案件，其中2019年开始，被曝反腐案件的互联网公司数量、腐败舞弊案件总数量和涉事人数均呈现爆发式增长，2019年全年互联网行业共曝出超过190起腐败案件，涉及18家互联网企业，超过400位员工被开除或移送司法机关调查。[39]同时，随着聚合支付规模的不断扩大，许多第四方网络支付平台也成为为电信诈骗、网络赌博的洗钱黑地。2020年11月，仅我国湖北警方破获的一起通过第四方网络支付平台进行洗钱的案件，涉案数额就超过43亿元人民币，[40]除此之外，涉案超亿元案件的新闻不断被爆出[41]。当下，通过隐秘性强、资金流动更加便捷的互联网金融支付平台进行洗钱已成为犯罪活动中的显著特点。

海外互联网企业腐败情况同样面临许多严峻挑战。亚马逊曾面临内部员工腐败危机，平台卖家向亚马逊员工行贿，以获取内部销售数据或删除负面评论，中国区腐败情况尤为突出。[42]印度最大的移动支付和电商平台Paytm Mall员工也于2019年接受法证审计，证实确实存在员工利用公司资源牟取个人利益的腐败情况。[43]

经合组织指出，贿赂和腐败是阻碍投资的主要因素。[44]的确，是否存在腐败情况是判断商业环境好坏的关键因素之一，腐败会增加无法预见的营商成本，妨碍企业在公平竞争的环境下经营。

互联网企业基于网络空间的无界性和世界范围内对互联网产品的巨大需求，以及在短时间内急剧扩张企业经营规模、提升企业获利效益而拓展企业流量的需要，很容易走出国门、踏进海外市场，被世界所知悉。因此，互联网企业的品牌信用度和企业形象对国家整体形象和营商环境至关重要。如果我国互联网企业长期被爆出腐败、洗钱丑闻，国际社会对我国营商环境的信心必然下降，不仅不利于吸引外资，还会对我国在国际舞台上的法治话语权造成不利影响。

（三）普通企业反腐败反洗钱合规的镜鉴

目前，我国虽已相继颁布GB/T 35770-2017《合规管理体系指南》国家标准、《中央企业合规

[39] 南方都市报.2020上半年互联网企业反腐报告[EB/OL]. https://dy.163.com/article/FNBV6ISK0519R487.html, 2020-9-25.

[40] 中国新闻网.为境外电诈团伙“洗钱”43亿 湖北警方侦破特大非法经营案[EB/OL]. https://www.chinanews.com/sh/2020/11-20/9343477.shtml, 2020-11-20.

[41] 海峡导报.“第四方支付平台”洗钱1.8亿[EB/OL]. http://k.sina.com.cn/article_2729129850_a2ab377a02000vlvi.html, 2020-12-10; 新浪财经.涉案金额14亿 两起案件牵出第四方支付平台洗钱黑幕[EB/OL]. https://baijiahao.baidu.com/s?id=1666744782903850182&wfr=spider&for=pc, 2020-5-17.

[42] 极客公园.亚马逊内部滋生腐败丑闻，但这或许是所有电商平台都需要面对的难题[EB/OL]. http://www.geekpark.net/news/233018, 2018-9-18; The Evrge: *Amazon is investigating claims that employees deleted reviews and sold sales data to sellers*[EB/OL]. https://www.theverge.com/2018/9/16/17867358/amazon-investigation-employee-seller-bribery-internal-data-deleting-negative-reviews, 2018-9-16.

[43] 竺道.Paytm Mall腐败问题浮出水面！安永正对其进行法证审计[EB/OL]. https://baijiahao.baidu.com/s?id=1633174555796664189&wfr=spider&for=pc, 2019-5-11.

[44] OECD. *Practices to Strengthen Business Integrity In the MENA Region*[EB/OL]. www.oecd.org/mena/competitiveness/PracticesBusinessIntegrity.pdf.

管理指引（试行）》和《企业境外经营合规管理指引》，但针对互联网企业或单独就企业反腐败领域的具体合规指引尚无。针对企业反腐败领域，有必要出台具体的合规指引办法，或者在现有合规指引办法中专章设定对互联网企业反腐败反洗钱合规的指引，必然效果更佳。

在企业内部，互联网公司已纷纷开始在制定反腐败反洗钱的相关规定，并设立专门的合规部门，以监督规定落实，避免员工出现违法违规的行为。据南都商业数据新闻部发布的《2019 年互联网企业反腐风暴》报告显示，在被调查的 31 家互联网公司中，有六成以上的企业在规章制度中涉及反腐败舞弊行为的内容，七成以上的企业设置了反腐相关职能部门。[45]

同时，互联网企业也致力于加强合规部门与企业内部其他部门的联系，实现互联互通，发挥真正的治理效能。小米风控部门已经开始打造其“灯塔体系”，将审计平台、监督平台和合规平台连接起来，真正为企业提供赋能和服务。[46]凤凰网在董事会及高管层的带领下，搭建风险管理“三道线”预警防线，一是平衡“二道线”的财务、法务及内控职能，实现信息共享，二是联合“一道线”业务部门、“三道线”审计部门，形成合力，全方位防控犯罪风险。[47]联想集团在监事会下成立调查监视委员会（IOC），将审计、人力、合规、安全监察部（ICAC）联合起来，同时安全监察部还受董事会双重领导，保证了安全监察部的独立性。[48]

在发现自己企业内部存在违法违规情况时，企业往往都能够及时反映、作出应对。一方面，依据内部规章对相关员工作出警告、开除或永不录用的处罚，对于涉嫌违法犯罪的员工移送司法机关；另一方面，向企业内部和外部进行信息通报，不仅在企业内部信息公布系统将相关违法违规情况予以公告，还通过对外发布信息的方式向社会公布企业内部治理情况和不合作企业名单，如美团制定了《告合作伙伴书——美团廉洁合作五知道》、拼多多制定了《廉政白皮书》、“廉洁京东”公众号发布了《京东集团反腐败公告》、“阳光腾讯”发布了《腾讯集团反舞弊通报》等。互联网企业还积极行动，带动同类企业加强行业自律，实现失信信息共享，共筑诚信经营、廉洁透明的从业环境。如 2017 年成立的被称为“互联网企业版联合国反腐败公约组织”的“阳光诚信联盟”，就专门着力提高互联网企业的合规观念，携手应对互联网企业频繁出现的内部腐败问题，目前已有数百家企业成为联盟成员，联盟内部通过实现失信人员和失信企业的信息共享等举措，集各方之力致力于打造阳光透明的互联网企业发展环境。

四、互联网企业反腐败反洗钱合规机制的建构路径

（一）发挥 G20 平台优势，构筑双多边体系的共治之路

为共同应对国际金融危机、维护世界经济稳定，二十国集团领导人第一次峰会于 2008 年举行，截至目前已连续举行 16 次峰会，成员国构成兼顾了发达国家和发展中国家以及不同地域利益平衡，已成为当今全球经济和金融议程中首屈一指的国际对话机制。[49]特别是在反腐败国际合作领域，达成了多项共识，取得了丰硕成果，形成了 G20 反腐败行动计划、《二十国集团反腐败追逃追赃高级原则》《二十国集团刑事司法协助高级原则》、G20 资产返还相关原则，以及其他 G20 领导人峰会

[45] 南方都市报.90%风险都来自第三方！商业贿赂高发，7 成互联网公司设合规部[EB/OL]. https://www. sohu. com/a/337360863_161795, 2019-8-29.

[46] 大京网.2020 互联网企业廉洁合规高峰论坛成功举办 AI 和大数据反腐成为论坛亮点[EB/OL]. http://news. hexun. com/2020-09-29/202164058. html, 2020-9-29.

[47] 胡昭华(凤凰网风控合规部). 有效利用合规体系预防企业刑事犯罪. 民营经济保护刑事法治论坛. 北京. 2020-11-28.

[48] 王庆伟（联想安全监察部）. 刑事合规与企业犯罪刑事案件处理. 民营经济保护刑事法治论坛. 北京. 2020-11-28.

[49] 刘怡然，鲁金博. 富有生命力的二十国集团机制[EB/OL]. http://www. xinhuanet. com//world/2013-09/04/c_117222577. htm, 2013-09-04.

成果文件，为构建全球反腐败合作体系、织密全球反腐败合作领域提供了许多思路和方法，包括加强司法互助、返还腐败资产、拒绝为腐败官员提供避罪港、提高公共机构和私营部门的廉洁性和透明度等内容，同时还要求各成员国遵守联合国反腐败等一系列国际公约打击跨国商业贿赂的精神，以实现对腐败行为的预防和打击的一贯理念和做法。[50]

当前全球经济命运共同体构建趋势逆全球化问题突出，全球性国际组织与条约的力量不断被削弱。G20 成员国既包含美国、英国等老牌经济发达国家，也有像中国这样的发展中国家，各国发展差异巨大，彼此核心利益追求也有很大不同，打击互联网企业腐败和洗钱行为固然需要全球性机制，但也不可忽视构筑包括二十国在内的双多边共建机制对保障互联网经济健康快速发展、繁荣全球经济和世界安全的重要意义。

表面上看，双边和多边机制是对全球性机制的阻碍甚至瓦解，直接对冲“逆全球化”。然而在互联网企业蓬勃发展、国际业务急速扩张的现状下，亟待推进反腐败、反洗钱在互联网企业领域的国际合作，短时间内全球机制难以建立，在这样的情况下以双多边合作机制为切入点，逐步发展为全球合作机制是可行的。双边体系可以为全球合作提供经验素材与制度路径，善用双边经验、促进双边合作是打通全球治理的基础，双边关系对于消解体系困境而言也甚为重要。[51]中国应利用自身优势，同与自身关系密切的国家开展合作，共享彼此在互联网企业腐败、洗钱治理领域的先进经验，梳理形成具有可操作性的双多边合作文件，在此基础上同世界各国共享治理经验成果。

（二）发挥外部监管和内部监管的协同共治作用

互联网企业之所以能蓬勃发展与每一家企业所处的国内外形势具有密切关系，尤其是监管机关如何与企业共同发力，在支持互联网企业健康稳定发展的同时，也能确保反腐败反洗钱领域的合规，这成了至关重要的问题，正如华为公司创始人任正非所言，唯一能阻挡公司前进的，就是内部腐败。[52]

互联网企业要扎实做好自身的反腐败反洗钱合规建设，织密自身防控网。第一，在企业内部设立反腐败反洗钱监测部门，在内控方面提高风险防患意识。例如阿里巴巴集团成立了廉政合规部，受理任何有关阿里巴巴集团商业行为准则的问题和集团员工涉嫌作出不道德或不合法行为的可疑事件，[53]京东成立“内控合规部”并在 2017 年倡导共同成立的企业反腐联盟——阳光诚信联盟，[54]美团成立了“重案六组”，百度集团成立了“职业道德委员会”，字节跳动集团成立了“企业纪律与职业道德委员会”，滴滴出行集团成立了“风控合规部”等。这些企业的内设机构专司其职，为净化企业内部发展环境持续发力[55]，其重要性不言而喻。而对于大多数非互联网企业巨头的中小型企业来说，很多公司都没有完善的反腐败反洗钱合规部门和专职人员的配备，也没有投入相关的资金和技术支持。即便有了完备的体系建设，不能止步于此，还要在公司架构和治理体系环节形成相互制衡，分散管理者手中的权力，避免出现企业反腐者腐败的行为；第二，在互联网企业内部推出反腐败反洗钱制度性规范，划定职业违规行为界限。例如阿里巴巴出台了《商业行为准则》，京东颁布了《京东集团反腐败条例》，美团制定了《阳光职场行为规范》和《避免利益冲突制度》，都从事前约定的规范性角度为腐败行为亮起警灯；第三，要优化内部举报制度，提升“吹哨人”履职尽

[50] 赵卿. 刑法论丛(2017 年第 2 卷)[M]. 法律出版社:北京, 2017:509.
[51] 蔡高强, 焦园博. 论联合国框架下网络犯罪国际治理的中国立场[J]. 中央民族大学学报(哲学社会科学版), 2019, 2:130.
[52] 邹太平. 反腐败，互联网行业面对的一场“大考”[N]. 中国纪检监察报, 2019-08-06(4).
[53] 参见阿里巴巴集团官网介绍：https://www. alibabagroup. com/cn/about/integrity
[54] 卢云龙. 联手检察院 京东“唱响”民企反腐“强音”[N]. 信息时报, 2018-05-18(B03).
[55] 姚赟，刘东越. 百度反腐 9 年处理 119 人，互联网大厂的“锦衣卫”[EB/OL]. https://mp. weixin. qq. com/s/Wk7DG8UmJkAHn_Hl1zG-jA, 2020-04-22.

责的积极主动性，为腐败洗钱行为的举报者创造敢说、敢做、无后顾之忧的环境。京东集团就专门制定《举报人保护和奖励制度》，滴滴集团在公司内部颁布了《廉正行为奖励方案》，给予举报贪腐行为和拒绝收受贿赂的员工高达 10 万元的奖金[56]；第四，将反腐败反洗钱的企业治理思路融入企业文化，加大对互联网企业员工的思想引导，营造不敢腐、不能腐、不想腐的有效机制，坚定对企业腐败行为“零容忍”的态度。加强企业员工职业道德教育，定期向公司内部或向社会通报企业反腐败报告，既能震慑腐败和洗钱行为分子，也能向社会各界昭示企业反腐败反洗钱合规建设的决心与成效，还能获取互联网企业合作商的信任。

各国监管机关对互联网企业的监督也发挥着至关重要的作用，必须将持续监管作为加强互联网企业反腐败反洗钱合规建设的重要保障。第一，要提高服务互联网企业发展的主动意识，做到企业有所呼、监管机关有所应。对于我们国家来说，法院、检察院、公安、市场监管、网信等监管部门要组建宣传团队，开设互联网企业反腐败反洗钱大讲堂，针对互联网企业普遍关心和存在较大潜在风险的投融资、商品采购、数据安全、知识产权保护等领域的法律及经营风险点，着力开展“预防为先”的帮扶活动。适时组织互联网企业经营者、员工代表观摩相关案件庭审及公开听证等活动，也要注重听取互联网企业所提出的诉求，通过生动的以案释法及畅通的诉求表达渠道，营造互联网企业犯罪预防的良好环境。对于互联网企业自己发现的违法线索，公安机关应及时介入侦办案件，确保证据固定不延迟、证据准确不流失，及时移送案件，及时侦办案件；第二，贯通互联网企业与监管机关的传统隔阂，防止互联网企业内部员工利用企业内部腐败行为的封闭性而逃离监管，滋生腐败。各国监管机关和司法机关可以考虑在规模较大或影响力较大的互联网企业派驻企业反腐败反洗钱合规服务专员，与企业内设的反腐败反洗钱部门联动，及时发现和解决潜在风险，在案件发生后也能第一时间做好衔接处理；第三，对曾经出现过商业贿赂的互联网企业要加强引导，用持续监管的治理思路代替一罚了之的惯常做法，利用 G20 平台，在该框架下交换商业监管信息，防止出现多重处罚，避免因过度处罚而使企业走上难以继续经营的道路。

（三）谨防互联网企业因垄断而发展失序，操控企业监管规则

当互联网企业发展到一定规模，在特定的领域占据主导地位时，极易引发垄断行为，不仅限制其他同类企业的竞争，也阻碍其他企业实施创新，更助长了企业内外腐败和洗钱行为的运作。近年来，全球掀起反垄断大潮，数据显示，自 2017 年至 2020 年 8 月 10 日，谷歌、亚马逊、苹果和脸书在全球范围内共遭遇了 17 个国家和地区的反垄断调查及纠纷，共达 84 起。[57]其中，美国和欧盟分别对上述四家跨国互联网企业发起 21 起和 19 起反垄断调查。除此之外，G20 成员国中的澳大利亚、韩国、日本、土耳其、印度等国家也不断加强对互联网企业的反垄断调查。[58]2020 年 12 月 14 日，中国国家市场监管总局依据《反垄断法》对阿里巴巴投资、阅文集团、丰巢网络 3 家企业未依法申报违法实施集中案分别处以 50 万元罚款的行政处罚，[59]十天后的 12 月 24 日，市场监管总局根据举报，在前期核查研究的基础上，对阿里巴巴集团实施“二选一”等涉嫌垄断行为立案调查，[60]都引发了社会广泛关注。当下，新冠肺炎疫情在全球大流行，加剧了全球不平等现象，互联网企业几乎覆盖各国公民生活的全部，加大对互联网企业反垄断行为的预防和打击，才能有力清除滋生

[56] 同注[54]。

[57] 杨月涵. 美欧齐动手 FAAG 腹背受敌[N]. 北京商报, 2020-12-16(8).

[58] 因谷歌在广告市场上实施不正当竞争，土耳其反垄断监管机构于 2020 年 11 月 13 日对谷歌开出 1.967 亿里拉(约合 2560 万美元)的罚单。印度反垄断监管机构也于 11 月 10 日宣布对谷歌展开反垄断调查。

[59] 蒋佩芳. 阿里、阅文、丰巢被罚，互联网反垄断强监管来了[N]. 国际金融报, 2020-12-21(3).

[60] 余超. 加强反垄断监管是为了更好发展[EB/OL]. http://www.xinhuanet.com/fortune/2020-12/24/c_1126900579.htm, 2020-12-24.

腐败与洗钱行为的土壤。

互联网巨头公司为了自身快速发展，制定了许多本企业的规则、制度，有些内容因各国法律缺位或监管不力而直接对冲法律法规和国际规则，互联网企业的用户、供货商、合作商、入驻商家无一例外都要受到互联网企业规则的约束。特别是，近年来一些互联网企业为了激励企业高管和普通员工开拓市场、实施创新、提高业绩，通过赋权等方式无形中纵容他们操纵市场，实施腐败行为，这不仅不利于企业自身发展，也偏离了监管机关的监管路线。就比如在互联网电商平台内，如何认定入驻商家的违规行为，以及如何进行处罚、处罚程度如何弹性屈伸，这些规则很多都不在监管机关备案，也不由监管机关审查，这便给相关负责人员提供了巨大寻租空间，使平台商家通过利益输送的方式换取减轻、免除平台处罚的结果。

（四）强化反腐败反洗钱刑事合规建设

反腐败反洗钱刑事合规是一项亟待与企业发展密切融合的工作，近年来在全球逐渐兴起，特别是一些国际和地区公约中关于企业刑事合规和如何进行犯罪预防的指引日益精细，很多国家纷纷确立预防性刑事合规机制。对于我国来说，在世界逆全球化趋势增强、全球市场萎缩、保护主义盛行的国际背景下，很多互联网企业经营者仍未将刑事合规放置在企业发展的重要位置，刑事合规意识普遍比较薄弱，特别是具有跨国业务的互联网企业要想在国际经营中实现更好发展，就需要顺应国际潮流，补足刑事合规制度不健全的情况。

第一，对实施侵害企业管理秩序、利用手中职权或公司漏洞实施腐败行为的员工露头就打，绝不姑息，为企业发展营造良好环境。当企业内部出现这样的行为，对于初犯者，通过内部通报、降薪换岗、停职反省等合理化方式进行处罚，对于多次再犯或者单次数额巨大、影响恶劣，构成犯罪的企业员工要及时与司法部门对接，移送证据材料，并通过互联网企业信息共享机制将其拉入“黑名单”，使实施腐败行为而被辞退的员工丧失再入职互联网企业的机会。

第二，为预防违法违规的互联网企业再次出现腐败和洗钱行为，可以引入企业合规监察官制度。如果互联网企业存在腐败或洗钱行为，并且该企业的行为已经达到行政处罚，行政监管机关可以对互联网企业进行罚款处罚，如果达到了刑事起诉标准，司法机关可以对互联网企业施以一定的合规整改期，也有学者称为合规考验期、合规考察期，在该期间内如果企业整改到位，撤除了腐败和洗钱风险，就不再对该企业进行起诉，在整改期内可同期协商派驻合规监察官，以监督该企业在整改期内遵守相关法律法规、提升合规治理水平的情况，在整改期结束后可以依互联网企业意愿继续派驻，形成完善的合规治理体系。

第三，本着对互联网企业宽容厚爱、审慎谦抑的原则实施行使司法手段。准确把握互联网企业涉罪案件宽严尺度，当轻则轻、该重则重，在不违反罪刑法定的刑法基本原则前提下，适用相对宽缓的措施进行对待，切实做到不偏不倚、不枉不纵。对于互联网单位犯罪案件，不该封的账号、财产一律不能封，不该采取强制措施的一律不采取，对于社会危害性不大、认罪认罚的互联网企业涉罪案件，切实做到可捕可不捕的不捕、可诉可不诉的不诉、可羁押可不羁押的不羁押、可判实刑也可判缓刑的就尽可能适用更低的刑罚，用全面关怀呵护的理念保障互联网企业平稳运营，保障互联网企业经营者专心创业、放心投资、安心经营。[61]

[61] 乔文心.“让企业家专心创业、放心投资、安心经营”[N].人民法院报,2020-08-01(1).

疫苗全球共享与公平分配的正当性基础：全球正义

王欣怡[*]　中南大学法学院

摘要：重大公共危机背后，由于国家利益至上制约共享意愿与公平分配，国际卫生法治失灵导致“监管”缺失，在疫苗分配问题上，“公地悲剧”变得可能。在此困境下，证成疫苗全球共享与公平分配的正当性需要从既有的当代世界主义观念、矫正正义理论、国家利益理念以及马克思主义理论对这一问题展开解读，进而确证全球正义理论在适用上的正当性，并从可接受性、全面性、包容性、可能的负面影响四方面论证该理论的可行性。作为全球正义理论的具象表达，国家义务在与权利、责任模式的比较中规定更明确、可实践性更强，可以作为全球正义理论可行性的保障。现实中，这种国家义务体现为国家保护健康权的人权义务、国际社会协同治理的合作义务以及发达国家对发展中国家的援助义务。

关键词：疫苗公平分配;正当性基础;全球正义;国家义务

2020 年新冠疫情在全球爆发，世界各国面临严峻挑战。2021 年 4 月 23 日，世界卫生组织第二轮调查显示，与 2020 年夏季进行首次调查相比，COVID-19 给全球带来的破坏没有重大变化，全球 90％国家的基本医疗服务仍旧受到疫情的冲击。[1]作为医学防御的必要手段，新冠肺炎疫苗的研发、分配和使用受到世界人民的广泛关注。伴随着“新冠疫苗实施计划”（COVAX 机制）中预期效果与实际报告的较大偏差，全球范围内不断形成的“疫苗鸿沟”，难免让人担忧疫苗有限的生产能力与庞大的国际需求、本国利益优先与公平正义分配以及知识产权保护与全球健康保障之间的种种紧张关系。作为生产能力有限的公共产品，疫苗的分配、使用很容易落入生态学家加勒特·哈丁（Garrett Hardin）所说的“公地悲剧”。面对向所有人开放的共享资源，每一个“牧羊人”在利益衡量下都在放牧更多的“羊群”，而对“公地”的过度使用，最终导致资源的枯竭，悲剧由此产生。哈丁写道：“每个人都在一个相信公地自由的社会中追求自己的最大利益，毁灭将是所有人的最终归宿。”[2]如果高等收入国家和中上等收入国家不愿在财政上支持 COVAX 机制，或者这些国家为确保自己获得充足的剂量在全球范围内不负责任地进行双边交易，而不扩大全球供应基础，那么 COVID-19 疫苗的分配和使用就会引发悲剧。[3]那么，我们如何看待当下全球疫苗分配困局？如何剖析疫苗全球共享与公平分配的正当性？这种正当性又何以在疫苗公平分配中成为可能？

一、私利至上与监管缺失：潜在“公地悲剧”的现实困境

（一）国家利益至上制约共享意愿与公平分配

随着全球推出 COVID-19 疫苗，公平部署成为焦点问题。为加快 COVID-19 疫苗的开发和生产，并确保世界上每个国家都能公平、公正地获得疫苗，由疫苗联盟（Gavi）、流行病防范创新联盟（CEPI）和世界卫生组织（WHO）共同领导的 COVAX 机制开始发挥作用。但与该机制的预期安排相矛盾的地方在于，“即使一切都按计划进行，仅仅依靠 COVAX 获取疫苗的

---

[*] **[作者简介]** 王欣怡，中南大学法学院国际法专业博士研究生，中南大学人权研究中心助理。
本文尚在修改中，尚未发表。

[1] COVID-19 continues to disrupt essential health services in 90% of countries. World Health Organization. (2021-04-23).
https://www.who.int/news/item/23-04-2021-covid-19-continues-to-disrupt-essential-health-services-in-90-of-countries.[访问日期：2021 年 4 月 27 日].

[2] Garrett Hardin. The Tragedy of the Commons[J]. Science, Vol. 162, Issue 3859, 1968:1243-1248.

[3] McAdams David et al. Incentivising wealthy nations to participate in the COVID-19 Vaccine Global Access Facility (COVAX): a game theory perspective[J]. BMJ Global Health, 2020, 5(11)

国家也无法期望为超过 20%的人口接种疫苗。只要疫苗的供应仍然受到限制，大多数中低收入国家就很难启动那种像发达国家日益发展的大规模疫苗接种计划。”[4]诸如在政治层面，COVAX 完全没有能力解决对其任务造成的许多最紧迫的威胁。[5]这些问题本质上都是西方国家利益至上理念的概括和表现，具体表现为制约重大突发公共卫生事件时疫苗全球共享与公平分配的国家主义观念、私权保护原则和经济市场逻辑。

国家主义将国家本身作为行为的目的，将国家理性、权力争夺、利益博弈通过对现代国家主权的理解而渗透在对公共卫生产品的认识中。以全球为参照系，国家主义在主权国家与人类共同体的对比选择中更加偏向前者。简·阿尔特·斯科尔特(Jan Aart Scholte)指出，在国家主义的情形下，所有规则的制定、实施、监测和执行都或多或少地直接通过国家和国家间关系进行；在国家主义治理模式中，宏观—区域和全球监管机制的规模很小，如果存在的话也在一定程度上受到国家的控制；在国家主义的对外关系中，地方政府缺乏直接与本国以外的更广阔世界接触的实质可能性。简言之，国家主义意味着治理的任何意图和目的都可简化为国家。[6]从其观念来讲，国家主义可以轻易潜入全球疫苗分配的场域。一方面，国家主义与全球主义之间存在紧张关系，在疫苗的自我满足与共享的选择上，更多地将国家作为目的本身。从这点来说，国家主义观念与国际关系中的现实主义理论在内在逻辑层面本质上是相同的。[7]根据联合国数据，截止 2021 年 2 月 10 日，全球已经注射了 1.28 亿剂的疫苗，其中超过四分之三的接种集中在占全球 GDP60%的 10 个国家，仍有 130 个国家 25 亿人口尚未收到一剂疫苗。[8]这些数据清晰展示的富裕国家对国家理性的信奉以及他们对国家权力和利益的最大化的追求。另一方面，国家主义关注主权独立，追求和维护国家在国际事务与国际关系中的政治权威，推崇权力与利益争夺，拒斥对话、合作，损害人类共同利益。疫情发生以来，许多高收入国家政府枉顾人类共同利益，绕过 COVAX 机制，独立与疫苗生产商之间达成的许多双边协议，一定程度上威胁着剂量的供应。[9]同时，高收入国家基于自身考量在 COVAX 投入大量资金“争夺”疫苗，而他们购买的疫苗远远超出了其可能使用的范围。例如，加拿大已为每个成年人保证接种 11 剂疫苗；欧盟订购的所有 COVID-19 疫苗能够覆盖两倍于其规模的人口；美国同样如此。[10]当前，国际社会在疫苗共享和公平分配上所展现出的不团结令人震惊，似乎人们正在走向“公地悲剧”。

私权保护与公共责任观念在知识产权问题上产生冲突。私权保护原则在西方法治体系中处于基础性地位，其中最重要的是对公民人格权和财产权的保护。在黑格尔看来，人格与物格内在地联系在一起，二者之间的关系揭示出个人与他人各自在社会中的地位及其发展的必

[4] Talha Khan Burki. Challenges in the rollout of COVID-19 vaccines worldwide[J]. The Lancet Respiratory Medicine, Vol. 9, Issue 4, 2021:42-43.

[5] The Lancet. Access to COVID-19 vaccines: looking beyond COVAX[J]. The Lancet, Vol. 397, Issue 10278, 2021:941.

[6] Jan Aart Scholte. Globalization: A Critical Introduction[M]. London and New York: Palgrave Macmillan, 2005:186.

[7] 蔡拓. 全球主义观照下的国家主义——全球化时代的理论与价值选择[J]. 世界经济与政治, 2020(10):4-29.

[8] In the COVID-19 vaccine race, we either win together or lose together. https://www.who.int/news/item/10-02-2021-in-the-covid-19-vaccine-race-we-either-win-together-or-lose-together.[访问时间：2021 年 4 月 27 日]

[9] The Lancet. Access to COVID-19 vaccines: looking beyond COVAX[J]. The Lancet, Vol. 397, Issue 10278, 2021:941.

[10] The Lancet. Access to COVID-19 vaccines: looking beyond COVAX[J]. The Lancet, Vol. 397, Issue 10278, 2021:941.

然性，并表达了个人对社会整体化的需要。[11]私权的神圣不可侵犯，并不意味着要以舍弃社会公共责任为代价。[12]当应对突发公共卫生事件时，私权保护与公共责任观念在知识产权问题上的博弈尤为突出。从现实需要来看，预防环节的疫苗的组成成分、生产技术，疫情的传染模式、地理分布；诊断环节的测试工具和医疗设备，诊断数据的智能分析；治疗环节的药物技术、治疗方法，治疗效果的统计分析和优秀经验，这些都将对疫情防控起到关键作用，可以将其作为公共责任来进行考量。对知识产权保护来说，这一过程将主要涉及两个主体的不同“私权”。其一，创造者。每一项高效的技术背后都凝结着专家学者、技术人员、一线工作者等的智慧成果，法律赋予创造者们专利以保障其正当权利。其二，生产者（主要是企业）。当知识产权转化为专利产品，生产者将成为直接受益者（如财产、声誉、地位），对于享有专有使用权的企业来说，它们甚至可以形成垄断。因此，当以上两方主体的权益受到来自公共责任的限制时，冲突便由此产生。2020 年 10 月，印度和南非曾联系世贸组织，要求它暂时放弃《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）中部分涉及专利、工业设计、版权和保密信息保护等权利，以确保各国“及时获得负担得起的医疗产品，包括疫苗和药物，或扩大对抗击新冠病毒至关重要的医疗产品的研发、生产和供应”。然而，这一提议就遭到了美国、英国和欧盟等发达国家的强烈反对。2020 年 11 月 20 日，富裕国家重申反对印度和南非之前的提案，即暂时放弃针对新冠药物的知识产权规则。一名与会代表批评：“如果富裕国家更喜欢利润而不是生命，他们会通过把它（提案）束缚在技术层面上来扼杀它。”[13]有学者指出，在新冠肺炎疫情的背景下，当代知识产权制度暴露出“紧急事件应对不足”“泛政治化加剧”“全球疫苗正义”以及“进一步碎片化”四大危机。[14]除自身制度缺陷之外，这些知识产权问题反映出私权、利益至上与公共责任担当之间的矛盾与冲突，潜在的激化“公地悲剧”。

经济市场逻辑的指向与人权保障的目标相悖，这阻碍着共享意愿和公平分配的实现。经济市场逻辑伴随西方资本主义经济发展而产生，具有追逐利益的本性。马克思在《资本论》已经揭示出资本的本质：害怕没有利润或利润太少，……有 50%的利润，它就铤而走险；为了 100%的利润它就敢践踏一切人间法律；有 300%的利润它就敢犯任何罪行，甚至冒绞首的危险。[15]在重大突发公共卫生危机面前，经济市场逻辑和资本的运作规律同样适用：有人愿意为弱势群体发声呼吁，为低收入国家提供支援，愿意维护人类共同利益；同样也有人借国际舆论抹黑他人，大开空头支票，专注自身利益。截至 2021 年 3 月 21 日，在 4.47 亿部署的 COVID-19 疫苗中，有 78％仅在十个国家中。在 2022 年之前，全球将近四分之一的人口可能无法获得这些疫苗。[16]在获得疫苗和疗法上的不平等现象反映了更广泛的医疗卫生保健上的不平等，其根源在于结构性不平等，这使某些人群比其他人群面临更大的风险。[17]在 COVID-19 疫苗问世之前，这一问题就已经引起人们的注意。2020 年 11 月，联合国人权专家就呼吁制药公司“避免通过援引知识产权和优先考虑经济利益而对生命和健康权造成不利影

[11] 林喆. 黑格尔的法权哲学[M]. 复旦大学出版社, 1999:267-283.
[12] 林喆. 论私权保护和公共责任观念的建立[J]. 政治与法律, 2001(06):14-18.
[13] 暂时豁免新冠疫苗知识产权？他们已经在 WTO 吵了五个月. 观察者网. (2021-03-04)https://m. guancha. cn/internation/2021_03_04_583019. shtml.[访问日期：2021 年 4 月 28 日]
[14] 董涛. 新冠疫情下知识产权的危机与未来[J]. 知识产权, 2020(11):16-29.
[15] 马克思. 资本论（第一卷）[M]. 北京:人民出版社, 1975:829.
[16] 【国际锐评】全球疫苗分配不应沦为“丛林法则”的牺牲品. 国际在线. https://www. sohu. com/a/456224569_115239.[访问日期：2021 年 4 月 27 日]
[17] Chris Beyrer, Pascale Allotey, et al. . Human rights and fair access to COVID-19 vaccines: the International AIDS Society–Lancet Commission on Health and Human Rights[J]. The Lancet, Vol. 397, Issue 10284, 2021:1524-1527.

响或助长其不利影响”。[18]经济市场逻辑与人权的对立现已表现出来，有几位学者通过构建数据库的方式分析了公共卫生和人权领域的媒体报道，他们发现，实施封锁措施后不同国家人民的生命权、人身自由和安全权、健康、工作和教育受到影响的程度和方式不同，并且对包括妇女和少数群体在内的特定群体的人权产生了不成比例的影响。[19]对当下的全球危机来说，经济市场逻辑将导致富国与中低收入国家之间产生越来越大的“疫苗鸿沟”，人权难以保障，欠发达地区人民的生命被当作进行经济利益衡量的工具，“公地悲剧”将首先在最不发达国家上演。然而，人性的自私或不足只是“公地悲剧”一个必要条件，在利益至上之外，监管的缺失是另一个导致悲剧发生的必要条件。

（二）国际卫生法治失灵导致“监管”缺失

国际卫生法治的失灵涉及法治调控主体、规制制度、规范效力等多方面问题，这些问题共同导致了国际法治在疫苗共享问题上规制、监督、追责的失灵，这些失灵使得“自由社会”里的个体行为难以受到严格、有效的监管，最终就可能引发“公地悲剧”。

世界卫生组织（WHO）体系僵化、失灵，没有充分履行制定国际卫生法规的职责。WHO在应对重大突发传染病时凸显出组织、号召力不强，决策、约束力有限，泛政治化等问题。一方面，WHO 与会员国之间的合作不够充分，在面对紧急问题时，难以形成合力。这就导致了在重大公共卫生问题上 WHO 不可避免地出现领导力不足，组织、号召力不强的问题。[20]在 WHO 体系内部，会员国与 WHO 的关系并不紧密，在很多问题上存在利益博弈。在资金、预算领域，WHO 的资金来源只有评定会费和资源捐献，难以在重大问题上获得足够的财务支撑。例如，2016 年第 69 届世界卫生大会就世界卫生组织应急机制改革达成一致，决定制定世界卫生组织“突发卫生事件规划（WHO Health Emergencies Program）”，希望在传统技术和规范作用之外，加强 WHO 在疫情和人道主义紧急情况中的运行能力，但该规划执行组织却长期资金不足，得不到会员国的有效支持。[21]在信息技术合作方面，WHO 与会员国之间也存在“隔阂”，目前仍然没有一个统一的让公共卫生机构和服务机构直接向世界卫生组织传送信息的公共卫生报告机制。[22]世界卫生组织总干事谭德赛曾指出，“一些高收入国家在与世界卫生组织分享重要数据方面远远落后，我不认为这是因为他们缺乏能力”。[23]此外，WHO 缺乏应对突发公共卫生事件的资源保障机制，在措施执行中困难重重，没有有效的数据监控框架，难以及时掌握国家或区域的疫情变动情况。这些都制约着 WHO 职能的实现，进而引发了会员国对 WHO 领导力的质疑。另一方面，WHO 没有建立有效的决策机制，决策的约束力有限，其内部存在泛政治化的风险。WHO 的决策多通过建议、宣言、倡议、标准等形式发布给会员国，通过各国的国内治理等形式来解决实际问题，但这些方案基本上都是带有“软”规范性质，存在非强制性。WHO 既没有强制性的决策机构，其决议更没有强制约束力。作为仅有的一部关

---

[18] Office of the UN High Commissioner for Human Rights (UNOHCR). Statement by UN Human Rights Experts Universal access to vaccines is essential for prevention and containment of COVID-19 around the world. (2020-11-09). https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26484&LangID=E#:~:text=OHCHR%20%7C%20Statement%20by%20UN%20Human,COVID%2D19%20around%20the%20world*&text=To%20date%2C%20there%20have%20been,million%20deaths%20reported%20to%20WHO.[访问日期：2021年4月28日]

[19] Huffstetler Hanna E; Williams Caitlin R; Meier Benjamin M. Human rights in domestic responses to the COVID-19 pandemic: preliminary findings from a media-coverage database to track human rights violations[J]. The Lancet Global Health, Vol. 9, Issue S1, 2021:S16-S16.

[20] 刘晓红. 国际公共卫生安全全球治理的国际法之维[J]. 法学, 2020(04):19-32.

[21] 霍淑红. 人类命运共同体理念下的全球公共卫生治理[J]. 晋中学院学报, 2020, 37(04):1-4.

[22] WHO. COVID-19 Strategy Update[R]. Geneva:World Health Organization, 14 April 2020.

[23] 世卫组织点名：某些高收入国家不配合数据共享[N]. 环球时报, 2020-02-06(1).

于传染病控制的国际条约，《国际卫生条例（2005）》虽然赋予了WHO“决定”的权利，即规定总干事可以宣布某公共卫生问题是“国际关注的突发公共卫生事件”（Public Health Emergency of International Concern，简称“PHEIC”）。但在宣布之前，WHO受到来自体系内部、缔约国以及国际社会的种种限制，需要获得一致的理解，且这也是WHO在应对全球突发事件，调动全球大量财力和人力援助的唯一法律机制。[24]此外，WHO内部存在较大的行为政治化的倾向。长期以来，部分发达国家在全球卫生治理中占据主导权和话语权，影响着WHO的议题设置和行为决策，这也是现实中WHO运作失灵的重要原因。大国之间的利益博弈与战略竞争使WHO染上政治化的色彩，在资源的获取、协调能力和惩罚机制等方面受到较大限制。[25]因此，作为协调规制平台，WHO由于自身问题和外部压力，难以在疫苗分配问题上实现有效监管。

卫生法治不健全、规范碎片化与主体职能混乱能影响着制度本身的完备性、规范的协调性与制度的实效性，进而制约规制制度在调控“过度放牧”行为时的效力。第一，全球卫生法治[26]的不健全从其法律渊源上可见一斑。劳伦斯·O·戈斯廷认为：“全球卫生法是一个内容贫乏的领域;它的国际文件很少明确承诺并致力于公共卫生保护——他们大多属于世界卫生组织的规范标准框架。”[27]从1892年第7次国际卫生会议制定出的第一个生效的公约——《国际卫生公约》（International Sanitary Convention，简称“ISC”）到1951年第4届世界卫生大会通过的《国际公共卫生条例》再到2005才成功被修订的《国际卫生条例（2005）》（IHR2005），国际社会似乎在重大疫情之外并没有对卫生法治投入太多的关注。并且，作为卫生健康的保障，全球卫生法治很大一部分只有“弱”约束力，没有制定有效的制裁措施。即，治理规范大部分体现出“软法”性质。这就容易让违反规范的国家逃脱责任，难以在法治现实与刚性需求之间达成平衡。此外，当下作为主要规制文件的《国际卫生条例（2005）》自身存在较大的不完善和滞后性，难以应对全球合作和大治理的需要。第二，治理规范的碎片化使规范的协调性降低，导致卫生法治治理、监管能力的混乱。“碎片化”（Fragmentation），也叫“巴尔干化”，原指完整的东西破成诸多零块，在管理学领域指“政府内部的各种功能和专业相异的组织之间由缺乏有效沟通和协调从而产生组织间各自为营、相互孤立的现象，进而使组织无法发挥整体效应甚至导致决策失败。”[28]以此类推，治理规范的碎片化，则强调在治理规范中的不同规范之间彼此孤立、缺乏沟通的现象，进而无法实现规范之间的整体效应甚至导致治理的失败。具体到疫苗分配的监管问题上，治理规范的碎片化体现为相关法律规范之间，包括国际贸易法、国际人权法、国际卫生法等，缺乏沟通、协调，规范相互掣肘，不通约等现象，给全球卫生法治整体效果的发挥带来阻碍甚至引起混乱。这一影响具体表现为：治理依据杂乱，合作效率低下，责任承担者逃脱规制，合作权威削弱等。第三，主体职能混乱影响着治理、监管举措在实际中的执行。这种混乱指向三个方向：首先，WHO作为全球公共卫生规制与监管的核心机构，在职责履行方面受到资源不足、财政紧缺；会员不合作；体系泛政治化；决策执行性弱等问题。受多种因素影响，WHO在国际法律规范的制定上，除《国际卫生条例》《烟草控制框架公约》和《命名规则》之外便没有其他有效成果。其次，

[24] 何田田.《国际卫生条例》下的“国际关注的突发公共卫生事件”:规范分析、实施困境与治理路径[J].国际法研究,2020(04):39-52.

[25] 刘铁娃.世界卫生组织在全球卫生治理中的中心地位及其面临的挑战分析[J].太平洋学报,2021,29(02):15-28.

[26] 劳伦斯·O·戈斯廷在《全球卫生法》中提出：“全球卫生法的定义是广泛的，涵盖了该领域使命、法律渊源、关键参与者和道德基础。”在此采取狭义的概念，指全球卫生法治的法律渊源。

[27] [美]劳伦斯·O·戈斯廷.全球卫生法[M].翟宏丽,张立新译.中国政法大学出版社,2016:53.

[28] 韩保中.全惯性治理之研究[J].公共行政学报,2009,(31).

多个国际组织在公共卫生治理问题上职能重叠。诸如发展中国家在接受世界银行的贷款时会受到资金提供国的干预，在一定程度上降低卫生健康国际援助的有效性；WTO、联合国艾滋病规划署、联合国开发计划署、联合国教科文组织等在提供援助和支持时也存在自身的标准，在与 WHO 既定标准不符的情况下也会给全球卫生治理带来混乱。[29]最后，非政府组织作为非核心主体，在治理过程中的作用有限，且容易受到所在国的影响，或存在意识形态的偏向，导致治理效能的不足。总之，规制制度的不健全、内部协调性差与主体职能混乱共同制约着制度本身的监管能力，阻碍公平享受健康的目标。

法治的多重失灵进一步引发了作为“公产”的疫苗在分配上缺乏严格而有效的监管，“公地悲剧”的另一个必要条件达成，疫苗的全球共享与公平分配不可避免地陷入困境。在当下的危机中，证成疫苗全球共享与公平分配的正当性可能是破局的关键。

二、全球正义：疫苗全球共享与公平分配的理论证成

面对潜在的“公地悲剧”危机，是否存在某种理论能够凭借“一己之力”应对当下疫苗分配中的复杂问题？答案是否定的。有学者提出单一的国家主义或世界主义都不足以解决问题，但通过优势互补和两种理论的结合，解决全球正义的复杂问题便成为可能。[30]进而言之，通过多种不同理论的阐释，我们可以窥到破解“公地悲剧”潜在危机、解决全球正义复杂性的不同侧面，最终为疫苗全球共享与公平分配找到正当性基础。

（一）疫苗全球共享的理论解读

对于疫苗全球共享与公平分配是否具有正当性和应然性的问题，世界主义观念、矫正正义理论、国家利益理念、马克思主义理论等可以从不同视角做出解答。

当代世界主义观念以对人类的博爱为核心理念，从全球分配正义出发，提倡为非自由国家提供经济援助。[31]当代世界主义理论是近 40 年才开始提出的概念，批判的继承和发展了古典世界主义中“世界公民”观念以及近代世界主义中“世界主义价值”和“秩序”的构想。托马斯·博格（Thomas Pogge）认为，当代世界主义立场包含的三个要素：一是“全球正义的终极关怀单位是个人”；二是“对每一个个体的终极关怀都是平等的，与其所属的群体无关”；三是“个体彼此的终极关怀不仅限于国家同胞之间，这种特殊的地位具有全球性”。[32]查尔斯·贝茨（Charles Beitz）曾指出，“世界主义不仅被看作是一种观点，而且被认为是一种实际存在于道德和政治上的原则，可以为政策的制定提供特别的指导原则。”[33]虽有上述两位学者对当代世界主义做出界定，但严格来讲，世界主义本身尚未形成一种固定的理论或学说，学者们将其视为某种哲学观念，或政治价值，或社会理想，亦有人将其视为一种考察和分析社会问题的视角或方法论。[34]

这些对当代世界主义“存在”的认识和理解或多有差异，但在对“世界整体性”的认识层面却是相通的。这种通约性可以归结为两个方面：对人类个体的博爱、分配正义与平等。在人的观念层面，当代世界主义围绕“世界公民”的概念展开讨论，以对人类的博爱对抗歧视和偏见。世界主义的大多数定义都强调了人类被认为具有的某些特征，这些特征是承认普遍社区成员身份的基础。例如，Pauline Kleingeld 和 Eric Brown（2014）将世界主义解释

[29] 张彩霞. 传染病问题的全球治理机制及其完善[J]. 中国卫生政策研究, 2012, 5(01):62-68.
[30] Frank Aragbonfoh Abumere. Global Justice and Resource Curse:Combining Statism and Cosmopolitanism[M]. Taylor and Francis, 2021.
[31] 陈秀娟. 当代西方世界主义研究[J]. 哲学动态, 2010(02):75-81.
[32] Thomas W. Pogge. Cosmopolitanism and Sovereignty[J]. Thomas W. Pogge, 1992, 103(1).
[33] Charles Beitz. Cosmopolitanism and Global Justice[J]. The Journal of Ethics, 2005(9):11-27.
[34] 陈秀娟. 当代西方世界主义研究[J]. 哲学动态, 2010(02):75-81.

为“所有人类，无论其政治归属，（可以或应当）是一个社区的公民。”Kleingeld（1999）提出，世界主义观念认为“所有人类都有某些基本特征，这些特征将他们团结在一个超越国界并将他们指定为‘世界公民’的全球秩序中。”[35]这些界定体现着当代世界主义尊重“终极关怀”的每一个单位，无论个人所处政治经济环境如何，也无论个人的身份地位如何，当代世界主义一视同仁、没有歧视和偏见得对待每个个人。在对平等、正义的理解上，当代世界主义追求每个人在分配中权利和责任的平等，主张为非自由国家提供经济援助。与罗尔斯在《正义论》中主张的国内平等不同，当代世界主义将平等理念从国内推向国际，贝茨和博格认为，全球机构应该像自由主义的国内机构一样，从根本上平等地对待个人。平等应该是所有全球制度安排的基准，财富和收入的分配应该基于所有个人的“世界性”平等的理念。[36]当代世界主义将分配正义的范围拓展到全球，意在使其成为一种“无国界的正义”。在援助问题上，当代世界主义与罗尔斯的“援助原则”存在较大差异。罗尔斯主张不需要任何平等主义的经济再分配。他确实支持一项“援助原则”，要求更富裕的人民做到帮助那些“负担”已经达到无法满足合法治理的最低条件的人民。但是当一个负担沉重的社会实现了最低限度的目标，任何协助它的义务都将进一步停止。[37] 在当代世界主义的视角下，所有人行为的基础，以及人类社群的基础在于同等价值的理性以及每个人的人性。这种忠诚来源于全人类的道德领域，而不是基于民族、种族和阶级的特定群体。[38]因此，在当代世界主义的支持者看来，对于那些认识到全球经济制度深刻影响个体和群体发展的人来说，缺乏全球分配正义原则是令人惊讶和失望的。[39]具体到疫苗分配问题上，当代世界主义的观点虽呼应了《世界人权宣言》第一条[40]阐明的伟大设想，但在具体实践中由于将特殊与具体问题混为一谈、过于理想化而缺乏可行性。例如，贯彻完全的分配正义是否存在损害人民政治自主性的风险？当全球分配正义原则与区域政策存在分歧并产生优先性问题时，当代世界主义坚持的平等分配能否得到实现？若社会选择通过征税来帮助处境最差者时，这种平均的分配设想也会对域内人民的生活处境带来损害。[41]尽管世界主义者致力于建构完整的全球正义理论，但它倾向于一元论将均衡的准则不加区分地运用到从地方正义到全球正义，所产生的全球正义制度会更加狭隘而不那么宽容。正如有学者提出的，世界主义需要一种普遍适用的规范，以便调节与他性的交往，并以一种得到社会赞同的方式开展“争取承认的斗争”。[42]

矫正正义理论在道德和法律双重领域之下，追求“得与失之间的适度”，即当事人双方在实质正义支配下所应有的状态。术语“分配”“纠正”诞生于中世纪对亚里士多德的《尼各马科伦理学》的拉丁文翻译，尤其在托马斯·阿奎那对那本书的基本评论中。[43]亚里士多德估算不同的人在分配中所受影响的数值，并将这些结果分别称为“收益”和“损失”。他

[35] Dockstader Jason et al. Cynic cosmopolitanism[J]. European Journal of Political Theory, 2021, 20(2): 272-289.

[36] Ronald Tinnevelt, Gert Verschraegen. Between Cosmopolitan Ideals and State Sovereignty[M]. New York: Palgrave Macmillan Ltd, 2006: 25.

[37] Ronald Tinnevelt, Gert Verschraegen. Between Cosmopolitan Ideals and State Sovereignty[M]. New York: Palgrave Macmillan Ltd, 2006: 26.

[38] David Held. Cosmopolitanism Ideals and Realities by David Held[M]. Cambridge: Polity Press, 2010: 40.

[39] ALLEN BUCHANAN. Rawls's law of peoples: rules for a vanished westphalian world[J]. Ethics, 2000, 110(4): 697-721.

[40] 《世界人权宣言》第一条：“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。他们赋有理性和良心，并应以兄弟关系的精神相对待。”

[41] 马德普，龙涛. 评世界主义者对罗尔斯国际正义理论的批判[J]. 北京行政学院学报，2021(02)：104-112.

[42] 乌尔里希·贝克，章国锋. 什么是世界主义?[J]. 马克思主义与现实，2008(02)：54-57.

[43] Izhak Englard. Corrective and distributive justice: from Aristotle to modern times[M]. New York: Oxford University Press, 2009: 2.

认为，平等是多与少之间的均值，而“收益”和“损失”以相反的方式增减，追求“损失”与“收益”之间的均值的就是矫正正义。在关于正义的划分中，矫正正义与分配正义同属于个别正义（与普遍正义相对），尽管存在情形差异，这两种正义形式都在平等且严格地实施平等的思想。[44]在亚里士多德的设想中，分配正义基于不同政治制度下的不同标准，如自由[45]（民主制度）、财富或贵族身份（寡头制度）、美德（贵族制度）。[46]与这种纯粹是形式上的概念不同，一方面，矫正正义与其在平等性质上存在差异，意在恢复遭受损失的人、以他人为代价牟利的人的原有状态，这种平等不会根据政治制度而有所不同。另一方面，矫正正义解决问题的途径从道德领域迁移到法律领域。[47]在这种情景下，法律只考虑造成损害的程度，将诉讼双方视为平等主体，否认双方先前的优势是其原有权利的基础。[48]在当下社会，社会财富的初次分配是市场分配，资源分配以供需逻辑和利益博弈为中心，具有较大的偶然性和不确定性。这在很大程度上忽视了社会成员的具体存在状态，不仅存在很多财富状况、身份地位上的差异，而且也对主体享有资源的方式和状态产生差异化影响。[49]因此，矫正正义作为对实质正义“缺失”的弥补，要求对不公平造成的损失进行赔偿，不同于适用于国内安排的分配正义，纠正正义尤其适用于构筑国家间相互依赖关系的合作安排，能够在国际社会产生关键影响。[50]在疫苗全球共享和分配问题上，得者（发达国家）与失者（欠发达国家，尤其是最不发达国家）之间存在巨大的分配差异，技术科技、经济实力、国际地位的差异使得二者之间产生“疫苗鸿沟”，“疫苗囤积”和“一剂难求”的现象在不同的地区上演，实质正义正受到挑战。面对不公平现象，矫正正义理论认为，对失者进行弥补是保持“得失之间适度”的有效方式，也是恢复实质公正的最佳选择。

国家利益理念的主张始终围绕利益展开，主张在利益博弈中为国家谋取最大的利益。这种博弈不仅存在于国家与其他国际关系主体之间，还可能存在于国家自身的不同利益之间。前者的利益博弈很可能会损害其他国际关系主体利益，造成破坏分配正义的结果，而后者的博弈则存在国家基于自身国际声誉等需求愿意损失自身经济利益的可能。以 COVID-19 疫苗的分配情况为例，在疫苗研发初期，国家之间关注的重点在于本国能否研发、获得疫苗，以及在紧迫的国内疫情压力下怎样优先保障自身利益，而无论这种选择是否会对其他国家造成不利影响。这种利益的博弈纯粹以自我为中心，架构在政治争斗，经济比拼，甚至军事对决的框架之下。奉行这种理念的人们普遍相信，“追逐权力和利益是人性使然，实现权力和利益是国家目标，诉诸普世伦理道德是海市蜃楼。”[51]此外，随着国内局面得到一定的控制，国内需求的迫切性降低，国家便转而开始考虑自身其他利益需求。尤其当国际舆论导致该国国际声誉减损进而使其开始在国际领导力（或国际影响力）方面受到质疑时，这种国际压力便促使国家开始考虑外部利益。在这种情况下，如果国家意识到与争取外部利益（如领导力、国际影响力、国际声誉等）相比，继续采取国内措施给自身带来的整体利益更少，国家就可

[44] 戴婧. 论分配正义与矫正正义思想对社会法的影响[J]. 福建政法管理干部学院学报, 2008, 10(02):65-68.
[45] “值得注意的是，亚里斯多德在这里将民主确定为具有自由价值，而在他的政治学中，他发现民主建立在所有公民的绝对平等之上，因此建立了基于数字平等的分配正义。”
[46] Izhak Englard. Corrective and distributive justice:from Aristotle to modern times[M]. New York:Oxford University Press, 2009:6.
[47] 傅鹤鸣. 亚里士多德矫正正义观的现代诠释[J]. 兰州学刊, 2003(06):55-57.
[48] Izhak Englard. Corrective and distributive justice:from Aristotle to modern times[M]. New York:Oxford University Press, 2009:6-8.
[49] 高兆明. 分配正义的两个考察维度[J]. 南京师大学报(社会科学版), 2010(01):5-15.
[50] Pavlos Eleftheriadis. Corrective Justice Among States[J]. Jus Cogens, 2020, 2(1):7-27.
[51] 秦亚青. 西方国际关系理论经典导读[M]. 北京:北京大学出版社. 2009:25-26.

能会表现出与疫情初期截然不同、看似在损害自身利益的选择。但是，不管在哪个阶段，国家作为“单一行为体”，它们的目标是在国际体系的种种约束中，追求国家利益——它们是用实力来衡量的——的最大化[52]。

然而，即使在利益导向的主张下，疫苗共享和公平分配同样具有现实意义，人类共同安全利益的达成对于构筑安全、稳定的国际环境十分必要。一方面，疫苗共享和公平分配能够激励全球实现共同抗疫的局面，促进疫情快速消退。全球性流行病的攻克建立在全球共同努力的基础上，任何一个国家都不能置身其外，仅仅关注本国的疫情防控，囤积本国人民所需的疫苗，在总体的“阻击战”中只是九牛一毛。另一方面，这种安排有利于构筑战略伙伴关系和国际合作关系，疫苗联合采购、跨国货物贸易都可以顺利进行。全球互联和物联网的拓展使得人员流动、货物运输具有不确定性，单一国家的绝对安全很难实现，而建立在公平分配基础上的战略合作、贸易运输关系将更为稳定。

马克思主义理论意旨构建“自由人的联合体”，主张在世界范围内形成各民族相互依存的格局，实现每个人在共同体中全面自由发展。《共产党宣言》强调：“代替那存在着阶级和阶级对立的资产阶级旧社会的，将是这样一个联合体，在那里，每个人的自由发展是一切人自由发展的条件”。[53]在马克思主义理论的逻辑体系里，公平、正义的概念是具体的、相对的。一方面，马克思不否定分配正义。在正义的观念上，马克思批判的抽象意义上的资产阶级正义观，拒斥特定的历史形态或以资产阶级为代表的正义形态，为“改造正义”而“批判正义”。[54]他在《国际工人协会成立宣言》中提出：“努力做到使私人关系间应该遵循的那种简单的道德和正义的准则，成为各民族之间的关系中的至高无上的准则。”[55]在分配问题上，马克思将其置于经济学的范畴之下来考量，将分配正义与生产正义结合起来，从物质生产实践出发分析分配正义问题。另一方面，马克思主义主张构筑真正平等而自由的社会，这就在一定程度上否定只注重形式意义的分配平等。在依据社会地位或财富状况进行分配的社会关系中，难以找寻实质正义。理想的平等模式，即社会地位的平等并不是分配性的，“它并不直接确定对权利或资源的任何分配。相反，它确定了一种社会理想，即一个人们相互把对方当作平等者来对待的社会——换句话说，一个不把人们放到诸如阶级这样等级化地排列的范畴中去的社会——的理想”[56]。这些主张与疫苗共享与公平分配的价值追求相统一，直指实质正义和人的自由发展。

总之，无论是当代世界主义观念中的博爱的核心观念，矫正正义理论中对补偿的考量，马克思主义中对实质正义的追求，还是国家利益理念中人类共同利益的需要都传达出一个相似的呼声：全球正义。

（二）当代全球正义理论的正当性

1、当代全球正义的内涵阐释

学界对正义问题的研究从国内制度、道德领域逐步拓展到国际关系领域，关于全球正义研究在西方学界逐渐兴起并备受关注。然而，单将国内的正义理念扩展到全球领域或构筑全新的理论模式都不足以揭示全球正义理念的复杂内涵。以罗尔斯的两部经典著作为例，有学者指出，著作《正义论》采取制度性的道德分析，《万民法》则示范性地将互动性的道德分

[52] [法]达里奥•巴蒂斯特拉. 国际关系理论[M]. 第三版, 潘革平译. 北京:社会科学文献出版社, 2010:77-78.
[53] 马克思恩格斯全集（第 1 卷）[M]. 北京:人民出版社, 1995:294.
[54] 王玉鹏, 冯颜利. 马克思与正义:国外学者观点评析[J]. 中国人民大学学报, 2012, 26(04):47-52.
[55] 马克思恩格斯全集（第 2 卷）[M]. 北京:人民出版社, 1995:607.
[56] [英]戴维·米勒. 社会正义原则[M]. 江苏人民出版社, 2008:285.

析运用于国际关系领域，两种理论之间存在明显的不对称性。[57]仅凭借单一的理论或制度都难以解决全球正义的多元问题。当代全球正义应当在吸收借鉴优秀理论、观念的基础上形成较为完善的理论模型，并在实践中具有良好的可操作性。因此，全球正义的内涵可以概括为：

作为人类实现全球性公共事务治理和全球性公共利益分配时所依凭的基本价值原则，全球正义意在通过积极的制度性安排以调节人类对全球性公共利益分配的分歧和冲突，追求实质公正，促成人类命运共同体的共存与发展；它赋予了全球治理各行动主体以强制性的义务，在面对全球性的公共问题时能够且必须做出符合全球正义规范要求的承诺与行动。

如此的全球正义要求全球治理的价值重塑需要摆脱狭隘民族主义、利益至上，超越民族命运共同体，塑造全球治理意义上的世界主义、矫正正义，构建人类命运共同体。具体到公共卫生产品的配置上，全球正义就是在世界范围内的合理布局和资源配置，意在解决不平衡、不平等的问题，体现为各国对疫苗的分配、占有在比例上的公平性和平等性。

2、当代全球正义理论的正当性证成

自罗尔斯的《正义论》起，当代全球正义理论所需要的理念内涵开始逐步完善，但正如“自由的实现不仅基于自由本性的合理性，更基于实现自由的可行能力。”当代全球正义能否从理念走向现实，是否具有现实可行性？还需要从以下四个视角进行探讨：

可接受性。此处的可接受性可以被描述成社会公众对形而上的抽象理念予以接纳、认同、遵循、内化或予以漠视、规避、违背、拒斥等行为反应。即，某种理念能够被适当地采纳，得到人们认可的能力。这关系到当代全球正义理论是否具有多极化世界中强大的文化承载力，能否被世界人民所接受的问题。这一方面部分取决于当代全球正义的理论渊源（如极端的理论经常是难以被接受的），部分体现为这一理论与当代世界总体发展趋势的相容性。当代全球正义理论一定程度上是多元理念的集中体现，如以《正义论》为基础的正义理论、奉行博爱与平等的世界主义、追求“得失之间的适度”的矫正主义、构筑自由与实质正义的马克思主义，它囊括着不同理论的优势，能够实现优势互补。同时，当代全球正义理论拒斥形式意义上的“分配平等”，否认国家主义、利益至上原则、民族主义在分配环节的合理性，遵循实质正义的价值指向，避免了理念在接受时的冲突。此外，这一理论与世界发展的总体趋势是相吻合的，符合各国贸易流通、资本循环、经济共赢、相互依存的全球化潮流，能够随着时代进步不断发展，得到不同人的接受。

全面性。当一种理论可以被接受，它从形而上走到形而下的首要问题就是其适应范围问题。当代全球正义理论的适应范围是什么，它是否存在区域选择的问题呢？这个问题可以从当代世界主义的核心观点中找到答案。按照世界主义的道德观，不论个人所处国家、种族，拥有何种身份地位、文化背景或宗教信仰，他（她）都应该得到同等的道德关怀，并充分享有作为人的基本尊严。[58]全球正义理论将这种对全人类都适用的普遍道德标准确定为人权，[59]并加以肯定。从适用范围来说，这一理论可以适用于整个国际社会，不存在对象上的歧视与偏见。那么，这一理论有没有例外呢？从当前来看，当代全球正义理论意在调节人类对全球性公共利益分配的分歧和冲突，在目标追求上不存在例外情形；此外，这一理论期望促成人类命运共同体的共存与发展，其最终结果指向人类全体，也不存在例外情形。因此，当代全球正义在适应范围上不存在区域选择问题，具有全面性。

---

[57] ［美］ T ·波吉. 何谓全球正义？[J]李小科译, 世界哲学, 2004(2) :3-11

[58] Pogge T. Introduction:global justice[J]. Metaphilosophy, 2001, 32(1-2) :1-5.

[59] 白惠仁. 科学政策与全球正义——一种资助埃博拉疫苗研发的道德辩护[J]. 自然辩证法研究, 2016, 32(05) :48-54.

包容性。在能够得到接受和适用后，当代全球正义理论面临的就是是否存在适用上的冲突问题，即当代全球正义与现有的国际关系体系、国际政治体系、国际经济机制是否存在较大的冲突，或能否有效地化解冲突实现包容发展的问题。一方面，当代全球正义理论具有较强的文化承载力，其理论基础建立在多样化的理念之上，并不是某种单一的理论或观念，这就从源头上拓展了当代全球正义理论的包容性。在实践中，由于理念之间优势互补，这一理论可以呈现出强大的包容性，能随着时代发展而更新完善，与当下的国际政治、经济体系相协调。另一方面，世界总体发展趋势与当代全球正义的目标是契合的，二者都指向协调、稳定和自由发展。无论是多极化的政治格局还是布雷顿森林货币体系都面临着更新和改革，但国际体系总体向着平衡、协调的趋势迈进。而当代全球正义理论所进行的制度设计同样致力于实现“平衡”，通过对“受到损失”一方的弥补，达成实质正义下最适当的资源安排。因此，即使当下全球正义理论与少部分国际体系之间存在一定分歧，由于发展趋势的一致性，二者之间也不会产生不可调和的矛盾，能够实现包容性发展。

可能的负面影响。考虑了理论的适应性和发展的上的包容性，它是否就完美无缺了呢？回答这个问题我们还需要思考这一理论可能存在的消极影响，即世界能否承受当代全球正义现有的或将有的负面影响，这些现在或将来的影响能否符合“比例原则”？例如，有学者指出，以国家为中心的全球正义理论表现出认识论的视角问题，国内对女性的不公正会因为被掩盖而难以进入法律视野，而国内（国家）领域与国际正义领域之间的严格区分又使国际法看不到不公正的案件。对于这种全球正义问题，主权和不干预的特权损害了该理论实现其所谓的普遍正义目标的能力。[60]对于当代全球正义理论来说，这种认识论视角的问题能够被规避。一方面，它奉行“博爱”观念，理论适用对象是全体人类，不会掩盖对女性的不正义；另一方面，它在制度安排中设置了强制性的义务，存在较强的可操作性，可以规制全球治理主体做出符合全球正义规范要求的承诺与行动。此外，将来可能产生的负面影响，我们尚无法预见，但该理论内部凝结的正义理论和多种国际关系理论的精华、“博爱”“平等”“实质正义”“义务”的理论核心可以应对未来的诸多挑战。并且，随着时代的发展，这一理论能够不断更新完善，能够最大限度的减弱其可能的负面影响，并最终符合比例原则。

总之，当代全球正义理论以其可接受性、适用范围上的全面性、在发展方面的包容性和能够克服其可能的负面影响的能力而具有现实可行性。由此，当代全球正义理论的正当性得以证成。

三、国家义务：全球正义在国际社会实现的具象表达

（一）义务规制的证成逻辑

当代全球正义理论在其内涵中设置了义务规范，并将其作为可行性的保障。那么为什么这么安排呢？从规范的角度来考虑，全球正义在国际社会的实现方式，可以是权利赋予、义务规制和责任设定。在这三者之中，义务规制何以可行？

赋予权利的方式难以现实地达成全球正义所追求的目标。有学者从“正义”“美德”的观念出发，认为基于权利的方法似乎是在全球正义的理论背景下具有实质性内涵和重大意义的单一方法。他提出，基于需求，利益或美德的任何其他方法最终只能与基于权利的方法相结合，才能真正成为针对全球“正义”的方法（而不是针对任何其他理念的方法）。[61]这种主

[60] Szende J. Global justice, sovereignty, and the problem of perspective[J]. Journal of International Political Theory, 2021:17(1):99-116.

[61] Qingping Liu. Equal Rights Versus Equal Needs: Global Justice or Global Virtues?[J]. Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences, 2019, 12(2): 275-291.

张将罗尔斯在《正义论》中提出的“维护正义”“互助”的“正自然义务”归结为一种自律的美德，并将这种“美德”的实现途径定义到权利的方法之中。这种方法在理论层面似乎是可行的，权利方式在三者之中作为基础的部分，可以起到引领性的作用。但我们也要看到，当代全球正义理论正面临着的现实问题的检验，如何更好地促使理论走向现实可能更加重要。但在规范和制度安排层面，“赋予权利”解决的是“能不能”规制，以及“从无到有”的问题，而在实践中难以做到有效保障。具体来说，即使当代全球正义理论赋予了弱势地位主体某项权利，能不能在理念和现实层面得到其他国际关系主体的承认和响应是难以确定的。因此，赋予权力的方式尽管在理论层面存在可能，但却无法顺利完成当代全球正义在国际社会的具象表达。

责任设定的方式易使当代全球正义理论走向傲慢与偏见。关于责任设定的方式在《正义论》中已经得到具体展现，其缺陷也同样明显。这种“正义的自然责任”被罗尔斯界定为由非自愿行为所引起的道德要求，是无差别的所有人对所有人的责任。从目的性上来说，责任的有效性受到较大限制，易使当代全球正义理论落入国家利益至上的偏颇之中。有学者指出，“作为代表的个人与其说受仁慈所推动，不如说受提升他们理性自利的欲望所推动，因此，自然责任必须被展示为对他们有利。”[62]从适用对象上说，责任无差别的实行方式显得十分狭隘。世界主义就存在这种抽象与具体结合不足的问题，对当代全球正义理论来说，更好的方式是脱离“一以贯之”的观念，实现普通与特殊问题之间的妥帖安排。此外，就责任本身来说，其针对的主体是国际关系参与者（主要是国家），当某一主体的在国际舞台的权力达到一定程度，便可借此规避自身所可能的一切责任，这对全球正义来说是灾难性的。因此，对追求实质公正的当代全球正义理论来说，责任的方式由于存在可能的傲慢和偏见难以称得上最佳选择。

义务，尤其是国家义务的规制方式对全球正义理论来说可能是最优方案。与无关个人意愿而产生的“自然责任”不同，义务指的是一种产生于个体有意识的自愿行为（如承诺、同意与订约）的道德要求。[63]其中“政治义务最终源自对由一个人的同胞的努力所提供的这种利益的接受，而非源自对所有人都有约束力的道德要求。[64]”虽然涉及到一定的利益问题，但义务方案的比较优势在于：第一，义务规范具有明确的对象，不同于责任在主体上的普遍性，义务是特定对象基于特定权利对另一特定对象产生的，主体的“负担”能够随着履行行为而被消除。第二，义务规范存在于有意识的行为之中，可以根据国际社会共同意愿设置出更为合理的履行限度和执行要求，也可规定不同的实施方式，满足普遍性与特殊性相结合的需要。第三，义务与权利相对，义务的履行必须保证存在享有权利的另一方主体，这在一定程度上检验了义务规范的正当性，能够保障国际关系主体免于被无端赋予义务。第四，国家义务模式在制度方案设计中是最有效的。国家是国际行为的主要参与主体，对外享有独立的国际地位，对内享有最高的政治权威，因而与个人义务、区域组织义务相比，在方案实现路径、策略执行效能等方面存在天然优势。概括说来，国家义务模式将是全球正义在国际领域进行具体阐释的最有效方式。

（二）国家义务在国际场域的具体内涵

1、国家保护健康权的人权义务

从世界整体来说，各国负有在重大突发公共卫生问题下的对世义务，这种义务主要体现

[62] [美]G. 克劳斯科. 政治义务与正义的自然责任[J]. 毛兴贵译, 世界哲学, 2003, (02) : 19-31.
[63] 毛兴贵. 论政治义务及其证成[J]. 学海, 2008 (03) : 77-84.
[64] [美]G. 克劳斯科. 政治义务与正义的自然责任[J]. 毛兴贵译, 世界哲学, 2003, (02) : 19-31.

为人权义务，即保护健康权的义务。对这一义务的理解不应简单的提及身体健康的权利，还涵盖更多的自由和权利，如不受酷刑、未经同意强行治疗和试验的权利，参加卫生保护制度的权利。从性质上看，这种义务具有普遍性和不可损抑性。一方面，保护健康权的义务具有普遍性。生存、健康是人第一位的需求，保障健康权能够推进人的价值和全人类利益的保护和实现。遵循保护健康权的国家义务也是构建人类卫生健康共同体的应有之意。另一方面，保护健康权的义务具有不许损抑性。经济、社会和文化权利委员会第 14 号一般性意见明确提供安全的饮水、基本的住房和卫生条件、必需的药品以及采取公共卫生战略和行动计划是缔约国承担保障健康权的核心义务，这些义务不得在任何情况下减损，各国有义务采取主动、具体而有针对性的措施落实健康权。[65]对国家来说，这一义务可以具体分为三个方面：尊重的义务、保护的义务和实现的义务，而这三个方面的具体落实情况由三项标准来进行衡量：可获得性(available)、可接近性(accessible)和可支付性(affordable)。[66]因此，这种人权义务在呼应全球正义理论正义、人权保障的呼声之后，能够有效促成健康权具体内涵的实现，在当下疫苗全球共享和公平分配的困境下，为正义的实现带来新的动力。

2、国际社会协同治理的合作义务

历史上的大量实践证明，全球公共卫生事件的解决，单凭一个集体、一个国家的力量很难实现，国际社会同舟共济、协同治理、开展合作是破局的重要手段。作为国际法的一般原则，国际合作的正当性已经为众多的国际规范性文件所证明。正式条约如《联合国宪章》《经济社会和文化权利国际公约》《国际卫生条例》，软法规范如《发展权利宣言》《世界人权宣言》，以及联合国大会相关决议、国际组织或政府间会议决议等都有合作义务的相关表述[67]。单从合作的规定上看，当下的国际合作义务具有弱强制性。这一方面表现为义务性条款中软化强制力的措辞，如“本组织法签订国……以求彼此及与其他方面之合作”“认识到……国际接触与合作的好处”；另一方面体现为合作义务的内涵、外延的模糊，这使得许多合作机制难有强制效力，不能达到预期效果。[68]在公共卫生领域，国际合作义务的正当性基础已然存在，而如何更有效实施尚存疑惑。面临现实困境的难题，我们可以援引特殊情形下的特殊方法，以合理、公正的方式设置更有强制约束力的义务类型，例如，要求国家“承担尽最大能力”“用一切适当方法”[69]保障国家间合作义务的实现。此外，在疫苗共享与公平分配过程中，这一义务方法可以选择性地对疫苗研发、批量生产、国际贸易、跨国运输、公平分配等环节的合作模式进行规制，补全“治理赤字”[70]，保障全球疫苗分配中的实质公正。

3、发达国家对发展中国家的援助义务[71]

从分配正义的角度讲，全球正义呼唤在权利分配中保持权力与责任、权利与义务的平衡，并修补“得与失”之间的鸿沟。发达国家对发展中国家的援助义务便源于权利分配之间的落差。博格分析了全球经济秩序框架的不合理性，发达国家在这一框架下通过政治压制和经济

---

[65] 经济、社会、文化权利委员会第二十二届会议(2000 年)第 14 号一般性意见：享有能达到的最高健康标准的权利(第 12 条)。载于 E/C. 12/2000/4 号文件，汇编于联合国文献 HRI\GEN\1\Rev. 7(2004)。

[66] 林志强. 论健康权的国家义务[J]. 社会科学家, 2006(04):92-95.

[67] 孔庆江. 国际合作：国际公共卫生领域的习惯国际法义务[J]. 国际法学刊, 2020(02):1-14+153.

[68] 毛俊响. 中国参与人权国际合作的理论与实践[M]. 中南大学出版社, 2017:101-104.

[69] 《经济、社会和文化权利国际公约》第二条第一款规定：“每一缔约国家承担尽最大能力个别采取步骤或经由国际援助和合作，特别是经济和技术方面的援助和合作，采取步骤，以便用一切适当方法，尤其包括用立法方法，逐渐达到本公约中所承认的权利的充分实现。”

[70] 张超汉，冯启伦. 全球卫生合作治理——以重大突发公共卫生事件防控为视角[J]. 河北法学, 2020, 38(08):2-20.

[71] 罗尔斯在《万民法》中提出援助义务旨在为负担承重的社会提供一种向自由民主社会过渡的经济文化条件，不调节国家之间的不平等。在此谈到的援助义务不采纳这种观点。

剥夺，操纵全球资本的主要的流向，加深了贫困国家的经济灾难。[72]除要求富裕国家尽快停止对贫困国家所施加的不正义行为之外，他还主张通过“全球资源红利方案”实现经济补偿和平等分配的目标，从而重构更加公平正义的全球秩序。[73]这种援助义务不仅存在于理念层面，更以国际承诺的形式固定下来。《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》明确发达国家向发展中国家提供的官方发展援助至少占其国民生产总值(Gross National Product，GNP) 的 0.7%，向最不发达国家提供援助占比 0.15%至 0.2%。由此，发达国家在占有强势发展资源和分配主动权时，应担负其与所“得”相适应的义务，给予发展中国家合理的援助。具体到当下全球公共卫生危机问题下，就体现为疫苗、技术和经济援助。当然，这种援助不应只是口头承诺，而应做到现实履行；不应只是讲求形式，而应做到切实保障。

[72] Thomas Pogge. Priorities of Global Justice[J]. Metaphilosophy, 2001, (32):6-24.
[73] 吴楼平.国际援助义务应如何认定——一种基于责任原则的分析进路[J].道德与文明, 2017(04):148-154.

海洋微塑料：知识分享与国际法治

温维刚　外交学院外交与外事管理系

摘要：海洋微塑料会对海洋生物健康产生不利影响，并通过食物链进入人体。海洋微塑料被认为是全球亟待解决的环境问题。本文通过对海洋微塑料问题的梳理，提出国际法治的可能性和必要性。借由知识分享对国际层面和国内层面相关典型法治模式进行分析，预测并尝试将习近平国际法治观代入海洋微塑料国际法治，为国际环境问题提供中国治理方案。

关键词：海洋微塑料；知识分享；国际法治；国际环境法

引言

目前，在海洋中检测到的最小塑料直径为 0.0016 毫米，且可能会进一步碎裂（fragmentation）至更小尺寸。[1][2]这不仅严重威胁海洋生态安全和可持续发展，对包括人在内的生物健康也显现出令人担忧的一面。这就是不亚于气变一样严重的特别需要关注的海洋微塑料(marine microplastics)问题。[3]但当前还没有建立起针对性的国际法治，作为最近十几年的环境问题，人们对塑料的整个生命周期，包括其如何碎裂成微塑料和纳米塑料的，在环境中的发展路径及其最终归宿，对海洋生物多样性和食物链的实际影响，以及对人体健康的潜在影响都还需要进一步了解。但一些国家国内相应法治和相关已有国际法治的知识分享可以为这一国际环境问题的国际法治提供一种思路。

一、问题的提出

（一）海洋微塑料环境问题概况

海洋微塑料是指海洋环境中的微塑料。但对于什么是微塑料，研究人员在问题产生初期曾有过不同见解，例如 Andrady 将其定义为直径 0.06 至 0.5 毫米的颗粒，[4]而 Betts[5]、Moore[6]、Fendall 和 Sewell[7]则是小于 5 毫米。后者被 2008 年“关于海洋微塑料的产生、影响和归宿的国际研究研讨会”采用。[8]最终，美国国家海洋和大气管理局（NOAA）将其定义为任何类型的直径小于 5 毫米的塑料碎片，这成为微塑料的比较权威的定义，业已被广泛接受。

根据微塑料产生的不同状态，可以将微塑料从广义上划分为原生和次生。原生微塑料是有目的制造的，[9]在进入环境之前已经是直径等于或小于 5 毫米的任何塑料碎片或颗粒，包括服装的微纤维、微珠（microbeads）和塑料颗粒等，[10][11]它们通常用于面部清洁剂和化妆品

1 Julien Boucher, Damien Friot, “Primary Microplastics In The Oceans: A Global Evaluation Of Sources”, Https://Storyofstuff.Org/Wp-Content/Uploads/2017/02/Iucn-Report-Primary-Microplastics-In-The-Oceans.Pdf. (Last Visited March 1, 2019)

2 UNEP Yearbook, Emerging Issue In Our Global Environment, P.50.

3 Whitehouse, Sheldon, And Lisa Murkowski, “Picking Up The Pieces: Congress's Role In Combatting The Global Issue Of Marine Debris”, P.35.

4 Andrady, Anthony L. “Microplastics In The Marine Environment”, P.1605.

5 Betts, Kellyn S., “Why Small Plastic Particles May Pose A Big Problem In The Oceans”, (2008) 42.24 Environmental Science & Technology, P.8995-8995.

6 Moore, Charles J., “Synthetic Polymers In The Marine Environment: A Rapidly Increasing, Long-Term Threat”, (2008) 108.2 Environmental Research, P.131-139.

7 Fendall, Lisa S., And Mary A. Sewell, “Contributing To Marine Pollution By Washing Your Face: Microplastics In Facial Cleansers”, (2009) 58.8 Marine Pollution Bulletin, P.1225.

8 Arthur, C., J. Baker And H. Bamford, Eds., “Proceedings Of The International Research Workshop On The Occurrence, Effects And Fate Of Microplastic Marine Debris”, (2009) Noaa Technical Memorandum.

9 Karbalaei, Samaneh, et al., “Occurrence, Sources, Human Health Impacts And Mitigation Of Microplastic Pollution”, (2018) 25.36 Environmental Science And Pollution Research P.36046-36063.

10 Cole, Matthew, et al., “Microplastic Ingestion By Zooplankton”, (2013) 47.12 Environmental Science & Technology, P.6646.

等日化产品中，或用于空气喷射技术、用作药物载体。[12]次生微塑料是指原直径大于 5 毫米的任何塑料，随着时间推移，通过物理、生物、光化学降解，最终将其结构完整性降低到肉眼无法察觉的尺寸而成的微塑料，[13]包括塑料水瓶、渔网和塑料袋等。[14]美国国家海洋和大气管理局（NOAA）更进一步区分，将塑料在海洋中被自然降解而成的认定为狭义上的微塑料，被人为有意设计为小型的塑料是微珠。[15]本文采用原生、次生分类。

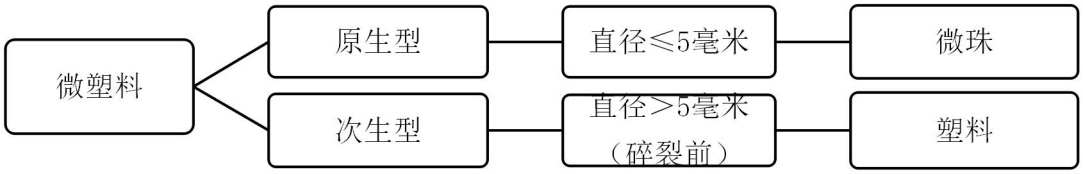


图 1　海洋微塑料的分类

海洋微塑料之所以被如此重视，乃至于被称为“海洋中的 PM 2.5”，是海洋中的“气变问题”，是因为微塑料对海洋生态系统已经产生影响。[16]一方面它可能不会被海洋生物降解，[171819]从而在环境中形成积累，[20]并随着全球塑料生产持续增长超过半个世纪，微塑料在海洋中已无处不在。另一方面，与海洋中早已存在的大量直径小于 0.0001 毫米[21]的天然微粒和纳米微粒相比，微塑料具有越来越明显的危害性。[22]包括：第一，微塑料本身（如 PBDEs[23]）会释放干扰生物内分泌的化学物质，[24]破坏海洋环境；[25]第二，微塑料容易吸附海水中的多环芳烃等疏水性持久有机物并产生富集作用，产生生物毒性并通过食物链形成累积，[2627]最

11 Julien Boucher, Damien Friot, “Primary Microplastics In The Oceans: A Global Evaluation Of Sources”.
12 Patel, Mayur M., et al., “Getting Into The Brain: Approaches To Enhance Brain Drug Delivery”, (2009) 23.1 Cns Drugs, P.35-58.
13 “Laboratory Methods For The Analysis Of Microplastics In The Marine Environment: Recommendations For Quantifying Synthetic Particles In Waters And Sediments”, Noaa, Https://Repository.Library.Noaa.Gov/View/Noaa/10296. (Last Visited March 1, 2019).
14 Conkle, Jeremy L., Christian D Baez Del Valle, And Jeffrey W. Turner, “Are We Underestimating Microplastic Contamination In Aquatic Environments”, (2018) 61.1 Environmental Management, P.2.
15 “What Are Microplastics?”, Noaa, Https://Oceanservice.Noaa.Gov/Facts/Microplastics.Html. (Last Visited March 1, 2019).
16 Thompson, Richard C, Olsen, et al., “Lost At Sea: Where Is All The Plastic?”, (2004) Science.
17 Ospar, Https://Www.Ospar.Org/Documents?V=34422. (Last Visited March 1, 2019).
18 Maso, Mercedes, et al., “Drifting Plastic Debris As A Potential Vector For Dispersing Harmful Algal Bloom (Hab) Species”, (2003) 67.1 Scientia Marina, P.108.
19 “How Long Does It Take Trash To Decompose”, 4ocean, Https://4ocean.Com/Blogs/Blog/How-Long-Does-It-Take-Trash-To-Biodegrade. (Last Visited March 1, 2019).
20 Wagner, Martin, et al., “Microplastics In Freshwater Ecosystems: What We Know And What We Need To Know”, P.30.
21 Rosse, Patrick, And Jeanluc Loizeau, “Use Of Single Particle Counters For The Determination Of The Number And Size Distribution Of Colloids In Natural Surface Waters”, (2003) 217.1 Colloids And Surfaces A: Physicochemical And Engineering Aspects, P.109-120.
22 Andrady, Anthony L., And Mike A. Neal, “Applications And Societal Benefits Of Plastics”, (2009) Philosophical Transactions Of The Royal Society, P.1601.
23 用作纺织品的阻燃剂和某些塑料制品的添加剂。
24 “Marine Debris, Plastics And Microplastics – An Overview”, Un.
25 “Synthetic Microfibers And Particles At A Municipal Waste Water Treatment Plant”, Helcom, Http://Www.Helcom.Fi/Lists/Publications/Microplastics%20at%20a%20municipal%20waste%20water%20treatment%20plant.Pdf#Search=Plastic. (Last Visited March 1, 2019).
26 Endo, Satoshi, et al., “Concentration Of Polychlorinated Biphenyls (Pcbs) In Beached Resin Pellets: Variability Among Individual Particles And Regional Differences”, (2005) 50.10 Marine Pollution Bulletin, P.1103-1114.

终导致跨物种毒性的产生；[28]第三，微塑料可为微生物和藻类等生物附着生长的载体，[29]从而破坏动物栖息地，在海洋中跨物理区系迁导致生物入侵，[30]加速濒危物种的灭绝；[31]第四，广泛存在的微塑料将阻碍光线的传播，影响海洋生物对光线的利用，干扰正常活动。与人的关系而言，尽管全球普遍认为还需要进一步证明，但世卫组织（WHO）认为人体对极小的微塑料的吸收可能性较高，[32]在婴儿出生后的头 12 个月里，平均每天会接触百万计的微塑料，[33]人体内和排泄物中相继发现了微塑料，[34]因此，有必要加紧对海洋微塑料的进一步研究。

此外，从生物多样性、保护野生动物迁徙、海洋环境、废物管理、船舶污染等领域来看，亦有加紧对海洋微塑料进一步研究的需要。

（二）海洋微塑料国际法治对象的确定

任何国际法治都是针对性的，涉及众多领域的气变全球治理下的国际法治也只是基于其他学科基础上国际法和国际关系博弈下的特定社会规范，同为新兴全球环境问题的海洋微塑料亦是如此。

对海洋微塑料而言，重点在防止和清除海洋中微塑料。显然，防止是最佳做法，即防止微塑料的产生和进入海洋。塑料制品生命周期的所有阶段都会产生微塑料并散落到环境中，从生产到废物管理的过程中，微塑料可以通过陆地径流、海岸、气流，或直接在海上从船舶和平台进入海洋环境。因此，在不可避免使用塑料的情况下，减少和禁止微珠等特定类型是可行的，实际上国际上也正在这样做。进入海洋的途径则总体分为陆源和海源。以此，我们可以明确国际法治对象，包括源头禁止（如微珠等特定类型塑料）和来源控制（如改善废水和塑料废物的收集和处理、改进船舶和渔具的设计）

27 Bowmer, T., “Proceedings Of The Gesamp International Workshop On Micro-Plastic Particles As A Vector In Transporting Persistent, Bio-Accumulating And Toxic Substances In The Oceans”, (2010) Gesamp Reports & Studies.

28 Rios, Lorena M., Charles J. Moore, And Patrick Jones, “Persistent Organic Pollutants Carried By Synthetic Polymers In The Ocean Environment”, (2007) 54.8 Marine Pollution Bulletin, P.1236.

29 Reisser, Julia, et al., “Millimeter-Sized Marine Plastics: A New Pelagic Habitat For Microorganisms And Invertebrates”, (2014) 9.6 Plos One, P.1-11.

30 Maso, Mercedes, et al., “Drifting Plastic Debris As A Potential Vector For Dispersing Harmful Algal Bloom (Hab) Species”, P.111.

31 Barnes, D. K A, And P. Milner, “Drifting Plastic And Its Consequences For Sessile Organism Dispersal In The Atlantic Ocean”, (2005) 146.4 Marine Biology, P.815-825.

32 《世卫组织呼吁进一步研究微塑料并大力处理塑料污染问题》，世界卫生组织，Https://Www.Who.Int/Zh/News-Room/Detail/22-08-2019-Who-Calls-For-More-Research-Into-Microplastics-And-A-Crackdown-On-Plastic-Pollution，最后访问时间：2019 年 3 月 1 日。

33 Li, D., Shi, Y., Yang, L. et al., “Microplastic Release From The Degradation Of Polypropylene Feeding Bottles During Infant Formula Preparation”, (2020) Nat Food.

34 佚名：《人体内可能有塑料残留》，载《江苏卫生保健》2018 年第 12 期，第 54 页。

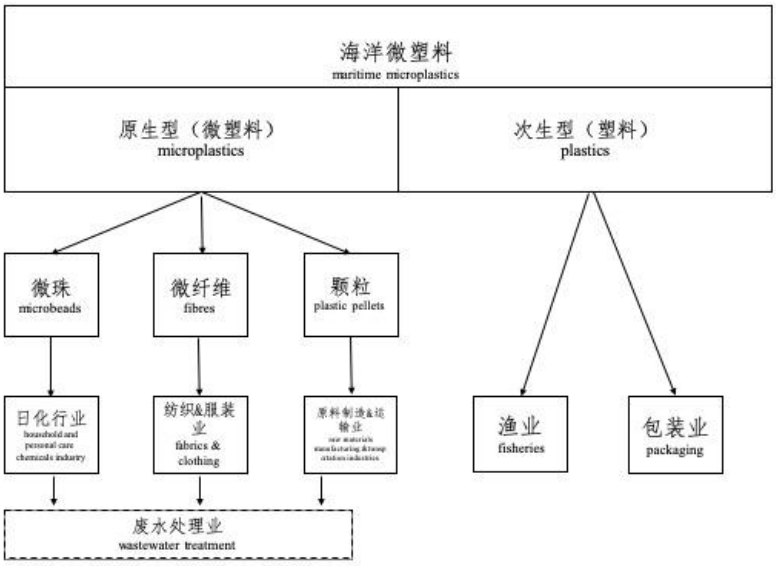


图 2　海洋微塑料的主要来源

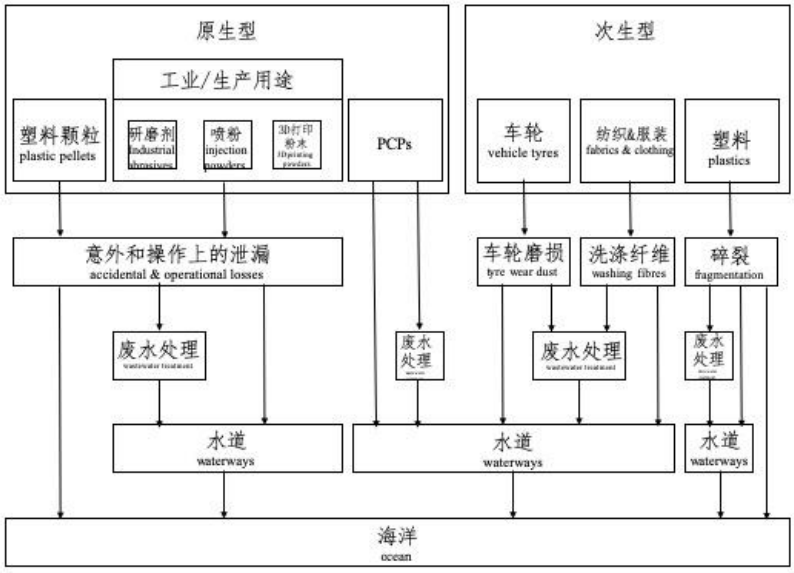


图 3　海洋微塑料陆源

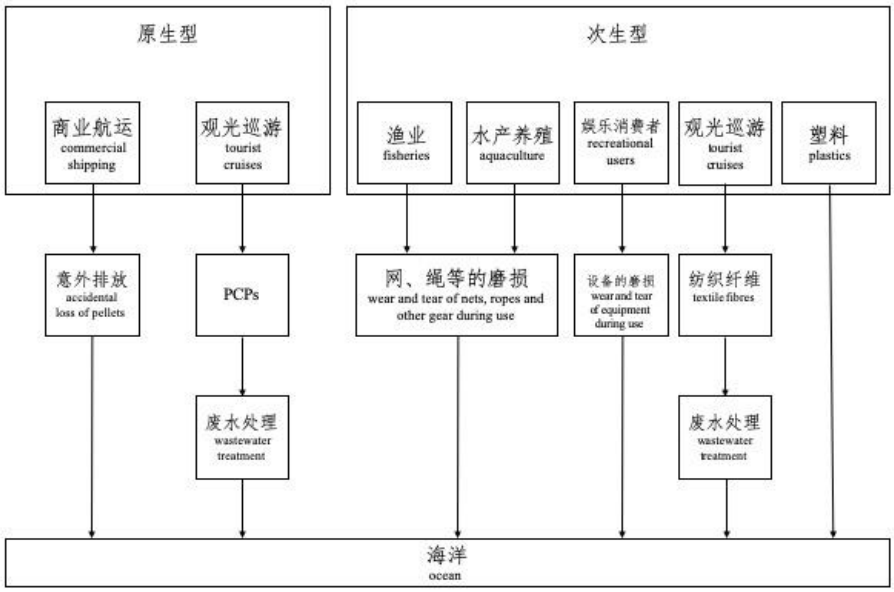


图 4　海洋微塑料海源

（三）海洋微塑料知识分享与国际法治

承认海洋微塑料是新型国际环境问题，就不可避免面对针对性国际法治的缺失，但不意味不存在“逐步发展的国际法”。作为全球环境问题，远非一两个国家、非国家行为体可以应对，颇有自然法意味的“共进（co-progressiveness）国际法”认为“国际关系中的法治已在国际法中占有特殊的一席之地”[35]，也就是说海洋微塑料国际法治需要基于“同意”（consent）的全球治理。

海洋微塑料国际法治是典型的“全球问题，本地解决”，但并不是所有的国家、国际组织都具有包括知识、工具、公众支持、科学的专业知识和政治的专业知识在内的这个能力，其逐步发展离不开“知识分享”（knowledge sharing）。在问题初期，海洋微塑料将如何以及世界应当如何尚不明朗，从后者来看，一方面是当前基本框架已建立的国际法能否适用、如何适用，另一方面是在国际法夹缝中如何求诸于法理填补空白。值得肯定的是国际法日臻完善，可以从《海洋法公约》《生物多样性公约》中寻求一般法律原则的希望，与海洋微塑料关系紧密的《斯德哥尔摩公约》《巴塞尔公约》的具体规则亦可堪用，虽然明显缺少针对性。同时，一些国家根据自身情况在国内尝试法治，这些由此形成知识通过联合国环境规划署(环境署，UNEP)、国际海事组织（IMO）等的知识分享，在创造、保存和分享知识的过程[36]中为有效整合知识、促进共识，应对全球环境问题提供可能的国际法治方案。

二、国家法治模式与特点的知识分享进展

海洋微塑料国家法治以陆源为主，从微塑料产生到进入海洋，法治分为上游（微珠、塑料）、中游（废水处理）、下游（径流）三大阶段。

（一）国家上游法治模式与特点的知识分享进展

上游法治模式不论是针对微珠还是一般塑料，都具有效力强、效果好的显著特点。

35 易显河，《向共进国际法迈步》，《西安政治学院报》2007 年 2 月第 20 卷第 1 期，第 64 页。

36 Linda Argote，Organizational Learning: Creating, Retaining and Transferring Knowledge, Springer Science Business Media, 2013, p.34.

随着塑料的兴起，微珠成为大部分日化公司替代天然去角质成分首选。[37]它们广泛存在于洗面奶、洗手液、牙膏等冲洗型（rinse-off）日化产品中，因此通常在使用后立即进入废水系统，每年可产生大量海洋微塑料。[38][39]对微珠法治模式以美国和中国为代表，分为专项立法和部门规章两种。

2015 年，美国在没有切实证据证明微珠对人类健康有不利影响背景下，基于预防原则由总统签署了《无微珠水域法案》（Microbead-Free Waters Act）。法案针对《联邦食品、药品和化妆品法》（FD&C Act）中涉及到微珠的部分进行了修订，它禁止制造、引入或交付含有有意添加微珠的冲洗型化妆品（包括 OTC）的州际贸易。经过 5 年过渡期后，2020 年 7 月 1 日起，美国已全面禁止相关产品的州际贸易，很大程度上减缓了海洋微塑料的产生。2019 年，中国由发改委在 2005 年通过的《促进产业结构调整暂行规定》基础上进行了修订，最终，在 2020 年《关于进一步加强塑料污染法治的意见》和《关于扎实推进塑料污染法治工作的通知》中首次明确了禁止生产含塑料微珠的日化产品。此外，还有联合声明、行政许可等，前者如荷兰、奥地利、比利时和瑞典在 2014 年发表的禁止在洗涤剂和化妆品中使用微珠联合声明，后者如欧盟委员会在 2017 年修订的关于欧盟生态标签中六种洗涤剂产品组的标准。

总的来看，差异化模式的规范性文件对微珠进行强制性限制，美国式的国内立法位阶高、较为全面，中国式部门规章则兼顾了效果与效率。两种模式除了在法律位阶上的差异外，更主要的特点是模式路径的区别。美国通过单独立法切入其他法律，以特别法对微珠进行一次性另外规定，即对微珠的定义、适用对象、生效时间安排、联邦与州法律关系等进行了明确。[40]实际上，由于联邦与州立法权的划分，早在 2014 年，美国地方政府就已经通过了类似的禁止微珠的法案，如纽约州、伊利诺伊州。因此，美国也是“自下而上”的模式。相比之下，中国《产业结构调整指导目录》由鼓励、限制和淘汰三类组成，是政策指导性文件。2019 年版中规定含塑料微珠的日化用品到 2020 年底禁止生产，到 2022 年底禁止销售。但在适用对象上进行了内外商的区分，外商主要适用《外商投资产业指导目录》。2020 年初公开的《关于进一步加强塑料污染法治的意见》再次对禁止微珠日化生产和销售的时间进行了强调，却未对现阶段含微珠日化产品标准进行细化。相关细则出现在同年 7 月的《关于扎实推进塑料污染法治工作的通知》附件中。此外，作为重要的配套措施，《化妆品中塑料微珠的测定》国家标准计划业已于 2020 年完成了批准。通过一系列规范性文件，中国在顶层设计上完善了对禁止微珠日化产品的法治基础，并要求地方落实，可以说是一种“自上而下”的模式。

就塑料而言，国家行为体的法治模式呈现出一致性，最普遍的是“禁塑令”。普遍存在形状不一的碎裂的微塑料表明，次生型是海洋微塑料的一个关键来源。[41]塑料容器是次生型的最大成因，同时也是海洋垃圾中最常见的和最大的陆源，[42][43][44]其中四分之三是由于运输和处

37 International Campaign against Microbeads in Cosmetics, http://www.beatthemicrobead.org.
38 Marine litter: action plan for the Baltic sea, https://www.helcom.fi/wp-content/uploads/2019/10/Marine-Litter-Action-Plan-for-the-Baltic-Sea.pdf#search=plastic
39 Anderson, Alison, et al. "Microplastics in personal care products: Exploring perceptions of environmentalists, beauticians and students." Marine Pollution Bulletin 113.1 (2016).
40 The Microbead-Free Waters Act: FAQs, FDA, https://www.fda.gov/cosmetics/cosmetics-laws-regulations/microbead-free-waters-act-faqs 2021-3-24
41 Conkle, Jeremy L., Christian D Baez Del Valle, And Jeffrey W. Turner, “Are We Underestimating Microplastic Contamination In Aquatic Environments”, P.7.
42 Barnes, David K A, et al., “Accumulation And Fragmentation Of Plastic Debris In Global Environments”, (2009) 364.1526 Philosophical Transactions Of The Royal Society, P.1985-1998.
43 Andrady, And L. Anthony, “Plastics And The Environment”, (2003) 51 Paper Film & Foil Converter, P.23–30.

置不善造成的，[45]即对海洋微塑料最大次生来源的法治需要从塑料开始，并涵盖整个生命周期，包括设计、使用、处理。具体模式包括强制力逐步加强的渐进式和将其纳入国家治理体系的综合式。

渐进式法治模式以中国为代表。2008 年，中国开始实行“限塑令”，虽然大幅提高了使用成本，但在移动支付、快递行业和外卖行业的冲击下，效果不甚理想，客观上对海洋微塑料法治作用被大大削减。[46]随着环保压力的增加，地方政府开始加速落实禁塑，如 2019 年海南省发布“禁塑令”。同年，《产业结构调整指导目录》将部分类型的塑料餐具、塑料袋等纳入淘汰目录，但没有进行明确。2020 年《关于进一步加强塑料污染法治的意见》确定了时间安排，增强了可操作性，随后的《关于扎实推进塑料污染法治工作的通知》则进一步进行了技术性细化。

综合式法治模式以日本为代表。日本长久以来致力于构筑循环型社会[47]，特别是在废弃物和再生利用方面，试图将塑料纳入国家整理法治体系，通过 3R 以减少塑料对环境的影响。通过 1970 年《有关废弃物处理及清扫的法律》（《废弃物处理法》）、1995 年《有关促进包装容器分类收集及再商品化等的法律》（《容器包装循环利用法》）及 2009 年《促进海洋垃圾处置法》等法律建构了涵盖塑料全周期的法治。2018 年 11 月，为了应对越来越严重的海岸漂抵垃圾，由环境省公布了海岸漂抵垃圾对策基本方针的修改案，进一步加强对塑料的限制。

渐进式法治模式的禁塑出发点可能不是针对海洋微塑料，但效果明显，其特点是逐步从经济付费等手段进行限塑到对动态目录中特定塑料的禁止。从世界范围看，其高效、有效、可控的优点通过知识分享形成全球知识网，在过去几年“风靡”全球，采用这一模式的国家行为体包括英国[48]、韩国[49]、加拿大[50]、印度[51]、澳大利亚[52]、巴黎[53]、智利[54]、新西兰[55]、蒙古[56]

---

44 Derraik, Jose G B. “The Pollution Of The Marine Environment By Plastic Debris : A Review”, P.850.

45 “Stemming The Tide: Land-Based Strategies For A Plastic-Free Ocean”, Mckinsey Center For Business And Environment, Ocean Conservancy, Https://Www.Mckinsey.Com/~/Media/Mckinsey/Business%20functions/Sustainability/Our%20insights/Stemming%20the%20tide/Stemming%20the%20tide%20land%20based%20strategies%20for%20a%20plastic%20free%20ocean.Ashx. (Last Visited March 1, 2019).

46 Jambeck, Jenna, et al., “Plastic Waste Inputs From Land Into The Ocean”, (2015) 347.6223 Science, P. 768.

47 基本原则是减量化，再使用，循环利用和恰当地处理。

48 2018 年 1 月，英国首相特蕾莎·梅宣布将不遗余力地全面禁塑，除了征收各种塑料制品税费、加大对可替换材料的研发，计划在 2042 年前消除所有可避免的塑料垃圾，包括塑料袋、饮料瓶、吸管和大部分食品包装袋。英国女王伊丽莎白响应号召，承诺要在所有皇室的地盘上全面禁止使用塑料吸管和塑料瓶。

49 2018 年 4 月，韩国政府公布了“垃圾回收利用管理综合对策”，争取到 2022 年使一次性塑料杯和塑料袋使用量减少 35%，到 2030 年塑料垃圾减排一半。8 月，韩国开始试行禁塑令。

50 2018 年 5 月，加拿大温哥华市议会投票通过《2040 年零废物计划》，要求 2019 年 6 月 1 日起，禁止市内商家向顾客发放一次性塑料吸管、塑料杯和打包餐盒。因此成为全球首个正式设立“零废物”目标和相应计划的城市。

51 2018 年 6 月 5 日，世界环境日当天，印度总理莫迪宣布，计划 2022 年前消灭所有一次性塑料产品。6 月 23 日，印度第二人口大邦马哈拉施特拉邦开始执行限塑令。

52 2018 年 7 月 1 日，澳大利亚昆士兰州和西澳大利亚州开始禁止零售商向顾客提供一次性超薄塑料袋。根据昆士兰州的规定，不得提供的是厚度小于 0.035 毫米的塑料袋。自此，澳大利亚八个行政区仅剩新南威尔士州还没有实行禁塑令。

53 2018 年 7 月，巴黎市议会投票通过的一项决议规定，从 9 月开始，各大市政公共机构（如学校、养老院、体育场和博物馆），将逐渐禁止使用塑料吸管。此外，法国还将于 2020 年开始全面禁用纯塑料的一次性餐具，取而代之的是可降解袋和可堆肥袋。但事实上法国 2016 年起就禁用了厚度低于 0.05 毫米的一次性塑料袋。

54 2018 年 8 月 3 日，智利发布禁塑令，要求从 2020 年 8 月 3 日起全国所有商超向顾客提供塑料袋，由此成为拉美第一个实行禁塑令的国家。

55 2018 年 8 月 10 日，新西兰政府宣布，将在今年起逐渐全面禁用一次性塑料购物袋。

56 2018 年 8 月，蒙古国政府决定从 2019 年 3 月 1 日禁止销售或使用一次性塑料袋。

等。具体而言，这种法治模式主要通过行政立法可以较为迅速的对海洋微塑料关键来源之一的塑料实施强干预，并通过动态调整禁止生产、销售和使用塑料制品的“黑名单”，具体细分并确定不可生产、销售和使用的塑料制品。但在个别技术性细节方面的出现差异，如中国、澳大利亚和法国将一次性塑料袋的厚度分别界定为小于 0.025 毫米、0.035 毫米和 0.05 毫米。目前来看这足以分享至微塑料法治，但不能完全等同，且这仅是微塑料的一部分。也就是说，渐进式禁塑是微塑料陆源上游法治的一个阶段，绝不是最终阶段。

综合式法治模式更像是渐进式的更进一个阶段，它已不仅仅着眼于塑料，而是将尝试微塑料单独作为法治对象，并在涉及塑料同时对微塑料进行规定。表现包括：第一，通过立法间接将部分海洋微塑料源头纳入管理。《废弃物处理法》明确了废弃物是污物或不要物品的固体物品或液体物品，包括一般废弃物（如家庭垃圾等）和产业废弃物（伴随企业活动所产生的燃渣、废塑料等）。《容器包装循环利用法》则针对塑料瓶等包装容器废弃物。第二，通过立法建立起合作法治体系。《废弃物处理法》规定了政府的职责和管理方式（许可证）。为了解决有关废弃物的各种问题，2004 年对《有关废弃物处理及清扫的法律》进行了修订，增加了强化国家作用以及强化对废弃物不当处理的处罚等措施。同时，《容器包装循环利用法》中规定了关于消费者分类排放、市町村分类收集和企业再生利用的机制。2006 年对《容器包装循环利用法》进行了修改，涉及废弃容器包装的抑制、减量；分类收集、再商品化；政府、批发销售商、企业、国民四者之间的合作等。2007 年，日本政府开展了专项行动，针对零售业者的排放制订了指导方针，针对大量利用容器包装的企业，要求必须提交配合报告，若配合业绩不显著时，要对其执行劝告，公布命令等制裁措施。[57]根据《促进海洋垃圾处置法》的授权，2010 年颁布了《全面和有效促进应对海洋垃圾措施的基本方针》，明确了各方在海洋垃圾处置中的责任，成立了促进应对海洋垃圾对策的协调委员会和专家委员会，同时也强调个人、公众的责任和国际合作。[58]第三，加强科学检测，逐步将海洋微塑料纳入针对法治。从 2016 年开始，日本启动了海洋微塑料统一监测方法项目。2018 年 8 月，日本环境省发布了《海洋微塑料统一监测方法项目大纲》，认为包括微塑料在内的海洋垃圾是非常紧迫的事情，需要考虑和采取防止海洋垃圾和微塑料的措施。11 月，日本环境省公布了海岸漂抵垃圾对策基本方针的修改方案，要求企业减少在洗面奶与牙膏中使用微珠、餐饮店与零售店主动停止使用塑料袋、吸管等一次性塑料制品，并敦促渔业人员彻底防止塑料渔具流入大海。

（二）国家中游法治模式与特点的知识分享进展

中游法治的对象主要分为生产废水、生活废水和综合废水。除了许可证制度外，生产废水有更为严格的标准，根据本行业特点有对应的处理规范流程，高污染行业的处理往往受到更严格的监管。相比之下，生活废水和综合废水处理采取的是没有侧向某些特别物质的一般处理流程，其承担者通常是被认为是海洋微塑料点源[59]的集中废水处理厂。

目前，在全世界大多数污水处理厂都至少有的两级处理阶段[60]均已检测到微塑料。[61]实

57 李沛生：《借鉴日本经验实施循环经济理念 促进我国塑料包装工业的发展》，第 68 页。
58 UNEP, Marine Litter Legislation: A Toolkit For Policymakers, Sept. 21, 2016, Pp.13-14.
59 即污染物排放的任何单一可识别污染源，如管道，沟渠，船舶或工厂烟囱。参见 https://Oceanservice.Noaa.Gov/Education/Kits/Pollution/03pointsource.Html, 最后访问时间：2019 年 3 月 1 日。
60 “Wastewater Treatment Manuals: Primary, Secondary, And Tertiary Treatment”, Environmental Protection Agency, Https://Www.Epa.Ie/Pubs/Advice/Water/Wastewater/Epa_Water_%20treatment_Manual_Primary_Secondary_Tertiary1.Pdf. (Last Visited March 1, 2019).
61 Fendall, Lisa S., And Mary A. Sewell, “Contributing To Marine Pollution By Washing Your Face: Microplastics In Facial Cleansers”, P.1228.

验数据来看，基本可以起到防止海洋微塑料的作用。[62][63][64][65]然而，一方面，废水处理厂从设计上来说不是为了去除微塑料，且在不杀死浮游生物和食物链的其他重要部分的情况下，可能无法将其从水中除去。另一方面，假设一个处理厂每天排放 1.6 亿吨水，就会导致约 8 万亿个微珠。[66]若将废水污泥（sewage sludge）[67]用作土壤肥料计算入内，则最终产生的海洋微塑料量可能非常大。[68][69][70]更为重要的是，世界上还没有国家将微塑料指标纳入废水处理阶段，也就是说海洋微塑料陆源中游法治处于空白阶段，并由此加重了下游阶段的法治压力。

（三）国家下游法治模式与特点的知识分享进展

陆源下游针对微塑料进入海洋的途径，即径流。微珠和塑料都很容易通过径流进入海洋，[71][72]如果在中游废水处理阶段可以有效去除微塑料，则可以切断径流中微塑料的最大直接来源，从而避免海洋微塑料。相比上游的源头管控和中游的点源控制，下游径流天然的开放性、流动性、自愈性、生态性使得对单一特定物质的法治难度较大。从全球来看，每年有 1220 万吨塑料进入海洋，其中 80％来自来陆地，[73]并集中在非洲、东亚、东南亚和南亚，因此关键是对 10 条主要径流的法治，核心在中国。[74]

62 Estahbanati, Shirin, And N. L. Fahrenfeld, “Influence Of Wastewater Treatment Plant Discharges On Microplastic Concentrations In Surface Water”, (2016) Chemosphere, P.277-284.
63 Mintenig, Svenja, et al., “Identification Of Microplastic In Effluents Of Waste Water Treatment Plants Using Focal Plane Array-Based Micro-Fourier-Transform Infrared Imaging”, (2017) Water Research, P.365-372.
64 Carr, Steve A., Jin Liu, And Arnold G. Tesoro, “Transport And Fate Of Microplastic Particles In Wast ewater Treatment Plants”, P.178.
65 Murphy, Fionn, et al., “Wastewater Treatment Works (Wwtw) As A Source Of Microplastics In The A quatic Environment”, (2016) 50.11 Environmental Science & Technology, P.5800-5808.
66 Anderson, Alison, et al., “Microplastics In Personal Care Products: Exploring Perceptions Of Environm entalists, Beauticians And Students”, P.460.
67 是各级废水处理过程中所产生的半固体沉淀物质，是废水处理厂不可避免的产物。
68 Rochman, Chelsea M., et al., “Scientific Evidence Supports A Ban On Microbeads”, (2015) 49.18 Env ironmental Science & Technology, P.10759-10761.
69 Weithmann, Nicolas, et al., “Organic Fertilizer As A Vehicle For The Entry Of Microplastic Into The Environment,” (2018) 4.4 Science Advances.
70 “Synthetic Microfibers And Particles At A Municipal Waste Water Treatment Plant”, Helcom.
71 Andrady, And L. Anthony, “Plastics And The Environment”, (2003) 51 Paper Film & Foil Converter, P.23–30.
72 Derraik, Jose G B. “The Pollution Of The Marine Environment By Plastic Debris : A Review”, P.85 0.
73 Jambeck, Jenna, et al., “Plastic Waste Inputs From Land Into The Ocean”, P.771.
74 全球 90%的塑料废物是从 10 个径流进入海洋，其中 6 条与中国有关。See Christian Schmidt Et Al, “E xport Of Plastic Debris By Rivers Into The Sea”, (2017) Environmental Science & Technology.
Andrady, Anthony L., And Mike A. Neal, “Applications And Societal Benefits Of Plastics”, P.1981.



图 5　10 条主要河流[75]

从径流水质来看，中国入海径流总体为轻度污染且年变化不大，但近岸海洋微塑料密度增势明显，[76]即中国陆源海洋微塑料正在不断增长，同时缺少相关法治。一方面《“十三五”全国城镇污水处理及再生利用设施建设规划》《“十三五”全国城镇生活垃圾无害化处理设施建设规划》《关于印发城镇污水处理提质增效三年行动方案（2019-2021 年）的通知》等要求加强对点源提质增效的规范性文件中未有涉及微塑料；现行《地表水环境质量标准（GB 3838-2002）》、近岸海域检测项目等径流指标中亦未有。另一方面截止到 2020 年底与微塑料相关的污水处理率、污泥无害化处置率等远远不够。[77]因此当前中国径流水质不能正确反映微塑料状况，即便在《关于印发城镇污水处理提质增效三年行动方案（2019-2021 年）的通知》和《海洋环境保护法》中已经尝试对径流水位与市政排口的协调和径流与入海口的保护，中国下游法治仍然远不足以援引至微塑料。

可以说这是全球绝大多数国家所处状态，但从知识分享来看，美国似乎已经有了径流法治的萌芽。

1948 年，美国诞生了第一部解决水污染的《联邦水污染控制法》（The Federal Water Pollution Control Act），随后发展成为《清洁水法》（Clean Water Act）。虽然法案文本中没有出现微塑料的表述，但作为美国管理水污染的主要联邦法律，它要求各州必须依此法许可框架建立水质标准。直到 2018 年，EPA 公开的流域保护营养和沉积物估算工具和 Chesapeake Assessment Scenario Tool 中，仍旧没有将微塑料纳入。[78]但固体废物和垃圾对水体的污染显然最终会导致海洋微塑料。事实上从字面解释来看，美国事实上已经有了法理基础。CWA 第 303 条要求各州确定“受损水域（impaired waters）”并对造成污染的污染物设定限制。如果水质未达到标准，则被要求制定污染物最大日负荷（TMDLs）。TMDLs 必须考虑造成水

75 Christian Schmidt Et Al, “Export Of Plastic Debris By Rivers Into The Sea”, (2017) Environmental S cience & Technology.
Andrady, Anthony L., And Mike A. Neal, “Applications And Societal Benefits Of Plastics”, P.1981.
76 2019 年、2018 年《中国海洋生态环境状况公报》
77 2020 年底城市污水处理率、污泥无害化处置率约为 95%和 75%，次级行政建制地区和西部地区更低。参见《“十三五”全国城镇污水处理及再生利用设施建设规划》与全面完成十三五规划。
78 https://www.epa.gov/sites/production/files/2018-08/documents/loadreductionmodels2018.pdf

质不达标的所有污染源，包括点源和非点源。加州、夏威夷州、康涅狄格州、阿拉斯加和马里兰州共计 68 个水域已被确定为受到垃圾污染的影响。因此，加州洛杉矶河和马里兰阿纳科斯蒂亚河制订了 TMDLs。如加州洛杉矶的 TMDLs 就需要关注直径 5 毫米及以上的塑料。只需稍加扩大 TMDLs 的适用条件即可正式将微塑料纳入管理，而这个条件完全是基于微塑料情况在美国国内的严重情况。实际上，加州洛杉矶的 TMDLs 几乎可以被认为是直接涉及微塑料的，因为其定义已经无限接近微塑料，且包括次生型。

但 CWA 存在两个关键问题，一个是 CWA 目前还没有明确微塑料的地位，并且也还没有打算提高对它的警惕。生物多样性中心（Center for Biological Diversity）请求 EPA 发布一项新的规则，其中包含专门针对塑料污染的国家水质标准，包括微塑料，但遭到拒绝，尽管 EPA 2016 年确认，雨水径流对水质有重大（significant）影响，[79]固体废物中的橡胶、塑料等可以此进入海洋。[80]如果请求被采用，那么更多的水域将因塑料污染而被认定为“受损水域”，TMDLs 将不得不处理微塑料。另一个问题是，如何使用通常的 CWA 措施来解决微塑料污染问题，这是一个技术难题。

陆源下游没有单独立法，现有法治可以分为两种不同模式。第一种是有多个相互独立的专项立法可以援引的弱法治模式，效果较差。海洋微塑料本质上是存在于海洋的微塑料，即便在这一方面缺乏法治，但针对微塑料上位塑料的仍能起到减缓作用。以中国为例，这些立法包括《固体废物污染环境防治法》《水污染防治法》《海洋环境保护法》等。但这种弱法治模式存在先天不足，一方面泾渭分明的规范范围的划分可能出现交叉或空白，当交叉时权力分配会影响公正，进而损害法律权威。而当出现空白时，保持克制的法治思维会导致法律漏洞，问题也不能得到妥善处理，如《固体废物污染环境防治法》只涉及固体废物和液态废物，排入水体的适用《水污染防治法》，而海洋污染适用《海洋环境保护法》。地方政府的《固体废弃物环境防治条例》也遵从了这样的原则。一旦放在环境背景下就会发现，它们试图最大限度的明确适用范围，而正是这种克制的法律理念与新兴环境问题之间产生了不适应，为适度突破的预防原则留下了余地。

微塑料也需要适用预防原则，并因此先后通过了《产业结构调整指导目录》（2019 年版）《关于进一步加强塑料污染法治的意见》《相关塑料制品禁限管理细化标准(2020 年版)》《关于扎实推进塑料污染法治工作的通知》《化妆品中塑料微珠的测定》等“意见”“通知”。这种弱规范性文件旨在“推进相关法律法规修订，将塑料污染防治纳入相关法律法规要求。”[81]在权责划分、责任承担、程序设计等方面存在改进的地方。

第二种是有与之关系密切的专项立法可以援引，效果较好。以爱尔兰为例，其于 2019 年通过了《微珠法案》（Microbeads Act），显著特点有二：一是针对性，它直接规定对象为直径不超过 5 毫米，同时不能少 1 纳米，且不溶于水的固体塑料颗粒；二是全面性，在适用范围上全面，包括了爱尔兰管辖的海域、内水，排水措施、污水处理，在公海上的爱尔兰船籍的船舶。在适用对象上全面，既有自然人，也有法人。在程序设计上全面，既有简易程序，又有证据规则、抗辩规则、处罚规则。

三、相关国际法治与特点的知识分享进展

作为联合国系统内负责全球环境事务的牵头部门和权威机构的环境署和负责海上航行

79 Usepa, 2015g

80 Monitoring and evaluating nonpoint source watershed projects, may 2016, https://www.epa.gov/polluted-runoff-nonpoint-source- pollution/monitoring-and-evaluating-nonpoint-source-watershed

81 《进一步加强塑料污染法治的意见》第十二条

安全和防止船舶造成海洋污染的国际海事组织（海事组织，IMO）在废物管理、船舶污染等多个相关领域的扮演了知识分享中心的作用，为海洋微塑料国际法治提供了知识分享。与国家的知识分享不同，这一类偏向海源。

（一）废物管理国际法治与特点的知识分享进展

首先是 2001 年具有法律拘束力的《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》（《斯德哥尔摩公约》）。为便于制定、执行和更新其实施计划，公约要求各缔约方应酌情直接或通过全球、区域和分区域组织开展合作。作为全球参与程度最高的国际环境公约之一，公约明确了“最佳可行技术”“技术”“可行”“最佳”等定义，这大大增强了操作性和权威性。公约附件从 A 至 C，管制级别递减，分别是消除类、限制类、无意生产类化学品。公约第五条要求缔约国采取措施减少附件 C 中的化学物质的人为来源的排放总量，其中多氯联苯等则正是微塑料原料。每次缔约方大会都会根据当前科学实证对附件中的化学品进行修正，如 2017 年公约第八次缔约方大会通过决议，将短链氯化石蜡列入附件 A，而这个化学品广泛使用在塑料制品和日用品中，对水生物有很强的毒性，并对水环境造成长期负面影响。即便没有更高的国内标准，《斯德哥尔摩公约》对于缔约国而言的最低国际标准仍然可以到对海洋微塑料的一般性作用。

其次是同样具有法律拘束力的《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》（《巴塞尔公约》）。它是危险废物及其它废物方面最全面的国际性环境公约，有 175 个缔约国。公约对危险废物及其他废物的越境转移加以管制，要求其缔约方确保此类废物能够以无害环境的方式得到管理和处置。缔约方亦有义务尽量减少运输的数量、在尽可能靠近废物生成地进行处理、在源头预防或尽量减少废物的生成，特别是向发展中国家出口和转移。公约的总体目标是保护人类健康和环境免遭危险废物的不利影响。其适用范围包括因其来源和/或成分及其特性被界定为“危险废物”的各种废物，以及被界定为“其他废物”的两类废物。[82]

公约的各项条款都围绕以下主要目标：第一，减少危险废物的产生并促进危险废物的无害环境管理，而无论其处置地点在何处；第二，限制危险废物的越境转移，除非其转移被认为符合无害环境管理的原则；第三，在允许越境转移的情况下，实行管制制度。[83]公约第一条对“危险废物”的范围进行了界定，总体而言涵盖了有毒性、爆炸性、腐蚀性、易燃性、生态毒性和传染性废物。缔约国对危险废物的定义是其义务，当缔约国国内对危险废物有了明确界定时，自动适用缔约国国内的规定，可见公约附件 1 起到一个补充作用。同时，各缔约国的危险废物名单须通知公约秘书处，通常而言，[84]在转移前，出口国须获得进口国的书面同意，由此基本形成一致的危险废物名单。以中国为例，2016 年实施的《国家危险废物名录》可能对环境或者人体健康造成有害影响，需要按照危险废物进行管理的固体、液态废物列入名录，其中就涉及到了微塑料。[85]随着对微塑料研究的深入，可以对更新版本抱有期待。

需要注意的是，公约不能按字面解释，因为公约包括了“其他废物”，并将之与危险废物并列，也适用危险废物的规定，即须加特别考虑的附件 2 的废物，包括从家庭收集的废物和

82 即家庭废物和焚化炉灰。见公约第 1 条和附件 2。

83 参见 http://Www.Basel.Int/Portals/4/Basel%20convention/Docs/Text/Baselconventiontext-C.Pdf，最后访问时间：2019 年 3 月 1 日。

84 如果在任何时候一缔约国决定对危险废物或其他废物的过境转移一般地或在特定条件下不要求事先的书面同意，或修改它在这方面的要求，该国应按照第 13 条立即将此决定通知其他缔约国。

85 包括了在表面处理废物中涉及塑料表面处理工艺产生的废物、废液，在废矿物油与含矿物油废物中涉及塑料的定型和物理机械表面处理过程中产生的废石蜡和润滑油两类。

焚化家庭废物产生的残余物。虽然在 2003 年附件 2 的类别和范围被认为很难划分和扩大，[86]但从立法背景和系统解释来看，附件 9 是为了让附件 1 和 3 更清晰而制定的，当附件 9 中没有充分涵盖公约管理的废物时，缔约国就可以提出修正。[87]2018 年，挪威代表提议将塑料废物从附件 9[88]移到附件 2 从而接受贸易管制，消除了塑料污染的“无害假设”，迈出了全球塑料贸易透明管控的第一步，并为缔约国提供了一个可以管控塑料垃圾贸易的法律框架。[89]这项提案被认为是保护世界各地的发展中国家免于成为“发达国家垃圾箱”一个重要进步，也是遏制海洋微塑料的关键一步。

最后是具有法律拘束力的 1972 年《防止倾倒废物和其他物质污染海洋公约》（《1972 伦敦公约》[90]），有 82 个缔约国。公约要求控制和管理海洋倾废，促进对一切海洋污染源的有效控制，并采取一切切实可行的步骤防止由于倾倒废物和其他物质造成海洋污染。为此，各国有必要针对海洋污染的来源采取最切实可行的办法防止这类污染，并发展能够减少需处置的有害废物数量的产品和处理办法。除附件规定的物质外，公约禁止各缔约国倾倒任何形式和状态的任何废物或其他物质。这些附件的物质以“红绿灯”的形式存在。附件 1 即黑名单，该名单内的物质被完全禁止倾倒，如持久性塑料和其他持久性合成材料（如渔网和绳索）。附件 2 是灰名单，它要求名单内物质的倾倒需事先获得特别许可证，如砷、铍及其化合物。附件 3 是白名单，是除了附件 1、2 外的一切其他废物或物质，但需要事先获得国家主管部门一般许可证。1996 年通过了同样具有法律拘束力且限制性更强的《伦敦公约议定书》，有 51 个缔约国。为针对所有海洋污染源提供有效控制，并采取切实措施防止海上倾倒废物造成的污染，议定书采用了“正面清单”形式：禁止一切倾倒，只有清单上的可以接受的物质除外。清单包括疏浚物、生活污水残渣等。因此，从理论上几乎断绝了海洋倾废产生微塑料的可能。

《伦敦公约议定书》回应了《联合国海洋法公约》（UNCLOS）第 210 条第 6 款呼吁的关于倾倒的全球性规则和标准。为确保履约工作与其它相关协定协调一致，秘书处已开展数项跨部门活动以促进知识分享，例如帮助各缔约国确保其国内废物管理战略涵盖一切海上环境污染源（包括海上处置废物）、促进在源头防止出现废物和有效利用疏浚挖出的海洋沉积物等。然而，2016 年，清单中的疏浚物被认定极有可能含有微塑料。[91]公约和议定书形成双轨治理，虽然未能完全避免向海洋排放塑料垃圾的情况，[92]但对于缔约国更多的公约而言，它给提供了一套基础的操作指南，形成最低要求。议定书则提出了更高标准要求，树立了前进方向。为海洋微塑料国际法治提供了新思路。

（二）船舶污染国际法治与特点的知识分享进展

86 Report Of The Open-Ended Working Group Of The Basel Convention, UNEP /CHW/OEWG/1/16(2003).

87 通过 cop 决议 viii/15 的程序。

88 附件 9 所列废物为除非其附件一物质的含量使其具有附件三特性，否则将不属《巴塞尔公约》第 1 条第 1(A) 款范畴者，即不属于危险废物。参见 http://Www.Basel.Int/Portals/4/Basel%20convention/Docs/Text/Baselconventiontext-C.Pdf, 最后访问时间：2019 年 3 月 1 日。

89 司文文：《巴塞尔公约》，载《中国投资》2019 年第 01 期，第 52-53 页。

90 在 1992 年第 15 次缔约国会议前，公约简称“伦敦倾废公约”。在这次会议上，绿色和平组织认为原简称不能正确反映公约的内容，提议更改简称。大会接受了该提议，此后公约简称《1972 伦敦公约》。

91 Kershaw, Pj, “Marine Plastic Debris And Microplastics – Global Lessons And Research To Inspire Action And Guide Policy Change”, Surrey Research Insight, Http://Epubs.Surrey.Ac.Uk/Id/Eprint/829158, (Last Visited March 1, 2019).

92 “40th Consultative Meeting Of Contracting Parties To The London Convention And The 13th Meeting Of Contracting Parties To The London Protocol (Lc 40/Lp 13) 5-9 November 2018”, Imo, Https://Www.Imo.Org/En/Mediacentre/Meetingsummaries/Pages/Lc-Lp-40-13.Aspx, (Last Visited March 1, 2019).

具有法律拘束力的《1973 年国际防止船舶造成污染公约》（MARPOL 73）和《<1973 年国际防止船舶造成污染公约>的 1978 年议定书》（MARPOL 78），包括防止和减轻船舶污染、意外污染和日常作业中发生的污染的相关规定，附件 V 涉及海洋垃圾污染，并禁止将塑料从船舶向海洋排放。其中，MARPOL 78 附则 IV 和附则 V 与海洋微塑料关系最为紧密，并在 2004 年和 2011 年分别通过了首次修正案。

首先是关于防止船舶生活污水污染规则的附则 IV。附则明确禁止将生活污水[93]排放入海[94]，因此从这个角度可以认为附则 IV 纳入了海洋微塑料。但同陆源废水处理一样，船舶生活污水没有针对性处理，另外由于附则 IV 允许在距离海岸不同距离处排放不同程度的污水，使得微塑料仍可能进入海洋。

其次是关于防止船舶垃圾污染规则的附则 V，它是整个 MARPOL 体系中与海洋微塑料最密切的。附则 V 的垃圾系指产生于船舶正常营运期间并需要连续或定期处理的各种食品废弃物、生活废弃物、操作废弃物、所有的塑料、货物残留物、焚烧炉灰、食用油、渔具和动物尸体。相比其他附则，在生活废弃物方面是兜底性的，因为它的“生活废弃物系指其他附则未规定的、在船上起居处所产生的所有类型的废弃物。”附则 V 对 149 个缔约方具有拘束力，涵盖了世界 98％的船舶吨位。[95]它完全禁止在海上处理各种形式的塑料，还包括有关为总吨 400 以上或经证实载运超过 15 人的船舶提供垃圾记录簿的义务以及是否有足够的港口接收设施的规定。与此相关，2006 年，IMO 批准了一项行动计划，解决港口接收设施不足的问题，以促进 MARPOL 的有效实施，并促进行政部门和航运业的环境意识。[96]

2016 年，IMO 海上环境保护委员会第 70 届会议通过了 MEPC.277(70)决议，对附则 V 中涉及船舶垃圾的分类、排放和记录进行了再次修正，[97]以确定其是否为对海洋环境有害物质（HME）。修正案还确认各国为减少其管辖范围内海域的海洋废弃物的不利影响而采取的行动的义务。

附录 I 中对认定为海洋环境有害物质的参数
急性水生毒性 1 类
慢性水生毒性 1 类或 2 类
非快速降解且具有高生物富集性的致癌类或 1B 类
非快速降解且具有高生物富集性的生殖细胞突变性 1A 类或 1B 类
非快速降解且具有高生物富集性的特异性靶器官毒性重复接触 1 类
包含或组成物为合成聚合物、橡胶、塑料、塑料原料颗粒（包括粉碎、研磨、切碎或浸渍或类似材料）的固体散装货物

表 1 MARPOL 78 附则 V 中的附录 I

93 生活污水包括任何型式的厕所和小便池的排出物和其它废弃物；医务室（药房，病房等）的洗手池、洗澡盆和这些处所排水孔的排出物；装有活动物的处所的排出物；或混有上述定义的排出物的其它废水。

94 但在为保障船舶和船上人员安全或救助海上人命的需要，或由于船舶或其设备受损而排放生活污水，后者需要是在发生损坏以前和以后已采取了一切合理的预防措施来防止此种排放或使排放减至最低程度。

95 “Summary Of Status Of Conventions”, Imo, Http://Www.Imo.Org/En/About/Conventions/Statusofcon-Ventions/Documents/Summary, (Last Visited March 1, 2019).

96 Chen, Chung Ling, “Regulation And Management Of Marine Litter”, (2015) Marine Anthropogenic Litter, Pp 395-428.

97 根据修正案要求，船舶应将垃圾分为 a 至 k 类，分别为：A 塑料，B 食品废弃物，C 生活废弃物，D 食用油，E 焚烧炉灰渣，F 操作废弃物，G 动物尸体，H 渔具，I 电子废弃物，J 货物残余（对海洋环境无害物质），K 货物残余（对海洋环境有害物质）。其中，A 至 i 类垃圾适用于所有船舶，记录在《垃圾记录簿》第一部分中；J 和 k 类垃圾适用于载运固体散装货物船舶，记录在《垃圾记录簿》第二部分中。

最新的知识分享是根据 IMO 第 30 届大会通过的第 MEPC.310(73)号关于《应对船源海洋塑料垃圾行动计划》的决议，包括在减少渔船塑料垃圾、减少航运塑料垃圾、提高港口接收设施有效性、提高公共意识并加强培训教育、开展船源塑料垃圾研究、开展法律框架完备性分析、继续加强与相关国际组织合作并开展全球海上垃圾合作伙伴项目以及能力建设等八个方面开展工作。此外，还有通过海上环境保护委员会探索制定全球性的解决方案，到 2025 年实质性减少船舶造成的海洋塑料垃圾污染。

（三）其他类型国际法治与特点的知识分享进展

与前面两个相关特定领域国际法治不同，《联合国海洋法公约》（UNCLOS）《生物多样性公约》（CBD）和 1979 年《保护野生动物迁徙物种公约》（CMS）等虽亦可用以对海洋微塑料的国际法治，但面临着本身强原则、弱规则、难适用问题，以致实践上不易形成有效的知识分享。

在海洋环境保护方面，UNCLOS 构成了一项管制海洋活动的具有法律拘束力的全球文件，为了加强和扩大对海洋环境的保护，公约没有像《1972 伦敦公约》一样对污染物进行规定，转而仅规定何谓污染和行为，至于行为对应的客体在所不问，体现了高度的抽象性。公约采用的污染源头的划分标准[98]和控制要求[99]、反复强调对持久不变物质的管理，以及衍生而来的《执行 1982 年 12 月 10 日<联合国海洋法公约>有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(《联合国鱼类种群协定》)都与海洋微塑料国际法治对象具有高度一致性。

在海洋生物及其栖息地保护方面，具有法律拘束力的 CBD 和 CMS 可以与海洋微塑料国际法治形成协同效应。CMS“阻止、减少或控制对某迁徙物种有害的物质进入该物种的栖息地”的要求完全适用于海洋微塑料，正如 UNEP 执行主任钱伯斯在第六届世界自然保护大会时所言，“该公约不仅是针对珍稀物种本身的保护，还包括对它们的迁徙路线和栖息地等的保护”。[100]2011 年，公约缔约方通过了一项关于海洋废弃物的决议。[101]2015 年，秘书处在出版物中专门提到主要是由塑料构成的海洋碎片对海洋生物的危害，呼吁减少塑料垃圾。[102]2017 年召开的“海洋塑料垃圾和微塑料研讨会”确定了要改进监管框架。[103]虽然 CBD 和 CMS 保护对象有限、操作性差，能发挥的实际作用非常有限，但鉴于海洋微塑料的危害，它们刚好可以相互配合，事实上也是这样。

四、海洋微塑料国际法治模式的构建

（一）海洋微塑料国际法治的法理基础

人类环境的保护成为人类关注事项，为了保护人类环境不受污染和破坏，需要适当的国际法原则、规则和制度加以预防、控制和处理。[104]海洋微塑料国际法治的法理基础可以从自

98 将海洋环境污染分为陆地来源的污染、国家管辖的海底活动造成的污染、倾倒造成的污染、来自船只的污染、来自区域内活动造成的污染和来自大气层或通过大气层的污染。

99 通过法律对陆地来源的污染进行控制，包括河流、河口湾、管道和排水结构（outfall structures）。

100 钱伯斯：《〈保护野生动物迁徙物种公约〉是野生动物的坚定守护者》，环球网，Http://World.Huanqiu.Com/Exclusive/2016-09/9417927.Html?Agt=260，最后访问时间：2019 年 3 月 1 日。

101 Proceedings Of The Tenth Meeting Of The Conference Of The Parties, UNEP /CMS/COP10/Report(2011), P.235.

102 “CMS”, Cms, Https://Www.Cms.Int/En/Legalinstrument/Cms. (Last Visited March 1, 2019).

103 “Workshop On Marine Plastic Litter And Microplastics: Identify Gaps And Options To Improve Regulatory Framework”, Cms, Https://Www.Cms.Int/En/Eventcalendar/Workshop-Marine-Plastic-Litter-And-Microplastics-Identify-Gaps-And-Options-Improve. (Last Visited March 1, 2019).

104 王铁崖：《国际法导论》，北京大学出版社 1998 年版，第 303-304 页。

然法学派和实证法学派中找到，简单来说包括国际环境法基本原则的预防（precaution）、防止（prevention）、可持续发展原则和具体规则的缔约国对有法律拘束力规范性文件的义务、国家自愿等。

第一，预防原则。它是指即使没有明确的科学证明，仍需进行规制。预防原则也可以理解或表述为谨慎原则、临时措施。[105]它对于保护环境和人类健康至关重要，因此也是国际环境法上最常见的概念之一，同时也是最具争议原则之一。因为对它确切含义和法律地位存在分歧，也担心被贸易保护主义滥用。[106]国际社会最普遍接受的是作为国际环境法基础之一的《里约宣言》中原则 15，[107]“为了保护环境，各国应根据其能力广泛采用预防方法。如果存在严重或不可逆转的（serious or irreversible）损害威胁，则不应将缺乏充分的科学确定性作为推迟采取具有成本效益的措施以防止环境退化的理由。”

随着国际社会对环境关注的增加，预防原则越来越多的体现在国际法文件上，如 UNCLOS，虽然在关于海洋环境的第十二部分没有明确提及预防原则，但从文本表述已经可以看出端倪。随后《联合国鱼类种群协定》在第六条中正式引入了该原则，“缺乏足够的科学信息不应作为推迟或不采取养护和管理措施的理由”。[108]此外，1991 年《关于禁止非洲进口和控制其境内危险废物越境转移和管理的巴马科公约》(《巴马科公约》)第 4.3.f 条，[109]1992 年《生物多样性公约》（CBD）的序言，[110]1992 年《联合国气候变化框架公约》（UNFCCC）的第 3 条，[111]修订后的 1973 年 MARPOL、[112]1992 年《东北大西洋海洋环境保护公约》、[113]1996 年《伦敦公约议定书》[114]等都明确了预防原则。

需要注意的是，1991 年的《巴马科公约》的“可能（may）”，1992 年《生物多样性公约》的“重要（significant）”[115]相比原则 15 的“严重或不可逆转（serious or irreversible）”明显程度更低，且 CBD 的表述未将允许的行动限制在具有成本效益的措施上，而 UNFCCC

105 Courbage, Christophe, B. Rey, And N. Treich, “Prevention And Precaution”, (2013) Handbook Of Insurance.

106 United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements Course: Introductory Course To International Environmental Law Book: Book – Principles And Concepts Of International Environmental Law (Part 2), P.7

107 United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements Course: Introductory Course To International Environmental Law Book: Book – Principles And Concepts Of International Environmental Law (Part 2), P.7

108 协定第 6 条，预防性做法的适用（Application Of The Precautionary Approach），并通过附件的形式列出适用预防性参考点的准则。

109 第 4.3.F 条，要求“每一缔约方应努力对污染问题采取和实施预防性措施，必须防止可能（May）对人类或环境造成危害的物质释放到环境中，而不待有关此类问题的科学证据”。

110 序言规定“……生物多样性遭受显著（Significant）减少或损失的威胁时，不应以缺乏充分的科学定论为理由，而推迟采取旨在避免或尽量减轻此种威胁的措施”。

111 第 3 条原则部分明确“各缔约方应当采取预防措施，预测、预防或尽量减少气候变化的原因并减轻其不利影响”。

112 2001 年的修订中增加风险预防原则，并将条件评估计划作为一项附加的风险预防措施。

113 第 2 条（2）规定：公约的缔约国应适用风险预防原则，当有合理的理由认为某种物质或者能源直接或间接的排放到海洋环境中可能危害人类健康、损害生物资源和海洋生态系统、干扰关于海洋的合理使用时，应采取防止措施，即使没有最终的证据证明排放与危害之间的因果关系。并且，该公约还在附件中对风险预防原则的具体适用作出规定。

114 第 3 条第 1 款规定：各当事国应适用保护环境不受倾倒和海上焚烧废物或其他物质的危害的预防方法，即在有理由认为进入海洋环境中的废物或其他物质可能造成损害时采取适当预防措施，即使在没有确切的证据证明在输入物与其影响间有因果关系时亦然。同时在序言部分第二段强调了在《伦敦公约》框架内取得的成就，特别是基于预防和预防的方法的演变。

115 该公约中文版本使用的是“严重减少或损失”（参见 http://Www.Un.Org/Zh/Documents/Treaty/Files/Cbd.Shtml，最后访问时间：2019 年 3 月 1 日），但英文版使用的是“Significant”（参见 https://Treaties.Un.Org/Doc/Treaties/1992/06/19920605%2008-44%20pm/Ch_Xxvii_08p.Pdf，最后访问时间：2019 年 3 月 1 日）。

相比原则 15 则似乎更加注重行动的方法。

如果将明确预防原则的国际环境法文件进行比较，可以看出海洋环境保护领域相对其他领域对采取预防措施前提的程度要求较低，对科学确定性的要求也相对较低，保护程度更高。在实践中也出现了一批运用预防原则的典型案件，包括新西兰与法国第二次核试验案、1998 年美国与加拿大诉欧盟荷尔蒙牛肉案、1999 年南方蓝鳍金枪鱼案件、2001 年 MOX 核废料加工厂案等。因此，为了避免尚未量化而造成不可挽回的损失或难以接受的后果，适当提前对海洋微塑料这样新兴问题进行一定治理也就并非不可接受了。

文件	领域	程度	确定性	适用条件	保护程度
1982 年《联合国海洋法公约》	海洋环境	/			
1992 年《东北大西洋海洋环境保护公约》		可能的危害、损害、破坏	不需确定的证据证明排放与污染之间的关系	较宽松	相对较高
1972 年《伦敦公约》	危险废物	最危险物质的有害影响使	不需要绝对明确的科学证据证明因果关系	较宽松	相对较高
1991 年《巴马科公约》		可能的危害	不待科学证据	较宽松	相对较高
1996 年《〈1972 伦敦公约〉议定书》		可能的危害	不需要确凿的证据证明在输入物与其影响间有因果关系	较宽松	相对较高
1992 年《里约宣言》	环境保护	严重或不可逆转的损害威胁	不得以缺乏充分确实证据为理由	较严格	相对较低
1992 年《联合国气候变化框架公约》	气候变化	严重或不可逆转的损害威胁	不得以缺乏充分确实证据为理由	较严格	相对较低
1992 年《生物多样性公约》	生物多样性	显著减少或损失的威胁	不应以缺乏充分科学定论为理由	较严格	相对较低
1995 年《联合国鱼类种群协定》		/	不应以缺乏足够的科学信息作为推迟或不采取养护和管理措	较宽松	相对较高

施的理由

表 2 部分国际环境法文件关于预防原则的比较

第二，防止原则[116]。它与预防原则类似，如果说预防原则是在缺少完整的因果实证下提前采取措施的原则，那么防止原则则是基于因不可能对环境损害进行补救或补救费用难以承受而采取一定措施的原则。两者侧重点不同，前者是一个动态的概念，后者是静态的概念。[117]防止原则也被认为是环保领域的“黄金法则”。[118]同时，防止原则体现了国家的国际责任，即不对境外环境造成重大损害。由于不同国际法文件对防止原则的要求程度不同，当抽象为一个国际环境法的基本原则时，将其视为一个产生多种法律机制的总体目标可能更好，包括事先评估环境损害、许可或授权、规定运作和违反规定的后果以及采用的战略和政策。此外，排放限制、产品或工艺标准、使用最佳可用技术和类似技术都可视为防止概念的衍生应用。[119]

事实上，大多数国际环境规范性文件的目标是防止环境损害，无论是海洋、内陆水域、大气、土壤污染，还是人类健康或生物资源的保护。只有相对较少的国际协议使用其他方法，例如传统的国家责任原则或受害者的直接赔偿。事先评估是针对潜在的有害活动。由于未能尽职尽责地防止跨界损害可能导致国际责任，因此可以认为适当进行的环境影响评估可以作为确定是否履行尽职调查的标准。此外还包括监测、通知和信息交换，所有这些都是近期环境协定中的义务。例如 ITLOS 在 MOX 工厂案例中，认为合作和交换有关环境风险的信息是 UNCLOS 和一般国际法关于防止海洋环境污染的基本原则；1991 年《跨界环境影响评估埃斯波公约》、1992 年《工业事故越境影响公约》和 1993 年《北美环境合作协定》也确认了开展环境影响评估的义务。1976 年《南太平洋自然保护公约》第 5 条第 4 款、UNCLOS 第 206 条、1992 年《里约宣言》原则 17、《21 世纪议程》（Agenda 21）、1992 年《关于所有类型森林的管理、养护和可持续发展的非法律约束力的全球共识原则声明》原则 8（h）、1992 年 CBD 第 14（1）（a）和（b）条、1997 年《联合国国际水道非航行使用法公约》第 22 条等都体现了防止原则。

同预防原则一样，防止原则的适用程度也不尽相同，如 1976 年《南太平洋自然保护公约》第 5 条第 4 款规定缔约方必须仔细审查这种引入的后果。在 1997 年《联合国国际水道非航行使用法公约》第 22 条中要求则更加严格，要求水道国采取一切必要措施，防止将外来物种或新物种引入国际水道，这可能会对水道生态系统产生不利影响，从而对其他水道国造成重大损害。

第三，可持续发展原则。上个世纪 80 年代，面对生态环境失衡、人口膨胀等一系列挑战，可持续发展的概念应运而生。尽管人们对可持续发展的定义有不同的认识，[120]但最常被接受和引用的是布伦特兰环境与发展委员会的定义，该委员会在 1987 年的报告《我们共同

116 需要特别注意的是，预防和防止原则是两个不同的原则，虽然在国际法翻译上被混同，如在 sdgs 目标 14.1 中，中文版使用的是预防，但英文版使用的是 prevent 一词。目标 14.1：预防（Prevent）和大幅减少各类海洋污染，特别是陆上活动造成的污染，包括海洋废弃物污染和营养盐污染。

117 Courbage, Christophe, B. Rey, And N. Treich, “Prevention And Precaution”.

118 United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements Course: Introductory Co urse To International Environmental Law Book: Book – Principles And Concepts Of International Environ mental Law (Part 2), P.10.

119United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements Course: Introductory Cou rse To International Environmental Law Book: Book – Principles And Concepts Of International Environ mental Law (Part 2), P.10.

120 刘湘溶：《生态文明：人类可持续发展的必由之路》，湖南师范大学出版社 2003 年版，第 32 页。

的未来》中指出，可持续发展是满足当代发展的需求，且不影响后代满足自身需求能力的发展。[121]该定义被 1989 年 5 月举行的第十五届 UNEP 理事会通过的《关于可持续发展的声明》所采纳。可持续发展原则应用于国际环境法的首要范例是 1992 年的环发会议，[122]它不仅对各国的国内经济发展和环境保护具有普遍的指导性，对国际环境关系和国际环境法的发展也具有极为重大的意义，[123]甚至对《联合国宪章》的一些基本法律原则都产生影响。[124]可持续发展原则包括一体性和相互依赖、代际和代内公平两大部分，其关键在需求（needs）和公平（equity）。[125]

首先是一体性和相互依赖。《里约宣言》原则 4[126]和 25[127]明确必须整合包括环境保护在内的各个领域的政策和活动，以实现可持续发展。同时指出改善社会（包括保护环境）、实现和平和经济发展的努力是相互依存的。一体性是 2002 年约翰内斯堡“可持续发展问题世界首脑会议”讨论的主题之一，其中消除贫困是重中之重。会议达成的《约翰内斯堡可持续发展宣言》第 5 段指出，“我们承担着共同责任，即在地方、国家、区域和全球各级推进和加强相互依存和相互加强的可持续发展支柱，包括经济发展、社会发展和环境保护。”1995 年《哥本哈根社会发展宣言》第 6 段更清楚地阐述了一体性和相互依存的概念，该宣言指出“经济发展、社会发展和环境保护是可持续发展的相互依存和相辅相成的组成部分，我们努力为所有人提供更高质量的生活……公平的社会发展和社会正义”。其次是代际和代内公平。代际公平是指后代享有共同财产公平程度的权利，[128]代内公平是指当代人内所有人公平获得公平权利的权利。[129]因此代际和代内公平意味着当代人有权利用和享受地球资源，也有义务考虑其活动的长期影响，保护资源和全球环境，造福人类的后代。在这种情况下，利益被赋予最广泛的含义，包括经济、环境、社会和内在收益。代际和代内的公平成为实现可持续发展的核心，[130]许多国际法文件已经证明了这一点。例如 UNFCCC 第 3 条第（1）款、1992 年《生物多样性公约》序言部分最后一段，此外 1992 年《联合国欧洲经济委员会保护和使用越境水道和国际湖泊公约》、1994 年《联合国防治荒漠化公约》和 2001 年《斯德哥尔摩公约》、《联合国千年发展目标》（如消除贫穷）、《千年宣言》（如第 6、11 和 21 段）等也都有体现。

可持续发展原则的新近衍生是善治（good governance）与逐步实现和不减损原则（progressive realisation and non-regression）。善治反映出人们越来越意识到透明、负责任、诚实的管理对可持续发展的重要性，以及人们日益认识到腐败对士气、经济效率、政治稳定和可持续发展的腐蚀作用。这一概念意味着国家和国际组织应采用民主和透明的决策程序和

121 林爱文等：《资源环境与可持续发展》，武汉·武汉大学出版社，2005 年版，第 156-160 页。
122 United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements Course: Introductory Course To International Environmental Law Book: Book – Principles And Concepts Of International Environmental Law (Part 1), P.7.
123 金瑞林：《环境法学》，北京大学出版社 2001 年版，第 57 页。
124 王曦：《联合国环境规划署环境法教程》，法律出版社 2002 版，第 13 页。
125 United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements Course: Introductory Course To International Environmental Law Book: Book – Principles And Concepts Of International Environmental Law (Part 1), P.10.
126 原则 4:为了实现可持续发展，环境保护应成为发展进程的一个组成部分，不能单独考虑。
127 原则 25：和平、发展和环境保护相互依存。
128 “Intergenerational Equity”, United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements, Https://Leo.Informea.Org/Terms/Intergenerational-Equity. (Last Visited March 1, 2019).
129 “Intragenerational Equity”, United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements, Https://Www.Informea.Org/En/Terms/Intragenerational-Equity. (Last Visited March 1, 2019).
130 United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements Course: Introductory Course To International Environmental Law Book: Book – Principles And Concepts Of International Environmental Law (Part 1), P.9.

财务问责制、有效措施打击官员或其他人员的腐败行为、确保以透明、廉洁的方式进行公共采购，同时保护人权和尊重正当程序，并更普遍地遵守法治。善治要求充分尊重《里约宣言》的原则。[131]不仅意味着民间社会有权获得国家和国际组织的善治，而且非国家行为体（包括商业企业和非政府组织），也应受到内部民主管理和有效问责制的约束，实现善治对于逐步发展、编纂和执行与可持续发展有关的国际和国内法律至关重要。例如《联合国千年发展目标》任务 12 是“进一步发展开放的、遵循规则的、可预测的、非歧视性的贸易和金融体制。包括在国家和国际两级致力于善政（善治）、发展和减轻贫穷。”此外，作为可持续全球市场存在的条件，善治要求企业肩负社会责任和进行负责任的营业活动。而逐步实现和不减损原则（progressive realisation and non-regression）源于国际人权法。鉴于许多国家所面临的资源和技术限制，《经济、社会、文化权利国际公约》《儿童权利公约》等要求各国尽最大努力采取步骤，逐步实现经济、社会和文化的权利。逐步实现并不意味着各国政府在达到一定的经济发展水平之前不承担这些权利方面的义务，而是这些权利的地位将不断取得进展，因此各国应立即和在未来采取适当步骤实现权利。国际法上不减损原则是指不修订现有规范或标准以减损对集体或个人权利的保护。在国际环境法上则指禁止任何环境法减损现有的环境保护水平和规制。[132]根据关于经济、社会和文化权利委员会对公约第 2 条第 1 款的第 3 号一般性意见，“因此，它有义务尽快和有效地实现这一目标。此外，在这方面任何故意倒退的措施都需要经过最严格的审议，并且需要充分说明。”换句话说，国际环境法上不减损原则是由逐步实现原则引申而来。[133]海洋环境保护最权威实践是 UNCLOS，缔约方同意不得对与人类共同遗产有关的基本原则进行修正，并且不得将成为任何减损协议的缔约国。[134]在“里约+20 成果”（the Rio+20 Outcome）《我们想要的未来》中重申了《里约宣言》的所有原则，并指出了遵守先前承诺的重要性。[135]另外在一些国家的国内立法中也回应了这一原则，如厄瓜多尔在宪法中承诺在拉丁美洲国家之间的环境法方面遵守逐步实现和不减损的原则。[136]一些国内法院也援引了这一原则，例如在哥斯达黎加最高法院在 2010 年的判决中适用了不减损原则，以避免颁布法律允许某些有害海洋环境的活动合法化。[137]

在涉及环境的更具一般性和可操作性的规则方面，缔约国对有法律拘束力公约的义务产生的海洋微塑料治理法理依据显而易见。如 UNCLOS 第十二部分致力于保护海洋环境，要求各国采取措施，防止（prevention）、减少和控制任何来源的海洋环境污染，此外散见于整个公约。公约第 193 条明确规定，“各国有依据其环境政策和按照其保护和保全海洋环境的职责开发其自然资源的主权权利。”同时，各国有保护和保全海洋环境的义务，并应采取一切必要措施确保在其管辖或控制下的活动的进行不致使其他国家及其环境遭受污染的损害。

131 United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements Course: Introductory Course To International Environmental Law Book: Book – Principles And Concepts Of International Environmental Law (Part 1), P.4.

132 “Le Principe De Non Régression Et La Mise En Œuvre Du Droit De L’Environnement”, Iucn, Https://Cmsdata.Iucn.Org/Downloads/Le_Principe_De_Non_Regression_Et_Mise_En_Oeuvre_Du_Droit_De_L_Environnement_2.Pdf. (Last Visited March 1, 2019).

133 “Progressive Realisation And Non-Regression”, Escr, Https://Www.Escr-Net.Org/Resources/Progressive-Realisation-And-Non-Regression. (Last Visited March 1, 2019).

134 公约第 311.6 条。

135 “United Nations Conference Sustainable Development Rio20”, United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements, Https://Leo.Informea.Org/United-Nations-Conference-Sustainable-Development-Rio-20. (Last Visited March 1, 2019).

136 厄瓜多尔宪法第 423.3 条。

137 United Nations Information Portal On Multilateral Environmental Agreements Course: Introductory Course To International Environmental Law Book: Book – Principles And Concepts Of International Environmental Law (Part 2), P.22.

各国在采取措施防止（prevent）、减少和控制海洋环境的污染时采取的行动不应直接或间接将损害或危险从一个区域转移到另一个区域，或将一种污染转变成另一种污染。在国际合作方面，公约强调各国应在为保护和保全海洋环境而拟订和制定符合本公约的国际规则、标准和建议的办法及程序时，应在全球性的基础上或区域性的基础上，直接或通过主管国际组织进行合作。再如《联合国鱼类种群协定》要求采取措施发展和使用有选择性的、对环境无害和成本效益高的渔具和捕鱼技术，以尽量减少污染和废弃物，虽然协定强调“切实可行”的情况下采取措施减少废弃物充满不确定性，但总的来说，在海洋的某些部分，废弃的渔具是海洋垃圾的主要成分，具有深远的生态和社会经济影响，协定客观上对渔具的限制形成对海洋微塑料治理的法理基础。

UNCLOS 被称为“海洋宪法”，它确认了各国保护和保全海洋环境的一般义务。它从宏观上科学的对海洋环境污染进行了概括的规制，但主要是原则性的，美国等大国也非其缔约国。不论公约条款与习惯国际法的关系，从公约 210 条第 6 款的规定“国内法律、规章和措施在防止、减少和控制这种污染方面的效力应不低于全球性规则和标准”和中国、美国关于倾废的国内法来看，缔约国都应当切实履行公约义务，甚至非缔约国也自愿顺承公约规定。

CBD 要求“缔约国应当制定或维持必要立法和/或其他规范性规章”对海洋微塑料进行管制或管理以保护受威胁物种和群体。CMS 通过两个附录对濒危和须经协议迁徙物种的划分，确立了迁徙物种养护和管理的义务，并强调只有通过国际合作才能有效地实现对它们的保护。[138]

承诺的典型是联合国《2030 年可持续发展议程》（《2030 年议程》）。它是成员国为共同应对未来 15 年全球面临的紧急危机和挑战的一项政治共识、承诺。[139]由此衍生出的 17 个可持续发展目标（SDGs）将接替到期的 2000 年联合国《千年发展目标》，其中有 4 个目标与海洋微塑料密切相关。这些目标的重点是未经处理的污水，[140]市政和其他废物管理，[141]化学品的无害环境管理及其整个生命周期内的所有废物，[142]以及通过预防、减少、再循环和再利用减少废物产生。[143]此外，议程还要求预防和减少海洋污染，特别是陆上活动，包括海洋垃圾、[144]海洋和沿海生态系统的可持续管理和保护及其恢复行动，[145]以及通过 UNCLOS 保护和可持续利用海洋资源。[146]2014 年特别针对小岛屿发展中国家（SIDS）的《小岛屿发展中国家快速行动方式》（SAMOA），重点关注 SIDS 的可持续发展并为之提供了一个总体框架。其中关于海洋的第 58 条和关于化学品和废物管理的第 71 条，特别提到处理海洋废弃物和加强废物管理机制。

---

138 “Oceans Full Of Plastic”, Cms, Https://Www.Cms.Int/Sites/Default/Files/Publication/Cms_Ascobans_Marine_Debris_Folder_English_Web.Pdf. (Last Visited March 1, 2019).

139 Kershaw, Pj, “Marine Plastic Debris And Microplastics – Global Lessons And Research To Inspire Action And Guide Policy Change”.

140 目标 6.3：到 2030 年，通过以下方式改善水质：减少污染，消除倾倒废物现象，把危险化学品和材料的排放减少到最低限度，将未经处理废水比例减半，大幅增加全球废物回收和安全再利用。

141 目标 11.6：到 2030 年，减少城市的人均负面环境影响，包括特别关注空气质量，以及城市废物管理等。

142 目标 12.4：到 2020 年，根据商定的国际框架，实现化学品和所有废物在整个存在周期的无害环境管理，并大幅减少它们排入大气以及渗漏到水和土壤的机率，尽可能降低它们对人类健康和环境造成的负面影响。

143 目标 12.5：到 2030 年，通过预防、减排、回收和再利用，大幅减少废物的产生。

144 目标 14.1：到 2025 年，防止（Prevent）和大幅减少各类海洋污染，特别是陆上活动造成的污染，包括海洋废弃物污染和营养盐污染。

145 目标 14.2：到 2020 年，通过加强抵御灾害能力等方式，可持续管理和保护海洋和沿海生态系统，以免产生重大负面影响，并采取行动帮助它们恢复原状，使海洋保持健康，物产丰富。

146 目标 14.C：按照《我们希望的未来》第 158 段所述，根据《联合国海洋法公约》所规定的保护和可持续利用海洋及其资源的国际法律框架，加强海洋和海洋资源的保护和可持续利用。

联合国大会的文件，它们虽然严格地说不具备法律的拘束力，但是，它们是十分有助于国际法的编纂和逐渐发展的工作，甚至可以说对国际法原则、规则和制度的形成是很有作用的推动力量。[147]议程是各成员国对包括海洋微塑料在内一系列关系人类可持续发展的承诺，议程本身也是国际环境法可持续发展原则的实践。议程中明确关切的废水处理、城市废弃物管理正是海洋微塑料的来源。目标 14 要求，到 2025 年，预防和大幅减少各类海洋污染，特别是陆上活动造成的污染，包括海洋废弃物污染，而在海洋废弃物中塑料占比最大的。因此，可以说议程约四分之一的目标都涉及海洋微塑料。虽然有观点认为议程指标繁多、相互重复，给各国执行带来巨大困难，[148]但实际上这 17 个目标不是各个发展领域的简单堆砌，而是以经济、社会、环境为基石，强调不同领域间的融合，协调平衡以实现承诺的目标。如同臭氧层问题从科学提出到第一次行动之间有近 50 年的时间差一样，[149]任何国际环境从问题产生到形成治理都将经历漫长的过程，需要耐心和信心。这些所谓的矛盾和冲突正是国际社会努力解决问题的标志。不可否认的是对于任何一个政府来说，无论是实现经济发展、社会包容，还是环境的可持续性都是相当困难的，而要同时兼顾，并在 15 年的政策实施周期内完成任务，面临的挑战是前所未有的。[150]在海洋微塑料的治理上，议程除了 14.c 对 UNCLOS 第十二部分的重申外，其他都是原则性表述，有待后续推进。但作为一份庄严的政治承诺，它所形成国际社会的合理期待不应随意落空。

（二）海洋微塑料国际法治的一般原则

国际法滥觞于十六世纪西班牙拉萨曼卡学派，至今已基本结束了创造规范，转而进入国际法伟大理念具体化的时代，[151]核心是解决世界应当怎样被治理，[152]即将国际法运用于全球治理，突出政治关系的法律化，[153]这就是国际法治（International rule of law）的雏形。国际法治作为一个现代概念出现于 20 世界中叶，目前仍在发展中，实际上对于什么是国际法治尚未有定论。这对中国来说是一个机会，将东方智慧分享给以西方基督教文明为基础的话语体系。当前国际关系与全球治理深刻调整，随着国际格局变化，现行全球治理体系及其规则的不合理性愈发凸显，不能有效应对全球治理进程中的各种挑战。因此提高新兴力量在全球治理规则制定中的地位，是时代的要求，特别是全球生态文明建设的重要参与者、贡献者、引领者的中国，[154]习近平法治思想的国际法治观对于海洋微塑料国际法治意义重大。

习近平国际法治观秉持人类命运共同体理念参与国际法治，对和平秩序、人本秩序以及全人类共同利益构成的国际法价值体系的追求，[155]与易显河、David W. Kennedy 等中外学者主张不谋而合。但与国际法保持价值中立不同，[156]习近平国际法治观“积极引导国际秩序方

147 王铁崖，《国际法导论》，第 299 页。
148 薛澜，翁凌飞：《关于中国“一带一路”倡议推动联合国<2030 年可持续发展议程>的思考》，载《中国科学院院刊》2018 年版，第 40-47 页。
149 Us Department Of Commerce, Noaa, Earth System Research Laboratory, Chemical Sciences Division. “Scientific Assessment Of Ozone Depletion 1994: Executive Summary”, (2010) Omm: Global Ozone Research And Monitoring Project - Report. P.1.
150 薛澜：《促进全球可持续发展的三大支柱》，载《人民日报》2015 年 9 月 13 日，第 3 版。
151 易显河，《向共进国际法迈步》，《西安政治学院报》2007 年 2 月第 20 卷第 1 期，第 63 页。
152 陶南颖，《论国际法治研究的西方中心主义视角与中国视角》
153 何志鹏，《国际法治：一个概念的界定》
154 《习近平：推动我国生态文明建设迈上新台阶》，中国中央人民政府网，2019 年 1 月 31 日，http://www.gov.cn/xinwen/2019-01/31/content_5362836.htm（最后访问时间 2021 年 5 月 6 日）。
155 中国国际私法学会课题组，《习近平法治思想中的国际法治观》
156 王后全，《新时代中国外交的国际法治原则》

向，形成世界环境保护和可持续发展的解决方案”。[157]对海洋微塑料国际法治一般原则来说，需要遵循已经成为国际关系基本准则和国际法基本原则的和平共处五项原则，[158]体现主权、正义、民主、法治的价值观，包括以下几个方面：

第一，坚持主权平等。海洋微塑料国际法治必然涉及国家管辖范围外地区，在领土上的监管首先要肯定主权，[159]应当要坚持各国平等，尊重各国主权、独立和领土完整，尊重彼此的核心利益和重大关切，尊重各国人民自主选择社会制度和发展道路，[160]各国平等参与海洋微塑料国际法治。

第二，尊重现有国际法。任何国家都有责任维护国际法治权威，依法行使权利，善意履行义务，[161]维护以联合国为核心的国际体系、以国际法为基础的国际秩序，[162]确保国际规则有效遵守和实施。[163]世界各国必须严格遵守具有约束性的国际法律准则，[164]不能破坏国际法治。[165]

第三，推动良法之治。善治作为可持续发展原则的衍生，基础是良法之治。推动海洋微塑料国际法治的良法之治，并非要推翻现有的全球治理体系另起炉灶，而是推动变革不公正不合理的安排，使其更加平衡地反映大多数国家的意愿和利益。[166]民主虽不必然产生良法，但通常是必要条件，明显特征是参与主体的多元化，包括国家和非国家行为体。海洋微塑料事关每个人，世界整体利益应该由各个国家的人民共同把握，而绝不是由一个或几个国家决定，[167]需要体现各方关切和诉求。[168]

第四，坚持国际合作。除了《海洋法公约》的义务，没有全球性的具有法律拘束力的文件可以适用，因此构建海洋微塑料国际法治有巨大的潜在价值。在此过程中离不开国际合作，特别是知识分享。一方面，坚持开展国际合作，以促进有效的能力建设和知识分享，照顾国家间的能力差异，尤其是协助小岛屿发展中国家、最不发达国家和内陆发展中国家处理海洋微塑料，其中包括基础设施不足、缺乏资源和专业知识有限等问题。另一方面，全球塑料标准、标识，废物管理，可堆肥塑料的设计，评估和提交报告，研究资金等都需要公私伙伴关系在内的国际合作。总之，像气候变化一样，[169]海洋微塑料国际法治亦需坚持国际合作。

（三）海洋微塑料国际法治的规则推进

通过知识分享，海洋微塑料国际法治规则大致可以分为三个发展阶段。

第一阶段是在问题初期，表现为维持现有制度。不新增文件，而通过鼓励还没有加入这些现有国际、区域文件的国家尽快加入加并加强执行。重点是扩大海洋环境保护公约、生物多样性公约和废物管理公约的成员国数量，特别鼓励尚未交存批准书、接受书、核准书或加入书的《1972 伦敦公约》缔约方酌情尽快交存，并鼓励加入《〈1972 伦敦公约〉议定书》。

157 《习近平：推动我国生态文明建设迈上新台阶》，中国中央人民政府网，2019 年 1 月 31 日，http://www.gov.cn/xinwen/2019-01/31/content_5362836.htm（最后访问时间 2021 年 5 月 6 日）。
158 《总体国家安全观干部读本》，第 68 页。
159 联合国大会，A/71/204
160 《构建人类命运共同体的历史性研究》，第 116 页。
161 《习近平谈治国理政（第二卷）》，第 540 页。
162 《让多边主义的火炬照亮人类前行之路——在世界经济论坛“达沃斯议程”对话会上的特别致辞》，第 6 页。
163 《习近平谈治国理政（第二卷）》，第 529 页。
164 《新时代推进构建人类命运共同体研究》，第 176 页。
165 《习近平新时代中国特色社会主义思想学习纲要》，第 219 页。
166 《新思想引领新时代——十九大精神高校思政和党务干部读本》，第 189 页。
167 《新时代推进构建人类命运共同体研究》，第 176 页。
168 《习近平新时代中国特色社会主义思想基本问题》，第 363 页。
169 《新时代中国对外开放的方法论研究》，第 198 页。

由此可以经济地对海洋微塑料最主要来源之一的塑料进行管控，从而达到治理效果。同时通过加强和协助执行实现这些国际法文件的目的。

该阶段存在的问题包括：首先，从国家数量来看，这些文件已经覆盖了大部分国家和地区。海洋微塑料的产生与经济社会的发展息息相关。一般而言，越是发达的经济体造成的海洋微塑料越多，欠发达地区往往成为最大直接受害者。如 10 条主要河流，除了所在国家或地区自身发展程度外，与发达国家对塑料包装末期治理的冷漠不无关系。如美国是世界上最大的固体废弃物出口国和人均塑料消费大国，但拒绝批准《巴塞尔公约》，为全球塑料垃圾等治理进程设置障碍，并向一些经济欠发达的国家转移塑料废品，给当地和全球环境带来了极大危害。[170]实际上很多这样的国家并不具备处置此类废品的能力。[171]当那些发达经济体已经是成员国或实施了相当于公约规定的措施时，再一味强调扩大缔约国数量就没有必要了。其次，从效果来看十分有限。例如 IMO 第 30 届大会就表明船舶造成的海洋塑料垃圾一直没有解决，《巴塞尔公约》《鹿特丹公约》《斯德哥尔摩公约》等执行情况的信息方面，平均遵守率约为 70%[172]。最后，从发展来看，这一阶段国际法治完全依靠不成体系的知识分享，既没有形成全球知识网络，也没有成熟的“法治共享”。而这些文件都试图通过修正案以回应需求，即使不是为了海洋微塑料而是出于对它们本身法治对象，如 MARPOL 认为最好的办法是制定一些不限于油污的具有普遍意义的规则，这才使得后来附件修订以适应海洋微塑料的发展成为可能。

当前已经进入第二阶段，即修正现有国际法治，主要通过继续审查、修订、扩大已有解决海洋塑料垃圾和微塑料的国际公约、区域框架。由于这些规范性文件的宗旨或条文已经留有对海洋微塑料的余地或修正可能性，如《1972 伦敦公约》白名单中的部分需要获得特别许可证，即当对人类健康造成不能容许的危险，并且没有其他可行的解决办法的紧急情况下，一缔约国可以作为黑名单的例外而颁发特别许可证。因此该方案通过审查、修订已有文件，重点是《巴塞尔公约》《鹿特丹公约》《斯德哥尔摩公约》等公约，将海洋微塑料纳入其范围，鼓励非成员国自愿加入和成员国根据自身情况将其转化为国内立法以加强效果，并增加对此的新规范性文件。需要建立一个统一的管理平台（秘书处）管理分散、交错的文件，防止工作出现重叠、重复，澄清这些文件之间及与其它文件间的关系以避免冲突，同时形成事实上的知识分享中心。敦促各国将海洋废弃物问题纳入特别是沿海地区、港口和海运业包括回收、重用、减少和处置在内的国家废物管理战略，[173]加强与塑料行业的合作，从工业上游开始对塑料生命周期进行管理。扩大现有国际组织的任务，协调和促进相关行动适应海洋微塑料的发展。最终从来源入手，建立起一个全球性伞状国际法治。

第三阶段是在知识分享中，逐步发展的国际法治，重点完善和逐步形成一套针对性的完整体系。海洋微塑料国际法治不仅要针对已经存在于环境的废物，还必须考虑生产、预测、制定全球行业设计标准以降低塑料成为海洋微塑料的风险，为终端市场提供安全可行的方案，并倡导在 3R 基础上增加重新设计（redesign）、拒绝（refuse）、恢复（recover）的 6R。通过全球知识网络，明确人人有责，善治的重要性和获得环境信息和数据的途径、教育和公众参

170 Letter Dated 23 September 2020 From The Permanent Representative Of China To The United Nations Addressed To The Secretary-General, A/75/354(2020).

171 Jenna Jambeck,Mikegao：“全球塑料回收链断裂,未来何去何从?”，载《资源再生》2018 年第 10 期，第 19-20 页。

172 Report Of The Secretary-General, Implementation Of Agenda 21, The Programme For The Further Implementation Of Agenda 21 And The Outcomes Of The World Summit On Sustainable Development And Of The United Nations Conference On Sustainable Development, A/74/204(2019).

173 Resolution Adopted By The General Assembly On 5 December 2017, A/Res/72/73(2018).

与对于采取有效行动至关重要。相比前一阶段，增加了建立逐步发展的具有法律拘束力的国际法治框架，包括一个主动积极引导、推动问题解决的管理平台（而非被动角色），有拘束力的规则和自愿性措施，全球监测与技术标准，审查与评估程序，争端解决程序和时间表。具体包括国家自愿减排计划、改进标准、与微塑料有关的重点化学品指南和附件、立法指导、最佳可用技术和推荐做法等。

在规则方面，从易到难逐步发展，并从多个层次进行。第一阶段在整合现有公约并完善其治理基础上采用导向性自愿措施，包括国家减排目标（作出之后有拘束力，如禁止日化产品中使用微珠、塑料制品回收率），合作确定行业、标签和认证的全球统一标准。第二阶段采用具有拘束力的措施，包括确定成员国最低减排标准、时间表，限制与海洋微塑料有关的生产和贸易（如美国、中国关于部分微珠的禁令），增加前述统一标准的拘束力，确定国家责任（包括国家怠于履行国家责任时的责任）和赔偿标准，国家合作与信息共享、报告义务，治理费用义务，对发展中国家的特别待遇。阶段措施包括要求在各国水质标准中增加微塑料指标；在污水处理厂的标准中增加对微塑料的去除指标；照顾欠发达地区，适当降低对其要求，延长宽限时间表；进一步限制不合理的塑料废物跨境转移等。

在具体的现有公约整合并完善方面，针对 UNCLOS 只有原则性的规定、没有明确对海洋微塑料的规制，UNCLOS 的性质决定其不可能对每个具体的问题都作出规定，因此可以强加有关海洋环境保护规定的执行和争端解决部分；针对 MARPOL 只在附件 V 防止船舶垃圾污染中包括了所有塑料和渔具，但在船上携带垃圾管理计划的要求仅适用于 100 总吨及以上的船舶，以及经核证可装载 15 人及以上的船舶，仅要求 400 总吨的船舶以及经核证可状态 15 人及以上的船舶持有垃圾记录簿，则可以增加包括没有义务保持垃圾管理计划和记录簿或保留港口处置收据的 100 总吨以下的船舶（这样可以涵盖大多数渔船）；鼓励加入《1972 伦敦公约》，以及鼓励更多国家批准加入《伦敦公约议定书》；针对《伦敦公约议定书》，则建议应当将疏浚物和污水污泥纳入管理，并根据发展动态调整；针对《联合国国际水道非航行使用法公约》对共享水道的保护（包括地表水和地下水，没有明确规制海洋微塑料），建议应当要求各国必须制定包含微塑料指标的水质标准，但除非有要求，否则没有交换此类数据的义务，此外还应当规定监测和结果的信息共享义务；针对 CBD 的渔具规制，建议应当扩大“丢失或遗弃渔具的捕捞”以包括丢失、遗弃或其它方式抛弃的渔具的所有影响，并建立所有区域渔业机构标记渔具的责任；针对 CMS，建议一是扩大到更多迁徙物种，二是增加可操作性，如明确责任承担主体和保护标准；针对《斯德哥尔摩公约》仅限于用于生产某些塑料的某些化学品，建议增加用于塑料制造的使人担心的化学添加剂的额外清单；针对《巴塞尔公约》规制中不包括作为“有害废弃物”的塑料，建议列出含有使人担心的树脂或添加剂，需要适当处理或回收方法的塑料，如多氯联苯（已被列入《斯德哥尔摩公约》），并促进塑料设计、生产和运输的最佳管理办法，以减少塑料废弃物的产生；针对《粮农组织负责任渔业行为守则》对废弃、遗失或以其他方式丢弃的渔具问题规定各国要采取适当措施，包括研究和使用有选择性的、无害环境和效益高的渔具和技术，建议鼓励区域渔业机构制定具体标识标准；针对《檀香山战略》没有防止、减少或消除海洋微塑料的具体目标，建议增加目标和时间表。技术标准则与塑料行业国际组织合作确定。最后，针对海洋微塑料研究不足，还应当建立一个海洋微塑料研究基金。

海洋微塑料国际法治阶段总结

国际法治阶段	法律效力	核心	效果（1～5 颗星）
阶段一： 维持现有制度	基于现有制度	增加缔约方 加强执行力	★★
阶段二： 修正现有制度	基于现有制度	增加缔约方 纳入微塑料 协调秘书处 加强执行力 增强互动性	★★★★
阶段三： 建立针对机制	基于现有制度 和 新设法律义务	增加缔约方 纳入微塑料 统一秘书处 加强执行力 增强互动性 优化透明度 明确标准值 提升操作性	★★★★★

表 3 海洋微塑料全球治理方案总结

结论

海洋微塑料问题正如联合国前秘书长科菲·安南所言，“全球化和相互依赖促使我们去重新思考我们该如何管理我们的共同活动和共享利益，因为我们今天面对的许多挑战超越了任何一个国家可以独自解决的地步。在国家的层面，我们必须更好地治理；在国际的层面，我们必须学会一起更好地治理。有效的国家对两种任务而言都是必不可少的。”[174]通过知识分享逐步形成的针对性国际法治，不仅印证了国际法的共进，而且也将为世界提供一种东方方案，更是反映了人类对美好生活的向往。

174 Kofi Atta Annan, “We The Peoples: The Role Of The United Nations In The 21st Century”, (2000) United Nations Department Of Public Information, P.8.

跨国公司侵犯人权的母国立法研究

夏洁　外交学院

摘要：随着经济全球化和投资自由化的深入，跨国公司极大地促进了东道国的经济发展，但随着跨国公司数量不断增多、规模不断扩大，其负面影响也随之产生，其中较为突出的是跨国公司侵犯东道国国民人权的问题。并且随着全球供应链的延长与复杂化，对侵权行为的监管也愈加困难。因此，对跨国公司侵犯人权的规制成为近年来人权法领域的一个研究热点。对于跨国公司供应链中侵犯人权现象的规制，目前有母国立法规制、东道国立法规制、国际法规制、非政府组织规制以及企业自我规制等规制路径，本文拟通过比较几种规制路径的利弊，并重点分析跨国公司的母国立法规制路径，以期未来加强母国对跨国公司侵犯东道国国民人权的规制。

关键词：跨国公司　人权　母国立法规制

一、跨国公司与人权

跨国公司，又称多国公司或多国企业，是指以一国（通常指母国）为基地，通过对外直接投资，在其它国家或地区（又称东道国）设立子公司、分公司或附属机构，从事国际性或世界性的生产、经营或服务活动为获取高额垄断利润而形成的一种国际垄断组织[1]。第二次世界大战以后，特别是二十世纪六十年代以来，跨国公司有了蓬勃的发展。根据美国华盛顿政策研究所的一份报告，世界上最大的一百个经济实体中，有 51 个是公司，国家只占 49 个。其中，日本的丰田公司强于挪威，三菱公司强于世界上第四人口大国印度尼西亚，美国的福特公司强于南非，通用公司强于丹麦。全球公司 200 强的销售总额高于 182 个国家的全部国民生产总值。[2]跨国公司凭借其强大的经济实力已经足以影响一国的经济和社会，尤其是对多为发展中国家和新兴经济体的东道国，而且随着经济全球化的发展，这种影响力还在不断扩大。

跨国公司与营业所在地，尤其是与通常作为资本输入国的发展中国家之间存在利益上的矛盾，跨国公司往往为了追逐高额利润不惜损害发展中国家的利益。[3]实践中，跨国公司在东道国的子公司或分支机构侵犯雇员正当工作权利或其生命健康、对东道国环境造成严重损害或侵犯少数群体权利的案件时有发生。[4]

二、相关概念的界定

在研究跨国公司侵犯人权的母国立法规制时，先要厘清相关概念的定义，例如：何为跨国公司、母国如何界定、以及相较于其他对跨国公司侵犯人权的规制路径，母国立法规制的特点和优势在哪里。

（一）跨国公司的定义

根据联合国跨国公司委员会起草的《跨国公司行动守则（草案）》（下称“《跨国公司行动守则》”）的有关定义，“跨国公司”是指一种企业，构成这种企业的实体分布于两个或两个以上的国家，而不论其法律形式和活动范围如何。各个实体通过一个或数个决策中心，在一个决策系统的统辖之下开展经营活动，彼此有着共同的战略并执行一致的政策。由于所有

[1] 宋新宁，陈岳：《国际政治学概论》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 223 页。
[2] 刘俊海：《公司的社会责任》法律出版社 1999 年版，第 15 页。
[3] 王传丽主编：《国际经济法》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 16 页。
[4] 余劲松：《跨国公司的法律问题研究》，中国政法大学出版社 1989 年版，第 42 页。

权关系或其他因素，各个实体相互联系，其中的一个或数个实体，对其他实体的活动能施加相当大的影响，甚至还能分享其他实体的知识、资源，并为它们分担责任。其中，母公司是其他实体所受到影响的主要根源。

（二）母国的界定

跨国公司的母国，即母公司的国籍国，但到底如何确定法人的国籍，国际上尚无统一的标准，各国在实践中总是根据自己的利益要求确定标准，并随情势的变化而变化，目前国际私法学界主要有以下不同主张：

1. 成员国籍主义，又称资本控制主义。这种主张认为，法人的国籍就是法人成员的国籍，因为法人成员的国籍通常和法人服务的国家是一样的。2. 设立地主义，又称登记地主义。这种主张认为，法人的国籍应该由设立地决定，以此来区分内国法人与外国法人，因为是国家的批准或登记行为创设了法人，所以法人应具有批准地或登记地的国籍。3. 住所地主义。此种主张认为，法人的国籍应依作为其经营管理或经济活动中心的住所地来决定。4. 准据法主义。此种主张认为，法人是依一国法律规定并经该国认可而设立的，因此，法人的国籍应根据法人设立时所依据的法律来确定。5. 实际控制主义。该主张认为，法人实际上由哪国控制，就应具有哪国国籍。但该主张并不是完全取代上述几种做法，而是准据法主义和住所地主义的补充。6. 复合标准说。二战后出现了把法人设立地和法人住所并用的主张。例如日本一般采取准据法主义，但要取得日本内国法人的资格，除依日本法成立外，还要在日本设有住所。同时，国际法院在审理巴塞罗那电力公司案时也指出：对于公司的外交保护权，只能赋予该公司依据其法律成立并在其领土内有注册事务所的国家。[5]

目前，我国对于内国法人和外国法人国籍的确定均采取准据法和设立地的复合标准。我国《公司法》第二条规定：“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”，《公司法》第一百九十一条规定：“本法所称外国公司是指依照外国法律在中国境外设立的公司。”

（三）母国立法规制的必要性

如本文上述提到的，对于跨国公司供应链中侵犯人权现象的规制，除母国立法规制外，还有东道国立法规制、国际法规制、非政府组织规制以及企业自我规制等规制路径。因此，为了更好地阐明母国立法规制的必要性，先分析其他规制路径的局限性是有必要的。

1. 各规制路径及其局限性

（1）东道国立法规制

东道国作为跨国公司除母公司外的其他实体所在地，对跨国公司的子公司或分公司在东道国内实施的侵犯人权行为拥有当然的属地管辖权，具体体现为在各国的劳动法、公司法、环境法等部门法[6]中对外国公司的制约[7]。但在实践中，一方面，东道国多为发展中国家，出于对外国投资的依赖以及巨大的经济利益不愿冒着投资者出走的风险来通过严格的立法保护人权。因为公司是以营利为目的的，很多公司就是为了雇佣廉价劳动力、降低健康安全成本，才把生产的一部分外包到劳工权利和环境保护方面的管理较宽松的国家。因此，很多资本输入国政府不敢轻易制定过于保护国内劳工、环境等方面的法律，担心导致阻却外商投资

[5] 韩德培主编：《国际私法》（第 2 版），高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版，第 65-66 页。

[6] 因为跨国公司应承担的基于劳工标准和环境标准等国际人权责任，与东道国的劳动法、公司法、环境法等法律很大程度上是重叠的，这些重叠部分就被东道国国内法赋予了国家强制力保证，使得位于一国境内的实体违反了这些规定就要承担国内法上的责任。

[7] 王哲：《跨国公司侵犯人权行为的法律规制》，载《时代法学》2014 年第 1 期，第 99 页。

的进入，相反，他们竞相放宽投资环境、降低投资成本以吸引外资[8]。另一方面，受制于本国法律制度和监管的专门技术、资源的缺乏，东道国对于跨国公司在人权领域的监管力不从心。

（2）国际法规制

当讨论是否可以通过国际法来规制跨国公司的行为时，首先要解决的问题是：跨国公司是否为国际法主体？余劲松教授在其《跨国公司法律地位浅析》一文中指出，跨国公司不是国际法主体，因为如果把跨国公司作为国际法主体，就会破坏整个国际法赖以存在的基础——国家主权，从而也就破坏了整个国际法的结构。但这并不妨碍国际法对它们的活动作出规定，因为这些规定一般并不赋予个人或公司权利，且即使当条约明确规定个人和公司应承担某些权利和义务时，实际上也是缔约当事国承担的一种义务，即必须给予个人或公司以国内法的权利和义务，国家是这种权利义务的直接承担者，而个人和公司仅是间接承担者。慕亚平教授在其《并非法律关系主体——跨国公司法律地位再探讨》一文中也认为，跨国公司是若干个有一定联系的国内法主体的集合，虽然主体间有一定的涉外性（或称跨国性），但这并不足以使其成为国际法主体。原因如下，首先，跨国公司作为法人不具备参加国际关系、尤其是国际政治和国际法律关系的能力；其次，跨国公司无法独立享有国际法上的权利并承担相应的国际法义务，原因同上述余劲松教授的观点。而实践中，作为国际软法的一些框架原则和行动守则在谈判和实际履行时也遇到了许多阻碍。如早在 1977 年联合国跨国公司专门委员会就开始拟订的《跨国公司行动守则》，其中就有对人权义务的规定[9]，但由于资本输出国与“77 国集团“对守则的内容、法律地位、与一般国际法的关系等问题存在严重分歧，使守则搁浅，至今没有取得实质性进展。且即使守则获得通过，其履行条款也显得软弱无力，因为它对违反守则的跨国公司没有给出有效的制裁措施。

虽然国际法学者们对跨国公司在国际法上的法律地位众说纷纭，但综合我国学者的观点和目前国际法的发展，笔者认为当前跨国确实无法成为有效的国家法主体，无法被国际法直接规制。且现行的人权条约多为缺乏法律拘束力和强制执行力的国际软法，这使得很多成员国通过主张一些人权合作义务是道德上而非法律上的义务拒绝加入相关条约或者逃避条约项下的人权义务。

（3）非政府组织规制

在非政府组织规制方面，一些非政府组织（NGOs）在监督跨国公司方面确实做了许多卓有成效的工作。在 20 世纪 90 年代，非政府组织与跨国公司关于行为伦理和人权的对话逐渐增多；许多非政府组织也开始发展一些标准化的行为守则。例如，1997 年，社会责任国际组织（SAI）发起制定了 SA 8000 社会责任国际标准，要求生产商和经销商不使用或不支持使用童工、不使用或不支持使用强迫性劳动、为劳工提供安全、健康的工作环境以及应制定社会责任和劳动条件的政策等。SA 8000 在西方发达国家政府的认同和首肯下迅速获得了广泛支持。一些跨国公司为了避免其品牌形象受到影响，要求产品配套企业和合作企业均要遵守这一标准，从而迅速将企业社会责任运动扩展到了作为生产制造基地的发展中国家，印尼、

[8] David Kinley, Sarah Joseph, “Multinational Corporations and Human Rights”, (2002) 27 Alternative L. J. 7, p. 9.

[9] 《跨国公司行动守则》第 13 条规定了尊重人权和基本自由：“跨国公司应/须尊重其营业地所在国（即跨国公司开展营业活动的母国或东道国）国民的人权及基本自由。在处理其社会及劳工关系时，不应/得对人种、肤色、性别、宗教信仰、语言、社会阶层、民族和种族血统、政治或其他见解等加以歧视。跨国公司应/须执行所在国政府为争取机会与待遇平等而制定的政策。”

泰国、越南、中国等发展中国家先后成为该运动的焦点地区。[10]但一方面这样的标准只针对某一特定领域（例如 SA 8000 所针对的体面劳动），非政府组织有限的数量使得这样的规制很难涵盖人权侵犯的所有领域；另一方面，跨国公司是否适用这样的标准是其可以自由决定的，非政府组织无权设立强有力的监控机制，在此背景下，如何确定适用于不同国家、不同产业的国际标准使国家自愿接受保障东道国国民免于跨国公司的人权侵犯的标准，是值得广泛调查和深入思考的。

（4）企业自我规制

20 世纪 90 年代，西方社会针对跨国公司在发展中国家的“血汗工厂”事件掀起了消费者抗议运动，迫使很多跨国公司开始制定公司“生产守则”。所谓“生产守则”，就是指由跨国公司自行设立的一套旨在使其履行保护环境和维护劳工权益等方面社会责任的自律性规则，表现在人权的保护方面，就是以国际劳工组织（ILO）所确定的“核心劳工标准”作为其核心内容[11]，由跨国公司设立专门的部门负责对其全球生产商的执行情况予以监督，并确保实施的机制[12]。“生产守则”规定在生产经营过程中，本公司、所有子公司及本公司的供货商、承包商等都必须遵守一定的劳动标准和环境标准。对于不遵守该行为守则的供货商与承包商，公司将取消与他们的订货合同[13]。但此守则在形式上属于企业内部规章，并不具备强制执行力，其执行主要依赖公司的自觉以及社会舆论的监督，且资本的逐利性使得企业的自我规制大多沦为原则性或象征性的规定，在实践中难以得到遵守。

2. 母国立法规制的特点和优势

母国的特点决定了其在规制跨国公司侵犯人权行为上具备其他规制路径所不具备的优势。具体而言，存在以下特点和优势：

首先，母公司和总公司作为决策中心一般起着管理、统筹其子公司或分公司的作用，拥有高度控制权，母国作为跨国公司的注册国、主要营业地所在国、控制中心所在国等，基于属人管辖权完全可以对其位于东道国的子公司或其他分支机构行使管辖权，进而以母国法律来规制跨国公司的域外行为，但对于依据东道国法律设立的子公司来说，因其具有东道国的法人地位，进而很难通过一般的属人管辖进行规制。

母国对位于东道国的实体管辖的依据从实体法的角度看主要有两个：一是“效果理论”原则，这一原则是美国法院在 1948 年“美国铝公司案”[14]中提出的，即当跨国公司实体在国外的行为对国内产生“效果”时，就对其行使管辖权。另一原则是“企业一体化”原则，即当跨国公司的母公司完全控制了其子公司进而作为一个实体行动时，可无视它们各自具有的独立法人人格，将其作为一个实体来进行管辖。例如，在 1971 年“美国国际商业溶剂公司案”和“大陆制罐公司案”中，欧洲法院就是依据企业一体化原则[15]，把外国母公司与其位于欧共体的子公司作为一个单一实体对其行使管辖权的。企业一体化原则与公司法中“刺

[10] 汪玮敏：《跨国公司人权责任的规制路径研究》，载《合肥工业大学学报》（社会科学版）第 22 卷第 2 期（2008 年），第 148 页。

[11] 经国际劳工组织理事会确认，它包括：消除剥削性童工、自由结社和集体谈判、废除强迫劳动和消除就业歧视四项，也被称为“基本劳工公约”。来源于 UNCTAD: The Social Responsibility of Transnational Corporations, UN（1999）, p. 33.

[12] 徐涛，张晨曦：《论跨国公司保护人权的社会责任》，载《政治与法律》第 2 卷（2005 年），第 63 页。

[13] 周长征：《跨国公司生产行为守则与中国劳动标准》，载《武汉大学国际法评论》第 1 卷（2003 年），第 269 页。

[14] 该案中形成的“效果理论”是指：只要限制竞争的行为在美国国内产生影响效果，那么这种行为不管在什么地方发生，都可以适用美国的反托拉斯法。

[15] 主要针对母公司与子公司的关系而言，将在欧盟境内子公司的垄断行为视为在欧盟域外的母公司所为，而适用欧共体竞争法。

破公司面纱”理论所达到的效果是一样的，这就解决了上述提到的对子公司管辖的困难。

其次，人权保障需要投入大量成本，跨国公司的母国多为发达国家，拥有较为完备的法律体系和政策法规，且在经济、技术和资源方面有能力对跨国公司的在人权领域的行为进行监管和规制。同时，相较于东道国，母国的赔偿金额通常较高，有利于被侵权人的求偿以及可以对跨国公司起到震慑作用。最后，由母国规制跨国公司的域外人权义务与联合国对此问题的态度是一致的，且母国对跨国公司的规制与其承担的国际人权义务也相一致。

三、现行母国立法规制的局限性

虽然母国立法规制有如上的优势，但母国缺乏规制跨国公司在东道国侵犯人权行为的意愿成为落实并推行母国立法规制的一大阻力：一方面，跨国公司的母国否认国际人权条约的域外适用，否认其作为缔约国需要承担的域外人权义务，并且认为国际人权合作义务是道德义务而非法律义务，这导致主要的跨国公司母国只接受其可以有选择地对本国跨国公司在东道国侵犯人权的行为进行规制。另一方面，当跨国公司母国根据属人管辖对跨国公司在域外侵犯人权的行为享有管辖权时，母国法院经常会利用非方便法院原则拒绝受理案件，而让被侵权人去东道国进行诉讼。其中，最为典型的法律是美国 1789 年的《外国人侵权索赔法》（ATCA），该法律赋予美国法院可以审理外国人作为原告的违反国际法的侵权案件的权利，然而迄今为止，仅有 Doe v. Unocal 一案判决了美国国内公司应当承担人权责任。究其原因，首先，跨国公司在东道国设立的子公司或分支机构是依据东道国的法律设立的，基于属地管辖优于属人管辖的原则，母国的管辖权应当让位于东道国的管辖权。其次，一国只对自己侵犯人权的行为承担国家责任，而无须对其国民（包括跨国公司）侵犯人权的行为承担国家责任[16]。

跨国公司的母国难以在保护东道国国民人权免受侵害与促进本国企业发展之间保持平衡，也是母国立法规制在现实中的一大障碍。因为母国既要承担一定的保护人权的义务，又不能对本国企业提出过高的要求，以免给企业增加不成比例的负担并违反公司法中法人人格独立原则。所以，就目前的国际人权法而言，母国对跨国公司管辖权的行使并不能对跨国公司侵犯东道国国民人权的行为起到充分的规制作用。

四、结语

跨国公司的蓬勃发展极大地促进了东道国的经济，但随着跨国公司数量不断增多，跨国公司侵犯东道国国民人权的问题也愈加突出，并且随着全球供应链的延长与复杂化，对侵权行为的监管与规制也愈加困难。母国立法规制作为规制跨国公司侵犯人权行为的路径之一，是作为东道国立法规制的重要补充而存在的，与东道国立法规制、国际法规制、非政府组织规制以及企业自我规制等规制路径相互补充，共同应对跨国公司侵犯人权问题。无论是从属人管辖权层面还是履行国际义务的层面，母国都应尽力从立法层面规制源于本国的跨国公司在东道国侵犯人权的行为，与此同时，在规制域外侵犯人权行为时，母国也要充分尊重东道国的主权。

为了确保跨国公司在国际经济活动中普遍尊重和遵守人权标准，减少对东道国国民的人权侵犯，联合国、各国政府、非政府组织以及跨国公司自身应当各尽所能、通力合作，使人权保护成为国际社会的时代主流。

[16] 宋永新，夏桂英：《跨国公司的国际人权责任》，载《浙江大学学报》（人文社会科学版），第 36 卷第 6 期，第 99 页。

拜登的气候治理政策及中国的应对之策

夏天佑

摘要：从中美关系的发展史上看，气候议题在中美关系发展中经历了从无到有，从次要到主要，从边缘到核心的转变，并一度发展成为中美关系全局中的闪光点。虽然气候议题并非是传统的国际问题，但在全球相互依存的发展下使其成为中美关系中不可忽视的重要议题。本论文立足于拜登政府在环境气候治理层面上的各类声明、政策，并结合拜登过往在该问题上的政策取向，分析拜登政府将会对中美气候治理合作带来怎样的新局面，并就此提出中国的应对之策。

关键词：拜登；气候治理；中美气候合作；中国应对

一、拜登的国际气候治理合作观——重新融入国际环境治理多边体系，重塑国际气候治理中的领导权

作为《巴黎协定》的主要倡议者，拜登是不折不扣的“国际多边气候治理体系”的推崇者。美国《外交事务》杂志 2020 年 3/4 月份刊发表了一篇拜登的文章，名为《为什么美国必须再次领导世界》（*Why America Must Lead Again*），文章在抨击特朗普对外政策的基础上，系统全面地阐述了其外交政策。拜登声称，对比特朗普，他将更善于与国际组织和盟友互动、参与国际事务，以夺回美国的领导地位，并承诺他会更有力地维护自由主义和打击自由主义的对手，更有力地解决新冠病毒蔓延、数据隐私保护和气候变化等国际问题。[1]文章中，拜登单独用一个段落阐述了其全球气候合作治理观，声明美国必须领导世界以此来应对我们面临的由气候变化带来的生存威胁，利用美国在经济和道义上的权威来推动全球采取果断行动，并在政府上任的第一天重新加入《巴黎协定》，然后召开一次世界主要碳排放国峰会。他批判到，中国作为世界上最大的碳排放国，应该停止补贴煤炭出口，并停止通过“一带一路”倡议资助价值达数十亿美元的、不清洁的化石燃料能源项目，将污染外包给其他国家。对此，美国将采取强有力的措施，并确保在履行承诺时，其他国家不会在经济上削弱美国。[2]

拜登在其《清洁能源改革以及环境公平计划》（*THE BIDEN PLAN FOR A CLEAN ENERGY REVOLUTION AND ENVIRONMENTAL JUSTICE*）中明确提及了面对由全球气候变暖带来的“毁灭性威胁”（grave threat），只有全球合作才是唯一途径。[3]拜登在作为美国副总统时期，多次提及了中美在气候治理合作层面的巨大潜力，认为中美合作将对全球气候治理体系的发展与变革提供巨大推力，并高度称赞了《中美气候变化联合声明》的历史意义。[4]此外，拜登非常重视将气候治理与技术创新、拉动就业、推动基础设施建设等经济发展方案相结合，他否认特朗普“《巴黎协定》让美国背负不公平的经济负担”的观点。此外，拜登并未将中美气候治理合作局限在两国国家层面，而是积极推动美国州、市与中国同级地区开展深入合作。

二、拜登的中美气候合作方案

1 Biden, J., 2020. Why America Must Lead Again: Rescuing U. S. Foreign Policy After Trump. Foreign Affairs, Vol. 99.

2 See, https//www. foreignaffairs. com/articles/united-states/2020-01-23/why-america-must-lead-again.

3 THE BIDEN PLAN FOR A CLEAN ENERGY REVOLUTION AND ENVIRONMENTAL JUSTICE. See, https://joebiden. com/climate-plan/.

4 拜登：中美气候合作可对全球未来产生深远影响. 新华网，2015-09-19.

（一）拜登处理中美气候合作问题的基本思路

一方面，拜登坚定地认为在气候治理层面，中美必须联合起来才能应对这一全球性挑战。另一方面，拜登对中国国内目前的气候治理状况不甚满意，他曾公开批评中国排放超标、对外转移污染以及对煤炭出口进行补贴等问题。因此，可以将拜登的中美气候合作思路概括为“合作并约束”、“发展并制约”。此外，根据拜登的两项环境气候计划，拜登的视野更多聚焦于国内产业，与中国开展紧密的气候合作是他认为的“有利工具”。

（二）拜登的中美气候合作政策

1、强化与中国的双、多边合作，推动实质性谈判

拜登团队在竞选筹备期间，出台了两项涉及环境、气候、资源等方面的计划，分别为于2019 年 6 月发布的《清洁能源改革与环境公平计划》（The Biden Plan for A Clean Energy Revolution and Environmental Justice）以及 2020 年 7 月发布的《建立一个现代、可持续的基础设施体系与平等的清洁能源未来计划》（The Biden Plan to Build A Modern, Sustainable Infrastructure and An Equitable Clean Energy Future）。计划主要分为国内措施和国际合作两个维度。尽管拜登在计划中对中国碳出口补贴、对外投资转移污染等问题进行了批判，但依旧指出中美双方作为全球碳排放大国，有必要通过诸如《巴黎协定》、G20 等既有国际多边机制推动合作，共同应对气候变化带来的全球性挑战。拜登在《清洁能源改革与环境公平计划》中计划在上任后与中国签订碳排放减排的双边协定、在 G20 框架内寻求中国“取消对高碳排放出口项目的补贴”的承诺、向“一带一路”沿线国家提供发展可替代清洁能源的投资等。尽管拜登关于中美气候合作的方案还不够具体，但是足以判断拜登在中美气候合作问题上的基本立场：合作并限制。

2、通过“刺激性”的国内计划为中美气候合作预留广阔空间

在《清洁能源改革与环境公平计划》中，拜登拟在未来 10 年投入 1. 7 万亿美元资金用于清洁能源研究和现代化基础设施建设，以消除温室气体排放，并在 2050 年实现 100%的清洁能源和净零排放，1. 7 万亿美元中的部分将来自废除特朗普政府给企业的减税政策带来的收入。此外，为了考虑劳工的利益，该计划还承诺“重振”中产阶级制造业工作岗位，包括那些可能在煤矿等化石燃料领域减少的工作岗位。2020 年 7 月 24 日，拜登公布了另一项更为激进的共计 2 万亿美元“气候计划”，内容大致与 2019 年的计划相同，但是规定了更为详尽的气候治理和经济复苏方案。[5]

尽管拜登的两份环境气候计划侧重于通过国内政策调整，刺激美国新能源开发与利用，拉动就业、发展经济的同时实现降低碳排放的气候治理目标，这看似是一个国内经济发展的范畴，但是，拜登实则通过一系列的国内改革方案为中美气候合作预留广阔空间：首先，中国在风能、光能等新能源利用领域有着成熟的技术和市场运作经验，无论是通过贸易还是投资的形式，美国的国内企业都能够大幅度缩小运营成本，提高收益率，中美在气候合作方面拥有广阔的贸易和投资合作空间。此外，拜登倡议美国人驾驶更加环保的车辆，这意味着拜登上台后将通过购置补贴等方式加速国民出行方式的转变，中国的电动汽车因极高的性价比占据了全球近一半的市场[6]，而美国国内的电动汽车产品主要以特斯拉这样的高端产品为主，并不能满足美国各阶层的需求，如果拜登摒弃特朗普政府的“贸易保护主义”基本立场，鼓

5 THE BIDEN PLAN TO BUILD A MODERN, SUSTAINABLE INFRASTRUCTURE AND AN EQUITABLE CLEAN ENERGY FUTURE, See, https://joebiden.com/clean-energy/.

6 2018 年，中国在全球电动市场继续保持销量领先地位，在全球电动车总销量中占据 49%的份额，同比上升 4%。

励原产于中国的电动汽车进入美国市场，中国企业与美国消费者都将从中受益。最后，拜登提议对美国数百万幢建筑进行升级，向房主提供补贴让他们使用更加节能的家用电器，当下对全球气候变暖影响最大的电器当属空调。中国的空调生产商近年来十分重视能效管理，在不断更新环保制冷剂的同时还大大降低了耗电量，耗电量的降低意味着能源消耗量的减少，无疑有利于控制全球气候变暖。由此可见，拜登的计划将为中美两国的家电贸易提供更为广阔的合作空间。

三、拜登的中美气候合作方案评介

拜登的中美气候合作方案与特朗普形成了鲜明的对比。特朗普改变了奥巴马时期将“中美气候合作作为双边关系的支柱”的作法。一方面，特朗普政府在不断破坏世界多边体系、削减多边合作，特朗普政府声称，《巴黎协定》让美国背负“不公平的经济负担”，[7]并于 2019 年 11 月 4 日正式通知联合国退出旨在加强全球应对气候变化威胁的《巴黎协定》。另一方面，特朗普政府缩小和重新调整了中美关系的整体重心，选择在更小尺度上开展对话，着重讨论贸易和朝鲜半岛问题等少数几个优先级高的议题，从而进一步降低了气候变化问题出现在最高级别会谈中的可能。[8]尽管在特朗普的任期内，中美在气候变化、清洁能源和环境保护等领域共同举办了数十个技术和政策交流会、研讨会、试点项目和合作研究，但是，缺少了高层的关注，一些中美双方举办的气候活动也黯然失色。[9]而拜登的上台，将逐步把美国从偏离多边主义的道路上拉回来，并重塑美国的全球气候治理领导地位，而重塑美国领导地位的关键一步就是与中国建立官方的、常态化的、可持续的气候合作机制。

应当说，现阶段的中美气候合作方案还略显粗糙，除了构设的几个主要宏观方向外，缺乏具体的判断目标与实施细则，中美在气候合作方面的前景尚不十分明朗，这与拜登的“中庸”的环境气候政策息息相关。应当说，拜登的气候治理政策是延续自身治理方案并充分考虑美国国内现实因素的产物，他充分吸取了 2016 年希拉里竞选失败的经验教训，并没有采取过于激进的气候改革方案：希拉里的气候改革方案要求美国的煤炭部门通过自身改革来实现更为清洁的生产方式，遭到了相关企业的反对，担心该方案将会使全国范围内的许多煤炭企业破产，大量煤炭工人失业。[10]基于拜登的中美气候合作方案，我们可以发现拜登期望通过上台后的双边谈判落实相关的合作领域、合作细则。现阶段，中美在新能源与环保技术上各有所长，汤普森表示，中国大部分的清洁能源技术已相对不含美国技术成分，中国已计划增加这些技术的研发支出，因应美国对供应链的任何限制。可以看到，美方在新一轮气候合作谈判中并无话语权优势，势均力敌的谈判筹码在一定程度上有利于中美间建立平等、公平以及可持续的气候治理合作关系。

总体来说，拜登团队基本遵循了国际气候治理多边合作的既有框架，在一定程度上有利于遏制自特朗普上台后美国日渐强盛的“单边主义”倾向。尽管拜登团队两次公布的“气候计划”仅涉及国内层面，但计划的施行也势必为中美双方在新能源开发、城市治理等领域提供更多的双边贸易、投资机会，有利于在一定程度上改善中美日益紧张的贸易关系。与美国

7See, https://www.cbsnews.com/news/trump-paris-climate-agreement-withdrawal-announcement-full-transcript/.

8 What's next for US-China climate cooperation? China Dialogue. Available at https://chinadialogue.net/en/climate/10198-what-s-next-for-us-china-climate-cooperation/.

9 如 2017 年夏天，由于联邦政府的支持不足，波士顿市市长马蒂·沃尔什取消了原定的中美气候变化和城市会议。

10 DARREN GOODE. Clinton's coal aid plan leaves critics cold. 11/12/2015 11:05 AM EST. See, https://www.politico.com/story/2015/11/hillary-clinton-aid-coal-communities-215789.

相比，中国的能源和环境政策取得了很大进步，这可以为两国清洁技术和工业升级提供大量合作机会，可能有助于平衡其他领域的紧张局势，进而为改善两国关系提供新的契机。此外，拜登明确表示若竞选成功，将重新加入《巴黎协定》，基于《巴黎协定》，中美气候治理合作将拥有更为广阔的制度空间和更牢靠的制度保障。从国内层面看，美国各州市向来对于气候治理有着一定的自主权限，总的来说，美国各州市都十分重视节能减排、发展绿色经济且与中国在相关领域开展合作的意愿较高，这一现实情况与拜登的气候治理方案不谋而合。加之先前拜登作为副总统时的一贯立场以及在各类会议上中美政府间达成的各类共识、中美企业间达成的备忘录等因素，可以断定，如果拜登当选，中美在气候治理领域的合作将逐步走出当下困境。

四、中国的应对之策

与特朗普不同的是，拜登并不对中国持有极端的“固有偏见”，他更像一名政治家，既视中国为全球竞争中的最主要对手，同时也并不排斥与中国进行各类合作以增强美国的国家利益，气候治理合作就是其中重要的一点。应当说，从整体上看，如若拜登竞选成功，中美两国之间气候治理合作的“寒冬”将得到适当的缓解。

（一）充分利用中美气候合作谈判带动双边经贸谈判

从拜登发布的两项“气候计划”来看，尽管计划本身是通过一系列环境、生态措施来推动美国国内经济的修复、刺激，发掘新的经济增长点。但是，无论是在基础设施建设、新技术研发、社区环境生态治理等方面中美都有巨大的贸易、投资空间。尽管今年年初，中美双方达成《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》，美方承诺将分阶段取消对华产品加征关税，实现加征关税由升到降的转变，中美贸易关系逐步“缓和”已是大势所趋，但是，中美经贸关系能否恢复到2017年之前的水平仍待观察。如若拜登当选，很大概率将继续履行相关协议并进一步加强与中国的 “贸易自由化”谈判。气候治理是拜登上台后意图重点治理的领域，至少与中国在相关领域恢复常态化的贸易秩序是拜登政府追求的基本目标。对此，中方政府可以积极与美方就新能源贸易领域的相关事宜进行针对性磋商、谈判，为双方企业在新技术研发合作、供应链保证等方面提供更开放的空间，以点带面、循序渐进地推动中美经贸关系的正常化。

（二）努力推动中美双方民间交流、合作

中美双方在政府、半官方、民间合作方面都具有很大潜力，应对气候变化是综合性问题，仅依赖政府努力是不够的。特朗普政府让中美双边气候治理合作机制基近停摆，即便拜登当选并积极加强与中国的重新谈判工作，仍会出现一定的“真空期”。这时候，中方不妨考虑以民间合作为契机，以此来推动中美双方政府间合作机制的修补和完善。对此，中方可以考虑构建与美方共同应对气候问题的学术、专家交流常态化机制，[11]考虑给予本国环境、资源保护专业协会更为充分的物质支持和制度支持，建立中美相关企业信息共享平台等。

（三）积极准备新一轮全球气候治理多边合作机制的谈判工作

不同于特朗普政府的“任性”外交，拜登团队更多地继承了奥巴马时期的美国外交风格，且拥有一只基本从哈佛、耶鲁、剑桥毕业的世界顶级智囊团。如若拜登当选，美国与其盟友

11 中美双方在非政府层面已经就气候、环境治理等问题开展过多次活动，如于2019年11月20日由美国能源基金会在北京主办的“中美能源对话论坛”。论坛以“清洁能源、繁荣未来”为主题，中美环境资源学界的多名知名学者发表了重要观点，这些观点揭示了中美在技术创新、技术交换、治理体系、能源体系改革、消费模式转变等环境、能源领域的巨大合作空间，将持续为全球环境治理注入新的推力。

的关系将因拜登团队的“高明”外交而得到修复、巩固，中国必须做好迎接新一轮严峻国际形势的准备。此外，如若拜登当选，美国重新加入《巴黎协定》已是板上钉钉。但是，《巴黎协定》具体实施细则的谈判并没有完全结束，基于前述的理由，中国政府可能会在国际气候治理多边合作体制中面临更多困难。

论习惯国际法的规范性

向　敏[*]　中南财经政法大学法学院

摘要： 当前全球化高速发展，国际社会越来越成为一个你中有我，我中有你的命运共同体，国家在这个命运共同体内应该如何进行实践，应该按照什么规则进行实践，就成为重要的研究方向。国际法上的条约由于是国家主动进行缔结的，因而更容易得到国家的遵守。而国际法中的习惯国际法得到广泛的遵守不同于国际条约，它是由于国家出于国家利益的考虑，将部分规范实践发展为国际习惯，要求国际社会进行遵守。

关键词：习惯国际法；规范性；义务；国家利益

一、作为国际法渊源的习惯国际法

（一）习惯国际法的涵义

什么条款内容是习惯国际法这个问题引起了学者和法学家的广泛关注，人们通常很难确定国家的一个反复行为是否可以被确定为国家在国际法上应该承担的义务。习惯国际法是国际法主要渊源之一，国际法另外两个渊源分别是国际条约和由文明国家承认的一般法律原则[1]。习惯国际法在国际法律制度中发挥着日益突出的作用[2]，尽管有学者认为大量的规范由国家通过条约的形式予以确定，国际习惯的作用正在减弱[3]。然而国际法院，包括其前身常设国际法院都认为，或者至少暗示，大量的国际法规范已进入习惯法领域。

例如，人权习惯法已经迅速发展起来。国际法院在其若干判决中表明，习惯国际法禁止灭绝种族[4]。此外，它还暗示，“人的基本权利，对人权的保护包括免受奴役和种族歧视”已成为习惯法的一部分[5]。同样，国际法中的对部分罪行的惩罚主要是由习惯国际法来界定的。许多国际刑事法庭的章程，例如前南刑庭、卢旺达国际刑事法庭和国际刑事法院，都利用习惯国际法来判断法庭是否对该罪行具有管辖权[6]。习惯国际法除了作为确定管辖权依据外，在刑事法庭的判决也经常被援引[7]。习惯法在保护环境方面正在发挥越来越大的作用。国际法院的判例再次反映了这一点，它不仅确认要求保护环境的规则已成为习惯国际法[8]，而且还确认各国对其自然资源拥有习惯法上的主权[9]。国际法院将与条约有关的各种规范确定为习惯法，包括与条约的缔结和生效、条约的解释、条约的终止有关的规范。它还将一些

---

[*] **[作者简介]**向敏，女，湖北恩施人，中南财经政法大学法学院国际法系博士研究生，主要从事国际公法、国际关系研究。

[1] I.C.J. Statute, art. 38, para. 1.

[2] Jime nez de Are chaga, *International Law in the Past Third of a Century*[M] Brill, 1978. p.14.

[3] Van Hoof, Rethinking the Sources of International Law[M] Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983. p.114. (declaring that “custom is in decline” and that “the process of creation of international law throug h custom has become extremely cumbersome”).

[4] 2006 Armed Activities Case (D.R.C. v. Rwanda), para. 64; 2007 Genocide Convention Case, para. 161.

[5] Barcelona Traction Case, 1970 I.C.J. Rep. 3, 32, para. 34.

[6] Rome Statute, art. 8(2)(b), (e).

[7] Cassese, International Criminal Law, 17–20; Meron, “Revival of Customary Humanitarian Law,” 821–22. On international humanitarian law as customary law, see, e.g., ICRC, Customary International Humanitari an Law; Provost, International Human Rights and Humanitarian Law.

[8] Nuclear Weapons Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226, 241–42, para. 29 (stating that the “existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect th e environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of internatio nal law relating to the environment”).

[9] 2005 Armed Activities Case (D.R.C. v. Uganda), para. 244.

关于国家承担国际不法行为的责任的规则确定为习惯法[10]。

习惯国际法的这种日益上升的相关性，催生了不断增长的学术文献。关于习惯国际法的学说以《国际法院规约》第 38 条第一款 b 项为根据，该条简略地将习惯国际法称为“国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者”。[11]

法学家们普遍认可关于习惯国际法的定义：国家的惯例可以进化为国际习惯进而约束所有国家，如果（1）国际社会的许多国家长期和反复的采取类似的行为；（2）这些惯例被国家认为其具有法律约束力。[12]国际法院在 1958 年利比亚/马耳他大陆架划界案中重申了这些要素，指出习惯国际法的实质必须“主要从各国的实际做法和法律确念中寻找”[13]。

据此可以看出对习惯国际法的定义是由国家实践即通例和法律确念的双重要素构成的，其渊源由来已久。它反映了一种更普遍的接受为习惯法的模式，甚至在国内法中也是如此。若干民法典提到习惯是法律的一个渊源，其中的一些法典采用了与《国际法院规约》中类似的表达。例如，《路易斯安那州民法典》在第 3 条中规定：“习惯产生于长期重复的实践，并被普遍认为已获得法律效力。”[14]

根据习惯国际法的定义，有许多证据来源表明有一致的做法以及法律确念，包括外交声明和信函、行政惯例、国内立法和司法判例。这一学说认为，大多数国家普遍承认一种实践的强制性足以约束所有国家，即使那些没有明确同意这种实践的国家，包括新国家，除非它们成为这种做法的“持续反对者”。[15]

（二）习惯国际法的发展

1、强行法

最初，实在法学派主张主权国家的缔约权不受任何限制，持这种观点的学者有享利·惠顿[16]、弗朗茨·冯·李斯特[17]。一战后奠定了接受限制国家缔约权理论的基础。二战后，战争带来的恐怖后果再次加深了应该剥夺国家无限制的缔约权理论，自然法学派再次蓬勃兴起。费尔德罗斯为国际法委员会成员，其在参与编纂条约法时致力于将强行法的概念推进到国际法的核心价值观中。赫什·劳特帕赫特作为特别报告员在其 1953 年第一次报告中指出：“如果一项条约或其部分条款内容涉及国际法规定的无效行为，则该条约或其部分条款无效。”同时他强调以非法目的缔结的条约无效这一原则应该成为普遍的国际法原则，在条约法编纂时必须加以谈论。其后《维也纳条约法公约》第 64 条证实了强行法条款在国际法的推广。

不允许违背的国际习惯法被认为是永久性规范，也被称为强行法规范[18]。强行法只是国际习惯法中的一小部分，需要国际社会高度的协商一致才能被认可。根据 1969 年《维也纳

---

[10] Immunity of Special Rapporteur Advisory Opinion, 1999 I.C.J. Rep. 62, 87, para. 62; 2005 Armed Activities Case (D.R.C. v. Uganda), para. 213–14; 2007 Genocide Convention Case, para. 385, 398, 419–20.

[11] I.C.J. Statute, art. 38, para. 1.

[12] 王献枢主编. 国际法[M]. 北京：中国政法大学出版社，2012：19.

[13] Continental Shelf Case (Libya v. Malta), 1985 I.C.J. Rep. 13, 29–30, para. 27. See also Nicaragua Case, 1986 I.C.J. Rep. 14, 97, para. 183 (affirming that the Court had to “direct its attention to the practice and opinio juris of States”)

[14] Louisiana Civil Code, art. 3, Acts 1987, No. 124, sect. 1. The 1987 Revision Comments on this article state: “According to civilian theory, the two elements of custom are a long practice (longa consuetudo) and the conviction that the practice has the force of law (opinio necessitatis or opinio juris).

[15] Akehurst, Custom as a Source of International Law[M] Oxford Univ Press, 1975. pp. 27–28.

[16] 享利·惠顿在其 1836 年的著作《国际法元素》一书中对自然法学派主张的对国家缔约权需要加以限制这一观点表示明确的反对。

[17] 弗朗茨·冯·李斯特在其短篇文献《国际法》一文中提到对国际条约的内容不应该施加任何实质性的限制，否认自然法作为国际法的渊源。

[18] International Law Commission, Fragmentation of International Law [R] 181–92, para. 361–79.

条约法公约》的规定，与强行法相抵触的条约无效。[19]普遍接受为强行法规范的例子包括禁止实行侵略、灭绝种族、奴役，它们还可包括国家对其自然资源拥有主权以及国家和民族自决权[20]。

2、速成习惯国际法

近年来，随着时代的迅速发展，在外空、网络、极地等领域出现了速成国际习惯法。关于速成国际习惯法的学说，其认为当各国普遍认为现在或不久的将来需要有一项权威性的法律原则或规则来规定、允许或禁止某些行为时，习惯国际法规范就产生了。这一信念构成了法律确念，足以建立习惯法规范。没有必要在每一种情况下都单独满足“通例”的要求。相反，国家的实践可以作为一种证据来源，表明国家认为某一特定的权威的法律原则或规则在现在或在不久的将来是可取的。

二、习惯国际法的规范性及其表现

规范性是习惯国际法的根本性质。习惯国际法的规范性使得其成为具有约束力的国际法规则，而不同于单纯的倡议性质的法律文件或声明等。如何认识和理解习惯国际法规则的规范性?它与法律或者说条约的规范性有何区别?是我们目前需要讨论的问题。

（一）何为规范性

什么是规范性，何以成为被社会普遍接纳的规则？对规范性进行研究，就不可避免的需要学习哲学上的观点。根据谢世民教授的观点，任何规范现象之所以是规范现象，一定都是因为与理由有关之故，如果不是在存有的层次上有关，就是在理解或认识的层次上有关。[21]可以看出在对规范性的概念进行探讨时，往往将规范性与理由相关联。

对规范性的研究，一个关键问题在于规范系统的应该是否真的应该，是否真的具有规范性？吴瑞媛教授强调，“我们需要用理由在区分规范系统内的应该和真正的应该，规范系统内的应该一般只是蕴含着某些行为准则，而并没有告知大家遵守这些行为准则的理由。真正的应该中蕴含着应该做某事或不应该做某事的理由，即诉诸理由理论。”[22]

同样，拉兹教授在回答规则何以具有规范性时认为：所有那些具有规范性的事物，其规范性在于理由，或者它提供理由，或者它以其他的方式连结于理由。拉兹教授在说明规范性的理由时，使用的是一种评价考量。在解释规则何以具有规范性时，强调的不是被规则所规范的行为本身所具有的价值，而是透过规则来处理某些事务所带来的好处。评价性考量是一种独立于内容的证成。

根据拉兹对于理由的论点，一方面可以将规范与纯粹的说服或胁迫区分开来。说服不同于规范，因为它没有先发制人的效果。一个行为体自己的决策过程包含了一个有说服力的论点。尽管没有强制力的说服与规范不同，但说服在规范关系中仍然发挥着作用。从规范性主张所指向的行为体的角度来看，允许规范先于自己的决策的行为仍然是一种自愿行为。这就是说，一个行为体必须被自愿说服（出于某种理由），而排出适用其他的规范（不能适用其他的理由），从而使某一特定规范具有先发制人的效果。[23]

因此可以看出，对规范性的认识和对理由的认识具有内在的关联性。当我们对理由进行

---

[19] Vienna Convention, art. 53, 64, 71.

[20] Q.C., Ian Brownlie, Principles of Public International Law [M] Oxford University Press,2008. pp.510-511.

[21] 谢世民主编；吴瑞媛等著. 理由转向：规范性之哲学研究[M]. 国立台湾大学出版中心, 2015：ii.

[22] 谢世民主编；吴瑞媛等著. 理由转向：规范性之哲学研究[M]. 国立台湾大学出版中心, 2015：3.

[23] Joseph Raz. Authority and justification[J] Philosophy and Public Affairs, Vol. 14, No. 1(Winter, 1985), pp. 3-29

研究时，也是在探讨世界的规范性[24]。

（二）何为习惯国际法的规范性

研究习惯国际法需要确定其两个方面。一是习惯国际法所行使权威时其先发制人效力的程度。二是习惯国际法为什么会具有先发制人的效果，具有令他人服从的约束力，即其具有约束力的原因。

不同的国家可能对此持有不同的态度。根据不同国家的视角，也可以区分两种形式的习惯国际法。第一种形式是各国倡导的习惯国际法。这是国家出于自身过着代表某类标准而认定的。这一类习惯国际法的视角是处于提出倡议的国家。国家通常主张规范具有一定程度的约束力，并且有特定的理由说明其他国家应当给予这种习惯以法律上的约束力。例如，有些国家可能声称，一项习惯规范如禁止酷刑具有权威，对所有其他国家都有约束力。第二种形式是反复实践的习惯。它涉及国家对反复实践的内容的接受。因此，如果一项习惯规范确立了权利或义务，那么它就具有法律性质，并且某个公认的权威机构可以规定对这种违反行为的补救办法。

研究习惯国际法的规范性除了研究国家是否受到习惯国际法约束外，还需要对目前国际组织对待习惯国际法的态度进行探析，即习惯国际法法是否约束诸如联合国这样的国际组织？一方面，传统观点认为习惯国际法法是仅仅是国家行为的产物，就不能直接适用于国际组织，而这些组织本身不是国家，即使它对个别成员国具有约束力。另一方面，学者、法院和各种国际机构越来越多地认为，国际组织可能受一般国际法的约束，包括由国家确立的习惯法规则，特别是强制法规范[25]。至少，学者们认为，国际组织可能受其自己的习惯国际法的约束[26]。例如，人们普遍认为，联合国大会决议可以构成联合国的习惯，以建立联合国本身的习惯规则[27]。

（三）关于习惯国际法规范性的误解

国际法上的各类规范与国内规范在强制执行方面存在较大区别。部分国家间缔结的国际条约，成立了国际组织，对条约的履约情况进行监督，要求缔约国向国际组织的机构进行报告履行条约义务的情况。而习惯国际法不同于国际条约，它没有一个能够监督习惯国际法履行的国际组织。对习惯国际法规范性的理解就产生了一个问题，习惯规范是否必须伴随着强制性的行为？没有强制性作为后盾的习惯国际法是否具有规范性？

习惯国际法的传统理论并不要求强制执行某一习惯规范或对违反该习惯规范的行为处以制裁，以便将其视为习惯法的一部分。因此，例如，希金斯断言，“今天很少有人相信，如果没有有效的制裁，国际法就不可能存在，或者认为有效的制裁预示着国际法特定规范的存在。”[28]哈特也曾类似地指出，“认为国际法由于缺乏有组织的制裁而不具有约束力或规范性，这就默认地接受了一种义务理论的观点，即法律本质上是由威胁支持和保障的秩序。然而，正如我们所说的，这种对于义务是因为不服从规则而遭受制裁的理论认同扭曲了现在的法律思想和关于义务的思想的实际作用。”[29]

另一方面，一些学者认为，一个规范要成为“义务”，使大家都遵守它，必须对违反它的行为附加一些社会制裁。例如，布莱利断言，“规范构成习惯国际法的一个先决条件是，

---

[24] Joseph Raz. Explaining Normativity: On Rationality and the justification of reason [M] Ratio.1999. pp. 354-355.
[25] Q.C., Ian Brownlie. Principles of Public International Law [M] Oxford University Press,2008. p.694.
[26] Wolfke, Karol. Custom in present international law [M] Polskiej Akademii Nauk, 1964, pp.79-83.
[27] Higgins. Problems and Process [M] Oxford University Press.1995. p.25.
[28] Higgins. Problems and Process [M] Oxford University Press.1995. p.16.
[29] Hart, The Concept of Law [M] Clarendon Press. 1994. p.212.

必须有一种感觉，即如果背离习惯，某种形式的制裁很可能落在违法者身上。”[30]凯尔森同样认为，“国内和国际规则都必须伴有胁迫或者威胁，才能被视为具有法律约束力。”[31]尚塔尔·托马斯也同样认为，“如果一个规范构成一个习惯国际法规范，“很有可能采取‘惩罚性行动’——这可能是包括广泛的负面回应——任何国家都必须对违反习惯的行为作出回应。”[32]

三、习惯国际法规范性来源的争议

一些法律哲学家认为，义务的基础是一致的，一贯的国家实践要求确保了国家出于其自由意志遵守习惯规则。沃尔夫克作为同意理论的学者，其认为一个特定国家的同意是习惯规则对该国具有约束力的基础，即使该国间接表示同意，例如仅仅是通过参加国际社会，也表明该习惯规则对该国具有约束力[33]。

许多法院的判决都与这种同意的理论相呼应。用于例如，在 1796 年的威尔诉海尔顿案中，美国最高法院确认习惯国际法“建立在默许的基础上；而且只对那些同意它的国家适用。”[34]常设国际法院在 1927 年荷花号案中指出，“对国家有约束力的法律规则，产生于他们自己的自由意志，这些自由意志通过条约或者被接受为法律的惯例表达出来。这些规则的效力是为了调节相互独立的国家间的关系或者为了国际社会的共同目标。”[35]

然而，其他国际法理论家则认为，同意不能成为习惯国际法义务的基础。例如安东尼·达马托指出，习惯国际法对那些不同意规范的国家仍然具有着约束力，除非他们成为习惯国际法规则的持续反对者。[36]迈尔斯认为“习惯国际法的作用恰恰是为了消除作为国际义务基础的同意的必要性要求。”[37]同样地，希金斯也认为“习惯是非自愿承担的义务，并不是基于任何特定国家的同意。没有一个国家对习惯规范的出现拥有否决权。”[38]

费尔南多批评了基于同的理论而认为习惯国际法具有法律效力，理由是同意可能不道德。他特别指出，“同意是国际义务的基础的观点是不可信的，因为国家可以缔结不道德的条约，并参与不道德的习惯。因此，不能仅仅以同意作为履行义务的基础。”[39]

一些理论家和法院采纳了一种修正后的观点，将同意作为习惯国际法义务的基础。他们强调的是国际社会的普遍同意，而不是在某一案件中受某一规则影响的特定国家的具体同意。例如，凯尔森写道：“习惯源于国家的共同意志”。[40]法院自己也表达了类似的观点。例如，在“帕奎特·哈巴纳”案中美国最高法院说：“这个问题上我们充分证明，文明国家的普遍同意，独立于任何条约或其他行为，它是国际法的既定规则。”[41]

其他法律学者和法院提出这样一种理论，即习惯国际法具有权威性，是因为它为国家间关系进行协调而服务的，并有助于解决它们共同面临的某些类型的问题。例如，芬尼斯坚持认为，“承认习惯国际法的权威性，为所有国家提供了一个机会，通过解决相互间问题来促

---

[30] J. L. Brierly. The law of nations [M] Clarendon Press. 1963. p.59.
[31] Kelsen. General Theory of Law and State [M] transaction publishers. 2006. p. 19.
[32] Thomas. Customary International Law. p.114.
[33] Wolfke, Karol. Custom in present international law [M] Polskiej Akademii Nauk, 1964, pp.160-168.
[34] Ware v. Hylton, 3 U.S. (3 Dall.) 199, 227 (1796).
[35] “Lotus” Case,1927P.C.I.J.,18
[36] D’Amato, The Concept of Custom in International Law [M] Cornell University Press. 1971. pp.187–99.
[37] McDougal, Lasswell, and Chen, Human Rights and World Public Order [M] Yale University Press. 1980.p.270.
[38] Higgins, Problems and Process [M] Oxford University Press. 1995. p.34.
[39] Fernando R.Tesón. A Philosophy of International Law [M] Westview Press. 1998. p. 92.
[40] Kelsen. Principles of International Law [M]. Rinehart .1956. p.453.
[41] The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 708 (1900)

进国际社会的共同利益。”[42]各种法院判决都承认协调国家间关系的目标是建立习惯国际法规范的一个理由。例如，在 1984 年美国与加拿大之间缅因湾案中，国际法院就指出，至少已经通过了一些习惯国际法准则，目的是“确保国际社会成员的共存和重要的合作”。[43]

某些法学理论家主张将道德作为习惯国际法规范的基础。例如，芬尼斯承认，“承认习惯具有权威性，存在着直接的‘道德’正义论据。菲茨莫里斯认为，“大多数基本的也是最终的最有说服力的承认国际法权威的理由是遵守法律是正义的。”[44]布莱利也提出，“遵守法律本身就是一项道德规则，因此，遵守法律义务的最终基础除了道德之外不能是任何东西。”[45]这些观点与国际法的历史上的“自然法”理论存在密切联系，这种理论目的是发现一种独立于国家意志的国际法渊源。

在许多促进发现和适用习惯法的国内司法决定中，都提到道德是承认习惯法的权威性的基础。例如，在 1899 年帕奎特·哈巴那号案中，美国最高法院法院在确定一项禁止民用沿海渔船作为战利品被扣押的法律规范时提到了“人性的考虑”，即道德原则。[46]在美国和其他国家的法院中，现在有大量的案件涉及各种侵犯人权行为，包括酷刑，法院都会认定这些行为构成对习惯国际法的违反。

当然，一些学者不同意，遵守国际法的理由与道德有或应该有任何联系。因此，哥德史密斯和波斯纳主张，国家没有遵守国际法，也没有遵守习惯国际法的义务。

正如上述学者们的不同观点，许多理论家提出习惯国际法有一个最终的基础来源。然而，他们的理论全部表明，事实上，习惯国际法规范性的来源不止有一个来源基础，不同类型的习惯规范也可能有不同的来源基础。同样，对于如何调和所有这些不同的观点，还没有得到普遍接受的论点。

四、对习惯国际法的评价性考量

上述举例论证的学者认为习惯国际法来源于国家的同意或者认为习惯国际法来源于道德的要求，这些只是习惯国际法具有规范性的文本依据，但是并没有告知大家遵守习惯国际法系统内各项行为规则的理由，即缺乏“真正的应该”。国家为什么要同意遵守习惯国际法？为什么认为习惯国际法是道德的要求，国家就必然对习惯国际法进行遵守？这些都是理由理论应该进行研究的内容，所以我们将习惯国际法进行评价性考量。

摩根索认为国家之所以会遵守包括习惯国际法在内的整个国际法规范是出于国家利益的考量。他提出“政府只想利用国际法推进国家利益，总是急于摆脱国际法可能对其外交政策施加的束缚性影响”。[47]摩根索是现实主义的代表人物之一，根据摩根索的观点，这些经过实践检验最终进化成为习惯国际法的规范有效是因为国家认为这些规范是符合国家的利益的，这些习惯规范的存在就是国家追求自身利益的结果，可以说这些规范因为同国家利益相吻合，因而巧合的被国家推进成为了习惯国际法规范，进一步成为了约束国际社会的规范。可以看出，摩根索是从国家利益为出发点来解释为什么习惯国际法具有规范性。

国家利益不仅仅是只包括经济利益，政治利益也是机位重要的。国家出于声誉、互惠的角度，也会去遵守习惯国际法规范。一国认真遵守习惯规范会给其他国家带来这样一种感官，即该国会认真的遵守其所承担的国际法义务，进而其他国家在与该国往来时会更倾向于同该

[42] John Finnis. Reason, authority, and friendship [M] 2011. p.185.
[43] Gulf of Maine Case, 1984 I.C.J. Rep. 246, 299, para. 111.
[44] John Finnis. Reason, authority, and friendship [M] 2011. pp.184-185.
[45] Brierly. The Basis of Obligation in International Law [M] Clarendon Press. 1958. p.65.
[46] The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 708 (1900).
[47] Morgenthau, Hans J. Politics among nations : the struggle for power and peace [M] Knop. 1985. p.12.

国合作，会更有意愿同该国建立长期的合作关系。这也体现了该国的潜在收益。

此外，外部强制也是习惯国际法具有规范性的重要原因。国际社会的强制性不同于国内社会，它没有一个专门的机关进行执行，但是并不是说国际法没有强制性的，国际法的强制性是国际社会的国家之间的相互强制，由国家进行监督。如果违背了习惯国际法规范，可能会导致不同类型的制裁。例如，在人权法领域，会有条约的履约机构对国家履行人权条约的情况进行调查，这里的履约情况虽然主要强调的是国际条约，但是习惯国际法作为最基本的规范，也会存在与考察范围之内，例如，禁止酷刑等。很多国际条约规定的内容有时也会转化为习惯国际法，作为约束国际社会的规范存在。

结语

习惯国际法是通过国家长期反复的实践并由国家认可其具有法律约束力的习惯规范。此外，习惯国际法出于国家的普遍同意以及道德要求具有了系统内的规范性，而国家主要出于国家利益包括声誉、互惠、强制等的需要，具有了遵守习惯国际法的现实理由。

论国际邮轮疫情防治的国家责任

谢佳芮　重庆大学法学院

摘要：全球新冠肺炎大流行在阻碍全球海上运输业发展的同时，也充分暴露出了当前海上疫情防治国际法律制度的不足。船旗国、港口国和乘员国籍国疫情防治国际法责任内容不明，三大主体间尚未形成明确的海上疫情防治责任分配机制是海上邮轮疫情防治面临的主要挑战。在厘定各主体海上疫情防治责任国际法基础前提下，明确船旗国邮轮适航保证责任的相关技术标准，强化港口国疫情防治责任能力建设，落实乘员国籍国人权保护的责任，构建国际邮轮疫情防治的国家责任网络是完善国际邮轮疫情防治的主要方向。

关键词：新冠肺炎疫情 国家责任 邮轮疫情

自 2019 年新型冠状病毒肺炎疫情（新冠疫情）暴发以来，近 30 艘邮轮被迫漂泊海上，陷入疫情防治困境。[1]以最早暴发疫情的“钻石公主号”邮轮为例，在邮轮上出现确诊病例后，船上现有设备和人员配置无法对此采取任何有效防疫措施，只能任由疫情在船上扩散。此后，在染疫船舶寻求就近靠泊避难港寻求救助时，又频频遭遇港口国的推诿阻拦，船舶被迫长期滞留外海。船上染疫人员无法得到有效救治，尚未染疫人员无法得到有效隔离，最终导致船上疫情进一步扩散，酿成严重的国际人道主义灾难。“钻石公主号”等诸多国际邮轮在本次全球疫情大暴发中的遭遇一方面固然是“天灾”，但另一方面也是“人祸”。国际邮轮疫情防治责任国际法律制度方面的不足显然是船上疫情扩散的主要原因之一。现有国际船舶管理法律制度尽管将船旗国、港口国和乘员国籍国确立为船舶疫情防治的基本责任主体，但在具体责任内容上仍不甚明确，对于三大责任主体的责任分配问题也缺乏具体规定。亡羊补牢为时未晚，针对这些问题，本文将主要根据国际海洋法、国际卫生法及国际人权法的相关规定，分别就船旗国、港口国及乘员国籍国在国际邮轮疫情防治方面的国际法责任基础予以梳理，指出目前有关海上疫情防治责任国际法制度方面的不足，进而提出完善国际邮轮疫情防治国家责任制度的可行路径。

一、国际邮轮疫情防治的责任主体及其义务基础

对于海上新冠疫情防治，船旗国、港口国和乘员国籍国应是基本的责任主体。现有国际法固然尚未对海上新冠疫情防治的国际法责任作出具体的规定，但现有国际法律制度仍为各国的防治责任提供了一个基本的国际法框架和基础。

（一）船旗国适航保证责任

船旗国是国际船舶管辖的基本主体。就邮轮疫情防治而言，船旗国主要承担着防止邮轮上暴发大规模传染病的义务，也即确保船舶适航的义务。当然，与海商法对承运人的适航义务要求不同，国际法上对船旗国的适航义务要求主要表现为一种适航担保责任，即通过对本国船舶的行政管理督促、监督本国承运人履行船舶适航义务，确保海上航行安全。

船旗国适航保证责任的规定主要表现在《联合国海洋法公约》（UNCLOS）第 94 条。按照该条规定，每个国家应对悬挂该国旗帜的船舶有效地行使行政、技术及社会事项上的管辖和控制，包括在船舶构造、装备和适航条件，船员配备、船员劳动条件和训练、海上交通规则培训，信号的使用、通信维持和碰撞防止这三个方面采取必要措施，以确保海上安全。[2]结

[1] COVID-19 pandemic on cruise ships, available at https://en.wikipedia.org/wiki/COVID-19_pandemic_on_cruise_ships. Wikipedia <latest accessed at 2021-04-28>

[2] 参见《联合国海洋法公约》第 94 条。

合海上疫情及其防治的特点，要求本国邮轮合理配备医疗设备、人员，在邮轮构造上采取必要措施，防止船上疫情扩散等显然应属船舶适航的当然要求。此外，针对上述三个方面，船旗国还应按照一般接受的国际规章、程序和惯例的规定采取必要措施，以具体执行此义务。

所谓“一般接受的国际规章、程序和惯例”大多见于国际海事组织（IMO）和国际劳工组织制定的条约和规则中，虽然这些规定非明确针对海上疫情防范而设，但仍为船旗国以防范邮轮疫情为目的采取措施提供了一定的技术指引。例如，《国际海上人命安全公约》（SOLAS）就一般性规定，船旗国应当从人命安全的角度出发采取必要措施，以确保悬挂本国旗帜的船舶适合其预定的用途。[3]虽然 SOLAS 并未进一步针对船舶疫情防治做出具体技术性规定，但这一基本义务性要求显然构成船旗国确保邮轮适航责任的国际法基础。除 SOLAS 以外，2006 年《海事劳工公约》（MLC）也从船员权利保障角度出发，就船上通风、医疗设施等方面制定了一些技术性规范。例如船舶的构造和通风应确保空气质量良好、船舶应当配备足够的医疗设施和足够的医护人员等。[4]

为能使船旗国更好地防范邮轮疫情，世界卫生组织（WHO）在“钻石公主号”邮轮疫情暴发后发布了《治理船舶 COVID-19 病例的操作注意事项》。[5]2020 年 3 月 27 日，IMO 也发布了海上防疫指南。[6]尽管这些指南本身并非具有正式国际法约束力的规范性文件，但其理应成为船旗国适航保证责任的“参照适用条款”对船旗国而言显然具有法律约束力，应成为当前履行确保邮轮适航责任的主要技术指标。

（二）港口国接纳和救治染疫邮轮的责任

国际邮轮依据其航线的设定往往会在不同的港口停靠。因此，除船旗国外，港口国在国际邮轮的管控中亦扮演着重要角色，同样对邮轮疫情的防治承担着相应的责任。对于港口国而言，对其在国际邮轮疫情防治中的国际法责任的讨论，可聚焦于两方面，分别是港口国是否存在接收染疫邮轮进入港口之义务，以及在接收染疫邮轮后对乘员的救治义务。

1．港口国对邮轮的准入义务

港口处于沿海国主权管辖之下，港口国固然可决定港口的关闭与否。然而，无论是基于人道主义，还是基于国家之间互助互惠的考量，在尊重港口国主权的同时，港口国有义务接收遇难船舶入港避难。[7]一些早期的公约肯定了港口国这一项义务，认为允许遇难外国船舶进入本国港口系人类普遍良知，应属各国均应承担之义务。[8]部分国际、国内司法判例也佐

---

[3] 根据《1974 年国际海上人命安全公约条款》第 I 条，公约的一般义务：各缔约国政府承担义务颁布一切必要的法律、法令、命令和规则，并采取一切必要的其他措施，使得本公约得以充分和完全实施，以从人命安全的角度确保船舶适合其预定的用途。

[4] 参见《海事劳工公约》规则 3.1、规则 4.1 等。

[5] WHO, Preliminary List of Recommendations for Governments and Relevant National Authorities on the Facilitation of Maritime Trade during the COVID-19 Pandemic, 24 February 2020.

[6] Coronavirus disease (COVID-19) Pandemic, available at https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Coronavirus.aspx <latest accessed at 2021-04-28>

[7] Churchill & Lowe, the Law of the Sea [M]. Manchester University Press, 1998; Anthony P. Morrison, Places of Refuge for Ships in Distress: Problems and Methods of Resolution [M]. Martinus Nijhoff, 2012: 126.

[8] Hooydonk E V. The obligation to offer a place of refuge to a ship in distress[J]. Juristenzeitung, 2004, 252(3):808-815. Treaty of Commerce, Establishment and Navigation between the United Kingdom and Japan, 14 November 1962 UNTS No 6934, Art 20.

证了港口国这一义务的存在。[9]对于染疫船舶，港口国基于良知或人道主义考量，应当准许染疫船舶进入本国港口靠岸救治。

在有关海上疫情防治的一系列指导性通函中，IMO 也强调了开放港口的必要性。第 4204/Add. 4 号通函中提到，鉴于在船舶上隔离病例的难度，港口国应当允许所有船舶进入港口及感染病例下船治疗。[10]第 4204/Add. 6 号通函同样规定，各国应确保所有来访的商船能够继续进入港口，并且不对船舶本身施加以防止其进入泊位等过度的防疫措施。[11]该通函显然也意在强调，港口国不应过度防疫，对船舶入港和国际经贸交流造成不必要之障碍。

事实上，在国际卫生法框架下，《国际卫生条例》（IHR）为染疫船舶港口准入问题提供了明确的条约法依据。IHR 确立了“无疫通过”原则，[12]并在第 28 条进一步规定，在港口具备执行卫生措施的能力时，缔约国不应当因公共卫生原因而阻止船舶在港口停靠，也不应当出于公共卫生理由拒绝授予船舶“无疫通行”。由此可知，港口国在一般情况下有准许船舶进入港口的义务。尽管在出现“国际关注的突发公共卫生事件”时，缔约国有权采取包括拒绝船舶入港等额外卫生措施，但此类额外措施应满足以下三项要求：第一，这些措施须符合必要性原则和比例性原则的要求。[13]第二，国家采取此类措施必须基于相关的科学证据、卫生依据和 WHO 的有关建议。第三，在国家执行对国际交通造成明显干扰的额外卫生措施时，应当向 WHO 报告。[14]所以，仅在前述三项要求均满足的情况下，缔约国才可采取造成“明显干扰”的措施，如拒绝船舶入港。2020 年 3 月 3 日，WHO 发布了不建议限制国际交通的建议，认为船舶不应当被缔约国因公共卫生原因拒绝“无疫通行”。所以在此次新冠疫情中，基于 IHR 的规定和 WHO 的建议，港口国在具备卫生能力的情况下有义务接收邮轮进入港口。

2. 港口国对乘员的救治义务

一旦港口国接受染疫船舶靠泊，船舶便处于港口国的管辖范围之内，则基于习惯国际法和条约法，港口国负有对船上人员的救治义务。

依据国际人权法和有关外国人待遇的习惯国际法的要求，任何国家对处于本国管辖之下的外国人应承担其基本的人权保护义务与责任，其中当然也包括保护外国人健康权和获得医疗救助的权利。当邮轮已经获准进入一国港口，港口国当然应当保障邮轮上乘员的健康权，并提供相应的医疗救治。

在国际卫生法领域，IHR 及 WHO 发布的其他有关建议中也提及了港口国对船舶人员的救治义务。其义务大体可分为以下三个方面。首先，港口国承担着监测和管理邮轮病例的责任。根据 IHR 第 18 条的规定，缔约国可对入境人员及交通工具采取卫生审查、医学检查、

---

[9] See as *The Creole Case* in 1853, Commission established under the Convention concluded between the United States of America and Great Britain on 8 February 1853 *Case of the Enterprise v. Great Britain*, opinions of the Commissioners and decision of the Umpire, Mr. Bates, dated 23 December 1854; *Case of the Hermosa v. Great Britain*, decision of Umpire, Mr. Bates; and *Case of the Creole v. Great Britain*, decision of the Umpire, Mr. Bate, Reports of International Arbitral Awards, 23 December 1854, XXIX, 2 6-53. *The Rebecca Case* in 1929, Hoff, K. A. (1929). Administratrix of the Estate of Samuel B. Allison deceased (U.S.A.) v. United Mexican States 2 April 1929, reports of International arbitral awards, IV.

[10] IMO, Circular Letter No. 4204/Add. 4, ICS Coronavirus Guidance for ship operators for the protection of the health of seafarers, 5 March 2020.

[11] IMO, Circular Letter No. 4204/Add. 6, Coronavirus: Preliminary List of Recommendations for Governments and Relevant National Authorities on the Facilitation of Maritime Trade during the COVID-19 Pandemic, 27 March 2020.

[12] 根据《国际卫生条例》第 1 条规定，“无疫通行”是指允许船舶进入港口、离岸或登岸、卸载货物或储备用品。

[13] 参见《国际卫生条例》第 43 条第 1 款。

[14] 参见《国际卫生条例》第 43 条第 3 款。

公共卫生观察等措施。[15]2020 年 2 月 16 日，WHO 发布《在 COVID-19 暴发的情况下，入境点的患病旅客管理》，对港口国在港口等入境点发现和管理疑似病例提出了具体要求，包括发现患病旅客、报告疑似病例及采取隔离、转诊等措施。[16]其次，港口国承担着对邮轮乘员采取卫生措施并进行必要治疗的责任。基于国际法的规定，港口国在接手受染邮轮后，应当立即对邮轮采取卫生措施，包括对邮轮进行消杀，为邮轮上乘员提供足够的疫情防护措施及对感染病例进行救治等。IHR 第 20 条对港口核心能力建设的要求、“国际卫生港口”的认证也包含着港口国应履责之意。[17]以“钻石公主号”为例，其请求停靠的港口——日本横滨港就属于 WHO 的国际卫生港口之一。这意味着横滨港具备应对突发公共卫生事件的能力。也因此，日本有义务对“钻石公主号”采取救治措施。第三，港口国对于邮轮疫情的救助责任还体现在港口国需在事后对密切接触者进行追踪。新冠肺炎被确定有“人传人”的迹象后，对密切接触者的排查也是疫情防控的重要内容。所以在邮轮乘员下船离岸前，港口国应当对乘员的信息进行统计，追踪感染或疑似患病乘员的密切接触者，防止疫情在陆上的传播。

（三）国籍国对邮轮上本国人员的救助责任

基于与本国国民的国籍联系，国籍国对于染疫船上本国国民的生命健康有着当然的保护义务与责任。

保护本国海外国民的生命健康权是国籍国的基本责任。按照《经济、社会及文化权利公约》（ICESCR）第 12 条的规定，各缔约国有义务尊重并保护本国国民的健康权，并应当为预防、治疗和控制传染病采取相应措施。该条所规定人权保护责任显然是基于国籍联系，而非国家与人之间的属地联系。也因此，缔约国不仅应为国内国民提供足够的医疗设备以保证国民能及时得到有效救治；对于身居海外的本国国民，这种义务也并不因此免除。因此，当本国国民在他国邮轮染疫或有染疫危险时，国籍国不仅有责任直接或通过东道国政府或非政府渠道为本国国民提供迅速有效的医疗救治，必要时还应积极通过外交手段协助本国国民撤回本国或其他安全区域，确保本国国民不受邮轮疫情事件的侵害。事实上，当疫情在“钻石公主号”等邮轮暴发后，许多国家也的确纷纷采取了相应措施进行撤侨。

值得注意的是，对海外染疫船舶的本国国民予以保护时，船员国籍国除需要履行上述人权法的一般性保护义务外，还需根据有关船员保护的国际公约对船上船员这一特殊群体的人权保护予以特别关注，履行相应的保护责任。例如，按照 MLC 关于船员的遣返问题的特别规定，国籍国应当迅速处理被滞留在外国港口的海员并给予充分的领事保护，同时还应当与船员所在地的国家开展有效合作保护其合法权益。[18]

二、国际邮轮疫情防治国际法责任制度的不足

尽管现有国际法对于国际邮轮疫情防治的国家责任已经存在着基础性规定，但在这场史无前例的疫病全球大流行中，诸如“钻石公主号”等邮轮的悲惨遭遇也充分暴露出，在现有国际法律制度中，船旗国适航保证责任技术标准不够明确、港口国对染疫船舶救助责任强制力的不足、国籍国责任的边缘化等问题正成为国际海上疫情治理合作的主要障碍。

（一）船旗国适航保证责任的技术标准有待明确

尽管 SOLAS 和 MLC 为船旗国确保邮轮适航提供了一般性的规定，但由于此前未能对新冠疫情此类高度传染性疾病的关注，现有国际法律制度未能对于国际邮轮的适航标准作出

---

[15] 参见《国际卫生条例》第 18 条第 1 款。

[16] WHO, Management of Ill Travelers at Points of Entry (International Airports, Seaports, and Ground Crossings) in the Context of COVID-19 Interim Guidance, 19 March 2020.

[17] WHO, IHR List of Authorized Ports to Issue Ship Sanitation Certificate, 27 November 2019.

[18] 参见《海事劳工公约》标准 A4.4 获得使用岸上福利设施，导则 B4.4.6 在外国港口的海员。

针对性要求。

目前，有关船舶卫生条件的标准主要见于 WHO 制定的《船舶卫生指南》和《国际船舶医疗指南》。其中，《船舶卫生指南》主要从水、食品、娱乐用水环境、压舱水、废物管理和处置、病媒和宿主控制以及控制环境中的传染病病原体等 8 个方面为船舶在卫生方面的关键问题提供具体的准则和指标。[19]《国际船舶医疗指南》主要是从特定的疾病出发介绍相关疾病的症状及在船上预防特定疾病需采取的措施，[20]其中第 23 章对传染病的治疗进行了规定。诚然，这些国际文件为船舶突发公共卫生事件的防控提供了指导，但是并不存在特定针对类似新冠肺炎这样的传染性疾病的具体防治标准。即便《国际船舶医疗指南》中设有传染病防治的章节，但也仅提及需要采取隔离措施及洗手、佩戴口罩等措施，至于隔离的实施细节、相关的医疗用品的配备标准并未涉及。[21]此外，对于客船而言，IMO 现有规定更侧重于应对海上传统风险，注重提升船舶及其人员在遭遇诸如海上风暴、搁浅等意外事故的存活能力，而对于海上疫情这种非传统安全风险着墨不多，其现有船舶适航标准是否包含应对传染病防控的内容尚不明确。[22]相关技术标准的缺失使得船旗国邮轮适航保证的责任难以落实。历史上几次有关海上航行安全标准的提升都源于重大海上事故，“泰坦尼克”号事件催生了 SOLAS，“托利·堪庸”号油轮事故发生后，国际社会迅速达成了《防止船舶污染海洋国际公约》。2020 年以来的海上邮轮疫情事件，在暴露了国际海上疫情治理不足的同时，客观上也为国际社会合作制订相应的海上疫情防治技术规则和标准提供了契机。

（二）港口国救助责任有待强化

在本次疫情中，大多数港口国并未充分履行自己对染疫船舶的接收义务及救治义务。这固然源于港口国并未意识到自己对于染疫邮轮的救助责任；当前国际法未对港口国接收疫情船舶的国际法责任作出明确规定也是很重要的原因。此外，对于港口国究竟应如何提升自身港口防疫能力，WHO 也缺乏明确和具体的行为指南。这些国际法律制度方面的缺陷直接导致了港口国主观上不愿意或客观上无能力接收染疫船舶的现状。

首先，IHR 中虽然规定了“无疫通行”原则，但前述三项标准能否有效约束港口国，避免旅行限制滥用仍成问题。具言之，在衡量措施是否合必要性和比例性时，港口国往往不顾 WHO 的临时建议或长期建议，这说明 WHO 建议的软法性质无法有效敦促港口国履责。同时，港口国在采取入港限制措施时，并不遵循科学的方法获取客观准确的卫生信息。在缺乏循证风险评估的情况下，曾有三艘邮轮被拒绝进入港口。[23]此外，港口国在采取限制措施时具有临时性的特征，难以履行向 WHO 通报的义务。

其次，在港口防疫能力建设方面，IHR 附件一仅提出了一般性的建议，并未针对各个事项提出明确的行为指南，由此也的确导致多数国家港口面对染疫船舶时有心无力，无法施救。

（三）国籍国与船旗国、港口国之间缺乏有效合作与协调机制

2020 年以来的海上邮轮疫情事件也让国际社会意识到了国籍国对染疫邮轮上人员救助义务的重要性。尽管在前述事例中，多数发达国家对于船上本国人员还是给予了较为积极的救助。但我们不妨设想一下，在港口国和船旗国本身自顾不暇情况下，国籍国究竟可以或应

---

19 参见世界卫生组织《船舶卫生指南》第 11 页。

20 参见世界卫生组织《国际船舶医疗指南》简介。

21 参见世界卫生组织《国际船舶医疗指南》第 251 页。

22 Passenger Ships in International Maritime Organization, available at https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/PassengerShips.aspx <latest accessed at 2021-04-28>

23 《世卫组织总干事：向所有国家发布公报 要求尊重船舶“无疫通行”原则》https://www.gelonghui.com/live/337003, 2021 年 4 月 28 日。

该采取哪些措施来救助船上本国人员？尽管这主要是各国国内法应该予以关注的事项，但面对新冠疫情这种全球性问题，对海上染疫船舶及其人员的救助本不应该完全寄望于船旗国和港口国，尤其是当后两者本身无力救助情况下，国籍国的救助责任，以及其他国家与国籍国之间的必要的合作与协调机制的建立，同样也应该是未来国际海上疫情防治法律制度完善应重点思考的问题。

从2020年以来，数次邮轮染疫后人员救助的实践来看，由于国籍国与船旗国、港口国之间缺乏有效的合作与协调机制和程序，临时性撤侨与救助显得极为混乱。在国籍国救助过程中，一些人员不仅未能得到有效救助，反而造成了海上疫情在陆上，乃至全球的扩散和蔓延。

三、国际邮轮疫情防治国家责任制度的完善

海上疫情这种非传统安全威胁并非单一国家能够应对，其有效解决需要船旗国、港口国以及乘员国籍国根据管辖权、管理便利性等因素，明确各自的责任并进行合理分配，从而通过协调与合作构建国际邮轮疫情防治的国家责任网络。

（一）明确国际邮轮疫情防治国家责任的具体内容

反思2020年以来海上邮轮疫情事件所带来教训，在国际邮轮疫情治理国家责任方面，国际社会应主要从以下几个方面完善国际法律制度：

首先，结合新冠疫情所暴露出来的船舶适航方面存在的问题，完善船舶适航标准，以及船旗国相应的船舶适航保证责任。细化公共卫生事项相关的标准细则时，国际社会可以考虑结合从邮轮构造及人员配备两个方面进行修订。对于国际邮轮的构造和设施配备而言，结合此次疫情中所暴露出的船舶构造方面的问题，国际社会可以针对邮轮的舱室设置、空气循环系统、流行病防治的医疗设施的配备等方面对邮轮的设计、构造标准进行完善。对于人员配备而言，国际社会应当考虑完善船员健康证书的内容、完善对邮轮上船员的培训制度以提升船员的医护水平等。例如我国制定的《船舶船员新冠肺炎疫情防控操作指南（V4. 0）》，其中谈及了船舶防疫物资供应、船舶清洁消毒、船员个人防护等诸多涉及船舶设施配备及人员保障方面的标准，多次被IMO向其他国家推荐。

其次，强化港口国应对突发公共卫生事件能力建设要求的同时，明确港口国拒绝/接收染疫船舶入港的条件，防止港口国滥用港口准入权延误对船舶及船上人员的救治。强化港口国港口核心能力建设的要求，应当完善缔约国同WHO之间的信息通报和共享机制，加强WHO对港口国核心能力建设的监督职能。同时，WHO还应对港口传染病常态化监测机制、主流传染病应急预案的准备、医疗卫生条件等方面进行定期考核，确保港口随时具备应对突发公共卫生事件的能力。对于敦促港口国履行接收染疫船舶入港责任而言，应当提高WHO建议的法律效力，并将其列为港口国在采取措施时必须首先遵照的文件。此外，WHO还应当敦促港口国完善风险评估方法，以确保其获得客观准确的科学证据和卫生依据。

最后，完善国籍国对船上人员的救助协助义务。如前所述，面对突如其来的新冠疫情，很多港口国国内都还没有充分的准备。自身医疗物资、人员、应对经验等方面的不足客观上也使得很多港口国无暇他顾。这种情况下，一味苛责港口国拒绝施救不仅于事无补，也有违常理。因此，面对此种境况，国籍国的保护和救助责任应迅速补充上来，扮演必要的补充性角色。然而，在缺乏相应国际立法情况下，国籍国的这种救助责任的履行将存在很多现实的障碍，包括救援物资的供给、撤侨安排、临时救助措施的采取等。因此，未来国际法律制度完善过程中，应侧重于完善国籍国救助义务履行的国际协调机制。

（二）构建国际邮轮疫情防治国家责任网络

在明确国家在国际邮轮疫情防治中的具体责任内容后，要想实现海上疫情防治的效果，应当进一步对国家的责任进行分配，为此，本文认为可构建国际邮轮疫情防治的国家责任网络以协调国家责任。

横向上，责任网络构建的核心在于对各个国家邮轮疫情防治的责任进行分配。对此，应结合船旗国、港口国及国籍国的具体责任内容来考量。具言之，从参与国际邮轮疫情防治的时间来看，船旗国和乘员国籍国在疫情防控的过程中自始至终分别对邮轮整体和邮轮上人员承担保护责任，而港口国则在邮轮向其提出入港申请后对邮轮承担与船旗国并行的责任。从国际邮轮疫情防治责任的具体内容来看，船旗国对邮轮疫情承担着基础性的责任，港口国基于地理位置等便利性因素对邮轮疫情防治承担着补充性的责任，国籍国则应当积极承担协助港口国救助国民的责任。

纵向上，责任网络构建则是解决在现有有关海上疫情防治的国际法律体系下，应由谁来实现对各个主权国家之间的国家利益与国际社会整体利益的协调以及相关规则如何完善的问题。如今的传染病防治问题不再是单一纯粹的问题，而是涉及到了更多领域，诸如海事、环境、知识产权等等。传染病的“问题联动”促使越来越多的国际组织参与到有关国际公共卫生的立法当中，导致了在有关国际邮轮疫情防治方面国际法碎片化的现象。国际公共卫生领域的碎片化一方面实则不利于各个国际组织之间的协作，另一方面也为各国政府履行相关国际法之规则设置了障碍。要解决这一问题，就需要一个具备权威性的国际组织来调和具备不同职能的国际组织所制定的国际法规则，并对相关规则补苴罅漏，引导国际合作。以本文所探讨的国际邮轮为例，其牵扯到的国际组织包括但不限于 IMO、WHO、国际航运工会、波罗的海和国际海事工会等，这些组织均在此次疫情期间对邮轮疫情防控提出了建议。诚然邮轮有一定的特殊性，但是从应对传染病疫情的角度出发，WHO 具备着其他组织不具备的专业性和权威性。此外，WHO 在近些年应对突发公共卫生事件中有较大成效，这也表明在疫情防治的问题上，WHO 有着其他组织没有的经验和实力。因此，对于国际邮轮疫情防治国家责任网络的纵向构建，应当以 WHO 为主导机关，对国家责任进行分配和对邮轮疫情防治的相关法律进行整合和完善。

国家的国际合作义务是完善责任网络的重要保障。因此，在构建国际邮轮疫情防治的国家责任网络时，应时时以国际合作原则为指导，事事从谋求国际合作出发。此次邮轮疫情的暴发，正是验证了传染病全球化使得各国在有关公共卫生事件的应对上存在着共同的诉求和利益，也使得整个国际社会的公共卫生成为了一个不可分割的整体。国家应当借助 WHO 提供的平台从日常监测、医疗设施建设、疫苗研发、疫情数据统计等方面开展合作。[24]

四、结语

在此次全球抗击疫情的行动中，国际邮轮疫情是国际社会关注的重点，也是国际社会需要应对的挑战。国际邮轮疫情的防治反映出各国在应对邮轮疫情时是休戚与共的整体。因此，笔者认为有必要明晰国家在国际邮轮疫情防治中的国际法责任并对其进行合理调配，实现国际邮轮疫情的有效防治。于国际邮轮疫情防治而言，船旗国承担着确保邮轮适航的责任，港口国负有接收邮轮入港并对其进行救治的责任，国籍国则承担着保障国民健康权的责任。现有国际法中虽可找到此三类主体承担责任的基础，但仍然存在着责任内容不明晰、责任分配不明确的问题。所以，完善国际邮轮疫情防治的国家责任制度，需明确船旗国确保邮轮适航的具体标准、提升港口国港口的核心能力以及完善国籍国的救助协助义务。同时，还应构建

[24] 联合国. 2019 冠状病毒病与人权，我们同舟共济[R]. 纽约：联合国, 2020.

国际邮轮疫情防治的国家责任网络以实现对国家责任的分配。横向上，船旗国始终对邮轮疫情防治承担基础性的责任，港口国对邮轮疫情防治承担着补充性的责任，国籍国在此过程中应当积极承担染疫邮轮中的人权保护责任；纵向上，应当发挥 WHO 的主导作用，促进国家合作。如此，国际卫生法、国际海洋法以及国际人权法才能更好地在海上突发公共卫生事件中发挥作用。主权国家若能真正履责，谋求合作，那么国际邮轮疫情防治可期，海上公共卫生安全可期，全球公共卫生安全可期。

State Responsibilities on the Prevention and Containment of Pandemic on International Cruise Ships

Jiarui Xie

ABSTRACT：While the COVID-19 pandemic hinders the development of the global maritime transport industry, it also exposes the inadequacies of the present international law for prevention and control of maritime epidemic. The unclear responsibilities of the flag States, the port States and the States of nationality for prevention and control of epidemic and the unestablished allocation mechanism of their responsibilities are the main challenges facing by the prevention and control of maritime epidemic. Under the premise of sorting out the responsibilities of each party under international law, the cardinal ways to improve the prevention and containment of epidemic on the international cruise ships are to clarify the relevant technical standards of flag States' seaworthiness responsibilities, to strengthen the port States' capacities to prevent and control epidemic, to implement the States' of nationality responsibilities to protect human rights and to build a State responsibility network for the prevention and control of epidemic on international cruise ships.

Key words：COVID-19, State responsibilities, epidemic on cruise ships

美国出口管制法中 UVL 清单制度及其启示研究

谢甜 盛建明[1] 深圳大学法学院

摘要：未核实清单（unverified list, 简称“UVL”）是美国出口管制制度中，美国商务部制定的《出口管制条例》（Export Administration Regulation 下称“EAR”）针对最终用户和最终用途审查政策设置的制裁清单。区别于“实体清单”（Entity List, 简称“EL”）实体参与到涉及来源于美国的受管制物项的交易往往面临“推定拒绝”的许可证申请，被列入未核实清单上的实体仍可参与涉及来源于美国的受管制物项的交易，但是有一些额外的手续和限制要求，如需要提交“声明书”或不再适用“出口许可证例外”等。我国目前为止有 73 家实体（包含香港）被列入该未核实清单中。未核实清单从 2002 年伊始，经历了一系列的关于受控物项、列入标准等的变革，于 2013 年最终定型。此后美国商务部属下的机构产业安全局（BIS）会不定时发布公告更新未核实清单的名单。由于被列入未核实清单往往以为着交易的受限和合规成本的提高，从而对我国的国际贸易以及科技领域的发展产生一定的影响。因此，无论是从实体企业自身层面还是国家政策层面，均有必要对未核实清单的运作有一个清楚的了解和应对措施，以促进实体内部的合规管理、减少不必要的贸易风险。

关键词：出口管制制度；未核实清单；进出口合规管理

引言

出口管制制度，指一国出于某些特定的目的，对来源于本国的特定商品或者服务的出口、再出口等进行限制的制度。美国为维护国家安全、推行其外交政策并稳定其国际竞争力，建立了复杂而又精细的出口管制制度。美国的出口管制对象主要包括战略性资源产品、高精尖科技、军事工业技术和相关产品、新兴和关键基础技术等。作为世界性的经济、政治军事强国，美国的出口管制制度变化往往会对其他国家或地区的经济、技术发展造成一定程度的影响，因而其往往是各国学者、企业和国家经贸领域领导层等相关人士关注的焦点。

未核实清单和实体清单均是美国商务部对某些军民两用管制物项的出口管制制度中，针对最终用户和最终用途核查所建立的管制清单。2020 年 10 月 9 日，美国商务部产业与安全局（Bureau of Industry and Security, 下称“BIS”）宣布将 26 家实体列入“未核实清单”（Unverified List，下称“UVL”），并同时将 40 家实体从该清单中移除。在被列入的 26 家实体中，其中 1 家实体位于中国大陆，5 家位于香港；被移除的 40 家实体中，16 家实体位于中国大陆，22 家位于香港[2]。此次更新后，UVL 清单上目前共有 26 个中国大陆实体，47 家香港实体。被列入清单的实体多为高新技术领域内的企业、相关领域的高校和学术研究机构，同时还有一定数量的跨国运输企业。在两个月后的 12 月 18 日, BIS 将包括中芯国际、大疆等在内的高技术企业、教育科研机构列入“实体清单”（Entity list，下称“EL”）中[3]。

目前关于美国出口管制政策和对华宏观上的政策导向分析已经较为成熟，国内外学者对美国出口管制体系的研究主要集中在对出口管制整体体系的归纳性概括、管制物项技术性分

---

[1] 谢甜 深圳大学法学院大四本科生，盛建明，深大法学院特聘教授。本文是盛建明指导的谢甜本科学位论文基础上修改提炼而成。论文的主要观点、架构由盛建明教授指导提出，并根据谢甜同学收集的资料加以优化。全文的具体数据和材料的收集，由谢甜同学根据一手英文资料在在相关网站系统收集和梳理基础上完成。两人经多次反复研讨，分工完成了全文具体内容的写作。

[2] Revisions to the Unverified List (UVL).A Rule by the Industry and Security Bureau on 10/09/2020

[3] Revisions to the Entity List(EL).A Rule by the Industry and Security Bureau on 12/18/2020

析以及对美国对华贸易政策的技术管制政策动态研究，对 EAR 管制工具的分析也主要围绕商品管制目录（CCL）、商业国家列表（CCC）和实体清单（EL）。如王罗汉基于 2018 年的《美国出口管制改革法》和美国出口管制改革动态变化，从科学、技术、创新三大全球化趋势分析美国技术出口管制的对世界经贸、各科技产业的影响[4]。Edward J. Krauland 律师对美国现有的出口管制制度下的“黑名单”制度进行了一个简要的梳理和分类，并对清单上企业的可使用的包括行政申诉、司法诉讼的救济手段进行了一个概括性的介绍[5]。杨于田、陈峰对美国出口管制列入相应清单的实体进行从国别、经营范围、规模大小等因素的分析，探析美国出口管制的相关部门将实体列入清单的动态变化及背后存在的原因。又如，王宇辰对美国《出口管制条例》域外适用的制度依据和发展趋势进行了一个简要的剖析[6]。对于未核实清单，由于其具有总体名单数量较少（相对于实体清单而言）、被列入或移除清单的原因不透明、威慑力较实体清单更小以及名单变动幅度（包括移除和增加）较频繁等客观原因，国内外对未核实清单的研究往往局限于相关业务的律所和学术网站的科普性整理，对其内容的研究也仅限对其概念的简要阐述和 EAR 涉及相关制度的条文介绍。

因此，本文将以美国出口管制框架为依托，对“未核实清单”这一重要的管制工具在美国出口管制制度中的地位进行分析。本文包括五个部分，第一部分将运用文献研究、历史研究法，对美国出口管制制度历史沿革和发展进行简要的整理和概括，并对未核实清单在美国出口管制制度的定位进行介绍。第二部分将对未核实清单进行系统的介绍，介绍其法律渊源、背后涉及的美国政府机构运作体系，以及未核实清单从 2002 年起作为“Red flag”预警清单到 2013 年作为独立的基于最终用途和最终用户核查下的管制清单的发展沿革。第三部分，运用数据分析法和比较研究法对未核实清单上的各国实体进行分析，并对实体清单（EI）和未核实清单（UVL）榜上的实体进行对比性的数据研究，总结出清单体现的美国出口管制政策尤其是对华政策的发展走向。第四部分，探索相关实体被列入未核实清单后，企业本身、中国相关行业发展将所面临的后果。第五部分，将从现有制度的框架下总结出企业和国家宏观政策方面对未核实清单、美国整体出口管制制度可以采取的一些应对措施。

一、美国出口管制制度概述——从单边到多边

出口管制，指一国或多国集团为了达到一定的目的（包括政治、军事和经济目的），通过立法、行政法规或其他措施，对来源于本国的一些具有战略意义的产品、信息、服务等的对外出口进行管制，禁止或限制相关物项对外或流动到特定地区、国家的贸易制度[7]。美国自二战以来，基于传统安全和非传统安全等问题的关注，建立了包括国内和国际两个层面在内的单边、多边的出口管制制度体系。

（一）美国单边出口管制制度

（1）制度概述

单边出口管制指一国根据其本国的出口管制法律，建立本国独立的出口管制体系，单独对来源于本国的某些商品、服务、信息等物项的对外出口进行禁止或限制[8]。虽然单边出口管制制度构建的法律依据均为美国的国内法，但是因其强大的经济、科技、政治实力，使得美国国内的法律在事实上具有较强的域外管辖效力，通过各种形式的制裁、打压、封锁，将

[4] 王罗汉：从科学、技术、创新三大全球化趋势分析美国技术出口管制的影响[J].载《全球科技经济瞭望》2019（3）

[5] Edward J. Krauland、黄迎、Brian Egan：揭秘美国出口管制黑名单[J]，载《中国外汇》2018（10）

[6] 王宇辰：出口管制条例域外适用新动向[J]，载《对外经贸》2019（9）

[7]刘鸿顺：《中美高技术争端分析》[M]中国社会科学出版社 2017 年版 第 3 页

[8]刘鸿顺：《中美高技术争端分析》[M]中国社会科学出版社 2017 年版 第 30 页

其出口管制规则约束范围扩展到世界各地的交易当中。

纵观美国出口管制的制度发展历程，从二战后的一段期间基本上主要是从传统意义上的政治、军事、经济安全，维护资产阶级统治秩序和资本主义制度稳固的层面出发①。进入 21 世纪后，美国对于非传统安全问题的关注，诸如基于反恐、反大规模杀伤性武器扩散等原因以中东地区、朝鲜问题、俄罗斯等政治问题为核心向外辐射至相关跨国的经济贸易行使的各类制裁，以及以维护美国企业在全球科技优势和其他竞争优势的目的，正日益成为美国政府对于国家安全利益的考量而纳入出口管制的制度设计当中。我们可以从美国的出口管制的制度构建逻辑探知这一点——将管制物项根据其用途分为军用、军民两用、新兴和关键基础技术，并根据此基本分类设计不同的出口管制体系。“军用”即与恐怖主义和军事或大规模杀伤性武器相关物项②，例如核武器、核潜艇等。“军民两用”则是指同时具有民事用途以及军用用途的物项③，主要体现在高新科技领域方面。2018 年《出口管制改革法案》（ECRA）出台后将新兴和关键基础技术也纳入了出口管制的范围内，突破了传统的“军民两用”用途的技术的监管思路。即使一种技术尚未被发掘出军事用途，如果其被识别为“新兴和关键基础技术”，商务部也有权将其纳入出口管制体系中，例如人工智能、部分生物技术、遥感测绘领域的相关技术。基于美国近几年针对中国各种技术上的贸易限制和制裁政策，ECRA 也被视为美国对中国进行科技战和技术打压的标志[9]。

在美国现有的出口管制法律体系中，对军用物项管制的法律依据为《武器出口管制法》（AECA）、《国际武器贸易条例》（ITAR）、《对外援助法》（FAA）等[10]。对军民两用以及新型关键基础技术的管制的法律依据为《出口管制改革法》（ECRA）（原为《出口管制法》（ECA））和商务部制定的《出口管制条例》（EAR）。《国际紧急状态经济权力法》（IEEPA）授权总统在面临特殊的紧急情况时实施特别的出口管制命令。于此同时，也有一些涉及对出口管制的司法判例也作为美国出口管制的法律渊源[11]。美国出口管制执法机构的组成，采用多机构式跨部门协调模式，范围覆盖总统、国土安全部、国防部、国务院、商务部、统计局、能源部等。对军用物项的管制主要由美国国务院、国防部负责，对两用物项的管制主要由商务部负责，但其他部门也参与到上述管制的执法当中。例如，针对许可证的申请审核与发放规定，根据 EAR 的规定，许可证由商务部属下机构产业安全局（BIS）负责审核和发放，但是其有权对一些事项讯问其他的机构。其他机构也有权复核或根据 BIS 的授权审核和发放许可证[12]。出口管制具体执法措施也需要国土安全局属下的海关移民执法局实施。另外，负责管理实体清单等出口管制清单的“最终用途和最终用户审查委员会”（ERC），本身也是由来自商务部、国防部、能源部、财政部等各部门的官员组成[13]。2018 年新通过的 ECRA 还要求总统组建具有官民双性质的技术咨询委员会，在新兴和基础技术的识别上实行跨部门的、任何必要的部门和机构都能参与其中的识别活动[14]。

（2）美国单边出口管制的域外效力因素表现

1. 出口管制的范围

被管制的“物项”不仅仅包括普通货物买卖中常见的有形商品，还包括其他一切符合出

---

[9] 王峰、戴梦皓：美国出口管制制度漫谈系列丨ECRA 时代，该如何应对美国出口管制新政，金杜律师事务所官网文章，文章地址：https://www.kwm.com/zh/cn/knowledge/insights

[10] 邹霞：美国出口管制法域外效力研究，华侨大学硕士研究生学位论文，2018 年 6 月

[11] 如关于加密软件的源代码是否也应当被纳入出口管制的范围内的判例——伯恩斯坦诉美国司法部（Bernstein v. Department of Justice）案

[12] Export Administration Regulation,15 CFR part 750.3

[13] Export Administration Regulation,15 CFR part 744.16

[14] Export Control Reform Act of 2018 (ECRA2018),at 50 U.S.C.§§1701-1706,Sec.1758

口管制范围特征的技术、信息和服务。除了对物项的性质界定，划定管制范围的重要依据还包括“来源于美国”的原产地规则，根据 EAR 第 734 章第 3 节，受 EAR 约束的物品包括：（1）美国的所有物品，包括自由贸易区内的跨境交易物项（2）位于美国境内的符合美国原产地要求的物品。（3）包含符合美国来源占比数量物项的外国产品，包括具有“捆绑”、技术结合关系的形式。（4）直接以美国技术或者软件制造的产品。（5）美国境外的美国工厂或分支机构生产的产品，同时也符合第（4）项“直接产品”的特征[15]。对于“出口”的定义，除了我们通常理解的从美国境内到其他国家和地区的跨境出口贸易外，还包括转出口、视为转出口、国内转移（在同一个国家内改变最终用途或最终用户）、公布（将受管制技术或软件向外国人以亲眼展示、口头或书面等方式公布）、视同出口（在美国境内将受管制物项移交给非美国国民）[16]。无论受管制的物项、或者涉及该物项的交易是否在美国境内，只要其符合“来源于美国”的特征，均会受到以美国出口管制法为依据的长臂管辖以及美国政府的“全球追踪”式执法。

2. 出口管制的控制工具——出口管制清单、国别控制、许可证制度

美国出口管制制度通过国内立法、行政法规确定了出口管制清单、国别控制以及出口许可证实现了对物性、对人性以及可操作性三合一的管制机制，具有构架齐全、高效率实施的特点。

（1）出口管制清单

美国出于其不同的政策和目的，设置了各种各样的不同类型的限制性清单，并由不同的管理机构根据不同的程序和法律进行管理。清单的设置分为对物清单和对人清单两项类型，对物清单遵循物项的用途分为“商业管制清单”（Commercial control list，CCL）和“军品管制清单”（The United states Munition List）[17]，将所有受管制的物项根据技术类型和性质加以分门别类列明，并设置不同的管制要求；对人清单则以“最终用户和最终用途”的实际审查情况或其他政策性管制目的为依据分为诸如被拒绝人名单、实体清单、未核实清单等制裁或限制进出口的名单。实体清单的修订和未核实清单的修订由最终用途和最终用户核查委员会根据核查的情况决定，上榜实体一般为非美国人。我国科技公司华为于 2019 年被列入实体清单，如今华为及其世界各地的附属机构均在实体清单中榜上有名。被拒绝人名单则可以视作为对违法者的制裁性黑名单，既有美国人也有非美国人，清单上实体对出口被管制物项的申请，往往将会遭到相关政府部门的拒绝。我国另一家科技公司中兴在 2018 年就曾因违反以移除出实体清单为目的与美国政府签订的和解协议被列入被拒绝人清单，随后再次与美国商务部达成接受巨额罚款和管理层变更的和解才得以移除[18]。

（2）国别政策

基于美国的全球战略，出口管制制度还采用了以国别为区分标准，考虑不同国家、地区的社会性质、与美国或其他盟友的关系，在出口管制标准上以差别对待的国别政策。在 EAR 项下分为两种——国家一览表和国家组别。

国家一览表（Commerce Country Chart，简称 CCC）[19]，将全世界所有的国家和地区进行分门别类的管制分组（只有加拿大不在此表中）。分为（Z、S、Y、W、Q、T、V）共

[15] Export Administration Regulation, 15 CFR part 734.3
[16] Export Administration Regulation, 15 CFR part 734.13-16
[17] 彭爽、张晓东：论美国的出口管制体制[J]，载《经济资料译丛》2015（2）第 24-41 页
[18] Ferderal Register:Order Terminating Denial Order Issued on April 15, 2018, Against Zhongxing Telecommunications Equipment Corporation and ZTE Kangxun Telecommunications Ltd.,83 FR 34825.
[19] Export Administration Regulation, 15 CFR part 738

7 组，Z 组中的国家基本上是因美国对外政策而采取的全面禁运的国家，而 V 组内的国家基本上不受到限制。表格中还列明了对国家、地区的控制原因④。当实体需要确定出口至特定国家的许可证要求时，只要将 CCL 的 ECCN 编码与 CCC 相结合就可得出结论。国家组别（Country Group）[20]主要用于确定许可例外和技术的最低含量控制限度，分为由宽至严格的 A、B、C、D、E 五组。国别政策会随着不同时期的世界政治、经济格局以及美国的对外战略政策的变化而加以调整，通常会与某个国家和美国政治、经济关系的变化息息相关，因而具有非常明显的政治敏感性。

（3）出口许可证制度

根据 EAR 的规定，当出口交易所涉及的物项属于 EAR 项下受管制的范围时，需要事先向 BIS 申请出口许可证。出口许可证申请必须列明所有参与该交易的实体，包括贸易代理商、物流运输公司、参与港口等。如果交易物项此后还将被转卖，申请书中也需要列明。BIS 将对出口商的出口许可证申请进行审核，确认该交易不会违反 EAR 的规定或者其他的管制要求后将会发放出口许可证，该交易才能顺利进行。根据 BIS 发布的 2019 年度总体的出口许可证发布统计，2019 年 BIS 共收到 32993 份许可证申请，发放了 28223 份许可证，拒绝了 340 宗申请[21]。从数据可以看出，在实践当中，大部分许可证申请都会被核准。

据统计，BIS 在收到一份完整的许可证申请后，根据出口目的地国家和地区的不同，通常需要 18 到 30 天来判断是否批准出口许可证[22]。为了减少一些安全交易的成本，如果一宗交易满足规定的某些条件，即可适用“许可证例外”（或称“许可证豁免”），免除申请许可证的行政流程，不仅能够大幅节省物项装运发货的准备时间，也有利于审查机关将有限的审查资源集中在真正需要关注的出口交易行为上。根据 EAR 第 740 部分的规定，“许可例外”是指原本属于需要实现申请许可证才能交易的的物项因为满足某些特定条件（EAR 规定了十八种条件）而不需要事先申请许可证便可进行出口或再出口交易。目前能够适用许可证例外的条件共有十八种，一般基于交易物项的性质，如属于加密产品、技术、属于农业商品；或基于交易的目的，如礼品包裹和人道主义捐赠、支持古巴人民等。适用许可例外必须事先提交相应的证明文件以证明其出口交易行为满足许可例外的某项条件。当然，许可例外并不是绝对的。EAR 同样对限制许可证例外的适用进行了明确。BIS 可以根据执法的需要，灵活地决定取消、中止某项出口或者再出口交易的许可证例外。除此之外，针对特定用途、特定目的地的交易或者交易当事人在未核实清单、实体清单上时，该交易将不再适用许可证例外[23]。

（二）美国多边出口管制制度

单边管制的强制力仅来源于一个国家法律、行政手段的结合，因单边管制的效力本身有一定的局限性，同时或多或少可能会影响国内相关产业在国际市场的竞争力，同时，因此寻求多边管制的建立，不仅有利于稳定国内产业的国际竞争力，还有利于使技术管制的效力实现最大化。除了国内的单边管制外，美国还建立起以它为首的多边出口管制体制。

（1）“巴黎统筹委员会”

---

[20] Export Administration Regulation, 15 CFR Supplement No. 1 to Part 740 - Country Groups

[21] 2019 Statistic Analysis of U.S. Trade With China,载美国商务部产业安全局官方网站：https://www.bis.doc.gov/index.php/statistical-reports/country-analysis/asia

[22] 金杜律师事务所景云峰、胡梅（Meg Utterback）、曹宇珂 (Nic Cao)等律师合作撰写：如何正确理解与使用美国出口管制中的许可例外 2019 年 8 月 19 日载于 https://www.kwm.com/zh/cn/knowledge/insights/how-to-correctly-understand-and--20190820

[23] Export Administration Regulation, 15 CFR part 740.2

冷战期间，以美国为首的西方发达资本主义国家成立了“巴黎统筹委员会”（COCOM，简称“巴统”），对当时包括苏联、中国在内的社会主义国家实行出口禁运，限制其获得相关技术和其他的战略性物资，它使美国的出口管制由由单边扩展为多边，使得出口管制对外效力极大增强，相当程度上阻碍了当时的社会主义国家经济、技术的发展。1991 年苏联解体、东欧剧变，冷战结束后，世界的经贸发展进入了一个全新的阶段，此时严格的出口管制再不利于西方经济发展和科技全球化竞争，“巴统”随之解散。

（2）瓦尔森协定

1996 年 7 月，包括美国、俄罗斯在内的 33 个国家的在瓦森纳签署了《瓦森纳安排》（The Wassenaar Arrangement），全名为《关于常规武器和两用物品及技术出口控制的瓦森纳协定》，从而建立了新的多边出口控制机制。区别与已解散的“巴统”，《瓦森纳安排》是一个带有鼓励性、象征意义的多边出口管制机制，其并未明确被管制的国家，只是口头上将伊朗、伊拉克、朝鲜和利比亚列入被管制对象[24]，也不要求全体一致，更加强调各成员国自主决定相应的管制措施。

该协议的主要目的为，其一，提高军用常规武器和两用物项转让信息、意见的交换的透明度，增强出口管制制度的实效性；其二，协调成员国内部的出口管制政策、法规机制，加强成员国间的出口管制制度建构的合作；其三，对现有的不扩散大规模毁灭性武器及其运载系统的制度进行补充和加强，严格控制核、生化武器和导弹运载系统等大规模杀伤武器扩散到某些地区、国家以对国际和区域和平与安全造成威胁[25]。

二、未核实清单制度概述

（一）未核实清单制度概述

（1）一般概述

未核实清单（Unverified List, UVL）由商务部属下的产业安全局进行管理，属于 EAR 项下针对某一具体实体的限制清单。根据 EAR 的规定，BIS 在对受管制物项的交易进行最终用户、最终用途核查时，如不能确认参与交易的国外实体的“善意”（bonus），就会将实体该列入未核实清单。被列入清单的实体在进行有关 EAR 受控物项的交易时往往会受到各种各样的限制，如不再适用许可证例外、需要提交专门的“UVL 声明”等，由于无形中增加了交易的风险和不确定性，提高了交易成本，使得相关领域内常参与交易的实体不得不主动遵守美国出口管制的政策规定，构建专门的合规体系以及时应对 BIS 的各种核查，以避免被列入未核实清单中。未核实清单的建立对美国出口管制体系完善，促进各地区、国家的相关实体主动融入、接受并配合美国出口管制制度的运行具有重要的意义。

未核实清单构建的法律依据，可以追溯至美国 1949 颁布的《出口控制法》（Export Control Act 1949 简称 ECA1949），这是美国在和平时期针对军民两用物项颁布的第一个出口控制的法律，其规定并要求设立专门的行政机构来管理美国的货物出口，建立了初步的出口管制制度框架。随着世界政治和经济形势的变化，美国于 1969 年又颁布了对 ECA 的修正案，扩大了出口控制的物项的范围，同时授予美国总统拒绝颁发出口许可证的权力。1969 年《出口管制法 1969》（Export Administration Act 1969, 简称 EAA1969）将原有的 ECA 取代。基于将出口管制度进一步塑造为促进国家安全保护和实现外交政策的工具，1979 年《出口管制法 1979》（EAA1979）完善了军民两用物项的出口管制体系[26]。为了实行《出口管制法 1979》，

[24] 李安方：美国对华技术出口管制的效果评判与前景分析[J]，《国际贸易问题》，2004（7）
[25] 见瓦森纳协定官网：https://www.wassenaar.org/the-wassenaar-arrangement/
[26] 殷杏玲：美国技术出口管制制度研究[D]，西南政法大学硕士学位论文，2009 年 4 月

美国商务部制定了行政法规《出口管制条例》（Export Administration Regulation，EAR）。作为 EAA 的实施条例，EAR 规定得更为具体且有可操作性，它被收录于联邦法典第 15 章“商务与外贸”第 730-774 部分，一共 24 个小节，包括 EAR 一般信息、使用 EAR 的步骤和其效力范围，再者，就是规定了一系列出口管制工具（管制清单、国别控制等）以及一些程序性规定、执法和救济以及合规咨询的相关事宜。

2018 年，美国国会通过了《2018 年出口管制改革法》，进一步扩大原有两用品的出口管制范围的——不再局限于“军民两用”的物项管制，还包括符合新兴和关键基础技术特征的纯民用物项。ECRA 扩大了对受管制“技术”的范围，将未来足够囊括未来可预见的科技发展阶段中可能出现的需要管制的技术信息都纳入出口管制范围。ECRA 同时要求总统与其他政府机构部门建立跨部门和机构的、能够定期进行“新兴关键技术”分析和识别的审查机构和程序，使得任何未来有可能出现的“新兴关键技术”能够被及时纳入受管制的范围。除了完善技术审查的政府机制，ECRA 还要求相关部门应当利用民间的行业组织协会、学术机构的专业知识、资源来促进新兴关键技术的识别和定义[27]。ECAR 现为 EAR 的上位法，也是商务部目前行使出口管制权力的法律依据。

未核实清单规定在 EAR 第 744 部分“最终用户和最终用途核查”中。“最终用户和最终用途核查”是 EAR 对受控商品、技术一项重要的管制方式。当受控物项被运用于 EAR 所规定的特定的用途如军事用途或为特定用户所使用时，往往是受限制甚至被禁止的。商务部为确保交易的进行符合 EAR 的规定，会对受控物项的相关交易进行最终用途和最终用户的核查。当 BIS 发现某交易中某个实体实施了或有可能实施违反了美国国家安全利益或外交政策利益的活动，就会将该实体列入实体清单。如果因为可能来自实体或东道国政府的原因而导致最终用途和最终用户的核查无法顺利完成，又没有足够依据将该实体纳入实体清单时，就会将该实体纳入未核实清单。

（2）未核实清单的发展沿革

2002 年 6 月 14 日，美国商务部属下产业安全局（the Bureau of Industry and Security, 以下简称 BIS ）发布了公告，公告中有一个列着一些外国实体名字以及地址的清单，表明非美国政府的原因，包括由于东道国政府、最终用户或者最终收货方的拒绝配合，而无法对清单上的实体进行与预许可核查（pre-licence check, 简称 PLCs）和装运后核查（post-shipment verification, 简称 PSVs）。BIS 无法核实相关交易的性质、是否符合 EAR 相关规定的以及对应最终用户或终端收货方的善意性（bona fides）。BIS 将该清单名为“未核实清单”（unverified list, 简称 UVL），并同时告知出口商，清单上实体在任何受控物项交易中的参与将会被视为“危险信号”（“red flag”）⑤的出现。根据 EAR 第 732 部分第 3 号补编“了解你的客户”（“Know your customer”），交易中的任何时候出现“危险信号”时，出口商均有义务去采取询问、核实或者实行其他能够确保交易对象不涉及核扩散活动即其他违反 EAR 规定的其他条款。为了与另一“黑名单”实体清单相区别，BIS 在公告中强调在出口商进行核实措施之后可以继续与该实体进行交易。如果出口商在采取相应措施后仍对交易相对方是否从事或可能从事违反 EAR 规定活动存有疑问，那么出口商应当拒绝交易的继续进行，或者将交易所有相关的信息以申请出口许可证或者要求咨询建议的方式及时告知 BIS[28]。此时的未核实清单更倾向于是 EAR 第 732 部分“了解你的客户”指南中的附加条款，是对出口商基于内

[27] Export Control Reform Act of 2018,50 USC § § 1701-1706

[28] List of Unverified Persons in Foreign Countries, Guidance to Exporters as to “Red Flags”,67 FR 40 910,page 40910-40911.

部合规管理的提醒和指示，对交易时合规的把握主要交由出口商自己衡量。

在介绍了关于未核实清单的性质后，BIS 还告知将基于上述规定的情况定时修改清单，包括增加、减少清单上实体或修改相应实体的信息（修改名称或地址等）。除了可疑的实体本身，BIS 还会将于清单上实体有关联关系，即具有实际控制或贸易上附属联系的实体也列入清单当中。对于被列入清单实体的救济方式，公告也进行了明确——任何清单上实体均可通过行政上诉的方式向 BIS 要求复查其在清单上存在的合理性[29]。第一个未核实清单上共有 12 个实体，分别来自中国、马来西亚和阿拉伯联合酋长国。其中，中国上榜的共有 9 个实体，其他两个国家的各一个。此后在 2002 年至 2003 年间，上榜的实体均是来自中国、中国香港、马来西亚、新加坡和阿拉伯这几个国家或地区，数量也稳定在 11-13 个之间。

2004 年 7 月 16 日，BIS 又发布公告通知对列入未核实清单的审查范围作一些修改，表明对交易中最终用户或终端收货人审查范围还包括当该实体仅仅是“邮局信箱（post-office boxes）”、普通交货点(drop shipment)或者挂名公司（front companies）的情况。这实际上将审查范围扩大到了参与到该交易的任何实体，无论该实体在交易的作用如何。在 2004 年至 2008 年共四年时间，除了上述原有的四个国家或地区，来自巴基斯坦、俄罗斯、也门的实体也同样上榜，且由于列入清单标准包括关联实体，上榜实体的数量呈上升趋势，但仍然趋于稳定，一般保持在 17-30 个左右。

2013 年，BIS 对未核实清单进行了重大的修缮，进一步细化了列入未核实清单实体的标准，包括对何为“美国政府以外”的原因进行了结合并举例说明，同时对实体被列入未核实清单后对交易产生的后果进行了补充，使得未核实清单对相应交易的约束力加强。另外，2013 年通告版本取消了将与列表上实体的关联关系作为被列入未核实清单的标准[30]。尽管如此，实践中与上榜实体有关联关系的实体仍然会因其关联关系受到 BIS 的最终用途和最终用户检查的关注，该实体仍然需要证明交易的物项并非最终面向 UVL 实体。因此，从本质上说，关联公司仍然受到同样程度的审查。

在 2013 年的修订公告中，BIS 对“非美国政府的原因，无法核实交易的适宜性和最终用户的善意性”进行了细化说明，其包括两种情况：第一，BIS 无法完成最终用途核查，其中有两个原因：（1）因外国实体方拒绝合作以外的原因，导致的 BIS 无法核实该外国实体的真实情况，包括 BIS 发起最终用途核查时，无法在出口单据上标明的地址找到外国的交易相对方，也无法通过电话或电子邮件找到。此外，当交易相对方对应的东道国政府机构不对美国政府进行最终用途核查的要求作出回应或及时安排核查帮助时，BIS 也无法顺利完成最终用途核查。此时，该实体将会被列入未核实清单。这种情况往往意味着交易时交易方传递的信息或者上交的资料存在瑕疵。（2）外国实体方拒绝合作导致 BIS 无法完成最终用途核查。虽然（2）也导致了 BIS 最终无法完成最终用途核查，但是这种情况会直接导致该实体被纳入实体清单中⑥。第二，BIS 进行了最终用途检查，但是出于种种原因而无法核实外国实体的善意性。例如，在最终用途核查中，受管制物项的交易对象不能出示该物项以进行目视核查或者提供足够的资料来证明这些物项的处置符合 EAR 的规定。因此，BIS 认为该外国实体无法证明自己的善意性，无法排除该实体将受控物项转移到被禁止的最终用途或最终用户处的可能，但同时却没有足够的证据证明该实体参与了 EAR 第 744 部分中“违反美国国家安全或外交政策利益”的活动，无法将其列入实体清单。简言之，这种情况指 BIS

[29] List of Unverified Persons in Foreign Countries,Guidance to Exporters as to “Red Flags”,同[18]

[30] Addition of Persons to the Unverified List, Guidance To Exporters as to “Red Flags,” and Criteria for Listing of Unverified Persons in Foreign Countries,69 FR 42652,page 42652-42654.

虽然能够对外国实体进行最终用途核查，但是现有证据并不能证实该交易中的外国实体遵守了 EAR 的规定，同时又不足以将其纳入实体清单时，就会将该实体纳入未核实清单。

除此之外，BIS 在 2013 年对 UVL 实体将会面临的在交易上的后果进行了规定，不再仅对出口商施加单纯的对相对方善意调查和注意义务。本次修改明确规定了涉及 UVL 实体的交易需要附加额外的限制性要求。例如，要求出口商为涉及 UVL 上某个实体的所有出口提交 AES 记录。在此之前，只有在 EAR（或其他出口管制法规）要求出口许可证或交易额超过 2500 美元时，才需要对 UVL 上市实体进行 AES 备案。暂停涉及 UVL 实体的美国原产商品的出口，再出口和转让（在国内）的许可例外。修改之前，仅要求出口商对上榜 UVL 的交易相对方采取询问、核实或者实行其他能够确保交易对象不涉及核扩散活动等行为，在出口商调查中发现交易可能存在违反 EAR 的情况时才需要暂停交易或者主动申请出口许可证。修改后，许可例外不再适用，与 UVL 上实体的相关交易必须一律事先申请出口许可证。

三、对未核实清单上实体的实证分析

（一）2002 年至今未核实清单上榜实体动态变化

（1）总体数量以及国别比较

未核实清单从 2002 年开始至今，如前文所述，共经历了三个发展阶段。从数量上看，2002 年第一个未核实清单上共有 12 个实体。此后在 2002 年至 2004 年 4 月 23 日间，上榜的实体数量稳定在 11-13 个之间。2004 年 7 月 16 日的修订公告中条目数量有所增加，增加的条目多表现为“邮箱地址”以及“送达地址”，对应了公告中将实体列入清单的标准的扩大。直至 2008 年，实体总体数量增加到 30 个左右。2009 年至 2013 年期间 BIS 一直未发布修订公告，但是在此期间对实体清单和许可证制度进行了一些完善。2013 年 9 月 11 日、12 月 19 日的两项 BIS 公告宣告了未核实清单修订的再度重启，从 2014 年起 BIS 平均每年 1、2 次的频率发布对未核实清单的修订公告，共上榜实体 201 个，截止 2021 年 1 月共有实体 142 个，每次修订增减的数目约为 3-40 个不等。

从实体所在地区和国家上看，2002 年-2008 年间，上榜实体所在地区均集中在中国、中国香港、马来西亚、阿拉伯联合酋长国、新加坡，从 2005 年来自俄罗斯、巴基斯坦、也门、阿塞拜疆等地区的实体也相继上榜。2014 年起上榜实体所在地区的范围进一步扩大，除了原有的中国、巴基斯坦、俄罗斯等国扩展到中亚、中欧一些如亚美尼亚、捷克共和国、拉脱维亚、黎巴嫩等国家；还有少数加拿大、德国等美国传统的盟友国。但是上榜的来自美国传统盟友国的实体基本上均为物流和贸易代理企业。截止到 2021 年 1 月 11 日，在现有榜上的 142 个实体中，来自中国、中国香港、俄罗斯、阿拉伯联合酋长国这些从清单建立起其就出现在上面的国家和地区的实体占绝大多数。其中来自中国（包括香港）的共有 73 家，占据全清单的 51%。来自阿拉伯的共有 29 家，约占 20%。来自俄罗斯的共有 12 家，约占全清单的 8%。

分析 EAR 上榜实体所在国家的相关数据，可以看出。上榜实体所在国家中有有加拿大、芬兰、德国等发达国家，但是数量相对较较少。同时还包括中国、土耳其、阿拉伯联合酋长国等发展中国家这些经济开放程度较高，与美国贸易往来的联系较为密切的国家，这些国家往往更为容易受到美国出口管制域外效力的影响。美国近些年来对伊朗进行了非常严格的制裁措施，除了对伊朗本土的实体进行打击外，其他与伊朗有较密切紧密地缘联系的国家所在实体同样会受到影响。因为与伊朗地理、经贸关系较为紧密的关系上更容易受到来自美国政

府的最终用途和最终用户核查[31]。位于伊朗周边的国家如俄罗斯、巴基斯坦、土耳其、阿联酋等国家的实体，中国、阿联酋、土耳其、瑞士、印度、德国等与伊朗有密切经济往来的国家的实体均在清单中，且占比较大[32]。俄罗斯、巴基斯坦由于其政治和军事形势被美国视为在意识形态上的巨大威胁，其本身就经常受到来自美国各种形式的政治、经济制裁，对于最终用户和最终用途的核查也就更为频繁且严格。中国则由于综合国力的增强、经济科技实力的快速发展而受到了美国的警惕。基于上述分析，我们可以提炼出美国在进行出口管制时对不同交易所涉及国家、地区的最终用途和最终用户核查考量中体现的规律：一是出口管制作为政治制裁的附加经济手段，以实现美国对全球政治外交战略。二是基于维护美国自身的竞争优势，保护本国科技产业，而对有利于促进对手国家的技术进步的交易加以严格限制。

（2）UVL 上实体业务领域分析——以中国为例

从上榜实体的性质上看，一般为私人企业、国有企业、高校、科研单位，集中于三种领域，分别为：①通信、电子、化学、计算机等高新技术领域。②石油勘探与贸易行业。 ③物流运输和外贸代理。除此之外，清单上还有一些单独地址和邮政编号信息，有时 BIS 会在之后将地址或邮箱位置所在的实体名字修正纳入清单当中。在 2013 年未核实清单纳入标准修改前，上榜清单的一些实体存在母子公司、控股等关联关系。在现有的 UVL 实体当中，笔者对中国内地现有的 26 个实体为样本进行了调查，探究 UVL 上的实体的业务范围或经营活动与 UVL 管制层面存在的联系。

从右侧表可知，截止目前，UVL 上的中国实体主要集中在集成电路、半导体材料制造、航空航天、军工等领域，高校和科研机构的占比较大，同时也包括上述行业的外贸代理、物流企业。目前，广东工业大学、中山大学、南昌大学、中国科学院合肥物理研究所等高校和科研机构。上述机构均在被列入清单前一段时间曾参与诸如精密电子、半导体、超级计算机等国家级实验、科研项目。一些企业是被列入实体清单的军工、科技领域实体的供应商或商业合作伙伴，其参与至受控物项的交易当中由此受到 BIS 的关注的可能性很高。除此之外，由于清单上的信息只有英文版本，相关的地址信息基本上是来源于交易时的信息申报或者是美国政府的自主调查，这不可避免的会出现一些疏漏，BIS 本身也会发布有关于一些清单细节诸如实体的名称、地址信息的勘误有些实体出现多次的住所地、登记地址的变更⑦。除此之外，还有个别实体的名字有误或者不准确，甚至在被列入清单不到几个月内便注销了登记或处于解散状态。

表：UVL上中国内地实体类型数据



（二）未核实清单与实体清单

实体清单与未核实清单一样，都是美国为维护国家安全利益而行使的出口管制手段。根

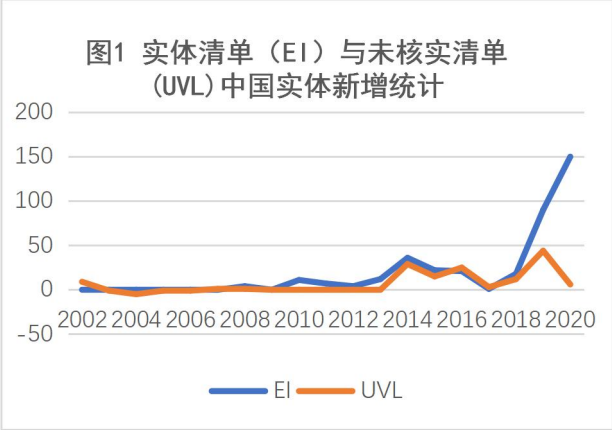
[31] 沈长俊、陈俊华、高蕾等：中东地缘政治环境对伊朗崛起的影响浅析[J]，载《世界地理研究》，2015（2）
[32] 杨宇田、陈峰：列入美国技术出口管制部门受限名单的企事业单位分析[J]，载《情报杂志》2018 年（10）

据 EAR 第 744 部分第第十六节第十一项[33]的规定，被列入实体清单的实体一般是被认为实行了或可能实行违反美国国家安全或外交政策的利益®。任何被列入实体清单的实体参与美国出口商对受控物项交易都必须向商务部申请出口许可证，而此时的许可证申请通常意味着将“推定拒绝”（presumption of Denial），即一般情况下这些许可证申请都会被拒绝，同时也不适用许可例外。简单来说，“实体清单”就是一份贸易“黑名单”，上榜就就通常意味着被剥夺了与美国受控物项的贸易机会。虽说实体仍然有机会在符合美国的国家安全和外交政策的前提通过申请或者和解的方式移除出清单，但所有的主动权都在美国政府一方，同时也可能需要承担巨额的罚款。相比之下，未核实清单就是贸易“灰名单”，对贸易产生了一定的限制，但是不至于被“封杀”。

（1）实体清单与未核实清单的数据动态表现以及原因分析

实体清单从 1997 年首次出现，主要集中在对反大规模破坏性武器扩散的战略领域，此时中国实体被纳入清单的数量还不多。2001 年美国“9. 11”事件，美国加强了对反恐的投入。2002 年起实体清单修订的主基调主要集中在对恐怖主义的打击当中。至 2008 年，美国次贷危机引发了世界性的金融海啸，全世界的主要经济体纷纷加强合作以联手应对金融危机对经济发展导致的破坏。2008 年-2013 年，全球经济仍然处于缓慢的复苏当中，波动频繁。在此期间，中国于 2011 年成为世界第二大经济体，中国的科技发展也在飞速前进。基于 2002 年起全球经济发展态势，笔者整理了实体清单和未核实清单从 2002 年起至今针对中国的修订变化情况。见图表 1 可知，自 2002 年至 2019 年，实体清单与未核实清单的新增修订趋势基本一致，呈正相关关系。尤其是 2018 年起中美贸易战全面展开，被列入实体清单的中国实体数量猛增。2020 年，受疫情影响。一方面，全球经贸总量明显减少；接受最终用途和最终用户核查的交易也随之减少；另一方面，美国因受疫情以及国内政治问题的影响，以特朗普为代表的美国政府为转移国内矛盾对中国采取了威慑力更强的打击力度。而实体清单的制裁程度比未核实清单的制裁程度要严重得多，2020 年中国新上榜实体清单和未核实清单的变化趋势正好相反也正说明了这一点。

截止 2020 年 10 月，BIS 实体清单内所列的中国大陆实体共计 383 家，占总数的 23%，香港的实体共计 100 家，约占据 6%；俄罗斯的实体共计 330 家，约占 20%。阿拉伯联合酋长国有 150 家，约占清单的 9%。未核实清单上中国、俄罗斯、阿联酋也同样占据清单的大多数（见图 2）。



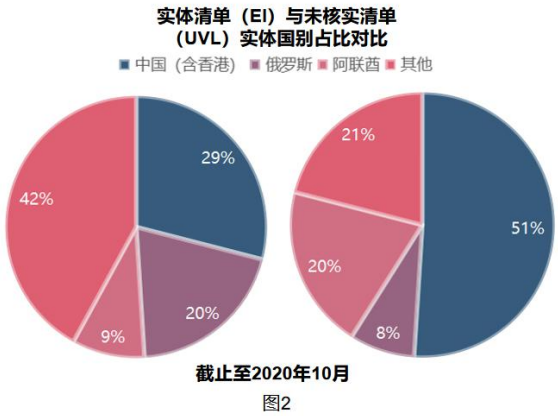


图2

（2）两种清单之间数据变化的细节对比

[33] Export Administration Regulation, 15 CFR part 744.16

在清单变化的总体细节上，笔者总结了未核实清单与实体清单之间存在的共同点和差异点。共同点主要体现在：（1）上榜实体的性质和范围大致相同，均为私人企业、国有企业、高校、科研单位，所在行业也主要集中在高新技术、物流运输和贸易代理、能源勘探等行业。当然，由于实体清单上对武器防扩散的打击力度更为紧密，武器研发与生产、与核扩散有关的行业也更多的出现在实体清单上。（2）大多数实体所在的国家和地区类似，中国、中国香港、俄罗斯、阿拉伯、巴基斯坦、亚美尼亚、马来西亚等地均是常见的上榜实体所在地。（3）管理机构均有进行年度的清单复查，并及时进行变更，包括在确认相关实体的“善意性”后主动移除或者精准化一些原有的实体所在地址。（4）数量总体上均在不断增多。其中中国的实体在两个清单均占比最重，俄罗斯、阿联酋则位居其后。中国作为世界上最大的发展中国家，其经济体量大、科技实力较强且同时保持与美国的经济竞争与合作。俄罗斯由于其历史、政治的关系一直被美国所针对和制裁。阿联酋与美国有较为紧密的经贸关系，也是阿拉伯世界较为重要的一个国家，笔者认为其在清单重要占比的主要源于其在阿拉伯世界的重要性、伊斯兰教的宗教文化和与美国反恐、防止核扩散的外交政策有一定的联系。

两清单在数据上的差异主要表现在：（1）实体清单中的实体的上榜往往包括该实体的全球子公司、分公司所在地址、控股的关联企业等等均会受到“连坐”，而未核实清单则明确表示不会直接将关联关系作为上榜的理由。以华为举例，2019 年-2020 年，美国商务部分三次将华为在全球的 152 家子公司和研发单位列入实体清单。由于华为的业务布局覆盖世界各地，上榜的国家和地区数量也激增。（2）实体清单的每次修订一般都会写明实体上榜的具体原因，其曾经或可能行使怎么样的行为，如向某地区出口了来自美国的受控物项以支持了该地的恐怖主义行为、促进了核扩散等，违反了 EAR 的规定并对美国的国家安全和外交政策产生威胁。这使得实体清单修订趋势非常容易与近期的世界政治、经济局势相联系。而未核实清单的修订并不会表明上榜实体的具体原因，如是否是东道国政府的不配合或者是该实体的地址填写有误等，与特定政治事件的联系不太明显。不过从 2018 年起，无论是实体清单还是未核实清单，近几年的变动均释放出了美国加紧对中国高新科技领域发展打压的信号，这一点还是显而易见的。

四、被列入未核实清单的后果

不同于实体清单，未核实清单的上榜实体并不至于面临着无法再与美国出口商进行受控物项的交易从而导致生产链条的断裂或者研发进度的停止，轻则部分业务的停滞重则直接走向破产重组的命运，但是其仍然面对着在业务顺利运行的一些障碍。同样，由于未核实清单仍然与美国的外交政策有着较为紧密的联系，其多多少少也会对常上榜的国家和地区的相关产业的发展带来一定的挑战。

（一）未核实清单对相关企业实体的影响

（1）企业、其他实体机构可能会面临的贸易上的障碍、制裁

美国对受控物项的出口管制主要分为三个层次，分别是①无需进行事前申请审批，做好报关手续并备案即可的出口，②虽然属于许可证项下管制范围的物项，但是因满足某种条件而可以适用许可例外的出口，③需要事先申请许可证的出口。所有在 EAR 管制范围下的物项的出口因其物项的性质、外交政策变化、出口对象所在的国家和地区、最终用途而分别被归为上述的三个层次当中。如果一个实体被列入未核实清单，根据 EAR 第 744 部分的规定，该实体在与美国出口商进行受控物项的交易时候，也会因该交易本身属于的三个不同层次而面临不同的要求和可能的后果：

（1）原本不需要事先进行许可证申请的交易需要提交 UVL 声明书（UVL Statement）。

UVL 声明的信息和承诺提供主体是被列入 UVL 的实体，该声明书需要包含如下内容：①该实体的正确名称和正确且完整的地址（包括运输目的地，公司地址和该物品的最终用户的地址，不能只有收件的邮政信箱信息）、联系电话、传真号码、电子邮件地址、网站以及签署该声明的个人的姓名和职务。②承诺不将交易物项用于 EAR 所禁止的任何用途，以及不向 EAR 所禁止的任何目的地及最终用户转让该该物项。③承诺同意配合产业安全局进行最终用途检查，包括许可前检查和装运后核查。④同意上交该声明的副本以及按照要求保留所有关于该物项其他出口、再出口或在国内转让的记录。⑤保证在 UVL 声明上签字的个人有完整的代表权[34]。（多为证明法定代表人的授权书）

（2）原本适用于许可例外的物项交易暂停适用许可例外。

被列入未核实清单的实体在与美国出口商进行受控物项的交易时，许可例外取消，即使该交易原本符合许可例外的条件，但是该交易仍然需要向美国政府申请许可证。不同于实体清单中对许可证申请的“推定拒绝”，未核实清单并没有此项规定，因此该交易仍具有获批许可证的可能性。

（3）本身即需要申请许可证的交易不因上榜未核实清单受到变化。

由于未核实清单本身就是为了保证最终用途和最终用户核查的顺利进行，许可证申请中的核查已足够美国政府对该交易相关事项的掌控。因此未核实清单对本身就需要许可证申请的交易不增加其他要求[35]。

（4）事先进行电子出口信息（Electronic Export Information）的申报

为了方便美国政府及时地对交易信息的审核和之后最终用途、最终用户核查的顺利进行，美国出口商在与未核实清单上的实体进行受控有形商品的交易时，无论该商品的金额大小和最终目的地是哪里，都要将交易的相关信息提交到到自动电子出口信息系统（Automated Export System，AES）进行自主申报。

（5）被列入实体清单或面临其他行政、刑事的制裁

如前文所述，被列入未核实清单的原因往往基于在最终用途核查中无法表明对于所涉物项的处理以及处理符合 EAR 的规定、被核查的对象的真实性和存在性存疑（无法联系或无法定位）、缺乏东道国政府的配合等原因。这就意味着，如果一个实体被列入未核实清单，那么其将会受到出口商、美国政府的特别关注，一旦被查出存疑的原因是其为了掩盖其交易事实上存在违反了 EAR 规定违反美国国家安全利益和外交政策的情况的，该实体则将会被直接列入实体清单。另外，在进行最终用途、最终用户核查中，如果实体直接拒绝核查的进行，或者采取的某些欺骗措施使得核查的结果是完全错误的，则无论该实体到底是否有进行违反美国国家安全利益和外交政策的行为，都将会被列入实体清单。无论是被列入实体清单，或者被列入未核实清单后未按照 EAR 的规定进行相关的申报要求、提供虚假信息以逃避特别监管，该实体以及相关责任人员都将面临着大小不等的行政甚至刑事制裁。

（2）对企业、其他实体机构合规管理、供应链和运营成本的影响

未核实清单上的实体，主要由高科技、物流和贸易代理企业、学术研究机构组成。而由于不同实体的性质不同，其上榜后对其运营受到的影响也不同。美国因其强大的经济和科技实力、对全球金融结算的影响使得其出口管制拥有极强的域外效力，即使是非美国国籍的实

[34] Export Administration Regulation,15 CFR part 744.15

[35] 2013Revisions to the Export Administration Regulations (EAR): Unverified List (UVL),78 FR 55664,2013/09.13，网址见：https://www.federalregister.gov/documents/2013/09/11/2013-21996/revisions-to-the-export-administration-regulations-ear-unverified-list-uvl，最后访问日期 2021 年 3 月 10 日

体之间的交易，如果交易物项属于美国出口管制范围的，也必须遵守 EAR 的规定。EAR 对 UVL 上榜实体施加的交易限制措施往往意味着额外的许可证申请手续和更高的合规要求，会使得交易伙伴（包括再出口、专卖美国产品的非美国实体）因为担心受到牵连选择观望或者倾向于放弃与该实体的交易计划[36]。即使实体在得知榜上有名后及时向 BIS 申请从清单上移除，对外的移除公告也一般按批次进行，在此之前的交易均会受到影响。利润的减少是一方面，由此可能会带来的难以预料的纠纷和风险。对于普通的科技企业而言，会极大的影响其研发计划甚至产业链的构建和布局，提高总体的运营成本。对于国际性物流和贸易代理企业，则可能直接失去大量的业务机会。对于学术、研究机构，则会影响学术研究的顺利进行。当然，不仅是对于买入方，未核实清单对交易影响一定是同时涉及交易双方的。对于出口商、卖出方而言也意味着交易成本的增加和交易机会的丧失，进而影响到利润、削弱其在市场上的份额。如果出口方也是学术机构时，也会对正常的学术、技术交流添加阻碍。

（二）未核实清单对中国宏观经贸和相关高科技发展可能带来的影响

从单个未核实清单来看，由于其上榜实体数量较少、移除请求的程序相对更为简单，因此表面上看其威力较实体清单略逊一筹。但是，未核实清单是美国出口管制制度的其中一环。今年来中国实体的频繁“上榜”也正释放了美国政府加快对中国科技领域发展的关注和遏制的信号。中国的实体若欲参与到涉及管制物项的交易当中，必须主动接受美国政府的监督和管制，这也构成美国近几年针对中国科技打压的隐藏枷锁。各企业也不得不花费更多的成本提高合规管理水平，以配合美国政府的对最终用途和最终用户核查。特别是业务或者某些交易与中国被“卡脖子”的技术领域有关、或者是涉及与军工行业的合作时，更容易受到来自美国政府的严格核查和制裁，企业为了业务的存续可能不得不放弃这些重要科技领域的参与或合作以回避管制要求。全方位的技术管制也影响中美甚至于其他国家在高科技领域的交流和合作，长远而言必是不利于中国相关高科技领域的发展。

五、针对未核实清单域外效力的应对措施

基于未核实清单在一定程度上对交易的顺利开展、实体的运营甚至中国高新科技领域带来的影响，结合 EAR 对实体的合规指引，从现有制度探讨于实体以及国家宏观政策而言可以采取的一些措施。

（一）实体被列入未核实清单的应对措施

（1）单次交易下短期措施：按照 EAR 规定完成相关手续

被列入未核实清单后如果短期内需要进行相应物项的交易，则需要按照 EAR 的规定，根据该交易物项所涉及到的管制层次办理相应的手续。积极寻求出口、供应商的支持 ，主动提供交易的背景信息以配合交易方的尽职调查。需要申请出口许可证的则争取由出口商为此次交易申请出口许可证，无需申请许可证的则提交完整的 UVL 声明。同时，应当保证在声明中的信息准确无误，严格履行在声明中的任何承诺。

（2）长期措施：申请移除出未核实清单及预防措施

实体在被列入未核实清单后，由于公告中没有明确原因，因此一方面实体需要主动联系 BIS 了解其被列入未核实清单的原因，另一方面需要实体基于相关的原因进行自我排查，确定业务行为本身没有违反 EAR。如果是诸如联系地址有误导致无法联系上或者东道国政府未及时做出回应的，则实体应当主动向 BIS 告知正确的联系方式和地址，以书面形式向 BIS 申请将其移除出未核实清单。BIS 根据其申请进行核实后确认该实体的“善意性”后会将其

[36] 汤伟洋、赵迪、刘润雨、王丝雨：多家中国实体被美国商务部列入“未经核实名单”—— 被列入实体及其商业伙伴应如何应对？载《君合法评》网站地址：http://www.junhe.com/legal-updates/934

移除出未核实清单。在核实中，BIS 一般会和中国商务部联系，共同进行实地核实。有些情况下，实体也可以以替代验证完成核实，例如由出口商进行实地验证并提供证明资料给 BIS[37]。

当然，无论是在单次交易下提交 UVL 声明，还是申请长久地移除出未核实清单，其前提都是实体的业务行为没有违反 EAR 的规定。在进行涉及 EAR 管制物项交易时，除了不违反 EAR 对于许可证申请、特定最终用户和最终用途限制的规定之外，还应当进行细致的合规管理。避免进行可能违反美国出口禁令的交易，这是所有合规管理最基本的要求。首先，应当对实体自身的业务领域和产品属性进行自我评估，是否属于美国出口管制范围内的商品或者技术——军用、两用或者新兴关键基础技术，明确自己的交易被美国政府进行管制、审查的风险因素。其次，细分交易的环节，以阶段和时间点为单位甄别其中可能存在的风险，例如调查审查交易相对方、参与的运输物流企业等是否曾被列入过限制清单[38]。交易中需要填报至美国政府的各种信息应当准确无误且尽可能细致，确保能够被联系上。与出口商和其他交易相对方保持无障碍的沟通联系和信任基础，在美国政府进行最终用途和最终用户核查时积极配合。最后，完善自身的对外信息公开机制，例如在官方网站上标明正确的电话、通讯地址，增加网站的英文版功能等。当然，诸如美国对华为、中兴、大疆等我国科技龙头企业进行歧视性打压的行为，单纯的进行合规管理往往是没有成效的，此时更应该平衡好暂时商业利益和实体长远发展之间的关系，打铁还需自身硬，提高自身硬件实力，配合国家在政策上的扶持和保护，才能几十年如一日的经风雨摧残而屹立不倒。

（二）国家在宏观政策方面应对未核实清单的措施

针对未核实清单、实体清单这类外国采取的贸易限制措施，除了直接参与相关交易活动的实体在贸易合规方面需要做足功夫外，作为政府也应当从政策上采取相当应对措施以维护我国实体的正当利益、保障我国技术等相关领域的健康发展。政府层面应对未核实清单采取的措施可以分为对内和对外两个层面。对内即针对在国内相关领域的企业、尤其是科研机构提供适当的合规管理帮助，例如可提供来源于官方智库或政策专家对美国贸易管制的动态分析服务或其他有利于进行合规调整的数据、提示。在未核实清单中上榜的多有非商业性质的公办高校、研究单位，这些实体在进行涉管制的交易时可能对交易合规的管理略有不足，被列入未核实清单后可能会影响正常的教学和科研工作，因此更需要政府在这方面给予一定的提示和指导。对一些特定的产业，基于重合的市场、产品和技术成立的行业协会，也可以全产业各类实体的名义与政府进行合规指导和实体对外维权、申诉指导的合作⑨。对外，由于被列入未核实清单的原因之一包括东道国政府的不配合，因此我国政府在收到来自外国合理的、非歧视性的最终用户、最终用途检查的配合请求时，在相应的职责范围内可以结合对方政府核查的目的、受核查的实体实际情况加以配合，同时也能够更好地对外国政府的核查行为进行监督，保护企业等实体的合法权益。

国内部分学者在研究各国的出口管制制度时，曾提出中国应当考虑以制度移植的方式，借鉴国外出口管制制度的一些模式，当某个国家对中国的实体进行不合理的出口管制损害我国利益的，应当对其进行同等出口管制的反制措施。我国于 2020 年 10 月 17 日通过了《出口管制法》，其中第四十八条规定，“任何国家或者地区滥用出口管制措施危害中华人民共和国国家安全和利益的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者地区对等采取措施。”

---

[37] 汤伟洋、赵迪、刘润雨、王丝雨：多家中国实体被美国商务部列入“未经核实名单”—— 被列入实体及其商业伙伴应如何应对？载《君合法评》网站地址：http://www.junhe.com/legal-updates/934

[38] 丁继华：新形势下的贸易合规风险管控[J]，载《中国外汇》2020（15）

这一条可以被视作为中国在面对国际环境新形势的积极应对，也是对于单边主义和贸易保护主义的有力回应。面对外国不合理的贸易限制以积极的态度回应固然值得鼓励，但是如何实现反制的有效性也是目前我们需要关注的。美国出口管制法的域外效力往往建立在自身强大的科技、经济和军事实力和国际影响力之上。因而中国寻求以出口管制的方式反制国外的出口管制必须要符合现阶段我国的综合国力和产业政策，同时需考虑与 WTO 规则的衔接、我国某些产业领域在全球范围内的竞争力情况，避免因盲目为达到反制目的而实行的出口管制过分削弱相关产业在世界的市场份额和产业竞争力。另外，近些年来我国为回应某些西方国家以经济手段实现政治目的不合理制裁，设立了不可靠实体清单、对外国法律的域外适用损害中国利益以阻断措施等方式加以应对。不可靠实体清单针对的外国实体或个人，往往是基于国外的法律或者舆论氛围等非商业目的（商业目的一般通过反垄断、反不正当竞争规制）对中国的实体实施歧视性的、不合理性的封锁或者断供行为，并对中国的实体或者产业造成了损害。反制措施一般为禁止被列入清单的实体与中国的实体或个人进行任何往来，包括停止与中国有关的业务、个人或家属禁止进入中国境内。阻断办法则直接剑指外国某些针对中国的不合理适用的法律，阻断其不当的域外效力和长臂管辖对中国带来的损害。其直接要求国内企业不执行、不遵守外国的法律或其他行政措施，但是在阻断的程度上需要把握好保护我国实体的利益和不过分加重企业的合规负担和经营成本。无论是不可靠实体清单、还是阻断办法，均是近些年来中国面对外国不合理的经济、政治施压的回击，其具体实效如何还需要有更多实践，随着中国综合国力的增强和世界经济越发紧密联系，笔者对此有所期待。

从宏观政策上，对美国出口管制的应对更应当聚焦于技术领域的发展以及对具体实体的合规支持上，并同时对不合理的打压配合可行的、具有实际效力的报复式反击措施。在当前的国际形势下，中国唯有不断的提高自身实力，才能抵御住来自国外的压制和打击。

结论

通过本文的研究，笔者得出以下几点结论：

1. 美国的出口管制法律制度，是一个基于美国国家安全利益和外交政策利益层面的综合考量，经过多年逐步实践的修正和完善发展起来一整套法律制度。

2. 传统意义的政治安全、军事安全、经济安全，以及资产阶级统治秩序和资本主义制度之稳固，固然是美国出口管制法律制度背后国家安全利益考量的重要体现，但对非传统安全问题的关注，例如对于因科技迅猛发展导致的大规模杀伤性武器扩散之防控、对恐怖主义活动猖獗泛滥的防控，以及对美国企业在全球层面科技优势和其他竞争优势地位的维持等，也日益成为美国政府对国家安全利益考量的重点领域。这些复杂的利益考量，在美国出口管制法律制度中都有着十分重要的呈现。

3. 未核实清单（UVL），是美国政府将那些其出口贸易中最终用途无法核实的主体列入清单加以管制的一种法律手段，它不仅是美国出口管制清单制度的不可分割的重要组成部分，也是一个最近深受国人关注但认识不甚清晰的一种出口管制手段。

4. 近些年来，中国企业频繁上榜未核实清单，使得大众对未核实清单的关注逐渐增加，但是由于美国政府对相关主体之所以“上榜”背后的原因披露方面的缺乏足够的透明度、变动规律性不明显等原因，使得人们对于未核实清单在实施层面的认识，未能进一步深入。

5. 作为美国出口管制制度的一个环节，对于未核实清单的理解必须放在整个美国的出口管制政策的框架内，不能孤立的看待。从最初对企业贸易合规的附加提示条款，到如今作为独立的施加于所有贸易参加者一项管制要求，未核实清单的发展沿革也是整个出口管制制度甚至美国对外政策发展的其中一个缩影，特别是最近指向中国方面与实体清单的动态变化对

比，能够很直观地体现美国对中国的外交关系层面的态度转变。

6. 企业在正常的跨国贸易交易过程中，除了要制定符合市场发展方向的经营计划以获得尽可能多的经济利益，也需要进行完善的合规管理，在符合国家利益和企业自身利益的前提下，熟悉本国和交易对象国的法律法规，避免为经济利益而违反贸易法律最终导致得不偿失。

7. 中国在经济全球化的潮流中寻求发展，支持和平和对话的发展方向、履行国际义务时，一方面认识到出口管制制度对维护世界和平、防止破坏性武器和核扩散的积极作用，另一方面也应警惕其“披着经济外衣的政治制裁工具”性质。

8. 习近平总书记曾强调指出：要加快涉外法治工作战略布局，协调推进国内治理和国际治理，更好维护国家主权、安全、发展利益。在对外斗争中，我们要拿起法律武器，占领法治制高点，敢于向破坏者、搅局者说不[39]。遵照这一指示，在我国综合国力的不断增强的大背景下，面对美国推行贸易保护主义、滥用出口管制的域外效力而损害我国的合法权益时，也应当采取有效、适度的反制措施。

注释：

①一般认为，美国的出口管制制度从二战结束后基于资本主义阵营和社会主义阵营存在的对立形势而需要对社会主义国家进行经济、科技上的封锁。其单边出口管制与多边出口管制里外配合，并随着世界形势的变化而发生变化。

②items with military or weapons of mass destruction（WMD）-related applications（WMD）

③EAR 原文解释为：A “dual-use” item is one that has civil applications as well as terrorism and military or weapons of mass destruction（WMD）-related applications. Export Administration Regulation, 15 CFR part 730. 3

④管制原因共八种，分为生化武器、核扩散、国家安全、导弹技术、地区稳定、武器公约、打击犯罪、反恐，见 Export Administration Regulation, 15 CFR Supplement No. 1 to Part 738 - Commerce Country Chart

⑤见 EAR：Supplement No. 3 to Part 732 - BIS's “Know Your Customer” Guidance and Red Flags，此为对出口商在交易中出现可能违反 EAR 规定异常现象的识别指南，列举了大约 14 种在交易过程中发现的异常现象，如卖方与提供的产品最终用途信息无关、产品的性能不符合买方的业务范围等。出现类似异常现象时，出口商均有义务去采取询问、核实或者实行其他能够确保交易对象不涉及核扩散活动即其他违反 EAR 规定的其他条款。当某个实体被列入未核实清单时，就直接被视为“危险信号”的出现，无论在交易中是否出现该部分所说的异常现象。

⑥BIS 在 2008 年 10 月 21 日的一份公告中对这种列入实体清单的情况与未核实清单进行了明确的区分对比，其指出，实体清单中因无法完整最终用户和最终用途核查的原因主要是该实体对核查的过程以故意的拒绝，或者采取相应措施使得最终用户和最终用途核查不可能进行或者导致最终不准确的结果。

⑦如清单上“洛阳维密光学有限公司”、“深圳翠博微系统有限公司”、“陕西合木实业有限公司”在被列入之前发生了地址变更，清单上的地址信息是不准确的。

⑧包括如下情形：1、为从事恐怖主义行为的人提供支持。2、支持国务卿认定的支持恐怖主义活动的政府使其军事能力得到加强。3、以违背国家安全或者外交政策利益的方式促

[39] 江必新：以习近平法治思想为指导着力解决法治中国建设中的重大问题[J]，载《行政法学研究》2020（6）

进常规武器的转让、开发、维修和生产 4、阻止 BIS 或者国务院或国防贸易管理局进行或以其名义进行的最终用途检查。5、其他从事可能违反 EAR 且引起美国政府足够关切的行为。

⑨比如，现在许多反倾销反补贴的调查申请、本国某实体可能会遭受反倾销调查的预警提示，其中都有行业协会的身影。

特朗普政府在经贸方面的法律遗产及其影响分析

谢微 盛建明* 深圳大学法学院

摘要：特朗普在国会立法新规制定、国际经贸条约破旧立新、内外强力执法等层面给拜登政府留下厚重的法律遗产。特朗普政府遗留的国会立法，是第一类法律遗产，此类遗产被颠覆可能性极小。特朗普政府在废弃国际条约和退出国际组织方面留下的法律遗产构成第二类法律遗产，拜登政府仍有小部分拨乱反正的空间。特朗普政府执法部门启动的法律程序和采取的执法行动构成第三类法律遗产，此类遗产绝大多数仍在按部就班和不折不扣地执行。特朗普执政期间出台的时效性较强和涉及两党理念分歧的政策措施是第四类遗产，但不少已被废除或搁置。就经贸领域的法律遗产而言，相当大一部分会掣肘和制约拜登兑现落实执政理念和选择内政外交政策工具，因此这些法律遗产对于拜登政府是反向遗产。此外还存在正面遗产和不受换届影响的中性法律遗产，这些遗产将继续影响美国与包括中国在内的主要经贸伙伴的贸易和投资政策。

关键词：特朗普政府的法律遗产 美国政府交接 拜登政府新政

2017 年 1 月 20 日唐纳德·特朗普在白宫正式宣誓就职，在就职演讲中称美国治理政策都遵循“美国优先”原则，要求“每一个关于贸易、税收、移民、外交的决定，都将以美国工人和美国家庭的利益为核心”，[1]接下来的四年，特朗普政府通过“减税、退出《巴黎气候协议》、签订 USMCA”等等措施，获得了“失业率降低、股市短期内创了 148 次新高、达成美国史上最安全的边境”等一系列成果。[2]然而当约瑟夫·拜登就任后，面对前任总统留下来“民主的攻击、对真理的攻击、肆虐的病毒、尖锐的不平等、系统性的种族主义、气候危机”等重重挑战，所需要做的不仅仅是呼吁美国人“团结起来对抗我们面临的敌人，对抗愤怒、怨恨和仇恨，以及极端主义、违法、暴力、疾病、失业和绝望”，[3]而且是理顺前届政府的执政思路和法律遗产并且采取果决的行动从而以最快的速度缓和国内尖锐的矛盾。

笔者通过分析特朗普时期出台的在经贸领域的重要法律和 2020-2021 年的政策，总结特朗普在执政期间在经贸领域法律遗产的构成和特征，并通过剖析拜登政府目前的举措和各政府部门的配合情况来研究特朗普政府的法律遗产的后续影响。通过本研究，可以使中国面对美国接下来可能采取的单边和多边行动有所预测和准备，并从美国换届期间所展现的厚重的法律根基以及立法和执法高度配合中吸收美国法律制度的智慧和经验，为社会主义法治体系的健全提供制度激励和借鉴思路。

一、特朗普政府遗留给美国新一届政府的主要法律遗产的类型化分析

特朗普在任四年所留下的法律遗产可谓十分丰厚，从国内立法到国际条约，从依照法定程序采取的执法行动，到随时出台的日常政令，都有所涉及。

---

* 谢微 深圳大学法学院大三本科生，盛建明，深大法学院特聘教授。本文的主要观点，架构由盛建明教授提出和负责，谢微主要负责论文主要假设和观点的证成，以及全文数据资料的收集、整理和总结。两人经多次反复研讨，分工完成了全文具体内容的写作。

1 参见唐纳德·特朗普 2017 年 1 月 20 日发表的就职演说，链接地址为：https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/the-inaugural-address/，最后访问时间：2021 年 4 月 20 日。

2 参见唐纳德·特朗普 2021 年 1 月 19 日发表的卸任演说，链接地址为：https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-farewell-address-nation/，最后访问时间：2021 年 4 月 20 日。

3 参见约瑟夫·拜登 2021 年 1 月 20 日发表的就职演说，链接地址为：https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/01/20/inaugural-address-by-president-joseph-r-biden-jr/，最后访问时间：2021 年 4 月 20 日。

具体而言，特朗普政府的法律层面的遗产主要有四：一是其在任期间推动通过的国会立法和行政法规，此类法律法规，也是至今仍在正式生效并实施的法律规则；二是特朗普执政时期退出的国际组织和条约、新签的旨在维持和强化美国的领导地位的国际条约；三是其在任期间依照原先存在的法律启动的常规和专项执法行动；四是其在任期间以行政命令形式出台的系列政策和措施。

特朗普的“美国优先”的执政理念，必然要求其对内采取旨在振兴美国经济、增加就业的产业政策，对外奉行旨在削减贸易逆差和实行贸易保护主义的贸易与投资政策，但其行动无疑需要得到法律规则的背书。下文将以法律的效力层次为基本线索，厘清特朗普政府为实现其执政理念，在立法层面推动国会出台新的法律，在国际层面通过废立并举之方式采取重大举措，在执法层面充分利用原有法律启动了一系列政府中国和其他主要贸易伙伴的执法行动，在日常政策层面则退出了一系列兑现其竞选承诺的众多政令。

（一）特朗普政府在国会立法层面留下的法律遗产

2017 年特朗普政府竭力推动美国立法层面的规则重构，涉及的法律主要包括《美国出口管制改革法》《外国投资风险审查现代化法》等。具体而言，美国于 2017—2021 年国会立法行动和国际规则的签订的主要内容如下。

1.《美国出口管制改革法》

《美国出口管制改革法》（Export Control Reform Act, “ECRA”），旨在“控制美国商品、软件和技术的出口、再出口和转让，以保护美国国家安全，以维持美国在制造、工程、技术、科学等领域的领先地位”，是对基础的出口管制体系和管制措施的调整。

其中，ECRA 第 105 条同时要求美国总统协同商务部长、国防部长、能源部长、国务卿和其他有关的联邦机构领导和组建负责识别此类技术的机构。第 109 条项下相关款项要求识别并建立对“新兴和基础技术”（emerging and foundational technologies）的出口、再出口或国内转让适当的监管措施。增加在出口管制中识别和控制新兴关键技术的要求，并要求对此类技术制定专门的识别程序。[4]如果相关技术被识别为“新兴和基础技术”，美国商务部将根据 ECRA 的授权，将对该技术的出口、再出口或国内转让实施对应的管制。

ECRA 中新增的条款意味着美国政府内部形成多方协作、互通有无的专门性机构，突出强调了各个联邦机构合作和出口管制信息的互通性，同时重视“新兴和基础技术”的审查力度，专门为其制定识别程序和监管措施。

2.《外国投资风险审查现代化法》

《外国投资风险审查现代化法》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act, “FIRRMA”），旨在“保护美国关键技术，严格美国外资国家安全审查机制，强化对美投资监管”。FIRRMA 主要关注涉及关键技术、关键基础设施和敏感个人数据的美国企业，并增加了一个强制性备案制度。

FIRRMA 第 818 条项下相关款项，规定了其保护的新型关键技术的涵括内容，并建立了联邦多部门的协调机制，以联动审查出口管制条例中识别和控制新兴技术、基础技术和其他关键技术。[5]其中，该法第 818 条（C）（D）还规定了部长、国防部长、国务卿、能源部

4 参见 2018 年 8 月 13 日特朗普签署的《美国出口管制改革法》第一章（控制的权限和管理）第 105 条（出口管制的管理）与第 109 条（要求识别和控制出口管制条例中出现的关键技术）项下之内容，该条款的英文文献索引号为 H.R.5040。

5 参见 2018 年 8 月 13 日特朗普签署的《外国投资风险审查现代化法》第八章（出口管制改革）第 A 分章（控制的权限和管理）第 818 条（出口管制法规中识别和控制新兴技术、基础技术和其他关键技术的要求）项下之内容，该条款的英文文献索引号为 H.R.5841。

长等多个联邦机构的负责人可以对新兴或基础技术进行提名的权利和程序，说明除了常规的技术限制以外，美国政府还可以根据实际情况临时出台针对新兴技术的控制名单。

这也意味着 ECRA 对于出口管制的要求，将通过 FIRRMA 延伸到外国投资管理中，形成 FIRRMA 的外资安全审查制度与 ECRA 的技术出口管制制度的联动体系，对美国技术的出口管制不仅是字面意义上的“出口”管制，而且是对外资取得拥有“新兴和基础技术”的美国企业的控制权，从而变相获得美国企业的技术的变相“出口”管制，从而实现贸易和投资领域的双重技术封锁。

（二）特朗普政府在经贸条约层面留下的法律遗产

1.《中美第一阶段经贸协议》

特朗普总统执政期间，充分发挥其生意领域的专业优势，一方面在经贸领域发动贸易战，出台了众多对中国极端施压的单边经贸措施，另一方面又与中国政府展开经贸谈判，并在中国政府做出重大让步的情形下，签订了《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》（Economic and Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the United States of America，“Phase One Agreement”），这一协议，被中美双方的业内人士称为《中美第一阶段经贸协议》。这一双边经贸条约的主要内容，包括加强两国境内的知识产权保护、扩大美国农产品和金融服务的市场准入、达成美国对中国出口贸易方面的重大增加等，并建立了比较原则的一个争端解决机制。

其中，《中美第一阶段经贸协议》第六章第 6. 2 条要求中国在 2017 年的基数上，扩大自美采购和进口制成品、农产品、能源产品和服务不少于 2000 亿美元。[6]

特朗普政府所秉持的“美国优先”的执政理念主要关注点之一是贸易逆差，并将贸易逆差作为双边贸易关系中“公平贸易”的衡量标准。[7]按照特朗普政府的逻辑，只要贸易逆差的情况一直存在，顺差国就可以被调查和宣布存在“违反公平规则”的行为，可谓是“有罪推定”的霸道思路。尽管特朗普政府已经采取了出口限制和增加关税等法律手段来消除美国对中国的贸易赤字，但是如此简单粗暴地要求进口承诺不少于 2000 亿美元，不仅有悖于市场经济的交易自由原则，而且只能短期内缓解美国的贸易逆差压力，从长远看没有从根源上解决美国的困境。

2.《美墨加协定》

《美墨加协定》（The United States-Mexico-Canada Agreement，“USMCA”）是美国重建双边（或区域）贸易体系，建立以美国为中心的、美国利益优先的贸易新格局的重要举措之一。

《美墨加协定》第 32 章第 10 条“非市场经济国家”项下相关款项，缔约方与非市场国家签订自由贸易协定将允许其他缔约方在六个月内终止本协定，并以它们之间的协定取代本协定。这实际上是限制加拿大与墨西哥与以中国为代表的“非市场经济国家”缔结 FTA 的权利的孤立政策。违背该条款的法律后果是被迫退出 USMCA。由于此条款与企业使用的反并购策略具有某种程度上的相似性，因而也被称为“毒丸条款”。[8]

这些新变化不仅将对美加墨三国的经济前景产生直接影响，而且将对中美、中加和中墨的双边经贸关系造成连锁反应。而且其中关于“非市场经济体”的规定是涉及中国的排他性

6 参见 2020 年 1 月 15 日中美双方签署的《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》第六章（扩大贸易）第 6.2 条（贸易机会）项下之内容。

7 彭岳：《中美贸易战的美国法根源与中国的应对》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2021 年 3 月 4 日，第 2 期。

8 参见 2020 年 1 月 29 日美国、墨西哥和加拿大三国签署的《美墨加协定》第 32 章 10 条项下之内容。

条款。此外，USMCA 将对日本、欧盟和脱欧后的英国等国家产生的示范效应，以及对 WTO 改革的走向和全球贸易规则演变带来的深远影响。

（三）特朗普政府在经贸执法层留给新一届美国政府的法律遗产

1. 特朗普政依据《1962 年贸易扩展法》启动的国家安全调查与执法程序

《1962 年贸易扩展法》（The Trade Expansion Act of 1962），旨在“刺激美国的经济增长，加强与外国的经济关系，并防止共产主义经济渗透。”美国商务部根据该法的第 232 条款的授权发起“第 232 条调查”（Section 232 Investigations），以限制外国竞争者对特定国内产业以及任何国内产品因过度进口而取代国内产品的负面影响。

《1962 年贸易扩展法》第 232 条“保障国家安全”项下相关款项，主要包括以下内容：（1）除非威胁到美国国家安全，禁止减少或取消关税或其他进口限制；（2）商务部长负责调查确定进口商品对国家安全的影响，并与国防部长和其他官员协商等事宜；（3）总统决定是否调整进口措施（4）外国竞争对国内工业经济福利的影响等。该条款主要是就特定产品之进口是否影响美国国家安全所进行的调查与认定。商务部长负责调查并与其他官员协调相关事宜，而总统享有决定是否对进口产品采取调整措施的权利。[9]

2018 年特朗普政府发起对美国进口钢铁制品的审查[10]正是依据该条款，其调查表面上是为了维护美国“国家安全”，实际上是实行贸易保护主义，主要目的是防止中国钢铁等产能过剩的国家钢铁出口对美国可能造成的不利影响。这种做法违反多边贸易体制的非歧视原则，严重违反其在 WTO 项下的关税减让承诺和有关保障措施的规则，损害了中国等国家作为 WTO 成员的正当权益。

2. 特朗政府依据《1974 年贸易法》启动的知识产权调查与执法程序

《1974 年贸易法》（Trade Act of 1974），旨在“促进开放、非歧视和公平的世界经济体系的发展，促进公平和自由竞争，促进美国的经济增长和充分就业。”美国贸易代表办公室（Office of the United States Trade Representative，“USTR”）根据该法的第 301 条款的授权可以对损害了美国利益或给美国商业造成负担或障碍的行为进行调查，并采取制裁措施。

《1974 年贸易法》第 301 条“美国贸易代表的行动”项下相关款项，主要内容为当美国贸易代表认为美国根据贸易协定享有的权利被剥夺或限制，以及外国行为违反美国利益或者存在不合理时，有权采取的强制性措施和自由裁量措施，同时该条款还明确了贸易代表做出该行动之权力范围。[11]实际上，该条款赋予了美国贸易谈判代表极大的自由裁量权，是美国贸易法中针对外国立法或行政上违反协定导致美国利益受损的行为而采取的单边条款。

2017 年 8 月 14 日特朗普依据该法第 302 条[12]发布了备忘录并指示 USTR“调查中国任何可能不合理或歧视性、可能损害美国知识产权、创新或技术发展的法律、政策、做法或行为”，而 USTR 于 2018 年 3 月 22 日公布调查结果并根据特朗普的指示对中国采取增加关

---

9 参见 1962 年 10 月 1 日肯尼迪总统签署的《1962 年贸易扩展法》第四章（国家安全）第 232 条（维护国家安全）项下之内容，该条款的英文文献索引号为 19 U.S.C. 1801。

10 参见 2018 年 3 月 8 日特朗普政府发布的《关于调整进口钢材进入美国的公告》，该文件的英文文献索引号为 83 FR 11625。

11 参见 1975 年 1 月 3 日福特总统签署的《1974 年贸易法》第三编（美国在贸易协定下的权利的执行和对某些对外贸易行为的反应）第 301 条（美国贸易代表采取的行动）项下之内容，该条款的英文文献索引号为 P. L. 93-618, 88 Stat. 1978。

12 参见 1975 年 1 月 3 日福特总统签署的《1974 年贸易法》第三编（美国在贸易协定下的权利的执行和对某些对外贸易行为的反应）第 302 条（开始调查）项下之内容，该条款的英文文献索引号为 P. L. 93-618, 88 Stat. 1978。

税、向 WTO 寻求争端解决和对中国进行投资限制，并在当年 7 月出台了具体的排除流程。[13]除此之外，“301 条款”不仅体现出美国在外贸领域的单边主义做法，并且在一定程度上影响了国际多边贸易体制。

3. 特朗普政府依据《1962 年贸易扩展法》启动的国家安全调查程序

《出口管理条例》（Export Administration Regulation，“EAR”），主要规定能否从美国出口货物，以及是否能从一个外国再出口到另一个非美国的国家，其适用的范围包括实体货物、计算机软件、数据、技术等物项。美国商务部工业与安全局根据 EAR 制定出口管制条例实体清单（BIS Entity List of The Export Administration Regulations，“Entity List”或“EL”），从而进一步落实 ECRA 的有关规定。

其中，EAR 第 744. 11 条主要规定了 EL 内的企业出口、再出口和转让(国内)许可要求，限制许可例外的可用性，并制定了许可申请审查政策。[14]被列入 EL 的法律后果则由第 744. 11(b)(5)规定，在 EL 中规定内，对 EL 上援引本节的条目中列出的实体出口、转出口或境内转让任何受 EAR 管辖物项须经许可；除非该条目允许，前述出口、转出口或境内转让不适用许可例外；对于许可申请的审查将依照该条目中注明的审查政策（及 EAR 其他相关条款规定的审查政策）。这意味被列入实体名单的企业主要是在供应链方面受到了限制：未来将很难从美国进口产品；从第三国进口任何美国原产产品；进口第三国企业的含有美国管制物项的价值占比超过 25%或者利用美国原产技术或软件、拥有该技术或软件的工厂生产的产品；及购买中国境内其他企业含有美国管制物项的价值占比超过 25%或者利用美国原产技术或软件、拥有该技术或软件的工厂生产的产品。

实际上，EL 是一份黑名单，进入此清单意味着被斩断了相关企业与美国有关的供应链，尤其是当这些采购物资涉及企业的关键需求时，这将对企业的日常经营产生实质性影响。

（四）特朗普政府以政令形式留下的法律遗产

1. 特朗普政府以政令形式留下的法律遗产之扫描

从 2020 年 1 月 1 日至 2021 年 1 月 19 日，根据白宫（The White House）公布的数据，特朗普政府在经贸、国家安全、预算、移民、能源五个领域发布的政策（proclamations, executive orders, presidential memoranda，statements & releases）共计 232 项。其中经贸领域共有 70 项，占总数的 30. 17%；国家安全共有 93 项, 占总数的 40. 09%; 预算共有 21 项，占总数的 9. 05%; 移民领域共有 28 项，占总数的 12. 07%; 能源领域共有 20 项，占总数的 8. 62%。[15]

2021 年 1 月 6 日美国总统大选结果公布之后，特朗普政府在短短半个月的时间内又紧急出台了一批重要文件。

2. 特朗普政府以政令形式在经贸领域留下的法律遗产之梳理

（1）特朗普政府以政令形式在经贸领域颁布的政令

2021 年 1 月 14 日发布的《关于鼓励购买美国邮政服务政策的行政命令》，与 2017 年的

13 参见 2017 年 8 月 14 日特朗普政府发布的《给美国贸易代表办公室的备忘录》，USTR 于 2018 年 3 月 22 日发布的《特朗普宣布采取有力行动解决中国不公平贸易问题》和 2018 年 7 月 6 日发布的《受第 301 条关税约束的中国产品的排除流程》。

14 参见美国《联邦政府规章汇编》，详见该汇编第 15 编（商业与对外贸易）第 7 章（工业与安全局）第 C 分章（出口管理条例）第 744 部分（控制策略：基于最终用户和最终用途）第 744.11 条（适用于违反美国国家安全或外交政策利益的实体的许可证要求）项下之内容，该条款的英文文献索引号为 86 FR 4872。

15 数据由特朗普政府在白宫上发布政府性文件整理而来，链接地址：https://trumpwhitehouse.archives.gov/issues/economy-jobs/，最后访问时间 2021 年 4 月 8 日。

《购买美国货和雇佣美国人》、2019 年 1 月 31 日第 13858 号行政命令《加强购买美国对基础设施项目的力度》和 2019 年 7 月 15 日第 13881 号行政命令《最大限度地利用美国制造的商品、产品和材料》等政策相衔接，到特朗普政府下台前夕颁布的针对跨境电商的《关于购买美国邮政服务行政命令》，可以看出，特朗普政府对“购买美国货”的政策层层加码，从提倡性措施到“最大力度”地鼓励，从广阔的领域聚焦到基础设施、邮政服务等具体领域。[16]

《确保信息通信技术与服务供应链安全》，主要内容为美国政府识别、评估和处理构成不当或不可接受的风险交易的流程和程序，其交易类别涉及信息和通信技术或由外国拥有、控制或受外国管辖或指示的人设计、开发、制造或提供的服务。根据《确保信息通信技术与服务供应链安全》之相关内容，由商务部部长以及其他行政部门和机构负责人协商后确定涉及美国利益信息和通信技术或服务交易并采取缓解措施，国务卿向国会提交定期和最终报告。国家情报总监、国土安全部长等官员每年评估信息和通信技术或服务对美国造成的威胁并提交给总统和商务部部长。17该行政令将美国单边制裁手段法定化、常态化，不仅赋予商务部等部门高度自由裁量权，而且将原本需要特殊报告的制裁措施变成定期措施。不仅如此，各部门还要对行动是否充分，以及已经采取的行动是否继续进行年度评估，这就意味着新的制裁措施的出台频率将会提升，已经采取的制裁措施还有可能被无限期延长，直至美国认为威胁消除。

（2）特朗普政府以政令形式颁布的与经贸关系相关的安全领域的政令

2021 年 1 月 13 日发布的《关于修订第 13959 号行政命令应对资助中国共产主义军事公司的证券投资威胁的行政命令》宣布美国国家紧急状态采取进一步措施，从而应对资助共产主义中国军事公司的证券投资威胁。该行政命令禁止美国个人持有与共产主义中国军事公司有关的证券。[18]

2021 年 1 月 18 日发布的《关于保护美国免受某些无人驾驶飞机系统的影响的行政命令》为确保美国联邦政府拥有、运营和控制的无人驾驶飞机系统的安全：确保美国基础设施的完整性，保持和扩大我国国内产业基础能力等问题。美国政府通过该行政命令要求美国政府能够访问、收集和维护可能涉及美国国家安全敏感信息的无人驾驶飞机系统（Unmanned Aircraft Systems，“UAS”）的数据，防止外国对手访问或传输这些敏感信息。[19]

2021 年 1 月 19 日发布的《关于采取紧急措施应对重大恶意网络活动以解决国家紧急情况的行政命令》为解决外国恶意网络行为者使用基础设施作为服务产品（Infrastructure as a Service product，“IaaS”）的问题。美国在该行政命令做出以下三点要求：（1）必向提供美国 IaaS 产品的供应商验证 IaaS 帐户，以便美国政府获得提供该产品的人员的身份，并保存交易记录；（2）限制某些外国行为者访问美国 IaaS 产品；（3）鼓励美国 IaaS 提供商之间开展增加自愿信息共享等合作。[20]

---

16 参见 2020 年 1 月 21 日特朗普签署的《鼓励购买美国邮政服务的政策》之内容，该文件的英文文献索引号为 86 FR 6547。

17 参见 2019 年 5 月 15 日特朗普签署的《关于确保信息通信技术与服务供应链安全的行政命令》之内容，该文件的英文文献索引号为 84 FR 22689。

18 参见 2020 年 1 月 13 日特朗普签署的《关于修订第 13959 号行政命令应对资助中国共产主义军事公司的证券投资威胁的行政命令》之内容，该文件的英文文献索引号为 86 FR 4875。

19 参见 2020 年 1 月 18 日特朗普签署的《关于保护美国免受某些无人驾驶飞机系统的影响的行政命令》之内容，该文件的英文文献索引号为 86 FR 6821。

20 参见 2020 年 1 月 19 日特朗普签署的《关于采取额外步骤应对重大恶意网络活动的国家紧急情况的行政命令》之内容，该文件的英文文献索引号为 86 FR 6837。

二、拜登上任后的对特朗普法律遗产的处置

（一）拜登就任美国总统后在法律法规层面出台的举措

截至 2021 年 4 月 24 日，拜登政府通过的四部法律《2021 年美国救援计划法》（American Rescue Plan Act of 2021）、《新冠疫情破产纾困延长法》（COVID-19 Bankruptcy Relief Extension Act of 2021）、《2021 年延长薪酬保障计划法》（PPP Extension Act of 2021）等主要目的为调整新冠疫情的所带来的经济、社会等问题的法律。

（二）拜登就任美国总统后在日常政令层面出台的举措

从 2021 年 1 月 20 日至 3 月 8 日，根据白宫（The White House）[21]和《联邦纪事》（Federal Register）[22]公布的数据，拜登签的行政命令和备忘录等行政行动（executive orders，presidential memoranda 等）共计 59 项。其中新冠疫情政策数量位列第一，总共 15 项，约占总体数量的 25. 42%；移民政策共计 11 项，约占总体数量的 18. 64%；公平政策共计 10 项，约占总体数量的 16. 95%；经济政策共计 7 项，约占总体数量的 11. 86%；环境政策共计 5 项，约占总体数量的 8. 47%；国家安全政策共计 4 项，约占总体数量的 6. 78%；医疗政策共计 2 项，约占总体数量的 3. 39%；人口普查、伦理、调节、劳动等政策共计 5 项，约占总体数量的 8. 47%。[23]

迄今，不包括更正（corrections）以及文书备忘录（clerical memos），拜登共计签署 44 项政令，在相同的就任时间内，比起特朗普的 27 项政令，奥巴马的 28 项政令，布什的 7 项政令，其签署的行政命令（executive orders）和备忘录（memorandums）比过去三任总统中的任何一位都多。

值得一提的是，拜登政府额外就国家安全予以特别关注，新签署了 4 项行政命令，关注了特朗普政府的政策没有涉及到的领域。

关于经济政策，拜登政府废除了特朗普政府的 3 项政策，其主要内容为：（1）撤销了特朗普政府采取的“放宽监管要求，并呼吁从城市中扣留资金，以允许抗议活动来支持黑人生活问题（Black Lives Matter）”等七项行动；（2）恢复特朗普政府对从阿拉伯联合酋长国进口的铝征收的关税；（3）恢复联邦政府工人的集体谈判权和对工人的保护。此外，拜登政府新增了 4 项政策，其主要内容为：（1）要求“购买美国货”（federal purchases of domestic goods）；（2）呼吁为努力购买食物，错过刺激检查（stimulus checks）或失业的人提供帮助；（3）延长驱逐（evictions）和止赎（foreclosures）禁令；（4）延长学生贷款的清偿日期。

关于国家安全政策，拜登政府新增了 4 项政策，其主要内容为：（1）发起“供应链百日审查计划”（a 100-day review of US supply chains）；（2）制裁缅甸军事领导人；（3）成立一个跨政府部门的工作组，以提出有关招募、保留和支持国家安全专业人士的建议；（4）概述国家安全委员会的结构。

关于环境政策，拜登政府废除了特朗普政府的 2 项政策，其主要内容为：（1）重新加入《巴黎气候协定》；（2）取消“拱心石”（Keystone）美加输油管道项目。此外，拜登政府新增了 3 项政策，其主要内容为：（1）将气候变化作为美国外交政策和国家安全的重要组成部分，并开始制定新的减排目标；（2）重建总统的科学技术顾问委员会（the President’s Council of Advisors on Science and Technology）；（3）责成科学技术政策办公室（the Office

21 参见白宫官方网址 https://www.whitehouse.gov/，最后访问时间 2021 年 4 月 15 日。

22 参见《联邦纪事》官方网址 https://www.federalregister.gov/，最后访问时间 2021 年 4 月 15 日。

23 参见美国有线电视新闻网（Cable News Network，“CNN”）于 2021 年 3 月 8 日发布的新闻，新闻英文名称为“Here are the executive actions Biden has signed so far”，新闻链接地址：https://edition.cnn.com/interactive/2021/politics/biden-executive-orders/index.html，最后访问时间 2021 年 4 月 8 日。

of Science and Technology Policy）主任负责确保整个联邦机构的科学完整性。

（三）拜登政府在部门规章方面推出的主要配套措施

1、新一届美国财政部推出的配套政策措施

美国财政部2021年2月26日发布了《至2020年6月底外国持有美国证券的初步报告》，该报告主要包括了2020年6月外国投资组合持有美国证券的初步数据。[24]其中中国持有的美国证券被美国财政部单列出来，并予以特别关注。根据报告显示，（1）中国持有美国证券的总额排名第五，位于日本、英国、开曼群岛、卢森堡四个国家或地区其后；（2）中国持有的美国证券总额占外国持有的美国证券总额的28.68%，中国持有的美国股票总额占外国持有此种证券的13.57%，中国持有的美国ABS长期证券总额占外国持有此种证券的45.75%，中国持有的美国其他长期证券总额占外国持有此种证券的39.33%，中国持有的美国短期证券总额占外国持有此种证券的33.33%；（3）2019年6月30日美国政府控制的美国证券总额占证券总额29.77%，而2020年6月30日美国政府控制的美国证券总额占证券总额的比例下降至28.69%。

2、新一届美国商务部推出的配套政策措施

美国商务部依据EAR第744.11条和第13873号行政命令于2021年4月8日发布《商务部将7个中国超级计算实体列入实体名单，以支持中国的军事现代化和其他破坏稳定的努力》[25]，将天津飞腾信息技术有限公司、上海集成电路技术与产业促进中心、深圳市信维微电子有限公司以及国家超级计算机济南中心、深圳中心、无锡中心、郑州中心总共七家公司列入EL。且在此之前美国商务部于2021年3月2日和3月4日分别公布了新的EL将对俄罗斯、德国、瑞士和缅甸等国家的企业实施管控。

2021年4月13日美国商务部于《美国商务部关于根据信息通信技术供应链行政命令采取的行动的声明》[26]中声明美国商务部根据第13873号行政命令，向多家中国通讯供应商发出传票，并调查涉及这些公司的交易是否符合其行政命令规定的标准。在此之前，特朗普时期的美国商务部曾通过该调查将微信和抖音列入禁止交易的范畴。

3、新一届美国贸易代表办公室推出的配套政策措施

USTR在2021年3月1日发布《2021年贸易议程和2020年年度报告》，[27]该报告的主要内容除了总结了2020年美国的总体情况，还阐述了美国2021年的行动计划。其中，报告指出2021年美国的关注焦点将在供应链、公共卫生危机、数字经济、开放市场和减少贸易壁垒，而这也将是拜登政府的优先事项。此外，贸易政策将聚焦于鼓励国内投资和创新，并打击其他国家的不公平做法。

此外，USTR还于2021年3月31日发布了《2021年度国家贸易评估报告》（2021 National

24 参见美国财政部2021年2月26日发布的《至2020年6月底外国持有美国证券的初步报告》，该报告的链接地址为：https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0039，最后访问时间：2021年4月22日。

25 参见美国商务部于2021年4月8日发布的《商务部将7个中国超级计算实体列入实体名单，以支持中国的军事现代化和其他破坏稳定的努力》，链接地址为：https://www.commerce.gov/news/press-releases/2021/04/commerce-adds-seven-chinese-supercomputing-entities-entity-list-their，最后访问时间：2021年4月22日。

26 参见美国商务部于2021年4月13日发布的《美国商务部关于根据信息通信技术供应链行政命令采取的行动的声明》，链接地址为： https://www.commerce.gov/issues/ict-supply-chain，最后访问时间：2021年4月22日。

27 参见 USTR 于2021年3月1日发布的《2021年贸易议程和2020年年度报告》，链接地址为：https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2021/2021%20Trade%20Agenda/Online%20PDF%202021%20Trade%20Policy%20Agenda%20and%202020%20Annual%20Report.pdf，最后访问时间：2021年4月22日。

Trade Estimate Report，“NTE”），全面审查影响美国商品和服务出口的重大外贸壁垒。28该报告涵盖了11个领域的重大贸易壁垒，但NTE报告着重强调了农业贸易壁垒、数字贸易、产能过剩、技术贸易壁垒四个方面，并尝试从每个国家与的经贸往来中找到减少美国出口、提高创新、支持就业和提高工资和收入的机会。另外，NTE报告以国家为线索编排报告的内容，在“中国”这一章中，NTE报告在经贸领域主要提出以下关切：（1）密切关注中国对《中美第一阶段经贸协议》的履行情况；（2）继续积极参与重大贸易壁垒的事项，并特别关注技术转让、知识产权和创新相关领域；（3）继续采取必要行动以抵制中国自2018年4月以来的关税报复措施。特别地，在非关税措施方面，美国提出以下关切：（1）关注包括《中国制造2025》在内的产业政策；（2）关注中国对中国国有企业的改革；（3）与欧盟和日本合作，确定进一步的有效行动和潜在规则以加强WTO的补贴规则；（4）继续全面调查中国的渔业补贴，敦促中国履行补贴通知义务，并将禁止有害补贴作为正在进行的WTO渔业补贴谈判的一部分；（5）对中国的钢铁和铝产品增加关税或实施进口配额；（6）寻求解决中国利用自主创新政策迫使外国人在中国享有或开发知识产权的问题；（7）关注《中美第一阶段经贸协议》生效后，中国强迫或迫使美国公司向中国实体转让技术的潜在行动；（11）关注中国保护国内产业限制性投资机制；（8）关注中国简化行政许可的改革措施；（9）关注中国标准体系的发展；（10）继续在单边、双边和多边谈判中要求中国承诺修改对网络安全监管方法政策的修改；（11）监测《密码法》和相关措施的执行情况和中国引入任何阻碍稳健的国际标准化加密技术中立使用的新要求；（12）关注中国的竞争政策；（13）密切关注中国关于不将定价承诺与药物注册评估和批准挂钩、专利期限等承诺，并准备在和中国未来的谈判中解决药品的数据保护问题；（14）继续敦促中国在进口医疗器械领域提供公平、平等的市场准入；（15）要求中国解决在化妆品领域使用国际标准促进化妆品合规评估保证美国的知识产权、市场准入等问题；（16）提起多个案件来解决关于中国WTO合规问题，要求中国撤销其出口限制政策；（17）要求中国实现其改进增值税退税制度的承诺；（18）建议中国取消对再制造产品的进口限制禁令；（19）敦促中国停止实施对废料和回收材料的监管制度；（20）要求其在进行贸易救济调查时严格遵守世贸组织规则；（21）发表对中国《政府采购法》和《政府采购协定》的看法；（22）表达中国企业社会信用体系向外国公司施加压力、企业社会信用体系的不透明性和企业社会信用体系与个人社会信用体系的联系的担忧。

4、新一届政府中美国美国国际贸易管理局推出的配套政策措施

美国国际贸易管理局（United States International Trade Commission，“USITC”）发布了根据《2018-2022财年战略计划》制定的《2021-2022财年战略计划》。该报告中在“努力加强信息技术安全”章提出：远程和云计算我们计划通过维护现代化的远程访问解决方案，在2021财年进一步增强我们的灾难恢复能力和远程工作能力；增加额外的网络容量和冗余；并确保通过我们的远程数据中心提高可用性和可访问性。在2021财年，我们希望在适当的时候继续将内部应用迁移到基于云的架构。这些迁移将提高应用程序可用性，减少我们对私有数据中心的依赖，增强所有用户的安全状况，并降低维护成本。29这实际上是提高美国官方对远程数据的掌控程度，降低对私人数据中心的依赖，从而保护美国数据用户的隐私和保障美国国家数据安全。

三、特朗普政府的法律遗产的影响分析

---

28 参见USTR于2021年3月31日发布的《2021年国家贸易评估报告》，链接地址为：https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2021/2021NTE.pdf，最后访问时间：2021年4月22日。

29 参见USITC发布的《2021-2022财年战略计划》之内容。

特朗普及其团队卸任后，拜登政府接手的是一个民主崩坏、经济萎缩、病毒肆虐的美国。面对一个如此艰难的开场，拜登就任首日就签署了 17 项行政命令，除了前届政府与拜登政府的执政理念冲突甚大的原因以外，美国国内严重的政治、经济、社会危机更是拜登政府需要如此雷厉风行的重要理由。

尽管拜登政府已经快速颁布和强化有关政策措施，并及时搁置和废止前届政府的部分文件以改善美国目前困窘的境遇。但短期内，面对严峻的疫情考验，拜登政府的主要精力放在解决诸如新冠疫情等紧急且重大的国家问题。同时，从拜登就任三个月之后国会已经通过的法律来看，四部法律均旨在调整疫情的经济与社会问题，这也侧面印证了上述观点。此外，拜登政府宣布对美国的贸易政策进行评估，目前仅有 USTR 公布了与对外政策有关的报告，商务部、财政部和国际贸易管理局仍在进行特朗普政府所要求的常规和专项行动。这意味着，在新冠疫情的危机缓和之前以及拜登政府贸易政策措施出来之前，拜登政府不会做出根本性改变，更多情况下会在特朗普政府留下的法律框架下进行微调。

在国际方面，拜登政府回归多边主义是对特朗普政府的单边主义矫正。从美国前几任总统对待贸易政策的态度来看，美国对贸易合作的兴趣下降有关。[30]从小布什到奥巴马再到特朗普时期，美国贸易政策中心由多边转向区域，再由区域转向追求双边谈判。此外，由于特朗普在多边谈判中《巴黎气候协定》、伊朗核协议、TPP、WHO 等多个重要国际组织，在贸易伙伴的双边谈判中提出很高的要价，这些行为是过度追求“美国优先”而出现的“美国独行”的单边主义倾向的表现。显然，这种单边主义的行为短期内为美国赢得利益，但是这种做法使得美国国际声誉大跌且与盟友的关系日趋冷淡。为了追求开明自利，拜登和其团队成员如贸易代表戴琦等人在多个场合、多个文件、多次谈论到美国重回多边主义的问题，以此重塑美国对全球的领导。但在美国不容乐观的国情下，拜登政府的关注焦点会聚焦于国内矛盾的解决，并在谨慎地对原先特朗普政府留下的协议做出评估之后，再与其他国家重新对话和磋商。

四、新一届美国政府对特朗普政府法律遗产的处置给中国的启示

美国法律值得深究的一点在于其体系的完备性。美国采取的许多行动，包括“232 调查”、“301 调查”，依据的是几十年前就已经出台的法律。也就是说，当美国遇到危机或者根据新的情况需要采取新的对策的时候，很多情况下是有法可依的，而不需要仓促地进行立法或者运用效力层次更低的政策。此外，美国法律体系的完备性还来自于美国对于其法律工具的彻底利用。在中美贸易战的时候，美国不仅打单边关税战，而且在国内动用非关税措施、在国际上到 WTO 起诉中国等等。而且除了已有的手段，美国在国内的法律体系中不断地出台针对供应链、数据安全等新的措施，在国际上和 USMCA 以及和英国、日本的合作等重新定义“非市场经济国家”“国有企业”的概念，力图建立一个更高的标准来限制中国。美国彻底运用能够使用的一切法律武器来维护本国的利益，上到国际层面的多边联合行动孤立中国，下到国内的单边政策措施限制中国，还在出口管制、投资、知识产权、数据安全等多个领域都有相关的措施互相呼应。当中国政府和中国企业从多个层面、多个领域遭到美国法律手段打击和围猎的时候，中国也本着以子之矛攻子之盾的原则展开有礼有节的反制。除了外交上的谴责和努力发展科技等措施，中国也应重视起法律制度的完善，消除可能存在的漏洞，减少美国能够指责的地方的同时也能娴熟地运用法律武器给予对方沉重的打击。

---

30 参见 2018 年 7 月 11 日苏庆义教授在中国社科院世经政所 IGT（国际贸易研究）系列的讨论稿《中美贸易战或将贯穿整个特朗普执政时期》，链接地址为：http://www.iwep.org.cn/xscg/xscg_sp/201807/t20180712_4501369.shtml，最后访问时间为 2021 年 4 月 22 日。

五、结语

2021 年 1 月 19 日，特朗普的正式卸任除了给拜登政府留下一个新冠疫情肆虐、社会撕裂的美国。与此同时，还遗留了一系列的法律遗产等待拜登政府处置。面对国内激化的社会矛盾和关系冷淡化的盟友，拜登政府该如何采取行动来解决国内矛盾以及将以何种面孔面对世界各国，这些问题的答案将影响着美国未来四年乃至八年的方向以及世界各国应采取的对策。

对于特朗普时期的形成的立法，拜登政府虽然未做出变动，但是接下来变动的可能性也微乎其微。从制度运行和权力制衡的角度来看，拜登政府对于废除特朗普时期的立法尽管留有操作余地，但是操作难度极大。而且从历史发展和实际情况来看，即使特朗普政府也未能废除之前政府推动国会通过的立法，因此拜登政府推翻特朗普时期国会的立法可能性很小，乃至于几乎不可能；而对于国际条约，拜登在拨乱反正方面已经有了实际行动并取得了重大成果，比如重回 WHO。而且为了矫正特朗普政府过度的单边主义和实现其竞选承诺，拜登政府接下来会展开一系列的行动以重塑美国领导地位并力图清除实现这一目标的障碍；而在其话语权最大的政策领域，拜登政府大量出台新的指令，与前届政府的政策相反的文件接近四成，而且采取了许多特朗普政府没有采取的措施；至于各个政府部门的配合行动，在经贸领域，尽管只有 USTR 公布了体现拜登政府执政理念的文件，但是相信随着拜登政府的逐渐开展行动，各政府部门的配套措施也会随之跟进。

在此次美国政府换届过程中，中国必须认识到美国深厚的法律根基，从立法和执法皆有法可依、有章可循的法律制度能够带来稳定的预期；必须认识到法律法规规章等多个层级的法在国家安全、知识产权、出口管制等多个领域形成的立体多维的法律体系能够在不同环节层层呼应、共同发力能够更好地贯彻执政理念、实现发展目标。值得一提的是，中国已经开始有自己的出口管制法并公布出口管制清单，这证明了中国已经重视起相应法律制度的建设和完备。笔者希望，中国的立法和执法部门能够通过更加周全的立法和坚定落实执法的方式，建设一个有利于应对国际不法行为和保护本国利益的法律体系，以便为社会主义经济发展创造优越的发展环境和做出更多贡献。

人类共同遗产原则的新发展与中国启示

许皓[1*]　华东政法大学国际法学院　黄冈师范学院政法学院

摘要：作为当代国际海洋法最为重要的基本原则之一，人类共同遗产原则已得到国际社会的普遍认可，且其适用范围呈不断扩大的趋势。然而，当前人类共同遗产原则也面临着诸多困境，包括：外延扩大与内涵缺失的悖论，原则本身的法律意涵模糊及在国家管辖范围外生物资源养护与利用领域的适用受到发达国家的强烈反对等。人类共同遗产原则关系中国深切的海洋利益。对此，中国应号召国际社会积极推动人类共同遗产原则的完善：一方面，应积极明确该原则的法律意涵；另一方面，应坚持将人类共同遗产原则适用于国家管辖范围外海域生物资源的养护和利用，必要时也可主张对该原则作出一定的调整，已实现中国海洋利益的最大化。

关键词：人类共同遗产原则；国家管辖范围外海域；《联合国海洋法公约》；　国际谈判

引言

当前，在联合国的主持下，国家管辖范围外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题（以下简称“BBNJ”）国际协定谈判正在推进之中，[2]成为国际海洋法最受重视的领域之一。[3]会议期间，国家管辖范围外区域海洋遗传资源的法律地位问题受到国际社会的广泛关注。[4]有关国家管辖范围外区域海洋遗传资源的法律地位问题是此次会议的重要议题之一，针对国家管辖范围外区域海洋遗传资源能否适用人类共同遗产原则，与会各方主张各异、意见不一。随着 BBNJ 协定谈判的持续深入，国家管辖范围外海洋生物资源的法律地位问题无疑无比重要且意义深远。中国始终站在广大发展中国家的立场上支持“人类共同遗产”原则，在谈判中提出将“人类共同遗产”原则确立为 BBNJ 国际协定的一般原则。国家管辖范围外海洋遗传资源具有重要的资源价值，深刻关系到我国未来的发展利益，而将其法律地位确定为“人类共同遗产”则有助于防止这种资源被处于领先优势的少数发达国家开发殆尽。人类共同遗产原则自 1967 年由马耳他大使帕多提出以来，已历经半个多世纪。当前，不论是国家管辖范围外区域海洋遗传资源的法律地位之争，还是国际海底区域[5]（以下简称“区域”）的新发展，都与人类共同遗产原则有着紧密联系。因此，重新检视人类共同遗产原则的历史演变，深入分析人类共同遗产原则当前面临的现实困境，并在此基础上提出相应建议，对维护中国海洋权益有着重要的价值和意义。

一、人类共同遗产原则的历史演变

[作者简介] 许皓，华东政法大学国际法学院博士后研究人员，黄冈师范学院政法学院讲师，法学博士，“明珠学者”。

[基金项目] 2020 年上海市哲学社会科学规划一般课题“中国深度参与治理国际海底区域环境的国际法问题研究”（2020BFX012）的阶段性成果。

[2] 迄今为止，国家管辖范围外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题国际协定谈判已经经历了三个主要阶段，分别是 2006 年至 2015 年的“联合国不限名额非正式特设工作组阶段”、 2016 年至 2017 年的“联合国预备委员会阶段”以及 2018 年至今的“联合国政府间谈判阶段”，其中第四次政府间会议将于 2021 年 8 月 16 日至 27 日举行。

[3] 参见张磊：《BBNJ 协定语境下人类共同（继承）财产的概念评述》，访问网址：http://aoc.ouc.edu.cn/_t719/2019/0923/c9821a269566/page.htm ， 2020 年 10 月 9 日访问。

[4]《中国代表团出席海洋生物多样性国际协定谈判政府间大会第一次会议》，https://www.fmprc.gov.cn/web/wjbxw_673019/t1597082.shtml，2020 年 9 月 20 日访问。

[5] 依据《联合国海洋法公约》的规定，国际海底区域是指国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土。参见《联合国海洋法公约》，第 1 条第 1 款。

依据辩证法的观点：一切事物都是不断运动、变化和发展的。法律制度尤其如此。人类共同遗产原则作为当代国际法的一项重要原则，自诞生以来，亦处于不断变化和发展过程之中。人类共同遗产原则自诞生起就成为“区域”法律制度的基石，随后，该原则被引入外层空间法；20 世纪 70 年代，国际社会就“月球及其资源”是否适用人类共同遗产原则这一问题达成一致；此外，亦有国家认为，南极及其资源应是人类共同遗产；随着科学技术的进步，国家管辖范围外区域海洋遗传资源的巨大价值得以发现，人类共同遗产原则能否适用于国家管辖范围外区域海洋遗传资源引起了国际社会的激烈争论。由此可见，人类共同遗产原则自确立以来处于不断变化和发展之中，可以预见，这一变化和发展还在持续。

（一）人类共同遗产原则的诞生与意涵

1. 人类共同遗产原则的提出与确立。20 世纪 60 年代，随着科学技术的发展，“区域”的重要意义及其矿产资源的巨大价值逐渐凸显，“区域”及其资源引起了国际社会的广泛关注。鉴于发展中国家和发达国家在技术实力和资金实力上的明显差距，为避免“区域”及其资源被发达国家独占，1967 年，马耳他大使帕多提出“区域”及其资源应适用人类共同遗产原则的提案。帕多在提案中指出：由于海洋科学技术的飞速发展，技术发达国家探索利用海洋的能力得到极大的提高，担心国家管辖范围外的海床和洋底会逐步被各国竞相占有和利用，技术发达国家很可能会利用技术优势……以采尽对世界有巨大潜在利益的资源。[6] 人类共同遗产原则的提出得到了发展中国家的积极响应，也遭到了发达国家的一致反对。

1970 年，第 25 届联合国大会通过了《关于各国管辖范围以外海洋底床与下层土壤之原则宣言》（以下简称《海底宣言》）的决议。《海底宣言》第一条即开宗明义的指出：“区域”及其资源为全人类共同继承之财产。[7]《海底宣言》的通过意味着人类共同遗产原则自帕多大使提出后得到了世界大部分国家认可，也是该原则首次得以明确确立。更值得注意的是，1982 年被誉为当代“海洋宪章”的《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）在历经九年的艰苦谈判后得以通过，《公约》第十一部分明确规定了“区域”及其资源应适用人类共同遗产原则。无疑，1982 年《公约》的通过也标志着人类共同遗产原则作为当代国际海洋法律体系中的一项重要基本原则得以确立。自此以后，人类共同遗产原则作为当代海洋法的一项基本制度，其适用范围成为国际社会关注的重点之一。

2. 人类共同遗产原则的意涵。《公约》关于人类共同遗产原则的规定主要集中在第 136、137、140、141 条。《公约》第 136 条规定：“区域”及其资源是人类的共同继承财产；“区域”内资源的一切权利属于全人类，由管理局代表全人类行使；“区域”内活动应为全人类的利益而进行……，并应特别考虑发展中国家的利益和需要。[8]依据《公约》对人类共同遗产原则的规定，当前普遍认为该原则包含了若干具体要素：一，“区域”及其资源的所有权（“区域”及其资源不得为任何国家或自然人或法人据为己有，“区域”及其资源的一切权利属于全人类）；二，“区域”及其资源的开发、利用的主体（“区域”及其资源的利用应由管理局代表全人类进行）；三，“区域”活动的目的（专为和平目的进行）；四，利益分享，不仅包括矿产资源的经济利益分享，还包括技术转让、科学研究成果共享等；五，维护代际公

---

[6] See A/6695.

[7] United Nations，Declaration of Governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, beyond the Limit of National Jurisdiction, http://www.un.org/zh/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2749(XXV)&referer=http://www.un.org/zh/ga/25/res/&Lang=E, 2020 年 9 月 26 日访问。

[8] 参见《联合国海洋法公约》，第 136、137、140、141 条。

平，为后世保留的目的。[9]

（二）人类共同遗产原则的发展和适用

1. 人类共同遗产原则在外层空间法领域的适用。在帕多提出“区域”及其资源应适用人类共同遗产原则的同时，该原则也在外层空间法领域得到确立。1967 年 10 月，《关于各国探索和利用包括月球和其他天体的外层空间活动所应遵守原则的条约》（以下简称《外空条约》）正式生效。《外空条约》在其序言部分即指明“确认为和平的发展探索和利用外层空间，是全人类的共同利益”。[10]共同利益原则成为外层空间法的基本原则之一。另一个充分体现人类共同遗产原则在外空领域适用条约是联合国 1979 年通过的《关于各国在月球和其他天体上活动的协定》（简称《月球协定》）。根据《月球协定》第 11 条第 1 款、第 2 款、第 3 款的有关规定，任何或国家集团不得对月球及其自然资源行使主权权利或主张主权或以任何方式据为己有；月球及其自然资源均为全体人类的共同财产……；月球及其任何部分或其中的自然资源均不应成为任何国家、政府间或非政府间国际组织、国家组织或非政府实体或任何自然人的财产。[11]由此可见，外层空间是继“区域”外人类共同遗产原则得到适用的另一重要领域。然而，由于人类对外空的探索极为有限，月球及其资源的开发在短期内恐无法实现，一旦技术条件成熟，资源开发成为现实，人类共同遗产原则在外空领域能否落实尚存疑问。

2. 人类共同遗产原则与南极的法律地位。在人类共同遗产原则先后适用于“区域”和外层空间后，部分发展中国家开始主张南极及其自然资源应适用人类共同遗产原则，但这一主张遭到了南极条约缔约国的极力反对。鉴于南极条约缔约国成员绝大部分是发达国家，且该组织具有较强的排他性，因此，人类共同遗产原则适用于南极只是发展中国家一厢情愿的政治主张而已。且当前南极条约体系虽存在若干缺陷，但依然保证了各国南极活动的和平、有序的开展。在以上背景下，人类共同遗产原则原则对南极法律制度的影响可谓微乎其微。

3. 人类共同遗产原则与国家管辖范围外区域海洋遗传资源的法律地位问题。进入 21 世纪后，随着科学技术的飞速进步，国家管辖范围外区域海洋遗传资源逐渐受到各国的普遍关注。[12]当前，人类共同遗产原则在适用对象和适用范围上再次面临新的挑战。存在于“区域”和公海水体的海洋遗传资源的法律地位问题，发展中国家与发达国家存在根本分歧，包括中国在内的发展中国家坚持适用人类共同遗产原则，发达国家则认为遗传资源与自然资源不同，《公约》规定的人类共同遗产原则只适用于“区域”自然资源，因此国家管辖范围外区域海洋遗传资源应适用公海自由原则。2018 年 9 月，国家管辖范围外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题国际协定谈判政府间大会第一次会议在联合国总部召开，意味着国际社会

---

[9] See Siavash Mirzaee, Outer Space and Common Heritage of Mankind: Challenges and Solutions, Rudn Journal of Law, Vol.21, Issue 1, 2017, pp.102-115；See Kemal Baslar, The Concept of The Common Her itage of Mankind in International Law, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p.84.

[10]《关于各国探索和使用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》，http://www.un.org/zh/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2222(XXI)，2018 年 9 月 27 日访问。

[11]依据《月球协定》第 11 条第 1 款规定：月球及其自然资源均为全体人类的共同财产……；第 2 款规定：月球不得由国家主权要求，或任何其他方式据为己有；第 3 款指出：月球及其任何部分或其中的自然资源均不应成为任何国家、政府间或非政府间国际组织、国家组织或非政府实体或任何自然人的财产。《关于各国在月球或其他天体上活动的协定》，http://www.un.org/zh/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/34/68，2018 年 9 月 27 日访问。

[12] 参见程时辉：《当代国际海洋法律秩序的变革与中国方案——基于“海洋命运共同体”理念的思考》，载《湖北大学学报（哲学社会科学版）》，2020 年第 2 期。

就这一问题展开的新一轮博弈再次开始。[13]国家管辖范围外区域海洋遗传资源能否适用人类共同遗产原则无疑面临着很大的不确定性。

（三）人类共同遗产原则的新发展

任何一项法律制度都是随着时代发展而不断发展、完善的，人类共同遗产原则也不例外。近年来，人类共同遗产原则也得到了一定的发展。一是，人类共同遗产原则的“共同利益”意涵得到了进一步发展。作为一种由广大发展中国家推动的合作事业，共同继承理论旨在遵守全人类共同的秩序，维护广义上的“共同利益”。[14]这使得人类共同遗产原则在能否适用于新领域的问题上受到了广大发展中国家的认可和支持。二是，人类共同遗产原则所蕴含的公平理念得到了进一步发展。人类共同遗产原则在“区域”的适用在很大程度上确保了“区域”资源利益在各国之间得到了较为公平、合理的分配，在一定程度上缓解了发达国家和发展中国家围绕“区域”资源争夺的矛盾。“区域”的国家实践证明了人类共同遗产原则所蕴含的“利益公平分配”理念在适用于国家管辖范围外海域的先进性和可行性。

二、人类共同遗产原则面临的现实困境

人类共同遗产原则自诞生起已历经五十余年，尽管其在第三次联合国海洋法会议中已被国际社会广泛接受，但是在该原则适用中依然面临着诸多困境。

（一）外延扩大与内涵缺失的矛盾困境

从人类共同遗产原则的历史发展来看，其适用范围是在不断扩大的。人类共同遗产原则的适用范围由“区域”不断扩展到外层空间，亦有不少国家主张在南极适用该原则，同时，该原则能否适用于国家管辖范围外区域的海洋遗传资源也是国际社会正在广泛讨论的议题。当然，人类共同遗产原则在上述领域适用情况不尽一致，法律效力并不相同。[15]

尽管人类共同遗产原则逐步被主张适用于不同领域，但其适用的效力确实不断地减损。在“区域”，人类共同遗产原则是作为其基本原则而被国际社会广泛认同；在外层空间，《月球协定》是将人类共同遗产原则适用于外层空间的一次重要尝试，但《月球协定》只得到了13个国家批准，且美国、俄罗斯、中国、英国等航空航天大国均未加入该公约。因此，人类共同遗产原则很难在规制外空活动上起到真正的作用。[16]而至于在南极适用人类共同遗产原则，也只是少数发展中国家和部分国际法学者的主张，如果考虑到南极条约体系的在南极治理上的巨大影响，人类共同遗产原则在南极的适用也只是镜花水月。而针对国家管辖范围外区域海洋遗传资源能否适用人类共同遗产原则，国际社会尚处在激烈的谈判之中。发展中国家坚持适用人类共同遗产原则的主张遭到了发达国家的强烈抵制，谈判结果具有较大的不确定因素。

此外，在国际实践中，随着海洋保护区的数量不断增多、面积不断增大，“区域”可供矿产开采的范围日益减小，人类共同遗产原则被进一步削弱，且有可能成为无本之木。当前，全球范围内海洋保护区的设立已呈现出“泛滥”趋势，数量众多、面积不等的海洋保护区分

---

[13]《中国代表团出席海洋生物多样性国际协定谈判政府间大会第一次会议》，https://www.fmprc.gov.cn/web/wjbxw_673019/t1597082.shtml，2018年9月20日访问。

[14] 参见邱文弦：《论人类共同继承财产理论的新发展——基于“一带一路”倡议的促动》，载《浙江工商大学学报》2019年第4期。

[15] See Rudiger Wolfrum, Max Planck Encyclopedias of International Law :Common Heritage of Mankind, Available at: https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1149, Last Visited on October 9, 2019.

[16] 参见张志勋、谭雪春：《论人类共同继承财产原则的适用困境及其出路》，《江西社会科学》2012年第12期。

布在海洋的各个角落。[17]截至 2018 年，世界范围内的海洋保护区共计 13000 多个，其中面积在 10 万平方公里以上的大规模海洋保护区数量日益增长。[18]而大规模的海洋保护区的设立也被指责是部分国家谋取政治利益、扩大海洋空间主权的结果而非经过科学的论证。[19]2009 年，第 28 届南极生物资源保护委员会大会通过了设立南奥克尼群岛公海保护区，面积达 9. 4 万平方公里；2011 年国际社会建立了东北大西洋海洋保护区，面积达到 47 万平方公里，亦涵盖了公海和国际海底区域；2016 年，《南极海洋生物资源养护公约》明确设立了南极罗斯海海洋保护区，该保护区的面积达到了 155 万平方公里，是有史以来面积最大的海洋保护区。[20]由此可见，公海保护区的设立速度越来越快，保护区的面积越来越大，且几乎所有的公海保护区都明确规定，保护区的制度及于海床、洋底及其底土。长此以往下去，“区域”面积必将越来越小，人类共同遗产原则在“区域”的意义必将被进一步削弱。

（二）人类共同遗产原则缺乏明确的法律意涵

人类共同遗产原则自诞生以来一直是一个饱受争议的概念。[21]人类共同遗产原则的法律意涵并不明确，导致其在适用和被世界各国接受的过程中面临困境。

首先，人类共同遗产原则的法律内容不够确切。尽管《公约》及《月球协定》规定“区域”和外空及其资源应适用人类共同遗产原则，但《公约》和《月球协定》均未赋予人类共同遗产原则明确的法律意涵。人类共同遗产原则诞生半世纪之久却依然没有国际社会公认的定义和确切的内涵。

其次，正是由于人类共同遗产原则尚无国际社会公认的明确定义，不同学者对该原则作出了不同解读，且存在较大争议。[22]例如，当前针对人类共同遗产原则的法律意涵，既有学者坚持“四要素说”，[23]也有学者主张“五要素说”，[24]更有学者认为该原则的内涵至少包括六大要素。[25]同时，随着该原则被主张适用于多个不同领域，每个领域对该原则的解读也出

---

[17] 参见程时辉：《当代国际海洋法律秩序的变革与中国方案——基于“海洋命运共同体”理念的思考》，载《湖北大学学报（哲学社会科学版）》，2020 年第 2 期。

[18] See Bethan C. O’leary, Natalie C. Ban, Miriam Fernandez(Eds.), Addressing Criticisms of Large-Scale Marine Protected Areas, Bioscience, Vol.68, No.5, 2018, pp.359-370.

[19] See Pierre Leenhardt, Bertrand Cazalet, Bernard Salvat（Eds.）, The rise of large- scale marine protect ed areas: Conservation or geopolitics? Ocean and Coastal Management, Vol.85, 2013, pp.112-118；

[20] 参见王勇：《论“公海保护区”对公海自由的合理限制——基于实证的视角》，载《法学》2019 年第 1 期。

[21] See Pure Taylor，The Common Heritage of Mankind: A Bold Doctrine Kept Within Strict Boundaries, Available at : http://wealthofthecommons.org/essay/common-heritage-mankind-bold-doctrine-kept-within-strict-boundaries , Last Visited on October 4, 2019.

[22] See Erik Franck , The International Seabed Authority and the Common Heritage of Mankind: The Nee d for States to Establish the Outer Limits of their Continental Shelf, The International Journal of Marine and Coastal Law，Vol.25，2010，pp543-567.

[23] 坚持“四要素说”的学者认为，人类共同遗产原则虽然该原则至今尚未有明确和完全一致的国际法意义上的定义，但该原则至少包含以下四个要素：（1）任何国家、组织和个人不得占有人类共同遗产原则适用领域的任何空间、资源等，即不得占有原则；（2）原则的目的应旨在造福全人类，为全人类共同利益；（3）该原则的要素之一是仅用于和平之目的，禁止军事用途或使用武力；（4）应确保代际公平。
See Prue Taylor, Common Heritage of Mankind Principle, The Encyclopedia of Sustainability, Vol.3, 2011, pp.64-69.

[24] 秉持“五要素说”的学者认为，除上述四项要素外，人类共同遗产原则的内涵还应包括第五项要素，即：可持续发展和人类共同关切事项。
See Siavash Mirzaee, Outer Space and Common Heritage of Mankind: Challenges and Solutions, Rudn Jo urnal of Law, Vol.21, Issue 1, 2017, pp.102-115；Also See U.S. Legal Forms, Common Heritage of Mank ind Law and Legal Definition, Available at: https://definitions.uslegal.com/c/common-heritage-of-mankind/, Last Visited on October 10, 2019.

[25] 有国际法学者认为，人类共同遗产原则最少包含六大要素，分别是：（1）禁止占有原则；（2）全人类应共同获益；（3）确保保护自然环境（因为自然环境本身就是全人类共同利益）；（4）应以公平方式分享人类的共同利益；（5）应建立共同的制度，管理和分配共同利益；（6）利益应不受不公平的剥削（包括代际公平）。

现不同观点，进一步导致其法律意涵更加模糊。

最后，人类共同遗产原则缺乏明确的法律意涵对当前的 BBNJ 国际谈判产生了不容忽视的负面影响，引发各国的争议。在谈判中，部分发展中国家主张国家管辖范围外海洋生物资源应适用人类共同遗产原则，即与国际海底区域的矿物资源享有同等的法律地位。[26]以美国为代表的部分发达国家则认为，当前国际海洋法律制度明确的人类共同遗产原则只是适用于国际海底区域，将人类共同遗产原则扩大适用于 BBNJ 领域并不符合既违背了有关国际法原则，也不符合《公约》的规定。[27] 相反，美、日等发达国家认为人类共同遗产原则含义不清，且在更大程度上是有利于发展中国家的，主张 BBNJ 应适用“公海自由”原则。[28]此外，欧盟则认为，BBNJ 既不应适用人类共同遗产原则，也不能适用“公海自由”原则，欧盟更多的是从保护海洋生态系统的角度出发，主张采用预警原则和生态系统方式管理海洋环境和海洋资源。

（三）人类共同遗产原则缺乏广泛的国家实践

作为晚近国际法上的一项重要原则，人类共同遗产原则缺乏足够广泛的国家实践。在一项新的国际法律原则演变和确立的过程中，国家实践承担着使得该原则产生法律规范的作用。[29]尽管人类共同遗产原则已经在“区域”和外空得到确立，且被主张适用于南极和国家管辖范围外区域海洋遗传资源，但针对该原则的国家实践依然较少。

首先，从人类共同遗产原则在“区域”的国家实践来看，尽管《公约》得到了国际社会的广泛认同，且依照《公约》规定成立了国际海底管理局，但是“区域”及其矿产资源尚未进入实质性商业开发阶段，针对“区域”及其资源的收益共享的国家实践并不存在。进而言之，当前在国际海底管理局主持下的国际海底区域开发规章草案的制定工作仍然正在进行，而其中有关落实人类共同遗产原则的财务及企业部独立运作等问题仍然未完全达成共识，距离真正出现贯彻人类共同遗产原则的国家实践还需要耗费相当长的时间。

其次，从人类共同遗产原则在外层空间的国家实践来看，限于人类当前的科技水平和地区形势，人类共同遗产原则同样也只是纸上条文，有关的国家实践亦上不存在。并且，在外层空间领域，包括中国、美国、俄罗斯等主要的航天大国均未批准或加入《月球协定》，《月球协定》只得到了 13 个国家的批准。因此，在外层空间人类共同遗产原则不仅缺乏国家实践，更面临着能否得到国际社会普遍认同的困境。

再次，从人类共同遗产原则在南极的国家实践来看，仅有少数国家主张南极为人类共同遗产，而根据《南极条约》第 4 条第 1 款的规定，各国实际上并未放弃在南极原来所主张的领土主权权利或领土的要求，而只是暂时冻结这种要求，以待时机成熟。因此，人类共同遗产原则适用于南极区域不仅缺乏法律基础，而且也难以得到任何国家实践的支持。

最后，从人类共同遗产原则在 BBNJ 国际协定谈判中的情况来看，不仅缺乏相关国家实践，反而完全有可能出现对该原则进行修正的国家实践。自国家管辖范围外海洋生物资源备受国际社会关注以来，人类共同遗产原则能否在该领域直接适用就备受争议。2015 年，联

See Dr. Waseem Ahmad Qureshi, Protecting the Common Heritage of Mankind Beyond National Jurisdicti on, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol.36, No.1, 2019, pp.86-87.

[26] 参见张善宝：《国家管辖范围外深海底生物资源法律制度研究》，载《太原理工大学学报》2014 年第 1 期。

[27] See Lehmann F. The Legal Status of Genetic Resources of the Deep Seabed, New Zealand Journal of Environmental Law, 2016, pp.33-57.

[28] See John E. Noyes, The Common Heritage of Mankind: Past, Present and Future, Denver Journal of I nternational Law and policy, 2012, pp.447-450.

[29] See Christopher C. Joyner, Legal Implications of the Concept of the Common Heritage of Mankind, T he International Law and Comparative Law Quarterly, Vol.35, No.1, 1986, pp.190-199.

合国大会通过的第 69/292 号决议产生了一项具有法律约束力的文书，要求生物物种必须以可持续的方式加以利用。[30]事实上，联合国大会 BBNJ 非正式特设工作组也反对将人类共同遗产原则直接适用于国家管辖范围外海洋生物资源。[31]非正式特设工作组认为，为保护国家管辖范围外海洋生物的多样性，应限制人类共同遗产原则在该领域的适用。[32]部分学者也指出，有必要参照制《1994 年关于执行<联合国海洋法公约>第十一部分的协定》对人类共同遗产原则在 BBNJ 的适用作出修改，并在此基础上制订新的安排。[33]同时，在为人类共同遗产原则起草新安排时必须考虑到对公平、公正和公开原则的坚持。[34]因此，国际社会有可能在 BBNJ 问题上对人类共同遗产原则本身进行一定的修正。

三、对中国的启示

人类共同遗产原则是当代国际海洋法领域确立的最为重要的基本原则之一，该原则的提出、确立和适用对当代国际海洋法的发展有着重要影响，也深刻关切我国的重要海洋利益。尽管人类共同遗产原则面临着诸多困境，但其重要性和积极意义不容忽视。中国应与国际社会一起，积极推动和促进该原则的完善。

（一）积极赋予人类共同遗产原则新理念、新内涵

当前，中国参与国际海洋事务的广度、深度得到了极大地提升，中国参与国际海洋事务的角色也逐步朝着引领国转变。因此，这需要我国积极主动推动人类共同遗产原则的新发展，赋予人类共同遗产原则新时代的内涵。

具体而言，要以人类命运共同体理念为指导，推动人类共同遗产原则的发展。2017 年，党的十九大报告提出“各国人民同心协力，构建人类命运共同体，建设持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽的世界”。习近平主席进一步明确指出，中国特色大国外交就是要推动建设新型国际关系，推动构建人类命运共同体。[35]人类命运共同体的理念先后写入《中国共产党党章》和《宪法》，成为中国对外关系领域的根本性指导思想。[36]人类命运共同体理念是中国为坚定维护我国海洋权益，构建公正、合理的全球海洋秩序贡献的中国智慧方案，[37]其所具备的丰富的海洋法内涵能够有效推动人类共同遗产原则超越现有困境，焕发新的活力。同时，人类命运共同体理念与人类共同遗产原则有着高度一致性和契合性，两者秉承着共同的本质属性、相似的合作底线与一致的终极理念，以人类命运共同体理念为指导有利于推动共同继承理论在国际公域更为普遍的适用。[38]

一方面，人类命运共同体理念有助于进一步加强各国对人类共同遗产原则的内在认同与普遍理解。在第三次海洋法会议上，人类共同遗产原则就曾经被一些发达国家所曲解，例如美国就误认为《公约》将强制技术移转并在其第 11 部分提出了对深海探矿活动基本上非自

---

[30] See United Nations, General Assembly Resolution A/62/292.
[31] See Marie Bourrel, Torsten Thiele, Duncan Currie, The Common Heritage of Mankind as a Means to Assess and Advance Equity in Deep Sea Mining, Marine Policy, Vol.95, 2018, pp.311-316.
[32] Marie Bourrel, Torsten Thiele, Duncan Currie, The Common Heritage of Mankind as a Means to Asse ss and Advance Equity in Deep Sea Mining, Marine Policy, Vol.95, 2018, pp.311-316.
[33] See Dr. Waseem Ahmad Qureshi, Protecting the Common Heritage of Mankind Beyond National Jurisd iction, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol.36, No.1, 2019, pp.103-104.
[34] See Dr. Waseem Ahmad Qureshi, Protecting the Common Heritage of Mankind Beyond National Jurisd iction, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol.36, No.1, 2019, pp.103-104.
[35] 参见习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，载《人民日报》2017 年 10 月 28 日，第 001 版。
[36] 张辉：《人类命运共同体：国际法社会基础理论的当代发展》，载《中国社会科学》2018 年第 5 期。
[37] 参见陈思静：《人类命运共同体与海洋法的拓展》，载《理论探索》2018 年第 5 期。
[38] 参见邱文弦：《论人类共同继承财产理论的新发展——基于“一带一路”倡议的促动》，载《浙江工商大学学报》2019 年第 4 期。

由市场的规定以及国际海床管理局有权规范地球面积的 70%，并有权征收国际税等。[39]美国的这种错误的认识归根结底是没有深入了解人类共同遗产原则的意涵所造成的。而在人类命运共同体理念的指导下，使各国能够深刻认识到在事关全人类的问题上所具有的共同利益，也就更加容易理解人类共同遗产对于维护全人类共同利益的重要意义。

另一方面，人类命运共同体理念有助于在国际法的新发展领域更好的融入人类共同遗产原则。人类命运共同体理念将“合作”这一基石推进到“共商、共建、共享”的高度，深化了合作的意涵，使国际合作从合作发展到共商共建共享。[40]在“共商共建共享”原则的指导下，各国应当在相互平等的基础上秉持最大的诚意与善意展开适用人类共同遗产原则，并且共享由此而产生的惠益。

（二）应尽早明确人类共同遗产原则的法律意涵

当前，人类共同遗产原则适用困境的最根本原因之一在于其本身的法律意涵模糊，无法为其适用提供明确的法律规范。上文述及，目前学界对人类共同遗产原则的意涵认知意见各异，且不同学者对该原则意涵的解释往往选择有利于本国利益的方式。因此，笔者认为，对人类共同遗产原则内涵的明确需要溯本正源，即从该原则的初始概念和《公约》对该原则的规定来明确其法律意涵。

1967 年 8 月，马耳他驻联合国大使帕多在第 22 届联合国大会上提出人类共同遗产原则的这一概念。[41]帕多还认为，国际社会应起草一项条约，规定各国不得占有“区域”及其资源，海底只能用于和平目的，并要求成立一个国际机构负责国家管辖范围外海床、洋底及其底土的勘探、开发管理事务。[42]随后，在联合国第 22 届、23 届大会上亦审议了相关问题，并形成了一系列决议。联大第 22 届大会决议明确要求，“区域”及其资源属于全人类所共有，其利用应以和平为目的，并顾及人类的整体利益，尤其应考虑到地理不利国和发展中国家的权益；[43]第 23 届大会的决议认为，应设立专门的国际组织对“区域”及其资源进行管理，并应充分考虑资源利用过程中的环境保护。[44]此外，《公约》的有关规定是明确人类共同遗产原则法律意涵的最权威法律文件。《公约》第 140 条第 2 款则要求设立相应的机构以实现“区域”内经济、财政收益的公平分配。[45]第 141 条进一步规定，“区域”应不加歧视的开放给所有国家，专为和平目的利用。[46]

可见，人类共同遗产原则的法律意涵是有法可依的。人类共同遗产原则至少包含了以下四个方面的法律意涵：

一是以和平为目的的利用。不论是从帕多大使提案来看，还是从《公约》的规定来看，对国家管辖范围外的资源必须以和平利用为目的，禁止一切形式的武力行为。

二是不得占有的法律意涵。不得占有至少包括两层含义：（1）任何国家、国际组织、自然人或法人不得将国家管辖范围外资源据为己有或宣示或行使主权或主权性权利；（2）既不能为任何国家、国际组织、自然人、法人所占有，即应为全人类所共有。

---

[39] 参加傅崐成：《美国的政策转向与南海形势新动向》，载《人民论坛·学术前沿》2021 年第 3 期。

[40] 参加谢海霞：《人类命运共同体的构建与国际法的发展》，载《法学论坛》2018 年第 1 期。

[41] Lawrence Juda，Ocean Space Right：Developing U.S. Policy，New York: Praeger Publisher, 1975, p.82.

[42] See U.S. Congress, House, Committee on Foreign Affairs, Subcommittee on International Organizations and Movements, Interim Report on the United Nations and the Issue of Deep Ocean Resources, together with Hearings by the Subcommittee on International Organizations and Movements, Report No.999, 90th Congress, 1st Session 1967, pp.7-8.

[43] See UN A/Res/2340.C1.92.

[44] See UN A/Res/2467.C1.26.

[45] See UN Convention on the Law of the Sea，Article 140（2）.

[46] See UN Convention on the Law of the Sea，Article 141.

三是最终所得收益应不加歧视的公平分配。不加歧视的公平分配是国家管辖范围外资源属于全人类所共有的具体体现。当然，这种公平分配不是绝对的的“公平”，亦须考虑到前期投资者的成本与风险；分配也不仅仅指货币和经济层面的分配，也可以知识产权的转移，数据、信息的交换、共享等方式进行。其核心在于需要惠及全人类，且应不加歧视，尤其应考虑到地理不利国和发展中国家的权益。此外，公平的含义还应包括代际公平。

四是设立专门国际机构或组织，代为管理国家管辖范围外资源。

（三）BBNJ 中人类共同遗产原则的中国实践

人类共同遗产原则能否适用于 BBNJ，以及如何适用，关系着中国在国家管辖范围外海域海洋生物资源利用方面的重大利益。

首先，在 BBNJ 谈判中，中国应坚持适用人类共同遗产原则的立场。人类共同遗产原则是当代国际海洋法中由发展中国家与发达国家之间经过艰难谈判取得的重要成果。在 BBNJ 谈判中，以美、日为代表的发达国家提出的适用“公海自由”的主张，以及欧盟提出的优先考虑海洋环境和生态保护的主张均与中国的现实利益相悖。坚持将人类共同遗产原则适用于 BBNJ 领域，不仅能实现我国在国家管辖范围外海域海洋生物资源利用的利益最大化，同时能够获得广大发展中国家的支持，有着广泛的政治基础。

其次，人类共同遗产原则不宜直接适用于 BBNJ。一方面，从当前有关 BBNJ 的谈判来看，美、日等发达国家和欧盟尽管立场并不一致，但都强烈反对将人类共同遗产原则直接适用于 BBNJ 领域。同时，联合国大会关于 BBNJ 议题的非正式特设工作小组也反对将人类共同遗产原则直接适用于 BBNJ。可见，在不作修改或变动的情况下，直接适用人类共同遗产原则并无现实可能性。其次，现今海洋生物资源的利用和深海遗传资源的商业转化都高度依赖于欧美等发达国家的科学技术，中国在生物科技和生命科学等领域与欧美等发达国家有着较大的技术差距。倘若坚持直接适用人类共同遗产原则，会欧美等导致发达国家相互抱团，甚至另起炉灶，不利于在整体保护和利用国家管辖范围外海洋生物资源。

最后，人类共同遗产原则适用于 BBNJ 时的调整建议。上文述及，人类共同遗产经调整、修改后适用于 BBNJ，或将是最为务实且可行的方式之一。基于此，笔者认为，如对人类共同遗产原则进行调整，应把握以下几点：一是坚持为和平利用原则和不得占有原则不动摇。和平利用原则是当前国际社会普遍认可的基本原则之一，也是构建和平、稳定的海上环境的重要保障。[47]和平利用原则和不得占有原则是人类共同遗产原则最核心的要素，亦是国际社会的基本共识，在对人类共同遗产原则进行调整修正时，这两个基本要素的法律效力不容减损。二是最终所得收益应不加歧视的公平分配可以作一定的调整。考虑到我国和绝大部分发展中国家当前的科技水平和经济能力，短期内很难在 BBNJ 取得实质性的经济收益，因此，可允许部分具有技术实力和经济能力的国家对国家管辖范围外生物资源进行勘探，展开研究。但其勘探、研究取得的数据、信息可商定若干年的保密期，达到保密期限的须进行不加歧视的公开和共享，以顾及更多国家的利益。同时，对国家管辖范围外海洋生物资源的勘探和研究不能用于商业目的和进行商业性的牟利活动，应仅限于科学研究的范围之内。三是在专门性的国际组织和管理机构方面，应极力推动国际海底管理局作为 BBNJ 的专门管理机构。国际海底管理局既是国际社会广泛认可的“区域”及其资源的主管部门，亦有着丰富的国家管辖范围外海域资源管理经验，也符合中国自身的利益。

---

[47]参见王勇：《论中国与东盟国家在<南海行为准则>框架下构建打击南海海上跨国犯罪的法律机制》，载《政治与法律》2019 年第 12 期。

再议磋商请求在 WTO 程序规则中的意义：以澳大利亚诉中国 DS598 案为例

许艺馨　西南政法大学

摘要：至 2020 年 12 月 21 日为止，澳大利亚诉中国的 DS598 案件，是中澳彼此作为原、被请求方的第一起 WTO 案件。此前并未出现过中国或澳达利亚起诉对方的 WTO 案件。此案的磋商请求于当日向所有 WTO 成员方公布。磋商请求篇幅有限，请求方所表达的实体法主张较为简略。本文以澳方在磋商请求中的主要观点为基础，重点讨论磋商请求在 WTO 争端解决程序中的意义，对此案在中之后的诉讼程序可能出现的情况做出讨论，并简要研究了澳方作为请求方的以往案例。澳方在其磋商请求中技术性的允许了第三方参与磋商，提出了较为明确的违规类主张和模糊的非违规类主张。我国在之后的程序中需谨慎斟酌是否允许第三方参与磋商，充分利用磋商程序的时间节点，保护磋商的保密性，并严格审查澳方之后或提起的专家组请求确保其不扩大磋商请求的范围或改变其实质。澳方作为请求方的以往案例可借鉴内容有限，本文试图从以上方面为我国在本案之后的 WTO 争端解决程序中，或将来可能出现的（澳方作为请求方的）类似案例中合理行使自身的 WTO 程序权利提供参考。

关键词：DS598　　磋商请求　　WTO 争端解决　　专家组管辖范围

近年来中澳政治、贸易双边关系出现大幅恶化。[1]澳大利亚对华外交日渐失衡。[2]澳方驻 WTO 代表团于 2020 年 12 月 16 日向中国驻 WTO 代表团送达了磋商请求，质疑中国对澳大利亚大麦的反倾销和反补贴税措施。[3]我国一方面敦促澳方改善其对华政策。[4]另一方面，还需在 WTO 争端解决程序中合理行使自己的权利，尤其是程序权利，以在最小的成本和投入下尽可能的辅助我国其他对外政策。

本文试图从程序方面为我国在本案之后的 WTO 争端解决程序中，或将来可能出现的（澳方作为请求方的）类似案例中合理行使自身的 WTO 程序权利提供参考。文章第一部分将首先讨论磋商请求在 WTO 争端解决程序中的基本程序要求，包括撰写、送达规则，前置程序要求，时间节点及应对建议。第二部分对澳方在本案中主张的争议措施和法律依据进行阐述。第三章简述磋商请求中诉讼主张的种类及本案重点，为第四章讨论磋商请求与专家组请求的关系以及对专家组管辖范围的影响做铺垫。本文第五部分以 WTO 官网数据为基础，简要分析澳方作为 WTO 请求方的以往案件，并重点讨论与本案相关的美国-2000 持续倾销和补贴抵消法案中的澳方的磋商请求。最后总结本文的主要观点及未来相关研究的可期方向。

一、发起磋商请求的基本程序要求

WTO 诉讼中，提起磋商请求是 WTO 争端解决程序中正式发起争议的第一步。自此《WTO 争端解决管理规则与程序的谅解（the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes ）（下文称“DSU”）》规则开始适用。本案中澳大利亚（申请方）向中国（被申请方）直接发送磋商请求，题目为“中国 – 对澳大利亚大麦的反倾销和反补贴税措施”，并同时通知秘书处。那么发起磋商请求具体有哪些作用，争议双方需要遵守哪些时间节点，磋商请求的撰写与送

[1] 黄梅波 & 方紫琼. "中澳经贸关系发展现状与未来趋势." *亚太经济* 4(2020):70-79. 第 70 页.
[2] 外交部，外交部发言人：澳大利亚对中国企业采取歧视性措施的三点事实, 2020-12-16, http://sydney.chineseconsulate.org/chn/gdxw/t1840467.htm，2021 年 1 月 11 日最后访问。许善品. "走向失衡:澳大利亚平衡外交新动向." *太平洋学报* 8(2020):56-67. 第 56 页.
[3] China – Anti-Dumping And Countervailing Duty Measures On Barley From Australia, circulated 21 December 2020, WT/DS598/1, p. 1.
[4] 外交部. 王毅：希望澳大利亚认真思考中方到底是威胁还是伙伴, 2020-12-19, https://www.fmprc.gov.cn/web/wjbzhd/t1841329.shtml，2021 年 1 月 11 日最后访问。

达应该遵守哪些规定呢？本部分将对这些问题进行解答。

（一）进入审判程序的前提：磋商 VS 磋商请求

请求方发起书面磋商请求是案件进入专家组审理的前提条件。[5] 请求方发起的磋商请求是向被请求方发起争议存在的正式通知。[6]同时向所有 WTO 缔约方通知当前争端，使他们有机会考虑是否对该磋商具有实质贸易利益，考虑是否根据 DSU 第 4. 11 条申请加入磋商。[7]

WTO 争端解决程序设计磋商阶段，是希望各方在这一过程中解除误解，了解彼此的立场、主张和存在争议的措施，缩小争议范围，审视自身的长处与短处，争取在进入审判程序之前达成彼此满意的解决方案。[8] 即使无法通过磋商达成满意的解决方案，如墨西哥－玉米糖浆（第 21. 5 条-美国）案中上诉机构所述，磋商可以在案件进入专家组审理阶段之前提供一个机会界定和限定争议范围，为之后的程序打下基础。[9]

但这并不等同于将进行实际磋商设定为强制的、必经的，进入专家组审理的前提条件。“发起磋商请求”是进行“实际磋商”的前提。在被请求方收到磋商请求后没有及时回复磋商请求，或拒绝进行磋商的情况下，请求方可以越过磋商阶段的时限，直接提起设立专家组的请求（下文称“专家组请求”），从而进入审判程序。[10]

同时仅仅参与了实际磋商也不能被认为履行了前置义务。例如作为第三方参与他人发起的磋商之后，不得直接提起设立专家组请求。[11]在专家组和上诉机构审查申请方是否履行磋商的前置程序时，也无需审查磋商过程的实际内容，而只需审查书面磋商请求的内容。[12]

此外双方磋商过程本身是保密的。[13]磋商各参与方，争议双方和第三方均有义务履行保密义务，包括其代表和咨询师。[14]但是磋商请求却是公开的。申请方有义务将磋商请求发送给 WTO 秘书处，并由秘书处向 WTO 各缔约方和公众公布。[15]由此可见，“发起磋商请求”是进行“实际磋商”两者概念与内涵不同，保密性也不同。学术讨论中应更加明确的区分、使用相关名词与概念以免引起混淆。

（二）磋商请求在 WTO 争端解决程序中的时间节点及应对

WTO 争端解决程序之所以将磋商环节设置为争端解决程序的第一步，是为了促使争议双方，给双方提供一个机会在一个时间段内正式的进行交涉、讨论，争取在案件进入诉讼程序之前达成双方满意的解决方案。[16] 为此 WTO 程序规则为磋商环节设计了较为精细的时间节点。一般而言，被请求方应于在接到磋商请求之日起 10 日内回复。其他缔约方如果认为对该磋商具有实质贸易利益，则应于磋商请求分发之日起 10 日内，通知磋商各方和 DSB。回复同意磋商之后，双方应于 30 天内开始磋商。被请求方接到磋商请求之日的 60 天内请求方与被请求方无法达成协议的，请求方可以

---

[5] DSU, Annex 2 of the WTO Agreement, adopted in 1994, Art. 4.4.
[6] Appellate Body Report, Brazil-Measuring Affecting Desiccated Coconut, WT/DS22/AB/R, circulated 21 February 1997, at p. 21.
[7] 前引 [5]，DSU，第 4.11 条。
[8] 前引 [5]，DSU，第 4.5 条。
[9] Mexico - Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States (Article 21.5 – US), WT/DS132/AB/RW, Para. 54.
[10] 更多关于磋商过程时间节点的讨论，请看第一章第二节。
[11] 杨国华 & 李咏. "WTO 争端解决机制中的磋商程序研究." *法学评论* 21.2 (2003): 71-77.第 74 页。
[12] United States – Subsidies on Upland Cotton, WT/DS267/AB/R, circulated 3 March 2005, para. 287. 详细讨论请见本文第四章第一节。
[13] 前引 [5]，DSU，第 4.6 条.
[14] Thailand – Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H-Beams from Poland, WT/DS122/ AB/R, circulated 5 April 2001, para. 68.
[15] WTO, A Handbook on the WTO Dispute Settlement System, Second Edition, Cambridge University Press, 2017, p. 124.
[16] 前引 [5]，DSU，第 3.7 条.

进一步发起专家组请求。[17]如被请求方未及时回复，拒绝磋商，或磋商各方同意因磋商无法达成满意的解决方案而提前结束的，请求方可以提前发起专家组请求。专家组请求是开始进行专家组审理程序的第一步。

这些时间节点，对请求方和被请求方均有约束力，但是双方面对约束时间节点的动机不同。一般而言，WTO 争端中，请求方提起争端解决程序，是因为现实中发生了阻碍其对外贸易正常进行，损害其利益的事件。请求方向被请求方发起磋商请求是希望被请求方可以尽快终止阻碍事件，恢复原贸易状态，减少请求方损失。因此请求方是希望争议尽快得到解决的。而被请求方，作为被指称的阻碍事件实施者，其被质疑的政策或法令已然实施，该政策或法令符合其政府的政治目标，因此被请求方意欲保持现阶段的状态，本无动机理会请求方的诉求。因此 WTO 磋商环节各个时间节点的设计，一方面是强制请求方进行等待，给被请求方一个合理的期限对于所申诉的争议进行反应。另一方面，强制被请求方对于请求方的诉求做出反应，如果被请求方不做出反应，错过任一一个时间节点，则请求方无须等待时间节点，可以直接提起专家组请求。

这样的时间节点设计，旨在促使双方进行商谈。其最终目标是争取在第三方裁定介入之前，双方达成合意。因此只要争议双方达成合意，WTO 程序中的很多强制性规定均可调整，包括磋商环节各个时间节点。只要双方同意，被请求方回复磋商请求的时间，进入磋商的时间，磋商结束的时间均可调整，缩短或延长。实践中，双方更多的约定延长磋商时间。如果没有获得请求方同意，例如被请求方拒绝进行磋商，或者未在截至日期之内回应磋商请求、开始磋商，那么请求方可以越过磋商环节规定的最低期限，直接发起建立专家组的请求。

理论上，为了获得利益最大化，如果被请求方担心自己采取的政策或法规违背 WTO 有关规定，或欲拖延案件的进行，则应与请求方进行有效磋商，做出让步，促使请求方同意延期，或撤诉，或达成协议解决争端。实践中，通过双方协商解决的争端确实在 WTO 案件中占有很大比重。截至 2020 年 12 月 30 日，共 598 起 WTO 案件中（以提起磋商请求获得 DS 编号为准统计）有 278 起案件在提交磋商请求之后未进入诉讼阶段，其中 101 起案件在获得最终裁决前请求方要求了撤销、或被请求方终止了措施、或双方达成了合意。[18]

WTO 案件中，在专家组或上诉机构裁定被请求方败诉时有三种处理措施，第一种也是最常用的一种是要求被请求方在合理的期间内撤销或更改其政策或法规。第二种方式，要求被请求方提供补偿，或第三种授权报复措施应用的非常少。一般只有在被请求方未能履行判决，而请求方申请采取进一步措施时才会由上诉机构或执行组裁定授权报复。至 2020 年 12 月 30 日只有 9 起案件获得了授权。[19] 还有 6 起案件，被请求方被裁定未完全履行裁判，但是请求方也并未采取进一步措施，例如申请报复以执行判决内容。[20]

诉讼结果有待争论，即使败诉，中国或可撤销相关政策法令，或面临被贸易报复，或可不予处理。而报复措施一般来自贸易顺差国家，实在无法达成合意时采取的最后一部行动，旨在通过减少中国向该国的出口产值，弥补本国因中国之前的贸易政策法令而遭受的损失。而中国的贸易逆差国家由于过多依赖中国进口该国货物，很难实现通过减少中国向该国出口货物的国内政策而有效弥补

---

[17] 关于磋商的时限，WTO 也有适用于易腐烂物品等紧急情况的规定。如前引 [5]，DSU，第 4.8，4.9 条将相应时限缩短。但是本案中，请求方澳方并未提出适用此类程序规则，此处不做讨论。

[18] 根据 WTO 官网数据，截至 2020 年 12 月 30 日， Disputes by Member，https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm，2021 年 1 月 11 日最后访问。2021 年 1 月 11 日最后访问。

[19] WTO, Authorization to retaliate granted, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm，2021 年 1 月 11 日最后访问。

[20] WTO, Compliance proceedings completed with finding(s) of non-compliance https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm，2021 年 1 月 11 日最后访问。

本国的贸易损失。而澳大利亚实为中国的贸易逆差国家。中国每年从澳大利亚进口大量产品。澳大利亚很难通过国内政策限制来自中国的产品以实施对中国的报复，因为其从中国进口的产值远远小于其出口中国的产值，其报复措施无法弥补本国因减小出口中国而遭受的损失。从磋商请求开始到最后执行报复措施，需要经过专家组审理，上诉机构审理，关于执行合理时限与补偿程度的履行争议审理，授权报复等程序。如果中国败诉且基于综合考虑决定撤销相关政策法令，在案件进行所需至少近两年甚至更长的期间内，也许已经达成了原政策法令的政治目的。由此来看，采取可能违反WTO规则的对外贸易政策对于WTO成员方而言实为对不同可期结果进行利益得失考量之后的技术性选择。自磋商请求开始，根据时间节点，按部就班进行程序事项，适当拖延，不失为一种诉讼策略以达成最终的对外贸易有关的政治目的。

（三）磋商请求撰写与送达的程序要求

根据DSU第4.4条，请求方于须向被请求方直接发送磋商请求，并同时通知秘书处，列明相关的理事会和委员会。由秘书处将磋商请求分别发送给相关机构，包括WTO争端解决机构（the Dispute Settlement Body（DSB）），相关理事会、委员会，所有WTO成员，还有公众。[21]本案磋商请求于2020年12月16日送达被申请方，于2020年12月21日向所有WTO成员方公布。

根据DSU第4.4条，在磋商请求中，请求方应该阐明请求磋商的原因，包括确定的争议的措施以及诉讼主张的法律基础。[22]磋商请求文件中需提炼案件争议的主要内容，以督促被请求方进入磋商环节。实践中，措施请求的篇幅一般较短，常见的篇幅为1−2页。本案磋商请求文件大约3.5页，下文将对此案磋商请求中的争议措施、诉讼主张的法律基础进行阐述。

二、磋商请求中WTO诉讼主张的种类及本案重点

本案中，澳方第二段阐述中国违反WTO相关规则的主张分为二十六款，然第三段仅有一句话，提到中国的措施抵消或损害了澳大利亚直接或间接根据所引协议应得的利益。澳方并未解释具体何种利益受损。事实上第二段违反WTO规则的主张以及第三段抵消或损害了成员方根据协议应得利益的主张是WTO三大类诉讼主张之一。而不同类型的主张，其在诉讼中适用的程序规则有所不同。

根据GATT 1994第23条第1款，如果任何缔约方认为，由于：（a）另一缔约方未履行本协议规定的义务，或（b）另一缔约方任何措施的适用，无论是否与本协议的规定相抵触，或（c）任何其他存在的情况，其根据本协议直接或间接产生的任何利益被减免或削弱，或者本协议任何目标的实现受阻，任一缔约方为了使事项得到满意的调整可向其他有关的缔约方作出面陈述或提议。任何因此而被联系的缔约方应该对就此提出的表述或建议给予同情的考虑。[23] 正如文中a、b、c三种情形所述，WTO中三种诉讼主张可分为：违规（violation）、非违规（non−violation）、情势（situation）三种。

“违规”类主张，是目前为止WTO案件中最为常见的，质疑某缔约方未能履行义务或采取了与WTO规则不符的措施。此类主张质疑任一缔约方因违反WTO规则而减免或减损其他缔约方依据WTO规则本应享有的利益，或者因违反WTO规则而阻碍有关协议目标的达成。此类诉讼主张适用一般的程序规则，即专家组、上诉机构的报告通过适用反向一致原则，裁决的执行与监督可适用DSU中规定的合理履行期限仲裁和专家组审理履行程度争议等措施，裁判具有约束力。[24]

“非违规”类主张，强调某缔约方的措施导致其他缔约方依据WTO规则本应享有的利益受损或导致某协议目标的实现受到阻碍，无论该缔约方的措施是否违反WTO规则。如果利益损害存在，

[21] 前引[15]，第124页.
[22] 前引 [5]，DSU，第 4.4条。
[23] 前引 [24]，GATT 1994，第 XXIII:1条。
[24] 前引 [5]，DSU，第16.4条，第21.3、21.5条。

目标实现受阻，即使该措施不违法 WTO 规则，也可能受到质疑。日本-相胶片案专家组裁判中曾指出，尽管非违规救济是 WTO/GATT 争端解决的重要和公认的工具，并且已经“记载”了将近 50 年，但只有八起案件的专家组或工作组已实质性审议了 XXIII：1（b）的主张。[25] 这表明，GATT 的缔约方和世贸组织成员都谨慎地采用了这种救济办法，实际上，已将其视为解决争端的特殊手段。... 这种谨慎的理由很简单。 成员们就他们同意遵守的规则进行谈判，只有在例外情况下，他们才会因不违反这些规则的行为而受到质疑。之后的 EC – Asbestos 案中，上诉机构认也可该专家组意见。[26]

“非违规”诉讼主张适用的程序规则不同。根据 DSU 第 26 条第 1 款，只有被请求方行为是导致请求方的在涵盖的协议下的利益受损或协议目标实现受阻的原因时，专家组和上诉机构才可做出相应裁决和建议。当专家组或上诉机构认为第 23 条第 1 款（b）项适用于一项非违规措施时，DSU 程序的适用应满足以下条件：

（a）投诉方应提供详细的理由，以支持与不违反相关涵盖协议的措施有关的任何诉讼主张；（b）如果发现采取的措施确使相关协议项下的利益减免或受损或阻碍其目标的实现，但措施本身并没有违反该协议，则被请求方没有义务撤销该措施。但是，在这种情况下，专家组或上诉机构应建议有关缔约方作出相互满意的调整；（c）尽管有第 21 条的规定，应任何一方的请求，第 21 条第 3 款所规定的仲裁可裁判利益受损的程度，并建议达成双方满意调整的方法和手段。这些建议对争端各方不应具有约束力；（d）尽管有第 22 条第 1 款的规定，补偿可以作为使双方满意的调整的一部分，作为最终解决争端的方式。

由此可见，当请求方主张自身协议项下利益受损或协议目标实现受阻是因为被请求方的某项措施时，如果专家组或上诉机构认为该措施不违反 WTO 规则，则被请求方没有义务撤销该项措施。专家组和上诉机构只能建议双方做出满意的调整，补偿或可作为解决争端的方式之一。原根据第 21 条第 3 款有关执行合理期间的仲裁，可用于裁决利益受损的程度，但对于争议双方不具有约束力。

第三种“情势”诉讼主张涵盖导致抵消或减损缔约方利益或妨碍协议目标实现的任何其他情况。世贸组织从未提出过此类主张。 此种诉讼主张适用的程序同样也是特殊的。根据 DSU 第 26 条第 2 款只有导致请求方的在涵盖的协议下的利益受损或协议目标实现受阻的原因是被请求方的情势而非 GATT 1994 第 23 条第 1 款 a、b 两项的情形时，专家组和上诉机构才可做出裁决和建议。同时 DSU 的一般程序规定只适用到专家组报告分发。报告的通过、裁决的执行与监督都适用 1989 年 4 月 12 日的决定。[27]依据该决定反向一致投票规则不再适用专家组报告的通过，而需所有缔约方一致通过，因此任一一方均可能阻止程序的进行。[28]DSU 中规定的合理履行期限仲裁和专家组审理履行程度争议等措施不再适用于裁决的执行与监督。[29]如果专家组认为请求方成功的证明了其主张确实应适用 GATT 1994 第 23 条第 1 款 c 项条款，而且请求方的主张还包含适用 GATT 1994 第 23 条第 1 款 a、b 项的事项，那么专家组应该形成单独的报告分别处理 c 项和其他条款的有关事项，分别发送给 DSB。[30]

本案中澳方首先在第二段提及中方措施违反 GATT 1994，《反倾销协定》和《反补贴协定》中的有关规定。这些主张适用 WTO 争端解决的一般程序规定。而第三段只强调澳方利益受损，并未

---

[25] Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, circulated 22 April 1998, para. 10.36
[26] European Communities - Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos, WT/DS135/AB/R, circulated 12 March 2001, para. 186.
[27] WTO, Decision of 12 April 1989 on Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures, BISD 36S/61–67.
[28] 同上，第 G:3 条。
[29] 同上，第 I:2、I:3 条。
[30] 前引 [5]，DSU，第 26.2 条。

明确是否主张存在“非违反”的情形，是否主张适用 GATT 1994 第 23 条第 1 款 b 项。此处澳方留有伏笔，第三段的主张非本磋商请求的重点主张，但不排除澳方之后在专家组请求中提及适用 GATT 1994 第 23 条第 1 款 b 项的可能性。在之前澳方作为请求方的 WTO 案件中，澳方曾在磋商请求中对“利益受损”主张作出更为具体的阐述其依据。

如果磋商不成功，澳方可以提起专家组申请，使案件进入诉讼阶段。此案磋商请求的第三、四段应是为之后诉讼的程序，尤其是专家组请求中可能增添的主张所作的铺垫。待磋商期间通过与中国的交涉或自身的研究进一步完善论点论据，澳方可能在专家组请求中拓展其诉讼主张。这从一个侧面也反映出，本案很可能是澳方在近期与中国的政治、贸易摩擦不断发展过程中，为应对眼前的国际困境，为应对本国企业和国民的压力，而采取的较为仓促的举措。

虽然不排除澳方此处故意不进行说明，从诉讼策略上迷惑中国，待磋商期结束，正式进入专家组审理时再出其不意地展开论点的可能性。然而需要指出的是，根据上文分析，如若澳方之后将第三段的利益损失主张拓展，并以该措施违反 WTO 规则为依据，则此类主张仍需适用 WTO 一般程序规则。如若澳方之后将第三段的利益损失主张拓展，并以该措施非违反 WTO 规则为依据，那么此类主张则需适用 GATT 1994 第 23 条第 1 款（b）有关的特殊程序。此时，如前文所述即使澳方主张成立，中国也没有义务撤销措施，且有关执行的 DSU 第 21. 3 条项下仲裁裁决亦没有约束力。

此外，澳方在专家组请求中对于诉讼主张的拓展是有限的。专家组的职权范围和管辖范围的根据是请求方提交的专家组请求。而专家组请求受到磋商请求覆盖争议范围的限制。因此虽然不排除澳方此后针对这一主张进行展开的可能性，但其发挥范围受限，一般应在磋商请求中提到的争议条文范围之内。接下来的一张将重点针对这一问题进行讨论。

三、简析澳方磋商请求

根据 WTO 案件的命名规律，从磋商请求的题目中一目了然的是本案争议措施（measures at issue）的实施国家（被请求方）与该措施本身。本案中争议措施的实施国家是中国，措施本身为对澳大利亚大麦采取的反倾销和反补贴税措施。本案磋商请求正文主要分为四个主要段落。分别陈述了提起磋商请求的程序法基础（第一段），申诉的实体法基础（第二、三段），以及兜底结语（第四段）。

（一）澳方磋商请求程序法基础-第三方参与磋商

本案磋商请求第一段明确了澳方提起磋商请求的 WTO 程序法律基础。文中提到澳方 WTO 代表，受澳方政府指示，根据 DSU 第 1 和第 4 条，GATT 1994 第 22 条第 1 款，《反倾销协定》第 17（2）、（3）款，《反补贴协定》第 30 条，针对中国商务部 2020 年 5 月 18 日颁布的 2020 年 14 和 15 号文件及其所有附件和修订中规定的对澳大利亚进口大麦征收反倾销和反补贴税的措施向中国政府发出磋商请求。[31]这些程序法基础大部分为所有相关 WTO 争端磋商请求均需适用的条款，除了《1994 年关税与贸易总协定（General Agreement on Tariffs and Trade 1994 ）》（以下称“GATT 1994”）第 XXII：1 条。GATT 1994 第 22 条第 1 款和第 23 条第 1 款均可作为 GATT 1994 有关争议提起磋商请求的依据，但是两者对于是否允许第三方参与却有着不同的适用结果。请求方基于其诉讼策略选择以哪一条款为依据提起磋商请求。因此本小节对于这些程序法基础的讨论将不赘述一般规定，而重点围绕其对第三方参与磋商的影响。

澳方的程序法依据中，DSU 第 1 条规定了 WTO 争端解决程序的适用范围以及相关程序规则的效力等级，而第 4 条是关于磋商环节的程序规定。是所有 WTO 争端解决的案件均应适用的条款。GATT 1994 第 22 条第 1 款规定，任一缔约方应同情考虑并应提供足够的机会与另一缔约方就任何

[31] China – Anti-Dumping and Countervailing Duty Measures on Barley from Australia, WT/DS598/1, circulated 21 December 2020, p. 1.

影响本协定执行的事项所作的陈述进行磋商。[32] 而 GATT 1994 第 23 条第 1 款规定，如果任何缔约方认为……其根据本协议直接或间接产生的任何利益被抵消或削弱，或者本协议任何目标的实现受阻，任一缔约方为了使事项得到满意的调整可向其他有关的缔约方作出面陈述或提议。任何因此而被联系的缔约方应该对就此提出的表述或建议给予同情的考虑。[33]

两个条款均要求缔约方就争议事项给与同情的考虑，进行磋商。然而区别在于，GATT 1994 第 22 条第 1 款规定“任一缔约方” 应同情考虑并应提供足够的机会与另一缔约方进行磋商，而 GATT 1994 第 23 条第 1 款将做出反应的缔约方限于“因此被联系的缔约方”。根据 DSU 第 4. 3 条，“因此而被联系的缔约方”实为自收到磋商请求起于 10 天内回复的被请求方。因此第 23 条第 1 款将进行磋商的主体限定为请求方及被联系被请求方。其他缔约方不得自行申请作为第三方参与磋商。类似此两项条款规定的还有 GATS 第 22 条第 1 款或第 23 条第 1 款，此处不多赘述。

此外《反倾销协定》第 17（2）、（3）款为该协议中有关磋商的争端解决条款，是有关《反倾销协定》的争议均可适用的一般条款。有关争议均可以此为据提起磋商请求。两个条款均规定“每个”应当给与同情的考虑，进行磋商。而《反补贴协定》第 30 条更为概况，只简单地纳入了 GATT 1994 的第 22 条和第 23 条，即允许原告根据情况自行选择。此条款同样为该协议中的争端解决条款，是所有有关《反补贴协定》争议的程序法依据。由此可见，本案所引的这两个协议中的程序条款都没有限制第三方参与磋商。

本案中澳方选择以 GATT 1994 第 22 条第 1 款为根据，而非 GATT 1994 第 23 条第 1 款，实际上显示了请求方于诉讼策略上选择允许第三方参与磋商。但最终第三方能否参与磋商还取决于被请求方，本案中为中国的意见。根据 DSU 第 4. 11 款，只要磋商缔约方以外的缔约方认为其对于根据 GATT 1994 第 22 条第 1 款或其他相关条款进行的磋商有着重大贸易利益，则缔约方可以在磋商请求分发之日（本案为 2020 年 12 月 21 日）起 10 天内，将其希望加入磋商的意愿告知磋商缔约方和 DSB。如果被提起协商请求的缔约方（被请求方）同意其重大利益主张是有充分根据的，则该成员可参加磋商。如果被请求方不接受参与磋商的请求，则根据 GATT 1994 第 22 条第 1 款或第 23 条第 1 款，该申请缔约方（第三方）可以自行要求进行磋商。 由此可见，被请求方有权最终决定是否允许第三方参与 当前案件的磋商环节。如果被请求方拒绝第三方参与，则第三方需要另行立案，作为请求方另行提起磋商请求。

（二）澳方磋商请求的实体法基础

本磋商请求第二段具体阐述了澳方的第一个诉讼主张，即澳方认为中国对澳大利亚进口大麦征收反倾销和反补贴税的措施具体违反了哪些 WTO 规定下的义务。而第三段简略提到，中国的措施抵消或损害了澳大利亚直接或间接根据所引协议应得的利益。第四段为兜底陈述，保留处理其他措施和主张的权利。下文将首先根据各项主张的内容分段，简述各项主张的内容，为下文集中讨论磋商请求中诉讼主张的种类与区别铺垫。

第二段中澳方引用的协定有三个：GATT 1994，《反倾销协定》和《反补贴协定》。其第一款和第二款是针对该措施中的有关定义。第三款至第六款针对反倾销和反补贴调查的程序正义，包括调查申请，证据审查等。第七款至第九款是有关信息公开的主张，而第十、十一款、第二十三款是针对中国的决策程序。其他条款则针对该措施如何确定反倾销、反补贴税额，因果关系，和损害提出质疑。除第十三款，是针对中国没有适当地在提供信息方面给与当事方援助。

1、关于相关定义的主张

具体而言，第二段第一款提到争议措施违反《反倾销协定》第 2. 1、2. 6、 3. 1、 3. 6 条，第

[32] GATT 1994, Annex 1A of the WTO Agreement, adopted in 1994, Art. XXII:1.
[33] 前引 [24]，GATT 1994，第 XXIII:1 条。

5.2 条第(i) 、(iv)款，以及《反补贴协议》第 6 条，第 11.2 条第(i) 、(iv)款，第 15.1 条，脚注 46，和第 15.6 条。因为澳方认为根据这些条文中的相关规定，中国错误地定义了所考虑的产品，也错误地定义了类似产品。第二款中，澳方提出该措施违反《反倾销协定》第 4.1 条和《反补贴协议》第 16.1 条，因为根据这些条文中的相关规定，中国错误地解释和适用了“国内产业”的定义。

2、关于调查程序的主张

第三款中澳方根据《反倾销协定》第 5.1、5.2、5.4 条和《 反补贴协议》第 11.1、11.2、11.4 条中的有关规定，认为中国发起的反倾销和反补贴调查的程序不当，因为调查不是基于“由国内行业或代表国内行业”提出的申请。另外，澳方还认为中国未能基于国内同类产品生产者所表达的对于该申请的支持或反对程度的审查而决定该申请是否符合“由国内行业或代表国内行业”。第四款中澳方提到《反倾销协定》第 5.2、5.3 和 5.8 条以及《 SCM 协议》第 11.2、11.3 和 11.9 条，认为中国没有审查申请中提供的证据的准确性及充分性，没有拒绝申请或以缺乏足够证据为由及时停止调查。第五款提到《反倾销协定》第 6.1 和 6.2 条以及《反补贴协定》第 12.1 和 12.2 条，因为澳方认为中国违反条文中的相关规定，尤其是没有为所有有关当事方和 WTO 有关成员方提供足够的机会以展示所有相关信息和证据。第六款中，澳方认为中国没有为所有利益相关方提供捍卫其利益的充分机会，因此违反《反倾销协定》第 6.2 条。

3、关于信息公开的主张

关于信息公开，第七款中澳方认为该措施违反《反倾销协定》第 6.4 条和《 反补贴协定》第 12.3 条，因为中国未能及时为所有利益相关方提供机会，去查看与他们的案件陈述有关的所有信息，并基于这些信息准备案件陈述。第八款提及《反倾销协定》第 6.4 和 6.5.1 条，以及《 SCM 协议》第 12.3 和 12.4.1 条，澳方认为该措施未能提供或要求申请人和利益各方提供足够的涉密信息的非机密摘要。第九款提及《反倾销协定》第 6.6 条和《 SCM 协议》第 12.5 条，因为中国在调查过程中未能使利益各方提供信息的准确性令人信服，其中包括有关大麦国内价格信息的准确性，以及与中国大麦产业状况有关的各种经济指标统计的准确性。

4、关于决策程序的主张

第十款提到《反倾销协定》第 6.8 条和附件二以及《 反补贴协定》第 12.7 条，认为该措施不当地基于可得事实做出决定，因为：

没有考虑可核实的，适当提交的信息，以便可以将其适当地用于调查而不会造成不适当的困难，这些信息应及时提供，并在适当的情况下如中国要求的以中等或计算机语言提供；

不当的没有正当理由的情况下忽视了利益各方尽其最大能力提供的信息；

未立刻通知供应方不接受证据或信息的原因，未能提供进一步在合理时间内提供解释的机会；

在公布的决定中，没有给出拒绝此类信息的理由

在作出调查决定时没有做到特别谨慎。

第十一款提到《反倾销协定》第 6.9 条和《 反补贴协定》第 12.8 条，因为除其他外，中国没有向利害关系方披露正在考虑的重要事实，这些事实是当事方在足够的时间里为捍卫自己的利益做出决定的基础。第二十三款提及违反《反倾销协定》第 12.2 条和第 12.2.2 条以及《 反补贴协定》第 22.3 条和第 22.5 条，因为除其他外，中国未能对其认为重要的所有事实和法律问题得出的结果和结论，以及接受或拒绝相关论点和主张的原因，提供足够详尽的细节。

5、关于反倾销税、反倾销税额确定的主张

第十二款提到违反《反倾销协定》第 6.10 条的规定因为，除其他外，中国并未确定每个已知被调查的大麦出口商或生产商的倾销幅度。第十四款提到该措施违反《反倾销协定》第 2.1 条，因为中国未能确定存在第 2.1 条所定义的倾销。第十五款提到违反《反倾销协定》第 2.2 条的原因是，

除其他外，中国在没有正当理由的情况下不恰当地参考第三国销售确定了正常价值，并且其对第三国销售的选择不具有“可比性”，“代表性”或来自一个“适当的第三国”。第十六款提及违反《反倾销协定》第 2.3 条，因为除其他外，中国在不适当地放弃出口商和生产商提供的关于大麦出口价格的信息时，没有基于合理的基础确定出口价格，而是以第三国信息为参考确定了出口价格。第十七款提及违反《反倾销协定》第 2.4 条的原因是，除其他外，中国未能在出口价格与正常价值之间进行公平的比较，包括未能调整影响价格可比性的因素，并且未指明进行公平比较所需的信息包括（未能披露）确定出口价格和正常价值的方法。第十八款提到该措施违反《反倾销协定》第 2.4.2 条，因为除其他外，中国确定倾销幅度时没有以比较所有可比出口交易为根据。第二十一款提及该措施违反《 GATT 1994》第六条第 2 款和《反倾销协定》第 9.1、9.2 和 9.3 条，因为除其他外，中国：在未满足征收反倾销税的所有条件的情况下征收反倾销税；没有征收适当额度的反倾销税；没有基于个案征收反倾销税；征收的反倾销税超过了根据第 2 条本应确立的倾销幅度。

第十九款提到该措施违反《 SCM 协议》第 1.1、1.2、2.1、2.2 和 2.4 条， 因为，除其他外，中国不当地建立了《 SCM 协议》第 1 条第 1 款定义的补贴的存在，包括通过不当地确定澳大利亚大麦生产商被授予了“利益”，并不当地确定了所谓的补贴是针对澳大利亚境内某些企业的。第二十二款提及违反《 GATT 1994》第六条第 3 款和《 反补贴协定》第 19.4 条的原因是，除其他外，中国使用了不充分的方法来确定补贴金额，因此对进口的澳大利亚大麦产品征收的反补贴税额不当，超出了发现存在的补贴金额。

第二十款提到该措施违反《反倾销协定》第 3.1、3.2、3.4 和 3.5 条，以及《 反补贴协定》第 15.1、15.2、15.4 和 15.5 条，因为除其他外，在所谓的损害问题上，中国关于受调查的进口商品的影响和所谓的因果联系的分析不是基于对直接证据，对与行业状况有影响的所有相关经济因素和指数，对除倾销进口商品以外所有已知因素，对当局面前所有的相关证据的客观检查。

8、其他主张

第二十四款提及该措施因为上述违反《反倾销协定》和《 SCM 协议》的行为，因而违反 GATT 1994 第 6 条。第二十五款提及该措施由于上述违反《反倾销协定》的行为而导致的《反倾销协定》第 1 条。第二十六款提及该措施由于上述违反《 SCM 协议》和 GATT 1994 的行为，因而违反《 SCM 协议》第 10 条和第 32.1 条。

第十三款提到该措施违反 《反倾销协定》第 6.13 条和《 反补贴协定》第 12.11 条，因为除其他外，中国没有适当考虑到当事方在提供所要求的信息方面遇到的困难，并且没有提供任何切实可行的援助。

第三段，中国的措施抵消或损害了澳大利亚直接或间接根据所引协议应得的利益。第四段，澳方保留在磋商中处理 WTO 协定有关上述事项规定项下的其他措施和主张的权利。最后是澳方的礼貌性结语，我们期待收到您对当前请求的答复并期待确定一个双方便宜的协商日期。

此磋商请求中虽然指出了具体的条文并阐明了基本的实体法主张，但澳大利亚对于中国措施存在的争议表述仍极为简略，且只有主要观点缺乏证据及对于主张的论证，在可见的案件客观资料有限的情况下，此时进行实体法相关的讨论较为困难，其意义也有限。因此下文将以程序法为基础，讨论本案磋商请求中的诉讼主张在案件程序运行上的意义。

（三）对澳方磋商请求的分析与应用

关于争议措施，根据当前 DS598 案中磋商请求第一段陈述，争议措施为中国商务部于 2020 年 5 月 18 日颁布的 2020 年 14 和 15 号文件及其所有附件和修订中规定的对澳大利亚进口大麦征收反倾销和反补贴税的措施。澳方之后在专家组请求中提出的争议措施范围应以此为限，不应涉及其他文件。

正如 DS295 案中，美国于 1999 年 3 月 3 日和 4 月 19 日由不同政府机关，基于不同基本法，在不同出版载体上颁布了实施效果类似但并不互为依存的政令，虽然都是针对欧共体未能履行欧共体－香蕉案裁决做出的救济措施，但是专家组和上机构确将两者认定为独立的、法律上区别的措施。欧共体未能扩大专家组管辖范围至 4 月 19 日政令，且由于专家组成立时，3 月 3 日政令已经失效且不再影响缔约方利益，专家组认为无需对其做出裁判。因此，如果中国之后采取了类似措施，澳方不可以无端扩大专家组管辖范围。

关于法律依据，澳方于磋商请求第二段中阐释了其认为该措施违反了哪些 WTO 涵盖协议中的具体条文。如果澳方于专家组请求中增加其他 WTO 涵盖协议的具体条文，以此扩大专家组管辖范围，其增加的条文依据应符合来自磋商的“自然演化”且“不改变（原争端）实质”的要求。[34]

而第三段中，澳方只简略提到，中国的措施抵消或损害了澳大利亚直接或间接根据所引协议应得的利益。并未说明该措施具体如何抵消或损害了澳方的利益，并未提供具体的法条依据。关于是否有权基于第二段提到的具体条文主张第三段中利益损失的问题，目前 WTO 法规和案例中并没有于段落划分上的严格限制的规定或先例。相反，如上文的美国–高地棉案中，上诉机构和专家组有通过脚注、上下文理解，补充暗示信息的做法。[35] 即使澳方可以基于第二段提到的条文而主张第三段提及的利益损失，基于上一节的分析，本文认为其主张应以第二段中提及的条文为限。[36]不应扩大法律基础的范围到 “所引协议”的其他条文。

当前磋商请求中所引协议包括 GATT 1994、《反倾销协定》,《反补贴协定》。如果澳方效仿上诉机构于墨西哥–大米反倾销措施案中的裁判逻辑以：1）增加的条文与实际磋商的内容有关；2）磋商请求中提及该条文所在的协议（墨西哥–大米反倾销措施案中中为协议的附件）为由，要求纳入三个协议的其他条文。则中方应以保密的必要性为由拒绝披露实际磋商的内容，并对澳方披露相关内容提出异议。另外中方还可主张如果允许在如此宽泛的范围内增加法律依据，将加剧诉讼不确定性，且不利于被请求方在有限的范围内与请求方进行磋商及进行应诉准备，影响磋商的效力与达成双方满意的解决措施的 WTO 宗旨相违背，因此提出异议。

除本案外，在澳大利亚作为请求方的 WTO 案件中，还有 DS217 美国–2000 持续倾销和补贴抵消法案同样涉及以抵消倾销和补贴为目标的争议措施。且该案的磋商请求也同时包含了违规主张和利益损失的主张。下文将对澳大利亚作为请求方的 10 个案件进行简要分析，之后重点讨论 DS217 美国–2000 持续倾销和补贴抵消法案的磋商请求。

四、澳方为请求方的以往案件及相关磋商请求

至 2020 年 12 月 21 日为止，DS598 是中澳彼此作为原、被请求方的第一起 WTO 案件。此前并未出现过中国或澳达利亚起诉对方的 WTO 案件。为了进一步了解澳方作为请求方的诉讼模式和逻辑思路，本文试图研究以往澳方作为请求方的 WTO 案件。根据 WTO 官网统计数据，澳大利亚在 WTO 诉讼中作为起诉方的共有 10 起案件（见表 1），作为被请求方方有 16 起案件，作为第三方参与了 112 起案件。[37]

由表 1 可见，目前为止澳方作为请求方起诉的 WTO 案件中，被请求方涉及 8 位 WTO 成员方，美国（2）, 欧盟（2），匈牙利（1），印度（1），韩国（1），加拿大（1），印度（1）。澳方对美国和

---

[34] Mexico — Anti-Dumping Measures on Rice, WT/DS295/AB/R，para. 138.
[35] Appellate Body Report, US – Upland Cotton, para. 291-4.
[36] Panel Report, EC – Fasteners (China), para. 7.207.
[37] 根据 WTO 官网数据，截至 2020 年 12 月 30 日， Disputes by Member，https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm，2021 年 1 月 11 日最后访问。中国在 WTO 诉讼中作为起诉方的有 21 起案件，作为被请求方方有 45 起案件，作为第三方参与了 186 起案件。双方只作为第三方共同参与过案件，共计 64 起。

欧盟各提起两起针对不同争议措施的案件，且均是在两年之内连续提起的。澳方在 1996 年至 2003 年之间，以及 2018 年至 2020 年之间以几乎每年一件的频率提交磋商请求，2004 至 2017 年之间却没有提交任何磋商请求。

澳大利亚作为请求方的有十起案件				
被请求方	案件数	案件号	磋商请求提交时间	争议措施
匈牙利	1	DS35	1996	农产品出口补贴
印度	1	DS91	1997	农产品、纺织品和工业产品进口数量限制
韩国	1	DS169	1999	影响新鲜，冷藏和冷冻牛肉进口和销售的若干措施（例如数量限制，限制进口牛肉到专门商店销售，限制其展示方式等）
美国	2	DS178	1999	对澳大利亚进口新鲜，冷藏或冷冻羔羊的保障措施
		DS217	2000	2000 持续倾销和补贴抵销法
欧盟	2	DS265	2002	糖出口补贴
		DS290	2003	农产品和食品的商标和地理标志保护
加拿大	1	DS537	2018	杂货店葡萄酒销售管理措施（例如产品加价，市场准入和上市政策，关税和税收）
印度	1	DS580	2019	关于糖和甘蔗的国内支持和出口补贴措施
中国	1	DS598	2020	对澳大利亚大麦的反倾销和反补贴税措施

在澳大利亚作为请求方的 10 起 WTO 案件中，只有 DS217 美国–2000 持续倾销和补贴抵消法案（以下称“美国–抵消法案”）同样涉及以抵消倾销和补贴为目标的争议措施。此案磋商请求由澳大利亚，巴西，智利，欧盟，印度，印度尼西亚，日本，韩国和泰国（以下称“各请求方”）于 2000 年 12 月 21 日向美国和 DSB 发出，2001 年 1 月 9 日公布。

此磋商请求确定的争议措施于 2000 年 10 月 28 日签署的 1930 年关税法修正案，其标题为“ 2000 年持续倾销和补贴抵消法”（以下称“抵消法案”）。其程序法依据同样包括 DSU 第 4 条，GATT 1994 第 22. 1 款，《反倾销协定》第 17. 2、17. 3 款，《反补贴协议》第 30 条，此外还包括《反补贴协议》第 7. 1 款。由于本文篇幅有限，且依据本文主题，此处不对此案展开讨论，只关注其磋商请求中与 DS598 相似或不同之处。

抵消法案的目的是抵消签发反倾销令或裁判或反补贴税令后的进口产品的持续倾销或补贴。为此，该法案要求美国海关当局每年为补偿“受影响的国内生产者” 的“合格支出”，向其分发根据《 1921 年反倾销法》反补贴税令，反倾销令或裁判征收的关税。[38] “受影响的国内生产者”包括请愿人或支持情愿的利益相关方。 “合格支出”包括与“制造设施，设备，获取技术、原材料或其他投入”有关的支出。该法令不赋予主管当局任何自由裁量权。只要该法令规定的条件出现，他们就必须支付“补偿”。因此，该法构成了强制性立法，其本身受争端解决制约。

“补偿”构成了针对倾销和补贴的特定行动，但是 GATT、《反倾销协定》和《反补贴协议》中没有允许这种特定行动。此外，“补偿”极大地激励了国内生产者提出或支持反倾销或反补贴措

[38] 前引 [81], WT/DS217/1, 第 1 页。

施调查的申请，从而扭曲了《反倾销协定》和《反补贴协议》中申请人资格有关要求的适用。此外，该法令使承受反倾销或反补贴税令的出口商更难向主管当局担保，因为受影响的国家国内生产者对反对担保主张征收反倾销和反补贴税存在既得利益。[39] 本案各请求方认为，这不是对实施《反倾销协定》和《反补贴协议》中申请人资格审查和担保有关规定的美国法律法规的合理和公正的执行。

鉴于以上原因，该法案违反了美国在如下条款中所负有的义务：《反倾销协定》的第 18. 1 条，以及 GATT 的第 VI:2 条和《反倾销协定》第 1 条；《反补贴协议》第 32. 1 条，以及 GATT 第 VI. 3 条和第 4. 10 条，《反补贴协议》 第 7. 9 和 10 条；GATT 第 10. 3 条 a 款； 《反倾销协定》第 5. 4 条和《反补贴协议》第 11. 4 条；《反倾销协定》第 8 条和《反补贴协议》第 18 条； 和建立世界贸易组织的《马拉喀什协定》第 16. 4 条，《反倾销协定》第 18. 4 条和《反补贴协议》第 32. 5 条。

此外在美国-抵消法案中，澳方还提出的利益减免主张。分为两个方面：一个方面是因该案争议措施违反 WTO 规定而导致澳方的利益遭受减免。澳方指出，在与上述条文不符的情况下，该法案似以 GATT 1994 第二十三条第 1 款 a 项所述的方式减损各请求方根据所引协议所获得的的收益。由上文第三章讨论可知 GATT 1994 第二十三条第 1 款 a 项即为违规类主张。

澳方提出的利益减免主张的第二个方面是非违规类主张。澳方指出，无论是否与所引用的协定相抵触，该法案都可能以第二十三条第 1 款（b）项所述的方式减免或减损各请求方依据这些协议（所引协议）所获得的的收益或阻碍达成这些协议的目标。由上文第三章讨论可知 GATT 1994 第二十三条第 1 款 b 项即为非违规类主张。

此外，各请求方认为根据该法案支付的“补偿”构成了《反补贴协议》第 1 条规定的特定补贴，可能以以下方式对他们的利益造成《反补贴协议》第 5 条的意义上的“不利影响”：（1）抵消或减免各请求方依据 GATT 中美国承诺的关税减让所享有的利益； （2） 《发补贴协议》第 6 条意义上的“严重偏见”。

在美国-抵消法案中，澳方在之后提交的专家组请求中并没有改变争议措施的范围和诉讼主张的法律依据。其提及的该抵消法案违反的 WTO 涵盖协议中的条款与磋商请求中列明的相同。[40]同时，专家组请求删除了非违规类利益减免主张。只提及在与上述条文不符的情况下，该法案减损各请求方根据所引协议所获得的的收益。[41] 争议各方对于磋商请求中的内容及其与专家组请求的范围并没有争议。鉴于以上原因本案专家组和上诉机构并没有需要做出有关磋商请求的裁判。

通过该案的磋商请求可以看出，虽然两个案件涉及的争议措施都是抵消倾销及补贴的措施，但其措施本身还是存在很大区别的。美国-抵消法案中的争议措施是美国海关当局在征收反倾销和反补贴税之后将税款返给国内请愿相关方的措施。这一措施发生在征收之后，是关于对征收税款的处理。由于该抵消法案是一项新的复杂的措施，专家组及上诉机构的裁判重点问题之一是判断其是否适用 GATT、《反倾销协定》、《反补贴协定》，即判断其是否为《反倾销协定》第 18. 2 条和《反补贴协议》第 32. 1 条规定的“针对倾销与补贴的特定行动（specific action against dumping/subsidy）”。[42] 最后专家组及上诉机构裁判其确为“针对倾销与补贴的特定行动”，且违反 WTO 相关规定。[43]

而 DS598 案中的争议措施是征收反倾销和反补贴税本身，是 WTO 涵盖协议中明确规定的, 在符合规定的条件时被允许的“针对倾销与补贴的特定行动”。[44]在美国-抵消法案中美国提出，专家组同样区别了两项措施。专家组将其管辖的争议措施确定为抵消法案，而非征收反倾销和反补贴税

---

[39] 同上, 第 2 页。
[40] 前引 [81]，WT/DS217/5，第 2 页.
[41] 同上。
[42] 前引 [81]，WT/DS217/R，第 7.51 段。WT/DS217/AB/R, 第 318 段。
[43] 同上。
[44] 《反倾销协议》第 9 和 18.2 条。《反补贴协议》第 10 和 32.1 条。

的措施。[45] 被请求方美国也认为两项措施不同，并以此为由在上诉机构审判程序中提出，专家组报告中针对抵消法案的裁判结合了美国反倾销和反补贴税的征收措施，因此超出了专家组的职权范围。[46] 专家组在有关问题的小节中强调其发现和结论仅与该抵消法案有关，该抵消法案在非常特殊的情况下将反倾销或反补贴令的实施与抵消性补贴的赠与相结合，如此构成了“针对倾销或补贴的特定行动”。[47] 然而最终上诉机构并未就此问题展开讨论，因为美国未在其上诉通知书提及此问题，因此这一问题不在上诉机构的审理范围内。

由以上分析可见，对于当前的 DS598 案，澳方作为请求方的以往案例中可以参考的内容有限。而看似相关的美国-抵消法案在争议措施上也存在着本质上的区别。

六、总结

本文以澳方在磋商请求中的主要观点为基础，重点讨论磋商请求在 WTO 争端解决程序中的意义，并对此案在中之后的诉讼程序可能出现的情况，以及我国的应对策略做简要讨论。本案中澳方在其磋商请求中允许第三方参与，并提出了较为明确的违规类主张和模糊的非违规类主张。澳方作为请求方的以往案例可借鉴内容有限，从磋商请求的程序角度考量，我国在之后的程序中需谨慎斟酌是否允许第三方参与磋商，充分利用磋商程序的时间节点，保护磋商的保密性，并严格审查澳方之后或提起的专家组请求确保其不扩大磋商请求的范围或改变其实质。

[45] 前引 [81]，WT/DS217/R，第 7.113 段。
[46] 前引 [81]，WT/DS217/AB/R， 第 197-201 段。
[47] 前引 [81]，WT/DS217/R， 第 7.5 段。

《南极条约》第4条的法律意涵及中国应对[1]

许子昀　复旦大学

摘要：南极条约的第四条“搁置”了各国的领土主权争议，50年来，使各国在科学和其他领域不受主权竞争的阻碍进行合作。第4条旨在暂时对南极的领土主权问题避而不谈，其用语的“模糊性”使得对南极问题存在不同立场和要求的国家对此存在不同的理解，意在为领土主权问题寻求一个较为和缓、各国皆可接受的临时性解决方案，但此问题并非终无定论，各国可能在其“冻结”的规定之下谋求更多变通的方法，通过增强科研能力、设置“准领土管辖权”等各种方式不断增强其实质性存在。所以，中国应当以“构建人类命运共同体”的理念作为中国投身南极治理的基本理念和方向指引，推动南极向“准公域”的方向转化，不断加强和完善有关南极的国内立法框架体系，深化和他国在南极问题上的官方和非官方层面的合作，维护自身和全人类在南极的权利和利益。

关键词：南极条约第4条；冻结条款；法律意涵

引言

南极，一个被巨大冰盖笼罩的大陆，面积广阔，约1391.8万平方千米，是全球第五大洲。气候条件恶劣，干燥、寒冷、风暴较多，与其他海洋相对隔绝，生态系统格外脆弱。目前南极条约体系中关于“南极地区”的疆界和范围划分标准并不尽相同，本文所称“南极地区”为南纬60°以南的南极洲大陆及周边的岛礁与南极洋。随着人类社会的不断发展，极地事务已经成为全球热点事务之一，南极日益凸显出其重要的经济价值。

一、《南极条约》第4条的立法背景

《南极条约》第4条的立法初衷，实则是给虽然经过多轮谈判、但未能解决的主权归属问题一个暂时的、调和性的方案，缓解各国主权纷争引起的冲突与矛盾，同时，起到了使各国力量相互制衡、促进各国相互合作的作用，姑且回避了南极领土存在的主权要求或其他权利要求，但又未清晰地阐明南极的领土主权状态，[2]使得《南极条约》能够被各国接受且正式生效。实际上，《南极条约》并没有真正解决南极的领土主权问题，[3]而且并不涉及南极大陆架包括外大陆架界限的划定问题，[4]留有诸多余地。

（一）领土主权争端的历史

1. 前期领土主张

十九至二十世纪，出于对欧洲殖民主义者向地球上尚未征服的地区扩张的不满，[5]各国开始将目光转向了南极大陆。同时，伴随着一些大国的崛起，新一轮旨在“瓜分”地球剩余土地的争夺战也拉开了帷幕。

20世纪开始，各国对南极领土主权和资源开发等权利进行了激烈的争夺。阿根廷、澳大利亚、法国、挪威、新西兰、英国和智利七国分别对南极大陆提出领土主权要求。[6]20世

---

[1] **[基金项目]** 国家社会科学重大项目“构建人类命运共同体国际法治创新研究”（18ZDA153）；国家社会科学基金重点项目“‘人类命运共同体’国际法理论与实践研究”（18AFX025）。

[作者简介] 许子昀(1995-)，女，福建周宁人，复旦大学法学院级国际法学专业博士研究生，研究方向：国际法学。

[2] 李政谦：《南极大陆架问题研究》，《东方企业文化》，2012年第8期，第162页。

[3] John Hanessian, The Antarctic Treaty 1959, 9 Int'l & Comp. L.Q. 436 (1960).

[4] 颜其德、朱建钢：《<南极条约>与领土主权要求》，《海洋开发与管理》，2008年第4期，第78页。

[5] 潘敏 著：《国际政治中的南极》，上海交通大学出版社2015年版，第25页。

[6] 陈玉刚：《试析南极地缘政治的再安全化》，《国际观察》，2013年第3期，第56页。

纪 40 年代，澳大利亚、英国、法国、挪威和新西兰分别承认了彼此于南极洲的领土主权。直到 20 世纪 50 年代之前，前述七个国家提出领土主权要求的地区已占南极大陆总面积的五分之四以上[7]。由于其中的一些国家领土主权要求之间存在重叠，同时领土主权主张国与未主张国之间出现利益冲突，矛盾和争端也随之形成。其中，美苏二国虽未提出领土主权要求，却保留提出要求的权利。

2. 后期新的领土主张——南极海域

1982 年《联合国海洋法公约》通过之后，阿根廷、澳大利亚、法国、新西兰、英国以及智利分别发表了南极海域的领海声明，挪威则保留其提出领海声明之权利。并且，阿根廷、澳大利亚、法国、新西兰以及智利还提出了毗连区的声明。其中，阿根廷、澳大利亚、法国以及智利还对其“南极领土”外 200 海里的专属经济区发表了声明。[8]不仅如此，随着 1982 年《联合国海洋法公约》大陆架制度的建立，存在南极大陆领土主张的七国纷纷开始关注其是否在南极地区是否还存在大陆架的主权权利。目前的南极领土主权主张国中，有六个国家[9]提交了划界案或部分划界案。[10]其中有三个国家[11]已于划界案中对其南极领土及依其南极领土延伸之大陆架部分提出主张[12]，除了挪威之外，阿根廷及澳大利亚还存在其他大陆架主张范围延伸至《南极条约》体系划定之“南极地区”内的情况。[13]法国、新西兰和英国三国所提交的部分划界案中未提出南极洲大陆架的主张，但其仍然有提出南极洲大陆架主张的可能性，并且，英国也存在其他大陆架主张范围延伸至《南极条约》体系划定之“南极地区”内的情况。此外，智利则保留了其对南极洲大陆架提出主张的权利。[14]

（二）现存的领土主权纷争

各国围绕南极领土主权问题所产生的纷争从未停止过，并且伴随着科学技术水平的进步以及人类社会的发展，这些矛盾和纷争将变得更为突出和明显。南极的主权领土纷争主要围绕着南极领土主权主张国与非主权主张国、发达国家与第三世界国家、《南极条约》体系成员国与非《南极条约》体系成员国的国家等主体之间的国家实力和所持立场的对立和矛盾产生。南极领土的七个主权主张国之间、主权主张国和其他非主权主张国之间都就南极部分领土的所有权和管辖权产生了激烈的争议。

第一，主权主张国之间存在着激烈的纷争，首先，阿根廷、英国和智利对于彼此之领土主权主张互不承认。其次，阿根廷和智利两国以及澳大利亚、法国和新西兰三国彼此承认对方的南极领土主权主张。再次，挪威与其他六个主权主张国之间就南极领土主权主张互不表态。第二，主权主张国和非主权主张国之间存在着“坚持本国和支持他国领土主权主张”、

---

[7] 郭培清：《美国政府的南极洲政策与<南极条约>的形成》，《世界历史》，2006 年第 1 期，第 84 页。

[8] Summary of recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS) in regard to the submission made by Australia on15 November2004，available at: http//www.un.org/depts/los/clesnew/submissionsfiles/auso4/aussummaryofrecornmendations，pdf. Last visited on January 11, 2021.

[9] 此六国分别为阿根廷、澳大利亚、法国、挪威、新西兰和英国。

[10] Summary of recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS) in regard to the submission made by Australia on15 November2004，available at: http//www.un.org/depts/los/clesnew/submissionsfiles/auso4/aussummaryofrecornmendations，pdf. Last visited on January 11, 2021.

[11] 此三国分别为阿根廷、澳大利亚和挪威。

[12] Executive Summary of the submission by Australia. Available at: http //www.un. org / depts / los clcs new/submissions files/auso4/Documents/aus doc es web delivery. Pdf. Last visited on January 12, 2021.

[13] 朱瑛、薛桂芳：《大陆架划界对南极条约体系的挑战》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2012 年第 1 期，第 9 页。

[14] 吴军、赵宁宁：《美国与南极治理：利益考量及政策实践》，《太平洋学报》，2015 年第 2 期，第 45 页。

“暂时搁置领土主权问题以期后续得到妥善解决”以及“反对任何国家的领土主权主张要求”的不同态度和依其立场产生的激烈纷争。第三，发达国家与第三世界国家围绕南极问题，在提出南极的主张和要求、对其进行探索和开发、围绕南极问题进行谈判的实力、能力和产生的影响力等方面存在着较大的差距，因此彼此间也存在着矛盾和冲突。第四，《南极条约》体系成员国与非《南极条约》体系成员国的国家之间围绕“南极领土主权归属”、“条约体系对南极领土主权纷争及其所伴生的系列问题的处理方式”和“处理南极问题之谈判能力和影响力不平等”等问题也存在着冲突和对立。

二、南极条约第 4 条的法律意涵

对南极条约第四条进行解释需要结合《维也纳条约法公约》第三十一条至三十三条中有关条约之解释的规定进行。

（一）南极条约第四条第一款

1. 第一款中“在南极洲的领土主权权利”（rights of territorial sovereignty in Antarctica）的法律意涵

结合条约的上下文来理解第四条第一款中之“权利”法律意涵，需要围绕两方不同国家阵营的立场和其间就南极领土主权问题的态度来进行进一步的解释。

（1）主权主张国的权利

第一，对自己所主张主权的区域而言。首先，包括对南极部分领土的所有权和对南极领土的管辖权。[15]主张国对南极部分领土享有所有权，代表对其南极领土范围内的一切土地和资源享有占有、使用和支配的权利，另外，能够对其领土行使管辖权，对其南极领土内的一切土地和资源拥有占有、适用和支配的权利。[16]其次，还包括其享有的于南极的主权领土的完整权和不受侵犯的权利。结合条约上下文，条约表述为“原来所主张的领土主权权利”，在《南极条约》订立之前，领土主权主张国还尚未明确提出和声索其在南极海域的主权权利主张，但其是否涵盖在其中，不同的国家可能对其进行不同的解释。

第二，是对自己所未主张的区域而言，对于他国的领土主权主张，七个领土主权主张国分别采取了声明承认、不承认或不表态的做法，就其权利内容来说，需要从主权主张国提出的不同主张来看，如果基于“南极共管”[17]的主张，则除却承认他国主权和不表态的区域外，该主权主张国与其他国家享有共管南极的权利，如果基于“瓜分南极”的主张，则主张国在其非主张领土的区域享有的权利与其他非主张国家一致。

（2）非主权主张国的权利

第一，就一些第三世界国家而言，最为主要的主张认为南极是全人类可以自由进出的公共空间，南极的资源是国际公共资源。也即，这些国家认为南极的法律地位应当类似于“全人类共同的遗产”，这也是其所主张权利的权利基础。依此权利基础来分析，一般的非主权主张国，在南极应当享有对本国公民的执法权和保护权、资源开发权使用南极海域及空域的权利等相关权利。也即各国只要达到一定的经济技术水平，在遵守相关制度的约束下，都可以进入南极，对其资源进行有序利用。

---

[15] Sergio Marchisio, National Jurisdiction for Regulating Space Activities of Governmental and Nom-governmental Entities. In Activities of States in Outer Space in Light of New Developments: Meeting International Responsibilities and Establishing National Legal and Policy Frameworks, 16-19 November 2010 Bangkok, Thailand.

[16] J Wouters, Volkenrecht en internationale instellingen (2002)394(Course Materials for Public International Law, Catholic University of Leuven)

[17] Liesbeth Peeters, Square Peg, Round Hole: Jurisdiction over Minerals Mining Offshore Antarctica, MQJICEL 2004(1).

第二，就潜在的主权主张国美国和俄罗斯二国而言，还包括对南极大陆提出主权要求的权利。长期以来美国和俄罗斯都从未放弃过对南极领土要求的权利。1939 年美国政府在给美洲各国政府的备忘录中表示：“即使美国政府未曾对南极之主权发表声明，但关于美国及其公民可能于南极享有的权利，美国政府公开予以保留”[18]。1953 年美国政府在给未来南极会议参加国的照会中也表示，美国政府保留对南极领土提出要求之权利。[19]直至今日，美国始终倚重其南极科考、探索活动等，为其未来权利提出作出铺垫。而俄罗斯则提出南极大陆为“俄国人首先发现”，因此其对南极具备一系列“优先权利”。1958 年苏联政府关于南极问题在给美国的复信中表示，苏联保留自身以本国航海家和科学家之发现和科考活动为依据的诸权利。[20]

2．第一款中“在南极洲的领土的要求（claims to territorial sovereignty in Antarctica）”的法律意涵

（1）主权主张国的领土主权要求

第一，各国对南极大陆的领土主权要求。1908 年，英国对南极的部分地区提出了领土要求，这些地区包括 3 个部分：首先是北部地区，包括从福克兰群岛到南纬 60°内的地区。其次是桑威奇群岛和南佐治亚岛还有位于南纬 60 度以内的南设德兰群岛和奥克尼群岛。第三是南极半岛和海岸地区，以及南极大陆上的部分地区。[21]

1924 年，新西兰对南极提出的领土主权要求的区域为“罗斯属地”。其范围是从南极点出发的一个扇形，沿着 160°东经线至 150°经线之间向北延伸，终结在南纬 60°线。其包括部分维多利亚地以及大部分罗斯冰架。其面积约等于其本国国土的三倍。[22]

1933 年，澳大利亚是早期英属殖民地，其南极主权要求大多承袭自英国。[23]1933 年，英国决定将其两部分领土主权权利转让给澳大利亚。[24]同年，澳大利亚通过《澳大利亚南极国士接收法》正式确认了这些权利。

1772 年，法国人凯尔盖朗发现并命名了凯尔盖朗岛，宣布其为法国领土。1925 年，法国宣布东经 136°至东经 142°之间的阿德利地为其南极领地。

挪威的主权要求区域主要包括彼得一世到岛和毛德皇后地。1931 年，挪威政府对彼得一世岛提出了领土主权要求，1939 年，挪威政府对西经 20°至东经 45°之间的南极洲提出了领土主权要求，并将其命名为毛德皇后地。[25]

智利和阿根廷占据地理位置的优势。1940 年，智利提出了其南极领土主权要求。[26]阿根

---

[18] 李升贵、潘敏、刘玉新:《南极政治"单极化"趋势——以美国南极政策为中心的考察》,《海洋开发与管理》，2008 年第 10 期，第 75 页。

[19] 郭培清：《美国政府的南极洲政策与《南极条约》的形成》,《世界历史》2006 年第 1 期，第 84 页。

[20] Adrian John Howkins, Frozen Empires: A History of the Antarctic Sovereignty dispute Between Britain, Argentina, and Chile, 1939-1959, dissertation, The University of Texas at Austin, 2008, p9

[21] Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 in respect of the Falkland Islan ds, and of South Georgia and the South Sandwich Islands, Available at: http//www.un.org/depts/los/clesnew /submissions files/gbr4509/gbr2009fgs executive%020summary pdf. Last visited on January 12,2021.

[22] 何柳：《新西兰南极领土主权的历史与现状论析》,《理论月刊》2015 年第 2 期，第 173 页。

[23] 赵宁宁：《对当前澳大利亚南极政策的战略解析及其借鉴》,《华东理工大学学报（社会科学版）》2017 年第 6 期，第 74 页。

[24] Fernando Villamizar Lamus, Antarctic Treaty and Antarctic Territory Protection Mechanisms, 40 Revista Chilena de Derecho 461 (2013).

[25] 赵宁宁：《挪威南极事务参与：利益关切及政策选择》,《边界与海洋研究》，2018 年第 7 期，第 98 页。

[26] Preliminary Information Indicative of the outer limits of the Continental Shelf and description of the status of preparation and intended date of making a submission to the Commission on the Limits ofthe Continental Shelf Available at: http//www.un.org/depts/los/clcsnew/submissionsfiles/preliminary/chl2009preliminaryinformation.pdf. Last visited on January 12,2021.

廷则是 1946 年方提出。二国主张之区域为“阿根廷南极属地”和“智利南极属地”，尽管二国对南极的领土要求存在着重叠的部分，但二国却相互承认彼此“无可争辩”[27]的领土主权权利。

（2）非主张国的领土要求

第一，是美国和俄罗斯两个潜在主权要求国。美国和当时的苏联尽管并没有提出领土主权要求，但二国都对于本国提出主权要求的权利予以声明保留。[28]并且，对他国的领土主张和大陆架主张都表示反对。[29]但是，此种行为的最初目的是在于独霸和瓜分南极。时至今日，美国对南极问题始终表现出了极大的关注，保证在南极科研、管理和开发等方面予以充足的投入，试图通过“有效占领”的形式，来获得对南极洲的实际控制权。[30]当时的苏联和如今的俄罗斯也同样在不断加强其于南极的实质性存在。自 20 世纪五十年代之后，苏联即开始对南极科学考察作出了极大的投入。[31]是时，美国因对苏联的南极立场产生强烈的顾虑，因此试图通过缔结《南极条约》，使南极的法律地位暂时中立化。

第二，是其他非领土主张国所主张的领土主权的要求。目前，第三世界国家的数量仍然非常庞大，且这些国家于国际事务中的地位和作用日益增强，其在南极问题上的呼声和要求愈发不能被忽略。这些国家围绕南极的法律地位进行了深入的探讨，主张南极应当作为“全人类共同财产”而存在，并且要求建立符合“全人类根本利益”的南极政治、经济体制。部分第三世界国家还认为南极的法律地位类似于“人类共同的遗产”也即国际海底区域的法律地位，还提出由联合国托管南极，全人类共同使用和开发南极的要求。

3.“领土主权的依据（any basis of claim to territorial sovereignty）”的意涵

条约就该项的具体表述为：“缔约的任何一方全部或部分地放弃由于他在南极洲的活动或由于他的国民在南极洲的活动或其他原因而构成的对南极洲领土主权的要求的任何依据。”[32]

第一，主张国的依据。这些国家对于南极大陆的主权要求依据包括发现、探险、有效占领以及扇形理论等，[33]但此类依据之合法性与有效性始终受到世界各国的强烈质疑和批判。

首先，关于以发现、探险和有效占领作为领土主权主张和要求的依据。英国人库克最早踏入南极圈，随后沙克尔顿和斯科特等人也进行了南极探险，其中，斯科特还到达了南极点。二战期间，英国于南极半岛建立了基地，并在南极海域设立了观察站。

在 20 世纪初，许多澳大利亚探险家也加入了沙克尔顿和斯科特的南极探险队，一同参与了南极探险活动。其中，莫森和戴维斯成为首批到达南极点的人。20 世纪初，莫森领导的南极探险队在沙克尔顿冰架和麦阔里岛建立了基地，进行了诸多南极数据和资料的收集工作。此外，澳大利亚还通过《澳大利亚南极国士接收法》，正式确认了英国转让给其的南极

---

27 刘明：《英国与阿根廷的南极关系考察（(1942-1961)》，《外国问题研究》，2014 第 1 期，第 32 页。

28 郭培清：《"南极模式"能用于南沙群岛吗》，《海洋开发与管理》，2006 年第 3 期，第 34 页。

29 《2004 年 12 月 3 日美国常驻联合国代表就 2004 年 11 月 15 日澳大利亚向大陆界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，
http://wwwun.org/Depts/os/clcsnew/submissionsfiles/aus04/cles032004losusatext.Pdf，最后访问日期：2021 年 1 月 13 日。

30 郭培清：《美国南极洲政策中的苏联因素》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2007 年第 2 期，第 12 页。

31 郭培清、石伟华：《试析南极科学与南极政治的关系》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2009 年第 6 期，第 6 页。

32 陈力：《论南极海域的法律地位》，《复旦学报(社会科学版)》，2014 年第 5 期，第 150 页。

33 参见《南极条约》，第 4 条第二款。

领土主权权利。[34]同年，澳大利亚声明对其南极“领土”之管理正式生效。[35]

1738 年，法国人布韦发现了布韦岛。[36]1772 年，凯尔盖朗发现并命名了凯尔盖朗岛，宣布其为法国所有。19 世纪，法国探险家迪维尔发现了阿德利地。[37]20 世纪初法国也参与了两次意义非凡的南极探险运动。

挪威在 19 世纪末就开始了其南极考察活动。[38]挪威人阿蒙森（Amundsen）是全球首个到达地球最南端的人。[39]

智利和阿根廷加入南极探险活动的时间则较晚。但是阿根廷于 20 世纪处建立的奥达斯站是最早的南极科考站。此外，二国于二战期间先后建立了考察站。

其次，在南极问题上，英国还提出了“扇形原则(the sector principle)”。[40]所谓的“扇形原则”即以南极的极点为圆心、以两条相关的经线为腰、再以某国的海岸或某一纬线为底边，形成的扇形区内的陆地连同海上的冰，构成邻接扇形区的一国领土。[41]其实际上为连续性和毗连性原则的变体，[42]在帕尔马斯岛仲裁案中即遭否定。在该案中，仲裁庭认为“毗连性原则”并无法律根据，其可以通过国家间协议确定临近岛屿的主权归属，但是若将其并未能形成所谓“国际习惯”，且其是与领土主权原则所抵触的。[43]

第二，非领土主张国的依据。1821 年，美国探险家帕尔默发现南极大陆，[44]1838 年，查里斯率领探险队对南极大陆进行了规模宏大的考察探险活动，将探险地命名为威尔克斯地。1853 年，赫德发现并命名了赫德岛。是时，其建议美国政府对该岛提出领土主权要求，但并未得到回应。直至二战之前，美国的南极探险的规模和国际影响力最大。[45]并且，美国于南极点建立了阿蒙森·斯科特考察站，[46]还有一些考察站甚至根本没有科研人员。[47]苏联也在 19 世纪 20 年代就开始了南极探险考察的活动。1820 年，俄国考察船“东方”号与“和平”号前往南极进行探险航行，收集了丰富的南极洲及其海域的自然数据和资料。[48]此后，苏联科学家也此次探险活动的考察成果进行了深入的研究。并且，美国和苏联都在南极不断拓展其实质性存在，其也可能成为二国后续提出南极主张和要求的依据。

第三世界国家的依据在于，南极在生态层面可能带来全球性影响，对全球各个国家的作用都非常重要，并且其蕴藏着丰富的资源，而主权主张国的要求并不能以先占为领土主权取得条件，其提出之“扇形原则”亦不具有国际法上主权取得的合法性，因此南极应当作为全人类共同享有的利益存在，由全人类共同享有和开发。

---

34 甘露：《南极主权问题及其国际法依据探析》，《复旦学报（社会科学版）》，2011 年第 4 期，第 119 页。
35 吴晓明、刘乐：《南极法律地位问题研究》，《中国市场》，2016 年第 38 期，第 221 页。
36 周菲：《法国对南极事务的参与以及对中国的经验借鉴》，《法国研究》，2015 年第 8 期，第 15 页。
37 刘惠荣：《解读南极条约中的生态与科学》，《人与生物圈》，2017 年第 1 期，第 150 页。
38 赵宁宁：《挪威南极事务参与：利益关切及政策选择》，《边界与海洋研究》，2018 年第 7 期，第 98 页。
39 王蕴珊：《征服！南极深寒极限》，《锦绣》，2012 年第 1 期，第 88 页。
40 Peter Beck, British Antarctic Policy in the Early Twentieth Century, Polar Record 21 1983.
41 甘露：《南极主权问题及其国际法依据探析》，《复旦学报（社会科学版）》，2011 年第 4 期，第 119 页。
42 刘玮 ：《论南极洲的法律地位及确立原则》，《汕头大学学报》，1990 年第 4 期，第 8 页。
43 Island of Palmas Case (United States vs. Netherlands), R.I.A.A., Vol.XI,1928, pp.829-871.
44 同年，俄国的别林斯高晋、英国人布兰斯菲尔德也分别发现了南极大陆。
45 沈鹏：《二战后的"国家主权管辖范围外区域"资源问题及美国政策分析》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2009 年第 2 期，第 36 页。
46 Marcus Haward et al. Australias Antarctic agenda. Australian Journal of International Affairs Vol. 60, No 3, pp. 439456, September 2006.
47 Knowles R. Kerry and Martin J. Riddle ed. Health of Antarctic Wildlife: A Challenge for Science and Policy, Springer Dordrecht Heidelberg London New York 2009 Chapter 11 National Antarctic Programs and Their Impact on the Environment, p221.
48 章云华：《南极洲：迷雾笼罩的世界(上)》，《飞碟探索》，2001 年第 3 期，第 15 页。

4.“立场（the position）”的意涵

关于所谓的“立场（the position）”，主要分为三股势力在相互制衡：其一是七个领土主权主张国组成的领土主权派，[49]其均对自身的南极主张领土主权要求表示支持和肯定，阿根廷、英国和智利互不承认彼此之领土主权主张，阿根廷和智利以及澳大利亚、法国和新西兰彼此承认对方的领土主权主张。挪威与其他六个主权主张国之间互不表态。其二是以美国和俄罗斯为代表，包括日本、比利时等国在内的领土搁置派。[50]其中，美国明确反对[51]其他国家对南极的主权要求。[52]俄罗斯也表示不承认任何国家以任何方式对南极提出的领土要求，[53]同时不承认在俄罗斯未参与的情况下做出的有关南极问题的任何决定。[54]日本[55]、荷兰[56]、德国[57]和印度[58]等国则表示不承认任何国家在南极地区的领土主权主张。其三是以第三世界为主体的领土共有派。第三世界国家反对七国的南极领土主张，认为南极地区应该也作为“人类共同继承财产”，[59]由全人类共同享有利益和开发利用，而并非仅让部分国家独享南极利益。

（二）南极条约第四条第二款

第二款针对缔约后的国家，不得在《南极条约》有效期间内提出新的南极大陆的领土要求，在《南极条约》有效期内，排除了在南极大陆取得传统领土主权的可能性。

1. 对“行为或活动（acts or activities）”的理解

（1）时间性

此处的“活动”指国家或其国民有目的、动机而从事的行动。二者均强调目的性。但是，“行为”应当更加强调行为的完成性，表示其已经既成事实或正在结束。包括提出声明、立法等。“活动”应当更加强调行为的持续性和具体性。包括诸如科研考察、安装主权标志等。

---

[49] 陈玉刚：《试析南极地缘政治的再安全化》，《国际观察》，2013 年第 3 期，第 56 页。

[50] Christopher C. Joyner, Japan and the Antarctic Treaty System, 16 Ecology L.Q. 155 (1989).

[51] 1938 年，美国国务院出台的南极问题研究备忘录中作出相关表示。

[52]《2004 年 12 月 3 日美国常驻联合国代表就 2004 年 11 月 15 日澳大利亚向大陆界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http://www.un.org/Depts/os/clcsnew/submissionsfiles/aus04/cles032004losusatext.Pdf，最后访问日期：2021 年 1 月 13 日。

[53]《2004 年 12 月 9 日俄罗斯常驻联合国代表就 2004 年 11 月 15 日澳大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http://www.un.org/Depts/os/clcsnew/submissionsfiles//s2004osrussantextpdf，最后访问日期：2021 年 1 月 13 日。

[54] 李升贵、潘敏、刘玉新：《南极政治"单极化"趋势——以美国南极政策为中心的考察》，《海洋开发与管理》，2008 年第 10 期，第 75 页。

[55]《2005 年 1 月 19 日日本常驻联合国代表就 2004 年 11 月 15 日大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http//www.un.ong/Depts/los/dcsnew/submissionsfiles/also1/s_032004losjap.po，最后访问日期：2021 年 1 月 13 日。

[56]《2005 年 3 月 31 日荷兰常驻联合国代表就 2004 年 11 月 15 日大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http://www.un.ogDepts/los/clcsnew/submissions_fls/aus4/dlcs_032004losnlpdH，最后访问日期：2021 年 1 月 13 日。

[57]《2005 年 4 月 5 德国常驻联合国代表就 2004 年 11 月 15 日澳大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http//www.unargDpts/los/.lcsnewsubmissionsfiles，/au4/ds_032004losdeupdf，最后访问日期：2021 年 1 月 13 日。

[58]《2005 年 6 月 5 印度常驻联合国代表就 2004 年 11 月 15 日澳大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http://www.un.ogDepts./los/dcsnew/submissionsfiles/au4/ds_03_2004los_indp，最后访问日期：2021 年 1 月 13 日。

[59] 郭培清、石伟华：《马来西亚南极政策的演变(1982 年-2008 年)》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2009 年第 3 期，第 14 页。

另外，条约表述为：“在本条约有效期间所发生的一切行为或活动”[60]，不得构成主张、支持或否定对南极洲的领土主权的要求的基础，[61]但是却并未否认在条约订立之前的行为和活动构成主张、支持或否定对南极洲的领土主权的要求的基础之可能性。

（2）条约有效期内一些国家的“行为”和“活动”

目前，一些国家开始通过诸方式，于南极洲“圈地”，直到今天，几个南极领土主权要求国仍进行着一些“行为”和“活动”，为南极领土主权解冻之后的发展作准备。

第一，关于各国的一些“行为”。如美国、澳大利亚、俄罗斯、阿根廷、智利、日本和韩国等国分别制定和颁布了南极立法；挪威和法国分别公开表示在南极拥有主权区域，并且不排除未来效仿英国向联合国递交主权申请报告的可能性；[62]各主张国提出各自在南极海域的领海、毗连区以及专属经济区的声明以及其中部分国家提出的大陆架申请；智利重启了其在南极的海军基地[63]；阿根廷和智利在“南极领地”召开国务会议；另外，俄罗斯、挪威和智利等国的领导人登上南极土地等等[64]。

第二，关于各国采取的一些“活动”。如各国都在试图强化自己的实质性存在，纷纷在南极进行科研考察活动；智利在南极设立了居民的生活公用设施，并开放特定的居住区域，鼓励其居民到其南极领土上定居和分娩；阿根廷宣称 Vicecomodoro Marambio 基地为临时性首都等等。[65]

2. 关于“创造主权权利（Create any rights of sovereignty）”

一国对其所建立的考察站、保护区和管理区有近似领土主权中的领土管辖权，此处主要想要讨论的是各国在南极设立特别保护区、管理区以及考察站的行为是否有可能具有“创造主权权利”的性质。

由于第四条只是将南极的领土主权问题暂时搁置，为了追求南极利益的最大化，各国均采取政治、法律、政策、外交等多种手段，在《南极条约》有效期内不断增强自身南极地区的实质性存在，提升本国的南极政治地位、保护在南极的权益。有些国家以科学考察和环境保护为幌，旨在限制他国的进入，方便自身在南极进行“圈地”运动。[66]

各国对其考察站、特别保护区和管理区确实具有管辖权。首先，就考察站而言，其隶属于某一特定国家，具有一定的国籍，所以各国对其考察站的人员和设备具有专属管辖权。其次，各国对其指定的南极特别保护区也有一定的管辖权。[67]

所以，这种“基地”可能在南极地区圈化出一定的势力范围。如果根据时效领土占有方式，一旦相关国家不受干扰地行使这些管辖权，该国就可能取得对该片土地的所有权，所以这些行为可能就不可避免地具有了“创造主权权利”的性质。

关于“不得扩大或提出新的南极主权要求（No new claim，or enlargement of an existing claim）”的问题

---

60 原文为：“No acts or activities taking place while the present Treaty is in force”。
61 王婉潞：《南极治理机制的类型分析》，《南极治理机制的类型分析》，2016 年第 12 期，第 77 页。
62 甘露：《南极主权问题及其国际法依据探析》，《复旦学报(社会科学版)》2011 年第 7 期，第 119 页。
63 郭培清：《阿根廷、智利与南极洲》，《海洋世界》，2007 年第 6 期，第 76 页。
64 Fred Parkinson, Latin America and the Antarctic: An Exclusive Club. Journal of Latin American Studies, Vol. 17, No. 2(Nov, 1985), PP.433-451. Published by Cambridge University Press.
65 潘敏著：《国际政治中的南极》，上海交通大学出版社 2015 年版，第 74 页。
66 李升贵、潘敏：《中国南极软科学研究的意义、现状与展望》，《极地研究》，2005 年，第 3 期，第 224 页。
67 Plan to create massive Antarctic ocean sanctuaries blocked by surprise challenge from Russia and Ukraine. Available at:http://www.theguardian.com/environment/planet-oz/2013/jul/17/antarcticaaustralia-marine-sanctuary-commissionmeeting. Last visited on January 12,2021.

此处主要讨论的是条约有效期间内，各国提出的“南极条约区域”海域的主权要求，是否属于“提出新的要求或扩大现有的要求”。需要在此进行讨论。

主张国认为，由于《南极条约》并未对其南极领土之主权加以否认，而其在南极海域的权利是由其主权所伴生的，《南极条约》第 4 条保障了主权要求国的“历史性权利”，且对南极海域的主权权利的主张不会与《南极条约》的基本原则发生抵触。[68]但是，非领土要求国提出，主张国将后于《南极条约》生效的《联合国海洋法公约》的有关规定适用于其所主张的“南极领土”之上，[69]是对《南极条约》关于“不得扩大或提出新的南极主权要求”条款的违背。

尽管《南极条约》第 4 条的确保留并不损害不同国家的南极主权主张、要求和其立场及依据，其立法之初衷在于寻求解决各国纷争的暂时性的调和方案，赋予南极特殊的法律地位，推动各国在南极事务上进行合作，寻求共识。因此，按照《维也纳条约法公约》第 31 条之规定，纵观条约上下文来理解该条款内容的含义，对于主张国于《南极条约》存续期间对南极海域提出的主张和要求，皆应被认为属于“提出新的要求或扩大现有的要求”的内容。

三、中国应对

《南极条约》的第 4 条是为了寻求各国都能够接受的方案而制定的，随着情势的发展和变更，一些国家以《南极条约》体系规定的科学考察和南极特别保护区等制度为引，在南极进行大规模的圈地，为将来实现南极利益作出准备。尽管条约限制了各国不得再提出新的领土主张和要求，但是在条约失效后，科学技术领先的国家势必在南极问题上拥有更强大的话语权。如今发展中国家作为一股国际力量正在不断崛起壮大，它们在南极问题中的影响力不可忽视，这些国家强烈要求在南极问题上建立新秩序，合理解决南极洲的法律地位问题，但又为其经济和科研等方面的能力所限。在此浪潮中，中国也需要明确对于南极治理的目标和方向，积极思考在“南极竞争”中即维护自身利益又保障全人类共同利益的对策和路径。

（一）强化中国南极治理的伦理基础

2017 年，于联合国日内瓦总部召开的“共商共筑人类命运共同体”高级别会议上，习近平主席在主旨演讲中提出“构建人类命运共同体”的中国理念，[70]该理念旨在追求本国利益时兼顾他国合理关切，在谋求本国发展中促进各国共同发展，同时强调深化内部成员之间情感上、需求上的纽带，这一全球价值观将成为新时代中国特色社会主义大国外交的基本纲领与我们行动的重要指南。[71]该理念所蕴含的共商、共建、共享等理念也与中国推动南极发展、保护、治理的目标极度契合，[72]所以，中国应当积极以“构建人类命运共同体”理念作为解决南极问题的方向指引。

近年来，与中国提出的“构建人类命运共同体”的目的高度契合的一个理念——“全球公域”得到了发展。所谓“全球公域”，是指处于国家管辖范围以外的区域及其资源，属于全人类共有，人人都可以使用。[73]“公域环境”指的是国家管辖范围以外的区域，不属于任何个体或团体，其开发、利用和保护关系到全人类的共同利益，[74]突出特点是所有权的公共

---

68 陈力：《论南极海域的法律地位》，《复旦学报(社会科学版)》2014 年第 5 期，第 150 页。

69 石伟华：《既有南极治理机制分析》，《极地研究》，2013 年第 1 期，第 90 页。

70 新华社：《习近平出席“共商共筑人类命运共同体”高级别会议并发表主旨演讲》，载新华网 http://www.xinhuanet.com/world/2017-01/19/c_1120340049.htm，最后访问日期 2020 年 9 月 29 日。

71 马忠法：“构建人类命运共同体”的法治设想”，《检察风云》，2019 年第 10 期，第 28 页。

72 白佳玉，隋佳欣：《人类命运共同体理念视域中的国际海洋法治演进与发展》，《广西大学学报(哲学社会科学版)》，2019 年第 7 期，第 82 页。

73 郑英琴：《世界净土：南极的公域价值与治理挑战》，《世界知识》,2017 年 13 期，第 52 页。

74 王萌：《跨界损害的国际法律责任》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2007 年第 3 期，第 95 页。

性、利用权的开放性以及利益的共有性。[75]那么关于南极是否属于所谓传统意义上的“全球公域”，则需围绕此定义进行进一步论述。

首先，所有权的公共性，从《南极条约》第 4 条可以看出，其主权领土纷争仍然存在且不会被削弱或剥夺，条约实际上允许参加缔约的各方保持原有的主权立场，对其已提出的领土要求既不被削弱或削减，但也不允许扩大或提出新的主权要求，那么其所有权并非具有完全意义上的“公共性”。但是纵观《南极条约》订立的宗旨与目的，结合第 4 条的内容，可以看出《南极条约》体系赋予了南极特殊的法律地位，[76]即为不同利益诉求的国家寻求一个缓和冲突的平衡点，促进各国在南极问题上进行合作，和平开发和利用南极资源以及进行科学考察活动。那么可以说，在《南极条约》存续期间，南极的主权具有“准公共性”。

其次，利用权的开放性。部分国家认为，在南极治理层面，仅有部分国家可以发挥实际的影响力，因此，并非全部的国家能够实现对南极的和平利用。因为《南极条约》规定了南极国际治理机制需要经由南极条约协商会议的举行得以落实，但是从《南极条约》第九条的内容可见，会议的参与国资格是受到科研能力和水平限制的。[77]如此一来，很多国家皆被排斥在外，因此无法实现对南极洲的和平利用。实际上并非如此，因为依据《南极条约》体系的规定，各国享有和平利用南极的权利，也即南极的利用权是对全人类共同开放的，任何国家在利用南极洲的问题上至少在“机会”层面是均等的。也即是说，“实际利用”并不同于“利用权”，能力不等同于权利。因此，对比公域的基本属性来看，公域不被任何国家私有化，同时，主权平等原则赋予世界各国平等进入公域的机会，[78]但受制于人力、财力、物力等现实条件，也并非是所有国家在公域内都能平等地实现其国家利益。所以，就公域来说，一方面，各国对其进行利用在“机会”上是开放性的，但其“真正利用”仍需依仗国家能力方可实现。另一方面，公域的公共属性又决定了任一国家即便能力再强也不能在法理上改变公域的公共属性。因此，在利用的开放性上，南极也符合“公域”的基本特征。

最后，利益的共有性。那么此会产生两个问题，第一个问题，其利益共有性的理论基础在于何处。笔者认为尤其在于其影响的全球性。其一，在资源和生态保护层面，南极具有影响的全球性。[79]南极蕴藏着丰富的自然资源，如淡水资源，其是世界范围内淡水的重要储藏地，拥有地球 70%左右的淡水资源，不仅如此，南极还拥有种类繁多的矿产资源，如石油、煤和天然气等[80]。另外，南极还是驱动全球大洋环流的启动器，包含了多圈层相互作用的过程。此外，南极生态一旦遭受破坏，会带来严重的全球性的影响。其二，在安全方面，南极对世界各国都非常重要。如今，人类在南极大陆和海域的活动开始变得日渐丰富，《南极条约》体系的作用是南极的安全问题日渐突出，当然，南极的安全问题并不仅仅只包括国际和国家安全，还包括各国的海上安全、环境和资源安全等等。[81]其三，在环境和科研权益层面，南极可以说是一个潜在的资源开发“宝库”。

第二个问题则是其利益共有性实际体现在何处，目前，国际海底区域可以说是真正意义

---

75 Robert L.Friedheim. Ocean governance at the millennium: where we have been — where we should go[J]. Ocean &Coastal Management,1999,42(9):747-765.

76 陈力：《论南极海域的法律地位》，《复旦学报(社会科学版)》，2014 年第 5 期，第 150 页。

77 参见《南极条约》第九条第二款，其规定为：“按照第十三条加入本条约的各个缔约国，在其在南极洲进行实际的科学研究，如建立一个科学工作站或派遣一支科学探险队，从而表示其对南极洲的兴趣期间，有权指派代表参加本条第 1 款所提及的会议”。

78 韩雪晴：《全球公域治理:全球治理的范式革命?》，《太平洋学报》，2018 年第 4 期，第 1 页。

79 刘惠荣：《南极治理中的"人类命运共同体"意蕴》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2019 年第 6 期，第 9 页。

80 陈立奇：《21 世纪的极地科学探索——面临的机遇和挑战》，《自然杂志》，2009 年第 2 期，第 81 页。

81 刘跃进：《非传统的总体国家安全观》，《国际安全研究》，2014 年第 6 期，第 3 页。

上的“人类公域”。艾琳·贾克尔以其为例，认为国际海底区域的利益为世界各国所共有。[82]基于目前的南极治理体系而言，能力强的参与国必然会比能力较弱的国家在南极实现更多的利益，但是根据《南极条约》中和平利用南极洲的规定，其获取利益的权利基础为仍然是“共有性”的，其与世界各国于国际海底区域的利益获取的权利基础类似。

因此，综上所述，南极具有“准公域”的性质。基于此，中国需要在此基础上积极丰富旨在以证明南极的法律地位类似“公域”或“准公域”为内容的研究。这些理念和做法无疑都有助于中国更有效地解析现有南极治理规则，并且进一步丰富和发展有关南极治理的新规则和方案。[83]目前来说，推动南极法律地位走向“公域”或“准公域”会面临一定的现实阻碍（如来自南极领土主权主张国和试图独享南极利益的国家的阻碍），因此我国也需要进一步发挥我国在南极治理中的重要作用，凝聚各国之间关于南极治理的共识，积极推动南极治理问题上的国际合作的决心，推动实现全人类共同和平利用南极洲的美好愿景，使得各国能够共同享有南极利益。

（二）完善中国的南极立法

目前我国涉及南极方面的立法主要体现在对南极考察活动及相关的准备活动方面，且主要是原国家海洋局制定并通过的。[84]如国家海洋局制定并通过了《中国南极长城站溢油应急计划》、《中国南极中山站溢油应急计划》、《中国南极考察队员守则》、《南极考察培训工作管理规定》、《中国南极内陆站建设项目管理办法》《中国南极昆仑站溢油应急计划》、《南极考察活动行政许可管理规定》、《南极考察活动环境影响评估管理规定》以及《南极活动环境保护管理规定》等有关的法律文件。

另外，尽管我国现已开始积极着手开展有关南极立法的调研和制度论证活动，但是，目前我国关于南极立法的框架和体系构建尚不完善。同时，国内涉及南极问题的立法主要为部门规章，效力层级较低。另外，如今一些国家在巨大利益的驱使下已经通过立法、系列行为或活动，在南极进行“圈地”，同时为南极矿产资源解冻后对其进行瓜分做出准备，这些行为可能使南极洲面临着“公地悲剧”的威胁。[85]作为负责任的大国，对此所持的态度通过国内法表明，并在国际社会力推以利于南极环境和资源的保护，至为重要。基于此，我国需要深入开展极地战略研究，不断加强并完善有关南极事务的国内立法，深入系统地推进与南极相关的政策法规与规划体系建设，进而有助于制定《南极基本法》这一统领南极活动的基本法律及与南极具体活动等相关的法律。[86]这方面可以有两种路径：一是先制定《南极基本法》，然后在该法基础上，再逐一丰富和完善各相关领域的具体法律，如环境保护和自然资源利用方面的法律，南极相关考察活动乃至有关商业活动的法律等；二是先制定具体领域或活动方面的法律，再制定《南极基本法》。第一种有 2016 年 2 月通过的《深海海底区域资源勘探开发法》经验可以借鉴；而第二种选择难度较小，且有前期部门规章为基础，容易制定。但不论何种选择，立法均应该为人类有利、有节合理开发、使用和保护南极作出积极贡献。

---

[82] See Aline Jaeckel, Deep Seabed Mining and Adaptive Management: The Procedural Challenges for the international Seabed Authority, marine policy 70(2016):205.

[83] 郭红岩：《南极治理的新发展:《布拉格宣言》的意义》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2019 年第 6 期，第 14 页。

[84] 彭鹏：《浅谈南极条约体系中的国际条约在中国的适用》，《海洋开发与管理》，2016 年第 2 期，第 76 页。

[85] 阳晓伟、庞磊、闭明雄：《哈丁之前的“公地悲剧”思想研究》，《河北经贸大学学报》，2015 年第 4 期，第 17 页。

[86] 2019 年 3 月，在第十三届全国人大二次会议举行的“人大立法工作”主题记者会上，全国人大环境与资源保护委员会委员程立峰透露，全国人大环资委正在对南极立法开展立法调研和制度论证，抓紧法律草案的起草。参见朱彧：“南极立法被列入立法规划”，《中国海洋报》，2019 年 3 月 9 日。

（三）进一步加强中国的南极实践

第一，科学考察方面，自《南极条约》确立了科学考察自由与国际合作的基本原则后，我国就开始充分行使着南极条约体系赋予的科学考察自由权利。1984 年，中国进行了首次南极科学考察活动，时至今日，平均每年中国都会进行南极科考活动，截至 2020 年底，我国已经开展了 36 次南极科考活动。另外，中国在南极设立了四个科考站，分别为长城站、中山站、昆仑站以及泰山站。同时也取得了令人瞩目的科研成果，以 2020 年中国进行的第 36 次南极科考为例，科研的区域范围已经从南极大陆扩展到南极海域和南极领土和海域上方的空气空间。本次科考中，科考队通过激光雷达协同观测、对艾默里冰架区域首次自主航空调查、在长城站所在菲尔德斯半岛进行多要素空遥感观测、在泰山站开展空间环境和天文自动观测等活动，获取了丰富的南极自然地理资料和科研成果。[87]虽然我国已成功开展了多次南极科考活动，获得了丰富的自然地理数据、资料和样本，但我国参与南极研究科学委员会国际合作平台的科考项目仍然较少，参与程度不够深入，我国应在现有基础上不断增强我国南极科考的国际性、影响力和辐射力。

第二，对南极资源的合理利用层面，首先是生物资源，南极丰富的海洋生物资源数量较大，种类繁多，[88]为商业化开发提供了客观的前景。同时刚刚兴起的生物勘探问题也引人关注。[89]南极地区蕴藏丰富的能源以及矿产资源、生物资源、淡水资源和旅游资源，以磷虾资源为例，2009 年，我国开始捕捞南极磷虾，并迅速扩大活动范围。[90]但是我国的南极资源开发设备、加工流程仍然较为落后，所以有必要加大投入改变此种现状，也即中国需要增加磷虾的捕捞和加工能力，提高捕捞技术和竞争力，支持磷虾产业链的发展。当然，中国也同时需要考虑如何在有效开发利用南极渔业资源和保护南极环境之间取得平衡，并且探索新的资源开发模式。其次是旅游资源，我国赴南极旅游的人数连年增长，中国已经成为了一个南极旅游大国，但在国际市场中，中国关于南极旅游的话语权却呈现出不足之态。[91]南极旅游的实施，需要依靠船只和航空器的接驳。中国仍尚未拥有自己的南极游船和飞机。所以，我国需要对南极旅游业的发展予以鼓励和支持，利用好民间协调与自律的作用和功能，进一步推动中国的南极旅游业发展并对其进行有效的规范和监督，加速南极旅游有关设备购置进程，并积极拓宽南极旅游的国内市场，推动形成完善的南极旅游中国服务链。另外，尽管《南极自然环境保护议定书》规定禁止南极采矿 50 年，但是，南极政策是非常具有弹性的，目前南极也并没有形成稳定的基础来制定一套不变的政策和法规，[92]因此，南极资源的开发时代可能很快就会到来，中国也需要为此提前做出规划。

第三，国际合作方面，我国也需要加强与他国在极地事务上官方和非官方的合作。就官方层面的合作来说，2020 年，我国在进行第 36 次南极考察活动——“双龙探极”时执行了

---

87 “我国第 36 次南极考察队凯旋 首次“双龙探极”圆满完成”，新民晚报网站，2020 年 12 月 11 日，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1664732040916419474&wfr=spider&for=pc。

88 E.F.Roots, Resource development in polar regions: comments on technology, In Francisco Orrego Vicuna eds. Antarctic Resources Policy: Scientific, Legal, and Political Issues, Cambridge University Press, 2009, pp297-316.

89 Denzil Miller. CCAMLR'S Ecosystem Approach in practice. CCAMLR'S management of Antarctic. 2002(1): 3-17

90 “五大公司同意在南极部分区域停止捕捞磷虾”，搜狐新闻网站，2020 年 12 月 11 日，https://www.sohu.com/a/256419493_421212。

91 王自磐：《南极旅游的思考》，《人与生物圈》，2017 年第 1 期，第 154 页。

92 Antarctic resources policy: an introduction. In Francisco Orrego Vicuna eds, Antarctic Resources Policy: Scientific, Legal, and Political Issues, Cambridge University Press, 2009.

与俄罗斯、澳大利亚、新西兰等 10 余个国家的国际合作项目。[93]就非官方层面的合作来说，我国积极倡导发起了“极地科学亚洲论坛”；2018 年，北京师范大学、中国海洋大学、吉林大学等 25 所国内高校共建中国高校极地联合研究中心；近年来，上海交通大学、同济大学、中国海洋大学等高校也纷纷成立了各自的极地问题研究中心。在此基础上，我国应当进一步鼓励有关南极治理的官方和非官方层面的国际合作与交流，同时支持、资助研究南极问题的专家、学者赴南极实地调研，或赴他国访学进修，鼓励举办国际南极事务研讨会、学术论坛，构建对话交流的有效平台，使得学术资料和信息得到更为迅捷的传递，促进有关南极事务和问题的研究成果进行有效流转。

四、总结

总而言之，第一，综观各国对南极领土主权纷争的历史和主权纷争复杂化的进程，到《南极条约》的制定，能够看出第四条的立法初衷。其是给各国争论不休、难以达成合意的主权归属问题一个暂时的中和方案，缓解各国主权纷争引起的冲突与矛盾。

第二，关于《南极条约》第 4 条的法律意涵。首先，就第 4 条第一款而言，不同国家可以对南极维持于条约订立之前提出的不同的主张、要求，并保留各自所持之立场，并不损害其提出主张和要求的依据之有效性。也即，南极可以被认为是可主张主权的区域、无法律依据可以主张主权的区域抑或“全球公地”。其次，就第二款而言，其意味着，各国已提出的领土主张和要求，既能够被不削弱或削减，但也不允许再扩大或新增，但是，这也意味着今后只有七个主张国能够根据“条约”存留对南极的领土主张，并依此采取不同的行动。总而言之，《南极条约》的第四条实质是赋予南极特殊的法律地位，在此基础上谋求一个诸国都能够接受的处理方案，但在此基础上更大程度维护了之前主权主张国的利益。

第三，我国应积极完善国内南极立法的体系结构和框架，在科考、南极资源利用和国际合作等方面加强中国的南极实践，以在“南极竞争”中有效维护自身利益和全人类共同的利益。

【参考文献】

[1] 马呈元 主编：《国际法（第四版》，中国人民大学出版社 2015 年版。

[2] 潘敏 著：《国际政治中的南极》，上海交通大学出版社 2015 年版。

[3] 白佳玉，隋佳欣：“人类命运共同体理念视域中的国际海洋法治演进与发展”，《广西大学学报(哲学社会科学版）》，2019 年第 7 期。

[4] 鲍文涵：“英国的南极参与：过程、目标与战略”，《世界经济与政治论坛》，2016 年第 1 期。

[5] 陈力：“论南极海域的法律地位”，《复旦学报(社会科学版)》，2014 年第 5 期。

[6] 陈立奇：“21 世纪的极地科学探索——面临的机遇和挑战”，《自然杂志》，2009 年第 2 期。81 页。

[7] 陈玉刚：“试析南极地缘政治的再安全化”，《国际观察》，2013 年第 3 期。

[8] 甘露：“南极主权问题及其国际法依据探析”，《复旦学报（社会科学版）》，2011 年第 4 期。

[9] 郭红岩：“南极治理的新发展:《布拉格宣言》的意义”，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2019 年第 6 期。

[93] “我国第 36 次南极考察队凯旋 首次“双龙探极”圆满完成”，新民晚报网站，2020 年 12 月 11 日，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1664732040916419474&wfr=spider&for=pc。

[10] 郭培清、石伟华：“马来西亚南极政策的演变(1982 年-2008 年)”，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2009 年第 3 期。

[11] 郭培清、石伟华：“试析南极科学与南极政治的关系”，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2009 年第 6 期。

[12] 郭培清：“″南极模式″能用于南沙群岛吗”，《海洋开发与管理》，2006 年第 3 期。

[13] 郭培清：“阿根廷、智利与南极洲”，《海洋世界》，2007 年第 6 期。

[14] 郭培清：“美国南极洲政策中的苏联因素”，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2007 年第 2 期。

[15] 郭培清：“美国政府的南极洲政策与《南极条约》的形成”，《世界历史》，2006 年第 1 期。

[16] 郭培清：“南极中立化与美苏博弈”，《海洋世界》2007 年第 5 期。

[17] 韩雪晴：“全球公域治理:全球治理的范式革命?”，《太平洋学报》，2018 年第 4 期。

[18] 何柳：“新西兰南极领土主权的历史与现状论析”，《理论月刊》2015 年第 2 期。

[19] 李升贵、潘敏、刘玉新：“南极政治″单极化″趋势——以美国南极政策为中心的考察”，《海洋开发与管理》，2008 年第 10 期。

[20] 李升贵、潘敏：“中国南极软科学研究的意义、现状与展望”，《极地研究》，2005 年，第 3 期。

[21] 李政谦：“南极大陆架问题研究”，《东方企业文化》，2012 年第 8 期。

[22] 刘惠荣：“解读南极条约中的生态与科学”，《人与生物圈》，2017 年第 1 期。

[23] 刘惠荣：“南极治理中的″人类命运共同体″意蕴”，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2019 年第 6 期。

[24] 刘亮：“论大陆架界限委员会建议的性质与效力--兼评中国东海部分海域大陆架划界案”，《太平洋学报》，2014 年第 5 期。

[25] 刘明：“英国与阿根廷的南极关系考察（(1942-1961)”，《外国问题研究》，2014 第 1 期。

[26] 刘玮：“论南极洲的法律地位及确立原则”，《汕头大学学报》，1990 年第 4 期。

[27] 刘跃进：“非传统的总体国家安全观”，《国际安全研究》，2014 年第 6 期。

[28] 马忠法：“构建人类命运共同体”的法治设想”，《检察风云》，2019 年第 10 期。

[29] 彭鹏：“浅谈南极条约体系中的国际条约在中国的适用”，《海洋开发与管理》，2016 年第 2 期。

[30] 沈鹏：“二战后的″国家主权管辖范围外区域″资源问题及美国政策分析”，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2009 年第 2 期。36 页。

[31] 石伟华：“既有南极治理机制分析”，《极地研究》，2013 年第 1 期。

[32] 王萌：“跨界损害的国际法律责任”，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2007 年第 3 期。

［33］ 王婉潞：“南极治理机制的类型分析”，《南极治理机制的类型分析》，2016年第12期。

［34］ 王蕴珊：“征服！南极深寒极限”，《锦绣》，2012年第1期。

［35］ 王自磐：“南极旅游的思考”，《人与生物圈》，2017年第1期。

［36］ 吴军、赵宁宁：“美国与南极治理：利益考量及政策实践”，《太平洋学报》，2015年第10期

［37］ 吴晓明、刘乐：“南极法律地位问题研究”，《中国市场》，2016年第38期。

［38］ 颜其德、朱建钢：“<南极条约>与领土主权要求”，《海洋开发与管理》，2008年第4期。

［39］ 阳晓伟、庞磊、闭明雄：“哈丁之前的“公地悲剧”思想研究”，《河北经贸大学学报》，2015年第4期。

［40］ 章云华：“南极洲：迷雾笼罩的世界(上)”，《飞碟探索》，2001年第3期。15页。

［41］ 赵宁宁：“对当前澳大利亚南极政策的战略解析及其借鉴”，《华东理工大学学报（社会科学版）》2017年第6期。

［42］ 赵宁宁：“挪威南极事务参与：利益关切及政策选择”，《边界与海洋研究》，2018年第7期。

［43］ 郑英琴：“世界净土：南极的公域价值与治理挑战”，《世界知识》2017年13期。

［44］ 周菲：“法国对南极事务的参与以及对中国的经验借鉴”，《法国研究》，2015年第8期。

［45］ 朱瑛、薛桂芳：“大陆架划界对南极条约体系的挑战”，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，2012年第1期。

［46］ 《2004年12月3日美国常驻联合国代表就2004年11月15日澳大利亚向大陆界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http://www.un.org/Depts/os/clcsnew/submissionsfiles/aus04/cles032004losusatext.Pdf，最后访问日期：2021年1月13日。

［47］ 《2004年12月9日俄罗斯常驻联合国代表就2004年11月15日澳大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，hp://wwwun.org/Depts/os/clcsnew/submissionsfiles//s2004osrussantextpdf，最后访问日期：2021年1月13日。

［48］ 《2005年2月11东帝汶常驻联合国代表就2004年11月15日澳大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http://www.un.OngDpts/los/clcsnew/submissionsfiles/au4/dcs_032004s_tlspd，最后访问日期：2021年1月13日。

［49］ 《2005年3月28日法国常驻联合国代表就2004年11月15日漠大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http://www.Unorg/Depts/lo/dosnew/submissionsfiles/4/dcs_032004os_franpd，最后访问日期：2021年1月13日。

［50］ 《2005年1月19日日本常驻联合国代表就2004年11月15日大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，

http//www. unong/Depts/los/dcsnew/submissionsfiles/also1/s_032004losjap. po，最后访问日期：2021 年 1 月 13 日。

［51］ 《2005 年 3 月 31 日荷兰常驻联合国代表就 2004 年 11 月 15 日大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http://www. un. ogDepts/los/clcsnew/submissions_fls/aus4/dlcs_032004losnlpdH，最后访问日期：2021 年 1 月 13 日。

a） 《2005 年 4 月 5 德国常驻联合国代表就 2004 年 11 月 15 日澳大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http//www. unargDpts/los/. lcsnewsubmissionsfiles，/au4/ds_032004losdeupdf，最后访问日期：2021 年 1 月 13 日。

b） 《2005 年 6 月 5 印度常驻联合国代表就 2004 年 11 月 15 日澳大利亚向大陆架界限委员会提交的划界案给联合国秘书长的普通照会》，载大陆架界限委员网站，http://www. un. ogDepts. /los/dcsnew/submissionsfiles/au4/ds_03_2004los_indp，最后访问日期：2021 年 1 月 13 日。

［52］ Fred Parkinson, Latin America and the Antarctic: An Exclusive Club. Journal of Latin American Studies, Vol. 17, No. 2(Nov, 1985). Published by Cambridge University Press.

［53］ Antarctic resources policy: an introduction. In Francisco Orrego Vicuna eds, Antarctic Resources Policy: Scientific, Legal, and Political Issues, Cambridge University Press, 2009.

［54］ E. F. Roots, Resource development in polar regions: comments on technology, In Francisco Orrego Vicuna eds. Antarctic Resources Policy: Scientific, Legal, and Political Issues, Cambridge University Press, 2009.

［55］ Marcus Haward et al. Australias Antarctic agenda. Australian Journal of International Affairs Vol. 60, No 3, September 2006.

［56］ Denzil Miller. CCAMLR'S Ecosystem Approach in practice. CCAMLR'S management of Antarctic. 2002(1): 3-17.

［57］ Liesbeth Peeters, Square Peg, Round Hole: Jurisdiction over Minerals Mining Offshore Antarctica, MQJICEL 2004(1).

［58］ Sergio Marchisio, National Jurisdiction for Regulating Space Activities of Governmental and Nom-governmental Entities. In Activities of States in Outer Space in Light of New Developments: Meeting International Responsibilities and Establishing National Legal and Policy Frameworks, 16-19 November 2010 Bangkok, Thailand.

［59］ Peter Beck, British Antarctic Policy in the Early Twentieth Century, Polar Record 21 1983.

［60］ Adrian John Howkins, Frozen Empires: A History of the Antarctic Sovereignty dispute Between Britain, Argentina, and Chile, 1939-1959, dissertation, The University of Texas at Austin, 2008, p9.

［61］ J Wouters, Volkenrecht en internationale instellingen (2002)394(Course Materials for Public International Law, Catholic University of Leuven).

[62] Knowles R. Kerry and Martin J. Riddle ed. Health of Antarctic Wildlife: A Challenge for Science and Policy, Springer Dordrecht Heidelberg London New York 2009 Chapter 11 National Antarctic Programs and Their Impact on the Environment.

[63] Aline Jaeckel, "Deep Seabed Mining and Adaptive Management: The Procedural Challenges for the international Seabed Authority", marine policy 70(2016).

[64] Andrew Serdy. Some Views Are More Equal Than Others: Submissions to the Commission on the Limits of the Continental Shelf and the Strange Loss of Confidence in Article IV of The Antarctic Treaty, 2009.

[65] Christopher C. Joyner, Japan and the Antarctic Treaty System, 16 Ecology L. Q. 155 (1989).

[66] Fernando Villamizar Lamus, Antarctic Treaty and Antarctic Territory Protection Mechanisms, 40 Revista Chilena de Derecho 461 (2013).

[67] John Hanessian, The Antarctic Treaty 1959, 9 Int'l & Comp. L. Q. 436 (1960).

[68] Executive Summary of the submission by Australia. Available at: http //www. un. org / depts / los clcs new/submissions files/auso4/Documents/aus doc es web delivery. Pdf. Last visited on January 12, 2021.

[69] Summary of recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS) in regard to the submission made by Australia on15 November2004, available at:
http//www. un. org/depts/los/clesnew/submissionsfiles/auso4/aussummaryofrecornmendations, pdf. Last visited on January 11, 2021.

[70] Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 in respect of the Falkland Islan ds, and of South Georgia and the South Sandwich Islands. Available at: http//www. un. org/depts/los/clesnew /submissions files/gbr4509/gbr2009fgs executive%020summary pdf. Last visited on January 12, 2021.

[71] Preliminary Information Indicative of the outer limits of the Continental Shelf and description of the status of preparation and intended date of making a submission to the Commission on the Limits ofthe Continental Shelf. Available at:
http//www. un. org/depts/los/clcsnew/submissionsfiles/preliminary/chl2009preliminaryinformation. pdf. Last visited on January 12, 2021.

a) Plan to create massive Antarctic ocean sanctuaries blocked by surprise challenge from Russia and Ukraine. Available at:http://www. theguardian. com/environment/planet-oz/2013/jul/17/antarcticaaustralia-marine-sanctuary-commissionmeeting. Last visited on January 12, 2021.

The Legal Meaning of Article 4 of Antarctic Treaty Species

XU Zi-yun

Abstract: Article 4 of the Antarctic Treaty set aside disputes over countries. For 50 years, many countries have been able to cooperate in science and other fields without being hindered by sovereign competition. Article 4 of the Antarctic Treaty freezes and shelves the territorial

sovereignty of Antarctica, but it does not mean that the issue is ultimately inconclusive. The vagueness of the terminology may make different countries have different understandings, seek more flexible methods under its freezing provisions, and continuously enhance its substantive existence by improving scientific research capabilities and establishing quasi-territorial jurisdiction. In addition, because the Antarctic Treaty system divides the participating countries into negotiating countries and member states, and only the negotiating countries of the Antarctic Treaty can obtain the right to participate in Antarctic affairs, which imposes certain restrictions on the scientific research level of countries who wanted to engaged in. Part of the third world countries participation in Antarctic affairs will be even more difficult and slow. Therefore, China should take the concept of ″building a community with a shared future for mankind″ as the basic direction for China's involvement in the global Antarctic governance, strengthen and improve the domestic legislation of Antarctica, deepen the official and non-official cooperation with other countries within the Antarctic issues, and safeguard the common rights and interests of itself and the mankind in Antarctica.

Keywords: Article IV of the Antarctic Treaty; freezing provisions; legal implications.

疫情下国际卫生合作的法律问题研究

严永灵*

摘要：疫情下，国际卫生合作面临着法律的滞后性、各领域不同卫生规则的适用冲突、普遍欠缺强制力和因无合理分配机制而导致各方利益难以协调等主要困境,而这明显不利于全球公共卫生治理的国际法治化合作之实现。为此，有必要对国际卫生合作进行学理构建，明确其主要内容应包括兼顾各国利益和适用优先考虑发展中国家的特殊需要、公正合理地配置和协调全球公共卫生资源、禁止为逃避卫生治理义务的履行而损害他方利益与坚持解决国际卫生争端。同时，各国应开展理性的卫生外交、明确化各主体的权利义务，强化各领域卫生规则间的协调性、提倡和推动全球公共卫生资源从利益分配到利益创造的合作转型和尽快完善国际卫生争端解决机制，以进一步推进国际卫生合作进程。

关键词：全球公共卫生治理；传染病控制；新冠肺炎；法律合作

引言

新冠肺炎疫情是百年来全球发生的最严重的传染病大流行。根据世界卫生组织（以下简称“世卫”）最新实时统计数据，截至北京时间 4 月 12 日 22 点，全球新冠肺炎确诊 1. 35446538 亿例，累计死亡 292. 7922 万例。[1]疫情的突然暴发并在全球持续蔓延，导致全球陷入了一场重大公共卫生危机。而疫情的影响对国际社会而言是长期性且多面性，在当下及今后相当长的一段时间内，疫情可能进一步引发一系列经济危机、粮食危机和能源危机等严重灾难。[2]虽然有些地区和国家经过一定时间的防控和遏制，使国内疫情得到一定程度地缓解，但因新冠病毒的突变性、全球社区公共卫生的相互脆弱性和全球化及多边主义的脆弱性[3]、新自由主义霸权的国际法律规则对全球公共卫生治理的破坏性严重[4]以及东西关系的紧张化和南北发展差距的扩大化[5]等原因，一些管理松散的地区和国家又逐渐出现疫情反弹和趋向严重化的

【作者简介】 严永灵，女，厦门大学法学院博士生研究生，主要研究方向：国际法理论，国际卫生，国际争端解决。

[1] https://www.who.int/.

[2] 国际货币基金组织：预计 2020 年全球经济将萎缩 4.4% https://baijiahao.baidu.com/s?id=1680440564614535242&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2021 年 4 月 10；世界银行：预计全球极端贫困人口将自 1998 年以来首次上升 https://news.fx678.com/202010250904372286.shtml，最后访问时间：2021 年 4 月 10 日；联合国世界粮食计划署：全球正处在“饥饿大流行”的边缘 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1664653057104785946&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2021 年 4 月 11 日；吕建中：后疫情时代，能源安全理念亟待更新 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1678143510348580467&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2021 年 4 月 13 日。

[3] Aginam, Obijiofor, *Global Health Governance: International Law and Public Health in Divided World*, Toronto: University of Toronto Press, 2005, pp.46-59, pp. 60-89.

[4] See Oran Young, *The Actor in World Politics*, in James N. Rosenau et al. (eds.), The Analysis of International Politics, Free Press, 1972, p. 1130; 夏银平、倪晶晶：《另一个世界是可能的——法国左翼对新自由主义的批判性研究》，载《当代世界与社会主义》2020 年第 1 期，第 115-116 页; 王逸舟：《西方国际政治学：历史与理论》，上海人民出版社 2018 年版，第 316-317 页; See G. John Ikenberry, Rethingking the Origins of American Hegemony, 104 *Political Science Quarterly* 1989 (3), pp. 375-400; 关于霸权紧急规则的阐述，可参见 John Reynolds, *Empire, Emergency, and international law,* Cambridge University Press, 2017, pp. 7-108.

[5] Aginam, Obijiofor, *Global Health Governance: International Law and Public Health in Divided World*, Toronto: University of Toronto Press, 2005, pp.32-35.

现象。而且，该病毒仍在全球各地不断地变异[6]，疫情症状也呈现出高度复杂化和多变性，2021 年全球疫情或将更加严峻，[7]这将使全球社区长期处于高度且严重危及全人类的健康和生命的“风险状态”。即使诸多国家已拥有了疫苗并进行了陆续的接种，因考虑到未来疫苗的突变性和复杂性，依然无法完全地根除该病毒。面对全球大流行病，没有完全的赢家，唯有国际社会各不同成员间不断地加强相互合作才能有效地治理和化解此项危机。

然而，当前国际卫生合作面临着诸多困境，致使陷入“疲软”期。针对国际卫生合作之所以难以推进的问题研究，当前大多局限于国际关系领域、公共管理和软法框架内[8]。当然也有一些学者对国际合作的国际法律问题进行研究[9]，但很少涉及到国际卫生合作的国际法内涵和主要内容等法理基础进行深究，而这对全球公共卫生的国际法治化合作之实现至关重要。

鉴于此，本文将回归国际卫生合作的法理层面，以本次疫情为视角，基于国际卫生合作的历史沿革和疫情全球卫生治理的困境分析，对国际卫生合作进行学理建构，以试图为国际卫生法律体系的完善和疫情下公共卫生的国际合作法治化进程增添一些可选的素材；同时也为我国在处理重大突发公共卫生事件时如何增进国际合作的法律问题相关研究抛砖引玉。

第一节 国际卫生合作的法律体系之演变

国际卫生法是新兴国际法领域，虽尚未成熟，但已具备一定的制度基础和法律框架。国际卫生法的历史沿革中，国际合作是其核心的组成部分和主要推动力。具体可从两个阶段来看。

一、第一阶段：国家检疫—监测—制度化的转变（19 世纪—1945 年）

从 19 世纪至 1945 年期间，国际卫生合作经历了从国家检疫-检测-制度化的转变过程。前期的合作是为了协调检疫措施，合作主体范围仅包括欧洲的几个国家，检疫措施的适用范围是霍乱、鼠疫和黄热病三种，该时期合作的根源是通过零散的国家检疫规定，来对国际贸易的干扰降到最低的非国家利益和国家利益，本质上并不是基于人的健康和保护。[10]后期是为了进一步降低对贸易的限制，合作模式从检疫的协调转变成监测，重点集中于旅客身上，而不再商品和货物。[11]随着相关国际协定数量的增加和国际卫生机构的不断出现，与公共卫生有关的国际合作得以制度化。然而，整个时期的合作仅少数国家受到国际卫生公约的约束或成为卫生组织的成员，国际合作的内容和方式相当分散，缺乏普遍性。

二、第二阶段：逐步呈现组织化和普遍性的法律体系（1945 年后）

为了应对第一节阶段遗留的问题，国际卫生合作体系逐步在制度化、组织化和普遍性方

---

[6] 重磅!第 6 种新冠变种出现!美国发最高旅行警告，加拿大进"黑名单"! https://www.163.com/dy/article/G85FQF270545BB3D.html，最后访问时间：2021 年 4 月 23 日；德国研究：第 6 款变种病毒出现，年轻人感染期更长 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1697519952815189115&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2021 年 4 月 23 日。

[7] 世卫组织：70 个国家和地区出现变异新冠病毒 未来疫情形势可能更为严峻 https://m.gmw.cn/baijia/2021-01/14/1302034746.html，最后访问时间：2021 年 4 月 23 日。

[8] 如张超汉，冯启伦：《全球卫生合作治理--以重大突发公共卫生事件防控为视角》，载《河北法学》2020 年第 8 期；刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，载《法学》2020 年第 4 期；张守文：《公共卫生治理现代化：发展法学的视角》，载《中外法学》2020 年第 3 期；黄瑶，聂云飞：《国际传染病防控合作与国际法》，载《现代国际关系》2003 年第 7 期；王贵国：《国际公共卫生秩序与后新冠前瞻》，载《中国政法大学学报》2020 年 5 期等；[美]劳伦斯 O 戈斯廷 著：《全球卫生法》，翟宏丽，张立新 主译，中国政法大学出版社 2016 年版，国外的相关研究视角也有类似现象。

[9] 何志鹏，王艺曌：《国际法视角下的国际抗疫合作之困境与出路》，载《武大国际法评论》2020 年第 3 期；于亮：《人类卫生健康共同体视角下的国际卫生合作》，载《天津大学学报》（社会科学版）2021 年第 2 期。

[10] DP Fidler, From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations, *Chinese Journal of International Law* 2005(4), p. 329.

[11] DP Fidler, *International Law and Infectious Diseases*, Clarendon Oxford, 1999, p. 116.

面的加强建设，尤其是世界卫生组织于 1948 年《联合国宪章》第 57 条下的成立，很大程度上弥补和彰显了普遍主义的必要性。[12]《世界卫生组织组织法》（以下简称《组织法》）于 1946 年 7 月 22 日通过并开放签字，《组织法》第 1 条规定，世界卫生组织的目标是使所有人民达到尽可能高的健康水平。根据其序言，健康不再仅以疾病来定义，健康的定义和概念是一种身体、精神和社会的完全健康状态，而不仅仅是没有疾病或虚弱。世界卫生组织成立后，公共卫生领域的国际合作逐步受到一种新理论基础的支配，即公共卫生问题的规范性和机构管理的普遍性。根据《组织法》，世界卫生组织制定许多文书（如《国际母乳代用品销售守则》、《世界卫生组织烟草控制框架公约》和《国际公共卫生条例》等），以促进公共卫生方面的国际合作。从《国际公共卫生条例》到《国际卫生条例》的变革反映了卫生领域中国际合作模式的转变，前者合作目的主要是确保欧洲抵御外来瘟疫[13]。而后者则是基于合作保护国际社会各成员免受疾病的侵扰，同时还为传染病控制方面的国际合作建立一个新的法律框架，以加强各国通报其领土内发生疾病病例的义务。历经几次修订，1969 年《国际卫生条例》的目的是确保在最大程度上安全防止疾病的国际传播，同时尽量减少对世界交通的干扰，利用条例来促进卫生领域的国际合作。[14]

《国际卫生条例(2005)》是当前全球公共卫生合作的轴心，其宗旨和范围是预防、防范、控制疾病的国际传播，并采取符合和限制公共卫生风险的公共卫生应对措施，避免对国际交通和贸易造成不必要的干扰[15]。简言之，《国际卫生条例（2005）》对以往的国际卫生合作内容已进行了重大改革。首先,通过国际合作健康法规是不再局限于特定传染病范围；第二，国际合作不再仅是国家间的问题,而是国家和非国家行为者--多元主体之间的全球治理网络关系；第三，合作超越了预防传染病的传统领域，涵盖了一系列与经济、贸易、人权、环境保护和安全有关的新问题。此外，各国已制定非正式卫生协定和处理全球公共卫生问题，如 2008 年通过的《关于实施卫生和动植物检疫措施协定》第 6 条的指导方针，适用于无病虫害地区的状态确认过程。此外，国际合作是强烈得益于全球公私合作伙伴关系等新形式的出现。新千禧年下公共卫生合作蓝图表明，所谓全球卫生合作比经典国际合作模式发挥更重要的作用，购买力平价就是例证，它们进一步加强了多边组织、政府、民间社会、受影响社区以及私营部门等主体间关系。尽管目前全球卫生合作机制存在横向和纵向两种方式，但实践中仍面临诸多挑战。[16]

第二节 国际卫生合作的法律困境分析

国际卫生法仍处于发展中，而新冠肺炎的全球性肆虐又带来许多新挑战。为了利于全球卫生治理的国际法律合作，有必要对所面临的相应法律困境进行分析。

一、法律的滞后性阻碍了不同主体间的国际卫生合作

显然，国际卫生合作治理体系旨在维护整个国际社会的公共卫生利益，而国际组织则是为国家和非国家行为者之间就国际卫生合作治理的重要枢纽和牵头者。可知，疫情的全球化必然需要推动国际卫生的合作化，而 WHO 作为国际卫生合作治理进程中的重要领导者，理应发挥关键性的作用。然而，因国际卫生法体系自身的滞后性和普遍软法性，如国际卫生合

---

[12] Makane Moïse Mbengue, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Public Health, International Cooperation,* Oxford University Press, 2010, pp. 3-5.
[13] Y Beigbeder, *The World Health Organization,* Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 73.
[14] Makane Moïse Mbengue, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Public Health, International Cooperation.* Oxford University Press, 2010, pp. 5-8.
[15] 《国际卫生条例（2005）》第 2 条。
[16] Makane Moïse Mbengue, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Public Health, International Cooperation,* Oxford University Press, 2010, pp. 8-11.

作过程中缺乏协调国际组织之间的功能冲突办法，WTO 奉行的“私有化”理念与 WHO 体系下的公共卫生产品存在冲突性；《国际卫生条例（2005）》与相关国际法律文件（如《生物多样性公约》）之间就病毒样本分享议题上存在分歧且缺乏协调的机制，WHO 与其他非国家行为者之间的合作机制尚未成熟，仍处于探索阶段。[17] 这些原因致使 WHO 在组织力和决策力上仍无法有效地推动治理国际卫生合作治理。即使通过自身的改革制定并颁布了诸如《2019-2023 第十三个工作总规划》、《人人享有健康生活和福祉的全球行动计划》等决议以弥补国际治理能力，但仍然无法满足国际公共卫生合作治理的迫切需求。

二、国际卫生法与其他学科之间存在规则适用的不协调关系

自疫情暴发以来，作为领导国际卫生合作治理的核心机构—WHO，对国际法的重视和适用程度不足，虽有关传染病控制存在法律依据，但因各成员国之间的价值差异和利益冲突，使它的适用度和发挥的作用受限。[18]诸如国际贸易、人权、环境等领域，一些国际组织采取不同的手段进行公共卫生治理，如 WTO 通过其争端解决机制对贸易和卫生之间产生的争端进行处理，在一定程度上弥补了 WHO 框架下国际传染病控制在争端解决方面的不明确化和空白；联合国大会及联合国开发计划署、人权事务委员会等机构则从国际人权法、国际环境法等视角对国际公共卫生治理发挥作用；世界银行、国际货币基金组织则主要为国际卫生合作治理提供资金通道和来源；此外，还有世界动物卫生组织、国际植物保护公约组织等还直接分担公共卫生治理的职责等。[19]

上述组织所采取的措施可在一定程度上弥补 WHO 框架下公共卫生合作治理的缺失，但因各国际组织的目标存在差异且缺乏明确的协调机制，如在执行层面，不同规则间的适用存在碎片化和无序性，缺乏国际卫生合作治理体系的一致性和完整性。简言之，国际卫生合作治理中规则的目标性与手段性之间的不协调和兼容，导致进行国际卫生合作治理时容易陷入分散、混乱的窘境，以至于不利于国际卫生合作治理体系的一致性和有效性。

三、因无专门性的争端解决机构，国际卫生合作欠缺强制力的保障

虽然《国际卫生条例（2005）》规定了争端的解决机制，强调各成员国应优先基于双方合意来选择争端方式和程序，并规定若争端未解决，可提交至总干事。还规定了 WHO 与成员国之间的争端应提交世界卫生大会，该条例还将卫生争端解决主要寄托于其他领域（如 WTO）的争端解决机构，但不同领域所服务于的目标和主要对象存在差异性，且对卫生争端问题缺乏专业性和权威性，最终难以有效地处理卫生争端。

总体上，国际卫生体系既没有专业性的争端解决机构，也没有针对一些违反卫生规定进行有效的规制和事后救济机制，这明显不利于维护国际卫生治理规则的权威性和降低其他成员国合作的动力。尤其面临着新冠肺炎病毒的全球性肆虐，国际合作已迫在眉睫，但因缺乏明确化和权威性的司法（仲裁）强制力得以保障实施，致使国际卫生合作的动力和国际法效力逐渐降低。[20]此外，因目前《组织法》与《国际卫生条例（2005）》均规定了争端解决条款在实践适用中存在管辖权冲突的潜在可能性，当然管辖权的潜在冲突还可能出现在同时涉及

[17] 张超汉，冯启伦：《全球卫生合作治理--以重大突发公共卫生事件防控为视角》，载《河北法学》2020 年第 8 期，第 14-15 页。
[18] 刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，载《法学》2020 年第 4 期，第 25 页。
[19] 刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，载《法学》2020 年第 4 期，第 25-26 页。
[20] 张超汉，冯启伦：《全球卫生合作治理---以重大突发公共卫生事件防控为视角》，载《河北法学》2020 年第 8 期，第 13 页。

全球公共卫生和全球环境问题的混合性争端[21]。因此，如何协调不同机制下管辖权的冲突问题亦是国际卫生争端解决的重要内容。

四、因发展水平差异化且无合理的分配机制，致使各方利益难以协调

国家作为保障公民健康权的主要承担者和国际卫生合作的主要参与者，应对国际突发的公共卫生事件进行有效防控，同时兼顾国内法和国际法，与其他国家进行利益协调和合作。然而，因各国发展水平差距较大，特别是发展中国家与发达国家之间，在疫情的负担程度上出现不对称的现象。同时，虽然目前存在疫苗分配方案，但仅是临时性且合作供应方范围较窄，仍欠缺有效性和合理性的疫苗分配方案。[22]这致使发展中国家的基本权益难以保障和降低合作动力。如在现有贸易体制下，一方面是新特医药的不断涌现和专利数量的剧增，另一方面是感染人数较多的发展中国家得不到基本药物[23]。尤其是在知识产权保护领域，由病毒株研发而生产的疫苗往往受到 TRIPS 协议的规制，医药商由此获得巨大经济利益，而病毒株的提供者却无法得到相应的保护，反而被“人类共同利益”所绑架，无偿向世界提供病毒样本。由于发达国家与发展中国家之间的实力极不相当，最后博弈的结果是知识产权的保护与生物和生物材料或病毒资源的廉价流失[24]，西方发达国家的强权干涉使不公平现状无法根本性转变。虽然发展中国家经过不断努力争取，促使国际社会颁布了诸如《TRIPS 与公共健康多哈宣言》、“穷国购药决议”等对其有利的法律协议，但依然无法彻底改变不公平的现状。[25]此外，还有其他非成员国行为者参与国际卫生合作治理时权利义务的规定存在不明确化亦是造成各方利益难以协调的原因之一。

上述原因均是阻滞国际卫生合作治理的体系内因素。体系外，也有其他因素影响着国际卫生合作，如因上位概念（如公正）的缺失而无法为国际合作提供一个价值层面的有效引导；相对收益的利益界定和“主权—人权”的国际法二元结构[26]等原因均阻滞和冲击了此次疫情下公共卫生的国际合作开展。

第三节 国际卫生合作的法理重构

不难看出，国际卫生法作为国际法的一个特定领域，从调整对象、内容和方法均有自身的特殊性。为了不断适应国际卫生问题的新形势（如充满不确定性的新冠肺炎）和走向法治化，国际卫生法急需尽快完善自身的法理基础，特别是国际合作方面。借此，本文拟将从国际卫生法律体系的历史发展、学科性质和现实需求等方面进行综合分析和建构出国际卫生合作的法律内涵和主要内容，以期为相关实践提供理论指导。

一、明确国际卫生合作的法律内涵

虽然国际合作在现代国际法中尚未存在一个普遍定义，但并不否认特定领域中专门界定的存在，国际卫生法亦是如此。通过综合考察，知悉国际卫生合作的目标应契合《组织法》

---

[21] 近期日本政府决定往太平洋海域排放受到核泄漏污染的福岛核电站 100 多万吨污水，既是环境问题，也是卫生问题，更关乎国际社会每一个人的生命健康。外交部：核废水排海不是日本私事，更不能搞暗箱操作 https://new.qq.com/rain/a/20210422A07UW200，最后访问时间：2021 年 4 月 23 日；韩国联合中美洲 8 国发表声明：对日本排核废水排海深表担忧 https://new.qq.com/omn/20210423/20210423A04JMX00.html，最后访问时间：2021 年 4 月 23 日。

[22] https://www.gavi.org/sites/default/files/covid/covax/COVAX%20Supply%20Forecast.pdf。最后访问时间：2021 年 2 月 4 日。

[23] 龚向前：《传染病控制之国际法问题研究》，武汉大学 2005 年博士学位论文。

[24] 龚向前：《病毒共享的国际法思考》，载《政法论丛》2010 年第 5 期，第 56－63 页。

[25] 张超汉，冯启伦：《全球卫生合作治理--以重大突发公共卫生事件防控为视角》，载《河北法学》2020 年第 8 期，第 13 页。

[26] 详细分析，可参见何志鹏：《非常时期的国际法价值—困顿与突破》，载《中国法律评论》2020 年第 4 期，第 18-19 页。

第 1 条“使所有人民达到尽可能高的健康水平”的要求。疫情全球卫生治理暴露了许多问题，除了国际卫生法制度体系存在诸多短板外，还揭示了个人利益、国家利益和国际社会整体利益三者间的高度融合性与构建人类卫生健康共同体法律制度的紧迫性。“公共卫生是影响人类发展的重要变量，面对疫情引发的多重危机，也激发了运用发展法学的视角来推进公共卫生卫生治理的现代化之思考。通过国际合作，将发展因素全面融入公共卫生治理中，建立以健康发展权为核心，以发展为导向的治理体系，同时强化健康、法治和发展之间的良性互动，以实现公共卫生治理的现代化需求。”[27]

概言之，国际卫生合作是指将人权保障作为价值基础[28]，以健康发展权为核心，以发展为导向，不同行为者之间进行广泛密切的合作，通过合作而采取各种措施和进行治理，以实现保护人人健康的目的。

二、明晰国际卫生合作的基本要求

疫情的全球化肆虐再次证实，人类社会发展到现阶段，卫生问题已成为危及整个人类社会的共同利益（包括健康、发展和生存本身）之根源之一，而国际卫生合作俨然已成为国际社会亟需开展和推进的重要内容。除了国际合作原则的国际法渊源外，合作的权利义务内容上各不相同，合作方式和类型也存在多样性。简言之，国际合作卫生的基本要求主要包括以下四个方面：

（一）兼顾各国利益和适当优先考虑发展中国家的特殊需要

所谓的兼顾各国利益是指在治理和解决全球公共卫生问题时，需从人类卫生健康共同体、各国的现实利益和长期利益及当代人和后代人的利益出发，充分认识“以人为本，生命至上”和“人类共同利益”的深远意义，在公平合理的基础上进行友好合作。而在兼顾各国利益的同时，需要适当地优先考虑发展中国家特殊情况和需要，因为贫穷是最大的卫生治理问题，贫穷不仅无法为卫生治理提供应有的条件，同时还易造成卫生质量和环境的恶化，反过来又加剧贫穷，进而形成恶性循环。显然，因疫情而引发的全球化危机和各国治理的现状，更加清晰地反映出全球公共卫生治理的最终失败与否大多取决于这些发展中国家，因为它们是最关键和最薄弱环节[29]。

总之，南北国家经济发展的差距和不平等是阻碍全球卫生治理的主要根源因素。当然，适当优先考虑发展中国家并不是否定他们有义务积极参与全球卫生治理问题，而应指在合作过程中合作方基于他们的特殊情况和需要给予一定的照顾，尽可能地实现互利共赢，且需基于尊重国家主权和不干涉内政原则的前提下开展。

（二）公正合理地配置和协调全球公共卫生资源

全球公共卫生治理是一项关乎如何通过成员国、世界卫生组织与其他非国家行为者[30]之

---

[27] 张守文：《公共卫生治理现代化：发展法学的视角》，载《中外法学》2020 年第 3 期，第 590-611 页。

[28] 所有人权是普遍、不可分割、相互联系的。可持续发展是提高每个国家人民生活水准和福利的基础，由此可促进享有所有人权。详细内容请参见《中华人民共和国和俄罗斯联邦外交部长关于当前全球治理若干问题的联合声明》https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/1179_674909/t1863317.shtml，最后访问时间 2021 年 4 月 20 日。

[29] 此次印度的大爆发正印证了这一点 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1698450550574954871&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2021 年 5 月 2 日；世卫组织：若防护措施放松 印度疫情可能在任何地方重演 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1698428524687182049&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2021 年 5 月 2 日。

[30] 除了《组织法》和《国际卫生条例》诸多条文均有提到相关，此外，在世卫大会的一些报告（如《全球卫生应急队伍》和《与非国家行为交往的框架》等）中也有多元主体的定位和规划。Report by the Director-General, Global Health Emergency Workforce, A68/27(2015), p. 5;《秘书处的报告:非国家行为者交往的框架》，世界卫生组织第 67 届世界卫生大会临时议程项目 11. 3， A67/6，日内瓦，2014 年 5 月 5 日，第 2 页。

间的分工合作来达到合理分配各种救济资源、协调各项工作的综合体系。随着全球化深度和广度的持续化，除了强调多元主体之间通过多样化的合作模式来共同解决全球问题[31]外，对于国际卫生合作治理中不论是机制的规范化还是内容的清晰度，均要求更严格和协调性更高。具言之，现今的全球卫生治理是，以世界卫生组织等联合国机构为核心或枢纽，以区域性国际组织、地区卫生组织和相关民间社会力量为主要合作伙伴，以各个国家和地区的卫生部门为基础[32]，相互合作，共同构筑公平和合理的综合体系。

此外，由于疫情的持续肆虐可能引发的粮食、能源、金融和环境污染等危机，相应的国际主管机构应与各成员国、其他国际组织以及其他主体之间进行国际合作，做好预防方案和提前止损，不断稀释新自由霸权主义所主导的地缘政治博弈所引起的破坏性力量，加强各方协调卫生资源的供应链问题，一方面鼓励和促进更加有效和公正的多边卫生资源分配体系，另一方面也不忽视其他重要领域出现危机时涉及资源分配和利益协调的治理体系之发展和完善，即加强全球应急资源管理体系的完备性和有效性。

（三）禁止为逃避卫生治理义务的履行而损害他方利益

欲建立公平合理的全球伙伴关系，共同维护全球人民的健康，则要求各国既要履行当局者的卫生治理职责，又要善意地进行国际合作。然而，一些国家虽已加入全球治理体系的条约和受制于框架中，但是一般情况下仅仅关注自身的获益与否，过分地关注利益的冲突面，还忽视了利益的共融性或兼容性。错误的认知常常使实践的效果出现偏差，最终难以获益。如疫情的治理过程中，更加明显地暴露出这种不良现象，一些国家非但没有履行本届政府的治理防疫职责，竟为逃避防疫义务和推责，无理指责国际组织和打压其他国家及其企业，损害他们的权益，亦最终阻碍了全球公共卫生合作治理的有效推进。因此，禁止为了逃避治理义务的履行而损害他方利益这一要求亦应属于国际卫生合作的规制内容。

（四）坚持和平解决国际卫生争端的基本要求

和平解决国际争端是国际法的一项基本原则，随后被国际社会各成员所广泛接受和承认，并逐步被适用于各个领域的国际争端。1974 年联大通过的《各国经济权利和义务宪章》将和平解决争端列为国际经济关系的基本原则之一。[33]《联合国宪章》第 2 条第 3 款、《组织法》和《国际卫生条例》第 56 条第 1 款均有相关规定。随着疫情的严重化，国际卫生问题日益尖锐，不同主体之间的卫生争端时有发生，及时公平和合理地解决这些争端，不仅关系到全球公共卫生的有效治理和各争端方的切身利益，同时还影响着国际安全、稳定与和平。此时，采取诚意合作的和平方式是最务实的选择。处于全球最大的流行病背景下，和平解决国际卫生争端非但没有过时，反而是是国际卫生合作的基本要求和前提。

第四节 疫情下国际卫生合作的途径

疫情的全球化肆虐再次证实，人类社会发展到现阶段，卫生问题已成为危及整个人类社会的共同利益之根源之一，而国际卫生合作则是解决该问题的关键环节。具体可选的路径如下：

一、各国应努力开展理性的卫生外交，助推法律合作的步伐

国家作为国内治理和全球治理的重要主体，可以说国家之间的政治外交既是疫情合作的阻碍因素，亦是未来推进疫情合作治理的主要动力，关键在于各国间是否能客观地认知到个

---

31 张彩霞：《国际非政府组织在全球卫生治理中的作用》，载《经济研究导刊》2011 年第 34 期，第 245-247 页。

32 徐彤武：《埃博拉战争:危机、挑战与启示》，载《国际政治研究》2015 年第 2 期，第 33－60 页。

33 林灿铃，吴汶燕：《国际环境法》，科学出版社 2018 年版，第 71 页。

人利益、国家利益和人类共同利益三者之间的相互依存与共同发展的现实性而开展务实地合作。虽然，随着疫情的扩散，各国已认识到新型冠状病毒对民众健康、生命安全和经济发展造成了严重危害，并逐步地开始重视和开展合作，但基于新自由霸权主义的国家所推崇的地缘政治利益的博弈，致使各国之间的信任度不断降低，合作的力度和有效性严重不足，且大多数仅局限于区域性，这些做法明显违背全球化背景下各国实现可持续发展的初衷和目标。

面临疫情几波反弹，且态势将愈加严峻，由疫情引发的各种可能性危机也将持续到来，各国防控均面临重压，需尽快同时加强区域性和全球性的卫生外交，尽量减少或避免地缘政治博弈对全球抗疫的阻碍，并重视国内治理和全球治理的共融性，最大力度地提升国际卫生治理的法律合作化。此外，各国还需通过建立理性的卫生外交，能有利于于进一步地兼顾各国利益和协调全球卫生资源的公平合理之配置。尤其是作为世界最大两个经济体，中美关系的变动关乎国际形势的重大走向，两国之间急需尽快启动和推进共商共建共享的卫生外交模式，务实地推进法律合作，为国际卫生合作营造一个稳定、良好的国际法律秩序，从而为共同抵御疫情危机增加更多的可能性。

二、明确化各主体的权利义务，同时强化各领域卫生规则间的协调性

疫情期间的合作受到了国际卫生法体系中多元主体的权利义务内容不够清晰化和各领域卫生规则间的协调性不足等因素的影响。因此，一方面需实现修正或完善对国际卫生法体系内的短板，特别是对成员国、世界卫生组织及其他非国家行为者的合作权利义务内容做更清晰化的规定，以搭建公共卫生治理全球统一框架和确保合作机制实现精简高效[34]的目标；另一方面，则需针对《国际卫生条例》、《实施卫生与动植物检疫措施协定》、《与贸易有关的知识产权协定》、《生物多样性公约》以及《公民权利和政治权利国际公约》等相关领域不同卫生规则间的适用提供有效协调的方式或机制，因为国际卫生法是一门具有边缘综合性的学科，最明显的是传染病控制问题，此事项涉及贸易、人权、环境、劳工与武器控制等多种领域[35]。

此外，世界卫生组织作为全球公共卫生治理的枢纽和重要领导者，需要坚持秉持公正、客观和科学的精神，避免双重标准和管理层官僚主义的作风，更加重视国际法的重要性和权威性，并充分兼顾和发挥“软法”和“硬法”之间的共融互动性，进一步推动国际卫生合作治理的法治化。

三、提倡和推动全球公共卫生资源从利益分配到利益创造的合作转型

全球公共卫生危机下各种领域的利益分配均面临着不均衡的问题，须得从根源上解决问题。本次疫情亦是如此，特别是目前全球疫苗的明显供给不足状况，加之，南北地缘政治博弈的恶化和国家经济发展水平的差距扩大化，全球公共产品的分配仍面临着诸多困境，虽然在世界卫生组织主持下共同制定了新型全球疫苗分配方案，但因受到一些国家所主张的民族主义和单边保护主义等政治因素的影响，该方案的有效性和保障性比较有限。此外，无论是单方面地保护或放弃疫苗的专利权还是单方面地保护公共健康的方式，对于疫情的防控和国家的可持续性发展均不是长远的选择。

从长远来看，唯一的方式就是开展国际卫生合作，如在全球化视野下的药品专利问题，应提倡和推动将关注的重点从分配正义转向创造正义，从促进发达国家与发展中国家和不发达国家在药品研发激励机制中的合作和共赢的视角出发，探求药品在全世界范围内的科技创

---

[34] 张超汉，冯启伦：《全球卫生合作治理---以重大突发公共卫生事件防控为视角》，载《河北法学》2020 年年第 8 期，第 18-19 页。

[35] 刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，载《法学》2020 年第 4 期，第 29 页。

新之道，尽可能地缓解发达国家与发展中国家、不发达国家之间关于药品利益分配的紧张关系，以寻求公共健康和专利制度产生冲突时应达到的一个利益的平衡基准。[36]

四、尽快完善国际卫生争端解决机制，以强化硬约束力

国际卫生合作之所以出现履行力不足，甚至公然违背的现象，主要因为国际卫生法体系缺乏权威性、专门性和有效性的争端解决机制，无法提供强制执行力和保障性。具言之，在《国际卫生条例（2005）》第 56 条规定中，虽提及了如强制仲裁等方式的可选择性和适用，但最终的落实取决于行为者的自愿性，且条文内容过于模糊化和形式化，以至于在疫情中出现高度复杂的卫生争端时，很难提供有力地监督各主体履行合作义务。加之，国际卫生法目前还未确立国际法律责任制度，在普遍存在“软法”的特征下，极易出现部分主体漠视国际法的违法成本[37]，同时造成许多损失的受害者无法得到公正和合理的救济。此外，《组织法》中同样也规定了争端解决机制，其适用的标准与《国际卫生条例（2005）》的有所不同，若实际适用可能引发规则冲突的潜在可能性，影响国际卫生争端解决的权威性和有效性，因此两个机制间的协调性问题也需尽快进行处理和完善。同时因卫生问题涉及的领域较广，国际卫生争端可能会引起多种领域（特别是环境、经济和军事等方面）的争端解决机制之同时适用，发生竞合管辖权、不同机构裁决的效力冲突等可能性也很大，因此，同时需要提前做好相关协调机制的准备。

因此，作为全球卫生治理的主要主体，世界卫生组织和国家应加大对国际卫生治理中国际法律责任制度的确立和国际卫生争端解决机制的完善，尽快采取相关措施，如可尝试通过成立专门的专家组，起草文件并提交世界卫生大会进行讨论和推进两项制度的构建，为全球卫生合作治理提供硬法的支持和保障。当然，在确立国际法律责任制度时，需综合考察疫情的总体情况，既要尊重事实和依据法律，充分考量各国采取的防疫措施，同时亦要对防疫过程中的脱法行为作出制裁，防止恶性竞争破坏全球公共卫生安全。[38]

第五节 持续推动国际卫生法律合作的中国行动

虽然国内防疫取得不错的成效，同时也开展和积累了一些国际合作基础[39]，但我国的经济形势也受到了一定程度的冲击。因全球经济的高度依存性，我国的经济发展无法长期地与全球经济脱钩，必然需要尽快合作，有效地调整开放的力度。然而，由于世界各国的经济形势均受疫情重创，可能无法短期内开展全球化的合作。因此，需要基于我国的具体情况和基于疫情持久战的判断，推动形成以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局，如先通过双边合作和有限地一些多边合作，逐步地推进全球经济的复苏，同时也为更好地国际卫生合作提供更多的经济保障。

具言之，作为缔约国之一，我国应按时间表抓紧做好《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP），落地实施国内相关工作等问题[40]，为国内国际两层面的对接和合作做好基础与准备；重视构建和加强中国的卫生话语权，同时也努力向全球卫生治理贡献中国方案，特别是

---

36 姚颉靖：《全球视野下的药品专利：从利益分配到利益创造》，知识产权出版社 2011 年版，第 28 页。

37 张超汉，冯启伦：《全球卫生合作治理---以重大突发公共卫生事件防控为视角》，载《河北法学》2020 年年第 8 期，第 12-13 页。

38 刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，载《法学》2020 年第 4 期，第 28 页。

39 刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，载《法学》2020 年第 4 期，第 27 页。

40 李克强主持召开国务院常务会 要求按时间表抓紧做好区域全面经济伙伴关系协定落地实施国内相关工作等 http://www.gov.cn/xinwen/2020-11/18/content_5562388.htm，最后访问时间：2020 年 11 月 18 日；商务部透露 RCEP 落地最新进展：争取明年 1 月 1 日正式生效 https://www.sohu.com/na/457332836_161795，最后访问时间：2021 年 4 月 23 日；中国正式完成 RCEP 核准程序 http://news.cctv.com/2021/04/17/ARTIKvksiyF1a0OG0o2r9t2y210417.shtml，最后访问时间：2021 年 4 月 23 日。

涉及国际卫生治理体系内的未定事项和未达到目标等方面；充分用于“一带一路”倡议平台[41]，推动和促成更多的卫生合作项目和协定，以点带面，通过构建开放包容型的区域经济体系[42]，逐步地助推全球经济的复苏。可以在一些具体的国际卫生合作议题上加大开展力度，如建立卫生数据信息分享平台和制度以更高效地防控疫情[43]、传统知识和遗传资源的规则构建[44]以更好地协调健康权与贸易间的平衡和卫生争端解决机制的建立以增加硬法约束力等领域，并具体纳入到合作项目的协定中，以呼吁各方增强“共商共建共享”的力度，积极推动的多边卫生应急项目的合作[45]。规则是治理的尺度，疫情的防控亦间接暴露出我国规范性的一些不足。因此，相关国内卫生法的修订工作急需尽快推进、完善和落实[46]，中国正在主动探索和实践对接高标准经贸规则[47]，努力提高与公共卫生治理相关的国内法与国际法之间的衔接性[48]。同时，重视国家治理与全球治理的共融互动性[49]，为国际卫生合作营造法治化的良好环境，为我国与其他国家、国际组织、私营企业等多元主体间的合作提供规范基础。

结语

长期以来，卫生一直被视为多边合作有限的一个领域。全球利益和国家利益之间的紧张关系是当代全球公共卫生紧急事件管理中最具挑战性的问题之一，解决这些问题对于有效应对共同风险至关重要。尽管卫生治理问题被视为各国的主权责任，但随着卫生问题的日益全球化，需要国际集体行动，才能对全球公共卫生问题进行有效治理。显然，国家主权在加强全球卫生安全方面发挥着关键作用，世界卫生组织会员国之间的合作对于制定和执行对付传染病的共同全球办法至关重要。通过对国际卫生合作制度和实践的综合考察，已表明，有必要从以国家为中心、以非常有限的方式平衡地方或帝国经济和公共卫生目标的传统做法，转向以灵活、前瞻性和普遍的方式整合多种威胁、行为者和目标的扩大治理战略。

疫情的全球化肆虐和危及人类生命健康与安全背景下，虽然一些国家已经在疫苗的开发、临床和注射都取得了一定进展，但许多疫苗的稳定性和普遍性仍有待提升。加之，新冠肺炎病毒仍在变异中，在深受全球化一这一互联网体系下，国际社会俨然是一个休戚与共的命运共同体，加强国际合作被视为突破全球卫生治理的最重要关节之一，也是最难以取得有效进展的领域之一。特别是目前关乎如何新冠肺炎疫苗的开发与分发问题，需要跨行业、跨国界进行合作，同时还需注意防范和降低人道主义危机。然而，国际卫生法中原本存在的一些合

---

41 王贵国：《后新冠国际秩序与中国角色》，载《中国法律评论》2020 年第 4 期，第 7-8 页。

42 点赞“APEC 方式”，习近平再倡“亚太大家庭”精神 http://www.xinhuanet.com/2020-11/21/c_1126769840.htm，最后访问时间：2020 年 11 月 20 日。

43 疫情之下，国家间人员来往如何更加便捷？习近平：建立健康码国际互认机制 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1684030839519631207&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2020 年 11 月 23 日。

44 王贵国：《国际公共卫生秩序与后新冠前瞻》，载《中国政法大学学报》2020 年第 5 期，第 25-26 页。

45 世卫组织东南亚区域成员国承诺加强应急准备 https://www.sohu.com/a/339246920_756004，最后访问时间：2021 年 5 月 2 日；世卫组织：若防护措施放松 印度疫情可能在任何地方重演 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1698428524687182049&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2021 年 5 月 2 日。

46 十三届全国人大常委会强化公共卫生法治保障立法修法工作计划；对标生物安全法，建立风险预警和应急处置机制，海关严防动植物疫情和外来物种入侵 https://mbd.baidu.com/newspage/data/landingsuper?context=%7B%22nid%22%3A%22news_9742323769738602590%22%7D&n_type=1&p_from=3。最后访问时间：2021 年 4 月 23 日。

47 RCEP：中国已万事俱备，生效还需至少 6 个成员批准 https://new.qq.com/omn/20210422/20210422A0BY5W00.html，最后访问时间：2021 年 4 月 23 日。

48 为了应对疫情的危机，许多国家议陆续宣告进入国家紧急状态和启动了宪法下的紧急权条款，即使有些国家虽然没有启动和宣告，但实际上在政府及其行政人员在采取一些紧急性权力和措施时不可避免地也会涉及到相关紧急状态法律条款内容的解释和适用，如我国的《治安管理处罚法》（2012 年修正）第 50 条和《突发事件应对法》，因此有必要提前为涉及紧急权的国内法与国际法对接做好准备和预防工作。

49 参见何志鹏：《国家治理与全球治理的共荣互动—中国国际法实践 70 年回顾与发展》，载《法商研究》2019 年第 5 期。

作机制和法律规则缺陷，在此次全球疫情防控过程中严重地暴露出来。

因此，本文通过综合考察，对国际卫生合作进行法理构建并提出可行的运行路径，以期为全球国际卫生合作的法治化建设和我国今后处理类似疫情这种重大公共卫生事件的法律问题提供可参考性的素材。本文是首次尝试对国际卫生合作的内涵、性质和主要内容进行法理构建，限于资料的缺乏和视角的不足，难免存在不够全面和不成熟之处。但通过综合考察，发现合作要素贯穿于国际卫生法体系的始终，国际卫生合作的基本法理早已客观存在，虽然具体内容还在发展中，但并不妨碍国际卫生合作的法理构建研究。特别是随着疫情全球治理对国际卫生合作的法治化呼声愈加高涨，国际卫生合作的法理构建兼具理论价值和实践意义。因此，笔者希望本文的研究能激起相关主体对国际卫生合作法理问题的更多关注和为后面的研究提供可选的素材。

Research on Legal Questions of International Health Cooperation under the Covid-19

Yan Yongling

Abstract: In the face of the COVID-19, international health cooperation is confronted with such major difficulties as lagging laws, conflicting application of different health rules in various fields, general lack of coercive force and the difficulty in coordinating interests of all parties due to the absence of a reasonable distribution mechanism, which is very important for the realization of international legal cooperation in global public health. In view of this, it is necessary to construct a theoretical framework for international health cooperation, make clear that main content of international health cooperation should include giving priority to the special needs of developing countries, equitable and rational allocation and coordination of global public health resources, prohibiting to damage the interests of other parties in order to evade the performance of the health governance obligation and adherence to the basic requirements for resolving international health disputes. At the same time, countries should conduct rational health diplomacy, clarify the rights and obligations of each subject, strengthen coordination of health rules in relevant areas and improve the international health dispute settlement mechanism as soon as possible, to further advance the international health cooperation process.

Key words: Global public health governance; Control of infectious diseases; The COVID-19; Legal Cooperation

欧盟碳边境调节机制的 WTO 合规性问题研究

晏子衿　复旦大学

摘要：作为气候变化的产业次生问题，碳泄露问题引发了有关产业政策的争议。作为针对该问题的解决机制，欧洲议会近期提出了欧盟碳边境调节机制，发布了有关具体制度设计的公众咨询文件并通过了相关议案。为应对其可能形成的另一种不公平绿色贸易壁垒，该调节机制的 WTO 规则合规性问题即应充分研究。文章以未来欧盟碳边境调节机制的不同可能模式为切入点，重点讨论了碳税模式、碳交易模式的 WTO 合规性问题。文章对欧盟碳边境调节机制在其执行可能性、环境后果、经济效应、国际合作影响等方面做出综合评价，并提出了中国在国际和国内层面的可能应对方式。

关键词：碳边境调节机制 碳税 碳交易 WTO 合规性

气候变化给人类带来对负面影响已成为当下全球共同关注对焦点问题，各国也正在酝酿各种应对措施。其中有些措施如对进口货物采取碳边境调节机制可能引出与 WTO 规则的合规问题。2021 年 3 月 10 日，欧洲议会以 444 票赞成、70 票反对和 181 票弃权的票型达成决议，通过了“迈向与 WTO 相符的碳边境调节机制”（Towards a WTO−compatible EU Carbon Border Adjustment Mechanism）议案（以下简称“欧盟碳边境调节机制”）[1]。该议案的未来走向及其与 WTO 规则的合规性值得关注。同时中国政府也需要未雨绸缪，考虑相关的应对措施。

一、“欧盟碳边境调节机制”出台的背景和基本内容

1992 年开放签署的《联合国气候变化框架公约》（UNFCCC）是全球应对气候变化问题的第一次正式尝试。该公约提出降低包括二氧化碳、甲烷、一氧化二氮等在内的温室气体排放至一定水平以适应未来气候变化、确保粮食生产水平、保证经济可持续发展。[2]尽管因该公约未对各缔约方规定明确的相关义务及实施机制而缺少法律约束力，它仍然在国际气候问题的解决上起到了提纲挈领的作用。

而作为《联合国气候变化框架公约》的补充条款，《京都议定书》于 1997 年在日本京都通过，到 2020 年底为止已有 192 个国家成为其缔约方。[3]作为包括中国在内的联合国 195 个成员国在 2015 年联合国气候峰会上共同通过的气候协议，《巴黎协定》（Paris Agreement）要求发达国家和发展中国家都作出减排承诺，期望能共同遏制全球变暖趋势。[4]该协定成为继《京都议定书》后第二份具有法律约束力的气候协议，根据“共同但有区别的责任”原则，巴黎协定各缔约方可根据各自不同国情，在反映减排力度的同时按阶段增加其约定的自主贡

[1]《迈向与 WTO 相符的碳边境调节机制》（Towards a WTO-compatible EU Carbon Border Adjustment Mechanism）网址：https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0071_EN.html（最后访问日期：2021 年 4 月 22 日）。

[2]《联合国气候变化框架公约》(United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC), 网址：https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convchin.pdf（最后访问日期：2021 年 4 月 22 日）。

[3]《京都议定书》(Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change）网址：https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf（最后访问日期：2021 年 4 月 22 日）。

[4]《巴黎协定》(Paris Agreement) 网址：https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement（最后访问日期：2021 年 4 月 22 日）。

献。[5]

根据《巴黎协定》的要求，各缔约方已陆续对2020年后的国际社会合作框架提出了自主贡献计划。为达成《巴黎协定》中制定的减排计划，2020年1月15日，欧盟通过《欧洲绿色协议》（European Green Deal），就更高的减排目标达成一致，共同承诺2030年温室气体排放相比1990年水平减少50%-55%，到2050年实现碳中和。[6]英国脱欧后，也重新设定了自己的减排目标，提出2035年前减排至1990年代水平的78%。[7]

当下全球气候政策主要是由各国家通过纯粹的国内措施来解决全球气候问题，但越来越多的证据表明，这些国内措施并未如预期那样发挥充分有效作用。[8]部分国家对各国根据共同但有区别的责任原则而设置差异化减排目标的策略提出疑问，质疑全球减排政策的严重不对称可能引发“碳泄露”（carbon leakage）危机。碳泄露是指，在减排目标较高的国家，相关产业中的减排成本也将相应提升，部分境内生产可能会因此而转移至减排目标较低的国家。[9]碳泄露一方面导致其他国家的产业碳排放量大幅提升而显著增加该国环境负累，一方面实际增加了地球碳排放总量而发生反效果。

为了减少碳泄露风险，部分国家及地区试图通过单边措施来进行相应调整。欧盟委员会在其《欧洲绿色协议》中声明将针对部分特定行业实行碳边境调节机制（Carbon Border Adjustment Mechanism）。2020年7月22日，欧盟委员会发布了关于碳边境调节机制的公众咨询文件（下称“咨询文件”），[10]文件声明这一机制将有望替代当前的免费配额分配和间接成本补偿等碳泄露风险防范措施，确保进口产品价格更精准地反映其碳含量。

该机制主要表现为要求进口商对其进口自碳减排力度较低国家的产品缴税或购买排放配额。在具体机制设计上，欧盟委员会在咨询文件中提出了四条备选进路。其一，对具有碳泄露风险的进口产品征收进口关税；其二，扩展现有的欧盟排放交易体系（EU Emissions Trading System, EU ETS）[11]，要求外国生产商或进口商根据欧盟排放交易体系的碳价格购买排放限额；其三，建立独立于欧盟碳排放交易市场的“特定池”（a specific pool outside the ETS dedicated to imports），要求外国生产商或进口商从该“池”中购买排放限额；其四，针对包括进口商品和在欧盟生产的产品的所有具有碳泄露风险的产品征“碳税”（如消费税或增值税类）。可见欧盟委员会的机制设计在形式上分为两类，一为征税，二为与现存欧盟排放交易体系整合的碳交易模式。

二、“欧盟碳边境调节机制”的WTO规则合规性

欧盟及其成员国都是世界贸易组织（WTO）的成员方，它们有义务根据国际法遵守WTO的相关规则，其他成员也可能以违反WTO规则为由对“欧盟碳边境调节机制”提出质疑。

---

[5] 共同但有区别的责任原则（Principle of Common but differentiated responsibility）在1992年里约热内卢联合国环境与发展会议（UNCED）上首次被明确提出。为了有效治理环境问题，该原则指出发达国家和发展中国家应在环境治理的领域、范围、方式、时间等方面结合各主体的基本情况区别承担责任。见《里约环境与发展宣言》（Rio Declaration on Environment and Development）第7条。该原则在《巴黎协定》中的体现见《巴黎协定》第二条第二款。

[6] 《欧洲绿色协议》（The European Green Deal）,第2.1.1条。

[7] Available at https://www.gov.uk/government/news/uk-enshrines-new-target-in-law-to-slash-emissions-by-78-by-2035 (last visited on 22 Apr. 2021).

[8] Karsten Neuhoff, et al., *Inclusion of Consumption of Carbon Intensive Materials in Emissions Trading: An Option for Carbon Pricing Post-2020*, Climate Strategies 3 (2016).

[9] Available at https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances/leakage_en (last visited on 22 Apr. 2021).

[10] Available at https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-Carbon-Border-Adjustment-Mechanism/public-consultation (last visited on 22 Apr. 2021).

[11] 欧盟排放交易体系（EU Emissions Trading System, EU ETS）网址：https://ec.europa.eu/clima/policies/ets_en （最后访问时间：2021年4月22日）。

因此，“欧盟碳边境调节机制”的 WTO 合规性是其合法运作的前提条件。

（一）“欧盟碳边境调节机制”与 WTO 宗旨相符性探究。

欧盟应对气候变化所采取的上述单边贸易措施与 WTO 主张的贸易自由和可持续发展宗旨存在不可弥合的潜在冲突。除此之外，该类措施也在发展中国家特殊待遇问题上存在矛盾之处。

在关贸总协定时期，GATT 所反映的国际贸易秩序主要关注于经济增长，其前言中使用了措辞“充分利用世界资源”（developing the full use of the resources of the world），可见其经济野心。[12]其次，GATT 第 20 条（b）款和第 20 条（d）款均未明确提及环境问题，但它们在实践中经常被视为纳入了环境保护的考量范围。在适用第 20 条各项测试时，GATT 专家组更倾向于保护贸易自由而非优先环境保护事项。例如，GATT 专家组在 1988 年加拿大鲱鱼和鲑鱼案[13]中将鱼类资源视为可利用的自然资源，在对一般例外的适用上采取了异常严格的解释，使得该条难以援引。

随着 WTO 时期到来，其处理环境问题的方法发生了态度上的明显变化。1994 年乌拉圭回合谈判带来了两份重要转折文件，一是《马拉喀什建立世界贸易组织协定》[14]，二是《关于贸易和环境的决定》[15]，二者均对环境保护和可持续发展提出了宗旨性的关切。WTO 宗旨在《马拉喀什建立世界贸易组织协定》序言中即有所体现。总结来说，其宗旨为提高生活水平、扩大商品和服务的生产与贸易、坚持可持续发展、保证发展中国家成员贸易和经济的发展以及建立一体化的多边贸易体制。[16]自由贸易和环境保护这二者虽有经济层面的根本矛盾之处，却并行存在于 WTO 宗旨之中，这要求 WTO 成员方在立法层面上考量二者权衡问题，在发展自由贸易的同时实现可持续发展，同时也要求成员方在保护环境的相关政策措施确立过程中不能以可持续发展之名对自由贸易造成阻碍，形成实质上的贸易壁垒。国际法院曾在相关案件中对此问题作出声明，“可持续发展之概念恰当地表达了使经济发展与保护环境相协调的必要性”。[17]《关于贸易和环境的决定》也使得可持续发展成为 WTO 议程中的一部分，并由此设立了贸易和环境委员会，该文件特别指出，委员会将处理有关多边贸易体制的规定与为环境目的而征收的税费之间的关系。该委员会的成立和运作很大程度地表明了 WTO 充分实现可持续发展目标的意图。

在国际实践中，可持续发展原则并不指向任何确切的法律义务或具体的行动方针，而是作为一项缓和相互冲突的规范间紧张关系的例外情况，但 WTO 宗旨中的可持续发展原则确实使得国际贸易关注点有了新的转向。根据条约的目的解释方法，该转向应使得 WTO 争端解决机构对 GATT1994 第 20 条的解释不同于 GATT1947 第 20 条，向环境保护和可持续发展的方向靠拢。例如，在美国汽油案中[18]，上诉机构强调了《马拉喀什建立世界贸易组织协定》序言在贸易和环境协调问题上的重要性，这给予 WTO 成员方高度自主权以通过环境保

---

[12] 《关税与贸易总协定》（The General Agreement on Tariffs and Trade, GATT）网址： https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm#articleIII （最后访问日期：2021 年 4 月 22 日）。

[13] GATT Panel Report, *Canada-Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, L/6268-35S/98, adopted on 22 March 1988.

[14] 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》（Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization）网址：https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm（最后访问日期：2021 年 4 月 22 日）。

[15] 《关于贸易和环境的决定》（Decision on Trade and Environment）网址：https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/issu5_e.htm（最后访问日期：2021 年 4 月 22 日）。

[16] 曹建明、贺小勇：《世界贸易组织》，法律出版社 2004 年版，第 31-36 页。

[17] Gabcikovo-Nagymaros Project (Hung./Slovk.), 1997 I.C.J. 7, 140 (Sep. 25).

[18] WTO Panel Report, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/R*, adopted on 29 January 1996.

护的例外条款方式实行其相关政策。

而在发展中国家特殊待遇的问题上，1979 年 GATT 缔约国全体通过的《对发展中国家的差别、更优惠待遇及对等和更充分参与问题的决定》中就明确提出了“差别和更优惠待遇”。《马拉喀什建立世界贸易组织协定》序言还规定，“根据各成员国不同的经济发展水平和当下的发展需要，应保证发展中国家尤其是其中的最不发达国家在国际贸易增长中获得与其经济发展之需要相适应的份额”。由上可知，发展中国家待遇问题既是 GATT 时期的长期制度性安排，也是 WTO 时代不可或缺的制度需求。然而因 WTO 对于“发展中国家”本身的界定不清晰，对一般发展中国家的差别待遇问题也较为含糊，差别待遇问题在 WTO 谈判中长期存在矛盾，乌拉圭回合谈判和多哈回合谈判均有相关纪录。

“欧盟碳边境调节机制”作为一项消减或消除碳泄露危机的新议案，属于欧洲绿色战略的一部分，其宗旨当然在于保护环境，但它在一定程度上引发了 WTO 自由贸易宗旨和可持续发展宗旨的冲突以及南北国家由于发展水平不同而导致的政策冲突。因此对于“欧盟碳边境调节机制”WTO 合规性，需要根据 WTO 具体规则进行进一步深入分析。

（二）基于“碳税”的“欧盟碳边境调节机制”WTO 合规性问题

咨询文件中并未对其进路四所称“碳税（Carbon Tax）”进行明确定义。根据外国学者的相关研究，碳税针对造成二氧化碳排放的特定产品进行征税，其本质属于环境税，[19]它通过捕捉并定量相关产业二氧化碳排放量来为市场提供价格信号。[20]到 2020 年底为止，已经开始实施碳税相关政策的国家包括加拿大、丹麦、芬兰、德国、法国、日本、乌克兰等二十五个国家及地区，[21]这些国家的所征碳税采用的税目不同，课税对象、课税标准、税率和减免方式也不尽相同。

以碳税为进路的“欧盟碳边境调节机制”可能引发的 WTO 合规性问题主要涉及 GATT1994 第 1 条（最惠国待遇原则）、GATT 第 2 条第 1 款（关税减让）、GATT 第 3 条（国民待遇原则）以及 GATT 第四部分（发展中国家的特殊与差别待遇）。若碳税未违反这些包含实体义务的条款，则不需要进一步分析；若碳税违反了这些条款之一，则欧盟须援引 GATT 第 20 条例外条款来主张“欧盟碳边境调节机制”的合法性。

在最惠国待遇的问题上，即便在原产国之间采取中立的措施，若其在原产国间产生了歧视性的实质结果，也可能违反最惠国待遇原则。由于成员方不得区别对待进口自不同国家和生产商的“同类”产品，因此最惠国待遇中的主要问题聚焦在能否因产品生产过程中排放的二氧化碳量不同而将它们区分开来。WTO 争端案例中曾有相关问题出现。例如，在印尼汽车案中，WTO 专家组指出，不能根据与进口产品本身无关的标准有条件地给予优惠。[22]在美国金枪鱼案中，WTO 专家组也指出“同类产品”之判别仅适用于影响产品本身的措施而不包括产品的生产过程或生产方法。[23]此外，欧共体石棉案中，上诉机构明确界定“同类产品”应全面、综合地考察（1）产品的物理特性；（2）市场上的最终用途；（3）消费者的品味和

---

[19] *See* Michael J. Zimmer, *Carbon Tax: Ready for Prime Time?,* 8 Sustainable Development Law & Policy 67 (2008).

[20] *See* Reuven S. Avi-Yonah and David M. Uhlmann, *Carbon Tax Is a Better Response to Global Warming Than Cap and Trade*, 28 Stanford Environmental Law Journal 3, 32 (2009).

[21] 数据来自世界银行。网址：https://carbonpricingdashboard.worldbank.org/map_data （最后访问日期：2021 年 4 月 22 日）。

[22] Panel Report, *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automotive Industry,* WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS54/R, adopted on 23 July 1998.

[23] Panel Report, *United States -Restrictions on Imports of Tuna*, DS21/R-39S/155, adopted on 3 September 1991.

习惯；（4）产品的关税分类。[24]根据此案解释，只有“消费者品味和习惯”判断标准最有可能适用——欧盟须证明，消费者确实会出自对气候变化的担忧而在消费中区分不同类型的产品。然而若事实情况如此，消费者已在无干预的情况下自我转向并愿意为低碳产品支付溢价，欧盟实无必要以单边贸易措施规制进口产品。综合以上 WTO 争端案例解释，碳排放量不能当然地作为同类产品的判别标准，以碳税为进路的“欧盟碳边境调节机制”可能会违反最惠国待遇原则。退一步说，即使可将碳排放量作为判别标准，由于“欧盟碳边境调节机制”只适用于“抱负较小”（with less ambition）[25]（即没有减排措施或减排措施力度较小）的国家的产品，其判别标准实施实质上基于国家而非产品。这种情况下，即使碳排放量相同，来自不同减排措施力度国家的产品也可能因其原产国不同而受到不同待遇，因此以生产国为碳税征收标准判准的“欧盟碳边境调节机制”仍可能违反最惠国待遇原则。

在关税减让的问题上，GATT 第 2 条第 1 款在肯定关税保护作用的前提下，要求各成员方应受《关税减让表》的有效约束，不得自行随意提高减让表中所列产品的关税税率。在该问题上，应考虑对从未采取适当的碳减排措施的国家进口的产品所征之税是否为 GATT 第 2. 2 条中所称“税费”（charge），其答案更倾向于否定。按 GATT 第 2. 2 条规定，该种“税费”应与第 3. 2 条规定相一致的方式征收，而显然 GATT 第 3 条所规制的是“国内税和国内法规”，相对应地，GATT 第 2. 2 条所称“税费”应指在进口环节征收的国内税，并不当然属于 WTO 法中关税范畴。相比于关税，“碳税”的特征更类似于边境调节税。WTO 规则下，目的地原则下的边境税调整旨在促进跨境商品的公平竞争，对进口到本国的国外商品征收与本国用于国内消费的产品相同的国内税。根据 1994 年《补贴与反补贴措施协议》，包括消费税和增值税等税种在内的间接税可进行边境税调整，[26]协议允许的边境税调整不仅限于对出口品生产的“物质性投入物”所征的税，也包括针对出口产品在生产过程中的“消耗性投入”物征收的税。[27]然而，相关产业中的碳排放既包括可追根溯源的直接排放，也包括难以定量的间接排放，这使得碳税的课税客体二氧化碳难以准确追踪、定位、计量。在《补贴与反补贴措施协议》边境税调整之定义框架下，二氧化碳既不是最终制成品的物质性投入物，亦非最终制成品生产过程中消耗的能源、燃料、生产油类及为获得出口而消费的催化剂等。因此是否能将“碳税”归类在当下 WTO 体系中的边境税调整所适用的有限范围内还需进一步考量。

在国民待遇问题上，GATT 第 3 条规定不得对任意缔约方产品征收高于同类缔约方产品的国内税或其他费用。虽然碳税在理论上可能符合国民待遇原则，但它的具体实施过程很难做到如此。由于碳税的征收对象为生产过程中的二氧化碳，必须制定一个适用于国内产品和进口产品的碳排放标准并对排放成本进行准确计算，进口产品的排放标准不得高于国内产品。然而，就目前的碳追踪技术而言，很难为每项产品制定碳排放的标准并进行成本计算，取而代之的可能权宜方法则是根据某一国家的某类产品碳排放量总体水平制定平均水准，如此机制必然导致进口商所须承担的碳税并非对应其进口产品的实际碳排放量，而是以出口国同类

[24] Appellate Body Report, *European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products,* WT/DS135/AB/R, adopted on 12 March 2001.

[25]《欧洲绿色协议》（The European Green Deal），第 2.1.1 条。

[26] “间接税”一词指对销售税、消费税、营业税、增值税、特许税、印花税、转让税、存货税、设备税、边境税以及除直接税和进口费用外的所有税。见《补贴与反补贴措施协定》（Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM Agreement）脚注 58。

[27] 生产过程中“消耗性”投入物为生产过程中使用的物理结合的投入物、能源、燃料和油以及在用以获得出口产品过程中所消耗的催化剂。见《补贴与反补贴措施协定》（Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM Agreement）脚注 61。

产品排放量的平均值为标准。由于产业内二氧化碳排放量极差大，其精准度会随产业规模的大小而浮动，产业规模不同的同类国间很难在实践中测算出同水平的碳排放量，因此很可能违反 WTO 国民待遇原则的要求。

此外，在发展中国家特殊待遇的问题上，《马拉喀什建立世界贸易组织协定》序言规定，“要以与成员国在不同经济发展水平的需要和关注相一致的方式，保证发展中国家、特别是其中的最不发达国家，在国际贸易增长中获得与其经济发展需要相当的份额”。[28]因此，适用包括基于环境保护目的在内的贸易措施应考虑各个国家的经济发展水平，应给予发展中国家特殊和差别待遇。根据 WTO 上述规则，发达国家在采取关税或非关税壁垒应对气候变化时应充分考虑发展中国家的特殊性，给予发展中国家特殊与差别待遇。在此问题上，GATT 第四部分第 37 条也有相应规定，要求发达缔约方给予欠发达之缔约方在特殊出口利益产品上优先削减其壁垒。咨询文件中提出给予最不发达国家和小岛屿发展中国家以特殊待遇，却并未对“潜在具有特殊出口利益”的壁垒给出进一步考量。值得注意的是，GATT 第四部分有关贸易和发展的规定较为模糊，其执行力和强制力不强，具有一定的软法属性，GATT 第 37 条所规定的承诺也并无实质意义，从未对发达国家与发展中国家的贸易关系带来实质变化，发展中国家的特殊与差别待遇对发达国家来说更多是授权性规则而非义务性规则。因此，发展中国家是否能援引 GATT 第 37 条对碳税实施对象提出异议，尚且存疑。

（三）基于“碳交易”的“欧盟碳边境调节机制”WTO 合规性问题

碳排放权交易制度产生的理论基础为科斯的产权与社会成本理论。[29]气候变化全球变暖问题的经济学实质是指使用含碳能源产生的二氧化碳的排放带有负外部效应，而该制度的核心便是使碳排放造成的外部性成本内部化，通过制度设计将外部性的不需要支出任何成本的资源变成一种稀缺资源，从而克服外部性以降低整体社会成本。

欧盟排放交易体系是欧盟为实现其在《京都议定书》中所声明的减排目标而采取的相关措施，卖方通过使用能提高能源利用率的技术而减少碳排放量，由此余裕出的排放权配额可卖出给需要排放权配额的排放者。而根据《排放权交易指令》，交易主体包括“能源活动、铁系金属生产与加工、矿产工业和其他活动（生产纸类产品的活动等）”的相关行业生产商以及航空和国际海运相关行业。[30]同时，《排放权交易指令》中还规定，“欧盟成员国除在欧盟排放权交易体系内部进行碳排放贸易外，只可以与附件 B 中批准《京都议定书》的国家达成协议以进行交易”。欧盟排放交易体系于 2005 年开始分阶段实施，目前，第四阶段已于 2018 年设计并实施，它几乎已涵盖了所有基于化石燃料的生产行业。若“欧盟碳边境调节机制”顺利实施，欧洲相关产业则不能继续得到双重补贴，目前碳市场中的免费碳配额需要大幅削减，然而取消这些免费限额将使化石燃料依赖程度较高的相关行业在能源转型上产生额外巨额财务负担，因此，欧洲议会内部对是否将“逐步减少免费碳排放配额”纳入“欧盟碳边境调节机制”存在明显分歧。

目前，WTO 争端解决机构下并无有关欧盟排放交易体系之案例，但若未来“欧盟碳边

---

[28]《马拉喀什建立世界贸易组织协定》（Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization），网址：https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm（最后访问日期：2021 年 4 月 22 日）。

[29] Coase, R. H., *The Problem of Social Cost*, 3 The Journal of Law & Economics 1 (1960).

[30] *See* European Parliament and the Council. Directive 2003/87/EC-2003, Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of Council of 13 October 2003 Establishing A Scheme for Greenhouse Gas Emission Allowance Trading Within the Community and Amending Council Directive 96/61/EC, Annex 1; *See also* European Parliament and the Council. Directive 2009/29/EC-2009, Directive 2009/29/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2009 amending Directive2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading scheme of the community.

境调节机制”将欧盟排放交易体系进一步扩张，将参与者扩大到《京都议定书》或《巴黎协定》中非欧盟成员的缔约方，则争端很有可能发生。伴随着更多的国家和私人实体进入到欧盟排放权交易体系中，国际投资和国际投资的水平可能水涨船高。据国外学者研究，虽然欧盟排放交易体系碳价格受当下疫情影响下跌严重，但从十年以上的长远预期来看，其延伸可能将使碳价格进一步提升，而其对国际贸易构成妨碍的可能性也将随之增大。[31]

与碳交易结合之调节机制的WTO合规性问题分析前提是判断碳交易中排放权经纪商服务是否属于《服务贸易总协定》项下的服务贸易。欧盟排放交易体系中的排放权经纪商务与GATS第1条第2款第1项所称“跨境提供”（Cross-Border Supply）最为贴近，它通过为排放权交易主体提供交易信息与机会，不需要另一成员方境内建立商业存在或服务人员提供现场服务即可向另一成员方提供有效商业服务，因此，排放权经纪商服务属于GATS下所称跨境提供的服务。此外，GATS项下“服务贸易”之范围相当广泛，根据GATS中金融附件规定，“金融服务是由成员方金融服务提供者提供的具有金融性质的任何服务”，[32]金融服务包括“……自有账户和消费者账户的交易。无论是兑换、证券经纪人、市场交易或其他方式……；派生业务，包括但不局限于期货交易与期权交易；……可转让证券；……其他可转让票据和金融资产；顾问和经纪这样的辅助性金融服务”。[33]碳排放配额可被归类为“期货”或“期权交易”，也可以被归类为“可流通票据”或“金融资产”，同时由欧盟排放交易体系二级市场上衍生出的各类金融服务还可能属于GATS项下金融服务的派生业务。可以得出结论，碳排放权经纪商服务符合金融服务要件，应被认定为金融服务。

以与欧盟排放交易体系相结合的碳交易为进路的“欧盟碳边境调节机制”可能引发的WTO合规性问题主要涉及GATS第2条（最惠国待遇原则）、第16条（市场准入原则）和第17条（国民待遇原则）。

最惠国待遇原则也是服务贸易中的一项普遍义务，GATS项下的所有服务都须符合最惠国待遇原则，成员方所提供的服务不经承诺即可自动享有最惠国待遇。GATS第2条规定，“有关本协议的任何措施，每一成员方给予任何成员方的服务或服务提供者的待遇， 应立即无条件地以不低于前述待遇给予其他任何成员方相同的服务或服务提供者”。如前所述，当下运行中的欧盟排放交易体系区分京都缔约方与非京都缔约方，《排放权交易指令》通过禁止非京都缔约方在欧盟排放交易体系提供排放经纪服务使WTO成员中的非京都缔约方所享受的待遇不同于WTO成员中的京都缔约方，这一指令明显影响了部分缔约方的竞争地位，可能违背最惠国待遇原则。若未来“欧盟碳边境调节机制”采用咨询文件中进路二模式，进一步扩张欧盟排放交易体系的交易主体而不对《排放权交易指令》中的相应条款进行修正，则可能继续违背最惠国待遇原则。

市场准入原则是GATS中的重要原则。GATS第16条规定，“禁止采用数量配额、垄断或专营服务提供者的方式或规定服务提供者需要通过特定的法人实体或合营企业才可以提供服务以进行限制或要求的措施”，且缔约方对GATS市场准入义务对承诺采取负面清单模式，“当一成员方承诺对某个服务部门的市场准入义务时，它给予其他成员方的服务和服务提供者的待遇应不低于其在服务贸易承诺表中所列明的条款、限制和条件。”对于《排放权交易指令》，需首先确定欧盟服务贸易承诺表中是否对市场准入作出了例外规定。欧盟承诺

---

[31] *See* Reyer Gerlagh, Roweno J. R. K. Heijmans and Knut Einar Rosendahl, *COVID-19 Tests the Market Stability Reserve,* Environmental and Resource Economics 76 (2020).

[32] 《服务贸易总协定-金融附件》，第5条第1项。

[33] 《服务贸易总协定-金融附件》，第10条第1项至第6项。

对金融服务提供完全对市场准入，并不采取 GATS 第 16 条第 2 款的任何措施。欧盟排放交易体系对非欧盟法人的禁止可被视为给予非欧盟经济服务的“零配额”。《排放权交易指令》禁止非欧盟成员及非京都缔约方进入欧盟排放交易市场，也就是对外国经纪商服务的零配额，其与市场准入中有关数量配额的规定不一致。这也使欧盟排放权贸易服务提供者处于垄断和专营服务提供者的地位，违反了市场准入的第一项要求，且其不允许非欧盟法人进入欧盟市场提供排放权经纪服务，所以这也违反了市场准入中的第五项规定。在将来，若“欧盟碳边境调节机制”扩充了欧盟排放交易体系的市场准入范围，该问题可能得到解决；若“欧盟碳边境调节机制”要求进口商从专门用于进口的独立“特定池”中购买配额，则可能引发新的市场准入争议。

在国民待遇的问题上，GATS 第 17 条规定，“对于列入减让表的部门，在遵守其中所列任何条件和资格的前提下，每一成员在影响服务提供的所有措施方面给予任何其他成员的服务和服务提供者的待遇，不得低于其给予本国同类服务和服务提供者的待遇”。但与 GATT 不同，GATS 项下的国民待遇只限于 WTO 成员方在特别承诺表中列入的服务部门，每一成员可以决定对其所有的服务部门自由化，也可以使其特定的服务部门得到国民待遇原则的豁免。GATS 服务贸易承诺表中，欧盟并未对金融服务部门的国民待遇原则作出例外规定，因此，欧盟所采取的边境调节机制必须符合其应履行的国民待遇原则的义务。在欧盟香蕉案中，专家组认为违背国民待遇原则需要满足三个条件，“第一，被告方在相关的服务部门或提供服务的形式方面作出了承诺；第二，被告方采取了影响服务提供或提供模式的措施；第三，该措施给予了被告方服务提供者较之他方更多的优惠待遇”[34]若未来“欧盟边境调节措施”采用咨询文件中进路三模式，要求进口商从欧盟排放交易体系外专门用于进口的“特定池”中购买配额，为了与 GATS 国民待遇原则相一致，则必须要求该“特定池”准确实时反映欧盟排放交易体系浮动价格，同时功能上、机制上和效果上与当下欧盟排放交易体系达到一致水平，以避免产生对国际贸易的变相限制。

三、对“欧盟碳边境调节机制”总体评价及中国应对

“欧盟碳边境调节机制”作为一项可能在未来影响深远的单边措施，对它的评价不能仅限于表面所显的“碳泄露”问题，还应考虑其实行效果、经济影响、政策影响及其对国际多边气候谈判的影响。

首先，从源头上说，“欧盟边境调节机制”是否能减缓碳泄露危机的问题难以确定。即使是与 WTO 法兼容的“欧盟碳边境调节机制”也不一定能为那些碳密集型行业提供适当的环境和行之有效的贸易政策改良措施。由于缺乏原材料、能源和劳动力成本高，碳能耗较高的产业长期以来一直将产能转移到欧盟以外的低成本地区，而相较于其他成本，碳排放合规成本因素只是其中的一个不确定因素。举例来说，欧洲原铝产业自 2000 年以来熔炼能力下降了约 30%，而欧洲的原铝消耗则增长了 30%，欧洲通过进口来满足其约 75%的原铝需求，而这一需求预计将持续存在。[35]自主采取减排行动的国家将面临严重的竞争问题，在面临激烈的国际竞争时，如果没有国际协议的严格约束，采取单边减排行动的国家作为“理性经济人”，必然会慎重考虑本国减排的成本与收益并同时采取使本国收益最大化的单边贸易措施。若将例证中的原铝产业纳入“欧盟碳边境调节机制”调整范围，将不可避免地推高欧盟进口和自产原铝的价格，而成本增加的影响将会波及下游产业，使用原铝进行下游生产的公司之

[34] Appellate Body Report, *European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC-Bananas III)*, WT/DS27/AB/R, adopted on 25 September 1997, para 67.
[35] Available at https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-Carbon-Border-Adjustment-Mechanism/F510337 (last visited on 22 Apr. 2021).

生产成本也将大幅提高，因此，任何单方面增加这些成本的做法，都可能导致欧盟内的相关生产进一步流失到减排力度较小的国家。碳泄露问题是否能单单凭借“欧盟碳边境调节机制”就能在实践中得到有效解决，还有待进一步考证。

其次，“欧盟碳边境调节机制”有可能被与进口竞争的国内产业滥用，以达到与全球变暖无关的保护主义目的。“欧盟碳边境调节机制”将直接或间接地影响到所有欧盟进口的工业部门，并进而影响到整个价值链的采购决策，因此，严重的贸易壁垒可能导致整个产业的深度动荡，扭曲全球资源配置的最优配置。与《巴黎协定》中“共同但有区别的责任”原则相悖，“欧盟碳边境调节机制”试图通过抹平来自发展水平不同国家的生产商间的成本沟壑带来的差异而促进减排，给相关产业施加了巨额成本负担，在实质上为发达国家设置了“绿色壁垒”，从而阻止发展中国家的产品进入发达国家市场，起到了贸易保护的作用，也可能因此成为绿色保护主义的幌子。

再者，正如斯特恩报告中指出，“气候变化是有史以来影响最大、范围最广的市场失灵”，[36]以应对气候变化为动机的“欧盟碳边境调节机制”之直接需求是经济性质的。为达到“公平竞争”目的，受规制的行业希望通过对进口产品施加相关措施以消除本国产品的成本劣势。从目前欧盟态度来看，碳税可能是更有吸引力的实行方案，它已得到欧盟委员会主席以及法国、德国、波兰和西班牙等成员国的支持。然而碳税可能不利于经济发展，尽管碳税看起来可以改善环境、降低税收体系中的某些成本，但相关学术研究仍认为碳税不利于经济发展，即使将碳税相关收入投入市场的同时在其他领域减税，也很难提高社会总体经济利益。[37]在没有更清洁供应来源的情况下，欧盟企业面临的选择是要么吸收额外的税收成本，要么将其转嫁给下游消费者，无论从哪一点来看，都不利于社会经济发展。

“欧盟碳边境调节机制”的实施与多边气候谈判必然存在双面向的深远影响。一方面，部分学者指出，在国际气候变化领域中，单边主义有利于政策形成。[38]这意味着，在某种意义上“欧盟碳边境调节机制”将有可能全球多边气候谈判中埋下种子——它的提出迫使进口产品支付碳排放的社会成本，这可能会促使其他排放大国接受减排义务，从而推动多边气候谈判的成功。但另一方面，以保证本国竞争力为目的的单边措施之施行可能在未来破坏各国在气候变化问题上国际合作和签订国际协定的互信，此类潜在保护主义的单边措施可能会招致他国报复，破坏国际合作，成为阻碍实质协议达成的绊脚石。除此之外，此类措施可能会鼓励其他国家“搭便车”，这可能使国际市场不同国家间差距进一步拉大，更难达成国际层面上的普遍共识。“欧盟碳边境调节机制”在未来是否会成为导致南北国家在气候变化问题上重新陷入互相指责、对抗和僵持的导火索，还有待观察。

“欧盟碳边境调节机制”的执行成本和复杂性也值得考虑。管理可能是复杂的。例如，如果对进口征收碳税或其他限制，海关将需要建立一个收集信息的系统，并决定生产商的碳足迹。若“欧盟碳边境调节机制”在未来不仅涵盖初级产品（如水泥或钢铁），还纳入加工产品（如汽车或手机），税收或限制将针对产品的实际碳足迹而不非国家或产品的平均水平或基准，将会出现更多的实际困难，因此必须将这些成本和实际困难与预期可以从“欧盟碳边境调节机制”中获得的好处加以权衡。

---

[36] Nicholas Stern, THE ECONOMICS OF CLIMATE CHANGE: THE STERN REVIEW (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), xvi.

[37] Lawrence H. Goulder, *Environmental Taxation and the Double Dividend: A Reader's Guide*, 2 International Tax and Public Finance 157 (1995).

[38] Lessmann K, Marschinski R, Edenhofer O, *The Effects of Tariffs on Coalition Formation in a Dynamic Global Warming game,* 26 Economic Modelling 641 (2009).

必须指出，即使 WTO 争端解决机构认定“欧盟碳边境调节机制”违反了 WTO 规定，提供的任何补救措施也完全是“既往不咎”的，WTO 目前提供的唯一正式救济是该成员方随后将不得不针对未来改变其立法，若未能在合理时间内改变立法，则将遭受报复。这意味着，WTO 允许一定程度的“试错”，欧盟将有第二次机会纠正其调节机制使其符合 WTO 规则而不用承担支付赔偿的义务。在最坏的情况下，欧盟可能只有在 WTO 做出不利裁决并经过一段合理的执行时间后，才会被迫改变其有效机制。认为欧盟碳边界调整违反 WTO 规则的国家可能不通过 WTO 程序而选择“自己采取法律措施”并对欧盟进行贸易报复，此时欧盟也可能决定保留违规行为而非与其他国家达成相互同意的解决方案，或接受遭受同等的贸易报复。

若欧盟如期对特定产业实施“欧盟碳边境调节机制”，其对我国出口的影响在不同类型的商品上可能有所不同。对于劳动密集型产业，其低附加值特性使其对碳税或碳交易价格上升较为敏感。我国高能耗且劳动密集型的出口产品将成为它的重要收费对象，出口难度进一步增大。国际上并不存在统一的碳排放量标准，倘若其他国家在欧盟之后纷纷效仿，按各自不同的标准征收碳税或提供全球碳交易，则可能引发新一轮的全球性贸易纠纷，我国作为生产大国必然难逃其扰。

我国在国际环境议题上应化被动为主动，进一步提高参与度，参加和推动制定国际碳排放量参照标准的国际谈判，充分发挥发展中大国的协调作用。“欧盟碳边境调节机制”属于单边措施，在国际气候制度尚不明朗的当下仍有可能按期实施，但是碳排放问题确实需要在多边框架下进行友好协商以避免其可能引发的国际贸易纠纷。WTO 争端解决机构对发展中国家所提起诉讼作出不利判决的可能性是存在的，因此，有必要在《联合国气候变化框架公约》框架下制定评判各国实施减排措施可比性的准则。发达国家的过度排放在过去挤占了发展中国家维持基本生存所需的排放空间，有义务通过支付气候变化适应措施的成本来充分补偿其他发展中国家。因此，在气候变化谈判中，应强调温室气体排放的历史责任，要求坚持和发展“共同但有区别的责任”原则。

由于《联合国气候变化框架公约》没有争端解决的有效机制，因此解决相关争端的最优平台仍然是 WTO。在 WTO 平台上，作为世界上最大的贸易出口国、碳排放国和发展中国家，我国应在国际层面上积极应对相关问题。WTO 框架下应对“欧盟碳边境调节机制”的措施主要包括积极参与 WTO 谈判，澄清它与 WTO 多边贸易体制的潜在冲突；利用贸易政策审议机制，审议、质询“欧盟碳边境调节机制”的具体实施和其对贸易环境的影响。在 WTO 的现有规则下，“欧盟碳边境调节机制”是否合法还须等待其在未来披露的具体草案，进行进一步的深入分析。目前来看，即使它本身不一定违反 WTO 规则，其实际运用中的实践问题极其复杂，很容易在外国产品与本国产品间造成歧视，实际实施的碳边境调节机制很难被认定为符合 WTO 规则。因此，我国应系统研究所有有关 WTO 案例，关注 WTO 争端解决实践的最新发展，将诉诸 WTO 争端解决机制作为未来可选的解决方案，为主张欧盟碳边境调节机制不合法做充分准备。其中，若在 WTO 争端解决程序中，专家组或上诉机构在 WTO 规则时能够适用或考虑《联合国气候变化框架公约》中的条款，则发展中国家胜诉的几率可能会大大增加。

当然，在国内层面，为了可持续发展和全人类的健康生活，我国也应进一步深化产业结构改革，转变经济增长模式，走低碳经济的发展之路，压缩单位 GDP 所消耗的能源量。为应对将来可能到来的普遍碳税或碳交易时代，我国必须从政策、资金、管理上逐步推动国内企业低碳化发展，企业也须及时进行自身能源改革，产业实现环境友好目标的同时保持其国

际市场竞争力。

“欧盟碳边境调节机制”未来可能要求实施了具有可比性的减排措施的国家的产品可免缴相关费用，如何将国内碳排放权交易市场建设并发展成具有“可比性”的减排机制，是未来我国须深入考虑的问题。经过逾十年的碳交易试点工作，我国的全国碳排放权交易市场经过温和的试点工作逐渐起步，而随着《碳排放权交易管理办法（试行）》于 2021 年 2 月 1 日起正式实施，碳交易试点工作已扩展至全国。然而，我国碳排放权交易市场还未正式将水泥、钢铁等行业纳入碳交易市场范围内。根据“欧盟碳边境调节机制”议案，欧盟排放交易体系下的所有产业商品均应纳入征收范围，其中包括能源业、钢铁制造与加工处理业、矿产工业（含水泥、玻璃、陶瓷等产业）与其他产业（含纸浆业与造纸业）等。若我国碳排放交易市场管理办法中 “重点排放单位”覆盖面在未来能相应地将自发电行业扩展至钢铁、水泥、有色、化工、石化、造纸、航空等行业，则更可能成为可与“欧盟碳边境调节机制”具有“可比性”的减排机制。除此之外，随着碳排放交易体制在世界范围内逐渐形成，不同排放交易系统间是否可以建立联系并形成一个全球碳市场，我国如何在如此之情势下抓住机遇，将成为未来必须考量的新问题。

无论在国内气候与环境法还是在国际条约框架下，对经济竞争力的关切始终是各国对温室气体排放的强制性限制相对较少的一个核心理由。贸易与环境之间的议题冲突旷日持久，在当前的国际形势下，只有在友好公平的国际经贸合作环境下设计相关制度，其有效平衡才可能逐渐达成。本文通过梳理未来欧盟可能采取的碳边境调节机制、分析其 WTO 合规性，对包括我国在内的广大发展中国家在面临与此相关的 WTO 诉讼时提供参考思路，提出我国在应对气候变化时应采取的可行思路，以保护本国利益、实现经济发展和环境保护目标。

外空资源开发背景下《月球协定》的再审查及我国考量

杨 宽[1] 北京理工大学法学院

摘要：近年来，外空资源开发技术及其商业化快速发展，外空资源开发的法律环境出现新变化，使得重新审查并激活《月球协定》的必要性突显。由于对“人类共同继承财产”概念存在分歧等原因，《月球协定》尚未得到大多数空间国家接受。《月球协定》在建立统一的外空资源开发国际机制方面具有优势，我国应在联合国框架下推动对《月球协定》进行审查，并以此为契机构建外空资源开发利用的国际法律机制。一方面，这是我国主动参与甚至主导外空资源开发国际立法的有利契机，并可以此限制美国对外空资源的单边商业性开发，为我国的外空资源开发利用活动及其商业化发展赢得窗口期。另一方面，《月球协定》审查涉及政治、经济、法律、技术和外空安全等多方面的考虑因素，我国在相关谈判过程中，应结合审查进展、主要空间国家的态度、我国外空资源开发技术发展水平等具体情况加以综合考量。

关键词：月球协定；外空资源；人类共同继承财产；审查

Review of the Moon Agreement and China’s Response under the Context of Space Resources Exploration

YANG Kuan

Abstract: In recent years, the technology and commercialization for space resources exploration have achieved rapid development. The new changes of the legal environment for space resource exploration highlighted the need to review and activate the Moon Agreement, which has not yet been accepted by the majority of space-faring countries due to reasons including the disagreement over the concept of the “common heritage of mankind”. The Moon Agreement has advantages in establishing a unified international mechanism for the exploration of space resources. China should promote the review of the Moon Agreement in the framework of the UN, and take it as an opportunity to construct an international legal mechanism for space resources exploration and use. On the one hand, it is a good opportunity for China to actively participate in and even lead the international legislation on the exploration of space resources, and to limit the unilateral commercial exploration of space resources by the US. On the other hand, the review of the Moon Agreement involves political, economic, legal, technological and space security factors. In the process of relevant negotiations, China should take into consideration the progress of the review, the attitude of major space countries and the level of development of China’s space resources exploration technology.

Keywords: Moon Agreement; outer space resources; common heritage of mankind; review

外空资源开发具有极为重要的政治、经济、技术等方面的战略价值。《月球协定》是联合国

[1] 【作者简介】杨宽，法学博士，北京理工大学法学院讲师，北京理工大学空天政策与法律研究院研究人员，主要研究国际法、航空航天法。本论文仅用于会议交流。基金项目：国家社科基金一般项目“外空自然资源开采国际机制的构建与中国的对策研究”（17BFX157）。

五大外空条约中唯一预见到外空资源开发可能性的条约，[2]在外空资源开采问题上作出了比其他外空条约更加具体、更具创新性的规定，这也导致该协定自缔结以来就备受争议。《月球协定》生效后并未像其他外空条约一样得到大多数空间国家的签署或加入。近年来，在外空技术水平和外空商业化不断发展的背景下，外空资源的开发利用愈加受到国际社会特别是空间大国的关注，相关法律问题也成为国际空间法发展进程中的重点问题。关于是否应当激活《月球协定》以及主要空间国家是否应加入该协定的争议逐渐突显。在上述背景下，对《月球协定》进行重新审视的必要性日益突显。

我国正积极开展探月活动。2020 年 12 月，嫦娥五号携带月球样品成功返回，标志着我国探月工程“绕、落、回”三步走规划如期完成，也标志着我国的外空资源开发利用水平取得重大进展。[3]在外空资源开发技术与活动快速发展，但相关国际法律机制仍然缺位的情况下，我国未来的外空资源开发活动可能面临国际法上的不确定性，这有可能对我国外空资源开发活动产生不利影响。因此，是否应当积极推动对《月球协定》进行审查以“激活”该协定，并以此为契机构建外空资源开采的国际法律制度，是我国目前面临的重要现实问题。

一、《月球协定》的缔结背景

（一）《月球协定》的缔结过程

《月球协定》是最后一个经联合国大会通过的外层空间条约。[4]1960 年代，人类实现首次登陆月球，国际社会对于在外空包括月球和其他天体上获取政治和军事利益的兴趣不断提高。[5]美国常驻联合国代表于 1966 年 6 月请求联合国和平利用外层空间委员会尽早召开法律小组委员会会议，以准备一项“规范探索月球和其他天体的条约草案”以提交联合国大会审议。[6]与此同时，前苏联也向联大提交了“各国探索和利用外空、月球和其他天体活动的原则条约草案”。[7]

联合国外空委法律小组委员会于 1966 年审议了上述两项草案及其他国家提出的相关草案建议，但对于诸多事项难以达成一致。[8]1969 年，在阿根廷、法国和波兰提案的基础上，法律小组委员会决定在其议程中加入“关于应对在月球和其他天体上的新活动，包括规制其自然资源的法律制度”的议题。[9]1970 年，阿根廷再次提交了一项讨论条约草案的提案，其认为联合国《外空条约》无法满足此后人类开展空间活动的法律需求，并建议将月球和其他天体的自然资源作为“人类共同继承财产”（Common heritage of mankind）。[10]1971 年，前苏联提议联合国大会制定一部“月球国际条约”，其认为外空应为“人类共同使用的国际区域”（International Area

---

[2] See Antonella BINI, The Moon Agreement: Its Effectiveness in the 21st Century, ESPI Perspectives, No. 14, October 2008, p.6.

[3] 新华网，嫦娥五号返回器携带月球样品安全着陆 中国探月工程“绕、落、回”三步走规划如期完成, <http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-12/17/c_1126869888.htm>.

[4] 《月球协定》全称为《关于各国在月球和其他天体上活动的协定》，经联合国大会 1979 年 12 月 5 日第 34/68 号决议通过。

[5] See Antonella BINI, The Moon Agreement: Its Effectiveness in the 21st Century, ESPI Perspectives, No. 14, October 2008, p.1.

[6] 联合国文件 A/AC.105/32 (1966), Draft Treaty Governing the Exploration of the Moon and Other Celestial Bodies (proposal by the United States).

[7] 联合国文件 A/6352 (1966), Draft Treaty on Principles Governing the Activities of States in Exploration and Use of Outer Space, the Moon and Other Celestial Bodies (proposal by the USSR).

[8] 联合国文件 A/AC.105/C.2/L.16.

[9] 联合国文件 A/AC.105/C.2/L.69.

[10] 联合国文件 A/AC.105/C.2/L.71 and Corr.1.

of Common Use）。[11]1971 年 11 月，联大通过决议由联合国外空委法律小组委员会对该问题进行研究，以起草一部关于月球活动的条约。[12]

除前苏联和阿根廷外，美国共提出 16 项关于该条约草案的提案，其他国家共提出 9 项相关提案，这体现了当时各国对该问题的重视程度。[13]经过长达八年的紧密谈判之后，《月球协定》于 1979 年 12 月 5 日由联大以协商一致的方式通过。[14]1979 年 12 月 18 日，协定开放签署，并于 1984 年 7 月 11 日正式生效。[15]

（二）《月球协定》缔结过程中的主要争议问题

从《月球协定》的缔结历史来看，缔结过程中各方所考虑三个主要问题包括：第一，协定必须能确保月球和其他天体仅用于和平目的，这也是《月球协定》中关于外空非军事化利用的规定比《外空条约》更为全面和严格的原因；第二，协定须确保月球和其他天体能够被自由探索和利用，无论该主体是政府还是私营实体，并鼓励对其进行科学目的的研究；第三，协定须保护所有人共享外空资源的权利，以及发达国家和发展中国家享有从外空获得惠益的同等机会。[16]上述第三点是各国分歧最严重的问题，出于外空惠益共享方面的考虑，《月球协定》最终把外空资源定义为“人类共同继承财产”，并用该概念替换了《外空条约》中较为模糊的“全人类共同的事情”（Province of all mankind）的表述。

1970 年代初期，前苏联在外空和月球探测方面领先于美国，以美国为代表的埃及、印度等国家最初坚持将“人类共同继承财产”原则写入月球条约草案。1972 年 5 月，美国代表在向联合国外空委法律小组委员会提交的报告中提出：“从最广泛的意义上讲，将月球与其他天体上的自然资源认为是‘人类共同继承财产’是毫无疑问的。这与尼克松总统两年前批准的有关公海海底是‘人类共同继承财产’的政策议案相一致。”[17]

以前苏联为代表的部分国家则反对将“人类共同继承财产”写入月球条约草案，其认为：首先，这一概念过于“哲学化”，在实践中很难操作；其次，根据《外空条约》，月球与其他天体均非主权国家的财产，在草案里使用“遗产”这一民法中的概念是一种逻辑混淆。[18]再加之该概念可能对月球资源的权属性质、惠益分享、国际管理体制等方面产生影响，前苏联自始即反对将“人类共同继承财产”的概念写入月球条约草案。由于各国对于人类共同继承财产这一概念存在不同理解，这也成为《月球协定》中最具争议的概念及后来协定未得到大多数空间国家接受的主要原因之一。

二、重审并激活《月球协定》的必要性

（一）外空资源开发技术和商业化发展为审查《月球协定》提供了现实基础

---

[11] See Antonella BINI, The Moon Agreement: Its Effectiveness in the 21st Century, ESPI Perspectives, No. 14, October 2008, p.2.

[12] 参见吕卓艳：《对<月球协定>的重新审视》，载《航天员》，2010 年第 5 期。

[13] See Antonella BINI, The Moon Agreement: Its Effectiveness in the 21st Century, ESPI Perspectives, No. 14, October 2008, p.2.

[14] 联合国大会第 34/68 号决议。

[15] 参见联合国外空委网站<http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/travaux-preparatoires/moon-agreement.html>.

[16] See Antonella BINI, The Moon Agreement: Its Effectiveness in the 21st Century, ESPI Perspectives, No. 14, October 2008, p.3.

[17] 参见吕卓艳：《对<月球协定>的重新审视》，载《航天员》，2010 年第 5 期。

[18] 参见赵海峰、聂明岩：《论月球开发的若干法律问题》，载《黑龙江社会科学》，2010 年第 2 期，第 146 页。

《月球协定》第 11 条规定，一俟月球自然资源的开发“即将可行”时，即应建立一套相互可接受的月球及其资源开发的国际制度，以规范月球或其他天体上的矿产资源和其他实体资源的开采。第 18 条进一步规定，在其生效后十年，联合国大会应在其临时议程内对协定进行审查，以审议是否需对其加修正。审查应按照第 11 条中的“人类共同继承财产”原则，并在特别考虑任何相关技术发展的情况下，审议执行第 11 条中关于建立月球资源开发国际制度的问题。

然而，《月球协定》第 11 条中并未对如何确定月球自然资源开发“即将可行”的标准做出明确规定。从协定的缔结历史判断，这主要是指在外空技术方面基本能够实现对外空资源进行开发利用的水平。在协定缔结时期，人类在技术层面距离实现开发利用外空资源尚有较大差距。但随着外空技术和活动的快速发展，各国对于外空的探索和利用能力不断加强，利用方式也将更加多样化，并出现了外空活动私营化、商业化等新特征，可以说人类已经进入了外空探索和利用的另一个新时期。[19]

从技术角度来看，美国等空间强国在外空探索方面的技术进展已经使得《月球协定》第 11 条所述的外空资源开发达到“即将可行”的程度。[20]美国政府从上世纪 90 年代起就开始投入大量资金用于研究月球原位资源的探索和利用。2017 年底特朗普签署“太空政策一号指令”，宣布美国将重返月球。[21]此外，美国于 2017 年提出建设月球空间站，以其作为基地对太阳系进行深空探索。[22]这些都为美国即将启动的月球资源的开发奠定了基础。除政府主导外，外空资源开发技术的发展还得益于私营航天企业的发展和技术进步。如美国部分领先的私营商业航天企业对小行星资源开发、原位 3D 打印等技术开展了深入研究，外空资源开发技术能力迅速提升。诸多商业航天企业均规划了外空资源开发利用技术布局和路线图，并计划在 2030 年左右实现对月球或近地小行星的矿产、水冰等资源的开发利用。[23]

除美国之外，中国、俄罗斯、欧盟、日本、印度等也提出了各自对月球、小行星及火星的探测规划。虽然在外空资源开发的总体技术水平上与美国尚存在较大差距，但也在积极发展过程中，且各有一定的技术特长。各国均将外空资源视为极为重要的战略资源，外空资源开发与利用技术及相关活动的发展进入快车道，这也使得《月球协定》第 11 条中关于建立外空资源开发国际制度的规定更加受到关注。

除了技术发展之外，外空资源开发是否可行值得考虑的另一个因素即外空资源开发的商业可行性。外空资源开发属于高投资、高风险的商业活动，近年来外空技术的发展为外空商业化奠定了基础，外空商业化的发展也在很大程度上促进了外空技术进步，二者相互促进、互为因果。外空商业化的发展同时蕴含了巨大潜力和风险，为外空资源开采国际机制的构建带来了新的机遇和挑战，也需要各国更多地思考在外空资源开发中人类应如何找到更加理性的发展方向，以及外空资源开发国际法律框架在其中的作用等。[24]

---

[19] 参见张程：《外层空间和平利用的法律问题》，深圳大学硕士论文，2016 年。

[20] See I. A. Crawford, Lunar Resources: A Review, Progress in Physical Geography, 2015, p.1-31.

[21] 展鹏飞：《重返月球、一举多得——谈特朗普签署重返月球的航天政策令》，载《太空探索》，2018 年第 2 期，第 24 页。

[22] 参见王琴，邹永廖，范全林：《美国公布未来 6 年深空发射计划，加快月球轨道空间站建设》，载《空间科学学报》，2018 年第 6 期，第 844 页。

[23] 参见李志杰，果琳丽：《月球原位资源利用技术研究》，载《国际太空》，2017 年第 3 期，第 44 页。

[24] See Antonella BINI, The Moon Agreement: Its Effectiveness in the 21st Century, ESPI Perspectives, No. 14, October 2008, p.3.

（二）外空自然资源开发的法律环境出现新变化

除了外空资源开发相关技术迅速发展之外，近年来有关外空资源开发的国际国内法律环境出现了新的变化，这也要求尽快建立统一有效的外空资源开发国际法律机制。一方面，在国际层面，国际社会关于建立外空资源开发法律制度的呼声日益增加。这方面最为重要的国际进程之一即海牙外空资源治理工作组 2017 年 9 月发布的《外空资源活动国际框架文本草案》（以下简称“草案”）。草案确定了未来外空资源活动国际框架的基本要素，包括外空资源活动的国际责任及外空产品的管辖权、外空资源的获取、外空资源利用、外空资源利用的惠益分享等 19 个方面。[25]虽然各要素的具体内容有待进一步完善，但草案已大致确定了各要素的基本内容。总体来看，草案鼓励对外空资源进行自由开发和利用，推崇市场经济规则，符合外空资源活动经营者的利益，对发展中国家利益顾及有限。

然而，该工作组仅仅是对外空资源开发相关国际规则进行研究的非官方国际平台，并未得到联合国或相关国家的授权。[26]其参与单位包括国际空间法学会、高校联盟、航天企业等，草案属于学术性研究成果，而非具有法律拘束力的国际文件。另外，由于草案的具体文本在短期内难以达成一致，其是否能受到相关利益各方的认可有待观察，这也可能会影响草案最终的实际效果。

另一方面，在国内层面，近年来出现了关于外空资源开发的国内立法，包括美国《2015 年外空资源探索与利用法》和卢森堡 2017 年《探索与利用空间资源法》。

美国《2015 年外空资源探索与利用法》中最重要的内容是其明确规定美国公民对其根据该法从事小行星资源或外空资源的商业活动中所获得的任何小行星资源或外空资源享有占有、所有、运输、使用和销售的权利。[27]获取主体对该资源享有任何符合美国现有联邦法律和国际义务的物上权利，在外空获得的外空资源也属于获取主体的财产。该法的意义在于其一方面促进美国公民或企业的外空资源商业开发并保障其不受干扰；另一方面明确了美国公民或企业享有上述对于外空资源的权利。[28]

卢森堡并非空间技术强国，但其期望通过建立专门的外空资源立法，吸引外部资金和技术进行外空资源的商业开发和利用，将自身建设为外空资源开发的欧洲枢纽。[29]2017 年 6 月 13 日，卢森堡议会正式通过《探索与利用空间资源法》，使其成为继美国之后世界上第二个通过专门的外空资源立法的国家。与美国立法类似，该法最重要的内容在于明确了私人实体可以参与外空资源开采，并规定“外空自然资源可以据为己有”，以赋予私人实体外空自然资源的所有权。[30]此外，该法也确立了外空资源开采的国家许可制度，并规定私人实体的资源开发活动不得违反

---

[25] Draft Building Blocks for the Developments of an International Framework on Space Resource Activities, available at <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-publiekrecht/lucht--en-ruimterecht/space-resources/draft-building-blocks.pdf>.

[26] 参见王国语、马冬雪、王瑞娟：《海牙外空资源治理工作组“国际框架文本草案”谈判进展——迈向外空采矿国际法律确定性的第一步》，载《国际太空》，2017 年第 12 期，第 18 页。

[27] Space Resources Exploration and Utilization Act of 2015，H.R.2262, §51302、51303.

[28] 参见李寿平：《自由探测和利用外空自然资源及其法律限制——以美国、卢森堡两国有关空间资源立法为视角》，载《中外法学》，2017 年第 6 期，第 1576 页。

[29] 参见李寿平：《自由探测和利用外空自然资源及其法律限制——以美国、卢森堡两国有关空间资源立法为视角》，载《中外法学》，2017 年第 6 期，第 1577 页

[30] 卢森堡《探索与利用空间资源法》第 1 条。

卢森堡的国际义务。[31]

除了美国和卢森堡之外，阿联酋等国也在考虑就外空资源开发问题进行国内立法。[32]显而易见，上述国家进行外空资源立法的主要目的在于促进本国对于外空资源的商业开发和利用，这是外空活动商业化发展的必然结果。然而，上述国内立法并未在国际上得到广泛认同。相反，美国和卢森堡的外空资源立法都引起了国际社会的广泛争议，并招致俄罗斯、墨西哥、智利等国家的强烈批评，其中的主要问题是这些国家认为上述立法违反了《外空条约》所确立的外空不得据为己有原则。[33]

即使美国和卢森堡的立法都强调外空资源开发活动必须符合其国际义务，但其立法毕竟只是从本国角度出发，是其最大化自身利益的产物，这不同于外空资源国际立法的目的和出发点，难以保证外空资源开发的有序进行，并实现外空资源开发的国际合作与利益共享。此外，在外空资源开发国际法律制度尚未建立的情况下，上述国内立法很有可能对其他国家的外空资源国内立法产生影响。如果各国仅通过国内立法开展外空资源开发活动，而没有统一的国际立法进行协调，很可能导致外空资源开发活动的无序发展。

（三）《月球协定》在建立外空资源开发国际制度方面具有优势

由于外空资源开发的技术、商业、法律环境不断发生变化，建立统一的、具有法律拘束力的外空资源开发国际机制就显得尤为重要，而《月球协定》相比现有的分散性国内立法和相关国际规则制定平台而言更具优势。

第一，《月球协定》是联合国外空条约中唯一预见到开发外空资源的可能性的条约。[34]除了《月球协定》之外，其他联合国外空条约并未就外空资源开发作出过专门规定。《外空条约》在此问题上存在一定的模糊性，因为其即未允许也未禁止月球和天体自然资源的开发。[35]正是由于预见到外空资源开发的可能性和可行性，《月球协定》第 11 条的主要目的就在于为此提供法律上的解决方案。

如前所述，《月球协定》并没有就此作出具体的制度安排，而是留待各国在外空资源开发即将可行时，在人类共同继承财产原则和其他外层空间法原则的基础上，再建立和实施该制度。之所以采取这种方式，除了在缔结协定时尚不具备外空资源开采的现实可能性之外，更重要的是，该机制的建立必须同时考虑现实中的政治、法律、技术等方面的现实状况、可行性和需求等。[36]在这点上，《月球协定》的作用类似于在外空资源开发方面促进各国达成共识的一种前置性工具，并充分照顾了发展中国家的利益，在当时的情况下不失为理性的选择。[37]可以说，协定提供了一个共同的承诺，以在现行外空法原则的基础上寻求外空自然资源开发的多边机制和解决方案。

---

[31] 卢森堡《探索与利用空间资源法》第 2 条。

[32] See Annette Froehlich, Space Resource Utilization: A View from an Emerging Space Faring Nation, Springer, 2018.

[33] 参见王国语：《拉开外空采矿竞赛的序幕？——美国行星采矿立法的法律政策分析》，载《国际太空》，2016 年第 5 期，第 12 页。

[34] See Antonella BINI, The Moon Agreement: Its Effectiveness in the 21st Century, ESPI Perspectives, No. 14, October 2008, p.6.

[35] See Rene Lefeber, Relaunching the Moon Agreement, Air and Space Law 41, no. 1, 2016, p.43.

[36] See Antonella BINI, The Moon Agreement: Its Effectiveness in the 21st Century, ESPI Perspectives, No. 14, October 2008, p.16.

[37] See Carl Q. Christol, The 1979 Moon Agreement: Where Is It Today, 27 Journal of Space Law 1, 1999, p. 31.

第二，《月球协定》为人类、国家以及产业以协调方式开发外空自然资源提供了可行的制度选择。[38]根据《月球协定》缔约国于 2007 年发布的《缔约国关于遵守 1979 年<月球协定>的益处的联合声明》，《月球协定》在外空资源开发方面可为现行国际空间法的完善提供实质性益处。[39]一方面，协定中的某些条款对于开展月球或其他天体相关的任务、活动具有特殊影响。这主要是由于协定就其他外空条约中相关的原则、程序、概念提供了更好的理解和补充，如协定第 1 条第 1 款、第 2 款，第 3 条第 4 款，第 7 条第 1 款、第 2 款，第 10 条，第 12 条，第 13 条，第 14 条，第 15 条，对《外空条约》中的相关规定进行了延伸和发展。这些规定是《月球协定》所特有的，对于其他外空条约而言具有实际的附加价值（real added value）。[40]

另一方面，相比其他外空条约而言，《月球协定》在为外空资源开发提供商业机会和价值方面具有优势。有观点认为，协定将阻碍在月球和其他天体上商业活动的发展及外空资源的商业性开发。[41]实际上，《月球协定》不仅不禁止外空资源的商业开发，反而明确地展望了外空资源开发的前景并鼓励此种开发。[42]对此，上述《联合声明》特别指出，《月球协定》“不排除以任何模式（modality）开发，以公共或私人实体，或者禁止这些（外空）资源的商业化……”[43]《月球协定》还专门规定了建立外空资源管理制度的主要目的，包括：（1）有序和安全地开发外空资源；（2）对外空资源进行合理地管理；（3）公平分享外空资源所带来的惠益，并特别照顾发展中国家和对月球探索作出直接或间接贡献的国家；（4）扩大利用外空资源的机会。[44]这些目的也体现了协定并不意图禁止对于外空资源的商业开发和利用。

第三，《月球协定》作为联合国外空条约，对于缔约国具有强制性的法律拘束力。如果能在其基础之上形成新的外空资源开发国际法律机制，相比海牙外空资源治理工作组《外空资源活动国际框架文本草案》等国际进程而言，其在规范缔约国的外空资源开发活动方面应更具实效。

三、国际社会关于推广《月球协定》的努力

（一）《月球协定》的加入和实施现状

截至 2019 年 3 月，总共仅有 18 个国家（亚美尼亚、澳大利亚、奥地利、比利时、智利、哈萨克斯坦、科威特、黎巴嫩、墨西哥、摩洛哥、荷兰、巴基斯坦、秘鲁、菲律宾、沙特阿拉伯、土耳其、乌拉圭、委内瑞拉）批准了《月球协定》，另有 4 个国家（法国、危地马拉、印度、罗马尼亚）签署了该协定。[45]

---

[38] See Rene Lefeber, Relaunching the Moon Agreement, Air and Space Law 41, no. 1, 2016, p.47.

[39] Joint Statement on the benefits of adherence to the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies of 1979 by States Parties to that Agreement, UN Doc. A/AC.105/ C.2/L.272, p. 3. 该联合声明由奥地利、比利时、智利、墨西哥、荷兰、巴基斯坦和菲律宾提交。

[40] Joint Statement on the benefits of adherence to the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies of 1979 by States Parties to that Agreement, UN Doc. A/AC.105/ C.2/L.272, p. 3.

[41] See Rene Lefeber, Relaunching the Moon Agreement, Air and Space Law 41, no. 1, 2016, p.42.

[42] See Michael David, Ricky Lee, Twenty Years Later - The Moon Agreement and Its Legal Controversies, Australian International Law Journal, 1999, p. 32.

[43] Joint Statement on the benefits of adherence to the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies of 1979 by States Parties to that Agreement, UN Doc. A/AC.105/ C.2/L.272, p. 5.

[44] 《月球协定》第 11 条第 7 款。

[45] 联合国文件 A/AC.105/C.2/2019/CRP.3. Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2019. Available at <http://59.80.44.98/www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/treatystatus/AC105_C2_2019_CRP03E.pdf>.

《月球协定》的批准国和签署国反映了一定的地理代表性。其中来自非洲的批准国有 1 个；来自亚洲的批准国 9 个，签署国 1 个；来自欧洲的批准国 3 个，签署国 2 个；来自拉丁美洲和加勒比地区的批准国有 5 个，签署国 1 个。总体来看，除了非洲国家加入较少之外，《月球协定》缔约国的地理分布比较均匀。[46]但从空间技术发展水平来看，大多数《月球协定》的缔约国都不是空间国家，也不具备进行外空自然资源开发的技术能力。

根据《月球协定》第 18 条，联合国大会应在协定生效十年后在临时议程内对协定进行审查，审议是否需要修正，但截至目前为止，联合国大会尚未依据该规定对协定进行审查，也未审议其是否需要修正。因此，《月球协定》目前更多地处于休眠状态。[47]

（二）推广《月球协定》的困境

首先，关于“人类共同继承财产”概念的争议是《月球协定》难以得到大多数空间国家接受的主要原因之一。协定第一次将“人类共同继承财产”的概念引入外空法律制度的范畴，该概念在先前的外空条约中未曾出现过，是《月球协定》中新的也是最具争议的概念。“人类共同继承财产”意味着外空及其自然资源属于“共同获利领域”，其含义包括对外空惠益的享有、获取以及参与，而该含义在《外空条约》中未得到完全的体现。[48]关于“人类共同继承财产”概念的关键问题在于其是否会导致以平等的名义要求强制转让和分享开发月球的利益，以及对于私有产权和外空资源国际管理体制所带来的法律不确定性。[49]

《月球协定》第 11 条第 4 款规定，“缔约各国有权在平等的基础上按照国际法和本协定的规定探索和利用月球，不得有任何歧视”。这似乎是对人类共同继承财产的概念的诠释，然而，这一诠释反而使问题更加复杂化。美国认为，该规定实质上是希望将从月球上获得的利益与其他国家平等分享，但这不利于私人实体参与月球开发活动。[50]如前所述，美国一开始主张将“人类共同继承财产”的概念写入《月球协定》。但随着美国外空技术的发展并居于世界领先地位，其态度也发生了变化，美国目前对于《月球协定》的态度较为消极。从《月球协定》的谈判历史和实施现状来看，“人类共同继承财产”是否适用于月球及其自然资源长期以来一直存在争议，且成为空间国家加入协定的主要法律障碍。[51]因此，《月球协定》在推广和实施过程中应考虑对第 11 条中的相关规定进行修订或制定新的实施文件，否则该状况可能很难有所改观。[52]

其次，《月球协定》目前较低的缔约国数量对其推广和实施效果产生了较大影响。这也是《月球协定》为何在联合国框架下一直未对其进行审查的重要原因。在 1994 年联合国大会考虑审查

---

[46] See Rene Lefeber, Relaunching the Moon Agreement, Air and Space Law 41, no. 1, 2016, p.41.

[47] 参见李寿平：《自由探测和利用外空自然资源及其法律限制——以美国、卢森堡两国有关空间资源立法为视角》，载《中外法学》，2017 年第 6 期，第 1579 页。

[48] See Antonella BINI, The Moon Agreement: Its Effectiveness in the 21st Century, ESPI Perspectives, No. 14, October 2008, p.4.

[49] See Kevin V. Cook. The Discovery of Lunar Water: An Opportunity to Develop a Workable Moon Treaty [J]. Georgetown International Environmental Law Review, 1999, (11): 647-648.

[50] 参见赵海峰、聂明岩：《论月球开发的若干法律问题》，载《黑龙江社会科学》，2010 年第 2 期，第 146 页。

[51] 参见李寿平：《自由探测和利用外空自然资源及其法律限制——以美国、卢森堡两国有关空间资源立法为视角》，载《中外法学》，2017 年第 6 期，第 1570 页。

[52] See Zhuoyan Lu, Common Heritage of Mankind: The Rise of Balancing Interests between the Developed and the Developing Countries and the Need to Revisit the Moon Agreement, 53 Proceedings of Institute of Space Law 569, 2010, p. 575.

《月球协定》时，诸多国家就以该协定缔约国较少为由，而不愿意采取相关行动。[53]

由于《月球协定》管辖的是月球及其他天体，属于国家管辖领域外的范围，与其他有关外空、南极或国际海底区域等领域的类似条约一样，此类条约的效力必须以大多数空间国家加入为基础。[54]然而，从另一个角度看，正是由于《月球协定》的加入国较少，才更应在联合国框架下对其进行审查，并采取相应的应对措施，以此更大程度的发挥《月球协定》应有的作用，实现协定的目的。

（三）国际社会在推广《月球协定》方面的努力和进展

虽然截至目前为止，联合国大会尚未对《月球协定》进行过审查，但国际社会特别是联合国外空委及《月球协定》缔约国在推广协定方面仍然做出了努力。2007 年，联合国外空委法律小组委员会对《月球协定》加入国数量低的问题进行了讨论，[55]《月球协定》的缔约国在会后发布了《缔约国关于遵守 1979 年<月球协定>的益处的联合声明》。该声明的主要目的在于鼓励其他国家加入《月球协定》，并重点阐述了加入协定的益处。前面提到，声明特别指出了《月球协定》相比其他外空条约在提供商业机会和价值方面的贡献，试图减轻由相关国家对于协定可能阻碍外空资源商业开发活动方面的担忧。[56]值得注意的是，声明专门强调了《月球协定》相对于《外空条约》所提供的附加价值，主要包括以下方面：[57]

第一，关于在月球上建立站所的程序。《月球协定》第 9 条承认了缔约国有建立站所的自由，但同时就建立站所的位置、装置及信息通报等方面设置了合理的实质性和程序性条件。

第二，关于月球上人员生命和健康的保护。《月球协定》第 10 条将月球和其他天体上的所有人员都视为《外空条约》中的宇航员（Astronauts）和《营救协定》中的航天器人员（Personnel of a spacecraft）并加以同等保护，这将对缔约国的国民提供更有效的保护。

第三，关于财产权获取的明确禁止。协定第 11 条第 3 款明确规定月球的表面或其任何部分的自然资源均不应成为任何政府或非政府或非政府实体的财产。该声明指出此规定是对于第 11 条第 2 款的澄清，即月球不得由国家依据主权要求，通过利用或占领，或以任何其他方法据为己有。在与《外空条约》第 2 条结合理解时，此规定对于拒绝近年来出现的对月球资源的财产权主张具有帮助，特别是有观点利用上述两个条约之间的差异来支持其此种主张的情况下。

在禁止获得财产权方面，《外空条约》第 2 条仅禁止国家通过主权主张将外空据为己有，但对于国家能否赋予外空资源私人财产权并没有作出明确规定。因此，正如美国和卢森堡的立法，一国可能基于其主权授予其国内私人主体外空资源的财产权，如果不同国家都对月球或其他天体上的同一土地或自然资源授予私人财产权，则可能会引起相关国家之间的纠纷或冲突。[58]

第四，关于月球上的运载器、装备、设施、站所和装置的使用和管辖。协定第 12 条对于在紧急状况下使用其他缔约国的装备、运载器、装置、设施或供应品提供了依据，并明确将国家

---

[53] 联合国文件 A/49/20 (1994), Report of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Forty-Ninth Session, para. 152.
[54] See Rene Lefeber, Relaunching the Moon Agreement, Air and Space Law 41, no. 1, 2016, p.42.
[55] 联合国文件 A/AC.105/891, annex I.
[56] See Rene Lefeber, Relaunching the Moon Agreement, Air and Space Law 41, no. 1, 2016, p.42.
[57] Joint Statement on the benefits of adherence to the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies of 1979 by States Parties to that Agreement, UN Doc. A/AC.105/ C.2/L.272, p. 4.
[58] See Rene Lefeber, Relaunching the Moon Agreement, Air and Space Law 41, no. 1, 2016, p.43.

的管辖权延伸至其在月球上的人员、运载器、装备、设施、站所和装置，这也构成了外层空间法原则适用的基本法律要素。

第五，关于协定的遵守。《月球协定》第 15 条规定缔约国可以探视其他缔约国在月球上的一切外空运载器、装备、设施、站所和装置，以查明其他缔约国从事探索及利用月球的活动确符合协定的规定。声明中指出，上述关于探视权的规定与《南极条约》中的相关规定类似，并有利于促进各国在月球和其他天体上活动的国际合作。

声明体现了联合国外空委和《月球协定》就推广协定所做出的重要努力。虽然其难以完全消除各国关于协定的争议和担忧，但无疑为《月球协定》的推广及相关工作提供了进一步讨论的有益基础。[59]除上述声明之外，联合国外空委法律小组委员会于 2010 年第 49 届会议期间也就遵守《月球协定》的益处以及各国未尚未加入协定的原因进行了探讨，以便为法律小组委员会和联合国五项外层空间条约的现状和适用情况工作组关于该协定的讨论提供有价值的建议。[60]

2010 年 3 月，法律小组委员会再次召集了联合国五项外层空间条约的现状和适用情况工作组，该工作组的重点工作内容之一即讨论和审议与《月球协定》有关的问题，包括各国对《月球协定》及其实施可能存在的共识点或关切点。[61]工作组在其报告中提到，尽管《月球协定》的一些条文重复阐述了 《外空条约》所载的条文，但《月球协定》的某些内容是其特有的，为各国开展外空活动包括外空资源开发活动作出了更有益的规定。[62]

四、中国加入《月球协定》的相关考量

（一）中国应积极推动对《月球协定》进行审查

目前，中国正在积极实施月球探测工程。2020 年 12 月，嫦娥五号携带月球样品成功返回，标志着我国探月工程“绕、落、回”三步走规划如期完成，也标志着中国已基本具备外空自然资源开采能力。[63]和美国、俄罗斯等空间大国一样，我国尚未签署或加入《月球协定》，这也是我国唯一未加入的联合国外空条约。我国之所以未加入该协定，一方面是与其他空间大国类似，认为协定中某些规定特别是“人类共同继承财产”等概念不够具体明晰；另一方面，由于其他空间大国均未加入《月球协定》，贸然加入可能我国导致在现行国际法下与其他国家在外空资源开发方面的权利义务产生不对等，从而影响我国的现实利益。

然而，如前所述，由于上述外空资源开发相关技术和法律环境的变化，《月球协定》在构建统一的外空资源开发国际制度方面的重要性日益突显。此外，基于我国月球和外空资源开发利用的实践，《月球协定》在现行国际空间法律制度下对于外空资源开发国际机制构建方面的作用及其可能产生的影响，是我国现阶段必须认真考虑的问题。在此方面，我国应在联合国框架下积极推动对《月球协定》进行审查，并以此为契机推动修订该协定或达成实施协定第 11 条的法

[59] See Rene Lefeber, Relaunching the Moon Agreement, Air and Space Law 41, no. 1, 2016, p.43.
[60] 联合国文件 A/AC.105/942, p. 8.
[61] 联合国文件 A/AC.105/942, p. 23.
[62] 联合国文件 A/AC.105/942, p. 24.
[63] 参见李寿平：《自由探测和利用外空自然资源及其法律限制——以美国、卢森堡两国有关空间资源立法为视角》，载《中外法学》，2017 年第 6 期，第 1579 页。

律文件，促进国际社会对该协定的普遍接受。[64]

首先，推动对《月球协定》进行审查，有利于我国在外空资源开采国际法律机制的构建过程中把握国际立法话语权。目前外空资源开发方面尚无与国际海底区域开发制度类似的专门性的具体法律机制，这属于外层空间国际立法中的重要内容，但目前仍基本处于空白状态。我国月球和外空资源探测已提上日程，且可以预测私营航天企业也将逐渐进入外空资源商业开发领域。作为具有外空资源开发技术能力的空间大国，我国应积极参与该领域的国际立法。如前所述，美国、卢森堡已经通过了外空资源相关法律，其他国家也在考虑进行类似立法，这些国家的国内立法和实践很可能对今后的外空资源国际立法产生重要影响。要最大化地实现我国在外空资源开发方面所获利益，除了完善相关国内立法的同时，也需要从自身利益出发，在外空资源开发国际法律制度的构建中发出自身声音，而积极推动对《月球协定》审查就是一个良好的契机。

其次，推动《月球协定》审查，可以此为契机推动国际立法以制约美国对外空资源的单边开发利用。作为领先的空间大国，美国具备进行月球和外空资源开发的技术能力，且已通过《2015年外空资源探索与利用法》为其私营实体进行外空资源商业性开发扫除了国内法律障碍。以审查《月球协定》为契机，推动建立新的外空资源开发国际机制，明确相关具体规则和要求，可对美国及其私人实体的单边外空资源开发开采活动施加必要的法律限制。

最后，推动《月球协定》审查，可为我国真正实现外空资源开发及其商业化利用争取窗口期。我国在外空资源开发方面的综合技术能力与美国还存在较大差距。在尚未建立专门的国际机制的情况下，外空资源面临“先到者先受益、先开发先利用”的现状，未来小天体、月球、火星将成为各国外空战略的重点和资源争夺的热点，这也关系到如何维护国家利益和保护外空安全等问题。推动在联合国框架下对《月球协定》进行审查，可以在国际社会形成合力，一方面共同探讨、审查《月球协定》；另一方面，可以对美国单边商业开发外空资源形成政治和舆论上的压力，为我国私人和商业主体加入外空资源开采创造制度性条件，为我国外空资源探测、探索、开发的相关技术研究及其商业化发展提供时间窗口。

（二）我国对于《月球协定》审查的应有立场

在是否应推动审查《月球协定》的问题上，有学者认为，《月球协定》中人类共同继承财产概念的内涵不明晰，且关于外空资源开发活动的具体制度和规则缺失，无法满足国际社会在调整外空资源活动的方面的法律确定性需求。[65]此外，由于美国、俄罗斯等主要空间大国均未加入《月球协定》，且各国在利益立足点上存在较大差距，这也将导致我国在审查协定过程中难以实现自身利益。因此，我国不应推动对《月球协定》进行审查。

对此，值得注意的是，依据《月球协定》第 18 条推动对其审查并不意味着我国就一定要接受或加入《月球协定》。审查一方面是为未来可能加入协定做好准备。另一方面，也是更重要的，即利用积极推动审查协定的契机提升我国在外空资源开发国际立法进程中的话语权，推动建立新的外空资源开发多边国际法律机制，在这方面掌握先机并树立良好的国际形象。而最终是否

---

[64] 参见李寿平：《自由探测和利用外空自然资源及其法律限制——以美国、卢森堡两国有关空间资源立法为视角》，载《中外法学》，2017 年第 6 期，第 1582 页。

[65] See Fabio Tronchetti, Commercial Exploitation of Natural Resources of the Moon and Other Celestial Bodies: What Role for the Moon Agreement, The, 53 Proceedings of International Institute of Space Law 614, 2010, p. 624.

加入《月球协定》，应在对《月球协定》进行审查之后，根据谈判的进展情况、其他主要空间国家的态度、我方的外空资源开采技术发展水平等具体情况进行综合考虑，再做出是否加入的决定。

最后，虽然我国尚未加入《月球协定》，不能直接依据第 18 条请求联大对其进行审查，但可通过与协定现有缔约国进行充分沟通合作，利用缔约国享有的法律权利，推动在联合国框架下对《月球协定》的审查。即使各方存在不同的利益立足点，但推动审查《月球协定》更多地是实现我国在外空资源开发领域国际立法中的话语权和主导权。此外，由于《月球协定》现有缔约国期待国际社会对于协定的普遍接受，这也将对实现我国的立场提供有利支持。

五、结语

从外空技术和活动的快速发展趋势来看，国际社会在不久的将来就将面临构建关于外空资源开采的统一的、专门性的国际法律机制问题，[66]而外空资源开发国际法律制度的构建与《月球协定》的审查难以分离。《月球协定》中规定了协定的审查和修正机制，但由于各国的利益立场存在较大差距，联合国大会尚未对其进行过审查，其目前更多地处于休眠状态。我国应在联合国框架下推动对《月球协定》进行审查，并以此为契机构建外空资源开发国际法律机制。一方面，推动审查和激活《月球协定》是我国主动参与甚至主导外空资源开发国际立法的有利契机，并可以此制约美国对外空资源进行单边商业性开发，为我国外空资源开发及其商业化发展赢得窗口期。另一方面，推动《月球协定》审查涉及复杂的政治、经济、法律、技术和外空安全等多方面的考虑因素，但推动审查并不意味着我国就应当加入该协定。我国在相关谈判过程中，应结合审查进展、主要空间国家的态度、我国外空资源开发技术发展等具体情况进行综合考量。

[66] See Fabio Tronchetti, The Moon Agreement in the 21st Century: Addressing Its Potential Role in the Era of Commercial Exploitation of the Natural Resources of the Moon and Other Celestial Bodies, 36 Journal of Space Law 489, 2010, p. 524.

外国投资法领域 “国家安全”的变化趋势及中国态度

杨睿娴[1] 广东外语外贸大学法学院

摘要：“外国投资安全审查”问题正在成为国际投资法领域的热点问题，“国家安全”概念则是这一问题的核心所在。本文通过回溯国家安全研究最初的领域——国际政治学，以及考察具有代表性的发达国家的外资安审制度（美国、欧盟）和国际投资法领域对“国家安全”概念的研究，与中国《外商投资安全审查办法》的相关内容进行比较，得出外资安审法中“国家安全”概念外延扩大及泛政治化的结论，并对在如何抑制这一趋势提出相关建议。

关键词：国家安全审查；国家安全；美国；欧盟

近年来，随着“逆全球化”浪潮的席卷，各国以“国家安全”之名发起的对外国投资的法律限制措施不在少数，其中外资安全审查制度正是常被人们所关注的焦点。自从“走出去”战略实施以来，中国对海外投资的份额一直处于上升阶段，但各国趋于保守的安审政策却可能对中国的海外投资造成不利影响。在这一背景下，本文通过回顾有关国家安全问题的理论研究，梳理各国安审立法中对“国家安全”审查标准的表述，以及在国际投资法领域有关“国家安全”的立法动向及实践，试图考察“国家安全”这一概念在国际投资法领域内涵及外延的扩张与泛化趋势，并对中国在这一大趋势下出台的安审办法进行分析。

一、国际政治学中的“国家安全”

（一）安全与国家安全

在讨论“国家安全”之前，首先需要对“安全”本身进行界定。然而， 尽管关于安全问题的著述很多，但学者们却从未对此达成一致的看法。哥本哈根学派的巴瑞. 布赞（Barry Buzan）认为，安全的概念难以确定，只能根据不同的情况有一个大体上模糊的概括，其依据是：不同的行为体，不同的场合，不同的时代，不同的问题，会对安全作出不同的解释，任何一个概念的界定，都难免以偏概全，挂一漏万。[2]史蒂芬. 沃尔特（Stephen Walt）将“安全”理解为“被他人的武力所威胁，靠自己的军事力量来保卫。”[3]很多学者认为，阐释安全的含义必须具体情况具体分析，泛泛而论是很难给出一个具体而明确的概念的。虽然安全的具体定义目前仍存在很多争议，但就安全的属性而言，目前国内外大多数学者认为，安全具有二元性，包括主客观两个方面，客观方面是指外界的现状，主观方面则是指人们的心理状态。正如阿诺德. 沃尔弗斯(Arnold Wolfers)所指出的：“安全在客观意义上指不存在对既定的价值观构成威胁的状况,在主观意义上指不存在既定价值观受到攻击的恐惧感。”[4]从上述学者们的观点可以看出，安全本身是一种客观状态，但安全感则是一种主观感受。

如同对安全概念的界定一样，人们对“国家安全”的定义也存在不同的看法，因为不同的学科或不同的角度来看待这个问题会有不同的见解。但如果从前面的“安全”定义中加以引申，那么国家安全可说是国家在外部未受到威胁与侵害，内部亦没有混乱与失序的一种客观状态。

国家安全问题古已有之，但“国家安全”作为一个完整概念的提出则与国际政治学的产

[1] 杨睿娴，广东外语外贸大学法学院 2019 级国际法学专业研究生。

[2] 参见张幼文、周建明等:《经济安全：金融全球化的挑战》，上海社会科学院出版社，1999 年版，第 36 页。

[3] Walt，Stephen M.（1991）” The Renaissance of Security Studies,” International Studies Quarterly, 35:2, pp. 211-239.

[4] Arnold Wolfers: National Security as an Ambiguous Symbol, in Theory and Practice of International Relations, ed ., Mclellan, Olson & Sondermann , Drentice-Hall, Inc., 1960 , P . 189.

生与发展密切相关。二战结束以后，由于核武器的出现和冷战的爆发，西方许多国家的学者开始将安全问题作为国际政治学中的一个次领域分离出来进行单独的研究，这就是安全研究，并由此延伸出了对国家安全观的不同看法。[5]

（二）国家安全观的相关理论研究

国家安全研究从产生以来，深受国际关系理论范式辩论的影响，经历了从现实主义到建构主义的历程。[6]依照时间顺序，大致可划分为三个阶段，首先是从二战到 20 世纪 70 年代末，以经典现实主义的“战略研究”为标志的第一阶段；其次是从 20 世纪 70 年代末到 90 年代初冷战结束，以新现实主义和新自由主义为代表的真正意义上的“安全研究”；最后是以冷战结束为开端，在社会建构主义框架内的“非安全化”研究为代表的第三阶段。[7]有学者概括认为：现实主义强调权力与安全, 理想主义则注重制度、利益与合作, 建构主义却看重规范、文化和认同。[8]以下，对三种学派的安全理论做简要介绍。

1. 现实主义安全观

早期的安全研究深受现实主义理论的影响，在 20 世纪 30 年代国际关系理论的第一次大辩论中，现实主义理论确定了它在国际政治研究中的主导地位，被视为主导范式。该理论从马基雅维利关于人性恶的观点出发，认为国家在国际上总想谋求权力。无论国际政治的终极目 标是什么，权力总是它的直接目标。[9]随着二战后国际关系中合作现象的增多，原有的古典现实主义安全观无法解释国家间已有的和可能的合作，在这样的情况下，新现实主义应运而生。新现实主义认为，国际经济竞争对国际政治的影响日益加大，国际合作开始受到重视，国际制度仅为国家间权力分配的反映，对国际安全的影响有限。国家在最关键的时候注重的是安全，而不是权力，权力本身不是目的，是实现国家安全的手段。此外，现实主义和新现实主义均强调国际社会处于无政府状态，这一状态导致国家间的竞争和冲突，国家必须通过自助来维护自己的安全，因此加强军事实力与军事结盟是维护国家安全的主要手段。学术界普遍认为，现实主义理论是传统国家安全观的普遍写照。[10]

2. 自由主义理论

自由主义理论按其产生发展的时间顺序，可分为理想主义和与新自由主义理论。理想主义源 于 17 世纪的洛克（John Locke）的人是理性的学说，认为战争是非理性的行为，各国可以通过国际法、公众舆论和采取集体安全等措施防止战争的爆发，各国应当相互信任，即应该相信别国的安全愿望。理想主义安全观的主张由于太过“理想”，在现实中难以得到完全的实现，这使理想主义安全观的影响具有很大局限性。

20 世纪 70 年代，随着全球化进程的发展，各国之间的经济和社会的依存度越来越大，国内安全与国际安全的界限开始变得模糊起来，新自由主义也随之产生。新自由主义安全观强调国家间的经济联系，认为这种联系是国际体系之内确立和维持秩序的基础，其认为权力不是国家追求的唯一目标，国家在国际合作中追求的应该是实际或潜在的绝对收益，在全球

[5] 参见苏长和. 从国家安全到世界安全 ——现实主义及其后, 欧洲 1997 年第 1 期，第 43 页。
[6] 王学军:《西方国际关系理论范式下的国家安全研究》,《当代亚太》2007 年第 9 期，第 24 页。
[7] 参见［英］巴瑞·布赞、［丹麦］奥利·维夫、［丹麦］迪·怀尔德主编:《新安全论》，朱宁译，浙江人民出版社 2003 年版，第 1 页。
[8] 刘胜湘. 国家安全观的终结? ——新安全观质疑，欧洲研究 2004 年第 1 期，第 4 页。
[9] 汉斯 •J• 摩根索:《国家间政治——寻求权力与和平的斗争》，徐昕等译，中国人民公安大学出版社 1990 年，第 35 页。
[10] 参见刘胜湘. 国家安全观的终结? ——新安全观质疑，欧洲研究 2004 年第 1 期，第 6 页；孙晋平. 国际关系理论中的国家安全理论，国际关系学院学报 2000 年第 4 期，第 5 页。

互相依存的条件下，经济手段可能更适合解决安全问题。[11]

3. 建构主义安全观

建构主义于 20 世纪 80 年代兴起，该理论强调国家行为是由思想信念、集体规范和社会认同决定的，国家利益不是如现实主义所言由权力界定的，而是由认同安全或身份界定的。[12]在安全关系问题上，建构主义强调的是社会建构对国家行为和国际关系的影响，国际政治是由社会建构成的，而社会建构不仅仅涉及物质能力的分配，还有社会关系。[13]建构主义安全观的奠基人，亚历山大·温特（Alexander Wendt）认为，社会建构具有三要素：共有知识、物质资源与实践。其中共有知识涉及到该体系中行为者之间相互关系的性质，因此“敌对”与“友善”模式十分重要。例如，当英国和朝鲜同时拥有核力量时，令美国感到威胁的必然是朝鲜而非英国。[14]

（三）传统与非传统国家安全观

国家安全的定义受到国家安全观的影响，而国家安全理论的演变则是直接对国家安全观起到了推动作用。[15]上述三种国家安全理论对各国不同时期各自的国家安全观起到了深远影响，学者们在考察这些安全观所具有的共性、渊源、差别等诸多因素后，依据历史阶段的不同，将国家安全观划分为两种形态——传统国家安全观与非传统国家安全观。[16]

1. 传统安全观

传统安全观的理论渊源主要来自于现实主义安全观，工业革命导致的国家间的冲突与扩张使现实主义安全观成为了多数国家的理性选择，并使得保障国家在生存层面的安全成为了安全观中不可替代的核心问题。在这一问题的基础上，各国逐步形成了以民族国家为主体，以军事安全和政治安全为主要内容，以确保国家生存为基本目标的传统国家安全观 。[17]

2. 非传统安全观

非传统安全观是各国对于二战结束后，特别是冷战结束后新的国际安全形势的客观反映。第二次世界大战摧毁了原有的国际秩序，并使各国人民体会到了战争的痛苦。二战后的世界各国人民迫切希望的，是战后经济的恢复和世界局势的稳定。在这一背景下，各国在诸多领域进行了密切的合作与频繁的交流，国际组织如雨后春笋般纷纷涌现。冷战结束后，国家间的相互依存得到加强，同时，国家安全的议题不断增加，内涵也在不断扩展。例如，巴瑞.布赞在其著作《新安全论》中，将安全研究的领域从传统的军事、政治，扩展到了军事、环

[11] 子杉：《国家的选择与安全——全球化进程中国家安全观的演变与重构》，上海三联书店 2005 年版，第 57 页。

[12] 郭树勇:《建构主义与国际政治》 ，长征出版社 2001 年，第 17 页。

[13] 参见［英］巴瑞·布赞、［丹麦］奥利·维夫、［丹麦］迪·怀尔德主编：《新安全论》，朱宁译，浙江人民出版社 2003 年版，第 6 页。

[14] 亚历山大.温特著，秦亚青译：《国际政治的社会理论》，上海世纪出版集团 2000 年版，第 362-377 页。

[15] 齐强. 中国外资安全审查制度的核心概念研究——基于“国家安全”视角，上海法学研究集刊 2020 年第 22 卷，第 109 页。

[16] 可参见刘跃进.国家安全观的分类问题，江南社会学院学报 2001 年第 4 期，第 21 页；子杉：《国家的选择与安全——全球化进程中国家安全观的演变与重构》，上海三联书店 2005 年版，第 150 页。在此需要注意的是，两位学者虽然都认同以历史发展的不同作为国家安全观的划分标准，但两种划分的起始时间却并不相同。刘认为传统安全观主要指 20 世纪开始至“冷战”结束前形成的国家安全观，而子认为传统安全观在前全球化时代，即 18 世纪中叶的工业革命之后就开始形成并发展。不过，从论文及书籍中可以看出，两位学者对非传统安全观的形成与发展时间倒是持一致看法，即冷战结束后到当今的时代。笔者更为赞同子杉在书中提到的传统安全观是在前全球化时代形成的观点。

[17] 任卫东.传统国家安全观：界限、设定及其体系，中央社会主义学院学报，2004 年第 4 期，第 68 页。

境、经济、社会与政治领域。[18]非传统安全观理论很大程度上受到了自由主义安全观所畅导的“合作”理念的影响，同时也吸收了建构主义安全观的一部分内容。目前，随着世界政治经济秩序的转变，非传统安全观在各国的外交政策、立法导向中体现得越来越明显。

二、各国外资安审立法中的“国家安全”

从前文的叙述我们可以发现，“国家安全”的源起与研究离不开国际政治，“国家安全”的内涵与外延充满浓厚的政治性，在国家安全背后，体现的是一国的国家利益，而这是每个国家必须争取和保护的东西。为了更好地保护本国的国家安全，二战后，美国率先出台了世界上第一部专门的《国家安全法》，[19]自此之后，国家安全立法逐渐成为各国的共识。

二战后的国家安全立法最初主要集中于军事、情报和国家安全资源等方面，但随着全球化进程的加快，特别是经济领域各国的深入交流，以及非传统国家安全观等国家安全理念的兴起，国家安全立法逐渐延伸到贸易、投资等经济法领域。外国资本安全审查制度正受到越来越多国家的关注，而“国家安全”，正是该制度的核心所在。为更好发现外资安审制度下“国家安全”概念的变化情况，下文选择具有代表性的国家作相关介绍。

（一）美国安审立法中“国家安全”概念的变迁

美国无论是在吸收外资领域,还是对外资进行法律规制领域都扮演着急先锋的角色。半个多世纪来，从分散式立法到相对集中式立法最后到专门立法，[20]美国围绕难以定义的“国家安全”这一概念，构建起了一套多层次的外资安全监管程序。

1.《1947 国家安全法案》中的“国家安全”

美国是世界上最早就国家安全进行专门立法的国家，在二战后的一段时间，出于对冷战局势的担心，美国对安全问题的强调达到了前所未有的程度。[21]在这种担心之下，1947 年 7 月 26 日，杜鲁门总统签署了美国参议院和众议院两院通过的 758 号和 2319 号议案，美国历史上第一部《国家安全法》（The National Security Act of 1947）正式诞生，之后又通过了相关的修正案。

在《1947 国家安全法》中，并没有对该法所保护的最为重要的“国家安全”进行确切的定义，仅在法案的“定义”（Definition）中如此规定：“国家情报”与“有关国家安全”的情报指在美国境内或境外搜集到的所有来源的情报。包括——（A）根据总统向多个政府机构发布的指导所搜集到的情报。（B）涉及以下内容的情报——（i）威胁到美国、美国人民、财产或利益的；（ii）大规模杀伤性武器的开发、扩散或使用；（iii）任何与美国国家或国土安全有关的问题。[22]虽然以上定义仅为侧面描述，但从上述规定依然可以看出，战后美国建立的国家安全立法最初主要围绕的是国土安全、国家军事、国家情报等传统国家安全领

---

[18] 参见［英］巴瑞·布赞、［丹麦］奥利·维夫、［丹麦］迪·怀尔德主编：《新安全论》，朱宁译，浙江人民出版社 2003 年版，第 3 页。

[19] National Security Act of 1947（1947 年国家安全法案）。

[20] 参见陈云东，冯纯纯.美国外国投资国家安全审查制度解析与应对，湖南科技大学学报(社会科学版)2018 年第 3 期，第 104-105 页。

[21] ［美］伯纳德.施瓦茨著：《美国法律史》，王军等译，法律出版社 2007 年版，第 181 页。

[22] (5) The terms “national intelligence” and “intelligence related to national security” refer to all intelligence, regardless of the source from which derived and including information gathered within or outside the United States, that—
(A) pertains, as determined consistent with any guidance issued by the President, to more than one United States Government agency; and
(B) that involves—
(i) threats to the United States, its people, property, or interests;
(ii) the development, proliferation, or use of weapons of mass destruction; or
(iii) any other matter bearing on United States national or homeland security.

域的立法，主要属于军事外交领域。

2.《埃克森一佛罗里奥修正案》（Exon-Florio Amendment）和《伯德修正案》（the Byrd-Exon amendment）中的“国家安全”

20 世纪 70 年代起，在美国的外国投资开始急剧增加，其中多为来自世界主要石油输出国的国际资本，美国国会对此表示了担忧，认为其进行投资主要是基于政治而非经济目的。1975 年，阿拉伯世界对美国宣布实施石油禁运，福特总统在美国国会的推动下发布了 11858 号行政令，成立美国外国投资委员会（The Committee on Foreign Investment in the United States，以下简称 CFIUS）专门负责审查外国投资对本国的影响。

进入 80 年代后，由于日本经济的飞速发展，大量美国企业被日本收购，美国对外国资本（尤其是日资）收购某些类型的美国企业的担心与日俱增。1987 年，日本富士通对美国仙童半导体公司股份收购案[23]引爆了美国国内对此类收购交易的担心，为了应对日本对美企业的收购，由美国国会通过，里根总统签署了 1988 年《综合贸易和竞争力法案》，该法案第 5021 条的 Exon-Florio 条款赋予了总统直接干预外资收购的权利，从而保障美国国家安全不因外资收购而受威胁，里根还将审查程序委托给了 CIFUS，使得 CFIUS 从一个审查和分析外国投资数据的权力有限的纯行政机构，转变为一个具有广泛授权和重要权力的机构。

1991 年，美国财政部颁布了《1991 外国人兼并、收购和接管条例》（the Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons 1991），作为修正案的实施细则，确立了外资审查的相关程序和外资并购审查自愿申报原则。修正案及实施细则使得美国可以在国家安全受到外资威胁时阻止相关交易，但关于何为国家安全，修正案本身及实施细则并未给出具体的定义，这对外国公司评估进入美国的投资是否进行安全申报造成了极大的不确定。事实上，当时的欧共体及其成员国曾于 1992 年发表一项联合声明表示对埃克森-弗洛里奥条款的担忧。 不过，虽然没有明确定义何为国家安全，但修正案规定了总统或其授权代表在判断外资并购是否对国家安全构成威胁时可以考虑的因素：（1）国防所需的国内产品；（2）国防所需国内工业的产能，包括人力资源、产品、技术、材料和其他物资和服务的可用性（3）外国人对影响国防需求的美国国内产业及其商业行为的控制程度。

1992 年，国会通过《伯德修正案》（the Byrd-Exon amendment）对《埃克森-弗洛里奥修正案》进行了修改，在《伯德修正案》中，增加了两个是否对美国国家安全造成威胁需要考虑的因素，分别是：（4）交易涉及向支持恐怖活动、支持导弹技术及生化武器扩散国家转让军事物资、设备或技术时的潜在影响；（5）交易对国家安全技术领域内美国领先地位的潜在影响。在《伯德修正案》中，同样没有对“国家安全”进行定义，但在修正案的“背景”（background）部分，提到了法规的立法历史，并指出“国家安全”一词应作广义解释，并且应不局限于特定的产业。[24]此外，该条款还规定：“从总体上讲，涉及对美国国防需求具有重要意义的产品、服务和技术的交易，通常而言是具有重大安全意义的交易。”[25]《伯德修正案》虽然没有对“国家安全”进行明确的定义，但其实质上扩大了“国家安全”在美国投资法中的外延，“国家安全”概念从单纯的国防领域，逐渐向经济领域倾斜。

3. 2007 年《外国投资和国家安全法》（Foreign Investment and National Security Act of

[23] 在该案中，由于半导体产业不在美国禁止外资进入的列表中，美国总统也无法依照《国际紧急经济权 力法》动用其权力对盟国日本宣布敌对状态从而中止收购交易；仙童半导体公司是美国顶尖的电脑芯片 制造商，因此国防部官员和民众都认为其对美国国防有重大作用，担心日本可能在收购后将美国国防的 重要信息卖给苏联等东方阵营或者使美国在半导体领域受制于日本。

[24] 31 C. F. R. 800 app. (1992).

[25] 同上注

2007）中的“国家安全”

2001 年的“9. 11 事件”改变了美国的国家安全观，民众和政府都对国家安全问题高度关注，这一情绪反映在了外国投资领域，公众对来自海外的新兴经济体国家的收购已产生了抵触情绪，国会就此认为必须要对外资收购审查的制度进行改革，以进行更为严格的安全审查。

2005 年的中国中海油并购优尼克（UNOCAL）公司案中，虽然中海油给出了比竞争对手雪佛龙加价后的报价还要高近 10 亿美元的报价，但由于美国国内对此次收购行为在政治上施加了巨大压力，使得中海油虽与 CFIUS 积极协商，并做出多项承诺试图消除美监管当局的担心，最终仍然只能选择撤回报价主动退出。[26]

2006 年的迪拜公司并购美国多家港口案也是同样。在这起交易中，尽管迪拜港口以优异的成绩通过了 CFIUS 的所有相关测试，且 CFIUS 已经做出了允许并购的决定。但是美国官方和民间对于来自中东地区的外国资本输入仍持不信任态度，众多国会议员坚持认为把美国的港口交给一家阿联酋公司经营将威胁到美国的国家安全，因此最终推翻了并购决定。[27]

上述两个案子被认为是新的国家安全审查制度制定的催化剂。在迪拜港口并购案之后，美国国内已经意识到，在新的国际形势下，需要重新考虑国家安全与投资开放政策之间的平衡问题，通过立法对 CFIUS 的工作程序进行相应的改革。

2007 年《外国投资与国家安全法》（Foreign Investment and National Security Act of 2007，以下简称 FINSA）是这一时期作为改革 CFIUS 工作程序所制定的最为重要的法律，在其之前，国会就曾制定过《2007 国家安全外国投资改革与加强透明法》（the National Security Foreign Investment Reform and Strengthened Transparency Act of 2007），不过该法案随后被《2007 外国投资与国家安全法》所代替。[28]2008 年，美国财政部又颁布了《外国人合并、收购和接管条例》作为与 FINSA 配套的实施细则。

FINSA 扩展了以往对“国家安全”的定义，在第一节“定义”里，FINSA 明确指出“关键基础设施”是美国国家安全的主要关注点。即“对于国家安全的含义应被解释为与国土安全有关的问题，而且应当包括对关键基础设施的影响” [29]。FINSA 新增了“关键基础设施”作为国家安全的考虑要素，在定义中，关键基础设施被界定为“是指对美国至关重要的若被破坏或摧毁将危及美国国家安全的实际或虚拟的系统和资产”。同时，在对外资并购交易进行国家安全审查时，FINSA 将原先的《埃克森-弗洛里奥》条款考虑的 5 个因素扩展为了 11 个因素，新增的 6 个因素分别为：1）对美国关键基础设施的影响，包括对重要能源资产构成的与国家安全有关的潜在影响；（2）对美国关键技术构成的与国家安全有关的潜在影响；（3）交易是否属于外国政府控制的交易；（4）如果属于外国政府控制的交易，那么，（A 该国是否遵循了核不扩散协定及其他条约遵守情况（B 该国与美国的关系如何，特别是在打击恐怖主义方面的合作记录（C 可能导致军事用途技术的转运或转移的潜在风险，包括对国家出口管制法律、法规的分析；（5）对于美国长期能源获取、关键资源和材料获取的影响；；以及（6）美国总统或委员会认为进行特定的审查或调查时认为应予以适当考虑的其他因素。

[26] 中国新闻网：《中海油表示：撤回并购优尼科的报价并非经济因素》，http://www. chinanews. com/news/2005/2005-08-03/26/607661. shtml。

[27] 胡胜涛. 寻求投资开放与国家安全的新平衡——美国境内外资并购中的国家安全审查制度及其对中国立法的借鉴，国际经济法学刊 2007 年第 1 期，第 31 页。

[28] Seitzinger. Foreign Investment in the United States: Major Federal Restrictions; James K. Jackson, The Exon － Florio National Security Test for Foreign Investment, CRS Report RL33312. 9

[29] The term ‘national security’ shall be construed so as to include those issues relating to ‘homeland security’, including its application to critical infrastructure.

[30]

FINSA 及其实施细则中都没有明确给出“国家安全”的定义，仅仅是开放式地给出了评价一项交易是否会损害国家安全时必须考虑的因素，但这些因素实践中也并不具体。同时，由于兜底条款的存在，CFIUS 在实践中几乎可以对外资收购的任何产业展开国家安全审查。“国家安全”的范围毫无疑问在 FINSA 中呈现出受政治影响的扩大化趋势，虽然其在出台之前就遭受到了来自美国国内经济界和律师界的反对声音，认为其会打击外国投资者对美的投资信心，有违美国一直以来秉持的开放自由的投资政策，并会对美国经济产生不利影响。[31]

还有学者认为，之所以制定如此广泛的考虑因素清单，扩大“国家安全”的外延，FINSA 的真正目的“不是为了保护国家安全免受最突出的威胁，而是以保护主义的方式筛选不受欢迎的外国直接投资。”[32]不过，也有一些人认为，国会故意拒绝提供一个明确的“国家安全”概念，通过对这一术语采取了更为灵活和开放的解释，以便在当代复杂的国际社会背景下跨越各种微妙的威胁。[33]

4. 2018 年《外国投资风险审查现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018）中的“国家安全”

2008 年的次贷危机打击了全球经济，也使得海外资本流入美国的步伐放缓，不过随着全球经济的再度复苏，2014 年之后，美国的外商直接投资流入量也再度出现大幅上升趋势，其中，来自中国的海外投资占比上升迅速，美国正面临着更为复杂的国际经济环境和外资收购案件。特朗普政府上台后，发布的《国家安全战略报告》中强调了四个核心国家利益，并将中国定位为战略竞争者，虽然该报告主要反映美国的外交与安全政策取向，但也从侧面说明美国对中国的经济战略正在发生转变，从合作共赢逐渐走向摩擦关系。也因为如此，2017 年，在 FINSA 通过十年之后，美国国会恢复了关于需要改革外资安全审查进程的辩论。改革的动力来自坚信美国现在正面临着外国投资（特别是中国）带来的新的、前所未有的安全威胁，国会的一些政界人士表示，中国企业正在美国寻找创新与高新技术方面的投资机会，并通过收购获得这些目前仅用于商事领域但未来或可应用于军事领域的高新科技（例如人工智能、自动驾驶等），而此前的立法未能缓解这些威胁。

在这一背景下，对 CFIUS 进行立法改革，加强政府对涉及关键美国技术的交易的监督，解决对潜在中国投资者的安全问题的提议获得了普遍的两党支持。2018 年 8 月 1 日，国会通过了新法案，8 月 13 日，特朗普签署了该法案，美国《外国投资风险审查现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018，以下简称 “FIRRMA”）正式生效。

FIRRMA 对 CFIUS 的外资安全审查制度进行了较大程度的修改，其在定义中对“国家

[30] 详见《2007 外国投资与国家安全法》F 条（需要考虑的因素）第（6）-（11）款规定。

[31] 2006 年 9 月 27 日，美国石油组织、商业圆桌会议、出口就业联合会、服务业联盟、美国贸易紧急状态委员会、国际投资组织、全美制造商协会、全国外贸委员会、产业安全协会、美国商会以及美国国际商业委员会联名致信参议院银行业委员会主席和众议院金融服务业委员会主席，明确指出他们认为对 CFIUS 审查制度进行改革是不必要的 ，而且，目前有些改革提议可能不仅不利于增进国家安全的保护, 反倒会损害国家的经济利益。

[32] Christopher M. Weimer, ‘Foreign Direct Investment and National Security Post-FINSA 2007’, Texas Law Review, Vol. 87 Issue 3 (2009), pp. 663 - 684, , at 677.

[33] Souvik Saha, ‘CFIUS Now Made in China: Dueling National Security Review Frameworks as a Countermeasure to Economic Espionage in the Age of Globalization’, Northwestern Journal of International Law and Business, Vol. 33 Issue 1 (2012), pp. 199 - 236, at 213.

安全”采取了与 FINSA 同样的规定[34]，但在管辖上进一步扩大了 CFIUS 的国家安全审查范围。在原有基础上，FIRRMA 修改了“覆盖交易”（covered transaction）的定义，并明确新增了四种需要接受审查的覆盖交易类型[35]。 2007 年的 FINSA 将覆盖交易界定为“1988 年 8 月 23 日之后由外国人自行或与美国人共同提出或待定的任何可能导致从事美国跨州商业活动的人被外国人控制的合并、收购或接管交易。”[36]即 CFIUS 仅对外国人实际“控制”美国企业业务的交易具有管辖权，而根据 FINSA 的《实施细则》，控制的标准一般是外资持股 10%以上。FIRRMA 则将非控制性投资也纳入了覆盖交易的定义之中，允许 CFIUS 对涉及关键技术、关键基础设施或敏感个人数据业务的美国企业的非控制性外国投资开展审查。

除了扩大审查范围，由于数字贸易的迅速发展，相比 FINSA，FIRRMA 特别关注了网络安全等新要素对国家安全可能的影响，并再次对进行国家安全审查考察的因素进行了修正及扩充，从 11 个因素扩充为了 15 个因素，其中特别强调了交易是否有可能给美国形成或加剧网络安全漏洞以及交易是否涉及外国特别关注的美国拥有的某项核心技术。[37]

5. 对美国安审制度标准的评析

美国是世界上第一个提出“国家安全”概念并开展“国家安全”理论研究的国家，当其在外资领域进行国家安全审查相关立法时，这些理论也对美国不同时期的国家安全立法产生了一定的影响。

1988 年《埃克森-弗洛里奥》修正案出台时，美国国家安全政策的制订仍然专注于现实主义的、以国家为基础的国际关系模式，而在国际投资政策方面，则呈现鲜明的新自由主义特征。虽然国会希望将各种经济因素纳入国家安全的考虑因素中，但为了促进外国投资，里根政府最终对此加以拒绝。[38]最终，《埃克森法案》列出的国家安全的考虑因素主要侧重于国家获取与国防相关的技术，同时，基于“国家安全”本身的动态性，立法机构仅给出了国家安全的考虑因素，对于国家安全的定义则故意没有进行明确规定，以便总统能够广义地解释这一术语，并将其运用于其他行业，这一模糊性的立法态度也被其后的国家安全审查制度改革所继承。[39]冷战的结束和全球化网络的扩大在一定程度上扩宽了美国国家安全政策的考虑范围，因此 1992 年的《伯德修正案》的“国家安全”范围进行了扩大，但直到 9. 11 事件后，美国国家安全机构才更多地关注一系列非国家行为者的安全威胁，并由传统国家安全观向非传统国家安全观进行转变。因此，美国开始努力保护各种商业设施和基础设施。2007 年的

---

[34] See the Bill of Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018，Section1703(a)(1).

[35] (1)外国人购买、租赁或租让位于敏感政府设施附近的不动产交易；
(2)对某些美国企业的“其他投资”，使外国人能够获得美国企业拥有的重要非公开技术信息、董事会成员资格或其他决策权，但股票投票除外；
(3)外国投资者权利发生变化，致使外资控制美国企业或对某些美国企业进行“其他投资”；
(4)其他旨在规避外国投资委员会管辖权的交易、转让、协议或者安排。

[36] See the Foreign Investment and National Security Act of 2007, Definition (a)(3).

[37] 参见 the Bill of Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018 Section 308：(12)所涉交易可能直接或间接向外国人透露美国公民敏感个人资料的程度，外国人可能以威胁国家安全的方式利用这些资料；
(13) 所涉交易是否可能给美国形成网络安全漏洞或加剧网络安全漏洞；交易是否能导致外国政府获得重大对美国进行恶意网络活动的能力，包括旨在影响任何联邦职位选举结果；
(14)所涉交易是否涉及外国特别关注的美国拥有的某项核心技术；
(15)所涉交易是否可能向未获授权接收该信息的外国人披露有关敏感的国家安全事项或具有国家安全责任的联邦执法机构的敏感程序或行动的任何信息。

[38] EDWARD M. GRAHAM & DAVID MARCHICK, US NATIONAL SECURITY AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT 41 (2006), at 41.

[39] Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons, 31 C. F. R. § 800 app. A at 712 (2008).

FINSA 法案正是受到了这一影响，FINSA 将“国家安全”的审查范围扩展到关键基础设施、能源资产和关键技术领域，而这标志着美国在进行外资安审时，不再局限于直接涉及国防问题的领域，而更多侧重经济安全领域的国家安全审查。FINSA 的颁布体现了美国安全审查领域的转向，但此时美国的外资安审法主要目的仍在于在投资自由流动和国家安全之间寻找平衡。2017 年特朗普政府上台，其采取的一系列措施对美国传统的国际投资政策进行了较大调整，并对来自新兴国家的海外投资（尤其是中国）采取了谨慎态度，2018 年出台的 FIRRMA 也正体现了特朗普这一执政理念。FIRRMA 不仅扩大了国家安全审查的考虑因素，同时还规定了“特别关注国家”，即对美国的国家安全形成重要威胁的国家。在 FIRRMA 中，美国明确指出特别关注国家安全风险主要来自于中国和俄罗斯的外商投资，[40]与曾经的 FINSA 相比，FIRRMA 更多体现出了一种投资保护主义的倾向，美国外资安审法泛政治化倾向明显。例如，2020 年 8 月，美国政府特朗普发布行政命令要求字节跳动公司在 90 天内撤出其在美国版“抖音”——TikTok 的投资，理由是字节跳动违反 WTO 规则，2017 年在收购美国新创企业时对美国的国家安全有潜在的威胁。[41]

从上述立法历史和法律内容可以看出，美国安审法中的“国家安全”概念从诞生之初就处于一种模糊的范畴之中，其内涵不确定，而其外延却是随着美国投资环境的变化和国际经济大环境的改变而不断扩张，由原先的局限于国防领域的国家安全逐渐向原先属于纯经济领域的国家安全转变，并呈现出全行业国家安全化趋势。在美国现行的国家安全审查体系之下，只要 CFIUS 想，那么，即使是食品行业的收购，仍然可以以国家安全为理由进行安全审查。[42]这无疑是对美国潜在投资者的一种打击，同时也不符合美国一直以来希望保持的开放、自由的投资市场形象。然而，美国仍然选择了这种泛国家安全的立法形式，事实上，同一时期世界各地的国家安全立法都呈现出了这种模糊与扩大化的趋势，这或许与近年来各国盛行的逆全球化，经济保护主义思潮有关。但国际投资领域内的国家安全立法应该是在东道国本身对投资安全的关切与对海外投资者正常商业行为利益保护之间的平衡之道，“国家安全”的定义也应该如此。

事实上，美国国内已有学者对本国外资安审制度中广泛而模糊的国家安全解释产生了四种顾虑：首先，对国家安全的开放式解释是由排外的政治问题驱动的，它可以扩展到不限于国家安全领域的任何因素；其次，对国家安全的广义解释造成了投资者的不确定性，并会阻碍可能具有经济效益的交易；第三，对国家安全的模糊解读可能导致对美国海外投资的报复性外国限制；最后，针对中国等新兴大国外国投资的政治化解读，可能会抑制这些国家与美国在反恐战争和其他方面的努力，并进一步加剧美国在国际上的孤立情况。[43]

（二）欧盟外资安审制度框架中的“国家安全”

1. 欧盟外资安审制度框架的出台背景

自美国于 20 世纪 70 年代建立外资安审制度后，德国、法国等欧洲主要外资吸收国也开始探索建立外资安审制度，但与美国相比，欧洲的外资安审制度建设进度较长时间内处于缓慢状态，各国立法呈现松散管理和低限管制的特征，此外，由于各国国情的不同，欧盟的外

[40] See the Bill of Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018，Section 101.

[41] https://home. treasury. gov/system/files/136/EO-on-TikTok-8-14-20. pdf.

[42] 在 2013 年的中国双汇集团对美国猪肉加工企业史密斯菲尔德收购案中，CFIUS 对其进行了 45 天的全面调查，即使收购双方都是与传统国家安全行业无关的食品企业。

[43] Carroll, J. (2009). Back to the future: Redefining the foreign investment and national security act's conception of national security. Emory International Law Review, 23(1), 167-200.

资安审制度往往仅是成员国国内立法，而非欧盟层面的统一审查制度。[44][45]

近年来，随着新兴国家资本的大量对外输出，欧盟各成员国的外资压力增大，以法、德、意为首的资本输入大国在对既有的安审制度进行反思之后，认为目前以成员国为主导的欧盟外资安审制度过于碎片化，欧盟层面在外资审查领域长期缺位，导致欧盟整体对外安审力度不足，尤其在面对以国有企业为主体，并聚焦于欧盟前沿领域的高新科技产业的中国投资者时，欧盟各国对于建立欧盟层面的外资安审制度意愿十分强烈。

2017 年 2 月，德、法、意三国向欧盟提交对欧盟外资安审制度进行改革的方案，2017 年 9 月 13 日，欧委会公布了《关于制定建立外国对欧直接投资审查框架条例的建议》（简称《外资条例草案》）。[46]在欧洲议会、欧盟理事会以及欧盟委员会历经多轮三方会谈后，欧洲议会于 2019 年 2 月 14 日表决通过了《建立外国对欧直接投资审查框架的条例》（简称《新框架条例》），并于 2019 年 4 月 10 日生效。一种欧盟层面协调统一的、以成员国审查机制为基础、欧盟委员会审查为辅助的“双轨制”外资安全审查格局已然成形。[47]

2. 欧盟外资安审制度框架相关内容

“国家安全”是各国外资安审法的核心，同时也是外资安审机制的审查标准。欧盟外资安审框架中的核心被定名为“公共秩序与安全”，通过将“公共秩序”与“公共安全”联系在一起，使得国家安全的范围挣脱了传统意义上的国防、军事安全的束缚，扩充到公共秩序所在的经济安全、社会安全、网络安全各层面，塑造了一个崭新意义上的国家安全概念。[48]欧盟各成员国可以基于公共秩序或安全考量对外国直接投资进行审查。“公共秩序或安全”并未在欧盟外资安审框架中进行法律界定，但为了将这一抽象的审查标准具体化，欧盟立法者规定了进行安全审查的对象和考虑因素，从侧面为“公共秩序或安全”提供了定义。

表 1：欧盟外资安审制度相关内容

欧盟外资安审制度框架下的审查对象（《新框架条例》第 1 条及第 8 条）	可能影响公共秩序与安全的一般外国直接投资； 可能影响具有欧盟利益的项目或计划的外国直接投资。[49]
成员国进行审查的考量因素（《新框架条例》第 4 条）	1. 重点关注领域：（1）实体的或虚拟的关键基础设施，包括但不限于能源、交通、供水、健康、通信、媒体、数据处理或存储设施、太空、国防、选举基础设施、金融服务基础设施和其他敏感设施，以及对这些基础设施

[44] 参见廖凡. 欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对, 法商研究 2019 年第 4 期，第 182 页。

[45] 胡雪妮. 论欧盟外资安全审查制度及其改革，华东政法大学硕士学位论文 2019.

[46] Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union, https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-487-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF.

[47] 张怀岭. 欧盟双轨制外资安全审查改革：理念、制度与挑战，德国研究 2019 年第 2 期，第 70 页。

[48] 倪同木. 中国外资并购国家安全审查规则的强化——一个比较法的视角，世界经济与政治论坛，2014 年第 3 期，第 138 页。

[49] 主要指涉及较大金额或比例的欧盟资助项目，或被关键基础设施、技术或投入领域的欧盟法律所涵盖的项目。法案中列目清单，包括欧洲卫星导航系统（伽利略和 EGNOS）、哥白尼计划、地平线 2020、泛欧交通、能源和通信网络、欧洲防务工业发展计划以及永久结构性合作项目。欧盟委员会将视情对项目清单进行修订。

	的使用至关重要的土地和不动产；（2）关键技术和欧盟第 428/2009 号条例所规定的两用技术和产品，包括但不限于人工智能、机器人、半导体、网络安全、太空、国防、能源存储、量子技术与核能技术、纳米技术与生物技术；（3）关键投入品的供应，包括但不限于能源、原材料以及食品安全；（4）获取或者控制敏感信息的能力，尤其包括欧盟居民个人信息；（5）媒体的自由和多元化。 2. 特别考虑：（1）外国投资者是否由政府直接或间接控制，或是否是国家引导项目，或是否是第三国致力于取得或转让关键技术的经济或政治战略；（2）外国投资者是否已参与影响安全的活动或成员国的公共秩序的活动；或（3）是否存在可能影响成员国或欧盟的风险，包括供应干扰、供应失败、损失或毁坏。

表 1 来源：参见 Regulation（EU）2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union.

3．对欧盟外资安审制度的评析

《新框架条例》与美国新近安审立法趋势一样，条例本身并未具体定义“公共安全与秩序”，而主要从条例的适用对象及标准等内容体现何为“公共安全与秩序”。审查标准由传统安全领域向非传统安全领域外溢，采用的是“一般条款+非穷尽式列举”的规制模式，从国防、军事领域扩展到了关键基础设施、关键技术领域、信息及欧盟各国规定的其他领域之中。

在一般条款之外，欧盟立法者将国别因素纳入审查考虑因素中，重点考察外国投资者与政府之间的关系（是否被第三国直接或间接控制）。虽然欧盟《新框架条例》并未像美国 FIRRMA 一样直接采纳“特别关注国家”概念并直接申明重点关注来自中国的投资，但通过欧盟及其成员国加强安全审查的背景和成员国自身的实践来看，[50]《新框架条例》的出台不仅代表着一种法律上的规制，更代表着一种政治上的态度，标志着欧盟外资安审力度的加强，以及欧盟直接投资政策和规则的保守化倾向。

三、国际投资法对“国家安全”的界定

在经济全球化时代，国际资本在各国间迅速流动，激增的外国投资不仅带来了经济的繁荣，也催生了许多问题，有些问题最初从商业行为发端，但最终结果却可能威胁一国的国土安全。正因如此，国际投资法中的国家安全问题引起了越来越多国家的关注。各国除了依照本国的现实情况，通过各自的国内法对“国家安全”进行定义之外，还希望在国际上也能达成一定的共识。

（一）国际投资协定（International Investment Agreement，IIA）中的“国家安全”

在国际投资法领域，“国家安全”问题更多以“国家安全例外”条款的形式出现于国家之间的投资协定中。对一个既在对外签订的投资协定中纳入了“安全例外”条款又在本国的

[50] 例如，德国经济部接连否决和阻止中资企业并购德国莱菲尔德金属旋压机制造公司（Leifeld Metal Spinning AG）、50 赫兹（50 Hertz Transmission GmbH）等投资交易。

外国投资法中规定有外资国家安全审查制度的国家而言，其外资国家安全审查制度是“安全例外”条款在该国国内法中的延伸和具体化。[51]

根据 GATT 和 GATs 制定时的国际环境来看，国际经贸条约中“安全例外条款”的内涵传统上限定为国家的国防安全和国际和平与安全，但从目前的实际需要来看，这一定义通常应合理地扩大理解，影响国家安全的不仅包括传统的军事威胁，还应包括严重的经济危机及重要产业受外国控制等在内的经济安全。实际上，通过 LG&E 公司诉阿根廷政府案，[52]CMS 公司诉阿根廷政府案等案例可以发现，投资协定中的“安全例外”已经包含了经济安全。[53]但是，关于这一经济安全的外延究竟为何，大多数包含安全例外条款的 IIAs 并没有对这一概念作出明确释义。

美国 2012 年的双边投资协定（Bilateral Investment Treaty，BIT）范本中对“安全例外”条款做出如下规定：BIT 的任何条款均不得解释为要求缔约国披露其根据国家利益认为不得披露的信息；或阻止缔约国采取其认为必要的措施，以维护国际和平与安全或者本国的根本安全利益。[54]在美国的 BIT 范本中，国家安全以模糊化的“国际和平与安全或者本国的根本安全利益”出现，但却未对这一概念进行具体化说明。同时，美国在条款中使用了“其认为……”(it considers)的“自决性”表述方式，更加扩大了“国家安全”条款援引的不确定性。

除双边投资协定中，多边经贸协定中同样包含“国家安全”例外条款。《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，CPTPP）第 29 条第二款规定：本协定中任何条款不得解释为：(a) 要求一缔约方提供或允许获得其确定如披露则违背其基本安全利益的任何信息；或 (b) 阻止一缔约方采取其认为对履行维护或恢复国际和平或安全义务或保护其自身基本安全利益所必需的措施。[55]取代《北美自由贸易协定》（North American Free Trade Agreement，NAFTA）的《美、墨、加协定》（United States-Mexico-Canada Agreement，USMCA）也载有类似的安全例外规定。[56]在这些多边协议中，往往只是出现了“国家安全”的表述，而没有对其进行定义。在实践中，由于案件具体情况的不同，构成“基本安全利益”的内容最终通常由国家自决决定，这就在一定程度上为各国在“国家安全”的诠释上提供了空间。然而，这并不意味着国际投资协定的成员国可以自由地将任何关切提升到“基本安全利益”的高度，相反，根据已有实践和经验，成员国在考虑何为“基本安全利益”时，必须本着善意解释这一国际法原则。

---

[51] 张磊. 国际投资法律体系中的“安全例外”条款研究，南京财经大学硕士学位论文，2018，p. 12.

[52] LG&E Energy Corp. v. The Argentine Republic, (ICSID Case No. Arb /02 /1), Decision on Liability (Oct. 3, 2006), p.), pp. 251-252.

[53] MS Gas Transmission Co. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB /01/08, Award of May 12, 2005, pp. 319-360.

[54] See 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 18.

[55] See COMPREHENSIVE AND PROGRESSIVE AGREEMENT FOR TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP PREAMBLE, Article 29. 2.

[56] Article 32. 2: Essential Security

Nothing in this Agreement shall be construed to:

(a) require a Party to furnish or allow access to information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or

(b) preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

[57]

（二）国际组织对“国家安全”概念的探讨

保持投资环境的开放性是经济全球化的必然要求，也是各国外商投资法作出的国际承诺。然而，外资安审制度对于维护本国安全利益也是必不可少的。如何在保持开放的投资环境下建立有效的国家安全审查制度，是各国面临的难题，也是国际组织所需要深入探讨协调的课题。2006 年，经济合作与发展组织（Organization for Economic Co-operation and Development，以下简称 OECD）组建了“投资自由化、国家安全与战略型产业”课题项目，研究国际投资法框架下的“国家安全例外”问题。[58]课题的参与国们同意，各国有权采取他们“认为必要的措施来保护基本的安全利益”和维护“公共秩序或保护公共卫生、道德和安全”，但各国在进行旨在保障国家安全的投资政策措施制定时，也应当遵从以下指导原则：（1）非歧视原则-各国政府应遵循不歧视原则进行国家安全的投资法律或政策制定。一般而言，政府应依靠普遍适用的措施，以类似的方式对待处境相似的投资者。 如果这些措施被认为不足以保护国家安全，则应根据对国家安全构成威胁的个人投资的具体情况，对个人投资采取具体措施。（2）透明度/可预测性-尽管对敏感信息保密符合投资者和政府的利益，但监管目标和做法应尽可能透明，以提高结果的可预测性。（3）监管相称性-对投资的限制或交易条件不应大于保护国家安全所需的限制，而且在其他现有措施足以解决国家安全问题时应避免这种限制。（4）问责制-通过政府内部监督、议会监督、司法审查、国际问责机制和追索制的建立，确保执行当局的问责制。在以上原则之后，OECD 还提到国家安全的解释应尽可能进行狭义解释以防止外国投资因不合适的安全理由被阻止，同时提到在监管程序之后应设立问责制帮助评估安全审查的合理性等其他考虑要素。[59]除了考虑“国家安全”的制定原则，经合组织还于 2010 年制定了 14 项标准，指导国家在规定“安全例外”具体措施上的行为，而组织的 29 个成员国均表示接受约束。[60]

OECD 出台这一标准后，美国等 OECD 成员国已按照该项目报告中的建议对国内相关法律政策进行了相应的调整。然而，随着近两年各国投资保护主义的兴起，从目前各国的立法来看，OECD 出台的标准并未得到很好地实践。（例如，美国 FIRRMA 提出的“特别关注国家”制度明显违反了非歧视性原则）

（三）小结

国际投资法下的“国家安全”正在引起越来越高的关注，从各国的条约实践中可以发现，目前，越来越多的投资协定引入了国家安全例外条款，同时，“自决性国家安全例外”的占比越来越多。一方面，这体现了近年来国际投资法转型的大趋势，从新自由主义转向嵌入式自由主义，从倾向保护投资者利益到同时兼顾投资者和东道国，甚至在某些条款设置有偏向

---

[57] Lee, J. (2020). The coronavirus pandemic and international investment arbitration application of ″security exceptions″ clauses in investment agreements.
Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal), 13(1), 185-204.

[58] OECD. Freedom of Investment, National Security and “Strategic” Industries, Geneva: Organization for Economic Cooperation and Development Investment Committee, 2008, p. 1.

[59] GUIDELINES FOR RECIPIENT COUNTRY INVESTMENT POLICIES RELATING TO NATIONAL SECURITY, Recommendation adopted by the OECD Council on 25 May 2009

[60] 这 14 项标准分别为：（1）非歧视性。（2）透明度与可预见性。（3）成文和公开。（4）预先通知。（5）咨询。（6）程序公正和可预期性。（7）对投资政策相关的行为进行披露。（8）监管的合比例性。 对外资的限制不应超出保护国家安全所需要的限度。（9）关于国家安全应考虑的基本因素应由各国自行决定。 国家有权决定对于保护自己的国家安全，什么是必要的。（10）缩小关注范围。（11）合适的专业性。（12）校准的反馈。（13）最后手段。（14）可靠性。参见 OECD，Fourth Report on G-20 Investment Measures，Geneva: Organization for Economic Cooperation and Development，2010，pp. 24—29.

东道国的趋势。[61]反映在国家安全例外条款上，表现为国家安全例外条款内容主要为各国根据具体情况自行决定，这一方面体现了安全例外条款的灵活性，另一方面也增加了国家安全概念的不确定性。此外，国际组织试图在维护投资自由和各国国家安全利益间达成平衡，其虽取得了一定的成果，但目前的国际投资环境受政治、外交政策的影响更甚以往，反映在各国投资实践中，东道国对自身的规制权呈现加强趋势，各国对外国投资正在采取越发严苛的立场。联合国贸易和发展组织发布的《2019 世界投资报告》和《2020 世界投资报告》显示，部分国家——几乎全部发达国家——出于国家安全考虑，加强了对战略性产业外国投资的审查。2018 年许多跨境并购交易（超过 5000 万美元）宣告失败。它们主要反映了对关键基础设施、核心技术和其他敏感商业资产为外国所有的国家安全关切，其中 9 笔交易出于国家安全考虑被暂停，3 笔交易因竞争主管机构的关切而被撤销，还有 3 笔交易因其他监管原因被中止。2019 年，至少有 11 宗大型跨境并购交易因监管或政治原因被撤销或阻止。报告数据表明，投资政策中的国家安全概念的范围正不断扩大。[62]此外，越来越多国家选择放弃或改革投资者—国家争端解决条款（ISDS），其中澳大利亚 2011 年 4 月的声明全面系统地排除了在未来缔结的 IIAs 中包含 ISDS 条款的可能性。[63]放弃 ISDS 条款使得外国投资者在遇到外资安审问题时无法通过 BIT 寻求救济，一定程度上打击了投资者们的投资信心，也是对国际组织畅导建立的问责制的一种破坏。从上述实践来看，国际投资法中的“国家安全”，正日益呈现出经济化、政治化的扩大趋势。

四、中国外资安审法中的“国家安全”

（一）中国外资安审法发展历史

我国外资安审制度的发展始于改革开放之后，国内有学者将中国外资安审制度发展的历程分为四个阶段，分别为产业政策下的国家安全因素、竞争政策下的国家经济安全审查、性质模糊不清的国家经济安全审查和国家安全审查的归位。[64]但此时的外资安全审查制度仍然散乱地分布在《反垄断法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》等其他法律中而非单独立法。2015 年 7 月 1 日，新的《国家安全法》颁布，该法对政治安全、国土安全、军事安全、经济安全、科技安全等 11 个领域的国家安全任务进行了明确，并明确国家安全工作应当坚持总体国家安全观，而在总体安全观中，经济安全是基础，[65]在这一背景下，有关外国投资规制的国家立法工作紧张进行着。2019 年 3 月 15 日，全国人大通过了《中华人民共和国外商投资法》（以下简称《外商投资法》）取代原有的“外资三法”，2020 年 11 月 27 日，《外商投资安全审查办法》（以下简称《安审办法》）正式公布，并将于 2021 年 1 月 18 日起正式施行。

（二）《外商投资安全审查办法》的审查对象与标准

《安审办法》第二条将外国投资划分为新设、并购、其他三种类型，并包括直接和间接投资，其他为兜底条款，可以把通过并购协议控制或其他实际控制开展的投资涵盖在管辖范

---

[61] 韩秀丽. 后危机时代国际投资法的转型——兼谈中国的近况，厦门大学学报（哲学社会科学版），2012 年第 6 期，第 19 页。

[62] 参见《世界投资报告（2019）》，载 https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_overview_en.pdf，《2020 年世界投资报告概要》，载 http://www.cciip.org.cn/contents/679/13353.html。

[63] Gillard Government Trade Policy Statement: Trading Our Way to More Jobs and Prosperity，Investor－State Dispute Resolution，http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading－our－way－to－more－jobs－and－prosperity.html.

[64] 参见彭岳. 中国外资并购国家安全审查制度的演进. 中国社会科学报，2011－07－26，(11)。

[65] 共产党员网：一图读懂总体国家安全观。2020.4.14，http://www.12371.cn/2020/04/14/ARTI1586827944134467.shtml。

围以内。[66]在《安审办法》中，并未界定“国家安全”的范围，也未就“影响国家安全”的审查标准进行规定。但从《安审办法》的第四条可以看出，中国外国投资领域的“国家安全”主要指军工等涉及国防的领域和与农产品、重要能源和资源、重要基础设施有关的 11 个领域。[67]

从《安审办法》的立法内容来看，其模糊化“国家安全”概念，并扩大“国家安全”外延的做法事实上顺应了各国目前的立法趋势。国家安全这一概念本身由于各国国情的不同，属于难以界定的抽象概念，同时其内涵外延发展变化太快，模糊化的立法规定，不失为现阶段一种老成持国、务实管用的常规套路选择。

五、当前国际外资安审制度立法的趋势

国家安全概念的提出与国际关系学和国际政治学密切相关，当其处于国际政治学的语境之下时，有关究竟何为“国家安全”的争论从未停止过，而当国家安全作为一个专门的法律术语时，有关是否针对国家安全进行明确解释，还是采取模糊、概括性解释的争论，更是从未停止。吴庆荣、梁忠前教授都认为，法学范畴内的“国家安全”应当是确定的，否则会损害法律的统一性和严谨性，也不利于在实践中的正确实施。[68]然而，法律虽然应该稳定与统一，但由于立法进程的缓慢，法律同时还具有滞后性的特点。随着全球化的深入，各国可能受到的“国家安全威胁”却是在不断发展变化的，各国对国家安全内涵的理解也是在不断改变，这点从国际政治理论中有关“国家安全观”的变化即可看出。目前，越来越多的国家采用非传统国家安全观而不是传统国家安全观作为立法时的理论参考之一。从这点来说，“国家安全”概念若是采取明确定义的方式，有可能在出现新的国家安全领域问题时无法及时进行规制，反而不能适应社会的需要。因此，各国法律采用模糊化的立法手段对国家安全进行立法，既是为了顺应当今世界日新月异的发展趋势，同时也是为了更好地维护各国的国家利益。

在非传统安全观下，“国家安全”的外延已经随之扩大，同时，外资安审制度具有政治的内核，外资安审立法实际上是政治问题的有限法律化。[69]各国的国内及国际法立法实践都已清晰说明了这一点，但是，这并不代表在政治利益的驱动下，“国家安全”的含义可以无

---

[66] 《外商投资安全审查办法》第二条：对影响或者可能影响国家安全的外商投资，依照本办法的规定进行安全审查。
本办法所称外商投资，是指外国投资者直接或者间接在中华人民共和国境内（以下简称境内）进行的投资活动，包括下列情形：
（一）外国投资者单独或者与其他投资者共同在境内投资新建项目或者设立企业；
（二）外国投资者通过并购方式取得境内企业的股权或者资产；
（三）外国投资者通过其他方式在境内投资。

[67] 《外商投资安全审查办法》第四条：下列范围内的外商投资，外国投资者或者境内相关当事人（以下统称当事人）应当在实施投资前主动向工作机制办公室申报：
（一）投资军工、军工配套等关系国防安全的领域，以及在军事设施和军工设施周边地域投资；
（二）投资关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重大装备制造、重要基础设施、重要运输服务、重要文化产品与服务、重要信息技术和互联网产品与服务、重要金融服务、关键技术以及其他重要领域，并取得所投资企业的实际控制权。
前款第二项所称取得所投资企业的实际控制权，包括下列情形：
（一）外国投资者持有企业 50%以上股权；
（二）外国投资者持有企业股权不足 50%，但其所享有的表决权能够对董事会、股东会或者股东大会的决议产生重大影响；
（三）其他导致外国投资者能够对企业的经营决策、人事、财务、技术等产生重大影响的情形。
对本条第一款规定范围（以下称申报范围）内的外商投资，工作机制办公室有权要求当事人申报

[68] 参见梁忠前.”国家安全“概念法理分析，江苏社会科学 1995 年第 4 期，吴庆荣.法律上国家安全概念探析，中国法学 2006 年第 4 期，第 65 页。

[69] 参见王东光，国家安全审查：政治法律化与法律政治化，中外法学 2016 年第 5 期，第 1291 页。

限制地扩大。法律是权利和义务的平衡，各国出台外资安审法的初衷，除了保护本国的国家安全，更重要的目的在于继续维护开放的投资环境，从而在二者之间达成平衡。然而，回顾各国当前的国内及国际立法实践可以发现，当前发达国家的外资安审立法除在外延扩大之外，还存在泛政治化现象，而这种泛政治化倾向则为安全审查机构滥用自由裁量权、侵犯经营者合法权益提供了可能，这必然危及法治的统一性和严肃性。

六、中国的态度及应对

《安审办法》的出台是中国对于国际外资安审范围扩大，且呈现泛政治化这一大趋势的回应。在别国纷纷选择对本国的外资安审制度进行改革的时候，用法律来对抗法律是一种明智的选择，这也说明了我国对当前国际政治经济形势的积极应对。

目前，我国实施“准入前+负面清单”模式的外商投资政策，大幅减少外资准入限制，并持续扩大对外开放，在这一背景下，我国《安审办法》的并非如同发达国家一般实行投资保护主义，而是适应推动形成全面开放新格局的需要，健全对外开放安全保障体系，在积极促进和保护外商投资的同时，有效预防和化解国家安全风险，为更高水平对外开放保驾护航，因此，在《安审办法》实践的过程中，我们将精确审查影响或可能影响国家安全的外商投资，避免安全审查泛化。[70]我国的外资安审制度在当前的逆全球化时代，彰显了营造市场化法治化国际化营商环境的决心和气度。

在安审办法之外，面对如今国际投资领域“国家安全”泛政治化的大环境，我们还应积极参与国际法规则的制订，从而阻止这一政治化趋势，在这方面，笔者主要有以下三点建议：

1. 尽可能在双边及多边投资协议中对“国家安全”概念予以明确

在国际投资法领域，双边及多边协议无疑是重要的法律组成部分。因此，在双边和多边协议中纳入安全例外条款，并对条款的含义进行一定的定义，对于明确“国家安全例外”的适用范围，防止主权国家滥用“国家安全”，是一个很好的办法。在这方面，加拿大的 BIT 范本无疑提供了一个良好的例子。但是，我们也要看到，当今世界局势复杂多变，各国的国家安全内涵也可能随科技和时代的变化发生变化，同时，各国由于国情不同，对于国家安全的认识本就不一样，因此，虽然在双边及多边协定中对“国家安全”进行界定不失为一种直接有效的方法，但真正实施起来却可能碰到许多问题。从这个角度来说，从侧面对援引“国家安全例外”条款施以约束或许是更为有效的办法。

2.“国家安全”的适用及审查需遵循善意原则

国际法和国内法上的“国家安全”条款由于现实原因无法进行准确定义，但无论是在投资协定中适用“国家安全”条款，还是依据国内安审法对外国投资者进行“国家安全”审查，都需要遵循一定的原则，善意原则正是各国所应遵循的原则。作为国际法上的一项基本原则，善意原则要求各国采取行动是基于保护“国家安全”的正当目的而非其他目的，同时，善意原则也对东道国采取行动的必要性提出了要求。在美国新的安审法 FIRRMA 中，通过“特别关照国家名单”，明显将来自美国传统盟国的投资与来自中俄的投资区别对待，很难说这样的规定是一种善意的规定。因此，各国应通过将善意原则在各国的双边协定或者国内法中进行规定，借助程序性约束对“国家安全”进行限制，这即是对国际法的遵守，同时也是对国际投资法“促进与保护跨国投资”宗旨和东道国建立“自由开放的国际投资环境”期望的维护。

---

[70] 健全外商投资安全审查制度 为更高水平对外开放保驾护航——外商投资安全审查工作机制办公室负责人就《外商投资安全审查办法》答记者问，载北大法律信息网，
https://mp.weixin.qq.com/s/TE-3DIK9ql4oNAF18Y_CFw。

3. 安审程序的透明化及建立救济机制

外国投资国家安审制度是蕴含政治内核的法律问题，这也导致各国审查机构做出的决定往往不具有可诉性，而在诉讼之外，很多投资者却没有其他的救济途径。安审制度的政治本质虽可赋予审查机构一定的特权，但投资者的财产权益也同样重要。因此，当一国出于国家安全考虑准备审查某项投资时，首先要使得审查程序尽可能地公正、透明，使投资者相信安审制度并非借国家安全之名，行投资保护之实。其次，如出于国家安全的考虑确有必要禁止某项特定投资，应允许投资者以适当的方式出让已经获得的股份或营业，不得直接或变相剥夺、减损投资者的财产权益。即使在投资者应当申请安全审查而未申请的情况下，也不能因“责任自负”而不顾投资者之财产权益。唯有通过事前公正的程序，事后及时到位的救济，方能在维持国家安全的同时兼顾开放的投资环境。

浅析《区域全面经济伙伴关系协定》的争端解决机制

杨桐宇* 外交学院

摘要：《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）于 2020 年 11 月 15 日正式签署，这是亚太区域经济一体化的重要里程碑。协定第十九章规定的争端解决机制是以中国-东盟争端解决机制和 WTO 争端解决机制为基础，根据成员国经济发展水平，所做出的符合本区域特色的争端解决机制。本文以 RCEP 争端解决机制的文本内容为基础，从“谁来处理、处理何事、何时处理、怎么处理”四个方向阐述其特征要素，并将之与 CAFTA 和 WTO 争端解决机制进行比较分析，并对 RCEP 争端解决机制在未来适用中可能遇到的问题进行了预测和分析。

关键词：争端解决；区域争端解决机制；区域全面经济伙伴关系协定

2020 年 11 月 15 日，在历经 8 年马拉松式谈判后，东盟 10 国与中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰正式签署了《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership，以下简称“RCEP”）。尽管印度最后退出了 RCEP 谈判，但是目前签署协定的 15 个成员国在总人口、经济体量和贸易总额方面均占全球总量约 30%，这标志着全球约三分之一的经济体量形成一体化大市场，也意味着 RCEP 成为全球最大的自贸协定。

在 WTO 争端解决机制受阻后，各大区域性经济贸易组织都设置了相应的争端解决机制，主要包括欧盟（EU）争端解决机制、美加墨（USMCA）争端解决机制、中国-东盟（CAFTA）争端解决机制以及跨太平洋伙伴关系（CPTPP）争端解决机制等。这些区域争端解决机制或多或少都受到 WTO 争端解决机制的影响，而新签署的 RCEP 中的争端解决机制就是在 CAFTA 的框架下，引入了 WTO 争端解决机制中的专家组程序。因此笔者将从“谁来处理、处理何事、何时处理、怎么处理”四个方向阐述 RCEP 争端解决机制的特征要素，对比其与主要争端解决机制之间的变与不变，分析其争端解决机制的创新与不足之处，并对未来的适用提出一定的推测和看法。

一、RCEP 争端解决机制的特征要素

（一）谁来处理

RCEP 在解决“谁来处理”这个问题上采用外交方法和法律方法相结合的方式，即磋商、斡旋、调停和调解以及专家组程序，其中将磋商贯穿争议解决的全部过程中，并作为成立专家组解决争议的前置程序，强调了在国际贸易争端中合作和磋商的关键地位。

1．磋商

根据 RCEP 第十九章第 6 条的规定，争端各方均可以请求磋商。争端各方应当善意地进行磋商，并且尽一切努力通过磋商达成共同同意的解决办法，包括在磋商过程中提供充分的信息、处理磋商过程中交换的任何保密和专有信息、努力使其对事项专门负责或拥有专业知识的政府机关或其他管理机构的人员可以参与磋商等，对磋商保密。

起诉方提出磋商请求，应该说明请求的理由、事实和法律基础，以及确认争议措施。起诉方应同时向被诉方提供磋商请求的副本，被诉方应当立即以通报的形式向该起诉方以通报的方式确认收到根据第 1 款提出的磋商请求并指明收到请求的日期以及收到磋商请求后所

*杨桐宇，外交学院 2020 级博士生。

采取一系列行动。如果争端各方以外的其他各方认为其在磋商中具有实质贸易利益，可以在不迟于收到磋商请求副本之日后的 7 天内通知争端各方加入磋商。[1]

2. 斡旋、调解或调停

第十九章第 7 条规定争端各方可在任何时候同意自愿采取争端解决的替代方式，如斡旋、调解或调停。此类替代方式的程序可以在任何时间开始，并且可以由任何争端方在任何时间终止。如争端各方同意，在专家组审查进行工作的同时，斡旋、调解或调停仍可以继续进行。斡旋、调解或调停的程序以及各方立场应当保密，并且不得损害任何争端方在任何进一步或其他程序中的权利。[2]

3. 专家组

RCEP 第十九章第 8 条至 21 条分别对专家组的设立、组成、职能、程序、中止与终止、执行、审查、补偿和中止减让、费用和语言做了较为详细的规定。在磋商不成的情况下，起诉方可以在规定的期限内，提出设立专家组的请求并提供起诉事实、法律基础的细节和 RCEP 的相关条款，同时应当向其他缔约方提供一份根据第 1 款提出的设立专家组请求的副本。[3]对争议有实质利益的任何缔约方在规定期限内通报争端方并经争端各方同意后以第三方身份参与专家组程序。[4]

专家组应由三名专家组成员组成，所有专家组成员的任命和提名应当符合第 11 条第 10 款和第 13 款所提及的要求，并且明确 UNCITRAL 仲裁规则不适用于任命程序。起诉方和被诉方各任命一名专家组成员，并且应当就第三名专家组成员的任命达成同意，该第三名专家组成员为专家组主席。若争端各方未在规定期限内完成专家组成员的任命，则由 WTO 总干事在规定的期限内根据双方提供的被提名人名单任命余下的专家组成员；若 WTO 总干事不能履行或在规定期限内未能完成任命，任何争端方可以请求常设仲裁法院秘书长迅速任命余下的专家组成员。专家组的设立日期应当为最后一名专家组成员被任命的日期。[5]

专家组提交最终报告的期限一般为从设立之日起 7 个月内，专家组应当以协商一致方式作出裁定和决定，如专家组不能取得一致，可以以多数投票的方式作出裁定和决定。专家组成员可以对未协商一致的事项提出不同意见或单独的意见，报告中专家组成员个人发表的意见应当匿名。[6]专家组的裁定和决定应当是终局的，并且对争端各方均有约束力，争端各方应予执行。在专家组向争端各方发布最终报告之日起 30 天内，被诉方应当通报起诉方其关于执行专家组最终报告的意愿。[7]如争端各方对最终报告的执行存在分歧，可重新召集的专家组解决争端。被诉方应当在合理期限内执行最终报告规定的义务，否则起诉方有权获得必要补偿或有权依据 RCEP 的规定行使中止的减让或其他义务的权利。[8]

（二）处理何事

协定在“处理何事”上的局限性极大，即 RCEP 争端解决机制的适用范围就目前来说十分有限。虽然根据第十九章第 3 条规定，RCEP 争端解决机制适用于与协定解释和适用相关的，以及缔约方之间因违反协定义务而产生的争议争端。但是事实上，协定的多个章节都规定了在协定生效时，第十九章的争端解决机制不适用章节下产生的争端，如卫生与植物卫生

[1] 参见：RCEP 第十九章第 6 条。
[2] 参见：RCEP 第十九章第 7 条。
[3] 参见：RCEP 第十九章第 8 条。
[4] 参见：RCEP 第十九章第 10 条。
[5] 参见：RCEP 第十九章第 11 条。
[6] 参见：RCEP 第十九章第 13 条。
[7] 参见：RCEP 第十九章第 15 条。
[8] 参见：RCEP 第十九章第 17 条。

措施（第五章第 17 条）、标准、技术法规和合格评定程序（第六章第 4 条、第 14 条）、贸易救济（第七章第 16 条）、服务贸易（第八章第 10 条、第 22 条）、自然人临时移动（第九章第 9 条）、电子商务（第十二章第 17 条）、竞争（第十三章第 9 条）、中小企业（第十四章第 5 条）、经济技术合作（第十五章第 7 条）、政府采购（第十六章第 8 条）、反腐败措施（第十七章第 9 条）、审查机制（第十七章第 11 条）等。这就相当于架空了协定第十九章争端解决的地位，使 RCEP 争端解决机制变成一个被拔了牙的老虎一样，徒有虚名。

当然，部分章节在规定第十九章争端解决不适用的同时，也提出其不适用只是暂时性的，各缔约方应当在协定生效之日起两年后进行审议，来考虑 RCEP 争端解决机制在章节里的全部或部分内容适用，并且要求这类的审议在协定生效之日起的三年内完成。如果缔约方做好准备，则 RCEP 争端解决机制可以适用，但是如未做好准备，则协定规定通过磋商进行商议。但是考虑到各国经济发展水平和维护本国利益的决心，必然会出现部分缔约方在不同领域对 RCEP 争端解决机制适用的部分乃至全部的保留的情况。因此，RCEP 争端解决机制的适用范围受到了极大的限制。

（三）何时处理

在阐述“何时处理”这个问题时，协定对磋商、斡旋、调解和调停、设立专家组、专家组组成、专家组审理程序、中期报告提交、最终报告提交、专家组程序的中止与终止以及裁定的执行和审查，都做出了明确的时间限制。特别是在专家组组成阶段，不仅对争端各方任命专家组成员的时限做出了规定，更是对若争端各方无法对专家组成员的任命达成一致，由 WTO 总干事或常设仲裁法院秘书长代为任命的时限也做出了非常明确的规定，这就避免了争端各方在专家组成员任命这一环节耗费过多时间，也避免了一些国家借此拖延争端解决进度，更是体现了第十九章第 2 条所声称的“高效的规则与程序”。

（四）怎么处理

“怎样处理”则涉及到法律选择和适用问题。根据第十九章第 4 条的规定，成员国之间的争议解决主要依照国际公法解释的习惯规则进行解释。虽然协定并没有规定可以参照其他的国际条约和相关解释，但是第 4 条特别规定了纳入《WTO 协定》的任何条款，认为专家组也应当考虑 WTO 争端解决机构通过的 WTO 专家组报告和 WTO 上诉机构报告中所作出的相关解释，但专家组的裁定和决定不得增加或减少本协定项下的权利和义务。[9]同时，第十九章第 11 条对专家组组成的规定中，也明确把在 WTO 专家组成员或者任职经历作为重要资历。[10]

除此以外，第二十章第 2 条就 RCEP 条款与现存的其他国际协定冲突的这一情况，既并没有规定应当按照某个规则挑选准据法，也没有表示应当按照“新法优于旧法”、“特别法优于一般法”等法律原则进行，而是按照 RCEP 争端解决机制所强调的原则，要求相关缔约方进行磋商，以期达成双方满意的解决方法。[11]因此，就目前签署的协定来看，RCEP 争端解决机制在与其他国际协定冲突时的法律选择方面采取的是一个较为灵活、尊重缔约国意愿的机制，至于落实到实践中如何运行以及效果如何则需要看未来的发展。

二、RCEP 争端解决机制的变与不变

RCEP 争端解决机制其实是 CAFTA 的延续和发展，遵循 CAFTA 争端解决机制的框架，强调磋商和调解的作用，但在某些方面作出了新的发展和突破，明确地向 WTO 争端解决机

[9] 参见：RCEP 第十九章第 4 条第 2 款。
[10] 参见：RCEP 第十九章第 11 条第 11 款。
[11] 参见：RCEP 第二十章第 2 条。

制的靠拢，引入了专家组程序，但在具体程序问题上又结合新时代经验有所改进，可以说是WTO 争端解决机制的区域化。

（一）与 CAFTA 争端解决机制相比

由于协定的主导是东盟十国，因此 RECP 争端解决机制延续了 CAFTA 争端接解决机制的特点，并在其基础上有所发展和改变。

首先，RCEP 争端解决机制延续了 CAFTA 以外交方法为主争端解决模式，强调了磋商和调解在整个争端解决过程中的关键地位。由于CAFTA 各成员方之间的贸易依附程度较低，且彼此之间没有形成绝对的政治互信和经济自信，因此各成员方更青睐于以磋商、调解和调停为主的外交方法去解决争端。[12]而 RCEP 的缔约国组成更加复杂，不仅包含发达国家和发展中国家，也涵盖了资本主义国家和社会主义国家，各成员方的依附程度远没有达到欧盟或美、加、墨三国的程度，并且也不存在经济实力占绝对优势的成员国，因此 RCEP 将调解机制贯穿于整个争议解决过程中也是情理之中。根据第十九章第 4 条第 4 款规定，“鼓励争端各方在争端的每一个阶段尽一切努力，通过合作和磋商，达成争端各方共同同意的争端解决办法”。第 6 条规定，“争端各方应当善意地进行磋商，并且尽一切努力通过磋商达成共同同意的解决办法”。同时，磋商还是成立专家组解决争议的前置程序，只有未能在规定期限内通过磋商解决争议，起诉方才可以通报被诉方，请求设立专家组审查争议事项，[13]并且在任何时间达成的调解都是可以终止其他任何争议解决程序的。[14]

其次，RCEP 争端解决机制没有采用 CAFTA 争端解决机制中的仲裁制度，而是引入了WTO 争端解决的专家组程序。CAFTA 争端解决机制虽然是“协调中心”模式，但依旧引入了仲裁程序，这表明了成员国希望能够建构一个以仲裁为核心的具有区域特色的常规性的争端解决机制。[15]但遗憾的是，目前 CAFTA 争端解决中的仲裁程序至今还没有真正审理过一个案件，也就是说 CAFTA“协调中心”争端解决机制的实践功能与其理论预设的相差甚远，成员国依旧沿袭着东盟（ASEAN）争端解决机制，即以磋商、调解达成一致来解决争议，但是该种方式并不能解决大规模的经济贸易争端。因此，RCEP 争端解决机制摒弃了CAFTA 的仲裁程序，转而引入了 WTO 争端解决的专家组程序。相比于 CAFTA 仲裁程序，RCEP 专家组程序的规定则更为全面具体，可操作性极强。第一，RCEP 的设立专家组申请的条件更为明确，对未答复、未磋商、未解决的时限要求更为精确。[16]第二，RCEP 专家组人选要求更加客观严格。CAFTA 在仲裁庭组成人员的规定存在不足，协定只规定了对仲裁庭主席的要求；[17]而 RCEP 不仅对争端各方、WTO 总干事和常设仲裁法院秘书长任命成员的时限要求清晰明确，同时对专家组成员和主席的任命资格做出了严格限制，并且明确把在WTO 专家组成员或者任职经历作为重要资历。第三，争端各方的利益以及其他成员方的利益，均在 RCEP 专家组程序中得到了充分的考虑。CAFTA 对第三方参与仲裁的规定十分粗略，更是不曾考虑到多个起诉方的程序。而 RCEP 考虑到缔约国的广泛性和复杂性，明确提出了争端解决场所的选择问题，规定了第三方要在规定的时间内提出参与要求和第三方在专家组程序各个阶段的权利和义务，就多个起诉方程序中专家组的设立和组成的规定也体现了对争端各方权益的保护和平衡。

---

[12] 参见孙志煜：《区域经济组织争端解决模式研究》，西南政法大学 2011 年博士学位论文，第 166-168 页。
[13] 参见：RCEP 第 8 条第 1 款。
[14] 参见：RCEP 第 14 条第 2 款。
[15] 参见孙志煜：《区域经济组织争端解决模式研究》，西南政法大学 2011 年博士学位论文，第 143 页。
[16] 参见：RCEP 第 8 条。
[17] 参见：《CAFTA 争端解决机制协议》第 7 条第 6 款。

总体来说，RCEP 的争端解决机制在延续了 CAFTA 的以磋商调解为中心外，寄希望于引入专家组程序来解决大规模的经济贸易争端，形成具有区域特色的、促进争端解决的常规性机制。虽然目前就文本内容来看，RCEP 争端解决机制比 CAFTA 争端解决机制更为全面和灵活，可以肯定是一种进步，但也很难将其称之为历史性的革新，具体还需要看日后该机制的运行效果。

（二）与 WTO 争端解决机制相比

正如前文所述，虽然 RCEP 争端解决机制更多的是遵循了 CAFTA 机制的框架，但是在若干方面向 WTO 争端解决机制靠拢，引入了专家组程序并对其进行了革新，可以说是 WTO 争端解决机制的区域化。

第一，RCEP 取消了 WTO 的上诉程序。正如 RCEP 在第十九章第 2 条提出的要建立高效的规则程序，RCEP 取消了 WTO 争端解决机制中的上诉程序，采取了一审终审制。WTO 上诉机构受理案件众多，但效率一般，存在大量败诉方恶意利用上诉程序，增加胜诉方的负担，以此来提高谈判的筹码，但也间接加重了上诉机构的负担，因此上诉机构改革一直是 WTO 规则改革的重点问题。[18]特别是当上诉机构自 2019 年底正式停摆后，WTO 争端解决机制走向何方的问题成为了学界讨论的重点。WTO 体制下争端解决陷入僵局之际，RCEP 的专家组程序提出了一种新的争端解决的途径。RCEP 采取专家组协商一致或多数投票的方式作出裁定和决定，同时采用一审终审制度，专家组做出的裁定和决定不再是只有咨询性质的文件，而是终局的，并且对争端各方具有约束力。这种安排似乎可以避免 WTO 上诉机构停摆的挑战，但至于能不能真正意义上发挥效用，还需要看生效后专家组程序对争端的解决情况，不过至少在规则层面提出了一个新的争端解决途径。

第二，RCEP 加快了争端解决的进度。首先，RCEP 加快了磋商的进度，与 WTO 相比，被诉方对磋商请求作出答复的时间从 10 日缩减为 7 日内，磋商时间从接到磋商请求之日后 60 天内变为 30 日内，紧急情况下为 15 日。[19]其次，RCEP 对专家组组成的时限做出了明确规定。第十九章第 11 条规定了争端各方任命专家组成员的时限，也对若争端各方无法对专家组成员的任命达成一致时，由 WTO 总干事或常设仲裁法院秘书长代为任命的时限，就文本而言，专家组组成的最长时限为 120 日。而就 WTO 争端解决规则的现有规定，争端各方很难就专家组成员组成上达成一致，并且没有对由总干事来决定专家组的组成的时限进行明确规定，这就导致很多争端都在这一环节被拖延，进而迟滞了整个专家组程序的进度，比如欧共体诉智利酒税案中，专家组组成耗费了 225 天。由此可见，RCEP 争端解决规则通过缩短或明确时限，加快了争端解决的进度，比 WTO 的相关程序更加的高效。

第三，RCEP 在专家组成员的资质要求上更加客观。WTO 对专家组成员的资质要求由合格的政府或非政府人士组成，要有从事 WTO 或 GATT 相关的工作经验，确保自身的独立性并拥有多种不同的背景和丰富的经验，且一般不能是当事方和第三方的公民，除非争端各方同意。[20]而 RCEP 对专家组成员资质的规定区分了专家组普通成员和主席的资质。对于专家组成员，除去判断力、独立性和满足《行为准则》外，允许其为当事方或第三方国民，同时要求具有法律、国际贸易以及争端解决的专业知识和经验，而由 WTO 总干事或常设仲裁法院秘书长任命的成员还需要具备法律专业知识和在 WTO 专家组、上诉机构、秘书处或相关部门的工作经历。就主席而言，除了满足上述独立性、专业知识经验和工作经历的要求，

[18] 参见杨国华著：《丛林再现？——WTO 上诉机制的兴衰》，人民出版社 2020 年版，第 84-85 页。
[19] 参见：DSU 第 4 条。
[20] 参见：DSU 第 8 条。

不得为任何争端方或一第三方的国民，且不得在任何争端方拥有经常居住地。由此可见，RCEP 对专家组成员的资质更注重人员的专业能力和处理经贸争端的经验，并且相关规定更为详细、客观和全面，从中能感受到缔约方们希望能以一种更加专业、有效、高效的方式去解决贸易争端。

第四，RCEP 在专家组组成和审判阶段对不发达国家的保护更完善。在争端解决中，成员国之间的平等是十分重要的，这对成员国经济发展水平不均衡的 RCEP 就更为重要。首先，在专家组组成的过程中，争端各方各任命一名成员，该成员可以是当事方或第三方国民。主席则由双方协商确定，一方可以提出三人名单供对方选择，哪怕是无法达成一致，WTO 干事或常设仲裁法院秘书长也是根据争端方提供的名单来任命。而 WTO 规则中原则上当事方和第三方的公民不担任专家组成员，秘书处向争端各方建议专家组成员的提名，争端各方不得反对提名，除非由于无法控制的原因。[21]当争端发生在发展中国家成员与发达国家成员之间时，如发展中国家成员提出请求，专家组应至少有 1 名成员来自发展中国家成员，但是发展中国家是可以放弃该项权利。[22]因此，在这一方面，RCEP 对不发达国家的保护更为明确。其次，执行、补偿和中止减让或其他义务中，RCEP 明确规定应当特别考虑最不发达国家缔约方的特殊情况，起诉方对涉及最不发达国家缔约方的事项保持适当的克制，专家组报告也应当明确表明对最不发达国家缔约方在争端解决程序过程中提出的关于特殊和差别待遇相关规定的考虑形式。而在 WTO 规则中，根据 DSU 第 12 条 11 款要求专家组明确说明发展中国家提出的适用协定中的特殊和差别待遇并列明对其是如何考虑的，第 21 条第 7、8 款要求在执建议和裁决监督过程中，DSB 需要考虑到发展中国家提出的差别待遇。[23]对比可以发现，RCEP 对最不发达国家的保护更多是要求非最不发达国家和专家组提出的要求，特别是非最不发达国家的适当克制义务是一种主动形式的保护，无需最不发达国家自己提出，而 WTO 规则中，则需要发展中国家自己提出，而在实践中，第 21 条第 7、8 款还没有被援引过，主要原因就是发展中国家从来没有主动运用过，这就反映了在不平衡的自由贸易体制中发展中国家对争端解决机制缺少信心。因此，RCEP 争端解决机制将 WTO 这种被动的保护化为无需最不发达国家提出的主动适用，无疑是对不发达国家更为完善的保护。

在 WTO 体制下争端解决陷入僵局之际，RCEP 的专家组程序无疑是提供了另一种争端解决的路径，给 RCEP 成员国在遭遇贸易争端时提供了 WTO 的替代性争端解决方案。虽然无法判断一审终审制的专家组程序是否能解决 WTO 上诉机构停摆的局面，但是专家组程序的引进，确实提高了在 CAFTA 中中国制定争端解决机制规则的水平，回应了 WTO 运营的困境，提供了一个相对较好的过度机制，为中国加入别的区域贸易协定提供了过渡性方案。

三、RCEP 争端解决机制适用的问题及解决建议

RCEP 争端解决机制虽然是对 CAFTA 的进一步发展，也对 WTO 争端解决机制进行了一定的革新，但是就世界范围内，RCEP 争端解决机制确实相对守旧，远未达到引领国际规则的水平。而 RCEP 争端解决规则的局限性在未来适用过程中势必会带来相应的问题。笔者就目前文本所表现的比较明显的缺陷和存在的隐患提出以下看法，并提出可能的解决建议。

（一）敏感领域的回避

[21] 参见：DSU 第 8 条第 6 款。
[22] 参见：DSU 第 8 条第 10 款。
[23] 参见杨国华主编：《世界贸易组织争端解决规则与程序的谅解》，北京大学出版社 2019 年版，第 221-222 页。

纵观 RCEP 整个协定，可以发现协定全文对敏感领域进行了回避，比如环境、劳工等关键章节。当然，这也是 RCEP 能签署成功的一个原因，但是这种回避，势必会存在隐患。首先，避而不谈并不意味着不会发生。以环境争端为例，RCEP 的主导国家是东盟十国，受经济发展水平的限制，势必无暇顾及环境保护，这也是 RCEP 环境、劳工等章节缺失的客观原因。但是纵观 WTO 历年的案例，RCEP 成员国在环境问题上发生过不少争端，比如泰国香烟案（BISD37S/200）、美国金枪鱼案（DS381）、美国虾龟案（DS58）、韩国牛肉案（DS161）、美国丁香香烟案（DS406）等，这说明 RCEP 在未来适用的过程中，成员国之间势必会就环境问题或环境与贸易的交叉问题产生新的争端。[24]也正是由于环境章节的缺失，在环境争端产生的同时，一个新问题也随之而来，即 RCEP 与现存的如 WTO、CPTPP 等贸易协定的环境争端管辖权的冲突该如何协调，这就涉及到法院选择问题。因此，即便通过回避敏感领域成功签署了协定，关键章节的缺失必会给 RCEP 争端解决机制的适用带来极大的隐患和不确定因素。

其次，回避这些问题也会给不发达国家带来更大的负担。以劳工问题为例，国际公认的高水平的区域贸易协定 CPTPP、USMCA 均对劳工问题有专门的章节进行规定，表现出较高的人权标准。在 RCEP 没有劳工章节的情形下，发展水平较高的成员国必然会就该类问题与不发达国家进行磋商。虽然对劳工的保护是一种人权的必然要求，但是要以什么样的标准对其进行规定呢？对于不发达国家，发展生产力和经济是其现阶段最为主要的目标，在经济水平较高的国家看来只是一般标准的人权要求，对于不发达国家来说就是过高的人权标准了，这对其来说是一种负担而不是增益，他们可能会因为满足与其经济水平不相适应的劳工标准而拖慢了自身经济的发展速度，那对于他们来说加入 RCEP 可能是得不偿失的。

笔者认为，虽然敏感领域的回避是 RCEP 能尽快签署的重要原因，但是这种回避只能是暂时性的，避而不谈并不意味着问题不存在。实践证明 RCEP 成员国之间已经就环境、劳工等问题产生过争端，而未来也势必会有新的利益冲突和争议产生。随着政治互信和经济自信的建立，成员国可以采取以“框架公约+议定书”的模式，先就原则性部分进行谈判，将具体的权利义务容后审议，并以议定书的形式来补充。同时，在谈判具体权利义务的时候，在听取各方利益诉求的前提下，明文规定对环境、劳工权益保护的最低标准，成员国之间可以在此最低标准上自行协商确定相关要求。这样，不仅能满足不同发展水平的成员国的需求，也能平衡经济利益与环境劳工利益之间的冲突。

（二）争端解决机制适用范围的局限

正如前文所述，RCEP 争端解决机制适用范围的局限性极大，第十九章的争端解决目前不适用于大部分章节，并且需要经过成员国两年的审议，来判断是否全部或部分适用。这一规定就让 RCEP 争端解决章节变成了一个软性章节，能否适用全部取决于成员国的意愿。这种结果有其必然性，一方面 RCEP 成员国的组成多样且复杂，包含了发达国家和发展中国家、资本主义国家和社会主义国家，各自经济发展水平差异较大，因此争端解决的暂缓适用给予了不发达国家一定的缓冲；另一方面，由于疫情的冲击，世界经济增长持续低迷，去全球化、单边主义和保护主义愈演愈烈，加剧了世界经济增长的悲观情绪。而 RCEP 的签署更多地向世界传递了亚洲国家反对保护主义、孤立主义，坚持多边主义和自由贸易的广泛共识。因此延缓对争端解决的谈判以换取协定的尽快签署也是有其合理性。

[24]参见李威：《论 WTO/DSB 贸易与环境争端的新发展》，《世界贸易组织动态究》2012 年第 4 期，第 67 页。.

但是必须考虑到，如果经过两年的审议，缔约国并未能全部同意 RCEP 争端解决规则，而是在各个章节里部分或全部保留第十九章争端解决的适用，那么 RCEP 争端解决机制该如何发展。笔者认为这种情况出现的概率极大，首先，根据东盟国家的历史传统和实践可以发现，东盟国家倾向于以非正式性、非对抗性和协调一致的方式去解决争端。尽管在 ASEAN 争端解决机制和 CAFTA 争端解决机制中，均引入了仲裁程序，但是在多年实践中仲裁程序被束之高阁。[25]其次，根据 WTO 实践，不发达国家由于国际贸易水平的不平衡对争端解决机制缺少信心，因此出于自我保护的目的，很可能在两年后表示尚未做好准备全部或部分适用 RCEP 争端解决机制。此时，若争端的类型正好是当事方所保留的范围内，那么该选择何种争端解决方式来解决争议就是一个问题。当然可以由当事国协商决定，这也是 RCEP 所提倡的，但是这种个案解决方式并不适合大规模的国际贸易争端，最后的结果可能正好和 RCEP 争端解决机制的目标相违背，既不“高效”也不“有效”。

就上述问题，笔者认为，第一，中国应该就各个章节可能出现的争端及相应的解决方式做好第二手准备。在这两年的审议期间，中国应继续推进和中韩、中日韩的贸易协定谈判，升级与相关国家的贸易协定，使得在上述情形下，可以通过 RCEP 争端解决机制的场所选择，来找到另一条争端解决途径。第二，利用好现有机制，同时以自身行动带动其他成员国对 RCEP 争端解决机制的认可与信任。中国需积极利用 RCEP 争端解决机制的磋商和专家组程序，做到“事前预防、事中磋商、事后解决”，提高各成员国对 RCEP 争端解决机制的认可与信任，推动各国尽快批准适用第十九章争端解决规则。同时，在 WTO 上诉机制停摆之际，作为解决成员国贸易争端的新途径，中国更应当运用好 RCEP 专家组程序，在实践中检验 RCEP 专家组程序的创新与改良是否有积极效用，能否给 WTO 上诉机制的改革带来新的启示，推动 WTO 争端解决机制的改革。

（三）ISDS 机制的缺失

RCEP 在第十章投资章节下并没有任何关于投资者与东道国的争端解决机制（investor-state dispute settlement，以下简称“ISDS”）的内容，而是在第十章第 18 条约定，缔约国将就“一缔约方与另一缔约方投资者之间投资争端的解决……在不迟于本协定生效之日后的两年进行讨论”。可见，在协定签署时，各缔约国仍未就 ISDS 条款达成一致协议。此外，RCEP 还排除了投资者试图通过投资章节的最惠国待遇条款，援引其他投资协议中投资者与东道国争端解决机制的机会。RCEP 第十章第 4 条第 3 款规定，最惠国待遇“不包含其他现存或未来国际协定项下的任何国际争端解决程序或机制”。

在缺失 ISDS 机制的 RCEP 争端解决机制中，如果东道国违反 RCEP 的投资章节时，投资者目前有以下两种救济方式：

一种可能路径是在 RCEP 争端解决机制下，投资者请求母国通过外交保护的方式来寻求对自身的保护。根据 RCEP 第十九章第 3 条第 1 款的规定，RCEP 争端解决机制“应当适用于一缔约方认为另一缔约方的措施与本协定项下的义务不相符或者另一缔约方未履行本协定项下的义务”，即投资者母国可以据此向东道国提起主张，以外交保护的途径来保护本国投资者的利益，这在某种程度上将私人与国家的争端转化成了国家与国家之间的争端来解决。但是该条款也有例外，第十七章第 11 条规定，RCEP 争端解决机制不适用于涉及准入前权利的争议，即如该争议与缔约国在投资筛选过程中做出的是否批准或承认外国投资有关的决定和执行，则不适用 RCEP 的争端解决机制。

[25]参见孙志煜：《区域经贸争端解决的制度与实践——以中国—东盟自由贸易区为例》，《法学评论》2011 年第 1 期，第 105-109 页。.

另一种可能的路径是根据 RCEP 对争端解决场所的规定。第十九章第 5 条规定，“当争端涉及本协定项下和争端各方均为缔约方的另一国际贸易或投资协定项下实质相等的权利和义务时，起诉方可以选择解决争端的场所，并且应当在使用该场所的同时排除其他场所。”这就意味着成员国有权从其签署的其他国际投资协议中选择争端解决场所，但须满足在 RCEP 和其他国际投资协议下，该争端所涉及的权利义务实质是一样的前提，这样母国在接受投资者主张后，可以根据其他国际投资协议将争议向争议解决专家组或裁判庭提交，也可以选择适用 RCEP 争端解决机制。

就上述问题，笔者认为，ISDS 机制应该是投资协议的重点部分，但是 RCEP 在 ISDS 条款还未达成一致的情况下，便进行了签署，不得不说是有一些仓促。但是这也给中国一个机会，RCEP 最终将采取何种 ISDS 机制仍然存在巨大的想象和操作空间，中国在未来两三年之间的谈判中应当将自己的相关主张融入进 ISDS 机制的建立，提高自己建立投资协议和争端解决机制规则的能力，向外输出我国的法律法治思想，以获得更大的国际法话语权。

（四）成员国之间的多元平衡

作为区域贸易协定，RCEP 最显著的一个特点就是成员国的多元复杂，这是 RCEP 的亮点，也同时是难点，关键看协定生效后成员国如何在实践中找到平衡点。笔者认为影响此种平衡的因素有以下几种可能：

第一，争端解决方式的选择偏好问题。目前区域争端解决机制主要有政治解决模式、司法解决模式和混合解决模式，[26]区域贸易协定采取何种模式主要取决于成员国经济实力、司法能力、贸易依附程度、政治文化历史特点以及成员方本身具有的区域争端解决模式。[27]首先，RCEP 成员国的经济实力虽然有差距，但是并没有哪一个国家拥有绝对的经济实力。中国虽然经济实力较强，但在整个亚太经济体中并不存在绝对的话语权，而东盟内部各成员国经济实力有限但作为一个整体实力也不容忽视。因此在这种情况下，成员国就会倾向于“规则导向” 的争端解决机制，通过相关规定约束实力较强的成员国，并给予实力较弱的成员国以独立的法律地位。其次，RCEP 各成员国之间的贸易依附程度较低。欧盟作为一体化程度最高的区域经济组织，其采用的是具有硬法性质的“单一诉讼”的司法解决模式。美加墨三国贸易依附程度也较高，因此采取的是“多元调整”的准司法模式。但是 RCEP 成员国彼此之间贸易依附程度较低，彼此之间尚未形成政治互信，不发达国家也没有足够的经济自信去构建一个硬法性质的争端解决机制。因此在目前阶段，仍以磋商、斡旋、调停和调解为主，以促成专家组程序为核心的争端解决模式为目标去奋斗。再者，东盟国家因政治、历史、文化等原因，在争端解决实践中，偏好以非正式性、非对抗性和协商一致的方式来解决，而其他成员国则倾向于外交与法律相结合的争端解决模式。因此，RCEP 争端解决机制在 CAFTA 的框架下，引入专家组程序，并且设定了两年的审议前，使之成为了软性的争端解决机制。

但是，现阶段以磋商为主的软性争端解决机制也带来的一定的问题。首先，目前争端解决的趋势是向“规则导向”转化，机制的规范化和司法化是大势所趋，比如在区域争端解决规则水平较高的 USMCA 和 CPTPP 中，便是以多套争端解决机制为内容的规则导向型的准司法模式。其次，国际经济贸易交往中，常设性、具体化、机制化的争端解决机制才能应对大量的贸易争端，并且有效、高效和透明地解决争议。因此，即便是 RCEP 对磋商和调解等

[26] 参见钟立国：《区域贸易协定争端解决机制：理论及其条约法实践》，上海人民出版社 2014 年版，第 174-192 页。

[27] 参见孙志煜：《CAFTA 争端解决机制条约化之路——NAFTA、CAFTA 争端解决机制的比较视角》，《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 3 期，第 422-427 页。

程序中各个阶段的时间进行的更为全面明确的规定，但是笔者认为，设立常设性的磋商、调停和调解机关，并发挥专家组程序的核心作用，这样既能满足不发达国家对外交方式的偏好，又能推动着 RCEP 机制向着规则化、法治化的方向发展。

第二，规则区别适用问题。RCEP 争端解决机制对最不发达国家采取了更为主动的保护，这对比 WTO 争端解决机制无疑是一种进步。但是 RCEP 条文只规定了“保持适当的克制”，却没有对“适当克制”的内涵进行界定，笔者认为这也会影响成员国之间的平衡。根据国际协定的实践表明，不局限于国际贸易领域，对不发达国家或发展中国家的保护或区别责任往往会以对发达国家或经济发展水平较高国家的义务的形式表现，短期内是不会出现太大问题，但是长此以往，很有可能出现发展水平较高的国家的不满乃至消极对待，比如在《巴黎气候协定》中就有发达国家对“共同但有区别的责任”表示不满并消极应对。因此笔者认为，在之后解释和适用 RCEP 的过程中，不仅需要对“适当克制”作出确切可操作的解释，还需要根据成员国经济发展水平动态的变化，对该条款进行及时更新。

除此以外，还有如前文所提及的对环境、劳工保护等方面标准问题，都会成为影响成员国之间多元平衡的一种因素。归根到底，还是由于成员国性质的多元和经济发展水平的差距，导致其经济政治利益诉求的不同，因而想要 RCEP 争端解决机制能够发挥真正的效用，而不是像 CAFTA 争端解决机制被置之高阁，亦或是像 WTO 上诉机制的暂时停摆，则需要在实践中把握好平衡点。RCEP 争端解决机制应在灵活运用外交方式的同时，有意识的推动争端解决机制向规则化和司法化方向演变。在照顾最不发达国家的同时，也要注意到其他国家的利益，对“适当克制”的义务要进行动态化的解释，根据成员国经济发展水平的变化及时更新条款内容。根据 CAFTA 的实践，RCEP 争端解决机制可以“框架公约+议定书”的模式，将不能即刻确定的权利义务内容以议定书的形式进行补充。同时以规定最低标准的方式，允许成员国之间在此标准之上自行协商双方的具体要求，若是不能达成一致则以最低标准为准的方式，作为对最不发达国家的一种保护，以此来平衡不同发展水平的成员国的不同的经济政治利益的需求以及经济利益与长远利益之间的冲突。

四、结语

在面临共同风险挑战的背景下，亚洲经济体希望通过构建 RCEP 致力于共同打造一个跨区域、宽领域、高质量的贸易和投资环境，并借此向世界传递亚洲国家反对保护主义、孤立主义，坚持多边主义和自由贸易的广泛共识。总体来说，RCEP 争端解决机制以“提供有效、高效和透明的规则与程序”为目标，采取磋商、斡旋、调停和调解、专家组程序的传统解决方式。RCEP 争端解决机制延续了 CAFTA 的框架，又在某些地方向 WTO 争端解决机制靠拢。从严格意义上讲，虽然 RCEP 争端解决规则相对于 CAFTA 和 WTO 规则有一定的完善和创新，比如取消了专家组的上诉程序，采取了一审终审制，但是 RCEP 争端解决规则并没有触及到全新的规则层面，客观上距离目前公认的高水平的 CPTPP、USMCA 还有一定的距离。

在研究 RCEP 争端解决机制的时候，必须要认识到东盟国家才是 RCEP 的主导国家，同时也要接受当今去全球化、单边主义和保护主义盛行的现实。因此，尽管现在的 RCEP 争端解决机制在诸多章节无法适用，但其只是一个过渡性安排，待两年后成员国审议完毕再进行下一阶段的谈判和修改。中国需要利用好这两年的审议期，将自身的法治思想融入 RCEP 争端解决机制中，提高自身制定争端解决规则的能力；与此同时，积极推进和其他国家的国际贸易协定的谈判，对已有的贸易协定进行完善和升级。RCEP 争端解决机制的实践发展，

对中日韩自贸区的争端解决模式有极大的参考价值，并且也给“一带一路”的争端解决机制的建立积累了经验。

当然，RCEP 签署只是亚太自由贸易进程迈出的第一步。根据协议规定，应当在至少六个东盟成员国签署方和四个非东盟成员国签署后协议才算是正式生效。因此接下来的重要环节便是 RCEP 成员国各自履行国内法律审批程序，努力推动协定早日生效实施。

“一带一路”倡议背景下全球能源治理体系的变革与中国作用

杨泽伟* 武汉大学国际法研究所

摘要：当今全球能源治理体系的主要特点为全球能源版图正在重塑、传统的全球能源治理机构纷纷转型以及全球能源治理的新平台不断涌现等。全球能源治理体系的滞后性比较突出、全球能源治理机构之间的协调性明显不足和全球能源治理规则的硬约束有待增强等则是目前全球能源治理体系存在的主要在缺陷。全球能源治理体系可以通过加快全球能源治理体系的现代化进程、进一步加强国际能源机构之间的协调与合作、提高全球能源治理体系中国际法规则的普遍效力等方式予以完善。中国应推动共建“一带一路”能源合作俱乐部、积极为全球能源治理体系提供更多的公共产品。

关键词：全球能源治理体系；“一带一路”能源合作俱乐部；“能源命运共同体”

当今世界正经历“百年未有之大变局”[1]，全球能源治理体系在过去几十年也发生了深刻变化。特别是新冠肺炎疫情的肆虐，导致全球石油需求大幅震荡，未来全球能源格局将充满不确定性。而“一带一路”沿线有不少国家能源资源丰富，国际能源合作也是“一带一路”建设的重要内容之一。因此，研究“一带一路”倡议背景下全球能源治理体系的变革问题，探讨中国在此变革进程中的作用，无疑具有重要的理论价值和现实意义。

一、全球能源治理体系的主要特点

当今全球能源治理体系，主要有以下四大特点：

（一）全球能源版图正在重塑

首先，美国能源政策大幅调整，成为了重要的能源出口国。2020 年 2 月，美国总统特朗普在国情咨文中明确指出，美国已成为世界上最大的石油和天然气生产国。[2]由于增产页岩油气，近年来美国油气产量不断攀升。特别是特朗普上台后，对美国的能源政策进行了大幅调整。例如，2017 年 1 月美国政府发布了《美国优先能源计划》，提出将致力于降低管制、促进能源发展、实现能源独立。2017 年 4 月《关于实施美国离岸能源战略的的总统行政令》（Presidential Executive Order on Implementing An America-First Offshore Energy Strategy），扩大了美国离岸能源开采范围。[3]2018 年 1 月内政部公布了《2019-2024 年国家外大陆架油气开发租赁计划草案》（2019-2024 National Outer Continental Shelf Oil and Gas Leasing Draft Proposal Program），建议向油气开采业开放美国超过 90%的外大陆架区域。[4]此外，2018 年美国能源部长里克·佩里提出“能源新现实主义”，阐释了要高效清洁地开采能源、简化能

* **【基金项目】**本文系作者主持承担的 2018 年度国家社科基金重大研究专项项目“‘一带一路’倡议与国际规则体系研究”（项目批准号：18VDL002）阶段性研究成果之一。

【作者简介】 杨泽伟：教育部长江学者特聘教授、法学博士、国家高端智库武汉大学国际法研究所博士生导师，武汉大学国际法治研究院首席专家。

[1] 习近平：《顺应时代潮流、实现共同发展》，载《人民日报》2018 年 7 月 26 日第 2 版。

[2] See “Remarks by President Trump in State of the Union Address”, February 4, 2020, available at https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-state-union-address-3/.

[3] See the White House Office of the Press Secretary, “Presidential Executive Order on Implementing An America-First Offshore Energy Strategy”, April 28, 2017, available at https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/04/28/presidential-executive-order-implementing-america-first-offshore-energy.

[4] See Bureau of Ocean Energy Management, “2019-2024 National Outer Continental Shelf Oil and Gas Leasing Draft Proposal Program”, January 2018, available at https://www.boem.gov/NP-Draft-Proposal-Program-2019-2024.

源基础设施建设程序、推动能源大规模出口的长期愿景。[5]在上述种种政策措施的推动下，2018 年底美国成为了石油净出口国。总之，美国借助能源独政策成为了石油天然气的重要出口国，从而使国际能源市场的供需关系发生了重大变化，标志着国际油气市场进入了新时代。

其次，发达国家石油消费显著下降、新兴经济体成为国际能源贸易的主要参与者。据统计，1973 年经济合作与发展组织（以下简称“经合组织”）石油消费总量为 4130.3 万桶/天，占全世界的 74.25%；2018 年为 4870 万桶/天，占比下降到 49.12%。同期，非经合组织国家在世界石油消费中的比重由 25.75%上升到 51.8%，占了半壁江山。其中，中国和印度的石油消费增长最快，由 1973 年的 153.2 万桶/天上升到 2018 年的 1789 万桶/天，增长了 11.68 倍，所占比重从 2.75%增长到 18.04%。[6]

最后，中国成为世界上最大的能源消费者，是近年来全球能源治理体系面临的最具深远意义的变化之一。[7]近年来，中国石油、天然气消费对外依存度持续加大。2017 年，中国超越美国成为世界第一大原油进口国。2018 年我国天然气进口持续高速增长，超过日本成为全球第一大天然气进口国。根据中石油发布的《2018 年国内外油气行业发展报告》，2018 年中国石油对外依存度已上升至 69.8%，天然气对外依存度则上升至 45.3%；[8]而根据中国社科院发布的《中国能源前景 2018-2050》报告，到 2050 年虽然中国石油对外依存度仍能控制在 70%左右，但天然气对外依存度却会上升至 78.5%。[9]

（二）传统的全球能源治理机制纷纷转型

1. 国际能源署（the International Energy Agency，IEA）正式启动了“联盟计划”（the Activation of IEA Association）。众所周知，1974 年成立的国际能源署是与经合组织相联系的石油消费国政府间的国际组织，其成员国仅限于经合组织的成员。国际能源署主要通过建立建立“应急机制”“国际石油市场的情报系统”“与石油公司的协商机制”以及实施“长期的能源合作计划”来保障成员国的石油供应安全。[10]2013 年，国际能源署部长级会议发表了联合声明，提出将以联盟国参与国际能源署的各类常设小组会议及部长级会议的方式，为国际能源署成员国与联盟成员国提供共同的对话平台。2015 年 11 月在巴黎部长级会议上，国际能源署与中国、印度尼西亚、泰国宣布启动国际能源署“联盟计划”。中国、印度尼西亚和泰国成为了第一批联盟国。“联盟计划”赋予了联盟国参与国际能源署的会议、培训与能力建设以及能源效益计划等方面的权利。“联盟计划”不但标志着国际能源署与联盟国在能源安全、能源数据与统计以及能源政策分析三个共享领域开启了进一步合作的新时代，而且是国际能源署转变为“一个真正的全球能源组织的第一步”[11]。

2.《能源宪章条约》（the Energy Charter Treaty）开启了改革和现代化进程。《能源宪章条约》是唯一的、专门针对能源领域的多边条约。1998 年 4 月，《能源宪章条约》正式生效。《能源宪章条约》旨在为国际能源安全提供普遍的规则，其规制内容涵盖了能源投资、

[5] 参见宋亦明：《重塑国际能源版图：急速扩张的美国能源出口》，载《世界知识》2018 年第 12 期，第 54 页。

[6] 参见王能全：《全球石油治理需要新思维》，载《财经》2019 年第 5 期，第 103 页。

[7] See Bo Kong, Governing China’s Energy in the Context of Global Governance, *Global Policy*, Vol. 2, 2011, p. 63.

[8] 参见中国石油新闻中心：《<2018 年国内外油气行业发展报告>发布》（2019 年 1 月 18 日），载中国石油新闻中心网 http://news.cnpc.com.cn/system/2019/01/18/001717430.shtml。

[9] 参见刘冬：《中阿能源合作趋于立体化》，载《世界知识》2019 年第 17 期，第 16 页。

[10] 参见杨泽伟：《中国能源安全法律保障研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 46-59 页。

[11] 杨玉峰、【英】尼尔·赫斯特：《全球能源治理改革与中国的参与》清华大学出版社 2017 年版，第 7 页。

能源贸易、能源过境、能源效率和能源争端解决等。[12]《能源宪章条约》还设立了一个政府间国际组织——“能源宪章会议”（the Energy Charter Conference）。2004 年《能源宪章条约》大会设立了工业咨询小组，以建立能源宪章会议及其不同工作组的咨询性平台，从而为能源投资、跨境运输和能源效率相关的问题提供建议。2009 年《能源宪章条约》开始推进现代化改革进程，以应对新的挑战，并吸收更多的国家参与。2012 年《能源宪章条约》采取巩固、扩大和推广的政策，以将《能源宪章条约》的原则向全球推广。

（三）全球能源治理的新平台不断涌现

近年来，出现了不少与全球能源治理相关的国际机构，如 G20、国际能源论坛、清洁能源部长会议等。

1. G20。G20 作为全球治理的重要机构，虽然主要关注经济和金融问题，但是早在 2005 年 G20 峰会就开展了“清洁能源、气候变化和可持续发展”对话。2009 年，G20 领导人共同承诺在中期消除化石能源补贴。特别是 2014 年 11 月通过的《G20 能源合作原则》（G20 Principles on Energy Collaboration），呼吁国际能源机构承担更有代表性和包容性的角色，G20 能源工作组的作用得到了增强，G20 能源部长级会晤也成为常态。

2. 国际能源论坛（International Energy Forum，IEF）。1991 年成立的国际能源论坛，是目前综合性最强、成员国最多的国际能源机构。[13]其主要职能是以中立的身份促进其成员国之间开展非正式、公开和可持续的全球能源对话，通过联合石油倡议协调能源数据的收集，增进成员国对共同能源利益的理解，提高能源市场的透明度和稳定性等。

3. 清洁能源部长级会议（Clean Energy Ministerial，CEM）。2010 年成立的清洁能源部长级会议是一个高级别的全球论坛，旨在通过政策和项目的形式促进清洁能源技术的应用，其成员国约占全球温室气体排放总量的 75%和全球清洁能源投资的 90%，截至 2020 年 2 月有 28 个成员国。[14]近年来，清洁能源部长级会议推出了多项倡议，如电动汽车倡议、全球超级能源合作、生物质能源工作组、可持续水电发展倡议、女性清洁能源教育授权倡议和国际智能电网行动网络等。

此外，亚太经合组织[15]、上海合作组织[16]、金砖五国[17]、国际可再生能源署、世界能源理事会、全球碳捕获与封存机构、国际能效合作伙伴关系、世界贸易组织、世界银行、国际货币基金组织、亚洲开发银行、亚洲基础设施投资银行等国际机构，均为全球能源治理提供了方案或合作项目等方面的支持。[18]

（四）全球能源治理体系仍然面临多重挑战

当今全球能源治理体系仍然面临多重的、复杂的和前所未有的挑战。[19]

---

[12] 参见白中红：《<能源宪章条约>争端解决机制研究》，武汉大学出版社 2012 年版，第 13-31 页。

[13] 国际能源论坛有 70 个成员国，涵盖了全球 90%左右的石油、天然气的供应和消费。参见“国际能源论坛”网站 https://www.ief.org/about-ief/organisation/member-countries.aspx。

[14] 参见“清洁能源部长级会议”网站 https://www.cleanenergyministerial.org/initiatives。

[15] 亚太经合组织专门设立了能源工作组，具有参与全球能源治理的能力。

[16] 2001 年成立的上海合作组织，被认为是“亚洲能源合作最具潜力的组织之一”。2005 年，上海合作组织就提出了建立“能源俱乐部”的构想。2013 年，中俄两国领导人再次呼吁成立“上海合作组织能源俱乐部”。

[17] 金砖五国将能源确立为一项合作的领域。因此，有学者认为金砖五国将在未来全球能源治理中发挥较大作用。See *Navroz K. Dubash, From Norm Taker to Norm Maker? Indian Energy Governance in Global Context,* Global Policy, Vol. 2, 2011, p. 7.

[18] 参见杨玉峰、【英】尼尔·赫斯特：《全球能源治理改革与中国的参与》清华大学出版社 2017 年版，第 1 页。

[19] See Aleh Cherp, Jessica Jewell and Andreas Goldthau, Governing Global Energy: Systems, Transitions, complexity, *Global Policy*, Vol. 2, No. 1, 2011, p. 75.

1. 能源贫困问题仍然存在。虽然 2015 年第 70 届联大通过的《改变我们的世界：2030 年可持续发展议程》（Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development）目标 7 专门强调："确保人人获得负担得起的、可靠和可持续的现代能源"[20]，但是目前全球仍有 13 亿人用不上电，有 26 亿人炊事用能依然采用传统生物质能。[21] 有专家预测，即使到了 2030 年可能还有 14 亿人无法享受现代的能源服务。[22]

2. 中东等能源生产地区恐怖主义的威胁并未消除。一方面，虽然 2017 年 12 月伊拉克政府宣布收复了"伊斯兰国"在伊控制的全部领土，但是"伊斯兰国"的残余势力并未彻底消灭，仍然对中东地区的油气生产构成威胁。另一方面，2019 年 9 月沙特阿拉伯石油生产设施遭到了也门胡塞武装的无人机袭击，使沙特阿拉伯原油供应每日减少 570 万桶，这一数字约占沙特阿拉伯石油日产量的 50%和全球石油日供应量的 5%。可见，全球能源生产仍然面临多种多样的恐怖主义威胁。

3. 能源供应与使用的方式亟待改变。诚如有学者所言，全球能源体系在 21 世纪发生的第一重大变革是非常规石油与天然气开采量的爆发式增长。[23] 然而，应对气候变化已经成为全人类的共同挑战。况且，世界各国要想共同完成 2° C 的气候目标，改变能源供应与使用的方式、发展低碳技术尤为重要。遗憾的是，虽然有《联合国气候变化框架公约》等与气候变化相关的国际公约，但是没有一个国际机构在切实推动能源低碳政策的发展与落实。[24]

综上可见，近些年全球能源形势已经发生了重大变化，全球能源治理体系的变革已经悄然开始。

二、全球能源治理体系的主要缺陷

（一）全球能源治理体系的滞后性比较突出

目前全球能源治理体系缺乏包容性，滞后性较为明显。[25]

1. 国际能源署等传统的国际能源机构的法律制度较为陈旧。众所周知，目前全球能源治理体系的基本框架形成于 20 世纪六七十年代。例如，成立于 1960 年的石油输出国组织曾经是"最具影响力的石油生产国组织"[26]。然而，当今美国、俄罗斯和沙特阿拉伯已成为国际石油出口市场的三大巨头。因此，随着卡塔尔于 2019 年 1 月正式退出石油输出国组织[27]，石油输出国组织已风光不再，仅靠其成员国的"配额政策和价格政策已经不足以解决当前能源市场的震荡"[28]。又如，国际能源署"作为石油消费国应对能源危机的集体机制"[29]，诞生于

---

[20] "Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development", available at http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/L.1.

[21] 参见杨玉峰、【英】尼尔·赫斯特：《全球能源治理改革与中国的参与》清华大学出版社 2017 年版，第 67 页。

[22] See Ann Florini and Benjamin Sovacool, Bridging the Gaps in Global Energy Governance, *Global Governance*, Vol. 17, No. 1, 2011, p. 68; Aleh Cherp, Jessica Jewell and Andreas Goldthau, Governing Global Energy: Systems, Transitions, Complexity, *Global Policy*, Vol. 2, No. 1, 2011, p. 75; Navroz K. Dubash and Ann Florini, Mapping Global Governance, *Global Policy*, Vol. 2, 2011, p. 9.

[23] 参见吴磊、曹峰毓：《论世界能源体系的双重变革与中国的能源转型》，载《太平洋学报》2019 年第 3 期，第 37 页。

[24] 参见杨玉峰、【英】尼尔·赫斯特：《全球能源治理改革与中国的参与》清华大学出版社 2017 年版，第 73 页。

[25] See David G. Victor and Linda Yueh, The New Energy Order: Managing Insecurities in the Twenty-first Century, *Foreign Affairs*, Vol. 89, No. 1, 2010, pp. 61-73.

[26] 杨泽伟：《国际能源秩序的变革：国际法的作用与中国的角色定位》，载《东方法学》2013 年第 4 期，第 88 页。

[27] 参见"石油输出国组织"网站 https://www.opec.org/opec_web/en/about_us/25.htm。

[28] 杨玉峰、【英】尼尔·赫斯特：《全球能源治理改革与中国的参与》清华大学出版社 2017 年版，第 87 页。

20 世纪 70 年代第一次石油危机期间。然而，国际能源署的成员国政策一直都比较保守。国际能源署的基本法律文件——《国际能源纲领协议》（Agreement on an International Energy Program）第 71 条第 1 款明确规定："此协议应对能够并愿意满足本纲领要求的经济合作与发展组织任何成员国开放加入。"可见，国际能源署把成员国的范围严格限定在经合组织的成员国，从而排除了发展中国家和计划经济的国家加入国际能源署的可能性。因此，我们不难断言：国际能源署"既不期望、也不认为有必要将其成员范围扩大到这些发达石油消费国以外"[30]。

综上可见，无论是石油输出国组织还是国际能源署，这些传统的国际能源机构的法律制度的确存在于不少与当今国际能源格局不相适应的地方。

2. 包括中国在内的新兴经济体在全球能源治理体系中处于弱势地位。如上所述，当今的全球能源治理机制主要由美国和其他发达国家主导，既不包括、也无法代表新兴经济体。例如，中国作为世界上最大的石油和天然气进口国，既不是国际能源署的成员国，也没有加入《能源宪章条约》。因此，包括中国在内的新兴经济体，在全球能源治理体系中的这种弱势地位，无疑降低了目前全球能源治理体系的有效性。

（二）全球能源治理机构之间的协调性明显不足

目前全球能源治理体系缺乏一个权威性、专门性的全球能源协调机构。[31]正如有学者所指出的："虽然国家间能源相互依存日益增强，但是全球能源治理体系仍缺乏一个中心权威来协调能源政策。"[32]当今全球能源治理体系的碎片化现象，[33]主要体现在以下三个方面：

1. 以石油输出国组织为代表的能源生产国与以国际能源署为代表的能源消费国之间的对立仍然存在，双方合作的障碍并未完全消除。虽然国际能源论坛的成员国囊括了能源生产国和能源消费国，但是国际能源论坛在全球治理体系中的作用和影响仍然有限。因此，兼顾能源生产国和能源消费国共同利益的全球性能源治理组织尚未建立。

2. 能源问题虽然是联合国开发计划署、联合国粮食与农业组织、联合国气候变化框架公约、联合国可持续发展委员会等国际机构的重要议题，但显然不是上述国际机构的工作重心和主要任务。。

3. 传统的能源治理主要是各个主权国家按照煤炭、石油、天然气、核能和可再生能源等能源治理的客体和类别来分别进行的。[34]况且，现存的全球能源治理机制不但职能相互重叠，而且治理的对象也主要局限于传统的化石能源。[35]

（三）全球能源治理规则的硬约束有待增强

一谈到"全球能源治理"，人们就会马上联想到"全球总督"（global governor）甚至"全

---

[29] William Martin and Evan Harrje, *The International Energy Agency*, in Jan Kallicki & David Goldwyn eds., *Energy and Security: Toward a New Foreign Policy Strategy*, The Johns Hopkins University Press 2005, p. 98.

[30] 肖兴利：《国际能源机构能源安全法律制度研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 65 页。

[31] See Aleh Cherp, Jessica Jewell and Andreas Goldthau, Governing Global Energy: Systems, Transitions, Complexity, *Global Policy*, Vol. 2, No. 1, 2011, pp. 75-87; Navroz K. Dubash and Ann Florini, Mapping Global Governance, *Global Policy*, Vol. 2, 2011, p. 11.

[32] Leonardo Baccini etc., Global Energy Governance: Trade, Infrastructure, and the Diffusion of International Organizations, *International Interaction*s, April 2013, p. 1.

[33] See Navroz K. Dubash and Ann Florini, Mapping Global Governance, *Global Policy*, Vol. 2, 2011, pp. 6-18.

[34] See Navroz K. Dubash and Ann Florini, Mapping Global Governance, *Global Policy*, Vol. 2, 2011, p. 7.

[35] See Navroz K. Dubash and Ann Florini, Mapping Global Governance, *Global Policy*, Vol. 2, 2011, p. 15.

球政府”（global government）——一个能够制定规则、并能强制实施规则的国家机关。[36]然而，目前国际社会的现实是全球能源治理体系不但缺乏普遍性的国际法规则，而且有关规则是以软约束为主。

1. 与全球能源治理体系有关的多边条约较少、普遍性和影响力不足。如上所述，学者们一般认为：“《能源宪章条约》是目前能源领域唯一的多边条约。”[37]然而，迄今包括欧盟和欧洲原子能共同体在内，只有 53 个缔约方批准了该条约。[38]这说明该条约在国际社会近 200 个国家中缺乏足够的认同。况且，目前只有 61 个国际仲裁案是以《能源宪章条约》为主要依据的，这也说明该条约的影响力比较有限。[39]又如，在能源消费领域发挥一定作用的国际能源署，目前也只有 30 个成员国。[40]

2. 全球能源治理新平台的相关决议仅具建议性质。例如，国际能源论坛主要是一个政府间的协调机构，其基本目标是“增进成员国对共同能源利益的理解和意识”[41]，因而其职能主要是为各成员国提供交换意见、建立高层联系的平台，而不是制定政策，更没有权利给成员国施加具有法律约束力的义务。又如，2015 年由《能源宪章条约》部长级会议通过的《国际能源宪章》（International Energy Charter）是对支持国际贸易和资源获取、增加能源领域国际投资的政治声明，也没有法律约束力。[42]

三、全球能源治理体系的完善

（一）加快全球能源治理体系的现代化进程

如上所述，当今的全球能源治理体系没有准确反映世界能源形势的变化，因而全球能源治理体系的现代化进程应当加速推进。诚如国际能源署前署长诺波尔·塔纳卡（Nobuo Tanaka）所言，国际能源署要想继续在全球能源治理体系中发挥关键作用，除了改革别无他途，因为研究表明从 2006 年到 2030 年全球能源需求增长的 87%来源于非经合组织国家，非经合组织国家在世界能源需求中的份额也将从 51%增长到 62%。[43]

因此，就国际能源署的现代化进程来说，首先应该修改国际能源署的《国际能源纲领协议》，改变其成员国身份仅对经合组织国家开放的条约限制。其次，修改国际能源署特殊的表决程序[44]，提高其决策机制的效率。最后，国际能源署还应进一步加强与中国、印度等主要石油消费大国的联系。[45]值得注意的是，2015 年 9 月国际能源署法提赫·比罗尔（Fatih Birol）署长在访问中国时明确提出：“中国和其他主要发展中国家不仅要成为国际能源署的合作伙伴，更要参与到国际能源署的工作中来”“推动国际能源署的现代化，使其发展为真正的国际能源机构”[46]。有学者也认为，中国国家能源局油气司副司长被任命为国际能源署高级顾

---

[36] See Ann Florini, The Peculiar Politics of Energy, *Ethics & International Affairs*, Vol. 26, No. 3, 2012, p. 300.

[37] 白中红：《<能源宪章条约>争端解决机制研究》，武汉大学出版社 2012 年版，第 13 页。

[38] 参见《能源宪章条约》网站 https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/。

[39] 参见马妍：《全球能源治理变局：挑战与改革趋势》，载《现代国际关系》2016 年第 11 期，第 60 页。

[40] 参见“国际能源署”网站 https://www.iea.org/countries。

[41] See “International Energy Forum Charter”, available at https://www.ief.org/about-ief/ief-charter.aspx.

[42] 参见《能源宪章条约》网站 https://www.energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview/。

[43] See Ann Florini, The International Energy Agency in Global Energy Governance, *Global Policy*, Vol. 2, 2011, p. 48.

[44] 参见肖兴利：《国际能源机构能源安全法律制度研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 82-105 页。

[45] See Ann Florini, The International Energy Agency in Global Energy Governance, *Global Policy*, Vol. 2, 2011, p. 40.

[46] 杨玉峰、【英】尼尔·赫斯特：《全球能源治理改革与中国的参与》清华大学出版社 2017 年版，第 28 页。

问并在国际能源署工作，是国际能源署的现代化进程中“具有标志性的重要一步”[47]。

（二）进一步加强国际能源机构之间的协调与合作

1.继续挖掘国际能源论坛的协调作用。1991 年海湾战争结束后，国际能源署就逐渐与石油输出国组织开展合作，双方不但签署了一项合作的谅解备忘录，而且成立了联合国工作组、并进行共享数据等方面的工作。[48]有鉴于此，国际能源论坛作为政府间协调机构，自成立以来就已经促成了多项国际能源署与石油输出国组织间的合作项目，如建立联合石油倡议全球性数据库等。今后把这一数据库扩展到天然气、煤炭以及其他能源领域，应该是其发展的重要方向。因此，由国际能源论坛、国际能源署和石油输出国组织三个组织的秘书处开展联合行动，被认为是弥补当前全球能源治理体系协调性不足的一项务实方案。[49]

2. 充分发挥 G20 在能源领域的协调功能。一方面，G20 自从关注能源问题议题以来，达成了诸多共识，特别是 2014 年布里斯班峰会通过的《G20 能源合作原则》明确提出了“加强国际能源机构之间的协调，尽量最大程度减少各机构功能重复的现象”，具有较强的示范作用。另一方面，出席 G20 峰会的是国家元首、政府首脑以及诸如国际货币基金组织等国际组织的负责人，影响力较大。特别是在 G20 机制中，存在被一些学者称之为“高权威性行为体”（high-status actors）[50]的国家，能够把有关全球能源治理议题纳入到 G20 议程中。此外，G20 包括了世界主要石油消费国和生产国。2017 年，G20 国家占世界石油消费约 80%和世界石油产量约 60%；G20 国家间石油互供，自给率为 73.5%。[51]事实上，近年来 G20 在提高能源效率和开发新能源技术等方面的能源治理作用较为突出。[52]因此，可以设立 G20 能源问题常设工作组，以更好地发挥 G20 在能源领域的协调功能。

（三）提高全球能源治理体系中国际法规则的普遍效力

1.增强《能源宪章条约》成员国的普遍性。其实，《能源宪章条约》一直处于动态的发展过程中，它源于 1990 年荷兰首相鲁德 •吕贝尔斯（Ruud Lubbers）的一项政治动议（political initiative）和 1991 年《欧洲能源宪章》。《能源宪章条约》体系还包括 1994 年《能源效率和相关环境问题议定书》、1998 年《能源宪章条约贸易条款修正案》、1999 年《政府间跨国管道运输示范协议》、2003 年《过境议定书（草案）》和 2007《东道国政府与项目投资者之间的跨国管道运输示范协议》。2009 年能源宪章开始推进现代化改革进程，并在 2010 年出炉了“能源宪章现代化政策的路线图”（the Road Map for the Modernization of the Energy Charter Process）。2012 年还通过了“能源宪章采取巩固、扩大和推广的政策”（the Energy Charter Policy on Consolidation, Expansion and outreach）。[53]鉴于《能源宪章条约》目前已经得到了欧亚大陆 50 多个国家的批准，成员国涵盖的地理范围广，因而进一步增强《能源宪章条约》成员国的普遍性、促进其向全世界参加国最多的国际能源多边条约发展，是其必然的趋势。

2.推动《国际能源宪章》由政治宣言向国际条约的转变。《国际能源宪章》的序言明确提出其“最终目标是扩大《能源宪章条约》和程序的地理范围”。因此，进一步推动《国际

---

[47] 杨玉峰、【英】尼尔 • 赫斯特：《全球能源治理改革与中国的参与》清华大学出版社 2017 年版，第 7 页。

[48] See Ann Florini, The International Energy Agency in Global Energy Governance, *Global Policy*, Vol. 2, 2011, p. 46.

[49] 杨玉峰、【英】尼尔 • 赫斯特：《全球能源治理改革与中国的参与》清华大学出版社 2017 年版，第 86 页。

[50] Richard W. Mansbach and John A. Vasquez, *In Search of Theory：A New Paradigm for Global Politics*, Columbia University Press 1981, p. 96.

[51] 参见王能全：《全球石油治理需要新思维》，载《财经》2019 年第 5 期，第 107 页。

[52] 参见刘宏松、项南月：《二十国集团与全球能源治理》，载《国际展望》2015 年第 6 期，129 页。

[53] See “The Energy Charter Process”, available at https://www.energycharter.org/process/overview/.

能源宪章》向有法律约束力的国际条约转变，既是《能源宪章条约》现代化的重要步骤，也是全球能源治理体系完善的必然要求。

3.赋予全球能源治理新平台相关决议的约束力。尽管诸如国际能源论坛将自身定位为一个国际交流的平台，其有关决议仅具建议性质。然而，鉴于国际能源论坛等全球能源治理新平台成员国较大的普遍性，赋予其相关决议具有法律约束力，无疑有助于进一步发挥此类平台在全球能源治理中的作用。

（四）充分发挥能源领域的行业协会的作用

能源领域的行业协会在全球能源治理体系中的作用也日益突出。[54]因为全球能源治理体系目标的实现，能源领域行业协会之间的国际合作不可或缺。因此，重视诸如世界能源理事会、世界石油理事会、国际天然气联盟、世界能源协会、世界煤炭协会、国际水电协会、世界风能协会、世界核协会、世界核电营运者协会、国际能源经济协会等能源行业协会的作用，是完善全球能源治理体系的重要一环。

四、“一带一路”倡议背景下中国在全球能源治理体系的变革中的作用

中国作为“全球第一大原油进口国”“全球第一大天然气进口国”“全球第二大石油消费国”和“全球第二大经济体”，在“一带一路”建设中进一步发挥中国在全球能源治理体系变革中的作用，责无旁贷。

（一）推动共建“一带一路”能源合作俱乐部

“一带一路”倡议提出7年多来，取得了重要进展。在此基础上，推动共建“一带一路”能源合作俱乐部，既有现实基础、也有法律保障，同时也是完善全球能源治理体系的重要步骤。

1.共建“一带一路”能源合作俱乐部的现实基础。

（1）“一带一路”沿线不少国家能源资源丰富。据有学者分析，“一带一路”沿线区域油气剩余探明储量分别为1338亿吨、155万亿立方米，分别占世界剩余探明总储量的57%和78%，集中了俄罗斯、中亚及中东地区的重要油气资源国。[55]

（2）能源合作是“一带一路”建设的重要内容之一，中国在与“一带一路”沿线国家的双边贸易中，油气比重高、数额大。例如，中国中亚天然气管道、中缅油气管道、中俄东线天然气管道[56]等中国陆上跨国油气管道，已连接中亚国家、俄罗斯、缅甸等油气资源国与过境国。此外，亚马尔液化天然气项目、中沙延布炼化基地等重大项目，也是中国与“一带一路”沿线国家能源合作的典范。

（3）现有的多双边能源合作机制，为共建“一带一路”能源合作俱乐部提供了组织基础。一方面，中国与“一带一路”沿线国家在联合国、G20、亚太经合组织、上海合作组织、金砖国家、澜沧江-湄公河合作、大湄公河次区域、中亚区域经济合作、中国-东盟、东盟与中日韩、东亚峰会、亚洲合作对话、中国-中东欧国家合作、中国-阿盟、中国-海合会等多边框架下的开展了广泛的能源合作。另一方面，中国与“一带一路”沿线国家正在实施中国

[54] See See Navroz K. Dubash and Ann Florini, Mapping Global Governance, *Global Policy*, Vol. 2, 2011, p. 12；Benjamin Sovacool etc.，Energy Governance, Transnational Rules, and the Resource Curse: Exploring the Effectiveness of the Extractive Industries Transparency Initiative, *World Development*, Vol. 83, 2016, p . 179.

[55] 参见张翼：《“一带一路”能源合作俱乐部呼之如出》，载《光明日报》2017年6月5日，第1版。

[56] 2019年12月2日，中俄东线天然气管道投产通气。它是全球能源领域最大的投资项目，合同金额为4000亿美元。该管道起自俄罗斯东西北利亚，由布拉戈维申斯克进入中国黑龙江黑河。其中，俄境内管道全长约3000公里，中国国境内段新建管道3371公里，利用已建管道1740公里；每年输气380亿立方米。参见杨进：《中俄东线天然气管道投产通气意义重大》，载《世界知识》2019年第24期，第57页。

-东盟清洁能源能力建设计划、推动建设中国-阿盟清洁能源中心和中国-中东欧能源项目对话与合作中心等。[57]因此，中国与“一带一路”沿线国家可以在上述多双边能源合作机制的基础上，共建“一带一路”能源合作俱乐部。不言而喻，共建“一带一路”能源合作俱乐部，将推动中国与“一带一路”沿线国家的能源合作向更深更广发展。

此外，截至2021年1月底中国已累计同140个国家、31个国际组织签署了205份政府间共建“一带一路”合作文件。[58]这不但说明国际社会对“一带一路”倡议的认可，而且为“一带一路”能源合作俱乐部的建立铺平了道路。

2.共建“一带一路”能源合作俱乐部的法律保障。

（1）中国政府出台的有关“一带一路”法律文件，为共建“一带一路”能源合作俱乐部提供了法律原则和行动指南。2013年以来，中国政府先后出台了《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》（2015年3月28日）、《共建“一带一路”：理念 实践与中国的贡献》（2017年5月10日）、《推动丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路能源合作愿景与行动》（2017年5月16日）和《共建“一带一路”倡议：进展、贡献与展望》（2019年4月22日）等有关“一带一路”倡议的重要文件。上述法律文件特别是《推动丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路能源合作愿景与行动》，不但明确提出了共建“一带一路”能源合作俱乐部的法律原则，如坚持开放包容、坚持互利共赢等；而且指出了合作的重点领域，如加强能源产能合作、加强能源基础设施互联互通等。

（2）“一带一路”争端解决机制的设立，为呼之欲出的“一带一路”能源合作俱乐部提供了“牙齿”。2018年最高人民法院设立了“国际商事法庭”，负责审理当事人之间的跨境商事纠纷案件。[59]“国际商事法庭”的设立，既是中国建立符合现代国际法的“一带一路”国际商事纠纷解决机制的有益尝试，也为“一带一路”能源合作俱乐部提供了解决争端的法律手段。

值得注意的是，2019年4月“一带一路”能源合作伙伴关系在北京正式成立，伙伴关系成员国共同对外发布了《“一带一路”能源合作伙伴关系合作原则与务实行动》。从某种意义上来说，这是推动共建“一带一路”能源合作俱乐部的重要一步。[60]

（二）积极为全球能源治理体系提供更多的公共产品

毋庸讳言，中国是当今全球能源治理体系的新兴参与者和“跟跑者”。然而，早在2008年中国国家领导人就在国际能源会议上首次阐述了“互利合作、多元发展、协同保障”的“全球能源安全观”。2012年中国政府明确提出：“积极参与全球能源治理，加强与世界各国的沟通与合作。”[61]2017年中共十九大报告特别强调：“中国秉持共商共建共享的全球治理观……中国将继续发挥负责任大国作用，积极参与全球治理体系改革和建设，不断贡献中国

[57] 参见国家发展和改革委员会、国家能源局：《推动丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路能源合作愿景与行动》（2017年5月16日），载“中国一带一路”网 https://www.yidaiyilu.gov.cn/zchj/qwfb/13745.htm。

[58] 参见中国一带一路网：《已同中国签订共建“一带一路”合作文件的国家一览》，https://www.yidaiyilu.gov.cn/xwzx/roll/77298.htm，2021年4月14日访问。

[59] 参见2018年1月中央全面深化改革领导小组审议通过的《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》。

[60] 截至2020年1月，“一带一路”能源合作伙伴关系成员国总数已经达到30个，包括阿富汗、阿尔及利亚、阿塞拜疆、玻利维亚、柬埔寨、佛得角、乍得、中国、东帝汶、赤道几内亚、冈比亚、匈牙利、伊拉克、科威特、吉尔吉斯斯坦、老挝、马耳他、蒙古、缅甸、尼泊尔、尼日尔、巴基斯坦、刚果(布)、塞尔维亚、苏丹、苏里南、塔吉克斯坦、汤加、土耳其及委内瑞拉。

[61] 《中国的能源政策（２０１２）》白皮书,载“中华人民共和国中央人民政府网”http://www.gov.cn/jrzg/2012-10/24/content_2250377.htm。

智慧和力量”[62]。因此，共建“一带一路”能源合作俱乐部，为更多国家和地区参与“一带一路”能源合作提供平台，积极为全球能源治理体系提供更多的公共产品，既是保障中国能源安全的需要，也是中国作为负责大国的重要体现。

1.充分发挥“全球能源互联网发展合作组织”的作用。2016年3月，“全球能源互联网发展合作组织”（Global Energy Interconnection Development and Cooperation Organization）在中国北京正式成立。[63]它是为落实全球能源互联网倡议、由中国在能源领域成立的首个国际性非政府组织，已成为中国参与全球能源治理和国际多边合作的重要平台。如今，全球能源互联网已成为中国推动“一带一路”和人类命运共同体建设的重要内容。2018年以来，“全球能源互联网发展合作组织”提出全球能源互联网“九横九纵”骨干网架和各大洲能源互联网构建思路，发布了《全球能源互联网骨干网架研究报告》《“一带一路”能源互联网研究报告》以及各大洲区域能源互联网规划，为全球能源互联网建设提供了顶层设计和行动路线图。[64]今后，“全球能源互联网发展合作组织”应继续在理念传播、战略规划、标准制定、资源支持和项目开发等领域继续发展引领作用，为全球能源转型提供中国方案。

2.分享新能源开发和利用的经验，共同构建绿色低碳的全球能源治理格局。一方面，中国应向世界展示其在新能源开发和利用方面的成就，[65]分享其在新能源开发和利用方面有关法律政策的成功举措。根据统计，中国是目前世界上最大的可再生能源投资国，已经连续第七年全球领先，在2018年中占全球总投资的32%，投资规模达到912亿美元。[66]事实上，中国在新能源开发和利用方面的成就和经验，已经逐步得到了国际社会的认可。例如，美国前副总统阿尔·戈尔表示，中国在可再生能源领域的投资和融资在全球领先，且已完成或超过了自身设定的可再生能源发展目标。《联合国气候变化框架公约》秘书处执行秘书帕特里夏·埃斯皮诺萨（Patricia Espinosa）也曾经明确指出，“人们越来越认识到中国正在努力减少排放，使其成为清洁技术的领导者，真正能够与世界不同国家分享他们的良好经验”[67]。另一方面，中国还应进一步加强与有关新能源国际机构以及“一带一路”沿线国家的合作，促进新能源知识产权制度的合理应用，消除贸易壁垒，降低新能源技术的利用成本，以实现绿色低碳的全球能源治理格局。

值得一提的是，2019年11月由中国国家电力投资集团所属上海电力与马耳他政府携手在黑山共建的新能源项目——黑山莫祖拉风电站正式投入运营。[68]这是中国与“一带一路”沿线国家开展能源合作、推进能源的绿色可持续发展的重要尝试和成果之一。此外，2019年12月由中国电力建设集团有限公司（中国电建）投资开发的澳大利亚

---

[62] 习近平：《决胜全面建成小康社会、夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》（2017年10月18日），人民出版社2017年版，第58-60页。

[63] 详见“全球能源互联网发展合作组织”网站 https://www.geidco.org/overview/。

[64] 参见经济参考报：《全球能源互联网发展合作组织体现“中国活力”》，转引自“全球能源互联网发展合作组织”网站 https://www.geidco.org/overview/。

[65] 目前全球大约60%的太阳能电池产自中国。

66 See *Global Trends in Renewable Energy Investment 2019, UN Environment Programme*, 11 September 2019, available at https://www.unenvironment.org/resources/report/global-trends-renewable-energy-investment-2019.

[67] 黄惠康：《中国特色大国外交与国际法》，法律出版社2019年版，第278页。

[68] 黑山莫祖拉风电站总装机容量为46兆瓦，于2017年11月开始施工。该风电站每年可提供超过1.12亿千瓦时的清洁电力，为黑山以清洁能源为基础的发展提供了可能性。

塔斯马尼亚州牧牛山风电项目，举行首批风机并网发电仪式。[69]

3.“一带一路”能源合作俱乐部下设“天然气国际论坛”。鉴于中国已成为世界上最大的天然气进口国，未来天然气的对外依存度还将继续攀升，因而中国可倡导发起成立“天然气国际论坛”，作为“一带一路”能源合作俱乐部的组成部分。成员可以包括重要的天然气生产国和天然气消费国以及相关的国际组织。“天然气国际论坛”可以就天然气数据收集与分享、市场预测、天然气管道运输安全以及争端解决等方面开展交流与合作。

此外，2016 年 11 月 26 日，中国国家级能源交易平台上海石油天然气交易中心正式投入运行。2018 年 3 月 26 日，以人民币计价的中国原油期货在上海期货交易所正式上市交易。上述举措，不但将对英国布伦特原油期货和美国西德克萨斯中间基原油期货形成竞争之势[70]，而且也是中国积极参与全球能源治理体系变革迈出的重要步伐，有利于提升中国在油气价格领域的话语权。

五、结论

（一）全球能源治理体系始终受到地缘政治的困扰

能源是关系到各国国计民生的国家安全问题。因此，全球能源治理体系始终受到地缘政治的困扰。[71] 一方面，从历史上看作为全球能源治理体系的重要组成部分的国际能源署，它的产生就是为了应对埃及和叙利亚等阿拉伯国家反对以色列的第四次中东战争而引发的第一次全球性的石油危机。另一方面，就现实情况而言能源资源的竞争、核不扩散制度的分歧、恐怖主义活动对能源基础设施的威胁等，[72]无不体现全球复杂的能源地缘政治的影响。此外，俄罗斯与土耳其两国重点能源合作项目“土耳其流”天然气管道，既是乌克兰危机直接催生的结果，更折射了地缘政治的变化。而俄罗斯和欧洲国家合作的“北溪-2 号”天然气管道项目，之所以一直遭到美国的强烈反对，不但是因为美国希望欧洲国家购买本国的天然气，而且也有美国与俄罗斯进行战略竞争博弈的考量。

（二）全球能源治理体系的变革是一个渐进的过程

如上所述，能源问题与主权国家的战略利益、国家安全利益密切相关。因此，在全球能源治理体系中，不但存在以石油输出国组织为代表的石油生产国和以国际能源署为代表的石油消费国之间的对立，而且在国际能源机构内部各成员国之间围绕该机构的性质、合作领域、决策机制、权利义务以及争端解决等制度因素也产生分歧。这种对立与分歧，既是造成目前各个国际能源组织成员国的普遍性不如联合国体系的国际组织的原因，也是全球能源治理体系的变革比较缓慢的重要因素。因此，不难断言无论是《能源宪章条约》的现代化进程，还是共建“一带一路”能源合作俱乐部，都不可能一蹴而就。

（三）全球能源治理体系的变革应秉持“能源命运共同体”的理念

2017 年，习近平在联合国日内瓦总部发表题为《共同构建人类命运共同体》的主旨演

---

[69] 牧牛山风电项目位于塔州中央高地，总投资约 3.3 亿澳元（约合 15 亿元人民币）。项目总装机容量 148.4 兆瓦，通过 4 公里 220 千伏输电线路与澳国家电网连接，投产后年均上网发电量约 4.4 亿度，可为超过 6 万个家庭提供优质清洁能源，并可创造数千个就业岗位。该项目说明中国与“一带一路”沿线国家开展新能源合作，大有可为。

[70] 《日本经济新闻》报道：《原油美元霸权被打开缺口》（2018 年 3 月 27 日），转引自《参考消息》2018 年 3 月 28 日第 14 版。

[71] See Ann Florini and Benjamin Sovacool, Bridging the Gaps in Global Energy Governance, *Global Governance*, Vol. 17, No. 1, 2011, p. 59.

[72] See Ann Florini and Benjamin Sovacool, Bridging the Gaps in Global Energy Governance, *Global Governance*, Vol. 17, No. 1, 2011, p. 58.

讲，提出了构建“人类命运共同体”的原则和努力方向。[73]“能源命运共同体”是“人类命运共同体”的重要组成部分。因此，秉持“能源命运共同体”的理念，是实现全球能源治理体系的目标和推动全球能源治理体系变革的根本要求。一方面，能源安全是一个全球性问题，全球能源治理体系的目标是保障安全、稳定和可持续的全球能源体系，协助各国政府实现能源可持续发展的综合目标。[74]另一方面，“能源命运共同体”彰显了现代国际法的一种先进的价值追求，蕴含了民主、公平、正义等国际法价值，体现了全球能源共同安全观的核心思想。特别是“能源命运共同体”包含的重要原则——“共商共建共享”原则，既是现代国际法基本原则的新发展[75]，也是实现全球能源治理体系变革的重要指针。

The Change and Reform of Global Energy Governance System and China’s Role in the Context of “Belt and Road”

Abstract: The main features of current global energy governance system are the global energy map is being reshaped, traditional global energy governance institutions are transforming, and new platforms for global energy governance are emerging, etc. The lag of the global energy governance system is more prominent, the coordination between the global energy governance institutions is obviously insufficient, and the hard constraints of the global energy governance rules need to be strengthened are the main defects in the current global energy governance system. The global energy governance system can be improved by accelerating the modernization process of the global energy governance system, further strengthening coordination and cooperation among the global energy governance institutions, and enhancing the universal effectiveness of the rules of international law in the global energy governance system. China should promote the establishment of the ‘Belt and Road’ Energy Cooperation Club and actively provide more public goods to the global energy governance system.

Keywords: Global Energy Governance System; “Belt and Road” Energy Cooperation Club; “Energy Community with a Shared Future”

[73] 参见习近平：《共同构建人类命运共同体》（2017 年 1 月 18 日习近平主席在联合国日内瓦总部的演讲），载习近平：《习近平谈治国理政》（第 2 卷），外文出版社 2017 年版，第 546-547 页。

[74] 参见杨玉峰、【英】尼尔·赫斯特：《全球能源治理改革与中国的参与》清华大学出版社 2017 年版，第 74 页。

[75] 参见杨泽伟：《“一带一路”倡议与现代国际法的发展》，载《武大国际法评论》2019 年第 6 期，第 5-6 页。

国家管辖范围外海域海洋遗传资源惠益分享复合型机制研究——基于知识产权和区块链技术

袁雪 马龙* 哈尔滨工程大学人文社会科学学院

摘要：国家管辖范围外海域海洋遗传资源的惠益分享问题已经成为正在筹备制定的《联合国海洋法公约》框架下第三个执行协定的重要内容。公平、公正原则作为惠益分享的核心问题，受到了各国的广泛关注。既存的国际法规则和遗传资源的惠益分享机制大都聚焦于国家管辖范围之内，其适用的资源种类亦有区别。对于国家管辖范围外海域海洋遗传资源的惠益分享，因其特殊的地域和法律属性，则要从利益协调和需求平衡的角度出发，考虑机制建设的合理性和必要性。一个公平有效的管理国家管辖范围以外海域海洋遗传资源惠益分享的制度必须考虑到涵盖发展中国家、支持科学研究和保障私营部门投资等多种因素。知识产权制度与惠益分享的结合可以发挥双重的促进作用，一方面，知识产权可以促进惠益的产生，规范分享的进程；另一方面，惠益分享弥补知识产权的先天不足，弥合不同国家的分歧。同时，基于区块链技术与知识产权和惠益分享的关系，在发挥其技术优点的同时，将其融至机制建设的构思之内，从而促进国家管辖范围外海域海洋遗传资源惠益的产生和实施。

关键词：国家管辖范围外海域；海洋遗传资源；惠益分享；知识产权；区块链技术

Study on Benefit-sharing Compound Mechanism of Marine Genetic Resources in Areas Beyond National Jurisdiction——Based on Intellectual Property and Blockchain Technology

Abstract: The benefit sharing of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction has become an important part of the third implementation agreement under the framework of UNCLOS. As the core issue of benefit sharing, the principle of fairness and justice has been widely concerned by all countries. The existing rules of international law and benefit sharing mechanism of genetic resources mostly focus on the scope of national jurisdiction, and the types of resources they apply to are also different. For the benefit sharing of marine genetic resources outside the national jurisdiction, due to its special geographical and legal attributes, we should consider the rationality and necessity of mechanism construction from the perspective of interest coordination and demand balance. A fair and effective benefit sharing system for the management of marine genetic resources beyond national jurisdiction must take into account many factors, such as covering developing countries, supporting scientific research and ensuring private sector investment. On the one hand, intellectual property can promote the generation of benefits and standardize the process of benefit sharing; On the other hand, benefit sharing makes up for the inherent defects of intellectual property rights and bridges the differences between different countries. At the same time, based on the relationship between blockchain technology and intellectual property rights and benefit sharing, while giving full play to its technical advantages, it should be integrated into the idea of mechanism construction, so as to promote the generation and implementation of marine genetic resources benefits outside the national jurisdiction.

Keywords: Area Beyond National Jurisdiction; Marine Genetic Resources; Benefit-sharing;

【作者简介】 袁雪，女，哈尔滨工程大学人文学院法学系副教授，法学博士，硕士生导师。主要研究领域：国际法，海洋法。马龙，男，哈尔滨工程大学人文学院法学系硕士研究生。

Intellectual Property；Blockchain Technology

引言

十六世纪初期，“国际法之父”胡果·格劳秀斯（Hugo Grotius）的代表作《海洋自由论》问世。在欧洲海军冲突不断的背景下，格劳秀斯认为，世界海洋（公海）应该是所有人都可以自由进入并共享其中资源的。他的文章在当时并没有受到较多人的认可。然而，《海洋自由论》依然给我们留下了一项珍贵的思想遗产：将海洋视为一种“自由和开放的共同空间和资源”。尽管沿海国家的海洋管辖权在近几个世纪不断扩展，但地球表面的 40%（占海洋表面的 64%）仍然位于不受管辖的公海区域，国际上将该区域称为国家管辖范围以外的海域（Area Beyond National Jurisdiction, 以下简称 ABNJ）。尽管表面看来，格劳秀斯的遗产并没有被慢慢抹去，而是开始运作。他主张自由的支柱在于共享一个共同的领域：ABNJ。目前对这些传统上不受管制的海域进行管制的趋势并不是以一种“老调重弹”的形式出现的，而是在窥到海洋遗传资源（Marine Genetic Resources，以下简称 MGRs）的巨大经济潜力后各国开始主张对该资源的惠益进行分享。

联合国大会 2015 年通过的第 69/292 号决议，决定成立专门的筹备委员会，并承诺各国根据 1982 年《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）制定一项具有法律约束力的国际文书，内容是养护和可持续利用国家管辖范围以外地区的海洋生物多样性（Biodiversity of Area Beyond National Jurisdiction，以下简称 BBNJ），这也是继有关特定鱼类和国际海底区域矿产资源开发的两个执行协定之后的第三个执行协定。同时，原定于 2020 年 3 月在纽约联合国总部召开的 BBNJ 协定谈判第四次政府间大会延期举行。为保持谈判势头，大会主席李陈惠菁于 2020 年 9 月重启会间工作进程。截止 2020 年底，协调员组织各方就获取与惠益分享的模式及其机制安排、传统知识的作用及制度设计等进行了交流讨论。就目前的谈判而言，美日等海洋大国依然坚持建立自由、开放的获取制度，确保海洋科学研究不受阻碍，反对规定强制货币化惠益分享，仅同意建立有关共享海洋遗传资源科研信息与知识的惠益分享制度，同时强调必须注重对基于海洋遗传资源的知识产权保护。与之相对的是，发展中国家要求加强追踪海洋遗传资源获取和利用的全过程，在信息交换机制中建立“一站式”追踪系统并强制通报相关情况[1]，并反对知识产权制度的应用。尽管此次谈判最终顺利收尾，但关于 ABNJ 的 MGRs 惠益分享机制的构建，各方依然未形成统一的意见。

一、现有遗传资源惠益分享机制

当前，包括公海和国际海底区域在内的 ABNJ 逐渐成为国际法发展的新领域。ABNJ 的 MGRs 所蕴涵的丰富的生物和非生物资源，成为药业、农业、化妆品等在内的一系列潜在生物工程发展的重要推手。无论是专注于海洋生物研究的科学界，亦或是围绕生物工程商品化的商业界，都掀起一阵狂热的蓝色淘金浪潮。[2]各个国家围绕 ABNJ 领域利益纷争，国际社会目前未能就 MGRs 的定义和性质形成统一标准。在《生物多样性公约》（the Convention on Biological Diversity，CBD）中，“遗传资源”是指具有实际或潜在价值的植物、动物、微生物或其他来源的任何含有遗传功能单位的材料, 该定义排除了不具有遗传功能的衍生物（天然产物），《粮食和农业植物遗传资源国际条约》（International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture，ITPGR）中对遗传资源的定义中也没有包括衍生物。

[1]https://www.sohu.com/a/447336846_120053911?spm=smpc.author.fd-d.1.161827703625840oCCxP

[2]袁雪, 廖宇程. 国家管辖范围外区域海洋遗传资源获取和惠益分享的制度化建构[J]. 南昌大学学报(人文社会科学版), 2019, 50(05): 73-84.

而《关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》（以下简称《名古屋议定书》）在保留遗传资源定义的同时，又创造了“衍生物”的概念。“衍生物”是指由生物或遗传资源的遗传表达或新陈代谢产生的、自然生成的生物化学化合物，即使其不具备遗传功能单位。[3]2007 年有关海洋和海洋法非正式协商进程的第 7 次会议在讨论 MGRs 的定义时，提出 MGRs 是指所有从海洋生物中提取的遗传材料，包括哺乳动物、鱼类、无脊椎动物、植物、真菌、细菌、古生菌以及病毒。[4]绝大多数的海洋生物属于微生物，它们占据了高达海洋生物总数九成左右，其中新近发现的古生物菌群落占据了海洋生物群落的一半左右。[5]目前来看，ABNJ 的 MGRs 应当指的是主要存在于微生物中的遗传材料，国际社会保护的对象应当是承载着 MGRs 的遗传材料。

科学技术的飞速发展为各国针对 MGRs 的研究提供了便利，但由于技术发展的参差，发达国家和发展中国家在此次蓝色技术革命之间的差距逐渐拉开。因此，广大发展中国家强烈要求变革现有的国际法治理体系，并基于“人类共同继承遗产”的原则，要求建立完善的机制就发达国家利用 MGRs 所产生的的惠益进行分享。CBD 创设了惠益分享的概念，并赋予了其发展的时代意义。需要注意的是，CBD 对于惠益分享定义的明确不是以规范的成文形式进行的，而是通过公约第一条[6]所强调的“公平合理分享由利用遗产资源而产生的惠益”引出了这一概念。目前，国际社会关于遗传资源的惠益分享机制主要表现为两种形式：一种是通过 CBD 制定的“相互约定条件”为代表的双边合同模式；另一种是建立全球多边惠益分享机制。结合 ABNJ 海域 MGRs 的特点和 BBNJ 协定的谈判现状，构建全球多边利益共享机制更适合 MGRs 的开发利用。同时，在目前的国际法框架内，《名古屋议定书》作为 CBD 惠益获取和分享的执行文书，突破了 CBD 的范围，考虑到在无法实现事先知情同意或跨境的情况下，建议建立 MGRs 的多边惠益分享机制，粮农组织颁布的 **ITPGR** 为粮食和农业植物遗传资源的获取和惠益分享建立了一个多边体系。这些制度虽有值得借鉴的内容，但其局限性依然十分突出。

（一）CBD 和《名古屋议定书》模式的局限性

CBD 谈判之初的目的在于通过利用者补偿资源保护成本的提供者，借以经济激励的方式促进遗传资源的养护和可持续利用。[7]CBD 虽创设了 MGRs 惠益分享的概念，但是其对如何利用和如何分享并未作出规定。为了更好地落实 CBD 对遗传资源所产生的惠益进行公正且公平分享利用的目标，从 2004 年开始，经过六年谈判后，缔约方大会第十届会议于 2010 年 10 月 29 日在日本名古屋通过了《名古屋议定书》，该议定书突破了 CBD 的限制，提出了为无法实现事先知情同意或跨境的情况创建多边惠益分享机制的建议。《名古屋议定书》

---

[3] Cohen Harlan. Conservation and sustainable use of marine genetic resources: current and future challenges[R]. United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, Eighth Meeting, 27 June 2007, 4.

[4] https://search.un.org/results.php?ie=utf8&output=xml_no_dtd&oe=utf8&_ga=GA1.2.785054952.1619351642&_gid=GA1.2.1543265332.1619351642&_gat=1&query=2007 年有关海洋和海洋法非正式协商进程的第 7 次会议&tpl=un&lang=en&rows=10, 载联合国官网, 访问时间：2020 年 12 月 21 日.

[5] Cohen Harlan. Conservation and sustainable use of marine genetic resources: current and future challenges[R]. United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, Eighth Meeting, 27 June 2007, 4.

[6] CBD 第 1 条：本公约的目标是按照本公约有关条款从事保护生物多样性、持久使用其组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益；实现手段包括遗传资源的适当取得及有关技术的适当转让，但需顾及对这些资源和技术的一切权利，以及提供适当资金。

[7] Broggiato, A., Arnaud-Haond, S., Chiarolla, C., Greiber, T. Fair and equitable sharing of benefits from the utilization of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction: Bridging the gaps between science and policy. Marine Policy 49, 2014.

的进步在于其明确了资源获取者惠益分享的义务，具体表现为要求资源的使用者对其获取的遗传资源及其嗣后所产生的商业利益进行惠益分享。较之于 CBD，《名古屋议定书》对于惠益分享的机制进行了更为严苛的规定。从而使得发展中国家和发达国家的利益获取趋于平衡。

较为突出的是，《名古屋议定书》第 10 条创造性地提出建立一个“全球性多边惠益分享机制”，其创造性主要体现在：CBD 对于遗传资源的管理和控制区域限定在国家管辖范围之内，此区域下的惠益分享是以“相互约定条件”为基础的，即缔约国履行惠益分享的义务是在遵循事前知晓同意原则下进行的。对于 ABNJ 海域或其他跨境情况下，由于无法及时达到事前知晓并同意的条件，惠益分享实际上成为一个难题。而“全球性多边惠益分享机制”的建立可以完美的解决上述困难。

但《名古屋议定书》关于建立全球多边惠益分享机制的规定仅停留在建言层面，没有就具体制度内容、制度建立、制度实施等方面进行讨论和谈判，也即其仅仅对于建议该机制的必要性进行了论述，对于何时以及如何建立，没有给出明确的承诺。换言之，《名古屋议定书》看到了《生物多样性公约》的不足之处，但是具体操作和细节规定则暂属空白。

（二）ITPGR 模式的局限性

ITPGR 作为继 CBD 之后遗传资源保护和可持续利用的又一重要成果，被认为是 CBD 在食品安全和农业领域的一项特殊法。由此可见，ITPGR 模式在海洋遗传资源管理中具有一定的借鉴意义。然而，如果将这一理念直接应用到 ABNJ 的 MGRs 上，仍然存在一些问题。

首先，ITPGR 模式下适用的遗传资源受到国家主权管辖的限制，而 ABNJ 的 MGRs 不以此限制为前提。对于 ITPGR 的成员国来讲，其国内独特的生长环境决定了植物遗传资源自身的属性和价值，而 MGRs 处于国家管辖范围之外的海域，对于这类遗传资源的获取和研究不受任何特定国家管辖权的限制；其次，ITPGR 模式的适用范围仅限于植物遗传资源。与粮农植物领域不同的是，MGRs 的范围则要更广，其领域内包含的资源无法穷尽式列举。并且，ITPGR 仅在“商业化产品”这一领域中规定了货币性惠益分享义务。但是对 BBNJ 协定来说，需要处理 ABNJ 范围内可能涉及数以百万的所有遗传资源种类[8]；最后，ITPGR 模式不承认基于遗传资源而获取的知识产权的应用，同时也限制了缔约国其他可能会对遗传资源的获取造成困难的权利。

同时，为了粮食领域植物遗传资源的养护和可持续利用，ITPGR 设立了一个专门的公共基金。[9]但是截止到目前为止，该基金没有收到任何国家或者机构的捐款。因此，ITPGR 模式下创设的多边惠益分享机制还有待进一步完善，就目前来看，该模式要想直接运用于 ABNJ 的 MGRs，是不可行的。

通过对 ITPGR 和《名古屋议定书》惠益分享模式的分析，可以看出，这两个国际公约都是针对国家管辖范围内所创设的的惠益分享机制。由于国家管辖范围内外遗传资源的性质截然不同，国内外有关遗传资源的其他制度安排亦会存在差异。因此，上述两种多边机制不能直接适用于 ABNJ 的 MGRs。ITPGR 和《名古屋议定书》多边惠益机制设立的初衷是为了平衡发达国家和发展中国家的利益，这是由双方的不平衡地位所决定的：发达国家往往拥有先进的生物技术，但缺乏可用的生物资源；发展中国家往往拥有丰富的生物资源，但由于

[8]陈倩文. 国家管辖范围外海域海洋遗传资源惠益分享机制之构建[D]. 华东政法大学, 2019.

[9]Martins, A., Vieira, H., Gaspar, H., Santos, S. Marketed marine natural products in the pharmaceutical and cosmeceutical industries: tips for success. Marine Drugs 12, 2014.

生物开发技术的落后，无法开展相应的活动。ABNJ 的 MGRs 不同于上述法律框架规定的国家管辖的遗传资源。在 ABNJ 开展的活动不受任何主权国家的管辖，获取遗传资源没有“供应国”或“来源国”的说法。对 ABNJ 的 MGRs 利益分享的目的是防止少数具有强大财政实力的发达国家垄断该领域，同时确保发展中国家和欠发达国家也能享受到这种利益，包括货币惠益和非货币惠益。综上，国家管辖范围内的遗传资源惠益分享机制不能直接适用于 ABNJ 的 MGRs，因此有必要完善现有的惠益分享机制，保护各国特别是发展中国家的权益，同时促进遗传资源的开发利用。

二、以知识产权为基础的惠益分享机制

目前，在 BBNJ 谈判进程中，ABNJ 的 MGRs 法律性质问题被持续争论并很难在短期内结束，具体体现为谈判各国在对于该问题的解决均从本国利益出发，分歧依旧明显。借鉴众多国际规模的讨论和谈判经验，短期内就此问题达成一致意见的可能性并不大。尽管如此，各个国家都表现出就其他相关问题继续谈判的热情。其中的一个核心议题就是讨论 ABNJ 的 MGRs 中知识产权的保护和应用问题。发展中国家在第四次预委会讨论期间普遍要求 BBNJ 新国际文书对涉及知识产权中的技术转让与能力建设作出强制性规定，尤其是对于专利技术的获取和使用，应该朝着便于惠益实现的方向发展。发达国家则强调应以养护和可持续利用 BBNJ 为中心目标进行技术转让与能力建设，具体表现为应在同时满足受让国提出请求以及出让国自愿的基础上进行知识产权中的技术转让与能力建设，更加注重对知识产权的保护。因而，在构建 ABNJ 的 MGRs 惠益分享机制的过程中，知识产权的保护便成为必须纳入考虑的重要议题之一。这里需要说明的是，虽然从广义上讲，基于 ABNJ 的 MGRs 产生的知识产权既包括对新产品和新资源的专利申请，也包括对新产品和新资源相关著作的版权等其他形式的保护。但是目前来看，专利申请是整个海洋遗传资源知识产权问题中最广泛、最具代表性的表现形式。因而，下文的研究主要以专利技术为对象而展开。

首先，知识产权是通过授予发明人一定期限和一定范围的垄断权来鼓励技术创新的激励机制。以知识产权为核心的资源开发模式能有效促进惠益的产生，奠定惠益分享的基础。但在实践中，发展中国家认为知识产权往往被发达国家作为获取资源利益的重要武器，阻碍了发展中国家的发展，成为制约“区域”遗传资源公平公正分配的桎梏，从而引起了发展中国家的强烈抵制。知识产权最基本的内涵是平衡利益，即在发明人和公众之间寻求最理想的利益分享方式。因此，针对 ABNJ 的 MGRs 惠益分享机制的构建，正确有效地实施知识产权，需要着重解决私权与公权的矛盾和发达国家与发展中国家之间的利益平衡问题。只要不对开发者的利益片面保护，不忽视发展中国家的正当利益，正确有效的实施知识产权制度，不仅不会与 MGRs 本身的法律属性相冲突，而且还能在一定程度上促进惠益分享的实现。基于此，笔者认为，知识产权制度对于鼓励 ABNJ 的 MGRs 的开发至关重要，为该地区遗传资源的效益生产和惠益分享奠定了重要的基础。

（一）知识产权适用的依据

将知识产权制度纳入海洋遗传资源开发机制建设中，必须明确知识产权对海洋遗传资源的适用性，即知识产权是否与《公约》相抵触。联合国大会就此问题作了专题报告，提出了三个问题：知识产权是否构成对“区域”的主张、知识产权是否与海洋科学研究的目的相冲突以及知识产权是否妨碍了海洋信息的传播。

首先，知识产权不构成对“区域”的主张。有学者认为知识产权从性质上讲是一种排他性的私人权利，其与《公约》第一百三十七条规定的禁止在“区域”内提出任何主张相抵触。

[10]根据《公约》第一百三十七条，禁止权利主张的主体包括任何国家、自然人和法人，客体包括“区域”的任何部分或其中的资源。而知识产权作为一种以私权为保护对象的法律制度，其适用的范围仅限于自然人和法人。因此，根据禁止规则，与知识产权有关的禁令只有一种，即禁止任何自然人或法人侵占“区域”的任何部分或其资源，《公约》对这种侵占行为不予承认。知识产权（专利）保护的客体是人类所创造的具有实用性、新颖性和创造性的智力成果。但 MGRs 不是人类创造的，尽管它可能具有实用性和新颖性的属性，但无论是遗传资源本身，还是从中提取的 DNA 片段或序列都是天然产物。纯粹的提取或者发现行为是不具有创造性的，不能作为授予知识产权（专利）的条件，也就不构成对“区域”的任何主张。此外，知识产权的排他性保护具有时效性，时效期满后其负担将解除。因此，知识产权的占有对象不包括“区域”或其资源的任何部分，也即不构成对“区域”的任何主张。

其次，知识产权与海洋科学研究并不冲突。现有国际社会中，部分发展中国家认为，在知识产权中独占使用海洋环境及其资源违反了《公约》第 241 条的规定。《公约》第 241 条指出，不承认海洋科学研究活动为任何权利主张的法律依据，海洋科学研究活动不应构成对海洋环境任何部分或其资源的任何权利主张的法律依据。从该条不难看出，第 241 条旨在禁止运用先占理论限制海洋科学研究对环境和资源的占有，从而保障他国进行海洋科学研究的权利。从性质上来说，知识产权不属于优先购买权理论的范围，与《公约》第 241 条并不冲突。同时，从知识产权的角度而言，它保护的是人类创造的、具有独创性的智力成果，而不是海洋科学研究活动，也不包括海洋环境及其资源的任何一部分。因此，知识产权的应用与海洋科学研究实际上并不存在冲突。此外，也有学者认为，知识产权的私权属性与海洋科学研究为全人类谋利益的目的是不一致的。这种理论依然是站不住脚的，因为知识产权激励理论是以功利主义为基础，以社会福利最大化为最终目标的，这与海洋科学研究的目的不谋而和。因此知识产权可以作为一种激励理论作为促进公共知识产品生产，增加社会知识产品总量，从而提高全社会福利的一种激励手段。

最后，知识产权与海洋信息的传播亦不矛盾。知识产权的排他性被认为是阻挡海洋信息传播的障碍，因此与《公约》的宗旨相抵触。然而，通过对知识产权属性的分析，我们不难发现，知识产权为权利人设置的排他性壁垒只是静态地将特定信息与公共领域隔离开来。这种暂时的隔离只会减缓信息的传播，并不会阻碍信息的传播。从本质上讲，知识产权的排他性及其激励功能，可以有效地促进相关技术或产品的产生和积累。而知识产权的共享和传播属性最终会促成信息的大规模螺旋式扩张。此外，知识产权的排他性是有条件的，这不同于绝对排他性和无限垄断性。知识产权的强制许可在限制专有权的同时，注重保护信息的公共使用。同时，知识产权的时效性允许特定信息在时效期满后由公共共享。因此，知识产权制度不仅不会妨碍海洋信息的传播，在一定程度上反而会起到促进作用。

（二）知识产权制度与惠益分享机制的互补作用

将知识产权与惠益分享机制融合，其实质是利用知识产权的属性而达到惠益分享的目的。但是需要注意的是，二者之间并不存在主次关系上的区分，而是以一种类似静态平衡的互补形式存在的。换言之，若要更好的发挥以知识产权制度为基础的惠益分享机制的作用，就必须对二者的互补关系进行理解，这也是该制度在 ABNJ 的 MGRs 利用和保护中得以运行的前提。

---

[10]E. Tsioumani, Beyond Access and Benefit-sharing: Lessons from the Emergence and Application of the Principle of Fair and Equitable Benefit-sharing in Agrobiodiversity Governance, Routledge. Vol, 41 (2018), p. 53.

1、知识产权是惠益产生的手段，惠益分享是知识产权的目的

将知识产权制度纳入 MGRs 的开发建设之中，并不是在特定区域内划分出一小部分归产权人单独享有，而是给予其一定自由发挥的空间。在该空间内，产权人的行为暂不受外部势力的干扰，从而借助于技术手段不断扩大 MGRs 的价值，刺激利益的产生，促使惠益的分享朝着更广、更优的方向发展。从这个意义上看，知识产权制度是作为惠益产生的手段而存在的。同时，伴随着科学技术的迅速发展，惠益的产生和分享逐渐趋于同步。知识产权的时效性决定了所涉专利技术的“垄断地位”并不是持续存在的，也即在对 ABNJ 的 MGEs 的开发利用过程中，知识产权的最终目的依然是扩大受益的范围，实现惠益的分享，而不是单纯的保护技术持有人的利益。

2、知识产权促进惠益的产生，规范分享的形式

较之于其他地区，ABNJ 海域复杂的地理状况和极端的深海环境，决定了该地区遗传资源的科学研究是一项艰巨的工程，其投入成本高、耗费时间长、投资风险大。知识产权作为一种合法的“垄断”措施，可以授予开发者一项无形的权利。基于这项权利，无论是以海洋研究为对象的科学界，还是围绕生物工程商业化的商业界，均可以在获取海洋遗传资源的基础上促进利益的产生，实现投资的平衡。因此，若缺乏相应的激励机制，会使得科学研究的动力匮乏，很难有效地促进研究项目的持续发展。同时，需要明确的是，对于 MGRs 惠益的分享既不是简单的要求将其衍生的利益在全球范围内进行平均分配，也不是仅要求发达国家向发展中国家进行技术指导即可。惠益分享的内容既包括货币性利益还包括非货币性利益，分享的过程需要制定一套科学而规范的流程，从制度上保障全人类的利益共享。因遗传资源的开发利用而产生的包括有形与无形的财富需要在全人类之间进行分配，而知识产权一系列成熟的制度可以为该种惠益提供最强有力的分配，规范分享的形式。[11]

3、惠益分享弥补知识产权的先天不足，弥合不同国家的分歧

目前来看，发达国家和发展中国家对于 ABNJ 海域 MGRs 的开发和利用存在严重的两极分化。发达国家凭借技术手段的优势，将利益获取的主动权牢牢把握在自己手中，而发展中国家受制于科学技术的短板只能望洋兴叹。因此，若仅承认知识产权制度，无疑是阻断了发展中国家获得利益的可能性，而发达国家将凭借着技术优势独享整个区域的利益。而以惠益全球为目的的分享制度将会有效的弥补知识产权的先天不足，杜绝此类现象的出现。具体而言，知识产权作为一种合法的“垄断”措施，具有时间性的属性。也即知识产权的“垄断”只会持续一定的时间。超过该特定的时间以后，该项权利将会以分享的名义进入公共领域，不再归属于个体。这样一来，既满足了发达国家在“垄断期”内独享开发利益的目的，同时又确保了后期的利益能够惠及到更多的发展中国家和欠发达国家，从而弥合了不同国家的分歧，实现了实质意义上的惠益分享。

（三）以知识产权为基础的惠益分享机制的价值再造

从文章讨论的惠益分享机制自身的内涵和实质出发来看，还有一个必须要明确的问题就是惠益分享机制的价值理论问题，这不仅是惠益分享机制构建的理论基础，同时也是证明惠益分享机制正当性和可行性的基础。学术界目前关于该问题的看法集中在以“人类共同继承财产”理念为环绕的主张中。因此，该理念与惠益分享机制的融合问题也就成为本文的重点研究对象。

1、人类共同继承财产理念的认识与反思

[11]张小勇. 遗传资源的获取和惠益分享与知识产权[M]. 知识产权出版社, 2007:242-243

“人类共同继承财产”的概念起初是针对月球和其他天体及其资源而提出的。随后，这一原则逐渐被移植到了海洋法领域。1970 年联合国大会第 2749 号决议《关于国家管辖范围以外海床洋底及其底土的原则宣言》明确承认了这一原则。但此时该原则的适用范围仅限于矿物资源[12]。从文义解释的角度来看，人类共同继承财产原则的首要特征为“共同共有”，即此种特殊的所有权方式下，共有人对于共同财产享有平等的权利，权利的行使须建立在共有人一致同意的基础上，而不能由个体单独行使。[13]

对比国内外研究文献，笔者认为，在海洋法方面，该原则一般被视为反映了以下四个关键要素：(1)禁止侵占；(2)共同管理；(3)效益分享；(4)和平利用。其中，将所有人类视为一个整体去考虑是这四个关键要素的共同要义。不难看出，该原则除了蕴含的财产属性外，还包含了一定的伦理属性，即“人类共同继承财产”原则不仅要求针对区域资源的利益进行分享，更要保证这种分享朝着科学性和可持续性的方向发展。

但是，该原则在 BBNJ 协定谈判中面临着若干问题。首先，人类共同继承财产原则除了表述上直接运用了财产归属概念外，其在国际法实践中又具体表现为国际海底管理局平行开发模式，容易使人产生其以直接、普惠的货币性分配为主要内容和实现方式的认知，再加之概念本身的模糊性，使许多国家对其适用的确定性产生了疑虑，这使得该原则很难扩展其未来的适用范围[14]。其次，随着国际实践的不断深入，各个国家对于“人类共同继承财产”原则的争论全都集中在经济利益的争夺上，极大加深了“财产属性”的深度，使得“伦理意义”与可持续利用的的初衷渐行渐远。

随着 BBNJ 协定谈判的深入，以及“人类共同继承财产”原则在国际海底矿产资源实践中的重重困难，越来越多的学者开始将注意力转移到该原则是否可以完全适用到 ABNJ 的 MGRs 上来。有学者认为，若要在 BBNJ 协定的谈判中继续坚持使用该原则，就必须对现有的原则进行大幅度改进，将该原则追求的理论目标从经济属性的桎梏中转移到经济价值和伦理价值的兼顾上来，从而平衡发达国家和发展中国家的利益纠纷。也有学者提出以人类命运共同体理念为视阈和价值内核引导国家管辖外海域遗传资源分配的国际法秩序的构建[15]。这些主张的共同之处在于：若要将该原则直接适用于 ABNJ 的 MGRs，就必须对“人类共同继承财产”原则进行扬弃，在强化伦理价值的同时，还应平息因利益分享不均而引起的国家间的争议，从而得到各个国家的广泛认同。因此，针对 ABNJ 的 MGRs，有必要在承认“人类共同继承财产”原则基本价值的同时，还应引入更为适宜的高位阶指导理念，从而更好的服务于惠益分享的终极目的。

2、“海洋命运共同体”理念的引入

2019 年 4 月 23 日，习近平在青岛集体会见应邀出席中国人民解放军海军成立 70 周年多国海军活动的外方代表团团长时，首次提出“海洋命运共同体”重要理念。[16]“海洋命运共同体”既是对人类命运共同体理念的丰富和发展，又是人类命运共同体理念在海洋领域的具体实践[17]。从时代意义上看，海洋命运共同体既是利益共同体、责任共同体，也是命运共

[12]刘思竹. 论国家管辖范围外海洋遗传资源的惠益分享制度[J]. 政法论丛, 2020(05):70-82.
[13]金永明. 人类共同继承财产概念特质研究[J]. 中国海洋法学评论, 2005(02):222
[14] Roger Scarlin Chennells. Equitable Access to Human Biological Resources in Developing Countries: Benefit Sharing Without Undue Inducement [M]. Springer, 2016.
[15]李志文. 国家管辖外海域遗传资源分配的国际法秩序—以“人类命运共同体”理念为视阈[J]. 吉林大学社会科学学报, 2018(06).
[16]“共同构建海洋命运共同体”. 新华网，2019 年 4 月 24 日, http://www.xinhuanet.com/mrdx/2019-04/24/c_138003753.htm，访问时间：2020 年 11 月 10 日.
[17]柳华文. 推动构建人类命运共同体:法律化及其落实[J]. 厦门大学学报, 2019(06):37-39.

同体。人类需要共同面对和处理在海洋领域面临的信任赤字、和平赤字、发展赤字和治理赤字。

国际法治的上述挑战与任务也同样体现在全球海洋治理的现实中。现有海洋治理主要建立在地缘政治概念的基础上[18]。《公约》根据陆地到海洋由近及远的原则，将海洋这一自然意义上的整体的概念划分为法律意义上不同的海域，相应的规定了若干的权利和义务。由此带来的后果就是距离陆地越远，权属的划分和利益的归属就愈模糊，国际法规则的治理功能就愈有限。近年来我国在海洋领域受到他国的法律挑战，很大一部分就归因于毗连区和专属经济区制度中一些重要问题和术语的模糊性[19]。对于 ABNJ 来说，模糊性的问题就愈发的凸显。国际社会主体所主张的协调开发和惠益分享的若干原则，在缺乏统一的治理机制的前提下，始终处于独立运行的碎片化状态，并没有形成体系化的治理理念。相比于 MGRs 的开发和利用，我们首先需要解决的就是从意识层面上对其价值理论达成一致。

3、“海洋命运共同体”与惠益分享机制的契合

“海洋命运共同体”的要义不仅在于权利与利益，也在于伦理。因为在地缘政治共生性与未知性的前提下，保证 ABNJ 的 MGRs 的获取和惠益分享一定程度上成为了一个政治问题，而这就需要突破权利和利益的羁绊，上升到伦理层面。“海洋命运共同体”理念的内涵在于搭建国际合作的平台，促进国际合作的形成，防止海洋强国对域外海洋资源的掠夺，并兼顾发展中国家的海洋权益，保证海洋资源的可持续利用。“共商、共建、共享”作为海洋命运共同体理念中的核心原则与治理观，一定程度上决定了“海洋命运共同体”与惠益分享机制的完美契合。

首先，“共商、共建、共享”原则的非私有属性奠定了惠益分享的基础。目前，在全球化以及科技的进步的背景下，各个国家及其人民的生产与生活直接或间接地与海洋联系起来，越来越多的国家直接参与或间接卷入海洋事务。事实上，在各个阶段，发达国家和发展中国家的利益矛盾主要集中在对于海洋权益的主张方面。对于 ABNJ 的 MGRs 而言，资源的获取和利用不具排他性，惠益分享的前提是需要打破任何国际社会主体的独享要求，转而以“共商”的名义对各方主张的利益进行协调。同时，这种协调不应当由发达国家主导，而是需要在“共建”的基础上进行协商与调和，并达到“共享”的最终目的。这是惠益分享的原则要求，同时也是国家间利益平衡的基础。

其次，“共商、共建、共享”原则有助于实现经济利益和伦理价值的平衡。在 BBNJ 框架下，共享是遗传数据共享、共同参与、能力建设、技术转让等非货币惠益分享方式和货币惠益分享方式的整体性概念，而非纯粹经济意义上的财产分配。在目前的谈判中，货币惠益分享是在发展中国家对前者无法得到具体承诺时可能的替代选项[20]。但是简单的货币惠益分享无法涵盖 MGRs 的全部范围，进而加剧发展中国家在整个惠益分享中的不平等地位。因此，整合货币和非货币惠益分享方式则显得十分必要。“共商、共建、共享”原则下，MGRs 的惠益分享不再区分货币和非货币形式，而是以国家间共同利益为基础，以提取国家间共同协商的公约数为目标，淡化了“财产属性”的深度，转而使得该原则下的伦理意义得到了深化，这种“伦理意义”就体现在国家间对于 ABNJ 的 MGRs 利益的主张由原先的不可调和到共同议定的转变。

[18]杨泽伟. 新时代中国深度参与全球海洋治理体系的变革：理念与路径[J]. 法律科学, 2019(06)：181-182.
[19]金永明. 中国海洋法制度与若干问题概论[J]. 中国海洋大学学报, 2020(05)：23-24.
[20]胡斌. 国家管辖范围以外区域海洋遗传资源开发的国际争议与消解—兼谈“南北对峙”中的中国角色［J］太平洋学报, 2020, 6.

最后，“共商、共建、共享”原则蕴含的可持续性理念是其他理念所无法匹及的。可持续发展是“共商、共建、共享”的目标，也是指导这三个原则实践的具体标准。对于 ABNJ 的 MGRs 而言，惠益分享的要义不在于权利的一次性用尽，而在于权利的不间断获取，即保证资源的利用朝着可持续性的方向不断前进。“人类共同继承财产”原则下，资源本身的可持续性被严重忽视，资源的“财产属性”却被反复提及并逐渐被默许成为了资源利用的代名词，这严重背离了和平利用和惠益分享的初衷。“共商、共建、共享”原则要求对于包括海洋资源在内的任何资源，保证其可持续利用是享受权利的重中之重，同时该原则也由起初的理念倡议逐步发展为国家间的行为共识，这一定程度上为“海洋命运共同体”理念的引入奠定了基础。

总而言之，相比于“人类共同继承财产”原则，“海洋命运共同体”理念更能契合以知识产权为基础的惠益分享机制的价值需要，更容易突破权利和利益的羁绊，进而丰富各国在海洋领域的实践，促进国际合作的形成，保证海洋资源的可持续利用。

三、以区块链技术为保障的惠益分享机制

互联网近年来的迅猛发展及其与物理世界的深度耦合与强力反馈，已经根本性地改变了现代社会的生产、生活与信息共享模式，各领域及各行业逐步形成了现实物理世界-虚拟网络空间紧密耦合、虚实互动和协同演化的平行社会空间，催生了“互联网+”和工业 4.0 等一系列国家战略。[21]而这一系列战略的背后，是靠数以万计的数据统计和数据分析支撑起来的。这对信息存储和整合提出了更高的要求。区块链技术作为下一代云计算的雏形，以其对信息计算和存储的颠覆性创新，被应用至各个领域，并逐步成为促使价值和利益最大化的重要推手。惠益分享的信息作为惠益分享机制构建的核心，一定程度上决定了惠益能否实现的最终目标。在区块链技术发展日益兴起的背景下，若能协调好区块链技术与惠益分享和知识产权保护之间的关系，就能为 ABNJ 的 MGRs 惠益分享机制的建设提供一个良好的契机，并最终实现惠益分享的终极目标。

（一）区块链技术及其特点

区块链（ Blockchain）的起源主要始于比特币的出现，系比特币背后所代表的一项底层技术。2008 年 11 月，一个化名为中本聪的网络极客在网络上发表了一篇论文《比特币白皮书：一种点对点的电子现金系统》。在该文中，中本聪巧妙地将哈希函数、 分布式账本、共识机制以及非对称密码等技术结合在一起，形成了一套完善的电子货币产生、支付、记账的系统，并将这一独特的记账系统称为区块链（Blockchain）[22]。区块链技术带来的去中心化信任平台，对于许多之前必须依赖第三方机构才能正常运行的行业来说，是一种全新的变革，因为这些行业可以不再依赖第三方机构，只需通过技术手段解决相应的信任问题，构建一个以信任为基础的安全、快速、自动匹配的数据网络平台，来从事业务活动[23]。

综合现有的研究资料，我们可以将区块链理解为一个具有时序性的巨大网路帐簿或一个去中心化的资料库，它由所有参与的节点共同维护。简言之，区块链技术是一种不依赖第三方，并通过自身分散式节点进行网路数据的存储、验证、传递和交流的一种技术。而从财务会计的角度来看，区块链技术是一种分散式开放性去中心化的大型网络帐簿，任何人在任何时间都可以采用相同的技术标准加入自己的资讯，延伸区块链，持续满足各种需求带来的资

[21]袁勇, 王飞跃. 区块链技术发展现状与展望[J]. 自动化学报, 2016, 42(04):481-494.

[22] Satoshi Nakamoto. Bitcoin: A Peer－to－Peer Electronic Cash System［EB/OL］. https: / /bitcoin. org /bitcoin. pdf.

[23]黄武双, 邱思宇. 论区块链技术在知识产权保护中的作用[J]. 南昌大学学报. 2020(02):72-73

料记录需求。基于上述观点来看，区块链可以说是创造一个大家都可以信任，且可以不断延伸的具时序性网络帐簿及资料库的超级机器。

在现行的区块链技术发展背景下，我们可以将其特性归纳为如下六个方面：

1. 去中心化：区块链透过各节点，共同维护一个大型分散式网路帐本，达到完全自主运作机制，不仅可避免以往中央资料库有被入侵之风险，更可省去中介机构，降低交易成本。

2. 安全性：区块链分散式储存的特性，使得资讯一旦写入便无法修改，除非能掌控超过系统上半数以上节点才能更改数据，而这在目前几乎不可能达到，亦即区块链资讯无法被窜改。

3. 资讯透明：所有区块链上的资讯，除了交易方的私有讯息加密之外，其余的资讯可以在系统的公开平台进行查询，任何人都可以透过公开的界面查询区块链数据及开发相关的应用，因此整个系统资讯呈现高度透明的特点。

4. 独立性：整个区块链系统系基于协商一致的规范和协议建立而成，不依赖第三方中介机构，所有节点能够在系统内自动安全地验证、进行资料交换，毋须任何人为的干预。

5. 可程式化：区块链可以自动履行基本业务逻辑，建立智慧合约。

6. 成本与资产效率：区块链可以催生低成本与高资产效率的商业模式。

（二）区块链技术与惠益分享机制的关系

鉴于区块链技术的特点和优势，将区块链技术引入至惠益分享机制建设之中大有裨益。而引入的首要前提是需要解决区块链技术和惠益分享机制的融合问题，也即区块链技术可以以何种方式对惠益分享机制建设产生影响。

首先，区块链技术对惠益分享机制建设的影响，体现在其对 MGRs 信息的整合与分享上，尤其是对于惠益分享信息可信性的影响和确定。在经过了信息革命之后，当下社会已实际上转变为“二进制社会”，该背景下对于信息整合的要求越来越严苛。对于 ABNJ 的 MGRs 而言更是如此。惠益信息的分享和整合应当是惠益分享机制建设的重中之重。区块链技术记录存储的就是一种信息，区块链技术的核心特点在于通过技术手段来保证其存储信息具有可信任性。首先，区块链技术的去中心化，将存储的信息分布在多个不同的节点，防止单一节点存储信息被篡改，从而保证了信息的可信性；其次，区块链技术的不可篡改性，通过哈希函数将数据区块以链状方式连接，同时确保了每一个区块存储的信息稳定不被篡改，强化了存储信息的可信性[24]。

其次，区块链技术对惠益分享机制建设的影响，还表现在对惠益分享行为的监督和管控上。为了固守既有利益，发达国家对于 MGRs 的惠益分享的态度，依然以格劳秀斯所提出的“公海自由”原则为基础，强调自身科技水平的发展应与利用 MGRs 的自由相匹配。这无疑加剧了其与发展中国家间的矛盾。囿于自身科学技术水平的不足，发展中国家则强调要缩小技术水平差距，就必须要求发达国家对于其技术信息和有关 MGRs 的信息都要真实的分享出来。而区块链技术存储的数据具有公开透明性的特点，其将所有存储信息和对信息的操作都在各节点存储记录，保证信息对各节点公开，增加了惠益分享行为的透明性，有利于实现对惠益分享行为的监督。同时，基于区块链技术对存储信息的可追溯性，采用只增不减的方式变动存储信息的内容，确保各类惠益分享的信息都可以查询追溯，不仅有利于发展中国家对新兴技术的获取和使用，保障了惠益分享信息的可操作性，同时这种信息的可操作性

[24]黄武双, 邱思宇. 论区块链技术在知识产权保护中的作用[J]. 南昌大学学报(人文社会版), 2020, 51(02): 67-76.

是建立在发达国家享有相应的专利权基础之上的，也即发展中国家对于存储信息的操作和利用是在发达国家享有专利之后才可以有效进行的，这从另一个角度平衡了双方的利益需求，缓和了双方之间的矛盾。

总而言之，区块链技术的核心在于构建信任，通过各种技术手段的精妙组合，以保证惠益分享信息的可信性（这里的信息不仅包括区域外的生物和非生物资源的信息，同时还应包括发达国家主张的知识产权的客体信息，这部分在后文还会论述，此处不再赘述）。因此，区块链技术和惠益分享制度天然存在联系。一方面，利用区块链技术可以保障存储在区块链中的信息客体内容的真实可信性，因而对惠益信息的分享起到一定的帮助作用；另一方面，区块链技术还能准确记录各类对信息的操作，从而为国家间侵权行为的判定提供可信证据。因而，利用区块链技术的信息可信性，发挥其积极功能并开发相关应用，可以在惠益分享机制建设中发挥举足轻重的作用。

（三）区块链技术与知识产权保护的关系

在将区块链技术融进以知识产权为基础的惠益分享机制建设中，另一个亟需理清的问题就是区块链技术与知识产权保护之间的关系。也即区块链技术将会以何种方式实现对知识产权的保护。这主要表现在两个方面：区块链技术对知识产权的确权作用和侵权证明作用。

1. 区块链技术对知识产权的确权作用

区块链技术所具有的去中心化特征，可以有效解决各国之间对于专利文献数据库的信任问题。利用区块链技术，每个国家或地区的专利文献库可自然设置为一个节点，形成一个以联盟链结构形式[25]组成的区块链数据库，当然，这一设置有赖于各国基于对技术标准认可后的接入。对于专利权确权，基于区块链技术中联盟链结构构建的统一专利文献库，不但可以有效解决各国之间的信任问题，而且能使各国存储的专利文献数据同步更新，提升专利确权中审查的效率和准确性。因此，区块链技术在专利权领域的应用，基于区块链而建立的统一专利审查数据库，可因信息可信性消除专利权地域特征所带来的各国之间的信任问题，助力专利确权审查，提升专利确权效率。

2. 区块链技术对知识产权侵权的证明作用

在知识产权侵权证明中，区块链技术不仅可以构建一个便于追溯专利侵权行为的网络空间，而且区块链技术与电子证据存证和物流网络的结合应用，也能分别在专利权侵权领域发挥积极的辅助证明作用。基于区块链技术的网络平台，可以利用其可追溯性及信息的不可篡改性强化对侵权行为的追溯。 在基于区块链技术形成的网络平台上，专利侵权人实施的侵权行为都会被精确记载在区块链数据区块中并且不可被删除和修改；加之时间戳的可信任性，其实施行为的时间也可以精确追溯。因此，在该网络平台实施的专利侵权行为，其侵权证据可以轻松地从区块链数据区块中找到，并由于技术上所具有的不可篡改性，使得这些证据具有可信任性而具备证据能力。

四、复合型惠益分享机制的实施

国家管辖范围外的海域具有极强的特殊性，该海域内不会受到任何主权国家的干涉和权利要求。目前，发达国家和发展中国家的利益冲突，集中表现在 MGRs 专利技术的保护和使用上。惠益分享的目的是为了让基于海洋遗传资源而产生的惠益涉及到更多的国家。发达国家凭借发达的技术条件在惠益的获取方面已远远领先于发展中国家。基于此，在惠益分享

[25]区块链依照其开放权限之不同可区分为公有链、私有链与联盟链。联盟链相较于私有链来说较可避免区块被修改的风险，相较于公有链来说则较具隐私性。本文探讨的以区块链技术为保障的惠益分享机制是建立在联盟链基础之上的。

机制的实施中，更需要注重对发展中国家的利益保护。现有的国际法法律体系框架内，WTO法律体系中的“特殊差别待遇规则”（ Special and Differential Treatment Principle，以下简称 SDT 原则）作为 WTO 涵盖协定中不可分割的一部分，旨在授权发达国家成员为发展中国家成员提供背离 WTO 多边贸易体系中由最惠国待遇和国民待遇原则代表的无歧视原则，以帮助发展中国家成员进行能力建设和发展经济。该原则所蕴含的理念与惠益分享的目的不谋而合，同时也为惠益分享机制的实施提供了一个具有普适性和协调性的指导原则。

（一）复合型惠益分享机制的指导性原则

1、SDT 原则的内涵与实质

SDT 原则的实质是允许发展中成员背离 WTO 最惠国待遇原则，在非对等的基础上承担义务。它体现了国际经济法上的公平互利原则，也是对实质平等的追求，是对传统平等互利原则的发展。SDT 原则既包括对发展中成员的“差别待遇”，同时这种差别不应该是歧视性的，而是要比发达成员在 WTO 协定中享有更为广泛的“优惠”的待遇，“差别”和“优惠”二者是统一在一起的。

建立“特殊与差别待遇”制度安排的实质是为了维护发展中国家的发展利益，协调不同经济发展水平国家之间的差异，保证发展中国家在国际贸易增长中获得应有份额，确保国际贸易规则相对公平。这是“特殊与差别待遇”的法理学和经济学基础。“特殊与差别待遇”包含一些维护发展中国家发展利益和空间的特殊规定，是世界贸易组织成员考虑到发展中国家特殊需要所作的努力，反映了世界贸易组织及其前身关贸总协定在提高人类生活水平、保证充分就业、扩大生产贸易、有效利用世界资源等方面的良好愿望，有利于实现世界经济公平发展。历史上，发展中国家通过提供廉价原材料等方式，为世界经济发展作出过重要贡献。现实中，通过“特殊与差别待遇”促进发展中国家经济发展，可以给发达国家带来更多商业机会，体现了以当期优惠换取后期开放的互惠原则，符合包括发达国家在内的世界各国的长远利益。[26]

2、SDT 原则在复合型惠益分享机制中的指导作用

对于发展中国家而言，惠益分享的首要目标就是要缩短与发达国家之间的技术差距，平衡双方之间的利益需求。在以知识产权为基础、以区块链技术为保障的复合型惠益分享机制中，发达国家和发展中国家的利益平衡则集中体现在对专利技术的获取和使用上。因此，此背景下就 SDT 原则的内涵而言，要实现实质平等的发展要求，就要保证发展中国家在相关专利技术的使用是上不会存在过多障碍。但是这种专利技术上的获取和使用并不是无条件的。一味的强调发展中国家的利益，就有可能导致发达国家的强烈抵制，从而不利于技术的交流和惠益的实现。同时，发展中国家也明白，要想扭转其在海洋遗传资源利用和惠益分享中的边缘化趋势，不能一味的依赖 SDT 原则，而是应该对 SDT 原则的使用进行合理限制，适当的做出一些互惠承诺，以促进经济的发展，增进贸易利益。[27]尽管发达国家在 ABNJ 关于 MGRs 的研究和利用中起着主导作用，但发展中国家并不是完全被动，甚至毫无作为的。在 SDT 原则的指导下，发展中国家可以从以下三个方面争取其在惠益分享机制中的利益。首先，发展中国家要加强团结，积极参与惠益分享规则的制定。在世界贸易组织中发展中国家占绝大多数，与发达国家相比具有数量上的优势，发展中国家应充分利用这一优势，尽可能协调相互的立场，加强集体谈判能力和参与决策的能力，维护共同的利益；其次，要促进

[26]https://baijiahao.baidu.com/s?id=1642515043603953210&wfr=spider&for=pc，载人民网，2018 年 8 月 22 日 08 版.

[27]王中美. 发展中国家的分类争议及特殊与差别待遇的适用[J]. 国际经贸探索, 2020, 36(06):89-100.

SDT 框架协议的达成，以专门协议的方式固化双方之间的合作。这样的协议不仅可以管理现有的惠益分享的相关条款，同时也可以为未来惠益条款的制定提供指导；再者，就是要督促现有 SDT 条款的“硬化”。[28]具体来说，就是发展中国家应该坚持修改或取消现有 SDT 条款中所包含的“最佳努力”条款，尽量避免使用“尽可能考虑”、“优先考虑”等模棱两可的措辞。通过明确权利义务的方式落实使一些对发展中国家有利的条款具有法律约束力和执行力。

（二）复合型惠益分享机制实施的要点

随着国际社会规范的逐步完善，“公海自由”也会逐步发展为一种“相对”的自由。在坚持以 SDT 原则为指导的前提下，复合型惠益分享机制的实施可以成为平衡国家间有关 ABNJ 海洋利益冲突的试金石。在解决了知识产权、区块链技术与惠益分享之间的协调性问题之后，机制实施的有效性成为机制构建的重中之重。基于此，在以知识产权为基础、以区块链技术为保障的复合型惠益分享机制中，须从以下四个方面入手，构建机制运行的框架，进而保障机制实施的有效性。

1、知识产权和海洋遗传资源信息的录入

关于数据的录入和分享，欧盟代表在先前的惠益中提到：欧盟的重点是实现信息、科学数据和知识的共享，以及加强培育对遗传资源的科学研究能力。在相关研究工作之后，缔约国应当在公共存储库或数据库中提供环境元数据、分类信息和基因序列数据[29]。这为知识产权和遗传资源信息的录入提供了一个全新的思路。借助于区块链技术中成熟的数据库存储技术和优点，可以直接将缔约国主张的专利技术和海洋遗传资源信息录入至以联盟链为基础的区块链中，并单独设置为一个节点。此区块下的验证工作必须由上述设置的节点来执行，而这些节点执行读取和写入的权限是以国家间为单位，以国家的申请为条件。这些申请并不是无条件的，而是只有在满足联盟链设置的前置性条件时才会自动开启。对于专利技术的前置性条件可以以知识产权的时效性为基础，对于惠益分享信息获取的前置性条件不必过于严苛，确保各个国家可以便利获取即可。同时，遗传资源获取者在联盟链中须标明遗传资源获取地点的地理坐标，并在此平台中以开放使用方式提供样本、数据和相关信息。如此，不仅可以解决遗传资源的信息分享，同时也可以实现对知识产权的保护。

2、联盟链下信息披露问题的完善

对于遗传资源申请专利的过程中，需要披露的信息主要包括以下几个方面：一是专利人应披露其请求保护的智力成果中所使用的遗传资源是来源于何地，二是专利人要对“事先知情同意”的证据进行披露，三是专利人应披露其履行惠益分享义务的证据[30]。发展中国家对知识产权信息披露的初衷在于防止“生物剽窃”现象的出现，以及对域外遗传资源的其他不正当使用行为。但是发达国家对此持反对意见，其反对的缘由在于一旦要求对所涉的信息进行披露，将极大的阻碍有能力申请专利保护的发达国家通过技术申请。将 ABNJ 的 MGRs 专利申请信息披露的要求纳入联盟链的建立中，看似是加大了遗传资源申请专利通过的难度，实际上保障了国际社会对于域外遗传资源的知情权，更有利于遗传资源惠益分享的实现。联盟链下信息披露有两个要点，一是对于遗传资源的来源披露，即 ABNJ 的具体定位。二是宜

[28]姜作利. 试析 WTO 特殊差别待遇规则“硬化”的合理性——发展中国家的视角[J]. 山东师范大学学报(人文社会科学版), 2015, 60(04):68-79.

[29]David Leary. Agreeing to disagree on what we have or have not agreed on: The current state of play of the BBNJ negotiations on the status of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction［J］. Marine Policy，2019，99.

[30]张小勇. 遗传资源的获取和惠益分享与知识产权[M]. 知识产权出版社, 2007:312-314

采取宽松的条件启动信息披露的要求。来源披露可以在共享的数据库中针对特定的遗传资源进行来源信息的录入和核查，而信息披露的条件可以在区块链中单独作为一个专利技术受保护的前置性节点，只有在满足所有的条件之后，才能享受专利权被保护的权利。

3、执行与合规问题的跟踪

执行与合规问题的跟踪，在以知识产权为基础的惠益分享机制中的具体表现就是对MGRs 可持续利用的可视化监测。当前的知识产权保护基本上是在自身的制度体系内运作，其核心宗旨在于促进知识和信息的广泛传播以及经济的发展和科技文化的进步[31]，保护生物多样性以及与之相关的利益攸关方并不在其考量范围内。在 CBD 框架下，知识产权所引发的利益紧张关系尚且能够通过遗传资源提供国和利用国的协商在双边关系中得到处理，国家管辖范围外海域海洋遗传资源利用却真实地面临着无章可循的境况[32]。因此，联盟链下对执行与合规问题进行重点关照则显得尤为必须。因为受制于复杂的地理环境和水文条件，对ABNJ 的 MGRs 的利用阶段的管控和监查成为难题。区块链技术对于数据类型的执行和合规问题的跟踪有着得天独厚的优势，这对于 ABNJ 的 MGRs 来说无疑是一个极好的选择。借助于区块链技术的数据跟踪系统和技术特点，国际法主体在针对 MGRs 的利用和研究中，其所有的勘探和利用行为均会被记录下来，同时以数据载入的方式记录在公共数据库内，接受其他国际法主体的监督。

4、全过程环境监测体系的建立

对国家管辖范围外海域海洋遗传资源的开发利用活动的监测，是环境领域预警原则的体现，也是确保惠益分享实现的重要手段。以联盟链为基础，对于全过程环境监测体系，可借鉴《名古屋议定书》。首先，在区块链中可建立检查节点，以收集和要求使用者提供关于遗传资源利用情况的信息，包括利用前后两方面的信息。这是全过程监测体系建立的第一步，目的就是通过利用前后的信息对比，为环评提供量化标准。其次，督促各缔约方约定分享执行信息的义务，并将相关证据信息在数据库中进行上传和分享。最后，通过鼓励使用高效的交流工具和系统来监测和提供利用遗传资源的透明度[33]，保证信息的足额获取和交流的频次满足可持续发展的需要。全过程环境监测体系的建立，不仅是“海洋命运共同体”理念的具化，更是在坚持遗传资源的特性下，对惠及全人类的遗传资源可持续利用的目标进行固化，进而使得资源的惠益分享机制朝着更加完善的方向发展。

结论

国家管辖范围外海洋遗传资源的惠益分享制度，作为当今 BBNJ 协定国际立法进程中最核心、最具争议的问题，一定程度上预示了国际区域治理的未来发展方向。本文沿着局限分析、模式选择、价值再造与机制实施的线索，针对惠益分机制构建中的焦点问题进行了理清。就目前惠益机制创建的具体分歧而言，固然可以通过规则条文的模糊化处理进而达到回避矛盾的目的，但这势必会将这种矛盾遗留至国际立法中，进而影响相关国际法的实施效果，成为嗣后治理体系中的不稳定因素。目前国际法框架内，ITPGR 模式和《名古屋议定书》模式在各自领域确实发挥了部分作用，但是受制于其固有的局限性，要想将两者直接借鉴适用于 ABNJ 的 MGRs 惠益分享上依然困难重重。鉴于此，要想建立符合 ABNJ 的 MGRs 特点的惠益分享机制，就必须从现实条件出发，兼顾国家间利益协调和需求平衡，考虑机制建设

[31]冯小青. 知识产权法利益平衡理论[M]. 中国政法大学出版, 2006:281-281

[32]吕琪. 国家管辖范围外海域海洋遗传资源利用法律问题研究[D]. 大连海事大学, 2019.

[33]林欢. 国家管辖范围外海域海洋遗传资源获取与惠益分享机制之构建[D]. 中国政法大学, 2017.

的合理性和必要性。本文通过论述知识产权、区块链技术及惠益分享三者之间的关系，就机制构建的可能性和技术性特点进行了论证分析，提出了建立以知识产权为基础、以区块链技术为保障的复合型惠益分享机制，为解决现实矛盾、平息各国纷争提供了选择。虽然区块链技术的发展还处于一个探索和完善阶段，但是其创造性的数据记录和保存方式赋予了其巨大的潜力。因此，应充分重视区块链技术在知识产权和惠益分享中潜在的作用和价值。伴随着区块链技术的进一步发展和政府重视程度的进一步提升，其在以知识产权为基础的惠益分享机制中发挥的积极作用将愈来愈重要，同时也将成为平衡各国利益，平息各国纷争的得力助手。

【参考文献】

[1]https://www.sohu.com/a/447336846_120053911?spm=smpc.author.fd-d.1.161827703625840oCCxPJune 2007, 4.

[2]袁雪, 廖宇程. 国家管辖范围外区域海洋遗传资源获取和惠益分享的制度化建构[J]. 南昌大学学报(人文社会科学版), 2019, 50(05):73-84.

[3]Cohen Harlan. Conservation and sustainable use of marine genetic resources: current and future challenges[R]. United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, Eighth Meeting, 27

[4]https://search.un.org/results.php?ie=utf8&output=xml_no_dtd&oe=utf8&_ga=GA1.2.785054952.1619351642&_gid=GA1.2.1543265332.1619351642&_gat=1&query=2007 年有关海洋和海洋法非正式协商进程的第 7 次会议&tpl=un&lang=en&rows=10, 载联合国官网, 访问时间：2020 年 12 月 21 日.

[5]Cohen Harlan. Conservation and sustainable use of marine genetic resources: current and future challenges[R]. United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, Eighth Meeting, 27 June 2007, 4.

[6]CBD 第 1 条：本公约的目标是按照本公约有关条款从事保护生物多样性、持久使用其组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益；实现手段包括遗传资源的适当取得及有关技术的适当转让，但需顾及对这些资源和技术的一切权利，以及提供适当资金。

[7]Broggiato, A., Arnaud-Haond, S., Chiarolla, C., Greiber, T. Fair and equitable sharing of benefits from the utilization of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction: Bridging the gaps between science and policy. Marine Policy 49, 2014.

[8]陈倩文. 国家管辖范围外海域海洋遗传资源惠益分享机制之构建[D]. 华东政法大学, 2019.

[9]Martins, A., Vieira, H., Gaspar, H., Santos, S. Marketed marine natural products in the pharmaceutical and cosmeceutical industries: tips for success. Marine Drugs 12, 2014.

[10]E. Tsioumani, Beyond Access and Benefit-sharing: Lessons from the Emergence and Application of the Principle of Fair and Equitable Benefit-sharing in Agrobiodiversity Governance, Routledge. Vol, 41(2018), p. 53.

[11]张小勇. 遗传资源的获取和惠益分享与知识产权[M]. 知识产权出版社, 2007:242-243.

[12]刘思竹. 论国家管辖范围外海洋遗传资源的惠益分享制度[J]. 政法论丛, 2020(05):70-82.

[13]金永明. 人类共同继承财产概念特质研究[J]. 中国海洋法学评论, 2005(02):222

[14]Roger Scarlin Chennells. Equitable Access to Human Biological Resources in Developing Countries: Benefit Sharing Without Undue Inducement [M]. Springer, 2016.

[15]李志文. 国家管辖外海域遗传资源分配的国际法秩序—以“人类命运共同体”理念为视阈[J]. 吉林大学社会科学学报, 2018(06).

[16]“共同构建海洋命运共同体”. 新华网, 2019 年 4 月 24 日, http://www.xinhuanet.com/mrdx/2019－04/24/c_138003753.htm，访问时间: 2020 年 11 月 10 日.

[17]柳华文. 推动构建人类命运共同体:法律化及其落实[J]. 厦门大学学报, 2019(06):37-39.

[18]杨泽伟. 新时代中国深度参与全球海洋治理体系的变革:理念与路径[J]. 法律科学, 2019(06):181-182.

[19]金永明. 中国海洋法制度与若干问题概论[J]. 中国海洋大学学报, 2020(05):23-24.

[20]胡斌. 国家管辖范围以外区域海洋遗传资源开发的国际争议与消解—兼谈“南北对峙”中的中国角色[J]. 太平洋学报, 2020, 6.

[21]袁勇, 王飞跃. 区块链技术发展现状与展望[J]. 自动化学报, 2016, 42(04):481-494.

[22]Satoshi Nakamoto. Bitcoin: A Peer－to－Peer Electronic Cash System[EB/OL]. https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.

[23]黄武双, 邱思宇. 论区块链技术在知识产权保护中的作用[J]. 南昌大学学报. 2020(02):72-73

[24]黄武双, 邱思宇. 论区块链技术在知识产权保护中的作用[J]. 南昌大学学报(人文社会版), 2020, 51(02):67-76.

[25]https://baijiahao.baidu.com/s?id=1642515043603953210&wfr=spider&for=pc，载人民网，2018 年 8 月 22 日 08 版.

[26]王中美. 发展中国家的分类争议及特殊与差别待遇的适用[J]. 国际经贸探索, 2020, 36(06):89-100.

[27]姜作利. 试析 WTO 特殊差别待遇规则“硬化”的合理性——发展中国家的视角[J]. 山东师范大学学报(人文社会科学版), 2015, 60(04):68-79.

[28]David Leary. Agreeing to disagree on what we have or have not agreed on: The current state of play of the BBNJ negotiations on the status of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction [J]. Marine Policy，2019，99.

[29]张小勇. 遗传资源的获取和惠益分享与知识产权[M]. 知识产权出版社, 2007:312-314.

[30]冯小青. 知识产权法利益平衡理论[M]. 中国政法大学出版, 2006:281-281

[31]吕琪. 国家管辖范围外海域海洋遗传资源利用法律问题研究[D]. 大连海事大学, 2019.

[32]林欢. 国家管辖范围外海域海洋遗传资源获取与惠益分享机制之构建[D]. 中国政法大学, 2017.

国家管辖范围外海域海洋遗传资源惠益分享复合型机制研究
——基于知识产权和区块链技术

袁雪 马龙*
（哈尔滨工程大学人文社会科学学院 黑龙江哈尔滨 150001）

摘要：国家管辖范围外海域海洋遗传资源的惠益分享问题已经成为正在筹备制定的《联合国海洋法公约》框架下第三个执行协定的重要内容。公平、公正原则作为惠益分享的核心问题，受到了各国的广泛关注。既存的国际法规则和遗传资源的惠益分享机制大都聚焦于国家管辖范围之内，其适用的资源种类亦有区别。对于国家管辖范围外海域海洋遗传资源的惠益分享，因其特殊的地域和法律属性，则要从利益协调和需求平衡的角度出发，考虑机制建设的合理性和必要性。一个公平有效的管理国家管辖范围以外海域海洋遗传资源惠益分享的制度必须考虑到涵盖发展中国家、支持科学研究和保障私营部门投资等多种因素。知识产权制度与惠益分享的结合可以发挥双重的促进作用，一方面，知识产权可以促进惠益的产生，规范分享的进程；另一方面，惠益分享弥补知识产权的先天不足，弥合不同国家的分歧。同时，基于区块链技术与知识产权和惠益分享的关系，在发挥其技术优点的同时，将其融至机制建设的构思之内，从而促进国家管辖范围外海域海洋遗传资源惠益的产生和实施。

关键词：国家管辖范围外海域；海洋遗传资源；惠益分享；知识产权；区块链技术

Study on Benefit-sharing Compound Mechanism of Marine Genetic Resources in Areas Beyond National Jurisdiction——Based on Intellectual Property and Blockchain Technology

Abstract: The benefit sharing of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction has become an important part of the third implementation agreement under the framework of UNCLOS. As the core issue of benefit sharing, the principle of fairness and justice has been widely concerned by all countries. The existing rules of international law and benefit sharing mechanism of genetic resources mostly focus on the scope of national jurisdiction, and the types of resources they apply to are also different. For the benefit sharing of marine genetic resources outside the national jurisdiction, due to its special geographical and legal attributes, we should consider the rationality and necessity of mechanism construction from the perspective of interest coordination and demand balance. A fair and effective benefit sharing system for the management of marine genetic resources beyond national jurisdiction must take into account many factors, such as covering developing countries, supporting scientific research and ensuring private sector investment. On the one hand, intellectual property can promote the generation of benefits and standardize the process of benefit sharing; On the other hand, benefit sharing makes up for the inherent defects of intellectual property rights and bridges the differences between different countries. At the same time, based on the relationship between blockchain technology and intellectual property rights and benefit sharing, while giving full play to its technical advantages, it should be integrated into the idea of mechanism construction, so as to promote the generation and implementation of marine genetic resources benefits outside

[作者简介]袁雪，女，哈尔滨工程大学人文学院法学系副教授，法学博士，硕士生导师。主要研究领域：国际法，海洋法；马龙，男，哈尔滨工程大学人文学院法学系硕士研究生。

the national jurisdiction.

Keywords: Area Beyond National Jurisdiction; Marine Genetic Resources; Benefit-sharing; Intellectual Property; Blockchain Technology

引言

十六世纪初期，“国际法之父”胡果·格劳秀斯（Hugo Grotius）的代表作《海洋自由论》问世。在欧洲海军冲突不断的背景下，格劳秀斯认为，世界海洋（公海）应该是所有人都可以自由进入并共享其中资源的。他的文章在当时并没有受到较多人的认可。然而，《海洋自由论》依然给我们留下了一项珍贵的思想遗产：将海洋视为一种“自由和开放的共同空间和资源”。尽管沿海国家的海洋管辖权在近几个世纪不断扩展，但地球表面的 40%（占海洋表面的 64%）仍然位于不受管辖的公海区域，国际上将该区域称为国家管辖范围以外的海域（Area Beyond National Jurisdiction, 以下简称 ABNJ）。尽管表面看来，格劳秀斯的遗产并没有被慢慢抹去，而是开始运作。他主张自由的支柱在于共享一个共同的领域：ABNJ。目前对这些传统上不受管制的海域进行管制的趋势并不是以一种“老调重弹”的形式出现的，而是在窥到海洋遗传资源（Marine Genetic Resources，以下简称 MGRs）的巨大经济潜力后各国开始主张对该资源的惠益进行分享。

联合国大会 2015 年通过的第 69/292 号决议，决定成立专门的筹备委员会，并承诺各国根据 1982 年《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）制定一项具有法律约束力的国际文书，内容是养护和可持续利用国家管辖范围以外地区的海洋生物多样性（Biodiversity of Area Beyond National Jurisdiction，以下简称 BBNJ），这也是继有关特定鱼类和国际海底区域矿产资源开发的两个执行协定之后的第三个执行协定。同时，原定于 2020 年 3 月在纽约联合国总部召开的 BBNJ 协定谈判第四次政府间大会延期举行。为保持谈判势头，大会主席李陈惠菁于 2020 年 9 月重启会间工作进程。截止 2020 年底，协调员组织各方就获取与惠益分享的模式及其机制安排、传统知识的作用及制度设计等进行了交流讨论。就目前的谈判而言，美日等海洋大国依然坚持建立自由、开放的获取制度，确保海洋科学研究不受阻碍，反对规定强制货币化惠益分享，仅同意建立有关共享海洋遗传资源科研信息与知识的惠益分享制度，同时强调必须注重对基于海洋遗传资源的知识产权保护。与之相对的是，发展中国家要求加强追踪海洋遗传资源获取和利用的全过程，在信息交换机制中建立“一站式”追踪系统并强制通报相关情况[1]，并反对知识产权制度的应用。尽管此次谈判最终顺利收尾，但关于 ABNJ 的 MGRs 惠益分享机制的构建，各方依然未形成统一的意见。

一、现有遗传资源惠益分享机制

当前，包括公海和国际海底区域在内的 ABNJ 逐渐成为国际法发展的新领域。ABNJ 的 MGRs 所蕴涵的丰富的生物和非生物资源，成为药业、农业、化妆品等在内的一系列潜在生物工程发展的重要推手。无论是专注于海洋生物研究的科学界，亦或是围绕生物工程商品化的商业界，都掀起一阵狂热的蓝色淘金浪潮。[2]各个国家围绕 ABNJ 领域利益纷争，国际社会目前未能就 MGRs 的定义和性质形成统一标准。在《生物多样性公约》（the Convention on Biological Diversity，CBD）中，“遗传资源”是指具有实际或潜在价值的植物、动物、微生物或其他来源的任何含有遗传功能单位的材料，该定义排除了不具有遗传功能的衍生物（天

[1]https://www.sohu.com/a/447336846_120053911?spm=smpc.author.fd-d.1.161827703625840oCCxP

[2]袁雪,廖宇程.国家管辖范围外区域海洋遗传资源获取和惠益分享的制度化建构[J].南昌大学学报(人文社会科学版),2019,50(05):73-84.

然产物），《粮食和农业植物遗传资源国际条约》（International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, ITPGR）中对遗传资源的定义中也没有包括衍生物。而《关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》（以下简称《名古屋议定书》）在保留遗传资源定义的同时，又创造了“衍生物”的概念。“衍生物”是指由生物或遗传资源的遗传表达或新陈代谢产生的、自然生成的生物化学化合物，即使其不具备遗传功能单位。[3]2007 年有关海洋和海洋法非正式协商进程的第 7 次会议在讨论 MGRs 的定义时，提出 MGRs 是指所有从海洋生物中提取的遗传材料，包括哺乳动物、鱼类、无脊椎动物、植物、真菌、细菌、古生菌以及病毒。[4]绝大多数的海洋生物属于微生物，它们占据了高达海洋生物总数九成左右，其中新近发现的古生物菌群落占据了海洋生物群落的一半左右。[5]目前来看，ABNJ 的 MGRs 应当指的是主要存在于微生物中的遗传材料，国际社会保护的对象应当是承载着 MGRs 的遗传材料。

科学技术的飞速发展为各国针对 MGRs 的研究提供了便利，但由于技术发展的参差，发达国家和发展中国家在此次蓝色技术革命之间的差距逐渐拉开。因此，广大发展中国家强烈要求变革现有的国际法治理体系，并基于“人类共同继承遗产”的原则，要求建立完善的机制就发达国家利用 MGRs 所产生的的惠益进行分享。CBD 创设了惠益分享的概念，并赋予了其发展的时代意义。需要注意的是，CBD 对于惠益分享定义的明确不是以规范的成文形式进行的，而是通过公约第一条[6]所强调的“公平合理分享由利用遗产资源而产生的惠益”引出了这一概念。目前，国际社会关于遗传资源的惠益分享机制主要表现为两种形式：一种是通过 CBD 制定的“相互约定条件”为代表的双边合同模式；另一种是建立全球多边惠益分享机制。结合 ABNJ 海域 MGRs 的特点和 BBNJ 协定的谈判现状，构建全球多边利益共享机制更适合 MGRs 的开发利用。同时，在目前的国际法框架内，《名古屋议定书》作为 CBD 惠益获取和分享的执行文书，突破了 CBD 的范围，考虑到在无法实现事先知情同意或跨境的情况下，建议建立 MGRs 的多边惠益分享机制，粮农组织颁布的 **ITPGR** 为粮食和农业植物遗传资源的获取和惠益分享建立了一个多边体系。这些制度虽有值得借鉴的内容，但其局限性依然十分突出。

（一）CBD 和《名古屋议定书》模式的局限性

CBD 谈判之初的目的在于通过利用者补偿资源保护成本的提供者，借以经济激励的方式促进遗传资源的养护和可持续利用。[7]CBD 虽创设了 MGRs 惠益分享的概念，但是其对如何利用和如何分享并未作出规定。为了更好地落实 CBD 对遗传资源所产生的惠益进行公正且公平分享利用的目标，从 2004 年开始，经过六年谈判后，缔约方大会第十届会议于 2010 年 10 月 29 日在日本名古屋通过了《名古屋议定书》，该议定书突破了 CBD 的限制，提出

[3] Cohen Harlan. Conservation and sustainable use of marine genetic resources: current and future challenges[R]. United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, Eighth Meeting,27 June 2007,4.

[4]https://search.un.org/results.php?ie=utf8&output=xml_no_dtd&oe=utf8&_ga=GA1.2.785054952.1619351642&_gid=GA1.2.1543265332.1619351642&_gat=1&query=2007 年有关海洋和海洋法非正式协商进程的第 7 次会议&tpl=un&lang=en&rows=10,载联合国官网,访问时间：2020 年 12 月 21 日.

[5] Cohen Harlan. Conservation and sustainable use of marine genetic resources: current and future challenges[R]. United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, Eighth Meeting,27 June 2007,4.

[6]CBD 第 1 条：本公约的目标是按照本公约有关条款从事保护生物多样性、持久使用其组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益；实现手段包括遗传资源的适当取得及有关技术的适当转让，但需顾及对这些资源和技术的一切权利，以及提供适当资金。

[7] Broggiato, A., Arnaud-Haond, S., Chiarolla, C., Greiber, T. Fair and equitable sharing of benefits from the utilization of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction: Bridging the gaps between science and policy. Marine Policy 49,2014.

了为无法实现事先知情同意或跨境的情况创建多边惠益分享机制的建议。《名古屋议定书》的进步在于其明确了资源获取者惠益分享的义务,具体表现为要求资源的使用者对其获取的遗传资源及其嗣后所产生的商业利益进行惠益分享。较之于 CBD,《名古屋议定书》对于惠益分享的机制进行了更为严苛的规定。从而使得发展中国家和发达国家的利益获取趋于平衡。

较为突出的是,《名古屋议定书》第 10 条创造性地提出建立一个“全球性多边惠益分享机制”,其创造性主要体现在:CBD 对于遗传资源的管理和控制区域限定在国家管辖范围之内,此区域下的惠益分享是以“相互约定条件”为基础的,即缔约国履行惠益分享的义务是在遵循事前知晓同意原则下进行的。对于 ABNJ 海域或其他跨境情况下,由于无法及时达到事前知晓并同意的条件,惠益分享实际上成为一个难题。而“全球性多边惠益分享机制”的建立可以完美的解决上述困难。

但《名古屋议定书》关于建立全球多边惠益分享机制的规定仅停留在建言层面,没有就具体制度内容、制度建立、制度实施等方面进行讨论和谈判,也即其仅仅对于建议该机制的必要性进行了论述,对于何时以及如何建立,没有给出明确的承诺。换言之,《名古屋议定书》看到了《生物多样性公约》的不足之处,但是具体操作和细节规定则暂属空白。

(二)ITPGR 模式的局限性

ITPGR 作为继 CBD 之后遗传资源保护和可持续利用的又一重要成果,被认为是 CBD 在食品安全和农业领域的一项特殊法。由此可见,ITPGR 模式在海洋遗传资源管理中具有一定的借鉴意义。然而,如果将这一理念直接应用到 ABNJ 的 MGRs 上,仍然存在一些问题。

首先,ITPGR 模式下适用的遗传资源受到国家主权管辖的限制,而 ABNJ 的 MGRs 不以此限制为前提。对于 ITPGR 的成员国来讲,其国内独特的生长环境决定了植物遗传资源自身的属性和价值,而 MGRs 处于国家管辖范围之外的海域,对于这类遗传资源的获取和研究不受任何特定国家管辖权的限制;其次,ITPGR 模式的适用范围仅限于植物遗传资源。与粮农植物领域不同的是,MGRs 的范围则要更广,其领域内包含的资源无法穷尽式列举。并且,ITPGR 仅在“商业化产品”这一领域中规定了货币性惠益分享义务。但是对 BBNJ 协定来说,需要处理 ABNJ 范围内可能涉及数以百万的所有遗传资源种类[8];最后,ITPGR 模式不承认基于遗传资源而获取的知识产权的应用,同时也限制了缔约国其他可能会对遗传资源的获取造成困难的权利。

同时,为了粮食领域植物遗传资源的养护和可持续利用,ITPGR 设立了一个专门的公共基金。[9]但是截止到目前为止,该基金没有收到任何国家或者机构的捐款。因此,ITPGR 模式下创设的多边惠益分享机制还有待进一步完善,就目前来看,该模式要想直接运用于 ABNJ 的 MGRs,是不可行的。

通过对 ITPGR 和《名古屋议定书》惠益分享模式的分析,可以看出,这两个国际公约都是针对国家管辖范围内所创设的的惠益分享机制。由于国家管辖范围内外遗传资源的性质截然不同,国内外有关遗传资源的其他制度安排亦会存在差异。因此,上述两种多边机制不能直接适用于 ABNJ 的 MGRs。ITPGR 和《名古屋议定书》多边惠益机制设立的初衷是为了平衡发达国家和发展中国家的利益,这是由双方的不平衡地位所决定的:发达国家往往拥

[8]陈倩文.国家管辖范围外海域海洋遗传资源惠益分享机制之构建[D].华东政法大学,2019.
[9]Martins, A., Vieira, H., Gaspar, H., Santos, S. Marketed marine natural products in the pharmaceutical and cosmeceutical industries: tips for success. Marine Drugs 12, 2014.

有先进的生物技术，但缺乏可用的生物资源；发展中国家往往拥有丰富的生物资源，但由于生物开发技术的落后，无法开展相应的活动。ABNJ 的 MGRs 不同于上述法律框架规定的国家管辖的遗传资源。在 ABNJ 开展的活动不受任何主权国家的管辖，获取遗传资源没有“供应国”或“来源国”的说法。对 ABNJ 的 MGRs 利益分享的目的是防止少数具有强大财政实力的发达国家垄断该领域，同时确保发展中国家和欠发达国家也能享受到这种利益，包括货币惠益和非货币惠益。综上，国家管辖范围内的遗传资源惠益分享机制不能直接适用于 ABNJ 的 MGRs，因此有必要完善现有的惠益分享机制，保护各国特别是发展中国家的权益，同时促进遗传资源的开发利用。

二、以知识产权为基础的惠益分享机制

目前，在 BBNJ 谈判进程中，ABNJ 的 MGRs 法律性质问题被持续争论并很难在短期内结束，具体体现为谈判各国在对于该问题的解决均从本国利益出发，分歧依旧明显。借鉴众多国际规模的讨论和谈判经验，短期内就此问题达成一致意见的可能性并不大。尽管如此，各个国家都表现出就其他相关问题继续谈判的热情。其中的一个核心议题就是讨论 ABNJ 的 MGRs 中知识产权的保护和应用问题。发展中国家在第四次预委会讨论期间普遍要求 BBNJ 新国际文书对涉及知识产权中的技术转让与能力建设作出强制性规定，尤其是对于专利技术的获取和使用，应该朝着便于惠益实现的方向发展。发达国家则强调应以养护和可持续利用 BBNJ 为中心目标进行技术转让与能力建设，具体表现为应在同时满足受让国提出请求以及出让国自愿的基础上进行知识产权中的技术转让与能力建设，更加注重对知识产权的保护。因而，在构建 ABNJ 的 MGRs 惠益分享机制的过程中，知识产权的保护便成为必须纳入考虑的重要议题之一。这里需要说明的是，虽然从广义上讲，基于 ABNJ 的 MGRs 产生的知识产权既包括对新产品和新资源的专利申请，也包括对新产品和新资源相关著作的版权等其他形式的保护。但是目前来看，专利申请是整个海洋遗传资源知识产权问题中最广泛、最具代表性的表现形式。因而，下文的研究主要以专利技术为对象而展开。

首先，知识产权是通过授予发明人一定期限和一定范围的垄断权来鼓励技术创新的激励机制。以知识产权为核心的资源开发模式能有效促进惠益的产生，奠定惠益分享的基础。但在实践中，发展中国家认为知识产权往往被发达国家作为获取资源利益的重要武器，阻碍了发展中国家的发展，成为制约“区域”遗传资源公平公正分配的桎梏，从而引起了发展中国家的强烈抵制。知识产权最基本的内涵是平衡利益，即在发明人和公众之间寻求最理想的利益分享方式。因此，针对 ABNJ 的 MGRs 惠益分享机制的构建，正确有效地实施知识产权，需要着重解决私权与公权的矛盾和发达国家与发展中国家之间的利益平衡问题。只要不对开发者的利益片面保护，不忽视发展中国家的正当利益，正确有效的实施知识产权制度，不仅不会与 MGRs 本身的法律属性相冲突，而且还能在一定程度上促进惠益分享的实现。基于此，笔者认为，知识产权制度对于鼓励 ABNJ 的 MGRs 的开发至关重要，为该地区遗传资源的效益生产和惠益分享奠定了重要的基础。

（一）知识产权适用的依据

将知识产权制度纳入海洋遗传资源开发机制建设中，必须明确知识产权对海洋遗传资源的适用性，即知识产权是否与《公约》相抵触。联合国大会就此问题作了专题报告，提出了三个问题：知识产权是否构成对“区域”的主张、知识产权是否与海洋科学研究的目的相冲突以及知识产权是否妨碍了海洋信息的传播。

首先，知识产权不构成对“区域”的主张。有学者认为知识产权从性质上讲是一种排他性的私人权利，其与《公约》第一百三十七条规定的禁止在“区域”内提出任何主张相抵触。

[10]根据《公约》第一百三十七条，禁止权利主张的主体包括任何国家、自然人和法人，客体包括“区域”的任何部分或其中的资源。而知识产权作为一种以私权为保护对象的法律制度，其适用的范围仅限于自然人和法人。因此，根据禁止规则，与知识产权有关的禁令只有一种，即禁止任何自然人或法人侵占“区域”的任何部分或其资源，《公约》对这种侵占行为不予承认。知识产权（专利）保护的客体是人类所创造的具有实用性、新颖性和创造性的智力成果。但 MGRs 不是人类创造的，尽管它可能具有实用性和新颖性的属性，但无论是遗传资源本身，还是从中提取的 DNA 片段或序列都是天然产物。纯粹的提取或者发现行为是不具有创造性的，不能作为授予知识产权（专利）的条件，也就不构成对“区域”的任何主张。此外，知识产权的排他性保护具有时效性，时效期满后其负担将解除。因此，知识产权的占有对象不包括“区域”或其资源的任何部分，也即不构成对“区域”的任何主张。

其次，知识产权与海洋科学研究并不冲突。现有国际社会中，部分发展中国家认为，在知识产权中独占使用海洋环境及其资源违反了《公约》第 241 条的规定。《公约》第 241 条指出，不承认海洋科学研究活动为任何权利主张的法律依据，海洋科学研究活动不应构成对海洋环境任何部分或其资源的任何权利主张的法律依据。从该条不难看出，第 241 条旨在禁止运用先占理论限制海洋科学研究对环境和资源的占有，从而保障他国进行海洋科学研究的权利。从性质上来说，知识产权不属于优先购买权理论的范围，与《公约》第 241 条并不冲突。同时，从知识产权的角度而言，它保护的是人类创造的、具有独创性的智力成果，而不是海洋科学研究活动，也不包括海洋环境及其资源的任何一部分。因此，知识产权的应用与海洋科学研究实际上并不存在冲突。此外，也有学者认为，知识产权的私权属性与海洋科学研究为全人类谋利益的目的是不一致的。这种理论依然是站不住脚的，因为知识产权激励理论是以功利主义为基础，以社会福利最大化为最终目标的，这与海洋科学研究的目的不谋而和。因此知识产权可以作为一种激励理论作为促进公共知识产品生产，增加社会知识产品总量，从而提高全社会福利的一种激励手段。

最后，知识产权与海洋信息的传播亦不矛盾。知识产权的排他性被认为是阻挡海洋信息传播的障碍，因此与《公约》的宗旨相抵触。然而，通过对知识产权属性的分析，我们不难发现，知识产权为权利人设置的排他性壁垒只是静态地将特定信息与公共领域隔离开来。这种暂时的隔离只会减缓信息的传播，并不会阻碍信息的传播。从本质上讲，知识产权的排他性及其激励功能，可以有效地促进相关技术或产品的产生和积累。而知识产权的共享和传播属性最终会促成信息的大规模螺旋式扩张。此外，知识产权的排他性是有条件的，这不同于绝对排他性和无限垄断性。知识产权的强制许可在限制专有权的同时，注重保护信息的公共使用。同时，知识产权的时效性允许特定信息在时效期满后由公共共享。因此，知识产权制度不仅不会妨碍海洋信息的传播，在一定程度上反而会起到促进作用。

（二）知识产权制度与惠益分享机制的互补作用

将知识产权与惠益分享机制融合，其实质是利用知识产权的属性而达到惠益分享的目的。但是需要注意的是，二者之间并不存在主次关系上的区分，而是以一种类似静态平衡的互补形式存在的。换言之，若要更好的发挥以知识产权制度为基础的惠益分享机制的作用，就必须对二者的互补关系进行理解，这也是该制度在 ABNJ 的 MGRs 利用和保护中得以运行的前提。

[10]E. Tsioumani, Beyond Access and Benefit-sharing: Lessons from the Emergence and Application of the Principle of Fair and Equitable Benefit-sharing in Agrobiodiversity Governance, Routledge.Vol,41(2018),p. 53.

知识产权是惠益产生的手段，惠益分享是知识产权的目的

将知识产权制度纳入 MGRs 的开发建设之中，并不是在特定区域内划分出一小部分归产权人单独享有，而是给予其一定自由发挥的空间。在该空间内，产权人的行为暂不受外部势力的干扰，从而借助于技术手段不断扩大 MGRs 的价值，刺激利益的产生，促使惠益的分享朝着更广、更优的方向发展。从这个意义上看，知识产权制度是作为惠益产生的手段而存在的。同时，伴随着科学技术的迅速发展，惠益的产生和分享逐渐趋于同步。知识产权的时效性决定了所涉专利技术的“垄断地位”并不是持续存在的，也即在对 ABNJ 的 MGEs 的开发利用过程中，知识产权的最终目的依然是扩大受益的范围，实现惠益的分享，而不是单纯的保护技术持有人的利益。

2、知识产权促进惠益的产生，规范分享的形式

较之于其他地区，ABNJ 海域复杂的地理状况和极端的深海环境，决定了该地区遗传资源的科学研究是一项艰巨的工程，其投入成本高、耗费时间长、投资风险大。知识产权作为一种合法的“垄断”措施，可以授予开发者一项无形的权利。基于这项权利，无论是以海洋研究为对象的科学界，还是围绕生物工程商业化的商业界，均可以在获取海洋遗传资源的基础上促进利益的产生，实现投资的平衡。因此，若缺乏相应的激励机制，会使得科学研究的动力匮乏，很难有效地促进研究项目的持续发展。同时，需要明确的是，对于 MGRs 惠益的分享既不是简单的要求将其衍生的利益在全球范围内进行平均分配，也不是仅要求发达国家向发展中国家进行技术指导即可。惠益分享的内容既包括货币性利益还包括非货币性利益，分享的过程需要制定一套科学而规范的流程，从制度上保障全人类的利益共享。因遗传资源的开发利用而产生的包括有形与无形的财富需要在全人类之间进行分配，而知识产权一系列成熟的制度可以为该种惠益提供最强有力的分配，规范分享的形式。[11]

惠益分享弥补知识产权的先天不足，弥合不同国家的分歧

目前来看，发达国家和发展中国家对于 ABNJ 海域 MGRs 的开发和利用存在严重的两极分化。发达国家凭借技术手段的优势，将利益获取的主动权牢牢把握在自己手中，而发展中国家受制于科学技术的短板只能望洋兴叹。因此，若仅承认知识产权制度，无疑是阻断了发展中国家获得利益的可能性，而发达国家将凭借着技术优势独享整个区域的利益。而以惠益全球为目的的分享制度将会有效的弥补知识产权的先天不足，杜绝此类现象的出现。具体而言，知识产权作为一种合法的“垄断”措施，具有时间性的属性。也即知识产权的“垄断”只会持续一定的时间。超过该特定的时间以后，该项权利将会以分享的名义进入公共领域，不再归属于个体。这样一来，既满足了发达国家在“垄断期”内独享开发利益的目的，同时又确保了后期的利益能够惠及到更多的发展中国家和欠发达国家，从而弥合了不同国家的分歧，实现了实质意义上的惠益分享。

（三）以知识产权为基础的惠益分享机制的价值再造

从文章讨论的惠益分享机制自身的内涵和实质出发来看，还有一个必须要明确的问题就是惠益分享机制的价值理论问题，这不仅是惠益分享机制构建的理论基础，同时也是证明惠益分享机制正当性和可行性的基础。学术界目前关于该问题的看法集中在以“人类共同继承财产”理念为环绕的主张中。因此，该理念与惠益分享机制的融合问题也就成为本文的重点研究对象。

1、人类共同继承财产理念的认识与反思

[11]张小勇.遗传资源的获取和惠益分享与知识产权[M].知识产权出版社,2007:242-243

“人类共同继承财产”的概念起初是针对月球和其他天体及其资源而提出的。随后，这一原则逐渐被移植到了海洋法领域。1970 年联合国大会第 2749 号决议《关于国家管辖范围以外海床洋底及其底土的原则宣言》明确承认了这一原则。但此时该原则的适用范围仅限于矿物资源[12]。从文义解释的角度来看，人类共同继承财产原则的首要特征为“共同共有”，即此种特殊的所有权方式下，共有人对于共同财产享有平等的权利，权利的行使须建立在共有人一致同意的基础上，而不能由个体单独行使。[13]

对比国内外研究文献，笔者认为，在海洋法方面，该原则一般被视为反映了以下四个关键要素：(1)禁止侵占；(2)共同管理；(3)效益分享；(4)和平利用。其中，将所有人类视为一个整体去考虑是这四个关键要素的共同要义。不难看出，该原则除了蕴含的财产属性外，还包含了一定的伦理属性，即“人类共同继承财产”原则不仅要求针对区域资源的利益进行分享，更要保证这种分享朝着科学性和可持续性的方向发展。

但是，该原则在 BBNJ 协定谈判中面临着若干问题。首先，人类共同继承财产原则除了表述上直接运用了财产归属概念外，其在国际法实践中又具体表现为国际海底管理局平行开发模式，容易使人产生其以直接、普惠的货币性分配为主要内容和实现方式的认知，再加之概念本身的模糊性，使许多国家对其适用的确定性产生了疑虑，这使得该原则很难扩展其未来的适用范围[14]。其次，随着国际实践的不断深入，各个国家对于“人类共同继承财产”原则的争论全都集中在经济利益的争夺上，极大加深了“财产属性”的深度，使得“伦理意义”与可持续利用的的初衷渐行渐远。

随着 BBNJ 协定谈判的深入，以及“人类共同继承财产”原则在国际海底矿产资源实践中的重重困难，越来越多的学者开始将注意力转移到该原则是否可以完全适用到 ABNJ 的 MGRs 上来。有学者认为，若要在 BBNJ 协定的谈判中继续坚持使用该原则，就必须对现有的原则进行大幅度改进，将该原则追求的理论目标从经济属性的桎梏中转移到经济价值和伦理价值的兼顾上来，从而平衡发达国家和发展中国家的利益纠纷。也有学者提出以人类命运共同体理念为视阈和价值内核引导国家管辖外海域遗传资源分配的国际法秩序的构建[15]。这些主张的共同之处在于：若要将该原则直接适用于 ABNJ 的 MGRs，就必须对“人类共同继承财产”原则进行扬弃，在强化伦理价值的同时，还应平息因利益分享不均而引起的国家间的争议，从而得到各个国家的广泛认同。因此，针对 ABNJ 的 MGRs，有必要在承认“人类共同继承财产”原则基本价值的同时，还应引入更为适宜的高位阶指导理念，从而更好的服务于惠益分享的终极目的。

2、“海洋命运共同体”理念的引入

2019 年 4 月 23 日，习近平在青岛集体会见应邀出席中国人民解放军海军成立 70 周年多国海军活动的外方代表团团长时，首次提出“海洋命运共同体”重要理念。[16]“海洋命运共同体”既是对人类命运共同体理念的丰富和发展，又是人类命运共同体理念在海洋领域的

[12]刘思竹.论国家管辖范围外海洋遗传资源的惠益分享制度[J].政法论丛,2020(05):70-82.
[13]金永明.人类共同继承财产概念特质研究[J].中国海洋法学评论,2005(02):222
[14] Roger Scarlin Chennells. Equitable Access to Human Biological Resources in Developing Countries: Benefit Sharing Without Undue Inducement［M］.Springer,2016.
[15]李志文.国家管辖外海域遗传资源分配的国际法秩序—以“人类命运共同体”理念为视阈[J].吉林大学社会科学学报,2018(06).
[16]“共同构建海洋命运共同体”.新华网，2019 年 4 月 24 日,http: / /www.xinhuanet.com /mrdx /2019－04 /24 /c _138003753.htm，访问时间: 2020 年 11 月 10 日.

具体实践[17]。从时代意义上看，海洋命运共同体既是利益共同体、责任共同体，也是命运共同体。人类需要共同面对和处理在海洋领域面临的信任赤字、和平赤字、发展赤字和治理赤字。

国际法治的上述挑战与任务也同样体现在全球海洋治理的现实中。现有海洋治理主要建立在地缘政治概念的基础上[18]。《公约》根据陆地到海洋由近及远的原则，将海洋这一自然意义上的整体的概念划分为法律意义上不同的海域，相应的规定了若干的权利和义务。由此带来的后果就是距离陆地越远，权属的划分和利益的归属就愈模糊，国际法规则的治理功能就愈有限。近年来我国在海洋领域受到他国的法律挑战，很大一部分就归因于毗连区和专属经济区制度中一些重要问题和术语的模糊性[19]。对于 ABNJ 来说，模糊性的问题就愈发的凸显。国际社会主体所主张的协调开发和惠益分享的若干原则，在缺乏统一的治理机制的前提下，始终处于独立运行的碎片化状态，并没有形成体系化的治理理念。相比于 MGRs 的开发和利用，我们首先需要解决的就是从意识层面上对其价值理论达成一致。

3、“海洋命运共同体”与惠益分享机制的契合

“海洋命运共同体”的要义不仅在于权利与利益，也在于伦理。因为在地缘政治共生性与未知性的前提下，保证 ABNJ 的 MGRs 的获取和惠益分享一定程度上成为了一个政治问题，而这就需要突破权利和利益的羁绊，上升到伦理层面。“海洋命运共同体”理念的内涵在于搭建国际合作的平台，促进国际合作的形成，防止海洋强国对域外海洋资源的掠夺，并兼顾发展中国家的海洋权益，保证海洋资源的可持续利用。“共商、共建、共享”作为海洋命运共同体理念中的核心原则与治理观，一定程度上决定了“海洋命运共同体”与惠益分享机制的完美契合。

首先，“共商、共建、共享”原则的非私有属性奠定了惠益分享的基础。目前，在全球化以及科技的进步的背景下，各个国家及其人民的生产与生活直接或间接地与海洋联系起来，越来越多的国家直接参与或间接卷入海洋事务。事实上，在各个阶段，发达国家和发展中国家的利益矛盾主要集中在对于海洋权益的主张方面。对于 ABNJ 的 MGRs 而言，资源的获取和利用不具排他性，惠益分享的前提是需要打破任何国际社会主体的独享要求，转而以“共商”的名义对各方主张的利益进行协调。同时，这种协调不应当由发达国家主导，而是需要在“共建”的基础上进行协商与调和，并达到“共享”的最终目的。这是惠益分享的原则要求，同时也是国家间利益平衡的基础。

其次，“共商、共建、共享”原则有助于实现经济利益和伦理价值的平衡。在 BBNJ 框架下，共享是遗传数据共享、共同参与、能力建设、技术转让等非货币惠益分享方式和货币惠益分享方式的整体性概念，而非纯粹经济意义上的财产分配。在目前的谈判中，货币惠益分享是在发展中国家对前者无法得到具体承诺时可能的替代选项[20]。但是简单的货币惠益分享无法涵盖 MGRs 的全部范围，进而加剧发展中国家在整个惠益分享中的不平等地位。因此，整合货币和非货币惠益分享方式则显得十分必要。“共商、共建、共享”原则下，MGRs 的惠益分享不再区分货币和非货币形式，而是以国家间共同利益为基础，以提取国家间共同协商的公约数为目标，淡化了“财产属性”的深度，转而使得该原则下的伦理意义得到了深

[17]柳华文.推动构建人类命运共同体:法律化及其落实[J].厦门大学学报,2019(06):37-39.
[18]杨泽伟.新时代中国深度参与全球海洋治理体系的变革:理念与路径[J].法律科学,2019(06):181-182.
[19]金永明.中国海洋法制度与若干问题概论[J].中国海洋大学学报,2020(05):23-24.
[20]胡斌.国家管辖范围以外区域海洋遗传资源开发的国际争议与消解—兼谈“南北对峙”中的中国角色［J］太平洋学报,2020,6.

化，这种“伦理意义”就体现在国家间对于 ABNJ 的 MGRs 利益的主张由原先的不可调和到共同议定的转变。

最后，“共商、共建、共享”原则蕴含的可持续性理念是其他理念所无法匹及的。可持续发展是“共商、共建、共享”的目标，也是指导这三个原则实践的具体标准。对于 ABNJ 的 MGRs 而言，惠益分享的要义不在于权利的一次性用尽，而在于权利的不间断获取，即保证资源的利用朝着可持续性的方向不断前进。“人类共同继承财产”原则下，资源本身的可持续性被严重忽视，资源的“财产属性”却被反复提及并逐渐被默许成为了资源利用的代名词，这严重背离了和平利用和惠益分享的初衷。“共商、共建、共享”原则要求对于包括海洋资源在内的任何资源，保证其可持续利用是享受权利的重中之重，同时该原则也由起初的理念倡议逐步发展为国家间的行为共识，这一定程度上为“海洋命运共同体”理念的引入奠定了基础。

总而言之，相比于“人类共同继承财产”原则，“海洋命运共同体”理念更能契合以知识产权为基础的惠益分享机制的价值需要，更容易突破权利和利益的羁绊，进而丰富各国在海洋领域的实践，促进国际合作的形成，保证海洋资源的可持续利用。

三、以区块链技术为保障的惠益分享机制

互联网近年来的迅猛发展及其与物理世界的深度耦合与强力反馈,已经根本性地改变了现代社会的生产、生活与信息共享模式，各领域及各行业逐步形成了现实物理世界-虚拟网络空间紧密耦合、虚实互动和协同演化的平行社会空间，催生了“互联网+”和工业 4.0 等一系列国家战略。[21]而这一系列战略的背后，是靠数以万计的数据统计和数据分析支撑起来的。这对信息存储和整合提出了更高的要求。区块链技术作为下一代云计算的雏形，以其对信息计算和存储的颠覆性创新，被应用至各个领域，并逐步成为促使价值和利益最大化的重要推手。惠益分享的信息作为惠益分享机制构建的核心，一定程度上决定了惠益能否实现的最终目标。在区块链技术发展日益兴起的背景下，若能协调好区块链技术与惠益分享和知识产权保护之间的关系，就能为 ABNJ 的 MGRs 惠益分享机制的建设提供一个良好的契机，并最终实现惠益分享的终极目标。

（一）区块链技术及其特点

区块链（ Blockchain）的起源主要始于比特币的出现，系比特币背后所代表的一项底层技术。2008 年 11 月，一个化名为中本聪的网络极客在网络上发表了一篇论文《比特币白皮书：一种点对点的电子现金系统》。在该文中，中本聪巧妙地将哈希函数、 分布式账本、共识机制以及非对称密码等技术结合在一起，形成了一套完善的电子货币产生、支付、记账的系统，并将这一独特的记账系统称为区块链（Blockchain）[22]。区块链技术带来的去中心化信任平台，对于许多之前必须依赖第三方机构才能正常运行的行业来说，是一种全新的变革，因为这些行业可以不再依赖第三方机构，只需通过技术手段解决相应的信任问题，构建一个以信任为基础的安全、快速、自动匹配的数据网络平台，来从事业务活动[23]。

综合现有的研究资料，我们可以将区块链理解为一个具有时序性的巨大网路帐簿或一个去中心化的资料库，它由所有参与的节点共同维护。简言之，区块链技术是一种不依赖第三方，并通过自身分散式节点进行网路数据的存储、验证、传递和交流的一种技术。而从财务

[21]袁勇,王飞跃.区块链技术发展现状与展望[J].自动化学报,2016,42(04):481-494.

[22] Satoshi Nakamoto.Bitcoin: A Peer－to－Peer Electronic Cash System［EB/OL］.https: / /bitcoin.org /bitcoin.pdf.

[23]黄武双,邱思宇.论区块链技术在知识产权保护中的作用[J].南昌大学学报.2020(02):72-73

会计的角度来看，区块链技术是一种分散式开放性去中心化的大型网络帐簿，任何人在任何时间都可以采用相同的技术标准加入自己的资讯，延伸区块链，持续满足各种需求带来的资料记录需求。基于上述观点来看，区块链可以说是创造一个大家都可以信任，且可以不断延伸的具时序性网络帐簿及资料库的超级机器。

在现行的区块链技术发展背景下，我们可以将其特性归纳为如下六个方面：

1. 去中心化：区块链透过各节点，共同维护一个大型分散式网路帐本，达到完全自主运作机制，不仅可避免以往中央资料库有被入侵之风险，更可省去中介机构，降低交易成本。

2. 安全性：区块链分散式储存的特性，使得资讯一旦写入便无法修改，除非能掌控超过系统上半数以上节点才能更改数据，而这在目前几乎不可能达到，亦即区块链资讯无法被窜改。

3. 资讯透明：所有区块链上的资讯，除了交易方的私有讯息加密之外，其余的资讯可以在系统的公开平台进行查询，任何人都可以透过公开的界面查询区块链数据及开发相关的应用，因此整个系统资讯呈现高度透明的特点。

独立性：整个区块链系统系基于协商一致的规范和协议建立而成，不依赖第三方中介机构，所有节点能够在系统内自动安全地验证、进行资料交换，毋须任何人为的干预。

可程式化：区块链可以自动履行基本业务逻辑，建立智慧合约。

6. 成本与资产效率：区块链可以催生低成本与高资产效率的商业模式。

（二）区块链技术与惠益分享机制的关系

鉴于区块链技术的特点和优势，将区块链技术引入至惠益分享机制建设之中大有裨益。而引入的首要前提是需要解决区块链技术和惠益分享机制的融合问题，也即区块链技术可以以何种方式对惠益分享机制建设产生影响。

首先，区块链技术对惠益分享机制建设的影响，体现在其对 MGRs 信息的整合与分享上，尤其是对于惠益分享信息可信性的影响和确定。在经过了信息革命之后，当下社会已实际上转变为“二进制社会”，该背景下对于信息整合的要求越来越严苛。对于 ABNJ 的 MGRs 而言更是如此。惠益信息的分享和整合应当是惠益分享机制建设的重中之重。区块链技术记录存储的就是一种信息，区块链技术的核心特点在于通过技术手段来保证其存储信息具有可信任性。首先，区块链技术的去中心化，将存储的信息分布在多个不同的节点，防止单一节点存储信息被篡改，从而保证了信息的可信性；其次，区块链技术的不可篡改性，通过哈希函数将数据区块以链状方式连接，同时确保了每一个区块存储的信息稳定不被篡改，强化了存储信息的可信性[24]。

其次，区块链技术对惠益分享机制建设的影响，还表现在对惠益分享行为的监督和管控上。为了固守既有利益，发达国家对于 MGRs 的惠益分享的态度，依然以格劳秀斯所提出的“公海自由”原则为基础，强调自身科技水平的发展应与利用 MGRs 的自由相匹配。这无疑加剧了其与发展中国家间的矛盾。囿于自身科学技术水平的不足，发展中国家则强调要缩小技术水平差距，就必须要求发达国家对于其技术信息和有关 MGRs 的信息都要真实的分享出来。而区块链技术存储的数据具有公开透明性的特点，其将所有存储信息和对信息的操作都在各节点存储记录，保证信息对各节点公开，增加了惠益分享行为的透明性，有利于实现对惠益分享行为的监督。同时，基于区块链技术对存储信息的可追溯性，采用只增不减的方式变动存储信息的内容，确保各类惠益分享的信息都可以查询追溯，不仅有利于发展中

[24]黄武双,邱思宇.论区块链技术在知识产权保护中的作用[J].南昌大学学报(人文社会版),2020,51(02):67-76.

国家对新兴技术的获取和使用，保障了惠益分享信息的可操作性，同时这种信息的可操作性是建立在发达国家享有相应的专利权基础之上的，也即发展中国家对于存储信息的操作和利用是在发达国家享有专利之后才可以有效进行的，这从另一个角度平衡了双方的利益需求，缓和了双方之间的矛盾。

总而言之，区块链技术的核心在于构建信任，通过各种技术手段的精妙组合，以保证惠益分享信息的可信性（这里的信息不仅包括区域外的生物和非生物资源的信息，同时还应包括发达国家主张的知识产权的客体信息，这部分在后文还会论述，此处不再赘述）。因此，区块链技术和惠益分享制度天然存在联系。一方面，利用区块链技术可以保障存储在区块链中的信息客体内容的真实可信性，因而对惠益信息的分享起到一定的帮助作用；另一方面，区块链技术还能准确记录各类对信息的操作，从而为国家间侵权行为的判定提供可信证据。因而，利用区块链技术的信息可信性，发挥其积极功能并开发相关应用，可以在惠益分享机制建设中发挥举足轻重的作用。

区块链技术与知识产权保护的关系

在将区块链技术融进以知识产权为基础的惠益分享机制建设中，另一个亟需理清的问题就是区块链技术与知识产权保护之间的关系。也即区块链技术将会以何种方式实现对知识产权的保护。这主要表现在两个方面：区块链技术对知识产权的确权作用和侵权证明作用。

1. 区块链技术对知识产权的确权作用

区块链技术所具有的去中心化特征，可以有效解决各国之间对于专利文献数据库的信任问题。利用区块链技术，每个国家或地区的专利文献库可自然设置为一个节点，形成一个以联盟链结构形式[25]组成的区块链数据库，当然，这一设置有赖于各国基于对技术标准认可后的接入。对于专利权确权，基于区块链技术中联盟链结构构建的统一专利文献库，不但可以有效解决各国之间的信任问题，而且能使各国存储的专利文献数据同步更新，提升专利确权中审查的效率和准确性。因此，区块链技术在专利权领域的应用，基于区块链而建立的统一专利审查数据库，可因信息可信性消除专利权地域特征所带来的各国之间的信任问题，助力专利确权审查，提升专利确权效率。

区块链技术对知识产权侵权的证明作用

在知识产权侵权证明中，区块链技术不仅可以构建一个便于追溯专利侵权行为的网络空间，而且区块链技术与电子证据存证和物流网络的结合应用，也能分别在专利权侵权领域发挥积极的辅助证明作用。基于区块链技术的网络平台，可以利用其可追溯性及信息的不可篡改性强化对侵权行为的追溯。 在基于区块链技术形成的网络平台上，专利侵权人实施的侵权行为都会被精确记载在区块链数据区块中并且不可被删除和修改；加之时间戳的可信任性，其实施行为的时间也可以精确追溯。因此，在该网络平台实施的专利侵权行为，其侵权证据可以轻松地从区块链数据区块中找到，并由于技术上所具有的不可篡改性，使得这些证据具有可信任性而具备证据能力。

四、复合型惠益分享机制的实施

国家管辖范围外的海域具有极强的特殊性，该海域内不会受到任何主权国家的干涉和权利要求。目前，发达国家和发展中国家的利益冲突，集中表现在 MGRs 专利技术的保护和使用上。惠益分享的目的是为了让基于海洋遗传资源而产生的惠益涉及到更多的国家。发达

[25]区块链依照其开放权限之不同可区分为公有链、私有链与联盟链。联盟链相较于私有链来说较可避免区块被修改的风险，相较于公有链来说则较具隐私性。本文探讨的以区块链技术为保障的惠益分享机制是建立在联盟链基础之上的。

国家凭借发达的技术条件在惠益的获取方面已远远领先于发展中国家。基于此，在惠益分享机制的实施中，更需要注重对发展中国家的利益保护。现有的国际法法律体系框架内，WTO法律体系中的“特殊差别待遇规则”（ Special and Differential Treatment Principle，以下简称 SDT 原则）作为 WTO 涵盖协定中不可分割的一部分，旨在授权发达国家成员为发展中国家成员提供背离 WTO 多边贸易体系中由最惠国待遇和国民待遇原则代表的无歧视原则，以帮助发展中国家成员进行能力建设和发展经济。该原则所蕴含的理念与惠益分享的目的不谋而合，同时也为惠益分享机制的实施提供了一个具有普适性和协调性的指导原则。

（一）复合型惠益分享机制的指导性原则

1、SDT 原则的内涵与实质

SDT 原则的实质是允许发展中成员背离 WTO 最惠国待遇原则，在非对等的基础上承担义务。它体现了国际经济法上的公平互利原则，也是对实质平等的追求，是对传统平等互利原则的发展。SDT 原则既包括对发展中成员的“差别待遇”，同时这种差别不应该是歧视性的，而是要比发达成员在 WTO 协定中享有更为广泛的“优惠”的待遇，“差别”和“优惠”二者是统一在一起的。

建立“特殊与差别待遇”制度安排的实质是为了维护发展中国家的发展利益，协调不同经济发展水平国家之间的差异，保证发展中国家在国际贸易增长中获得应有份额，确保国际贸易规则相对公平。这是“特殊与差别待遇”的法理学和经济学基础。“特殊与差别待遇”包含一些维护发展中国家发展利益和空间的特殊规定，是世界贸易组织成员考虑到发展中国家特殊需要所作的努力，反映了世界贸易组织及其前身关贸总协定在提高人类生活水平、保证充分就业、扩大生产贸易、有效利用世界资源等方面的良好愿望，有利于实现世界经济公平发展。历史上，发展中国家通过提供廉价原材料等方式，为世界经济发展作出过重要贡献。现实中，通过“特殊与差别待遇”促进发展中国家经济发展，可以给发达国家带来更多商业机会，体现了以当期优惠换取后期开放的互惠原则，符合包括发达国家在内的世界各国的长远利益。[26]

SDT 原则在复合型惠益分享机制中的指导作用

对于发展中国家而言，惠益分享的首要目标就是要缩短与发达国家之间的技术差距，平衡双方之间的利益需求。在以知识产权为基础、以区块链技术为保障的复合型惠益分享机制中，发达国家和发展中国家的利益平衡则集中体现在对专利技术的获取和使用上。因此，此背景下就 SDT 原则的内涵而言，要实现实质平等的发展要求，就要保证发展中国家在相关专利技术的使用是上不会存在过多障碍。但是这种专利技术上的获取和使用并不是无条件的。一味的强调发展中国家的利益，就有可能导致发达国家的强烈抵制，从而不利于技术的交流和惠益的实现。同时，发展中国家也明白，要想扭转其在海洋遗传资源利用和惠益分享中的边缘化趋势，不能一味的依赖 SDT 原则，而是应该对 SDT 原则的使用进行合理限制，适当的做出一些互惠承诺，以促进经济的发展，增进贸易利益。[27]尽管发达国家在 ABNJ 关于 MGRs 的研究和利用中起着主导作用，但发展中国家并不是完全被动，甚至毫无作为的。在 SDT 原则的指导下，发展中国家可以从以下三个方面争取其在惠益分享机制中的利益。首先，发展中国家要加强团结，积极参与惠益分享规则的制定。在世界贸易组织中发展中国家占绝大多数，与发达国家相比具有数量上的优势，发展中国家应充分利用这一优势，

[26]https://baijiahao.baidu.com/s?id=1642515043603953210&wfr=spider&for=pc，载人民网，2018 年 8 月 22 日 08 版.

[27]王中美.发展中国家的分类争议及特殊与差别待遇的适用[J].国际经贸探索,2020,36(06):89-100.

尽可能协调相互的立场，加强集体谈判能力和参与决策的能力，维护共同的利益；其次，要促进 SDT 框架协议的达成，以专门协议的方式固化双方之间的合作。这样的协议不仅可以管理现有的惠益分享的相关条款，同时也可以为未来惠益条款的制定提供指导；再者，就是要督促现有 SDT 条款的“硬化”。[28]具体来说，就是发展中国家应该坚持修改或取消现有 SDT 条款中所包含的“最佳努力”条款，尽量避免使用“尽可能考虑”、“优先考虑”等模棱两可的措辞。通过明确权利义务的方式落实使一些对发展中国家有利的条款具有法律约束力和执行力。

（二）复合型惠益分享机制实施的要点

随着国际社会规范的逐步完善，“公海自由”也会逐步发展为一种“相对”的自由。在坚持以 SDT 原则为指导的前提下，复合型惠益分享机制的实施可以成为平衡国家间有关 ABNJ 海洋利益冲突的试金石。在解决了知识产权、区块链技术与惠益分享之间的协调性问题之后，机制实施的有效性成为机制构建的重中之重。基于此，在以知识产权为基础、以区块链技术为保障的复合型惠益分享机制中，须从以下四个方面入手，构建机制运行的框架，进而保障机制实施的有效性。

1、知识产权和海洋遗传资源信息的录入

关于数据的录入和分享，欧盟代表在先前的惠益中提到：欧盟的重点是实现信息、科学数据和知识的共享，以及加强培育对遗传资源的科学研究能力。在相关研究工作之后，缔约国应当在公共存储库或数据库中提供环境元数据、分类信息和基因序列数据[29]。这为知识产权和遗传资源信息的录入提供了一个全新的思路。借助于区块链技术中成熟的数据库存储技术和优点，可以直接将缔约国主张的专利技术和海洋遗传资源信息录入至以联盟链为基础的区块链中，并单独设置为一个节点。此区块下的验证工作必须由上述设置的节点来执行，而这些节点执行读取和写入的权限是以国家间为单位，以国家的申请为条件。这些申请并不是无条件的，而是只有在满足联盟链设置的前置性条件时才会自动开启。对于专利技术的前置性条件可以以知识产权的时效性为基础，对于惠益分享信息获取的前置性条件不必过于严苛，确保各个国家可以便利获取即可。同时，遗传资源获取者在联盟链中须标明遗传资源获取地点的地理坐标，并在此平台中以开放使用方式提供样本、数据和相关信息。如此，不仅可以解决遗传资源的信息分享，同时也可以实现对知识产权的保护。

2、联盟链下信息披露问题的完善

对于遗传资源申请专利的过程中，需要披露的信息主要包括以下几个方面：一是专利人应披露其请求保护的智力成果中所使用的遗传资源是来源于何地，二是专利人要对“事先知情同意”的证据进行披露，三是专利人应披露其履行惠益分享义务的证据[30]。发展中国家对知识产权信息披露的初衷在于防止“生物剽窃”现象的出现，以及对域外遗传资源的其他不正当使用行为。但是发达国家对此持反对意见，其反对的缘由在于一旦要求对所涉的信息进行披露，将极大的阻碍有能力申请专利保护的发达国家通过技术申请。将 ABNJ 的 MGRs 专利申请信息披露的要求纳入联盟链的建立中，看似是加大了遗传资源申请专利通过的难度，

[28]姜作利.试析 WTO 特殊差别待遇规则“硬化”的合理性——发展中国家的视角[J].山东师范大学学报(人文社会科学版),2015,60(04):68-79.

[29]David Leary．Agreeing to disagree on what we have or have not agreed on: The current state of play of the BBNJ negotiations on the status of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction［J］.Marine Policy，2019，99．

[30]张小勇.遗传资源的获取和惠益分享与知识产权[M].知识产权出版社,2007:312-314

实际上保障了国际社会对于域外遗传资源的知情权，更有利于遗传资源惠益分享的实现。联盟链下信息披露有两个要点，一是对于遗传资源的来源披露，即 ABNJ 的具体定位。二是宜采取宽松的条件启动信息披露的要求。来源披露可以在共享的数据库中针对特定的遗传资源进行来源信息的录入和核查，而信息披露的条件可以在区块链中单独作为一个专利技术受保护的前置性节点，只有在满足所有的条件之后，才能享受专利权被保护的权利。

3、执行与合规问题的跟踪

执行与合规问题的跟踪，在以知识产权为基础的惠益分享机制中的具体表现就是对 MGRs 可持续利用的可视化监测。当前的知识产权保护基本上是在自身的制度体系内运作，其核心宗旨在于促进知识和信息的广泛传播以及经济的发展和科技文化的进步[31]，保护生物多样性以及与之相关的利益攸关方并不在其考量范围内。在 CBD 框架下，知识产权所引发的利益紧张关系尚且能够通过遗传资源提供国和利用国的协商在双边关系中得到处理，国家管辖范围外海域海洋遗传资源利用却真实地面临着无章可循的境况[32]。因此，联盟链下对执行与合规问题进行重点关照则显得尤为必须。因为受制于复杂的地理环境和水文条件，对 ABNJ 的 MGRs 的利用阶段的管控和监查成为难题。区块链技术对于数据类型的执行和合规问题的跟踪有着得天独厚的优势，这对于 ABNJ 的 MGRs 来说无疑是一个极好的选择。借助于区块链技术的数据跟踪系统和技术特点，国际法主体在针对 MGRs 的利用和研究中，其所有的勘探和利用行为均会被记录下来，同时以数据载入的方式记录在公共数据库内，接受其他国际法主体的监督。

4、全过程环境监测体系的建立

对国家管辖范围外海域海洋遗传资源的开发利用活动的监测，是环境领域预警原则的体现，也是确保惠益分享实现的重要手段。以联盟链为基础，对于全过程环境监测体系，可借鉴《名古屋议定书》。首先，在区块链中可建立检查节点，以收集和要求使用者提供关于遗传资源利用情况的信息，包括利用前后两方面的信息。这是全过程监测体系建立的第一步，目的就是通过利用前后的信息对比，为环评提供量化标准。其次，督促各缔约方约定分享执行信息的义务，并将相关证据信息在数据库中进行上传和分享。最后，通过鼓励使用高效的交流工具和系统来监测和提供利用遗传资源的透明度[33]，保证信息的足额获取和交流的频次满足可持续发展的需要。全过程环境监测体系的建立，不仅是“海洋命运共同体”理念的具化，更是在坚持遗传资源的特性下，对惠及全人类的遗传资源可持续利用的目标进行固化，进而使得资源的惠益分享机制朝着更加完善的方向发展。

结论

国家管辖范围外海洋遗传资源的惠益分享制度，作为当今 BBNJ 协定国际立法进程中最核心、最具争议的问题，一定程度上预示了国际区域治理的未来发展方向。本文沿着局限分析、模式选择、价值再造与机制实施的线索，针对惠益分机制构建中的焦点问题进行了理清。就目前惠益机制创建的具体分歧而言，固然可以通过规则条文的模糊化处理进而达到回避矛盾的目的，但这势必会将这种矛盾遗留至国际立法中，进而影响相关国际法的实施效果，成为嗣后治理体系中的不稳定因素。目前国际法框架内，ITPGR 模式和《名古屋议定书》模式在各自领域确实发挥了部分作用，但是受制于其固有的局限性，要想将两者直接借鉴适用于 ABNJ 的 MGRs 惠益分享上依然困难重重。鉴于此，要想建立符合 ABNJ 的 MGRs 特点

[31]冯小青.知识产权法利益平衡理论[M].中国政法大学出版,2006:281-281

[32]吕琪. 国家管辖范围外海域海洋遗传资源利用法律问题研究[D].大连海事大学,2019.

[33]林欢. 国家管辖范围外海域海洋遗传资源获取与惠益分享机制之构建[D].中国政法大学,2017.

的惠益分享机制，就必须从现实条件出发，兼顾国家间利益协调和需求平衡，考虑机制建设的合理性和必要性。本文通过论述知识产权、区块链技术及惠益分享三者之间的关系，就机制构建的可能性和技术性特点进行了论证分析，提出了建立以知识产权为基础、以区块链技术为保障的复合型惠益分享机制，为解决现实矛盾、平息各国纷争提供了选择。虽然区块链技术的发展还处于一个探索和完善阶段，但是其创造性的数据记录和保存方式赋予了其巨大的潜力。因此，应充分重视区块链技术在知识产权和惠益分享中潜在的作用和价值。伴随着区块链技术的进一步发展和政府重视程度的进一步提升，其在以知识产权为基础的惠益分享机制中发挥的积极作用将愈来愈重要，同时也将成为平衡各国利益，平息各国纷争的得力助手。

【参考文献】

[1]https://www.sohu.com/a/447336846_120053911?spm=smpc.author.fd-d.1.161827703625840oCCxPJune 2007, 4.

[2]袁雪, 廖宇程. 国家管辖范围外区域海洋遗传资源获取和惠益分享的制度化建构[J]. 南昌大学学报(人文社会科学版), 2019, 50(05):73-84.

[3]Cohen Harlan. Conservation and sustainable use of marine genetic resources: current and future challenges[R]. United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, Eighth Meeting, 27

[4]https://search.un.org/results.php?ie=utf8&output=xml_no_dtd&oe=utf8&_ga=GA1.2.785054952.1619351642&_gid=GA1.2.1543265332.1619351642&_gat=1&query=2007年有关海洋和海洋法非正式协商进程的第7次会议&tpl=un&lang=en&rows=10, 载联合国官网, 访问时间：2020年12月21日.

[5]Cohen Harlan. Conservation and sustainable use of marine genetic resources: current and future challenges[R]. United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, Eighth Meeting, 27 June 2007, 4.

[6]CBD第1条：本公约的目标是按照本公约有关条款从事保护生物多样性、持久使用其组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益；实现手段包括遗传资源的适当取得及有关技术的适当转让，但需顾及对这些资源和技术的一切权利，以及提供适当资金。

[7]Broggiato, A., Arnaud-Haond, S., Chiarolla, C., Greiber, T. Fair and equitable sharing of benefits from the utilization of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction: Bridging the gaps between science and policy. Marine Policy 49, 2014.

[8]陈倩文. 国家管辖范围外海域海洋遗传资源惠益分享机制之构建[D]. 华东政法大学, 2019.

[9]Martins, A., Vieira, H., Gaspar, H., Santos, S. Marketed marine natural products in the pharmaceutical and cosmeceutical industries: tips for success. Marine Drugs 12, 2014.

[10]E. Tsioumani, Beyond Access and Benefit-sharing: Lessons from the Emergence and Application of the Principle of Fair and Equitable Benefit-sharing in Agrobiodiversity Governance, Routledge. Vol, 41(2018), p. 53.

[11]张小勇. 遗传资源的获取和惠益分享与知识产权[M]. 知识产权出版社, 2007:242-243.

[12]刘思竹. 论国家管辖范围外海洋遗传资源的惠益分享制度[J]. 政法论

丛, 2020(05):70-82.

[13]金永明. 人类共同继承财产概念特质研究[J]. 中国海洋法学评论, 2005(02):222

[14]Roger Scarlin Chennells. Equitable Access to Human Biological Resources in Developing Countries: Benefit Sharing Without Undue Inducement [M]. Springer, 2016.

[15]李志文. 国家管辖外海域遗传资源分配的国际法秩序—以“人类命运共同体”理念为视阈[J]. 吉林大学社会科学学报, 2018(06).

[16]“共同构建海洋命运共同体”. 新华网, 2019年4月24日, http://www.xinhuanet.com/mrdx/2019-04/24/c_138003753.htm, 访问时间: 2020年11月10日.

[17]柳华文. 推动构建人类命运共同体:法律化及其落实[J]. 厦门大学学报, 2019(06):37-39.

[18]杨泽伟. 新时代中国深度参与全球海洋治理体系的变革:理念与路径[J]. 法律科学, 2019(06):181-182.

[19]金永明. 中国海洋法制度与若干问题概论[J]. 中国海洋大学学报, 2020(05):23-24.

[20]胡斌. 国家管辖范围以外区域海洋遗传资源开发的国际争议与消解—兼谈“南北对峙”中的中国角色[J]. 太平洋学报, 2020, 6.

[21]袁勇, 王飞跃. 区块链技术发展现状与展望[J]. 自动化学报, 2016, 42(04):481-494.

[22]Satoshi Nakamoto. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System[EB/OL]. https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.

[23]黄武双, 邱思宇. 论区块链技术在知识产权保护中的作用[J]. 南昌大学学报. 2020(02):72-73

[24]黄武双, 邱思宇. 论区块链技术在知识产权保护中的作用[J]. 南昌大学学报(人文社会版), 2020, 51(02):67-76.

[25]https://baijiahao.baidu.com/s?id=1642515043603953210&wfr=spider&for=pc, 载人民网, 2018年8月22日08版.

[26]王中美. 发展中国家的分类争议及特殊与差别待遇的适用[J]. 国际经贸探索, 2020, 36(06):89-100.

[27]姜作利. 试析WTO特殊差别待遇规则“硬化”的合理性——发展中国家的视角[J]. 山东师范大学学报(人文社会科学版), 2015, 60(04):68-79.

[28]David Leary. Agreeing to disagree on what we have or have not agreed on: The current state of play of the BBNJ negotiations on the status of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction [J]. Marine Policy, 2019, 99.

[29]张小勇. 遗传资源的获取和惠益分享与知识产权[M]. 知识产权出版社, 2007:312-314.

[30]冯小青. 知识产权法利益平衡理论[M]. 中国政法大学出版, 2006:281-281

[31]吕琪. 国家管辖范围外海域海洋遗传资源利用法律问题研究[D]. 大连海事大学, 2019.

[32]林欢. 国家管辖范围外海域海洋遗传资源获取与惠益分享机制之构建[D]. 中国政法大学, 2017.

《欧洲绿色协议》的诞生背景、核心内容和相关方的回应

张贵玲　西北民族大学法学院

摘要：为了应对气候变化和推动可持续发展，欧盟委员会于 2019 年 12 月 19 日发布了《欧洲绿色协议》，提出了 2050 年之前在欧洲实现“碳中和”的总目标。《欧洲绿色协议》涵盖交通运输、能源、建筑、生物多样性保护、农业、钢铁、水泥、信息和通信技术、纺织和化工等领域。《欧盟生物多样性 2030 年战略》和《从农场到餐桌战略》是《欧洲绿色协议》的核心部分，致力于欧盟经济绿色复苏和 2050 年“碳中和”目标。《欧洲气候法》将欧盟“碳中和”目标由“政治承诺”转变为“法律承诺”，为欧盟实现“碳中和”目标提供了坚实的法律基础，并为实现“碳中和”绘制了具有法律约束力的具体路线图。《欧洲绿色协议》作为欧盟的“绿色新政”，获得了绝大数欧洲国家、环保组织和民众的支持，但有部分环保组织认为存在不足。同时，“绿色新政”将对联合国应对生物多样性和气候危机发挥作用，也会通过征收碳关税等措施对国际贸易产生影响。

关键词：欧洲绿色协议；欧盟生物多样性 2030 年战略；从农场到餐桌战略；欧洲气候法

为了应对全球气候变化问题，欧盟积极推出了《欧洲绿色协议》、《欧盟生物多样性 2030 年战略》、《从农场到餐桌战略》、《欧洲气候法》等一系列政策法律措施，率先提出了 2050 年实现“碳中和”的宏大目标，并制定了具体实施方案。

一、《欧洲绿色协议》的诞生背景和行动路线图

（一）《欧洲绿色协议》的诞生背景

根据 2015 年《巴黎协定》之规定，全球温度升幅应当控制在 2℃以内，并力争控制在 1.5℃以下。2018 年 10 月政府间气候变化专门委员会（IPCC）发布的《全球温控 1.5℃特别报告》指出，若要实现《巴黎协定》提出的 1.5℃温控目标，则应当在 2030 年之前将温室气体的排放量在 2010 年的基础上减少 45%，并在 2050 年实现净零排放。面对排放差距，已经承诺在 2020 年提升气候目标的国家和地区的碳排放量仅占全球总量的 15%左右。截至目前，全球仅有 31 个国家和地区制定了净零排放的目标，主要是发达经济体和气候变化脆弱性高的小岛屿国家。[1]2019 年 11 月联合国环境署（UNEP）发布的《排放差距报告 2019》指出，各国自主贡献目标与《巴黎协定》目标在 2030 年还存在 150−320 亿吨二氧化碳的差距。根据《巴黎协定》的要求，2020 年各国需要提交强化的自主贡献目标。[2]“生物多样性和生态系统服务政府间科学与政策平台（IPBES）”于 2019 年发布的《生物多样性和生态系统服务全球评估》显示，生态系统正在以人类历史上前所未有的速度恶化，气候变化是导致动植物物种减少的第三大原因，仅排在陆地和海洋利用的变化，以及对资源和生物体过度开发之后。[3]在过去的 40 多年里，全球野生物种的数量下降了 60%，100 万物种濒临灭绝。[4]

作为应对气候变化的积极倡议者，欧盟自 1992 年以来，就致力于应对全球气候变化。

【作者简介】 张贵玲，西北民族大学法学院教授，法学博士。

[1] 创绿研究院：《中国承诺 2060 年前实现碳中和，如何实现全经济范围去碳化？》，http://m.chinadevelopmentbrief.org.cn/VideoDetail/videoDetail/?id=14514

[2] 康艳兵、熊小平、赵 盟：《欧盟绿色新政要点及对我国的启示》，中国发展观察网：http://www.chinado.cn/?p=9499

[3] 《欧盟提出“2030 年生物多样性战略”》，http://m.tanpaifang.com/article/71107.html

[4] Bringing nature back into our lives: EU 2030 Biodiversity Strategy. 来自欧盟委员会官网。

2011 年 5 月 3 日，欧盟公布了保护生物多样性 10 年战略，旨在防止欧盟地区生物多样性的丧失和生态服务功能的退化。2018 年 11 月，欧盟委员会首次提出 2050 年实现“碳中和”[5]的愿景。2019 年 3 月 14 日，欧洲议会批准了实现温室气体零排放的目标。2019 年 12 月 12 日，欧洲理事会批准了 2050 年实现“碳中和”的欧洲目标。

2019 年 12 月 13 日，欧盟各国在比利时布鲁塞尔召开的峰会上达成了《欧洲绿色协议》（European Green Deal）。2019 年 12 月 19 日，欧盟委员会发布了《欧洲绿色协议》。《欧洲绿色协议》提出了 2050 年“碳中和”的远景目标，旨在将欧盟建设成为更加公平、繁荣且富有竞争力的资源节约型经济体。《欧洲绿色协议》被誉为欧洲绿色新纲领，是欧盟对其在“后巴黎时代”应对气候变化的中长期战略布局。《欧洲绿色协议》有望“让欧洲成为世界上第一块零排放大陆”（the first climate-neutral continent），欧盟委员会主席冯•德莱恩将《欧洲绿色协议》宣称为“欧洲的登月时刻”。

（二）《欧洲绿色协议》的行动路线图和主要配套措施

《欧洲绿色协议》的出台，意味着在未来的 30 年内，“碳中和”目标将贯穿欧盟所有政策领域，推动欧盟政策的创新与发展，涉及能源、工业、生产和消费、基础设施、交通、粮食和农业、建筑、税收和社会福利等广泛领域，尤其是工业、能源、建筑业等高碳排放行业。[6]

《欧洲绿色协议》提供了行动路线图，通过利用清洁能源、发展循环经济、抑制气候变化 、恢复生物多样性、减少污染等来实现目标。

自 2019 年 12 月推出《欧洲绿色协议》以来，欧盟按照既定计划出台了一系列配套措施。2020 年 1 月 14 日，欧盟发布了《可持续欧洲投资计划》和《转型机制公平供给机制》（Just Transition Mechanism）；2020 年 3 月出台了《欧洲气候变化法》草案、《欧洲工业战略》（EU Industrial Strategy）、《新循环经济行动计划》（Circular Economy Action Plan）；2020 年 5 月出台了《欧盟生物多样性 2030 年战略》（EU Biodiversity Strategy 2030）、《从农场到餐桌战略》（Farm to Fork Strategy），等等。

《欧洲绿色协议》实现“碳中和”的行动主要包括：（1）能源方面。目前，欧盟 75%以上的温室气体排放来自能源的生产和消费。应对措施是能源领域的去碳化。（2）建筑方面。现有建筑占到了能源消耗的 40%。计划在未来 10 年内对 3500 万栋建筑物进行翻新和节能改造，以降低能源成本和消耗。（3）交通方面。目前 25%的排放量是由运输造成的。计划引进更多的环境友好型私人和公共交通工具。计划在 2025 年之前至少建立 100 万个电动汽车充电桩。

二、《欧洲绿色协议》的核心内容

为了保护和恢复生物多样性和生态系统，2020 年 5 月 20 日，欧盟委员会（European Commission）发布了《欧盟生物多样性 2030 年战略》，同时制定了《从农场到餐桌的战略》，以建立公平、健康和环保的食品体系，实现食品可持续发展。这两个战略是《欧洲绿色协议》的重要组成部分。

（一）《欧盟生物多样性 2030 年战略》

生物多样性危机和气候危机有着内在的联系，气候变化能够加剧生物多样性的衰减，生

[5] “碳中和”又称“气候中性”（climate-neutral），是指净排放量为零，即二氧化碳净排放量降为零。“碳中和”是指经济活动产生的二氧化碳排放和通过植树等吸收的二氧化碳相抵，达到净排放为零。

[6] 张敏：《欧洲绿色新政推动欧盟政策创新和发展》，《中国社会科学报》，中国社会科学网：https://baijiahao.baidu.com/s?id=1667629553709930091&wfr=spider&for=pc

物多样性的衰减反过来又能够加速气候的变化。保护生物多样性对应对气候变化至关重要。

《欧盟生物多样性 2030 年战略》编制了保护和恢复欧盟生态系统的 10 年目标，即计划在 2030 年以前要实现的承诺。

自然保护 2030 年目标[7]

扩大自然保护区。将至少 30%的欧盟陆地和海洋设为保护区，并整合生态走廊。

（2）严格保护至少 1/3 的欧盟保护区，包括所有现存的原始森林和老龄林。

（3）明确保护目标和措施，做适当监测，有效管理所有自然保护区。

2. 自然恢复 2030 年目标[8]

（1）将于 2021 年提出具有法律约束力的自然恢复目标。

（2）阻止并逆转授粉者减少的趋势。

（3）将化学杀虫剂的风险及使用减少 50%，更危险杀虫剂的使用量减少 50%（in order to stop the decline of farmland birds and insects, especially pollinators）。

（4）至少 10%的农业土地具有高度多样性的景观特征。

（5）至少 25%的农业用地实行有机耕作，农业生态实践显著增加。

（6）种植 30 亿棵树。

（7）污染土地的修复工作取得显著进展（in order to protect soil fertility and reduce soil erosion）

（8）至少让 25000 公里的河流恢复到自然流动状态（by removing obsolete barriers）

（9）受外来入侵物种威胁的红色名录（IUCN Red List）物种的数量减少 50%。

（10）肥料的营养流失减少 50%，肥料使用量至少减少 20%。

（11）拥有 2 万以上居民的城市具有一项宏大的城市绿化计划。

（12）在城市绿地的敏感区域不使用化学杀虫剂。

（13）大幅度减少捕鱼和开采活动对敏感物种和生境，包括海床的负面影响。

（14）消除和减少物种的副捕获量，以达到恢复和保护物种的水平。

为了保护和恢复生物多样性，欧盟每年至少提供 200 亿欧元的资金支持。

（二）《从农场到餐桌战略》

《从农场到餐桌战略》旨在建立公平、健康和环境友好型粮食和食品体系，推动欧盟能够向可持续的食品体系转变，减少粮食体系环境和气候足迹，增强粮食系统韧性，确保公民健康，并维护粮农生计。

《从农场到餐桌战略》将通过制定“可持续粮食体系”（Sustainable Food System）的法律框架，促进农药的可持续利用，减少土壤污染、发展有机农业，支持农民、渔民、水产养殖者向可持续生产过渡。

《从农场到餐桌战略》将投入 100 亿欧元，用于支持粮食、农业、渔业、水产养殖、生物经济等领域的研发创新，加速农业绿色和数字化转型。该战略设定了改变欧盟食品体系的具体目标，包括：计划到 2030 年，农药使用及其使用风险减少 50%，肥料使用量减少 20%，畜牧和水产养殖抗菌剂使用量减少 50%，农业用地有机化面积占比达 25%。

三、《欧洲绿色协议》政治承诺的法律化

[7] EU Biodiversity Strategy for 2030, Brussels, 20.5.2020, COM (2020) 380 final. https://europa.eu. Biodiversity Strategy for 2030，/www.cep.eu.

[8] EU Biodiversity Strategy for 2030, Brussels, 20.5.2020, COM (2020) 380 final .https://europa.eu. Biodiversity Strategy for 2030，www.cep.eu.

为了达到《欧洲绿色协议》倡导的2050年“碳中和”总目标，欧盟委员会于2020年3月4日公布了首部《欧洲气候法》(European Climate Law)草案，旨在将《欧洲绿色协议》中的政治承诺转化为法律。欧盟委员会将《欧洲气候法》视为实施《欧洲绿色协议》的核心要素。欧盟委员会主席冯·德莱恩说：“我们今天采取行动，力争到2050年使欧盟成为世界上第一个气候中立大陆。《气候法》是我们政治承诺的法律诠释，使我们不可逆转地走上通往更可持续未来的道路。它是欧洲绿色协议的核心。”[9]2021年4月21日，欧盟就《欧洲气候法》达成临时协议。该协议规定，欧盟承诺到2050年实现气候中和，并承诺到2030年将温室气体净排放在1990年的水平上至少减少55%。欧盟委员会主席乌苏拉·冯·德莱恩说，“到2050年成为第一个气候中性大陆的政治承诺现在也是一个法律承诺。《气候法》让欧盟走上了一代人的绿色道路。这是我们对子孙后代有约束力的承诺。”[10]该文件一经欧洲议会和欧洲理事会正式通过，就意味着 2050年“碳中和”目标具有了法律约束力，欧盟所有机构和成员国都必须采取必要措施实现这一目标。

《欧洲气候法》提出的实现2050年目标的具体途径包括：将根据综合全面影响力评估，出台一项欧盟2030年温室气体减排新目标提案。一旦完成影响力评估，将修订这一部分法律；到2021年6月，评估并在必要时建议修订所有相关政策，以实现2030年的额外减排量；将出台一项制定2030-2050年全欧盟温室气体减排轨迹线提案，用以衡量减排进展情况，并为公共部门、企业和公民提供可预测性；从2023年9月开始，每5年欧盟委员会将对欧盟和各成员国采取的措施是否与碳中和目标和2030—2050年行动路线保持一致进行评估。[11]

由于欧盟国家之间经济发展水平、利益诉求各不相同，《欧洲绿色协议》的实施会遭遇诸多障碍，但其中最大的挑战是资金来源。为了实施《欧洲绿色协议》，欧盟于2020年公布了“绿色协议”的具体投资方案，欧盟27个成员国商定了总金额为1.8万亿欧元的预算。这些资金将分别投入两大细分领域，一是2021年到2027年间的财务框架，总共投入1.07万亿欧元；二是“下一代欧盟”计划，拨款金额为7500亿欧元。[12]根据德国智库 Agora Energiewende 的一项研究，如果要实现气候目标，欧盟至少需要在电力、工业等领域投入2.4万亿欧元用于减排。[13]

2020年5月，欧盟还设立了“公平过渡基金”，作为《欧洲绿色协议》投资计划的一部分，用于支持高度依赖化石燃料行业的地区转型发展低碳产业。但在最终公布的方案中，这一部分的投资仅为174亿欧元，还不及先前建议金额400亿欧元的一半。同时“消失”的，还有两个投资机构“投资欧盟”和“欧洲地平线”对可持续发展领域的项目投资。[14]另外，根据欧盟委员会的估算，要实现2030年40%的减排目标，每年还至少需要约2600 亿欧元的额外投资，这需要从公共部门和私营部门筹集。[15]尽管法案的落地面临着不小的挑战，但不

[9] 刘霞：《欧盟委员会提交<欧洲气候法>》，《科技日报》2020年3月6日。光明网：https://tech.gmw.cn/2020-03/06/content_33624395.htm

[10] 《欧盟就欧洲气候法达成协议》，http://www.bkanbing.com/news/show-7707.html

[11] 刘霞：《欧盟委员会提交<欧洲气候法>》，《科技日报》2020年3月6日。光明网：https://tech.gmw.cn/2020-03/06/content_33624395.htm。《绿色新政十个要素 支持欧洲绿色复苏》，https://www.sohu.com/a/406484792_653090

[12] 董梓童：《欧盟敲定“绿色协议”投资方案》，《中国能源报》，北极星大气网： https://huanbao.bjx.com.cn/news/20200805/1094574.shtml

[13] 董梓童：《欧盟敲定“绿色协议”投资方案》，《中国能源报》，北极星大气网： https://huanbao.bjx.com.cn/news/20200805/1094574.shtml

[14] 董梓童：《欧盟敲定“绿色协议”投资方案》，《中国能源报》，北极星大气网： https://huanbao.bjx.com.cn/news/20200805/1094574.shtml

[15] https://www.deutschland.de/zh-hans/topic/zhengzhi/oumenglusexieyi-wenyudaqihoubianhuahuanjingbaohu

可否认，此次草案的提出意义重大，是欧盟向世界传递坚定绿色发展转型的信号。[16]

四、相关方对《欧洲绿色协议》的回应

《欧洲绿色协议》一经出台，受到了大多数民众、社会组织的赞同，但部分社会组织，如非政府组织 WSC EU（设在比利时，隶属于国际野生生物保护学会），认为《欧盟生物多样性 2030 年战略》及其他相关措施仍有不足，主要表现在以下几方面：第一，认为欧盟关于到 2050 年恢复和充分保护全球生态系统的提议没有量化、不可预测，远不及《生物多样性公约》秘书处提交的 2020 年后全球生物多样性框架的预稿。第二，认为生物多样性战略没有提及严格保护极其重要但高度脆弱的生态系统特别是珊瑚礁的重要性。第三，该战略没有为全球生物多样性保护做出任何具体的量化的资金承诺。该非政府环保组织还就生态系统的完整性、欧盟与伙伴国家的合作等方面，对《欧洲绿色协议》表达了遗憾。并且，在指出问题的同时，还提出了有针对性和建设性的建议。另外，其他环保组织也对“绿色新政”提出了自己的意见和建议，在此不予赘述。

余论

欧盟正致力于成为应对天气变化的全球引领者，《欧洲绿色协议》已成为欧盟气候外交的新主题，会对全球带来深远影响。首先，欧盟将会在《生物多样性》第十五次缔约方大会（COP15）上推行其“绿色新政”。欧盟内部有人强烈建议欧盟借机将其生物多样性战略中保护和恢复自然的目标推向全球。《生物多样性公约》缔约方大会第十五次会议将于 2021 年 10 月在中国昆明举行。大会将制定“2020 年后全球生物多样性框架”。届时，欧盟会争取让自己处于应对全球生物多样性危机的领先地位，对联合国制定生物多样性框架发挥重要作用，“绿色新政”将会是欧盟在大会上的立场和主张。其次，其“绿色新政”有助于其他地区缓解气候变化。例如，巴西和印度尼西亚分别是全球生物多样性第一、第二高的地区，有着世界上最大的碳汇（carbon sink，即碳的吸收和储存），对缓解气候变化至关重要。但是，为了种植可供欧洲消费的农作物，11. 3 万顷的森林已被砍伐，其中 75%与欧盟从巴西和印度尼西亚进口的油料种子的生产有关。[17]欧盟的绿色新政有望对这些地区森林保护发挥积极作用。另外，欧盟为设置的碳边境税会给其他国家的能源结构、产业结构、对外贸易等带来影响。目前，欧盟委员会已经开始设计碳边境税（预计每年增收 140 亿欧元），计划于 2021−2022 年实施，将对欧盟进口的碳密集型商品征收碳边境税（carbon border tax）。如果加征碳边境税，将会对其他国家，尤其是欧盟进口产品的主要生产国包括中国，[18]造成较大冲击。

---

[16] 方磊：《“绿色新政”有“绿色通道”吗？》，中国银行保险报网：http://xw.sinoins.com/2020-11/09/content_369856.htm

[17] https://www.xianjichina.com/news/details_224634.html

[18] 中国目前中国是世界上最大的煤炭消费国，是全球最大的温室气体排放国中国目前的碳排放占到全球碳排放的 28%，约为美国的两倍，欧盟全体成员国总和的三倍，印度的 4.5 倍。见《中国提出碳中和目标的意义与欧盟的绿色战略》http://ie.cass.cn/academics/economic_trends/202010/t20201012_5193032.html

人类命运共同体思想下的海洋资源开发理论问题研究

张红宽*　海南大学法学院

摘要：人类命运共同体理念是在传统思想影响下的我国对内对外政策的行为指导和行为实践，是我国提出的应对和处理国际事务的倡议与构想，具有重要的理论和实践意义，也得到国际社会的高度关注和强烈共识。海洋资源是人类社会最重要和最基本的自然资源，海洋资源开发是构建人类命运共同体的重要物质基础，在海洋资源开发过程中，坚持和奉行人类命运共同体理念和思路，时刻发挥海洋资源开发在海洋事业发展中的角色担当和重要基础作用。

关键词：人类命运共同体理念；海洋资源开发；海洋强国战略；海洋命运共同体

一、人类命运共同体的基本理论研究

1. 人类命运共同体理念的提出

2017 年 10 月，习近平总书记在中国共产党第十九次全国代表大会的报告中提到中国特色社会主义进入了新时代，并将此为基础明确中国共产党在新时代的历史使命，部署新时代中国特色社会主义建设的基本方略，明确提出中国在新时代的国际战略规划，强调要坚持推动构建人类命运共同体。[1]作为联合国安理会常任理事国和世界第二经济总量大国，中国的国际战略关乎中国未来的走向，甚至牵动世界的发展。习近平总书记围绕人类命运共同体主题理念进行了一系列的论述和阐释，并将其不断加以发展和丰富。

事实上，早在 2014 年 11 月 17 日，习近平总书记在巴布亚新几内亚首都莫尔兹比港召开的亚太经合组织工商领导人峰会开幕式上发表题为《同舟共济创造美好未来》的重要演讲，提出以下主张：“第一，坚持开放导向，拓展发展空间；第二，坚持发展导向，增进人民福祉；第三，坚持包容导向，促进交融互鉴；第四，坚持创新导向，开辟增长源泉；第五，坚持规则导向，完善全球治理。”[2]通过习总书记的讲话可知，伴随着人类社会的经济全球化浪潮，各国联系日益密切，日益形成利益共同体、命运共同体。各国加强合作、求同存异、和谐共处、合作共赢，共享发展，是人民对美好生活的追求，也是国际社会的责任。我国将以开放的姿态，进一步深度融入国际社会体系中，维护自身利益的同时，参与国际事务，积极发挥大国引领作用，体现大国担当。

2015 年 9 月，习近平总书记在纽约参加第 70 届联合国大会一般性辩论中发表了题为《携手构建合作共赢新伙伴 同心打造人类命运共同体》的讲话，他结合“大道之行也，天下为公”这一古训，进一步提出：“和平、发展、公平、正义、民主、自由，是全人类的共同价值，也是联合国的崇高目标。目标远未完成，我们仍须努力。当今世界，各国相互依存、休戚与共。我们要继承和弘扬联合国宪章的宗旨和原则，构建以合作共赢为核心的新型国际关

* 【作者简介】张红宽，女，1986 年 9 月生，河南新乡人，法学博士，海南大学法学院讲师，海南大学国际海法与争端解决中心（CISLDS）研究人员，研究方向为国际私法、海洋法。

[1] 参见习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，载《人民日报》2017 年 10 月 28 日，第 1 版。

[2] 参见习近平：《同舟共济创造美好未来——在亚太经合组织工商领导人峰会上的主旨演讲》，载《新华网》2018 年 11 月 17 日，访问网址：http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2018-11/17/c_11237284

系，打造人类命运共同体。”[3]从政治、安全、经济、文化和生态五个主要方面全面阐述了构建人类命运共同体的总体框架和实践路径。

2016 年 9 月 3 日，习近平总书记出席二十国集团杭州峰会开幕式并发表主旨演讲中指出：“二十国集团成员同国际社会一道坚定信念、立即行动，共同维护和平稳定的国际环境；共同构建合作共赢的全球伙伴关系；共同完善全球经济治理。”[4]此次峰会还首次将发展问题置于全球宏观政策框架的突出地位，首次制定了落实 2030 年可持续发展议程行动计划。

2017 年 1 月 17-18 日，习近平总书记在联合国总部瑞士日内瓦出席“世界经济论坛 2017 年年会”和“共商共筑人类命运共同体”高级别会议时发表题为《共同构建人类命运共同体》主旨演讲明确提出：“让和平的薪火代代相传，让发展的动力源源不断，让文明的光芒熠熠生辉，是各国人民的期待，也是我们这一代政治家应有的担当。中国方案是：构建人类命运共同体，实现共赢共享。”[5]为构建人类命运共同体，习近平总书记从伙伴关系、安全格局、经济发展、文明交流、生态建设等方面现实问题出发，进一步提出了“对话协商、共建共享、合作共赢、交流互鉴、绿色低碳”的人类命运共同体基本原则，从五个层面对人类命运共同体的内涵进行了深度、详细、系统的阐释，”这五项原则之间相互协调、彼此依存，构成一个辩证统一的理论整体。中国对国际秩序的探索与贡献之所以能赢得越来越多国家和人民的认同，就在于契合了各国人民内心深处对美好生活的渴望。展望未来，中国愿同世界各国一道，用智慧和汗水共同浇筑人类命运共同体的世界梦想。[6]习总书记的人类命运共同体理念符合国际社会的美好目标，被联合国和世界各国人民所接受。

2017 年 5 月 15 日，习近平总书记在“一带一路”国际合作高峰论坛圆桌峰会闭幕辞中阐述了五点共识：第一，我们致力于推动“一带一路”建设国际合作，携手应对世界经济面临的挑战；第二，我们支持加强经济政策协调和发展战略对接，努力实现协同联动发展；第三，我们希望将共识转化为行动，推动各领域务实合作不断取得新成果；第四，我们期待架设各国民间交往的桥梁，为人民创造更美好的生活；第五，我们坚信“一带一路”建设是开放包容的发展平台，各国都是平等的参与者、贡献者、受益者。[7]

2017 年 10 月 18 日，党的十九大报告第三部分——新时代中国特色社会主义思想和基本方略第（十三）项要求再次强调：坚持推动构建人类命运共同体。并具体要求：构筑尊崇自然、绿色发展的生态体系。第九部分——加快生态文明体制改革，建设美丽中国。对人与自然和谐共生的社会主义生态文明观再次进行阐释。[8]第十二部分——坚持和平发展道路，推动构建人类命运共同体中呼吁：各国人民同心协力，构建人类命运共同体，建设持久和平、

[3] 参见习近平：《携手构建合作共赢新伙伴 同心打造人类命运共同体——在第七十届联合国大会一般性辩论时的讲话》，载《人民日报》2015 年 9 月 29 日，第 2 版。为打造人类命运共同体，习近平总书记呼吁各国并具体阐述到：我们要建立平等相待、互商互谅的伙伴关系；我们要营造公道正义、共建共享的安全格局；我们要谋求开放创新、包容互惠的发展前景；我们要促进和而不同、兼收并蓄的文明交流；我们要构筑尊崇自然、绿色发展的生态体系。

[4] 参见习近平：《中国发展新起点 全球增长新蓝图》，载《观察者》2016 年 9 月 3 日，访问网址：https://www.guancha.cn/politics/2016_09_03_373321.shtml

[5] 参见习近平：《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》，载《中国外交·习近平外交思想》，访问网址：http://news.china.com.cn/2019-09/23/content_75233135.shtml

[6] 参见人民日报评论部：《维护国际秩序的“中国贡献”——70 年中国发展的世界意义》，载《人民日报》2019 年 9 月 27 日，第 5 版。

[7] 参见习近平：《在“一带一路”国际合作高峰论坛圆桌峰会上的闭幕辞》，载《新华网》2017 年 5 月 15 日，访问网址：http://www.xinhuanet.com//politics/2017-05/15/c_1120976534.htm

[8] 参见杨洁篪：《推动构建人类命运共同体》，载《党的十九大报告辅导读本》，北京：人民出版社 2017 年版，第 80 页。

普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽的世界。[9]

中国始终是世界和平的建设者、全球发展的贡献者、国际秩序的维护者，愿扩大同各国的利益交汇点，推动构建以合作共赢为核心的新型国际关系，推动形成人类命运共同体和利益共同体。”[10]从习总书记的一系列讲话中呼吁各国应树立“人类命运共同体”意识，日益得到世界各国的关注和认同，其内涵也得到进一步丰富和发展，并将影响全人类。“人类命运共同体”理念自提出之日，得到越来越多世界人民的理解和认可，多次被联合国安理会、人权理事会等机构将人类命运共同体写入联合国决议。[11]

2. 人类命运共同体理念的认识

理念即人们的内心信念，包括世界观、原则化的信念和因果信念。[12]理念是制度构建的基础，也是评价制度成效的标准。理念创新不能停留在口头上，而要嵌入和内化于制度中，才能成为可信的承诺，获得制度化的力量。[13]命运共同体思想的提出基于两个维度，即民族维度和国际维度。民族维度从维护中华民族整体利益出发，国际维度则从维护人类共同利益出发。[14]“人类命运共同体”是构成命运共同体思想的核心内容。

随着全球化进程的加快，资源和生产要素在全球范围开始加速流动和有效配置，各个国家和地区之间在政治、经济、安全等领域的联系与利益紧密相关，不同国情、不同现实发展状况的国家和地区之间的融合度、依存度越来越深。[15]2017 年，习近平在联合国日内瓦总部发表题为《共同构建人类命运共同体》的主旨演讲，提出了构建人类命运共同体的原则和努力方向。[16]2018 年，“推动构建人类命运共同体”被写入了《中华人民共和国宪法》。从人类命运共同体涵盖的五大内容有“持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽”，具有丰富的国际法内涵。[17]“推动构建人类命运共同体思想是新时代中国国际法观的核心理念，是中国对国际法的发展的重要理论贡献。”[18]人类命运共同体理念为现代国际法的发展提供了先进的价值追求，有利于推动国际法律秩序的变革。当今国际关系正在发生深刻变化。人类命运共同体理念蕴含了主权、民主、公平、正义的国际法理念，涉及了人类生活的方方面面，体现了国际关系民主化、法治化的发展趋势。同时，人类命运共同体理念是对和平共处五项原则的传承和发展。从某种意义上说，人类命运共同体语境下的和平共处五项原则，

---

[9] 参见杨洁篪：《推动构建人类命运共同体》，载《党的十九大报告辅导读本》，北京：人民出版社 2017 年版，第 92 页。

[10] 参见习近平：《习近平谈治国理政（第 2 卷）》，北京：外文出版社 2017 年版，第 41-42 页。

[11] 如联合国在《非洲发展新伙伴关系的社会层面决议》中指出，国际社会要本着合作共赢和人类命运共同体的精神，支持非洲经济社会的发展。又如联合国安理会在其《第 2344 号决议》中强调应本着合作共赢精神推进地区合作，有效促进阿富汗及其地区的安全、稳定和发展，构建人类命运共同体。还有《防止外空军备竞赛进一步切实措施》和《不首先在外空放置武器安全决议》等都纳入了人类命运共同体理念和共识。可参见孙吉胜：《中国国际话语权的塑造与提升路径：以党的十八大以来的中国外交实践为例》，载《世界经济与政治》2019 年第 3 期，第 38 页。

[12] 参见（美）朱迪斯·戈尔茨坦、罗伯特·O. 基欧汉：《观念与外交政策：信念、制度与政治变迁》，刘东国、于军译，北京大学出版社 2005 年版，第 8 页。

[13] 参见王彦志：《“一带一路”倡议与国际经济法创新：理念、制度与范式》，载《吉林大学社会科学学报》2019 年第 2 期，第 78 页。

[14] 参见张希中：《习近平命运共同体思想的形成维度、内涵及价值意蕴探析》，载《行政与法》2016 年第 2 期，第 1 页。

[15] 参见何亚飞：《中国与全球治理》，北京：中国人民大学出版社 2015 年版，第 20 页。

[16] 参见习近平：《共同构建人类命运共同体》，载习近平：《习近平谈治国理政》（第 2 卷），外文出版社 2017 年版，第 546-547 页。

[17] 参见徐宏：《人类命运共同体与国际法》，载《国际法研究》2018 年第 5 期，第 3 页。

[18] 参见中华人民共和国外交部条约法律司编著：《中国国际法实践案例选编》，北京：世界知识出版社 2018 年版，第 20 页。

是六十多年前提出的该原则的升级版，是站在新的时代前沿，提出的更高层次的追求。[19]推动构建人类命运共同体是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分，它回答的是“建设一个什么样的世界，如何建设这个世界”的问题。[20]人类命运共同体理念中的文化共同体、利益共同体、安全共同体、责任共同体等概念，都始终强调世界整体意识，地球是人类共有的家园，不同文明、不同宗教信仰、不同社会制度、不同发展水平的国家是相互依存的共同体，命运与共、休戚与共。习近平总书记在提及命运共同体的系列讲话中，不仅延续了“树立命运共同体意识”的表述，还明确提出了构建各种命运共同体的目标，表达了命运共同体的多样性。[21]可以说，“人类命运共同体”既是对现有全人类共同利益的确认，又表达出一种对更美好更公平新秩序的愿景。[22]

人类命运共同体思想内涵极为丰富，呈现出严谨而完善的内在逻辑。精准认知人类命运共同体的深刻内涵，剖析其内在逻辑，对于澄清其所遭遇的理论曲解意义极为重大。[23]通过分析人类命运共同体理念的内涵和本质可知，共同情谊、共同责任与共同利益是彼此关联且深度相容的：没有共同利益就无法结下深厚情谊，没有共同利益也就无法担当共同责任，而深化共同情谊、承担共同责任也是为了更好地追求共同利益。[24]人类命运共同体理念面向的话语对象来自全球不同国家和地区，有着各异的话语需求和接受方式。正因为不同文化传统、种族肤色、宗教信仰、社会制度、语言表达和思维习惯的差异，作为具有复杂性情绪和多样性偏好的话语对象在很大程度上决定着人类命运共同体话语内容的认同程度和表达效果。[25]随着中国综合国力的日益增强，中国国家利益涉及的范围日益宽广，新时代背景下，中国提出人类命运共同体理念，倡导和平与发展、合作与共赢的全球治理模式。作为世界第二大经济体和亚洲最大的国家，中国在构建亚洲命运共同体的过程中发挥主导作用和积极作用。习近平总书记关于人类命运共同体的论述，不仅在一般和全球意义上提出积极推动构建人类命运共同体，还更加具体地倡导在相应的专业领域构建命运共同体，追求与不同地区构建命运共同体，争取与不同国家构建命运共同体。[26]

正如习近平总书记所呼吁的那样：“只要我们牢固树立人类命运共同体意 识，携手努力、共同担当，同舟共济、共渡难关，就一定能够让世界更美好、让人民更幸福。”[27]推动构建人类命运共同体，是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分，也是新时代中国外交工作的总目标、总纲领和总战略。[28]人类命运共同体理念鲜明地表达了中国的态度和历程，蕴含着发展、和平、合作与共赢的终极价值追求，为我们贡献了认知世界的整体性系统性的思维方式，彰显着全球治理方案的中国智慧。人类命运共同体作为中国贡献给世界的全球治理方案，实现全球性问题的共治，贯彻全球正义诉求，是其致极性追求。进行全球性问题治

[19] 参见徐宏：《人类命运共同体与国际法》，载《国际法研究》2018 年第 5 期，第 5 页。
[20] 参见徐宏：《人类命运共同体与国际法》，载《国际法研究》2018 年第 5 期。
[21] 参见王海东、张小劲：《新时代中国国际战略：以“命运共同体”论述为重点的解读》，载《国际论坛》2019 年第 6 期，第 72 页。
[22] 参见黄瑶：《论人类命运共同体构建中的和平搁置争端》，载《中国社会科学》2019 年第 2 期，第 126 页。
[23] 参见常东亮：《人类命运共同体：内在逻辑、现实挑战与践行路径》，载《习近平新时代中国特色社会主义思想研究》2019 年第 5 期，第 22 页。
[24] 参见王海东、张小劲：《新时代中国国际战略：以“命运共同体”论述为重点的解读》，载《国际论坛》2019 年第 6 期，第 76 页。
[25] 参见王仕民、陈继雯：《论人类命运共同体思想的话语表达》，载《青海社会科学》2019 年第 5 期，第 27 页。
[26] 参见王海东、张小劲：《新时代中国国际战略：以“命运共同体”论述为重点的解读》，载《国际论坛》2019 年第 6 期，第 72 页。
[27] 参见习近平：《习近平谈治国理政（第 2 卷）》，北京：外文出版社 2017 年版，第 482 页。
[28] 参见徐宏：《人类命运共同体与国际法》，载《国际法研究》2018 年第 5 期，第 3 页。

理，实现不同文明之间的交流与合作是其理论与现实前提。[29]而促进不同文明、不同国家、不同群体的交融共生，最终走向全球共治，实现人类文明的共同的和平、发展、合作与共赢，更是当今世界对更加合理公正的国际秩序的高度追求。

二、人类命运共同体与海洋资源开发的理论联系

1. 海洋资源开发的现实基础

海洋是生命的摇篮、资源的宝藏以及贸易和交往的通道，人类社会的发展离不开对海洋资源的开发利用，这种生产关系也在不断演进和变化。随着人口的增加和科技的进步，人类对食物和能源的需求越来越旺盛，而海洋蕴藏丰富的海水、生物、矿产和可再生能源等资源，对于满足人类需求意义重大，人类社会经济发展对海洋资源的依赖程度将越来越高。为全面提高海洋资源开发利用的生态、经济和社会效益以及实现可持续发展，必须综合运用行政、经济、法律和技术等手段，计划、组织、协调和控制海洋资源开发利用活动。我国作为陆海兼备国家，海域广袤，自北向南濒临渤海、黄海、东海、台湾以东太平洋海面、南海五大海区，自南向北跨 38 个纬度，兼有热带、亚热带、温带气候带，拥有领海和内水面积 38 万平方公里，大陆岸线长 18000 公里，岛屿岸线 14000 公里，面积 500 平方米以上的海岛就有 6500 多个，不仅拥有 960 万平方公里的陆域疆土，还有约 300 万平方公里的应管辖海域，自然条件优越，蕴藏着丰富的海洋生物资源、海洋矿产资源、海水资源、海洋可再生能源以及广阔的海洋空间资源。[30]此外，国家管辖范围以外海床、洋底及底土约占地球表面积的 49%，蕴藏着丰富的多金属结核、富钴结壳、多金属硫化物、富稀土沉积物等资源，这些资源是人类的共同继承财产，开发利用潜力巨大。20 世纪八十年代，我国已开始进行深海矿产资源调查。至目前已组织开展了五十多个航次的大洋科学调查，涉及多金属结核、多金属硫化物、富钴结壳、深海环境等多个领域。目前，我国初步形成了 3 种资源、4 个合同区的勘探开发格局。包括位于东太平洋海域、面积约 7. 5 万平方公里的多金属结核勘探合同区。西南印度洋约 1 万平方公里的多金属硫化物勘探合同区和西北太平洋 3000 平方公里的富钴结壳勘探合同区。2017 年，中国五矿集团获得东太平洋多金属结核勘探合同区专属勘探权和优先开采权，面积约 7. 3 万平方公里。[31]可以说，我国是一个海洋大国，也是海洋资源大国。

海洋资源是人类社会最重要和最基本的自然资源。与土地、气候、生物和矿产等资源相比，海洋资源既具有区域性和动态性等共同属性，也具有流动性和立体性等独特属性。海洋开发是指人类通过直接或间接的海洋实践 活动，推动人们对海洋的认识不断变化，从而影响着 整个社会变迁的行为。海洋开发的经济效益为我国改革开放和经济增长做出了积极的贡献。[32]目前，海洋资源已被纳入自然资源体系，实行国家统一管理，但须注意海洋资源不同于其他自然资源，更具公共性、不确定性和复杂性。海洋资源开发是人与海洋关系不断协调发展的过程，也是海洋活动的主体从碰撞、冲突到不断融合协调发展的过程。[33]《联合国海洋法公约》和联合国可持续发展《21 世纪议程》生效之际，我国积极加入海洋大开发的行列，根据我国国情适时制定了一系列国家海洋政策和海洋法规，形成了比较全面的海洋开

[29] 参见常东亮：《人类命运共同体：内在逻辑、现实挑战与践行路径》，载《习近平新时代中国特色社会主义思想研究》2019 年第 5 期，第 23-25 页。

[30] 参见王泽宇、韩增林、孙才志：《区域海洋经济系统对海洋强国战略的响应》，北京：科学出版社 2017 年版，第 1 页。

[31] 参见王芳：《海洋资源开发必须从战略层面统筹谋划》，载《中国海洋报》2018 年 9 月 6 日，第 2 版。

[32] 参见白天依：《实施海洋强国战略必须加强海洋开发能力建设》，载《中州学刊》2019 年第 4 期，第 86 页。

[33] 参见陈炷响、蔡勤禹：《海洋开发与现代海洋观念》，载《合肥学院学报》（社会科学版）2009 年第 1 期，第 65 页。

发体系，充分利用我国海洋资源优势，大力促进统筹海洋开发利用。

2. 海洋资源开发的发展路径

海洋具有广阔的空间，海洋总面积为 3.6 亿平方公里，占地球表面积的 70%左右，是地球生态系统的核心组成部分。海洋拥有富饶的资源，为人类提供了丰富的海洋资源，包括食品、能源、旅游以及生态环境等，依托海洋资源开发海洋经济，既是人类与自然和社会联系的媒介，也是推动国家和世界经济发展的联络带。[34]海洋是世界最大的政治经济地理单元，已成为各国展示综合国力和增强国际影响力的新舞台。因此，海洋经济是人类最大的命运共同体，也是新时代中国海洋事业发展的重要载体。在合作共赢的新型国际关系中，各国应尊重主权、领土完整，尊重彼此的发展道路和社会制度，尊重彼此的核心利益和重大关切。海洋资源是海洋产业发展的物质基础，海洋资源的开发利用将直接影响海洋事业的发展，对国民经济和社会发展产生巨大的影响力。

（1）加强海洋资源综合开发

海洋在当今国际社会已 经成为共同关注的热点，海洋经济已经成为世界经 济增长的新领域。海洋与民族盛衰密切相关，海洋与国家利益密切相关，已成为世界性共识。[35]纵观古今中外国家发展史，海洋资源开发利用与保护和人类社会的发展息息相关。海洋资源开发包括既传统海洋行业，也包括现代新兴海洋产业和服务业；既包括陆域和海域开发，也包括海岸带、海岛开发建设，还包括近海和远海开发利用等。[36]21 世纪是人类开发、利用、保护海洋资源时代，海洋给人类发展带来了巨大利益，各国加大对海洋了解和研究，对海洋资源开发、利用保护达成共识。由于我国地域辽阔，海洋资源种类繁多且数量庞大，具有巨大的开发价值。但海洋资源利用率低、开发难度大，同时，资源浪费比较严重，究其原因是我国大规模海洋自由开发起步较晚，在开发过程中缺乏国家层面的总体统筹规划和海洋发展规划，导致我国海洋自由开发利用的规模有限，深度和广度均不高。[37]与世界海洋发达国家相比，我国目前的海洋资源开发实力确实还存在一些薄弱环节，如我国海洋开发过程中的开发布局不合理、过度开发与开发不足并存，尤其是海底资源的开发状况不佳，海洋生态环境持续恶化，生物多样性遭到威胁和破坏等问题严重。[38]

因此，需要改进方式，不断提高海洋资源开发、利用的技术水平，及时推广海洋领域的新技术，加强对海洋资源的开发力度。改革开放以来，我国在政治、经济、社会、文化、生态等诸领域取得了举世瞩目的成就，其根本原因是中国特色社会主义治理模式和治理结构的有效运行。[39]而随着我国经济实力、综合国力、国际影响力的不断提升，在国际社会处理国际事务中的关注度也越来越高。海洋资源是我国非常重要的资源，具有很高的社会价值和自然价值，我国也在大力加强对海洋资源的开发利用和保护

（2）促进海洋资源可持续开发

---

[34] 参见陈明宝：《海洋经济高质量发展的制度创新逻辑》，载《中国海洋大学学报》2019 年第 5 期，第 15 页。

[35] 参见倪健中、宋宜昌《海洋中国：文明中心转移与国家利益空间》，北京：中国国际广播出版社 1997 年版，第 832 页。

[36] 参见韩增林、李博：《海洋经济高质量发展的意涵及对策探索》，载《中国海洋大学学报》2019 年第 5 期，第 14 页。

[37] 参见李滨勇、王权明、索安宁、于淼：《刍议我国新形势下的海洋综合管理》，载《海洋开发与管理》2014 年第 8 期，第 9 页。

[38] 参见潘新春、张继承：《我国海洋开发和管理理念的变迁与思考》，载《太平洋学报》2012 年 2 月第 20 卷第 2 期，第 55 页。

[39] 参见孙吉胜：《“人类命运共同体”视阈下的全球治理：理念与实践创新》，载《中国社会评价》2019 年第 3 期，第 121 页。

2013 年 5 月 24 日，习近平总书记在中共中央政治局就大力推进生态文明建设第六次集体学习时指出：“只有实行最严格的制度、最严密的法治，才能为生态文明建设提供可靠保障。”[40]海洋经济是人类经济发展的重要组成部分。海洋生态环境是支撑海洋经济可持续发展的重要基础，发达国家在海洋生态环境保护机制建设方面出台多种措施，包括拥有完善的政策法规体系、实行海洋生态补偿机制、严格的海洋排污机制、构建保护区网络等，维护海洋生态环境。[41]我国经济规模持续扩张，对海洋生态环境造成严重的负面结果，为保护海洋生态环境，应坚持科学合理地开发、利用、保护并重模式，发展海洋科学技术，维护海洋权益。

具体而言，海洋资源开发应坚持高效、环保的健康方式，高质量、高效益的可持续发展模式。在资本、技术和人力等领域综合发挥作用以获取最大产出，尤其要注意海洋资源开发与生态环境修复的良性互动机制保障，开发、利用和保护海洋资源。倡导海洋生态保护意识，才能形成更加稳定有序的海洋经济秩序和更加完善合理的海洋经济体系。针对海洋生态环境问题，习近平总书记在中央政治局第八次集体学习时指出：“要下决心采取措施，全力遏制海洋生态环境不断恶化趋势，让我国海洋生态环境有一个明显改观。”推动海洋资源开发向资源节约型、环境友好型产业发展模式转变，是海洋经济可持续发展的不竭动力。[42]在海洋资源开发中还存在着一系列问题：如我国海洋经济目前存在着发展速度明显放缓，部分产能过剩且效益低下等突出问题，因此，需使资本、技术、人力、环境等资源高效配置，提高海洋资源开发能力。再如，受市场和资源的双重影响，我国海洋资源开发方式和产业结构应优化、调整，以保持总体平稳增长。

海洋资源开发是世界发展趋势，为适应经济全球下人类命运共同体构建，我国应高度重视海洋经济发展，增强海洋产业国际竞争力，是实现海洋强国战略的物质基础，依海富国、依海强国。不能再以传统的资源过度消耗，生态环境过度破坏为代价开发海洋资源，而应持全新的海洋资源开发理念，高质量发展海洋经济，提高海洋综合治理能力，尤其是基础设施的完善和服务能力的提升，是海洋资源开发的重要方式。由于我国海洋开发利用的技术手段、综合管理、法律法规不够健全等因素，造成开发过程中产生的海洋环境污染得不到及时治理，这进一步威胁到海洋开发利用的质量和效率，制约了海洋开发和海洋经济的可持续发展。

（3）推动海洋资源合作开发

中国在海洋资源开发中确实也存在很多问题需要解决和完善，如由南沙岛礁主权归属问题扩大到南海的海洋划界问题以及与此相关的渔业和油气资源开发利用问题，又如越南、菲律宾、马来西亚、文莱四国的主张同中国对南海诸岛的主权和南海海洋权益主张相冲突问题等。[43]再如印度尼西亚对南海沿岸国在南湖的领土主权“冻结”主张问题等。[44]在搞好内部改革和增强综合国力的同时，从和平发展合作共赢的角度，妥善处理好各种问题。

2019 年 4 月 26 日，习近平总书记出席第二届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式并发表题为《齐心开创共建“一带一路”美好未来》的主旨演讲，指出：“从亚欧大陆到非洲、

---

[40] 参见习近平：《坚持节约资源和保护环境基本国策　努力走向社会主义生态文明新时代》，载《中央政府门户网站》2013 年 5 月 24 日 20 时 08 分，访问网址：
http://www.gov.cn/ldhd/2013-05/24/content_2410799.htm

[41] 参见张兰婷、倪国江等：《国外海洋开发利用的体制机制经验及对中国的启示》，载《世界农业》2018 年 8 月总第 472 期，第 69 页。

[42] 参见王宏：《加强海岸线保护与利用管理 构筑国家海洋生态安全屏障》，载《人民网-人民日报》2017 年 4 月 10 日 5 时 12 分，访问网址：http://politics.people.com.cn/n1/2017/0410/c1001-29198043.html

[43] 参见见段洁龙主编：《中国国际法实践与案例》，北京：法律出版社 2011 年版，第 139-152 页。

[44] 参见黄瑶：《“南海行为准则”的制定：进展、问题与展望》，载《法治社会》2016 年第 1 期，第 23-26 页。

美洲、大洋洲，共建“一带一路”为世界经济增长开辟了新空间，为国际贸易和投资搭建了新平台，为完善全球经济治理拓展了新实践，为增进各国民生福祉作出了新贡献，成为共同的机遇之路、繁荣之路。事实证明，共建“一带一路”不仅为世界各国发展提供了新机遇，也为中国开放发展开辟了新天地……我们坚信，一个更加开放的中国，将同世界形成更加良性的互动，带来更加进步和繁荣的中国和世界。”[45]

通过科学发展、合作共赢方式开发海洋资源，习近平总书记多次强调，推动构建人类命运共同体要坚持“共建、共享、共赢”的三共原则：即“以合作为动力，加强沟通和协调，照顾彼此利 益关切，共商规则，共建机制，共迎挑战。以共享为目标，提倡所有人参与，所有人受益，不搞一家独大或者赢者通吃，而是寻求利益共享，实现共赢目标”。[46]海洋对外合作是在经济全球化背景下对海洋开发的重大战略举措，要重视与周边国家和地区在海洋领域的合作与交流，充分利用国外资本、技术、人才、信息等资源，加入区域性国际组织、社会团体等，推动建立多层次的海洋国际合作机制，创新合作模式，既能实现海洋资源开发，又能保护自身海洋安全。同时，积极参与全球海洋治理，促进中国与相关国家海洋经济深度融合，倡导开放、融合的国际海洋事业新秩序，提升中国参与海洋事业的国际竞争力。

三、人类命运共同体与海洋资源开发的理论互动

人类命运共同体涉及全人类的利益和福祉，需要国际社会参与建设，需要所有国家的积极参与。人类命运共同体理念的根本目标在于推动国际社会的和谐、合作与共赢，海洋资源是自然资源的重要组成部分，具有重要的战略意义和国家利益，在理解和推动人类命运共同体中，必然要考虑海洋资源开发过程中所涉各种问题等，更好地推动我国海洋事业的发展，实现大国强国梦想。如何将人类命运共同体理念融入海洋事业发展体系，尤其是海洋资源开发，是一个重大的理论问题。可知，海洋资源开发是构建人类命运共同体的前提和基础，海洋命运共同体是海洋资源开发的保障和升华，而人类命运共同体理念又是发展海洋事业的思想指导和行动统领，促进实现我国强国梦之路，推动建设中国特色社会主义现代化进程。

1. 人类命运共同体与海洋资源开发的内在联系

人类命运共同体理念包含的三共原则（共建、共享、共赢）及其观点，在海洋强国战略和海洋命运共同体建设中得到丰富与发展。坚持人类命运共同体理念是新时代海洋资源开发、海洋经济发展、海洋强国战略和海洋命运共同体建设的迫切要求。

（1）时代要求：从海洋资源开发到海洋强国战略

进入 21 世纪以来，我国对海洋的重视程度明显提高，开发利用保护海洋资源，以加快建设海洋强国。特别是 2013 年以来，习近平总书记对海洋政策的重要论述，具有十分重要的远见卓识。在十八大报告中提出了“海洋强国”战略，将其与“文化强国”、“人才强国”共同作为三大强国方案，是对我国海洋事业发展的重要指示。全面经略海洋，落实“建设海洋强国”战略目标，促进我国从海洋大国向海洋强国转变，是实现新时代中国特色社会主义发展战略安排和中华民族伟大复兴的重要一环。[47]习近平总书记在主持中共中央政治局就建设海洋强国研究进行的第八次集体学习时进一步指出：“21 世纪，人类进入了大规模开发利用海洋的时期。我们要着眼于中国特色社会主义事业发展全局，统筹国内国际两个大局，坚持陆海统筹，坚持走依海富国、以海强国、人海和谐、合作共赢的发展道路，通过和平、发

[45] 参见习近平：《齐心开创共建“一带一路”美好未来》，载《人民网》2019 年 4 月 27 日，访问网址：http://politics. people. com. cn/n1/2019/0427/c1024-31053184. html

[46] 参见中共中央宣传部编：《习近平新时代中国特色社会主义思想三十讲》，第 296 页。

[47] 参见贾宇：《关于海洋强国战略的思考》，载《太平洋学报》2018 年 1 月第 26 卷第 1 期，第 1 页。

展、合作、共赢方式，扎实推进海洋强国建设。”[48]2016 年 3 月全国人大通过的《中华人民共和国经济和社会发展第十三个五年规划纲要》提出“开发海洋，拓展蓝色经济空间”。2017 年 10 月党的十九大报告再次提出“坚持陆海统筹，加快建设海洋强国”，再一次从国家战略层面，为海洋强国建设和发展海洋经济指明了方向。

海洋强国战略，是指在开发海洋、利用海洋、保护海洋、管控海洋方面拥有强大综合实力的国家，它是海洋经济综合实力发达、海洋科技综合水平先进、海洋产业国际竞争力突出、海洋资源环境可持续发展能力强大、海洋事务综合调控管理规范、海洋生态环境健康、沿海地区社会经济文化发达、海洋军事实力和海洋外交事务处理能力强大的临海国家。[49]海洋强国战略主要包括四个方面：依海富国、以海强国、人海和谐、合作共赢。依海富国是指重视海洋开发，实事求是地根据当地情况开发资源，加强海洋科学技术人才培养，鼓励新兴海洋产业的发展。以海强国是指打造现代化强大的海军梦，提高维护国家海洋安全的能力。人海和谐是指提升海洋生态文明建设的意识。合作共赢是指加强与发达和发展中国家共同合作保护南海，在处理南海争端问题上保持相互尊重，和平共处，共同提高的国际海洋合作观。[50]

实施海洋强国战略，加强海洋开发利用，是我国总结自身历史和当今国际国内发展形势，借鉴世界海洋强国兴衰的经验教训，力争赢取未来战略制高点、实现民族复兴的必然选择。[51]可见，海洋强国战略应立足于新时代中国海洋资源开发利用与保护的客观实际，实现海洋强国梦的创新和发展，坚持构建中国特色海洋事业发展体系。加快海洋资源开发，推动海洋经济发展，维护海洋权益，是建设海洋强国战略的重要途径。海洋强国战略要求优化海洋结构，强调海洋资源开发的科学性和大局观，严格要求海洋资源开发能力，明确指示开发格局和开发层次。

2013 年 7 月 30 日，习近平总书记在中共中央政治局第八次集体学习中第一次明确指出并强调：“建设海洋强国是中国特色社会主义事业的重要组成部分。”海洋资源开发利用对国家经济发展起着重要作用，习近平总书记指出：“我国既是陆地大国，也是海洋大国，拥有广泛的海洋战略利益。经过多年发展，我国海洋事业总体上进入了历史上最好的发展时期。这些成就为我们建设海洋强国打下了坚实基础。”[52]党的十八大报告部署了海洋强国战略，实施这一战略，有助于推动我国经济持续健康发展，维护国家主权、安全、发展利益，实现全面建成小康社会目标、进而实现中华民族伟大复兴。因此，按照习近平总书记的要求，要“进一步关心海洋、认识海洋、经略海洋，推动我国海洋强国建设不断取得新成就。”

党的十九大报告指出：“发展是解决我国一切问题的基础和关键，发展必须是科学发展，必须坚定不移贯彻创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念。”[53]在十九大报告中，将推动构建人类命运共同体作为新时代中国特色社会主义的基本方略之一，再次强调“海洋强国”方案包含了如海洋人才强国、海洋制造强国、海洋科技强国、海洋质量强国、海洋航天强国、

[48] 参见习近平：《进一步关心海洋认识海洋经略海洋　推动海洋强国建设不断取得新成就》，载《人民日报》2013 年 8 月 1 日。

[49] 参见殷克东、孟昭苏、张燕歌：《我国创新型海洋强国的战略选择》，载《北方经济》2009 年第 4 期，第 8 页。

[50] 参见陈宝君、王建柱：《习近平海洋强国战略与我国南海发展战略》，载《齐齐哈尔大学学报》（哲学社会科学版）2019 年第 3 期，第 2 页。

[51] 参见车海刚：《中国海洋战略“内外兼修”》，载《学习时报》2914 年 7 月 28 日。

[52] 参见习近平：《进一步关心海洋认识海洋经略海洋 推动海洋强国建设不断取得新成就》，载《中国政府网》2013 年 7 月 31 日，访问网址：http://www.gov.cn/ldhd/2013-07/31/content_2459009.htm

[53] 参见习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》（2017 年 10 月 18 日），载《人民日报》，2017 年 10 月 28 日。

海洋网络强国、海洋交通强国、海洋贸易强国、海洋文化强国、海洋教育强国等一系列有关海洋发展的理论，这些都是构建人类命运共同体的重要海洋理论和海洋政策。随着我国综合国力的增强，逐渐意识到要重视和发展海洋事业，结合当前形势和趋势，习近平总书记在十九大报告中提出海洋强国战略，维护海洋权益，符合新时代中国特色社会主义的海洋开发理论体系，是制定国家海洋战略和海洋政策的基础，为中国海洋事业的发展提供了行动指南和有力保障，是实现我国海洋强国梦不可缺少的环节，是中国特色社会主义现代化建设和可持续发展的重要保证。

海洋强国战略中的重要前提和有效保障就是海洋资源的开发利用与保护，而海洋资源开发利用与保护意识是建设海洋强国的强大精神动力，使海洋资源得到充分、高效开发利用的同时，加强海洋资源保护，宣传与海洋强国战略相关的法律法规，调动全社会范围的力量，实现对社会有效资源的全面整合，促进国民自觉遵守海洋保护的相关法律法规，树立科学的海洋观，营造海洋保护与合理开发利用的良好社会氛围。[54]以绿色、开放、协调、创新为原则的海洋开发是顺应时代发展潮流的必然选择，是我国实现海洋强国战略目标的基础和保障。而且，海洋强国战略与中华民族伟大复兴相关，与中国梦实现相关，习近平人类命运共同体理念也指出，树立科学的海洋资源开发利用与保护观，切实维护海洋权益，是对我国未来发展的重要保障。

海洋已成为国际和周边地区战略竞争与合作新的重要领域的历史阶段，中国实施海洋强国战略符合时代潮流。建设海洋强国是保障和满足我国国家安全与发展、维护海洋权益和拓展国家战略利益现实需求的重大战略举措。[55]因此，需要我们进一步提高海洋自由综合开发能力，坚持陆海统筹，优化海洋经济发展布局，完善海洋开发政策和法律法规，建立海洋开发管理机制，进一步规范海洋开发秩序，扩大对外开发，加深国际合作，提高科技创新和人才培养，提高海洋产业综合竞争力，探索海洋开发、环境保护新途径，提高海洋防灾减灾能力，保护好海洋生态环境，实现海洋的可持续开发。立足新时代，加快建设中国特色海洋强国，坚持以新型海洋观为指引，构建中国特色海洋治理体系与话语体系，打造命运共同体、利益共同体、责任共同体，共建共享和平之海、合作之海、和谐之海，将成为中国和平崛起的必由之路。[56]中国特色社会主义进入新时代，海洋在经济发展、对外开放、维护国家权益、生态文明建设、国际多元竞争等方面的作用更为显著、地位更趋重要。实施新时代中国特色海洋强国战略，既有深远历史意义，又有重大现实意义。以习近平同志为核心的党中央深刻诠释海洋强国新理念、新思想、新战略，探索中国特色海洋强国建设新路径。建设“海洋强国”是习近平总书记对中国海洋事业发展的重要指示和高度概括，也是新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分。

（2）理论推进：从人类命运共同体到海洋命运共同体

十八大以来，以习近平同志为主要代表的中国共产党人，顺应时代发展，从理论和实践结合上系统回答了新时代坚持和发展什么样的中国特色社会主义、怎样坚持和发展中国特色社会主义这个重大时代课题，创立了习近平新时代中国特色社会主义思想。习近平总书记关于海洋的重要论述是其新时代中国特色社会主义思想最有特色、最重要、最系统的一个组成

[54] 参见王双：《海洋强国战略背景下我国海洋综合管理转型升级路径初探》，载《当代经济管理》2017 年第 7 期，第 32-37 页。

[55] 参见张海文：《以党的十九大精神引领海洋战略研究》，载《中国海洋报》2018 年 2 月 28 日，第 1 版。

[56] 参见牟盛辰：《新时代中国特色海洋强国建设方略探析——历史源流、战略向度与治理改革》，载《改革与战略》2019 年 8 月第 35 卷第 8 期，第 34 页。

部分。[57]党中央、国务院始终高度重视海洋强国建设，立足中国实际、直面突出问题，系统阐释了建设海洋强国的新理念、新思想、新战略，指明了新时代中国特色海洋强国建设战略方向。注重规划引领，先后出台 《中国海洋 21 世纪议程》 《中国海洋事业白皮书》，研究制定《全国海洋经济发展“十三五”规划》、《全国海洋生态环境保护规划（2017 年——2020 年）》、《全国海洋主体功能区规划》等纲领性规划，全面阐释、系统部署国家海洋发展战略。在法治建设方面，陆续颁布《专属经济区和大陆架法》、《海域使用管理法》、《海洋石油勘探开发环境保护管理条例》等多部法律法规，使海洋法律法规体系逐步完善。[58]党的十九大报告又明确提出“坚持陆海统筹，加快建设海洋强国”，海洋强国梦是实现中华民族伟大复兴的中国梦的有机组成部分。

2019 年 4 月 23 日，习近平主席在青岛集体会见应邀出席中国人民解放军海军成立 70 周年多国海军活动的外方代表团团长时正式提出了“海洋命运共同体”的理念，作为“人类命运共同体”理念的重要组成部分，这是中国参与全球海洋治理的基本立场与方案。[59]“海洋命运共同体”是中国参与全球海洋治理的中国立场与方案，它既是理念也是实践，包括：“海洋安全共同体”、“海洋利益共同体”、“海洋生态共同体”和“海洋和平与和谐共同体”四个方面的内容。[60]“海洋命运共同体”理念致力于维护海洋和平稳定、促进海洋发展繁荣、保护海洋生态环境、妥善解决海洋争端，有助于海洋事业的发展。

在习近平总书记提出人类命运共同体理念后，伴随全球海洋问题的不断涌现，学者们在这一理念下总结出海洋命运共同体的理念，这意味着基于共同的海洋利益和价值，我们要将海洋意识提升到新的高度，这关乎国家和人类命运的发展。无论是从国内经济环境，还是从政治战略部署来看，当前我国海洋事业进入了历史上最好的发展时期，实现海洋大国向海洋强国的跨越，既是海洋国家利益的最高战略选择，也是实现中华民族伟大复兴的必由之路。[61]。党的十八大以来，随着全球化责任担当意识的增强，为顺应时代发展，我国开始明确将自己定位为世界大国，我国作为世界大国积极践行中国特色大国外交政策，高度重视全球治理理念，重视国际合作，提出了“人类命运共同体”理念，倡导开放、包容的全球治理理论与实践。海洋对人类的生存和发展具有重要意义，海洋不仅属于沿海国，更属于全世界。[62]习总书记针对海洋的重要论述，蕴含着丰富的内涵，在人类命运共同体思想的指导下，构建海洋命运共同体，更好地实现对海洋资源的开发利用和保护，维护我国海洋权益，促进我国海洋事业发展，实现强国梦，推动现代化进程。

世界各国都在追求自身的海洋利益，如单方或共同对海洋资源的分配、海域的界定、海洋资源的开发利用、海洋污染的防治、海洋纠纷的解决等，都需要确定的制度和规则，以及为各国共享的价值和秩序。[63]而海洋命运共同体理念就更好地促进了这种制度和规则，这种价值和秩序的形成。如何妥善处理这些问题，应具体问题具体分析，以问题为导向，解决什

---

[57] 参见黄建钢：《论习近平总书记关于海洋论述的本质特性》，载《浙江海洋大学学报（人文科学版）》2019 年 10 月第 36 卷第 5 期，第 9 页。

[58] 参见牟盛辰：《新时代中国特色海洋强国建设方略探析——历史源流、战略向度与治理改革》，载《改革与战略》2019 年 8 月第 35 卷第 8 期，第 35 页。

[59] 参见姚莹：《“海洋命运共同体” 的国际法意涵：理念创新与制度构建》，载《当代法学》2019 年第 5 期，第 138 页。

[60] 参见姚莹：《“海洋命运共同体” 的国际法意涵：理念创新与制度构建》，载《当代法学》2019 年第 5 期，第 143 页。

[61] 参见高辉：《海洋意识在海洋开发中的重要作用——从库拉交易看海洋意识》，载《中国海洋社会学研究》2019 年第 7 期，第 150-151 页。

[62] 参见张海文著：《<联合国海洋法公约>与中国》，北京：五洲传播出版社 2014 年版，第 6-7 页。

[63] 参见杨华：《海洋法权论》，载《中国社会科学》2017 年第 9 期，第 170 页。

么样的问题采用什么样的方法。在新时代、新形势下，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，树立人类命运共同体理念，站在历史和现实、国际和国内、理论和实际多维角度，实施海洋强国战略和构建海洋命运共同体，加快发展海洋事业。

众所周知，提高海洋资源开发能力和大力发展海洋经济乃是中国海洋强国战略的首要战略任务。[64]构建海洋命运共同体是人类命运共同体的重要组成部分，也是实现新时代中国特色社会主义强国战略不可或缺的重要环节。我们应当牢牢把握历史机遇，深刻理解构建海洋命运共同体的丰富内涵和重大意义，实现中华民族伟大复兴的“中国梦”。在习近平命运共同体理念的指导下，中国立足时代前列、海洋开发前沿，深刻把握世情、国情、海情深刻演变的历史发展趋势，强化海洋资源开发的海洋政策、海洋产业、海洋生态、海洋科技创新等领域，奠定海洋领域的制度基础、经济基础、生态基础和创新基础，因时制宜、因地制宜、因势制宜地推动海洋命运共同体建设，发展中国海洋事业，有力促进新时代中国特色社会现代化建设。

2. 人类命运共同体与海洋资源开发的互动关系

“人类命运共同体”是中国发展海洋事业和参与全球海洋治理的理念与立场，在海洋资源开发过程中坚持中国方案。中国应抓住历史机遇，以海洋资源开发为契机，实施海洋强国战略和构建海洋命运共同体，积极提升中国在海洋事业及其国际社会的影响力和引导力。在经济全球化背景下，海洋资源开发需要在全球范围内综合势必涉及多国多地区多种利益，在借鉴发达国家经验的基础上，实施更加积极主动的海洋开发政策，加强交流与合作，推动海洋经济发展，形成海洋事业的全方位布局。将人类命运共同体理念融入海洋资源开发领域中，是新时代中国提升全球海洋治理能力现代化的新要求。因此，在具体海洋资源开发领域中，可从以下方面来探讨其与人类命运共同体理念的互动关系。

人类命运共同体与海洋安全制度方面的互动关系。海洋安全，是指国家的海洋权益不受侵害或不遭遇风险的状态，也被称为海上安全或海上保安。[65]海上安全主要包括传统的海上安全[66]和非传统的海上安全[67]。海上安全制度的体系非常庞大，如通道安全、资源安全、环境安全等。一些重要的国际条约如 1974 年《国际海上人命安全公约》、1979 年《国际海上搜寻救助公约》、1988 年《制止危及海上航行安全非法行为公约》、1992 年《生物多样性公约》等等，都与“海上安全”有关，可被视为是海上安全制度的组成部分。海洋安全是国际社会共同的价值追求，每一个沿海国均对其海洋安全与权益拥有重大利益诉求，同时也是 1982 年《联合国海洋法公约》广大成员国的基本需求。海洋安全及海洋权益，包括了海洋领土（岛屿主权）、领海、海洋资源、海洋运输通道等诸多方面。维护本国利益仍是各国开展外交活动的一个基本出发点，我国在构建人类命运共同体的过程中，也应坚决捍卫我国的核心利益，包括我国的诸多海洋权益。

人类命运共同体与海洋环境保护制度的互动关系。海洋是全球生命支持系统的基本组成部分，是全球气候的调节器，是自然资源的宝库。[68]随着工业文明的进步，海洋的生态环境与资源面临巨大的压力。由于海洋的整体性以及海洋活动的国际性，任何一个国家都无法独力保护海洋生态环境，需要所有国家协力解决。海洋环境不断发展，与海洋环境保护制度相关的科学技术也在不断提高。而《联合国海洋法公约》第十二部分共有 11 节 44 条，包括：

---

[64] 参见贾宇：《关于海洋强国战略的思考》，载《太平洋学报》2018 年第 1 期，第 6 页。

[65] See BUEGER. C: What is Maritime Security? Marine Policy, 2015(53): 159-164.

[66] 主要是指海上军事安全、海防安全、国土安全、政治安全等。

[67] 主要包括包括海上恐怖主义、海盗行为、海洋自然灾害、海洋环境污染、海洋生态破坏等。

[68] 参见张海文著：《<联合国海洋法公约>与中国》，北京：五洲传播出版社 2014 年版，第 6 页。

一般规定、全球性和区域性合作、技术援助、监测和环境评价、防止、减少和控制海洋环境污染的国际规则和国内立法、执行、保障办法、冰封区域、责任、主权豁免、关于保护和保全海洋环境的其他公约所规定的义务。国际海洋环境法律制度由国际公约、协定、习惯国际法、一般法律原则和确定法律规则的辅助方法构成。例如 1972 年的《防止倾倒废弃物及其他物质污染海洋公约》及 1973 年《国际防止船舶污染公约》等。可持续发展是人类命运共同体理念在海洋环境保护制度中的主要内容和要求，也海洋环境保护的立法依据。[69]同时，人类命运共同体理念的许多内容在海洋环境保护领域中逐渐得到的共识与理解。

人类命运共同体与海洋科学研究法律制度的互动关系。习近平总书记认为，发展海洋经济、海洋科研是推动我们强国战略很重要方面，海洋技术的自主研发，海洋经济的发展前途无量。[70]海洋科学是研究海洋自然现象、性质及其变化规律以及与开发利用海洋有关的体系。海洋科学研究法律制度，包括海洋科学研究的法律定义、信息分享机制、海洋技术转让实施、军事活动破坏海洋科研等问题。海洋科学研究将会对海洋法的发展起到关键作用，甚至将会侧向推动了海洋法的进一步发展；海洋科学研究对于海洋资源的利用与开发将构成某些程度上的限制，这将是未来海洋资源开发中的主要矛盾之一。从整体对于海洋科学研究法律制度进行思考，严格遵循人类命运共同体理念的要求对其实施改造。人类命运共同体理念下的海洋科学研究法律制度应当以“共商、共建、共享”为准则，在修改、完善、发展现有以公约规定的海洋科学研究法律制度为主的成文法基础上，积极发展符合习惯国际法的国家实践，最终形成符合人类命运共同体的海洋科学研究法律制度。[71]

人类命运共同体与公海渔业资源养护和可持续利益的互动关系。随着国际社会逐渐认识到海洋渔业资源的有限性以及长期过渡捕捞对海洋渔业造成的破坏性影响，世界各国开始致力于对传统的公海捕鱼加以限制，以对公海渔业资源进行养护，进而实现公海渔业资源的可持续利用。[72]目前有关公海渔业资源管理的国际法律文件以《联合国海洋法公约》、1995 年《执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群规定的协定》为代表。然公海渔业资源养护和可持续利用的国际法律机制存在碎片化特点，未来有关公海渔业资源养护和可持续利用的国际法规范需要建立在资源生物特性之上，进行符合海洋渔业生物资源特性的制度安排。[73]公海渔业资源的过度捕捞催生了公海渔业资源养护的迫切需要，这也符合属于全人类有关公海渔业资源利益。通过引入以“共商共建共享”为核心内容的人类命运共同体理念，有助于更好地解决不同国家间在公海渔业中捕捞份额分配的问题，促进各国间在公海渔业资源养护方面的合作，从而实现公海渔业资源的可持续利用。

人类命运共同体与国际海底区域资源公平分配的互动关系。随着陆地矿产资源的日渐枯竭，丰富的国际海底矿产资源已经成为国际社会争相追逐的“热品”。[74]制定科学合理、公平

---

[69] 参见裘婉飞、刘岩：《中国实现 2030 海洋可持续发展目标的趋势浅析》，载《环境与可持续发展》2016 年第 1 期，第 44-45 页。

[70] 参见《习近平：建设海洋强国，我一直有这样一个信念》，载《新华网》2018 年 6 月 12 日，访问网址：http://www. xinhuanet. com/politics/2018-06/12/c_1122975977. htm

[71] 参见邹克渊、王森：《人类命运共同体理念与国际海洋法的发展》，载《广西大学学报（哲学社会科学版）》2019 年 7 月第 41 卷第 4 期，第 74-77 页。

[72] 参见林连钱、黄硕琳：《公海渔业制度浅析》，载《中国渔业经济》2006 年第 5 期，第 10-13 页。

[73] 参见白洋、朱伯玉：《公海渔业资源养护和利用国际法律制度研究》，载《中国人口·资源与环境》2014 年第 6 期，第 171-176 页。

[74] 参见王勇：《国际海底区域开发规章草案的发展演变与中国的因应》，载《当代法学》2019 年第 4 期，第 79 页。

公正的“区域”开发规章是今后几年国际海底管理局面临的一项重要任务。[75]在《联合国海洋法公约》生效前，以美国《深海海底矿产资源法案》为背景，国际海底区域的法律地位难以准确定位。[76]按照《联合国海洋法公约》规定，国际海底区域的法律地位是人类共同继承财产。人类共同继承财产原则逐渐发展成为习惯国际法的一部分，具体涵盖共同共有、共同管理、共同参与和共同获益这四大特征。[77]中国在探索深海海底资源勘探开发制度的过程中制定了《深海海底区域资源勘探开发法》，是履行担保国义务的重要表现。具有全球海洋公域性质的国际海底区域法律地位为人类共同继承财产，是人类命运共同体理念的重要切入点。但随着全球海洋经济可持续发展需求的不断扩大，国际海底区域的法律制度也需从引导利益共享的制度和机制向兼顾激励投资与共享收益的方向发展。[78]因此，在人类命运共同体理念指引下，积极拓展全方位的国际合作，实现人类在国际海底区域活动与认识水平相适应，构建使国家间海洋利益得以公平分配的现代国际海底区域法律制度。

人类命运共同体与国家管辖范围外海洋生物多样性养护和可持续利用的互动关系。国家管辖外的深海蕴藏着巨大的经济价值，随着人类利用海洋的能力增强，各国开始将目光投向这一宝库，国家管辖外海洋生物多样性养护和可持续利用问题成为全球海洋秩序变革中的一个重要问题和新型问题，制定的《国家管辖外海洋生物多样性养护和可持续利用协定》（简称《BBNJ 协定》），为海洋生物多样性养护和可持续利用提供了法律依据。《联合国海洋法公约》与《生物多样性公约》分别从法律层面对海洋生物多样性养护和可持续利用进行规制，以进一步实现海洋生物多样性养护与可持续利用的目标。目前有关 BBNJ 问题的谈判仍在进行中，谈判过程中各国主要围绕海洋生物遗传资源、海洋保护区的管理模式、环境影响评价制度的设计等焦点问题展开。国家管辖范围外海洋生物遗传资源法律地位的确定是实现保护与可持续利用的先决性问题，考虑到关于海洋生物遗传资源知识产权及其收益的获取问题，应从整个效益最大化的角度出发。制定 BBNJ 国际法律规则需充分考虑人类共同继承财产与知识产权保护之间、世界各国海洋利益之间以及生物资源的养护与利用之间的协调关系。[79]引入人类命运共同体理念，可以在国家间确立“共同体”意识，从而有效消除国家间分歧，促进多边协商中的利益各方达成共识，进而共同实现国家管辖范围外海洋生物多样性养护与可持续利用。

人类命运共同体与南北极和平利用和可持续发展的互动关系。1959 年《南极条约》冻结了各国的南极领土要求，并以此为核心发展形成“南极条约体系”，为各国南极活动提供法律依据。[80]“南极条约体系”同时也是南极治理的主要法律依据，其特殊性在于既适用于南极陆地也适用于周围的海洋。“南极条约体系”是《联合国海洋法公约》的重要发展，尤其是在南极海洋环境保护方面。但“南极条约体系”与《联合国海洋法公约》在重叠适用于

---

[75] 参见杨泽伟：《国际海底区域“开采法典”的制定与中国的应有立场》，载《当代法学》2018 年第 2 期，第 26-27 页。

[76] See F. M. Auburn: The Deep Seabed Hard Mineral Resources' Bill, San Diego Law Review, 1971(9): 491-514.

[77] 参见金永明：《人类共同继承财产概念特质研究》，载《中国海洋法学评论》2005 年卷第 2 期，总第 2 期），厦门：厦门大学海洋政策与法律中心 2014 年版，第 32 页。

[78] 参见吕琪、李志文：《国际海底区域资源开发的利益共享审思》，载《学习与探索》2018 年第 8 期，第 104-112 页。

[79] 参见李晓静：《国家管辖范围外海洋遗传资源的定义及其法律地位探析》，载《中国海商法研究》2017 年第 2 期，第 60-67 页。

[80] 参见郭红岩：《论南极条约体系关于南极争端的解决机制》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2018 年第 3 期，第 1-8 页。

南极海域时还存在着不同之处。[81]如南极生物勘探问题、南极大陆架划界问题、南极旅游活动、南极海洋保护区议题等。通过构建人类命运共同体，使各国在尊重人类共同利益、和谐共赢的基础上，积极完善南极地区相关法律制度建设，同时鼓励世界各国之间的南极科考信息交流，真正使南极朝着“开放”、“和平利用”的方向发展。以《联合国海洋法公约》为代表的一系列国际条约是处理北极问题的基本法律框架和法律依据，而有效的“北冰洋治理体系”须建立在《联合国海洋法公约》的基础上。[82]北极地区特殊的地缘位置与气候变化影响，使北极的和平、稳定和可持续发展与全人类利益紧密相连，北极环境保护以及原住民社会经济生活保障等需要人类命运共同体理念的良好融入。无论是北极环境保护还是构建更为有效的北极治理体系，均非某一国家或某一区域能够独立完成的，需要全球范围内的国家通过合作共同实现。因此，要实现北极法治的良好发展，可在人类命运共同体理念指引下推进北极理事会取得实质性机制突破，进一步扩大国家间合作范围，鼓励北极地区外的国家在涉及全人类共同利益事务上积极参与北极相关法律规则制定，从而最终促进北极可持续发展。[83]

人类命运共同体与和平解决国际海洋争端的互动关系。《联合国海洋法公约》所处理的问题十分复杂，实质上涉及所有缔约国的重大利益，更容易引发争议，并且解决这些问题的难度也更大。有学者认为，有必要在《联合国海洋法公约》中建立一个有效的争端解决机制，即所谓“自助餐厅”式方法，为审慎地解决国际海洋争端确立其他可选的框架机制模式。[84]还有学者认为，和平解决海洋争端作为海洋资源开发过程中的一项基本原则，具有丰富的内涵。一般而言，解决争端的目的是使争端国之间的关系恢复到争端发生之前的状态，或至少不会导致争端国间关系的恶化或局势升级。若当解决争端的条件不具备或争端当事国根本无意愿去解决争端时，“和平搁置争端”无疑也是一种更加务实的选择路径。[85]坚持平等协商的争议解决理念是构建人类命运共同体，倡导“相互尊重、合作共赢”的新型国家关系在和平解决国际海洋争端的实践支持。

[81] 参见陈力：《南极海洋保护区的国际法依据辨析》，载《复旦学报（社会科学版）》2016 年第 2 期，第 152-164 页。

[82] See Oran. R. Young: Governing the Arctic Ocean, Marine Policy, 2016(72): 271-277.

[83] 参见白佳玉、隋佳欣：《人类命运共同体理念视域中的国际海洋法治演进与发展》，载《广西大学学报（哲学社会科学版）》2019 年 7 月第 41 卷第 4 期，第 88-89 页。

[84] 参见（英）J. G. 梅里尔斯：《国际争端解决》（第五版），韩秀丽、李燕纹、林蔚、石珏译，北京：法律出版社 2013 年版，第 243-246 页。

[85] 参见黄瑶：《论人类命运共同体构建中的和平搁置争端》，载《中国社会科学》2019 年第 2 期，第 113-136 页。

中美贸易战中“美国——关税措施案”法律问题评析

张军旗　上海财经大学法学院

摘要：“美国——关税措施案”是中美贸易战中的关键争端。美国以 301 调查报告为基础对原产于中国的商品加征关税，被中国诉至 WTO。在先决问题上，专家组未对 301 调查事项及关税措施是否属于 WTO 事项做出应有回应。关于被诉措施二中 25%的关税是否属于本案专家组职权范围，专家组做出了正确结论，但存在法律适用方面的错误。专家组还适当地否定了美国关于“双方已经找到解决问题的方法”的主张。在主要问题上，专家组以举证不足为由认定美国的关税措施未满足公共道德例外的要求，从而违反了 GATT1994 第 1 条和第 2 条，其论证总体上合理有据。另外，从学术研究的角度看，301 条款本身、本次 301 调查及关税措施均违反 DSU 第 23 条。

关键词：中美贸易战　301 条款　301 调查　“美国——关税措施案”　公共道德例外

“美国——对某些中国产品的关税措施案”（以下简称“美国——关税措施案”）是中美贸易战中的关键争端。2020 年 9 月 15 日发布的 WTO 专家组报告裁决美国的关税措施违反 WTO 义务。[1]本案在法律上的是非曲直对于中美贸易战的解决直接作用有限，但却事关具体规则的解释趋向和多边贸易体制的维护，对于以后同类争端的处理以及 WTO 成员政策的调整都会有借鉴意义，同时也关乎贸易战中双方道德制高点的占领和双方的国际形象，因此对双方在本案中的主张及专家组的事实认定和法律适用进行审视，具有重要实践价值。另外，本案引起了国内外学术界的高度关注，[2]其中对于本案及有关法律解释存在不同看法，本文也将对这些看法给予充分回应，也因此具有较强的学术意义。

本文将主要结合专家组报告的论证对“美国——关税措施案”所涉及的法律问题展开分析。在说明本案的基本事实和双方分歧的基础上，本文将分别讨论专家组对先决问题和主要问题裁决的是非曲直。原本中国还指控美国的关税措施违反《关于争端解决的规则和程序的谅解》（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes，以下简称 DSU）第 23 条，但后来放弃了这一指控。本文仍将从学术上对美国《1974 年贸易法》第 301-310 节（通常简称为“301 条款”）本身、本次对华 301 调查及关税措施与 DSU 第 23 条的相符性做出分析。

一、本案的基本事实和双方分歧

基金项目：国家社会科学基金一般项目《“逆全球化”风潮下国际贸易法治的困境、出路及中国的选择研究》（批准号：18BFX207）。

[1] See United States-Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R (15 September 2020) (hereinafter WT/DS543/R), paras. 8. 1-8. 4.

[2] Kathleen Claussen, “Can International Trade Law Recover? Forgotten Statutes: Trade Law’s Domestic (Re) Turn”, (2019) 113 *American Journal of International Law* Unbound 40, p. 42; Steve Charnovitz, “How American Rejectionism Undermines International Economic Law”, (2018) 10 (2) *Trade, Law and Development* 226, pp. 236-237; Xuewei Feng, Critique of Consistency with WTO Rules of the US Section 301 Investigation against China concerning Technology Transfer (Billing Code 3290-F7), (2018) 8 (2) *Journal of WTO and China*, p. 22；雷雨清、刘超、郑伟：《美国对华 301 调查及中国反制措施的法律分析》，载《经贸法律评论》2019 年第 1 期；杨国华：《中美贸易战中的国际法》，载《武大国际法评论》2018 年第 3 期；胡加祥：《美国贸易保护主义国内法源流评析——兼评 232 条款和 301 条款》，载《经贸法律评论》2019 年第 1 期；靳也：《301 条款在 WTO 多边体制外的复苏——基于美国对华贸易调查的法律分析》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2018 年第 1 期；刘瑛、刘正洋：《301 条款在 WTO 体制外适用的限制》，载《武大国际法评论》2019 年第 3 期；管健：《中美贸易争端中的焦点法律问题评析》，载《武大国际法评论》2018 年第 3 期；孙南翔：《唤醒装睡的美国：基于美国对华单边贸易救济措施的分析》，载《国际经济法学刊》2018 年第 3 期。

（一）本案的基本事实

2017 年 8 月 18 日美国贸易代表（the United States Trade Representative, 以下简称 USTR）按照《1974 年贸易法》的 301 条款对中国启动了 301 调查。2018 年 3 月 22 日，USTR 办公室发布了《根据〈1974 年贸易法〉第 301 节对中国有关技术转让、知识产权及创新的法令、政策和做法的调查结果》（以下简称 301 调查报告），认定中国实施的一系列法令、政策和做法不公平、不合理或具有歧视性，并对美国的商业构成负担或限制。[3]以 301 调查报告为基础，美国政府于 2018 年 7 月 6 日开始对原产于中国的商品加征关税。在之前的 2018 年 3 月 23 日，美国还就 301 调查中涉及的中国技术许可措施向 WTO 提起争端，即“中国——某些知识产权保护措施案”。[4]中国政府在采用反制措施的同时，于 2018 年 4 月 5 日在 WTO 向美国提起磋商，将美国加征关税的行为诉至 WTO，此即“美国——关税措施案”。[5] 2019 年 1 月 28 日专家组设立。之后双方谈谈打打，彼此的加税行为却不断升级。专家组程序则同时进行。2020 年 9 月 15 日专家组报告发布。2020 年 10 月 26 日，美国对专家组的裁决提起上诉。由于美国阻挠上诉机构成员的遴选工作，上诉机构已处于瘫痪状态，因此美国的上诉暂时不会有什么结果。

在整个贸易战中，双方迄今已采取多项关税措施。由于双方的关税措施都是逐批发布和实施，本案并未将其全部涵盖在内。本案涉及的具体措施有两项：（1）2018 年 6 月 20 日 USTR 发布通告，拟自 2018 年 7 月 6 日起对原产于中国的、年贸易额约 340 亿美元的产品（以下简称为清单一）加征 25%的从价关税（以下简称措施一）；[6]（2） 2018 年 9 月 21 日 USTR 发布通告，拟自 2018 年 9 月 24 日起，对原产于中国的、年贸易额约 2000 亿美元的产品（以下简称清单二）加征 10%的从价关税；从 2019 年 1 月 1 日起，加征关税的税率增为 25%（这两项关税以下简称措施二）。该 25%的税率曾两度延期，自 2019 年 5 月 10 日开始实际实施。[7]虽然这里的被诉措施并不涵盖美国对中国的所有加税措施，但与其他加税措施的性质类似，因此具有代表性。

所谓 301 条款是指《1974 年贸易法》第 301-310 节，其授权贸易代表在经调查确认（1）美国在贸易协定下的权利被否定，或（2）外国的法令、政策或做法违反了贸易协定或剥夺了美国在贸易协定下的权利，或（3）外国的法令、政策或做法不合理或具有歧视性，并对美国商业构成负担或限制时，可以采取行动。[8]这种行动通常首先是与有关国家进行谈判，要求对方调整政策；在不能通过谈判达到目的时，则会对对方采取单边制裁措施，通常是对进口产品加征关税或采取其他限制措施。301 条款属于典型的进攻型贸易政策，以惩罚性、威慑性和单边性为其一般特征，是美国推行对外贸易政策的重要工具。

---

[3] Office of the USTR Executive Office of the President, Findings of the Investigation into China’s Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974, 22 March 2018 (hereinafter “USTR, Findings of the Investigation under Section 301”).

[4] China-Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, Request for Consultations by the United States, WT/DS542/1 (26 March 2018).

[5] United States-Tariff Measures on Certain Goods from China, Request for Consultations by China, WT/DS543/1, G/L/1219 (5 April 2018).

[6] USTR, Notice of Action and Request for Public Comment Concerning Proposed Determination of Action Pursuant to Section 301: China’s Acts, Policies and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property and Innovation, 83 Fed. Reg. 28, 710.

[7] USTR, Notice of Modification of Section 301 Action: China’s Acts, Policies and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property and Innovation, 83 Fed. Reg. 47, 974.

[8] 参见美国《1974 年贸易法》第 301 节。

美国的单边制裁是有历史渊源的。早在1794年国会就授权总统，当其认为外国歧视美国时，可以对该国实行贸易禁运或限制与该国的进出口。[9]《1930年关税法》、《1934年贸易协定法》和《1962年贸易扩展法》也都有类似的单边制裁规定，只是《1974年贸易法》301条款的规定最为系统和典型。本次对华301调查就是依据《1974年贸易法》进行的。之后的《1979年贸易协定法》《1984年贸易与关税法》《1988年综合贸易与竞争法》进一步对301条款的适用范围、适用程序等方面做了不同程度的修改和完善。

（二）当事双方的主要分歧

中国在磋商请求和设立专家组的请求中均指控美国基于301调查加征关税的行为违反了《1994年关税与贸易总协定》（下称GATT1994）第1条（最惠国待遇）、第2条（减让表）和DSU第23条（加强多边体制），[10]但在进入专家组程序后放弃了最后一项指控。

美国则辩称：（1）301调查所涉及的中国行为及本案被诉措施均与WTO权利和义务没有关系，不在WTO规则涵盖范围内；（2）当事双方相互加征关税，表示双方已经解决该事项，专家组应按照DSU第12.7条的规定简要描述争端事实并报告双方已经达成了解决方案；（3）对清单二产品加征25%的关税不属于专家组的职权范围；（4）即便专家组审理此案，被诉措施也符合GATT1994第20条（a）项规定的公共道德例外。[11]其中前三者均属于先决问题，最后一项属于主要问题。

本文将就双方争议的各个问题及专家组对这些问题的裁决逐一进行分析，重点讨论双方及专家组所持观点的是非曲直。

二、先决问题的争议与裁判

本案上述三个先决问题中，前二者涉及专家组对于本案是否具有管辖权的问题，最后一个问题涉及专家组职权范围问题。

（一）301调查事项及被诉措施是否与WTO有关

美国除了主张301调查涉及的中国绝大多数行为与WTO无关外，还主张基于301调查施加的关税措施亦非WTO事项。[12]

美国的这一主张原本与其关税措施违反DSU第23条有关，但后来中国放弃了涉DSU第23条的指控，美国也自然不再提DSU第23条的问题。但是，抛开DSU第23条角度的考虑，美国的上述主张本身就构成了对WTO管辖权的挑战。从理论上讲，既然美国提出抗辩，无论其适当与否，专家组报告就应对其给予回应。可实际情况是，专家组报告对美国的上述主张竟未做出任何正面回应，而是径行讨论美国的关税措施是否违反GATT1994第1

---

[9] See Bart S. Fisher & Ralph G. III Steinhardt, “Section 301 of the Trade Act of 1974: Protection for U.S. Exporters of Goods, Services, and Capital”, (1982) 14 *Law and Policy in International Business* 569, p. 573.

[10] United States–Tariff Measures on Certain Goods from China, Request for Consultations by China, WT/DS543/1, G/L/1219 (5 April 2018); United States–Tariff Measures on Certain Goods from China, Request for Consultations by China, WT/DS543/1/Add.1, G/L/1219/Add.1 (9 July 2018); United States–Tariff Measures on Certain Goods from China, Request for Consultations by China, WT/DS543/1/Add.2, G/L/1219/Add.2 (17 July 2018); United States–Tariff Measures on Certain Goods from China, Request for Consultations by China, WT/DS543/1/Add.3, G/L/1219/Add.3 (20 September 2018); United States–Tariff Measures on Certain Goods from China, Request for the Establishment of a Panel by China, WT/DS543/7 (7 December 2018).

[11] See United States–Tariff Measures on Certain Goods from China, First Written Submission of the United States of America (27 August 2019) (hereinafter United States' first written submission), paras. 1, 3, 36, 63, 93.

[12] United States–Tariff Measures on Certain Goods from China, First Written Submission of the United States of America (27 August 2019), paras. 1, 3, 50, 60.

条和第 2 条的问题。这不能不说是专家组报告的一个明显缺陷。本文在这里拟对此问题做出正面回答，以弥补专家组在论证上的这一缺陷。

301 调查报告主要指控中国有四类行为不合理或具有歧视性，构成了对美国商业的负担或限制：（1）强制美国企业进行技术转让；（2）存在歧视性的技术许可限制；（3）政府支持“走出去”企业在战略性领域投资以获取尖端技术；（4）政府从事并支持企业从事网络侵入活动以窃取美国企业的商业秘密。[13]所指控的这些行为是美国政府对中国产品采取加税措施的基础。

对于 301 调查事项是否与 WTO 相关，至少在专家组报告发布之前，美国的有些主张受到质疑，有些主张却并未受到质疑。具体来说，对于技术许可限制涉及《与贸易有关的知识产权协议》（Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights，下称 TRIPs），学者们没有什么争议，但对美国指控的其他三方面行为与 WTO 的关联性，则有较大分歧。如有学者认为，有关强制技术转让的内容涉及《服务贸易总协定》（GATS）、TRIPs 及《中国加入议定书》的规定，[14]但对美国指控的中国政府支持“走出去”企业获取技术及网络窃密与 WTO 的关联性没有提及。还有学者认为，知识产权问题与 TRIPs 相关，[15]但具体违反这些协议的哪些条款，均无具体说明。另有一些学者只提及 WTO 在技术转让方面规则的有限性，而并未述及其他事项与 WTO 的关联性，[16]或者试图论证 301 调查在“WTO 体制外”的法律性质。[17]

笔者认为，对 301 调查事项是否与 WTO 相关这一问题的判断需要明确两个前提。首先，美国所指控的中国行为是否与 WTO 相关，不能仅从 301 调查报告是否提及 WTO 协议来判断，而要看所调查的行为是否与 WTO 协议具有实质上的联系。否则，要规避 DSU 第 23 条就会变得很容易，只要在单边措施中不提及 WTO 协议即可达到规避该条规则之目的。其次，不能仅因 WTO 协议的条文未明确提及某种行为就认为该行为与 WTO 无关。成员行为具有多样性，人们对行为的描述和概括也具有多样性，而条约条款通常是一种类型化表述，所以判断某一行为与条约的关系需要进行识别，通过对行为属性和 WTO 协议有关条文的分析和解释，从实质意义上判定该行为与协议有关条文是否存在联系。

笔者认为，美国指控的中国四类行为均与 WTO 协议有关。当然，这一判断并不确认美国所指控的中国行为的真实性。事实上 301 调查报告援引的行业协会报告、访谈甚至学者论著在法庭上很难成为支持其指控的可靠证据。而美国的指控是否属实并不是判断这种关联性的关键因素。这里只是说美国指控的这些类型的行为是与 WTO 协议有关的行为。具体说明如下：

1. 强制性技术转让与 WTO 两项协议具有关联性

首先，强制性技术转让与《中国加入议定书》具有明确的关联性。《中国加入议定书》第 7. 3 条规定，中国应保证国家和地方各级主管机关对进口许可证、配额、关税配额的分配

[13] USTR, Findings of the Investigation under Section 301.

[14] 参见雷雨清、刘超、郑伟：《美国对华 301 调查及中国反制措施的法律分析》，载《经贸法律评论》2019 年第 1 期。

[15] 参见杨国华：《中美贸易战中的国际法》，载《武大国际法评论》2018 年第 3 期。

[16] 参见胡加祥：《美国贸易保护主义国内法源流评析——兼评 232 条款和 301 条款》，载《经贸法律评论》2019 年第 1 期；Kathleen Claussen, “Can International Trade Law Recover? Forgotten Statutes: Trade Law’s Domestic (Re) Turn”, (2019) 113 *American Journal of International Law* Unbound 40, p. 42。

[17]参见靳也：《301 条款在 WTO 多边体制外的复苏——基于美国对华贸易调查的法律分析》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2018 年第 1 期；刘瑛、刘正洋：《301 条款在 WTO 体制外适用的限制》，载《武大国际法评论》2019 年第 3 期。

或对进口、进口权或投资权的任何其他批准方式，不以任何类型的实绩要求为条件，例如当地含量、补偿、技术转让、出口实绩或在中国进行研究与开发等。这一规定就明确涉及技术转让问题。

其次，强制性技术转让还与 TRIPs 协议第 28.2 条具有关联性。该条规定："专利权人还有权转让或以继承方式转移其专利并订立许可合同。"该条规定暗含专利权人在转让专利技术的过程中应拥有充分的契约自由，除非受到不与 WTO 协议相抵触的国内强制性法律的限制。这样，若投资者的契约自由在东道国受到不当限制包括被强制转让技术，于是就存在适用 TRIPs 协议第 28.2 条的可能。虽然该条只涉及专利权，但权利人转让自己的技术秘密时应适用同样的原则，恐也没有什么疑问。

此外，通常情况下当地国对国内企业之间建立合资企业并无转让技术的要求，这样，针对外国投资者的强制技术转让也会违背 TRIPs 协议第 3 条规定的国民待遇原则。

2. 政府支持"走出去"企业获取尖端技术与 WTO 补贴规则相关联

301 调查报告所指控的中国政府支持"走出去"企业获取尖端技术，其与 WTO 协议的关联性是明确的，但常为学者们所忽视。"走出去"企业努力获得尖端技术（包括购买技术和获得专利许可），这本身并没有什么值得非议的，除了西方一些国家以国家安全理由限制技术出口外，各国法律并不禁止外国投资者在本国获取技术。相反，如有学者所指出，购买现代技术和知识产权以及并购外国公司属于应当受到保护的普通商业活动。[18]问题的关键在于，301 调查报告指责中国"走出去"企业从中国政府那里获得了从私人市场无法获得的支持，诸如费用补贴、政府贴息的银行贷款、政策性银行的贷款、优先给予行政批准、优先使用外汇、优先获得各种政府服务，等等。[19]虽然为避免与 WTO 协议联系起来从而避免被指违反 DSU 第 23 条，301 调查报告小心翼翼地不使用"补贴"一词，但这里所指控的绝大部分行为都属于补贴的范畴。按照《补贴与反补贴措施协议》的规定，大体上可归于可诉性补贴的范畴，因此与该协议第 1 条（补贴的定义）、第 2 条（专向性）、第三部分（可诉补贴）都具有关联性。

3. 网络窃密行为与 TRIPs 具有关联性

301 调查报告所指称的网络窃密行为包括窃取商业秘密、技术数据、谈判立场、敏感内部通讯等。此类行为与 TRIPs 协议第 39.2 条相关。该条规定，自然人和法人应有可能防止其合法控制的信息在未经其同意的情况下以违反诚实商业行为的方式向他人披露，或被他人取得或使用，前提是：（i）这些信息属于秘密，（ii）因属秘密而具有商业价值，及（iii）这些信息的合法控制人采取了合理步骤保持其秘密性质。该条形式上规定的是未披露信息的所有人的权利，但也内在地包含了其他主体不得侵害该项权利的义务。WTO 成员若从事窃密行为，则该第 39.2 条显然可以适用。

4. 歧视性技术许可事项亦与 TRIPs 相关联

美国指称中国《技术进出口条例》有关技术许可的规定违反了 TRIPs 协议第 3 条（国民待遇）和第 28 条（授予的权利），并将之诉诸 WTO 争端解决机制，从而主动认可该事项属于 WTO 事项。学者们对于该事项与 WTO 的关联性无异议。

由以上分析可见，本次 301 调查所指控的各类行为均与 WTO 权利和义务有关。虽然 301

---

[18] See Xuewei Feng, Critique of Consistency with WTO Rules of the US Section 301 Investigation against China concerning Technology Transfer (Billing Code 3290-F7), (2018) 8 (2) *Journal of WTO and China*, p. 22.

[19] USTR, Findings of the Investigation under Section 301, pp. 78, 103, 150.

调查报告只是指称中国的行为不公平、不合理从而对美国商业构成限制或负担，而并未援引WTO协议，但这只是美国为逃避WTO审查所做的伪饰而已。

有一种流行的观点认为，即便301调查所涉中国行为不在WTO规则范围内，也不论美国是否主张其在WTO下的利益受损，其关税措施（单边制裁措施）也违反WTO义务，特别是违反GATT1994第1.1条（最惠国待遇）、第2.1条（减让表），[20]还有学者提到此种情况下的关税措施违反了DSU第23条。[21]甚至有学者称，不论何种理由，若成员的措施涉及贸易征税，该措施就属于WTO的管辖范围。[22]姑且不论这些观点本身的合理性如何，这些观点均是以假定本次301调查所涉事项与WTO无关为前提的。如上文所分析，301调查报告所涉四类事项均与WTO有关，这里所列举的这些观点就失去了适用的空间。

（二）当事双方是否已找到DSU第12.7条意义上解决问题的方法

DSU第12.7条最后一句规定，如争端各方已找到问题的解决方法，则专家组报告应只限于对案件进行简要描述，并报告已达成解决办法。也就是说，在此情况下专家组无须继续审理此案，自然也无须做出裁决。

美国辩称，双方已经找到了DSU第12.7条意义上的解决问题的方法，因此专家组应依该条的上述规定结案，其理由有二：（1）在美国采取关税措施后，中国在未经WTO争端解决机构（Dispute Settlement Body，以下简称DSB）授权的情况下径行采取了报复措施，这说明双方已经找到解决问题的方法，WTO争端解决机制也就无须发挥作用；（2）双方已经开始了高级别的协商。[23]美国还试图以中美“第一阶段协议”为证据，说明双边谈判正在进行并且富有成效。[24]对于美国的主张，中国则认为双方并未找到令双方满意的解决方法，“第一阶段协议”与本案没有法律联系，美国的关税措施也仍然存在。[25]

专家组认为，DSU第12.7条中的任何“解决方法”都应像该条第一句话中所限定的那样，是“令双方满意的”解决方法，而中国坚称本案所涉问题并未解决，这足以说明双方并未找到令双方满意的解决方法；双边谈判可与专家组程序平行进行，并不试图取代专家组程序，不能仅因双方谈判的存在而剥夺中国的申诉权；另外，也无其他书面文件表明双方找到了令双方满意的解决方法。在此基础上，专家组认定双方并未找到令双方满意的解决方法。[26]

专家组在此问题上的分析是清晰而合理的。美国的理由是一种匪夷所思的逻辑，完全是强词夺理。你打我一拳，我踢你一脚，而且这个过程还在持续，这能称之为“令双方满意的解决方法”吗？

（三）措施二中25%的关税是否属于本案专家组职权范围

---

[20] See Kathleen Claussen, “Can International Trade Law Recover? Forgotten Statutes: Trade Law’s Domestic (Re)Turn”, (2019) 113 *American Journal of International Law* Unbound 40, p. 42；刘瑛、刘正洋：《301条款在WTO体制外适用的限制》，载《武大国际法评论》2019年第3期；雷雨清、刘超、郑伟：《美国对华301调查及中国反制措施的法律分析》，载《经贸法律评论》2019年第1期。

[21] 参见管健：《中美贸易争端中的焦点法律问题评析》，载《武大国际法评论》2018年第3期。

[22] 参见孙南翔：《唤醒装睡的美国：基于美国对华单边贸易救济措施的分析》，载《国际经济法学刊》2018年第3期。

[23] See United States’ first written submission, para. 38; United States-Tariff Measures on Certain Goods from China, Second Written Submission of the United States of America (8 January 2020) (hereinafter United States’ second written submission), paras. 6-9.

[24] WT/DS543/R, para. 7. 5.

[25] United States-Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R/ADD. 1 (15 September 2020), Annex B-1(Integrated Executive Summary of the Arguments of China) (hereinafter Integrated Executive Summary of the Arguments of China), paras. 12-15.

[26] See WT/DS543/R, paras. 7. 12, 7. 14, 7. 19.

1. 双方对此问题的争议及理由

如前所述，措施二包含两个部分：（1）自 2018 年 9 月 24 日起，对原产于中国、年贸易额约 2000 亿美元的产品（清单二）加征 10%的从价关税；（2）从 2019 年 1 月 1 日起，加征关税的税率由 10%增为 25%。该 25%的关税并未如期实施，而是于 2019 年 5 月 9 日宣布自次日开始实施。

美国认为，措施二中 25%的关税应构成一项单独的措施，不应该包含在本案专家组的职权范围之内，理由有二：（1）中国在设立专家组的请求中并未指明该部分措施；（2）该部分措施是在专家组设立（2019 年 1 月 28 日）之后才生效的，在专家组设立之前该部分措施并不存在。[27]

中国则认为其设立专家组的请求已明确将被诉措施的预期修改包含在内，而措施二中 25%的关税正是对措施二中 10%的关税的增加和修改，自应在本案专家组的职权范围之内。[28]

2. 专家组认定措施二中 25%的关税在专家组职权范围之内

本案专家组援引了之前上诉机构和专家组的相关法律解释。在“欧共体——鸡肉片案”中，上诉机构指出：“作为一般规则，专家组职权范围内的措施应是在设立专家组之时已经存在的措施，但在有限的特定情况下，专家组设立后颁布（enact）的措施可落入专家组的职权范围。”[29] “泰国——香烟案”（第 21. 5 条，菲律宾）的专家组指出：“如果在专家组设立之后颁布的法律文件构成了对被诉措施的修改，专家组可以审查该法律文件，前提是设立专家组的请求足够宽泛，可以将该修改包含在内，并且该修改未改变被诉措施的实质。”[30]这里的法律解释成为本案专家组作出裁决的法律基础。

专家组首先注意到，设立专家组的请求中三次提到措施二中 25%的关税，而 USTR 关于实施针对措施二的两次通告（分别于 2018 年 9 月 21 日和 2019 年 5 月 9 日发布）显示措施二中 10%的关税和 25%的关税属于“一个（虽属组合）行动”。[31]专家组进一步认为，该 25%的关税与该 10%的关税涵盖的是相同范围的产品，具有相同的法律影响，也是由同一机构在相同的法律基础上通过同一类型的法律文件来实施的，唯一不同的只是税率，因此前者属于对后者的修改，并且具有与后者相同的实质。并且，设立专家组的请求也明确包含了所列措施的“任何修改、替代或修正”，即已经预见到所列措施可能的变化。基于这些原因，专家组认定措施二中 25%的关税也涵盖在专家组职权范围之内。[32]

3. 专家组的法律适用存在的错误

专家组的结论及其对措施二中 25%的关税与 10%的关税具有同质性的分析均是适当的，但其提供的理由存在法律适用上的错误，具体说明如下：

（1）专家组未准确适用其所援引的法律解释

按照前引“欧共体——鸡肉片案”中上诉机构和“泰国——香烟案”（第 21. 5 条，菲律宾）中专家组的法律解释，通常专家组职权范围内的措施应是在设立专家组之时已经存在的措施，而专家组设立之时已经颁布的措施自应属于已经存在的措施。也就是说，判断是否构成“已经存在的措施”的标准是一项措施是否颁布，而非其是否生效。只有对那些在专家组

[27] See United States' first written submission, paras. 93-94.
[28] See WT/DS543/R, para. 7. 27.
[29] EC-Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adopted on 27 September 2005, para. 156.
[30] Thailand-Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines (Recourse to Article 21. 5 of the DSU by the Philippines), WT/DS371/RW, circulated on 12 November 2018, para. 7. 808.
[31] See WT/DS543/R, paras. 7. 43-7. 46.
[32] See WT/DS543/R, paras. 7. 49-7. 59.

设立之后颁布（而非生效）的修正措施是否落入专家组的职权范围，才需要考察其是否与原措施同质。这里的“专家组设立之后”和“颁布”是两个关键性限定条件。按照上诉机构的说法，规定这种例外的目的在于防止被诉方在争端解决程序进行期间通过对原被诉措施的微小修改来回避专家组的审查。[33]这种设想无疑是合理的。

本案中，措施二中25%的关税是在设立专家组之前（而非之后）就已经颁布的措施，从而成为设立专家组时“已经存在的措施”。该措施尚未生效，并不能像美国主张的那样认为该措施“不存在”。设立专家组的请求中也已明确将其包含在内，其也就成为被诉措施的一部分。这样，即便设立专家组的请求中未提及“对以上被诉措施的任何修改、替代或修正”，也不影响对该25%关税这一事实属性的判断。盖因该25%的关税尚未生效，专家组又未充分注意到之前专家组和上诉机构的法律解释针对的是专家组设立后“颁布”而非“生效”的措施，就错误地将该25%的关税排除在“已经存在的措施”（被诉措施）之外，而去论证其是否构成与措施二中10%的关税同质的修正，以最终证明该25%的关税也在专家组职权范围内。这不仅是舍近求远，而且存在一定证明风险。假定该25%的关税包含在另一份文件中，涵盖的是不同范围的产品，就极有可能被论证为非同质的修正，从而被排除在专家组的职权范围之外。

（2）专家组的分析未注意到多边贸易体制保护竞争关系的精神

已经颁布但未生效的行政措施之所以具有可诉性从而能够落入专家组的职权范围，与多边贸易体制保护竞争关系的核心精神有关。GATT/WTO争端解决实践中对此多有阐明。

GATT期间“美国——石油税案”专家组指出，总协定有关规则“不仅保护现有贸易，而且为将来的贸易创设所需的预见性。对于这种与总协定不符的现存立法，如果要等实施该立法的行政行为实际适用于贸易后才能被缔约方挑战，将不会达到这一目的。”[34]WTO期间的“阿根廷——鞋和纺织品案”和“美国——301条款案”中，专家组均肯定了立法措施（特别是强制性立法）本身就具有可诉性，而与其是否实际实施没有关系。[35]其原因如“美国——301条款案”专家组所言，仅立法本身就可能对私人经济活动产生“寒蝉效应”（chilling effect），并进一步影响进口产品和国内产品间的相对竞争关系。[36]

虽然这几个争端中专家组的解释涉及的是立法机关的立法，但已经颁布而尚未生效的行政行为（包括行政立法和行政措施）同样会对竞争关系产生影响，并且由于行政行为从制定到生效的时间比之于立法从制定到生效的时间通常更短，其影响更加直接和紧迫。因此，已经颁布的行政立法或行政措施，即便尚未生效，同样具有可诉性。[37]在“日本——半导体贸易案”和“日本——胶卷案”中，即便那些不具法律约束力的政府文件由于具有影响竞争关系的效果，都被专家组认定为具有可诉性，[38]具有约束力（即便尚未生效）的政府措施更应如此。

---

[33] Chile-Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products, WT/DS207/AB/R, adopted on 23 October 2002, para. 144.

[34] United States-Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, L/6175, adopted on 17 June 1987, para. 5. 2. 2.

[35] See Argentina-Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items, WT/DS56/R, adopted on 22 April 1998, paras. 6. 45-6. 46; United States-Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, WT/DS152/R, adopted on 27 January 2000 (hereinafter WT/DS152/R), paras. 7. 41-7. 43.

[36] See WT/DS152/R, paras. 7. 81, 7. 84.

[37] 参见张军旗：《WTO争端解决中的可诉性问题释微》，载《现代法学》，2008年第6期。

[38] See Japan-Trade in Semiconductors, BISD 35S/116, adopted on 26 March 1988, para. 109; see also paras. 108-115; Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R (22 April 1998), para. 10. 49.

可是，本案专家组在对措施二中25%关税的性质进行分析时，完全没有顾及既往的这些判例所阐释的“多边贸易体制保护竞争关系”的精神，这是一个明显的缺陷。好在专家组对此问题的不当分析未影响其对这个问题的结论，仍然确认该25%的关税属于专家组的职权范围。

三、被诉措施被认定初步违反义务与公共道德例外的援用

（一）被诉措施被认定初步违反GATT1994第1条和第2条

专家组认定，由于美国的关税措施仅针对中国产品，WTO其他成员的产品并不受该关税措施的影响，美国的关税措施构成了对GATT1994第1.1条的最惠国待遇原则的初步违反。[39]并且，美国的关税措施导致其对中国产品的关税超过了美国在GATT1994第2.1条中承诺的约束关税的最高水平，并对中国产品形成了更为不利的待遇，因此同样构成对GATT1994第2.1条（a）项和（b）项的规定的违反。[40]

美国的关税措施初步违反GATT1994第1条和第2条，这一点是明显的，美国对此也无什么异议，因此这里就不赘述专家组的分析过程（事实上专家组的分析过程也是简要的）。需要说明的一点是，这里专家组只是强调美国的关税措施“初步”违反了相关条款。“初步违反的案件”（*prima facie* case）指被诉行为初步看起来与法律规则是不一致的；当这种状态存在时，举证责任转移到被诉方，如果被诉方不能做出有效反驳，法庭就应支持申诉方的诉请。[41]本案中，专家组认定被诉措施初步违反了GATT1994第1条和第2条，举证责任就转移到了被诉方美国。若美国不能做出有效反驳，专家组就会认定美国确实违反了上述条款。对此，美国以GATT1994第20条（a）项规定的公共道德例外作为抗辩。

（二）美国援引公共道德例外的理由

GATT1994第20条的序言和（a）项规定如下：“在遵守关于此类措施的实施不在情形相同的国家之间构成任意或不合理歧视的手段或构成对国际贸易的变相限制的要求前提下，本协定的任何规定不得解释为阻止任何缔约方采取或实施以下措施：(a)为保护公共道德所必需的措施；(b) ……”

GATT1994第20条是关贸总协定的一般例外，被诉措施只要满足其中任一例外的要求，即可免除被诉方在WTO协议之下的一些实体义务。其中（a）项规定的情形被称为公共道德例外。

美国指称，301调查报告中涉及的中国的强制技术转让、网络窃密、走出去投资政策等行为属于不公平竞争行为，与美国的基本道德标准相左，对美国社会反盗窃和反强迫的社会规范以及关于公平竞争、尊重创新的信念构成威胁，因此美国的加税行为符合GATT1994第20条（a）项的公共道德例外。[42]

四、专家组对被诉措施与公共道德例外相符性的认定

本案专家组遵循以往裁判者在分析GATT1994第20条之诉时采用的两层分析法，即先审查被诉措施是否暂时落入第20条各子项的范围，然后再考虑被诉措施是否满足第20条序言的要求。

在做第一层次分析时，以往专家组和上诉机构首先要认定被诉措施是否具有第20条（a）项意义上的目标，然后评估该措施是否“设计”（designed）用于保护该公共道德目标，最

[39] See WT/DS543/R, para. 7. 87.
[40] See WT/DS543/R, para. 7. 94-7. 98.
[41] See WT/DS543/R, para. 7. 76.
[42] See United States' first written submission, paras. 12-13, 75; United States' second written submission, paras. 22-23.

后考察该措施是否为保护公共道德所必需，这涉及对被诉措施与合规的备选措施之间的比较和权衡。[43]本案专家组也按照这个分析框架展开论证。

（一）被诉措施是否涉及第 20 条（a）项下的公共道德目标

本案专家组援引以往专家组报告认为，WTO 成员应有机会界定适用于各自境内的公共道德概念，并有权利确定其认为适当的保护水平。在这一点上，成员应被给予一定程度的尊重。[44]至于尊重的程度，并未明确提及，需由专家组根据案件的具体情况进行把握。

中国认为 GATT1994 第 20 条（a）项限于非经济目标，而美国关注的“不公平行为”并不涉及公共道德的内容。[45]对此，专家组认为，GATT1994 第 20 条下有几个子项保护的利益都直接或间接地涉及经济方面，并且公共道德目标也往往具有不可分割的经济方面，追求非经济目标也会导致采用具有经济效果的措施。专家组尽管也注意到中国和一些第三方成员提出的“被诉成员自行界定公共道德的权利也不能毫无限制”，但在综合分析的基础上认定美国关于是非标准的主张（即反盗窃、反强迫、公平竞争、尊重创新等），至少在概念层面，涵盖在 GATT1994 第 20 条（a）项下的“公共道德”的范畴之中。[46]也就是说，专家组肯定了美国对其援引的公共道德内涵的界定。

（二）被诉措施是否“设计”用于保护美国援引的公共道德目标

在“哥伦比亚——纺织品案”中，上诉机构认为，为确定某一措施在第 20 条（a）项之下具有合理性，应做两步分析，一是确定该措施必须是“设计”用于保护公共道德的（以下简称“设计标准”，即专家组和上诉机构报告中所称的 design test）；二是确定该措施是保护该公共道德的“必要”措施（以下简称“必要性标准”）。前者是对被诉措施与保护公共道德之间关系的一种初步、门槛性的审查。如果这种审查显示该措施不能保护公共道德，就意味着其不能满足“设计标准”，也就无需进一步做“必要性”分析。相反，若该措施并非不能（not incapable）保护公共道德，则说明二者之间存在联系，才需要进一步做“必要性”分析。为确定被诉措施“设计”用于保护公共道德，专家组必须审查与所涉措施的设计有关的证据，包括其内容、结构及预期操作。被诉措施有没有明确提及公共道德，对于这一标准的适用并无根本性影响。[47]从上诉机构的这一解释可以看出，所谓“设计标准”实质上是有用性（有效性）判断，至于有效程度或是否具有其他方面的影响姑且不论。

专家组认为，“设计标准”只是一个先决步骤，在有些争端中不一定有用；在本案中判断被诉措施是否满足这一标准就很困难，并且没有什么用处，而只有在进入必要性分析后才能清楚地了解被诉措施更详细的情况，基于此，专家组决定不单独分析被诉措施是否满足“设计标准”，而直接进入“必要性”分析阶段，使用综合方法去判定被诉措施对于保护美国公共道德的必要性。[48]至于为什么“设计标准”分析在本案中既困难又没用，专家组并未做进一步解释。

（三）被诉措施是否为保护美国公共道德的必要措施

按照专家组的总结，“必要性标准”要求对一系列因素进行综合权衡，这些因素有：（1）

---

[43] See WT/DS543/R, para. 7. 110.

[44] See US-Gambling, para. 6. 461; China-Publications and Audiovisual Products, para. 7. 759; EC-Seal Products, para. 7. 381; Colombia-Textiles, para. 7. 299; and Brazil-Taxation, para. 7. 520. (Original footnote 254 of the panel report of WT/DS543/R.)

[45] See WT/DS543/R, para. 7. 133.

[46] See WT/DS543/R, paras. 7. 134-7. 140.

[47] Colombia-Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, WT/DS461/AB/R, adopted on 22 June 2016 (hereinafter WT/DS461/AB/R), para. 5. 67-5. 69.

[48] See WT/DS543/R, paras. 7. 150-7. 152.

所追求的政策目标的相对重要性；（2）被诉措施对贸易的限制性影响；（3）被诉措施对实现其政策目标的贡献。此外，还要考虑是否存在与潜在的合规措施或对贸易有更小影响的替代措施可以合理利用。[49]总之要对这些因素进行综合分析，以确定被诉措施是否属于保护特定公共道德必不可少的手段。

美国认为，其关税措施对于保护公共道德具有必要性，因为（1）它在促使中国取消不公平贸易行为方面发挥着必不可少的作用,它能够增加此种行为的成本，促使中国不继续从事这些行为;（2）关税措施一采用，中国就同意与美国谈判解决 301 调查报告中涉及的问题，这说明关税措施是必要的；[50]（3）近十年来美国试图通过各种途径解决中国的不公平贸易政策，例如对话、警告、多边论坛对话、双边机制以及对与中国政府有关的个人和实体提出刑事指控，但这些方式均未发挥持久作用，这也证明了其关税措施的必要性。[51]这里美国所提出的理由基本展示了其主张公共道德例外的基本逻辑。当然，能否充分举证则是另一个层面的问题。

专家组首先肯定了美国援引的公共道德目标反映了美国认为极为重要的社会利益，[52]然后针对措施一和措施二，分别讨论其是否满足“必要性标准”的要求。

关于“必要性”的涵义，上诉机构在“韩国——牛肉案”中曾指出，GATT1994 第 20 条(d)项中的“必要”（necessary）涉及必要性的不同程度，其中一极是“不可替代”之意，另一极是“可做出贡献”之意；“必要”措施的通常意思更接近前者而不是后者。但被诉措施对其所追求目标的贡献程度是必要性分析的方面之一，贡献程度越高，就越有可能被认为具有必要性。[53]在“巴西——翻新轮胎案”中，上诉机构指出，当目标与所诉措施存在目的与手段关系时，就意味着贡献的存在。[54]遵循上诉机构的这些思路和逻辑，本案专家组分别考察了措施一和措施二对美国所援引的公共道德的贡献。

1. 关于措施一（对清单一产品加税）对保护美国公共道德的贡献

美国认为清单一涵盖的都是体现了道德侵犯的产品，这些产品受益于 301 调查报告中涉及的中国贸易政策。[55]专家组主要基于三个方面的分析否定了美国的主张。

第一，专家组认为美国未解释和证明措施一与美国所追求的公共道德目标之间的关系。虽然 USTR2018 年 4 月 6 日的通告指出加税的进口产品均受益于中国的产业政策，但美国并未提供解释或证据来进一步证明该主张。美国也没有解释采用和实施这些措施的法律文件是如何支持其主张的。[56]更重要的是，采用和实施这些措施的法律文件并未解释措施一与美国所追求的公共道德目标之间的关系，也没有提供其他证据证明其所选产品如何违背其公共道德，或对其所选产品加税能为其公共道德的保护做出贡献。[57]这一认定是一个整体层面的考虑。

第二，专家组认为 USTR 关于清单一产品的缩减未能体现出公共道德方面的考虑。USTR

---

[49] See WT/DS543/R, para. 7. 159.
[50] See United States' second written submission, para. 53, 40.
[51] See United States' first written submission, para. 80.
[52] See WT/DS543/R, para. 7. 169.
[53] See Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopted on 10 January 2001 (hereinafter WT/DS161/AB/R), paras. 161, 163.
[54] Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, WT/DS332/AB/R, adopted on 17 December 2007 (hereinafter WT/DS332/AB/R), para. 145.
[55] United States' second written submission, paras. 34, 62.
[56] See WT/DS543/R, paras. 7. 187, 7. 190.
[57] See WT/DS543/R, paras. 7. 191, 7. 194.

于 2018 年 4 月 6 日发布的通告提议的 500 亿美元的产品清单（拟议清单一），供利害关系人就提议的行动做出评论。评论期结束后，美国将拟议清单一中的 500 亿美元的产品缩减为 340 亿美元的产品（最终清单一）。专家组指出，实施该缩减的法律文件并未指出对清单一的缩减与美国所援引的公共道德目标之间的关系，相反，双方提交的文件显示，该缩减考虑的主要是对相关产品继续征税是否会产生扰乱和损害美国经济的可能风险。从拟议清单一中减除某些进口产品的过程，看起来并未考虑其对美国所援引的公共道德目标的潜在损害，也未考虑所追求的政策目标的内在一致性。[58]与第一项分析相比，这一认定是一个局部性的考虑。

第三，从清单一中排除某些产品的过程也未体现出对公共道德的考虑。[59]按照 USTR2018 年 6 月 20 日的通告，将建立一定程序，允许利害关系人基于下列考虑请求将某些产品从加税产品清单中排除出去：（i）某些产品只能从中国获得；（ii）对某些产品加征关税会对美国的某种经济利益造成严重损害；（iii）某些产品不具战略重要性，或与“中国制造 2025”计划没有关系。[60]2018 年 7 月 11 日发布了排除请求程序，其中列举的排除事由同样是通告中列明的这三项。专家组认为，针对基于前两项事由提出的排除请求，美国基本上没有阐明在每次给予产品排除时 USTR 对有关因素的实质性评估，也没有具体阐明所排除的产品是否受益于美国认为不符合其公共道德的中国政策。[61]针对基于第三项事由提出的排除请求，在拒绝排除的情形下美国提交的文件也没有解释其拒绝与该事由的关系。另外，美国未能充分解释起初被认为受益于中国政策的产品（美国认为其损害了其公共道德）为什么被排除出去，及为什么这种排除不破坏其公共道德目标的实现。[62]

综上所述，专家组认为，美国未能证明其措施一与其援引的公共道德目标之间存在手段与目的关系，[63]也就意味着美国未能证明前者对后者存在贡献，更谈不上贡献程度了。

2. 关于措施二（对清单二产品加税）对美国所援引的公共道德目标的贡献

措施二是在 USTR2018 年 9 月 21 日的通告中发布的。美国声称，比之直接受益于中国不公平贸易政策的产品，清单二产品范围更广，[64]原因是中国显然不打算改变其不公平政策，反而向美国出口到中国的产品加税；[65]若不对中国的经济报复做出反应，就会显得美国政府默许了中国的盗窃和强制技术转让行为，因此采取措施二对于保护公共道德是必要的。[66]言下之意，只有对中国施加更大的压力，才能有效保护其公共道德。

专家组注意到，2018 年 9 月 21 日的通告并未就清单二产品的选择方式做出任何解释，由此认为美国未能充分说明措施二与美国的公共道德目标之间存在真正的手段与目的关系。[67]

这样，专家组就得出初步结论，即美国未能充分说明被诉措施（包括措施一和措施二）与美国的公共道德目标之间存在真正的手段与目的关系。[68]既然未能说明二者之间存在此等

---

[58] See WT/DS543/R, paras. 7. 197, 7. 199-7. 201.
[59] 注意这里对清单一中“排除”某些产品与上文对清单一的“缩减”是两种不同的情形。
[60] Notice of 20 June 2018 (Exhibit CHN-2), p. 28711.
[61] See WT/DS543/R, para. 7. 205.
[62] See WT/DS543/R, paras. 7. 211, 7. 212.
[63] See WT/DS543/R, para. 7. 215.
[64] United States' response to question No. 21, para. 11.
[65] United States' second written submission, para. 35
[66] United States' response to Panel question No. 14, para. 61.
[67] See WT/DS543/R, para. 7. 222.
[68] See WT/DS543/R, para. 7. 229.

关系，也就意味着美国未能证明前者对后者的贡献。

3. 合理可用的替代措施及序言要求的考虑

在对被诉措施做 GATT1994 第 20 条(a)项下的必要性分析时，通常还会考虑合理可用的替代措施的存在。但如“巴西——翻新轮胎案”上诉机构报告所指出，只有在得出初步结论确定被诉措施具有必要性的情况下，才需要与其他可能的替代措施做比较，以寻求对贸易影响更小的措施。[69]专家组认为，既然美国未能充分说明被诉措施与美国的公共道德目标之间存在真正的手段与目的关系，就不必与合理可用的措施进行比较了。[70]这也意味着专家组确认被诉措施未能满足“必要性标准”的要求。

既然本案中美国的关税措施未满足 GATT1994 第 20 条（a）项的规定，也就不必分析美国的关税措施与 GATT1994 第 20 条序言的相符性，[71]因为满足必要性要求是做序言相符性分析的前提。

（四）专家组的最终结论

基于以上分析，专家组最后得出结论，美国的关税措施不满足 GATT1994 第 20 条（a）项规定的公共道德例外，所有被诉措施均与 GATT1994 第 1 条和第 2 条的规定不符，并抵消或损伤了中国在 GATT1994 之下享有的利益；建议美国使其措施与 GATT1994 之下的义务相一致。[72]亦即被诉措施对 GATT1994 第 1 条和第 2 条的初步违反，由于美国未能适当地证明满足公共道德例外的要求，被确认违反了该两条之下的义务。

（五）对专家组公共道德例外分析的总体观察

专家组不单独进行“设计标准”分析而直接进入必要性分析，这一做法可以接受，因为即便没有明确提出“设计标准”的要求，“必要性”分析必然内在地包含被诉措施的有用性分析，只不过必要性分析更加强调被诉措施对于实现公共道德目标的重要性和不可缺少性。因此，专家组合二为一进行分析，并无不可。

从专家组的公共道德例外分析的整个过程来看，专家组并没有自己去探究被诉措施对保护美国所援引的公共道德的有用性，而是审查美国是否充分地证明了被诉措施具有这种有用性。这样的做法也具有合理性，专家组作为居中裁决者主要考察的就应该是当事双方的举证程度。

尽管在“哥伦比亚——纺织品案”中上诉机构曾明确指出，被诉措施有没有明确提及公共道德对“设计标准”的适用并无根本性影响，[73]但在“美国——关税措施”案中，如专家组所发现的，美国不仅采取关税措施的法律文件中没有解释关税措施与公共道德之间的关系，而且在原清单一中500亿美元的产品缩减为340亿美元产品的过程中以及产品排除程序实施过程中，也没有提及公共道德方面的考虑。这样，专家组认定其未能展现出被诉措施与其援引的公共道德之间的手段与目的关系，进而认定其并不满足必要性要求。在此情况下，自然也无须去考虑是否存在合理可用的替代措施以及是否违反 GATT1994 第 20 条序言的要求。专家组的这一论证本身大体上是合理的。

值得注意的是，专家组并未否定美国所主张的公共道德的内容，也并未否定美国援引的公共道德例外的基本逻辑，即美国可以以他国的不公平贸易政策损害美国的公共道德为由采取关税措施。只是在本案中美国未能充分举证以支持其主张，从而被诉措施被认定并不满足

[69] See WT/DS332/AB/R, para. 156.
[70] See WT/DS543/R, para. 7. 235.
[71] See WT/DS543/R, paras. 7. 241-7. 242.
[72] See WT/DS543/R, paras. 8. 1-8. 4.
[73] See WT/DS461/AB/R, para. 5. 67-5. 69.

公共道德例外的要求。这暗含一种看法，即如果举证充分的话，一成员可以援引公共道德例外对其他成员的不公平贸易政策采取加税或其他措施。想必美国及其他成员在以后继续采取类似措施时会更多地考虑到这种举证要求，并做出相应准备，以提高成功援引公共道德及其他例外的可能性。这一点是我们应该注意和重视的。如果中国在采取某种贸易政策或措施时要援引一般例外或安全例外，在制定有关政策或措施的过程中也应就未来可能面临的举证问题做好相应准备。

五、301 条款、本次 301 调查及关税措施与 DSU 第 23 条

中国在提起磋商和设立专家组的请求时，均主张美国的加税行为不仅违反了 GATT1994 第 1 条和第 2 条，而且违反了 DSU 第 23 条。[74]秘书处文件显示，涉 DSU 第 23 条的指控同样包含在规定了专家组的职权范围之中。[75]可是，作为专家组报告附件的辩论材料汇总显示，至少在进入专家组程序后，中国就不再提及违反 DSU 第 23 条的问题，[76]相应地美国的辩论材料和专家组报告也不提这一问题。

对于专家组而言，职权范围既表达了专家组可以行使权力的范围，也体现了一种职责要求。专家组应该依照职权范围做出裁决，对于职权范围的事项一一做出分析，并做出结论。在专家组的职权范围明确包含了涉 DSU 第 23 条指控的情况下，即便在争端解决程序继续推进的过程中申诉方放弃了这一指控，专家组报告也应对这种变化做出说明。而实际情况是，专家组报告对涉 DSU 第 23 条的指控只字不提，这显然是不适当的。

放弃涉 DSU 第 23 条的指控当然是申诉方的权利。中国应该是基于诉讼策略的考虑放弃了该指控，但这并不妨碍在学术上做些反思，特别是考虑到在专家组报告发布之前学者们对此问题的认识存在一些误区，这种反思尤为必要。

（一）本次 301 调查及关税措施均违反 DSU 第 23 条

按照 DSU 第 23. 1 条的规定，若一成员认为其他成员的行为违反了 WTO 义务，或抵消或损伤了其在涵盖协议之下的利益，或妨碍了涵盖协议目的的实现，其只能诉诸 DSU 的规则和程序寻求救济。第 23. 2 条（a）项进一步规定，申诉成员不得单方面做出存在以上情形的认定，除非其遵守了 DSU 规定的程序并与 DSB 的认定相一致。DSU 第 23 条的核心精神是限制成员在解决 WTO 争端时单方面采取行动的权利，而特定争端是不是一个 WTO 争端，关键是看所涉事项是否涉及 WTO 权利和义务。

如前所述，本次对华 301 调查所涉事项均涉及 WTO 权利和义务，从而使 301 调查及加税措施落入 DSU 第 23 条的适用范围。盖因 DSU 第 23 条义务的存在，美国在 301 调查报告及后续采取关税措施的各种官方文件中，从未主张其所指控的中国的上述四类行为与 WTO 不符。美国欲以此显示这四类行为均与 WTO 权利和义务没有关系，从而证明其 301 调查及加征关税的行为并不受 DSU 第 23 条的约束。在进入专家组程序后，美国明确主张，中国的四类行为中只有歧视性技术许可与 WTO 有关，美国已经在 WTO 提起争端；而其他三类行为均未为现有 WTO 规则所涵盖。[77]虽然美国并未以此进一步主张“美国的加税行为并未违

[74] See United States-Tariff Measures on Certain Goods from China, Request for Consultations by China, WT/DS543/1（5 April 2018）; United States-Tariff Measures on Certain Goods from China, Request for the Establishment of a Panel by China, WT/DS543/7（7 December 2018）.

[75] See United States-Tariff Measures on Certain Goods from China, Request for the Establishment of a Panel by China, WT/DS543/7（7 December 2018）; United States-Tariff Measures on Certain Goods from China, Constitution of the Panel Established at the Request of China, Note by the Secretariat, WT/DS543/8（4 June 2019）.

[76] See integrated executive summary of the arguments of China.

[77] See United States' first written submission，paras. 1, 12.

反 DSU 第 23 条”，但实际上暗含了不违反 DSU 第 23 条之意。

既然以上事项均与 WTO 协议有关，美国若寻求纠正其所指控的中国政策，就应按照 DSU 第 23 条的规定诉诸 WTO 争端解决机制。可是美国却在 301 调查的基础上对中国采取了单边关税措施，从而构成对 DSU 第 23. 1 条的违反。

应该注意的是，301 调查与 301 制裁紧密相关，后者是前者的结果，因此不能认为 DSU 第 23 条只是禁止成员单方面制裁而并未禁止成员单方面进行调查。从条文来看，DSU 第 23. 1 条规定成员在寻求纠正与 WTO 义务不符的行为时应诉诸 DSU。如果 301 调查意在寻求纠正其他成员与 WTO 义务不符的行为（无论这种意图是明示还是暗含的），301 调查就违反 DSU 第 23. 1 条，除非按照 DSU 第 23. 2 条（a）项的规定，其调查结果与 DSB 通过的专家组或上诉机构报告所包含的调查结果或根据本谅解做出的仲裁裁决相一致。如果其不符合第 23. 2 条（a）项的这一例外要求，无论是否导致单方面制裁，均不改变其违反 DSU 第 23. 1 条的性质。只是在未导致单方面制裁的情况下，其他成员可能宁愿选择不将其诉至 WTO。只有当 301 调查事项的确与 WTO 无关或仅涉及美国与非 WTO 成员之间的关系时，该调查才不违反 DSU 第 23 条。

若 301 调查导致了单边制裁，挑战单边制裁的合法性必然内在地包含了挑战 301 调查的合法性。这样，中国仅将美国的关税措施列为被诉措施而未将 301 调查单独列为被诉措施之一，也是合理的。

中国在进入专家组程序后放弃了对被诉关税措施违反 DSU 第 23 条的指控，但并未说明放弃这一指控的理由。据笔者之臆测，可能是担心如果明确认可美国所指控的行为均属 WTO 事项，会引起“中国的行为是否违反 WTO 协议”之质疑。如果确属这种考虑，其虽有一定合理性，但必要性并不强。首先，其他成员是否质疑中国的某些行为在 WTO 协议下的合法性，与中国是否认可其行为与 WTO 的关联性，二者之间并无必然联系。其次，认可美国在 301 调查报告中所指控的特定类型的行为属于 WTO 事项，并不意味着认可中国实际从事了这些行为，更不意味着中国违反了 WTO 义务。即便进入 WTO 争端解决程序，美国 301 调查报告中对中国的指控也缺乏充分证据，其所援引的行业协会报告、新闻评论甚至学者论著等，很难成为法庭上具有充分证明力的证据。再次，无论如何，美国显然根本不打算就这些事项（歧视性技术许可事项除外）诉诸 WTO 争端解决机制，而是采取了更具主动性、压迫性和侵犯性的 301 调查及关税措施。

当然，中国政府策略性地选择集中力量诉美国的关税措施违反 GATT1994 第 1 条和第 2 条，的确也取得了良好效果，至少保证了争端的胜诉。

（二）301 条款本身的非法性

盖因之前的“美国——301 条款案”专家组曾确认 301 条款本身并不违反 DSU 第 23 条，中国在“美国——关税措施案”中若指控 301 条款违反 DSU 第 23 条，能否获得专家组的支持会面临一定风险，因此中国在一开始就未提出该项指控。这显然也是一种诉讼策略的考虑。但从学术研究的角度进行考察后可以发现，“美国——301 条款案”专家组的裁决本身就是有问题的。

“美国——301 条款案”专家组认为《1974 年贸易法》第 304 节保留了诉诸单边措施的权利，已构成对 DSU 第 23 条初步违反，[78]只是由于美国政府做出并经国会批准的《行政行动声明》（Statement of Administrative Action，SAA）保证 301 条款将以符合 WTO 要求的

[78] See WT/DS152/R，paras. 7. 96-7. 97.

方式而实施，并且美国在专家组程序进行期间的声明也反复做出同样保证，专家组由此认为，第 304 节所具有的威胁效果已经被 SAA 和美国政府在专家组程序中所做的声明所限制，从而也消除了其初步的违规性，因此认定第 304 节本身不构成对 DSU 第 23 条的违反。[79]基于类似的论证方法，第 305 节和第 306 节也被认定为不违反 DSU 第 23 条。[80]

“美国——301 条款案”专家组的结论是完全错误的，其对美国政府所做保证的认可与自己所阐明的“多边贸易体制保护竞争条件”的精神是矛盾的，因为即便美国政府做出了上述保证，301 条款作为一项包含单边制裁内容的法律仍然有效地存在， 301 条款仍然会对其他成员及私人经营者产生威胁效果，从而对竞争条件产生不利影响。只有取消或修改具有此种效果的法律，才能有效地消除这种威胁。专家组的裁决还与《马拉喀什建立世界贸易组织的协定》（《WTO 协定》）第 16. 4 条相抵触，该条明文规定：“每一成员应保证其法律、法规和行政程序与所附各协定对其规定的义务相一致。”SAA 并非国会通过的法律，即便 SAA 得到美国国会的批准，被认为具有类似于国会通过法律的效果，那也只意味着美国立法在 301 调查的使用上存在矛盾的规定，而威胁性的单边制裁措施仍然可能依照 301 条款而发生。也就是说，即便美国政府做出了上述保证，301 条款本身仍是违反 DSU 第 23 条的。

值得注意的是，该案专家组即便做出 301 条款本身合法的认定，最后仍特别指出，如果 SAA 及美国在专家组程序中所做承诺被美国政府或其任何机构违反或去除，这里所做的合法结论就不再适用。[81]即专家组认为，美国一旦违反了这些保证，则不仅具体执行措施违反 DSU 第 23 条，301 条款本身也会违反 DSU 第 23 条。这里专家组总算为前面的错误结论做了一些补救。

就“美国——关税措施案”而言，美国在 301 调查报告中极力避免任何与 WTO 有关的表述，在专家组程序的辩论中也反复强调 301 调查涉及事项与 WTO 权利义务没有关系，但这只是美国所做的伪饰，如前所述，301 调查报告中所指控的所有事项均与 WTO 义务相关。如此，即便按照“美国——301 条款案”专家组的逻辑，本次 301 调查中不仅被诉关税措施违反 DSU 第 23. 1 条，也因美国违反其在 SAA 中和在“美国——301 条款案”专家组程序期间的承诺而使得 301 条款本身也违反 DSU 第 23. 1 条。美国著名国际经济法学者斯蒂夫·查诺维茨也认为“美国——关税措施案”中的被诉措施和 301 条款本身均违反了 DSU 第 23 条，[82]只是该学者对此问题没有详细说明理由。

六、结语

事实上从关贸总协定的谈判以来，美国非常不情愿其在对外经济关系中实施单边制裁的权利受到限制，但单边主义措施无论在 GATT 还是 WTO 期间仍然得到了一定制约。在“美国——301 条款案”之后，美国进行 301 调查的频次也有较大幅度的减少。这次针对中国的 301 调查及关税措施的影响程度是空前的，对中美经济关系产生了重大冲击。301 条款、本次 301 调查和在 301 调查基础上所采取的关税措施均违反 WTO 协议。虽然在本案的特定背景下专家组只是认定美国的关税措施违反 WTO 义务，并且其法律适用存在一些不当之处，但大体上维护了多边贸易体制，体现了国际法上的正义。

同时，也应该看到，本案专家组裁决美国败诉，对于中美贸易争端的总体进程和总体格局不会有大的影响。美国发动贸易战之时必然已经预知了法律战的结果，而仍然采取更具主

[79] See WT/DS152/R, paras. 7. 131, 7. 135.
[80] See WT/DS152/R, paras. 7. 178-7. 179, 7. 183-7. 185.
[81] See WT/DS152/R, para. 7. 136.
[82] See Steve Charnovitz, “How American Rejectionism Undermines International Economic Law”, (2018) 10 (2) *Trade, Law and Development* 226, pp. 236-237.

动性、压迫性和侵犯性的关税措施，以把压力先加在中国身上的方式在贸易战中占据主动地位。在上诉机构陷入瘫痪的情况下，美国则就专家组报告提起上诉，以使该争端即便在纯粹法律层面也无法产生实质性的结果。目前双方的贸易战仍在继续，局势暂时仍不太明朗，但毫无疑问，影响双方争端进程的仍将主要是双边谈判和各自政策的调整。对我国而言，除了在法律上和政治上坚持反对美国的单边主义措施之外，也应捋清整个争端的来龙去脉，在考虑我国的国家利益、多边贸易体制的维护和对方的适当关切等多重因素的基础上，努力促进中美第二阶段谈判的启动和推进，以促进中美贸易争端的最终解决。

至于 301 条款本身，本来 DSU 第 23 条已经对其构成了制约，301 条款本身也明显违反 DSU 第 23 条，而在“美国——301 条款案”中被专家组错误地认定为合法。有学者推测，专家组之所以做出错误认定，这可能并非专家组成员的专业能力问题，而是担心若判定 301 条款违反 DSU，美国可能会以退出 WTO 相威胁。[83]当然，这只是学者的推测，实际情况如何不得而知。要彻底解决 301 条款的合法性问题，应由 WTO 争端解决机构确认其非法性。原本一种可能的选择是再次向 WTO 诉 301 条款违反 DSU 第 23 条，可是由于有“美国——301 条款案”专家组裁决在先，要让新专家组推翻原专家组的认定有很大不确定性。如果考虑诉讼法上“一事不再理”原则的可能影响，[84]WTO 争端解决机构能否受理这样的案件也存在疑问。因此，比较稳妥的做法还是在具体争端中诉 301 调查及相应的制裁措施违反 DSU 第 23 条。当然，前提是 301 调查事项与 WTO 有关，并且美国在 WTO 争端解决机构做出有关认定前就做出了单方面认定或采取制裁措施。

Analysis on the Legal Issues in the “United States – Tariff Measures” Case in the Sino-US Trade War

Abstract: “United States-Tariff Measures” case is the key dispute in the Sino-US trade war. Based on the findings of investigation under Section 301, the US administration began to impose additional tariff to the products originating in China, which was sued by China to WTO. On the preliminary problems, the panel of the dispute properly does not make a due response to whether China’s acts in 301 investigation and the tariff measures relate to WTO. The panel properly concludes that the additional 25% tariff in Measure 2 is in the terms of reference of the panel, but errs in applying the rules when analyzing the problem. The panel also refuses the argument by the United States that “the parties to the dispute has reached a solution”. On the principal problems, the panel reasonably determines that, while the tariff measures at issue do not satisfy the requirements of public morals exception on the ground of insufficient evidence, these measures violate Art. 1 and Art. 2 of GATT1994. Additionally, from the perspective of academic research, all of Section 301 itself, the 301 investigation against China and the tariff measures based on the investigation violate Art. 23 of DSU.

Keywords: Sino-US Trade War; Section 301; 301 Investigation; “United States-Tariff Measures”; Public Moral Exception

[83] 龚宇、王中美：《案例评析》，载曾华群主编：《美国——〈1974 年贸易法〉第 301-310 节案》，上海人民出版社 2005 年版，第 1045 页。

[84] “一事不再理”是国内法上的诉讼原则之一，在 DSU 中并无明文规定，但 WTO 的专家组或上诉机构如果将其作为《国际法院规约》第 38 条第 1 款意义上的“一般法律原则”加以援引，恐怕没有什么障碍。

卫生条例下过度边境措施的使用与解困之道

张丽英　中国政法大学

印度重返 RCEP 的可能性分析及中国因应

张玲玉* 中南财经政法大学法学院

摘要：2019 年，在 RCEP 谈判的收官之际，印度突然宣布退出区域全面经济合作伙伴关系（Regional Common Economic Partership, 简称 RCEP），其余十五国将继续回到谈判桌，重启 RCEP 2. 0 时代。印度的退出，不过是在考量了国内外复杂环境下的紧急避险。这一选择，以牺牲与亚洲多国深度融合的机遇为代价。目前，有关 RCEP 的签署活动已于 2020 年 11 月启动，但印度当前重返 RCEP 的可能性不大，未来，印度可能会与亚洲各国通过双边形式加强经济交流贸易合作。当下，印度深陷疫情全面失控的泥沼，早已自顾不暇。站在中国的角度，面对百年未有之大变局，我国应为此做好充分准备，我国应积极回应各种国际热点，强化全球治理体系现代化的能力，用中国智慧领跑新一轮的国际关系。

关键词：区域一体化；全球治理；中印;多边主义

Analysis of the Possibility of India's Return to RCEP and China Adaptive Response

Zhang Lingyu

Abstract: In 2019, at the end of the RCEP negotiations, India suddenly made an declaration about its withdrawal from the Regional Common Economic Partership (RCEP), and the other 15 countries will come back to the negotiating table and restart the RCEP 2. 0 era again. Considering the complexities at domestic and abroad, the announcement is an act of rescue. This choice comes at the expense of the opportunity for deep integration with many Asian countries. At present, the substantive negotiation stuff on RCEP has come to an end, The process for t signing he RCEP has been started in November 2020, it is unlikely that India will return to RCEP at present. In the future, India may strengthen economic exchanges and trade cooperation with Asian countries through bilateral frameworks. In the perspective of China and India, with continuing border conflicts in the year of 2020, we should make full preparation than ever before. In the face of major changes unprecedented in a century, China should actively respond to various international hot issues, strengthen the global governance system and apply Chinese wisdom to lead the next round of international relations.

Key Words: Regional Integration; Global governance; Sino-Indian; Multilateralism

一、问题的提出

自 2012 年起，由东盟十国发起的，并邀请中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰、印度参加的区域全面经济合作伙伴关系（Regional Common Economic Partership, 简称 RCEP）已经经历了二十多轮谈判。在各国的共同努力下，RCEP 到了临门一脚的最后关头。然而，2019 年 11 月 4 日，在泰国曼谷第三次领导人会议上，印度发表了退出宣言。[1]其余十五国

* 【作者简介】 张玲玉，中南财经政法大学法学院国际法博士研究生。

[1] Sanjay Nirala. PM Modi stayed out of RCEP keeping in mind northeast's economic interests: Rajnath Singh[EB/OL]https://www. indiatoday. in/india/story/pm-modi-stayed-out-of-rcep-keeping-in-mind-northeast-s-economic-interests-rajnath-singh-1619362-2019-11-15.

领导人发布联合声明，表示支持的选择，期待各国更深远的合作发展。2020 年 11 月，东盟 10 国和中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰共 15 个亚太国家以视频方式举行了第四次区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）领导人会议，正式启动签署程序。本文将以区域一体化为背景，以印度退出 RCEP 为写作起点，对印度重返 RCEP 的可能性进行分析。

二、莫迪政府“内忧外患”下的无奈之举

在 RCEP 谈判的最后关头，印度紧急刹车。究其原因，实属莫迪政府当下内忧外患的无奈之举。

（一）制造业“短板问题”突出

一是印度国内经济体系的不协调不均衡，制造业的“短板问题”突出。目前，印度是世界上仅次于中国的人口大国。在经历了两次“绿色革命”以后，印度的农业得到了长足的发展，但是短期内无法摆脱农业经济的脆弱性。比如，印度农作物的产量位于世界前列，但单位产量低，农业人口占全国人口比重大，农业现代化水平低，农村人口整体劳动素质不高。印度地处南亚大陆的最南端，属于典型的季风气候区，这样一来，气候条件对印度的农业极为重要。基础薄弱的农业生产链难以支撑庞大的经济体系，也难以适应激烈的国际市场的竞争。特别是 2019 年爆发的“洋葱危机”再一次暴露了印度农业的短板，印度是世界上最大的洋葱生产国也是世界第二大洋葱出口国，去年受极端天气影响，洋葱产量骤减，印度政府不得不发布出口禁令、限制囤积行为，由此引发了严重的通货膨胀，居民消费物价一度上行至 5. 54%，创近 40 个月新高。[2]其次，制造业发展尚不充分，难以挑起国民经济大梁。根据印度中央统计 局公布的数据显示，2019 年第三季度经济增速从上个季度的 5％降至 4. 5％，已连续 7 个季度下滑，为 6 年多来最低水平，整体的经济状况令人担忧。90 年代以来，特别在瓦杰帕伊执政时期，印度开始大力发展第三产业，值得一提的是，信息软件业在政府的扶持下得到蓬勃发展，占领了世界高新技术产业的市场，第二产业反而成为印度经济的短板。2014 年，自总理莫迪上任，“印度制造”便是其执政一大特色，希望通过这一战略把印度打造为全球的制造中心。根据美国中央情报局的调查，2017 年印度拥有世界排名第 2 的劳动力，其中 15-54 岁的人口约占 60％，然而丰富的劳动力资源没有在本国的工业体系中得到充分就业，人口红利没有发挥出巨大潜力。据统计 2016 年，印度三大产业对国民经济的贡献比失衡，其中第一产业占 15. 4％，第二产业占 23％，服务业占 61. 5％，劳动力资源在三大产业的分布也呈现失衡，其中，第一产业占 47％，第二产业占 22％，第三产业占 31％。[3] 工业化的过程就是人才现代化、科技现代化、制度现代化、社会思潮现代化的过程。工业制造业的崛起会倒逼落后的土地制度、劳工政策、性别歧视等旧有的上层建筑进行革新。一直以来，工业制造的缺位造成了印度社会许多后遗症。在印度这样的人口大国，劳动力资源与实体经济发展状况不匹配，国内产业体系薄弱，甚至基本物资依赖进口，加剧了国民经济的脆弱性。2014 年，莫迪上任不久便大力推行“印度制造”战略，从废除印度计划委员会，到劳工制度改革再到税制改革，政府希望通过这些措施可以缓解国内就业压力、补齐经济结构短板。[4]即使有政府强有力的政策做依托，但是经济的结构病灶没有清除，诸多社会

[2]Iram Ara Ibrahim. Not only onion, prices of potato and other veggies on rise[EB/OL]. https://www.indiatoday.in/business/story/not-only-onion-prices-of-potato-and-other-veggies-on-rise-1628724-2019-12-16.

[3] CIA Factbook. India-Economy［EB/OL］. https://www.cia.gov/library/publications/resources/the-world-factbook/geos/in.html.

[4] 李艳芳. 印度莫迪政府经济发展战略转型的实施、成效与前景[J]. 南亚研究，2016(2).

痼疾仍未得到根本解决，从印度很难真正实现现代化。[5]

（二）国内政治与社会环境堪忧

一直以来，印度的政治环境总是绕不开宗教、种姓争端。2019 年，引发印度国内争议最大的莫过于《公民身份法（修正案）》。《公民身份法（修正案）》在本质上具有歧视性，违反了国际法和印度宪法。该法案赋予因“宗教迫害”逃至印度的巴基斯坦、孟加拉国和阿富汗的六个少数宗教社群（印度教徒、锡克教徒、佛教徒、耆那教徒、帕西教徒、基督教徒）印度公民身份，却将穆斯林排除在外。自从印度议会通过该法案，印度多个地区爆发了严重的暴力示威行动，造成了众多民众的死伤。[6]

另外，边界纠纷也成为国内舆论的火药桶。2019 年，印度与巴基斯坦两国就克什米尔地区的归属摩擦不断，矛盾升级。国内民众对莫迪政府的种种强硬行为提出质疑。反对党利用 RCEP 议题向执政党施压。以国大党为首的政党领导人当天齐聚新德里，讨论经济下行及 RCEP 谈判对印度的影响，要求莫迪政府为“经济放缓、失业率飙升、农业危机”等问题负责。纵使莫迪本人明白错失 RCEP 就是错失经济腾飞的良机。面对反对党的压力和民众的抱怨，莫迪不得不为政党利益暂时妥协，这也是印度在最后一刻拒签 RCEP 的重要原因。[7]

（三）印度多年 FTA 建设未达预期

首当其冲的便是印度在国际贸易市场的脆弱心理。在 RCEP 谈判的最后阶段，印度提出了 3 点新要求。一是为了发展印度制造，要求其他国家的产品进入印度，必须使用 3 成以上原产于印度的零部件和材料；二是对中国的工业品、澳大利亚的农产品大量进入印度，设置新的紧急进口限制措施，RCEP 协议达成之后，如果其他国家的单一商品进口量大幅度增加，超过一定阀值时，允许印度出口紧急控制措施；三是建立一种联合管控措施，避免 RCEP 成员国利用其他成员国向印度过量出口商品。[8]从这些诉求中，我们可以看出印度直到谈判的最后关头依然忧心忡忡。可是，这样的担心不无道理。有数据表明，中国已成为印度的第一大逆差来源国。如果这时印度加入 RCEP，那么随着中国优质的制造业产品大量涌入国内，印度的民族企业生存将异常艰难甚至停产歇业，工人失业，劳工关系紧张，服务业的优势业难以折抵制造业的损失。面对中国这样的劲敌，缺乏强有力的制造业，印度只能选择暂停。

此外，对于自由贸易协定的建设，印度早就驾轻就熟。早在 1998 年，印度就与斯里兰卡签订了自由贸易协定，并于 2001 年 12 月生效，而彼时，中国刚刚拿到 WTO 的入场券。目前印度已与 13 个国家、组织签署了自由贸易协定。[9]见表 1。

表 1 印度已签订自由贸易区概况

印度 FTA 概况	签订	生效
亚太贸易协定	1975	1976
印度—斯里兰卡 FTA	1998	2001

[5] 宁胜男. 莫迪政府“印度制造” ———效果评析与前景展望[J]. 印度洋经济体研究，2017(3).

[6] Snigdha Choudhury. Coronavirus: Kolkata's 'Shaheen Bagh' says sit-in will continue[EB/OL]. https://www. indiatoday. in/india/story/coronavirus-kolkata-s-shaheen-bagh-says-sit-in-will-continue-1658312-2020-03-22.

[7] Siraj Qureshi. People, Congress forced PM Modi to step back from RCEP: Rajeev Shukla[EB/OL]. https://www. indiatoday. in/india/story/modi-rcep-congress-rajeev-shukla-economy-uttar-pradesh-yogi-1616774-2019-11-07.

[8] 印度退出 RCEP，15 国对是否请回印度有分歧，日本为何坚持劝回印度[EB/OL]. https://www. sohu. com/a/352664896_100182454.

[9] 张恒龙, 葛尚铭. 印度的双边自由贸易协定（FTA）战略及—对中国的借鉴[J]. 新疆师范大学学报(哲学社会科学版）, 2017(3).

印度—尼泊尔贸易协定	1991	2002
印度—阿富汗 PTA	2003	2003
印度—新加坡 PTA	2005	2005
南亚 FTA	2004	2006
印度—不丹贸易协定	2006	2007
印度—智利 PTA	2006	2007
印度—南方共同市场 PTA	2004	2009
印度—韩国	2009	2010
印度—东盟	2009	2010
印度—马来西亚	2011	2011
印度—日本	2011	2011

（数据来源:Asian Development Bank，http://www.adb.org.）

表 2 印度与 RCEP 主要国家近十年逆差顺位表

	日本	韩国	中国	澳大利亚
2019.01—06	8	5	1	7
2018		6	1	8
2017		6	1	7
2016	9	6	1	10
2015		6	1	10
2014		10	1	
2013			1	10
2012			1	10
2011		10	1	8
2010		9	1	4

（数据来源：由笔者在中华人民共和国商务部、印度的 Ministry of Statistics and Programme Implementation 等数据整理所得，参见 http://www.mofcom.gov.cn.）

但实际上，印度虽然与 RCEP 中的东盟、日本、韩国签署了自由贸易协定，与澳大利亚在 2011 年启动谈判，与中国正进行着 FTA 可行性探讨。但是，通过印度与 RCEP 主要国家近十年逆差顺位表可以看出，印韩两国自 2010 年启动双边自贸协定，韩国稳居逆差榜第 9 名，并且有明显的上升趋势，日本亦是如此。而印度还未与中澳两国正式对垒，就已连续常年位列逆差顺位榜，特别是中国稳居榜首长达十年。2019 年 1 月—6 月，印度贸易逆差总值为 822.51 亿美元，与中国的逆差占 253.37 亿美元，占比 30%。可以说，目前 FTA 的发展并没有达到预期的效果，至少在国际收支平衡中，印度贸易赤字在扩大。[10]印度政府智库 Niti Aayog 在 2017 年发布了一份报告指出，自由贸易协定对印度并不奏效。因为一直以来，印度在与自由贸易协定国家贸易往来中大多呈现出自 FTA 国家的进口多，本国向 FTA 国家出口少，两者并不匹配的现象，甚至印度对自由贸易协定国家的出口也没有超过其总体出口

[10] 张恒龙,葛尚铭.新兴经济体自由贸易协定（FTA）战略的贸易促进研究[J].世界经济研究，2017(7).

增长，而且印度的自由贸易协定的使用率一直非常低，仅为 5%至 25%。[11]被动的贸易地位并没有改善，不得不担心加入 RCEP 无异于雪上加霜。

三、印度退群后的三重影响

通过上文的分析，我们可以知道，印度在这场谈判中极度焦虑与紧张，这种脆弱的谈判心理无非源于其薄弱的国内产业难以正面对抗激烈复杂的国际市场竞争。缺乏强有力的国内经济为后盾，印度始终犹豫不决，无法自信地打开国门，搭上这列助力于亚洲经济腾飞的快车道。然而，一味的保护国内产业，不尝试放手让其参与国际竞争，真的可以稳固印度的经济增长吗？

（一）掣肘印度经济机制体制逆境重生

一直以来，几代印度人都在追寻“有声有色的世界大国”，但是大国梦不仅仅需要以经济为支柱，更需要以经济为中心的各项机制都能跟上国际步伐。要想真正与世界经济深度融合，增强国内经济的竞争力，主动参与是最重要的出路。一直以来，我国在与世界的联系互动中发展。这种发展不仅体现在经济的数据增长，更体现在我国有关经济生活的方方面面。截至目前，我国已与 25 个国家和地区达成 17 个自贸协定，自贸伙伴遍及欧洲、亚洲、大洋洲、南美洲和非洲，涵盖 38%的对外贸易额。2018 年，总体关税水平由 9. 8%降至 7. 5%，平均降幅达 23%。完善社会主义法治体制，增强科技创新能力，深度调整经济结构，持续优化产业升级，打造更高水平的外贸投资环境与投资政策，从不同维度为经济增长注入新动能。反观印度，虽然早在上世界 90 年代，拉奥政府便大胆革新，通过放宽对私营经济限制，减少政府的干预，降低进口的门槛，让经济状况得以好转，但隔靴搔痒的改革仍未触及影响经济流动的大动脉。[12]直至今日，印度除了制造业短板问题突出以外，性别歧视、宗教争端、劳工制度以及不彻底的土地改革都是印度前进路上的绊脚石。[13]然而，主动参与世界的过程就是一个全方位去落后化、去腐朽化的过程。对于印度来说，退出 RCEP 短期看来会避免与国际优势企业竞争，暂时保全国内产业，但是，以保全眼前的经济而牺牲掉更大的成长空间实属鼠目寸光，失去这次正面交锋，也就意味着失去了一次倒逼其国内的经济大环境逆境重生的机会。所以，同样面临国际市场的激烈竞争，中国顶着重重压力，以牺牲短期利益为代价，积极融入世界多边贸易体制，不仅没被经济全球化浪潮反噬，反而硕果累累。面对 RCEP 这样全球第一大自贸区，印度在如此紧要关头止步，无异于拉起经济增长的紧急阀。

（二）莫迪政府外交的战略收缩

另外，印度退出 RCEP 既是对“印太战略”的消极回应，也是对“东进战略”的收缩。“印太战略”与印度的“东向战略”相呼应，为其参与印度洋乃至亚太地区的事务提供了机遇。早在 2015 年，莫迪政府与美国对亚太地区、印度洋地区的发展表达了重要关切，签署了重要的双边文件《美印关于亚太和印度洋地区联合战略愿景》，积极回应美国的这一战略目标，希望在与美国的积极互动中实现本国的大国梦。2017 年，“印太战略”急剧升温，但随着美国总统特朗普上台，跨太平洋伙伴关系协定（Trans-Pacific Partnership Agreement，简称 TPP）被紧急叫停。[14]失去了世界巨头，TPP 的发展遇冷。原本没来得及加入 TPP 的印度迎头赶上的 RCEP 的顺风车，2017 年，RCEP 各成员国代表频繁接洽。加入 RCEP, 扩

---

[11] Prabhash Kumar Dutta. 5 reasons why PM Modi pulled out of RCEP in Bangkok[EB/OL]. https://www. indiatoday. in/news-analysis/story/5-reasons-why-pm-modi-pulled-out-rcep-in-bangkok-1615825-2019-11-05.

[12] 朱昌利. 当代印度[M]. 云南大学出版社，2016 年，第 112 页。

[13] 张文木. 印度国家发展及其潜力评估—与中国比较[M]. 科学技术文献出版社，2005 年

[14] 李莉. 印度东进战略与印太外交[J]. 现代国际关系，2018(1).

大在印太区域的影响力是符合这一战略要旨的。[15]2020 年 2 月 24 日，在特朗普访问印度时，美印两国再次强调要加强在印太地区的融合。双方决定通过“美印日三边峰会”、“印美外长和防长 2 + 2 部长级会议”、“美-印-澳-日四边形磋商”等机制加强磋商。[16]然而，印度主动退出，削弱了在印太地区的话语权，偏离了“建立一个自由、开放的印太区域”的口号。不仅如此，以东盟为核心的东进战略是“东向政策”的递进升级，也是新任领导莫迪政府的政治抱负。[17]这一战略起点与 RCEP 起初的定位不谋而合。可以说，印度的退出宣言背离了莫迪政府建设“安全、繁荣与强大的新印度”的口号，十分遗憾地与十五国的未来命运轨迹失之交臂。

（三）倒逼我国加强中印两国对话平台建设

虽然 RCEP 是以东盟为主导的区域经济一体化合作，是各成员国间相互开放市场、实施区域经济一体化的组织形式。但是成员国的经济实力、国际地位存在较大悬殊。印度的退出，看似强化了中国在这一区域组织中的话语权，但是，印度的退出对中国真的百利而无一害吗？其实不然，以下将从地缘政治角度稍加分析，便可得知。

众所周知，中印的边界问题历来是两国国家安全和政治互信的重要关切。边界的纠纷解决影响着两国的友好往来，两国关系曾一度跌至冰点。但是，我国一直没有放弃寻求两国正常对话的途径，希望两国增进政治互信，早日解决历史遗留问题。印度学者迪帕克指出：“处理问题有三种选择：一是开战；二是无限期搁置；三是加速现存的对话机制，让公众准备接受一个边界问题的双赢协议……。[18] 近年来，我们可以看到，中印两国的友好往来也取得了一些成就，比如双方领导人频繁会晤，边界谈判代表级别越来越高，建立了边境事务磋商与协调工作机制，开创了机制化建设的模式，这些信号都意味着两国正共同维护现有的外交成果，并期待更深的合作。然而，自 2017 年“洞朗事件”爆发以来，中印关系反复无常，呈现出高开低走之势。[19] 2020 年 6 月，加勒万河谷事件再一次触发了两国在边界问题上的敏感阀门。这种行为挑战我国的领土主权和民族情感，造成南亚地区的紧张局势。国与国之间的政治互信、经贸往来、文化交流是相互渗透、相互转化的过程。中印两国可以经贸对话，加深对彼此的理解，重新正视历史，寻求共同的利益关切，解决边界争端。目前，我国正积极推进自贸区建设，已签署了 17 个自贸协定，涉及 25 个国家与地区，但暂时未与印度商定自贸协定。我们设想，通过谈判，在多国的见证下促成 RCEP 的多边贸易框架，在这一平台下，促进两国资本、劳动力、科技的交流与合作，建立更紧密的经贸关系，为边界争端的解决提供坚实的物质基石，甚至对非常态下的边界冲突起到一定的缓冲作用，以维护我国在现有的中印关系中的比较优势。然而，印度的退出宣言，不仅失去了这样的杠杆效应，也左右了两国地缘政治的走向。所以，这就要求我国增强化解中印冲突的风险控制能力，探索适用于常态化及非常态化的协调机制，增进对话，友好交流，稳定南亚的和平与稳定。

四、RCEP 2.0 时代的前景分析

印度的突然退出，RCEP 迎来了全新的 2.0 时代。2020 上半年，世界大多数国家都因抗击新冠病毒疫情而采取封锁政策，经济面临不同程度的停摆或滞后，全球的贸易投资大幅下

---

[15] 杨瑞, 王世达. 印度与“印太战略构想”:定位、介入及局限[J]. 现代国际关系, 2018(1).

[16] Raj Chengappa. Coming up Trumps[EB/OL]. https://www.indiatoday.in/magazine/cover-story/story/20200309-coming-up-trumps-1650477-2020-02-28.

[17] 余芳琼. 当代印度的东南亚政策研究[M], 中央民族大学出版社, 2018 年，第 193 页。

[18] B. R. Deepak, India and China 1904－2004: A Century of Peace and Conflict (Delhi:Manak Publications Pvt. td., 2005), pp. 440－441. 转引自王玫黎. 中印边界争端谈判机制探讨[J]. 国际法研究, 2018(4).

[19] 邓烈. 为什么说印度侵入中国洞朗违反国际法[J]. 边界与海洋研究, 2017(5).

滑。在这样的大背景下，RCEP 虽已于 2020 年正式启动签署程序，但目前，在 COVID-19 的蔓延下，世界经济普遍面临不同程度的停摆，各成员国都期盼通过搭建 RCEP，寻求共识，重塑国际产业链的平台，尽快使经济复苏回到正轨。目前，东盟十国及中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰面对疫情防控力度不同，经济复苏程度参差不齐，进而，整合国内资源、寻找疫后经济增长点的需求必然就会有所差异，那么，RCEP 是否会在诸国的努力下，加速推进还是暂时冷却？RCEP 的前景仍值得进一步剖析。

（一）纵向：平稳推进

RCEP 的谈判过程坎坷漫长。2012 年，中国与东盟十国、日本、韩国、印度、澳大利亚、新西兰的领导人在金边，共同发布《启动<区域全面经济伙伴关系协定>（RCEP）谈判的联合声明》，正式启动这一覆盖 16 个国家的自贸区建设进程，并且乐观预计有关 RCEP 的谈判将始于 2013 年，2015 年结束。然而这一谈判过程并非各国所期望那般一帆风顺。

自 2012 年以来，RCEP 已经经历了二十七轮谈判、七次部长级会议以及三次领导人会议联合声明。从谈判时间进程来看，经历了一个先慢后快最后趋于平稳的过程。特别在 2016 年，十六国共举行了 6 次谈判，部长级会议自 2018 年之后也明显更加频繁。从内容上看，RCEP 的谈判内容虽然庞杂，但仍主要围绕货物、服务、投资三大重点领域展开，其中还包括原产地规则、海关程序与贸易便利化、市场准入模式、知识产权以及电子商务等新议题。不同国家发展水平参差不齐决定了各国的利益诉求必定难以平衡，比如就贸易自由化来说，东盟—澳新 FTA 的自由化水平最高（95.7%），而东盟—印度 FTA 水平最低（79.6%），其余东盟与中国、韩国、日本的自由化水平差距不大，基本都在 90%。[20] 所以，整体看来，各成员在 RCEP 的谈判中劳力费神，久拖不决的状态让各国目前都想盼望达成一致。目前，日本完成了 RCEP 批准程序，这是继中国、新加坡、泰国之后，第四个完成 RCEP 国内批准程序的国家，这也意味着全球最大自贸区距离正式生效又近了一步。所以，无论从成员国的主观意愿还是客观需求上，RCEP 都有望继续平稳推进。

（二）横向：初现接替 TPP 倾向

《跨太平洋伙伴关系协议》（下简称为 TPP）是一个水平高、覆盖广、标准高的区域经济合作框架，其涉及的谈判课题涵盖了 21 个领域，除了传统的货物、服务、投资等重点领域，它还涵盖了劳工保护、环境保护、政府透明度、反腐败、会员国的战略伙伴关系等，但是，TPP 的建设超出了一般自由贸易协定的范围，虽然打着建设环太平洋经济圈的口号，实质是由奥巴马政府主导的重返亚太实现战略再平衡的跳板，企图在亚太诸多国家中输出以美国为主的国际贸易理念以换取更多的政治利益。自美国退出 TPP 后，TPP 的发展明显失去向心力。因此，对于文莱、秘鲁这样的小国家，面对如此高门槛的区域组织自然望而却步，在这种形势之下，东南亚国家转向由东盟主导的 RCEP 也就成为了必然的选择。相比 TPP，RCEP 就更适合亚太的诸多国家。相似的经济水平、历史背景、文化传统和政治体制让东南亚各国抱团。所以，在 TPP 的发展前景暗淡的境遇下，在全球经济疲软的背景下，RCEP 的成员国加快谈判议程，迎头赶上，其重振区域经济的作用预计会赶超 TPP。

（三）未来印度参与 RCEP 的可能路径

未来，印度又将怎样参与这一自贸区发展呢？有以下三种路径。一是与 RCEP 的成员国以双边的形式达成自由贸易协定（下称 FTA）。十五国不同的经济关切加大了谈判的难度，通过双边的形式，印度可以和其他国家充分交换意见，表达本国利益诉求，最大程度达成一

[20] 刘均胜. RCEP 谈判进程及挑战：从区域视角的评估[J]. 国际经济合作，2017(8).

致。目前根据亚洲开发银行的统计数据，截至 2015 年，在亚洲国家中，印度建设 FTA 的进程仅次于新加坡，居亚洲第二位。其中，已经与新加坡、东盟、韩国、日本签署了 FTA，与泰国已签订框架性协议，就建立 FTA 正进一步谈判，与澳大利亚、新西兰正进行着 FTA 谈判，与中国正进行 FTA 可行性的研究。二是借鉴“中国—东盟”的模式参与到 RCEP 中来。1991 年，中国开始与东盟国家对话。截至 2020 年，中国—东盟自由贸易区（下称 CAFTA）已经运行十年了。在某种意义上来说，中国—CAFTA 和印度—RCEP 有很大的相似性。中国—东盟的自由贸易协定从字面看似是中国与东盟整个集团签署，但实际是中国与东盟内部都达成了协议。而东盟内部国家注重差异，形成了自己的“东盟方式”。循序渐进，培养“RCEP 意识”，思想上坚持多边主义，行动上坚持双边主义，这是未来印度参与 RCEP 值得学习的经验。当下，由于疫情防控措施不力，印度全国上下因 COVID—19 大流行遭受重创，经济大幅度缩水，很大可能会在后期以双边的形式参与到 RCEP 的发展中。

五 中国应对 RCEP2.0 时代的双向进路

随着新型冠状病毒在全球肆虐，这场重大的传染病打破了现有的世界格局，国际关系也在悄然发生巨变。在这场全球战役中，面对世界的质疑、抹黑，即便我国再三重申本国立场也难以破解西方国家的固有偏见，而且这种僵持关系很可能会存在很长一段时间。在今后的国际关系中，无论是面对印度退出谈判多年的区域组织还是其他世界国际热点，我国不仅应当重视内源力量的建设，还应该牢牢把握国际话语权。

（一）继续重视制造业的深度发展

师夷长技以制夷。在这次多边谈判对话中，可以看到，印度国内尚不成熟的经济体系一时难以与世界其他国家的优势产业同时对抗，只能暂避风险。而在全球战役中，中国率先取得疫情防控的胜利，并且成为各国防护物资的世界工厂。中国能为国际社会共同抗击疫情提供强大的物质保障，这与我国扎实的工业生产体系不无关系。但是要想在当下国际形势中弯道超车，进一步巩固我国制造业在全球价值产业链的比较优势，我们必须将“中国制造”推向高阶。所以，制造业的生产与管理是突破发展瓶颈的两条主线。

一是正视制造业专业人才的供需矛盾，有目的有计划的培养高端人才和熟练技工，精准对接重点领域人才需求。根据《制造业人才发展规划指南》，虽然我国制造业人才队伍建设取得显著成绩，但是仍然存在结构性短缺。所以，缓解人才结构性的短缺和过剩，避免制造业人才培与实际需求脱节，让越来越多的工业领军人才和大国工匠身临一线。二是严控生产技术标准，用先进标准倒逼中国制造升级。根据《装备制造业标准化和质量提升规划》，进一步规范化制造业标准，塑造“中国品牌”形象是目前推动中国制造升级的重点。目前，我国制造业标准国际化已达到 70%，预计于 2020 年在重点领域达到 90%。加快我国标准化不断向国际化水平看齐，提高制造业的质量竞争优势，使中国在全球产业链更高处攀登。

（二）谋求国际话语权的塑造

历史上，葡萄牙、西班牙、英国等国对国际法秩序的构建产生了深远影响。一战以后，美国开始主导着二十世纪的国际秩序，对此我们可以考察联合国的诞生过程便可得知。从“十四点计划”到《国际联盟盟约》再到《凡尔赛和约》，在威尔逊总统的努力下，美国的政治愿景变成了一战后欧洲大国的普遍共识，建立了世界上第一个政治性国际组织—国际联盟，为联合国的诞生奠定了基础，美国的政治理念开始越来越多得影响着国际规则的走向。一战后，国联并未发挥其应有的作用。美国开始探寻新的路径以继续发挥国际规则主导者的作用。最终，1945 年，美国作为发起国在旧金山和 46 个与会国代表签署了《联合国宪章》。联合国开始成为当今世界影响最为深远的政府间国际组织。

在国际法国际规则话语权是国际法规范的先导。美国将本国政治理念与国际影响力相结合，通过斡旋国际规则话语权，向国际社会传递本国的价值观，引导世界各国达成共识，推动着国际法新规则的建立。所以，美国参与国际法规则的过程，对我国在国际社会贡献中国智慧与方案、引领全球治理体系改革提供了宝贵的经验。我国作为一个外交大国，要想让本国的话语权让更多国家认同，必然少不了对国际规则的制定，对国际话语权的斡旋。

所以，一是要站在国际社会的立场上，坚决维护既有的国际秩序。扩大我国的国际话语权绝不等同于摒弃既有的全球治理体系的成果，虽然美国退出 TPP、英国脱欧、WTO 上诉机制停摆、美伊对峙等一系列国际热点问题冲击着和平稳定的局面，但是以联合国为核心的国际政治体系和以世界银行、WTO 为核心的国际经济体系在解决国际冲突、促进各国发展上仍发挥着重要作用，因此，在当下，我国更应该肩负起大国责任，为国家与民族负责，为世界与人类担当，成为维护世界和平与发展地中流砥柱。[21]

二是站在国内的立场上，加强国家智库建设，注重培养优秀外交人才。特别重视国际组织，如世界卫生组织、世界气象组织等中国力量的培植。从 2003 年开始，中国面孔逐渐出现在国际组织领导高层，中国声音缺位领导层的情况得到改善。之后的十余年，中国人当选国际组织高官的消息不断传来。曾在中英香港问题谈判中担任法律顾问的史久镛当选国际法院院长，成为国际法院自 1946 年成立以来的首位中国籍院长；此后，越来越多的中国专家走向国际职场。可是，中国作为世界第二大经济体，现有的中国声音、中国面孔仍然不够响亮。 所以，把握人才优势就是把握住话语权的制高点。向世界贡献中国智慧与中国方案，既需要政治、经济、法律、医学等各方面的青年才俊，更需要一大批具有国际化眼光的人才队伍。牢牢把握住精英教育和尖端人才的流动机制，才能为中国声音输送源源不断地内动力。[22]

三先声夺人，重视国际重大议题建设，变被动为主动。国际社会中，各项国际化合作离不开各项议题的讨论。长久以来，我国总是被动应战，以发展中国家的身份积极参与各项合作与建设。然而，在这样大变革、大发展的时期，我们应继续以发展中国家的友好姿态，以发达国家敏锐的思维、宽阔的视野，捕捉国际社会发展的新动向，从议题的参与者向议题的命题人转变，摆脱一味被定位的困境。特别是在气候变化问题、能源开发问题、难民问题、贫困问题、国际通信技术等热点上，引起国际关注，防止西方大国抢夺话语制高点，就要重视一些重大议题规则制定或修改，着重于各国在一些国际问题上的合作机制，积极开启一些对我国有利的议题，引起国际社会的关注。中共十八大以来，中国大力实施精准扶贫、精准脱贫，取得显著成就。农村贫困人口从 2012 年的 9899 万人减少到 2018 年的 1660 万人，累计减少贫困人口 8239 万人，连续 6 年平均每年减贫 1300 万人。贫困发生率从 10. 2％下降到 1. 7％，减少了近 9 个百分点。2019 年，全国计划减少 1000 万以上贫困人口，330 个左右贫困县脱贫摘帽。联合国秘书长古特雷斯称赞“中国是为全球减贫作出最大贡献的国家”。2018 年，联合国大会通过关于消除农村贫困的决议，把在中国倡导的“精准扶贫”等理念与实践写入其中，中国为全球范围内消除贫困提供了经验。[23]这是我国将自身发展的经验助力世界人民的范例，是我国一肩扛起国家与民族，一肩扛起世界与人类的表现。

六、结语

区域全面经济合作伙伴关系（RCEP）是涵盖世界近一半人口，占全球经济总量近三分

[21] 邢广程. 提高全球经济治理制度性话语权的思考[J]. 中共贵州省委党校学报, 2015(6).
[22] 吴志成, 李冰. 全球治理话语权提升的中国视角[J]. 世界经济与政治，2018(9).
[23] 孙越, 白鸿滨. 迈向没有贫困、共同发展的未来[N]. 人民日报, 2019-10-18.

之一的自贸区。印度在谈判的最后关头，发表了退出宣言。究其原因，不是莫迪政府看不清RCEP 的前景，而是提前预估加入 RCEP 风险高于收益。虽然莫迪自上任以来首推“印度制造”战略，但一系列隔靴搔痒的措施尚未扭转制造业薄弱的局面。国内宗教矛盾冲突不断，政治生态环境堪忧，为保全政党利益，莫迪政府不得不考虑暂缓继续推进区域一体化的设想。加之经过复盘多年自贸区建设，印度在国际贸易市场长期赤字，劣势地位没有得到改善。印度只能在谈判的最后关头按下暂停键。规避国际竞争的风险看似可以挽回下滑的 GDP，但是 RCEP 释放的红利与机遇可遇而不可求。主动放弃十六国区域一体化也意味着在印度洋及西太平洋主导权的削弱，这是对印太战略的消极回应。对于中国而言，印度的退出一方面加强了中国的影响力，另一方面也倒逼中国探寻求新的途径，增进两国政治对话。未来，印度可能会与各成员国通过双边方式参与其中以挽救亟待复苏的经济窘境。

2021 年，一场新型冠状病毒打开了全球化的潘多拉魔盒。但是，世界仍然是开放的世界，面临更加复杂严峻的国际形势，我国应一如既往坚持和平共处五项原则，坚定支持多边主义，为国家担当，为区域一体化尽责，积极主动为建设更高水平、全面现代的经济合作伙伴关系发挥着建设性的作用，为解决各种全球性问题贡献更多力量。

刍议《选择法院协议公约》之判决承认与执行

张琪琪　中南财经政法大学

摘要：2005 年海牙《选择法院协议公约》作为全球范围内第一个关于涉外民商事案件管辖权以及判决的承认与执行公约,对各国判决承认与执行规则进行了协调，有望得到国际社会的普遍接受，为判决的跨国流动发挥重大作用。中国政府已经签署了《选择法院协议公约》，随之而来是否批准，以及选择什么时机批准《选 择法院协议公约》是我们亟待解决的现实问题。本文通过浅析涉外判决承认与执行的含义及依据，刍议《选择法院协议公约》中判决承认与执行的适用，剖析批准该公约对中国涉外判决承认与执行可能带来的积极意义和消极影响，综合权衡利弊进行利益取舍，认为中国政府应适时批准该公约。

关键词：判决的承认与执行；选择法院协议公约；选择法院协议公约

引言

国际商贸与投资日益频繁，随之而来外国判决需要在内国承认与执行的情况与日俱增。然而，由于各国对判决的承认与执行方面的规定标准不一，一国法院作出的民商事判决若请求外国承认与执行实则困难重重。海牙国际私法会议起草的《民商事管辖权及外国判决公约》由于目标过于宽泛，各国利益无法协调而遭遇破产，与会各国即转变思路、限缩公约范围，达成了以选择法院协议为依据的《选择法院协议公约》，其是各国妥协的产物，明确规定了判决承认与执行的统一标准，判决的审查形式，拒绝承认与执行的理由等，可以预见其将最大程度的使判决得到缔约国的承认，增强司法的确定性，促进法院判决的跨国流动，更好的保护涉外民商事当事人的利益。我国深度参与了《选择法院协议公约》的谈判全程，提出的许多代表性意见，在公约多处条文中体现。批准《选择法院协议公约》，对于改善我国涉外判决承认与执行现状、解决判决难以执行问题和弥补判决承认与执行规则的空白等都将具有重要意义。

一、涉外判决承认与执行的含义及其依据

（一）判决承认与执行的含义

1．“判决”的界定

“判决”通常指一国司法机关对民商事案件所作的判决、裁定和调解书，亦指刑事附带民事案件中对民事赔偿部分所作裁判，以及某些外国公证机关对特有事项所作之决定。

《选择法院协议公约》中“判决”指的是法院就实质性问题作出的决定，涵盖裁定或命令，以及法院对（含工作人员）费用的决定。公约规定判决不包括临时性保护措施，但对其态度既不强求也不禁止，临时性保护措施仍可作为公约适用对象。[1]

综合来看，“判决”虽然在各国有不同的称谓，含义和范围是基本重合的。首先，在一般意义上，“判决”是指法院就各方当事人之间的权利和义务所作出的法律判断。其次，从国家间判决承认与执行的角度来说，判决仅限于民商事领域内。刑法方面的判决和行政法方面的决定，因其具有较强的公法性质，故不应在他国发生法律效力故不在判决范围之内。

---

[1] Convention on Choice of Court Agreements: Article 4 stAtes “In this convention , judgement me Ans Any decision on the merits given by A Court , whAtever it mAy be cAlled , including A decree or order , And A determinAtion of costs or expenses by the court (including An officer of the court) , p rovided thAt the determinAtion relAtes to A decision on the merit which mAy be recognized or enfor ced under this convention. An interim meAsure of protection is not A judgement. ”

2．“承认”与“执行”的关系界定

承认外国法院判决与执行外国法院判决是联系与区别共存的法律概念。承认外国法院判决，是指认可由外国法院判决确定的当事人之间的权利义务关系在内国具有同等的法律效果。执行外国法院判决指的是，在承认外国法院判决在内国具有法律效力的基础上，若该外国法院判决存在需要执行的部分，则通过内国的法定程序付诸执行。

显而易见，承认外国法院判决是执行外国法院判决的前置条件，倘若缺少对外国法院判决的承认，执行外国法院判决就无从谈起；而执行外国法院判决则是承认外国法院判决的后果。但是，并不是承认外国法院判决必然产生判决执行的结果， 对法院来说，只有给付判决不仅需要承认还需执行，而确认判决和变更判决仅需承认即可。

（二）判决承认与执行的依据

1．理论根据

司法权是国家主权的重要内容，一国法院审理案件作出判决即代表国家行使司法权，因此，通常情况下，一国法院所作判决之法律效力仅及于国内。然而，经济全球化下国际民商事交往增多使得一国法院所作判决，往往需要其他国家帮助才能实施。不同时代，不同国家的学者从不同角度提出来各自的理论和学说作为支撑承认与执行外国法院的判决的根据。

（1）国际礼让说

此学说是 17 世纪胡伯为代表的荷兰学派所创立，用来解释适用外国法问题，其强调法律的属地性，认为任何法仅在主权者的统治范围内有效，每一个独立的主权国家，具有排除外国法适用的义务，在不损害本国利益和臣民权益的情况下适用外国法律只是出于礼貌与好意。

（2）基于权利本位的既得权说

既得权说的代表人物是戴赛，其坚持严格属地主义立场，认为内国法官的任务是去执行自己本国的法律，外国法律在内国不发生任何效力，不能适用外国法律， 但是应该承认案件当事人依据外国法律已经取得的合法权利。

（3）债务说

19 世纪中期在英美国家兴起了债务说，其代表人物是戚希尔，该学说指出外国判决实质是案件双方当事人之间建立的债务合同，具有管辖权的法院作出一方当事人向另一方当事人支付一定金额的判决之后，双方当事人就产生了债权债务关系，可以通过债务诉讼使之在本国履行。

综合而言，以上理论和学说，从不同角度和层面，一定程度的阐释了承认与执行外国法院判决的根据和理由，但都仅仅从形式上解释了这个问题，未从根本上解决一国为什么要承认和执行外国判决问题。笔者认为，一国承认和执行判决是国际民商事交往的需要，一个国家欲在全球化中谋求发展，就必须寻求国际交流与合作， 司法领域展开的合作就是在一定条件下相互承认和执行外国法院的判决。

2. 法律根据

（1）国际条约

为建立统一的承认与执行外国法院判决的国际条约，国际社会作出了许多努力，如 2007 年的《卢迦洛公约》、欧盟 2015 年的《1215/2012 号条例》等，但这些公约均为区域性公约，不具有全球范围的普遍效力。在美国国务院的法律顾问艾德文•威廉森的提议下，以建立统一的国际私法规则为宗旨的海牙国际会议第十七次外交大会将承认和执行外国法院民商事判决列入议程，但由于每个国家的司法构架和法律传统不同，起草目标宏大的管辖权和判决

公约之难度已经远远超过与会国的设想，最终以失败告终。可以看出，建立一个统一的全球性管辖权判决承认和执行公约绝非易事，2001 年大判决公约的破产使得与会代表转变政策，缩小公约范围，经过三次会议讨论，将目标缩小为商事案件的选择法院协议，力求化解分歧，谋求最大共识，经历一路坎坷，起起落落，历时 13 年之久终于达成了选择法院协议和判决承认与执行的海牙《选择法院协议公约》，可谓十年磨一剑。

（1）互惠体制

基于司法管辖权的主权性质，各国为了维护国家主权利益，避免在承认与执行外国法院判决之后得不到该国的同等待遇，将以互惠原则作为前提和基础。

对于互惠原则是否仍然契合国际社会的需要，是否构成承认与执行外国法院判决的阻碍，学者有不同看法，绝大部分学者认为互惠原则造成构成对外国法院判决承认与执行的障碍，也有一小部分学者认为互惠原则事实上起到激励国家间的合作的效果，一些法经济学理论特别是博弈论坚持互惠原则在判决承认与执行领域具有有效性和合理性，认为互惠原则是一个有效且必要的国际合作机制。笔者认为，纵然各国在互惠体制下走“报复主义”路线，容易陷入“囚徒困境”，在以牙还牙中倾向“背弃”而非“合作”但根据各国的司法实践，在外国法院判决承认与执行领域中互惠原则的运用已经成为不可否认的事实，是国际社会普遍坚持的现实机制，其实际意义不容忽视。在当今国际社会缺乏有效合作途径的状况下，将互惠原则作为判决承认与执行的重要条件，可以在一定程度促使各国合作，从而使互惠原则成为外国判决承认与执行领域不可或缺的合作机制。

二、《选择法院协议公约》中判决承认与执行的适用

（一）判决承认与执行的基础性前提

根据《选择法院协议公约》的有关规定，判决具备法律效力和可执行力是承认和执行外国法院判决的必备条件，只有在该判决确定有法律效力才能在其他国家得到承认，有强制执行力才能在外国得到执行，此项判断标准是依据判决作出国的法律，同时依据公约要求承认和执行的判决必须符合《选择法院协议公约》的适用范围，即依选择法院协议作出的判决。此外判决作出国和被请求国应均为公约的缔约国。

1. 争议案件为国际性民商事案件

《选择法院协议公约》从判决的承认与执行领域对案件的“国际性”进行了专门界定，当被请求承认和执行的判决来自外国法院，那么该案件就具有“国际性”，换言之，只要不是公约所排除的纯国内案件，均属于公约承认和执行的范围，公约如此规定实则扩大了判决承认和执行的范围，有利于推动判决的承认与执行。

对“民商事”的理解，《选择法院协议公约》没有进行明确界定，笔者认为此处应做宽泛理解，只要将公法事项与刑法事项排除在外，民事或商事案件就属于公约适用范围。

2. 排除公约适用的情形

在《选择法院协议公约》第二条中规定了公约不适用的情形，其中第一款贯彻国际私法的保护弱者原则将消费者合同和雇佣合同排除在外；第二款以负面清单的方式将涉及公共利益或者专属管辖权事项，以及属于其他公约调整事项予以排除；第三款规定以上问题作为争议事项的附带问题而非主问题时，诉讼仍属于公约适用范围；第四款将仲裁及其相关诉讼排除在外；第五款第六款涉及政府豁免问题。综合来看公约排除事项是与会各国讨价还价的结果，从侧面反映出了国际私法向前推进过程中各国的利益分歧，将与本国利益不相符的事项置于公约的适用范围之外，即保留自己的“自留地”。毋庸置疑，随着国际私法统一化的进程不断加快，“自留地”的范围会逐渐缩小。

3. 选择法院协议的有效存在

与仲裁范围内成效显著的《承认及执行外国仲裁裁决公约》相比，《选择法院协议公约》的作用范围是狭窄的，即仅用于订立有排他性选择法院协议的民商事案件，该协议是被协议选择法院进行管辖的依据，亦是判决得到承认与执行之前提， 同时原则上也是判决被请求国不得拒绝的前提。

《选择法院协议公约》第三条界定了选择法院协议的要件，其中要求协议须为书面形式，但口头协议也是允许的，只要日后可以通过其他联系方式提供能够获取的信息并且可被引用即可。此外与仲裁协议的独立性一样，该选择法院协议不因合同的无效而无效。

（二）判决承认与执行的例外

《选择法院协议公约》第八条第一款规定拒绝承认与执行外国法院判决的理由仅限于公约规定的情形，第九条与第八条相照应，明确规定了七项例外情形，笔者认为可以总结为以下四类:

1. 被选择法院认定选择法院协议无效

承认与执行外国法院判决的基本前提是有效排他性选择法院协议的存在。选择法院协议无效有两种情形，一是选择法院协议本身无效，二是协议当事人由于欠缺订立合同的能力致使选择法院协议无效。

《选择法院协议公约》第九条（a）项规定，若以被选法院地的法律的法律为标准，排他性选择法院协议无效的，则被请求国可拒绝承认与执行。但值得一提的是，公约此处用语是“可”说明被选择法院拥有一定的自由裁量权，即排他性选择法院协议即使无效，被请求国也可以承认和执行该判决。

《选择法院协议公约》第九条（b）项规定当事人不具有订立合同的能力是承认和执行的例外情形，也是使选择法院协议无效的原因之一，若当事人因不具有缔约的民事行为能力，致使选择法院协议的无效，被请求国可据此拒绝承认和执行该外国法院判决。

2. 送达程序存在缺陷

《选择法院协议公约》第 9 条（c）项中将对当事人送达的缺陷作为承认和执行的例外情形。出于对被告利益的保护，使被告能够得到适当的送达，第（i）中规定了送达的合理方式和时间要求，若被告即使被通知并且出庭，但没有提供充足的时间准备抗辩就属于送达程序存在缺陷。第（ii）项出于对被送达地国的保护，规定送达要符合被送达国法律的基本原则。部分国家允许在无当局的介入下在其领域内送达司法文书，但域外送达作为一项行使主权的司法活动，在部分国家尤其是民法法系国家，禁止在未得到本国允许的情况下送达传票，否则可以送达程序存在缺陷拒绝承认与执行该外国法院判决。

对判决作出国诉讼程序的要求规定在第九条（d）项中，若诉讼中任何一方当事人或者法院存在“欺诈”行为如故意欺骗，则被请求国可拒绝承认和执行。值得一提的是，此处的“欺诈”专指程序上的事项，非实体事项。例如原告故意将错误的审理时间和地点传达给被告，或者原告有意向有误的地址送达传票等。[2]

3. 公共秩序保留（又称公共政策、公序良俗等）

在各国现行立法和缔结的有关条约中，均将“公共政策”作为涉外判决承认与执行中的衡量准则，《选择法院协议公约》也不例外，在第九条（e）项即规定了若外国判决如果明显地与被请求国的“公共政策”抵触，包括作出判决的诉讼程序与被请求国的正当程序相抵触，

[2] 李伟：《承认与执行外国法院判决的欺诈例外》，载《武大国际法评论》2017 年第 5 期。

被请求国可据此拒绝承认与执行该判决。由于公共政策的内涵和外延十分宽泛，各国对其解释差别较大，公约如此规定实则给各国预留了较大空间的自由裁量权。

4. 相同争议判决不一致

不一致的判决是承认和执行外国法院判决的的例外事项之一，《选择法院协议公约》规定要将被请求国法院作出的判决和其他国家法院做出的判决区别对 待。《选择法院协议公约》第九条（f）项规定，如果被请求国的法院做出的判决与请求承认与执行国法院作出的判决不一致，那么被请求国法院的判决作出的时间无论是否先于请求国，都可以拒绝承认与执行该涉外判决。（g）项规定面对判决由外国法院作出的情形，若当事人相同、诉因相同，则可以根据“在先原则” 承认与执行在时间上先于后者的外国法院判决，当然前提是相抵触的判决须符合在被请求国承认与执行的必要条件。

三、批准《选择法院协议公约》对中国涉外判决承认与执行的影响和利益权衡

《选择法院协议公约》系国际社会首个具有普遍效力的外国判决的承认与执行公约，若批准该公约将对改善我国开展判决承认与执行国际合作的现状，弥补我国现行判决承认与执行制度的不足具有积极意义，同时将为我国与其他缔约国之间相互承认和执行民商事判决提供更充分的依据。2017 年中国政府签署了公约，目前尚未批准公约，是否以及何时批准公约是我们必须冷静思考的问题。

（一）《选择法院协议公约》批准的积极意义

1. 有利于活跃我国法院判决的跨国执行国执行

一国法院所作判决是行使主权的体现，在他国并不能当然的发生效力，但为了国际民商事正常交往的需要，国家间需要在司法领域展开合作。如果国家间在判决承认与执行领域均实行严格的立场，互相报复，从而陷入囚徒困境，最终将会与民商事交往正常交往的目标相背离。从各国开展外国法院判决承认与执行的合作实践上来看，各国从维护国家主权和司法利益出发，都倾向于选择“背弃”而非“合作”的严格立场，形成事实上拒绝承认和执行外国判决的局面，不仅损害当事人的正当合法权益，最终损害正常的国际民商事交往。[3]

我国跃居全球第二大经济体，深度参与了全球化进程，对外民商事交往愈加频繁，由此产生的国际民商事纠纷也会更多的提交给外国法院予以承认与执行。现行《中华人民共和国民事诉讼法》第 281 和 282 条将国际条约和互惠原则作为我国判决认与执行外国法院判决的法律依据。

就国际条约而言，我国目前尚未缔结有效的多边判决公约，但已经签订了 30 多个民事、商事司法协助条约，并且在缔约对象的选择、缔约程序的简单化、缔约内容的相近方面，均可作为多边条约的有益先导和补充。不容乐观的是从实际效果来看，我国的双边司法协助条约并未发挥应有的作用，首先是缔约对象的不全面，与我国缔结了双边司法协助条约的 30 多个国家，大部分是与我国有地缘优势的国家，或者是与我国存在友好政治经济往来的国家，而与我国民商事往来较为频繁，在国际经济领域占有举足轻重地位的国家却没有司法协助条约，如美国、日本、加拿大等国家，此种缔约对象的缺陷，严重影响双边司法协助条约实际效果的发挥。其次，缔约内容仍需改进，我国所缔结的双边司法协助条约未对适用范围进行有效的限制，造成了规则制定和实施上的落差，间接管辖权也未作出规定，外国法院判决的承认与执行面临因此面临更多不可预料的风险。

就互惠原则而言，在没有条约的情况下，我国承认与执行外国法院判决主要是依据互惠

[3] 王吉文：《外国判决承认与执行的国际合作机制研究》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 13 页。

原则进行的。而在立法中，对互惠原则在我国又仅是抽象性规定，缺少有关互惠原则具体的适用标准，在司法活动的具体运用中所采取的是事实互惠，即要求对方国家在司法实践中存在事实上承认本国判决的先例，且基本符合本国承认之条件， 在此种严格的判断标准下，若两国不存在此种先例，就会形成两国间拒绝承认与执行的僵局。[4]

批准公约，可以解决我国判决在承认与执行领域面临的困境：

第一，批准公约有利于消除判决承认与执行领域的“囚徒困境”。若公约一经批准，缔约国可以直接依据公约规定解决判决的承认与执行问题，并且可以通过批准公约对缔约国法院判决承认与执行的实践，表达我国有承认与执行外国法院决的意愿和实践，这样对于公约的非缔约国而言，我国对公约的批准表面在互惠原则行。现行《中华人民共和国民事诉讼法》第 281 和 282 条国际条约和互惠原则作为我国判决认与执行外国法院判决的法律依据。

就国际条约而言，我国目前尚未缔结有效的多边判决公约，但已经签订了 30 多个民事、商事司法协助条约，并且在缔约对象的选择、缔约程序的简单化、缔约内容的相近方面，均可作为多边条约的有益先导和补充。不容乐观的是从实际效果来看，我国的双边司法协助条约并未发挥应有的作用，首先是缔约对象的不全面，与我国缔结了双边司法协助条约的 30 多个国家，大部分是与我国有地缘优势的国家，或者是与我国存在友好政治经济往来的国家，而与我国民商事往来较为频繁，在国际经济领域占有举足轻重地位的国家却没有司法协助条约，如美国、日本、加拿大等国家，此种缔约对象的缺陷，严重影响双边司法协助条约实际效果的发挥。其次，缔约内容仍需改进，我国所缔结的双边司法协助条约未对适用范围进行有效的限制，造成了规则制定和实施上的落差，间接管辖权也未作出规定，外国法院判决的承认与执行面临因此面临更多不可预料的风险。

就互惠原则而言，在没有条约的情况下，我国承认与执行外国法院判决主要是依据互惠原则进行的。而在立法中，对互惠原则在我国又仅是抽象性规定，缺少有关互惠原则具体的适用标准，在司法活动的具体运用中所采取的是事实互惠，即要求对方国家在司法实践中存在事实上承认本国判决的先例，且基本符合本国承认之条件， 在此种严格的判断标准下，若两国不存在此种先例，就会形成两国间拒绝承认与执行的僵局。

批准公约，可以解决我国判决在承认与执行领域面临的困境：

第一，批准公约有利于消除判决承认与执行领域的“囚徒困境”。若公约一经批准，缔约国可以直接依据公约规定解决判决的承认与执行问题，并且可以通过批准公约对缔约国法院判决承认与执行的实践，表达我国有承认与执行外国法院决的意愿和实践，这样对于公约的非缔约国而言，我国对公约的批准表面在互惠原则的适用上率先走出了一步，有助于消除“囚徒困境”。

第二，公约对承认与执行被选择法院判决的义务性规定有利于判决在全球范围内自由流动。作为公约的关键条款之一，缔约国负有承认与执行被选择法院判决的义务，而且必须按照公约明确的判决承认与执行的七项例外事由拒绝承认与执行外国法院判决，公约对例外事由的封闭性规定，有利于实现判决的跨国执行。

第三，公约对外国法院判决规定的形式审查标准，有利于我国法院判决的承认与执行。公约形式审查标准的确立，避免了实质审查忽略请求国和被请求法院法律的差异的弊端而且提高了判决承认与执行的效率，还会提高判决承认与执行的成功率，为判决承认与执行提供保障。

---

[4] 徐伟功:《我国承认与执行外国法院判决制度的构建路径-兼论我国认定互惠关系态度的转变》，载《法商研究》2018 年第 2 期，第 176 页。

第四，公约对外国法院判决效力的规定有利于解决我国法院判决的“终局性” 困境。判决的“终局性”是各国承认与执行外国法院判决的基础，也是各国在判决承认与执行领域面临的困境，公约对终局性的标准作了灵活规定，即只要依据判决作出国的法律该判决为“终局性”判决，该判决就可以得到承认与执行。

我国批准《选择法院协议公约》将对我国法院判决的承认与执行起到极大的促进作用，在保护私人合法利益的同时，提高我国法院的竞争力以及在国际社会上的认可度。

2．有利于完善我国涉外判决的承认与执行制度

第一，为我国管辖权标准界定提供借鉴意义。受案法院具有管辖权是受理案件的前提和基础，因此被请求国法院必须依据一定的标准对判决作出国法院的管辖权进行审查，这种依据是间接管辖权，我国的国内立法没有规定间接管辖权，仅在双边司法协助条约中有所体现。《选择法院协议公约》规定被请求法院有尊重被选择法院行使管辖权的义务，有助于我国立法机关正视间接管辖权规则对判决承认与执行制度的意义， 进而有助于构建我国的间接管辖权规则。

第二，对外国法院判决法律效力规则的意义。判决终局性问题是国际社会在判决承认与执行领域合作的障碍，我国对法律效力规定的过于简单化，在实践中的适用也备受困扰。《选择法院协议公约》区分了判决的承认与执行，允许被请求国自由决定是否认可处于上诉期或仍被审查的判决，看似规定的过于宽泛，实则是对各国主权的尊重，对我国构建外国法院判决效力的规则亦有借鉴意义。[5]

第三，有利于完善我国承认与执行外国法院判决条件。我国立法将“公共秩序” 作为判决承认与执行的界定标准，但“公共秩序”作为一个弹性概念，规定的模糊可能导致司法实践的无所适从，通过批准公约，借鉴公约对例外事由的穷尽性规定， 有助于明确我国被请求法院的司法审查，提高我国判决承认与执行规则的合理性。

（二）《选择法院协议公约》批准的消极影响

1．批准公约对我国当事人实质公平的消极影响

《选择法院协议公约》是以意思自治原则为基础，以当事人协议选择法院为依托的全球性民商事管辖权和判决公约，其最大限度的肯定选择法院协议的效力，期望通过保障民商事关系当事人真实意思，追求实体公平正义。但是公约没有看到当事人实际地位的不平等，使得弱方当事人处于更加不利的地位。

应该肯定的是，通过改革开放，我国各方面事业取得可喜进展，跃居世界第二大经济体，国际商贸与投资迅速发展，同时国人法治意识有了明显提高，参与国际民商事关系的能力和水平也获得了提升。但是，整体而言，与发达国家相比，我国当事人在整体经济实力、实务经验和能力等方面处于弱势地位，在民商事关系中处于被动地位，因此对我国当事人的实质公平造成阻碍。

2．批准公约对我国国家利益可能带来的消极影响

法院判决的承认和执行一方面涉及胜诉方私人利益的维护，另一方面与国家主权、安全、社会利益有着密切联系。《选择法院协议公约》是以选择法院协议为载体的判决承认和执行公约，一国若想从《选择法院协议公约》中获得利益，相当程度上取决于当事人的选择，若一利益相关国家未被选择为管辖法院，就要更多承担承认与执行他国法院判决的义务，把位于本国境内的财产转移给位于他国的当事人。《选择法院协议公约》过多注重当事人的选择

[5] 肖永平、朱磊：《批准<选择法院协议公约>之考量》，法律出版社 2017 年版，第 148 页。

法院的自由，对法院竞争力不高的发展中国家是不公的，大多数发展中国家受法治水平不高、法官审理经验欠丰富、总体素质不高，以及当事人认知误差等多种原因的影响在当事人选择法院中处于不利地位，往往承担更多的义务，进而损害国家利益。

我国虽越来越接近世界舞台中央，但不可否认的是，我国发展中国家的地位尚未改变，表面上国家经济总量巨大，但人均经济总量较低；在国际经济规则和标准的确定上仍然缺少实质话语权；为我国当事人提供金融服务和投资保护的能力仍有欠缺； 法治建设虽有极大提高，但法制观念、法官素质，司法公信力等方面还有待提高。诸如此类都不利国际民商事关系当事人对我国法院的青睐，当事人在综合权衡下放弃

对我国法院的选择，使得我国不仅要面临本拥有的管辖权被排除的消极局面，还要面对受案少却要承认与执行外国判决多的不利后果。

（三）中国加入《选择法院协议公约》的利益权衡

从涉外民商事关系当事人的角度而言，选择一个法律环境良好，法治水平较高， 能够提供健全的司法服务，所作判决能够顺利承认与执行的法院是其必然选择，这对双方而言也是较为公平的。中国的涉外民事关系当事人在进行选择法院谈判时应该可以预测到案件不受中国法院管辖而败诉的风险，不能因害怕风险，就不承认选择管辖法院协议的效力，否定外国法院判决的执行力。

从国家的角度而言，所谓“无规矩不成方圆”，中国作为国际社会的一员，就应该遵守国际经济贸易的游戏规则，《选择法院协议公约》所保护和规范的是当事人的意思自治，符合私法自治的全球化潮流，如果出于对我国当事人利益的过度保护以及我国法院在协议管辖中的不利地位的考虑而拒绝批准公约，可能取得一些短期利益，但对我国当事人利益和法院管辖权的长远保护却无法实现。若我国继续观望，待欧盟、美国、日本、澳大利亚等主要国际经济体批准公约后，其法院所具有的先天优势加上公约所附加的后天优势，将使我国法院在管辖权竞争中落后于千里之外。综上所述， 中国在批准《海牙选择法院协议公约》的利益权衡已经显而易见。

结语

《海牙选择法院协议公约》是海牙国际私法会议近年来最受国际社会关注的多边公约，也是我国参与讨论和制定第一个此领域的公约，融汇了与会代表多方论证所达之最大共识，其对国家的判决承认与执行规则进行协调，增强了司法的确定性， 促进法院判决的跨国流动，为国际民商事交往提供了仲裁之外的争议解决方式。而其中判决的承认与执行规则是《选择法院协议公约》中的关键条款，其中蕴含着先进的国际私法理念，有望为改变各国在判决承认与执行领域的消极态度和矛盾心理发挥作用，使得国际社会在该领域实现真正的合作。我国亦一改以往在该领域的消极态度，深度参与起草《选择法院协议公约》的历次会议，对该公约的通过有着不容忽视的作用，适时批准公约是我们明智的选择。

我国涉外协议管辖中实际联系原则之进路研究——以《选择法院协议公约》为视角

张琪琪* 中南财经政法大学

摘要：涉外协议管辖是私法自治和契约自由在国际民事诉讼领域的延伸。由于国际民事管辖权的主权属性，各国普遍对涉外协议管辖进行不同程度的限制，实际联系原则是限制方式之一且争议较大。纵观世界各国的国内立法和国际条约，弱化甚至取消涉外协议管辖中的实际联系原则已成趋势，我国在民事诉讼立法中仍坚持该原则，但由于国内法律规定不足、司法适用的混乱和国际社会取消该原则趋势的双重压力，实际联系原则在我国涉外协议管辖中的进路问题堪忧。考察涉外协议管辖中实际联系原则在我国运行现状和在国际社会的发展趋势，并联系我国所置身的国际民商事环境和法治建设的现实状况，我国当前在国内立法上应继续坚持并完善实际联系原则，同时在国际社会上应对 2005 年《选择法院协议公约》进行协调。

关键词：涉外协议管辖；实际联系原则；2005 年《选择法院协议公约》

引言

建立在私法自治基础上的意思自治原则在管辖权领域的突破，体现了国际社会法治的进步和开放理念的发展。目前，涉外协议管辖已得到国际社会的普遍认可，但受建立在权力理论基础上“不可剥夺”观念的影响，以及主权国家维护本国司法主权和当事人正当权利的考量，各国虽在本国管辖权体系中采纳了协议管辖制度，但对该制度规定了或严苛或宽松的限制条件，其中，对于通过实际联系原则进行限制争议较大。考察各国的国内立法和国际条约，各国对协议管辖实际联系的要求呈现弱化的趋势，有些国家甚至取消了实际联系原则，而我国的涉外民事诉讼在立法沿革过程中坚持实际联系原则，囿于立法的不完善，司法实践常常处于混乱状态，往往造成当事人合理预期的落空，亦影响我国法院在国际社会司法公信力的提高。本文通过梳理实际联系原则理论上的争议、立法的缺陷以及司法实践中的困境，考察实际联系原则在两大法系的发展动态，审视作为全球范

围内首个统一国际民商事管辖权和判决承认与执行的 2005 年《选择法院协议公约》在实际联系原则问题上的取舍，并结合我国的国际民商事交往环境和法治国家建设进程，认为解决我国现阶段实际联系原则的进路选择问题，在国内立法层面应继续坚持实际联系原则，但应对其进行扩大化解释。同时考虑到我国未来将批准 2005 年《选择法院协议公约》，要做好公约协调工作。

一、问题缘起—实际联系原则存废之争

作为一项管辖权确定制度，涉外协议管辖是指当事人在国际民商事争议发生前或发生后达成一致确定由某国法院解决他们之间争议的制度。该制度在尊重当事人自主选择权、提高争议解决的效率和可预见性、减少相关国家之间的管辖权冲突、促进判决的跨国流动发挥着重要作用。放眼世界，协议管辖制度在各国的管辖立法和国际条约中被广泛采纳和认可。然而，国际民事管辖权的确定事关一国的司法主权安全，且协议管辖所具有的赋予管辖权和剥夺管辖权的效力，各国普遍对协议管辖施以限制，以避免当事人的私人协议对法院的司法管

* **【作者简介】** 张琪琪（1996 年－ ），女，河南洛阳人，中南财经政法大学国际法专业 20 级硕士研究生。

辖权造成过多影响。[1]如对管辖协议适用范围的限制、专属管辖和级别管辖的限制、保护弱者原则的限制，以及系争事项和选择法院之间联系程度即实际联系原则的限制。其中，实际联系原则的存废问题与标准问题争议颇大。

实际联系原则，是指当事人选择的管辖法院与争议事项之间存在某种意义上的关联。“实际联系”的标准可以分为客观联系标准和法律联系标准，前者是指当事人选择的管辖法院与当事人或争议事项之间存在某种非主观或实在的联系，此联系标准一般建立在地理连接因素上如被告所在地、合同签订地等，后者是指当事人通过选择某一国家的法律作为涉外民商事案件准据法而在该国法院与系争事项之间建立起联系。

实际联系原则的存废问题，学界有较多分歧。部分学者主张废弃实际联系原则，主要有如下理由：首先，实际联系原则本质是对意思自治原则的不当侵蚀。尊重当事人的意思自治，是协议管辖的的价值追求，亦符合当事人对于国际民商事争议解决的合理预期。在国际民商事案件中，当事人往往不愿意选择对方当事人所属国的法院，而选择他们认为法治水平高、司法制度完善、法官素养高或者在审理涉外海事商事案件具有丰富经验和技巧的中立法院，而实际联系原则将当事人选择法院的范围限定在几个与争议有“实际联系”的法院，显然是对当事人选择中立法院的自主选择权的侵犯。其次，实际联系原则与国际上对协议管辖限制的宽松化趋势相掣肘。[2]早期受建立在权力理论基础上“不容剥夺原则”的影响，各国一般禁止私人协议选择管辖法院，但随着科技革命的推动，全球化市场的发展，国际民商事关系流转加速，当事人对诉讼效率和便利有了更高要求，各国从 20 世纪 60 年代开始纷纷确立协议管辖制度，并在实践中采取宽松化的要求，尽量使当事人之间的管辖协议有效。第三，实际联系原则发挥作用空间有限。国际民商事管辖权是管辖权在各个主权国家的分配，为防止本国的管辖权被不当排除，维护国际民商事交往中本国当事人的利益，各国一般会采取不同的措施对协议管辖进行限制，比如规定专属管辖、保护性管辖等来防止管辖权被不当排除，实际联系原则发挥作用的空间有限。

尽管实际联系原则饱受诟病，亦有学者认为实际联系原则仍有现实意义和实际价值，如实际联系原则可以避免案件到与争议无任何关联的法院管辖，避免在送达、取证、法律适用以及判决承认与执行带来的诸多不便，符合诉讼效率的要求；实际联系原则对于国际民商事交往中处于弱势一方的当事人提供保护。受经济水平、商业技巧、谈判经验的不平等，存在双方当事人权利义务失衡的状况，强势一方当事人往往会“恃强凌弱”，选择对自己有利的法院管辖，采用实际联系原则可以避免此种情况的产生。

我国涉外协议管辖立法中实际联系原则的存废问题，不可一概而论，尚需考量我国司法实践中实际联系原则的运行实效，比较研究大陆法系和英美法系国家国内立法以及有关国际公约的规定，结合我国的国际民商事交往环境以及国内法治建设状况进行综合考量。

二、自我检视—我国涉外协议管辖之现状分析

我国的涉外协议管辖制度最初规定于 1982 年《民事诉讼法（试行）》第 192 条第二款中，仅就部分涉外纠纷解决协议管辖的适用做出规定，未规定实际联系原则。1991 年《民事诉讼法》第 244 条笼统规定当事人可以选择与争议有实际联系的地点的法院管辖，并首次在国内领域引入协议管辖。2007 年修改的《民事诉讼法》在协议管辖制度上保留了 1991 年诉讼法的规定。2012 年《民事诉讼法》将涉外编中的涉外协议管辖纳入了总则第 34 条中，对国内与涉外协议管辖统一立法，并明确列举了 5 个连接点。2017 年《民事诉讼法》在协议管

[1] 王吉文：《我国统一协议管辖制度的适用问题研究》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 97 页。
[2] 戴曙：《我国涉外协议管辖制度的理解与适用》，载《法律适用》2019 年第 17 期，第 58 页。

辖方面未作修改。[3]

（一）立法分析

纵观我国涉外协议管辖的立法沿革，存在如下特点：

1. 立法范式：从双轨制到单轨制的迁移

自 2012 年修改民事诉讼法，我国协议管辖立法采用单轨制，将国内协议管辖和涉外协议管辖做统一规定，部分学者认为此种立法范式在形式上精简立法，方便适用，并能够体现出对于国民待遇原则的尊重[4]，但笔者认为国际民商事管辖与国内民商事管辖相比有明显的特殊性，涉及的是管辖权在不同主权国家之间的分配，理应分别立法。此外，由于采用合并的立法范式，现行《民事诉讼法》第 34 条仅规定“与争议有实际联系的人民法院”这是否意味着国际民商事案件当事人只能选择人民法院，而不能选择外国法院呢？如此界限不明显然是不合理的。

2. 立法方式：从概括规定到半封闭列举的转变

在 1991 年和 2007 年的民事诉讼立法中对实际联系原则的规定采用的是概括式即仅规定当事人可以选择与争议有实际联系的法院，未详细列举地点。2012 年《民事诉讼法》第 34 条明确列举了 5 个实际联系地点，并用“等”将硬性的实际联系因素列举转变为半封闭式的列举方式，2015 年民事诉讼法司法解释第 531 条将“侵权行为地”增加到实际联系因素中。此种列举方式从表面上看似乎有利于法律适用的明确性，方便法官在处理案件时准确适用法律，但实际上存在以下固有问题：首先，在 1991 年和 2007 年民事诉讼立法中采用概括式的列举方式，给法官自由裁量的空间，而在 2012 年以后的民事诉讼立法中规定硬性的实际联系地点，过于僵化和机械，列举数量有限，难以应对日益复杂的涉外合同和其他财产性争议的实际需要。其次，采用半封闭的列举方式会产生这样的疑问，有关争议的事实因素只要落入立法规定的其中之一的联系因素如原告住所地即可据此判断该地与争议有实际联系吗？或者需要综合考量所有的实际联系地点进行综合判断？立法没有做出规定，实践中容易使得法官陷入无所适从、前后矛盾的境地。第三，依前所述，“实际联系”标准可分为客观联系标准和法律联系标准，在我国当事人能否通过选择某一国的法律而在争议与该国法院之间建立起实际联系，立法中未曾给与肯定答复。第四，立法中规定当事人选择与争议有实际联系的法院的规定是“可以”，这是否意味着涉外民商事关系当事人可以选择与系属争议没有联系的法院呢？立法的不确定性势必造成司法适用中的混乱。

（二）实践运作

1.“实际联系”标准不一

根据民事诉讼立法，我国立法上似乎采取的是客观联系标准来判断实际联系。法律联系标准是否可以作为判断标准，在具体的司法运作中存在前后矛盾。在 1996 年中化江苏连云港进出口公司中诉东海星综合贸易公司案中，江苏省高院依据最高人民法院的批复，认定“实际联系”包括当事人主观选择适用某国家的法律而建立起来的联系，就此肯定了合同中选择法院条款的效力。[5]然而，在德力西能源私人有限公司与东明中油燃料石化有限公司国际货物买卖管辖权纠纷再审案中，当事方在合同中约定“合同受英国法律管辖并且按照英国法律进行解释，各方明确的承认伦敦高等法院的裁判权”，而最高人民法院认为仅以当事人约定

---

[3] 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第 34 条。

[4] 王吉文：《我国统一协议管辖制度的适用问题研究》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 57 页。

[5] 甘勇：《涉外协议管辖：问题与完善》，载《国际法研究》2014 年第 4 期第 62 页。

适用该国家的法律不能认定该国法院与争议案件存在实际联系，涉外协议无效。[6]由此可以看出，对于“实际联系”的判断标准，在实践中存在标准不一的现状。

诚然，“实际联系”的客观联系标准和法律联系标准采纳问题上存在较大争议，坚持客观联系标准者认为，争议案件与管辖法院之间的实际联系应该是外在的、客观的而非当事人通过主观意思创立的。[7]坚持法律联系标准的学者则认为，由于国际民商事争议的解决与案件适用的法律之间有较强的关联度，当事人选择准据法的行为就可在案件与所选择法院之间建立起实际联系。[8]笔者认为，法律联系标准的实质在于通过当事人的意思自治构建起当事人或争议与某一特定法院之间的联系，这正是协议管辖价值的回归，因此对于民事诉讼法规定的实际联系标准在实践中可以采用扩张解释方法，将“实际联系”的范围扩大为包括当事人协议选择涉外民事案件所适用的法律。

（二）“实际联系”地点的考量

我国最新民事诉讼立法列举了 5 个“与争议有实际联系”的地点，实践中经常会有如此疑问：在有关涉外合同或其他涉外财产权益纠纷中只要存在一个事实连接地点落入民事诉讼立法中列举的 5 个地点有关法院便可据此认定该地与当事人存在实际联系，还是需要综合考量多个因素，结合案件的整体情况方能确定与争议具有实际联系的管辖法院呢？

我国法院对此问题的不同态度常常使类似案件陷入不同认定的混乱泥潭。在“深圳华普数码有限公司诉达飞案”[9]中，当事人的协议管辖条款约定被告住所地的法院作为管辖法院，“被告所在地”属于前述民事诉讼立法中所列举的“与争议有实际联系的地点”，但广东省高院综合案件有关情况之后，认为被告住所地与本案没有实际联系，认定协议管辖条款无效。而在类似案件中，法院的做法产生了不一致，例如在“温州轻工业品公司诉达飞案”[10]双方协议选择马赛作为案件的管辖法院，法院考察到马赛是被告的注册地，未对实际联系地点进行深入细致的考察，便径直认定马赛与案件之间存在实际联系。在上述两件类似案件中，当事人都选择被告所在地法院作为管辖法院，但对该地能否作为实际联系地，法院态度是不同的，进而影响到管辖权的确定。法院对“实际联系”适用的混乱导致了同类案件不同判决的局面，这不仅与当事人通过协议管辖解决争议，提高纠纷解决确定性的意图相掣肘，亦与我国法院努力提升司法公信力，吸引更多当事人选择我国法院解决争议，提升国际竞争力的目标相违背。

三、他山之石—各国涉外协议管辖中实际联系原则之比较分析

在早期社会，管辖权建立在严格权力基础之上，管辖权的确定局限于被告与法院地之间的空间联系。随着第三次科技革命的推动，各种生产要素在全球范围内快速流转，国际民商事关系迅速发展，建立在权力基础上的管辖权制度由于自身的僵化性和封闭性已然不能适应民商事关系的日益频繁的需要，权力理论逐渐被公平理论所代替，正义成为司法必须始终追逐的最终目标，这在一定程度上促进了私人之间的管辖协议获得司法层面上的认可，加之私法自治和意思自治原则在各国民事诉讼中地位的确立都促成了协议管辖在各国立法中突破，协议管辖在各国逐步确立并日渐呈现出宽松化的趋势。

---

6 最高人民法院（2011 年）民提字第 312 号民事裁定书。

7 袁发强、翟佳琪：《论协议管辖中的“实际联系地”—立法目的与效果的失衡》，载《国际法研究》2016 年第 5 期，第 106 页。

8 奚晓明：《论我国涉外民商事诉讼中协议管辖条款的认定（上）》，载《法律适用》2002 年第 3 期，第 16 页。

9 （2010）粤高法立民终字第 77 号民事裁定书

10 王吉文：《我国统一协议管辖制度的适用问题研究》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 175 页。

（一）英美法系

英美法系国家是在判例的基础上逐步承认协议管辖的，并且对实际联系原则普遍不做限制。早期受“不容剥夺原则”的影响，各国认为当事人通过私下选择管辖法院，剥夺或赋予某一特定国家法院的管辖权，是对司法威严的挑衅。得益于开放的经济和发展环境，美国是最早对协议辖制度正当性进行全面探索的国家之一，1949 年“Krenger 案”、1955 年的“Muller 案”等一系列案件中[11]，协议管辖制度在与传统法律制度作斗争的过程中缓慢前进，在 1972 年的“Bremen 案”协议管辖制度正式被纳入美国法律，并明确了“合理性规则”的实际内涵以限制涉外协议管辖可能产生的不利影响。作为普通法的发源地，英国法院在“The Eleftheria 案”[12]中承认了当事人选择法院协议的效力，并通过不方便法院原则中止诉讼减少本国法院的诉累，这对协议选择法院制度的发展而言具有重要意义。随后，其他英美法系国家如新西兰、以色列也采纳了该案所确立的规则。

（二）大陆法系

与英美法系协议管辖制度建立起来的方式不同，大陆法系国家对协议管辖制度的肯定是立法推进的结果，并普遍通过实际联系原则对协议管辖进行限制，但各国立法例对实际联系原则采纳的标准不同、宽松不一。瑞士《关于国际私法的联邦法》第 5 条第 3 款明确规定若当事人纠纷解决若依据瑞士的法律，则瑞士法院作为被选择法院不得拒绝管辖，[13]由此可知瑞士的采用的是法律联系标准，承认当事人在法律适用领域的意思自治建立起来的实际联系。法国亦在涉外协议管辖中坚持实际联系原则，但坚持客观联系标准，认为被选择法院与争议应有“实际”或“直接”的联系。近年来，大陆法系国家对实际联系原则的要求呈现“松绑”态势，有的国家甚至舍弃了实际联系原则，例如日本最新民事诉讼立法[14]，该法在总结判例的基础上对日本的涉外民事管辖权进行了创新，实际联系原则不被强制要求，仅要求法院决定是否行使管辖权时考虑案件性质、诉讼是否便利等。

大陆法系和英美法系在涉外协议管辖实际联系原则要求上的不同态度主要有以下原因：首先，对管辖协议是否具有排他性的认识不同，大陆法系一般认为当事人的管辖协议具有排他性，仅被选法院可以对有关争议行使管辖权，在此认知下采用实际联系原则可以防止当事人的协议管辖对本国管辖权的不当侵蚀；普通法系偏向于把管辖协议认定为非排他性的，并不绝对影响其他有管辖权的法院对当事人的争议行使管辖权，因而不要求实际联系原则对英美法系国家的管辖权冲击不大。其次，不方便法院原则的运用情况不同。不方便法院原则在英美法系国家普遍采用，这些国家认为选择法院协议不具有绝对排他性，允许法官运用自由裁量权通过不方便法院审查管辖协议，避免协议管辖带来的负面影响。而不方便法院原则在大陆法系国家普遍吃了“闭门羹”，采纳实际联系原则可以避免当事人的协议管辖对本国法院管辖权的不当排除。[15]

（三）海牙公约

海牙国际私法会议在国际私法规则的统一化进程中倾注诸多心血，在国际民事诉讼领域关注甚多。

1965 年《选择法院公约》第 15 条规定，若系争事项与所选的法院不存在联系，任何缔

---

11 王吉文：《我国统一协议管辖制度的适用问题研究》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 12-15 页。

12 Trevor Hartley，International Commercial Litigation.Cambridge university press,220（2020）

13 邹国勇：《外国国际私法立法选择》，武汉大学出版社 2017 年版，第 377 页。

14 李双元，欧福永：《国际民商事诉讼程序研究》，武汉大学出版社 2016 年版，第 17 页。

15 王吉文：《我国统一协议管辖制度的适用问题研究》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 163-164 页。

约国有保留不承认选择法院协议的权利。[16]如此可见，该公约将实际联系原则作为选择法院协议的限制条件之一。由于该公约的缔约国主要是大陆法系国家，因此规定实际联系原则作为管辖协议的限制是缔约国集体利益的表达。2005 年《选择法院协议公约》（以下简称公约）在实际联系原则问题上发生了根本改变。在公约起草过程中，实际联系原则取舍问题放在选择法院协议效力的实质要件中被各国代表广泛讨论，分歧严重，争议颇大。部分国家的代表认为，允许当事人选择与争议案件或当事人没有联系的“中立”国家的法院管辖案件，会徒增司法资源浪费，加重司法任务。亦有国家代表认为，这种案件并不常见，无需在公约在进行特别的说明。也有国家代表认为可以在公约中规定声明或保留条款，由国内法决定是否管辖此类案件。[17]

公约的缔结过程是不同国家利益相互博弈相互妥协的过程，公约文本的最终达成，是各个国家利益协调的产物，然而不可否定的是，各个国家的利益在公约中的体现是不均衡的，发达国家的利益在公约文本中总能更多的体现，而对于发展中国家来说，妥协与让步则要更多。公约第 3 条对“排他性选择法院”的定义，未对争议或当事人与诉讼地之间的关系施加任何联系性限制。即便在公约的第 19 条关于“限制管辖权的声明”中也仅仅规定被协议选择的缔约国有权利做出声明，若本国与争议并无关联，该国可以拒绝受理该争议。由此可知 2005 年海牙《选择法院协议公约》对实际联系原则不作强制性要求。公约对实际联系原则的舍弃影响着管辖权在国际领域的再次分配，对法制先进的欧美发达国家而言，无疑为其争取到更多司法主权延伸的空间，而对法制落后的发展中国家而言，管辖权被不当排除、本国当事人利益得不到维护亦是需要直面的问题。

公约 2015 年生效，我国于 2017 年签署该公约，接下来面临的就是批准公约的问题。作为公约起草过程中争议颇大的问题，公约在实际联系原则问题上的舍弃立场，是我国在公约批准问题上需全面考量的问题。

四、何去何从—我国涉外协议管辖实际联系原则之进路研究

取消实际联系原则成为国际社会的立法趋势，尤其在面对 2005 年《选择法院协议公约》批准问题上，涉及到实际联系原则的考量，我国更需要协调国内立法对实际原则的规定与公约冲突的问题。基于我国所处的国际环境以及国内法治建设状况，实际联系原则仍有其存在的现实意义和实践价值。笔者认为，实际联系原则的存废争议本质上是一国的司法主权与私人自由之间的一场博弈，是国家的现实利益的维护与长远利益考量的比拼，是国家“自留地”范围与国际社会协调之间的较量。为了在这场博弈之中，取得利益最大值，我国可以在实际联系原则问题上采取区分对待的方式，在国内立法上保留实际联系原则，并对实际联系原则进行完善，另一方面考虑到我国未来将批准该公约，为了实现与 2005 年海牙《选择法院协议公约》的协调，根据我国现行《民事诉讼法》第 260 条的规定，坚持公约优先，针对公约第 19 条，可以与未对 19 条做出声明的国家之间，取消实际联系原则的限制，在对公约 19 条做出声明的国家之间，我国仍坚持实际联系原则。

（一）国内立法：理性思辨与完善探索

1. 实际联系原则的必要性分析

尽管学界对实际联系原则多有诟病，我国实际联系原则在立法与司法实践中运用出现各种困境，国际社会对实际联系原则出现弱化甚至取消的趋势，但目前实际联系原则在我国仍

---

[16] 刘仁山：《我国批准<选择法院协议公约的问题与对策>》，载《法学研究》2018 年第 4 期，第 189 页。
[17] Andrea Schulz，“Report on the First Meeting of the Informal Working Group on the Judgements Project—October 22—25，2002”，Preliminary Document No.20 of November 2002，8.

有保留必要。

（1）平衡当事人双方权利义务的现实需要

理想运行状态下的涉外协议管辖制度应当是建立在当事人权利义务平等的基础之上，但仅形式上的不平等，实质上不平等的选择法院协议显然是与协议管辖的意志相悖的。在国际民商事交往中，由于双方当事人在经济实力、商业经验、专业技能、谈判技巧、语言能力上的实质差异，谈判双方欲达到“势均力敌”难以实现，议价能力较低的弱势一方在对其不利的协议管辖条款面前只能选择妥协，双方权利义务的失衡在所难免。改革开放以来，我国的经济运行有了长足的发展，但是我国企业在走出国门的过程中仍然处于弱势地位，加之，我国涉外协议管辖中保护性管辖尚未很好建立，[18]坚持实际联系原则可以在一定程度上能发挥均衡双方的权利义务的作用，维护本国当事人的正当权益。

（2）防止我国涉外管辖权被不当排除的客观需要

根据理性人的假设，在国际民商事纠纷中，当事人往往会选择一个法制健全、司法公正、法官专业素养高、专业审判经验充足、诉讼效率高的国家的法院审理案件，对于法制建设起步较早国家来说可能面临司法任务过多、司法资源浪费的问题，而对于法制法制建设起步晚的国家而言这就不可避免造成案件的国际转移，[19]不仅会导致本国的管辖权被不当排除，还会面临更多承认与执行外国法院判决的负担。需要承认的是，我国法治建设水平相较于欧美国家仍相对落后，法治建设现状在一定程度与我国的经济发展速度与国际形象的提升不能同步，对实际联系原则的坚持可以有效的避免案件的国际转移，防止我国的司法管辖权被不当排除。

（3）诉讼便利与效率的实际需要

我国立法和司法解释所规定的原被告所在地、合同缔结地等客观连接点往往在地理空间上与争议保有密切联系，选择实际联系地点法院管辖案件对于审理过程中司法文书的送达、调取证据、询问证人，以及判决的执行都具有极大的便利，不仅方便当事人诉讼，减轻诉讼成本，亦会减轻法院诉累，提高审判效率。

2. 我国涉外协议管辖实际联系原则之完善

针对实际联系原则在实践中出现的联系标准前后不一、连接点僵化、适用混乱的等状况，可以通过司法解释的方法的对“实际联系”进行扩大解释以完善实际联系原则。

首先，对于“实际联系”标准的判断，我国在立法中采取的是客观联系标准，但在司法实践中法院曾以法律联系标准认定争议与协议法院之间存在“实际联系”，不妨在司法解释中明确肯定当事人通过选择争议适用的法律的意思自治建立起来的联系，认可选择法院协议的效力，通过宽松的审查方式“松绑”实际联系原则，不至于使得当事人协议管辖因缺乏实际联系而无效，从而达到客观化与灵活化并存，维护国家司法主权与尊重当事人意思自治并行。[20]

其次，对于立法中多规定的“等与争议有实际联系的地点”中的“等”应做扩大解释，不囿于法条和司法解释中所列举的有限的客观连接点，涉外合同与其他财产权益纠纷都比较复杂，并非法条所能容纳，因此多方位考量与争议有联系的其他地点，尽量使当事人之间的

---

[18] 戴小冬：“我国国际民事诉讼中的协议管辖制度探析”，载 https://www.docin.com/p-1653645188.html，2021 年 1 月 6 号最后访问。

[19] 王吉文：《“实际联系原则”的困境：废抑或留》，河南省政法管理干部学院学报，2011 年第 3 期。

[20] 刘元元：《中国国际商事法庭司法运作中的协议管辖：挑战与应对措施》，载《经贸法律评论》，2020 年第 6 期。

管辖协议免于受实际联系原则的限制。[21]

（二）协调公约：公约优先与风险防控

2005 年海牙《选择法院协议公约》是国际社会在统一管辖权和外国判决承认与执行领域取得的突破性进展，我国政府全程参与公约的谈判与协商，提出了许多代表性意见，2017 年我国已经签署该公约，亟待我们解决的问题是公约的批准问题，因此需要我们审慎分析和评估公约各个条款可能给我国带来的影响。公约不要求当事人之间的系争事项与选择法院存在联系，允许当事人选择一个中立法院来解决其争议，这与我国现有立法做法是相矛盾的，因此我们必须审慎对待。

1. 公约优先

根据我国《民事诉讼法》第 260 条规定的国际条约优先适用原则，我国当事人与其他缔约国的当事人之间订立的选择法院协议，当事人不必受限于国内民事诉讼立法的规定遵守实际联系原则，允许当事人之间选择中立法院解决他们之间的争议，最大程度上尊重他们的意思自治。公约第 19 条的声明问题，如果其他缔约国针对实际联系原则作出了声明，我国与这些缔约国之间的关系上也作出声明，即坚持实际联系原则，对于未对第 19 条作出声明的缔约国，我国亦不作出声明。

2. 风险防控

在批准公约问题上选择对实际联系原则妥协，有学者担心受制于我国法院的竞争力不强，我国当事人议价能力不足与欧美国家当事人抗衡，将会面对案件的国际转移、管辖权被不当排除、本国当事人利益遭遇侵害等风险，但是即便批准该公约，排除实际联系原则的限制，我们亦可以解决此类担忧，实现与公约的协调。

首先，根据公约第 2 条“范围的排除”，公约排除事项众多，适用范围有限，当事人获得司法救济的权利得到保障的情况下，基于公约仅适用于商事事项，无需要求争议与法院地具有实际联系。参考 1958 年《纽约公约》对当事人选择仲裁庭或者仲裁机构未做实际联系限制条件下，我国仲裁机构和商事主体的利益未受到威胁的先例，可忽略此种担忧。

其次，为了避免批准公约造成对我国社会公共利益的损害，我们可以运用公约的第 6 条第 3 款的规定，若承认当事人之间的选择法院协议将会导致明显不公正或违背受理案件法院地国家公共政策的，我国可以拒绝承担未被选择法院的义务。

借鉴英美法系国家在管辖协议问题上运用不方便法院原则，赋予法官自由裁量权，避免当事人不受实际联系原则限制可能产生的问题，既然我国已经在司法解释中肯定了不方便法院原则的适用，那么必要时候在涉外协议管辖中运用不方便法院原则对案件进行审查也是合乎事宜的。

结语

涉外协议管辖制度的产生与发展使得长期被视为具有主权性质的管辖权成为私人自由可以进入的空间，是国家司法主权对当事人私法自治在国家民商事管辖权领域的让步，但意思自治原则本身应是自由和限制相统一的，各国都会对协议管辖施加限制，实际联系原则就是其一。大陆法系国家普遍坚持实际联系原则但对其要求呈现弱化趋势，英美法系国家不作实际联系要求但辅之以不方便法院原则减轻司法任务。我国在立法中坚持实际联系原则，结合我国目前国际环境和法治建设状况，实际联系原则在国内立法上仍有存在的必要性，对于涉外协议管辖中实际联系原则的进路选择，在国内层面可以考虑通过司法解释的方式对实际

---

[21] 王晟迪：《中国涉外协议管辖的实际联系原则之完善—以比较法为视野》，载《法学研究》2020 年第 10 期第 116 页。

联系原则进行扩大化解释，解决实践中运用的难题，同时面对 2005 年《选择法院协议公约》批准问题，我们大可遵循公约优先原则，在有限范围内摒弃实际联系原则，配合公约的声明和例外条款，以及不方便法院原则的应用，平衡实际联原则存废之争背后的冲突关系。

【参考文献】

[1]王吉文：《我国统一协议管辖制度的适用问题研究》，中国政法大学出版社，2016 年版。

[2]邹国勇：《外国国际私法立法选择》，武汉大学出版社，2017 年版。

[3] 李双元、欧福永：《国际民商事诉讼程序研究》，武汉大学出版社，2016 年版。

[4]叶斌：《 2005 年海牙<协议选择法院公约>研究》, 中国社会科学出版社, 2013 年版。

[5]Trevor Hartley，International Commercial Litigation[M]. Cambridge university press，2020.

[6]Andrea Schulz，“Report on the First Meeting of the Informal Working Group on the Judgements Project—October 22—25，2002”，Preliminary Document No. 20 of November 2002，8.

[7]刘仁山：《我国批准<选择法院协议公约>的问题与对策》》载《法学研究》2018 年第 4 期。

[8]戴曙：《我国涉外协议管辖制度的理解与适用》，载《法律适用》2019 年第 17 期。

[9]袁发强、翟佳琪：《论协议管辖中的“实际联系地”—立法目的与效果的失衡》，载《国际法研究》2016 年第 5 期。

[10]何其生：《中国加入海牙，<选择法院协议公约>的规则差异与考量》，载《武汉大学学报》2016 年第 4 期。

[11]肖永平:《批准<选择法院协议公约>的利弊分析及我国的对策》，载《武大国际法评论》2017 年第 5 期。

[12]林欣宇:《涉外协议管辖制度中实际联系原则的理性思辨与实践探索》，载《法律适用》2018 年第 24 期。

[13]甘勇:《涉外协议管辖：问题与完善》，载《国际法研究》2014 年第 4 期。

[14]王晟迪:《中国涉外协议管辖的实际联系原则之完善—以比较法为视野》，载《法学研究》2020 年第 10 期。

[15]刘元元:《中国国际商事法庭司法运作中的协议管辖：挑战与应对措施》，载《经贸法律评论》2020 年第 6 期。

[16]黄钰:《涉外合同及财产纠纷管辖权确定标准之困境与完善—以“实际联系标准”为例》，载《中南财经政法大学研究生学报》2019 年第 1 期。

[17]奚晓明:《论我国涉外民商事诉讼中协议管辖条款的认定（上）》，载《法律适用》2002 年第 3 期。

[18]吴永辉:《论新《民诉法》第 34 条对涉外协议管辖的法律适用》，载《法律科学》2016 年第 5 期。

[19]王吉文:《论弱者保护原则对涉外协议管辖的效力问题》，载《甘肃政法学院学报》2012 年第 3 期。

[20]刘懿彤:《我国涉外民事诉讼管辖权制度存在的问题及完善》，载《法治研究》2015 年第 3 期。

[21]王吉文:《“实际联系原则”的困境：废抑或留》，载《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 3 期。

[22]刘力:《我国国际民事诉讼协议管辖中“实际联系”辨析》，载《法律适用》2008 年第 12 期。

[23]王吉文论:《不方便法院原则对协议管辖的效力问题》，载《云南大学学报法学版》2015 年第 3 期。

[24]周祺:《国际民商事诉讼协议管辖制度研究》，华东政法大学博士论文, 2016 年。

新冠肺炎疫情下的国际投资保护与公共卫生治理

张倩雯* 西南交通大学公共管理与政法学院

摘要：在抗击新冠肺炎疫情过程中，各国采取的停工停产等措施可能损害外国投资者的合法利益，违反该国缔结的国际投资协定义务。国际投资协定中的例外条款是保护外商投资和维护东道国公共卫生治理规制权的重要链接。一般例外、根本安全利益例外和特定条款的例外给予了东道国在新冠肺炎疫情这一特殊时期豁免其协定义务的可能性，但例外条款的适用应当受到严格限制。在新冠疫情下合理构建例外条款的适用路径，既有利于保障东道国公共卫生治理规制权，也能够有效防止条款被滥用。在考察东道国为抗击疫情所采取的措施是否违反了其承担的国际投资协定义务时，应当结合例外条款的具体措辞、东道国规制措施意在保护的价值、疫情不同时期国民生命和健康面临的威胁程度以及国家经济遭受的损害实际等因素具体考量。此外，东道国援引例外应当符合善意原则等习惯国际法基本原则。

关键词：新冠肺炎疫情；国际投资协定；投资保护；公共卫生治理

2020 年初，新冠肺炎如潮水般席卷全球。1 月 30 日，世界卫生组织（以下简称“世卫组织”）宣布新冠疫情构成“严重、突然、意外、具有跨国影响力”的国际公共卫生紧急事件。[1]3 月 11 日，世卫组织宣布，新冠肺炎疫情的爆发已经构成一次全球性“大流行”。[2]根据世卫组织公布的数据显示，截至 2021 年 3 月底，全球各国感染新冠肺炎病例数累计超过一亿人，死亡超过两百七十万人。[3]新冠肺炎病毒以其强烈的传染性和比一般流感病毒高得多的致死率给全世界人民正常生活生产带来严重的威胁。对此，世界各国相继采取各种措施防控疫情扩散，这些措施对国际投资可能产生消极的影响，甚至严重损害外国投资者的利益。鉴于此，外国投资者或可依据国际投资协定对采取措施的东道国提起国际投资仲裁。东道国正面对前所未有的投资仲裁风险，而投资仲裁的威胁在未来几年内都很可能笼罩在一些国家之上。[4]为保障东道国合法规制权，国际投资协定设置了例外条款。国际投资协定中的例外条款是保护外商投资和维护东道国公共卫生治理规制权的重要链接。但新冠疫情下，东道国援引例外条款的条件仍应当受到严格限制。本文基于国际投资协定的例外条款，研究如何适用例外条款，在新冠肺炎疫情下兼顾外商投资者保护与东道国的公共卫生治理规制权。

一、新冠肺炎疫情下国际投资保护与公共卫生治理的冲突

---

* 作者信息：张倩雯，法学博士，西南交通大学公共管理与政法学院讲师，硕士生导师；研究方向为国际投资法。本文仅供参会讨论，请勿引用。

[1] World Health Organization: Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV), see https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov).

[2] World Health Organization: WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020, see https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020.

[3] 世界各国的感染数据可参见世界卫生组织的官方网站：https://covid19.who.int/

[4] Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Sarah Brewin & Nyaguthii Maina, “Protecting Against Investor - State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments”, 2020-06-20, IISD, https://www.iisd.org/itn/2020/06/20/protecting-against-investor-state-claims-amidst-covid-19-a-call-to-action-for-governments-nathalie-bernasconi-osterwalder-sarah-brewin-nyaguthii-maina/, last visited on April 20, 2021.

（一）新冠肺炎疫情下对外国投资的可能侵害

在新冠肺炎疫情已经构成全球性“大流行的背景下，许多国家宣布进入紧急状态，采取防控措施刻不容缓。各国采取的针对性措施主要可分为对内措施和对外措施两类。对内措施主要致力于减少新冠病毒的社区传播，包括要求居民保持社交距离(social distancing)，禁止居民的不必要流动，关闭非必要社交场所，修建方舱医院收治轻症病人，要求密切接触者强制隔离或居家隔离，对本国公民发布旅行禁令等。对外措施主要在于防控疫情的境外输入，例如关闭边境、货物进出口管制等。[5]新冠疫情的持续蔓延除了挑战全球公共卫生治理体系，也对世界经济运行带来全面冲击，造成就业岗位减少、消费需求骤减、实体经济不振等问题。各国的应对措施可能对建筑、公共事业、航空、娱乐和制药等领域的外商投资造成负面影响。[6]各国的闭关锁国也对全球供应链造成损害，使原本就已脆弱的全球化更加雪上加霜。为避免经济衰退，一些国家宣布对本国企业提供贷款担保、融资支持等援助。法国等国家为了支持本国的关键性产业发展，提出会“在不得已情况下对相关企业实行暂时国有化”。[7]甚至有美国学者主张美国政府可借机没收中国在美国的财产，并拒绝给予中国投资者赔偿，以补偿美国人在新冠疫情中的损失。考虑到中国在“一带一路”沿线国家进行了大量的投资，该学者甚至主张美国在沿线国的盟友也没收中国的投资。[8]

观察各国为应对因疫情造成的经济影响而采取的措施可知，这些措施可能违反该国缔结的国际投资协定。例如，东道国若对外国投资者提供的待遇低于了相似情形下提供给本国投资者的待遇，可能违反国民待遇条款；东道国采取的措施若缺乏透明度，未给外国投资者提供稳定和可预见的投资环境，则可能因怠于保护投资者的合法期待而违反公平与公正待遇；东道国对外商投资的国有化行为则很可能违反其禁止征收的义务。若因疫情或经济进一步恶化导致国内爆发暴力冲突，损害了外商投资利益，则可能违反东道国为外国投资者提供应充分的保护和安全的义务。目前世界上大多数国家仍处于紧张抗疫的阶段，新冠疫情对国际投资仲裁带来的影响或许要等到疫情结束后一段时间才能显现。重大的灾难或经济危机之后往往伴随着大量的诉讼案件，若外国投资者对东道国提起投资仲裁，东道国又是否可以在这样的抗疫特殊时期豁免其承担的国际投资协定义务？

（二）例外条款保障东道国公共卫生治理规制权

“国际关注的突发公共卫生事件”应当由世卫组织总干事综合考虑突发事件委员会的建议、疫情对人类健康危险度、疾病国际传播风险和对国际交通干扰危险度等因素评估决定。[9]某一疾病若被认定为“国际关注的突发公共卫生事件”，则该疾病对其它国家构成公共卫生风险，需要世卫组织协调各国政府、政府间组织和国际机构来共同应对。[10]新冠疫情在全球的“大流行”，使得其区别于一般的公共卫生事件，因为它对经济、人权甚至国家安全都

---

[5] 例如，2020 年 2 月，一些国家和地区对我国采取了了人员、货物、交通等管制措施，参见境外各国对中国采取的货物管制措施一览表，http://www.ccpit-sichuan.org/newshow.aspx?mid=91&id=7611。

[6] Nicholas J. Diamond, Pandemics, Emergency Measures, and ISDS, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/13/pandemics-emergency-measures-and-isds/.

[7] 中国国际贸易促进委员会驻法国代表处：法国政府采取系列措施避免经济衰退，http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4111/2020/0416/1254161/content_1254161.htm。

[8] John Yoo, Rober J. Delahunty, How to make China pay for COVID-19, The American Enterprise Institute, https://www.aei.org/op-eds/how-to-make-china-pay/.

[9] International Health Regulations (2005) (3rd edition), World Health Organization, 2016, Article 12. See https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/.

[10] International Health Regulations (2005) (3rd edition), World Health Organization, 2016, Article 13. See https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/.

可能造成影响。[11]对此，东道国或可合法采取对经济干预的抗疫措施，而豁免其依据国际投资协定应当给予外国投资者国民待遇、公平与公正待遇、充分的保护和安全以及禁止征收等义务。

针对投资者的仲裁请求，东道国主要可以从适用国际投资协定的例外条款和运用习惯国际法两方面进行抗辩。[12]在例外条款方面，东道国可适用的条款主要有以下三类：一是一般例外条款，尤其是包含有“维护国家公共政策或公共秩序”和 “保护人类、动植物生命或健康”的例外条款；二是根本安全利益例外或国家安全例外条款；三是特定条款的例外，例如针对东道国禁止征收和提供给外国投资者国民待遇义务专门规定的例外。 [13]

二、国际投资协定一般例外与公共卫生治理

（一）一般例外条款的现状

国际投资协定的例外条款与国际贸易法的例外条款在起源上联系密切。[14]当前国际投资协定中的一般例外条款规则最早可追溯于 1927 年《禁止或限制进出口禁令的国际协定》，主要以《关税及贸易总协定》第 XX 条和《服务贸易总协定》第 XIV 条为蓝本发展而来。[15]一般例外条款基于国家对自然资源享永久主权，即国家经济主权原则。[16]根据国家经济主权原则，一国有权自主决定对公共健康、安全、环境等国内经济事务的保护水平。外国投资者在东道国境内开展经济活动与该国国内经济事务密切联系。因此，东道国在承诺给予外国投资者某些待遇的同时，应当有权通过设置例外情形适当保留对外资的规制权。目前无论是国际投资协定或是学界均尚未对一般例外条款作出统一界定。[17]本文所指的一般例外条款是国际投资协定中以“一般例外”命名的，或虽未标明“一般例外”，但可豁免东道国整体条约义务的条款。

近年来一般例外条款发展迅速，呈现数量增长、内涵扩张的趋势。早期国际投资协定中纳入一般例外调控的数量很少，且条款内容非常简单。例如，1974 年《埃及与德国双边投资协定》中就只是简单规定条约不适用于东道国为了维护“公共秩序和安全，公共卫生或公

---

[11] Nicholas J. Diamond, Pandemics, Emergency Measures, and ISDS, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/13/pandemics-emergency-measures-and-isds/.

[12] Nicholas J. Diamond, Pandemics, Emergency Measures, and ISDS, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/13/pandemics-emergency-measures-and-isds/.

[13] 对于何为一般例外条款，国际投资协定和学界均无一致定义。Andrew Newcombe 教授认为以《关税及贸易总协定》第 XX 条和《服务贸易总协定》第 XIV 条为蓝本发展而来的条款是一般例外条款，而国内一些学者则认为能够使东道国为实现正当的公共政策目标而豁免其实体性条约义务的条款均为一般例外条款。本文采前者定义。参见 Andrew Newcombe and Luis Paradell, Law and Practice of Investment Treaties（Kluwer Law International 2009）504. 曾建知.《国际投资条约一般例外条款研究——兼论我国的选择》[J].武大国际法评论，2018(1)，第 309 页。

[14] 可参见张倩雯:《国际贸易法与国际投资法国民待遇互动关系比较研究》[J].武大国际法评论，2017(6)，第 41-63 页。

[15] See Andrew Newcombe, General Exceptions in International Investment Agreements, in Marie-Claire Cordonier Segger, Markus W. Gehring, Andrew Newcombe, Sustainable Development in World Investment Law 358（Kluwer Law International 2011）.

[16] 1974 年联合国第六届特别联大通过了《关于建立新的国际经济秩序的宣言》，提出国家对其自然资源和国内一切经济活动有权行使永久主权，参见 United Nations General Assembly, A/RES/S-6/3201, Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, Article4(e), http://www.un-documents.net/s6r3201.htm. 同年通过的《各国经济权利与义务宪章》中也规定：“每个国家对其全部财富、自然资源和经济活动享有充分的永久主权、包括拥有权、使用权和处置权在内，并得自由行使此项主权”，参见 United Nations General Assembly, A/RES/29/3281, Charter of Economic Rights and Duties of States, Article2(1), http://www.un-documents.net/a29r3281.htm.

[17] 曾建知.《国际投资条约一般例外条款研究——兼论我国的选择》[J].武大国际法评论，2018(1)，第 307 页。

共道德”的情况。[18]在国际投资法“人本化”的发展趋势下，国家在缔约时更加注重维护其对于公共事务的规制权，[19]近年的国际投资协定在一般例外条款中纳入了更多内容，包括自然资源，人类、动植物生命或健康，[20]金融审慎原则，[21]劳工和环境，[22]文化产业发展[23]等。此外，阿根廷屡被外国投资者诉至国际投资仲裁使得各国加倍重视一般例外条款，越来越多国家在投资协定中明确纳入一般例外。

（二）新冠肺炎疫情下一般例外条款的适用性

在新冠肺炎疫情构成全球“大流行”的背景下，国际投资协定中的一般例外条款与新冠肺炎疫情相关的内容主要是东道国或可因维护“公共秩序和安全”“公共卫生或公共道德”“人类、动植物生命或健康”而豁免其条约义务。但依据多数国际投资协定文本的规定，东道国若要合法援引此类一般例外，还需要符合一定的要求，这主要包括东道国的规制措施应具备“合理性”和“必要性”。[24]

1. 合理性

一般例外条款要求东道国的行为不武断或具备合理性，起着安全阀的作用，避免东道国滥用一般例外。[25]绝大多数国际投资协定未对“武断”或“合理”的内涵进行界定，多数投资仲裁庭对“武断”或“合理”的认定和公平与公正待遇条款相结合。[26]从文义解释角度，“Ronald S. Lauder 诉捷克案”仲裁庭援引《布莱克法律大辞典》中的定义，认为“武断即基于偏见，而非基于理性或事实的个人判断”。[27]在其它仲裁庭界定何为武断的东道国行为时，该行为是否理性、并非任意妄为是重要的判断标准，[28]所有武断的行为都非合理的行为。[29]针对东道国无视法治的行为是否能够武断的措施的这一问题，仲裁庭尚未有一致结论。“Mobil Exploration 诉阿根廷案”仲裁庭认为东道国仅仅是简单的无视法治并不能构成武断的措施，

---

[18] 1974 年《埃及与德国双边投资协定》的原文规定是“Intending to facilitate and promote the making and developing of investments by German nationals or companies in the Arab Republic of Egypt, the Government of the Arab Republic of Egypt will grant the necessary permits to German nationals who in connection with investments by German nationals or companies desire to enter and stay in Ute Arab Republic of Egypt and to carry on an activity there as an employee, except as reasons of public order and security of public health, or morality may warrant otherwise.”
https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1073/download.

[19] 刘笋：《国际法的人本化趋势与国际投资法的革新》，《法学研究》 2011 年 04 期，第 196-208 页。

[20] See e.g., 2007 Canada-Peru BIT, article10.

[21] See e.g., 2016 Canada-Hong Kong BIT, article 20(1).

[22] See e.g., 2015 Switzerland-Georgia, article 9(1).

[23] See e.g., 2014 Japan-Kazakhstan BIT, article 17(7).

[24] 例如 2012 年《中国和加拿大双边投资协定》第三十三条“一般例外”的第二款规定：“只要相关措施不以武断或不合理之方式适用，或不构成对国际贸易或投资之变相限制，本协定中任何规定均不得被理解为阻止缔约方采取或维持下述措施，包括环境措施：… （二）保护人类、动物或植物生命或健康所必要的措施”。

[25] Andrew Newcombe and Luis Paradell, Law and Practice of Investment Treaties (Kluwer Law International 2009) 504; Lars Markert. ‘The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors Rights and Regulatory Interests of Host States’ in M. Bungenberg, J. Griebel and S. Hindelang (eds.), European Yearbook of International Economic Law, Special Issue: International Investment Law and EU Law (Springer 2011) 167.

[26] 例如S. D. Myers, Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Partial Award, 13 November 2000, para. 263. CMS Gas Transmission Co. v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/m/8, Decision on Annulment, 25 September 2007.

[27] Ronald S. Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 3 September 2001, para. 221.

[28] Cervin Investissements S. A. and Rhone Investissements S. A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/13/2, Award, 7 March 2017, para. 523.

[29] Glencore International A. G. and C. I. Prodeco S. A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019, paras. 1446, 1450.

[30]而“Mondev 诉美国案”仲裁庭则提出，东道国故意忽视正当法律程序是一种武断的行为。[31]

虽然仲裁庭对于怎样的东道国措施具备合理性并无一致理解，但均认可认定应当审视该措施的判断基础。判断新冠肺炎疫情下东道国措施的合理性亦是如此。2020 年 4 月 11 日，缅甸投资委员会宣布，将加快对劳动密集型产业和基础设施项目投资的批准。同时，缅甸投资委员会还将加快对口罩制造等医疗保健和医疗设备相关业务的批准，并在投资项目中优先考虑制药企业和医疗服务提供商。[32]口罩等医疗物资和医疗设备对于抗击疫情的作用无可否认。2020 年 1 月 29 日，世界卫生组织在其发布的《在新型冠状病毒（2019-nCoV）爆发的背景下，对于社区、家庭护理和医疗环境中使用口罩的临时指南》，也肯定了医用防护口罩对于降低新冠病毒感染风险的重要作用。[33]鉴于此，缅甸投资委员会加快对口罩制造等医疗保健和医疗设备相关业务的批准是基于客观和理性，而非个人主观的偏见，该措施对于维护东道国的公共卫生或国民的生命或健康有益，具备合理性。此外，在新冠肺炎疫情下，如果国家在评估对外国投资者不利的政策时征求了利益相关者的意见，允许公众审查和评论提出的法规草案，邀请相关投资者参加了立法过程并允许其在立法过程中发表意见，东道国的措施更有可能符合正当法律程序而具备合理性。

2. 必要性

与新冠疫情相关的多数一般例外条款规定的是东道国有权采取措施保护“公共卫生或公共道德”“人类、动植物生命或健康”。因此，该措施应该是保护“公共卫生或公共道德”或“人类、动植物生命或健康”所必要的。虽然《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 25 条规定了“危急情况”（“necessity”）可作为排除国家责任的情形之一，但国际投资协定中一般例外条款对东道国采取措施必要性的要求应与习惯国际法的“危急情况”不同。习惯国际法的“危急情况”仅适用于国家根本利益遭受实质性威胁的极端情况下，[34]条件十分严苛。[35]而国际投资协定中的必要性要求重在强调东道国采取的手段对于达到目的合理可行，不要求该措施造成的限制效果在所有的可替代措施中最低。[36]在“Enron 诉阿根廷案”撤销裁决中，仲裁庭也指出应区分习惯国际法的“危急情况”和国际投资协定例外条款，例外调控允许东道国采取措施达到其合法目标，即使这些措施对于外国投资者会带来负面影响。考察东道国措施是否具备必要性的关键在于这些措施是否具有价值，东道国是基于怎样的信息

---

[30] Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S. A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/16, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 April 2013, paras. 874, 878.

[31] Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 October 2002, para. 127. Christoph Schreuer 教授也认为东道国故意忽视正当法律程序是一种武断的行为，参见 EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 303.

[32] Myanmar Times: MIC to accelerate approvals for labour-intensive, healthcare investments, see https://www.mmtimes.com/news/mic-accelerate-approvals-labour-intensive-healthcare-investments.html.

[33] World Health Organization: Advice on the use of masks in the context of COVID-19, https://www.who.int/publications-detail/advice-on-the-use-of-masks-the-community-during-home-care-and-in-health-care-settings-in-the-context-of-the-novel-coronavirus-(2019-ncov)-outbreak.

[34] See Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago, U.N. Doc. AICN.4/318/ADD.5-7, reprinted in 1980 Y.B. INT'L L. COMM'N vol. II, para. 12, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1980/Add.1.

[35] Roman Boed, State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct, 3 Yale Hum. Rts. & Dev. L.J. 1 2000, pp. 12-18.

[36] Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, New York: Cambridge University Press, 2012, pp. 409, 411.

而决定采取了该措施。[37]

在新冠肺炎爆发期间，欧盟率先宣布对外商投资采取更严格的审查措施。2020 年 3 月 25 日，欧盟委员会发布了《有关外商直接投资（FDI）和资本自由流动、保护欧盟战略性资产收购指南》（以下简称“《指南》”），称其为保护欧盟核心资产和技术的行动纲领，提出欧盟国家应当确保在公共卫生危机和经济脆弱时期，保护重要的卫生、医学研究、生物技术和基础设施等领域的欧盟企业核心资产。[38]《指南》的重点是医疗保健领域，主要涉及医疗防护设备以及疫苗的开发。《指南》的出台主要是由于新冠肺炎期间，诸多欧洲国家发现本国深度依赖医疗物资的进口，急于实现战略自主。然而，若以保护人类的生命和健康为重，充足的医疗防护设备不仅可为奋战在一线的医护人员提供不可或缺的物资，也可为普通民众提供更加充分的防护。疫苗的开发更是关系所有欧盟百姓的生命和健康。3 月下旬，新冠肺炎已在意大利、法国、西班牙、英国、德国等诸多欧盟国家肆虐，多国的新冠肺炎感染人数已逾万名。在此背景下，欧盟将医疗保健领域纳入战略领域而强调对该领域外商投资的严格审查，难以令人信服该措施对于保护欧盟国家人民的健康、生命或公共利益具备必要性。

三、国际投资协定根本安全利益例外与公共卫生治理

（一）根本安全利益例外条款的现状

根本安全利益例外条款一直存在于美国的《友好、通商和航海条约》，后被德国移植到其双边投资协定之中，再在各国缔结的双边投资协定中广泛传播。现有的国际投资协定中的根本安全利益例外条款多数以《关税和贸易总协定》第 XXI 条为模版演进而来，也有少部分国际投资协定将安全例外纳入一般例外条款。[39]而以美式投资协定为代表的国际投资协定则将根本安全利益例外与一般例外单独列举。一些国际投资协定用国家安全例外替代根本安全利益例外。

20 世纪 90 年代期间，阿根廷遭遇经济危机时采取的将比索与美元脱钩、优先以比索订立合同、要求与外国投资者重新谈判许可证条款等措施严重损害了在阿根廷的外国投资者利益，因此引发了该国被多国投资者诉至国际投资仲裁的“多米诺骨牌”效应。在这些国际投资仲裁中，阿根廷的抗辩警醒了各国国家安全例外或根本安全利益例外条款的重要性。此后，许多国家在缔结国际投资协定时纳入了国家安全例外或根本安全利益例外条款，以扩宽东道国规制权的政策空间。

（二）新冠肺炎疫情下根本安全利益例外条款的适用性

1. 新冠肺炎疫情与根本安全利益

各国对于国际投资协定中的根本安全利益界定不同。以《关税和贸易总协定》第 XXI 条为模版的根本安全利益例外条款通常将根本安全限制于与国家军事安全相关利益，例如原《北美自由贸易协定》第 2102 条。传统观念对根本安全的理解限于国家领土完整范畴，因此威胁根本安全利益的常常是他国的军事行为。而另一部分投资协定未对根本安全进行阐释，将部分自由裁量权留给了投资仲裁庭，例如 2006 年《中国与印度双边投资协定》。

晚近根本安全利益的范围呈现扩大趋势。有学者提出一国的政治和经济核心利益，维护

---

[37] Enron v Argentine, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 July 2010, para. 371.

[38] The European Commission, Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe’s strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation), 25 March 2020, see https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158676.pdf.

[39] 例如 2012 年《中国和加拿大双边投资协定》

国内和平，居民生存甚至环境保护都可能是国家的根本安全利益。[40]面对仲裁庭裁判的不确定性风险，一些国家的应对做法是在缔结协定时明确根本安全利益例外的内涵，加强对条约解释的控制权。例如，美国在 2012 年《双边投资协定范本》第 18 条在根本安全利益例外中除纳入缔约方根本安全利益，还加入了履行维持或恢复国际和平与安全的义务有必要的措施。2016 年《加拿大与香港双边投资协定》第 17 条第 4 款更是在传统的军事安全之外，进一步将根本安全扩大至国际关系中的“其它紧急情况”。传统的根本安全利益范围正在被不断扩张。

新冠肺炎疫情是否为一国投资协定例外条款中所指的根本安全利益应是因协定而异的。如果投资协定仅仅规定了与国家军事安全相关的利益作为国家的根本安全利益，则国家与新冠肺炎疫情相关利益难以落入上述范畴。但一些投资协定中笼统地规定根本安全利益包括国际关系中的其它紧急情况，则有可能涉及疫情内容。“其它紧急情况”措辞含糊，这里的根本安全利益指的是一国人民的生命和健康还是国家的经济利益并不明确。若是指一国人民的生命和健康或许较容易获得各国认可，但是否可以包含国家经济利益则存在较大争议。针对经济危机是否威胁到一国的根本安全利益，国际投资仲裁庭曾做出截然相反的裁决。例如 2005 年“CMS 公司诉阿根廷案”仲裁庭将经济危机认定为威胁到了一国的根本安全利益，而在案情几乎完全的一样的“LG&E 诉阿根廷案”中，仲裁庭却认为经济危机不构成危急情况，因此不威胁一国根本利益。[41]除此之外，由于疫情对各国的经济影响差异也较大，不同国家应对新冠肺炎疫情的措施和力度也有异。新冠肺炎疫情对国家经济的消极影响是否能够构成对一国根本安全利益的威胁，裁量权很可能存在于具体案件的投资仲裁庭，在实践中存在较大的不确定性。

2. 根本安全利益例外的自裁性

一些国际投资协定并未约定根本安全利益包含国际关系中的其它紧急情况，或根本没有进一步阐释根本安全利益的内容，那么应当由哪一方来决定新冠肺炎疫情的影响是否属于一国根本安全利益？这涉及根本安全利益例外条款是否具有自裁性的问题。有的例外条款本身有类似于“it considers”“it determines”“in the state’s opinion”之类的表述，通常认为适用该例外属于东道国的自由裁决范围。对比 1995 年《美国与阿尔巴尼亚双边投资协定》第 14 条第 1 款和 1998 年《美国与莫桑比克双边投资协定》第 14 条第 1 款的例外表述，后者增加了“it considers necessary”的主观认定表述因而是自裁性条款。目前越来越多的国际投资协定开始在例外条款纳入自裁决措辞。[42]

但没有明确纳入自裁决措辞的例外条款是否具有自裁性尚存争议。由于根本安全利益例外条款具备自裁性会导致对法院和仲裁庭认定公共利益的适当路径难有规律可循，在由于阿根廷遭遇经济危机而引发的系列国际投资仲裁案中，仲裁庭曾多次否定根本安全利益例外条款的自裁性。“CMS 诉阿根廷案”“LG&E 诉阿根廷案”“Enron 诉阿根廷案”“Sempra 诉阿根

---

[40] See Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago, U. N. Doc. AICN. 4/318/ADD. 5-7, reprinted in 1980 Y. B. INT'L L. COMM'N vol. II, para. 12, U. N. Doc. A/CN. 4/SER. A/1980/Add. 1, para. 2.

[41] See CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentine, ICSID Case No. ARB/01/8, 2005, Award, para. 360. LG&E Energy Corporation v. The Republic of Argentine, ICSID Case No. ARB/02/1, 2006, Decision on Liablity, para. 257. 对于这两个仲裁庭矛盾裁决的详细分析可参见王楠.《危急情况之习惯国际法与投资条约中的不排除措施条款——兼论 CMS 案和 LG &E 案》[J].《比较法研究》2010(1),第 115-117 页.

[42] 韩秀丽:《双边投资协定中的自裁决条款研究——由“森普拉能源公司撤销案”引发的思考》,《法商研究》2011 年第 2 期，第 18 页。

廷案”“Continental Casualty 诉阿根廷案”等多个阿根廷经济危机引发的系列仲裁案仲裁庭均裁定根本安全利益例外条款不具备自裁性。在最近的“Deutsche Telekom 诉印度案”中，仲裁庭仍然遵循了之前的裁判，指出例外条款应当由仲裁庭进行实质审查，而非东道国自裁决。[43]但有学者对上述系列仲裁庭对裁决提出质疑，认为涉及根本根本安全利益例外的条款适用均应遵循国家自行裁决机制，这可以从缔约国真实意图、对国家安全的判断能力、晚近国家双边投资条约实践三方面予以证明。[44]

即使根本例外条款具备自裁决性质也不意味着该条款具备“不可裁判性”。虽然自裁决条款在很大程度上限制了仲裁庭审查东道国措施的权限，但并不可就此否定争端可提交仲裁。[45]如前文所述，一定数量的国际投资协定中的根本安全利益例外条款都是以《关税和贸易总协定》第 XXI 条为模版演进而来的，因此世界贸易组织相关报告应对理解国际投资协定根本安全利益例外条款的自裁性有所帮助。在 2019 年的“乌克兰诉俄罗斯运输限制措施案（DS512）”报告中，世界贸易组织专家组指出，世界贸易组织各成员国整体上有权自行判断本国根本国家安全利益的内涵，并且可以自行决定所采措施是否对保护本国根本安全利益益“所必须”。但成员国行使自裁决权应符合善意原则，并应接受世界贸易组织对其援引例外的客观审查。[46]联合国贸易和发展委员会以及“Sempra 诉阿根廷案”等投资仲裁庭也肯定了仲裁庭对东道国援引具备自裁决性质的根本安全利益例外条款的合法审查权。[47]

联合国贸易和发展委员会的统计数据显示，目前多数国际投资协定并未纳入自裁决措辞。面对新冠肺炎疫情对国民健康和国家经济造成的严重影响，多国或许会大力主张根本安全利益例外条款的自裁决性，尤其是美国，因为美式双边投资协定已呈现支持国家安全利益相关事项由本国自裁决的趋势。[48]笔者认为新冠肺炎疫情是否可以由一国自裁决应首先审视该国投资协定的具体措辞，再由仲裁庭结合善意原则等国际法基本原则考察东道国对根本安全利益例外条款的适用，避免以疫情为借口滥用根本安全利益例外，变相地对国际投资进行限制。

四、国际投资协定特定条款的例外与公共卫生治理

东道国适用一般例外和根本安全利益例外可豁免其整体条约义务，而适用某些条款的特定例外可豁免该条款义务，例如投资待遇条款和禁止征收的例外规定。由于国民待遇和公平与公正待遇、最惠国待遇均具有密切联系，故许多双边投资协定对投资待遇约定共同的例外。此类例外采纳特殊优先于一般的适用原则，即当投资者从事的活动可能同时被其他国际条约调整时，特定领域的国际条约对国民待遇问题有特别规定的，从其特别规定。常见的种类主要包括区域经济组织例外、[49]税收例外，[50]知识产权例外、[51]政府采购和补贴例外等。[52]新冠肺

---

[43] Deutsche Telekom v. India, PCA Case No. 2014-10, Judgment of the Swiss Federal Tribunal, 11 December 2018, paras. 3. 2. 3. 1-3. 2. 3. 4.

[44] 参见余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，《中国法学》2011 年第 2 期，第 134 页.

[45] 韩秀丽：《双边投资协定中的自裁决条款研究——由“森普拉能源公司撤销案”引发的思考》，《法商研究》2011 年第 2 期，第 18 页。刘京莲：《国际投资条约根本安全例外条款研究》，《国际经济法学刊》2010 年第 1 期，第 194 页。

[46] Russia - measures concerning traffic in transit, Report of the Panel[EB/OL]. WT/DS512/R, para. 7. 138 https://www. wto. org/english/tratop_e/dispu_e/512r_e. pdf. 对该案的评析可参见张倩雯，王梓萱：《谁来认定国家安全例外——乌克兰诉俄罗斯运输限制措施案评析》，《情报杂志》2020 年第 8 期，第 40-45 页。

[47] See United Nations Conference on Trade and Development, the Protection of National Security in IIAs, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York and Geneva, 2009, pp. 40-41.

[48] 韩秀丽：《双边投资协定中的自裁决条款研究——由“森普拉能源公司撤销案”引发的思考》，《法商研究》2011 年第 2 期，第 19 页。

[49] 例如 1987 年《中国与意大利双边投资协定》第 3 条第 3 款。

炎疫情下东道国较为可能援引的是保护合法公共目的的例外。[53]

国际投资协定在禁止东道国对外国投资者非法征收的同时，通常也规定了东道国可为了保护公共利益、遵循正当程序、非歧视性地征收，并给予外国投资者补偿。此外，大量的投资仲裁案件均确认东道国合法行使警察权不构成征收。[54]“Philip Morris 诉乌拉圭案”仲裁庭在援引 1961 年《国家对外国人损害之国际责任公约草案》、1987 年《美国对外关系法第三次重述》以及经济合作与发展组织（OECD）研究报告的基础上指出，保护公共健康长期以来被视作国家警察权的范畴，[55]即使国际投资协定中未对东道国保护公共健康的权力进行约定，仲裁庭也应行使自由裁量权。[56]但东道国行使警察权应当是“善意”和“非歧视性的”，且符合“比例原则”。综观投资待遇条款和禁止征收条款的例外，东道国若要合法援引这些条款，需证明其行为是为了保护合法的公共利益，且符合善意原则、非歧视原则和比例原则。

（一）合法的公共利益

无论国民待遇条款还是禁止征收条款均允许东道国为了保护合法的公共利益而采取规制措施。有的国际投资协定明确列举了何为合法的公共利益，例如《中国与加拿大双边投资协定》在“征收”部分列举了合法公共目的包括健康、安全和环境。[57]对于没有列举公共利益内涵的投资协定，考虑到新冠肺炎病毒对人民健康的危害性以及由于停工停产对经济发展带来的消极影响，东道国也不难论证其采取的措施是为了保护合法的公共利益。

（二）善意原则

东道国合法行使警察权和援引根本安全利益例外的行为均必须符合善意原则。善意原则是国际法基本原则，在国际投资仲裁中得到多次运用。许多法院和仲裁庭都曾提出善意原则与合理期待联系密切，例如“Opel Austria GmbH 诉欧盟案”。[58]在投资仲裁中，东道国善意行为的内涵包括东道国援引例外条款不应剥夺投资者的合理期待。这是基于国际法的有约必守原则。外国投资者可基于东道国某一特定、清晰的行为表示，而非普遍性立法享有合理期待。[59]即使一国随时有权修改其国内法，也不能免除其对于剥夺投资者合理期待造成损失

---

[50] 例如 2007 年《英国与墨西哥双边投资协定》第 5 条第 2 款。

[51] 例如 2012 年《美国与卢旺达双边投资协定》第 14 条条第 4 款。

[52] 例如 2012 年《美国与卢旺达双边投资协定》第 14 条第 5 款。

[53] 2018 年《欧盟与新加坡自由贸易协定》第 2 条第 3 款第 3 项，规定国民待遇不适用于东道国为维护“公共安全、公共道德和公共秩序必要的措施”。也有部分国际投资协定将此类投资待遇例外纳入一般例外中，将这些例外情形不仅适用于国民待遇义务，也适用于协定其它条款，例如 2014 年《英国与哥伦比亚双边投资协定》。

[54] Crompton（Chemtura）Corp. v. Government of Canada, PCA Case No. 2008-01, Award, 2 August 2010, para. 266.

[55] Philip Morris Brand Sàrl（Switzerland）, Philip Morris Products S. A.（Switzerland）and Abal Hermanos S. A.（Uruguay）v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 291-301, 305. 国家有权合法行使警察权还在多个投资仲裁案中被确认，例如“Marfin 诉塞浦路斯案”，参见 Marfin Investment Group Holdings S. A., Alexandros Bakatselos and others v. Republic of Cyprus, ICSID Case No. ARB/13/27。

[56] Philip Morris Brand Sàrl（Switzerland）, Philip Morris Products S. A.（Switzerland）and Abal Hermanos S. A.（Uruguay）v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 399, 418.

[57] 参见 2012 年《中国与加拿大双边投资协定》第二部分第十条的附录第三条。

[58] International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States, NAFTA/UNCITRAL, Award of 26 January 2006, para. 147. European Court of Justice, the Opel Austria GmbH v. Council of the European UnionCase T-115/94, Judgment of the Court of First Instance（Fourth Chamber）of 22 January 1997, para. 93.

[59] Philip Morris SARL v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, para. 426. ANDREW NEWCOMBE & LLUIS PARADELL, LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT 279（1st ed. 2009）. Metalclad, *supra* note 129, at 30.

应当承担的赔偿责任。[60]因此，若东道国援引例外条款剥夺了投资者的合理期待，应当给予其合理赔偿。

2020 年 3 月 17 日，西班牙于颁布了第 8/2020 号《西班牙皇家法令》（以下简称“《法令》”），要求来自非欧盟国家或未签署《欧洲自由贸易协定》的国家的投资者，对西班牙能源、通信、航空航空等战略领域进行外商直接投资必须首先获得西班牙政府的行政审批。[61]《法令》的整体规定与将于 2020 年 10 月生效的《欧盟外商直接投资审查条例》一致，意在避免投机者在新冠肺炎疫情期间趁西班牙公司的股权价值下跌而对其收购。与西班牙《法令》类似，2020 年 3 月 29 日开始，澳大利亚临时更改了其对外商投资的审查框架，要求在新冠肺炎疫情期间，所有的外商投资无论其性质或价值如何，都需要接受外国投资审查委员会的审批。且外国投资审查委员会的审批期限从 30 天延长至六个月。[62]西班牙的《法令》与澳大利亚新生效的审查框架不同的是，《法令》还特别指出，这里的行政审批要求不仅适用于未来的外商投资，还适用于“已进行”或“已执行”的外商直接投资，而澳大利亚则规定新生效的审查框架不适用于 2020 年 3 月 29 日 22 时 30 分之前已经生效（包括未完成）的合同。相较之下，《法令》规定溯及既往效力对于外商投资者的合理期待会造成严重损害，不符合善意原则。此外，即使西班牙得以论证由于新冠肺炎疫情影响，该国已因投机者的收购行为造成巨大的经济损失，也不能免除因该《法令》剥夺了外商投资者合理期待，西班牙政府应当对投资者造成的损失承担赔偿责任。

（三）非歧视原则

根据《维也纳条约法公约》第 31 条，条约解释应当符合该条约的目的和宗旨。多数国际投资协定在序言部分将其目的和宗旨表达为“加强两国间的经济合作”。[63]为达成这一目的，国际投资协定中均纳入了非歧视原则，主要表现为国民待遇条款和最惠国待遇条款，这和国际贸易法的非歧视原则有很大程度的相似性。[64]

具体而言，歧视意味着基于投资者国籍的不合理区分。[65] “National Grid 诉阿根廷案”仲裁庭认为，“理性”要求则意味着东道国不可任性妄为。[66]具体至解释何为“不合理区分”时，“Saluka 诉捷克案”仲裁庭指出，非歧视原则中的合理性要求与公平与公正待遇的合理性要求具有相同的内涵，即东道国的行为应与国内的某些理性政策间具备合理联系，基于此才可能将东道国的区别对待行为合法化。[67]非歧视原则要求对条款例外的设计只应区分具体情形，而非针对外国投资者的国籍而定。仲裁庭在审查东道国援引例外的合法性时，应考量该例外条款是否在东道国国内法有据可依，且对外国投资者一视同仁，而非歧视性适用。但在实践中，投资者主张东道国的规制措施违反了非歧视原则并不要求投资者证明东道国对投

---

[60] Isolux Infrastructure Netherlands, BV v. Kingdom of Spain, SCC Case No. V2013/153, Dissenting Opinion of Arbitrator Prof. Dr. Guido Santiago Tawil, 12 July 2016, para. 9-11.

[61] Spain: Royal Decree-Law 8/2020 of March 17, 2020 launches urgent and extraordinary measures to confront the economic and social impact of COVID-19, see https://www.garrigues.com/en_GB/new/spain-royal-decree-law-82020-march-17-2020-launches-urgent-and-extraordinary-measures-confront.

[62] Australian Government Foreign Investment Review Board: Temporary measures in response to the coronavirus [GN53], see https://firb.gov.au/guidance-resources/guidance-notes/gn53.

[63] 例如 2003 年《中国与德国双边投资协定》。

[64] Nicolas F Diebold, Standards of Non-discrimination in International Economic Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60, 2011, p. 832.

[65] RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 712(f) (1987).

[66] See National Grid P. L. C. v. Argentina Republic, UNCITRAL, Award, 3 November 2008, para. 197.

[67] See Saluka v. Czech Republic, Partial Award of 17 March 2006, para. 460.

资者具备主观的歧视性意图，[68]否则投资者将被苛以过高的证明标准。

面对新冠肺炎疫情对经济造成的严重打击，各国针对外商投资采取了不一样的做法。法国、澳大利亚等国收紧了本国的外商投资政策，而中国在基本控制住疫情后，则大力统筹做好经济发展工作。2020 年 3 月 9 日，中国国家发展和改革委员会发布《关于应对疫情进一步深化改革做好外资项目有关工作的通知》，提出在防控新冠肺炎的同时应做好外资项目服务工作，包括近期国家发展改革委将会同商务部等部门修订《鼓励外商投资产业目录》，优化鼓励类外资项目进口设备免税确认流程，进一步扩大鼓励外商投资范围提高外资项目备案便利化程度等。[69]其中第八条专门提出，政策应当平等适用于内外资企业和内外资项目。其后，2020 年 3 月 24 日，商务部印发的《关于统筹做好新冠肺炎疫情防控和经济发展全面做好国家级经开区工作的通知》（以下简称“《通知》”），[70]提出从推动企业复工复产、加大政策支持和落实力度、加强投资促进工作等十个方面协调解决企业复工复产在投资、生产、经营中遇到的实际问题，做好“一手抓疫情防控，一手抓经济发展”。《通知》第二点专门提到了，内外资企业应同等享受待遇。可见，《通知》意在充分发挥国家级经开区稳外贸稳外资工作示范带动作用。其中支持企业复工复产的经济措施对内外资企业均是平等适用的，符合非歧视原则。可见，中国在复工复产过程中制定经济恢复政策时特别注重非歧视原则，即这些政策对于内外资企业的平等适用。

（四）比例原则

在国际人道法等国际公法领域，比例原则已成为习惯国际法。[71]不仅是国际投资协定中越来越多地纳入了比例原则，国际投资仲裁中也正更多地适用比例原则。在“Tecmed 诉墨西哥案”中，比例原则在国际投资仲裁中得到了开创性的适用。[72]其后，在“LG&E 诉阿根廷案”“Azurix 诉阿根廷案等”“Tza Yap Shum 诉秘鲁案”中，仲裁庭均肯定了比例原则在投资仲裁中的可适用性，指出东道国虽然可以合法地行使“警察权”，但应当符合比例原则要求，即东道国为了维护其公共利益而采取的管制措施与其意在达成的目标相比应当合乎比例。[73]可见，比例原则意在东道国滥用规制权，为达成不够重要的公共利益而严重损害投资者合法权利。[74]对一国所采取措施是否符合比例原则的判断应当结合具体情景具体分析，[75]应综合考量国家面临何种紧急情况、社会是否处于危机或动荡。[76]由此，对东道国所采措施进

---

[68] See S. D. Myers, Inc. v. Canada, NAFTA (UNCITRAL), Partial Award, 13 November 2002, para. 254. See Champion Trading Company and Ameritrade International v. Egypt, ICSID Case No. ARB/002/9, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003, para. 133.

[69] 中华人民共和国政府网：国家发展改革委印发《关于应对疫情进一步深化改革做好外资项目有关工作的通知》，http://www.gov.cn/xinwen/2020-03/12/content_5490205.htm。

[70] 中华人民共和国商务部：《关于统筹做好新冠肺炎疫情防控和经济发展全面做好国家级经开区工作的通知》，http://www.mofcom.gov.cn/article/difang/202004/20200402951733.shtml.

[71] See Tanaka Yoshifumi: Reflections on the Concept of Proportionality in the Law of Maritime Delimitation. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2001, 16(3), p. 433.

[72] Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 122.

[73] LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 195. Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 311-312. Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Award, 7 July 2011, para. 174.

[74] Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, 31 October 2012, para. 355, 391.

[75] 赵宏：《疫情防控下个人的权利限缩与边界》，《比较法研究》，2020 年第 2 期，第 16 页。

[76] Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 133, 139, 146-147, 149.

行利弊分析，权衡措施带来的收益和弊端是判断行为是否符合比例原则的核心要义。[77]通过适用比例原则，东道国的规制权受到一定限制，这有助于东道国采取决策时考虑更为长远的政治或经济目标，而非为了某些狭隘的利益而滥用规制权。[78]

在权衡东道国措施的利弊时，可借鉴德国联邦法院对一般公共利益、重要公共利益和极重要公共利益的划分，保护国民健康和人身安全的相关措施因属于保护极重要的公共利益而被置于极高的位阶，在利弊平衡中占据极大比重。例如，在武汉被封城后，虽然市民在城市间的流动受到限制以防止病毒的跨城传播，但个人因病就医或采购必要生活物资等事项仍然是被允许的，这正是国家采取抗疫措施不应超过必要限度的体现。[79]但在涉及经济发展的事项中，国内经济发展与外商投资利益同属于经济利益，即重要公共利益范畴，孰轻孰重难有标准。东道国采取的措施是否符合比例原则往往较难衡量，这也很可能成为日后投资仲裁中的争议焦点。2020 年 4 月，秘鲁国会通过了一项法案，要求对该国的公路暂停收取通行费。根据秘鲁官方表示，由于秘鲁很多工人受到疫情影响而收入减少，这项法案是为了缓解基础物资的运输压力。秘鲁并非所有收费公路都是国有，也有部分公路由外国公司根据特许经营协议经营。[80]秘鲁政府通过该项法案单方面地更改了特许经营协议，这项法案不仅将影响秘鲁本国的企业，也将影响在秘鲁经营公路的外国投资者。虽然该法案最终导向是为了缓解基础物资的运输压力，与抗击疫情和保护国民的生命和健康具备一定联系，但政府是否可以通过补贴运输工人等其它对外国投资者造成损害更小的办法缓解物资运输压力有待商榷，因此秘鲁政府该项法案的手段和比例的相称性可能遭遇质疑。而某些美国学者主张的美国政府可借新冠肺炎疫情之由没收所有中国在美国的财产，并拒绝给予中国投资者赔偿，[81]对于缓解疫情毫无帮助，而对于中国投资者的合法财产权则会造成严重侵害，既不符合非歧视原则，也不符合比例原则。

五、结论

新冠肺炎疫情作为今年的“黑天鹅”，对国际投资和国际投资仲裁都将带来巨大挑战。国际投资协定中的例外条款虽然给予了东道国豁免其条约义务的可能性，但援引例外条款也应受到严格限制。东道国为了保护国民的生命和健康及公共秩序可援引一般例外，但需证明其规制措施对于抗击疫情合理且必要。新冠肺炎疫情及其影响是否威胁到一国的根本安全利益例外应当结合投资协定界定的根本安全范围、是否具有自裁决措辞等和具体案情综合考虑。当东道国采取规制措施是为了保护该国合法的公共利益，且符合善意原则、非歧视原则和比例原则时，则可能豁免某些条约义务。因此，考察东道国为抗疫所采取的措施是否违反了其承担的国际投资协定义务应当结合例外条款的具体措辞、东道国规制措施意在保护的价值、疫情不同时期国民生命和健康面临的威胁程度以及国家经济遭受的损害实际等因素具体考量，且援引例外应当符合善意原则等习惯国际法基本原则。否则，滥用例外条款虽然给予了国家在新冠肺炎疫情这一特殊时期较大的自主权，却有悖于国家缔结国际投资协定的初衷，

---

[77] PL Holdings S. A. R. L. v. Republic of Poland, SCC Case No V2014/163, Partial Award, 28 June 2017.

[78] 韩秀丽：《论比例原则在有关征收的国际投资仲裁中的开创性适用》，《甘肃政法学院学报》 2008 年 06 期，第 122 页。

[79] 赵宏：《疫情防控下个人的权利限缩与边界》，《比较法研究》，2020 年第 2 期，第 16 页。

[80] Sanderson, C., “Peru warned of potential ICSID claims over covid-19 measures”, Global Arbitration Review (2020), https://globalarbitrationreview.com/article/1225319/peru-warned-of-potential-icsid-claims-over-covid-19-measures.

[81] John Yoo, Rober J. Delahunty, How to make China pay for COVID-19, The American Enterprise Institute, https://www.aei.org/op-eds/how-to-make-china-pay/.

损害投资者对该国营商环境的信任，甚至导致逆全球化现象的加剧。

新冠肺炎疫情或许会随着疫苗的出现而告一段落，但疫情对国际投资法带来的影响将会是长久而深远的。一方面，各国忙于抗击国内疫情和振兴本国经济，对缔结国际投资协定的热情大幅减退。另一方面，一些国家的国际投资协定中缺乏必要的例外条款，这将限制这些国家的调控政策范围，把它们置于被诉至国际投资仲裁的风险之中。[82]鉴于新冠肺炎对国民生命和健康的极大威胁性，为了减少国家抗击疫情的后顾之忧，当前已有国家或国际组织呼吁通过多边合作减缓因新冠肺炎疫情该国可能遭受提起投资仲裁的压力，[83]或鼓励各国政府联合终止与新冠肺炎疫情相关措施的投资仲裁。[84]但如何保护外国投资者的损失也是不应忽视的问题。在“后新冠肺炎时代”，各国将会比以往更加重视国际投资协定中例外条款的作用，尤其是在一般例外条款中规定东道国为了保护“公共卫生或公共道德”“人类、动植物生命或健康”而采取必要措施的权利，根本安全利益例外中明确根本安全的范围以及该条款是否具有自裁性。通过完善例外有助于各国以保障对外资的规制权，但这或许会导致“卡尔沃主义”一定程度的复活。新冠肺炎疫情给世界各国的经济发展均带来挑战，在“蝴蝶效应”下没有一国可以独善其身。对此，各国更应坚定地推进全球化进程，加强国际间协作，共同抗击疫情并且恢复经济的发展。

---

[82] UNCTAD: Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic, United Nations Publication, 2020, p. 11, see https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf.

[83] See Bernasconi-Osterwalder, N., Brewin, S., and Maina, N. “Protecting Against Investor - State Claims Amidst COVID 19: A call to action for governments”, IISD Commentary, https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf. 2020年5月6日，哥伦比亚大学可持续投资中心也发布了一项倡议，呼吁在新冠肺炎疫情大流行的特殊时期暂停投资者与东道国争端解决机制索赔。Columbia Center on Sustainable Investment: Call for ISDS Moratorium During COVID-19 Crisis and Response, http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/.

[84] Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Sarah Brewin & Nyaguthii Maina, “Protecting Against Investor - State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments”, 2020-06-20, IISD, https://www.iisd.org/itn/2020/06/20/protecting-against-investor-state-claims-amidst-covid-19-a-call-to-action-for-governments-nathalie-bernasconi-osterwalder-sarah-brewin-nyaguthii-maina/, last visited on April 20, 2021.

海上无人系统的法律地位研究

张书凝* 中山大学法学院

摘要：海上无人系统（UMS/UMV）可分为无人水面船艇和无人潜航器（UUV）两大类，其中无人水面船艇可进一步分为无人商船和无人水面艇（USV）。这三类海上无人系统因其特征和功能的不同导致了其法律地位的迥异，进一步导致其相关的法律关系和所适用的法律都有所不同，因此我们对海上无人系统法律地位这一问题决不能一概而论。通过对不同类型的海上无人系统的法律地位的甄别，认为其中无人商船以及无人水面艇均具有“船舶”的法律地位，而无人潜航器则不构成“船舶”，对海上无人系统法律地位的认定最终都应落实到国内法的相关规定当中。

关键词：海上无人系统；无人水面艇；无人潜航器；《联合国海洋法公约》；条约解释

一、引言

美国国防部2007年12月发布的《2007-2032财年无人系统综合路线图》将无人航行器（Unmanned Vehicle）定义为一种有动力但无人驾驶的运载工具（包括飞行器、车辆、船舶或潜器等），可以自主控制或遥控操作，可以是一次性的或可回收的，可以携载致命或非致命的载荷。[1]无人航行器是无人系统的重要组成部分，美国国防部的这份文件并未直接定义无人系统，而是定义了无人系统中的一个核心组成部分——无人航行器，但采用这种包容性较强的定义描述方式或许是一种更为合理的策略。人们更关注的也是具体不同类型无人系统的定义。

根据美国国防部2014年3月发布的《2013-2038财年无人系统综合路线图》，无人作战领域分为三种——空、陆、海。[2]而在这三个领域内都有根据其特殊的环境属性而产生、发展且应用的无人系统。其中空域的无人系统称为无人机系统（Unmanned Aircraft Systems，UAS），地面的无人系统称为无人地面系统（Unmanned Ground Systems，UGS），而海域的无人系统则被称为无人海上系统（Unmanned Maritime Systems/Vehicles，UMS/UMV）。[3]海上无人系统自问世以来，其重要性就随着海洋战略地位的明显上升而越来越凸显出来。为了能够更高效地开发海洋资源以及在海洋军事领域处于领先地位，海上无人系统的应用领域越来越广泛，同时也引发了一系列挑战现有国际法框架的事件进而引发学界对相关国际法问题的热议。

2016年12月15日，中国海军打捞船在南海海域发现一具不明装置（Unidentified device），经核查，该装置为美国无人潜航器（underwater drone）。[4]五天后，中美经过友好协商顺利

---

* 【作者简介】 张书凝，中山大学法学院国际法硕士研究生。

本文获南方海洋科学与工程广东省实验室（珠海）的科研项目（SML-2020SP005）资助，特此致谢。

[1] Unmanned Vehicle: A powered vehicle that does not carry a human operator, can be operated autonomously or remotely, can be expendable or recoverable, and can carry a lethal or nonlethal payload. Ballistic or semi-ballistic vehicles, cruise missiles, artillery projectiles, torpedoes, mines, satellites, and unattended sensors (with no form of propulsion) are not considered unmanned vehicles. Unmanned vehicles are the primary component of unmanned systems.

[2] DoD Unmanned System Integrated Roadmap FY2013-2038. Department of Defense, December 2013.

[3] 参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第4页。

[4] “China to hand over underwater drone to U.S. in appropriate manner”, http://eng.mod.gov.cn/DefenseNews/2016-12/18/content_4767100.htm. 2021年5月5日访问。

完成了该无人潜航器的移交工作。[5]2021 年 4 月 15 日，我国渔民打捞到了证明是外国对我国进行情报侦察监视活动的无人潜航器，从其特征来看，可以认定是美国波音公司收购的“流体机器人”公司的“海浪滑翔机”。根据美军和波音公司的紧密关系以及该无人潜航器的特征，可以说明美国正在不遗余力的侦察、窥探我国的各种信息。[6]

以上事件或已妥善解决，或至今没有披露相关的处置方案，但我们必须认识到无人潜航器等海上无人系统出现在我国海域并非偶然，随着该装置技术发展越来越成熟，诸如此类的事件会层出不穷的侵扰我国。若要从国际法和国内法两个层面上规制海上无人系统，首当其冲就必须解决其在国际法上的法律地位问题，海上无人系统是否具备船舶属性直接决定了相关法律能否适用，明确海上无人系统的法律地位不仅仅直接关系到其是否能依据《联合国海洋法公约》享有航行权，同时还影响着主权豁免等重大国际法理论和原则。

海上无人系统的范围在学界讨论中一直是一个没有明确的问题。部分学者是明确将无人商船排除在海上无人系统即 UMV 的范围之外的，如将海上无人系统明确分为无人水面艇（USV）、无人潜航器（UUV）和无人水下预置系统；[7]在确定 UMV 的法律地位时将其限缩为 UUV，并将无人商船与其并列讨论；[8] 认为 UMV 体积较小，不能用于载人以及货物，因此不能用于国际贸易[9]等。但本文认为对海上无人系统[10]进行全面分析，就必须将无人商船（unmanned merchant vessel）纳入其中。因此本文将海上无人系统分为三类来研究其法律地位，分别是无人商船、无人水面艇（USV）和无人潜航器（UUV），其中无人商船和无人水面艇可归类为无人水面船艇。

二、无人水面船艇的法律地位问题

无人水面船艇与无人潜航器作为海上无人系统的两个大类，其最主要的区分依据就是其航行的区域的不同，无人船主要在水面航行，而无人潜航器主要在水下航行。无人船可分为无人水面艇（小型无人船）以及无人水面船（大型无人船）两类，[11]其中大型无人水面船主要用于商用海洋运输，运输货物与人，本文沿用较多学者的称呼，将其称为无人商船，本章将对这两类海上无人系统的法律地位作分析。

事实上在一些学者下的定义中，很难将无人水面艇和无人水面船区分开来。很多学者对无人水面艇（USV）的描述仅限于“水面航行”，[12]但就单单依据“在水面航行”这一特征，完全有理由认为 USV 包括无人水面艇和无人商船。但也有学者提出无人水面艇与无人商船

---

[5] 中华人民共和国国防部. 中美双方顺利移交无人潜航器[DB/OL]. [2016-12-20]. http://www.mod.gov.cn/topnews/2016-12/20/content_4767292.htm，2021 年 5 月 5 日访问。

[6] “中国人捞起美军侦察无人船！波音打造的军用利器，竟跑来惹是生非”，https://www.toutiao.com/i6951182046404330016/?tt_from=weixin&utm_campaign=client_share&wxshare_count=3&timestamp=1618462217&app=news_article&utm_source=weixin&utm_medium=toutiao_android&use_new_style=1&req_id=2021041512501701021204520 72E038695&share_token=e7a4f649-9ef1-409d-a406-a8364432d4b8&group_id=6951182046404330016&wid=1619264067534，2021 年 5 月 5 日访问。

[7] 参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第 5 页。

[8] Wangwang Xing, Ling Zhu, A functional approach to reassessing the legal status and navigational rights of ships and ship-shaped structures, Transport Policy, 2021.

[9] Robert Veal, Michael Tsimplis , Andrew Serdy . The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles , *Ocean Development & International Law*, 2019.

[10] 有学者将无人海上系统（UMS）和海上无人系统作为两个不同的概念加以区分，认为无人海上系统包括无人水面艇（USV）、无人潜航器（UUV）和无人水下预置系统，而海上无人系统包括无人海上系统和海上部分的无人机（UAV）。参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第 5 页。

[11] 吴青, 王乐, 刘佳仑. 自主水面货船研究现状与展望[J]. 智能系统学报, 2019 年第 1 期。

[12] Robert Veal, Michael Tsimplis , Andrew Serdy . The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles , *Ocean Development & International Law*, 2019；参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第 128 页。

最大的区别即在于其大小，无人水面艇具有小型、快速、灵活等特点，主要应用于军事领域及科研领域，未涉足运输业；无人商船质量大，研发目的就是应用于运输业。[13]虽然各有特点，但目前来看无人水面艇设备选取及智能控制方法均对无人商船具有参考意义，为其相关研究及发展提供基础。本文借鉴了该依据，将无人水面艇（USV）和无人商船区分开来进行讨论。

（一）无人商船的法律地位问题

目前，无论是“海上无人系统”还是“无人商船”、“无人水面船艇”、“无人水面艇”，国际上都不存在一个统一的概念。我国船级社发布的《智能船舶规范》（2020）将智能船舶定义为：利用传感器、通信、物联网、互联网等技术手段，自动感知和获得船舶自身、海洋环境、物流、港口等方面的信息和数据，并基于计算机技术、自动控制技术和大数据处理和分析技术，在船舶航行、管理、维护保养、货物运输等方面实现智能化运行的船舶。而国际方面，国际海事组织海上安全委员会（IMOMSC）将海上自主水面船舶（MASS）定义为“能够基于不同程度，独立于人类互动的船舶”。[14]国际海事委员会（CMI）向各国海事协会发放的关于海上自主水面船舶的调查问卷中，该调查问卷 1. 1 提出：“一艘超过 500 总吨，无船上配员，通过无线电通信远程操控的‘货船’或由计算机防撞系统自动控制且无人监控的‘货船’，是否构成你国海商法下的‘船舶’？”。[15]从该提问可以看出，CMI 无人船国际工作组（IWG）所考虑的海上自主水面船舶技术特征是船舶吨位、船上配员情况以及控制方式。根据上述文件，同时再结合部分学者引用上述文件所进行的论述，可以认为相关文件以及学者讨论中所称的“智能船舶”[16]、“海上自主水面船舶（Maritime Autonomous Surface Ships，MASS）”、[17] “无人智能船舶”[18]、 “无人船舶”[19]等都与本章所讨论的无人商船实质上属于同一类型的海上无人系统。

经过对 47 项国际海事条约及其议定书以及美国、英国等 17 个重要的航运国家法律的梳理，可以确定的是包括《海洋法公约》在内的国际海事条约以及各国国内法中确实没有形成统一的船舶定义。[20]但按照国际海事条约以及各国国内法的相关规定，并没有规定显示船舶定义条款的构成要素必须包括配备船员，[21]如 2017 年 11 月英国建造的首艘无人船[22]就证明，

---

[13] 吴青, 王乐, 刘佳仑. 自主水面货船研究现状与展望[J]. 智能系统学报, 2019 年第 1 期。

[14] IMO，IMO takes first steps to address autonomous ships, https://www. imo. org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-MASS-scoping. aspx, visited on 18 November 2020.

[15] CMI IWG on Unmanned Ships, CMI Questionnaire on Unmanned Ships, https://comitemari time. org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-IWGUS-Questionnaire-24-03-2017. docx, visited on 19 November 2020.

[16] 蔡莉妍. 智能船舶法律规制的困境与突破[J]. 华南理工大学学报(社会科学版), 2020 年第 6 期；潘虹. 智能船舶监管法律问题研究[D]. 大连海事大学, 2020.

[17] IMO，IMO takes first steps to address autonomous ships, https://www. imo. org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-MASS-scoping. aspx, visited on 18 November 2020；吴青, 王乐, 刘佳仑. 自主水面货船研究现状与展望[J]. 智能系统学报, 2019 年第 1 期。

[18] 黄腾. 海上货物运输中无人智能船舶承运人的归责问题研究[D]. 大连海事大学, 2020；李璞. 无人智能船舶航行安全法律问题研究[D]. 大连海事大学, 2018。

[19] 吕方园, 马昕妍. 无人船舶碰撞法律责任规制研究[J]. 大连海事大学学报(社会科学版), 2019 年第 4 期；王国华, 孙誉清. 21 世纪海盗:无人船海上航行安全的法律滞碍[J]. 中国海商法研究, 2018 年第 4 期；王国华, 孙誉清. 无人船碰撞相关的责任[J]. 上海海事大学学报, 2019 第 2 期。

[20] 孙誉清. 商用无人船法律地位的界定[J]. 武大国际法评论[J], 2019 年第 6 期.

[21] Lafte Mohammadreza Bachari, Jafarzad Omid & Ghahfarokhi Naimeh Mousavi, International Navigation Rules Governing the Unmanned Vessels[J], 3 Research in Marine Sciences 334-335 (2018).

[22] “First Unmanned Vessel Joins UK Ship Register”，https://www. offshore-energy. biz/first-unmanned-vessel-joins-uk-ship-register/.

在原则上，人员配备不足并不妨碍其登记注册为船舶。总结起来，构成法律意义下的“船舶”可能需要具备五种要素，[23]其中较为重要的考虑要素应为航行能力要素以及功能用途要素。无人商船主要应用于海洋运输业，其航行能力即可通过其“运输”功能得以印证，其航行能力以及功能用途均不言自明。根据这两个要素来分析，无人商船构成法律意义下的“船舶”[24]。但有学者提出其仅具有形式“船舶”法律地位，所谓形式就意味着无人商船不可以自动适应公约以及国内法中的实体规定，且在相关公约等法律规定修改之前，无人商船都难以取得实质的“船舶”法律地位。[25]为此，必须得根据特定的公约或国内法规定来进行个别分析是否能取得实质的“船舶”法律地位。

（二）无人水面艇的法律地位

无人水面艇是指可以由水面舰船或岸基布放回收，以半自主或全自主方式在水面航行的无人化、智能化作业平台。[26]在军用和民用领域均有广泛的应用前景，目前主要集中在海上测绘、海上监视侦察、反水雷战等领域。其在各个国家的主要应用领域也有所不同，其中美国发展以军事应用为主，而欧洲各国主要以民用运输船为主。[27]其大小理论上可分为小型（< 1t）、中型（< 100 t）、大型（< 1 000 t）、超大型（> 1 000 t），[28]但实践中反潜战持续跟踪无人水面艇（ACTUV）作为目前全球最大的无人水面艇，长度可达 40m，最多仅可装载 40t 的燃油。有多位学者就提出体积过小且没有运输人员或货物的能力会导致 UMV 无法被认定为“船舶”。[29]不可否认的是，根据现有的国际海事条约或国际法律中对船舶建造规模的要求，目前的无人水面艇的确存在体积过小的问题。例如，1986 年《联合国船舶登记条件公约》第 2 条规定的船舶排除了“总登记吨位在 500 吨以下”的船舶。我国《海商法》第 3 条规定的船舶排除了“20 总吨以下的小型船艇”。但这应并不妨碍无人水面艇被认定为“船舶”。

首先，就目前既有的无人水面艇典型装备来看，其大小与其研发目的相符。如格林诺先进救援艇（GARC），其应用目的就是完成救援任务，有效载荷仅为 0. 4t，但足以为幸存者提供长达 3 天的医疗、事务、水和住所。其次，就长远来看，无人水面艇的发展趋势是多样化的，其功能更加多样化、智能化程度和自主性都会得到进一步的增强。国外海军无人水面艇当前的主要任务之一是扫雷以及布雷等，但未来其任务绝不仅限于此，根据美国《海军无人水面艇主计划》，其优先发展的 7 个任务领域包括反水雷战、反潜作战、海上安全、水面作战、支持特种部队作战、电子战和支持海上拦截作战等。数十年来，美国海军都一直投资研制小型无人水面艇，其中大多数都是从母舰上布放和回收的小型无人水面艇，但其“海上

---

[23] 孙誉清. 商用无人船法律地位的界定[J]. 武大国际法评论[J], 2019 年第 6 期.

[24] Wangwang Xing, Ling Zhu, A functional approach to reassessing the legal status and navigational rights of ships and ship-shaped structures, Transport Policy, 2021. ; unmanned merchant ship;李瑞, LI Jiaxin, ZENG Yan. 无人船的法律地位研究[J], 中华海洋法学评论, 2019 年第 4 期；孙誉清. 商用无人船法律地位的界定[J]. 武大国际法评论[J], 2019 年第 6 期.

[25] 孙誉清. 商用无人船法律地位的界定[J]. 武大国际法评论[J], 2019 年第 6 期.

[26] 参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第 128 页。

[27] 彭艳, 葛磊, 李小毛, 钟雨轩, 张鑫. 无人水面艇研究现状与发展趋势[J]. 上海大学学报(自然科学版), 2019 第 5 期。

[28] 吴青, 王乐, 刘佳仑. 自主水面货船研究现状与展望[J]. 智能系统学报, 2019 年第 1 期。

[29]Robert Veal, Michael Tsimplis , Andrew Serdy . The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles , *Ocean Development & International Law*, 2019；Wangwang Xing, Ling Zhu, A functional approach to reassessing the legal status and navigational rights of ships and ship-shaped structures, Transport Policy, 2021.

猎手”计划[30]则着眼于研制一种可以直接从港口码头起航，驶向目标海域，完成任务后自行返回的无人水面艇。在2020财年的国防预算中，美国海军划拨出4亿美元用于研究和开发“幽灵舰队”大型无人水面艇，初始测试载重量为2000t，长度为60.96-91.44m，这将是大型无人水面艇发展的一个重大进步。同时，与国外无人水面艇的发展相比，我国目前存在的技术差距主要表现在无人水面艇平台偏小以及自主航行能力弱等方面。我国目前的无人水面艇依然仅限于执行近海、浅水区域低端的水文测绘等任务，具备高海况适航能力的无人水面艇尚属空白，具备搭载拖曳阵等大型设备能力的无人水面艇亦尚属空白。[31]我们可以合理的预见，如其理论上的分类一样，随着无人水面艇技术的不断发展，会出现大于1 000 t的超大型无人水面艇。因此，从长远来看，仅因目前无人水面艇的体积较小而无法认定其为“船舶”并不符合该领域的发展趋势。

据上述分析，无人商船及无人水面艇均具有形式上的“船舶”法律地位，而要判断无人商船与无人水面艇是否能根据相关公约等法律规定享有实质的“船舶”法律地位，就必须要进行个别分析，本文在此仅分析二者能否根据《海洋法公约》享有实质的“船舶”法律地位。

（三）无人水面船艇与《联合国海洋法公约》

目前就海上无人系统的应用实践来看，有部分国家对无人水面船艇被纳入“船舶”范围内持赞成态度，但也有国家倾向于限制无人水面船艇所拥有的航行权等。[32]因此可以明确的是在《海洋法公约》之外尚未有证据证明有足够的国家实践和法律确信为习惯国际法中确认了海上无人系统的权利提供基础[33]。相较于慢慢等待习惯国际法的形成来规制海上无人系统，对现有国际条约的解释以及适用才是更便捷、更有效以及更重要的解决路径。《联合国海洋法公约》作为“海洋宪法”，[34]对其中的“船舶”相关条款的解释自然是重中之重。

首先，就演化解释与《维也纳条约法公约》中关于条约解释国际法规则之间的关系而言，学界一直都存在一定的争议。对此，Helmersen提出理解二者之间的关系就必须区分条约解释的要素（factor）、方法（method）和结果（result）三个概念。[35]根据《维也纳条约法公约》第31、32条的条款规定，“上下文”、“条约之目的及宗旨”、“通常意义”、“补充资料”等就是条约解释的要素。方法就是指将条约解释要素相结合起来对相关条款解释的路径（approach），演化解释则就是解释结果[36]。国际法委员会指出，无论在何种情况下，相关条约的解释都是建立在缔约国的意图之上的。[37]在一些情况下，缔约者意图确保国际条约的灵活性，希望条约用语的含义能够随着时代的发展而不断变化，一些学者将这种意图称为“时

---

[30] 2016年4月7日，美国海军首艘反潜战持续跟踪无人水面艇（ACTUV）技术验证艇“海上猎手”（Sea Hunter）号服役。参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第174页。

[31] 参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第161页。

[32] Michael N Schmitt and David S Goddard, ‘International Law and the Military Use of Unmanned Maritime Systems’ (2016) 98(902) *International Review of the Red Cross* 567, 577.

[33] Simon McKenzie, When is ship a ship? Use by State Armed Forces of Un-crewed Maritime Vehicles and the United Nations Convention on the Law of the Sea[J], University of Queensland Law Schoo l, 2020.

[34] Shirley Scott, ‘The LOS Convention as a Constitutional Regime for the Oceans’ in Alex Oude Elferink (ed), *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention* (Martinus Nijhoff, 2005) 12.

[35] HELMERSEN S T. Evolutive treaty interpretation: legality, semantics and distinctions [J]. European Journal of Legal Studies, 2013(6):161-188.

[36] 秦天宝, 虞楚箫. 演化解释与《联合国海洋法公约》的发展——结合联合国 BBNJ 谈判议题的考察[J/OL]. 北京理工大学学报(社会科学版):1-13[2021-05-07]. https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2021.7668.

[37] International Law Commission. Report of the International Law Commission on the second part of its seventeenth session and on its eighteenth session [R]. New York: United Nations, 1967.

间意志”。[38]与此种缔约国意图相符，演化解释所持有的理念是，在一些情况下，缔约者会赋予某个条约的条款一种随着时间而不断变化的含义，某个条约术语是可以随着时间的推移而改变的，并不是一成不变的。[39]因此，基于“时间意志”这种缔约国意图，将相关条约解释的要素结合起来解释出的结果便是演化解释。因此，可以说演化解释与《维也纳条约法公约》中关于条约解释国际法规则之间并不存在冲突，后者甚至为前者提供了法律基础。[40]

其次，关于《海洋法公约》的缔约国意图，Lucky 法官在 2015 年对国际海洋法法庭关于分区域渔业委员会案的咨询意见的单独意见书中对《联合国海洋法公约》作为“活文书”（living instrument）这一观点作了进一步的解释，“《海洋法公约》能够不断成长且适应不断变化与发展的环境。海洋法并非是静态而是动态的，通过对相关条款的解释，法庭可以坚持并对这种动态产生积极的影响。自 1982 年以来，科技在不断进步，法官也必须采取强有力的方法，以合法但务实的方式来应用法律。”[41]从这点看来，《联合国海洋法公约》本身就是对新科技发展持有开放态度的一项条约，我们必须以动态的方式来解释相关条款，[42]演化解释正与之相宜。

缔约国意图同样也会体现在条约的目的、宗旨等中。《海洋法公约》的目的和宗旨体现在其序言中，其序言写道“解决与海洋法有关的一切问题”、“为海洋建立一种法律秩序，以便利国际交通和促进海洋的和平用途”，序言中这些语句所表达出的精神以及《海洋法公约》本身规制范围之广都指出对条约的解释必须纳入对新科技发展的考量。[43]因此，对《联合国海洋法公约》进行演化解释具有正当性。

《海洋法公约》的目的及宗旨都赋予了解释者很大程度的灵活性，但并不是所有条款都可以进行演化解释，某一条款或术语是否能够进行演化解释，国际法院在“爱琴海大陆架案”判决中确立了两个考虑要素：条约术语的“一般性”、条约的“无限期”。[44]

第一，学界关于一般性术语并没有统一的观点[45]，经常被引用的定义是 Higgins 法官在 1999 年卡西基里/色杜杜岛案中提出的。按照 Higgins 法官所说，一般性术语是指一个众所周知且当事方预期其内容会随着时间的推移而变化的法律术语，[46]该定义包含了法律术语随着时间变化这一客观事实判断以及当事方预料到这种变化这一主观意图判断。关于是否会随着时间变化这一点，有学者将其与语言学相关联，从语言学上看，如果一个词语与经济、科

---

[38] 刘雪红. 条约演化解释对国家同意原则的冲击[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2017 年第 3 期。

[39] Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press, 2014) 59; 秦天宝, 虞楚箫. 演化解释与《联合国海洋法公约》的发展——结合联合国 BBNJ 谈判议题的考察[J/OL]. 北京理工大学学报(社会科学版):1-13[2021-05-07]. https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2021.7668.

[40] 秦天宝, 虞楚箫. 演化解释与《联合国海洋法公约》的发展——结合联合国 BBNJ 谈判议题的考察[J/OL]. 北京理工大学学报(社会科学版):1-13[2021-05-07]. https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2021.7668.

[41] ITLOS, Request for an advisory opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion of 2 April 2015, Separate Opinion by Judge Lucky, p. 9, para. 18.

[42] Jill Barrett, *The UN Convention on the Law of the Sea: A "Living Treaty?,* in: Jill Barrett/Richard Barnes, LAW OF THE SEA: UNCLOS AS A LIVING TREATY, 3-40 (2016).

[43] Simon McKenzie, When is ship a ship? Use by State Armed Forces of Un-crewed Maritime Vehicles and the United Nations Convention on the Law of the Sea[J], University of Queensland Law Schoo l, 2020.

[44] 曾令良. 从“中美出版物市场准入案”上诉机构裁决看条约解释的新趋势[J]. 法学, 2010 年第 8 期。

[45] PALCHETTI P. Interpreting －generic terms‖: between respect for the parties' original intention and the identification of the ordinary meaning [C]// BOSCHIERO N, SCOVAZZI T, PITEA C et al. International Courts and the Development of International Law. Springer, 2013:91-105.

[46] ICJ: Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia), Judgment (13 December 1999), Declaration of Judge Higgins, para. 2。

技等具有内在变化性的因素具有紧密的联系，那么其含义很有可能会随着时间推移而发生变化。[47]“船舶”就正是与经济、科技等都具有紧密联系的词语。就以我国为例，从经济层面看，根据我国 2019 年船舶工业经济运行报告，[48]2019 年 1-11 月，全国规模以上船舶工业企业 1052 家，实现主营业务收入 3947. 7 亿元，同比增长 11. 9%。2019 年全国造船完工 3672 万载重吨，同比增长 6. 2%。相关数据说明了我国造船完工量之大以及船舶行业经济效益高且都呈现出增长的趋势。从科技层面看，我国的船型结构升级不断取得新的突破，骨干船企、航运企业、科研单位等都积极开展智能船舶实践探索，相继完成了拥有完全自主知识产权的智能船舶研制，[49]2019 年我国造船业全面迈入了“智能船舶 1. 0”新时代。同时我国稳步推进船舶工业与新一代信息技术深度融合，如武汉船机就以“全面数字化+核心智能化”为目标，开展了船舶与海洋工程配套行业数字化、智能化应用示范。[50]再往前回顾世界造船工业的情况，1946 年世界商船产量为 210 万总吨，1975 年上升至 3589. 8 万总吨，[51]我们可以发现在《海洋法公约》生效之前世界船舶工业的发展上升趋势就已经非常明显了。在船舶的科研开发方面，20 世纪 80 年代，日本船厂就已经着手开发高速船、超导电磁推进船等，同时还开展了造船计算机集成制造系统的研究，于 1898 年就已经进入了第二阶段，韩国还制订了“计算机船舶设计生产系统”开发规划。[52]通过对这些情况的了解，我们完全有理由相信“船舶”对《海洋法公约》的各缔约国来说是一个充分了解且能够预料到其随着时间变化的一般性术语。

第二，关于条约的“无限期”，从字面上理解即条约能够无限存续下去，而为了保有这种存续，条约中的条款就必须不断适应时代的发展而不被国际社会所抛弃，而这就需要对部分条款进行演化解释。[53]国际法院在 2009 年“航行权案”的判决中就确定了条约的目的与宗旨正是体现条约是否具有“无限期”的重要指标。[54]如上所述，正如《海洋法公约》序言中所说，“解决与海洋法有关的一切问题”等是该公约的目的，证明了《海洋法公约》的“无限期”。

结合以上两点分析，应对《海洋法公约》中“船舶”的相关条款进行演化解释，无人水面船艇享有“船舶”的法律地位。[55]

三、无人潜航器的法律地位问题

无人潜航器是一种可长期潜入水下，依靠自带能源、自推进、遥控或自主控制，通过配

---

[47] ECKARDT R. Meaning change in grammaticalization: an enquiry into semantic reanalysis [M]. Oxford: Oxford University Press, 2006.

[48] 本刊编辑部. 2019 年我国船舶工业经济运行报告[J]. 广东造船, 2020 年第 1 期。

[49] 谢予, 阴晴, 金伟晨. “十三五”中国船舶工业发展回顾与未来展望[J]. 世界海运, 2021 年第 2 期。

[50] 谢予, 阴晴, 金伟晨. “十三五”中国船舶工业发展回顾与未来展望[J]. 世界海运, 2021 年第 2 期。

[51] 朱汝敬, 郭锡文. 世界船舶工业[J]. 船舶工业技术经济信息, 1996 年第 7 期。

[52] 朱汝敬, 郭锡文. 世界船舶工业[J]. 船舶工业技术经济信息, 1996 年第 7 期。

[53] 韩逸畴. 时间流逝对条约解释的影响——论条约演变解释的兴起, 适用及其限制[J]. 现代法学, 2015 年第 6 期。

[54] ICJ, Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment of 13 July 2009, para. 68。

[55] Robert Veal, Michael Tsimplis , Andrew Serdy . The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles , *Ocean Development & International Law*, 2019; Yen-Chiang Chang, Chao Zhang, Nannan Wang. The international legal status of the unmanned maritime vehicles, *Marine Policy*, 2020; Michael N. Schmitt and David S. Goddard. International Law and the Military Use of Unmanned Maritime Systems, *International Review of the Red Cross*, 567–592, 2016.

置任务载荷执行作战或作业任务，能反复回收和反复使用的海上无人航行器。[56]根据控制方式，无人潜航器主要可分为有缆遥控式无人潜航器（ROV）和自主式无人潜航器（AUV），而这两类无人潜航器的共性就是其通常都需要配备专门的水面支持母船，仅在与母船之间的联系紧密程度上有所不同。[57]就目前的技术发展来看，通常无人潜航器都需要配备母船来支持它的作业，在实践中，无人潜航器可利用潜艇搭载，也可靠水面舰艇或伪装的渔船携带，在既定的区域内释放，随后母船离开该区域，[58]这种作业方式大大增强了无人潜航器的隐蔽性，也给各国的海洋维权执法工作带来了困难。

首先，无人潜航器主要的应用目的为科学研究和海洋资源开发，在军事应用方面，美国海军 2000 年发布的 2030 年之前无人潜航器的发展规划，即《海军无人潜航器主计划》明确了无人潜航器的使命主要包括情报、监视、侦查（ISR）、检查识别以及海洋调查等，[59]但仅仅在其作为一种运输工具时，它才能具有“船舶”的地位。[60]也正是因为无人潜航器的主要功能并不是海洋运输，其大小也与远洋船舶相去甚远，通常远洋船舶的长度应大于或等于 400 英尺或其载重量大于或等于 10, 000 总吨，[61]但超大型无人潜航器直径仅大于 2. 134m。[62]而且美国海军作战部发布的 2021 年版《导航计划》明确指出，海军将“朝着更小的平台发展”。[63]因此，从功能路径来分析，无人潜航器不能被认定为具有“船舶”的法律地位。[64]

其次，从无人潜航器需配备母船这一特征来看，其功能上就不具备成为独立“船舶”的能力。[65]无论是 ROV 还是 AUV，其都需要母船通过电缆或者信号光缆或声、无线电或卫星等通信方式对潜器进行监督和遥控，潜器也会将其收集到的周围环境信息、目标信息和自身状态信息等回传给母船。[66]从这一点可以看出，无人潜航器就像是其母船所延伸出去的一部分，因此与其说无人潜航器是独立的船舶，其事实上应该属于母船的一部分，其反映的是其母船的法律地位。[67]

据上述分析，本文认为无人潜航器不能构成国际法意义上的“船舶”，对此，有学者提出无人潜航器构成“船舶属具”、[68]“装置（device）”、[69]“装备（equipment）”[70] 这三

---

[56] 参见陈强. 水下无人航行器[M]. 国防工业出版社，2014.

[57] 参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第 226 页。

[58] 参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第 249 页。

[59] 参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第 232 页。

[60] Cf. Andrew Henderson, *Murky Waters: The Legal Status of Unmanned Undersea Vehicles,* 53 Naval L. Rev., 57 et sq. (2006).

[61] Wangwang Xing, Ling Zhu, A functional approach to reassessing the legal status and navigational rights of ships and ship-shaped structures, Transport Policy, 2021.

[62] 参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第 234 页。

[63] Navplan, 2021. Navigation plan 2021 of the US navy. Available: https://media. defense. gov/2021/Jan/11/2002562551/-1/-1/1/CNO%20NAVPLAN%202021%20-%20FINAL. PDF.

[64] Simon McKenzie, When is ship a ship? Use by State Armed Forces of Un-crewed Maritime Vehicles and the United Nations Convention on the Law of the Sea[J], University of Queensland Law School, 2020.

[65] Wangwang Xing, Ling Zhu, A functional approach to reassessing the legal status and navigational rights of ships and ship-shaped structures, Transport Policy, 2021.

[66] 参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第 226 页。

[67] McLaughlin, R., 2011. Unmanned naval vehicles at sea: USVs, UUVs, and the adequacy of the law. J. Inf. Sci. 21, 100–115；Wangwang Xing, Ling Zhu, A functional approach to reassessing the legal status and navigational rights of ships and ship-shaped structures, Transport Policy, 2021.

[68] 宋淑华, 赵劲松. 无人潜航器的法律地位[J]. 南海学刊, 2017 年第 3 期；Wangwang Xing, Ling Zhu, A functional approach to reassessing the legal status and navigational rights of ships and ship-shaped structures, Transport Policy, 2021.

[69] Robert Veal, Michael Tsimplis , Andrew Serdy . The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles , *Ocean Development & International Law*, 2019.

种可能性，本文对此暂不作界定。

对无人潜航器不具有“船舶”法律地位这一观点，有学者提出，未被认定为“船舶”的海上无人系统的战略价值或将被大大削减，不仅其航行权利会被严格限制，国家也不能对其主张主权豁免。[71]但结合实际来看，与无人水面艇在海上航行时具有明显特征且易被侦查不同的是，无人潜航器往往会被伪装的渔船等偷偷投放到沿海国管辖的海洋区域内且因其暴露部分很小，被雷达或红外传感器发现的可能性很小，具有很强的隐蔽性。我国 2016 年打捞到的美国无人潜航器以及 2021 年 4 月渔民捕捞到的无人潜航器就体现了我国侦查这些处于我国管辖海域的无人潜航器的难度之大。在这一背景下，我们绝不能只考虑无人潜航器的战略价值以及其享有的权利是否会被削弱和限制，还更应该结合现存局势关注国家利益的保护。以我国南海为例，自新冠肺炎爆发以来，美国越来越明显的针对我国南海采取军事行动准备，其军方开展的活动包括但不限于定期舰机巡弋、派遣船只到南海帮助东南亚国家进行海上执法能力建设等，这都表明，美国军方正在加速在南海的深度介入，而且很有可能会将全球最先进的舰机和装备都投入到南海。[72]美国海军《21 世纪海上力量》构想也已明确指出无人系统是海军未来的力量倍增器，而且许多特定任务如收集、传送各种信息、与目标交战等，都只能由无人潜航器来承担。[73]与此同时，在我国海域打捞到的多个无人潜航器也说明了美方的构想并不仅仅只是构想，其正随着无人潜航器技术发展的成熟而逐步实现。

同时考虑到未来在海上无人系统这一领域可能会形成习惯国际法规则，我国在对无人潜航器的法律地位认定上也应形成“反复”和“前后一致”的实践。在 2016 年无人潜航器事件中，我国在美方坚称该无人潜航器为“享有主权豁免的船舶”[74]的情况下，并没有同意该观点。因此，我国应考虑在此问题上保持前后一致的立场。

因此，结合现存局势的分析以及对无人潜航器技术特征的深度了解，本文认为无人潜航器不具有国际法意义上的“船舶”法律地位，所以可认定其并不符合《海洋法公约》关于军舰和政府船舶的规定，即使有国家对其主张主权豁免，我国仍可采取阻却性措施。 [75]

四、结语

未来无人水面艇以及无人潜航器等海上无人系统均会朝着体系化、标准化和群体协同化方向发展，[76]海上无人系统集群作战正在从概念走向实装应用，而且不仅仅只是同种类型无人系统或仅仅海洋区域内的集群作战，还有无人机、无人水面艇以及无人潜航器等不同类型无人系统在空中、水面和水下等不同作战领域之间的协同控制。目前美、英、法等国在无人系统间跨域协同通信和指挥方面都取得了一定的进展。[77]这种复杂的集群作战将会引发更加复杂的国际法问题，因此在现阶段对海上无人系统进行深入了解是十分有必要的，本文正是

---

[70] Robert Veal, Michael Tsimplis , Andrew Serdy . The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles , *Ocean Development & International Law*, 2019.

[71] Simon McKenzie, When is ship a ship? Use by State Armed Forces of Un-crewed Maritime Vehicles and the United Nations Convention on the Law of the Sea[J], University of Queensland Law School, 2020.

[72] 朱锋. 大变局下的南海局势：新问题与新特点[J]. 人民论坛·学术前沿, 2021 年第 3 期。

[73] 参见董晓明. 海上无人装备体系概览[M]. 哈尔滨工程大学出版社，2020，第 231 页。

[74] “Statement by Pentagon Press Secretary Peter Cook on Return of U.S. Navy UUV”, https://www.defense.gov/Newsroom/Releases/Release/Article/1034224/statement-by-pentagon-press-secretary-peter-cook-on-return-of-us-navy-uuv/.

[75] 郭中元, 邹立刚. 南海无人潜航器事件的国际法评析[J]. 海南大学学报(人文社会科学版), 2017 年第 4 期.

[76] 彭艳, 葛磊, 李小毛, 钟雨轩, 张鑫. 无人水面艇研究现状与发展趋势[J]. 上海大学学报(自然科学版), 2019 第 5 期。

[77] 谢伟, 陶浩, 龚俊斌, 罗威, 尹逢川, 梁晓龙. 海上无人系统集群发展现状及关键技术研究进展[J]. 中国舰船研究, 2021 年第 1 期。

根据其不同的技术特征对其详细分类，进而对其法律地位予以明确，为其相关国际法问题的探讨做好基础建设。

如上所述，无人商船及无人水面艇均具有形式上的“船舶”法律地位，且在对《海洋法公约》相关条款进行演化解释的情况下，其“船舶”的范围可以扩展至包括无人水面艇。但这并不意味着所有的海上无人系统就一定能被认定为“船舶”，最终依然是要根据国内法的规定对其具有“船舶”法律地位予以确认。[78]我国必须尽快制定国内法对其进行规制以及适时推动在多边框架下制定海上无人系统的国际条约，争取国际规则制定话语权。[79]同时也要继续加强相关科技研究以及强化具体阻遏国外海上无人系统对我国“侵袭”的措施。通过对技术特征、应用目的以及结合现存局势的分析，本文认为无人潜航器无法确认为国际法意义上的“船舶”，我国应针对其采用不同于无人水面船艇的规制措施。

[78] Simon McKenzie, When is ship a ship? Use by State Armed Forces of Un-crewed Maritime Vehicles and the United Nations Convention on the Law of the Sea[J], University of Queensland Law Schoo l, 2020.；Robert Veal, Michael Tsimplis , Andrew Serdy . The Legal Status and Operation of Unmanne d Maritime Vehicles , *Ocean Development & International Law*, 2019；Yen-Chiang Chang, Chao Zhang, Nannan Wang. The international legal status of the unmanned maritime vehicles, *Marine Policy*, 2020.

[79] 郭中元, 邹立刚. 南海无人潜航器事件的国际法评析[J]. 海南大学学报(人文社会科学版), 2017 年第 4 期.

WTO 透明度机制改革：基于整体视角的研究

张耀元*　武汉大学国际法研究所

摘要：透明度对 WTO 多边贸易体制的稳定和可预测性而言具有重要作用，WTO 改革应给予透明度机制更多关注。WTO 透明度机制包括通报机制和贸易政策审议机制两种具体方式。通报机制存在成员方通报不力问题，贸易政策审议机制具有信息供给不足的缺陷，两者透明度功能遭遇类似的实现困境，亟需改革提升。但是，各成员方关于透明度的改革提案中，强化通报义务履行方面存在纪律约束路线与能力建设路线的严重分歧，且对贸易政策审议机制的关注严重不足。通报机制与贸易政策审议机制具有相同的制度根源、面临相似的机制问题，两者在透明度功能运行中具有互补性，因而 WTO 透明度机制改革应从机制整体发展视角出发。WTO 透明度机制改革过程中应保持通报机制与贸易政策审议机制改革并进，国际透明与国内透明并重。在透明度实现的自我报告方式中选择透明度实现的合理约束路径，他人报告方式中完善和强化反向通报和秘书处报告的作用。

关键词：WTO 改革；透明度；通报机制；贸易政策审议机制

引言

透明度是世界贸易组织（WTO）法律体制的一项基本原则，强调贸易措施的及时公开与可以获得。[1]从国际经贸发展的角度来看，透明度的重要性在于，对贸易市场环境来说，若缺乏“获得真实信息的机会……保护和调整……这些行为或寻求修改的行为”将加重和扭曲贸易商的进出口决定，使真正的市场竞争优势无法计算。[2]从 WTO 法律体制的角度来看，透明度要求的存在能够满足国际谈判各方高质量信息的需求、提高 WTO 协定的有效性、减少政策的不确定性以及避免贸易冲突和争端。[3]显然，无论从经济层面抑或法律层面，透明度的实现都对多边贸易体制的健康发展而言具有正向促进作用。

近年来，国际社会中贸易保护主义抬头，个别国家单边贸易措施大行其道，肆意破坏 WTO 法律机制的运行，多边贸易体制遭遇空前危机。而政策透明度被视为一种机制，通过给予贸易参与者相互问责的工具，防止保护主义抬头。[4]当前 WTO 面对的主要冲击恰是来自于成员方贸易保护主义的盛行，在这一背景下所引发的新一轮 WTO 改革中，无疑对透明度机制的完善提出了最直接的要求。这在各成员方所提出的 WTO 改革文件已有所体现，反映出如何提升 WTO 的透明度功能已经成为各成员方的普遍共识。WTO 透明度机制包括通报（notification）机制与贸易政策审议机制（Trade Policy Review Mechanism，TPRM），两者都在不同程度上暴露出机制性问题。然而，目前对 WTO 透明度规则改革建议中多集中于前者，却缺乏对 TPRM 的反思，两种透明度机制的研究呈现出不均衡发展的状态。从 WTO 透明度机制设置来看，两者具有互补性，在改革进程中应当给予同等关注。因此，从通报机制与 TPRM 相结合的整体视角出发，发现 WTO 透明度机制存在的问题，分析、对比各成员方

---

* **【作者简介】**张耀元，武汉大学国际法研究所博士研究生。

[1] 参见胡加祥、彭德雷：《WTO 贸易政策审议机制的特点与功能——以中国第四次贸易政策审议为切入点》，《法学》2013 年第 1 期，第 71 页。

[2] See Carl-Sebastian Zoellner, Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law, Michigan Journal of International Law, Vol.27(2), 2006, p.604.

[3] See Terry Collins-Williams and Robert Wolfe, Transparency as a Trade Policy Tool: The WTO's Cloudy Windows, World Trade Review, Vol.9(4), 2010, pp.552-553.

[4] See Michael G. Plummer and Alissa Tafti, Transparency in International Trade Policy, in Jens Forssbæck and Lars Oxelheim(eds.), The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency, Oxford University Press, 2015, p.169.

改革提案中的透明度建议，探讨 WTO 透明度机制的未来改革方向与路径，对维持多边贸易体制的有效性而言具有重要意义。

一、WTO 透明度机制及其缺陷

WTO 通过“程序技术”为透明度提供保障，把价值问题转换成程序问题来处理，[5]即通报机制与 TPRM 两种程序机制。但从实践来看，WTO 透明度目标并没有很好地得以实现，导致在多边贸易体制中成员方对相互贸易政策理解度不足，而这也在 WTO 法律体制中诟病已久。

（一）通报机制及其缺陷

贸易政策透明度是在 WTO 体制内推进贸易政策目标的重要工具，也是改善贸易体系运作的非强制性工具，[6]通报则是 WTO 各协定实体规则中所确定的主要透明度实现手段。通报机制一直是多边贸易体制自始以来的一部分，WTO 成员需要就自身的贸易法律与政策作出通知，[7]以保障各成员方在特定协定下的贸易政策与措施能够及时被其他成员方所获知。通报在 WTO 体制中具有普遍性，WTO 各项协定和决议中包含超过 200 项通报规定，[8]渗透到 WTO 协定的各个方面。[9]鉴于通报所牵涉贸易议题的广泛性，其在 WTO 法律体制中的重要性不言而喻。多边贸易体制中成员方只有积极和全面地履行通报义务，才保证其贸易政策的透明度，否则其他 WTO 成员无法监督其贸易政策是否符合 WTO 规则。[10]

从目前通报的实际效果来看，与通报机制最初所设想的结果仍存在不少差距，这在 WTO 关键贸易领域的表现较为突出。在反倾销领域，在 2019 年 1 月至 6 月期间，仍有 31 个成员方未进行任何通报。[11]在补贴问题上，1995 年至 2019 年，通报补贴的成员方比例仅维持在 37%至 50%之间，而未作出任何通报的成员方所占比例比例大幅增加，从 25%增加到 60%。[12]国营贸易企业等相关领域，近期通报数量有所下降，且过去几年这一趋势有所加剧。[13]事实上，WTO 为强化成员方的通报力度，已作出了必要的努力与制度设计，但收效甚微，未真正改变这一现状，甚至可能在一程度上构成了反作用因素。

为鼓励提交相关信息，各成员方在 WTO 成立时通过的《关于通报程序的决定》中同意，通报并不影响具体措施是否符合成员方的 WTO 义务。[14]这意味着通报虽然是一项法律义务，但实际上遵守是自愿的，WTO 对不遵守没有任何有形或强制性的惩罚。[15]通报不会对成员方产生任何不利法律后果，一定程度上能够消解成员方的忧虑，但相关实体规则的约束性不足，

---

[5] 参见谢晓尧：《WTO 透明度：固有价值和保障机制》，《法学》2003 年第 1 期，第 74-75 页。

[6] See Liesbeth Casier et al., Shining a light on fossil fuel subsidies at the WTO: how NGOs can contribute to WTO notification and surveillance, World Trade Review, Vol.13(4), 2014, p.605.

[7] See Craig VanGrasstek, The History and Future of the World Trade Organization, World Trade Organization, 2013, pp.271-273.

[8] See Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, The World Trade Organization: Law, economics, and politics, Routledge, 2007, p.19.

[9] 不完全列举，如《关税及贸易总协定》（GATT）第 10、13、16、17、24 条、《服务贸易总协定》（GATS）第 3 条、《技术性贸易壁垒协定》（TBT）第 10 条、《卫生与植物检疫措施协定》（SPS）第 7 条，《补贴与反补贴措施协定》（SCM）第 25 条等均含有通报义务要求。

[10] 参见郑伟、管健：《WTO 改革的形势、焦点与对策》，《武大国际法评论》2019 年第 1 期，第 81 页。

[11] See WTO, Overview of Developments in the International Trading Environment, Annual Report by the Director-General, WT/TPR/OV/22, paras.6.4.

[12] See WTO, Overview of Developments in the International Trading Environment, Annual Report by the Director-General, WT/TPR/OV/22, paras.6.5.

[13] See WTO, Overview of Developments in the International Trading Environment, Annual Report by the Director-General, WT/TPR/OV/22, paras.6.9.

[14] See Petros C. Mavroidis & Robert Wolfe, From Sunshine to a Common Agent: The Evolving Understanding of Transparency in the WTO, Brown Journal of World Affairs, Vol.21(2), 2015, p.120.

[15] See Robert Wolfe, Letting the sun shine in at the WTO: How transparency brings the trading system to life, SSRN Electronic Journal, 2013.

缺乏对成员方通报行为的必要监督，反而为成员方不力通报提供了宽松的法律环境。此外，成员方仍会担心遭受到其他成员批评，导致成员方相互戒备，不信任感加剧，同样无法产生信息通报的动力。因此，WTO 法律体制如何在通报的法律约束力强化与鼓励成员方积极通报之间形成平衡尤为重要。另一方面，尽管 WTO 秘书处和各委员会不断作出努力，但客观现实是，许多 WTO 成员却缺乏必要的通报能力，[16]如资源受限、语言能力不足等，[17]构成通报效果不理想的又一重要影响因素。

从本质上来看，通报是一种自下而上的信息获取方式，实际都依赖于成员方的信息供给程度。一些成员方拒绝将贸易政策信息视为公共产品，[18]试图对信息进行垄断，以保证自身在谈判中掌握更多的主动权，使之缺乏明确的意愿进行通报。此外，WTO 的贸易政策信息体制对通报信息是否准确进行判断的能力匮乏，独立的检视机制也未被引入，成员方所通报信息的可信赖度容易引起质疑，这也产生了对通报信息质量进行更深层次治理的需要。因此，通报机制在实现 WTO 透明度目标时有其内在局限性。

（二）贸易政策审议机制及其缺陷

WTO 通过《马拉喀什协定》附件 3 建立了 TPRM，赋予 TPRM 相对独立的法律地位，确立其透明度功能。WTO 对 TPRM 实现贸易政策透明设立较为理想化的目标，试图通过创设一种专门化的程序性机制使得成员方的贸易政策与做法能够得到最大程度的公开，以构成各实体性协定中通报规则的补充。不过 TPRM 虽以 WTO 透明度的实现为首要目标，[19]但僵化的信息供给制度无法有效回应当前贸易体制的主要关切，表现出不同方面的缺陷。

首先，TPRM 属于 WTO 中的程序性安排，对 WTO 透明度要求的实现主要体现在审议报告之中。成员方和秘书处分别撰写由成员审查和讨论的报告，目前成员方报告的重要性已经降低，相关讨论主要集中于秘书处报告。[20]不过，秘书处报告过于强调事实性，虽然能够维持其客观性，但仅停留在信息公开层面，而无法满足成员方更深层的信息利用的需求。这与秘书处的权能受限不无关系。

其次，目前国际社会中贸易单边主义与保护主义盛行，构成对 WTO 多边自由贸易体制最直接的冲击。在透明度要求下，TPRM 理应对此作出较为积极的回应。然而，譬如在 2018 年针对美国的贸易政策审议中，审议周期内有关贸易保护主义的内容并没有有效涵盖。如美国“301 条款”的复苏，秘书处报告中仅对美国贸易做法进行了陈述，并没有就此种做法的所涉及的政治、经济、法律层面的考量予以详细披露，TPRM 中所作陈述并不足以揭示美国保护主义的真实逻辑与利益考量。这同样反映了 TPRM 透明度功能在信息处理方面灵活性欠缺，对多边贸易体制中贸易政策变化的敏感度亟需提升。

再次，TPRM 在创设过程中确立了国内透明（domestic transparency）目标，[21]但实践中对这一目标实现有限。贸易政策审议虽能相对广泛地收集成员方的贸易政策，但多停留于国际透明（international transparency）阶段，国内透明目标难以有效推进。贸易政策决策通常

---

[16] See WTO, Overview of Developments in the International Trading Environment, Annual Report by the Director-General, WT/TPR/OV/22, paras.6.2.

[17] See Md. Rezaul Karim, Transparency is the Most Important Governance Issue in the WTO Subsidy Control, SSRN Electronic Journal, 2014.

[18] See Robert Wolfe, Letting the sun shine in at the WTO: How transparency brings the trading system to life, SSRN Electronic Journal, 2013.

[19] See Mathias Kende, The Trade Policy Review Mechanism: A Critical Analysis, Oxford University Press, 2018, p.283.

[20] See Craig VanGrasstek, The History and Future of the World Trade Organization, World Trade Organization, 2013, p.279.

[21] Annex 3 of the Marrakesh Agreement, WTO, 1995, para B.

被理解为一国经济主权的一部分，WTO 法律机制在处理国内透明这一问题时极为小心。WTO 无意明确干涉包括成员方体制结构的程序性规则在内的国内政策，[22]现阶段所规定的透明度所要求的仅是一种最低标准的透明度。[23]为避免对成员方主权的侵蚀，TPRM 使用了更为柔性的表达，即国内透明以成员方自愿为基础，并需考虑成员方的法律和政治体制，这也制约了国内透明目标的实现，进而影响了 WTO 透明度的整体实现效果。

总体而言，WTO 透明度机制在上述两方面不同程度地陷入了困境，这对建立更为稳定、可预测的多边贸易体制而言同样是一种隐忧。基于目标的同一性，通报机制与 TPRM 作为透明度实现的两条并行路线，从上述分析来看，两者在问题表现上也表现出相似性，如信息披露不足、信息获取方式有限等导致透明度目标实现不佳，因而在透明度机制完善时需将两者综合考量，共同推进。

二、各方提案中 WTO 透明度机制的改革建议分析

（一）强化通报义务建议中纪律约束与能力提升的分歧

WTO 各成员方的改革提案中对透明度机制的完善主要集中在如何强化成员方履行通报义务方面，尽管目前仍是框架性的，但不同成员方的利益诉求呈现出纪律约束与能力提升不同路线。[24]

纪律约束路线聚焦于如何设置特定措施约束成员方履行通报义务，通过削弱成员方在 WTO 中的权能或置于不利地位的方式等方式以迫使成员方进行通报。如《美日欧联合提案》提出若成员方在特定期间内未完成通报要求，则不能提名该成员方的代表担任 WTO 相关机构的主席，该成员在贸易政策审议期间向另一成员提出的问题无需回答，在 WTO 预算正常摊款的基础上增加摊款等，甚至符合特定情形该成员可以被指定为非积极成员等。[25]欧盟在《关于 WTO 现代化的概念文件》（以下简称《概念文件》）中提出对于故意和反复不遵守通报义务的情形下，需要有工具来强制执行，并建议与其他 WTO 成员合作，制定有效、公平和相称的制裁措施。这种制裁可包括使不遵守规定的成员在政治层面和公开场合受到更强烈的批评，并限制其有关权利参与 WTO 程序。[26]当然，纪律约束路线中各方改革提案设计的促使成员方履行通报义务的措施并不总是惩罚性的，还包括一些激励手段，欧盟《概念文件》还提出可以在会议、报告和贸易政策审议等不同场合中更多地展示和赞扬成员通报做法的改进。除此之外，如《美日欧联合提案》中也强调给予成员方必要的援助，进行通报能力建设。从这一意义上理解，持纪律约束路线的成员也同样强调帮助发展中成员提升通报和透明度能力的重要性，两者并不冲突。

能力提升路线着重对成员方履行通报义务提供必要的援助。承认各成员方发展水平差异、履行透明度义务存在困难，认为需要通过能力建设的方式，促进义务履行。在这一方面，非洲集团、古巴、印度及拉曼等国家的联合改革提案持此种立场。这一联合提案指出发展中国家履行通知义务的能力与其经济发展水平和获得资源的机会密不可分，强调发展中国家面临的能力和资源的限制不容低估，应当使现有通知义务合理化，使其与成员方的发展水平相称。

---

[22] See Long Van Tran, The Power of Transparency Norms in the WTO Legal Framework: Impacts beyond the Trade Context, International Review of Law, Vol.2016(3), 2016, p.10.

[23] 参见王贵国：《世界贸易组织法》，法律出版社 2003 年版，第 87 页。

[24] 参见金建恺：《WTO 透明度规则的改革进展、前景展望与中国建议》，《经济纵横》2020 年第 12 期，第 66 页。

[25] See WTO, General Council/Council for Trade in Goods, Procedures to enhance transparency and strengthen notification requirements under WTO agreements, Communication from Argentina, Costa Rica, the European Union, Japan, and the United States, 1 November 2018, JOB/GC/204, para.12.

[26] See EU, WTO Modernisation Introduction to Future EU Proposals, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf, visited on 7 October 2020.

[27]同时，对《美日欧联合提案》提出批评，指出该提案预设了不遵守的原因和补救办法，并提出增加通知义务，这并未解决发展中国家遵守这些义务所面临的困难，以惩罚性方式强制执行通知和透明度义务不可接受。[28]从非洲集团等发展中成员方的改革提案来看，与美日欧等发达成员方存在改革路径上的根本分歧，其主张加强发展成员方能力建设为通报义务有效履行的前提与基础，始终坚持通报义务的自愿性，鲜明地拒绝了履行通报义务的强制性措施。

中国在《中国关于世贸组织改革的建议文件》（以下简称《建议文件》）中同样包含能力提升路线，注意到成员方通报义务的履行与 WTO 各协定要求之间的差距，将成员方通报能力欠缺作为一项关注问题，建议进行相应的技术援助加强其通报建设。[29]针对其他成员方提出的强制性通报措施，对中国而言接受起来存在较大难度，也已明确表达了反对[30]。此外，中国创新性地提出发达成员在履行通报义务上应当发挥示范作用，[31]反对发达成员对一味指责其他成员方的通报状况，而应作出表率。

由于 WTO 本质上是通过共识的方式作出决定、进行自我管理，[32]改革只有建立在成员方普遍认知的基础上，才有可能获得最大的支持。从各成员方改革路线来看，纪律约束路线尤其是其中具有惩罚或制裁性质的措施难以获得发展中成员的接受，无法在不同发展水平成员间形成共识。因此，通报机制改革分歧仍是通报义务的约束力问题，如何在成员方间实现通报义务的合理约束至关重要。

（二）对贸易政策审议机制的改革关注不足

作为WTO透明度机制之一的TPRM在各成员方的改革提案中同样有所提及。欧盟在《概念文件》中提出强化 TPRM 的改革建议。欧盟建议，透过授权秘书处进一步评估其报告内的通报表现，以供成员检讨，提高审议工作的有效性。报告中有关通报的信息可以扩大到一章，通过系统性地强调自上次审议以来该成员方遵守效果与通报表现使相关材料更加详实。[33]欧盟这一做法仅将 TPRM 视为监督以通报方式来实现更高透明度目标的工具，实质上并没有对 TPRM 自身作为透明度实现路径提出更加完善的建议。在《美日欧联合提案》中，以通报义务的完善为透明度改革的逻辑起点，认为贸易政策审议机构（Trade Policy Review Body，TPRB）应当单独对成员方遵守通报义务的进行特别的、标准化的关注。[34]这与欧盟《概念文件》中所载的改革建议具有一定的相似性。

加拿大在《加强和现代化 WTO：讨论文件》（以下简称《讨论文件》）中，提出需要提高 WTO 监督职能的效率与有效性，具体包括提高国内措施的通报和透明度、提高审议的能力和机会、改善解决具体贸易问题的机会和机制。其中强调对贸易措施进行审议的重要性，认为在一些定期机构中讨论对具体贸易措施的关切，可以不经正式争端解决程序而得到澄清

---

27 See WTO, An Inclusive Approach to Transparency and Notification Requirements in the WTO, Communication from the African Group, Cuba, India and Oman, JOB/GC/218/Rev.2, paras.1.1-1.3.

28 See WTO, An Inclusive Approach to Transparency and Notification Requirements in the WTO, Communication from the African Group, Cuba, India and Oman, JOB/GC/218/Rev.2, paras.2.5-2.7.

29 See WTO, China's Proposal on WTO Reform, Communication from China, WT/GC/W/773, paras.2.26-2.27.

30 参见廖凡：《世界贸易组织改革：全球方案与中国立场》，《国际经济评论》2019 年第 2 期，第 40 页。

31 See WTO, China's Proposal on WTO Reform, Communication from China, WT/GC/W/773, para.2.28.

32 See Bryan Mercurio, WTO and Its Institutional Impediments, Melbourne Journal of International Law, Vol.8(1), 2007, p.210.

33 See EU, WTO Modernisation Introduction to Future EU Proposals, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf, visited on 7 October 2020.

34 See WTO, General Council/Council for Trade in Goods, Procedures to enhance transparency and strengthen notification requirements under WTO agreements, Communication from Argentina, Costa Rica, the European Union, Japan, and the United States, 1 November 2018, JOB/GC/204, para.6.

甚至解决。[35]在《讨论文件》中，加拿大与欧盟的关注重点相近，亦同样强调通报的重要性，虽未明确指向 TPRM，但这些改革建议却与 TPRM 的机制功能密不可分。

中国在《建议文件》中明确肯定了 TPRM 对增强透明度的积极贡献，[36]指出在 WTO 的贸易政策审查和监督职能有关方面，世贸组织的运作效率有待提高。[37]中国从 WTO 组织机构运行效率角度出发，认为贸易政策审议功能有待加强，重申透明度目标的实现与 TPRM 监督功能之间关系。在《建议文件》中，中国强调改进 WTO 机构的工作，应全面提升世贸组织在全球经济治理中的重要作用，使世贸组织下属机构及秘书处相关工作能更有效回应成员利益诉求，不过同样未对 TPRM 如何改进具体展开。

对比于成员方对通报机制改革的迫切需求，相关改革提案中对 TPRM 改革的关注有限，而 TPRM 作为一项专门性的透明度机制也同样面临现代化改革的需要。目前提案中虽含有 TPRM 的改革动向，但关于 TPRM 的改革建议多浅尝辄止，未形成针对性、系统性的阐释，也未对 TPRM 目前已经暴露出的缺陷予以解决，因而这一机制未来改革需要得到澄清。

三、WTO 透明度机制整体改革方向

在对 WTO 透明度机制既有缺陷的认识与现有透明度改革提案分析的基础上，应当对 WTO 透明度机制的未来改革方向予以明确。WTO 改革是一项系统性工程，WTO 法律体制内任何一项机制的发展与革新都要从 WTO 制度整体发展的角度出发。通报机制与 TPRM 同样作为 WTO 透明度实现的专门机制，两者并非完全独立，在改革路径上存在一致性与互补性，同样需要从整体性视角审视。GATT 第 10 条最先在 WTO 法律体制中确立通报义务，其被认为是 TPRM 的前身，[38] 反过来，TPRM 也是监测 GATT 第 10 条要求的遵守情况的一种手段。[39]基于此，通报机制与 TPRM 不仅共享同一法律基础，而且相互作用，因而从整体性视角分析探讨透明度机制的改革路径具有正当性与必要性。

（一）总体路线：通报机制与 TPRM 改革并进

相比于通报机制在 WTO 透明度实践中的广泛关注，TPRM 则显得落寞许多。实际上，TPRM 的制度设计恰好能够在通报机制难以触及的领域发挥作用，具有独特性价值，其在 WTO 透明度实现中的重要性可以通过与通报机制对比予以发现。

一则，从价值取向来看，从 GATT 到 WTO，其透明度原则实际上是一种国际透明，即一成员方必须使其贸易政策为其它成员方所了解和知悉，[40]并不要求其贸易政策为其国内的组织和公民所知悉。TPRM 在创设过程中确立的国内透明目标，将透明度延伸到贸易政策的国内决策阶段，拓展了需要披露的信息范围。二则，从启动方式来看，TPRM 通常是由 GATT 官员发起，[41]由 TPRB 负责实施，具有一定的职权主义色彩。在这一方面，TPRM 改变了通报机制中贸易政策信息获取过分依赖成员方供给的自下而上方式。TPRM 的出现也表明 WTO 透明度的实现从单纯依靠通报的自我报告模式向自我报告与他人报告并行模式的转变，丰富了信息获取途径。三则，从作用对象来看，通报机制通常作用于成员方采取的特定某一

---

35 See WTO, Strengthen and Modernizing The WTO: Discussion Paper, Communication from Canada, JOB/GC/201.

36 See WTO, China's Proposal on WTO Reform, Communication from China, WT/GC/W/773, para.1.5.

37 See WTO, China's Proposal on WTO Reform, Communication from China, WT/GC/W/773, para.1.7.

38 See Mathias Kende, The Trade Policy Review Mechanism: A Critical Analysis, Oxford University Press, 2018, p.43.

39 See Ljiljana Biuković, Transparency Norms, the World Trade System and Free Trade Agreements: The Case of CETA, Legal Issues of Economic Integration, Vol.39(1), 2012, p.94.

40 参见张军旗：《国内透明与 WTO 多边贸易体制》，《世界贸易组织动态与研究》2001 年第 1 期，第 19 页。

41 See Petros C. Mavroidis, Surveillance Schemes: The GATT's New Trade Policy Review Mechanism, Michigan Journal of International Law, Vol.13(2), 1992, p.398.

项贸易措施、政策或法律，需要成员方每一项措施予以单独通报，在实践中呈现出分散性的特点。TPRM 属于 WTO 法律体系下独立性安排，TPRM 使得透明度目标可以通过专门机制帮助实现，审议的内容主要涉及对成员方宏观贸易环境的评价，使各成员方一段时期内的贸易做法可以被集中检视。相对于通报机制中透明度要求针对成员方采取的特定某一项贸易措施、政策或法律而言，WTO 透明度要求在 TPRM 中的实现具有全面性和整体性。

可见，TPRM 与通报机制相辅相成，在 WTO 透明度目标实现中发挥重要作用，需要引起成员方的同等重视。遗憾的是，TPRM 尽管被确立为一项法律机制，但却没有被赋予法律意义上的约束力，仅通过同行评议（peer review）方式对成员方形成压力，并不产生法律后果。与具有强制约束力的争端解决机制相比，TPRM 的作用力明显被弱化。在贸易政策审议过程中，各成员虽能享有相对宽松的交流环境，但却没有改变成员方信息披露意愿不足这一根源性问题。结果导致，透明度的实现在实践中长期实质上依赖通报机制单一路径，成员方未能充分利用 TPRM 这一公共论坛检视相互间的贸易政策，一定程度造成 WTO 资源的浪费。因此，推动成员方对 TPRM 的合理利用，匡正 TPRM 在 WTO 法律体系中的地位，对 WTO 法律体制均衡发展来说不可或缺。

（二）总体目标：国际透明与国内透明并重

多边和各国不同层次的透明度对减少国内保护主义压力和实施相关协议而言是必不可少的。[42]WTO 透明度的实现需要考虑多边层面与各成员方自身层面两个维度，即国际透明与国内透明。但从目前 WTO 透明度实现方式与制度安排来看，现有透明度义务主要集中于国际透明层面，而针对国内透明的实现缺乏必要的制度供给。从实际效果来看，国际透明强调成员方贸易政策信息的公开，作用于贸易政策在多边贸易机制中的传播阶段，目的是为成员方提供相同的获取贸易政策信息的机会，很少关注贸易政策本身的合理性。而国内透明关注贸易政策产生，通过要求在决策阶段对利益博弈过程予以公开，以达到保护更广泛国内社会群体利益的目标。国内透明可以从根源上限制贸易保护主义，特别是有助于解决存在诸多灰色区域、具有保密性贸易限制以及贸易行政“管理”透明度缺乏的“新保护主义”问题，[43]进而促进贸易政策实质正义的实现。同时，一般认为，如果没有实现本国内部的透明度，那么争取外部透明度的努力将收效甚微，[44]国内透明对国际透明而言也具有基础性作用。因而，WTO 透明度机制改革中强化国内透明目标的实现，与国际透明目标并重促进尤为必要。

然而，相比于国与国之间透明度的实现，一国之内透明度的实现并不容易。[45]这是由于国际透明维护的是 WTO 体制中成员方的知情权，属于成员方之间权利义务关系的内容，不牵涉成员方国内的政治经济体制，[46]而国内透明已经落入了传统国家主权范畴。在制度表达上，国际透明已然被 WTO 各协定广泛地通过具体规则予以落实，而国内透明在国际协调中由于分歧过大而仅在《马拉喀什协定》附件 3 贸易政策审议中作原则性表述，并以自愿为前提，缺乏具体制度依托导致实践中的实施困难。虽然国内透明更有赖于成员方的国内自我改革，但其作为 WTO 透明度目标的一部分，有必要考虑如何在国际机制层面促进成员方予以

---

42 参见伯纳德·霍克曼、迈克尔·考斯泰基：《世界贸易体制的政治经济学——从关贸总协定到世界贸易组织》，刘平等译，法律出版社 1999 年版，第 36 页。

43 参见[德]E.-U.彼得斯曼：《国际经济法的宪法功能与宪法问题》，何志鹏等译，高等教育出版社 2004 年版，第 159 页。

44 参见 WTO 总干事顾问委员会著、商务部世界贸易组织司译：《WTO 的未来——应对新千年的体制性挑战》，中国商务出版社 2005 年版，第 148 页。

45 See Robert Wolfe, Regulatory transparency, developing countries and the WTO, World Trade Review, Vol.2(2), 2003, p.157.

46 参见张军旗：《WTO 监督机制的法律与实践》，人民法院出版社 2002 年版，第 129 页。

实现。

一方面，国内透明的实现并不存在固定的模式，各成员方实现国内透明的方式及程度应当在 WTO 体制内获得最大程度的包容。在贸易政策审议中主动提及自身国内透明状况的成员方并不多，但进行披露的有限成员方却为其他成员方改进国内透明度提供了可借鉴的方式。如美国指出使用各种工具来实现透明度目标，如公告、征求公众意见和意见、举行的公开听证会等方式竭尽全力确保公众积极参与谈判和调查。[47]加拿大指出其在制定其贸易政策时采取广泛的协商方式，积极征求公众和广泛的利益攸关方的意见，确保不同利益攸关方的参与。[48]欧盟强调确保包容性、合法性和问责至关重要，并通过增进公众信任，促进对任何领域政策的相互理解，政府定期举办有关贸易的公众活动，以促进民间社会的参与，以改善贸易政策。[49]从各成员方做法来看，国内透明实现的具体方式各异，不过均注重强化贸易政策制定过程中的不同利益相关方的广泛参与。因此，国内透明一般价值得以维护的同时，应保证成员方享有实施自主权。

另一方面，WTO 尚未完全突破国家主权原则的限制，虽然可以为世界各国立法部门的国内决策预先设定框架，对各国最终的贸易政策选取产生影响，[50]但却无法对成员方国内贸易政策的制定过程进行直接干预。因而，在多边贸易体制中促进成员方对国内透明的实现很难通过制度规范加以约束。诚然，贸易争端解决是 WTO 最为擅长的领域，[51]被认为是国际司法制度的典范，[52]但促进贸易规则执行并非其唯一功能价值。面对国内透明问题，WTO 需要转换角色定位，考虑其作为发展机制（development institution）功能的发挥。[53]国内透明可以增强贸易政策改革者的力量，[54]可在更大程度上有助于加强对贸易和有关政策的国内民主问责，[55]因而贸易政策领域国内透明的实现属于成员方贸易能力建设的一部分，是 WTO 实现发展价值应有之义。基于这一理解，国内透明的实现并非是 WTO 规则法律实施的结果，而是WTO作为全球经济治理合作平台，促进成员国改革和良性市场体系形成与运行的产物。[56]WTO 目前已成立贸易与发展委员会对发展中国家进行能力建设援助，不过目前援助范围十分有限。[57]因此，从成员方发展问题的现实需要考量，国内透明作为贸易与发展的重要领域，将其纳入贸易与发展委员会的援助范围具有正当性。此外，TPRM 作为 WTO 中唯一将国内透明明确为目标的法律机制，应当同样承担这一发展要求。对 TPRM 而言，可以在相关报告中增加关于国内透明的报告要求，同时在审议过程中设立单独国内透明的讨论主题，便于成员方相互借鉴，解决目前 TPRM 这一专门性透明度机制中国内透明讨论匮乏的问题。由于 WTO 规则中并不涉及对国内透明的规制，不存在硬性的法律标准，不影响国内透明实施

---

47 See Trade Policy Review, United States, Report by United States, WT/TPR/G/382, para.3.2.
48 See Trade Policy Review, United States, Report by Canada, WT/TPR/G/389, para.6.1.
49 See Trade Policy Review, United States, Report by European Union, WT/TPR/G/395, para.4.3.7.
50 See John H. Jackson, Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law, Cambridge University Press, 2006, p.71.
51 See William H. Last II., Limited but Important Role of the WTO, Cato Journal, Vol.19(3), 2000, p.373.
52 参见杨国华：《中美贸易战中的国际法》，《武大国际法评论》2018 年第 3 期，第 133 页。
53 See Asif H. Qureshi, International Trade for Development: The WTO as a Development Institution? Journal of World Trade, Vol.43(1), 2009, p.187.
54 See Arunabha Ghosh, Developing countries in the WTO Trade Policy Review Mechanism, World Trade Review, Vol.9(3), 2010, p.440.
55 See Friedl Weiss and Silke Steiner, Transparency as an Element of Good Governance in the Practice of the EU and the WTO: Overview and Comparison, Fordham International Law Journal, Vol.30(5), 2007, p.1584.
56 参见薛荣久、杨凤鸣：《WTO 在全球经济治理中的地位、作用与中国对策》，《国际贸易》2016 年第 4 期，第 5 页。
57 参见 Yong-Shik Lee：《发展与世界贸易组织：关于〈发展促进协定〉和 WTO 贸易与发展理事会的建议》，张泽忠译，《国际经济法学刊》2008 年第 2 期，第 64 页。

的自愿性，因而成员方也不会担忧审议结果会对自身产生任何不利法律后果，能够保障国际机制促进国内透明的可接受度。

四、WTO 透明度机制整体改革路径

（一）自我报告：选择透明度实现的合理约束路径

自我报告是 WTO 透明度实现的基本方式。通报机制与 TPRM 的运行相当大程度都依赖成员方的善意履行以实现信息提供，成员方意愿在 WTO 透明度目标实现中具有核心作用。其中，TPRM 对透明度的实现集中体现在成员方报告和政府报告两份报告之中。成员方报告由成员方自主撰写，而秘书处报告虽然属于他人报告范畴，但秘书处在报告撰写过程中的信息来源仍主要是成员方已公开的贸易政策信息，可见，TPRM 信息获取依然受制于成员方的信息提供。成员方意愿属于内在因素，需要通过一定外部措施予以引导。这种促进成员方进行信息披露的外部措施构成 WTO 透明度实现的约束路径。从前文对各成员方的改革提案分析来看，WTO 透明度的实现是否采用强制力执行约束方法是 WTO 透明度机制改革所面临的核心争议。结合 WTO 的法律现状来看，强制性约束方式于现阶段透明度实现的约束路径选择而言尚不可取。

在部分国家的改革提案中，提及通过惩罚性或制裁性措施要求成员方履行信息披露义务，对未按要求履行透明度义务的成员方施加一定的不利后果。不可否认，若采用这一方式的确能够有效强化成员方对透明度要求的履行，但在具体实施过程中会产生两方面的问题。

其一，在 WTO 中虽然将“透明度”界定为 WTO 将透明度界定为“贸易政策和实践及其建立过程的开放性和可预见性”，[58]但这一抽象的表达并没有将透明度要求具体释明。除了与信息的公开、清晰和可获得性以及沟通有关，透明度的确切含义并不总是很清楚。[59]在一般意义上，“透明度”有很多含义，已经成为一个无处不在却又模棱两可的术语，其本身可能包含法治、正当程序、民主参与、反腐败计划、人权、经济效率、环境保护、贸易和投资的促进与增长等价值观，[60]这些价值却也无一不存在难以具体衡量的现实困境。然而，精确性（precision）是判断一项规范是否具有可执行性的重要因素，若规定上具有模糊性、不确定性或一般性则会导致难以执行。[61]这就要求对透明度予以强制执行之前，首先需要将其在法律层面予以固定，但从 WTO 法律实践来看，即使在有关透明度争端案件之中，同样也面临对透明度义务程度及范围判断的挑战，[62]也尚未能为透明度作出准确界定。因此，透明度作为一个发展中的概念，[63]仍面临法律建构的难题。概言之，在透明度持续模糊的状态下，成员方义务履行情况的判断标准缺失，为成员方施加不确定法律义务，都造成强制性约束方式的实施困难。

其二，片面强调强制性措施的运用，难以有效关注不同成员方的发展水平，不符合特殊

---

58 See Terry Collins-Williams & Robert Wolfe, Transparency as a trade policy tool: the WTO's cloudy windows, World Trade Review, Vol.9(4), 2010, p.552.

59 See Jens Forssbæck & Lars Oxelheim, The Multifaceted Concept of Transparency, in Jens Forssbæck & Lars Oxelheim(eds.), The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency, Oxford University Press, p.4.

60 See Padideh Ala'i, The Many Faces of Transparency, Proceedings of the Annual Meeting, published by the American Society of International Law, Vol.109, 2015, p.319.

61 See Alan Boyle, Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol.48(3), 1999, p.907.

62 如在欧盟特定海关事项案中即涉及美国能否对欧盟整体海关管理制度发起挑战，专家组与上诉机构之间存在分歧。See Report of the Panel, European Communities-Selected Customs Matters, WT/DS315/R, paras.7.40, 7.44, 7.50; Report of the Appellate Body, European Communities-Selected Customs Matters, WT/DS315/AB/R, paras.172, 176.

63 See Andrea Bianchi, On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law, in Andrea Bianchi and Anne Peters (eds.), Transparency in International Law, Cambridge University Press, 2013, p.6.

与差别待遇的精神。特殊与差别待遇是多边贸易体制一项重要原则，是对主权平等原则和平等互利原则的重大发展，其精髓是在国际经济交往中实现实质的平等，而不仅仅局限于形式上的平等。[64]因而，仅依赖成员方客观履约状况而按照同一标准适用相应的惩罚性措施很难符合实质平等。同时，相关改革提案中提及的强制性措施的适用并没有区分“有意违约”与“无力守约”的情形，[65]而透明度义务并不单纯受制于成员方的履约意愿，成员方的履约能力仍构成其中一项重要因素。对自身信息供给能力存在缺陷的成员而言，仅在规范层面要求其达到与发达国家同等的透明度水平存在一定的难度。虽然《美日欧联合提案》在修订版中提出发展中国家可以享受两年的通知豁免，最不发达国家则可以不受期限的限制，[66]但在这一过程中需要涉及对成员方发展地位的界定，而 WTO 法律体制中对发展中国家的身份认定规则缺失，这同样会触及多边贸易体制的敏感领域。因此，强制性措施在实际适用过程中缺乏对成员方实际发展水平的关照，在 WTO 法律体制内推行依然面临不少的阻力。

因此，WTO 透明度机制改革仍应当坚持软性约束方法。国际法的遵守多是指具有法律约束力的强制执行方式，[67]是促进国际法规范价值实现的重要途径。但高成本和低效率的国际立法发展缓慢，难以因应不断扩增的国际治理需求，却为不具有约束力、但能对国际社会成员进行软规制的软法性规范出现提供生态环境。[68]故而，软法性规范也逐步成为国际治理中的一项重要工具。从 WTO 制度结构来看，虽然通报机制与 TPRM 均不具有法律约束力，不对成员方产生法律后果，但通报机制与 TPRM 软约束[69]的监督功能却构成对 WTO 争端解决机制硬约束的执行功能的补充。从软约束方法引入的初衷来看，硬约束与软约束的结合构成 WTO 促进成员方履行义务的重要方法。一直以来，WTO 在国际贸易秩序治理方面取得的巨大成功，通常被归因于其建立的具有较强法律约束力的争端解决机制，在法律的强制性上取得了较大的进步。有力的国际法约束手段虽然有助于充分实现其法治化理想，但却忽略了当前国际法体系仍处于初级阶段的客观事实。“主权”否定了国家之外存在着更高的国际权力或外国权力，[70]通过强制性方式要求 WTO 成员方履行特定义务仍然存在一定的难度。虽然 WTO 管辖范围具有广泛性，要求成员方放弃在特定领域的部分主权权利，[71]寻求管理多边贸易的所有重要方面，[72]但在处理涉及国家主权问题时仍比较谨慎。特别是在一些国家监管自治领域，WTO 有必要保持高度敏感，防止与国家主权产生摩擦，[73]因而，在实施过程中软性约束方法成为一种合适选择。从这一角度来理解，WTO 目前所遭遇的体制危机，可能并不是因为其在强制性约束方面做的不够，相反是由于实践中过于强调 WTO 规则的强制性，缺乏必要的软性补充手段来满足成员方对 WTO 规则灵活性的需求，适当缓和强制性约

---

64 参见朱晓勤主编：《发展中国家与 WTO 法律制度研究》，法律出版社 2006 年版，第 610 页。

65 参见廖凡：《世界贸易组织改革：全球方案与中国立场》，《国际经济评论》2019 年第 2 期，第 40 页。

66 See WTO, General Council/Council for Trade in Goods, Procedures to enhance transparency and strengthen notification requirements under WTO agreements, Communication from Argentina, Costa Rica, the European Union, Japan, and the United States, 5 March 2020, JOB/GC/204/Rev.3, paras.9-11.

67 See Jutta Brunnee & Stephen J. Toope, Persuasion and Enforcement: Explaining Compliance with International Law, Finnish Yearbook of International Law, Vol.13, 2002, p.292.

68 参见何志鹏：《逆全球化潮流与国际软法的趋势》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2017 年第 4 期，第 57-60 页。

69 参见曲延英等著：《WTO 贸易政策审议机制功能与运行》，法律出版社 2012 年版，第 19 页。

70 See John H. Jackson, Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law, Cambridge University Press, 2006, p.58.

71 See Mitsuo Matsushita, A View on Future Roles of The WTO: Should There Be More Soft Law in The WTO? Journal of International Economic Law, Vol.17, 2014, p.704.

72 See Louise Eva Mossner, The WTO and Regional Trade: a family business - The WTO compatibility of regional trade agreements with non-WTO-members, World Trade Review, Vol.13(4), 2014, p.633.

73 See Michael Ming Du, The Rise of National Regulatory Autonomy in the GATT/WTO Regime, Journal of International Economic Law, Vol.14(3), 2011, p.674.

束手段所带来的多边贸易体制内的紧张与冲突。

同样在认识到强制性约束方式暂不可行的基础上，强化成员方能力建设应是透明度机制改革的核心。如前所述，成员方履行透明度义务的能力是影响 WTO 透明度目标实现的又一要素。意欲使 WTO 实现更高程度的透明度，成员方必然需要具备相匹配的履约能力，因而如何帮助发展中成员方在履行透明度义务方面进行能力建设是透明度机制改革中的一项核心任务。为发展中国家和最不发达国家提供技术援助和培训同样是 WTO 特殊与差别待遇的重要方面，[74]有助于促进发展中国家实质性融入 WTO 体制。[75]透明度解决的是国际贸易体制中信息不对称问题，因此本质上应当提升成员方信息供给能力。特别对最不发达国家而言，可能面临语言障碍、资金不足、专业人员短缺等问题，需要 WTO 发挥其作为国际组织的协调作用予以针对性的支持。同时，可以对成员方信息供给的方式予以适当简化，避免繁重的信息报告程序和要求构成对发展中国家履行透明度义务的阻碍。

（二）他人报告：完善与强化反向通报和秘书处报告

WTO 透明度的实现目前过于依赖于成员方自我报告，而对他人报告模式的运用存在不同程度欠缺。他人报告模式一定程度能够弥补自我报告之不力，同时保证信息报告的相对客观性。在 WTO 多边贸易体制中，相比于自我报告通常仅指向负有透明度义务的成员方对自身贸易政策信息的主动披露，他人报告可能存在两种不同途径。一是成员方对在贸易实践中获取的其他成员方贸易政策信息进行的反向通报，二是 WTO 职能部门主动获取成员方的贸易政策信息，及时予以公开。相对应地，前者主要存在通报机制之中，后者则是 TPRM 通过秘书处报告实现 WTO 透明度的主要工具。

1. 通报机制中的反向通报

对通报机制而言，在认识到成员方自我通报实现透明度目标不足的基础上，WTO 引入反向通报方式以实现成员方之间的相互监督，丰富了透明度手段。反向通报仅见于 WTO 有限的贸易规则领域，[76]并被予以法定化，若 WTO 协定中无明文规定，其他成员方无反向通报权，[77]这一限制导致反向通报在 WTO 体系中不具有普及性。这是由于反向通报虽不会引起争端解决等法律后果，但对成员方而言仍构成较大压力，容易招致其他成员方的负面评价，若被滥用甚至会伤害成员方的贸易利益。此外，反向通报也可能在透明度机制中产生“玻璃屋”（glasshouse）问题，例如会使得成员方为避免引起其他成员方对自身违规行为的注意，不愿通报所获知的其他成员方补贴情况。[78]因而，由于相互忌惮，成员方也会减少反向通报的使用。尽管如此，反向通报作为他人报告的一种重要方式，应当予以辩证认识，在多边贸易体制中扩大使用范围。一方面，避免为反向通报赋予法律后果，明确反向通报的贸易政策信息在争端解决等法律性机制中不产生任何法律效力，为成员方提供灵活空间。另一方面，为成员方提供必要说明、辩驳、纠正的机会，防止反向通报的片面性，避免不准确的贸易政策信息对成员方造成不良影响。同时，可以对恶意反向通报行为设置相应的惩戒措施，并引入相应的审查机制，要求成员方善意使用反向通报方式。

---

74 参见伯纳德·霍克曼、迈克尔·考斯泰基：《世界贸易体制的政治经济学——从关贸总协定到世界贸易组织》，刘平等译，法律出版社 1999 年版，第 250 页。

75 参见曾令良：《WTO 法治面临的主要挑战及其应对》，《法学杂志》2011 年第 9 期，第 38-39 页。

76 如服务贸易领域《服务贸易总协定》在第 3 条第 5 款中明确反向通知，一般性地适用于成员方作出承诺的服务贸易领域措施；货物贸易领域规定较为分散，散见于《关于解释 1994 年关税贸易总协定第 17 条的谅解》、《农产品协议》、《纺织品于服装协定》、《保障措施协定》、《补贴与反补贴措施协议》等。

77 参见龙长安等：《试析〈WTO 协定〉之反向通知规则》，《改革与战略》2004 年第 1 期，第 10 页。

78 See Md. Rezaul Karim, Transparency is the Most Important Governance Issue in the WTO Subsidy Control, SSRN Electronic Journal, 2014.

2. TPRM 中的秘书处报告

对 TPRM 而言，秘书处报告承担他人报告模式的主要功能。秘书处报告通常由秘书处负责撰写，能够保证信息来源的相对独立，从而使成员方的贸易政策得以客观呈现。同时，秘书处报告通常对成员方不同领域的贸易政策最大程度涵盖，使用大量篇幅对成员方在审议周期内容的贸易政策进行事实性描述。不过，秘书处报告在信息来源与信息处理方面仍有待加强。信息来源方面，秘书处报告仍主要依赖受审议成员提供的资料和该成员国内及国际上公开出版的资料。[79]这表明，由于成员方对自身贸易政策信息的掌握占据绝对优势，秘书处报告在信息获取时同样会受制于成员方信息披露程度。因此加大对秘书处资源投入，强化秘书处对受审议成员方的贸易政策与做法的追踪，拓展秘书处信息获取渠道尤为必要。同时，秘书处提供贸易政策信息应当结合多边贸易环境予以考虑，准确监测与反映当前贸易政策问题，并确保引起成员方对不良贸易政策的关注是 TPRM 有效提供信息的关键。

信息处理方面，秘书处发表独立性评论的权能受到严格限制，使得秘书处报告虽可以有效实现信息披露，但在增进成员方对贸易政策的理解方面存有欠缺。鉴于此，秘书处报告也被批评多是描述性的，而非分析性的。[80]透明度可以从披露（disclosure）和教育（education）两方面理解，披露强调信息的公开，在于告诉其贸易伙伴正在发生什么，而教育则是指促使成员方改变其行为，WTO 透明度要求被认为兼具这两种动机。[81]显然，秘书处报告难以很好地彰显透明度的教育价值。WTO 本身作为一个成员驱动的（member−driven）国际组织，并未授予秘书处正式权力，[82]秘书处故而不具备能动性，在报告撰写时也避免作出观点性评论。然而，尽管成员方存在主权问题的关切，不愿意将权力下放，但仍在很大程度上依赖秘书处提供资料、分析和指导。[83]由此，秘书处与成员方之间的关系变得微妙，秘书处为避免越权而克制自身对所获取的信息进行评估，在寻求法律分析方面更难以推进，使得有限分析性信息难以满足成员方的实际需要。解决这一问题，需要在维持秘书处的中立性的基础上为其适当授权。一方面，维持秘书处的中立性，需要保证秘书处“独特的国际性质”，使之代表全体成员方的集体利益。[84]需要秘书处强化自身内部透明度，加强秘书处在审议过程中的参与度，同时针对秘书处报告内容，应使秘书处接受成员方的广泛质询与监督。另一方面，为秘书处适当授权，应当不排斥在秘书处报告中对法律标准的适当使用。法律标准相对统一、确定，法律标准的使用能够保证报告内容的精确性与指导意义，以 WTO 规则探讨成员方贸易政策的合理性是发挥透明度教育价值的应有之义。法律标准的使用并不会必然导致法律性后果，仅作为秘书处发表评论的参考依据，坚持 TPRM 的非法律性，可以从根本上避免秘书处行为对成员方产生约束性效果。

五、结语

目前 WTO 成员方普遍认识到 WTO 透明度机制的缺陷，并为改进透明度规则作出了相应的构想。但各成员方提案中，对 WTO 透明度规则完善建议或过于简略，仅作原则性表述

---

79 参见张军旗：《WTO 监督机制的法律与实践》，人民法院出版社 2002 年版，第 129 页。

80 See Craig VanGrasstek, The History and Future of the World Trade Organization, World Trade Organization, 2013, p.280.

81 See OECD, Regulatory Transparency in Multilateral Agreements Controlling Exports of Tropical Timber, E-Waste and Conflict Diamonds, OECD Trade Policy Papers, No. 141, 2012-12-10, p.8.

82 See Håkan Nordström, The World Trade Organization Secretariat in a Changing World, Journal of World Trade, Vol.39(5), 2005, p.819.

83 See Craig VanGrasstek, The History and Future of the World Trade Organization, World Trade Organization, 2013, p.533.

84 See Håkan Nordström, The World Trade Organization Secretariat in a Changing World, Journal of World Trade, Vol.39(5), 2005, p.825.

与立场阐明，或集中于通报机制的加强，TPRM 被一笔带过，鲜有从透明度机制整体完善视角出发的改革提议，难以兼顾 WTO 透明度机制的整体发展需要。WTO 当前面临的是体系性危机，改革过程中应切忌“头痛医头、脚痛医脚”，注重运用整体性思维，否则难以获得最大的成效。

中国积极参与国际经济治理、扩大开放过程中，无论在对外经贸交往的何种领域，透明度都是一项核心诉求。对中国而言，更应当重视透明度整体机制的功能价值，并通过积极支持 WTO 机制改革，以助推透明度机制整体运行效率的提升。透过不同的透明度机制，中国不仅可以对其他成员方的贸易政策及时获取与监督，而且能够发现自身贸易政策所存在的不足，便于及时纠正与补缺。中国可以借助透明度这一公共机制，向外传递自身的贸易立场与主张，通过透明度建立互信基础以维系多边贸易关系，进而提升在贸易体制中的话语权。在 WTO 新一轮改革背景下，中国必须审慎对待其他成员方的改革立场，充分认识不同成员方发展水平与贸易价值取向的差异。贸易政策透明是 WTO 多边贸易体制良好运行的基础，但在涉及一些具体问题时却又具有较强的敏感性。透明度的实现仍需兼顾不同成员方之间的异质性，必须具有一定的边界与限度，必须符合 WTO 更广泛的包容性价值。中国更应当在求同存异的基础上，积极参与规则的制定与革新，以在未来规则运用之际能够掌握更多的主动权。

数据本地化措施兴起下国际投资保护规则的适用困境及其纾解

张渝* 武汉大学国际法研究所

摘要：为保障国家网络安全和公共利益，数据本地化措施在一些国家兴起。该措施因涉嫌违反国际投资保护规则中的国民待遇、公平与公正待遇以及征收条款，遭到部分西方学者关于合规性的质疑。当前国际投资保护规则相对滞后，适用于数据本地化措施时陷入了难以判定其是否合规的困境。其症结在于经济主权属地管辖原则滞后于数据监管需求、IIA 安全例外条款滞后于非传统国家安全需求以及数字经济国际治理滞后于数据本地化措施实践。为纾解困境，东道国应澄清对本国数据的经济主权，协调国际国内规则，明确 IIA 例外条款涵盖特定数据本地化措施同时采取措施防止其滥用；国际社会应利用 WTO 努力弥合各国分歧，确立以禁止数据本地化措施为原则、允许特定例外的基本共识，并坚持特殊与差别待遇，促进全球数字经济协调发展。

关键词：数据本地化措施；国际投资保护；国民待遇；公平公正待遇；间接征收；适用困境

伴随着数字经济在全球经济发展中重要地位的日益凸显，数字经济国际治理逐渐成为新一轮国际经贸规则谈判的焦点。数据是数字经济的核心生产要素[1]，对数据的搜集、处理、传播和应用是数字经济的命脉。在全球化要求和互联网技术革命的双重加持下，数据跨境自由流动成为数字经济发展的重要条件，并被认为是互联网自由精神的象征。随着数字时代的演进，数据逐渐蜕变为一种国家战略性资源，但是数据国际治理却在“失序”的状态下隐患重重。

一、数据本地化措施的兴起及其合规性争议

2013 年“棱镜门”事件曝光后，全球对数据安全性的担忧情绪蔓延，数据本地化措施（data localization measures）在一些国家兴起，这些措施通常要求本国数据存储在来源于本国的数据中心、使用本国境内的存储设施或针对在本地获取的个人信息的跨境传输规定严格的限制条件[2]从而形成事实上的数据本地化。与此同时，反对和禁止该措施的声音也层出不穷。国际实践中，美国主导的国际经贸规则积极禁止数据本地化措施；理论上，部分西方学者不仅从数据的安全性、东道国建设数据安全基础中心能力的薄弱、数字保护主义的危害、人权等一般性角度严厉批评数据本地化措施，更重要的是还从违反国际投资保护规则的角度对其提出合规性质疑，认为数据本地化措施违背投资自由化精神，涉嫌违反国民待遇条款、公平与公正待遇条款和征收条款，并且会造成一国整体投资减少的恶劣影响[3]。

然而，上述质疑未必全面和准确，国内有学者对此进行了反驳，认为数据本地化措施并不必然违背国际投资保护规则，而应当结合个案情况具体分析[4]。此外，还有观点从更宏观的角度认可了数据本地化措施是一种客观、合理的存在，但是需要国际社会的良法之治才能

---

* **【作者简介】** 张渝，武汉大学国际法研究所博士研究生，武汉大学海外投资法律研究中心研究员。

1 数据作为一种生产要素，具有财产属性。由于大多数国际投资协定对“投资”的定义持开放和包容态度，以“数据”为内容的外国投资应当根据东道国签署的国际投资协定享受投资自由化待遇和投资保护。例如中国-加拿大双边投资协定第 1 条中，规定“投资”包括了“其他任何出于商业目的取得或使用的有形或无形、可移动或不可移动的财产和相关财产权利”。

2 例如欧盟《一般数据保护条例》（GDPR）第 45 条。

3 ECIPE, The Costs Of Data Localisation: Friendly Fire On Economic Recovery, https://ecipe.org/publications/dataloc/, visited on 12 November 2020.

4 参见张倩雯：《数据本地化措施之国际投资协定合规性与中国因应》，《法商研究》2020 年第 2 期。

实现国家短期利益和各国共同长期利益的有效平衡。首先，从国际政治角度看，数据本地化措施是数据民族主义的体现，是各国因应大国竞争加剧、全球化逆转、数据资源战略性和美国技术霸权而作出的合理反应，这是一种长期且合理的，但需要加以约束和亟须治理的民族主义[5]；其次，从现实主义角度看，数据本地化措施有利于保障总体国家安全观下的国民安全、政治安全、便利执法和经济发展，具有正当性的现实基础[6]。

各国实践和理论对于数据本地化措施的立场分歧较大，新一轮国际共识悬而未决，而现有国际投资保护规则无法明确解释数据本地化措施的合规性问题，相关规则传统标准的适用在新兴数字经济的冲击下面临“失语”，国际投资保护规则适用于数据本地化措施陷入了困境，然而目前较少有文献对该困境及困境的症结进行分析与探讨。基于此，本文将有针对性地回应对数据本地化措施合规性的质疑，指出该措施虽然有可能符合适用国际投资保护规则的部分标准，但从不同角度解释另一部分标准将无法准确判定数据本地化措施是否合规，国际投资保护标准适用于数据本地化措施陷入了“失语”的困境，进而揭示出现此种困境的症结表现，最后结合数字经济的特点，尝试提出纾解国际投资保护规则适用“失语”困境的可行方案。

二、国际投资保护规则适用于数据本地化措施的困境

（一）国民待遇条款适用于数据本地化措施的困境

部分西方学者批判数据本地化措施的一大根据是东道国通常将其作为市场准入的条件，对外国投资施加了限制，区分了内外国投资者，违反了国际投资条约中的国民待遇条款，是数字经济时代的投资壁垒。美国旗帜鲜明地反对数据本地化措施，也是因为其“有利于国内数字产业、产品或服务而损害其他国家的数字产业、产品或服务”[7]。适用国民待遇条款需依次符合相似情形、存在差别待遇和不属于例外规定，其中，是否存在差别待遇的问题虽然也缺乏足够充分的实证研究[8]和相对统一的仲裁实践标准，但该问题在个案认定中利用现有适用标准并不难认定。因此，下文将主要对数据本地化措施进行相似情形和是否属于例外规定的考察，可知上述两项标准的适用具有滞后性，无法充分判定数据本地化措施的合规性。

1. 相似情形的划分标准不统一

考察数据本地化措施是否符合国民待遇条款的第一步是将外国投资者与本国投资者进行比较，判断内外国投资者是否处于“相似情形”。由于现有国际投资协定（IIA）体系是由2895个双边投资协定（BIT）和389个包含投资条款的协定（TIP）[9]组成的碎片化结构，国际投资仲裁庭裁决的不一致性比较普遍。但仲裁庭通常会尽量避免对“相似情形”作出过于狭隘的阐释，以便能够依国民待遇条款全面审视相关措施。目前基本可以达成一致的是确定“相似情形”比较基准时应当将有关措施所依附的整体法律环境纳入审查范围。[10]仲裁实践

---

5 参见毛维准、刘一燊：《数据民族主义：驱动逻辑与政策影响》，《国际展望》2020年第3期，第42页。

6 参见王玥：《试论网络数据本地化立法的正当性》，《西安交通大学学报（社会科学版）》2016年第36卷第1期，第54页。

7 United States International Trade Commission, Digital Trade in the U.S. and Global Economies, Part 2, https://www.usitc.gov/publications/332/pub4485.pdf, visited on 12 November 2020.

8 虽然有调查表明数据本地化措施会造成一国整体投资的减少，但整体投资中既包括本国投资，也包括外国投资，难以证明本国投资者获得了相较外国投资者更多的“不成比例”的利益，也就无法认定构成了事实上的歧视。ECIPE, The Costs Of Data Localisation: Friendly Fire On Economic Recovery, https://ecipe.org/publications/dataloc/, visited on 12 November 2020.

9 UNCTAD, World Investment Report 2020: International Production Beyond the Pandemic 106(30th anniversary ed., United Nations Publications 2020)

10 参见[德] 鲁道夫·多尔查、[奥] 克里斯托弗·朔伊尔主编：《国际投资法原则》，祁欢、施进译，中国政法大学出版社2014年版，第211页。

针对“相似情形”曾先后采取三种不同的标准[11]，其中“同一行业标准”在仲裁实践中利用频率较高，也更符合各国划部门进行经济管理的现实做法。

“同一行业标准”将从事相同行业的内外国投资者进行比较，如 Feldman 诉墨西哥案中仲裁庭将“烟草出口”这一行业来作为相似情形的比较基准，并且强调其他可能少量涉及“烟草出口”业务的行业如“烟草生产”与本案不存在相似情形[12]。这意味着该标准中“行业”的内涵并不过于宽泛，笼统地将某一类行业归于“相似情形”并不为仲裁实践所支持。可见，判断数据本地化措施是否违反国民待遇条款，首先需依据该措施所依附的整体法律环境来判断内外国投资者是否处于相同经济行业。以中国为例，《鼓励外商投资产业目录（2019 年版）》中将全国鼓励外商投资的产业划分为了 13 大类共计 415 个部门，相似情形的比较基准应参考中国对行业部门划分的习惯，“相同行业”的判断应以 415 个部门为宜，即从事“369. 电子商务系统开发与应用服务”的外国投资者如被要求数据本地化，需要比较该行业的内国投资者是否被实行同样的措施，而不能与从事“291. 软件产品开发、生产”的内国投资者相比较。

但是，由于数字经济是一类新兴产业，如何在该产业大类下合理地划分“行业”尚未形成国际共识，理论上东道国可以通过细化部门划分直至“同一行业”趋近于“同一业务”，此时若仍然利用该该措施所依附的东道国的法律体系进行“相似情形”的考察则会面临适用的困境：一方面，东道国可采取措施规避实施数据本地化措施的行业与内国投资者处于“相似情形”；另一方面，同一数据本地化措施在行业划分标准不同的东道国对于是否符合“相似情形”将得到截然不同的结论，从而影响国民待遇条款适用的准确性。

2. 数据本地化措施符合例外规定存在争议

适用国民待遇条款需考察的例外规定有国民待遇条款例外和国际投资协定例外两个方面。其中，国民待遇条款本身的例外相对清晰[13]，有争议的是国际投资协定例外。

国际投资协定例外是适用于整个协定或投资章节的一般例外，其效力及于国民待遇条款。例如美式 BIT 范本规定了基本安全例外、金融服务例外等条款[14]。近年来，在全球经济增长放缓、贸易保护主义抬头，东道国与投资者权利义务失衡、投资争端解决机制改革浪潮翻涌等因素的叠加影响下，东道国参与国际投资活动更倾保守，IIA 的一般例外条款更加重视国家安全特别是非传统安全。例如 2019 年中国香港-澳大利亚 BIT 安全例外条款中，将“其

---

11 另外两种标准分别是“全体投资者标准”和“同一业务标准”。前者不区分行业，将当地所有内外国投资者一同比较。如 Occidental 诉厄瓜多尔案中仲裁庭认为“相似情形”应当泛指当地所有生产商，并认为“如局限于特定行为所存在的经济领域，国民待遇条款将难以实施”， See Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. AF/99/1, Award,16 December 2002, para.171. 后者将从事完全相同业务的内外国投资者进行比较，如 Methanex 诉美国案中仲裁庭将“相似情形”限定在“生产甲醇或 MTBE”这一项业务中，See Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 24 May 2007, para.38.

12 See Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. AF/99/1, Award,16 December 2002, paras.171-172.

13 例如 2002 年日韩 BIT 在附件中列出两类不适用于国民待遇的行业以及相关措施的清单。一类主要涉及国防、国家安全、公共事业、政府垄断、国有企业等重要产业，另一类主要涉及国内保护产业如第一产业（农、林、牧、渔业）和资源产业（石油、采矿业）以及部分高端服务产业（电子通信、金融服务业）。如日韩一方根据国家发展政策的需要，在附件所列行业中实行数据本地化措施导致对另一方投资者的差别待遇，东道国也可根据该例外规定对国民待遇条款的适用进行抗辩。See Agreement between the Government of Japan and the Government of the Republic of Korea for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment，Article 2, Annex I and Annex II.

14 See 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 18, Article 20；2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 18, Article 20.

他紧急情况”囊括进了“基本安全利益”的内涵中[15]。如果将“其他紧急情况”解释为危及包括数据安全在内的非传统国家安全利益的情况，那么为保障数据安全而实施的数据本地化措施则符合该例外规定。

然而，“其他紧急情况”的内涵是否当然地囊括数据安全尚存在较大争议，目前大部分IIA中也没有明确规定数据安全属于基本安全的范畴，并且数据本地化措施是否能切实有效保障数据安全也尚待证实。因此，从IIA条款的明确性角度而言，将数据本地化措施认定为不符合国际投资协定例外规定也具有一定的合理性。可见，数据本地化措施是否符合国家安全例外规定存在较大争议，同一数据本地化措施经由不同角度的解释可能得出不同的结论，利用国际投资协定例外来考察数据本地化措施的合规性容易陷入适用无效的困境。

（二）公平公正待遇条款适用于数据本地化措施的困境

数据本地化措施也涉嫌违反公平公正待遇条款：有学者认为欧盟在GDPR中确立数据本地化原则和数据最小化原则影响了东道国法律制度的可预测性和稳定性，对外国投资者造成了不利影响，因此违反了公平公正待遇等国际投资法基本原则。[16]随后，也有观点对其进行了驳斥，可见数据本地化措施是否违反公平与公正待遇条款存在较大争议。

公平公正待遇不同于国民待遇的相对性，它是一个“绝对的”“无条件的”待遇标准，[17]在国际投资争端中被援引的频率最高。但其内涵和范围始终无法被明确定义，大多数IIA文本对此也语焉不详[18]。随着仲裁实践的发展和成熟，公平公正待遇条款的适用范围逐渐指向了三类共性要素：投资环境的稳定性（实体要素）、程序的正当性（程序要素）和东道国善意。其中，程序的正当性主要与各国数据本地化措施配套的法律法规的具体内容密切相关，某一项数据本地化措施是否违反正当程序结合个案情况具体分析并不难得出明确结论。因此，以下重点围绕数据本地化措施的实体要素与东道国善意进行合规性分析，可知数据本地化措施适用公平公正待遇条款并不能得出确定的结论，该条款的适用陷入了困境。

1. 投资环境稳定性的认定存在争议

公平公正待遇要求保护外国投资者合理期待，这是基于东道国在投资协定中对促进和保护投资的保证，如果东道国违反此种保证，而外国投资者据此产生了合理期待，则违反公平公正待遇条款[19]。投资者的合理期待主要在于东道国营商法治环境的稳定性和可预见性，其中，“稳定”要求东道国法律规则始终如一、具有透明度，以及投资者在遭受损害时享有求偿权。

对“稳定”的认定则可能出现争议。晚近仲裁实践越来越强调“稳定”的相对性，即提供稳定的投资环境不影响东道国根据客观环境变化合理调整国内法律制度。[20]数据本地化措

---

[15] See Australia - Hong Kong Investment Agreement (2019), Article 19.

[16] See Vishaka Ramesh, “Data Protection Principles Around the World. Do They Violate International Investment Law?”, Völkerrechtsblog, 8 October 2018, doi: 10.17176/20181008-111554-0. See also https://voelkerrechtsblog.org/articles/data-protection-principles-around-the-world/, visited on 15 November 2020.

[17] 余劲松：《国际投资法》，法律出版社，2018年第五版，第206页。

[18] European Parliament: the future European international investment policy, A7-0070/2011 / P7-TA-PROV (2011)0141, 6 April 2011, Preface para. G.

[19] See W M Reisman & M H Arsanjani, the Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Desputes, 19 ICSID-Foreign Investment Law Journal 328 (2004).

[20] 例如EDF诉罗马尼亚案的仲裁庭就不认同对稳定投资环境的内涵做出过于宽泛的解释，其认为“（如果）公平公正待遇意味着对经济生活法律规定的实质性冻结，则与东道国正常的监管权力和经济生活的变化相悖”EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 217. El Paso诉阿根廷案的仲裁庭进一步阐释了判断“合理”的关键在于是否超出了一般监管权力的界限，对投资监管框架进行重大改变是否超出了可接受的范围，See El Paso Energy International Company v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 402.

施因应数字经济的双刃影响而出现，是全球经济、法治共同面临的新课题，从这个角度看，东道国针对数字经济这一新兴经济形式采取必要法律监管并无不可。因此，东道国即使在外国投资建立后采取数据本地化措施，并且数据本地化措施能够被认定为属于东道国的“正常”和“可接受的”监管范围，则不能当然地认为其违反公平公正待遇。然而，数据本地化措施是否属于或哪些数据本地化措施属于正常和可接受的监管范围，在该措施本身面临巨大争议的背景下尚无定论，也因此增加了公平公正待遇准确适用于数据本地化措施的难度。

2. 善意原则部分标准的内涵解释不一

善意原则是公平公正待遇条款的固有内容，根据该原则，东道国不得故意造成对投资者的损害。从现代国际法视角看，善意原则的违反不要求东道国的行为达到极端恶劣的、令人愤怒或震惊的程度[21]。适用法律中违背立法本意以及东道国政府有意阻碍和损害投资的行为、背信弃义、违反国际承诺都与善意原则背道而驰，其中，前两项标准结合个案分析相对容易得出确切结论，而背信弃义和违反国际承诺则在数字经济的影响下有可能被做出不同的解释，导致适用这两项标准可能得出不同的结论。

数据本地化措施遭到否定的重要原因之一，就是东道国有可能借维护国家安全和个人信息安全之名，行保护主义之实；如能被证实，那么东道国的行为无疑是背信弃义的。但是东道国维护正当安全利益与推行保护主义的界限并不清晰，目前也缺乏来自仲裁实践的判定标准。

更有争议的在于国际承诺的认定。如果东道国作出了不实行数据本地化措施的国际承诺，而后又要求数据本地化，那么该东道国的行为也很容易被认定为违反国际承诺。针对新兴数字经济的国际治理正处于发展的初级阶段，例如美欧政府间协议《信息和通信技术服务贸易原则》[22]（以下简称《原则》）仅为非约束性的原则性共识。《原则》第 4 条内容为禁止数据本地化措施，如果该内容构成国际承诺，那么美欧采取数据本地化措施则背离了善意原则。但是，针对数据本地化措施的国际承诺究竟如何认定，是否必须是具有约束力的国际法规范，还是仅需达到由政府缔结国际文件的程度，对其内涵的不同理解可能导致适用善意原则出现不同的结果，而当前仲裁实践缺乏相应标准，最终使公平公正待遇陷入适用无效的困境。

（三）征收条款适用于数据本地化措施的困境

数据本地化措施还因涉嫌构成间接征收而遭到反对。有学者认为数据本地化措施具有歧视性，因为它使外国投资者相对于该行业的内国投资者处于明显的劣势地位，并且造成了依赖云计算的外国投资者短期和长期的经济损失，[23]构成非法间接征收。随着实践的发展，间接征收的认定日益强调与东道国规制措施的区别，并逐渐与干涉财产的程度、政府行为的目的和性质等要素联系起来。下文围绕这几个要素，结合数据本地化措施的特征进行合规性分析，不难看出数据本地化措施适用征收条款无法得出确切结论，传统的适用标准逐渐面临失语境地。

1. 数据本地化措施对私人财产的干涉程度难以认定

---

21 See Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 116.

22 See European Union-United States Trade Principles for Information and Communication Technology Services, https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/morocco/pdfs/2011-04-04%20ICT%20principles%20text%20FINAL.pdf#:~:text=European%20Union-United%20States%20Trade%20Principles%20for%20Information%20and,and%20in%20their%20trade%20negotiations%20with%20third%20countries, visited on 20 November 2020.

23 See Vishaka Ramesh, “Data Protection Principles Around the World. Do They Violate International Investment Law?”, Völkerrechtsblog, 8 October 2018, doi: 10.17176/20181008-111554-0. See also https://voelkerrechtsblog.org/articles/data-protection-principles-around-the-world/, visited on 25 November 2020.

对私人财产的干涉程度通常需要考虑两个因素。第一，是否产生了严重的经济影响，即东道国的措施是否实质性地损害了外国投资者的经济权利[24]。结合外国投资者的投资规模进行个案分析并不难得出数据本地化措施是否造成了实质性损害，以 GDPR 为例，调查发现企业平均需花费 130 万美元用于 GDPR 合规性审查[25]，对中小企业而言，其经济权利就可能被实质性地损害。

第二，影响是否持续产生，即东道国的措施对外国投资者的影响是暂时的还是持续的，不少仲裁庭认可短期措施不足以构成间接征收[26]。但是数据本地化措施的影响是否具有持续性可从不同的角度分析并且会得出不同结论。再次以 GDPR 为例，虽然一次性罚款对中小型外国投资可能造成实质性的“剥夺”，但该影响是暂时的；但在罚款后，这些外国投资仍要遵守 GDPR 中数据本地化的要求，而这有可能产生持续性影响，例如要求个人数据传输到的第三国或第三国的某个区域必须得到欧盟委员会关于能够提供充分保护的认定，否则该行为就需要获得特定授权[27]，这将伴随着该投资者的经营活动而持续产生影响。

2. 数据本地化措施的目的和性质无法准确界定

认定东道国措施是否构成间接征收还应考察该措施的目的和性质，但数据本地化措施的目的和性质目前还无法准确界定。一般而言，如果是为了促进普遍承认的“社会目的”或“普遍福利”的措施，包括实现公共健康、安全、社会道德和福利等目的，则很难被认定为征收。[28]不少东道国的数据本地化措施都强调了其目的的公益性，例如巴西《互联网公民权利框架》第 4 条[29]和中国《网络安全法》第 1 条都有相应的规定[30]。

仲裁实践表明，东道国在以“公共利益”为抗辩时，还应考察该措施与保护外国投资者的法律之间的相称性。[31]此外，一些仲裁庭还认为，如果有关措施属于“普遍接受的国家治安权”的范畴，则只要不是歧视，就可不必承担补偿责任，这已构成习惯国际法的一部分。[32]因此，数据本地化措施即使符合公共利益的合法目的，也应当考察其与外商投资保护法律之间的相称性以及是否属于东道国的治安权。“治安权”源于美国法中的概念[33]，属于东道国一般监管权，但数据本地化措施是否属于一般监管权限范畴尚存在较大争议，因此无法确切判断该措施是否违反了征收条款。

三、国际投资保护规则适用于数据本地化措施面临困境的症结

数据本地化措施虽然遭到关于违反国民待遇条款、公平公正待遇条款和征收条款的强烈谴责，但现有国际投资保护规则无法充分判定数据本地化措施的合规性，陷入了适用无效的

---

24 Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, Interim Award, 1 June 2000, para.102

26 See Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on the Application by Wena Hotels Ltd. for Interpretation of the Arbitral Award, 31October 2005, para. 120; LG & amp; E Energy Corp., LG & amp; E Capital Corp., and LG & amp; E International, Inc.v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 193, 200.

27 EU, General Data Protection Regulation, Art. 45(1).

28 参见余劲松：《国际投资法》，法律出版社，2018 年第五版，第 294 页。

29 第 4 条言明该法的目的在于促进“所有人使用互联网的权利”“获取信息、知识、参与文化生活和处理公共事务”。See Brazil, Brazil Presidency of the Republic Civil House Legal Affairs Subsection, Marco Civil da Internet, 23 April 2014, Article 4.

30 参见《中华人民共和国网络安全法》第 1 条，本法的目的包括“维护网络空间主权和国家安全、社会公共利益，保护公民、法人和其他组织的合法权益，促进经济社会信息化健康发展”。

31 例如 Tecmed 诉墨西哥案的仲裁庭援引了欧洲人权法院的判决，认同“如果有关的人（指受公共利益政策影响的人）不得不承受个别和过度的负担，则不会达成平衡；一项措施必须既符合其目标，又不至于不相称”。Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 122.

32 See Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para.262.

33 张晋藩主编：《中华法学大辞典 • 法律史学卷》，中国检察出版社 1999 年版，第 589 页。

困境。表现为部分传统适用标准在新兴数字经济的冲击下可能面临“失语”，一是数字经济的一些基本问题尚未形成国际共识，如行业的分类、数据本地化措施的性质；二是数据性质的特殊性造成传统适用标准的无效，如本地化要求是否产生持续影响、数字经济一般监管权的依据与边界如何认定。但造成困境的根本原因在于国际投资保护规则相对于数字经济发展的滞后性，具体症结如下。

（一）经济主权属地管辖原则滞后于数据监管需求

在公平公正待遇条款和禁止征收条款的适用中，数据本地化措施是否属于东道国一般监管权是认定的关键因素，考察数据本地化措施的合规性必须考察其是否超出了东道国的正常监管范围、是否超出了可接受的范围。东道国对本国数据行使监管权是基于其自身的经济主权，但传统上经济主权以属地管辖为原则确定管辖范围，而数据具有非地域性的特征，东道国对哪些数据拥有监管权、哪些措施属于必要监管范围各国莫衷一是，而出于对本国利益的保护各国在数据立法规则呈现出域外适用扩张的现象[34]，传统属地管辖原则备受冲击的同时新一轮管辖原则却尚未建立起来。这一现状将持续影响国际投资保护规则在实践中的应用，是当前国际投资保护规则适用于数据本地化措施陷入“失语”困境的一大症结。

根据 1974 年联合国《关于建立新的国际经济秩序的宣言》和《各国经济权利与义务宪章》，经济主权的内涵是国家对其全部财富、自然资源和国内一切经济活动享有充分的永久主权[35]，“包括拥有权、使用权和处置权在内，并得自由行使此项主权”[36]。“数据”是数字经济的核心生产要素，具有财产属性，在一国管辖范围内的“数据”无疑是该国的财富，也是经济主权的权利客体。一国对本国数据享有充分的永久主权即为“数据主权”，当前，对“数据主权”权限范围的争议主要表现在：首先，数字经济这一新兴产业主要依靠数据在虚拟网络空间的搜集、传播和处理完成交易，而网络空间与现实的物理空间不同，两者的关系可能重叠、交叉或毫不相干，因此，基于传统属地管辖原则的“主权”似乎也难以涵盖毫无地域性可言的“数据”。为解决该问题，美国《澄清境外数据合法使用法案》（“CLOUD Act”）通过增加“人”为连接点，对数据的管辖采取“数据控制者原则”[37]，认为拥有数据控制权的服务提供者的所在国对数据享有管辖权。美国的做法是基于其拥有全球数字经济最发达国家的绝对优势，通过美国的各大巨型跨国数字公司如谷歌（Google）、脸书（Facebook）等超越属地限制扩张其数据主权管辖范围。而大多数国家并不具备美国的优势地位，面对数据安全威胁更多地强调本国的数据监管权，采取以数据本地化为代表的防御性措施。其次，有观点认为数据流通和传播的重要介质网络空间天然具有开放性，在全球化要求和互联网技术革命的双重加持下，网络空间实现全球性的自由、开放似乎更加符合数字经济和全球化进程的历史潮流，因而在此背景下以“数据主权”为由，对网络空间进行监管涉嫌违背其自由化的天然属性。

本文认为，尽管以上争议在一定程度上揭示了数据主权不同于传统经济主权的特点，但就东道国要求本地化处理的外国投资者获取的来源于本国的“数据”而言，东道国有权对其进行监管，理由在于：第一，数据在被信息化采集之前以自然、虚拟的形态存在于东道国境内，是东道国一种特殊的资源，是数据得以形成并具有财产属性的根源。例如东道国内居民的个人信息在形成电子数据之前，以自然、虚拟的形态附着于具体的个人身上，还无法与个

---

[34] 孔庆江、于华溢：《数据立法域外适用现象及中国因应策略》，《法学杂志》2020 年第 8 期，第 76 页。
[35] See U.N., Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, 1 May 1974, para.4.
[36] See U.N. GA Resolution 3281(XXIX), 12 December 1974, Article 2.
[37] See U.S., Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act , https://www.congress.gov/115/bills/hr4943/BILLS-115hr4943ih.pdf, visited on 1 December 2020.

体分离进行视听传播，个人信息通过信息化采集之后，虽然个人信息作为数据仍是无法触碰的虚拟形态，但此时已独立于个人而存在，可以通过网络介质传播并为他人感知。这种收集、处理数据的过程是对这种特殊资源的转化和加工。虽然收集和处理数据的活动不一定位于东道国境内，但数据得以形成和存在的根本在于东道国本国，即数据在未被信息化采集前所依附的主体具有清晰的地域性。例如一张内容为城市夜景的电子图片，虽然该图片可能通过网络传播被全球各个角落的网络终端接收到，但其形成的根本在于图片中的城市，而城市具有清晰的地域属性。因此，根据经济主权原则，国家对境内一切全部财富享有永久主权，东道国对来源于本国境内的数据享有主权，有权对其进行必要的监管。第二，外国投资者虽然具有外国国籍，但依据东道国法律在东道国境内设立和运营，处于东道国的法律体系之内，有义务遵守东道国法律。东道国对数据实行合理的、必要的监管措施的，外国投资者应当遵守。

（二）安全例外条款滞后于非传统国家安全需求

网络是数据传播的最重要形式，网络安全涵盖了网络中的数据受到保护[38]，数据安全是网络安全的一项重要内容[39]。不少国家已将数据和网络安全上升到和政治安全、国土安全、军事安全等传统国家安全相提并论的重要位置[40]。网络科技缔造数字经济伟大时代的同时，以“棱镜门事件”为代表的数据和网络安全威胁也不断冲击着一国的安全利益。对数字经济后发型国家而言，出于对网络和数据安全的担忧以及自身实力的考量，采取保守的数据本地化措施似乎成为情理之中。

然而，目前国际投资保护规则并未有效回应此种担忧和考量，非传统国家安全例外是否囊括数据和网络安全不甚清晰，东道国采取数据本地化措施能否援引安全例外条款存在较大争议。第一，传统 IIA 中并没有专门针对数据和网络安全设置例外条款，如 2012 年美式 BIT 范本仅笼统地对披露影响安全利益的信息保护行为本身做了例外规定。第二，晚近缔结的 IIA 出现了利用“其他紧急情况”（如 2019 年中国香港-澳大利亚 BIT）来暗示非传统国家安全例外的趋势，但“紧急情况”的解释具有高度的灵活性，这一模棱两可的概念无法平息国家安全例外的内涵之争。理论界一般认为“紧急情况”不一定要求使用武力，在数字经济时代，网络战争、数据和网络安全威胁等已经达到“国际关系的其他紧急情况”的程度[41]，数据和网络安全似乎应当然地应包含在国家安全例外条款的内涵之中。东道国也倾向于将安全例外的适用范围解释为包括数据本地化措施在内的维护网络安全的必要措施，从而排除国际投资保护规则的适用。但是，由于事实上“网络安全”以及“数据安全”甚至“信息安全”并未明确写入国家安全例外条款，外国投资者可以基于条约解释的严谨性，援引仲裁庭对一般安全例外的限缩解释，即要求例外条款的援引必须在 IIA 中事先规定[42]，主张“安全”的

---

[38] 网络安全是“网络系统的硬件、软件及其系统中的数据受到保护，不因偶然的或者恶意的原因 而遭到破坏、更改、泄露，系统连续可靠正常地运行，网络服务不中断的状态。”《信息安全辞典》，上海：上海世纪出版股份有限公司上海辞书出版社，2013 年，第 21 页。

[39] 但是数据安全的保护对象并非仅指网络中的数据，还包括在网络范畴之外的数据的载体（软件或硬件），（参见高能主编：《信息安全技术》，北京：中国人民公安大学出版社，2018 年，第 109 页。）因此，网络安全和数据安全互为对方的重要组成内容，数据本地化措施同时关涉网络安全与数据安全。

[40] 以中国为例，《国家安全法》第 25 条规定“国家建设网络与信息安全保障体系，提升网络与信息安全保护能力，加强网络和信息技术的创新研究和开发应用，实现网络和信息核心技术、关键基础设施和重要领域信息系统及数据的安全可控”。

[41] See Michael J. Hahn, Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception, 12 Michigan Journal of International Law, 589(1991). 参见孙南翔：《国家安全例外在互联网贸易中的适用及展开》,《河北法学》2017 年第 6 期（第 35 卷），第 73 页；参见张倩雯：《数据本地化措施之国际投资协定合规性与中国因应，《法商研究》2020 年第 2 期，第 89-90 页。

[42] See Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2004.

内涵不包括“网络安全”，则会得出与东道国截然相反的结论。

（三）数字经济国际治理滞后于数据本地化措施实践

禁止征收条款的适用需要考察数据本地化措施的目的与性质，但目前虽有不少东道国立法采取了该措施，但调整该措施在内的有关新兴数字经济的国际规则正在形成之中，国际社会对数据本地化措施的态度不一，其目的与性质难以认定。目前唯一在该领域推进多边规则制定的是 WTO 电子商务谈判，但至今未达成有效成果，国际治理严重滞后于东道国内数据本地化措施的实践。这主要表现为一方面以中国为代表的一批数字经济新兴国家支持并已在实践中实施数据本地化措施，包括俄罗斯、巴西、印度、越南、印度尼西亚等国，立法要求存储某些关键数据的基础设施必须在本国境内或在本国获取的特定类型的数据需存储在本国的服务器中，这批国家基于国内实践在最新一轮 WTO 电子商务谈判中倾向于主张对国内监管权的注重以及公共政策目标的实现[43]，另一方面，美国基于其优势地位，在双边和多边层面均激进地反对数据本地化措施，并通过自身的影响力与多个国家和地区达成禁止数据本地化措施的协定或共识。例如 CPTPP 以及 USMCA 中的“禁止数据本地化”条款。

此外，即使是立场相近且已形成相关共识的美国和欧盟，还存在投资保护规则的碎片化问题。在 2011 年美欧《原则》一致认同禁止数据本地化措施，美欧双方承诺政府不应要求信息通信技术服务提供者使用当地基础设施或在当地建立该基础设施作为市场准入条件[44]，但美欧随后的实践倾向却各有不同。首先，美国主导的 USMCA 中的禁止数据本地化措施条款没有任何例外规定，尽管在第 19. 15 条中规定各缔约国应加强网络安全能力建设和国际合作，但不构成例外条款的实质性内容[45]。其次，欧盟主导下的 IIA 则从个人数据保护的角度强调了数据安全例外，如 2019 年欧盟-越南 BIT 的一般例外中规定，在处理和传播个人数据时保护个人隐私和保护个人记录和账户的机密性可以在遵守国民待遇和最惠国的前提下不适用条约[46]。可见，欧盟主张个人数据权利优先，为保护个人数据权允许东道国采取数据本地化措施，美国却更加激进地否定数据本地化措施成为例外规则。

不难看出，数字经济国际治理严重滞后于部分东道国国内数据本地化措施的发展，新一轮国际规则尚未形成，非约束性共识、约束性条约共生共存，单边、双边和区域性规则错综复杂，有效的国际治理暂时缺位，各国各自为政的现状将影响仲裁庭对数据本地化措施目的和性质的判断，同时也会加剧仲裁庭对国际投资保护规则适用的碎片化。

四、国际投资保护规则适用于数据本地化措施困境的纾解

（一）利用 IIA 平衡东道国数据监管权与投资保护义务

针对经济主权属地管辖原则滞后于东道国数据监管需求，而目前数字经济国际治理又处于碎片化阶段的现状，纾解数据本地化措施兴起下国际投资保护规则的适用困境可先从 IIA 谈判入手，平衡东道国数据监管权与投资保护义务，厘清二者的关系和界限。IIA 谈判中不能回避以数据本地化措施为代表的东道国数据监管权问题，具体而言，应当注重澄清以下几个问题：

1. 东道国对源于本国境内的数据享有经济主权

---

[43] WTO, Joint Statement on Electronic Commerce Communication from China, INF/ECOM/19.

[44] See European Union-United States Trade Principles for Information and Communication Technology Services，https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/morocco/pdfs/2011-04-04%20ICT%20principles%20text%20FINAL.pdf#:~:text=European%20Union-United%20States%20Trade%20Principles%20for%20Information%20and,and%20in%20their%20trade%20negotiations%20with%20third%20countries, visited on 20 November 2020.

[45] See United States-Mexico-Canada Agreement, Article 19.12, Article 19.15 and Annex 19-A.

[46] EU - Viet Nam Investment Protection Agreement (2019), Article 4.6.

明确东道国对源于本国境内的数据享有经济主权，东道国有权对本国数据实行一般监管措施。同时应注意：第一，东道国的数据主权作为经济主权的一部分是一国本身所享有的权力，IIA 的规定是对其经济主权的强调，并非创设和赋予东道国对本国数据的监管权力，IIA 中对此无明确规定的，不影响东道国行使数据主权。第二，东道国让渡部分主权缔结 IIA，行使数据主权应与 IIA 中的承诺保持一致，但并不意味着履行承诺严重危害东道国数据主权时，东道国不能采取措施维护本国主权和利益。第三，澄清“本国数据”的概念，可采用“定义＋列举”的模式，规定为“所有内容来源于一国境内的数据”，在外商投资领域主要包括服务提供者采集的境内消费者的个人信息、商业数据等。

2. 数据监管规则应与国际投资保护规则相协调

东道国对本国数据行使一般监管权时不应违反本国签订的投资协定和其他类似的国际承诺，不应拒绝履行国际投资保护义务，除非履行上述承诺和义务严重危害东道国数据主权，东道国应当确保国内数据监管规则与国际投资保护规则相协调。

东道国可对数据进行分类管理，针对不同类型的数据进行不同程度、不同侧重的监管措施：第一，对于可能涉及国家安全和公共利益的重要敏感数据，东道国在进行必要性评估之后，可以在不违反国际投资保护规则的前提下要求数据存储本地化、设施本地化甚至是服务本地化。第二，对于外国投资者的商业数据，应注意区分数据来源地，针对来源于本国的普通商业数据，东道国原则上不采取数据本地化措施，但个人数据以及由个人数据处理而得的数据除外；针对来源于本国境外的数据，东道国不具有监管权限，不应对其采取数据本地化措施。第三，对于外国投资者在经营中获取的东道国境内消费者的个人数据，应当尊重数据主体的个人意志，由数据主体自由选择是否将个人数据进行本地化存储或处理，但当投资者获取的个人数据达到一定规模危及国家安全和公共利益时，东道国仍有权在必要的情况下对其采取数据本地化措施。

3. 明确 IIA 国家安全例外涵盖数据和网络安全

由于现有大多数 IIA 的投资保护规则依然比较传统，国家安全例外的内容较为笼统，可能导致数据本地化措施在适用投资保护规则时得出不同结果。针对该问题，应当肯定数据和网络安全作为非传统国家安全对一国的必要性和重要性，尽量明确 IIA 的国家安全例外条款涵盖数据和网络安全。

具体应明确以下几点：第一，例外条款只对特定的数据本地化措施适用，在特定范围之外的数据本地化措施，如果其他要件均构成违反国际投资保护规则，则东道国应承担相应赔偿责任；第二，“特定”的内涵至少应同时包括数据本地化措施的目的为维护国家网络安全或增进公共信息化福祉，实施的时机为国家安全和公共利益遭到实质损害或严重威胁，实施过程中遵循了比例原则，数据本地化措施与保护外国投资者的法律之间具有相称性，并且没有给外国投资者造成过度的负担。第三，对于已经在 IIA 中使用“紧急情况”等表述的，可增加注释进一步澄清该概念，明确“紧急情况”涵盖特定的数据本地化措施。

4. 设置规则和程序防止数据本地化措施的滥用

在 IIA 中明确例外条款涵盖特定的数据本地化措施，虽然能在一定程度上减轻例外条款的笼统性带来的负面影响，但安全和公共利益的概念仍然有可能被宽泛解释，并成为东道国滥用数据本地化措施的借口，阻碍数据自由流动，违反国际投资保护规则。为了防止上述情况出现，应在 IIA 中设置有效规则和程序避免数据本地化措施的滥用：第一，可以考虑在 IIA 中以附件或者在 IIA 之外以备忘录的形式对适用例外规则的数据本地化措施进行列举，形成特定数据本地化措施的“正面清单”，尽量减少因概念笼统产生的争议。第二，对于是否属

于“特定”数据本地化措施确有争议的部分，东道国应当负有证明该措施合理性的义务。可以借鉴 WTO 判例中“必要性”测试的做法，东道国必须充分考虑数据本地化措施与所追求的目标（主要是国家安全、公共利益）之间的联系，特别是目标的重要性、数据本地化措施对目标实现的贡献程度等。[47]

（二）利用多边平台弥合各国对数据本地化措施的分歧

国际投资规则的碎片化是当前适用困境的一大症结，虽然碎片化问题在短期内难以扭转，但该问题叠加国际数据谈判的重大分歧将进一步加剧国际投资保护规则适用的复杂性，各国“各自为政”的现状不利于国际社会的整体发展。弥合各方分歧，努力促进国际社会对数据本地化措施达成基本共识并形成相对统一的规则，是纾解数字领域国际投资保护规则适用困境的长远之计。

2019 年 1 月开始的 WTO“电子商务诸边谈判”旨在制定电子商务（数字贸易）领域的国际规则，但由于数字经济谈判牵扯各方利益，各成员间数字经济发展不平衡，目前针对数据本地化措施所获收益较少。但本轮谈判的顺利开启本身对于数字贸易规则最终达成广泛共识具有重要意义，国际社会不能停止对数字规则谈判的步伐，应当充分利用以 WTO 为代表的多边平台，尽快就以数据本地化措施为代表的数字规则达成基础性共识，以便各国在此共识框架下相对清晰地开展本国数字监管措施。

1. 确立以禁止数据本地化措施为原则的共识

国际社会可以以 WTO 电子商务诸边谈判为契机确立原则上禁止数据本地化措施的共识，主要基于以下考虑：第一，就数据、数字经济和网络空间的性质而言，禁止数据本地化措施更符合该领域的发展规律。数字经济主要依靠数据在网络空间的搜集、传播和处理完成交易，数据跨境自由流动是数字经济全球化发展的重要条件，营造自由、开放、有序的网络空间符合数字经济发展的历史潮流。数据本地化措施因应国际数字治理的失序而出现，过激的数据本地化措施也将随着国际数字规则的完善而逐渐消失。第二，就与 WTO 规则的合规性而言，禁止数据本地化措施符合 WTO 规则的基本精神，例如 GATs 国民待遇条款要求在附件无相反限制的情况下禁止数据本地化处理或存储。[48]第三，就各方立场而言，在本轮谈判中，以美国、欧盟、日本为代表的发达成员均主张禁止数据（存储）本地化措施，中国等发展中成员则强调经济主权和网络安全的重要性，但并非是对禁止数据本地化措施的全盘否定。因此，在 WTO 谈判中确立禁止数据本地化措施为原则的共识，似乎是在坚持 WTO 基本原则的前提下，各方最有可能达成妥协的处理方式。

2. 允许特定的数据本地化措施作为例外条款

在以禁止数据本地化措施为原则的基础上，应当规定若干例外条款，允许特定数据本地化措施的存在。可以参考前文对 IIA 中的例外规则的建议，允许一国基于国家安全和公共利益的考虑，对来自于本国境内的特定数据采取数据本地化措施。对于“特定”数据的具体范围，由于多边机制涉及的国家与地区相较于 IIA 更多，各方利益诉求更加复杂，不宜在最终达成的诸边或多边文件中直接规定，而应充分尊重各国经济主权，由各国采用承诺清单的形式自主决定。同时也应设置一定的机制防止数据本地化措施的滥用，例如承诺清单应为正面清单，在此之外的数据类型不应适用例外规则，再如产生争议时东道国应负有举证该措施具

---

[47] See Report of the Panel, Colombia-Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, WT/DS461/R, 27 November 2015, para. 7.310; Report of the Panel, Argentina-Measures Relating to Trade in Goods and Services, WT/DS453/R, 9 May 2016, para. 7.684.

[48] See WTO, World Trade Report 2018 The future of world trade: How digital technologies are transforming global commerce, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/world_trade_report18_e.pdf, p. 152-153.

备合理性的义务等。

3. 对特定国家适用特殊与差别待遇

特殊与差别待遇是 WTO 的基本原则，是公平互利这一国际法基本原则在多边贸易中的体现。特殊与差别待遇原则要求在处理发展中国家问题时充分尊重发展中国家的发展权，允许发展中成员在一定范围和条件下背离 WTO 协议的一般权利和义务。全球数字经济的发展呈现国别间不平衡的特征，2018 年全球已有超过一半以上的人口在使用互联网，其中发达国家网民占其总人口 81%，发展中国家和最不发达国家网民仅占各自总人口的 45%和 20%[49]。如果强行要求发展中国家和最不发达国家无差别地履行各项义务，其在数字经济中的相对弱势会加剧该领域贸易机会的缺失和不公平，严重威胁这两类特定国家的发展权，不利于全球的经济发展和社会进步。

中国在本轮谈判的提案中呼吁应从发展层面考虑到发展中成员特别是最不发达成员的困难和挑战[50]，深刻契合了特殊与差别待遇原则。各国应当认识到发展中成员经济的可持续发展对发达成员的利益也至关重要，帮助发展中成员全面参与和融入全球数字经济体系，符合全体成员方的共同利益。尽管特殊与差别待遇近年来备受挑战，但要在电子商务谈判中针对数据本地化措施的基本问题形成共识，就应当注意尊重各国数字经济发展不平衡的客观差异，坚持特殊与差别待遇原则，否则谈判必然陷入僵局。可以借鉴《贸易便利化协定》等 WTO 协议中贯彻特殊与差别待遇的做法，增加发展中成员发展数字经济的机会、保障发展中成员的利益。例如允许发展中成员和最不发达成员根据自身实际情况制定合理的过渡期，在过渡期内可以针对数据本地化措施承担较少的义务；发达国家和数字经济产业发达的国家还可以为发展中成员特别是最不发达成员提供必要的技术援助，帮助这些成员尽快过渡。

五、结论

部分西方学者从合规性角度对数据本地化措施进行了否定，认为该措施涉嫌违背投资自由化精神，其作为市场准入区分了国内外投资者违反了国民待遇条款，该措施的施行影响了东道国法律制度的可预测性和稳定性违反了公平与公正待遇条款，对外国投资者造成了具有歧视性的实质性财产剥夺构成间接征收违反了征收条款。但是，利用上述国际投资保护规则仔细考察数据本地化措施，可知判定其不合规的充分性明显不足，国际投资保护规则面对数据本地化措施陷入了适用困境。这虽与数据本地化措施的实行时间、真实目的、配套措施等自身个案性因素有关，但根本原因在于国际投资保护规则相对于数字经济发展明显滞后，其症结主要体现为：第一，经济主权属地管辖原则滞后于数据监管需求；第二，IIA 安全例外条款滞后于非传统国家安全需求；第三，数字经济国际治理滞后于数据本地化措施实践。为纾解国际投资保护规则的适用困境，首先应从东道国的角度出发完善 IIA，澄清东道国对本国数据的经济主权，协调国内监管规则与国际承诺，明确 IIA 例外规定涵盖特定的数据本地化措施以及设置必要的规则和程序防止该措施的滥用；然后从国际社会的角度出发，利用以 WTO 为代表的多边平台尽量弥合各国分歧，确立以禁止数据本地化措施为原则、允许特定例外的基本共识，并对发展中国家和最不发达国家适用特殊与差别待遇，由此缓解各国分歧叠加国际投资规则碎片化的负面影响，促进全球数字经济整体协调发展。

---

[49] UN, The Sustainable Development Goals Report 2019, https://unstats.un.org/sdgs/report/2019/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2019.pdf, visited on 1 February 2021.

[50] WTO, Joint Statement on Electronic Commerce Communication from China, INF/ECOM/19.

Dilemma of Application of International Investment Protection Rules and Its Alleviation under the Rise of Data Localization Measures

Zhang Yu

Abstract: Data localization measures have emerged in a number of countries to safeguard national cybersecurity and public interest. Such measure has been rejected by some Western scholars due to its alleged violation of the national treatment, fair and equitable treatment and expropriation provisions of international investment protection rules. However, current international investment protection rules are lagging behind, making it insufficient to determine compliance when applied to data localization measures. The crux of the problem is that the principle of territoriality of economic sovereignty lags behind the need for data regulation, the IIA security exception lags behind the need for non-traditional national security, and the international governance of the digital economy lags behind the practice of data localization measures. To alleviate the above dilemma, host states should clarify the economic sovereignty over their own data, harmonize international and domestic rules, and clarify that the IIA exceptions cover specific data localization measures while preventing their abuse; the international community should make use of the WTO to bridge the differences between countries, establish a basic consensus on the principle of prohibiting data localization measures and allowing specific exceptions, and adhere to special and differential treatment to promote a coordinated global digital economy.

Keywords: data localization measures; international investment protection; national treatment; fair and equitable treatment; indirect expropriation; dilemma of application

“东盟方式”的演变与 RCEP 争端解决机制

赵亚琦* 北京大学法学院

摘要：东盟是 RCEP 的发起者、推动者、协调者。东盟之所以积极推动 RCEP，是因为原有的符合其利益的“ASEAN+1”FTAs 模式在经济一体化进程下内部困境不断加深，在 TPP 的挤压下又遭遇外部困境。本文通过梳理和对比东盟官方文件和 RCEP 进程中的文件，分析东盟在 RCEP 进程中的核心利益所在，并考察上述利益如何表现为独特的“东盟方式” 并体现在 RCEP 中，着重讨论其对 RCEP 争端解决机制的影响。

关键词：RCEP 争端解决机制 东盟方式

《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership，下称 RCEP)是 2011 年 11 月由东盟发起，以原有的“东盟+1”自由贸易协定(”ASEAN+1”FTAs）或全面经济伙伴关系为基础，与外部经济伙伴国通过谈判签署区域全面经济伙伴关系协定从而创建的区域贸易安排。2012 年 8 月东盟与其贸易伙伴国举行首次经济部长磋商，通过了《区域全面经济伙伴关系谈判的指导原则和目标》，并于同年 11 月举行的第二十一届东盟首脑会议和东亚峰会上正式通过。历经 8 年、31 轮正式谈判，于 2019 年 11 月 4 日第三次领导人会议上完成了全部谈判，最终在 2020 年 11 月 15 日第四次领导人会议上以视频的方式各国贸易部长进行了签署1。

在 RCEP 进程中，东盟不仅是发起者、协调者，也是谈判停滞时期的主要推动者，东盟的利益以及独特的“东盟方式”的影响贯穿 RCEP 的全过程并体现在最终的条文中，现有研究中有部分涉及东盟对 RCEP 的影响2，但未能从条约文本角度细致分析这其如何影响 RCEP 的具体条文，更为重要的是，随着东亚经济一体化的发展，东盟在区域贸易合作中形成了多层次的利益结构，“东盟方式”的内涵也随之变化，本文将通过梳理东盟一体化的最新文件结合 RCEP 谈判过程中的文件以及最终条文，分析“东盟方式”发生了怎样的转变及其如何影响 recp 的文本，尤其是是其对 RCEP 争端解决机制的影响。

一、“东盟方式”的内涵演变

“东盟方式”与 “东盟规范”不同，“东盟规范”是指为东盟所接受的具有一定约束力的规则，著名建构主义学者阿米塔·阿查亚在《构建地区共同体：东盟与地区秩序》将其归纳为“放弃使用武力和平解决争端、区域主权和集体自力更生；互不干涉内政；反对东盟军事协议和双边防卫合作的出现”3，体现在《东南亚友好合作条约》第一章“原则和宗旨”4 中，这份文件是东盟成立后成员国签署的第一份具有法律效力的文件，并于 1988 年 7 月 2 日后在缔约国同意的前提下允许东盟之外的国家加入。事实上 RCEP 的缔约国都加入了该条约，因此《东南亚友好合作条约》是解释 RCEP 时的具有法律效力的文件。

---

* 【作者简介】 赵亚琦，北京大学法学院博士研究生。

[1] 商务部：http://fta.mofcom.gov.cn/article/RCEP/RCEPnews/202011/43462_1.html，最后访问：2021 年 5 月 7 日。

[2] 王玉主,“RCEP 倡议与东盟‘中心地位’” (2013) 05 国际问题研究 46–59 79 citations(CNKI)[2021-03-22]<北大核心, CSSCI>; 商务部亚非研究所,“东盟对外签订的自贸区协定比较研究” in (2011) 297; 许宁宁,“RCEP: 东盟主导的区域全面经济伙伴关系” (2012) 10 东南亚纵横 35–38 52 citations(CNKI)[2021-04-22]<CSSCI>. 等。

[3] 阿米塔·阿查亚,《构建安全共同体：东盟与地区秩序》(2004)，p98。

[4] 东南亚友好合作条约, 1976.

而“东盟方式”用来描述东盟特有的行事作风、态度、方法5，后者强调为东盟所接受的行为标准。20 世纪 90 年代随着建构主义在国际关系学界兴起，麦克·安东利提出东盟的吸引力在于其特有的行为规范，例如不干涉别国内政、尊重协商、负责任地考虑他人的利益和关切等。哈迪·萨斯特罗将其概括为三个”R”，即忍耐、尊重和责任。6之后的学者又在此基础上增加了：互相尊重和忍让、安静外交；渐进、耐心、非正式、务实、共识；建立在密集磋商磋与共识基础上的决策7等内涵。“东盟方式”体现在多个文件中，如《东南亚友好合作条约》序言中指出“确信解决该地区国家间的分歧或争端应该通过合理、有效和比较灵活的程序，避免采取可能危及或损害合作的消极态度”8，以及《东盟地区论坛概念文件》，这一论坛包含全体东盟成员以及中国、美国、俄罗斯、日本、欧盟等所有国际体系中的重要参与者，是东盟创立地区秩序的重要方式，《文件》中指出“东盟的磋商和共识的做法通过定期的高规格的成员国之间的交流得到了极大的加强……东盟必须随时对所有参加者的利益和关切予以关心和考虑”9。“东盟方式”又被称为“社会文化规范”10“软规则”11，突出其弱约束性。正式因为上述特点，东盟模式常常被认为相对欧盟模式而言，是一种低水平、 小规模、 低效率、松散型的合作模式12。

但是传统的“东盟方式”在经济一体化的过程中发生了巨大的变化，里程碑是 2007 年签订 2008 年生效的《东盟宪章》，以及围绕《宪章》进行进一步拓展和细化对一系列文件包括： the ASEAN Vision 2020, the Declaration of ASEAN Concord II, the ASEAN Charter, the Roadmap for an ASEAN Community (2009-2015) and the 2015 ASEAN COMMUNITY VISION 2025。《东盟宪章》生效后对东盟成员国具有法律约束力，它确立了东盟不同于成员国的法律人格（第二条），也建立实施东盟合作的机制，为东盟一体化提供了法律框架。对比 1976 年《东南亚友好合作条约》，上述文件对于东盟未来的设想有以下几个突出的特点：

1.致力于加强区域一体化和共同体建设。《宪章》序言中指出应当建立一个由东盟安全、经济、社会文化共同体所组成的东盟共同体。第一条指出，《宪章》宗旨包括：创造一个稳定、繁荣极具竞争力且经济一体化的单一市场和生产基地，并有效协调贸易和投资，使货物、服务和投资自由流动13，人员、资金流动也更为自由。“原则”部分规定，东盟应逐减少乃至消除所有阻碍区域经济一体化的壁垒。“2025 年东盟共同体展望”中将其描述为一个“高度结合，紧密联结的”14的共同体。

2.在对外关系中保持中心地位。《宪章》序言 15 条就指出需要“保持以东盟为中心的原则，以及其积极的角色，让东盟在开放、透明与兼容的区域架构中，成为同外在伙伴发展与合作中的主要推动力”。这一原则又在第十二章“对外关系”中进一步具体化，“东盟在发起任何区域安排时必须扮演主要推动力的角色，并在区域合作与共同体建设方面保持其中心地位”15，同时充当国家协调者的成员国须轮流负起总体的责任，在东盟和对话伙伴、区域

---

5 张云,“国际政治中的弱者逻辑——东亚与亚太地区大国关系”(2010)，p.30。
6 张云,“国际政治中的弱者逻辑——东亚与亚太地区大国关系”(2010)，p.326。
7 张云,《国际政治中的弱者逻辑——东亚与亚太地区大国关系》(2010)，社会科学文献出版社，p.117。
8 ASEAN 官网：https://asean.org/treaty-amity-cooperation-southeast-asia-indonesia-24-february-1976/，最后访问：2021 年 5 月 7 日。
9 The ASEAN Regional Forum: A Concept Paper, 1 August, 1995.
10 张云,《国际政治中的弱者逻辑——东亚与亚太地区大国关系》(2010)，社会科学文献出版社，p.30。
11 郑先武,《区域间主义治理模式》，2014,社科院出版社，p310。
12 宁智平,“区域经济合作:东盟模式” (1991) 02 国际经济合作 47–49.
13 《东盟宪章》，第二页。
14 2015-ASEAN-COMMUNITY-VISION-2025，p2.
15 《宪章》41 条。

及国际组织的交往中，协调并促进东盟的利益16。

3.构建争议解决机制。序言中指出，应通过本宪章建立东盟的法律和制度框架，并在第八章“争议解决”中作出了具体规定，成员国应以和平方式解决争端，可以通过斡旋、调解、调停的方式，在没有特殊争端解决机制的情况下，根据《关于加强争议解决机制的东盟议定书》来解决，仍未解决的争议提交东盟峰会决定。

4.缩小成员国差距。《宪章》延续了《友好条约》中合作、互助的精神，将其进一步明确为“在东盟范围内纾解贫困和缩小发展差距”。

“2025 愿景”将东盟共同体的目标总结为，到 2025 年实现一个“规则为基础，以人为导向，以人为中心”的“同一个愿景，同一个身份，同一个共同体”。可见“东盟方式”已经不是传统的弱制度、非正式、松散的行为模式，而是致力于加强区域一体化，建立争端解决机制，并在对外关系积极协调维护自身中心地位的，从“跟随者”到“参与者”甚至“主导者”的转变。“东盟方式演变”的背后是东盟在区域贸易合作中的利益诉求发生了变化。随着经济全球化的发展和反冲（backwash），区域环境不稳定加剧，增强区域一体化建设消除贸易壁垒，制定争端解决机制从而为成员国和向对方提供可预测性和确定性，以及在对外关系中维护自身利益、建立以东盟为中心的贸易网络都是增强东盟竞争力的重要手段。但由于东盟整体实力与其他经济体比较相对较弱，其内部成员国之间又差距巨大，因此传统东盟方式中照顾各方利益、重视协商、渐进的特点也仍然在其对外实践中得以保留，今天的“东盟方式”具有保守与激进相结合的双重特点，这也突出体现在其区域贸易战略中。

二、“东盟方式”在 RCEP 中的体现

（一）不损害现有“东盟+1”FTA 协定，维护东盟中心地位

在 RCEP 签署前，东盟长期实行“东盟+1”自贸区协定（ASEAN+1 FTAs）区域贸易战略，即东盟作为一方与区域内或区域外大国签订双边自贸区协定。上世纪 90 年代，由于各区域大国在东亚地区争夺贸易主导权，纷纷拉拢东盟，东盟先后与中日韩印签订了 FTA，又与澳新两国共同签订 FTA，逐渐形成了复杂的“东盟+1”FTA 协议网络，东盟在在这一机制中逐步占据中心地位。

事实上，这一模式非常符合东盟的利益。一方面，东盟十国的总体经济发展水平较低，且个体差异大，2018 年 GDP 总量居首位的马来西亚(10422 亿美元)是位于末位的文莱(136 亿美元)的 76 倍，人均 GDP 位于首位的新加坡(64570 美元)是位于末位的缅甸(1330 美元)的 48 倍17，因此只有合成一体才能增强博弈能力。另一方面，双边协定的模式使得东盟可以针对不同相对方的进行灵活博弈，在每个协定中争取自身利益最大化，从实际上形成了以东盟为“轮轴”中心，其他国家为辐条的结构。这一模式既避免了贸易转移，又能分享周边国家经济高速增长带来的好处，获得经济发展的新动力，又能以外部动力推动内部一体化进程，同时还能以此在“大国平衡”中渔利，从而为东盟在国际舞台上拓宽活动空间，可谓一举四得。可以看出，“东盟+1”FTA 的模式既能维护东盟在对外交往中的中心地位，又能根据其特殊需求做出灵活的安排，因此符合“东盟方式”对外交往中的双重需求。

但是这一模式随着经济一体化的发展和 TPP 的压力受到了越来越多的挑战。

1. 内部挑战：“意大利面条碗”效应加剧

东盟在构筑其 “东盟+1”FTA 网络时，为了保证其“轮轴”地位不动摇，在各个 FTA

16 《宪章》42 条。

17 肖琬君 & 冼国明,“RCEP 发展历程：各方利益博弈与中国的战略选择”,(2020),《国际经济合作》,pp.12–25。

协议中，对贸易开放内容、降税步骤、原产地规则、商品例外等条款存在较大的差异，因而导致了东亚地区的“意大利面条碗”效应的恶化。这是由多方面的因素导致的：一方面，各经济体在签署 “东盟+1”协议时，并没有成熟的 FTA 范本可以参照，特别是中国-东盟 FTA 的签署，当时可能更多地是考虑照顾东盟的感受并让东盟尽快获得好处，而未充分考虑 FTA 协议的全面性，而中国-东盟 FTA 签署后，日本、韩国等国为了避免在区域经济一体化浪潮中落后甚至实现赶超，它们在与东盟签署 FTA 时，也未过多坚持全面性因此造成“东盟+1”FTA 文本上千差万别。有学者指出，东亚经济体所形成的东亚生产网络高度依赖，通过这种生产网络，生产链条中的每一部分都在最有效率的某个经济体中加工生产，在此过程中，各国之间的贸易机制是平滑的。但是随着各经济体的双边 FTA 盛行，这一过程中各国的单一利益可能达到了最大化，但是东亚整体利益却可能损失了，因而这一平滑机制遭到了破坏，即整体无序的 FTA 最终可能会阻碍东亚各经济体间的生产网络的正常运行。[18]

2.外部挑战：TPP 协议的压力

《跨太平洋战略经济伙伴关系协定》(Trans- Pacific Strategic Economic Partnership，TPP)，最初源于 1998 年由美国、澳大利亚、新加坡、新西兰和智利共同发起的“优惠贸易安排”倡议，后由新加坡、新西兰、智利和文莱 4 个国家于 2005 年在 APEC 框架内正式签署，并于 2006 年 5 月正式生效，目的是通过深化贸易和投资等领域的合作以加强各成员国之间的经贸关系，在 4 国之间实现零关税。TPP 引起国际社会的重视源于 2009 年 11 月，美国加入 TPP 谈判，随后马来西亚、加拿大、墨西哥相继宣布将加入谈判。

美国加入并全面推动 TPP 的举动则使东盟的中心地位面临更严重的威胁。由于亚太经合组织(APEC)已经明显失去了活力，而且 APEC 框架下早期制定的以贸易投资自由化为主的《茂物目标》已经不适合变化了的亚太，意味着美国失去了与东亚合作的有效联系。通过以建设亚太自贸区(FTAAP)为目标的 TPP，美国一方面重塑了联系东亚的合作平台，另一方面通过新的合作框架为东亚制定游戏规则。由于 TPP 采取是单个国家加入谈判的方式，进入门槛很高，改变了东盟在东亚合作中“整体作战”的习惯安排。另一方面，TPP 设计的目标是以 APEC 为框架的自贸区，而东盟部分成员不是 APEC 成员，因此即使 TPP 最后扩展到 APEC 范围，也不会包含一个完整的东盟，东盟显然不能指望在这个框架内发挥中心作用。与此同时，TPP 所带来的贸易转移效应客观上将对亚太地区的非 TPP 缔约方造成负面影响，由此引起的“多米诺骨牌效应”会促使这些国家加快其 FTA 建设。

TPP 是一个综合性、高水平的自由贸易协定，其内容不仅包括贸易自由化、便利化，还包括服务贸易自由化及政府采购、知识产权保护、战略合作等。借助 TPP，主导的经济体不但可以在内部不断提高规则的协同和融合，而且可以向其他国家输出其经贸规则和机制。例如，自北美自由贸易协定开始，美国就不遗余力地向发展中国家输出环境和劳工标准等 WTO-X 条款，这些标准又进而间接影响了其他发展中国家19。这会使部分发展中经济体更加进退维谷，也有可能不断侵蚀现存机制下对不发达国家的特惠安排。对于柬、老、缅、越 (CLMV)等东盟内部经济发展状况相对滞后的四国来说，势必面临双刃剑的选择。一方面，协议签署后，外来制造业产品的进口必将提升，对原先较为脆弱的工业化造成冲击；另一方面，这是进一步融入经济全球化、推进出口导向型和外资依存型经济、在国际和区域产业链和价值链

[18] Baldwin R.E.Managing the Noodle Bowl:The Fra- gility of East Asian Regionalism [Z] .ADB Working Paper Series on Regional Economic Integration No.7，2007:18-21.

19 贺平 & 钱亚平,“TPP 与 RCEP 背景下的中国 FTA 战略” (2016)，《中国周边外交学刊》pp.111–129。

中巩固和提升自身地位 的必然要求。TPP 协议达成有可能带来更大的 “多米诺效应” 或“齿轮效应”。当各发达经济体和发展中竞争对手纷纷加入 TPP 等新型跨区域主义的进程后，其他国家加入其中的意愿和压力也相应提升。

3. RCEP 的谈判进程始终受到 TPP 的影响

上述分析表明东盟积极推进 RCEP 是原有模式难以为继下的无奈之举，而从 RCEP 的谈判进程也可以看出，每一步都受到了 TPP 进展的影响。虽然 TPP 2006 年 5 月就已正式生效，但直到 2011 年在美国的推动下，4 个东盟成员国加入了 TPP，其他东盟成员国也在不同场合表达了对加入 TPP 谈判的兴趣。这样，东盟内部就出现了参加 TPP 与不参加 TPP 的两大阵营。TPP 的出现不仅威胁到了东盟在亚洲地区的核心影响力，还威胁到了东盟成员的凝聚力。在这一背景下，2011 年 11 月，东盟接受了以东盟为主导的中日共同提案——RCEP，并同意设立与 RCEP 相关的三个工作组(货物贸易、服务贸易、投资)。2013 年 RCEP 参与国计划 2015 年完成谈判，但谈判并未如期完成，且进展缓慢。但此时 2015 年 10 月 TPP 结束谈判，并于 2016 年 2 月签署，东盟十国中的新加坡、马来西亚、文莱、越南四国加入了 TPP 谈判，泰国也表现出了加入 TPP 的意愿。这就意味着 TPP 不仅威胁了东盟在东亚地区的经济核心主导地位导致东盟的边缘化，更对东盟的整体性造成了威胁。在 TPP 的压力下，RCEP 的谈判进程加速。表现之一就是会议频次增加，会议级别提高。仅 2016 年就召开了两次部长级会议与六轮谈判，并于 2017 年召开了首次 RCEP 谈判国领导人会议。在会议上发表了《驱动经济一体化与包容性发展——〈区域全面经济伙伴关系协定〉谈判国领导人联合声明》。2018 年 11 月在新加坡，召开了第二次 RCEP 谈判国领导人会议并发表了联合声明，最终在 2019 年完成了谈判。

可以看出东盟对 RCEP 的积极参与是在东盟处于被边缘化的威胁下作出的反映，东盟在 RCEP 谈判中的核心利益即在维护其在东亚的中心地位，而这一利益诉求也渗透在了 RCEP 的条文之中。

关于原有“东盟+1FTA”，在 2012 年《启动 RCEP 协商共同宣言》中就指出“维护东盟在地区经济一体化过程中的中心地位，在更广泛和深入的参与中承认东盟 FTA 伙伴国的利益”[20]。在具有法律效力的《RCEP 谈判的指导原则和目标》中更明确指出“东盟+1FTA 和双边和多边的自贸协定继续存在，RCEP 中的规则不会贬损其中的条款和条件”[21]，以及“考虑参与国家发展水平不同，RCEP 对于最不发达包含适当形式的灵活性形式，与现有可适用的的东盟+1FTA 规则一致”[22]，其中关于技术援助和能力建设的规则应以“东盟+1”FTA 为基础。2017 年“领导人共同声明”中也指出“RCEP 应当巩固东盟+1FTA，并且在还未签订双边 FTA 的东盟伙伴国之间建立新的联系”。可见 RCEP 不会取代原有的“东盟+1FTA”，相反进一步巩固这一自贸协定网络，同时，《原则》第六条规定，对于未在 RCEP 谈判开始加入的东盟 FTA 伙伴国可以在谈判开始后加入，通过将其自贸协定伙伴国更多地纳入 RCEP 中，东盟就越有可能在 RCEP 框架下获得其在原有模式下的中心地位，而这一点也在 RCEP 的谈判文件中被不断强调，例如 2012 年《东盟地区全面经济伙伴关系框架》序言中和《启动 RCEP 协商共同宣言》都指出，应当维护东盟在地区经济一体化过程中的中心地位，以及其在区域合作中的推动作用。

（二）“东盟方式”在 RCEP 争端解决机制中的体现

---

[20] Joint Declaration on the Launch of Negotiations for the Regional Comprehensive Economic Partnership，p1

[21] Guiding Principles and Objectives for Negotiating the Regional Comprehensive Economic Partnership，art 5

[22] Ibdi, art 2

首先，RCEP 争端解决机制借鉴了东盟现有争端解决机制。东盟先行争端解决机制包括以下几个重要文件:《争端解决机制东盟议定书》(1996)、《加强的争端解决机制东盟议定书》(2004),《东盟争端解决机制宪章议定书》(2010)，以及《加强的争端解决机制东盟议定书》(2019)。其中 2004 年《议定书》取代了 1996 年《议定书》但不适用于已经生效的争端23，而 2019 年议定书虽然旨在取代 2004 年《议定书》但还未生效，因此先行有效的即为《加强的争端解决机制东盟议定书》(2004）和《东盟争端解决机制宪章议定书》(2010)。而将其与 RCEP 争端解决机制比较，可以发现 RCEP 中诸多规则和二者相同或相似，例如 RCEP 中第七条斡旋、调解或调停，第十七条 补偿和中止减让或其他义务与 2004《议定书》完全相同，RCEP 中的第三条一般规则、第四条沟通和时间限制、第五条磋商的一般规则，以及斡旋、调解或调停规则及其功能都与 2010《议定书》完全相同，而 RCEP 中的专家组制度 2010《议定书》中仲裁员制度在，人选要求、功能、建立和重新召开的程序方面高度相似。但是也有一些规则是 RCEP 争端解决机制独有的，这些规则中同样体现着“东盟方式”。

1. 磋商程序体现在专家组制度的各个环节

在 RCEP 总则中，就指出“鼓励争端各方在争端的每一个阶段尽一切努力，通过合作和磋商，达成争端各方共同同意的争端解决办法”24，第六条进一步指出，任何缔约方可以要求与另一缔约方就第十九章第三条(范围)第一款所描述的任何事项进行磋商。一被诉方应当对一起诉方提出的磋商请求给予适当的考虑并应当给予此类磋商充分的机会。同时在第七条中规定了争端方善意磋商的义务。

在专家组制度中，首先从专家组的设立和召集开始，从收到设立请求起 10 日内，争端各方就应当通过磋商，以就专家组的组成程序达成一致；在确定专家组成员阶段，也需对非由争端方推荐的第三名专家组成员的任命达成同意。在由 WTO 或 PCA 选择专家组成员时，争端方有权对人选进行删除并排列优先顺序。同时在专家组程序的所有环节，专家组都应当定期与争端各方进行磋商。

正式由于专家组的裁定和决定应当是终局的，并且对争端各方具有约束力[25]，因此磋商有利于充分保护争端方的利益，体现了“照顾各方利益的”东盟方式。除了照顾争端方的利益，RCEP 还对第三方的权利作出比 2010 和 2004《议定书》更为细致的规定，主要体现在第五条中，第三方在遵循保护保密信息的前提下，在中期报告发布前，有权出听证会，并在在第一次听证会期间向专家组进行口头陈述和答复专家组的提问;以及以书面形式答复专家组向第三方提出的任何问题。

2. 最不发达国家缔约方的特殊和差别待遇

RCEP 第十八条特别规定了，在确定涉及最不发达国家缔约方争端时，应当在争端解决所有阶段特别考虑最不发达国家缔约方的特殊情况，并保持适当克制。利益丧失或减损是由最不发达国家缔约方采取的措施造成，起诉方也应当保持适当的克制。同时专家组报告中应当明确表明对最不发达国家缔约方采取的特殊和差别待遇的具体形式。这一条和《宪章》中“在东盟范围内纾解贫困和缩小发展差距”的宗旨相一致，但由于 RCEP 最不发达国家均为东盟国家，如果将东盟作为一个整体，这一规则也使得东盟在区域经贸合作中处于更有利的地位。

3. 无常设经费

---

[23] 关于加强争端解决机制的东盟议定书 2004，第 21 条。
[24] RCEP 争端解决机制，第四条。
[25] RCEP,争端解决机制 第 15 条

一个细节是 RCEP 第十九条规定，除非争端各方另有约定，每一争端方应当承担各自的费用，也就是说缔约方无须分担争端机制的本身的费用。而 2010 和 2004《议定书》中都规定成员国平摊常设争端机制的费用26，所以相比而言 RCEP 经费压力相对较小，因此发展中国家以及最不发达国家经费压力更小。

三、结论

“东盟方式”是认识东盟利益诉求的切入点，从而通过把握“东盟方式”的双重特性能够更好地把握东盟在东亚区域贸易交往中复杂的利益考量，从而更好得理解其在 RCEP 中的主张，并预测其在执行中可能的问题。东盟已经成为中国第一大对外贸易合作伙伴，对东盟研究也将引起越来越多的重视。

[26] 2010《议定书》 第 18 条，附件四第十一条；2004《议定书》第 17 条。

CPTPP 环境章节文本解读及我国法律对策

郑玲丽　李文卿*　南京师范大学法学院

摘要：在贸易体制的演进中，“环境”逐渐从 GATT/WTO 协定下贸易义务的“例外”，演变为 RTAs 项下环境义务。从数量上看，这可能尚未构成各国将综合环境条款纳入 RTAs 的国际惯例。但从性质来看，这根本性地改变了在国际贸易法领域 RTAs 仅仅针对贸易问题的传统思维方式。CPTPP 作为 21 世纪高标准、全面、先进、综合、现代化的贸易协定，其“高环境标准”刷新 RTAs 环保制高点。对 CPTPP 环境章节条款进行深入系统的理论研究，为 21 世纪贸易与环境的冲突与协调提供新的研究范式和路径，同时以开放的态度对待 CPTPP，细致梳理 CPTPP 环境规则并与我国现已签署生效 RTAs 环境条款进行比较研究，为我国未来签署 RTAs 环境条款提供理论依据，势在必行。

关键词：CPTPP 环境章节 环境 贸易 USMCA

目前在国际贸易法领域，一个棘手又亟需解决的问题，就是环境与贸易[1]的冲突与协调。第二次世界大战后国际贸易协定演进中条约与习惯国际法在处理贸易与环境的冲突与协调方面发挥了规范性功能。20 世纪 90 年代以来，自由贸易与环境保护的矛盾日益激化。从富有传奇色彩的金枪鱼/海豚案引发 20 世纪 90 年代环保主义者反对 GATT 的运动，到 WTO 成立后的海虾/海龟案，在 GATT/WTO 层面持续出现贸易与环境问题的激烈争论。[2]在 GATT 和 WTO 框架下，也存在一些调整贸易与环境保护、既为成员方采取环境保护政策提供法律依据又防止滥用环境措施的法律条款。[3]但 WTO 并未正式有效解决环境相关的国际贸易法问题，相反，WTO 是成员政府就诸多与贸易有关的问题进行谈判的舞台。这种有限的组织能力是 WTO 的一个决定性特征。[4]为了解决当前国际经贸失衡问题，需要深刻反思当前的环境与贸易政策法律制度，重塑全球经济治理。首当其冲应变革目前的国际贸易规则，使对环境的破坏内在化。当代挑战需要采取联合行动，将环境规则纳入国际贸易制度体系，以便使最低环境标准成为其规范框架的一部分。贸易本身不应被理解为一种目的，而应视为一种工具，以实现人类最崇高的目的，即孟德斯鸠和康德所说的人与人之间的和平与和谐。[5]

全面与进步跨太平洋伙伴关系协定（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，以下简称 CPTPP)取代 TPP，于 2018 年 3 月 8 日签署并于 12 月 30 日生效。[6]作为连接亚洲、北美洲、拉丁美洲和大洋洲的第一个高标准、高目标、全面、先进、综合、现代化的贸易协定，其“高环境标准”刷新 RTAs 环保制高点。无论外界如何

---

* **【基金项目】**国家社科基金 2016 年一般项目“TPP 环境章节文本分析及中国法律对策研究”（16BFX04）；江苏高校优势学科建设项目（PPAD）阶段性研究成果。

【作者简介】郑玲丽，女，南京师范大学法学院副教授，中国法治现代化研究院研究员，研究方向：国际经济法。李文卿，女，南京师范大学法学院 2020 级硕士研究生。

[1] 本文将“环境”置于“贸易”之前，并无意将“环境”凌驾于“贸易”之上，而是突显环境保护之紧迫性，突显贸易协定纳入环境条款之必要性与可行性。

[2] 郑玲丽：《应对气候变化措施同 WTO 的冲突——理论与实证分析》，《太平洋学报》2012 年第 6 期。

[3] 刘敬东：《WTO 中的贸易与环境问题》，社会科学文献出版社 2014 年版，第 67 页。

[4] Steve Charnovitz, The World Trade Organization in 2020. Available at: https://www.researchgate.net/publication/238088621_The_World_Trade_Organization_in_2020 (Last visited on July 31, 2020)

[5] AMARAL JÚNIOR, Alberto. Comércio Internacional e Proteção do Meio Ambiente. São Paulo: Atlas, 2011. p. 127.

[6] CPTPP 环境章节仅冻结 TPP 第 20.17.5 及脚注 26，并删除“依照其他适用法”（or another applicable law），其余环境章节原封不动继承下来。

评价 TPP 环境章节，该章节所搭建的框架是目前 RTAs 环境章节中最为完善的一个。[7]对 CPTPP 环境章节条款进行深入系统的理论研究，为 21 世纪贸易与环境的冲突与协调提供新的研究范式和路径，同时以开放的态度对待 CPTPP，细致梳理 CPTPP 环境规则并与我国现已签署生效 RTAs 环境条款进行比较研究，为我国未来签署 RTAs 环境条款提供理论依据，势在必行。

一、贸易体制实现环保目标范式的转变

著名 WTO 专家彼得斯曼曾指出："所有文明社会有一个共同特征，都需要一套适用与解释规则的和平解决争端的规则和程序，这是国际国内法律制度的共同经验。"由于国际贸易法具有基于资历的先天优势，国际贸易法体系由来已久，定义大多清晰明确，且通过具有强制约束力的争端解决机制有效实施，纯属"武装到牙齿"的"硬法"。相形之下，大量的国际环境法律文书在很大程度上是互不关联的，且诸多条款属于"愿景性"而非"强制性"法律义务的"软法"，随着国际环境争端的日益频繁，目前国际环境法中环境争端解决机制已经明显落后。因此，环境与贸易的问题通常被框定为保护环境的措施是否符合国际贸易法，也就不足为奇了。

不谋全局不足谋一域，不谋长远不足谋一时。以解决现有环境问题为导向，评估环境贸易措施是否符合 GATT/WTO 法，由于缺乏对环境问题及其解决方案的全局视野，"只见树木不见森林"。协调环境法与贸易法的努力仍然任重而道远。对于国际法所有的参与者而言，一是选择协调二者关系的组织，二是选择协调二者关系的法律制度。毫无疑问，从目前多边贸易体制可用于环境保护的条约及机构资源来看，WTO 被寄予超越权能的期望。处理贸易争端的多边手段远远超过目前在非贸易领域的任何手段。总而言之，虽然 GATT/WTO 目前尚未有效地处理环境问题，但环境保护与国际贸易之间的历史性紧张关系，可以而且必须在目前的国际贸易法体系内，在可持续发展目标指引下加以解决[8]。

最近国际贸易谈判在区域层面的蓬勃发展表明，隧道的尽头有一线光明。在贸易体制的演进中，"环境"逐渐从 GATT/WTO 协定下贸易义务的"例外"，演变为 RTAs 项下环境义务。根据斯蒂芬·克拉斯纳和杰弗里·加勒特等认为强国制定国际制度规则的现实主义者观点[9]，本文认为国际贸易体制中环境-贸易议程是由具有相对严格的环境法规的富裕国家推动。总之，国际贸易法中，"权力为导向"成为 RTAs 环境-贸易规则出台的原动力，"规则为导向"维持 RTAs 环境-贸易规则的稳定和有序。

美国从 NAFTA 伊始，开启了在美式 RTAs 中纳入全面环境条款的先河。其他一些发达国家如加拿大、澳大利亚也有类似的保护环境目标范式的转变。虽然大多数发展中国家持观望态度，但已有一些发展中国家不仅同发达国家，而且同其他发展中国家在 RTAs 中列入了环境条款。从数量上看，这可能尚未构成各国将综合环境条款纳入 RTAs 的国际惯例。但从性质来看，这根本性地改变了在国际贸易法领域 RTAs 仅仅针对贸易问题的传统思维方式。[10]

---

[7] 杨国华等编著：《<跨太平洋伙伴关系协定>规则研究》，上海人民出版社 2020 年版，第 145 页。

[8] See generally Congressman Ron Wyden, Using Trade Agreements to Protect the Environment, 7 J. ENVTL. L. & LITIG. 1 (1992); Matthew H. Hurlock, The GATT U.S. Law and the Environment: A Proposal to Amend the GATT in Light of the Tuna/Dolphin Decision, 92 COLUM. L. REv. 2098 (1992); Don Mayer & David Hoch, International Environmental Protection and the GATT The Tuna/Dolphin Controversy, 31 AM. Bus L J 187 (1993); Thomas J. Schoenbaum, Free International Trade and Protection of the Environment: Irreconcilable Conflict?, 86 Am. J. INT'L L. 700 (1992).

[9] Stephen Krasner, Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables, in International Regimes, Stephen Krasner ed., 1983; Geoffrey Garrett, International Cooperation and Institutional Choice: The European Community's Internal Market, 46 INT'L ORG. 533 (1992).

[10] Chang-fa Lo, "Environmental Protection Through FTAS: Paradigm Shifting From Multilateral To Multi-bilateral Approach", *Asian Journal of WTO & International Health & Policy*, Vol. 4, 2009, p. 309-334.

二、CPTPP 环境章节文本探析

在某种程度上，CPTPP 也可以被称作是《北美环境合作协定》（North American Agreement on Environmental Cooperation, NAAEC）的升级版，CPTPP 将通过促进对环境、劳工权利和中小企业的保护来升级。[11]就像美国最初对 TPP 的设想一样，TPP 是面向 21 世纪的、高标准的超级区域贸易协定，[12]其内容将会深深影响和指导未来贸易协定的内容，成为以后应对重要的贸易与环境挑战及建立自贸协定的参照标准。CPTPP 协定几乎保留了 TPP 所有环境条款，[13]其文本将环境议题单列成章，涉及到濒危物种保护、海洋污染控制、臭氧层保护、渔业补贴、公众参与、企业社会责任、提高环境绩效的机制、环境合作框架、环境产品与服务，争端解决等多种问题，旨在实现保护环境与可持续发展的目标，积极应对环境与贸易议题关联性不断增强的现状。本部分将 CPTPP 第 20 章划分为一般概念与承诺、实质性规定、合作与公众参与、争端解决四个层面，并与先前的环境条款与章节进行对比，在内容上分析 CPTPP 环境章节的进步与不足之处。

（一）一般概念与承诺

CPTPP 在第 20.1 条认为环境法的定义既包含缔约国国内环境立法，又包括缔约国签署的多边协定中的环境法律、法规及条款，通过采取控制污染物的排放、控制具有环境危害性的物质材料及相关信息，保护野生动植物措施保护环境和人类健康。环境法是一个既复杂又相互交织的法律、条约、公约和政策，旨在保护可能受到人类活动影响或危害的自然环境，是促进可持续发展的重要手段。[14]值得注意的是，为了避免涉及到缔约国的国家治理权，第 20.1 条明确把与劳工安全或健康存在直接关联的法律法规和管理自然资源的生存或原始采集的法律法规排除在环境法定义之外。第 20.2 条直接点明 CPTPP 的目标在于建立“高标准”环境章节，推行贸易与环境相互支持的政策，提高缔约方处理与贸易有关的环境问题的能力，鼓励以合作方式促进环境的可持续发展，在加强环境保护力度的同时不得以环境为借口不合理地限制缔约国之间的贸易与投资。第 20.3 条以明确的法律文本形式确定了缔约国在环境上需要做出的承诺。这些承诺实际上并没有要求缔约方履行某些实质性义务，只要求缔约方认识到加强环境保护、促进可持续发展的重要性。

分析一般承诺条款，还可以从权利义务角度进行理析。就缔约方享有的权利而言，CPTPP 首先肯定了缔约方所拥有的设定其国内环境保护水平和环境优先事项，制定、采取或修改其环境法律和政策的主权权利；其次，缔约国拥有在环境执法和调查、检控、监管和合规事务上的自由裁量权，例如根据执行环境法规定的国家优先事项作出关于分配执法资源的决定。执法决定和资源分配本属于国家高度自由裁量权的统领范畴，但为了环境法的有效实施，需要受到合理与善意的限制。从义务角度来看，协定规定的缔约国需承担的义务较之于权利来说更为深入具体。第一，CPTPP 延续了 NAAEC 建立高水平环境保护的贸易协定的要求，缔约国具有持续性修改国内法律法规以匹配高水平环境保护要求的义务。有学者曾批评该款并未

---

[11] Greg Nelson, *Chart of the Week: How the Trans-Pacific Partnership Improves on NAFTA*, https://www.whitehouse.gov/ blog/2015/04/23/chart-week-how-trans-pacific-partnership- improves-nafta

[12] 林迎娟：《TPP 环境条款的监管框架与外溢效应：内涵与应对》，载《当代亚太》2016 年第 6 期，第 101 页。

[13] CPTPP 环境章节仅冻结 TPP 第 20.17.5 及脚注 26，并删除“依照其他适用法”（or another applicable law），且不要求缔约方对违反任何缔约方法律而采取的野生动物和植物贸易采取威慑措施，即使这些动物和植物只是在缔约方领土内转运，其余环境章节原封不动继承下来。。

[14] Http://www.unep.org/training/programmes/Instructor%20Version/Part_2/Activities/Interest_Groups/Decision- Making/Core/Environmental_Law_Definitions_rev2.pdf.

给出明确的“高水平衡量标准”，任何寻求改善环境保护的行为都可能会被认为已经履行了职责。[15]但缔约各国的经济发展水平不一导致环境保护标准参差不齐，即使以强制性手段硬性要求各国达成一致，结果也必定会差强人意，甚至可能无法吸引其他的贸易伙伴加入CPTPP。贸易协定的达成以缔约各国在一定范围内做出的妥协与让步为前提，在保护环境的议题上，高水平的环境保护作为一种鼓励、倡导和趋势更为合适。第二，缔约国需要在CPTPP生效后承担协定的遵守义务即条约遵守义务，不能持续、反复地以积极或是消极的方式影响缔约方之间贸易或投资，阻挠环境法的有效执行。与前一款的“努力确保”相比，“有效执行”显然是一项要求更高、更具威慑力的义务。但是，在与该项规定极为相似的涉及劳工问题的条款却出现了问题，美国认为危地马拉未能有效地执行其劳动法，却无法就反复或持续的行动作出解释，因为反复或持续的概念在国际上并没有得到厘清。而且，反复或持续的行动创造的竞争优势对贸易和投资产生影响的要件也难以证明。[16]这一事实表明此项一般承诺的行为要件存在援与举证困难的问题。第三，不得通过降低和减损国内环境标准的手段，削弱和减少环境法提供的保护，以吸引外资投资或影响贸易进出口。以豁免、减损或提议豁免、减损环境法的方法促进和鼓励贸易，会违背CPTPP设置环境章节的初衷，破坏贸易与环境问题初步形成的平衡局面，形成国家间以降低环保要求加大恶意竞争的不利事实，环境现状进一步恶化。最后是贯穿环境章节的国际法基本原则与义务—尊重国家主权与互不干涉内政，禁止缔约国国家机关在另一缔约国境内展开环境执法活动，侵犯别国主权。

第20.4条规定了缔约方在多边环境协定条款下的义务，确认各国致力于执行其加入的多边环境协定，承认这些协定在保护环境方面的重要性，并认识到在谈判和执行多边环境协定方面合作的重要作用，强调有必要就未来多边环境协定中与贸易有关的内容进行对话。CPTPP对其缔约方先前的多边环境协定承诺进行了确认，但没有要求缔约方加入未来可能出现的多边环境协定，甚至没有就未来的多边环境协定进行实际谈判的承诺。[17]综观CPTPP全文，先前缔结的多边环境协定只提到了《濒危野生动植物种国际贸易公约》（CITES）、《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》（蒙特利尔议定书）和《国际防止船舶造成污染公约》（MARPOL）三种。对于CITES，TPP缔约方需要承担履行CITES条款的义务，实施与CITES条款的义务有关的法律法规并保证这些条款的有效执行。[18]如果有一缔约方认为另一缔约方未能履行其CITES义务，既可以通过CITES规定的制度解决相关争端，也可以利用TPP的争端解决机制向对方提出索赔。[19]但事实上，由于表述上的模糊性与不确定性，缔约方证明另一方没有执行法律或者履行义务以及此种做法影响缔约方之间的贸易与投资实际上困难重重。《蒙特利尔议定书》和MARPOL[20]则与CITES不同，CPTPP只要求加入的缔约方“维持”现有的国内政策，履行在这两项协定下的义务。CPTPP没有提供给缔约方关于在蒙特利尔议定书和MARPOL下有关履行义务争议的独立解决机制。[21]

---

[15] Rafael Leal-Arcas and Catherine M. Wilmarth, *Strengthening Sustainable Development through Preferential Trade Agreements*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 174/2014.

[16] Final Report of the Panel, In the Matter of Guatemala—Issues Relating to the Obligations Under Article16.2.1(a) of the CAFTA-DR, Dominican Republic—Central America—United States Free Trade Agreement (June 14, 2017) paras 503-507.

[17] Natassia Ciuriak and Dan Ciuriak, Climate Change and the Trading System: Implications of the Trans-Pacific Partnership, Policy Commentary

18 Trans-Pacific Partnership, Art. 20.17(2).

19 Trans-Pacific Partnership, Art. 20.17(2).

20 Trans-Pacific Partnership, Art. 20.5(1) and Art. 20.6(1).

21 Trans-Pacific Partnership, Art. 20.5(1); Trans-Pacific Partnership, Art. 20.6,.

（二）实质性规定

1.臭氧层保护与保护海洋环境免于船舶污染

CPTPP 一改先前一揽子笼统规定的做法，将臭氧层保护单列成款，第 20.5 条的三项规定要求缔约方采取措施控制破坏臭氧层的物质的生产、消费和贸易，认识到依据其各自法律或政策进行的公众参与和协商在制定和实施臭氧层保护措施中的重要性，公开其关于臭氧层保护的相关方案和活动，以及合作应对与臭氧消耗物质有关的问题。关于哪些物质属于改变和消耗臭氧层的物质范畴，第 20.5 条的脚注中指出这一物质是与《蒙特利尔议定书》有关的。并且，脚注释明缔约方只需要承担维持附件 20-A 中列举的用以履行其在蒙特利尔议定书下义务的措施或相对于前述措施提供同等或更高水平环境保护的后续措施的承诺。“维持”这个用词表明，一直主张“高水平”环境保护的 CPTPP，实质上并没有为缔约方规定臭氧层保护下的新义务，甚至各缔约方可能产生不需要履行将来需要履行或当下尚未履行的义务，只需维持附件 20-A 中列举的事项即可的错误解读。脚注 3 还对缔约国违反臭氧层保护义务的行为要件进行了明确界定：（1）证明另一缔约方未能采取措施控制某些能够显著消耗或改变臭氧层的物质的生产、消费和贸易；（2）可能造成对人类健康和环境的不利影响并影响缔约方间的贸易或投资。相较于《蒙特利尔议定书》的要求提高了违反义务的认定门槛（影响人类和环境、影响贸易与投资）。保护海洋环境免于船舶污染条款与臭氧层保护的规定存在极大的相似性，它虽也是单列出来的一项条款，但除了合作领域、针对对象和用词表述表明调整的事项不一致外，分析的思路和存在的问题均存在重叠。

2.贸易与低排放和适应型经济

气候问题在环境领域本占据了极其重要的地位，但作为 CPTPP 原始倡导国之一的美国，一直反对在协定中提及气候变化、温室气体排放以及《联合国气候变化框架公约》和《巴黎协定》。因此，在 CPTPP 第 20.15 条甚至全文中几乎不存在应对气候变化的实质性内容，只能看到低排放和适应型经济的字眼，能源效率、可再生能源、可持续的基础设施发展、滥伐森林成为缔约国之间最感兴趣的合作领域。CPTPP 第 20.15 条第一项泛泛的规定了向低排放和适应型经济转变需要缔约国的集体行动，但第二项就将低排放行为限制在给定的“国内情况与能力”范围内，缔约方向低排放和适应型经济转变的行动需要反映国内情况和能力。

3.海洋捕捞渔业

从条款数目上就可以看出海洋捕捞渔业问题在第 20 章环境中占据的重要地位。就渔业捕捞自身来分析，过度捕捞是一项全球性的环境问题，CPTPP 也确立了一套规范海洋野生鱼类捕捞的渔业管理系统[22]以有效平衡渔业贸易与海洋环境。根据协定，该渔业管理系统的开发应基于“现有的最佳科学证据”以及缔约方已签署的各种协定所反映的“国际公认的最佳做法”。缔约方也应通过实施和有效执行养护工作，促进对鲨鱼、海龟、海鸟和海洋哺乳动物的长期养护，共同合作应对 IUU 捕捞，运用多种手段遏制非法捕捞行为所获物种的产品贸易。[23]从渔业管理措施来看，不当渔业补贴行为将对海洋环境产生负面影响。CPTPP 从第 20.16.5 到 20.16.12 专门就渔业补贴问题设置了七款，要求控制、减少和最终消除所有造成过度捕捞和产能过剩的补贴，不得授予或维持下列专向性的补贴：(a)向对处于过度捕捞

[22] 此系统旨在：
(a)防止过度捕捞和产能过剩；
(b)减少对非目标物种和幼苗的兼捕，包括通过对会造成兼捕的捕捞装置进行规制，以及对在兼捕容易发生的区域的捕捞行为进行规制；以及
(c)促进该缔约方的人从事捕捞活动的所有海洋渔场中被过度捕捞资源的恢复。

[23] Trans-Pacific Partnership Art. 20.16(14).

状况的鱼类种群造成不利影响的捕捞提供的补贴；及(b)向被船旗国或关于 IUU 捕捞的区域性渔业管理组织或安排依据该组织或安排的规则和程序并依照国际法列入名单的渔船提供的补贴。而且，在补贴不被禁止的情况下，缔约方需要尽最大努力避免推出新补贴或延长、增强现有的补贴。从美国与墨西哥金枪鱼案开始，过度捕捞以及不当补贴行为受到贸易与环境议题的持久关注，渔业资源的保护也成为环境保护协定最重要的内容之一。

4.贸易和生物多样性与贸易和保护

更环保的贸易协定是指在国际贸易背景下能够更好地回应环境关切的协定，而不是纯粹一个纯粹以贸易为导向的协定。[24]第 20.13 条紧紧围绕着保护生物多样性与坚持可持续发展的目的，要求缔约方既要认识到生物多样性的重要性，也应该对其予以促进和鼓励。这一部分的用语可以说是倡导性的，但有学者认为“鼓励”和“促进”的出现削弱了前文“应该”所应起到的强有力的作用。[25]比较特别的是，第 20.13 条还就基因资源问题作出了规定。缔约方不仅要认识到“为获取其各自国家管辖权内的基因资源提供便利的重要性”，而且需要满足“事先知情同意”和“已经获得了批准”的条件，并且就彼此同意的条件形成明确的认识。例如使用者和提供者之间可以分享利用该基因资源所得利益，即共享此类基因资源的有益之处。第 20.17 条与 20.13 条目标相同，缔约方要打击野生动植物的非法获取与非法贸易，履行 CITES 项下的义务，就处理野生动植物的合法与非法性贸易交流进步经验，在适当情况下为保护生物采取联合行动，增强打击野生动植物非法贸易的措施的执行力度。值得思考的是，这一条提到的缔约方打击承诺，各成员只是承诺对这类非法贸易予以打击，而并没有承诺禁止此类非法贸易。CPTPP 更偏向于采取制裁、处罚等办法来威慑野生动植物的非法贸易行为。综合 CPTPP 第 20.13 条与 20.17 条，缔约国承认在贸易中保护生物多样性和濒危物种的重要性，但条文一直使用的仍然是“努力”“鼓励”“促进”等模糊性用语，而不作出具有约束力的承诺。而且，缔约国之间的合作领域存在着极大的不确定性，协定没有就其必须在哪些环境领域达成合作作出统一规定，缔约方只会在其共同感兴趣的领域开展合作。

5.企业社会责任

企业社会责任要求企业不能仅考虑经济效益，也要思考自身行为对环境可能产生的影响，考虑产品的回收计划、采购的可持续供应能力和绿色能源的投资，尽量避免对环境保护产生负面效应。根据 CPTPP 第 20.10 条，缔约方应鼓励在其领土或管辖权范围内运营的企业自愿地在其政策与实践中采取与环境相关的企业社会责任原则，并且企业社会责任需要符合国际公认的标准与准则。也就是说，缔约方鼓励境内企业自愿实施与国家承认的国际公认原则一致的企业社会责任政策，但如果国家没有制定符合企业社会责任原则国际标准的企业社会责任政策，这一条款的存在将会形同虚设。

6.提高环境绩效的自愿性机制条款

提高环境绩效的自愿性机制条款，例如审计与报告、基于市场的奖励、信息共享、合作等制度，既有助于实现和维持高水平的环境保护，又能对国内的管理措施起到补充的作用。如果私营实体或非政府组织基于环境质量进行产品推广，缔约方应鼓励其制定真实的、符合相关国际标准的、促进竞争和创新、不因原产地给予产品不利待遇的自愿性机制。但运用该自愿性机制保障其环境收益最大化的同时，需要避免产生不必要的技术性贸易壁垒，对贸易

[24] Rafael Leal-Arcas，*Climate Change Mitigation from the Bottom Up：Using Preferential Trade Agreements to Promote Climate Change Mitigation*，Carbon & Climate Law Review，Vol. 7 No. 1，2013，pp. 34-42.
[25] Rafael Leal-Arcas，*Climate Change Mitigation from the Bottom Up：Using Preferential Trade Agreements to Promote Climate Change Mitigation*，Carbon & Climate Law Review，Vol. 7 No. 1，2013，pp. 34-42.

产生不合理的影响。CPTPP 第 20.18 条也要求有关环境产品和服务[26]的贸易要处理和解决潜在的关税与非关税贸易壁垒问题。

（三）合作与公众参与

可以说，合作的理念深入了 CPPP 第二十章中的大部分条款，要求缔约方就某一具体环境问题作出合作的承诺，认识到合作作为一项机制对实施本章、加强本章的利益以及加强缔约方共同和各自保护环境、促进可持续发展能力的重要性。相比较于《美墨加协定》（USMCA）环境合作条款[27]，它只作了三条规定：合作的重要性、扩大在环境问题上的合作关系、根据双方签署的《加拿大、墨西哥共和国和美利坚合众国政府间环境合作协定》开展环境合作活动，并把依据“环境合作协定”开展的活动交由环境合作委员会按照“环境合作协定”的规定进行协调和审查。CPTPP 规定的合作部分在事项和范围上都是对 USMCA 的一种突破。例如合作的基础是在缔约方双边或诸边上进行，在参与的缔约方一致同意的情况下，还可包括非政府机构或组织以及本协定的非缔约方；合作的方式可以有多种形式，包括对话、研讨会、论坛、会议、合作方案和项目；促进且便利合作和培训的技术援助；政策和程序最佳实践的共享；以及专家交流；设置合作联络点，每一缔约方应指定负责与本章实施相关的合作的机关作为协调合作活动相关事宜的国家联络点，并应在本协定对该缔约方生效之日起 90 天内以书面形式将其联络点通知其他缔约方;联络点应定期审议本条的实施和运作并向专门委员会报告可包括建议在内的调查结果，为专门委员会开展第 20.19 条第(3)款(c)项(环境委员会和联络点)下的审议提供信息。

CPTPP 第 20.8、20.9 条分别规定了公众参与机会与公众意见。在公众参与机会中，协定要求缔约方承担公众对实施本章信息的请求加以考虑的应然义务，保护公众的环境关切，发挥公众对环境保护与监管的作用。为了真正地提高公众对贸易与环境问题参与度，征求与本章实施有关事项的意见，协定规定缔约方可以邀请在商业、自然资源保护与管理或其他环境事项方面经验丰富的人组成类似国家咨询委员会的咨询机制。在公众意见条款中，主要是从程序法角度规定公众意见的接收和审议的程序要求与答复形式，以保障公众意见制度在缔约国国内落到实处。在国际层面上，当公众意见认为一缔约方未能有效实施其环境法且缔约方已经就此意见作出答复后，其他缔约方可要求环境委员会讨论公众意见与该缔约方的答复，以便于深入理解该意见提出的问题，并就环境委员会的讨论程序与报告义务做出详细规定，促进环境保护目的的实现。

（四）争端解决

当缔约国之间就环境的解释和适用问题以及与第 20 章有关的实施的事项产生不一致时，可以采取环境磋商的办法解决。缔约方就其认为违反协定或环境法的行为作出具体充分的阐明，指出所涉事项以及该请求的法律依据，以书面请求的方式递送至其他缔约方的联络点。第三方国家认为其在该事项上存在实质性利益的也可以申请加入磋商，但需要对实质性利益作出说明。当环境磋商无法平衡各缔约国间的意见冲突时，该冲突将从环境磋商依次逐级上

---

[26] See Office of the United States Trade Representative (n. d. a); ICTSD (2007).

[27] 第 24.25 条：环境合作

1. 双方认识到合作作为实施本章、增进本章惠益、加强缔约方保护环境和促进可持续发展的共同和个人能力的机制的重要性，同时加强了贸易和投资关系。

2. 双方致力于扩大在环境问题上的合作关系，认识到这将有助于双方实现共同的环境目标和目标，包括发展和改进环境保护、做法和技术。

3. 双方承诺根据双方签署的《加拿大、墨西哥共和国和美利坚合众国政府间环境合作协定》开展环境合作活动，包括与执行本章有关的活动。缔约方根据“环境合作协定”开展的活动将由环境合作委员会按照“环境合作协定”的规定进行协调和审查。

升到高级代表磋商和部长级磋商予以解决。如果根据前述解决方式均无法解决该事项，第20.23条将争端解决视为其他任何解决机制都无法实现其目的的最后手段。

第20.23条设置了两种争端解决途径，一是通过第 28.5条(磋商)进行磋商，二是根据第28.7条(专家组的设立)设立专家组。就环境章节而言，争端解决适用于避免和解决缔约方之间有关本协定的解释和适用，以及一方认为另一方的实际措施或拟议措施与协定义务不一致或未能履行协定下义务的情形。依据第28.7条设立的专家组可以有效应对环境争端中在法理解释与法律原则的适用不一致问题。[28]在某些情况下，专家组应向CITES授权的实体寻求技术建议和援助以处理特定事项，向磋商方提供就任何此类技术建议或援助进行评论的机会，并以其作为调查报告和裁定结果的解释性指导。

遗憾的是，CPTPP中规定的争端解决机制与程序并无革新之处，而且以自由贸易协定中的争端解决机制处理环境问题也并非CPTPP的创新。贸易协定需要为环境提供强有力的保护，环境章节应天然具有约束力和可执行性。虽然先前的NAFTA存在过争端解决的执行机制，但根据实践经验来看并没有发挥过作用。[29]就TPP来讲，美国一直主张的建立具有高水平的强有力的执行机制，从公布文本上来看也未能实现。在CPTPP最终争端解决条款的文本中，专家组为了确保解决环境争端并实现专家组报告的有效执行，仍然采用设置补偿、中止利益和货币赔偿的支付等贸易制裁的手段威胁违约国，并没有设置其他的执行机制。除了没有新的强制执行机制来确保各国遵守自己的环境标准外，提高环境绩效的机制也只是自愿性质的。奥克兰大学(University Of Auckland)的简·凯尔西教授说：“缺乏完全可执行的环境保障措施意味着谈判者正在放任一个保护野生动物和支持可再生资源合法可持续贸易的独特机会从他们的指尖溜走。”实际上，争端解决的执行方面缺少一个机构以持续监测各国遵守环境章节义务的情况，报告最佳做法和遵守情况，并在发现不遵守环境义务的情形时直接将案件提交机构解决。[30]

三、CPTPP、USMCA与中国FTAs环境条款比较

（一）CPTPP与USMCA

2018年9月30日，美国、墨西哥和加拿大在NAFTA的基础上重新进行谈判，形成了《美墨加协定》（The United States-Mexico-Canada Agreement，以下简称USMCA）。这一贸易协定取代了之前的NAFTA，也重新就贸易与环境问题进行了谈判形成了独立的环境章节。由于美国并未成为CPTPP缔约国之一，CPTPP环境条款在美国同其他国家之间并无约束力，而USMCA环境保护章节是 TPP 中环境章节的内容、WTO 多哈回合环境议题谈判的早期成果以及几个新的环境议题的综合。[31]可以说，USMCA与CPTPP是当下环境保护水平最高的两个RTAs，研究与分析二者的不同之处对未来贸易规则中环境法的制定与实施尤为重要。

将USMCA与CPTPP进行对比之后发现，二者在环境法的定义、范围与目标、保护水平、环境法的执行、多边环境协定、保护臭氧层、保护海洋环境不受船舶污染、企业社会责任和负责任的商业行为、提高环境绩效的自愿机制、贸易和生物多样性、外来入侵物种、可持续渔业管理、渔业补贴、非法、未报告和无管制(IUU)捕捞、保护和贸易、环境产品和服务、

---

[28] 冯光：《TPP环境条款创新对我国缔约工作的启示》，《中南大学学报（社会科学版）》，2017年第3期第82页。

[29] Howard Chang, *The Environment Chapter of the Trans-Pacific Partnership: An Environmental Agreement within a Trade Agreement*, Trends, Vol. 47, Issue 5, May/June 2016, pp. 16-18.

[30] Natassia Ciuriak and Dan Ciuriak, *Green-washing the Trans-Pacific Partnership Fossil Fuel the Environment and Climate Change,* Policy Commentary.

[31] 边永民：《〈美墨加协定〉构建的贸易与环境保护规则》，《经贸法律评论》2019年第4期。

环境委员会和联络点、环境磋商、高级代表磋商、部长级磋商等制度设计上保持着高度相似性，但也就公众意见、程序事项、环境影响评估、空气质量、海洋垃圾、海洋野生捕捞、保护海洋物种、向低排放和适应型经济转变、可持续森林管理和贸易、环境合作、关于执行事项的呈件、事实记录和相关合作、争端解决等条款存在着或多或少的差异。[32]

USMCA 的公众信息参与公众意见条款规定的较为简明。USMCA 虽然规定了接收和审议其国内人员就环境的执行所提出的书面意见[33]，但未像 CPTPP 一样对接收和审议书面意见的程序和书面意见的要求做出详致的要求，也没有设置通知义务。在内容编排上，USMCA 把缔约国信息提供义务（环境法律和政策、执法和遵守程序等）从程序性事项转移到公众信息参与条款，在设置上比 CPTPP 更为合理。在程序性事项条款中，USMCA 增加了对最终裁决的诉讼程序要求：书面作出并在适当情况下说明理由、及时向缔约方和公众公布、基于提供的信息与证据。而且在最终裁决作出后，当事方有权请求复审，复审结果在正当理由下还有更正或重新裁定的可能。[34]USMCA 还规定了 CPTPP 没有的环境影响评估制度[35]，空气质量[36]和海洋垃圾条款[37]，要求缔约方认识到空气质量的重要性、合作在保护空气质量中的作用、制定和实施防止空气污染的措施以及确保获得空气质量数据方面公众参与和透明度的重要性、空气质量监测方法的价值与合作交流的领域，还要认识到海洋垃圾对人类健康以及海洋和沿海生态系统造成的破坏，积极采取措施预防和减少海洋垃圾。在海洋野生捕捞条款[38]上，USMCA 规定了对鱼或鱼产品采取贸易限制措施的要件：一要有证明受措施影响的产品与受保护或养护物种之间存在联系的最佳科学证据(如适用)，二要切合保育目标，三要进口方满足协商和采取适当措施解决该问题提供合理机会的条件。

继美国反对在 TPP 中谈论贸易与气候变化后，USMCA 甚至在向低排放和适应型经济转变条款的设置上留下空白。但它增加了对森林保护的思考，提出了可持续森林管理和贸易条款，除了强调养护和可持续管理森林的重要性外，规定了缔约方在此问题上需要维持或加强促进可持续森林管理的政府能力和体制框架，促进合法采伐的森林产品贸易。USMCA 还新设置了关于执行事项的呈件、事实记录和相关合作两项条款，规定是否有效执行环境法的争议交由环境合作委员会秘书处(CEC 秘书处)处理，以及呈件提交、答复期限、缔约方的通知义务、编制事实记录等程序类事项。最后的不同之处就是争端解决条款，USMCA 提高了要求争端解决的前提条件，磋商各方在收到环境磋商的请求之日起 30 天内而不是 CPTPP 规定的 60 天内即可采取下一步行动解决问题。[39]而且 USMCA 没有规定启动争端解决之前需要考虑其环境法范围是否与作为争议客体的环境法实质相同，更没有涉及到环境法范围与作为争议客体的环境法实质不相同时应该如何做的问题。

显然，就 USMCA 与 CPTPP 环境章节的不一致之处来看，即使 USMCA 去掉了一些细枝末节

---

[32] 详见 USMCA-CHAPTER 24-Environment.

[33] See USMCA-CHAPTER 24-Article 24.5: Public Information and Participation.

[34] Article 24.6: Procedural Matters

[35] Article 24.7: Environmental Impact Assessment

[36] Article 24.11: Air Quality

[37] Article 24.12: Marine Litter

[38] Article 24.17: Marine Wild Capture Fisheries

[39] Article 24.32: If the consulting Parties fail to resolve the matter under Article 24.29 (Environment Consultations), Article 24.30 (Senior Representative Consultations), and Article 24.31 (Ministerial Consultations) within 30 days after the date of receipt of a request under Article 24.29.2 (Environment Consultations), or any other period as the consulting Parties may decide, the requesting Party may request a meeting of the Commission pursuant to Article 31.5 (Commission, Good Offices, Conciliation, and Mediation) and thereafter request the establishment of a panel under Article 31.6 (Establishment of a Panel).

的环境条款，例如接收和审议书面意见的程序与启动争端解决之前考虑其环境法范围是否与作为争议客体的环境法，但在条款编排、议题增加、程序公正问题上取得了很大的进步，虽然就贸易与气候变化的议题作出了回避，但仍可被称作是一项高标准的贸易环境协定。

（二）中国 FTAs 环境条款

我国一直都谨慎地在双边和区域经济合作协定中解决环境问题。其结果是，在大多数的 FTAs 中几乎没有环境规定。在贸易与环境议题上，截至目前为止[40]，中国除了遵守 WTO 与环境有关的非歧视原则、减少数量限制与第 20 条一般例外的（b）和（g）项等条款外，分别与格鲁吉亚、韩国、瑞士、新加坡、新西兰、巴基斯坦、东盟、秘鲁、哥斯达黎加、冰岛等国家在自由贸易协定中以单独成章或部分条款的形式制定了环境条款。[41]

具有内容完备、单独成章的环境章节的自由贸易协定有《中国-新加坡自由贸易协定》、《中国-瑞士自由贸易协定》、《中国-韩国自由贸易协定》和《中国-格鲁吉亚自由贸易协定》这 4 个 FTAs。这些协定的环境规定限于序言中承认“可持续发展”的原则，列入环境措施贸易义务的例外情况，一些非约束性的关于环境产品合作的最佳努力语言，偶尔也包括市场准入承诺服务。

与 CPTPP 相比，中国与这四个国家签订的环境条款占协定总篇幅较少，涉及的内容主要是环境目标、多边环境协定、保护水平、包括法律和法规在内的环境措施的执行、合作等常规问题。而且，在磋商和争端解决条款中，不像 CPTPP 环境章节具备环境磋商、高级代表磋商和部长级磋商等完整的制度约束，中国与格鲁吉亚、瑞士达成的自贸协定只设置了联合委员会框架下进行磋商的程序。在与韩国、瑞士、新加坡签订的自贸协定中，更是规定就环境章节下产生的任何事项，任一缔约方不得诉诸协定中的争端解决。除此之外，2015 年之前签订的《中国-新加坡自由贸易协定》、《中国-瑞士自由贸易协定》也没有设置环境影响评估机制。

然而在最近的 FTAs 中，中国采取了更灵活的方式，表现得更出色，愿意列入更实质性的环境条款。例如，中-瑞 FTA(2014 年)和中-韩 FTA(2015 年)又向前迈进了一步，包括环境方面的专门章节。中-瑞 FTA 双方同意“促进对环境有利的商品、服务和技术的投资和传播，并为实施提供必要的资源环境合作。” 已生效的中韩 FTA 包含最全面的环境保护条款，第 16 章环境和贸易包括 9 条：背景和目标、范围、保护水平、多边环境协定、环境措施的执行、环境影响评估、双边合作、制度和财政安排以及不适用争端解决办法。尽管这是中国 FTA 中第一个包含环境条款的协定，但其中一些措施提供了高水平的环境保护。这些有实质性承诺的条款表明，中国愿意更多地在 FTAs 中参与解决环境问题。同时，这两项协议都不允许适用争端解决机制到环境章，暗示中国仍不愿接受环境承诺是有约束力的，法律强制执行的义务。

2021 年 1 月 26 日中国与新西兰签署 FTA 升级议定书，其中环境与贸易章节超出了 RCEP，就提高环境保护水平、加强环境执法、履行多边环境公约达成了较高水平的合作条款。双方承诺将有效实施环境措施，不通过降低环境保护水平鼓励贸易和投资，环境标准不得用于贸易保护主义目的；在协定生效后适当时间，对协定实施后的环境影响进行评估；通过现有双边协定，在有共同利益的领域开展并适时深化合作。[42]

在 NAAEC 和 WTO 规则的基础上，CPTPP 与 USMCA 做出了更为具体化的一般性承诺，强调

---

[40] 2021 年 4 月 30 日。

[41] 参见中华人民共和国商务部—中国自由贸易区服务网协定专题，网址 http://fta.mofcom.gov.cn/。

[42] http://fta.mofcom.gov.cn/article/zhengwugk/202101/44360_1.html

制定多边环境协定及多边环境协定的实施对于实现环境目标的重要作用，纳入了臭氧层保护、船舶对海洋环境的污染、外来物种入侵、低排放经济的转型、海洋捕捞渔业的规制等具体环保制度，并确定了统一的高水平的践行标准，成为未来国际环境立法与国内环境修法的参照。但中国现行的 FTA 环境条款却并没有涉及到以上内容，在公众意见、公众参与机制和企业社会责任部分也仍处于条约空白状态，未能实现提高公众参与度与落实企业的社会责任。有学者曾将配置环境条款的贸易协定按照环境保护的内容与水平的不同划为三个等级：[43]第一类协定规定了在贸易与环境领域进行合作的一般性规定，规定的文本形式一般是附带性协议、谅解备忘录或在少部分章节中提及；第二类协定旨在协调合作条款与确定最低环境保护水平及公众参与；第三类则通过更加实质性、更详细和更具约束力的承诺以深化环境保护与环境监管，从而实现贸易与环境的可持续性协调。根据上述分类，我国目前签订的贸易协定可能还处于第一类至第二类的过渡阶段，较之于第三类的 CPTPP 环境章节仍有较大的进步空间。

四、提升中国 FTA 环境条款之建言

（一）确立环境可持续性的具体标准

一个长远有利的贸易政策要能够同时满足支持经济增长、促进社会发展和实现环境保护三个宗旨。即使中国当下签订的的环境条款落后于 CPTPP，但也需斟酌发展中国家的立场和国情，确立适当的可持续环境标准。经济发展水平与阶段不同的国家，对环境的可牺牲程度也大有差异，将世界上各个国家不作区分地纳入相同的环境标准之下显然是不公平不合理的。从广度和深度上来分析，目前还没有超越 CPTPP 与 USMCA 环境章节而确立下来的环境标准。2020 年 11 月，习主席表示中国将积极考虑加入 CPTPP。[44]考虑到环境对可持续发展的重要性，我国应当结合自身发展特点，针对不同事项进行综合全面的考察分析，明确环境法的定义和范畴，加大在新的贸易规则中对高环境标准的支持力度，并主动提出符合我国国际贸易与经济发展需要的环保标准，避免依附于其他国家所主张的高水平的环境标准而丧失本国利益，避免环境保护标准成为我国贸易往来的新型贸易壁垒以及某些国家变相实施贸易保护主义的受害者。

（二）完善贸易协定环境承诺的具体内容

依据前文分析，CPTPP、USMCA 均设置了专门的公众参与和公众意见条款，希望更多非政府组织的机构与个人参与到环境监管中来，并要求为此设有在商业、自然资源保护与管理或其他环境事项方面具有经验的人组成的咨询机制，按照公开合法的程序以对公众的请求作出回答。我国目前并未就公众在贸易与环境中的作用作出过积极响应，更应该考虑实现公众参与与公众意见。[45]例如设置专门的环境咨询机构；就公众意见的接收与回复形成完整公开有序的程序机制；根据国内机构或个人所提交的意见，调查该事实如何影响了缔约方之间的贸易或投资以及在何种程度上影响缔约方之间的贸易或投资；提供公众参与的机会并有效地审查与落实公众意见，实现环境保护的目的。除此之外，我国还需鼓励企业承担企业社会责任，落实企业生产的环境标准与要求。贸易是在国与国企业之间互动的过程中形成的，鼓励与支持企业响应国际环境标准及指导方针，既有利于我国国内环境法目的的实现，又能避免因环境不达标而错失贸易机会，促进国家间的贸易流通。

而且，就中国签订的自由贸易协定文本来看，环境条款还停留在序言、目标、合作、透

---

[43] Amaral Junior, Alberto; Mesquita, Alebe Linhares, *The New Rules on Trade and Environment Linkage in Preferential Trade Agreements*, Brazilian Journal of International Law, Vol. 14, Issue 2 (2017), pp. 389-412

[44] http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-11/22/c_1126772494.htm

[45] 唐海涛、陈功：《CPTPP 环境规则：承诺、创新及对我国法完善的启示》，《重庆理工大学学报（社会科学）》 2019 年第 8 期。

明度、林业和环境保护等偏原则性的阶段，体系上不够完整，只是浅显地初步回应了国际上愈演愈烈的环境问题。CPTPP 规定的缔约国一般承诺范围广泛，环境保护分类更加具体、环境合作的支持力度更高、公众意见对缔约国环境保护措施的影响更大、磋商与争端解决的制度更为健全。因此，我国可以考虑在将来的自由贸易协定中增加适当的有关海洋渔业捕捞、臭氧层保护、防止船舶污染海洋等实质性条款，细化国家在不同环境分支下的保护义务。当下的 WTO 体制制度性缺陷明显，以双边或多边的贸易协定方式能够在更大程度上寻求各国间的一致同意并保证缔约条款的可执行性。在双边或多边的贸易协定中补充完善并适应国际上新的环保标准，能够使更多的未与中国签订 FTA 的国家在此问题上形成共识，对促进自由贸易大有裨益。

（三）斟酌“中国版本”的 FTAs 环境条款

在全球经济相互联系、相互依存日益加深的今天，国际贸易是经济可持续发展的必要条件。任何保持被动接受国际法发展的国家都面临着无法保护自己国家利益的重大危险。尤其是对国际贸易带来的环境问题，中国有兴趣积极参与有关环境公约的谈判和发展甚至是领先的 FTA 的谈判和发展环境条款，在提出修改不利的环境规定从而促进相关环境法的发展方面发挥着越来越大的作用。中国应全面分析和考虑国家战略、环境经济利益和生态安全问题，制定环境条款谈判的战略思路、模式和时间表。中国应该改变现行的环境条款“逐案制定、各有不同”的做法，而应该提出一个高标准的“中国版本”的贸易环境条款，并在中国未来的 FTA 谈判中采用。这有助于确保中国贸易相关的环境义务在其 FTAs 中是一致的。

如 RCEP 作为我国迄今参与的最新、规模最大、影响最深远的 FTA，环境章节完全缺失，但部分章节暗含环境例外条款。如 RCEP 第 2 章货物贸易、第 5 章卫生与植物卫生措施、第 10 章投资等章节奉行了可持续发展原则。RCEP 第 17 章第 10 条提及《生物多样性公约》，第 17 章第 12 条一般例外把 GATT1994 第 20 条一般例外经必要修改后纳入。可在此文本基础上进一步补充完善“中国版本”的贸易环境条款。

（四）与“一带一路”沿线国家在环境保护措施和环境标准上相互承认

面对不同的合作伙伴，我国可以会采取不同的方式。对于“一带一路”沿线发达国家，中方可要求提供更多技术援助以及环境产品和服务的技术转让。对于发展中国家，我们将把重点放在联合研究和统一环境标准上。然而，中国与这些国家签订的 FTAs 很少，“在短时间内与所有一带一路国家签订 FTAs 是不现实的。”其中一些国家和非政府组织强烈敦促中国在实施一带一路倡议时要有环保意识。

在此背景下，中国应鼓励“一带一路”沿线国家相互承认彼此的环境保护措施和环境标准。这是因为“一带一路”既涉及德国等高度发达国家，也涉及柬埔寨等欠发达国家。“一带一路”还包括 CPTPP 和非 CPTPP 成员。由于这些国家处于不同的经济发展阶段，所以它们的环境标准存在巨大差异。由于遵守复杂的环境标准通常取决于一个国家的先进科学和技术能力，发展中国家处于明显的不利地位。这一不利之处一般反映在与贸易有关的环境公约中，并在其中加以说明。中国可以通过积极与“一带一路”国家签署双边和多边环境协定，采取环境保护措施和环境标准的相互承认，从而减少与环境相关的贸易摩擦。

（五）战略性运用 WTO 争端解决机制，解决与“一带一路”和 CPTPP 成员国之间的环境贸易争端

考虑到中国和大多数“一带一路”国家都是 WTO 成员，在谈判失败的情况下，中国应该尝试通过 WTO 争端解决机制来解决与贸易相关的环境争端。WTO 对国家环境保护措施和标准没有实质性限制，对发达国家和发展中国家也没有区别对待。相反，WTO 建议所有成员国应

该实施环境保护措施，并在国际标准的基础上建立环境标准。

利用WTO争端解决机制也是中国解决与CPTPP成员国之间的环境贸易争端的一种理想方法。[46]与环境有关的贸易争端大多与GATT第XX(b)条和第XX(g)条的不同解释有关。这两段中使用的词语如此模糊，如“必要性”和“相关性”，以至于贸易保护主义者有机会利用这些含糊的词语为自己谋利。CPTPP关于例外和一般规定的章节规定，CPTPP缔约国有权援引WTO贸易规则中所载的“环境例外”。此外，当CPTPP缔约方与非缔约方之间发生贸易争端时，如果双方都是WTO成员，也可以诉诸WTO争端解决机制。中国可以利用世贸组织争端解决机制，在与CPTPP缔约方或一带一路参与国的贸易过程中发生与环境相关的贸易争端时，维护自身的贸易和环境利益。

五、结论

当WTO争端解决机制戴着荆棘的“皇冠”在危机中蹒跚前行时，CPTPP环境章节通过国际贸易法与国际环境法的联姻确立了21世纪缔约国广泛接受的环境与贸易冲突与协调的新路标、灯塔。在一个动荡不安的世界里这是国际经济新秩序的象征。CPTPP环境章节在整个国际法体系中可能同时肩负条约法和习惯国际法的职责。

CPTPP环境章节堪称“武装到牙齿的环境规范”，将环境保护与贸易制裁挂钩，CPTPP缔约国将承担CPTPP争端解决机制下具有约束力的环境义务，极大地增强了RTAs环境规范的法律约束力和可执行性。基于国家主权平等这一不可动摇的基本原则，对于政府间组织的一国政府很难将其意志强加给另一国政府，贸易制裁是一缔约国享有自由裁量权对另一缔约国施加影响的为数不多的选择之一。[47]虽然贸易制裁的有效性经常受到争议，但西方经济研究表明，“当环境和贸易政策具有内在性时，惩罚性关税可能是有效的。”[48]使用贸易制裁不会在自由市场和环境保护之间创造完美的平衡，但可能非常有效。但是贸易制裁也会带来无法回避的问题：第一，需设立一个超国家执法机构来调查和实施制裁，这是一个独特而艰巨的挑战，这可能与其成员国的宪法相冲突。[49]第二，确保贸易制裁的尺度非常重要，否则可能会演变为变相的贸易保护主义工具。理想状态下，贸易制裁应很少使用，主要起到威慑作用，否则会产生“寒蝉效应”。当非缔约国尤其是发展中国家国内环保水平较低、环境义务并不严格时，如意欲加入CPTPP，最佳方案是未雨绸缪。

---

[46] THE INTERNATIONAL TRADE RESEARCH ROOM OF THE INSTITUTE OF WORLD ECONOMY AND POLITICS, THE CHINESE ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES, TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT - TEXT INTERPRETATION 28 (2016).

[47] Milica Delevic, Economic Sanctions as a Foreign Policy Tool: The Cases of Yugoslavia, International Journal of Peace Study, 1998, Vol. 3 No. 1.

[48] Alireza Naghavi, Trade Sanctions and Green Trade Liberalization, Environment and Development Economics, Vol. 15, 2010, pp. 379-394.

[49] David P. Vincent, The Trans-Pacific Partnership: Environmental Savior or Regulatory Carte Blanche? Minnesota Journal of International Law, Winter 2014, Vol. 23, pp. 142-143.

BBNJ 环境影响评估制度研究

郑淑云*　福州大学法学院

摘要：国家管辖范围外区域海洋生物多样性（Marine Biological Diversity Beyond Areas of National Jurisdiction，以下简称“BBNJ”）国际协定谈判是全球海洋治理的重要议题。自2004 年在联合国主持下正式开始以来，BBNJ 国际协定谈判对于各国的海洋战略及其重要，甚至关系到重新建立分配海洋资源的新秩序。本文通过对环境影响评估相关法律文件及现有BBNJ 协定谈判的成果，结合各国在 BBNJ 协定谈判中的立场，归纳 BBNJ 协定谈判中的环境影响评估制度谈判的困难，并提出改善 BBNJ 协定谈判中的环境影响评估制度的困境的建议，有利于填补该具体问题在理论上的薄弱，有助于更好地了解 BBNJ 国际协定谈判的实质并促进新协定的制定，在环境影响评估领域丰富全球海洋治理的体系和内容。

关键词：国家管辖范围外区域　海洋生物多样性　环境影响评估

一、环境影响评估制度概述

（一）环境影响评估的概念及特征

1、环境影响评估的定义

环境影响评估（以下简称“环评”）作为管理和控制人类活动对环境造成负面影响的一种手段，已被广泛接受。其作为一项法律制度，最初由美国 1969 年颁布的《国家环境政策法》创立，该法第 102 条规定，所有联邦政府的机关均应当在进行可能对人类环境产生影响的规划和决定时，采用足以确保综合利用自然科学、社会科学以及环境设计工艺的系统性和多学科的方法，并与环境质量委员会进行磋商，确定并制定各种方法与程序，确保在做出决定时，当前尚不符合要求的环境舒适和环境价值能与经济和技术问题一并得到适当的考虑。[1]在此之后，环评的定义一直在完善与发展。

联合国环境规划署在 1987 年《环境影响评价的目标和原则》中对环评做了如下定义：为了确保对环境无害和可持续发展，对规划的活动进行的审查、分析和评估。[2]

1991 年《跨界环境影响评价公约》中将环评定义为用于评价拟议活动可能对环境产生的影响的国家程序。[3]

《生物多样性公约》（2006 年）中要求每一缔约国应尽可能并酌情采取适当程序，就其可能对生物多样性产生严重不利影响的拟议项目进行环境影响评估，以期避免或尽量减轻这种影响，并酌情允许公众参加此种程序。[4]

我国借鉴和吸收了西方国家的环评制度，于 1979 年颁布的《环境保护法（试行）》正式确立了该项制度，之后的《环境影响评价法》第 2 条明确规定，环境影响评价，指对规划和建设项目实施后可能造成的环境影响进行分析、预测和评估，提出预防或者减轻不良环境影响的对策和措施，进行跟踪监测的方法与制度。[5]可见，我国的环评对象包含规划和建设项目。

Robin Warner 在 Environmental Assessment in Marine Areas beyond National

---

* **【作者简介】**郑淑云，福州大学法学院国际法专业研究生。

[1] USA National Environmental Policy Act,Section 102.

[2] United Nations Environment Programme.Goals and principles of environment impact assessment.

[3] Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Article 1(vi).

[4] Convention on Biological Diversity,Article 14.

[5] 《中华人民共和国环境影响评价法》第 2 条

Jurisdiction：Practice and Prospects 中认为，环境评估是指衡量人类活动对环境影响的所有方面，包括先前的环境影响评估的典型过程以及延伸到活动后对环境影响的监测。[6]

综上所述，笔者认为，环评作为一种重要的环境管理工具，其对象是可能对环境造成不利影响的人类活动，通过对这些活动进行分析与评价，提出替代方案减轻、防治该种影响，以达到保护环境、促进可持续发展的目的。

2、环境影响评估的特征

首先，环评具有前瞻预测性。这种预测性是对环境问题复杂性与恢复成本高等特点的深刻认识，也是预防原则、防患于未然精神的重要体现。环评采用事前预测和分析的方法，并提出防范措施，以减轻、消除由此可能带来的环境损害。

其次，环评具有科学技术性。环境法是法学和科学的有机结合，它是建立在对环境问题的科学认识上而制定的，并且许多法律规定都属于技术性法律规定。环评是建立在环境状况调查、环境监测技术、污染物扩散规律等科学技术手段上来开展的，通过应用这些方法进行分析，最终提出减轻、防止环境不利影响的替代方案。

最后，环评具有综合性。环评不仅涉及环境学，还涉及生态学、物理学、经济学等诸多学科。环评须做到客观、公正、公开，故应当在整个环评过程中，综合、全面考虑人类活动对各种环境因素及其所构成的生态系统可能带来的不利影响，为之后的决策提供科学依据。

（二）海洋生物多样性保护的环境影响评估制度

1、《联合国海洋法公约》的规定

《联合国海洋法公约》（United Nations Convention on the Law of the Sea，以下简称“《公约》”）作为“海洋宪法”，规定了开展各类海洋活动所必须遵循的法律框架。公约第 204 条-206 条作为国家管辖范围外区域环境影响评价制度的法律基础，第 204 条规定了对污染危险或影响的监测，第 205 条对报告的发表作出如下规定，第 206 条规定了对各种活动的可能影响的评价：[7]《公约》只用 3 个条款的篇幅对环评作出规定，这注定了该种规定是笼统的。对于“合理根据”、“重大污染或重大和有害的”、“实际可行范围”的标准，《公约》并没有作出详细规定，对环评具体实施过程也未提及。

2、《南极条约》体系的规定

《南极条约》体系（The Antarctic Treaty System）是指在《南极条约》的基础上逐渐形成的一个比较完整的旨在确保南极的和平利用以及保护南极的环境和生态系统的政治和法律的条约体系。[8]其包含《南极条约》和南极条约协商国签订的有关保护南极的公约以及历次协商国会议通过的各项建议和措施。

《南极条约》体系下的环评制度被认为是关于海洋环评制度的最为完善的规定之一。其中的《南极环境保护议定书》（The Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, 1991）对环评做了详细规定。该议定书第 3 条第 2 款规定了规划和从事在南极条约

---

[6] Robin Warner.Environmental Assessment in Marine Areas beyond National Jurisdiction:Practice and Prospects[J].American Society of International Law Proceedings,2017,111:252-255.

[7] 《联合国海洋法公约》第 204-206 条，第 204 条：1.各国应在符合其他国家权力的情况下，在实际可行范围内，尽力直接或通过各主管国际组织，用公认的科学方法观察、测算、估计和分析海洋环境污染的危险或影响。2.各国特别应不断监视其所准许或从事的任何活动的影响，以便确定这些活动是否可能污染海洋环境。第 205 条：各国应发表依据第 204 条所取得的结果的报告，或每隔相当期间向主管国际组织提出这种报告，各该组织应将上述报告提供所有国家。第 206 条：各国如有合理根据认为在其管辖或控制下的计划中的活动可能对海洋环境造成重大污染或重大和有害的变化，应在实际可行范围内就这种活动对海洋环境的可能影响作出评价，并应依照第 205 条规定的方式提送这些评价是结果的报告。

[8] 邹克渊.南极条约体系及其未来[J].中外法学,1990(01):41-43.

地区的活动应旨在限制对南极环境及依附于它的和与其相关的生态系统的不利影响以及这些活动应避免的情况；应根据充分信息来规划和进行活动；除此之外，还应进行定期有效的监测。[9]该议定书还规定了环评的合作问题，第 6 条规定：各缔约国应努力在其他缔约国准备环境影响评价时向其提供适当的协助。[10]另外，第 8 条第 1 款将活动的影响分为小于轻微或短暂的影响、轻微或短暂的影响、大于轻微或短暂的影响三个等级。[11]该议定书的附件一对应活动的三种影响程度，将环评分为初始阶段、初步环境评价、全面环境评价三种，并对全面环评应包含的详细内容做了规定。[12]

虽然《南极条约》体系已经对环评制度已经做了相对完善的规定，但其依旧没有对需要进行环评的活动提供一份正面清单，也没有对三种程度影响的划分确定一个明确的标准，仍然过于主观。

3、《保护东北大西洋海洋环境公约》的规定

《保护东北大西洋海洋环境公约》（Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic, OSPAR Convention，1992）虽然没有明确规定环评，但其在附录三中规定了可能对海域造成不利影响的人类活动的标准：（a）所涉及的人类活动的程度、强度和持久时间；（b）人类活动对特定物种、群落和生境的实际和潜在的不利影响；（c）人类活动对特定的生态过程的实际和潜在的不利影响；（d）这些影响的不可逆转性和耐用性。[13]在 OSPAR 委员会框架下通过了关于环评的若干建议，如 2010 年《关于受威胁和衰退物种和栖息地环境影响评价的建议》（OSPAR Recommendation on Assessments Environmental Impact in Relation to Threatened and/or Declining Species and Habitats, 2010）规定了“在评估可能影响东北大西洋海洋环境的人类活动的环境影响时，缔约方应确保考虑到相关的受威胁和衰退的物种和栖息地”等。[14]

《保护东北大西洋海洋环境公约》并没有对环评作出明文规定，导致缔约方进行环评时无法可依。另外，虽然 OSPAR 委员会颁布了关于环评的若干建议和决定，但这些建议和决定并不具有法律拘束力。

综上，可以看出，现存有关海洋生物多样性保护的环评制度大多采用框架公约模式，即“框架公约、公约的议定书和附件”三者组成一个法律体系的模式，这种模式只对环评作一般义务性规定，没有作出具体的实施规定，缔约国只可依据国内法进行调整。鉴于此，国际社会建立统一的环评制度体系迫在眉睫。

（三）BBNJ 协定谈判的成果

近年来，各国持续关注 BBNJ 养护和可持续利用问题。一方面，随着社会发展和科技进步，人类不断加强对海洋资源的开发利用强度，使得 BBNJ 遭到严重威胁；另一方面，现存国际条约中针对 BBNJ 问题存在制度不完善问题，在这样的背景下，BBNJ 协定谈判应运而生。

BBNJ 协定谈判自 2004 年拉开帷幕，在长达十多年的研讨后，联合国大会于 2015 年作出 69/292 号决议，在《公约》框架下制定一项 BBNJ 国际协定。目前，最新的《根据<联合

---

[9] The Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty.article 3(2).
[10] The Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty.article 6(1).
[11] The Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty.article 8(1).
[12] The Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty.appendix 1.article 1-3.
[13] Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic.appendix 3.Article 1
[14] OSPAR Recommendation on Assessments Environmental Impact in Relation to Threatened and/or Declining Species and Habitat.

国海洋法公约>的规定就国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题拟订的协定案文草案修改稿》是在考虑第三届政府间会议期间提出的评论意见的基础上形成的，以促进第四届政府间会议取得进一步进展。

虽然 BBNJ 在谈判过程中争议众多，但各国均认可环评制度是解决 BBNJ 的一个重要工具并赞成建立该项制度。在第三届政府间会议中，各国关于 BBNJ 环评制度达成了以下共识：（1）各缔约国负有环评的义务获得广泛支持；（2）各国均赞同此协议规定的环评应符合《公约》的规定；（3）草案中提到累积影响、跨界影响也得到各国支持；（4）对于环评的筛选工作、公告以及后续的监测工作由缔约国进行各国看法一致。

除了以上共识外，各国在以下几个方面仍存在的分歧：（1）环评的适用范围是国家管辖范围以外区域开展的活动还是对国家管辖范围以外区域有影响的所有活动；（2）各国对环评的启动门槛、衡量标准以及是由缔约国还是由缔约方会议进行决策、对监测结果的审查主体等关键问题看法不一；（3）对于累积影响、跨界影响以及战略环境评估应如何考虑仍存在争议；（4）对于公告该国拟定活动时的利益攸关方包括哪些主体意见不一。

该草案对环评的过程作出了详细规定，对于协议的出台有重要的参考意义。但是受限于国家间利益以及意愿的差异，该草案也只是各利益集团妥协后的产物，还有诸多问题有待解决。

二、BBNJ 协定谈判中的环境影响评估制度的困境

（一）环境影响评估启动阈值不明确

1、环境影响评估适用的区域存在分歧

关于环评适用的区域，主要存在以下两种观点：第一，环评的义务仅适用于在国家管辖范围以外区域开展的活动；第二，环评的义务适用于在国家管辖范围以外区域有影响的所有活动，即不论该活动是否发生在国家管辖以外区域，只要其对国家管辖范围外区域造成了影响，就有进行环评的义务。

其中，欧盟、中国、印尼、韩国以及国际航运商会等持第一种立场，认为仅国家管辖外区域有进行环评的义务。而塞内加尔主张第二种观点更具包容性，其认为国家管辖内区域的活动也有可能会影响管辖外区域，为了尽可能广泛地保护海洋，保留这一选择；[15]国际自然保护联盟认为，根据《公约》和习惯国际法，各国有义务对在国家管辖外区域有影响的活动进行环境影响评估，也有义务保护海洋生物多样性，这与许多国家的现有规则和生态系统方法是一致的，基于以上言论，该联盟也持第二种观点。[16]还有些国家如以色列持谨慎态度，未对此作出选择。

2、启动环境影响评估的活动缺乏具体标准

对于是否应当制定启动环评的活动清单，欧盟、韩国、国际自然保护联盟表示不支持。以色列表示支持，认为应当制定“需要进行”或“不需要进行”环评的活动清单。而国际航运商会认为，仅需要制定“不需要进行”环评的负面活动清单，不需要制定正面清单，并且国际航运应作为本清单的一部分，以明确说明航运对海洋环境影响的评估由海事组织负责。

---

[15] Textual proposals submitted by delegations by 20 February 2020, for consideration at the fourth session of the Intergovernmental conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (the Conference), in response to the invitation by the President of the Conference in her Note of 18 November 2019 (A/CONF.232/2020/3)

[16] Ibid

[17]77 国集团和中国建议制定正面清单以及豁免清单以补充定性阈值，且该清单应进行更新。

关于环评的启动门槛和衡量标准，欧盟认为，应将可能对海洋环境造成重大污染或使之发生重大和有害的变化作为启动门槛，韩国、菲律宾表示支持这一启动门槛。除此之外，欧盟提出，在确定拟定活动是否可能对海洋环境造成重大污染或造成重大和有害的变化时，缔约国应考虑下列非详尽的标准：(a)活动的类型；(b)活动地点；(c)地点的特点和生态系统(包括具有特殊生态或生物意义或易受破坏的地区)；(d)活动的潜在影响；(e)活动的潜在累积影响；(f)跨界影响；(g)其他生态或生物学标准。且缔约方会议可就上述所列标准制定指导方针。[18]77 国集团和中国认为可以使用“定性阈值”，如“有合理理由相信拟议活动可能对环境造成重大和有害变化”。印度尼西亚认为，应将启动门槛分为以下两个等级：(a)可能对海洋环境造成不止是轻微或短暂的影响的活动应按本部分规定进行环评；(b)可能对海洋环境造成重大污染或使之发生重大和有害的变化的活动，应进行全面综合的环评。[19]塞内加尔也持这种观点。国际自然保护联盟赞同上述两种分类，但其提出应当增加第三种等级，即当拟议活动的影响未知或了解不足时，应当进行环评；其还提出，深海栖息地具有较强的脆弱性，在其他环境中不被视为“重大”的活动可能在深海产生重大和不可逆转的影响，并且，由于对大部分深海环境的了解有限，很难评估一种变化是否属于重大和有害，因此，环评的起点和标准应符合预防原则。[20]而美国作为海洋强国，已基本完成了对于勘探、开发大洋深处资源在技术上的原始积累，因而积极主张该片海域的资源利用，反对严格准入性质的制度构建，倾向于对环评进行非约束性指导。

3、环境影响评估的筛选程序尚未确定

虽然各国对由缔约国确定是否需要对拟定活动进行环评基本达成一致，但对于筛选的其他程序仍存在争议。关于位于被确定为具有重要意义或脆弱性的区域的拟定活动，缔约国是否负有必须进行环评的义务，国际电缆保护委员会表示赞同，而欧盟及其成员国、韩国持反对意见。另外，韩国主张如缔约国确定不进行环评，无需获得科学和技术机构的批准，欧盟及其成员国也持这一观点，但其提出应当公布或报告该决定。而塞内加尔、国际电缆保护委员会则持相反意见，其认为，缔约国如确定不进行环评，必须获得科学和技术机关的批准。除此之外，国际电缆保护委员会还提出，在紧急情况下，缔约国可批准拟定活动无需进行环评，而无论其预期影响是否最小。但缔约国紧急批准一项活动后，应向科学和技术机构提供支持该决定的资料。[21]

（二）环境影响评估实施进程争议巨大

1、环境影响评估的内容是否包含战略环评存在争议

战略环境评估（Strategic Environmental Assessment，以下简称 SEA）早在环境影响评估首次提出时就已出现，正式以“SEA”术语出现是在英国曼彻斯特大学环境影响评价中心

---

[17] Textual proposals submitted by delegations by 20 February 2020, for consideration at the fourth session of the Intergovernmental conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (the Conference), in response to the invitation by the President of the Conference in her Note of 18 November 2019 (A/CONF.232/2020/3)

[18] Ibid

[19] Ibid

[20] Ibid

[21] Textual proposals submitted by delegations by 20 February 2020, for consideration at the fourth session of the Intergovernmental conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (the Conference), in response to the invitation by the President of the Conference in her Note of 18 November 2019 (A/CONF.232/2020/3)

的一个报告中。SEA 的产生使环评的对象由单个项目扩展到政策、规划、计划等战略层面，在战略层次协调了环境与发展的关系。当下，争议较大的是 BBNJ 环评是否包含 SEA，以及如果包含，应当如何规定具体内容。

支持 SEA 的主要有欧盟、英国、澳大利亚、菲律宾、国际自然保护联盟等。欧盟认为协定应规定对很可能产生重大的环境和社会经济影响的活动的相关计划和方案进行 SEA，并提议进行 SEA 的指导意见可由缔约方会议制定；菲律宾则认为应对达到第 24 条、第 27 条、第 29 条规定的活动的相关计划和方案进行选择性的 SEA；国际自然保护联盟认为，SEA 与环评不同，需要不同的过程，不应比照环评的程序，SEA 程序应确保有效咨询、透明度和应用可获得的最佳科学信息。他们支持的理由主要有以下几点：第一，SEA 考虑的地理空间更为广泛，且涉及与政策有关的一系列要素，还会受到经济、社会等影响，故考虑地更加全面；第二，SEA 能在较早阶段考虑到累积影响，结合该活动与过去、现在和未来可合理预见的其他活动进行叠加时的影响；第三，SEA 需要国家之间的合作，能够从整体角度促进一体化管理，便于 BBNJ 协定目的的实现。

除了表示支持外，部分国家主张反对在协定中规定 SEA，如美国、俄罗斯、日本、中国、韩国等。持该种立场的国家的理由如下：第一，在国家管辖范围外区域进行 SEA 不具备可操作性，俄罗斯主张，SEA 是针对一国国家管辖内区域而制定的，并不适用于国家管辖范围之外；第二，将 SEA 规定于 BBNJ 协定中，与《公约》的规定不一致，美国指出，《公约》第 204 条-206 条并无规定 SEA 是环评的一个类型；第三，各国对 SEA 的概念、内容、标准等看法不一，难以达成共识。

2、公告和协商的对象存在争议

各国普遍赞成环境影响评估之前进行公告和协商，但对具体要求表达了不同的看法。加勒比共同体认为公告和协商除了应当具备包容性、透明性，还应当具有及时性，此外，其呼吁增加对小岛屿发展中国家的提法，即“在涉及毗邻的小岛屿发展中国家时，应有针对性且积极主动”，[22]澳大利亚对此表示赞同。“77 国集团”和中国呼吁在环评规定中具体提及“邻近的沿海国”，并提倡要求及早地通知，得到了菲律宾、塞舌尔、印度尼西亚和新加坡等国的支持。太平洋小岛屿发展中国家强调，磋商必须包括与影响评估区相邻的小岛屿发展中国家。欧盟支持进行公告协商，但是认为不需要作过多细节规定，提及“所有相关利益攸关方”已足够，无需列出各个单独的实体。[23]对欧盟的这一提议，美国表示赞同，另外美国不支持各国有义务确定和通知所有利益攸关方，认为这将构成不适当的负担，其主张为利益攸关方提供一个“有效的、有时间限制的机会”，[24]公海联盟对该提案表示支持。中国指出不是所有活动都应遵守公告协商的规定，只有符合环境影响评估阈值和标准的活动才应遵守，还强调评估应由各国领导决定，其他利益攸关方无权做出决定。[25]

3、决策主体存在争议

关于缔约国管辖或控制下计划开展的活动是否可以进行由缔约国还是缔约方大会进行决策，各国存在争议。欧盟、韩国、塞内加尔主张缔约国拥有决策权，欧盟主张缔约国在决

---

[22] Textual proposals submitted by delegations by 20 February 2020, for consideration at the fourth session of the Intergovernmental conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (the Conference), in response to the invitation by the President of the Conference in her Note of 18 November 2019 (A/CONF.232/2020/3)

[23] Ibid

[24] Ibid

[25] Ibid

策时应充分考虑环评的结果，不赞成拟定活动产生严重不利影响时应作出不允许进行的规定；[26]深海管理倡议主张如环境影响评估表明拟定活动将对环境产生严重的不利影响，则不应作出允许活动进行的决定，其强调需要界定“严重不利影响”，其中“严重”需要包括考虑恢复的时间尺度，并应在包括全球海洋变化在内的累积影响的背景下考虑影响；[27]美国也主张由缔约国进行决策，建议由“拟议活动的有效控制国或管辖国或者由通过颁发许可或资助该特定拟议活动的行使管辖权的国家”进行决策，赋予了主权国家极大的自主权。这些国家持该种观点的理由主要是 BBNJ 环评相关的权利与国家利益息息相关，如果主权国家将决策权让渡给第三方国际组织或独立机构，将对本国处理国家管辖范围外区域的勘探、开发事务产生限制。但还有部分国家主张应由缔约方大会进行决策。

（三）环境影响评估监管制度存在问题

1、监管主体分歧巨大

关于环境影响评估后续监管制度的主体问题，国家间主要分为以下三种观点：一是由对该活动具有管辖权或控制权的国家享有监管权，持该种立场有欧盟、挪威、以色列、美国、中国等，中国强调缔约国在监测、报告和审查方面的作用，并指出其他机构可提供咨询意见；二是主张科学和技术机构是监管制度的主体，如菲律宾，77 国集团也提建立专门的监测审查机构；三是认为协定无需对此进行规定，建议草案中的该条规定予以删除，支持这种观点的国家如韩国。

2、监管内容过于空泛

BBNJ 协定谈判对监管内容没有具体的约定，目前对缔约国应持续监测所授权活动的影响，并将结果进行报告，各国立场基本保持一致，对于报告的提交主体，各国看法不一，欧盟主张建立专门的登记处，仅需将报告提交于该登记处；还有部分国家认为应将报告提交给信息交换机制、科学和技术机构、相关法律文书或框架或相关全球、区域、次区域和部门机构及其他国家。如果监测结果发现环境影响评估中未预见的不利影响，监管主体享有哪些权力，对此，欧盟主张缔约国应审查其授权活动的决定，以色列认为缔约国应通知缔约方会议、其他国家、公众，停止活动，要求提议方提出减轻和(或)防止这些影响的措施，评估提出的措施并决定活动是否应继续。

3、监管手段缺乏执行力

在 BBNJ 谈判中，相关监管手段缺乏具体的文本建议，而作为谈判背景的《公约》第 204 条规定：“各国应在符合其他国家权力的情况下，在实际可行范围内，尽力直接或通过……”，也只是采用“尽力”，而非“必须”等强制性字眼，给不想履行监测责任的缔约国充足的回旋空间，无法起到督促各国积极保护海洋环境的作用。而《公约》也并没有赋予监管一定的执行力，导致在缔约国违背义务时，无法采取任何强制措施或处罚措施。

三、BBNJ 协定环境影响评估制度建议

（一）明确环境影响评估启动阈值

1、环评区域仅限于 ABNJ 范围内

明确环评的区域，有利于环评工作的顺利开展。根据《联合国海洋法公约》的规定，沿

---

[26] Textual proposals submitted by delegations by 20 February 2020, for consideration at the fourth session of the Intergovernmental conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (the Conference), in response to the invitation by the President of the Conference in her Note of 18 November 2019 (A/CONF.232/2020/3)

[27] Ibid

海国在专属经济区内享有勘探、开发自然资源等的主权权利，且 BBNJ 协定是在《公约》框架下拟定的，应当符合《公约》的规定。因此，应将环评的区域严格限制在国家管辖范围外区域，不应当干涉一国主权范围内事项，以免造成国家主权与 BBNJ 领域内管辖的冲突。

2、制定环境影响评估活动清单及门槛

关于环评的筛选问题，可采取“定性阈值+清单”的形式。BBNJ 协定是《公约》框架下的法律安排，实现协定目的同时应当尊重现有的法律规定。国家管辖范围外区域面积广阔，人类活动复杂多样，且各类活动之间差异显著，沿用《公约》第 206 条规定的“重大污染或重大和有害变化”定性门槛较为灵活，方便进行具体活动具体分析。并且该种门槛赋予缔约国更大的主导权，更加适合当前 BBNJ 领域复杂的条件以及不确定性。但应该注意到，定性门槛较为笼统，实际操作性较差，协定应当制定补充判断门槛的标准，供缔约国参考。结合现有实践所适用的判定标准，协定可参考下列因素：

活动特点：活动的规模大小；活动的持续时间长短和频率；对自然资源的利用情况；产生废物类型等。

活动位置：考虑可能受活动影响的海域特征和生态环境类型，如是否位于脆弱海洋生态系统、生态敏感海域、具有重要资源的海域等。

活动影响：对自然的影响如影响范围、持续时间及频率、复杂程度、累积影响、不确定等；对社会的影响如对小岛屿国家生活的影响、对资源的公平利用、对人类健康的影响等。

应对影响的能力：监测环境影响的能力、事故应急能力等。

在实践中，国家可能因为自身环保意识薄弱或能力有限等原因，很少对其管辖范围外区域进行环评，使得环评制度的执行效果不大理想。制定正面活动清单可以直观地反映出哪些活动需要进行环评，减少了筛选过程的争议，也降低了国家较大的自主权。

3、构建环境影响评估筛选程序

关于拟定活动位于或毗邻因其重要意义或脆弱性而被确定的区域时，应当明确，不论影响大小，都应进行环境影响评估。国家管辖外区域存在着大量需要保护的敏感区域，因此存在同一类型活动对普通区域和特殊区域产生的影响差异较大的情况。在这种情况下，仅规定环评的门槛和活动清单是远远不够的，应当对这些特殊区域给予特殊的保护，即当某国管辖或控制下的拟定活动位于或毗邻因其重要意义或脆弱性而被确定的区域时，赋予该国必须进行环评的义务。

（二）优化环境影响评估实施进程

1、BBNJ 协定环境影响评估制度不予适用战略环评

正如前文所述，BBNJ 协定中是否纳入战略环评的规定反映了不同国家、国际组织之间的多边博弈。本文认为，在 BBNJ 协议中应不予适用战略环评。首先，在 BBNJ 协定中规定战略环评的国际法依据不足。《公约》第 206 条规定的“计划中的活动”仅指国家管辖或控制下的具体活动，即项目一级的活动，不包括规划、计划、政策等，故《公约》并未规定各国有战略环评义务。其次，BBNJ 协定谈判过程中各国对战略环评的定义存在较大分歧。最新发布的《BBNJ 国际协定案文草案修订稿》第 1（13）条规定了战略环评的定义，[28]然而该定义并未得到 BBNJ 协定谈判国的支持。从理论上看，由于战略环评在国际实践中呈现多

[28] Art. 1(13) of Revised Draft Text of an Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction.

元化趋势，当前国际社会并无普遍接受的战略环评定义。[29]因此，当前理论界难以为在 BBNJ 协定中纳入战略环评提供夯实的理论基础。最后，适用战略环评将对国家主权产生影响。从理论上看，战略环评的对象可能包含计划和规划，也可能包含政策和法律，而政策和法律属于一国国家主权范围内事项，计划和规划属于实施政策中的具体形式。针对国家管辖范围外活动的计划和规划存在与国家管辖范围内计划相互重叠的可能性，战略环评与国家主权关系密切，在 BBNJ 协定中适用战略环评必将对国家主权产生一定的影响。

2、公告和协商对象应考虑毗邻沿海国

公告和协商应具备透明性和包容性，在涉及毗邻的小岛屿发展中国家时，应更加有针对性且积极主动。小岛屿发展中国家海岸低、经济水平相对落后、科技水平也不够先进，且这些国家受到海洋环境污染的影响更大且更难以恢复，所以各国在进行环评时应更加关注小岛屿发展中国家。缔约国应考虑并处理在协商过程中从毗邻沿海国收到的实质性评论意见，毗邻沿海国是最易受到某国勘探开发海洋资源活动的影响的国家，故应给予较大的考虑。

3、形成国家主导型的决策程序

全球利益、价值和伦理目前仍处于生长发育的阶段，国家仍然是人类赖以生存发展的首要政治、经济和文化空间。[30]缔约国拥有环评启动决策权，在统一的环评启动门槛和活动清单的前提下，既不会导致缔约国自主权过大，也更尊重缔约国的主权。对于一国在其国家管辖范围外区域实施某种活动是否进行环评，应当属于该国主权范围内的事项，倘若由国际机构进行决策，将在一定程度上限制该国主权。但是，倘若某一缔约国没有按照规定进行环评，或环评的结果存在问题，全球统一的监管机构将会对其进行监督审查。

（三）完善环境影响评估监管体系

1、成立专门的国际管理机构

进行环评后的活动在实施过程中，仍有可能对海洋环境以及生物多样性产生威胁，因而需要对该活动对环境的影响进行监督审查。本文认为，应当成立专门的国际管理机构进行监管。一方面，专门的全球性的机构进行审查更具说服力。倘若由缔约国自行进行审查，则存在着为了本国利益而隐瞒对本国不利信息、不进行公告的可能性。另一方面，成立专门的机构为公众参与监管提供了渠道，现行国际文书以及主要国家都直接或间接地规定了环评中的公众参与制度，那么，国家管辖范围外环评也应该赋予公众参与监管的权利。若公众发现危害海洋环境及生物多样性的情况，可及时告知该机构，再由该机构对此情况进行审查，从多种路径对环评进行监管，更加有利于协定目的的实现。

2、制定具体的监管内容

协定应当明确需要监管的具体内容，至少包括但不限于现有活动方案的落实情况、已确定影响的评估情况以及后续活动的可能影响评估。并且对于每个监管要点都必须制定详细具体的标准，并可以要求缔约国每年编写一份报告，并向信息交换机制、科学和技术机构、相关法律文书或框架或相关全球、区域、次区域和部门机构及其他国家提交该报告，详细说明其监测所授权活动的影响。各国也可以报告其他国家其发现的他国未执行与环评有关的规定的情况。且该报告须通过合理途径进行公布。

3、赋予管理机构强制执法权

---

[29] Francois Retief,Carys Jones & Stephen Jay, The emperor’s new clothes — Reflections on strategic environmental assessment (SEA) practice in South Africa,Environmental Impact Assessment Review,Vol. 28:7, p. 506 (2008).

[30] 陈志敏.全球主义、国家路径和中国特色大国外交[J].国际政治研究,2015(4):106-112.

该监督管理机构应当具有强制执法权，主要包括以下三个方面：（1）该机构有权对违反BBNJ协定的在国家管辖范围外区域从事活动的个人或组织采取强制性措施，如阻止作业、扣押船舶等；（2）该机构作为BBNJ的争端解决平台，倘若一国未执行环评而对国家管辖外区域海洋环境造成了不利影响，任何国家、组织或个人均有权提起诉讼，要求其承担环境损害责任；（3）该机构还可作为信息交流平台，各缔约国定期提交与协定履行情况有关的报告，平台需及时予以公开，各国通过该平台可以相互学习、借鉴环保技术，有利于提升环评的水平。

四、结语

目前BBNJ协定谈判已经进入文本讨论阶段，环境影响评估制度作为一项有利于遏制海洋环境恶化的重要议题，却在一些例如启动阈值、评估主体等关键要素上仍存在争议。以美、俄为代表的“海洋利用派”主张主权国家主导环境影响评估的进程，包括启动、决策、后续监管；以欧盟为代表的“海洋环保派”则倾向于提高活动的门槛，并通过引入第三方机构来推动环评的国际化；而以七十七国集团为代表的阵营则更关注与环境影响评估相关的政治、经济、文化影响，并希望环境影响评估充分考虑小国的利益。可以说，各方立场错综复杂，不利于BBNJ协定谈判中的环境影响评估制度的建立。所以，研究环境影响评估制度在BBNJ协定谈判中的困难尤为重要，针对性提出推动谈判的建议势在必行。

【参考文献】

[1]何志鹏，王艺曌. BBNJ国际立法的困境与中国定位[J/OL]. 哈尔滨工业大学学报（社会科学版），2021（01）.

[2]刘惠荣，马玉婷. 实现BBNJ划区管理工具制度中的海洋生态连通性——以“适当顾及”沿海国权益为路径[J]. 中国海洋大学学报（社会科学版），2021（01）.

[3]郑苗壮. 国家管辖范围以外区域海洋生物多样性国际协定谈判与中国参与[J]. 环境保护，2020，48（Z2）.

[4]方瑞安，张磊. “公地悲剧”理论视角下的全球海洋环境治理[J]. 中国海商法研究，2020，31（04）.

[5]王金鹏. 论国家管辖范围以外区域海洋保护区的实践困境与国际立法要点[J]. 太平洋学报，2020，28（09）.

[6]郑苗壮，赵畅. 全球海洋保护目标的演进、实施进展及对策建议[J]. 环境保护，2020，48（17）.

[7]张卫彬，朱永倩. 海洋命运共同体视域下全球海洋生态环境治理体系建构[J]. 太平洋学报，2020，28（05）.

[8]江河，胡梦达. 全球海洋治理与BBNJ协定：现实困境、法理建构与中国路径[J]. 中国地质大学学报（社会科学版），2020，20（03）.

[9]洪农. 国际海洋法治发展的国家实践：中国角色[J]. 亚太安全与海洋研究，2020（01）.

[10]肖成，张继伟，姜玉环，罗阳. 国家管辖范围以外区域环境影响评价的筛选机制研究[J]. 应用海洋学学报，2020，39（01）.

[11]黄蕊，周思杨，李巍. 中巴孟越四国环境影响评价体系比较研究[J]. 环境影响评价，2019，41（06）.

[12]金永明. 国家管辖范围外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题[J]. 社会科学，2018（09）.

[13]刘乃忠, 高莹莹. 国家管辖范围外海洋生物多样性养护与可持续利用国际协定重点问题评析与中国应对策略[J]. 海洋开发与管理, 2018, 35(07).

[14]刘惠荣, 胡小明. 主权要素在 BBNJ 环境影响评价制度形成中的作用[J]. 太平洋学报, 2017, 25(10).

[15]郑苗壮, 刘岩, 裘婉飞. 国家管辖范围以外区域海洋生物多样性焦点问题研究[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版), 2017(01).

[16]银森录, 郑苗壮, 徐靖, 刘岩, 刘文静. 《生物多样性公约》海洋生物多样性议题的谈判焦点、影响及我国对策[J]. 生物多样性, 2016, 24(07).

[17]郑苗壮, 刘岩, 徐靖. 《生物多样性公约》与国家管辖范围以外海洋生物多样性问题研究[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版), 2015(02).

[18]林新珍. 国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的保护与管理[J]. 太平洋学报, 2011, 19(10).

[19]Chandler J. Farris. Progress towards the New International Legal Framework for Protecting Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction[J]. North Carolina Journal of International Law, 2021, (46).

[20]Humphries Fran, Harden Davies Harriet. Practical Policy Solutions for the Final Stage of BBNJ Treaty Negotiations[J]. Marine Policy, 2020, (122).

[21]Cymie R. Payne. New Law for the High Seas[J]. Ecology Law Quarterly1, 2019, (46).

[22]Marie Jacobsson. Institutional Arrangements for the Ocean: from Zero to Indefinite?[J]. Ecology Law Quarterly1, 2019, (46).

[23]Robin Warner. Oceans in Transition: Incorporating Climate-Change Impacts into Environmental Impact Assessment for Marine Areas beyond National Jurisdiction[J]. Ecology Law Quarterly1, 2018, (31).

[24]Dr. Waseem Ahmad Qureshi. Marine Biodiversity Conservation: the International Legal Framework and Challenges[J]. Houston Journal of International Law, 2018, (40).

[25]Robin Warner. Strengthening Governance Frameworks for Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction: Southern Hemisphere Perspectives[J]. International Journal of Marine and Coastal Law, 2017, (32).

[26]Robin Warner. Environmental Assessment in Marine Areas beyond National Jurisdiction: Practice and Prospects[J]. American Society of International Law Proceedings, 2017, (111).

[27]Alex G. Oude Elferink. Environmental Impact Assessment in Areas beyond National Jurisdiction[J]. International Journal of Marine and Coastal Law, 2012, (27).

[28]Robin Warner. Tools to Conserve Ocean Biodiversity: Developing the Legal Framework for Environmental Impact Assessment in Marine Areas beyond National Jurisdiction[J]. Ocean Yearbook, 2012, (26).

[29]Robin Warner. Oceans beyond Boundaries: Environmental Assessment Frameworks[J]. International Journal of Marine and Coastal Law, 2012, (27).

论国家管辖范围外海域生物多样性国际协定谈判

郑淑云*　福州大学法学院

摘要：近年来，各国持续关注国家管辖范围外海域生物多样性（Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction, 以下简称“BBNJ”）国际协定谈判问题。一方面，随着社会发展和科技进步，人类不断加强对海洋资源的开发利用强度，使得 BBNJ 遭到严重威胁；另一方面，现有的国际条约中针对 BBNJ 问题存在制度管辖权的不足，由此 BBNJ 国际协定谈判应运而生。通过分析 BBNJ 问题的产生，阐述了在 BBNJ 国际协定谈判中存在争议的焦点问题，指出我国应提高对国家管辖范围外海域的科学认知以及开发技术水平，加强对海洋政策、法律的研究，同时还应当加强国际合作。由于谈判各方在国家利益、价值理念以及治理制度等方面还存在着分歧与冲突，因此 BBNJ 国际协定谈判将会是一项复杂而艰巨的多边利益博弈。

关键词：国家管辖范围以外区域　海洋生物多样性　国际协定谈

一、国家管辖范围外海域生物多样性国际协定谈判问题的产生

（一）相关概念界定

1. 国家管辖范围以外区域

根据《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）中的定义，“国家管辖范围以外区域”包括公海与国际海底区域（以下简称“区域”）。公海指国家管辖范围之外的海域，即不包括在国家的专属经济区、领海或内水或群岛国的群岛水域内的全部海域。“区域”是指国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土。长期以来，公海自由是国际社会公认的国际法原则，主要涵盖了航行自由、飞越自由、建设自由、捕鱼自由、科学研究自由等，国家在行使这些自由的同时，不能损害其他国家在公海上的合法利益。“区域”中有着极具战略价值的矿产资源，《公约》规定“区域”及其资源是人类的共同继承财产，由管理局代表全人类行使，任何据为己有的行为，均应不予承认。

2. 海洋生物多样性

目前关于海洋生物多样性没有统一的定义，由于其被包括在生物多样性中，因此对其进行定义时可以参考生物多样性的定义[1]。笔者认为海洋生物多样性可以定义为存在于海洋生态系统中多种多样的海洋生物体所构成的综合体。在国家管辖范围外海域生物多样性（Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction, 以下简称“BBNJ”）国际协定谈判中，普遍引起争议的是海洋生物遗传资源，作为国际社会普遍承认的《公约》与《生物多样性公约》中并没有对此问题进行正式的规范，笔者根据遗传材料和遗传资源的定义[2]，认为海洋生物遗传资源指具有实际或潜在价值的来自动物或微生物等含有遗传功能单位的材料。海洋遗传资源有着巨大的开发前景，但其在规范制度上存在着空白，关于 BBNJ 国际协定的管辖范围，2015 年联大 69/292 号决议强调“特别是作为一个整体的全部海洋遗传资源的养护和可持续利用”，这成为此后谈判过程中的一个焦点问题[3]。

---

* **【作者简介】**郑淑云，福州大学法学院国际法专业研究生。

[1] 《生物多样性公约》第 2 条：“生物多样性”是指所有来源的形形色色生物体，这些来源除其他外包括陆地、海洋和其他水生生态系统及其所构成的生态综合体。

[2] 《生物多样性公约》第 2 条：“遗传材料”是指来自植物、动物、微生物或其他来源的任何含有遗传功能单位的材料。“遗传资源”是指具有实际或潜在价值的遗传材料。

[3] 胡学东. 生物多样性国际谈判的基础问题与解决途径[J]. 中国海洋报. 2017(02).

（二）国家管辖范围外海域生物多样性国际协定谈判的背景

随着科学技术的快速发展，海洋变得不再神秘，人类发现深海洋拥有远比陆地更为复杂多样的矿产、生物等资源。在陆地资源日益枯竭的巨大压力面前，国际社会纷纷将目光聚焦到这里，BBNJ 问题面临着严重的威胁，然而国际条约中针对 BBNJ 问题缺乏一个全面系统的框架，这一趋势迫切要求在《公约》的框架下就 BBNJ 问题达成一项新的执行协定。

1.“公地悲剧”的产生

公地悲剧理论最早由英国经济学家哈丁提出，该理论假定向公众提供一片无偿放牧的公地，本来是造福于民的事情，但如果每个个体都在此自由放牧，最终导致了牧场收益的下降甚至环境不可逆的破坏[4]。

“公地悲剧”几乎存在于所有的公域中，公海也不例外。公海自由原则引发了人类的过度捕捞、非法捕捞活动、海洋环境污染行为、海洋科学研究活动、生物勘探活动等，最终威胁人们赖以生存的海洋环境。各个国家在公海的开采和研究活动更多顾及国家利益的最大化，而不考虑由于个体行为导致的环境成本，由此“公地悲剧”问题就产生了。

2. 既有制度的管辖权不足

在这些问题产生的同时，国际社会却缺乏相应的制度规范。《公约》规定：“区域及其资源是人类的共同继承财产”，但这一资源仅指“区域”内的矿产资源，这是因为在《公约》制定时人们发现的是深海丰富的矿产资源，由于科学技术及认知的限制，并没有意识到深海生物资源巨大的开发前景。因此在《公约》中存在着针对 BBNJ 问题相应规范的真空地带。

尽管《生物多样性公约》是一部保护生物多样性的专门性条约，但该公约保护生物多样性的重点放在陆地范围，对于海洋则缺乏应当有的关注，尤其针对国家管辖范围外海域并未作出相应规定。只在第三条原则部分提到“各国应确保在它管辖或控制范围内的活动，不致对其他国家的环境或国家管辖范围以外地区的环境造成损害”。

在这样的背景下，BBNJ 国际协定谈判应运而生。但是受限于国家间利益以及意愿的差异，新协定尚未形成，可以预见的是，BBNJ 国际协定谈判将是一场复杂的多边博弈。

二、国家管辖范围外海域生物多样性国际协定谈判的焦点问题

国家管辖范围外海域生物多样性国际协定谈判的焦点主要集中在以下四个方面：一是海洋遗传资源；二是公海保护区；三是环境影响评价；四是能力建设和海洋技术转让。由于不同的利益诉求，各国在谈判中的侧重点也不同。在这一部分，笔者将详细阐述一、二方面，简要阐述三、四方面。

（一）海洋遗传资源

海洋遗传资源是国际协定的重点关注内容之一。BBNJ 国际协定谈判中海洋遗传资源的焦点问题主要有两个：一是海洋遗传资源的适用原则；二是惠益分享制度。

1. 海洋遗传资源的适用原则

1970 年 12 月联合国大会第 2749 号决议宣告国家管辖范围以外的国际海底区域及其资源是全人类的共同继承财产[5]，其开发和利用应该是要符合全人类利益的。这项决议并没有对“资源”进行明确的定义，也没有明确将其他特定资源排除在范围之外。因此，七十七国集团认为，这项决议适用于“区域”的所有资源，包括海洋遗传资源，开发海洋遗传资源所

[4] John C.G.Boot, Common Globe or Global Commons:Population Regulation and Income Distribution, New York:Marcel Dekker, 1974.

[5] UNGA resolution 2749 (XXV) of 12 December 1970.

产生的惠益应由所有国家分享。这些国家主张，在《公约》制定时，国际社会还没有关注到海洋遗传资源的一系列问题，《公约》不可能规范在谈判时还尚不了解的问题。并且制定《公约》时矿产资源所处的背景与当前海洋遗传资源面临的情况是类似的，其位置与矿产资源的位置也相重合，都是“国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土”。

主张维护海洋自由的以美国、俄罗斯为代表的发达国家认为《公约》中“区域内的资源”指矿产资源，包括多金属结核，已规定的十分明确，人类共同继承原则只适用于“矿产资源”，并没有包括海洋遗传资源。“区域”内的海洋遗传资源并不在人类共同继承原则的适用行列，其应该适用的是公海自由的规定，这是其没有穷尽的自由[6]。同时这些国家还提出海洋遗传资源的获取不是重复进行的，因此不会对生态环境造成严重的威胁。

人类共同继承原则符合《公约》公平公正、为全人类的利益所进行的宗旨和精神，但一定程度上会降低资金雄厚、技术先进的发达国家的积极性，从长远上看，是不利于国际社会的整体发展的；而公海自由原则恰恰有利于勘探活动和科学研究的开展，但其可能导致国家随意开采，而不用单独承担破坏的责任，最终的结果还需要国际社会来承担，进而可能会导致“公地悲剧”的发生。关于这一问题的争论是谈判困境的核心问题所在。

2.惠益分享制度

惠益分享制度与海洋生物遗传资源紧密相关，它是关于海洋生物遗传资源如何在国家间进行分配的制度设计，更确切地说是发展中国家如何在公域中获得与发达国家同等的收益，从而改变掌握大量海洋生物遗传资源技术的海洋国家垄断国家管辖外海洋权益这一现状。但由于各个主体间利益诉求的不同，关于惠益制度的设计还存在着很大的争议。主要存在以下两种观点：

以 77 国集团为代表的发展中国家主张应强制发达国家分享利用海洋遗传资源产生的各种惠益，包括在开发、获取、研究等各个不同阶段。发展中国家还提出在获取海洋资源的基因专利方面，发达国家也占据了绝大多数，这将会使国家间的发展差距越来越大[7]。在惠益制度的具体执行形式上，发展中国家建议以立法的形式来规定各方在惠益制度中的权利与义务，以增强约束力。

以美国为代表的发达国家，虽然并不反对惠益制度的建立，但主张应当尊重各方主体的意愿，而不是强制分享产生的各种惠益。在分享的具体惠益方面，坚持仅分享样本和基本的数据信息，不分享机密信息；在惠益制度的具体执行方式上，发达国家主张以自愿灵活的方式来展开，国家之间可以通过签订合同，协商解决资源的惠益分享问题。此外，发达国家还提出现有的制度框架已足够解决这些问题，其完全可以放在世界知识产权组织机构下来解决，而无须创建一项新制度规定[8]。

惠益分享制度既要能够使没有能力参与到海洋勘探和海洋资源开发的国家享受到海洋遗传资源所带来的惠益，同时也要考虑到发达国家开展海洋科学研究的积极性问题。所以目前还处于争议中，未达成共识。

（二）公海保护区

公海保护区是指为保护和有效管理海洋资源、环境、生物多样性或历史遗迹等而在公海设立的海洋保护区。公海保护区作为新兴起的保护 BBNJ 的划区管理工具，现存的国际制度

[6] 李晓静.国家管辖范围外海洋遗传资源的定义及其法律地位探析[J].中国海商法研究.2017(02)期.

[7] 参见各代表团在筹备委员会第三届会议上提交的意见
[EB/OL].www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom.htm,2019-03-10.

[8] 参考各代表团在筹备会员会第二届会议上提交的意见
[EB/OL].https://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom.htm.2019-3-16.

仅提供了一般原则性的规定，没有对公海保护区进行直接规制的国际法依据[9]。

1.管理机制

关于公海保护区的管理机制上，参与谈判的各方主要提出了三种不同的管理模式。三种模式的不同之处是国家将会以何种方式参与到公海保护区的建设中以及国家在管理模式中扮演了什么样的角色。

全球模式主张建立一个全球机构进行统一管理和决策，新的国际协定可以直接划定海洋保护区，制定全球性的标准和准则，供区域性的机构参考和遵守。77 国集团、欧盟等国家支持建立全球模式，他们认为全球模式可以进行统一的管理和决策，有利于全球海洋的综合治理。但面临的一个问题是全球机构可能会与区域性管理机构存在职能上的重叠，明确其与区域性机构的关系是全球模式需要解决的问题。

区域模式主张区域性组织具有建立公海保护区的决策权，全球性组织不能直接领导区域机构，新协定的出台仅提供一般性的指导原则。区域模式更强调在现有的区域组织的机构上实现决策权利的独立自主，减少全球层面的指导与监督。但区域模式存在着明显的弊端，例如这种模式可能会造成国际社会参与度不高，进而导致治理的碎片化。主张实施这一模式的主要有美国、俄罗斯等国家。

混合模式是吸收了以上两种模式的管理方式，其建议公海保护区应该有区域性的机构和全球性的机构共同管理和负责，新的国际协定可以对区域或者全球机构进行监督，挪威、澳大利亚等国家是主张建立混合模式的代表。这一模式综合了区域模式和全球模式的优点，在加强区域合作机制的同时，也提供了全球性的监管。但同样地，全球性组织与区域性组织的关系与职责仍很难避免交叉重叠，造成治理上的混乱。

虽然公海保护区有明显的优势，但它的建立冲击了传统的公海自由原则，特别是对凭借先进技术自由获取海洋资源的国家来说，会限制其在公域上的活动。国家间基于不同的发展水平及利益的差异，对待构建公海保护区所持的立场自然也是不同的。因此谈判各方对此展开了激烈的博弈。

按照国家间所持观点的不同，这些观点大致可以分为以下三类：一是以欧盟、澳大利亚为代表的国家赞同设立公海保护区，并已经在在相关区域有了实践活动。欧盟大力推进公海保护区的建设实质上是希冀掌握全球海洋治理的主导权，提高在国际社会上的影响力。二是以挪威为代表的国家明确反对建立海洋保护区，认为其与公海自由原则是相违背的。目前涉及规范公海保护区的全球性国际条约主要是《公约》和《生物多样性公约》，在这些法律条约中，并没有建立公海保护区的法律依据。三是以美国、日本等为代表的国家，对公海保护区的建立持相对谨慎的态度。他们认为建立公海保护区须在现存的国际机制下进行，充分利用现有机构和法律是完全足够的。同时强调要对相关的活动进行明确的定义和区分，反对将其设定为禁止一切活动的区域。此外，一些发展中国家或者不发达国家由于技术和资金条件的限制，对于公海保护区的建立也持谨慎的立场，他们担心公海保护区的建立会过多限制其分享海洋利益。

（三）环境影响评价制度

目前规范环境影响评价的国际制度比较模糊。《公约》仅指出各国依据“合理的根据”对可能造成重大海洋破坏的行动进行事前评估，但就合理的依据并未做详细说明。在《生物

[9] 桂静.不同维度下公海保护区现状及其趋势研究—以南极海洋保护区为视角[J].太平洋学报.2015(05).

多样性公约》中对环境影响评价的程序没有做出具体的定义，仅规定各国采取“适当的程序”对涉海活动进行评估，以期避免或尽量减轻这种影响。这导致在操作时主要依据国家的判断，具有很强的主观性。在将来的谈判中，应该要更加明确其实施的科学依据，细化环境影响的标准体系，而不只是依靠国家的主观评价来进行评估。

在当前的谈判中，环境影响评价制度的争议点集中在应该由谁来进行主导。欧盟主张成立一个独立的第三方机构来进行监测和评估；而以美国、俄罗斯为代表的海洋强国认为国家应掌握评价的决策机制，这些国家在海洋的开发活动中占有绝对的优势，因此更加注重国家在海洋活动中的主导权，尽量减少国际社会对域外国家活动的约束与控制[10]；以 77 国集团为代表的发展中国家由于技术上的欠缺，对 BBNJ 下的环境影响评价的态度较为谨慎。

环境影响评价制度的建立攸关到哪个主体可以参与其中，并获得规则和议程设置的话语权和主导权。新协定的出台将会重构域外的海洋利益格局，由此导致了国家间的激烈博弈。

（四）能力建设和海洋技术转让

谈判期间对该议题的讨论主要集中在转让和能力建设措施对于各国来说是强制性的还是自愿的以及相关的资金援助等问题上。发展中国家认为为了促进可持续发展以及国家间公平的实现，应在新协定中明确发达国家具有给予发展中国家科学技术上帮助以及科研资金援助的义务。发达国家则反对强制性转让海洋技术，坚持以自愿为基础，支持“软性”的转让方式，如信息交换、尊重知识产权，不能为发达国家增加不符合时机的负担[11]。

能力建设和海洋技术转让实质上是发达国家与发展中国家综合实力和海洋技术不平衡的体现，新协定应该注意到这一差距并且给予一定的政策倾斜。但过分强调强制性地技术转让，也不利于科研活动的开展。因此，在新协定的制定中一定要平衡好双方的利益关系。

BBNJ 国际协定谈判至今取得了一定的成果，但其进程缓慢仍反映出了谈判的复杂性，其实质是国家之间艰巨的利益博弈过程，国家利益在其中发挥着支配性的作用，新协定的出台必将是一个缓慢的过程。

三、中国与国家管辖范围外海域生物多样性国际协定谈判

中国作为一个海洋大国，新协定的出台将攸关我国的海洋利益，会对我国的海洋战略产生重要的影响。我国高度重视 BBNJ 的养护和可持续利用问题，积极参加了 BBNJ 谈判的历次会议，一贯推动在“海洋命运共同体”的指导下构建公平合理的新型海洋治理体系。

（一）中国参与谈判的基本立场

1. 维护既有的法律框架

首先，中国支持在既有的法律框架下建立新协定。新协定将符合《公约》的宗旨，维持《公约》建立的原有制度框架，《公约》原有规定下的权利和义务不能受到影响。其次，新协定也不能与现有的各层级海洋机制相抵触，包括全球层面与区域层面，新协定也不能干预现有机构的安排，新协定应该促进区域机构职能的整合，加强部门之间的协调与合作，避免机构之间的职能交叉与重叠。第三，新协定应注意平衡国家间的利益需求。新协定要兼顾各方利益和关切，特别是顾及广大发展中国家的利益，也要维护国际社会的整体利益。此外，BBNJ 国际协定还应兼顾人类探索和利用海洋生物多样性的客观现实和未来发展的实际需要，确立与人类活动和认知水平相适应的国际法规则，确保有关制度安排切实可行[12]。

---

[10] 刘惠荣、胡小明.主权要素在 BBNJ 环境影响评价制度形成中的作用[J].太平洋学报.2017(10).

[11] 海洋发展战略研究所课题组：《中国海洋发展报告（2019）》，北京：海洋出版社，2019 年，第 247 页.

[12] 郑苗壮，刘岩，裘婉飞.中国政府参与国家管辖范围以外区域海洋生物多样性国际协定谈判预委会发言及国家立场文件汇编[J].社科文献出版社.2019 年.

2. 坚持海洋遗传资源适用惠益分享制度

在海洋遗传资源及惠益分享制度上，首先要明确新协定关于海洋遗传资源的适用范围，国家在《公约》规定下的管辖区域和管辖权不能受到影响，避免出现管辖的“真空地带”。此外，对国家管辖范围以外的鱼类也要进行区分，新协定还应该确认缔约国可以自由获取海洋遗传资源，但应该及时向相关机构通报其开展资源获取活动的具体信息，还应该制定相关行为准则来规范国家的获取方式。

3. 重视公海保护区的建立

中国重视建立公海保护区以促进 BBNJ 的养护和可持续利用，但认为划区管理工具有多种形式，不仅仅限于公海保护区。此外，还强调了设立公海保护区的具体原则：必要性原则、比例原则、科学证据原则、区别保护原则、国际合作原则。设立海洋保护区还应该满足一定的实体条件和程序条件。

4. 细化环境影响评价标准

中国认为新协定应该要明确环境影响评价的对象、情形以及流程，并对一些关键性的概念给出客观的可判断的标准。新协定中的相关规定不能影响现有管理机构的职能，已有的环境影响评价方面的规定继续适用。

5. 平衡各国在技术转让中的利益

中国主张新协定关于能力建设和海洋技术转让方面应该以《公约》为基础，并遵循针对性、有效性、互利共赢等原则。各缔约国应加强国际合作，切实提升发展中国家在养护和可持续利用 BBNJ 方面的能力，特别是顾及到小国团体、落后国家、地理位置不利国等国家的利益诉求。

（二）中国参与谈判的应对策略

第一，中国应提高对国家管辖范围外海域的科学认知以及开发技术水平。我国对于海洋科学研究起步较晚，在相关技术上还处于追赶的阶段，还需要加大科研的投入和人才力量的储备。第二，应当加强对海洋政策、法律的研究。虽然目前国际社会中还没有形成关于 BBNJ 问题的国际条约，但中国应对国内的相关海洋法律还需加以完善。第三，应当加强同国际行为体合作。全球海洋治理是多元化的治理，需要多主体的合作与参与，包括国家、国际政府组织、非政府组织等。海洋面对着复杂的生存环境，客观环境与现实需要都要求必须加强国际社会的通力合作。

中国作为发展中的海洋大国，BBNJ 国际协定谈判对我国来说既有挑战也是机遇。一方面，我国海洋研究起步较晚，相关工作还处于追赶阶段，公海保护区的建设限制了对公海资源的获取，环境影响评价制度则提出了更高的准入门槛，一定程度上可能挤压我国的战略空间；另一方面，随着我国和科学技术水平的提高，我国有能力、有机会积极参与到 BBNJ 谈判中去，提出中国方案，BBNJ 谈判为提高我国的国际地位、增强在国际社会中的影响力提供了一个重要平台。

结语

国家管辖范围外海洋生物多样性保护和可持续性利用是近年来国际法学界的一个热点问题。BBNJ 国际协定的谈判应聚焦海洋遗传资源、划区管理工具、环境影响评价、能力建设与技术转让方面等问题进行详细研究。由于国家发展水平和利益诉求的差异，各方在谈判中侧重关注的事项是不同的，因此谈判还在进行中，尚未出台一项规范 BBNJ 问题的新协定。中国作为负责任的海洋大国，积极参与 BBNJ 国际协定谈判，坚定地维护《公约》的法律地位，提出全球海洋治理的“中国方案”，希望在“海洋命运共同体”的指引下，构建更加公

平合理的国际海洋新秩序。

【参考文献】

[1] Chandler J. Farris. Progress towards the New International Legal Framework for Protecting Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction[J]. North Carolina Journal of International Law, 2021, (46).

[2] Humphries Fran, Harden Davies Harriet. Practical Policy Solutions for the Final Stage of BBNJ Treaty Negotiations[J]. Marine Policy, 2020, (122).

[3] Tiller, Rachel, et al, "The once and future treaty: Towards a new regime for biodiversity in areas beyond national jurisdiction," Marine Policy, Vol. 99, 2019.

[4] Robin Warner. Environmental Assessment in Marine Areas beyond National Jurisdiction: Practice and Prospects[J]. American Society of International Law Proceedings, 2017, (111).

[5] Alex G. Oude Elferink. Environmental Impact Assessment in Areas beyond National Jurisdiction[J]. International Journal of Marine and Coastal Law, 2012, (27).

[6] Jorem, Ane Elise, Bioprospecting for blue gold in the high seas–regulatory options for access and benefit-sharing, Oslo: University of Oslo, 2012.

[7] Robin Warner. Tools to Conserve Ocean Biodiversity: Developing the Legal Framework for Environmental Impact Assessment in Marine Areas beyond National Jurisdiction[J]. Ocean Yearbook, 2012, (26).

[8] Robin Warner. Oceans beyond Boundaries: Environmental Assessment Frameworks[J]. International Journal of Marine and Coastal Law, 2012, (27).

[9] Leary, David, et al, "Marine Genetic Resources: A Review of Scientific and Commercial Interest," Marine Policy, Vol. 33, 2009.

[10] John C. G. Boot, Common Globe or Global Commons: Population Regulation and Income Distribution, New York: Marcel Dekker, 1974.

[11] 何志鹏, 王艺曌. BBNJ 国际立法的困境与中国定位[J/OL]. 哈尔滨工业大学学报(社会科学版), 2021(01).

[12] 郑苗壮. 国家管辖范围以外区域海洋生物多样性国际协定谈判与中国参与[J]. 环境保护, 2020, 48(Z2).

[13] 崔野，王琪. 全球公共产品视角下的全球海洋治理困境：表现、成因与应对[J]. 太平洋学报. 2019(01).

[14] 王勇、孟令浩. 《论 BBNJ 协定中公海保护区宜采取全球管理模式[J]. 太平洋学报. 2019(05).

[15] 王勇、孟令浩. 《论 BBNJ 协定中公海保护区宜采取全球管理模式[J]. 太平洋学报. 2019(05).

[16] 金永明. 国家管辖范围外区域海洋生物多样性养护和可持续利用问题[J]. 社会科学. 2018 年(09).

[17] 刘海江. 中国参与国家管辖外生物多样性国际谈判的机遇、挑战与应对[J]. 山东社会科学. 2018(02).

[18] 刘乃忠，高莹莹. 国家管辖范围外海洋生物多样性养护与可持续利用国际协定

重点问题评析与中国应对策略[J]. 海洋开发与管理. 2018(07).

[19] 李志文. 国家管辖外海域遗传资源分配的国际法秩序—以“人类命运共同体”理念为视阈[J]. 吉林大学社会科学学报. 2018(06).

[20] 胡波. 国际海洋政治发展趋势与中国的战略抉择[J]. 国际政治研究. 2017(02).

[21] 刘惠荣，胡小明. 主权要素在 BBNJ 环境影响评价制度形成中的作用[J]. 太平洋学报. 2017(10).

[22] 郑苗壮、刘岩、裘婉飞. 国家管辖范围以外区域海洋生物多样性焦点问题研究[J]. 中国海洋大学学报（社会科学版）. 2017(01).

[23] 李晓静：《国家管辖范围外海洋遗传资源的定义及其法律地位探析[J]. 中国海商法研究. 2017(02).

[24] 李洁、张湘兰. 国家管辖外海域生物多样性保护国际法规范的完善[J]. 中国海商法研究. 2016(02).

[25] 桂静. 不同维度下公海保护区现状及其趋势研究—以南极海洋保护区为视角[J]. 太平洋学报 2015(05).

[26] 张善宝. 国家管辖范围外深海底生物资源法律制度研究[J]. 太原理工大学学报（社会科学版）. 2014(01).

[27] 叶泉. 国家管辖范围外区域海洋遗传资源管理机制探究阈[J]. 中国海商法研究. 2013(04).

[28] 林新珍. 国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的保护与管理[J]. 太平洋学报 2011(10).

我国地理标志保护制度之弊端及解决路径——以《中欧地理标志协定》为视角

郑宇填

摘要：我国的地理标志保护制度呈现专门法与商标法并行、三套保护制度混合的表现形式。由此引出的问题有保护体系混合冗杂，导致地理标志权利冲突；法律概念和保护范围不统一，出现逻辑混乱；监督和管理机构不协调，发生各部门互相推诿，信息不对称。《中欧地理标志协定》的主要内容和特色，在法律概念和保护范围方面对关联性要素兼收并蓄、管理机构上以联合委员会为主导，对我国的地理标志保护制度有借鉴意义。整合现阶段的法律法规，形成以专门法为主，商标法为辅的保护体系，在法律概念和保护范围上以客观关联性要素为界定，在管理监督机构上整合各部门工作，组建信息平台，建立统一高效的法律体系，做好对地理标志的管理和监督。

关键词：中欧地理标志协定；地理标志；商标法

地理标志是一种新型知识产权，相关的法律保护研究是一项复杂的问题。目前我国的地理标志保护制度呈现商标保护、地理标志产品保护和农产品地理标志保护三种体系的例外情形，这三套制度分别对我国的地理标志保护事业做出不同的贡献。随着地理标志保护事业的不断发展，混合保护体系的弊端日益显著，法律概念和保护范围不统一，管理和监督职能混合交叉，削弱了地理标志保护制度的实效。虽然在 2018 年新一轮的国家机构改革中，基本上实现了对地理标志的行政管理“统一”，但其实实质上，在实践操作中，现行的地理标志管理监督依旧是“三驾马车”并行其驱，专门法和商标法并行的保护模式并没有从根本上发生改变。

目前学术界对地理标志的保护模式，仍然是众说纷纭，主要的观点有以下三个方面：一是“商标法”为主导的保护模式，其认为，地理标志的保护应该以商标法为主导，因为商标法能够最大限度的做好对地理标志的保护，且我国的商标法体系较为成熟，提出构建以商标法为主，专门法为辅的保护体系[1]；二是“专门法”为主导的保护模式，其认为，根据以关联性要素为指导，对地理标志进行下定义，采取专门法保护为主导，商标法保护为辅的地理标志保护体系[2]；三是“专门法”保护模式，其认为，我国地理标志在现行的商标法中没有得到充分的保护，专门法和商标法并行的保护模式会加重地理标志申请主体的负担，提出应建立地理标志专门法保护体系的构想。[3]以上三种观点都对地理标志保护模式的弊端及产生的原因进行分析，从不同的角度为我国地理标志保护制度的弊端提供解决方法。

我国于 2020 年 9 月 14 日正式与欧盟正式签署《中华人民共和国政府与欧洲联盟地理标志保护与合作协定》（以下简称《中欧地理标志协定》），2021 年 3 月 1 日该协定正式生效。该协定为我国的地理标志产品进入欧盟提供了知识产权保护，为相关产品“走出去”提供了条约保障。协定强调了地理标志法律概念的界定、与商标的关系等相关内容，是我国与欧盟贸易合作的新进程，同时也为思考我国地理标志保护制度提供新视角。

本文在上述分析的基础上，从地理标志的法律概念和保护范围出发，分析地理标志保护

---

[1] 参见林秀芹，孙智：《我国地理标志法律保护的困境及出路》，载《云南师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 1 期。

[2] 参见王笑冰：《关联性要素与地理标志法的构造》，载《法学研究》2015 年第 3 期。

[3] 参见王莲峰、黄泽雁：《地理标志保护模式之争与我国的立法选择》载《华东政法学院学报》2006 第 6 期。

制度下两种保护模式的冲突和矛盾，吸收协定内容的特色和优点，尝试提供一些建设性的思考和建议，以助于我国地理标志保护制度的完善和发展。

一、我国地理标志保护现状的弊端

（一）专门法和商标法的保护模式互相冲突

我国对地理标志的保护始于1985年的《保护工业产权巴黎公约》的签订，一开始逐步建立起的地理标志保护体系是为了履行公约对各成员国所设定的义务。在这个阶段，由于缺乏对地理标志的其他认知，国内有关地理标志产品行业的发展也不先进，加上我国一开始对知识产权的保护更倾向于著作权和专利权的发展。所以虽然对于地理标志的保护起步在20世纪80年代中后期就已经开始，但却一直处于不温不火的发展进程，并没有像著作权和专利权等知识产权一样，短期取得突破性的进展并建立起较为完善的保护体系。[4]之后，我国在1998年便出台了第一部有关保护地理标志的法律法规《证明商标注册和管理办法》，在1999年颁布了《原地域产品保护规定》，以此作为对地理标志的专门保护。不过在这段期间所出台的有关对地理标志保护的法律文件都是部门规章的级别，真正对地理标志的法律保护提升到另一个层次的是在2001年的《商标法》。当时，为了加入世界贸易组织和履行《与贸易有关的知识产权协定》对各成员国所设定的义务，我国首次在《商标法》中对相关规定进行修改，使对地理标志的保护上升到了法律这个位阶。此外，为了促进在农业领域里有关地理标志产品的发展，保证相关产品的质量和特色，农业部制定了《农产品地理标志管理办法》，使之在农业领域的发展也有了相关的法律保障。近期，在2020年9月24日，国家知识产权局就对《地理标志保护规定》的制定向社会公开征求意见。由此可见，在法律法规的不断建设和完善下，我国地理标志保护事业的发展开始蒸蒸日上，但是，在专利、商标领域已有专利法及其实施细则、商标法及其实施条例等法律法规，而同为知识产权的地理标志，目前只有部门规章作为参考。从完善知识产权法律制度层面而言，应加快地理标志专门立法工作。

从上述的法律发展进程可以看出，我国对于地理标志的法律保护呈现出混合的保护形式。具体表现为，以《地理标志产品保护规定》为依据的地理标志产品保护体系，以《农产品地理标志管理办法》为依据的农产品地理标志保护体系和以《商标法》为依据的集体商标和证明商标制度。除此之外，我国还存在以《反不正当竞争法》和《侵权责任法》为依据的地理标志产品兜底保护体系。并分别由国家质量监督检验检疫总局、农业农村部、以及国家市场监督管理局三个部门管理，在2018年的时候，国务院机构实施改革，这三个部门进行了整合，将原本属于国家市场监督管理局的商标管理职责和国家质量监督检验检疫总局的原产地地理标志管理职责整合到新组建的国家知识产权局。但是以前那种由三个部门共同管理的模式其实并没有从根本上得到改变，多头管理引起的混乱问题并没有得到解决，可以预期这一问题在短期内还难以得到根本解决。[5]

从我国对地理标志相关法律法规的保护和混合的保护模式中可以看出，地理标志体系之间存在位阶的不匹配与冲突，部门与部门之间的管理和配合各司其职，这都给申请和使用地理标志的主体带来极大的不利与麻烦，从而让我国的地理标志保护工作无法得到更好的发展。正是因为当前我国对地理标志的法律保护在理论上和制度上存在缺陷和不足，所以目前对我国的地理标志保护还存在着诸多的问题和矛盾。

（二）现行制度对地理标志保护明显乏力

---

[4] 林秀芹，孙智：《我国地理标志法律保护的困境及出路》，载《云南师范大学学报（哲学社会科学版）》2020年第1期。

[5] 张亚峰：《意大利地理标志促进乡村振兴的经验与启示》，载《中国软科学》2019年第12期。

1. 法律概念不明确，保护范围不统一

我国地理标志保护体系中存在着对地理标志不同的定义和解读，而对于地理标志的解释则是对认识地理标志制度的开始和准则标杆，基本法律概念的准确与否直接关系到对地理标志制度的理论研究和司法实践。我国的地理标志制度起步晚，大部分都是照搬国外的法律法规，是法律移植的产物，在建立我国地理标志制度的过程中，一开始没有做到依照国情，因地制宜，因此不可避免的会出现像是对地理标志的基本概念模糊和混乱的表达，不同法规之间存在逻辑矛盾和适用冲突等乱象。[6]地理标志是一种承载商品的质量或其他特征，且相关特征体现出产地自然因素或人文因素的识别标志。在《农产品地理标志管理办法》中关于地理标志的界定是最简明扼要的，它只有强调该地理标志的人文因素或自然因素，完全排除了对声誉或知名度内容的要求，这就意味着对地理标志的认定不需要从公众的认知、声誉之类的主观因素出发，且该概念中的农产品只是包括了初级农产品和手工艺品，范畴较小，现在对于农产品地理标志的保护要求已经不止是局限于初级农产品，该概念对于地理标志的描述和解读不够准确和合理。在《商标法》和《地理标志产品保护规定》中对地理标志的定义，则都强调了商品的来源，表明了商品所具备的知名度或声誉与当地特殊的人文因素或自然因素存在联系，即对地理标志的认定可以从公众的认知、声誉之类的主观因素出发，也可以从产品的品质等客观因素出发。从理论层面看，《商标法》和《地理标志产品保护规定》对地理标志概念的规定还是略有不同，《商标法》中关于产品的声誉或质量等特征是因为该产地的人文因素或地理因素，而《地理标志产品保护规定》中关于产品的声誉或质量等特征则是因为该产地的人文因素和地理因素。[7]而且相比《地理标志产品保护规定》对地理标志产品范围的规定，《商标法》对地理标志的保护范围受到县级以上的地名和行政区域的限制。

虽然法条上明文规定了对地理标志产品的审查要求，但在实际操作中却不尽人意。譬如，在《地理标志产品保护规定》中，从实践层面看，根据国家知识产权局的 404 号文件和 410 号文件，即“关于受理长白石等 4 个产品申请地理标志产品保护的公告”和“关于受理陵川连翘等 2 个产品申请地理标志产品保护的公共”，受保护的 6 个地理标志产品（长白石、宿松云雾茶、金溪蜜梨、柳城云片糕、陵川连翘和宝鸡柴胡）在产品的形式审查中包括了产品名称、产地范围、标准或技术规范等保护要求，而对于声誉或知名度的审查却流于形式并没有做实质性的要求。同样的，在《商标法》中对地理标志的保护是采取集体商标或证明商标的形式，根据《集体商标、证明商标注册和管理办法》等相关规定，可以看出，基本上只是强调对申请人主体的审查、使用管理规则的审查和生产领域范围的审查，对声誉或知名度的审查也是流于形式没有做实质性的要求。[8]

由此可以看，在《商标法》中对地理标志的适用产品范围最广，因为其对地理标志的适用对象既包括种植养殖类产品也包括加工类产品，相对于地理标志产品和农产品地理标志要求对地理标志产品与产地的人文因素和自然因素有联系，《商标法》仅要求对地理标志产品与人文因素或自然因素具有关联性。[9]

2. 审查管理机构与监管措施不到位

截止 2020 年我国累计核准申报注册的地理标志商标已达到 5682 件，累计批准使用的地

---

[6] 王笑冰，林秀芹：《中国与欧盟地理标志保护比较研究———以中欧地理标志合作协定谈判为视角》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2012 年第 3 期。

[7] 郄心怡：《我国地理标志法律保护制度研究》，河北大学 2018 年硕士学位论文。

[8] 参见《集体商标、证明商标注册和管理办法》第 7 条。

[9] 王笑冰：《经济发展方式转变视角下的地理标志保护》，中国社会科学出版社 2019 年版，第 138 页。

理标志产品已有 2385 个[10]，但是由于我国现行的保护体系呈现混合、多部门的情形，因此难免在管理和监督方面出现互相推诿，信息不对称等情形。

一方面，以《商标法》为主要依据的国家商标局负责对申请注册的地理标志商标进行受理、审查、初步审定和核准公告，但是事后对地理标志的使用行为是不属于商标局的管理范畴的，商标局仅在审查过程中负责对地理标志商标的真实性进行检验。换言之，商标局对地理标志商标的实质审查，即对于商品的品质或其他特征，其与产地的人文因素或自然因素的联系等审查程序都是由商标局的工作人员完成，不组织专家审查。另一方面，以《地理标志产品保护规定》为依据的国家质检局在地理标志的申请过程中负责的是最后的技术审核批准登记工作，即实质上，审查分成两个阶段，国家质检局负责的是最终的技术审核，即主要还是要依靠原各地质检机构对地理标志的使用情况和地域范围进行审查和检验，由质检机构组织相关的专家审查委员会负责对地理标志产品的质量或其他特征及产地自然因素或人文因素关联性的审查。此外，对于农产品地理标志登记的审查也是由专家评审委员会和质量安全中心负责。

由此，不难发现三个部门对地理标志产品的监管都有各自的程序和规则，每个部门对地理标志产品的管理都彼此独立，保护标准并不统一，相互之间并没有很强的系统性。所以在实践操作中，为了得到更全面、更妥善的保护，不少申请主体都会在三个法律框架下寻求庇护，带来的结果就是多重保护或是双重保护的现象增加了申请成本且浪费了地理标志的保护资源，造成权利的冲突[11]。像是“东阿阿胶”原产地标记申请案就是比较典型的例子，依据《商标法》注册的地理标志名称为“东阿镇阿胶”，依据《地理标志产品保护规定》注册的名称为“东阿县阿胶”，名称不同指代的却是同一样东西，很容易让消费者出现混淆和产生误导等情况。缺乏配合和协调带来的结果便是对地理标志产品的保护效果不增反减，导致执法尺度不一，最后影响的不止是地理标志的声誉和信度，还有监管部门的公信力。

多重部门的保护给地理标志带来的不止是管理层面上的冲突，还有事后监督的不足。我国对地理标志产品的监督主体规定并不统一，包括国家市场监督管理总局、国家质监局和农业部等部门都享有监督权，但具体的法律权限又无明文规定，在实践操作中便很难进行统一协调，因此在对地理标志主体使用权利时便会出现冲突和互相推诿等情形。其次，在监督程序的规定中相关的法律法规对监督主体和违法行为人的规制也是模糊不清的。譬如，《农产品地理标志管理办法》第十八条至第二十三条，其分别对违法情形、违法责任和监督范围做了简要的规定，对监督主体和程序的规制却没有提及，且条文规定更倾向总则概括式，没有详细具体的明文规定，更多的还是要引用其他法律法规的规制，其中最主要的原因便是《农产品地理标志管理办法》的法律位阶较低，法律效力较弱，为部门规章。

虽然在新一轮的国家机构改革中，基本上实现了对地理标志的行政管理“统一”，但其实实质上，在实践操作中，现行的地理标志管理监督依旧是“三驾马车”并行其驱。在对地理标志保护具有统一协调的监督体系国家中，对地理标志的申请、管理和监督可以做到充分的引导和规制，目前我国与欧盟签订了《中欧地理标志协定》，要做好与国际接轨，让我国的地理标志产品更好的走进世界舞台，对目前管理监督机制的改革更加刻不容缓。

二、《中欧地理标志协定》的合作历程与主要内容

---

[10] 数据来源：国家知识产权局，https://www.cnipa.gov.cn/module/download/down.jsp?i_ID=156475&colID=87/。

[11] 姜德娟，隋文香：《我国农产品地理标志使用与管理中的问题及对策》，载《中国集体经济》2012 年第 21 期。

（一）合作历程：从中欧备忘录到地理标志谈判

我国在2005年初与欧盟达成中欧谅署备忘录时就已经在有关地理标志的知识产权方面保持着相关的联系与合作，基于该谅解备忘录的签订，双方展开了一系列活动，像是有关地理标志的生产基地及培训、专家研讨会、“中欧地理标志官方合作工作会议”等。合作计划带动了后续在双方领域展开的2007年中欧“10+10”试点项目，该项目使10个中国地理标志在欧盟获得承认和保护，同时，欧盟的10个地理标志也成为首批在中国得到注册并获得保护的外国地理标志。

在此基础上，为了促进和加强和欧盟有关地理标志产品的合作，我国和欧盟于2011年开始中欧地理标志协定谈判。历经8年的时间，中欧双方宣布谈判结束，于2020年9月14日双方正式签署协定，该协定于2021年3月1日起正式生效。此次协定的签署中，双方各将本国的100种受保护的地理标志产品列入清单之中，中国和欧盟都可以在此基础上使用对方的地理标志。协定的签订更意味着中欧经贸关系的进一步发展，双方将在开放合作、互利共赢的道路上携手同行，此外，显示了中国走出去和引进来发展战略的联合，向欧盟企业分享我国的经济红利，同时欧洲的相关地理标志产品可以根据该协定在中国市场得到知识产权保护，是我国完善有关地理标志等知识产权制度，进一步与国际接轨的切实努力。[12]

（二）《中欧地理标志协定》主要内容的具体分析

《中欧地理标志协定》（以下简称《协定》）共包含14条款项和7个附录，内容包括规定地理标志的保护规则和地理标志互认清单等内容。根据协定的内容，目前纳入互认的地理标志各约有100个，此后双方会依据协定再协商其他相关的地理标志纳入协定的保护。通过梳理和分析协定比较特殊的规定，以此与我国的相关法律法规进行简单的比较。

1. 地理标志的确立及保护范围

《协定》第1条和第2条规定了地理标志的定义和适用范围，确定了该协定的地理标志是与《与贸易有关的知识产权协定》中所规定的地理标志的含义是一致的，只是在此基础上又做了其他的规定和解释。根据TRIPS协定对地理标志的定义可以看出[13]，其只要求商品与地理来源具有关联性，同时“声誉”和“质量”等其他特征亦是独立的元素。可见TRIPS协定对地理标志的定义既具主观关联性要素，亦具客观关联性要素，为成员国的立法提供了极大的空间。[14]《协定》在此亦是相关的规定，根据第一条第二款第二项的内容可以看出，对地理标志的定义亦是包括了主观关联性要素和客观关联性要素，为欧盟其他国家和我国的地理标志界定提供较大的范围。在适用范围上，《协定》对地理标志的保护并不包括手工艺品，我国的《地理标志产品保护规定》对地理标志的保护则是包括种植，养殖产品和工艺生产、加工的产品，因此《协定》的适用范围是明显窄于我国相关法律法规对地理标志的定义和规定的。但双方同意，在考虑立法发展的情况下，之后会对地理标志的范围进行扩大，且双方应在本协定生效后两年内审查扩大本协定保护范围的进展，并于此后每两年审查一次。由此可见，处于协定初期签订的谨慎和考量，虽然目前对于地理标志的适用范围较小，但随着立法的发展和经济的需要，相信在之后，适用范围会容纳更多地理标志产品。此外，在《协定》第2条第1款第2项中，强调了地理标识的声誉或其他特征，该规定与我国的《商标法》和《地理标志产品保护规定》对地理标志的要求是相同的。

《协定》的附录3至附录7是对中欧双方互认地理标志产品所规定的地理标志清单。采

---

[12] 董一凡：《地理标志协定开启中欧经贸合作新航程》，载《学习时报》2020年第2版。

[13] 参见《与贸易有关的知识产权协定》第22条。

[14] 王笑冰：《经济发展方式转变视角下的地理标志保护》，中国社会科学出版社2019年版，第179页。

用清单式保护意味着凡是列入清单的地理标志产品在欧盟或是我国都是直接自动登记入册受到保护，减少登记注册的流程也即减少自由裁量的空间和减少对登记注册的人力物力。此外，清单式保护可以简明扼要的了解清楚哪些是受到保护的地理标志，减少侵权的可能性[15]。附录 3 是我国此次认定的 100 个地理标志产品清单，而附录 4 则是欧盟成员国所认定的 100 个地理标志产品清单。地理标志产品清单并不是一成不变的，根据《协定》第 3 条的内容可知，对于附录 5 和附录 6 所列的地理标志，将在本协定生效后的第一个四年期内进行处理。可以看出中欧双方会根据协商的方式决定增加或删除有关的地理标志，以达到更好保护地理标志的目的。

《协定》第 4 条归纳为对地理标志的保护范围，根据其内容的阐述，笔者认为，其更倾向于对地理标志的保护范围的“负面清单”进行归纳，且更多的是强调保护条件的内容。该条的内容具体表现为，禁止任何暗示或指示导致误导公众的行为，同时还禁止任何不会使公众产生误导的冒用或暗示性使用行为。此外，对于同名的地理标志，除非该标志真实显示产品原产地所在的领域仍会误导公众认为来自另一领地，否则应该受到保护。对于新增的地理标志名称和姓名权利的使用，《协定》亦是强调了是否会产生误导公众的效果。可以看出，第 4 条的内容更加强调对于不受地理标志保护范围内容的阐述，且采取的角度为广大的消费者，通过是否会产生误导公众的效果以此来判断该地理标志是否属于协定保护的范围，总的来说，《协定》对地理标志的保护比较主观和相对。而我国对地理标志的保护范围则是主要从定义的概括和限定出发，譬如，我国的《商标法》对地理标志的规定就是从定义出发，但未限定产品的范围[16]；而像《地理标志产品保护规定》和《农产品地理标志管理办法》虽然限定了范围，但产品大多都是农产品，保护客体存在交叉重复的现象。[17]

2. 地理标志与商标的关系

对于地理标志与商标的关系，充分概括在《协定》第 6 条中。《协定》主要强调“在先申请保护原则”，像是如果存在于地理标志相同或类似的商标，该商标又是在该协定之后才申请注册保护，那么商标的注册保护应该无效。换言之，在先申请注册的地理标志排斥在后申请注册保护的商标，但是《协定》强调了驰名商标的特殊保护，即如果因为某一知名或驰名商标的存在而使得对某一地理标志的保护会在产品真实产地方面误导消费者，那么驰名商标的保护是优于地理标志的。同时，在第 6 条第 4 款中还提到商标善意申请的问题，即对于受到该协定保护的地理标志不影响在此之前已被善意申请、注册或通过使用确立的商标的继续使用和发展。换言之，善意申请的商标可以在商标法律法规之外的法律法规下规定的地理标志的保护，像是专门的地理标志保护法律。可以看出，在《协定》的第 6 条中，充分的阐述了商标与地理标志发生冲突该做何取舍。在我国，对于地理标志和商标的关系则只有《商标法》做出了相应的规定，即当地理标志商标和其他商标发生冲突时，应按照“先申请原则”处理。

3. 以联合委员会为主的监督管理机制

为了更好的监督《协定》的实施以及加强双方就地理标志的合作与对话，中欧双方建立专门的联合委员会，负责涉及该协定的任何实施与运行问题。联合委员会特别强调信息的透明和交换问题，具体而言，委员会应负责交换地理标志立法和政策发展相关信息和地理标志

---

15 王笑冰：《经济发展方式转变视角下的地理标志保护》，中国社会科学出版社 2019 年版，第 153 页。
16 参见《商标法》第 16 条。
17 储敏，徐娜，姜有玉：《乡村振兴战略背景下地理标志法律保护体系的重构》，载《南京财经大学学报》2020 年第 1 期。

的相关信息。此外，中欧双方为了更好的支持联合委员会的运作，在有关执法方面的信息和地理标志与商标关系方面的信息亦做了要求，同时通过传播和宣扬有关地理标志的信息来提高消费者和权利人的公众意识。在我国对地理标志的监督管理，通过上文的论述可知，三个部门对地理标志的监督管理职责各不相同，彼此之间缺乏信息的交流与沟通，存在信息不对称的现象，且有时可能会互相推诿，缺乏配合与协调，导致对地理标志的保护不够周全。

三、《中欧地理标志协定》对我国地理标志保护的启示

（一）改造相关法律，统一规定地理标志的法律概念及条件

从立法的角度来看，2017 年通过的《民法总则》和 2020 年通过的《民法典》，均将地理标志作为与作品、专利、商标、商业秘密等并列的知识产权客体，在地理标志专门保护方面，主要由《商标法》、《地理标志产品保护规定》和《农产品地理标志管理办法》三者构成。现阶段，经过了一轮的机构改革后，为什么在地理标志保护制度上还存在冲突和矛盾，最主要的原因即是，这三部法律冲突性并存的局面还没有改变。[18]所以，在乡村振兴战略背景下，我国对完善地理标志保护，整合冲突性的法律法规，构建体系化的地理标志法律制度，极为迫切。

从比较法的角度来看，目前每个国家的做法都不尽相同，有主要以商标法为依据的商标法保护模式，有主要以专门立法为依据的专门法保护模式，还有主要以反不正当竞争法为依据的地理标志保护模式，这些法律保护模式有各自的优势和劣势。这些不同的保护路径，应根据我国的具体国情，利用好我国丰富的农产品资源优势，总结出现阶段有益的立法经验，发展出具有中国特色的地理标志保护法律体系。正如学者所言，对于地理标志法律体系的构建不是单纯只有学术的考量，更重要的是对利益的衡量和分配。[19]

从商标法的保护模式来看，目前出台的《民法典》已经将地理标志和商标都纳入知识产权客体的保护范畴，虽然《商标法》将地理标志纳入商标领域进行保护，但本质上地理标志和商标存在很大的区别。首先，地理标志最主要的作用是识别产品与产地的客观关联性[20]，换言之，地理标志的客体是产品来源地与产品品质或其他特征之间的关联性，这种关联性是由于客观的地理环境所造就产品的质量或其他特征，系客观事实，即对地理标志的保护应该从客观的角度出发，不以公众的认知是否发生混淆为依据，仅认定地理标志产品的特征与产地之间是否存在客观联系。[21]而商标的客体应当是相关公众所认知的商标与商品或服务间的特定联系[22]，即对商标的保护是从主观的角度出发，以相关公众的认知是否存在误导或欺诈为决定性因素。此外，地理标志的权利主体具有特殊性，通常申请地理标志的主体都是特定区域相关产品的行业协会或其他经济组织，权利主体一般都是法人或其他组织，权利的行使具有集体性。而商标的权利主体并无诸多限制，只要符合《商标法》的规定，任何自然人、法人或其他组织都可以申请成为商标的权利主体。因此，单纯以《商标法》对地理标志进行规制会导致丧失地理标志的特殊性，地理标志也就失去了作为独立类型知识产权的价值与意义。

从我国的具体国情来看，首先，近年来我国知识产权保护取得历史性成就，其中地理标

---

[18] 孙智，林秀芹：《机构改革视野下的我国地理标志保护及制度重构》，载《法治论坛》第 56 辑。

[19] 张玉敏:《地理标志的性质和保护模式选择》，载《法学杂志》2007 年第 6 期。

[20] 参见王笑冰：《关联性要素与地理标志法的构造》，载《法学研究》2015 年第 3 期。

[21] 储敏，徐娜，姜有玉：《乡村振兴战略背景下地理标志法律保护体系的重构》，载《南京财经大学学报》2020 年第 1 期。

[22] 杜志浩：《商标权客体“联系说”之证成———兼评“非诚勿扰”商标纠纷案》，载《政治与法律》2016 年第 5 期。

志产品的相关产值已经突破 1 万亿元，为了更好的开展我国地理标志的保护工作，国家知识产权局副局长何志敏也强调要加快做好地理标志专门立法工作。[23]在国际上，我国与欧盟签订《中欧地理标志协定》，一方面有利于中国的地理标志产品走进国际市场，促进双方产品在国际间的循环流动；另一方面协定的签订有助于推动整个世界范围内对地理标志的重视，此前欧盟与美国在有关地理标志的谈判中存在各种利益冲突，此次协定的签订将对之后地理标志的国际保护带来新的发展。此外，我国地域辽阔，物种资源丰富，独特的地理环境孕育了一批得天独厚的地理标志产品。通过对地理标志产业的保护有利于促进乡村文化多样性的发展和加快农业经济的发展，地理标志产品最大的特色便是将当地的特殊地理因素和特色传统加工技术的结合，体现了地方文化的多样性。地方特色文化在地理标志产品的输出和发展下不断受到强化和发扬，即在增加地理标志产品竞争力的同时也是在促进地方乡村文化的发展。因此，根据上述的分析，笔者认为对地理标志的保护可以建立起以专门法为主要依据，辅之以其他法律法规为补充的地理标志法律保护体系，其中对现有相关制度存在的冲突与矛盾进行协商与调和亦是关键。

从我国的具体国情和实践操作来看，专门法保护已经有了《农产品地理标志管理办法》和《地理标志产品保护规定》为基础，为之后建立起专门的地理标志保护制度提供了充分的法律基础和丰富的实践积累。虽然现在对于地理标志产品的保护不管是在理论上还是实践上都存在着瑕疵，但长期制度的建设是在不断的摸索中所得到的成果，不应轻易否定，而应取其精华，去其糟粕，对现有的制度进行协调和规制，建立具有中国特色的地理标志保护制度。

概念是法律体系化的基础，通过对《协定》的简要分析可以得知，地理标志的法律概念在开篇的第 1 条和第 2 条就做好了相关的阐述和界定，而我国现阶段对地理标志的概念还存在着不同的解读，要构建好完备清晰的法律框架，首先得从现行的立法规定来看。在上文有阐述到，《地理标志产品保护规定》和《商标法》对于地理标志的概念都强调了声誉、质量或其他特征的因素，意味着如果仅有声誉与产地之间的联系而不具有与产地有关联的其他产品特征亦可以得到保护。但实质上，产品的声誉都是建立在产品的其他特征之上，况且，单纯依靠声誉获得保护应属于主观关联性的范畴，不符合地理标志客观关联性理念。[24]此外，《地理标志产品保护规定》中存在的问题还有对产地与产品之间的关联性要素描述不够严谨，根据上文的阐述，“和”字意味着产品的相关特征须同时归因于产地，该项认定条件相对于《商标法》所采用的“或”字来说便显得过于苛刻，导致其适用范围缩小。类似的问题在《农产品地理标志管理办法》中也有出现，与《商标法》和《地理标志产品保护规定》相比，《农产品地理标志管理办法》对地理标志的定义排除了声誉要素，强调产品与产地之间的客观关联性，但在其定义中以“和”字作为“产品品质”与“相关特征”的连接词[25]，意味着产品的相关特征都必须与产地是具有关联性，同样亦是对地理标志的认定过于苛刻，导致其适用范围缩小。因此，结合我国三部法律对于地理标志所下的定义，笔者认为，可以将地理标志定义为“是指表示某产品来源于某地区，该商品的质量或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的产品名称。”同时，根据定义界定地理标志的范围亦极为重要。根据三部法律法规对地理标志保护范围的界定，笔者认为，将地理标志产品的保护范围界定为农产品、手工艺品和工艺品，基本符合客观关联性的要求。如此，吸收了《商标法》和《地

---

23 何志敏：《加强知识产权保护 塑造良好营商环境》，载国家知识产权局，http://www.cnipa.gov.cn/art/2021/3/13/art_2544_157710.html。

24 王笑冰：《经济发展方式转变视角下的地理标志保护》，中国社会科学出版社 2019 年版，第 85 页。

25 参见《农产品地理标志管理办法》第 2 条。

理标志产品保护办法》对地理标志产品保护范围的优点，弥补了《农产品地理标志管理办法》的不足。虽然目前《协定》对地理标志产品保护的范围不包括手工艺品，但随着中欧双方往来的发展，扩展到对手工艺品的保护只是时间的问题。

（二）统一监督管理机构，加强监督管理工作

关于地理标志的审查、检验和监督工作，在现行的三个部门中都有各自的规则和程序，但是每个部门之间对地理标志产品的管理相互独立，导致有时会出现信息不对称的情况。因此，做好对地理标志的审查、检验和监督工作，加强部门之间的合作，有利于提高行政工作效率，有助于地理标志的保护。

在审查工作方面，在新的一轮机构改革中，国家知识产权局现阶段同时负责原商标局和原国家质监局的地理标志管理功能，农业部负责对农产品地理标志的管理，因此可以考虑将地理标志分成两类，一类以农产品地理标志为主，另一类以手工艺品和工艺品的地理标志为主，由农业部负责前者，国家知识产权局负责后者。同时整合三部法律法规的相关制度，建立统一的审查规则和程序，有利于地理标志的登记和注册做好信息化，程序化管理，强化部门之间的信息交流。

在检验工作方面，要做好事前、事后监督的配合。一方面，在审查阶段要做好以专家审查委员会为主的地理标志审查和核准，在此方面可以借鉴国外的专家审查制度，对于地理标志产品的特征、品质以及之间的关联性等方面进行审查。另一方面，在监督阶段要做好将审查符合要求的地理标志予以公告，接受公众的建议和意见。通过事前事后的检验工作，促进检验程序的科学完善，保证地理标志的质量水平，在《协定》签订的背景下，更好地与世界接轨。

在监督工作方面，可以参考《协定》联合委员会的建立，组建有关地理标志产品信息系统平台和专门的监督管理机构。信息的透明和交换，有利于地理标志申请主体和消费者对地理标志产品的了解，同时相关部门或申请主体通过平台地理标志登记注册信息的查询，可以减少地理标志产品双重保护情况的出现。我国目前对地理标志的监督主体和监督程序方面没有做好细致的规定，统一的监督管理机构有利于权力的行使和操作。通过整合现阶段三部法律中地理标志的监督管理体系，建立独立的监督管理机构，负责对地理标志的日常监督管理和市场上出现的容易误导公众的假冒侵权等不正当行为的打击。

四、结语

我国是农业大国，大力发展农业经济有助于解决“三农”问题，在新时代乡村振兴发展的背景下，以农产品为主的地理标志乡村振兴策略越来越起到突出作用，同时也是助力我国加快农业农村现代化，促进农业高质高效的重要手段。地理标志的法律保护在我国新时代的乡村振兴背景下越来越受到重视，然而由于我国地理标志保护制度的形成，一方面是基于国情的发展，另一方面是吸收借鉴国外的保护制度，因此形成的复合体系对后续发展存在阻碍。面对《协定》签订和社会发展的需要，对地理标志保护制度的改革势在必行。建议在新一轮对地理标志专门法的立法工作下，参照此次协定的内容和特色，构建完善的法律保护体系，促使地理标志成为我国知识产权制度的强力优势，推动以农产品为主的地理标志特色产业经济发展，打造更优质的中欧营商环境。

论国家管辖范围外生物多样性保护协定对第三方的效力——以海洋元叙事视角切入

周杰韬* 华东政法大学

摘要：海洋中生物多样性蕴藏着巨大的价值潜力，由于人类生活环境的扩大，海洋生物多样性已经遭受到了严重的威胁，对于国家管辖范围外生物多样性的养护和可持续利用一直以来是国际社会颇为关注的一个问题。随着联合国大会在 BBNJ 领域相关工作的不断推进，政府间谈判的草案已初步形成，但是对于草案的具体内容各方依然存在较大分歧，而在这种分歧的背后也隐含着最终订立的 BBNJ 协定对第三方缺乏约束力的隐患。目前从法律技术上讲，提高 BBNJ 协定对第三方法律约束力的途径主要有两种：或将其上升为习惯国际法或通过软法途径增强其对第三方的约束力。这两种途径虽然都具有一定的可行性，但不可否认在实践中都有较大的缺陷。而如果从海洋元叙事视角对这一问题展开剖析的话就会发现加强 BBNJ 协定对第三方法律约束力的本质是完善 BBNJ 协定规则在海洋秩序领域叙事的完整性，这种完整性的实现则可以通过内外两种途径加以完善。

关键词：BBNJ；生物多样性；海洋秩序叙事；软法；国际习惯法；海洋治理

一、引言

国家管辖范围外海域生物多样性蕴含着巨大的医药价值、工业生产价值和生态保护价值，国家管辖范围外海域生物资源的养护和可持续利用不仅意味着对巨大经济潜能的长期开发和利用更关系到人类的生存和可持续发展。虽然联合国已经举行的会议对相关问题进行讨论，但由于与会各方不同的利益立场，在许多问题上存在巨大分歧，本部分将通过展示海洋生物资源的价值及其面临的危机、介绍并评价 BBNJ 谈判的进展和分歧，以此为基础揭示后续最终协定可能不能为部分谈判参与国或其他第三方所接受、影响其实际效果的隐忧。

（一）海洋生物资源的价值及其面临的危机

自大航海时代开启，人类便掀起了对海洋的争夺，随着科学技术的发展，人们开始逐渐把争逐的重点从海洋中的鱼类和矿产扩展到了生物多样性这一抽象的对象上来。晚近以来，人们越来越意识到了海洋生物多样性的经济潜力，争夺海洋资源的序幕也已悄然拉开。

在目前看来，海洋生物多样性的价值主要体现在医疗技术、工业生产和环境修复三个方面。首先在医疗技术方面，从海洋生物中可以提取到大量抗肿瘤、抗菌、抗心脑血管疾病等方面的药物[1]，拥有广阔的开发前景，而近年来，随着耐药菌的快速发展、包括“超级细菌”的出现，人们也开始将药物研发的目光转向海洋生物中[2]，基因技术更是被称为“永远的朝阳产业。[3]”这些动向势必将加剧世界各国对海洋生物资源的争夺。其次，在工业生产方面，由于海洋生物（尤其是一些深海生物）长期存活于极端的自然环境下，在工业生产中可以较好的适应酸碱度较高的生产环境，有较大的工业利用价值[4]。最后，从整个人类生活环境上讲，陆地上大量污染物质经过自然界的循环最终落户海洋当中，而生存在海底的微生物能够分解这些有害物质，甚至将其转化为可利用资源，这些都对人类生存环境的保护具有重大意

* **【作者简介】**周杰韬，华东政法大学国际法学院博士研究生。

1 中国海洋年鉴编纂委员会：《中国海洋年鉴 2006》，海洋出版社 2006 年版，第 129 页。

2 侯晓，吴润，蒲万霞：《超级细菌及新药研发方向》，载《动物医学进展》2018 年第 10 期。

3 汪继峰：《基因经济是 21 世纪的朝阳产业》，载《生态经济》2001 年第 5 期。

4 纪晓昕：《国家管辖范围外深海生物多样性法律规制研究——以人类共同遗产属性为基础》，知识产权出版社 2012 年版，第 8 页。

义。

但是如今随着人们生活范围的不断扩大，海洋生态环境受到了相当严重的破坏，这种破坏一方面表现在一些鱼类资源面临枯竭的情形[5]，另一方面也体现在海洋环境中的污染物质过度累积[6]，在如此情势下，对海洋生态环境的保护已显得十分迫切。

（二）BBNJ 谈判进展及现状

虽然已有越来越多的国家认识到了保护海洋生态环境的必要性并开始采取措施对本国范围内的海洋生态进行补偿性保护，但在国家管辖范围以外区域，国际法制度的规则供给一直以来并不充分。正是为了推进国家管辖范围外生物多样性的保护，联合国大会在 2004 年 59/24 号决议中决定设立“非正式特设工作组”研究国家管辖范围外海域生物资源的养护和可持续利用问题[7]，并且在 2006 年、2008 年和 2010 年举办了三次工作组会议，但在这三次会议上各方分歧严重、进展缓慢、收效甚微。

在会议中，以欧盟为代表的“环保派”和以美日俄为代表的“利用派”分歧严重：欧盟主张创设公海保护区、建立环境影响评价管理和运行机制；而以美日俄为代表的具有较好海洋科技技术的“海洋利用派”坚持先到先得、公海自由，希望以此保证其在海洋生物多样性资源方面的优势地位；而以发展中国家为主体的 77 国集团则是将重心放在海洋遗传资源利用和相关问题上，主张“惠益共享，”但是以美日俄为代表的“海洋利用派”却对此不以为然。

2015 年 6 月 19 日，联合国大会在 69/292 号决议中做出“根据《联合国海洋法公约》的规定就国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题拟订一份具有法律约束力的国际文书”的决定。BBNJ 的国际协调终于进入到了实质性阶段。而在最近一次，即 2019 年 8 月 19 日至 30 日的联合国大会上，会议主席根据前期讨论文件的要求在联合国法律事务厅海洋事务和海洋法司的协助下完成了《根据<联合国海洋法公约>的规定就国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题拟订的协定案文草案》[8]。并计划在 2020 年 3 月 23 日至 4 月 3 日于联合国总部召开的第 4 次实质性会议上就草案的后续修改问题展开进一步讨论[9]。

（三）《BBNJ 草案》中的分歧与隐忧

虽然表面上看会议取得了相当大的进展，并在很多问题上进入到了实质性阶段，但这些进展并不意味着各国之间分歧的消弭，目前随着政府间会议的谈判内容逐渐步入深水区，下一步谈判将不得不在一些非此即彼的议题上做出选择，而这些抉择的结果很可能并不是所有国家都能接受的。正如本部分第一节所述，海洋生物多样性在医疗、化工等领域蕴含着相当大的经济潜力，谈判参与国，尤其是在资金和技术上具有较大优势的“海洋利用派国家”恐怕很难就协定中不利于自己的条款做出妥协，这也在无形中为协定在国际上的广泛承认埋下了隐患。

---

[5] 马得懿：《公海元叙事与公海保护区的构建》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 3 期。

[6] 斜晓东，赵文萍：《深海塑料污染国际治理机制研究——人类命运共同体的深海落实》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2019 年第 1 期。

[7] 朱建庚：《国家管辖范围外的海洋法律制度》，知识产权出版社 2019 年版，第 151 页。

[8] Draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, Note by the President, https://undocs.org/a/conf.232/2019/6 .

[9] Intergovernmental Conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (General Assembly resolution 72/249), https://www.un.org/bbnj/content/fourth-substantive-session

比如在 BBNJ 协定中关于公海保护区所采用的管理模式的选择上面临着“全球模式”和“区域模式”两种模式的选择。主要发展中国家和欧盟等与会方认为“全球模式”可以保证治理的一致性，更有利于对国家管辖范围外生物多样性的养护和可持续利用；而美国和俄罗斯则主张采用“区域模式”；另有部分国家提倡采用折中的混合模式[10]。事实上，在“治理模式分歧”表象背后的是与会方各自的利益选择和对“协定实际影响”的评估。“区域治理模式”的一个重要特征便是以区域为中心，强调区域的独立性、拒斥区域以外力量的干预。这样一来，无论是具体养护标准的制定还是对于养护效果的评估都缺乏外界的监督，这样的一种治理模式的执行力度和实际效果都很让人担忧。有学者甚至直言：“区域模式意味着维持现状。[11]”

各方对于这一问题的角力在《根据<联合国海洋法公约>的规定就国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题拟订的协定案文草案》的内容上便可见一斑：在 2019 年 8 月 19 日至 30 日举行的第 3 次实质性会议所发布的草案[12]和即将在 2020 年举办的“第 4 次实质性会议预讨论的草案[13]”中关于管理模式部分的条款便有了较大的变化，其中第 15 条（国际合作与协调）、第 19 条（决策）、第 20 条（执行）和第 21 条（监测和审查）中关于“全球框架”的内容被大面积删除，从这些变化当中我们当然可以看出各方角力的激烈程度，几乎也可由此预见到即将举行的第 4 轮实质性谈判的艰难程度。在这种情况下，我们或许有必要考虑当该协定不能得到足够多的认同时其对第三方的约束力问题。

除此之外，关于海洋遗传资源的法律属性也是各方意见争驰的“必争之地”，对于海洋遗传资源的法律属性，发达国家主张适用公海自由原则，发展中国家主张适用人类共同继承财产原则。还有一些国家比如南非在寻找第三条道路，提出在公海适用公海自由原则，在国际海底区域则适用人类共同继承财产原则[14]。然而最新发布的“预讨论草案”在这一问题上也做了明确：最新的草案将“The principle of the common heritage of mankind（人类共同财产原则）”列入第 5 条“General［principles］［and］［approaches］（一般原则/方法）中。[15]”此举无疑将遭到坚持“公海自由原则”的发达国家的反对，并且给后续谈判的顺利进行和为各谈判方所承认再来巨大的不确定性。

而这种不确定性以很可能导致部分参与谈判过程的国家，甚至是在“国家管辖范围外海域生物多样性养护和可持续利用”方面起到举足轻重作用的国家或第三方游离于 BBNJ 最终协定所构筑的“海洋环境养护和利用秩序”之外，严重影响到公约的实际效果以及整体规划。一旦这种情况发生的话，BBNJ 最终协定对第三方的约束力便成了十分亟需探究的话题。

二、将《BBNJ 协定》作为习惯国际法的困境

条约作为国家间协调意志的体现，原则上其只能约束条约的缔约方，而对非缔约对象的第三方，由于国家间主权上的平等性并不能对其发生作用。“条约不约束第三方”是国际法

---

[10]“Earth Negotiations Bulletin IGC 1 Final”，International Institute for Sustainable Development，September 20，2018，http://enb.iisd.org/oceans/bbnj/igc1/.

[11] 王勇，孟令浩：《论 BBNJ 协定中公海保护区宜采取全球管理模式》，载《太平洋学报》2019 年第 5 期。

[12] Draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, Note by the President, https://undocs.org/a/conf.232/2019/6 .

[13] Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, Note by the President, https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org.bbnj/files/revised_draft_text_a.conf_.232.2020.11_advance_unedited_version.pdf.

[14] 黄惠康：《中国特色大国外交与国际法》，法律出版社 2019 年版，第 225 页。

[15] 同⑭

中被普遍认可的一项原则[16]。这一点不仅是国际法中的一项原则，而且也被《维也纳条约法公约》第 34 条所明确。这也正是 BBNJ 最终协定所非常可能面临的困境。

对于本文所讨论的《BBNJ 协定》而言，可能会有某些海洋国家以其并非《BBNJ 协定》的缔约方为由，充分利用习惯国际法而享有海洋权利，但不承担相关国际法义务，这样一来便会造成“公海保护区构建中的‘权利—义务’不对称的国际法状态[17]”，而这种不对等的状态对于海洋生物多样性的保护危害非常之大，在一定程度上，甚至可能导致《BBNJ 协定》对“某一类对环境较为敏感或较为脆弱的动植物生态”保护的落空。

而如果要考虑某一项公约或协定对第三方的约束，人们通常会不由自主的将目光移向习惯国际法。事实上也确实这样：一个条约所定义的规则可能由于很多第三国认为它是应当或必须遵循的规则，而在一个相当长的时间内反复实行，因而成为习惯国际法规则[18]。有的学者将其比作为“在空旷土地上逐渐形成的一条路。起初的方向并不确定，之后，大多数人开始选择相同路线，形成了一条道路。尽管不可能指明后一种变化的确切时间，但没用多长时间，那条道路就变成了一条公认的唯一正规的道路。[19]”

然而，要将某一项公约或协定认定为习惯国际法并不容易，一般来说习惯国际法的形成需要两个要素：一是具有一般的实践或通例；其二是被各国接受为法律，即“法律确信。”

然而就将来的《BBNJ 协定》情况来看，这两个要件都很难满足。首先，对于“实践或通例”这一要素，满足个可能性就相对较小，将来达成的《BBNJ 协定》或许可以约束缔约方遵守相关规则，如针对公海保护区的规定。但是非缔约方那里则几乎很难找到我们所期望的相关实践。尤其是如果该非缔约方所针对的是一些需要频繁或者大量获取的生物资源，那么反而间接促成了该非缔约方的“一贯反对者立场”。这样一来，很可能导致对该类生态资源有需求的非缔约方出于“从行动上对自己反对者立场的表达”而频繁造访某一特定受保护海域，类似于美国的“航行自由行动”一样，这样的话反而适得其反：加剧了对这一海域生态资源和生物多样性的破坏，有违于《BBNJ 协定》订立了初衷。

另外，从经验上讲，“实践或通例”要素的满足往往是一个漫长的过程，尤其是一些不作为性质的“消极实践”的证明过程就更是需要足够多的时间来证明这一点，但在另一方面，对环境的保护却是迫在眉睫的。所以这种思路本质上或多或少就有一些“以远水来救近火”的缺陷。

其次，对于第二个要素来说，“法律确信”要素的满足也很困难。从国际法院的实践来看，国际法院为满足“法律确信”设定了较高的标准，在《BBNJ 协定》的实施过程中很可能考究这一场景：某一非缔约国出于国际社会的道义或者舆论压力的考虑，在相关行政管理指南或某些管理章程中做出了类似于“尽量回避该保护区域”的规定，那么这一规定是否可以构成法律确信？这种法律确信乍一看顺理成章，但如果仔细分析的话，这种法律确信很可能被该国一些相反的实践给否决掉，就像国家豁免案中的那样[20]。而某一非缔约国在参与《BBNJ 协定》时所阐述的观点和立场也至多只是表示一种对条约未来发展方向的看法，这种参与起草活动也不在“法律确信”的射程之内。

此外，还有一种“速成习惯国际法”的主张，也让一些希望把最终的 BBNJ 协定纳入习

---

16 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 390 页。
17 马得懿：《公海元叙事与公海保护区的构建》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 3 期。
18 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 400 页。
19 马尔科姆：《国际法（第 6 版）上》，北京大学出版社 2011 年版，第 63 页。
20 See Jurisdictional Immunities of the state (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C .J. Reports 1950,p.266.

惯国际法的学着看到了曙光，郑斌等学者提出这一主张通常更关注法律确信，而不重于考量反复实践。但这种观点成立可能性同样不容乐观：首先，这一观点的认可度并不乐理想，远未达到普遍认可的程度，因此很难以此单一要素来论证某一习惯国际法的存在。其次，即使我们在大前提上承认了这一学说的合理性，在实践中往往也会对“法律确信”要素的成就加诸过于苛刻的要求。因此，学者们从这种主张中看到的希望，很可能只是一种幻觉。

三、软法途径对第三方约束力的羸弱性

软法是晚近国际法发展进程中较为引人注目的一种现象[21]，它的诞生也是伴随着全球性问题的集中出现而产生的一种引导性的灵活处理方式，在形式上常常以指南、准则或者倡议的形式体现。一般而言，相对于我们通常所说的国际法规则（也就是硬法规则），软法规则往往没有那么明确的权利义务关系，因而在规则制定时制定成本更低、程序相对简略、制定和修改效率也更高，当然，规则的弹性也更大[22]。

就《BBNJ 协定》针对非缔约第三方的约束力而言，由于其在短期之内对第三方难以形成像习惯国际法规则那样的强约束力，所以通过软法途径来实现对第三方的约束就很可能是一种较为可行的替代方案。

首先，我们需要承认这种思路有相当大的可行性，而且在《BBNJ 协定》最终订立之后，后续的实施很可能就是通过这一方式。由于软法自身具有填补既有法律间隙或者真空地带[23]的作用，所以可以和最终订立的《BBNJ 协定》形成良好的互补机制。并且可以更好的根据实际状况进行灵活调整，甚至可以对《BBNJ 协定》的后续修改起到引导作用，使相关机制的完善事半功倍。

由于软法具有许多传统国际法规则所不具备的优势，因而在许多场景中都被当作协调各国际法主体意志、建立临时性国际秩序的“暂时之选”，甚至有人已经无意识的地将其“神圣化”——当成解决当前一切国际分歧的灵丹妙药。事实上，我们应当清醒的认识到软法规则与生俱来的柔弱性和无力感几乎是考虑用软法规则构建相关秩序时不可回避的缺陷。目前在国际上软法规则在私法领域虽取得了较好的成效，但这种成效在一定程度上也是经济全球化所引领的一个副产品。软法在国际商事领域的勃兴正是因为其顺应了国际商事交往的规律，因而能在经济利益的驱动下昂首阔步的发展。

但是软法在国际公法领域所面临的情形则可能有所不同：因为在实践中，软法所表现出的拘束力并非基于强制力的保障，而是通过道德、利益向导和国际舆论等方[24]式展开，所以其在实际运行当中所产生的效果有很大的不确定性。由于道德和舆论的约束效果太过薄弱，所以在实际运行中可能会出现这样的情况：某一非缔约国虽然不受《BBNJ 协定》的直接强制力约束，但也很可能出于外交政策或者国家形象的考量而保持克制，尽量遵守《BBNJ 协定》所构建的保护生物多样性的海洋秩序。但是，如果随着相关技术的发展，在某一时刻突然发现了对某一特定海洋生物资源的巨大利用价值，或者某一非缔约国为了本国的经济或者产业需要还不得不实施一些对受保护海洋环境有负面影响的行为时，道德和舆论的约束力便难免会力有不逮。

所以，相对于将《BBNJ 协定》构建成可望不可及的习惯国际法规则而言，通过软法途径实现对第三方的约束只是一种可行性较高的方案。虽然我们可以预见软法途径的规则构建

---

21 万霞：《试析软法在国际法中的勃兴》，载《外交评论（外交学院学报）》2011 年第 5 期。
22 石亚莹：《论软法的优势和作用——以国际法为视角》，载《法学杂志》2015 年第 6 期。
23 同㉓
24 何志鹏，尚杰：《国际软法的效力、局限及完善》，载《甘肃社会科学》2015 年第 2 期。

将会对《BBNJ 协定》的后续发展起到积极的作用。但同时，我们也要清醒的认识到该方案可能存在的缺陷与不足，并对今后可能出现的最为不利的情况加以考虑。

四、海洋元叙事视角下的海洋秩序构建

前文中所提到的关于《BBNJ 协定》对第三方的两种约束途径，也就是上升为习惯国际法或采用软法补充的方式几乎已经从技术层面上穷尽了《BBNJ 协定》对第三方约束的可能性，尽管这两种方式的最终结果都并不十分理想。但是如果我们对国际法规则秩序的本质进行思考，则可能会发现一个由海洋元叙事所开辟的新视角。在这一部分中，本文将从海洋元叙事的角度对海洋秩序展开剖析，并且探求《BBNJ 协定》在海洋元叙事视角下对第三方约束力的构建。

（一）海洋元叙事概说

元叙事的概念滥觞于法国哲学家让-佛朗索瓦·利奥塔尔（Jean-Francois Lyotard）的作品《后现代状况：关于知识的报告》，在书中作者将元叙事界定为具有合法化功能的叙事[25]。这本书的诞生是因为利奥塔尔受加拿大魁北克政府大学委员会委托撰写一份报告，报告的主题是 20 世纪末在世界最高度发达的社会中知识所处的状况，该报告的中心问题是人们的生活和身份是如何被当代知识结构所建构的。利奥塔尔通过分析“二战”后通信技术的发达对知识传播方式的影响，察觉到了知识自身所发生的改变。在其看来知识已经成为可以购买和出售的商品，并且是社会实力的基础，并且他还预见了一个“所有国家为知识而战的时代，正如他们过去为土地、石油等原材料而战[26]”一样。

而简单的知识正是在元叙事的作用下才得以合法化。换言之，当面对“知识合法化”这一问题时，人们不得不创设一个“公理系统”，因为“任何一项为人所接受的科学论述，必须有一个论点，这一论点如果要被接受，就必须先要符合一整套公认的评估规则，也就是一套检验认可观念的方法论。[27]”这种叙事体系以不易察觉的形式渗透到了所有学科当中。“就像历史学家用叙事去构建过去，心理学用故事讲述自我，社会学用叙事描述不同社会结构及其对个人的影响一样，科学用叙事的类型描述物理世界。为了解释和证明研究发现，即使是数学科学，也不得不将他们的方程式转化为叙事，解释这些发现的重要性。[28]”

我国学者也从中受到启发，在元叙事的基础上，将此理念引入海洋秩序的研究之中而提炼出海洋元叙事，即关于海洋秩序的叙事[29]。而海洋叙事本身作为一种概念化工具，在历史上对海洋秩序的构建起到了深远的影响[30]。

具体到本文所讨论的《BBNJ 协定》对第三方的约束力时，我们可以通过海洋元叙事的角度对问题进行分析，通过这一新的视角尝试梳理出一些我们之前可能忽视掉的一些细节并以此为切入探讨《BBNJ 协定》对第三方约束力，并尝试分析《BBNJ 协定》在“国家管辖范围外生物多样性保护方面的海洋秩序”方面的构建进路。

（二）海洋元叙事视角下对《BBNJ 协定》习惯国际法及软法规则的剖析

从法律技术上讲，将《BBNJ 协定》上升为习惯国际法或者构建相应的软法规则以此来约束第三方是两种不同的技术措施。在实践中，这两种方式可以选择其一也可以并行不悖。然而，从海洋元叙事的角度讲，这两种约束第三方的途径之间有着密切的联系，甚至可以说

---

25 让-佛朗索瓦·利奥塔尔：《后现代状况:关于知识的报告》，三联书店 1997 年版，第 1-2 页。
26 莫尔帕斯：《导读利奥塔》，重庆大学出版社 2014 年版，第 18 页。
27 让-佛朗索瓦•利奥塔尔：《后现代状况:关于知识的报告》，湖南美术出版社 1996 年版，第 134 页。
28 莫尔帕斯：《导读利奥塔》，重庆大学出版社 2014 年版，第 20 页。
29 马得懿：《公海元叙事与公海保护区的构建》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 3 期。
30 参见牟文富：《海洋元叙事:海权对海洋法律秩序的塑造》，载《世界经济与政治》2014 年第 7 期。

是一脉相承：将《BBNJ 协定》上升为国际习惯法以及构建补充性的软法规则在本质上都是一种海洋秩序元叙事的发展过程；上述两种途径都是海洋秩序元叙事不同发展阶段的表现，二者之间是本质与表象之间的关系。

就像前文已经说过的，“元叙事是一种具有合法化功能的叙事”，它为海洋秩序的建立提供了一套“公认的评估规则，也就是一套检验认可观念的方法论[31]”，虽然海洋秩序的权威性来自于国际社会的认同，但这种认同本身却是建立在一套“海洋法元叙事”的基础之上的。

“国家管辖范围外海洋生物多样性保护规则”的建立就是立足于海洋元叙事的基础之上，并且随着具体“规则性叙事”的发展而不断完善其内容与合法性。而这种“合法性”将会随着叙事的不断完整而逐渐加强。随着《BBNJ 协定》中的规则在叙事层面上完整性逐渐健全，协定内容的合法性也就愈发坚实，而这种合法性的加强在另一个层面上的表现便是：对第三方的约束力的加强。就像《联合国海洋法公约》一样，“《联合国海洋法公约》的多数规定是习惯国际法规则的编纂，具有普遍约束力，无论对缔约国还是非缔约国均能使用[32]。”对那些即使未加入《海洋法公约》的国家而言，公然违背甚至冲撞《海洋法公约》的行为也要付出更多的成本、承担更大的舆论压力。

我们可以就前文所提到的将《BBNJ 协定》“习惯国际法化”和“软法化”两种途径为例。当《BBNJ 协定》被制定时，其形式上的“合法性进程”便已经启动，随着支撑该协定的叙事不断完善，《BBNJ 协定》所构建的“保护国家管辖范围外海洋生物多样性”海洋秩序的“普适性”和“合法性”也在不断提高，直接后果便是具备类似“软法”的约束力；而如果这种叙事体系能够再进一步完善，其合法性也随之进一步增强，等到《BBNJ 协定》所立足的叙事体系足够完善的时候，该协定也就具备了类似“习惯国际法”这样“硬法”性的约束力。

所以说《BBNJ 协定》对第三方约束力的强弱是随着该协定背后叙事体系的完善而加强的。当前在国家管辖范围外海洋生态环境的保护情况并不乐观，海洋环境的恶化程度严重[33]但却不为人们所注意，面对日益被破坏、迫切需要得到改善的海洋环境，加强相关保护性国际规则对第三方的约束力在一定程度上是十分必要的。而《BBNJ 协定》对第三方约束力的提升首先需要的是完善其背后起支撑作用的元叙事的完整性。

（三）海洋元叙事下完善《BBNJ 协定》对第三方约束力的进路

叙事完整性的构建是一个庞大的工程，而在《BBNJ 协定》叙事体系完整性的构建方面，可以通过内外两个角度对其加以完善。

在国家管辖范围外生物多样性养护和可持续利用问题上，我们首先需要澄清海洋保护区与航行自由的关系，摆正其在当前国际法体系中的位置。目前，已有不少学者将焦点集中在海洋保护区与公海自由的关系上[34]。而如果我们从公海自由的历史来看的话，“公海自由概念本身也在经历变化，最初的核心是任何国家不得将公海的任何部分置于其主权之下[35]”但在之后的发展过程中派生出了《联合国海洋法公约》中所规定的六大自由。

---

31 让-佛朗索瓦•利奥塔尔：《后现代状况:关于知识的报告》，湖南美术出版社 1996 年版，第 134 页。

32 黄惠康：《中国特色大国外交与国际法》，法律出版社 2019 年版，第 223 页。

33 SARAH GIBBENS AND LAURA PARKER：《震惊！深海生物竟然在吃塑料!》，载国家地理中文网，http://www.ngchina.com.cn/environment/9033.html，最后访问日期：2019 年 12 月 8 日。

34 具体参见：王勇：《论“公海保护区”对公海自由的合理限制——基于实证的视角》，载《法学》2009 年第 1 期；张磊：《论公海自由与公海保护区的关系》，载《政治与法律》2017 年第 10 期；史晓琪，张晏瑜：《公海保护区与公海自由制度的关系及发展进路研究》，载《中国海商法研究》2017 年第 1 期。

35 马尔科姆：《国际法（第 6 版）上》，北京大学出版社 2011 年版，第 478 页。

从本质上讲，对公海领域中生物资源的保护本身也是公海自由中的应有之意。因为自由本身就是有所限制的“公海自由的概念不是进行战争、耗竭生物资源、污染环境或者不合理地干涉其他国家船舶合法使用公海的许可证[36]。”即使当代也没有人会承认公海自由中会包括对“耗尽公海生物资源、肆意破坏公海生态环境”的允许。对公海生物资源的保护义务其实是公海自由中固有但一直不为人们所察觉的一项义务。虽然这项义务不为某一国际公约或国际法规则所创设，但它却是公海自由中所固有的一项加诸于每一个享受公海权利的主体的义务。

我们可以假设这样一个例子：如果某一海域中生物多样性已经遭到了严重的破坏，如果不马上对其进行保护的话就会造成不可逆转的永久性的损害，其损害后果中甚至包括一些海洋生物就此灭绝。在这种情况下，如果某第三方单纯为了经济利益以其并非《BBNJ 协定》缔约方为由对这一急需保护的海域进行捕捞或从事其他将会危害生态环境的行为，这种行为是否能为国际法规则所接受呢？为了阻止这一行为或许我们甚至会通过引用《联合国海洋法公约》第一九二条“各国有保护和保全海洋环境的义务”来论证这一行为的非法性。而这种基于原则性规定的论证其实更像是一种解决某一特定情形的方便法门。本质上这种论证的合法性其实是由“海洋生物多样性保护的元叙事”来提供的。

所以我们完全可以把这一基于海洋元叙事视角所发现的理念纳入《BBNJ 协定》后续的文本定制之中，扩大其约束力的范围和强度，甚至可以在协定的下一步制定时对这一点通过条款加以明确，该内容可以放在协议的正文里，也可以在附件中以倡议的形式存在，以此来加强《BBNJ 协定》叙事的完整性。

另外，在此基础上通过其他与《BBNJ 协定》相独立的指南或倡议书等较为易于达成共识的“软法”形式构筑更易为各国际法主体所接受和加入的软法体系、为协定的后续完善提供前期的准备、增强各方的共识也是从外部层面加强《BBNJ 协定》对第三方约束力，完善该协定规则性叙事完整性的有效手段。

【参考文献】

［1］李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版。

［2］王虎华：《国际公法学（第 4 版）》，北京大学出版社 2015 年版。

［3］黄惠康：《中国特色大国外交与国际法》，法律出版社 2019 年版。

［4］马尔科姆：《国际法（第 6 版）上》，北京大学出版社 2011 年版。

［5］莫尔帕斯：《导读利奥塔》，重庆大学出版社 2014 年版。

［6］纪晓昕：《国家管辖范围外深海生物多样性法律规制研究——以人类共同遗产属性为基础》，知识产权出版社 2012 年版。

［7］中国海洋年鉴编纂委员会：《中国海洋年鉴 2006》，海洋出版社 2006 年版。

［8］让-佛朗索瓦•利奥塔尔：《后现代状况：关于知识的报告》，三联书店 1997 年版。

［9］朱建庚：《国家管辖范围外的海洋法律制度》，知识产权出版社 2019 年版。

［10］马得懿：《公海元叙事与公海保护区的构建》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 3 期。

［11］斜晓东，赵文萍：《深海塑料污染国际治理机制研究——人类命运共同体的深海落实》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2019 年第 1 期。

[36] 苏联科学院国家和法研究所海洋法研究室：《现代国际海洋法——世界海洋的水域和海底制度》天津人民出版社 1981 年版，第 16 页。

［12］何志鹏，尚杰：《国际软法的效力、局限及完善》，载《甘肃社会科学》2015 年第 2 期。

［13］王勇，孟令浩：《论 BBNJ 协定中公海保护区宜采取全球管理模式》，载《太平洋学报》2019 年第 5 期。

［14］王勇：《论“公海保护区”对公海自由的合理限制——基于实证的视角》，载《法学》2009 年第 1 期。

［15］张磊：《论公海自由与公海保护区的关系》，载《政治与法律》2017 年第 10 期。

［16］万霞：《试析软法在国际法中的勃兴》，载《外交评论（外交学院学报）》2011 年第 5 期。

［17］Draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, Note by the President.

［18］evised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, Note by the President.

中欧 CAI 背景下批准国际劳工组织公约的风险研究

周昕亮* 华东政法大学

摘要：中国在中欧 CAI 中承诺批准国际劳工组织关于禁止强迫劳动的公约。在国内法层面，中国批准公约没有法律障碍，但在当前国际环境下，公约的监督程序可能被欧美国家滥用，成为其推行人权政策，控诉诬蔑中国强迫劳动，借机制裁中国，将争端扩大至国际法院的工具。中国应认真研判风险，做好应诉准备，对于“污名化制裁”，进行反制；同时利用国际劳工组织改革契机，提出维护可持续发展、具有中国特色的劳工标准，构建平等互利的国际秩序。

关键词：中欧 CAI；国际劳工组织；强迫劳动；涉疆制裁

一、问题的提出

2020 年 12 月 30 日，中德法共同宣布，《中欧全面投资协定》（CAI）谈判如期完成。《中欧全面投资协定》（以下简称“中欧 CAI”）将国际劳工组织纳入“投资与可持续发展”章节中，包括在总体原则中纳入了国际劳工组织相关公约与核心劳工标准；在第 4 条[1]中约定，缔约方将致力于批准国际劳工组织基本公约，尤其是第 29 号公约和第 105 号公约，即《强迫劳动公约》和《废除强迫劳动公约》；本文将从国际劳工组织第 29 号公约和第 105 号公约入手，结合中国国内法环境与国际政治背景，分析中国目前履行该项批准义务的风险所在，并提出相应对策。

二、国际劳工组织第 29 号公约和第 105 号公约的内容

中欧 CAI 中，特别提到的国际劳工组织第 29 号、第 105 号公约，是国际劳工组织的基本公约，分别是 1930 年的《强迫劳动公约》和 1957 年《废除强迫劳动公约》，另外还有《1930 年公约的 2014 年议定书》，这两项国际劳工组织基本公约中国目前都未批准。

国际劳工组织（International Labor Organization, ILO）是联合国处理劳工问题的专门机构，主要工作是制定国际劳工标准、促进工作中的权利、提倡体面的就业机会、加强社会保护并针对工作相关问题开展对话。[2]国际劳工组织制定的国际劳工公约（Convention），各成员国一旦批准，就要承担遵守公约的义务。

1930 年的《强迫劳动公约》主要为了解决殖民地的强迫劳动问题，要求会员国承诺，在最短时期内禁止一切形式的强迫或强制劳动，在过渡时期内，使用强制劳动需符合规定条件，包括服兵役、作为公民的义务劳动、法院判决的强制劳动（但不由私人、企业或社团雇佣或安置）、为挽救公共安全的强制劳动，为乡镇公用事业的义务劳动。此外，只有本土最高主管当局有权征用例外规定中的强制劳动，即使征用，最长期限每 12 个月不超过 60 天且应当付给不低于资源劳动报酬的现金工资，并与自愿劳动的现行劳动时间相同，超出时间的按自愿劳动者加班劳动的时间付酬，此外，工伤待遇及各项社会保障措施都应当不低于自愿

---

* **【作者简介】**周昕亮，华东政法大学国际法学院 2020 级研究生。

[1] Article 4.2. Each Party is, in accordance with the commitments of the members of the ILO and the 2019 ILO Centenary Declaration for the Future of Work, committed to effectively implement the ILO Conventions it has ratified and work towards the ratification of the ILO fundamental Conventions. In particular, in this regard, each Party shall make continued and sustained efforts on its own initiative to pursue ratification of the fundamental ILO Conventions No 29 and 105, if it has not yet ratified them. The Parties will also consider the ratification of the other Conventions that are classified as "up to date" by the ILO.

[2]《国际劳工组织简介》，摘自国际劳工组织官方网站 https://www.ilo.org/beijing/information-resources/public-information/factsheets/WCMS_554179/lang--zh/index.htm，2021 年 3 月 30 日。

劳动者。在对象方面，则规定 18 周岁以下和 45 周岁以上男子、体弱者以及妇女不可被强迫或强制劳动。

随着社会发展对人权的逐渐重视，国际劳工组织又将保护主体进一步扩大，于 1957 年通过了第 105 号《废除强迫劳动公约》，以废除政治目的的强迫劳动为目标，要求成员国承诺禁止强迫或强制劳动，包括：（1）政治教育的手段，对政治异见的惩罚；（2）发展经济的手段；（3）劳动纪律的措施；（4）对参加罢工的惩罚；（5）实行种族、社会、民族或宗教歧视的一种手段。

2014 年 5 月 28 日，国际劳工组织理事会在日内瓦举行其第 103 届会，通过了《1930 年强迫劳动公约的议定书》，指出将不再适用过渡期间的例外规定，应当禁止任何形式的强迫劳动。

三、中国批准公约的风险

（一）国内法层面

从中国国内立法考察，目前我国关于禁止强迫劳动的规定主要在《刑法》和《劳动合同法》中。

1.《劳动合同法》中的规定

《劳动合同法》第 31 条规定“用人单位不得强迫或者变相强迫劳动者加班。”第 32 条规定“劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。”第 38 条规定“用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危机劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。”第 88 条规定“用人单位强迫劳动，强令冒险作业，侮辱体罚、非法搜查或拘禁劳动者的，依法给予行政处罚，构成犯罪的，依法追究刑事责任，给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”以上都是中国劳动法中禁止强迫劳动的规定。

2.《刑法》中的规定

对于《强迫劳动公约》第 25 条要求的“凡非法征用强迫或强制劳动者，应作为刑事犯罪予以处罚”的规范，中国《刑法》第 244 条明确规定了“强迫劳动罪”，第一款列举了强迫劳动的手段，包括以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动。第 2 款“明知他人实施前款行为，为其招募、运送人员或者有其他协助强迫他人劳动行为的，依照前款的规定处罚。”则用于规制劳务派遣中强迫劳动的问题，防止由于用工单位不是劳务派遣工的用人单位，而不符合犯罪主体的情况。[3]

另外，针对用人单位以“未来发放工资”作为虚假承诺的恶意欠薪，国际上普遍也认为是一种强迫劳动。以欠薪为手段，对劳动者形成了胁迫的力量，强制劳动者继续服从用人单位的工作安排。对于收入水平和生活水平都较低的劳动者，欠薪可能严重威胁其生存，这已超出一般欠债带来的危害性。《刑法》第 276 条之一设有“拒不支付劳动报酬罪”，其立法目的是保障劳动者的工作报酬权。拒不支付劳动报酬指的是“转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动的劳动报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的行为。”最高人民法院《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件应用法律若干问题的解释》中说明了“造成严重后果”的含义，其中一项为“造成劳动者或者其被赡养人、被抚养人、被扶养人的基本生活受到严重影响、重大疾病无法及时医治或者失学的。”可见，中国此项立法正是意识到恶意欠薪有可能威胁劳动者基本谋生需求，并对其进行规制，

[3] 王铀镱:《国际劳工标准的立法转化研究》，中国法制出版社 2016 年版，第 49 页。

符合国际劳工标准的要求。

在实践中，中国对矿山井下工作存在着强迫劳动的现象进行严厉打击[4]，例如“黑砖窑”中非法采矿者拐卖、以拘禁、打骂手段强迫未成年人和智力残疾人进行重体力劳动的现象，被判处强迫劳动罪，最高达 7 年有期徒刑，刑罚力度较重，符合《强迫劳动公约》公约第 21 条“矿山井下工作不应使用强迫或强制劳动”的规定。

尽管中国未批准《强迫劳动公约》和《废除强迫劳动公约》，但作为核心劳工标准之一的禁止强迫劳动，仍然得到中国重视。客观上，中国相关立法的修订已经逐步向公约精神靠拢。根据我国劳动法学者的研究[5]，我国未批准《强迫劳动公约》和《废除强迫劳动公约》的一个重要原因是我国过去实行的劳改劳教制度，在一定程度上涉及强迫劳动问题。根据《强迫劳动公约》定义的“强迫或强制劳动”的定义，“任何惩罚相威胁，强迫任何人从事的非本人自愿的一切劳动或服务，其中不包括：（c）根据法院判决强制任何人从事的任何劳动或服务。”因此，中国曾实行的劳动教养制度，作为一种公安机关无须经法庭审判，即可对相对人实施强制劳动的行政处罚，确属强制劳动。但随着 2013 年 12 月 28 日，全国人大常委会通过了关于废止有关劳动教养法律规定的决定，劳教制度已被依法废止。故中国目前批准《强迫劳动公约》和《废除强迫劳动公约》不存在国内法律上的障碍。

（二）国际法层面

在国际法层面，中国批准《强迫劳动公约》和《废除强迫劳动公约》后，将为欧美国家借炒作新疆所谓“强迫劳动”制裁中国，提供可乘之机。

1.《1930 年公约的 2014 年议定书》

《1930 年公约的 2014 年议定书》是对第 29 号公约的补充，其中第一条规定，“各成员国须采取有效措施，预防和消除使用强迫或强制劳动，向受害者提供保护并有效补偿及赔偿，并对实施强迫劳动的肇事者进行制裁。”目前欧盟、美国、英国、加拿大对新疆政府机构及企业人员的制裁，其依据是国内立法，其作为国际劳工组织的成员国，在国际劳工组织的监督机制之外，就劳工保护问题指控中国，并进行制裁，其行为严重违反了国际法，构成干涉中国内政，也违背了主权平等原则，是赤裸裸的霸权行径。但是，如果中国批准了第 29 号《强迫劳动公约》，则《1930 年公约的 2014 年议定书》中的内容，即构成中国的义务，需要警惕有关国家会借“对实施强迫劳动的肇事者进行制裁”作为其所谓的“国际法依据”，进一步制裁中国。

2.《国际劳工组织章程》中的国家间控诉程序

《国际劳工组织章程》中规定了监督程序，用于监督成员国遵守劳工标准和条约的情况，总体上分为三种：一是政府提交报告；二是劳工组织设立有关委员会对成员国的审查；三是工人组织、雇主组织和其他成员国对某个成员国提出的申诉和控诉。[6]

在这三种监督中，政府提交报告属于成员国的自我监督，政府就国内法律是否符合批准公约的规定以及相关实施情况向国际劳工局做出说明；国际劳工组织于 1926 年设立的专家委员会和标准实施委员会属于国际组织的监督，虽然这两个委员会作为监督机构，客观上能够动员国际舆论，但它们对成员国没有任何形式惩罚的权利；[7]而申诉程序则是工人组织和雇主组织，就成员国未能在其权限范围内遵守其已批准的条约的情况，向国际劳工局提出申

[4]《山西河南在黑砖窑成功解救 379 人》，《京华时报》2007 年 06 月 15 日。

[5] 周长征：《中国是否应当批准更多的基本国际劳工公约——基本国际劳工标准与中国劳动立法之比较研究》，载《全球化背景下的国际劳工标准与劳动法研究》，中国劳动社会保障出版社 2005 年版，第 79 页。

[6] 参见刘旭：《国际劳工标准概述》，中国劳动社会保障出版社 2003 年版，第 25-26 页。

[7] 杨帅、宣海林：《国际劳工标准及其在中国的适用》，法律出版社 2013 年版，第 70 页。

诉[8]，但除了要求被申诉国政府答复声明外，《章程》并未规定其他义务，理事会对申诉内容的公布即为申诉程序的结束。[9]

但是控诉程序却不同。国家间指控程序具有准司法性质，它是一种介于个人申诉与诉诸国际法院之间的，较为严厉的，对抗性的监督程序。[10]《国际劳工组织章程》第 26-31 条规定了控诉程序。任一成员国若对另一成员国在切实遵守双方均已按以上条款批准公约方面的状况感到不满时，有权向国际劳工局提出控诉。理事会可以告知被控诉政府，并请该政府对此事作出声明；理事会也可以自行动议，直接将该项控诉提交调查委员会。对于调查委员会的报告，各有关政府应在三个月内觉得是否接受，如不接受，应当考虑是否将该案提交国际法院。国际法院可以确认、更改或撤销调查委员会的任何调查结果或建议，其所作决定应为最终判决。若若一成员国在指定时间内不执行调查委员会报告或国际法院判决中的建议，理事会可提请大会采取其认为明智和适宜的行动，以保证上述建议得到履行。

国际劳工组织的国家间指控程序有较为丰富的实践，迄今为止，共有 6 起案件，包括涉及违反禁止强迫劳动的加纳诉葡萄牙案（1961 年）和葡萄牙诉利比里亚案（1962 年）;有关平等待遇 1976 年和 1978 年法国诉巴拿马的三个案件以及 1986 年利比亚诉突尼斯案。[11]学者们认为，这些案例说明，国家间指控是一项严重的措施，并可能被理解为一项不友好的行为，每一项指控都建立在被控国的行为不符合相关公约的预判之上，即这些指控可能是政治驱动的。[12]

正如世界贸易组织前总干事素帕猜所言：“国家一级和国际一级的监督机制或许都被看做是反对滥用个人权利的必要保证，然而，正像一国之内设置的保障权利的机构可能成为镇压的工具一样，国际监督机制，除非是十分小心地建立的，也有可能成为被滥用的政治权术工具。”[13]根据《国际劳工组织章程》第一条第二款的规定，国际劳工组织成员国需接受《国际劳工组织章程》所载义务，因此，国际劳工组织规定的国家间指控是强制性的，即国家间指控的提起不以当事国双方声明接受为条件。这意味着，一旦中国批准了国际劳工组织废除强迫劳动公约，则同时接受国际劳工组织下的监督程序。任一成员国得以将其对中国遵守公约“感到不满”的情况，提出控诉，并最终提交国际法院。相较于目前西方国家对中国所谓新疆“强迫劳动”的单边指责以及美国的涉疆经济制裁，批准后的控诉程序无疑给他们提供了更大的操作空间，从国内法层面的指责、制裁、政治战，上升到国际组织层面的法律战。“对于奉行积极人权外交的缔约国来说，当紧急情形下发生大规模的、系统的、严重的侵犯人权行为后，外交努力归于无效，个人难以提起申诉或个人申诉不足以全面解决严重的人权危机时，提起国家间指控能够较好地发挥作用……可以说，国家间指控程序是人权国际保护武器库中的一件没有得到认真对待的武器。”[14]虽然我国不接受国际法院的强制管辖，但西方国家将此控诉提交国际法院本身，就会对我国造成极为不利的舆论影响，处于国际道义的对

---

[8]《国际劳工组织章程》第 24 条 若雇主或工人产业团体就一成员国在其管辖范围内在任一方面未能切实遵守其所参加的公约向国际劳工局提出申诉，理事会可将此项申诉告知被申诉的政府，并可请该政府对此事作出认为适当的声明。

[9]《国际劳工组织章程》第 25 条 如理事会在适当时期内未收到被申诉政府的声明，或收到声明后认为不满意，则理事会有权公布该申诉和答复该申诉的声明。

[10] 郭曰君：《论国际人权法中的国家间指控程序》,《人权》, 2015 年第 4 期。

[11] https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50011:::NO:::，2021 年 3 月 29 日。

[12] Scott Leckie，“The Inter-state Complaint Procedure in International Human Rights Law: Hopeful Prospects or wishful thinking?”10 Human Rights Quarterly，p. 254.

[13] 参见（泰）素帕猜：《全球贸易自由化：协调与一致》，载《战略与管理》，2000 年第 5 期。转引自李雪平：《论经济全球化背景下国际劳工权益保护监督机制，载《武大国际法评论》，2005 年第 3 期。

[14] 郭曰君：《论国际人权法中的国家间指控程序》,《人权》, 2015 年第 4 期。

立面，对于批准公约后出现的最恶劣情况，我国应做好充分准备。

四、欧盟的人权政策

事实上，在中欧 CAI 中加入“批准国际劳工组织第 29 号，第 105 号公约”，最初是欧盟方面的要求。在中欧 CAI 谈判时，欧洲议会即高票通过决议，对中国新疆所谓“强迫劳动”进行制裁。[15]制裁内容包括：（1）谴责中国政府主导的强迫劳动制度，特别是对所谓“拘留营”内外的维吾尔族人的剥削；（2）对来自新疆维吾尔自治区的棉花和棉花产品实施进口禁令；（3）制裁负责新疆维吾尔族迫害以及中国和香港其他侵犯人权行为的中国官员；（4）与中国签订的全面投资协议必须包括充分承诺尊重反对强迫劳动的国际公约，特别认为，中国应因此批准国际劳工组织第 29 和 105 号公约。最终，欧盟要求中欧 CAI 加入反对强迫劳动的公约，落实到了文本中。

在中欧 CAI 谈判完成后，中方释放了履行约定的善意。在 2021 年 3 月 7 日的十三届全国人大四次会议记者会上，国务委员兼外交部长王毅明确表示，“中方会履行在这个协定当中所作出的各项承诺，包括推进签署国际劳工公约的有关条款的努力。我们也相信欧洲方面会履行好欧盟在这个协定当中所作出的各项承诺。”

然而，3 月 22 日，欧盟却基于谎言和虚假信息，以所谓新疆人权问题为借口对中国有关个人和实体实施单边制裁，[16]粗暴干涉中国内政，公然违反国际法和国际关系基本准则，严重损害中欧关系。中方对此强烈谴责，并决定对欧方严重损害中方主权和利益、恶意传播谎言和虚假信息的 10 名人员和 4 个实体实施制裁。随后，欧洲议会议长萨索利发出声明，对受到中方制裁的 5 名议员和欧洲议会人权小组表达“坚定支持”，并称北京此举“会有后果”。欧洲议会国际贸易委员会副主席居拉随后在电邮中说，“鉴于欧盟与中国关系今天的最新发展，尤其是（中方）令人无法接受的制裁”，欧洲议会决定取消原定 23 日就签署《中欧全面投资协定》CAI 举行的审议会。中欧 CAI 的生效陷入停滞。对此，中国外交部发言人华春莹在 3 月 24 日的例行记者会上回应道，“我只想说一句，中欧投资协定不是一方给予另一方的恩赐，是互利互惠的。”此前一天，当被问及中欧相互实施制裁是否会对中欧投资协定造成影响时，华春莹说，“欧方不能指望一方面讲合作、捞实利，一方面搞制裁，损害中方权益，这没有道理，也根本行不通。”

根据欧盟在投资领域的权能划分，欧盟委员会可以代表成员国进行对外投资的谈判，但中欧 CAI 这样一项兼具贸易领域的综合性协议，其生效仍需要各成员国和欧洲议会的批准。根据《欧洲联盟运行条约》第 207 条第 2 款[17]的规定，欧盟缔结共同商业政策领域的国际协定应寻求欧洲议会的准许。欧洲议会不仅有权批准中欧 CAI，还有权监督其实施，其发挥着至关重要的作用。代表欧洲全体公民利益的欧洲议会，一直是“人权条款”最为积极的倡导者[18]，在中欧 CAI 的谈判和缔结进程施加这强有力的实质性影响。在要求谈判文本中加入，要求中方承诺批准劳工组织第 29 和 105 号公约的内容后，欧洲议会仍然提出质疑，不满中方未能在禁止强迫劳动等人权规定上做出更具约束力的承诺，呼吁将香港、人权等问题与投资协定批准工作捆绑挂钩，借机对华“施压”。

---

[15] European Parliament resolution of 17 December 2020 on forced labour and the situation of the Uyghurs in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region (2020/2913(RSP))

[16] 《外交部发言人宣布中方对欧盟有关机构和人员实施制裁》，https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1863102.shtml，2021 年 3 月 29 日。

[17] 《欧洲联盟运行条约》第 207 条第 2 款规定，欧洲议会应与理事会一道根据普通立法程序以条例形式行动，通过有关共同商业政策的执行性法规。

[18] 张华：《欧洲联盟对外关系法中“人权条款”问题研究》，法律出版社 2010 年版，第 280 页。

在人权问题上，欧盟一直实行着积极的人权政策，包括通过与伙伴国家、国际和区域组织以及社会各阶层的团体和协会积极合作，捍卫人权；并在所有与非欧盟国家的贸易或合作协定中列入人权条款。[19]早在与美国的《跨大西洋贸易与投资协定》的谈判中，欧盟就试图引入包括国际劳工组织公约在内的可持续发展章节，体现了欧盟对外行动中的核心价值观。[20]

尽管中方已就新疆问题发布一系列白皮书，举办 30 场专题发布会，并有大量新疆各族群众现身说法，欧盟依然根据其《关于对严重侵犯和践踏人权行为采取限制性措施的条例》[21]，对新疆政法机构的负责人进行制裁，并对中国污名化。

为何欧美国家执着于新疆“强迫劳动”——这一中国内政问题上进行抹黑？一个重要的原因是，第二次世界大战给各国留下惨痛教训，一个政府对其国民的野蛮行为与对其他国家的侵略密切相关，尊重人权与维护世界和平密切相关。[22]从这个角度理解，西方国家抹黑中国迫害维吾尔族人，就是污名化中国的和平发展，这不过是“中国威胁论”的另一翻版。由此可见，涉疆问题不会随着中国批准《废除强迫劳动公约》而偃旗息鼓，反而为有关国家扩大影响，指责中国不遵守条约，进一步诉至国际法院，将单边制裁演变为国际争端提供跳板。

五、中国的对策

（一）坚持多边主义，对抗反华浪潮

随着中国不断融入全球化发展，中国也越来越多地受到国际社会依据法律规则而进行的监督。对于国际法律规则而言，各种各样的规范和制度之间存在着内在的联系，不存在所谓“菜单式”的承诺方式。一国不能在发展经济的同时，不考虑那些事关人类尊严发展的规范。[23]中国参与制定的经济规则，不能不顾及其中促进人权和尊严的规则，尽管中国可能会受其制约。

应对欧美等国的单边制裁，中国已进行有力反制，对等制裁。[24]同时应充分认识到批准《强迫劳动公约》与《废除强迫劳动公约》的风险，防止有关国家进一步扩大事端，滥用国际多边机制，将控诉提交国际法院，使中国面临应诉风险。

另一方面，应对欧美等国对新疆的污名化，中国应继续在国际层面发声，对抗反华浪潮，在多边平台维护中国形象，争夺话语权。所谓“新疆强迫劳动”不过是欧美等国在第二波疫情来临时，为否定中国抗疫成果与中国制度，同时转移国内矛盾的手段。

在 3 月 26 日外交部例行记者会上，发言人播放了一段前美国国务卿鲍威尔的办公室主任、前陆军上校劳伦斯·威尔克森 2018 年 8 月在罗恩·保罗学院的演讲，其中亲口承认：“中情局想破坏中国的稳定，最好的办法就是制造中国的动荡。与那些维吾尔族人一起刺激北京，无需外力，直接从内部搞垮中国。”所谓新疆维吾尔族问题，只不过是美国企图从内部搞乱中国、遏制中国的战略阴谋。而在这出美国导演制作的“大片”中，美国及其几个盟友国家一些政客，包括一些媒体，扮演了极不光彩的角色。他们或是与反华势力相互勾结，毫无底线地无中生有、造谣抹黑；或是出于意识形态偏见，宁可相信极少数反华分子编造的谎言，也不愿听取 2500 多万新疆各族人民的共同心声，不愿正视新疆地区发展进步的基本

---

[19] 翻译自欧盟官方网站 https://europa.eu/european-union/topics/human-rights_en.

[20] 参见李西霞：《欧盟自由贸易协定中的劳工标准及其启示》，《法学》，2017 年第 1 期。

[21] Regulation (EU) 2020/1998 concerning restrictive measures against serious human rights violations and abuses

[22] 郭曰君：《论国际人权法中的国家间指控程序》，《人权》, 2015 年第 4 期。

[23] 参见[英]菲利普·桑斯著，单文华、赵宏、吴双全译，《无法无天的世界：当代国际法的产生与破灭》，人民出版社 2011 年 9 月版，第 7 页。

[24] 3 月 22 日，中方对欧盟有关机构和人员实施制裁。3 月 27 日，中方对美国、加拿大有关人员和实体实施制裁。

事实。他们动辄援引所谓“可信”证人或信息源，义愤填膺要“捍卫”新疆人权。他们的真正目的，就是要破坏中国安全稳定，阻遏中国发展壮大。

（二）提出中国特色劳工标准

3 月 16 日，中国驻欧盟使团团长张明在出席欧洲政策中心（EPC）举办的“60 分钟吹风会”（Sixty Minute Briefing）时指出，“投资协定不是解决中欧所有分歧的‘篮子’，更不是施压工具。不应将经贸问题政治化、扩大化，也不应干扰双方协商解决经贸问题的努力。”

劳工条款的本意是为了保障劳工权益，实现社会公正，同时减缓社会矛盾，维护社会发展，最终实现可持续发展与包容性增长。[25]然而，自劳工条款纳入经贸协定以来，发达国家与发展中国家始终站在对立面。发达国家认为发展中国家劳动力成本较低是由于过于宽松的劳工标准，由此形成的出口竞争优势是不公平竞争，构成所谓社会倾销（social dumping）或所谓劳动力倾销，因此要求贸易与劳工问题挂钩，对发展中国家的劳动密集型产品采取贸易限制措施。[26]而发展中国家认为，廉价劳动力是一国经济发展过程中的一个必经阶段，发达国家真正目的是否认发展中国家基于廉价劳动力所享有的比较优势，削弱发展中国家产品的国际竞争力。这是发达国家制造出的国际贸易壁垒。最近欧美国家炒作的新疆所谓“强迫劳动”，更是让劳工保护成为操弄“人权政治”的工具。这与劳工保护的初衷毫不相干。

国际劳工组织也正在尝试着在标准的内容、协调性与相关性等方面进行必要的改革，更重要的是对监督实施机制的改革，这是在全球化形式及各国自主性日益增强的情况下，保证标准在各国实施的重要措施。

中国作为国际劳工组织的创始成员国，也可以利用国际劳工组织改革的机遇，改变旧有的国际劳工规则与标准，提出具有中国特色的劳工规则与标准，即排除政治操弄与制裁，主张对话合作，保障劳工权益，真正落实联合国 2030 可持续发展目标，代表人类共同利益的劳工保护标准，并在此基础上建构具有中国特色的人权观，将是中国对世界的一个重大贡献，也可以增强中国在人权领域进行国际交流的力量，进而为中国的现代化发展争取有利的国际环境。

随着中国等新兴市场和发展中国家的崛起，欧美国家将无法维持过去那样的绝对优势地位，同时，发展中国家也在追求平等和尊重的合法权益，这让欧美国家所持的优越感也越来越不得人心，国际社会应该回归《联合国宪章》的精神，构建一种相互尊重，平等相待，合作共赢的新型国际关系。

结 语

中欧 CAI 中的劳工条款的初衷是为了在双边投资中，充分保护劳工的权益，营造良好投资环境。然而，由于少部分反华政客的操弄，这一条款被加入批准废除强迫劳动公约的要求，并进一步成为污名化中国人权，借机制裁，遏制中国发展的手段。中国应充分认清批准相关公约背后的风险，避免争端扩大化。同时坚定地站在维护国际多边主义的立场上，有理有利有节地进行斗争，表明鲜明的态度，维护自身合法权益，构建相互尊重，平等相待，合作共赢的国际秩序。

---

[25] 金铮：《全球化背景下的劳工问题研究——以国际法为视角》，法律出版社 2018 年版，第 3 页。
[26] 陈志阳：《多双边贸易协定中的国际核心劳工标准分析》，《国际贸易问题》2014 年第 2 期。

欧盟草药农药残留最大限量标准制度最新立法及其启示

朱志东　衡阳师范学院法学院

摘要：2018 年 6 月 26 日(EU) 2018/832 正式实施，针对原有农药残留限量法规(EC)2005/396 中部分农药残留限量做出修订。这是继 2016、2015、2014 年以来再次修订农药残留标准指令。欧盟今后将持续关注草药农药残留立法，该修法的目的在于提高草药农药残留限制标准，平衡草药生产企业和草药药品消费者的利益。考察欧盟相关制度对于完善我国的草药农药最大残留标准制度，具有重要的借鉴意义。

关键词：欧盟；草药；农药残留；最大限量标准

农药施用后，如果一定时间内没有被分解，那么其降解物或有毒代谢物等难免会残留于生物体内或周边环境当中。人们在食用了含有农药残留的中草药后，不但不能起到治疗疾病的作用，反而会诱发各种慢性病症如癌症、畸形和基因突变等。[1]为了保障公共卫生和健康安全，保护生态环境，各国通过立法规定农药残留的最大限量标准。农药最大残留限量标准（Maximum Residue Limits, MRL）是指在被农产品生产者认为是经过优良的农业措施生产出的产品中检出的最高农药残留量。[2]然而，设定过于严苛农药最大残留限量标准又可能构成技术性贸易壁垒阻碍贸易自由，因此制定草药农药残留标准制度的争论及利弊分析的研究从未停止过。一个国家到底制定何种草药农药残留限量标准制度，需要在各种利益之间寻求平衡，同时一国农残标准制度并不是一成不变的，往往需要基于国内实际情况的变化，随之进行相应的改变。欧盟在 2018 年 6 月 26 日正式实施(EU) 2018/832 指令，针对 2005 年颁布的农药残留限量法规(EC)2005/396 中部分农产品的农药残留限量做了修订。这是继 2016 年、2015 年和 2014 年以来连续第四次修订农药残留标准指令。随着欧盟草药消费者对由于中草药的需求越来越大，很多药材都在寻找人工种植的途径，农药残留问题也开始凸显起来。现今我国农业种植过程中大量使用农药，出口的中草药产品农药残留往往超标。农药最大残留限量标准越来越成为影响我国中草药出口的阻碍。可见，论证研究并制定合理的农药最大残留限量标准制度显得尤为迫切。

一、欧盟草药农药残留最大限量标准制度的立法基础

（一） 保障公共卫生健康保障的考量，保护草药种植周边生态环境

欧盟草药市场巨大，草药药品消费者众多。但是农药残留物超标的草药本身药效大打折扣，且给药品消费者带来慢性疾病，包括癌症、生殖缺陷、及神经问题。农药对一些体质和免疫力较弱的群体伤害更加明显，例如说儿童和老人。这将威胁公共卫生健康安全。事实证明，农药残留物质最大限量监管可以有效地避免农药残留物给公众卫生健康带来的风险。

人工种植使用的农药大部分进入药用植物生长的土壤和周边空气当中，再经过雨水进入土壤导致土壤污染。残存的农药往往会杀死药用植物生长环境中其他有益的生物如蚯蚓、病虫的天敌和微生物，破坏当地生态的多样性。在对农作物或者其他植物施用农药时，喷雾漂

【作者简介】 朱志东（1983.10--），男，汉族，湖南长沙人，衡阳师范学院法学院讲师，博士，主要从事国际私法和国际经济法研究。

1 孙良媛．中国规模化畜禽养殖的现状及其对生态环境的影响[J]．华南农业大学学报：社会科学版，2016，15(2)：23-30．

2 Regulation (EC) No 396/2005 of the European Parliament and of the Council as regards maximum residue levels for asulam, cyanamide, dicloran, flumioxazin, flupyrsulfuron-methyl, picolinafen and propisochlor in or on certain products.

移将导致农作物生长的土壤地表水和地下水的污染。根据欧洲供水系统的一项调查显示，低地河流的水质受农药污染的情况非常严重。

（三）兼顾农业产业经济效益与农产品贸易自由

为了减少病虫害对药用植物的生产巨大危害，人工种植药用植物时难免要施用杀虫剂等农药。欧盟农药市场巨大，2010 年欧盟农药销量超过 28 万吨，从事农药产业的工人有近三万多人。[3]施用农药的积极意义在于其客观上提高了欧盟药用植物的产量。农药使用还大大降低了劳动成本的投入。农药的使用使得草药的产量可靠而稳定，农民也可以有更多的选择种植不同的草药。但是农药终归包含着毒性物质，它给人类健康和周边环境产生带来风险。因此，欧盟的立法者始终坚持经济利益与公共卫生健康的平衡。

二、欧盟草药农药残留最大限量标准制度的具体内容

（一）政策和规范性文件

欧盟制定了“环境行动计划”是《欧盟环境法》的基本大纲，迄今欧委会已多次制定环境行动计划，并据此调整环境政策。环境行动计划明确指出控制农药杀虫剂使用的目标，包括：1. 减少因为使用杀虫剂和农药造成的环境风险；2. 改进有关农药杀虫剂使用和分销的监管；3 降低有害活性物质的使用水准适宜含量，尤其是尽量选取安全的可替代的物质替代杀虫剂；4. 鼓励鼓励使用较低含量的农药杀虫剂鼓励使用，鼓励使用无杀虫剂的农作物培养。[4]

（二）欧盟有关农药的最大残留限量标准的条例和指令

2008 年 9 月欧盟《农药的最大残留量条例》（Regulation EC 396/2005）生效，条例要求联盟内所有成员国推行统一的农药最大残留限量（MRLs）标准，对草药作物施用农药自然也包含在内。[5]条例也将《药品良好生产管理规范》作为基础性规范纳入进来；条例的创新之处还在于，力推各成员国建立数据库，共享有关农药最大残留限量控制的信息资源；[6]2009 年欧盟《植物保护产品批准和销售条例》重申农药的施用不得有损植物本身、周边地下水质以及人类和动物的健康。该条例的创新之处则在于，通过立法确定了农药的施用必须事先经过权威部门的安全风险评估，欧盟的农药制造商必须依法履行义务，农药产品上市前须向欧盟食品安全局（EFSA）以及本国监管机构提供样品安全申请。条例还因地制宜做出农药标准的例外情形，根据欧洲地区的某些草药作物生长环境特点，规定位于欧洲北部、中部和南部三个区域成员国农药产品跨地带上市前，必须经过目标地带成员国政府批准；[7]欧盟当年颁布《农药可持续使用指令》，立法明确要求要应用控制与管理农药的方法技术，减少包含化学成分杀虫剂等农药的施用。指令充分体现了对农药产业保护和公民健康安全利益的平衡，允许欧盟成员国在 2012 年前制定适应本国国情的农药控制规划，一方面照顾到农作物包括草药的产量提高，另一方面也要重视农药给农作物本身和周边环境带来的危害。[8]

欧盟从未停止农药监管立法修改的步伐。2016 年欧盟针对《农药的最大残留量条例》进行修订，修改部分农药的最大限量(MRL)标准，以条例附件的形式列明部分药用植物的

---

3 Gregor Erbach,Pesticide legislation in the EU towards sustainable use of plant protection products,http://www.library.ep.ec.

4 EU Policy for a sustainable use of pesticides The story behind the Strategy,P8.

5 钱韵旭，国外新农残标准对中药出口的影响及对策研究[D]，沈阳药科大学论文，2014：39.

6 REGULATION (EC) NO 396/2005 on maximum residue levels of pesticides in or on food and feed of plant and animal origin,Article 2.

7 Regulation (EC) No 1107/2009 concerning the placing of plant protection products on the market.

8 Directive 2009/128/EC establishing a framework for Community action to achieve the sustainable use of pesticides09/128/EC.

农药最大限量标准；92017 年（EU）2017/170 及（EU）2017/171 条例颁布，对 22 种农药最大残留限量标准做出补充；[10]2018 年 6 月实施的(EU) 2018/832 则对 16 种农药的残留限量值作出修订，本次修订最大的特点在于根据不同的农药特点放宽了最大残留限量均要求。除此之外，《欧洲药典》被公认为欧盟草药农药施用监管的重要依据，发挥了有力的规范和约束作用。欧盟编纂委员会将联合国粮农组织和世界卫生组织制定的植物农残物控制标准纳入其中，在《欧洲药典》中规定了草药的农药残留限量标准。

三、欧盟草药农药残留最大限量标准制度制度对我国的启示

（一）我国草药农药残留最大限量标准制度立法实践及不足

根据国家食品药品监督管理总局 2017 年披露的数据，四十多家知名中草药企业生产的多批次草药饮片不符合国家质量标准。[11]农户片面追求草药产量，滥用农药进而影响草药本身药效，造成种植周边环境污染。我国众多药企出口的中草药因为达不到欧盟农药残留最大限量标准而被拒之门外。相反，德国和日本的汉方药畅销全球草药市场。欧盟对草药你农药残留限量的高标准要求，客观上提升了企业产品国际草药市场的竞争力。因此，借鉴欧盟做法，制定出合理的农药残留最大限量标准制度显得尤为必要。

（二）我国草药农药残留最大限量标准制度的完善

1. 确定草药农药残留最大限量标准制度的立法宗旨和基本原则

考察欧盟立法可见，公共卫士安全和自然环境资源的可持续利用始终作为基本原则在欧盟各类标准制度确立起来。同时也应考虑到兼顾农业产业经济效益，不能制定不合理且过于严苛的草药农药残留最大限量标准制度，进而阻碍草药产品自由贸易。目前欧盟针对 179 种农药制定了 26052 项限量标准。欧盟在草药中检测的农药残留物达 162 种。[12] 与草药农药残留最大限量标准制度相比，我国相关制度对于草药农药残留最大限量要求等相对较低。因此，笔者建议首先确立草药农药残留最大限量标准制度的立法宗旨和基本原则，将其贯穿到草药生产各个环节标准要求的监管当中，对接欧盟和国际标准。[13]考虑国情，建立适合中国实际情况的合理农残标准。[14]

2. 立法明确草药农药残留最大限量的评估方法，建立农药残留物信息共享平台

欧盟草药农药残留最大限量制度的先进性在于，通过立法确定了具体的安全风险评估方法，强制要求农药制造商在农药产品上市前须向监管机构提供样品安全申请。欧盟相关条例指令和《欧洲药典》规定，草药必须满足多种农药残留检测项目标准要求才得以上市。相比之下，《中国药典》中有关草药的农药残留检测项目并不多，草药药品消费者的安全风险相应较高。因此，笔者建议首先应立法明确草药农药残留最大限量的评估方法，强制要求农药制造商上市前提供样品安全申请，补充多种农药残留检测项目标准，强制引入新的农药残留检测技术；此外，欧盟几乎每年都会修订审核农药残留标准，针对新的农药品种发布新的草

---

9 Regulation (EU) 2016/71 of 26 January 2016 amending Annexes II, III and V to Regulation (EC) No 396/2005 of the European Parliament and of the Council asregards maximum residue levels for 1-methylcyclopropene, flonicamid, flutriafol,indolylacetic acid, indolylbutyric acid, pethoxamid, pirimicarb, prothioconazole and teflubenzuronin or on certain products,Annex.

10 Commission Regulation (EU) 2017/170 of 30 January 2017 amending Annexes II, III and V to Regulation (EC) No 396/2005 of the European Parliament and of the Council as regards maximum residue levels for bifenthrin, carbetamide, cinidon-ethyl, fenpropimorph and triflusulfuron in or on certain products.

11 法制日报网，54 批次不合格中药饮片曝光，将从重处罚查实标识生产企业，http://news.eastday.com/eastday/13news/auto/news/china/20170209/u7ai6480290.html,2017-3-16.

12 杜蕾.农药残留对河南省中植物药进出口的影响及对策研究[D].河南科技大学，2011：17.

13 涂永前,张庆庆.食品安全国际标准在我国食品安全立法中的的地位及立法完善[J].社会科学研究，2013，2：77.

14 钱韵旭，国外新农残标准对中药出口的影响及对策研究[D]，沈阳药科大学论文，2014：72.

药残留标准，这也是值得我国立法者学习和借鉴的。

3. 立法推广使用无公害中药农药，普及有机草药种植技术和转基因抗病虫技术

欧盟在《农药可持续使用指令》明确要求控制与管理农药的方法技术，减少包含化学成分杀虫剂等农药的施用。此外，为了降低农药化学物的危害，强制要求草药种植者采取新的管理方法和技术，包括杀虫管理技术、有机种植技术和转基因抗病虫技术等。欧盟多数成员国开始施用环保农药如生物杀虫剂。[15]事实上，我国在可替代的农药技术方面已经走在世界前列。兰州交通大学研制出一种以纯中药为原材料的农药产品，即“中药农药”。经过各项实验室实验和多地种植户实际使用，足以证明它们可以有效除虫，提高中草药产量。2014年，这种农药已经通过我国药物登记检测。但是，相比传统的化学农药而言，中药农药成本过高，使用方法和技术方要求更高。因此，政府和立法者应当给予相应保护和鼓励措施推广中药农药的使用，最终替代传统化学农药给予公共卫生和健康安全更有力的保障。

【参考文献】

[1] 孙良媛. 中国规模化畜禽养殖的现状及其对生态环境的影响[J]. 华南农业大学学报：社会科学版，2016 年第 15 期。

[2] 钱韵旭，国外新农残标准对中药出口的影响及对策研究[D]，沈阳药科大学论文，2014。

[3] 涂永前,张庆庆.食品安全国际标准在我国食品安全立法中的的地位及立法完善［J］. 社会科学研究，2013 年第 2 期。

[4]杜蕾.农药残留对河南省中植物药进出口的影响及对策研究[D].河南科技大学，2011。

[5] Gregor Erbach,Pesticide legislation in the EU towards sustainable use of plant protection products,http://www.library.ep.ec.

[6] REGULATION (EC) NO 396/2005 on maximum residue levels of pesticides in or on food and feed of plant and animal origin,Article 2.

[7] Regulation (EC) No 1107/2009 concerning the placing of plant protection products on the market.

[8] EU Policy for a sustainable use of pesticides The story behind the Strategy.

[9] Commission Regulation (EU) 2017/170 of 30 January 2017 amending Annexes II, III and V to Regulation (EC) No 396/2005 of the European Parliament and of the Council as regards maximum residue levels for bifenthrin, carbetamide, cinidon-ethyl, fenpropimorph and triflusulfuron in or on certain products.

[10] Regulation (EU) 2016/71 of 26 January 2016 amending Annexes II, III and V to Regulation (EC) No 396/2005 of the European Parliament and of the Council asregards maximum residue levels for 1-methylcyclopropene, flonicamid, flutriafol,indolylacetic acid, indolylbutyric acid, pethoxamid, pirimicarb, prothioconazole and teflubenzuronin or on certain products,Annex.

[11]Vijay Veer,Herbal Insecticides,Repellents and Biomedicines:Effectiveness and Commercialization,Springer,2017:14.

15 Vijay Veer,Herbal Insecticides,Repellents and Biomedicines:Effectiveness and Commercialization,Springer, 2017:14.