

浙江省法学会国际法研究会 2020 年  
学术研讨会  
论文集

主办：浙江省法学会国际法研究会

承办：宁波大学法学院

浙江大学国际法研究所

2020 年 10 月 宁波

## 目 录

适用于东海的国际条约：以中日关系为核心	蔡连增 02
全球公共卫生危机背景下 TRIPS 药品试验数据披露问题研究	褚童 10
偏差与矫正：传染病防控中《国际卫生条例》（2005）的角色	房淑楠 23
全球海洋治理视阈下南海“蓝色伙伴关系”的构建	侯丽维、张丽娜 33
自由贸易协定知识产权保护条款对中国出口贸易的影响	胡昕桐 48
WTO 争端解决机制危机成因及改革路径研究	黄伟锋、许越 70
法与经济交融视域下的补贴利益基准：理论解析与标准澄清	蒋奋 80
The Application and Interpretation of GATT Art. XXI (Security Exception): A Close Look at China-U.S. Trade War	Jin Chun 91
互联网领域“恶意注册”产业链刑事规制	金嫵、郭玮 110
新冠疫情下的生物安全保障措施与中国因应研究	柯欢怡 120
新时代全面打造《国际公法》全英文一流课程研究	李子瑾 131
气候变化全球治理的新发展：国际航空业碳抵消与削减机制研究	刘勇、朱瑜 137
论“或裁或审”条款的效力	骆静雯 152
韩国宪法法院对慰安妇问题的决定和对我国的启示	马光 167
论人类共同继承财产理论的新发展——基于“一带一路”倡议的促动	邱文弦 175
《新加坡调解公约》下中国国际商事和解协议的执行	宋悦容 185
《海牙儿童诱拐公约》框架下跨国儿童诱拐纠纷的调解	王光英子 194
浅议生物安全的立法保护机制与中国因应	王晓波 207
已撤销的商事仲裁裁决域外“复活”问题探究	温顺 218
跨国代孕亲子关系认定的实践与发展	严红 227
《国际贸易术语解释通则 2020》修订解读 ——试从使用者友好化角度分析	叶凌恺 239
我国的商事调解立法：现状与前瞻	尹力 246
大数据时代下的个人隐私安全	张国荣、郑丽晓 256
世界格局演变背景下“一带一路”国际争端解决机制的构建	张宏乐 261
美国 232 调查与 WTO 安全例外规则的合规性分析	张蹇、钱清 267
离任和继任指挥官刑事责任研究	周琦 280

# 适用于东海的国际条约：以中日关系为核心

蔡连增\*

研究东海法律问题需要做的一项基础性工作，是检索直接或可能适用于东海的国际条约。涉及东海的国际间法律关系，以中国和日本之间为主，所以不妨把中国和日本共同参加或缔结的国际条约作为主要的检索对象。这样，中日共同参加或缔结的直接涉海国际条约毫无疑问成为最重点的关注对象。但问题是，可能适用于中日间东海关系的国际条约不必是直接涉海的条约，以什么标准加以选取呢？严格说来，这个标准只能是相对而任意的，在本文中，那些一般性普遍性的国际公约（例如《联合国宪章》）因为适用主体太广内容太宽泛予以排除，而很可能适用于海洋的主题特定的全球性公约、涉及中日或中日韩共同合同的基础性条约则予以保留，因为它们对中日间海洋关系有直接指导意义或直接规定有涉海内容。由此，以中日关系为核心，可以把适用于东海的国际条约分为三大类：中日共同参加的国际公约、中日共同参加的区域条约和中日之间缔结的双边条约，三大类之下又可按主题不同等标准进一步分类，最后得到如下条约。

## 一、中日共同参加的国际公约

### （一）国际涉海基础性公约

毫无疑问，适用于中日间海洋权利义务划分的最主要国际海洋法律是《联合国海洋法公约》。公约 1982 年 12 月 10 日在牙买加召开的第三次联合国海洋法会议上获得通过，1994 年 11 月 16 日正式生效。我国为 1982 年 12 月 10 最早一批签署国之一，1996 年 6 月 7 日批准加入该公约。日本于 1983 年 2 月 7 日签署，1996 年 6 月 20 日批准加入。公约内容几乎涉及海洋法的一切方面，关于专属经济区和大陆架的规定尤其可能影响中日在东海的权利义务关系。

中日共同参加的国际涉海基础性公约还包括：《国际海事组织公约》原称《政府间海事协商组织公约》，1948 年 3 月 6 日在日内瓦召开的联合国海事会议上通过，1958 年 3 月 17 日生效。中国和日本均为缔约国之一，我国于 1973 年 3 月加入。《国际海事卫星组织公约》和《国际海事卫星组织业务协定》均于 1976 年 9 月通过，1979 年 7 月生效。国际海事卫星组织后改名为国际移动卫星组织（英文缩写仍为 IMSO），公约和协定相应改名。中日均于 1979 年加入。

中日均参加的国际劳工组织主持制定的涉海劳工保护公约，除最重要的《海事劳工公约》(MLC, 2006) 外，还包括：《确定准许儿童在海上工作的最低年龄公约》(C007)，《在海上工作的儿童及未成年人的强制性体格检查公约》(C016)，《海员协议条款公约》(C022)，《航运的重大包裹标明重量公约》(C027)。其中《国际海事劳工公约》2006 年通过，2013 年 8 月 20 日正式生

---

\* 蔡连增，法学博士，宁波大学法学院副教授。

效。日本于 2013 年加入。中国 2015 年 8 月批准加入，2016 年 11 月 12 日该公约对我国生效。此外，中日都加入了公约 2014、2016 和 2018 三个修改议定书。公约被称为海员的“权利法案”。<sup>1</sup>

有许多国际公约虽然不是专门针对海洋规定的，但是显然也适用于海洋，并且由于其内容的特殊性，相关条款很有可能用以界定同作为缔约国的中日之间东海问题上的权利义务。例如，1992 年 6 月通过，1993 年 12 月 29 日正式生效的《生物多样性公约》，<sup>2</sup> 1976 年 12 月通过，1978 年 10 月 5 日生效的《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》，<sup>3</sup> 及《和平解决国际争端公约（1907）》。

## （二）保护海洋环境的公约

保护海洋环境、防止海洋污染的公约数量众多，大多为国际海事组织主持制定或由其保管，中国和日本共同加入了其中的一部分。

《防止海洋石油污染的国际公约》（OILPOL 1954，《油污公约》），1954 年在伦敦通过，1958 年 7 月 26 日生效，后经 1962 年和 1969 年两次修正。我国是缔约国之一。日本于 1967 年加入公约。

《国际干预公海油污事故公约》（《Intervention 1969，《干预公约》），1969 年 11 月 29 日签署于布鲁塞尔，1975 年 5 月 6 日生效。中日均为公约缔约国之一，日本于 1971 年 6 月签署，1975 年 5 月对其生效；我国于 1990 年 2 月 3 日加入，1990 年 5 月 24 日对我国生效。

《国际油污损害民事责任公约》（CLC 1969）1969 年 11 月 29 日签订于布鲁塞尔，1975 年 6 月 19 日生效。1992 年 11 月，国际海事组织在伦敦召开的国际会议上通过了修订该公约的议定书（CLC Protocol 92），于 1996 年 5 月 30 日生效。中国于 1980 年 4 月 29 日参加公约，于 1999 年 1 月 5 日交存加入 1992 年议定书的批准书，2000 年 1 月 5 日议定书对我国生效。日本于 1976 年加入公约，1992 年议定书于 1998 年 5 月对其生效。

《设立油污损害赔偿国际基金国际公约》及其 1992 年议定书（Fund 1971, Fund Prot 1992）。中国于 1997 年 7 月加入公约，2000 年 1 月加入了 1992 年议定书。日本分别于 1978 年 10 月和 1996 年 5 月（均为对日本生效时间）加入了公约和议定书。

《防止因倾废物及其它物质而引起海洋污染的公约》及其 1996 年议定书（London Convention 1972, London Convention Protocol 1996），1972 年 12 月 29 日签订于伦敦，1975 年 8 月 30 日生效。日本和中国分别于 1980 年和 1985 年加入。

《国际防止船舶造成污染公约》（MARPOL 1973），经 1978 年修订，称《经 1978 年议定书修订的 1973 年国际防止船舶造成污染公约》，于 1983 年 10 月 2 日生效。中国和日本均是该公约及其技术性附件的参加国。

<sup>1</sup> 《海事劳工公约》中译本可见中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2015-11/10/content\\_1951872.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2015-11/10/content_1951872.htm)，2020 年 5 月 25 日访问。

<sup>2</sup> 公约全文，可见联合国网站，中文本网页 <https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/cbd.shtml>，访问日期 2020 年 5 月 25 日。

<sup>3</sup> 公约全文，可见联合国网站，中文本网页 <https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/A-RES-31-72.shtml>，访问日期 2020 年 5 月 25 日。

《国际油污防备、反应和合作公约》(OPRC 1990), 1990 年 11 月 30 日订于伦敦, 1995 年 5 月 13 日生效。中国于 1998 年 3 月 30 日加入, 1998 年 6 月 30 日对我国生效。日本于 1995 年 10 月 27 日加入, 1996 年 1 月 17 日对其生效。

《有毒有害物质污染事故防备、反应与合作议定书》(OPRC/HNS 2000), 2000 年 3 月 15 日签订于伦敦。中国于 2009 年 11 月 19 日交存批准书, 2010 年 2 月 19 日对我国生效。日本于 2007 年 3 月 9 日交存批准书, 2007 年 6 月 14 日对其生效。

《控制船舶有害防污底系统国际公约》(AFS 2001), 2001 年 10 月 5 日订于伦敦。日本于 2003 年 7 月 8 日交存批准书, 2008 年 9 月 17 日对其生效。中国于 2011 年 3 月 7 日交存批准书, 2011 年 6 月 7 日对我国生效。

《国际船舶压载水和沉积物控制与管理公约》(BWM 2004) 生效于 2017 年 9 月 8 日。2018 年 10 月 22 日, 中国驻英国大使馆向国际海事组织递交了中国加入该公约的文书。2019 年 1 月 22 日, 该公约正式对中国生效。日本此前已于 2014 年 10 月 10 日交存批准书, 2017 年 9 月 8 日对其生效。<sup>1</sup>

### (三) 保护海洋资源的公约

《国际管制捕鲸公约》(ICRW, 1946 年) 签订于华盛顿, 生效于 1948 年 11 月 10 日, 于 1956 年 11 月 19 日修正, 修正案于 1959 年 5 月 4 日生效。我国于 1980 年加入该公约。日本曾是该公约的缔约国, 但于 2018 年 12 月 26 日宣布退出公约, 同时宣布, 自退约生效之日即 2019 年 7 月 1 日起, 日本将在其领海和专属经济区之内重启商业捕鲸活动, 此举遭到国际社会普遍反对。

《执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(UNFSA 1995, 《联合国鱼类种群协定》或《鱼类种类协定》), 1995 年 8 月 4 日通过, 2001 年 12 月 11 日生效。日本 1996 年 11 月 19 日签署, 2006 年 8 月 7 日批准加入该协定。中国于 1996 年 11 月 6 日签署, 目前尚未批准加入。

联合国粮食及农业组织 (FAO, 中文简称为“粮农组织”) 的职能包括对国际渔业资源的管理, 制定了一些涉及渔业的守则和计划, 虽然不具有国际条约的约束力, 但中国和日本同作为成员国, 均有义务加以遵守或尊重, 例如《负责任渔业行为守则》、《关于预防、制止和消除非法、不报告和不管制捕捞的国际行动计划》(简称“IUU 捕捞国际行动计划”)、《捕捞能力管理国际行动计划》等。

《关于特别是水禽生境的国际重要湿地公约》(1971 年, 拉姆萨尔, 《湿地公约》或《拉姆萨尔公约》) 是当今最具有影响力的多边环境公约之一, 日本与中国分别于 1980 年和 1992 年加入。

### (四) 保障海洋安全的公约

《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》, 即日内瓦第 2 公约, 是国际人道法的基础性条约之一, 1949 年 8 月 12 日订立于日内

<sup>1</sup> 以上保护海洋环境的各公约均由国际海事组织主持制定或保管, 其条文和各缔约国加入情况均可在国际海事组织网站检索到。

瓦, 1950 年 10 月 21 日生效。中国于 1952 年 7 月 13 日声明承认, 1956 年 12 月 28 日交存批准书, 1957 年 6 月 28 日对我国生效。日本于 1953 年加入。

《禁止在海洋底床及其下层土壤放置核武器及其他大规模毁灭性武器条约》, 联合国大会 1971 年 2 月 11 日通过, 1972 年 5 月 18 日生效。日本和中国分别于 1971 年和 1991 年批准加入。

《国际船舶载重线公约》(LL 1966), 1966 年 4 月签订于伦敦, 1968 年 7 月 21 日生效。中国于 1973 年 10 月 5 日交存批准书, 1974 年 1 月 5 日对我国生效。日本于此前 1968 年加入。中日也是该公约 1988 年议定书的缔约国。

《国际海上避碰规则公约》(COLREG 1972), 1972 年 10 月在伦敦通过, 1977 年 7 月 15 日生效。日本和中国分别于 1977 年和 1980 年加入。

《国际集装箱安全公约》(CSC 1972), 1972 年 12 月 1 日在日内瓦通过, 1977 年 9 月 6 日生效。日本于 1978 年交存批准书, 1979 年对其生效; 中国于 1980 年交存批准书, 1981 年生效。

《国际海上人命安全公约》(SOLAS 1974), 1974 年 11 月 1 日签订于伦敦, 1980 年 5 月 25 日生效, 后经过多次修正。中日两国均于 1980 年加入该公约, 且均加入了 1978 年和 1988 年的两个议定书 (SOLAS Protocol 1978 和 SOLAS Protocol 1988)。

《国际海上搜寻救助公约》(SAR 1979), 1979 年 4 月通过, 1985 年 6 月 22 日生效。中日均于 1985 年加入了该公约。

《制止危及海上航行安全非法行为公约》(SUA 1988), 1988 年 3 月在罗马通过, 1992 年 3 月 1 日生效。中国于 1991 年 8 月 20 日交存批准书, 1992 年 3 月 1 日对我国生效。日本于 1998 年加入。

《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》, 1988 年订于罗马, 中日均为参加国。本议定书的参加国都是前述 SUA 1988 的缔约国。<sup>1</sup>

## (五) 其他海洋国际公约

《国际便利海上运输公约》(FAL 1965), 1965 年 4 月签订于伦敦, 1967 年 3 月 5 日生效, 1973 年修订。我国于 1995 年 1 月 16 日交存批准书, 1995 年 3 月 17 日对我国生效。日本于 2005 年加入。

《国际船舶吨位丈量公约》(Tonnage 1969), 1969 年 6 月 23 日订于伦敦, 1982 年 7 月 18 日生效。中日均是该公约的原始缔约国, 于 1982 年 7 月 18 日对两国生效。

《海员培训、发证和值班标准公约》(STCW 1978), 1978 年 7 月签订于伦敦, 1984 年 4 月 28 日生效。中日都是公约的原始缔约国, 公约生效时对两国生效。

## 二、中日共同参加的区域条约

### (一) 区域渔业合作和资源保护条约

《设立亚洲—太平洋渔业委员会的协定》, 1948 年 11 月在联合国粮农组织

<sup>1</sup> 以上由国际海事组织主持制定或保管的条约, 其条文和各缔约国加入情况均可在国际海事组织网站检索到。

大会上通过，1948 年 11 月 9 日生效，后经多次修正。日本和中国分别加入于 1952 年和 1993 年。

《中西部太平洋高度洄游鱼类种群养护和管理公约》，2000 年 9 月签订于檀香山，2004 年 6 月 19 日生效，中国和日本均为缔约国。根据公约，成立了中西部太平洋渔业委员会（WCPFC）。

《北太平洋公海渔业资源养护和管理公约》，2012 年 2 月 24 日通过，2015 年 7 月 19 日正式生效。我国于 2013 年 3 月 8 日签署，2014 年 11 月 28 日批准，条约生效时对我国生效。日本也是缔约国之一。公约设立的北太平洋渔业委员会（NPFC），2015 年通过《关于秋刀鱼渔业养护和管理措施》，2018 年通过《北太平洋渔业委员会公海渔船登临检查程序规定》。

## （二）区域海洋安全保障条约

《亚洲打击海盗及武装抢劫船只的地区合作协定》，由日本倡议发起，2004 年 11 月 11 日签订于东京，2006 年 9 月 4 日生效，保存机关为新加坡政府。成员中共有 14 个亚洲国家和 6 个亚洲区域外的国家。我国签署和批准于 2006 年 10 月 27 日，2006 年 11 月 26 日对我国生效。根据协定在新加坡建立了亚洲反海盗及武装抢劫船只区域合作协定组织及其信息共享中心（ReCAAP ISC）。<sup>1</sup>

## （三）中日韩三方合作协议

《中日韩推进三方合作联合宣言》，2003 年 10 月 7 日由中日韩三国领导人于印度尼西亚巴厘岛会晤后发表。

《2020 中日韩合作展望》，2010 年 5 月 29 日由中日韩三国领导人在韩国济州岛会晤后发表。特别提到“我们将合作加强地区海洋环境保护，努力提升公众减少海洋垃圾的意识，重申落实西北太平洋行动计划框架性防止海洋垃圾的‘区域海洋垃圾行动计划’的重要性。”

《中日韩合作未来十年展望》，2019 年 12 月 24 日由三国领导人在成都发表。特别提到继续支持和鼓励各方共同努力，应对海洋塑料垃圾、空气污染、生物多样性丧失、外来物种入侵和跨境动物疫病等共同挑战。

除了以上中日韩领导人签署的政治性协议外，中日韩三国在环境保护方面持续深化合作，签订有相应的协议。中日韩环境部长会议开始于 1999 年，每年召开一次，在三国轮流举行。会议结束时，往往发表有联合公报、联合声明或行动计划。如 2018 年 6 月签署《第二十次中日韩环境部长会议联合公报》；2019 年 11 月通过《第二十一一次中日韩环境部长会议联合公报》，其选定的未来 5 年三国优先处理的事项包括海洋与水资源管理，特别指出海洋塑料垃圾问题特别重要，为防止塑料垃圾排放入海，将推进妥善处理废弃物、削减购物袋等行动。

## 三、中日之间缔结的双边条约

<sup>1</sup> 杨翠柏：《〈亚洲打击海盗及武装抢劫船只的地区合作协定〉评价》，《南洋问题研究》2006 年第 4 期，第 28-34 页。

## （一）中日基础性条约和合作协定

《中华人民共和国政府和日本国政府联合声明》，简称《中日联合声明》，1972 年 9 月 29 日签订于北京，是中日关系正常化的第一个重要基础性条约。

《中华人民共和国和日本国和平友好条约》，简称《中日友好条约》，1978 年 8 月 12 日签署于北京，1978 年 10 月 23 日生效，开辟了两国长期友好合作的新时期。

《中日关于建立致力于和平与发展的友好合作伙伴关系的联合宣言》，简称《中日联合宣言》，1998 年 11 月 26 日中国国家主席首次访日时发表于日本东京。

《中日关于全面推进战略互惠关系的联合声明》，2008 年 5 月 7 日中国国家主席访日时发表于东京。特别提到，两国共同努力，使东海成为和平、合作、友好之海。

除前述指导中日间关系的四个基本文件外，中日之间在开展政府交流和政府首脑互访时，往往会发表联合新闻公报，其中一般会有专门条款涉及海洋合作。

《中日政府成员会议第一次会议联合新闻公报》，1980 年 12 月 5 日于北京发表。特别涉及中日间海运关系和货运定期航线的开设。

《中日联合新闻公报》，2006 年 10 月 8 日日本首相访问中国时发表于北京。特别确认，为使东海成为和平、合作、友好之海，应坚持对话协商，妥善解决有关分歧；加快东海问题磋商进程，坚持共同开发大方向，探讨双方都能接受的解决办法。

《中日联合新闻公报》，2007 年 4 月 11 日中国国务院总理访日时于日本东京发表。公报涉及双方防务交流，并为妥善处理东海问题，达成多项共识。

《中日两国政府关于加强交流与合作的联合新闻公报》，2008 年 5 月 7 日中国国家主席访日时发表于东京，是 2008 年《中日联合声明》外的联合新闻公报，其中多个条款涉及中日防务交流，包括海上防务合作。

## （二）中日渔业合作协定

在中日两国关系正常化之前，中日之间就通过民间渔业组织即渔业协会签订有相关渔业协定。在渔业协会相互合作过程中，留下了众多备忘录、换文、来往信件、会谈公报。两国关系正常化后，中日之间展开了政府间的渔业协定谈判，于 1975 年 8 月 15 日在东京签署了《中华人民共和国和日本国渔业协定》，1975 年 12 月 22 日生效。

鉴于《联合国海洋法公约》的通过和生效对国际海洋法律制度产生重要影响，日本政府寻求与中国就专属经济区划界和渔业关系调整问题进行谈判。由于双方在划界原则和钓鱼岛主权归属等问题上存在严重对立和分歧，划界谈判工作经过几轮磋商后停顿下来，双方的谈判重点转向渔业问题。1997 年 11 月 11 日，新的《中华人民共和国和日本国渔业协定》在东京签署，2000 年 6 月 1 日正式生效，延续执行至今。<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 以上关于中日渔业协定的介绍，除中日渔业协定条文和附件外，可参见潘澎、程家骅、李彦：《中日渔业协定综述》，《中国渔业经济》2015 年第 6 期第 18-22 页。

### （三）中日其他涉海合作协定

1973 年 5 月 4 日签署并生效的《中华人民共和国电信总局和日本国邮政省关于建设中国和日本国之间海底电缆的协议》。协定决定在中日之间共同建设一条具有足够电路容量的海底电缆。中日间海底电缆的建成，极大地促进了我国的通信事业。

海运和海关互助合作的协定数目较多，包括：《中华人民共和国和日本国海运协定》，1974 年 11 月 13 日签署于东京，1975 年 6 月 4 日生效；《中国和日本关于互免海运收入税捐的换文》，1975 年 5 月 20 日签署于北京；《中国和日本关于从事两国间海运的企业团体互设代表办事处的换文》，1976 年 8 月 25 日签署于东京，1976 年 9 月 10 日生效；《中华人民共和国船舶检验局和日本海事协会关于船舶技术检验合作的协议》，1980 年 8 月 22 日签署；《中华人民共和国政府和日本国政府海关互助与合作协定》，2006 年 4 月 2 日签署于北京并生效。

科学技术和环保合作的协定同样数目较多：《中华人民共和国政府和日本国政府科学技术合作协定》，1980 年 5 月 28 日签署并生效；《中华人民共和国国家海洋局和日本国科学技术厅关于副热带环流合作调查研究实施协议》，1995 年 3 月 31 日签署于北京并生效；《中华人民共和国政府与日本国政府保护候鸟及其栖息环境的协定》，1981 年 3 月 3 日签订于北京，同年 6 月 8 日起生效；《中华人民共和国政府和日本国政府环境保护合作协定》，1994 年 3 月 20 日签署并生效；《中华人民共和国政府和日本国政府面向二十一世纪环境合作联合公报》，1998 年 11 月 26 日签署于东京并生效；《中华人民共和国政府和日本国政府关于进一步加强环境保护合作的联合声明》，2007 年 4 月 11 日签署于东京并生效；《中华人民共和国生态环境部与日本环境省关于合作开展改善大气环境相关研究与示范项目的备忘录》，2018 年 6 月 23 日签署于中国苏州第 20 次中日韩环境部长会议上。

防务与海上搜救合作的协定有：分别于 2007 年 8 月 30 日发表于东京、2009 年 3 月 20 日发表于北京的两个《中日两国防务部门联合新闻公报》，内容包括建立中日防务部门海上联络机制，防止发生海上不测事态，维护东海和平，反海盗、舰艇互访等，在东海危机管控方面迈出重要步伐。<sup>1</sup>《中华人民共和国政府和日本国政府海上搜寻救助合作协定》，2018 年 10 月 26 日签署，2019 年 2 月 14 日生效，是对中日两国共同参加的《国际海上搜寻救助公约》（SAR 1979）的补充和深化。<sup>2</sup>

以上所述涉海全球性国际公约、区域性国际条约和中日双边条约，共同构成了适用于中日之间东海事务法律关系的国际法律体系。一般来说，由于内容和主题各有偏重，不同的条约在各自的领域里发挥作用，相互之间互不干涉、各自独立，但从不同的领域共同构成整体的海洋法律体系来说，它们又是相互

<sup>1</sup> 参见李克强《在纪念中日和平友好条约缔结 40 周年招待会上的演讲》，2018 年 5 月 10 日，东京，见中华人民共和国中央人民政府网站，[http://www.gov.cn/guowuyuan/2018-05/11/content\\_5290000.htm](http://www.gov.cn/guowuyuan/2018-05/11/content_5290000.htm)，访问日期 2020 年 5 月 29 日。

<sup>2</sup> 早在 2007 年 4 月中韩两国政府签署有《中华人民共和国政府与大韩民国政府海上搜寻救助合作协定》；2008 年 8 月又签订了《中华人民共和国中国海上搜救中心与大韩民国海洋警察厅关于履行〈中华人民共和国政府和大韩民国政府海上搜寻救助合作协定〉的协议》，可参见。

补充、相互支持的，共同维护着海洋的稳定和两国间的海洋合作。当然，不同条约之间也不能完全排除发生冲突的可能，这时它们之间的相互关系就比较复杂，需要根据条约的性质和具体内容、两国加入条约的时间、对条约提出保留的情况等因素加以综合分析，才能最后确定哪个条约的规定应当得以优先适用。同时还应注意到，正如其他法律领域一样，国际条约体系也在不断变动、更新中，任何研究者都应及时关注和掌握法律最新的发展趋势和变化情况。

以上的条约检索和整理虽然艰辛且枯燥，但作为奠定深入研究基础的必要前提性工作，其重要性是不言而喻的。

# 全球公共卫生危机背景下 TRIPS 药品试验数据披露 问题研究

褚童

**内容提要：**由于 TRIPS 协定第 39.3 条本身存在法理基础薄弱与规则文本妥协折中的问题，使得药品试验数据不披露义务的含义及其与数据不受不公平商业使用义务之间关系的解释存在模糊、矛盾与难解，致使部分 WTO 成员采取了数据绝对不披露的措施。但无论从 TRIPS 协定义务的条约解释来看，还是从应对全球公共卫生危机的时代需要来看，药品试验数据披露都具有正当性与可能性。国家可以通过签订保密协定、延迟披露、部分披露等路径，在确保符合 TRIPS 协定数据保护义务的基础上平衡公共利益与私人权利。中国在《药品试验数据保护实施办法》（征求意见稿）中对药品试验数据披露进行了富有创新性的探索，但在具体实施方式上有必要进一步细化完善。

**关键词：**数据披露 数据独占 不公平商业使用 公共健康

当前，新型冠状病毒肺炎（COVID-19）疫情仍在世界多国蔓延，各国专家正致力于药品与疫苗的研发。全球流行病治疗和预防的紧迫性与药品临床试验等研发环节的复杂性和不确定性之间存在潜在的矛盾与冲突。在此背景下，药品试验数据的取得、管理、保护与披露制度将对制药企业、药监部门及社会公众的行动与利益产生重大影响。

TRIPS 协定第 39.3 条规定，各成员如要求作为批准销售使用新型化学实体制造的药品或农业化学物质产品的条件，需提交通过巨大努力取得的、未披露的试验数据或其他数据，则应保护该数据，以防止不公平的商业使用。此外，各成员应保护这些数据不被披露，除非为保护公众所必需，或除非采取措施以保证该数据免受不公平商业使用。此规定将药品试验数据保护制度作为国际知识产权保护义务确定下来，但由于条款中关键术语含义未能得到权威解释或澄清，关于 TRIPS 协定第 39.3 条的内涵与实施要求的争论始终没有停止。有学者指出，第 39.3 条是 TRIPS 协定中争议最多的条款之一。<sup>1</sup>对该条款义务内涵的研究，主要集中于对“防止不公平商业使用”的理解，以及由此产生的有关 TRIPS 协定是否设置了数据独占（data exclusivity）义务的争论，<sup>2</sup>相较之下，TRIPS 协定第 39.3 条下药品试验数据披露问题通常受到研究者和实务界的忽视。因为 TRIPS 协定已经将药品试验数据定位为“未披露信息”加以保护，成员方履行不披露试验数据的义务似乎是理所当然的，无需进行更多的探讨。但随着近年来社会公众对药品上市审批透明度、药品质量与用药安全、公共利益与公共健康保护等问题关注度的提高，部分 WTO 成员已经开始探索药品试验数

---

作者信息：褚童，副教授，浙江财经大学法学院。

本文主要内容发表于《知识产权》2020 年第 9 期。

<sup>1</sup> Dinca, Razvan . "The "Bermuda Triangle" of Pharmaceutical Law : Is Data Protection a Lost Ship?." *Journal of World Intellectual Property* 8.4(2010):517-563.

<sup>2</sup> Skillington, G. Lee , and E. M. Solovy . "The Protection of Test and Other Data Required by Article 39.3 of the TRIPS Agreement." *Northwestern Journal of International Law & Business* 1(2003):1-52. Correa, Carlos Maria . "Unfair competition under the TRIPS agreement: protection of data submitted for the registration of pharmaceuticals." *Chicago journal of international law* 3.1(2002):69-85.

据披露的可能与途径。<sup>1</sup>

2018 年 4 月，中国国家药品监督管理局向社会公布《药品试验数据保护实施办法》（暂行）（征求意见稿）（以下简称《办法意见稿》），其中也涉及到药品试验数据披露的要求。可见，探析 TRIPS 协定下药品试验数据披露的合规性、可能性与具体方式，将成为理解 TRIPS 协定第 39.3 条义务要求的新的维度，也为在全球公共卫生危机背景下反思药品试验数据保护制度的价值与实施方式提供了建设性的视角，对我国顺利出台《药品试验数据保护实施办法》、完善药品试验数据保护制度具有重要的实践意义。

## 一、TRIPS 协定第 39.3 条“数据不披露义务”的条约解释

TRIPS 协定第 39.3 条将药品试验数据作为“未披露信息”加以保护，意味着药品试验数据被视为类似商业秘密的信息，能够获得保护的前提是提交给药监机关的试验数据处于未披露状态，此类未披露药品试验数据应具备一定的商业价值，是数据持有人通过“巨大努力”所取得的。在此前提下，当药品上市申请人将试验数据提交给药监部门后，药监部门应负有数据保密义务，不得任意向第三人或公众披露这些数据。同时，第 39.3 条规定数据保密义务存在两项例外，即因保护公众的必要的例外和已经采取措施防止不公平商业使用的例外。因此，解释 TRIPS 协定第 39.3 条下“数据不披露”义务的关键在于阐明这两项例外的含义，即当数据持有人取得数据保护权之后，药监机关或其他相关部门在什么情况下可以通过何种方式披露这些数据？

### （一）对“因保护公众的必要而披露”的解释

WTO 规则允许因“保护公众的必要”而实施义务的例外，类似的规定在 GATT、GATS、SPS、TBT 等协定中均有所体现。如 GATT 第 20 条允许基于“保障人民、动植物的生命或健康的必需”实施 GATT 规则例外；SPS 协定第 2.2 条规定各成员应保证任何卫生与植物卫生措施仅在“为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需”的限度内实施。此类规定允许成员方基于公共利益和其他非贸易价值实施一定的贸易限制及其他限制措施。结合 TRIPS 协定第 7、8 条目标与原则条款中保护公共利益的具体要求，<sup>2</sup>TRIPS 协定第 39.3 条的“保护公众”首先可以理解为保护公共健康与营养，确保人类生命健康不受损害。此外，TRIPS 协定第 7、8 条并未将公共利益保护的范围仅限定为人的生命健康，对动植物和环境的保护、技术传播、公平与公益等广泛的公共目的与价值同样可以涵盖在保护的范围内。<sup>3</sup>

保护公众进行的数据披露，需要限制在“必要”（necessary）的范围内。TRIPS 协定本身对“必要”的概念并无明确规定，但正如其他一些 WTO 涵盖协定中公共政策与例外条款的规定和实践那样，一项 WTO 的例外或保护非贸易

<sup>1</sup> 例如，欧盟于 2015 年通过指令建立起药品试验数据披露制度。

<sup>2</sup> TRIPS 协定第 7 条：知识产权的保护和实施应有助于促进技术革新及技术转让和传播，有助于技术知识的创造者和使用者的相互利益，并有助于社会和经济福利及权利与义务的平衡。TRIPS 协定第 8 条第 1 款：在制定或修改其法律和法规时，各成员可采用对保护公共健康和营养，促进对其社会经济和技术发展至关重要部门的公共利益所必需的措施，只要此类措施与本协定的规定相一致。

<sup>3</sup> Ali Gabriele Spina, TRIPS and disclosure of clinical information: An intellectual property perspective on data sharing, *The Journal of World Intellectual Property*, vol.20, Issue 1-2, pp24-56.

价值的措施需要进行“必要性”检验。GATT/WTO 争端解决机制在解释以 GATT 第 20 条和 GATS 第 14 条为代表的必要标准过程中，形成了“更小贸易限制”与“司法权衡”的审查方法。<sup>1</sup>根据 GATT 时期美国关税法 337 条款案专家组的观点，如果成员方能够采取其他不违反 GATT 规则的措施实现同样的目的，则采取的措施不能被视为“必要”。<sup>2</sup>以对贸易形成最小限制为判断原则，事实上并未真正解释“必要”的含义，仅从反面比较是否具有替代措施。<sup>3</sup>WTO 成立后，争端解决上诉机构通过韩国牛肉案<sup>4</sup>、欧共体石棉案、<sup>5</sup>美国博彩案<sup>6</sup>等逐渐发展出判断必要性的权衡标准：根据成员方追求的利益或价值的重要性、争议措施对政策目标达成的贡献程度、争议措施的贸易限制程度等进行衡量。

尽管 WTO 必要性检验始终存在争议，但仍可为解释和适用 TRIPS 协定第 39.3 条下的“保护公众的必要”提供界定的思路。总体上说，成员方应当有权根据本国实际情况与法律体系，以及具体情况下追求的政策目标与价值等自由确定何为保护公众的“必要”，当然这种自由不能成为任意披露试验数据的借口，应当将数据披露的程度限制在合理范围内，以避免对权利人造成不必要的贸易限制或导致利益的明显失衡。

不过从一些成员的国内实践来看，一国政府更倾向于宽松地解释“必要”。在向欧盟监察官员提起申诉的欧盟 2560/2007/BEH 案中，非盈利国际组织 Cochrane Collaboration 认为，如果其他相似药品公开的试验数据存在问题或不足以供医生与研究者实践，或医生需要试验数据才能救助病人，在这样的情况下，欧洲药品管理局（EMA）披露制药企业提交的试验数据是必要、正当且具备法律依据的。<sup>7</sup>在 Teich v. FDA 案中，美国哥伦比亚地区法院驳回了被告认为药品独立评审并非“必要”的辩称。法院指出，药监机关允许一种药品上市，并不意味着消费者没有在充分获取其他来源信息的基础上作出选择的权利。<sup>8</sup>

## （二）对“因已防止不公平商业使用而披露数据”的解释

相较于第一项“保护公众”的例外，WTO 成员对 TRIPS 协定第 39.3 条数据保密义务的第二项例外规定理解上的分歧和差异更为显著。因为理解此项例外的关键与辨明 TRIPS 协定第 39.3 条的另一项义务，即第 39.3 条第一句规定的“成员应保护药品试验数据免受不公平商业使用”义务的意涵密切相关。

### 1. 对“不公平商业使用”（unfair commercial use）的不同理解

关于 TRIPS 协定第 39.3 条义务内涵的核心争议集中于对“不公平商业使

<sup>1</sup> 范笑迎：《价值的司法权衡在 WTO“必要性检验”中的证立与限度》，载《武大国际法评论》2017 年第 6 期，27-36 页。

<sup>2</sup> the Panel Report, United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930”, L/6439, paragraph 5.26.

<sup>3</sup> 曾炜：《论 WTO 法中必要性检验的判断标准》，载《政治与法律》2013 年第 6 期，89-94 页。

<sup>4</sup> Report of the Appellate Body, Korea-Variou Measures on Beef, WT/DS161/AB/R (complained by the United States), WT/DS169/AB/R (complained by Australia), paras. 164, 166.

<sup>5</sup> Report of the Appellate Body, European Communities- Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R, paras. 172- 174.

<sup>6</sup> Report of the Appellate Body, United States - Measures Affecting the Cross - border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, para.309-311.

<sup>7</sup> Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 2560/2007/BEH against the European Medicines Agency, <https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/5459>.最后访问日期：2020 年 5 月 20 日

<sup>8</sup> Teich v. FDA 732 F. Supp. 17(D.D.C1990)

用”的解释。迄今为止，WTO 没有通过专家组或上诉机构程序对 TRIPS 协议第 39.3 条作出权威解释。根据《条约法公约》确立的最普遍原则——“依条约用语的通常含义”的解释原则来看，WTO 专家组或上诉机构在对此类由数个词语连在一起组成的术语进行解释时，会首先从字典含义出发，对每个单个词语进行解释，同时注意不割裂术语中词语的联系。<sup>1</sup>“不公平”即“不正当、不公正或不遵守规则的行为”，“商业”是参与或维持买卖的活动或目的在于营利的活动，“不公平商业使用”文本通常含义是指为获取利润或商业利益而不公正、不正当地获取或使用试验数据。但仅凭这一解释尚无法清晰界定 TRIPS 第 39.3 条中“不公平商业使用”的内涵与外延，从不同 WTO 成员对这项义务的理解与实践来看，对“不公平商业使用”的解释大体可分为两类。

一类是以美国为代表的部分发达经济体成员的主张，认为仿制药生产者或药监机关“依赖”（rely on）原创药生产者提交的试验数据提出上市申请或进行上市审批的行为构成对原研药试验数据的“不公平使用”。根据各国药品监管法律规定，仿制药生产者无需进行完整临床试验，可以通过等效性试验证明仿制药与被仿制的原研药具有同样的安全有效性即符合仿制药审批要求。<sup>2</sup>原研药生产者认为仿制药生产者的等效性试验事实上使用了原研药的试验数据及结果，使得仿制药能够在较短时间内上市销售。由于节省了临床试验花费的成本与时间，仿制药可以以较低的成本与价格与原研药在市场展开竞争，剥夺或减损了原研药企业通过市场独占回收成本的商业机会，是一种“搭便车行为”，因此构成“不公平商业使用”。包括药监机关审批仿制药的过程中参考和间接使用了原研药的试验数据，同样属于“不公平商业使用”。<sup>3</sup>因此，这些发达成员认为，只有采取数据独占保护模式，杜绝仿制药生产者在一定时间内的搭便车行为，才是履行“防止不公平商业使用”义务的恰当方式。数据独占保护模式通过设置原研药品试验数据保护期对原研药品及其数据进行排他保护，在保护期内不允许仿制药生产者提交仿制药品的上市申请，也不允许药监机关批准该仿制药上市。<sup>4</sup>

多数发展中成员坚持 TRIPS 协定并未设置数据独占保护义务，“防止不公平商业使用”的途径并非只有数据独占一种。发展中成员主张将药品试验数据视为商业秘密，保护原创药试验数据免受竞争者的不当获取、使用及获利，但仿制药生产者通过等效性试验证明仿制药与原研药具有相同的安全有效性的行为不属于不正当商业使用。而药监机关参考原创药提交的试验数据批准仿制药上市申请是正常的药品监管行为，不属于商业行为，更没有对原研药试验数据进行“不公平的商业使用”。<sup>5</sup>WTO 成员在 TRIPS 协定下承担的药品试验数据保护义务主要是不披露试验数据以防其受到不公平的商业使用，无需设置药品试验数据独占保护期限限制仿制药的上市。

## 2.对“因已防止不公平商业使用而披露数据”的不同解释

<sup>1</sup> Panel Report, China- Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, WT/DS362/.

<sup>2</sup> 程文婷：《试验数据知识产权保护的规则演进》，载《知识产权》2018年第8期，82-96页。

<sup>3</sup> Bayer Inc. v. Canada, 155 F.T.R.184(1999)

<sup>4</sup> Trevor M. Cook: The Protection of Regulatory Data in Pharmaceutical and other Sector, Sweet & Maxwell, 2000.

<sup>5</sup> Carlos M. Correa: Unfair Competition under the TRIPS Agreement: Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceuticals, Chicago journal of international law, 2002, 3(1):69-85.

由于成员方对“不公平商业使用”的含义存在分歧，对以“防止不公平商业使用”为前提的数据披露例外的理解自然也存在差异，并带来条约解释上新的困难。如果根据发展中成员的主张，“防止不公平商业使用”主要在于为试验数据提供商业秘密保护，那么这一例外条款事实上无法发挥实际作用。因为数据商业秘密保护模式中“防止不公平商业使用”的核心义务要求就是数据不披露义务，成员难以在保证该义务履行的前提下进行药品试验数据的披露。

而如果根据部分发达成员的主张，“防止不公平商业使用”在于为原研药品提供数据独占保护，那么从逻辑上看，成员在授予原研药品数据独占保护的前提下可以任意披露提交给药监机关的试验数据。因为数据独占保护的核心要求在于设置类似专利制度的排他保护方式，根据专利制度中“以披露换取独占”的基本法理，保密非但不是独占保护的要求，而且是不必要甚至不正当的。这一结论同样使在“防止数据免受不公平商业使用”的前提下披露数据的例外规定失去意义。

根据国际法上条约解释的有效性规则，条约解释应使条约条款发生有益效果或实际效果。<sup>1</sup>而上述两种对“不公平商业使用”的解释均导致“在保证数据免受不公平商业使用前提下成员可以披露试验数据”的规定成为多余，无法发生实际效果，造成 TRIPS 协定下试验数据披露规则解释的困难。

### （三）条约解释矛盾的根本原因：TRIPS 协定第 39.3 条的“先天不足”

根据《条约法公约》第 32 条的解释原则，TRIPS 协定第 39.3 条引发成员间巨大的意见分歧，以及在条约解释中出现含义不明、荒谬和难解的原因，需要借助相关条款的谈判、缔结历史等补充资料来理解。

药品试验数据保护制度源于美国国内法。由于原研药品上市申请时所提交的药品临床前与临床试验数据资料被认为是花费大量资源和成本所获得的具有商业价值的信息，1984 年美国《药品价格竞争与专利期补偿法》（Hatch-Waxman 法案）规定，自新药获得新药上市许可之日起授予原研药 5 年试验数据保护期，在保护期内 FDA 不批准就相同作用成分提出的新药上市申请或仿制药上市申请。<sup>2</sup>此外，对新剂型、新适应症药品、儿科药品和孤儿药品等也分别给予 3 年、6 个月和 7 年的数据独占保护期。<sup>3</sup>美国的药品试验数据保护制度将仿制药申请者通过等效性试验证明仿制药安全有效性并提交上市的行为视为“搭便车”行为，认为这会导致原研药市场独占时间缩短、难以回收研发成本最终磋商药品研发的积极性。为激励原研药品的创新研发而设置数据独占保护，实际是作为专利制度的补充，对未能获得专利或专利期满的原研药品提供取得更长排他保护期的机会，强化药品知识产权保护。随后，欧盟、日本、瑞士等发达国家和地区也先后建立了类似的药品试验数据保护制度。<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 黄瑶：论《联合国宪章》的解释方法问题，载《中国法学》2003 年第 6 期，131-139 页。

<sup>2</sup> 21.U.S.C.355 (c) (3) (E) (ii)

<sup>3</sup> 中国药学会医药知识产权研究专业委员会：《药品试验数据保护制度比较研究》，中国医药科技出版社，2013。

<sup>4</sup> International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations (IFMPA): Data Exclusivity: Encouraging Development of New Medicines, <https://www.ifpma.org/wp->

TRIPS 协定谈判期间,美国、瑞士等发达国家成员,积极推动将药品试验数据保护制度纳入 TRIPS 协定,但遭到发展中成员的强烈反对。<sup>1</sup>经过激烈辩论与反复协商,药品试验数据保护最终成为 TRIPS 协定义务的组成部分,但协定文本内容距离美国等成员的本来意图有相当差距,体现出明显的妥协和折中。在 TRIPS 协定草案布鲁塞尔文本中明确规定了 5 年的药品试验数据保护期,<sup>2</sup>但最终文本删除了这一期限规定,以解释上更具弹性、更为灵活的“防止不公平商业使用”的表述规定药品试验数据保护义务,淡化了药品试验数据独占保护的意涵,通过强调药品试验数据的保密属性,将其与商业秘密一并归入“未披露信息”的范畴。

从协定谈判历史来看,将药品试验数据保护制度纳入 TRIPS 协定是在美国主导下实现的。美国希望将本国国内法创设的数据独占保护制度转化为国际法,从而推动全球药品知识产权保护标准的进一步提高。但由于成员意见分歧强烈,因此虽然这一制度概念被 TRIPS 协定确定下来,但义务内容并未遵循其本来的内涵。TRIPS 协定第 39.3 条内容表述与美国国内法以及美国提交的协定草案建议之间的差异,反映了 WTO 成员通过谈判协商最终达成发达成员与发展中成员间有限平衡的事实,但以最大程度实现各方妥协和折中为目的所形成的第 39.3 条文本由于缺乏可靠的法律依据导致法理逻辑上存在缺陷,继而造成条约解释的困难与义务实施的争议。一方面,协定未承认数据独占保护是 TRIPS 的最低义务,另一方面,如果仅将药品试验数据保护理解为一般商业秘密保护而非自成一体知识产权类型,则并无以单独一个条款列明的必要。<sup>3</sup>可见,尽管条约起草者确有意为 TRIPS 条款留下了一些灵活解释与弹性解释的空间,但 TRIPS 协定第 39.3 条的制定缺乏一致的成员共识和坚实的法理基础,这成为 TRIPS 协定下药品试验数据不披露义务的解释与实施存在分歧与争议的主要原因。

## 二、TRIPS 协定下药品试验数据保护实施模式及其数据披露的可能

由于目前尚未形成关于 TRIPS 协定第 39.3 条下“防止不公平商业使用”与“防止披露”义务实施方式的权威解释,各成员有权根据其各自的法律制度和实践确定义务履行途径,据此形成以下三类药品试验数据保护实施模式。

### (一) 商业秘密保护模式

大多数发展中成员倾向于将药品试验数据作为商业秘密保护。药监机关对于数据持有人提交的药品试验数据负有保密义务,防止竞争者以非诚实的方式获取数据并进行商业利用。但不对原研药授予试验数据独占保护期,不限制仿

---

content/uploads/2016/01/IFPMA\_2011\_Data\_Exclusivity\_\_En\_Web.pdf 最后访问时间 2020 年 5 月 20 日。

<sup>1</sup> MTN.GNG/NG11/16, December 4, 1989, Para. 63.

<sup>2</sup> TRIPS 协定布鲁塞尔文本第 42 条 4A 款规定:……应当保护数据以防不公平商业使用。除非经提交数据者同意,否则在一段合理期限内不得依赖该数据批准竞争产品,期限通常不少于 5 年,与数据产生、数据性质、准备数据的花费有关的努力程度相符。此外,缔约方应保护此类数据免受披露,除非出于保护公众所必需。

<sup>3</sup> Nuno Pires de Carvalho. *The TRIPS Regime of Patent Regime*, Kluwer Law International, 2005.

制药企业通过等效性试验提出仿制药上市申请也不限制药监机关对仿制药进行审评审批。<sup>1</sup>

如上文所述，这一保护模式问题在于难以辨明 TRIPS 协定第 39.3 条与第 39.2 条在实施上有何区别。在这种保护模式下，数据不披露义务是核心义务，在通常情况下药监机关或第三方不得任意披露原研药品的试验数据，药品试验数据通常只能出于保护公众的原因而被披露，至于 TRIPS 协定中规定的在已防止不公平商业使用的情况下可以披露数据的规定，则很难得到清晰的反映。尽管商业秘密保护模式未对药监机关与仿制药厂增加数据独占保护的义务负担，但减少了药监机关披露药品试验数据的机会，不利于提高药品上市审批工作透明度，难以回应社会公众对药品质量与用药安全的关切。

## （二）数据独占+商业秘密保护模式

2001 年中国加入 WTO 并在《入世工作组报告》中确认，“中国将对含有新化学成分的药品提供保护以防止不公平商业使用。除非出于保护公众的必要，或者已经采取措施确保数据不受不公平商业使用，否则应保护数据不受披露。中国政府向数据提供者授予上市许可之日起至少 6 年内，除数据提供者外，未经数据提供者以外，任何人不得依赖这些数据进行产品销售申请。”这一承诺后来落实在我国《药品管理法实施条例》与《药品注册管理办法》中，成为中国药品试验数据保护制度的渊源。<sup>2</sup>

可以看到，这一保护模式已经超出了 TRIPS 协定第 39.3 条的最低义务要求，实际上将 TRIPS 协定未披露信息的保护要求与附加的 6 年药品试验数据独占保护要求结合起来，既规定以独占方式确保药品试验数据免受不公平商业使用，又要求试验数据不受披露。这一保护模式的逻辑矛盾在于偏离了知识产权的正当性基础——以披露换取独占的制度设计。既对药品试验数据设置类似专利的独占保护期，使其成为自成一体的知识产权形式，又以商业秘密保护方式要求药监机关或第三方承担数据保密义务，显然不符合知识产权制度的基本法理逻辑。试验数据权利并非天然的财产权利，而是政府在鼓励药品研发、完善上市药品过程中提供的政策工具。正如专利制度确立的宗旨，授予垄断权利的对价是新技术的推广与传播，<sup>3</sup>由于独占垄断而产生的社会成本，应以信息公开作为弥补。遗憾的是，《中国入世议定书》和国内法照搬了 TRIPS 协定中试验数据不披露义务的例外，却并未对此作出更明确详细的规定，对于“防止不公平使用”下的数据披露规定的含义也未进行澄清。

“数据独占+商业秘密”保护模式多见于与发达国家签订了 FTA 的发展中国家和地区，包括像中国这样在 WTO 作出特殊承诺的成员。<sup>4</sup>由于 TRIPS 协定未将药品试验数据独占保护义务作为最低义务标准，美国等发达国家和地区在 TRIP 协定生效后，继续通过双边及区域 FTA 积极向全球推行数据独占保护模

<sup>1</sup> 同注释 18。

<sup>2</sup> 《中华人民共和国药品管理法实施条例》第 34 条，2007 年《药品注册管理办法》第 20 条。2019 年修订的《药品注册管理办法》未包含药品试验数据保护的规定，相关规定将在《药品试验数据保护实施办法》中具体规定。

<sup>3</sup> 吕炳斌：《专利披露制度起源初探》，载《专利法研究》2009 年，1-10 页。

<sup>4</sup> 同注释 22。

式。<sup>1</sup>一些发展中国家被动接受了超 TRIPS 的数据独占保护 FTA 规则义务,但对这一制度的内涵与规则逻辑始终缺乏深入的认识,未能考虑到数据独占制度中不应含有不加以限制的数据保密义务,在制度本土化的过程中简单设置 5-8 年不等的数据独占期并将数据独占与 TRIPS 协定第 39.3 条的表述合并在一起,形成新的药品试验数据保护模式。<sup>2</sup>这种保护模式既含有数据独占保护要求,又含有商业秘密保护内容,也没有对数据独占期满后数据是否可被披露等重要问题进行说明,无疑加重了药监机关与仿制药生产者的负担,强化了原研药的市场垄断,推迟了仿制药的上市时间,未能在原研药试验数据持有者私人利益与公众利益之间实现有效平衡,对相关发展中国家的药品获取与公共健康保护产生消极影响。有实证研究显示,一些发展中国家在与美国签订 FTA 并接受数据独占保护制度后,该制度不但未能起到激励本国药品创新研发的作用,反而对国内药品获取与医疗体系产生了负面影响。<sup>3</sup>

### (三) 数据独占+数据披露模式

尽管在“克拉尔肖斯诉孟山都”一案中,美国联邦法院和最高法院均将与药品试验数据性质类似的农药试验数据视为商业秘密,肯定数据持有人对数据拥有财产性权利,<sup>4</sup>但 Hatch-Waxman 法案中药品试验数据独占保护制度并未明确规定药监机关负有药品试验数据保密义务。审视发达经济体试验数据独占保护的立法,大多不强调试验数据的“未披露属性”或药监机关的数据保密义务。可见,发达经济体推行药品试验数据独占保护的目的在于创设一种类似专利制度的、新的知识产权保护形式,在一定时间内对药品试验数据进行独占保护,从而给予原研药品更长的市场垄断期,对药品专利保护制度加以强化和补充,而非强调将药品试验数据作为商业秘密进行保护。尽管现行的试验数据独占保护制度并未严格遵循“以披露换取独占”的法理逻辑,没有将披露试验数据作为获得数据独占保护的必要前提,但从药品数据独占保护的设立目的来看,数据独占保护与试验数据披露不存在本质的冲突,一些国家和地区已经在进行相关立法尝试。<sup>5</sup>

### (四) 药品试验数据保护中数据披露的正当性与可能性

TRIPS 协定第 39.1 条援引了《巴黎公约》第 10 条之二规定的反不正当竞争,规定应以《巴黎公约》第 10 条之二规定的反不正当竞争方式对第 39.2 条中的商业秘密与第 39.3 条中的试验数据进行保护,试图将 TRIPS 协定中的未披露信息保护与既存国际知识产权条约联系起来,增强 TRIPS 下未披露信息保护在条约法上的正当性依据。这种援引方式在整个 TRIPS 协定中显得比较独特,因为《巴黎公约》第 10 条之二本身没有关于商业秘密保护或试验数据

<sup>1</sup> Mohammed El-Said: Public Health Related TRIPS-plus Provision Bilateral Trade Agreements: A Policy Guide for Negotiators and Implementers in the WHO Eastern Mediterranean Region, 2010.

<sup>2</sup> Owais H. Shaikh: Access to Medicine versus Test Data Exclusivity: Safeguarding Flexibilities under International Law, Springers, 2016

<sup>3</sup> Hamed El-Said, Mohammed El-Said: TRIPS-Plus Implications for Access to Medicines in Developing Countries: Lessons from Jordan-United States Free Trade Agreement, The Journal of World Intellectual Property .2007(10): pp.438-475.

<sup>4</sup> Ruckelshaus v. Monsanto, 467 U.S. 986(1986).

<sup>5</sup> 欧盟第 536/2014 号条例关于药品试验数据披露的规定。

保护的具体规定，TRIPS 协定第 39.2 与 39.3 条创设了在以往的国际知识产权条约中未曾明确规定过的新的知识产权保护客体。试验数据保护制度的推动者认为，药品试验数据是原研药研发生产者付出相当大的努力获得的，这些数据属于药品原创者。<sup>1</sup>根据洛克主义与边沁主义理论，对试验数据进行专门的知识产权保护有利于激励制药企业进行新药研发与上市。然而早有学者指出。“付出劳动”根本不能成为一个决定性的或完整的论证财产合理性的基点<sup>2</sup>，保护药品试验数据能够激励药品创新研发继而有益于疾病防治与药品获取的推论尚未得到充分有力的证明，甚至出现数据独占保护制度实施对公共健康产生消极影响的证据。<sup>3</sup>

相反，披露药品试验数据则能够向第三方研究机构与公众提供评审上市药品安全有效性、发现用药安全隐患的机会，通过上市药品与现有竞争药品试验数据的对比，向消费者提供更多的信息，保障公众的知情权与选择权。亦有利于社会对药品监管机关的监督，增强政府药品审批工作的透明度。有学者认为，从保护公共健康的角度看，药品试验数据应当被视为一种为公共利益而产生的公共产品。<sup>4</sup>

TRIPS 协定生效后，各国已经认识到不断强化的药品知识产权保护对公共健康、药品获取，特别是对发展中国家与最不发达国家医疗体系可能造成的负担与影响，发展中成员由此推动并最终实现了对 TRIPS 协定第 31 条药品专利强制许可制度的修订。但对于 TRIPS 协定第 39.3 条确立的药品试验数据保护对公共健康可能造成的潜在影响及应对方案，国际社会还未形成有效共识与行动指南。在当前国际社会遭遇重大公共卫生危机的背景下，探索药品试验数据披露的公共健康价值与适当方式，无疑具有理论上的正当性与实践上的必要性。

从上文分析可知，尽管国际义务规则尚存模糊之处，但根据条约有效解释原则，无论是采用试验数据商业秘密保护模式，还是采取试验数据独占保护模式，在 TRIPS 协定义务下，药监机关与第三方不能任意披露数据权利人所有的药品试验数据。但是，这并不意味着目前的药品试验数据保护体系下不存在数据披露的可能。在符合“保护公众”和“已防止数据被不公平使用”条件的情况下，药监机关或利益相关方仍有机会进行药品试验数据披露。问题的关键在于明确 TRIPS 协定下药品试验数据披露的条件和要求，寻找恰当的数据披露途径与方式，在遵守 TRIPS 协定条约义务的基础上，有效平衡原研药企业、数据持有人、仿制药企业与社会公众之间的利益需要。

### 三、全球公共卫生危机下药品试验数据披露路径分析

当前新冠病毒仍在全球超过 200 个国家和地区蔓延，超过 1100 万人受到感染，是本世纪以来最严重、影响最广泛的传染病，引发全球重大公共卫生危机。<sup>5</sup>各国科研人员与制药企业正加紧研制针对冠状病毒肺炎治疗与预防的

<sup>1</sup> Jacques Gorlin: 《数据保护、专利和商业秘密》，载《WTO 经济导刊》2005 年第 4 期，第 52 页。

<sup>2</sup> 彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，商务印书馆，2008 年。

<sup>3</sup> 同注释 32。

<sup>4</sup> Jerome H. Reichman: Rethinking the Role of Clinical Trial Data In International Intellectual Property Law: The Case For A Public Goods Approach, Marquette Intellectual Property Law Review, 2009, vol13, 1-68.

<sup>5</sup> <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> 最后访问时间，2020 年 5 月 20 日。

物和疫苗，其中一些研究已经进入了临床试验阶段。<sup>1</sup>应对这一全球危机的重要问题之一是在社会对药品需求的紧迫性与药品研发的复杂性和不确定性之间存在张力的情况下，如何确保上市药品的安全有效性，切实保证用药安全。对此，各国应思考强化和完善包括药品试验数据披露在内的数据评审与监管规范。如前文所述，国际社会及各国政府应当认识到，在抗击新冠病毒、研制药物和疫苗的过程中，在药监机关进行的试验数据审查之外，向社会公众或科研人员适当披露药品试验数据、开展第三方独立评审有助于增强药品审批程序的透明度，保障社会公众的知情权，提高医疗机构药品使用的安全准确性。

相应地，WTO 成员在实施 TRIPS 协定第 39.3 条的过程中应进一步考虑细化数据不披露义务的例外规定，解决 TRIPS 义务下的试验数据披露规则中存在的问题。例如在数据披露过程中如何避免药品试验数据因披露而受到不公平商业使用或造成侵犯受试者隐私等违背公共利益的后果。结合试验数据保护的一般原理及各国实践情况，本文就以下四类数据披露路径进行分析。

（一）签订数据保密协议。在他人申请获取药品试验数据时，将接受保密条款作为获取数据资料的条件，要求获取数据的申请人不得将数据用于其他药品的上市申请或其他商业用途。为防止“搭便车者”利用原研药的药品试验数据进行仿制药的上市申请，除了通过规定侵权赔偿的方式进行嗣后保护外，药监机关可以要求获取数据的申请人缴纳保证金、规定违约罚款等方式，强调药品试验数据保密义务的重要性，限制他人对药品试验数据进行不公平的商业使用。美国在 TRIPS 协定谈判过程中就曾经提及，“在数据所有人同意或政府认为必要的情况下，缔约方可以向第三方披露数据。数据所有人应有机会与非政府实体签订数据保密协议。”<sup>2</sup>欧盟的数据披露政策也规定，获取数据的申请人需要承诺不使用数据在欧盟以外的国家和地区进行药品上市申请。<sup>3</sup>

（二）延迟披露。大型跨国制药企业最为关注药品试验数据中的商业秘密保护，考虑到鼓励企业进行药品创新研发的政策取向，药监机关可以允许制药企业延迟试验数据披露的时间，待原创药品在全球范围内完成了药品上市申请后再进行数据披露。如果各国各地区药品上市申请审批程序要求存在差异，完成申请的时间难以确定，药监机关可以规定制药企业在本国完成上市申请审批程序后一段时间内不允许披露试验数据。例如，美国 Hatch-Waxman 法案规定在数据独占期满后，或药品上市申请被撤回或审批结果认定无效，试验数据及信息应向公众披露。欧盟 536/2014 号条例原则上规定在药品上市后或审批被撤销后，试验数据不能再视为具有商业秘密性。<sup>4</sup>巴西国内法也规定在药品试验数据独占期满后可以披露试验数据。<sup>5</sup>类似的政策理念在于，在药品试验数据独占保护制度中，数据权利在数据独占期满后终止，或者原创药企业已经利

<sup>1</sup> WHO: “Solidarity” clinical trial for COVID-19 treatments, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/solidarity-clinical-trial-for-covid-19-treatments>; 新华网：中国新冠病毒疫苗 1 期临床试验取得积极成果，<http://politics.people.com.cn/n1/2020/0523/c1001-31720297.html?form=rect>。最后访问时间 2020 年 5 月 20 日

<sup>2</sup> United States, Draft Agreement on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, MTN.GNG/NG11/W/70.

<sup>3</sup> EMA/240810/2013, p. 11 and 14

<sup>4</sup> 同注释 42。

<sup>5</sup> Brazil Presidential Decree No. 69, 2002, Article 3(1).

用试验数据完成了利益范围内的上市申请程序，此时试验数据中蕴含的商业利益也随之消灭。

（三）部分披露。这种披露方式将数据披露的范围限制在数据摘要或数据整理报告内。数据摘要或报告能够为公众提供独立评审药品性能的条件，但不足以借此进行仿制药上市申请。有观点提出，数据披露主要出于对公共健康和公众知情的考虑，可以主要披露与药品安全性有效性有关的数据，而药代动力学和药效学的数据可以保留不予披露。<sup>1</sup>但一些原创药生产企业仍然反对这种数据披露方式，担心公布的部分数据会被用于仿制药上市申请，因为在一些国家和地区只需要提交数据报告或数据总结摘要即可满足药品上市申请要求。<sup>2</sup>

（四）综合路径。以上三种数据披露路径各有侧重，在实践中结合三种路径综合进行数据披露，可能是在履行 TRIPS 协议的前提下平衡公共利益与私人权益的最佳途径。假设某一 WTO 成员根据 TRIPS 协议第 39.3 条的规定设置了 6 年的药品试验数据独占期，那么可以根据以下安排进行药品试验数据披露。

第一阶段，审批上市后 1 年内，药监机关可以基于保护公共健康的目的披露数据摘要，数据摘要主要涉及药品安全性和有效性。获取数据的申请人或机构需要签订保密协议作为获取数据的前提。其余试验数据在这一阶段处于保密状态。这一阶段数据披露的时间在必要时可以提前至上市批准前 3 到 6 个月，以便相关利益方评估药品安全有效性，监督药监机关的审批结果。第二阶段，上市审批后第 2 年起到 6 年数据独占保护期满前，对涉及药品安全性和有效性和药品质量的完整数据，可允许相关利益方出于非商业目的获取数据。例如科学研究者可获得数据对药品进行独立评审。第三阶段，6 年药品试验数据独占期满后，制度认为数据持有人已充分利用药品试验数据中的商业价值，期满后允许仿制者或竞争者依赖试验数据，因此所有数据不具有秘密性，可以完全向公众公开。

## 四、中国的药品试验数据披露制度完善之探索

### （一）制度探索中存在的问题

2001 年中国加入 WTO 时，在《中国入世议定书》中对药品试验数据保护义务进行了特别承诺，明确中国对符合 TRIPS 保护要求的药品试验数据将给予 6 年的数据保护期，在此期限内不允许他人进行药品上市申请。据此，在 2002 年《药品管理法实施条例》第 34 条和 2007 年《药品注册管理办法》第 25 条对药品试验数据保护进行了规定。我国现行药品试验数据保护采取数据独占保护模式，对含有新型化学成份药品的生产者或者销售者提交的自行取得且未披露的试验数据和其他数据实施保护，自药品生产者或者销售者获得生产、销售新型化学成份药品的许可证明文件之日起 6 年内，对其他申请人未经申请人同意，使用前款数据申请生产、销售新型化学成份药品的，药品监督管理部门不予许可。其他申请人提交自行取得数据的除外。此外，应保护数据不

<sup>1</sup> A S.Kesselheim, M M . Mello: Confidentiality Laws And Secrecy In Medical Research: Improving Public Access To Data On Drug Safety[J]. Health Affairs, 2007, 26(2):483-491.

<sup>2</sup> A.Kapczynski:The interaction between open trial data and drug regulation in selected developing countries. www.iom.edu/datasharing, 2014.

受披露，除非出于公共利益需要，或已经采取措施确保数据不被不正当商业使用，药监部门不得披露受保护数据。<sup>1</sup>除了明确 6 年的独占保护期之外，中国的药品试验数据保护制度基本照搬了 TRIPS 协议的表述，并没有规定更具体的实施方式与程序，也没有对数据披露进行具体安排。由于缺乏必要的实施办法，我国的药品试验数据保护制度始终未能在实践中得以有效落实，药品试验数据保护的实施也成为近年来中美知识产权争端中的重要议题。<sup>2</sup>

2017 年 5 月，中国食品药品监督管理局（CFDA）发布《关于鼓励药品医疗器械创新保护创新者权益的相关政策（征求意见稿）》，初步确立药品试验数据保护制度改革的方向与措施，从界定保护范围、明确保护方式、细化保护内容与保护程序等方面对原有规定进行了修订。不再将《药品注册管理办法》作为药品试验数据保护制度的主要法律渊源，而以单行法规的形式，单独制定《药品试验数据保护实施办法》。<sup>3</sup>2018 年 4 月 27 日，《办法意见稿》出台，共 5 章 21 条，相较于原有《药品注册管理办法》与实施条例中简略的 1-2 个条款，《办法意见稿》构建了较为完整的药品试验数据保护制度。<sup>4</sup>围绕药品创新激励的立法目的，对原有法规中存在的缺陷与不足进行了完善，并有针对性、有创造性地补充了新的规则内容，其中有关药品试验数据披露的规定尤为引人关注，《办法意见稿》规定了两种数据披露途径：第一，国家药品监管机关主动披露。在公共利益需要、已采取措施确保该类数据不会被不正当地进行商业利用、药品审评审批机构依法公开审评信息三种情形下，国家药监机关可以主动披露受保护药品试验数据。第二，权利人主动披露试验数据。《办法意见稿》第 17 条规定，为防止权利滥用，取得数据保护的权利人应在取得权利之日起主动披露其被保护的试验数据。

如果说药监机关主动披露数据的途径是基于对 TRIPS 协定条款的细化，那么权利人主动披露试验数据的规定则体现了我国立法的创新。目前，在确立药品试验数据独占保护制度的主要国家和地区的法律法规中，尚未出现要求权利人主动披露试验数据的强制性规定。将数据披露作为取得试验数据独占保护权利的条件，理念应来源于知识产权保护中“以公开换取独占”的理论基础。这一规则安排在逻辑上是合理的，在法理上具有正当性，但正如前文所述，由于 TRIPS 协定第 39.3 条制定先天存在矛盾和模糊之处，如完全以知识产权保护的一般逻辑理解 TRIPS 协定的试验数据保护义务，则有违反 TRIPS 协定义务的潜在风险。毕竟 TRIPS 协定中明确规定成员方有保护试验数据不被披露并免受不公平商业使用的义务。如果要求权利人必须无条件披露试验数据才能获得试验数据保护，又没有其他具体措施防止披露的数据免受不正当商业使用，似乎存在与 TRIPS 协定第 39.3 条规定及其目的和宗旨不相符之处。

此外，当事人主动披露与药监主管机关主动披露两种途径之间的关系有必要进一步理顺与澄清。按照目前《办法意见稿》的文本，如果在获得数据独占

<sup>1</sup> 参见注释 27。

<sup>2</sup> Office of the United States Trade Representative:2020 Special 301 Reports, [https://ustr.gov/sites/default/files/2020\\_Special\\_301\\_Report.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/2020_Special_301_Report.pdf) 最后访问时间，2020 年 5 月 20 日。

<sup>3</sup> 食品药品监管总局就鼓励药品医疗器械创新保护创新者权益征求意见，[http://www.gov.cn/xinwen/2017-05/12/content\\_5193269.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2017-05/12/content_5193269.htm) 最后访问时间，2020 年 5 月 20 日。

<sup>4</sup> 国家药品监督管理局办公室公开征求《药品试验数据保护实施办法（暂行）》意见，<http://www.nmpa.gov.cn/WS04/CL2051/227856.html> 最后访问时间，2020 年 5 月 20 日。

保护权利时当事人已经主动披露了试验数据，那么似乎并不存在药监机关再次披露试验数据的必要，除非两者所披露的数据内容范围有所不同。

## （二）制度探索的方案建议

《办法意见稿》对于药品试验数据披露规定的尝试具有一定先进性和创新性，对平衡私益与公益，维护公共健康，修正药品试验数据保护法理逻辑缺陷具有积极意义。但由于缺乏具体有效的安排，目前的制度设计存在违反 TRIPS 协定义务的风险，也不难预见在实际实施中可能出现的模糊不明，因此未来可以在《办法意见稿》的基础上对相关规定进行进一步的修正与细化，以期建立起相对完善、符合中国实际国情并与国际规则相符合的药品试验数据披露制度。在总结前文所述国际经验与规则设想的前提下，本文对中国药品试验数据披露提出以下方案建议。

第一，当事人主动披露。在数据权利人获得药品试验数据独占保护后第 1 年内，数据权利人应主动向利害关系人披露关于药品安全性与有效性的数据摘要或数据报告。利害关系人可以通过申请并提交保密协议的方式获取数据进行非商业性质的评估和使用。利害关系人范围可包括医院、医药研究机构及相关组织、使用药品的患者等。

第二，国家药监机关主动披露。自试验数据保护期第 2 年开始到 6 年数据独占保护期满，出于公共利益需要或其他需要公开的情形，国家药监机关应主动披露与药品安全性和有效性有关的相关数据。利害关系人可以根据药监机关披露的数据进行非商业性的独立评审或其他使用。第三人不得利用披露的试验数据进行仿制药的上市审批申请。

第三，数据独占保护期满后，国家药监机关应披露该药品所有试验数据。

## 五、结语

药品试验数据保护与数据披露是近年来药品知识产权制度中出现的新问题，在相关国际义务解释与规则实施方面还存在较大的不确定性，制度对药品研发、药品审批监管及社会公众的影响亦尚待评估。但可以确定的是，任何药品知识产权保护制度的设计与实施都不能忽视药品特殊的社会属性。药品试验数据披露在平衡数据权利人私益与保护公众健康之公益存在积极意义，国际社会在认识 TRIPS 协定第 39.3 条义务时应深入理解条约文本与结构，突破将药品试验数据视为权利人绝对财产权的认知，充分考虑知识产权制度的法理逻辑与公共政策目标，推进药品试验数据披露制度的确立与实施。在国际社会面临重大公共卫生危机的当下，加快对药品试验数据披露制度设计与实施的探索具有紧迫而深远的社会意义。

# 偏差与矫正：传染病防控中 《国际卫生条例》（2005）的角色

房淑楠<sup>1</sup>

**摘要：**《国际卫生条例》（2005）本应在传染病防控中扮演领导者与监督者的角色，但从近年来多次传染病国际联合防治的实情来看其角色出现偏差。这是由于《国际卫生条例》（2005）的“软法”属性、构建主体单一的防控体系以及整个公共卫生治理领域组织与制度混乱的原因造成的，最终带来了缔约国执行不力、WHO 失效等严重后果。因此，我们必须从内部规则的安排和外部制度的完善来矫正这种偏差，具体措施包括增强“软法”的可执行性、构建多维的公共卫生治理体系以及引领 WHO 发挥主导作用。

**关键词：**传染病防控 《国际卫生条例》（2005） WHO

## Deviation and correction: the role of the International Health Regulations (2005) in the prevention and control of infectious diseases

Fang Shunan

(*School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou 310018, China*)

**Abstract:** The International Health Regulations (2005) should have played the role of leader and supervisor in the control of infectious diseases. However, from the actual situation of many international joint prevention and control of infectious diseases in recent years, its role has deviated. This is due to the "soft law" nature of the International Health Regulations (2005), the construction of a single prevention and control system for the main body, and the confusion in the organization and system of the entire public health governance field, which ultimately led to poor implementation of the State party and WHO's invalidation and other serious consequences. Therefore, we must correct this deviation from the arrangement of internal rules and the improvement of external systems. Specific measures include enhancing the enforceability of the "soft law", building a multidimensional public health governance system, and leading WHO to play a leading role.

**Key words:** the control of infectious diseases; International Health Regulations (2005); WHO

### 一、问题的提出

从远古到现代社会，人类经历了数千年的演化，却一直饱受传染病的困扰。“人类的历史即传染病的历史。”<sup>1</sup>随着现代交通技术的发展，在某地出现的病毒可能迅速被旅行者或是贸易者跨国界、跨洲际携带到相隔千里之外的某

---

作者简介：房淑楠，女，浙江工商大学法学院国际法系硕士研究生，主要从事国际经济法、国际法研究。

地。病毒的传播无关主观边界，更不考虑信仰与种族，于是乎，其在很短的时间内便可影响全球。传染病全球化迫使各国在公共卫生领域开展国际合作，共同对抗顽疾。相应地，国际法在传染病防控中的作用日益凸显。1948 年，世界卫生组织（WHO）应运而生。作为全球公共卫生治理的核心机构，WHO 在 1951 年《国际公共卫生条例》的基础上制定了在国际卫生治理领域唯一一个具有法律约束力的国际条约——《国际卫生条例》。2003 年 SARS 疫情席卷全球，原《国际卫生条例》在面对新型突发传染病时失灵，暴露了国际公共卫生治理体系的落后。危机过后，《国际卫生条例》（2005）在历经多轮复杂的谈判和修订后生效。此次修订扩大了传染病的防控范围，新增了缔约国疾病通报和监测等方面的义务，完善了 WHO 处理公共卫生事件的程序。可以说，《国际卫生条例》（2005）全面提升了全球公共卫生治理体系应对突发性传染病的制度能力。然而，近年来，甲型 H1N1 流感、埃博拉病毒、COVID-19 等的暴发仍然持续威胁着全体人类的生命与健康。有调查显示，全球仅不到三分之一的国家完全遵守《国际卫生条例》（2005）。<sup>2</sup> 作为全球公共卫生治理领域的纲领性文件，其本该在传染病防治中扮演核心地位，指导 WHO 和缔约国调配全球资源，共同抗击疫情。现实却与此大相径庭。这不得不让我们对《国际卫生条例》（2005）在突发性传染病防控中扮演的角色进行反思，这种偏差是如何出现的？我们应该采取何种措施帮助其回归本位？

## 二、《国际卫生条例》（2005）在传染病防控中的应然角色

传染病的防控主要分为两个阶段，即预防阶段和治理阶段。在《国际卫生条例》（2005）修订之时，相关政府间工作小组发布了《区域商会总结报告》，总结了数个迫切需要协商的重点问题，当中有一半都与如何将缔约国的主权权利部分让渡给 WHO 有关。<sup>3</sup> 在传染病防控这个关系全体人类利益的治理难题上，缔约国不再享有绝对的国家主权权利，需要对国内社会和国际社会都承担相应的责任。<sup>4</sup> 从最终结果来看，缔约国在传染病防控的两个阶段就不同的工作重点作出了不同程度的权利让渡；预防阶段的权利让主要集中在公共卫生体系的建设与公共卫生信息的分享，而治理阶段主要集中在公共卫生事务的全球协作处理。接下来，我们将以这两个阶段的划分为基础，说明《国际卫生条例》（2005）在传染病防控中的应然角色，并阐明明确这种应然角色的意义。

### （一）《国际卫生条例》（2005）在预防阶段的角色：指导与监督

预防传染病从长期来看需要一国拥有科学合理的公共卫生体系；从疾病暴发的当时来看，需要的是与疾病相关的各种公共卫生信息。在前一阶段中，《国际卫生条例》（2005）提供的是指导；而后一阶段，其扮演的是监督者的角色。

公共卫生体系的建设要求设置在《国际卫生条例》（2005）的第五条“监测”和附件一。为了防患于未然，缔约国监测和应对传染病的核心能力需要在《国际卫生条例》（2005）要求的期间内达到相应的标准，若缔约国仅凭一己之力无法按时完成任务，那么其可以要求延长执行期或申请 WHO 的帮助。监

测和应对的核心能力要求影响到一国公共卫生治理体系的安排，共有四个层次，涵盖了指定机场、港口和陆路口岸的活动以及基层、中层和国家层面的公共卫生应对要求。虽然缔约国在公共卫生体系上的安排要受到限制，但这种约束影响极小。《国际卫生条例》（2005）提出的要求是概括性的、原则性的，各国可以确保自己在履行相应义务的前提下，选择发展符合本国国情的公共卫生系统。所以说，在缔约国长期公共卫生体系的建设上，《国际卫生条例》（2005）犹如一位引领大方向的指导者。

关于公共卫生信息分享的规则主要集中在《国际卫生条例》（2005）的第六条“通报”和第七条“在意外或不同寻常公共卫生事件期间的信息共享”。缔约国境内出现传染病事件时首先必须依据附件二进行自我评估。若评估结果为一般性的公共卫生事件，那么缔约国应当在 24 小时内以最有效的通讯方式通报 WHO，通报后还需持续提供关于通报事件的确切的、充分详细的公共卫生信息。若缔约国评估认为存在可能构成国际关注的突发公共卫生事件，则应当提供其所知的全部公共卫生信息，此时不再要求信息的精确程度。在现代国际关系中，国家公共卫生信息关系一国国防建设、经济发展和社会稳定，是国家安全体系的重要组成部分。<sup>5</sup>但是，各缔约国为了对全球公众的健康负责，必须有所让步，放弃在特殊时期对部分公共卫生信息独占权。所以，在公共卫生信息共享方面，《国际卫生条例》（2005）发挥的是强大的监督作用，督促缔约国及时通报完整、真实的公共卫生信息，为其后续的应对决策提供客观依据。

## （二）《国际卫生条例》（2005）在治理阶段的角色：领导与指挥

传染病暴发后，《国际卫生条例》（2005）的应对措施集中于“国际关注的突发公共卫生事件”（Public Health Emergency of International Concern, PHEIC）的认定以及协调各成员国和其他政府间组织的合作。考虑到突发性传染病在此时已经迫切的威胁着全体人类的健康与安全，缔约国不得不作出了更大的主权让渡，赋予《国际卫生条例》（2005）领导与指挥权，更好应对危机。

PHEIC 认定程序规定在《国际卫生条例》（2005）的第十二条“PHEIC 的确定”。PHEIC 的认定途径有两种。途径一是 WHO 总干事与疫情发生国就初步决定进行协商，双方意见一致，且征求了突发事件委员会的同意，即可宣布疫情为 PHEIC。途径二是 WHO 与疫情发生国在 48 小时内未达成一致意见时，由突发事件委员会和疫情国分别发表陈述意见，WHO 总干事最终决定并通报结果。不论认定程序最后采纳何种，《国际卫生条例》（2005）还是把 PHEIC 的最终认定权交给了 WHO 的总干事，缔约国和突发事件委员会只有意见陈述权。《国际卫生条例》（2005）第十三条“公共卫生应对”和第十四条“世界卫生组织与政府间和国际机构的合作”是关于 WHO 和缔约国、其他国际组织在传染病事件出现时就公共卫生方面的合作要求。WHO 在传染病暴发的必要时刻或者缔约国提出请求时，可以直接派出国际专家组，开展现场救援，干涉缔约国公共卫生治理。在与其他政府间组织和国际机构的关系上，WHO 扮演协调统筹者的角色，合理划分各个机构之间的职能，为保护公共健康，科学、理性

的利用现有的医疗资源。

由是观之，在这一阶段，《国际卫生条例》（2005）扮演的是领导者和指挥者的角色，在疫情状况评估判断方面拥有独断决定权的同时，又有统筹全球科技和医疗资源的权力。

### （三）明确《国际卫生条例》（2005）在传染病防控中应然角色的意义

#### 1、厘清《国际卫生条例》（2005）与其他公共卫生治理法的关系

在全球传染病防治上发挥重要作用的国际法制度除了《国际卫生条例》（2005）外，还包括 WTO 法、国际环境法和国际人权法。后三者主要是在各自调整领域内涉及公共卫生事项时略有规定。比如，WTO 法中的《与贸易有关的知识产权协定》包含了传染病药品与疫苗的研发与分配；国际环境法中的《国际动物卫生法典》和《国际植物保护法典》控制了动植物向人类传播病原体；国际人权法则侧重政府在应对传染病时应保证公民的基本权利。<sup>6</sup>

可是，《国际卫生条例》（2005）在传染病防治和公共卫生治理领域的权威性和专业性是独一无二的。它是迄今为止在传染病控制方面唯一对成员国有法律拘束力的国际协定，在传染病国际控制方面的国际义务都是以它为中心建立起来的，它构成了对传染病控制的国际法规则的最重要部分。<sup>7</sup> 故，多项国际条约对突发性传染病事项作出规定时，我们应当给予《国际卫生条例》（2005）充分的重视：当已有规则冲突出现时，应把《国际卫生条例》（2005）的要求放在首位考虑；当需要制定新的条约时，应当符合《国际卫生条例》（2005）在公共治理方面的原则和宗旨。缔约国在制定或修改境内公共卫生管理法或传染病防治法时也要积极配合《国际卫生条例》（2005）。比如，我国 2007 年对《国境卫生检疫法》第十四条第二款的修改就回应了《国际卫生条例》（2005）对人员检疫中人权保护的要求。<sup>8</sup> 可见，《国际卫生条例》（2005）指导缔约国卫生法的制定与发展，进而在法律制度上协调统一各国的公共卫生治理体系，为传染病的防治创造可统一领导的机制。

#### 2、巩固 WHO 在突发性传染病防控中的核心地位

《国际卫生条例》（2005）的落实需要借助缔约国及相关政府间组织的力量。在众多国际组织中，WHO 在传染病防控乃至整个国际公共卫生治理领域占有中心地位。传染病的全球防控若只有《国际卫生条例》（2005）将仅仅限于纸面，无法真正发挥效用。第五十八届世界卫生大会“修订《国际卫生条例》”的决议称：“确任 WHO 根据其职权在全球疾病暴发预警和公共卫生事件应对中的作用继续具有重要意义”。<sup>9</sup> 《国际卫生条例》（2005）也根据修订的初衷，赋予了 WHO 在搜集公共卫生信息、评估疫情发展情况以及协调国际社会合作等方面的权力和责任。如此也就有了 WHO 在传染病防控中发挥制定规范和标准并监视其执行情况、提供技术支持、推动以事实为基础的政策制定等作用。<sup>10</sup> 鉴于《国际卫生条例》（2005）与 WHO 密切相关，确认《国际卫生条例》（2005）在突发性传染病防治中的地位，也就意味着 WHO 在相同的领域拥有了核心地位，其指挥防控传染病也变得顺理成章。

### 三、《国际卫生条例》(2005)在传染病防控中的角色偏差

#### (一) 《国际卫生条例》(2005)的现实角色

从近年来国际社会多次传染病疫情防治的实际过程来看,《国际卫生条例》(2005)在传染病防控中的角色与理想状态是有偏差的。在传染病预防阶段,许多发展中国家,尤其是落后国家的公共卫生治理能力与《国际卫生条例》(2005)的要求仍有差距;且在公共卫生信息的通报上,不少国家都在传染病疫情暴发的关键点选择不公开数据,甚至直接放弃数据统计。在传染病的治理阶段,国际社会对 PHEIC 的反映过激,进而无视 WHO 根据《国际卫生条例》(2005)发出的种种抗击疫情的科学行动号召;更鲜少有看到相关国际组织与 WHO 联合开展行动,共同抵御传染病的全球传播。以本次 COVID-19 为例。英国卫生和社会保障部因为国内感染人数过多,故曾采取一周通报一次确诊病例及相关数据的做法。<sup>11</sup>日本境内的感染人数超过 8000 人后,包括以色列在内的 7 个国家无视 WHO 维持正常贸易和旅行的建议,宣布禁止日国民以及在日本旅游的人入境,完全无视 WHO 多次关于保持正常贸易与旅行的号召。<sup>12</sup>虽然,国际社会在 SARS 疫情之后,努力完善了《国际卫生条例》(2005),尝试保证其成为传染病全球防治的监督者和领导者;但是,我们很遗憾地发现,在面对传染病时《国际卫生条例》(2005)是软弱的、无力的,大多时候,只是在扮演建议者的角色,毫无当初设想的权威性可言。

#### (二) 《国际卫生条例》(2005)角色偏差的原因

##### 1. “软法”的有限约束力

《国际卫生条例》(2005)在修订之初就考虑了条约的可执行性,最终选择对国家卫生体系建设提出要求以督促缔约国履行权利和义务来增强条约的约束力,而不是设置一套外部强加的规定。<sup>13</sup>但这种安排并没有改变《国际卫生条例》(2005)的“软法”(soft law)属性。在突发性传染病的预防阶段,《国际卫生条例》(2005)对公共卫生体系建设和公共卫生信息分享的要求比较宽泛、宏大;在治理阶段,不管是对 PHEIC 的认定,还是号召缔约国和国际组织共同合作,都是软性建议。以上手段虽有一定的法律意义,但终究没有严格的拘束力。<sup>14</sup>

如此,缔约国在履行《国际卫生条例》(2005)分配的传染病防治领域的义务大多依靠自主能动性,是否履约、履约的程度如何大多时候是自主决定的。我们举例说明。PHEIC 认定意味着疫情严重升级,缔约国往往的确会加倍注意甚至过度重视 WHO 提出的临时建议。在 WHO 屡次倡议 PHEIC 的存在不影响正常贸易和旅行的情况下,缔约国依旧选择向疫情发生地区的人员、货物紧锁国门。对于合理分配医疗资源的号召,为实现自身的最大利益,又无外部强制力的施压,缔约国大多选择在最低限度内履行义务,甚至可能巧妙地规避义务的履行。如果说,缔约国的履约还能有类似国际社会名誉的因素在无形之中推动,那么,临时参与合作且更加松散的政府间国际组织其实际履约效果将更不如人意。

##### 2. 单一的治理结构

《国际卫生条例》(2005)在突发性传染病防治上仅仅引入了政府及政府间组织,并未关注到其他主体,如非政府组织、跨国公司、个人。在战争、贸易和外交等传统领域,仅有国家为主体的国际合作确实有效。但是,面对突发性传染病防治,仅仅依靠政府的力量是远远不够的。在疫情监测和通报以及突发事件的应对能力上,其他主体的力量不可忽视。传统领域的国际问题往往与一国政治边境有密切联系,但政治边境却无法阻挡病毒的传播。仅包括主权国家参与的传染病防治体系可能不仅不能起到有效的防治作用,还很有可能会间接推动传染病在全球领域内的暴发。主权国家以及由主权国家组成的政府间组织为了维护自身利益,会采取多种手段防控境内疫情,从而忽略这些措施对周边地区乃至全球可能造成的负面影响。在现下非政府组织日益发挥举足轻重作用的今天,我们以如此陈旧的模式来应对突发性传染病防控这样一个新问题,只能事倍功半。<sup>15</sup>

### 3.权力与制度的分散

传染病防控有很强的综合性,不仅涉及宏观层面的公共卫生治理,还与微观层面的药物使用、血液安全等密切关联。因此,除了正式的《国际卫生条例》(2005)这位主力军之外,还有许多诸如,《艾滋病与人权国际指南》、《关于 SARS 与血液安全的建议》等“小将”在传染病的预防和控制中起到不可或缺的辅助作用。在全球化的浪潮中,突发性传染病还涉及到众多领域。WHO 的法律顾问阿吉拉姆指出,“公共卫生不再是医生和传染病学家的特权。国际卫生法包含了人权、食品安全、国际贸易法、环境法、战争与武器、人类生殖、器官移植,以及广泛的生物、经济和卫生的社会文化因素,这现在构成了全球传染病控制体系的核心组成部分”。<sup>16</sup>目前,传染病防治需要的力量散落于多个组织和条约:WHO 选派顶尖的医疗专家队伍和科技力量来协调卫生工作,WTO 着力于解决与公共健康安全相关的国际贸易争端,世界银行为卫生事业提供大量资金……《国际卫生条例》(2005)却仅仅规定了 WHO 领导下的公共卫生治理体系,不含其它。虽然我们拥有数量相当的传染病应对条约和国际组织的,但众多职权重迭的多边组织与条约造就了该领域权力的分散,使得国际卫生合作呈现出计划性弱、一致性差的局面。

## (三)《国际卫生条例》(2005)角色偏差的危害

### 1.混乱的决策执行

在突发性传染病暴发的危及时刻,《国际卫生条例》(2005)的角色偏差带来最直接的危害就是决策的混乱执行。目前,国际公共卫生治理领域涉及到许多国际组织和条约。在《国际卫生条例》(2005)的地位得到应有尊重的情况下,其有相对的领导地位,缔约国、WHO 与其他组织严格遵照条约,有序开展行动,快速、高效地应对疫情。相反,如果国际社会对《国际卫生条例》(2005)置之不顾,不执行、不服从 WHO 的号召,妄自行动,很可能出现多个组织/国家在同一问题上重复努力,或者多个组织/国家在同一个问题上执行相反的决策的情况。

### 2.WHO 的失效

WHO 在传染病防控中的地位是《国际卫生条例》(2005)给予的。如果《国际卫生条例》(2005)的应然角色受到轻视,紧接而来的是缔约国对公共

卫生体系建设、维持、发展的要求不予理睬，传染病信息被封锁在部分国家或地区，疫情治理工作由各国单打独斗完成，合作共享医疗科学资源无从谈及。一旦出现这样的情况，WHO 根本对传染病防控无从下手，无处发挥其作用。在本次 COVID-19 疫情中我们略能窥见。许多西方国家在疫情初现端倪之时就纷纷选择限制与疫情暴发地区的人员、货物、服务往来。在作出最终的 PHEIC 认定前后，WHO 多次在新闻发布会上发表临时建议，陈述疫情现状的可控性，呼吁各国不必恐慌，亦不必对货物、贸易和旅行作出限制。然而，WHO 的频繁号召似乎是一阵“耳边风”，许多西方国家依旧我行我素，继续对疫情国往来人员、货物封闭国门，“明哲保身”。

#### 四、《国际卫生条例》（2005）在传染病防控中的角色矫正路径

在探讨具体的矫正路径前，我们首先需要明白，国际立法进程通常是循序渐进的，从建议、指南、决议、原则声明，慢慢演变到条约之类有约束力的文件。<sup>17</sup> 相应地，在传染病治理方面的国际法发展也是一个流动的、渐进的进程。一步到位把《国际卫生条例》的“软法”属性扭转为“硬法”是不现实的。但我们可以通过修整条文内部的安排，再辅之外部制度的完善来矫正《国际卫生条例》（2005）在传染病防治中现有的角色偏差，为后续《国际卫生条例》（2005）在整个公共卫生治理领域发挥效力打下坚实基础。

##### （一）提高“软法”的可执行性

促进国际法遵守的措施有两大类，主要包括技术性措施和制度性措施。技术性措施是指通过先进的科学技术来敦促规则遵守；制度性措施则是直接通过国际法和国际机制的制度安排相应措施，常见的包括国际监督机制、国际制裁、指数监督、争端解决机制等。<sup>18</sup> 技术性措施大多与特定领域的专业技术有关，不在国际法讨论的范围。因而，我们把重点放在通过制度性措施赋予《国际卫生条例》（2005）在传染病防治上的强制执行力。

第一，《国际卫生条例》（2005）可以考虑设置一套贯穿传染病防治全程的定期报告与指数监督制度。首先，要求缔约国提交定期报告，比照《国际卫生条例》（2005）附件一中对各层级公共卫生体系提出的防控设置要求，阐述本国为维持传染病防控的核心能力所付出的努力，汇报本国应对传染病的行动。<sup>19</sup> 这其中的行动，既包括在突发性传染病未来临时建设、维持公共卫生体系所采取的预防行动，也包括在传染病疫情来临时采取的抗击行动。缔约国提交的报告由 WHO 或者授权其他组织审查。其次，设置一个公共卫生治理方面的指数，用以在评估在一定期间内缔约国公共卫生系统抵御传染病的能力。这一指数亦有间接核查缔约国提交的报告是否真实的作用。指数监督以对缔约国的声誉产生影响来发挥监督功能，将一国公共卫生建设、发展状况公之于众，督促政府当局积极行动。如此一来，即实现了对缔约国公共卫生体系建设的监督，也适当弥补了条约无法强制执行的缺陷。

第二，应当进一步细化现有的 PHEIC 认定规则及争端解决机制，为缔约国遵守《国际卫生条例》（2005）提供尽可能详尽的指引。现有的 PHEIC 规则

对认定某一地区是否出现 PHEIC 的结果是有或者无。这一极端的“二分法”不足以应对复杂多面的疫情发展，也就有了在 WHO 作出 PHEIC 认定后引起部分国家过度解读的现象。<sup>20</sup> 所以说，我们是否考虑可以对 PHEIC 认定规则进行细化，引入多层级的公共卫生评估和预警机制，准确反映疫情现状，为各缔约国采取行动提供科学的参考标准。至于争端解决机制，我们可能需要的是专门针对突发性传染病预防与暴发时的快速争端解决机制。在特殊时期及时、高效地处理履行《国际卫生条例》（2005）引起的争端，协调相互间的行动，不至于出现不同缔约方之间行为相互矛盾的问题。争端解决机制除了有以上直接功能外，还有其他益处。有效的争端解决机制可以通过对违法者的惩罚向后来人预警，遏制未来可能会出现的行为；争端解决机制还能够通过判例的产生来明晰、丰富和发展现有的规则，解决部分规则不被遵守、难以遵守的现状；从而提升国际社会对《国际卫生条例》（2005）的信心，形成自觉遵守的良好氛围。

## （二）多维治理体系的构建

全球化带来的问题仅凭单一力量是无法解决的，需要集全球之力打造完整的治理体系。完整的国际公共卫生治理体系应当包括国际规则和程序、有关各方的常规或不定期国际会议以及具有适当决策和执行机构的常设国际组织。

传染病防控是一个专业性很强的全球问题。在药物和疫苗的研发、病毒基因的分析鉴定以及医疗技术的援助方面，需要政府行动。但是，在传染病监测与信息网络的流动上，也离不开非政府组织、跨国公司、个人等主体。<sup>21</sup> 非政府组织可以摆脱国家的主权的束缚，快速判断传染病发展情况，即时报告 WHO，对后续各国以及政府间组织所报告的数据、所采取的行动起到监督作用。私人团体在物资捐赠、科研力量的贡献上受到主权边界的阻力相对较小，可以轻松跨越主权边境，且其本身拥有更高效的管理模式和更丰富的资源优势。<sup>22</sup> 《国际卫生条例》（2005）作为全球公共卫生治理领域的唯一一部具有法律约束力的条约，在突发性传染病防控中忽视这些主体的作用是不可取的。因此，我们必须将非政府组织和私人团体纳入突发性传染病防控领域，从制度上保障和规范其参与全球公共卫生治理的权利与义务，充分发挥其积极性。<sup>23</sup> 从而逐步建立起一个既包括主权国家又涵盖非政府组织的多主体共同参与、共同配合的全球传染病治理体系。

## （三）WHO 的主导作用发挥

传染病防控领域涉及诸多缔约国、国际组织和条例，要解决国际条约之间的决策冲突和功能重叠而引发的条约执行不力的问题，就迫切需要拥有一个能发挥主导作用国际组织。在现有的突发性传染病防治体系中，WHO 获得了《国际卫生条例》（2005）在多方面的授权，已经占据了相对权威的地位，在若干次重大传染病疫情中也展现了无法替代的作用。我们可以利用 WHO 本身较为完善的组织体系以及其目前在国际卫生治理体系中的地位，通过《国际卫生条例》（2005）赋予 WHO 在特殊时期更大的职权，加强在日常公共卫生治理领域给予 WHO 的关注，引领 WHO 在传染病防治领域乃至整个公共卫生治理领域发挥主导作用。如此，《国际卫生条例》（2005）和其他关涉公共卫生领

域的条约中可能因为没有主导机构无力开展实施的条文可以得到实践。且由于 WHO 在传染病防控问题中的主导能力是《国际卫生条例》(2005) 赋予的, 因此, 不仅不会削弱《国际卫生条例》(2005) 的自身地位, 反而有强大的巩固作用。

## 五、结语

1851 年, 第一次国际卫生会议开启了传染病防控的国际合作之路; 一个半世纪之后, 人类仍然在面对传染病带来的全球难题。在充满挑战的全球突发性传染病防治之路上, 《国际卫生条例》(2005) 的角色偏差带来一系列消极影响。但这并不意味着我们可以半途而废。相反, 我们迫切需要重新重视《国际卫生条例》(2005), 确保其在传染病防控领域发挥应有作用。SARS 疫情之后中国以更加开放、包容的态度参与国际卫生合作。<sup>24</sup> 作为世界上最大的发展中国家, 以及拥有两次新型传染病防控经验的中国继续向全球分享自己的公共卫生治理经验, 积极倡导国际社会重视《国际卫生条例》(2005) 在传染病防控的作用。如此, 方能构筑起保卫全球安全与健康的长城。

## 参考文献

- [1]李建中.《世纪大疫情》.[M].上海:学林出版社, 2004:1-2.
- [2]Bruria Adini,Shepherd Roe Singer,Ronit Ringel,Petra Dickmann. Earlier detection of public health risks – Health policy lessons for better compliance with the International Health Regulations (IHR 2005): Insights from low-, mid- and high-income countries[J]. Health policy,2019,123(10).
- [3]曾瑞声.全球公共卫生治理机制的形成与演变: 国家利益[D].暨南大学,2012:42.
- [4]赵洲.公共卫生全球治理的法理基础与争端解决[J].浙江师范大学学报(社会科学版),2011,36(06):94-100.
- [5]陈方,张志强,丁陈君,吴晓燕.国际生物安全战略态势分析及对我国的建议[J].中国科学院院刊,2020,35(02):204-211.
- [6]龚向前.传染病控制之国际法问题研究[D].武汉大学,2005:14-15.
- [7]陈颖健.公共卫生全球合作的国际法律制度研究[D].华东政法大学,2008: 56-58.
- [8]张锴.谈《国际卫生条例(2005)》背景下的《国境卫生检疫法》修改[J].中国卫生法制,2007(01):6-8.
- [9] 参见 WHO 官网第五十八届世界卫生大会文件档案 [http://apps.who.int/gb/archive/pdf\\_files/WHA58/A58\\_4-ch.pdf](http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA58/A58_4-ch.pdf)(最后访问日期: 2020年3月20日)
- [10]张业亮.加强全球应对突发公共卫生事件的国际合作机制[J].世界知识,2020(04):68-70
- [11] 参见英国卫生和社会保障部官方网站 <https://twitter.com/DHSCgovuk/status/1235207174407802880> (最后访问日期: 2020年3月6日)

- [12]参见中国日报官网 为防控新冠肺炎疫情 7 国宣布禁止日本公民入境  
<http://world.chinadaily.com.cn/a/202002/25/WS5e54cafda3107bb6b57a23e2.html>  
(最后访问日期 2020 年 3 月 6 日)
- [13]Kluge Hans,Mart ń-Moreno Jose Maria,Emiroglu Nedret,Rodier Guenael,Kelley Edward,Vujnovic Melitta,Permanand Govin. Strengthening global health security by embedding the International Health Regulations requirements into national health systems.[J]. BMJ global health,2018,3(Suppl 1).
- [14]龚向前.试析国际法上的“软法”——以世界卫生组织“软法”为例[J].社会科学家,2006(02):98-100.
- [15]李寿平.人类命运共同体理念引领国际法治变革:逻辑证成与现实路径[J].法商研究,2020,37(01):44-56.
- [16]Obijiofor Aginam , International Law and Communicable Diseases[J], Bulletin of the World Health Organization 2002, WHO ; Geneva.
- [17]ALLYN L. TAYLOR, DOUGLASW. Bettcher , International law and public health[J].Bull WHO,2002,(80):12.
- [18]蒋力啸.全球治理视角下国际法遵守理论研究[D].上海外国语大学,2019.
- [19]王晓中,臧宇婷,于畅,黄琳.《国际卫生条例(2005)》在全球的实施现状及存在问题的对策分析[J].中国国境卫生检疫杂志,2015,38(05):370-373.
- [20]参见律生学院 新冠病毒爆发:《国际卫生条例》究竟实现了其制定目标吗? <https://mp.weixin.qq.com/s/71eQ6BFnhEOcpfZoU2tatA> (最后访问时间:2020 年 3 月 20 日)
- [21]龚向前.传染病全球化与全球卫生治理[J].国际观察,2006(03):24-29.
- [22]高明,唐丽霞,于乐荣.全球卫生治理的变化和挑战及对中国的启示[J].国际展望,2017,9(05):126-146+172-173.
- [23]张彩霞,吴玉娟.传染病防控的国际合作机制演进与国际卫生法的实践[J].广东广播电视大学学报,2010,19(06):33-37.
- [24]罗艳华.试论“全球卫生外交”对中国的影响与挑战[J].国际政治研究,2011,32(02):45-61+0+3+0+2.

# 全球海洋治理视阈下南海 “蓝色伙伴关系”的构建

侯丽维、张丽娜

**摘要：**“构建蓝色伙伴关系”倡议的提出与实施，在理论上推动了新一轮国际发展合作、实施海洋强国战略的顶层设计，在实践上则为全球海洋治理注入强劲的新动力并为中国积极参与全球海洋治理提供了新的向度与范式。然而，在全球海洋治理视阈下南海“蓝色伙伴关系”的构建面临着治理主体乏力、客体局限以及机制薄弱等问题。为此，必须从鼓励多领域共同推动的“蓝色”合作、培育多元化紧密互动的“伙伴”主体、保障多层次合作联动的“关系”结构等 3 个方面入手进行优化。

**关键词：**全球海洋治理；南海；蓝色伙伴关系

2017 年 6 月 5 日联合国海洋大会首日，国家海洋局<sup>1</sup>倡议的主题为“构建蓝色伙伴关系，促进全球海洋治理”边会在联合国总部召开，国家海洋局副局长林山青在会上首次提出“构建蓝色伙伴关系”的重要倡议。与会各方一致认为，为实现可持续发展目标 14<sup>2</sup>及其各项子目标，各国和各国际组织应高度重视国际合作、缔结新型的伙伴关系——蓝色伙伴关系，推动构建更加公平、合理和均衡的全球海洋治理体系。<sup>[1]</sup>同年 11 月 3 日，国家海洋局局长王宏在厦门国际海洋周开幕式上表示，中国愿立足自身发展经验，积极与各国和国际组织在海洋领域构建开放包容、具体务实、互利共赢的蓝色伙伴关系。<sup>[2]</sup>显然，蓝色伙伴关系不仅是全球海洋治理理论的热门议题，更是习近平海洋强国战略思想的重要组成部分。“构建蓝色伙伴关系”倡议的提出与实施，是中国政府对深度参与全球海洋治理的积极响应，也是中国以新的姿态推动建立新型国际关系和国际海洋秩序变革的重要契机。本文致力于在全球海洋治理的视阈下考察南海“蓝色伙伴关系”的构建，从蓝色伙伴关系的主要内涵出发，探讨其对全球海洋治理的重要价值，着重分析南海构建“蓝色伙伴关系”面临的主要问题，并针对性地提出优化路径的建议。

## 一、“蓝色伙伴关系”的内涵及其对全球海洋治理的价值意

### 蕴

从“蓝色伙伴关系”理念所包含的内容和秉持的功能来看，其在理论上推动了新一轮国际发展合作、实施海洋强国战略的顶层设计，在实践上则为全球海洋治理注入强劲的新动力并为中国积极参与全球海洋治理提供了新的向度与范式。

<sup>1</sup> 2018 年 3 月，根据第十三届全国人民代表大会第一次会议批准的国务院机构改革方案，将国家海洋局的职责整合，组建自然资源部，不再保留国家海洋局。

<sup>2</sup> 联合国可持续发展目标，又称 Sustainable Development Goals (SDGs)。2015 年 9 月 25 日，联合国可持续发展峰会在纽约总部召开，联合国 193 个成员国在峰会上正式通过了可持续发展目标，该目标共含 17 项，目标 14 为“保护和可持续利用海洋和海洋资源以促进可持续发展”。

## （一）“蓝色伙伴关系”的多维内涵

“蓝色伙伴关系”（blue partnership）的概念来源于“伙伴关系”，所谓“伙伴关系”，是指包括政府、国际组织、非政府组织、基金会、企业在内的多元行为主体承诺一起提供资源和专业知识并承担风险，以实现共同的治理目标的一种国际合作形式。<sup>[3]</sup>当前，国内聚焦“蓝色伙伴关系”的研究成果相对匮乏，有学者认为蓝色伙伴关系是中国政府在全球海洋治理供给不足的状况下所提出的一种积极举措，通过联合相关国家、国际组织来共同应对和解决全球海洋治理问题。<sup>[4]</sup>还有学者指出蓝色伙伴关系作为中国参与全球海洋治理的重要途径，应拓展与其他国家在海洋领域的合作并强化这种共识，从而推动建立全球海洋治理伙伴关系。<sup>[5]</sup>

“蓝色伙伴关系”作为“伙伴关系”理念在海洋领域的扩展与引申，是一个含义丰富、层次分明的集合性概念，具有“开放包容、具体务实、互利共赢”的特点。首先，从来源上看，蓝色伙伴关系作为我国在多极化的国际体系中最现实可行的海洋外交战略，其理论基础源自于 20 世纪 80 年代初期确立的“不结盟”原则。中国愿本着对话而不对抗、结伴而不结盟的思路，与各国建立平等、开放、合作的伙伴关系，这也是对我国奉行的“独立自主和平外交政策”在思想理念上的继承与创新，打造更加紧密的全球伙伴关系网是中国特色大国外交的重要组成部分。习近平总书记在 2014 年 11 月举行的中央外事工作会议上明确指出“要在坚持不结盟原则的前提下广交朋友，形成遍布全球的伙伴关系网络”。其次，从性质上看，蓝色伙伴关系是我国健全海洋治理体系与加强海洋治理能力现代化建设的一种制度性安排。在十九大报告强调的“坚持陆海统筹”“海洋强国”战略部署之下，构建蓝色伙伴关系有助于全面推进“五位一体”<sup>1</sup>的海洋治理体系，也是进一步满足我国作为陆海复合型国家需要更高水平海洋治理能力的重要保障。再次，从本质上看，蓝色伙伴关系是我国开展多层次、多主体、多领域综合互动的一种海洋合作机制。2017 年 9 月，中国—小岛屿国家海洋部长圆桌会议在福建平潭召开，作为其会议成果的《平潭宣言》指出，中国及岛屿国家“推动宽领域、多层次的海洋合作，并致力于提升合作水平，巩固合作关系，构建基于海洋合作的‘蓝色伙伴关系’”。最后，从作用上看，蓝色伙伴关系是在全球海洋治理的感召之下应运而生的一种新型海洋治理模式。作为我国深度参与全球海洋治理的重要抓手和践行路径，构建最广泛的蓝色伙伴关系旨在充分实现各方共同利益的最大化，妥善处理和协调在全球海洋治理进程中各国之间的博弈与政策分歧，从而最大程度上增进全球海洋治理的平等互信。

## （二）“蓝色伙伴关系”对全球海洋治理的价值意蕴

考察蓝色伙伴关系理论与实践的发展，其对于全球海洋治理的重要意义和积极影响主要体现在以下 3 个方面。

### 1. 探索全球海洋治理的全新范式

蓝色伙伴关系的建立旨在打造一个包容、开放的合作平台，创造一种新型的国际海洋合作模式，在已有合作基础上增强海洋战略对接和优势互补，满足

<sup>1</sup> 具体指海洋政治、海洋经济、海洋安全、海洋资源保护与开发、海洋生态发展。

中国“经略海洋”进一步对外开放的意愿和要求，同时也满足伙伴方的发展需要，堪称中国国家发展战略和对外战略紧密衔接的创新之举。一直以来，中国极力寻求应对全球性海洋问题的治理模式，<sup>[6]</sup>而蓝色伙伴关系作为对全球海洋治理新模式的积极探索，也是中国倡导以合作共赢为核心的新型国际关系的客观需求和必然选择。蓝色伙伴关系倡议自 2017 年 6 月提出以来成果颇丰。同年 9 月，中国与来自四大洲 12 个岛屿国家的代表就共同构建蓝色伙伴关系达成共识。紧接着在一年时间内，中国先后与葡萄牙、欧盟和塞舌尔分别就建立蓝色伙伴关系相关事宜签署了政府间文件。这些合作硕果表明蓝色伙伴关系正从理念和愿景逐步转化为现实与行动。健全并加强蓝色伙伴机制和能力建设，不仅为全球海洋治理体系改革提供了全新范式和经典样板，而且为世界各国开辟了国际海洋合作的新道路，更是中国积极参与全球海洋治理贡献的新思路和新方案。

## 2. 拓展全球海洋治理的蓝色空间

“蓝色伙伴关系”作为全球海洋治理深入推进的桥梁和纽带，不仅在地理空间上拓宽了我国海上国际合作的地域和范围，还进一步在合作空间上扩大了我国在不同海洋领域的纵深发展。在 2017 年 6 月 19 日发布的《“一带一路”海上合作设想》中，我国政府明确表示了对于参与全球海洋治理的思路，并强调“愿与 21 世纪海上丝绸之路沿线各国一道开展全方位、多领域的海上合作，建立积极务实的蓝色伙伴关系”。按照《“一带一路”海上合作设想》的具体内容可知，“21 世纪海上丝绸之路”包括建设 3 条连接亚洲与非洲、大洋洲、欧洲和其他地区的海上“蓝色经济通道”。由此，蓝色伙伴关系网络将延伸和遍及 21 世纪海上丝绸之路沿线各国，并通过这些经济通道的建设带动与相关国家的海洋领域合作，从而在横向上扩展了海洋合作的地域空间。同样地，在《平潭宣言》中提出“鼓励共同构建蓝色伙伴关系，各方在推动海洋治理进程中平等地表达关切，共同建立合作机制”，并强调合作领域包括但不限于发展蓝色经济、保护生态环境、海洋防灾减灾、海洋技术应用等，进而在纵向上积极推动不同领域海洋治理的深入发展。

## 3. 贡献全球海洋治理的伙伴理念

“全球治理体制变革离不开理念的引领”，<sup>[7]</sup>蓝色伙伴关系作为伙伴关系理念在海洋领域的细化与延伸，是全球海洋治理框架下的海洋特色外交战略，也是中国积极响应《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》中所提出的“重振可持续发展全球伙伴关系”的有力举措。从加强伙伴关系的顶层设计来看，十八大报告指出“建立更加平等均衡的新型全球发展伙伴关系”，十九大报告也强调“中国积极发展全球伙伴关系”。这些党中央会议的整体精神为蓝色伙伴关系的产生和发展奠定了基石，更将伙伴关系提升到新的战略高度。进入新时代，中国的伙伴关系数量进一步增加，并继续深化升级原有伙伴关系，构建起各具特色、各有侧重的伙伴关系网络。截止 2018 年底，中国已经同 100 多个国家和国际组织建立了不同形式的伙伴关系，实现对大国、周边和发展中国家伙伴关系的全覆盖。蓝色伙伴关系网络的持续推进，既拓展了中国特色大国外交道路，对推动构建新型国际关系、构建海洋命运共同体具有举足轻重的意义，还为“共商、共建、共享”的全球治理理念注入了全新的蓝色活力、贡献了中国智慧，更为开创全球海洋治理新局面提供源源不断的动力。

## 二、全球海洋治理视阈下南海构建“蓝色伙伴关系”的现状 及问题审视

探讨南海“蓝色伙伴关系”的构建，需要充分回归南海在全球海洋治理语境下的现实面貌，通过考察南海地区海洋治理的实际状况及其现有成果，以此来深入探究南海构建“蓝色伙伴关系”所面临的问题。

### （一）南海构建“蓝色伙伴关系”现状分析

全球海洋治理从本质来看就是一种合作——由于治理海洋问题需要采取系统的共同行动，故催生各治理主体展开相关合作。<sup>[8]</sup>南海地区海洋治理的合作硕果主要包括两个方面：一是东盟在海洋治理上的已有的合作经验，二是中国与东盟或东南亚部分国家在海洋治理上已有的合作实践。

作为南海地区海洋治理的主导力量，东盟的海洋治理观与中国所倡导的蓝色伙伴关系在海洋发展的核心理念上是一致的，强调多层级的海洋合作与伙伴关系，旨在推动海洋可持续发展，这一点从东盟出台的各类官方文件可以看出。《东盟社会文化共同体蓝图 2025》指出“养护、开发和可持续管理海洋，并推动在此方面的海洋合作，不断努力实现生态系统和自然资源的可持续管理”，“加强全球和区域伙伴关系，支持相关国际协定和框架的执行”。<sup>[9]</sup>《东盟政治安全共同体蓝图 2025》提出“扩大东盟海上合作，全面解决海洋问题”，“促进国家、区域和国际海上合作机制之间的联系”。<sup>[10]</sup>正因如此，东盟近年来通过构建内外多层次合作框架和平台，借助对话伙伴的力量，积极致力于南海海洋治理机制建设，进而在区域合作中确立、维持其中心性（ASEAN's Centrality），<sup>[11]</sup>其中对南海海洋治理最主要的贡献便是创设了东盟海事论坛及其扩大会议和东盟地区论坛。东盟依据《东盟政治安全共同体蓝图》于 2010 年成立了东盟海事论坛，其为东盟国家、中国等开展海洋安全领域的功能性合作提供了全新平台。东盟海事论坛及其扩大会议的议题涵盖范围较广，包括渔业合作、科学考察、打击海盗、海事安全等涉及海洋合作的领域，不仅有助于维护南海海洋安全，还提升了东盟在区域中的海洋治理能力。东盟地区论坛是东盟开展南海海洋治理的又一重要平台。作为目前亚太地区主要的官方多边安全对话与合作平台，东盟地区论坛自 1994 年成立以来已举行了 25 届外长会议。2018 年 8 月 4 日在新加坡举行的第 25 届东盟地区论坛上，各国外长一致同意加强东盟地区论坛框架内以及其他地区机制的合作，从而有效应对跨国犯罪、海洋安全、自然灾害等挑战。该机制的创设无疑为推进和规范南海海洋治理提供有力保障，为各方在落实海洋治理方面加强共识并深入开展海洋合作平添助力。

中国与东盟或东南亚部分国家就南海海洋治理展开务实合作并取得积极成果，合作逐渐呈现出双多边同时推进、多领域同时开展的新局面。在双边层面，中国与马来西亚于 2009 年签署了政府间海洋科技合作协议；中国与印度尼西亚于 2012 年修改和续签了《海洋领域合作谅解备忘录》，建立中印海上合作基金，并联合建立了“比通联合海洋生态站”；中国与越南于 2013 年签署了《关于开展北部湾海洋及岛屿环境综合管理合作研究的协议》，并于同年成立

海上共同开发磋商工作组，积极推进中越海上共同开发；中国与泰国分别于 2011 年、2012 年和 2013 年签署了《关于海洋领域合作的谅解备忘录》《关于建立中泰气候与海洋生态系统联合实验室的安排》以及《海洋领域合作五年规划（2014—2018）》。

在多边层面，2011 年，中国设立 30 亿元人民币的中国—东盟海上合作基金用于南海环境保护、科学考察、航行安全和搜救等；2012 年，中国在中国—东盟领导人会上发表“中国—东盟海洋合作伙伴关系倡议”，并于同年发布《南海及其周边海洋国际合作框架计划（2011—2015）》，2016 年发布《南海及其周边海洋国际合作框架计划（2016—2020）》；2016 年 9 月，中国与东盟国家审议通过了《中国与东盟国家应对海上紧急事态外交高官热线平台指导方针》和《中国与东盟国家关于在南海适用〈海上意外相遇规则〉的联合声明》两份成果文件；2017 年 11 月，东盟各国与中国通过了《未来十年南海海岸和海洋环保宣言（2017—2027）》。截止 2018 年底，中国与东盟国家就“南海行为准则”框架达成共识，并形成了“南海行为准则”单一磋商文本草案。在 2019 年 5 月召开的落实《南海各方行为宣言》第 17 次高官会议上还审议更新了《落实〈南海各方行为宣言〉2016—2021 年工作计划》，确定了一批新的海上务实合作项目。

## （二）南海构建“蓝色伙伴关系”问题审视

尽管当前南海地区海洋治理已取得一定成绩，但相较于全球海洋治理的整体水平而言，南海海洋治理体系建设的深度或广度都有所不及，亦无法满足南海构建“蓝色伙伴关系”的现实需要，具体问题可归纳为以下 3 个方面。

### 1. 治理主体乏力、作用有限

全球海洋治理主体是指在解决全球性海洋问题过程中具有权威性并具有履行能力的行为体，通俗地说就是由谁来治理。具体而言，全球海洋治理主体包括国家、国际组织、跨国公司等。纵观南海海洋治理主体可知，其主要存在以下 3 个问题。

首先，南海沿岸各国由于地理位置差异和经济水平参差不齐对南海海洋治理存在诸多分歧，进而导致南海海洋治理主要行为体日益乏力。一方面是南海沿岸各国与海洋关联度不同从而引发的海洋利益享有不均与海洋治理责任均等分配之间的矛盾。从南海海域周边国家来看，拥有狭长海岸线以及实际控制较多南海岛礁的越南、群岛国菲律宾、中国以及马来西亚在开发和利用海洋上存有优势。就地理位置来说，这些国家相较于泰国、柬埔寨、印度尼西亚、新加坡和文莱在与南海海域的关联度和紧密度方面更胜一筹，致使上述两类国家在海洋开发利用的深度和广度各不相同，进而导致南海沿岸九国事实上享有海洋权利的不平等，因此很难通过治理责任均等分配来步调一致地推进南海治理合作。另一方面，南海沿岸各国受技术条件的限制以及资金上的匮乏导致海洋治理能力不足。除新加坡以外，其他南海沿岸国均为发展中国家，这些国家涉及海洋经济的传统工艺技术依旧落后、海洋基础设施还很薄弱、海洋经济的配套产业尚不完善。以印尼为例，虽然印尼作为东盟经济的“领头羊”，但根据世界经济论坛的《2015—2016 年全球竞争力报告》，在 140 个国家中，印尼各项基础设施指标排名均较为靠后，其中，基础设施总指标位列第 81 位，港口建设

第 82 位，电力供应第 86 位。<sup>[12]</sup>可见，南海多数国家往往“自顾不暇”，出于自身发展需求对于海洋的破坏力明显高于其保护能力，海洋治理能力和治理水平较弱。

其次，东盟作为南海海洋治理领域最重要的区域性国际组织，其在海洋治理领域所发挥的作用有一定局限性。坚持协商和包容性原则的东盟多主张宽泛的文本和非正式协议，在东盟内部达成的协议和共识往往不具有强有力的约束性。东盟前任秘书长鲁道夫·塞韦里诺（Rodolfo C. Severino）认为，在推进其事业的进程中，东盟更倾向于非正式的、松散的安排，而不是条约和正式的协议，它主要依靠领导人、高官们的个人关系以及同行之间的影响，而不是依靠制度。同时，它依靠协调一致和共同利益而不是具有约束性的承诺。<sup>[13]</sup>这种安排固然有一定利处，但在面对其所制定的南海治理议案和框架时，东盟国家在形式上愿意接受和在事实上遵守并服从之间存在巨大的缺口，这在一定程度上削弱了东盟在南海海洋治理中的话语权和影响力。与此同时，随着国际政治外交形势的风云变化，南海海洋权益如今面临着错综复杂的局面，美、日等域外大国凭借自身经济和军事实力的优势执意介入南海问题，东盟成为域外大国争相拉拢的对象，<sup>[14]</sup>使得东盟主导南海海洋治理效用的有限性开始凸显，这也不利于南海周边国家积累政治互信从而开展更深入的南海区域治理合作。

再次，联合国环境规划署、联合国开发计划署、国际海事组织等全球性国际组织虽然在南海海洋治理领域占有一席之地，但是其对于南海开展的计划项目治理领域和作用影响毕竟有限。例如，由联合国环境规划署执行的“扭转南中国海和泰国湾环境退化趋势”项目（2000—2009 年）、“执行南中国海战略行动计划”项目（2014—2019 年）<sup>[15]</sup>旨在对南海海洋环境保护（主要涉及 3 个领域：海岸栖息地的退化、渔业资源的过度捕捞以及陆地污染）展开合作治理。而其他由上述全球性国际组织制定与执行的区域海洋计划，例如东亚海环境管理伙伴关系计划、东亚海区域海洋计划等由于所涉地域范围较广，对于南海区域的海洋治理针对性不强、作用甚微。

## 2. 治理客体局限、领域较窄

全球海洋治理客体即全球海洋治理所指向的对象，是指已经深刻影响或将要影响人类社会生存与发展的全球性海洋问题，其不仅覆盖面广、内容繁杂，而且兼具低政治性、高政治性的基本特性——前者是指直接关系到人类共同利益的低政治敏感性领域，包括海洋资源开发、海洋环境保护、海洋科学研究等；后者是指涉及国家核心利益的海洋安全、海洋争端等领域。

一方面，南海海洋治理面临着治理客体局限性的制约，治理对象多集中于少数低敏感领域。就区域性合作治理而言，依据《南海各方行为宣言》所倡导的中国与东盟各成员国可探讨或开展以下五大领域的海上合作：海洋环保、海洋科学研究、海上航行和交通安全、搜寻与救助、打击跨国犯罪等。而在这些敏感性较低的涉海领域里，南海海洋环保领域的合作治理实践往往较为集中，例如联合国环境规划署的“扭转南海和泰国湾环境退化趋势”项目、东亚海环境管理伙伴关系计划、东亚海区域海洋计划等，其他涉海领域的区域治理实践则十分零散。从国家间合作治理来看，目前中国已与印尼、马来西亚、越南等国家海洋部门签署了双边合作备忘录，所涉及的内容也属低政治性领域居多，且合作的水平和层次尚浅。

另一方面，南海海洋治理的实践范围尚未涵盖日益兴起并引起特别关注的新兴海洋问题，比如生物多样性减损、水下文化遗产保护、海洋微塑料污染等。首先，南海作为海洋生物多样性的热点地区，对于生物资源养护与管理方面的海洋治理较为欠缺。南海是典型的半闭海，根据《联合国海洋法公约》第 123 条对闭海或半闭海沿岸国应开展的合作领域第 1 款首推海洋生物资源的管理、养护、勘探和开发。以海洋生物资源中最重要的一类——渔业资源为例，南海渔业合作较成熟的区域除了有政府协定《北部湾渔业合作协定及其补充议定书》作为强有力支撑的中越北部湾地区以外，南海其他绝大多数地区尚未建立起系统的渔业合作治理机制。其次，南海水下文化遗产正遭受严重破坏，亟待展开有效治理。由于受南沙群岛岛礁归属争议和海洋划界争端的影响，加之受水下考古专业技术要求和资金人力限制，任何国家欲凭一己之力无法胜任该项保护工作。<sup>[16]</sup>而菲律宾、印尼、马来西亚采用公司合作方式对水下文化遗产进行打捞且允许商业打捞，如此一来更加剧了南海水下文化遗产的肆意破坏与掠夺。<sup>[17]</sup>最后，面对海洋乃至全球环境的新兴污染源——微塑料的不断扩散与带来的破坏性影响，急需将此纳入南海海洋治理范围。2016 年联合国环境规划署发布的一份报告显示，全球开阔大洋漂浮大块塑料和微塑料总重量约 26.9 万吨，<sup>[18]</sup>时间一久这些塑料垃圾将会严重威胁海洋生态系统。由于海水的流动性较强，南海沿岸国家必须对此予以高度重视从而在该领域切实展开双边或多边合作治理。

总体而言，在有限的低政治性海洋领域展开的治理实践并不能满足南海日趋严峻的海洋治理的现实需要，亟待拓展南海海洋合作与治理的广度与深度，尤其加强对除海洋环保以外的海上搜救、防灾减灾、海洋科研等其他低政治领域以及其他新兴海洋领域的南海海洋治理体系的建设完善。

### 3. 治理机制薄弱、效果不彰

海洋治理机制作为全球海洋治理的基础和关键，是指依靠什么治理或如何治理，主要包括治理目标、治理制度和治理效果 3 个方面。

第一，南海是全球海洋治理目标缺失的缩影，<sup>[19]</sup>这很大程度上归因于南海沿岸国家缺乏开展海洋治理的意愿，其治理主体并未就海洋治理达成高度的共识从而形成统一的治理目标。进一步分析可知，南海沿岸国多为发展中国家（菲律宾、越南、印尼、马来西亚等），以海洋油气、渔业海产、涉海旅游、海港及运输等产业为主要构成的海洋经济在这些国家的国民经济中扮演着重要角色。以越南为例，根据越共中央所通过的《至 2020 年越南海洋战略》中明确指出，“海洋经济必须要占到国家 GDP 的半壁江山（一半以上）”，它具体包括“努力争取在 2020 年使海洋经济占国家 GDP 的 53%—55%，并使海洋经济占国家总出口金额的 55%—60%”。<sup>[20]</sup>正是由于海洋经济带来的丰厚收益成为南海沿岸这些本身并不富裕的发展中国家短期内无法摆脱的依赖，因而在面对南海海洋资源的无序、过度开发以及生态环境退化等一系列亟待开展区域海洋治理的问题日益严重时，南海多数发展中国家并未显示出强烈的治理意愿。<sup>[21]</sup>这一点从南海沿岸国对于协定选择性加入的态度中也能得到印证：《迁徙物种公约》除了唯一的缔约方菲律宾以外，南海其他沿岸国对待该公约并未有积极反应；对于《执行 1982 年〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定》和《促进公海渔船遵守国际养护及管

理措施的协定》，南海沿岸国更是无一例外地都未批准通过。<sup>[22]</sup>这些做法从侧面折射出南海沿岸国对于渔业资源养护与管理的消极意愿和心态，更加剧了南海地区海洋治理目标的分散化，使得南海陷入各自为治的局面。

第二，南海海洋治理的法律基础较为薄弱、硬法制度供给不足。通过梳理南海海洋治理的各种法律文件可以发现，无论是普遍国际法层面的《联合国海洋法公约》，还是区域国际法层面最为重要的《南海各方行为宣言》和《南海各方行为准则》，或是双边条约层面中国与越南签署的《北部湾渔业合作协定》、中国与印度尼西亚签署的《海洋领域合作谅解备忘录》、中国与马来西亚签署的《海上科学技术合作协议》等，<sup>[23]</sup>目前南海海洋治理仍以没有法律拘束力的“软法”为主，“软法的集束化”（cluster in soft law）表现尤为明显，换言之，软法在南海海洋治理中呈现出一种“集中”的“制度丛”（system plexus）现象。<sup>[24]</sup>“硬法”的严重缺位使得南海海洋治理缺少强制性条约的约束，导致南海不论是在全球性合作治理层面，还是区域性合作治理或国家间合作治理层面，都缺少坚实的法律基础作为其海洋治理的重要保障。

第三，南海海洋治理的效果差强人意。评估海洋治理的效果重点关注机制的绩效，即机制的有效性。从一般层面上看，有效性是用以衡量社会制度在多大程度上塑造或影响国际行为的一种尺度。<sup>[25]</sup>反观南海海洋治理的效果显然不尽如人意，具体表现如下。早在 1990 年印度尼西亚发起的非官方地区对话平台“处理南海潜在冲突研讨会”，其主要成员为南海周边国家和地区，旨在南海问题上寻求协商对话和促进南海地区信任措施建设，然而进入新世纪以来，该机制影响式微，甚至出现难以为继的局面。<sup>[26]</sup>又如，自 2005 年中、菲、越三国签署的旨在南海进行联合地震勘探的工作协议，由于菲律宾国内政治因素的影响，2008 年之后便被搁置。同样地，为全面落实《南海各方行为宣言》框架内的合作措施与项目，中国成立了海洋科研和环保、航行安全与搜救、打击海上跨国犯罪等 3 个专门技术委员会，并得到了东盟各成员国的积极响应，但是相关领域的海上合作至今未得到有效落实。由上述看出，南海海洋治理更多停留于形式上的安排，实际治理效果却不明显，仍面临着“共识多、落实少”的治理困境。<sup>[27]</sup>再如，由东盟 10 国、中国、日本、韩国等国于 2004 年 11 月签订了《亚洲地区反海盗及武装劫船合作协定》。作为亚洲首个政府间促进合作旨在打击海盗和武装劫掠的区域协定，《亚洲地区反海盗及武装劫船合作协定》对于加强南海地区海上犯罪的治理意义重大。然而根据亚洲反海盗及武装劫船区域合作协定信息共享中心（ReCAAP ISC）在 2019 年 1 月发布的海盗事件 2018 年度报告显示，南海地区在 2007—2018 年发生的海盗和武装抢劫事件总数量为 161 起，其中实际事件 131 起，未遂事件 30 起。也就是说，2007—2018 年南海地区平均每年发生约 13.4 起海盗和武装抢劫事件，虽然近几年数量有所降低，但总体而言形势依旧不容乐观，在 2014 年甚至还达到 42 起，<sup>[28]</sup>这些数据充分表明南海地区海盗和武装抢劫的态势在一定程度上并未得到有效抑制，南海地区海上犯罪的治理效率有待加强。

### 三、全球海洋治理视阈下南海构建“蓝色伙伴关系”优化路径

全球海洋治理背景下，面对南海地区海洋治理的严峻形势与挑战，必须从鼓励多领域共同推动的“蓝色”合作、培育多元化紧密互动的“伙伴”主体、保障多层次合作联动的“关系”结构等 3 个方面入手进行优化，从而为推动南海构建“蓝色伙伴关系”贡献有益方案。

### （一）由易渐难：鼓励多领域共同推动的“蓝色”合作

基于全球海洋治理客体的多样化与跨国性，海洋治理任务和形势变得更为严峻，亟待解决的海洋公共问题数量日益增多且涉及的层次和领域也异常广泛。当前，南海需要大力拓展海洋治理的范围，深入开展多领域辐射的蓝色合作以此来助力南海蓝色伙伴关系的构建。

第一，从南海低敏感领域逐步转向次敏感、敏感领域海洋合作治理。在具体议题上，可以从深化海洋科学合作、加强海洋环境保护等相对低敏感的领域率先入手，低敏感领域合作产生的“外溢效应”或将带动其他领域合作，<sup>[29]</sup>然后逐渐走向海上安全合作、海洋技术开发合作、海洋数据信息交流共享等次敏感领域，最终要触及海底资源开发共享、海洋政策协调开发等涉及主权的敏感领域。<sup>[30]</sup>由于南海各沿岸国之间围绕岛礁主权、海域划界、资源争夺和通道安全等海权争端所涉利益重大、利害关系错综复杂，在南海较为敏感领域开展海洋合作治理并非易事。因此，可借鉴南海部分国家在海上安全合作、海底资源共同开发方面的海洋合作经验，为南海各沿岸国在次敏感、敏感领域海洋合作治理提供有益参考。譬如，印度尼西亚、马来西亚和菲律宾作为苏禄海的沿岸国，存在划界争端。苏禄海地区充斥着海盗、绑架、恐怖主义和其他跨国犯罪，而 2017 年的马拉维危机更是暴露了海上安全合作的缺乏。三国由此开展了海上联合巡逻执法，虽然这种合作还处于初级阶段，但为南海沿岸各国开展次敏感领域的海上安全合作从概念发展到实操阶段提供了借鉴。再如，马来西亚和泰国采用“超国家管理模式”共同开发泰国湾争议海域，马泰两国总理共同签署一份谅解备忘录，<sup>1</sup>其决定将泰国湾争议海域的划界问题搁置 50 年，在双方海域主张重叠区域建立共同开发区。<sup>2</sup>继上述备忘录达成之后，两国在该争议地区共同开发进展顺利并取得显著成效。<sup>3</sup>同样地，马来西亚和越南采用“联合经营模式”共同开发泰国湾争议海域，<sup>4</sup>其共同开发的实践效果比较成功，不仅给越南和马来西亚带来了经济收益，还有助于两国关系互信的建构。简言之，可参考上述南海部分国家之间共同开发的案例和相关管理经营模式，为南海沿岸九国在争议海域共同开发提供实质性方案和具体思路，进而为南海各沿

<sup>1</sup> 谅解备忘录全称为《关于为开发泰国湾两国大陆架划定区域海床资源而建立联合管理局的谅解备忘录》。

<sup>2</sup> 具体做法是由两国建立一个由两国代表组成的联合管理局，从备忘录生效之日起 50 年内负责争议区海床和底土非生物自然资源的探测和开发，该管理局在共同开发中产生的任何费用和获得收益均由双方平摊和平分。

<sup>3</sup> 据马来西亚—泰国共同开发管理局统计，自 1994 年以来，马来西亚和泰国在争议海域一共开发了 63 个探井和 114 个开发钻井。参见邵建平：《东南亚国家处理海域争端的方式研究》，北京：中国社会科学出版社，2018 年，第 102-106 页。

<sup>4</sup> 具体做法是由两国共同签署的《马来西亚和越南在两国大陆架重叠海域特定区域内实施油气资源勘探和开发的谅解备忘录》中规定马越两国同意分别指定马来西亚国家石油公司 PETRONAS 和越南国家石油公司 PETROVIETNAM 在指定海域实施“共同开发”。参见邵建平：《东南亚国家处理海域争端的方式研究》，北京：中国社会科学出版社，2018 年，第 106-108 页。

岸国在敏感领域进行海洋合作治理开展积极探索。

第二，开拓新兴海洋领域南海海洋治理实践与合作。以上文所提及的生物多样性减损、水下文化遗产保护、海洋微塑料污染这几个新兴海洋领域为例，分别施以相应有效机制来推动这些新兴海洋领域的深入治理。首先，尽快建立南沙海洋保护区。南沙群岛位于珊瑚三角区内，其不仅是南海最大的一组岛屿，还是世界上海洋生物多样性最高的地区，而建立南沙海洋保护区不仅符合《生物多样性公约》爱知目标 11 和联合国可持续发展目标 14.5 中的规定，而且还有助于恢复衰退的南海渔业资源和生物多样性。其次，倡导南海沿岸各国签订《南海水下文化遗产合作保护协定》以建立南海水遗合作保护机制，在此基础上推动建设南海统一的水下文化遗产数字化平台，实现有关数据信息交流共享，将南海水下文化遗产纳入制度化、规范化的海洋治理轨道。最后，在微塑料污染领域，由南海沿岸各国合作商讨制定南海海域科学统一的微塑料监测技术规范和环境控制标准，以控制陆源塑料垃圾为抓手在南海各沿岸国推行具有可操作性的“限塑令”，逐渐探索可以完全降解的植物塑料、天然塑料等材料成为有机塑料的替代品，切实开展微塑料污染的海洋治理。事实上，在南海涌现的新兴海洋问题远不止上述 3 类，而共建合作保护机制则是南海各领域海洋治理“善治”的核心所在，更是南海构建蓝色伙伴关系的稳定锚和压舱石。

## （二）和谐共存：培育多元化紧密互动的“伙伴”主体

全球海洋治理作为一种民主治理，是一个复杂而多面的过程，其真正实现需要依靠各种行为体的通力合作。因此，形成主权国家、国际政府间组织、国际非政府组织等多元行为体协调互动、合作共治的海洋治理格局是南海构建“蓝色伙伴关系”的前提保证。

其一，南海沿岸国家应该在海洋治理领域坚持互利合作、充分利用各国的优势共同促进海洋可持续发展，推动各方就构建“蓝色伙伴关系”达成共识。诚然，南海沿岸国家发展程度各异，但要共同建设“开放包容、具体务实、互利共赢”的蓝色伙伴关系，“志同道合是伙伴，求同存异也是伙伴”。<sup>[31]</sup>针对南海地区多数国家发展相对滞后的现实困境，可以发挥南海地区唯一发达国家新加坡以及新兴大国中国在海洋治理实践中的引领作用和影响力，强化南海各沿岸国家海洋治理的共同目标和意愿。众所周知，新加坡在很多领域拥有着其他大多数亚洲国家难以企及的竞争力，被誉为“花园城市”的新加坡一直致力于发展环境友好型海洋经济，其政府成立的环境部将海洋产业发展与城市建设融为一体，并采取有效措施减弱经济发展对海洋环境带来的消极影响。<sup>1</sup>新加坡拥有的成熟资本市场与高度发达的科技水平可为南海沿岸发展中国家提供海洋治理的技术与资金援助，而这些发展中国家多以劳动密集型产业为主导，劳动力供给数量庞大，它们可以向新加坡提供海洋治理领域的劳动力支持。由此双向互动、互利共赢，从而进一步加强南海沿岸各国积极开展海洋治理的意愿和能动性，促使南海九国共同打造可持续发展的蓝色命运共同体，为南海构建蓝色伙

<sup>1</sup> 2011 年新加坡海事及港口管理局（MPA）颁布了一份全面的环保倡议—新加坡海事绿色倡议，该倡议于 2016 年新增了两个项目，分别是绿色意识项目，关注对可持续运输方式的探索；以及绿色能源项目，旨在促进海洋清洁燃料的使用及节能操作措施的运用。

伴关系奠定坚实基础。

另外，可借助中国作为负责任的世界大国和崛起中的海洋强国在全球海洋治理中的影响力，为南海展开合作治理添砖加瓦，进而为实现蓝色伙伴关系凝聚共识和增强互信。当前，中国不仅是国际海事组织 A 类理事国，还是国际海底管理局理事会 A 组成员，多年来中国一直以高票数当选联合国政府间海委会执行理事会成员国，凭借着中国在涉海国际组织地位和话语权的逐步上升，可为南海地区在海洋治理领域相关议程设置、规则制定以及机制创新方面贡献经验、智慧和力量。与此同时，中国还出资 400 亿美元成立丝路基金、向东盟国家提供 100 亿美元的优惠性质贷款、设立总额 100 亿美元的中国-东盟基础设施专项贷款等，为加强中国与东盟的海洋合作与南海地区海洋治理提供助力与保障。可见，中国在促进南海地区开展合作治理以及积极发展蓝色伙伴关系方面扮演着参与者、建设者和贡献者的关键角色。

其二，在东盟的基础作用之上，努力将其他国际政府间组织、国际非政府组织等治理主体作为一种补充力量纳入到南海海洋治理的网络之中，通过其深度参与和广泛合作推动多元治理主体紧密互动从而形成南海海洋治理的合力。譬如，积极利用亚洲基础设施投资银行为南海大多数发展中国家提供涉海基础设施建设方面的资金保障。亚投行作为中国政府主导建立的政府间亚洲区域多边开发机构，其重点是支持亚洲国家的基础设施建设。习近平主席在 2013 年 10 月于印尼国会发表的演讲中强调“中国致力于加强同东盟国家的互联互通建设，倡议筹建亚洲基础设施投资银行，愿同东盟国家发展好海洋合作伙伴关系”。<sup>[32]</sup>再如，联合国教科文组织政府间海洋学委员会西太分委会（WESTPAC）<sup>1</sup>近年来发起了一系列地区合作项目，包括“西太平洋海域海洋灾害对气候变化的响应项目”“东南亚海域海洋预报系统”等，应充分发挥该组织在南海海洋治理上述具体领域中的桥梁和纽带作用，深化蓝色伙伴关系的互信与合作发展。诸如此类的区域组织还有中西太平洋渔业委员会（WCPFC）、依据《中西太平洋高度洄游鱼类管理和养护公约》的规定而建立的中西部太平洋高度洄游鱼类种群养护和管理委员会等，这些组织为南海海洋治理在完善合作机制与搭建合作平台方面提供了有益助力。此外，国际非政府组织的力量也不容忽视，中国南海研究院和东南亚国家智库共同发起建立的“中国—东南亚南海研究中心”作为地区国家涉海研究合作的新范式，通过经常性召开国际研讨会、学者访问交流等形式深化国内外涉南海研究机构的联系，其不仅为南海海洋治理提供智力支撑，还为南海建构蓝色伙伴关系创造良好、和谐的国际环境。

### （三）协同共治：保障多层次合作联动的“关系”结构

多元多层合作治理被认为是全球海洋治理在运作中最为现实且最具普遍意义的治理模式，从全球海洋治理所涵盖的全球性合作治理、区域性合作治理和国家间合作治理 3 个层面上来看，<sup>[33]</sup>南海海洋治理若要形成国际、区域和国家多层次合作联动的协同共治结构，需要在法制建设的基础之上提升海洋治理的实效性，以此来保障南海海洋治理的“善治”以及蓝色伙伴关系的深化与发展。

<sup>1</sup> 该组织的主要职能是执行海委会全球性海洋科学、海洋观测服务项目在西太地区的开展，并根据本地区成员国的共同兴趣，发起、推动和协调适合本地区的海洋科学、观测服务及能力培训项目。

一方面,推动南海海洋治理在现有“软法主导”的框架之下,逐渐向“软硬平衡兼施”的模式转变。放眼望去,无论是南海区域性合作治理还是国家间合作治理,其绝大多数以谅解备忘录、联合声明、合作协议、海洋计划等形式的软法协议达成。一旦法律制度的安排在义务(obligation)、精确性(precision)和授权(delegation)3个维度中的一向或几向维度上受到弱化时,“软法”王国便出现了。<sup>[34]</sup>诚然,软法较为灵活、富有弹性,与硬法相比更容易达成,<sup>[35]</sup>但软法最多还是全球治理的补充,而非主体。普罗斯佩尔·威尔(Prosper Weil)就指出软法使用程度增加“可能会动摇整个国际规范体系,将其变为一个不再服务于自身目的的工具”。<sup>[36]</sup>从长远来说,软法最主要的价值在于推动硬法形成的过程,作为硬法的先导,<sup>[37]</sup>甚至是刺激硬法形成的因素。从南海海洋治理的现实状况来看,采取“软硬平衡兼施”的模式会是最优选择:在海洋安全、海洋争端等高政治性领域有拘束力的协议难以达成,以软法先行较为适合;在海洋环境保护、海洋资源开发等低政治敏感性领域则从软法逐渐过渡为硬法,以先制定没有法律拘束力的原则和行动计划为起点,在其获得广泛认同后,继续寻求签订有法律约束力的公约和议定书。这个软法过渡为硬法的过程可以分为两个阶段来操作和执行:第一阶段是从寻求科学认识的一致性到共同制定战略行动计划的过程,它是一个将科学结论与政策措施相结合的阶段;第二阶段是固化政策和措施,并将其转化为法律的过程,它为签订公约打下政治基础。<sup>[38]</sup>由此一来,充分发挥软法和硬法各自的优点,最大程度上实现南海地区在不同海洋领域的有效治理,为南海构建蓝色伙伴关系平添砝码。

另一方面,借鉴闭海或半闭海区域海洋治理公约的立法模式,导入南海海洋治理的有效机制来巩固南海海洋治理的法治成果。闭海或半闭海区域海洋治理公约主要遵循两种立法模式,一种是以《保护地中海免受污染公约》为典型的“地中海模式”,一种是以《保护波罗的海海洋环境的赫尔辛基公约》为典型的“波罗的海模式”。<sup>[39]</sup>由于采用“波罗的海模式”要求签署公约的沿岸国将承担同样的保护区域海洋环境的义务,采取相同的保护措施并执行统一的污染防治标准,往往对成员国有较高要求,而根据前文所述,南海各沿岸国因所处地理位置差异和经济水平参差不齐对南海海洋治理存有诸多分歧,通过治理责任均等分配、采取相同措施和执行统一标准来推进南海合作治理存有较大困难且极不现实,故针对南海沿岸各国的实际情况在海洋治理领域应借鉴“地中海模式”。<sup>1</sup>参照该立法模式,可允许南海沿岸各国在签署海洋治理框架公约的基础上,根据自身发展水平自由选择签署一项或几项议定书,在使各国接受南海海洋治理基本原则和基本义务的基础上,尽最大可能团结各国力量在南海合作治理中步调更加一致、磋商更有效率,从而避免“搭便车”的现象出现。<sup>[40]</sup>同时,环境规划署、中国—东盟海上合作基金还可为南海多数发展中国家采取必要的环境保护措施以及深入发展海洋合作伙伴关系提供资助,使其逐渐达到议定书要求的保护水平,最终加入符合其自身需求不同海洋领域的议定书。这种“框

<sup>1</sup>所谓“地中海模式”是指区域海环境治理法的法律框架由两部分构成,一部分是框架公约,另一部分是附加议定书的立法模式。框架公约、议定书以及附件都是整个文件不可分割的组成部分。框架公约规定了沿海国必须履行的基本义务,国家成为公约的缔约国就必须签署框架公约;议定书规定的是针对具体污染形式的技术条款或是关于海洋环境保护的特殊规则。缔约国签署框架公约时,必须至少同时签署一个议定书,并有义务在条件允许时参加其他议定书。地中海沿岸国于1976年2月16日缔结了《保护地中海免受污染公约》,并于1995年修订该公约。时至今日,沿岸国共签署了7个议定书。

架公约+议定书”地中海模式的制度安排使二者交汇融合、互为补充。美国学者基欧汉等人就提出了“制度复合体”（regime complex）治理模型，以避免制度全面性（comprehensive）中的困难，这也有助于在不同问题的处理上更加灵活，更能适应客观情势的变化。<sup>[41]</sup>由此一来，不仅增强了南海不同海洋领域治理机制的契合度和善治程度，还为南海构建蓝色伙伴关系凝聚意愿和增强互信奠定坚实基础。

## 参考文献

- [1]《国家海洋局倡议的边会在联合国海洋大会首日召开》，国家海洋局网站，2017年6月12日，[http://www.gov.cn/xinwen/2017-06/12/content\\_5201829.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2017-06/12/content_5201829.htm)。
- [2]高悦：《2017 厦门国际海洋周开幕》，《中国海洋报》2017年11月6日，第1版。
- [3]Robert G. Ridley, “Putting the ‘partnership’ into public-private partnerships”, *WHO Drug Information*, Vol. 15, No. 2 (2001), p. 57.
- [4]朱璇、贾宇：《全球海洋治理背景下对蓝色伙伴关系的思考》，《太平洋学报》2019年第1期，第50-59页。
- [5]贺鉴、王雪：《全球海洋治理视野下中非“蓝色伙伴关系”的建构》，《太平洋学报》2019年第2期，第71-82页。
- [6]习近平：《习近平谈治国理政》（第2卷），北京：外文出版社，2017年，第541页。
- [7]习近平：《推动全球治理体制更加公正更加合理 为我国发展和世界和平创造有利条件》，《人民日报》2015年10月14日，第1版。
- [8]梁甲瑞、曲升：《全球海洋治理视域下的南太平洋地区海洋治理》，《太平洋学报》2018年第4期，第57页。
- [9]ASEAN SOCIO-CULTURAL COMMUNITY BLUEPRINT 2025, March 2016, <https://www.asean.org/wp-content/uploads/2012/05/8.-March-2016-ASCC-Blueprint-2025.pdf>.
- [10]ASEAN POLITICAL-SECURITY COMMUNITY BLUEPRINT 2025, March 2016, <http://www.asean.org/wp-content/uploads/2012/05/ASEAN-APSC-Blueprint-2025.pdf>.
- [11]Amitav Acharya, “The Myth of ASEAN Centrality?”, *Contemporary Southeast Asia: A Journal of International and Strategic Affairs*, Vol. 39, No. 2 (2017), pp. 273-274.
- [12]曲凤杰等：《走向印度洋：“丝绸之路经济带”东南亚—南亚—印度洋方向重点国别研究》，北京：中国市场出版社，2016年，第167页。
- [13][菲]鲁道夫 C. 塞韦里诺著：《东南亚共同体建设探源：来自东盟前任秘书长的洞见》，王玉主等译，北京：社会科学文献出版社，2012年，第10页。
- [14]韦红、颜欣：《中国—东盟合作与南海地区和谐海洋秩序的构建》，《南洋问题研究》2017年第3期，第5页。
- [15]于铭、徐祥民：《世界区域海治理立法研究》，北京：人民出版社，2017年，第99-100页。
- [16]石春雷：《论南海争议海域水下文化遗产“合作保护”机制的构建》，《海南大学学报》（人文社会科学版）2017年第4期，第12页。

- [17]刘丽娜：《中国水下文化遗产的法律保护》，北京：知识产权出版社，2015年，第117页。
- [18]兰圣伟：《急需加强海洋微塑料监测调查》，《中国海洋报》2018年8月2日，第1版。
- [19]袁沙：《全球海洋治理：从凝聚共识到目标设置》，《中国海洋大学学报》2018年第1期，第3页。
- [20]成汉平：《越南海洋战略研究》，北京：时事出版社，2016年，第114页。
- [21][27]吴士存、陈相秒：《论海洋秩序演变视角下的南海海洋治理》，《太平洋学报》2018年第4期，第32、31页。
- [22]陈嘉、杨翠柏：《南海生态环境保护区域合作：反思与前瞻》，《南洋问题研究》2016年第2期，第35页。
- [23]张丽娜、侯丽维：《南海区域合作的法律困境及对策研究》，《海南大学学报》（人文社会科学版）2018年第6期，第101-102页。
- [24]朱立群、[意]富里奥·塞鲁蒂、卢静主编：《全球治理：挑战与趋势》，北京：社会科学文献出版社，2014年，第55页。
- [25]Oran R.Young, *The Effectiveness of International Environmental Regimes: Causal Connections and Behavioral Mechanisms*, Cambridge: The MIT Press, 1999, p. 3.
- [26]杜兰、曹群：《关于南海合作机制化建设的探讨》，《国际问题研究》2018年第2期，第84页。
- [28] ReCAAP Information Sharing Center, *Annual Report for 2018*, <http://www.recaap.org>.
- [29][英]安特耶·维纳、[德]托马斯·迪兹主编：《欧洲一体化理论》，朱立群等译，北京：世界知识出版社，2009年，第64页。
- [30]傅梦孜：《循序渐进参与全球海洋治理》，《中国海洋报》2018年12月27日，第2版。
- [31]习近平：《谋求持久发展 共筑亚太梦想——在亚太经合组织工商领导人峰会开幕式上的演讲》，《人民日报》2014年11月10日，第2版。
- [32]习近平：《携手建设中国—东盟命运共同体——在印度尼西亚国会的演讲》，《人民日报》2013年10月4日，第2版。
- [33]崔野、王琪：《关于中国参与全球海洋治理若干问题的思考》，《中国海洋大学学报》2018年第1期，第12页。
- [34]Kenneth W.Abbott and Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, Vol. 54, No. 3 (2000), p. 422.
- [35]Shih-Ming Kao, “Regional Cooperation in the South China Sea: Analysis of Existing Practices and Prospects”, *Ocean Development and International Law*, Vol. 43, Iss. 3 (2012), p. 285.
- [36]Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, Vol. 77 (1983), pp. 413-442.
- [37]Ulrika Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p. 191.
- [38][39]于铭、徐祥民等：《世界区域海治理立法研究》，北京：人民出版社，2017年，第91-92、93-96页。
- [40]李聆群：《南海渔业合作：来自地中海渔业合作治理的启示》，《东南亚研究》2017年第4期，第130页。

[41]Robert O.Keohane & David G.Victor, “The Regime Complex for Climate Change”, *Perspectives on Politics*, Vol. 9, Iss. 1 (2011), pp. 18-19.

## **The Construction of “Blue Partnership” in the South China Sea From the Perspective of Global Ocean Governance**

HOU Li-wei ZHANG Li-na

**Abstract:** The proposal and implementation of the “Building Blue Partnership” initiative has theoretically promoted a new round of international development cooperation and implemented the top-level design of the strategy of ocean power, and in practice has injected a strong new impetus to global ocean governance and provided a new dimension and paradigm for China’s active participation in global ocean governance. However, the construction of the “blue partnership” in the South China Sea under the perspective of global ocean governance is confronted with problems such as weak governance subjects, object limitations and the weakness of mechanism. Therefore, it is necessary to optimize it from the following three aspects: encouraging the “blue” cooperation promoted by multi-field, cultivating the multiple and closely interactive “partner” subjects, and guaranteeing the “relationship” structure of multi-level cooperation linkage.

**Key words:** global ocean governance, South China Sea, “blue partnership”

# 自由贸易协定知识产权保护条款 对中国出口贸易的影响

胡昕桐（浙江大学光华法学院硕士研究生）

**摘要：**在对 FTA 贸易效应的研究中，近来学者开始从对传统的关税削减的分析转向对知识产权等后边界规则的研究。了解自由贸易协定知识产权保护条款对我国出口贸易的影响，有助于为今后建立既符合国际公约标准、又促进本国贸易发展的 FTA 知识产权保护体系提供经验基础。本文基于中国向 18 个与中国订立 FTA 协定国家 2003-2017 年的产品层面的出口数据，借鉴韩剑等（2018）的做法，在扩展的贸易引力模型中加入代表 FTA 知识产权保护条款的虚拟变量，检验了在 FTA 下知识产权保护加强对我国出口贸易的影响。实证结果表明，FTA 下知识产权保护加强有助于扩大我国向 FTA 缔约国的出口贸易规模。进一步区分出口产品的知识产权密集度后发现，FTA 下知识产权保护加强促进了知识产权密集型行业产品的出口贸易，且对知识产权密集型产品出口的促进作用存在显著的行业差异，其中，FTA 下知识产权保护加强对我国医疗器械、分析仪器、生产工艺行业知识产权密集型产品的出口促进作用尤为明显。其次，区分出口目的国的经济发展程度后发现，FTA 下知识产权保护的加强对中国出口贸易额的增加相比于发达国家更明显，但对发达国家知识产权密集型产品的出口贸易额的促进效应要强于发展中国家。最后，区分 FTA 知识产权保护条款深度后发现，FTA 下知识产权保护在不超出 TRIPs 协议标准下的加强促进了我国出口贸易总体流量的增加，知识产权保护在超出 TRIPs 协议标准上的加强虽然对我国出口贸易总体流量的增加有阻碍作用，但有助于我国知识产权密集型产品的出口。

**关键词：**自由贸易协定、知识产权保护、出口贸易、知识产权密集型产品

**Abstract:** In the study of the trade effect of Free Trade Agreements, scholars began to shift from the analysis of traditional tariff reduction to the study of post boundary rules such as intellectual property rights in the recent years. Understanding the impact of the intellectual property protection provisions of FTA on China's export trade can help to provide an empirical basis for the establishment of an FTA intellectual property protection system that not only conforms to the standards of international conventions, but also promotes the development of domestic trade. Based on the data of China's exports to 18 FTA countries from 2003 to 2017, and referring to the practice of Han Jian et al. (2018), this paper adds virtual variables representing the protection of FTA intellectual property in the extended trade gravity model, in order to test the impact of strengthening the protection of intellectual property under FTA on China's export trade. The empirical results show that strengthening the protection of intellectual property rights under FTA helps to expand the scale of China's export trade to FTA countries. After further distinguishing the intensity of intellectual property rights of export products, I found that strengthening the protection of intellectual property rights under FTA promotes the export trade of intellectual property intensive industries, and has significant industrial differences in the export of intellectual property intensive products. Among them, strengthening the protection of intellectual property rights under FTA has a significant positive impact on China's medical devices, analytical instruments and production process industries. Secondly, I distinguished the economic development degree of the export destination countries, and found that the enhancement of the protection of intellectual property rights under FTA increases the export trade volume of developing countries more obviously than that of developed countries, but the promotion effect on the export trade volume of intellectual property intensive products of developed countries is stronger than that of developing countries. Finally, after distinguishing the depth of intellectual property protection clauses in FTA, it is found that the strengthening of intellectual property protection under FTA which does not exceed the TRIPS agreement standard, promotes the increase of China's overall trade flow. Besides, although the strengthening of intellectual property protection beyond the TRIPS agreement standard hinders the increase of China's overall trade flow, it is conducive to the export of high intellectual property intensive products.

**Key words:** Free trade agreement、Intellectual property protection、Export trade、Intellectual property intensive products

## 一、引言

近年来，发达国家贸易保护主义盛行，全球多边贸易谈判进程受阻，双边和区域自由贸易协定（FTA）呈快速发展趋势。传统意义上，FTA 是两国或者多国之间达成的通过削减货物贸易关税、消除非关税壁垒等方式促进经济一体化的、具有法律约束力的国际契约。知识产权作为边界后规则（Rules Behind the Border）的重要内容，现在越来越多地渗透到各国的贸易政策当中。目前，全球新签 FTA 中有 90% 以上都涉及知识产权保护条款。截至 2020 年 3 月，中国已经和 25 个国家或地区签署了 17 个自由贸易协定，除了《内地与港澳地区关于建立更紧密经贸安排》和《中国-巴基斯坦自贸协定》外，都包含知识产权保护条款或章节。

知识产权规则一体化对于发展中国家参与国际贸易影响深远。从积极方面来看，知识产权保护条款能促进依赖专利保护的产品和服务销往发达国家市场，保障出口商的合法权益；同时，加强知识产权保护也能促进高技术设备和产品的进口，有利于获得技术转移。但过度的知识产权保护会增加贸易争端，导致发展中国家贸易成本的扭曲，阻碍国际贸易。国内外已有文献大多通过评估知识产权立法及执法强度，分析知识产权保护对贸易的影响，但对 FTA 知识产权保护条款作用的分析还非常有限。了解 FTA 下知识产权保护对我国国际贸易的影响，有利于在今后的 FTA 谈判中，建立既符合国际公约标准、又促进本国贸易发展的知识产权保护体系。

为了考察 FTA 下知识产权保护加强对中国出口贸易的影响，本文参照韩剑（2018）的做法，构建了含有表示 FTA 知识产权保护条款生效与否的虚拟变量的扩展贸易引力模型。在韩剑（2018）的基础上，一方面，本文细分了出口目的国经济发展水平对知识产权保护贸易效应的影响；另一方面，本文向后扩展了样本期间，从而能够将含有 TRIPs-plus 条款的 FTA 纳入研究对象，使得本文能够分析 FTA 知识产权条款保护深度对知识产权保护贸易效应的影响。

本文基于中国向 18 个与中国订立 FTA 协定国家的 2003-2017 年的出口数据，探讨了 FTA 知识产权保护条款对我国出口贸易的影响。实证结果表明，FTA 下知识产权保护加强有助于扩大我国向 FTA 缔约国的出口规模。进一步研究发现，FTA 下知识产权保护加强促进了知识产权密集型产品出口贸易，且对知识产权密集型产品出口的促进作用存在显著的行业差异。另外，FTA 下知识产权保护的加强对发展中国家出口贸易额的增加相比于发达国家更明显，但对发达国家知识产权密集型产品的出口贸易额的促进效应要强于发展中国家。最后，FTA 下知识产权保护在不超出 TRIPs 协议标准下的增强促进了我国出口贸易总体流量的增加，在超出 TRIPs 协议标准上的增强虽然对我国出口贸易总体流量的增加有阻碍作用，但有助于我国知识产权密集型产品的出口。

本文接下来的结构安排如下：第 2 部分将整理总结关于知识产权保护对国际贸易影响的国内外相关文献；第 3 部分介绍了本文的研究方法设计，包括模型设定和数据来源；第 4 部分报告了实证结果并对结果做相应的分析；第 5 部分概括了本文的主要结论并提出了相应的政策建议。

## 二、国内外研究评述

知识产权是一项能有效激励企业创新的制度安排，但由于知识创造者和社会公众之间的利益平衡难以有效实现，知识产权保护制度对国家和社会的福利效应一直都颇受争议。同样，知识产权保护对国际贸易也存在着“双刃剑”作用，国内外学者围绕知识产权保护和国际贸易二者之间的关系展开了一系列理论和实证研究。自 TRIPs 协议签订生效，大量研究开始聚焦 TRIPs 协议对国际贸易的影响。同时，随着自由贸易协定的贸易投资规则从边界规则向后边界规则延伸，国内外学者对 FTA 贸易效应的研究分析重点开始从传统的关税削减转向包括知识产权保护在内的后边界规则。

### （一）知识产权保护对国际贸易影响的理论研究

已有文献研究分析了知识产权保护对国际贸易总体流量的影响效应，并从差别化行业角度进一步探讨了知识产权保护贸易效应的作用机制。

有关文献首先分析了在知识产权保护对国际贸易总体流量的影响。Maskus 和 Penubarti (1995) 提出，知识产权对国际贸易存在“市场扩张效应” (Market Expansion Effect) 和“市场支配力效应” (Market Power Effect) 这两种完全相反的作用途径。前者指在知识产权保护较弱的环境下，知识产权保护的加强会限制当地企业对贸易产品的模仿，对国外出口企业的专利产品提供了保护，从而促使出口企业增加对出口市场的贸易规模；后者指在知识产权保护较强的市场，企业由于不用担心潜在的侵权和模仿行为的存在而获得一种“垄断势力”，通过采取减少出口、提高价格的方式也能保证自身利益，因而对出口市场的贸易规模相应减少。由于这两种效应相互抵消，因此知识产权保护对国际贸易流量的影响存在不确定性。Maskus 和 Penubarti (1997) 构建了一个局部均衡模型对知识产权保护作用下国际贸易流量的变化进行分析，发现知识产权保护的加强有效限制了出口目的国企业的模仿可能性，通过市场扩张效应促使国外企业出口更多创新产品到出口目的国市场以满足其对创新产品的需求。另一方面，知识产权保护的加强还降低了国外创新产品的需求弹性，从而导致国外出口企业的市场支配力增强，阻碍了国外企业向国内市场的出口。Maskus (2000) 的研究认为，由于国内市场的模仿成本可能很高而且需要较长时间，较弱的知识产权保护力度不一定会削弱创新企业的市场支配力；由于在当地市场上可能还存在着其他合法的替代品，较强的知识产权保护力度也不一定会创造“垄断势力”。

市场扩张效应和支配力效应主要着眼于知识产权保护加强对一国总体贸易流量的影响，此后的理论研究围绕知识产权保护对差别化行业贸易流量影响的背后发生机制展开。Ivus (2011) 通过构造一个以北方创新、南方模仿为背景的动态一般均衡模型考察了在知识产权保护加强情况下差别化行业贸易流量的变化。模型假设南方对差别化行业的模仿率不同，根据模仿率的高低将所有行业分为可贸易和非可贸易行业两类。研究发现，南方市场加强知识产权保护引起了四种潜在的存在行业异质性的贸易效应：第一种即市场支配力效应，南方市场知识产权保护的加强限制了当地企业的模仿，促使可贸易产品行业的北方生产者的市场支配力加强，这种市场支配力减少了北方的出口；第二种即市场扩张效应，南方市场知识产权保护的加强降低了北方企业出口产品在南方被模仿的风险，扩大了南方参与贸易的行业和产品范围；第三种是市场稀释效应 (Market Dilution Effect)，随着可贸易行业和产品种类的增加，南方现有的收入将分配到更广泛的产品上，导致南方花费在每种可贸易行业产品的预算降

低，进而阻碍北方企业可贸易行业产品对南方的出口；第四种是贸易条件效应（The Terms of Trade Effect），在上述三种贸易效应的共同影响下，北方和南方相对工资水平的变化会对北方出口产生可能为正、也可能为负的贸易条件效应。如果北方相对工资在均衡中下降，贸易条件效应促进北方出口，反之会降低北方出口。Ivus（2012）进一步研究指出，知识产权保护的加强对北方总体出口的影响存在不确定性，首先，出口的产品种类反应效应表现为正的市场扩张效应；其次，因为相对于负的市场稀释效应，正的市场扩张效应和市场支配力效应占主导，出口的产品数量反应效应一直是正的；最后，出口的产品价格反应效应的方向是不确定的，它取决于行业间模仿率的差异。

国内关于知识产权保护对国际贸易影响机制的理论研究还比较有限。杨静（2013）分析了知识产权影响国际贸易的作用渠道：首先，影响国际贸易的安全性及交易的便捷性，导致违法经营活动的成本增加；其次，执法和监管体系增加了非关税壁垒，导致贸易不确定性增加；最后，自贸规则从边界措施向后边界措施延伸，对不同知识密集度的产品影响会存在差异。

## （二）知识产权保护对国际贸易影响的实证研究

理论分析的结果表明，知识产权保护力度对国际贸易的影响存在不确定性，因此后续的实证研究主要围绕哪种效应占主导地位展开。国内外关于知识产权保护对国际贸易影响的大多数实证研究都是基于 Bergstrand（1989）扩展的贸易引力模型进行考察分析的，早期研究主要利用国家之间单边或双边的国家层面与行业层面贸易数据，近来的研究则开始利用产品层面的数据。此外，有少量研究采用了其他模型进行实证分析，如 Makus 和 Yang（2012）采用了要素比率模型。

早期的实证研究致力于考察知识产权保护对总体贸易的影响。Makus 和 Penubarti（1995）基于 1984 年 OECD 国家和 28 个发展中国家数据的研究发现，较强的知识产权保护对制造业进口贸易存在正面影响，即知识产权保护的市场扩张效应明显大于市场支配力效应。Doanh（2007）基于 1990、1995、2000 年印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、新加坡和泰国 6 个东盟国家和 10 个主要贸易伙伴国的贸易数据的研究表明，进口国知识产权保护的加强促使东盟国家增加对其出口，表明此时市场扩张效应占主导；而东盟国家知识产权保护加强时，国外出口企业的市场垄断能力提升，使得东盟国家从其他国家的进口额下降，即此时市场支配效应占主导。Liegalsz（2010）基于 1990-2002 年中国从 OECD 国家的进口贸易数据，分析了中国加强知识产权保护对国际贸易的影响。实证结果显示，国外专利授予量对 OECD 国家出口到中国的贸易量有正面影响，但每个行业的专利申请密集度对 OECD 国家出口到中国的贸易量存在负面的影响，这表明市场扩张效应和市场支配力效应同时存在。

此后，部分文献转向研究知识产权保护如何影响行业贸易，知识产权密集度高的行业比知识产权密集度低的行业有更强的市场扩张效应。Maskus 和 Penubarti（1995）通过细分 1984 年 OECD 国家和 28 个发展中国家的制造业行业的研究表明，加强知识产权保护对专利敏感性低的行业的出口存在正面的影响，对专利敏感程度高的行业的出口不存在显著影响。Fink 和 Rrimo-Braga（2005）基于 1989 年 89 个国家双边贸易数据的研究显示，知识产权保护对非燃料行业的贸易存在正面影响，但知识产权保护对高科技产业的贸易没有显著的影响。Ivus（2010）基于 1962-2000 年 OECD 国家和 55 个发展中国家的贸易

数据的实证结果表明,发展中国家知识产权保护的加强增加了发达国家专利敏感性行业(高科技行业)的出口。余长林(2011)基于 1991-2005 年中国细分制造业行业进口数据的实证研究表明,我国知识产权保护的加强对我国技术密集型行业的进口存在显著的正面影响。马凌远(2014)基于中国 2000-2011 年服务行业进口数据的研究发现,知识产权保护的加强促进了我国服务贸易的进口,其中知识产权保护的加强对外国高技术服务业的影响更大。

此外,现有实证研究表明,出口目的国经济发展水平和模仿能力会影响知识产权对国际贸易的作用。Smith(1999)基于 1992 年美国制造业出口数据的实证研究发现,知识产权保护的加强对外国的影响取决于出口国收入水平,在中低收入国家表现为市场扩张效应,而在收入较高的国家表现为市场支配效应。Co(2004)基于 1970-1992 年 71 个样本国家的贸易数据的研究显示,知识产权保护对贸易流量的影响取决于进口国模仿能力的大小,只有在高于一定模仿能力的出口国,加强知识产权保护才促进贸易增加。Falvey 等(2009)基于 1970-1999 年发达国家出口数据的实证结果发现,知识产权保护的加强对外国的影响与进口国经济发展水平、企业模仿能力和市场规模等因素有关。柴江艺和许和连(2011)基于 1995-2008 年中国进口产品数据的实证显示,知识产权保护加强促进了我国高技术产品的进口,但这种影响作用与经济发展水平、市场规模等密切相关。亢梅玲等(2016)基于 1995-2010 年中国出口产品数据的实证结果显示,知识产权保护的加强有利于我国向其他国家和地区输出更多产品,但知识产权保护加强对外国出口贸易的影响依赖于出口国收入水平。

### (三) TRIPs 和 FTA 下知识产权保护对国际贸易的影响

TRIPs 是现今参与国家数最多、内容最全面、保护水平最高的一项有关知识产权问题的国际协定。已有文献围绕 TRIPs 下知识产权保护对国际贸易的影响展开了分析研究。Ivus(2010)利用 1962-1994 年 OECD 国家和 55 个发展中国家的贸易数据,把知识产权对出口增长率的影响细分为 TRIPs 协议签署前(1962-1994 年)和 TRIPs 协定签署后(1994-2000 年)两个时期进行考察,发现发展中国家实施 TRIPs 协议后专利密集型产品的年进口额增长约 8.6%,且主要通过产品数量带动贸易额的增长。Delgado 等(2013)基于 1995-2009 年 158 个 WTO 成员国间贸易流量的实证结果显示,TRIPs 协定下发展中国家加强知识产权保护促进了知识密集型产品的进出口贸易,且知识密集型产品的进口存在行业差异性。Shin 等(2016)基于 2000-2007 年 70 多个国家双边贸易数据的实证结果显示,TRIPs 协议下进口国加强知识产权保护会使出口国出口更多产品。

和本文主题密切相关的另一支文献是对 FTA 贸易效应的研究。传统的区域经济一体化理论主要关注关税削减带来的贸易边界效应,包括 Viner(1950)提出的贸易创造效应和贸易转移效应以及 Meade(1955)提出的贸易偏转效应。尽管这三种效应存在不确定性,但 FTA 签署在平均意义上对协定成员国贸易具有正向促进作用(Urata 和 Kiyota, 2005; Magee, 2008; Line 和 Reed, 2010)。但是,针对 FTA 知识产权保护对贸易影响的研究还比较有限,Maskus 和 Ridley(2016)的实证结果显示,含知识产权保护条款 FTA 的签订对总体贸易流量及高技术产品贸易作用显著,且该作用强于 TRIPs 协议对各成员国的影响。韩剑等(2018)的研究结果表明,含知识产权保护条款 FTA 促使中国知识产权密集型产品进出口增加,且贸易量增加主要是通过数量途径实现的。

#### （四）评述

综上所述，国内外文献已经就知识产权保护对国际贸易的影响展开了一定的研究分析。

现有理论研究指出，知识产权保护通过市场支配力效应、市场扩张效应、市场稀释效应和贸易条件效应对国际贸易产生影响，但方向具有不确定性。这表明，知识产权保护的加强对国际贸易的实际影响需要具体情况具体分析。

之后的大量实证文献围绕哪种效应占主导展开了研究分析。基于行业和产品层面的贸易数据显示，知识产权保护加强对国际贸易的影响是不确定的，其结论依赖于不同的样本选择和不同的知识产权保护指数衡量方法等因素。进一步的研究指出，由于不同行业产品的知识产权密集度不同，知识产权保护加强对国际贸易的影响存在行业差异性；此外，出口目的国经济发展水平和模仿能力也会影响知识产权对国际贸易的作用。

但现有文献存在几个需要进一步研究和拓展的问题：首先，传统关于自由贸易协定贸易效应的文献研究更多地关注关税削减带来的贸易创造和贸易转移效应，有关知识产权等边界后规则对国际贸易的影响的文献还很有限；其次，国内学者针对知识产权保护加强的贸易效应的研究还很有限，已有的文献研究大多选用我国宏观或行业层面的贸易数据，基于产品层面的实证研究较少；最后，由于受样本区间局限，现有文献对于含超 TRIPs (TRIPs-Plus) 条款的自由贸易协定对国际贸易的影响的研究分析还很少。

### 三、含有 FTA 知识产权保护条款虚拟变量的扩展引力模型

本文参照相关实证研究的普遍方法，选用扩展引力模型进行实证分析。通过引入代表 FTA 知识产权保护条款的虚拟变量，采用 2003-2017 年我国对 18 个 FTA 缔约国的产品出口数据，来考察 FTA 下知识产权保护加强对我国出口贸易的影响。

#### （一）扩展引力模型

贸易引力模型是研究国际贸易流量研究的主要实证工具，其核心思想是贸易流量和贸易国的经济规模呈正相关关系，和贸易国间的地理距离呈负相关关系。

Tinbergen (1962) 等将牛顿万有引力定律的思想引入了国际贸易研究领域，在原有的双边贸易流量模型中，加入了距离变量，认为进出口国之间的贸易流量不仅受两国经济规模影响，还受到两国间地理距离的影响。由此构造出了最初的贸易引力模型：

$$T_{ij} = A (Y_i Y_j) \div D_{ij},$$

其中， $D_{ij}$  表示 i、j 两国间的贸易流量， $Y_i$  和  $Y_j$  分别表示 i、j 两国的经济规模 (GDP)， $D_{ij}$  表示 i、j 两国之间的地理距离。将方程两边取对数可得：

$$\ln T_{ij} = \beta_0 + \beta_1 \ln Y_i + \beta_2 \ln Y_j + \beta_3 \ln D_{ij} + \varepsilon_{ij},$$

即：两国间贸易流量与两国的经济规模成正比，与两国间的地理距离成反比。

20 世纪 70 年代后，贸易引力模型的理论基础不断得到完善。Anderson (1979) 在产品差异假设条件下推导出了引力方程。Helpman (1987) 在具有

规模经济的差异产品框架下进一步修正了引力模型。Anderson 和 Wincoop (2001) 在替代弹性函数不变函数的基础上推出了操作性较强的引力模型。

扩展的贸易引力模型是在基础模型的基础上, 加入了一些新的变量, 以提高模型的解释力。在扩展后的贸易引力模型中, 常添加的变量有两大类: 一类是非制度虚拟变量, 例如共同语言、共同边界、共同宗教等; 另一类是制度指标变量, 例如是否属于同一优惠贸易协定或区域一体化组织、合约实施保障、政府治理质量等。

## (二) 模型设定和变量说明

不同于大多数文献通过在贸易引力模型中简单地引入两国是否签订自由贸易协定这一虚拟变量来考察 FTA 贸易效应, 如果虚拟变量回归系数显著为正即说明 FTA 存在贸易创造效应, 反之则说明 FTA 存在贸易转移的做法。本文在计量模型中还加入了关税这一控制变量, 以分离传统 FTA 带来的关税削减的影响, 此时 FTA 作为虚拟变量更多反映 FTA 生效后非关税壁垒, 包括知识产权保护条款的变化对国际贸易流量的冲击。

本文结合知识产权保护强度和影响我国出口贸易的实际因素, 参照韩剑 (2018) 的方法, 构造回归方程分析 FTA 知识产权保护条款对我国出口贸易流量的影响。构建如下基本回归模型:

$$\ln Export_{cjk t} = \beta_1 IPR_{jt} + \beta_2 Tariff_{jkt} + \beta_3 PR_{jt} + \beta_4 PR_{ct} + \beta_5 \ln PG_{jt} + \beta_6 \ln PG_{ct} + \beta_7 LTC_{jt} + \alpha_{ct} + \alpha_{jt} + \varepsilon_{cjk t} \quad (3-1)$$

下标 c、j、k、t 分别代表中国、出口国、产品和年份。因变量  $Export_{cjk t}$  是指中国对 j 国产品 k 在 t 年的出口额。解释变量  $IPR_{jt}$  是虚拟变量, 用来衡量中国和 j 国之间自由贸易协定中知识产权保护条款是否生效, 即自协定生效后取 1, 未生效取 0。

由于选取的面板数据时间跨度较长, 为了避免异方差和序列相关造成的偏差, 本文采用固定效应模型。由于中国和 j 国间的地理距离是不随时间变化的变量, 系数在固定效应模型中无法估计, 因此(3-1)式中未添加地理距离变量。

控制变量包括: (1)  $Tariff_{jkt}$  是 j 国在 t 年对中国出口的产品 k 征收的进口关税。一般来说, 进口关税水平的变动和该国的进口贸易额呈负相关关系, 即该国关税水平越低, 从其他国家进口的贸易流量越增加。(2)  $PR_{jt}$  和  $PR_{ct}$  分别表示 j 国和中国的知识产权保护强度, 本文参照 Hu 和 Peng (2013) 用 GP 指数与 Fraser 指数的乘积进行构建。Fraser 指数是加拿大 Fraser Institution 从私人所有权的法律安全、合同的可行性和法治三个方面对各国法律体系与专利权的评分, 事实上衡量了知识产权保护法律的完整性; GP 指数由 Ginarte 和 Park (1997) 构建, 从知识产权保护的覆盖范围、国际专利协议的成员资格、损失保护、执行机制和有效期五个方面对各国知识产权保护强度的评分, 衡量了知识产权保护的执行情况。(3)  $PG_{jt}$  和  $PG_{ct}$  分别是 j 国和中国的人均实际 GDP, 分别代表出口目的国市场规模和我国的市场供给能力。一般来说, 贸易国人均 GDP 水平与贸易量呈正相关。(4)  $LTC_{jt}$  表示 t 年 j 国的固定贸易成本, 本文借鉴钱学锋 (2010) 的做法, 用 The Heritage Foundation 出版的世界自由指数 (EFI) 来衡量。世界自由贸易指数从产权、政府诚信、司法效力、税负、财政

健康、政府开支、商业自由、贸易自由、投资自由、金融自由、财政自由、货币自由十个方面进行评分。得分越高说明该国经济自由度越高，从而固定贸易成本越低，对其出口额越大。(5)  $\alpha_{jt}$ 表示中国-时间固定效应， $\alpha_{jt}$ 表示出口国-时间固定效应。 $\varepsilon_{cjkt}$ 为随机扰动项。

由于不同行业产品的模仿能力和技术密集度不同，知识产权保护加强对国际贸易的影响可能存在显著的行业差异 (Delgado 等, 2013)。本文将所有产品按知识产权密集度的高低分为知识产权密集型产品和非知识产权密集型产品，来考察依赖知识产权保护的知识密集型产品的出口量是否对 FTA 知识产权保护条款生效的反映更敏感。具体回归方程如下：

$$\ln Export_{cjkt} = \beta_1 IPR_{jt} + \beta_2 HighIP_s \times IPR_{jt} + \beta_3 Tariff_{jkt} + \beta_4 PR_{jt} + \beta_5 PR_{ct} + \beta_6 \ln PG_{jt} + \beta_7 \ln PG_{ct} + \beta_8 LTC_{jt} + a_{ct} + a_{jt} + \varepsilon_{cjkt} \quad (3-2)$$

其中  $s$  表示产品知识密集度分组。 $HighIP_s$ 是参照 Delgado 等 (2013) 的方法定义的虚拟变量，取值为 1 表示产品  $s$  是知识产权密集型产品，取值为 0 表示  $s$  是非知识产权密集型产品。 $HighIP_s \times IPR_{jt}$ 的系数表示 FTA 知识产权保护条款的生效对中国知识产权密集型产品出口的影响。在此基础上，本文参照 Delgado 等 (2013) 的方法将知识产权密集型产品进一步细分为生物制药、医疗器械、分析仪器、化学制品、信息通信技术和生产工艺六类，考察知识产权密集型产品出口的行业异质性。同理构造  $Sector_s \times HighIP_s \times IPR_{jt}$ 这个连乘变量，其中  $Sector_s$ 表示具体的行业类别，例如：当考察生物制药行业时， $Sector_s$ 取 1 表示生物制药行业，取 0 表示其他行业， $Sector_s \times HighIP_s \times IPR_{jt}$ 的系数单独考察生物制药行业产品贸易对 FTA 知识产权保护条款的反应，具体回归方程如下：

$$\ln Export_{cjkt} = \beta_1 IPR_{jt} + \beta_2 HighIP_s \times IPR_{jt} + \beta_3 Sector_s \times HighIP_s \times IPR_{jt} + \beta_4 Tariff_{jkt} + \beta_5 PR_{jt} + \beta_6 PR_{ct} + \beta_7 \ln PG_{jt} + \beta_8 \ln PG_{ct} + \beta_9 LTC_{jt} + a_{ct} + a_{jt} + \varepsilon_{cjkt} \quad (3-3)$$

已有文献研究表明，出口目的国经济发展水平和企业模仿能力会影响知识产权保护对国际贸易的影响 (Smith, 1999; Co, 2004)。为了分析 FTA 知识产权保护条款对我国出口贸易的影响是否受出口目的国经济发展水平影响，本文将 18 个样本国分为发展中国家和发达国家两类，其中澳大利亚、瑞士、冰岛、韩国、新西兰、新加坡 6 国为发达国家，文莱、智利、哥斯达黎加、印度尼西亚、柬埔寨、老挝、缅甸、马来西亚、秘鲁、菲律宾、泰国、越南 12 国为发展中国家。本文构建虚拟变量  $Developed$  来表示出口目的国的经济发展水平， $Developed$  取值为 1 表示出口目的国为发达国家，取值为 0 表示出口目的国为发展中国家。通过在回归中加入  $Developed_j \times IPR_{jt}$ ，可以考察 FTA 知识产权保护条款对我国出口的影响是否受出口目的国经济发展水平影响，具体回归方程如下：

$$\ln Export_{cjkt} = \beta_1 IPR_{jt} + \beta_2 Developed_j \times IPR_{jt} + \beta_3 Tariff_{jkt} + \beta_4 PR_{jt} + \beta_5 PR_{ct} + \beta_6 \ln PG_{jt} + \beta_7 \ln PG_{ct} + \beta_8 LTC_{jt} + a_{ct} + a_{jt} + \varepsilon_{cjkt} \quad (3-4)$$

最后，我国已经签订的自由贸易条款中知识产权保护条款的范围和深度存在较为明显的差异，可能对影响中国对贸易伙伴国的出口。参照 Horn 等

(2010) 的方法对我国已经签订的 FTA 中知识产权保护条款的深度进行区分。用虚拟变量 DeepIPR 来衡量知识产权保护条款的深度, 当 FTA 中知识产权保护深度较深时, DeepIPR 取值为 1, 否则取 0。特别地, 设置虚拟变量 TRIPs-plus 衡量 FTA 知识产权与 TRIPs 协定知识产权保护深度, 当 FTA 中知识产权保护条款的强度高于 TRIPs 协议时, TRIPs-plus 取值为 1, 否则取值为 0。通过在回归中分别加入  $DeepIPR_j \times IPR_{jt}$  和  $TRIPs\_plus_j \times IPR_{jt}$ , 可以考察知识产权保护条款深度对中国出口贸易的影响, 具体回归方程如下:

$$\ln Export_{ejkt} = \beta_1 IPR_{jt} + \beta_2 DeepIPR_j \times IPR_{jt} + \beta_3 Tariff_{jkt} + \beta_4 PR_{jt} + \beta_5 PR_{ct} + \beta_6 \ln PG_{jt} + \beta_7 \ln PG_{ct} + \beta_8 LTC_{jt} + a_{ct} + a_{jt} + \varepsilon_{ejkt} \quad (3-5)$$

$$\ln Export_{ejkt} = \beta_1 IPR_{jt} + \beta_2 TRIPs\_plus_j \times IPR_{jt} + \beta_3 Tariff_{jkt} + \beta_4 PR_{jt} + \beta_5 PR_{ct} + \beta_6 \ln PG_{jt} + \beta_7 \ln PG_{ct} + \beta_8 LTC_{jt} + a_{ct} + a_{jt} + \varepsilon_{ejkt} \quad (3-6)$$

### (三) 样本选择和数据来源

本文采用 2003-2017 年中国对 FTA 伙伴国的出口贸易流量数据, 考察包含知识产权保护内容的自由贸易协定对中国向自贸伙伴国出口流量的影响。根据中国自由贸易协定中知识产权保护条款的签署情况, 本文选取东盟十国 (文莱、柬埔寨、印度尼西亚、老挝、马来西亚、缅甸、菲律宾、新加坡、泰国、越南)、智利、新西兰、秘鲁、哥斯达黎加、冰岛、瑞士、韩国和澳大利亚 18 个国家作为样本国。中国与巴基斯坦签署的自由贸易协定没有涉及知识产权保护内容的条款, 而与马尔代夫和毛里求斯自由贸易协定生效时间较晚, 故不在本文样本范围内。中国已经签署的自由贸易协定中知识产权保护条款的具体情况见表 3.1。

表 3.1 中国 FTA 中的知识产权保护章节/条款

缔约对象	签署时间	生效时间	涉及知识产权保护的章节/条款	有关知识产权保护的主要内容
东盟	2004 年 11 月	2010 年 1 月	第三条第 8 款 (h)、第七条第 2 款	①基于 WTO 及世界知识产权组织现行规则和其他相关规则, 便利和促进对与贸易有关的知识产权进行有效和充分的保护; ②合作应扩展到其他领域, 包括但不限于银行、金融、旅游、工业合作、交通、电信、知识产权、中小企业、环境等。
智利	2005 年 11 月	2006 年 10 月	第三章第十、十一条及第十三章第一百一十一条	①列入附件的中、智地理标志, 以与 TRIPS 协定规定一致的方式受到保护; ②对主管机关打击假冒商标或者盗版的货物进出口时, 启动相关边境措施的程序规定; ③知识产权合作的目标、合作途径和领域。
新西	2008	2008	第十二章	①指定联系点; ②通知另一方任何与知识产

兰	年 4 月	年 10 月		权有关的新生效的法律和执法情况的变化； ③建立和加强两国有关部门的合作；④保护遗传资源、传统知识和民间传说；⑤可随时要求举行磋商，就知识产权问题寻求及时、双方满意的方案。
秘鲁	2009 年 4 月	2010 年 3 月	第十一章	①保护遗传资源、传统知识和民间文艺；②经协商并获得双方同意，可以将所列地理标志产品的保护扩展至其他地理标志产品；③关于边境措施，在打击假冒和盗版货物的同时，保护被告和防止主管部门滥用权力。
哥斯达黎加	2010 年 4 月	2011 年 8 月	第十章	①保护遗传资源、传统知识和民间文艺；②强调遵循 TRIPs 协定下知识产权与公共健康的原则规定；③对知识产权的保护和执法应当有利于促进技术创新、技术转让与传播；④打击假冒商标或盗版的边境措施；⑤保护双方地理标志，经协商同意可扩展地理标志产品范围；⑥加强知识产权保护相关合作。
冰岛	2013 年 4 月	2014 年 7 月	第六章	①在知识产权领域的各个方面加强合作和信息交流；②提出知识产权问题的对话和审议机制，有争端解决机制作为保障，并成立自由贸易协定联合委员会确保条款的实施。
瑞士	2013 年 7 月	2014 年 7 月	第十一章	①明确知识产权的效力、范围及使用标准，涵盖版权、商标、专利、遗传资源和传统知识、植物新品种保护、未披露信息、工业品外观设计、地理标志；②强调知识产权的取得与存续程序；③明确知识产权执法规定，包括中止放行、检查权、责任声明、民事救济、临时措施和禁令、刑事救济；④充分和有效地保护产地标记、国名和国旗。
韩国	2015 年 6 月	2015 年 12 月	第十五章	①落实 TRIPs 协定下知识产权与公共健康的规定；②充分和有效保护版权和相关权，包括广播和向公众传播的专有权、技术措施和权利管理信息的保护；③充分和有效地保护商品或服务的商标权利人，特别强调对驰名商标的保护，明确商标的注册和申请机制；④保护专利和实用新型；⑤保护遗传资源、传统知识和民间文艺；⑥保护植物新品种、未披露信息、工业品外观设计；⑦知识产权执法方面，除民事和行政程序和救济、临时措施、有关边境措施的特殊要求、刑事程序和救济外，新增作者身份推定、反网络版权重复侵权的措施、提供侵权人信息的要求；⑧加强知识产权领域内的合作伙伴关系，设立知识产权委员会。

澳大利亚	2015年6月	2015年12月	第十一章	①协定规定的义务为最低义务；②知识产权的国民待遇；③提升知识产权制度运作的透明度；④落实 TRIPs 协定下知识产权与公共健康的规定；⑤允许对知识产权利用尽做出决定的自由；⑥明确知识产权的获得和维持程序、专利申请的修改、更正及意见陈述；⑦专利申请 18 个月公布公布；⑧视觉和声音标识可作为商标的标识类型，保护证明商标和集体商标以及驰名商标、地理标志；⑨保护植物育种者权利、遗传资源、传统知识和民间文艺、未披露信息；⑩促进建立适当的著作权集体管理组织；⑪细化互联网服务提供商版权侵权责任；⑫采取有效的知识产权执法体系；⑬明确涉嫌假冒商标或盗版商品的边境措施；⑭加强知识产权领域的一般性合作；⑮设立知识产权委员会。
格鲁吉亚	2015年5月	2018年1月	第十一章	①协定规定的义务为最低义务；②允许对知识产权利用尽做出决定的自由；③明确知识产权的获得和维持程序；④明确可授予专利的客体；⑤规定专利申请的修改、更正和意见陈述；⑥提高知识产权制度运作的透明度；⑦视觉和声音标识可作为商标的标识类型；⑧保护驰名商标、地理标志、植物育种者的权利、遗传资源、传统知识和民间文艺；⑨促进建立适当的著作权集体管理组织；⑩实施有效的知识产权执法体系；⑪加强知识产权领域的一般性合作。
马尔代夫	2017年12月	2018年1月	暂无文本	
毛里求斯	2019年10月	暂未生效	暂无文本	

数据来源：作者根据中国自由贸易区服务网整理

中国对样本国的出口数据来自联合国贸易统计数据库（UN Commodity Trade Statistics Database），选取 2003-2017 年样本期间 HS 6 分位的商品贸易数据，单位为美元。各样本国人均国民生产总值的数据来自于世界银行世界发展指标数据库（WDI Online Data），单位为现价美元。关税数据由最惠国关税与优惠关税两部分组成。由于样本国家均为 WTO 成员国，因此在自贸协定生效以前，产品关税以最惠国关税来计算，来自 WTO 综合数据库（IDB）；自贸协定生效后，产品关税为优惠关税，来自 ITC 的市场准入地图数据库（MACMAP）。由于绝大多数产品的税率值小于 1，因此  $\text{Tariff}_{jkt}$  使用加 1 后的自然对数值。

在行业异质性的研究部分，本文将出口产品按知识产权密集度进行分类，

具体做法是：首先将 HS（2002 版）六分位商品码与 SITC 第三版五分位商品码进行匹配，然后参照 Delgado 等（2013）依据美国经济与统计局和美国专利及商标局知识产权报告的分类做法，将产品基于对知识产权保护的敏感程度进行划分为知识产权密集型产品和非知识产权密集型产品，并按所属行业分类进一步将知识产权密集型产品细分为生物制药、医疗器械、分析仪器、化学制品、信息通信技术和生产工艺六类。

本文选取变量的描述性统计见表 3.2。

表 3.2 变量描述性统计

变量	变量描述	观 察 值	均 值	标 准 差	最 小 值	最 大 值
$\ln Export_{ijt}$	中国出口额的对数值	623451	12.2607	2.9549	0	23.2407
$Tariff_{jt}$	中国出口产品的关税水平	623451	0.8341	1.0979	0	6.9137
$\ln PG_{jt}$	出口国人均 GDP 的对数值	623451	8.9845	1.4853	5.3817	11.3898
$\ln PG_{ct}$	中国人均 GDP 的对数值	623451	3.9999	0.6341	7.1613	9.0778
$LTC_{jt}$	出口国贸易自由度	623451	67.0093	12.2801	36.7	89.4
$PR_{jt}$	出口国知识产权保护强度	623451	23.8173	9.8436	0.5040	41.9196
$PR_{ct}$	中国知识产权保护强度	623451	23.6786	4.6740	11.4083	28.0250

#### 四、实证结果和解释

本章第一节报告了基础回归的结果，第二节报告了细分行业知识产权密集度、出口目的国经济发展水平、FTA 知识产权条款保护深度的异质性检验结果，最后一节报告了替代变量和增加全球创新指数控制变量的稳健性检验结果。

##### （一）基本回归分析

自由贸易协定的知识产权保护条款会对缔约国尤其是发展中国家原有的知识产权体系造成冲击，促使缔约国在其国内法中新增或修改相关的法律法规，加强自身的知识产权保护强度，包括加大对外贸易产品的知识产权保护强度。

为了考察含有知识产权保护条款的自由贸易协定对中国向 18 个贸易伙伴国出口贸易的影响，首先对(3-1)式进行基本回归检验，回归结果如表 4.3 所示。第一列汇报了 OLS 估计的回归结果，第二列汇报了固定效应（FE）的回归结果，第三列汇报了控制出口国-时间效应的固定效应回归结果。可以看出，在三个回归结果中， $IPR_{jt}$ 对出口额的回归系数均为正数，且在 1%的显著性水平上显著，表明自由贸易协定下知识产权保护的加强对出口贸易存在显著的贸易创造效应。

关于控制变量， $Tariff_{jt}$ 的回归系数在 1%水平下显著为负，说明出口关税水平下降越多，中国对贸易伙伴国的出口规模增长越多。 $\ln PG_{jt}$ 的回归系数在 1%水平下显著为正，说明出口目的国市场规模扩大有助于我国出口。 $\ln PG_{ct}$ 的回归

系数在 1%水平上显著为正,说明中国市场规模(代表供给能力)扩大有助于扩大中国出口规模。 $PR_{jt}$ 在 1%水平下显著为负,说明出口国知识产权保护强度的加强有助于扩大中国出口规模,表明在本文样本中知识产权保护增强的市场扩大效应强于市场支配力效应。 $LTC_{jt}$ 的回归系数为正且在 1%水平上显著,说明出口目的国更高的贸易自由度,有助于我国扩大出口规模。 $PR_{ct}$ 的回归系数不显著。各控制变量的回归结果都符合预期。

表 4.1 基本回归结果

	OLS (1)	FE (2)	FE (3)
$IPR_{jt}$	0.2045*** (4.34)	0.0786*** (5.23)	0.1159*** (2.85)
$Tariff_{jt}$	-0.1785*** (-11.19)	-0.0836*** (-13.64)	-0.0586*** (-7.27)
$\ln PG_{jt}$	1.3079*** (37.47)	1.6934*** (83.38)	1.8894*** (19.19)
$\ln PG_{ct}$	0.3434*** (24.88)	0.3426*** (16.43)	0.5895*** (9.58)
$LTC_{jt}$	0.0132*** (8.32)	0.0067*** (5.26)	0.0268*** (9.58)
$PR_{jt}$	0.0081*** (5.21)	0.0009*** (6.69)	0.0138*** (3.14)
$PR_{ct}$	-0.0203 (-0.42)	0.0006 (0.40)	0.0008 (0.14)
$\ln dist_{cj}$	-0.8042*** (-39.97)		
国家-时间固定效应	控制	不控制	控制
观察值	623451	623451	623451
R-square	0.1576	0.2226	0.2340

注:该回归是对(3-1)式的估计,括号内为 t 统计值。\*、\*\*和\*\*\*分别表示估计系数在 10%、5%和 1%显著性水平下显著。

OLS 回归中添加了代表中国和 j 国间地理距离变量的变量  $\ln dist_{cj}$ ,为扩展贸易引力模型更一般的形式。由于  $\ln dist_{cj}$ 是不随时间变化的量,FE 回归无法估计其系数。

## (二) 异质性检验

### 1、行业知识产权密集度异质性

知识产权密集型行业是依据美国经济与统计局(ESA)、美国专利及商标局(USPTO)2012年发布的关于知识产权与美国经济的报告中的分类划分的。报告用 NAICS 类别五年内知识产权(包括专利、版权、商标权)总量和行业平均就业人数的比率来衡量行业知识产权密度,将知识产权密度高于平均强度的行业定义为知识产权密集度行业。

为了检验依赖知识产权保护的知识密集型行业产品的出口量是否对 FTA 知识产权保护条款生效的反映更敏感,在基础回归中加入了  $HighIP_j$  和  $IPR_{jt}$  的交互项。回归结果如表 4.1 第一列所示,  $HighIP_j \times IPR_{jt}$  的系数为 0.0799,且在

10%显著性水平上显著。表明相对于不依赖知识产权保护的非知识产权密集型产品，在 FTA 下知识产权保护的加强对知识产权密集型产品出口的贸易创造效应更加显著。

由于不同行业的模仿风险和专利效应存在差异，FTA 下知识产权保护的加强对不同行业出口贸易的影响也会有所不同。为了进一步检验知识产权密集型产品间的行业差异，本文将知识产权密集型产品分为生物制药、医疗器械、分析仪器、化学药品、信息通信技术、生产工艺六个行业类别，用(3-3)式来考察行业异质性，回归结果如表 4.2 第 2-7 列所示。

在中国出口的知识产权密集型产品中，医疗器械、分析仪器、生产工艺行业虚拟变量与 $IPR_{jt}$ 的交叉项分别为 0.2358、0.2007 和 0.0869，且至少在 10%的水平上显著，其中医疗器械行业出口受 FTA 影响最大。生物制药、化学制品行业虚拟变量与 $IPR_{jt}$ 的交叉项分别为-0.1072、-0.1709，且都在 5%水平上显著，这可能是由于我国生物制药和化学制品行业自身存在企业规模小、自主创新不足等缺陷，从而容易受到出口国环保标准、技术壁垒等非关税壁垒的制约，FTA 的生效很有可能导致这类产品出口的贸易壁垒增加，反而导致出口贸易下降。信息通信技术行业知识产权密集型产品的出口受 FTA 下知识产权保护加强的影响不显著。

表 4.2 不同知识产权密集度行业回归结果

	知识产 权密集 型 (1)	生物制 药 (2)	医疗器 械 (3)	分析仪 器 (4)	化学制 品 (5)	信息通 信 技术 (6)	生产工 艺 (7)
$IPR_{jt}$	0.0799* (1.95)	0.0799* (1.95)	0.0802** (1.96)	0.0800* (1.95)	0.0804** (1.96)	0.0799* (1.95)	0.0800* (1.95)
$HighIP_s$ $\times IPR_{jt}$	0.1576** * (4.33)	0.1662** * (4.40)	0.1422** * (3.76)	0.1418** * (3.75)	0.1422** * (3.76)	0.1653** * (4.49)	0.1206** * (2.42)
$Sector_s$ $\times HighIP_s$ $\times IPR_{jt}$	-	-	0.2358** (2.34)	0.2007* (1.82)	-	-0.0592 (-0.48)	0.0869* (1.70)
$Tariff_{jt}$	-	-	-	-	-	-	-
	0.0632** * (-7.95)	0.0629** * (-7.91)	0.0634** * (-7.97)	0.0633** * (-7.96)	0.0630** * (-7.92)	0.0631** * (-7.94)	0.0626** * (-7.89)
$\ln PG_{jt}$	1.8769** * (19.06)	1.8775** * (19.07)	1.8780** * (19.08)	1.8768** * (19.06)	1.8766** * (19.06)	1.8770** * (19.06)	1.8786** * (19.06)
$\ln PG_{ct}$	0.5950** * (7.15)	0.5950** * (7.14)	0.5950** * (7.14)	0.5959** * (7.15)	0.5950** * (7.14)	0.5964** * (7.16)	0.5952** * (7.14)
$LTC_{jt}$	0.0012 (0.28)	0.0012 (0.28)	0.012 (0.27)	0.0012 (0.28)	0.0012 (0.27)	0.0012 (0.28)	0.0012 (0.28)
$PR_{jt}$	0.0134** * (3.04)	0.0134** * (3.06)	0.0133** * (3.03)	0.0133** * (3.04)	0.0133** * (3.04)	0.0134** * (3.04)	0.0134** * (3.06)

$PR_{ct}$	0.0014 (0.24)	0.0013 (0.25)	0.0014 (0.24)	0.0014 (0.25)	0.0014 (0.26)	0.0014 (0.25)	0.0014 (0.25)
国家 - 时间固定效应	控制						
观察值	623451	623451	623451	623451	623451	623451	623451
R-square	0.2667	0.2343	0.2343	0.2343	0.2343	0.2342	0.2343

注：第（1）列是对(3-2)式的估计，第（2）-（7）列是对(3-3)式的估计。括号内为 t 统计值。\*、\*\*和\*\*\*分别表示估计系数在 10%、5%和 1%显著性水平下显著。

## 2、出口目的国经济发展水平异质性

为了检验出口目的国经济发展水平是否会影响 FTA 下知识产权保护加强的贸易效应，本文在基础回归中加入了  $Developed_j$  和  $IPR_{jt}$  的交叉项，回归结果如表 4.3 第一列所示。 $Developed_j$  和  $IPR_{jt}$  的交叉项的系数为 -0.2599，且在 1% 水平上显著，表明随着 FTA 下知识产权保护的加强，相比于我国向发展中国家的出口，我国向发达国家的出口规模显著减少。这意味着：就出口来说，随着 FTA 下知识产权保护的加强，发达国家市场支配力效应占主导，而发展中国家市场扩张效应占主导。这可能是由于发展中国家自身知识产权保护相对较弱，与中国 FTA 知识产权保护条款生效后，有效降低了出口专利产品被当地企业模仿的风险，较大程度促进了中国企业对其出口；而发达国家自身知识产权保护强度较高，市场扩大效应相对较弱。第二列是加入了  $HighIP_s$  和  $IPR_{jt}$  的交叉项的回归结果， $Developed_j \times IPR_{jt}$  的系数依然在 1% 水平上显著为负。

为了进一步检验知识产权保护加强对发达国家出口结构的变化，在回归中加入了  $Developed_j \times HighIP_s \times IPR_{jt}$  这一连乘变量，回归结果如表 4.3 第三列所示。 $Developed_j \times HighIP_s \times IPR_{jt}$  的系数为 0.1464，且在 1% 水平上显著，说明 FTA 知识产权保护下，中国向发达国家出口的知识产权密集型产品有所增加。这表明相对于发展中国家，与中国 FTA 知识产权保护条款生效后，中国向发达国家出口的知识产权密集型产品出口规模增加幅度更大。这可能是由于发达国家经济发展水平较高，对知识产权密集型产品的市场需求较强且消费者有较高的追求“正版”商品的自觉，随着中国出口商品为满足知识产权保护要求增强自主创新，中国出口的知识产权密集型商品在发达国家的市场显著扩大。

表 4.3 不同出口国经济发展水平回归结果

	(1)	(2)	(3)
$IPR_{jt}$	0.2982*** (10.60)	0.2837*** (10.05)	0.2872*** (10.11)
$Developed_j \times IPR_{jt}$	-0.2599*** (-8.13)	-0.2787*** (-7.95)	-0.1614*** (-8.12)
$Developed_j \times HighIP_s \times IPR_{jt}$			0.1464*** (4.17)
$HighIP_s \times IPR_{jt}$		0.1576*** (3.33)	0.1352*** (3.83)
$Tariff_{jt}$	-0.0586*** (-7.27)	-0.0632*** (-7.95)	-0.0630*** (-7.93)

$\ln PG_{jt}$	1.2785*** (23.93)	1.4844*** (30.30)	1.2816*** (30.23)
$\ln PG_{ct}$	0.3849*** (3.40)	0.3699*** (3.26)	0.3490*** (3.08)
$LTC_{jt}$	0.0203*** (7.18)	-0.0030 (-0.61)	-0.0105 (-0.62)
$PR_{jt}$	-0.0042 (-0.86)	-0.0046 (-0.93)	-0.0048 (-0.98)
$PR_{ct}$	0.0265*** (7.14)	0.0230*** (5.49)	0.0233*** (5.58)
国家-时间固定效应	控制	控制	控制
观察值	623451	623451	623451
R-square	0.2340	0.2342	0.2343

注：回归是对(3-4)式的估计。括号内为 t 统计值。\*、\*\*和\*\*\*分别表示估计系数在 10%、5%和 1%显著性水平下显著。

### 3、FTA 知识产权条款保护深度异质性

最后，本文检验了 FTA 知识产权条款保护深度是否会影响 FTA 下知识产权保护加强的贸易影响。我国已经签订的自由贸易协定中的知识产权保护条款内容呈不断扩充完善的趋势。根据知识产权保护条款的深度，中国-韩国自由贸易协定和中国-澳大利亚属于 TRIPs-Plus 协定，样本中除中国-东盟自由贸易协定外都属于 DeepIPR。分类的依据见表 4.4。

表 4.4 中国 FTA 知识产权保护条款深度

IRP 深度	协定名称	知识产权保护保护条款文本特征和具体条例说明	
DeepIPR	中国-智利自由贸易协定		
	中国-新西兰自由贸易协定		
	中国-哥斯达黎加自由贸易协定		
	中国-冰岛自由贸易协定		
	中国-瑞士自由贸易协定		
TRIPs-Plus	中国-韩国自由贸易协定	存在典型的 TRIPs-Plus 条款	第十五章第 11 条第一款规定“缔约任何一方都不得将标记必须视觉上可以感知作为一项注册条件，也不得仅以标记由声音构成为由而拒绝注册一项商标。”将声音标记纳入商标注册的识别类型，扩大了商标注册的客体范围。
	中国-澳大利亚自由贸易协定		①第十一章第十二条规定，“双方同意就可作为商标的标识类型的保护方式开展合作，包括视觉和声音标识。”将声音标记纳入商标注册的识别类型，扩大了商标注册的客体范围。

			②第十一章第十一条规定,“发明专利申请自申请人起满 18 个月后,有优先权日的自最早优先权日期满 18 个月后,各方应立即公布并且通过互联网向公众提供该申请,除非该申请已经提前公布或者撤回、放弃或被驳回”。即规定了缔约国对发明专利申请的审核期限,避免拖延审核期限导致的利益损失。
--	--	--	---

表 4.5 第一列和第三列分别是对(3-5)式和(3-6)式的回归结果。 $DeepIPR_j$ 和 $IPR_{jt}$ 交叉项的系数为 0.0646,且在 1%水平上显著,表明 $DeepIPR$ 深度的知识产权保护条款显著地促进了我国出口贸易规模的扩大。 $TRIPs\_Plus_j$ 和 $IPR_{jt}$ 交叉项的系数为-0.0523,且在 1%水平上显著,说明 $TRIPs\_Plus$ 条款一定程度上阻碍了我国出口规模的扩大。两个系数方向相反,说明 FTA 知识产权保护条款深度对中国出口贸易额的影响成倒 U 型关系,FTA 下知识产权保护在不超出 TRIPs 协议标准上的增加促进了我国出口贸易总体流量的增加,FTA 下知识产权保护在超出 TRIPs 协议标准上的增加对我国出口贸易总体流量的增加有阻碍作用。 $TRIPs\_Plus$ 条款在商标权、专利权等实体权利方面提出了更高的要求,虽然我国通过专利法、商标法、著作权法等相关法律法规的修改已经基本达到了 TRIPs 协定的知识产权保护标准,但与 $TRIPs\_Plus$ 条款标准相比,仍处于较低的层次。在现阶段 $TRIPs\_Plus$ 条款对我国包括出口在内的各领域造成一定的冲击在所难免。但由于样本国数量有限,与我国签订包含 $TRIPs\_Plus$ 条款自由贸易协定的国家只有韩国和澳大利亚, $DeepIPR_j \times IPR_{jt}$ 的系数为负也可能是由于出口目的国均为发达国家导致的(具体分析见 4.2.2 节)。

为了进一步考察 FTA 知识产权保护条款深度对知识产权密集型产品的出口是否存在影响,在回归中分别加入了 $DeepIPR_j \times IPR_{jt} \times HighIP_s$ 和 $TRIPs\_Plus_j \times IPR_{jt} \times HighIP_s$ ,回归结果如表 4.5 第二列和第四列所示。 $DeepIPR_j \times IPR_{jt} \times HighIP_s$ 的回归系数不显著;而 $TRIPs\_Plus_j \times IPR_{jt} \times HighIP_s$ 的回归系数为 0.1596,且在 1%水平上显著。这表明 FTA 下知识产权保护在不超出 TRIPs 协议标准下的增加,对我国知识产权密集型产品的出口没有明显影响;FTA 下知识产权保护只有在超出 TRIPs 协议标准上的增加,才有助于中国对 FTA 缔约国知识产权密集型产品的出口。这可能是由于知识产权密集型产品对知识产权保护的依赖度更高,只有知识产权保护深度较深的 FTA 才能有效保护知识产权密集产品的出口利益,从而更有助于扩大知识产权密集型产品的出口贸易。

表 4.5 不同 FTA 知识产权保护深度的回归结果

	(1)	(2)	(3)	(4)
$IPR_{jt}$	0.1170*** (7.52)	0.1096*** (6.72)	0.1531*** (2.65)	0.1278*** (2.61)
$DeepIPR_j \times IPR_{jt}$	0.0646*** (2.68)	0.0655*** (2.68)		
$TRIPs\_Plus_j \times IPR_{jt}$			-0.0523*** (-7.21)	-0.0517*** (-7.52)
$DeepIPR_j \times IPR_{jt} \times HighIP_s$		0.0273 (0.57)		

TRIPs_Plus <sub>s</sub> ×IPR <sub>jt</sub> ×HighIP <sub>s</sub>				0.1596*** (3.86)
IPR <sub>jt</sub> ×HighIP <sub>s</sub>		0.1522*** (4.05)		0.1406*** (3.69)
Tariff <sub>jt</sub>	-0.0586*** (-7.27)	-0.0664*** (-8.39)	-0.0586*** (-7.27)	-0.0661*** (-8.37)
lnPG <sub>jt</sub>	1.6656*** (35.71)	1.6667*** (35.75)	1.5154*** (43.61)	1.5164*** (43.68)
lnPG <sub>ct</sub>	0.5038*** (11.63)	0.3080*** (5.11)	0.5051*** (8.57)	0.3072*** (5.10)
LTC <sub>jt</sub>	0.0252*** (8.72)	0.0253*** (8.75)	0.0360*** (11.65)	0.0360*** (11.66)
PR <sub>jt</sub>	0.0085** (2.06)	0.0082** (1.99)	0.0117*** (2.72)	0.0117*** (2.71)
PR <sub>ct</sub>	-0.0028 (-0.82)	-0.0033 (-0.96)	0.0075** (2.55)	0.0072** (2.46)
国家-时间固定效应	控制	控制	控制	控制
观察值	623451	623451	623451	623452
R-square	0.2340	0.2342	0.2340	0.2343

注：回归是对(3-5)式和(3-6)式的估计。括号内为 t 统计值。\*、\*\*和\*\*\*分别表示估计系数在 10%、5%和 1%显著性水平下显著。

### (三) 稳健性检验

在本节中，本文通过采用解释变量的替代变量和引入新的控制变量（伴随样本期间的改变）的方法对本文主要结论进行稳健性检验。

首先，由于 FTA 的生效时间并不都是在每年的年初，为了排除使用 0、1 变量对 FTA 协定生效时间描述过于粗糙可能导致的偏差，在稳定性检验中，本文使用了 IPR<sub>jt</sub> 的替代变量进行回归检验。在表 4.6 第一列中，使用 IPR\_half<sub>jt</sub> 代替 IPR<sub>jt</sub>，对 FTA 未生效的年份 t，IPR\_half<sub>jt</sub> 取值为 0；对 FTA 已经生效的年份 t，IPR\_half<sub>jt</sub> 取值为 1；对 FTA 生效的当年，若 FTA 在 6 月 30 日前（即前半年）生效，IPR\_half<sub>jt</sub> 取值为 0.5，若 FTA 在 6 月 30 日后（即后半年）生效，IPR\_half<sub>jt</sub> 取值为 1。可以看到，IPR\_half<sub>jt</sub> 的系数仍然为正，且在 10% 水平上显著。类似地，构造 IPR\_month<sub>jt</sub> 变量，对 FTA 生效的当年，FTA 在第 m 月生效，则 IPR\_month<sub>jt</sub> 取 1-m/12，用 IPR\_month<sub>jt</sub> 代替 IPR<sub>jt</sub> 进行回归，回归结果在表 4.6 第二列中。此时，IPR\_month<sub>jt</sub> 的系数仍然为正，且在 10% 水平上显著。表明本文主要结论——FTA 下知识产权保护加强对我国出口贸易有显著促进作用，在替代变量检验中依然稳健。

表 4.6 稳定性检验回归结果

	替代变量		控制 GII	
	(1)	(2)	(3)	(4)
IPR <sub>jt</sub>			0.1686*** (4.83)	0.1508*** (4.26)
IPR_half <sub>jt</sub>	0.1235** (2.37)			

$IPR_{month_{jt}}$		0.1235**		
		(2.38)		
$IPR_{jt} \times HighIP_s$				0.1013***
				(3.00)
$GII_{jt}$			-0.1427***	-0.1429***
			(-4.3)	(-4.38)
$Tariff_{jt}$	-0.0586***	-0.0586***	-0.0447***	-0.0463***
	(-7.27)	(-7.27)	(-5.27)	(-5.48)
$\ln PG_{jt}$	1.3227***	1.3226***	1.9912***	1.9881***
	(7.95)	(7.95)	(28.10)	(28.06)
$\ln PG_{ct}$	0.5895***	0.5895***	0.5052***	0.5043***
	(9.58)	(9.59)	(8.57)	(8.44)
$LTC_{jt}$	0.0315***	0.0315***	0.0162***	0.0163***
	(5.31)	(5.31)	(3.18)	(3.19)
$PR_{jt}$	0.0431***	0.0431***	-0.0390***	-0.0390***
	(8.51)	(8.51)	(-7.84)	(-7.83)
$PR_{ct}$	0.0173**	0.0173**	0.0726**	0.0731**
	(2.40)	(2.40)	(2.46)	(2.48)
出口国-时间固定效应	控制	控制	控制	控制
观察值	623451	623451	419538	419538
R-square	0.2340	0.2340	0.1055	0.1055

注：括号内为 t 统计值。\*、\*\*和\*\*\*分别表示估计系数在 10%、5%和 1%显著性水平下显著。

其次，出口目的国的创新能力作为其重要经济特征，对中国向其出口的流量和结构都会产生重要的影响，为了本文结论的准确性，有必要对其进行控制。全球创新指数（GII）是由康奈尔大学、欧洲工商管理学院、世界知识产权组织从制度、人力资本和研究、基础设施、市场成熟度、商业成熟度、知识和技术产出、创意产出等方面衡量国家创新体系的表现。遗憾的是，《全球创新指数报告》从 2007 年起才开始发布，不能涵盖整个样本期间，因此本文将它放在稳定性检验中。表 4.6 第三列、第四列报告了样本期为 2007-2017 年加入了控制变量  $GII_{jt}$  的回归结果，可以看到  $IPR_{jt}$  和  $IPR_{jt} \times HighIP_s$  的回归系数仍然为正且在 1% 水平上显著。表明在控制了贸易伙伴国的全球创新指数这一变量后，依然可以得到，FTA 下知识产权保护加强对我国出口贸易总体流量和知识产权密集型产品出口有显著促进作用这一结论。

## 五、结论和政策建议

本文基于中国向 18 个与中国订立 FTA 协定国家的 2003-2017 年的产品出口数据，探讨了自由贸易协定知识产权保护条款对我国出口贸易的影响。实证结果表明，FTA 下知识产权保护加强有助于扩大我国向 FTA 缔约国的出口规模。进一步区分出口产品的知识产权密集度后发现，FTA 下知识产权保护加强促进了知识产权密集型产品出口贸易，且对知识产权密集型产品出口的促进作用存在显著的行业差异。另外，区分出口目的国的经济发展程度后发现，FTA 下知识产权保护的加强对发展中国家出口贸易额的增加相比于发达国家更明显，但对发达国家知识产权密集型产品的出口贸易额的促进效应要强于发展中国家。

最后, 区分 FTA 知识产权保护条款深度后发现, FTA 下知识产权保护在不超出 TRIPs 协议标准下的增强促进了我国出口贸易总体流量的增加, 在超出 TRIPs 协议标准上的增强虽然对我国出口贸易总体流量的增加有阻碍作用, 但有助于我国知识产权密集型产品的出口。

针对以上研究结论, 本文提出以下几点政策建议:

第一, 我国应加快自贸区建设, 积极推进 FTA 中知识产权领域谈判。自贸区的建设有助于降低成员间的贸易壁垒, 促进双边贸易规模的扩大。知识产权保护条款作为 FTA 边界后规则的重要内容, 是未来 FTA 谈判中的重点议题之一。推进新贸易协定达成知识产权保护条例或在升级版自由贸易协定中增加知识产权保护条款, 不论是对我国出口贸易总体流量还是对知识产权密集型产品的出口都具有良好的促进作用。

第二, 提高知识产权密集型产品的自主创新能力。FTA 下知识产权保护的加强为我国知识产权密集型产品的出口提供了良好的国际市场环境。但本文细分行业的研究发现, 我国生物制药、化学制品等行业知识产权密集型产品由于自主创新能力有限, 出口规模受 FTA 下知识产权保护加强影响反而有所减少。我国企业要适应高标准的知识产权保护强度, 加强研发投入, 生产更多真正具有自主知识产权的产品, 推动我国高科技行业高质量健康发展。

第三, 针对具体贸易伙伴特质区别对待。在未来 FTA 谈判的进程中, 我国需要充分考虑贸易伙伴国经济发展水平、知识产权保护强度等因素, 来确定知识产权保护条款的深度, 尽可能在有序加强知识产权保护强度和促进出口贸易总体规模、促进知识产权密集型产品出口规模之间达成平衡, 从而更好地享受自由贸易协定带给我国的经济红利。

第四, 逐步推进 FTA 知识产权保护条款完善深化。一方面, 由 GP 指数和 Frazer 指数可知, 近年来我国知识产权保护强度呈逐年加强的趋势, 我国国内的知识产权保护环境为进一步深化 FTA 知识产权保护条款提供了可能; 同时, 本文的研究表明在不超出 TRIPs 协定标准、力度较强的知识产权保护条款有利于促进我国出口贸易, 因此推进 FTA 知识产权保护条款完善深化是符合我国出口利益的。另一方面, 仍应当看到我国知识产权保护强度仍然有限, 尚未达到全面推行 TRIPs-Plus 条款标准的程度; 本文的分析也表明, 虽然 FTA 下知识产权保护在超出 TRIPs 协议标准上的加强有助于我国知识产权密集型产品的出口, 但对我国贸易总体流量的增加有阻碍作用。因此, 在 FTA 谈判中, 推进知识产权保护条款深化要与我国国内知识产权保护法律环境完善进程有机统一, 不能盲目追求更高标准的知识产权保护。

## 参考文献

- [1]韩剑, 冯帆, 李妍. FTA 知识产权保护与国际贸易:来自中国进出口贸易的证据[J]. 世界经济, 2018(09):53-76.
- [2]亢梅玲,冯静云,田子凤. 出口贸易流量与知识产权保护——来自中国的经验分析[J]. 商业研究, 2016(1):117-125.
- [3]马凌远. 知识产权保护:扩张进口种类抑或增加进口数量?——基于中国产品层面进口数据的实证分析[J]. 世界经济研究, 2015, No.260(10):112-121+131.
- [4]柴江艺,许和连.行业异质性、适度知识产权保护与出口技术进步[J].中国工业经济,2012(02):79-88.

- [5]柴江艺和许和连. 知识产权政策的进口贸易效应: 扩张或垄断?——基于中国高技术产品进口贸易的实证研究[J]. 财经研究, 2011(1).
- [6]钱学锋, 熊平. 中国出口增长的二元边际及其因素决定[J]. 经济研究, 2010(1):65-79.
- [7]杨静. 自由贸易协定知识产权条款研究[B], 法律出版社, 2013.
- [8]余长林. 知识产权保护如何影响了中国的出口边际[J]. 国际贸易问题, 2015(09):43-54.
- [9]余长林. 知识产权保护对国际贸易的影响研究述评[J]. 经济评论, 2013(01):138-145.
- [10]余长林. 知识产权保护与我国的进口贸易增长: 基于扩展贸易引力模型的经验分析[J]. 管理世界, 2011(06):11-23.
- [11]余长林. 知识产权保护、东道国特征与出口贸易[J]. 世界经济研究, 2010, (05):39-44, 51.
- [12]Co C Y . Do Patent Rights Regimes Matter?[J]. Review of International Economics, 2004, 12(3):359-373.
- [13]Delgado M , Kyle M , Mcgahan A M . Intellectual Property Protection and the Geography of Trade[J]. Journal of Industrial Economics, 2013, 61(3):733-762.
- [14]Doanh N K, Heo Y. Impacts of Intellectual Property Rights on Trade Flows in ASEAN Countries, Journal of International & Area Studies, 2007, 14(1):1-15.
- [15]Falvey R , Foster N , Greenaway D . Trade, imitative ability and intellectual property rights[J]. Review of world economics, 2009, 145(3):373-404.
- [16]Ginarte J C , Park W G . Determinants of patent rights: A cross-national study[J]. Research Policy, 1997, 26(3):p.283-301.
- [17]Hu Albert G.Z, Png I.P.L. Patent rights and economic growth: evidence from cross-country panels of manufacturing industries[J]. Oxford Economic Papers, 2013(3):3.
- [18]Ivus O . The Quantity, Price, and Variety Response of US Exports to Patent Protection, 2012, Working Paper, Queens School of Business Queens University.
- [19]Ivus O . Trade-related intellectual property rights: industry variation and technology diffusion [J]. Canadian Journal of Economics, 2011, 44(1):p.201-226.
- [20]Ivus O . Do Stronger Patent Rights Raise High-Tech Exports to the Developing World? [J]. Journal of International Economics, 2010:38-27.
- [21]Magee C S P . New measures of trade creation and trade diversion[J]. Journal of International Economics, 2008, 75(2):p.349-362.
- [23]Maskus K E , Ridley W . Intellectual Property-Related Preferential Trade Agreements and the Composition of Trade[J]. Social Science Electronic Publishing.
- [24]Maskus K E , Penubarti M. Patents and International Trade: An Empirical Study. Michigan , Ann Arbor MI: University of Michigan Press, 1997, 95-118.
- [25]Maskus K E , Penubarti M. How Trade-Related Are Intellectual Property Rights?[J]. Journal of International Economics, 1995, 39(3-4):227-248.
- [26]Meade , J. E. Trade and Welfare , NY: Oxford University Press, 1955, pp. 68-81.
- [27]Shin W , Lee K , Park W G . When an Importer's Protection of IPR Interacts with an Exporter's Level of Technology: Comparing the Impacts on the Exports of the North and South[J]. World Economy, 2016, 39(6):772-802.
- [28]Smith P J . How do foreign patent rights affect U.S. exports, affiliate sales, and licenses?[J]. Journal of International Economics, 2001, 55(2):411-439.
- [29]Sun L . Impacts of Free Trade Agreements on Agricultural Trade Creation and Trade Diversion[J]. American Journal of Agricultural Economics, 2010, 92(5): 1351-1363.

[30]Urata, S. and Kiyota, K. The Impacts of an East Asia Free Trade Agreement on Foreign Trade in East Asia[J]. NBER-East Asia Seminar on Economics, 2005(14):217-252.

[31]Viner, J. The Customs Union Issue, NY : Carnegie Endowment for International Peace, 1950, 78-112.

# WTO 争端解决机制危机成因及改革路径研究

浙江工业大学法学院 黄伟锋、许越

**摘要：**WTO 争端解决机制是世界贸易组织的核心和基础，它有效确保多边贸易体系的正常运作。WTO 争端解决机制上诉机构于 2019 年 12 月 11 日起正式“停摆”，美国的阻挠干预固然是造成该危机的直接原因，但 WTO 自身固有的缺陷、亟待改革之事实也不容忽视。论文分析了 WTO 自身的不足：程序期限较长、报复执行不到位以及上诉机构效率低下等问题，提出了 WTO 争端解决机制改革策略：提前介入争端解决；设立第三方报复执行机构；适当扩大上诉机构审理权限等。通过完善争端解决机制，以期达到恢复 WTO 职能之效果。同时，中国也应积极主动，把 WTO 改革与深化国内经济体制改革和扩大开放结合起来，探索建设我国主导的“一带一路”争端解决机制，以先进理念推动建立国际经济新秩序，进一步融入经济全球化的浪潮。

**关键词：**WTO 争端解决机制 上诉机构 停摆 “一带一路”争端解决机制

2019 年 12 月 9 日，WTO 上诉机构正式无法运作，陷入瘫痪。该机构原本有七名法官，但自 2018 年以来仅剩三名法官。根据《关于争端解决的程序与规则谅解》（以下简称“DSU”）规定，该机制至少应有三名法官，方可正常运转。其中，剩余的三名法官中有两名任期至 2019 年 12 月 9 日结束。世界贸易组织 1995 年创立之初，上诉机构即一同成立。基于其机制极为突出的独立性，成员方均可将这一机制作为“平台”获得平等申诉的权利以及辩护的权利，是维护国际贸易法治生态的重要工具。WTO 体系的核心制度就是 WTO 争端解决机制。虽然该机制平息国际贸易争端的过程中发挥着至关重要的作用，但是受制于自身固有之不足与美国阻碍上诉机构人员的遴选，在二者的共同作用之下，WTO 争端解决机制陷入危机。WTO 争端解决机制的失效使得国际贸易中争端解决的不确定性显著增加，对经济全球化进程带来负面作用，促使贸易保护主义抬头。为此，研究 WTO 争端解决机制的改革极为迫切。

## 一、WTO 争端解决机制危机的成因

### （一）WTO 争端解决机制改革进展缓慢

#### 1. 以 GATT 为基础发展而来

回顾 WTO 争端解决机制的发展、形成之历史，不难得出结论，它是在去除关贸总协定的糟粕过程中逐步成型的，在取其长处基础上针对其不足进行了完善。现行的争端解决机制能够更好地促进各国发展目标的实现。相较于前身 GATT，WTO 争端解决机制的改良之处不仅在于决策方式的转变——改“均无反对意见，即认为通过”为“否定式共识”，成立专家组的程序顺畅颇多。<sup>1</sup>专家组出具的报告也基本能够做到均获通过的良好结果。在此基础上，WTO 还设立了独树一帜的上诉机构。这不仅较好地解决了专家组报告出现差错无法及时发现、得以救济的难题，而且对国际社会经济贸易纠纷解决模式的一种开创式设立，起到了良好的兼含准司法机构和监督机构的作用。

#### 2. WTO 依旧不可避免存在缺陷

然而正如硬币有正反两面，任何事物都不会是尽善尽美的。在通过 WTO

<sup>1</sup>徐昕：《WTO 争端解决机制的法理》，上海三联书店 2011 版，第 28 页。

争端解决机制进行争端解决的实践之中，WTO 的成员方早就意识到 WTO 的争端解决机制依旧不可避免地存在诸多问题和缺陷，需要进一步加以改革、完善的这一事实。<sup>1</sup>因此，自 2002 年至今，DSB（WTO 争端解决实体）召开的正式特别会议共 40 次。结合会议召开情况以及会议讨论内容和结论来进行分析，可窥见一斑，较大的讨论规模均集中在会议召开的前期，到了后期，会议的整体开展都逐步滞缓。从而认为协商改革的最恰当机会已经被错失。<sup>2</sup>导致多次改革谈判均没有明显成果的原因在于各成员方对 WTO 争端解决机制改革的意见冲突极大。

为见微知著地展现成员国间的改革冲突之大，在此以美国、欧共体的改革意见为例简述：欧共体的改革意见认为：在继续保持专家组和上诉机构程序机密性的基础上，更大程度地发挥程序的可调整性，赋予当事国是否向不特定公众公开特定程序之决定权力。与之相矛盾冲突的是美国的改革意见，在美国视角下的争端解决机制具有超越职权以及不公开性两大严重缺陷，也正是这样的缺陷导致机制作出的裁决结果“不维护美国利益”。<sup>3</sup>基于这样的立场，增强程序的公开性和提升对过程的把控度自然就构成美国改革意见的两个重点。

各方成员国针对 WTO 改革方案的观点出于对各方自身利益的考量，因此，即便存在巨大的分歧本也无可厚非。但是，这样剧烈的分歧最终导致的，将会是争端解决机制改革路径逐步趋于沉寂。WTO 争端解决机制现有的存在的问题和缺陷也无法从根本上得到解决和完善。也正是因为改革的停滞，进而导致美方认为，美国之关切未得到 WTO 有效的关注，美国的问题未得到应有的解决。最终招致了美方发难，引发上诉机构停摆，WTO 争端解决机制陷入危机。<sup>4</sup>

## （二）美国挑起 WTO 争端解决机制危机的分析

### 1. 美国对 WTO 认知片面

追根溯源，美国对 WTO 的颇多怨言究竟来源于何？是其具有局限性、单一性的认知——在该体制下，美国应有之权益无法得到全面的维护。随着全球经济的进一步发展，全球化脚步进一步迈出，全球化程度越高，美国想要逆全球化的话语权、辐射范围就越受到动摇。现有程序由于其相对的公正性和高效性，越来越多地被更多地国家作为维护自身贸易利益的武器进行使用。WTO 争端解决机制的身影出现在了多个国家对抗美国贸易手段的场合，尤其是上诉机制为疏通美国市场渠道、纠正美国贸易做法作出了很大贡献。基于这样的大背景之下，在很多涉及美方极为看重的利益的场合，上诉机构没有偏向性地站在美国这边，也难怪美国要生出 WTO 争端解决机制“不公正和不合法”的错误认知了。

### 2. 以国内法贸易制裁他国为最终目的

近些年来，美国较高频次地对其他国家发起各式各样的贸易制裁。从针对钢铁和铝制品发起的 232 调查，到针对“中国不公平贸易行为”的 301 调查，再到针对众多国家钢铝关税的提升。综上所述，用一个较为简单的逻辑来表述美国之所以停摆上诉机构的原因就是，美国想要动用自己的国内法保护自身权益

<sup>1</sup>于鹏：《WTO 争端解决机制危机：原因、进展及前景》，《国际贸易》2019 年第 5 期。

<sup>2</sup>杨国华、李詠箴：《WTO 争端解决程序详解》，中国方正出版社 2004 版，第 123 页。

<sup>3</sup>李馥伊：《世贸组织改革各方动向和应对建议》，《中国经贸导刊》2019 年第 7 期。

<sup>4</sup>王燕：《全球贸易治理的困境与改革：基于 WTO 的考察》，《国际经贸探索》2019 年第 35 期。

的前提就是必须对 WTO 争端解决机制进行摧毁。

这是唯一一种可以绕开现有的公正合理的 WTO 机制，进而任意依据美国国内法制裁其他国家的方式。在美方视角下，现行的 WTO 程序规则对中国经济腾飞的经济模式缺乏足够（符合美国设想的）的约束力，其对于欧盟、日本等的制约不足也引起美方的颇多反感。美国的行为无时无刻不在体现着其逆全球化的主张，其利用 WTO 机制不能达到自己制裁的目的，就转而想方设法寻找依据国内法制裁、通过贸易战惩罚其他国家的行为无疑是最好的印证。从事实层面上来讲，美方使用国内法以期保护自身利益的行为和“停摆”上诉机构均是基于同一目的的追求，基于同一立场的出发：“瘫痪”上诉机构，进而关停 WTO，不仅能规避自身受到严惩的风险，更能够顺畅无阻地实施贸易制裁。

## 二、WTO 争端解决机制现状与问题分析

### （一）程序与贸易报复机制存在的不足

#### 1. 程序期限过长

以厄瓜多尔、美国等诉欧盟香蕉进口实体案为例，该案各个程序历时长达 66 个月。

在此就该案涉及的两份拥有最终裁定效力的仲裁裁决——一份以授权报复幅度为内容，另一份以授权报复的范围为内容进行论述分析。这两份仲裁裁决的篇幅极为冗长，竟达到了 800 多页之多。与之相匹配的，历史久远是这一案件的过程的最恰当形容词，该案开始于 1995 年，然而，最终的谅解、最终的协议直到 2001 年才终于达成。

由上述案例可窥见一斑。WTO 争端解决机制的运行程序主要体现在 DSU 及其附件中，第一阶段的磋商，第二阶段的专家组，第三阶段的上诉程序以及最终阶段的执行四部分构成了该运行程序。现有程序上存在的不足，在于程序期限过长。设置这样较长的程序期限的考量在于，复杂的长期的程序能够尽可能地完善得保障争端解决结果的公正性和合理性。但是，却没有考虑到这样的设置可能导致 WTO 争端解决机制自身把握监管各国间贸易争端、纠纷、摩擦的能力被一定程度地弱化，无法在最大维度上得到体现。出现贸易纠纷、贸易摩擦的最初阶段，往往是规模、范围较小、较为可控的。但是在实际的对垒中，规模往往越来越大，程度也逐渐难以控制。使得各方均经受较为严重的经济损失，可谓是“有百害而无一利”。简而言之，从公司间小型的贸易纠纷发展到国家间的贸易纠纷，更有甚者动用贸易壁垒的设置，进而演变成国家间严重的贸易冲突的例子也不罕见。与此同时应当注意的是，国家与国家之间均会受到贸易冲突与贸易保护主义的毒害。贸易争端一旦开展到较大规模，那么经济发展肯定会受到极大的影响——动辄出现不振甚至走下坡路的趋势。

#### 2. 发展中国家执行报复机制存在障碍

不足之处也同样体现在 WTO 争端解决机制最终阶段的贸易报复机制中。作为发展中国家，在针对贸易摩擦进行回防时期待通过贸易报复机制（或中止减让或交叉报复），是很难达到预期的、应有的回击效果的。贸易报复机制（中止减让和交叉报复等手段）的后盾体现的是一个国家自身的实力——主要是经济实力。根据上述逻辑，如果一个国家经济实力越强，那么他的贸易报复能力也就相应的越强。<sup>1</sup>

<sup>1</sup>商萍珊：《对完善 WTO 争端解决机制执行程序的法律思考》，《现代商业》2019 年第 21 期。

就发展中国家和发达国家悬殊的各方面实力对比而言，无论是在经济上，还是在技术上，政治上，发达国家进行贸易报复的手段之多可谓不计其数，进行贸易报复可谓轻而易举。就发展中国家和发达国家自身经受的损失填补而言，发达国家可以凭借自身强大的实力作为后盾，很大程度上做到损失填补。但是弱小的广大发展中国家则没有这么幸运，凭借其欠缺的经济实力、政治势力以及技术实力，都无法赋予其公平公正实施贸易报复措施的“底气”，自然，广大发展中国家自身的合法正当权益也无法很好地受到保障和维护。

## （二）上诉机构自身的不足

本次遭遇停摆危机的上诉机构自身也存在诸多不足。

### 1. 上诉机构未明确管辖权限

首先要指出的是上诉机构的管辖权限。上诉机构由于对专家组出具的报告进行越权审查的这一行为收到了国际社会的颇多诟病。他们提出，上诉机构对自己审查权限的跨越一定程度上带有了司法的主动审查的色彩。在此仅以美国汽油进口限制案为例，专家组成员审查了美国的汽油进口限制措施是否适用国民待遇例外原则。按照相关规定：“国民待遇例外原则的符合应当同时满足以下三款条件：首先是该措施与保护不可再生的自然资源有关，其次是不会构成无正当理由偏见、专横的或者披着正当手段外衣实则是对贸易的实质限制，最后是该措施同一时间实施与国内生产或者消费限制措施。”

美国的汽油进口限制措施由于不符合“与保护不可再生的自然资源有关”这一条件，适用国民待遇例外的申辩没有被采纳，是专家组最终得出的结论。这样的结果自然无法令美方信服，果不其然，美方很迅速地提出上诉的要求。根据其诉求，上诉机构再一次审核了国民待遇例外规则内涵的三大条件，并且再一次得出了美方行为不适用该规则的结论。

对上述案件做一个总结，上诉机构的审查权限的范围究竟如何划定？何时属于超越审查权限的审查？

在另一案例，2000年美国反补贴反倾销抵消法的上诉案中，与上述案件的结论恰恰相反，上诉机构限制和缩小了自身的审查范围。换句话说，对相关规定做到了循规蹈矩、一丝不苟地遵循。面对这样的事实，有的专家学者通过研究，提出上诉机构的管辖、审核范围应当是具有伸缩性的这一说法。论述如下：对重要事项扩大管辖，对无关紧要的事项排除管辖是上诉机构审核范围变化的内在逻辑。在正常情况下，上诉机构的管辖会限于法律解释和法律适用问题，也就是不突破相关规定的限制，只有在为数不多的特殊情况下，上诉机构为了寻求争议的快速解决，利益最大程度的衡平维护。出于上述考量，上诉机构会进行强制管辖，其依据是 DSU 第 3.3 条赋予的权力，这也是上述内在逻辑的一种外在体现。

### 2. 上诉机构成员代表性以及成员资格

或许单看简历文本内容与相关规则之对照，那么所有的上诉机构成员都完全符合 DSU 第 17 条第 3 项中规定的要求，但是这并经不起仔细的推敲。上诉机构的成员中一部分人仅有过去在商务相关的行政部门中工作的背景，有的竟然没有受到过正统的、系统的、全面的法律知识教育，严重不具备应有水准的专业素养与专业背景。但是，也有很多声音为这样的实际操作正名：推选虽然在资格上略有瑕疵的政府高官进入上诉机构，却是出于确保上诉机构成员代表范围的更为广阔性、代表群体的更为宽泛性之考量。实际上，在上诉机构成员

任职的过程中，也存在这样的“不成文规定”：上一任的上诉机构成员期满离任后，应当在同一区域选择任命下一任。<sup>1</sup>

不仅如此，通过对上诉机构成员简历的进一步分析，不难看出，在历届的上诉机构成员的组成中，总是少不了美国的一席之地。此外，根据清华大学杨国华教授曾经做过的研究中指出，通过纵向对比前后各任上诉机构成员的履历表明，不同于飞速发展、进步的国际法治建设理念——对从事法律职业的法律人专业水平、专业要求日益提升，选任上诉机构成员的准入门槛竟然背道而驰地日益降低。

WTO 争端解决机制，顾名思义，存在的最重要的意义和价值就是对国际贸易争端的解决。为了追求结果公正、实体正义，要求上诉机构成员代表的群体利益涵盖范围广本就无可厚非。但是值得注意的是，其组成的七名成员是否能够真正地保证广泛的代表性；怎样的选拔机制才能更好地满足广泛代表性这一要求；考虑的因素应当包含哪些？如果排除万难，最终确立成员准入门槛，却发现没有条件适宜的专业人才又应如何？针对实现广泛代表性而产生的种种问题，DSU 的条文中并未对此给出清晰的指示，在实践中难免存在争议，因此也亟待改革。

### 3. 上诉机构审限过长、效率较低

上诉机构出具的报告质量之高与其处理期限之长，两者对比，毫无平衡可言，这一现状可谓令人叹为观止。<sup>2</sup>根据 DSU 第 17 条第 5 项规定，在国际社会中，对上诉机构已经做出的裁决报告，和对上诉机构的审限，完全是截然相反的两种态度——极为赞誉报告质量，颇多批判审限之长。美国也曾经多次在各种国际会议中表达过美方对上诉机构审限之长、效率之低的抗议。也可以做此揣测，美国经年累月积累的对上诉机构效率的诟病也是其对上诉机构成员换届程序横加干预，最终导致如今困局的一个重要理由。

上诉机构之所以效率较低，引发国际社会不满，理由大致如下：

(1) 首先也是最重要的是，在面对国家与国家之间的利益冲突与博弈时，不仅要求上诉机构的组成成员对 WTO 争端解决机制的众多的极为复杂的规则烂熟于胸，而且同时还要求上诉机构成员对各争端方之国内法进行全面地审查，以了解各争端国相应的国情以及相对应的法律制定背景。只有充分完成了上述工作，才能够更公平、更无误地认定贸易措施与 WTO 规则是相符还是相违背。

(2) 仅有七名成员就构成了上诉机构的全部人手，仅有三名法官就构成了每个案件的全部人力。在案件进行的过程中，各个国家为了自己国家能够获得最为有利的结果，情理之中的会事无巨细地提交成千上百页的各种各样、五花八门的材料以供上诉机构进行审查，希望自身权益可以得到维护。这在很大程度上对本就“精兵简将”的上诉机构形成非常沉重的压力。不仅如此，在 WTO 争端解决机制发展之初，仅规制货物贸易这一简单的范围。随着时代的发展，规制的范围开始包含知识产权贸易、服务贸易等原先不调整的领域。这一调整范围的变化也不言自明地使得本就不堪重负的上诉机构更是雪上加霜。

(3) 显而易见的，国际社会之现状、经济贸易之内在博弈日趋盘根错节，国家与国家之间的利益冲突也同样日趋错综复杂，这都深深加剧了上诉机构现

<sup>1</sup>David L Carlson: WTO reforms, sustainable development and climate clubs: calls for new thinking, *Journal of Energy & Natural Resources Law*2016(1)。

<sup>2</sup>赵维田, 缪剑文, 王海英: 《WTO 的司法机制》, 上海人民出版社 2004 版, 第 14 页。

有工作逐步越来越陷入困境泥潭的现状。相较于国际法院等其他处理国际争端的司法途径而言，DSU 规定的上诉机构的审理期限明显相对较短。较短的审理期限加之复杂的案件内容、利益冲突，效率低的原因可见一斑。<sup>1</sup>

### 三、完善 WTO 争端解决机制的改革策略

#### （一）完善 WTO 争端解决机制程序和报复机制

##### 1. 针对程序期限过长，创设“预防针”制度

建立“预防针”制度是应对上文所述的 WTO 争端解决机制程序时限过长，事件应对极为不及时的问题的解决方案。所谓“预防针”制度，指的就是将微小的还处于萌芽阶段的贸易摩擦扼杀在摇篮里。第一时间准确把握贸易摩擦全貌，第一时间采取有效措施控制贸易摩擦情况的恶化。<sup>2</sup>牢牢将程序正义作为不可突破的底线来把握，始终将最终达到实体公正作为奋斗目标。简而言之，“预防针”制度就是一种防微杜渐，侧重于事件发生伊始的管控，是防止小规模小范围的贸易摩擦最终演变成大规模大范围的贸易战的“预防针”。只有在最初阶段严格把控，才有可能将 WTO 争端解决机制建设成为高效率的解决争端“利器”，进一步提升其在维护贸易自由化、经济全球化中的举足轻重的地位和权威。<sup>3</sup>

##### 2. 针对报复机制执行之不足，改革应当保障发展中国家落实报复执行

改革世界贸易组织具有必要性这一问题中方始终是持支持态度的，在改革 WTO 的过程当中应当遵循其平等所有主体、推动全球化、兼容各方的价值追求和根本理念，不能损害发展中国家的既有、将有、应有之发展权益以及保留相应的政策空间。纵然尚未受到 WTO 的采纳，广大的发展中国家群体确实提出过不少改革报复机制的方案，但是改革的方式更应当要坚持各方协商、广泛听取各方意见的原则，逐步一点一点推进，不只听“一家之言”。<sup>4</sup>贸易报复机制的改革一直是广大发展中国家群体的核心诉求，诸如延长执行贸易报复的期限这样的各种各样方案在历史中也被提出过。

做一个简短的总结，WTO 争端解决机制之报复机制的改革具有极大的重要性。以长远来计，不完善、不公平的报复机制破坏的是 WTO 争端解决机制实际解决贸易争端的功能，这绝对与法律的公平公正原则大相径庭，将会在很大程度上严重破坏 WTO 争端解决机制对整体世界经贸往来中的纠纷、争端的把握力和治理力。通过贸易报复手段拉近、缩小发展中国家与发达国家在经济实力上、纠纷地位上的巨大鸿沟，进而使得 WTO 争端解决机制可以达到其真正追求的公平性和公正性，WTO 争端解决机构改革贸易报复机制的需求是具有极度的紧急性的。以下是几种行之有效的方案：<sup>5</sup>

（1）创设专门执行贸易报复措施的组织。这一组织的职能是以中立的第三方的身份为贸易纠纷中获胜一方对贸易纠纷中败诉一方进行贸易报复措施的执行。作为中立的组织机构，就排除了在实际实践中，由于发达国家和发展中国家实力、地位的悬殊差距，措施“形同虚设”、执行相当不到位的严重弊端。

（2）不仅如此，改革还应当包括明晰贸易报复概念范畴。为了使得贸易报

<sup>1</sup>王大贤：《WTO 改革应符合贸易现代化趋势》，《第一财经日报》2020 年 1 月 13 日。

<sup>2</sup>谭舒：《WTO 报复制度的缺陷问题研究》，华东政法大学 2018 年硕士学位论文。

<sup>3</sup>李晓阳：《WTO 争端解决机制下报复措施研究》，河北经贸大学 2019 年硕士论文。

<sup>4</sup>燕楠：《全球贸易治理环境变化下的 WTO 改革路径》，《对外经贸实务》2019 年第 10 期。

<sup>5</sup>李舒意：《论 WTO 争端解决机制中的第三方制度》，《南阳师范学院学报（社会科学版）》2018 年第 8 期。

复措施真正实施到争端解决当中，不再成为“纸上谈兵”，应当在制度层面上对各方责任主体的权利义务进行清楚、明确的划定、区分。

## （二）完善 WTO 争端解决机制上诉机构

### 1. 适当扩大上诉机构审查权限

扩大上诉机构审查权限，如何扩大？原先上诉机构的审查权限仅限于法律问题，那么自然就是将部分的事实问题认定也包括进来，但是为了防止其权限的过分扩张应当将事两个问题的认定标准实施进一步细化，将之得以明确确定。<sup>1</sup>不妨作此假设，假如要求上诉机构一并审查法律问题和事实问题，毫无疑问地会增加上诉机构总体的工作量，与提升上诉机构的工作效率的追求背道而驰。低下的工作效率最终可能导致的是 WTO 争端解决机制不再受到日益发展的追求效率至上的国际贸易之推崇。但同时不可忽视的是，在解决国际贸易纠纷的实践中，上诉机构如果仅仅是就法律问题进行认定和裁判，完全不结合事实部分进行考量的话，这样的裁判、适用法律必然是没有生命的，必然是不具有追求实体公正的价值体现的。但是，这样就出现了一个不可避免的矛盾，根据相关规定，上诉机构审查相关事实是属于超越审查范围的行为。

所以为了避免这样循环的矛盾的产生，笔者认为，应当适当扩大上诉机构之审查权限。但是，这并不意味着要无限制地扩大上诉机构的审查范围。而是要使上诉机构审查权限在一个合理的范围和宽度中。简而言之，就是审查范围应当扩大，但是不能过度。这个“度”应当在规定的层面上加以牢牢把控。在适当可被接受的范围内将上诉机构审查事实的权限进行合理程度的扩大同时对扩大的范围进行严格的规定加以限制。

### 2. 引“反向协商一致”入上诉机构法官任命

上诉机构的法官问题也是建议 WTO 争端解决机制上诉机构之完善最亟待、最应当解决的问题。根据 DSU 第 17 条第 2 款，但是，对于在 WTO 协定生效后即被任命的上诉机构的七名法官，其中三人的任期经由抽签决定应在两年期满后终止。如果一人被任命接替一任期未届满人员，则此人的任期即为前任余下的任期。在 DSU 当中，并没有关于当法官人员空额一经出现，如何立即进行补足的相关规定。因此，如何补足法官人员空额的方式与程序的相关规定应当增加。修改 DSU，引入“反向协商一致”原则意味着，当法官空额一经出现，应当立即对提名连任或新法官人选予以通过，除外情况仅有 DSB 经协商一致决定不予通过。法官空额一经出现应立即补足体现出的是主张效率优先之精神，恰好与“反向协商一致”原则所主张的效率优先原则不谋而合。引入“反向协商一致”原则，便能达到法官空额一经出现则立即补足之效果。同时应当指出的是，这样的修改并不是为了否定“协商一致通过”的存在，相反，而是为了在尊重“协商一致通过”精神的基础上，WTO 各个成员国在面对现实需要的情况下积极探索解决途径的成果。<sup>2</sup>

### 3. 提升上诉复议机制效率

以进一步加快上诉机构工作速度，进一步缩短上诉机构工作时间为目标，在规定层面应当向司法手段学习，赋予上诉机构驳回上诉的这一权力。使得上诉机构拥有这一权力可以较为有效地规避争端败诉一方进行恶意上诉、妨碍执

<sup>1</sup>张乃根：《上诉机构的条约解释判理或先例之辨——兼论 WTO 争端解决机制改革》，《国际经济评论》2019 年第 2 期。

<sup>2</sup>黄康道：《WTO 上诉机构法官遴选制度改革》，《研究生法学》2019 年第 34 期。

行贸易报复机制的风险。<sup>1</sup>

在此基础上,以进一步减少上诉机构工作强度,进一步优化上诉机构工作水平为目标,以期最终达到上诉机构最高效率进行复议工作的终极追求。复议程序的高效率推进带来的优势是显而易见的,首先上诉机构复议结果的可预测性可以得到很大程度的提升,这一提升也会复议结果的权威性产生极为正面的影响。保障世界贸易秩序始终稳定公平是这些制度设立最初的目的,为了能更好地达到削弱贸易保护的势头,打破贸易保护的壁垒,消释争端各方的矛盾冲突的效果,高质高效的、具有极强公众信服力的上诉机构呼之欲出。

#### 四、中国应对停摆困局的策略

自中国加入全球化进程以来,加入全球化经济贸易的脚步就不可能停滞不前,只可能越走越快、越走越宽广。中国作为世界大国,应当有大国担当,因此应当主动为自身寻求应对之策、为“WTO 停摆”困局寻找解决良方。对于中国自身而言,全面地继续扩大开放程度必不可少。只有进一步投身于全球化的浪潮中,才能在保障自身作为最大的发展中国家的权益的同时,维护其他广大的发展中国家群体,让世界聆听到发展中国家的声音。国际贸易的自由化、便利化使得中国也获益颇多,因此集结各方努力,共同维护现有机制体制不失为一条较好地解决途径。<sup>2</sup>

##### (一) 推动 WTO 争端解决机制改革

###### 1. 积极维护现有机制,稳步推动改革

如今,最迫切需要解决的问题就是如何解决 WTO 上诉机构停摆这一问题。最应当认清的是相当于全球贸易争端的最高法庭的 WTO 争端解决机制上诉机构,为保证 WTO 诸多协议的理解以及解释之一致性起到至关重要的关键性以及上诉机构的重要地位。<sup>3</sup>中国的立场永远是毅然决然地站在维护各国加强贸易联系合作、贸易各方平等、无权随意制裁他国的一边,尽早重启新上诉机构组成人员的遴选程序,帮助上诉机构摆脱停滞僵局,尽快使得 WTO 争端解决机制恢复其往日的工作状态,发挥其维持国际经贸往来有序开展之重要作用。

###### 2. 积极参与协商,贡献改革方案

应当看到的是,正是因为拥有切实可行、强而有力的程序规定为 WTO 机制正常运作保驾护航,改制才会受到国际社会颇多关注。中国作为 WTO 众多成员国中的一员,更应当体现大国担当,更为积极地为 WTO 改革提供具有中国特色的改革建议,<sup>4</sup>为各方势力平等发声、各方意见平等被采纳发挥中国的重要作用。WTO 成员国的国家利益不可避免地为其程序规定牵动着,这也是为何改制的困难程度如此之高,改制的形势如此纷繁复杂。中国在维护发展中国家成员依旧享有已有的特殊和差别待遇的同时,更要积极同发达国家发展合作关系,探查发达国家和发展中国家的利益平衡点,就 WTO 争端解决规则的改革进行协商,提供行而有效的改革方案。

<sup>1</sup>石静霞,白芳艳:《应对 WTO 上诉机构危机:基于仲裁解决贸易争端的角度》,《国际贸易问题》2019 年第 4 期。

<sup>2</sup>胡小玲:《中国参与 WTO 争端解决机制问题研究》,江西财经大学 2019 年硕士学位论文。

<sup>3</sup>郑伟,管健:《WTO 改革的形势、焦点与对策》,《武大国际法评论》2019 年第 3 期。

<sup>4</sup>赵颜:《WTO 框架下当前中美贸易争端的解决机制研究》,辽宁师范大学 2019 年硕士学位论文。

## （二）推进国内经贸改革

### 1. 优化对外贸易结构

中国对外贸易的结构应当改良。现有的结构长期处于一种极端的不平衡状态之中，主要的外在表现为：在货物贸易领域，我国的出口额远大于进口额；然而在服务贸易领域，则恰恰相反。<sup>1</sup>中国的贸易规模大却没有雄厚的实力也是因为这一原因。与此同时，我国还面临着货物贸易摩擦、纠纷数量与日俱增的紧迫难题。应对此种困境，我国首先应当提升服务贸易在整体贸易结构中的占比，大力提升我国服务业的发展，推进服务业国际竞争力的腾飞，进一步着力增加服务贸易出口的总量。

### 2. 推行更为完善的市场准入负面清单制度

现如今，全球面临的是数百年来从未有过的大变革、大变局，国际形势风起云涌、风云变幻。中国在面对充满了不确定性因素的国内外形势时，应当把准做好国内安排、承担国际责任的总抓手。在国内，我们应当稳就业、稳金融、稳外贸、稳外资、稳投资、稳预期——“六稳”工作要切实做好，通过重大化市场改革增添市场活力，进一步推动建设统一的对外开放的、有竞争但有条不紊的现代化市场体系。充分利用和发挥我国市场规模之巨大优势，进一步推动形成强而有力的国内市场，使得经济以更高的质量、更高的标准稳步向前发展。

要建设现代化市场体系最为关键的点在于能否建立市场准入负面清单制度。该制度的时间是全方位强化我国市场影响力、吸引力以及号召力的重要途径，也是现有国际国内形势下“稳投资、稳预期”的重点内容。该制度不是一成不变的，而是动态调整的。结合已有机制进行初步设计，进行市场准入负面清单年度修订时应当遵循科学性、合法性以及及时性。修订应当符合国内国外经济贸易发展趋势的客观要求。完善的市场准入负面清单制度也为建设更为现代化的市场体系添砖加瓦。

## （三）建立“一带一路”争端解决机制

### 1. 以先进理念，推动国际贸易新秩序

最高院发文倡导建立的“一站式”纠纷解决平台无疑是极为超前的、极为先进的。面对意料之外的 WTO 上诉机构“停摆”现状，中国绝不能坐以待毙。维护现有基础，争取改革自然是一种选择，主动建设由我国主导的争端解决机制更是一条上上之策。中国全面扩大开放力度，全面深化改革、深度投身全球化进程的重要体现就是设立由我国享有主导权的争端解决机制。不得不说，要改制前路困难重重，荆棘密布。这时，其设立于保持中国对外经济往来健康发展发挥着至关重要的作用。

但是，我们要面临的现状是“一带一路”沿线的各个国家，经济、政治、文化等各方面水平参差不齐，法律也各具特色。<sup>2</sup>如要创设以中国握有主导权的争端解决机制，必须将各方权益的公平维护纳入考量的范畴之中。但是同时也不能忽视的是程序的变通性和模式的多样性。同样应当作为考量因素的是各国发展的相同、不同之处和各国别样的诉求，做到更好地兼顾各方。以 WTO 裁决

<sup>1</sup>王议斌：《中美贸易摩擦背景下 WTO 争端解决机制完善研究》，《河南工业大学学报(社会科学版)》2019 年第 15 期。

<sup>2</sup>Pangestu: China-US trade War: an Indonesian perspective, China Economic Journal 2019(2)。

执行的弱势为鉴，在创设由我国特色的国际贸易纠纷解决机制的过程中应当如何将如何加强切实将执行落实到位纳入议程。

## 2.提升中国话语权，构建经贸新环境

所有沿线国家均可以享有平等的话语权，平等协商、一道建设、一起分享发展成果是我国推行“一带一路”政策的出发点、立足点。中国始终倡导合作，追求共赢，积极融入全球化，与世界各国建立良好的贸易合作伙伴关系，追求的从来不是仅仅和一个国家建立经贸关系、互通有无。但是也应当注意，交往的前提应当是承认国与国之间的平等地位，在坚决维护自身合法权益的同时，也要尊重和维护对方国家的合法权益。用对话的方式而不是制裁的手段解决问题。中国致力于构建的贸易争端解决机制中，最关键的一环就是这一机制，这一机制也是提升我国国际话语权、国际影响力极为有力的形式。通过中国与沿线国家共同的努力，在不久的可以预见的将来，一个全新的、平等的、相互包容的营商环境将会建成。

## 结语

中国实行改革开放，经济腾飞发展的近几十年来，我国始终以对外开放的坚持、逐步扩大，作为一以贯之的基本国策予以实施和坚持。无论是从跨国企业经营的层面上，还是国与国之间的政治交流层面上，基于科学的发展理念作为导向，逐渐扩大开放水平，提升国际经贸合作水平。面对现如今诡谲变幻的新型国际形势，面对疫情带来的各国政经政策变动，中国在沉稳努力发展自身实力的同时，也要积极思考提升应对策略的变通性与可行性。调试变化、发展改革是全球治理整体系统的关键词。中国作为崛起中的大国，不仅要主动投身制定各类国际规则，更要融入、引导、助力全球的治理体系发展完善。维护现有贸易纠纷解决机制最重要的就是促进 WTO 改革，中国应为 WTO 改革建言献策、为其优化进程添砖加瓦。<sup>1</sup>期望把 WTO 改革转化为促进中国国内法治环境、国内经济体系开放式发展以及经贸体制建设的契机，建设具有高度关联性和内在统一性的新型国际经贸秩序以及争端解决机制。在加强与 WTO 各成员国（包括发展中和发达国家）的对话协商以及互通合作的基础上，一步步地将仲裁解决贸易争端的争端解决办法广泛应用到实践当中，在这个过程中，中国最重要的还是要与我国达成共识的其他国家携手，共同向前，致力于提升“全球贸易一盘棋”中自身的影响力及话语权。

---

<sup>1</sup>霍建国：《世界贸易组织改革面临的矛盾及对策》，《中国物流与采购》2019年第21期。

## 法与经济交融视域下的补贴利益基准：理论解析与标准澄清

蒋奋\*

**摘要：**反补贴案件中如何选择利益基准，直接关系到补贴金额和反补贴税率的计算。WTO有关利益基准的规定并不全面，而囿于个案案情，WTO争端解决实践对利益基准选择规则的发展也是不均衡的。利益基准的选择标准，取决于对利益内涵的理论解析：由于补贴利益本质上是种竞争优势，故能够衡量出竞争优势的利益基准，不必局限于市场价格；鉴于补贴利益的效果体现为对国际贸易竞争秩序的扭曲，故自身的竞争关系已被政府或者私人垄断行为所扭曲的市场，不应作为利益基准；基于补贴利益源于政府的财政资助，故政府和公共机构制定或影响的价格，以及其他有悖于“经济人假设”的价格，都不宜作为利益基准。

**关键词：**补贴；反补贴；利益；基准；市场

### 引言

虽然反补贴制度有着悠久的历史，但反补贴税的抵消对象究竟是什么，直到乌拉圭回合《补贴与反补贴措施协定》（简称“SCM 协定”）提出“利益”这个概念时才正式明确。在该协定中，补贴利益既是计算补贴金额和反补贴税率的依据，又是构成补贴定义的要件之一。而《跨太平洋伙伴关系协定》（简称“TPP”）中专门用以约束国有企业的新术语“非商业援助”，核心也是“利益”这个概念。

但是，由于乌拉圭回合谈判各方对补贴利益的分歧太大，SCM 协定起草者最终采取了模糊措辞的立法技术。“与起草者对‘财政资助’的详细规定不同，‘利益’这个概念并未得到 SCM 协定的任何扩展与解释。各成员方也没有达成任何的嗣后协定予以解释。有的观点主张用‘商业基准’予以解释，也有观点主张从‘政府支出’角度来理解，还有主张从‘补贴接受者’角度来分析。”<sup>1</sup>出于争端解决之需要，上诉机构在加拿大飞机案中以条约解释的方式，澄清了补贴利益的判定方法：

“第 1 条第 1 款 b 项中的利益一词，意味着某种比较。应当这样理解[利益]，即在获得财政资助的情况下，接受者的状况要比没有财政资助的情况更好，反之接受者就没有[获得]利益。在我们看来，在确定[财政资助]是否授予利益时，市场是一个适宜的比较基础。”<sup>2</sup>

上述“适宜的比较基础”，又被称为“利益基准（benchmark）”，它直接关系到补贴金额和反补贴税率的计算。“如何选择利益基准，是反补贴案件中各方面面临的真正挑战”<sup>3</sup>，也是中国企业频频被课征高额反补贴税的症结所在。<sup>4</sup>探讨利

---

本文为作者主持的国家社科基金项目“TPP 非商业援助规则与 WTO 反补贴制度比较研究”（16CFX070）的阶段成果。

\*[作者简介]蒋奋，男，宁波大学法学院教授，法学博士。

1 Luca Rubini, “The International Context of EC State Aid Law and Policy: The Regulation of Subsidies in the WTO” in Andrea Biondi, Piet Eeckhout, James Flynn(ed.), *The Law of State Aid in the European Union*, New York: Oxford University Press, 2004, p.164.

2 Appellate Body Report on Canada - Aircraft, WT/DS70/AB/R, para.157.

3 Marc Benitah, *The Law of Subsidies under the GATT/WTO System*, Kluwer Law International 2001, p.215.

4 例如，在美国对中国出口的复合编织袋（Laminated Woven Sacks）反补贴调查案中，美国商务部选择泰

益基准，具有超越学术价值的现实意义。

## 一、利益基准的规则与争议

基于上诉机构对判定方法的上述解释，美国铅铋钢 II 案专家组将利益基准归纳为“在反补贴调查的背景下，企业为获得与财政资助所提供的相同商品，所需要支付的市场价格。”<sup>1</sup>

SCM 协定第 14 条构成对利益基准的示例性阐述。该条题为“根据接受者所获利益来计算补贴金额”，其中包含了四项基准，即“私人投资者的通常投资做法”（a 款）、“可以实际从市场获得的可比商业贷款利率”（b 款）、“无政府担保的可比商业贷款利率”（c 款）和“根据国内市场行情确定的适当报酬”（d 款）。“SCM 协定第 14 条中所有的比较基准，都和市场价格相关”<sup>2</sup>，故又被称为市场价格基准或市场基准。在日本 DRAMS（韩国）案中，专家组指出：

“SCM 协定第 14 条提供了一些指导。但是，第 14 条并没有涵盖所有的情况。例如，第 14 条 b 款并未指示，当不存在‘可以实际从市场获得的可比商业贷款’的情况下，调查机关如何判定贷款授予了利益。”<sup>3</sup>

上诉机构不仅支持了日本 DRAMS（韩国）案专家组的上述观点<sup>4</sup>，并在美国反倾销反补贴税案中进一步明确：

“当调查机关不能找到各个方面都具备可比性的商业贷款时，要求调查机关认定不存在基准，进而作出无法认定利益金额的决定，这是不合理的。”<sup>5</sup>

可见，无论是上诉机构对利益判定方法的澄清，还是 SCM 协定第 14 条对市场基准的示例性阐述，逻辑上都是不周延的。因此，有关利益基准的规则语焉不详，不仅仅是约文议定时分歧较大而导致的“契约不完善”问题，也是市场行为复杂性与法律规范抽象性之间的矛盾问题。

囿于个案案情，WTO 争端解决实践对利益基准选择规则的发展是不均衡的。<sup>6</sup>关于利益基准的争议，基本上可以归纳为以下三个问题：第一，总体而言，市场价格是唯一的利益基准吗？第二，宏观角度，怎样的市场能作为基准市场？第三，微观层面，谁的价格可以作为基准价格？厘清利益基准的选择标准，实际上就是廓清利益基准的外延边界，这必须以澄清利益的内涵为前提。限于职权范围，WTO 专家组和上诉机构并没有对利益内涵进行系统解释。

## 二、利益内涵的理论解析

以上述三个问题为导向，依托经济学理论，结合 WTO 专家组和上诉机构的条约解释，笔者尝试从本质、效果、来源三个方面，将补贴利益内涵归纳为

国的土地价格，作为判定中国政府向企业提供土地是否存在补贴利益的基准。这是最终认定 295.4%至 352.82% 补贴幅度的主要原因。参见 *Laminated Woven Sacks from the People's Republic of China: Final Affirmative Countervailing Duty Determination*, 73 Fed. Reg. 35,639, Issues and Decision Memorandum cmt. 10 (June 24, 2008).

1 Panel Report on US - Lead and Bismuth II, WT/DS138/R, paras.6.66,6.69.上述观点得到了上诉机构的支持。Appellate Body Report on US - Lead and Bismuth II, WT/DS138/AB/R,para.58.

2 Panel Report on US - Countervailing Measures on Certain EC Product, WT/DS212/R, para.7.58.

3 Panel Report on Japan - DRAMS(Korea), WT/DS336/R, para.7.275..

4 Appellate Body Report on Japan - DRAMS (Korea), WT/DS336/AB/R, para.229.

5 Appellate Body Report on US - Anti-Dumping and Countervailing Duties, WT/DS379/AB/R,para.485.

6 Marc Benitah 教授称之为“several unsuccessful attempts to develop a more sophisticated definition”，参见 Marc Benitah, *The Law of Subsidies under the GATT/WTO System*, Kluwer Law International 2001, p.214.

“源于政府的、扭曲国际贸易秩序的竞争优势”。

### （一）利益的本质：受益人获得的竞争优势

加拿大飞机案中，专家组和上诉机构曾指出，“利益的通常含义是指某种好处”<sup>1</sup>，“或从更抽象的角度而言，是有利的或有帮助的因素”<sup>2</sup>，但这尚未准确揭示“利益”的本质内涵。<sup>3</sup>

笔者认为，虽然反补贴属于贸易措施而非竞争政策范畴，但反补贴语境下的“利益”内涵，仍可从竞争关系角度加以考察。依据有以下四点：第一，贸易措施与竞争政策紧密相联，贸易过程必然涉及竞争问题，自由贸易应在公平基础上进行，这已是 WTO 成员方的共识<sup>4</sup>。第二，“自由贸易与竞争政策的基本目标是一致的，两者均有助于开放国内市场并提高其竞争程度、改善资源配置、提升经济效益和消费者福利；两者还都将透明度与非歧视作为基本原则。”<sup>5</sup>第三，补贴具有双重属性，在国际贸易法视域下，它是不公平贸易行为，而从竞争法角度来看，它又是行政性限制竞争行为。WTO 体系虽未吸收竞争政策，但作为 WTO“升级版”的 TPP，已经将竞争政策与贸易措施相并列，并在竞争政策框架下采用新术语“非商业援助”来指代国有企业获得的专向性补贴。规制补贴的制度藩篱正在被打破。第四，以往评价某种贸易措施时，常常依据竞争法的基本原理或者从其对竞争秩序意义的角度展开。例如学者对反倾销规则的评价：“诸多现代经济学家们经过科学考察与分析……认为在大多数情况下，各国反倾销法实际运行中扭曲了竞争关系，把许多物美价廉的具竞争优势产品挡在门外，是很不公平的。有的甚至指出：反倾销本身是反竞争的。”<sup>6</sup>

SCM 协定定义的补贴，都可以通过金钱来定量。因此，“所有关于补贴利益的分析，都在同个问题框架下展开，即财政资助在哪些方面降低了企业对被调查产品的生产成本。”<sup>7</sup>而根据竞争优势理论，各方面因素对生产成本的合力，最终形成企业的竞争地位，成本优势是企业竞争优势的首要方面。故补贴利益本质上是体现为成本优势的竞争优势。

除了 SCM 协定第 1 条补贴定义之外，“利益”这个词还在 SCM 协定第 5 条第 1 款中出现。该款规定：“任何成员不得通过使用第 1 条第 1 款和第 2 款所指的任何补贴而对其他成员的利益造成不利影响，即：（a）损害另一成员的国内产业；（b）使其他成员在 GATT1994 项下直接或间接获得的利益丧失或减损，特别是在 GATT1994 第 2 条下约束减让的利益；（c）严重侵害另一成员的利益。”SCM 协定的脚注 12 和脚注 13 表明，该款“利益”的内涵，与 GATT1994 第 23 条中的“利益”相同，后者作为启动争端解决程序的前提，在澳大利亚化肥案、欧共同体油菜籽案、日本皮革进口措施案、欧共同体柑橘案和日本胶卷案等案件中被解释为“一种可合理或合法预期的、竞争方面的有利条件。”<sup>8</sup>而在加拿大

1 Panel Report on Canada - Aircraft, WT/DS70/R, para.9.112.

2 Appellate Body on Canada - Aircraft, WT/DS70/AB/R, para.153.

3 事实上，上诉机构自己也认为“没有将词义完全解释清楚（leave many interpretive questions open）。”Appellate Body Report on Canada - Aircraft, WT/DS70/AB/R, para.153.

4 Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, New York: Cambridge University Press, 2005, p.512.

5 Roland Weinrauch, *Competition Law in the WTO: the Rationale for a Framework Agreement*, Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2004, p.55.

6 赵维田著：《世贸组织（WTO）的法律制度》，吉林人民出版社 2000 年版，第 279 页。

7 Gregory W. Bowman, Nick Covelli, David A. Gantz, Ihn Ho Uhm, *Trade remedies in North America*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, p.121.

8 赵维田，缪剑文，王海英著：《WTO 的司法机制》，上海人民出版社 2004 年版，第 181 页至第 185 页。

飞机信贷和担保案中，专家组使用“竞争损害（competitive harm）”来表示补贴对申诉方的消极影响。<sup>1</sup>可见，WTO 争端解决实践从侧面支持了对利益本质的上述理解。

## （二）利益的效果：扭曲国际贸易秩序

“利益与财政资助的效果有关。”<sup>2</sup>补贴本质是公共财政承担私人成本，而“某家企业的生产成本发生任何方面的变动，由各竞争者地位所形成的市场格局，就会随之变化。”<sup>3</sup>这样的变化，并非源于公平的市场竞争，故具有“减损市场功能和比较优势的扭曲效果”<sup>4</sup>。简言之，“如果补贴增强了企业相对于同行的竞争优势，那么补贴就有了扭曲竞争秩序的效果。”<sup>5</sup>

在巴西飞机案、加拿大飞机案、欧共体 DRAM 芯片反补贴措施案中，专家组和上诉机构提出，“SCM 协定的宗旨是对扭曲国际贸易的补贴实施多边纪律”<sup>6</sup>，而“对于补贴利益的判定，实际就是判断财政资助是否会扭曲国际贸易”<sup>7</sup>：“若企业没有从财政资助中获得超过正常商业利益的好处，那就没有扭曲国际贸易，自然也就无需进行约束。”<sup>8</sup>可见，补贴利益是扭曲国际贸易竞争秩序的不公平竞争优势。

## （三）利益的来源：政府的财政资助

无论是市场失灵还是政府失灵，都可能给予个别企业不公平的竞争优势。前者包括私人垄断，后者包括补贴在内的政府干预行为。“政府干预行为一般包含以下四种：一是对私有企业的合规性监管；二是对私有企业的税费征收……三是对私有企业的扶持，例如补贴；四是国有企业以垄断或与私有企业相竞争方式，参与经济活动。”<sup>9</sup>而其中，“由于强制性规范的自愿遵守程度较低、监管难度较大，补贴是各国政府首选的干预手段”<sup>10</sup>，因而广泛存在。

在起草 SCM 协定时，各成员方一致认为，由于经济学意义上的政府补贴措施广泛存在，因此需要引入“财政资助”概念，来限定带给企业利益、进而构成补贴的政府措施范围，以避免对政府措施产生利益的全部抵销。<sup>11</sup>换言之，SCM 协定补贴定义中的“财政资助”具体类型，即资金转移、税收优惠、政府购销，是补贴利益这种不公平竞争优势的来源。“而诸如制度上的倾斜，不属于补

1 Panel Report on Canada - Aircraft Credits and Guarantees (Article 22.6-Canada), WT/DS222/RW, paras.3.15-3.23. 相关分析也可参见 Sherzod Shadikhodjaev, *Retaliation in the WTO Dispute Settlement System*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p.147.

2 Panel Report on Canada - Aircraft Credits and Guarantees, WT/DS222/R, para.7.396.

3 Conor Quigley, Anthony M. Collins, *EC State Aid Law and Policy*, Portland: Hart Publishing, 2003, p.19.

4 Luca Rubini, 'The International Context of EC State Aid Law and Policy: The Regulation of Subsidies in the WTO' in Andrea Biondi, Piet Eeckhout and James Flynn(ed.), *The Law of State Aid in the European Union*, New York, Oxford University Press, 2004, p.158.

5 Phedon Nicolaides, Mihalis Kekelekis, Maria Kleis, *State Aid Policy in the European Community: Principles and Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p.40.

6 Panel Report on Brazil - Aircraft, WT/DS46/R, para.7.26.

7 Appellate Body Report on Canada - Aircraft, WT/DS70/AB/R, para.157.

8 Panel Report on EC - Countervailing Measures on DRAM Chips, WT/DS299/R, para.7.175.

9 Michel Fromont, 'State Aids: Their Field of Operation and Legal Regime', in Terence Daintith(ed), *Law as An Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*, Berlin and New York: Walter de Gruyter, 1987, p.153.

10 Dietrich von Stebut, 'Subsidies as an Instrument of Economic Policy', in Terence Daintith(ed), *Law as An Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*, Berlin and New York: Walter de Gruyter, 1987, p.145.

11 Panel Report on US - Export Restraints, WT/DS194/R, paras.8.38, 8.73.

贴利益的范畴。”<sup>1</sup>

上述政府不仅指“通过行使合法的权力，来管制、控制或监督个体，或限制个体行为的组织”<sup>2</sup>，还包括公共机构，即“被赋予了某种政府责任，或行使某种政府权力的实体”<sup>3</sup>。此外，当私人机构基于政府委托或指示<sup>4</sup>从事财政资助时，则可作为政府行为，进而构成补贴来源。

### 三、利益基准的选择标准

如图一所示，利益内涵与利益基准的选择标准之间，存在直接的对应关系。基于对利益内涵的上述分析，就利益基准的三个问题分析如下。

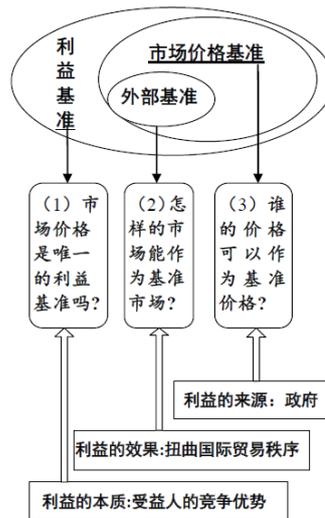


图 1 利益内涵与利益基准的关系

#### （一）市场价格不是唯一的利益基准。

补贴利益本质上是种不公平的竞争优势，受益人的竞争地位并非通过市场竞争而获得改善。“在获得财政资助前后，企业竞争地位得到多大程度的改善，这是唯一符合 SCM 协定目的与宗旨的、关于第 1 条第 1 款‘利益’的解释。”<sup>5</sup>因此，基准的原始形态，应当是“企业在获得财政资助之前，相对于其他竞争者的竞争地位”<sup>6</sup>，或者是“假设企业没有获得补贴，它相对于同行，在竞争中所处的

1 Petros C. Mavroidis, Patrick A. Messerlin and Jasper M. Wauters, *The Law and Economics of Contingent Protection in the WTO*, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2008, p.324, footnote 65.

2 参见上诉机构在加拿大牛奶和奶制品案中对《农业协定》第 9 条第 1 款 a 项中“政府”的解释。《农业协定》和 SCM 协定分别调整 WTO 成员方对工业品和对农产品的补贴措施，属于 WTO 反补贴规则的两个组成部分。根据上诉机构在美国外国销售公司案中的观点，两个条约中相同术语应作相同的解释。Appellate Body Report on Canada -Dairy, WT/DS103/AB/R, paras.97-98. Appellate Body Report on US - FSC, WT/DS108/AB/R, para.141.

3 Appellate Body Report on US — Anti-Dumping and Countervailing Duties, para.296.

4 美国视出口限制为补贴案专家组将“委托”与“指示”解释为同时具备三个条件的行为：（一）明示和确定的行为；（二）针对一个特定的对象；（三）行为的目的是执行特定的任务及职责。上诉机构则把“委托”解释为政府将责任赋予私人机构，把“指示”解释为政府对私人机构行使权力，包括某种程度的强制。参见 Panel Report on US - Export Restraints, WT/DS194/R, paras.8.28-8.32. Appellate Body Report, US - Countervailing Duty Investigation on DRAMS, paras.111,116.

5 Grossman, Gene M and Petros C. Mavroidis, ‘Recurring misunderstanding of non-recurring subsidies’, in Henrik Horn and Petros C. Mavroidis (eds), *The WTO Case-Law of 2002: The American Law Institute Reporters’ Studies*, Cambridge: Cambridge University Press,2005, p.86.

6 Conor Quigley, Anthony M. Collins, *EC State Aid Law and Policy*, Portland: Hart Publishing, 2003, p.19.

市场地位”<sup>1</sup>，笔者将之简称为“受益人的初始竞争地位”。

财政资助要起到改善受益人初始竞争地位的效果，须“以其他竞争者无法在类似情形下获得相同利益为前提”<sup>2</sup>。该前提具体包括：第一，其他竞争者无法与政府发生相同交易，即政府的财政资助具有专向性；第二，其他竞争者无法通过可比的正常商业交易，从追逐回报的私人企业手中获取相同的利益。

若上述前提得以满足，则分析财政资助是否改善受益人初始竞争地位的问题，就转变为“分析企业能否从政府手中获得原本不可能从正常市场条件中得到的经济利益。这被称为‘市场投资者’或者‘市场债权人’基准，适用于政府扮演市场交易者时的补贴利益判定。”<sup>3</sup>换言之，基准的原始形态即受益人的初始竞争地位，就转变成了“正常市场条件”即市场价格基准；财政资助对受益人初始竞争地位的改善幅度，就可以通过“企业因补贴而实际获取的、本无法从正常市场条件中获得的经济上的好处”<sup>4</sup>来定量。这是反补贴语境下将市场价格作为利益基准的逻辑。

但是，并非所有案件中都存在对应的市场价格作为利益基准。例如，在涉及政府投资时，通常使用资本市场中的股价，来判定补贴利益。但债务人重组时的“债转股”，却是个相对封闭的情形，故调查机关很难在资本市场中找到相应的股价作为基准。即便存在类似股价，且债转股作价背离资本市场的股价，“若债务人深陷债务之中，已经不可能归还了，因此将债权转变成对债务人的股份，并未给予任何利益。”<sup>5</sup>为此，韩国商船案专家组提出，此时应当通过审查每项“债转股”等重组行为在商业上是否合理，即是否有助于债权人挽回损失，来判定重组行为是否存在补贴利益。<sup>6</sup>后在日本 DRAMS（韩国）案中，专家组和上诉机构对此进行了较为系统的阐述：

“调查机关可以搜集有关市场价格的证据，将之与获得财政资助所需要支付的对价作比较，并在此基础上作出利益判定，这是本案韩国所主张的方法。除此之外，调查机关还可以根据证明财政资助是否基于商业目的的证据，来判定利益是否存在，这是本案日本调查机关所采用的方法。我们认为，两种证据都可用于判定补贴利益，第一种方法中关于市场价格的证据，支持了市场基准的设立，故可据此判定财政资助的条件是否较市场价格更为优惠；第二种方法假设市场基于商业目的运作，所以证明财政资助并非基于商业目的的证据，也一并证明了获得财政资助的条件优于市场价格。根据案件的具体情况，调查主管机关还可以采信有同等证明力的其它类别证据。”<sup>475</sup>

475 调查机关可能同时面对上述两种证据，且两种证据的结论可能相左。例如，财政资助虽然不是基于商业目的而提供，却符合市场惯例。这种情形下，主管调查机关必须权衡

1 Phedon Nicolaides, Mihalis Kekelekis, Maria Kleis, *State Aid Policy in the European Community: Principles and Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p.40.

2 Conor Quigley, Anthony M. Collins, *EC State Aid Law and Policy*, Portland: Hart Publishing, 2003, p.20.

3 Kelyn Bacon, ‘State Aids in the English Courts: Definition and Other Problems’ in Andrea Biondi, Piet Eeckhout and James Flynn (ed.), *The Law of State Aid in the European Union*, New York: Oxford University Press, 2004, p.346.

4 同前注。

5 Conor Quigley, Anthony M. Collins, *EC State Aid Law and Policy*, Portland: Hart Publishing, 2003, p.22.

6 Panel Report on Korea - Commercial Vessels, WT/DS273/R, paras. 7.428, 7.493.

证据的证明力。但本案情况并非如此。”<sup>1</sup>

简言之，上述“商业合理性”可以代替资本市场中的股份价格，成为判定利益的适格基准。

此外，除了市场交易方式之外，政府还可以通过行使公权力的方式实施财政资助，例如 SCM 协定第 1 条第 1 款 a 项第 1 段第 ii 小段中的减免税。“国家不以市场交易主体的身份出现，而是行使权力或者履行公共职能，例如通过财政法案或政策。在这种情况下，就不存在正常市场这个参照物”。<sup>2</sup>在美国外国销售公司案中，上诉机构分析道：

“第 1 条第 1 款 a 项第 1 段第 ii 小段规定政府放弃或者未征收本应征收的税款，构成财政资助，财政资助又是补贴定义要件之一。我们认为，放弃本应征收的税款，指政府税收相对于正常情况而减少。而且，放弃一词说明政府本来拥有征税权力。理论上政府可以对所有收入课税，故此处政府放弃的不应理解为抽象的征税权力。因此，这里必须有具体明确的基准，用以比较实际征收的税收和本应征收的税收。我们同意专家组的观点，即‘本应征收’一词要求对财政资助项下的税负与其他情况下的税负之间的比较。我们也同意，比较基准应该是涉案国自己的税收规则。若我们接受美国提出的观点，即采用涉案国国内现行税收规则以外的其他基准，则意味着 WTO 义务在某种程度上强迫成员方接受特定税收制度，这显然不成立。原则上，成员方拥有对任何财产进行征税的权力，也有不对任何财产征税的自由。但享受上述两种自由的同时，成员方必须履行 WTO 义务。因此，何为‘本应征收’，取决于每个成员方基于自己的选择，在国内所建立的税收制度。”<sup>3</sup>

此时“受益人的初始竞争地位”这个基准，就转化为其他竞争者在同个税收制度项下的税负，它不属于市场价格基准的范畴。

综上，市场价格既不是利益基准的原始形态，也不是判定补贴利益的唯一基准，更不是判定其他基准合理与否的标准。加拿大飞机案中，上诉机构也曾将专家组关于市场价格是“唯一合乎逻辑的基础”<sup>4</sup>的观点，纠正为“一个适宜的比较基础”。<sup>5</sup>可见，无论是市场价格，还是其他基准，只要能够准确衡量补贴带来的不公平竞争优势，并将之与比较优势相区分，它就可以作为适格的利益基准。

## （二）竞争程度是选择基准市场的宏观标准。

宏观角度，作为基准的价格，应该从怎么样的市场中选取？如前所述，补贴利益的效果是扭曲国际贸易的竞争秩序，而利益基准的作用是量化扭曲程度，并以之作为反补贴税率的计算依据。

1 Panel Report on Japan - DRAMS (Korea), WT/DS336/R, paras.7.273-7.276, footnotes 475 to para.7.276. 上述观点得到上诉机构的完全支持。Appellate Body Report on Japan - DRAMS(Korea), WT/DS336/AB/R, para.229.

2 Kelyn Bacon, 'State Aids in the English Courts: Definition and Other Problems' in Andrea Biondi, Piet Eeckhout, James Flynn (ed.), The Law of State Aid in the European Union, New York: Oxford University Press, p.346.

3 Appellate Body Report on US - FSC, WT/DS108/AB/R, para.90.

4 Panel Report on Canada - Aircraft, WT/DS70/R, para.9.112.

5 Appellate Body Report on Canada - Aircraft, WT/DS70/AB/R, para.157.

但现实中任何市场都或多或少存在政府干预，前述“自然基准”只存在于理论假设之中。那么，个案中被具体选作基准的市场，在多大程度上允许存政府干预呢？在美国针叶木材 IV 案中，上诉机构认为，基准市场允许存在政府干预，但不能达到扭曲程度：

“……就市场扭曲以及对价格的影响而言，政府是作为唯一供货商还是主要供货商，对市场扭曲和价格影响方面，几乎没有什么区别。……政府作为相同或相似货物供货商，在市场中所占据的主导地位，扭曲了买卖交易发生地国内的私人价格，调查机关可使用国外的价格作为基准。”<sup>1</sup>

在美国反倾销反补贴税案中，上诉机构进一步解释道：

“‘主导’这一概念并不专指市场份额，还可指市场势力。我们认为这一结论符合上诉机构在美国针叶木材 IV 案中的观点，即‘当政府主导作用如此强势，导致政府实际上规定了私人供货商销售相同或相似产品的价格时，……第 14 条规定的对比将陷入循环论’。对价格产生上述影响，是以充分的市场势力为前提的。”<sup>2</sup>

可见，宏观角度而言，“并非所有的市场都适宜作为基准市场。如果整个市场都被政府的财政资助所扭曲，将这样的市场作为比较基准，就不能揭示出补贴对贸易的扭曲程度。”<sup>3</sup>换言之，当政府拥有较大市场份额或者市场势力，扭曲出口国国内市场时，调查机关可以从国外市场中选择价格作为利益基准，即外部基准。

若将上述论断中的“政府”替换为“私人企业”，即市场中若存在占据较大市场份额、拥有较强市场势力的私人企业，这个市场还可以用作基准市场吗？鉴于上诉机构已经明确政府扭曲具体是指“价格扭曲”<sup>4</sup>，那么，私人垄断或者私人限制竞争行为，对价格自由形成的扭曲效果，是否也应成为选择基准时的考虑因素？关于这一点，上诉机构至今只在日本 DRAMS（韩国）案中有过论及：

“为实现财政资助所进行的交易，其价格应当和相关市场中的自由交易的价格相比较。前述相关市场可以使比较发达的，也可以是不够发达的，交易主体数量也是可多可少的。例如，在很多经济体中，已建立交易不良债务的成熟市场，大量的金融工具可以在这些市场上完成交易。但有时市场也可以是不够成熟的。”<sup>5</sup>

上述寥寥几笔，清晰反映上诉机构的基本观点：只要市场中仍然可以找到自由交易，则无论市场是否发达成熟、竞争是否充分，都不妨碍其成为基准市场。根据“不完全竞争理论”，市场可以区分为完全竞争市场、垄断竞争市场、寡头垄断市场与完全垄断市场这四种情形，只有完全垄断市场不符合上诉机构的要求。由于现实中基本不存在完全垄断这种极端的市場情形，因此，对于基准市场是否允许存在导致竞争受限的私人垄断或者私人限制竞争行为，上诉机构实际没有提出任何限制。

1 Appellate Body Report on US - Softwood Lumber IV, WT/DS257/AB/R, paras.100,103.

2 Appellate Body Report on US - Anti-Dumping and Countervailing Duties, WT/DS379/AB/R, para.444.

3 Petros C. Mavroidis, Patrick A. Messerlin and Jasper M. Wauters, The Law and Economics of Contingent Protection in the WTO, Cheltenham, UK ; Northampton, Massachusetts, USA : Edward Elgar, 2008.p.344.

4 Appellate Body Report on US - Anti-Dumping and Countervailing Duties, WT/DS379/AB/R, para.446.

5 Appellate Body Report on Japan - DRAMs (Korea), WT/DS336/AB/R, para.172.

相比之下,不难发现,WTO 争端解决机构对政府干预十分敏感,却不在意基准市场的竞争程度。这主要有以下两个原因。第一,作为贸易法范畴的反补贴制度,主要着眼于是对国内产业的救济,而非整个市场的竞争程度问题,后者属于竞争法与竞争政策的关注焦点。正如欧共体 DRAMS 芯片反补贴措施案报告陈述那样,“只要财政资助不是政府提供的,那就不关我们的事儿。”<sup>1</sup>第二,上诉机构认为使用外部基准的情况“非常有限”。<sup>2</sup>当调查机关选择出口国国内市场价格作为利益基准,由于被比较的财政资助与用作基准的市场价格,都源于相同的国内市场,因而不存在不同市场的竞争程度差异问题。

笔者认为,作为衡量补贴对竞争秩序扭曲程度的水平线,基准市场应当符合一定的竞争程度标准。无论是受政府干预而扭曲、还是受私人垄断或者私人限制竞争行为而扭曲,市场最终的表现方式都是“价格扭曲”<sup>3</sup>,故不能作为衡量补贴利益的水平线。而在使用外部基准时,由于被比较的财政资助与用作基准的市场价格,源于不同的市场,因而两个市场之间的竞争程度差异,还足以导致利益衡量失真,故更应得到重视。

从经济学角度,上述四种市场类型,即完全竞争市场、垄断竞争市场、寡头垄断市场与完全垄断市场,其竞争程度依次递减;而竞争程度越充分,整个市场越接近均衡状态,市场平均价格越低。<sup>4</sup>竞争程度是否充分,是评价整个市场是否成熟的标准之一,也是产生比较优势的原因之一。若依上诉机构所言,最终选择了未成熟、主体少的外部市场作为基准,并以之代替竞争程度相对更为充分的出口国国内价格,来衡量出口国政府作为补贴而低价提供的货物价格,那么,衡量得出的补贴幅度里面,就包含了基准市场与出口国市场因竞争程度差异而导致的差异,而这种差异体现的恰恰是比较优势,是不应该被反补贴措施所抵消。<sup>5</sup>当前,外部基准是导致中国企业被科以高额反补贴税的直接原因,“如果不是适用外部基准,在大多数对华反补贴调查中的反补贴税率将低得多,在部分案件中补贴幅度甚至可为零。”<sup>6</sup>而忽视基准市场的竞争程度是重要原因。

综上,竞争程度应构成选择基准市场的宏观标准,在使用外部基准的情况下,基准市场的竞争程度应保证不低于出口国市场。

### (三) 经济人假设是选择基准价格的微观标准。

微观层面,谁的价格可以代表市场价格而作为基准?笔者认为,基准价格的定价主体,不能存在任何有悖于“经济人假设”的事实,而应以追求经济利益最大化为其行为目的。

首先,政府和公共机构制定或影响的价格不宜作为基准价格。由于政府和公共机构以公共政策为其宗旨或者宗旨之一,故其是否构成“理性经济人”存疑。在韩国商船案、欧共体 DRAM 芯片反补贴措施案中,专家组都拒绝国有银行的利率作为基准<sup>7</sup>,认为“只有百分之百私有的企业,才不存在违反商业规则

1 Panel Report on EC - Countervailing Measures on DRAM Chips, WT/DS299/R, para.7.175.

2 Appellate Body Report on US - Softwood Lumber IV, WT/DS257/AB/R, para.102.

3 上诉机构明确,价格扭曲是使用外部基准的原因。Appellate Body Report on US - Anti-Dumping and Countervailing Duties, WT/DS379/AB/R, para.446.

4 罗伯特·考特、托马斯·尤伦著,史晋川、董雪兵译:《法和经济学》,格致出版社 2010 年版,第 30 至 31 页。

5 Appellate Body Report on US - Softwood Lumber IV, WT/DS257/AB/R, para.109.

6 陈卫东:《从中美“双反措施案”看外部基准的适用》,载《法学》2012 年第 2 期,第 10 页至第 17 页。

7 在欧共体 DRAM 芯片反补贴措施案中,韩国发展银行(KDB)、韩国汇兑银行(KEB)、韩国第一银

定价的可能性”<sup>1</sup>。专家组甚至将受到政府或者公共机构直接影响的私人机构价格，排除出利益基准的候选范围。<sup>2</sup>但在后来的美国反倾销反补贴税案中，上诉机构提出了不同的意见：

“商业一词被解释为‘对经济回报而非艺术性有兴趣；可能会带来利润；被视作单纯的商业问题’。因此，“商业”一词并不涉及贷款提供人的身份。……我们认为，政府[包括公共机构]……提供的任何贷款，由于政府提供的原因而不构成‘商业贷款’，这样的结论是不正确的。我们并未发现，任何显示‘商业’这一概念本身与政府提供金融服务不相容的证据。因此，政府提供贷款这一事实本身，不足以得出此类贷款不是‘商业’贷款、且不能成为 SCM 协定第 14 条 b 款项下比较基准的结论。”<sup>3</sup>

笔者认为，利益基准的比较对象，是政府和公共机构为提供财政资助而进行的交易，故若将之与自己的价格、或受其影响的价格进行比较，会令比较陷入循环而失去意义。上诉机构的观点，应理解为“抽象肯定”；实践中存在的“基准竞争”环节，即各方会力主于已有利的基准价格，反驳对方提出的基准价格，会“具体否定”政府与公共机构的价格成为基准。

其次，关联交易等其他有悖于“经济人假设”的事实，也构成基准价格的否定性选择标准。韩国商船案专家组就曾拒绝将受船舶买家独家指定的外国银行收费标准，作为衡量韩国进出口银行提供的预付款还款担保，是否存在补贴利益的基准。专家组认为，船舶买家指定外国银行的事实，说明船舶卖方与外国银行之间不是正常市场交易，故其利率不能作为基准。<sup>4</sup>无论是韩国商船案专家组使用的“非关联交易（at arm's-length transactions）”，还是上诉机构使用的“自由交易（unconstrained exchange）”<sup>5</sup>，都体现了相同的要求。

行（KFB）与以辛迪加贷款方式提供财政资助，另有七家私人银行参与辛迪加贷款。欧共体调查机关没有使用私人银行的贷款利率，而使用了国有银行利率为利益基准，被专家组判定违反 SCM 协定第 14 条 b 款。Panel Report on EC - Countervailing Measures on DRAM Chips, WT/DS299/R, paras. 7.182-7.186. 在韩国商船案中，韩国进出口银行（KEXIM）作为担保人，为债务人造船商向债权人即船舶买家提供预付款还款保证（Advance Payment Refund Guarantee，简称“APRG”），被该案专家组认定为以“潜在的资金直接转移”方式提供的财政资助。在判定韩国大宇公司（Daewoo）接受韩国进出口银行 APRG 是否获得利益的问题上，韩国提出将韩国发展银行（KDB）向大宇公司收取的 APRG 费用作为市场价格基准。专家组认为，韩国发展银行系韩国政府独资，属于公共机构，而公共机构完全有可能不按照市场行情来定价。韩国又提出以韩国汇兑银行（KEB）的价格作为比较基准。虽然韩国政府只是韩国汇兑银行小股东，专家组也没有将之定性为公共机构，但专家组还是拒绝采纳韩国汇兑银行的价格。Panel Report on Korea - Commercial Vessels, WT/DS273/R, para.7.172.

1 Panel Report on Korea - Commercial Vessels, WT/DS273/R, para.7.179.

2 欧共体 DRAM 芯片反补贴措施案中，韩国主张现代半导体公司（简称现代公司）发行 1.3 万亿韩元的全球存托凭证（Global Depositary Receipts，缩写为 GDRs，指在全球范围内发行并流通的、可转让的有价证券），应当以此为基准，来判定此前韩国发展银行购买现代公司债券是否存在补贴利益。专家组认为，如果韩国发展银行没有购买债券，现代公司在发行 GDRs 之前就已破产了。现代公司发行 GDRs，是受韩国发展银行购买债券之影响，因此 GDRs 的利率不能作为利益基准的。Panel Report on EC - Countervailing Measures on DRAM Chips, WT/DS299/R, paras. 7.15,7.196-7.198. 在韩国商船案中，韩国进出口银行（KEXIM）向大宇重工公司（Daewoo Heavy）与大宇造船与海上工程公司（Daewoo Shipbuilding and Marine Engineering）两个造船商提供的完工前贷款。在判定其是否存在补贴利益时，韩国提出以这两家公司发行的债券利率作为基准。专家组认为，上述两家公司债券的其中一个担保人是认定为公共机构的韩国发展银行，公共机构的担保行为会直接影响债券利率水平，导致利率偏离市场价格，故拒绝了韩国的主张。Panel Report on Korea - Commercial Vessels, WT/DS273/R, paras.7.126,7.229.

3 Appellate Body Report on US - Anti-Dumping and Countervailing Duties, WT/DS379/AB/R, paras.478-479.

4 Panel Report on Korea - Commercial Vessels, WT/DS273/R, paras.7.120, 7.135.

5 Appellate Body Report on Japan - DRAMs(Korea), WT/DS336/AB/R, para.172.

## 结语

SCM 协定的目的与宗旨是“在成员方寻求对补贴与反补贴两方面约束之间设置精致平衡”<sup>1</sup>，故既要约束成员方通过补贴将利益这种不公平竞争优势传递给企业，又要防止成员方滥用反补贴措施来抵消进口企业的比较优势。利益基准是平衡两者的关键，被喻为反补贴案件中的“水平线”。<sup>2</sup>鉴于补贴利益是源于政府的、扭曲国际贸易秩序的竞争优势，故判定与衡量补贴利益的基准，不必拘泥于市场价格一种形式；而采用市场价格作为利益基准时，应将竞争程度作为选择基准市场的宏观标准，将经济人假设作为选择基准价格的微观标准。

## **Benchmark for Subsidized Benefit Determination from the Perspective of Law and Economics: Theoretical Analysis and Standard Clarification**

Jiang Fen

**Abstract:** Benchmark-shopping is critical to the determination of both subsidy amount and CVD rate calculation. WTO rules on the benchmark of benefit determination are imperfect. The development of DSB reports on the rules of benchmark is uncompleted because of terms of reference. Essentially the subsidized benefit is kind of competitive advantage. Therefore, competition in the market chosen as benchmark should not be distorted or constrained by both government intervention and private monopoly or restrictive competition behavior. The price chosen as benchmark should accord with Economicman Hypothesis. The governmental price or the price made during constrained exchange should be prohibited as benchmarks.

**Key words:** Subsidy; Countervailing Measures; Benefit; Benchmark; Market

---

1 Appellate Body Report on US - Countervailing Duty Investigation on DRAMs, WT/DS296/AB/R, para. 115.

2 Panel Report on Korea - Commercial Vessels, WT/DS273/R, para.7.183.

# **The Application and Interpretation of GATT Art. XXI (Security Exception): A Close Look at China-U.S. Trade War**

Jin Chun (浙江大学光华法学院博士研究生)

**Abstract:** Due to the ever-increasing trade related conflicted, the role of WTO and the application and interpretation of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) have been frequently challenged. Currently, the most significant conflict in global trade is the China-U.S. trade war, which involves the national security exception, namely the GATT Article XXI. As the trade war deepens, related legal disputes are increasingly focused on whether the U.S. can successfully invoke GATT XXI (Security Exception). In order to reverse the trade deficit and promote the domestic economy, the U.S. President has launched a series of actions, including the Trade Expansion Act of 1962, Section 232. Furthermore, the U.S. government began to impose higher tariffs and impose sanctions on imports from other countries for national security reasons. Although it seems that Section 232 is a unilateral trade restriction which may violate the WTO agreements, GATT Article XXI permits WTO members to protect its national security interests. Since the establishment of GATT 1947, there were many implemented trade sanctions invoking Article XXI as a justification for such action. It is clear that with its flexibility and self-judging feature, Article XXI is a powerful exception provision. However, its ambiguous nature may lead to negative consequences. Firstly, the invoking country does not require prior consent from other WTO members before or after the imposition of sanctions. Secondly, there is no justification requirement for the invoking country. Thirdly, there is no prior approval requirement for the invoking country. Fourthly, the invoking country can define its essential security interests. This is due to the factor that Article XXI has the great possibilities to be abused, which permits the WTO member to violate its WTO obligations. In term of this, it is significant to define the WTO Panel's jurisdiction over Article XXI. With the expansion of international trade, there are many situations that the national security interests and commercial interests are tangled together without clear boundaries. The aim of this essay is to examine the legitimacy of Section 232 and the future of WTO dispute settlement system. It is the United States that created the WTO and its dispute settlement system. Now the U.S. is undoing it. This is because the Trump government is blocking the launching of the formal process for selecting new member of Appellate Body. Due to the fact that WTO may no longer be effective in the future, this paper introduces some possible solutions to solve trade disputes in alternative ways. It is worth noting that he WTO's dispute settlement mechanism is possible to revert to the era before 1995 of the GATT's General Agreement. By consensus and launch the AB selection procedure by voting, WTO members could compete with the U.S.. As for the relation with China, the U.S. may not agree to an enforceable WTO dispute settlement system unless

China shifts its economic model and reduces dependence on state-owned enterprises and industrial policies. In term of this, China and the U.S. should engage in bilateral trade and investment discussion covering the entire range of trade issues that divide the U.S. and China. In the absence of WTO, consultation and cooperation may be the ideal approach for both states. If the United States does not alter its existing policies, there will be two outcomes that may lead to a reduction in the degree of justice in international trade. First one is that the U.S. will force the dispute settlement system to be less independent, which means it will reduce the incidence of jurisdiction in the GATT. To be sure, the GATT has a unique advantage in resolving disputes. Firstly, WTO members can achieve confirmation that the Panel reports are binding. Thus, they would check for unilateralism, including unilateral retaliation after violation of WTO rules. Secondly, WTO members may use arbitration in accordance with Article 25 of the DSU. Armed force and wars are never the best solution to resolve disputes unless the civilized approach does not work. As a responsible second largest economy in the world, China should keep its position and never abandon the basic principle in terms of China's essential interests. The aim of consultation is to get a sustainable and enforceable agreement. In order to achieve this goal, both China and the U.S should respect each other's sovereignty and based on the principle of good faith. To sum up, although the role of the WTO may no longer exist in the future, the purpose of international trade law will never change.

**Author:** JIN Chun, Ph.D. Candidate, Zhejiang University Guanghua Law School; Master of Laws, University of New South Wales.

## **I.Introduction**

Free trade has contributed a lot to the international economy. Since it may affect national security, inevitably, trade conflicts are increasing. Consequently, the phrase “National Security” whose flexibility allows it to serve various situations is now a heated discussion.<sup>1</sup> The key to this issue is the ambiguity and political influence of this concept which may sever as the barrier to free trade. Due to the ever-increasing trade-related conflicts, the role of WTO and the application and interpretation of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) have been challenged a lot. Currently, the most significant conflict in global trade is the China-U.S. trade war, which involves the national security exception, namely the GATT Article XXI. As the trade war deepens, related legal disputes are increasingly focused on whether the U.S. can successfully invoke GATT XXI (Security Exception).

The aim of this essay is to examine the legitimacy of Section 232 and the future of WTO dispute settlement system. This essay is structured as follows. Part I starts with a brief introduction of the structure of the essay. Part II will offer the background of China-U.S. trade as well as the Section 232 investigation. Part III discusses the main issue regarding Article XXI GATT and makes some attempted discussion about the jurisdiction of WTO Panels. Due to the fact that WTO may no longer be effective in the future, part IV introduces some possible solutions to solve trade disputes in alternative ways. Finally, Part V concludes.

## **II.The China-U.S. Trade War**

### **2.1 Background**

China’s emergence as an economic giant has driven it to be one of the U.S. most important trading partners, but it also changed China into U.S. major competitors in many fields of international trade and politics.<sup>2</sup> As a result, China and the U.S. have stared an ongoing war since 2006 on many trade-related polices, which also arise conflicts involving WTO disputes.<sup>3</sup> On 23 March, 2018, the President of the U.S. officially signed a document based on Section 301 of the Trade Act of 1974, instructing U.S. trade representatives to import \$60 billion from

---

<sup>1</sup> Lindsay Peter: The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure? [J]. *Duke Law Journal* 52, 2003: 14.

<sup>2</sup> Chow C.K. Daniel/ McGuire William/Sheldon Ian: A Legal and Economic Critique of President Trump’s China Trade Policies [J]. *The University of Pittsburgh Law Review* 79 (1), 2017: 257.

<sup>3</sup> Loridas K: United States-China Trade War: Signs of protectionism in globalized economy [J]. *Suffolk Transnational Law Review* 34 (2), 2011: 403.

China to the United States and the Treasury Secretary proposed to restrict Chinese companies. In response to U.S. investment and acquisitions,<sup>1</sup> China took countermeasures and imposed tariffs on U.S. imports within a few days. These trigger a trade war between the world's two largest economies officially.<sup>2</sup> After several twists and turns, at a meeting in Argentina between the presidents of the two countries, both sides agreed to pursue a China-U.S. relationship based on cooperation and stability and refrain from increasing tariffs or imposing new tariffs.<sup>3</sup>

The cost of this trade war lies not only in the area of the global economy, but also include the damage to the international trade law. Hence, more attention should be paid to the application and interpretation of the national security exception (GATT Article XXI).

## **2.2 Section 232 Investigation on “National Security”**

The history of the Trade Act of 1962, Section 232, can be traced back to the period of the Cold War when national security is the primary concern for the U.S.<sup>4</sup> This section gives the presidents a lot of discretion as to the interpretation of “national security”, and its scope could be expanded.<sup>5</sup>

In order to reverse the trade deficit and promote the domestic economy, the U.S. President has launched a series of actions, including the Trade Expansion Act of 1962, Section 232. Furthermore, the U.S. government began to impose higher tariffs and impose sanctions on imports from other countries for national security reasons.<sup>6</sup> This subsection will first analyze whether the U.S. could invoke Article XXI(b) (iii), then it explores to what extent the Panel has the jurisdiction over Article XXI. Based on the Trade Act of 1962, section 232, Trump has adjusted the tariffs on imported steel and aluminium into the U.S.. Undoubtedly, steel is a kind of capital intensive good. Hence, the tariffs of this kind of product is not a piece of news. As an essential trade protection strategy, steel tariff could undermine the free trade system.<sup>7</sup> Since steel

---

<sup>1</sup> U.S. Tariff Plan Against China Contradicts its Own Commitments: Chinese Diplomat. The XINHUANET Website, [http://www.xinhuanet.com/english/2018-03/26/c\\_137067093.htm](http://www.xinhuanet.com/english/2018-03/26/c_137067093.htm).

<sup>2</sup> Claussen Kathleen: The Other Trade War [J]. The Minnesota Law Review 103 (1), 2018: 2.

<sup>3</sup> Ibid

<sup>4</sup>Section 232 Investigations: Overview and Issues for Congress. The EVERYCRSREPORT Website, <https://www.everycrsreport.com/reports/R45249.html>.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Grewal Singh David: A Research Agenda for Trade Policy Under the Trump Administration [J]. Yale Journal of International Law 44, 2019: 5.

<sup>7</sup> Emelie Wallin /Emelie Astrom: Trade wars are good, and easy to win: a study of Trump's steel tariffs and international trade [J]. Umeå School of Business and Economics (USBE),

production usually worth several billion dollars, a subtle trade deficit could have serious consequences. For example, the low-cost steel industries in developing countries, like China, may lead to the declining international competitiveness of the U.S. steel industry.<sup>1</sup> This in turn, is likely to bring a recession in the U.S. For this reason, sometimes governments need to restrict steel imports to protect the domestic steel industries, states may impose restrictions on certain trade allies to protect their own interests. However, it is controversial whether the U.S. could invoke GATT Article XXI for national security reasons.

Although it seems that Section 232 is a unilateral trade restriction which may violate the WTO agreements, GATT Article XXI permits WTO members to protect its national security interests.<sup>2</sup> It is clear that the GATT Article XXI aims to balance free trade and national sovereignty. Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962 does not give a clear definition of national security, which means the president has the authority to expand the scope of this concept.<sup>3</sup> Some scholars argue that national security is being used as an excuse to protect the U.S. industries and their political purposes in this situation.<sup>4</sup> Therefore, the legitimacy of invoking national security exception is the primary issue needed to be addressed.

The following subsection will give an overall review of GATT Article XXI and explores the jurisdiction of WTO Panels.

### **III.GATT Art. XXI (Security Exception)**

#### **3.1 Historical review of GATT Art. XXI**

There is a close connection between national security and international trade law, ever since they were born.<sup>5</sup> Since the establishment of GATT 1947, there were many implemented trade sanctions which invoking Article XXI as a justification for such action.<sup>6</sup> It is clear that GATT Article XXI plays a significant role in modern international trade. This subsection will provide an overview of GATT Article XXI.

The drafting background of this clause is different from today's society.

---

Economics 15, 2018: 9.

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> Grewal Singh David: A Research Agenda for Trade Policy Under the Trump Administration [J]. Yale Journal of International Law 44, 2019: 5.

<sup>3</sup> Knoll D. David: Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962 [J]. Maryland Journal of International Law 10 (1), 1986: 56.

<sup>4</sup> Ibid

<sup>5</sup> Bhala Raj: National Security and International Trade Law: What the GATT Says and what the United States Does [J]. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 19 (2), 1998: 265.

<sup>6</sup> Ibid

Therefore, it is essential to learn from its origins and have an insight into its intention. After World War II and the Cold War, geopolitics changes constantly, therefore, national security exception was born.<sup>1</sup> In the International Trade Organization (ITO) Charter, the predecessor of security exceptions, there was no single provision named Security Exceptions, it was parallel with other provisions as a General Exception clause. As one of the drafters said, on the one hand, the security exception cannot be too tight to prohibit every trade measures merely for security reasons; on the other hand, it cannot be so broad allowing WTO members to invoke this provision for commercial purposes. That means the ambiguity of GATT Article XXI is to balance international trade and national sovereignty. The very first draft was the first official appearance of security exceptions. What is worth noting is that, although GATT XX and GATT XXI have a common origin, they have one significant difference, which is the chapeau.<sup>2</sup> It is said in Article XX's chapeau: " Subject to the requirement that such measure is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries..."<sup>3</sup> Since there is no such chapeau in GATT XXI, a conclusion may be drawn that claiming party may use this provision even it is an unjustifiable discrimination. This suggests that GATT XXI was born with flexibility. This is strong support for the claiming party. Furthermore, there is no qualifying language to limit the claiming party's right, which means they could expand the concept as they wish. Therefore, it is possible for the WTO Panel to invoke the broader purposes of the GATT.<sup>4</sup> That is to say, it is feasible to use a contextual reading method.

The following part will explore the reason for Article XXI's ambiguous nature and the consequences of it. Obviously, with its flexibility and self-judging feature, Article XXI is a powerful exception provision. In terms of this, one famous scholar has described it as "cowboy behavior".<sup>5</sup> There are several principles allowing a WTO member to be a "cowboy". Firstly, the invoking country does not require prior

---

<sup>1</sup> Bonnan Regis: The GATT Security Exception in A Dispute Resolution Context: Necessity or Incompatibility? [J]. *Currents International Trade Law Journal* 19 (3), 2010: 2.

<sup>2</sup> Ibid

<sup>3</sup> Grewal Singh David: A Research Agenda for Trade Policy Under the Trump Administration [J]. *Yale Journal of International Law* 44, 2019: 6.

<sup>4</sup> Ji Yeong Yoo: Security Exception in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security [J]. *Journal of International Economic Law* 19 (2), 2016: 7.

<sup>5</sup> Bhala Raj: National Security and International Trade Law: What the GATT Says and what the United States Does [J]. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 19 (2), 1998: 264.

consent from other WTO members before or after the imposition of sanctions. Secondly, there is no justification requirement for the invoking country. Thirdly, there is no prior approval requirement<sup>1</sup> for the invoking country. Fourthly, the invoking country can define its essential security interests. This is due to the factor that Article XXI has the great possibilities to be abused, which permits the WTO member to violate its WTO obligations.<sup>2</sup> For example, Premier Khrushchev once satirized Article XXI is too broad to use as its self-judging nature: even buttons may relate to national security as they are essential products of soldiers' clothes.<sup>3</sup> This indicates that the WTO member may be granted broad mandates as there is no specific definition of those important terms.<sup>4</sup> In view of the background of GATT, wars and military conflicts are primary concerns, which are still essential elements of national security currently.<sup>5</sup> However, in peaceful times, the situation is different. Therefore, the scope of the exception in Article XXI remains unclear. To sum up, flexibility and sovereignty concerns may contribute to its ambiguity.

Some other factors may also contribute to GATT Article XXI's ambiguity. Firstly, it would be more efficient to resolve trade disputes through diplomatic approaches.<sup>6</sup> That is due to the factor that a WTO member must consult with the other party if it wants to solve a dispute and it usually takes at least 60 days before a WTO member get the WTO to consult for a complaint.<sup>7</sup> In contrast, the diplomatic approach may take less time. Secondly, an ambiguity concept gives maximum protection of national sovereignty.<sup>8</sup> This is because national security may be various in different situations. Nevertheless, this essay submits that the above arguments have some weakness as explained below. Undoubtedly, solving trade disputes from the diplomatic approach is more feasible as there is no complicated procedures. However, it is worth noting that a powerful state (economically or politically) is generally in a positive position which could impair the weaker nation's interests. Therefore, the ambiguity of GATT Article XXI may also

---

<sup>1</sup> Ibid

<sup>2</sup> See above note 1, at 9.

<sup>3</sup> Grewal Singh David: A Research Agenda for Trade Policy Under the Trump Administration [J]. Yale Journal of International Law 44, 2019: 7.

<sup>4</sup> Grewal Singh David: A Research Agenda for Trade Policy Under the Trump Administration [J]. Yale Journal of International Law 44, 2019: 7.

<sup>5</sup> Lindsay Peter: The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure? [J]. Duke Law Journal 52, 2003: 6.

<sup>6</sup> Ibid, at 13.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.

relate to diplomacy concerns.

The ambiguity feature of GATT Article reflected in its language. The word “emergency”, for instance, can have various meanings. In *United States-Trade measures affecting Nicaragua*, Nicaragua argued that an essential requirement of invoking Article XXI is self-defense.<sup>1</sup> In other words, only there is actual aggression, a member could invokes Article XXI.<sup>2</sup> However, the Panel did not support its claim. Instead of expressly using specific words, GATT Article XXI choose the ambiguous language. This suggests that the meaning of “emergency” is reserved. For example, Article XXI would not have protective power if a sanctioning member had to wait for nuclear weapons or other substantial damage.<sup>3</sup> In addition, “ emergency” may also refer to drugs or terrorist organizations.<sup>4</sup> Therefore, GATT Article XXI should keep its ambiguity to odder maximum protection for national security.

The first word of this provision, “nothing”, shows it is an all-inclusive concept.<sup>5</sup> This suggests that once a member state invoke Article XXI, it can breach GATT obligations for security reasons.<sup>6</sup> It may lead to conflicts and disputes as there is a contradiction between Article XXI and other GATT obligations. For example, Article I (most-favored-nation rule) may be excepted by Article XXI.<sup>7</sup> Thus, the lack of a specific definition of GATT Article XXI may cause chaos.

To conclude, Article XXI was born in ambiguity, which is necessary to balance international trade and national security. However, it did cause a problem for the application. The jurisdiction of GATT Article XXI, for instance, often bring problems for WTO members.

### 3.2. GATT/WTO Jurisdiction on Art. XXI

A significant question must be solved before discussing the WTO Panel’s jurisdiction over Article XXI. That is, whether national security is a political issue or trade issue.<sup>8</sup> With the expansion of international trade, there are many situations that national security interests and commercial interests are tangled together without clear

<sup>1</sup> GATT, *United States-Trade Measures Affecting Nicaragua*, Report by the Panel, L/6053, 14, para 5.3.

<sup>2</sup> *Ibid*

<sup>3</sup> Bhala Raj: *National Security and International Trade Law: What the GATT Says and what the United States Does [J]*. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 19 (2), 1998: 275.

<sup>4</sup> Grewal Singh David: *A Research Agenda for Trade Policy Under the Trump Administration [J]*. *Yale Journal of International Law* 44, 2019: 9.

<sup>5</sup> See above note 3, at 268.

<sup>6</sup> See above note 3, at 265.

<sup>7</sup> *Ibid*

<sup>8</sup> Claussen Kathleen: *The Other Trade War [J]*. *The Minnesota Law Review* 103 (1), 2018: 3.

boundaries.<sup>1</sup> There are various arguments for and against this problem. Some argue that the WTO Panel cannot review an Article XXI case as it is more than trade conflict while others hold the view that the self-judging elements allow the WTO Panel to review national security defenses.<sup>2</sup> However, it is still widely controversial due to the lack of a clear definition.

There are also many arguments favoring WTO jurisdiction in GATT Article XXI. Although there are many self-judging languages in this provision, it still cannot exclude the WTO Panel's right of review.<sup>3</sup> Firstly, the WTO judicial bodies may exercise jurisdiction to trade conflicts regarding Article XXI. Evidence includes the literal interpretations of this provision which limit the self-judging language, such as "which it considers".<sup>4</sup> Some scholars maintain that the definition of "war or other emergency" should be decided by a WTO Panel.<sup>5</sup>

As mentioned above, Article XXI is a "cowboy behavior". However, there are some checks that are likely to restrict this behavior.<sup>6</sup> Firstly, in most situations, the sanctioning member will give a prior announcement to other WTO members before invoking Article XXI. This is because the sanctioning member wants to gain as much support as possible for political purposes. The second restriction lies in the chapeau of Article XXI(b). The claiming member has the responsibility to ensure its measures are "necessary" for "essential security interests."<sup>7</sup> In other words, even though the terms in Article XXI are broad, the International trade members can examine the invocation of this provision.

As for "it considers" language, it also suggests that a WTO Panel has the right to review a national security claim.<sup>8</sup> This view is supported by Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement

---

<sup>1</sup> Lindsay Peter: The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure? [J]. *Duke Law Journal* 52, 2003: 5.

<sup>2</sup> Bhala Raj: National Security and International Trade Law: What the GATT Says and what the United States Does [J]. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 19 (2), 1998: 275.

<sup>3</sup> See above note 2, at 4.

<sup>4</sup> *Ibid*

<sup>5</sup> See above note 2, at 7.

<sup>6</sup> Bhala Raj: National Security and International Trade Law: What the GATT Says and what the United States Does [J]. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 19 (2), 1998: 270.

<sup>7</sup> *Ibid*

<sup>8</sup> Claussen Kathleen: The Other Trade War [J]. *The Minnesota Law Review* 103 (1), 2018: 5.

of Disputes (DSU).<sup>1</sup> Based on GATT XXIII and Settlement of Disputes (DSU) Article XXIII DSU I, as long as the Panel is granted that the terms of reference include Article XXI, it has the right to review the invocation of GATT Article XXI.<sup>2</sup> This view is also supported by WTO jurisprudence.<sup>3</sup> “Party considers that it is not practicable” in DSU Article XXII also suggests the similar information as Article XXI “it considers” language, which provides discretion for WTO members. This provides some strong basis favoring WTO Panel has jurisdiction over GATT Article XXI.

Arguments against WTO jurisdiction in Article XXI mainly involve the literal interpretations of this provision and cases of the International Court of Justice (ICJ).<sup>4</sup> However, as mentioned above, due to its ambiguity, it is difficult to define the contextual meaning of GATT Article XXI. Another evidence is the self-judging nature which permits WTO members to determine the scope of national security. There is a case which may cater to this view. In *United States-Trade measures affecting Nicaragua*, the establishment of the Panel states that the Panel has no authority “to examine or judge the validity of or the motivation for the invocation of Article XXI (b) (iii) by the United States”.<sup>5</sup> This suggests that, the reason for Panel refusing review the invocation of Article XXI by the United States is not the GATT Article XXI itself excluded Panel’s jurisdiction, but is the establishment of the Panel had not granted the right for Panel to review.<sup>6</sup>

In addition, some scholars hold the view that the word “it” in this Article allows WTO members rather than WTO Panel or another body to determine whether the measures taken by the member of the sanctions meet the requirements.<sup>7</sup> In terms of this, the WTO Panel has no jurisdiction in GATT Article XXI.

Nevertheless, this essay argues that the above arguments are incomplete as explained below. Undoubtedly, national security is a part

---

<sup>1</sup> Ibid

<sup>2</sup> Lindsay Peter: *The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?* [J]. *Duke Law Journal* 52, 2003: 13.

<sup>3</sup> Alexandroff S Alan and Sharma Rajeev. *The National Security Provision-GATT Article XXI* [M]. *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, 2005: 1573-1574.

<sup>4</sup> See above note 5, at 3.

<sup>5</sup> GATT, *United States-Trade Measures Affecting Nicaragua*, Report by the Panel, L/6053, 14, para 5.3.

<sup>6</sup> Lindsay Peter: *The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?* [J]. *Duke Law Journal* 52, 2003: 5.

<sup>7</sup> Bhala Raj: *National Security and International Trade Law: What the GATT Says and what the United States Does* [J]. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 19 (2), 1998: 268.

of sovereignty which should not be interference by other WTO members nor a WTO Panel. Despite the fact that the lack of explicit provisions in GATT, there is no direct evidence to deny its right to review.<sup>1</sup> It is important to note that improper trade measures often affect national interests. Taking the *Trade Measures Affecting Argentina Applied for Non-Economic reason* for example, the trade conflict has led to political disputes which endanger the national security. In other words, trade and national security are interdependent. Therefore, this essay believes that the self-judging nature of GATT Article XXI cannot exclude WTO Panels' jurisdiction.

However, there are rare cases involved "national security" in the judicial practice of multilateral trade. Previously, only a few cases involved GATT XXI. For instance, in the *Czechoslovakia v. United States* dispute,<sup>2</sup> and *Swedish Import Restrictions on Certain Shoes*.<sup>3</sup> Therefore, the following section will analyze the very first case which the WTO Panel decision interpreting the "security exception".

### 3.2.1 Russia-Measures concerning traffic in transit

On 5 April 2019, the Report of the Panel in *Russia-Measures concerning Traffic in Transit (DS512)* was released.<sup>4</sup> This report is the milestone in WTO history as the WTO Dispute settlement Panel made its first decision on the jurisdiction to review national security exception.<sup>5</sup> The claim was initiated by Ukraine. Ukraine alleged that the restrictions on traffic and transit by Russia were inconsistent with the trade regulation Article V and GATT Article X.<sup>6</sup> However, Russia invoked GATT Article XXI, arguing that these measures are "necessary" for essential security interests concerning two states' tense relationship.<sup>7</sup> In addition, Russia claims the WTO Panel has no jurisdiction to review the dispute.<sup>8</sup> The Panel determined that Russia's restrictions are taken in "international relations emergency" and thus meet the requirements to invoke GATT Article XXI.<sup>9</sup> To sum up, the

<sup>1</sup> Ibid

<sup>2</sup> Alexandroff S Alan and Sharma Rajeev. *The National Security Provision-GATT Article XXI [M]. The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, 2005: 1573-1574.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> *Russia-Measures concerning Traffic in Transit (DS512)*. The WTO Website, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds512\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm).

<sup>5</sup> *Russia-Traffic in Transit case: Trade Law Guide, Commentary- Report of the Panel Released*, The WTO Website, <https://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2019/04/the-russia-traffic-in-transit-panel-report.html>.

<sup>6</sup> See above note 3, para 7.2.

<sup>7</sup> See above note 3, para 7.3.

<sup>8</sup> See above note 3, para 7.4.

<sup>9</sup> *Russia-Traffic in Transit case: Trade Law Guide, Commentary- Report of the Panel*

WTO Panel has jurisdiction over national security exception.

According to the report, the Panel first analyzed Russia's claim under GATT Article XXI. Generally, a WTO Panel would determine whether there is any violation of GATT obligations and then justify the arguments. This is because Russia did not respond to Ukraine's claim directly. Although the chapeau of Article XXI permits a member to protect its security interests, it is limited to XXI (b).<sup>1</sup> The Panel found that a sanctioning member's measures need an overall examination of whether to meet the requirements of Article XXI.<sup>2</sup> That is to say, this provision is not "self-judging".

With respect to "essential interests", the Panel pointed out that the specific interests will relate to various situations which are ever-changing.<sup>3</sup> In other words, the Panel agreed that every member has the right to determine its essential interests.<sup>4</sup> However, due to the fundamental obligation of applying and interpreting GATT Article in good faith, the Panel has the jurisdiction to review whether members' measures were made in good faith or the measures were "implausible" for protection purposes.<sup>5</sup> The Panel mentioned that the wars or other emergencies in a global context will cause significant change which also alters WTO evaluation's consistency.<sup>6</sup> Moreover, unlike Article XX, the evaluation of Article XXI does not need a prior determination. Therefore, once the Panel found the measures were in terms of reference, it will decide whether they are under GATT Article XXI.<sup>7</sup>

After analyzing Russia's measures, the Panel found they complied with the requirements in Article XXI (b). As the Panel conducted, "which it consider necessary" should be interpreted by the invoking member and the Panel only offer restrictions concerning the principle of international law and good faith.<sup>8</sup> In terms of this, the Panel determined that Russia's measures were related to emergencies in international relations.

As the very first report involving the WTO Panel's jurisdiction, it is significantly meaningful. It determines that Article XXI is not totally a

---

Released, The WTO Website, <https://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2019/04/the-russia-traffic-in-transit-panel-report.html>.

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> Russia-Measures concerning Traffic in Transit (DS512), para 7.102.

<sup>3</sup> Ibid, para 7.130.

<sup>4</sup> Ibid, para 7.131.

<sup>5</sup> Ibid, para 7.132 and 7.135.

<sup>6</sup> Ibid, para 7.108.

<sup>7</sup> Russia-Measures concerning Traffic in Transit (DS512), para 7.109.

<sup>8</sup> Ibid, para 7.133.

“self-judging” provision and provide detailed evaluation steps for similar cases. To sum up, the WTO Panel has inherent jurisdiction to review national security exception.

### **3.3 The legitimacy of Section 232**

According to Section 232, the Secretary of Commerce and the President should be responsible for protecting the national security and economic welfare of the state.<sup>1</sup> In addition, if the Secretary of Commerce finds that imports entering the U.S. market threaten national security, the President can take unilateral action to adjust the imports.<sup>2</sup> Obviously, these unilateral provisions provide great flexibility for the U.S.

President Trump has imposed tariffs on steel and aluminium products invoking Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962.<sup>3</sup> According to this provision, the Presidents are authorized to impose restrictions on imported products which threaten national security. GATT Article XXI did permit WTO members to impose restrictions and bans on trade concerning national security. Although WTO members can decide their “essential national interests”, this provision is not “self-judging”.<sup>4</sup> The report of DS512 specifically defined WTO Panel’s jurisdiction and the evaluation steps of GATT Article XXI. According to the Panel, WTO members can impose bans and restrictions for national security purposes which relate to nuclear material or traffic and when international relations are in emergency.<sup>5</sup> In terms of this, the U.S. may not be able to prove the tariffs imposed on different states against steel and aluminum relate to “essential national security”.

The domestic law of WTO members may not only play the role as an evidence provider but also compliance or non-compliance with international obligations.<sup>6</sup> The question arises: which kind of law should be invoked. In other words, what should the WTO Panel do when there is a conflict between the municipal law and international law. According to DS512, WTO dispute settlement Panels must review whether a sanctioning member meets the requirements of GATT Article XXI, including the context and purpose, the overall architecture of the WTO as a separate package of responsibilities and obligations.

---

<sup>1</sup> Trade Expansion Act of 1962 Section 232, see also 15 C.F.R. Section 359.4.

<sup>2</sup> Generally 15 C.F.R Section 232, 19 U.S.C. Section 1862 (b)-(c).

<sup>3</sup> Section 232 Investigations: Overview and Issues for Congress. The EVERYCRSR Website, <https://www.everycrsr.com/reports/R45249.html>.

<sup>4</sup> Russia-Measures concerning Traffic in Transit (DS512), para 7.106.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Michael Trebilcock. *Advanced Introduction to International Trade Law* [J]. Edward Elgar, 2015: 58.

To conclude, due to the lack of a clear definition of GATT Article XXI, the invocation of this provision usually bring a lot of problems concerning jurisdiction. However, the report of DS512 provides an insight into the WTO Panel's reference, which ensures that WTO Panels have jurisdiction over GATT Article XXI.

### **3.4 The interpretation of three keywords in Article XXI(b) (iii)**

To determine whether it is lawful for the U.S to invoke security exception, it is significant to pay attention to the following keywords in GATT XXI(b) (iii).

In terms of “which it considers” there are several different interpretations. The Panel explained that after expressing the “considers” of the sanctioning member, the other decisions are left for WTO members. In Russia's case, the Panel has taken the text, context and background of GATT Article XXI into consideration before determining the measures' necessity.<sup>1</sup> That is to say, when reviewing Section 232, the Panel also needs to consider the relationship between the U.S. and other sanctioned countries. Therefore, it seems that the U.S. restrictions are not fair enough, as several states are enjoying zero tariffs.<sup>2</sup>

When it comes into “essential security interests”, the Panel defined that it usually relates to “armed or latent armed conflict”, “heightened tension or crisis” or “generally instability”.<sup>3</sup> Furthermore, these situations often lead to certain interests, such as defense or military interest or the maintenance of law or public interests.<sup>4</sup> However, the Panel refused to include the above circumstances into “emergency in international relations”.<sup>5</sup> In other words, the situations should be directly referred to defense of military interests. Otherwise, it is out of the scope of “emergency in international relations”.<sup>6</sup> For these reasons, the invocation of GATT Article XXI need to a contextual interpretation. In light of this, the U.S. needs to prove the tariffs relate to military interest rather than commercial interests.

As for “essential security interests”, although every WTO member has the right to determine its own security interests, this discretion is

---

<sup>1</sup> Russia-Measures concerning Traffic in Transit (DS512), para 7.82 and 7.132.

<sup>2</sup> Emelie Wallin /Emelie Astrom: Trade wars are good, and easy to win: a study of Trump's steel tariffs and international trade [J]. Umeå School of Business and Economics (USB), Economics 15, 2018: 10.

<sup>3</sup> See above note 1, para 7.76.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

based on good faith principle.<sup>1</sup> For this reason, the invoking member should meet the minimum requirement to protect its interests.<sup>2</sup> In addition, members must elaborate on its security interests and “demonstrate their veracity”.<sup>3</sup> To be sure, the U.S. has the discretion to explain its “necessity”. However, this does not mean that the U.S. is completely unrestricted. As mentioned above, based on the obligation of good faith, the U.S. must provide evidence to prove its “essential security interests”. Still, it is relatively hard to prove and review the evidence in terms of security interests. Therefore, another point of view may be served as an approach to international dispute settlement.

#### **IV. Alternative Solutions to trade dispute without WTO**

Potential negative features of the WTO could either derive from issues from within the WTO or matters outside of the WTO that is negatively related to attributable to the WTO’s operations or existence.<sup>4</sup> The following factors may have led to the demise of the WTO: Firstly, it did not respond to change the circumstances. Secondly, many Members felt left out or disenfranchised. Thirdly, developing states felt the WTO Agreements and processes did not adequately support their interests. Fourthly, it failed to include related regimes properly. In the future that had no or an irrelevant WTO, we should choose an alternative resolution of international trade disputes.

The current U.S. stalemate poses a significant threat to the WTO. The invocation of Section 232 is a kind of trade protectionist which threaten the international trade system. In addition, the U.S. has undermined the authority of the WTO.<sup>5</sup> This is because the U.S. refusal to reappoint members of the WTO Appellate Body has led to the fact that the appellate tribunal cannot meet the requirement of three judges.<sup>6</sup> If this continues, there will be only one member left, which means it can no longer be valid. This indicates that if there are not

---

<sup>1</sup> Russia-Measures concerning Traffic in Transit (DS512), para 7.132.

<sup>2</sup> Ibid, para 7.138.

<sup>3</sup> Ibid, para 7.138.

<sup>4</sup> Picker, Colin: Conceiving Utopian and Dystopian Post-WTO Regimes and Environments: Methods, Theories and Approaches. The SSRN Website, <https://ssrn.com/abstract=3300515> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3300515>

<sup>5</sup> China’s Position on the China-US Economic and Trade Consultation. The XINHUANET Website, [www.xinhuanet.com/english/download/20190602fulltext.doc](http://www.xinhuanet.com/english/download/20190602fulltext.doc).

<sup>6</sup> Bacchus James: Trump is Threatening the Rule of Law - What’s at Stake? The CIGIONLINE Website, <https://www.cigionline.org/articles/trump-threatening-rule-law-whats-stake>

enough judges in the future, then the right to appeal will be rejected.<sup>1</sup> It is important to note that, if there is no opportunity to appeal, obviously the WTO dispute settlement system will be paralyzed.<sup>2</sup> This suggests that the U.S. is changing the framework and the role of the WTO.

Furthermore, if there is no such institution to solve trade dispute, the international trade system will face even more significant risks in the future. For example, some weaker members are likely to work together against the U.S. unfair trade restrictions and bans using the arbitration that permitted under the WTO treaty. According to Article XXV, any two WTO members can choose to use arbitration when they have a trade dispute.<sup>3</sup> This means that they can decide on their own procedures without interpretation. “Arbitration” is not defined in Article XXV, which suggest in the WTO world there is no such thing as private arbitration procedure.<sup>4</sup> However, it still possible for two countries engaged in a trade dispute to get a mutual understanding.<sup>5</sup> It is clear that the other countries would not be able to use the option of arbitration in any of their disputes with the U.S..

An alternate set of solutions to these problems will be discussed. It is possible for the WTO’s dispute settlement mechanism to revert to the era before 1995 of the GATT’s General Agreement.<sup>6</sup> By retaining some of the power of WTO members, it is likely to salvage the binding dispute resolution of the WTO.<sup>7</sup> This is because GATT allows parties to file claims in front of a three-person Panel. However, even the Panel was established, the consensus is required so that the losing party could veto the report’s adoption.<sup>8</sup> In the U.S. case, the circumstance would be different if there is still resistance to AB’s selection procedure as parties are still capable of bringing cases under the WTO system. To be sure, parties all have the ability to vote over the Panel’s reports’ adoption.<sup>9</sup> This suggests that other members of the WTO could

---

<sup>1</sup> Michael J. Hahn: *Balancing or Bending? Unilateral Reactions to Safeguard Measures* [J]. *Journal of World Trade* 39, 2005: 320.

<sup>2</sup> Ibid

<sup>3</sup> General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

<sup>4</sup> WTO Analytical Index ‘DSU-Article 23’. The WTO Website, [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/28-dsu\\_e.htm#art23](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm#art23).

<sup>5</sup> Ibid

<sup>6</sup> Gregory Shaffer: *A Tragedy in the Making? The Decline of Law and the Return of Power in International Trade Relations* [J]. *Yale Journal of International Law* 64, 2018: 12.

<sup>7</sup> Ibid

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, arts. 17, 15 Apr 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1869 U.N.T.S. 401.

defy the U.S. by consensus and launch the AB selection procedure by voting.

Many WTO members have proposed a response to U.S. policies. The European Union, made a formal procedural suggestion, such as require the AB to complete proceedings within 90 days.<sup>1</sup> Nevertheless, this proposal also provides AB with a single, non-renewable term of 6-8 years, which enhance AB's independence.<sup>2</sup> Therefore, this proposal was criticized by the United States as it seems to support WTO judicialization. Meanwhile, a discussion paper was issued by Canada to discuss further the possibilities of wakening AB's jurisdiction to satisfy the U.S..<sup>3</sup> The paper not only adopted means to limit AB dicta but also constrain the AB by a more strict standard of review. As for the relation with China, the U.S. may not agree to an enforceable WTO dispute settlement system unless China shifts its economic model and reduces dependence on state-owned enterprises and industrial policies. In term of this, China and the U.S. should engage in bilateral trade and investment discussion covering the entire range of trade issues that divide the U.S. and China.<sup>4</sup> To be sure, a trade war cannot resolve the essence of conflict. In the absence of WTO, consultation and cooperation may be the ideal approach for both states. Secondly, as a Member that is an interested party of the product at issue, China, at the time formally request consultations with the U.S. pursuant to Article XII and Article VIII of the Safeguards Agreement and Article XIX(2) of the GATT with respect to the U.S. safeguard measures on aluminium.<sup>5</sup> If China and the EU apply this kind of standard, the U.S. is likely to argue that its action is not in the area of a safeguard measure. In terms of this, the WTO has dealt with similar cases. For instance, in *Chile-price Band System*<sup>6</sup>, the Panel held that an "ordinary customs duty" is to be understood as "referring to a customs duty which is not applied based on factors of an exogenous nature" and therefore inconsistent with Article 4.2 of the Agreement on

---

<sup>1</sup> European Union, WTO Modernization: Introduction to Future EU Proposals. The EUROPEAN UNION Website, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc\\_157331.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf).

<sup>2</sup> Gregory Shaffer: A Tragedy in the Making? The Decline of Law and the Return of Power in International Trade Relations [J]. Yale Journal of International Law 64, 2018: 13.

<sup>3</sup> Ibid

<sup>4</sup> See above note 2, at 10.

<sup>5</sup> Michael J. Hahn: Balancing or Bending? Unilateral Reactions to Safeguard Measures [J]. Journal of World Trade 39, 2005: 320.

<sup>6</sup> DS207, Chile-price Band System. The WTO Website, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds207\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds207_e.htm)

Agriculture.<sup>1</sup> Thus, there are specific difficulties in the practical level. If the United States does not alter its existing policies, it may lead to a reduction in the degree of justice in international trade.<sup>2</sup> It is clear that the U.S. will force the dispute settlement system to be less independent, which means it will reduce the incidence of the jurisdiction in the GATT.<sup>3</sup> To be sure, the GATT has a unique advantage in resolving disputes. Firstly, WTO members can achieve confirmation that the Panel reports are binding. Thus, they would check for unilateralism, including unilateral retaliation after the violation of WTO rules. Secondly, WTO members may use arbitration following Article 25 of the DSU.<sup>4</sup> In term of this, the AB division of the secretariat would ensure members could appeal Panel decision. Thirdly, this mechanism is likely to create a permanent accreditation body.<sup>5</sup> Finally, if the WTO adopts multilateral rules, the dispute settlement mechanism can also implement new multilateral agreements. To be sure, regardless of the consequences, the WTO dispute settlement mechanism will continue to function.

Armed force and wars are never the best solutions to resolve disputes unless the civilized approach does not work. As a responsible second-largest economy in the world, China should keep its position and never abandon the basic principle in terms of China's essential interests. The aim of the consultation is to get a sustainable and enforceable agreement. In order to achieve this goal, both China and the U.S should respect each other's sovereignty and based on the principle of good faith. To sum up, although the role of the WTO may no longer exist in the future, the purpose of international trade law will never change.

## **V. Conclusion**

Theoretically, GATT Article XXI aims to balance the relationship between sovereignty and free trade. Due to its ambiguous nature, however, the abuse of this provision may drive other member states at risk of being victims of the security exception. Although the latest WTO Panel report indicates that Panels have jurisdiction over GATT Article XXI, it is still challenging in terms of the definition of the key phrases. Given the fact that the WTO may be no longer useful in the

---

<sup>1</sup> DS207, Chile-price Band System, para 7.52-7.60.

<sup>2</sup> Gregory Shaffer: A Tragedy in the Making? The Decline of Law and the Return of Power in International Trade Relations [J]. Yale Journal of International Law 64, 2018: 15.

<sup>3</sup> Ibid

<sup>4</sup> Scott Andersen et al.: Using Arbitration Under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals [J]. Trade & Economic Integration Working Paper 17, 2018: 25.

<sup>5</sup> Ibid.

future, it is necessary to seek alternative solutions concerning trade disputes.

The WTO Panel has the right to review the U.S. Section 232 investigation. It suggests that the U.S. should bear the responsibility unless it can prove its legitimacy. On the other hand, instead of passively accepting the U.S. non-reciprocal trade restrictions, China should actively seek solutions. Otherwise, the scope of the trade war will expand. The current WTO system, however, is not prepared for this kind of situation. In addition, U.S trade policies have undermined the authority of the international trade system. The current crisis is likely to promote the development of international trade law and create a new trading system. Although the application of GATT approaches may lead to challenges, the overall stability in the long term outweighs the disadvantages.

# 互联网领域“恶意注册”产业链刑事规制

金嫵（阿里巴巴法务部专家）、郭玮（北京师范大学博士）

## 一、恶意注册的含义

互联网账户是指个人或机构在各类互联网活动中注册及使用的账户，分为互联网个人账户和互联网企业账户。类比线下活动中通过身份证、营业执照来证实个人或机构的身份，线上则通过互联网账户来进行认定。出于隐瞒真实网络身份等需求，个别个人、机构通过“恶意注册”这一行为来加以实现，“恶意注册”也被网络黑灰产广为利用。

因恶意注册的行为不同，恶意注册分为狭义的恶意注册和广义的恶意注册。狭义的恶意注册，是指不以正常使用为目的，违反国家规定和平台注册规则，使用虚假的身份信息、机构信息（如 PS 身份证、企业营业执照等）或冒用他人身份、企业信息，突破平台安全防护措施，以手动方式或通过程序、工具自动创设互联网账号的行为。使用虚假信息注册的账户由于信息的虚假性，被互联网公司识别继而被限制、取消账户权限的可能性极大，因此又出现通过盗窃、诱骗、购买等多种方式获得他人真实的身份信息或企业信息并进行注册的行为，即冒用他人信息进行恶意注册，通过此类途径注册的账户被称为“非真人账户”。此两类行为是“恶意注册账户”的主要来源。随着互联网公司安全防护措施的升级，不少公司需要手持证件照、人脸识别来进行账户的注册（部分公司又细分为账户注册和账户认证两部分，本文不加以区分，将账户生成并获得账户权限之前的行为统称为注册），由此又产生了“广义恶意注册”，即注册形式正当但注册目的恶意的账户。具体操作方式上，广义恶意注册个人账户系由自然人本人按照正常流程进行注册产生正常的互联网账户，但该账户生成后非该自然人本人使用，而是出售、出租、出借给他人使用；广义恶意注册企业账户则是注册一家真实企业，并完成企业账户注册和银行对公账户申请，但此后交由他人使用。意即此类账户由真实的申请者以真实信息注册取得，但账户的实际使用人与申请人非同一主体。

## 二、恶意注册所需程序、工具

互联网个人账户的一般注册流程为：使用手机或邮箱进行申请，并通过手机验证码、邮箱验证码等验证方式后，填写申请人基本信息、设置密码后完成注册。互联网企业账户的一般注册流程为：通过邮箱申请并完成手机验证、邮箱激活后，填写法定代表人及相关信息后完成注册。

互联网公司为了防止“恶意注册”，会采用一系列的风控策略，如通过对注册的设备信息、网络环境和软件环境等进行检测，判定是否本人、本公司通过真实身份、真实信息进行注册；一旦发现信息虚假或者违反了“同一台手机只能注册一定数量的账户”等安全规则，即会致使注册失败。而为了完成恶意注册，黑灰产团伙则需要大量的手机号（俗称黑卡）、邮箱、身份信息为原料和各种程序、工具，这类程序、工具又细分为突破安全风控策略和提升效率两大类。

### （一）突破安全风控策略类程序、工具

互联网公司对账户注册进行安全检测的要素一般包括三类：第一类是设备

信息，如 mac 地址、手机序列号、硬盘序列号、IMEI 等；第二类是网络环境信息，如 wifi、mac 地址、ip 地址、lbs 信息等；第三类是软件环境环境，如 cookies、OS 版本、浏览器信息等。

### 1.改机工具

各互联网公司通过调用手机的各种接口来获取设备基本信息，如手机型号、串码、IMEI、GPS 定位、MAC 地址、无线名称等，以判断进行操作的手机设备信息。而改机工具则可以通过劫持系统函数对上述三类设备信息、网络信息、软件环境信息进行篡改，当 APP 调用接口获取设备各项参数时，实际并未获取到手机的真实参数而是改机工具伪造的数据。因此同一台手机在使用改机工具后，每次都会被认为是一台新的手机，从而达到绕过“同一台手机只能注册一定数量的账户”此类安全风控的目的。

### 2.IP 切换

IP 地址是互联网公司识别是否系恶意注册的重要维度，恶意注册团伙为突破此类安全防控，则需要进行 IP 切换。代理 IP 提供商提供大量代理 IP 资源（利用大量的拥有公网 IP 地址的服务器），使用代理 IP 服务器作为跳转（跳板），可以隐藏真实 IP；通过不断切换 IP，可以破解互联网公司在 IP 维度的风控策略。目前在代理 IP 领域，发展出一种新型代理 IP 资源——秒拨服务，即动态拨号虚拟机（可以理解为拨号 VPS），可以通过拨号形式来不停切换 IP。相对于传统代理 IP，通过秒拨机拨出的 IP 为真实宽带拨号 IP，更难被检测和防控。

## （二）提升效率类程序、工具

顾名思义，提升效率类程序、工具不是恶意注册所必不可少，但人工进行恶意注册成本高、效率低，因此又出现不少程序、工具以自动化形式辅助注册的某些环节，提供注册效率，亦被称为批量恶意注册。

### 1.打码平台

即提供识别图片验证码的平台。互联网公司为了防止黑灰产通过机器、自动化注册软件等进行账户批量注册，一般会要求用户输入图片中数字或字母的风控策略来对抗机器行为，而利用打码平台可以突破该风控策略。传统的打码平台主要依赖招聘“码工”进行人工打码，即由人工识别验证码，再将识别出的验证码信息回传给恶意注册的程序，但这种形式的“打码”在效率、运营成本上，都无法满足日益增长的业务需求。随着机器学习和深度学习在图像识别领域的发展，打码平台也不断升级自身的验证码识别技术，AI 技术的运用越来越广泛，从简单的数字、字母验证码，到汉字、计算题，以及各种验证码的组合，在识别速度和准确率上也远高于传统打码平台。

### 2.猫池

短信验证码校验同样是一项安全风控策略，用户需要接收短信验证码并在注册环节输入，猫池设备则可以实现对手机卡的批量管理。在猫池上插入手机卡便可以模拟手机进行收发短信、拨打接听电话、呼叫转移等功能。目前市场上销售的猫池设备，多为 16 口、32 口、64 口等，即一台猫池可以同时管理 16、32、64 张手机卡。黑灰产团伙使用猫池长期供养大量的手机卡，模拟通讯活动，使手机号码在形式上处于正常活跃状态。

### 3.接码平台

接码平台是连接手机卡提供者（也称为卡商）和恶意注册人员等有手机验

验证码需求的群体的中间（云服务）平台，提供代为收发短信验证码、业务结算等服务。卡商利用软件将大量黑卡通过猫池接入接码平台，下游恶意注册人员通过接码平台提供的客户端、Api 获取能用于注册的黑卡卡号和对应的短信验证码，从而完成恶意注册。

随着验证码对抗的升级，注册环节由传统的接收短信验证码升级为主动发送验证码或语音验证码。接码平台也随之升级，衍生出接收语音验证码、发送短信等服务。同时还支持对接码手机号进行卡商、号段、运营商、归属地的筛选。

#### 4. 群控系统

互联网注册流程中需要进行“输入信息、多次点击按钮”等操作，此类操作若由人工对单台手机完成则成本高、效率低，群控系统应运而生。群控是一整套包含多台 Root 安卓手机（或越狱的苹果手机）、专用主机、集线器和操作硬件的相关软件的集合，每套群控通过一台专用主机电脑（即一台专用服务器）连接多部手机，通过屏幕映射方式，用该主机控制多台手机，实现多部手机同时执行同一操作的功能。简单而言，即通过控制主机实现同时控制多台手机。由于手机与电脑间通过数据线进行全部信息的传输，传统单套群控系统的上限在百台手机左右，过多会产生操作延迟等问题；新型群控突破了硬件限制，可扩展至上千台，但由于技术、资金成本高，运用目前并不广泛。

### 三、恶意注册的危害

其一，破坏网络实名制规定，影响监管实效。

2015 年 3 月 1 日，《互联网用户账号名称管理规定》规定：“互联网信息服务提供者应当按照‘后台实名、前台自愿’的原则，要求互联网信息服务使用者通过真实身份信息认证后注册账号。”2017 年 6 月 1 日，《网络安全法》规定：“网络运营者为用户办理网络接入、域名注册服务，办理固定电话、移动电话等入网手续，或者为用户提供信息发布、即时通讯等服务，在与用户签订协议或者确认提供服务时，应当要求用户提供真实身份信息。用户不提供真实身份信息的，网络运营者不得为其提供相关服务。”《互联网新闻信息服务管理规定》、《非经营性互联网信息服务备案管理办法》等相关法律法规均对网络实名制提出了明确的规范。

恶意注册则破坏了“网络实名制”的要求，或使用虚假信息、或冒用他人（企业）信息，账户实际使用人与注册信息不一致，即互联网公司无法准确识别、认定账户的真正使用者，影响监管部门对互联网用户账号、网络信息、网络支付等网络活动的监管效率和监管实效，影响和谐健康网络环境的维护。

其二，增加互联网公司安全防护成本，扰乱正常网络经营秩序。

互联网公司为了限制使用虚假信息、冒用他人（企业）信息进行恶意注册，会采取一系列的安全规则和安全策略。恶意注册者则利用各种工具、通过各种途径进行攻击和突破，此时产生双方不断对抗的过程；互联网公司需要投入大量的人力、技术、财力对各类规则、模型进行优化，一定程度上增加了安全防护成本。

同时，互联网公司为了保障各类网络交易、网络活动的正当性，需要准确识别账户使用者的真实身份，而虚假账户的存在则扰乱了网络秩序，不仅影响正常的网络经营活动、损害互联网公司声誉，也损害了正常用户的合法权益。

其三，为各类下游违法犯罪行为提供便利，危害网络生态。

恶意注册账户规避网络实名制的实质，是给各类下游违法犯罪行为提供账户便利，因此黑市也出现大量虚假账户的买卖。或利用使用者身份的隐匿性，进行网络造谣、网络诽谤；或利用各种工具突破互联网公司的安全防护措施，进行刷单、广告营销、薅羊毛等活动获得非法利益；或利用侦查机关的侦查难度加大，为盗窃、诈骗、敲诈勒索等违法犯罪行为提供资金流转的通道，给相关违法犯罪活动的查处、赃款赃物的追缴带来极大的困难和障碍。

#### 四、恶意注册各环节的刑事规制路径

互联网账号的恶意注册环节众多、涉及面广，上游主要是个人、企业信息的非法提供、买卖，以及为恶意注册提供各类程序、工具，中游为虚假注册、冒名注册，以及下游的账号提供、出售。互联网账号恶意注册行为具有较大的法益侵害性，但因其较为新颖，如何规制该类行为一直存有争议，司法机关也开始不断地尝试规制该类行为的新路径。

针对互联网账号恶意注册的上游环节，司法机关开始尝试以非法利用信息网络罪来规制为账号注册提供网络服务的行为。如被告人郑某开发建立 PEAS 云网络交易平台，在明知他人利用该平台进行实名注册账号交易的情况下，仍提供网站存储、通讯传输等技术支持，以及支付结算等帮助，并通过收取 2% 的交易手续获得非法利益。后郑某被法院以非法利用信息网络罪判处有期徒刑。针对互联网账号恶意注册的下游环节，司法机关则以侵犯公民个人信息罪来规制互联网账号的提供、买卖行为。如被告人张某、卢某通过 QQ 联系低价购入企业支付宝账号，其中包含真实的居民身份证照片或电子扫描件、公民手持居民身份证拍摄的正面照等公民个人信息，共计 70 组，后以高价转售给他人，共计获利人民币 3 万余元。上述公民个人信息转售后，被他人用于实施电信网络诈骗，后张某、卢某被法院以侵犯公民个人信息罪分别判处有期徒刑。

令人遗憾的是，上述行动均围绕互联网账号恶意注册的上下游行为展开，恶意注册行为本身并没有得到应有的刑法评价，相关的理论研讨也较少。由于恶意注册行为的隐蔽性，侵犯法益的随机性、广泛性与模糊性，刑法规制困难重重。对于恶意注册的账号，目前只能以互联网公司限权或封号处理，这导致行为人又去创设更多的非法账号，甚至升级技术以逃避打击，致使下游“黑灰产业”愈演愈烈。笔者认为，可以从以下刑法罪名中探寻规制互联网账号恶意注册的路径：

##### （一）帮助信息网络犯罪活动罪

欧阳本祺教授认为：“违反网络实名规则的行为毋需刑法干涉，将此种行为认定为犯罪已超出了解释限度，用刑法保护网络实名规则不合理亦无必要，可完善实名注册规则”。笔者不敢苟同该观点，互联网账号恶意注册行为所侵犯的法益已远远超出了网络实名规则，对下游诸多法益构成了普遍性的威胁，是网络犯罪的源头所在，罔顾源头仅仅打击下游犯罪属“扬汤止沸”，无法解决根本问题。完善实名注册规则并不能有效防止互联网账号恶意注册，对网络社会问题进行技术层面的控制是相对有效的，但我们也应当看到，对于技术手段的运用都存在能否被合理使用以及技术局限性问题，任何一种技术手段都必然面临被突破的命运。事实上，“号商”向恶意注册人提供的个人信息有很大比例是在征得他人同意的情况下，支付相应的对价而获取的，这也说明相当比例的互联网账号恶意注册行为都没有构成对实名注册规则的破坏。因此，从微观视角，

将违反网络实名规则的行为解释为犯罪或有类推解释之嫌，但从网络犯罪的宏观视角而言，将包括但不限于违反网络实名规则的行为解释为犯罪正是帮助信息网络犯罪活动罪的应有之义。

### 1.“明知”的认定

“明知”本意为“确知”，其隐含意为“已经知道”，这是最狭义解读。有学者将“明知”解释为“确知”和“可能知道”，其中“可能知道”是指根据相关情况判断出可能会发生犯罪事实，但又不是十分确定。还有学者将“明知”解释为“确知”和“应知”，“应知”实际上是推定的明知，即当行为符合相关基础事实时，就推定行为人对犯罪事实具有明知，行为人也可用反证否定该推定。推定明知较为普遍，已被一些司法解释所采纳，如《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》第 11 条以列举的方式推定了传播性病罪的“明知”，《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律座谈会纪要》第 2 条也通过列举种种情形完成了对“明知”的推定。明知推定的基础在于体现行为人罪责的案件事实，如有学者认为，可以结合对他人所实际从事活动的认知情况、之间往来与联络情况、收取费用等，综合审查推定为“明知”，如明知网站、网页等内容的虚假性，收取的网络服务费明显超过行业标准等。这种推定实质上与传播性病罪及生产、销售伪劣产品罪中“明知”的路径大相径庭，即主要围绕特定具体事项展开推定。“快播案”典型地体现了上述路径，司法机关通过充分的证据证明相关责任人明知他人利用快播软件传播淫秽视频物品，仍继续提供快播服务。与“快播案”不同，互联网账号恶意注册行为人对他人不法行为的了解程度远远小于快播服务提供者，且认识的对象大而化之，并不具体。“快播案”的服务提供者不仅须认识到自己行为的性质，也要认识到他人行为的性质。此外，“快播案”的服务提供者须持续不断地为不法行为人提供网络服务，网络服务的中断意味着不法行为的终止，但互联网账号恶意注册人提供的服务具有一次性，实现账号的交接后无须知晓他人利用账号实施何种行为。可见，普通网络服务提供者须“具体明知”、“持续明知”，而互联网账号恶意注册人只需“概括明知”、“一次性明知”。尤其在互联网账号恶意注册已形成一种“产业”的情况下，各环节相互独立，“私人订制”式的网络服务已越来越少，更多的是提供批量式、产业化的网络服务，恶意注册人与后续行为的隔断日益加深。可见，由于网络的流动性与“去中心化”，语义原型的作用日益削弱，多维度的语义不断出现，我们无法按照传统路径展开“明知推定”，需要站在新的网络维度作出阐释，鉴于互联网账号恶意注册行为的特点，“明知推定”的跨度要略微大于普通网络服务帮助行为。笔者认为，虽然恶意注册人对他人是否利用虚假账号实施犯罪并不清楚，对不特定法益将遭受侵犯也不确知，但只要其认识到自己违反《网络安全法》实施了注册虚假账号的行为，也认识到该虚假账号将被他人用于不法目的，就可以推定恶意注册人具有帮助他人实施网络犯罪活动的“明知”，这种“推定明知”实质上也是一种放任型“明知”或大概率“明知”。对于如何认定“认识到该虚假账号将被他人用于不法目的”，我们需要首先赋予其查明他人行为性质的义务，之后判断其是否具有查明他人行为性质的机会，最后考察其是否积极查明他人行为性质。若恶意注册人具有查明他人行为性质的义务，且有查明他人行为性质的机会，但没有积极查明，或者虽然积极查明但放任不管的，我们可推定其“认识到该虚假账号将被他人用于不法目的”。对于是否具有查明他人行为性质的机会以及是否积极查明，应当允许恶意注册人提出反证。反证是否足以推翻“明知推定”，可根据社会公众的一般认知，由法官经验

性地作出认定。

## 2.对“犯罪”的理解

行为人明知的对象是“犯罪”，如果说对“明知”涵义的解释尚有原型可资借鉴，可归纳出有限的解释维度，“犯罪”的涵义则包容广泛，犯罪学、刑法学、社会学等视角均能作出不同的解释，这也给互联网账号恶意注册行为的帮助信息网络犯罪活动罪适用带来了充分的解释空间。从应然层面来讲，该罪中的“犯罪”可以指各种不法行为，既包括犯罪行为，也包括违法行为；即包括具体的某项犯罪，也包括概括的犯罪。理由包括：第一，从语义学角度出发，刑法规范中的“犯罪”在不同的条文中可能表现出不同的含义，有广义和狭义之分。如《刑法》第 15 条规定：“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”，这里的“犯罪”是广义上的犯罪，指所有侵犯法益，符合犯罪客观要件的行为。第二，本罪的立法初衷在于处罚危害性更大的网络帮助行为，无需实行行为成立犯罪，若要求狭义犯罪，必然使相当比例的网络帮助行为得不到刑法惩治。如明知他人想借助网络发布招嫖信息而为之提供网络服务与明知他人想借助网络组织卖淫而为之提供网络服务相比，前者虽为行政违法，但借助网络使信息广为传播，导致大量嫖娼行为甚至强奸行为的发生，其危害性甚至比后者更大。或许有人质疑，若采广义的“犯罪”，会引发刑法滥用，进而挤占行政法的行使空间。笔者认为，“情节严重”的构罪要件排除了上述可能，若实行行为违法性较弱，或者在网络工具帮助后并没有产生较大的社会危害性，则不构成犯罪。第三，行政违法行为的犯罪化是网络犯罪立法的趋势，之前单纯实施的被认定为行政违法行为若与网络工具相结合，便质变为犯罪，体现了国家对网络犯罪的严厉态度。非法利用信息网络罪即为典型，根据该罪罪状，利用信息网络发布销售管制刀具信息，情节严重的，被认定为犯罪。帮助信息网络犯罪活动罪亦不例外，利用网络帮助他人实施违法犯罪，情节严重的，也构成犯罪。这两个罪名的共同点在于：网络在犯罪过程中扮演了工具或助手的角色，原本只具有行政违法性的行为借助网络转化成为具有刑事违法性的犯罪。在当前，司法机关仍然对“犯罪”持保守立场，局限于狭义的犯罪。笔者认为，我们可以通过司法解释，进一步明确“犯罪”的含义，将一些侵犯法益，符合犯罪客观要件的行为囊括在内。如《刑法》第 269 条规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照抢劫罪定罪处罚”。对于《刑法》第 269 条，最高人民法院出台《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）予以进一步解释。根据《意见》规定，转化抢劫认定的条件包括“盗窃、诈骗、抢夺接近‘数额较大’标准”，而普通盗窃罪、诈骗罪与抢夺罪的成立必须满足数额较大的标准，可见《刑法》第 269 条规定的“盗窃”、“诈骗”、“抢夺”并非狭义上的犯罪，而是广义的盗窃、诈骗、抢夺行为。对于帮助信息网络犯罪活动罪中的“犯罪”，我们也可以在无需修改立法的情况下，通过司法解释的路径对“犯罪”做扩大解释。

## （二）破坏生产经营罪

互联网账号恶意注册行为呈现出原子化、累积性，与下游的法益侵害较难建立清晰的因果关联，表现为“既无实害结果，又无具体危险”，具有抽象危险犯的特质。但“抽象危险犯的犯罪构成要件行为，是立法者把某些普遍认为是法益具有典型危险性之行为，描述勾勒出来，只要符合犯罪构成要件所描述的行为，就被假设具有危险性”，从某种意义上来说，抽象危险是立法者假设的危

险。在立法阙如的背景下，如何规制具有抽象危险的行为成为棘手的问题。因此，我们必须另辟蹊径，从互联网账号恶意注册行为本身所带来的直接、具体的危害着手，探讨刑法规制路径，破坏生产经营罪是一个较为恰当的选择。

首先，产生于工农业时代的破坏生产经营罪应当在网络时代焕发出新的生机。有论者认为，破坏生产经营罪应谨慎适用，防止其成为网络时代的“口袋罪”，罪状中的“其他方法”必须是毁坏、残害等物理损毁行为，破坏对象必须是现实存在的生产经营工具。此观点值得商榷，进入网络时代以来，互联网不断改变与重塑着我们的生存方式与行为方式，“网络社会在空间和时间结构上已具有一种全新的社会特性，这意味着，我们已经习惯了的，用来思考工业时代的社会生活和行为方式的现代知识范畴和理论体系，面对网络空间的新社会生活和行为方式，已经多少有些显得过时了”。网络时代的诸多生产经营方式已经脱离了物理形式，但其与工业时代具有同质性，都对生产经营形成了实质的妨碍，影响到生产经营者的利益。司法者应当致力于让形成于传统社会的法条在新时代焕发生机，既能打击工农业时代的破坏生产经营行为，又能惩治层出不穷的新型网络犯罪。

其次，互联网账号恶意注册行为确实对相关的网络平台造成了巨大损害，具有较大的法益侵害性。该类行为会使得网络平台的运营陷入混乱，以 12306 网站抢票案为例，黄牛党大量恶意注册账号后，网络被迫升级，采用验证码的方式拦截抢票软件，但不久就被破解，无奈之下 12306 网站再次升级，采用了网民严重的奇葩验证码，使用双向验证，正常营业秩序受到严重干扰。此外，恶意注册的账号占用着服务器资源，产生了冗余数据加大了网络平台的运营成本。一个恶意注册的账号会增加多少成本尚无实证研究，但根据国外 2004 年的数据，针对一个 500 人小公司的调查发现，管理账号密码的成本，一年花费约 11 万美元左右，平均一个用户一年的成本是 220 美元。

最后，我们可以灵活解释破坏生产经营罪的罪状。在内容上，不可拘泥于所谓的规范“原型”或“核心”，应着眼于词义的多重维度，将网络元素、解释目的与刑法条文相融合，提升刑法解释效用。我们应破除对于“破坏”、“其他方法”的单一化理解，将其置于网络情境中加以理解，陆续出现的以破坏生产经营罪惩治刷单炒信的案例已为我们竖立了开创性的标杆。在网络时代，“破坏”不仅包括对生产资料的物理性损害，也包括了对生产经营秩序的妨害或干扰，12306 平台的案例生动地说明，互联网账号恶意注册行为所带来的不止是运营秩序的混乱，还有经济上的巨大损失，网络平台为了维持运营所投入的额外成本，都应当视为对生产经营的破坏。在行为方式上，对刑法所规定的“毁坏机器设备、残害耕畜”应作本质理解，不能因为刑法列举了两类具体的物理性损害方式就将“其他方法”也狭义地理解为物理性损害方式。人类理性具有不可克服的局限性，时代的发展经常会超出立法者的意料，正如网络时代的生产经营方式与工农业时代不同一样，生产经营的破坏方式也是不同的。互联网账号恶意注册人通过批量注册账号，占据了有限的网络平台服务器资源，造成网络平台的混乱以及网络平台为维护正常经营而投入的额外成本，都在生动地诠释着网络时代的新型生产经营破坏方式，我们应以发展的眼光，主动将该类行为定性为破坏生产经营罪。

### （三）侵犯公民个人信息罪

在现阶段没有针对性立法的情况下，若要探寻互联网账号恶意注册行为的

规制路径，需将该行为置于整个黑灰产流程中考察，将具有较大法益侵害性的上游手段行为认定为侵犯公民个人信息罪。

在上游，恶意注册人通过号商获取了虚假的或非法取得的真实身份信息，如虚假或真实的身份证号、联系方式、姓名等。可见，身份信息可分为真实与虚假的，真实身份信息的获取途径包括两种：

第一，在信息所有人不知情的情况下，行为人通过窃取、骗取、非法交易等手段获得真实身份信息，如恶意注册人通过贿赂企业，获得真实的个人信息，这属于典型的侵犯公民个人信息的行为，情节严重的应认定为侵犯公民个人信息罪。

第二，在信息所有人知情的情况下，通过正常交易的方式获得真实身份信息，如黑灰产人员通过给付一定的对价，获得信息所有人的信息使用许可。这种情形愈加常见。或许有人认为，这种信息获取途径是经过信息所有人许可的，并没有侵犯公民个人的信息自由与安全，不构成侵犯公民个人信息罪。笔者不赞同此观点，首先，这种行为虽然获得了信息所有人的许可，但仍具有非法性，其“非法性”来源于主观意图与使用方式的非法，恶意注册人明知自己将利用该真实信息从事违法犯罪活动，仍通过赎买的方式获取所谓的“信息使用权”，这种使用权是无效的，与法律精神不符。根据《网络安全法》的规定，网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。根据《关于加强网络信息保护的决定》的规定，网络服务提供者收集、使用公民个人电子信息，不得违反法律、法规的规定。这说明，仅仅经信息所有人同意并不是充分条件，还必须秉持正当的使用目的，不应违反法律、法规的规定。其次，虽然侵犯公民个人信息罪被规定在“侵犯公民人身权利、民主权利”一章，但其法益并非公民个人的信息自由与安全，而是具有公共性、宏观性的信息与社会安全。从刑法谦抑性角度而言，只有法益具有相当程度的重要性才会受到刑法保护，若法益较轻微，运用民事法律或行政法律规制即可。“伴随着社会信息化程度的提高，公共信息安全问题已经成为影响社会稳定和公共安全的重要因素，只有行为人侵犯多数公民的个人信息及对公共信息安全造成侵害或危险时，才有必要通过刑事手段加以保护”。进入风险社会以来，信息安全的地位不断提升，信息的私人属性愈加淡化，公共属性更加突出，侵犯公民个人信息犯罪不仅严重侵害公民自身的信息安全，而且极易引发各类犯罪，成为网络犯罪及各种新型犯罪的源头，影响人们的安全感，威胁到社会与国家稳定。刑法需要保证信息安全与整个社会的正常运转，将侵犯公民个人信息罪的法益上升为超个人法益也成为了必由之路。值得一提的是，公民自愿出租、出售、出借个人信息的行为，不仅违反了网络相关法规的精神，更是为他人侵犯公民个人信息提供了不可或缺的条件，甚至鼓励、助长了侵犯公民个人信息行为及下游违法犯罪的发生与泛滥。若情节严重，应当根据共犯理论通过侵犯公民个人信息罪或下游罪名予以惩治。情节严重的情形包括多次出租、出售、出借个人信息，后续配合他人进行人脸、指纹等身份核验，做假证包庇黑灰产人员，造成受害人人身伤害或死亡，造成重大经济损失或恶劣社会影响等。

由上可知，恶意注册人即便在征得所有人同意的情况下获取其个人信息，也为下游黑灰产的发展壮大提供了极大便利，对信息和社会安全形成了重大隐患。况且，从侵犯公民个人信息罪的设置意图来看，本罪设立的真正动机不止于打击侵害公民个人信息的行为，而是希望打击关联性犯罪，进而抑制侵犯公

民个人信息下游犯罪的源头。因此，无论是真实个人信息还是虚假个人信息，无论是提供个人信息还是获取个人信息，只要成为下游违法犯罪不可或缺的基础性条件，对信息安全与社会稳定形成巨大威胁，就应当将其纳入犯罪圈。

#### （四）互联网企业账户恶意注册的规制路径

互联网账户包括个人账户与企业账户，由于我国一直以来都更强调对公民个人信息的保护，对企业信息的保护重视不够，目前还没有任何专门的法律条文对企业网络账户进行明确的规定和保护，相关的研究也较少，鲜有切实可行的方案被提出。但是，企业网络账户的恶意注册明显具有更大的危害，下游黑灰产人员通过不法途径拿到恶意注册的企业网络账户后，可以充分利用企业信用实施合同诈骗、集资诈骗、贷款诈骗等犯罪活动，犯罪数额更大，隐蔽性更强，值得动用刑法手段严厉惩治。从恶意注册企业网络账户流程上看，行为人往往先注册皮包公司，然后利用皮包公司注册企业网络账户，最后将注册的企业网络账户出售、提供给下游黑灰产人员。笔者认为，对于不同环节的行为，应加以区分并予以规制：

##### 1. 皮包公司注册行为的规制

注册皮包公司主要是陪同他人办理或由专门公司代办注册一家公司，获得公司营业执照和公司银行对公账户，进而完成对企业互联网账户的注册和认证。在注册皮包公司过程中，行为人的手段行为可能会触犯刑法规定，如果行为人非法获取、出售、提供公民身份证信息，若达到一定数量或情节的要求，构成侵犯公民个人信息罪。如果行为人是通过技术手段入侵计算机信息系统，从而获取公民个人信息，其行为便构成非法获取计算机信息系统数据罪。由于注册公司需要提交自然人股东、法定代表人的身份证等资料，行为人在这一过程中若实施伪造、变造、买卖居民身份证等行为，则构成伪造、变造、买卖居民身份证罪。如果行为人在申请设立公司的活动中使用伪造、变造的或者盗用他人的身份证，情节严重的，将构成使用虚假身份证件、盗用身份证件罪。如果行为人在取得他人同意的基础上，利用他人的身份信息完成公司注册，即便其在非法目的的指引下注册的是皮包公司，根据罪刑法定原则，也不构成犯罪。我们可以利用行政手段防止皮包公司的出现，在公司登记注册环节，行政部门可加强监管，如要求申请人提供足够的材料以证明其真实经营意图。在公司登记注册后，行政部门也应建立健全巡查机制，定期或不定期对公司运营情况进行调查，根据《公司登记管理条例》第 67 条规定，公司成立后无正当理由超过 6 个月未开业的，或者开业后自行停业连续 6 个月以上的，可以由公司登记机关吊销营业执照。此外，市场监督管理部门、税务部门、银行之间可以建立信息共享平台，对未按规定报送年度报告、未依法申报纳税以及银行账户资金往来异常的企业重点关注，加大对可疑企业的检查力度。

##### 2. 互联网企业账户恶意注册行为的规制

对于狭义的恶意注册而言，由于其手段行为的非法性，行为人在注册过程中可能涉嫌伪造、买卖国家机关公文、证件、印章罪、侵犯公民个人信息罪，伪造、买卖公民身份证件罪等，我们可以通过对不法手段行为的刑法惩治，达到规制狭义恶意注册行为的目的。对于广义的恶意注册，虽然其注册目的并非自用，而是提供给下游黑灰产人员从事违法犯罪，但其手段行为的正当性阻碍了我们运用刑法打击此类行为的尝试。对此，笔者认为，若行为人恶意注册的企业互联网账号达到一定数量，就视为“情节严重”，可构成帮助信息网络犯罪

活动罪，其中“明知”与“犯罪”的认定可参照帮助信息网络犯罪活动罪中“明知”与“犯罪”的认定路径。前文已述，侵犯公民个人信息罪设立的深层用意在于通过打击侵害公民个人信息的行为，规制关联犯罪，进而维护整个社会的信息安全。因此，侵犯公民个人信息罪或许可成为规制广义恶意注册行为的另一条路径，但难点在于企业人格区别于自然人格，企业网络账户亦不同于个人网络账户，按照文义解释，侵犯公民个人信息罪无法涵盖恶意注册企业网络账户的行为。为了恪守罪刑法定原则，我们可以通过立法增设“侵犯企业信息罪”，全方位提升对企业信息的保护。

# 新冠疫情下的生物安全保障措施与中国因应研究

柯欢怡<sup>1</sup>

**摘要：**传统国际法对生物安全的保护存在一些问题。首先较为碎片化，将转基因保护于广义生物安全保护割裂开来。其次生物多样性保护仍是国际法上生物安全保护的主要内容。最后是生物安全保障于贸易规则之间的冲突亟待解决。新冠疫情揭示了推进国际生物安全的重要性。我国通过全面禁食野生动物的决定具有重要创新意义，但同时，防疫制度的改革也需关注，可以建立生物病原体制度。再国际法层面，中国应积极推进扩展生物安全内涵，推动发展中国家间合作。

**关键词：**生物安全；检验检疫；野生动物保护；WTO 规则

**Abstract:** From the perspective of international law, the biosafety protection is not suitable any more. First of all, it is fragmented. Secondly, biodiversity protection is still the main content of biosafety protection. Finally, the conflict between biosafety protection and trade rules needs to be solved. The new outbreak reveals the importance of promoting international biosafety. China's decision to ban wild animals eating in an all-round way is of great innovative significance, but at the same time, the reform of epidemic prevention system also needs attention.

**Keywords:** Biosafety; Inspection and Quarantine; Wild Animal Protection; WTO rules

## 一、问题的提出

生物资源利用及消费一直以来是国际贸易的重要内容，据估计出自野生生物产品的国际贸易每年约合 100 亿美元<sup>2</sup>。但在生物资源利用的同时，也会带来一系列问题，包括生物多样性保护、转基因生物问题、野生动植物疫病等。经济全球化促使了源自于野生动物体内的病菌得以随着贸易及人员流动，以前所未有的速度传播。近期埃博拉病毒和新冠疫情使得人们更加关注这一问题。我国也将生物安全纳入国家安全。

目前对生物安全的定义主要有广义和狭义的两个层面。早期主要对生物安全做狭义的定义，认为其指的是对生物技术引发的各类风险防范，主要关注转基因技术的风险防范（万霞 2003；柯坚 2000），但目前有越来越多的观点提出对生物安全做更为广泛的定义，认为生物安全应包含生态系统的平衡、生物及人类的正常生存和健康等（马忠良、吴凌梓 2020）。从目前的现状看，源于动物体内的病菌对人类社会的现实危害已经远超前于转基因技术，因而，本文以广义的生物安全定义为出发点，认为生物安全不应仅包含转基因技术，还应包含利用动植物产品的安全，并以此为预设展开论述。

国内对生物安全所做的研究主要集中于以下几个层面。首先是关于我国国内立法的生物安全保护原则问题，提倡风险预防原则，并将其作为制定具体保护制度的执导原则，建立事先预防模式（秦天宝 2020；张志勋、郑小波 2010；任颖 2020）。其次是关注于我国的生物安全立法缺陷以及具体制度的改革方向（高德胜、周笑宇 2020；于文轩、王灿发 2005）。第三层面是关注生物安全总概念下一个具体的生物安全问题，例如转基因技术问题、生物入侵问题（于文轩 2020）或生物武器问题（薛杨、俞晗之 2020）。以上研究从生物安全保护的

<sup>1</sup> 浙江财经大学法学院 2019 级国际法专业硕士研究生

<sup>2</sup> 林灿铃、吴汶燕. 国际环境法[M], 北京: 科学出版社, 2018:19.

原则到具体规则的大致建构，再到具体生物安全问题的应对策略，基本上已经为我国的生物安全保护的构建了法律框架。但一个问题在于，以上的生物安全问题考察均基于我国国内法视角，而有关生物安全的国际法规则仅仅是作为一个比较或学习样本。在全球化背景下，生物安全问题不再是一个国家的问题，而是与其他国家的行为息息相关，此次新冠疫情在全球的蔓延也证明了这一点。因而，考虑生物安全问题不应仅仅局限于国内法视角，而应在完善国内法的基础上，建立各国共同应对生物安全问题的法律机制。此外，以上研究未涉及的另一问题是，如何对利用野生动物所导致的人畜共患疾病进行防范。按照广义的生物安全定义，该问题也涵盖在生物安全下。结合以上两点，本文将从国际法视角出发，对目前国际法上有关生物安全的国际规则进行梳理，以中国的实践为蓝本，寻求在生物安全问题，特别是未知的人畜共患疾病上的国际合作法律路径。

## 二、疫情时代下的生物安全概念

对生物安全的定义主要有广义和狭义的两个层面。早期主要对生物安全做狭义的定义，认为其指的是对生物技术引发的各类风险防范，主要关注转基因技术的风险防范（万霞 2003；柯坚 2000），《卡特赫纳生物安全议定书》就采取了这一狭义的定义方式，规定确保针对转基因生物采取充分保护措施。但目前有越来越多的观点提出对生物安全做更为广泛的定义，认为生物安全应包含生态系统的平衡、生物及人类的正常生存和健康等（马忠良、吴凌梓 2020）；联合国粮农组织就对生物安全就采取了这一广义的定义方式，规定生物安全应当包括食品安全、动物健康和动物安全（animal life and health）以及植物健康和动物安全（plant health and life）；这一定义囊括了转基因生物安全、传染病、外来生物入侵等诸多生物安全议题<sup>1</sup>。各国国内法层面对生物安全的定义也有诸多不同；《俄罗斯生物安全法》草案规定了需要采取措施的六类生物风险，其中包括了病原体风险、传染病以及寄生虫风险、生物武器及恐怖袭击风险等。可以看到该草案对生物安全的定义已经远超出单纯的转基因技术安全<sup>2</sup>。

从以上各类生物安全定义来看，生物安全内涵具有扩大化趋势，其内容已经不仅仅局限于狭义的转基因生物技术安全。此次新冠疫情爆发更加凸显出病原体以及传染病传播风险，其现实危害已经远超出转基因技术。因而，本文认为对生物安全的定义应采广义，将生物安全作为一个针对各类生物风险而采取不同措施的综合概念。其中与此次疫情相关的包括生物资源保护、人畜共患疾病风险以及食品安全。

## 三、疫情下的生物安全保障方式

目前人类对生物资源的利用遵循着获取、流通再到生产加工的路径，具体见图 1。

<sup>1</sup> United Nations Food and Agriculture Organization, *Committee of Agriculture, Biosecurity in Food and Agriculture*, Seventeenth Session, Document No.COAG 2003//9(Rome 31 Mar.-4 Apr.2003).

<sup>2</sup> 宋琪,丁陈君,陈方.俄罗斯生物安全法律法规体系建设简析[J].世界科技研究与发展,2020,42(03):288-297.



图一

通过在这几个不同环节加以控制达到保障生物安全的目标，这些控制手段就是生物安全保障或者说生物安全保障方式。在国际法上涉及生物安全保障的条约主要有《保护野生迁徙动物物种公约》、《濒危野生动植物物种国际贸易公约》、《生物多样性公约》等。这些公约规定了种类繁多的生物安全保障措施，这些措施可分为两大类，一类是直接旨在保护生物安全的措施，主要是控制获取环节。第二类是通过间接方式对生物安全进行保护。除了国际法外，生物安全保护还会涉及国内法的有关内容，但在国际生物安全保护上，国内法产生的主要是间接影响。

### （一）生物安全保障的直接措施

在国际法上生物安全的直接保护措施主要关注于生物多样性的保护，其具体的措施包括：禁止某些特定物种的捕猎，例如《保护野生迁徙动物物种公约》中规定禁止对公约清单内的迁徙物种进行猎捕。又如《国际捕鲸管制公约》禁止商业捕鲸等；设定保护区，《国际鸟类保护公约》规定鼓励缔约方设立水陆保护区；禁止某种捕猎方法，《禁止在南太平洋使用长漂渔网捕鱼公约》规定禁止缔约方以这种方式捕鱼<sup>1</sup>。

### （二）生物安全保障的间接措施

除了直接规定国家对于生物安全保护的义务以外，国际法和国内法还会通过在生物产品的流通和生产上施加一定的限制以间接的达到维护生物安全的目的。主要有以下几种制度：

#### 1. 许可证制度

《濒危野生动植物物种国际贸易公约》规定了许可证制度（以下简称许可证制度）。许可证制度的主要内容是对附件所列清单内的动植物物种贸易施加一定的限制，包括进出口许可证和有关说明书。只有达到相应条件，才可获得许可证或说明书以进行野生动植物贸易。这些条件规定在《濒危野生动植物物种国际贸易公约》第 3、4、5、6 条。主要包括符合进口或出口国有关保护野生动植物的法规，不会危害野生动物生存，妥善装运等。

#### 2. 边境措施

例如 AIA 程序，AIA 程序是《卡塔赫纳生物安全议定书》特别为转基因生物制定的贸易机制，主要用于防范转基因生物的风险，其主要内容是规定公约成员方在决定进口转基因生物前，可以向该生物出口商索要资料以及进行风险评估，并基于风险评估结果作出批准、禁止或限制进口的决定。除了国际条约外，一国国内法也有可能对外国生物产品采取边境措施，再例如美国《公共卫生安全和生物恐怖防范应对法》就授予美国食品药品监督管理局（FDA）

<sup>1</sup> 同上注。

扣留可能对人类或动物健康造成严重不利影响或死亡威胁的进口生物及产品<sup>1</sup>。

### 3. 标识制度

标识制度是在生物安全领域常见的一种制度。通常用于识别含有转基因生物成分的产品。在动物福利领域也有应用。标识可分为强制标识和自愿标识。强制标识是应相关法律法规的规定，而自愿标识是生产企业和出口商在其产品上自愿添加的<sup>2</sup>。

### 4. 防疫制度

检疫制度主要被用于防止动物间、植物间以及动植物与人类间的疾病传播。我国与检疫相关的法律有《动物防疫法》、《传染病防治法》、《农产品质量安全法》、《进出口商品检验法》、《进出境动植物检疫法》等，而在 WTO 体系内有 SPS 协定对各国的检疫措施进行调整。

## （三）现有生物安全保障措施特点

从上文的简单介绍中可以看出，生物安全的涵盖范围广泛，针对生物安全的保障措施也较为多样，但考察这些生物安全保护措施，可以发现以下特点。

### 1. 转基因生物安全是国际法上生物安全的主要内涵

虽然已有学者提出，生物安全的内涵十分广阔，但相关国际条约仅将现代生物技术对生物多样性和人类以及动植物健康的不利影响作为生物安全维护的主要内容。在此基础上，转基因技术安全从广义的生物安全保护体制中脱离开来，作为一个单独的领域加以保护。

### 2. 总体上以生物资源维护为出发点

无论是《保护野生动物物种公约》还是《濒危物种国际贸易公约》，其主要目标都是保护生物资源，如《濒危物种贸易公约》的序言中就指出该公约旨在“保护某些野生动物和植物物种不致由于国际贸易而遭到过度开发利用”。以这一目标为出发点导致生物安全的保护措施仅针对部分物种，例如禁止捕猎就并非禁止所有野生动物的捕猎，而是仅针对濒危的野生动物。虽然《生物安全议定书》已注意到生物资源的利用行为对人类自身可能造成的威胁，但该议定书仅将视野局限在转基因生物上。因而总体上来说国际法领域对生物安全的规制还是集中于对生态平衡和物种多样性的维护上。

### 3. 以清单保护和分级保护为基础

目前国际法上生物资源的保护主要是通过开列清单或分级保护的方式。这两种保护的最重要特点就是仅仅只能涉及某些物种，而不能涉及全部野生物种。这种现象一是由于国际条约大多将生物多样性保护作为条约制定背后的政策目标，二是由于过去功利主义的生物安全立法思想影响。为了保护生物资源，条约必定会开列清单或对野生生物进行分级，将那些暂时不存在灭绝威胁或数量减少威胁的生物与濒危野生生物区分开来。其次，在一段时间内，功利主义思想曾在生物资源相关条约的制定中发挥着重要影响，例如 1902 年就曾出台过《保护农业益鸟公约》，只保护在农业上对人类有帮助的鸟类而排斥“害鸟”<sup>3</sup>。这种功利主义的特征在 20 世纪 50 年代后逐渐减弱，但动物为人类服务这一思想的影响仍然存在，对生物资源的保存也并非从动物福利出发，从而导

<sup>1</sup> 马忠法, 吴凌梓. “一带一路”倡议下我国生物安全问题的法律应对——以非洲猪瘟事件为视角[J]. 国际商务研究. 2020(3):61.

<sup>2</sup> 郭桂环. WTO 体制下的动物福利与贸易自由[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2014.21.

<sup>3</sup> 同注 1.

致对动物及植物进行分类的情况存在。

#### 4. 生物安全保障的间接措施与贸易紧密相关

目前生物安全保障的间接措施主要是通过对生物产品的流通环节进行监管以及减少某类生物产品的流通实现的。从国际法角度看，对生物产品的国际流通进行监管或施加限制，势必会涉及与国际贸易法的兼容性问题。同时由于这些间接措施大多以各国国内法的方式实现，因而在这一问题上也会大量牵扯到一国国内法的问题。从实践上看 WTO 争端解决机构已处理过多起与生物安全相关的案件<sup>1</sup>，这显示出生物安全间接保护措施与国际贸易法之间存在一定的冲突。

#### 5. 重事后控制而非事前预防

风险预防原则是国际环境法的重要原则，但相较于气候变化保护领域，生物安全保护领域的风险预防原则体现的并不十分明显。《联合国气候变化框架公约》签订于 1992 年，此时气候变化的影响并未完全显现。与之相比，各项生物安全措施基本上是在已经发生生物安全威胁之后所做的应对之策，滞后于生物安全威胁发生时间。从生物安全直接措施来说，生物灭绝早已开始，17 世纪到 20 世纪的 300 年间，地球上的鸟类和兽类物种已灭绝了 103 种<sup>2</sup>。但自 20 世纪 70 年代起，国际主流社会才开始逐渐采取措施，维护生态多样性。从生物安全的间接措施来说，由于其可能构成潜在的贸易壁垒，因而其措施的采取更为审慎。例如边境检疫措施只针对已经爆发疫情的疾病，SPS 协定也规定，该类措施需要在“必要限度内”，且需根据“科学原理”。这种事后控制模式导致边境检疫无法涵盖诸如“新冠”、“埃博拉”等潜在的人畜共患疾病，使得疫情爆发前期，检疫对这类疾病的全球蔓延无能为力。

总结以上特点分析，可以看到在国际法层面对生物安全的规制还存在一定缺漏之处。首先是涵盖范围不够广泛。生物安全是一个广泛概念，随着人类对生物资源的利用程度不断加深，越来越多的生物风险需要纳入到生物安全概念下进行防范，而目前国际法上的生物安全的概念仅仅限于转基因技术，并且在保护物种上只限于清单内生物，清单外生物的生物安全防护问题处于法律的空白状态。其次是事后防护模式未能有效的抵御生物资源的利用风险。如前文所述，检疫体系只针对已爆发过的传染病，对潜在的疾病无能为力，但过于严格的边境措施或技术标准又可能与国际贸易规则相冲突，因而在这一方面的国际法保护力度不强。新冠疫情爆发以后，我国通过了全面禁食野生动物的决定<sup>3</sup>，这一举措在国际法上也具有一定的价值，在一定程度上弥补这两大缺漏之处。

## 四、我国在生物安全保障直接措施上的创新及世界意义

新冠疫情爆发后，我国通过了全面禁食野生动物的决定，这种做法不仅完善了我国国内的生物安全保护体系，且在国际法上也具有重要意义。

### （一）新冠疫情前我国的生物安全保护实践

我国目前尚未有统一的生物安全保护法。新冠疫情发生前，我国针对生物安全的内容做了不同规定，由于已有诸多转基因技术安全的论述，再次不

<sup>1</sup> 例如美国海虾/海龟案、美国加拿大金枪鱼案等

<sup>2</sup> 百度百科，<https://baike.baidu.com/item/物种灭绝/1526491?fr=aladdin>，访问时间：2020 年 6 月 29 日。

<sup>3</sup> 2020 年 2 月 24 日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过《全国人大常委会关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人民群众生命健康安全的决定》。

再赘言；除转基因技术安全的规定外，我国立法关注两个方面的生物安全问题，一是生态多样性保护，主要的法律规定是《野生动物保护法》；二是动植物及人类的检疫和防疫，主要的法律规定是《动物防疫法》、《进出口动植物检疫法》等。以下从这两个方面分析我国的生物安全保护实践。

### 1. 野生动物保护

从总体上看，我国野生动物保护体系与国际法上的生物安全保障直接措施具有一致性。两者在立法目的上均是为了维护生态平衡，保护生物资源<sup>1</sup>；在方法上都选择分级清单保护和事后保护模式<sup>2</sup>。不同之处在于，国际法上的生物安全保障措施的依据是国际条约，为避免过多干预一国国内政策，其保障措施通常较为笼统且依靠国家对条约义务的履行得以执行。而国内法由于国家强制力后盾，因而具有较强的执行力，同时由于主权域内的最高属性，可以对生物安全保障直接措施做更为详尽的规定。《野生动物保护法》不仅在获取环节做了规定，流通和生产环节的规定也十分详细，详见表 1。

表 1. 野生动物保护的详细规定

动物类别		国家重点保护野生动物	非国家重点保护野生动物
管控环节			
获取	捕猎	原则上禁止捕猎	持有狩猎证狩猎
	人工繁育	允许科研目的的人工繁育	未加以限制
流通		原则上禁止流通	有条件流通
生产		禁止生产使用	有条件可生产使用

结合上表，从具体措施的角度看，我国对国家重点保护野生动物的利用所做的规定较为严格，基本上实现全流程的禁止利用。但值得注意的是，野生动物保护法正对这一类动物做了例外诸多例外规定，特别是允许了以科研为目的的人工繁育和流通。而针对非国家重点保护的野生动物，《野生动物保护法》大致采取了允许利用的取向，设置的限制较少。这种法律上的例外和空白之处，使得对野生动物的利用（包括食用、再次加工等）处于没有体系化法律规制的原生状态。

### 2. 传染病防控

利用野生动物造成传染病在动物和人类间传播也是重要生物风险之一。传染病可分为人类传染病、动植物传染病以及人畜共患传染病。我国法律针对这几类不同的传染病，有不同的防控体系。从国际法的角度看，针对人类传染病的主要防控规则主要规定在《传染病防治法》和《国境卫生检疫法》中；针对跨国动物传染病以及人畜共患传染病的防控主要规定在《进出口动植物检疫法》。这几类我国针对这几类传染病的防控存在细微的差别，详见表 2。

表 2. 我国的传染病防疫体系

	人类传染病防治	动植物防疫（境内）	动植物防疫（境外）	进出口产品检验
针对对象	人类传染病 <sup>3</sup>	动物传染病、人畜共患疾病 <sup>1</sup>	动物传染病为主，少量包含人畜共患	产品性能 <sup>3</sup>

<sup>1</sup> 见《中华人民共和国野生动物保护法》，第一条。

<sup>2</sup> 见《中华人民共和国野生动物保护法》，第十条。

<sup>3</sup> 见《传染病防治法》第 3 条。

			疾病 <sup>2</sup>	
控制措施	国境卫生检疫	动植物检疫	国境动物植物检疫	产品检验
主管部门	国务院卫生主管部门	国务院农业主管部门	国务院卫生主管部门	进出口商品检验部门

根据上表可以看出，我国对不同传染病由不同的部门管理，卫生主管部门、农业主管部门、商检部门都有可能参与到传染病防控中。由于我国的各类检验检疫均需相应主管部门制定特定检验检疫名录<sup>4</sup>，不同的主管部门所制定的名录存在一些不同，而存在诸多交叉但又存在不同的名录。例如《传染病防治法》中的人类传染病包括鼠疫、传染性非典型肺炎、艾滋病等这些传染病的病原体也存在于动物中。《进境动物疫病名录》则重点关注动物疫病但同时又将高致病性禽流感、埃博拉出血热和新城疫、口蹄疫等动物类传染病一起列为检疫对象。境内动植物防疫则特别出台了《人畜共患传染病目录》，将牛海绵状脑病、高致病性禽流感、狂犬病、炭疽、布鲁氏菌病、弓形虫病等一系列传染病和寄生虫病纳入检疫范围，但为包括埃博拉、传染性非典型肺炎、艾滋病等源自于动物体内病原体的传染病。同时以上几个名录都未将最近的新型冠状肺炎病毒纳入其中。这导致从检疫的角度看，存在某些疾病反复检疫而某些疾病无法检疫的显象。同时可以看到所列名录中的传染病均是曾经爆发过大规模传染的疾病，而某些新型病毒则未纳入其中。这种复杂而碎片化的名录管理方式和事后控制的理念，使得一些源自于动物体内的病毒，因为不会导致动物染病而通过动物检疫在国内传播，引发人类疾病。

## （二）新冠疫情新背景下的生物安全

从上述国内以及国际的生物安全保障制度分析中可以看出，生物安全保障存在一定的缺漏以及碎片化之处。而此次新冠疫情揭露了生物安全保护的新内涵。针对新形势下的生物安全保护，传统生物安全保护的体系由于其以上所述种种缺陷而难以发挥作用，而近期我国在生物安全保障上的创新对于世界生物安全保护具有借鉴意义。但同时我国边境检验检疫措施对生物安全保护而言具有一定的不足之处，可以在遵守世界贸易规则的基础上进行进一步创新。

### 1. 生物安全内涵拓展

早在新冠疫情发生前，源自于动物体内的病原体就已经在全球范围内造成了多种人类传染疾病。例如艾滋病最初源自于非洲，经非洲与美国的航线被带到美国。有学说认为，艾滋病病毒是经变异而形成的。最初这些病毒存在于灵长类生物体内，这种病毒不会使得灵长类生物致病，但经变异后却能传染至人类身上，让人患上艾滋病。上世纪二十年代的非洲乃至如今，非洲当地都保留有捕杀猩猩作为食物的习惯，还有些部落会将黑猩猩的血液注射入体内以增强体质，在这过程中的血液接触最终使得艾滋病在人类社会蔓延，非洲更是成为艾滋病的重要疫区。除艾滋病病毒以外，猴子及猩猩等野生非人灵长类动物以

<sup>1</sup> 见《动物防疫法》第四条，《农业部公告第 1149 号——人畜共患传染病名录》。

<sup>3</sup> 见《进出口商品检验法》，第 4 条。

<sup>2</sup> 见《进境动物检疫疫病名录》

<sup>4</sup> 参见《国境卫生检疫法》第 3 条、《进出境动物检疫法》第 3 条、《动物防疫法》第 4 条以及《进出口商品检验法》第 4 条。

及其他动物也有可能是埃博拉病毒的自然宿主。有报道称菲律宾出口的猴子多次查出 EBOV，但没有发现发病。2003 年 8 月刚果（布）卫生健康部的调查也表明，野外黑猩猩、野猪体内可查到 EBOV。研究表明，新冠肺炎病毒以及非典型肺炎病毒的宿主也有可能是蝙蝠、穿山甲以及果子狸等野生动物<sup>1</sup>，该病毒不仅可以在动物间传播，同时还可以通过食用等途径传染给人类。

以上现象揭示了一个基本事实，即人类利用野生动物所造成的风险，不仅仅局限于转基因技术风险以及生物多样性风险。生物病原体风险已成为一个重要的生物风险之一。对于发展中国家来说，转基因技术发展较慢、对生物资源的利用更多是以野生动物捕猎、养殖以及食用和加工野生动物制品为主。生物病原体风险，在发展中国家显然已取代转基因风险成为首要的生物安全风险。同时，这种生物风险并不仅仅局限于发展中国家，其在全球范围内具有重要影响。随着全球化进程的不断加深，绝大部分国家并不孤立于世界而存在。源自于发展中国家的生物病原体会随着各国人员、货物的流动而在全世界蔓延。因而，生物病原体风险问题不仅关乎发展中国家，更关乎世界。生物安全的内涵已不能局限于传统领域等，而应更多的关注生物利用安全。

## 2.防疫体系的挑战及其与国际贸易规则的兼容性

如前文所述我国国内现存的防疫体系是以复杂而碎片化的名录管理方式和事后控制的理念为主的，这种防疫体制已经无法满足新的生物安全防护态势需要。从国际法角度看，我国的边境生物安全措施尤为如此。在新的生物安全形势下，除了转基因生物，生物入侵等问题外，生物病原体的输入也成为重要的生物安全问题。但我国的边境生物安全措施从动物检疫上来说，仍关注于动物传染病领域，而对人畜共患疾病关注较少。新冠疫情以及此前的埃博拉疫情显示，传统的人类传染病、动物传染病的严格界限已经被打破。野生动物体内含有大量会导致人类感染的病原体，且不断会有新型变异病原体出现，导致大规模的疾病爆发。因而，传统名录模式已经不可取，同时各部门分散管理的模式也无法有效防控疫情向我国境内传播。应当统筹原有的边境检验检疫措施，建立以生物安全保障为目标的边境生物安全保障措施。

但在这一边境保障措施建立过程中，应当考虑到与国际贸易规则的兼容性问题。生物安全边境保障措施是一种生物安全间接保障措施，因而其与世界贸易规则存在紧密的关系，可能存在一些冲突之处。目前世界贸易的主要规则是 WTO 贸易体系，该体系下有关生物安全边境保障措施的主要是《SPS 协定》以及《TBT 协定》。由于此前自由贸易理念占据主流，因而这些协定的主要关切在于如何防止必要的国内检疫检验措施和技术标准成为非关税壁垒。WTO 涉及生物安全的规则如下表 3。

表 3.WTO 涉及生物安全规则表

相关条款或协议	主要内容
<b>GATT20 条</b>	规定为了保护“人类、动物或植物的生命或健康”或为了保护“可耗竭自然资源”，可以突破国民待遇限制
<b>SPS 协定</b>	确认每个成员国都有权利采取措施保护人类、动物、植物健康；但规定必须在“必要程度”内且有“充分科学证据”
<b>TBT 协定</b>	允许成员方设置技术标准，但要在非歧视基础上实施且具有透明度

<sup>1</sup> 《优先研究领域：追溯新型冠状病毒的起源》，[https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_6149086](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_6149086)，访问时间：2020 年 7 月 5 日。

根据上表可以得出，由于 SPS 协定要求动植物检疫措施在必要程度内且有充分证据，将预防原则适用于检疫体系可能与 WTO 规则不符。但 TBT 协定赋予了一国政府制定技术规章的较大自由度，因而可以以技术规章的方式对进口生物产品进行管控。

## 五、我国的创新和进一步策略

从以上问题出发，笔者认为，从国际法角度看，我国在生物安全保护领域有所创新，但仍可以进一步在国内和国际两个层面推进生物安全保护。

### （一）我国的生物安全保护创新

2020 年 2 月 24 日，十三届全国人大常委会第十六次会议通过了《全国人大常委会关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人民群众生命健康安全的决定》（以下简称决定）。该决定具有重大的创新意义，具体来说，其对生物安全的创新体现在以下几个方面。

#### 1.打破以生态资源保护为导向的传统保护理念

如上节分析所述，无论是国际法还是我国国内法均以生态多样性保护作为生物安全保护的主要内容，以转基因技术安全做为狭义的生物安全进行保护。这种保护关注野生动物的濒危性，目的在于维护生物资源。这种理念已不适应当前的生物安全形势。与之相比，《决定》规定明确将保障人民群众生命健康安全纳入了立法目标之一，这一措施打破了传统的保护生物资源的理念。

#### 2.从名录列举式保护向全物种保护转变

《决定》规定全面禁止食用“有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物”以及其他陆生野生动物，包括人工饲养的野生动物。以上规定中的“三有动物”以及其他陆生野生动物已经囊括了我国所有陆生野生动物范围，这意味着所有陆生野生动物均在该规定范围下。这种方式与此前的清单或分级式的部分保护不同，实现了全物种的生物安全保护转变。

#### 3.弥补了野生动物保护法和防疫法中的部分法律漏洞

我国的野生动物保法和动物防疫法都不是完整的生物安全防护体系。即使从两部法律的本身的立法目的出发来看，也存在一些缺陷。例如前文所述，即使从保护野生动物的目的出发，由于《野生动物保护法》在原则上规定禁止捕猎和流通以外还是有诸多例外规定，这些例外规定的存在使得野生动物的违法使用成为可能。而《决定》的规定完全禁止了对野生动物的食用性利用，对我国生物安全法的完善具有重要意义。

#### 4.一定程度上是一种事先预防尝试

《决定》以全种类野生动物防护代替原先的清单分级防护，不仅扩展了生物安全的防护种类，一定程度也可视为是一种防护模式的转变。清单分级防护体现的是事后防护行为，无论是濒危野生动物清单还是传染病清单，其列举根据都是目前一存在的现状。而全种类防护从一开始就断绝了将来发生生物安全风险的可能性，因而从这一角度理解，决定可以作为一种事先预防的机制。

但应当注意到，《决定》属于“有关法律问题的决定”这一立法分类，是为了应对突发事件特别决定的<sup>1</sup>，同时完全禁食所有陆生野生动物的“一刀切”模式虽然较为全面有效但仍需要一定的规则回调。因而有必要就该项措施及未尽事宜做进一步的规范。

<sup>1</sup> 于鲁平.全面禁食野生动物的法律解读及相关产业的风险应对建议[J].环境保护,2020(6):31-35.

## （二）我国的进一步策略

### 1. 推动扩展生物安全定义

目前在国际法领域，生物安全仍然是指狭义的转基因生物安全。而我国国内已有扩大生物安全定义的趋势。如前所述目前的生物安全形势下，生物病原体风险已经是重要的生物风险之一。为此因扩展生物安全的定义。将转基因技术，生态多样性已经生物病原体防护统一纳入到生物安全的体系下。从国内法的层面来说，应通过生物安全法，建立专门生物安全主管机关，将原本分属于卫生主管机关、农业主管机关等多个部门的生物安全管理权限统一归纳到统一的生物安全主管机关下。同时，应改革目前各种名录并行存在的情况，由生物安全主管部门制定野生动物保护名录、转基因生物名录和生物病原体名录。在国际层面，应通过缔结协议，非政府组织活动等途径，推动扩展生物安全内涵，实现生物安全制度体系化。

### 2. 建立符合 WTO 规定的生物安全边境措施制度

目前我国边境检疫体制主要针对动物性疾病，这一体制从其自身而言存在检疫范围狭小的缺陷；从与 WTO 体系规则的兼容性角度看，SPS 协定对检疫措施所做的规定较为严格。因而对于活体野生动物进出口，可以仿照转基因生物风险防范措施，建立 AIA 程序。而针对野生动物制成品而言，可以出台相应的技术标准，要求其满足生物安全防范的要求。

### 3. 推动发展中国家生物安全防护合作

在完善我国国内生物安全保护法以及建立边境生物安全措施的基础上。可以推进发展中国家之间的合作，推进发展中国家间的信息交流和生物安全执法措施，建立发展中国家之间的生物安全预警机制。

## 六、结语

此次新冠疫情显示，目前的全球生物安全防护已经到达一个全新的层面，传统国际法对生物安全的保护存在一些问题。首先较为碎片化，将转基因保护于广义生物安全保护割裂开来。其次生物多样性保护仍是国际法上生物安全保护的主要内容。最后是生物安全保障于贸易规则之间的冲突亟待解决。新冠疫情揭示了推进国际生物安全的重要性。我国通过全面禁食野生动物的决定具有重要创新意义，但同时，防疫制度的改革也需关注，可以建立生物病原体 AIA 制度。再国际法层面，中国应积极推进扩展生物安全内涵，推动发展中国家间合作。

## 参考文献

- [1]孙法柏等. 国际环境法基本理论专题研究. [M].对外经济贸易大学出版社.2013.
- [2]李居迁. WTO 贸易与环境法律问题. [M].知识产权出版社.2012:47.
- [3]郭桂环. WTO 体制下的动物福利与贸易自由. [M].中国政法大学出版社.2014.
- [4]林灿铃、吴汶燕. 国际环境法. [M]. 科学出版社.2019.
- [5]马忠法,吴凌梓.“一带一路”倡议下我国生物安全问题的法律应对——以非洲猪瘟事件为视角[J].国际商务研究, 2020, 3:55-66
- [6]秦天宝. 《生物安全法》的立法定位及其展开 [J]. 社会科学辑刊,2020,3(248):134-147
- [7]任颖.从“后果控制”到“风险规制”:公共卫生事件法律应对模式转型[J].中南民

- 族大学学报, 2020, 40(3):174-180
- [8]于文轩,王灿发.国外生物安全立法及对中国立法的思考[J].环境法论坛,2005,4: 98-104
- [9]高德胜,周笑宇.美国《国家生物安全防御战略》文本解读及其对我国生物安全建设的启示[J].求是学刊,2020,2:14-22
- [10]薛杨,俞晗之.前沿生物技术发展的安全威胁:应对与展望[J].国际安全研究, 2020, 4:136-160
- [11]万霞.生物安全的国际法律管制——《卡塔赫纳生物安全议定书》的视角[J].外交学院学报,2003,1:68-74
- [12]王灿发,于文轩.生物安全的国际法原则[J].现代法学,2003,25(4):128-139
- [13]熊立文,李江华,李丹.我国肉与肉制品法规体系和标准体系现状[J].肉类研究, 2011, 25(5):46-53.
- [14]柯坚.我国生物安全立法问题探讨[J].中国环境管理.2000,1:12-14.
- [15]于鲁平.全面禁食野生动物的法律解读及相关产业的风险应对建议[J].Environmental Protection, Vol. 48 No.06 2020,31-35.
- [16]于文轩.生物安全语境下生物入侵的法制因应.社会科学辑[J],2020,3(248):148-153
- [17]翟巍.生物安全法治视野下动物次生品的界分与规制[J].中国政法大学学报 2020,3: 173-185.
- [18]于文轩.生物安全保障的法治原则与实现路径[J].探索与争鸣,2020,4:161-166.
- [19]王子灿.论生物安全法的基本原则与基本制度[J].法学评论,2006,2:147-154.
- [20]张志勋,郑小波.论风险预防原则在我国环境法中的适用及完善[J].江西社会科学, 2010,10:176-180.
- [21]United Nations Food and Agriculture Organization,Committee of Agriculture,Biosecurity in Food and Agriculture,Seventeenth Session,Document No.COAG 2003//9(Rome 31 Mar.-4 Apr.2003).
- [22]宋琪,丁陈君,陈方.俄罗斯生物安全法律法规体系建设简析[J].世界科技研究与发展,2020,42(03):288-297.

## 新时代全面打造《国际公法》全英文一流课程研究\*

李子瑾

**摘要：**卓越法治人才教育培养计划 2.0 新时代对高等法学教育提出更高标准和更严要求，为解决当前我国国际公法课程存在的“重理论轻实践”、“重历史轻现实”、“内外交流渠道缺乏”、“关起门来搭台唱戏”等问题，本课题组持续推进教学改革，提出全面打造国际公法全英文一流课程。通过将实践教学、协同育人、网络建设和开放培养等环节有机融为一体，着力加强国际公法全英文教学的实践性、协同性、智慧性和开放性，实现课程建设水平的整体提升。

**关键词：**卓越法治人才教育培养计划 2.0 新时代；国际公法；全英文；一流课程

**作者简介：**李子瑾，浙江理工大学法政学院讲师（杭州，310018）

### 一、卓越法治人才教育培养计划 2.0 新时代对高等法学教育提出更高标准和更严要求

今天，中国的高等教育发展进入了“质量革命”的新时期。2018 年，根据新时代全国工作会议精神和习近平总书记关于加快建设高水平本科教育、坚持“以本为本”、全面推进“四个回归”的重要论述，教育部印发了《关于加快建设高水平本科教育全面提高人才培养能力的意见》，决定实施“六卓越一拔尖”计划 2.0。其中，教育部和中央政法委联合提出了《关于坚持德法兼修实施卓越法治人才教育培养计划 2.0 的意见》（以下简称“《意见》”），为培养新时期卓越法治人才指明了方向。

《意见》指出，实施卓越法治人才教育培养计划 2.0 的总体思路是：“坚持以马克思主义法学思想和中国特色社会主义法治理论为指导，围绕建设社会主义法治国家需要，坚持立德树人、德法兼修，践行明法笃行、知行合一，主动适应法治国家、法治政府、法治社会建设新任务新要求，找准人才培养和行业需求的结合点，深化高等法学教育教学改革，强化法学实践教学，完善协同育人机制，构建法治人才培养共同体，做强一流法学专业，培育一流法治人才，为全面推进新时代法治中国建设提供有力的人才智力保障。”<sup>[1]</sup>

因此，在卓越法治人才教育培养计划 2.0 新时代，国家对高等法学教育提出了更高标准和更严要求。《意见》将改革任务概括为八个方面：“厚德育，铸就法治人才之魂”、“强专业，筑牢法学教育之本”、“重实践，强化法学教育之要”、“深协同，破除培养机制壁垒”、“强德能，加强法学师资队伍建设”、“拓渠道，发展‘互联网+法学教育’”、“促开放，构建涉外法治人才培养新格局”、“立标准，建强法学教育质量文化”。其中，“重实践，强化法学教育之要”、“深协同，破除培养机制壁垒”、“拓渠道，发展‘互联网+法学教育’”、“促开放，构建涉外法治人才培养新格局”这四个方面与国际公法课程关系最为密切。为了完

\* 本文系 2016 年浙江省高等教育课堂教学改革项目“卓越法律人才培养背景下的《国际法》双语体验式模拟法庭教学”（编号：kg20160121）、浙江理工大学 2018 年校级全英文授课课程建设项目“国际公法”（编号：QYKC1812）、浙江理工大学 2019 年教育教学改革资助项目“卓越法治人才教育培养计划 2.0 时代全面打造《国际法》一流课程研究”（编号：jgyb201920）、浙江理工大学 2020 年校级线上线下混合式课程建设项目“国际公法（全英文）”（编号：XMJWCb20200075）的研究成果。

成上述任务，高校教师需要更加积极主动，发力建设国际公法“金课”。为此，本课题组在原有多次教学改革的基础上，进一步提出了“全面打造《国际公法》全英文一流课程”这一新的更高目标。

## 二、全面打造《国际公法》全英文一流课程的必要性和可行性

提出“全面打造《国际公法》全英文一流课程”这一目标，首先是为了回归教育初心，让学生在《国际公法》课堂上真正实现人才培养目标。习近平总书记在全国教育大会上指出：“培养什么人，是教育的首要问题”。<sup>[2]</sup> 要培养适应新时代的卓越法治人才，就必须下大力气、花大功夫、用真本事建设高水平的一流课程。教育部高等教育司司长吴岩谈到，课程是人才培养的核心要素。学生从大学里受益的最直接、最核心、最显效的是课程。<sup>[3]</sup> 近年来，国际公法学界对于提升课程教学水平、实现人才培养目标也逐渐加以重视。吉林大学法学院院长何志鹏教授认为，有必要深入思考提升中国的国际法教学水平的方式，构设提升中国国际法人才培养的实践能力的路径。<sup>[4]</sup> 中国社会科学院国际法研究所副所长柳华文研究员也提出，新时代，新任务，我们亟需加强国际法教学和人才培养工作。要加强国际法教学，为培养涉外法律人才奠定基础。<sup>[5]</sup>

提出“全面打造《国际公法》全英文一流课程”这一目标，同时也是为了有针对性地尝试解决我国国际公法教学中现存的部分难题。当前，在我国国际公法课程建设中，仍然普遍存在着“重理论轻实践”、“重历史轻现实”、“内外交流渠道缺乏”、“关起门来搭台唱戏”等问题。一方面，这些问题与国际公法课程本身的理论性、专业性较强，学生参与国际公法相关实践和活动的难度较大有关。另一方面，这些问题也与我国国际公法学界研究和实践的开创性、前沿性不足，与世界先进的国际公法教育理念和经验接轨缓慢有关。我国的国际公法学者注意到，当代中国国际公法教学存在的主要问题可能是我们自己的教学体制约束了中国国际公法教学的高水平发展。<sup>[6]</sup>

为了解决上述问题，21 世纪以来，我国国际公法学界的有识之士已经抓住中国加入 WTO、开展“一带一路”建设、推动构建人类命运共同体等良好契机，加速推进国际公法教育教学的改革。其中，已经实施的一些重要措施包括：进行国际公法的案例教学，推荐学生参加国际法律技能竞赛，派出学生到国外/境外交流学习国际公法课程等。然而，囿于师资力量、资金投入、审批程序等因素的制约，这些改革措施未能在全国范围内广泛实施，即使在经济社会发展水平相对较高的沿海地区如浙江也是如此。<sup>[7]</sup>

针对上述现状，近 5 年来，本课题组多次有针对性地组织教学改革研究项目，不断尝试在本校突破现有教学瓶颈因素制约，持续推进国际公法课程建设水平。其中一些重要的项目包括：（1）2016 年 11 月-2018 年 11 月，本人主持的 2016 年度浙江省高等教育课堂教学改革项目“卓越法律人才培养背景下的国际公法双语体验式模拟法庭教学”；（2）2018 年 07 月-2020 年 06 月，本人主持的 2018 年度校级全英文授课课程建设项目“国际公法”；（3）2019 年 07 月-2020 年 09 月，本人主持的 2019 年度校级教育教学改革资助项目“卓越法治人才教育培养计划 2.0 时代全面打造《国际法》一流课程研究”。

具体而言，在第一个项目中，本课题组创造性地将“双语教学”、“体验式教学”、“模拟法庭教学”等教学模式在国际公法课程建设中结合起来，加强了国际

公法教学的开放性、实践性和创新性；在第二个项目中，本课题组进一步提升了国际公法课程的国际化水平，采取了全英文模式更好地使学生融入国际法律教育的实际情境；在第三个项目中，本课题组不仅全面吸收了上述改革的先进成果，而且积极将“互联网+教学”、线上线下混合式课堂正式嵌入到现有的国际公法课程中，使其活动的空间、领域和质量得到了持续提升。

目前，第一个项目已经圆满结束，为 116 名学生带来了全新的国际公法模拟法庭体验，收到了约 98.28% 的积极评价，并在结题验收中获得了“优秀”成绩；第二个项目已经接近结题，使 129 名学生在实际案例中锻炼了国际法律知识和英语交流能力，得到了约 98.84% 的良好反馈，并在中期检查中获得了“优秀”评价；第三个项目已经完成了绝大部分建设任务，并分别在“学校 4A 网络教学平台”和“中国大学 MOOC”上开设了面向校内学生的《国际公法》全英文 SPOC 课程。

从上述三个项目的实际效果来看，第一个项目给国际公法课程教学带来的最直观变化是课堂“动起来”，从以前单纯的教师传授理论知识转变为学生积极投身模拟法庭辩论活动；第二个项目给国际公法课程带来的最明显差异是环境“洋起来”，学生从磕磕巴巴对着中文讲英文转变为沉浸在全英文环境中更流畅地读写国际公法文件；第三个项目给国际公法课程带来的最显著提升是学习“云起来”，不仅将学习资料从书本和黑板上转移到电脑和手机上，而且在网络平台中随时可查最为鲜活和激动人心的国际公法资讯和活动。

正是在上述教学改革研究项目的基础上，本课题组将继续整合之前教学改革的各项成果，进一步开拓国际公法课程建设的新改革方案，以期全面打造《国际公法》全英文一流课程。当前的改革不再像前三个项目那样，仅仅注重从某一个方面改进国际公法的课堂教学，而是计划从整体性视角出发，着眼于同时提升国际公法课程的实践性、协同性、智慧性和开放性，使之全方位匹配卓越法治人才教育培养计划 2.0 新时代的要求。

### 三、全面打造《国际公法》全英文一流课程的总体目标和具体内容

全面打造《国际公法》全英文一流课程的总体目标是：经过一段时间的努力，使《国际公法》全英文课程的建设水平在原有基础上明显提升，尤其要着力加强国际公法全英文教育教学的实践性、协同性、智慧性和开放性。其中，“实践性”是指在实践教学环节取得显著成效，“协同性”是指协同育人机制更加完善，“智慧性”是指课程信息化水平明显提高，“开放性”是指涉外法治人才培养环境更加优化。整体而言，《国际公法》全英文一流课程应当致力于培养一大批具有国际视野、通晓国际规则，能够参与国际法律事务、善于维护国家利益、勇于推动全球治理规则变革的高层次涉外法治人才。为了实现上述总体目标，目前特别需要重视以下四个方面的具体工作。

第一，推进《国际公法》全英文课程的实践教学环节，继续以体验式模拟法庭的教学模式带动整体的课程建设。这一方面主要是针对“重实践，强化法学教育之要”的改革任务。具体而言，应当进一步把国际公法尤其是中国参与国际法治实践的最新经验和生动案例以及中国特色社会主义国际法治研究的最新成果引入课堂，写进教材，及时转化为教学资源，供学生学习和使用。自 2016 年以来，本课题组长期坚持体验式模拟法庭教学模式，目前已经取得相当的成

效，下一步将继续拓展其中有关中国的涉外案例、实践和经验的讨论。例如，集中研讨当前国际公法最前沿的问题如“国际公法上的长臂管辖权”、“构建人类命运共同体”、“全球治理和国际法治”、“单边主义和多边主义”等，以及最鲜活的实践如“中美贸易战中的国际公法问题”、“中国周边争议海域的冲突解决机制”、“孟晚舟引渡案和外交豁免权”、“新冠肺炎疫情下的国际责任承担”等。

第二，完善《国际公法》全英文课程的协同育人机制，引入实务专家参与到课程准备、建设和评估的全过程中来。这一方面主要是针对“深协同，破除培养机制壁垒”的改革任务。具体而言，应当加强发挥实务界人士在《国际公法》全英文课程人才培养中的作用，首先从办理涉外业务的律师事务所、法院、检察院开始，逐步吸收更多的法治实务部门专家参与到人才培养方案制定、课程体系结构设计、教材编写、课堂教学等过程中来。本课题组目前已确定邀请经办国际 PPP/BOT 投资、跨境并购、国际工程承包、国际商事争议解决、国际知识产权纠纷案件的执业律师、办理一带一路涉网纠纷案件的法官和处理外国人在中国违法犯罪案件的检察官参与课程，根据实务专家的反馈意见对教学计划进行合理调整，设计在授课中灵活穿插实务讲座、仿真实验、现场观摩、业务实习等模块，搜集整理包含实务经典案例的案例集和讲义，通过多种方式不断提升协同育人效果。

第三，提高《国际公法》全英文课程的信息化建设水平，充分、高效地创造和分享优质的网络教育资源。这一方面主要是针对“拓渠道，发展‘互联网+法学教育’”的改革任务。具体而言，应当推动国际公法的教学与现代信息技术进一步深度融合，建立和维护覆盖线上线下、包含课前课中课后、容纳教学辅学自学的多维度智慧学习环境。近年来，本课题组在这方面不断加强改进，目前已经完成三个步骤：第一步是建立国际公法教学专用的公共邮箱（gjgf2017201802@163.com），将基本学习信息及时向学生发布；第二步是将教学数据向网络平台迁移，建设专门针对课程学生的自学平台（<http://4a.zstu.edu.cn/hep/hepCoursePortalAction.do?courseid=792>）；第三步是基于网络优质慕课资源，在借鉴融合的基础上建成异步 SPOC 专属在线课程（<http://www.icourse163.org/spoc/course/ZSTU-1450291204>）。下一步将继续充实和完善 SPOC 课程的内容，及时更新和共享最新的教学信息、活动。

第四，优化《国际公法》全英文课程的开放性培养环境，为学生提供尽可能广泛的国际化交流机会。这一方面主要是针对“促开放，构建涉外法治人才培养新格局”的改革任务。具体而言，应当依托学校和学院支持，进一步拓宽与国外/境外高水平大学和国际组织合作交流的渠道，积极创造条件让学生到相关学校和机构参加学习、培训、交流、实习等活动，促进学生真正熟悉国际法治环境，掌握国际法律规则。本课题组多位成员在学院深度参与了外事联络工作，近年来已协助促成学院与国外/境外大学、机构达成了一些合作项目。目前，学院已与美国凯斯西储大学、美国乔治梅森大学、香港岭南大学、台湾铭传大学法律学院、台湾高雄大学法学院等签订了合作协议，并加入了联合国贸发组织的竞争政策研究合作平台。上述合作将持续给学生提供多种机会灵活地开展国际化交流，全面检验《国际公法》全英文课程的培养效果。

#### 四、全面打造《国际公法》全英文一流课程的关键问题和特色创新

全面打造《国际公法》全英文一流课程，需要解决的关键问题是：如何将课程建设中的实践教学、协同育人、网络建设和开放培养等各个环节有机融为一体，实现课程建设水平的整体提升。目前，我校的国际公法教育在实践教学和网络建设两个环节已经形成了一定成果，而在协同育人和开放培养两个环节发展则相对较为薄弱。因此，本课题组在继续推进实践教学和网络建设环节的同时，将着重加强在协同育人和开放培养环节的人力、物力等资源投入，及时补齐短板，充分发挥特长。

同时，从课程建设各个环节的内在关系来看，网络建设环节具有一定的天然优势，可以作为各个环节融合发展的先期抓手。一方面，在理论上，网络建设环节是教育技术具体应用的基础条件，以技术带动内容符合教育发展的内在逻辑。另一方面，在实践上，网络建设环节可以为实践教学环节提供虚拟案例研究、为协同育人环节拓展网上交流空间、为开放培养环节增加远程学习机会，因而适合作为各个环节融合统一的主要抓手，以一带多促进《国际公法》全英文课程建设水平的全面提升。

总体而言，当前持续推进的《国际公法》全英文课程教育教学改革具有两个主要特色：一是强烈的时代性，即针对当前卓越法治人才教育培养计划 2.0 时期的最新要求开展，着力应对新时代法学教育重点改革任务；二是强烈的综合性，即注重全面加强国际公法教育教学的实践、协同、智慧和开放特征，试图从整体上提升国际公法课程建设的综合水平。其创新之处在于：在理念上将国际公法课程建设中的实践教学、协同育人、网络建设和开放培养各个环节有机融为一体，重视规划整合前期已有资源，努力达到“1+1+1+1>4”的整体建设效果；在行动上以网络建设作为国际公法教育教学各个环节融合统一的先期抓手，先行搭建国际公法课程的公共邮箱、网络平台和在线课程，为后续改革的逐步推进奠定良好的技术基础。

## 五、全面打造《国际公法》全英文一流课程的实施方案和预期效果

为实现全面打造《国际公法》全英文一流课程的整体目标，本课题组计划通过以下实施方案开展课程建设。

首先，在课题开展初期，主要通过提升课程支撑技术、储备课程应用资料来准备课程开设。在新一轮课程开设前，针对全面打造《国际公法》全英文一流课程所需要的关键信息技术，集中一段时间完成课程网络资源的建设和应用。同时，与相关单位做好协调工作，确保协同育人和开放培养所需要的资源到位。

其次，在课题开展中期，主要通过以实践教学带动协同育人、开放培养来实施课程改革。在正式开课过程中，进一步拓展目前已经取得良好成效的体验式模拟法庭实践教学形式，利用事先建立的网络平台空间，结合“专家进课堂”和“学生出课堂”的新型教学模式，让学生有更多机会接触国际公法的各类实际应用场景，通过多种渠道尝试解决当今最前沿、最急需的涉外法律问题。

再次，在课题开展末期，主要通过收集学生反馈意见、完善课程资源建设来总结课程经验。在课程教学完成后，及时收集学生对改革的反馈意见，并持续做好教学平台维护等后续工作，为下一轮开课做好经验总结和技术准备。

在具体执行中，上述实施方案还会根据实践教学、协同育人、网络建设、

开放培养四个不同教学环节的实际需求，分别采取有针对性的落实方法。

最终，经过完整的一轮教育教学改革，本课题组预期让法学本科大二年级 110 名左右的学生率先从中受益，并在实施情况良好的基础上，进一步将上述经验推广到其他年级当中。全面打造《国际公法》全英文一流课程旨在通过充分利用国内外先进的教育理念和先进技术，为每位学生创造更好的机会学习和实践国际公法，培养和锻炼学生的法律思维和外语能力，有效提升国际公法的理论水平和实践经验。其预期效果包括以下三个方面：一是学生在知识上能够讲述最先进的国际法领域发展动向，归纳国际法理论和实践中的重点、难点、热点问题；二是学生在能力上能够尝试与国际法的研究和实践者展开对话，用全英文展示并分析国际法的疑难问题；三是学生在素质上能够适应全面发展的网络社会新时代的要求，关心国际时局、保障国家利益、利用习得的国际法知识和能力顺利开展国际对话，成为新时代法治中国建设所亟需的德法兼修的卓越法治人才。

## 参考文献

- [1] 教育部、中央政法委员会关于坚持德法兼修实施卓越法治人才教育培养计划 2.0 的意见（教高[2018]6 号），中华人民共和国教育部，2018.
- [2] 张烁. 习近平：坚持中国特色社会主义教育发展道路 培养德智体美劳全面发展的社会主义建设者和接班人[N]. 人民日报，2018，9(11):1.
- [3] 吴岩. 建设中国“金课”[J]. 中国大学教学，2018(12):6-11.
- [4] 何志鹏. 中国国际法教学提升的“道”与“术”[J]. 中国大学教学，2017(4): 17-25.
- [5][6] 柳华文. 论进一步加强国际法研究和运用[J]. 国际法研究，2020(1):3-15.
- [7] 李子瑾、施鹏. 卓越法律人才培养背景下的国际公法双语体验式模拟法庭教学[J]. 浙江理工大学学报，2019(1):97-102.

# 气候变化全球治理的新发展：国际航空业碳抵消与 削减机制研究<sup>1</sup>

刘勇<sup>2</sup>、朱瑜<sup>3</sup>

**摘要：**2016 年 10 月召开的国际民航组织（ICAO）第 39 届全体成员国大会决定建立一个“国际航空业碳抵消与削减机制”（CORSIA），以实现自 2020 年起的“碳中和增长”目标。碳抵消与削减机制是 ICAO 长期持续致力于航空业温室气体减排所取得的成果，同时也与国际航空减排的紧迫性与航空企业的认可相关联，另一方面则受到了欧盟在国际航空减排谈判中的积极推动与单边威胁的影响。CORSIA 的特点主要表现为适用范围有限、分阶段实施、“前松后紧”的抵消义务等。当前，CORSIA 的发展前景尚面临着诸多挑战，如可用于抵消的合格排放单位的资格要求将成为实施 CORSIA 的主要障碍、CORSIA 自身缺乏遵守与处罚机制。为促进 CORSIA 的顺利实施，同时尽可能减少其对航空市场的扭曲，ICAO 应进一步完善 CORSIA 的执行方案，或由成员国调整其自主性航空减排措施。CORSIA 的有效实施也有赖于《芝加哥公约》下的成员国“自助机制”。

**关键词：**航空业减排；国际民航组织；市场导向措施；碳抵消与削减机制；2020 碳中和增长

**Abstract:** In October 2016, the 39<sup>th</sup> ICAO Assembly agreed to establish a Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation(CORSIA), in order to achieve the goal of 2020 Carbon Neutral Growth. For the one thing, the CORSIA derives from the long-lasting efforts made by the ICAO to mitigate the emission of international aviation. It also relates to the urgent need to reduce carbon emission of international aviation and acknowledgement of aviation sector. On the other hand, the CORSIA is the result of EU's active promotion and unilateral threatening in the negotiation of emission reduction of international aviation. The features of CORSIA consist of limited coverage, implementation by three phases, offsetting obligations based on “easy before difficult”, etc. Currently, CORSIA faces various challenges, e.g. the criteria of emission units eligible for offsetting will turn out to be the key obstacle for the implementation of CORSIA and there are no compliance and penalty mechanisms in CORSIA. For the purpose of enhancing the reduction effectiveness of CORSIA and minimizing the distortion to the aviation market, ICAO ought to make further efforts to improve the CORSIA implementation programmes. Alternatively, the Member States of ICAO may adjust its voluntary mitigation mechanism for the emission of aviation. The effective implementation of CORSIA highly depends on the self-help mechanism of Member States under the Chicago Convention.

**Key words:** Reduction of Aviation Emission; International Civil Aviation Organization; Market-based Measure; Carbon Offsetting and Reduction Scheme; 2020 Carbon Neutral Growth

<sup>1</sup> 本文刊发于《北京理工大学学报（社会科学版）》2019 年第 3 期。

<sup>2</sup> 刘勇，浙江财经大学法学院教授，法学博士，主要从事国际环境法、国际经济法的研究。

<sup>3</sup> 朱瑜，中国计量大学经济与管理学院副教授，经济学硕士，主要从事国际贸易理论与政策的研究。

## 一、引言

2016年10月，国际民航组织（International Civil Aviation Organization，以下简称ICAO）第39次全体成员国大会通过了有关市场导向措施应对航空业温室气体排放的第39-3号决议。<sup>[1]</sup>该决议同意在顾及各国特殊情况及各自能力的前提下，建立一个“国际航空业碳抵消与削减机制”（Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation，以下简称CORSIA），以实现从2020年起的“碳中和增长目标”（Carbon Neutral Growth Goal）。该机制适用于跨越国境的国际航班，并要求成员国参与抵消的航空公司提交或购买适格的排放单位（排放许可），用于抵消其在基准年（2019-2020年）之基础上任何新增的排放量。航空运输由此成为第一个通过全球性市场导向措施来削减温室气体排放的行业。这必将极大地增加全球范围内对于碳排放许可与减排信用的市场需求，同时也将提高航空企业参与温室气体减排的积极性，并进一步激发各国气候变化政策的合作与协调。

对于全球合作应对气候变化的进程来说，CORSIA 机制的出台是国际社会继 2015 年《巴黎协定》后取得的又一个突破性成就，也是气候变化国际公约之外的一个全球性碳减排机制。ICAO 成员国大会的决议本身不具有法律强制性，<sup>[2]</sup>但此类决议通常会授权理事会起草并通过相关的执行方案。这些获得理事会批准的执行方案（被称为“国际标准与建议措施”）将被纳入《国际民用航空公约》（以下简称《芝加哥公约》）的附件中，并成为有一定法律约束力的规则体系。同时，上述决议还切实表达了国际社会试图通过柔性机制（要求企业抵消实际排放量而非直接要求其实质减排）来削减航空业温室气体排放的政治意愿，真实反映了各国在航空业温室气体减排问题上所能取得的最大限度的共识与妥协，同时也是在行业快速发展的背景下试图稳定和锁止 2020 年后全球航空业排放量的适当举措。本文拟追溯 CORSIA 的产生背景，探明 CORSIA 的特点，并在此基础上阐明 CORSIA 所面临的挑战与发展前景，以期为我们深入理解 CORSIA 机制以及中国参与航空业温室气体减排提供适当的智力支持。

## 二、CORSIA 的生成背景

### （一）ICAO 建立航空业温室气体减排机制的长期努力

《联合国气候变化框架公约》（以下简称《框架公约》）、《京都议定书》与《巴黎协定》共同构建了全球应对气候变化的政治与法律进程，削减温室气体的排放也随之成为各缔约国的重要任务之一。但是，鉴于国际民航业的特殊性，该行业的温室气体排放不受上述三个法律文件的约束，而是交由 ICAO 来管制。依据《京都议定书》第 2 条第 2 款的规定，缔约国应通过 ICAO 来作出努力，以谋求限制或减少航空业的温室气体排放。《京都议定书》是全球范围内第一个设立以国别为基础（附件 1 国家）的强制性、可量化的减排目标的法律文件。它之所以不适用于民航业的减排，是因为跨国航班的排放量难以归责于某个特定的缔约国，从而无法将航空业纳入到附件 1 国家承担的强制性减排

<sup>[1]</sup> ICAO. Resolution A39-3: Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection – Global Market-based Measure (MBM) scheme[EB/OL]. [2018-10-15]. [https://www.icao.int/environmental-protection/Documents/Resolution\\_A39\\_3.pdf](https://www.icao.int/environmental-protection/Documents/Resolution_A39_3.pdf).

<sup>[2]</sup> Jiefang Huang. Aviation Safety through the Rule of Law: ICAO's Mechanisms and Practices[M], Wolters Kluwer, 2009:191-193.

义务中。当时缔约国曾经讨论过航空经营者的国籍、乘客或所承运货物的所有者的国籍、航班的出发地或目的地等可归责的因素，但最终因无法取得一致意见而不得不放弃。<sup>[3]</sup>

作为建立 ICAO 的基础性、组织性文件，《芝加哥公约》并没有将气候变化作为法律规制的核心议题之一，主要原因是该公约的首要目的是通过制定和实施国际统一的技术标准或指南来确保国际民航业的安全与有序发展。不过，随着国际社会日益重视环境问题以及国际民航业的快速发展，ICAO 也以成员国大会决议的方式作出了适当的回应。2001 年 ICAO 第 35 次成员国大会通过决议，首次提出应为减少国际航空业排放对环境的影响制定相关的措施，并指示 ICAO 理事会起草执行方案。2007 年 ICAO 第 36 次成员国大会则率先提出了航空业温室气体减排的一揽子方案：一是技术创新，如使用燃油经济性更佳的发动机；二是提高机场与航班的运营效率，如尽量缩短航程的距离或避开航班拥堵的线路；三是使用零排放的生物燃料；四是采用市场导向型的措施。2010 年第 37 次成员国大会明确指出 2020 年后全球航空业的新增排放量应努力维持不变，这就是所谓的“碳中和增长目标”。该目标为 CORSIA 机制的制定提供了一个重要的前提条件。<sup>[4]</sup>2013 年 ICAO 第 38 次成员国大会则进一步决定，由理事会起草一个全球性的市场导向措施方案并提交下次会议讨论和决定。当时 ICAO 理事会提出了三种可选的方案：一是强制性的碳抵消机制，即由航空经营者须购买合格的排放单位来抵消其在基准线之上的实际排放量。该排放单位应在航空业之外产生，并符合特定的资格要求以确保减排的有效性；二是强制性的碳抵消机制加上收费，即在要求航空经营者承担抵消义务之外还需按实际排放量向 ICAO 缴纳相应的费用（类似于碳税）。该收费将用于促进发展中国家的减排行动等特定用途；三是强制性的以“限额+交易”为基本特征的碳排放权交易机制。ICAO 将确立每一航空经营者在某一年度的排放上限（总量控制），并通过免费或有偿的方式向经营者发放等同于该排放上限的配额。经营者在每一履约期结束后提交与其实际排放量相当的排放配额。一旦经营者的实际排放量超过其获得的配额，则它需另行在市场上购买相应数量的配额。<sup>[5]</sup>

尽管上述三种方案均具备技术上的可行性且同样有助于实现 2020 年后的“碳中和增长目标”，但是就 ICAO 的管理成本以及企业的减排负担而言，碳抵消机制无疑是最佳的选择。首先，第三种方案（碳排放权交易机制）的实施成本最高。该机制的特点是管理者通过排放配额的量控制与价格干预来引导企业采取减排行动。因此，管理者首先需要按特定的方法来确立每一经营者应获得的配额数量，这不仅需要考虑到该经营者以往年度的排放量（历史排放法），而且还需考虑到全球航空业的总体排放量以及增长幅度（行业基准法）。此外，管理者还需长期关注和干预公开市场上配额的交易价格，因为价格过高或过低都会抑制企业减排的积极性和能力。况且，碳排放权交易机制致力于控排企业的总量削减，故经营者为适应碳排放权交易机制还需付出额外的成本；其次，对于第二种方案（强制性的碳抵消机制加上收费），管理者面临的困难就是很难确立一个适当的收费标准，而且额外收费会直接增加经营者的减排负

<sup>[3]</sup> Uwe M. Erling. How to Reconcile the European Union Emissions Trading System (EU ETS) for Aviation with the Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA)? [J]Air & Space Law, 2018(4):375-376.

<sup>[4]</sup> Ruwantissa Abeyratne, Aviation and Climate Change: In Search of a Global Market Based Measure[M].Springer, 2014.30-40.

<sup>[5]</sup> ICAO, Environmental Report 2013[EB/OL]. [2018-10-20]. [https://cfapp.icao.int/Environmental-Report-2013/files/assets/common/downloads/ICAO\\_2013\\_Environmental\\_Report.pdf](https://cfapp.icao.int/Environmental-Report-2013/files/assets/common/downloads/ICAO_2013_Environmental_Report.pdf).

担，从而遭遇企业的抵制，缺乏政治上的可行性；最后，第三种方案（碳抵消机制）的实施成本最低，因为管理者不需要创造特定的排放配额或排放许可，而是由经营者通过外部市场来购买。所以，管理者无需长期干预排放配额的总量以及市场价格。此外，管理者也无需建立成本高昂的交易登记系统以及监测、报告以及核查机制等碳市场所必需的基础设施。这是 ICAO 最终放弃成本高昂、过于复杂的碳排放权交易机制而选择更加灵活、简便易行的碳抵消机制的重要原因之一。

## （二）航空业减排的紧迫性与航空企业的认可

相对于能源、化工、钢铁等排放大户，航空业的温室气体排放具有以下特点：第一，排放量的增长速度非常快。2017 年的数据显示，全球航空业的排放量达到 8590 万吨二氧化碳当量，同比增长 5.9%，相当于当年全球温室气体排放量的 2% 左右。尽管所占比例不高，但其增长速度十分惊人。据估算，按目前的增长速度，2020 年全球航空业的排放量将比 2005 年增长 70%；预计到 2050 年，航空业的排放量甚至将达到彼时全球温室气体总排放量的 22%。<sup>[6]</sup>航空业排放量的快速增长主要源自近年来飞机数量、运输量以及耗油量的持续提高。据预测，2040 年全球航空业的耗油量将达到 2010 年的近 4 倍。<sup>[7]</sup>上述特征一方面要求航空业应尽快采取有效的减排措施，至少应延缓该排放量的增长速度，另一方面也说明在能耗量持续且快速增长、短期内难达排放峰值的情况下航空业自身减排的压力与困难比较大；第二，航空器的排放具有非常典型的跨国性特征，这是因为排放源是在不同的空域之间移动的，一个国际航班必然会对不同国家的大气环境造成直接的负面影响。换言之，航空业温室气体排放的“溢出效应”与“外部性影响”远远超过其他行业，对全球大气环境产生了更为广泛的负面影响；第三，航空业的减排急需国际合作。鉴于跨国航班数量的快速增加，一国若只要求本国航空公司减排，那么减排效果就容易被外国航空公司在本国境内的排放所抵消，最终本国的减排目标也必将大打折扣，而且这也会损害同类企业之间的公平竞争。这也是为什么欧盟曾经要求其成员国的航空公司以及在欧盟市场经营有跨国航线的外国航空公司都必须参与其强制性碳排放交易体系的重要原因之一。

航空业减排的紧迫性在行业（企业）层面获得了广泛的认可。由 240 家航空公司组成的国际航空运输协会（International Air Transport Association，以下简称 IATA）也赞同采用碳抵消机制。2013 年 6 月，IATA 全体成员大会通过了一项名为“2020 年后航空业碳中和增长（CNG2020）计划的执行”的决议。该决议所设定的减排目标是 2020 年后国际航空业的新增排放量应保持稳定并逐步减少，并且 2050 年的排放量要比 2005 年下降 50%。该决议明确主张采用全球强制性的 CORSIA 机制，并建议 ICAO 根据 2018-2020 年的平均排放量为全球航空业以及每一个航空公司设定每一履约期的排放基准，同时为部分高速增长航空公司以及新进入航空业的经营者提供特殊待遇。另外，该减排机制还应尽可能消除市场扭曲，对同一航线的经营者应给予公平待遇。据 IATA 估算，通过 CORSIA 机制的运用，2021 年至 2035 年，全球航空业可减少 26 亿吨二氧化碳

<sup>[6]</sup> Carbon Market Watch, 2016 Annual Report [EB/OL]. [2018-8-10]. [https://carbonmarketwatch.org/wp-content/uploads/2017/06/Carbon-Market-Watch\\_Annual-report-2016\\_FINAL\\_PRINT.pdf](https://carbonmarketwatch.org/wp-content/uploads/2017/06/Carbon-Market-Watch_Annual-report-2016_FINAL_PRINT.pdf).

<sup>[7]</sup> Ruwantissa Abeyratne. Carbon Offsetting as a Trade Related Market Based Measure for Aircraft Engine Emissions[J]. Journal of World Trade, 2017(3): 439-440.

的排放量。<sup>[8]</sup>

航空业的排放主要来自传统化石燃料的消耗，因此提高燃油的使用效率或采用清洁能源是目前航空业减排行动的优先选项。但是，我们不能否认 CORSIA 机制的重要地位。据学者研究，如果 ICAO 不结合采用市场导向措施，则单凭其他减排措施无法保证航空业实现 2020 年后的碳中和增长目标。因为无论是提高燃油效率、使用耗油量更小的新发动机，还是使用生物燃料，都不可能“一蹴而就”并立即产生减排量<sup>[9]</sup>。从大气环境治理的角度来说，由何人在何处实施减排并不重要，因为任何人在任何地点的减排行动都会对大气环境起到改善的作用。基于此，CORSIA 机制是航空业最为快捷、简便的减排行动。此外，CORSIA 机制建立在“2020 碳中和增长目标”的基础之上，相当于为将来全球航空业的排放设置了一个总量控制目标。不过，这个目标是弹性的，在总量控制目标之上的排放量仍可以通过购买排放单位来予以抵消。CORSIA 机制一方面能够通过经济手段来激励航空企业采用各种真实的减排措施，以尽可能减少企业的成本支出，另一方面又为航空企业的排放增长留下了适当的空间。这种兼具约束性与灵活性的减排政策也更易为企业所接受。

### （三）欧盟对航空业减排的积极推动与单边威胁

欧盟是全球范围内最早通过市场导向措施来削减航空业温室气体排放的经济体。它通过强制要求外国航空公司参与其碳排放交易体系向 ICAO 的成员国施加了压力和单边威胁，并根据 ICAO 的谈判进展以及国际政治经济环境的变化灵活调整自己的决策，可谓是 ICAO 制定 CORSIA 减排方案的重要推手。

依据第 2003/87 号指令，欧盟于 2005 年率先在全球范围内构建了第一个通过市场导向措施来激励企业减排的跨国性、强制性碳排放交易体系，该指令由此成为欧盟碳排放交易的基础性规定。之后，由于 ICAO 迟迟没有就航空业的减排达成有约束力的法律文件或可执行的决议，基于维护航空业经营者之公平竞争以及削减排放量的双重考虑，欧洲议会与理事会于 2008 年 11 月 19 日批准了第 2008/101 号指令，该指令通过修改碳排放交易的基础性规定即第 2003/87 号指令，将航空业纳入已经于 2005 年 1 月 1 日启动的碳排放交易体系。修改后的第 2003/87 号指令要求，自 2012 年 1 月 1 日起，所有在欧盟境内机场起降的商业性客货运输的经营者（包括外国航空公司）都要参加碳排放交易，只有军用、警用、医疗等非商业用途的飞机才可得以豁免。受管制的范围是航空器从欧盟境内机场到境外机场之间所有的温室气体排放量。例如，一架飞机从中国上海飞往法国巴黎，这段行程中所有的排放（包括在公海上空）都须受到管制。

不过，欧盟也为上述针对外国航空公司的单边性管制措施留有余地，即在特定条件下可不予适用。第 2003/87 号指令第 25a 条明确指出，欧盟及其成员国将继续致力于达成一个有关航空业减排的全球性协议。一旦国际社会成功签署该协议，那么欧盟委员会将考虑是否有必要修改本指令中适用于航空业的规定。从第 25a 条的规定来看，欧盟要求外国航空公司参与其碳排放交易体系的根本目的是迫使该公司的母国也应采取相似的航空减排措施，或者引诱其母国与欧盟达成减排的合作协议，而最佳的结果无疑是由 ICAO 成员国达成一个全

<sup>[8]</sup> IATA, Climate change [EB/OL].[2018-10-15]. [http://www.iata.org/pressroom/facts\\_figures/fact\\_sheets/Documents/fact-sheet-climate-change.pdf](http://www.iata.org/pressroom/facts_figures/fact_sheets/Documents/fact-sheet-climate-change.pdf).

<sup>[9]</sup> Janina Scheelhaase, EU ETS versus CORSA-A critical assessment of two approaches to limit air transport's CO2 emissions by market-based measures[J].Journal of Air Transport Management, 2018(1):57.

球性的航空业减排协议。由于上述航空减排指令受到了中、美、俄等航空大国的强烈指责、抨击与抵制，同时也为了持续推进 ICAO 的航空业减排谈判，欧盟对该指令的实施采取了灵活的态度，分两次暂时豁免了外国航空公司所经营的进出欧盟的跨国航班的减排义务。<sup>[10]</sup>

两次“暂停实施”为 ICAO 的减排谈判以及 CORSIA 的最终达成营造了比较好的政治氛围。但是，“暂停实施”并不等于“永久免除”，因为依据欧盟第 421/2014 号条例的规定，如果 2016 年 ICAO 全体成员国大会没有达成航空减排的决议，那么欧盟仍可能自 2017 年 1 月 1 日开始，将碳排放交易制度恢复适用于来自或飞往欧洲经济区之外国家的跨国航班。因此，两次“暂停实施”始终没有停止对经营欧盟航线的外国航空公司的单边威胁，这种“胡萝卜加大棒”的策略一定程度上推动了 CORSIA 机制的出台。

### 三、CORSIA 的特点及其评价

按照 2016 年缔约方大会的要求，ICAO 理事会于 2017 年起草了 CORSIA 的执行方案（CORSIA Package），并公开征求社会公众意见。<sup>[11]</sup>其中，部分内容已经在 2018 年 6 月召开的 ICAO 理事会会议上获得了通过。<sup>[12]</sup>根据 ICAO 第 39-3 号决议以及 CORSIA 执行方案，下文对 CORSIA 的特点进行归纳与评价。

#### （一）适用范围有限的碳中和机制

CORSIA 仅适用于成员国从事跨国航线的经营者在 2020 年后的新增排放量（而非其全部排放量）。该机制的根本目的是实现 ICAO 与 IATA 所一致认可的航空业 2020 年后的“碳中和增长目标”。详言之，一方面 ICAO 允许 2020 年后全球航空业的温室气体排放量仍维持增长的态势，避免减排任务对航空业的正常发展造成过度的负面影响；另一方面 2020 年后航空业在基准年之上的新增排放量需要由航空经营者购买和提交相应数量的排放单位来抵消和“中和”，相当于是通过新增排放量的抵消来“锁止”航空业的温室气体排放，从而为全球削减温室气体的行动作出相应的贡献。所以，CORSIA 机制的适用范围比较有限且具有天然的妥协性，因为它并不直接控制经营者在某一年度的全部排放量，也不强制要求经营者逐年减少其实际排放量，而只是间接地控制经营者在 2020 年后的新增排放量，要求经营者为该排放支付相应的代价，并通过此间接手段来促使经营者采用技术创新等实质性减排手段。

CORSIA 机制的有限适用范围还体现在，它仅约束在参与该机制的 ICAO 不同成员国的机场之间运营的跨国航班。据此，两类航班不在 CORSIA 机制的规制范围内：第一，如果某一跨国航班的起飞或/和降落机场所在国尚未参与 CORSIA 机制，那么此航班的排放就不受 CORSIA 的约束。这一规定的主要目的是应尽可能减少 CORSIA 机制对国际航空市场公平竞争的扭曲，确保相同国际航线的经营者获得平等的待遇和受到相同的管制；<sup>[13]</sup>第二，成员国的国内航

<sup>[10]</sup> 朱瑜,刘勇. 欧盟碳排放交易新政、国际航空减排谈判与中国对策研究[J].国际论坛, 2014(6):7-9.

<sup>[11]</sup> ICAO. Text of proposed amendment to the international standards and recommended practices of Annex 16 to the Convention on International Civil Aviation Volume IV (CORSIA) [EB/OL]. [2018-9-15]. [http://icsa-aviation.org/wp-content/uploads/2018/01/ICAO\\_CORSIA\\_draft\\_-SARP.pdf](http://icsa-aviation.org/wp-content/uploads/2018/01/ICAO_CORSIA_draft_-SARP.pdf).

<sup>[12]</sup> ICAO. Council reaches landmark decision on aviation emissions offsetting[EB/OL]. [2018-9-15]. <https://www.icao.int/Newsroom/Pages/ICAO-Council-reaches-landmark-decision-on-aviation-emissions-offsetting.aspx>.

<sup>[13]</sup> Uwe M. Erling. International Aviation Emissions Under International Civil Aviation Organization's Global Market Based Measure: Ready for Offsetting? [J]Air & Space Law, 2017(1):7-8.

班不受 CORSIA 的管制，由成员国自主决定采取适当的减排措施，包括成员国可将国内航空业排放的削减目标纳入《巴黎协定》下国家自主决定贡献的范围。这一选择显然顾及了航空业排放的特殊性。据悉，在航空业的经营活动中，约有 62% 的温室气体排放量发生于各国领土之外的国际空域。<sup>[14]</sup>所以，对跨国航班进行规制应是全球航空业减排的工作重点。

另外，为了提高政治可行性与降低管理成本，同时体现气候变化治理中的“共同而有区别责任原则”，ICAO 免除了部分成员国与部分航空经营者的抵消与削减义务。首先，CORSIA 不适用于最不发达国家、小岛国与内陆发展中国家（Landlocked Developing Countries）的航空业，除非它们自愿参加抵消；其次，历史年度的平均排放量小于 1 万吨二氧化碳的航空公司以及从事人道救援、医疗以及灭火等公务的航空器等也可获得豁免，新进入航空业的经营者在 3 年内也可免除抵消义务。不过，无抵消义务的航空公司仍有向所在国政府报告排放数据的义务。

## （二）分阶段实施的碳抵消机制

为尽可能减少碳抵消义务给航空公司带来的负担，同时顾及各国航空业不同的减排能力，CORSIA 将分阶段实施：2021-2023 年为试验期，由各国自愿选择参加。截止 2018 年 11 月 9 日，共有 76 个国家（代表 75.96% 的国际航空活动）明确表示自愿承担试验期的抵消义务；<sup>[15]</sup> 2024-2026 年为第一交易期，参与国包括试验期内参与抵消的国家以及在这一交易期内其他自愿参加的国家，发达国家应带头参与；2027-2035 年为第二交易期，所有在 2018 年的航空活动超过国际航空活动（international aviation activities）的 0.5% 的国家都必须参与抵消机制。该航空活动以收入/吨公里（RTK-Revenue Tonne-Kilometer）为计量单位，因此“国际航空活动”实际上反映了一国的航空营收数据以及其在全球航空业的市场份额。按 2014 年国际航空活动的数据，中国、美国、英国、法国、俄罗斯等 36 个航空大国最迟 2027 年须参与 CORSIA。<sup>[16]</sup>在试验期开始前，即从 2019 年 1 月 1 日起，经营有国际航线且年度排放量大于 1 万吨二氧化碳的公司均须监测并报告其温室气体排放的数据（即 2019-2020 年间的年度平均排放量），以确定其承担抵消义务的基数。

从 2021 年开始，CORSIA 机制的实施从完全自愿逐步过渡到部分自愿与部分强制，并最终进入完全强制阶段。这种分阶段实施的做法有助于减少 CORSIA 给全球航空业带来的负担，同时也能顾及中国等发展中国家的航空排放目前尚在高速增长、排放峰值尚未到来的客观情况，为这些国家的航空经营者提供了在一定期限内继续增加排放量的空间，同时也为经营者采取技术创新、提高运营效率等实质性减排措施赢得了适当的时间。另外，分阶段实施也有助于 ICAO 及时评估 CORSIA 的减排作用并进行必要的修正或完善。

## （三）“先松后紧”的抵消义务

成员国应依据其所管辖的航空公司提交的排放数据来核算后者应承担的年

<sup>[14]</sup> Susanne Becken & Brendan Mackey. What role for offsetting aviation greenhouse gas emission in a deep-cut carbon world?[J]. Journal of Air Transport Management, 2017(1):70.

<sup>[15]</sup> ICAO. Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA) [EB/OL]. (2018)[2018-11-13]. <https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Pages/state-pairs.asp>.

<sup>[16]</sup> Uwe M. Erling. International Aviation Emissions Under International Civil Aviation Organization's Global Market Based Measure: Ready for Offsetting?[J]. Air & Space Law, 2017(1):9.

度抵消义务。该抵消义务的确定取决于以下因素：受管制的国际航班的实际排放量；特定年度航空业排放量的总体增长系数；特定年度航空器经营者的排放量的增长系数；行业系数与个体系数。具体公式如下：某一航空经营者的抵消义务=（行业系数 X 该经营者受管制的国际航班在某一年度的实际排放量 X 该年度的行业增长系数）+（个体系数 X 该经营者受管制的国际航班在某一年度的实际排放量 X 该年度的经营者增长系数）。

上述行业系数与个体系数将进行动态调整。2021-2029 年，行业系数为 100%，个体系数为 0%；2030-2032 年，行业系数不超过 80%，而个体系数至少为 20%；2033-2035 年，行业系数不超过 30%，而个体系数至少为 70%。2030 年后的两个系数由 2028 年召开的 ICAO 成员国大会来决定。

由此可见，抵消义务相当于是 ICAO 为航空经营者设定了一个可量化的减排目标。这一目标以 2019 与 2020 年受管制的国际航班的平均排放量为基数，同时顾及特定年度的航空经营者与全球航空业之实际排放的增长幅度，再通过行业系数与个体系数进行动态的调整。两个系数的设定则体现了 CORSIA 机制的约束力“先松后紧”的指导思想，因为 2021-2029 年期间经营者只需按照全球航空业实际排放的平均增长量来履行抵消义务，而之后经营者自身的增长量在抵消义务中所占比重逐步增加，最终提高至不少于 70%，甚至将来有可能进一步提高至 100%。这充分体现了环境治理政策中常用的“污染者付费原则”，经营者须为其每一吨二氧化碳的排放量支出相应的成本，从而激励其采取实质性的减排措施。

#### （四）“成员国驱动型”的执行机制

碳税、碳排放权贸易等市场导向型温室气体减排措施均对排放数据提出了严格的要求。CORSIA 机制的有效实施与减排效果也有赖于航空企业排放数据的可靠性、准确性与真实性：第一，在 CORSIA 的准备阶段，自 2019 年 1 月 1 日起，航空公司须监控、记录其国际航班的排放量并向所属国政府上报该数据。该数据是确定 2020 年后该经营者之抵消义务的必要条件，也是经营者新增排放量的比较基准；第二，在 CORSIA 的实施阶段，航空公司须提交其国际航班的年度实际排放量，并结合其基准年的排放数量来折算其在该年度应抵消的新增排放量和应提交的排放单位。简言之，只有当经营者提交了真实可靠的历史排放数据以及 2020 年后的新增排放数据，CORSIA 才能有效地实现碳中和增长目标。ICAO 并没有试图建立一个权威的管理机构来监控与核实航空企业的排放数据。从 CORSIA 执行方案的文本来看，航空公司抵消义务的核算、实际排放量的核实、纠错与报告等均由各成员国来完成。这说明 CORSIA 的执行情况最终还是要取决于各航空公司所在国的自主行动。因此，CORSIA 采用了一种“成员国驱动型”的执行模式。

例如，CORSIA 的核心内容之一是对航空企业的实际排放量进行监测、报告与核查。按执行方案的要求，航空业的经营者必须按照两种方法来监测与记录其国际航班的排放量，方法之一是按照航班的耗油量来折算排放量，方法之二是按照飞机的类型、航程的距离、飞行时间等因素来估算排放量。之后，经营者应按照排放监测方案在规定的时间内向所属国报告该数据。该数据经由独立第三方机构核查后再交给所属国政府，并由后者进行核实，必要时后者还可与国际航班涉及的其他成员国进行数据与信息的分享。核实后的报告由所属国政府提交给 ICAO。

综上，尽管同属全球气候变化治理的重要组成部分，但 CORSIA 采用了有别于《框架公约》、《京都议定书》与《巴黎协定》“以国家为中心”的规制模式，而是将航空企业作为减排义务的承担主体，但也没有完全忽视航空企业所在国的“身份”。CORSIA 相当于是为 2020 年后成员国的每一适格航空企业设定了一个动态的总量控制目标（一旦超出基准线即需承担抵消义务），从而完美地规避了国际空域中的温室气体排放难以归责于某一个国家的难题，同时也能充分体现《芝加哥公约》所确立的非歧视与平等原则，尽可能减少其对航空运输市场公平竞争的扭曲。不过，CORSIA 同时又适当考虑了航空经营者所在国的身份，把一部分航空排放量小的国家排除在调整范围之外，这是对部分发展中国家所长期坚持的“共同而有区别责任原则”的必要回应。因此，CORSIA 是国际社会削减温室气体行动的一次新尝试和新突破，因为它构建了全球范围内首个以企业为最终主体的多边减排机制，突破了《框架公约》、《京都议定书》与《巴黎协定》以国家为边界的规制困境。这一新突破受到了以 IATA 为代表的全球航空企业的普遍认可，从而为国际航空运输的温室气体减排行动奠定了重要的基础。

另一方面，CORSIA 充分考虑到当前航空业仍处于快速增长阶段这一客观事实，它并没有要求航空企业应削减 2020 年后的全部排放量，而只是以部分航空经营者 2020 年后的新增排放量作为管制对象，以柔性的“碳中和”与“碳抵消”为切入点，并通过分阶段实施与“先松后紧”的实施模式，希冀“碳抵消”这一补充性减排措施能促使航空企业采用技术创新、管理升级等实质性减排行动，以最终实现刚性的“碳削减”目标。这一选择最大限度地消解了航空业减排所遇到的政治阻力，同时也能最大程度地降低 ICAO 的管理成本和实施难度。总之，CORSIA 是 ICAO 在尽力平衡政治可行性与减排有效性之基础上取得的适当结果。

#### 四、挑战与应对：CORSIA 的发展前景分析

2018年6月召开的ICAO理事会会议通过了CORSIA的部分执行方案，并将之纳入《芝加哥公约》的附件16（环境保护）。此部分内容于2019年1月1日起生效。<sup>[17]</sup>不过，上述方案的内容比较有限，主要涉及监测、报告与核查机制以及履约登记系统的建设等程序性事项。ICAO成员国尚在可用于抵消的合格排放单位等重大问题上存在不同意见，还需理事会成员进一步的谈判和协商。此外，如何化解CORSIA对既有航空减排措施带来的冲击以及如何在《芝加哥公约》的框架下确保CORSIA的有效实施，都有待ICAO成员国进行谨慎的思考和应对。基于这些挑战，下文对CORSIA的发展前景进行一定的预测并提出应对方案。

（一）合格排放单位的资格要求将成为CORSIA面临的主要困难

CORSIA的核心要求之一是受到管制的航空公司应根据其在2019-2020年基数之上的新增实际排放量提交相应的合格排放单位（Eligible Emissions Units），以实现2020年后的碳中和增长目标。合格排放单位代表了持有者可向

<sup>[17]</sup> ICAO. 国际航空碳抵消和减排计划 [EB/OL]. [2018-10-20]. <https://www.unitingaviation.com/publications/Annex-16-Vol-04-CH/#page=2>.

大气环境排放一定数量温室气体的权利，这种权利来自于政府或有权机关的认定。从广义上讲，可用于抵消的减排单位可来自两种途径：一是政府基于国内碳排放交易体系的需要而向控排单位发放的排放配额，如企业在欧盟、中国等碳市场免费或有偿获得的配额；二是政府或特定机构基于特定减排项目而发放的排放许可或减排信用，如基于清洁发展机制（Carbon Development Mechanism，以下称CDM）项目而获得联合国认证的核证减排量（Certified Emission Reduction，以下称CER）、中国主管部门对于自愿减排项目发放的中国核证减排量（Chinese Certified Emission Reduction，以下称CCER）。常见的减排项目有风电、水电、垃圾焚烧发电、沼气回收、林业碳汇等。CORSIA执行方案的建议稿采用了第二种标准，即要求航空公司使用基于项目而产生的减排信用（排放单位）来履行其抵消义务。<sup>[18]</sup>因此，ICAO框架下的排放单位是一种获得政府或特定机构认证的排放许可或减排信用，表明持有者通过项目建设减少了一定数量的温室气体的排放。这种排放单位具有经济属性，可在特定的范围进行流通和转让。一旦航空公司在市场上购买并向政府提交了相应数量的排放单位，则它在上一年度的实际排放量就具有了合规性，或者说它已经通过“投资减排项目”而履行了特定的减排义务，从而抵消了其实际排放量。

合格排放单位的资格要求一定程度上决定了各航空公司所承担的减排成本以及CORSIA机制的减排效果：资格要求过于严格，则合格排放单位的可供应数量必将十分有限，造成国际市场价格高企，使航空业难以负担CORSIA所带来的成本上升，不过这会极大地促使航空经营者采取实质性减排措施以减少其抵消义务；资格要求过于宽松，则合格排放单位必将大量涌入国际市场，导致市场价格低迷，无法通过经济手段来刺激航空业采取实质性减排措施，因为经营者只需通过低价购买并提交排放单位即可完成减排义务。这对于抑制航空业排放的快速增长必然是不利的。所以，在确立合格排放单位的资格要求时，ICAO需要谨慎地平衡航空经营者的抵消成本与CORSIA机制的减排效果之间的关系。

对于可用于抵消的合格排放单位的资格问题，ICAO理事会的建议草案提出了一些基本要求，例如产生排放单位的减排项目必须具有额外性，即碳抵消信用（carbon offset credits）代表了法定义务之外的碳排放削减量，同时该减排量在照常情景（business-as-usual scenario）下不会发生；减排项目必须拥有现实的和可靠的基准线；碳抵消信用必须可量化、可监测、报告与核查；减排量的核算必须由独立第三方机构来完成等。上述要求并没有提及排放单位的来源（减排项目的性质）、产生时间、认定机构与程序等关键要素。目前，ICAO成员国对于可抵消的合格排放单位的资格要求仍有不同意见，这也影响了部分国家参与CORSIA试验期的积极性。例如，中国与巴西对ICAO第39-3号决议中有关资格要求的第21条与第23条提出了保留。两国坚持认为，ICAO应自动接纳联合国框架下基于CDM项目而产生的减排信用，也就是说无须对CDM项下的CER进行额外的审查。目前市场上约60%的CER由中巴两国的投资者拥有。<sup>[19]</sup>欧盟则提出了不同的意见，主张CDM项下的CER须重新由独立第三方

<sup>[18]</sup> CORSIA Emissions Unit Eligibility Criteria, Proposal for the First Edition of Annex 16, Volume IV, concerning Standards and Recommended Practices relating to the Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA) [EB/OL]. [2018-11-10].[http://icsa-aviation.org/wp-content/uploads/2018/01/ICAO\\_CORSIA\\_draft\\_-SARP.pdf](http://icsa-aviation.org/wp-content/uploads/2018/01/ICAO_CORSIA_draft_-SARP.pdf).

<sup>[19]</sup> Carbon Market Watch, UN aviation body delays decision on key rules for airline offset scheme, I [EB/OL]. [2018-11-10]. <https://carbonmarketwatch.org/2018/06/28/un-aviation-body-delays-decision-on-key-rules-for-airline-offset-scheme/>.

进行审核, 以确保其符合 CORSIA 下的资格要求, 且只有 2016 年 12 月 31 日后开始运营的项目产生的排放单位才可用于抵消, 以保证该排放单位代表了 ICAO 通过 CORSIA 决议后才产生的实际减排量, 进而实现 CORSIA 对全球温室气体减排的贡献。<sup>[20]</sup>

CDM 项目对温室气体减排的实际贡献正在遭受广泛的质疑, 其主要原因是项目的额外性不足, 且 CER 的供应量过多。例如, 不少政府对风力发电、水力发电、垃圾焚烧发电等清洁能源项目提供了大量的补贴, 因此即使没有 CDM 项目的经济激励, 投资者在照常情景下也会进入此领域。据学者估算, 目前 85% 的 CDM 项目和 73% 的 CER 都缺乏额外性, 不能证明其在照常情景之外产生了实际的减排量。<sup>[21]</sup>另外, 德国“新气候研究所”(NewClimate Institute) 公布的一份报告显示, 自 2012 年起, CDM 项目产生的 CER 就处于严重供大于求的状况, 导致其市场价格长期低于 1 欧元/吨, 不能对购买者的实际减排行动提供足够的经济压力。就数量而言, 2013-2020 年注册的 CDM 项目所产生的 CER 足以满足 2035 年之前航空业对排放单位的需求。所以, 如果不限制 CER 的使用, CORSIA 不会对全球温室气体的实际减排产生额外的贡献。<sup>[22]</sup>

另一方面, 由于在排放单位的资格问题上难以取得共识且担忧航空企业的抵消成本过高, 迄今中国、巴西、俄罗斯等国仍拒绝自愿参与 CORSIA2021-2023 年试验期的碳抵消行动。中国历来主张 ICAO 的市场导向减排机制应与《框架公约》、《巴黎协定》实现对接, 在后两者框架下产生的排放单位或减排信用可直接用于履行航空业的减排义务, 同时“共同而有区别责任原则”以及“各自能力原则”也应得到遵守, 因为这会对发展中国家的航空业起到重要的缓冲与保护作用。<sup>[23]</sup>据中国民航总局公布的数据, 2017 年全行业完成运输总周转量 1083.08 亿吨公里, 比上年增长 12.6%; 全行业完成旅客周转量 9513.04 亿人公里, 比上年增长 13.5%。2017 年, 中国民航吨公里油耗为 0.293 公斤, 较 2005 年(行业节能减排目标基准年)下降 13.82%; 机场每客能耗较“十二五”末(2013-2015 年)均值下降约 22%。<sup>[24]</sup>这说明中国民航业的单位产品的能耗在逐步下降的同时, 排放总量却在持续上升, 由此导致 2020 年后民航业自身减排的空间十分有限, 需要通过购买大量的外部减排信用来抵消实际排放量。据学者估算, 至 2035 年中国航空公司的碳抵消总成本可能会高达 210 亿元人民币。<sup>[25]</sup>

本文以为, ICAO 不能忽视中国等发展中国家的航空业尚处于快速发展、排放峰值远未到来的阶段。尽管 CDM 项目的额外性与减排效果存在一定的积弊, 但如果因减排成本过高而导致中国、巴西、俄罗斯等航空大国不能尽快参与 CORSIA 机制, 那么这对全球气体变化治理来说必将是一个严重的损失。基于此, ICAO 可以按照“先易后难”的原则, 先对排放单位的资格进行比较宽松的规定, 如全盘接受 2016 年 12 月 31 日后产生的 CER, 再辅以适当的动态调整机

<sup>[20]</sup> EU Commission. State Letter AN 1/17.14 - 17/129: Agreement with comments[EB/OL].[2018-10-20]. <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2018-03-01-eu-reply-to-corsia-state-letter.pdf>.

<sup>[21]</sup> Martin Cames, How additional is the Clean Development Mechanism?[EB/OL].[2018-10-20]. [https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/clean\\_dev\\_mechanism\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/clean_dev_mechanism_en.pdf)

<sup>[22]</sup> NewClimate Institute, Marginal cost of CER supply and implications of demand sources[EB/OL].[2018-10-20]. <https://newclimate.org/wp-content/uploads/2018/03/Marginal-cost-of-CER-supply.pdf>.

<sup>[23]</sup> Ruwantissa Abeyratne, Carbon Offsetting as a Trade Related Market Based Measure for Aircraft Engine Emissions[J].Journal of World Trade, 2017(3):434-435.

<sup>[24]</sup> 中国民用航空总局.2017 年民航行业发展统计公报 [EB/OL].[2018-11-12]. <http://www.caac.gov.cn/XXGK/XXGK/TJSJ/201805/P020180521622831951125.pdf>

<sup>[25]</sup> 顾阿伦. 国家航空市场减排机制对中国碳市场的影响和意义[J].中国经贸导刊.2017(2):49.

制，由 ICAO 理事会定期对 CORSIA 的减排效果以及 CORSIA 对航空经营者、成员国和全球航空业的影响进行评估，必要时建议 ICAO 全体成员国大会修改上述资格要求。或者建立“价格触发机制”，一旦排放单位的市场平均价格长期低于一定的标准值，则理事会应提出修正的建议。

## （二）成员国需协调 CORSIA 与既有的航空业碳减排机制之间的冲突

在 ICAO 决定建立 CORSIA 机制之前，欧盟成员国、中国等已经启动了适用于航空业的强制性碳排放交易体系。据此，历史年度排放量达到一定标准的航空公司必须每年向政府提交与其实际排放量相等的排放配额，否则将被处以罚金甚至被剥夺经营权。但是，ICAO 第 39-3 号决议以及 CORSIA 执行方案均未提及如何与成员国现有的航空业碳减排机制实现有效的衔接。例如，CORSIA 是否应全面取代成员国现有的航空业排放权交易机制？相对来说，CORSIA 对航空业温室气体排放的约束力度要小于碳排放交易体制，因为前者并未为经营者设置一个刚性的绝对减排目标，而是允许其继续增加排放量，条件是经营者用适格的排放单位来抵消其实际增长的排放。因此，受到管制的排放量仅限于经营者在基准年之上的新增排放；后者则为每一个受管制的经营者设置了每一年度刚性的绝对排放上限（总量控制目标），该上限还将逐年降低。因此，受到管制的范围涵盖了经营者每一年度的所有实际排放量。鉴于两者的管制力度、政策目标以及实施机制等存在较大的差异，一旦两者的关系没有理顺，那么这将会给部分航空企业带来“双重负担”的隐患，或者引发 CORSIA 导致航空业不公平竞争与市场扭曲的非议。

根据国家发展改革委办公厅《关于切实做好全国碳排放权交易市场启动重点工作的通知》，全国统一的碳排放权交易市场将涵盖航空业（包括客货运输及机场），航空领域的温室气体控排企业为 2013 至 2015 年中任意一年综合能源消费总量达到 1 万吨标准煤以上（约为 2.6 吨二氧化碳当量）的法人单位。在这之前，2012 年上海市已经率先将年均排放量超过 1 万吨二氧化碳当量的虹桥机场、浦东机场、东方航空、上海航空、春秋航空等经营者纳入地方性碳排放交易试点的管制范围内。那么，一旦将来东方航空等参与 CORSIA 机制，这将意味着部分中国企业的国内航班与国际航班的排放量均受到管制，从而带来双重负担的问题，影响中国经营者的市场竞争力。同时，经营者的国内航班与国际航班的排放量受到了不同标准的管制，这又会导致航空市场的扭曲与不公平竞争。理论上，不同的航空经营者向大气排放的每一吨二氧化碳均会产生相同的负面作用，故应承担相同的减排义务或支付相同的费用，以补偿其生产经营活动产生的外部性影响。但是，仅仅因为某些经营者主营国内航班，而另一些经营者主营国际航班，两类企业却承担了不同标准的减排义务与成本支出。

上述问题同样存在于欧盟航空业。根据欧盟第 2017/2392 号条例，自 2013 年 1 月 1 日起至 2023 年 12 月 31 日，航空业的强制性减排指令仅适用于欧盟内部经营的航班（包括跨国航线），即只有同时在欧盟境内机场起飞与降落的航班才需要参与碳排放交易体系，在欧盟境外机场起飞并在欧盟境内机场降落或者在欧盟境内机场起飞并在境外机场降落的国际航班却不受管制。目前，欧盟 28 个成员国均自愿参与 2021 年开始的试验期的抵消行动，欧盟内部的跨国航班则面临着最为不利的局面，因为它们一方面要接受欧盟碳排放交易体系的约

束，另一方面又必须自 2021 年开始承担 ICAO 框架下的碳抵消与削减义务。基于此，在 CORSIA 出台后，代表行业利益的欧洲航空联盟（Airlines for Europe）主张欧盟内部的跨国航班应停止适用碳排放交易制度，这些航班应统一适用 CORSIA 机制，否则对其将构成不公平竞争和歧视性待遇。<sup>[26]</sup>

本文以为，CORSIA 仅适用于在参与国机场之间起飞与降落的跨国航班，因此大量不符合条件的跨国航班与国内航班必然要被排除在外，这客观上不利于维护航空业的公平竞争以及尽可能减少 CORSIA 的市场扭曲效果。为此，ICAO 成员国可采用两种方案来协调 CORSIA 与既有的自主性航空减排措施之间的冲突：一种方案是调整 CORSIA 的适用范围，排除成员国之间已经受到管制的跨国航班；另一种方案则是由成员国对其碳排放权交易制度进行适当的修改。例如，中国或欧盟碳市场的管理者在确定航空企业的减排目标（总量控制）以及可获得的排放配额时，可以增加一个调整系数。这个系数应根据 CORSIA 的实施情况进行动态的变化，适度减少受管制的航空公司的负担，以努力保障跨国航班之间以及国内航班与国际航班之间的公平竞争。

### （三）成员国需借助于《芝加哥公约》的“自助机制”来推进 CORSIA 的有效实施

ICAO 第 39-3 号决议以及 CORSIA 执行方案均没有提及履约与处罚机制，也没有试图建立一个专门的机构来处理 CORSIA 的实施问题。航空业的温室气体减排方案必须包含相应的履约与处罚机制，否则难以实现预期的减排目标。例如，依据欧盟的航空减排指令，航空业经营者须向指定的管理国（欧盟的某一成员国）提交与其上一年度排放量相当的配额，否则管理当局将针对每一吨未提交配额的超额排放征收 100 欧元的罚款，严重违规者将有可能被终止欧盟航线的经营权。国家发展与改革委员会起草的《全国碳排放权交易管理条例》（送审稿）也对于各类违法行为规定了责令限期改正、停业整顿、罚款、扣减下一年度排放配额等处罚措施。此条例适用于包括航空公司在内的所有控排企业。但是，迄今为止，气候变化国际公约的履约与处罚机制都难言成功。《框架公约》与《京都议定书》尽管规定了不遵守程序，缔约方大会可决定对不遵守条约的缔约方采取公布不履约、丧失条约特权、资金惩罚、在未来的承诺期弥补排放贸易制裁等强制性措施，但是履约机制的拘束力基本不具有实质意义，而仅具有宣示性价值，同时在实践中也没有得到有效的实施。<sup>[27]</sup>2015 年《巴黎协定》也没有解决这个“顽疾”。该协定第 15 条只是简单地规定应建立“便利执行与促进遵守机制”，并没有提及不遵守行为的具体形式以及相应的法律责任。<sup>[28]</sup>

CORSIA 的有效实施可从两个层面来理解：第一，受到管制的航空经营者切实履行其排放数据报告义务以及碳抵消义务；第二，参与 CORSIA 的缔约国须核算航空经营者的排放数据、抵消量并确保后者完成相应的碳抵消义务，同时向 ICAO 提交相应的情况报告。为此，作为《芝加哥公约》不可分割的组成

<sup>[26]</sup> ICAO reaches key stage in CORSIA implementation with adoption of SARPs but challenges remain over sustainability criteria[EB/OL].[2018-11-10].<http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=2499>.

<sup>[27]</sup> 陈贻健. 气候正义论——气候变化法律中的正义原理和制度构建[M],北京: 中国政法大学出版社, 2014.252-253.

<sup>[28]</sup> Daniel Klein, Maria Pia Carazo and Meinhard Doelle. The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary[M]Oxford University Express, 2017.349-351.

部分，CORSA 须借助于该公约下的履约机制，通过规范缔约国的实际行动，来间接地敦促、监督航空经营者履行其碳抵消义务。

按照《芝加哥公约》第 37 条（国际标准及程序的采用）与第 54 条（理事会必须履行的职能的规定），获得理事会批准的 CORSA 执行方案将作为国际标准与建议措施而被纳入公约附件 16。部分学者将《芝加哥公约》之附件视为“软法”，因为公约并没有规定成员国一旦违反附件中的国际标准将会受到何种处罚。<sup>[29]</sup>《芝加哥公约》第 38 条（背离国际标准和程序）仅仅规定了此类成员国的通报义务：如果某一成员国不能完全执行附件中的国际标准，那么它应立即将本国的执行措施与国际标准的差别告知 ICAO，嗣后理事会还应将该国措施与国际标准的差别通报给其他成员国。不过，第 33 条（证书及执照的承认）要求成员国相互认可各自作为航空器的登记国而核发的适航证、合格证书与执照，但条件是成员国在核发各类证书时的要求应不低于公约规定之国际标准。进言之，一成员国可以拒绝承认另一成员国作为登记国为航空器出具的证书，理由是另一成员国核发证书的要求低于公约之国际标准，如航空器的经营者没有按附件 16 的标准履行其抵消义务。如果航空器的适航证、合格证书与执照未获某一成员国的承认，这就意味着此类航空器不能进入该国的领空，也就不能经营相关的国际航线。那么，借助于上述“自助机制”，《芝加哥公约》之附件仍可能构成“事实上的硬法”。<sup>[30]</sup>

鉴于国际社会的平权结构，国际法缺乏一个超越于各国之上的强制执行机制，这使得国际法历来有“软法”与难以执行的沉痾。为此，国际法通过授权国家采取自助行动来敦促其他国家遵守其国际法律义务，例如联合国安理会授权成员国在必要时采取自卫行动以及世界贸易组织授权适格的成员方对外实施贸易报复等。依据《芝加哥公约》第 1 条（主权）与第 6 条（定期航班），国际航空市场的发展、国际定期航班的运营取决于国家之间的谈判结果，任何缔约国均可基于其主权权力而拒绝向外国航空公司开放领空，也就是拒绝授予其经营某一国际航线的权利。那么，如果某一缔约国未能确保其航空公司严格履行碳抵消义务，那么针对这种“违约行为”，其他国家可采取《芝加哥公约》所授予的“自力救济”，拒绝承认该航空公司的运营资格，剥夺其经营某一国际航线的权利。可见，CORSA 的执行已经与航空公司的经营权紧密相关。相对于气候变化国际公约较为软弱的履约与处罚机制而言，这种执行模式的强制性与有效性显然更胜一筹。

## 五、结语

就全球温室气体应对行动而言，以国家为主体的减排治理的管辖范围与大气容量空间的性质及其环境影响始终存在不匹配的问题。<sup>[31]</sup>这源自大气环境的“公地”特性。各国减排治理的管辖范围是以国家为边界的，但是各国的大气环境容量却是无边界的，由此导致各国的减排行动之间必然要相互影响，或者说任何一国的减排行动均具有一定的外部性或溢出效应。这种“公地”特性助长了部分国家“搭便车”的动机，同时也构成了气候变化公约谈判的一个重要障碍。但是，对于全球温室气体的减排而言，重要的不是“在何处减排”以及“如何减

<sup>[29]</sup> Jeffrey J. Smith, M. Tanveer Ahmad, Globalization's Vehicle: The Evolution and Future of Emission Regulation in the ICAO and IMO in Comparative Assessment[J]. Climate Law, 2018(1):96.

<sup>[30]</sup> T. Ahmad. Environmental Effectiveness of icao's Basket of Mitigation Measures to Arrest Emissions from International Civil Aviation[J]. Annals of Air and Space Law, 2014(1):75-76.

<sup>[31]</sup> 王燕, 张磊. 碳排放交易市场法律保障机制的探索[M] 上海: 复旦大学出版社, 2015. 44-45.

排”，而是“大家尽可能多减排”以及“公平分配减排任务”。秉承上述理念，CORSA 突破了以国家为边界的气候变化治理困境，以柔性的 2020 年后碳中和增长为目标，并以 2019-2020 年的历史排放量作为基准线，通过“ICAO-成员国-航空企业”的多层次结构，将抵消与削减义务最终落实到航空企业身上，并有望通过《芝加哥公约》下的成员国“自助机制”来确保该机制的有效实施。

进言之，CORSA 是国际社会通过全球性、行业性市场导向措施来应对气候变化的一个重要尝试。它在创新航空技术、使用清洁能源、提高管理效率等实质性减排措施之外，为航空业减排提供了一个尽可能降低企业成本、许可航空公司适度增加排放量的合理途径。它也是在航空排放快速增长、欧盟竭力主张航空业强制减排而中俄等航空大国强烈要求保留排放增长空间的大背景下，全球航空业能够达成的最大限度的妥协与最为可行的减排方案。CORSA 能够通过经济激励与成本压力来引导航空企业采取实质性减排措施，从而为全球应对气候变化作出适当的贡献。总之，尽管 CORSA 的减排效果可能并不是最理想的，但这是目前国际航空业能够接受的最为可行的方案。

就中国而言，虽然我们明确支持由 ICAO 通过一项市场导向措施来治理航空业温室排放的决议，但对于该措施的具体实施方案以及 CORSA 的制度构建，仍持有一些有别于其他成员国的意见（如关于合格排放单位的资格要求）。中国政府尚未正式通知 ICAO 自愿参加于 2021 年开始试验运行的 CORSA 机制，不过在 CORSA 进入全面强制实施阶段后（即自 2027 年开始），中国航空业仍将承担节能减排的国际义务与成本压力。为此，我们在谈判中应尽可能降低企业的减排负担，最有效的谈判立场就是主张 CORSA 机制应与《框架公约》与《巴黎协定》实现对接，在后两者框架下产生的排放单位或减排信用（如某一年度之后的 CDM 项目产生的 CER）可直接用于履行航空业的抵消义务，以充分践行联合国框架下的“共同而有区别责任原则”以及“各自能力原则”，为发展中国家航空业的可持续发展提供必要的保障。

## 论“或裁或审”条款的效力

骆静雯<sup>1</sup>

**摘要：**同时约定仲裁与诉讼的“或裁或审”条款的效力认定存在整体有效、部分有效和整体无效的分歧，其争论焦点在于“或裁或审”条款的性质属于瑕疵仲裁协议或是混合管辖条款，以及“或裁或审”条款中的仲裁意愿是否具有明确性。从国际商事争议的适当解决和国际商事仲裁的发展需要来看，应在意思自治原则的基础上，最大限度承认“或裁或审”条款的有效性，具体的效力认定方式为：先根据准据法分别判断仲裁条款与诉讼管辖权条款的效力，如果仅一个条文有效，则按照有效的条款方式处理，在两者均有效的情况下，由当事人自行选择提起仲裁或诉讼，案件由先系属的法院管辖。

**关键词：**“或裁或审”条款，瑕疵仲裁协议，效力认定，支持仲裁

**Abstract:** the agreement arbitration and litigation "and" cut or trial of the effectiveness of the clause that the overall effectiveness of the existence, partial and whole invalid differences effectively, the contention is that the nature of the "and" cut or trial clause belong to defective or mixed jurisdiction clause, the arbitration agreement and terms of arbitration "and" cut or trial will have clarity. From international commercial disputes properly need to solve the development of international commercial arbitration, should be on the basis of the principle of party autonomy, maximum admitted that "and" cut or trial the validity of the clause, the effectiveness of the concrete that way as follows: first, according to the applicable law, the validity of the arbitration clause and the jurisdiction clause, if only a provision which is valid, the processing, according to the terms of the effective ways in both effective case, brought by the parties to choose arbitration or litigation, the case shall be is under the jurisdiction of the court.

**Key words:** "arbitration or arbitration" clause, defect arbitration agreement, validity determination, supporting arbitration

随着经济全球化的不断发展，国际商事纠纷的数量也日益增长。在国际商事交往逐渐深化的过程中，每新出现一种仲裁协议的个性化约定，都会对现有的国际商事仲裁制度带来挑战。在国际商事合同中，当事人通常会在仲裁与诉讼中选择其一作为争议纠纷的解决方式，但实践中也大量出现了同时约定仲裁与诉讼的“或裁或审”条款，反映了商事主体的意愿。“或裁或审”条款指的是当事人在争议解决条款中既存在将争议提交至仲裁庭仲裁的内容，又存在向人民法院提起诉讼的内容。

仲裁与诉讼作为国际商事领域最受欢迎的两种纠纷解决机制，具有各自的特色与优势，倘若当事人为结合两者优点或增加可选择的空间，在单一合同中同时纳入仲裁与诉讼条款，势必将造成这一事项管辖权的困扰，不同法系、不同国家甚至同一国家内部对“或裁或审”条款的态度莫衷一是，这在实践中反映为对“或裁或审”条款效力的认定冲突。那么我们应当如何判定它的效力？为避免国际商事仲裁中法律适用与法律选择的不确定性影响对“或裁或审”条款的效力阐述，本文将搁置效力判断的具体性，而在国际社会主流立法层面一般地探讨这一条款的应然认定方式。

### 一、“或裁或审”条款效力认定实践

“或裁或审”条款常见的表述方式如：“凡因履行本合同发生的或与本合同有

<sup>1</sup> 宁波大学法学院，2018 级国际法专业硕士研究生。

关的一切争议，由双方当事人协商解决，协商不成的，可向 xxx 申请仲裁或向 xxx 法院提起诉讼”，国家法院和仲裁庭在处理单一合同中规定的“或裁或审”条款这一问题时，采用了不同的方法，对英国、新加坡、法国、罗马尼亚等公开提供的国家法院判决以及仲裁裁决的分析表明，主要有以下几种方法：

### （一）整体有效实践

第一，通过运用合同解释原则调和矛盾。

在搜集到的案例中，大部分英美法系的法官或仲裁员出于诚实信用原则、合同有效性原则或者“支持仲裁”政策的考虑，对待“或裁或审”条款时都原意采取合同解释的方法来调和两者的冲突，并且在此基础上推定争议提交仲裁的有效性。理由是这种目的论还原符合合同解释的原则，即当事人不希望他们的合同是无效的。法院和仲裁庭根据条款的确切措辞和围绕案件的情况调和了表面上的冲突，认为当事方已将其争端交付仲裁，而诉讼管辖条款应被解读为仅仅履行了以下职能：确定仲裁地、确定管辖监督法院、确定仲裁程序法、在仲裁条款不具法律效力或没有任何当事方提交仲裁的情况下作为后备规则援引、或上述原因的组合格等。将法院地选择条款缩减为剩余意义并不一定意味着仲裁条款优先于诉讼管辖条款，而是试图将合同作为一个整体加以解释的合理结果。

例如，Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Co. Inc（以下简称“Paul Smith 案”）是通过合同解释原则调和两者矛盾的典型案例，在该案中，当事人签订的协议包括以下条款：“13、争端解决：如果双方之间产生任何争议或分歧...争议或分歧应根据国际商会的调解和仲裁规则，由一名或多名仲裁员裁决。14、本协议应根据英国法律解释，英国法院对其具有排他性管辖权，双方应将管辖权提交给英国法院。”在双方发生争议后，国际商会仲裁法庭裁决认为双方存在有效的仲裁协议，仲裁地点应为伦敦。原告随后在英格兰提交了一份起诉状，并申请了一项禁止被告进行仲裁的禁令。原告认为，第 13 条和第 14 条规定诉讼和仲裁作为争议解决方式是完全矛盾的，应当予以废除，但 Sternj 法官并不接受这种观点，认为这是一种“极端的、非常没有吸引力的解释结果...因为这使国际商业合同中存在完全无效的条款”，并得出了一个“简单而直截了当的答案”：第 13 条应理解为将实体争议提交仲裁解决，第 14 条应被视为约定了仲裁的法律或程序法。<sup>1</sup>

Daval Aciers D’usinoir Et De Sacilor And Others V Armare Srl 一案遵循了 Paul Smith 案的裁判理念，双方在提单正面约定了英国法院的排他性管辖权，但提单背面还有一项条款，规定“所有条款和条件...以及（租船合同）的仲裁条款...因此合并”，而租船合同中的仲裁条款规定“争议应在英国伦敦解决”。法官首先肯定租船合同已纳入提单，随后认为法院管辖权条款和仲裁条款尽管存在“一些重叠”，但是“没有冲突”，争议应当提交至仲裁，提单正面提及的英国法院应被视为选择了英国法律作为仲裁程序法，从而保留对仲裁的监督管辖权。<sup>2</sup>

新加坡高等法院也采用 Paul Smith 案的方法，在其审理的 PT Tri-MG Intra Asia Airlines v Norse Air Charter Ltd 中，飞机租赁协议同时包含仲裁条款和管辖权条款，仲裁条款第 15 条规定，所有争议均应根据发生任何争议之日起有效的国际商会调解和仲裁规则，提交仲裁解决。适用法律和管辖权条款第 22 条指

<sup>1</sup> Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Co. Inc. [https://www.trans-lex.org/303000/\\_/paul-smith-ltd-v-h-s-irep-127/](https://www.trans-lex.org/303000/_/paul-smith-ltd-v-h-s-irep-127/). (2020/5/4)

<sup>2</sup> Daval Aciers D’usinoir Et De Sacilor And Others V Armare Srl (the Nerona). <https://www.ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=149828>. (2020/5/4)

出，合同受新加坡法律管辖，新加坡法院应具有专属管辖权审理任何争议。双方之间发生争议，TMG 公司（印度尼西亚）于是在新加坡对 Norse 公司（毛里求斯）提起诉讼。新加坡法院将专属管辖权条款与仲裁条款一并解读，认为本案应根据该条款提交仲裁，同时新加坡法院对根据该条款提起的任何仲裁均具有监督管辖权。<sup>1</sup>

除了法院采用调和两个冲突条款的方法之外，仲裁庭也有相关的案例采用了上述方法。如巴黎国际商会附属的国际商会仲裁院（ICC）裁决的一个案例，合同中有一个条款规定“一审与终审的争议由阿尔及利亚的仲裁庭进行裁决”，另一个条款规定“阿尔及利亚法院对终审程序具有专属管辖权”。ICC 确认了仲裁协议的有效性，并裁定后一条款应作“只能根据阿尔及利亚法律对仲裁裁决进行监督”的解释。<sup>2</sup>另外，如果使仲裁条款而不是诉讼管辖条款减少其所谓的剩余含义，那么将很难调和两者的含义，因为只有国家法院而不是仲裁庭对任何争议拥有缺省管辖权，同时又有资格支持和监督仲裁庭，这一事实使得将诉讼管辖条款减少到某种剩余意义更为合理。

第二，当事人有选择的权利，可择一行使。

当事人有选择的权利指的是，在分别判断仲裁与诉讼均为有效的解决方式后肯定“或裁或审”条款的效力，当事人可择一提交争议。罗马尼亚有少数类似的做法，原告根据“双方当事人对本合同的执行有任何异议，应友好解决，否则争议应由罗马尼亚工商会下属的国际商事仲裁法院或主管法院根据罗马尼亚法律解决”该条款提出其享有选择将案件提交仲裁或法院的权利，法院支持了原告的请求，判决依据的是有效解释原则以及罗马尼亚《民法典》规定的合同应根据双方的共同意愿解释的规则。此外，该案涉及的仲裁庭也指出，如果仲裁协议不生效或是仲裁协议的生效需要对方事后同意，争端的解决将会无理拖延，当事方获得迅速审判的权利就会受到侵犯。<sup>3</sup>

我国台湾高等法院台中分院就合同中约定的争议得通过“仲裁或诉讼方式办理”，是否为有效约定认为，“参酌近年理论及实务上多数见解，认为合约既已将仲裁与诉讼二者，明文并列为解决合约争议之方法，自应视为双方已有仲裁合意，无庸再另立书面仲裁契约，即得提付仲裁”<sup>4</sup>，在事实上肯定了当事人的程序选择权。我国香港地区对于此类条款的态度也经历了一个转变的过程，从 Hissan Trading Co. V Orkin Shipping Corp<sup>5</sup>一案的无法确定提交仲裁的意图，到 William Co. V Chu Kong Agency Co Ltd & Anor<sup>6</sup>一案中当事人有自行选择仲裁或诉讼的权利，体现了对仲裁的支持。

## （二）整体无效实践

也有较多的国家对“或裁或审”条款的效力持否定态度，理由是仲裁与诉讼作为两个完全不同的争议解决方式，不应当就同一事项同时约定在一个条款

<sup>1</sup> PT Tri-MG Intra Asia Airlines v Norse Air Charter Ltd. <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=235762>. (2020/5/10)

<sup>2</sup> ICC Arbitration Case No. 6866 of 1992. <http://library.iccwbo.org/dr-awards.htm>. (2020/5/10)

<sup>3</sup> the Bucharest Court of Appeals (Curtea de Apel Bucharest), Judgement of April 24 h, 2002 from Case File no. 390/2001.

<sup>4</sup> 中国台湾 2003 年上字第 333 号裁判。

<sup>5</sup> Hissan Trading Co v Orkin Shipping (Comm L 39/92). See Uncitral: International Commercial Arbitration Court: Uncitral Model Law Abstracts, case 43.

<sup>6</sup> William Co.v.Chu Kong Agency Co Ltd & Anor-[1993]2 HKC 377. <http://neil-kaplan.com/wp-content/uploads/2013/08/William-Co-v-Chu-Kong-Agency-Co-Ltd-and-Another-HCCL155-of-1991.pdf>. (2020/5/12)

中，或者更多的案例是直接忽视诉讼管辖条款，将整个条款视为无效的仲裁条款来处理。如法国法院认为，仲裁协定表达了缔约双方给予仲裁员解决争端的权力的意愿，该协定明确排除了国家法官的干预，该条款与赋予巴黎商业法院管辖权的条款相矛盾。因此，这条有争议的管辖权条款是不可调和的，根据《民事诉讼法》的规定，争议由被告所在地的商事法院管辖。<sup>1</sup>在另一个案例中，法院也得出同样的结论，在一个合同中所包含的诉讼管辖条款和仲裁条款由于明显的矛盾而相互抵消，争议应按缺省程序规则管辖。<sup>2</sup>

值得注意的是，实践中也存在“除非达成补充协议，否则推定仲裁条款无效”的做法，从语义表达上看似再次给予了双方当事人达成仲裁协议的权利，实则仍然视“或裁或审”条款整体无效，即使实践中当事人并未对该条款提出异议，也只意味着双方通过默示的方式再一次达成了仲裁协议，而非对“或裁或审”条款效力的认同。我国即是典型的代表。我国《仲裁法解释》第七条规定，“当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在仲裁法第二十条第二款规定期间内提出异议的除外”，但对诉讼管辖权条款的效力不置可否。

如果将韩国大法院的判例与我国的司法解释进行比较，会发现两者的立场颇为一致。韩国大法院的立场是，只有当事人在争议发生后明示或默示对仲裁再次达成合意，仲裁条款才具有效力。如 2003 年被告为韩国韩进重工业的判例是韩国大法院第一次对“或裁或审”条款的效力问题阐释了自己的立场，该案的解决方案如下：“...买方和供货方之间的纠纷按照买方国家的法律以判决或者仲裁解决...”，韩国一审和二审法院以及韩国大法院都认为合同的规定仅代表一方当事人有提交仲裁的权利，但一方的仲裁申请只有在另一方对此不反对、服从仲裁程序的情况下才有效。<sup>3</sup>

### （三）部分有效实践

第一，推定仲裁条款优先于诉讼管辖条款。

有相当一部分法院基于本国“支持仲裁”的政策，认为“或裁或审”条款应当推定仲裁条款具有优先性。例如，在 *Sulamerica Cia Nacional De Seguros S.A v. Enesa Engenharia S.A* 一案中，双方签订的保险单中列明了“或裁或审”的争议管辖条款：“根据本政策引起的，与之相关的或与之相关的任何争议均应受巴西法院的专属管辖”以及“如果...则应根据 ARIAS 仲裁规则将此类争议提交仲裁...仲裁庭应具有法律所允许的最大范围的酌处权，仲裁地应为英国伦敦”<sup>4</sup>。Clarke J 法官认为这一含有巴西法院排他性管辖权和英国伦敦排他性仲裁权的条款明显存在冲突，因此他必须“优先考虑仲裁条款，因为...没有其他办法可以调和这两者”，他认为，唯一的其他选择是“同时允许在巴西提起诉讼和在伦敦提起仲裁”，而这又是最不可能解释为当事人意图的。<sup>5</sup>

<sup>1</sup> *Epoux Saadi v. Huan, C. Paris. At a Crossroads: The Case of Pathological Arbitration Clauses Which Determine a Jurisdictional Fight*, 25 *Lex ET Scientia Int'l J.* 47, 2018, p.53.

<sup>2</sup> CA Paris 22 November 2000, *L'Hamid Saadi v. Huan*. See *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* 54 (1) Jan. - March. 2001, p.57.

<sup>3</sup> 대법원 2003.8.22 선고 2003 다 318 판결. 转引自苏晓凌：《或裁或审条款的有效性问题的简析——以韩国法院的立场为引》. <https://mp.weixin.qq.com/s/xkwwr2dfYyS6eaOkqsbfgv>. (2020/6/10)

<sup>4</sup> *Sulamerica Cia Nacional De Seguros S.A v Enesa Engenharia A.A.* [2012] EWCA Civ 638. [https://www.trans-lex.org/311350/\\_sulamerica-cia-nacional-de-seguros-sa-v-enesa-engenharia-sa-%5B2012%5D-ewca-civ-638/](https://www.trans-lex.org/311350/_sulamerica-cia-nacional-de-seguros-sa-v-enesa-engenharia-sa-%5B2012%5D-ewca-civ-638/).

(2020/5/12)

<sup>5</sup> 同上。

美国强有力的“支持仲裁”的联邦政策使得美国在大多数案件中支持所有仲裁管辖条款，除非协议中明确约定诉讼应当优先于仲裁<sup>1</sup>。法国的一些法院也对仲裁采取宽松的态度，如巴黎初审法院强调，在对此类合同进行解释时应考虑到，如果双方当事人不期望仲裁程序处理其潜在的争端，那么他们本应提及避免仲裁的可能性。在合同中加入仲裁条款即意味着争议应优先通过仲裁程序解决。<sup>2</sup>

第二，推定诉讼管辖条款优先于仲裁条款。

推定诉讼管辖条款具有优先性的案例十分罕见，在 *TNB Engineer and Consultancy Sdn Bld v Projass Engineering Sdn Bld* 一案中，上述 *Kathiravelu* 案的同一个马来西亚法院在强制性马来西亚专属管辖权和合同中的仲裁条款方面得出了相反的结论，在这个案中法院认为两个条款明显具有不一致性，仲裁的意愿不明显，应当推定诉讼管辖条款具有优先性。<sup>3</sup>

#### （四）其他方式

法国最高法院采取了不同于上述所有法院的更为独特的做法，其在 2003 年的一个判决中适用“管辖权—管辖权原则”来回避“或裁或审”条款的效力判断。该案经历了漫长的审理过程，判决结果几经反复，集中反映了法院对这一问题所存在的分歧与争议。

案涉合同同时约定了临时仲裁条款与专属法院管辖条款，巴黎一审法院作出有利于出租人的裁决，认为法院管辖条款在性质上是附属于仲裁条款，并命令当事人将此事提交至尚未成立的仲裁庭，承租人就此决定向巴黎上诉法院提出上诉。上诉法院推翻了该裁决，拒绝自动承认法院选择条款的辅助性质，相反，法院认为，举证责任应由主张适用仲裁条款的当事人(出租人)承担，以证明法院选择条款在当事人的意图中是仲裁条款的附属协议，而出租人没有令人信服地表明双方当事人的共同意图是仲裁，巴黎上诉法院由此得出结论，这两个条款“明显矛盾”，都不应适用，而是应根据缺省程序规则，被告住所地的法院对案件具有管辖权。出租人提出上诉后最高法院推翻了巴黎上诉法院的裁判，认为仲裁庭有确定自己是否具有管辖权的权力，该条款的效力应由仲裁庭决定。至此，在“或裁或审”条款效力的这一问题上，法国最高法院采取了“管辖权—管辖权原则”作为应对方法。但考虑到“或裁或审”条款被英美法系国家称为“病态仲裁协议”，法国最高法院通过该原则回避所有问题，揭示了法院实际上对仲裁持有极为宽松的态度，从这个意义上说，仲裁条款依然明确优先于诉讼管辖条款。<sup>4</sup>

## 二、关于“或裁或审”条款性质的争论分析

对比各实践对“或裁或审”条款的效力认定方式、总结实践所反映的理论异同、厘清“或裁或审”条款效力认定冲突的原因的重要性毋庸置疑。根据各国实践中对待“或裁或审”条款的态度即可大致看出效力认定冲突的原因，本章进一

<sup>1</sup> Richard Garnett, *Coexisting and Conflicting Jurisdiction and Arbitration Clauses*, *Journal of Private International Law* 9, No. 3, 2013.

<sup>2</sup> *Techniques de l'ingénieur. At a Crossroads: The Case of Pathological Arbitration Clauses Which Determine a Jurisdictional Fight*, 25 *Lex ET Scientia Int'l J.* 47, 2018. p.52.

<sup>3</sup> *TNB Engineer and Consultancy Sdn Bld v Projass Engineering Sdn Bld*. See Richard Garnett, *Coexisting and Conflicting Jurisdiction and Arbitration Clauses*, *Journal of Private International Law* 9, No. 3, 2013.

<sup>4</sup> *SCI La Chartreuse v. M. Cavagna*. Civ. 2e, 18 December 2003. The Superiority of the Arbitration Clause over a Forum Selection Clause under French Law.

步梳理各实践关于“或裁或审”条款的性质这一争论焦点。

### （一）对于“或裁或审”条款性质的争论

对“或裁或审”条款的性质梳理是其效力认定的前提，从其表现形式看，当事人对于“或裁或审”条款的约定既包含了仲裁的合意，也包含了诉讼管辖权的合意。那么这类条款是依然属于仲裁条款予以整体认定效力，还是属于混合的争议解决条款予以分别认定效力，在学界和实务界尚且不能达成一致。

在理论上，第一种观点视“或裁或审”条款为未排除法院管辖权的仲裁协议。《仲裁法解释》第 7 条“仲裁协议无效”的表述已经暗含了我国法院的倾向性意见，我国大部分学者也均认为“或裁或审”条款在性质上应属于有瑕疵的仲裁条款，甚至直接归于无效的仲裁协议，如汪祖兴教授将“或裁或审”条款称之为“是在仲裁和诉讼间相互矛盾、态度暧昧的仲裁协议”。<sup>1</sup>在国际上同样也大多被视为有瑕疵的仲裁条款，如 1974 年时任国际商会名誉秘书长的 Frederic Eisemann 首次使用了“病态仲裁条款”（pathological arbitration clause）的概念，他认为“病态的仲裁条款”指的是其中具有可能影响仲裁顺利进行的瑕疵或缺陷的仲裁协议，仲裁庭的管辖权和诉讼管辖权同时存在的仲裁条款即为含糊不清，扰乱了仲裁程序的“病态的仲裁条款”之一。<sup>2</sup>此后，这一术语被频繁地引用在其他相关论文中<sup>3</sup>。另一种新兴观点将“或裁或审”条款解读为混合的争议解决条款，理由是仲裁条款不能完全界定这一条款的性质特征，除了提交仲裁的意愿之外还有诉讼管辖的意思表示，将眼光扩大一些，无论是仲裁条款还是诉讼管辖条款，本质上都是将争议提交至中立第三方解决合同约定，作为混合管辖条款事实上更符合当事人本意<sup>4</sup>。

“或裁或审”的性质分歧在实践中表现为“整体论”和“分割论”的不同判断方法。对于双方当事人就一合同事项同时约定仲裁与诉讼的争议解决条款的效力，是将其作为争议解决条款整体来判断，还是分别就各自的仲裁条款和诉讼管辖条款进行判断，实践中的做法莫衷一是。“整体论”的观点是，争议解决条款作为合同中的特殊部分应当视为一个整体来对待。选择仲裁或者诉讼解决争议属于缔约内容，两者相互联系才构成争议解决方式的程序契约，不能割裂的审查其中任何一项，那么这一认识可能会产生两种截然相反的结果：第一，两种争端解决条款并无实质性的冲突，应均为有效；第二，如果该仲裁条款是因为仲裁合意不明而无效，那么诉讼管辖的合意自然也无效，反之则亦然。推定“或裁或审”条款整体无效、以合同解释的方法调和矛盾等方法即为代表。“分割论”的观点则认为，对于仲裁与诉讼管辖权这一混合管辖的约定并不必然导致两者同时或其中之一无效，其各自管辖权条款的效力应当根据相应的法律规定判断。这种方法使得仲裁条款的效力与诉讼管辖条款的效力互相独立，不因一个条款的效力影响到另一条款的效力，最大程度给予“或裁或审”条款以宽容的态

<sup>1</sup> 汪祖兴：《国际商会仲裁研究》，法律出版社 2005 年版，第 108 页。

<sup>2</sup> Molfa, Milo. *Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws*, *Hong Kong Law Journal*, vol. 37, No. 1, 2007, pp.161-184.

<sup>3</sup> Alok Jain: *Pathological Arbitration Clauses and Indian Courts*, *Journal of International Arbitration* 25, Issue 4, pp.433-448.

<sup>4</sup> 如宋连斌、黄保持：《违反一裁终局原则对仲裁协议效力的影响：基于中国实践的实证分析》，《国际法研究》2017 年第 1 期，第 118 页。又如杜涛、张炳南：《论“或裁或审”条款的实践发展与反思——兼评仲裁法司法解释第 7 条》，《时代法学》2019 年第 6 期，第 65 页。再如 Richard Garnett, *Coexisting and Conflicting Jurisdiction and Arbitration Clauses*, *Journal of Private International Law* 9, No. 3, 2013.

度，并且这种方法不存在法理上的障碍，在实际操作上更是简单易行。确认“或裁或审”条款整体有效中的“当事人有选择的权利，可择一行使”的方法就是运用了“分割论”的思维，只有在分别判断仲裁与诉讼均为有效的解决方式后才整体肯定了该条款的效力。

## （二）理论评析

本文认为，从仲裁的角度而言，将“或裁或审”条款视为瑕疵仲裁协议有一定道理，整个仲裁条款因未排除法院管辖这一瑕疵之处而存在无效的风险，但从司法的角度或更为中立的角度而言，混合管辖条款无疑更为贴切，并且实践中也更应以法院或更中立的视角来判断，原因在于：在就仲裁协议是否存在或有效的问题上有疑义时，较为常见的情况是一方向仲裁庭提起仲裁，另一方向法院起诉请求认定仲裁协议无效，而有效的仲裁协议具有妨诉抗辩的效力，但前提是“有效的”。因此，在对仲裁协议效力还有疑问的情况下，国家法院仍然对案件具有管辖权。尽管管辖权—管辖权原则赋予仲裁庭优先判断自身管辖权的效力，但仲裁庭管辖权的仍然需要司法权的让渡，法院具有效力判定的最终决定权普遍为各国所承认。职是之故，无论是从权力让渡的角度还是监督仲裁的角度，法院是最为重要的“或裁或审”条款的效力判断主体，对该条款的性质判断也应当以更为中立的视角进行，“或裁或审”条款的性质应是混合管辖条款，称其为瑕疵仲裁协议仅限于分类上，不具有性质意义。

而将“或裁或审”条款视为混合管辖条款即意味着对于该条款的效力判断应采用“分割论”的标准：仲裁条款的效力与诉讼管辖条款的效力互相独立，不因其中一个条款的效力影响到另一条款的效力。这种裁判方式也并非是在仲裁领域突破性的做法，其仍然具有以下几点理论基础。

第一，仲裁条款独立性原则。仲裁条款的独立性时常出现在国际商事仲裁的著作中，那么仲裁的独立性到底指的是什么？仲裁条款可以独立于除仲裁条款之外（包括诉讼管辖权条款）的所有条款，还是只能独立于争议纠纷解决条款之外的主合同？仲裁条款的独立性原则传统上仅调整仲裁条款与主合同其他条款的关系，如我国《仲裁法》第 19 条<sup>1</sup>，但包括《仲裁法解释》在内的法规都未涉及仲裁条款独立性的程度问题。对该理论进行客观目的解释，赋予仲裁条款或者扩大至争议解决条款的独立性是基于其本身“午夜条款”的性质，使它们仍然能在主合同效力存疑的情况下发挥作用，若仲裁条款无法独立于诉讼管辖条款，两者又因并列而无效，那么也就违背了理论的客观目的，因此从法条的文义解释看，对于仲裁条款独立性的解释可以是合同中的争议解决条款独立于合同的其他条款，而争议解决条款中的法院选择条款与仲裁条款又相互独立<sup>2</sup>。

第二，合同部分无效制度。合同部分无效制度是民事行为部分无效制度的延伸，无论在大陆法系还是英美法系，均肯定了合同部分无效制度的法律价值，并且各国的判断标准也颇为一致。参考王利明教授的定义<sup>3</sup>，认定合同部分无效应符合以下几个条件，（1）合同本身应为单一合同，此处“单一”不应狭义理解为一个合同文本，多个相互联系、具有经济意义的合同文本仍然可以构成

<sup>1</sup> 《仲裁法》第 19 条规定“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力”。

<sup>2</sup> 杨玲：《论“或裁或审”条款中仲裁条款的效力—以海峡两岸司法实践为视角》，《西北大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 4 期，第 142 页。

<sup>3</sup> 王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社 2002 年版，第 634 页。

单一合同。(2) 合同内容具有可分性, 即使无效的部分被分离出来, 剩余的部分仍具有独立存在的意义, 并且不违背当事人原有的意思表示。(3) 合同部分无效不影响其他部分的效力, 但如果部分无效的认定会使另一部分无意义或实质不公平, 则应认定为整体无效。(4) 无效部分为非决定性因素, 具有决定性因素的部分实质上是合同的基础, 如果无效的是这一部分, 则会动摇整个合同的根基。我国《民法通则》、《民法总则》、《合同法》等一贯坚持合同部分无效制度, 并且 2021 年 1 月 1 日起施行的《民法典》第 156 条<sup>1</sup>、第 507 条<sup>2</sup>也同样明确予以支持。

第三, 支持仲裁理念。19 世纪末 20 世纪初, 由于仲裁在满足商业需要、减轻法院负担等方面发挥巨大的作用, 世界各国开始放松对仲裁的限制和干预, 转而普遍采取了支持仲裁的政策 (policy favoring arbitration)。但是支持仲裁不能仅仅只停留在理念层面, 还应下沉至仲裁的制度中, 因此在仲裁协议的效力认定方面确立了一系列有利于仲裁的制度, 如仲裁协议尽可能有效原则、管辖权—管辖权原则、国际仲裁协议法律适用上的有效原则以及确定仲裁协议范围上的有利于仲裁原则等。同样的, 将“或裁或审”条款视为混合管辖条款也是支持仲裁理念的体现。

由此观之, 将“或裁或审”条款视为混合管辖条款不仅符合中立的立场, 也具有一定的理论支持, 并且该条款的效力认定事实上也只有在仲裁条款与诉讼管辖条款依据准据法均有效的情况下才有讨论的意义, 因此, 对于这一混合管辖条款, 应“从部分到整体的视角”首先就其包含的仲裁条款与诉讼管辖条款分别进行效力认定, 例如将“协商不成的, 提交北京仲裁委员会仲裁或向原告方所在地人民法院提起诉讼<sup>3</sup>”拆分为“提交北京仲裁委员会仲裁”与“向原告方所在地人民法院提起诉讼”两部分, 由于该案的诉讼管辖约定因违反我国专属管辖规则而无效, 那么整个条款也就不再有“或裁或审”的讨论价值。

### 三、关于“或裁或审”条款仲裁意愿明确性的争论分析

仲裁协议建立在双方当事人的仲裁意愿之上, 是否存在仲裁意愿是判断仲裁协议是否有效的首要因素, 法院主要从仲裁协议的措辞中推断当事人的意图, 当事人的意图也可以从行为中默示推断出来, 包括当事人之间的通信、当事人在协议签署之前、签署之时以及签署之后的态度以及其他相关情况。从本文第一部分的梳理可知, 各国各地区法院对于“或裁或审”条款是否存在仲裁意愿、以及仲裁意愿明确性的判断上莫衷一是, 这种分歧是导致“或裁或审”条款效力认定不一致的主要原因。总结所有“或裁或审”条款的效力认定情况, 除了通过回避的方式以外, 无论是以整体的视角抑或是拆分的视角分析此类条款的有效性, 都绕不开仲裁意愿是否存在、大小范围的问题。

#### (一) 对于仲裁意愿明确性的争论

总体看来, 推定仲裁条款优先于诉讼管辖条款是仲裁意愿最为明确的认定方式之一, 这些在对仲裁较为宽容的国家在实践中通常将含有“仲裁”二字的条款直接认定为有效的仲裁协议, 原因是仲裁条款与诉讼管辖条款是两个性质完

<sup>1</sup> 《民法典》第 156 条, 民事法律行为部分无效, 不影响其他部分效力的, 其他部分仍然有效。

<sup>2</sup> 《民法典》第 507 条, 合同不生效、无效、被撤销或者终止的, 不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力。

<sup>3</sup> 2018 湘 04 民辖终 136 号。

全不同的内容，诉讼管辖条款涉及可以审理争议的法院，而仲裁条款则是将管辖权授予某一特定司法管辖区（特指仲裁庭）的行为<sup>1</sup>，也就是说，由于仲裁协议可以完全排除法院的管辖权，所以其具有比诉讼管辖协议更高的决策权，应当具有更优先的地位，即如果当时各方不打算将争议提交仲裁，他们将避免将仲裁条款列入合同，反之，则清楚的表明了有必要将争端提交仲裁庭，因此可以推定，“或裁或审”条款中的仲裁意愿要强于诉及法院的意愿。

肯定“或裁或审”条款的整体效力，并且当事人具有选择权也是充分认定仲裁意愿的做法，在合同中同时约定仲裁与诉讼即意味着两者都在当事人考虑的范围之内，提交仲裁的意愿与提交诉讼的意愿都明确、有效，无论选择哪一种方式，都不违背当事人意思自治原则。这种做法虽然不赞同上述仲裁意愿应当具有优先性的观点，但在仲裁意愿的明确性的判断上如出一辙。

与上述两者相反的是，在“或裁或审”条款整体无效、仲裁条款无效或是推定诉讼条款具有优先性的案件中，法官通常认为双方当事人并无提交仲裁的共同意图，传统观点认为，仲裁协议需要有明确的仲裁意图，这种仲裁意图不仅要求合同中有明确的仲裁约定，还要求约定仲裁的同时排除法院的管辖权，仲裁与诉讼这两个性质完全不同的解决方式不能并存<sup>2</sup>，合同中的仲裁条款仅应视为对提交仲裁的可能性进行约定，最终争议是否由仲裁解决仍具有不确定性。再者，也正是因为案件由仲裁管辖具有不确定性，实践中很可能出现分别提交仲裁和诉讼的情况，导致“平行诉讼”的发生，浪费当事人的人力、物力、财力，浪费仲裁与司法资源<sup>3</sup>。

通过合同解释原则调和“或裁或审”条款内部冲突的实践也几乎不认可该条款仲裁意愿的明确性，大多数法院较少强调当事人的真实意图，或者含蓄地认为这种意图不能确定，只是通过各种合同解释原则才得出“或裁或审”条款整体有效的结论。例如，瑞士联邦最高法院在审理时强调，如果对当事人的意图仍然存在疑问，当面对相互矛盾的条款时，应尽可能选择一种有利于协商精神的、使两个条款协调一致的解<sup>4</sup>。当然，与其说通过合同解释原则调和内部冲突的方法否定了仲裁意愿的明确性，不如说这种方法实际上回避了对仲裁意愿的争议，而是另辟蹊径从客观解释的角度回应了“或裁或审”条款的效力问题，这也是大部分英美法系的法官或仲裁员乐于运用此种方法解决该问题的重要原因。

无论如何，实践中对于“或裁或审”条款效力的争论体现了司法界对提交仲裁需要的仲裁意愿明确性程度的态度不同。如上，除了通过合同解释的方法调和条款冲突性的实践对仲裁意愿是否具有明确性是模棱两可的态度之外，认为条款整体无效、仲裁条款无效或是推定诉讼条款具有优先性对仲裁意愿的程度要求较高，具有程序选择权的实践次之，推定仲裁条款具有优先性的实践最末。

实践中的不同态度源于理论上的分歧。有关国际商事仲裁的国际条约及国内立法普遍要求请求仲裁的意思表示是一份完整、有效的仲裁协议必须具备的核心要素，仲裁当事人应当具有订立仲裁协议的明确意思表示。在理论上，对

<sup>1</sup> Blanc, *Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel*, JCP E no.47, 1997, p.485.

<sup>2</sup> Fouchard, Gaillard and Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p.270.

<sup>3</sup> 黄松有主编：《2000-2006年司法解释理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第482页。

<sup>4</sup> Decision of the Swiss Federal Supreme Court of 20 August, 2012, 4A\_240/2012. <http://www.swissarbitrationdecisions.com/federal-tribunal-reaffirms-that-arbitration-clauses-must-be-inte?search=%22august+20%2C2012%22>. (2020/5/10)

于仲裁意思表示的“明确性”并无统一的界定。有观点认为申请仲裁的意思表示明确，最主要是要通过该意思表示，可以得出当事人排除司法管辖而选择仲裁解决争议的结论。<sup>1</sup>但也有观点持相反意见，施米托夫曾指出，“即使是最拙劣的仲裁协议，也应包括两个方面：将争议提交仲裁解决和由谁来充当仲裁员。”<sup>2</sup>言外之意是“将争议提交仲裁解决”的表述可以证明仲裁意愿的明确性。更有观点认为，“仲裁”二字即可证明仲裁意愿具有明确性，究其原因，仲裁在本质上是意思自治的产物，诉讼则是一种非法律推定的纠纷解决方式，与仲裁不同，当事人无需签订诉讼协议来挑选法院途径解决纠纷，只要一方当事人具备起诉要件即可诉诸法院，而不管对方当事人是否原意诉讼<sup>3</sup>，这种差异造成的后果是，对于双方在合同中同时约定两个条款的意图应作“意志强度”的理论假设，约定仲裁的“意志强度”要高于约定诉讼的“意志强度”，从而使得作为较强意图的“仲裁”二字足以说明具有明确的仲裁意愿。总结起来，以上三种对于仲裁意愿明确性的争议焦点事实上在于提交的仲裁意思是否应具有唯一性，或者说约定仲裁的同时是否需要排除法院的管辖权。

## （二）理论评析

仲裁意愿是否明确也可转化为约定仲裁是否必须排除法院管辖，此时涉及到仲裁条款的生效要件判断。首先，被国际社会普遍认可、在国际商事仲裁领域具有巨大影响力的《纽约公约》第 2 条<sup>4</sup>并未对仲裁的意愿施加过多的限制。除此之外，《纽约公约》第 5 条对仲裁协议的生效要件做了反向规定，按照这一条内容，导致仲裁协议无效的事项涉及仲裁当事人无民事行为能力、未能申辩、超出约定仲裁范围、仲裁程序不合同约定或不合法、不具有可仲裁性、违反公共政策等，也并不要求仲裁协议必须排除法院管辖，《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 7 条与第 36 条也仅强调提交仲裁的合意，体现了两者指引性的立法态度。

其次，传统观点认为有效的仲裁协议是当事人将争议提交仲裁的依据，也具有排除法院司法管辖的效力，据此，同时约定仲裁与诉讼会导致提交仲裁的意愿不明确。但在逻辑学上，这样的推导过程并不能成立，合法有效的仲裁协议使得法院不具有定分止争的权力是仲裁协议最直接、最主要的法律后果，作为一种法律后果不应推导出原因，即如果有效的仲裁协议可以排除法院的司法管辖，那么排除法院管辖需要被明确约定在仲裁协议中，这样的理解显然偷换了法律后果与生效要件的概念，颠倒了原因与结果的顺序。在法学理论上，有效的仲裁协议能排除司法管辖权是法律上对法院的一种拘束力，体现的是国家对仲裁的尊重，并将这种尊重固化在法律体系中，将排除法院管辖作为仲裁协议的生效要件之一，恰恰违背了国家对待仲裁的初衷。为使仲裁的发展不固步自封，理应对这种本末倒置的理解予以纠正。

最后，从“单方面或裁或审条款”中也能得出仲裁意愿具有明确性的结论。“单方面或裁或审条款”仅赋予特定的一方当事人在争议出现后有权选择诉讼或提交仲裁，而另一方当事人只能将争议提交仲裁（诉讼）<sup>5</sup>，该条款因其具有独

<sup>1</sup> 邓燕才编著：《商事仲裁基本实务与案例选》，华南理工大学出版社 2018 年版，第 41 页。

<sup>2</sup> [英]施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 614 页。

<sup>3</sup> 汪祖兴：《国际商会仲裁研究》，法律出版社 2005 年版，第 52 页。

<sup>4</sup> 《纽约公约》第 2 条规定，“当事人以书面协定承允彼此间所发生或可能发生之一切或任何争议，如关涉可以仲裁解决事项之确定法律关系，不论为契约性质与否，应提交仲裁时，各缔约国应承认此项协定”。

<sup>5</sup> “单方面或裁或审条款”包含两种类型，一如“当事人 A 和 B 约定 C 国法院对产生于合同的任何争议具有

特的价值在商业领域长期存在，例如，在贷款合同中，债权债务的法律关系明了，那么放贷人向借款人住所地或其资产所在地的法院提起诉讼将是一个更好的选择，因为在没有任何争议的情况下，诉讼的方式可能更为便捷、低廉，因此从经济角度而言，这一条款可能为贷款人提供了额外的担保。尽管“单方面或裁或审条款”的效力在实践中有争议，但争议焦点往往在于“单边性”而非“选择性”，如英国 *NB Three Shipping Ltd v Harebell Shipping Ltd* 案<sup>1</sup>涉及一份包含英国法院的排他性管辖权和船东有权提起仲裁的租船合同，法院认定双方约定的内容有效，“相互性”和“选择性”均不能成为无效的理由。而在俄罗斯 *Russian Telephone Company v Sony Ericsson Mobile Communications Rus* 一案<sup>2</sup>中，双方约定争议提交仲裁，但不妨碍 Sony 公司向法院起诉，法院认为只赋予一方选择的权利有违合同的平等原则与公平原则，并判定 *Russian Telephone* 公司也有选择的权利。事实上，从目前收集到的案例来看，“单方面或裁或审条款”无论是因相互性、公平性而无效，都不影响当事人提交仲裁合意的明确性，这也从侧面肯定了“或裁或审”条款的合理性。

简言之，本文认为，同时约定仲裁和诉讼两种争议解决机制是双方合意的结果，并不影响仲裁意愿的明确性，一些法院认为约定仲裁的同时需排除法院管辖权是对仲裁合意的错误认识，这种苛刻的解释也必然会影响仲裁协议发挥作用，不利于仲裁的整体发展。

#### 四、“或裁或审”条款效力的应然认定方式

##### （一）最大限度承认“或裁或审”条款的有效性

无论从国际商事争议的适当解决，还是从国际商事仲裁的发展需要而言，承认“或裁或审”条款有效具有理论上的正当性和实践中的必要性。

承认“或裁或审”条款有效是意思自治原则的内在要求。作为契约自治的合理延伸，意思自治原则毫无疑问是合同制度的理论基础，也是国际商事仲裁制度的基石，即使“或裁或审”条款属于瑕疵仲裁协议还是混合管辖条款有不同的意见，但改变不了其契约性的本质，因此这一争议解决条款效力认定的理论基础仍然是当事人意思自治原则。根据该原则，国际商事仲裁中的意思自治首先体现为当事人有自由支配实体争议管辖主体的权利，即国际商事仲裁协议是以当事人的合意为基础，需在当事人合意范围内对协议进行解释与执行，那么只要对“或裁或审”条款予以适度宽容与积极补救不超出当事人的合意，不违背国家的公共政策、法律法规，这种解释的行为就应当是具有正当性的。

承认“或裁或审”条款有效是“尽可能有效”原则的自然延伸。通过对合同的解释，“或裁或审”条款中的瑕疵部分或许能得到补救和完善，其中“尽可能有效”原则作为国际商事交易的惯例，早已得到了国际统一私法协会《国际商事合同通则》等国际软法的支持和认可<sup>3</sup>。事实上，“尽可能有效”原则在国际商事仲

---

管辖权，但上述条款并不妨碍当事人 A 将争议提交于 D 国或地区的仲裁机构解决”，二如“当事人 A 和 B 约定 C 仲裁机构对产生于合同的任何争议具有管辖权，但上述条款并不妨碍当事人 A 将争议提交于 D 国或地区的法院解决”。

<sup>1</sup> *Three Shipping Ltd v Harebell Shipping Ltd*. <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff70e60d03e7f57ea6da0>. (2020/6/18)

<sup>2</sup> *Russian Telephone Company v Sony Ericsson Mobile Communications Rus*. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-521-2664?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-521-2664?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default&firstPage=true&bhcp=1). (2020/6/23)

<sup>3</sup> 《国际商事合同通则 2010》第四章第 4.5 条规定，“解释合同条款时，应使全部条款均具有效力，而不是

裁法中兼有实体规则和法律选择规则的两大作用，一方面通过结果导向提高“或裁或审”条款有效的概率，适用有利于有效的法律选择方法确定准据法，另一方面通过善意解释和有效解释的原则，在对仲裁条款的效力有疑问时，应当“倾向于使仲裁协议之措辞具有意义，而非使其无用或荒谬的解释”，这不仅为国家法院而且也是仲裁员乐于接受的“公认的解释原则”<sup>1</sup>。因此从国际惯例、合同解释的角度而言，承认“或裁或审”条款有效具有正当性。

承认“或裁或审”条款有效有利于保障仲裁的质量，发挥仲裁优势。从仲裁的角度看，一方面，在非诉讼纠纷解决机制中，国际商事仲裁裁决是唯一具有既判力的文书，其经过人民法院的认定后即具有同法院裁判相同的效力，并可成为法院强制执行的依据。在国际商事仲裁协议存在瑕疵的情况下，法院在司法认定中应当承担起规范协议的职能，使其达到或接近可予以承认与执行的程度。对于“瑕疵”部分的解释可折射出一国对仲裁的态度，尤其是在“支持仲裁”的国际趋势下，“或裁或审”条款的认定更需要法院的规范与指导，尽可能提高仲裁的公信力。另一方面，“或裁或审”条款的无效不仅让当事人的仲裁合意难以得到回应，还会使案件重新回到诉讼的管辖范围，难以发挥仲裁的优势与分流的作用。

承认“或裁或审”条款有效有利于争议的快速解决，提高纠纷解决的效率。从争议解决的角度看，商事纠纷性质要求司法过程应注重高效性，争议的解决不能无视时间成本。给予“或裁或审”条款适度宽容与积极补救作为一种低成本、高效率的解决办法，体现了商事纠纷解决快速性的价值追求，避免了当事人通过重新仲裁或重新提起诉讼额外需要花费的人力、财力、精力，有效节约了司法资源和社会资源，降低当事人纠纷解决成本，以实现尽早案结事了的目标。因此承认“或裁或审”条款有效有其现实必要性。

结合上文将“或裁或审”条款视为混合管辖条款的论述，最大限度承认“或裁或审”条款的有效性同时也意味着“或裁或审”条款整体有效的前提是该条款中的仲裁条款和诉讼管辖条款均符合各自的构成要件，若只有一个条款有效，则不影响另一条款的效力。

## （二）尊重双方当事人的意思自治

在解决“或裁或审”条款效力判断的问题上，除了需明确应承认其有效之外，更应厘清“或裁或审”条款总体的裁判原则需以意思自治为基础，以利于仲裁发展为导向。肯定当事人仲裁与诉讼的选择权应是“或裁或审”条款效力认定的应然认定方式。

### 1. “有利于仲裁”政策应以意思自治原则为基础

意思自治在国际商事仲裁中的价值本位要求我们对于“或裁或审”条款的效力判断仍需以当事人的意愿为中心，不轻易否决商事合同中的各项条款，也不轻易肯定仲裁条款的优越性。既然当事人是通过合约的条文来表达他们的意愿，那么理论上每个条文都应是双方意愿的反映，故而原则上应尽可能保护当事人的共同意愿与期望，尽可能使合同条款有效，以便使当事人的意愿得到充分反映。“有利于仲裁”政策的实质是尊重当事人的意思自治，也以意思自治为边界，它保证当事人将争议提交仲裁解决不受诉讼干扰的权利，而非赋予仲裁

排除其中一些条款的效力”。

<sup>1</sup> 汪祖兴，郑夏：《自治与干预：国际商事仲裁当事人合意问题研究》，法律出版社 2016 年版，第 97 页。

体制性的优于诉讼的地位，也不能产生当事人选择仲裁的推定<sup>1</sup>。因此“有利于仲裁”政策仍应以意思自治原则为基础。

推定仲裁协议优先于诉讼管辖条款以及通过合同解释调和冲突的实践是“有利于仲裁”政策的贯彻实行，推定仲裁协议的优先性并不一定符合当事人原意，通过合同解释调和冲突的实践更是由于“推定”的主观性，解释内容往往与实际的意图相差较大，不符合意思自治原则的精神。后者如在 *Shell International Petroleum Co. Ltd. v. Coral Oil Co. Ltd.*<sup>2</sup>中将当事人订立诉讼管辖权意图确定为“将有关适当的法的争议交由英国法院管辖”其实是一种很勉强的说法，因为对于什么是“有关适当的法的争议”并不清楚，并且当事人已经明确选择了英国法律，在法律选择方面基本不会有争议，法院作为解释主体的价值十分有限。再如 *PT Tri-MG Intra Asia Airlines v Norse Air Charter Ltd* 的法官对 *Paul Smith* 案的适用范围提出了一项重要的意见，“如果当事各方在其仲裁协议中明确规定第三国为仲裁地，那么诉讼管辖条款就不能解释为仲裁程序法”<sup>3</sup>，这种看法应当是合理的，在未明确约定仲裁程序法的情况下，各国普遍承认的规则是当事人选择了 x 国的仲裁地，一般默认仲裁程序法为 x 国仲裁法，若按 *Paul Smith* 案的理念，则其需受 y 国程序法的制约，那么也有违国际商事仲裁法的基本规则。

事实上，“或裁或审”条款可以被视为争议解决合同的内容，应该按照合同解释的一般规则进行解释。在进行合同解释时，法庭必须首先考虑双方当事人的真实意图和共同意图，并且应当根据法庭调查的事实、裁判员的经验等进行研究，这种所谓的主观解释是事实和证据评估的问题。如果不能充分确定当事人意图，才能够运用其他客观的合同解释原则进行解释。

## 2. 尊重当事人选择权的适用

尊重当事人选择权有两种方法，事实上第一部分总结的实践方法已表明尊重当事人选择权有两种径路，第一是达成补充协议，否则宣告仲裁协议无效；第二是当事人可以择一行使，无论选择仲裁还是诉讼均有效。中国大陆和韩国采用第一种方式，只有在双方明示或默示达成补充仲裁协议的基础上才能将争议提交仲裁，否则推定条款无效。如前所述，这一做法实际上已变相否定了“或裁或审”条款的效力，因为在双方已有实体争议的情况下，再想就争议解决方式重新达成合意实属不切实际。而相比于达成补充协议，当事人可以择一行使的方法不仅更具有现实可能性，而且在法理上也更经得起推敲：

第一，择一行使的方式更符合当事人的原意。契约性是仲裁的根本属性，意思自治原则的价值本位使得尽管“或裁或审”条款在形式上与其他争议解决条款相异，但其依然是当事人协商一致的结果，究其原意，不外乎只是想追求争议解决的多元化，能够在发生争议时选择对自身最有利的解决方式，又或者为避免受另一方当事人所在国的法律束缚，不愿按默认管辖方式处理。只要当事人的原意不违反强制性规定、不阻碍仲裁的发展，就应当在法律上获得尊重和保护的体现。

第二，择一行使的方式更符合视仲裁与诉讼有同等地位的趋势。海牙《选择法院协议公约》所包含的外国法院判决在全球范围内的承认与执行规则，很

<sup>1</sup> 王韵儿：《再论“或裁或诉”约定下仲裁协议的效力》，《北京仲裁》2018年第4期，第17页。

<sup>2</sup> *Shell International Petroleum Co. Ltd. v. Coral Oil Co. Ltd.* <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=149102>. (2020/5/12)

<sup>3</sup> *PT Tri-MG Intra Asia Airlines v Norse Air Charter Ltd.* <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=235762>. (2020/5/15)

大程度上会降低仲裁裁决可在全球执行的优势<sup>1</sup>，使得在国际商事领域仲裁与诉讼又处于同一起跑线，“或裁或审”条款的效力认定也应体现这一趋势。不承认仲裁条款固然优先于诉讼管辖条款，也不轻易以无仲裁合意为由否定仲裁条款的效力，并且给予当事人的程序选择权即是最好的方式。

第三，先系属先管辖原则可以解决择一行使可能出现的管辖冲突问题。先系属先管辖指的是双方分别选择提起仲裁和诉讼时，案件应由先受理的仲裁庭或法庭审理。正如学者所言，这种条款类似于开口式要约，双方当事人都有平等的承诺机会，一旦申请人率先向仲裁机构申请仲裁或到法院诉讼，被申请人根据该协议有义务遵守，这就形成了最终的合意<sup>2</sup>，在没有恶意诉讼或仲裁的情况下，按照受理时间的先后顺序解决“平行诉讼”的问题是较为合理的。中国香港和台湾地区已有较多的实践证明先系属先管辖原则是可以运用至“或裁或审”条款中。

总而言之，“或裁或审”条款的有效性不应被否认，并且应尊重当事人的程序选择权。“或裁或审”条款的效力认定的具体方式为：先根据准据法分别判断仲裁条款与诉讼管辖权条款的效力，如果仅一个条文有效，则按照有效的条款方式处理，在两者均有效的情况下，由当事人自行选择提起仲裁或诉讼，案件由先系属的法院管辖。

## 参考文献

- [1] 刘晓红、袁发强：《国际商事仲裁法案例教程》，北京大学出版社 2018 年版。
- [2] 汪祖兴、郑夏：《自治与干预：国际商事仲裁当事人合意问题研究》，法律出版社 2016 年版。
- [3] 赵秀文：《国际商事仲裁法（第二版）》，法律出版社 2014 年版。
- [4] 杜涛、张炳南：《论“或裁或审”条款的实践发展与反思——兼评仲裁法司法解释第 7 条》，《时代法学》2019 年第 6 期。
- [5] 王韵儿：《再论“或裁或诉”约定下仲裁协议的效力》，《北京仲裁》2018 年第 4 期。
- [6] 杨玲：《论“或裁或审”条款中仲裁条款的效力——以海峡两岸司法实践为视角》，《西北大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 4 期。
- [7] Paul Comsa, *At a Crossroads: The Case of Pathological Arbitration Clauses Which Determine a Jurisdictional Fight*, *Lex ET Scientia International Journal* 25, No. 2, 2018.
- [8] B. van Zelst, *Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context*, *Journal of International Arbitration* 33, Issue 4, 2016.

<sup>1</sup> 有学者认为，“如果跨国民事诉讼存在类似《纽约公约》的条约，那么 50% 的国际商事仲裁案件会转由法院审理”（Christopher R. Drahozal, Richard W. Naimark(eds.), *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research*. 转引自汪祖兴，郑夏：《自治与干预：国际商事仲裁当事人合意问题研究》，法律出版社 2016 年版，第 78 页），美国律师协会在《公约》通过后所作的调查结果也表明，超过 70% 的当事人称，《公约》使得其“更愿意选择诉讼而非仲裁”（Louise Ellen Teitz, *Both Side of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation*, *Roger Williams U. L. Rev.*, Vol.10, 2004, p63.），充分体现了《公约》对国际商事仲裁带来的挑战。

<sup>2</sup> 宋连斌：《岂伊地气暖 自有岁寒心——评〈最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释〉》，《北京仲裁》2006 年第 4 期，第 5 页。

[9] Lauren D. Miller, *Is the Unilateral Jurisdiction Clause No Longer an Option: Examining Courts' Justifications for Upholding or Invalidating Asymmetrical or Unilateral Jurisdiction Clauses*, Texas International Law Journal 51, No. 3, 2016.

# 韩国宪法法院对慰安妇问题的决定和对我国的启示\*

马光\*

**摘要:** 2019 年 12 月 27 日, 韩国宪法法院以全体法官一致意见认定《韩国外交部长官和日本外务大臣于 2015 年 12 月 28 日共同发表的日军慰安妇受害者问题相关合意》在程序、形式及实质上无法认定创设了具体的权利义务, 无法认定通过该合意处分了日军慰安妇受害者们的权利或使得韩国政府的外交保护权限得以消灭, 因此认定该《合意》不属于宪法诉愿的对象。

**关键词:** 慰安妇问题; 宪法法院; 外交保护; 政治合意; 条约

## 一、引言

2019 年 12 月 27 日, 韩国宪法法院以全体法官一致意见认为《韩国外交部长官和日本外务大臣于 2015 年 12 月 28 日共同发表的日军慰安妇受害者问题相关合意》(以下简称《合意》) 在程序、形式及实质上均无法认定创设了具体的权利义务, 无法认定通过该《合意》处分了日军慰安妇受害者们的权利或使得韩国政府的外交保护权限得以消灭, 因此决定其不能构成宪法诉愿的对象, 进而决定驳回此案请求人(审判请求后死亡的请求人除外)的审判请求。<sup>1</sup>

这是继 2011 年 8 月 30 日韩国宪法法院做出韩国政府未对日军慰安妇受害者的赔偿请求权问题做出解决努力是违宪行为的决定<sup>2</sup>之后就慰安妇问题做出的又一次有意义的决定。从内容上来看, 《合意》也算是韩国政府在为履行宪法法院 2011 年的决定所作出的努力,<sup>3</sup>因为宪法法院的引用决定拘束所有国家机关, 韩国政府应依据上述决定作出新的处分。<sup>4</sup>

近两年来, 韩日两国间争端不断, 先是韩国大法院在 2018 年 10 月 30 日对以新日本制铁株式会社为被告的《强掳劳工案》做出的判决中最终支持了原告的诉求;<sup>5</sup>接着韩日两国相继又把对方从“白名单国家”中移除; 以及韩国正式向日本提出就《日本-与向韩国出口产品和技术有关的措施》进行磋商。<sup>6</sup>而此次韩国宪法法院做出的决定想必会对两国关系产生进一步的重大影响。

\* 本文系浙江大学“中央高校基本科研业务费专项资金资助”研究成果。

\* 马光, 法学博士, 浙江大学光华法学院副教授。

1 韩国宪法法院 2019.12.27.宣告 2016 宪 Ma253 判决的宣告部分。有意思的是同一天也对另一起与日本战后赔偿有关的《强掳劳工案政府不作为违宪审查案》进行了判决, 该决定中则否认了韩国政府的不作为。

韩国宪法法院 2019.12.27.宣告 2012 宪 Ma939 判决。

2 韩国宪法法院 2011.8.30.宣告 2006 宪 Ma788 判决。该判决的主要内容为: “依据宪法前言、第 2 条第 2 款、第 10 条和本案中提到的《请求权协定》第 3 条的内容, 被请求人(即韩国政府)按照该协定第 3 条启动争端解决程序的义务是来自宪法的作为义务, 而被请求人却并未启动争端解决程序, 从而导致请求人重大基本权利之侵害, 因此违反宪法。”为了履行该判决, 韩国政府在 2011 年 9 月 15 日专门组成了工作小组, 并曾两次通过外交公函向日方提议双边磋商, 而日方则并未对此做出回应。在这样的情况下, 韩国政府在对《请求权协定》第 3 条第 2 款所规定的仲裁进行研究的同时也通过两国领导人峰会及外交部长会谈等高级别会议敦促日方做出有诚意的努力。[韩]李长熙: 《日帝强制征用损害的法律救济与政策课题》, 《韩国外国语大学研讨会论文集》, 2013 年 12 月。

3 [韩]郑在珉: 《有关日军慰安妇的 2011 年宪法法院决定和 2105 年韩日政府间合意的关系-以外交保护权为视角》, 《韩国国际法学会论丛》2016 年第 1 期, 第 190 页; [韩]梁铉娥: 《2015 年韩日外交长官的慰安妇问题合意中被害者在哪里? 其内容和程序》, 《韩国民主法学》2016 年第 1 期, 第 15 页。

4 《韩国宪法法院法》第 75 条第 1 款、第 4 款。

5 韩国大法院 2018.10.30.宣告 2013Da61381 判决。

6 WTO, Japan—Measures Related to the Exportation of Products and Technology to Korea: Request for Consultations by the Republic of Korea, WT/DS590/1, 16 September 2019.

不难看出，两国间的一系列争端实际上都是起因于二战遗留问题。而我国目前也在强掳劳工和慰安妇等问题上与日本存有争议。例如：2014 年 3 月 18 日，北京市第一中级人民法院正式受理国内第一起《强掳劳工案》诉讼，40 名原告方起诉日本三菱材料、日本焦炭工业两家加害企业，要求给每位受害劳工赔偿 100 万元人民币并进行道歉；<sup>1</sup>2017 年 12 月 18 日，5 位日军慰安妇受害者以及曾经参与对日诉讼原告的 12 位遗属共 17 人，在日本国内诉讼失败，求告无门的情况下，正式向我外交部递交了外交保护请求书，希望能够得到本国政府的外交保护。<sup>2</sup>基于此，本文通过对韩国宪法法院此次决定的分析，从而试图探索对我国的启示。

## 二、案情简介

以 2015 年 11 月 2 日韩日首脑会谈中两国首脑合意“为了尽早解决慰安妇问题，加速协商”为契机，韩日两国以局长级协商为中心，运用多种渠道加速协商，经过 11 月 11 日、12 月 15 日和 12 月 27 日的第 10-12 次局长级会议，最终在 2015 年 12 月 28 日达成了合意。<sup>3</sup>该合意是通过当时访问韩国的前日本外务大臣岸田和时任韩国外交部长官的尹炳世举办共同记者会的方式公布于众。该记者会中，双方均表达了三部分内容，但从双方在各自外交部网站上发布的内容来看，内容不完全一致，存在一部分不一样的表述。

从日方的表述内容来看，包括如下三点：

(1) 慰安妇问题是当时在日本军事当局参与下严重冒犯许多妇女荣誉和尊严的问题，日本政府从这一角度痛苦地意识到了责任。作为日本首相，安倍首相对所有作为慰安妇经历了许多痛苦并遭受了无法治愈身心伤害的妇女，表示最诚挚的谢罪<sup>4</sup>和反省。

(2) 日本政府一直在真诚地处理这一问题，在这种经验的基础上，日本政府此次将寻求通过其预算治愈所有前慰安妇心理创伤的措施。更具体地说，已决定韩国政府为向前慰安妇提供支持而成立一个财团，其资金由日本政府用其预算一次性捐献，在日本政府和韩国政府的合作下，开展旨在恢复所有前慰安妇的荣誉、尊严和治愈心理创伤的项目。

(3) 日本政府在声明上述内容的同时，在将稳步执行上述(2)规定<sup>5</sup>措施的前提下，确认通过本次发表最终且不可逆地解决了该问题。此外，日本政府将与韩国政府一道，避免日后在联合国等国际社会上就此问题互相指责或批评。<sup>6</sup>

1 国际在线：《北京法院受理中国二战劳工起诉日本企业案》，<http://news.cri.cn/gb/42071/2014/03/19/7551s4471039.htm>。

2 中国青年报：《91 岁“慰安妇”来京递交外交保护请求书》，[http://news.cyol.com/yuanchuang/2017-12/21/content\\_16800950.htm](http://news.cyol.com/yuanchuang/2017-12/21/content_16800950.htm)。

3 2017 年 5 月 10 日，文在寅总统上台。7 月 31 日，韩国外交部成立部长直属“韩日日军慰安妇受害者问题合意检讨工作组”；使其检讨和评价慰安妇合意的经纬和内容。据该报告称，因局长级会议一直没有成效，两国从 2015 年 2 月起并行了高级别的协商，并在 2015 年 12 月 23 日的第 8 次高级别协商中最终达成合意，高级别协商的双方代表为日本国家安全保障会议事务局长和韩国国家情报院院长。“韩日日军慰安妇受害者问题合意(2015.12.28.)检讨结果报告”；2017 年 12 月 27 日，第 1 页、第 7 页、第 10 页，[http://www.mofa.go.kr/www/brd/m\\_4076/view.do?seq=367886](http://www.mofa.go.kr/www/brd/m_4076/view.do?seq=367886)。

4 有韩国学者主张，韩文版的合意内容中用的是“사죄”，而日文版则用了“おわび”，比起韩文版中的谢罪一词，日文版中的道歉一词显然有程度的差异。[韩]金昌禄：《法律视角下的 2015 年韩日外交长官合意》，《韩国民主法学》2016 年第 1 期，第 54 页。

5 韩国外交部发布内容中并无(2)规定的限制。

6 韩国外交部发布内容中还有一段：对于前述预算措施大体设想 10 亿日元程度。又有韩国学者主张，与韩文版的合意内容不同，日文版的最后一段是另起一行，因此，就避免日后在联合国等国际社会上就此问题互相指责或批评与日方执行措施之间是否有联系问题有可能起纷争。[韩]金昌禄：《法律视角下的 2015 年

韩方的表述内容也包括三点：

(1) 韩国政府重视日本政府的发表以及为该发表所做的努力，并与日本政府一道确认此问题通过本发表最终和不可逆的得到解决，前提是日本政府将稳步执行上述(2)中指定<sup>1</sup>的措施。韩国政府将配合日本政府实施的措施。

(2) 韩国政府承认日本政府对于从公馆的安宁和维持威严的角度对在驻韩日本大使馆前慰安妇少女像表示忧虑，并将通过与相关团体协商可能的应对方向等努力使得此问题得到适当解决。

(3) 在日本政府将稳步执行此次表明措施的前提下，韩国政府将与日本政府一道避免在联合国等国际社会就此问题相互指责或批评。<sup>2</sup>

韩国各界对该《合意》都表示过不满，如 91 位韩国教授和其他 219 位法学家于 2016 年 1 月 20 日发表《对韩日外交部长有关日军慰安妇问题会谈的教授、法学家意见》，<sup>3</sup>韩国民主主义法学研究会也于 2016 年 2 月 3 日发表《民主主义法学研究会关于谴责日军慰安妇问题合意的声明》，提出“将受害者排除的合意违反国际人权标准，日本政府并未承认法律上的责任，受害者对日赔偿请求权并未因此而消灭”。<sup>4</sup>韩国的国际法和宪法学者也纷纷撰文就合意存在的问题提出自己的见解。<sup>5</sup>

2016 年 7 月，依据《合意》成立和解治愈财团，该财团用日本支付的 10 亿日元对慰安妇受害生存者和死亡者遗属支付治愈金名目的现金。但是，随着对《合意》的争论，舆论持续要求返还 10 亿日元给日本政府。2016 年 12 月 30 日，韩国釜山的市民团体经过东区政府的许可在日本驻釜山总领事馆前设立慰安妇少女像。2017 年 12 月 27 日，韩国女性家族部检查小组经过对和解治愈财团的设立和运营过程进行调查后认为，该财团在朴槿惠前任总统的指示下草率得以成立，并怂恿受害者领取支援金现金。之后，财团理事中 5 位提出辞职，使得财团职能全面中断。2018 年 1 月，韩国外交部表示日本对和解治愈财团捐献的 10 亿元由政府预算筹备，对基金的处理将会日后与日本进行协商。2018 年 7 月，为了筹集上述金额，韩国政府编制了预算预备费用，并随即成立日军慰安妇问题研究所，在政府主管下进行了日军慰安妇受害者纪念日活动。2018 年 11 月 21 日，作为财团主管部门的女性家族部决定推进和解治愈财团的解散，并终止财团的业务，之后该财团正式进入解散法律程序。

而在其间的 2016 年 3 月 27 日，29 名慰安妇受害者和 12 名遗属通过“民主

---

韩日外交长官合意》，《韩国民主法学》2016 年第 1 期，第 54 页。

1 韩国外交部发布内容中并无(2)规定的限制。

2 日本外务省：Announcement by Foreign Ministers of Japan and the Republic of Korea at the Joint Press Occasion, [https://www.mofa.go.jp/mofaj/a\\_o/na/kr/page4\\_001664.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/a_o/na/kr/page4_001664.html)；韩国外交部：“韩日外交长官会谈结果（日军慰安妇受害者问题相关合意内容）”；[http://www.mofa.go.kr/www/brd/m\\_4076/view.do?seq=357655](http://www.mofa.go.kr/www/brd/m_4076/view.do?seq=357655)。

3 《对韩日外交部长有关日军慰安妇问题会谈的教授、法学家意见》，《韩国民主法学》2016 年第 1 期，第 345-350 页。

4 《民主主义法学研究会关于谴责日军慰安妇问题合意的声明》，《韩国民主法学》2016 年第 1 期，第 351-355 页。

5 这些论文有：[韩]方胜柱：《有关慰安妇受害者问题的韩日外交长官会谈的宪法问题》，《韩国民主法学》2016 年第 1 期；[韩]金昌禄：《法律视角下的 2015 年韩日外交长官合意》，《韩国民主法学》2016 年第 1 期；[韩]梁铉娥：《2015 年韩日外交长官的慰安妇问题合意中受害者在哪里？其内容和程序》，《韩国民主法学》2016 年第 1 期；[韩]朴培根：《2015 年韩日慰安妇合意的国际法地位-是条约还是非条约合意？》，《釜山大学法学研究》2018 年第 2 期；[韩]郑在珉：《有关日军慰安妇的 2011 年宪法法院决定和 2105 年韩日政府间合意的关系-以外交保护权为视角》，《韩国国际法学会论丛》2016 年第 1 期；[韩]郑京洙：《国际合意的国内正当性与民主控制》，《韩国国际法学会论丛》2017 年第 1 期；[韩]赵时显：《2015 年韩日外交长官合意的法律含义》，《韩国民主法学》2016 年第 1 期。

社会律师会”就《合意》是否违宪问题向宪法法院提起诉讼。<sup>1</sup>

本案的请求人是被日军强制动员，受到性虐待，被强迫慰安妇生活的日军慰安妇受害者、生存的日军慰安妇受害者子女或死亡的日军慰安妇受害者子女。请求人主张《合意》内容侵害了请求人作为人的尊严和价值等，请求上述《合意》发表违宪的确认审判。本案的审判对象为：《合意》内容是否侵害了请求人的基本权利。

### 三、韩国宪法法院决定的主要内容

韩国宪法法院首先对条约和非拘束合意区分时应考虑的因素进行了描述，然后从各个方面考察《合意》是否属于宪法诉愿的对象。

韩国宪法法院认为，在区分条约和非拘束合意时应考虑：（1）形式方面：合意的名称，合意是否以书面形式达成，是否经过国内法上要求的程序等；（2）实体方面：依据合意的过程和内容、表达来看，是否可以认定具有对当事人赋予法律拘束力的意图，是否创设能够赋予法律效果的具体权利义务等。韩国宪法法院进一步认为，若是非拘束合意，国民的法律地位并不因此受到影响，因此，以此为对象的宪法诉愿审判请求不被许可。

接下来，结合上面的各个考虑因素，韩国宪法法院分析了本案的《合意》是否属于宪法诉愿的对象。

首先，关于形式方面，韩国宪法法院认为：与一般的条约以书面形式缔结不同，本案《合意》是口头形式的合意，其标题采用了“记者会见”或“记者发表”<sup>2</sup>即与一般条约的标题不同，两国外交部长口头发表的内容和网站上刊登的发表文内容之间也存在不一致的部分。而且，本案《合意》未经韩国国务会议审议或国会同意等《韩国宪法》规定的条约缔结程序。

其次，关于实体方面，韩国宪法法院认为：从本案《合意》的内容来看，韩日两国是否创设具体权利义务不明确。本案《合意》中，日本首相对日军慰安妇受害者表示谢罪和反省之意的部分，因未表露是否以日军慰安妇受害者权利救济为目的，所以很难确定法律上的含义，很难确定是否旨在救济日军慰安妇受害者的受害。关于为支援日军慰安妇受害者设立财团和日本政府捐献的部分，从“寻求”“决定”“合作”等表达可以看出其仅为抽象和宣言性内容，并没有确定具体计划或义务履行的时间和方法，也没有确定不履行的法律义务；完全没有使用“必须做到”之类明示法律义务的表达。对驻韩日本大使馆前慰安妇少女像的韩国政府发表部分，仅表示“承认日本政府忧虑，将通过与相关团体协商等努力适当解决”；并未规定“适当解决”的含义或方法，也未规定解决时期和未履行伴随的责任，因此，并不存在能够认为具体化两国权利义务的内容。此外，两国关于日军慰安妇受害者问题提及的“最终和不可逆的解决”“在国际社会避免指责和批判”的部分，在两国对日军慰安妇受害者问题的根本性质并不存在共同认识等情况来看，很难认定明确存在创设韩日两国法律关系的意图。

综上，韩国宪法法院认为，此案《合意》不管在程序和形式方面还是实质方面均无法认定创设了具体的权利义务，无法认定通过此案《合意》处分了日军慰安妇受害者们的权利，或消灭了韩国政府的外交保护权限，即，无法认定此案《合意》对日军慰安妇受害者们的法律地位产生影响，进而无法认定其具

1 韩国朝鲜日报：《宪法法院决定韩日慰安妇合意无法律效力》，[https://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2019/12/27/2019122701944.html?utm\\_source=naver&utm\\_medium=original&utm\\_campaign=news](https://news.chosun.com/site/data/html_dir/2019/12/27/2019122701944.html?utm_source=naver&utm_medium=original&utm_campaign=news).

2 韩国用“记者会见”的标题，日本则用“记者发表”的标题。

有侵害日军慰安妇受害者赔偿请求权等基本权利的可能性。综上，认定《合意》不能成为宪法诉愿的对象。<sup>1</sup>

除此之外，韩国宪法法院还决定，部分请求人在本案审判请求后死亡，而其继承人并未提出审判程序的继承申请，对这些死亡请求人的审判程序随着他们的死亡予以终止。<sup>2</sup>

#### 四、对韩国宪法法院主要决定内容的分析

《合意》是经过韩日两国外交部长共同发表和元首追认的正式约定，其性质不属于条约，而是政治声明。两国政府将高级别协商的合意内容在两国外交部长会谈中予以口头确认，并在会谈后经共同记者会见予以发布。此后，按事先约定，经过两国元首的电话予以追认。双方在将发布内容各自通过网站刊登的过程中发生了相互内容不一致的部分。韩国外交部刊登的是外交部长共同记者会见中发布的内容，而日本外务省则将双方事先合意的内容予以刊登。而且，双方各自上传的英语翻译文本也存在差异，这些都导致一定的混乱。进而对实际合意的内容是什么以及发布的内容是否为双方合意的全部等引起了疑惑和争论。<sup>3</sup>

《合意》是口头达成的，其标题采用了“记者会见”或“记者发表”。而韩国宪法法院将这两点视为区分条约和非条约合意的两种因素。国际法上的“条约”可以定义为：条约是至少两个国际法主体意在原则上按照国际法产生、改变或废止相互间权利义务的意思表示的一致。而条约的缔结，只要求缔约各方意思表示的一致，而不要求一定的方式。凡符合条约定义的，实质上都是条约，<sup>4</sup>就是说条约并不要求采取特定的名称和行使。《维也纳条约法公约》也在第 3 条承认了非以书面方式缔结的国际协定之存在和效力。而在本案决定中，韩国宪法法院将名称和口头形式作为否认其条约性的两个要素，确实有些牵强。韩国学者也在其论文中指出书面与否不影响某一文件条约的属性。<sup>5</sup>

至于“口头发表的表达和网站上刊登的发表文的表达也存在不一致的部分”；首先，正如前述的“韩日日军慰安妇受害者问题合意(2015.12.28.)检讨结果报告”指出，两国是将事先达成的合意通过记者会见对外发布时表述内容方面出现了一些差异，而日本政府在事后通过外务省网站发布的内容也被韩国政府认可为是将两国间合意内容直接予以公布。从这一点上来看，其实两国政府在这一点上是没有异议的，因此，《合意》的内容应以日本政府在其网站上发布的内容为准。当然，如果这一内容的日本版和韩文版之间存在差异将要考虑其客体和目的予以判断，而至少目前两国并未提出这方面的分歧。

关于该合意是否经过韩国国内法上要求的程序，《韩国宪法》第 60 条第 1 款规定，国会对于相互援助或安全保障条约、重要的国际组织条约、友好通商航海条约、主权利限制条约、媾和条约、给国家或国民附加重大财政负担的条约或关于立法事项的条约之缔结和批准行使同意权；第 73 条规定，韩国总统缔结

1 韩国宪法法院 2019.12.27.宣告 2016 宪 Ma253 判决的理由和要点部分。

2 韩国宪法法院 2019.12.27.宣告 2016 宪 Ma253 判决的宣告部分。

3 “韩日日军慰安妇受害者问题合意(2015.12.28.)检讨结果报告”；2017 年 12 月 27 日，第 24-25 页，[http://www.mofa.go.kr/www/brd/m\\_4076/view.do?seq=367886](http://www.mofa.go.kr/www/brd/m_4076/view.do?seq=367886)。

4 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 3 页、第 13 页。

5 [韩]朴培根：《2015 年韩日慰安妇合意的国际法地位-是条约还是非条约合意？》，《釜山大学法学研究》2018 年第 2 期，第 14 页；[韩]赵时显：《2015 年韩日外交长官合意的法律含义》，《韩国民主法学》2016 年第 1 期，第 86 页。对此，也有不同意见，[韩]郑在珉：《有关日军慰安妇的 2011 年宪法法院决定和 2105 年韩日政府间合意的关系-以外交保护权为视角》，《韩国国际法学会论丛》2016 年第 1 期，第 212 页。

和批准条约；而第 89 条规定，条约议案应经过国务会议的审议。那么，本案合意是否属于给国家或国民附加重大财政负担的条约确实不好断定，但是，其确实未经过国务会议的审议和总统的批准。因此，可以判断未经过韩国国内法上要求的程序。从这一点来看，韩国宪法法院的认定确实有道理，只不过并未详细解说为何该《合意》如果作为条约就要经过国会的同意，而且似乎应将未经总统批准这一内容也加上。除此之外，此《合意》也未按两国国内法上的程序予以公布，而是仅在韩国外交部和日本外务省主页上刊登，也未按《联合国宪章》第 102 条向联合国秘书处登记。这些似乎都在证明该《合意》的非条约性，但，韩国宪法法院的决定中却找不到相关的提及。

韩国宪法法院决定的核心其实是从内容上否定该《合意》的条约性。基于韩日双方对责任的不同理解，《合意》中使用的词语等诸多方面来看，本《合意》确实无法被认定为给韩日两国是否创设了具体的权利义务。现行的表明它们有意向缔结一项条约的国家实践，是有意识地使用一些措辞，如“应该”“同意”“承允”“权利”“义务”和“生效”。<sup>1</sup>而《合意》中并未出现这些措辞，也没有使用“应该”(shall)，反而用一个少些义务语气的词语“愿意”(will)。至于“韩日日军慰安妇被害者问题合意(2015.12.28.)检讨结果报告”所说的《合意》的不公开部分，从内容上来看更是如此。<sup>2</sup>但是，从另外一个角度来看，双方合意的成立和解治愈财团以及日方出资事宜，再加上以此为前提使得两国之间的问题得以不可逆和最终得到解决这一表述似乎也能形成权利义务关系。

综上，笔者整体同意《合意》确实不能满足条约的要求，因此是一种政治合意，那么接下来要探讨的内容是，其是否要遵守？其是否处分了日军慰安妇受害者们的权利，或消灭了韩国政府的外交保护权限？我想韩国宪法法院此次决定的重点，或者是日后韩日两国可能争议最大的部分就在此。

笔者认为该《合意》是非拘束性协定，这是指国家领导人或外交官之间所达成的纯粹以善意为基础而在法律上不拘束其所代表的国家的那种协定。达成这种协定的当事人有以其影响和全能使协定得到履行的道德上的义务。所以，这是个人的协定，而不是设定国家间的权利义务的协定。如果这种协定没有得到遵守，在法律上没有实行这种协定的可能性。<sup>3</sup>

虽然《合意》并无法律拘束力，但也不能因此而随意无视或推翻，因为此类政治合意具有政治拘束力，因此，一般也是得到遵守。只不过是在一方不遵守时产生的责任是政治责任。

通过《合意》解决的是作为韩日两国间外交事项的慰安妇问题，因此，并不影响受害者的个人请求权，尽管如此，日本的慰安妇相关不法行为可以主张

1 江国青译、安托尼·奥斯特著：《现代条约法与实践》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 28 页。

2 据该报告称，《合意》的不公开部分也是分为双方各自的部分，内容如下：

日方：（1）通过此次发表，慰安妇问题将得到最终和不可逆地解决，如果韩国挺身队问题对策协议会等各种团体表明不满时，希望韩国政府对此不予认同，并予以说服。就如何转移驻韩日本大使馆前的慰安妇少女像，想询问韩国政府的具体计划。（2）对在第三国设立慰安妇像碑的问题，考虑到在这些外国各民族希望以和平和谐的方式共生，认为这种活动不恰当；（3）希望韩国政府日后不使用“性奴”的措辞。

韩方：（1）韩国政府确认在日本政府将表明的措施稳步执行的前提下，通过此次发表日军慰安妇问题最终和不可逆的得到解决，如果有相关团体等表明异议时，韩国政府努力说服。韩国政府承认日本政府对于从公馆的安宁和维持威严的角度对在驻韩日本大使馆前慰安妇少女像表示忧虑，并将通过与相关团体协商可能的应对方向等努力使得此问题得到适当解决。（2）对在第三国设立慰安妇像碑的问题，虽然不存在韩国政府的参与，但是，随着此次发表，韩国政府也不支持此类活动，日后努力使得韩日关系健康发展；（3）仅再次确认韩国政府对该问题的正式名称为“日军慰安妇受害者问题”。

而此次韩国宪法法院的决定中对此并未提及。

3 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 17 页。

属于主权行为，因此，就算韩国采取相对主权豁免主义，但其国内法院的审判管辖权将予以否定。从这一点来看，在日本国内的诉讼已经被否定，而在本国法院又因主权豁免不能起诉日本政府的前提下，这些慰安妇受害者能够依靠的只剩下本国政府的外交保护权。而韩国宪法法院无法认定该《合意》已经消灭韩国政府外交保护权限的决定内容似乎又能使得她们看到救济的曙光，从这一点上来看，此次韩国宪法法院的决定具有重大意义。

尽管在法律上该《合意》不具有拘束力，但因其政治上的拘束力，该《合意》想必对韩国政府处理慰安妇受害者遗留问题会产生较大阻碍。尽管《合意》只能拘束韩日两国政府，而无法在法律上对私人产生拘束效果，但是，正如上面已经阐述过，在慰安妇受害者仅剩外交保护依赖的前提下，所属国政府作出的这种政治合意还是具有相当大的危险性。

一方面，对该《合意》的违反虽然并不构成国际法上侵害他国权利的国际不法行为，因此，不能对该违反采取反措施，但对方却可以对违反该《合意》的不友好行为同样采取不友好的反报措施。在韩国大法院对《强掳劳工案》作出对日本企业不利判决后日本其实已经发动了报复措施，而不知此次韩国宪法法院的决定又会引发日方何种强烈反应？

另一方面，虽然《合意》属于非拘束协定，但因国际法上存在的禁止反言原则，韩方似乎无法全面废弃该《合意》，事实上，2018年11月21日，驻日韩国大使向日方转达韩国政府将不废弃《合意》，也不向日方要求重新谈判的方针。国际法中禁止反言理论的确切范围远没有确定，但一般可以理解为当一个国家对另一国家作出了一项明确的声明或表示，于是另一国家善意地信赖于它对其产生的损害，那么作出该项声明或表示的国家就被禁止（排除）撤回其声明或表示。<sup>1</sup>而一旦该《合意》继续存在，对韩国政府实施外交保护权是一种较大的挑战，不知这些慰安妇受害者在有生之年能否取得自己所要求的日方法律上承认和相应赔偿？

在韩日两国对《大韩民国和日本国关于财产及请求权问题的解决和经济合作的协定》（简称为《请求权协定》）是否导致慰安妇被害者对日本政府的请求权以及韩国政府的外交保护权已经消灭存在争议<sup>2</sup>的背景下，两国政府本可通过《合意》将此问题予以解决，但是未能和慰安妇受害者进行事先沟通并取得她们的谅解，协商时间较为仓促等导致了如今的现状，这些都不得不引人深思。

## 五、展望和对我国的启示

正如文中提到，2017年12月18日，5位日军慰安妇受害者以及曾经参与对日诉讼原告的12位遗属共17人正式向我外交部递交了外交保护请求书。而在日本政府和法院以《中华人民共和国政府和日本国政府联合声明》第5项为由认定慰安妇受害者问题已经在中日之间得到解决的情况下，她们所能依赖的也只有我国政府的外交保护。而从《中华人民共和国政府和日本国政府联合声明》第五项规定，中华人民共和国政府宣布：为了中日两国人民的友好，放弃对日本国的战争赔偿要求，因此，我国从未放弃过受害者的损害赔偿权以及政府对这些受害者行使外交保护的权力。韩国宪法法院在2019年12月27日的另一个与战后受害者救济有关的《强掳劳工案》中认定：“虽然并不是韩国政府直

1 江国青译、安托尼·奥斯特著：《现代条约法与实践》，中国人民大学出版社2005年版，第46页。

2 关于该争议的内容，请参考马光：《韩国法院对民间战争受害者权益的救济与对我国的启示》，《东北亚论坛》2015年第5期。

接做了侵害受害者基本权的行为，但导致对日请求权的实现和作为人的尊严和价值恢复障碍也存在政府责任，因为是韩国政府在与日本政府缔结条约时并未明确请求权的内容，使用了‘所有请求权’这一用语，因而对消除该现状存在具体义务；<sup>1</sup>我国虽然与日方缔结的上述《声明》内容上非常明确，但是，既然日方对此作出不合理的解释，我国政府也应通过协商对此予以明确。当然，当时在《声明》中未加入争端解决条款是比较可惜的事情。而外交保护的实施就会伴随两国政府间对此问题进行深入的谈判，而最终的解决方案也极有可能通过双方协议的方式达成，因此，与我们有类似情况的其他国家之经验对我国来说是有启示意义。特别是韩国不管在相关研究还是相关实践都积累了较多的经验，因此，有必要特别关注韩国政府、司法机关和学界的相关动向。而以此此次韩国宪法法院的决定为契机，深入了解和分析韩日两国间相关合意的达成背景和主要内容以及效力和后果等，将会对我国后续采取相关措施大有裨益。从韩国的经验来看，在实施外交保护进行谈判固然是不错的选择，但是谈判特别是合意的达成要非常慎重，从国际法和国内法方面都要对其提前做好相应的分析。还有，毕竟这样的谈判是为了解决受害者的问题，因此，必须要提前与受害者及其遗属做好沟通，多听他们的意见，反复酝酿，在他们同意的前提下拟定协商方案，这样才能最终解决这一历史遗留问题。

当然，从日本方面来说，其要正视历史上对亚洲各国的侵略，并通过承担法律责任和积极进行赔偿，从而真正获得战争受害者与受害国的谅解，从而与这些周边国家真正改善关系，成为一个真正有担当的国家。而不应像现在似的一味回避责任，这终究不是解决问题的好方法。

---

<sup>1</sup> 韩国宪法法院 2019.12.27.宣告 2012 宪 Ma939 判决的理由和要点部分。

# 论人类共同继承财产理论的新发展

## —基于“一带一路”倡议的促动

邱文弦\*

**摘要：**随着人类科技与文明的高速发展，人类共同继承财产理论中关于资源的所有权归属和实体财富的分配等要素已无法满足现代国际社会的发展需求。“一带一路”倡议在尊重《联合国宪章》的宗旨与和平共处五项原则的前提下，从国际关系的变迁、客体类型的扩大和法律规范的转型三个方面促动了人类共同继承财产理论的深化发展。在此基础上，加强“一带一路”倡议与现行国际法理论的互动研究，以期推动形成一项以人类命运共同体思想为核心的拟议国际法原则。

**关键词：**共同利益；“一带一路”倡议；人类共同继承财产；《联合国海洋法公约》

## Discussion on the new development about the theory of Common Heritage of Mankind -- Based on the motivation of the Belt and Road Initiative

QIU Wen-xian

**Abstract:** With the rapid development of human culture and technology, the ownership of resources and the distribution of real wealth under the theory of Common Heritage of Mankind cannot adapt the modern international society. The Belt and Road Initiative promotes the theory of Common Heritage of Mankind from three dimensions: the change of international relation, the expansion of object types and the transformation of legal norms on the basis of the purposes of the Charter of the United Nations and the five principles of peaceful coexistence. Furthermore, the Belt and Road Initiative should strength the interaction with the international legal system in force in order to build up a new international legal principal as the core of the community of human destiny.

**Key words:** common interest; the Belt and Road Initiative; common heritage of mankind; the United Nations Convention on the Law of the Sea

随着科技与文明的高速发展，人类涉足的地域范围急速扩大，国际法项下的人类共同继承财产理论（简称共同继承理论）在新疆域的适用遭遇了前所未有的挑战。目前，现有研究主要集中在共同继承理论的法律定位<sup>[1-2]</sup>，或不同体系的属性关注<sup>[3-4]</sup>。也有部分学者触碰了理论在具体领域的适用问题，比如在国际海底区域的实践争议<sup>[5-6]</sup>，在外层空间法中的法律适用等<sup>[7]</sup>。但关注该理论的内核元素在新时代的适用困境研究尚不多见。可以说，现阶段的理论研究已经滞后于实践的快速发展。2013年习近平总书记提出的国际性重大倡议“一带一路”（简称“一带一路”）进入了国际话语体系，目前国内研究集中在如何实现

**基金项目：**国家社科青年基金项目“海洋划界法则缺失背景下南海历史性权利实证研究”（16CFX069）；国家社科重大专项“人类命运共同体理念融入国际海洋法体系研究”（18VHQ002）。

**作者简介：**邱文弦，女，浙江大学光华法学院副教授，主要从事国际公法、海洋权益维护研究。

“一带一路”的规范化与国际化<sup>[8-10]</sup>、面临的挑战与策略分析<sup>[11-12]</sup>，国际学者多聚焦于“一带一路”的全球化影响、未来走势和功能性发展。<sup>1</sup>关于“一带一路”与国际法具体理论的内生关系还未充分涉及。<sup>2</sup>基于上述两个方面，本文拟从共同利益的概念切入，通过对共同继承理论与“一带一路”的共性分析，探讨倡议促动理论突破困境的新路径，以求触发国际话语引导国际法学理论调整的可能性。

## 一、背景审视：理论的发展与困境

### （一）“共同利益”的具体表征

国际社会对全人类共同利益的关切是共同继承理论产生的时代背景。从狭义上看，国际法项下“共同利益”概念最早出现在“灭绝种族罪公约保留咨询意见案”中，之后在“巴塞罗那电力、电车和电灯公司案”中获得丰富。这种利益与国际秩序息息相关，“共同”是限制性要素，国家的个体或自身利益在这种情况下被排除<sup>[13]</sup>。概念的反向法律表达是“对一切义务”，由整个国际社会成员共同承担。除了传统的国际人权、国际刑法等抽象领域适用外，2014年澳大利亚在“南极捕鲸案”中胜诉代表着共同利益概念的外延开始走向多元，至少已经涉足了海洋生物与环境保护的可持续发展<sup>[14]</sup>。从广义上看，“共同利益”源于马克思恩格斯的“共同利益论”。在现实社会关系中，它是以物质利益和经济利益为实质，以政治利益和精神利益为助力，从与个人利益的矛盾冲突中不断获得新的内容。这种利益是各国推进互惠方式、完善国际经济机制的动力来源，是无政府状态下兑现全球善治、实现人类命运共同体的价值取向<sup>[15]</sup>。

作为一种由广大发展中国家推动的合作事业，共同继承理论旨在遵守全人类共同的秩序，维护广义上的“共同利益”。它超越了国家之间的互动体系，是使多种主体（如国家、集体与个人）之间利益进行结合的表征<sup>[16]</sup>，是法定的不为任何人所属而又存在使用价值的财产输出路径，与无主物或共有物等概念有着明显差异<sup>3[17]</sup>。其中，全人类所共享财产的权利主体不是单独的某个人或某群人，而是具有代际内涵的国际社会(international community)。在讨论主体的权利范畴时，“人类”作为集合性的实体，与单一的个人权利有着本质差异。权利的客体是具有继承性的财产，即所有者用来传承给后代子嗣的财产，它没有明确的指向性，代表着集合的利益范畴。“继承”一词表明了权属的概念，即国家作

<sup>1</sup> 这类观点主要以新闻的形式进行表达，比如 Jonathan E. Hillman, How big is China's Belt and Road?, Commentary of Center for Strategic and International Studies, April 3, 2018, 网站链接：<https://www.csis.org/analysis/how-big-chinas-belt-and-road>, 2018年10月10日访问；Shin Kawashima, The risks of One Belt, One Road for China's Neighbors, Diplomat, April 23, 2018, 网站链接：<https://thediplomat.com/2018/04/the-risks-of-one-belt-one-road-for-chinas-neighbors/>, 2018年10月10日访问。

<sup>2</sup> 也有文章从人类共同继承财产原则的主体和财产管理方式对应“一带一路”倡议的经济与文化属性进行了联想思考，但深层的内部性关联以及互动的可行性分析还需要进一步探究，比如 ZOU K Y, QIU W.X, The Belt and Road Initiative and the Common Heritage of Mankind [J]. Chinese Journal of International Law (editorial comment), 2018, 17(3): pp.749-756.

<sup>3</sup> 无主物是指所有权没有归属、可以成为占有对象的物体。它一旦被某个主体获得所有权，便具有了排他性。无主物必须存在相对的、不具备所有权的主体，这与人类共同继承财产的无所有权特征相反。如果将“无主物”理论适用于新疆域，那么技术发达国家必将在短时间内极力将富集潜在资源的区域纳入主权管辖范围，国家贫富差距激增，全人类共享的资源骤减。共有物是指“依据自然法而同属于人类的事物”，不属于任何人，但可以供一切人无限使用。如果将“共有物”理论适用于新疆域，那么按照“先到先得”原则，技术发达国家不但会比技术落后国家获得更多资源，还可能因为急于发挥技术领先优势而产生破坏脆弱的生态环境的行为。

为单一群体享有使用权，但是真正的权利主体和所有权的享有者是作为整体的全人类，即国际社会。基于理论的内核要素，下文将从“共同利益”的传承角度，对共同继承理念的实践困境和“一带一路”对理论的外延促动进行逐一阐释。

## （二）理论推进的现实困境

从理论层面看，1952 年，奥斯卡·沙赫特指出，“外层空间和天体将是全人类的共同财产，不允许任何国家对其行使主权，应该按照自由和平等使用的原则建立一种法律秩序”<sup>[18]</sup>。1963 年，马耳他驻联合国大使帕多提出，为了预防“海洋自由”的过度使用，在国家管辖范围以外海域的海床和洋底区域应该适用人类共同继承财产理论。1970 年，联合国大会通过《关于各国管辖范围以外海床洋底与下层土壤的原则宣言》，宣布国际海底区域属于人类共同继承财产。1979 年，联合国大会通过《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》，宣布月球及其自然资源属于人类共同继承财产。至此，共同继承理论成为国际社会的共同法律信念，并且在国际海底区域落地成为一项法律原则。但是，人类可以共同继承的财产究竟包括什么，它只能适用于具体、有形的物质吗？以在国际海底热液喷口附近发现的高工业价值的明虾为例，它们体内的微生物基因资源以及无形的知识产权价值，是否应该与明虾一起由全人类共同继承呢？关于这些问题，各条约未进行明确的阐释。

从实践层面看，晚近人类对国际新疆域的开发给共同继承理论的发展带来了困扰。在极地区域，基于独特的气候环境、脆弱的生态结构和国家私利的冲突，《南极条约》与共同继承理论发生着持续的背离，向着十三个初始协商成员国的排他性管控发展。<sup>1</sup> 在外太空，《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》肯定了共同继承理论的价值，但《关于开展探索和利用外层空间的国际合作，促进所有国家的福利和利益，并特别要考虑到发展中国家需要的宣言》又强调“空间国家没有与非空间国家合作和分享利益的义务”。<sup>2</sup> 2018 年 6 月，中国在纪念联合国外空会议 50 周年大会上关于“和平利用外空领域加强国际合作，以实现命运共同体愿景”的建议被纳入联合国成果文件。<sup>3</sup> 同年 8 月，日本首相安倍声明日本将坚决保持在太空与网络等新疆域的优势。<sup>4</sup> 可以说，新疆域的开拓为国际社会的发展注入了巨大的新资本，却也由于各国对核心利益的维护而导致共同继承理论的推进步履维艰。在实践中，单一地凸显有形资源的所有权归属与实体财富的分配已经无法回应时代变迁引发的新问题，共同继承理论的外延需要通过时代的载体从二维的权属共存关系向着立体的共享制度推进。

<sup>1</sup> 建立南极研究所所需的高昂费用和高水平科研能力让许多发展中国家望而却步。与此同时，南极资源的开采与利用还受到脆弱敏感的生态环境所限。参见钟声：“为南极治理提供有效公共产品”，《人民日报》第 2 版，2017 年 5 月 25 日，网站链接：<http://world.people.com.cn/n1/2017/0525/c1002-29297930.html>，2018 年 12 月 22 日访问。

<sup>2</sup> See United Nations, “Declaration on International Cooperation in the Exploration and Use of Outer Space for the Benefit and in Interest of All States, Taking into Articular Account the Needs of Developing Countries,” General Assembly, A/RES/51/122, December 13, 1996.

<sup>3</sup> 参见“构建命运共同体和造福全人类”，中国在维也纳联合国举办航天合作主题宣介会，2018 年 6 月 19 日。网站链接：<https://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/chn/hyyfy/t1570725.htm>，2018 年 12 月 28 日访问。

<sup>4</sup> 参见“日本再改《防卫计划大纲》，安倍提出要在网络和太空上保持优势”，2018 年 8 月 30 日，网站链接：<http://tv.cctv.com/2018/08/30/VIDEgtkHiWgJAAUXW8nfT1Q180830.shtml>，2018 年 12 月 2 日访问。

### （三）时代载体的应运而生

全球经济一体化要求各国的资本、商品、人员和技术的自由流动跨越国界<sup>[19]</sup>。因此，2013 年习近平总书记在西行哈萨克斯坦、南下印度尼西亚时，先后提出建设“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”（即“一带一路”），推进构建全球治理与资源共享的新局面，打造实现人类命运共同体的国际平台。这条丝路跳出了修昔底德陷阱，顺应了经济全球化和世界多极化的趋势，主张行动范围内资源共管、制度共建、责任共担，提倡国家间的关系从利益对抗转向合作共赢，致力于打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。

就理论价值而言，“一带一路”是与世界分享中国智慧的具体表现。它恪守《联合国宪章》的宗旨和原则，用儒家文化之“天下大同”定位人类社会的“同理”与“同利”，用“君子和而不同”推动国际关系从国家间的风险博弈向全人类的共生转型，最终引导世界形成抗衡全球风险流动的共同体。就阶段性的实践成果而言，“一带一路”初步实现了接轨国际一体化的目标，写入了联合国大会、安理会等重要决议，搭建了以合作筑底、多边呼应的国际共享制度的新平台<sup>[20]</sup>。作为一种新型国际秩序观的融合路径，“一带一路”的目标是用国内外联动、区域间协同的方式突破国界的限制，拓展沿线各国共同抵御经济风险、共享经济成长的有效空间，力图形成全球性的发展规划。“一带一路”的主体不是某一类国家集团，而是世界上的每一个国家，即全人类。只要在某个国际合作领域中关于利益共同体的意识达成共识，就可以成为“一带一路”的主体<sup>[21]</sup>。申言之，“一带一路”本质上源于广义的“共同利益”，对这种利益的认同是“一带一路”从愿景变为行动最终实现人类命运共同体的基本诉求。因此，秉承着共同的本质属性、相似的合作底线与一致的终极理念，“一带一路”促动共同继承理论在国际公域的推进成为可能。

## 二、促动前提：内部的共生关系

### （一）共享共同利益是本质属性

共同继承理论与“一带一路”在全人类的价值观上达成了共识。二者都是在尊重国家主权的前提下，向全球推进利益共享理念。在确保国家核心利益、尊重他国主权权利的前提下，用共有的规则促进共生关系是共同继承理念的初衷。过度淡化国家主权与私利意识，在现阶段的国际秩序水平上强行推进绝对的“人类公益”，最终的结果往往是被发达国家忽视或反对，继而被迫淡出历史舞台。反之，在“一己私利”的驱动下，新技术产生得越快越多，共同利益的增幅可能越大<sup>[22] (P180)</sup>。当西方的自由主义通过让渡部分国家主权而管理世界的理论在新时代捉襟见肘时，“一带一路”基于对主权原则的坚守，从全新的视角致力于协调和强化国家主权的共进关系，最终实现全球治理的终极目标<sup>[23]P8</sup>。

在国际社会关系中，共同利益包括国家之间的共同利益与全人类的共同利益。前者是区域性的、局部的短期利益，后者是全局的、可持续的长期利益<sup>[24]</sup>。全球化进程的加剧让国家之间的共同利益与全人类的共同利益的界线逐渐模糊。后者涉足的领域越来越多，共同继承理论也在诸多现行法律规范中以不同形式予以体现。1959 年《南极条约》、1967 年《外层空间条约》、1970 年《关

于各国管辖范围以外海洋底床与下层土壤之原则宣言》、1971年《拉姆萨尔湿地公约》、1972年《人类环境宣言》、1976年《世界文化和自然遗产公约》、1982年《联合国海洋法公约》、1992年《里约环境与发展宣言》、《联合国气候变化框架》、《生物多样性公约》先后用“国际资源”、“人类共同继承财产”、“整体性与相互依存性”等表述表明了国际社会共享共同利益的决心。另外，外太空、极地、互联网等新疆域的拓展为人类社会提供的合作平台愈发广阔，大量与共同利益相关的议题急速涌现<sup>[25]</sup>，如外层空间的和平利用、南北极的污染治理、互联网中虚拟财产的安全保护等。相较于传统的陆地，这类疆域与海洋一样具有人口密度小、开拓较为容易、单一国家干涉力弱等特点。因此，要解决这些超出传统地域边界的资源分配与保护问题，需要在尊重陆地主权文化的前提下，突破时空的“共在化”限制，发扬海洋文化中的共生理念，才能找到更为合适的共享进路。

## （二）平等参与是底线要求

缩小国家之间的实力鸿沟，优化全球合作方式，实现在共同利益面前每一个国家都享有绝对平等的机会，是共同继承理论在国际海底区域的执行方案，也是“一带一路”推进全球治理的明确表达。实现全球治理需要一套行之有效的全民参与模式，用以维持正常的国际、政治、经济秩序，平等的参与权是这套模式的底线要求<sup>[26]P18</sup>。

平等参与继承了《联合国宪章》在关于国家主权平等原则中所强调的一系列义务，即“善意充分履行国际义务和和平共处的义务”。任何国家在国际法律规范面前应该平等（equality before the law）；国际法原则、规则和制度应该平等地适用于一切国家（equality in law）<sup>[27]</sup>。从传统的海洋领域看，基本权利的绝对平等是海洋文化的重要部分，也是海洋秩序构建的精髓所在。例如，在国际海底区域，《联合国海洋法公约》不但明确了各国应该享有平等的法律地位，而且规定了国际海底区域资源的勘探开发实行“平行开发制”。它要求缔约国及其公私企业（即开发者）在申请时，需向国际海底管理局提供两块商业价值相等的矿址。其中一块是合同区，由开发者与国际海底管理局签订合同后自行开发使用。另一块作为保留区，国际海底管理局的企业部和发展中国家在此享有开发的优先权。这种安排不但有效避免了由于国家技术水平的差异而导致共同利益分配失衡的情况发生，而且基于开发者的前期调查，企业部或发展中国家在开采已确定具有资源潜力的保留区时，又可以节省一笔不菲的前期勘探成本。因此，“平行开发制”在国际海底区域的适用充分体现了国际社会试图平衡不同国家对人类共同继承财产的股份比例的初衷。从时代变迁的维度看，“一带一路”倡议承诺了向各国提供平等的参与机会，不但明确拒绝了“一家独大”的发展理念，同时积极提升国际合作的透明度，旨在提高发展中国家参与、分享共同利益的积极性。例如，2018年李克强同志提出用“一带一路”对接印尼的“全球海洋支点”，优化世界第一大发展中国家和第三大发展中国家的平等合作模式，在国际社会共进的前提下力图实现发展中国家的互助互惠式发展，在全球经济效益最大化的基础上力争实现国际社会效益的最大化。这一行动旨在运用技术新兴国家的智慧对接，在资源分配不平等的社会背景下实现实质平等的价值追求，用发展中国家所累积的成功经验促成更新、更完备的国际规则共识的形成。

### （三）清洁美丽是深层表达

构建人类社会高速前进与生态环境保护的共生体系，在人与自然的暂时性矛盾中开辟可持续的发展进路，是共同继承理论的深层表达，也是“一带一路”将生态发展观纳入国际新秩序、在世界乱象中开辟绿色发展新模式的决心<sup>[28]</sup>。

可持续发展是“既满足当前需要又不削弱子孙后代满足其需要能力的发展”。<sup>1</sup> 它将世界人民的基本需要放在优先的地位，同时也限制了技术状况和社会组织对生态环境破坏的能力<sup>[29]</sup>。这是一种经济发展、环境保护和代际问题等多方协调的概念。它力图在满足了人类的生存要求之后，推动人类发展与环境保护达致平衡的关系。在国际海底区域，海底资源的利用与生态环境的保护都是全人类需要可持续发展的宝贵财富。《联合国海洋法公约》除了用“平行开发制度”减缓了人类共享财富的消耗速度之外，还规定在这一区域内的活动必须以保护海洋环境为前提条件，即“以确保切实保护海洋环境，不受这种活动可能产生的有害影响。”可以说，共同继承理论限制了人类行为对国际海底区域的生态破坏，缓和了人类利用与生态保护之间的紧张关系。但是，由于人类对塑料制品的依赖和长久以来缺乏系统的再循环利用机制，海洋最终成为了塑料垃圾的归宿地<sup>[30]</sup>。不断循环的全球洋流导致海洋塑料垃圾灾难遍布各大海域，区域性制度衔接的不足令传统法律规范的应急效力十分有限。“一带一路”的出现改变了这一被动的局面，通过拓展共享共同利益中关于责任共担的表达方式，进行了跨区域性的创新尝试。以中国粤港澳大湾区为例，通过“一带一路”导入了经济发展的互补功能和区域内的优化合作模式，运用海洋垃圾工作坊将垃圾的分类、替代、减量与回收做成了一项系统性的处理工程，成功地打造了一条完整的废品回收生态链，有效实现了海洋资源的跨区域共享与污染源头的高效共减。

## 三、深化路径：理论的外延拓展

### （一）从共处走向合作

从人类社会发展的规律看，国际法理论的演进与不同时代的国际关系变迁有着密切联系。在“一带一路”的推动下，共同继承理论正在从共处国际法向合作国际法迈进，最大限度地反映了国际关系的优质发展<sup>2[31-32]</sup>。60年前我国提出的“和平共处五项原则”是共处国际法的意涵内核，也是合作国际法推进的前提条件。它承载着《联合国宪章》序言所载明的联合国人民和睦相处，二战后成为国际法理论与中国法制协同进化的重要基础。作为国内法制的国际化载体，“一带一路”正向对接了“和平共处五项原则”，在坚持和弘扬原则精神的基础上，推动了共同应对全球性挑战的治理模式的创新，有望打造合作共赢的新世界。

人类社会的长足发展向国际法理论的进化提出了更高的要求。随着晚近科学家对生物多样性的认识取得的巨大进步，人类发现海洋生物不但可以成为实物型经济产品，而且生物体内的遗传资源也可能成为巨大的无形财富。因此，这类生物所产生的利益不但包括一次性的经济价值，还有可持续的使用价值。

<sup>1</sup> 联合国大会决议：“世界环境与发展委员会的报告”，联合国文件 A/42/427, 1987, 第 36 页。

<sup>2</sup> 共处国际法是以国家利益为导向、重在处理国家行为体之间的国际规范，关注主权平等，和平与共。合作国际法是以国际主义为价值取向，兼顾国家行为体和应对全球性问题，强调求同存异，共同繁荣。

在这种情况下，共同继承理论的适用无法再局限于共处的有形分配模式，需要跳出传统的关于先占与后居、代内与代际等单一视角，拓展成为更加立体的国际法学理论，有力支撑国际社会向着趋同与共融的方向发展。基于此，作为国际规则的内国法载体，<sup>1</sup>“一带一路”逆向将“合作”的元素输入了共同继承理论。当一国在国际海底区域甚至主权管辖区域内进行海洋生物的捕捞时，可以通过这一政治性载体开展与他国的密切合作，将单一的经济捕捞行为转化为高效共赢的开发模式。在尊重物种多样性、遗传多样性和生态多样性的前提下，捕捞国可以联合周边国家调查捕捞量与物种的全球迁徙特征、延续能力之间的关系，并且对生物体内基因资源的利用价值做出准确的评估，最终在海底生物资源开发领域形成广视角、全方位的格局。同时，这种合作的理念还可以引导人们在面对国际公域中关于网络资源共享与安全保护、外空数据传播与使用等问题时，平衡更多国家的意愿、吸收更多国家的力量，最终形成互助尝试、共享获利、共对危机的继承局面。

## （二）有形等分迈向高效平等

从全球一体化的必然性看，“一带一路”中每一个国家不仅应该享有平等的权利，还需要遵守平等的规则、承担平等的责任。这种复合型平等观为共同继承理论的利益共享提供了更高效、更现实、更多元的获取进路。

从宏观层面看，确保各国在利益交汇点上的合作产生最大的经济效益，既是人类共同继承行为所期待的最高目标，又是“一带一路”关于价值选择的理想结果。基于前述分析，如果共同继承理论拘泥于有形的利益平均分配，将无法满足各种资源的经济价值和使用价值的共同增值。“一带一路”有能力发挥陆、海、空、网四位一体的联通优势，在世界上跨度最大的经济走廊和最具潜力的全球贸易网中激发共享利益获得最大的潜能，实现共享财富的高效共赢。从中观层面看，在国际海底区域，通过绝对的数值计算、以经济利益平均化的方式分配资源无疑滞后了国际法现阶段的发展水平，也违背了国家职能的基本规律，容易和国家私利产生激烈的对抗，让共同继承理论中有关惠益分享的主张陷入危机<sup>[22] (P179)</sup>。“一带一路”提出的平等参与、按比例分配有别于“拿来政策”。一方面，由于历史责任、人口密度、发展因素等对生态环境造成的不同压力，让发展中国家与发达国家在全球环境保护方面承担着一样的责任显然有失公允，因此 1992 年通过的《联合国气候变化框架条约》明确了各国在减排义务上的“共同但有区别责任”。另一方面，为了尊重各国更高的发展权利，忽略不同国家对海洋经济利益增长的贡献差异，过度保护发展中国家的直接利益，实则不利于技术欠发达国家危机意识的形成、技术的进步和实力的提高。古语云“授人以鱼不如授人以渔”，发展中国家应该利用合作的机会向发达国家学习先进的技术，才能实现长期稳定的共享局面。从微观层面看，现代思想与文化已经成为人类共同继承的智力财富。“一带一路”在民心互通的环境下激发不同民族的思想共鸣，为日后可能产生的争议铺垫坚实的感情基础。毕竟，面对外太空、互联网等疆域的开发，就知识产权的分享与惠及而言，出于对研发成本的投入和获益的期待，强制研发国与其他国家的收益由全人类直接继承、平均分

<sup>1</sup> 参见王贵国教授在 2018 年 11 月 10-11 日“法治与改革国际高端论坛”上题为“全球治理与‘一带一路’的原则和方向”的主旨发言，网站链接：[http://www.ghls.zju.edu.cn/redir.php?catalog\\_id=198&object\\_id=377934](http://www.ghls.zju.edu.cn/redir.php?catalog_id=198&object_id=377934)，2018 年 11 月 12 日。

配是不现实的。只有在共情的基础上，潜移默化地提高公众对共同继承理论的认可度，才有可能通过协商分配得以公平解决。

### （三）基于道德达致法律

从法律发展的前瞻性看，将某些外交问题转化为国际层面的法律问题，不但可以淡化政治意识形态，避免在国际关系中处于被动地位，而且通过法律渠道可以实现外交矛盾的转移，加速达成国际层面的共识<sup>[23]P16</sup>。当下，全人类的共同利益正在以渐进的方式与国家主权、国家利益成为当代国际法的共同取向，用“一带一路”驱动共同继承理论助力人类命运共同体思想成为拟议的国际法律规范是可行的。

当国家关系的基础从国家实力转向理性规范时，国家间通过合作推动人类命运共同体思想发展的强烈意愿必将驱动着各国的法律制度产生趋同化的发展，最终实现国际关系法制化<sup>[26] (P6)</sup>。一方面，国际法律规范的约束力远强于国际道德规范，随着国家之间联系的加深与对共同利益的认识日渐清晰，国际社会对共同规范的需求迅速增多。譬如，在全人类共同利益的指导下，国际法开始调整传统上国家主权所未涉及的新疆域，甚至涉足以往属于“一国国内管辖之事项”，比如人权保护、自然环境、文化资源<sup>[33]</sup>。但是，任何一种国际关系的先进理念都不会自动转化为法律制度<sup>[34]</sup>。因此，借助已经被国际社会普遍接受的、与政治理念发生交集的现行国际法理论，重新开展关于国家权利与义务、准确性定义以及规则更新的讨论是切实可行的。另一方面，当西方以强权殖民、普世价值和逆向全球化思潮作为对抗国际激烈竞争的手段的时代褪去时，如何进行国际政治博弈的道德引导和国际道德价值的法律约束，引入当代中国的核心价值观，已然成为我国用法律语言展示先进思想的时代机遇，更是为大多数国家提供益于发展的公共物品的宝贵机会。“一带一路”正是这种承载性质的公共物品，对接与之相匹配的共同继承理论，用先进的国际关系思想打磨不再适应当下的法律要件，用象征时代进步的政治理念激励现行法向拟议法的进化，最终助益国际法规范获得道义上的“共同善”。

## 四、结语

21 世纪是一个国际局势高度复杂、国际发展形势迷茫的时代，许多全球化的问题必须依靠国际社会的支持与合作才能解决。因此，人类越来越需要一个公正的、平等的、现代的国际秩序用来满足当前国际社会的迫切需求。共同继承理论是服务于共同利益的国际法律规范，鉴于目前在国际海底区域的适用以及在新领域的推进中屡遭挫折，“一带一路”从全人类的共同利益出发，坚守《联合国宪章》的宗旨与和平共处五项原则，在维系共同继承理论的核心要素不变的情况下，对理论的外延从政治、经济和法律三个维度进行引导，旨在用新时代的中国智慧推动该理论向着符合社会变迁的方向发展。

除了人类活动范围的扩大带来更多的共享资源之外，日益加剧的共同威胁也给人类社会带来了更多的“对一切义务”。如国际环境法中将保护生物多样性定义为“人类共同关切事项”，气候变化背景下将各国的责任定义为“共同但有区别的责任”，都从不同面向体现了“共同体义务”的思想<sup>[35]</sup>。当旧范畴中的事物被发现了新的价值并直接涉及各国新的权利和义务时，国际社会就会尝试创造出一种新的国际法规则。基于此，如何充分发挥“一带一路”对于国际法体系构建

的双向管道功能，整合以维护全人类的共同利益、履行与之相应的共同义务为目标的国际法理论，最终形成一项以人类命运共同体思想为核心的拟议国际法原则，尚待进一步探究。

## 参考文献

- [1]ARNOLD R P. Common Heritage of Mankind as a legal concept[J].International Lawyer, 1975, 9 (1) :153-158.
- [2]Michael W L. The Common Heritage of Mankind [J].International Journal of Marine and Coastal Law, 2012, 27 (2) :733-742.
- [3]John E N. The Common Heritage of Mankind: past, present, and future [J]. Denver Journal of International Law and Policy, 2012, 40 (1): 447-471.
- [4]夏春利.论人类共同继承财产—兼谈世界资源的公平分享[J].理论探讨, 2014 (1): 52-54.
- [5]周勇.国际海底“人类共同继承财产”原则的困境与困境[J].国际论坛, 2012 (1): 8-13.
- [6]李志文.国际海底资源之人类共同继承财产的证成[J].社会科学, 2017 (6): 90-98.
- [7]Detlev W. The peaceful purpose standard of the Common Heritage of Mankind Principle in Outer Space Law [J].American Journal of International Law, 1985 (9): 117-146.
- [8]单文华, 王鹏, 王晗.“一带一路”建设背景下中国加入《能源宪章条约》的成本收益分析[J].国际法研究, 2016 (1): 39-61.
- [9]陈薛承.人类命运共同体视角下“一带一路”倡议与国际法的构建[J].法制与社会, 2019 (2): 9-10, 28.
- [10]汪长明.“一带一路”倡议的开放性[J].国际观察, 2018 (6): 28-42.
- [11]周方银.“一带一路”面临的风险挑战及其应对[J].国际观察, 2015 (4): 61-72.
- [12]黄凤志, 魏永艳.“一带一路”倡议与建设对传统地缘政治学的超越[J].吉林大学社会科学学报, 2019 (2): 66-67.
- [13]宋杰.国际法院与共同利益保护: 实践、发展与影响[J].国际法研究, 2017 (5): 44-59.
- [14]廖凡.全球治理背景下人类命运共同体的阐释与构建[J].中国法学, 2018 (5): 41-60.
- [15]阮建平, 王哲.善治视角下的北极治理困境及中国的参与探析[J].北极治理与政策研究, 2018 (5): 29-37.
- [16]赵理海.人类的共同继承财产是当代国际法的一项重要原则[J].北京大学学报(哲学社会科学版), 1987 (3): 76-85.
- [17]Hugo G. The freedom of the Seas [M]. Oxford: Oxford University Press, 1916: 589-601.
- [18]梁淑英.人类共同继承财产原则的含义[J].政法论坛(中国政法大学学报), 1990 (5): 44-49.
- [19]江宁康.逆向全球化: 西方国家的认同危机[J].浙江工商大学学报, 2017 (5): 32-40.

- [20]罗欢欣.人类命运共同体思想对国际法的理念创新——“对一切的义务”的比较分析[J].国际法研究 2018 (2): 3-20.
- [21]柯银斌, 乔柯.共同现代化: 一种新的理论探索[J].理论与现代化, 2017 (4): 27-35.
- [22]张磊.论国家管辖范围以外区域海洋遗传资源的法律地位[J].法商研究, 2018 (3): 171-180.
- [23]张文显.推进全球治理变革, 构建世界新秩序——习近平治国理政的全球思维[J].环球法律评论, 2017 (4): 5-20.
- [24]栗晓宏.国际条约与构建国际和谐社会[J].当代法学, 2006 (2): 116-123.
- [25]韩雪晴, 王义桅.全球公约: 思想渊源、概念谱系与学术反思[J].中国社会科学, 2014 (6): 188-205.
- [26]黄进.习近平全球治理与国际法治思想研究[J].中国法学, 2017 (5): 5-22.
- [27]王铁崖.国际法引论[M].北京: 北京大学出版社, 1998: 219.
- [28]习近平.共同构建人类命运共同体[M]//习近平.论坚持推动构建人类命运共同体.北京: 中央文献出版社, 2018: 414-426.
- [29]王曦.国际环境法[M].北京: 法律出版社, 2005: 20-48.
- [30]斜晓东, 赵文萍.深海塑料污染国际治理机制研究-人类命运共同体的深海落实[J].中国地质大学学报(社会科学版), 2019 (1): 59-70.
- [31]易显河.共进国际法: 实然描绘、应然定位以及一些核心原则[J].法制研究, 2015 (3): 117-125.
- [32]何志鹏, 孙璐.国际法的中国理论[M].北京: 法律出版社, 2017: 103-141.
- [33]秦天宝.国际法的新概念“人类共同关切事项”初探——以《生物多样性公约》为例的考察[J].法学评论, 2006 (5): 98.
- [34]车丕照.“人类命运共同体”理念的国际法学思考[J].吉林大学社会科学学报, 2018 (6): 15-24.
- [35]谢海霞.人类命运共同体的构建与国际法的发展[J].法学论坛, 2018 (1): 23-33.

# 《新加坡调解公约》下中国国际商事和解协议的执行

宋悦容\*

**摘要:**《新加坡调解公约》的通过使得国际商事和解协议的跨境直接执行成为可能,我国虽然签署了该《公约》,但尚未通过国内立法程序批准《公约》,在国际商事和解协议执行领域我国仍处于立法空白,实践中存在和解协议的执行无法可依、执行机构和人员队伍建设不规范、执行救济程序缺失等问题。为了更好地规范和调解协议执行体系,实现《公约》在我国的落地,我国应准确理解《公约》对执行国际和解协议的要求,并结合立法和调解实践现状探讨国内现行制度应当如何衔接《公约》的规定,进一步考虑我国的商事调解法律应当进行怎样的完善。在加快商事调解立法进程的同时,建立与《公约》相适应的商事调解和解协议执行体系,规范调解机构和调解人员队伍,以落实国际商事和解协议的执行。

**关键词:**《新加坡调解公约》 国际商事调解 和解协议 执行机制

2019年8月7日,中、美、印、韩等46个国家在新加坡出席会议,签署了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称《公约》)。根据《公约》的规定,本公约于第三个国家批准后的6个月后生效。卡塔尔于今年3月12日批准了该公约,成为继新加坡、斐济之后第三个批准该公约的国家,公约在今年9月12日正式生效。可以预见,随着《公约》的生效,国际商事调解将迎来发展高峰,这也要求调解参与人在实践中正确理解、适用《公约》的各项规定——尤其是关系到当事人实体利益的和解协议的执行条件。我国作为公约成员国,虽然尚未通过国内立法程序批准该《公约》,但在未来的国际商事调解立法中必然会涉及到国内商事调解与《公约》衔接的问题,因此我国要尽快完善商事调解领域相关制度,尤其要加快和解协议执行阶段的法律建设,积极发挥调解的优势。

长期以来,大多数国际商事争议都是通过仲裁或者诉讼解决,调解仅是一种选择,由于执行的不确定性往往深受诟病。与前两种争议解决方式相比,调解所产生的和解协议是双方当事人意思表示合意的体现,仅仅具有合同契约的特征而并不具备强制执行力,这使得和解协议在商事纠纷尤其是执行阶段中很难发挥作用。如何让最终的和解协议能够具有执行力,以推动调解更广泛地使用?《公约》目的就在于改变这种现状,赋予当事人经调解所达成的国际商事和解协议的强制执行力,使得商事调解与商事仲裁具有同等的法律效力,为国际争端解决强制执行框架补上“缺失的第三方”,发挥调解本身所具有的优势,推动友好型的争议解决,促进和谐的商事关系。因此,当务之急是要建立与《公约》相适应的国际商事调解法律。本文将从分析《公约》的条款入手,探明我国法律制度与《公约》对接时存在哪些潜在的制度障碍并寻求应对策略,为《公约》在我国的适用铺平道路,进一步完善我国国际商事和解协议执行阶段的法律。

## 一、《新加坡调解公约》对国际商事和解协议的规定

《公约》正文一共16条,根据内容大致可以分为四类:适用范围、和解协议的执行、拒绝执行的理由和救济以及声明和保留的条款。

\* 宁波大学研究生。

## （一）适用范围

《公约》第 1 条、第 2 条和第 8 条共同构成关于适用范围的规定。《公约》第 1.1 条规定，本公约适用于调解所产生的，当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议，且该协议具有国际性。可见国际和解协议必须具备三个特征：商事争议、书面形式、国际性。对于“商事争议”，由于各国国内法都有不同的规定，所以公约中没有明确商事争议的定义，只是在第二款对不属于商事争议的案件类型进行除外列举，包括一方当事人为个人、家庭目的进行交易产生的纠纷，与家庭法、继承法或就业法有关的纠纷。这几类非商业纠纷由于涉及到主体的特殊性，一般由国内法进行特别保护。因此，在排除第二款的案件类型后，“商事争议”的范围可以作尽可能广义的理解。对于“书面形式”，公约第 2.2 条规定，“和解协议的内容以任何形式记录下来”即为书面形式，电子通信所含信息可供调取并查用的，也属于书面形式，该条实际上支持与鼓励新型调解形式。对于“国际性”，公约第 1.1 条做了相应的规定，<sup>1</sup>简单来说就是和解协议有至少两方当事人的营业地设在不同国家，或者当事人营业地在同一国家时，和解协议的履行地与当事人的营业地属不同国家，此时和解协议就具有国际性，<sup>2</sup>和解协议履行地往往就是当事人寻求救济的执行地。据此，我国现行法律体系下的涉外商事争议以及个别国内争议，如果调解后达成了和解协议，就成为《公约》意义上的“国际和解协议”，当事人有权按照《公约》的规定申请成员国承认该协议的效力。

不适用《公约》的对象主要是被其他有关承认执行的国际条约涵盖的和解协议，<sup>3</sup>包括以下两种情形：其一，经由法院批准或者在法院相关程序中订立的协议以及在该法院所在国作为判决执行的协议。此类协议实际上可以按照判决的形式得到承认执行，譬如协议可以通过《承认和执行外国国民商事判决的海牙公约》得以承认执行，为避免两者的重叠，《公约》做出了排除规定。其二，已记录在案并可以作为仲裁裁决执行的协议。同理，此类协议完全可以按照《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）的机制得以承认执行，而无须《公约》安排。

除上述明确排除适用的范围以外，《公约》也给予成员国作出两项保留的权利。《公约》第 8 条允许各国在加入《公约》时提出保留。首先，公约成员国可以声明，《公约》不适用于本国、政府机构或者代表政府机构行事的任何人作为一方当事人的和解协议。如果和解协议一方当事人为国家或代表国家行事的政府机构或个人，该协议就不在《公约》的适用范围内，此类情形常见于国际投资争端中东道国与外国投资者之间因纠纷而形成的和解协议。其次，公约成员国可以声明，《公约》的适用需要和解协议当事人明示同意适用该公约。<sup>4</sup>这就要求各国要加快《公约》与本国法律制度的对接，让更多的当事人了解并适用

<sup>1</sup> 《新加坡调解公约》第 1.1 条：“该协议在订立时由于以下原因而具有国际性：(a)和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地；或者(b)和解协议各方当事人设有营业地的国家不是：（一）和解协议所规定的相当一部分义务履行地所在国；或者（二）与和解协议所涉事项关系最密切的国家。”

<sup>2</sup> 赵平：《〈新加坡调解公约〉与中国调解法律体系的衔接》，载《中国律师》2019 年第 9 期，第 44 页。

<sup>3</sup> 《新加坡调解公约》第 1.3 条：“本公约不适用于：(a) 以下和解协议：（一）经由法院批准或者系在法院相关程序过程中订立的协议；和（二）可在该法院所在国作为判决执行的协议；(b) 已记录在案并可作为仲裁裁决执行的协议。”

<sup>4</sup> 《新加坡调解公约》第 8.1 条：“公约当事方可声明：(a) 对于其为一方当事人的和解协议，或者对于任何政府机构或者代表政府机构行事的任何人作为一方当事人的和解协议，在声明规定的限度内，本公约不适用；(b) 本公约适用，唯需和解协议当事人已同意适用本公约。”

《公约》。最后，对于非统一法律制度的国家，公约成员国可以明确指出适用《公约》的领土单位，<sup>1</sup>这启示中国在未来批准《公约》时应当考虑《公约》是否适用于港澳地区。

## （二）和解协议的执行机制

在有关执行的问题上，《公约》回避了“承认”一词，开创性地规定了“直接执行机制”。《公约》第 3 条规定了成员国对执行和解协议应当承担的义务：一是在当事人向成员国申请执行和解协议时，成员国应当按照本国程序规则并根据《公约》执行该和解协议；二是在当事人因一项已由和解协议解决的事项发生争议时，成员国应当准许当事人按照《公约》规定的条件援引该和解协议，以证明相关争议已经得到解决。此条规定与我国国内法规定不同，我国国内的和解协议仅具有合同性质，不具备强制执行力，必须经司法确认才能在后续执行程序中保证其效力，而公约的这条规定解决了调解协议本身可执行的问题，协议本身就具有执行力，无需当事人提前向法院申请司法确认。即如果当事人直接根据《公约》要求在我国执行和解协议，在协议不违背《公约》其他规定的情况下，我国必须按照《公约》执行该和解协议。

在执行机制的安排上，《公约》第 4 条对协议的形式和执行条件方面仅仅规定了最低程度的要求，只要求提交当事人签署的和解协议以及产生于调解的证据。<sup>2</sup>只要满足了这两项要求，公约成员国就有义务执行对应的和解协议。这一要求给予各国一定的自由裁量权，各国在对和解协议进行审查和执行时，可以再降低对和解协议的要求，以执行更大范围的和解协议，只要各国的措施不违反《公约》的最低要求。

## （三）拒绝执行的理由

《公约》第 5.1、5.2 条列举了一系列可以拒绝执行和解协议的情形，大致可以分为两方面的情形，其一是当事人可自行举证的情形，包括当事人无行为能力、有关救济有悖和解协议条款、和解协议本身存在缺陷以及调解员严重违反相关准则的行为。<sup>3</sup>《公约》虽然采取了穷尽式的列举，但在执行过程中，不可避免会出现解释问题，比如《公约》没有规定如何认定当事人处于某种无行为能力的情况，需要各国根据本国法律在执行过程对规定的情形进行更为详细的解释。特别注意的是，此条特别提到了调解员违反相关准则的行为，对调解员的品德和能力提出了较高的要求，这也提示我国应注重调解员队伍建设。其二是主管机关可认定的情形，包括有关救济违反公共政策或者有关争议事项无法以调解方式解决。对公共政策的理解和有关争议是否可调解，各国的规定都不相同，但从发展趋势来看，不管是在《纽约公约》下对于仲裁裁决的承认与执行还是基于《公约》对和解协议的执行，各国引用公共政策的态度都应当更

<sup>1</sup> 《新加坡调解公约》第 13.1 条：“公约一当事方拥有两个或者多个领土单位，各领土单位对本公约所涉事项适用不同法律制度的，可在签署、批准、接受、核准或者加入时声明本公约延伸适用于本国的全部领土单位或者仅适用于其中的一个或者数个领土单位，并可随时通过提出另一声明修正其所作的声明。”

<sup>2</sup> 《新加坡调解公约》第 4.1 条：“当事人根据本公约依赖于和解协议，应向寻求救济所在公约当事方主管机关出具：(a) 由各方当事人签署的和解协议；(b) 显示和解协议产生于调解的证据，例如：(一) 调解员在和解协议上的签名；(二) 调解员签署的表明进行了调解的文件；(三) 调解过程管理机构的证明；或者(四) 在没有第(一)目、第(二)目或者第(三)目的情况下，可为主管机关接受的其他任何证据。”

<sup>3</sup> 赵云：《新加坡调解公约：新版〈纽约公约〉下国际商事调解的未来发展》，载《地方立法研究》2020 年第 3 期，第 81 页。

谨慎。<sup>1</sup>尤其是在商事调解中，当事人达成的和解协议以解决相互之间商业上的纠纷为目的，其法律关系一般不会触及公共利益或者违反其它强制性规定，因此应当尽量尊重当事人的意思自治。对于争议是否可调解，考虑到各国加入《公约》的目的在于增加多元化争议解决机制的使用，同时，各国法院在依据“争议事项是否为可仲裁事项”拒绝仲裁的承认与执行上都非常小心，因此在相对更灵活的调解领域也应尽量减少仅依据“有关争议事项无法以调解方式解决”的理由而拒绝执行的情形。

## 二、《新加坡调解公约》与我国国际商事和解协议执行制度的对接

我国承认诉讼中在法院主持下达成的和解协议，也对《人民调解法》下的和解协议作出了法律规范，但对国际商事和解协议，我国尚未作出相应的规范。关于协议执行性的问题，仍然依赖着司法系统的确认来获得可执行的效力。《公约》的出台代表国际商事和解协议发展的最新走向，但在目前我国商事调解法律体系不完善的情况下，加入《公约》会导致我国商事调解与国际商事调解脱节。因此应当明晰我国在国际商事调解领域的现状，思考如何在和解协议的效力尤其是在执行层面和《公约》衔接，更好地执行国际商事和解协议，使调解为更多的当事人所选择。<sup>2</sup>

### （一）我国国际商事和解协议执行立法方面的现状

在《公约》出台前，国际上对于国际商事和解协议执行方面没有统一的法律规定，考虑到各国法律之间的差异，对于和解协议的跨国执行一般由各国国内法进行规制。

我国法律体系中并没有对国际商事和解协议执行的立法规定。可能涉及国际商事和解协议执行问题的主要是两部司法文件：2009 年最高人民法院颁布的《关于建立诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》（以下简称《09 意见》）和 2016 年最高人民法院发布的《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》（以下简称《16 意见》）。《09 意见》第 9 条、第 10 条肯定了调解协议的民事合同性质，<sup>3</sup>据此，我国和解协议的效力问题可以根据《合同法》相关规定进行判断。而对于和解协议的执行，我国始终认为和解协议没有强制执行力，必须经过转化和确认程序方可强制执行。《09 意见》没有创设新的执行机制，而是规定和解协议可以通过将调解协议申请公证、申请支付令和司法确认<sup>4</sup>来强化商事和解协议的执行力。《16 意见》则进一步提出要求加强与综治组织、行政机关、商事调解组织、公证机构及其他社会组织的对接，确保调解协议的落实。《16 意见》对和解协议强制执行力的规定不同于

<sup>1</sup> S.I.Strong, "Beyond International Commercial Arbitration-The Promise of International Commercial Mediation", (2014)45 *Washington University Journal Of Law & Policy* 32, p. 10-40.

<sup>2</sup> Lo, Chang-Fa, "Desirability of a New International Legal Framework for Cross-border Enforcement of Certain Mediated Settlement Agreements", (2014)7 *Contemporary Asia Arbitration Journal*, p.119-138.

<sup>3</sup> 《最高人民法院于建立诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第 9 条：“没有仲裁协议的当事人申请仲裁委员会对民事纠纷进行调解的，由该仲裁委员会专门设立的调解组织按照公平中立的调解规则进行调解后达成的有民事权利义务内容的调解协议，经双方当事人签字或者盖章后，具有民事合同性质。”

<sup>4</sup> 《最高人民法院关于建立诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第 20 条：“经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。”

《09 意见》，其更强调以司法确认程序和支付令程序<sup>1</sup>来赋予和解协议以强制执行力，而对公证制度没有做出更多的规定，可以看出我国更希望通过司法机关的相关程序赋予和解协议强制力，即让法院全程参与和解协议强制执行力的审查和执行阶段，保证强制执行力的获取程序与之后的执行程序能够顺利衔接，以加强司法公信力。但是，这种倾向也存在一定的问题，即文件中强化了司法机关对协议的强制执行力的确认和执行的责任，一方面不利于调解机构独立发展，另一方面又加重了司法机关的压力，与调解制度的立法目的背道而驰。

## （二）当前存在的困境

### 1. 商事和解协议相关法律制度存在空白

虽然我国已经签署了《公约》，但是我国尚无针对国际商事调解的一般性立法，更不用说与和解协议执行相关的内容。和解协议执行的规定分散在各部门法及司法文件中，<sup>2</sup>同时在执行机制的具体法律规定上仍存在空白，这就给今后《公约》在我国的适用造成较大障碍。在现有法律规范的基础上，如何实现与《公约》的衔接，未来如何执行国际商事和解协议是目前需要讨论的问题。商事和解协议法律的缺失主要产生以下问题：

第一，对商事调解的定位模糊。我国的调解主要由人民调解、行政调解、司法调解三大部分组成，《09 意见》首次明确了商事调解的法律地位并将商事调解列为调解的一种，可见我国非常重视调解的作用。但是从发布的各项文件来看，我国主要精力还是集中于人民调解上，对于商事调解的定位始终不明晰，实践中一般将商事争议交由人民调解加以调解解决。人民调解虽有权受理商事争议，但是依靠人民调解来解决商事争议还存在不少问题，比如行政化色彩浓重、法学专业水平不高、调解员未职业化等。随着社会的不断发展，商事纠纷也呈现多样化的趋势，商事调解却仍然没有其统一和权威的概念和定位，一旦有新的民间纠纷类型出现，人民调解就承担着维护社会和谐稳定的兜底职能，<sup>3</sup>这就使我国的商事调解制度始终难以得到重视，也导致我国商事调解的现行立法不足以满足国际商事争议解决的需求，更无法应对我国加入《公约》后国际商事争议调解所面临的新形势。

第二，机构调解程序混乱，审查和执行程序缺失。我国尚未规定专门的商事调解机构来解决国际商事争议。<sup>4</sup>近年来，虽然调解机构数量迅速增加，但我国在商事领域没有代表性的调解机构。实践中进行商事争议调解的组织主要是法院、仲裁机构、行政机关、行业协会等，这些机构分类众多、调解规则不同、认定商事争议范围的标准也不一致。这种混乱会带来调解程序何时进行、寻找哪一方机构审查和执行和解协议、如何选任调解员等问题，争议各方基于对自身利益的维护更倾向于选择对自己有利的一方调解机构，加剧当事人之间的矛盾冲突，更加不利于协议的执行。因此，需要一部专门的法律来规范调解

<sup>1</sup> 《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》第 31 条：“经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，当事人可以向调解组织所在地基层人民法院或者人民法庭依法申请确认其效力。”第 32 条：“以金钱或者有价证券给付为内容的和解协议、调解协议，债权人依据民事诉讼法及其司法解释的规定，向有管辖权的基层人民法院申请支付令的，人民法院应当依法发出支付令。”

<sup>2</sup> 参见祁壮：《“一带一路”建设中的国际商事调解和解问题研究》，载《中州学刊》2017 年第 11 期，第 61-66 页。

<sup>3</sup> 参见范愉、李泽：《人民调解的中国道路——范愉教授学术访谈》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2018 年第 4 期，第 1-9 页。

<sup>4</sup> 参见吴俊：《中国商事调解制度研究综述（1996-2011）》，载《北京仲裁》2012 年第 3 期，第 52-71 页。

程序，指定专门机构对国际商事和解协议进行审查和执行。

第三，我国对和解协议直接执行程序未予认可。我国对和解协议的审查十分严苛，法院在对和解协议进行司法确认时，不仅对其进行形式上的审查，还对其进行内容上的审查，这与《公约》的要求相悖。一般而言，我国立法将调解后的结果分为调解书和调解协议，前者具有强制执行力，而后者一般需经过司法确认才能强制执行。《民事诉讼法》第 49 条第 3 款规定，当事人必须履行发生法律效力调解书。据此，调解书只要满足立法所规定的生效条件，即具有强制执行力；而根据《民事诉讼法》第 194 条和 195 条的规定，经调解所产生的和解协议只有经过司法确认才能予以强制执行。《公约》第 3 条规定，当事人申请后将在执行地国直接开始执行程序，免去承认程序所带来的成本负累和效力的不确定性，执行地国有关机构只对和解协议做《公约》要求的审查，成员国应当认可符合第 4.1 条形式要求的国际和解协议的效力，对和解协议只需进行形式上的审查。可见我国尚未认可和和解协议的直接执行力。

## 2. 缺乏专业化的商事调解人才队伍

《公约》第 5.1 条提到了调解员的规则和披露义务，调解员行为的正当与否，这也是和解协议能否被执行的抗辩因素之一，要求各国必须重视调解人员的培养制度及管理机制。我国法律没有对商事调解员的资格进行规定，目前在实践操作中对商事调解员的资格审查一般参照人民调解员的标准，这样的做法当然存在一系列问题。《人民调解法》在第 14 条中规定人民调解员的选任标准：“公道正派、热心人民调解工作，有一定文化、政策水平或者法律素养。”但这一标准过于宽泛，对调解员所需的理论知识、专业素养、职业水平、选任标准都没有明确的说明。目前国内的人民调解员主要是从高校教师和律师队伍中选取，并且大多是兼职的。而《公约》的商事调解对调解员的要求极高，调解员自身的知识和人格素养在调解程序中扮演着重要角色，国际商事调解的调解员除应具备国内民商事案件调解员应具备的基本素质外，还需具备外语能力、跨文化沟通能力，最好还要对大陆法和普通法的体例、不同文化背景等有一定的了解。如果我国的调解员不具备这些能力，仅仅沿用国内调解中惯用的思路、方式来主持国际商事调解，将很难被外方当事人接受为调解员，很难使申请当事人产生相应的信赖，更无法取得令人满意的调解结果。<sup>1</sup>我国目前并没有对调解员的专门培育，也没有对调解员的资格认证标准，难以选任出符合公约标准的调解员。<sup>2</sup>缺乏调解员资格认证和科学管理保障下的商事调解，将面临困境，对调解程序以及调解员行为正当性的判断，也就因此缺乏相关的依据和标准，从而给执行带来障碍。

## 3. 和解协议不予执行的理由和救济程序不完善

由于我国没有关于商事调解的立法，也没有对国际商事和解协议不予执行的规定，因此，对不予执行的理由和救济只能参考其他部门法和司法文件的规定。

《09 意见》第 24 条对不予确认调解协议效力作出以下规定，对违反法律、行政法规强制性规定的；侵害国家利益、社会利益的；侵害案外人合法权益的；涉及追究当事人刑事责任的；内容不明，无法确认和执行的；调解组织、调解员强迫调解或者有其他严重违反职业道德准则的行为的以及其他情形

<sup>1</sup> Danny McFadden, "Culture, Business Negotiation and Mediation: Understanding Cultural Difference, Communication Styles and Finding Mutual Understanding", (2014) 3 *Asia Dispute Review*, p.132-136.

<sup>2</sup> 参见齐树洁、许林波：《域外调解制度发展趋势述评》，载《人民司法（应用）》2018 年第 1 期，第 22-27 页。

的，不予确认协议效力。《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第 7 条也作出了类似规定。相比国际商事调解，人民调解从流程、法律关系上都较为简单，仅考虑人民调解协议的效力，但将内容复杂专业的国际商事和解协议的效力依照该规定判断是否予以确定或执行，则显得不够完善。

对和解协议不予执行的救济主要是指在申请执行的过程中发现和解协议不符合执行条件时，如何对和解协议进行相应的救济。《人民调解法》第 33 条规定，经过人民调解委员会调解后形成的和解协议若在司法确认过程中没有通过，那么当事人只能就原争议达成新的调解或仲裁或提起诉讼。这种情况下如果当事人不履行，而法院又不能进行司法确认，很有可能导致之前的所有程序失效，只能重新起诉或仲裁。在国际商事调解中，如果和解协议被认定为不予执行，不论是否能将程序转为诉讼或仲裁，必然导致司法资源的巨大浪费，并且对调解制度产生冲击，影响国际商事当事人对调解的信赖。

当然，由于人民调解是中国特色的调解制度，而国际商事调解是因国际交往而产生的纠纷解决方式，两者在许多方面存在着质的不同。因此，不能将人民调解协议的相关制度直接套用在国际商事和解协议上，对于国际商事和解协议不予执行的情形，我国应当考虑相应的救济措施。

### 三、《新加坡调解公约》对我国商事和解协议执行制度的启示

当前我国的商事调解制度正处于初步发展阶段，尚未形成一套统一的、切实可行的制度。国际商事和解协议的执行对各国来说都是一个重要命题，因此，借助此次《公约》出台的契机，我国可以以《公约》为参考，探索出一套既符合国情又紧跟国际趋势的商事调解制度，具体细化和解协议的认定与执行制度，紧跟国际潮流。

#### （一）加快商事和解协议相关制度的立法进程

商事调解制度作为多元化的纠纷解决机制中的重要组成部分，在国际上获得普遍的认可。在中国加入《公约》后，为了更好地与国际商事调解法律接轨，我国有必要通过立法和其他配套手段完善商事调解和解协议相关制度，为国际商事和解协议的执行创造更好的法治环境，以促进争议当事人更多地运用调解友好解决争议。

就目前而言，我国关于商事调解和解协议以及执行机制的法律规范较为单薄，主要集中在《民事诉讼法》、《人民调解法》和相关司法文件的部分条文，并且这些都不属于国际商事调解。针对我国商事调解出现的问题，我国在制定商事调解规则时可以借鉴《公约》以及《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》的相关经验，发挥商事调解的优势。<sup>1</sup>首先，明晰商事争议的概念以及商事调解的范围，尤其要厘清人民调解与商事调解的关系，使调解机构能够明晰案件类型，将案件快速分类，以尽快解决矛盾。其次，确定和解协议的执行效力。对于和解协议的审查和执行，我国当前仍要求进行司法确认才赋予协议以强制执行力，但《公约》规定国际商事和解协议在符合《公约》规定的形

<sup>1</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》，联合国国际贸易法委员会，[https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements)，最后访问时间：2020 年 10 月 1 日。

式要件后即具有执行力。未来我国批准《公约》后，如果对国内的调解不予以司法强制执行力，却对域外的调解大开方便之门，势必会造成相当程度的不公平，进而对我国国内商事调解造成巨大的打击。因此，我国商事调解在对协议可执行性进行立法时，理想化的情况应该是无论国内调解还是国际调解所产生的和解协议都应该具有直接执行力，但由于目前我国在立法和实践上都缺乏执行国际商事和解协议的经验，因此可以借鉴新加坡的立法模式，就商事调解有无强制执行力对国内商事调解与国际商事调解进行分别规定。最后，尽管中国已经加入《公约》，但要我国立刻出台一套完整的《调解法》以适应《公约》是不现实的，因此，我国可以考虑先行制定一系列的司法解释，使国际商事当事人在直接根据《公约》在我国要求执行和解协议时有更加明确的法律依据，为《公约》在我国的落地提供一定的缓冲，之后在总结案件经验教训的过程中逐步形成立法草案。

## （二）整合商事调解主管机构，培养专业队伍

确定国际商事调解主管机构，对和解协议的执行进行严格审查。《公约》规定了和解协议的直接执行措施，同时也规定了拒绝准予救济的情形，被请求执行国可以对和解协议进行一定的审查，以查明协议是否违反公共政策以及该协议是否具备可执行性、和解协议是否具有终局的约束力、协议义务是否尚未履行、对协议义务是否表述清晰且能够被理解，<sup>1</sup>对不符合这些要求的和解协议，执行地主管机构可以拒绝救济，因而建立明确的审查规则确定审查机关显得尤为重要。国际商事和解协议所涉的纠纷本身可能标的额较大、案情较为复杂，查明和解协议是否可执行以及是否有可拒绝准予救济的情形需要极强的专业性，应当指定专门机构对和解协议进行审查。考虑到《公约》的主要目的是执行和解协议，而在我国负责执行的机构一般是法院的执行庭，由此，和解协议的审查由人民法院负责更为合适。《民事诉讼法》第 283 条规定，对国外仲裁机构裁决的承认与执行一般由中级人民法院办理。为了更好地管辖案件并提高审查效率，对和解协议的审查和执行也可以交由各地区的中级人民法院负责。鉴于国际商事法庭多元解纷平台的国际性，专业性与权威性，在案件涉及标的额巨大、案情极其复杂的情况下，我国还可以考虑由国际商事法庭对和解协议进行审查和执行。2018 年最高院出台《关于设立国际商事法庭的若干规定》，某种程度上也是对国际商事法庭审查商事和解协议的认可，顺应了潮流发展，为《公约》与商事调解法律出台做铺垫。

相比于仲裁和诉讼，调解尚未具备相对完善的程序制度和质证、辩论环节，其执行方式也不具备强制性，在中国加入《公约》后，许多人对未来中国执行《公约》过程中可能出现的欺诈调解表示担忧，如果不对调解员的资质作出统一规定，低素质的调解员可能会勾结一方当事人，进而导致虚假调解，给协议的执行带来障碍。因此应当趁此契机完善我国关于商事调解员的制度，规范队伍。在选任方面，可采取公开招考的方式将高素质、高水平、能力强的具有相关专业背景的人员招募进商事调解队伍，在选拔国际商事调解员时重点考察其实体知识储备，可以借鉴葡萄牙的规定，将调解员所接受的国际商事调解业务培训作为国际商事调解的准入门槛，在通过调解培训课程后由培训机构对

<sup>1</sup> 温先涛：《〈新加坡公约与中国商事调解〉——与〈纽约公约〉〈选择法院协议公约〉相比较》，载《中国法律评论》2019 第 1 期，第 198-208 页。

调解员作出资格认证<sup>1</sup>；对调解员的资质方面，我国要注重职业伦理培养，明确调解人员的专业素质，设置资格准入门槛；对于履职情况，可制订调解员职业规则，并将职业规则的遵守情况与调解员认证相挂钩，强化规则的约束力，也可以引入监督制度以督促其合法履行职责。<sup>2</sup>

### （三）完善不予执行和解协议的救济机制

《公约》列举式规定了不予执行和解协议的情形，在我国尚无对国际商事和解协议立法规定情况下，应当借鉴其内容安排。

对于和解协议在不予执行时如何进行救济的问题，首先，考虑建立内部报核机制。在国际仲裁的司法审查制度中，最高院建立了法院内部报告机制，管辖法院如果认为裁决存在不予执行的理由，在裁定拒绝承认与执行前，必须报请本辖区所属高院进行审查，如果高院与中院一致认为不应执行该裁决，高院应当将其审查意见上报给最高院，待其最终定夺。这种法院内部报告制度是上级法院对下级法院拒绝承认与执行仲裁裁决的监督与救济，约束管辖法院在拒绝承认与执行涉外裁决上的自由裁量权。国际商事和解协议不予执行的救济也可以借鉴仲裁的做法，设立和解协议不予执行的内部报核机制。法院在决定不予执行时逐级报告给上级法院，形成司法系统内部对裁定结果的确认，由相对更高的司法审判水平判断协议执行与否。当然，在审查国际商事和解协议执行的问题上，在内部逐级报告时还可以考虑经高级人民法院审核后上报至国际商事法庭，由国际商事法庭进行审核，利用其独立性和专业性以及对外国调解程序和法律的了解，更好地把握审查的尺度和标准。

其次，虽然国际商事和解协议不能适用《人民调解法》，但仍然可以参考人民调解中对调解协议不予执行的救济。《人民调解法》对被法院不予确认的和解协议规定，当事人只可以通过两种途径来最终解决争议，一是继续调解途径，包括变更和解协议和重新达成和解协议；二是针对原争议向人民法院提起诉讼。就第一种方式而言，由于《公约》第 5.1 条（b）项（三）目规定，“随后被修改”是《公约》项下不予执行的法定抗辩，因此，变更和重新达成协议不适用于国际商事调解领域；第二种方式在国际商事领域相对更具可行性，我国可以规定，当和解协议被不予执行时，当事人可以考虑调解转仲裁、调解转诉讼模式。同时，为了避免当事人之前的努力付之东流，也为了提高司法效率，法院或仲裁庭在对争议进行审查的过程中，对和解协议的事实部分可以适当进行参考采纳。

## 结语

《新加坡调解公约》的签订有利于良好营商环境的创造，贯彻落实人类命运共同体理念。在今天，全球化是毋庸置疑的事实，加入《公约》也是符合国际大潮流的，因此我国更应该抓住此次机会，加快完善我国国际商事调解制度，促进我国商事调解与国际商事调解的对接，积极构建商事和解协议执行机制，努力使我国成为国际商事纠纷解决一大中心。

<sup>1</sup> 黄彦雄：《论我国商事调解员制度的规范建构——在〈新加坡公约〉背景下的制度衔接》，载《吉林工程技术师范学院学报》2020年第4期，第79页。

<sup>2</sup> 唐琼琼：《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解制度的完善》，载《上海大学学报（社会科学版）》2019年第4期，第123页。

## 《海牙儿童诱拐公约》框架下跨国儿童诱拐纠纷的调解

王光英子\*

**摘要：**调解作为海牙国际私法会议常设局最为倡导的解决国际儿童诱拐纠纷的方式，在《国际诱拐儿童民事方面的公约》（以下简称《公约》）的缔约国解决实际纠纷的时候发挥了重要的作用，特别是《公约》的快速返还程序，让被诱拐儿童快速回到原居住地的目的能够快速的得到实现。本文主要在现有的海牙国际私法会议常设局发布的《良好实践指南——调解》以及我国学者的理论探讨的基础上，综合运用比较以及理论与实践相结合等方法，对跨国儿童诱拐纠纷下的调解进行较为系统的研究。

**关键词：**《海牙儿童诱拐公约》；跨国儿童诱拐；跨国家事调解

**Abstract:** Mediation, as the most advocated by the permanent bureau of the Hague international private law meeting of international child abduction dispute solution, in the civil aspects of international child abduction convention (hereinafter referred to as the convention) parties to solve practical disputes play an important role, especially the fast return the convention program, let the purpose of abducted children quickly back to the original residence can be quickly implemented. Based on the "Good Practice Guide - Mediation" issued by the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law and the theoretical discussion of Chinese scholars, this paper makes a systematic study on the mediation of transnational child abduction disputes by comprehensively applying the methods of comparison and combination of theory and practice.

**Key word:** International Convention on the Civil Aspects of Child Abduction; International child abduction; International family mediation

### 引言

随着国际民事交往的频繁发展和出入境手续的日益简化，跨国婚姻在各国都有不同程度的增加，但随之而来的离婚案件也在不断增多。在实际纠纷中，当跨国婚姻关系破裂后，父母一方把子女带回自己的国家（国籍国或住所地国）或者乘子女来访之机将他们滞留而使其脱离合法监护人的事件经常发生。这种非法跨国转移或滞留儿童的现象，被称为“国际儿童诱拐”（International Child Abduction）。儿童诱拐也经常被称为“合法绑架”（Legal Kidnapping），各国一般不把它作为刑事问题来处理，而认为是家事法领域的事项，并通过私法方式来加以适当的解决，从而更好地保护儿童的利益。<sup>1</sup>

海牙国际私法会议作为一个全球性的政府间国际组织，从 20 世纪 70 年代开始，就解决国际儿童诱拐和监护权的国际保护问题进行立法。在海牙国际私法会议常设局的努力下，《国际诱拐儿童民事方面的公约》在 1980 年 10 月 25 日召开的海牙国际私法会议上获得通过，并于 1983 年 12 月 1 日生效。该公约已成为国际社会最具影响力的儿童权利保护的国际私法公约，截至 2019 年《公约》已有 101 个缔约国。<sup>2</sup>1980 年《公约》第 7 条规定，“应当采用所有适当措

\* 宁波大学法学院，2018 级国际法专业硕士研究生。

<sup>1</sup> 王吉文：《国际儿童诱拐案件处理路径上的发展——评美国法院的“进一步分析方法”》，《青少年犯罪问题》2011 年第 4 期，第 66 页。

<sup>2</sup> 海牙国际私法会议官网：<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>，2019 年 11 月 20 日访问。

施，以确保自愿返还儿童或促成友好解决纠纷”<sup>1</sup>，现代海牙家事公约明确提及采用调解、调停及类似方式解决家事纠纷。在各种友好解决争议的方式中，公约意在将“调解”作为家事法领域最广泛推广的替代性争议解决方式。

我国现今仍未加入该《公约》，国内学者未曾站在《公约》框架下利用调解解决纠纷的角度去分析我国是否应该加入《公约》，大多是在单独讨论公约本身的实际适用价值或者单独探讨我国加入公约的可行性和必要性。然而，海牙国际司法会议常设局历经几十年的理论和实践的探索，反映出国际家事法上的调解以及其他通过协商解决争议的方式变得日益重要。因此，推动协商解决争议，特别是在《公约》的框架下通过调解的方式解决纠纷具有重要的研究价值。同时，也是为我国是否加入《公约》进行一个前瞻性的考量。

## 一、《海牙儿童诱拐公约》框架下家事调解的界定以及跨国儿童诱拐纠纷调解的优势

近些年来，随着跨国婚姻缔结的相应增加，特别是涉及到儿童的国际家事纠纷的出现，使得双方当事人迫切需要一种“耗时短，效率高”的争议解决方法。在各种友好解决争议的方式中，“调解”作为家事法领域最广泛推广的替代性争议解决方式有其独特的优势。

### （一）家事调解的含义

家事调解其核心是家事纠纷，是指当事人在家事法院或家事法庭的主持下，具备专业素养的调解员的参与下，辅助心理治疗和医学诊断，努力追求结果的一致性，在说服与妥协之后从而达成协议的过程。在此所指的调解为广义的调解，不区分具体的模式和方式。也就是说，此处的家事调解既包含在法院的主持下进行的调解，也包含由不直接与法院相关的机构所实施的调解；既包含直接调解，也包含间接调解。很多国家都在越来越多地采用调解及类似程序来促成友好解决家事纠纷，同时，越来越多地国家在解决家事纠纷方面赋予当事人更多的自主权，同时保护第三方，特别是儿童的权利。

在国际诱拐儿童案件的语境下，家事调解的含义需要进一步的明确。调解在此类案件中能够更好地解决冲突，因为调解还可以涵盖与法律无关的问题。在家庭纠纷中，使用调解的方法有助于解决长期的家庭宿怨，因为很有可能目前的纠纷只是一种暂时的征兆，如果不彻底解决问题的话将会引起更大的麻烦，然而这也意味着更费时、费力。

<sup>1</sup>《海牙国际性非法诱拐儿童民事事项公约》第 7 条，中央主管机关应相互合作，并促进各自国内主管机关之间的合作以保证儿童迅速返回，并实现本公约的其他目的。

尤其是应当直接地或者通过各种中间渠道，采取一切适当措施：

- （一）确定非法带走或扣留的儿童的下落；
- （二）防止因采取或使之采取临时措施而造成进一步危害儿童或损害有关系的当事人；
- （三）保证自愿返还儿童或设法以和平方式解决问题；
- （四）需要时交换儿童的社会背景材料；
- （五）提供它们国家有关使用本公约一般性法律材料；
- （六）为了获得儿童返回，进行诉讼或协助进行司法或行政诉讼程序并在必要时为组织或保证有效的行使探望权作出安排；
- （七）必要时提供或协助提供法律援助和法律咨询，包括律师和法律顾问的参与；
- （八）为保证儿童安全返回，提供可能需要的适当行政措施；
- （九）就本公约的实施方面互通情报，并尽可能排除不利于适用公约的各种障碍。

很显然，在国际诱拐儿童案件中，主要的紧急问题就是遣返儿童。《公约》的基本前提是，“儿童惯常居所国家有权决定监护权或联络权的问题，且立即将儿童遣送至该国有利于迅速做出该决定，从而有利于维护儿童权益，且使儿童没有时间定居在另一个国家。”也就是说，《公约》最大目的就是寻求迅速解决当前诱拐（恢复诱拐前的状态），同样的，这一点也应该是进行调解的时候的最大目的。

## （二）家事调解与其他纠纷解决方式的关系

家事调解与仲裁的区分是，家事调解旨在让双方协商解决争议，通过双方相互说服和各自妥协最终得到大家都较为满意的结果。而仲裁是由中立的第三方（仲裁机构）通过做出裁决而解决争议。在仲裁当中，尽管双方必须同意仲裁并且同意遵守仲裁结果，但仲裁程序未必会带来双方同意的结果。

在国际法律用语的语境下，调解与调停有时被用作同义词，可能会引起混淆。与调解相比，调停总体上是一种更具指导性的程序，而在我国法律用语语境下，调停通常作用于国与国之间的纠纷。调停是由中立第三方积极指导，帮助双方就其争议达成一致同意的解决方案。调停人可以指导双方达成具体的解决方案，与此相反，调解可以是主动性的，但不能是指导性的。

而诉讼则是平等主体之间依照法律规定，在其他诉讼参与人的参加下，依法解决纠纷的活动。其与家事调解最大的区别就是在于，诉讼的结果是法官根据法律法规规定作出的结果，此结果不允许当事人商量决定。相反，家事调解的结果恰恰是由当事人双方协商得出，这一点也充分体现了调解这种方法在家事纠纷中的优势。海牙私法会议提供的关于家事调解的《良好实践指南》中提到了“咨询”这种方式，此方式是能够用于帮助夫妻或家庭处理关系问题的一种程序，与调解不同的是，咨询一般不关注解决特定的争议。

在美国，有一种专注于解决涉及儿童问题的替代性纠纷解决方式——“育儿协调”（parenting co-ordination）。此种方式在受过专业调解培训和心理健康培训的法律人士帮助下，及时制定解决纠纷的方案并且通过对家长进行培训的方式来协助冲突较为明显的家长实施育儿计划。当然，相关计划的实施已经事先经过各方和法院的同意，同时该计划也是在法院指令和规定范围内作出的。此种方式专门是为更好解决儿童监护权以及探视权问题而创设的，可以说这其实是调解的一种特殊形式，属于调解范畴并且也更具有针对性。

## （三）跨国儿童诱拐纠纷调解的优势

推动协商解决纠纷已被证明在涉及儿童的家事纠纷中特别有帮助，也源于这种纠纷中冲突双方通常需要持续互相配合。因此，在由父母分居引起的纠纷中，协商解决特别有助于保护《联合国儿童权利公约》（UNCRC）所保障的“儿童与父母双方保持正常个人关系和直接联系的权利”。

协商解决说到底更令对方满意，每一方都能影响结果并且参与寻找被认为对双方“都公平”的解决方案。协商解决争议避免了对于结果一方“胜”，一方“败”的感觉。因此，协商解决更可持续，双方更能遵守这种解决方案。

### 1. 与司法程序形成良好的联动关系

海牙国际私法会议于 1980 年 10 月制订通过的《国际诱拐儿童民事方面的公约》是最为成功的公约，它所采用的司法与行政合作机制有利于被诱拐儿童的迅速交还，从而恢复儿童原有的生活状态，并保障监护权和探视权的有效行

使。<sup>1</sup>

调解及促成协商解决争议的类似程序不应被视为是对司法程序的完全替代，而是一种补充。这些程序之间的密切联系非常有益，同时有助于克服司法程序和调解等友好解决争议机制存在的某些不足。但是需要提出的是，在国际家事纠纷初期阶段引入调解或者其他类似程序能够避免采用诉讼的方式，但是“司法程序”对于之前协商一致的解决方案有保驾护航的作用。当国际家事纠纷当事人进行调解的时候，他们会被告知仍有机会寻求司法程序的帮助，调解并不是他们解决争议的唯一途径。

国际家事纠纷中的法律情况通常非常复杂，双方获得相关法律信息是非常重要的。在国际家事纠纷发生之时，当事人选择通过调解的方式进行纠纷解决，但是保证调解协议在开始执行之前在相关司法管辖区具有法律效力是尤为重要的。同样，调解人与双方法定代理人之间密切配合、以及中央机关或国际家事调解的中央联络点提供相关资料也是很有帮助的。由此可见，调解过程中仍然需要体现司法程序，无论是需要遵循相关规定进行调解，还是对纠纷解决最为重要的调解结果的有效实施，都需要同司法程序做一个很好的连接，这样才能确保一个国际家事纠纷最终得以圆满解决。

提供跨国儿童诱拐案件调解的调解人和组织应当在机构层面与中央机关和法院密切配合，以确保快速、高效解决问题。调解人应当尽其最大努力让调解程序的组织方面尽可能透明，同时保护调解的机密性。相关中央机关和法院应当被告知案件中是否进行调解，终止或中止调解也应该让中央机关和法院知晓。因此，中央机关和相关法院在跨国儿童诱拐案件中在行政层面与专家调解服务保持密切联系是必要的。

## 2. 关注法律之外的因素使其能适应个案解决的需要

在国际家事冲突中值得一提的是，并非所有家事冲突都能友好解决，这一点是不难理解的但却是很重要的。某些案件需要司法机关的介入，这与冲突的性质、双方的具体需求或者具体案情的需要有关。

在一些涉及到家庭暴力的家事案件中，调解过程中双方会面可能会使得受害方及调解人面临人身或精神伤害的风险。因此，此类案件即使双方同意调解，也需要谨慎对待。如果评估之后认为调解对于解决家庭暴力纠纷时可行的，也还是需要采取必要的保护措施以保障受害方的人身安全。与此相似的还有一方当事人由于吸毒或者酗酒而导致无法控制自己行为的案件。

此外，还需要提到的是由于当事人本身性格或者学历等因素所造成的谈判能力差异。这一点有理由使得调解机构对当事人选择采取调解这种解决方式的动机产生怀疑，并且在调解进行中双方谈判能力的差异会使得调解结果有失偏颇，从而得到一个并非双方都满意的结果。

在关于监护和抚养儿童的国际家事纠纷调解中，需要关注的一个重要问题就是儿童权力的保护。“考虑儿童的最大利益”是多数国家法律在保护儿童问题上遵循的原则，如果儿童的年龄足够大、足够成熟、足够清晰，在这种情况下很多法律体系下的这些儿童的意见就是可以直接听取并采纳的。在与儿童沟通的过程中，也需要采取适当的方法保护儿童的心理健康，在此之下，调解人不能像法官那样传唤儿童参加法庭审理或者会同专家与儿童进行谈话。因此，在调解的过程中需要采取措施保护儿童的权利和利益，让他们能够自由、自愿地

<sup>1</sup> 杜焕芳：《强制交还国际诱拐儿童的司法裁量——以海牙公约第 12 条第 2 款为分析对象》，《政法论坛》2014 年第 3 期，第 25 页。

表达了自己的意愿。

### 3. 以建设性的方式面对未来冲突

还可能存在协商一致的解决方案不具备法律效力，从而在进一步的纠纷中不能保护当事人的权利的风险。这种风险有各种可能的原因，调解协议或者其中一部分可能与适用的法律相冲突，或者该协议由于需要登记、经法院批准等形式条件没有得到满足而导致没有法律约束力或不可强制执行。

特别是在跨境家事纠纷中，法律情况非常复杂，需要考虑两个或更多法律体系的相互影响。当事人双方需要更好地了解适用于调解协议生效的两个甚至多个国家的法律，包括保密性以及如何让他们的协议在相关的两个或所有的法律体系下都有法律效力。

## 二、《海牙儿童诱拐公约》框架下跨国儿童诱拐纠纷调解的原则和方法

为了保证调解的效果，除了公正性、中立性等一些原则已经通过调解这种方式本身体现了之外，在国际诱拐儿童案件中还有一些特殊的原则需要被遵守。当涉及到不同国家和不同调解方案内采用调解模式与方法时，局面会变得更加多样，考虑到调解方法和模式的多样化，也应该探讨出更具备现实意义的调解方法。

### （一）跨国儿童诱拐纠纷调解的原则

除了调解本身所具备的原则之外，还需要强调的就是跨国儿童诱拐纠纷中的三大原则：当事人意思自治、调解人中立性以及程序保密原则。

#### 1. 当事人意思自治原则

在合同法中，当事人意思自治原则是一项十分重要的原则，体现了双方能够自由、自愿、公平的去制定合同的内容。而跨国儿童诱拐纠纷进行调解的时候也是一样，双方为了遣返儿童以及儿童今后的所有安排达成协议，无论是协议产生的方式还是协议内容都需要体现当事人真实的意思表示。需要告知双方的还有，调解仅仅是解决纠纷方式的其中一种，双方愿意或不愿意进入调解都不能影响诉讼这种方式的参与，因此，使各方参与友好解决纠纷的自愿过程是调解的本质。当事人意思自治原则与调解过程中强制的程序性要求并不冲突，只要各方未被迫参与到调解的过程中来，也就是说当事人选择调解这种方式是自愿的、真实的，那就体现了当事人意思自治原则。

当事人的知情权也是体现当事人意思自治原则的其中一方面。在调解过程之前，应该为各方提供关于调解和相关问题的所有必要信息，以使得各方关于是否进入调解作出知情决策。这里提到的信息包括：调解过程进行的详情以及决定该过程的原则；调解采取的具体方法和模式的详情；各种实用信息，比如费用问题。此外，正如前文提到的调解与司法程序的联动关系，在此也需要提供调解与司法程序相互关系方面的信息。

由于跨国家庭纠纷的法律情形比较复杂，为了在调解中更好地实现当事人意思自治原则，注意力还应该放在专业法律信息上，那就是最终的调解协议是否能在相关司法管辖区内取得法律效力。此外，各方应努力维护当事人情感与结果公正之间的平衡，并努力协调意思自治与法律权威之间的关系。

#### 2. 调解人的中立性原则

对于采取调解这种过程所作出的结果而言，调解应保持中立。就调解人进行调解的方法而言，调解人须具有独立性，同时，调解人须对各方保持公正。

调解人在整个调解始末都起到了至关重要的作用。此角色不仅要为各方提供参与调解过程的平等机会，还需要针对具体案件调整调解过程以顾及并均衡双方的谈判力。首先，调解人需要尊重各方观点，并保持其谈判地位的平等性。其次，调解人需要在双方的博弈中时刻保持清醒，不可被自己的私人情感所左右。例如，有的家庭暴力案件中，受害方不仅在身体上、精神上受到压迫，还因为另一方的原因被迫与儿童分离。在此中重击之下，作为调解人难免会对受害方产生同情的心理。站在旁观者的角度，这种心理是可以被理解和支持的，但是，身处案件旋涡之中，拥有此种心理就是对另一方的不公平，也在一定程度上不知不觉地破坏了调解人中立性的原则。

在某些细节上，调解人也需要保持中立。例如，如果某一方想要使用母语或者使其感觉使用上较为舒适、熟悉的语言，调解人都应该尽可能地遵循其意愿。

### 3. 程序保密原则

按照法律规定，在调解过程中及基于调解背景下的所有沟通都应保密，除非双方另行商定。坚持程序保密原则有助于为各方营造一种信任的氛围，有利于调解的进一步开展。需要注意的是，向参与转介调解的法院或其他机构传达调解是否已经开展、正在进行的程度或者已经终止的信息，并没有破坏程序保密原则。相反，此种共享信息是各个部分沟通合作的关键。

可以采用不同的措施保证调解的保密性。《公约》的许多缔约国对调解保密性在立法上进行了探讨，目前具备调解保密性立法的国家有：比利时、丹麦、芬兰、法国、匈牙利、美国（各州采用不同规则）、瑞士等二十个国家。<sup>1</sup>此外，调解人需要完全告知各方关于保密性的适用法则。在跨国家庭调解中，一直都在提到的就是需要注意双方（各方）相关管辖机构对保密性问题的观点。各方须知道，调解过程中交换的信息是否可以用于任何特定司法管辖地区内的法院。如果调解人不了解其他管辖机构的保密性规则，则需要注意向有关的专业人员进行咨询。

特殊的是，当涉及刑事法律时保密性原则有一定的突破。此时，需要注意相关的免责条款，这部分的免责条款有可能从刑法法规中直接衍生而来。依照此类规定，调解人需要向警方上报某些信息，如果信息有关儿童心理或生理伤害，则还应该寻求相关儿童福利机构或者其他儿童保护机构的帮助。在这种情况下，难免会将信息透露给相关机构，从而冲破保密性原则。

## （二）跨国儿童诱拐纠纷调解的方法

由于各个国家对跨国诱拐儿童案件的调解会采取不同的模式和方法，各种模式或方法是否可取需要根据具体案件情况进行分析。

### 1. 直接或间接调解

使用“直接调解”一词时，海牙国际私法会议所指定的《良好实践指南——调解》中给出的定义是：“双方直接、同时与调解人共同参加调解会议，无论是与调解人面对面会面，还是利用视频、电话会议设备或者互联网通信进行远程会谈。”相反“间接调解”一词的定义是：“调解期间双方不直接互相会面，但分

<sup>1</sup> 海牙国际私法会议官网：<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6475&dtid=52>，2020年5月5日访问。

别与调解人会面。与调解人的单独会面可以在两个国家或同一个国家进行，但调解在不同的时间进行，又或者在相同时间但在不同的房间进行。”

采用直接调解还是间接调解或者二者相结合的方式进行调整，最根本的要件就是取决于案件情形。例如，地理位置的费用和可能的家庭暴力等指控。此外，一旦将面对面会议确定为解决方式，该项决定还与调解地点的确定密切相关。

## 2. 多方调解

多方调解，即由两位调解人进行的调解。在充满争议的国际诱拐儿童案件中，多方调解已获得较大的成功。

在此类案件中，双方辩论可能非常情绪化且很可能爆发，此时多方调解的采用特别有利。多方调解通过两位调解人的经验、知识和方法，有助于此类充满争议的复杂案件达成一致。法庭上两位调解人的出席更加有利于营造冷静和建设性的讨论氛围，潜移默化中调解人的协作可为对立的双方树立榜样。另外，多方调解的一大优点就是可保证双方在整个调解期间都不处于孤立地位。考虑到跨国诱拐儿童案件时间的紧迫性，这对于双方的压力都比较大，此时多方调解更有利于相关各方。

然而，多方调解也有缺陷。在费用方面，多方调解显然可能会比单方调解多出更多的费用。同时，在短暂时间期间内找到合适的双方的调解人也不是一件容易的事情，而且如果两位调解人之前没有合作过，在时间花费上也会多出一些。尽管如此，在多起案件采取调解方式的时候，还是应该考虑采用多方调解。

## 3. 双语调解

双语调解是多方调解的特殊形式。双语调解强调来自不同母语国家的双方调解时所需的特殊跨文化能力及语言技能。此种方法的提出可追溯至“法—德议会调解举措”。为了协助涉及法德两国的公民之间的疑难诱拐案件，法德司法部与 1998 年成立了调解者小组，小组由三名法国和三名德国国会议员（均为欧洲议会议员）组成，案件具体由一名法国调解人和一名德国调解人采用多方调解进行解决。2003 年，来自于非国会议员的调解人方案取代了议会方案，由专业的独立的调解人进行多方调解是避免私人家庭纠纷政治化和民族化的重要举措。

该模式下的调解由两位经验丰富的调解人进行，其分别来自各方所在国和文化背景，若所在国内使用多种语言，调解人还应该具备必要的语言技能，同时还需要强调至少一方需要对其他相关语言具备较强的理解能力。此处所强调的多种语言，也是不同文化、宗教的体现。因为在跨国诱拐儿童纠纷中，一方的文化是影响他作出选择的关键。

在跨国诱拐儿童的案件中，采用多方调解时两个问题最为重要：调解人的性别和专业知识。在调解的方案中，多数由一位女性调解人和一位男性调解人进行，同时，其中一位具备法律背景而另一位则具备社会心理背景。这样的安排可以使得在处理不同调解事宜中结合专业知识和文化能力。

双语调解的一大优点在于，由于针对双方提供不同的语言进行调整有利于建立信任框架，使双方感受到来自自身语言和文化背景的调解人的支持和理解。然而，需要注意的是，此种信任之下双方当事人潜在地将调解人视为自己的发言人，所以调解人仍需要强调自身的中立性和公正性。双语调解本质就是多方调解，因此，双语调解的费用也是比较高的，而且由于语言的要求导致在

较短时间内寻找到合适的调解人更加不易。

### 三、我国在《海牙儿童诱拐公约》的框架下调解跨国儿童诱拐纠纷之前瞻

随着我国涉外婚姻缔结数量的上升，跨国婚姻离婚纠纷案件的数量也相应存在。在跨国离婚纠纷中，涉及到儿童的监护权、抚养权等权利分配的案件相对来说较难解决。国内很多学者对于我国是否加入《公约》进行了必要性和可行性的分析，大多数学者持有肯定态度。但是，我国至今尚未加入该《公约》，由此，我们应该采取积极地行动去解读《公约》，以期能够更好地理解《公约》的精神，从而为加入公约打好基础。

#### （一）加入《海牙儿童诱拐公约》必要性

《海牙儿童诱拐公约》是专门针对跨国儿童诱拐案件制定的法律，对于并未加入该《公约》的我国来说，发生该类案件之后的处理及其耗费当事人的时间和金钱，同时也无法高效、完善的解决纠纷。

##### 1. 非公约缔约国处理跨国儿童诱拐纠纷案件的现实困境

诱拐儿童案件中管辖权的确定情况较为复杂，即监护权、抚养权等权利的管辖权与调解协议的管辖权不一致。在南非妈妈和中国爸爸的夺子之战中，福建南平青年李文成（F）在南非认识了南非姑娘爱丽丝（M），两人在南非结婚并有了儿子汤姆。李文成一家回国探亲，之后李文成返回南非，爱丽丝和汤姆仍留在中国，汤姆还在国内上了学。随着在中国的签证日期的临近，爱丽丝发觉李文成根本没打算再让汤姆回南非。李文成的母亲借口带着汤姆去探访自己的侄女，从此以后，爱丽丝就再没见到自己的儿子。<sup>1</sup>案件中，爱丽丝向南非东开普法院提出申请，请求法院下令将汤姆的监护权授予自己并宣布自己是汤姆的主要监护人，同时请求法院将这一命令转递给南非司法部国际交流与合作司，由其协助申请人寻求中国有关部门的合作将汤姆送返南非并置于申请人的监护下。根据南非的相关法律规定和判例，只有在未成年人居所地或实际出现地位于南非法院辖区内时，南非法院才对有关儿童监护的案件有管辖权。

本案中，汤姆并未出现在南非境内而是始终待在中国，所以南非法院对此案件不具有管辖权。中国法院对此问题可以根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，适用一方当事人经常居所地法律或国籍国法律中更有利于保护被监护人权益的法律。由于汤姆的经常居所地在中国，而其国籍国是南非，这样中国法院必须分析是中国法律还是南非法律更有利于保护汤姆的利益，然后再根据所选择的法律的规定对汤姆的监护作出判决，至此是涉及关于儿童监护权的管辖问题。

如果案件情况变成，李文成与爱丽丝在南非进行离婚诉讼，李文成害怕失去汤姆的监护权，于是将汤姆诱拐至中国。由于南非是《公约》缔约国，因此爱丽丝在南非提起了《公约》规定的遣返程序，但是为早日见到儿子，爱丽丝来到中国同李文成进行调解并签订了一份调解协议。此时，确定监护权的管辖权与爱丽丝与李文成在中国签订的调解协议的管辖权将会不一致。由此，如果我国加入《公约》，《公约》倡导的“镜像指令”（mirror orders）<sup>2</sup>和“安全港指令”

<sup>1</sup> 新浪新闻：<http://news.sina.com.cn/o/2011-07-12/082722798613.shtml>，2020年5月28日访问。

<sup>2</sup> “镜像指令”：指由申请国国内法院指定的指令，且该指令等同于或类似于在被申请国内指定的指令。

(safe-harbour orders)<sup>1</sup>可导致法院应在可行的情况下,协助相关方使协议在不同法律体系中具有法律约束力并且可予以实施,以促进约定的解决方案的可持续性,从而将案件监护权确定的管辖权问题以及调解协议的管辖权问题统一化、确定化。不仅如此,《公约》的辅助机制国际海牙法官网络也可以对诉讼的管辖权的确定,以及调解协议的管辖权的确定提供帮助和便利。

## 2. 利用《海牙儿童诱拐公约》的辅助机制

国际海牙法官网络是海牙国际私法会议专门为儿童的国际保护而设立的由法官进行直接司法交流的一个网络。其主要目标是针对 1980 年诱拐公约的实施。法官网络鼓励缔约国的法官彼此间或法官与有关机构之间在国际层面进行交流(跨境家事案件中的司法交流)。为了使法官之间的交流正常化和制度化,在不同国家指派“联络法官”作为交流的渠道,得到大多数缔约国的支持。

在海牙国际私法会议的支持下,1998 年建立的“国际海牙法官法”已经有 50 个国家正式加入。根据每个国家的不同情况(例如面积、法系),有的国家指定一个法官,有的国家指定多个法官,目前,国际海牙法官网络总共有来自各大洲的近 70 名法官。例如英国指定了三位(英格兰和威尔士、苏格兰和北爱尔兰各一位),美国指定三位州法院法官和一位联邦法院法官作为网络法官。而且并不是只有 1980 年公约的成员国才能任命法官联络员,甚至可以说,就是因为没有加入公约且没有中央机关,才更有必要通过法官联络开辟交流途径。

法官网络的作用在于,它一方面在国际层面与网络中其他国家的法官建立联系,另一方面在国内层面和国内同行建立了联系。海牙网络法官具有双重的交流功能,即一般司法交流和具体案件中的直接司法交流。前者是指网络法官从国际法官网中分享信息,并帮助更新其国内信息,后者是指为主管案件的法官提供其所需要的儿童惯常居所国的情况及法律适用等方面的信息。中国可以培养一批专门处理跨境家事纠纷的法官,积极组织这些法官参与国际司法研讨会,借助参与研讨会的机会,与来自不同法律体系的法官针对不同问题进行交流,吸取经验。通过对这些法官的专业知识和实践能力的综合考虑,从中任命适合的法官作为海牙法官网络联络员。联络法官可以与法官网络的不同国家法官相互交流,了解其法律文化和背景环境。国内处理国际家庭纠纷时,受案法官可以联系网络法官,寻求帮助,以便更好更迅速的处理纠纷,维护当事人的权益。除此之外,我国可以通过最高人民法院指定专业法官成立处理海牙儿童诱拐案件的专家小组,鼓励法官研究海牙儿童民事诱拐公约的规定及相关案例。专家小组可以建立自己的网络平台,在海牙网络法官的主持下,定期开展讨论会,邀请研究国际儿童诱拐问题的专家、学者和实务律师参与,分享各自关于儿童诱拐问题的实践经验和最新信息。<sup>2</sup>

随着加入 1980 年诱拐公约的国家的日益增多,对公约的一致解释成为实施公约的一个重要因素,为了达到协调一致解释公约的目标,常设局在 1999 年建立了国际儿童诱拐案例数据库(the International Child Abduction Database, INCADAT),其旨在促进缔约国之间的相互了解,取得对公约的一致解释,提高公约的运行效果。国际儿童诱拐案例数据库由海牙国际私法会议常设局管理,所有缔约国可以将根据《公约》作出的司法判决放在网站上。INCADAT 包括两个重要的组成部分:一个是公布国际儿童诱拐案例及其判决的

<sup>1</sup>“安全港指令”:指由申请国国内法院制定的指令,通常适用于留守家长,目的是用以确保遣返方面的相关事宜。

<sup>2</sup>孙洁:《我国加入〈海牙儿童民事诱拐公约〉相关法律问题研究》,湖南师范大学硕士论文,第 45-46 页。

摘要；另一个是链接有关公约儿童诱拐案件的判决文本及法律分析，促使缔约国更加容易对公约涉及的儿童诱拐案件和其他国际儿童诱拐案件作出决定。因国际儿童诱拐案例数据库在网络上可以自由访问，该数据库一直被法官、研究者、中央机关、法律参与者以及其他对儿童诱拐感兴趣的人广泛使用，在实践中发挥着重要作用。<sup>1</sup>

### 3. 利用《海牙儿童诱拐公约》的框架有效开展相关纠纷的调解

如果涉及诱拐儿童的国际家事纠纷包含了两个及以上国家，且各个国家之间不适用 1980 年《海牙儿童诱拐公约》、1996 年《关于跨国领养的保护儿童及合作公约》或者其他相关国际、区域性法律，那么调解或者与调解相类似的其他程序可能是解决纠纷的唯一出路。当然，国际性、区域性法律不适用不影响当事人寻求国内法律救济，但是当诱拐儿童这样的跨国纠纷发生的时候，缺少适用的区域性或国际性法律通常会导致所涉的不同司法管辖区内存在相互冲突的决议，而且该冲突通常没有更好的解决方法。下文将着重介绍的“马耳他程序”在上述情况出现时具有重要作用。通过各国指定的国际家庭调解联络中心来协助调解，从而在实践中得出适合各国本身的调解程序的最佳实践。

总的来说，在不存在适用的区域性或国际性法律的前提下，跨国儿童诱拐案件的调解是在非常特殊的情况下进行的。如果调解失败，或者当事人所制定的调解协议不能在相关的司法管辖区内被认可实施的话，就算当事人可以寻找司法程序进行救济，但是法院所给出的判决也很难在另一国得到很好的执行。

此时，《公约》的作用就被很好地体现了出来。首先，利用《公约》开展相关调解需要国家（地区）在加入《公约》时确定好一个“解决案件的中央机关”。在海牙国际私法会议官网上可以查阅到，我国香港地区和澳门地区都加入了《公约》并且都确定了解决案件的中央机关。香港地区指定了律政司国际法律处作为中央机关，而澳门地区则是指定了埃斯特拉达·德·塞米特里奥社会福利研究所（Social Welfare Bureau）作为解决案件的中央机关。就英格兰和威尔士而言，其中央机关是大法官（The Lord Chancellor），但这项功能是由官方律师通过儿童诱拐委员会（the Child Abduction Unit）代表大法官行使的。因此，在英国，处理儿童诱拐案件的司法体系主要是由儿童诱拐委员会和法院组成。<sup>2</sup>

我国大陆地区可以参照香港和澳门地区的做法，指定司法部司法协助外事司作为中央机关帮助跨国家事案件的解决。其次，《公约》第八条规定，任何个人、机构或其他团体因监护权受到侵犯而被带走或扣留的儿童要求返回时，可以向儿童惯常居所地中央机关或任何其他缔约国的中央主管机关提出申请，请求协助返还该儿童。《公约》最大的目标就是当诱拐儿童的行为发生时，能够通过快速返还程序使得儿童尽快回到原居住地，从而使案件恢复到一开始的状态。这一程序《公约》最为重要的一项程序，也是《公约》帮助解决跨国诱拐儿童的创举。最后，作为《公约》最为提倡的解决纠纷的方式——调解，在《良好实践指南——调解》中对如何获取调解服务、调解人专业培训、调解范围、调解质量等方面都作出了良好的指示。加入《公约》之后可以在参照良好实践的前提下，结合我国自身情况去进行跨国儿童诱拐的调解，让我国在进行这方面调解的时候大大地节省了时间少走了弯路。

## （二）《海牙儿童诱拐公约》框架下调解跨国儿童诱拐纠纷

<sup>1</sup> 孙洁：《我国加入〈海牙儿童民事诱拐公约〉相关法律问题研究》，湖南师范大学硕士论文，第 46-47 页。

<sup>2</sup> 杜焕芳：《英国处理儿童诱拐案件的若干司法问题》，《青少年犯罪问题》2004 年第 5 期，第 74 页。

## 的可行性

我国在家事调解上有很长的历史渊源，而《公约》框架下倡导的利用调解解决纠纷的思路可以很好的融入我国跨国家事调解的实践中。除了历史因素之外，在实践中我国家事调解也经历了一个不断探索的过程，与此同时也形成了具有我国特色的家事调解。在此基础上再结合《公约》，可以说是拓宽了我国跨国家事调解案件的思路，也为我国跨国家事调解案件的解决提供了新的平台。

### 1. 我国具有深厚的家事调解的文化氛围

我国古代，同调解具有相同含义的词语还有“居间”、“劝解”、“和解”等多种表达。在我国历史上，调解是民间社会解决争议的重要手段，其解决方式和过程也十分具有中国特色，甚至被西方誉为“东方经验”。传统家事调解的范畴要比现代法律语境下的家事调解的范畴要广，包括现代被认为是纯粹性的家事内容，例如，代际关系（婆媳关系、继父母与子女关系）、家族与小家之间的关系（妯娌摩擦、妻妾争宠、兄弟不睦）等等。

我国传统家事纠纷调解有三项特征：

第一，我国传统家事纠纷调解是小农经济的产物。由于我国传统社会基本是以小农经济为基础，一家一户、男耕女织的生活方式，阡陌之间、鸡犬相闻的生活图景造就了一个“熟人社会”。纠纷出现时，大家“求和”的需求较为强烈，为了保持一种和谐稳定的生活状态，私下解决成为彼此的首选。乡里乡亲、宗族家长适时地充当了调解员的角色，在调解过程中“调解员”要么将宗族利益放在最先，要么将定分止争、息事宁人作为宗旨，只有在这种方式失灵的情况下纠纷才会进入到“官方”的视野。

第二，调解过程中情理与法理有明显交织。我国是一个人情社会的性质到二十一世纪的今天也不曾改变，人与人之间的情感交织成一张大网笼罩着整个国家，在过去的中国这种特点只会增加而不会减少。家族长者、智者或者有威望的人充当调解员，他们更多的是从情理出发，如果纠纷进入官府的视野，情理也不会完全从纠纷中抹去，反而会同法理交织得很紧密，此种紧密程度就算是官府也不能忽视。

第三，我国传统家事调解是不完全的当事人主义。不同于采用当事人主义、遵循形式公正的西方现代调解制度，我国传统的家事调解虽然也是需要尊重当事人的意思自治，但是更多的是在寻求一种社会普遍承认的“公理”。这样的结果就是导致当事人的意思在一定程度上会受到损害，而这种损害换来的是“客观公正”的结果。这样的结果不会造成社会的动荡不安，但是会与当事人的自主意愿存在差距，二者相较之下，社会稳定当然是当时为政者的不二选择。

经历岁月长河的洗礼，翻天覆地的变化之下，我国现代家事调解也经历了一番波澜壮阔的演变。总的来说，我国现代家事调解仍然带着传统家事调解的烙印，但是也产生了新的变化。调解仍然是家事纠纷解决的重要方式，讲求人情依然在家事纠纷调解中体现得较为明显。法律制度的日臻完善在一定程度上也使得现代家事调解在处理的过程中更加注重秩序、形式正义，对人际关系的调节功能也不断缩减。这一转变也使得我国家事调解不断向好的方向靠拢，不断与国际家事调解接轨。

### 2. 我国具有丰富的家事调解的实践经验

在我国，家事调解包括法院内部运作的家事调解与法院外部进行的家事调解。我国一直以来重视调解，特别是当家庭纠纷出现时，邻里、单位、妇联、

公安、民政部门等都会或多或少的起到一些作用。相较于专业的为司法所和人民调解委员会，这些力量的参与，促进了纠纷的多元化解决，确实有助于当事人较为快速的解决纠纷，起到了比较好的社会效果。

我国传统社会存在过多种调解类型：民间调解（乡治调解、宗族调解和亲友调解）、官批民调（类似于现代委托调解或者协助调解形式）和官府调解（诉讼内的调解）。民间调解是一种自治性纠纷解决方式，仅有道德上的约束力，贯彻的主要是息事宁人、私下解决的理念。其中宗族调解体现了“家丑不可外扬”的中国传统思想，且主要传达的是宗族中长者、尊者希望维护本族利益的意思和要求，因此有别于乡治调解和亲友调解。官批民调的形式更是由于“清官难断家务事”的缘故，所以官府求助于“能者”或者当事人信任的第三方对纠纷进行调解。而在利用官府调解的方式下订立调解协议的行为，不仅该调解协议具有法律强制力，同时这一行为也进一步承担了宣传国家法律和统治者道德理念的职责。

结语

1980 年《公约》中“调解”的内涵与我国当事人“和解”的含义相类似，与此同时，《公约》中还提倡了其他通过协商解决国际家事纠纷的方式，例如，“咨询”、“仲裁”、“早期中立评估”等。《公约》缔约国可以利用快速返还程序实现将儿童返还到原居住国的目的，这是《公约》在解决跨国诱拐儿童纠纷中最为重要以及最为有效的内容。

利用调解解决跨国儿童诱拐纠纷，《公约》以及《良好实践指南》中都详尽地指明了调解的优势、调解的原则、调解的方法等一系列内容。也就是说，当调解在跨国儿童诱拐纠纷中发挥作用的时候，不仅调解本身的尊重当事人意思自治、灵活性等优势能够得到凸显，而且与司法程序良好的联动关系等特性也会充分地在解决纠纷时发挥最大效用。由于，跨国儿童诱拐纠纷会涉及两个或多个国家，因此对调解人以及调解质量，包括调解协议能否在各个司法管辖区具有法律约束力都有相较于国内调解纠纷不同的要求。这些要求贯穿了调解的整个过程，从始至终都配合着跨国诱拐儿童纠纷的特殊性和复杂性来制定。

我国尚未加入《公约》，因此在实际案例发生时陷入各种各样的困境中。首当其冲的就是受害方当事人无法要求被诱拐的儿童迅速地回到自己身边，而且想要达成这样的效果需要付出大量的时间和金钱。其次，我国当事人的权利无法得到完善地、准确地保护，因为他将被其他司法管辖区的法律束缚。最后，由于当事人可能会缺乏相关法律知识，管辖权问题对他们来说非常晦涩难懂，因此他们无法确保自己的行为不会带来管辖权冲突问题，一旦出现管辖权冲突又比较难以解决，因此纠纷就会陷入泥沼让各方都动弹不得。

我国家事调解具有深厚的历史和文化背景，经过多年家事调解实践的探索，我国家事调解实践也在逐渐向国际靠拢。因此，《公约》完备的对于跨国家事调解的规定和解释能够在我国丰厚的家事调解土壤中生根发芽，从而使我国跨国诱拐儿童家事调解得到更好地发展。

## 参考文献

- [1]陈爱武：《家事诉讼与儿童利益保护》，《北方法学》2016年第6期。
- [2]汤鸣：《家事纠纷法院调解实证研究》，《当代法学》2016年第1期。
- [3]苏文颖：《初探儿童权利在国际发展合作中的演进——以联合国儿童基金会

- 70 年为脉络》，《中国国际法年刊》2015 年第 1 期。
- [4]陈苇，张庆林：《离婚诉讼中儿童抚养问题之司法实践及其改进建议——以某县法院 2011—2013 年审结离婚案件为调查对象》，《河北法学》2015 年第 1 期。
- [5]杜焕芳：《强制交还国际诱拐儿童的司法裁量——以海牙公约第 12 条第 2 款为分析对象》，《政法论坛》2014 年第 3 期。
- [6]杜焕芳：《儿童离境否决权的监护权认定——基于美国最高法院监护权第一案的展开》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2013 年第 12 期。
- [7]付玉明，宋磊：《论我国儿童权利的法律保护——以近期几起典型案例为例》，《法学杂志》2013 年第 9 期。
- [8]王世洲：《关于保护儿童的欧洲标准》，《法律科学》2013 年第 3 期。
- [9]杜焕芳，黄旭宇：《跨境诱拐儿童中监护权的承认——以海牙诱拐公约第 15 条为中心》，《青少年犯罪问题》2013 年第 3 期。
- [10]陈思琴：《离婚后监护安排中儿童意愿之听取与考量立法表达与司法实践》，《青少年犯罪问题》2012 年第 2 期。
- [11]马忆南，邓丽：《当代英美家庭法的新发展与新思潮》，《法学论坛》2011 年第 2 期。
- [12]王吉文：《国际儿童诱拐案件处理路径上的新发展评美国法院的“进一步分析方法”》，《青少年犯罪问题》2011 年第 4 期。
- [13]杜焕芳：《弱者的国际私法保护及其立法进展》，《国际法学论丛》2009 年第 6 卷。
- [14]冉启玉：《英美法“儿童最大利益原则”及其启示以离婚后子女监护为视角》，《河北法学》2009 年第 9 期。
- [15]汪金兰：《1980 年海牙《国际诱拐儿童民事方面的公约》及其实施机制评析》，《安徽大学法律评论》2008 年第 2 辑。
- [16]张伟：《论儿童最佳利益原则——以离婚后未成年子女最大利益保护为视角》，《当代法学》2008 年第 6 期。
- [17]陈爱武：《家事调解：比较借鉴与制度重构》，《法学》2007 年第 6 期。
- [18]马忆南：《婚姻家庭法学儿童权利保护》，《中国法律年鉴》2006 年第 1 期。
- [19]马忆南：《婚姻家庭法学儿童权利保护》，《中国法律年鉴》2006 年第 1 期。
- [20]杜焕芳：《加拿大处理儿童诱拐案件的若干实践——以海牙诱拐公约为中心的考察》，《青少年犯罪问题》2005 年第 1 期。
- [21]杜焕芳：《英国处理儿童诱拐案件的若干司法问题》，《青少年犯罪问题》2004 年第 5 期。
- [22]杨大文，马忆南：《新中国婚姻家庭法学的发展及我们的思考》，《中国法学》1998 年第 6 期。
- [23]马忆南：《二十世纪之中国婚姻家庭法学》，《中国法学》1998 年第 2 期。
- [24]郭翔：《我国对儿童权利的法律保护兼析联合国《儿童权利公约》与我国《未成年人保护法》等法律的相关性》，《政法论坛》1997 年第 6 期。

# 浅议生物安全的立法保护机制与中国因应

王晓波<sup>1</sup>

**摘要：**全球化大背景下，世界各国生物技术得到了颠覆性发展。然而近年来生物恐怖主义、重大新发突发传染病疫情等生物安全问题逐渐抬头，生物安全风险不断显现，生物安全威胁正在成为影响国际战略稳定的新兴变量。本文拟从有关生物安全的国际法律文件出发，研究欧美等发达国家的生物安全战略和相关立法实践，探讨当前国际生物安全战略走向。同时根据当前中国生物安全治理现状，结合新冠疫情下的防控现状，探讨中国如何推进生物安全立法，进一步完善国家生物安全治理体系和治理能力建设。

**关键词：**生物安全；国际条约；国家安全；新冠疫情防控；生物安全立法

**Abstract:** Under the background of globalization, biotechnology has been developing in a subversive way in the world. However, in recent years, bio-security issues such as bio-terrorism and major emerging infectious diseases have been on the rise, and bio-security risks are constantly emerging. Bio-security threats are becoming an emerging variable affecting international strategic stability. In view of the major risks and challenges facing global bio-security, this paper analyzes the national bio-security strategies of the United States, the United Kingdom, Japan and other developed countries, and puts forward Suggestions for further improving China's national bio-security governance system and governance capacity building in combination with the current situation of China's bio-security governance.

**Key words:** bio-safety, international treaty, national security, resistance against Coronavirus 2019, bio-safety legislation

## 一、引言

近年来，随着基因工程和生物试剂等生物科学技术的发展、全球生物多样性的减少以及禽流感等动物源性新发突发传染病疫情的爆发性增长等生物安全问题陆续暴露，生物安全与国家稳定发展的关系愈来愈密切。2020年初，新型冠状病毒肺炎(COVID-19)在迅速在全球暴发，生物多样性和人类健康等生物安全问题再次引起各国广泛讨论，生物安全亦被提升到国家安全的高度。

## 二、新冠疫情下的生物安全概述

### (一) 生物安全的含义

生物安全作为一种概念和战略已在世界各国被广泛采用，联合国粮食及农业组织（FAO）曾对生物安全简单定义为食品安全、植物健康和生命以及动物生命和健康三个部门，并将与食品安全有关的生产、引进植物害虫、动物病虫害和人畜共患病、引进和释放转基因生物及其产品、引进和安全管理外来入侵物种和基因型等包括在此三部门以内。<sup>2</sup>然而对于“生物安全”（Bio-security）这一概念的具体定义，各国学术界仍众说纷纭。

我国诸多学者致力于对“生物安全”问题进行科学归纳以期对这一概念进行

<sup>1</sup>浙江财经大学法学院 2020 级国际法专业硕士研究生

<sup>2</sup> Jingjing ZHAO. Towards State Avoidance of Conflicts between the SPS Agreement and the Cartagena Protocol on Biosafety: A Fresh Perspective [J]. Journal of world trade. 2019(4) :625-646.

精准提炼，但至今国内学术界对于“生物安全”之含义仍然尚未达成统一共识。目前，将“生物安全”进行广义、狭义之分是我国国内比较具有代表性的观点。所谓狭义的“生物安全”，是指人的生命和健康、生物的正常生存以及生态系统的正常结构和功能不受现代生物技术研发应用活动侵害的状态。广义的“生物安全”，则是指人的生命和健康、生物的正常生存以及生态系统的正常状态不受致病有害生物、外来入侵生物以及现代生物技术研发应用活动侵害的状态。<sup>1</sup>

2019 年 10 月，根据全国人大环境与资源保护委员会于第十三次全国人大常委会第十四次会议上所作的关于提请审议《中华人民共和国生物安全法(草案)》议案的说明，当前我国“生物安全”之定义至少包含防控重大新发突发传染病和动植物疫情、保障实验室生物安全、保障我国生物资源和人类遗传资源的安全、研究、开发和应用生物技术、防范外来物种入侵与保护生物多样性、应对微生物耐药、防范生物恐怖袭击和防御生物武器威胁八个方面。综合以上关于“生物安全”的相关定义，可以将其概括为：国家有效防范自然及人为合成的生物危害因子、生物技术滥用等相关活动引起的生物性危害，确保国家安全与利益不受内外危险及威胁并保持持续安全。

## （二）新冠疫情下生物安全问题面临的挑战

要集中写生物安全面临的挑战，比如生物安全的概念是否应扩展，基于生物安全而禁止进口或限制人员流动、导致经济萧条否具有必要性，

二十世纪以来，世界各国为提高生产力水平，陆续将工业化作为本国经济发展的目标。工业化促进生产力发展的同时，环境污染、生态失衡等重大问题逐渐显现。进入二十一世纪，全球人口迅速增长，全球气候变化加剧，全球生物多样性遭到严重破坏。前沿新兴生物技术的快速发展似是为这些问题的解决提供了方向，转基因食品、新型药物等生物技术产品逐渐进入人们的生活并迅速发展成为独立的现代生物技术产业，在解决人口、环境、能源等方面的问题上发挥了重大作用。然而生物体改造方法和工具不断更新，在给人类社会带来机遇与福利的同时也带来新的生物安全和科技伦理挑战和风险<sup>2</sup>。转基因生物的全球性开发与流通涉及生物多样性、环境、健康和安全、人权和发展等多个方面，其安全性与国际监管能力备受质疑。生物技术实验活动的管理尚未达成全球性共识，生物技术误用、滥用情况层出不穷。另一方面，世界范围内粮食生产与销售的快速流通以及国际贸易和旅游业的迅猛增长，加快了食源性、动物源性病原体 and 疾病媒介的流动。<sup>3</sup>与此同时，生物恐怖主义近年颇有抬头之势，恶性传染病和生物战剂人为使用无疑将造成灾难性后果。生物安全隐患在科技发展与全球化潮流的土壤中扩散，在传统生物安全问题的枝干上开枝散叶，滋生出新的更为严峻的安全问题，当前世界生物安全所面临的是新的多元化挑战。传统的几近只等同于以转基因生物安全的生物安全定义，已无法将目前各国所面临的新兴生物安全隐患含括在内。对生物安全问题进行与时俱进的归纳总结，根据新生物安全时代之特性对生物安全定义进行多元扩展与多方精准定位，是当前各国与国际社会需要关注的重点。

爆发于 2019 年末并于 2020 初迅速席卷全球的新冠疫情使“生物安全”迅速

<sup>1</sup> 于文轩.生物安全法的基本原则[J].中国生态文明,2020(37):45-48.

<sup>2</sup> Wintle B C, Boehm C R, Rhodes C, et al. Point of View: A transatlantic perspective on 20 emerging issues in biological engineering[EB/OL]. <https://elifesciences.org/articles/30247>.访问时间: 2020 年 9 月 10 日.

<sup>3</sup> 张于喆.高度重视生物安全风险——积极应对未来挑战[J].中国经贸导刊,2020(05):42-46.

上升为全民热议的一个焦点。贸易全球化的深度发展推动了全球性的人口和商品流动，拓宽了病毒传播的流通渠道，使得此次新冠疫情在全世界范围内迅速传播，并给各国人民带来了生命健康和经济上的巨大损失。此次疫情不仅使各国意识到野生动物保护和重大突发动源性传染病疫情防护等生物安全本身的问题，更使得各国进一步从国家安全保障的角度审视生物安全问题。

新冠疫情威胁危害的首先是国民生命健康安全。截止 2020 年 8 月，我国累计确诊新冠肺炎约 90000 例，累计死亡约 4700 例；全球累计确诊约 2500 万例，累计死亡约 85 万；其中仅美国已累计确诊约 625 万，并且目前美国的新冠疫情仍处于恶化的新阶段。相对全球疫情而言，目前我国疫情得到了基本控制。但从全球范围来看，新冠疫情已经对各国人民的生命健康安全造成了严重威胁与危害。

新冠疫情也威胁、危害了国家安全体系中的经济安全、社会安全和政治安全，是对国家安全的一次全面挑战。

新冠疫情大背景下，为防止疫情在全球、全国范围内的进一步扩散，各国加强了人员流动管制。多个国家宣布禁止人员聚集、全国民众居家隔离甚至调动军队限制当地的人员流动。我国大量企业被要求停工停产，整个国民经济及发展受到严重干扰和损失。严格管控措施的环境下，商场、餐厅、酒店、电影院等公共营业场所被当然叫停，实体服务业受到严重冲击，商业活动严重收缩。人员流动的限制自然使得人们的消费需求进一步减少，以航空公司为例，尤其是跨国航空公几乎停止服务，全球航班出现约 75% 的供大于需。受新冠疫情影响，2020 年上半年度世界经济安全形势严峻，世界贸易组织甚至预测 2020 年全球贸易将缩水程度可能超过 2008 年国际金融危机的水平。基于生物安全考量的人员流动管制和商品进出口限制无疑对各国经济尤其是贸易依存度较高的国家造成巨大冲击，并将生物安全和经济运行的天平直接摆在各国面前。我们不能否认疫情紧急情况下严格限制措施必要性和有效性，相反，从此次疫情中我们应当意识到生物安全是经济发展中不可忽视的一个变量，唯有确保生物安全才能为经济运行创造稳定的国际、国内环境，生物安全系数与经济发展指数应当呈现正相关的关系。

此外，由于经济形式不容乐观，全球许多企业大量裁员，导致国内外就业形势严峻，使得失业、无业人员大量增加，社会不稳定因素增多，很大程度上冲击着社会安全。就各国国内而言，不安定社会条件必然使国民对政府的信赖度降低，游行示威等群众性活动必然扰乱国内政治稳定。从国际社会角度而言，此次新冠疫情对国际政治安全亦是一个相当大的挑战，新冠疫情已经威胁、危害到作为国家安全之依托的国际安全。<sup>1</sup>在疫情于全球泛滥的背景下，对于疫情发生责任方的争论、各国以及国际联合防疫手段的争论在国家之间展开并逐渐演化为一个更为严峻的国际安全问题，稍有不慎就可能引发重大的国际争端。新冠疫情引发的生物安全问题使各国国内、国际社会更加意识到，生物安全直接影响国家安全，当前推进出台生物安全相关立法及政策，改进生物安全治理的工作迫在眉睫。

### 三、生物安全的国际立法概况

上世纪 80 年代，生物安全问题开始得到国际社会的关注，全球生物多样性的保护及相关生物安全问题作为一个重要命题在国际法层面被提上日程。1992

<sup>1</sup> 刘跃进. 新冠疫情与国家安全治理[J]. 河南警察学院学报, 2020, 29(03): 5-10.

年联合国环境与发展大会通过了代表“全球可持续发展行动计划”的《21 世纪议程》，并签署了《生物多样性公约》，首次在国际法层面提出“生物安全”这一概念，为生物安全提供法律上的保障。2000 年，在《生物多样性公约》缔约国大会《生物安全议定书》特别会议上，通过了依据《生物多样性公约》相关条款而制定的《卡塔赫纳生物安全议定书》。目前国际法上已形成以 1992 年《生物多样性公约》为基础，以 2000 年《卡塔赫纳生物安全议定书》为中心，以其他国际法文件为补充的生物安全国际法体系。

### （一）《21 世纪议程》

1992 年 6 月，在里约热内卢召开的联合国环境与发展大会通过了“世界范围内可持续发展行动计划”-----《21 世纪议程》。大会上，与会国首次在国际范围内就生物技术的安全使用和管理等问题展开讨论，在经过多番商讨后最终就生物技术的开发、利用和管理达成初步共识，并在《议程》第 16 章做出了相关规定。从国际法的角度来说，《21 世纪议程》对各国并不具有法律约束力，作为世界范围内推动可持续发展的行动蓝图，它只是政府之间、政府与非政府组织之间共同协商制定的有关于推动可持续发展的行动计划。但可以肯定的是，它强调了各国发展生物技术的同时，应当谨慎地、合理地利用，以保障不会对全球性生物安全造成危害。同时，《议程》提出各国应当通过具体的国际协定，保障生物技术使用与流通过程中安全问题。

### （二）《生物多样性公约》

同样签署于 1992 年联合国环境与发展大会的《生物多样性公约》（Convention on Biological Diversity 下称《公约》），是生物安全领域首个重要的国际公约。不同于《21 世纪议程》，《公约》是一项对签署国具有法律约束力的国际法律性文件。其就生物多样性保护和可持续利用、遗传资源获取以及生物技术的技术转让和取得等方面做出了具体规定，从而揭开了生物多样性保护崭新的一页。《公约》通过国际法律规范来调节生物技术对生物多样性的保护和利用、生物技术的安全作用和转让及其生物技术惠益的分配等问题。<sup>1</sup>在生物安保领域的费用方面，《公约》考虑到发展中国家基于本国经济发展水平在生物保护中的投入能力同发达国家之间的差距，为签署公约的发展中国家提供了条件上的优惠。加入公约的发展中国家为保护生物资源而日益增加的费用将由发达国家提供补充资金或补偿，并以更实惠的方式想发展中国家转让技术。我国与 1992 年 11 月，我国批准加入《公约》，成为最早批准加入该公约的发展中国家。

值得一提的是，尽管《公约》是具有法律约束力的，但其规定并不是强制的义务性规定，因此这些规定得以实施的程度上实际上取决于缔约国。《公约》第 8 条 g 款和第 19 条规定中，虽然提出缔约方应当制定和采取某些办法，但同时使用了“酌情”“考虑”等词汇，实际上将有关生物保护措施的实施空间及程度交由缔约国具体决定。<sup>2</sup>其中第 19 条为 2000 年《卡塔赫纳生物议定书》的制定提

<sup>1</sup> Robert BLACK.Reforming Bio-security Legislation in Developing Countries: Increasing Market Access or Maintaining Unequal Terms of Trade[J].*Journal of World Trade*. 2019(5):833-854 .

<sup>2</sup> 《生物多样性公约》第 8 条 g 款规定缔约方应制定或采取办法，以酌情管制、管理、控制因使用和释放改性活生物体对生物多样性的保护和可持续利用可能产生有害的环境影响。

第 19 条规定，缔约方应该考虑是否需要一项议定书，规定适当程序，特别包括提前知情协议，适用于可能对生物多样性保护和持续利用产生不利影响的生物技术改变的任何活生物体的安全转移、处理与使用，

供了依据。<sup>1</sup>

### （三）《卡塔赫纳生物安全议定书》

从国际法的角度来看，《卡塔赫纳生物安全议定书》（以下称《议定书》）是隶属于《公约》的一项法律文书。《公约》生效后，生物安全问题愈加引起国际社会和各国的广泛关注。尽管《公约》给予了发展中国家在生物保护方面的优惠条件，但在处理生物技术产品环境安全方面，其能力明显不足，对于各项新兴生物技术产品之谨慎与担忧更甚。因此，这些国家寄希望于通过一项国际生物安全协议而得到国际法规、资金和技术的支持。与此同时，基于转基因生物及其产品的国际贸易的考虑，一些发达国家也对此项议定书表示出极大的关注。因此作为《公约》的补充议定书，《议定书》又是一项由发展中国家和转基因生物进口国家推动而成的关于转基因生物越境转移安全的国际法律文件。目前，《WTO 协定》和《生物安全议定书》是适用于转基因生物国际贸易的两个主要国际法律框架。

从内容上来看，由于与会各国生物技术发展水平差异较大，且《议定书》内容涉及生物技术产品的贸易和生物多样性保护及人类健康等敏感问题，《议定书》实际上并未达成各方一致满意的观点，经历多次谈判，最终是与会各方讨价还价而达成的一次妥协妥协。《议定书》加强了进口商作出事先知情决定和禁止或限制基于环境、健康和理由的转基因生物进口的权利，并在涉及事先知情协议程序的核心机制中要求进口商对于拟向环境释放的转基因生物的决定必须以科学合理的方式进行的风险评估为基础。《议定书》在具体内容、程序上丰富了《公约》下行的生物安全法律保护机制。

### （四）《实施卫生与植物卫生措施协定》

《实施卫生与植物卫生协定》（以下称《SPS 协定》）是达成于乌拉圭回合谈判中的又一项体现国际生物安全立法走向的国际法律文件。区别于上述三个协议，《SPS 协定》隶属于 WTO 多变货物贸易协定，是各国在维护本国生物安全与追求开放式国际贸易之间达成的平衡。相较而言，《SPS 协定》将其适用清楚地界定在相对狭窄的范围之内。协定第 1 条规定：“本协议适用于所有可能直接或间接影响国际贸易的卫生与植物卫生措施。”其中，“卫生与植物卫生措施”（即 SPS 措施）则专指由其附件 A 第 1 条所下的四项定义。<sup>2</sup>也就是说，不同于《公约》和《议定书》涵盖范围的模糊性，由该协定所调整的 SPS 措施其实就是用于防范其列举的四种特定风险的各种生物科学技术措施。

## 四、生物安全的国内立法——以发达国家为例

随着生物科技的快速开发与流转，生物安全问题越来越受到国家一级的关注，越来越多的国家意识到生物安全甚至直接影响一国政治安全和社会经济稳

并考虑该议定书的形式。

<sup>1</sup> 聂鑫. 国际公约、政策、法律、管理——生物安全比较研究[C]. 中国海洋法学评论（2005 年卷第 1 期 总第 1 期）. 厦门大学海洋政策与法律中心, 2014: 179-196+540-566.

<sup>2</sup> 《SPS 协定》附件 A-定义：1、卫生与植物卫生措施——用于下列目的的任何措施：（a）保护成员领土内的动物或植物的生命或健康免受虫害、病害、带病有机体或致病有机体的传入、定居或传播所产生的风险；（b）保护成员领土内的人类或动物的生命或健康免受食品、饮料或饲料中的添加剂、污染物、毒素或致病有机体所产生的风险；（c）保护成员领土内的人类的生命或健康免受动物、植物或动植物产品携带的病害、或虫害的传入、定居或传播所产生的风险；或（d）防止或控制成员领土内因虫害的传入、定居或传播所产生的其他损害。卫生与植物卫生措施包括所有相关法律、法令、法规、要求和程序……。

定。在国内就生物安全立法实施风险评估方面，许多国家已经或正在考虑将社会经济因素纳入国内立法。当前一些国家生物安全法律框架不仅从本国生物技术发展的科学方向出发，而且还根据《议定书》中关于转基因生物监管在国内法中不同程度地纳入了政治和社会经济考虑。<sup>1</sup>

### （一）美国的生物安全战略

美国在生物科学技术研究以及生物科技产业方面一直世界领先地位，作为最早从生物科学技术及产品的开发、流转中获利的国家，美国对本国内生物科技的开发上给出了政策上相对宽容的态度。1975年2月在美国召开的阿西洛马会议上，与会各国第一次面向基因工程潜在的生物危害及应对展开讨论；随后在1976年美国建立了世界首部生物技术研究安全管理规定《重组基因分子研究准则》，并由此拟订出确保基因工程安全的自愿性准则。然而秉持着生物技术可能存在的安全风险源于该项技术本身的理念，早期美国的生物安全管理的基本政策对生物技术开发和生产过程并未制定严格的法律标准。

二十一世纪初，经历了911恐怖袭击和炭疽邮件事件后，生物恐怖主义威胁成为美国生物安全法制领域关注的重点。为此，美国国家科学院研究理事会于2003年10月发布了《恐怖主义时代生物技术研究》，首次将生物技术安全纳入国家安全体系视野。<sup>2</sup>同时，伴随着全球动源性传染疾病（如禽流感）的传播，美国意识到国际社会在前沿生物技术监管中存在的重大缺失，开始对生物技术监管进行国内法填补。2012年，美国国家生物安全科学咨询委员会（NSABB）发布《美国政府生命科学两用性研究监管政策》；2013年，美国白宫科技政策办公室（OSTP）发布《美国政府生命科学两用性研究机构监管政策》；2018年9月，美国政府发布《国家生物防御战略》；同年十月，特朗普政府发布《美国卫生安全国家行动计划》，计划调动和部署各部门各机构进行跨越合作的防控活动；2019年1月，美国卫生与公众服务部发布《国家卫生安全战略实施计划2019—2022》（NHSS IP 2019-2022）为加强国家预防、检测、评估、准备、减轻和应对21世纪卫生安全威胁并从中恢复的能力作出周密部署。

<sup>3</sup>多领域完善、多方位协调，是当前美国生物安全策略之走向。

### （二）欧盟的生物安全法规框架

欧盟是世界上最早将生物科学技术纳入国内法治框架的地区之一。上世纪80年代末，欧盟就建立了本国生物技术法规框架，并且早期欧盟的生物安全立法就将基因工程等生物试剂开发工作人员的职业安全及生物科技产品的产品法规含括在内。2003年9月22日，欧洲议会通过了世界上最严格的转基因食品立法：《转基因食品及饲料管理条例》（1829/2003/EC）和《转基因生物追溯性及标识办法以及含转基因生物物质的食品及饲料产品的追溯性管理条例》（1829/2003/EC）。<sup>4</sup>欧盟各成员国根据这些条例，结合本国生物安全策略的

<sup>1</sup> 陈方,张志强,丁陈君,吴晓燕.国际生物安全战略态势分析及对我国的建议[J].中国科学院院刊,2020,35(02):204-211.

<sup>2</sup> 苗争鸣,尹西明,陈劲.美国国家生物安全治理与中国启示:以美国生物识别体系为例[J/OL].科学学与科学技术管理:1-15[2020-06-29].<http://kns.cnki.net/kcms/detail/12.1117.G3.20200222.1020.002.html>.

<sup>3</sup> 陈方,张志强,丁陈君,吴晓燕.国际生物安全战略态势分析及对我国的建议[J].中国科学院院刊,2020(2):204-211.

<sup>4</sup> Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on Genetically Modified Food and Feed Official Journal of the European, 18 October 20.

不同要求，具体制定本国相关法律。

以英国为例，英国政府对生物安全领域的法律规定体现出其对生物安全问题的重视，陆续制定了《转基因生物的封闭使用管理条例》、《转基因生物释放和市场化管理条例》、《新食品和新食品成分管理条例》。2018 年 7 月，为保护本国及其利益免受重大生物安全风险的影响，英国发布《英国国家生物安全战略》。2019 年 7 月，英国国家安全战略联合委员会发起主题为“生物安全和公共卫生：为传染病和生物武器威胁做好准备”的调研活动，以评估政府在生物安全和公共卫生方面的工作情况，协调完善政府处理生物安全威胁的方案。《英国国家生物安全战略》首次将整个英国政府为保护国家及其利益免受重大生物风险损害而开展的工作结合在一起，明确了英国将如何在现有活动的基础上进一步提升减轻和应对风险以及利用机会的能力。

### （三）生物安全规制的日本经验

作为亚洲地区生物科技发展的佼佼者，日本在生物安全立法方面也颇有建树。早在 1986 年，日本就颁布了《重组 DNA 工作准则》，针对转基因产品的安全性进行了初步规范。2002 年，日本通过《生物技术战略大纲》，重点将目光对准于强化对核武器和生化武器的防护能力规划；2003 年，日本通过了《管制转基因生物使用、保护和持续利用生物多样性法》，并将其作为日本生物安全领域的核心专项法律。与此同时，日本政府十分重视本国的生物安全防御能力建设。2009 年，日本政府通过《危机管理特别措施法》，就针对大流行疾病的防范工作进行相关规定，使防范工作及其效果得到了显著改善。2019 年 6 月，《生物战略 2019——面向国际共鸣的生物社区的形成》的发布，不仅强调了病原体的预防与管理、输入性传染病防治、实验室运营要求等降低生物安全风险举措，同时将生物安全同政治经济相联系，以期“到 2030 年建成世界最先进的生物经济社会”。<sup>1</sup>

## 五、中国的生物安全立法与改进建议

### （一）中国生物安全形势分析

生物多样性的减少和外来生物入侵，是我国迄今面临的两大传统生物安全问题。经济快速发展的同时，忽视环境保护引起的生态环境退化使我国多个生物物种灭绝或濒临灭绝。而外来物种的生物入侵，如同一场没有硝烟的战争，不仅对我国生物多样性带来负面影响，更造成了巨大的经济损失。此外，生物恐怖主义、生物武器以及生物战，近年来亦成为包括中国在内的世界各国面临的严峻课题。一旦恶性传染病和生物战剂作为生物技术被不法利用，将造成灾难性后果。最后，全球性自然爆发的传染病是当前中国必须重视的生物安全上的重大威胁。2002 年蔓延全球 20 多个国家的“非典”（SARS），2009 年全球性爆发的甲型 H1N1 流感病毒，以及近年来爆发的禽流感、非洲猪瘟等传染性疾病，都对我国人民生命健康构成严峻的威胁，并在不同程度上引起国民恐慌，对国家安全造成负面影响。2020 年初爆发的新型冠状病毒肺炎（COVID-19）更是拉响我国生物安全建设的警钟，将我国重大生物安全和公共卫生安全

<sup>1</sup> 陈方,张志强,丁陈君,吴晓燕.国际生物安全战略态势分析及对我国的建议[J].中国科学院院刊,2020,35(02):204-211.

风险防控系统的建设推向前线。在抗击新冠肺炎疫情的过程中,我国在公共卫生领域相关法律法规建设方面的缺失以及传染病防治法、野生动物保护法等法律法规急需修改完善等问题也凸显出来。

## (二) 中国生物安全立法概况

相较于英美等国,中国的生物安全立法起步较晚。近十几年来,在防止生物入侵、保护生物多样性、推动生物遗传资源保护、促进生物技术研究发展等方面,中国进行了一系列工作并取得一定成就。<sup>1</sup>目前,中国已经制定和实施了-一些与生物安全相关的立法。自 1990 年开始,针对基因工程管理工作,中国陆续制定了包括《基因工程产品质量控制标准》、《基因工程安全性管理办法》和《农业转基因生物安全管理条例》在内的等一系列管理办法;2004 年,针对实验室生物安全的《中华人民共和国病原微生物实验室生物安全管理条例》开始实行;《环境保护法》的相关规定也将生物安全纳入其中,我国生物安全管理专项立法和生物安全管理相关立法有条不紊地在推进。然而值得关注的是,这些立法在有关生物安全管理与保护的问题上或是只针对少数具体生物安全问题,或是笼统包括总体生物安全保护方向,在有关生物安全管理的专项立法与相关立法方面仍然存在大范围的缺失,对于当前已提升至国家安全层面的生物安保,已经不能满足法治上的需求。

2019 年 10 月 21 日,我国十三届全国人大常委会第十四次会议上《生物安全法草案》首次被提请审议,被提升至国家安全高度的生物安全立法终被提上日程。2020 年 4 月 26 日,第十三届全国人大常委会第十七次会议听取了有关生物安全法草案修改情况的报告。不同于以往的生物安全相关立法,此次草案规范、调整的范围广泛,具体而言包含了防控重大新发突发传染病和动植物疫情、保障实验室生物安全、保障我国生物资源和人类遗传资源的安全、研究、-开发和应用生物技术、防范外来物种入侵与保护生物多样性、应对微生物耐药、防范生物恐怖袭击和防御生物武器威胁八个方面。在管理体制上,为配合草案所涉及的多方面内容,规定实行“协调机制下的分部门管理体制”,并提出有关各部门在生物安全问题上的协调统筹机制。在充分发挥分部门管理的基础上,对于草案涉及范围内有争议的问题和需要协调的问题,将由协调机制统筹解决。此外,草案建立了如监测预警体系、风险评估体系等通用的生物安全管理制度体系,并明确了海关监管制度和措施。不仅如此,为加强生物安全能力建设,草案设专章提出在生物安全工作方面加大经费投入、加强基础设施建设和人才培养,为生物安全工作提供财政资金支持 and 政策扶持。也就是说,此次《生物安全法》一旦出台将为我国当前的生物安全问题提供原则性法律指引。

但另一方面,根据当前提交的草案内容,在相关生物安全问题的法律责任部分,只针对生物安全防护领域保证依法行使职权而作了对国家公职人员不作为或者不依法作为行为的处罚规定。这也表明总体而言当前的草案以及即将出台的《生物安全法》是一部规制生物安全的原则性、基础性法律,其针对生物安全领域的一些行为只提供了违法的定性,但对这些违法违规行为并提供具体的惩处、规制手段,生物安全许可、环境影响评价等规制手段也未另设特殊规定。那么要使《生物安全法》落到实处,未来仍需加快出台针对具体生物安全

<sup>1</sup> 张于喆.生物安全法立法提速——主动应对“生物安全”未来挑战[J].中国经济周刊,2020(Z1):126-128.

问题的一系列行政法规和部门规章，通过大量运用行政许可、行政强制、环境影响评价、行政处罚等规制手段对相关问题进行具体规范管理。<sup>1</sup>

### （三）关于加强中国生物安全立法的建议

尽管近年来我国在生物安全规制方面投入大量研究并取得一定成果，但在法律框架范围内，被具体包含的现实生物安全问题并不在多数。不仅如此，我国生物安全规范体系法律位阶较低，在一些领域例如基因医学技术领域甚至还没有法律层级的规范。<sup>2</sup>因此，加快生物安全立法仍然是当前我国生物安全战略的最关键一步。

首先，就生物安全时代大背景下的国防战略而言，鼓励和推动生物技术的研发与创新是目前我国国防战略的重点内容而在生物技术研发和应用的过程中，通过立法加以引导和规范，强调科技伦理和生物安全是不容忽视的重要环节。<sup>3</sup>要在鼓励科研增强生物安全科技支撑，补足生物技术和生物安全防御领域核心关键技术的同时，进一步促进生物科技与社会公共安全防护的深度融合，为生物安全建设创造良好的科技环境。

另一方面，在生物安全立法的过程中，加大信息公开力度和公众参与程度，有利于提高决策的科学性和可行性，增强公众对决策的理解和落实。一般公众生物技术和生物安全的了解并不充分，甚至不能认识到相关生物安全违法行为造成的危害及其应承担的法律责任。因此需要通过立法加强生物安全知识与法律法规的宣传普及，树立生物安全相关的法律权威。

同时，国内方面应加强生物安保相关人才培养、引进和使用，为生物技术和生物安全奠定坚实的人才支撑。国际方面，加强生物安全建设的国际合作，做国际生物安全规则建立的推动者，努力提升我国在国际生物安全规则建立中的话语权，为我国国内生物安全建设创造良好的国际环境。

2020 年新冠疫情的防控也为我国生物安全法制建设提供了新的宝贵的经验。进行“封城”“封村”等强制性管制是我国新冠疫情扩散得到及时有效遏制但又备受争议的管控措施措施。“封城”“封村”等封闭式管控过程中显现出的问题，主要在于部分管控行为缺乏充分精确的前置保障措施，未经相关有权部门授权批准构成“违法封村”。此类事件警示我们在重大突发疫情等生物安全问题发生时，应当依据配套的应急处理法规，将相关管控权力赋予特定部门，并对生物安全应急程度及处理措施进行分级，将生物安保通过行政许可、行政强制等的法规和具体方式落到实处。

此外确诊者恶意传染医护人员、恶意传播新冠肺炎的现象也初有显现，此种情况下，除受行政法、刑法规制之外，生物安全专项立法也可将此类行为的违法性及处罚涵盖在内，以特别法实现跨领域的生物安保。要完善疫情防控相关立法，加强配套制度建设，进一步完善处罚程序，强化公共安全保障，构建系统完备、科学规范、运行有效的疫情防控法律体系。<sup>4</sup>

最后，我国完善生物安全相关管理体制和机制的立法，可以参照英美等国的成熟经验。多领域完善、多方位协调，构建综合性指导与协调机构，制定和

<sup>1</sup> 秦天宝.《生物安全法》的立法定位及其展开[J].社会科学辑刊,2020(03):134-147+209.

<sup>2</sup> 陈宇学.立法护航生物技术的发展[N].经济日报,2020-02-25(008).

<sup>3</sup> 王小理.生物安全时代：新生物科技变革与国家安全治理[J].国际安全研究,2020,38(04):109-135+159-160.

<sup>4</sup> 沈跃跃.坚持以习近平生态文明思想为指导 依法推动打好污染防治攻坚战——在全国人大环境与资源保护工作座谈会上的讲话[J].中国人大,2020(15):9-12.

实施符合经济、政治国情的国家生物安全战略。

## 六、结语

生物安全事关人民健康、事关社会安全与稳定、事关国家安全与发展,在国家风险防控和治理体系建设中逐渐占据越来越重要的地位,是当今中国乃至全人类都必须关注的重要课题。如今全球生物安全的严峻形势已为各国敲响警钟,生物安全问题已发展成为现代文明的内源性危机或挑战。正确处理、妥善应对生物安全问题,统筹建立个体、团体、国家和全球多层面的协调治理模式,积极回应国际生物安全大变局,是生物安全时代推动人类和平与发展的必由之路。

## 参考文献

- [1] Jingjing ZHAO. Towards State Avoidance of Conflicts between the SPS Agreement and the Cartagena Protocol on Bio-safety: A Fresh Perspective [J]. *Journal of world trade*. 53(4) :625-646. 2019.
- [2] 于文轩. 生物安全法的基本原则[J]. 中国生态文明, 2020, No. 37, 45-48.
- [3] Wintle B C, Boehm C R, Rhodes C, et al. Point of View: A transatlantic perspective on 20 emerging issues in biological engineering. [2017-11-14]. <https://elifesciences.org/articles/30247>.
- [4] 张于喆. 高度重视生物安全风险——积极应对未来挑战[J]. 中国经贸导刊, 2020(05):42-46.
- [5] 刘跃进. 新冠疫情与国家安全治理[J]. 河南警察学院学报, 2020, 29(03):5-10.
- [6] Robert BLACK. Reforming Bio-security Legislation in Developing Countries: Increasing Market Access or Maintaining Unequal Terms of Trade? [J]. *Journal of World Trade*. 53(5):833-854. October 2019.
- [7] 聂鑫. 国际公约、政策、法律、管理——生物安全比较研究[C]. 中国海洋法学评论(2005年卷第1期总第1期). 厦门大学海洋政策与法律中心, 2014:179-196+540-566.
- [8] 陈方, 张志强, 丁陈君, 吴晓燕. 国际生物安全战略态势分析及对我国的建议[J]. 中国科学院院刊, 2020, 35(02):204-211.
- [9] 苗争鸣, 尹西明, 陈劲. 美国国家生物安全治理与中国启示: 以美国生物识别体系为例 [J/OL]. 科学学与科学技术管理 :1-15 [2020-06-29]. <http://kns.cnki.net/kcms/detail/12.1117.G3.20200222.1020.002.html>.
- [10] 陈方, 张志强, 丁陈君, 吴晓燕. 国际生物安全战略态势分析及对我国的建议[J]. 中国科学院院刊, 2020, 35(02):204-211.
- [11] Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on Genetically Modified Food and Feed Official Journal of the European, 18 October 20.
- [12] 张于喆. 生物安全法立法提速——主动应对“生物安全”未来挑战[J]. 中国经济周刊, 2020(Z1):126-128.
- [13] 秦天宝. 《生物安全法》的立法定位及其展开[J]. 社会科学辑刊, 2020(03):134-147+209.
- [14] 陈宇学. 立法护航生物技术的发展[N]. 经济日报, 2020-02-25(008).

[15] 王小理.生物安全时代：新生物科技变革与国家安全治理[J].国际安全研究,2020,38(04):109-135+159-160.

[16] 沈跃跃.坚持以习近平生态文明思想为指导 依法推动打好污染防治攻坚战——在全国人大环境与资源保护工作座谈会上的讲话[J].中国人大,2020(15):9-12.

# 已撤销的商事仲裁裁决域外“复活”问题探究

温顺（宁波大学法学院硕士研究生）

**摘要：**根据传统仲裁理论以及国际主流观点，仲裁裁决一经仲裁地法院撤销即已宣告该裁决“死亡”，因而也无法获得执行地国法院的承认和执行。但是随着全球化的纵深发展，衍生出了一系列国际商事仲裁的新理念、新理论和新动态，如意思自治在国际私法领域的扩张及国际商事仲裁裁决理论的更新等，进而导致已被撤销的仲裁裁决重获新生。但是由于该现象依然处于缓慢演进状态且各国国情差异较大，故而在“复活”规则方面缺乏统一的适用标准，致使现行的国际商事仲裁执行秩序的稳定性和一致性受到干扰。针对此问题，本文在分析已被撤销的仲裁裁决“复活”法律依据的基础上，从国际法层面和国内法层面提出相应的完善规则。

**关键词：**已撤销仲裁裁决、“复活”规则、自由裁量权

国际商事仲裁裁决的撤销以及承认与执行制度是仲裁地国与承认和执行地国对国际商事仲裁裁决的双重监督，也是国家权力介入仲裁这种民间性争端解决机制的主要途径，因而通常被人们视为判定该国仲裁法制完善程度的标尺。从传统的视角来看，仲裁裁决之撤销与执行的效力具有差异性，即撤销仲裁裁决具有普遍效力，因而已被撤销的仲裁裁决便不再具有效力，其他国家应当以此为由拒绝承认和执行已被撤销的仲裁裁决。然而，这种传统观点自上世纪八九十年代便遭到越来越多西方国家的挑战，即如法国、美国、荷兰等国依据本国国内法执行了已被撤销的国际商事仲裁裁决。于是，在传统仲裁理论语境下，已经“死亡”的仲裁裁决出现了“复活”现象<sup>1</sup>。这一现象已经产生便引发了学界的激烈争论，也引发了对各国针对已被撤销的仲裁裁决能否在域外“复活”的关注，即若支持已被撤销的仲裁裁决具有域外“复活”效力，则其法律依据为何，应当以何种法律标准予以严格规制。此外，若允许已被撤销的仲裁裁决“复活”是否会对《纽约公约》的稳定性和一致性造成冲击等。反之亦然。虽然加入《纽约公约》至今，我国尚未遇到已被撤销的外国仲裁裁决向我国法院申请承认与执行的案例，但是出现过已被武汉中级人民法院撤销的国际商事仲裁裁决于 2006 年由当事人向德国柏林地区高级法院申请承认与执行的案例<sup>2</sup>。随着我国对外民商事交往程度不断加深，在可预见的未来，我国出现上述情况的可能性不容忽视。因此，基于上述缘由，对于已被撤销的上述仲裁裁决的域外“复活”问题不可不察。

## 一、相关国家关于已撤销仲裁裁决域外“复活”的立法与实践

### （一）法国相关立法和实践

法国《新民事程序法典》第 1502 条规定：“法国法院仅因以下原因方能拒绝承认与执行一项外国仲裁裁决：仲裁员在没有仲裁协议的情况下作出裁决，或者裁决是基于无效或业已超出有效期的仲裁协议而作出的；仲裁庭的组成不

<sup>1</sup> Albert Jan Van Den Berg, Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: Case Comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009, Journal of International Arbitration, 2010, Vol.27, No.2, at 187.

<sup>2</sup> 董仲英：《已撤销国际商事仲裁裁决在我国的承认与执行问题探讨》，《北京仲裁》2017 第 4 期。

合法，或独任仲裁员的任命不合法；仲裁员超越权限作出裁决的；仲裁程序缺乏公正性的；承认与执行将违背国际公共秩序的<sup>1</sup>。”显然，在该法典中，法国并没有将已被撤销的仲裁裁决列入作为拒绝承认与执行外国仲裁裁决的法定理由。因而在实践中，当涉及已撤销仲裁裁决的承认与执行问题时，法国通常采取有利于仲裁裁决“复活”为要义。例如，在 *Yugoslavia v. SEEE (France)* 案中，在瑞士法院宣布涉案的裁决并非仲裁裁决后，胜诉人 SEEE 依然向法国申请承认与执行该裁决时，法国里昂上诉法院依旧裁定准予执行。再如，在 *Pabalk Ticcaret Sirketi v. Norsolor S. A.* 案中，在奥地利法院以仲裁庭越权仲裁为由部分撤销该裁决的情况下，当胜诉方当事人向法国法院申请强制执行该裁决时，法国最高法院依据《纽约公约》第 7 条的“更优惠权利条款”准予执行，并指出，执行地法院有义务按照本国法决定是否执行外国仲裁裁决而非根据《纽约公约》第 5 条。此外，在 1993 年的 *Socitt Polish Ocean Line v. Socitt Jolasry* 案中，法国法院依据本国《新民事诉讼法典》第 1502 条作为准予仲裁裁决执行的依据<sup>2</sup>。此外，在 *Socitt Unichips Ftnaniaria v. Gesnoin*、法国公司(S.A. Lesbats et Fils)/德国公司(Esterer WD GmbH)仲裁案<sup>3</sup>以及“印度尼西亚公司/法国公司仲裁案”(2007)<sup>4</sup>等案件中，法国法院均执行了已被撤销的仲裁裁决。

从法国立法与司法实践来看，其“复活”已被撤销的仲裁裁决的司法态度是非常坚决的，其“复活”法律根据也多与本国《新民事诉讼法典》第 1502 条和《纽约公约》第 7 条“更优惠权利条款”挂钩。显然，这与法国对国际商事仲裁的理解密切相关。法国推崇国际商事仲裁的“非内国化”理论，主张国际商事仲裁独立于任何一个法律体系，因而决定是否承认与执行外国仲裁裁决应按照本国立法，而不必顾虑仲裁地国对裁决的态度。同时，法国坚持将《纽约公约》第 5 条理解为授权性条款，在此基础上搭配《纽约公约》第 7 条“更优惠权利条款”的适用，赋予国内法更为优先适用的地位，从而复活本已被撤销的仲裁裁决。

## （二）美国的立法与实践

《美国联邦仲裁法》第 201 条规定：“1958 年 6 月 10 日签署的《承认及执行外国仲裁裁决公约》，应由美国法院按照本章予以执行<sup>5</sup>。”第 202 条规定：“属于公约管辖范围内的仲裁协议或裁决，无论契约或非契约，凡是产生于法律关系的仲裁协议或仲裁裁决，并被视作包括本法案所述的交易，契约或协议在内的商事性质者，均属于公约管辖范围。产生于这种关系的仲裁协议或裁决，但完全系美国公民之间者，则不应视为公约管辖范围，除该关系涉及国外财产，履行或执行将来在国外进行，或与一个或多个外国有某种其他的合理联系者不在此限。根据本条款，如果一个公司设在、或其主要营业地在美国，则该公司法人系美国公民<sup>6</sup>。”

从美国上述立法来看，其对已被撤销的仲裁裁决在美国是否具有复活可能性并没有给出明确的立法态度，但是这并不妨碍其在司法实践中形成一套独立的判例认定体系。

<sup>1</sup> 罗结珍：《法国新民事诉讼法典》(附判例解释)(下册)，法律出版社 2009 年版，第 1200 页。

<sup>2</sup> 杜新丽：《国际商事仲裁理论与实践专题研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 366 页。

<sup>3</sup> See Cour d'Appel, Paris, 18 January 2007, Yearbook XXXII (2007), pp.297-298.

<sup>4</sup> *Socitt Unichips Ftnaniaria v. Gesnoin*

<sup>5</sup> 《美国联邦仲裁法》，See <http://www.bjac.org.cn/news/view.asp?id=1071> (2020/6/1)

<sup>6</sup> 《美国联邦仲裁法》，See <http://www.bjac.org.cn/news/view.asp?id=1071> (2020/6/1)

据统计,美国法院目前适用《纽约公约》第 5 条第 e 项承认与执行已撤销仲裁裁决的案例共计 8 个,其中法院判决承认与执行的有 2 个。

1996 年的 *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arab Republic of Egypt* 案<sup>1</sup>是第一例已被撤销的仲裁裁决实现“复活”的案例。在该案中,法院首先根据《纽约公约》第 5 条明确了法院拥有自由裁量权,即法院据此可对被撤销的仲裁裁决的执行申请作出支持或拒绝的裁决。然后,法院继续援引《纽约公约》第 7 条,认为《美国联邦仲裁法》是更优于《纽约公约》的国内法,在该法中并未明确被撤销的仲裁裁决可作为拒绝执行申请人申请的法定理由。最后,法院指出,双方当事人在仲裁协议中对一裁终局的约定构成了法院承认与执行该被撤销的仲裁裁决的约定事由。同时,法院在判决中还对国际礼让原则进行了阐释,认为:“没有国家会持续地承担执行对国内法院有基本偏见的外国利益的义务,礼让从来不会迫使国内法院忽视本国公民或者他国公民根据本国法享有的权利。”

在 *Corporation Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R. L. De C. V.* 一案<sup>2</sup>中,美国法院对该仲裁裁决的撤销理由进行审查后,认为墨西哥法院的撤销裁决适用的是仲裁开始后才生效的法律,因此违反了法不溯及既往的基本原则,违背可基本的公平正义原则,因而该已被撤销的仲裁裁决符合拒绝承认与执行的例外条件,法院可准予执行申请人的执行申请,承认与执行该仲裁裁决。

不过,值得注意的是,美国法院在其他和后续的案件中并没有延续上述的“复活”路径,在 1999 年的 *Baker Marine(Nig.)Ltd. v. Chevron(Nig.)Ltd.* 一案<sup>3</sup>中,美国法院根据如下要点作出拒绝该已被撤销仲裁裁决“复活”裁决:(1)援引国际礼让原则;(2)指出案件与美国不存在紧密的连结因素;(3)尼日利亚撤裁程序内容合法,美国法院没有理由行使《纽约公约》第 5 条规定的自由裁量权。在 *Martin Spier v. Calzaturificio Technica. S.p. A.* 一案<sup>4</sup>中,美国法院除了强调撤裁法院属于合法撤裁且该案件与美国无涉外,还特别指出了当事人在仲裁协议中没有约定仲裁的终局效力。在 *Termorio & Leas Co. Group S. A. E. S. P. v. Electranta S. P., et. al.* 一案<sup>5</sup>中,美国法院对《纽约公约》规定的首要管辖权和次要管辖权进行了简要阐述,指出首要管辖国之撤裁裁决具有确定之效力,作为次要管辖国的美国不应轻易否定首要管辖国合法作出之裁决。此外,法院还强调,美国奉行的有利于仲裁的政策不能成为该仲裁裁决“复活”的充足理由。在 2014 年的 *Thai-Lao Lignite (Thail.) Co., Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic*<sup>6</sup> 与 2017 年 *Getma International v. Republic of Guinea* 案<sup>7</sup>中,美国法院除了考虑上述裁判要点外,还特别强调严格限制法官对《纽约公约》第 5 条自由裁量权的适用,认为只有在极端例外的情形下方可适用,即只有仲裁地国之撤裁裁决明显违反了最基本的道德和正义观念,法院才会考虑“复活”该被撤销的仲裁裁决。

从对上述案件的分析来看,美国法院决定是否“复活”被撤销的仲裁裁决的法律因素,主要包括《纽约公约》第 5 条规定的自由裁量权、第 7 条的“更优惠权利条款”、明显违反公平正义的例外情形、基于当事人意思自治的仲裁裁决效

<sup>1</sup> *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp.907(D. D. C.1996).

<sup>2</sup> *Corp. Mexicana de Mantenimiento Integral v. Pemex Exploraciony Prod.*, 962 F. Supp.2d 642(S. D. N. Y.2013).

<sup>3</sup> *Baker Marine, Ltd. v. Chevron, Ltd.*, 191 F.3d 194(2d Cir.1999).

<sup>4</sup> *Spier v. Calzaturificio Technica, S.p. A.*, 71 F. Supp.2d 279(S. D. N. Y.1999).

<sup>5</sup> *Termorio S. A. E. S. P. v. Electranta S. P.*, 376 U. S. App. D. C.242, 487 F.3d 928(2007).

<sup>6</sup> *Thai-Lao Lignite(Thail.)Co., Ltd. v. Gov't of the Lao People's Democratic Republic*, 997 F. Supp.2d 214(S. D. N. Y.2014).

<sup>7</sup> *Getma Int'l v. Republic of Guinea*, 862 F.3d 45(2017).

力约定、区分首要管辖权和次级管辖权下的国际礼让原则、案件与美国是否具有紧密的连结因素。当然，最后一点一直受到人们的质疑，认为其有地方保护主义之嫌。因此，总体来说，美国通过一系列判例确立了一套较为完整的决定已撤销仲裁裁决是否复活的法律标准，即以拒绝承认与执行已被撤销的仲裁裁决为原则，承认与执行已被撤销的仲裁裁决为例外。

### （三）中国的立法与实践

根据 1987 年最高人民法院《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》规定，如果被执行人有证据证明仲裁裁决具有公约第 5 条第 1 款中第 5 种情形之一，法院“应当”裁定驳回申请，拒绝承认和执行。该款明确排除了法官的自由裁量权，即我国明确将《纽约公约》第 5 条界定为强制性条款，这断绝了已被撤销的仲裁裁决在我国法院“复活”的可能性。根据 2005 年最高人民法院《关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定（送审稿）》第 36 条规定：“外国仲裁裁决尚未生效、被撤销或者停止执行的，经一方当事人申请，人民法院应当拒绝承认与执行该仲裁裁决。上述观点也得到确证。

同时，我国相关法律对《纽约公约》第 5 条与第 7 条之间的关系并没有厘清，有学者认为这可以为中国未来确定已被撤销的仲裁裁决在符合一定条件下能过“复活”提供切入点。否则，我国将会面临以下司法难题：若外国法院撤销仲裁裁决之理由与我国法院撤销仲裁裁决理由存在较大差异甚至相互冲突，如果一味地拒绝承认与执行该仲裁裁决与国家司法主权不符，也不利于维护司法的公平正义。

在司法实践方面，我国法院目前还没有遇到已被撤销的国际商事仲裁裁决向我国申请承认与执行的情况。但是，值得关注的是，我国曾出现过被武汉市中级人民法院撤销的国际商事仲裁裁决又被当事人于 2006 年在德国柏林地区高级法院申请执行的案例。此外，与《纽约公约》第 5 条第 1 款相关也有一例，即邦基农贸新加坡私人有限公司申请承认和执行英国仲裁裁决案。在该案中，广东省高院以《纽约公约》第 5 条第 1 款（戊）项裁决尚未对当事人生效为由拒绝承认和执行，但最高院复函并未对（戊）项的理由作出回应，而是以（丁）项为由拒绝承认和执行<sup>1</sup>。可以预见的是，随着国际商事仲裁实践的深入发展和我国对外开放程度的加深，我国法院遇到类似已被撤销仲裁裁决的国际商事仲裁裁决承认与执行的情形也会增多。

## 二、学界对已被撤销仲裁裁决域外“复活”的态度

对于已被撤销的仲裁裁决在域外复活现象，由于《纽约公约》的模糊性的规定，在学界引发了激烈的争论，在各国的立法与实践中也呈现不同的样态。

在对待已撤销的仲裁裁决域外“复活”对传统国际商事仲裁理论及实践所造成的影响的态度上，学术界主要存在支持、反对和折中三种。

### （一）已撤销仲裁裁决域外“复活”之肯定论

支持已撤销仲裁裁决域外“复活”的观点认为，国际商事仲裁裁决可以“漂浮”，不受仲裁进行地国法律的限制。换言之，国际商事仲裁裁决已经作出即摆

<sup>1</sup> 《最高人民法院关于邦基农贸新加坡私人有限公司申请承认和执行英国仲裁裁决一案的请示的复函》，民四他字【2006】第 41 号。

脱了仲裁地国的制约，仲裁裁决是否能够获得执行与该作出仲裁裁决的仲裁地国并不具有必然的关联性，因而仲裁地国法院对该仲裁裁决所行使的撤销权不应成为该仲裁裁决在域外获得承认和执行的司法阻碍，除非该裁决构成《纽约公约》项下规定的撤销理由，不然域外执行国应当忽视由仲裁地国作出的撤销裁决。同时，该派学者主张，《纽约公约》的中文版本、英文版本、俄文版本和西班牙文版本在对第 5 条进行规定时均使用了表示“可以”（may）的措辞<sup>1</sup>，以及从文义解释、体系解释和宗旨解释等方面对该公约第 5 条进行解释，都可以得到公约赋予执行地国法官自由裁量权的结论<sup>2</sup>，由此执行地国法院对于被撤销仲裁裁决是否承认与执行具有自由裁量权，而不必然受制于仲裁地国的撤销行为。该派学者还指出，仲裁裁决即使被撤销依然存在，因为它不是建立在仲裁地法的基础上的，而是建立在当事人仲裁协议的基础上<sup>3</sup>。此外，该派学者还认为，基于各国对仲裁裁决的依据存在较大差异，基于仲裁地国过多的信任或承认仲裁地国的撤销裁决具有普遍效力，容易造成司法不公的后果等。因此，从支持方的观点来看，其主要基于《纽约公约》第 5 条的规定和国际商事仲裁裁决具有的自主性出发，即一方面《纽约公约》第 5 条赋予了执行地国法院是否承认与执行已被撤销的仲裁裁决的自由裁量权，另一方面采纳“非内国裁决理论”和仲裁意思自治理论，强调仲裁裁决的效力来源于当事人的仲裁协议而非仲裁地国。

## （二）已撤销仲裁裁决域外“复活”之否定论

反对已撤销的仲裁裁决域外复活的观点认为，仲裁裁决的效力来源于仲裁地国，已撤销的裁决不具有可执行性。《纽约公约》不能成为承认与执行已撤销仲裁裁决的法律依据，因为该公约仅处理有效的仲裁裁决，而非已被仲裁地国撤销的仲裁裁决。同时，对已被撤销的仲裁裁决的承认与执行是执行地国的单边决定，是对外国仲裁裁决的过渡管辖，既是对外国判决既判力原则违背，也是对国际礼让原则的侵犯，由此可能加剧了仲裁地国与执行地国的矛盾，不利于两国开展国际商事交流与司法交往。另外，由于不同执行地国对仲裁撤销理由作出不同的规定，若承认被仲裁裁决域外“复活”的效力，可能致使《纽约公约》的适用陷入不稳定状态，不利于维护《纽约公约》具有的统一外国仲裁裁决的承认与执行的适用标准。具言之，若允许已被撤销的仲裁裁决在域外“复活”，则可能会出现该被撤销的仲裁裁决在某一执行地国获得承认与执行，而在另一执行地国却拒绝承认与执行该裁决的相互冲突的司法状态，因此，将会破坏《纽约公约》适用的稳定性和一致性。

## （三）已撤销仲裁裁决域外“复活”之折中派

折中派的观点认为，上述两种观点均存在绝对化和僵硬性倾向，不符合现代国际商事仲裁裁决承认与执行制度的发展。因此，该派学者 Roy Goode 认为，原则上尊重仲裁地国法院关于撤销仲裁裁决的判决，这样可以避免由程序多样化导致的不一致判决的成本、不方便和风险，能够促进不同国家法院之间的相互尊重和合作，但存在一些例外情形，比如法院的判决是通过欺诈获得的

<sup>1</sup> 肖永平，廖卓炜：《已撤销仲裁裁决在美国的承认与执行》，《经贸法律评论》2019 第 2 期。

<sup>2</sup> 肖永平，廖卓炜：《已撤销仲裁裁决在美国的承认与执行》，《经贸法律评论》2019 第 2 期。

<sup>3</sup> LASTENHOUSE PIERRE, Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene [J]. Journal of International Arbitration, 1999, 16(2): 26.

<sup>1</sup>。另外，另一学者 Chan 也指出，法院应当将已撤销的外国裁决推定为不可执行，并且应承认外国法院的撤销决定，除非有清楚的令人信服的证据证明外国的撤销决定是任意的或明显错误的，或者是由欺诈获得的，程序明显的偏见或者不公或者根据与法律的正当程序不相容的程序获得的。

对此，我国学者对该问题的认识上也存在观点分野，例如，以张美红副教授为代表的学者主张我国应对已撤销仲裁裁决的承认与执行持开放态度，我国现行立法和实践对此问题一贯持否定态度过于机械、僵化，不利于维护我国当事人的利益。以谢新胜教授为代表的学者否认《纽约公约》第 5 条为执行地国重新“复活”已被撤销的仲裁裁决提供依据<sup>2</sup>。

由此，在关于已撤销的仲裁裁决能否在域外“复活”的问题上，在学界依然存在较为激烈的争论，究其缘由，在于对国际商事仲裁裁决效力来源的不同理论主张以及对《纽约公约》第 5 条存在的认识差异。因此，要回答已被撤销的仲裁裁决域外“复活”效力问题，还应厘清上述理论分歧和深入分析该公约的相关条款。

### 三、已撤销仲裁裁决“复活”现象缘起与现行“复活”规则缺陷

#### （一）已撤销仲裁裁决“复活”的背景理论考察

对已被撤销的仲裁裁决域外“复活”现象的考察应当置于全球化的语境之下进行，这是因为经济全球化推动了世界经济和贸易的发展，促进国际民商事交流的深度交融，相应的，作为调整国际民商事关系的国际私法也伴随着全球化的步伐发生理论和实践的深刻变革在某些领域或开疆拓土，或调整战线。在法律适用领域，前者如意思自治理论由最初仅适用于合同领域到现今扩张至侵权、物权和婚姻家庭等领域。后者如“法则区别说”、“比尔规则”逐渐被摒弃，最密切联系原则隆重登场。

在全球化的背景下，国际商事仲裁领域的突破主要体现在两个层面：一是当事人意思自治不断突破原有的适用边界；二是国际商事交易主体自由权利的扩张。前者具体表现为在国际商事仲裁的司法监督方面出现了允许当事人通过仲裁协议排除仲裁地国法院行使撤销权的立法<sup>3</sup>。例如，2011 年修改的法国仲裁法令第 1522 条明确规定，当事人可以在任何时间，特别约定放弃对裁决提起撤销之诉。值得注意的是，在该规定中的“当事人”并没有国籍限制。同时，瑞典、比利时等国在各自的仲裁立法中也作出类似规定。此外，有些国家另辟蹊径，在司法实践中允许当事人通过仲裁协议扩大法院司法审查范围的情形。比如，美国对仲裁裁决的司法审查一般局限于程序性事项，但在实务中法院依然认可当事人通过仲裁协议约定实体事项的可审查性的做法。在 Gateway Technologies, Inc. 诉 MCI Telecommunications Corp 案和 Lapine Technology Cor. 诉 Kyocera 案中，美国法院均认可当事人通过协议将法院的司法审查范围由程序问

<sup>1</sup> GOODE ROY, The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration [J]. Arbitration International, 2001, 17(1): 40.

<sup>2</sup> 谢新胜：《论争中的已撤销国际商事仲裁裁决之承认与执行》，《北京仲裁》2007 第 3 期。

<sup>3</sup> 赵秀文：《国际仲裁中的排除协议及其适用》，《法学》2009 年第 9 期。

题扩大到实体问题<sup>1</sup>。推动意思自治在国际商事仲裁领域的扩张的因素是多方面的，一方面受到仲裁自治观念的影响，另一方面也有国内立法、司法实践和相关国际公约的支持，同时还离不开“友好仲裁”理念的固守。

第二方面即国际商事交易主体自由权利扩张在国际商事仲裁领域主要表现为，在各个经贸领域受到国家强行法的限制越来越少，同时可以自由地进行跨国投资和跨国贸易、自由约定跨国交易合同内容、自由地选择争议解决方式等<sup>2</sup>。在国际商事交易主体自由权利不断扩张的前提下，国际商事仲裁当事人基于意思自治可以自由选择仲裁程序法、自由约定不受仲裁地法院司法审查（即约定“一裁终局”，排除仲裁地法院行使对仲裁裁决的撤销权），这一点在法国和美国的司法实践中得到认可。此外，当事人还可以约定将该司法监督权交由执行性地法院行使等。上述做法和理论在一定程度上推动了本已“死亡”的国际商事仲裁裁决重新复活。

## （二）已撤销仲裁裁决域外“复活”现行规则缺陷

如前文所述，越来越多的国家认可已撤销仲裁裁决域外“复活”效力已经成为国际商事仲裁裁决的一个真实现象，是国际民商事交往当事人及各国学界、实务界不容忽视的问题。但是我们审视现象时，发现其无论是国际法层面还是国内法层面均存在相当的制度缺陷。具体表现在以下几个方面：

第一，各国“复活”已被撤销的仲裁裁决的法律依据存在较大差异，没有形成统一的“复活”法律标准。例如，法国的“复活”依据主要包括《纽约公约》第 7 条“更优惠权利条款”、《新民事程序法典》第 1502 条等。而美国的“复活”依据包括美国《联邦仲裁法》、当事人排除任何救济的仲裁协议、最基本的公平正义原则、国际礼让原则、当事人与美国是否具有紧密的连结因素、纽约公约第 5 条和第 7 条等。造成上述问题的原因包括：一是在国家主权原则下，各国可以根据本国实际制定相应的国内法，行使各自的司法管辖权，进而在撤销仲裁裁决理由和执行外国仲裁裁决的条件等方面均存在不同；二是各国在对待仲裁自治的程度方面也存在差别。

第二，《纽约公约》相关条款缺乏明确性。在现有的司法实践中，有些判决可以依据《纽约公约》第 5 条和第 7 条执行已被撤销的仲裁裁决，也可以根据《纽约公约》第 5 条的规定拒绝让已被撤销的仲裁裁决“复活”，前者如 1996 年的 *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arab Republic of Egypt* 案，后者如 2017 年 *Getma International v. Republic of Guinea* 案，由此造成了实践的混乱，影响了公约的统一适用。究其缘由，在于《纽约公约》第 5 条规定具有相当的模糊性。该条规定，被申请人与执行管辖机关可以（应当）（“may”）拒绝承认与执行的第 5 项理由为：“……或者裁决已经由作出裁决的国家或据其法律作出裁决的国家的管辖当局撤销或中止执行。”有关缔约国对该条中采用的“may”措辞存在较大分歧，即若将该措辞理解为“可以”则承认执行地国法院在是否拒绝执行已被撤销的仲裁裁决的问题上具有自由裁量权，若是将其理解成“应当”，则该条款为强制性条款，已撤销的仲裁裁决将永无“复活”之日。

此外，《纽约公约》第 7 条第 1 款规定：“本公约之规定不影响缔约国间所订关于承认及执行仲裁裁决之多边或双边协定之效力，亦不剥夺任何利害关系

<sup>1</sup> 于喜富：《国际商事仲裁的司法监督与协助——兼论中国的立法与司法实践》，知识产权出版社 2006 年版，第 93 页、第 104 页。

<sup>2</sup> 张美红：《论已撤销的国际商事仲裁裁决在域外“复活”的理据与规则》，《政治与法律》2017 第 5 期。

人可依援引裁决地所在国之法律或条约所认许之方式，在其许可范围内，援用仲裁裁决之任何权利。”此条款又被称为“更优惠权利条款”。但是该公约对该条款中的“仲裁裁决之任何权利”并未作出明确解释。根据该条款，若作为缔约方的执行国参加的相关多边或双边协定，或者该缔约国的相关国内法对执行仲裁裁决更为有利时，则它们获得较《纽约公约》更优先适用的效力。换言之，如果执行国所签协定或条约，以及国内法规定的拒绝承认与执行仲裁裁决的理由并不涵盖裁决已被撤销或中止的情形，则执行国法院可以执行已撤销仲裁裁决<sup>1</sup>。由此，在各国发展水平和立法存在较大差异的情况下，可能导致相关法院把握“复活”已被撤销的仲裁裁决的尺度不一，进而加剧了已被撤销仲裁裁决“复活”规则异化的风险。

### 第三，同一国家缺乏统一适用的“复活”规则

在实践中，无论是强烈支持已被撤销的仲裁裁决“复活”的法国，还是有限度承认与执行已被撤销的仲裁裁决的美国，都没有在本国的立法或判例中确定统一的“复活”标准和规则。换言之，各国在“复活”已被撤销的仲裁裁决所适用的法律依据和理由根据具体案件的情况而定。同时，各国法院也未就同一“复活”判例的依据之间进行重要性排序和规定适用的逻辑先后顺序<sup>2</sup>。出现该问题的理由在于：第一，每个案件具有一定的差异性，很难建立一套统一的适用标准；第二，当前成功“复活”已被撤销的仲裁裁决的案件较少，还不足以建立一套体系严密完整的“复活”规则或判例法；第三，各国为灵活把握已被撤销的仲裁裁决的“复活”尺度，以维护本国利益，也不愿意制定硬性的“复活”规则。

## 四、已撤销仲裁裁决“复活”规则完善

如前所述，对于已被撤销的仲裁裁决，国际上既没有统一适用的“复活”规则，国内法也没有就同一“复活”判例的依据之间进行重要性排序和规定适用的逻辑先后顺序。由此严重影响了《纽约公约》所确立的国际商事仲裁裁决承认与执行秩序，因此有必要针对已撤销仲裁裁决“复活”现状，塑造具有操作性的“复活”规则，以期为各国司法实践提供指引。

鉴于已撤销仲裁“复活”想象产生的原因和现实存在的问题，既有国际法层面的原因，也有国内法层面的原由，故笔者主张应从国际法层面和国内法层面进行规则完善。

### （一）国际法层面的规则完善

鉴于世界多数国家已经加入《纽约公约》，这就为我们在国际法层面对已被撤销的仲裁裁决“复活”规则的完善提供了着眼点。换言之，从国际法层面完善已被撤销仲裁裁决的“复活”规则，我们应当从现行的国际法即《纽约公约》着手，一方面立足于完善现有国际规则契合国际立法经济的价值目标，另一方面以该公约为切入也较容易为各缔约国所认可。

具言之，针对《纽约公约》第 5 条的模糊规定给各缔约方造成司法实践上的困扰问题，即由于该条款作为授权性条款抑或强制性条款的界定不清，不同的缔约方根据本国利益出发自行界定，从而决定拒绝/承认与执行已被撤销的仲裁裁决，造成了该条款适用的随意性或不规范性，也严重威胁以《纽约公约》为基础的国际商事仲裁裁决承认与执行制度的稳定性和一致性。鉴于此，应当

<sup>1</sup> 韩平：《〈纽约公约〉第 5 条第 1 款第 5 项的适用问题研究》，《法学评论》2011 年第 3 期。

<sup>2</sup> 张美红：《论已撤销的国际商事仲裁裁决在域外“复活”的理据与规则》，《政治与法律》2017 年第 5 期。

对该模糊条款进行修正，可以参照其他国际立法如以议定书的方式对《纽约公约》第 5 条中英文措辞“may”作出明确的解释。对此，笔者主张宜将其解释为授权性条款，因为无论是基于已被撤销的仲裁裁决在各国“复活”现象的客观存在事实，还是从维护我国当事人的利益都应当赋予执行地国对该裁决进行司法判断的自由裁量权。此外，为了增加已被撤销仲裁裁决“复活”规则的确定性，还应当借鉴《欧洲国际商事仲裁公约》第 9.1 条，在《纽约公约》第 5 条中明确列举出缔约国可以撤销裁决的理由，以便为执行地国提供不予执行的外国仲裁裁决清单。另外，针对《纽约公约》第 7 条中没有清晰界定“仲裁裁决任何权利”边界，造成了同一裁决不同执行结果的问题。《纽约公约》第 7 条可以明确：在申请人就已被撤销的仲裁裁决向多国申请承认执行时，申请人享有的仲裁裁决的权利以执行地国法律共同或相似的规定为准，以实现执行结果的统一性。

## （二）国内法层面的规则完善

考虑到从国际法层面对相关条款的完善短期内难以达成、当前多数国家对已撤销的仲裁裁决能否“复活”的问题上尚存诸多顾虑和疑惑以及同一国内也没有形成一套完整统一可适用的“复活”规则等多重因素，因而有必要在国内法层面完善“复活”规则。不过值得注意的是，鉴于各缔约国的国情不同，因此想要制定一套完全相同的、非常具体明确的“复活”规则并不具有可行性。为了维护国际商事仲裁承认与执行秩序的稳定性和一致性，推动国际商事仲裁制度的发展，有学者主张可以考虑从执行地国的角度出发，在各执行地国的国内法中就撤销外国仲裁裁决的承认与执行问题制定具有优先适用顺序的一般的“复活”规则<sup>1</sup>。

对此，笔者认为合理的，纵观已被撤销的仲裁裁决重新“复活”的案例，都反应出执行地国在决定“复活”该裁决过程中既具有客观现实条件，即作为涉案财产所在地等，又具有司法主动性，即可出于维护司法主权、维护本国公共秩序以及维护本国公民利益等需要出发“复活”本已“死亡”的仲裁裁决。在此基础上，在“复活”规则上应分三个方面进行设计：第一，顺应意思自治与当事人缔约自由在全球扩张的趋势，在符合仲裁地国法律规定的情况下，尊重并认可当事人在仲裁协议中作出“一裁终局”或放弃任何上诉或司法救济的约定。若当事人已对此作出约定，则应排除仲裁地法院的撤销权。这一点在美国的 *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arab Republic of Egypt* 案中得到了适用。第二，对仲裁地国撤销仲裁裁决理由与执行地国撤销仲裁裁决理由进行比较适用，若前者与后者相同或类似，则不能复活该裁决；若前者与后者存在差异甚至相互矛盾，则可根据本国利益需要自由决定是否“复活”该仲裁裁决；第三，若不存在上述情形，则应判断仲裁地国法院所作之撤销判决是否存在明显不当事由。例如，违反《纽约公约》规定的公共秩序或是否违反最基本的公平正义等。

此外，笔者认为，执行地国在考虑已被撤销的仲裁裁决的“复活”问题时，还应当融入“国际礼让原则”理念，即注重区分“首要管辖权和次级管辖权”的礼让原则，以增加司法说服力和法院判决的国际正当性。

<sup>1</sup> 张美红：《论已撤销的国际商事仲裁裁决在域外“复活”的理据与规则》，《政治与法律》2017 第 5 期。

## 跨国代孕亲子关系认定的实践与发展\*

严红

**摘要：**跨国代孕中亲子关系认定较为复杂，其对代孕儿的身份、国籍、抚养和继承等法律意义重大。各国法律对其规定的巨大差异以及国际条约的空白，导致法律冲突频发。未来应通过运用儿童最大利益原则和国际私法规则来解决，以保护当事人的合法权利。我国应对跨国代孕中亲子关系的认定在法律上作出相应的规定。

**关键词：**代孕；跨国代孕；亲子关系

## The Practice and Development of the Recognition of Legal Parentage in Transnational Surrogacy

YAN Hong

**Abstract:** The recognition of legal parentage in transnational surrogacy is complex yet significant for the legal issues including identity, citizenship, custody, and inheritance of surrogate born children. The huge difference between the legal regulation of surrogacy among countries and the lack of international agreements on surrogacy result in frequent legal disputes. In order to protect the legitimate rights and interests of the parties, such disputes should be solved through the application of Best Interests of the Child Principle and the approach of the private international law. China should introduce legislative provisions to regulate the recognition of legal parentage in transnational surrogacy.

**Key words:** surrogacy; transnational surrogacy; legal parentage

在家庭模式的变化和医学技术（尤其是 DNA 检测和人类生殖技术）发展的共同作用下，许多家庭的成员形式比起以前更加多样，有统计显示婚姻之外出生的孩子的数量正在增加，导致法定父母的不确定，如何认定代孕儿的亲子关系已经被国内外法律所关注。目前我国学者对纯国内代孕问题进行了多方面的研究，如从医学、社会学和法律规制等，但对代孕的法定父母的研究也仅限于国内的情况，对跨国代孕引起的亲子关系认定的研究，还未受到我国学术界研究的重视。<sup>1</sup>本文通过研究跨国代孕中亲子关系认定的复杂性和法律意义，分析立法和司法实践的现状和困境，初步探讨了解决途径，并对我国代孕等问题进行了思索。

### 一、跨国代孕父母身份的复杂性及其认定的法律意义

由于世界各国在立法上对代孕的态度存在很大的分歧，而且医疗技术和代孕服务水平也参差不齐，所以一些不孕不育的夫妻或者同性伴侣或单身男女，选择通过跨国代孕来实现拥有自己孩子的愿望，所以跨国代孕已经成为了一个

---

作者简介 严红，女，浙江工商大学法学院教授，硕士生导师。金道律师事务所兼职律师。

联系电话：13588045216 Email: yhong@aliyun.com

[1]杜涛. 跨国代孕引发国际私法问题[EB/OL](2016-03-02)[2016-09-21]. <http://www.rmzxb.com.cn/c/2016-03-02/716482.shtml>.

“蓬勃发展的全球性业务”。<sup>1</sup> 跨国代孕的出现不但会影响到代孕儿的国籍、移民地位，也会影响到父母对代孕儿的责任、对代孕儿的抚养费等多方面的问题，其中尤为突出的是亲子关系的认定。

### （一）代孕及其分类

代孕是指由孕母代替他人完成怀孕和分娩的行为，有两种分类：

第一种，按照卵子来源途径的不同，分为己卵代孕（traditional surrogacy 或 partial surrogacy）与他卵代孕（gestational surrogacy full surrogacy）。己卵代孕是指卵子来源于代孕母亲。他卵代孕是指卵子来源于代孕母亲以外的第三人。己卵代孕中的代孕母亲，既是生母又是基因母亲，就是传统意义上的母亲。从委托父母的角度来讲，用自己的精子或卵子来孕育孩子，可以让孩子与代孕母亲的基因联系减少，在发生纠纷时他们获得孩子的概率更大。<sup>2</sup> 所以为了避免更复杂的伦理问题和法律问题，其中允许代孕的国家，大多只允许他卵代孕，如俄罗斯、乌克兰、印度、以色列等。<sup>3</sup>

第二种，按照委托父母是否向代孕母亲支付酬金，分为非商业代孕（altruistic surrogacy）和商业代孕（commercial surrogacy）。大多数国家都禁止商业代孕，因为其容易涉及到剥削妇女、儿拐卖童等方面的问题。<sup>4</sup> 荷兰、法国甚至将以牟利为目的的代孕认定为犯罪，用刑法明确限制。但是还有一些国家和地区允许商业代孕，如美国、印度、泰国、乌克兰和墨西哥等少数国家允许商业代孕。<sup>5</sup>

### （二）跨国代孕下父母身份的复杂性

跨国代孕，根据海牙国际私法会议（以下简称 HCCH）在 2011 年的《关于跨国代孕的初步报告》中对“跨国”的界定是：委托父母（intending parents）、代孕母亲（surrogate mother）的住所（resident）或者代孕的实施地至少涉及到两个及两个以上的国家。<sup>6</sup>

基于代孕的特殊性，在代孕之下形成的父母身份关系十分复杂，如图所示：

---

1The Permanent Bureau of HCCH.Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements.p.3[EB/OL](2012-03)[2016-07-03].  
<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

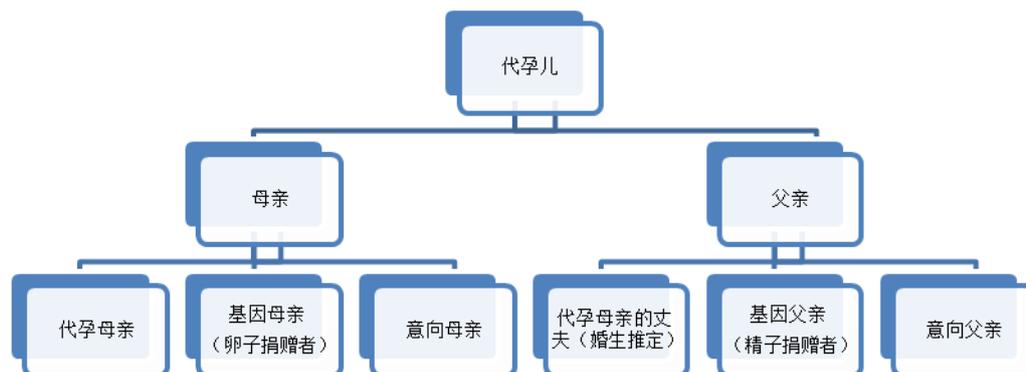
2E. Gary Spitko: The Constitutional Function of Biological Paternity: Evidence of the Biological Mother's Consent to the Biological Father's Co-Parenting of Her Child, Arizona Law Review, Vol. 48, 2006.

3Yasmine Ergas: Babies Without Borders - Human Rights, Human Dignity and the Regulation of International Commercial Surrogacy, Emory International Law Review, 2013, 27(1).

4See Alice Hofheimer, Gestational Surrogacy: Unsettling State Parentage Law and Surrogacy Policy, Review of Law & Social Change, Vol. 19, 1992.

5 汤瑜 . 国外代孕游走在法律边缘 . 民主与法制时报 [EB/OL](2015-05-19)[2016-09-21].  
<http://www.mzyfz.com/cms/benwangzhuanfang/xinwenzhongxin/zuixinbaodao/html/1040/2015-05-19/content-1125241.html>.

6The Permanent Bureau of HCCH.Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements.p.3[EB/OL](2012-03)[2016-07-03].  
<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.



如图中，代孕关系中母亲有三种：代孕母亲（生母）、基因母亲（卵子捐赠者）和意向母亲。代孕关系中父亲也有可能存在三种情况：代孕母亲的丈夫（婚生一些国家已经通过立法加以明确或已经开展相应的立法工作推定）、基因父亲（精子捐赠者）和意向父亲。在代孕技术运用到临床实践前，建立在自然生殖基础上的传统父母身份认定，主要是分娩和血缘相统一为基础，完全可依照子女出生的事实来确定母亲的身份，父亲身份则可通过婚生推定和否认、非婚生准正和认领的制度加以确定。<sup>1</sup>自然血亲亲子关系认定规则是：在分娩者为母亲原则的基础上，父亲的身份是以纯粹基因来确定；法律拟制血亲的父母身份的认定：是依据收养法律行为或事实上抚养关系的成立。代孕情形下的父母子女关系错综复杂，传统法定父母认定的法律制度，难以应对代孕方式下产生的亲子关系问题。

### （三）跨国代孕情形下亲子关系认定的法律意义

近几十年来，许多国家法律体系中的婚生和非婚生子女的区别已被废除，国内法中将原先对婚生和非婚生子女的地位的关注点转移到了孩子出生之后的亲子关系的认定上。在跨国代孕中，该关系不但涉及代孕儿从孩子到成人的诸多义务，同时也是其法律地位中许多重要权利的来源，如身份、国籍、抚养和继承。代孕儿与父母身份关系要受到出生地国法和接受国法的双重约束。纯国内的代孕，其父母身份认定仅受该国国内法调整，这种父母身份关系在法律上是稳定的。而在跨国代孕中，委托父母跨国代孕的目的，就是将代孕儿作为自己的子女将其带回其居所的所属国生活。委托父母作为法定父母的身份，不但要得到代孕儿出生地法律的认可，同时还必须获得其居所地国内法的认可，否则容易出现“跛足亲子关系”，从而影响到代孕儿的诸多重要权利。

## 二、跨国代孕下亲子关系认定的立法

### （一）国际法层面

在国际立法方面，目前关于跨国代孕，既无统一实体法也无统一冲突法的规定。但是已经出现了一些新动态：

#### 1. 国际立法方面

联合国儿童权利委员会在最新的国家报告中已经开始讨论有关跨国代孕问题。该委员会在联合国关于《买卖儿童任择议定书》中指出：以色列没有为那些委托父母通过在外国的代孕母亲出生的子女提供适当的甄别程序，该程序的

<sup>1</sup> 李志强.代孕生育亲子关系认定问题研究[J].北方民族大学学报(哲学社会科学版), 2011, (4).

目的是防止隐秘买卖儿童或者性侵害的发生。<sup>1</sup>在联合国《儿童权利公约》背景下，委员会对发生在 2014 和 2013 年的跨国代孕问题，基于数据进行了思考，认为虽然瑞士法律禁止代孕母亲和不鼓励跨国代孕，都可能涉及到在瑞士被收养的代孕儿一年评估期间，其法律地位不确定性的问题。<sup>2</sup>

## 2. 区域性立法方面

在美国的一些州，通过代孕合同出生的代孕儿的父母子女关系的问题<sup>3</sup>，欧洲人权法院最近有三个案件悬而未决：其中一个是关于两个代孕出生的孩子，不承认其乌克兰出生证明在法国的效力。另外两个是不承认在印度代孕出生的孩子的意向父亲是法定父亲。<sup>4</sup>

欧洲人权法院的判决数据显示还没有考虑建立或承认以下情形的父母子女关系：a. 婚姻关系下的代孕；b. 传统代孕；c. 代孕者试图建立或维持父母地位。欧盟的 2015 年底的《人权和民主的年度报告》的决议中，欧洲议会谴责代孕，认为它损害了妇女的尊严，把她们的身体和生育功能作为商品，认为代孕是为救济利益对人体的生殖功能进行开发和利用，尤其是对于在发展中国家处于弱势的妇女，应该作为一个紧急事项予以禁止。<sup>5</sup>

## （二）国内法层面

### 1. 世界各国立法上对代孕的态度

可分为四种情形：

第一种，允许所有的代孕，包括商业代孕和非商业代孕。如俄罗斯、乌克兰、印度、及美国加利福尼亚州允许所有代孕，这些国家规定允许代孕的条件不同。《俄联邦家庭法》和《俄联邦公民健康保护基本法》等法律对代孕作了严格的规定。如果女方有自身无法生育的医疗证明，便有权享受商业性质的代孕服务。委托父母在将代孕儿注册为自己孩子时，需要得到代孕者的许可。完成出生注册以后，代孕母亲便不能争夺对孩子的所有权。<sup>6</sup>

第二种，仅允许非商业代孕。如英国、泰国、加拿大、瑞典、越南、澳大利亚，以色列。巴西允许二等血亲以内可以相互进行代孕，希腊立法允许他卵代孕；加拿大除魁北克外，允许非商业性代孕。英国 2008 年的《人类生殖与胚胎研究法》规定通过代孕费的规定禁止商业代孕，允许公益团体非盈利性质收取代孕协商和编纂代孕信息费用，依据允许其进行代孕广告。<sup>7</sup>

第三种，禁止所有形式的代孕。德国、法国、阿富汗、沙特阿拉伯、土耳其、意大利、波兰也禁止所有代孕。德国的《胚胎保护法》第 1 条规定禁止代孕的代孕，对实施代孕手术的人要处以 3 年以下的有期徒刑和罚金，除非代孕母亲愿意长期抚养照顾代孕儿。法国在《法国刑法典》第 511 条第 24 款规定禁

1 See the “Concluding observations on the report submitted by Israel under article 12, para 1, of the pornography”(CRC/C/OPSC/ISR/CO/1), 8 June 2015, Para. 28

2 See the “Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland”(CRC/C/CHE/CO/2-4), 26 February 2015 at para. 46.

3 Labassé v. France 和 Mennesson v. France

4 这三个案件分别是 Laborie v. France、Foulon v. France 和 Bouvet v. France。

5 See < [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2015-0470](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2015-0470) >, General Consideration No 115. It should be noted that there is no reference to surrogacy or surrogacy arrangements in the European Union’s Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 (see <[www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/06/22-fac-human-rights-report/](http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/06/22-fac-human-rights-report/)>).

See as well, No Maternity Traffic, Petition to the Council of Europe

6 黎史翔. 代孕是否应该一禁了之? 这事儿在国外也有争议. [EB/OL](2015-12-24)[2016-10-01] [http://news.china.com/international/1000/20151224/21004355\\_all.html#page\\_1](http://news.china.com/international/1000/20151224/21004355_all.html#page_1)

7 余提. 各国代孕法律之比较研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社. 2016. 53-54

止代孕，否则可处以 5 年有期徒刑和 75000 法郎的罚金。

第四种，法律无规定。除上述三种对代孕态度的国家外，其他大多数国家对代孕在法律上未做任何规定。有些国家尽管法律没有规定代孕问题，但是在司法实践中会有一些倾向性的案例，起到了一定的引导作用。如日本、我国等。

正是由于世界各国对代孕的态度不同，导致不允许跨国代孕国家的人，到允许代孕的国家进行代孕，跨国代孕就此出现甚至在由国家形成了规模庞大的产业链。如俄罗斯 2013 年共发生了 800 例代孕业务。<sup>1</sup>

## 2. 国内法中对代孕亲子关系认定的最新动态

尽管大多数国家对代孕问题没有明确的法律规定，但在允许代孕的国家中，对如何认定代孕之下亲子关系，一些国家已经通过立法加以明确或已经开展相应的立法工作。

爱尔兰，2015 年的《儿童和家庭关系法案》(The Children and Family Relationships Act 2015)，为代孕生育建立登记制度。法案确定了代孕母亲是孩子的母亲，而不考虑她是否与孩子有基因关系。法案的变化是代孕儿的另一方父母的地位问题。在符合条件下，母亲的配偶或民事伴侣或同居者可以成为代孕儿的另一方父母。<sup>2</sup>波兰，2015 年 11 月 1 日开始，使用试管婴儿技术和其他辅助生殖技术的登记规则，想怀孕的结婚夫妻或者同居同性伴侣，在 12 个月以后允许使用辅助生殖技术。这就意味着委托父母是代孕儿的法定父母。西班牙，儿童和青少年保护体系中的新法，已经对民法中父母子女关系法律适用一些条款进行了修改，规定以经常居所作为连结点。同时对亲子关系关系方面的观点和争论进行了规范。<sup>3</sup>

国家委员会和在亲子关系方面的立法草案已经在一些国家出现。<sup>4</sup>如荷兰政府设立了一个委员会重新评估荷兰法律关于父母身份的法律。该委员会正在审查法定父母、多个父母和代孕母亲的有关问题并发布成果。如加拿大的马尼托巴湖政府对辅助生殖和代孕的亲子关系提议立法。加拿大的魁北克的家庭法咨询委员会出版了一份关于魁北克家庭法的研究，对亲子关系包括辅助生殖技术和跨国代孕问题方面的争议问题提出了建议。

## 3. 跨国代孕下亲子关系认定的重要立法变化

过去几年有些国家已经考虑或通过改革国内立法中的代孕问题，并出现了有趣的变化趋势：

第一种情况，代孕母亲的来源国对跨国代孕开始限制。

泰国开始禁止有偿代孕和外国人、同性伴侣的代孕。新的规定只允许至少结婚三年异性恋夫妇代孕，并且至少配偶一方是泰国人，同时要求代孕妇女至少年满 25 岁，与配偶一方有亲属关系。<sup>5</sup>尼泊尔 2015 年 8 月 25 日起不再允许代孕。2015 年 12 月 14 日，墨西哥的塔巴斯科 25-40 岁的医学上不能怀孕的意向母亲禁止在墨西哥国内代孕。<sup>6</sup>还有一些国家限制跨国代孕。比如，2015 年

1 钟通. 俄年轻女子代孕挣钱.[EB/OL](2015-10-16)[2016-10-01] [http://sztqb.sznews.com/html/2015-10/16/content\\_3359372.htm](http://sztqb.sznews.com/html/2015-10/16/content_3359372.htm)

2See [www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/9/enacted/en/pdf](http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/9/enacted/en/pdf).

3See [www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8470](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8470).

4 “The Family Law Reform Act (Putting Children First)” is available at < <https://web2.gov.mb.ca/bills/40-4/b033e.php#A14> >.

5 See < [www.bionews.org.uk/page\\_498893.asp](http://www.bionews.org.uk/page_498893.asp) >.

And < [www.bangkokpost.com/news/general/638264/lawbanning-commercial-surrogacy-takeseffect](http://www.bangkokpost.com/news/general/638264/lawbanning-commercial-surrogacy-takeseffect) >.

6See < [www.congresotabasco.gob.mx/comunicacion/ver-boletin/id/904](http://www.congresotabasco.gob.mx/comunicacion/ver-boletin/id/904) >.

11 月，印度卫生部做出决定，不支持商业代孕。卫生部通过国会颁布另一个法令，取代《辅助生殖技术法案 2014》，禁止外国人和单身进行有偿代孕。<sup>1</sup>

第二种情况，一些国家法律删除了原来禁止代孕的规定。

2016 年 1 月 1 日实施的中国新的《人口与计划生育法》删除了草案中禁止代孕的内容。另外一些国家也正在计划通过修改亲子关系的法律来规范代孕。如塞尔维亚新的民法典草案中涉及到代孕问题：当不孕或其他健康问题进行自然怀孕，或者通过其他形式的辅助生育技术生育，是不明智的。因为这样会将遗传病带给孩子。该草案允许已婚夫妇或同居伴侣代孕，某些情况下单身也可以。但是亲属间不能代孕。<sup>2</sup>爱尔兰政府根据最高法院的判决，承诺对辅助生殖技术进行立法规范。澳大利亚在 2015 年 11 月 3 日司法部长宣布，针对国际和国内的代孕进行全国性的立法和管理方面的调查。

### 三、跨国代孕下亲子关系认定的司法实践

出生地国对代孕亲子关系认定至少确定一位委托父母为法定父母，做法比较统一。如上所述，在没有国际条约可以适用的情况下，各国关于跨国代孕亲子关系认定的实践具有较大的差别，是接受国之间基于对认定代孕儿亲子关系时，所采原则不同导致的：

#### （一）各国认定代孕儿亲子关系的原则

第一，基因说。以与代孕儿的遗传基因联系来确定父母的身份，指以卵子提供者母亲、以精子提供者父亲。

第二，分娩说。即按照罗马法的“谁分娩，谁为母”的原则来确定代孕儿的亲子关系。将代孕母亲作为代孕儿的法定母亲，而不论该代孕母亲与代孕儿间是否有生物学上的联系，如、德国、英国，荷兰、西班牙、瑞士、澳大利亚和中国香港等等。

第三，契约说。代孕子女的出生是根源于委托父母的意愿，基于代孕协议，平等自愿的基础上约定待孕儿出生后，代孕母亲将孩子交由委托父母抚养，法律就应当尊重当事人的意思自治，委托父母视为代孕儿法律上的父母。如美国《代孕母法范本》(草案)以及 1993 年著名的 *Johnson v. Calvert* 案。

第四，子女最大利益说。该学说是以现代亲子法的“子本位”为基础，由法院根据客观事实，以儿童的最佳利益为首要考虑因素，来确定父母的身份。如 1987 年的美国新泽西州 *Baby M* 案。

第五，婚生推定说。婚生推定适用于代孕母亲是代孕儿的法定母亲的国家。在这些国家中，推定代孕母亲的丈夫为法定父亲。这一规则是以传统生育为基础的，如欧盟大部分国家。

#### （二）几种认定跨国代孕亲子关系的做法

由于各国法律对代孕的态度不同，实践中采用的原则也不一样，因此在代孕儿出生地国建立的亲子关系，接受国如何认定，归纳起来主要有以下几种做法：

##### 1. 承认在出生地国建立的亲子关系

<sup>1</sup> See < [www.dhr.gov.in/latest%20Govt.%20instructions%20on%20ART%20Surrogacy%20Bill.pdf](http://www.dhr.gov.in/latest%20Govt.%20instructions%20on%20ART%20Surrogacy%20Bill.pdf) >.

See also < [www.thehindu.com/news/cities/Delhi/art-bill-may-close-surrogacy-doors-for-foreigners-unmarriedpeople/article7793884.ece](http://www.thehindu.com/news/cities/Delhi/art-bill-may-close-surrogacy-doors-for-foreigners-unmarriedpeople/article7793884.ece) >.

<sup>2</sup> See < [www.crin.org/en/home/what-we-do/crinmail/children-court-crinmail-44-surrogacy-and-childrensrights](http://www.crin.org/en/home/what-we-do/crinmail/children-court-crinmail-44-surrogacy-and-childrensrights) >.

该种承认通过以下两种方式来承认出生地国的亲子关系：

第一种是接受国直接认可出生地国的文件如出生证明中的亲子关系。接受国承认出生地国的出生证中的亲子关系，只要代孕儿至少与委托父母中的一方有基因联系。如法国法院在 2011 年裁决认可在印度代孕出生的代孕儿的出生证明。<sup>1</sup>或接受国仅认可出生证明文件中有基因联系的委托父亲，而不认可委托母亲，不论是否有基因联系。如瑞典<sup>2</sup>、加拿大（魁北克）<sup>3</sup>。

第二种是接受国法院承认外国法院认定亲子关系的判决。如以色列、西班牙等<sup>4</sup>。这些国家认为外国法院的判决比国外的出生证更具权威性，对确定亲子关系是终局的。2013 年德国 Friedberg 家庭法院承认了乌克兰法院确认德国委托父母为法定父母的判决<sup>5</sup>。

## 2. 依据法院地的实体法或冲突法来认定

一些国家根据法院地实体法，重新认定跨国代孕亲子关系。有些国家基于跨国代孕中涉外因素，依法法院地的冲突法确定亲子关系的准据法，如澳大利亚（维多利亚等州）、哥伦比亚等国。这些国家的冲突法中的连结点，通常是代孕儿出生时的国籍，还有父母的国籍、父母或孩子的惯常居住地、住所等。

除上述二种司法实践外，还有以下一些替代或变通的方法：如实践中(1)许多国家允许委托父母收养代孕儿。如德国著名的 Jan Balaz 案<sup>6</sup>，德国不认可 Balaz 夫妇为代孕儿的亲子关系，拒绝他们带这对双胞胎入境德国。但最后是通过收养这对双胞胎取得德国颁发了一次性签证。加拿大、荷兰、澳大利亚（部分州）等国，也采用过类似做法。(2) 颁发临时通行文件。如印度。由于法无明文规定，印度不赋予代孕儿印度国籍，通过向代孕儿颁发临时通行文件，以便其可以离开印度前往接受国。(3) 给予旅行签证或居住许可证。包括短期或一次性签证。为跨国代孕儿可以进入接受国，新西兰、荷兰和英国颁发过旅行签证。<sup>7</sup>挪威也为一名单身妇女在印度代孕获得的双胞胎颁发居住许可证，以便他们与该女子在挪威共同生活。因为根据印度和挪威法律均不赋予这对双胞胎国

1 Katarina Trimmings, Paul Beaumont, *International Surrogacy Arrangements - Legal Regulation at the International Level*, United Kingdom:Hart Publishing Ltd, 2013, pp122-127.

2 Kees Jan Saarloos, *European Private International Law - Thoughts on a European Instrument Implementing the Principle of Mutual Recognition in Legal Parentage*, Maastricht:OcéBusiness Services, 2010, p.17.

3 See HCCH, *The Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note*. Preliminary Document No. 3A, 2015[EB/OL] (2015-01-01) [2016-07-01]. <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>.

4 See Katarina Trimmings&Paul Beaumont:*International Surrogacy Arrangements - Legal Regulation at the International Level*, United Kingdom: Hart Publishing Ltd, 2013, p.527.

以及 Velina Todorova: *Recognition of Parental Responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS? Need for EU action ?* European Parliament, Brussels[EB/OL] ( ) [].<http://www.europarl.europa.eu/studies>.

5 详见 HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising From International Surrogacy Arrangements*, Preliminary Document No. 3 C, 2014. 案情：一对德国已婚夫妇以自己的精子和卵子，通过一名乌克兰妇女代孕，孩子出生后，乌克兰做出裁决，确定该德国意向夫妇为代孕儿的法定父母，这对德国夫妇随后向德国 Friedberg 家庭法院提出申请，请求确认该裁决。法院首先援引《欧洲人权公约》第 8 条，认为拒绝认可该乌克兰裁决，会损害孩子的幸福，因为意向母亲同时也是孩子的基因母亲，并提出不应违背代母意愿，迫使其成为孩子的法定母亲。而对于法定父亲，法院认为若代母未婚或代母丈夫否认自己的父权，那么确定意向父亲为法定父亲的裁决，就不违反德国公共秩序。德国法院在认可乌克兰的裁决中，提出了许多论点，但是都建立在该案具体要件（如基因联系）的基础之上，因此在不具备这些要件的其他跨国代孕案中，德国法院是否仍然会认可关于法定父母的国外裁决还不清楚。

6 案件详情见 Charles P. Kindregan & Danielle White, *International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements*, *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, Vol. 36(3).

7 Katarina Trimmings, Paul Beaumont, *International Surrogacy Arrangements - Legal Regulation at the International Level*, United Kingdom:Hart Publishing Ltd, 2013, pp508-509.

籍。<sup>1</sup>

这些其他方式不能从根本上解决跨国代孕中的亲子关系问题。

## （二）国内判例的最新发展

在跨国代孕的案件已经发生了很多起，截至 2015 年以来，其中三个国内法院判决最值得关注：

第一个案件是：2015 年 5 月 21 日，一对住在瑞士圣加伦的男同性恋伴侣，通过跨国代孕而得到孩子，瑞士联邦法院拒绝给他们作为法定父亲提供民事出生登记。孩子是在美国加州代孕，其中一个意向父亲提供了精子，卵子是通过匿名捐赠的。基于代孕协议，孩子出生之前获得了加州法院的判决，意向父亲作为法定父母登记在孩子的美国出生证明中。瑞士联邦法院对加州成立的法定父母子女不予承认。因为在瑞士只有基因上的意向父亲和代孕者才能登记为孩子的父母。<sup>2</sup>

第二个案件是：2015 年 9 月 14 日，瑞士联邦法院判决，不承认一对居住在瑞士阿尔高的夫妇，他们作为在 2012 年美国代孕出生的一对的双胞胎的亲子关系。这对夫妇持有美国加州签发注明他们作为父亲和母亲的孩子的出生证明。阿尔高当局和瑞士联邦法院均不承认他们父母的地位，也不承认他们与双胞胎有基因上的联系。主要原因是他们作为委托父母没有在瑞士连续居住，同时跟美国也没有任何官方的联系。<sup>3</sup>

第三个案件是：法国上诉法院在 *Mennesson and Labassée* 两个案件中，对通过意向（基因）父亲在俄罗斯代孕的孩子获得的外国出生证明，认为可以转化认可其效力。<sup>4</sup>

上述三个案件可以看到，瑞士尽管承认基因的意向父亲和代孕母亲是法定父母，但是不承认同性伴侣的另一方为与代孕儿有法定父母关系。同时瑞士联邦法院留下了一个可能承认口子，即不能推测在国外基于代孕协议而建立的亲子关系违反瑞士的公共政策。如果该推测是正确的，意味着瑞士法院和政府可能在不确定的情况下，会承认外国取得的亲子关系或者出生证明。法国法院这两个案件只是适用于代孕母亲作为出生证明上的母亲的情形。对于如果委托父母在外国出生证明上记载为法定父母的情形，法国法院的态度并不清楚。

## 四、跨国代孕亲子关系认定的困境及解决路径

如上所述，不同国家对代孕的亲子关系的建立和争议解决途径不同，相关法律框架分散，导致和法律适用的混乱和不确定。多数国家亲子关系的建立仍采用以传统生育为基础的法律制度，不能适应代孕这种新型生育方式。国外出生文件的认可和国外法院判决的承认，用国内法进行调整，仍然受各国认可条件和认可程序不同等问题限制、管辖权的认定问题，也可能遇到公共秩序保留的问题，自动认可出生国建立的亲子关系仅为少数国家。

### （一）困境

#### 1. 依据法院地的实体法或冲突法来认定亲子关系，易产生法律冲突

1 Katarina Trimmings&Paul Beaumont, *International Surrogacy Arrangements - Legal Regulation at the International Level*, United Kingdom:Hart Publishing Ltd, 2013, p510.

2 瑞士禁止代孕和使用其他辅助生殖技术，结婚的同性伴侣的另一方收养最近也被限制。

3 ATF 17.9.2015, A\_443/2014 (d).

4 Arrêt No 620 du 3 juillet 2015 (15-50.002), Cour de cassation, Assemblée plénière.

面对跨国代孕的兴起，在既无国际条约也无有效的国际合作途径的情况下，目前有关跨国代孕亲子关系的认定均由各国国内法来调整。然而，一方面各国对代孕的态度和法律规定各不相同（有禁止代孕、允许非商业代孕、允许代孕和法律没有规定四种情形），另一方面对亲子关系认定的法律依据也有不同（基因说、分娩说、契约说和子女最大利益说），因而有关国家的司法实践必然会出现巨大差异，导致跨国代孕下会产生亲子关系的法律冲突，使得代孕儿陷入困境：接受国认定的亲子关系中的父亲和母亲与出生国的不同，或者接受国禁止代孕，既不承认出生地国认定的亲子关系，也不赋予接受国委托父母的任何一方为法定父亲或母亲，即代孕儿在接受国处于无父或无母或无父无母的状态，使得代孕儿处于十分不利的境地。此外，由于亲子关系的法律冲突，在国籍问题上，出生地国和接受国均采用血统原则时，可能会导致代孕儿处于无国籍的状态。

以本国冲突法确定亲子关系的准据法，存在两个问题：第一是有关连结点。该方法存在逻辑上悖论。通常这类身份性质的法律关系适用属人法，属人法中的国籍国和住所地是主要的连结点，其中就包括父母国籍国、惯常居住地或住所地。先要确定代孕儿的父母，才能适用该连结点，从而确定亲子关系。所以该方法会出现逻辑上的错误。第二，依据法院地国冲突规范确定的准据法，与出生地国确定的法定父母可能会出现不同的结果，同样也会使代孕儿处于法律困境。

## 2. 临时性措施或其他替代方法无法根本解决该法律冲突

从有关国家的司法实践来看，临时性措施也不能从根本上解决亲子关系的确认问题。适用接受国的法律或采用其他如收养等其他替代方式的做法，也是产生法律冲突的主要原因。委托父母选择跨国代孕的最主要的原因之一，就是本国代孕禁止或限制代孕，依接受国的实体法或冲突法来确定代孕儿的亲子关系，有的情况下出生地国认定的亲子关系，接受国法律与之规定不同而不承认该亲子关系。即便接受国接受或部分接受代孕，然而各国关于确定代孕亲子关系的依据不同，可能代孕儿在出生地国与接受国认定的法定父母不同。两国确定的法定父母互相冲突，代孕儿在现实中会出现实际上没有法定父母的情况。所以这些临时性措施具有较强的不确定性和主观性，既不能解决代孕儿的法定父母问题，适用范围也存在局限，不具有解决问题的普遍效力。

## （二）解决路径

由于跨国代孕的国际性和复杂性，决定了必须在国际法层面对其进行规范。

### 1. 制定统一冲突法来调整

尽管统一实体法在解决法律冲突方面有着可预见和明确性的优势，可从根本上解决法律冲突，但是由于代孕以及亲子关系确定方面，各国立法态度和实践中的做法差距很大，短期内很难达成一致意见，制定统一实体目前来看比较困难，所以解决上述法律冲突，更为有效和可行的方法，是制定统一冲突法。一个具有约束力的多边冲突法条约对承认外国法院对亲子关系的判决是具有可行性的。而且由于统一冲突法，根据冲突规范的指引，确定亲子关系的所指向的实体法也是一致的，从而避免在出生地国与接受国之间产生法律冲突。或者对国外亲子关系文件的认可规则进行统一规定，把具体的认可条件交由各国国内法自行决定等。

2001 年海牙国际私法会议（HCCH）开始关注跨国代孕问题，并且以确定亲子关系为主要内容的制定公约工作。截止 2017 年 HCCH 已经公布了 5 份以跨国代孕亲子关系问题为核心内容研究调查报告，2019 年开始《承认关于亲子关系的外国判决的公约》和《承认因代孕产生的亲子关系的外国判决的议定书》项目的讨论。随着跨国代孕研究的深入展开，得到了法国、瑞士、英国和澳大利亚等国家司法界和学术界的关注和支持。HCCH 的目标是以《海牙收养管辖权、法律适用和判决承认公约》为参照，制定跨国代孕的国际公约以解决跨国代孕的困境，保护跨国代孕中的各方利益，尤其是解决亲子关系的确定问题。

## 2. 以儿童最大利益为原则

这个多边条约应该明确以儿童最大利益原则为法院认定的依据，制定选择适用的冲突规范，连结点可以考虑当事人的惯常居所、出生地、国籍国等。儿童最大利益原则，在联合国《儿童权利公约》中规定，成为各国亲子法普遍恪守的最高立法准则被认为是世界各国处理关于儿童的事务所必须遵守的原则。该原则在各国确定跨国代孕亲子关系的实践中，已经被频繁运用，尤其因国内法律规定空白导致无法可依时，成为法院或行政部门遵守的首要处理原则。通过制定统一冲突法，确定决定跨国代孕亲子关系所适用的法律、亲子关系的确定及代孕儿的国籍等问题。

## 3. 管辖权的确定以及建立国家间的合作制度

管辖权是承认外国法院判决的前提，在审查管辖权时，要考虑一些连结因素。确定管辖权涉及到一些连结点，作为确定管辖权的连结点，可以考虑出生地国、代孕母亲的习惯居所地、孩子的国籍国或者习惯居所地，也可以是委托父母的一方或双方的国籍国或习惯居所地。这些连结点上如果是动态的，应该限定时间，最好在司法程序开始之前。建议公约中设立中央机关制度，以保证各国之间的合作机制。中央机关可以通过中央机关之间直接合作。

## 4. 关于公共秩序保留的问题

法院以公共秩序为由，拒绝承认出生地国获得的亲子关系的判决或有关公文。公共秩序保留制度是用冲突法确定跨国代孕亲子关系的障碍。随着国际上对公共秩序使用的趋势淡化，许多国家在跨国代孕亲子关系发生争议时，虽然认为违反公共秩序，但最终确认了委托父母与代孕儿的亲子关系，希望不损害国家法律与儿童利益得到保障之间寻找最佳平衡点。所以应限制公共秩序的使用，只有在“明显违反公共政策”才适用公共秩序保留制度，同时要与儿童最大利益挂钩。

# 五、我国的有关立法实践及思考

据 HCCH 调查，中国是跨国代孕委托父母的主要来源国之一。泰国（新法已使得中国夫妇无法再在泰国代孕）、美国是我国委托父母的首选代孕之地。2019 年我国开始有专家学者参加 HCCH 关于亲子/代孕公约项目第六次专家会议。

## （一）有关代孕的法律规定

目前我国还没有制定专门规定代孕方面的规范，仅在 2001 年 8 月 1 日施行了卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》中规定：“任何医疗机构及医务人员不得实施任何形式的代孕”。同时配套施行了《人类精子库管理办法》。2015 年

《人类辅助生殖技术配置规划指导原则》2016 年 1 月 1 日实施的中国新的《人口与计划生育法》草案中“禁止买卖精子、卵子、受精卵和胚胎；禁止以任何形式实施代孕”引起社会争议，最后删除了这一拟新增的规定。这部法律当中没有涉及关于代孕的相关条款，也就意味着仍继续按照 2001 年实施的《人类辅助生殖技术管理办法》和精子库行政许可方面的规定执行，所以我国当前的法律规定仅禁止医疗机构及医务人员实施代孕手术，而并没有规定禁止个人实施代孕。我国地下代孕黑市兴盛<sup>1</sup>，政府对代孕的禁止态度和严打措施，使得人们选择跨国代孕来实现拥有孩子的愿望。

## （二）有关代孕司法实践

1. 对于代孕协议的效力，我国司法实践存在分歧：目前我国法院主流观点认为代孕协议无效。2010 年广东省佛山市顺德区人民法院对一起抚养权纠纷案件的判决书中认定代孕协议违法。

2012 年福建省厦门市思明区人民法院审理的一起代孕生子抚养权争议案件中，认为代孕协议违反公序良俗，属于无效协议<sup>2</sup>。相反，2010 年湖南省常德市鼎城区人民法院审理的一起监护权纠纷案中，认定代孕协议有效。<sup>3</sup>

2. 代孕亲子关系的认定，我国司法实践以 DNA 鉴定结果为标准来确定的。上海法院、厦门法院和常德法院处理的代孕案中均用这种方式认定亲子关系。常德市鼎城区法院的这起案件中意向夫妇是外国国籍，代孕儿的出生地国是我国，我国法院认定了委托父亲与代孕儿的亲子关系。委托夫妇携带该代孕儿到他们的国籍国，仍将面临国籍国对其亲子关系要进行重新认定。

3. 根据儿童最大利益原则确定监护权。2016 年 6 月 17 日上海市第一中级人民法院从被监护的儿童利益出发，对三个成人之间的监护权纠纷争议案件作出了最有利孩子成长的判决。该案中，一对非法代孕双胞胎，法院将监护权判给了抚养孩子的母亲<sup>4</sup>。我国作为联合国《儿童权利公约》的起草参与国和缔约国，应在立法和司法中体现这一原则，法院在确定子女监护权归属时，应尽可能最大化地保护子女利益。法院认为本案无论是从双方的监护能力，还是从孩子对生活环境及情感的需求，以及家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑，将监护权判归抚养孩子的母亲，更符合儿童最大利益原则。这是我国法院第一次依据联合国《儿童权利公约》中的儿童最大利益原则处理代孕案件，体现了我国司法实践的进步。但是该案并没有判决抚养孩子的母亲跟这对代孕双胞胎的亲子关系。

## （三）思考

### 1. 加强有关跨国代孕的立法

我国的委托父母进行跨国代孕，要么在国内找好代孕母亲，将其带出境在

1 参见石磊. 代孕妈妈的非常生活[N]. 南都周刊, 2009-04-14[2016-09-02]. 根据广州计生部门统计的数据, 如果按照代孕网提供的 1377 例的平均数来算, 中国代孕妈妈生育的孩子约有 2.5 万个。

2 吴亚东.“代孕合同”有违公序良俗被判无效[N/OL].法制日报, 2012-11-01[2016-09-03].  
<http://news.163.com/12/1101/06/8F74PITC00014AED.html>.

参见郑金雄.“请人代孕”引发抚养权争夺战[N].人民法院报, 2012-12-02 (2016-09-23)

3 任文婧、王蓓、高英明.常德女子代孕引发夺子大战 法院判决代孕协议有效[EB/OL] (2010-08-18) [2016-09-12].

<http://look.people.com.cn/GB/14778/21707/12468135.html>.

4 陈莺诉罗荣耕监护权纠纷一案二审民事判决书(2015)沪一中少民终字第 56 号[EB/OL] (2016-07-12) [2016-09-21].<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=733844c7-af30-441e-af1b-a420688e1612&KeyWord=%E4%BB%A3%E5%AD%95>.

国外接受代孕手术后，再回到国内分娩。要么是我国的委托父母直接到境外寻找代孕母亲代孕并且生子。我国应有针对性地制定相关的法律：委托父母与代孕儿之间关系问题；代孕儿的国籍问题；对外国法院亲子关系的判决和对外国的出生证明是否承认以及如何承认问题；对代孕中涉及抛弃缺陷婴儿、拐卖儿童、代孕母亲遭受健康损害问题。跨国代孕中的亲子关系中，代孕母亲与委托父母发生纠纷，管辖权和法律适用等问题如何确定。这些问题不但涉及实体法，也涉及冲突法和程序法。

## 2. 修改现行的法律

我国《涉外民事关系法律适用法》第 25 条<sup>1</sup>是我国目前对涉外父母子女人身关系规定法律适用的唯一条款，该条中的连结点是经常居所地法律和国籍国法，由于代孕儿的经常居住地与国籍通常不确定，而出生地国是最明确的，所以建议增加子女出生地国作为连结点，而出生地国通常是认可委托父母与代孕儿的亲子关系的，这样对保护弱方当事人有利的法律多一个选择。鉴于收养也是一种替代性解决代孕儿与委托父母亲子关系的方法，在《中华人民共和国收养法》中加入与代孕有关的收养及具体的条件要求，通过收养来建立也代孕儿和委托父母之间的养父母和养子女的亲子关系。

## 3. 积极参与国际条约的制定

中国是 HCCH 的成员国，应积极参与 HCCH 有关跨国代孕的国际条约的制定工作，同时尽快派出代表表明我国对跨国代孕及其亲子关系的态度，以促使国际规范的形成朝更合理的方向发展，以便未来的跨国代孕公约，能够充分有效地解决中国的代孕亲子关系问题。

# 六、结语

由于国际条约的空白以及各国法律宽严不一，在跨国代孕亲子关系的认定上法律冲突频发。传统意义上的代孕儿与父母的身份关系要受到出生地国法和接受国的双重约束，因此容易出现“跛足亲子关系”。对于该问题解决，不同国家存在不同的路径，导致国际法律框架的高度分散，容易导致法律适用的不确定性。因此，应将“儿童最大利益原则”引入法院的实践认定中，并同时制定统一冲突法进行调整，以最大化地介绍双重约束引起的法律冲突，力争能从根本上解决跨国亲子关系认定问题。跨国代孕引发的问题多且复杂，本文仅对在出生地国建立的亲子关系，在接受国的认定问题进行初步探讨，关于涉及的代孕协议问题、国际私法的其他问题如管辖权、准据法和共同的认定标准等方面有待今后进一步研究。

---

<sup>1</sup> 《涉外民事关系法律适用法》第 25 条规定“父母子女人身、财产关系，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中更有利于保护弱者权益的法律。”

# 《国际贸易术语解释通则 2020》修订解读

## ——试从使用者友好化角度分析

叶凌恺<sup>1</sup>

**摘要：**国际贸易术语作为国际贸易中的语言与通则，被全球贸易者广泛使用，国际贸易企业需要重视贸易术语的修订历程，并及时掌握其最新动态。国际商会于 2019 年正式发布《国际贸易术语解释通则 2020》。本文采用文本对比分析的研究方法，结合国际商会官方文件回顾国际贸易术语解释通则历次修改的情况。立足于文本框架可视化更强与实质内容阐释更精准两个方面，以使用者友好化的角度来分析《国际贸易术语解释通则 2020》修订，笔者将尝试提出使用《国际贸易术语解释通则 2020》的注意事项以避免不必要的贸易风险。

**关键词：**国际贸易术语解释通则 2020 贸易术语 使用者友好化

在上世纪第一次世界大战之后，兴起了一批致力于复兴世界经济的工业家、金融商、贸易家，他们借助交通运输工具的重大变革，进一步加快了国际贸易的发展速度。当时，国际贸易过程中由于缺失管理贸易的全球标准体系，一批富有远见的商人认识到这一标准提出的重要性。于是，国际商会经对部分国家长期使用的贸易术语进行研究，于 1936 年提出第一版《国际贸易术语解释通则》(incoterms rules)，旨在避免国际贸易过程中因交易习惯不同而产生的阻碍，之后多次修订以适应新的国际贸易环境。国际商会在 2019 年 9 月对外发布了新修订的《国际贸易术语解释通则 2020》，其将在 2020 年 1 月 1 日正式生效。《国际贸易术语解释通则 2020》在 2010 版本的基础上，调整文本结构框架，并采用图示方式进一步明确买卖双方的责任。由此可见，《国际贸易术语解释通则 2020》针对使用者进一步友好化，更好地帮助使用者理解并合理选择术语以规避不必要的风险与损失。

### 一、国际贸易术语的演变与历史

国际贸易术语作为国际贸易中的语言，极大程度上地为不同法律标准下的买卖双方提供了沟通的便利。上世纪以来，国际商事活动发展迅猛，尤其是每当新的运输方式出现，国际贸易便会上升到新的高度，这都对国际贸易术语提出了新的要求。国际商会自 2016 年 9 月启动新版国际贸易术语的修订，针对新出现的集装箱核实真实总重运输费用、FCA 与 FOB 实务中多有选择错误、FCA 项下对已装船提单需求等问题，向各国家和地区的委员会发放了修订意见。在经过历时三年多的全球讨论，多方博弈与协商，《国际贸易术语解释通则 2020》得以发布。在结合当时世界背景下，回顾国际贸易术语的发展演变历史，将有助于我们更好地了解《国际贸易术语解释通则 2020》。

#### (一) 1923-1936 年国际贸易术语提出

国际贸易术语并非国际商会闭门造车，而是来源于长期商事活动中的交易习惯，这也正是国际贸易术语自提出之后，被越来越多的国家更好接受。国际

<sup>1</sup> 作者：叶凌恺（1996-），硕士研究生，主要研究领域为涉外仲裁、国际贸易。  
E-mail: yelengkai17@qq.com

贸易术语最早可以追溯到 1812 年,当时的国际贸易活动逐渐频繁,商人们开始运用一些术语简化交易的过程。其中最为经典的便是 FOB,这也是世界上第一个贸易术语,并沿用至今。<sup>1</sup>国际商会于 1919 年成立,其成立目的之一便是促进国际贸易。国际商会开始了解商人使用的商业贸易术语,并在 1923 年首次提出商业贸易条款,该条款着重突出了国家间的理解差异,但这项研究仅限于十三个国家的六个常用术语。1928 年,国际商会根据研究中发现的理解差异性,进行了第二次研究,并将研究范围扩大到三十多个国家,进一步提高了贸易术语适用中的准确性。1936 年,国际商会出版了第一版适用于全球范围的《国际贸易术语解释通则》,其中包括 FAS, FOB, C&F, CIF, Ex Ship 和 Ex Quay。这六个术语均只适用于海上运输,其中沿用至今的还有 FAS, FOB, CIF。

## (二) 1953-1980 年国际贸易术语增订

在这个时期中,新的国际运输方式逐渐出现,这对当时只适用于海上运输的国际贸易术语提出了全新的要求。因此,国际贸易术语进行了多次的增订。由于第二次世界大战,《国际贸易术语解释通则》的第一次修订于 1953 年才发布。其推出了三个新的非海运贸易条款,包括 DCP(成本已付交付)、FOR(铁路交货)和 FOT(卡车交货)。1967 年,国际商会发起了对《国际贸易术语解释通则》的第三次修订,这一次的修订修正了前一版的错误,增加了两个贸易术语 DAF(边境交货)和 DDP(目的地交货),以解决边境交货和目的地交货问题。<sup>2</sup>1974 年,国际商会针对航空运输逐渐被广泛应用的情况,在解释通则中加入了 FOB Airport。这一变形术语的出现主要是为了避免与原先的 FOB(船上交货)产生混淆。1980 年,全球集装箱运输量激增,全球航运量来到了一个空前的高度。集装箱货物运输过程中会涉及到大量新的与代理、仓储、陆上运输等的合同文书问题,因此,《国际贸易术语解释通则》需要进行再一次修订。在这个版本中新引入了贸易术语 FRC(货交承运人……指定地),其并不要求由船方实际收到货物,而是将货物运输至岸上接收点,如集装箱堆场等,即视为交货。

## (三) 1990-2020 年国际贸易术语修订

1990 年,国际多式联运的新模式出现,《国际贸易术语解释通则》进行了第五次全面修订。在这次修订过程中,《国际贸易术语解释通则》简化具体运输方式的贸易术语,即 DCP(成本已付交付)、FOR(铁路交货)和 FOT(卡车交货),提出 FCA(货交承运人)以取代。同时,这一次修订中删去了 FOR、FOT and FOB Airport 这三种贸易术语,并增加了电子信息数据的使用。在这一次修订中,《国际贸易术语解释通则》引入了适用任意运输方式的国际贸易术语,这同样将适用于未来可能出现的运输方式。此后,《国际贸易术语解释通则》便将修改重点放在了买卖双方交易过程中的各项义务。

2000 年,《国际贸易术语解释通则》FAS(船边交货)、DEQ(目的港码头交货)贸易术语项下的 A2/B2“许可证、其他许可和手续”进行了修改,以符合大多数海关当局处理记录出口商和进口商问题的方式。2010 年,《国际贸易术语解释通则》合并了 D 组贸易术语,删除了 DAF(边境交货)、DES(目的港船上交货)、DEQ(目的港码头交货)和 DDU(未完税交货),增加了 DAT(终端交货)和

<sup>1</sup>赵静敏:探析新版国际贸易术语解释通则(Incoterms-2020)[J].对外经贸,2020(05):21-24。

<sup>2</sup> ICC 官网: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/>

DAP(目的地交货)。因此贸易术语的数量由十三个删减至十一个。在这次修订过程中,《国际贸易术语解释通则》为针对连锁销售,增加了买卖双方在信息共享方面的义务。

《国际贸易术语解释通则 2020》考虑集装箱费用核算、FCA 术语项下买方的融资需求、实务中 CIF 和 CIP 运输具体货物不同而导致险别适用不合适等问题,进行了全新的修改,修改内容,笔者将在下文展开。

这个阶段的贸易术语逐渐趋于完善。国际商会以十年一期,结合国际经济发展趋势、新的运输方式以及贸易环境变化,对各贸易术语项下的买卖双方责任进一步做出澄清、解释与划分。贸易术语的逐版修改呈现出更容易被使用者理解、更适用于被使用者使用的趋势,笔者认为这是长期《国际贸易术语解释通则》修订中体现的使用者友好化。

## 二、incoterms2020 版本的结构以及实质内容变化

对于笔者而言,《国际贸易术语解释通则 2020》较 2010 版本最直观的改变是篇幅大为增加,而增加的原因在于引言、各贸易术语项下内容更为详尽,另外新增加规则的逐条内容(用于各贸易术语各项义务的横向对比)。如此做的原因也在引言部分的第九节内容中提到,《国际贸易术语解释通则 2020》背后最重要的措施就是聚焦在如何改善呈现方式。基于这一出发点,笔者将从整体文本结构调整与实质内容变化两方面进行解读。

### (一) 整体文本结构调整

#### 1、引言前加入引言的宗旨与结构部分

《国际贸易术语解释通则 2020》以引言的宗旨与结构部分代替了 2010 版本中引言中对于《国际贸易术语解释通则》基于国际贸易环境下的演变历史描述。引言本就是一本书的缩影,将宗旨放在了引言的第一段,这将有助于使用者更快速地理解这一版本的变动与重点所在。在引言部分本是没有做目录的,那么将引言的结构前置,就很好地起到了小目录的作用,方便使用者检索的同时,能帮助使用者理解引言的整体逻辑结构。

#### 2、各贸易术语项下加入大量的图示

在 2010 版本中,各贸易术语项下都会有简易的图示,通过两个不同颜色的房子图形表示买卖双方,用两者间的连线表示贸易运输过程,箭头来表示交货点。这样的图示是过于简单的,首先,交易过程中的费用与风险并不是都以交货点为分割点(这将在下文实质内容部分详细展开),那么单一的线与唯一的箭头,是代表了费用的分割点还是风险的转移点,这是存在歧义的;其次,交货点不清晰,仅有一个箭头,在适用任一或多种的贸易术语中,并不能很好地表现是在运输工具上交货还是装/卸货之后交货,也不能具体表现出交货点与目的点,这两点在贸易术语中都起着重要的作用。可以看出 2010 版本试图通过图示将买卖双方费用风险转移这一过程可视化,在《国际贸易术语解释通则 2020》中,图示的可视化做的要更直观一些。首先,费用划分点与风险的转移点在两条独立的线中展现,帮助使用者认识到各贸易术语中的情况;其次,通过小黑正方形加箭头的形式来表现货物与交货点,通过小黑正方形与贸易术语所适用的运输工具(2020 版本选用了四种图标火车、飞机、卡车、船来表现运输方式,这也是对 2010 版本的增加)的位置,辅之以箭头,使用者可以更直观地看到是运输工具上交货还是装/卸货之后交货,例如 FAS 与 FOB 之间的细微区

别。

### 3、增加了规则的逐条内容

规则的逐条内容这部分是 2010 版本中并没有的，其主要内容为各项义务下的各贸易术语的对应内容，如 A1 为一般义务，所有的贸易术语的 A1 均可以在逐条内容的 A1 下找到。这样的结构变动有利于使用者更好地对比各项下义务的区别，以帮助其理解贸易术语间的区别并选择合适的贸易术语。但是，也有学者提出 1 规则的逐条内容是赘余的观点，这部分内容既在前文中出现，使用者如果为了解具体的某一条款的具体划分，也是更倾向于在特定条款之中，而非所有的一般条款中。对于前述观点，笔者并不能完全认同，尽管只是内容上的排列调整，但这一部分是对贸易术语一次系统的展开，是有利于各公司中合规、清关、报税等人员系统性地进行学习。

## （二）贸易术语实质内容变化

### 1、FCA 国际贸易术语项下的已装船批注提单

FCA 这一贸易术语是适用于任一或多种运输方式，如果 FCA 选择海运时，卖方或买方（很大概率可能是他们的银行，如出于信用证的需要）可能会需要已装船提单来进行融资活动。但是，FCA 术语下的交货在货物装船之前已经完成，无法确定卖方能否从承运人处取得已装船提单。因为，只有在货物实际装船之后，承运人才可能有义务签发已装船提单。<sup>1</sup>基于这种情况的存在，《国际贸易术语解释通则 2020》在 FCA 术语项下 A6/B6 引入新的可选附加选项。买卖双方可以约定买方指示其承运人在货物装船之后向卖方签发已装船提单，然后卖方有义务，一般通过银行向买方提交该提单。这显然是不符合 FCA 术语与装船提单结合，国际商会也在引言中提及了这一点，但这也正是国际贸易术语迎合市场需求，便于使用的体现。

### 2、贸易术语项下条款顺序调整

《国际贸易术语解释通则 2020》中各项义务的排列顺序有所变化，交货与风险前置到 A2/B2，A3/B3 中，这进一步体现了这两者在交易过程中的重要性。这样的顺序调整在 2010 版本中就有所体现，将保险从 A10/B10 前置到 A3/B3，也是为了起到进一步明确双方义务、避免重复交易成本的作用。依笔者拙见，这两者也是各贸易术语区分彼此的重要依据，将其前置是否起到了将贸易术语区分并醒目提醒使用者的作用。费用条款由原先的 A6/B6（2010 版本）调整至 A9/B9，这不仅仅是顺序上的调整，而是将之前分布在各项下与各项相关的费用（2010 版本）一并整合至 A9/B9。调整的目的在于向用户提供一站式费用清单，以便买卖双方在一项下找到某特定术语负责的所有费用。

### 3、CIF 和 CIP 的保险险别调整

2010 的版本中，CIF 与 CIP 的 A3 条款均对卖方提出了强制的保险义务要求，其保险至少需要《协会货物保险条款》条款（C）或类似的最低险别的条款。在《国际贸易术语解释通则 2020》中，保持 CIF 适用险种不变的情况下，将 CIP 适用险种要求变更为《协会货物保险条款》条款（A）。其实这一变动早已在 2000 版本中的引言中就有提及，原因同样在引言中有所论述。在实务中，CIF 适用的通常是大宗海上货物贸易，货物往往是农矿产品，CIP 适用的通常是多式联运下的制成品交易，这两者间货物价值与运输风险综合比较而言，CIP

<sup>1</sup> 孔晓炜：FOB 与 FCA 术语应用问题——以卖方义务与风险规避为视角[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2019,21(S1):119-122。

应该适用更高级别的税种是合理的。这一条款之所以在二十年之后变更，也是因为不乏反对者，起草小组内外有着激烈讨论，多方利益需要进行权衡。这一条款最终仍保留了双方在适用 CIP 术语情况下，自由商定更低级别税种的权利。

#### 4、FCA、DAP、DPU、DDP 中使用买方或卖方自己运输工具安排运输

2010 版本中设定，货物由卖方运往买方的情况下，由卖方或买方以此为目的雇佣第三方承运人运输。随着交通运输的发展，某些情况下，卖方有可能具备以自己的运输工具安排运输的能力，尤其是在陆上运输。同理，买方也完全有可能有通过自己的运输工具取回目的地或目的港的货物，如安排货车取回目的港货物。所以，在《国际贸易术语解释通则 2020》中充分考虑了上述的可能性，允许卖方或买方自己的运输工具安排运输。

#### 5、DAT 术语名称调整为 DPU

2010 版本中，DAT 与 DAP 之间唯一区别在于货物到目的地之后，卖方是否需要卸货来完成交货。其中 DAT 对于运输终端一词定义过于宽泛，并未考虑目的地是否有所遮盖，或换言之，是否能确保卸货。其中前述问题在 2000 版本中的 D 组贸易术语中就有所阐释，不过 2010 版本认为 2000 版本的 D 组贸易术语有所重复，于是将其中四个贸易术语合并成了两个，这也导致了 DAT 运输终端一词表述过于宽泛。因此，在《国际贸易术语解释通则 2020》中将 DAT 修改为 DPU（目的地卸货后交货），并将 DPU 置于 DAP 之后，体现了交货发生在卸载之前的实际情况。其中 DPU 项下着重强调了是任何地点，当然卖方需要确保该地点是能够卸货的地点。

#### 6、运输义务与费用中加入与安全有关的要求

在以往的版本中，与安全相关的要求都在各个术语项下 A2/B2、A10/B10 中简单涉及。随着运输安全问题的逐渐普遍之后，如集装箱强制检查的出现（前文提到的集装箱核重问题，由于过于复杂，并未录入 2020 版本中考虑），这无疑是新增的一笔可观运输费用。因此，与安全相关的义务明确划分被添加到各贸易术语项下 A4 和 A7 中，并且在 A9/B9 中也有突出的展现。

#### 7、用户解释说明替换使用说明

2010 版本中，每个贸易术语开头处均有使用说明，在《国际贸易术语解释通则 2020》中被改为用户解释说明。这些解释说明有助于使用者了解每个术语的基本原则，例如何时适用、风险何时转移及费用在买卖双方之间的划分等。该说明会列举每一个贸易术语在实务中所适用的通常场景，尤其是与相同义务项下有着细微差别的术语进行对比。说明起到了帮助使用者通过比对自身实际情况来准确选择贸易术语的作用。解释说明中的图示增加已经在前文详细展开，故不在此赘述。

### 三、《国际贸易术语解释通则 2020》版本使用注意事项

回顾国际贸易术语的产生与演变，国际商会始终坚持以实务为基础，及时回应新贸易需求为要务。近年来，国际贸易术语将关注重点落在贸易术语中的买卖双方义务划分，并采取了对使用者更为友好的呈现方式。2010 版本首次采用镜像（mirror fashion）对比买卖双方义务。2020 版本引入了同术语项下买卖双方义务的横向对比，即可以在 A1 项同时看到买卖双方的义务。有学者认为，2020 版本改动略显保守，依笔者拙见，这其实是国际贸易术语日趋完善的表现。国际贸易术语的使用过程中仍有若干应注意的事项。

### （一）明确国际贸易术语解释通则性质与适用范围

回顾国际贸易术语近年的版本，每一版的引言总会提及贸易术语并不是销售合同，也不是提供合同适用的法律，而只是用来反映企业间货物买卖合同的实务。老生常谈的背后，其实是国际贸易中仍长期存在的贸易术语使用错误。

《国际贸易术语解释通则 2020》在引言部分通过两节内容分别以列举的形式展示了其规定事项与不规定事项。由此可见，贸易术语仅对贸易过程中容易达成共识部分做出了约定，但对于并未涉及的部分，需要买卖双方在合同中进一步加以约定。同时，贸易术语并不是一个具有法律性质的条款，ICC 国际商会也并不具有强制力，所以，在法律纠纷出现的情况下，仍是以合同为依据，寻求法院的司法救济。

另外，国际贸易术语解释通则现规定的货物交易对象是有形的货物，而非无形的货物（如电子软件等）。

### （二）注意 CIP、CIF 中的保险类别调整

CIP、CIF 在买卖双方不作约定的情况下，CIP 的强制适用的保险类别有所提高。首先，如果适用 2020 版本项下 CIP，卖方的交易成本是有所提高的，这需要卖方给予一定的关注。其次，贸易术语项下具体义务调整，企业人员需要准确理解贸易术语具体变化，银行需要完善开证报文条款，以便操作人及时洞悉贸易术语下的风险点，维护银行与企业利益。<sup>1</sup>因此，这是对各行业的合规人才都提出了新的学习要求。如果适用贸易术语 CIP（在选择 2020 版本的情况）报关，但在没有约定的情况下，买卖双方默认使用了《协会货物保险条款》C 类保险，这将导致卖方漏报运保费。漏报运保费有可能导致信用证、提单或清关单等单证瑕疵，为双方以及双方银行（如有）致招致不必要的风险与损失。

### （三）注意使用贸易术语时订入术语版本

国际商会在官网上明确表示，《国际贸易术语解释通则 2020》发布之后，旧版本并不失效，这意味着 2010 版的贸易术语仍可以在合同中被使用。基于当事人的意思自治原则，当事人可以在明确贸易术语项下义务情况后选择 2010 版本的贸易术语 DAT。<sup>2</sup>当然，选用 DAT 贸易术语（目前，仅出现在 2010 版本中）是一定程度上可以明确适用的国际贸易术语解释通则的版本。选用 2010 版本中其他贸易术语时，买卖双方应在合同中或其他方式明确表示适用的是 2010 版本，否则依据默示原则，这将有可能会被视作 2020 版本的术语，为双方招致交易上的不便。

## 参考文献

- [1]李双青,史丽娟: Incoterms 2020 解析[J].中国外汇,2020(12):50-52。
- [2]赵静敏: 探析新版国际贸易术语解释通则(Incoterms~?2020)[J].对外经贸,2020(05):21-24。
- [3]张丽芳:《国际贸易术语解释通则~2020》主要修订解读[J].对外经

<sup>1</sup> 李双青,史丽娟: Incoterms 2020 解析[J].中国外汇,2020(12):50-52。

<sup>2</sup> ICC 官网: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/>

贸,2020(01):44-46。

[4]杨霄:《国际贸易术语解释通则》新旧版比较[J].中国外汇,2019(21):66-67。

[5]周凌轲、周晨:工厂交货术语在贸易实务中的要点[J].物流工程与管理,2019,41(06):106-108。

[6]孔晓炜:FOB 与 FCA 术语应用问题——以卖方义务与风险规避为视角[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2019,21(S1):119-122。

[7]ICC 官网: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/>

# 我国的商事调解立法：现状与前瞻

尹力<sup>1</sup>

**摘要：**在商事调解的立法上，目前国际上主要采取在仲裁法中规定商事调解的有关问题、制定统一调解法以适用于所有种类的调解以及制定单一的商事调解法等三种立法模式。在对这三种立法模式以及我国有关实践和立法进行综合考量的前提下，我国应以制定单一的商事调解法为宜，并将其适用于国际商事调解和国内商事调解。在立法指导思想上，应将借鉴国际上关于商事调解的立法和整合本土资源结合起来，并充分体现调解所具有的自愿性、灵活性等本质属性。在立法内容上，这部商事调解法应涵盖商事调解的基本原则、适用范围、调解机构、调解程序、和解协议的法律效力等内容。

**关键词：**商事调解 立法 和解协议

2018年12月20日，联合国大会根据第六委员会的报告通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》。2019年8月7日，公约的签署仪式在新加坡成功举行，公约也因此被称为《新加坡公约》。来自67个国家和地区的代表团参加了签署仪式，包括中国、美国等国在内的46个国家签署了公约，之后，白俄罗斯、厄瓜多尔、斐济、卡塔尔、沙特阿拉伯和新加坡等6个国家陆续递交批准文书。《新加坡公约》已于2020年9月12日生效，共有53个国家签署。公约适用于调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议（“和解协议”，和解协议在缔结时具有国际性，经调解后的和解协议的跨境执行由此得到了公约的有力保障。不过，公约明确规定其不适用的和解协议包括经由法院批准或者系在法院相关程序过程中订立的协议、可在该法院所在国作为判决执行的协议以及已记录在案并可作为仲裁裁决执行的协议。由此，公约所涉的商事调解实为独立程序之商事调解，而不涉及所有商事调解中国政府代表团虽然出席了公约的签署仪式并签署了公约，但尚未批准公约，国内商事调解的立法状况对于以何种形式批准公约以及如果批准了公约如何遵守公约，都有着直接的影响。因此，对我国商事调解的立法问题进行研究具有重大的现实意义以及紧迫性。

## 一、我国商事调解立法现状

作为一种纠纷解决方式，调解往往被贴上“东方经验”的标签，中国的调解实践往往又被认为是这种“东方经验”的典型代表。根据主持调解的主体在性质上的不同可以将中国的调解大别为法院调解和法院外调解，后者又可以细分为人民调解、行政调解、商事仲裁或商事调解机构的调解等，调解的类型呈现出丰富多样性。在我国目前倡导多元化纠纷解决模式的背景之下，上述不同类型的调解中涉及的争议都包括了商事<sup>2</sup>争议。对我国商事调解立法现状的呈现离不开对我国整个调解立法概况的梳理。

### （一）调解的立法概况

#### 1. 关于调解的单行法

2010年《中华人民共和国人民调解法》明确其立法宗旨为了完善人民调解

<sup>1</sup> 宁波大学法学院副教授、法学博士。

<sup>2</sup> 包括我国在内的大多数国家对“商事”一词都是尽可能作出广义的解释，以包含产生于所有具有商业性质关系的事项，不论这种关系是否为契约关系。

制度，规范人民调解活动，及时解决民间纠纷，维护社会和谐稳定，故对人民调解进行了解释，即人民调解委员会通过说服、疏导等方法，促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议，解决民间纠纷的活动。这部法律所针对的是民间纠纷，而主持调解的是民间机构。该法第 33 条规定，经人民调解委员会调解达成调解协议后，双方当事人认为有必要的，可以共同向人民法院申请司法确认，经人民法院依法确认有效的调解协议即具有强制执行力。

2007 年《中华人民共和国劳动争议调解与仲裁法》则专门就劳动争议的解决进行了规定，据之，发生劳动争议，当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，除本法另有规定的外，可以向人民法院提起诉讼。

#### 2. 散见于法律、行政法规中有关调解的规定

法院和仲裁机构在解决争议时进行的调解即诉讼程序中的调解、仲裁程序中的调解，虽然与作为独立程序的调解在很多方面例如调解的主持者、调解结果的效力等存在区别，但也属于我国调解的法律渊源之一。例如，《民事诉讼法》第 9 条规定：“人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。”这种规定是将法院调解作为民事诉讼的一项基本原则，只是强调了调解的自愿性。此外，《民事诉讼法》对法院调解的组织 and 程序作了具体规定，并明确调解达成协议，人民法院应当制作调解书，调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

我国《仲裁法》第 51 条也就调解问题作出了规定，肯定了在仲裁程序中的调解，调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。

1999 年《合同法》第 128 条规定：“当事人可以通过和解或者调解解决合同争议。当事人不愿和解、调解或者和解、调解不成的，可以申请仲裁或者起诉。”

1999 年《台湾同胞投资保护法实施细则》第 29 条规定：“台湾同胞投资者与大陆的公司、企业、其他经济组织或者个人之间发生的与投资有关的争议，当事人可以通过协商或者调解解决。”

#### 4. 司法解释中涉及调解的规定

例如，2018 年《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 11 条规定，最高人民法院组建国际商事专家委员会，并选定符合条件的国际商事调解机构、国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台，形成“一站式”国际商事纠纷解决机制。国际商事法庭支持当事人通过调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台，选择其认为适宜的方式解决国际商事纠纷。

纵观如上有关调解的立法情况，是对中国当代调解实践丰富多样性的立法回应，也是中国源远流长的调解传统对当代中国争议解决产生广泛而深远影响的具体体现。

### （二）商事调解立法的特点

就目前中国有关商事调解的立法而言，应该说有值得肯定的方面，同时也存在着很大的问题。一方面，现有立法中对调解的一些基本问题的规定是具有积极意义的。例如，《人民调解法》关于通过司法确认的程序赋予调解协议以执

行力的规定，极大保障了人民调解方式解决商事纠纷的有效性；《民事诉讼法》及《仲裁法》分别对诉讼程序及仲裁程序中调解达成的解决结果的效力作出了规定，即诉讼或仲裁中调解达成的协议必须制作调解书，调解书经双方当事人签收后具有法律效力，说明了立法上对于调解结果的法律效力的重视。上述方面的立法昭示了我国将调解纳入法制轨道的努力已取得了一定的成果，大大提升了调解的法制化程度。

但是，另一方面，我国目前的商事调解立法还很不完备，这可以从形式和内容两方面反映出来。在形式上，既没有一部由国家立法机关制定的综合性的适用于不同种类调解的调解法（例如《中华人民共和国统一调解法》），也没有针对解决商事争议的独立程序之商事调解的专门立法，《人民调解法》规范的人民调解方式虽也可用于商事纠纷的解决，但是其着眼于人民调解方式的特点，例如公益性等，与独立的商事调解方式还是存在很大的不同，体现在调解组织、调解原则与程序、调解协议等诸多方面，因而并不具有针对性。同样，散见于其他法律、行政法规和司法解释中的相关规定也不仅仅只是针对独立程序的商事调解。

综上所述，我国在法律上确认了作为独立程序的商事调解的存在，将其作为和诉讼、仲裁、协商并列的一种争议解决机制，而与诉讼中的调解、仲裁中的调解相区别。此外，在我国既不存在一部规制所有类型调解的统一调解法，也不存在针对商事调解的单一调解法，有关商事调解的规范散见于各类法律中，而呈现出分散、碎片化以及缺乏针对性等显著缺点。

## 二、我国进行系统商事调解立法的必要性

### （一）适应商事纠纷解决的实际需要

虽然诉讼、仲裁、调解、协商等都可以用于商事争议的解决并各有所长，但从发展的态势来看，调解所具有的比较优势是很突出的，已逐渐成为解决商事争议的一种重要手段，世界各国的有关实践便是明证。虽然调解的程序利益决定了不可能为其设置过度的规则，从而使得调解不再成其为调解，但是一定限度的规范却是必要的，它是调解更好地发挥作用的保障。

亦如前述，我国并不存在专门针对商事调解的系统立法，因而对于商事调解中那些最基本的问题，例如，调解人及当事人在调解中的权责问题、保密的有关问题、调解协议以及和解协议的问题等，目前的立法都付之阙如，而仅仅只是在有关立法或司法解释中肯定调解可以作为解决商事争议的一种独立方式。此外，在我国由于独立程序的商事调解<sup>1</sup>的发展要迟缓于人民调解以及诉讼程序中的调解、仲裁程序中的调解等，实际上，中国的调解只能从一些非规范调解的法律中得到一些原则的支持，没有详细具体的法律规定可以遵循。中国的调解目前依靠的主要是调解机构的调解规则，这些规则，并不是法律，严格地说，最多也只是当事人协议采用的法规，其法律效力来自当事人的协议，不是来自立法。<sup>2</sup>这种状况与商事调解的发展所出现的以法律去规制调解活动的法

<sup>1</sup> 国际与国内的商事争议的本质是一致的，在采用调解方式解决该类争议时，相关的规则也是基本一致的，因此，《联合国贸易法委员会国际商事调解示范法》在其第 1 条对其适用范围进行界定时在脚注 1 中就强调：“拟实施本示范法使其适用于国内和国际调解的国家可能希望考虑对本文作下列更改：删掉第 1 条第 1 款中的‘国际’一词；删掉第 1 条第 4、第 5 和第 6 款（即关于国际调解的界定标准的规定——作者注）。”因此，以下在探讨我国商事调解的有关立法问题时就不要再刻意冠之以国际二字。

<sup>2</sup> 唐厚志：《中国的调解》，载《中国对外贸易》，2001 年第 6 期，第 32 页。

制化倾向极不协调，这种在作为一种独立争议解决方式的商事调解上无法可依的现象也与商事调解在我国的实际发展情况极不协调。此外，商事调解的法律规制缺乏，也必然会损害商事调解的程序利益。例如，由于立法的缺失或者不完备，使得商事调解实践中出现了很多问题，例如，在调解实践中，有的个人以“调解”为名，恶意串通一方当事人，损害他方当事人权益；有的既作为调解人，又作为一方当事人的代理人，违背了调解中立性的原则；有的行政机关出面调解商事争议，当事人虽有意见，但碍于行政压力勉强签字同意，事后反悔拒不履行，使调解形同儿戏，失去意义。显然，这些问题如果不通过有关立法使商事调解活动的全过程纳入法制轨道来加以解决，就会使调解丧失其解决争议的信誉和优势。因此，中国调解立法的现状决定了中国商事调解立法的系统建构的必要性，也使得相关的立法建构具有了内在的动力。

## （二）为批准《新加坡公约》准备国内的法律条件

《新加坡公约》的制定和生效，离不开国际上对于商事调解的重视。一些国家还颁布了相关法律，例如，日本、印度等国制定了专门的调解法；英国民事诉讼法“沃夫勋爵改革”对于调解的促进性规定；美国统一州法全国委员会发布的《统一调解法》及其许多州制定的关于调解的法律等。联合国国际贸易法委员会（以下简称 UNCITRAL）早在 2002 年就制定了《国际商事调解示范法》，就商事调解的基本问题进行了规定。联合国在其通过《新加坡公约》的大会决议（2018 年 12 月）中强调，认识到调解作为一种友好解决国际商业关系中产生的争议的方法所具有的价值，通过一部可为法律、社会和经济制度不同的国家接受的关于调解所产生的国际和解协议的公约将补充现行国际调解法律框架，并将有助于发展和谐的国际经济关系。国际商会、世界知识产权组织等机构都非常重视调解的作用，制定了各自的调解规则。

在调解文化源远流长并持续影响至今以及商事调解实践已积累了丰富经验的中国，在已经签署了《新加坡公约》的背景之下，进行系统的商事调解立法获得了一个外部的动力。

综上所述，从内外两方面看，中国商事调解立法的系统建构都是势在必行的，这是中国国际商事调解事业蓬勃发展的重要步骤，也为批准新加坡公约准备法律条件所必需。

## 三、我国商事调解的立法模式

建构我国的商事调解立法，首先需要讨论立法模式的选择问题。

### （一）比较法视野之下的商事调解立法模式

目前世界范围内存在着三种立法模式：

第一，在仲裁法中规定商事调解的有关问题。采这种模式或在仲裁法中列入调解的条款，或以专章的形式规定有关调解的内容。这方面以印度 1996 年的《仲裁与调解法》为典范。该法第三部分专门规定了调解，内容涉及调解的范围、调解程序的开始、调解员的人数、调解员的权责及作用、保密、调解程序的终止、调解员在其他程序里的作用、在其他程序中的证据可采性等有关调解的基本问题。

第二，制定一部统一调解法。采这种模式，是通过一部统一调解法就调解这种争议解决方式的普遍性问题作出规定，一般较原则和简练，这以美国统一

州法全国委员会制定的推荐给各州立法时采用的《统一调解法》为代表。该法行文清楚易于理解，只涵盖必须统一的问题范围及其所认可的调解的适用范围，注重对参与调解程序者提供其合理期待的保密。具体而言，统一调解法共 16 条，在其关于定义一条中，就调解、调解员、当事人、非当事人参加人，以及该法中使用的一些术语如调解信息、调解记录、签名、程序、当事人中所称之“人”的含义等分别作出了规定；该法还明确规定了其不适用于与劳资关系的建立、磋商、管理及终止有关的调解，由法官在其中起主导作用的调解等；该法的 5 个条文涉及到了调解中的保密问题，其规则涉及如下内容：所有调解程序参加人包括调解员、当事人及非当事人的参加人享有拒绝披露调解中的信息的特权以及这种特权的放弃即例外的情况，以及在其他程序中证据采用的情况等等。此外，该法也明确规定，任何人在被指定为调解员之前或之后都有义务向当事人披露可能会影响其公正性的情况，例如与争议的调解结果有金钱关系或个人利益等等。<sup>1</sup>

第三，制定单一的商事调解法。UNCITRAL《国际商事调解示范法》提供了采取这种立法模式的范本。该法共 14 条，界定了调解、国际调解、商事等术语的含义，就国际商事调解的开始、进行及终止的有关问题作了相应规定，在内容上是较完备的。

纵观这三种模式，第一种模式在商事调解立法刚刚起步的阶段固然是值得嘉许的，它传达出对于商事调解在立法上开始予以关注以回应实践的讯息。但是，随着商事调解立法活动的深入开展以及国际上对于商事调解关注程度的提高，这种终究是一种权宜之计的立法模式已不足以迎合实践的需要。接下来顺理成章的就是专门制定商事调解法，不过，这又出现了两种各有优势的模式。就制定一个综合性的调解法而言，它能最大限度地将各种类型的调解置于一种相对统一的规则之下，这有其极大的合理性，因为调解作为一种争议解决的方式，它必然存在着某种质的规定性，例如调解人在调解中必须保持中立、当事人参加调解必须基于自愿等，这是调解无论是以何种形态出现或是用于解决何种争议时都应该具备的。因此，调解立法只要涉及到这些问题，也就把握住了调解的实质，调解实践由于具有了统一的标尺其作用必将得到提升。同时，采用这种模式还能避免关于调解的各种立法之间可能会存在不协调之处的局面。此外，采取这种立法模式，由于只就调解中具有共性的问题进行规定，调解实际运行的法律空间相对较大，调解的灵活性也就获得了法律上的保障，这与调解的特质是相契合的。当然，这种模式的采用是需要一定的社会条件和观念基础的，即调解实践主要是置于当代 ADR 兴起的时代背景之中，社会主体对于调解的理解具有相对一致性，调解的社会实践具有一定的同质性，因而对于调解的统一规制能达成应然性和实然性的统一。只是这种统一调解法无法反映出各种调解在客观上存在的差异性，某种统一的标尺可能会显得僵硬而不一定符合实际。例如，就调解中的信息保密问题而言，为家事调解设置的例外规定与商事调解应该是有所区别的，家事调解中的信息更易在公共秩序的理由之下予以披露，因为在家事领域中很多问题往往会涉及一国的公序良俗。相比较而言，商事调解中这种例外出现的频率会低得多，因为商事是一个公认的私人自治程度很高的领域。

而针对某一种调解制定单一调解法，其优缺点正好与制定一部综合性调解法在相反的意义上一一对应的关系。这种模式最大的好处在于，由于只涉

<sup>1</sup> See NCCUSL, *Uniform Mediation Act*, World Trade and Arbitration Materials, vol.14, No.4, 2002, at 110-161.

及一类调解，规则的针对性很强，也容易体现出某类调解的特性。在具体的法律适用上更清楚明了，便于法律的实施和掌握。例如，商事调解对于当事人意思自治的彰显应该是最大限度的，体现在立法中必然是除了可能设置专门条款以规定当事人意思自治原则之外，其他很多条款还可以加上“除非当事人同意”的限制条件，<sup>1</sup>因而只要当事人达成合意，他们就有权改变有关的法律规则。不过，在一国存在多种类型调解的情况下分门别类地立法也会带来一些问题，例如，由于对调解的共性强调的不够而使调解作为一种争议解决方式的本质特征不易把握，还有就是在对调解一些基本问题上各法之间的规定可能会出现不协调甚至矛盾和冲突的情况。

## （二）我国商事调解立法模式的选择：制定单一的商事调解法

我国当前进行系统的商事调解立法时机较为成熟，既有本土的丰富的实践经验，又有其他国家的立法经验和 UNCITRAL 的示范法可资借鉴，因此应将立法定位在一个较高的层次上，不应当采用在仲裁法中规定商事调解的内容这种作为权宜之计的模式，因为商事仲裁与商事调解毕竟性质不同，仲裁程序中的调解与独立的商事调解程序也有不同，新加坡公约就对仲裁程序中的和解协议进行了排除。但是后两种模式由于各有优劣之处，这就需要将如上对这两种调解立法模式的考量与我国有关实际状况结合起来，以解决我国在调解立法模式上的取舍问题。

有观点主张，应制定出一部统一的、综合性的适用于所有形式调解的，包括人民调解、商事调解、行政调解、劳动调解、仲裁中的调解和诉讼中的调解等等在内的法律。具体而言，可以参照合同法的模式，有总则有分则，前者为一般性规定，主要表达共性的东西，后者将我国现存的各种调解方式都囊括进去，分门别类，加以细化。如果还不能解决问题，可在此基础上制定专门的《实施细则》，还可由最高人民法院发布司法解释。<sup>2</sup>这种模式类似于上述的第二模式，不同的是它还加上了分则的规定。应该说这种主张在我国的现实条件下，理想的成分多于现实的因素，因为我国目前很难说已形成关于调解的共性的得到普遍认同的观点，调解的实践也是千差万别。举调解人在调解中的地位和作用为例来对此加以说明。商事调解强调调解人的作用在于协助当事人达成自己的解决，其处于中立第三者的地位，且其介入以及作用的发挥往往受到当事人的意思自治的限制；而在人民调解中，调解人可以主动介入民间争议，虽然解决结果的达成也需要当事人的同意，但是调解人在调解中是居于主导地位。很显然调解人在人民调解中要比在商事调解中积极主动得多。而事实上我国人民调解也被认为“是一种人民民主自治制度，是人民群众自己解决纠纷的法律制度，是一种司法辅助制度，属于国家司法制度体系的范畴，是一种具有中国特色的司法制度。”<sup>3</sup>由此，总则部分对调解的定义就很难统一，而这恰恰是总则的一个非常重要的内容，它直接关系到总则中其他规则的制定。而如果在调解立法中统一对调解的含义在一般意义上进行了界定，也会与现行有效的法规发生矛盾和冲突，更与调解的实践不相符合。因此，在我国制定一部综合性的调解法或统一调解法还缺乏客观的社会基础，或者说时机还不具备，再加之我国商事调解已渐趋成熟的实践，合理的模式选择就是制定单一调解法，名称

<sup>1</sup> See Pieter Sanders, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, Kluwer Law International, at 80.

<sup>2</sup> 穆子砺：《推动调解立法的重要举措》，See <http://www.china-arbitration.com> (2004/1/8)

<sup>3</sup> 熊先觉：《中国司法制度》，中国法制出版社 1999 年版，第 214 页。

上以《中华人民共和国商事调解法》为宜。

## 四、我国商事调解立法的指导思想及其内容

### （一）商事调解立法的指导思想

在进行我国商事调解的立法时，首先，应树立将借鉴国际上关于商事调解的立法和整合本土资源结合起来的指导思想。UNCITRAL 的示范法提供了一个很好的立法例，它对商事调解的基本问题的规定是合理的，加之 NCITRAL 在商事立法方面的示范作用已为实践所证明，采纳其规定利于保持在商事调解立法上的先进性以及与世界其他国家的同类立法相协调，这对于减少日后在国际商事调解领域的国际合作的障碍是大有裨益的。另一方面，毕竟进行的是中国的商事调解立法，应充分利用本土那些无论是实践还是已有立法中的资源，使它们在未来的商事调解立法中得以体现。而事实上，这个方面的立法内容代表的是中国在商事调解立法领域里对于世界的贡献。其次，立法应凸显调解在商事争议解决上所具有的程序灵活以及当事人自治等特性。在此种思想的指导下，在设计条款时，应尽可能使用诸如“如果当事人另有意思表示”等表达；在保持独立公正的情况下，赋予调解员最大程度的灵活性和斟酌权；立法规定宜粗不宜细，不必对调解设置过多过细的规则，亦即一种最低限度的规则足矣。

### （二）商事调解的立法内容

从商事调解的法律属性、一般规律和操作过程上加以考虑，立法应当就下列几个方面的内容作出规定，即基本原则、适用范围、调解机构、调解程序、和解协议的法律效力等。这里将仅限于探讨立法中应予以规定的主要内容而不涉及具体的条款设计。

#### 1. 商事调解法的基本原则

商事调解是通过第三者介入争议，从中促成争议各方权衡利弊、互谅互让，从而达成共识、化解争议。要确保达到调解的程序目的，应为调解设定一些必不可少的基本原则，它们分别是：第一，当事人意思自治的原则。此原则不仅要以总则的形式表达，例如可以作如是表述：“调解必须遵循当事人自愿的原则。当事人有权决定是否申请或接受调解，有权选择调解组织、调解员和调解方法，有权在调解过程中提出、接受或者表示反对意见。”而且，在一些具体规则中也要对此予以体现，例如，关于法律的适用范围上“双方当事人可自行约定排除适用本法”的规定；类似于“除非当事人另有约定，与调解程序有关的一切信息均应保密。”的规定，等等。第二，合法与合理相结合的原则。商事调解是建立于基本确认争议事实和当事人责任的基础之上，但是又无必要严格依据法律规定来进行，因为当事人对于商事争议解决上的自治权是为法律所认可的。因此，立法应该规定合法与合理相结合的原则，使得调解能够依照法律的规定，按照合同的约定、参照商事习惯以及考虑案件的有关具体情况包括当事人以前的交易习惯来进行，以达成一个合情合理的妥善的解决，这也是为维护商事调解的程序优势所必须。第三，独立公正的原则，即调解必须独立公正地进行。由于调解的进行依赖于中立第三者的作用，他仅是协助或促进当事人达成争议的和解，而不能只站在一方当事人的立场上去维护其利益。因而，此原则实际上是为调解人而设，它要求任何情况下，调解人都应当在进行调解程序时力求保持对各方当事人的公平待遇，并向当事人披露任何可能会影响调解公

正进行的诸如其与调解处理结果存在某种利害关系等情况。总之，上述原则是调解赖以存在的基础，必须予以坚持。

## 2. 商事调解法的适用范围

关于法律的适用范围问题涉及到三个方面的内容：

第一，关于“商事”的含义。对此，现在的通说是泛指由于商业性质的所有各种关系而发生的事项，因而商事争议从其内容上讲，包括投资、贸易、金融、证券、保险、房地产、工程承包、运输、知识产权、技术转让等方面的争议；从法律上讲争议又包括两种情况，即契约性争议和非契约性争议。对于非契约性争议例如侵权争议，如果各方当事人愿意通过调解解决，法律上应当认可。UNCITRAL 调解示范法对于商事的界定就是采取的广义说，所以，我国商事调解法对于“商事”的范围也应该作较宽泛的规定，使其适用于因商业性质的所有关系包括合同与非合同关系所发生的争议。

第二，商事调解法应该既适用于国内商事调解，也适用于国际商事调解，只是对国际商事调解的一些特别问题可以作出专门的规定，类似于中国现行仲裁法的规定。不对国内调解和国际调解分别立法，主要是由于两者都具有相同的性质，存在着大量相同之处，没有必要将其规定在不同的法律中。在法律中对于“国际”的界定可以参考 UNCITRAL 调解示范法的规定，即将实质性连结因素认定标准和争议国际性质认定标准在一定范围相内加以结合，同时，当事人自己还可以约定其调解是否为国际调解。UNCITRAL 调解示范法的这种规定是既考虑到“国际”性质认定上的普遍实践，又兼顾了调解中当事人享有很高程度自治的特点，因而是科学的也是值得借鉴的。

最后，因为法院诉讼程序中与仲裁程序中的调解问题会分别在民事诉讼法和仲裁法中予以规定，也由于这两种调解与独立程序的商事调解在诸如主持调解的主体、调解结果的法律性质等很多方面有着明显的不同，因此，单一商事调解法不宜将这两种调解也作为其适用的对象。前述美国统一州法全国委员会（NCCUSL）制定的《统一调解法》就排除了该法对于法官主导的调解的适用。为此，我国商事调解法在其适用范围中还应该明确规定不适用于法官或仲裁员在司法程序或仲裁程序中试图促成和解的案件。

## 3. 商事调解机构

法律中应对作为独立程序的商事调解的调解机构作出规定，从已有的实践以及其他国家的习惯做法来看，由商会或者由商会组建专门机构作为商事调解机构最为适当。这是由于：调解商事争议是商会的基本职能，由商会出面调解商事争议更为当事人所接受；商会较为熟悉交易习惯、商事惯例，更能切中争议所在，晓以利弊；商会是独立的，一般来说，与各方当事人之间没有直接的利害关系，也没有管理与被管理关系，更能体现平等自愿、独立公正；商会调解商事争议已有多年实践，并积累了一些经验。如中国国际商会调解中心已经形成了全国性的调解网络，调解了大量商事争议，并积累了许多成功的经验，在商事调解实践中具有明显优势。当然，由商会作为调解机构，并不意味着绝对排斥其他中介组织或自然人调解商事争议。由于行政机关具有管理者身份和行政权力，很难体现真正意义上的平等自愿，因此不宜出面调解商事争议。

## 4. 商事调解程序

商事调解立法应对调解的过程中涉及到的一些基本问题作出规定，加以规范，应该注意的仍然是要更好地体现当事人的意愿，不宜作过多限制。这个方

面的规定一般包含的内容有：关于当事人的权利，如申请或不申请、接受或不接受调解的权利，指定调解员的权利，委托代理人的权利，选择调解方法的权利，接受或不接受调解意见的权利等；调解机构及调解员的职责、作用，如独立公正开展调解工作，协助当事人以达成友好解决争议的协议；调解中的保密规则，涉及到调解人在其他程序中的作用，证据在其他程序中的可采性，调解人、当事人等在内的调解参加人的保密义务等内容；对调解文书的制作要求，如调解申请书、当事人达成意见一致的调解协议要求载明的事项等；调解开始、终结的条件等。这些方面的内容可以参照 UNCITRAL 调解示范法并结合中国国际商会现行调解规则的有关规定。

就调解人于其他程序中的作用而言，尤其是在调解人能否在其后与调解的争议有关的仲裁程序中担任仲裁员的问题上，西方一般持否定的看法，认为同一个人既担任调解员又担任仲裁员会违背自然公正的原则，因而在 UNCITRAL 的调解规则及其调解示范法中对此都作了否定性的规定，但是也允许例外，即如果当事人在日后的仲裁程序中约定先前调解程序中的调解员担任仲裁员的，也可以从其约定。以前中国的立法和实践都对仲裁程序中仲裁员可以担任调解员、而在调解失败后又可以恢复仲裁员的身份持肯定的态度，中国国际商会 2000 年调解规则中允许调解员可以在其后的仲裁程序中任仲裁员，只是应以当事人不反对为前提。但是，中国国际商会调解中心在其 2005 年调解规则的第 29 条中则采取了跟示范法完全相同的规定，即除非当事人同意，调解不成功时调解员不得在其后就同一争议进行的仲裁程序中担任仲裁员。在这一问题上，在原则上的反对与赞成都以当事人的意思自治为前提的情况下，无论是采哪种规定方式，其实质都是相同的。

#### 5. 和解协议的法律效力

由于调解必须遵循当事人意思自治的原则，一般而言，当事人对解决争议所达成的和解协议是能够自觉履行的。但是，如果某一方当事人在达成和解协议之后拒不履行，那么和解协议对其有没有法律约束力直接关系到调解作为一种争议解决方式的正当性和生命力问题。如果调解完全没有法律约束力，无异于否认调解的法律属性，实际上也就是否认调解的存在意义，这是难以接受的，也是与法律上确认调解作为一种纠纷解决的方式是相悖的。

对于和解协议的法律效力尤其是其是否具有执行力的问题，我国 2010 年《人民调解法》的规定值得一提。该法规定和解协议即人民调解协议应该具有法律效力且可以通过司法确认的方式予赋予其以执行力，即通过程序的衔接使得和解协议也具有了既判力，这种规定极大提升了人民调解解决纠纷的有效性和权威性。作为解决争议和纠纷的表现形式，人民调解协议与仲裁裁决、法院裁决，以及行政处理决定，除了效力上的差异外，在性质上并无本质区别，都是经过一定程序合成的结果。人民调解协议的效力问题，作为在程序过程中出现的一个问题，最终也依赖程序本身来加以解决。<sup>1</sup>通过司法确认的程序设置，人民调解协议的法律效力获得了保障。对于商事调解协议的法律效力，通过程序的设置来获得保障，也为我国实践所采用。例如，中国国际商会调解中心通过和解协议中的仲裁条款将和解协议转化为仲裁裁决，这对于国际商事调解所达成的和解协议的履行具有积极意义，因为在国际商事调解实践中，和解协议一旦转化为仲裁裁决之后，就可以通过现存的、成熟的国际商事仲裁裁决的承

<sup>1</sup> 江伟、廖永安：《简论人民调解协议的性质与效力》，载《法学杂志》，2003 年第 2 期，第 11 页。

认与执行的制度在国际范围内得以承认和执行，这可以极大地保证调解解决争议的有效性。

和解协议的法律效力尤其是执行力还可以通过在调解法中予以直接规定而获得，它实际上是强调通过立法直接赋予了和解协议以与仲裁裁决一样的既判力和执行力。例如，UNCITRAL《国际商事调解示范法》第14条规定：“当事人订立争议和解协议的，该和解协议具有约束力和可执行性……[颁布国可插入对和解协议执行方法的说明，或提及关于执行方法的规定]。”这一条规定引导各国立法者考虑到和解结果的可执行性问题，并对其作出具体的规定。示范法这一条案文反映了各法律制度之间最小的共同点。制定示范法时，委员会基本赞成关于应当促进和解协议的简易快速执行的一般性政策。不过委员会也意识到，各法律制度之间实现这种快速执行的方法差异巨大，并取决于国内程序法的技术细节，往往难以通过统一立法进行协调。示范法该条关于和解协议的可执行性的案文因此将关于强制执行、对强制执行的抗辩和指定法院（或指定可以向其申请强制执行和解协议的其他当局）等问题留给适用的国内法或拟在颁布示范法的法律中作出的规定来处理。<sup>1</sup>《新加坡公约》直接规定了和解协议的跨境执行。

在国内立法中将和解协议的法律效力直接明确下来的立法例是印度，其有关立法中规定双方当事人签署的和解协议即为终局性协议，对各方当事人及声称从属于当事人者都分别具有拘束力，而且应具有与仲裁裁决相同的地位和效力。<sup>2</sup>这样，作为调解处理结果之和解协议被法律直接赋予了与仲裁裁决同等的法律地位和法律效力，一方当事人不履行和解协议，他方当事人完全可以向法院申请强制执行，如同仲裁裁决的情况。

如果将我国的商事调解立法置于在新加坡公约已经生效且我国已经签署公约的背景之下，则在和解协议获得执行力的上述两种路径和方法的选择中应该毫不犹豫地偏向后者，即直接在立法中规定和解协议具有执行力。

总之，中国商事调解的立法应在充分考察国内外相关立法和实践两个方面的基础上进行，并应将现实性和一定的前瞻性结合起来。可以肯定的是，在我们这个具有深厚的调解文化积淀同时又存在成功的调解实践和丰富的调解经验的国度里，商事调解的立法将会取得成功并进一步促进有关实践的发展。

<sup>1</sup> See <http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/arbitration/ml-conc/ml-conc-c.pdf>.(2018/12/9)

<sup>2</sup> 印度 1996 年《仲裁与调解法》第 73 和 74 条。

# 大数据时代下的个人隐私安全

张国荣（上海舜普信息科技有限公司首席安全官）、郑丽晓（浙江六和律师事务所律师）

**摘要:**互联网对我们的生活所带来的便捷和改变是颠覆性的，从工业革命到互联网进化，乃至发展到今天的全球互联和工业 4.0 时代，从生产力释放和提高到现在的信息的释放和交换乃至当下的数据驱动概念，人类社会对互联网和数据的依存的发展的脉络已经逐步清晰。这是一场由现实世界向数字世界的跨界进化，是人类社会进步的一个发展阶段和新形态，而当前阶段主要的突出矛盾就是数字化时代的个人信息和个人隐私的安全如何进行保障，并从全球各国对个人数据以及隐私数据的立法和监管的步伐来了解目前国内数据隐私保护处于的现状。

**关键词:** 个人信息 个人隐私保护 敏感信息 生物识别信息 数字互联世界 数据安全

## 大数据下的背景

互联网对我们的生活所带来的便捷和改变是颠覆性的，从工业革命到互联网进化乃至发展到今天的工业4.0时代和万物互联时代。从生产力的释放和提高到信息（情报）的释放和交换，以至于当下的数据驱动为主导，人类社会经济的发展对互联网以及数据依存关系的脉络已经逐步清晰。我们生活的方方面面都已经数字化和信息化——身份识别、人脸识别、指纹识别、语音（声纹）识别、掌静脉识别、虹膜识别等。包括个人的信息、历史信息、出行信息、网购信息、支付信息、种种生活的方方面面都已经基本实现数据化，换句话说我们每个自然人的身份、生物特征、生活行为、行动轨迹、个人喜好（癖好）已经被数字化所表述和替代，在不久的将来我们所有的信息都会集中到手机里和嵌入人体的芯片中，同时我们对数字互联的需求也越来越密不可分。

这是一场由现实世界向数字世界的跨界进化，是人类社会进步的一个发展阶段和新形态，而当前阶段主要的突出矛盾就是数字化时代的个人信息和个人隐私的安全如何进行保障。

从斯诺登的棱镜门事件后，我们了解到存在于数字世界后面的窥探者，同时这些窥探者使用的各种技术手段对我们现实社会所造成的影响，数据信息安全的重要性已经达到了国家乃至全世界层面的战略高度（网络信息安全、物理信息安全、存储信息安全等统称数据信息安全），网络空间也已经成为领土、领海、领空和太空之外的第五空间，是国家主权建设的新疆域。

在这个新的疆域中，数据的计算、数据的存储、数据的传输每一个环节都这个第五空间的重要组成部分。

随着中国网民的覆盖率归整，对外经济和生活交流的进一步扩大和深化，随着中国企业走出去和国外的企业走进来，各种数据在全球范围内的流动比以往更加的频繁和重要。从安全层面的意义上来说网络信息数据安全也已经成为第五空间的重要组成部分，但是在我多年的安全工作中发现，很多企业尤其是国内的企业在对第五空间的意识、法律、监管、防护都远远落后于发达国家。这其中受到内在因素如法律条款的缺失，监管的不到位等和外在的原因，如跨国追查难度大，冒用假身份注册数据主体等情况都有。

## 一个智能手环的案例

某健康手环<sup>1</sup>产品，以产品价格低廉，功能丰富很快吸引了一大批90后及00后的青睐。

产品在使用过程中需要使用公司开发的APP软件，APP软件在使用前需要注册，收集个人信息包括，年龄、性别、身高、体重、手机号码这些信息。同时在APP中又集成了在线商城和在线运动课程的功能，用户通过人脸识别绑定来开启这些功能。健康手环在日常的运营中，将个人的日常的信息，如心跳、血压、睡眠时间，血氧含量等信息存储到自己开发的APP中，在联网的时候将这些数据回传到服务器上保存，并通过自己建立的AI模型，对个人的健康状况进行评分。

随着市场营销和各种宣传和APP自带的各种微信朋友圈这样“病毒”式传导和宣传，手环的用户数量和覆盖的年龄层也越来越大。

在随后的运营过程中，手环厂商向第三方机构（如商业保险机构、医疗医药公司）进行有偿的健康信息查询功能。国外一家医疗机构想要获取这些数据用于自己的产品研究，为了规避当地的法律风险，委托有一家国内咨询公司一次性购买了所有数据的后台查询，并将数据依照公司的要求进行了筛选后，进行定点研究。随后该跨国医药公司和保健品公司联合开发出一款减肥瘦身保健品，精准投放给数据库中符合标准的人群，获利丰厚。

## 法律上的缺失和案例引发的思考

以上是我们身处在互联网时代一个最普通不过的事件。在互联网时代，我们在使用各种商家产品和经济活动的时候，都会把主动或者被动的把自己的个人信息、隐私信息、甚至无法修改的生物特征信息等，提交给商家。（大多数情况是被动的，因为大多数情况下不提供数据商家则会拒绝软件或产品的使用）其中包括自己的年龄、身高、性别、兴趣爱好、手机号码、面部特征（照片）、家庭住址、办公住址等等充斥在互联网上。

在这个案例中，在手环的使用过程中普通信息和生物信息以及隐私信息都统统的被手环厂商收集去，而拥有这些数据的厂商却可以毫无制约的进行人物画像、生物分析以及将分析结果进行商业行为交易，这一切的一切都在当事人的不知情情况下发生和进行着。

笔者简单梳理了一下近几年国内公开媒体中可以查询到的，一些收集了个人信息的企业或机构，对收集的个人信息未能妥善保护导致泄露而引发严重后果的案件。

2016年轰动全国因高考个人信息存在一台未设置任何防范的服务器上泄露而导致高考生自杀的徐玉玉案件<sup>2</sup>。

2018年网络流传一张黑客出售华住酒店集团客户数据的截图，其中涉及姓名、身份证号、家庭住址、开房记录等众多敏感信息，大约5亿条，全部信息打包价为8比特币——约38万元人民币，并给出了测试数据华住集团的5亿条个人数据在国外的暗网上进行售卖，近1/3的中国人的身份证信息被售卖<sup>3</sup>。

2016年至2018年苏宁易购泄露个人信息遭到诈骗被集体起诉和苏宁易购的

<sup>1</sup> 引用案例内容没有在公开场合发表过，为避免法律纠纷固隐去了手环品牌

<sup>2</sup> 2016年8月21日因电话诈骗骗走9900元学费的徐玉玉，伤心欲绝导致心脏骤停  
<https://baike.baidu.com/item/%E5%BE%90%E7%8E%89%E7%8E%89/19919942?fr=aladdin>

<sup>3</sup> 2018/8/31 广州日报官方账号发布了一则《四问华住“个人信息事件”》的文章  
<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1610260244247567009&wfr=spider&for=pc>

180万会员信息在暗网上被出售<sup>1</sup>。

2020年3月，中信银行在未经客户本人授权的情况下，向第三方提供个人银行账户交易明细，违背为存款人保密的原则，涉嫌违反《中华人民共和国商业银行法》和银保监会关于个人信息保护的监管规定，严重侵害消费者信息安全权，损害了消费者合法权益。<sup>2</sup>

从以上这几个简单的案例中就可以看出，现阶段国内或者国际上的主要犯罪都是依存于互联网，更突出了谁掌握了数据谁就掌握了未来，而随着手机功能的强大和个人手机的普及，一些互联网企业或个人不惜余力的收集和存储个人数据，这些所掌握的数据量和全面性甚至超过了国家和政府机构。而这些数据的控制者一旦发生的数据泄露等事件，最终却需要个人来进行承担。

目前国内针对哪些机构、组织或者个人是否有权利收集和存储信息，哪些机构可以收集和存储敏感信息（生物信息）没有明确规定、也没有规定收集到数据只可以做何种研究，用于何种用处或者在使用数据进行研究时是否要向类似数据监管部门进行报备或者审批的规定。

正因为国内在这方面法律上的缺失和缺乏监管，一些国内的数据收集和存储的控制者会花重金打造个人数据，收集，使用的霸王或者格式条款来免除企业在使用个人数据后所带来的法律风险。

科技用在好的一面可以帮助提高人类的生活质量，但是如果法律没有约束也会被黑暗的一面进行利用。2018年8月轰动全球的新加坡医疗卫生机构的HIS系统数据泄露事件，直接将新加坡总理李显龙的健康状态、用药剂量及各类生物指标暴露在暗网上，直接关乎到国家安全，同时泄露的还包括约160万新加坡个人的医疗信息，这些信息大多被黑客用\$1-\$5不等的价格出售给需要的人，而购买这些信息的人有谍报机构，有从事非法研究的团体或个人。<sup>3</sup>

据国外安全情报机构统计，在全世界暗网上交易量最大的敏感信息就是中国，其次分别为美国、英国。

对于目前全球禁止的基因编辑技术可以通过暗网上的生物数据迎来更好的发展，而以前这些从事非法研究的个人或团体是无法拿到必要的研究数据。正如多年前中国妇女的乳腺癌信息掌握最全的是国外医药机构，那些医药机构所开发出的药物和疫苗远远超过国内药企。如果国外的药企掌握了这么多中国女性的生物信息，用来研发特殊的生化武器或者基因药物那危害可能是种族灭亡的危机，虽然这有危言耸听的嫌疑，但在大数据和人工智能的技术发展时代，突破了法律的管辖和约束，那将会是比电话诈骗、身份冒用更加危险的洪水猛兽！

## 全球对数据安全的立法

对于现阶段轰轰烈烈的大数据背景下，全球最先立法和颁布的是欧盟，2018年颁布的GDPR（通用数据保护条例）<sup>4</sup>对很多掌握大数据和收集大数据的

<sup>1</sup> 苏宁易购或泄露个人信息 南京法院已受理消费者起诉 <http://mobile.163.com/16/0304/13/BHAKRIRI0011665S.html>

暗网出售 180 万苏宁会员数据：部分为真实信息 苏宁否认泄露 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1636680826301494214&wfr=spider&for=pc>

<sup>2</sup> 2020 年 5 月 10 日 西安市互联网信息办公室发布“中信银行泄露个人信息、银保监会启动立案调查” <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1666243108321293971&wfr=spider&for=pc>

<sup>3</sup> [https://www.sohu.com/a/243150029\\_505926?qq-pf-to=pcqq\\_group](https://www.sohu.com/a/243150029_505926?qq-pf-to=pcqq_group)

<sup>4</sup> GDPR 通用数据保护条例 <https://baike.baidu.com/item/%E9%80%9A%E7%94%A8%E6%95%B0%E6%8D%AE%E4%BF%9D%E6%8A>

公司是一种制约和规范。GDPR颁布的背景源于欧洲历史上的种族清洗的教训和暗网在欧洲进行人口贩卖的各种突破人类道德和法律底线的社会犯罪。

欧盟在多年的法律发展过程中已经非常清楚的认知到数据对人类生活的影响，并在欧盟的宪法中对个人数据的保护。

欧盟宪章的第108条公约<sup>1</sup>中就明确的指出自然人的数据是受到法律保护的。

自然人在其个人数据处理过程中获得保护是其拥有的一项基本权利<sup>2</sup>。

1974 美国THE PRIVACY ACT OF 1974 (后称隐私盾法案)<sup>3</sup>

1995 欧盟95/46/EC<sup>4</sup>

2000 PDPA全称是Personal Data Protection Act，中文名是《阿根廷个人数据保护法》<sup>5</sup>并为此开通了专门的网站受理各类个人数据隐私类问题，并提供国内专线电话<sup>6</sup>。

2016年4月GDPR正式通过条例，替代了原有的 95/46/EC指令<sup>7</sup>，这部全球最严苛的数据保护条例并2018年5月25日正式生效。

## 加紧信息数据管理的立法刻不容缓

在我们看到了全球对个人信息和隐私收集的立法脚步时，我们也必须正视国内在方面的立法速度的滞后性和紧迫性，就像文章开头提到的案例，目前国内还没有哪部法律对这里有明确规范和表述，比如生物信息和敏感信息的收集的法定性，收集到数据使用的监管性等

当然国内近几年的网络安全法不断的在完善，但在个人数据方面的法律迟迟没有出台。希望对于个人的信息、敏感信息（身份、生物、生态）还有相关生活数据等方面的法律应尽快出台。

首先，需要明确，数据的分类哪些是普通信息和哪些是敏感信息，比如哪些属于普通信息，比如姓名、年龄、性别，哪些又是敏感信息，比如生物特征、血型、指纹、面部特征等。

其次，就要对哪些机构有权利收集普通信息，收集到的普通信息应该满足怎样的保护等级。哪些机构有权利收集敏感信息，收集到的敏感信息在使用过程中的监管制度、追溯制度和事件调查制度。

再次，也是非常重要的一点，需要明确定义法定监管机构，监管内容，处理流程，报警受理等。在现阶段中一个公司的网站会由不同的执法机构前来进行监督，监管内容存在重叠。同时如果笔者作为受害者向网警，网监，互联网委员会等等执法机构投诉举报时，却被告知数据泄露、发布个人信息、个人隐

---

[%A4%E6%9D%A1%E4%BE%8B/22616576?fromtitle=GDPR&fromid=22616587&fr=aladdin](#)  
<sup>1</sup> 128th Session of the Committee of Ministers.  
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016808a3c9f>

<sup>2</sup> 2004年6月18日在欧盟的布鲁塞尔会议上通过

<sup>3</sup> 美国在1974年通过《隐私法案》(Privacy Act)  
<https://baike.baidu.com/item/%E9%9A%90%E7%A7%81%E6%B3%95%E6%A1%88/12769328?fr=aladdin>

<sup>4</sup> EU Directive (1995). Directive 95/46/EC on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data.  
<https://www.scirp.org/reference/ReferencesPapers.aspx?ReferenceID=2125867>

<sup>5</sup> 阿根廷个人数据保护法 (PDPA) [http://www.jus.gob.ar/media/3201023/personal\\_data\\_protection\\_act25326.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/3201023/personal_data_protection_act25326.pdf)  
<https://www.argentina.gob.ar/aaip>

<sup>7</sup> REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)(Text with EEA relevance)  
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1598755331480&uri=CELEX:32016R0679>

私公布等违法行为时，不属于他们管辖范围，相比国外的一些反馈机制上来说要相差太多。

例如在GDPR中就明确规定，每个数据收集者必须公布数据保护官（DPO）的联系方式，用于处理个人数据的相关删除、遗忘、数据泄露等问题，同时也公布数据监管机构。当DPO不作为或者推卸责任时就可以直接向监管机构进行举报。同时还具备了处罚力度，具备了一定强制性和震慑力。

再例如，新加坡的网络安全法中就定义了存放个人医疗信息的系统属于关键性基础设施级别（CII）每年由立法保证这些系统的安全预算、安全审查机制、外部审查机制、独立举报机制、以及各类事件的定义和处理、汇报流程等。

## 结语

综上所述，笔者认为目前处于人类数字化世界体系建立的迅猛发展期，针对数据的犯罪是未来长期一段时间内快速增长必然趋势，同时当我们的生活被逐渐的数字化以后，所带来的各种权利和义务随之需要明确，比如传统纸质单据被数字单据所替代后的鉴证、保留等。所以需要尽快对个人数据的收集、存储、使用、修改、遗忘等，都需要尽快立法和完善现有的法律。通过法律来进行约束和保障，这是为了让我们能在人类社会变迁发展过程中重要的安全筑基环节，也是我们法律界人士及从业人员随着时代变迁所需要完成的重要使命。更需要国家层面的领导和统筹更需要法律的保障，让全国人民乃至全人类享受到数字化世界体系带来的便捷和好处。

# 世界格局演变背景下“一带一路”国际争端解决机制的构建

张宏乐（宁波财经学院副教授）

**摘要：**在逆全球化和民粹主义抬头的国际大背景下，世界格局正在经历百年未有之大变局。国际关系的变化对国际法的发展带来重大挑战，联合国体系、世界贸易组织和整个国际治理体系都受到一定的影响。在此背景下，“一带一路”倡议就成为我们践行人类命运共同体理念的重要实践。“一带一路”国际争端解决机制的构建就显得非常必要。在构建完成国内的国际商事法庭的基础上，以亚投行为依托，构建“一带一路”国际贸易和投资争端仲裁解决机制，并逐步以条约的形式确立国际争端解决的法律规则。

**关键词：**世界格局，一带一路，争端解决机制，国际法

## 一、21 世纪以来世界格局的重大变化

当今世界正经历百年未有之大变局，这是习近平主席近年来在多次讲话中一再强调的对当今世界格局的一个重要判断<sup>1</sup>。这也是我们当前研究和学习国际关系和国际法的一个基本出发点。

第二次世界大战彻底打破了依靠欧洲列强之间的力量平衡所建立、并在欧洲主导之下的以国际联盟为代表的旧的国际秩序结构，取而代之的是以美、苏之间力量的相对平衡为基础，以美、苏、英、中、法五大国为主导的新的国际秩序结构。<sup>2</sup>在这个世界秩序中，形成了以《联合国宪章》为基础的国际政治和法律原则。而这个秩序在经济方面则表现为布雷顿森林会议所构建的国际货币基金组织、世界银行和关税与贸易总协定（世界贸易组织）。

然而，当世界进入到 21 世纪的第二个十年，不仅恐怖主义、极端宗教思想暗流涌动，而且国家间的经济竞争、政治博弈也风起云涌。<sup>3</sup>2020 年年初爆发的疫情更是对各种矛盾和冲突推波助澜。世界格局正经历各种方面的重大变化，这些变化主要表现在：

第一，全球化进程受阻，逆全球化趋势日益明显。美国先后退出《跨太平洋伙伴关系协定》、《巴黎协定》、联合国教科文组织、伊核协议、联合国人权理事会、万国邮政联盟、中导条约等国际组织和协议<sup>4</sup>，并在 2018 年对中国众多进口产品可以高额关税，并对中国的外贸方式和经济政策提出诸多怀疑和指责<sup>5</sup>。美国还阻挠 WTO 上诉机构法官遴选，致使以 WTO 为核心的全球贸易治理机制陷入瘫痪境地。

第二，国际格局出现剧烈动荡。美国特朗普政府奉行“美国优先”政策，大搞单边主义和保护主义，令美国与盟国关系发生深刻的变化。在重大国际问题上，美国与盟国裂隙扩大，美国陷入了二战之后前所未有的孤立状况。在这种情况下，世界秩序面临失序，地区冲突频频发生。

<sup>1</sup> 详见《习近平在联合国成立 75 周年纪念峰会上的讲话》，2020 年 9 月 22 日，来源：人民网：<http://jhsjk.people.cn/article/31869865>。

<sup>2</sup> 徐蓝：《试论第二次世界大战后国际秩序的建立与发展》，《世界历史》2003 年第 6 期，44-45 页。

<sup>3</sup> 何志鹏：《世界格局演变逻辑与中国道路选择》，《学术前沿》，2019 年第一期上，第 20 页。

<sup>4</sup> 徐贻聪：《特朗普会让美国“退出地球”？》，《北京日报》，2018 年 6 月 21 日，第 10 版。

<sup>5</sup> 张伟：《中美贸易战的演变历程、经济影响和政策博弈》，《深圳大学学报（人文社会科学版）》，2018 年第 5 期，第 73-82 页。

第三、疫情后国际秩序反而更加失衡。2020 年年初爆发的新冠疫情，使得各国政府和人民都措手不及。然而，在世界需要加强合作以应对疫情的时候，美国在应对本国疫情不利的情况下，还宣布退出世界卫生组织<sup>1</sup>，并对中国政府的抗疫措施横加指责。在经济上，国际货币基金组织在 2020 年 4 月和 6 月发布的《世界经济展望》报告中，都预测世界经济在 2020 年将面临“前所未有的危机和不确定的复苏”。在军事上，美国不断在中国南海地区和台海区域制造紧张局势。2020 年 9 月，亚美尼亚和阿塞拜疆两国硝烟再起。所以，有学者评论说，这个时代注定不会是平和愉悦的“岁月静好”，人们不能再像 19 世纪末的欧洲那样，沉浸于玫瑰色的梦幻之中，世界正展现出一幅冲突迭起、风险四伏的景象，将国际关系推向一个大变革时代<sup>2</sup>。

## 二、国际法在世界格局转变背景下面临重大挑战

国际关系是国际法存在的社会基础。王铁崖先生在《国际法引论》中强调，国际法与国际关系及国际关系史有密切联系，研究国际关系与国际关系史必须有一定的国际法知识为基础，而研究国际法必须以国际关系与国际关系史为背景。<sup>3</sup>当前国际社会出现的一系列变化，势必对国际法的发展提出一定的挑战。

第一，以联合国为中心的国际体系受到挑战。当前，新冠疫情仍在全球多个地区肆虐，保护主义、单边主义和霸凌行径抬头，人类面临诸多共同挑战。美国一系列“退群”的行为，就是企图以单边主义代替多边主义，实质上就是对二战以来美国自己主导下的国际政治秩序的挑战。而这种挑战是对《联合国宪章》及其基本原则的违反，也是国际法制的倒退。同时，国际法的碎片化显现引起中外学者的担忧<sup>4</sup>。

第二，国际贸易规则停滞，WTO 面临边缘化危险。2018 年以来，美国无视世贸组织规则，动用美国国内贸易法的 301 条款对中国大量商品征收高额关税。2019 年又企图通过阻止上诉机构成员的选任，使得世贸组织争端解决机构的上诉机构事实上处于停摆的状态。不仅如此，美国还对欧盟的大量商品也征收高额的关税。在这种情况下，布林顿森林体系所建立的国际经济秩序的三大支柱-国际货币基金组织（IMF）、世界银行集团（WBG）和世界贸易组织（WTO）<sup>5</sup>，已经有一个支柱受到了威胁。《建立世界贸易组织的马拉喀什协议》中国所包含的国际贸易规则就面临着被丢弃的风险。

第三，全球治理机制亟需进行改善。国际社会在当前的国际秩序，现有的全球治理模式面临着坍塌的危险，而新的治理模式还没有建立。在此背景下，中国和其他新兴经济体国家，不是以推翻旧秩序为目标，而是采取和平和渐进的方式，通过补充、修改和变革措施，积极完善现有国际秩序和全球治理机制。这是人类有史以来首次以和平方式，实现新旧秩序转变和治理模式改善。在各国相互高度依赖的情况下，这个进程所遇到阻力之大、困难之多可想而知。

<sup>1</sup> 《特朗普又“退群”：美国正式退出世卫组织》，来源：《凤凰网·每日财经新闻》，2020 年 7 月 8 日。

<sup>2</sup> 何志鹏：《世界格局演变逻辑与中国道路选择》，《学术前沿》，2019 年第一期上，第 20-21 页。

<sup>3</sup> 王铁崖：《国际法引论》，法律出版社，1998 版，第 2 页。

<sup>4</sup> [美] 保罗 B. 斯蒂芬著，陈佳茵、韩秀丽译：《比较国际法、对外关系法与国际法碎片化：国际法能否应对？》，《现代法治研究》，2020 年第 1 期，107-118 页；唐子骥：《国际法碎片化和国际法体系的效力》，《法制与社会》，2017 年第 10 期（下），1-2 页。

<sup>5</sup> 邵津：《国际法》，北京大学出版社，高等教育出版社，2014 年第 5 版，第 340 页。

知，注定将是百年未有之大调整。<sup>1</sup>

### 三、中国构建“一带一路”争端解决机制的必要性分析

2013 年习近平主席提出了共建丝绸之路经济带重大倡议和共建 21 世纪海上丝绸之路重大倡议。中国积极推进共建“一带一路”，正是新时代中国全面深化改革、扩大开放的明证，正是中国致力于加强国际合作、完善全球治理的切实行动。正如习近平主席在推进“一带一路”建设工作 5 周年座谈会上所指出：“共建‘一带一路’顺应了全球治理体系变革的内在要求，彰显了同舟共济、权责共担的命运共同体意识，为完善全球治理体系变革提供了新思路新方案。”<sup>2</sup>

在实施“一带一路”倡议过程中，无论是双边或者多边的投资贸易机制，还是不同国家之间以及亚洲基础设施投资银行的协调机制，都会面临投资者、项目建设者或者当事方之间或者他们与东道国政府之间发生争议的问题。能否通过非政治途径便利、高效的解决投资争端，直接决定了“一带一路”区域发展的持续性和活跃度<sup>3</sup>。目前国际上已经建立的争端解决机制并不少，“一带一路”国际投资争端可以利用的现有机制主要有国际投资争端解决中心的争端解决机制(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)、WTO 争端解决机制(Dispute Settlement Body, DSB) 和国际能源争端解决机制(Energy Charter Treaty, ECT) 等<sup>4</sup>。其他还有一些国际仲裁机构，如设在荷兰海牙的常设仲裁法院、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院、国际商会仲裁院等。然而，这些机构面临着这样或那样的问题。

#### (一) ICSID 争端解决机制问题多多，改革任重道远

解决投资争端国际中心(ICSID)是二战后建立的最重要的国际投资争端解决机制之一，它是为了保护二战后大量由发达国家流向发展中国家的投资，在美国等西方国家主导下，通过 1965 年签订的《华盛顿公约》并依托世界银行成立。从上世纪 90 年起，随着国际投资活动的活跃以及发展中国家对经济主权的主张不断加强，投资者与东道国矛盾加剧，ICSID 受理的投资争端日渐上升，其缺陷与弊端日益显现，ICSID 改革问题提上议程。2017 年，联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)授权第三工作组对此问题进行讨论并征集各国和国际组织建议，ICSID 秘书处也于 2018 年发布了有关文件。我国商务部 2018 年 8 月也在网站上转发了 UNCITRAL 和 ICSID 的征询意见通知。

2019 年 7 月 19 日，中国政府向联合国国际贸易法委员会第三工作组提交了《关于投资人与国家间争端解决制度可能的改革的意见书》<sup>5</sup>。在这份文件中，中国政府就 ICSID 的改革提交了建议，认为 ICSID 机制主要存在以下问题：第一，仲裁裁决缺乏合适的纠错机制，在《华盛顿公约》项下，专设撤销委员会的审查范围局限于特定事项，谈判历史表明，缔约各方不认为撤销委员会是上诉机制；第二，仲裁裁决缺乏稳定性与可预期性。很多仲裁庭作出与以往案件不同的裁决，部分仲裁庭明确表示，协调以往和今后仲裁裁决的一致性不是仲

<sup>1</sup> 吴正龙《解读当今世界“百年未有之大变局”》，《北京日报》2019 年 1 月 6 日。

<sup>2</sup> 《习近平主席提出“一带一路”倡议 5 周年：构建人类命运共同体的伟大实践》，来源《人民日报》，2018 年 10 月 5 日。

<sup>3</sup> 张晓君、陈喆：《“一带一路”区域投资争端解决机制的构建》，《学术论坛》2017 年第 3 期，第 50-56 页。

<sup>4</sup> 张丽娜：《“一带一路”国际投资争端解决机制完善研究》，《法学杂志》2018 年第 8 期，第 32-42 页。

<sup>5</sup> 联合国国际贸易法委员会文件，A/CN.9/WG.III/WP.177，<http://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.177>。

裁庭的职责。投资仲裁机制存在诸多裁决不一致的现象，仲裁结果的不确定性已经严重影响了当事方预期，显然不能满足实现国际投资法治的要求；第三，仲裁员的专业性与独立性受到质疑。当前的投资仲裁领域缺乏针对仲裁员的行为守则，仲裁员指定机关的程序不够透明，仲裁员回避制度不够合理。投资仲裁领域还存在仲裁员与律师身份重叠的情形，可能存在利益冲突；第四，第三方资助影响当事方权利平衡。投资仲裁中的第三方资助是近年来出现的、备受争议的一个现象。该做法产生于商事诉讼活动，可能导致仲裁员与资助方之间存在利益关联，甚至导致利益冲突；第五，期限冗长和成本昂贵，在仲裁成本方面，最新数据显示仲裁当事方的法律服务成本合计平均超过 1,100 万美元，给当事方造成严重负担。

其他国家、政府以及政府间国际组织也向联合国国际贸易法委员会提交了声明和建议，指出 ICSID 机制存在的问题并提交了相应的建议。<sup>1</sup>

国内外学者也对 ICSID 存在的问题进行了论述。Chrisfoph H.schreuer(2001)考察了 ICSID 存在的问题并认为东道国救济程序应该加强，仲裁员的选任应更多地尊重东道国的意见；David A. Gantz 就 ICSID 建立上诉机构的可能性做了论证；蔡从燕（2007）从南北矛盾的视角分析了仲裁员倾向于来自发达国家的投资者这个现象存在的原因，余劲松（2011）则从权益平衡的角度分析了国际投资仲裁中投资者保护与东道国主权尊重之间应该注意的原则；陈辉萍（2011）则从实践的角度研究了国际投资仲裁中心（ICSID）的大量裁决，指出仲裁裁决中存在的问题及其对中国的启示。银红武（2014）孙士娟（2016）详尽分析了 ICSID 公约第 72 条中“书面同意”的释义，李泮桦（2015）研究了东道国当地救规则在 ICSID 仲裁领域的运用；UNCITRAL（2015）在总结了各国学者及政府的意见后，对 ICSID 改革提出五个可能路径。多位学者（梁开银，2009；曾啸，2010；安立平，2011；蒋德翠，2014；李彦奇 2016）从当今世界几个主要的投资争端解决机制，如 ICSID、NAFT 和 WTO 的对比研究来说明国际投资争端解决机制面临的问题，并提出中国的应对之策。

由此可见，ICSID 机制面临诸多问题，但是这些改革措施是否能够取得各成员方的一致同意并最终付诸实施，现在看还遥遥无期。ICSID 机制中存在的问题，或者其中的弊端，大部分是对发展中国家而言的，所以发展中国家改革的呼声最高。而发达国家能够接受这些改革建议，实际上还是要靠各个谈判方实力的对比和利益的妥协。所以，在此背景下，对 ICSID 改革的期望值不能太高。

## （二）国际贸易规则呈现碎片化趋势，世界贸易组织处于事实上的“停摆”状态

二战后，在“布雷顿森林会议”签订的《关税与贸易总协定》，对于稳定和发展国际贸易起到了巨大的作用。1995 年成立的世界贸易组织（WTO）更是让全世界人民看到了经济全球化的曙光。中国加入 WTO 后受益颇多，成为 WTO 规则受益最多的国家之一。除了国际贸易规则，WTO 还尝试制定一个全球适用的统一投资规则体系，并对之前的国际贸易规则进行完善，但是这个谈判后来无果而终。WTO 反而有被碎片化，被双边、多边、区域性的各种协议取代的趋

<sup>1</sup> 详见联合国国际贸易法委员会第三工作组的网页：[https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)。

势。

2018 年 3 月 22 日，特朗普政府宣布“因知识产权侵权问题对中国商品征收 500 亿美元关税，并实施投资限制”。2018 年 4 月 4 日，美国政府发布了加征关税的商品清单，将对我输美的 1333 项 500 亿美元的商品加征 25% 的关税。2018 年 4 月 5 日，美国总统特朗普要求美国贸易代表办公室依据“301 调查”，额外对 1000 亿美元中国进口商品加征关税。美方这一措施违反了世界贸易组织规则，严重侵犯我国合法权益。我国无奈在 2018 年 4 月 4 日，宣布将对原产于美国的大豆等农产品、汽车、化工品、飞机等约 500 亿美元进口商品对等采取加征关税措施。

2019 年 12 月 9 日，现任 WTO 争端解决机构主席、新西兰驻 WTO 大使戴维·沃克提交了一份关于改进上诉机构运作的总理事会决议草案。但美方以“成员对美方关切的理解不统一”为由拒绝通过决议草案，这令阻止上诉机构陷入“停摆”的最后希望落空。自 2017 年美国新政府上任以来，美国以上诉机构存在多项“体制性”问题为由，频频阻挠上诉机构新法官的遴选程序。随着 12 月 9 日的决议草案未能通过，有着国际贸易“最高院”之称的上诉机构自 2019 年 12 月 11 日起将因只剩一名法官而无法受理新案件，遭遇 WTO 成立近 25 年来的首次“停摆”危机。

对此，中国常驻世贸组织代表张向晨说，世贸组织成立 25 年来，争端解决机制发挥了重要作用。专家组和上诉机构就 200 多个争端做出裁决，多数得到顺利解决。作为卓有成效的世贸组织贸易争端解决机制的重要组成部分，上诉机构将暂时停止运转。这毫无疑问是世贸组织成立以来多边贸易体制遭受到的最沉重打击<sup>1</sup>。

#### 四、构建“一带一路”国际争端解决机制的意义与路径

##### （一）“一带一路”是人类命运共同体理念的伟大实践

随着 2012 年党的十八大报告正式提出“倡导人类命运共同体意识”，这一概念不断走进人们的视野。2013 年 3 月，习近平主席在莫斯科国际关系学院的演讲中，第一次在外交场合提到“命运共同体”概念，指出：“这个世界越来越成为你中有我、我中有你的命运共同体，和平、发展、合作、共赢成为时代潮流。”<sup>2</sup>2015 年 9 月，习近平主席在联合国总部发表题为《携手构建合作共赢新伙伴 同心打造人类命运共同体》的讲话，明确指出要“构建以合作共赢为核心的新型国际关系，打造人类命运共同体”。这是“人类命运共同体”这一概念首次在重大国际组织场合中提出并详细阐释其核心思想。

在当前世界格局出现重大变化，逆全球化思维和民粹主义抬头的时代，我党适时提出“人类命运共同体”概念，是对这个时代的最大理论奉献。然而，如何在国际社会践行这一理念，或者如何让国际社会逐步认识、理解和接受这一理念，还有一个过程。在这种情况下，“一带一路”倡议及其倡导的“共商、共建、共享原则”就成为我们向世界各国人民诠释“人类命运共同体”理念的最好出发点。

“一带一路”倡议不仅在经济上获得了诸多国家支持，而且在国际法的运行

<sup>1</sup> 资料来源，新华网《多个世贸组织成员对上诉机构“停摆”表示失望》2019-12-11，[http://www.xinhuanet.com/world/2019-12/11/c\\_1125334094.htm](http://www.xinhuanet.com/world/2019-12/11/c_1125334094.htm)。

<sup>2</sup> 周宗敏《人类命运共同体理念的形成、实践与时代价值》，《学习时报》，2019 年 3 月 29 日。

理念方面也体现了中国特质。具体来说包含主权平等包容互鉴、公平有效和合作共赢四个方面。“一带一路”倡议力图保证参与各方的独立自主，努力促进合作机制的文化多元，渐进塑造公平妥善的区域交易规则，积极营造开放共享的国际经济交往环境，因此是理想的国际区域经济法制框架<sup>1</sup>。因此，“一带一路”国际争端解决机制的构建，就是践行中国倡导的国际法基本原则和国际社会治理模式的最好体现。

## （二）“一带一路”国际争端解决机制构建的路径

### 1、构建国内商事法庭，为“一带一路”商事争端解决机制打下基础

2018年1月23日，中央全面深化改革领导小组会议审议并通过了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》，该《意见》指出，要充分考虑到“一带一路”倡议建设各方参与主体的类型多样化、纠纷复杂化以及各国之间立法、司法和法治文化的不同之处，在将诉讼、仲裁、调解等相关衔接的服务保障机制完善的同时，切实地将双方当事人纠纷解决利落<sup>2</sup>。以中央深改委意见为指引，最高人民法院制定了《设立国际商事法庭若干问题的规定》《国际商事法庭程序规则（试行）》《国际商事专家委员会工作规则（试行）》等司法解释以及《成立国际商事专家委员会的决定》等司法文件，在现行法律体系内，“一带一路”国际商事争端解决机制的架构已基本成型<sup>3</sup>。

在我国最高人民法院内设立的国际商事法庭，为我国解决“一带一路”沿线国家的国际商事争端提供了司法平台，也向“一带一路”沿线的国家和人民展示了我国的大国担当，也为下一步我国设立国际性的国际商事仲裁机构奠定了基础。

### 2、依托亚洲投资开发银行，设立“一带一路”投资贸易仲裁中心

从国际上的经验来看，设立国际性的仲裁机构，一般会通过条约的方式，或者依托某个国际组织设立。ICSID机制就是通过条约的方式设立在世界银行集团的下面。这样有利于工作的开展和日后仲裁裁决的执行。同时，依托某个国际组织也为仲裁机构或争端解决机构的组织运作提供良好的基础。

亚投行的成立为世界金融体系注入了新动力，其以区域内经济发展、互联互通为目标，以带动世界经济增长为宗旨。在亚投行内部设立投资争端解决机制可以为仲裁结果的履行提供保障。如若出现败诉方对仲裁结果置之不理的情况，亚投行可以以其限制贷款、不提供援助等独有的手段进行制约，以保证仲裁结果的权威性<sup>4</sup>。因此，有学者认为依托现有平台创建“一带一路”国际投资争端解决机构属于更优选择，而2015年12月25日正式成立的亚投行无疑是现有平台中的不二之选<sup>5</sup>。

依托亚投行在组织机构上和资金上的优势，可以协调各成员方缔结相关条约，确立争端解决的国际法律制度。在缔结条约的过程中，可以通过具体的法律条文，表达人类命运共同体这一概念的法治内涵，让世界各国和人民看到人

<sup>1</sup> 何志鹏《“一带一路”：中国国际法治观的区域经济映射》，《环球法律评论》，2018年第一期，148-162页。

<sup>2</sup> 张梓良《“一带一路”背景下多元化争端解决机制的法律问题研究》，《湖南科技学院学报》，2019年第12期，第75页。

<sup>3</sup> 杨临萍：《“一带一路”国际商事争端解决机制研究——以最高人民法院国际商事法庭为中心》，《人民司法》，2019年第25期，第34-39页。

<sup>4</sup> 张卫彬、许俊伟：《“一带一路”与投资争端解决机制创新——亚投行的角色与作用》，《南洋问题研究》，2017年第4期，第71-81页。

<sup>5</sup> 鲁洋：《论“一带一路”国际投资争端解决机构的创建》，《国际法研究》，2017年第4期，第83-97页。

类命运共同体这一概念的真正内涵，在逆全球化的浊流中注入一股清泉。

## 美国 232 调查与 WTO 安全例外规则的合规性分析

张蹇\*、钱清\*

**摘要：**中美贸易争端已经持续了较长时间，双方之间的谈判还在艰难进行，美国当地时间 2020 年 1 月 15 日中美达成了第一阶段贸易协定。此次中美贸易争端中，美国对输美商品发起的 232 调查引起世人关注，一方面是因为该单边贸易保护措施尘封已久被重新启用；另一方面该措施引发的国际贸易争端可能有助于澄清 GATT/WTO 国际贸易规则相关条款的确切含义。美方认为，输美的钢铁和铝产品威胁到了其国家安全，可以援引 GATT 第 21 条的安全例外条款采取措施，并且认为国家安全问题不应由 WTO 裁决。中国、欧盟等国家和地区则认为，美国的 232 调查及其采取的措施实则是保障措施，应该受到 WTO 保障措施协议的调整。通过比较分析可以发现美国的 232 调查并不符合 GATT 第 21 条的规定，美方声称的国家安全问题并没有 GATT/WTO 规则的依据。

**关键词：**中美贸易争端；美国 232 调查；WTO 安全例外条款；合规性研究

### Analysis on the legality of U.S. 232 Investigation with the WTO security exception rules

**Abstract:** The trade dispute between China and the United States has lasted for a long time and the hard negotiation is going on. The investigation into the effect of imports of steal and aluminum articles on the national security of the United States under section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as amended (19 U.S.C. 1862)(Hereinafter referred to as the 232 Investigation) has attracted the world's attention. On the one hand, the unilateral trade protection measure has been re-used for a long time dust-laden; on the other hand, the international trade disputes caused by the measures may help to clarify the exact meaning of the relevant provisions of the GATT/WTO international trade rules. The U.S. believes that the steel and aluminum products exported to the United States threaten its national security, so it can invoke the security exception clause of Article 21 of GATT to take measures, and holds that the issue of national security should not be decided by WTO. China, the European Union and other countries and regions believe that the 232 Investigation and the measures taken by the United States are actually safeguard measures, which should be adjusted by the agreement on Safeguard Measures of the WTO. Through comparative analysis, it can be found that the 232 investigation of the United States does not conform to the provisions of Article 21 of the GATT, and the national security issues claimed by the United States has no basis of the GATT/WTO rules.

**Keywords:** Sino-U.S. trade dispute; U.S.232 Investigation; WTO security exception clause; compliance research

---

[基金项目] 2019 年度杭州市社科常规性规划课题 (Z19JC073, 美国“232 条款”法律研究) 阶段性成果

\*张蹇, 男, 汉, 浙江财经大学法学院, 教授, 硕士生导师, 法学博士(后), 研究方向: 国际经济法

\*钱清, 女, 汉, 浙江财经大学法学院, 2017 级国际法专业研究生

2017 年 4 月 19 日和 4 月 27 日, 美国商务部遵照特朗普总统的指令, 依照《1962 年贸易扩展法》第 232 节的规定 (Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962) 对输美钢铁<sup>1</sup>和铝产品<sup>2</sup>开展是否威胁到美国国家安全的调查 (本文简称“232 调查”)。根据商务部的调查结果, 美国总统特朗普于 2018 年 3 月 8 日和 5 月 31 日签署总统声明: 自 2018 年 3 月 23 日开始, 对除加拿大、墨西哥以外的国家和地区向美出口的钢铁产品征收 25% 附加关税<sup>3</sup>; 自 2018 年 3 月 23 日、5 月 1 日和 6 月 1 日起, 分批对不同国家和地区的输美铝产品征收 10% 的附加关税<sup>4</sup>。美国的这种单边贸易保护主义做法一石激起千层浪, 受到了其他国家和地区的一致反对。欧盟认为, 美国的单边贸易保护主义措施无助于解决美国国内的产能过剩问题, 反而会加剧欧美之间的贸易不平衡, 欧盟将采取相应的反制措施, 并强调应在 WTO 机制内解决该问题<sup>5</sup>。中国商务部认为, 美方措施是以国家安全为名, 行贸易保护之实, 中方坚决反对<sup>6</sup>, 并以 2018 年 4 月 5 日在 WTO 向美国提出了磋商要求, 正式启动了 WTO 争端解决程序<sup>7</sup>。

就 232 调查而言, 美国一直认为进口的钢铁和铝产品威胁到了其国家安全, 可以援引 GATT 第 21 条的安全例外条款采取措施, 对于中国向 WTO 提起的诉讼 (DS544 案)<sup>8</sup>, 美国也提出了国家安全问题不能由 WTO 裁决的主张。在这种情况下, 有必要在以往争端解决实践的基础上阐明安全例外条款的确切含义, 并应当解决美国是否可以援引安全例外条款作为 232 调查抗辩的问题。

## 一、WTO 安全例外规则及国际实践

### (一) 安全例外条款的设置

建立世界贸易组织 (WTO) 的目的, 在于建立多边贸易规范, 减少成员方之间关税和非关税贸易壁垒, 为成员方提供稳定和自由的国际贸易环境, 并通过国际贸易和投资, 创造就业机会, 并增进全球经济的成长与发展。WTO 各协定也由最惠国待遇、国民待遇等条款来实施, 确保国际贸易与竞争的公平性。尽管世贸组织旨在消除不必要的贸易壁垒, 并以促进贸易自由化为主要目的, 但为了平衡贸易保护与其他同等重要的社会利益, 世贸组织协定允许成员方在一定条件下实施限制性贸易措施, 以保护其他重要公共利益。

在关贸总协定 (以下简称 GATT 协定) 下的例外条款有二种类型, 其一是

<sup>1</sup> Section 232 Investigation on the Effect of Imports of Steel on U.S. National Security. <https://www.commerce.gov/section-232-investigation-effect-imports-steel-us-national-security>

<sup>2</sup> Section 232 Investigation on the Effect of Imports of Aluminum on U.S. National Security <https://www.commerce.gov/section-232-investigation-effect-imports-aluminum-us-national-security>

<sup>3</sup> Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Steel into the United States <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-steel-united-states/>

<sup>4</sup> Presidential Proclamation Adjusting Imports of Aluminum into the United States <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-aluminum-united-states-4/>

<sup>5</sup> European Commission responds to the US restrictions on steel and aluminium affecting the EU <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1805>

<sup>6</sup> 3 月 9 日, 商务部贸易救济调查局局长王贺军就美决定对进口钢铁和铝产品采取限制措施发表谈话. <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/1/201803/20180302721324.shtml>

<sup>7</sup> 商务部条约法律司负责人就中国在世贸组织起诉美国 232 措施发表谈话. [http://www.gov.cn/xinwen/2018-04/05/content\\_5280205.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2018-04/05/content_5280205.htm)

<sup>8</sup> China initiates WTO dispute complaint against US tariffs on steel, aluminium products. [https://www.wto.org/english/news\\_e/news18\\_e/ds544rfc\\_09apr18\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/ds544rfc_09apr18_e.htm)

第 20 条规定的一般性例外，<sup>1</sup>其二则是第 21 条的安全例外，也是本文分析的重点。其中，建立安全例外条款有两个目的：一方面，允许世贸组织成员在某些情况下采取适当的贸易限制，有效保障成员的国家安全；另一方面，防止成员以维护国家安全的名义进行事实上的贸易保护，从而歪曲安全例外条款的设立初衷。当初在 GATT 的筹委会上，安全例外条款的起草者们曾表达过这一意愿，“安全例外条款的规定是一个需要平衡的问题。我们不能设置得太严格，因为我们不能禁止国家安全真正需要的措施。但是相反，我们不能规定得太宽泛，以使成员可以在国家安全的幌子下采取实现商业目的的措施。”<sup>2</sup>

此外，国家安全是一个具有政治性质的敏感问题，该规定比一般例外条款更为原则和含蓄。根据 GATT 第 20 条的规定，成员方可以基于各种理由对国际贸易施加限制，例如维护公共道德，保护人类、动植物的生命和健康、文物、考古和历史遗迹。第 20 条也是在先前的 WTO 争端中最常被引用的例外条款。WTO 争端解决争端不论在日本酒水案、欧共体荷尔蒙案、巴西翻新轮胎案、美国金枪鱼案以及美国虾案等案件中，均曾对第 20 条规定的适用作出过解释，并积累了许多可供参考的裁定经验。相比之下，尽管美国过去曾对尼加拉瓜和古巴实施贸易制裁，也曾将 GATT 第 21 条之安全例外作为合法理由，瑞典也提倡根据安全例外条款对进口鞋类实施进口关税等贸易限制。但是，由于 GATT 第 21 条缺少像一般性例外条款中的序言性规定，以及“其认为”这样的表达，又给成员方在援引该条款时留有很大的解释空间。因此，世贸组织成员对援引第 21 条持谨慎态度，不愿轻易援引该条款破坏自由贸易与国家主权之间的价值平衡。

## （二）安全例外条款的国际实践

### 1. 关贸总协定时期

在关贸总协定期间，发生了两起涉及关贸总协定第 21 条的争端。第一个是“美国对尼加拉瓜实行贸易限制案”（“尼加拉瓜案”）。<sup>3</sup>1979 年，在尼加拉瓜境内发生政治动乱，导致亲美的索摩查政府被推翻。1985 年 5 月，里根总统发布行政命令，宣布对尼加拉瓜实施全面的贸易禁运：（1）禁止对尼加拉瓜的所有商品和服务进出口贸易；（2）禁止从尼加拉瓜的飞机往返美国进行航空运输；（3）禁止尼加拉瓜的船只停靠在美国港口等，并于 9 日通知 GATT。尼加拉瓜认为，美国的贸易禁运措施严重违反了关贸总协定的义务，采取的经济制裁已对本国构成政治压力，并要求关贸总协定成立一个审查团，以审查美国的行为。美国强烈反对 GATT 成立小组对美国行动进行实质调查，并称美国政府对尼加拉瓜采取的措施符合 GATT 第 21 条 b 款第三项的规定，认为该规定允许缔约方决定采取必要的行动和措施来维护其基本安全利益，并且调查小组无权判

<sup>1</sup> 第 20 条规定：如果下列措施的实施在条件相同的各国间不构成武断的或不合理的差别待遇，或构成对国际贸易的隐蔽限制，缔约方可以采用或加强以下措施：（1）为维护公共道德所必要的措施；（2）为保障人民、动植物的生命或健康所必要的措施；（3）有关输出或输入黄金或白银的措施；（4）为了保证某些与本协定的规定并无抵触的法令或条例的贯彻执行所必要的措施，包括加强海关法令或条例，加强根据协定第 2 条第 4 款和第 17 条而实施的垄断，保护专利权、商标及版权，以及防止欺诈行为所必要的措施；（5）有关罪犯产品的措施；（6）为保护本国具有艺术、历史或考古价值的文物而采取的措施；（7）与保护可用竭的自然资源有关，并与限制国内生产或消费一同实施的措施；（8）为履行国际商品协议的义务而采取的措施；（9）为保证国内加工工业对相关原料的基本需要而采取的限制出口措施；（10）因普遍或局部供应不足，为获得或分配产品采取的必要的措施。

<sup>2</sup> 安佰生：《WTO 安全例外条款分析》，载《国际贸易问题》2013 年第 3 期，第 125-131 页。

<sup>3</sup> United States—Trade Measures Affecting Nicaragua, GATT Document, L/ 6053 (1986)。

参见：<http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/nicembargo.pdf>。download.

断美国援引该规定的适当性和动机。

尽管美国后来同意组成审查小组，但被要求设立的审查小组无权审查美国援引关贸总协定第 21 条的合法性。美国提出这一要求的原因与关贸总协定争端解决机制的特点有关。与世贸组织（WTO）解决机制不同的是，GATT 争端机制的案件受理与审理权限以争端双方的协商一致决定。<sup>1</sup>因此，审查小组只能避开对 GATT 第 21 条的审判，并把它当作一种“非违约诉讼”。尽管最后裁定认可美国贸易禁令对尼加拉瓜的经济造成了重大损失，但审查团授权尼加拉瓜采取贸易报复措施毫无意义，因为两国之间在当时已没有任何贸易往来。

另一个是“欧洲共同体与前南斯拉夫经济制裁案”（“前南斯拉夫案”）。<sup>2</sup>1991 年 11 月，由于前南斯拉夫内发生人道主义危机，欧共体通知关贸总协定，表示它已援引安全例外第 21 条，以取消在维持共同体基本安全利益的基础上给予前南斯拉夫的贸易优惠。包括：根据《南斯拉夫-欧洲共同体双边协定》中止给予南斯拉夫的贸易优惠，和对从南斯拉夫进口的纺织品采取一定限制，以及对前南斯拉夫采取经济制裁。前南斯拉夫要求 GATT 理事会成立评审团，审理欧共体的行为。在评审团审理此案时，前南斯拉夫分裂，欧洲共同体立即质疑前南斯拉夫的申诉资格，并认为前南斯拉夫已无资格申诉。<sup>3</sup>基于此，GATT 理事会同意解散原来的评审团，导致失去一次解释第 21 条安全例外规定的机会。

在关贸总协定时期，发生的这两起案件，被诉方都声称援引 GATT 第 21 条的决定权在己方，争端解决机构无权裁定其适用。<sup>4</sup>尽管被诉方的援引理由没有遭到其他成员的反驳，但是也没有证据能够证明，成员方已对 GATT 第 21 条的适用问题达成了一致。

## 2. 世贸组织时期

自 WTO 成立至 2016 年，有两起涉及援引 GATT 第 21 条的案件。第一起是由美国通过的《赫尔姆斯-伯顿法案》与欧共体之间爆发的一起案件。<sup>5</sup>1996 年，古巴打下了被认为侵入古巴领空的两架美国民用飞机，该行为违反了《芝加哥国际航空协定》不攻击民用飞机的规定，促使美国于 3 月通过《古巴自由民主团结法》，该法案主要包括下列四项：（1）增强对古巴的国际制裁；（2）保护美国人民在古巴的资产；（3）把在美国非法拥有或出售美国人民在古巴资产的外国人驱逐出境。该法案的目的是对古巴施加经济封锁和制裁，并且由于该法案是由参议员杰西·赫尔姆斯和众议员丹·伯顿推动的，因此也被称为《赫尔姆斯-伯顿法案》。因为该法案的第三部分涉及“美国人民可以在古巴不要求赔偿而索取其资产，即古巴政府用于第三国人民使用或经营的资产”这一条款，引起了欧共体的反对。<sup>6</sup>欧共体认为，美国法律违反了美国在关贸总协定中所作的承诺，并要求世贸组织成立一个评审团来审查该法案。<sup>7</sup>美国强调，对古巴的封锁

<sup>1</sup> 相比之下，世贸组织不仅赋予申诉方独立的申诉权，而且还赋予评审团较大的裁量权。DSU 第 7 条第 1 款规定，争议双方即使在申诉文件中没有明确列举，评审团也有权就争议所涉及的条款进行审查。

<sup>2</sup> Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice, updated 6th edition: Prepared by Amelia Porges, Friedl Weiss, and Petros C. Mavroidis. Geneva: World Trade Organization and Bernan Press, 1995. 2 vol., 1152p. ISBN 0-89059-054-0., at p604 .p600 -p 605 .

<sup>3</sup> 1992 年，“南斯拉夫社会主义联邦共和国”改制为“南斯拉夫联邦共和国”。

<sup>4</sup> GATT Analytical Index: Guide To GATT Law And Practice 600 (Updated 6th ed. 1995) ,at 604 ,600 - 605 .

<sup>5</sup> United States -The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act , WT/ DS 38/ 1 (May 13 , 1996) .

参见：<https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/libertad.pdf>.

<sup>6</sup> Pub. L. No. 104 - 114 (1996) ,110 Stat 785. 参见：<https://www.congress.gov/104/plaws/publ114/PLAW-104-publ114.pdf>.

<sup>7</sup> 1996 年 10 月 8 日，欧共体请求 WTO 设立一个关于讨论《古巴自由和民主团结法》合法性的小组。

措施旨在保护美国的国家安全，并涉及国家主权。因此，与欧共体的争端不在 WTO 争端解决机制的管辖范围之内，无权审理美国援引 GATT 第 21 条的合法性问题。<sup>1</sup>虽然有美国的强烈反对，但 WTO 争端机制还是成立了评审团，但就在评审团对该案件进行实质审查时，美国与欧共体之间达成了谅解协议，导致了 WTO 争端机制再次失去了一次审理 GATT 第 21 条的机会。

第二起争端是 2016 年乌克兰提起，WTO 争端解决机制在 2019 年裁定的一个案件，即“俄罗斯-乌克兰过境运输案”<sup>2</sup>（以下简称“俄-乌案”）。这也是世贸组织争端解决实践中对 GATT 第 21 条进行的唯一法律解释。<sup>3</sup>2013 年底，乌克兰发生了严重的政治动乱，导致“亲俄罗斯”政权被“亲欧洲”政权取代。次年，克里米亚地区被俄罗斯吞并的事件，导致了两国之间直接发生对抗和部分军事冲突。俄乌冲突后，俄罗斯立即发布一系列法规，限制和禁止乌克兰产品通过或使用俄罗斯的公路或铁路进入中亚国家。<sup>4</sup>面对俄罗斯对国内产品的过境限制，制，乌克兰声称俄罗斯采取的措施侵犯了 GATT 第 5 条和第 10 条所保障的过境运输权；相对的，俄罗斯援引关贸总协定第 21 条（b）款的第三项规定，认为对乌克兰产品的运输施加限制是合理的，以便在国际紧急情况下维护俄罗斯的国家安全利益。面对俄乌两国之间的冲突，乌克兰于 2016 年正式向 WTO 争端解决机制提诉请求裁决，而争端小组也在 2019 年 4 月 5 日对本案做出裁决。<sup>5</sup>

在俄罗斯与乌克兰贸易争端案之前，不管是 GATT 时期还是 WTO 争端解决实务都没有对 GATT 第 21 条作出过任何实质性法律裁决。除了涉及该条款的案件少这一客观原因外，主要是因为 WTO 成员担心争端解决机制一旦采纳了援引方的观点——裁定 GATT 第 21 条不具有“可审查性”，就可能成为在自由贸易体系中的“阿克琉斯之踵”。在“俄-乌案”中，专家组不仅认为世贸组织争端解决机制有权决定审查 GATT 第 21 条，而且为成员方援引该条款建立了相对清晰和严格的标准。这也对美国 232 调查产生了深远影响，该调查还试图援引安全例外条款并对钢铁和铝征收关税。

## 二、安全例外条款的争议焦点

GATT 协定第 21 条列有(a)-(c)三款正当事由。<sup>6</sup>在(a)款下，世贸组织成员可基于维护安全利益而拒绝披露信息，从而可将成员排除在透明性和告知世贸组织及其他成员的义务之外；在同条(c)款中，鉴于联合国安理会授权的安全理事会，应会议的要求，联合国会员国可以通过实施经济和贸易制裁来维护国际社会的和平与安全。如果成员为了遵守《联合国宪章》规定的义务而违反了关贸

<sup>1</sup> Dispute Settlement Body, Minutes of Meeting Held on Oct. 16, 1996, WT/DSB/M/24 (Nov. 26, 1996).

<sup>2</sup> Russia - Measures Concerning Traffic in Transit(WT/DS512)

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds512\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm)

<sup>3</sup> Report of the panel: Russia - Measures Concerning Traffic in Transit. WT/DS512/R. p. 24. Paras. 7.3-7.4.

<sup>4</sup> Russia- Measures Concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019. Paras. 7.8-7.10.

<sup>5</sup> DS512 Panel Report, at para. 7.20.

<sup>6</sup> GATT 第 21 条全文:

Article XXI: Security exceptions. Nothing in this Agreement shall be construed as (a) requiring any Contracting Party to provide any information it believes to be inconsistent with its underlying security interest, or (b) preventing any Contracting Party from taking any action it deems necessary for the following purposes: Its basic security interests. (i) related to fissile material or materials derived from them; (ii) related to the trafficking of weapons, ammunition and war tools, and the trafficking of other goods and materials directly or indirectly for the supply of military installations; Taken in wartime or other emergencies in international relations; (c) Prevent any Party from taking any action in accordance with its obligations under the Charter of the United Nations to maintain international peace and security.

总协定，则可以通过援引关贸总协定第 21 条来证明其合理性。至于在同条(b)款下，条文更是细分了三种与维护安全有关，可作为正当性实施贸易限制措施的事由。从文义的角度来看，《关贸总协定》第 21 条(a)、(c)款以及(b)款第一及第二项所述的理由，主要是基于维护国家安全或履行国家义务而违反协定所规定的通报或信息披露义务，以及对核和军事物资的运输和贩运的限制，在其适用方面没有引起争议；然而，对于 GATT 协定第 21 条(b)款第三项所列的“战时或国际关系中的其他紧急情况”应如何理解和适用，以及又因“其认为”、“必要的”、“基本安全利益”的文义欠缺明确性，导致各国对此具有不同的看法。国际上普遍认为的争议具有以下几点：

### （一）“其认为”(it considers)是否意味着成员拥有充分的自决权

对于第 21 条(b)款文字中的“其认为”，似乎授权世贸组织成员拥有完全的自决权，以有权决定采取什么措施，并有权评判采取该措施的正当性。当然，这也是触发成员认为审查争端解决机制是否有权，在援引安全例外条款时审查成员采取措施的必要性，还是仅由成员自行认定而不受争端机制审查的主要原因。对世贸组织成员拥有自决权的理解，主要有三种观点：第一种认为，条约赋予成员的自决权是完全的自决权，争端解决机制无权进行审查，美国坚决支持这一观点；第二种观点是，世贸组织成员具有一定的自决权，但其行为必须遵循诚实信用原则，并应由争端解决机制进行审查；第三种是成员可以在国家安全的基础上采取行动，但是争端解决机制有权审查其行动的合法性，这也是对威胁是否存在以及所采取的措施是否实际上保护基本安全利益的审查。

### （二）“必要的”(necessary)判定

针对援引方所采取的行动是否必要一直存有争议，并逐渐形成了两种观点。一种认为，“必要的”具有必然和必不可少的含义，即不可避免地要采取措施以保护国家安全。如果不采取行动，国家安全将遭受重大损害；另一种为“必要的”行动能否有别的行动可替代，如果存有替代方案，则有必要审查替代方案的可行性，例如是否可以在当前水平上实现该技术或成本是否很高，如果无法满足上述条件，就意味着替代措施不可行。

### （三）“战时和其他紧急情况”(war or other emergency)的界定

传统国际法对战争的定义是指国家与国家之间的武装冲突。但是从现代意义上讲，它还包括国家与非政府组织之间，甚至包括非政府与非政府之间发生的武装冲突。此外，在解释所谓的“其他紧急情况”时，则会因解释者采取文义解释或体系解释而产生不同的回答。拥护体系解释的学者认为，由于 GATT 第 21 条 (b) 款的第三项先列明了“战争”这一用语，才在后面用“其他紧急情况”来概括总结除战争以外的其他可能发生的国际紧急情况。因此，在解释“其他紧急情况”的含义时，自然应限于“发生相当于战争的其他造成国际关系动荡的情形”，甚至“即将发生的战争情形”；但是，文义解释者认为，由于“其他紧急情况”的字面含义丰富，它并不限于与战争有关或类似于战争的情形。因此，依据文义解释，自然应该包括具有不可预测性或突发性特征的危机情况，例如自然灾害或金融危机<sup>1</sup>。

<sup>1</sup> 张凯致：《GATT 第 21 条安全例外之适用》，载 [台]WTO 及 RTA 电子报 2019 年第 651 期，第 1-24 页。

#### (四) “基本安全利益”(essential security interest)的界定

世贸组织没有对“基本安全利益”这样的表达,规定统一的标准和定义,使其具有模糊性和抽象性。国家的经济安全是否可以成为基本安全利益,已经成为争议焦点,尤其是在“其认为”这样的背景下,世贸组织成员认为,在自决权的允许下,为了维护国家利益,对“基本安全利益”有不同的理解。尤其是随着全球自由贸易进程的进一步深入,不论是中国还是美国都越来越重视国家的经济利益,并且也都把经济安全列入国家安全范围中。因此,概念的含糊不清导致一些国家经常使用安全例外条款对其他国家实行贸易限制,以维持其国内的工业安全并引发贸易冲突。

### 三、232 调查不符合安全例外条款的法律适用

虽然中美钢铝贸易争端仍在审理中,但 WTO 争端解决机制于 2019 年 4 月对“俄-乌案”的裁定为安全例外条款的法律适用作出了里程碑式的意义。尽管 WTO 不遵行判例法,但是专家组对“俄-乌案”的裁决仍然对目前评判美国 232 调查的抗辩理由起到一定阻却作用。

#### (一) 自决权的规范

关于“其认为”的确定,争端解决小组在“俄-乌案”中首次做出回应。在审查 GATT 第 21 条 (b) 款的适用情况时,争端解决小组首先申明,争端解决机制对本条的适用具有管辖权。其次,争端小组认为,只有在客观真实地发生了“战争或国际关系紧急情况”时,WTO 成员才能“主观地”确定其基本安全利益,并在遵守诚实信用原则的前提下由成员“主观地”确定采取什么措施来维护其基本安全利益。<sup>1</sup>因此,专家组驳回了俄罗斯关于“国家安全问题不受世贸组织争端解决机制管辖”的主张,并且认为对援引安全例外条款采取的措施具有可审查性。而美国在 232 调查中提出的主张与俄罗斯一致,也认为争端解决机制无权审查国家安全问题。可以看出,WTO 争端机制的这一判决直接规定了在安全例外条款下,援引者的自决权是有限的,而不是完全的自决权。

#### (二) 不符合“战时和其他紧急情况”的要求

“战时”是国际公法中的一个概念,它通常是指国家之间的武装冲突或战争状态,试图通过武力相互击败来实现某个目的。当然,并非所有的武装冲突都被称为“战争”,但它们是由诸如冲突的规模、交战各方对冲突的态度以及敌对程度等因素来判断的。“国际关系中的其他紧急情况”则是作为仅次于“战时”的国际关系严重情况。关于这两个术语的解释规定,WTO 争端解决机制也在“俄-乌案”中作出了裁决。关于争端双方是否存在“战时或国际关系中其他紧急情况”的客观标准,争端小组指出,当事方之间至少应存在武装冲突、潜在武装冲突、高度紧张的关系以及国家出现动荡等情况,如果从客观上讲,冲突只是成员方之间由于政治或经济差异造成的摩擦,那么这还不足以构成“国际关系中的其他紧急情况”。<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Russia—Measures Concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019. Paras. 7.8-7.10.

<sup>2</sup> 张凯致:《GATT 第 21 条安全例外之适用》,载 [台]WTO 及 RTA 电子报 2019 年第 651 期,第 1-24 页。

而反观美国在依据 232 调查结果对全球课征钢铝关税时，并没有与钢铝征税国处于上述列明的任何一种情况，甚至在中美贸易战愈演愈烈的情况下，两国的外交关系仍然正常进行着。此外，美国商务部在进行 232 调查时，采用战争场景构建的调查方式，表明美国商务部在评估国家安全时并不局限于目前的风险水平，主要考虑的是进口是否对未来的国家安全构成威胁，比如在未来的战争状态下，国内钢铝行业的生产量是否满足国防需求或者在国际关系紧急情况下，国外的钢铝供应商是否安全可靠。显然，美国发起钢铝 232 调查，并非真正基于当前实际存在的国家安全威胁，可能是设想的，甚至可能是虚构的，不符合争端解决机构对“战争和其他紧急情况”作出的客观标准。

### （三）不符合“基本安全利益”的要求

虽然 WTO 争端解决机制在“俄-乌案”中没有对“基本安全利益”进行明确解释。但是针对这一术语，我们还是能确定一项标准，根据上述 GATT 第 21 条起草者的描述，起草者认为，实际上是出于“经济目的”而伪装在“基本安全利益”之下的措施，没有援引该条款以得到豁免权的可能。可以看出，“基本安全利益”显然比“国家安全利益”要窄，可以粗略地理解为：基本安全利益与国家的典型职能有关，也就是说，保护其领土和人民不受外部威胁并维护内部法律和公共秩序。这一解释或许能够为衡量“纯粹的贸易保护”和实际上的“基本安全利益”提供一个标准。

众所周知，美国 232 调查涉及对全球的钢铁和铝产品，但在对产品属性进行分析时，发现钢铝产品存在军事和民用间的交叉问题。因此，在定义其特定属性时，就必须考虑进口产品的实际使用和实际类型。事实上，从美国进口的大多数钢材和铝产品都是民用的低端产品。<sup>1</sup>在“瑞典鞋”案中，瑞典政府对进口鞋类品采取配额主张，是因为消费者偏好较便宜的进口鞋，将会破坏其国内相关产业，进而影响军事战力。但是，争端解决机构在审查鞋类品的特定用途时认为，鞋类品不应在战争中起到关键作用，因此否决了“民用进口与军事”之间的关系，并得出结论认为民用产品与基本安全利益没有实质性的联系。<sup>2</sup>在公布的钢铝报告中，美国政府虽然强调钢铁、铝产品对美国军事国防的重要性，但却没有对其钢铁、铝产品的用途作出说明和认定。而实际情况也恰巧证明了美国进口的大多是民用低端钢铝产品。因此基于以上分析，我们可以认为美国 232 调查的法律依据不符合“安全例外”条款中关于“基本安全利益”的适用范围。

### （四）不符合善意原则

善意原则是一项基本的法律原则，该原则在国际法和国内法中都得到了广泛的规定和运用。在国际法中，善意原则要求成员方应该采取诚实信用的立场，严守条约约文的规定，不得任意进行曲解。WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》（简称 DSU）<sup>3</sup>中的善意原则要求成员遵守 DSU 的规则和程序，并避免将援引国内法作为执行手段的义务。WTO 专家组和上诉机构在解决成员方之间的贸易争端中也多次运用了善意原则解决有关纠纷<sup>4</sup>。对比分析 WTO 规则善

<sup>1</sup> 谭观福：《论美国 232 措施的 WTO 规则依据》，载《中国物价》2019 年第 9 期，第 54-57 页。

<sup>2</sup> GATT 1947, Sweden—Import Restrictions on Certain Footwear, para. 4, GATT Doc. L/4250 (Nov. 17, 1975).

参见：[https://www.wto.org/gatt\\_docs/English/SULPDF/92170660.pdf](https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92170660.pdf)

<sup>3</sup> WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》（简称 DSU）第三条第三款、第七款和第十款等条文都具体体现了善意原则。

<sup>4</sup> 此类案件很多，比较典型的诸如：United States—Anti-dumping Measures on Certain Hot—Rolled Steel

意原则的内容和运用，有学者指出，美国 232 调查具有明显的单边性和报复特征，强制性的关税征收给有关国家造成了巨大的贸易损失，破坏了全球经济一体化的发展进程。<sup>1</sup>此外，第 232 条是美国的国内法，它的调查标准由美国独立确定，调查主体也是同属于行政体系的部门机构，独立调查的性质完全违背了善意原则的基本要求。此外，在适用该条款时，也应秉承善意原则采取适当的措施。这也可以被理解为出于维护国内工业的长期健康发展，而不是为了保护当事方的安全或维护国际和平与安全而援引 GATT 第 21 条作为贸易限制措施的抗辩理由，不符合善意原则的要求。

#### 四、国际贸易中适用“安全例外”条款的泛化及纠偏

在 GATT 时代以及自 WTO 成立以来至 2016 年，成员方因适用 GATT 安全例外条款而引发的案件屈指可数，WTO 争端机构在此领域也没有形成充分的具有参考意义的争端解决先例。“俄-乌案”是 WTO 争端解决机构首个直接涉及安全例外条款的案件，该案走完了初审程序，专家组发布了裁决报告，对安全例外条款进行了一定的释义和澄清。

但美国单方面实施 232 调查，并对输美钢铝加征关税的行为引发了 WTO 成员方诉美滥用安全条款的“诉讼潮”<sup>2</sup>。除了此案外，涉及到 GATT 安全例外条款的案件还有：沙特阿拉伯知识产权保护措施案<sup>3</sup>（DS567，4 October 2018）、卡塔尔对从阿联酋进口货物措施案<sup>4</sup>（DS576，28 January 2019）、日本从韩国进口产品和技术措施案<sup>5</sup>（DS590，30 September 2019）等。一时间，WTO 成员方似乎放弃了原来对安全例外条款的谦抑态度，纷纷援引该条款来为其贸易保护措施进行辩护。

##### （一）适用“安全例外”条款的谦抑与泛化

GATT/WTO 安全例外条款是专权的国家主权（准确地说应是“国际贸易自主权”，下文中不加以区分）与分权的国际合作之间妥协的产物，由此也导致了该条款的适用呈现出与国际贸易单边主义和多边主义潮流相呼应的特点。当国际贸易多边主义为主流时，WTO 各成员方多克制使用该条款，当单边主义盛行

Products from Japan, WT/DS184/AB/R. Report of the Appellate Body, 24 July 2001, para.101. United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. WT/DS58/AB/R. Report of the Appellate Body. 12 October 1998. para.158. European Communities—Export Subsidies on Sugar. WT/DS265/R. Report of the Panel. 15 October 2004, para. 7. 74.

<sup>1</sup>倪慧：《基于国家安全的保障措施——美国贸易 232 措施详解》，载《人民法治》2018 年第 5X 期，第 45-50 页。

<sup>2</sup>截至 2018 年 7 月 17 日，已有 8 个 WTO 成员针对美国 232 措施起诉，分别为中国(DS544，2018 年 4 月 5 日)，印度(DS547，2018 年 5 月 18 日)，欧盟(DS548，2018 年 6 月 1 日)，加拿大(DS550，2018 年 6 月 1 日)，墨西哥(DS551，2018 年 6 月 5 日)，挪威(DS552，2018 年 6 月 12 日)，俄罗斯(DS554，2018 年 6 月 29 日)，瑞士(DS556，2018 年 7 月 9 日)。WTO 决定成立专家组对美国征收钢铁和铝进口关税进行调查与审理。Panels Established to Review US Steel and Aluminium Tariffs, Countermeasures on US Imports, at [https://www.wto.org/english/news\\_e/news18\\_e/dsb\\_19nov18\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/dsb_19nov18_e.htm), Dec.10, 2018.

<sup>3</sup>Qatar has requested WTO dispute consultations with Saudi Arabia to discuss certain Saudi measures concerning intellectual property rights owned by Qatari nationals. The request was circulated to WTO members on 4 October. [https://www.wto.org/english/news\\_e/news18\\_e/ds567rfc\\_03oct18\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/ds567rfc_03oct18_e.htm)

<sup>4</sup>The United Arab Emirates has requested WTO dispute consultations with Qatar regarding certain measures restricting the import, distribution and sale of goods in Qatar from the UAE (DS576). The request was circulated to WTO members on 31 January. [https://www.wto.org/english/news\\_e/news19\\_e/ds576rfc\\_30jan19\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/ds576rfc_30jan19_e.htm)

<sup>5</sup>Japan - Measures related to the Exportation of Products and Technology to Korea - Request to join consultations - Communication from the European Union WT/DS590/3 | 30 September 2019. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds590\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds590_e.htm)

时，因该条款引发的争议随之增多。

### 1、适用“安全例外”条款的谦抑

考察安全例外条款的设立与发展过程，我们可以发现：该条款的设立是在保障国际贸易多边主义，促进国际贸易自由化的规则体系中体现出的对成员方国家主权的尊重和保护。基于国家主权至上原则，各国毋庸置疑地享有对国家安全事宜的自我保护权，各国也理所应当有权根据自身发展情况判定国家安全利益的范围<sup>1</sup>。正如 GATT 当年的起草者所言：“GATT 规则不能过于苛刻，应当允许缔约方纯粹出于保护自身国家安全而进行的贸易限制<sup>2</sup>。”更有学者认为，“缔约方拥有绝对的国家安全主权，没有国家安全就没有国家主权<sup>3</sup>。”

GATT/WTO 成员方对其拥有安全例外权利一般没有异议。例如，在美国对尼加拉瓜贸易禁运案中，美国认为，其针对尼加拉瓜的禁运属 GATT 第 21 (b) iii 条项下的措施。“该条款授权成员方自主决定是否采取以及采取何种措施以维护其国家安全，因此专家组无权裁决美国适用该条款的合法性和动机”<sup>4</sup>。在美国对捷克斯洛伐克禁运措施案中，英国代表也曾指出：“每个 GATT 成员方必须拥有事关自身国家安全的最终自决权。<sup>5</sup>”此外，在英国和阿根廷的马岛战争期间，欧盟对阿根廷贸易禁运措施案中，欧盟、加拿大、美国也认为国家具有安全例外自决权<sup>6</sup>。除了大国外，较小国家或地区也持类似的观点。如在与葡萄牙的贸易争端案件中，加纳曾声称：“每个 GATT 缔约方都应该拥有确定其国家安全并采取相应贸易措施的最终自决权。<sup>7</sup>”

应该说，GATT/WTO 成员方拥有国家安全例外的权利，国际社会对此没有质疑。问题是，拥有权利是一回事，而如何行使该权利是另外一回事。GATT 第 21 条并没有简单地规定各成员方拥有国家安全例外权，而是用列举的方式规定了成员方具体在哪些条件下享有国家安全例外的权利。这样的规定体现了规则的设计者们对成员方滥用该权利的深深担忧和防范。他们担心这将成为 GATT/WTO 系统中的“巨大漏洞”<sup>8</sup>，认为太过宽泛的国家安全例外条款，有可能“自由贸易体系失控，多边贸易体制的失效。<sup>9</sup>”

事实上，这些担忧并不是没有根据。在 GATT/WTO 运行的几十年中，因 GATT 第 21 条产生的贸易纠纷很大程度上是由成员方行使“自决权”与 GATT/WTO 行使“司法审查权”而引起的。例如，在美国对尼加拉瓜贸易禁运案中，在尼加拉瓜看来，虽然 GATT 第 21 条授权成员方可以自行决定（It considers.....）采取必要的行动，以维护其基本安全利益。但这种自决权的行使需要受到国际法的基本原则和联合国或国际法院的约束。换句话说，虽然成员方拥有适用安全例外条款的决定权，但这种自决权要受到国际社会司法审查

<sup>1</sup> United Nations Economic and Social Council ( ECOSOC), Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. Thirty-Third Meeting of Commission A (1947), U.N.Doc.E/PC/T/A/PV/.33, pp.20-21.

<sup>2</sup> WTO, "Analytical Index of the GATT"(1995), [http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/gatt\\_ai\\_e/art21\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art21_e.pdf).

<sup>3</sup> Bhala, Raj, "Book Review: International Rules: Approaches from International Law and International Relations," [J]. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. 1998a, 23, 738-781.

<sup>4</sup> WTO, "United States trade measures affection Nicaragua, Report by the Panel," L/6053, 13 October, 1986b.

<sup>5</sup> WTO, "Analytical Index of the GATT"(1995), [http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/gatt\\_ai\\_e/art21\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art21_e.pdf).

<sup>6</sup> WTO, "Analytical Index of the GATT"(1995), [http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/gatt\\_ai\\_e/art21\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art21_e.pdf).

<sup>7</sup> "Minutes of meeting Held in the Centre William Rappard on 29 May 1985," WTO C/M/188, 8 June 1985.

<sup>8</sup> United Nations Economic and Social Council ( ECOSOC), Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. Thirty-Third Meeting of Commission A (1947), U.N.Doc.E/PC/T/A/PV/.33, pp.20-21. P.19, Dr.Speekenbrink on Behalf of the Netherlands.

<sup>9</sup> United Nations Economic and Social Council ( ECOSOC), Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. Thirty-Third Meeting of Commission A (1947), U.N.Doc.E/PC/T/A/PV/.33, pp.20-21. P.20, Mr.Leddy on Behalf of the United States.

权的约束<sup>1</sup>。但美国不这么认为，在美国人看来，GATT 第 21 条中的一些关键词，如“核心安全利益（essential security interests）”、“紧急状态（emergency）”等都在前置词“其认为……”之后，由此可见，该条款的逻辑语义是由成员方（“其 It”）自行决议这些事项，从而排除了 GATT 的司法审查权。正是因为存在这种语义的争议，导致本案专家组无权认定美国的做法是否违背了 GATT 第 21 条的规定<sup>2</sup>。

在 GATT 时期以及 WTO 前期，国际社会的普遍共识是通过国际组织来治理国际事务，这需要国家或地区开展深度的合作，各国愿意让渡部分主权以期通过国际组织和国家合作来促进本国本地区的繁荣和发展。

在国际贸易领域，国际贸易自由化是主流趋势，由此，GATT/WTO 体制得以不断发展完善，其功能也不断扩大和增强。GATT/WTO 成员方也意识到需要克制行使国家主权的“国家完全例外”条款。此外，在此期间，“两反一保”等贸易救济措施和 WTO 中的 TBT、TRIPs、TRIMs 等协议也足够成员方构筑对本国市场和产品进行保护的藩篱。种种因素使得本时期 GATT/WTO 成员方特别是美国等对 GATT 第 21 条保持了谦抑的态度。

## 2、适用“国家安全例外”条款的泛化

抑制适用 GATT 国家安全例外条款并不意味着 GATT/WTO 成员方已忘记了该条款，更并不意味着他们放弃了该条款赋予的权利。时机一旦成熟，该条款就会满血复活，“王者归来”。此次出现的 WTO 国家安全例外条款“诉讼潮”是由美国单方面实施 232 调查和实施单边贸易保护措施而导致的连锁反应。美国之所以不惜与其他国家和地区作对，重新启用 GATT 国家安全例外条款，其原因有多方面，我们认为，其根本原因出于美国对国际贸易秩序的掌控存在力不从心境况和面对新型经济体特别是中国崛起而产生的深深的忧患意识。

例如，从全球产业价值链的位置来看。不同的国家在产业链的位置不同，尚未工业化或者处于工业化初期的国家多位于价值链的低端，一般生产一些初级资源类产品，或者从事劳动密集型，技术含量低，资本需求小的低端产业。工业化程度高和发达的国家位于价值链的中高端，从事家电、汽车等资本密集型中端产业，或计算机、芯片等技术密集型高端产业。应该说国家或地区在全球产业价值链中位置不是一成不变的，而是在动态的调整中。典型的例证莫过于中国等新型经济体的发展。经过四十多年的改革开放，从“中国制造”到“中国智造”，中国正逐渐在全球产业价值链中慢慢由低端向中高端攀升，并且这种趋势尚未出现疲态。反观美国，其产业空心化明显，除了仅有的一些价值链高端还拥有绝对的垄断地位外，其产业价值链的低中端优势已不明显或不复存在。现在，优势的高端价值链正受到中国等国家和地区的挑战和威胁，美国当然深恶痛绝。为此，美国除了适用 337 条款、301 条款等惯用的贸易保护主义措施外，还找出了“国家安全”的借口，采取“出口管制”和“投资安全审查”措施，试图阻击中国等国家和地区向全球产业高端价值链的攀升。

此外，美国重启国家安全例外条款也反映了美国对中国的深深忧虑和不安。中国的快速崛起不仅让美国在经贸领域感受到了压力，美国还担心中国将动摇或取代其在全球治理体系中的绝对霸主地位。

美国对掌控国际贸易秩序和保护本国市场的过激反应引起了国际社会的强烈反弹，针对美国的单边贸易保护主义行为，各国或地区纷纷采取相应的反制

<sup>1</sup> Panel Report (Unadopted), US-Trade Measures Affecting Nicaragua, October 13, 1986, L/6053. pp.10-11.

<sup>2</sup> Panel Report (Unadopted), US-Trade Measures Affecting Nicaragua, October 13, 1986, L/6053. pp.11-12.

措施，GATT 国家安全例外条款也随之被泛化适用。

## （二）GATT 国家安全例外条款泛化的纠偏

### 1、抑制 GATT 安全例外条款泛化的必要性

如前所述，近年来 GATT 安全例外条款之所以被泛化适用，主要是因为美国因其对国际贸易秩序的把控力不从心而焦虑的产物。美国认为“两反一保”等贸易救济措施尚不足以保护美国市场和产业，因此再增加了一项保护国家安全的名由。再加上 GATT 安全例外条款本身存在诸多不明确的地方，更使得美国以保护国家安全为名，行贸易保护为实提供了方便。

当然，这并不意味着美国等国家或地区可以不受限制的利用该条款。“如果允许 WTO 成员方全部或大部分享有 GATT 安全例外条款的 WTO 司法审查豁免，则意味着 WTO 的规则体系的终结<sup>1</sup>。”这绝不是危言耸听。纵观 GATT 安全例外条款的产生和运用，WTO 成员方都明白或者说默认该条款是对成员方国家主权的尊重，是对成员方让渡部分国家经贸主权给 GATT/WTO 的部分回馈。正是因为这个原因，多年来，各成员方大多一直克制使用该条款，很少因该条款产生国际贸易纠纷。即使在美国对国际贸易秩序控制力式微的当下，国际自由贸易仍是主流，如果认为 WTO 对 GATT 安全例外条款没有司法管辖权，而任由成员方自由决定的话，从现实主义来看，也未必符合美国等大国的自身利益。防止 GATT 安全例外条款被滥用也有益于大国，一个规范的和被 WTO 等国际规则约束的 GATT 安全例外条款也意味着有序的国际贸易法律秩序，可以避免无序的贸易保护，维护对所有成员方都有益的多边贸易法律体系。当然，GATT 安全例外条款的认识也需与时俱进，在变化了的国际经贸环境下，该条款必将在新的相互依存，相互影响的国际规则体系中更加具体明确化<sup>2</sup>。

### 2、GATT 安全例外条款泛化纠偏的若干着力点

GATT 第 21 条有 3 款，第 1 款和第 2 款明确规定，成员方使用该条款的自决权（it considers），第 3 款则是规定成员方需要根据的《联合国宪章》规定履行维护国际和平与安全的义务时，才能使用该条款。由此可见，WTO 成员方拥有适用 GATT 安全例外条款的自决权毋庸置疑。

为了防止成员方滥用该自决权，以国家安全为名，行贸易保护为实，可以从明确规定 WTO 争端解决机制有权审查成员方的自决权范围，亦即 GATT 第 21 条具备司法可裁性（justifiable）入手，然后，结合 WTO 争端解决程序进一步规范审查程序，并且按照“善意原则”等国际法基本原则澄清 GATT 安全例外条款的语义模糊之处，约束成员方对安全例外条款的适用。

虽然 GATT 第 21 条本身并没有明确规定成员方的自决权是否受 DSB 的审查，但作为 WTO 规则体系的组成部分，GATT 第 21 条无疑受 DSU 的约束，因而，DSB 有权审查成员方根据安全例外条款采取的措施既符合 DSU 的宗旨，也是 WTO 多边贸易体制的内在要求<sup>3</sup>。DSB 审查的不是成员方是否拥有适用安全例外条款自决权，而是审查成员方的自决权内容，亦即，当成员方援引安全例外条款而采取贸易限制措施时，其是否满足 GATT 第 21 条规定的实体要件（包

<sup>1</sup> Schloemann, Hannes and Stefan Ohlhoff, “‘Constitutionalization’ and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence,” [J]. *The American Journal of International Law* 1999(93), P.424-451.

<sup>2</sup> Emmerson, Andrew, “Conceptualizing Security Exception: Legal Doctrine of Political Excuse?” [J]. *Journal of International Economic Law* 2008(11), P.135-154.

<sup>3</sup> 胡加祥：《国际贸易争端的解决与国家安全利益的保护——以 GATT 第二十一条为研究视角》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2008 年第 4 期，第 14-24 页。

括安全的种类、必要性、战时的确定条件等等), 是否满足 GATT 规定的程序要件(如事前磋商与通知等等)。例如, 根据《1982 年关于 GATT 第二十一条的决定》规定: 如果某成员方决定援引 GATT 第 21 条采取贸易限制措施时, 必须充分通知(informed to the fullest extent) 相关成员方<sup>1</sup>。

由于安全例外条款自身的特殊性, 其法律文本的确切含义需要在实践中加以逐渐明确。正如当年起草 GATT1947 第 21 条时, 有人指出: “我们必须采取一些例外。我们不可能规定得过严, 因为我们不能禁止纯粹出于安全原因而采取的措施。另一方面, 我们也不能规定得过于宽松, 以致于让各国假安全之名, 实出于保护商业利益之目的而采取措施。”<sup>2</sup>在对 GATT 安全例外条款进行解释和澄清时, 无论是 WTO 成员方, 还是专家组、上诉机构和 WTO 理事会, 都需要在《联合国宪章》、《维也纳条约法公约》和《国际法院规约》等国际法规则的基础上进行。

## 五、结语

232 调查是美国实施单边贸易保护的工具体之一。也是美国对国际规则实用主义的典型表现。对于美国而言, 国际规则如对其有利, 则适用国际规则, 否则则弃之, 转而适用其国内规则。美国的这种极度自私的作法招致了欧盟、印度、俄罗斯、中国等大部分国家和地区的强烈反对。一时间, 相对平静有序的国际经贸秩序变得动荡不安。正如本文分析, GATT/WTO 的“国家安全”条款一直没有确切清晰的含义, 也没有足够的相关案例来指引该条款的运用。本来此次美国 232 钢铝调查案是进一步澄清 GATT/WTO“国家安全”条款的绝好机会。只有通过申诉方、被申诉方(美国)和专家组甚至上诉机构的共同努力, “国家安全”条款以及其他相关 GATT/WTO 条款才会越来越清楚, WTO 规则的可适性才会越来越强。而不是如美国现在所做的, 除了蛮横地适用国内法解决国际经贸争端外, 还试图通过阻扰 WTO 改革和上诉机构专家的遴选来逃避应得的贸易争端裁决。

2020 年 9 月 15 日, 中国诉美国关税措施案(DS543)的 WTO 专家组发布公告, 认定美国特朗普政府对中国产品征收的额外关税违反了 GATT 第 1 和第 2 条等相关规则, 也不符合 GATT 第 20 条规定的例外条款<sup>3</sup>。虽然该裁决没有涉及美国政府的加征关税措施是否违反 WTO 第 21 条的安全例外条款, 但从另外一个方面说明了美国政府加征关税的行为不具有国际贸易法依据, 违反了 WTO 的其他贸易规则。WTO 安全例外是否能成为美国政府的关税壁垒措施法律依据由此值得高度质疑。

<sup>1</sup> WTO Analytical Index of GATT 1947 Article XXI, pp.605-606.

<sup>2</sup> 联合国贸易与发展会议、国际贸易和可持续发展中心编. TRIPs 协定与发展: 资料读本[M], 中华人民共和国商务部条约法律司译, 中国商务出版社 2013 年版, 第 922 页。

<sup>3</sup> DS543: United States — Tariff Measures on Certain Goods from China  
[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds543\\_e.htm#bkmk543r](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds543_e.htm#bkmk543r)

## 离任和继任指挥官刑事责任研究

周琦（浙江工商大学法学院硕士研究生）

**摘要：**习惯国际法、国际刑事法院罗马规约和特设国际刑事法庭规约都规定现任指挥官的责任，但实践中往往涉及离任指挥官和继任指挥官的责任问题，为了防止国际人道法在适用中出现真空状态、有效保障人权，在总结判例关于指挥官责任的裁判要点的基础上，得出初步结论：指挥责任应扩大适用于离任指挥官和继任指挥官，对离任指挥官强调预防责任、对继任指挥官强调惩罚责任。

**关键词：**指挥责任；离任指挥官；继任指挥官；预防和惩罚

指挥（官）责任(command responsibility)理论源于各国国内军事法，后逐渐发展成为国际刑法的内容。胡果·格老休斯（Hugo Grotius）认为统治者“如果他知道这个罪行并且当他能够和应该防止的话，应为一个下属的罪行负责”<sup>1</sup>。军人以服从命令为天职，军队内部组织严密，上下级等级分明，而军队指挥官处于将领地位，自然产生对下级的管教约束的责任。尽管指挥官没有直接参与犯罪，但是他们对下级甚至区域和平的影响力是巨大的，比起直接参与犯罪的下级来说，他们会产生更大的破坏力，其危害性也更强更深远。

指挥责任在两种情况下被启动：一、当明知或应知下级正在或即将犯罪时，不采取预防或制止措施；二、下级实施犯罪后，上级没有惩罚下级或将犯罪行为报告主管当局。不可否认，只在指挥官能有效控制下级时，指挥责任才被启动，但这并不意味着指挥官只需对任期内下级犯下的罪行负责。换言之，指挥责任作为法律问题不依赖于犯罪行为发生的时间与上级有效控制下级同步。

### 一、离任和继任指挥官责任的依据

#### （一）指挥责任的法律依据

指挥责任最早可追溯到春秋时期有名的军事家-孙武，他在《孙子兵法·地形篇》中写道，军队失败的情况有六种，六种情况都不是天灾，而是将帅的过失<sup>2</sup>。现代指挥责任起源于一战，《陆战法规和惯例公约》（1907年海牙第4公约）及其附件《陆战法规和惯例章程》第一条有提到指挥责任<sup>3</sup>。在现代国际刑法中，指挥责任主要规定在习惯国际法、国际条约和特设法庭规约中。1977年《日内瓦公约第一附加议定书》（以下简称第一附加议定书）86条和87条首次明确了军事指挥官责任<sup>4</sup>。

<sup>1</sup>H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, bk. ch. xvii, pt. Xx (Camegieed., F. Kelsey trans. 1925); Charif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, P.373.

<sup>2</sup>孙武《地形·第十》凡兵有走者、有驰者、有陷者、有崩者、有乱者、有北者。凡此六者，非天地之灾，将之过也。

<sup>3</sup>战争法律、权利、义务不仅适用于军队，也适用于具备下列条件的民兵和志愿军：1.由一个对部下负责的人指挥；2.有可从一定距离加以识别的固定明显标志；3.公开携带武器；4.作战中遵守战争法规和惯例，在民兵或志愿军构成军队或军队的一部分的国家中，民兵和志愿军应包括在“军队”一词之内。

<sup>4</sup>第八十六条 不作为 ...二、部下破坏各公约或本议定书的事实，并不使其上级免除按照情形所应负的刑事或纪律责任，如果上级知悉或有情报使其能对当时情况作出结论，其部下是正在从事或将要从事这种破坏行为，而且如果上级不在其权力内采取一切可能的防止或取缔该破坏行为的措施。

第八十七条 司令官的职责

一、缔约各方和冲突各方应要求军事司令官，防止在其统率下的武装部队人员和在其控制下的其它人破坏各公约和本议定书的行为，于必要时制止这种行为并向主管当局报告。

针对前南斯拉夫和卢旺达地区发生的严重不人道行为，安理会专门设立了前南斯拉夫国际刑事法庭（以下简称前南刑庭）和卢旺达国际刑事法庭（以下简称卢庭），两个法庭都有专门的法庭规约，《联合国前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》（以下简称前南刑庭规约）第 7 条第 3 款和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6 条第 3 款（内容基本一致）在个人刑事责任中明确规定了指挥官责任，并将这种责任扩展至非军事上级。<sup>1</sup>特设法庭对指挥责任的实践，极大的丰富了指挥责任的内涵。

1998 年通过的《国际刑事法院罗马规约》（以下简称罗马规约）第 28 条不仅将指挥官责任原则从个人刑事责任中剥离出来，而且在 28 条（1）（2）款分别规定了军事指挥官和其他上级刑事责任<sup>2</sup>，为国际刑事法庭审判罪犯提供有力的法律保障。

## （二）指挥责任的理论依据

综合指挥责任案例及国际法律文件，认定指挥责任要满足三个要件：存在实质上下级关系；主观知悉犯罪行为；应为而不作为。

### 1. 存在实质上下级关系

前南刑庭在 *Delalic* 案中提出了“有效控制”说，“上级对实施违反国际人道主义法罪行的人必须具有实际有效的控制能力，即能够阻止和惩罚实施该罪行的下级人员。”<sup>3</sup>只要上级能对下级实行有效的控制，不论上下级间是法律上（*de jure*）还是事实上（*de facto*）的上下级关系。有效控制不依赖于法律上职位授权，只要在某一群体中能形成一定的控制力，能发号施令就能认定为指挥官。此外，这里的上下级关系也不对距离有要求，即使指挥官远离犯罪行为地，或远离犯罪下级的较高级别指挥官，只要对实施犯罪的下级具有有效的控制力，都将面临指挥责任的指控。根据《罗马规约》28 条第 2 款的规定，对下级具有“有效管辖和控制”的非军事上级，也要承担指挥责任。

对于离任和继任指挥官而言，他们也需要在对下级进行有效控制，尽到预防和惩治犯罪的目的。具体而言，离任指挥官在任期期间需要对未来可能发生

---

二、为了防止和制止违约行为，缔约各方和冲突各方应要求司令官，按照其负责地位，保证在其统率下的武装部队人员了解其依据各公约和本议定书所应负的义务。

三、缔约各方和冲突各方应要求任何司令官，在了解其部下或在其控制下的其它人将从事或已经从事破坏各公约或本议定书的行为时，采取防止违反各公约或本议定书的必要步骤，并于适当时对各公约或本议定书的违反者采取纪律或刑事行动。

<sup>1</sup> 第 7 条个人刑事责任...3. 如果一个部下犯下本规约第 2 至第 5 条所指的任何行为，而他的上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者，则不能免除该上级的刑事责任。

<sup>2</sup> 第二十八条 指挥官和其他上级的责任

除根据本规约规定须对本法院管辖权内的犯罪负刑事责任的其他理由以外：

(一)军事指挥官或以军事指挥官身份有效行事的人,如果未对在其有效指挥和控制下的部队,或在有效管辖和控制下的部队适当行使控制,在下列情况下,应对这些部队实施的本法院管辖权内的犯罪负刑事责任:

1. 该军事指挥官或该人知道,或者由于当时的情况理应知道,部队正在实施或即将实施这些犯罪;和  
2. 该军事指挥官或该人未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施,防止或制止这些犯罪的实施,或(二)报请主管当局就此事进行调查和起诉。

对于第一款未述及的上下级关系,上级人员如果未对在其有效管辖或控制下的下级人员适当行使控制,在下列情况下,应对这些下级人员实施的本法院管辖权内的犯罪负刑事责任:

1. 该上级人员知道下级人员正在实施或即将实施这些犯罪,或故意不理睬明确反映这一情况的情报;  
2. 犯罪涉及该上级人员有效负责和控制的活动中;  
3. 该上级人员未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施,防止或制止这些犯罪的实施,或报请主管当局就此事进行调查和起诉。

<sup>3</sup> Prosecutor v. Delalic, Case No.IT -96-21- A, Judgment, Appeals Chamber, Feb. 20, 2001, p.256.

的犯罪行为采取一切可行的预防措施，当继任指挥官上任后需要对下级已经实施的犯罪行为履行惩罚义务。

## 2. 主观知悉犯罪行为

主观要件包括知道和应该知道两种。“知道”是指指挥官实际知晓犯罪行为，要证明上级实际知晓犯罪行为，司法实践中难度很大，犯罪嫌疑人往往通过不在场等来辩解自己不知道犯罪行为正在发生。为了让指挥责任不成为无牙齿的法律原则，特设法庭规约和《罗马规约》有了“推定知道”的规定。即只要法院通过间接证据证明指挥官在当时是知道有犯罪行为发生的，指挥官就应承担指挥责任。这种高度盖然性的证明标准起到了兜底的效果。联合国专门调查前南国内违反国际人道法暴行的专家委员会认为，可以通过非法行为的数量、类型、范围，案发的时间，延续时间的长短，涉案的军队的数目、类型，案发地点，涉案面的宽窄，所采用的战术，以及涉案人员及其身份地位，案发时该被控指挥官的位置能间接证据证明犯罪嫌疑人理应知道下级的所作所为。<sup>1</sup>指挥官每天会接收来自军队内部和外部的消息、书面报告或信件，出于职业敏感，一个勤勉谨慎的指挥官能够从这些信息中看出或分析出正在发生严重的犯罪行为。

离任和继任指挥官“应当知道”发生犯罪行为时即承担刑事责任。从适用指挥责任的国际审判实践来看，犯罪嫌疑人多辩称自己不知道下级的犯罪行为。从严密追究指挥人员刑事责任的原则出发，指挥责任认定对“推定知道”有更广泛的适用空间。在军事行动中，指挥人员变动频繁，对离任指挥官强调预防责任，可以有效的预防犯罪保障人权，要求上级在任期内勤勉教育下级遵守国际人道法，积极预防下级的犯罪行为，不应即将卸任而松懈预防责任；对于继任指挥官而言，检察官可以通过收集间接证据证明继任指挥官知道已经发生了犯罪行为，这些证据可以通过外部报道或内部通报等信息获取，这将大大降低检察官调查取证的难度，从而更广泛的追究指挥官的指挥责任。

## 3. 应为而不作为

在哈利洛维奇（Halilovic）案中，前南刑庭认为《前南刑庭规约》第 7（3）款中的指挥责任是指指挥官为自身失职、不履行国际法上的作为义务而承担的刑事责任。国际法对指挥官施加了一种特定的预防、阻止和惩罚下级犯罪的义务，对这项义务的不作为即构成犯罪。但国际法也不会强人所难，不会勉强指挥官去做不可能的事情。如《罗马规约》将指挥官责任范围限于权利范围内（within his or her power）的不作为，采取“一切必要而合理的措施”，具体评判标准需要根据当时的情境综合判断。

离任和继任指挥官的预防和惩罚义务显而易见。通常来说，指挥官有预防、制止和惩罚的作为义务。当下级将要犯罪时，要求上级采取措施预防犯罪行为的发生；当下级正在犯罪时，要求上级积极采取措施阻止犯罪继续进行，并尽量减小损害；当下级犯罪行为实施完毕，要求上级惩治下级或报请主管当局调查起诉。继任指挥官上任后惩罚下级的犯罪行为和离任指挥官预防下级的犯罪行为是指指挥责任的应有之义。

### （三）指挥责任认定的现实依据

追究离任和继任指挥官的责任将填补指挥责任漏洞。如果离任指挥官不承担指挥责任，那么下级犯下罪行后，指挥官尽快卸任即可逃脱惩罚。如果继任

<sup>1</sup> Final Report of the United Nations Commission of Experts, S/1994/674, 17.

指挥官不承担指挥责任，继任指挥官缺乏对已经发生的罪行加以惩治的依据和动力。如果不追究离任和继任指挥官的责任，会出现国际人道法适用上的真空状态，使得很多指挥官逃脱责任。

对离任和继任指挥官追究责任将降低检察官的证明难度。司法实践中很难证明指挥官没有预防犯罪，被控的指挥官可以辩称自己已经采取了某项措施预防犯罪，只是没有达到预防的效果，但法律不能强人所难。“惩罚”的义务是否妥善履行具有更高的“辨识度”，审判庭通过考察上级是否惩罚犯罪、惩罚的内容来判断是否合理的履行了指挥责任。所以，指挥责任扩大适用将填补法律漏洞，降低检察官的证明难度。

## 二、离任和继任指挥官责任的司法实践

### （一）离任指挥官承担责任的司法实践

塞萨斯等人案<sup>1</sup>（Prosecutor v.Issa Hassan Sesay,Morris Kallon and Augustine Gbao case）塞拉利昂问题特别国际刑事法庭（以下简称塞庭）根据指挥责任原则认定 Morris Kallon 要为下级在任期结束后的犯罪行为负指挥责任。

Morris Kallon 于 1996 年 5 月至 1998 年 4 月期间，担任 RUF（revolutionary United Front）的副区域司令，针对塞拉利昂境内发生的武装袭击对 Morris Kallon 进行审判，塞庭认为 Morris Kallon 担任副区域司令期间对 RUF 的战斗员具有有效控制权，但在此期间他未能对部下在科诺区奴役平民的行为进行有效控制，使奴役行为从 1998 年的 2 月一直延续到了 1998 年的 12 月。尽管 Morris Kallon 在 1998 年 8 月已离任，但 8 月到 12 月期间下级对平民的奴役行为，塞庭仍认定 Morris Kallon 要承担指挥责任。

塞庭没有对此给出明确的理由。但是分析判决依据大致可得：指挥责任要求上级在具备有效控制能力时，无论何时都要防止下级犯罪，无论下级在上级离任后是否真的犯罪。即上级在离任前获悉下级将要犯罪，即使上级已经离任，也要阻止下级的犯罪行为。如果不对这种情况追究指挥责任，那么指挥责任也将不具有存在的价值。<sup>2</sup>

确定离任指挥官的指挥责任对预防犯罪保障人权有无可比拟的优越性。Sesay et al 案对离任指挥官指挥责任的认定表明，上级责任原则要求上级在对下级有效控制时，当知道或应当知道下级要实施犯罪行为，上级应采取措施防止下级的犯罪行为，不问下级的实际犯罪时间是否发生在任期内。特别法庭和国际刑事法庭在审判中一致认可指挥责任是对个人不作为承担的刑事责任而不是对下级犯罪行为的替代责任。离任上级积极预防任期内的犯罪行为可极大的减小离任后下级犯罪的可能性，故人为限定下级犯罪与上级任期的联系是没有必要的。离任上级在任期间发现下级即将犯罪，而不对下级进行预防或阻止本身就违反了指挥责任，至于下级实际的犯罪时间发生在任期期间还是任期结束后，只是证据问题不会实质影响指挥责任的承担。

### （二）继任指挥官的承担责任的司法实践

指挥官是否要对其上任前下属犯下的罪行承担刑事责任，前南刑庭对继任指挥官大多判决不承担指挥责任，但法庭仍不乏支持继任指挥官责任的声音。

<sup>1</sup> Prosecutor v.Issa Hassan Sesay,Morris Kallon and Augustine Gbao case No.SCSL-04-15-T（2 Mar 2009）

<sup>2</sup> Prosecutor v.Issa Hassan Sesay,Morris Kallon and Augustine Gbao case No.SCSL-04-15-T,para.450-477.

前南刑庭上诉庭于 2003 年对哈季哈桑诺维奇案<sup>1</sup>中以 3:2 判定继任指挥官不承担指挥责任，其中异议法官的观点非常精辟且发人深省。且上诉庭在 Oric 案中支持了继任指挥官的刑事责任。

哈季哈桑诺维奇案的上诉人之一阿米尔·库布拉（Amir Kubura），于 1993 年 4 月 1 日就任波斯尼亚军队第 3 军团，第 7 穆斯林山区大队的代指挥官。起诉书第 58 段指控 Amir Kubura 要对 ABiH 第三军团第 7 穆斯林山区大队在 1993 年 4 月 1 日前对乌干达人民军犯下的罪行负指挥责任。前南刑庭对这一情况没有先例。

上诉庭多数意见认为不能对阿米尔·库布拉适用指挥官责任。上诉庭引用《第一附加议定书》86 条（2）款、《危害人类和平与安全治罪法草案》第 6 条、《国际刑事法院罗马规约》第 28 条，认为指挥责任不能扩展到上下级关系建立前。上诉庭多数意见认为不存在继任指挥官承担责任的判例，也没有继任指挥官责任的法律依据。此外，他们还援引 Kuntze 案强调指挥官应对未能防止其掌权后的犯罪负责，但它没有提及继任指挥官对下属在任期前的犯罪行为负责。<sup>2</sup> 哈季哈桑诺维奇案最终以 3:2 判定继任指挥官不承担指挥责任。

上诉庭有两位法官持不同意见。Shahabuddeen 法官认为，应根据《维也纳条约法公约》第 31 条参照条约的目的和宗旨作出解释《第一附加议定书》指挥官责任条款的解释，第一议定书有关规定的目的和宗旨是确保总有人对下属犯下战争罪负责；战争不同于平时时期，指挥官岗位处于动态变化是常态。下级犯罪的报告因人员变动可能不会到达前任指挥官，因此前任指挥官无法基于犯罪事实行使权力惩罚下级；这时只能由新任指挥官接收报告。由此产生了继任指挥官责任，赋予新的指挥官以惩罚下属的权力。<sup>3</sup>

Hunt 法官认为，习惯国际法承认，如果指挥官知道或有理由知道下属即将犯下战争罪或已经这样做，如果他没有采取必要的合理措施，防止这种行为或惩罚下属他将负刑事责任。这一原则不能人为地局限于下级正在实施或即将实施构成战争罪的行为时存在上下级关系的情况，上级的刑事责任不是对下级行为的直接责任，而是对自己行为的责任（或者说“不作为”）在下级知道或有理由知道他将要犯下相当于战争罪的行为或已经犯下战争罪时，没有阻止或惩罚下级。<sup>4</sup>

Hunt 法官在反对意见中提出了一个假设：没有指挥官有义务对下级在就任前一周的时间内犯下的罪行负责，因为他当时不是犯罪者的上级而认为自己没有责任处罚犯罪的下级。<sup>5</sup> 上诉庭多数意见的裁判创造了一个法律上的“漏洞”，认为继任指挥官无须对上任前的下级的罪行负责，试想，在前任离任后、继任上任前的一段时间谁来为保证国际人道法的顺利执行负责呢？这样的认定是否有违人道法的目的和宗旨呢？

再者，习惯国际法从未放弃对继任指挥官追究刑事责任，上诉庭对习惯国际法的证明和运用上存在瑕疵。上诉庭多数意见引用规约证明习惯国际法没有

<sup>1</sup> Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Case No. IT-01-47, Judgment, Appeals Chamber, Mar. 15, 2006.

<sup>2</sup> Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Case No. IT-01-47, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Appeals Chamber, Jul. 16, 2003, para.41-54.

<sup>3</sup> Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Case No. IT-01-47, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen Appeals Chamber, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Jul. 16, 2003, para.10.

<sup>4</sup> Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Case No. IT-01-47, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Hunt Appeals Chamber, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Jul. 16, 2003, para.8.

<sup>5</sup> 同上

承认继任指挥官适用指挥责任，但无论是《第一附加议定书》还是《罗马规约》都是多边条约，其有效性仅在缔约国范围内生效，何况当今世界最大的发达国家美国和最大的发展中国家中国都没有加入《罗马规约》，从多边条约来证明习惯国际法的没有继任指挥官责任的规定存在推理瑕疵。所以对哈季哈桑诺维奇案上诉庭审理意见的分析可知，习惯国际法并没有否认继任指挥官的指挥责任，否则无法解释存在法律真空的问题，从指挥责任的根本目的是确保广泛遵守国际人道法角度出发，扩大承认继任指挥官的指挥责任是必要且可行的。

控方主张对继任指挥官追究刑事责任时引用了 *Kordic* 案，提出犯罪后自然产生了惩罚的义务，接任指挥的人也有同样的惩罚义务，该义务至少包括调查犯罪以查明事实并将其报告给主管当局。因此，需要确定的重要事实不是犯罪时谁在指挥，而是当一名指挥官意识到犯罪，但却没有采取合理和必要的措施惩罚犯罪行为。<sup>1</sup>

前南刑庭对继任指挥官责任以异议法官和检方的观点在司法实践中得以发端，并引起国际人道法学界广泛关注，为指挥责任的扩大适用提供了思路和论证方法。

刘大群法官在 *Oric* 案对哈季哈桑诺维奇案做出的声明，“上级的惩罚义务并非源于未能预防犯罪，而是其本身的一项责任。因此，对于惩罚义务而言，在下级犯罪前是否对下级拥有实际控制并不重要。”<sup>2</sup>根据《前南刑庭规约》第 7 条第 3 款，对指挥官的两项义务并没有任职前后的不同要求，前南刑庭规约惩治的是指挥官对下级享有有效控制时并掌握犯罪行为的情况下仍不采取措施的行为。指挥责任的根本目的在于确保广泛遵守国际人道法，如果人为的将指挥责任限制在现任指挥官，将极大挫败指挥责任存在的价值。它似乎在宣告：继任指挥官可以不用对下级之前的犯罪行为承担惩罚义务。

指挥责任，实质是强调有责任采取行动而不行动，一个对下级拥有有效控制权的指挥官，掌握下级犯罪的事实，就有责任确保自己按照国际人道主义法的规定行事，尊重战争法和惯例，从这个角度来看指挥责任，没有理由对指挥官就任前后的义务作出区别解释。

尽管哈季哈桑诺维奇案成为法庭判例，但不代表没有被推翻的可能。*Shahabuddin* 法官在 *Oric* 案中提到，“他观察到前南刑庭有 14 位法官表达了与哈季哈桑诺维奇案多数意见的相反的观点”。<sup>3</sup>我们有理由相信，支持继任指挥官的指挥责任已成为法庭多数意见。

### 三、离任和继任指挥官承担指挥责任是国际人道法应有之意

指挥责任的根本目的在于确保广泛遵守国际人道法，如果将指挥责任人为限定在现任指挥官身上，本身是对指挥责任的错误解读，也不利于广泛遵守国际人道法目的的实现。

国际人道法要求尽可能的降低将武装冲突带来的负面影响。指挥官作为武装冲突中对直接战斗员具有影响和控制力的人，自然需要承担权力范围内的指

<sup>1</sup> Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Case No. IT-01-47, preliminary, Jul. 16, 2003, para.43.

<sup>2</sup> Prosecutor v. Oric, IT-03-68-A, Appeals Chamber Judgement of 3 July 2008, Dissenting Opinion of Judge Liu, para.7

<sup>3</sup> Prosecutor v. Oric, IT-03-68-A, Appeals Chamber Judgement of 3 July 2008, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddin, para.12

挥责任。借助指挥责任原则，国际刑事司法机构能将未能有效控制犯罪行为的上级从“幕后”带至“台前”接受刑事审判。山下奉文案（Tomoyuki Yamashita）是二战后适用指挥责任的第一案，尽管该案是在美国军事法庭审理，但是对国际刑法的发展也有重大意义。<sup>1</sup>美国最高法院在对山下奉文申请人身保护令时裁定，指挥责任的根本目的是：指挥官以对下级负责的方式促使战争法不被违反...战争法的目的是保护平民和战俘不受暴力和虐待，如果指挥官未对不采取保护措施受到惩罚，那么战争法的目的将无法实现。<sup>2</sup>

无论国际条约还是国内法都不排除指挥责任扩大适用到离任上级和继任指挥官。《第一附加议定书》在 86 条、87 条明确规定上级与下级违反战争法的相关责任，此规定要求上级在权力范围内采取一切可能的措施防止与取缔破坏《日内瓦公约》和《第一附加议定书》的行为，此二条规定并没有排除离任和继任上级的指挥责任，结合《维也纳条约法公约》第 31 条条约解释条款，从公约的目的和宗旨角度解释指挥责任也不排除指挥责任扩大适用到离任上级和继任上级。

综观特别法庭规约和《罗马规约》指挥责任条款，都含有预防和惩治的义务，指挥责任条款没有对条款的适用时间做范围限定。考察《罗马规约》和《危害人类和平与安全的罪行草案》的制定过程，都将预防未来犯罪的职责放在首要位置。预防重于惩治，可以督促指挥官事先采取措施积极防止下级犯罪，同时可以防止上级事后以简单的惩罚措施为自己的预防失职脱罪。预防的责任没有明确排除在离任后下级犯罪的情形，强调离任指挥官的预防责任可以有效减少违反国际人道法的风险。

国内立法也不乏指挥责任的规定，如法国将指挥官未能防止下级犯罪，视为下级的共犯论处<sup>3</sup>。德国将指挥官责任分为三种情形：未能防止犯罪发生、未能履行监管职责、未能履行报告义务，同时对这三种情形分别规定了不同量刑标准。<sup>4</sup>国内立法也没有将下级犯罪发生的时间和上下级关系做同步要求的规定。

指挥责任不同于严格责任，指挥官对下级拥有有效的控制力是指挥责任的前提。指挥责任的构成要件第一项是存在实质的上下级关系，核心要求是拥有有效控制力。而这也是将指挥责任与严格责任区分的要点，刑法中的严格责任没有准确定义，可以简单的把严格责任认定为是一种不问主观罪过的刑事责任。<sup>5</sup>严格责任不要求犯罪构成包含主观罪过，但指挥责任不会因为任期问题而影响上级对下级犯罪主观心态的要求。指挥责任是明知或应知犯罪的不作为的刑事责任，如果上级不知下级犯罪，刑法也不会强人所难的要求上级承担刑事责任。所以不用担心指挥责任扩大化认定会成为一种严格责任。

指挥责任扩大化认定也不会违反罪刑法定原则。首先指挥责任早已有之，扩大确定继任和离任在指挥官的指挥责任，不违反犯罪嫌疑人的可预见性。规则的生命在于解释和适用规则，规则在经由解释前其含义和适用范围都是不确

<sup>1</sup> 朱文奇：《现代国际刑法》，北京商务印书馆，2015 年，第 411 页

<sup>2</sup> Trial of General Tomoyuki Yamashita. United States Military Commission. Manila. 1 October-7 December 1945. in IV Law Reports of the Trials of War Criminals 1-37 (United Nations War Crimes Commission 1948).

<sup>3</sup> France, Code of Military Justice 1982, Ar.71 [Z]; Code of Military Justice 20060, Art. L.122-4 [Z]; Penal Code 1994(a-mended 2010), Art. 462 -7 [Z].

<sup>4</sup> Germany. Act to Introduce Code of Crimes against International Law 26 June 2002 [Z]. Art.1, Section13(1)、Sectio13(4)、Section14(1)[Z].

<sup>5</sup> 参见刘仁文.刑法中的严格责任研究[J].比较法研究,2001(01):44-59.

定的。既然在条约中没有对上级任期与犯罪时间的明文规定，就不排除通过解释将指挥官责任扩大到继任和离任指挥官。

## 结语

指挥责任原则从萌芽到形成相对完整的条约规范，从没有将下级犯罪时间限于上级任期内。如果严格要求下级犯罪与上级任期的时间联系，那么将排除继任指挥官可以惩治下级已经实施的犯罪、离任指挥官可以预防下级犯罪，这不仅不符合指挥责任的理性要求，也不利于国际人道法的广泛遵守。对离任指挥官强调预防责任、对继任指挥官强调惩罚责任是指挥责任的应有之义。

## 参考文献

- [1][荷]胡果 格老秀斯. F. Kelsey 译.《国际刑法中的危害人类罪》[M].马丁努斯 恩夫霍夫出版社, 1992.373.
- [2]孙武:《孙子兵法》, 武汉崇文书局 2007 年版。
- [3]Prosecutor v. Delalic, Case No.IT -96-21- A, Judgment, Appeals Chamber, Feb. 20, 2001.
- [4]Final Report of the United Nations Commission of Experts,S/1994/674, 17.
- [5]Prosecutor v.Issa Hassan Sesay,Morris Kallon and Augustine Gbao case No.SCSL-04-15-T,Mar.2. 2009.
- [6]Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Case No. IT-01-47, Judgment, Appeals Chamber, Mar. 15, 2006.
- [7]Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Case No. IT-01-47, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Appeals Chamber, Jul. 16, 2003.
- [8]Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Case No. IT-01-47, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen Appeals Chamber, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Jul. 16, 2003.
- [9]Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Case No. IT-01-47, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Hunt Appeals Chamber, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Jul. 16, 2003.
- [10]Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Case No. IT-01-47, preliminary,Jul. 16, 2003.
- [11]Prosecutor v. Oric, Case No.IT-03-68-A,Appeals Chamber Judgement of 3 July 2008,Dissenting Opinion of Judge Liu, July. 3,2008.
- [12]Prosecutor v. Oric, Case No.IT-03-68-A,Appeals Chamber Judgement of 3 July 2008,Dissenting Opinion of Judge Shahabudden, July. 3,2008.
- [13]Trial of General Tomoyuki Yamashita. United States Military Commission. Manila. 1 October-7 December 1945.
- [14]刘仁文.刑法中的严格责任研究[J].比较法研究,2001(01):44-59